

특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위의 부당성 요건

정 주 미*

- I. 문제제기
- II. 공정거래법상 부당성 요건의 규범적 의미
- III. 부당한 이익제공행위의 부당성 요건의 의미
- IV. 결론

국문초록

공정거래법은 2013년 개정으로 특수관계인에게 부당한 이익제공행위를 금지하게 되었다. 공정거래위원회는 특수관계인에게 ‘부당한 이익’이 귀속되었다면, 공정거래저해성과 같은 부당성을 따로 입증하지 않고 위법성을 인정하였고, 2020년 제정된 심사지침도 같은 입장이다.

하지만, 2017년 서울고등법원은 ‘한진’ 판결에서 부당한 이익제공행위의 부당성은 이익 편취를 통한 경제력 집중 우려를 판단해야 한다고 하였다. 대법원도 2022년 ‘한진’ 판결과 ‘하이트진로’ 판결에서 변칙적인 부의 이전 등을 통한 경제력 집중(소유집중)의 우려를 검토하도록 하였다.

공정거래법상 여러 금지행위 규정에는 금지행위를 열거한 행위 요건이 있고, 부당성 요건도 있다. 부당성 요건은 독자적으로 규범적인 의미를 갖는데, 이는 경쟁제한성이나 불공정성과 같은 부정적인 요소와 사업상 필요성이나 효율성 증대효과, 공익 등 긍정적인 요소를 비교형량하여 판단하여야 한다.

부당지원행위는 행위 요건으로 특수관계인 또는 다른 회사에게 상당한 이익이 제공되

* 서울대학교 법학전문대학원 강사 · 서울대학교 법학연구소 객원연구원 · 법학박사

어 지원행위가 성립하는지 그리고 부당성 요건인 공정거래저해성 요건을 입증해야 하고, 후자는 경쟁이 저해되어 궁극적으로 경제력 집중이 야기될 우려가 있는지를 판단해야 한다.

부당한 이익제공행위 역시 행위 요건으로 특수관계인에게 ‘정상적인 수준을 벗어난’ 상당한 이익이 귀속되었는지와 부당성 요건으로 경제력 집중의 우려를 입증해야 한다. 특수관계인에게 귀속되는 이익이 있는 기업집단 내의 모든 거래를 금지할 수는 없고 공정거래법 제1조는 경제력 집중의 억제를 동법의 수단 중 하나로 명시하고 있기 때문이다. 경제력 집중 여부는 부당지원행위로는 금지할 수 없었던 총수일가의 편법적인 부의 승계를 가능하게 하는 소유집중의 우려를 검토하는 것이 타당하다.

법 제47조 제1항 제4호의 상당한 규모로 거래하는 행위의 경우에는 부당성을 요건으로 두고 있고, 제2항에서는 위와 같은 행위의 경우 정당한 사유로 고려될 수 있는 요소들을 열거할 뿐, 법 제9조 제2항의 기업결합 규정과 달리 형량의 기준을 제시하고 있지 않다. 따라서 제1항 제4호의 경우에는 제1항에 근거하여 부당성 판단이 필요하다.

- 핵심어 부당한 이익제공, 소유집중, 부당지원행위, 부당성, 정당한 사유

I. 문제제기

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 “공정거래법”) 제47조 제1항에서는 특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위를 금지하고 있다. 이 규정은 2013년 공정거래법 개정¹⁾으로 도입되었다. 그 배경을 살펴보면²⁾, 한국의 기업집단들은 총수일가 등 특수관계인이 소수의 지분으로 기업집단 전체의 경영권을 장악하고 있는 소유와 지배의 괴리가 매우 컸다. 총수일가는 기업집단의 내부거래를 통해 막대한 부를 축적하거나 새로운 사업에 쉽게 진출하거나 편법적으로 경영권을 승계하였다. 기업집단 내부에서는 회사기회의 유용, 자산의 편법적 이전이나 경영의 불투명성의 증대로 인해 회사 내의 주주와 채권자의 이익이 침해될 수 있었다. 국민경제적 차원에서는 경제력의 집중이 심화되고, 편법적인 경영권 승계를 통해 총수일가의 지배 체제가 고착화될 수 있었다. 그런데 이를 회사법적으로나 형

1) 법률 제12095호, 2013.8.13., 일부개정.

2) 신영수, “특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위의 규제 법리”, 「경제법연구」 제14권 제3호, 2015, 234-235면.

사법적으로 이사의 책임 추구나 배임 차원에서 제재하기에는 기업집단이 총수일가에게 장악되어 있는 상황에서 역부족이라는 지적이 있었다. 따라서 공정거래법에서 이를 제재해야 한다는 필요성이 제기되었다.

2013년 신설된 공정거래법 제23조의2에서는 부당한 이익제공행위의 수범자는 ‘일정규모 이상의 자산총액 등 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 기업집단’이라고 하였다. 2014년 2월 개정된 시행령³⁾에서는 이러한 기업집단이란 구법 ‘제17조 제1항에 따른 상호출자제한기업집단(동일인이 자연인인 기업집단으로 한정)을 말한다’고 하였다. 그러다가 2017년 법 개정⁴⁾을 통해 공시대상 기업집단(동일인이 자연인인 기업집단으로 한정)에 속하는 국내회사로 수범자의 범위가 확대되었다. 현행법 제47조 제1항은 이러한 회사가 특수관계인(동일인 및 그 친족으로 한정) 등과의 거래를 통하여, ‘특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위’를 하여서는 아니 된다고 하고 있다.

법 제47조 제1항 이하 각 호에서는 4가지 행위를 금지행위로 열거하고 있다. 이는 “① 정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건보다 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위, ② 회사가 직접 또는 자신이 지배하고 있는 회사를 통하여 수행할 경우 회사에 상당한 이익이 될 사업기회를 제공하는 행위, ③ 특수관계인과 현금이나 그 밖의 금융상품을 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위, ④ 사업능력, 재무상태, 신용도, 기술력, 품질, 가격 또는 거래조건 등에 대한 합리적인 고려나 다른 사업자와의 비교 없이 상당한 규모로 거래하는 행위”라고 한다. 또한 법 제47조 제2항에서는 “기업의 효율성 증대, 보안성, 긴급성 등 거래의 목적을 달성하기 위하여 불가피한 경우로서 대통령령으로 정하는 거래에는 제1항 제4호를 적용하지 아니한다.”고 한다.

공정거래위원회(이하 “공정위”)는 2020년 「특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위 심사지침」⁵⁾을 제정하였는데, 위 지침은 특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위의 부당성 판단기준에 대하여 ① “이익제공행위를 통하여 특수관계인에게 직접 또는 간접으로 부당한 이익이 귀속되었는지 여부를 기준으로 판단한다.”고 한다. 또한 ② “법 제45조 제1항 제9호의 부당한 지원행위의 경우 별도로 공정거래저해성 요건을 입증하여야 하는 것과 달리, 특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위는 특수관계인에게 부당한 이익이 귀속되었음이 입증된 이상 추가로 공정거래저해성을 입증할 필요는 없다.”고 한다. ③ “다만, 법 제

3) 대통령령 제25173호, 2014.2.11., 일부개정.

4) 법률 제14813호, 2017.4.18, 일부개정.

5) 공정위 예규 제397호, 2021.12.30., 일부개정.

116조에 따라 다른 법률 또는 그 법률에 의한 명령에 따라 행하는 정당한 행위의 경우에는 예외적으로 부당한 이익제공행위에 해당하지 아니한다.”고 한다.

본 연구는 부당한 이익제공행위의 부당성 요건의 의미에 대하여 검토하면서, 심사지침의 문제점을 지적하고자 한다. 첫째로, 심사지침은 특수관계인에게 상당한 이익을 귀속시키는 모든 거래를 금지하고자 하는 것인가 의문이 든다. 그와 달리 ‘한진’ 사건의 원심 판결⁶⁾과 대법원 판결⁷⁾, ‘하이트진로’ 사건의 대법원 판결⁸⁾에서는 부당한 이익제공행위도 경제력 집중의 우려가 있는 경우에 한하여 금지해야 한다고 판시하였다.

둘째로, 심사지침은 부당한 이익제공행위는 법 제116조의 적용제외 규정에 따라 법령에 따른 정당한 행위에 한하여 예외가 인정된다고 할 뿐, 법 제47조 제1항에 따라 이익제공행위가 정당한 이유가 인정되어 부당성이 인정되지 않을 수 있는지에 대해서는 언급하고 있지 않다. 법 제47조 제2항에서는 제1항 제4호의 행위에 한하여 해당될 수 있는 정당한 사유들을 예시하고 있다. 제1항과 제2항의 관계는 어떻게 해석하여야 하는지도 검토할 필요가 있다.

이를 위해 본 연구는 공정거래법상 부당성 요건의 규범적 의미에 대하여 체계적으로 해석론을 전개한 다음, 부당한 이익제공행위의 부당성 요건의 의미에 대하여 검토하고자 한다.

II. 공정거래법상 부당성 요건의 규범적 의미

1. 불확정개념으로서 부당성 요건의 독자성

공정거래법상 금지행위 규정에서 ‘부당성 요건’은 어떠한 의미를 갖는가?⁹⁾ 동법상 시장지배적 지위 남용행위나 부당한 공동행위, 불공정거래행위 등 여러 금지규정을 보면, 법에서 금지하고자 한 특정한 행위들을 열거한 ‘행위’ 요건과 ‘부당성’ 요건을 두고 있다. 금지행위별로 부당성 요건의 의미는 다르게 해석되고 있지만, 공정거래법상 ‘부당성’ 요건은 행위 요건과는 구분하여 독자적으로 규범적인 의미를 갖는다는 점에서 동일하다.¹⁰⁾

6) 서울고등법원 2017.9.1. 선고 2017누36153 판결.

