

‘특수관계인에 대한 부당한 이익 제공 행위 심사 지침’ 공정거래 전문가 간담회

공정거래위원회는 지난 2월 25일부터 공정거래법 제23조의2에 대한 객관적·구체적 심사 기준을 제시하는 ‘특수관계인에 대한 부당한 이익 제공 행위 심사 지침’을 제정·시행하고 있습니다. 공정위는 이번 심사지침이 특수관계인에 대한 부당한 이익 제공 행위의 주체 및 객체, 법적 적용 시기, 이익 제공 행위의 성립 요건 등을 구체화하고, 상당히 유리한 조건의 거래, 사업기회 제공 행위, 합리적 고려나 비교 없는 상당한 규모의 거래 등 위반 행위 유형별 위법성 판단 기준 및 적용 제외 기준을 명확화하는 한편, 합리적 고려나 비교 없는 상당한 규모의 거래에서의 적용 제외 사유와 관련한 구체적 사례를 제시하고 있다고 설명하고 있습니다.

그러나 해당 심사지침의 제정·시행 과정에서 위임입법의 한계나 비례의 원칙 관련 문제 등에 대한 사전 논의가 충분하지 못했고, 그에 따라 수범 대상인 기업계에 대하여 공법상의 제반 원리에 따라 심사지침이 집행될 수 있는 관련 규정의 보완 및 정비が必要하다는 의견들이 존재하고 있습니다. 그리고 심사지침이 제재 기준을 구체화하였지만, 수범 대상자들은 관련 규정 등이 모호하여 예측 가능성이 떨어지고, 기업의 다양한 거래 형태를 일정 기준으로 획일화하는 것 등으로 인하여 기업 경영의 불확실성이 커지게 된다는 입장을 보이고 있습니다.

이에 한국공정경쟁연합회는 지난 5월 8일 공정경쟁연합회 회의실에서 ‘특수관계인에 대한 부당한 이익 제공 행위 심사지침’의 이해와 향후 정비 방안 등을 모색하고자 공정거래 전문가 간담회를 개최하였습니다. 연세대학교 법학전문대학원 신현윤 교수(공정경쟁연합회 회장)의 사회로 법무법인 율촌 윤세리 명예대표변호사, 한양대학교 법학전문대학원 이호영 교수, 공정거래위원회 기업집단국 정진욱 국장, 법무법인 화우 한철수 고문을 초빙해 진행된 이날 간담회를 ‘경쟁저널’ 지면을 통해 공개합니다.



연세대학교 법학전문대학원
신현윤 교수



법무법인 율촌
윤세리 명예대표변호사



한양대학교 법학전문대학원
이호영 교수



공정거래위원회 기업집단국
정진욱 국장



법무법인 화우
한철수 고문

* 이하에서는 발언 표기 상에서 사회자 및 토론자의 직함 표기를 생략합니다. (편집자 주)

‘특수관계인에 대한 부당한 이익 제공 행위 심사 지침’ 공정거래 전문가 간담회

|||||

신현운(사회): 바쁘신 일정 중에서도 귀한 시간을 내주셔서 감사합니다. 오늘 간담회에는 법무법인 율촌 윤세리 명예대표변호사님, 법무법인 화우 한철수 고문님, 한양대학교 법학전문대학원 이호영 교수님, 그리고 공정거래위원회 기업집단국 정진욱 국장님께서 참석해주셨습니다. 저는 사회를 맡게 된 연세대학교 신현운 교수입니다. 현재 공정경쟁연합회 회장직을 맡고 있습니다. 잘 아시다시피 공정거래위원회(이하 ‘공정위’)는 지난 2월부터 ‘특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위 심사지침’(이하 ‘심사지침’)을 제정해 시행하고 있습니다. 이번 심사지침은 그동안 정리되지 못했던 공정거래법 제23조의2의 적용을 위한 심사기준을 객관적이고 명확하게 규정하고 있다는 평가와 함께, 기업의 현실을 좀 더 고려하였으면 하는 아쉬움이 있는 것도 사실입니다. 이런 부분들에 대해 오늘 전문가들을 모시고 논의해 보고자 합니다. 먼저 공정거래위원회 정진욱 기업집단국장님께서 심사지침의 제정 배경과 주요 내용에 대해 간단히 말씀해 주시겠습니다.

정진욱: 지난 2014년 2월 공정거래법 제23조의2가 신설되고, 그에 따라 2016년 12월 ‘총수입가 사익편취 금지 규정 가이드라인’(이하 ‘가이드라인’)을 제정·시행해왔습니다. 이 과정에서 명확한 법 위반 판단 기준을 마련할 필요가 있다는 요구에 따라서 예규 형태의 심사지침을 제정하게 됐습니다. 심사지침 제정을 위해 2018년 12월에 52개 대기업집단 간담회를 개최했고, 2019년 1월부터 3월까지 의견수렴을 거쳤으며, 4월에는 여러 경로를 거쳐 이해관계자들의 의견을 수렴했습니다. 해당 명칭에 대해서는 가이드라인에서는 ‘사익편취’라는 표현을 썼는데, 이를 삭제해달라는 입장을 반영하고 법문에 충실하기 위해 ‘특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위 심사지침’이라고 명명하게 되었습니다. 심사지침은 가이드라인과는 달리 제정 초기 단계부터 수차례에 걸쳐 기업들의 의견을 경청하고 반영함으로써 그 내용이 보다 정제되고 풍부해지게 됐습니다. 심사지침은 관련 법과 시행령의 내용을 이해하기 쉽게 정리하고, 그동안의 위원회의 심결례, 법원의 판결, 전문가·업계 의견 반영해 해석 및 판단 기준을 명확히 하고자 했습니다. 이를 통해 법 집행의 일관성을 확보하고 수범자의 예측 가능성을 제고하는 동시에, 법 위반 행위를 사전 예방하는 효과도 있을 것으로 기대됩니다. 다만, 아직까지 위원회의 심결례와 법원의 판결이 많이 축적되지 않은 상태에서 심사지침을 제정·시행하고 있기 때문에 계속 보완하고 발전시켜 나가야 한다고 생각하고 있습니다. 이번 심사지침과 연관성이 있는 부당한 지원행위 심사지침 등도 올해 개정 예정으로 준비 중입니다.

신현운(사회): 네 감사합니다. 다음으로 한철수 고문님께서 종래 사익편취 가이드라인과 이번 심사지침 사이의 차이점을 비교해 간단히 말씀해 주시면 좋겠습니다.

한철수: 이번 심사지침은 그 내용이 많이 풍부해져서 수범자에게 도움이 많이 될 것으로 보임



니다. 우선 시행령을 살펴보면 아시겠지만, 시행령 자체가 다른 법령과는 달리 자세하게 설명되어 있습니다. 이전의 가이드라인은 시행령에 대한 지침이 별로 없었습니다. 이번 심사 지침은 ‘공정거래위원회 예규’라는 형식을 갖추으로써 법규성이 강화되는 효과가 있다고 보입니다. 물론, 공정위의 예규가 법적 구속력을 갖고 있는 것은 아니지만, 최소한 공정위가 심사지침의 내용보다 더 강한 규제는 할 수 없다는 점에서는 의미가 있다고 생각합니다. 둘째, 과거 가이드라인에서는 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위의 경우와 같이 ‘지원주체’와 ‘지원객체’라는 용어들을 사용했는데 비해, 이번 심사지침에서는 법령에 맞게 ‘제공주체’와 ‘제공객체’라는 용어를 사용하고 있습니다. 셋째, 제공객체회사에 대한 동일인 및 친족 보유지분을 계산함에 있어서, 직접보유지분만 계산하고 2단계 이상 소유관계를 통한 간접지분은 제외된다는 점, 반면 차명주식이나 우회보유 등 실질적인 보유 지분은 포함된다는 점을 명시한 점은 바람직하다고 봅니다. 넷째, ‘상당히 유리한 거래’에 대해 실제 사례의 예시를 추가한 점은 투명성과 예측 가능성 제고 효과가 있다고 봅니다. 비록, 동 사례들이 부당지원행위 심사지침에 포함되어 있는 내용들이기는 하지만, 가독성 차원에서 그 의미가 있다고 봅니다. 다섯째, 제3자를 매개로 한 간접거래도 이익제공행위의 범위에 포함하도록 하고 있습니다. 그 필요성이 있다고 할 수 있겠지만, 적용 요건을 보다 엄격하게 보완할 필요는 없는지에 대한 검토가 필요하다고 봅니다. 여섯째, 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목의 ‘통행세’ 거래가 추가된 점은 특이한 사항이라고 생각합니다. 일곱째, 정상가격 산정에 있어서 「국제조세조정에 관한 법률」 제5조(정상가격의 산정 방법) 및 동법 시행령 제2장(국외특수관계인과의 거래에 대한 과세 조정) 또는 「상속세 및 증여세법」 제4장(재산의 평가) 및 동법 시행령 제4장(재산의 평가)에서 정하는 방법을 준용할 수 있다고 명시한 점은 예측 가능성 차원에서 진일보한 측면이 있습니다. 여덟째, 일감 몰아주기 항목에 있어서 실질적인 경쟁 입찰의 기준을 제시한 점과 합리적 사유와 정상적 과정에 따른 수의계약의 경우를 제외한 점도 진일보한 것이라고 평가합니다. 아홉째, 효율성 증대 효과가 있는 거래에 대한 예시가 많이 추가되었는데, 기업들의 실무에 상당한 도움이 될 것으로 평가합니다. 마지막으로, 보안성이 요구되는 거래와 긴급성이 요구되는 거래 유형에 대한 예시도 많이 추가되어 있어 기업 실무에 도움이 될 것으로 보입니다.

