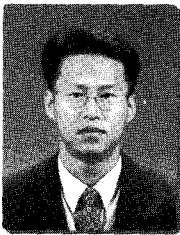


## 상품·용역거래의 지원행위 해당 여부



이 봉 의  
경북대 법대 교수

최근 서울고등법원은 일련의 판결에서 상품·용역거래와 자금·자산거래를 구분하고, 전자에 수반하여 간접적으로 자금지원효과를 내는 행위는 자금지원행위에 포섭되지 않는다고 판시하였다. 그 논거로는 공정거래법 관련 조항의 문언이나 입법취지, 여타 불공정거래행위 규정의 사문화 우려 및 확대해석에 따른 규제의 예측가능성 위협 등이 제시되었다. 그런데 지원행위에 대한 서울고법의 '이분법적 접근방법'(dichotomous approach)은 지원행위의 개념, 성질 및 효과, 불공정거래행위 금지의 체계 등에 비추어 부당하다. 지원행위에 관한 한 상품·용역거래를 자금·자산거래와 구별할 수 있는 객관적 기준이 존재할 수 없을 뿐만 아니라, 공정거래법은 일관되게 단지 거

래의 목적물뿐만 아니라 거래에 수반되는 반대급부나 결제방법 등의 관점에서 폭넓게 지원행위를 규정함으로써 상품·용역거래에 따라 지원효과가 발생하는 경우를 염두에 두고 있기 때문이다. 또한 부당지원행위금지, 차별취급 등 여타 불공정거래행위 금지에 대한 특별법적 성격을 갖는 것으로서 양자가 경합할 경우 원칙적으로 전자가 우선적용 되어야 하며, 나아가 지원효과와 직·간접성을 기준으로 지원행위 여부를 가리는 것은 지나치게 자의적인 것으로서 규제의 예측가능성을 더욱 저해하고, 수범자의 탈법행위를 용이하게 할 수 있다. 다만, 계열회사간 지원행위는 경제적 효율성을 수반할 수 있고 그 자체가 경쟁질서를 위협하는 것은 아니라는 점에서, 지원성 거래는 가능한 폭넓게 인정하되 그에 따른 부당성 내지 공정거래저해성 판단에 신중을 기하는 방향으로 관련 조항을 해석하는 것이 바람직하다.

### I. 들어가며

공정거래법은 1996년 법개정을 통하여 부당지원행위를 금지하고 있으며(법 제23조제1항제7호), 그 주된 취지는 대기업집단이 계열회사를 지원하는 방법으로 경제력집중을 심화시키는 것을 방지하는 데에 있음에도 불구하고 불공정거래행위의 일 유형으로 규정하게

되었다. 이러한 입법기술상의 혼선은 그 후 지원행위의 부당성을 어디에서 찾을 것인지에 관한 불확실성을 야기하였음은 주지하는 바와 같다.

부당지원행위란 사업자가 부당하게 특수관계인(대표적으로 동일인이나 계열회사)이나 다른 회사에 대하여 가지급금, 대여금, 인력·부동산, 유가증권, 무체재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인이나 다른 회사를 지원하는 행위를 말한다. 그리고 시행령 (별표) 10호는 이를 다시 자금지원, 자산지원 및 인력지원으로 분류하고 있는바, 그렇다면 상품이나 용역거래를 통한 지원행위도 여기에 포함되는지가 다투어졌다. 이 문제는 특히 1992년에 이미 '대규모기업집단의 불공정거래행위에 대한 심사기준'이 마련되었고, 그에 따라 주로 상품·용역거래에서 나타나는 지원성 거래를 부당한 차별취급 등으로 규제하여 왔기 때문에, 그 후 부당지원행위의 금지를 폭넓게 규정하면서 위 심사기준과의 관계를 명확하게 고려하지 않은 데서 비롯된 측면이 있다.

그런 와중에 공정위는 기업집단의 부당지원행위를 조사하면서, 상품·용역거래에 수반된 지원행위를 부당지원행위로 파악하여 일련의 시정조치 및 과징금을 부과하였고, 이에 피심인들이 불복하여 제기한 소송에서 서울고법이 일관되게 피심인들의 손을 들어주었으며,<sup>1)</sup> 다시 공정위가 상고하여 현재 대법원의 최종판단을 기다리고 있다. 이러한 다툼의 배경에는 설사 상품·용역거래에서 계열회사를 보다 유리하게 차별취급한 경우에도 이를 지원행위의 대상에서 제외할 경우 적어도 과징금부과에 있어서는 보다 유리한 취급을 받을 수 있기 때문으로 여겨진다.<sup>2)</sup>