7) 대법원 2022.5.12. 선고 2017두63993.

8) 대법원 2022.5.26. 선고 2020두36267 판결.

9) 이 글의 “II. 공정거래법상 부당성 요건의 규범적 의미”의 논의는 정주미, “공정거래법상 불공정거래행위의 위법성에 관한 연구”, 박사학위 논문, 서울대학교, 2018, 166-176면의 내용을 보완하고 대폭 수정한 것이다.

‘부당성’ 요건을 두고 있는 금지행위 규정에 대한 해석 방식은 공정거래법 제9조의 기업결합에 관한 규정의 해석 방식과 차이가 있다. 법 제9조는 제1항에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 기업결합행위를 금지하면서, 제2항에서는 제1항의 행위에 해당되지 않은 예외적인 경우를 판단하는 기준을 제시하고 있다. 입법자가 기업결합 규제가 인정되지 않는 예외적인 경우를 법문에 구체적으로 명시해두고 있는 것이다. 하지만 ‘부당성’ 요건을 둔 금지행위 규정에 대해서는 입법자는 불확정개념으로서 ‘부당성’ 요건을 두었을 뿐, 이를 구체적으로 어떻게 해석해야 하는지를 법문에 마련해두지 않았다. 그렇기 때문에, 법을 적용함에 있어서 법집행자의 해석 작업이 필요한 것이다.¹¹⁾

입법자가 공정거래법에서 ‘부당성’ 요건을 활용하고 있는 이유는 공정거래법은 시장경제에서 공정하고 자유로운 경쟁을 보호하기 위한 법이고, 이를 위해 특정한 행위들을 금지하고 있는데, 유동적인 시장경제의 상황에서 입법자가 사전에 금지하고자 하는 행위를 구체적으로 명시하는 것은 불가능하거나 적절하지도 않기 때문이다.

동법의 목적에 비추어볼 때, 금지행위의 ‘부당성’은 공정하고 자유로운 경쟁의 측면에서 경쟁을 제한할 우려나 불공정성의 우려와 같은 부정적인 또는 위법적인 요소가 있다면 인정될 가능성이 높다. 하지만, 그러한 요소가 있다고 하여 무조건 위법성을 인정할 수는 없고, 다른 정당한 사유들도 이익형량하여 위법성을 확정해야 한다.

그 이유는 첫째로, 행위 한 사업자도 계약의 자유라는 권리를 가진 경제주체로서, 그가 사업상 필요성에 의하여 행위를 하였을 수 있기 때문이다. 둘째로, 경쟁촉진적인 효과로서 효율성 증대효과가 있을 수 있기 때문이다. 셋째로, 동법은 시장경제와 법질서 안에서 존재하기 때문에, 국민경제적 차원의 긍정적인 효과나 공익도 고려할 필요가 있기 때문이다.

2. 시장지배적 지위 남용행위의 부당성 요건

공정거래법상 금지행위별로 ‘부당성’ 요건의 의미를 살펴보면, 첫째로, 법 제5조 제1항에서는 시장지배적 지위 남용행위를 금지하면서, 시장지배적 사업자는 이하 각 호에서 열거한 5가지 행위 중 어느 하나에 해당하는 행위를 해서는 안 된다고 한다.

남용행위에 관한 전원합의체 판결인 ‘포스코’ 판결¹²⁾에서 대법원은 거래거절행위의 부당

10) 홍대식, “공정거래법상 특수관계인에 대한 부당이익제공행위의 의미 및 판단기준”, 「비교사법」 제21권 제1호(통권 제64호), 2014, 218-219면.

11) 박정훈, 「행정법의 체계와 방법론」, 박영사, 2005, 127면.

12) 대법원 2007.11.22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결.

성은 “시장에서의 자유로운 경쟁을 제한함으로써 인위적으로 시장질서에 영향을 가하려는 의도나 목적을 갖고, 객관적으로도 그러한 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로 평가될 수 있는 행위”일 때 인정할 수 있다고 하였다. 대법원은 부당성을 인정할 수 있는 기준으로 거래거절행위의 부정적인 또는 위법적인 요소인 경쟁제한의 의도와 효과에 대해서만 언급하고 있을 뿐, 해당 행위의 긍정적인 요소로서 정당한 사유는 어떻게 고려해야 하는지 언급하지 않았다. 이후 ‘포스코’ 판결의 판시 내용은 남용행위의 부당성 판단기준으로 자리잡았다.

‘SKT’ 판결¹³⁾에서 대법원은 ‘포스코’ 판결을 인용하면서, 부당성 판단에 있어서 객관적인 경쟁제한효과와 경쟁제한의도를 검토하여야 한다고 하였다. 뿐만 아니라 대법원은 여러 요소들을 종합적으로 고려하여 부당성 여부를 판단하였다. 예컨대, 대법원은 “인터넷 음악 서비스 사업자들의 수익과 저작권자의 보호 및 불법 다운로드 방지를 위한 것으로서 정당한 이유가 있다고 보이는 점”도 고려하였고, 부당성을 인정하지 않았다.

그 판단의 타당성은 논외로 하고, 이 사건에서 대법원은 부당성 판단에 있어서 행위 한 사업자들의 이익과 공익적인 측면을 정당한 사유로 고려하였음을 알 수 있다. 시장지배적 지위 남용행위의 ‘부당성’ 판단에 있어서는 경쟁제한효과나 의도뿐만 아니라 다른 정당한 사유들도 종합적으로 고려하여 판단해야 한다.

3. 부당한 공동행위의 부당성 요건

공정거래법 제40조 제1항에서는 사업자는 계약·협정·결의 또는 그 밖의 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 이하 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의하여서는 안 된다고 한다. 1999년 제7차 법개정¹⁴⁾을 통해 동법 제19조 제1항에서는 ‘경쟁을 실질적으로 제한하는’이라는 문언을 삭제하고 ‘부당하게 경쟁을 제한하는’이라는 문언을 두었다. 그 이유는 경쟁을 제한하는 행위라고 하더라도 무조건 금지하지 않고 다른 정당한 사유와의 형량 여지를 둘 수 있도록 하기 위함이라고 한다.¹⁵⁾

대법원은 부당한 공동행위의 경쟁제한성 여부는 “경쟁제한적 효과 외에 경쟁촉진적 효과도 함께 가져오는 경우에는 양자를 비교·형량하여” 판단해야 한다고 하면서, “경쟁촉진

13) 대법원 2011.10.13. 선고 2008두1832 판결.

14) 1999.2.5. 개정, 법률 제5813호.

15) 이봉의, “공정거래법상 공동행위의 부당성과 ‘특별한 사정’”, 『인권과 정의』 제430호, 2012, 132면.

적 효과는 그 공동행위로 인한 제반 비용감소 등 효율성 증대 효과 및 소비자 후생 증가 등을 포괄적으로 감안하되 합리적인 관점에서 그러한 경쟁촉진적 효과를 발생시키는 데 그 공동행위가 필요한지 여부 등을 종합적으로 고려하여야 한다.”고 하였다.¹⁶⁾ 대법원은 효율성 증대효과와 소비자 후생증대효과를 친경쟁적 효과로 보고, 이를 경쟁제한성을 판단 하는데 있어서 긍정적인 요소로서 고려하였다.

하지만, ‘화물운송회사 담합’ 판결¹⁷⁾에서 대법원은 가격담합행위가 원칙적으로 부당하고, “경제 전반의 효율성 증대로 인하여 친경쟁적 효과가 매우 큰 경우와 같이 특별한 사정이 있는 경우에는 부당하다고 할 수 없다.”고 하였다. 그러면서 대법원은 ① “화물연대의 요구사항 중의 하나인 하불료를 인상해 주기 위하여는 원고들이 화주들로부터 받는 운송료가 인상되어야 하는 등 어느 정도의 수익 증가가 원고들에게 필요하다고 보이는 점”과 ② “원고들 및 소외 회사들이 이 사건 합의를 하게 된 경위는 위와 같이 하불료를 인상하는데 필요한 재원 마련에 있었는데, 우리나라 육상화물 운송시장의 특성상 하불료는 지입차주들의 소득과 직결되어 있어 정부가 컨테이너 운임의 덤핑을 방지할 경우 출혈가격경쟁이 발생하여 이로 인한 전국적인 산업 분규, 물류의 차질 및 교통안전 위해 등의 문제가 발생할 수 있고, 이를 해결하기 위하여 추가되는 사회적 비용은 육상화물 운송시장에서의 가격경쟁으로 인한 소비자 후생 증대효과에 비교하여 적다고 볼 수 없는 점”을 들어, 친경쟁적 효과가 크다는 점에서 부당성을 인정하지 않았다.

대법원이 고려한 ①의 사유는 행위 한 사업자들의 사업상 필요성이고, ②의 사유는 국민경제적 차원 또는 공익적인 효과를 의미한다고 볼 수 있다. 이 사건에서 대법원은 다른 판결과 달리, 경쟁제한효과와 예외적으로 친경쟁적 효과를 비교형량하여 ‘부당성’을 판단하였고, 여기서 친경쟁적 효과로서 효율성 증대효과와 같은 경쟁촉진적 효과뿐만 아니라 사업상 필요성과 국민경제적 또는 공익적 사유도 고려하였다. 그런데 사업상 필요성이나 공익은 경쟁을 촉진하는 친경쟁적 효과라고는 보기 어렵다.

