

입법취지를 무너뜨린 입법 부주의 - 공정거래법상 사익편취의 ‘부당한 이익’ 요건 관련 -

이 호 영*

I. 서 론

2022년 5월 대법원은 약 5년의 장고 끝에 최초로 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 “공정거래법” 또는 “법”이라고 한다) 상 특수관계인에 대한 부당한 이익 제공의 ‘부당한 이익’ 요건의 의미와 판단기준에 관하여 판시하였다. 즉, 대법원은 기업집단 한진 사건에서 구 법 제23조의2 제1항이 금지하는 특수관계인에 대한 부당한 이익 제공(이하 “사익편취”라고도 한다)에 해당하기 위해서는 동 항 각 호의 이익제공행위 중 하나에 해당하는지 여부와는 별도로 그 행위를 통하여 특수관계인에게 귀속된 이익의 부당성이 입증되어야 하는데, 부당지원행위의 경우와 같이 ‘공정한 거래를 저해할 우려’까지 요구하는 것은 아니지만 공정거래위원회(이하 “공정위”라고 한다)가 대기업집단의 특수관계인을 중심으로 경제력 집중이 유지·심화될 우려가 있음을 입증하여야 한다고 판시하였다.¹⁾

위 대법원 판결은 2013년 법 개정으로 신설된 사익편취 금지에 관한 최초의 대법원 판결이라는 점뿐만 아니라 확실 및 하급심 판결례에서 다투어졌던 ‘부당한 이익’ 요건의 의미와 판단기준을 제시하였다는 점에서 주목할 만하다. 그런데 동 판결의 ‘부당한 이익’ 요건에 관한 판시는 아래에서 상세히 설명하는 바와 같이 해당 규정의 문언을 평면적으로 해석한 나머지 입법 자료를 통하여 비교적 명확하게 확인할 수 있는 입법 취지와 경위를 제대로 파악하지 못했을 뿐만 아니라

* 한양대학교 법학전문대학원 교수.

1) 대법원 2022. 5. 22. 선고 2017두63993 판결. 대법원은 그 직후 내려진 하이트진로 사건 판결에서도 동일한 법리를 제시하였다(대법원 2022. 5. 26. 선고 2020두36267 판결).

경제력 집중이 유지·심화될 우려의 입증 수준과 방법에 관하여 별다른 지침을 주지 못하였다는 비판이 가능하다. 이에 따를 경우 향후 법집행을 통해 사익편취를 금지한 입법 취지를 충분히 달성할 수 있을지 불투명하고 법 집행기관이나 수범자의 예측 가능성을 침해할 우려가 있다고 할 수 있다.

법상 사익편취의 ‘부당한 이익’ 요건에 관한 해석상 논란을 야기하고 결국 입법 취지와 경위에 부합하지 않는 판례 법리를 낳게 한 가장 큰 원인은 그 입법과정에 참여한 입법기관을 포함한 관련자들의 부주의라고 할 수 있다. 아래에서는 그러한 입법 부주의의 재발을 경계하고 위 대법원 판결에 비추어 향후 법집행 상 시사점을 제시하기 위해 먼저, 입법 자료를 중심으로 2013년 법 개정을 통하여 사익편취 금지를 도입한 취지를 분석하고(Ⅱ), 당시 국회에 제출된 다수의 공정거래법 개정법률(안) 중 해당 조항이 수정되어 결국 최종 법률(안)에 이르게 된 경위를 살펴본다(Ⅲ). 나아가 종래 법상 사익편취의 성립요건 중 ‘부당한 이익’의 내용과 판단기준을 논의한 학설과 하급심 판결례를 소개하고(Ⅳ), 이를 바탕으로 기업집단 한진 사건 대법원 판시 내용을 비판적으로 분석하고 향후 법상 사익편취 금지의 집행 상 시사점을 제시한 뒤(Ⅴ), 글을 맺기로 한다(Ⅵ).

Ⅱ. 공정거래법상 사익편취 금지의 취지

주지하는 바와 같이 2013년 공정거래법 개정을 통하여 특수관계인에 대한 부당한 이익 제공 등 금지(구 법 제23조의2)를 도입한 것은 종래 부당지원행위(구 법 제23조 제1항 제7호)에 대한 법집행 과정에서 제기된 법리적 불명확성과 규제 상 공백을 메우기 위한 것이었다. 특히, 삼성 SDS 사건 대법원 판결²⁾ 등 계열회사와 특수관계인 간 내부거래를 통하여 특수관계인에게 경제적 이익을 이전시키는 행위를 부당지원행위로 의율하기 위한 요건으로서 ‘공정거래저해성’(부당성)의 엄격한 입증을 요구하는 판례에 대해 입법적으로 대응하고, 정상가격보다 유리한 거래조건임을 입증하기 어렵지만 특수관계인이 출자하여 설립하거나 특수관계인의 지분율이 높은 회사와 대규모로 거래함으로써 특수관계인에게 부당한 이익을 이전

2) 대법원 2004. 9. 24. 선고 2001두6364 판결.

시키는 행위(소위 ‘몰량 몰아주기’)를 용이하게 규제할 수 있도록 명확한 근거 규정을 마련하기 위한 것이었다.³⁾

구체적으로 그 입법 자료를 살펴보면 다음과 같다. 2013년 특수관계인에 대한 부당한 이익 제공 금지의 도입으로 귀결된 8개의 공정거래법 개정법률(안) 중 최초의 것은 민병두 의원이 대표 발의한 것인데, 그 제안이유에 관하여 “현행법은 사업자의 부당지원행위에 대한 규제를 제5장(불공정거래행위의 금지)에 규정하고 있어 부당지원행위로 제재를 가하기 위해서는 지원행위가 있었다는 사실의 입증과 그것이 해당 시장의 경쟁을 제한하였다는 점까지를 입증해야 함.”⁴⁾ 그러나 해당 지원행위가 시장의 경쟁제한에 해당한다는 점을 입증하는 것은 쉽지 않음. 그렇기 때문에 제재를 하지 못하거나 제재를 한 경우에도 소송에서 공정거래위원회가 패소하는 경우가 발생하고 있음. 이에 특수관계인에 대한 부당지원행위를 제3장(기업결합의 제한 및 경제력 집중의 억제)에도 규정하여 경쟁제한성에 대한 입증 없이도 부당하게 지원한 사실만으로도 제재가 가능하도록 하고자 함(안 제11조의5 신설).”이라고 서술하고 있다.⁵⁾

또한 당시 소관 상임위원회인 정무위가 유사한 취지의 다수의 공정거래법 개정(안)을 병합·심사하면서 각 법률안의 내용을 통합·조정하여 마련한 최종 대안 역시 동일하게 서술하고 있다. 즉, “현행 제23조 제1항 제7호는 현저히 유리한 조건의 거래를 통해 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하고 이로써 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 경우에만 부당지원행위로 규제할 수 있어, 그 지원행위가 현저히 유리한 정도에 미치지 못하거나 혹은 사업자가 아닌 특수관계인 개인을 지원하는 경우에는 사실상 공정거래저해성을 입증하는 것이 곤란하여 규제가 어려운 실정임. …(중간 생략)… 또한 현행 제23조제1항제7호와 별도로, 공정한 거래

3) 종전에도 몰량 몰아주기를 부당지원행위 중 규모형 부당지원행위로 규율할 수 없는 것은 아니었지만 법집행 과정에서 규모형 부당지원행위의 경우에도 ‘정상가격’을 상정해야 하는지 여부에 관하여 논란이 제기되었고 일련의 사건에서 법원은 원칙적으로 정상가격을 산정해야 한다는 입장을 취하였다.

4) 위 공정거래법 개정(안)을 포함한 몇몇 법 개정(안)에서 구 법 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위에 관한 종래의 판례가 ‘경쟁제한’의 입증을 요구하였다고 서술하였는데, 엄밀하게 말하면 판례는 사업자가 아닌 특수관계인에 대한 지원행위가 문제로 된 사건에서 지원객체가 속한 시장에서의 ‘경쟁저해’ 또는 ‘경제력 집중’의 입증을 요구하였다(대법원 2004. 9. 24. 선고 2001두6364 판결 등).

5) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 일부개정법률안(민병두 의원 대표발의)(의안번호 제1900202호, 2012. 6. 19).

를 저해하는지 여부가 아닌 특수관계인에게 부당한 이익을 제공하였는지 여부를 기준으로 위법성을 판단하는 특수관계인에 대한 부당이익제공 금지 규정을 신설하려는 것임.”이라고 하였다.⁶⁾

요컨대, 부당지원행위(구 법 제23조 제1항 제7호)는 불공정거래행위의 일 유형으로 규정되어 있어서 구 법 제23조 제1항 본문의 ‘공정거래저해성’ 또는 동 항 각 호의 ‘부당성’을 성립요건으로 하고 있는데, 종래 판례가 재벌 총수나 그 친족에 대하여 경제적 이익을 이전하는 행위가 문제된 사건에서도 그 성립요건인 공정거래저해성(부당성)의 내용을 일정한 시장에서의 ‘경쟁저해’ 또는 ‘경제력 집중’으로 해석함에 따라 사업자가 아닌 개인을 대상으로 한 지원행위의 공정거래저해성(부당성)의 입증에 극히 곤란하게 되었다. 이에 대응하여 법 개정을 통하여 시장에서의 경쟁이나 경제력 집중에 미치는 영향을 묻지 않고 특수관계인에 대한 ‘부당한 부의 이전’ 자체를 금지하고자 불공정거래행위의 금지와는 별도로 특수관계인에 대한 부당한 이익 제공 금지(구 법 제23조의2)를 신설하고, 그러한 취지를 분명히 나타내기 위해 해당 章(장)의 제목까지 종전의 ‘불공정거래행위의 금지’에서 ‘불공정거래행위 및 특수관계인에 대한 부당한 이익 제공의 금지’로 변경한 것이다.

