

자유와 개혁 8

한국 공정거래법 비판

이문지



자유와 개혁 시리즈 창간에 즈음하여

자유기업센터는 시장경제 원리에 걸맞는 법과 제도의 개혁을 통한 한국 사회의 번영과 발전을 위해 노력하고 있습니다. 법과 제도의 개혁은 뜨거운 열정만으로 가능한 일이 아닙니다. 올바른 법제 개혁이 가능하기 위해서는 법제 개혁에 대한 구체적인 대안을 마련해야 합니다.

그러나 현재 구체적이고 실질적인 대안 마련을 위해 노력하는 연구의 폭이 좁을 뿐 아니라 연구 발표의 장도 여의치 않습니다.

이에 자유기업센터는 ‘자유나라가 지향해야 하는 이념’, 즉 자유와 개인적 책임, 작은 정부, 자유기업, 법치, 그리고 폭력의 자제에 뜻을 같이 하는 지식인들에게 연구의 기회를 제공할 목적으로 자유와 개혁 연구지원 사업을 추진하게 되었습니다. 아무쪼록 이 사업에 참여하는 연구자들의 열성적인 연구가 우리 사회를 올바른 방향으로 선도해 가는 데 큰 역할을 하리라 굳게 믿습니다.

이 사업은 김정호 법경제실장이 과제의 선정 및 편집을, 신재화 홍보기획실장이 출간을, 그리고 권오성 연구원이 실무를 맡아서 수고하고 있습니다.

1997년 9월
자유기업센터 소장 공병호

책을 내면서

자유기업센터는 여러 종류의 출판물을 시리즈 형태로 만들어내고 있다. 이미 17권이 발간된 『자유주의 시리즈』가 자유시장경제 원리에 대한 사변적인 연구결과의 소개를 목적으로 한 것이라면, 이번에 새로 시작하는 『자유와 개혁 시리즈』는 구체적 정책대안의 제시를 목적으로 하고 있다.

자유기업센터를 세운 목적은 시장원리를 전파함에 있어 여론의 압력에 굴하지 않겠다는 것이다. 그러자면 과격하다는 말을 들을 수밖에 없다. 이 시리즈에서 주장하는 많은 내용들도 여론과는 동떨어진 ‘과격’한 것들이 될 것이다. 하이에크가 『예종예의 길』이라는 책을 통해서 사회주의 국가의 멸망을 예언함과 더불어 서구인들의 사회주의화 경향을 비판했던 것은 사회주의와 복지국가주의의 광풍이 몰아칠 때였다. 바스티아가 사회주의의 열망에 들떠 있던 민중들에게 각성하라고 외쳤던 것은 프랑스 2월 혁명의 소용돌이 속에서 였다. 당시 여론의 눈에는 그들의 주장이 매우 과격하게 비쳤겠지만 역사는 그들의 주장이 옳았음을 증명해 주고 있다. 『자유와 개혁 시리즈』에서 제시될 주장들도 언젠가는 옳은 것이 될 것임을 바라면서 첫발을 디뎌 본다.

이 연구는 주로 아웃소싱에 의존하게 될 것이다. 많은 연구소들이 외부의 학자들에게 연구용역을 주어왔지만 그 중에서 오래 남는 작품을 찾아보기는 어렵다. 연구소 내부의 전임연구원들과는 달리 외부 연구자들의 연구 성과를 통제하기가 어렵기 때문이었다. 연구소들이 높은 비용을 들이면서 전임연구자를 뽑아 놓으려 하는 것은 그 때문일 것이다.

내부 연구진의 연구결과물에 대해서는 여러 단계의 심사가 이루어진다. 사업계획에 대한 심사, 중간 및 최종 결과물에 대한 평가, 비공식적인 토론 등이 그런 역할을 한다. 연구의 수준과 내용이 경영방침과 맞지 않는다면 수정하라는 압력이 가해진다. 그러나 외부 연구자들에 대해서는 그 같은 압력을 행사하기가 매우 어려웠다. 외부인들에게 의뢰한 연구용역의 성과가 좋지 않았던 것은 그 같은 현상의 자연스런 귀결이었다.

자유기업센터는 그 같은 문제의 해결을 위해서 연구의 결론과 그것을 뒷받침할 만한 증거들을 연구계획서 단계에서 미리 제출받기로 했다. 혹자는 이 같은 우리의 태도를 비난하기도 했다. 결론에다가 억지로 논리를 끼워 맞추는 식이라는 것이다. 하지만 우리는 결론만 있는 그런 연구는 사절한다. 우리는 치밀하면서도 시장경제의 원리와 부합되는 연구를 선별해 내고자 한다. 가혹하다 싶은 정도의 논평과 계약 조건 준수의 요구가 없다면 그 같은 목표를 달성하기는 어려울 것임을 알기에 그렇게 할 것이다.

영국의 대처나 뉴질랜드의 로저 더글러스처럼 시장원리에 입각한 개혁을 하려는 정치인이 우리나라에도 언젠가는 나올 것이다. 『자유와 개혁 시리즈』가 그런 사람들에게 개혁의 지침서 역할을 해주길 기대한다.

1997년 9월
자유기업센터 법경제실장 김정호

목 차

자유와 개혁 시리즈 창간에 즈음하여	3
책을 내면서	4
훑어보기	7

제1장 서론 · 9

제2장 재벌의 내부거래(부당한 지원행위)에 관한 일반적 고찰 · 13

1. 내부거래의 정의 · 14
2. 내부거래의 동기 및 그 문제점 · 15

제3장 현행 공정거래법에 의한 부당한 자금·자산·인력지원행위의 금지 · 17

1. 공정거래법에 의한 내부거래의 규제 개관 · 18
2. 불공정거래행위 금지의 일반적 요건 · 19
3. 부당한 자금·자산·인력지원행위 금지의 요건 · 20

제4장 공정거래법에 의한 부당한 지원행위 금지에 대한 비판 · 29

1. 공정거래정책의 목적: 효율성보다 중소기업보호를 우선시켜야하는가 · 30
2. 부당한 지원행위 금지요건의 문제점 · 42
3. 재벌은 하나의 기업인가, 복수의 기업인가 · 51
4. 재벌기업의 경쟁력 향상이 공정거래법의 목적인가 · 57
5. 부당한 지원행위 금지의 입법취지는 실현 가능한가 · 60
6. 상호지원으로 인한 경쟁제한은 여타의 지원으로도 금지할 수 있다 · 63

제5장 요약 및 결론 · 66

1. 요약 · 67
2. 결론: 재벌의 내부거래 및 중소기업 문제의 올바른 해결을 위한 제언 · 70

참고문헌	74
영문요약	77

훑어보기

공정거래위원회는 1996년말 공정거래법을 개정하여 불공정거래행위로서 금지되는 여섯 가지의 행위유형에 부당한 자금.자산.인력지원행위(이하 부당한 지원행위라 한다)를 추가(제23조 제1항 제7호)하였다. 개정 공정거래법이 부당한 자금.자산.인력지원행위를 금지함은 재벌 계열회사와 중소기업 사이의 공정한 경쟁을 확보하고 경쟁력이 없는 재벌 계열회사의 시장퇴출을 방지함으로써 재벌 전체의 경쟁력을 향상시키는 데 입법 취지가 있으며, 이것은 주로 지원규모를 기준으로 재벌 계열회사들의 상호지원행위를 금지하는 재벌 규제입법이다.

부당한 지원행위 금지에 관한 공정거래법의 조항은 삭제되어야 하며, 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 공정거래법 또는 공정거래정책의 가장 중요한 목적은 경제적 효율성 또는 소비자의 후생(이익)이라고 보는 것이 현대 공정거래법학의 주된 흐름이다. 쉽게 말해서 공정거래법은 소비자에게 되도록 값싼 상품과 용역을 되도록 많이 공급하는 것이 그 목적이다. 일반적으로 말해서 경제적 효율성보다 중소기업의 보호를 우선하는 것은 경쟁이 아닌 경쟁자의 보호(즉 비효율적인 기업의 유지)를 추구하는 것이다.

부당한 지원행위를 금지함은 일정 규모 이상의 지원행위가 불공정한 경쟁수단에 해당한다고 본 것이다. 그런데 종래부터 불공정한 경쟁수단으로 금지되어 온 부당한 고객유인 및 부당한 표시.광고는 보다 효율적인 경쟁사업자 및 소비자의 이익을 침해하는 행위이다. 그러나 일정 규모 이상의 지원행위를 부당한 지원행위로 금지하는 것은 사업자 상호간의 경쟁을 통한 가격 인하와 생산량 증대라는 소비자후생(이익)과 재벌 계열회사의 이익을 희생하는 대신에 중소기업의 이익을 보호하는 것이다.

