

‘물량 몰아주기’ 어떻게 접근할 것인가?

법무법인 세종 변호사 | 임영철

I. 서론

부당지원행위 금지조항은 대규모 기업집단에 의한 경제력 집중을 억제하기 위한 목적에서 1996년 12월 30일 개정된 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 “공정거래법”이라 한다)에 신설되어 1997년 4월 1일부터 시행되었으나, 이 조항이 본격적으로 집행되기 시작한 것은 널리 알려져 있는 바와 같이 외환위기 직후인 1998년부터이다. 외환위기 직후 대규모 기업집단들은 주로 금융위기의 직격탄을 맞아 퇴출 위기에 놓이게 된 금융계열사들을 돕기 위하여 대규모의 자금 지원을 실시하였는바, 정부는 이러한 대규모 기업집단들의 지원행위가 국민경제에 심각한 피해를 초래하는 행위라 생각하고, 이를 부당지원행위로 판단하고 대대적으로 규제하기 시작하였다.

즉, 공정거래위원회(이하 “공정위”라 한다)는 1998년 5월 8일 1차 5대 기업집단에 대한 부당내부거래조사를 실시하였고, 그 후 2003년 10월 31일까지 총 13회에 걸쳐 대규모 부당내부거래조사를 실시하였는바, 그 결과 제재의 대상이 된 지원성 거래규모는 30조 6,849억 원, 지원금액은 1조 321억 원이었으며, 총 부과징금은 3,386억 원이었다.¹⁾ 이러한 공정위의 대대적인 조사와 제재 이후 대규모기업집단의 부당지원행위는 급감한 것으로 나타났는바, 이는 공정위의 부당지원행위에 대한 규제실적을 통하여 쉽게 확인할 수 있다.²⁾ 이와 같이 대규모 기업집단의 부당지원행위가 급감하고 공정위의 규제중심이 부당한 공동행위 및 시장지배적 지위 남용행위에 대한 규제에 이동됨에 따라, 공정거래법 영역에서 부당지원행위 금지조항의 중요성은 점차 축소되어왔다.

그러나 최근 부당지원행위에 대한 관심이 다시 높아지고 있는데, 이는 공정위가 2007년 현대자동차그룹 계열사들이 물류업무를 계열사인 글로벌비스에게 집중시켜줌으로써 대규모 거래관계를 형성·유지한 것을 소위 ‘물량 몰아주기’에 의한 부당지원행위로 규제한 것이 결정적인 계기가 된 것으로 보인다. 과거에도 상품·용역거래를 통하여 계열사들이 특정 계열사에게 물량을 몰아준 행위

1) 공정거래위원회, 공정거래제도 입문 - 신규전입자 직무교육교재, 2007. 3., 210~213면

2) 공정거래위원회, 2008년도 통계연보, 2009, 28면

[부당지원행위에 대한 규제실적]

1998년	1999년	2000년	2001년	2002년	2003년	2004년	2005년	2006년	2007년	2008년	합계
29건	66건	38건	92건	22건	20건	28건	12건	11건	7건	16건	341건

에 대한 규제사례가 없었던 것은 아니지만, 특히 이 사건이 주목받게 된 것은 그 이전의 사례에서는 현저히 낮거나 높은 대가로 거래한 경우, 즉 현저히 유리한 조건으로 거래한 행위만을 규제하였으나, 이 사건에서는 현저한 규모로 거래할 경우에는 현저히 유리한 조건까지는 아니더라도 상당히 유리한 조건으로 거래한 경우에 대해서까지 규제하기 시작하였기 때문이다.³⁾ 게다가 대규모 기업집단 소속 계열사들은 사업·경영상의 필요에 따라 특정 사업물량을 다른 계열사에게 집중시킴으로써 대규모 거래관계를 형성·유지해 온 경우가 적지 않았는데, 공정위가 글로벌비스 사건을 계기로 물량몰아주기에 의한 부당지원행위의 규제범위를 다른 대규모 기업집단으로까지 확대할 가능성이 있기 때문에 물량 몰아주기에 의한 부당지원행위에 관한 관심이 높아지고 있는 것이다. 특히, 공정위가 2010년 공정위 업무계획에서 물량 몰아주기를 중심으로 대규모기업집단의 부당지원행위에 대한 법 집행을 강화하겠다고 밝힌 한편, 실제로 올해 초 대규모 기업집단들을 대상으로 광고, 보험, 건설, 물류, SI(System Integration) 등 각 분야의 실태조사를 실시한 것으로 알려짐에 따라, 물량 몰아주기에 의한 부당지원행위에 관한 관심이 더욱 고조되고 있다.