이에 따라 구 법 제23조의2 제1항은 일정 규모 이상의 대기업집단 소속 계열 회사에 대하여 특수관계인에게 이익을 이전하는 사익편취행위를 금지하면서, 우선 부당지원행위의 실질적 위법성 요건인 ‘공정거래저해성’을 삭제하고 해당 행위를 통하여 특수관계인에게 ‘부당한 이익’이 이전되면 법 위반이 성립하도록 규정하고, 나아가 동 항 각 호에서 이익제공행위의 유형으로서 종전의 부당지원행위에 대한 법 집행례에 비추어 볼 때 전형적으로 특수관계인에게 부당한 이익을 이전시키는 데 이용되었던 ‘대가형 이익제공행위’(제1호 및 제3호)와 ‘물량 몰아주기’(제4호)를 규정하고, 아울러 ‘사업기회 제공행위’(제2호)를 추가하였다.⁷⁾

6) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 일부개정법률안(대안)(의안번호 제1905806호, 2013. 7. 2).

7) ‘사업기회 제공행위’는 종래 부당지원행위로 포섭하기 어려운 행위 유형이지만 입법과정에서 이 역시 특수관계인에게 부당한 이익을 이전하는 데 사용될 수 있다는 지적이 제기되어 포함되었다.

Ⅲ. 공정거래법 개정법률(안)상 사익편취 금지 조항의 수정 경위

특수관계인에 대한 부당한 이익 제공 금지를 신설한 2013년 공정거래법 개정은 2012년 6월부터 2013년 4월까지 제안된 8개의 공정거래법 개정법률(안)을 소관 상임위원회인 정무위원회에서 병합·심사하면서 동 위원회가 각 법률개정안의 내용을 통합·조정한 대안을 마련하여 본회의에 부의하여 통과되었는데, 그 과정에서 당초 제안된 법률개정안의 내용이 상당한 정도로 수정되었다.

1. 제313회 국회 제1차 법률안심사소위원회 심사 개정법률(안)

위 8개 공정거래법 개정법률(안) 중 시기적으로 먼저 제출된 민병두 의원 대표발의안(의안번호 제1900202호, 2012. 6. 19.), 정호준 의원 대표발의안(의안번호 제1900322호, 2012. 6. 26.) 김기식 의원 대표발의안(의안번호 제1900659호, 2012. 7. 12.), 이종훈 의원 대표발의안(의안번호 제1900864호, 2012. 7. 25.) 등 4개 개정법률(안)이 최종 개정안과 마찬가지로 구 법 제23조 제1항 제7호의 부당한 지원행위와 달리 ‘공정거래저해성’의 입증이 필요 없는 대기업집단 내 내부거래를 금지하는 조항을 신설하는 내용을 포함하고 있었는데, 이 중 구 법 제23조의 불공정거래행위 유형에서 부당지원행위를 삭제하고 별도의 불공정내부거래행위 금지(구 법 제23조의2)를 도입하는 내용의 정호준 의원 대표발의안을 제외한 3개 개정법률(안)은 모두 ‘기업결합의 제한 및 경제력 집중의 억제’를 규정하고 있는 구 법 제3장에 특수관계인에 대한 지원행위를 금지하는 조항을 규정을 신설하는 내용을 담고 있었다.

이에 따라 2013년 2월부터 시작된 정무위원회 법안심사소위원회의 심사 역시 구 법 제5장(불공정거래행위 금지)의 부당지원행위 조항(구 법 제23조 제1항 제7호)과 별도로 구 법 제3장(기업결합의 제한 및 경제력 집중의 억제)에 공정거래저해성을 요건으로 하지 않는 내부거래 규제 조항을 도입하는 내용의 개정안을 작성하여 이를 대상으로 심사를 진행하였다.

정무위원회 임익상 전문위원이 작성한 제1차 법안심사소위원회(2013. 2. 13) 심사 자료는 위 개정안에 관하여 아래와 같이 서술함으로써 공정거래저해성 여부를 위

법성 요건으로 하는 구 법 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위 조항과 별도로 ‘경제력 집중의 유지·강화 여부’를 판단기준으로 하는 총수일가의 사익편취 금지 조항을 신설하고자 하는 취지임을 서술하고 있다.⁸⁾

2. 제3장 개정(안) : 안 제11조의5 신설 등

1) 부당성 요건의 전환

- **현행 제5장(불공정거래행위 금지)의 부당지원금지 규정(제23조제1항제7호)와 별도로, 일감몰아주기를 통한 총수일가의 사익편취를 규제하기 위해 제3장(기업결합의 제한 및 경제력 집중의 억제)에 한 제11조의5(경제력 집중을 유지하거나 강화하는 거래의 제한)를 신설**
 - 부당성 요건 판단기준의 전환: 경쟁제한성(공정거래저해성)여부 → 경제력 집중의 유지·강화 여부
- (이하 생략)

나아가 위 문건은 위와 같은 취지에 따라 개정법률(안)의 해당 조항의 문언을 아래와 같이 작성하였다.⁹⁾

제11조의5(경제력 집중을 유지하거나 강화하는 거래의 제한) ①상호출자제한기업집단 (동일인이 회사인 경우는 제외한다. 이하 이 조에서 같다)에 속하는 회사는 특수 관계인(동일인 및 그 친족에 한한다. 이하 이 조에서 같다)과의 거래(사업기회의 제공을 포함한다. 이하 이 조에서 같다) 또는 계열회사와의 거래를 통해 특수관계인의 경제력 집중을 유지하거나 강화하는 행위를 하여서는 아니된다.

②제1항에서 “특수관계인의 경제력 집중을 유지하거나 강화하는 행위”라 함은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 통해 정당한 이유없이 특수관계인에게 직접 또는 간접적으로 경제상 이익을 귀속시키는 행위를 말한다.

1. 정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건보다 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위
2. 당해 기업집단에 속하지 아니하는 회사에 대해서는 제공하기 어려운 거래기회를 제공하는 행위. 다만 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외한다.
 - 가. 당해 거래의 목적·성질·규모 등을 고려할 때 다른 자와의 거래로는 그거

8) 제313회 국회 정무위원회 부당내부거래 규제 강화(대기업 일감몰아주기 규제) 관련 제1차 법률안심사소위원회 심사자료(2013. 2. 13), 218면.

9) 제313회 국회 정무위원회 부당내부거래 규제 강화(대기업 일감몰아주기 규제) 관련 제1차 법률안심사소위원회 심사자료(2013. 2. 13), 220-222면.

래 목적을 달성할 수 없는 경우
 나. 다른 자와 거래할 경우 경제상 불리한 경우
 다. 당해 기업집단에 속하지 아니하는 회사에게도 동등한 거래기회를 제공한 경우
 라. 그밖에 가목 내지 다목에 준하는 사유로서 정당성이 인정되는 경우
 3. 회사가 직접 또는 자회사 등을 통해 수행할 경우 회사에 이익이 될 사업기회를 특수관계인에게 제공하는 행위
 (이하 생략)

위 개정법률(안) 제11조의5는 그 제목을 ‘경제력 집중을 유지하거나 강화하는 거래의 제한’으로 규정하고 제1항에서 대기업집단 소속 계열회사가 특수관계인이나 계열회사와의 거래를 통하여 ‘특수관계인의 경제력 집중을 유지하거나 강화하는 행위’를 금지하였는데, ‘경제력 집중의 유지·강화’는 특수관계인에 대한 부당한 이익제공을 통하여 종국적으로 초래할 우려가 있는 폐해에 해당하는 것이고 삼성 SDS 사건에서 볼 수 있는 바와 같이 개별적인 이익제공행위에 대한 법집행 과정에서 문제된 개개의 이익제공 행위가 경제력 집중을 유지·강화하였음을 입증하는 것은 극히 곤란하므로 제2항 각 호에서 경제력 집중을 유지·강화하는 행위를 구체적으로 규정하였다.

즉, 위 개정법률(안) 제11조의5 제2항은 특수관계인의 경제력 집중을 유지하거나 강화하는 행위를 ‘각 호의 어느 하나에 해당하는 행위’를 통해 ‘정당한 이유 없이’ 특수관계인에게 경제상 이익을 귀속시키는 행위라고 규정하고 있다. 따라서 각 호에 해당하는 행위는 행위 주체가 정당한 이유가 있음을 주장·입증하지 못하는 한, 공정거래위원회가 별도로 ‘부당성’ 등을 입증할 필요 없이 위법한 ‘경제력 집중을 유지하거나 강화하는 거래’에 해당된다는 취지이다. 또한 제2항 제2호가 규정하고 있는 이익제공행위의 경우(최종 개정법률안의 ‘물량 몰아주기’에 대응되는 것) 동 호 각 목에서 위법한 것으로 보지 않는 사유를 열거하면서 보충적 일반조항이라고 볼 수 있는 ‘기타 정당성이 인정되는 경우’(라목)를 규정하고 있는데, 이러한 규정체계에 비추어 볼 때 별도의 위법성 요건을 염두에 두지 않고 그 자체로서 완결적인 금지행위 조항을 의도한 것으로 이해된다.

2. 제316회 국회 제1차 법안심사소위원회 심사 개정법률(안)

제315회 국회 회기 동안 정무위원회 법률안심사소위원회 소속 의원들은 공정 위 간부와 학계와 재계를 대표하는 진술인까지 참가시켜서 위 개정법률(안)에 대하여 치열한 논의를 진행하였는데, 재계는 특히 동 법률안에 따라 경우 ‘모든 내부거래가 원천적으로 금지될 우려가 있다’는 반론을 제기하였다.¹⁰⁾ 이에 따라 계열사 간 거래를 원칙적으로 허용하고 예외적으로 총수일가에게 부당한 이익이 돌아오는 경우만을 금지하는 취지임을 명확하게 하기 위하여 개정법률(안)의 해당 법문을 아래와 같이 수정하게 되었다.¹¹⁾

제11조의5(경제력 집중을 유지하거나 강화하는 거래의 제한) ① 상호출자제한기업집단(동일인이 회사인 경우는 제외한다. 이하 이 조에서 같다)에 속하는 회사는 특수관계인(동일인 및 그 친족에 한한다. 이하 이 조에서 같다)과의 거래(사업기회의 제공을 포함한다. 이하 이 조에서 같다) 또는 계열회사와의 거래를 통해 부당하게 특수관계인의 경제력 집중을 유지하거나 강화하는 행위를 하여서는 아니된다.

② 제1항에서 “부당하게 특수관계인의 경제력 집중을 유지하거나 강화하는 행위”라 함은 특수관계인이나 특수관계인이 주식을 보유한 계열회사와 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 통해 특수관계인에게 부당한 경제상 이익을 귀속시키는 행위를 말한다. 이 경우 각 호에 해당하는 행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다.