신현운(사회): 다음으로 이호영 교수님께 여쭙고 싶습니다. 불공정거래행위에서는 일반적으로 공정거래저해성을 위법성 판단 요건으로 하고 있습니다. 그런데 공정거래법 제23조의2 특수관계인에 대한 부당한 이익 제공 금지의 경우에는 행위의 부당성이 아닌, 이익의 부당성을 위법성 요건으로 하고 있는 것이 특징이라고 볼 수 있습니다. 따라서 이번 심사지침에서도 그 연장선상에 있는 것으로 보이는데, 부당한 이익에서의 부당성 내용을 아직까지 구체적으로 제시하고 있지 않아 불분명한

‘특수관계인에 대한 부당한 이익 제공 행위 심사 지침’ 공정거래 전문가 간담회

부분들이 있는 것 같습니다. 이 교수님께서 법적 관점에서 ‘부당성’의 의미와 기준에 대해 이야기해 주셨으면 합니다. 또한, 일반적으로 약칭해 ‘사익편취 심사지침’이라는 표현을 많이 쓰고 있는데, 사실 ‘사익편취’라는 용어는 형사적 불법이라는 사전 예단을 갖도록 함으로써 법 위반 여부에 대한 객관적·중립적 가치 판단에 부정적 영향을 줄 우려가 있지 않나 생각도 듭니다. 그 점에 대해서도 언급해 주셨으면 합니다.

이호영: 공정거래법을 다루시는 분들이라면, 지난 2013년 공정거래법 제23조의2의 신설 배경을 모두 알고 계실 겁니다. 당시 입법 과정에서도 상당히 논란이 됐지만, 결국 제23조의2에서 행위 요건이 새롭게 추가된 것은 없었습니다. 종전 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위에 대한 법원의 보수적인 판결의 영향으로, 실질적으로 규제 목적을 달성할 수 없다는 바탕에서 제23조의2가 신설된 것입니다. 초기 공정위의 법 집행 관행에 비춰보면 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위는 상당히 폭넓게 접근했습니다. 지원 행위에 있어서 공정거래저해성을 단순히 다른 공정거래법 위반 행위의 경우와는 달리, 관련 시장에서의 경쟁제한성과 시장과의 구체적 관련성을 반드시 전제하지 않더라도, 예를 들어 경제력 집중과의 관련성이나 경영권 승계와의 관련성 등 그런 것들이 구체적으로 입증되지 않더라도, 결국에는 공정한 거래를 저해하는 것이 아니냐는 법 집행이 있었습니다. 법원도 초기에는 불분명해보이기도 했지만, 2004년 삼성SDS 판결 상고심을 통해 이 부분을 정리했습니다. 부당지원행위는 불공정거래행위의 하나이기 때문에 경쟁 저해든 공정거래 저해든 특정한 시장에서의 영향을 전제로 입증되지 않으면 특수관계인, 즉 총수 2세에 대한 경제적 부(富)의 이전만으로는 부족하다고 법원이 명확하게 입장을 정리했습니다. 그 이후로 공정위는 특수관계인에 대한 부의 이전을 내용으로 하는 부당지원행위에 대한 법 집행을 하지 못했습니다. 그런 문제 등으로 인해 제23조의2가 신설됐기 때문에, 입법 자료에서 명확히 보이는 것처럼 부당이익이라는 것이 종전의 부당지원행위와 마찬가지로 공정거래저해성이 요구되지 않는다는 것은 명확합니다. 그것을 부인하는 극단적인 견해가 있기는 하지만, 일반적으로 수용되기는 어려운 것 같습니다. 대부분은 공정거래저해성은 아니지만, 이익의 부당성이 무엇인지가 쟁점이 되고 있습니다. 제가 찾아보니 관련 판결 2개가 나오는데, 부당지원행위를 적용한 사건까지 포함시키면 약 5개 정도의 사건이 있습니다. 2017년 한진 사건 판결의 경우는 학계에서 상당히 논란이 되고 있습니다. 해당 판결의 의미에 대해서는, 공정거래저해성은 아니지만 ‘이익의 부당성은 별도로 입증되어야 하고, 그 이익의 부당성은 경제력 집중이 발생할 우려이다’라고 이해하는 것이 객관적인 해석일 듯합니다. 그리고 올해 2월 하이틴진로 사건에서는, 공정거래저해성에 대해서는 회피하고 ‘특수관계인에게 부당한 이익을 제공했는지를 기준으로 한다’라고 아주 간략하게 넘어갔다고 보면 될 것 같습니다. 따라서 선판결로서의 의미는 특별히 없는 것 같

습니다. 결국, 한진 사건이 대법원에 상고되어 있기 때문에 판결을 기다릴 수밖에 없는 상황입니다. 제 나름대로 입법 취지에 비춰 살펴보면, 서울고등법원이 한진 사건에서 말한 경제력 집중의 우려는, 그 이전부터 법원이 일관되게 부당지원행위의 공정거래저해성의 내용으로 이야기했던 것이어서 입증 수준에서는 차이가 있을 수 있습니다. 그런데 종전부터 높은 수준의 입증을 요구했는데, 제23조2의 경우는 그 입증 수준을 조금 낮췄다고 해석할 여지는 있습니다. 그런데 논리적으로 설명이 안 되는 부분입니다. ‘공정거래저해성은 아니지만 경제적 집중의 우려는 입증해야 한다’는데 종전 법원의 판례에 따르면, 경제력 집중의 우려는 일관되게 공정거래의 내용으로 본다는 점에서 논리적으로 설명이 안 됩니다. 그래서 대법원의 판결을 기다릴 수밖에 없는 상황입니다. 또한, 개별적인 이익 제공 행위가 경제력 집중에 기여하는지를 입증한다는 것은 사실상 불가능한 것이기 때문에, 법 해석에 있어서 불가능한 것의 입증을 요구할 수는 없습니다. 한진 사건이 대법원으로 올라간 지 3년이 되어 이제는 판결이 나오지 않을까 생각해봅니다. 이번 심사지침에서는 그 부분에 대해서는 불가피하게 내용을 담지 못하고 기다리는 입장이 아닌가 하는 생각이 듭니다. 입법 취지에 비춰볼 때, 결국 공정거래저해성을 요구하는 것은 아닌 듯하면서 구체적으로 경제력 집중의 우려를 요구하는 것은, 법 집행 실무상 입법 취지 자체를 망각시키는 것이기에 동의하기 어렵습니다. 공정위의 입장처럼, 상당한 정도의 이익이 전이되고 이것을 정당화할 수 있는 합리적 사유가 없다는 내용으로 가야 하는 것이 아닌가 생각해봅니다. 그런데 공정위가 생각하는 합리적인 이유라는 것이 -제 개인적인 평가지만- 너무 좁다고 생각합니다. 공정위가 생각하는 기업집단 내의 내부거래는 일단 부당하고, 불공정하며, 특수관계인에게 부당한 이익이 될 여지가 있는 의심스러움을 전제로 하고 있는 것처럼 보입니다. 하지만 사실 꼭 그렇지는 않습니다. 1986년 공정거래법상 경제력 집중 억제 조치가 도입된 이후, 1990년대 초중반까지는 재벌의 ‘문어발식 경영’이 우리나라 대기업집단의 큰 문제였습니다. 오히려 당시는 관련 분야에 많이 진출함으로써 관련 사업 다각화를 추진하라고들 이야기했었습니다. 관련 사업 다각화를 하게 되면 당연히 내부거래가 증가하게 되고, 기업집단의 존재 의미가 커질 수밖에 없습니다. 그래서 기업 경영의 현실에 맞게 조정해야 할 필요가 있다는 생각입니다.

신현운(사회): 감사합니다. 이번에는 윤세리 변호사님께서 현행 심사지침 상에 명시되어 있지 않은 부당성 요건에 대한 심사 기준 마련의 필요성에 대해서 말씀해주셨으면 합니다. 심사지침이 특수관계인에게 부당한 이익을 제공하는 것을 방지하는 목적의 규제라면 형식적으로라도 부당한 이익에 대한 판단 기준이 필요하지 않을까 합니다. 부당성 요건에 대한 심사 기준이 필요할 경우 현 심사지침 상에서 이를 어떻게 풀이해 나갈 수 있는 지에 대해서도 언급해 주셨으면 합니다.