II. 계열사간의 대규모 거래가 부당지원행위로 문제되는 이유

1. 물량 몰아주기의 의의와 문제점

소위 ‘물량 몰아주기’란 동일한 기업집단에 소속되어 있는 계열사들이 일정한 사업물량을 다른 특정 계열사에게 집중시켜줌으로써 대규모의 거래관계를 형성·유지하는 것을 의미한다. 이러한 물량 몰아주기는 대규모 기업집단 총수일가의 편법적인 상속방법으로 이용됨으로써 사회적인 문제를 야기하기도 하였으나, 공정거래법상으로도 경제력 집중을 야기하는 부당지원행위로서 문제되고 있다. 특히, 물량 몰아주기의 경우에는 대규모 거래관계를 통하여 지원을 받는 계열사가 속한 시장에서 경쟁사업자들에 대한 봉쇄효과를 발생시킬 수 있다는 점에서, 다른 부당지원행위들에 비하여 그 경쟁저해성이 더욱 심각한 것으로 인식되고 있다.

2. 물량 몰아주기 규제의 법적 근거

물량 몰아주기에 의한 부당지원행위 금지의 법적 근거는 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표 1] 제10호에서 찾을 수 있다. 공정거래법 제23조 제1항 제7호는 “부당지원행위를 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 자금·자산·자산·상품·용역 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 지원하는 행위”로 규정하고 있는데, 동법 시행령 제36조 제1항 [별표 1] 제10호는 “현저히 유리한 조건으로 거래하여 지원하는 행위”를 보다 구체화하여 “현저히 낮거나 높은 대가로 거래하

3) 출처 : 공정거래위원회 전원회의 의결 제2007-504호(2007. 10. 24.), 공정위 2007. 9. 7.자 보도자료

거나 현저한 규모로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공함으로써 지원하는 행위”로 규정하고 있다. 즉, 공정거래법 시행령은 “현저히 유리한 조건의 거래행위”를 “현저히 낮거나 높은 대가로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하는 행위”와 “현저한 규모로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하는 행위”로 세분하고 있는데, 물량 몰아주기와 관련해서는 “현저한 규모로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하는 행위”가 법적 근거가 되고 있는 것이다.

그 동안 공정위는 “현저히 낮거나 높은 대가로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하는 행위”를 중심으로 부당지원행위를 규제하여 왔다. 공정위가 제정한 「부당한지원행위의심사지침」(이하 “심사지침”이라 한다) 역시 “현저히 낮거나 높은 대가로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하는 행위”에 대한 심사기준만을 구비하고 있을 뿐 “현저한 규모로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하는 행위”에 대해서는 아무런 기준도 제시하지 않고 있다.

이와 같이 “현저한 규모로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하는 행위”는 부당지원행위의 영역에서 사실상 사각지대(死角地帶)로 남아 있었으나, 현대자동차그룹 계열사들 간의 대규모 거래 관계의 형성·유지행위, 즉 물량 몰아주기가 공정위에 의하여 “현저한 규모로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위”로서의 부당지원행위로 규제되고 서울고등법원이 이를 지지하는 한편, 나아가 공정위가 최근 대규모 기업집단의 물량 몰아주기에 대한 규제를 강화하겠다는 입장을 표명함에 따라 “현저한 규모로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하는 행위”는 독립된 부당지원행위로서 급부상하고 있다.