따라서 법 제40조 제1항에서는 부당하게 경쟁을 제한하는 공동행위를 금지하고 있으므로, 이러한 법문언에 기초하여 부당한 공동행위의 부당성 요건을 판단함에 있어서는 부정적인 요소인 경쟁제한효과와 긍정적인 요소인 사업상 필요성이나 공익, 경쟁촉진적 효과인 효율성 증대효과 등을 비교형량하여야 하는 것으로 해석하는 것이 적절하다.

16) 대법원 2016.2.18. 선고 2013두21281 판결.

17) 대법원 2009.7.9. 선고 2007두26117 판결.

4. 불공정거래행위의 부당성 요건

공정거래법 제45조 제1항에서는 사업자가 이하 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 해칠 우려(“공정거래저해성”)가 있는 행위를 하여서는 안 된다고 한다. 동항 각 호에서는 부당지원행위를 포함하여, 10가지 불공정거래행위를 열거하면서 부당성 요건을 두고 있다. 각 호에서 열거한 행위는 행위 요건에 해당하고, 각 호의 부당성 요건은 본문의 공정거래저해성 요건을 반복하고 있는 것으로서 동일한 것으로 볼 수 있다.¹⁸⁾

1990년 ‘정산실업’ 판결¹⁹⁾에서 대법원은 정당한 이유가 불공정거래행위의 부당성 또는 위법성을 조각하는 사유라고 하였다. 대법원은 “사업자의 행위가 법률 제15조나 제20조에 규정한 불공정거래행위에 해당하려면 ‘부당하게’ 행위하여야 하는 바 불공정거래행위의 해당성을 조각하기 위한 ‘정당한 이유’라 함은 전적으로 공정한 경쟁질서유지라는 관점에서 평가되어야 하고 단순한 사업경영상 필요 또는 거래상의 합리성 내지 필요성만으로는 ‘정당한 이유’가 인정되지 아니한다.”고 하였다.

위법성 조각사유라는 개념은 형법에서 찾아볼 수 있다. 형법상 구성요건에 해당하는 행위는 원칙적으로 위법하나, 예외적으로 위법성 조각사유에 해당되는 경우에는 위법하지 않게 된다. 이러한 경우란 형법에서는 ‘정당행위(법 제20조)나 정당방위(제21조), 긴급피난(제22조), 자구행위(제23조), 피해자의 승낙(제24조)’의 경우를 들고 있다. 하지만, 이후 대법원은 불공정거래행위의 부당성을 판단함에 있어서, ‘위법성 조각사유’ 대신 여러 요소들을 종합적으로 고려하여 부당성 요건으로서 공정거래저해성 여부를 판단하도록 하였다.

공정위의 「불공정거래행위 심사지침」²⁰⁾에서는 불공정거래행위의 부당성을 판단하기 위해서, 경쟁제한성 또는 불공정성과 같은 부정적인 요소와 효율성 증대효과와 소비자후생 증대효과, 사업상 필요성과 같은 정당한 사유를 비교형량하도록 하고 있다. 판례를 보면, 법원은 불공정거래행위의 부당성을 판단함에 있어서 부정적인 요소로는 불공정성이 있다고 보았고²¹⁾, 긍정적인 요소로는 사업상 필요성²²⁾과 공익²³⁾과 같은 사유를 고려하였으나, 경

18) 정호열, 「경제법(제7판)」, 박영사, 2022, 391면.

19) 대법원 1990.4.10. 선고 89다가29075 판결.

20) 공정위 예규 제387호, 2021.12.22., 개정.

21) 정주미, 앞의 글, 62면.

22) 대법원 1998.9.8. 선고 96누9003 판결; 대법원 2004.7.9. 선고 2002두11059 판결; 대법원 2004.12.9. 선고 2002두12076 판결; 대법원 2006.12.7. 선고 2004두4703 판결; 대법원 2006.5.12. 선고 2003두14253 판결; 대법원 2007.2.23. 선고 2004두14052 판결; 대법원 2008.2.14. 선고 2004다39238 판결; 대법원 2012.4.26.

쟁취진효과로 볼 수 있는 효율성 증대효과나 소비자후생 증대효과는 고려하지 않았다.²⁴⁾

III. 부당한 이익제공행위의 부당성 요건의 의미

1. 부당지원행위의 부당성 요건의 의미

(1) 부당지원행위의 행위 요건과 부당성 요건의 구분

공정거래법상 부당한 이익제공행위의 부당성 요건에 대하여 검토하기 위해서는 우선 부당지원행위의 부당성 요건에 대한 해석론을 참고할 필요가 있다. 1996년 공정거래법에 도입된 부당지원행위와 2013년 도입된 부당한 이익제공행위(구법 제23조의2 제1항)는 대규모기업집단의 경제력 집중을 억제하기 위한 사전규제들이 있는 제4장이 아닌, 불공정거래행위의 한 유형으로 부당지원행위(구법 제23조 제1항 제7호)가 있는 제6장에 위치하게 되었다.

부당한 지원행위가 금지되기 위해서는 첫째로, 행위 요건을 충족하는지 따져보아야 한다. 예를 들어, 법 제45조 제1항 제9호 가목의 경우를 보면, “특수관계인 또는 다른 회사에 가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·상품·용역·무체재산권 등을 제공하거나 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위”가 성립해야 한다. 즉 지원주체와 지원객체 간에 거래가 ‘상당히 유리한 조건’으로 이루어져야 한다. 시행령 [별표 2]에서는 “과다한 경제상 이익을 제공하여” 지원하는 경우라고 구체화하고 있다.

다만, 부당지원행위는 대규모기업집단의 경제력 집중을 억제하기 위해 입법이 되었음에도, 불공정거래행위의 한 유형으로 입법이 되었기에, 모든 사업자가 해당 규정의 적용을 받을 수 있게 되어 있다.²⁵⁾ 실무상 대규모기업집단이 아닌 경우에는 법집행을 하지 않고 있지만, 부당지원행위의 수범자를 법에 명문으로 제한하는 것이 적절하다.

둘째로, 지원행위의 부당성 요건도 따져보아야 하는데, 대법원은 불공정거래행위와 마찬가지로, 부당지원행위의 부당성 요건도 ‘공정거래저해성’이라고 하였다. 하지만 대법원은 부

선고 2010두4858 판결; 대법원 2012.5.10. 선고 2010두4896 판결 등.

23) 대법원 2001.12.11. 선고 2000두833 판결.

24) 정주미, 앞의 글, 189면.

25) 이봉의, 「공정거래법」, 박영사, 2022, 972면.

당지원행위의 공정거래저해성은 ‘경제력 집중’ 방지의 측면에서 해석하였다. 대법원은 “부당 지원행위를 불공정거래행위의 한 유형으로 규정하여 이를 금지하는 입법 취지가 공정한 거래질서의 확립과 아울러 경제력집중의 방지에 있는 점”들을 고려하면, 지원행위가 부당성을 갖는지의 여부는 “지원주체와 지원객체와의 관계, 지원행위의 목적과 의도, 지원객체가 속한 시장의 구조와 특성, 지원성 거래규모와 지원행위로 인한 경제상 이익 및 지원기간, 지원행위로 인하여 지원객체가 속한 시장에서의 경쟁제한이나 경제력집중의 효과 등은 물론 중소기업 및 여타 경쟁사업자의 경쟁능력과 경쟁여건의 변화 정도, 지원행위 전후의 지원객체의 시장점유율의 추이, 시장개방의 정도 등을 종합적으로 고려하여 당해 지원행위로 인하여 지원객체의 관련 시장에서 경쟁이 저해되거나 경제력 집중이 야기되는 등으로 공정한 거래가 저해될 우려가 있는지 여부에 따라 판단하여야 할 것”이라고 하였다.²⁶⁾

(2) 부당성 요건(공정거래저해성)의 판단기준

「부당한 지원행위의 심사지침」²⁷⁾에서는 ‘공정거래저해성’을 판단하기 위한 구체적인 기준으로 다음의 기준들을 제시하고 있다. 즉 “① 지원객체가 해당 지원행위로 인하여 일정한 거래분야에 있어서 유력한 사업자의 지위를 형성·유지 또는 강화할 우려가 있는 경우, ② 지원객체가 속하는 일정한 거래분야에 있어서 해당 지원행위로 인하여 경쟁사업자가 배제될 우려가 있는 경우, ③ 지원객체가 해당 지원행위로 인하여 경쟁사업자에 비하여 경쟁조건이 상당히 유리하게 되는 경우, ④ 지원객체가 속하는 일정한 거래분야에 있어서 해당 지원행위로 인하여 지원객체의 퇴출이나 타사업자의 신규진입이 저해되는 경우, ⑤ 관련법령을 면탈 또는 회피하는 등 불공정한 방법, 경쟁수단 또는 절차를 통해 지원행위가 이루어지고, 해당 지원행위로 인하여 지원객체가 속하는 일정한 거래분야에서 경쟁이 저해되거나 경제력 집중이 야기되는 등으로 공정한 거래가 저해될 우려가 있는 경우”라고 한다(지침 IV. 2.). 이러한 기준들은 ‘경쟁저해성’에 관계되는 것으로, ②의 항목은 경쟁제한성을 가리키고, 그 외의 항목들은 ‘경쟁의 왜곡 또는 저해’의 정도를 가리킨다.²⁸⁾

그렇다면 경제력 집중은 무엇을 의미하는가? 일반집중(overall concentration)은 기업집단 내 계열회사를 지원하는 행위를 통해 “기업집단이 국민경제에서 차지하는 지위를 유지 또는 강화해가는 것”이다.²⁹⁾ 시장집중(market concentration)은 “개별 상품·용역시장에서

26) 대법원 2004.10.14. 선고 2001두2881 판결.

