

[21] 5개 기업집단의 부당한 지원행위에 대한 건 의결 제98-173호 등

이 상 돈 (변호사, 법무법인 세종)

1996년 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법'이라 한다) 제6차 개정시에 부당지원행위 금지규정이 도입되었는바, 이는 부당지원행위에 의한 계열회사 간 지원행위가 지원객체가 활동하는 시장에서의 공정한 경쟁을 저해할 뿐만 아니라 지원주체, 지원객체, 나아가 국민경제 전체에 심각한 피해를 줄 수 있다는 공감대에 기반한 것이었다.

이러한 부당지원행위 금지규정에 근거하여 공정거래위원회는 1998. 5.경 각 기업집단내의 부당지원행위에 대한 직권조사를 개시하였고, 이는 공정거래위원회에 의한 부당지원행위 규제의 시초라고 할 수 있다. 또한 이들 대규모기업집단들이 공정거래위원회 처분의 적법성을 다투면서 법원의 판결을 통하여 부당지원행위에 대한 구체적 해석례를 집적하게 되었다. 이는 부당지원행위의 금지가 공정거래법 상 중요한 규제의 하나로 자리 잡는 것에 크게 기여하였다.

대우 기업집단 내에서의 부당지원행위와 관련하여서는 구체적으로 ① 주식매각대금건설공사대금의 미회수를 통한 부당지원행위, ② 자동차매매대금의 용자를 통한 부당지원행위, ③ 파견직원의 퇴직충당금의 미회수를 통한 부당지원행위, ④ 사업운영자금의 대여를 통한 부당지원행위가 성립하는지가 문제되었다.

1. 사건개요¹⁾

가. 행위사실

주식회사 대우(이하 ‘대우’라 한다), 대우중공업 주식회사(이하 ‘대우중공업’이라 한다), 대우할부금융 주식회사(이하 ‘대우할부금융’이라 한다), 주식회사 경남금속(이하 ‘경남금속’이라 한다), 대우자동차 주식회사(이하 ‘대우자동차’라 한다), 대우전자 주식회사(이하 ‘대우전자’라 한다) 등이 소속된 대규모기업집단 ‘대우’는 1998. 4. 1. 당시 공정거래위원회에 의해 대규모기업집단으로 지정을 받았으며, 금융·보험계열회사 5개를 포함하여 모두 37개 회사로 구성되어 있었다.

① 대우의 대우개발에 대한 주식매각대금 및 건설공사대금 미회수를 통한 부당지원행위에 관한 행위사실은 다음과 같다. 대우는 1994. 12. 16. 대우개발에게 한미은행 주식과 한국종금 주식을 매각하고 그 대금 중 일부인 6,626,000,000원을 어음으로 수령한 후 이에 대한 결제시기를 늦추어 오다가, 1997. 7. 10. 그 중 5,612,000,000원 만을 상환 받고 나머지 1,014,000,000원은 지급받지 아니하고, 그에 상응한 지연이자도 지급받지 아니하였다. 또한 대우는 계열회사인 대우개발로부터 경주힐튼호텔, 경주미술관, 경주기숙사 등의 건설을 위탁 받아 1991. 7. 27.부터 1992. 6. 15.까지의 기간 중 시공을 완료하였음에도 불구하고, 총 공사대금 47,000,000,000원 중 13,400,000,000원을 지급받지 아니하고 있다가 그 중 2,000,000,000원은 1997. 6. 28.에 지급받고 나머지 11,400,000,000원은 지급받지 아니하였다(이하 ‘본건 주식매각대금·건설공사대금미회수 지원행위’라 한다).

② 대우, 대우할부금융, 경남금속 및 대우중공업의 대우자판에 대한 자동차 구입대금 무이자 용자를 통한 부당지원행위에 관한 행위사실은 다음과 같다. 대우, 대우할부금융 및 경남금속은 1997. 4.부터 1998. 5.까지의 기간 중 계열회사인 대우자판이 판매하는 대우자동차를 구입하는 소속 임직원들에게 자동차구입대금으로 각각

1) 공정거래위원회는 동일한 시기에 현대 기업집단, 삼성 기업집단, SK 기업집단, LG 기업집단, 대우 기업집단 내 계열회사 간 부당지원행위에 대하여 조사하여 시정조치 및 과징금처분을 내렸는바, 여기에서는 기업집단 자체가 공중분해 될 정도로 경제적 파장이 크다고 할 수 있는 대우 기업집단 내 계열회사 간 부당지원행위 사건을 중심으로 살펴보기로 한다.

12,796,000,000원, 511,000,000원 및 807,000,000원을 회사의 자금에서 무이자 36개월 분할상환조건으로 대출해 주었다. 또한 대우는 같은 기간 중 계열회사인 대우자판이 판매하는 자동차 620대(6,389,000,000원)를 구입하여 자산으로 등록한 후 이 중 579대(4,249,000,000원)를 소속 임직원들에게 무이자 36개월 분할상환조건으로 판매하였고, 대우중공업은 같은 기간 중 계열회사인 대우자판이 판매하는 대우자동차를 구입하는 소속 임직원들에게 자동차구입대금을 회사의 연대보증으로 금융기관에서 대출받도록 알선해 준 후, 그 대출금 34,103,000,000원에 대한 이자를 소속 임직원들을 대신하여 지급하였다(이하 '본건 자동차대금융자 지원행위'라 한다).

③ 대우의 대우중공업에 대한 퇴직충당금 미회수를 통한 부당지원행위에 관한 행위사실은 다음과 같다. 대우는 1991.부터 1998. 3.말까지 계열회사인 대우중공업과 자동차 제조위탁계약을 체결하고 1997. 4. 대우중공업 국민차부문에 2,392명, 대우중공업 상용차부문에 1,072명 등 총 3,464명의 인력을 제공하였다. 계열회사인 대우중공업으로부터 회수하여야 할 「제조위탁보수지급관련합의서」의 내용에 따라 발생한 파견 인력에 대한 용역금액 중 월 급여, 상여금, 연월차수당, 복리후생비 및 용역수수료는 전액 청구하여 지급받았으나, 퇴직충당금전입액 부분 총 37,002,000,000원은 그 중 실제 퇴직금지급액 4,725,000,000원 만을 회수하고 나머지 32,277,000,000원은 회수하지 아니하였다(이하 '본건 퇴직충당금미회수 지원행위'라 한다).

④ 대우의 스피디코리아에 대한 사업운영자금 대여를 통한 부당지원행위에 관한 행위사실은 다음과 같다. 대우는 1997. 1. 16.부터 1998. 5. 6.까지 사실상의 계열회사인 스피디코리아에게 사업운영자금 3,482,000,000원을 자체 능력으로 은행차입이 가능한 시점에서 원금과 이자를 일시불로 상환한다는 조건으로 사실상 무이자로 대여하고 이를 상환받지 아니하였다(이하 '본건 사업운영자금대여 지원행위'라 한다).

⑤ 대우, 대우중공업, 대우자동차 및 대우전자의 대우증권에 대한 후순위 사모사채 인수를 통한 부당지원행위에 관한 행위사실은 다음과 같다. 대우, 대우중공업, 대우자동차 및 대우전자는 계열회사인 대우증권이 발행한 2,000억 원 규모의 후순위 사모사채를 양도성예금증서인 CD(91일물)의 최종 호가수익율에 1%를 차감한 변동이율로 적용이자율을 정하는 등 현저히 불리한 조건으로 인수하였다(이하 '본건 후순위 사모사채인수 지원행위'라 하고, 위 각 행위를 총칭하여 이하 '본건 각 지원행위'라 한다).