1. 정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건보다 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위
2. 통상적인 거래상대방 선정과정이나 합리적인 경영판단을 거치지 아니하고 상당한 규모로 거래하는 행위
3. 회사가 직접 또는 자신이 지배하고 있는 회사를 통해 수행할 경우 회사에 이익이 될 사업기회를 제공하는 행위

(이하 생략)

10) 제315회 국회 정무위원회 부당내부거래 규제 강화 관련 제4차 법률안심사소위원회 심사자료(2013. 4), 36-37면, 제315회 국회 정무위원회 법안심사소위원회 제3차(2013년 4월 19일) 회의록 5-7면 및 제316회 국회 정무위원회 총수일가 사익편취 및 부당내부거래 규제 강화 관련 제1차 법안심사소위원회 심사자료(2013. 6.14), 117-120면 참고.

11) 제316회 국회 정무위원회 총수일가 사익편취 및 부당내부거래 규제 강화 관련 제1차 법안심사소위원회 심사자료(2013. 6. 14), 122면.

즉, 위 개정법률(안) 제11조의5의 문언은 종전과 사실상 동일하되, 다만 제1항에서 ‘부당하게’를 추가하고 제2항에서 ‘부당하게 특수관계인의 경제력 집중을 유지하거나 강화하는 행위’의 의미를 규정하면서 종전에 ‘정당한 이유 없이’라고 한 것을 ‘부당한 이익’이라고 하였다. 그 취지는 위에서 설명한 바와 같이 별도의 위법성 요건을 추가하려는 것이 아니라, 정상적인 내부거래는 허용되고 각 호에서 규정하고 있는 비정상적인 내부거래를 통하여 특수관계인에게 이익을 귀속시키는 행위만을 금지하는 것임을 명확하게 하기 위한 것이었다.¹²⁾

그럼에도 불구하고 부주의하게 종전에 ‘정당한 이유 없이’라고 규정하였던 것을 ‘부당한 이익’이라고 규정함으로써 위와 같은 취지와는 달리 마치 동 항 각 호의 이익제공행위에 해당하는 사실과 별도로 ‘이익의 부당성’을 입증해야 하는 것으로 해석할 여지를 제공하였고, 결국 위에서 살펴본 대법원 판시를 초래한 주요한 원인이 되었다.

3. 제316회 국회 제2차 법안심사소위원회 심사 개정법률(안)

다시 정무위원회 제2차 법안심사소위원회 심사를 위해 위 개정법률(안)을 보완하는 개정법률(안)을 마련하였는데, 동 개정법률(안) 제11조의5는 제3장에 포함된 점 이외에는 그 제목과 규정체계가 최종 수정법률(안) 제23조의2와 같다는 점에서 그 보완 취지를 살펴보는 것이 중요하다.

보완 개정법률(안) 제11조의5와 종전 개정법률안 제11조의5를 비교하면 아래 표와 같은데,¹³⁾ 그 제목을 종전의 ‘경제력 집중을 유지하거나 강화하는 거래의 제

12) 이와 관련하여 당시 공정위 사무처장은 “그래서 제2항에서 부당한 이익이 돌아가는 행위를 금지하는데 그것이 뭐냐, 1·2·3호, 정상적인 거래보다 유리한 조건, 그 다음에 다른 회사는 받기 어려운 거래기회, 그다음에 사업기회유용 이 세 가지만 한정적으로 열거를 하고 있는 겁니다. 이것 외에는 다 가능하다 이런 얘기이지요.”라고 발언하였다(제315회 국회 정무위원회 법안심사소위원회 제3차(2013년4월19일) 회의록, 23면). 또한 제316회 국회 정무위원회 총수일가 사익편취 및 부당내부거래 규제 강화 관련 제2차 법안심사소위원회 심사자료(2013. 6. 24), 157면에서도 역시 “2) 현재 논의 중인 공정위 통합(안)의 규제범위가 모호하여 계열사간 내부거래를 원칙적으로 금지하거나 내부거래의 정당성을 기업이 입증해야 하는 것으로 해석될 소지가 있는지 여부”에 대하여 “공정위 통합(안)을 살펴보면 원칙적으로 내부거래는 허용하되, 예외적으로 총수일가에 부당한 이익이 돌아가는 다음의 세가지 경우만 금지하고 있음 ① 상당히 유리한 조건의 거래 ② 거래기회의 제공 ③ 회사기회의 유용”이라고 서술하고 있다.

13) 제316회 국회 정무위원회 총수일가 사익편취 및 부당내부거래 규제 강화 관련 제2차 법안심사소위원회 심사자료(2013. 6. 24), 165면.

한'에서 '특수관계인에 대한 부당한 이익제공 금지'로 변경하고, 종전 개정법률안 제11조의5의 제1항과 제2항을 통합하여 제1항으로 함께 규정하였다. 먼저, 제목의 변경에 관하여 위 보완 개정법률(안)의 '비고'에서 “법안이 금지하고자 하는 행위를 제목에서 명확하게 규정”하려는 취지라고 서술하고 있다.¹⁴⁾ 즉, 종전 개정법률(안)이 제11조의5의 제목으로 규정하고 있었던 '경제력 집중을 유지하거나 강화하는 거래'는 해당 조항이 특수관계인에게 경제적 이익을 이전하는 행위를 금지하는 취지를 나타내는 추상적인 표현에 불과한데 이를 제목으로 할 경우에는 당해 조항이 금지하는 행위의 위법성을 인정하기 위해서 문제가 된 개개의 이익제공행위가 '경제력 집중의 유지·강화'를 초래하였음을 구체적으로 입증하여야 하는 것으로 오해될 우려가 있으므로 그와 같은 입증을 요구하지 않고 특수관계인에 대하여 부당한 이익을 제공하는 행위 자체를 금지하고자 하는 것임을 분명하게 하려는 취지였다.

제316회 국회 제1차 법안심사소위원회 심사 개정법률안	제316회 국회 제2차 법안심사소위원회 심사 개정법률안
<p>제11조의5(경제력 집중을 유지하거나 강화하는 거래의 제한) ①상호출자제한기업집단(동일인이 회사인 경우는 제외한다. 이하 이 조에서 같다)에 속하는 회사는 특수관계인(동일인 및 그 친족에 한한다. 이하 이 조에서 같다)과의 거래(사업기회의 제공을 포함한다. 이하 이 조에서 같다) 또는 계열회사와의 거래를 통해 부당하게 특수관계인의 경제력 집중을 유지하거나 강화하는 행위를 하여서는 아니된다.</p> <p>②제1항에서 “부당하게 특수관계인의 경제력 집중을 유지하거나 강화하는 행위”라 함은 특수관계인이나 특수관계인이 주식을 보유한 계열회사와 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 통해 특수관계인에게 부당한 경제상 이익을 귀속시키는 행위를 말한다. 이 경우 각 호에 해당하는 행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다. (각 호 생략)</p>	<p>제11조의5(특수관계인에 대한 부당한 이익 제공 등 금지) ①상호출자제한기업집단에 속하는 회사는 특수관계인(동일인 및 그 친족에 한한다. 이하 이 조에서 같다)이 주식을 보유한 계열회사와 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 통해 특수관계인에게 부당한 경제상 이익을 귀속시키는 행위를 하여서는 아니 된다. 이 경우 각 호에 해당하는 행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다. (각 호 생략)</p>

14) 제316회 국회 정무위원회 총수일가 사익편취 및 부당내부거래 규제 강화 관련 제2차 법안심사소위원회 심사자료(2013. 6. 24), 165면.

또한 종전의 개정법률(안) 제11조의5는 제1항에서 ‘부당하게 특수관계인의 경제력 집중을 유지하거나 강화하는 행위’를 금지하고 제2항에서 그 구체적인 의미를 ‘특수관계인이나 특수관계인이 주식을 보유한 계열회사와 각 호에서 규정하는 비정상적인 거래를 통하여 특수관계인에게 부당한 경제적 이익을 귀속시키는 행위’라고 규정하였는데, 보완 개정법률(안) 제11조의5 제1항은 제목의 변경에 맞추어 “경제력 집중을 유지하거나 강화하는 행위”라는 표현을 사용하지 않고 양자를 통합하여 “특수관계인이나 특수관계인이 주식을 보유한 계열회사와 각 호의 행위를 통해 특수관계인에게 부당한 경제적 이익을 귀속시키는 행위”라고 규정하면서 ‘비고’에서 그 취지를 “부당성의 개념을 부당내부거래(1항 각 호)를 통해 총수일가에게 부당한 이익을 제공하는 행위로 명확화”한 것이라고 서술하고 있다.¹⁵⁾ 즉, 보완 개정법률(안) 제11조의5 제1항에서 규정하고 있는 이익의 ‘부당성’은 동 항 각 호에서 규정하고 있는 이익제공행위와 별도로 입증되어야 할 위법성 요건이 아니라 각 호에게 규정하고 있는 비정상적인 내부거래를 통해 특수관계인에게 이전되는 이익을 곧 ‘부당한 이익’으로 보겠다는 취지임을 알 수 있다.

4. 최종 개정법률(안)

위에서 설명한 개정법률(안)의 수정과는 별개로 제316회 국회가 개최된 후 정무위원회 법안심사소위원회 소속 김용태 의원 등 당시 여당의원들은 총수일가의 사익편취 및 부당내부거래 규제를 강화하는 조항을 지금까지 심사해온 개정법률(안)과는 달리 구 법 제3장(기업결합의 제한 및 경제력집중의 억제)이 아니라 불공정거래행위의 금지를 규정하고 있던 구 법 제5장에 추가하자는 주장을 제기함으로써 제3장에 추가하자는 입장을 취한 공정위 측과 치열한 논란이 이루어졌다.¹⁶⁾ 결국 논란 끝에 국회 폐회를 앞두고 갑작스럽게 위 조항을 내용적인 변경을 가하지 않은 채 구 법 제5장에 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지)를 추가하되, 그 성격을 분명하게 하기 위하여 해당 장의 제목을 종전의 ‘불공정거래

15) 제316회 국회 정무위원회 총수일가 사익편취 및 부당내부거래 규제 강화 관련 제2차 법안심사소위원회 심사자료(2013. 6. 24), 165면.

16) 제316회 국회 정무위원회 법안심사소위원회 제1차(2013. 6. 14.) 회의록, 61면 이하 및 제316회 국회 정무위원회 총수일가 사익편취 및 부당내부거래 규제 강화 관련 제2차 법안심사소위원회 심사자료(2013. 6. 24), 147면 참고.