둘째, 재벌은 복수의 기업이 아니라 하나의 기업이다. 미국, 독일 및 일본을 비롯한 선진 각국과 유럽공동체는 독점금지법의 적용에 있어, 모자회사로 구성된 회사 집단처럼 동일한 집단에 속하고 공통된 지배를 받는 회사들을 그들의 독립된 법인격에도 불구하고 하나의 경제적 단일체로서 취급하는 단일체이론을 일반적으로 인정하고 있다. 재벌은 복수의 계열회사로 구성되어 있지만 우리 공정거래법도 재벌 전체를 하나의 기업(사업자)으로 보아야 한다. 하나의 회사 안에 존재하는 법인화되지 않은 복수의 사업부서끼리 상호지원하는 행위가 독점금지법의 적용대상이 아니 듯이 계열회사들의 상호지원 또는 내부거래도 동일한 취급을 하여야 한다. 계열회사들의 상호지원 또는 내부거래에 공정거래법을 적용하는 것은 기업조직을 모두 내부화함으로써 자신들을 보호하게 강요하는 것이며 자회사 설립이 가져오는 비용절감, 기타의 이익이 희

생될 뿐 경쟁의 촉진에 기여함은 없을 것이다.

셋째, 현대 공정거래법학은 기본적으로 시장기능을 신뢰한다는 것을 전제하고 있다. 따라서 생산적 효율성을 제고하는 행위가 그 기업의 시장력을 강화하여 시장지배력에 이르게 하지 않는 한 일반적으로 공정거래법에 의해 금지하지 않고 허용한다. 그러나 기업이 비효율적이라는 것만으로는 공정거래법을 적용하여 제재를 가하는 것은 아니다.

기업 내부의 의사결정에 정부가 개입하는 것은 보통 경제규제라고 부르고 경쟁제한행위를 소극적으로 금지하는 공정거래법 또는 독점금지법과 구별하는 것이 일반적이다. 기업이 재화나 용역을 내부에서 조달하느냐 아니면 외부에서 구입하는가에 대해 정부가 개입하는 것도 경제규제의 성격을 갖는다. 지난 1980년대 이래로 정부가 강조해 온 규제완화 또는 규제개혁은 경제규제를 되도록 축소하고 시장기능에 맡김으로써 정부실패의 위험을 극소화하고 정부의 효율성을 극대화시키는 것이 그 기본 취지이지만, 공정거래법의 명목으로 부당한 자금·자산·인력지원행위를 금지함은 이른바 ‘규제된’ 규제개혁에 해당한다.

넷째, 부당한 지원행위의 금지는 실효성이 없다. 부당한 지원행위를 금지함으로써 재벌 계열회사와(계열회사가 아닌) 중소기업의 공정한 경쟁을 확보한다거나 지원객체의 시장퇴출이 저해됨을 방지하는 것은 거의 실효성이 없을 것으로 판단된다. 그 이유는 정상가격에 의해 이루어지는 거래는 공정거래법에 의해 금지되지 않으며, 재벌은 이윤극대화 또는 시장점유율 극대화를 위해서 필요하다면 어떤 방법으로든 지원행위를 할 것으로 예상되고, 또한 탈법행위가 예상되기 때문이다. 예컨대 표면적으로는 정상가격에 해당하는 거래조건으로 거래하되 대가의 지급을 유예하여 주는 방법으로 실질적으로 지원하는 경우에는 공정거래법의 적용이 불가능하다.

표면적으로는 정상가격에 의한 거래이지만 실질적으로는 지원하는 행위인 경우까지 금지하는 것도 실효성은 없다. 실질적인 지원행위인가의 여부를 심사하기 위해서는 계열회사간의 거래 모두를 심사대상에 포함시켜야 하고, 계열회사 사이의 거래이기 때문에 발생하는 각종 거래비용의 절약을 반영하는 가격 차이를 고려하여야 하기 때문이다. 여기에는 엄청난 인원과 예산 및 시간의 투자가 필요하며 실질적으로 지원하는 행위인가의 여부를 판단하는 것도 매우 어렵다.

다섯째, 상호지원으로 인한 경쟁제한은 여타의 조항으로도 금지할 수 있다. 지원행위에 힘입은 재벌 계열회사의 공격적인 영업행위가 부당염매, 기타의 경쟁제한적 효과가 있어 시장독점을 형성 또는 유지할 위험이 있는 경우에는 단일체이론에 의해서 그리고 부당염매행위로서 금지할 수 있고 부당한 지원행위라는 새로운 불공정거래행위 유형을 신설할 필요는 없었다.

여섯째, 공정거래법은 만병통치약이 아니다. 중소기업의 보호는 사회 전체의 이익 또는 소비자후생과 합치될 때에만 정당화되는 것이며 공정거래법은 중소기업보호법이 아니다. 중소기업의 보호는 중소기업 관련법제에서 추구할 사항인 것이다. 개방경제체제에서는 중소기업 관련법제에 있어서도 대기업과 중소기업의 수평적 경쟁관계에 착안하여 중소기업을 오로지 경제적 약자라고 보고 보호·육성의 대상으로만 보는 시각으로는 중소기업에 대한 올바른 정책을 세울 수 없다.

기업의 업종 다각화와 이에 수반하는 계열회사간의 내부거래가 비효율적이라면 이를 억제하는 가장 효과적인 방법은 경쟁의 압력을 부과하는 것이다. 비효율적인 기업경영에 대한 견제를 하기 위해서는 기업인수·합병시장의 활성화를 도모하는 한편, 채권자인 금융기관의 자율적인 경영을 보장함으로써 금융기관 스스로 부실대출이 발생하지 않도록 만드는 것도 매우 중요하다.

저자 이문지

제1장

서 론

서론

우리나라와 일본에서 반트러스트법¹⁾의 목적에 관한 미국 대법원의 판례(Northern Pac. Ry. v. United States)²⁾로 지금도 흔히 인용되고 있는 1958년의 판결은 반트러스트법의 입법 목적으로서 서로 연관되는 정치적·경제적 가치들을 다음과 같이 요약하였다. “셔먼법은 거래의 규범으로서 자유롭고 구속되지 않는 경쟁을 유지하는 데 목적을 둔 경제적 자유의 포괄적 현장으로 만들자는 의도가 있었다. 그것은 경쟁적 세력의 구속되지 않은 상호작용이 우리의 경제적 자원의 최적분배, 최저가격, 최우량 품질 그리고 최대한의 물질적 진보를 낳을 것이며 동시에 우리의 민주적인 정치적 그리고 사회적 제도를 보존하는 데 이바지하는 여건을 조성한다고 하는 전제에 기초하고 있다”.³⁾

1970년대 전반 이전의 미국 반트러스트법 판례이론은 위의 판결에서 보듯이 반트러스트법이 경제적 효율성뿐만 아니라 중소기업의 보호·유지, 경제력 분산, 민주적 정치제도의 보존 등 비경제적 가치들을 모두 그 목적으로서 동시에 추구한다고 보았다. 따라서 경쟁의 자유와 공정성이라는 명목 아래 경제적 효율성보다 중소기업의 보호와 경제력 분산을 사실상 우선시켰던 경우가 흔히 있었던 점에서 본다면 강한 진보주의적 경향을 지녔던 것이다. 그러나 현재의 시점에서 본다면 이러한 진보주의적 판례이론은 이미 역사적 유물로 전락하였다. 즉, 1970년대 후반 이후 세계경제에서 미국이 차지하던 지위가 급격히 약화되면서 과거의 반트러스트법이 효율성의 성취를 방해하는 주범이라고 비난하는 여론이 형성됨에 따라 경제적 효율성과 소비자의 이익을 중시하는 판례이론이 자리잡은지 약 20년이 지났다.

정부는 1996년말 공정거래법을 개정하여 동법 제23조 제1항에 의해 금지되는 불공정거래행위의 행위유형으로서 ‘부당한 자금·자산·인력지원행위’(이하 ‘부당한 지원행위’라고 약칭한다)를 추가하였다. 그 입법취지는 재벌의 내부거래 또는 상호지원을 금지함으로써 재벌 계열회사와 중소기업간의 공정한 경쟁을 확보하고 재벌 계열회사의 시장 퇴출이 지연됨을 방지한다는 것으로서 재벌 규제입법의 성격을 갖는다.⁴⁾ 중소기업 보

1) 이 글에서는 ‘독점규제및공정거래에관한법률’을 공정거래법으로 부른다. 또한 공정거래법에 해당하는 미국의 법률을 반트러스트법, 일본의 법률을 독점금지법으로 부른다. 그리고 각국의 유사한 성격의 법률을 공정거래법으로 총칭한다.

2) 356 U.S. 1, 4(1958).

3) “국민의 재산이 견제받지 않는 소수인 a few self-appointed men의 변덕, 정치적 편견, 감정적 불안정성에 좌우되지 않도록 경제력 industrial power은 분산되어야 한다”라고 판시한 U. S. v. Columbia Steel, 334 U.S.495(1948)와 반트러스트법을 ‘자유기업의 대헌장 Magna Carta’이라고 표현한 U. S. v. Topco Associates, 405 U.S. 596(1972)도 유사한 판례들이다.

4) 종전에는 계열회사간의 내부거래 가운데 공정거래법에 의해 금지되던 것은 품 또는 용역의

호와 재벌규제를 추구하는 우리 공정거래법의 특성이 한층 강화된 것이다. 또한 지금은 역사적 유물로 전락한 과거의 미국 반트러스트법 판례이론이 우리나라에서 환생한 듯한 느낌을 지울 수 없다.