나. 공정거래위원회의 심결

1) 원심결²⁾

공정거래위원회는 본건 각 지원행위가 공정거래법 제23조 제1항 제7호에 위반되는 부당지원행위라고 인정하였다. 이에 따라 공정거래위원회는, 피심인인 대우, 대우중공업, 대우할부금융, 경남금속, 대우자동차(이하 '대우 등'이라 하고, 본건 각 지원행위의 지원주체에 대하여서도 이하 '대우 등'이라 한다)에게 각 부당지원행위에 관하여 지체 없이 중지할 것을 명하는 등 각각 시정명령을 내리고, 공정거래법 제24조의2 소정의 대통령령이 정하는 매출액에 100분의 2를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위 내에서 각 피심인별 지원금액(지원금액의 합리적 산출이 어려운 경우에는 지원성 거래규모의 10%)을 기준으로, 공정거래법 제55조의3의 규정에 의거 이 사건 지원행위의 내용 및 정도, 기간 및 횟수, 지원의 효과 등을 감안하여 과징금으로 대우에 대하여 5,110,000,000원, 대우중공업에 대하여 2,314,000,000원, 대우할부금융에 대하여 19,000,000원, 경남금속에 대하여 30,000,000원, 대우자동차에 대하여 800,000,000원, 대우전자에 대하여 600,000,000원을 각각 부과하였다.

2) 이의신청 및 재결³⁾

대우 등은 위와 같은 공정거래위원회의 의결에 대하여 불복하고 이의 취소를 구하는 이의신청을 공정거래위원회에 하였는바, 공정거래위원회는 이의신청인들의 이의신청에 대하여 이유가 없다고 판단하고 기존의 입장을 그대로 유지하였다.

다. 고등법원의 판결⁴⁾

이러한 공정거래위원회의 처분에 대하여 대우 등은 항고소송을 제기하였으나, 서울고등법원은 이에 대하여 대우 등의 주장을 받아들이지 아니하고 공정거래위원회의

2) 공정거래위원회 1998. 8. 5. 전원회의 의결 제98-173호.

3) 공정거래위원회 1998. 10. 19. 전원회의 의결 제98-34호.

4) 서울고등법원 2001. 3. 8. 선고 98누13180 판결.

처분이 적법하다고 판단하였다.

라. 대법원의 판결⁵⁾

대우 등은 서울고등법원의 판결에 대하여 대법원에 상고하였다. 이에 대법원은 본건 각 지원행위 중 본건 주식매각대금·건설공사대금미회수 지원행위, 본건 퇴직충당금미회수 지원행위 및 본건 사업운영자금대여 지원행위의 일부에 대하여 부당지원행위의 법리상 부당지원행위가 인정되지 않는다고 판단하고, ① 본건 주식매각대금·건설공사대금미회수 지원행위 및 본건 퇴직충당금미회수 지원행위에 대한 시정명령 부분 및 과징금납부명령 부분과 ② 본건 사업운영자금대여 지원행위에 대한 과징금납부명령 부분, 그리고 ③ 1997. 4. 1. 이전의 본건 사업운영자금대여 지원행위에 대한 시정명령 부분을 각각 파기환송하였다.

마. 서울고등법원(파기환송심) 판결⁶⁾

서울고등법원은 대법원 판결의 취지에 따라, ① 본건 주식매각대금·건설공사대금미회수 지원행위 및 본건 퇴직충당금미회수 지원행위에 대한 시정명령 부분 및 과징금납부명령 부분의 취소청구에 대한 소를 각하하고, ② 1997. 4. 1. 이전의 본건 사업운영자금대여 지원행위에 대한 시정명령 부분 및 과징금납부명령 부분의 취소청구에 관한 소를 각하하며, ③ 주식매각대금 지원행위에 대한 시정명령 부분 및 과징금납부명령 부분을 각 취소한다고 판시하였다.

바. 5개 기업집단 및 대우 기업집단에 대한 부당지원행위 규제

공정거래위원회는 본건과 동시에 현대 기업집단, 삼성 기업집단, SK 기업집단, LG 기업집단 내부의 부당지원행위에 대하여 조사하고, 그 조사결과에 따라 공정거래위원회 전원회의는 1998. 8. 5. 각 기업집단 소속 계열회사들에게 시정명령 및 과징금납부

5) 대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두2881 판결.

6) 서울고등법원 2005. 11. 16. 선고 2004누22765 판결.

명령을 내렸다. 그 구체적인 내역은 다음과 같다.

기업집단	의결번호	과징금 합계	부당지원행위의 유형
현대	제98-171호	226억 원	① 무보증사모전환사채 인수를 통한 부당지원행위 ② 연구소건물 임차를 통한 부당지원행위 ③ 선급금 명목 지급을 통한 부당지원행위 ④ 기업어음 인수를 통한 부당지원행위
삼성	제98-172호	114억 원	① 특정금전신탁을 이용한 부당지원행위 ② 생산공장 임대를 통한 부당지원행위 ③ 자금대여 및 이자 미회수를 통한 부당지원행위 ④ 자동차판매영업장 임대를 통한 부당지원행위 ⑤ 국제경영연수원 임차를 통한 부당지원행위
대우	제98-173호	89억 원	(생략)
LG	제98-174호	102억 원	① 후순위채권 매입을 통한 부당지원행위 ② 저리예금 예치를 통한 부당지원행위 ③ 기업어음 매입을 통한 부당지원행위 ④ 외화저리대출을 통한 부당지원행위 ⑤ 대여금 과다지원을 통한 부당지원행위 ⑥ 판매장려금 지원을 통한 부당지원행위
SK	제98-175호	191억 원	① 증권예탁금의 예치를 통한 부당지원행위 ② 후순위사채 매입을 통한 부당지원행위 ③ 유상증자시 신주의 인수를 통한 부당지원행위 ④ 회사채 하인수 수수료 고가지급을 통한 부당지원행위 ⑤ 콜 자금 대여를 통한 부당지원행위 ⑥ 대여금에 의한 부당지원행위

특히 공정거래위원회는 대우 기업집단 소속 계열회사 간 부당지원행위에 대하여 본건 이후에 2회에 걸쳐 추가적인 조사를 실시하여 다음과 같은 부당지원행위를 적발하고 시정명령 및 과징금부과명령을 내렸다.

공정거래위원회 의결	과징금 합계	부당지원행위의 유형
공정거래위원회 1998. 11. 19. 전원회의 의결 제98-263호	4,460백만 원	① 계열회사 발행 기업어음(CP)매입을 통한 부당지원행위 ② 자동차 구입대금 무이자 용자를 통한 부당지원행위 ③ 회사채 발행시 하인수를 통한 부당지원행위
공정거래위원회 1999. 10. 28. 전원회의 의결 제99-214호	1,789백만 원	① 계열회사 발행어음 우회매입을 통한 과다대출에 의한 부당지원행위 ② 계열회사 발행 기업어음(CP)의 고가매입을 통한 부당지원행위 ③ 외환거래를 통한 부당지원행위 ④ 공장용지분양대금 미수령을 통한 부당지원행위 ⑤ 건설공사대금 미수령을 통한 부당지원행위 ⑥ 광고료선금금지급을 통한 부당지원행위

2. 관련규정 및 제도

가. 부당지원행위 규제 관련 규정

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」⁷⁾

제23조 (불공정거래행위의 금지)

① 사업자는 다음 각호의 1에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(이하 “불공정거래행위”라 한다)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다.

7. 부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·무체재산권등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위

② 불공정거래행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다.

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령」⁸⁾

제36조 (불공정거래행위의 지정)

① 법 제23조(불공정거래행위의 금지) 제2항의 규정에 의한 불공정거래행위의 유형 또는 기

7) 1999. 2. 5. 법률 제5813호로 개정되기 전의 것.

8) 1999. 3. 31. 대통령령 제16221호로 개정되기 전의 것.

준은 별표와 같다.

별표

10. 부당한 자금·자산·인력의 지원

법 제23조(불공정거래행위의 금지)제1항제7호에서 "부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·무체재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위"라 함은 다음 각목의 1에 해당하는 행위를 말한다.