그런데 상품을 매매하거나 용역을 제공하면서 그 대가를 과다하게 책정하는 행위가 과연 공정거래법이 금지하는 지원행위에 해당되는지 여부는 법령상 '지원행위'의 개념, 부당지원행위 금지의 입법취지, 부당지원행위와 여타 불공정거래행위의 관계, 상품·용역거래와 자금·자산거래가 경쟁에 미치는 효과 면에서의 차이 및 지원행위의 포섭에 관한 목적론적 해석론 등을 고려하여 판단하지 않으면 안 된다. 아래에서는 먼저 이에 관한 서울고법의 판결요지를 통하여 쟁점을 정리하고, 이어서 차례로 이들 서울고법 판결의 부당성을 따져 보기로 한다.

1) 서울고법 2004.2.3. 선고 2001누15865 판결: 2004.1.13. 선고 2001누12477 판결: 2003.12.23. 선고 98누13159 판결: 2003.10.21. 선고 2002누12252 판결: 2003.9.23. 선고 2002누1047 판결 등 참조. 상품·용역거래의 지원행위를 부인하는 논거는 그 표현까지 거의 동일하다.

2) 부당지원행위에 대해서는 매출액의 5% 이내, 여타의 불공정거래행위에 대해서는 매출액의 2% 범위 내에서 과징금이 부과된다(법 제24조의2).

## II. 서울고법 판결의 요지

공정위는 신문사의 인쇄비 지급행위나 통신사의 건물관리용역비 지급행위 등 다양한 용역거래에 있어서 '용역비 과다지급'에 관하여 이를 법 제23조제1항제7호, 불공정거래행위 기준 제10호의 부당한 자금지원에 해당한다고 보아 시정조치 및 과징금 부과처분을 하였는바, 서울고법은 다음과 같은 이유에서 상품·용역거래에 수반되는 지원행위에는 부당자금지원을 금지하는 공정거래법 관련 규정들이 적용되지 않는다는 점을 들어 공정위의 위 처분을 취소하였다.

### 1. 문리적 해석

법 제23조제1항제7호는 “부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·무체재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위”라고 하고, 동 조 제2항은 “불공정거래행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다”고 하고 있으며, 동 조 제3항은 “공정거래위원회는 제1항의 규정에 위반하는 행위를 예방하기 위하여 필요한 경우 사업자가 준수하여야 할 지침을 제정·고시할 수 있다”고 하고 있는 바, 대통령령으로는 ‘불공정거래행위기준’ (별표) “10. 부당한 자금·자산·인력의 지원”이 그에 관한 것이고, 공정위의 지침으로 ‘부당지원행위의심사지침’ (이하 “심사지침”이라 한다)이 제정·고시되었다. 따라서 ‘부당지원행위’의 요건은 원칙적으로 ‘불공정거래행위기준’ 제10호에서 정한 바에 따라야 할 것이고, 보다 구체적인 기준은 위 심사지침을 참고할 수 있다.

그런데 불공정거래행위기준 제10호는 “부당한 자금·자산·인력의 지원”이라는 제호 아래 ‘부당지원행위’는 다음 각 목의 1에 해당하는 행위를 말한다고 하고, “가. 부당한 자금지원”과 “나. 부당한 자산지원” 및 “다. 부당한 인력지원”으로 세분하여 각 지원행위의 내용을 정의하고 있는바, 예컨대 가목의 “부당한 자금지원”은 “.....가지급금·대여금 등 자금을.....제공 또는 거래.....하는 행위”라고 하고 있어, 그 문구상 “금융”의 지원 또는 자금의 직접적인 지원행위를 의미하는 것으로 보일 뿐 여기에 건물관리와 같은 용역을 거래함에 있어서 지급하여야 할 대가보다 높은 액수를 지급하여 그 차액만큼의 자금을 간접적으로 지원한 경우”까지도 당연히 포함된다고 보기 어렵고, 위 심사지침에 의하더라도 그 중 Ⅲ.(자금·자산·인력별 지원행위의 구체적 기준 및 지원금액 산정원칙)의 1항에 기재

된 자금지원의 유형들은 지원객체가 무이자 또는 저리로 자금을 이용할 수 있도록 금융상의 지원을 하는 것에 대한 내용들일 뿐, 이 사건에서와 같은 용역거래에 수반하는 간접적인 자금지원의 유형이나 예를 찾을 수 없다고 보았다.