27) 공정위 예규 제396호, 2021.12.30., 일부개정.

28) 이봉의, 앞의 책, 1015면.

우월한 지위를 차지하는 기업들의 지배력”³⁰⁾ 또는 집중도를 의미하고, 이는 경쟁제한성의 여부를 판단하여야 한다.

공정거래법 제1조에서는 시장지배적 지위 남용행위를 규제하고 과도한 경제력의 집중을 방지함 등을 통해서 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진하도록 하고 있다. 시장집중 측면의 문제는 동법상 시장지배적 지위 남용행위나 부당한 공동행위, 기업결합 등 금지행위 규정에서 경쟁제한행위를 금지함을 통해서 해결하고 있다. 그렇다면 경제력 집중의 방지의 측면은 시장집중과는 독립적으로 파악하고, 일반집중과 소유집중의 측면에서 이해하는 것이 적절하다.³¹⁾

또한 동법상 부당지원행위에 관해서 경제력 집중의 의미는 일반집중으로 보는 것이 적절하다.³²⁾ 그 이유는 부당지원행위를 금지하게 된 입법취지가 대기업집단의 경제력 집중을 억제하기 위함에 있었기 때문이다.³³⁾ 또한 ‘삼성 SDS’ 판결³⁴⁾에서 대법원은 “변칙적인 부의 세대 간 이전 등을 통한 소유집중의 직접적인 규제”는 부당지원행위를 금지하는 법의 목적이 아니라고 하였기 때문이다.

하지만 법원은 부당지원행위의 부당성을 경제력 집중 억제만을 기준으로 인정하지 않았다. 법원은 부당지원행위의 입법취지가 경제력 집중 억제에 있는 점과 부당지원행위를 불공정거래행위로 금지하여 공정거래저해성을 부당성 판단기준으로 두게 된 점을 감안하여, 그 부당성은 ‘경쟁저해로 인한 경제력 집중의 우려’에 있다고 하였다.³⁵⁾ 대법원은 ‘삼성 SDS’ 판결에서 “경제력 집중의 억제가 부당지원행위 규제의 입법 목적에 포함되어 있다고 하더라도, 법상 경제력 집중의 억제와 관련하여서는 구법 제3장에서 지주회사의 제한적 허용, 계열회사 간 상호출자금지 및 대규모기업집단에 속하는 중소기업창업투자회사의 계열회사의 주식취득금지, 금융회사 또는 보험회사의 의결권제한 등에 관하여 규정을 배풀어 대규모기업집단의 일반집중을 규제하면서도 부당지원행위는 제5장의 불공정거래행위의 금지의 한 유형으로서 따로 다루고 있”다고 하면서, “시장집중과 관련하여 볼 때 기업집단 내에서의 특수관계인 또는 계열회사 간 지원행위를 통하여 발생하는 경제력 집중의 폐해

29) 이봉의, 앞의 책, 945-946면.

30) 홍명수, 「재벌의 경제력집중규제」, 경인문화사, 2006, 7면.

31) 홍명수, “현저한 규모에 의한 지원행위(물량몰이주기의) 규제 법리 고찰”, 「법과사회」 제42권, 2012, 241면.

32) 권오승·서정, 「독점규제법(제5판)」, 법문사, 2022, 614면; 이봉의, “독점규제법상 부당지원행위”, 「경쟁법연구」 제27권, 2013, 246면; 이선희, “공정거래법상 사익편취행위 규제의 쟁점 검토”, 「성균관법학」 제30권 제3호, 2018.9, 257-258면.

33) 이봉의, 앞의 글(2013), 246면; 권오승·서정, 위의 책, 614면.

34) 대법원 2004.9.24. 선고 2001두6364 판결.

35) 이봉의, 앞의 책, 949면.

는 지원행위로 인하여 직접적으로 발생하는 것이 아니라 지원을 받은 특수관계인이나 다른 회사가 자신이 속한 관련 시장에서의 경쟁을 저해하게 되는 결과 발생할 수 있는 폐해라고 할 것”이라고 하였다.

따라서 부당지원행위의 부당성은 지원객체가 속한 시장의 경쟁이 저해되어 궁극적으로 경제력 집중(일반집중)이 야기될 우려가 있는지를 고려해야 한다. 반대로, 지원행위의 경쟁제한성이 상당하다고 하더라도, 중장기적으로 일반집중의 우려가 없다면, 부당성을 인정하지 않아야 한다.³⁶⁾

한편, 대법원은 “지원행위가 부당성을 갖는지 유무는 오로지 공정한 거래질서라는 관점에서 평가되어야 하는 것이고 공익적 목적, 소비자 이익, 사업경영상 또는 거래상의 필요성 내지 합리성 등도 공정한 거래질서와 관계없는 것이 아닌 이상 부당성을 갖는지 유무를 판단함에 있어 고려되어야 하는 요인의 하나”라고 하였다.³⁷⁾

2. 부당한 이익제공행위의 행위 요건의 의미

공정거래법 제47조 제1항에서 부당한 이익제공행위의 행위의 주체는 공시대상기업집단(동일인이 자연인인 기업집단으로 한정)에 속하는 국내 회사이다. 행위의 객체는 ① 특수관계인(동일인 및 그 친족으로 한정) 또는 ② 동일인이 단독으로 또는 다른 특수관계인과 합하여 발행주식총수의 100분의 20 이상의 주식을 소유한 국내 계열회사, ③ 그 계열회사가 단독으로 발행주식총수의 100분의 50을 초과하는 주식을 소유한 국내 계열회사이다.

부당한 이익제공행위의 행위 요건을 보면, 법 제47조 제1항에서는 이하 각 호에서 4가지 행위들을 열거하고 있다. 이는 행위 주체가 행위 객체에게 ① 상당히 유리한 조건(제1호, 제3호) 또는 ② 상당한 규모로(제4호) 거래하거나 ③ 상당한 이익이 될 사업기회를 제공(제3호)하는 등 ‘상당한’ 정도의 이익을 제공하는 것을 말한다. 행위 요건이 성립하려면 그러한 이익이 특수관계인에게 귀속되어야 한다.

다만, 시행령 [별표 3]은 부당한 이익제공행위에 해당되지 않는 경우로서 안전지대를 두고 있다. 즉 법 제47조 제1항 제1호와 제3호의 경우 “특수관계인이 아닌 자와의 정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건과의 차이가 100분의 7 미만이고, 거래 당사자 간 해당 연도 거래총액이 50억 원(상품·용역의 경우에는 200억 원) 미만인 경우

36) 이봉의, 앞의 책, 1020면.

37) 대법원 2004.10.14. 선고 2001두2935 판결.

에는 상당히 유리한 조건에 해당하지 않는다.”고 본다. 또한 동항 제4호의 경우 “거래당사자 간 상품·용역의 해당 연도 거래총액(둘 이상의 회사가 동일한 거래상대방과 거래하는 경우에는 각 회사의 거래금액의 합계액)이 200억 원 미만이고, 거래상대방의 평균매출액의 100분의 12 미만인 경우에는 상당한 규모에 해당하지 않는 것”으로 본다. 안전지대는 행정비용을 줄이기 위해 편의상 범적용이 제외되는 경우를 정한 것일 뿐이고, 안전지대에 해당하지 않는 경우는 모두 상당성이 인정되는 당연위법한 것으로 볼 수 없다.³⁸⁾

그런데 부당한 지원행위는 법문상 행위 요건의 ‘상당성’ 요건에 더하여, 시행령 [별표 2]에서 “과다한 경제상 이익을 제공하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위”로 지원행위의 성립요건을 추가하고 있다. 그에 따라 대법원은 법문의 ‘상당히 유리한 조건의 거래’를 ‘상당히 낮거나 높은 대가로 또는 상당한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하는 행위’로 해석하고 있다.

부당한 이익제공행위도 특수관계인에게 귀속되는 이익이 있는 기업집단 내의 모든 거래를 금지할 수는 없다. 따라서 해석론으로 이익제공행위의 성립요건 차원에서 부당지원행위에 관하여 시행령 [별표 2]에 규정하고 있는 ‘과다한 경제상 이익’이 특수관계인에게 귀속되는지를 검토해야 한다는 견해가 있다.³⁹⁾ 이익제공행위는 ‘과다한’ 정도는 아니더라도 “정상적인 수준을 상당히 넘는 경제적 이익이 귀속되는지”를 검토할 필요가 있다.⁴⁰⁾ 하지만 시행령을 개정하는 것이 보다 바람직하다.

3. 부당한 이익제공행위의 부당성 요건의 의미

(1) ‘현대’ 및 ‘한진’ 의결

실무상 부당한 이익제공행위의 부당성 요건이 어떻게 해석되고 있는지를 살펴보기 위해, 공정위 의결과 판례를 검토하고자 한다. 법 집행 초기, 2016년 ‘현대’ 의결⁴¹⁾과 2017년 ‘한진’ 의결⁴²⁾에서 공정위는 특수관계인에게 직접 또는 간접으로 부당한 이익이 귀속되었다면, 부당한 이익제공행위의 부당성을 인정하였다.

38) 홍대식, 앞의 글(2014), 217-218면.

39) 이봉의, 앞의 책, 1055면.

40) 홍대식, 앞의 글(2014), 216-217면.

41) 공정위 2016.7.7. 의결 제2016-189호.

42) 공정위 2017.1.10. 의결 제2017-009호.