가. 부당한 자금지원

부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금 등 자금을 현저히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공함으로써 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위

나. 부당한 자산지원

부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 부동산·유가증권·무체재산권 등 자산을 현저히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공함으로써 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위

다. 부당한 인력지원

부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 인력을 현저히 낮거나 높은 대가로 제공하거나 현저한 규모로 제공하여 과다한 경제상 이익을 제공함으로써 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위

나. 부당지원행위 규제 제도의 취지

우리나라 대규모기업집단, 즉 소위 '재벌'은 단순히 특정한 회사가 자신이 속한 개별 시장에서 독과점적 지위를 점유하여 경쟁을 제한하는 것에 그치는 것이 아니라, 친족관계에 있는 소수 특수관계인들이 낮은 수준의 계열회사 주식의 소유를 매개로 서로 무관한 시장에서 활동하는 다수의 계열회사를 지배하면서 친족 위주의 후진적인 지배구조를 유지하고, 부실한 계열회사 또는 특정 특수관계인을 지원하며, 우량 계열회사의 자원을 유출시켜 기업집단 전체의 경쟁력을 약화시켜, 궁극적으로는 국민경제에 심각한 위협을 야기시킬 수 있다는 문제점이 있다. 이러한 지배구조 및 행태를 규제하기 위하여 공정거래법은 다른 나라의 경쟁법 입법례에서 찾아 볼 수 없는 규제 수단들, 즉 대규모기업집단 소속 사업자간의 상호출자의 금지, 채무보증의 제한, 부당지원행위의 금지 등을 규정하고 있다.

부당지원행위의 금지는 1996년 공정거래법 제6차 개정시에 도입되었는 바, 이러한 부당지원행위의 금지가 도입된 목적은 우리나라 대규모기업집단의 경제력 집중의 유지 및 확대에 부당지원행위가 결정적 역할을 수행하고 있고, 이러한 부당지원행위는 지원객체인 계열회사가 활동하고 있는 개별 시장에서의 공정한 경쟁을 저해할 뿐만 아니라 지원행위의 당사자인 지원주체, 지원객체, 나아가 국민경제 전체에 심각한 피해를 줄 수 있기 때문이다.⁹⁾ 특히 다른 경제력 집중 억제 조치들(상호출자금지, 채무보증제한 등)은 주로 계열회사간 지분소유 및 외부차입을 통한 무제한적인 사업다각화를 억제하기 위한 것으로서, 이러한 규제만으로는 계열회사 또는 특수관계인에 대한 자금·자산·인력의 직접적 지원을 통한 경제력 집중의 유지 및 확대를 규제할 수 없다는 점에서 부당지원행위 금지의 독자적인 의의가 있다.

우선 지원객체가 속한 개별시장 차원에서 살펴보면, 계열회사는 부당지원행위를 통하여 다른 기업에 비하여 기술력이나 경영능력과 무관하게 경쟁상 우위를 차지하게 된다. 이에 따라 만약 부당지원행위가 없을 경우라면 시장에서 마땅히 퇴출되었어야 할 부실한 계열회사가 계속 존속하게 되고, 이러한 부실계열회사는 단순히 시장에서 계속 존속하는 것에 그치지 않고 부당지원행위를 통하여 확보한 우월한 자금력을 바탕으로 경쟁자인 다른 회사를 해당 개별시장에서 부당히 배제시켜 공정한 경쟁을 저해한다는 문제가 있다.

더 나아가 부당지원행위는 대규모기업집단 소속 회사들의 독점력을 강화시킬 수 있다는 문제가 있다. 바꾸어 말하자면, 부당지원행위를 통하여 특정한 계열회사를 지원할 경우 시장에서 현재 활동하고 있는 경쟁사업자들을 시장에서 배제시킬 우려가 있을 뿐 아니라, 시장에의 신규진입을 고려하고 있는 잠재적 경쟁사업자의 입장에서는 지원객체인 대규모기업집단 소속 계열회사의 경쟁력을 판단함에 있어서 해당 대규모기업집단 전체 영업력, 자금력 등을 고려하여 시장에의 신규진입을 주저할 수밖에 없으므로, 이로 인하여 경쟁력 있고 효율적인 사업자의 시장진입이 억제되는 결과가 초래 되는 것이다.

더구나 부당지원행위는 단순히 부실한 계열회사의 차원을 넘어 해당 기업집단 전

9) 이호영, 「공정거래법상 특수관계인에 대한 부당지원행위의 규제」, 『경제법판례연구』, 161면. 공정거래위원회, 『부당내부거래 규제에 관한 자료』, 2000, 8~9면.

체를 동반 부실화하는 결과를 초래할 수 있다. 우량계열회사의 핵심적인 역량(core competence)이 부당지원행위를 통하여 부실계열회사로 유출되어 그 경쟁력이 저하됨에 따라 결국 기업집단 전체가 부실해질 수 있는 것이다.

부당지원행위의 폐해는 해당 기업이나 기업집단에 그치지 않고 국민경제의 차원에서 심각한 병폐를 낳는 경제력집중의 주요 원인이 된다. 대규모기업집단의 부실 계열회사에 대한 부당지원행위는 국가적으로 한정된 자원을 비효율적으로 배분하는 것이며, 이는 궁극적으로 국가경쟁력의 약화 및 사회적 후생 저하를 가져온다. 1997년 외환위기 사례에서 볼 수 있는 바와 같이, 부실계열회사가 시장에 의하여 도태되지 않고 부당지원행위에 의해 존속을 유지하는 경우에는 개별 기업의 도산은 해당 기업집단 소속 계열회사의 연쇄적인 도산으로 이어지고, 해당 기업집단이 국민경제 전체에서 차지하는 비중에 따라서는 국민경제 전체의 위기가 초래될 수 있는 것이다.

실제로 본건에서는, 부실 계열회사에 대한 부당지원으로 대우, 대우중공업, 대우전자 등 주력 계열회사들이 부실화되고, 다른 계열회사들이 이들을 지원하는 악순환이 확대·심화됨에 따라 기업집단 자체가 붕괴되기에 이르렀다. 이에 따라 이들 주력 계열회사들에게 대우그룹 소속 금융회사들이 한도초과대출, 기업어음 고가매입 등의 지원을 함으로써 이들 금융회사의 부실화까지 초래하였고, 이러한 계열회사 간 부당지원이 순환적으로 확대·심화됨에 따라 결국 대우그룹 자체가 도산하고 말았다. 이러한 대우그룹의 도산은 대우그룹 계열회사들의 부실화에 그친 것이 아니라, 이들 계열회사에 대출하였거나 이들이 발행한 회사채, 기업어음 등을 매입한 일반 금융기관의 부실화까지 초래하게 되어 국민경제에 심각한 부담을 주게 된 것이다.

이와 같이 부당지원행위의 금지는 근본적으로, 국민경제 전체의 관점에서 경제력집중을 억제하기 위하여 주로 대규모기업집단이 특수관계인 또는 계열회사에 대하여 지원행위를 하는 것을 1차적으로 고려하였다고 할 수 있다. 다만 부당지원행위가 반드시 대규모기업집단 소속 기업 사이에서만 발생하는 것이 아니라 형식적으로 계열관계에 있지 않은 기업들 사이에서도 다양한 목적으로 행해질 수 있다는 지적에 따라, 부당지원행위에 관한 조항은 대규모기업집단의 규제 등을 규정한 공정거래법 제3장(기업결합의 제한 및 경제력집중의 억제)에 위치하지 아니하고 공정거래법 제23조

의 불공정거래행위의 유형들 중 하나로 규정하게 되었다.¹⁰⁾ 요컨대 부당지원행위 금지의 입법취지는 ‘경제력집중의 방지 및 공정한 거래질서의 확립’이라고 할 수 있으며, 실제로 이 조항은 그 동안 대규모기업집단의 특수관계인 또는 계열회사에 대한 지원행위에 대하여 적용된 것이 대부분이었다.