‘특수관계인에 대한 부당한 이익 제공 행위 심사 지침’ 공정거래 전문가 간담회

윤세리: 큰 그림에서 해당 구조를 파악해 본다면 보다 수월하지 않을까 생각합니다. 역사적으로 그 입법 취지가 무엇이었는지를 살펴보면, 공정거래법 제23조 제1항 제7호로만 규율하다 보니 동 규정은 자연인인 동일인에 대한 지원에는 적용하지 못하게 되고, 그래서 이에 대한 별도의 법적 근거가 필요했다고 봅니다. 둘째는, 공정거래법은 물론 헌법으로부터 시작해 법체계론적 측면에서 부당한 이익 제공이라는 행위 개념을 살펴보면, 앞에 ‘부당한’을 빼고 나면 ‘이익’과 ‘제공’은 가치중립적 개념일 뿐이므로, 공정거래법이 이익제공행위에 공법적으로 개입하려면 헌법적 근거가 필요한데, 헌법적 근거는 실정법적으로는 공정거래법의 목적에서 찾아야 합니다. 공정거래법의 목적에는 경쟁 제한과 경제력 집중 억제와 같은 것들이 있는데, 공정거래법의 각 조문의 존재 근거는 이러한 공정거래법의 목적에서 찾을 수밖에 없습니다. 이것을 못 찾을 경우는 위헌이 될 수도 있고 입법 기술상의 보완을 요하는 문제일 수도 있습니다. 따라서 논리적·법리적 차원에서 생각해보면 부당한 이익제공행위에서 부당성의 의미를 부여하지 않을 수 없습니다. 부당성에 의미가 없다면 이익 제공은 가치중립적 개념일 뿐이어서 법이 개입할 수 있는 근거 자체가 없습니다. 부당성의 근거가 무엇이라는 문제는 조문의 문언과 판례 등을 살펴봐야 하는데, 공정거래법상 위법성의 근거로는 ‘정당한 이유 없이’와 ‘부당하게’의 두 가지가 있습니다. 입법적으로나 공정거래법의 실무와 판례에서도 그렇게 구분하고 있습니다. 이 규정을 도입할 때에도 초안에는 ‘부당한’이라는 용어 대신 ‘합리적인 이유’ 또는 ‘정당한 이유 없이’라는 용어를 사용했습니다만, 국회에서 ‘부당한’으로 바뀌었습니다. 그렇다면 논리적으로 볼 때 부당성에 규범적인 의미를 부여해서 해석할 수밖에 없는 것입니다. 이와 관련해서 고려해야 할 점이 두 가지가 있습니다. 첫째로는, 적용 제외 사유에도 규정되어 있지만, 부당성을 해석할 때 타법과의 관계를 고려해 조화롭게 해석해야 한다는 것입니다. 특히, 정상가격을 산정할 경우 이번 심사지침에서는 세법 규정의 적용을 도입했습니다. 세법에도 특수관계인과의 거래에 관한 규정이 있는데, 두 법의 규정이 다르면 수범자의 입장에서는 세법을 따라야 할지 공정거래법을 따라야 할지 혼란에 빠지게 됩니다. 따라서 특수관계인과의 거래가격의 부당성에 관한 두 가지 법 규정을 별도로 해석, 적용할 것이 아니라, 타법과의 관계를 유의해서 부당성을 해석할 필요가 있다는 것입니다. 현재 부당지원행위에 관한 심사지침에도 정상가격을 산정하는 방법이 있는데, 부당지원행위에서는 주로 이익을 받는 자인 지원객체를 기준으로 정상가격을 산정하지만, 세법에서는 이익을 제공하는 납세자의 입장에서 시가를 산정하는 경향이 있습니다. 즉, 세법의 시가와 공정거래법의 정상가격의 구체적 산정 방법이 다르다 보니, 개념적으로 하나의 사업자가 두 법을 동시에 준수할 방법이 없습니다. 이번에 세법에 관한 규정을 일부 보충적으로나마 도입했기에 도움이 될 수 있겠지만, 충분한 것은 아니기에 보다 근본적으로 조화를 이루는 방안을 강구할 필요가 있다고 봅니다. 둘째로는, 부당한 이익제공행위는 경제력 집중의 규제 대상인

공시대상기업집단에 대해서만 적용하는 것이어서, 그 부당성의 근거는 경제력 집중에서 찾을 수밖에 없습니다. 그렇다면 ‘경제력 집중이 무엇이냐’라는 당연한 질문이 나오게 됩니다. 따라서 문제된 행위가 시장집중, 일반집중, 소유집중 중에서 어느 하나의 경제력 집중에라도 해당해야 이 심사지침이 적용될 수 있다고 해석해야 할 것입니다. 구체적으로는 지배주주 승계와 같은 경우에 경제력 집중에 의한 부당성을 찾을 수 있지 않을까 하는 생각입니다.

신현운(사회): 윤세리 변호사님께서 법률 간의 조화가 잘 이루어져야 하고, 경제력 집중에 대한 분명한 정의를 갖춘 상태에서 위법성을 판단해야 하지 않겠는가 라는 말씀을 해주셨습니다. 앞서 잠깐 논의되었던 한진 사건 판례가 있었는데, 이 내용은 모두 잘 아실 듯합니다. 한진 사건 판결의 주요 의미와 앞으로 내려질 대법원 판결과 관련해 윤세리 변호사님께서 먼저 의견을 주시면 정리해보도록 하겠습니다.

윤세리: 한진 사건의 고등법원 판결 의의와 주된 쟁점은 ‘부당성이 독자적인 요건으로 필요한 것인가’ 하는 것으로, 부당성이 독자적 요건으로 필요하다는 판결 취지에 적극 찬성합니다. 그렇지 않다면 부당한 이익제공행위에 관한 조항을 입법 근거나 다른 조항 내지는 공정거래법 전체 구조와의 관계에서 합리적·체계적으로 해석할 방법이 없다고 생각합니다. 부당성을 제외하고 나면 부당한 이익제공행위의 ‘규범적 요소’를 찾을 수 없기 때문입니다. 부당성 입증 문제에 있어서 부당성은 행위의 구성 요건이므로, 그 입증 책임은 당연히 공정위에 있다는 의미에서도 판결의 결론에 찬성합니다. 그리고 해당 판결의 의의는 ‘논의의 실익이 어디에 있느냐’에서 찾아야 한다고 생각합니다. 동 판결은 첫째, 이익의 제공 자체가 있었다고 보기 어렵다고 판단했고 둘째, 그렇다면 논리적으로 부당성에 관한 판단은 할 필요도 없기 때문에 사족(蛇足)이라고 볼 수도 있기에, 이른바 ‘홀딩(holding)’ 또는 ‘판지(判旨)’라고 볼 필요가 없을 수 있다는 것입니다. 이익의 제공이 없으면 이익 제공의 부당성을 논할 필요가 없기 때문입니다. 따라서 대법원 판결에서도 과연 부당성 판단 기준을 제시할지 여부는 순수하게 법률적으로는 선택적 이슈이지만, 다른 유사사건에 미치는 영향이 크다는 점을 감안해 판시할 가능성도 있다고 생각합니다. 논의의 실익은 사건의 판결에서도 볼 수 있듯이, 대부분의 사건에서는 이익 제공 여부에 있을 듯합니다. 이익 제공이 있을 경우에는 부당성이 논의될 수 있겠지만, 이런 경우에는 이익 제공의 부당성은 명백한 경우가 많거나 그렇다고 판단될 가능성이 높고, 그렇게 판단하기 어려운 경우에는 부당성이 중요한 논쟁거리가 될 것입니다. 이와 관련해 입증 책임이라는 측면에서는 사실관계가 한계선상에 갈수록 입증 책임이 중요해지는데, 제공된 이익의 부당성을 판단하기 어려운 경우에는 법리상 공정위가 이를 입증해야 할 것입니다.

‘특수관계인에 대한 부당한 이익 제공 행위 심사 지침’ 공정거래 전문가 간담회

한철수: 윤세리 변호사님의 말씀과 같이 타법과의 조화가 필요한 것 같습니다. 문제는 ‘이익 제공에 있어서 부당성을 어떻게 볼 것인가’에 있는 것 같습니다. 공정위는 공정거래법 제23조 제1항 제7호와 달리 공정거래저해성의 입증 불필요하기 때문에, 4개 유형의 행위를 통해 총수일가에 이익이 귀속됐다면 특별한 사정이 없는 한 부당성 요건이 충족된다는 입장입니다. 서울고등법원은 공정거래법 제23조2 규정에는 공정거래저해성 요건이 없다는 점을 인정하면서도, 경제력 집중 우려가 입증되어야 한다는 입장입니다. 고려대학교 이황 교수는 논문을 통해, 제23조2 규정의 전체 취지와 대상 행위의 특성을 감안할 때 4개 유형의 행위가 있으면 특별한 사정이 없는 한 그에 따른 이익은 부당하다고 보아야 한다고 하는 한편, 경제력 집중 우려 요건은 인정하되 부당지원행위의 경제력 집중과는 달리 약간의 경향성으로 충분하다는 입장입니다. 이와 같이 크게 3가지 견해가 있는데, 3가지 접근 방법이 각각 나름대로 논거가 있지만, 3가지 견해 모두 대다수가 동의하기에는 어려운 측면이 있다고 생각합니다. 문언의 통상적 의미를 보다 정밀하게 분석하는 한편, 법 제23조와 제23조2의 관계, 기업집단 내부거래에 대한 전체 규제 체계와 입법 경위 등을 종합해 살펴보면, 대다수가 동의할 수 있는 보다 선명한 법리가 도출될 수 있다고 생각합니다.