행위의 금지'에서 '불공정거래행위 및 특수관계인에 대한 부당한 이익제공의 금지'로 변경하기로 하였다.

당시 정부위원회 소속 의원들과 공정위 관계자들은 특수관계인에 대한 부당한 이익제공 금지 조항을 구 법 제5장에 규정하더라도 그 취지가 비정상적인 내부거래를 통하여 특수관계인에게 이익을 이전시키는 행위의 경우 '공정거래저해성'을 따질 필요가 없이 위법한 것으로 보아야 함을 누차 강조하였다. 즉, 최종 법안심사소위원회 및 정부위원회 심의과정에서 일부 의원들이 위 조항을 당초 제안된 개정법률(안)과는 달리 구 법 제5장에 규정하게 될 경우 혹시라도 구 법 제23조의 불공정거래행위의 금지와 마찬가지로 문제된 행위의 부당성을 별개의 위법성요건으로 하는 것으로 해석될 수 있다는 우려를 표명하였고, 이에 대하여 구 법 제5장에 포함시킬 것을 주장한 의원을 포함하여 모든 참석자들이 그러한 해석은 입법취지에 반하는 것임을 명확하게 표명하였다.¹⁷⁾

IV. '부당한 이익' 요건에 관한 학설 및 하급심 판결례

공정거래법상 사익편취 금지가 시행된 이후 이에 관한 입법정책적 논란과 함께 해석상 다툼이 제기되었다. 우선, 입법정책적으로 대주주 등의 사익편취 행위는 시장에서의 경쟁과 직접 관련이 없는 행위로서 전통적으로 소수주주를 보호하는 회사법의 본령에 해당함에도 공정거래법의 규제대상에 포함시키는 것이 바람직한지에 관한 논란이 제기되었다. 또한 해당 규정의 구체적인 해석상 다수의 쟁점이 제기되었는데, 특히 법 제47조 제1항의 '부당한 이익'의 내용과 판단기준에 대하여 다음과 같이 다양한 해석론이 제시되었다.

17) 예컨대, 2013년 6월 26일에 진행된 제316회 국회 정부위원회 법안심사소위원회 제5차 회의에서 강기정 의원이 제23조의2가 제5장에 들어감에 따라 공정위가 경쟁제한성을 입증해야 되는 상황이 발생하지 않겠느냐는 우려를 제기하자 공정위 부위원장, 김종훈 위원, 박민식 소위원장 등 발언을 한 모든 참석자들이 당초 해당 조항을 제5장에 추가하지 않고 제3장에 규정하려 한 이유는 전자의 경우 경쟁제한성을 별도로 따져야 하기 때문이었는데, 최종 개정법률안은 비록 해당 조항을 제5장에 포함시켰지만 제5장의 제목을 변경하고 아예 새로운 항을 신설함으로써 경쟁제한성을 따지는 불공정거래의 측면에서 보는 것이 아니고 특수관계인에 대한 부당한 이익이 제공되었는지 여부에 초점을 맞추어야 한다는 점을 분명히 했다(제316회 국회 정부위원회 법안심사소위원회 제5차(2013년6월26일) 회의록, 5-7면).

1. 학 설

종래 법상 사익편취의 성립요건 중 하나인 ‘부당한 이익’의 내용과 판단기준에 관한 다양한 해석론이 제시되었다. 먼저, 가장 극단적인 견해로서 법 제1조의 법 목적과 공정거래법상 기타 금지행위에 관한 종래의 판례이론 등을 근거로 구 법 제23조의2 제1항 본문이 규정하는 ‘이익의 부당성’을 법상 불공정거래행위의 경우와 마찬가지로 공정거래저해성으로 파악하는 견해를 찾아볼 수 있다.¹⁸⁾ 그러나 이러한 견해는 법 제1조의 법 목적을 지나치게 협소하게 해석하였을 뿐만 아니라 위에서 설명한 사익편취 금지를 신설한 법 개정의 취지에 정면으로 반하고, 해당 법안의 심사·수정 경위와 구 법 제5장의 제목이 변경된 사정 등을 도외시한 견해로서 수긍할 수 없다. 실제로 이 견해에 동조하는 다른 선행연구는 찾아볼 수 없고, 그 이후 발표된 선행연구들은 일치하여 이 견해를 배척하였다.¹⁹⁾

또한 위 규정의 문언을 근거로 각 호의 이익제공행위와 별도로 ‘이익의 부당성’이 입증되어야 하고, 그 내용은 ‘소유집중의 심화’라는 견해도 제시되었다.²⁰⁾ 다만, 이 견해를 취하는 학자들은 이익의 부당성을 판단하는 구체적 기준을 제시하지 않은 채 이 요건은 개방성을 띠고 있으며 공정거래법의 목적 중 경제력 집중억제의 일환으로서 변칙적인 소유집중이라는 관점에서 파악되어야 한다고 하거나,²¹⁾ 총수일가가 사익을 편취한 결과 경제력의 집중 특히 기업집단이 유발되었는지를 토대로 하되, 부당지원행위에서 고려되는 경제력 집중보다는 좁은 개념, 즉 총수일가의 소유집중의 우려가 있었는지가 기준이 되어야 한다고 하였다.²²⁾

그러나 대체적인 학설은 그 논거가 되는 법리적 설명은 다소 다르지만 법상 사

18) 홍대식, “공정거래법상 특수관계인에 대한 부당이익제공행위의 의미 및 판단기준”, 비교사법 제21권 제1호(2014), 218-232면.

19) 이봉의, “특수관계인에 대한 부당한 이익제공의 금지”, 경쟁법연구 제31권(2015), 229면; 서 정, “재벌의 내부거래를 둘러싸고 나타난 규범의 지체현상과 그 극복”, 법조 제704호(2015), 228-229면; 백승엽, “공정거래법상 일감몰아주기에 관한 연구”, 서울대 박사학위 논문(2017), 234-235면; 이 황, “공정거래법상 ‘특수관계인에 대한 부당한 이익 제공행위’에서 ‘부당한 이익’의 해석론”, 법학논문집 제41집 제2호(2017), 181면; 권오승·서정, 독점규제법(제5판), 법문사(2022), 630면 등 참고.

20) 이봉의, 위의 논문, 214면. 신영수 교수 역시 유사한 입장을 취하고 있다고 할 수 있다(신영수, “특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위의 규제법리”, 경쟁법연구 제14권 3호(2015)).

21) 이봉의, 같은 논문, 229면.

22) 신영수, 위의 논문, 257면.

익편취 금지가 적용되는 대기업집단 소속 계열회사가 구 법 제23조의2 제1항 각 호의 하나에 해당하는 이익제공행위를 통하여 특수관계인에게 이익이 귀속되었음이 입증되면 그 이익의 부당성을 쉽게 인정할 수 있다는 입장을 취하였다. 예컨대, 법상 사익편취 금지의 입법 경위 및 취지, 해당 조항의 문언, 구 법 제23조의2 제1항 각 호가 열거하고 있는 각 이익제공행위 유형의 성질에 비추어 볼 때, 특수관계인에게 귀속된 이익의 부당성은 경쟁제한성이나 공정거래저해성이 아니라 ‘특수관계인의 사익편취를 통하여 초래되는 불합리한 경제력 집중의 우려’를 의미하는데, 구 법 제23조의2 제1항 각 호에 해당하는 행위를 통해 법 적용 대상 대기업집단의 특수관계인에게 귀속된 이익은 특별한 사정이 없는 한 경제력 집중을 형성, 유지, 강화할 우려가 있다고 보아야 할 것이므로 원칙적으로 부당하다고 보아야 한다는 견해가 제시되었다.²³⁾

또한 비슷한 맥락에서 법상 사익편취의 경우 ‘정당한 사유가 없는 특수관계인에 대한 이익의 귀속’ 자체가 부당성의 내용이고, 제공주체를 공시대상 기업집단 소속 계열회사로 제한하고 제공객체를 특수관계인과 그 관련 회사로 제한함으로써 이미 경제력 집중 억제에 위한 목적을 가졌다는 점을 분명히 하였고 이에 따라 과도한 법적용의 우려도 미연에 방지되고 있으므로 이익의 부당성 판단 시 경제력 집중이라는 불문의 요건을 추가로 덧붙일 이유가 없다고 하면서, 구 법 제23조의2 제1항 각 호의 요건을 충족하는 이익제공행위는 부당한 이익의 귀속 요건을 충족하는 것으로 사실상 추정되므로 이 경우에는 그것이 부당하지 않다는 사정에 대한 입증 책임이 공정위 처분을 다투는 상대방에게 전환된다고 보아야 한다는 견해도 제시되었다.²⁴⁾

23) 이 황, 위의 논문, 182-188면. 사실상 동일한 견해로서 김윤정, “특수관계인에 대한 부당이익제공행위 규제의 법적 쟁점과 개선과제”, 경쟁법연구 제29권(2014), 98-100면 및 김윤정, “공정거래법상 사익편취행위 규제의 현황과 개선방향-대한항공사건을 중심으로”, 경제법연구 제17권 2호(2018), 52-55면(특수관계인에 제공된 이익의 부당성을 대기업집단 총수일가의 ‘사익편취성’으로 파악하고 구 법 제23조의2 제1항 각 호의 행위를 통한 사익편취성이 입증된 경우에 특별한 사정이 없는 한 추가적으로 ‘경제력 집중을 초래하거나 심화할 우려’를 입증할 필요 없다고 함)과 백승엽, “공정거래법상 일감몰아주기에 관한 연구”, 서울대 박사학위 논문(2017), 237-242면(이익의 부당성의 내용을 ‘합리적 이유의 부존재’와 ‘이익의 상대성’이라고 함) 참고.