## 2. 입법연혁

한편 법 제23조제1항제7호(1996. 12. 30. 신설) 및 그에 따른 시행령 [별표] '일반불공정거래행위의 유형 및 기준' (1997. 3. 31. 신설되고, 1999. 3. 31. 대통령령 제16221호로 별표 2가 신설되기 전의 것)과 '부당한지원행위의심사지침' (1997. 7. 29.)이 각 입법된 연혁을 살펴보면, 공정위 고시인 "불공정거래행위의유형및기준" (1997. 3. 31.)<sup>3)</sup>에서 현행 '불공정거래행위기준' 1호 내지 9호에 해당하는 9가지 유형의 불공정거래행위를, "대규모기업집단의 불공정거래행위에 대한 심사기준" (1992. 7. 1. 제정) IV. 1호 내지 6호로 6가지 유형의 불공정거래행위를 금지함으로써 종래 상품·용역거래에 대한 규제를 하여 왔으나, 자금·자산의 내부거래는 상품·용역의 내부거래와 비교하여 볼 때 그 경제적 효과 면에서 아래 <표> 기재와 같이 지원효과가 더 크고, 투입요소로서 갖는 특성 면에서도 자금·자산의 내부거래는 상품·용역의 내부거래에 비하여 용도가 신축적이어서 계열기업간에 전용이 훨씬 용이하기 때문에, 그 폐해가 오히려 심대할 수 있음에도 불구하고 근거법령의 미비로 이를 규제할 수 없었다는 반성에서 자금·자산의 내부거래를 새로 규제하기 위하여 입법되었다는 관점에서 서울고법은 상품·용역의 거래와 자금·자산의 거래는 상호 구별되는 개념이라고 판단하였다. 이처럼 경제적 효과를 근거로 상품·용역거래와 자금·자산거래를 구별하는 논거로서 서울고법은 주로 삼일회계법인이 공정위의 용역을 받아 작성한 보고서<sup>4)</sup>를 참조한 것으로 보인다.

3) 대통령령 제15328호 법 시행령의 개정에 따라 시행령에 편입되기까지는 공정위의 고시로 규정되고 있었다.

4) 삼일회계법인, "계열사간의 자산·자금거래관련 부당지원행위 조사에 관한 용역" 최종보고서, 공정거래위원회 (1996. 12. 26.), 29~33면.

〈표〉 내부거래의 대상별 경제적 상호보조효과 비교

상품·용역	자산·자금
<ul style="list-style-type: none"> <li>• 일시적 보조효과</li> <li>• 주로 가변비용에 영향</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 지속적 보조효과</li> <li>• 주로 고정비용에 영향</li> <li>• 자산의 경우 주로 투자활동을 매개로 함 (고정비용에 영향)</li> <li>• 자금의 경우 재무활동을 매개로 함</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• 보조행위의 수단인 상품·용역의 사용처가 한정적임</li> <li>• 보조대상이 구체적이며 비교적 한정적임</li> <li>• 전이가능성(transferability)이 비교적 적음</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 보조행위의 수단인 자산·자금의 사용처가 신축적임</li> <li>• 보조대상이 일반적이며 비교적 광범위할 수 있음</li> <li>• 전이가능성(transferability)이 비교적 큼</li> </ul>

### 3. 포괄적 법적용의 폐해

서울고법에 따르면 특히 법 제24조의2는 부당지원행위에 대하여는 매출액의 5% 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있도록 함으로써 나머지 불공정거래행위에 대하여 매출액의 2% 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있도록 하고 있음에 비하여 그 제재의 수위를 한층 강화하고 있을 뿐만 아니라,<sup>5)</sup> 법 제50조제5항은 부당지원행위의 조사에 한정하여서만 공정위에 금융거래정보제출요구권(소위 '계좌추적권')을 인정함으로써 보다 효과적이고 강력한 조사수단을 허용하고 있는바, 만약 인쇄비나 건물관리비 등을 과다지급하는 행위와 같이 용역의 거래에 수반하여 간접적으로 지원의 효과를 내는 행위까지 모두 부당한 자금지원행위에 포섭하여 자금지원행위의 개념을 포괄적으로 본다면, 공정위로서는 조사 및 제재수단에 있어 보다 편리하고 강력한 부당지원행위 규정에만 의존하게 되어, 종전의 "대규모기업집단의 불공정거래행위에 대한 심사기준"의 상당부분은 물론 '불공정거래행위기준'에서조차도 2호 다목의 "계열회사를 위한 차별"이나 3호 나목의 "부당고가매입" 등 상당한 부분의 규정은 사문화될 염려가 있고, 나아가 이러한 포괄적인 법적용으로 말미암아 사업자들이 공정위의 부당지원행위 규제에 대한 예측가능성을 상실하거나 위협받음으로

5) 당초에는 동일하게 매출액의 100분의 2이던 것을 1999. 12. 28. 법률 제6043호 개정으로 위와 같은 차등을 두었다.