신현운(사회): 공정거래법 제23조의2의 문언 해석상 공정거래저해성이 빠지면서 부당한 이익의 부당성만 논의되고 있는 상황입니다. 전체적으로 합리의 원칙이 적용되어야 하고 부당한 이익에 대한 위법성의 근거를 찾아야 하는데, 자칫하면 당연위법처럼 규제될 우려도 없지 않습니다. 이 때문에 보다 합리적·균형적 사고를 갖고 살펴볼 필요가 있지 않나 생각해봅니다. 대법원이 어떤 판단을 내릴지 지켜봐야 할 것 같습니다.

한철수: 윤세리 변호사님 말씀처럼 ‘정당한 이유 없이’와 ‘부당한’은 구별해야 합니다. 당연히 부당성에 대해서는 공정위가 입증해야 합니다. 부당성의 내용이 무엇이나가 문제이지, 부당성에 대해 입증해야 하는 것을 문제로 삼을 수는 없을 겁니다.

윤세리: 그 부분은 입법 취지에 따라 견해가 다른 것 같습니다. 어떤 분들은 공정거래법 제23조에서의 부당지원행위를 강화해 가중처벌하기 위해 만든 것이라고 생각하는 경향이 있습니다. 하지만 저는 부당한 이익제공행위는 자연인인 동일인이 직접 지배하는 기업에 대해 부당지원행위로 충분한 규제가 되지 않아 이를 규제의 범위 안에 넣기 위해 만든 것이지, 가중처벌하기 위해 따로 때어낸 것은 아니라고 생각합니다. 부당한 이익제공행위의 요건이 부당지원행위의 요건과 100% 합치되지는 않지만 90% 정도 합치되는 유형인데, 여기에서 합치되지 않는 10%를 보충하기 위해 별도의 규정으로 만든 것이라고 해석하는 것이 나올 듯합니다.

|||||

신현운(사회): 윤세리 변호사님 말씀을 들으니 심사지침을 마련하기 전부터 많은 논의가 있었지만, 본질적인 부분까지 생각하지 못한 측면이 있지 않았는가 하는 생각이 듭니다. 이번 심사지침에서는 부당지원행위의 하나인 통행세 거래를 규제 대상 행위 유형의 하나로 파악하고 있는 것으로 보입니다. 통행세 거래는 이미 법과 시행령을 통해 '상당히 유리한 조건'으로 거래하는 유형으로 규제하고 있습니다. 부당지원행위 관련 규제에서는 법률에 명시적으로 제3자 매개 간접거래를 금지하고 있는데, 심사지침에는 법령의 근거 없이 제3자 매개 간접거래 유형에 대한 규제를 하고 있다는 이야기가 나오고 있습니다. 그래서 통행세 거래와 제3자 매개 간접거래 규제에 관해 세 분의 의견을 듣고 싶습니다.

이호영: 그 문제에 대해서는 사업자 측의 반론이 많은 것으로 들었습니다. 심사지침을 살펴보니, 결국은 탈법행위를 막기 위한 것이라는 취지로 보입니다. 심사지침 제정 작업 초기에 사업자 측에서 이야기하기로는, 단순히 탈법행위 규제 차원 정도가 아니라, 법에서 전제하고 있는 거래 범위를 넘어서는 간접거래와 매개거래까지 과도하게 규제하는 것이 아닌가 라고 문제를 제기했습니다. 그러나 심사지침을 꼼꼼하게 살펴보면, 결국 탈법행위의 방지로 읽혀지고 있고, 그 근거로 제시하고 있는 부당지원행위 사건 관련 판결도 모두 그러한 탈법행위에 관한 판결입니다. 앞서 윤세리 변호사님께서 말씀하신 것처럼, 부당지원행위에 대한 법리가 특별하게 입법 취지를 거스르지 않는 한 부당한 이익 제공 사례에 그대로 적용하는 것은 문제가 없다는 생각입니다. 다만, 법 집행 실체에 있어서 다소 과도하게 해석될 수 있는 여지가 있다는 생각입니다. 탈법행위에 대한 규제의 취지라면 명확하게 '규제를 면탈할 의도로 제3자를 통하거나 매개하는 경우'와 같은 식으로 서술해주면, 과잉규제에 대한 우려를 불식할 수 있지 않을까 생각합니다.

윤세리: 이호영 교수님이 정확하게 지적해 주셨습니다. 현실적으로 실무상의 문제점은 '통행세' 또는 '제3자 개입거래', '간접거래'와 같은 명칭이 '사익편취'와 같은 맥락에서 당연히 위법한 것처럼 보이게 한다는 것입니다. 우선, 규정 형식을 탈법행위의 유형으로 주의적으로 규정하고 규제하는 것이 옳지 않은가 생각합니다.

정진욱: 지금까지 공정위가 공정거래법 제23조의2의 규정을 적용해 조치한 사건은 현대증권, 한진, 하이트진로, 효성, 대림산업, 태광 사건 등 6건이 있었습니다. 현대증권과 대림산업 건은 법원에 가지 않고 위원회 의결로 종결됐고, 한진과 하이트진로 건은 현재 대법원에 상고되어 있으며, 효성과 태광 건은 아직 1심 판결조차 나오지 않은 상황을 참고로 말씀드립니다. 부당성 요건은 법을 만들 때 제공주체와 제공객체, 제23조의2 제1항 각 호의 존재, 그리

‘특수관계인에 대한 부당한 이익 제공 행위 심사 지침’ 공정거래 전문가 간담회

고 비정상거래를 할 만한 특별한 사정 또는 합리적 이유의 비존재 등이 있으면 성립합니다. 각 호 행위 자체가 부당한 이익의 귀속을 이미 내포하고 있기 때문에 별도의 부당성 입증은 필요하지 않다는 것이 공정위의 입장입니다. ‘정당한 이유 없이’라는 문언이 삭제되어 ‘부당한’ 부분에 대해서는 공정위에서 입증해야 할 것이고, 입증을 한다는 것은 그러한 행위가 있다면 부당하다고 보기 때문입니다. 한진 사건의 고등법원 판결을 존중하기에 위법성 판단에 귀속된 이익의 규모가 미미한 수준인지, 그리고 경제력 집중이 발생할 우려가 있는지 여부를 살펴보고 있습니다. 대법원 판결이 나와야 확실하게 심사지침에 반영할 수 있을 것 같습니다. 세법이나 회사법 등과 연결되는 것들을 고려해 지금의 심사지침을 만들었지만, 타법과의 관계에 대해 말씀해 주신 부분은 다시 한 번 살펴보겠습니다. 정상가격에 대해서는 지원주체가 유사한 사건이나 조건 하에서 독립된 제3자와 거래했을 때 가격을 살펴보는 것으로, 세법과 충돌되는 부분이 있다고 보지는 않았지만 더 살펴보도록 하겠습니다. 국제조세조정법 등으로 정상가격을 산정할 때 1차적으로 법원이 판단한 지표들을 살펴보고, 2차적으로 국제조세조정법 등 보조지표들을 살펴보게 됩니다. 제공주체나 객체냐에 따라 보는 시각이 다를 수 있는데, 보조지표로서 보는 부분이라서 크게 차이가 나지는 않았지만, 말씀하신 부분을 살펴보겠습니다. 그리고 경제력 집중과 관련한 정의를 담아내야 하는 것 아니냐고 말씀하셨지만, 바로 답변드릴 수 있는 사안은 아닌 것 같습니다. 또한, 제3자 매개 간접거래에 대해서도 말씀하셨는데, 재계에서 반론이 많아 심사지침을 만드는 과정에서 법제처의 유권해석까지 받았던 부분입니다. 법제처 법령해석심의위원회를 개최한 결과, 공정거래법 제23조의2 행위의 직접거래뿐만 아니라 간접거래도 당연히 포함될 수 있는 것이라고 회신을 받았습니다. 이번 심사지침을 만들 때 가장 논의가 많았고 의견이 분분했던 부분이었습니다. 법령해석심의위원회에서는 제3자 매개 간접거래가 법률과 시행령 상에서 직접거래와 제3자 매개 간접거래를 구분하고 있지 않고, 제23조의2가 제23조 부당지원행위의 규제 한계가 발생해 신설된 규정으로, 간접거래를 제외하면 신설된 규정의 입법 목적 자체가 훼손될 우려가 있다는 입장입니다. 제23조의2 제4항을 살펴보면 “특수관계인은 누구에게든지 제1항에 해당하는 행위를 하도록 지시하거나 해당 행위에 관여하여서는 아니 된다”라고 함으로써, 그 규정 자체가 간접거래를 이미 내포하고 있는 규정이어서 제23조의2 제1항에서도 당연히 간접거래가 포함되는 것으로 보아야 하는 것입니다. 불공정거래행위에 있어서 ‘거래’라는 것은 넓은 의미로서 사업 활동을 위한 수단 또는 거래 질서를 내포하는 것이므로, 제3자를 매개로 하는 경우에도 거래 관계가 존재하는 것으로 보고 있다는 점도 고려해야 한다고 판단했습니다. 공정위에서도 이러한 해석과 함께 법원에서 간접거래 형식의 부당지원행위를 인정해왔던 부분이 있었기에 당연히 포함된다고 봤고, 이는 당연히 탈법행위를 규제하기 위함입니다. 통행세 자체도 제23조 제1항 제7호에 명확하게 규정되어 있지 않을 때부터 부당지원행위로 규제해왔던 부

특집: 지상중계

분입니다. 특별히 '상당히 유리한 조건의 거래'라는 점으로 포섭하여 규제할 수 있는 부분이
고 별도의 입증이 필요하기 때문에 법적 수권 한계를 벗어난다고 보지 않고 있습니다. 부당
성에 대한 부분은 앞으로 나올 대법원의 판결을 고려해 유연하게 살펴봐야 할 것 같습니다.