우리나라의 재벌이 경제성장의 주역인 동시에 탐욕의 화신이라는 모순된 평가를 받아 온 것은 주지의 사실이다. 또한 경제력집중 및 중소기업에 대한 재벌 특유의 불공정 거래행위 문제는 공정거래법이 제정된 1980년대부터 공정거래정책의 가장 핵심적인 과제였다. 급격한 대외개방의 흐름 앞에서 과거와 같은 재벌의 행태가 지속되지 못할 것이 분명하게 예측되는 지금에 있어서도⁵⁾ 정부는 여전히 재벌문제를 공정거래정책의 핵심과제로 보고 있는 것이 분명하다. 우리나라에서는 재벌문제가 단순한 경제문제가 아니라 심각한 사회적·정치적 문제인 것을 부인할 수는 없다. 그러나 재벌의 내부거래를 공정거래법으로 금지하는 것은 지금까지 성질상 공정거래법의 적용범위 밖에 있는 것으로 여겨져 왔던 기업 내부의 문제에 공정거래법이 개입한다는 것을 의미한다. 비교법적으로도 유례없는 우리만의 독특한 사례이므로 그 의미가 결코 작지 않다. 흔히 하는 말로 경제문제는 경제논리로 풀어야지 정치논리로 풀어서는 안된다는 것을 상기할 필요가 있다.

정부가 추진하고 있는 최근의 경제정책은 대내적으로는 규제완화 그리고 대외적으로는 시장개방이 그 기본방향이라고 말할 수 있다. 규제완화와 대외개방의 큰 흐름을 맞아 공정거래정책 또한 그 기본적인 방향을 재정립할 필요가 있다. 특히 이제부터는 국내 기업의 대외경쟁력 향상 및 국내 소비자의 이익 보호가 외면할 수 없는 과제임에 분명하다. 이 글은 이러한 관점에서 공정거래법에 의한 부당한 지원행위의 금지가 갖는 문제점을 분석하고 그 대안을 제시하고자 한다.

거래'뿐이었지만 이번의 개정입법으로 금지되는 내부거래의 범위가 자금이나 자산 등의 거래를 통한 지원행위로 확대되었다. 또한 법문法文 그 자체로 볼 때에는 다른 회사를 지원하는 행위를 일반적으로 금지하고 있지만 입법과정이나 공정거래위원회의 관련 내규로 볼 때 재벌의 내부거래를 겨냥하고 있음은 분명하다.

- 5) 정부는 앞으로 전개될 극심한 국내외 시장의 경쟁으로 인하여 우리나라의 재벌들이 종래 누려왔던 프리미엄을 상실할 것이고 비능률적인 요소들이 많은 재벌은 도태되고 능률적인 재벌만이 살아남을 것이며 생존하는 재벌도 경쟁력 있는 계열회사만 유지하고 경쟁력이 취약한 계열회사는 결국 정리할 수밖에 없게 될 것이라고 전망하고 있다. 서동원, 「재벌의 과거, 현재, 미래」, 『상사법연구』, 제15권 제1호, <특집: 재벌과 법>, 한국상사법학회, 1996, p.116 참조.

제2장

재벌의 내부거래(부당한 지원행위)에 관한 일반적 고찰

재벌의 내부거래

(부당한 지원행위)에 관한 일반적 고찰

1. 내부거래의 정의

재벌은 다수의 계열회사로 구성되어 있는 만큼 재화나 용역을 재벌 내부에서 조달할 수 있는 경우가 많고 따라서 계열회사 상호간의 거래가 매우 빈번하다.⁶⁾ 내부거래행위는 이렇게 계열회사 상호간에 이루어지는 거래를 일반적으로 일컫는 용어라고 말할 수 있다(좁은 의미의 내부거래).⁷⁾ 이러한 의미의 내부거래는 거래당사자의 일방인 계열회사가 영업으로 하는 거래(영업거래)에 해당한다. 그러나 넓은 의미로는 자산거래, 자금거래 또는 자본거래⁸⁾까지 포함하는 의미로 쓰인다(넓은 의미의 내부거래). 따라서 재벌의 내부거래라는 용어는 쓰이는 경우에 따라서 그 의미가 조금씩 다르다고 하겠지만 넓은 의미로는 복수의 산업 또는 시장에 참여하고 있는 재벌 계열회사 상호간의 지원이라는 목적 또는 효과를 갖고서 이루어지는 작위 또는 부작위를 모두 뜻한다고 말할 수 있을 것이다.⁹⁾

공정거래법이나 동법의 시행령에서 내부거래행위에 해당하는 몇 가지의 행위유형을

6) 이는 우리나라의 재벌에만 국한된 현상은 아니고 어느 나라나 수직·혼합결합기업이라면 흔히 발생한다. 특히 다수의 계열회사를 거느리는 다국적기업에 관해서는 관련 통계까지 있다. 약 20년 전인 1977년의 통계이지만 미국의 경우 전체 수출 및 수입의 각각 39%, 36%에 해당하는 금액이 기업내부거래로 분류되었다. UN Centre on Transnational Corporations, Transnational Corporations in World Development : Third Survey, 1983, /CTC/46, Sales No. E.83.II, A. 14, p.160. 또한 UNCTAD의 추산에 의하면 전세계 무역의 약 30%가 계열회사 사이의 내부거래에 해당한다고 한다. UNCTAD, Dominant Position of Market Power of Transnational Corporations : Use of Transfer Pricing Mechanism, 1978, TD/B/C. 2/167, Sales No. E.78.II.D.9, p.2, para. 5.

7) 내부거래라는 용어 대신에 상호거래라는 용어를 쓰는 경우도 있다. 이철송, 「재벌과 법」, 『상사법연구』 제15권 제1호, <특집 : 재벌과 법>, 한국상사법학회, 1996, p.15. 그러나 공정거래법이나 경제학(산업조직론)에서 사용하는 상호거래reciprocal dealing라는 용어는 다른 의미를 갖고 있다. 즉, 상호거래란 갑 사업자가 을 사업자로부터 A제품을 구입할 때, 을 사업자가 자기 또는 같은 계열회사로부터 B 제품을 구매한다는 조건 또는 양해 아래 거래하는 것을 말한다. 상호거래의 위법성에 관해서는 신광식, 『시장거래의 규제와 경쟁정책』, 한국개발연구원, 1992, pp.198~221 참조.

8) 여기서 자본거래란 신주발행이나 자본감소, 이익배당 또는 합병 등과 같은 경우에 계열회사끼리 상호지원하는 행위를 말한다. 예컨대 A회사가 신주를 발행할 때 그 주주인 B회사가 신주인수권을 포기함으로써 지배주주나 다른 계열회사가 신주를 인수할 기회를 부여하는 경우가 있다. 이철송, 주 7)의 글, p.18 이하.

9) 재벌의 내부거래는 계열회사간의 직접거래가 전형적이지만 사회여론의 악화와 정부의 규제 강화 때문에 비계열회사를 중간에 개입시켜서 이루어지는 간접적인 거래도 존재한다고 한다.

불공정거래행위로서 금지하고 있기는 하지만 내부거래라는 용어를 사용하고 있는 것은 아니다.¹⁰⁾

2. 내부거래의 동기 및 그 문제점

내부거래는 계열회사간에서만 이루어지는 것은 아니고 하나의 회사에 복수의 사업부서가 있을 경우에도 내부거래가 이루어진다. 외부거래보다 내부거래를 택하는 이유는 내부거래가 외부거래보다 비용의 측면에서 유리하고 따라서 내부거래가 상대적으로 효율적이라고 판단하기 때문이다. 재벌의 입장에서 계열회사를 통해 업종의 다각화를 이룩함으로써 경영위험을 분산하고 소위 시너지효과를 이용하여 주어진 금융제도나 시장환경에 적응한 최적의 경영전략을 구사하기 위해 내부거래가 이용되는 것이라고 주장함은 바로 이와 같은 사실을 지적하는 것이다.

재벌의 내부거래가 문제시되는 것은 주로 여기에 적용되는 가격이 인위적으로 조작된 것 즉, 이전가격이 될 위험이 있기 때문이다. 다시 말해서 공개된 시장에서 동일한 거래, 동일한 조건에 대해 결정되는 비계열회사 사이의 정상가격이 아니라 회사집단 전체의 목적 달성을 위해 또는 지배주주의 개인적인 이해관계를 우선적으로 고려하여 결정되는 가격에 의해 거래가 이루어지는 경우가 많기 때문이다. 이러한 경우 정상가격과 이전가격의 차액만큼 부의 이전이 이루어지게 마련이고 개별회사의 독립적인 이윤동기는 배제되고 만다.