써, 헌법상 보장되어야 할 경제상의 자유를 오히려 제약하고 재산권을 침해할 우려마저 있다. 비교법적으로 보아도 부당지원행위의 규제는 선진제국의 입법례에서 유래를 찾을 수 없는 우리 법제에 특유한 입법으로서, 우리나라에서 대규모기업집단의 내부거래로 인한 폐해가 심각하다는 비판이 있다는 점을 감안한다 하더라도, 이를 선불리 확대해석할 것은 아니라는 것이다.

이러한 논거에 따라 서울고법은 인쇄비나 건물관리비 등 '용역비의 과다지급'에 대하여 법 제23조제1항제1호, '불공정거래행위기준' 2호 다목의 "계열회사를 위한 차별" 등의 규정을 적용할 수 있을지는 몰라도, 이를 법 제23조제1항제7호, 동 기준 10호 가목의 부당자금지원행위로 의율할 수는 없다고 판시하였다.

### Ⅲ. 쟁점별 검토

#### 1. 지원행위의 개념

먼저 공정거래법은 지원행위를 단지 법 제23조제1항제7호의 규정을 통해서 "특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금 대여금 인력 부동산 유가증권 무채재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위"라고 규정하고 있다. 지원행위를 보다 직접적이고 실질적으로 규정하고 있는 위 심사지침에 따르면 '지원행위'란 지원주체가 지원객체에게 '직접 또는 간접으로' 제공하는 경제적 급부의 정상가격이 그에 대한 대가로 지원객체로부터 제공받는 경제적 반대급부의 정상가격보다 높은 경우로서 지원주체가 지원객체에게 경제상 이익을 제공하는 것을 말한다. 여기서 지원행위의 객체 내지 지원성 거래의 목적물은 따로 언급되어 있지 않으며, 당해 거래의 급부와 반대급부의 상당성을 기준으로 지원성 거래 여부가 판단된다. 즉, 지원행위 여부를 판가름하는 중요한 요소는 바로 '경제적 급부와 반대급부의 차이'인 것이다.

먼저 위 정의로부터 지원행위란 급부와 반대급부를 수반하는 것이라는 점에서 '거래'를 전제로 하고, 이러한 거래를 매개로 경제적 급부와 반대급부가 오가는 경우를 상정하고 있다. 그런데 공정거래법 제23조제1항제7호는 가지급금, 대여금, 인력, 부동산 등을 예시하고 있을 뿐이고, 시행령(별표) 10호는 보다 구체적으로 자금, 자산 및 인력을 규정하고 있다. 그렇다면 법해석상의 문제는 특히 시행령이 지원행위의 전제인 '거래'의 대상 내지 목

적물을 반드시 자금, 자산 또는 인력에 한정하고 있다고 볼 수 있는지, 공정거래법상 '상품·용역'은 도대체 어떤 의미인지 여부에 관한 것이 된다.

이와 관련하여 먼저 공정거래법 제23조제1항제7호가 지원행위의 전제가 되는 거래 내지 계약의 종류(예컨대, 매매나 임대차 등)에 대해서는 아무런 언급이 없이 계약에 따른 반대급부나 거래의 대상 내지 목적물만을 예시하고 있다는 점에 유의하여야 한다. 즉, 가지급금은 특정 상품이나 용역거래에 수반되는 반대급부의 예에 해당하고, 대여금, 인력이나 부동산, 유가증권, 무체재산권 등은 그 자체가 통상적으로 거래의 목적물이 되는 성격을 갖는다. 그리고 후자의 경우 어느 것이나 공정거래법상 기능적으로 이해되는 '상품' 내지 '용역'의 개념<sup>6)</sup>에 포함되며, 그와 달리 자금·자산을 상품·용역과 구별할 수 있는 징표란 존재하지 않는다. 그리고 시행령 (별표) 10호에서는 지원행위를 다시 자금지원, 자산지원 및 인력지원으로 나누고 있으나 이 또한 거래의 전형적인 목적물을 열거한 것에 지나지 않으며, 예컨대 자금은 통상 용역으로, 자산은 상품으로 이해할 수 있는 것이다.

다른 한편으로 공정거래법상 자금·자산지원은 자금이나 자산 그 자체가 거래의 목적물인 경우뿐만 아니라, 반대급부나 단순한 결제방법으로 자금·자산이 제공되는 경우에도 존재할 수 있다는 점을 간과해서는 안 된다. 즉, 자금·자산지원은 자금·자산을 현저히 높거나 낮은 대가로 제공 또는 거래하는 경우에 성립하는바, 자금·자산을 단지 '제공'하는 경우에는 자금·자산이(자금·자산을 제외한) 다른 상품·용역의 거래에 수반되는 반대급부의 성격을, 자금·자산을 거래하는 경우에는 자금·자산 자체가 거래의 목적물의 성격을 갖게 되는 것이다. 그리고 전자의 경우와 같이 거래의 목적물로 상품이나 용역을 제공하고 그 대가로 자금이나 자산을 제공받는 경우, 예컨대 상품을 제공하고 그 대가로 현금이나 유가증권을 제공받는 경우 역시 지원효과를 가질 수 있는 지극히 전형적인 거래형태에 해당된다.