신현운(사회): 좋은 말씀 감사합니다. 시행령을 살펴보면 행위 유형별 적용 제외 기준에서 '상당히 유
리한 조건의 거래'와 '상당한 규모의 거래'에 있어서, 심사지침은 사업자에게 불리하게 해석하는 것
이 아닌가 하는 의견들도 있습니다. 그리고 업종별·산업별 시장을 고려하지 않고 있어 다소 비현실적
이라는 의견들도 있습니다. 이에 대해 한철수 고문님께 한 말씀을 부탁드립니다.

한철수: '상당히 유리한 거래'의 적용 제외 기준에서 크게 3가지 문제를 제기되고 있습니다. 첫
번째는, 사실상 국내에서 경쟁사업자가 없는 특수한 시장 상황인 경우에는, 그 적용을 완화·
배제하는 특례가 적용될 필요가 있다는 점입니다. 두 번째는, 거래총액의 기준을 당사기업간
거래총액이 아니라 '문제되는 거래'의 연간거래총액으로 한정해야 한다는 점입니다. 세 번째
는, '상당히' 등 용어 규정의 적용을 일률적으로 할 것이 아니라, 세분화된 업종 및 산업별 경
쟁시장의 특성을 고려해야 한다는 것입니다. 이를 보다 구체적으로 풀어 말해보자면, 국내에
경쟁사업자가 없는 특수한 시장 상황인 경우 그 적용을 완화·배제하는 문제에 대해, 기본적
으로 공정거래법 제23조의2는 제23조와는 달리 관련 산업의 공정거래저해성을 따지지 않고
특수관계인에게 부당한 이익이 귀속되었는지 여부에 따라 위법 여부가 결정된다는 점에서,
국내에서의 경쟁사업자의 존부는 관련성이 떨어지는 것으로 보이는 측면이 있습니다. 그리
고 거래총액의 기준을 '문제되는 거래'의 연간거래총액으로 한정하는 문제는, 문언의 통상적
의미를 고려할 때 기업간 거래총액으로 해석된다고 볼 수 있습니다. 그러나 부당한 거래만
규제하고자 하는 입법 취지를 고려할 때 문제되는 거래총액으로 보는 것도 타당성이 있다고
생각합니다. 다만, 그렇게 규정할 경우에 명백하게 부당한 이익을 얻었다고 하더라도, 그 규
모가 14억 원(200억 원×7%) 미만인 경우에는 법 적용에서 제외되는 결과가 되는데, 이에 대
해서는 사회적 논의와 합의가 필요하다고 봅니다. 또한, '상당히' 등의 적용을 세분화된 업종 및
산업별 경쟁시장의 특성에 따라 차별화하는 문제에 있어서도, 제23조의2는 제23조와는 달
리 관련 산업의 공정거래저해성과는 무관한 규정이라는 기본 특성과 산업별 차등 적용의 필
요성을 인정한다고 하더라도, 세분화된 업종이나 산업별 경쟁시장의 특성에 따라 사전에 일
정한 기준을 만든다는 것은 현실적으로 매우 어렵다는 점이 고려되어야 할 것으로 보입니다.

신현운(사회): 한 고문님께서 전체적으로 공정위의 실무적 측면을 종합적으로 고려해 말씀해주셨습
니다. 규모면에서는 결국 정책적으로 판단할 수밖에 없지 않나 생각합니다. 이어서 회계 쪽 규제가

‘특수관계인에 대한 부당한 이익 제공 행위 심사 지침’ 공정거래 전문가 간담회

기업의 자유와 원활한 거래를 제한하는 것이 아닌지, 합리의 원칙보다는 당연위법의 원칙이 더 강하게 작용하지 않을까 하는 우려들이 있습니다. 이에 대해서는 이호영 교수님과 윤세리 변호사님께 의견을 부탁드립니다.

이호영: 법 규정 체계도 그렇고, 공정위도 당연위법으로 인식하고 있지는 않을 것으로 생각합니다. 다만, 최근 공정위 의결서를 살펴보니, 사건마다 다르기는 하지만 적용 제외 요건에 해당되지 않으니 ‘상당히 유리한 조건’이나 ‘상당한 규모’에 해당한다는 논리 구조로 너무 쉽게 사건을 처리하는 경우가 많은 듯합니다. 사실, 적용 제외는 세이프 하버(safe harbor, 화이트리스트)에 해당하는 것이기 때문에, 이에 해당하면 수범자들에게 더 이상 우려할 필요가 없다는 명확한 예측 가능성을 주는 것입니다. 과거에 부당지원행위와 같은 경우는 시장의 규모 등을 비교해야 하기 때문에 그 근거가 비교적 객관적으로 제시될 수 있었는데, 공정거래법 제23조2의 경우는 반드시 특정시장을 전제로 하지 않기 때문에 쉽게 처리하는 듯한 인상입니다. 법 집행 관행에 대한 문제겠지만, 더욱 면밀하게 고려해야 할 부분입니다. 실제로 법원이 부당지원행위 중에서 거래조건형과 거래규모형 지원행위 등에 관한 나름의 기준을 제시한 것이 있으므로, 완벽하지는 않지만 잘 활용한다면 문제의 소지를 줄일 수 있지 않을까 생각합니다. 그리고 앞서 말씀하셨던 거래 조건과 거래 총액의 문제에서, 거래 총액을 당사자 간의 총 거래 규모로 규정하는 것은 논리적으로 맞지 않는 것 같습니다. 문언상으로는 그런 해석도 가능하겠지만, 부당지원행위에 있어서 ‘거래 조건+거래 총액’의 경우에 거래 조건만으로 기준을 설정하면 지원되는 액수가 매우 적은 경우에도 적용 제외가 될 수 없어 미미하지 않은 정도의 이익이 이전되었다는 것을 파악하기 위해 두 가지 기준을 잡은 것인데, 거래 규모를 양 당사자 간의 모든 거래를 포함해 이야기하게 되면 세이프 하버가 무의미하게 됩니다. 당사자 간에 정상적인 거래가 많은 경우는 세이프 하버가 아무 의미가 없는 결과를 초래하게 되어 설득력이 없기 때문에, 입법 취지를 고려하는 것이 좋을 것 같습니다.

윤세리: 이호영 교수님 의견에 찬성합니다. 제가 말씀드리고 싶은 것은 접근 방법의 문제입니다. 해석과 적용의 측면에서나, 공정위가 심사지침을 만들어 활용함에 있어서나, 얼마나 공세적으로 하느냐 보수적으로 하느냐의 측면이지만, 기업에게 칼을 휘두르게 된다는 것은 같습니다. 공세적으로 법을 적용하는 것이 법치주의와 법치행정의 이념에 맞지 않다는 생각이 듭니다. 공정위도 심사관이나 개별 조사관 혹은 수장의 정책에 따라 수시로 정책적 입장은 변하지만, 갈수록 공세적으로 변하고 있는 듯합니다. 사건의 범위는 주로 한계선상에 있는 것들을 다루어야 하는데, 한계선상 밖에 위치한 사안까지 법원으로 가져가는 것은 공정위로서도 행정력 낭비의 측면이 있습니다. 개별 심사관이나 조사관들이 그 부분까지 고려하지는

특집: 지상중계

않고 있다고 보이는데, 심사지침의 기능을 일일이 규정하지 않더라도 하나의 표준 조항과 같이 목적, 기능, 한계가 무엇인지를 앞에서 밝혀주면 좋을 것 같습니다. 심사지침의 목적은 법적 안전성을 위함이고, 여러 거래와 상황이 있는데 어느 정도 일반화해서 규정할 수밖에 없어 획일적으로 판단될 수 있어서 법적 안전성은 있겠지만, 구체적 타당성이 결여될 수 있습니다. 이러한 부정적 측면의 한계를 심사지침에 명시해주면 좋을 것 같습니다. 법 해석이나 적용에 있어서 예측 가능성을 제공하고, 이를 따르는 기업의 안전성을 보장하기 위함입니다. 심사지침의 기능은 어디까지나 법의 해석에 있어서 하나의 기준을 설정하기 위함이지, 구체적인 사건들에 대해 획일적으로 처리하라는 것이 아닙니다. 심사지침이 법규적 효력을 갖는 것은 아니어서 심사지침 내에 주의적·선언적 규정이 필요하다고 봅니다. 이에 맞춰 일반 실무 직원 입장에서의 자율적 한계를 규정해두어도 좋을 듯합니다.

신현운(사회): 좋은 말씀입니다. 다시 본론으로 돌아와 정진욱 국장님께 여쭙겠습니다. 거래 단위별로 상당성을 판단하게 될 경우에는 비현실적인 측면도 있을 것 같습니다. 지속적인 거래와 같은 경우 거래 전반에 걸친 규모를 살펴보고 심사지침을 적용하는 것이 좋을 듯합니다. 규제당국의 입장에서는 어느 부분에 초점을 맞추고 있는지, 그리고 적용 제외 기준에 있어서 '상당히 유리한 조건의 거래'와 '상당한 규모의 거래'의 기준에 대한 공정위의 입장도 함께 말씀해 주셨으면 합니다.