이전가격에 의해 내부거래를 하는 동기로서 대표적인 것으로는 회사집단 전체에 있어서 조세부담의 절감과 지배주주의 이익탈취 등 두 가지를 들 수 있을 것이다.¹¹⁾ 그리고 이전가격의 형태로 이루어지는 상호지원을 통해서 계열회사가 시장에 신규진입하는 것을 용이하게 하거나, 불황 등으로 인하여 시장에서 퇴출될 위기에 처해 있을 때, 계열회사를 지원함으로써 시장에 잔류할 수 있도록 하는 것도 중요한 동기의 하나라고 말할 수 있을 것이다. 다시 말해서 내부거래의 중요한 동기는 위에서 말한 세 가

10) 공정거래위원회 실무에서는 내부거래행위 또는 부당한 내부거래행위라는 용어를 사용하고 있기는 하지만 위에서 본 내부거래와 다른 의미로서 사용한다. 공정거래위원회의 실무를 담당하고 있는 이동규 과장의 설명에 따르면 공정거래위원회 실무에서 부당한 내부거래행위라는 용어를 관용적으로 사용할 때에는 대규모 기업집단 소속 계열회사들이 행하는 일반지정상상의 거래거절, 차별적 취급, 부당염매 등 경쟁사업자 배제, 비계열회사에 대한 거래강제, 우월적 지위의 남용, 구속조건부거래 등 거의 모든 유형의 불공정거래행위를 여기에 포함시켜 쓰고 있는 것으로 보인다. 따라서 '대규모 기업집단의 불공정거래행위에 대한 심사기준'(1992. 7. 1)은 재벌의 부당한 내부거래행위에 대한 구체적인 처리기준을 제시하고 있는 결과가 된다. 이동규, 『독점규제 및 공정거래에 관한 법률 개론』, 행정경제자료사, 1995, p.344. 그러나 내부거래행위를 이렇게 넓은 의미로 사용함은 일반적인 용례에 어긋난다.

11) 이철송, 주 7)의 글, p.15.

지 가운데 일부 또는 전부일 수 있다.

내부거래의 동기에서 이미 드러나고 있지만 내부거래는 우선 ① 국가의 조세수입이 감소될 수 있다는 문제점을 갖는다. 따라서 세법에 의한 규제를 필요로 한다. 다음으로 ② 내부거래를 통해 지배주주에 의해 이익이 탈취됨으로써 계열회사의 소수주주에게 배당 가능한 이익이 줄어들거나 채권자에게는 책임재산이 감소된다는 불이익이 발생한다. 이러한 문제의 해결을 위해서는 상법 특히 회사법 또는 증권거래법이나 파산법 등에 의한 적절한 대응이 요구된다. 마지막으로 ③ 경쟁정책의 관점에서 볼 때 문제점이 있을 수 있고 공정거래법을 내부거래에 적용하는 것은 경쟁정책의 관점에서 논의되어야 하는 것이다.

제3장

현행 공정거래법에 의한
부당한 자금·자산·인력지원행위의 금지

현행 공정거래법에 의한 부당한 자금·자산·인력지원행위의 금지

1. 공정거래법에 의한 내부거래의 규제 개관

현행 공정거래법이나 그 시행령에서 내부거래행위에 관한 조항을 찾아본다면 우선 동법 시행령 별표의 ‘일반 불공정거래행위의 유형 및 기준’이 동법 제23조 제1항 제1호 후단의 ‘차별적 취급’에 해당하는 위법행위유형의 하나로서 ‘계열회사를 위한 차별취급’을 규정하고 있는 것을 들 수 있다. 이 행위유형은 지난 86년 이른바 일반지정¹²⁾의 개정고시에 의해 별도의 불공정거래행위 유형으로 추가된 것으로서 ‘정당한 이유 없이 자기의 계열회사를 유리하게 하기 위하여 가격·수량·품질 등의 거래조건이나 거래내용에 관하여 현저하게 유리하거나 불리하게 하는 행위’라고 규정된다. 1993년부터 공정거래위원회가 대규모 기업집단에 대한 직권실태조사를 실시하면서 이 행위유형에 대한 본격적인 공정거래법 집행이 시작되었다. 이 행위유형은 정당한 이유가 없는 계열회사에 대한 지원 즉, 계열회사에 대해 가격을 차별하거나 계열회사간의 거래를 강제 또는 유도하기만 하면 금지의 요건이 충족되는 당연위법의 행위유형¹³⁾으로서 계열회사 사이에서 이루어지는 상품 또는 용역의 거래에 대해서만 적용된다.

지난 연말의 공정거래법 개정에 의해 새로운 불공정거래행위 유형으로서 추가된 부당한 지원행위는 자금·자산·인력의 지원행위로서 역시 내부거래에 관련된 조항이다.

결론적으로 말해서 1996년말의 공정거래법 개정으로 동법의 적용을 받는 내부거래의 범위가 확대되었지만 모든 내부거래가 공정거래법에 의해 금지되고 있는 것은 아니다. 우선 자본거래가 공정거래법의 적용을 받지 않으며 또한 후술하듯이 공정거래법의 적용을 받는 내부거래는 상품·용역거래에 있어 가격차별이 있거나 또는 자금·자산·인력을 정상가격보다 낮은 대가로 제공하거나 높은 대가로 제공받는 경우로 제한되어 있다.

12) 모든 거래분야에 있어서 일반적으로 금지되는 불공정거래행위에 관한 공정거래위원회 고시 ‘불공정거래행위의 유형 및 기준’을 일본의 예에 따라서 일반지정으로 불러왔다. 그러나 이 고시는 1996년말의 공정거래법 개정에 의해 동법 시행령이 별표로서 ‘일반 불공정거래행위의 유형 및 기준’을 규정함에 따라서 폐지되었다.

13) 이문지, 「재벌의 내부거래와 공정거래법의 규제」, 『상사법연구』, 제15권 제1호 <특집 : 재벌과 법>, 한국상사법학회, 1996, p.250 참조.

2. 불공정거래행위 금지의 일반적인 요건

(1) 불공정거래행위제도의 입법취지

불공정거래행위의 금지에 관한 조항의 입법취지에 관해 과거에는 불공정거래행위의 금지는 독점적 상태 및 부당한 공동행위로의 발전을 사전에 방지하는 예방적인 기능을 수행한다고 보는 견해(제1설)와 불공정거래행위의 금지는 독과점규제 및 경쟁제한 행위규제에 의해 소위 체제적 종속관계가 저지·배제된 경우에도 개별 사업자간의 개별적 종속관계가 성립되어 공정하고 자유로운 경쟁질서가 저해되는 것을 방지하기 위한 장치라고 보는 견해(제2설)가 대립되었지만 현재의 통설적 견해는 이들을 절충한 견해이다.¹⁴⁾

(2) 불공정거래행위 금지의 일반적인 요건

그러면 어떠한 요건을 갖출 때 불공정거래행위로서 금지되는가? 공정거래법 제23조 제1항은 ① 열거된 7가지의 행위유형 가운데 하나로서 ② “공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위”를 불공정거래행위로서 금지한다고 규정하고 있는데 이 행위유형들은 허위·기만적 표시광고(제6호)를 제외한다면 모두 ‘부당하게’라는 요건을 포함하고 있다. 결국 문제의 핵심은 어떠한 행위가 ‘공정한 거래를 저해할 우려’와 ‘부당하게’라는 요건들을 충족하는지의 여부를 판단하는 구체적 기준은 무엇인가에 있다.

불공정거래행위의 금지에 관한 조항의 입법취지에 관해 절충적 입장에 서는 통설적 견해는 판단기준을 궁극적으로 공정거래법 제1조의 목적에서 구한다. 즉, ‘공정하고 자유로운 경쟁의 촉진’에 장애가 되거나 이를 곤란하게 하는가의 여부에 의해 판단한다고 한다.¹⁵⁾ 이 견해는 결국 부당성과 공정거래(경쟁) 저해성은 동어반복임을 인정하

14) 菊地元一 외 3인, 『續コンメンタル獨占禁止法』, 勁草書房, p.327, 1995., 박길준, 『한국 독점규제법』, 삼영사, 1983, p.88은 제1설(今村成和)에 따른 것이고 정주환, 『한국경제법』, 세창출판사, 1994, p.105, pp.110~111; 손주찬, 『경제법(공정거래법)』, 법경출판사, 1993, pp.234~235은 제2설(正田 彬)을 따른 것이다. 正田 彬, 實方謙二, 『獨占禁止法を學ぶ』, 有斐閣, 1995, p.13은 불공정거래행위의 금지는 사적 독점금지의 예방적 성격도 인정된다고 설명하고 있어 正田 彬은 통설적 입장으로 견해를 바꾼 것으로 생각된다. 또한 일본과 한국의 공정거래위원회 재직 관료들이 저술한 해설서들이 통설적 입장을 취하고 있으므로 양국의 공정거래위원회도 통설적 입장에 서 있다고 추정된다. 獨占禁止法研究會報告, 「不公正な去來方法に關する基本的な考え方」, 田中 壽 編著, 『不公正な取引方法-新一般指定の解説-』, (商事法務研究會, 1982), p.100; 이남기, 『신공정거래법』, 학연사, 1993, pp.339~341; 이동규, 주 10)의 책, p.316 참조.