그러나 앞서 살펴본바와 같이 “현저한 규모로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위”에 대해서는 심사기준조차 마련되어 있지 않은 상태이고, 관련 심결례나 판례 역시 턱없이 부족한 상태이므로 공정위가 본격적으로 대규모 기업집단의 물량 몰아주기에 대하여 규제하기 시작할 경우는 부당지원행위의 성립 여부와 관련하여 많은 쟁점들이 부각될 것으로 보인다. 따라서 이하에서는 계열사 간의 대규모 거래관계의 형성·유지와 관련하여 “현저한 규모로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위”로서 부당지원행위의 성립이 문제되었던 구체적인 사례들에 대하여 살펴본 후, 물량 몰아주기에 의한 부당지원행위의 성립과 관련하여 문제될 수 있는 주요 쟁점들에 대하여 살펴보고자 하겠다.

Ⅲ. 계열사간의 대규모 거래관례의 형성·유지 관련, 부당지원행위의 성립이 문제되었던 사안들에 대한 분석

1. 현대투자신탁운용의 현대투자신탁증권에 대한 대규모 대출 사건

(1) 사안의 개요

현대투자신탁운용은 계열사이자 자신이 발행한 수익증권의 판매회사이던 현대투자신탁증권에 게 1999년 3월 2일부터 4월 30일까지 2개월 동안 자신이 설정하여 운용 중이던 '바이코리아 펀드'의 신탁재산으로 1일 평균 잔액기준 9,738억 원을 지속적으로 콜론(Call Loan), 또는 한국증권금융의 어음할인 방법을 통하여 연계대출을 해주었다가 이를 회수하였다. 현대투자신탁운용이 현대투자신탁증권에 대출하여준 9,738억 원은 바이코리아 펀드 1일 평잔(평균잔액) 금액의 41.5% 및 현대투자신탁증권의 1998 사업년도 매출액의 136%에 달하는 금액이었고, 당시 각 신탁재산의 10%를 초과하여 판매회사에게 대출하는 것을 금지하고 있던 「증권투자신탁업감독규정」 시행세칙에도 위반(한도 초과액은 7,393억 원)되는 것이었다.

(2) 공정위의 판단(공정위 1999. 10. 28. 의결 제99-213호)

공정위는 위와 같은 현대투자신탁운용의 현대투자신탁증권에 대한 대출에 대하여, 위 대출 당시 현대투자신탁증권은 3년 연속 적자를 기록하는 등 재무구조가 열악한 상태였음에도 불구하고, 현대투자신탁운용은 현대투자신탁증권 매출액의 136%에 달하는 금액을 대출하여 준 점과 증권투자신탁업법 시행세칙에 의하여 신탁재산운용회사가 각 신탁재산의 10%를 초과하여 판매회사에 대출하도록 수탁회사에게 운용 지시하는 것이 금지되어 있음에도 불구하고, 당시 판매회사였던 현대투자신탁증권에 대하여 이와 같은 법정 한도를 초과한 금액이 대출된 점 등의 이유를 들어, 지원행위에 해당된다고 판단하였다.

또한, 공정위는 이러한 지원행위에 대하여, 위 대출 당시 현대투자신탁증권은 3년 연속 적자를 기록하는 등 재무구조가 열악한 상태에서 정상적인 방법으로는 이와 같은 대규모의 대출을 받을 수 없었던 점, 위와 같은 대출규모는 현대투자신탁증권의 자산총액의 14.7%, 매출액의 136%에 이르는 현저한 규모인 점 등의 이유를 들어 현대투자신탁증권으로 하여금 관련 시장에서 유력한 사업자로서의 지위를 유지시킬 수 있도록 하고, 또한 자금 조달을 원활히 함으로써 경쟁사업자에 비하여 경쟁조건을 유리하게 하였다는 이유로 부당성을 인정하였다.