그 밖에 서울고법의 논지가 설득력을 가지려면 상품·용역거래와 자금·자산거래를 구분하는 명확한 기준이 제시되어야 하는바, 그 역시 아무런 기준을 제시하지 못하고 있을 뿐만 아니라 그러한 구분 자체가 불가능한 것으로 보인다. 예컨대, 상품을 제공하고 그 대가로 자금을 제공받는 경우 이를 상품거래와 자금거래의 어느 하나로 분류한다는 것 자체가 자의적일 수밖에 없기 때문이다. 이처럼 상품·용역거래와 자금·자산거래를 자의적으로

6) 기능적 내지 목적론적 개념론에 따르면 상품·용역은 공정거래법이 보호하고자 하는 시장을 구성할 수 있는 모든 것을 포괄하며, 상품과 용역을 구별하는 것 또한 아무런 독자적인 의미가 없고, 심지어 M&A시장을 구성하는 '기업'조차 하나의 상품으로 이해할 수 있게 된다.

구분하는 것이야말로 어쩌면 서울고법이 강조하고 있는 예측가능성이라는 관점에서도 바람직하지 않은 것이다. 실제로 예컨대 위 심사지침 III. 1.은 자금거래의 일 유형으로 “외상 매출금, 용역대금을 약정기한 내에 회수하지 아니하거나 지연하여 회수하면서 이에 대한 지연이자를 받지 아니한 경우”를 들고 있는데, 이는 전형적인 상품거래에 있어서도 그 대금의 회수방법 여하에 따라서는 지원행위가 성립할 수 있음을 보여주고 있다.

## 2. 부당지원행위와 여타 불공정거래행위의 관계

부당지원행위를 금지하게 된 경위가 비록 상품·용역거래에 한정된 내부거래 외에 자금·자산의 내부거래를 규제할 필요성에 있다는 점에서 일응 두 거래가 거래의 객체라는 관점에서 구별될 수 있다고는 하나, 그렇다고 해서 개정 공정거래법 제23조제1항제7호가 상품·용역거래를 제외하고 있다고는 볼 수 없다. 먼저, 서울고법이 상품·용역거래를 염두에 둔 것으로 지적하고 있는 “대규모기업집단의 불공정거래행위에 대한 심사기준”은 주로 지금은 폐지된 대규모기업집단 소속 계열회사 상호간의 경쟁제한적 내부거래를 규제하기 위한 것으로서, 동일인을 포함한 여타 특수관계인과의 거래에는 적용되기 어려울 뿐만 아니라, 내부거래 중에서도 특히 자금대여행위나 출자행위 등의 부당성 판단을 위한 구체적인 기준으로는 미흡한 부분이 많은 것이었다. 아울러 동 심사기준은 광의의 상품·용역거래에 있어서 거래거절, 차별취급, 거래강제 등 지원행위에 대한 규제가 없던 당시의 다양한 불공정거래행위 유형을 포괄하고 있을 뿐만 아니라, 계열회사와 비계열회사의 거래를 규제대상에 포함시키고 있다는 점에서 현재의 ‘부당지원행위’ 보다 폭넓은 측면도 있다는 점에서 지원행위의 개념을 다소 폭넓게 해석하더라도 동 심사기준이나 계열회사를 위한 차별취급 등의 규정이 사문화될 우려는 없다.

반면, 개정법 제23조제1항제7호의 부당지원행위는 법문상 계열회사간 내부거래에 국한되지도 않음을 명시하고, 다양한 수단의 내부거래를 포섭하는 ‘상위개념’으로서 보다 일반적이고도 구체적인 기준을 제시하고 있다. 즉, “대규모기업집단의 불공정거래행위에 대한 심사기준”은 계열회사를 위한 차별취급의 경우 ‘정당한 이유’가 없는 한 금지되는 것으로 규정하고 있는 반면, 위 심사지침상 지원행위의 경우 그것이 부당한지를 공정위가 지원객체가 속하는 시장의 구조, 지원기간, 지원객체의 시장점유율의 추이 등을 종합적으로 고려하여 입증하여야 한다. 특히 부당지원행위의 금지는 특수관계인과의 지원성 거래를 포함하여 종래의 불공정거래행위 중에서도 계열회사에 대한 지원효과를 가질 수 있는 거래를