15) 상술한다면 우선 i) 제23조 제1항에서 말하는 공정한 ‘거래’를 공정한 ‘경쟁’으로 보고 ‘공정’한 경쟁이라 함은 ① 사업자 상호간의 경쟁과 새로운 시장진입이 방해받지 않는 것(자유경쟁의 확보), ② 자유경쟁이 가격·품질·서비스를 중심으로 한 능력경쟁에 의해 질서 있게 행해질 것(경쟁수단의 공정성 확보), ③ 거래주체가 거래여부 및 거래조건에 관해서 자유롭게 자주적으로 판단할 수 있는 것(자유경쟁기반의 확보)이라는 세 가지 조건이 충족

는 견해이다. 여기서 공정한 경쟁을 저해할 ‘우려’라 함은 일정한 거래분야에 있어 경쟁의 실질적 제한이 요건으로 되는 다른 위법행위(기업결합의 제한, 부당한 공동행위의 제한 등)와 달리 시장 전체의 경쟁기능에 대한 제약은 요건이 아니고 단지 시장경쟁에 대한 유의한 수준의 영향 즉, 추상적 위험성으로 충분하다. 이러한 추상적 위험성이 있다고 인정하는 기준은 행위유형에 따라서 각기 다르다.¹⁶⁾

1) 자유경쟁을 침해하는 행위유형

거래거절, 차별적 취급, 구속조건부거래, 부당염매, 끼워팔기 등 경쟁자배제행위 등의 경우 구체적인 경쟁감쇄효과의 발생은 요건이 아니고 어느 정도 자유경쟁을 방해할 우려가 있다고 인정되면 충분하다. 구체적인 판단기준은 행위유형이나 억압성이 강한가의 여부에 따라 다르다.

2) 경쟁수단의 불공정성에 관련된 행위유형

부당한 고객유인 및 표시광고 등에 관해서는 능률경쟁의 관점에서 경쟁질서를 왜곡할 우려가 있는가의 여부가 공정경쟁저해성의 유무에 관한 판단기준이 되며 당해 행위의 상대방 수, 당해 행위의 계속성, 반복성, 전파성 등을 고려한다.

3) 자유경쟁기반을 침해하는 행위유형

여기에 속하는 행위유형은 우월적 지위남용이 유일하다. 이 경우에는 행위자가 우월적 지위에 있고 그 지위를 이용하여 상대방에게 거래조건 기타에 관해 불이익이 되는 행위(억압적 행위)로서 불이익의 정도와 영향을 미치는 범위를 고려하여 공정한 경쟁질서와 관계가 있는 경우에 금지한다.

3. 부당한 자금.자산.인력지원행위 금지의 요건

(1) 개관

공정거래법은 부당한 지원행위를 불공정거래행위의 하나로 금지하고 있으므로 위에서 본 불공정거래행위 금지의 요건에 관한 해석이론이 그대로 적용된다고 말할 수 있다. 따라서 어떤 행위가 부당한 지원행위(불공정거래행위)로서 금지되기 위해서는 우

된 상태를 말한다고 본다. 그리고 ii) 공정한 경쟁이 ‘저해’된다고 함은 이러한 상태에 악영향을 미치는 것을 말한다. 또한 공정거래법 제23조 제1항 각 호의 행위유형은 이 같은 세 가지 조건 가운데 일부를 침해하는 것이다. 독점금지법연구회보고, 주 14)의 글, pp.100~101; 이남기, 주 14)의 책, pp.343~346 참조.

16) 국지원일(菊地元一) 외 3인, 주 14)의 책, p.330 및 주 14)에서 인용한 다른 문헌 참조.

선 ① 동법 제23조 제1항 제7호의 행위유형에 해당해야 한다. 즉 ‘부당하게’ ‘특수관계인¹⁷⁾ 또는 다른 회사에 대하여 가지급금, 대여금, 인력, 부동산, 유가증권, 무체재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위’(이하 ‘지원행위’라고 약칭한다)에 해당해야 한다. 다음으로 ② ‘공정한 거래를 저해할 우려’가 있어야 한다. 그런데 통설적 견해에 따르면 부당한 행위는 곧 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위이므로 부당한 지원행위로서 금지하기 위한 요건은 ① 지원행위에 해당하고 ② 공정한 거래(경쟁)를 저해할 우려가 있어야 한다는 두 가지로 분류할 수 있다.

(2) 부당한 지원행위의 금지요건 : 지원행위

사업자의 어떤 행위가 부당한 지원행위 즉 불공정거래행위의 하나로서 금지되기 위해서는 우선 ‘지원행위’에 해당되어야 한다. 공정거래법 제23조 제1항 제7호가 부당한 지원행위에 관한 정의 조항이지만 공정거래법시행령 별표 ‘일반불공정거래행위의 유형 및 기준’은 부당한 지원행위를 보다 상세하게 정의하고 있다. 즉, 동 별표는 불공정거래행위로서 금지되는 부당한 지원행위를 거래의 종류에 따라서 자금지원(즉 가지급금, 대여금 등 자금의 지원), 자산지원(즉, 부동산, 유가증권, 무체재산권 등 자산의 지원) 그리고 인력지원의 셋으로 나누고 있다. 또한 공정거래법이(자금, 자산, 인력을) ‘제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래’하는 행위라고 정의하는 지원조건에 관해(자금, 자산, 인력을) ‘현저히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공함으로써 지원’하는 행위라고 규정하고 있다.

공정거래위원회의 내규에 해당하는 ‘부당한 지원행위의 심사지침’(제정 1997. 7. 29, 이하 심사지침이라고 약칭한다)은 또한 지원행위를 ‘지원주체¹⁸⁾가 지원객체¹⁹⁾에게 직접 또는 간접으로 제공하는 경제적 급부의 정상가격이 그에 대한 대가로서 지원객체로부터 받는 경제적 반대급부의 정상가격보다 높은 경우(무상제공 또는 무상이전의 경우를 포함한다)에 이루어지는 것으로서 지원주체가 지원객체에게 경제상 이익을 제공하는 것’이라고 정의한다.²⁰⁾ 또한 동 심사지침은 ‘자금, 자산, 인력별 지원행위의 판단 기준’이라는 항목에서 ‘지원행위’에 해당하는지의 여부에 관해 다음과 같은 판단기준

17) 여기서의 특수관계인은 공정거래법시행령 제11조 제1호 또는 제2호에서 규정하는 자 즉, 지원행위의 주체인 회사를 사실상 지배하고 있는 자 또는 동일인 관련자(다만 동법 시행령 제3조의 2 제1항의 규정에 의해 동일인 관련자로부터 분리된 자를 제외한다)를 말한다. 또한 동일인 관련자라고 함은 동법 시행령 제3조 제1호 각 목의 1에 해당하는 자를 말한다.

18) 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 지원행위를 하는 사업자를 말한다.

19) 지원주체의 지원행위로 인한 경제상의 이익이 귀속되는 특수관계인 또는 다른 회사를 말한다.

20) 이와 같은 정의는 거래가 물물교환의 형태로 이루어지는 것을 전제로 한 것인데 반대급부가 금전에 해당한다면 그 정상가격을 산정할 필요가 없는 것은 당연하다.

을 제시하고 있다.

1) 가지급금 또는 대여금 등을 거래한 경우

가지급금 또는 대여금 기타 자금의 거래(이하 '자금거래'라 한다)에 의한 지원행위는 회계처리상 계정과목을 가지급금 또는 대여금으로 분류하고 있는 경우에 국한하지 아니하며 지원주체가 지원객체의 금융상 편의를 위하여 직접 또는 간접으로 현금 기타 자금을 이용할 수 있도록 경제상 이익을 제공하는 일체의 행위를 말한다.

자금거래에 의한 지원행위는 실제적용금리가 개별정상금리²¹⁾보다 낮은 경우에 성립한다. 만약 개별정상금리를 산정하기 어려운 때에는 당해 자금거래의 실제적용금리와 일반정상금리²²⁾를 비교하여 지원행위 여부를 판단한다. 그러나 지원주체나 지원객체가 일반정상금리보다 높은 이자율로 차입하고 있으면 당해 이자율을 기준으로 지원행위 여부를 판단한다.

이상의 기준에도 불구하고 지원객체의 재무구조, 신용상태 등을 감안할 때 지원객체의 개별정상금리가 일반정상금리보다 높은 수준인 것으로 보는 것이 합리적인 상황에서 일반정상금리 수준으로 상당한 규모의 자금거래를 하는 것은 지원행위에 해당한다.

2) 유가증권·부동산·무체재산권 등을 거래한 경우

지원주체가 지원객체에게 유가증권·부동산·무체재산권(이하 '자산'이라 한다)을 무상으로 또는 정상가격보다 낮은 가격으로 제공하거나 정상가격보다 높은 가격으로 제공받는 것은 지원행위에 해당한다. 이 경우 정상가격은 원칙적으로 거래 당시의 특수관계가 없는 독립된 자간에 형성될 시가에 의하되, 시가를 산정하기 어려운 때에는 당해 자산의 종류, 규모, 거래상황 등을 참작하여 상속세및증여세법 제4장(재산의 평가) 및 동법 시행령 제4장(재산의 평가)에서 정하는 방법을 준용한다.