(3) 법원의 판단⁴⁾(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결)

대법원은 “현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공”하는 것이 부당지원행위에 해당될 수 있는지 여부에 대하여, 거래규모는 거래수량에 관한 사항으로서 거래조건에 포함된다고 할 수 있고 현실적인 관점에서 경우에 따라서는 유동성의 확보 자체가 긴요한 경우가 적지 않음에 비추어 현저한 규모로 유동성을 확보할 수 있다는 것 자체가 현저히 유리한 조건의 거래가 될 수 있으므로, 현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하는 것도 같은 법 제23조 제1항 제7호 소정의 “현저히 유리한 조건의 거래”의 하나라고 볼 수 있다고 판시하였다.

4) 위 사안에 대해서는 서울고등법원과 대법원의 판단이 동일하였으므로, 여기에서는 대법원의 판단에 대해서만 소개한다.

한편, 대법원은 현저한 규모로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하였는지 여부의 판단기준과 관련해서는, 현저한 규모의 거래라고 하여 바로 과다한 경제상 이익을 준 것이라고 할 수 없고 지원성 거래규모 및 급부와 반대급부의 차이, 지원행위로 인한 경제상 이익, 지원기간, 지원횟수, 지원시기, 지원행위 당시 지원객체가 처한 경제적 상황 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다고 판시하였다.

대법원은 이러한 법리에 비추어 볼 때, 현대투자신탁운용의 현대투자신탁증권에 대한 대출은 투신사(投信社)의 부실을 보전하기 위하여 정부 당국이 허용한 연계대출의 일환으로 이루어졌고, 또한 이전의 연계대출에 비하여 오히려 그 규모나 비중이 줄어든 점, 공정위의 주장과는 달리 현대투자신탁운용의 신탁재산 전체를 기준으로 하면 위와 같은 대출은 정부 당국이 허용한 10% 범위 내에서 이루어진 것으로 볼 수 있는 점, 위 대출 당시 현대투자신탁운용은 바이코리아펀드의 폭발적인 판매량 증가로 잉여 유동자금이 있었고, 현대투자신탁증권에 대한 대출은 이와 같은 잉여 유동자금의 적절한 운용방법 중 하나로 볼 수 있는 점, 현대투자신탁증권이 위와 같은 대출을 받은 지 2개월 만에 문제된 한도 초과액을 모두 변제한 점 등을 들어, 위 대출 규모를 당시 현대투자신탁증권이 정상적으로 제공받을 수 없는 정도의 규모로 보기 어렵다는 이유로, 현저한 규모로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 것으로 볼 수 없다고 판시하였다.

(4) 검토

이 사건은 대법원이 최초로 현저한 규모로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위를 독자적인 부당지원행위 유형으로 인정하였다는 점과 이러한 행위의 부당지원행위 해당 여부에 관한 판단기준을 제시하였다는 점에서 의의가 있다.

특히, 대법원은 현저한 규모의 거래라는 이유만으로 과다한 경제상 이익의 제공으로 인정될 수 없다고 판시함으로써 거래규모의 현저성 뿐만 아니라 과다한 경제상 이익의 제공도 함께 인정되어야만 부당지원행위가 성립될 수 있다는 점을 명백히 하였는바, 대법원이 제시한 이와 같은 판단기준은 이후 공정위가 계열사들 간의 대규모 거래관계의 형성·유지행위의 부당지원행위 해당 여부를 판단함에 있어서 중대한 판단기준이 될 것으로 보인다. 실제로 뒤에서 살펴보게 될 현대자동차 기업집단 계열사들 간의 물량 몰아주기 사건에서 공정위는 이와 같은 판단기준에 따라 판단을 내린 것으로 보인다.

한편, 대법원이 과다한 경제상 이익의 제공 여부를 지원성 거래규모 및 급부와 반대급부의 차이, 지원행위로 인한 경제상 이익, 지원기간, 지원횟수, 지원시기, 지원행위 당시 지원객체가 처한 경제적 상황 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다고 판시한 것은, 기존에 이미 정립된 지원행위의 판단기준을 반복한 것에 불과하다.