(2) 서울고등법원의 ‘한진’ 판결

그와 달리 2017년 ‘한진’ 판결⁴³⁾에서 서울고등법원은 해당 행위가 부당한 이익제공행위에 해당하지 않다고 하면서, 법원은 부당한 이익제공행위의 부당성은 특수관계인에게 부당한 이익이 귀속되어 경제력 집중의 우려가 있는지를 검토해야 한다고 판시하였다.

법원은 공정거래법상 부당지원행위에 해당하기 위해서는 공정거래저해성이 인정되어야 하는데, “지원객체가 자연인인 특수관계인인 경우에는 공정거래저해성을 증명하기 곤란함에 따라 총수 있는 대기업집단이 특수관계인에게 편법을 통해 과도한 경제성 이익을 제공하거나 그러한 행위를 통해 경영권을 편법승계할 경우 이를 제재할 수 없는 문제점이 있었다.”고 지적하면서, “총수 있는 대기업집단의 사익 편취를 통한 경제력 집중을 억제하기 위하여”, 부당한 이익제공행위에 관한 조항이 신설되었다고 하였다.

그러면서 법원은 “당초 위 개정법률안이 발의되었을 때에는 위 조항에 규정된 부당한 이익이라는 표현이 없었고, 정당한 이유 없이 특수관계인에게 직접 또는 간접적으로 경제성 이익을 귀속시키는 행위라는 문언만 있었으나, 위 조항이 내부거래 자체를 금지하는 것이 아니라는 점과 총수일가에게 귀속되는 모든 이익을 규제하려는 것이 아니라 부당하게 귀속된 이익만을 규제하려 한다는 점, 그러한 사항에 대한 증명책임이 공정거래위원회에 있다는 점 등을 나타내기 위해 국회 법안 심의과정에서 부당한 이익이라는 표현으로 최종 수정되게 되었다.”고 하였다.

따라서 법원은 입법과정, 최종적인 법률의 문언내용, 입법취지 및 입법목적 등에 비추어 보면, 부당한 이익제공행위는 “각 호에서 정한 행위의 충족 여부와는 별도로 그러한 행위가 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 것인지 여부에 대한 규범적 평가가 아울러 이루어져야 한다.”고 하였다. 그리고 “행위의 목적, 행위 당시 행위주체·객체들이 처한 경제적 상황, 귀속되는 이익의 규모 등을 종합적으로 고려하여 사익 편취를 통한 경제력 집중이 발생할 우려가 있는지를 구체적·개별적으로 판단하여야 할 것이고”, “공정거래저해성이 아니라 경제력 집중의 맥락에서 이를 조명하여야 할 것”이라고 하였다.

43) 서울고등법원 2017.9.1. 선고 2017누36153 판결.

(3) 이후 의결들과 ‘하이트진로’ 판결, 심사지침

2018년 ‘하이트진로’ 사건⁴⁴⁾, ‘효성’ 사건⁴⁵⁾과 다음 해에 ‘태광’ 사건⁴⁶⁾과 ‘대림’ 사건⁴⁷⁾과 이듬 해에 ‘한화’ 사건⁴⁸⁾과 ‘미래에셋’ 사건⁴⁹⁾ 등 여러 의결에서 공정위는 특수관계인에게 제공한 이익의 정도가 정상적인 수준을 넘어 상당한 정도인지와 이익을 제공할 의도가 있었는지, 귀속된 이익이 상당한지 등을 검토하였다. ‘한진’ 판결⁵⁰⁾에서 서울고등법원이 판시한 바와 같이 경제력 집중의 우려가 있는지의 여부를 검토하지는 않았다.

‘하이트진로’ 원심 판결⁵¹⁾에서도 서울고등법원은 공정위와 같은 판단기준을 적용하였다. 즉 부당한 이익제공행위 “규정은 재벌 일가의 사익편취행위에 대한 규제상의 난점을 해소하기 위해 수범자를 일정 규모 이상의 대기업집단 소속 특수관계인 사이의 거래로 좁게 한정했고” 불공정거래행위의 경우 “공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위가 필요한 것과 별개의 조항으로 신설했으며, 공정한 거래를 저해하는지가 아니라 특수관계인에게 부당한 이익을 제공했는지를 위법성 판단의 기준으로 금지규정을 신설하는 것이 입법취지”라고 하면서, 상당한 이익이 특수관계인에게 귀속되었는지만을 판단하였다.

2020년 2월 제정된 「특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위 심사지침」⁵²⁾ 역시 위와 같은 입장을 취하였다. 심사지침도 특수관계인에게 ‘부당한 이익’이 귀속되었는지를 판단하되, 공정거래저해성을 입증할 필요가 없다고 하였다.

한편, ‘태광’ 사건⁵³⁾에서 공정위는 “태광 소속 계열회사가 티시스에게 상당히 유리한 조건으로 휘슬링락CC 김치를 구매하거나 합리적인 고려나 비교 없이 상당한 규모로 메르뱅 와인을 구매함으로써 특수관계인들에게 부당한 이익이 귀속되었다.”고 하였다. 그러면서 공정위는 “법문이 ‘특수관계인에게 귀속되는 이익이 부당’한지의 여부를 검토하도록 하고 있으므로, 여기서의 부당성은 이익 자체가 부당한지 여부에 초점이 맞추어져야 하므로, 부

44) 공정위 2018.3.26. 의결 제2018-110호.

45) 공정위 2018.5.21. 의결 제2018-148호.

46) 공정위 2019.8.23. 의결 제2019-201호.

47) 공정위 2019.9.9. 의결 제2019-217호.

48) 공정위 2020.9.14. 의결 제2020-261호.

49) 공정위 2020.9.18. 의결 제2020-262호.

50) 서울고등법원 2017.9.1. 선고 2017누36153 판결.

51) 서울고법 2020.2.12. 선고 2018누44595 판결.

52) 공정위 예규 제341호, 2020.2.25., 제정; 현행 지침은 공정위 예규 제397호, 2021.12.30., 일부개정.

53) 공정위 2019.8.23. 의결 제2019-201호.

당성은 합리적 이유가 없음에도 불구하고 특수관계인에게 이익이 귀속되었고, 이렇게 귀속된 이익의 규모가 미미한 수준이 아니라면 인정될 수 있는 개념으로 파악하면 족할 것”이라고 하였다.

따라서 공정위는 김치의 경우, ① 정상가격 상한에 비해 상당히 높은 수준으로 김치를 판매하였다는 점과 ② 특수관계인에게 부당한 이익이 귀속되었던 점, ③ 동종업계 대비 과도한 영업이익률을 달성한 점, ④ 티시스는 이 사건 김치거래가 자신에게 상당히 유리한 조건의 거래로서 특수관계인들에 대해 부당한 이익이 제공될 것임을 인식하고 있었거나 인식할 수 있었던 점, ⑤ 전 계열사가 동원된 사안으로서 그 규모도 상당한 수준이므로 동일인의 사전 또는 사후승인 없이 추진되기 어려웠을 것인 점 등을 고려하였다.

또한 공정위는 와인의 경우, ① 거래가 상당한 규모의 거래인 점, ② 계열회사들이 구매에 있어서 합리적인 고려나 비교 과정이 있었다고 보기 어려운 점, ③ 특수관계인에게 부당한 이익이 귀속되었던 점, ④ 특수관계인들에 대해 부당한 이익이 제공될 것임을 인식하고 있었거나 인식할 수 있었던 점, ⑤ 총수일가가 100% 지분을 가졌지만, 동일인은 지분을 보유하지 않아 대주주가 아니었음에도 회사의 설립·처분, 배당금 지급 과정 등에 대한 최종적인 의사결정을 하였던 점 등을 고려하였다.

다만, 공정위는 이 사건 김치거래는 경제력 집중의 우려로서 소유집중과 시장집중도 발생시킨 것으로 볼 수 있다는 점도 인정하였다.⁵⁴⁾ 첫째로, 소유집중 여부를 검토하였는데, “이 사건 김치거래에 따라 최소 24.77억 원에 달하는 상당한 규모의 부당이득(영업이익은 44.85억 원)이 舊티시스를 통해 지분 100%를 소유하였던 특수관계인에게 귀속되었는데, 舊티시스가 기업집단 태광의 다중지배구조 중심에 있었던 주요 기업임을 감안하면 동 회사에 대한 지원은 그 자체로 소유집중이 발생할 우려가 있었다고 평가 가능하다.”고 하였다.

둘째로, 시장집중 여부를 검토하였는데, “골프장 개장 이래 지속적인 영업적자에 시달리던 휘슬링락CC의 재무구조가 김치거래 이후 흑자 전환하였고 이를 기반으로 2015년부터 2017년까지 골프장 내부조정 및 코스개선공사가 이어짐에 따라 고급 회원제 골프장 시장에서 지위를 유지·강화함으로써 경쟁기회를 실질적으로 제한하여 시장집중 우려가 발생하였다고 인정된다.”고 하였다.

54) 공정위 ‘태광’ 사건 의결서 74면, 각주 59.

(4) 공정위의 ‘SK’ 의결과 대법원의 ‘한진’ 판결, ‘하이트진로’ 판결

그러다가 2022년 ‘SK’ 사건⁵⁵⁾에서 공정위도 부당한 이익제공행위의 부당성 여부를 판단하였다. 공정위는 사업기회를 제공한 행위가 특수관계인에게 부당한 이익이 귀속되었는지 여부를 검토하면서, 특수관계인이 이러한 행위에 위법하게 관여하였고, 이 사건 행위로 인한 경제력 집중의 발생 우려가 존재한다고 보았다.