충분히 포섭하기 위한 것으로서, 경제력집중 억제에 초점을 두고, 금융거래정보요구권을 인정하거나 과징금의 상한을 특히 5%로 상향하는 등 조사 및 제재수단이 강화된 점에 비추어 다분히 여타의 불공정거래행위에 대한 특칙으로서의 성격을 갖는 것으로 이해하는 것이 타당하다. 이는 지원행위와 여타 불공정거래행위의 '부당성'에 전혀 동일한 잣대를 댈 수 없다거나, 전자의 경우 부당성 판단에 경제력집중의 심화를 아울러 고려하여야 한다는 논거<sup>7)</sup>에 비추어보다라도 일면 타당성이 있다. 그렇다면 예컨대 계열회사를 위한 차별취급이라도 그것이 지원행위에 해당하는 경우에는 법조경합이 발생하는 것으로 보아 여타의 불공정거래행위와 다른 특수한 목적을 가진 7호를 먼저 적용하여야 한다는 결론이 된다.

실사 여타의 불공정거래행위와 부당지원행위를 특별법적 관계로 설명하지 않더라도, 공정위가 지원효과를 갖는 상품·용역거래에 7호를 적용하는 것은 공정거래법 제23조의 체계상 아무런 문제가 없다. 이는 예컨대 상품·용역거래가 계열회사를 위한 부당한 차별취급뿐만 아니라 부당지원행위에도 해당될 수 있음을 의미하는바, 이것은 종래 미국이나 유럽의 경쟁법을 비롯하여 공정거래법의 적용에서 흔히 나타나는 현상이다. 예컨대, 공정거래법상 불공정거래행위라도 그것이 시장지배적사업자에 의한 경우 지위남용과 경합되고, 공동의 거래거절은 부당한 공동행위와 경합되는 등 특수한 현상이 아닌 것이다. 그리고 이들 법조 중에서 어느 것을 선택할 것인지는 서울고법의 표현과 같이 단순히 공정위의 편의에 따라 선택하는 것이 아니라 개별 사안에 따라 공정위가 범위만 행위의 형태와 경쟁제한의 정도 등을 고려하여 법목적의 실현, 즉 경쟁의 보호에 가장 적합하다고 여겨지는 것을 가려내는 과정에서 도출된다.

다른 한편으로 종래 상품·용역거래에 한정하여 내부거래를 규제하였다는 근거로 "대규모기업집단의 불공정거래행위에 대한 심사기준"을 들고 있으나, 여기서는 말 그대로 당시의 불공정거래행위법의 체계 하에서 기업집단의 불공정거래행위에 해당될 수 있는 대표적인 내부거래의 유형을 예시한 것에 불과하고, 동 기준에서 문제 삼은 계열회사를 위한 차별취급 등 역시 그 해석상 상품·용역을 목적으로 하는 거래에 국한될 수 없음은 예나 지금이나 의심의 여지가 없는 것이다. 다시 말해서 지원행위를 제외한 불공정거래행위의 금지 또한 서울고법이 염두에 두고 있는 협의의 상품·용역 이외에 자금·자산·인력거래에도 적용될 수 있는 것이다. 따라서 상품·용역을 목적으로 하는 거래를 통한 지원은 예컨대 부당한 차별취급 등에만 해당될 뿐이라는 서울고법의 이분법적 접근방식은 설득력이 없다. 오

7) 권오승, 경제법 (2001), 264면; 박상용/엄기섭, 경제법원론 (2004), 319면.

히려 부당한 거래거절이나 차별취급 등은 계열회사를 위하여 비계열회사와의 거래를 거절하거나 비계열회사에만 불리한 조건을 부과하는 경우와 같이 처음부터 지원행위에 해당하지 않거나, 설사 지원행위에 해당하더라도 당해 기업집단의 규모나 계열회사의 수, 지원효과 등에 비추어 경제력집중을 심화시킬 우려가 미미하다고 판단되는 경우에만 적용할 수 있는 것으로 해석하는 것이 타당할 것이다.

끝으로, “부당지원행위 심사지침”이 대체로 자금·자산 그 자체를 거래의 목적으로 삼고 있는 경우를 예시하고 있는 취지 또한 시장가격이 존재하고 이를 기준으로 경제상 이익의 유무 판단이 용이한 상품·용역거래에 비하여 자금·자산의 경우 거래가 계속하여 반복적으로 일어나지 않는 경우가 많고, 그에 따라 정상가격이 처음부터 존재하지 않거나 일정하지 않는 경우가 적지 않으며, 이러한 경우 경제상 이익에 대한 심사기준을 마련하는 데에 초점을 맞추려는 것이지, 처음부터 그 개념조차 모호한 상품·용역거래를 지원행위에서 제외하기 위한 것으로 볼 합리적 근거가 전혀 없다.