3) 부동산을 임대차한 경우

지원주체가 지원객체에게 당해 부동산을 무상으로 사용하도록 제공하거나 정상임대료보다 낮은 임대료를 부과하고 임대하거나 정상임차료보다 높은 임차료를 지급하고 임차하는 것은 지원행위에 해당한다. 이 경우 정상임대료는 당해 부동산의 종류, 규모, 위치, 임대시기, 기간 등을 참작하여 유사한 부동산에 대하여 특수관계가 없는 독립한

21) 당해 자금거래와 시기, 종류, 규모, 기간, 신용상태 등의 면에서 유사한 상황에서 당해 지원객체와 그와 특수관계가 없는 독립한 금융기관간에 지원주체의 지원 없이 자금거래가 이루어졌다면 적용될 금리를 말한다.

22) 한국은행에서 발표하는 시중은행의 매월말 평균 당좌대출금리를 말한다.

자간에 형성되었을 임대료로 하되 이를 합리적으로 산정하기 어려운 경우에는 다음 산식에 의한다.

(부동산의 정상가격 - 당해 부동산의 제공과 관련하여 받은 임대보증금)×3%=1년간의 정상임대료

4) 인력을 제공한 경우

지원객체가 지원주체로부터 제공받은 인력과 관련하여 지원주체 또는 당해 인력에 대하여 지급하는 일체의 급여·수당 등(이하 ‘실제지급급여’라 한다)이 정상급여²³⁾보다 적은 것은 지원주체가 지원객체에게 인력지원을 한 경우에 해당한다.

(3) 부당한 지원행위의 금지요건: 공정한 거래(경쟁)를 저해할 우려

어떤 행위가 위에서 본 지원행위에 해당하더라도 그 행위가 부당하고 공정한 거래(경쟁)를 저해할 우려가 있어야 불공정거래행위로서 금지되는데 부당한 행위는 곧 공정한 경쟁을 저해할 우려가 있는 행위라고 보는 것이 통설적 견해임은 이미 설명하였다. 따라서 어떠한 행위를 부당한 지원행위로서 금지하기 위한 두 번째 요건은 ‘공정한 경쟁을 저해할 우려’가 있어야 한다는 것이다.

필자가 알기로는 공정거래법 또는 독점금지법으로 부당한 지원행위와 같은 행위유형을 금지하는 법제를 가진 나라는 없다. 일본도 역시 그러하다. 따라서 특히 위의 두 번째 요건과 관련하여 어떠한 지원행위가 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 보아야 하는가의 문제에 관해 참고할 만한 법제나 이론을 찾을 수 없다. 심사기준은 이 문제에 관해 다음과 같은 판단기준을 제시하고 있다.

1) 부당성 판단을 위하여 고려할 사항

지원행위에 대한 부당성 판단은 원칙적으로 지원객체가 속하는 시장의 구조, 경쟁사업자의 경쟁능력, 지원크기, 지원기간, 지원행위 전후의 지원객체의 시장점유율의 추이, 독과점시장의 신규진입에 대한 지원인지 여부, 중소기업보호의 필요성, 시장개방

23) 당해 인력이 지원객체에 대한 근로제공의 대가로서 지원주체와 지원객체로부터 지급받는 일체의 급여·수당 등을 말한다. 만약 당해 인력이 지원객체와 지원주체 양자에게 근로제공을 하고 있는 경우에는 그 양자에 대한 근로 제공 및 대가지급의 구분관계가 합리적이고 명확한 때에는 당해 인력이 지원객체와 지원주체로부터 지급받는 일체의 급여·수당 등의 급여에서 당해 인력의 지원주체에 대한 근로제공의 대가를 차감한 금액을 위의 정상 급여로 간주한다. 그 구분관계가 합리적이지 아니하거나 명확하지 아니한 때에는 당해 인력이 지원객체와 지원주체로부터 지급받는 일체의 급여·수당 등을 위의 정상급여로 간주한다.

의 정도 등을 종합적으로 고려한다.

2) 판단기준

지원행위가 아래 기준의 1에 해당하는 경우에는 부당한 지원행위에 해당한다.

가) 지원객체가 당해 지원행위로 인하여 일정한 거래분야에 있어서 유력한 사업자의 지위를 형성·유지 또는 강화할 우려가 있는 경우²⁴⁾

나) 지원객체가 속하는 일정한 거래분야에 있어서 당해 지원행위로 인하여 경쟁사업자가 배제될 우려가 있는 경우²⁵⁾

다) 지원객체가 당해 지원행위로 인하여 경쟁사업자에 비하여 경쟁조건이 상당히 유리하게 되는 경우²⁶⁾

라) 지원객체가 속하는 일정한 거래분야에 있어서 당해 지원행위로 인하여 진입이나 퇴출이 저해되는 경우²⁷⁾

3) 부당한 지원행위에 해당할 가능성이 높은 경우

특정한 지원객체에 대하여 지원행위가 있는 날²⁸⁾부터 이전 1년간의 지원금액²⁹⁾ 또는 지원성 거래규모³⁰⁾가 아래 기준의 1에 해당하는 자금·자산·인력지원행위를 하는 경우

24) 심사기준의 예시에 따르면 중소기업들이 합하여 1/2 이상의 시장점유율을 갖는 시장에 참여하는 계열회사에 대하여 동일한 기업집단에 속하는 회사들이 정당한 이유 없이 자금·자산·인력지원행위를 하여 당해 계열회사가 시장점유율 5% 이상이 되거나 시장점유율 기준 3위 이내의 사업자에 들어가게 되는 경우가 여기에 해당한다.

25) 심사기준의 예시에 따르면 지원객체가 지원받은 경제상 이익으로 당해 상품 또는 용역의 가격을 경쟁사업자보다 상당기간 낮게 설정하여 경쟁사업자가 당해 시장에서 탈락할 우려가 있는 경우가 여기에 해당한다.

26) 심사기준의 예시에 따르면 지원객체가 당해 지원행위로 인하여 자금력, 기술력, 판매력, 제품 이미지 개선 등 사업능력이 증대되어 사업활동을 영위함에 있어서 경쟁사업자에 비하여 유리하게 되는 경우가 여기에 해당한다.

27) 심사기준의 예시에 따르면 대규모 기업집단 소속회사가 자기의 계열회사에 대하여 지원행위를 함으로써 당해 계열회사가 속한 일정한 거래분야에 있어서 신규진입이나 퇴출이 어려워지게 되는 경우가 여기에 해당한다.

28) 지원행위가 있는 날이란 지원행위가 계속된 경우에는 지원행위의 종료일을 기준으로 한다. 지원행위가 공정거래사건절차규정 제3조 제4항에 의한 심사착수 보고일까지 종료하지 아니한 경우에는 심사착수 보고일을 기준으로 한다.

29) 여기서 지원금액이라 함은 지원주체가 지원객체에게 제공하는 경제적 급부의 정상가격에서 그에 대한 대가로 지원객체로부터 받는 경제적 반대급부의 정상가격을 차감한 금액을 말한다. 이와 같은 정의는 거래가 물물교환의 형태로 이루어지는 것을 전제로 한 것인데 반대급부가 금전에 해당한다면 그 정상가격을 산정할 필요가 없는 것은 당연하다.

30) 여기서 지원성 거래규모라 함은 지원주체와 지원객체간에 이루어진 자금·자산·인력의 실제

에는 부당한 지원행위에 해당할 가능성이 높은 것으로 상정한다.

가) 지원금액³¹⁾: 그 합계가 10억 원 이상인 경우

나) 지원성 거래규모: 자금지원의 경우 일별누적합계가 1조 원 이상일 때, 자산지원의 경우 100억 원 이상일 때, 인력지원의 경우 연인원 10,000명 이상일 때

(4) 공정거래위원회의 중점 심사대상

심사기준에 따르면 다음 세 가지 요건을 동시에 충족하는 경우 공정거래위원회가 공정거래법 위반여부를 중점적으로 심사하는 대상이 된다.

1) 지원주체 기준

대규모기업집단 소속회사와 사업활동을 영위하는 그 특수관계인이어야 한다.

2) 지원객체 기준

자산 또는 매출 200억 원 이상인 사업자³²⁾ 또는 지원주체의 계열회사, 그 특수관계인이거나 친족 독립경영회사이어야 한다.

3) 지원크기 기준

1년간 지원금액이 1억 원 이상인 경우 또는 1년간의 지원성 거래규모가 일정규모³³⁾에 달해야 한다.

거래가격이 정상가격보다 높거나 낮은 것으로 보는 것이 합리적이거나 정상가격의 구체적 수준을 합리적으로 산정하기 어려운 경우에 당해 거래(무상제공 또는 무상이전을 포함한 다)의 규모를 말한다. 이 경우 거래규모의 산정방법은 상속세및증여세법 제4장(재산의 평가) 및 동법 시행령 제4장(재산의 평가)에서 정하는 방법을 준용한다.