다. 부당지원행위 규제의 정당성에 대한 논의

일각에서는 부당지원행위 규제에 대하여 폐지하거나 개정하는 것이 적합하다는 주장도 있다. 이러한 입장은 ① 형법상 배임죄, 특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률상 배임죄, 상법상 특별배임죄 등에 의한 형사적 규율이 존재하고, 소수주주나 채권자의 보호를 위하여 소수주주에 의한 주주대표소송이 인정되며, 세법상 부당행위계산부인 규정이 존재하는 등 공정거래법상 부당지원행위의 금지 외에도 다른 규제 대안이 존재한다는 점, ② 부당지원행위 금지규정은 “현저히 유리한 조건의 거래”라고 규정하고 있는데 그 명확한 해석이 불명확하여 과잉규제가 발생할 수 있다는 점, ③ 경제력 집중의 억제라는 부당지원행위 금지규정의 입법목적이 현시점에도 그 의의를 유지하고 있는지 의문이고 이에 따라 부당지원행위에 대한 규제의 필요성이 있는지에 대하여 의문이 있다는 점, ④ 공정거래법에 의한 과징금 및 공정거래법위반죄가 형사벌 등과 중복적인 성격으로서 이중처벌의 문제가 있을 수 있다는 점 등을 근거로 들고 있다.¹¹⁾

이와 관련하여 헌법재판소는 부당지원행위에 대한 과징금부과의 근거가 되는 공정거래법 제24조의2에 대하여 합헌 결정¹²⁾을 내린 바 있다.¹³⁾ 즉, 헌법재판소는, ① 부당지원행위에 대한 과징금은 부당내부거래 억지를 위한 행정상 제재금으로서의 기본적인 성격에 부당이득환수적 요소도 부가되어 있는 것이고 ‘처벌’에 해당한다고는 할 수 없으므로, 이중처벌금지원칙에 위반된다고 볼 수 없다고 판단하였고, ② 부당지원행위에 대한 과징금은 부당내부거래에 있어 적극적·주도적 역할을 하는 자본력이 강한 대기업에 대하여도 충분한 제재 및 억지의 효과를 발휘하도록 하기 위한 것인바,

10) 부당지원행위를 불공정거래행위의 유형들 중 하나로 규정한 것이 적절한지에 대하여서는 의문이 있다.

11) 최승재, 『부당지원행위규정 개정론』, 경제법 연구 시리즈 3, 84~93면.

12) 헌법재판소 2003. 7. 24. 2001헌가25 결정.

13) 서울고등법원은 SK 기업집단의 부당지원행위의 건을 심리하던 중 직권으로 헌법재판소에 위헌법률심판을 청구하였고, 이로 인하여 본건을 포함한 부당지원행위에 대한 법원의 심리는 모두 중단되었으며, 이들 사건의 심리는 헌법재판소의 합헌 결정 이후에야 재개되었다.

공정거래법이 부당내부거래의 실효성 있는 규제를 위하여 형사처벌의 가능성과 병존하여 과징금 규정을 둔 것 자체나, 지원기업의 매출액을 과징금의 상한기준으로 삼은 것을 두고 과잉제재로서 비례성원칙에 반한다고 할 수 없다고 판단하였으며, ③ 과징금 부과 절차에 있어 적법절차원칙에 위반되거나 사법권을 법원에 둔 권력분립의 원칙에 위반된다고 볼 수도 없다고 판단한 것이다.

생각컨대, 형법 등 다른 법률에 의한 형사벌은 자연인이 배임죄의 구성요건을 충족한 경우에만 제한적으로 형사처벌을 가하겠다는 것이고, 주주대표소송에 의한 손해배상청구는 기업내부적 수단으로서 소수주주 등을 보호하기 위한 조항이어서, 시장에서의 경제력 집중의 억제를 포함한 경쟁제한적 행위의 시정을 목적으로 하는 부당지원행위의 금지와는 그 입법취지가 다르다. 부당지원행위 금지규정은 그 자체로 독자적 가치가 존재하는 조항이라고 할 수 있다.

더욱이 전술한 바와 같이 부당지원행위 금지규정의 시행 이후로 수차례 직권조사를 통하여 대규모기업집단 내의 부당지원행위가 상당 부분 근절되었고, 이러한 효과는 전술한 형사벌, 주주대표소송에 의한 손해배상청구, 세법상 부당행위계산부인 등 다른 규제수단으로 달성할 수 있는 것이 아니라는 것은 분명하다. 또한 이들 다른 규제수단이 현재의 부당지원행위 규제만큼 효율적으로 기능하고 있다고 보기 어렵다.

이러한 점에서 부당지원행위 금지규정을 개정하거나 폐지하는 것에는 대단히 신중할 필요가 있고 현시점에서는 이를 유지하는 것이 타당하다고 본다.

3. 주요 쟁점

가. 본건 주식매각대금·건설공사대금미회수 지원행위에 관한 쟁점

1) 부작위인 대금 미회수행위가 지원행위에 해당하는지 여부

대우는 이의신청단계 및 소송단계에서 지원행위의 부존재 및 부당성의 부존재에 관하여 다양한 주장을 하였던 바, 그 중에서도 주목해야 할 주장은 지원행위에 해당

하기 위해서는 자금의 제공 또는 자금의 이전행위가 있어야 하는데 미회수라는 소극적인 사실만으로는 지원행위가 있다고 할 수 없다는 취지의 주장이다.

공정거래위원회 및 서울고등법원은 대우의 위와 같은 주장을 받아들이지 아니하고 지원행위의 성립을 인정하였는 바, 특히 서울고등법원은 부당지원행위 금지규정의 자금지원의 의미에 대하여 “지원주체가 지원객체에게 직접 또는 간접으로 현금 기타 자금을 이용할 수 있도록 경제상 이익을 제공하는 일체의 행위”라고 정의하고, 지원행위의 성립을 위하여 반드시 적극적인 자금의 이전행위가 있어야 하는 것은 아니라고 판단하였다. 대법원 역시 자산이나 용역 등의 거래로 인한 대가인 자금을 변제기 이후에도 회수하지 아니하여 지원객체로 하여금 그 자금을 운용하도록 함으로써 금융상 이익을 얻게 하는 것과 같은 부작위행위도 자금지원행위에 포함한다고 해석함이 상당하므로¹⁴⁾, 이자를 포기하지 아니하였다거나 지연이자를 지급받기로 약정하였다 하더라도 달리 볼 것은 아니라고 판단하였다.

2) 부당지원행위 금지규정 시행 이전에 자금을 지원한 후 미 회수한 행위가 지원행위에 해당하는지 여부

그런데 대법원은 부당지원행위 금지규정의 시행시기에 주목하여 공정거래위원회 및 서울고등법원과 다른 판단을 하였다.

즉 대법원은 부당지원행위에 관한 규정이 시행된 1997. 4. 1. 이후에 자금을 지원할 의도로 자산이나 용역 등의 거래로 인한 대가인 자금을 변제기 이후에도 회수하지 아니하여 지원객체로 하여금 그 자금을 운용하도록 함으로써 금융상 이익을 얻게 하는 것과 같은 부작위행위도 자금지원행위에 포함된다고 해석함이 상당하므로, 이자를 포기하지 아니하였다거나 지연이자를 지급받기로 약정하였다 하더라도 달리 볼 것은 아니나, 지원주체의 지원객체에 대한 자금의 제공 또는 거래가 부당지원행위에 관한 규정이 시행되기 이전에 있었고 위 규정이 시행된 이후에도 자금을 단순히 회수하지 아니한 데 불과한 경우에는 적극적으로 변제기를 연장하는 것 등과 같이 새로운 자금지원행위라고 볼 만한 다른 특별한 사정이 없는 이상 자금지원행위에 해당한다고 할

14) 대법원 2003. 9. 5. 선고 2001두7411 판결.