정진욱: 말씀해주신 부분들은 이번 심사지침과 관련해 외부에서 비판이 나오는 부분들이기도 합니다. 이호영 교수님께서도 말씀하셨듯이, 적용 제외 기준에 있어서 너무 쉽게 '상당히 유리한 조건'과 '상당한 규모'에 측면으로만 접근한다는 의견에 대해 생각해 보니, 좀 더 신경을 써야 할 것 같습니다. 사실 '상당히 유리한 조건'이나 '상당한 규모'를 업종별·산업별 특성을 살려 정한다는 것은 현실적으로 불가능한 것 같습니다. 특별한 기준을 잡기 어렵기 때문에 - 보고서에 직접 담지는 않지만- 각 조사관들이 결국 산업이나 거래의 특성을 고려해 '상당히 유리한 조건'이나 '상당한 규모'가 맞다고 판단하기 때문에 접근할 수 있는 것입니다. 어떠한 기준이 있다고 정량적으로 말씀드릴 수는 없겠지만, 조사관들이 정성적이고 종합적으로 판단하는 것인데, 그것을 외부에서 바라봤을 때는 부족하다고 생각하시는 것 같습니다. 그리고 말씀하신 것 중에서, 적용 제외 기준에서 '거래당사자간 해당연도 거래총액'에 있어서 문제성 거래로 한정하지 않는 것은 법문언에 충실하게 해석하고 있는 상황인데, 입법 취지에서는 어떻게 서술되어 있는지 다시 살펴보겠습니다. '거래당사자간 해당연도 거래총액'으로 어느 정도의 규모가 되었을 때 법 적용이 가능하다고 본 것인데, 문제성 거래로 한정하게 될 경우에는 안전지대의 규모를 다시 설정해야 할 것입니다. 그럴 경우에는 그 규모가 작아질 것이고, 이런 것들에 대해 어느 정도 사회적 합의가 이루어질 수 있는지도 고민해 봐야 하는 등 여러

‘특수관계인에 대한 부당한 이익 제공 행위 심사 지침’ 공정거래 전문가 간담회

가지를 고려해봐야 할 듯합니다. 적용 제외 기준이라는 것은 합리적인 고려나 비교가 있지 않았을 경우를 살펴보는 것인데, 거래 관행 자체로 사익편취가 우려되는 부분에 있어서 무조건 지원해주는 행태가 경제적으로 큰 해악을 일으킨다고 보는 것입니다. 무조건적 내부거래가 아닌 합리적 고려·비교를 통해 거래상대방을 선정하는 쪽으로 거래 관행 개선이 선행되어야 한다고 생각합니다.

신현운(사회): 정진욱 국장님께서 규제당국 입장에서 여러 가지 답변을 해주신 것 같습니다. 심사지침에서는 사업기회의 범위에 포함되는 수행할 사업의 외부적 행위 없이 내부적 검토만 해도 사업기회로 간주하고 있습니다. 기업 입장에서는 내부적 검토가 일상적 활동인데, 이를 사업기회로 규제한다면 경영 활동에 위축이 생길 수밖에 없을 것으로 보입니다. 따라서 사업기회의 범위를 더 명확하게 정리할 필요가 있을 듯한데, 어떻게 설정하면 좋을지 한철수 고문님과 이호영 교수님께서 말씀해 주셨으면 합니다.

한철수: 외부적 행위를 하지 않았더라도 내부적 검토 내지 의사결정이 이루어진 사업까지 포함한다는 것에는 오해의 소지가 있습니다. 공정위의 뜻이 그렇지는 않을 것이라 생각합니다. 상당한 이익이 될 사업기회라는 조건이 기본 전제되어 있기 때문에 검토 결과상 상당한 이익이 될 것으로 판정이 날 경우에만 규제 대상이 되는 것이지, 별다른 이익이 없는 경우까지 규제 대상이 될 리는 없을 것입니다. 다만, 문언은 오해의 소지가 있어서 수정하면 좋을 듯합니다. 이와 관련해 미국 회사법상 Corporate Opportunity Doctrine: “property or opportunities that the corporate needs or is seeking, or as to which the corporate has a ‘tangible expectancy …’”는 뉴욕주 해석법에 있는 내용인데, 이러한 콘셉트가 참고가 되리라 보입니다. 이외에도 미국은 관련 사례가 굉장히 많이 축적되어 있습니다. 그리고 사업기회 거부 사유를 개별 회사가 아닌 기업집단 전체로 보는 문제는, 단순히 해당 항목의 적용 방법 차원에 머무는 것이 아니라, 공정거래법 제23조의2와 제23조 제1항 제7호 부당지원행위의 기본 규제 체계와 관련되는 문제라고 생각합니다.

이호영: ‘내부 검토만 하는 경우도 포함’된다는 것에 대해서는 한철수 고문님의 의견과 같습니다. 특수관계인에게 부당한 이익이 제공되는 것을 막기 위함인데, 어느 정도 구체화되어야만 특수관계인에게 유리할지 불리할지가 나타나게 될 것입니다. 규제가 필요한 경우를 놓치지 않기 위한 취지에서 포괄적으로 처리한 것이겠지만, 좀 과도한 것이 아닌가 라고 생각할 수도 있겠습니다. 그래도 내부적으로 사업을 검토할 때마다 기업은 본의 아니게 걱정하게 되고, 조심스러워 하게 되고, 위축될 수밖에 없을 듯합니다. 기업집단 차원에서 심사지침 문언

특집: 지상중계



을 그대로 본다면 “제공주체가 해당 사업기회를 거부하는 것이 전체적인 기업집단 차원에서 볼 때 경제적이고 합리적이었다는 등의 사정은 원칙적으로 적용될 평가 기준이 되지 아니 한다”는 부정적인 문장입니다. 기업집단 차원에서 유리하다고 무조건 해당한다는 취지는 아니 겠지만, 개별 거래 차원에서는 이상하게 보이더라도 전체적인 기업집단 차원에서 합리적이 라면 이를 고려해 판단하겠다는 식으로, 긍정적으로 규정하는 것이 좋지 않을까 합니다.

신현운(사회): 1985년 프랑스 대법원의 로젠블롬(Rozenblum) 사건 판결이나 2017년 대법원의 SPP조선 관련 형사사건 판결은 대법원이 적극 인용하지는 않았지만, 기업집단 전체의 이익이라고 하는 개념을 받아들였다는 점에서 어느 정도의 의미가 있습니다. 장기적으로 국내 기업들이 글로벌 기업으로 성장하고 있는 과정에서 규제당국의 입장에서 그런 부분에 대한 고민이 필요할 것으로 보입니다. 다음으로, 심사지침에서 “사업의 제공주체가 해당 사업기회를 거부하는 것이 기업집 단 전체적인 차원에서 볼 때 경제적이고 합리적이었다는 등의 사정은 원칙적으로 적용될 평가 기준 이 되지 않는다”고 되어 있는데, 사업기회 거부에 있어서 합리적 사유 판단 등에 대한 의견을 윤세 리 변호사님께서 말씀해 주셨으면 합니다.

윤세리: 그 개념 자체로서 사업기회를 이익의 일종으로 판단하고 규제하는 것이 잘못되었다고 보지는 않습니다. 그렇지만 이를 어떻게 규제하느냐의 관점에서는 다른 종류의 이익보다 훨씬 엄격하게 제한적으로 보아야 할 겁니다. 실제로 이루어진 것이 아니고 어디까지나 가능성에 불과하지만, 규제 효과면에서는 강력한 영향을 줄 수 있기에 매우 신중하게 접근해야 합니다. 그리고 사업기회의 개념이 회사법에서 나온 것이기 때문에 회사법과의 조화가 매우 중요하다고 생각합니다. 기본적으로 사법적인 부분을 규제하고 들어가는 것이기 때문에 사법 적 판단에 맡긴다면 하는 식의 보수적 접근이 필요합니다. 그렇지 않으면 회사법상 사업 기회의 제공과 공정거래법상의 사업기회 제공이 서로 다를 수 있는데, 기업의 입장에서 어떤 것을 선택해야 하는지 독자적으로 별도의 법리를 개발해야 하는지의 문제가 생길 수 있습니다. 특히 현실적인 문제점으로, 사업기회 거부와 관련해 제공주체와 제공객체의 사업 영역이 중복되는 경우에 이를 어떻게 할 것인가 하는 문제가 있습니다. 수직적 통합이 많이 된 기업 집단인 현대자동차그룹을 예로 들어보면, 자동차 부품을 만드는 계열사인 현대모비스와 현대위아 등 여러 계열사가 있고, 계열사 내부에서 경쟁할 수도 있는 것입니다. 마찬가지로 건설회사나 엔지니어링회사 등 사업 영역이 중복되거나 중복될 가능성이 있는 경우에는, 사업 기회에 대한 해석을 어떻게 해야 하는지가 매우 어려운 문제가 될 수 있습니다. 또한, 사업기 회에 관한 정보 공유의 문제도 있습니다. 기업이 사업기회에 관한 내부 검토를 한 경우에도 이를 서로 제공하거나 거부할 절차가 있어야 된다고 봅니다. 현실적으로 볼 때 기업이 내부