31) 여기서 지원금액이라 함은 지원주체가 지원객체에게 제공하는 경제적 급부의 정상가격에서 그에 대한 대가로 지원객체로부터 받는 경제적 반대급부의 정상가격을 차감한 금액을 말한다. 이와 같은 정의는 거래가 물물교환의 형태로 이루어지는 것을 전제로 한 것인데 반대급부가 금전에 해당한다면 그 정상가격을 산정할 필요가 없는 것은 당연하다.

32) 다만 중소기업의 사업영역 보호 및 기업간 협력 증진에 관한 법률에서 정하는 수탁기업체인 경우는 제외한다.

33) 자금지원의 경우 일별누적합계 1,000억 원 이상, 자산지원의 경우 10억 원 이상, 인력지원의 경우 연인원 1,000명 이상이다.

(5) 공정거래법에 의한 부당한 지원행위 금지의 성격

1) 재벌규제 및 경제력 분산

심사지침은 지원주체, 지원객체 그리고 지원크기의 세 가지 기준을 모두 충족하는 경우 공정거래법 위반여부를 중점적으로 심사한다고 규정하고 있으므로 공정거래법의 적용에 의해 부당한 지원행위로서 금지하고자 하는 행위는 주로 대규모기업집단 즉 재벌 소속회사가 그 계열회사에 대해 일정 규모 이상으로 지원하는 행위라는 사실이 분명하게 드러난다. 공정거래법 제23조 제1항 제7호는 ‘부당하게 …… 다른 회사를 지원하는 행위’라고 규정하고 있어 법문상으로는 중소기업에 의한 지원행위도 부당하다면 금지되는 것으로 보이나 공정거래법의 집행을 공정거래위원회가 사실상 전담하고 있으므로 재벌 계열회사가 같은 계열회사 또는 친족 독립경영회사를 지원하는 행위만이 부당한 지원행위로서 공정거래법의 적용을 받게 될 것임은 분명하다.

정부는 재벌 계열회사간의 상호지원이 다른 기업의 공정한 경쟁기회를 부당하게 제약하는 등 공정한 경쟁질서를 저해함으로써 재벌의 고착화 현상이 더욱 심화되고 있다는 시각을 갖고 있으므로³⁴⁾ 부당한 지원행위를 금지하여 경제력집중을 억제한다는 취지도 있는 것으로 보인다.

2) 중소기업 보호

지난 연말 공정거래법을 개정하여 불공정거래행위로서 금지하는 행위유형에 지원행위를 추가하게 된 취지에 관해 공정거래위원회의 고위책임자는 “대규모기업집단의 계열분리요건을 완화하여 계열분리를 촉진하는 방향으로 공정거래법을 개정하였으나 계열분리 후에 내부거래를 통해 상호간에 자금이나 자산·인력을 부당하게 지원하는 때에는 실질적인 계열분리가 이루어지지 않은 것이나 다른 없을 뿐만 아니라/경쟁력이 없는 한계기업의 퇴출을 저해하고 기업집단에 속하지 않으면서 경쟁력이 있는 중견기업이 공정한 경쟁을 할 수 없게 하는 등 경제 전체의 효율성이나 경쟁력을 저하시키는 원인으로 작용할 수 있기 때문에 이를 추가하게 된 것이며 ……”(사선은 필자가 그은 것임)라고 설명한다.³⁵⁾ 이 설명 가운데 앞의 부분은 같은 집단에 속하는 계열회사 사이의 거래에 한정하여 부당한 지원행위를 금지하지 않고 ‘부당하게 다른 회사에 대하여 …… 지원하는 행위’를 모두 금지하는 규정을 두게 된 이유가 친족 독립경영회사에 대한 계열분리의 실효성을 확보하기 위한 것임을 밝힌 것이다. 뒤의 부분이 부당한 지원행위를 금지하는 기본적인 입법취지에 해당하는 것이다. 즉, ① 대규모기업집

34) 공정거래위원회 독점국장 서동원의 글에서 판단한 것이다. 서동원, 주 5)의 글, p.106 참조.

35) 이남기, 「공정거래법 제5차 개정 내용과 과제」, 『경영법률제도의 비판적 고찰』, 1997년 하계 학술발표회 자료집(제19회), 한국경영법률학회, p.13, 1997. 이남기는 현재 공정거래위원회 상임위원이다.

단에 속하는 한계기업의 시장퇴출이 지연됨을 방지하고 ② 대규모기업집단 계열회사와 비계열회사(즉 중견기업 또는 중소기업) 사이의 공정한 경쟁을 확보함으로써 궁극적으로는 국민경제 전체의 효율성을 촉진하고자 하는 것이 부당한 지원행위를 금지하는 기본적인 이유로 설명된다.

부당한 지원행위를 금지하는 입법이 중소기업의 보호에 그 취지가 있음은 심사지침에서도 드러난다. 즉, 동 지침은 부당성 판단을 위해 원칙적으로 고려할 사항으로서 ① 지원객체가 속하는 시장의 구조, ② 경쟁사업자의 경쟁능력, ③ 지원크기, ④ 지원기간, ⑤ 지원행위 전후의 지원객체의 시장점유율의 추이, ⑥ 독과점시장의 신규진입에 대한 지원인지 여부, ⑦ 중소기업보호의 필요성, ⑧ 시장개방의 정도 등을 열거하고 있다. 부당성 판단에 관해 고려할 이상과 같은 사항들은 지원객체가 속하는 시장의 구조에 관한 사항(①, ②, ⑥, ⑦, ⑧)과 지원행위의 규모에 관한 사항(③, ④) 그리고 지원행위가 미치는 영향(⑤)으로 분류할 수 있을 것이다. 그렇다면 심사지침은 지원객체의 경쟁사업자의 경쟁력이 상당한 경우(②)와 독과점시장의 신규진입에 대한 지원(⑥)인 경우 그리고 중소기업보호의 필요성이 크지 않은 경우(⑦)에 대해서는 공정거래법 적용을 배제하며 경쟁사업자의 경쟁력이 취약하고 시장집중률이 상대적으로 낮은 시장(즉 주로 중소기업으로 구성된 시장)에서 활동하는 지원객체에 대한 일정 규모 이상의 지원행위를 금지하는 것이 그 주된 취지라고 판단된다.

3) 계열회사의 시장퇴출 지연 방지에 의한 재벌기업의 경쟁력 향상

부당한 지원행위를 금지하는 중요한 이유 중의 하나가 대규모기업집단에 속하는 한계기업의 시장퇴출이 지연되는 것을 방지하고자 하는 것임은 심사기준(제3장 3항 2목 참조)이 제시하는 부당성의 판단기준 가운데 하나인 라 목(지원객체가 속하는 일정한 거래분야에 있어서 당해 지원행위로 인하여 …… 퇴출이 저해되는 경우)으로도 알 수 있다. 즉 부당한 지원행위를 금지하는 것은 전면적인 시장개방으로 인하여 종래 누려왔던 프리미엄을 상실하게 될 재벌로 하여금 경쟁력 있는 계열회사만 유지하고 경쟁력이 취약한 계열회사는 정리할 수밖에 없도록 압박하자는 의도가 있는 것이다.

재벌이 계열회사간의 상호지원에 의해 한계기업의 시장퇴출을 지연시키는 행위에 대해 공정거래법을 적용하여 부당한 지원행위로서 금지한다는 입법을 한 배경에는 정부가 재벌에 대해 다음과 같은 인식을 갖고 있기 때문이다.³⁶⁾ 즉 국민경제의 중요한 비중을 차지하고 있는 소수의 재벌이 필요 이상으로 사업을 다각화하고 있는 한편 재무구조가 너무 취약하여 국민경제의 불안정성이 높고 특히 전문성이 미흡한 소수 대주주가 독단적으로 재벌의 중요사항을 결정함으로써 경영상 위험부담이 크고 이는 결국 국민경제상 위험부담을 증대시킨다고 보는 것이다. 다시 말해서 상호지원으로 경쟁력

36) 서동원, 주 5)의 글, pp.104~105 참조.

없는 한계기업의 시장퇴출을 지연시키는 것은 궁극적으로 당해 재벌 전체의 경쟁력을 약화시키는 한편 정부의 업종전문화 시책에도 역행하는 것이라고 간주한 것이다.

정부의 신경제 5개년 계획에 따르면 공정거래법으로 기업집단 특유의 불공정거래행위를 금지함은(반경쟁적 행위의 금지를 통한) 재벌의 소유·경영구조를 선진화시키기 위한 정책수단이며 공정거래법에 근거한 각종의 출자규제(상호출자·지주회사 설립의 금지 및 출자총액·계열회사에 대한 채무보증의 제한)는 재벌의 경쟁력 강화를 위한 정책수단이다.³⁷⁾ 부당한 지원행위의 금지는 기업집단 특유의 불공정거래행위에 해당하지만 계열회사간의 상호지원으로 한계기업에 해당하는 계열회사의 시장퇴출을 지연시키는 행위를 규제하겠다는 것은 공정거래법의 적용으로 재벌기업 전체의 생산적 효율성 증, 경쟁력을 향상시키겠다는 발상이라고 말할 수 있다. 따라서 정부가 공정거래법의 집행을 통해 추진하고 있는 재벌정책은 그 기본적인 목적에 있어 ① 경제력 집중의 억제와 함께 ② 재벌의 경쟁력 확보를 통한 국가의 국제경쟁력 향상이란 이중적 성격을 갖고 있는 것이다.