2. 현대자동차 기업집단 계열사들간의 물량 몰아주기 사건

(1) 사안의 개요

1) 글로비스에 대한 물류업무 몰아주기

현대자동차 기업집단 계열사인 현대자동차, 기아자동차, 현대모비스, 현대제철은 2001년 3월부터 2004년 6월의 기간 동안 계열사이자 물류회사인 글로비스에게 자신들이 발주하는 각종 물류업무 대부분을 사업양수도나 수의계약 방식으로 몰아주는 방법으로 총 5,687억 원 상당의 거래를 하였다.

2) 이노션에 대한 광고물량 몰아주기

현대자동차와 기아자동차는 2005년 5월부터 2006년 12월의 기간 동안 계열사이자 광고회사인 이노션에게 자신들이 발주하는 자동차 관련 TV, 라디오, 신문, 잡지 광고와 각종 마케팅 행사업무 대부분을 몰아주는 방법으로 총 약 1,095억 원 상당의 거래를 하였다.

(2) 공정위의 판단(공정위 2007. 10. 24. 의결 제2007-504호)

1) 글로비스에 대한 물류업무 몰아주기 : 부당지원행위 인정

① 지원행위 인정

공정위는 글로비스에 대한 물류업무 몰아주기에 대하여, 현대자동차 기업집단 계열사들의 물류비에서 글로비스와의 거래가 차지하는 비중이 대부분이라는 점(80~100%), 글로비스가 수주 받은 물량의 매출액이 2003년과 2004년 당시 물류시장에서 1위 사업자 매출액의 각각 29.5%와 34.6%에 해당된다는 점, 당시 물류시장에 신규로 진입한 상위 20위 내의 다른 물류회사의 사업 개시 2~3년차 매출액이 시장 전체 매출액의 1.4~2.4%에 불과하였음에도 불구하고 역시 같은 시기 신규로 진입한 글로비스의 2~3년차 매출액은 시장 전체 매출액의 5.7~8.2%에 이른 점, 글로비스의 전체 매출액에서 현대자동차 기업집단 계열회사들과의 거래비중이 35.8~41.7%였던 점 등을 들어, 현저한 규모의 거래에 해당된다고 판단하였다.

또한, 공정위는 글로비스가 비계열사들과의 거래 시보다 현대자동차 기업집단 계열사들과의 거래에서 훨씬 높은 매출총이익율을 시현(示現)한 점, 현대자동차 기업집단 계열사들은 글로비스에 대한 운송단가를 시장가격 인상률보다 높게 인상하여 줬던 점, 시장가격에 별다른 변동이 없었음에도 불구하고 현대자동차 기업집단 계열사들은 같은 기간 글로비스에 대하여 운송단가를 대폭 인상하여 주었던 점, 현대자동차 기업집단 계열사들은 대부분 수의계약 형태로 글로비스에 물류업무를 몰아줬을 뿐만 아니라 특별한 사정 없이 거래 개시 후 단기간 이내에 운임단가를 대폭 인상하였

던 점 등을 들어, 글로비스가 상당히 유리한 조건으로 거래하였다고 판단하였다.

마지막으로 공정위는 글로비스가 산업평균에 비하여 높은 자기자본 증가율을 보인 점(산업평균 36.8%, 글로비스 171%), 높은 매출액 증가율을 보인 점(산업평균 42.87%, 글로비스 66.3%) 및 높은 총자본 영업이익률(산업평균 11.15%, 글로비스 26.16%)을 보인 점 등을 들어, 글로비스가 이러한 현저한 규모의 거래를 유리한 조건으로 거래함으로써 과도한 경제상 이익을 제공받았다고 판단하였다.