‘특수관계인에 대한 부당한 이익 제공 행위 심사 지침’ 공정거래 전문가 간담회

|||||

검토한 것을 실제 공유하느냐의 문제와 지침을 준수하기 위하여 반드시 공유해야 하느냐의 문제 등이 계속됩니다. 또 다른 문제는 지원주체와 지원객체가 상장사인 경우 동일인의 지분율 20%를 기준으로 규제하기 때문에 상장사 지분율의 80%를 차지하는 제공객체의 소수 주주의 이익은 어떻게 보호하는가에 대한 문제도 있습니다. 계열사 중에서 동일인의 지분이 많은 회사의 소수 주주나 이해관계자는 당연히 그렇지 않은 회사의 주주나 이해관계자보다 불이익을 받아야 하는 것인가, 그렇다면 과연 이에 대한 법적 근거가 있는가 하는 문제점이 있습니다. 또한, ‘제공객체가 우월한 전문성이나 능력을 갖춘 경우’라는 조항도 매우 문제가 있다고 봅니다. 앞서 이호영 교수님과 한철수 고문님도 말씀하셨듯이, 현실적으로 기업집단이 존재하고 있고 그 경제적 근거가 있으니 순기능을 할 수 있도록 촉진해줘야 하는데, 기업집단의 순기능을 억제하는 것이 과연 공정거래법의 목적에 부합하느냐는 문제가 있습니다. 해당 조문을 일일이 심사지침에 넣지 않더라도 실제 적용에 있어서 모든 상황을 구체적으로 판단해 종합적인 결론을 내릴 수 있는데, 지나치게 방어적으로 심사지침에 많은 조문을 수록함으로써 이를 집행하는 심사관의 입장에서는 무조건 계열사의 우월한 전문성이나 능력을 고려 대상에서 배제하는 식으로 처리하게 되지 않을까 우려됩니다. 끝으로, ‘제공주체의 이사회 승인만으로 불충분하다’라는 조항은 획일적 적용의 우려가 있기 때문에 이에 대한 대체적 절차에 관한 가이드라인을 제시해 줄 수 있었으면 좋겠습니다. 모든 문제를 실제법적 차원으로만 접근하게 된다면 해석과 적용이 매우 어려워지기에, 중립적 입장에 있는 분들의 판단을 받는 절차를 거치면 기업의 부담을 덜어 주는 절차법으로 해결하는 차원으로 접근하면 좋을 것 같습니다.

정진욱: 내부적 검토 내지는 내부적 의사결정까지 규제하는 것은 문제가 될 수 있다는 우려들을 말씀해 주셨습니다. 그러나 심사지침의 전체적인 문언을 살펴보면 ‘수행할 사업과 밀접한 관계가 있는 사업기회’라고 되어 있기 때문에, 단순히 내부적 검토가 이루어졌다고 해서 규제를 하겠다는 의미는 아닙니다. 이는 내부적 의사결정에 준하는 단계에 있는 경우에 규제를 하겠다는 말로, 문구만 보았을 때는 오해의 소지가 있을 수 있기에 차후에 명확하게 수정할 필요는 있다고 생각합니다. 그러나 집행에 있어서 우려하실 내용은 아니라는 점을 말씀드리고 싶습니다. 윤세리 변호사님께서 우려하신 사업기회의 경우, 공정위 입장에서도 새롭게 첫 걸음을 떴기 때문에 많이 발전시켜나가야 할 부분입니다. 사업기회 제공 관련 적용 제외 사유가 되는 것은 회사가 해당 사업을 수행할 능력이 없는 경우, 정당한 대가를 지급받은 경우, 합리적인 사유로 사업기회를 거부하는 경우로, 앞에서 다른 분들이 말씀해주신 부분들은 합리적인 사유로 사업기회를 거부하는 경우에 대해 공정위가 어떻게 판단하겠다는 내용들을 규정한 것입니다. 사실, 정당한 대가를 지급받으면 아무런 문제가 없습니다. 해당 부분의 문

특집: 지상중계

구만 놓고 보면 과도한 규제인 것처럼 보이지만, 정당한 대가만 주고받으면 큰 문제가 없을 것입니다. 그렇다고 하더라도 기업집단 차원에서 볼 때 부정적으로 기술된 인상을 주고 있어 보충적으로 수정할 필요가 있다고 생각합니다. 차후에 심사지침을 개정할 때 이러한 부분들의 수정 필요성을 점검하겠습니다. 가장 중요한 것은 정당한 대가를 지급받았는가 여부가기에, 이 부분이 확실하다면 규제되지 않을 겁니다.

신현운(사회): 다음은 심사지침 적용 제외 사유인 효율성, 긴급성, 보안성 3가지에 대해 이야기 나누어 보도록 하겠습니다. 심사지침상 해당 내용이 정치하게 다듬어지기는 했지만, 기업 입장에서는 아직 미진한 부분이 있다는 의견이 나오고 있습니다. 효율성 부분에 있어서는 이호영 교수님, 긴급성 부분은 윤세리 변호사님, 보안성 부분은 한철수 고문님 순서대로 각각 말씀해 주셨으면 합니다.

이호영: 적용 제외 사유인 효율성은, 법문상으로는 공정거래법 제23조 제1항 제4호의 일감 몰아주기에만 적용되는 사유인 것처럼 규정되어 있습니다. 개인적으로는 제4호에만 해당되는 것이 아니라, 나머지 유형의 이익제공행위에도 해당될 여지가 있다고 생각합니다. 여기에서 효율성의 문제는 심사지침의 문제라기보다는, 시행령이 규정하고 있는 내용이 너무 엄격한 것 같습니다. 해당 조문에는 “다른 자와의 거래로는 발생하기 어려운 효율성 증대 효과”라고 되어 있는데, 여기에서 경쟁제한적 기업결합의 예외적 허용 사유의 효율성을 연상하게 됩니다. 기업결합으로 인해 시장구조가 악화되고 경쟁제한성이 인정된다면 당연히 금지되어야겠지만, 예외적으로 허용하려면 경쟁제한적 효과를 상쇄할만한 커다란 효율성 증대 효과가 있어야 한다는 개념입니다. 기본적으로 내부거래가 기업집단 내에서 자생적으로 발생한다는 것은 필요가 있어 성사되는 거래인데, 이를 심사하면서 다른 자와의 거래로는 달성하기 어려운 효율성이 증대할 때만 허용하겠다는 것은 균형이 맞지 않는 것 같습니다. 법 적용 실무에서라도 합리적으로 해석할 여지가 있지 않은가 생각합니다. 회사법상 ‘경영판단의 원칙 (business judgement rule)’이 있듯이, 내부거래 영역에서는 ‘경영판단의 원칙의 취지를 충분히 고려할 필요가 있다는 생각이 듭니다. 객관적으로 계량화하기 어려운 효율성이 분명 있을 것인데, 지나치게 협소하게 판단한 부분이 있지 않은가 합니다.

윤세리: 심사지침에는 긴급성에 대해 “긴급한 사업상의 필요는 사회통념상 대체거래선을 찾는 데 소요될 것으로 인정되는 기간 동안 지속되는 것으로 본다”라고 규정되어 있습니다. 그렇다면 긴급하다고 해서 일을 했는데 그 기간이 언제 끝나는지, 끝난 뒤에는 반드시 대체거래선을 새롭게 찾아야 하는가 라는 문제가 있습니다. 남용의 측면에서 보면 긴급한 상황을 이용해 필요 이상으로 할 수도 있겠지만, 기업의 입장에서 볼 때는 계열사의 이익이나 대체거

‘특수관계인에 대한 부당한 이익 제공 행위 심사 지침’ 공정거래 전문가 간담회

래선을 찾는 데 소요되는 시간과 비용이 과연 경제성이 있고 합리적인 것인지, 제공주체뿐만 아니라 제공객체의 입장에서도 고려해봐야 할 것으로 보입니다. 또 다른 문제는 이를 어떻게 판단하느냐에 있습니다. 법원과 행정기관이 본질적으로 다른 것은 절차와 판단주체의 중립성, 객관성, 독립성에 있습니다. 특수관계인과의 거래에 있어서 문제의 핵심은, ‘특수관계인’이라는 문제를 해소해주면 수많은 실체법적 조문이나 기준 등은 필요하지 않다는 것입니다. 따라서 이를 대체해주면 문제를 쉽게 해결해 줄 수 있을 겁니다. 일종의 ‘컴플라이언스 프로그램(compliance program)’의 개념으로, 회사 내부에 사외이사로 구성된 기관이나 외부의 중립적 기관 등을 이용해 중립적인 절차를 거치면 안전한 거래를 할 수 있게 해주는 방안을 고려해 본다면, 대부분의 사건을 효율적으로 해결할 수도 있을 것입니다.