공정위는 경제력 집중은 시장집중과 일반집중, 소유집중으로 구분된다고 하면서, “이 사건 사업기회의 제공객체가 특수관계인 개인인 점을 고려할 때 이 사건 사업기회 제공행위를 통하여 특정 기업이 국민경제 내에서 자산이나 부가가치 등을 점유하는 수준이 얼마나 심화되었는지를 보는 일반집중이나 일정 거래분야에서 특정 기업의 시장점유율 등의 수준이 얼마나 집중되는가를 보는 시장집중이 발생할 우려가 있는지 판단하는 것은 어렵다.”고 하였다.

그러면서 이 사건의 경우에는 소유집중의 우려가 있음을 인정하였다. “소유집중은 기업이나 기업집단의 주식이 특정인에게 어느 정도 집중되어 있는지를 의미하는 바, 특수관계인 △△△이 이 사건 잔여지분을 TRS 방식으로 취득하여 간접적으로 보유하고 있음을 감안하면 △△△의 주식 보유현황을 통해 소유집중이 강화될 우려가 있는지를 판단하기는 어려운 측면이 있다.”고 하였다. 그러나 “에스케이이는 ① 경영권의 인수를 검토할 때부터 실트론의 ○○○○을 고려하고 있었고, ② 비상장회사가 상장될 경우 통상 시세차익이 예상되는 점, ③ 그러한 시세차익을 얻게 되는 경우 대기업집단 총수일가는 이를 기업집단 지배구조상 효율적으로 기업집단 전체를 지배할 수 있는 특정 계열회사의 지분을 늘려 자신들의 지배력을 강화하는데 활용하는 점 등을 종합적으로 고려할 때 이 사건 사업기회 제공행위로 인하여 특수관계인 △△△으로의 소유집중은 더욱 강화될 우려가 존재한다고 볼 수 있다.”고 하였다.

한편, ‘한진’ 판결⁵⁶⁾에서 대법원은 부당한 이익제공행위의 부당성은 경제력 집중의 우려 중 소유집중의 측면에서 고려해야 한다고 하였다. 대법원은 “부당지원행위는 현저히 유리한 조건의 거래를 통해 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하고 이로써 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 경우로 한정되었다.”고 하면서 “그 지원행위가 현저히 유리한 정도에 미

55) 공정위 2022.3.16. 의결 제2022-071호.

56) 대법원 2022.5.12. 선고 2017두63993.

치지 못하거나 시장에 참여하고 있는 사업자가 아닌 특수관계인 개인을 지원하는 경우에는 변칙적인 부의 세대 간 이전 등을 통한 소유집중의 우려가 있어도 사실상 공정거래저해성을 입증하는 것이 곤란하여 규제가 어려웠다.”는 점에서, 부당한 이익제공행위 규정이 신설되었다고 하였다.

따라서 대법원은 “부당성이란, 이익제공행위를 통하여 그 행위객체가 속한 시장에서 경쟁이 제한되거나 경제력이 집중되는 등으로 공정한 거래를 저해할 우려가 있을 것까지 요구하는 것은 아니고, 행위주체와 행위객체 및 특수관계인의 관계, 행위의 목적과 의도, 행위의 경위와 그 당시 행위객체가 처한 경제적 상황, 거래의 규모, 특수관계인에게 귀속되는 이익의 규모, 이익제공행위의 기간 등을 종합적으로 고려하여, 변칙적인 부의 이전 등을 통하여 대기업집단의 특수관계인을 중심으로 경제력 집중이 유사·심화될 우려가 있는지 여부에 따라 판단하여야 한다.”고 하면서 이는 피고가 증명하여야한다고 하였다. ‘하이트진로’ 판결⁵⁷⁾에서도 대법원은 위 ‘한진’ 판결⁵⁸⁾의 판시를 그대로 인용하였다.

(5) 부당한 이익제공행위의 부당성 요건의 독자성

부당한 이익제공행위에 대한 심사지침에서는 부당성 판단의 원칙으로 ‘공정거래저해성’을 입증할 필요가 없다고 한다. 2013년 법개정 당시 입법자가 부당한 이익제공행위 규정을 부당지원행위와 마찬가지로 제5장의 불공정거래행위 규정 아래에 두었다고 하더라도, 동법 제23조의2 규정에 ‘공정거래저해성’이라는 문언이 없는 이상, 법해석상으로 이를 입증해야 할 필요가 없다.⁵⁹⁾ 하지만 부당한 이익제공행위는 ‘부당성’ 요건을 두고 있어서, 이에 대한 해석은 필요하다.

부당한 이익제공행위의 부당성 요건의 의미에 대한 논의를 살펴보면, 첫째로, 경제력 집중은 추상적인 개념이고, 상당한 이익이 특수관계인에게 제공된다면, 원칙적으로 위법하며, 공정위는 사익편취성이 없다는 예외적인 경우가 없는지만을 소극적으로 입증하고, 정당한 사유는 사업자 측에서 적극적으로 입증해야 한다는 견해가 있다.⁶⁰⁾

둘째로, 공시대상기업집단만이 지원주체로서 법 적용대상에 한정되고, 시행령의 일정한

57) 대법원 2022.5.26. 선고 2020두36267 판결.

58) 대법원 2022.5.12. 선고 2017두63993.

59) 이봉의, 앞의 책, 1052면.

60) 김윤정, “공정거래법상 사익편취행위 규제의 현황과 개선방안(대한항공 사건을 중심으로)”, 『경쟁법연구』 제17권 제2호, 2018, 27-28면.

수준 이하의 거래는 상당한 정도에 해당되지 않는다고 적용범위를 제한하고 있다는 점에서, 규제의 대상이 한정되어 있음에도 불구하고 경제력 집중의 억제 측면에서까지 부당성 요건의 입증을 요한다면, 공정위에게 과도한 입증의 부담을 줄 수 있다는 견해도 있다.⁶¹⁾

셋째로, 부당한 이익제공행위의 유형들이 상법상 선관의무나 충실의무에 위반된다고 합리적으로 예상할 수 있다는 점에서, 이러한 행위는 특별한 사정이 없는 한, 원칙적으로 부당하고, 경영상 합리성을 부당성을 부인할 수 있는 항변사유로서 고려할 수 있다는 견해도 있다.⁶²⁾

하지만, 부당한 이익제공행위는 부당성 요건에 대한 공정위의 적극적인 해석작업이 요구된다. 첫째로, 최종적인 입법의 과정에서 부당성 요건이 추가되었다는 점에서 위 요건에 대한 문언적인 해석에 기초하여, 부당성 요건이 있는 한, 입증책임이 사업자에게 전가될 수는 없다는 견해들이 있다.⁶³⁾ 둘째로, 기업집단 내에서 빈번하게 이루어지는 거래가 결과적으로 특수관계인에게 상당한 이익이 귀속되는 경우를 모두 금지할 수는 없기 때문이다. 셋째로, 공정거래법 제1조가 명시한 동법의 목적에 비추어 부당한 이익제공행위는 경제력의 집중을 방지하기 위한 범위 내에서만 금지하는 것이 적절하기 때문이다.

(6) 소유집중의 의미

그렇다면, 부당한 이익제공행위의 ‘부당성’ 요건은 부정적인 요소로 무엇을 고려해야 할까? 공정거래법 제1조에서는 법은 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진하기 위한 수단의 하나로써 과도한 경제력의 집중을 방지하고 있다고 한다. 기업집단의 내부거래는 거래비용을 효율적으로 절감하기 위하여 이루어질 수도 있지만, 기업집단 내 특정한 계열회사를 지원하기 위한 거래(propping)의 목적으로 이루어질 수도 있고, 지배주주가 사적이익을 추구하기 위한 목적(tunneling)으로 이루어질 수도 있다.⁶⁴⁾

경제력의 집중 중 프로핑(propping)을 통한 일반집중 문제에 대해서는 부당지원행위의

61) 조성국, “공정거래법상 사익편취 규제의 정체성 탐색에 관한 연구”, 「법학논문집」 제43집 제2호, 2019, 87-88면.

62) 이황, “공정거래법상 ‘특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위’에서 ‘부당한 이익’의 해석론”, 「법학논문집」 제41집 제2호, 2017, 194-195면.

63) 신영수, 앞의 글(2015), 257면; 이봉의, “공정거래법상 특수관계인에 대한 이익제공의 ‘부당성’에 관한 해석 방법론”, 「선진상사법률연구」 통권 제81호, 2018, 53-54면; 이선희, 앞의 글, 278-279면; 홍대식, 앞의 글(2014), 218-219면.

64) 백미연, “대기업집단 계열사 간 내부거래자료를 이용한 터널링에 대한 실증 연구”, 박사학위 논문, 서울대학교, 2019, 21-27면.

금지를 통해 규제하고 있다. 대법원은 부당지원행위는 지원행위로 특수관계인이나 다른 회사가 속한 시장에서 경쟁을 저해하게 되는 결과, 그 폐해로 인하여 경제력 집중의 우려가 있는 경우를 금지하는 것이라고 하였다. 여기서 경제력 집중은 일반집중의 측면을 의미한다.⁶⁵⁾

그리고 ‘삼성 SDS’ 판결⁶⁶⁾에서 대법원은 특수관계인에게 부당한 이익이 제공되는 경우 부당지원행위로는 총수 있는 대기업집단의 총수일가의 터널링을 통한 편법승계 또는 변칙적인 부의 세대 간 이전과 같은 경제력 집중, 특히 소유집중을 규제하기 어렵다고 하였다. 2005년 ‘현대택배’ 판결⁶⁷⁾, 2006.8.24. ‘삼성생명보험’ 판결, 2007.10.26. ‘LG 화학’ 판결, 2009.9.24. ‘두산산업개발’ 판결에서도 대법원은 터널링을 목적으로 한 행위가 경쟁저해성이 입증되지 못했다는 점에서 부당지원행위에 해당되지 않는다고 하였다. 이러한 이유에서 2013년 부당한 이익제공행위 규정이 신설되었던 입법취지를 감안할 때⁶⁸⁾, 부당한 이익제공행위의 부당성으로는 경제력 집중 중 ‘소유집중’을 고려할 필요가 있다.