② 부당성 인정

공정위는 이러한 행위는 글로비스와 현대자동차 기업집단 계열사들 사이에 이해가 충돌될 우려가 큰 거래임에도 불구하고 이사회 의결 등 정상적인 내부 의사결정절차를 거치지 않았고 현대자동차의 지배주주가 글로비스의 대주주라는 사실 등을 고려할 때 지원의도가 인정되는 점, 현대자동차 지배주주의 기업집단에 대한 지배력 강화수단으로 글로비스에 대한 물류업무 몰아주기가 이루어져 이를 통한 부당한 경쟁력 집중을 야기한 점, 이러한 행위를 통하여 글로비스는 사업 개시 2년 만에 업계 2위가 되고, 4년 만에 업계 1위가 되는 등 유력한 사업자로서의 지위를 획득하고 제고한 점, 이러한 행위로 인한 지원금액이 글로비스의 당기순이익의 39%에 달하는 등 글로비스의 자금여건을 크게 제고하여 경쟁상 지위를 부당하게 상승시킨 점 등, 이러한 행위는 결국 관련 시장에서의 신규 진입을 저해하고 기술 혁신이나 경쟁력 제고를 저해할 우려가 있는 점 등을 들어 부당성을 인정하였다.

2) 이노션에 대한 광고물량 몰아주기 : 부당지원행위 부인

공정위는 이노션에 대한 광고물량 몰아주기에 대하여, 매체대행수수료는 매체의 종류에 따라 그 크기가 상이하다는 점에서 매출총이익률이 경쟁사업자에 비하여 다소 높다는 이유만으로 유리한 조건의 거래를 했다고 보기 어려운 점(즉, 지원행위를 인정하기 어려운 점)과 위와 같은 거래를 통하여 얻은 경제상 이익을 이노션이 다시 다른 계열회사에 재투자한 사실이 없는 점 등에 비추어 지원 의도 등 부당성을 입증할만한 근거가 미비하다는 점(즉, 부당성을 인정하기 어려운 점) 등의 이유를 들어 부당지원행위의 성립을 부정하였다.

(3) 법원의 판단(서울고법 2009. 8. 19. 선고 2007누30903 판결)

이노션에 대한 광고물량 몰아주기에 대해서는 이미 공정위가 무혐의 결정을 내렸으므로, 서울고등법원에서는 글로비스에 대한 물류업무 몰아주기의 부당지원행위 성립 여부만이 다루어졌다.

서울고등법원은 먼저 공정위가 인정한 사실관계들을 토대로 현대자동차 기업집단 계열사들의 글로비스에 대한 물류업무 몰아주기는 현저한 규모의 거래를 상당히 유리한 조건으로 거래한 행위로서 지원행위에 해당된다고 판시하였다. 또한, 서울고등법원은 글로비스가 이러한 물류업무 몰아

주기를 통하여 높은 매출액과 당기순이익을 올려 설립 후 2년 만에 2위 사업자로, 4년 만에 1위 사업자로 급부상한 점에 비추어 보면, 이러한 물류업무 몰아주기는 경쟁사업자들과의 관계에서 글로벌 비스의 경쟁상 지위를 부당하게 제고하여 관련 시장의 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있다 판단하여 부당성을 인정하였다. 이러한 서울고등법원의 판시 내용은 공정위의 판단 내용을 거의 대부분 수용한 것이다.

(4) 검토

이 사건은 공정위가 현저한 규모로 거래하여 과도한 경제상 이익을 제공한 행위의 부당지원행위 해당 여부에 관한 판단기준을 구체적으로 밝혔다는 점과 비록, 하급심 판례이기는 하지만 법원이 현저한 규모로 거래하여 과도한 경제상 이익을 제공한 행위에 의한 부당지원행위의 성립을 최초로 인정하였다는 점에서 의의가 있다.

특히, 이 사건에서 공정위는 대법원이 현대투자신탁운용의 현대투자신탁증권에 대한 대규모 대출 사건에서 제시한 판단기준에 따라 거래규모의 현저성 뿐만 아니라 과도한 경제상 이익의 제공까지 판단하였다는 점에서, 이 사건은 향후 공정위의 집행방향을 가늠해 볼 수 있는 중요한 척도가 될 수 있을 것으로 보인다. 이와 관련하여 공정위가 이노선에 대한 광고물량 몰아주기에 대하여 부당지원행위의 성립을 부인하였다는 점을 고려하여 볼 때, 향후 공정위가 계열사들 간의 대규모 거래관계의 형성·유지행위에 대하여 규제를 한다고 하더라도 엄격한 판단기준을 적용할 가능성이 있는 것으로 보인다.