### 3. 지원행위 금지의 목적론적 해석

서울고법은 용역비의 과다지급과 같이 상품·용역거래에 수반하여 ‘간접적으로’ ‘지원효과’를 내는 행위를 널리 지원행위에 포함시킬 경우, “대규모기업집단의 불공정거래행위에 대한 심사기준”의 상당부분이 무용지물이 될 뿐만 아니라 규제범위가 지나치게 넓어질 것을 우려하고 있는 것으로 보인다. 그런데 여기서 서울고법은 상품·용역거래가 지원효과를 가져올 수 있음을 전제로, 두 가지 결론을 내리고 있다. 하나는 상품·용역거래의 경우 그 지원효과가 간접적이라는 점이고, 다른 하나는 간접적 지원행위는 법 제23조제1항 제7호에서 제외되어야 한다는 점이다.

먼저, 서울고법이 상품·용역거래의 지원효과가 간접적이라고 본 근거가 무엇인지 명확하지는 않으나, 아마도 이 경우 자금을 직접적으로 지원하는 것은 아니라거나 다른 용도로의 전이가능성이 비교적 적다는 점을 염두에 둔 것으로 보인다. 그런데 이러한 측면은 단지 상품·용역거래가 갖는 교환계약으로서의 성질에서 비롯되는 것이지, 지원효과의 직·간접성을 나누는 기준으로는 지극히 애매하다. 오히려 심사지침은 ‘간접으로’ 경제적 급부를 제공하는 것을 아울러 금지하고 있는바, 지원주체가 ‘제3자를 통하여’ 지원객체에게 경제상 이익을 제공하는 것을 ‘간접지원’으로 보고 있다. 예컨대, 자금거래의 경우에도 지원주체가 단체퇴직보험을 비계열금융회사(“제3자”)에 예치하고 이를 담보로 지원객체에게 저

리로 대출하도록 하는 행위나 지원객체가 생산·판매하는 상품을 구매하는 (지원주체의 임직원("제3자")에게 구매대금을 대여하고 이자의 전부 또는 일부를 지원주체인 회사의 자금으로 부담하는 행위가 여기에 해당될 수 있는바, 이때 비로소 지원효과의 간접성을 논할 수 있는 것이다.

그렇다면 상품·용역거래와 같이 이른바 '교환계약' (Austauschvertrag)이 매개된 지원행위는 그에 따른 지원효과가 '당연히' 간접적이라고 할 경우 이는 상품이나 용역의 거래가 매개되지 않은 여타의 지원행위(서울고법의 논리에 따르면 자금·자산지원행위)의 경우 그에 따른 효과가 보다 직접적이라는 가정을 깔고 있다고 볼 수밖에 없다. 그리고 여기에는 위에서 지적한 바와 같이 상품·용역거래의 경우 정상가격과의 차액만큼을 '간접적으로' 지원하는 것이고, 자금·자산거래의 경우 직접적인 금융지원이라는 생각이 자리 잡고 있는 것으로 보인다. 그러나 공정거래법은 자금이나 자산이 거래의 목적이 되는 경우뿐만 아니라 상품·용역거래에 대한 반대급부로 자금·자산이 제공되는 경우를 아울러 상정하고 있고, 또한 교환계약의 목적물이 상품·용역이나 자금·자산이나에 따라 지원효과의 직·간접성을 논할 수는 없으며, 지원행위를 심사함에 있어서 중요한 것은 차액만큼이든 자금 자체의 제공이든 지원객체에게 경제상 이익이 제공된다는, 즉 "지원효과"가 나타나는 지 여부일 뿐이다.

더구나 설사 지원효과의 직·간접성 등 상품·용역거래와 자금·자산거래의 차이를 인정하더라도 이를 이유로 과징금 부과에 있어서 차등을 둘 아무런 이유도 없으며, 양자를 무리하게 구별함으로써 상품·용역거래를 통한 지원행위에 사실상 不文의 例外를 인정할 경우 자칫 사업자의 면탈행위를 부추길 우려가 있음도 간과해서는 안 된다. 무릇 지원행위는 상대적으로 열악한 지위에 있는 계열회사에게 유·무형의 경제적 이익을 제공하는 것이고, 서울고법의 판시와 같이 상품·용역거래의 외관을 갖춘 지원행위는 상대적으로 제재가 약한 여타의 불공정거래행위에 해당될 수 있을 뿐이라면 향후 기업집단으로 하여금 가능한 한 상품·용역거래의 형식을 빌어서 계열회사를 지원을 하도록 유도하는 영통한 결과가 될 수 있다.