24) 권오승·서정, 독점규제법(제5판), 법문사(2022), 630-631면. 유사한 견해로서 이선희, “공정거래법상 사익편취행위 규제의 쟁점 검토”, 성균관법학 제30권 제3호(2018), 279-280면(사익편취행위에 있어서 부당성은 경제력 집중의 ‘현실적 발생’이 아니라 경제력 집중의 ‘우려’를 의미하므로 공정위가 법 적용 대상 행위주체와 행위객체 및 불확정개념을 포함한 구 법 제23조의2 제1항 각 호의 행위요건을 입증하면 해당 행위는 경제력 집중을 발생할 우려가 있는 부당한 이익을 특수관계인에게

그 밖에도 경제력 집중의 방지는 법상 사익편취의 요건 사실이 아닌 보호법익으로서 소위 ‘추상적 위험범’에 해당하므로 구 법 제23조의2 제1항 각 호의 요건을 충족하면 이익의 규모 등을 따지지 않고 이익의 부당성을 인정할 수 있다는 견해²⁵⁾와 법상 사익편취 금지를 신실한 입법취지를 충실하게 실현하기 위해서 구 법 제23조의2 제1항 각 호의 이익제공행위 이외에 추가적인 부당성의 입증이 필요하다는 견해²⁶⁾도 제시되었다.

2. 하급심 판결례

기업집단 한진 사건 대법원 판결이 내려지기 전 법상 사익편취에 해당하는지 여부를 판단한 하급심 판결례로서 4개의 서울고등법원 판결을 찾아볼 수 있다. 먼저, 기업집단 한진 사건 원심에서 서울고법은 법상 특수관계인에 대한 부당한 이익 제공에 해당하는지 여부를 판단하기 위해서는 구 법 제23조의2 제1항 각 호의 행위 충족 여부와는 별도로 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 것인지 여부에 대한 규범적 평가가 이루어져야 한다고 전제하고, 이를 판단하기 위해서는 행위의 목적, 행위 당시 행위주체·객체들이 처한 경제적 상황, 귀속되는 이익의 규모 등을 종합적으로 고려하여 사익편취를 통한 경제력 집중이 발생할 우려가 있는지를 구체적·개별적으로 판단하여야 하고, 특히 구 법 제23조의2 제1항 제1호의 “정상가격에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건보다 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위”에 해당하는지 여부를 판단하는 데에는 구 법 제23조 제1항 제7호의 정상가격에 관한 해석론을 참고하되 공정거래저해성이 아니라 경제력 집중의 맥락에서 조명해야 한다고 판시하였다.²⁷⁾

귀속시킨다는 강한 추정을 받게 되고, 이를 다투기 위해서는 특수관계인 측이 해당 이익의 귀속이 경제력 집중과 무관하다는 점을 반증하여야 한다고 함) 및 백승엽, “공정거래법상 일감몰아주기에 관한 연구”, 서울대 박사학위 논문(2017), 239-240면(특수관계인이 특수관계인에 대한 이익의 귀속을 정당화할 수 있는 합리적 사유를 주장하고 공정위가 합리적 이유가 없는 이익임을 입증하여야 한다고 함) 참고.

25) 이상훈, “사익편취의 규제근거(부당성)에 대한 새로운 해석”, 경쟁법연구 제39권(2019), 357-364면.

26) 조성국, “공정거래법상 사익편취 규제의 정체성 탐색에 관한 연구”, 법학논문집 제43집 제2호(2019), 84면.

27) 서울고법 2017. 9. 1. 선고 2017누36153 판결, 20면. 나아가 각주에서 피고(공정위)는 구 법 제23조의2 제1항의 성립요건은 ① 행위주체, ② 행위객체, ③ 각 호의 행위, ④ 비정상거래를 할 만한 특별한 사정 또는 합리적 이유의 부존재라고 주장하는데, ④의 요건은 ‘부당한 이익’을 규범적으로 판단하는 중요한 하나의 사정에 불과할 뿐, 그것만으로 ‘부당한 이익’의 요건을 모두 충족한다고 보기

위 기업집단 한진 사건 서울고법 판시는 다양한 측면에서 논란을 촉발하여 위에서 소개한 학설상 논의가 이루어진 계기가 되었는데, 그 후 내려진 하급심 판결들은 대체적인 학설과 마찬가지로 구 법 제23조의 제1항 각 호의 이익제공행위를 통해 이익이 귀속된 사실이 입증된 경우에 추가적으로 문제된 행위에 대한 위법성 평가를 거치지 않은 채 이익의 부당성을 쉽게 인정하였다.

먼저, 하이트진로 사건에서 공정위는 문제가 된 다양한 행위 중 인력지원 행위가 부당지원행위에 해당할 뿐만 아니라 사익편취에도 해당된다고 인정하였는데, 이 사건 행정소송 원심에서 서울고법은 법상 사익편취 금지에 관하여 “이 규정은 재벌 일가의 사익편취행위에 대한 규제상의 난점을 해소하기 위해 수범자를 일정 규모 이상의 대기업집단 소속 특수관계인 사이의 거래로 좁게 한정했고 공정거래법 제23조에서는 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위가 필요한 것과 별개의 조항으로 신설했으며, 공정한 거래를 저해하는지가 아니라 특수관계인에게 부당한 이익을 제공했는지를 위법성 판단의 기준으로 금지규정을 신설하는 것”이라고 하면서, 추가적으로 아무런 위법성 요건을 검토하지 않은 채 이 사건 인력지원 행위로 인하여 제공객체인 서영이엔트가 제공주체인 하이트진로가 보전한 임금만큼 비용을 절약하는 이익을 얻었으므로 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위에 해당한다고 판시하였다.²⁸⁾

또한 기업집단 효성 사건에서 서울고법은 다음과 같이 판시하였다. 즉, 부당지원행위 금지 규정의 엄격한 요건으로 지원행위와 공정거래저해성의 증명이 곤란하다는 점을 감안하여 대기업집단 총수일가의 사익편취행위를 효과적으로 규제할 수 있도록 공정거래저해성이 아닌 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시켰는지 여부를 기준으로 위법성을 판단하는 사익편취 금지 규정이 신설되었다고 하면서, 동 규정은 행위의 주체를 공시대상기업집단 내 회사로 한정하고 있고 행위객체를 일정한 범위의 특수관계인 또는 계열회사로 한정하고 있으며 규제대상 거래행위도 제한적으로 열거하고 있음에 비추어 볼 때, 부당지원행위의 경우 지원행위의 부당성이 문제되는 것임에 반하여 사익편취의 경우 이익의 부당성이 문제되는 것

어렵고, 위 4가지 요건을 충족하더라도 거래의 규모나 귀속되는 이익의 규모 등에 비추어 경제력 집중이 발생할 여지가 없거나 극히 미미한 경우 또는 이를 규제하는 것이 사적 자치의 본질을 해하는 경우라면 그러한 경우까지만 ‘부당한 이익’이라고 평가할 수는 없다고 하였다(같은 판결 20면, 각주 17).

28) 서울고법 2020. 2. 12. 선고 2018누44595 판결, 32-33면.

이므로 양자를 동일한 평면에서 논의할 수 없고, 이는 그 이익의 귀속에 합리적 이유가 있는지 여부를 기준으로 판단되어야 한다고 하였다.²⁹⁾

그 밖에도 기업집단 태광 사건에서 서울고법은 귀속되는 이익의 규모가 극히 미미하여 경제력 집중이 발생할 가능성이 없다는 원고의 주장에 대하여, 구 법 제23조의2 제1항 제1호의 문언상 ‘경제력 집중이 발생할 가능성’을 그 요건으로 하고 있지 않음에도, 그것이 위 조항 해당 여부를 판단함에 있어서 필수적 요건으로 보기 어렵고, 더구나 이 사건 거래를 통하여 특수관계인들에게 귀속되는 이익의 규모가 미미하다고 할 수도 없다고 하면서 그 주장을 배척하였다.³⁰⁾

3. 소 결

위에서 설명한 바와 같이 사익편취 금지를 신설하는 법률개정안을 심의하는 과정에서 정상적인 내부거래를 금지대상에서 제외하려는 취지에서 해당 규정의 문언을 “정당한 이유 없이”에서 “부당한 이익”으로 변경함에 따라 각 호의 이익제공 행위를 통한 이익의 귀속과 별도로 ‘이익의 부당성’을 입증해야 하는 것으로 해석할 여지가 생겼고, 나아가 그 내용과 판단기준은 무엇인지에 관한 의문이 제기되었다. 이에 따라 실제로 법상 사익편취 금지가 시행된 이후 초기에는 동 규정상 ‘부당한 이익’의 내용과 판단기준에 관하여 일부 학설이나 하급심 판결례가 입법 취지에 반하거나 다소 혼란스러운 견해를 제시하기도 하였으나, 다수의 학설과 하급심 판결례는 해당 규정의 문언을 무시하지 않으면서도 법상 사익편취 금지를 신설한 취지 및 그 입법 경위를 조화하려 노력하였다고 평가할 수 있다.

즉, 대체적인 학설 및 하급심 판결례는 구 법 제23조의2 제1항의 문언과 규정 체계 및 그 입법 경위 등을 근거로 법상 사익편취의 성립요건은 동 항 각 호의 ‘행위의 부당성’이 아니라 특수관계인에게 귀속된 ‘이익의 부당성’이므로 법상 시장지배적지위의 남용행위나 불공정거래행위의 경우와 같이 문제된 행위의 성질이나 그 효과에 대한 포괄적인 규범적 판단이 필요하지 않고, 그 행위의 결과로 특수관계인에게 귀속된 이익에 대한 규범적 평가가 필요할 뿐이라고 하였다. 또한 특히 동 규정의 적용범위가 일정 규모 이상의 대기업집단 소속 계열회사 및 특수

29) 서울고법 2021. 1. 28. 선고 2019누52497 판결, 78-79면.

30) 서울고법 2022. 2. 17. 선고 2019누58706 판결, 103면 및 111면.

관계인에 한정된 점을 근거로 동 항 각 호의 이익제공행위를 통하여 특수관계인에게 귀속된 이익은 원칙적으로 부당한 이익이라고 할 수 있고 이와 별도로 공정거래저해성'이나 '경제력 집중의 우려'를 입증할 필요가 없고, 다만 이를 정당화하는 사유가 존재하는 경우에 한하여 이익의 부당성이 부인될 수 있을 뿐이라는 견해를 취하였다.

위와 같은 견해는 해당 규정의 문언과 규정 체계에 저촉되지 않으면서도 법상 사익편취 금지를 도입한 입법 취지와 경위에 충실하고 수범자의 예측 가능성을 적절히 보호하며 공정위의 법 집행상 과도한 입증부담을 초래하지 않음으로써 입법 취지를 충분히 달성할 수 있도록 하려는 법 해석이라고 평가할 수 있다.