한편, 이 사건에서 공정위는 “상당히 유리한 거래조건의 설정”과 “과도한 경제상 이익의 제공”을 별도의 요소로 판단하였지만, 이러한 판단에는 다소 의문이 있다. 오히려 상당히 유리한 거래조건 인지 여부는 과도한 경제상 이익의 제공 여부를 판단함에 있어서 필수적인 고려요소 중 하나로 보는 것이 타당할 것으로 생각한다.

IV. 물량 몰아주기에 의한 부당지원행위의 성립과 관련된 주요 쟁점

앞서 살펴본 구체적인 사례들에 비추어 볼 때, 물량몰아주기에 의한 부당지원행위의 성립 여부와 관련해서는 다음과 같은 쟁점들이 발생될 수 있을 것으로 보인다.

1. 계열사들간의 대규모 거래관계의 형성·유지행위만으로 부당지원행위가 성립될 수 있는지 여부

계열사들 간에 대규모 거래관계를 형성·유지하는 행위만으로 부당지원행위가 성립될 수 있는

지 여부와 관련해서는 현대투자신탁운용의 현대투자신탁증권에 대한 대규모 대출 사건에 대한 대법원의 판시 내용이 비교적 명확한 해답을 제시해 주고 있는 것으로 보인다.

결론부터 말하자면, 단지 계열사들 간에 대규모 거래관계를 형성·유지하였다는 것만으로는 부당지원행위가 성립될 수 없을 것이다. 이는 대법원이 “현저한 규모의 거래라 하여 바로 과다한 경제상 이익을 준 것이라고 할 수 없고 지원성 거래규모 및 급부와 반대급부의 차이, 지원행위로 인한 경제상 이익, 지원기간, 지원횟수, 지원시기, 지원행위 당시 지원객체가 처한 경제적 상황 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다”고 판시한 점에 비추어 보더라도 명확하다고 할 것이다.

다만, 대규모 거래관계를 형성·유지하는 것 자체가 지원객체에게 과다한 경제상 이익을 제공하는 효과를 발생시키는 경우는 예외적으로 대규모 거래관계를 형성·유지하는 것 자체만으로도 부당지원행위가 성립될 가능성이 있다고 보인다. 예를 들어, 대법원이 판시한 것처럼 거래상대방 회사에게 유동성의 확보 자체가 긴요한 경우에는 대규모 거래관계를 형성·유지함으로써 유동성을 확보할 수 있게 하는 것 자체가 과다한 경제상 이익을 제공하는 것으로 볼 수 있을 것이다. 그러나 이러한 경우에도 부당지원행위가 성립하는 것은 대규모 거래관계를 형성·유지하였기 때문이 아니라 그러한 행위를 통하여 과다한 경제상 이익을 제공하였기 때문이므로, 공정위가 계열사들 간의 대규모 거래관계의 형성·유지행위만으로 부당지원행위가 성립하였다고 주장하기 위해서는, 반드시 그러한 대규모 거래관계의 형성·유지행위 자체만으로 지원객체에게 과다한 경제상 이익이 제공되었음을 보여줄 수 있는 특별한 사정을 입증하여야만 할 것이다.

2. 과다한 경제상 이익의 제공 여부에 대한 판단기준

현대투자신탁운용의 현대투자신탁증권에 대한 대규모 대출 사건에 대한 대법원의 판시 내용 및 현대자동차 기업집단 계열사들 간의 물량 몰아주기 사건에 대한 공정위의 판단에 비추어 볼 때, 물량 몰아주기에 의한 부당지원행위가 성립하기 위해서는 현저한 규모의 거래행위 뿐만 아니라 과다한 경제상 이익의 제공도 인정되어야 할 것이다.