한철수: 해당 논제에 대해 논의할 때 염두에 둘 것은, 효율성과 긴급성 등에서 시장에서 이루어지는 모든 거래를 입증하는 것이 아니라, 수의계약 등 정상적인 절차를 거치지 않았음에도 예외 사유가 있는 경우를 말하는 것이기 때문에, 오래 전부터 시장에서 이루어지고 있는 통상적인 절차 대부분은 문제가 되지 않습니다. 먼저 효율성 부분에 대해 언급하자면, 시행령에서 “(2) 회사의 기획·생산·판매 과정에 필수적으로 요구되는 서비스를 산업 연관성이 높은 계열회사로부터 공급받는 경우”에 대한 예시로 심사지침에서는 “해당 회사가 판매하는 상품 또는 서비스의 기획, 설계, 구현, 운영 등 단계에서 계열회사가 제공하는 서비스 또는 용역이 필수적으로 필요한 경우”를 규정한 것은, 뜻하지 않게 시행령 규정 취지와 달리 더 좁게 규정한 결과가 된 측면이 있다고 봅니다. 시행령에서의 뜻은 어떤 회사가 상품을 기획·생산하는데 있어서 여러 회사가 만들어 낼 수 있지만, 그 중에서 자사의 계열회사가 산업연관성이 높다는 것입니다. 시행령에서 “필수적 서비스를 계열회사로부터 공급받는 경우”라 함은, 필수적 서비스를 공급해 줄 수 있는 회사가 2개 이상 있는데, 산업연관성이 높은 계열회사로부터 공급받는 경우를 예외로 인정하는 것이 더 효율적이기 때문입니다. 그런데 심사지침 상의 문언은 “계열회사의 서비스가 필수적이고 다른 회사의 서비스로 대체하기 어려운 경우”를 지칭하는 것으로 해석될 소지가 있습니다. 따라서 ‘계열회사로부터 공급받는 것이 더 효율적인 경우’ 등으로 수정할 필요가 있다고 봅니다. 보안성에 따른 적용 제외 기준에서는 기업 측에서 문제를 제기하고 있는 4가지에 대해서는 앞으로 운영 과정에서 검토가 필요하다고 하겠습니다. 한편, ‘경제적으로 회복하기 어려운 피해’를 심사지침에서 더 강화했다는 지적은 타당한 면이 있다고 생각해 수정할 필요가 있다고 생각합니다. 나아가 향후 시행령상 규정 자체를 보다 완화해 규정하는 방안을 검토할 필요가 있다고 봅니다. 일단 피해가 발생한 후에 손해배상소송 등을 통해 경제적 피해가 회복된다고 하더라도, 우리 사법체계상 실손해배상 원칙 때문에 경제적 피해가 완전히 회복된다고 보기 어렵고, 기타 비경제적 피해도 발생할

특집: 지상중계

수 있기 때문입니다. 긴급성에 따른 적용 제외 기준에서는 현재 시행령 규정에는 “회사 외적 요인으로 인한 긴급한 사업상 필요”에 따른 경우만 예외를 인정하도록 하고 있지만, 앞으로 ‘회사 내적 요인’에 따른 경우에도 일정 요건 하에 허용되도록 시행령 규정을 개정하는 방안을 검토할 필요가 있다고 봅니다. 즉, 회사의 내적 요인이라고 하더라도, 합리적으로 예측이 불가능한 상태에서 사업상 긴급한 필요가 있고 다른 사업자를 모색하는 것이 불가능한 사정이 있는 경우 등에서는 긴급성에 따른 예외를 인정하는 것이, 당해 기업의 성장과 국민경제 전체를 위하여 도움이 될 수 있다고 봅니다.

신현운(사회): 한철수 고문님께서 현실적인 부분들에 대해서 많은 검토를 해주신 듯합니다. 그러면 정진욱 국장님께 세 분의 말씀에 대한 코멘트를 부탁드립니다.

정진욱: 적용 제외 사유의 예시에 대해서는 사전에 기업 측의 의견을 많이 듣고 상당 부분 수용했지만, 반영하기 곤란한 이유로 제외된 부분들도 있습니다. 심사지침에 명시되어 있지 않은 경우라도 효율성, 보안성, 긴급성을 이유로 불가피한 내부거래로 인정될 수 있고, 법 집행 사례가 축적되면 예시로 보완할 계획이 있습니다. 오늘 제안해주신 의견들도 필요하다면 심사지침 개정 시에 반영해보려 합니다. 다음으로 ‘어느 정도로 적용 제외를 인정할 것인가’ 그 범위와 관련된 문제는 시행령 개정과도 연결되는 것이어서, 향후 전체적인 제도 운영 현황과 전반적인 거래 실태를 살펴보고 판단해야 할 문제이기 때문에 이 자리에서 바로 답을 드리는 어려울 것 같습니다.

신현운(사회): 정진욱 국장님 말씀과 같이 앞으로 기업 현실과 실무를 조금 더 반영해서 보다 개선된 심사지침이 나오길 기대해 보겠습니다. 그럼 마지막으로 현재 시행되고 있는 심사지침을 앞으로 어떻게 체계로 발전시켜 나가야 할지 등에 대해 각자 마무리 말씀해주셨으면 합니다.

한철수: 심사지침을 만든 것 자체에 큰 의미가 있습니다. 완벽하지는 않지만, 오늘 간담회에 참석해 주신 토론자 여러분들의 이야기들을 공정위에서 잘 반영해 주시기를 부탁드립니다.

이호영: 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위가 재판상 다투어진 사례에서 공정위가 패소한 경우가 많았는데, 그 가장 큰 이유는 정상가격 산정의 오류였습니다. 공정위가 생각하는 정상가격 입증의 엄밀성과 법원이 생각하는 기준에는 상당한 괴리가 있는 듯합니다. 심사지침에 유사한 사례가 없을 경우, 공정위는 정당했으리라고 사후적으로 보이는 가격을 규명함으로써 정상가격을 추단한다고 했습니다. 실제 법 집행에서 어느 정도나 적용될지 모

‘특수관계인에 대한 부당한 이익 제공 행위 심사 지침’ 공정거래 전문가 간담회

르겠습니다만, 법원에서는 비현실적인 사후적·회고적 정상가격 산정으로 간주되어 패소할 여지가 있다는 점을 유의하시면 좋을 것 같습니다. 마지막으로, 심사지침은 법 집행 사례가 충분히 쌓인 후 이를 바탕으로 만드는 것이 가장 정상적이고 바람직할 겁니다. 그러나 시간적 여유가 없는 상황에서 공정위에서 애쓰셔서 이번 심사지침을 만들게 된 것으로 알고 있습니다. 법 집행 실적을 빠르게 피드백 해나감으로써 보다 더 합리적으로 만들어지기를 기대해 봅니다.

윤세리: 전반적으로 심사지침의 여러 가지 문제점을 중심으로 말씀드렸지만, 규제 대상 기업들에게 예측 가능성과 법적 안정성을 제공하기 위한 심사지침을 제정한 것은 매우 건설적인 접근 방법이었다고 평가하고 싶습니다. 다만, 정책당국자의 입장과 실무 조사관의 입장은 매우 다르다는 점에 주의할 필요가 있을 것입니다. 저는 이번 심사지침이 입법론적으로 부당지원 행위와 구별해 제정할 필요가 있는 것인가 하는 생각을 하면서, 혹시라도 부당한 이익제공행위는 부당지원행위 중에서도 나쁜 행위이기 때문에 가중처벌한다는 정서를 기반으로 제정된 것이 아닌가 하는 걱정도 하게 됩니다. ‘기업 총수의 사익편취’와 같은 부정적 용어의 영향 때문으로 보이는데, 용어 자체가 부정적이기에 심사지침의 부작용을 막으려면 심사지침의 목적, 기능, 한계, 적용 범위 등을 심사지침 자체에 정확하게 규정하는 것이 좋을 것이라고 생각합니다. 결론적으로, 모든 문제를 실체법적인 규정을 만들어 해결하려고 하기 보다는, 대안적이고 절차적인 접근 방법으로 해결하려는 노력도 같이 해보면 좋을 것 같습니다.

정진욱: 말씀해주신 부분에 대해 유념해서 검토해보도록 하겠습니다. 기업집단 정책은 공정위가 단독으로 결정할 수 있는 것이 아닙니다. 여러 이해관계자가 있고 이해관계가 많이 다르기 때문에, 사회적 흐름을 반영하고 사회적 합의가 이루어져야 할 것입니다. 또한, 심사지침이 법에서 수권한 것 이상으로 과도하게 집행되지 않도록 항상 신경쓰도록 하겠습니다. 마지막으로, 윤세리 변호사님께서 말씀하신 대안적 절차는 개인적으로 그 필요성에 어느 정도 동의하는 부분이지만, 대안적 절차에 대한 사회적 신뢰가 충분하지 않기에 중장기적으로 차근차근히 접근해야 할 것으로 생각합니다.

신현운(사회): 오랜 시간 귀한 말씀 나눠주셔서 고맙습니다. 오늘처럼 전문가, 규제당국, 그리고 일반 수범자들이 자주 만나서 함께 논의해간다면, 어떠한 공정거래 이슈라도 합리적으로 해결해 나갈 수 있지 않겠나 하는 생각이 듭니다. 심도 있는 토론을 진행해주신 윤세리 변호사님, 한철수 고문님, 이호영 교수님, 정진욱 국장님 모두 수고 많으셨습니다. 이것으로 공정거래 전문가 간담회를 마치고도록 하겠습니다. 감사합니다. ☺