수 없다고 실시하고, 서울고등법원이 이에 대하여 심리를 다하지 않았다고 판단하고 이 부분을 파기환송하였다.

이후 파기환송심¹⁵⁾에서 공정거래위원회는 부당지원행위 금지규정의 시행일의 익일인 1997. 4. 2. 대우개발로부터 한미은행 주식을 채매입하면서 남은 매각잔대금에 관하여 발행일을 1997. 7. 9.로 기재한 액면금 6,626,000,000원의 새로운 어음을 교부받아 남은 매각잔대금 채무의 변제기를 1995. 1. 31.에서 1997. 7. 9.로 연장하였고, 이어 1997. 7. 10. 한국종금 주식을 채매입하면서 그 대금과 상계한 잔존채무에 관한 변제기를 1998. 3. 31.로 재차 연장한 후 결국 1998. 12. 28.에 이르러 비로소 주식매각대금을 완전히 회수하였는바, 이러한 일련의 조치는 1997. 4. 1. 이후 대우가 계열회사인 대우개발의 주식매각대금 채무이행에 따른 부담을 경감시켜 주기 위한 새로운 자금지원행위에 해당한다고 주장하였다.

이에 대하여 서울고등법원은, 채권자가 기존 채무의 지급을 위하여 그 채무의 이행기가 도래하기 전에 미리 그 채무의 변제기보다 후의 일자가 만기로 된 어음의 교부를 받은 때에는 묵시적으로 기존 채무의 지급을 유예하는 의사가 있었다고 볼 경우가 있을 수 있고 이 때 기존 채무의 변제기는 어음에 기재된 만기일로 변경된다고 볼 것이나, 특별한 사정이 없는 한 채무자가 기존 채무의 이행기에 채무를 변제하지 아니하여 채무불이행 상태에 빠진 다음에 기존 채무의 지급을 위하여 어음이 발행된 경우까지 그와 동일하게 볼 수는 없다고 실시하고,¹⁶⁾ 본건에서의 주식매각대금의 당초 변제기가 1995. 1. 31.로서 대우개발이 1997. 4. 2. 대우에게 어음을 발행할 당시 이미 채무불이행 상태에 빠져 있었으므로 이러한 상태에서 발행된 어음의 만기가 1997. 7. 9.로 기재되어 있었다고 하더라도 기존 채무인 주식매각대금의 변제기가 그에 따라 변경된다고 볼 수 없다고 판단하고 원고가 부당지원행위 금지규정 시행 이후에 새로운 자금지원행위를 하였다고 볼 수 없다고 판단하였다.

15) 공정거래위원회는 대법원 판결의 취지에 따라 본건 건설공사대금미회수 지원행위에 대한 시정명령 및 과징금납부명령 부분을 직권취소하였는바, (공정거래위원회 2004. 12. 21. 전원회의 의결 제2004-376호) 주식대금미회수 지원행위만이 파기환송심의 심리범위가 되었다.

16) 대법원 2000. 7. 28. 선고 2000다16367 판결.

나. 본건 자동차대금융자 지원행위에 관한 쟁점

1) 지원주체 및 지원객체간의 직접적 거래가 아니더라도 지원행위가 인정되는지 여부

대우 등은 지원행위가 성립하기 위해서는 지원주체와 지원객체 사이에 일정한 거래행위가 존재하여야 할 것인데, 본건의 경우 자동차매매는 대우 등의 임직원과 대우자판 사이에 이루어졌을 뿐 지원주체인 대우 등과 지원객체인 대우자판 사이에 자금의 제공 또는 거래 자체가 존재하지 아니하므로 지원행위가 인정되지 않는다고 주장하였다.

이에 대하여 공정거래위원회는 본건이 형식적으로는 임직원에 대한 지원형태를 띠고 있으나 실제로는 그것을 매개로 하여 대우자판을 지원한 것으로 볼 수 있고, 이는 원래 대우자판이 무이자 할부판매에 대한 이자부담을 저야 함에도 불구하고 대우계열사들이 대신 부담해 준 것으로 볼 수 있다고 보아 지원행위가 인정된다고 판단하였다. 서울고등법원 역시 대우 등과 대우자판 사이에 직접적으로 자동차매매라는 거래행위가 없다고 하더라도 36개월 분할상환조건에 따른 이자 상당액의 경제상 이익을 대우자판에게 간접적으로 제공한 것으로서 지원행위가 인정될 수 있다는 취지로 판단하였다.

대법원은 부당한 자금지원행위는 자금의 제공 또는 거래방법이 직접적이든 간접적이든 묻지 아니하므로, 지원주체가 지원객체를 지원하기 위한 목적으로서 지원행위를 하되 지원주체와 지원객체 사이의 직접적이고 현실적인 상품거래나 자금거래행위라는 형식을 회피하기 위한 방편으로 제3자를 매개하여 상품거래나 자금거래행위가 이루어지고 그로 인하여 지원객체에게 실질적으로 경제상 이익이 귀속되는 경우에는 자금지원행위에 해당하고, 또한 대규모기업집단 소속 계열회사들이 기업집단 전체의 이익을 위해 계속적으로 서로 지원을 주고받으면서 계열의 유지·확장을 위한 수단으로 부당지원행위를 이용함으로써 중·장기적으로 볼 때 부당지원행위는 경제력 집중을 통하여 결국 지원주체에게도 상당한 부당이득을 발생시키게 된다는 점에 비추어 보면, 위와 같은 경우 지원객체가 받은 경제상 이익은 지원주체가 제3자에게 준

금융상 이익과 같다고 볼 수 있다고 설시하면서, 서울고등법원의 판단을 그대로 유지하였다.

2) 본건 자동차대금 융자 지원행위로 인하여 자동차판매시장에서의 공정한 경쟁을 저해할 우려가 있는지 여부

대우 등은, 대우자판의 1997년 및 1998년 상반기 시장점유율이 증가한 것은 신차의 판매가 급증한 반면 경쟁사인 기아자동차 및 현대자동차의 부진의 영향 때문이고 대우 등의 소속 임직원들이 구매한 5,711대는 대우자판의 1997년 총판매대수 348,659대의 약 1.6%에 불과하여 대우자판의 시장점유율 향상에 미친 영향이 미미하다는 등의 이유로 자동차판매시장에서의 공정한 거래를 저해할 우려가 없으므로 부당성(공정거래저해성) 요건이 충족되지 않는다고 주장하였다.

이러한 대우 등의 주장에 대하여 공정거래위원회는 지원금액으로 인정되는 101억 원은 대우자판의 당기순이익 150억 원의 67.3%에 해당하는 것으로 그 지원효과를 과소평가 할 수 없고, 부당성 여부는 지원의 성격, 지원성 거래규모, 지원금액 등을 종합적으로 고려하여 판단한 것이라고 하여 대우 등의 주장을 받아들이지 않았다.

서울고등법원 역시 대우자판은 다른 경쟁회사와 달리 1997년 국내 자동차 내수시장에서의 판매대수 및 시장점유율이 증가하였고, 특히 승용차 시장점유율은 9.2%나 증가하였으며, 부채비율 또한 대폭 낮아졌는바, 대우자판의 1997년 경영실적이 이와 같이 호전된 것은 대우 등이 주장하듯이 신차의 출시와 자동차할부금융제도의 도입에 따른 할부채권의 현금화 등에 기인한 면도 있겠지만 대우 등 계열회사의 자동차구입대금 무이자 대출 등에 따른 임직원들의 대우자동차 구입도 그 한 원인이 되었다고 보여진다고 하여 부당성을 인정하였다. 대법원 역시 이러한 서울고등법원의 판단을 그대로 유지하였다.