이러한 맥락에서 설사 서울고법과 같이 상품·용역거래가 단지 간접적으로 지원효과를 가져온다 하더라도 이는 동 거래를 지원행위에서 제외하여야 할 적절한 근거가 될 수 없다. 부당지원행위를 포함하여 불공정거래행위나 시장지배적지위 남용, 기업결합 등의 위법성을 판단함에 있어서 가장 중요한 것은 공정거래저해 효과나 경쟁제한 효과이며, 그 효과가 직접적이든 간접적이든 경쟁보호라는 동 법의 목적에 비추어 이들을 금지하지 않으면 안

되기 때문이다. 또한 법해석상으로도 이 경우 법원은 지원행위의 성립 여부와 부당성을 차례로 살펴보아야 하는데, 부당성 판단의 기준이 되는 '지원효과'의 직·간접성을 들어 부당성 심사의 전제사실인 지원행위의 유·무를 가리는 것은 타당하지 않다는 점도 간과할 수 없다.

결론으로 서울고법은 포괄적인 법적용으로 인하여 사업자의 예측가능성이 저해되고, 그 결과 헌법상 경제상의 자유를 제약할 우려가 있다고 지적하고 있으나, 이 문제는 부당지원행위에 국한된 것이 아니라 공정거래법에서 금지하는 모든 행위에 대해서도 마찬가지이다. 경제행위의 복잡다양성으로 인하여 공정거래법을 포함한 각국의 경쟁법은 금지요건을 포괄적으로 정하고, 각종 규칙이나 가이드라인의 제정, 그리고 경쟁당국의 결정 및 법원의 판례 등을 통하여 추상적 요건을 구체화하는 방식을 취하고 있다. 실제로 지원행위에 국한하여 보더라도 계열회사간 또는 특수관계인과의 매우 광범위한 거래행위가 부당지원행위나 불공정거래행위의 규제대상에 포함되어 있으나, 그 중 거의 대부분은 문제없이 허용되고 있으며, 예외적으로 극소수의 행위만이 금지되고 있는 것이 현실이다. 따라서 다른 경쟁제한행위와 마찬가지로 법원은 계열회사간 지원행위의 '부당성'을 판단하는 과정에서 포괄적인 법적용에 따른 부작용을 충분히 억제할 수 있는 것이고, 처음부터 상품·용역거래와 자금·자산거래를 인위적으로 구분하여 후자에만 지원행위를 한정하는 식으로 해석할 것은 아니다.

#### IV. 맺는말

서울고법은 상품·용역거래와 자금·자산거래에 관한 한 '이분법적 접근방법'(dichotomous approach)을 취하고 있는바, 이러한 태도는 지원행위의 개념, 성질 및 효과, 입법취지, 불공정거래행위 금지의 체계 등에 비추어 해석론으로서 부당하다. 지원행위에 관한 한 상품·용역거래를 자금·자산거래와 구별할 수 있는 객관적 기준이 존재할 수 없을 뿐만 아니라, 공정거래법은 시행령 및 심사지침과 함께 일관되게 지원행위를 단지 거래의 목적물뿐만 아니라 거래에 수반되는 반대급부나 결제방법 등의 관점에서 폭넓게 자금·자산지원 등을 규정하고 있기 때문이다. 나아가 지원효과의 직·간접성을 기준으로 법제23조제1항제7호의 적용여부를 가리는 것은 지나치게 자의적이거나 불가능한 것으로서 예측가능성을 더욱 저해하고, 수범자의 탈법행위를 용이하게 하는 결과를 가져올 수 있다.

기업집단소속 계열회사간 지원행위 내지 내부거래는 거래비용의 감소 등 긍정적 효과를 가질 수 있으며, 그 자체가 경쟁질서를 위협하는 것은 아니다. 즉, 거래거절이나 차별취급이 원칙적으로 사업자의 자유에 맡겨져 있고, 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는 등의 경우에만 금지되는 것과 마찬가지로, 지원성 거래라도 그것이 경쟁질서에 비추어 허용되어서는 안 된다는 무가치판단이 내려지는 경우에만 금지되는 것이다. 이러한 맥락에서 중요한 것은 어떤 거래가 지원효과 및 그에 따른 공정거래저해성을 가질 수 있는지 여부이며, 따라서 지원행위는 예상되는 경쟁효과를 고려하여 가능한 폭넓게 인정하되 그에 따른 부당성 내지 공정거래저해성 판단에는 신중을 기하는 방향으로 나아가는 것이 바람직하다. 