V. 기업집단 한진 사건 대법원 판결의 평가 및 법집행상 시사점

1. 기업집단 한진 사건 대법원 판결의 평가

기업집단 한진 사건 상고심에서 대법원은 위에서 살펴본 법상 사익편취 금지의 입법 취지를 제시하면서도 결국 해당 규정의 법문을 근거로 공정위가 구 법 제23조의2 제1항 각 호의 이익제공행위를 통한 이익의 귀속과 별도로 그 이익의 부당성을 입증해야 한다고 하였고, 나아가 그 부당성의 내용은 '대기업집단의 특수관계인을 중심으로 경제력 집중이 유지·심화될 우려'라고 하였다.

즉, 법상 부당지원행위는 “그 지원행위가 현저히 유리한 정도에 미치지 못하거나 시장에 참여하고 있는 다른 사업자가 아닌 특수관계인 개인을 지원하는 경우에는 변칙적인 부의 세대간 이전 등을 통한 소유집중의 우려가 있어도 사실상 공정거래 저해성을 입증하는 것이 곤란하여 규제가 어려웠”고 이에 따라 법상 사익편취 금지를 신설하였다고 전제한 뒤, “공정거래법 제23조의2 제1항 제1호에서 금지하는 특수관계인에 대한 부당한 이익제공 행위에 해당하려면, 제1호의 행위에 해당하는지 여부와는 별도로 그 행위를 통하여 특수관계인에게 귀속된 이익이 '부당'한지에 대한 규범적 평가가 아울러 이루어져야 한다.”고 하였다.³¹⁾

나아가 “여기서 말하는 '부당성'이란, 이익제공행위를 통하여 그 행위객체가 속

31) 대법원 2022. 5. 12. 선고 2017두63993 판결, 5면.

한 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 이전을 통하여 대기업집단의 특수관계인을 중심으로 경제력 집중이 유지·심화될 우려가 있는지 여부에 따라 판단하여야 한다.”라고 판시하였다.³²⁾

이러한 대법원 판시는 일견 법상 사익편취 금지의 입법 취지를 파악하면서도 부당지원행위와의 차별성을 충분히 인식하지 못하였을 뿐만 아니라 해당 규정의 입법 경위, 경제력 집중이나 소유집중의 개념이 가지는 특징과 법집행 실무상 현실적 어려움을 고려하지 않고 단지 해당 규정의 문언을 평면적으로 해석한 것이라고 비판할 수 있다.³³⁾

첫째, 이미 설명한 바와 같이 법상 사익편취 금지의 입법 과정에서 해당 조항에 ‘부당한 이익’이라고 규정한 것은 별개의 위법성 요건을 추가하려는 것이 아니라 정상적인 내부거래를 금지의 대상에서 제외하려는 취지였음을 도외시하였다.

둘째, 법상 부당지원행위의 위법성 요건인 ‘공정거래저해성’을 요구하는 것은 아니라고 하면서도 ‘이익의 부당성’을 위에서 소개한 삼성 SDS 사건 대법원 판결을 비롯하여 종래 판례가 부당지원행위의 위법성 요건인 공정거래저해성의 내용 중 일부로 인정하였던 ‘경제력 집중이 유지·심화될 우려’라고 파악함으로써 법상 부당지원행위와 사익편취의 본질적 차이를 인정하지 않았고, 결과적으로 법상 사익편취 금지의 입법 취지를 충분히 인식하지 못하였다고 할 수 있다.³⁴⁾

셋째, 보다 근본적으로 ‘경제력 집중’이나 ‘소유집중’은 비정상적인 내부거래를 통해 특수관계인에게 부당한 이익을 이전시키는 것을 금지하는 궁극적 취지를 설명하기 위한 추상적이고 이론적인 개념에 불과하다. 이들 개념은 본디 경제학 중

32) 같은 판결, 6면.

33) 대법원은 위 판시의 근거에 관하여 “공정거래법 제23조의2의 규정 내용, 입법 경위 및 입법 취지 등을 고려”하였다고만 언급하고 있어서(같은 판결, 5면) 그 구체적인 내용을 알 수 없다.

34) 이와 관련하여 위에서 소개한 바와 같이 부당지원행위의 공정거래저해성의 내용인 경제력 집중과 사익편취의 부당성의 내용인 경제력 집중을 구별하는 선행연구도 찾아볼 수 있으나(신영수, “특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위의 규제법리”, 경제법연구 제14권 3호(2015), 257면), 실정법적 근거는 물론이고 입법과정에서도 어떠한 근거를 찾을 수 없는 주장일 뿐만 아니라 실제 법집행상 양자를 구별하는 것 역시 불가능할 것이므로 수긍할 수 없다.

산업조직론 분야에서 사용되는 개념으로서 그 경계를 객관적으로 확정해야 하는 법 개념으로서의 부적합할 뿐만 아니라 논자에 따라서 그 구체적인 의미 및 판단 기준 역시 상이한 다의적인 개념이라고 할 수 있다.

실제로 1986년 과도한 재벌 중심 경제질서의 폐해를 우려하여 공정거래법상 경제력 집중 억제에 도입되었지만, 정작 동법상 경제력 집중 개념은 구 법 제1조의 목적 조항과 제3장의 제목(“기업결합의 제한 및 경제력집중의 억제”)에 등장할 뿐이고 구체적인 법 위반 요건으로 사용된 곳은 전혀 없으며, 소유집중의 개념은 전혀 등장하지 않는다.³⁵⁾ 따라서 구체적인 법 위반의 요건으로서 경제력 집중이나 소유집중의 유지·심화를 요구할 경우 법 집행상 과도한 입증부담을 초래하고 사안에 따라서 주관적인 판단이 내려질 우려가 크다.

넷째, 법 제47조(구 법 제23조의2에 해당) 제1항 각 호가 열거하고 있는 네 가지 유형의 이익제공행위는 어떤 의미에서든지 별도로 ‘부당성’이 입증되는 경우에 비로소 법적 비난가능성을 인정할 수 있는 가치중립적인 행위들이 아니라 그 자체로서 법질서에 반할 개연성이 큰 비정상적인 행위이다. 즉, 법상 다른 금지행위 조항에서 법 위반행위의 유형으로 열거하고 있는 행위들은 그 자체로서 반드시 법상 비난가능성을 인정할 수 없는 가치중립적인 행위라고 할 수 있다. 예컨대, 시장지배적지위의 남용행위의 유형 중 사업자가 자신이 공급하는 재화 등의 가격을 인상하는 행위(법 제5조 제1항 제1호)나 불공정거래행위의 유형 중 특정한 상대방과의 거래를 거절하는 행위(법 제45조 제1항 제1호)는 시장지배적사업자가 과도한 독점이윤을 획득하고자 가격을 인상하는 경우이거나 그 거래거절 행위로 인하여 상대방의 거래기회를 배제하여 그 사업활동을 곤란하게 할 우려가 있는 등 관련시장에서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 경우가 아니 한 각 사업자의 자유로운 사업활동의 영역에 속하는 행위로서 그 자체로서는 공정거래법상 비난가능성이 없고, 추가적으로 어떤 의미에서든지 부당성이 입증되는 경우에 비로소 법 위반으로 보아 규율할 수 있는 성격의 행위들이다.³⁶⁾

이에 반하여 법 제47조 제1항 각 호의 이익제공행위들은 종래 부당지원행위에

35) 따라서 위 법률개정안 수정 경위에서 설명한 바와 같이 2013년 법 개정 과정에서도 경제력 집중이나 소유집중에 미치는 영향을 법 위반 요건으로 오해하지 않도록 “경제력 집중의 유지·강화”와 같은 추상적 문언을 삭제하고 대신 ‘특수관계인에 대한 부당한 이익제공’이라고 명확하게 규정하였다.

36) 같은 의견: 이 황, “공정거래법상 ‘특수관계인에 대한 부당한 이익 제공행위’에서 ‘부당한 이익’의 해석론”, 법학논문집 제41집 제2호(2017), 186-189면.

대한 법 집행사례에 비추어 특수관계인에게 경제적 이익을 이전함으로써 중국적으로 경제력 집중의 유지·강화에 기여할 우려가 있지만 그 행위의 성격상 종래 부당지원행위 관련 판례가 ‘경쟁저해성’이나 ‘경제력 집중의 우려’라고 해석하는 공정거래저해성(부당성)의 입증이 극히 곤란하거나, 계열사 간 거래관계가 존재하지 않거나 정상가격을 산정하는 것이 곤란하여 부당지원행위로 의율하기 어려운 전형적인 유형의 행위들이다.

예컨대, 동 항 제1호의 ‘상당히 유리한 조건의 거래’와 동 항 제3호의 ‘특수관계인과의 상당히 유리한 조건의 자금 또는 금융상품 거래’는 대기업집단 소속 계열회사가 특수관계인의 지분율이 높은 계열회사와 거래하거나 직접 특수관계인과 거래하면서 정상적인 거래에서 적용될 조건보다 유리한 조건을 책정함으로써 해당 특수관계인의 지분가치를 상승시키거나 직접 특수관계인에게 경제적 이익을 이전하는 행위를 염두에 둔 것으로서 중국적으로 경제력 집중의 유지·강화를 초래할 우려가 있는 비정상적인 거래에 해당한다. 그럼에도 불구하고 해당 거래를 통하여 행위객체인 계열회사의 시장지위가 현저하게 강화되거나 해당 특수관계인이 단기간 내에 그 이익을 실현하여 계열회사의 지분을 취득하지 않는 한 각각의 거래 자체로서 일정한 시장에서 경쟁을 저해하거나 경제력 집중을 유지·강화할 우려가 있음을 입증하기가 사실상 불가능하므로 부당지원행위로 규율하기 어려운 행위 유형이다.³⁷⁾

또한 동 항 제4호의 ‘합리적 고려나 비교 없는 상당한 규모의 거래’역시 소위 ‘물량 몰아주기’를 염두에 둔 것으로서 대기업집단 소속 계열회사가 특수관계인의 지분율이 높은 회사와 대규모로 거래함으로써 특수관계인의 지분가치를 비정상적으로 증가시켜서 중국적으로 경제력 집중을 유지·강화할 우려가 있는 유력한 수단임에도 불구하고 비교대상이 되는 유사한 거래가 존재하지 않아서 정상가격을 입증하기 곤란하거나 그 자체로서 일정한 시장에서 경쟁을 저해하였거나 경제력 집중을 유지·강화하였음을 입증하기가 어려운 경우가 많다. 그 밖에 동 항 제2호의 ‘사업기회 제공’은 대기업집단 소속 계열회사가 자신이 직접 수행하거나 자

37) 2013년 공정거래법 개정법률안을 심사한 정무위원회 부당내부거래 규제 강화(대기업 일감몰아주기 규제) 관련 제1차 법률안심사소위원회 심사자료(2013. 2. 13.)는 2013년 공정거래법 개정안의 취지를 설명하면서 삼성 SDS 사건(대법원 2004. 9. 24. 선고 2001두6364 판결) 등 총수일가에 대한 지원행위가 문제로 된 5건의 사건에서 부당성(공정거래저해성)을 입증하지 못해서 공정위가 패소하였음을 지적하고 있다.