다. 본건 퇴직급여충당금 미회수 지원행위에 관한 쟁점

대우는 이의신청단계 및 소송단계에서 지원행위 및 부당성이 존재하지 않는다고

주장하였는바, 특히 ① 대우와 대우중공업 사이에 체결된 '제조위탁보수 지급관련합의서'에서 퇴직급여충당 전입금에 대하여 매월 지급시기를 명시한 월급여, 상여금 등과 달리 '전입'이라고 표시한 것은 이를 대우중공업의 회계장부에 비용으로 계상한다는 의미에 불과하고, 위 합의서에서 퇴직금은 근로자의 실제 퇴직시 지급하기로 약정함으로써 퇴직급여충당금의 정산시기도 근로자가 실제로 퇴직할 때가 되고 위 약정에 따라 퇴직하지 아니한 근로자에 대한 퇴직급여충당금을 회수하지 아니한 것이므로 이를 지원행위라고 할 수 없다고 주장하고, ② 계약상 청구액을 회수하는 시기는 확일적이 아니라 양당사자간에 합리적 이해관계의 조절을 통하여 결정되는 것으로서 계약기간이 장기간인 인력파견 용역의 경우 용역제공자가 지출하는 현금 흐름에 맞추어 용역을 공급받는 자로부터 회수함이 합리적일 뿐만 아니라 이는 당시 법인세법 시행규칙 소정의 퇴직금 정산방법이기도 하므로 이러한 퇴직금 정산방법에 따라 퇴직급여충당금을 회수하지 아니하였다 하여 이를 지원행위에 해당한다고 할 수 없다고 주장하였다.

이러한 대우의 주장에 대하여, 공정거래위원회는 양사간의 제조위탁보수 지급관련 합의서에 따라 퇴직급여충당금은 청구일의 익월 지급하도록 되어 있고 또한 대우는 매년 6, 12월을 기준으로 퇴직충당금전입액을 청구하여 왔으나 대우중공업이 이를 지급하지 않아 외상매출금으로 처리하고 장기간 회수하지 않았으므로, 이는 사실상 무이자대여로서 부당한 지원행위에 해당한다고 판단하였다. 이것이 회계상의 원칙에 따른 것이라는 대우의 주장도 배척하였다.

서울고등법원 역시 공정거래위원회와 같은 입장에서 ① 대우와 대우중공업이 제조위탁계약을 체결함에 있어 파견인력의 인건비 등 수수료는 연 2회 매 반기말에 지급하기로 약정하고, 제조위탁계약에 따라 구체적인 인건비의 내역 등을 정한 「제조위탁보수지급관련합의서」를 작성하면서, 대우중공업은 파견인력의 인건비 중 월급여, 상여금, 연월차수당은 매월 지급하되 퇴직급여충당금은 대우에게 전입하도록 약정하였다는 점, ② 실제 대우는 위 약정에 따라, 월급여, 상여금, 연월차수당, 복리후생비 및 용역수수료는 전액 청구하여 지급받았으나, 퇴직급여충당금전입액은 외상금으로 처리하여 회수하지 아니하였다는 점, ③ 반면 대우는 대우자판과도 단기인력파견계약을 체결하였는데 그 경우에는 대우자판으로부터 당해 연도 말에 퇴직급여충당금 전액을 회수하였다는 점, ④ 대우는 대우중공업에 파견한 인력에 대한 퇴직급여충당금을 자

기의 자금으로 보험회사에 적립하였다는 점 등을 고려하여, 대우가 미회수금에 대한 이자상당액에 해당하는 경제상 이익을 대우중공업에 제공한 것으로 부당한 지원행위가 성립된다고 판단하였다.

그런데 대법원은 대우가 파견인력에 대한 퇴직급여충당금을 연도별로 매년 대우중공업으로부터 지급받기로 약정한 사실 자체를 부인하며, 이러한 약정의 존재를 전제로 본건 퇴직급여충당금미회수 지원행위가 부당지원행위에 해당한다고 판단한 공정거래위원회 및 서울고등법원과는 다른 판단을 하였다.

즉 대법원은 ① 「제조위탁보수지급관련합의서」에 의하면, 퇴직급여충당금을 제외한 다른 인건비에 대하여는 매월 지급하고 퇴직금에 대하여는 실제 퇴직시 지급하기로 되어 있으나, 퇴직급여충당금에 대하여는 “퇴직급여충당금 전입”이라고만 되어 있어 대우중공업이 파견직원에 대한 퇴직급여충당금을 회계상 별도로 전입하여 둔다는 의미로 해석할 수 있어 반드시 퇴직급여충당금을 매년 지급하기로 한 약정이었다고 단정하기 어렵다는 점, ② 인력과건의 경우 퇴직급여충당금의 정산시기는 원칙적으로 당사자 사이의 합의에 맡겨진 것으로서 계약기간이 장기간인 인력과건의 경우 파견회사의 현금흐름이나 수요에 맞추어 실제 퇴직시나 파견계약의 종료시에 정산하는 것도 가능한 점, ③ 대우가 대우자판과 체결한 인력과건계약은 1년의 단기계약으로 인력과건계약이 종료되면 그 때 퇴직급여충당금도 정산되어야 하는 것이지만 대우중공업과의 인력과건계약은 1991년부터 당시까지 계속된 장기인력과건계약이므로 아직 퇴직급여충당금의 정산시기가 도래하지 않은 것으로 볼 수 있는 점, ④ 대우가 파견인력에 대한 종업원퇴직보험에 가입한 것은 전세, 이자수익, 대출 등의 혜택을 받기 위한 투자수단으로서 대우의 필요에 따른 것에 불과한 점 등을 고려하여, 대우가 파견인력에 대한 퇴직급여충당금을 매년 대우중공업으로부터 지급받기로 약정한 사실은 없다고 보았다.¹⁷⁾

17) 공정거래위원회는 대법원 판결의 취지에 따라 본건 퇴직급여충당금미회수 지원행위에 대한 시정명령 및 과징금납부명령 부분을 직권취소하였다(공정거래위원회 2004. 12. 21. 전원회의 의결 제2004-376호).

라. 본건 사업운영자금대여 지원행위에 관한 쟁점

1) 부당지원행위의 지원객체가 대규모기업집단의 계열회사에 한정되는지 여부

대우는 소송단계에서, 지원객체인 스피디코리아는 대우의 계열회사가 아닌 중소기업으로서 대우는 중소기업에 대한 투자차원에서 설립 및 운영자금을 대여한 것일 뿐 공정거래법이 규제하는 지원행위는 존재하지 않는다고 주장하였다. 이러한 주장은 공정거래법은 대규모기업집단 소속 계열회사간 부당지원행위를 규제하기 위한 목적이므로 대규모기업집단 소속 계열회사가 아닌 회사에 대한 지원행위는 부당지원행위에 해당하지 아니한다는 취지로 이해된다.

이에 대하여, 서울고등법원은 대우가 자동차 용·부품판매 및 경정비 체인화 사업에 신규로 진출하면서 그 거래회사인 동일상사 및 대양마린 등의 명의로 스피디코리아 회사 지분 58%를 취득하였으므로 스피디코리아가 대우의 사실상 계열회사라고 인정함으로써, 위와 같은 대우의 주장을 사실관계의 측면에서 배척하였다.