이와 관련하여 어떠한 경우에 과다한 경제상 이익이 제공되었다고 볼 것인지 여부가 문제되지만, 이에 대해서는 현대자동차 기업집단 계열사들 간의 물량 몰아주기 사건에서 공정위가 판단한 내용이 좋은 참고가 될 수 있을 것으로 보인다. 공정위는 이 사건에서 현대자동차 기업집단 계열사들이 글로벌비스에 대하여 상당히 유리한 조건으로 거래한 것인지 여부를 판단한 후, 다시 이를 핵심적인 요소로 하여 과다한 경제상 이익의 제공 여부를 판단하였다. 앞서 언급한 바와 같이 ‘상당히 유리한 조건’이 별개의 독립된 요건인지, 아니면 과다한 경제상 이익 제공 여부를 판단하는 요소 중 하나인지에 대해서는 이견이 있을 수 있지만, 공정위가 과다한 경제상의 이익의 제공 여부를 판단함에 있어서 상당히 유리한 조건의 거래인지 여부를 현저한 물량인지 여부와 함께 핵심적인 요소로 고려하고 있는 점은 어느 입장에서 보더라도 타당한 결론이라고 생각한다. 이러한 점에서 보

면 물량몰아주는 전혀 새로운 유형의 부당지원행위라기 보다는 기존의 부당지원행위의 ‘현저히 유리한 조건’이라는 요건이 ‘현저한 물량’ 및 ‘상당히 유리한 조건’으로 대체된 것에 불과하다고도 볼 수 있다.

결국, 대규모기업집단 소속 계열사들 간에 대규모 거래관계를 형성·유지하였다고 하더라도 그 거래조건이 정상거래와 별반 차이가 없다면 부당지원행위의 성립은 부인될 것이다.

3. 물량 몰아주기 관련, 사업경영상의 효율성 항변이 가능한지 여부

대규모 기업집단 소속 계열사들은 여러 가지 사업경영 상의 이유에서 다른 계열사와 대규모 거래관계를 형성·유지하게 되는데, 이러한 사업경영 상의 이유를 들어 부당지원행위의 성립을 저지할 수 있는지가 문제될 수 있다. 그러나 지원행위에 단순한 사업경영 상의 필요 또는 거래 상의 합리성 내지 필요성이 있다는 사유만으로는 부당지원행위의 성립요건으로서의 부당성 및 공정거래 저해성이 부정될 수 없다는 대법원 판례(대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두2935 판결 등)의 입장에 비추어 볼 때, 그 가능성은 크지 않을 것으로 보인다.

V. 마치며

지금까지 살펴본 바와 같이, 계열사와 현저한 규모로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하는 행위에 대해서는 심사지침에 명백한 판단기준이 규정되어 있지 않을 뿐만 아니라, 관련 사례 역시 충분히 축적되지 못한 상태이다. 이러한 상황 속에서 공정위가 대규모 기업집단 소속 계열사들 간의 대규모 거래관계의 형성·유지행위를 본격적으로 물량 몰아주기에 의한 부당지원행위로 규제하기 시작한다면, 앞서 살펴보았던 주요 쟁점들을 둘러싸고 적지 않은 논란이 발생할 것으로 예상된다.

따라서 공정위는 물량 몰아주기에 대한 본격적인 규제에 앞서, 우선 현저한 규모로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위에 관한 판단기준부터 명확히 정리하여 공시하는 것이 급선무가 될 것이다. 또한, 공정위는 앞서 살펴보았던 주요 쟁점들에 대한 수범자들의 예측 가능성을 고려하여, 그 판단기준은 되도록 엄격하고 명쾌하게 수립할 필요가 있을 것이다. 그렇게 함으로써 공정거래법 상의 부당지원행위 금지조항 자체에 대하여 제기되고 있는, 경쟁법의 영역을 넘어선 조항이라는 주장이나 과잉금지 등을 이유로 한 위헌성의 시비⁵⁾를 효과적으로 봉쇄할 수 있을 것이다.

5) 임영철, 공정거래법, 법문사, 권말논문 참조