회사 등을 통하여 수행할 경우 이익이 될 사업기회를 특수관계인의 지분율이 높은 계열회사나 특수관계인에게 제공하는 행위로서 회사의 기회를 사적으로 유용하는 함으로써 회사와 소수주주의 이익을 부당하게 침해하는 행위이다. 이러한 행위는 총수일가가 경제력 집중을 유지·강화하는데 소요되는 재원을 마련하는 유력한 수단임에도 불구하고 당사자 사이에 거래관계가 존재하지 않거나 정상가격을 산정하기 어려워서 부당지원행위로 규율하기 어려운 행위 유형이다.³⁸⁾

더욱이 법 제47조 제1항이 이익제공 주체와 객체를 각각 공시대상기업집단 소속 계열회사와 해당 기업집단의 특수관계인이나 특수관계인이 일정 수준 이상의 지분을 가진 계열회사로 한정하고 있는 것을 고려하면, 이미 국민경제 차원에서 상당한 정도로 경제력이 집중된 대기업집단 소속 계열회사가 특수관계인 또는 특수관계인의 지분율이 높은 계열회사에 대하여 동 항 각 호가 규정하고 있는 비정상적인 이익제공행위를 통하여 이익을 귀속시킬 경우 그 이익은 원칙적으로 '경제력 집중의 유지·강화를 초래할 우려가 있는 부당한 이익'으로 보겠다는 취지로 이해하는 것이 타당하다.

다섯째, 법상 사익편취 금지 조항의 문언이 반드시 각 호의 이익제공행위와 특수관계인에게 귀속된 이익의 부당성을 별개의 위법성 요건으로 해석할 근거가 되지 않는다. 법상 사익편취 금지 조항은 동법상 다른 중요한 금지행위 조항과 비교할 때 상당한 정도로 차별적인 문언과 규정체계를 가지고 있다. 예컨대, 시장지배적지위의 남용을 금지하는 법 제5조 제1항은 본문에서 행위 주체가 시장지배적사업자일 것 이외에 아무런 위법성 요건을 규정하지 않은 채 단지 각 호의 남용행위를 금지한다고 규정하고, 동 항 각 호에서 남용행위의 유형을 열거하면서 명시적으로 그 행위가 '부당하게' 이루어질 것을 요건으로 규정하고 있다. 또한 불공정거래행위를 금지하는 법 제45조 제1항은 본문에서 명시적으로 병렬적인 위법성 요건으로서 각 호에서 열거하고 있는 행위 유형에 해당할 것과 공정한 거래를 저

38) 정무위원회 부당내부거래 규제 강화(대기업 일감몰아주기 규제) 관련 제2차 법률안심사소위원회 회의록(2013. 4. 17.)에 따르면, 당시 공정위 사무처장은 위 이익제공 행위 유형과 관련하여 "... 23조는 기본적으로 거래관계를 규율하기 때문에 기업집단 계열사와 거래가 없는, 거래관계가 없는 사업 기회 유용은 규제가 불가능합니다. 예를 들어서 C백화점이 세종시에 어떤 백화점을 새로 내겠다, 그러면 C백화점의 어떤 사업부서나 자기 자회사로 할 수 있는데 그게 아니고 총수일가 개인 소유의 'C백화점 세종점'을 만들고 브랜드를 공유하면서 유통망을 다 이용한다 이런 경우는 현행 23조로 규제가 불가능합니다."라고 하였다.

해할 우려(공정거래저해성)의 두 가지를 규정하면서, 다시 불공정거래행위의 유형을 열거하는 각 호에서 그 행위가 ‘부당하게’ 이루어질 것 또는 ‘공정한 거래를 해칠 우려’(제10호)가 있을 것을 요건으로 규정하고 있다.³⁹⁾

이에 반하여 사익편취를 금지하는 법 제47조 제1항은 본문에서 해당 금지가 적용되는 행위 주체와 객체의 범위를 정하는 것 이외에 단지 “각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위”가 금지된다고 규정하고 있을 뿐이고, 나아가 동 항 각 호는 비정상적인 방법으로 특수관계인에게 이익을 귀속시키는 행위들을 열거하면서 별도로 ‘부당하게’ 등의 위법성 요건을 규정하고 있지 않다.

따라서 법상 시장지배적지위의 남용이나 불공정거래행위의 경우에는 해당 조항의 문언에 비추어 볼 때, 각 호에서 규정하고 있는 남용행위나 불공정거래행위에 해당할 것과 해당 행위의 ‘부당성’이 병렬적 관계에 있는 별개의 위법성 요건임이 명백하고, 모든 학설과 판례 역시 동일한 견해를 취하고 있다. 그러나 사익편취 조항의 경우에는 각 호에서 규정하고 있는 이익제공행위의 부당성이 아니라 특수관계인에게 귀속된 ‘이익의 부당성’을 위법성 요건으로 하고 있음을 알 수 있고,⁴⁰⁾ 다만, 문언상 ‘각 호가 정하는 특수관계인에 대한 이익제공행위의 유형에 해당할 것’과 ‘부당한 이익일 것’이 병렬적 관계에 있는 별개의 위법성 요건인지, 아니면 본문과 각 호를 연결하여 읽어서 각 호의 이익제공행위(수단)를 통하여 특수관계인에게 귀속시키는 경제적 이익은 원칙적으로 ‘부당한 이익’(결과)으로 본다는 의

39) 법상 또 다른 중요한 금지행위 조항인 부당한 공동행위의 금지(법 제40조 제1항)는 실질적 위법성 요건을 “부당하게 경쟁을 제한하는”이라고 규정함으로써 다른 세 가지 금지행위 조항과 비교하기 어렵다.

40) 현재까지 법상 사익편취 금지를 다룬 선행연구들 중 일부는 양자를 구분하여 서술하고 있고(이봉의, “특수관계인에 대한 부당한 이익제공의 금지-입법취지와 도그마틱의 조화라는 관점에서”, 경쟁법연구 제31권(2015); 이황, “공정거래법상 ‘특수관계인에 대한 부당한 이익 제공행위’에서 ‘부당한 이익의 해석론’, 법학논문집 제11집 제2호(2017); 이선희, “공정거래법상 사익편취행위 규제의 쟁점 검토”, 성균관법학 제30권 제3호(2018); 조성국, “공정거래법상 사익편취 규제의 정체성 탐색에 관한 연구”, 법학논문집 제13집 제2호(2019); 백승엽, “공정거래법상 일감몰아주기에 관한 연구”, 서울대 박사학위 논문(2017)), 다른 선행연구는 양자를 명시적으로 구분하지 않고 서술하고 있다(서정, “재벌의 내부거래를 둘러싸고 나타난 규범의 지체현상과 그 극복-공정거래법상 특수관계인에 대한 부당한 이익제공 금지 규정을 중심으로”, 법조 제704권(2015); 신영수, “특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위의 규제법리”, 경제법연구 제14권 3호(2015); 김윤정, “공정거래법상 사익편취행위 규제의 현황과 개선방향-대한항공 사건을 중심으로”, 경제법연구 제17권 2호(2018); 이상훈, “사익편취의 규제근거(부당성)에 대한 새로운 해석”, 경쟁법연구 제39권(2019); 홍대식, “공정거래법상 특수관계인에 대한 부당이익제공행위의 의미 및 판단기준”, 비교사법 제21권 1호(2014)).

미인지가 불분명한 것이다.

2. 향후 법집행상 시사점

기업집단 한진 사건 대법원 판시는 위에서 설명한 바와 같이 여러 가지 측면에서 비판의 여지가 있음에도 불구하고 엄연한 최고 법원의 판결로서 이에 대한 입법적 대응이 이루어지지 않는 이상 향후 공정거래법상 사익편취 금지의 집행에 상당한 영향을 미칠 것으로 보인다. 가장 중요한 것은 동 판결에서 특수관계인에게 귀속된 이익의 부당성의 내용이라고 본 ‘경제력 집중이 유지·심화될 우려’를 입증하는 방법과 수준이라고 할 수 있다.

위에서 설명한 바와 같이 ‘경제력 집중’은 객관적으로 그 한계를 설정하기 어려운 개념으로서 이를 유지·심화시킬 우려 역시 객관적으로 판단하기 어려운 것이 사실이다. 위 판결에서 대법원은 이를 판단함에 있어서 고려할 요소로서 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 제시하였다.⁴¹⁾ 이 중 행위주체와 행위객체 및 특수관계인의 관계는 이미 법이 규정하고 있는 일정한 범위에 해당할 것이므로 그 자체가 별도로 의미 있는 고려요소가 될 수 없고, 행위의 경위 역시 행위의 목적과 의도를 추단할 수 있는 자료에 해당하므로 독립적인 고려요소가 되기 어렵다.

그렇다면 결국 주관적인 요소에 해당하는 행위의 목적과 의도 이외에 행위객체가 처한 경제적 상황에 비추어 해당 거래의 규모나 특수관계인에게 귀속되는 이익의 크기가 해당 특수관계인을 중심으로 한 경제력 집중을 유지·심화시키는데 어느 정도 기여할 것인지를 고려하여 판단할 수 있을 뿐이다. 그런데 문제가 된 행위의 목적과 의도는 그 성질상 행위주체의 주관적 의식 상태로서 대부분의 경우 직접 증거가 아닌 정황증거나 제반 사정으로부터 추단할 수밖에 없고, 경제력

41) 대법원 2022. 5. 12. 선고 2017두63993 판결, 6면. 이는 종래 판례가 부당지원행위의 공정거래저해성을 판단함에 있어서 고려할 요소로 제시한 것과 사실상 동일하다(대법원 2004. 3. 12. 선고 2001두7220 판결, 대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6197 판결, 대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6203 판결, 대법원 2004. 4. 23. 선고 2001두6517 판결, 대법원 2006. 2. 10. 선고 2003두15171 판결, 대법원 2006. 7. 27. 선고 2004두1186 판결, 대법원 2008. 6. 12. 선고 2006두7751 판결 및 대법원 2008. 6. 26. 선고 2006두8792 판결 등 참고).