대법원은 더 나아가 공정거래법 제23조 제1항 제7호 및 동법 시행령 제36조 제1항 별표 제10호는 부당지원행위의 지원객체의 하나로 “다른 회사”라고만 규정하고 있을 뿐 다른 제한을 두고 있지 않은 점, 부당지원행위 금지제도의 입법취지 등에 비추어 보면, 부당지원행위의 객체인 “다른 회사”는 반드시 대규모기업집단의 계열회사에 한정되는 것은 아니라고 설시하고, 스피디코리아가 대우의 사실상 계열회사인지 여부와 무관하게 부당지원행위에 해당한다고 판단하였다.¹⁸⁾

2) 공익적 목적·소비자 이익이 부당성(공정거래저해성)의 판단요소가 되는지 여부

대우는 스피디코리아에 대한 자금지원이 경쟁촉진적 효과가 있고 소비자 후생에도

18) 다만 과거 ‘부당한 지원행위의 심사지침’은 대규모기업집단 소속 계열회사나 그 특수관계인 등이 해당 기업집단 소속 계열회사나 친족독립경영회사 또는 그 특수관계인을 지원하는 경우를 중점심사대상으로 규정하고 있었고(위 심사지침이 2002. 4. 개정되기 전까지 유지되었음), 실제 공정거래위원회에 의한 부당지원행위 직권조사 대부분이 대규모기업집단 소속 계열회사간 거래를 대상으로 하였다.

기여하므로 부당성(공정거래저해성)이 존재하지 않는다고 주장하였다. 즉 자동차 정비업 분야에 대한 스피디코리아의 시장 진입을 도와줌으로써 경쟁을 제한하기 보다는 오히려 전체 경쟁을 촉진시키기 위한 것이었고 이미 시장진입을 마침으로써 타업체와의 경쟁관계에 있는 특정기업의 경쟁력을 제고시키기 위하여 이루어진 것이 아닐 뿐 아니라 이로 말미암아 오히려 소규모, 영세성, 기술부족, 불친절 등으로 소비자들의 불만이 누적되어 있던 자동차 정비업 분야에서 첨단시설에 의한 고품질의 서비스를 제공하게 됨으로써 소비자 이익보호에도 기여하게 되므로 대우의 자금지원이 당해 시장에서 경쟁을 제한하였다고 볼 것은 아니라는 것이다.

이러한 대우의 주장에 대하여 공정거래위원회와 서울고등법원은 받아들이지 아니하고, 본건 사업운영자금대여 지원행위는 스피디코리아로 하여금 영세기업이 대부분인 자동차부분정비업분야에서 유리한 지위를 점할 수 있게 함으로써 위 분야에서의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있다고만 판단하였다.

대법원은 더 나아가 자금지원행위의 부당성(공정거래저해성)의 판단기준에 대한 일반적 법리를 제시하였다. 즉 대법원은 자금지원행위가 부당성을 갖는지 유무는 오로지 공정한 거래질서라는 관점에서 평가되어야 하는 것이고, 공익적 목적, 소비자 이익, 사업경영상 또는 거래상의 필요성 내지 합리성 등도 공정한 거래질서와는 관계없는 것이 아닌 이상 부당성을 갖는지 유무를 판단함에 있어 고려되어야 하는 요인의 하나라고 할 것이나, 단순한 사업경영상의 필요 또는 거래상의 합리성 내지 필요성만으로는 부당지원행위의 성립요건으로서의 부당성이 부정된다고 할 수는 없다고 설시하였다. 이러한 법리에 따르면, 대우의 주장은 유망중소기업을 발굴하여 투자차원에서 스피디코리아에게 자금을 대여한 것으로 기업활동의 일환일 뿐 아니라 장기간 종업원으로 근무하였던 스피디코리아 대표이사에 대한 배려차원에서 이루어진 것이라는 것으로서 결국 단순한 사업경영상의 필요 또는 거래상의 합리성 내지 필요성이 있다는 주장에 불과하여 그러한 사유만으로는 부당성(공정거래저해성)이 부정된다고 할 수 없다는 것이다.

3) 부당지원행위 금지규정 시행 이전의 사업운영자금대여행위가 부당지원 행위에 해당하는지 여부

한편 대우의 스피디코리아에 대한 사업운영자금의 대여는 부당지원행위 금지규정의 시행 이전부터 이루어졌는 바, 이 부분에 대하여 부당지원행위가 성립하는지가 문제된다.

대법원은, 위 3. 가. 2)에서 살펴본 법리, 즉 지원주체의 지원객체에 대한 자금의 제공 또는 거래가 부당지원행위에 관한 규정이 시행되기 이전에 있었고 위 규정이 시행된 이후에도 자금을 단순히 회수하지 아니한 데 불과한 경우에는 적극적으로 변제기를 연장하는 것 등과 같이 새로운 자금지원행위라고 볼 만한 다른 특별한 사정이 없는 이상 자금지원행위에 해당한다고 할 수 없는 법리에 따라 부당지원행위 금지규정의 시행일인 2007. 4. 1. 이전에 이루어진 본건 사업운영자금대여 지원행위에 대한 시정명령 및 과징금납부명령을 파기환송하였다.¹⁹⁾

마. 본건 후순위사모사채인수 지원행위에 관한 쟁점

1) 후순위사모사채인수 조건이 지원객체에 현저히 유리한지 여부

대우 등은 후순위사모사채인수의 조건이 대우증권에 현저히 유리한 것이 아니므로 본건 후순위사모사채인수 지원행위는 부당지원행위가 아니라고 주장하였다. 즉, 대우 등은 ① 대우증권이 발행한 후순위사채의 이자율은 양도성예금증서(91일물, 이하 CD라 한다)의 최종호가수익율에 연 1%를 차감한 변동이율로서, 1998. 1. 현재 그 수익률은 연 22%(후취이자로 환산한 실효수익율은 연 23.28%)이니 만큼 당시의 회사채의 금리가 연 18.5%~22%였음에 비추어 결코 정상가격보다 낮은 것이 아니고, ② 대우증권은 부채보다 자산이 훨씬 많아 파산할 우려가 전혀 없으므로 후순위사채라고 하더라도 그 원리금 상환에 지장이 없고 따라서 대우증권의 경우에는 후순위채권의

19) 공정거래위원회는 대법원 판결의 취지에 따라 2007. 4. 1. 이전의 본건 사업운영자금대여 지원행위에 대한 시정명령 및 과징금납부명령 부분을 직권취소하였다(공정거래위원회 2004. 12. 21. 전원회의 의결 제 2004-376호).

열위성은 단순한 이론적인 위험에 불과하고, 이에 따라 그 이자율이 반드시 일반보증사채의 시중금리보다 훨씬 높아야 하는 것이 아니라고 주장하였다.

이에 대하여, 공정거래위원회는 대우 등의 주장대로 적정한 수익률 수준이었다면 계열사가 아닌 제3자의 인수가 가능했을 텐데 본건의 경우 제3자의 인수가 없었고, 무보증·무담보 후순위사채는 그 성질상 일반 시장금리수준보다는 높아야 하는 것이 정상적인데도 불구하고 안전성이 높은 것으로 인정되는 양도성예금증서(CD, 91일물)의 수익률에 비해 높은 수준이 아닌 것으로 인정되므로, 본건 후순위사모사채인수 지원행위는 합리적인 투자가 아니라 계열사를 위한 부당한 지원행위로 인정된다고 판단하였다. 또한 설령 재무구조가 우량한 기업이라 하더라도 만기기간 동안 재무상태는 수시로 변동할 수 있는 것이므로, 대우증권이 파산할 우려가 없어 그 후순위사모사채의 금리가 일반보증사채의 시중금리보다 높을 필요가 없다는 대우 등의 주장을 받아들이지 아니하였다.

서울고등법원 역시 공정거래위원회와 같은 입장에서, 후순위채권은 채권의 만기 이전에 채권발행회사의 파산 등으로 잔여재산을 청산할 경우 일반차입금이 모두 상환된 후에야 변제청구권을 갖도록 약정되고 또한 채권자의 자금상황이 아무리 악화되더라도 만기 이전에 변제를 청구할 수 없는 것이므로 일반차입금이나 회사채에 비해 인수자가 부담하는 위험성이 높고 거래 시장조차 형성되지 않아 유동성이 떨어지는 채권이어서, 그보다 위험성은 적은 반면 유동성이 높은 CD의 이자율보다 높아야 함에도 대우 등은 오히려 CD의 최종호가수익율에 1%를 차감한 변동이율을 적용하였으므로, 이것이 대우증권에 현저히 유리한 조건으로서 부당지원행위에 해당한다고 판단하였다. 대법원도 서울고등법원의 판단을 그대로 유지하였다.