뿐만 아니라 부당한 이익제공행위와 부당지원행위의 중복의 문제를 해소하기 위해서도 전자의 부당성은 독자적으로 소유집중에 한정하는 것이 적절하다. 양자의 부당성 판단기준의 중복을 해소하기 위한 구분이 필요하다.

‘하이트진로’ 사건을 보면, 공정위⁶⁹⁾는 하이트진로가 총수일가 소유인 ‘서영이엔티’를 직접 또는 ‘삼광글라스’를 교사하여 2008.4.~2017.9. 부당지원행위를 하였고, 총수 2세가 ‘서영이엔티’를 인수한 직후 각종 통행세 거래 및 우회 지원으로 막대한 부당한 이익을 제공하였다는 점에서 부당한 이익제공행위를 하였다고 보았다. 공정위는 이 사건의 행위들이 총수일가의 지배력 강화와 경영권 승계의 과정에서 이루어졌고, 그 결과 중소기업 간의 공정거래질서가 훼손되었으며 총수 2세로의 경영권 승계를 위한 토대가 제공되었다고 보았다. 즉 “하이트진로는 총수가 단독지배(주력회사 하이트맥주 26.9% 보유)하던 구조에서 서영이엔티를 통해 2세와 함께 지배(지주회사 하이트홀딩스 57.2% 보유)하는 구조로 전환되었다.”고 보았다. 따라서 공정위는 하이트진로가 2015.1.1.부터 2015.12.31. 기간 중에 상호출자제한기업집단에 해당한다는 점에서, 위 기간 동안에 이루어진 인력지원행위가 부당한 지원행위와 부당한 이익제공행위에 모두 해당한다고 보았다.⁷⁰⁾ 하지만 공정위는 의결

65) 이봉의, 앞의 책, 950면.

66) 대법원 2004.10.14. 선고 2001두6364 판결.

67) 대법원 2005.1.27. 선고 2004두2219 판결.

68) 홍대식, 앞의 글(2014), 188면.

69) 공정위 2018.3.26. 의결 제2018-110호.

서에서는 부당한 이익제공행위는 특수관계인에게 상당한 이익이 귀속되었다는 점에서 부당하다고 인정하였을 뿐이다.

원심⁷¹⁾은 주식 고가매도 지원행위를 제외한 다른 행위들의 경우 “하이트진로는 약 10년에 걸쳐 원고 서영과 현저히 또는 상당히 유리한 조건으로 직접 거래하거나 다른 회사로 하여금 거래하게 하여 원고 서영에 99억 3864만 3,000원의 경제상 이익을 제공함으로써 원고 서영을 지원했으므로”, 공정위가 인정한대로 부당지원행위와 부당한 이익제공행위에 해당한다고 보았다. 원심도 부당한 이익제공행위의 경우 특수관계인에게 상당한 이익이 귀속되었는지만을 검토했을 뿐이다.

하지만 대법원⁷²⁾은 ‘한진’ 판결⁷³⁾을 인용하면서, 부당한 이익제공행위의 부당성은 “이익 제공행위를 통하여 그 행위객체가 속한 시장에서 경쟁이 제한되거나 경제력이 집중되는 등으로 공정한 거래를 저해할 우려가 있을 것까지 요구하는 것은 아니고”, “변칙적인 부의 이전 등을 통하여 대기업집단의 특수관계인을 중심으로 경제력 집중이 유지·심화될 우려가 있는지에 따라 판단하여야 한다.”고 하였다.

그러면서 대법원은 ① “서영은 기업집단 하이트진로의 지주회사인 하이트진로홀딩스 주식회사의 지분을 상당 비율 보유한 회사이고, 위 지주회사의 최대주주 소외 1의 2세인 소외 2가 2007.12.28. 서영의 주식 중 73%를 매수한 이후 기업집단 하이트진로의 특수관계인이 서영의 지분 대부분을 보유하고 있던 점”, ② “서영은 사업실적이 저조하고 대규모의 차입금 채무 등으로 재무상태가 열악하였는데, 2015년도 인력지원행위로 서영에 파견된 직

70) 공정위 2018.1.15. 보도자료, “기업집단 ‘하이트진로’의 부당 내부 거래 엄중 제재”.

연번	거래명	지원기간	지원금액 (억원)	적용법조	적용대상
1	인력 지원	2008. 4. ~ 2015. 12.	6.0	舊법 및 법 제23조①항7호 법 제23조의2①항1호	하이트진로
		2015. 1. ~ 2015. 12.		법 제23조②항 법 제23조의2③항	서영이앤티
2	공채 통행세 거래	2008. 4. ~ 2012. 12.	56.2	舊법 제23조①항7호	하이트진로
3	알루미늄 코일 통행세 거래	2013. 1. ~ 2014. 1.	8.5	舊법 제23조①항7호	하이트진로 삼광글라스
4	주식매각 우회지원 (주식고가매도)	2014. 2.	11.0	舊법 제23조①항7호	하이트진로
5	글라스라 캡 통행세 거래	2014. 9. ~ 2017. 9.	18.6	법 제23조①항7호	하이트진로 삼광글라스
				법 제23조②항	서영이앤티
합계			100.3		

71) 서울고법 2020.2.12. 선고 2018누44595 판결.

72) 대법원 2022.5.26. 선고 2020두36267 판결.

73) 대법원 2022.5.12. 선고 2017두63993.

원들은 서영이 신사업을 기획하고 실행하는 데 핵심 역할을 담당하였다.”는 점에서 2015년도 인력지원행위의 주된 의도는 기업집단 내 조직통합을 위해서라기보다, 서영을 통해 특수관계인에게 이익을 귀속시킴으로써 경제력을 집중시키기 위함인 점, ③ 서영은 2015년도에 “서영에 파견된 직원들이 받은 임금 중 약 60%만 부담하였고 나머지는 원고 하이트진로가 부담하였”는데, “서영에 파견된 직원들은 하이트진로에서 근무한 경력이 10년 이상인 인력으로, 만약 하이트진로의 위와 같은 임금 보전이 없었더라면 파견에 응하지 않았을 것으로” 보이고 “위 파견된 직원들이 서영에서 신사업 구상 및 실행 등을 통하여 매출액을 늘리는 데에 핵심적인 역할을 담당한 점 등을 고려하면, 2015년도 인력지원행위로 인하여 특수관계인에게 귀속된 이익의 규모가 결코 작다고 볼 수 없”는 점에서 2015년도 인력지원행위는 변칙적인 부의 이전 등을 통하여 기업집단 하이트진로의 특수관계인을 중심으로 경제력 집중을 유지·심화시킬 우려가 있다고 판단하였다.

공정거래법상 소유집중을 규제하는 목적은 특정 개인에게 경제적 자원의 소유가 집중되는 것을 막는 것이 아니라, 부당지원행위로는 금지할 수 없었던 총수일가의 편법적인 부의 승계를 가능하게 하는 소유집중으로 인한 경제력 집중을 억제하기 위한 것이다.⁷⁴⁾ 따라서 부당한 이익제공행위의 부당성은 “행위주체와 행위객체 및 특수관계인의 관계, 행위의 목적과 의도, 행위의 경위와 그 당시 행위객체가 처한 경제적 상황, 거래의 규모, 특수관계인에게 귀속되는 이익의 규모, 이익제공행위의 기간 등을 종합적으로 고려하여, 변칙적인 부의 이전 등을 통하여 대기업집단의 특수관계인을 중심으로 경제력 집중이 유사심화될 우려가 있는지”를 판단하여야 하고⁷⁵⁾, 입증책임은 공정위가 지는 것이 타당하다.

4. 부당성 요건과 정당한 사유의 관계

부당한 이익제공행위의 부당성 판단에 있어서는 경제력 집중의 우려뿐만 아니라 정당한 사유 등 여러 요소들의 이익형량이 이루어져야 한다. 법질서 안에서 보호의 가치가 있는 사업자의 사업활동의 자유나 효율성 증대효과나 공익과 같은 다른 효과들도 존재하기 때문이다.

법문을 보면, 제47조 제1항은 4가지 유형의 부당한 이익제공행위를 금지하고 있다. 동조 제2항에서는 “기업의 효율성 증대, 보안성, 긴급성 등 거래의 목적을 달성하기 위하여 불가

74) 이선희, 앞의 글, 263-264면.

75) 대법원 2022.5.12. 선고 2017두63993(‘한진’ 판결)

피한 경우로서 대통령령으로 정하는 거래에는 제1항 제4호를 적용하지 아니한다.”고 한다. 제1항 제1호부터 제3호의 행위는 부당성 판단을 위한 이익형량이 이루어져야 한다. 그와 달리, 동항 제4호의 행위는 부당성을 요건으로 두고 있으면서도, 예외적으로 허용될 수 있는 ‘사유’에 대하여 예시해두고 있다. 또한 시행령 [별표 4]에서는 ① 효율성 증대효과가 있는 거래, ② 보안성이 요구되는 거래, ③ 긴급성이 요구되는 거래의 경우에 대하여 구체화하고 있다.