집중을 유지·심화시킬 우려가 있는 거래의 규모나 이익의 크기 역시 극단적인 경우를 제외하고는 객관적으로 판단하기 어려워서 공정위나 법원의 자의적인 판단으로 흐를 우려가 크다.

실제로 대법원은 기업집단 한진 사건에서 해당 이익제공행위를 통해 행위 객체가 수취한 광고수입이 약 3,700만원에 그치고 또 다른 행위를 통해 면제받은 수수료가 약 160만원에 그쳐서 경제력의 집중을 도모하였다고 보기 어렵다고 하였고,⁴²⁾ 그 후 하이트진로 사건에서는 인력지원행위를 통해 법상 사익편취 금지가 적용되는 1년 동안 약 9,600만원의 비용을 절약하도록 한 행위에 대하여 그 주된 의도가 경제력을 집중시키기 위한 것이고 그 이익의 규모가 결코 작다고 볼 수 없다고 하면서 경제력 집중을 유지·심화시킬 우려를 인정하였다.⁴³⁾ 공정위가 심사지침 등을 통하여 객관적인 기준을 제시함으로써 법 집행상 일관성과 수범자의 예측가능성을 높일 필요가 있다.

또한 위 판결은 아쉽게도 특수관계인에게 귀속된 이익의 부당성을 조각시킬 수 있는 ‘정당화 사유’(justification)에 대하여 침묵하고 있는데, 위에서 설명한 이익의 부당성을 판단하는 과정에서 이를 정당화할 수 있는 사유를 함께 고려할 수 있다는 의미로 해석된다. 그러나 향후 법상 사익편취 금지의 집행과정에서 이에 관한 좀 더 구체적인 기준이 제시될 필요가 있다.

다만, 특수관계인에게 귀속된 이익을 정당화할 수 있는 사유를 사전적·확실적 기준을 제시하는 것은 사실상 불가능하고 사안에 따라서 개별적·구체적으로 판단할 수밖에 없을 것이다. 한편, 법 제47조 제2항 및 법 시행령 [별표 3] 제2호 각 목은 각각 법 제47조 제1항 제4호(합리적 고려나 비교 없는 상당한 규모의 거래)와 동 항 제2호(사업기회 제공)의 이익제공행위를 정당화할 수 있는 사유를 명시적으로 정하고 있다. 그런데 위 조항이 규정하고 있는 정당화 사유들은 제한적 열거라기보다는 예시적인 것으로 해석하는 것이 타당하고, 그와 같은 명시적 규정이 없는 이익제공행위 유형의 경우에도 긴급성을 요하는 경우 또는 다른 상대방과의 거래에서는 기대할 수 없는 상당한 효율성을 낳는 경우와 같은 정당화사유가 존재하는 경우에는 특수관계인에게 귀속된 이익의 부당성이 조각된다고 보아야 할

42) 대법원 2022. 5. 12. 선고 2017두63993 판결, 7-8면.

43) 대법원 2022. 5. 26. 선고 2017두36267 판결, 5-6면.

것이다.⁴⁴⁾

VI. 결 론

종래 공정거래법상 사익편취의 성립요건 중 특수관계인에게 귀속된 이익의 부당성의 내용과 판단기준에 관하여 가장 논란이 많았다. 기업집단 한진 사건에서 대법원은 특수관계인에게 귀속된 이익의 부당성의 내용은 ‘경제력 집중이 유지·심화될 우려’라고 하고 이를 법 제47조 제1항 각 호의 이익제공행위의 존재와 별도로 입증해야 한다고 판시하였다. 이러한 판시의 주된 근거는 해당 조항의 문언이라고 할 수 있는데, 그 입법 경위에 부합하지 않고 경제력 집중 개념의 성질을 정확히 인식하지 못하여 결과적으로 향후 법 집행상 상당한 불명확성을 초래함으로써 사익편취를 금지한 입법 취지를 충분히 달성할 수 있을 지가 불투명해졌다.

이러한 결과를 초래한 가장 큰 원인은 그 입법에 관여한 관련자들의 부주의라고 할 수 있는데, 법집행상 특수관계인에게 귀속된 이익의 부당성 여부가 공정위나 법원의 자의적 판단에 좌우될 우려가 있다. 향후에도 그와 같은 입법과정상 부주의가 재발되지 않도록 주의해야 하고, 법집행상 일관성을 확보하고 수범자의 예측가능성을 높이기 위해서 심사지침 등을 통하여 이익의 부당성에 관한 객관적인 판단기준을 제시할 필요가 있다.

추가적으로 법 제47조 제1항 각 호의 이익제공행위를 객관적으로 정당화할 수 있는 사유 역시 불분명한데, 법령상 명시되어 있는 적용배제 사유 이외에도 긴급성을 요하는 경우 또는 다른 상대방과의 거래에서는 기대할 수 없는 상당한 효율성을 낳는 경우 등에는 특수관계인에게 귀속된 이익의 부당성이 조각된다고 보아야 할 것이다.

44) 같은 의견: 이봉의, 앞의 논문, 228면.

참고문헌

▣ 학술문헌

- 권오승·서정, 『독점규제법』(제5판), 법문사(2022).
- 김윤정, “특수관계인에 대한 부당이익제공행위 규제의 법적 쟁점과 개선과제”, 경쟁법연구 제29권(2014).
- _____, “공정거래법상 사익편취행위 규제의 현황과 개선방향-대한항공사건을 중심으로,” 경제법연구 제17권 2호(2018).
- 백승엽, “공정거래법상 일감몰아주기에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위 논문(2017).
- 서 정, “재벌의 내부거래를 둘러싸고 나타난 규범의 지체현상과 그 극복”, 법조 제704호(2015).
- 신영수, “특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위의 규제법리”, 경제법연구 제14권 3호(2015).
- 이봉의, “특수관계인에 대한 부당한 이익제공의 금지”, 경쟁법연구 제31권(2015).
- 이상훈, “사익편취의 규제근거(부당성)에 대한 새로운 해석”, 경쟁법연구 제39권(2019).
- 이선희, “공정거래법상 사익편취행위 규제의 쟁점 검토,” 성균관법학 제30권 제3호(2018).
- 이 황, “공정거래법상 ‘특수관계인에 대한 부당한 이익 제공행위’에서 ‘부당한 이익’의 해석론”, 법학논문집 제41집 제2호(2017).
- 이호영, 『독점규제법』(제7판), 홍문사(2022).
- 조성국, “공정거래법상 사익편취 규제의 정체성 탐색에 관한 연구,” 법학논문집 제43집 제2호(2019).
- 홍대식, “공정거래법상 특수관계인에 대한 부당이익제공행위의 의미 및 판단기준”, 비교사법 제21권 제1호(2014).

▣ 입법자료

- 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 일부개정법률안(민병두 의원 대표발의)(의안번호 제1900202호, 2012. 6. 19).
- 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 일부개정법률안(대안)(의안번호 제1905806호, 2013. 7. 2).
- 제313회 국회 정무위원회 부당내부거래 규제 강화(대기업 일감몰아주기 규제) 관련 제1차 법률안심사소위원회 심사자료(2013. 2. 13).
- 제315회 국회 정무위원회 부당내부거래 규제 강화 관련 제4차 법률안심사소위원회 심사

326 일반논단

자료(2013. 4).

제315회 국회 정무위원회 법안심사소위원회 제3차(2013. 4. 19.) 회의록.

제316회 국회 정무위원회 총수일가 사익편취 및 부당내부거래 규제 강화 관련 제1차 법안심사소위원회 심사자료(2013. 6.14).

제316회 국회 정무위원회 법안심사소위원회 제1차(2013. 6. 14.) 회의록.

제316회 국회 정무위원회 총수일가 사익편취 및 부당내부거래 규제 강화 관련 제2차 법안심사소위원회 심사자료(2013. 6. 24).

제316회 국회 정무위원회 법안심사소위원회 제5차(2013. 6. 26.) 회의록.

Abstract

Legislative Negligence that Undermines the Legislative Intent— Regarding the Requirement of ‘Unreasonable Benefit’ for Wrongful Benefit–Taking under the Monopoly Regulation Act

Ho Young Lee*

There has been a big controversy over the meaning and judging criteria of ‘unreasonable benefit’ requirement for wrongful benefit–taking under the Monopoly Regulation and Fair Trade Act (hereinafter “Act”) since its enactment in 2013. Finally, in corporate group Hanjin case, the Supreme Court held that the unreasonableness of the benefit attributed to specially related persons means probability of the concentration of economic power being maintained or strengthened, and that this shall be proved by the Fair Trade Commission separately from the existence of the act of providing benefits under Article 47 (1) of the Act. The main ground for such ruling seems to be the wording of the Article 47 (1).

This ruling does not, however, conform to the legislative background and accurately recognize the nature of the concept, ‘economic power concentration.’ Furthermore, it may create considerable ambiguity in future law enforcement since the unreasonableness of the benefit attributed to specially related persons could be susceptible to arbitrary judgment of the Fair Trade Commission or courts, such that it is unclear whether the legislative intent could be fully achieved. The biggest cause is the negligence of those involved in the enactment of prohibition of wrongful benefit–taking under the Act.

In the future, great care should be taken to prevent recurrence of such negligence in the legislative process, and objective criteria for judging the unreasonableness of the benefit attributed to specially related persons should be presented through Fair Trade Commission’s guidelines to secure consistency and predictability in future law enforcement.

* Law Professor, Hanyang University.

328 일반논단

- **주제어:** 사익편취, 특수관계인에 대한 부당한 이익 제공, 부당한 이익, 입법 취지, 입법 부주의, 경제력 집중, 기업집단 한진 사건
- **key words:** illegal benefit-taking, provision of undue benefit to related parties, undue benefit, legislative intent, legislative negligence, concentration of economic power, corporate group Hanjin case

논문투고일자: 2022.08.28.

심사의뢰일자: 2022.09.15.

게재확정일자: 2022.09.30.