2) 후순위사모사채인수에 의한 지원금액의 산정기준

대우 등은 본건 후순위사모사채인수 지원행위에 의한 지원금액은, 후순위사채 매입 금액에 이자율의 차이(정상 이자율 - 본 채권 이자율)를 곱한 금액으로 계산하여야 하고, 공정거래위원회가 정상가격의 구체적 수준을 합리적으로 산정하기 어렵다는 이유만으로 행정편의를 위해 거래규모의 10%를 지원금액으로 본 다음 이를 근거로 과징금을 부과하는 것은 재량권을 일탈하여 위법이라고 주장한다.

공정거래위원회는 위와 같은 대우 등의 주장을 받아들이지 아니하고 거래규모의 10%를 지원금액으로 본 다음 각 행위별로 지원행위의 내용 및 정도, 기간 및 횟수, 지원의 효과 등을 고려하여 부과하였다.

서울고등법원은 공정거래법 제23조의 위반행위에 대하여 부과하는 과징금은 불공정거래행위에 대한 행정적 제재이므로 그 구체적인 수액은 공정거래법 제24조의 2에서 규정하는 과징금 상한액(대통령령이 정하는 매출액에 100분의 2를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 금액)을 초과하지 아니하는 범위 내에서 과징금 부과에 의하여 달성하고자 하는 목적과 공정거래법 제55조의3 제1항 소정의 사유 즉, 위반행위의 내용 및 정도, 위반행위의 기간 및 횟수, 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등을 감안하여 공정거래위원회가 재량을 가지고 결정할 수 있다 할 것인바, 만기가 2년인 무보증 후순위채권은 3년 만기 보증회사채와는 그 성격을 현저히 달리하고 또한 후순위채권의 정상가격의 구체적인 수준을 합리적으로 산정할 수 있는 신빙성 있는 자료가 없는 본건에 있어서, 공정거래위원회가 과징금을 산정함에 있어 후순위채권 인수의 경우는 지원금액을 산정할 수 없는 경우로 보아, 지원성 거래규모의 10%를 과징금의 한도로 한 후 지원주체별로 과징금 액수를 결정한 것은 그 재량범위내의 행위로 적법하다고 판단하였다. 대법원도 서울고등법원의 판단을 그대로 유지하였다.

4. 의의

가. 부당지원행위 규제의 시발점

전술한 바와 같이 부당지원행위 금지조항은 1996년 개정 공정거래법에 포함되었고 이후 1997. 4. 1.부터 시행되었는데, 이 조항이 실제로 집행되기 시작한 것은 외환위기가 발생한 직후인 1998년부터라고 할 수 있다. 외환위기 직후에 대기업집단들은 금융경색으로 시장에서 퇴출될 위기에 처한 계열금융기관을 지원하기 위하여 대규모의 자금지원을 실시하였는데, 공정거래위원회는 이것이 부당지원행위로서 시장을 왜곡한다는 국민적인 공감대를 바탕으로 대대적으로 규제하기 시작하였다. 공정거래위원회는 1998. 5. 18. 1차로 현대 기업집단, 삼성 기업집단, SK 기업집단, LG 기업집단,

대우 기업집단 등 5대 기업집단에 대하여 대규모 직권조사를 실시한 이래로, 2003년 까지 주요 대규모기업집단에 대하여 부당지원행위 관련 대규모 직권조사를 13회에 걸쳐 실시하여 대규모의 과징금을 부과하기에 이르렀는 바, 그에 따라 제재의 대상이 된 지원성 거래규모는 30조 6,849억 원, 지원금액은 1조 321억 원, 부과과징금 합계는 3,386억 원에 달하였다.²⁰⁾

이러한 공정거래위원회의 대대적인 직권조사에 의하여 대규모기업집단 계열회사간 부당지원행위는 급속히 감소하였는 바, 이는 아래와 같이 공정거래위원회의 부당지원 행위 규제실적에서 쉽게 확인할 수 있다.

공정거래위원회의 부당지원행위 규제실적

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

자료: 공정거래위원회, 『2009년도 통계연보』, 28면.

이처럼 공정거래위원회의 1998. 5. 18. 직권조사 이래 지속적인 규제에 의하여 대규모기업집단 내에서의 부당지원행위가 감소하기 시작하였는 바, 본건은 1998. 5. 18. 직권조사에 의하여 적발된 건의 하나로서, 공정거래위원회에 의한 부당지원행위 규제의 시초가 되는 사건이라고 하겠다.

또한 공정거래위원회가 1998년 이래 부당지원행위를 본격적으로 규제하기 시작하자, 대규모기업집단은 이에 대항하여 공정거래위원회의 처분에 대한 다수의 항고소송을 제기하기에 이르렀다. 그러나 당시 법원은 신설된 부당지원행위 금지조항과 관련된 사건을 심리한 경험이 전혀 없을 뿐만 아니라 참고할 만한 외국의 입법례·선례 또한 찾기도 어려운 상황이었다. 이러한 상황에서 공정거래위원회 및 법원은 본건을

20) 공정거래위원회, 『공정거래제도 입문 - 신규전입자 직무교육교재』, 210~213면.

포함한 여러 건의 부당지원행위 사건을 처리하면서 부당지원행위에 대한 구체적 해석을 집적하게 되었고, 이는 부당지원행위의 금지가 공정거래법상 중요한 규제의 하나로 자리 잡는 것에 크게 기여하게 되었다.

나. 부당지원행위 규제에 대한 국가경제 관점에서의 평가

공정거래위원회에 의한 부당지원행위 규제를 통해서 우리 경제의 주축인 대규모기업집단 소속 계열회사에 대한 정확한 회사별 경영성과의 측정이 가능하여졌을 뿐만 아니라 이전의 불투명하던 계열회사간 자금거래가 상당히 투명하여졌다. 이러한 규제에 따라 외부투자자들의 대규모기업집단 계열회사에 대한 투자불안요인이 해소되었는바, 이는 외국인의 국내직접투자, 기관투자자의 투자를 촉진하였고, 대규모기업집단 소속 계열회사들은 이를 통하여 세계경쟁에 필요한 막대한 자금을 주식시장을 통해서 조달하는 것이 가능해졌다. 즉 외부투자자 입장에서 투자대상회사의 경영성과 또는 실적이 뛰어날 것이 기대된다고 하더라도 자신이 투자한 회사의 자금이 그 회사의 부실한 계열회사를 지원하는 것이 허용된다면 해당 회사에 대한 투자 유인은 사라지게 될 것인바, 부당지원행위 규제는 이러한 장애요소를 제거한 것이라 할 수 있고, 이는 결과적으로 대규모기업집단 소속 계열회사들로 하여금 1997년 외환위기 이후 본격화된 글로벌 경쟁에 필요한 자금조달을 가능하게 하였다.

특히 부당지원행위에 대한 규제의 국가경제적 순기능에 대해서도 2008년 리먼 브라더스 도산 이후의 세계금융위기에서 상당 부분 입증되었다고 볼 수 있는 점도 간과하여서는 아니 된다. 만약 부당지원행위 규제 등 공정거래법상 내부거래규제가 없었다면, 이번 금융위기에서도 1997년 외환위기 때와 같이 대규모기업집단 소속 부실 계열회사의 도산이 속출하고 이로 인해 건설한 계열회사까지 도산되는 등 외환위기사목격한 대규모기업집단 계열회사의 몰락과 그로 인한 국민경제의 엄청난 충격으로 국가적 위기가 초래될 가능성이 상당히 있었을 것이라고 본다.