법 제9조 제1항에서는 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 기업결합 행위를 금지한다. 제2항에서는 “다음 각 호의 어느 하나에 해당한다고 공정거래위원회가 인정하는 기업결합에 대해서는 제1항을 적용하지 아니한다. 이 경우 해당 요건을 충족하는지에 대한 입증은 해당 사업자가 하여야 한다.”고 하면서, 이하 각 호에서는 “해당 기업결합 외의 방법으로는 달성하기 어려운 효율성 증대효과가 경쟁제한으로 인한 폐해보다 큰 경우” 그리고 “상당한 기간 동안 대차대조표상의 자본총계가 납입자본금보다 작은 상태에 있는 등 회생이 불가능한 회사와의 기업결합으로서 대통령령으로 정하는 요건에 해당하는 경우”를 들고 있다. 위 규정은 기업결합의 예외에 해당하는지를 판단할 수 있는 형량의 기준을 제시하고 있다.

그와 달리 법 제47조 제2항에서는 이익형량의 기준을 제시하고 있지는 않다. 예를 들어, 효율성이나 보안성, 긴급성 등 정당한 사유가 소유집중의 우려보다 더 큰 경우와 같은 기준을 제시하고 있지 않아, 그 자체로 동조 제1항의 적용을 배제할 수는 없다.⁷⁶⁾ 동조 제1항 제4호의 상당한 규모로 거래하는 행위는 동조 제2항의 사유들을 형량의 사유로 고려하여, 제1항에 근거하여 부당성을 판단해야 한다.

IV. 결론

공정거래법에 대한 체계적 해석을 해보면, ‘부당성 요건’은 독자적으로 규범적인 의미를 갖는다. 동법상 금지행위 규정들을 보면, 특정한 ‘행위 요건’을 열거하면서, ‘부당성 요건’을 두고 있다. 입법자가 사전에 구체적으로 특정한 행위를 금지하도록 법문에 명시하기가 어렵기 때문에, 부당성 요건의 해석 작업을 법 적용자에게 맡겨두고 있는 것이다. 따라서 부당성 요건을 판단함에 있어서는 경쟁제한성이나 불공정성, 경제력 집중과 같은 부정적인

76) 이봉의, 앞의 책, 1057면.

요소와 사업자의 사업상 필요성이나 효율성 증대효과, 공익 등의 긍정적인 요소가 비교형량되어야 한다.

공정거래법상 경제력 집중을 억제하기 위한 사후금지 규정으로는 부당지원행위와 부당한 이익제공행위 규정이 있다. 부당지원행위의 부당성은 법문의 공정거래저해성과 같은 의미이고, 경쟁 저해로 인한 경제력 집중의 우려를 의미한다. 경제력 집중은 일반집중의 측면에서 고려되었고, 소유집중의 측면은 고려되지 않았다. 이러한 상황에서 2013년 신설된 부당한 이익제공행위의 부당성은 부당지원행위와 달리, 총수일가의 편법적인 부의 승계를 가능하게 하는 소유집중의 우려에 대하여 해석하는 것이 바람직하다.

따라서 부당한 이익제공행위에 관한 심사지침의 “V. 부당성 판단기준” 부분을 다음과 같이 개정할 필요가 있다. 첫째로, 특수관계인에게 직접 또는 간접으로 정상적인 수준을 넘는 상당한 이익이 귀속된 행위가 ‘부당한지’의 여부는 총수일가의 편법적인 부의 승계를 가능하게 하는 경제력 집중(소유집중)의 우려를 중심으로 판단한다. 이를 위해 “행위주체와 행위객체 및 특수관계인의 관계, 행위의 목적과 의도, 행위의 경위와 그 당시 행위객체가 처한 경제적 상황, 거래의 규모, 특수관계인에게 귀속되는 이익의 규모, 이익제공행위의 기간 등을 종합적으로 고려”한다.⁷⁷⁾

둘째로, 부당한 이익제공행위의 부당성 판단에 있어서 예외적으로 사업상 필요성과 같은 정당한 사유가 있는지의 여부도 고려한다. 법 제47조 제1항 제4호의 상당한 규모로 거래하는 행위의 경우에는 동조 제2항의 기업의 효율성 증대, 보안성, 긴급성 등 거래의 목적을 달성하기 위하여 불가피한 경우가 소유집중의 우려보다 더 중대한 경우에 한하여 부당하지 않다고 본다.

77) 대법원 2022.5.12. 선고 2017두63993(‘한진’ 판결).

■ 참고문헌

- 권오승·서정, 「독점규제법(제5판)」, 법문사, 2022.
- 박정훈, 「행정법의 체계와 방법론」, 박영사, 2005.
- 이봉의, 「공정거래법」, 박영사, 2022.
- 정호열, 「경제법(제7판)」, 박영사, 2022.
- 홍명수, 「재벌의 경제력집중규제」, 경인문화사, 2006.
- 김윤정, “공정거래법상 사익편취행위 규제의 현황과 개선방안(대한항공 사건을 중심으로)”, 「경쟁법연구」 제17권 제2호, 2018.
- 백미연, “대기업집단 계열사 간 내부거래자료를 이용한 터널링에 대한 실증 연구”, 박사학위 논문, 서울대학교, 2019.
- 서정, “재벌의 내부거래를 둘러싸고 나타난 규범의 지체현상과 그 극복(공정거래법상 특수관계인에 대한 부당한 이익제공금지 규정을 중심으로)”, 「법조」 제64권 제5호, 2015.
- 신영수, “공정거래법상 대기업집단 규제 개편의 배경과 의미, 그리고 남겨진 과제”, 「경쟁법연구」 제38권, 2018.
- _____, “특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위의 규제법리”, 「경제법연구」 제14권 제3호, 2015.
- 이봉의, “공정거래법상 공동행위의 부당성과 ‘특별한 사정’”, 「인권과 정의」 제430호, 2012.
- _____, “공정거래법상 특수관계인에 대한 이익제공의 ‘부당성’에 관한 해석방법론”, 「선진상사법률연구」 통권 제81호, 2018.
- _____, “공정거래법상 특수관계인 등에 대한 부당한 사업기회제공의 도그마틱”, 「상사법연구」 제39권 제4호, 2021.
- _____, “독점규제법상 부당지원행위”, 「경쟁법연구」 제27권, 2013.
- 이상훈, “「사익편취」의 규제 근거(부당성)에 대한 새로운 해석”, 「경쟁법연구」 제39권, 2019.
- 이선희, “공정거래법상 사익편취행위 규제의 쟁점 검토”, 「성균관법학」 제30권 제3호, 2018.9.
- 정재훈, “상당한 규모의 거래를 이용한 특수관계인에 대한 이익제공행위의 판단 기준”, 「경쟁법연구」 제43권, 2021.
- 정주미, “공정거래법상 불공정거래행위의 위법성에 관한 연구”, 박사학위 논문, 서울대학교, 2018.
- 조성국, “공정거래법상 사익편취 규제의 정체성 탐색에 관한 연구”, 「법학논문집」 제43집 제2호, 2019.
- 주진열, “공정거래법상 부당지원행위 규제에 대한 비판적 고찰”, 「서울대학교 법학」 제53권 제1호, 2012.
- 이호영, “공정거래법상 특수관계인에 대한 부당지원행위의 규제”, 「행정법연구」 제12호, 2004.

이황, “공정거래법상 ‘특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위’에서 ‘부당한 이익’의 해석론”, 「법학논문집」 제41집 제2호, 2017.

홍대식, “공정거래법상 특수관계인에 대한 부당이익제공행위의 의미 및 판단기준”, 「비교사법」 제21권 제1호(통권 제64호), 2014.

_____, “부당지원행위의 부당성 판단에서의 사업경영상 필요성의 지위와 역할”, 「경쟁법연구」 제24권, 2011.

홍명수, “현저한 규모에 의한 지원행위(물량몰아주기의) 규제 범리 고찰”, 「법과사회」 제42권, 2012.

■ Abstract

A study on the Unfair provision of ‘Giving unfair benefits to special related persons’ under the Korean Monopoly Regulation and Fair Trade Act

Jumi Jung*

In 2013, the Korean Monopoly Regulation and Fair Trade Act was amended to prohibit the ‘Giving unfair benefits to special related persons’. The Fair Trade Commission(KFTC) decided it is illegal if unfair profits were attributed to specially related persons and established guidelines in 2020.

However, in *‘Hanjin’* case, the Seoul High Court in 2017 and the Supreme Court in 2022 and in *‘Hitejinro’* case Supreme Court in 2022 ruled that it is illegal if the ‘Giving unfair benefits to special related persons’ cause the concentration of economic power in terms of strengthening ownership concentration.

The some provisions in the Act have the requirements which include the ‘behavior provision’ and the ‘Unfair provision’. The unfair provision means the KFTC should determine whether the undertaking’s behavior is unfair by comparing negative factors such as restrictions on competition or unfairness and positive factors such as business necessity, efficiency effects, and public interests.

To prove the unfair provision of ‘Unfair supporting practices’ of section 45 in the Act, it is necessary to consider whether there is the risk that competition may be hindered and ultimately economic power concentration may be caused.

So, in order to prove the unfair provision of ‘Giving unfair benefits to special related persons’ of section 47 in the Act, unlike Unfair supporting practices, it is needed to consider whether the behavior cause strengthening ownership concentration which means the concentration of economic power.

* Lecturer at Seoul National University School of Law·Researcher at the SNU law research Institute·Ph.D. in law.

- Key Words Giving unfair benefits to special related persons, concentration of ownership, Unfair supporting practices, unfair provision, justifications.
-