4) 한시법적 성격

심사지침은 지원행위의 부당성을 판단함에 있어 종합적으로 고려해야 할 시장구조에 관한 사항의 하나로서 시장개방의 정도를 들고 있다. 따라서 해외 금융시장 또는 자본시장에서 필요한 자금조달이 가능한 외국기업과의 경쟁에 재벌 계열회사가 대응할 수 있도록 같은 계열회사가 상호지원한다고 해서 공정거래위원회가 그 부당성을 인정하여 금지할 가능성은 희박하다. 이러한 사실은 공정거래법이 경쟁촉진에 목적이 있다는 점에서 본다면 당연한 사리이지만 공정거래법의 부당한 지원행위 금지에 관한 조항은 국내시장에 외국 기업이나 상품이 본격적으로 진출하기 전에만 한시적으로 적용되는 조항으로서의 성격을 갖고 있다고 말할 수 있다.

37) 서동원, 주 5)의 글, p.113, <표 7> 참조.

제4장

공정거래법에 의한 부당한 지원행위의 금지에 대한 비판

공정거래법에 의한 부당한 지원행위의 금지에 대한 비판

1. 공정거래정책의 목적

：효율성보다 중소기업 보호를 우선시켜야 하는가?

공정거래법으로 부당한 지원행위를 금지함은 위에서 본 것처럼 재벌을 규제하고 경제력집중을 억제하며 그리고 중소기업을 보호하기 위한 것이라는 성격을 갖고 있다. 그렇다면 공정거래법이 이러한 목적을 추구함이 적절한지 우선 입법론의 시각에서 따져 볼 필요가 있다. 미국 반트러스트법의 목적에 관한 논쟁은 실정법의 해석에 관한 논쟁이지만 바로 이 문제를 다루고 있다.³⁸⁾

(1) 미국 반트러스트법의 목적에 관한 논쟁과 경과

공정거래법 또는 독점금지법의 모국이라고 하여야 할 미국의 경우 반트러스트법의 목적은 이 법의 해석 또는 집행에 있어서의 지침이자 사후적인 평가의 기준이므로 그 중요성만큼 대답하기 어려운 문제로 간주되고 있다. 따라서 우리에게 과거 알려졌던 것³⁹⁾과 달리 반트러스트법의 목적에 관한 논쟁은 미국 법학계에서는 가장 격렬하고 끈질기게 지속되고 있는 논쟁이다.⁴⁰⁾

미국 반트러스트법의 목적에 관한 논쟁은 기본적으로 두 가지 주장의 대립으로 집약할 수 있다. 즉, 경제적 효율성(소비자후생)이 반트러스트법의 유일하고 배타적인 목적이라고 보는 견해(일원적 목적관)가 있고 경제적 효율성에 대해 ‘대립관계에 있는’

38) 미국 반트러스트법의 목적에 관한 논쟁이라고 하지만 그것은 주로 입법 의도가 불분명한 셔먼법의 목적에 관한 논쟁이다. 셔먼법은 목적조항이 없을 뿐만 아니라 ‘거래를 제한하는 모든 계약, 결합 또는 공모’(제1조) 그리고 ‘독점화하려거나 독점하려고 기도’하는 것(제2조)을 위법이라고 일반적으로 규정하고 있을 뿐이다. 따라서 문리해석만으로는 이러한 일반조항의 정확한 의미를 파악할 수 없다. 이 점에서 매우 상세한 규정을 두고 있는 우리 공정거래법과 사정이 다르다. 그러나 미국 반트러스트법의 목적에 관한 논쟁은 경제이론과 깊은 관련이 있어 특히 공정거래법에 관한 입법론적인 고찰에 큰 도움이 된다.

39) 국내문헌에서는 다원적 목적관에 입각한 수십년 전의 판례가 지금도 정설定說인 것처럼 소개하거나 아니면 김영호, 『경제법』, 법문사, 1990, p.45처럼 반트러스트법의 목적이 경쟁을 통한 소비자보호에 있다는 데에 판례와 학설이 일치한다고 소개하는 것이 일반적이었다. 그러나 이것은 일부 문헌만을 읽은 데서 오는 오해이거나 아니면 자신의 주장을 강변하기 위한 의도된 착오인 것으로 생각된다.

40) David B. Audretsch, *The Market and the State: Government Policy toward Business in Europe, Japan and the United States*, New York: Harvester Wheatsheaf, 1989, p.29; Herbert Hovenkamp, *Federal Anti-trust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1994, pp.71~72.

비경제적 목적들(즉, 경제이론으로서는 설명할 수 없거나 일정 부분 효율성을 희생해야만 실현될 수 있는 가치들)도 함께 존중해야 한다는 견해(다원적 목적관)가 대립한다. 과거의 판례나 각종 문헌들을 통해 효율성과 대립관계에 있는 비경제적 목적들을 찾아본다면 중소기업의 보호, 시장진입의 용이성 보호, 민주적 정치제도, 경제력의 분산, 경제력 또는 정치적 힘의 집중에 대한 염려, 상거래의 도덕 또는 ‘공정성’ 촉진 등이 있다. 이러한 비경제적 목적들은 동일 또는 유사한 가치를 보는 각도에 따라서 표현만 달리 한 것들이 많으므로 독립한 중소기업의 보호와 경제력의 분산으로 크게 나누어 볼 수 있을 것이다. 경제적 효율성이 반트러스트법의 유일하면서도 배타적인 목적이라고 보는 입장에서는 이러한 가치들을 가리켜서 흔히 인민주의적 목적⁴¹⁾이라고도 부른다.

1970년대 전반 이전까지 특히 워렌 대법원장 시대(1953~1973)에 형성된 대법원 판례는 인민주의적 목적을 중시하고 이른바 당연위법의 원칙을 광범위하게 적용함으로써 경쟁의 자유와 공정성을 강조하는 특성이 있었다. 이 시대의 행정부가 추구한 반트러스트정책 역시 같은 경향이었는데 이른바 하버드학파는 이 때의 지배적인 반트러스트 경제이론이었다. 그러나 1970년대 후반부터 반트러스트 판례와 행정부의 반트러스트 정책이 경제적 효율성을 중시하고 합리성의 원칙을 광범위하게 적용하는 보수주의적인 경향으로 급변하였다. 이러한 전환은 인민주의적인 목적의 추구를 강하게 비판하면서 경제적 효율성이 반트러스트법의 유일한 목적이라고 주장하는 시카고학파가 지배적인 영향력을 행사한 결과였다.⁴²⁾ 1990년대에 들어서면서 이른바 후(後)시카고학파가 등장하여 시카고학파의 이론을 부분적으로 부정하거나 수정함으로써 반트러스트 경제학에서 갖는 비중이 증가하고 있지만 아직도 시카고학파가 대세를 쥐고 있다고 말할 수 있다.⁴³⁾

41) 인민주의자populist는 역사학 용어로서 서면법이 통과된 다음해인 1891년 만들어진 인민당the People's Party의 당원이었다. 인민당은 은화의 자유 주조, 철도의 국.공유화 및 토지소유권의 제한 등을 주장하였다. 또한 대기업과 큰 정부를 불신하였다. 그러나 경쟁을 옹호하지는 않았고 오히려 가격과 시장진입조건을 규제하는 형태의 정부규제를 선호하였다. 인민주의자라는 용어는 오늘날 대기업을 원자적原子的으로 분할하여 주로 중소기업으로 구성된 산업사회가 실현되기를 원하는 자를 의미하는 부정적 의미로 흔히 쓰인다. Eleanor M. Fox, "The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium", 66 Cornell L. Rev., note 12. 1981. pp.1143~1144

42) 소비자의 이익을 희생하더라도 중소기업 위주의 사회를 유지하는 것을 추구하던 과거의 반트러스트정책이 1970년대 중반 이후 바뀐 배경으로서 우선 시카고학파의 득세와 함께 1974년의 버거Warren E. Burger 대법원장 취임 등 대법원 판사 구성의 변화를 들 수 있다. 또한 세계경제에서 미국이 차지하던 지위의 약화 즉, 급격히 악화되는 인플레이션과 생산성 저하, 국제수지 적자 폭의 확대, 일본과 독일 제품의 세계시장 진출의 극적인 확대라는 사태를 맞이하여 생산적 효율성에 관한 근심이 전국민적으로 확산되는 한편 반트러스트법이 효율성의 성취를 방해하는 주범이라고 비난하는 여론이 형성되었음이 지적된다. Fox, supra note 41, p.1143.

43) Susan S. DeSanti, "Introductory Remark: Challenges to the Chicago School Approach", 58 Antitrust L. J. 629, 1989; M. Sean Royall, "Editor's Note: Symposium on Post-Chicago Economics", 63 Antitrust L. J. 1995; Hovenkamp,

(2) 중소기업 보호·경제력 분산의 추구에 대한 비판

시카고학파가 반트러스트정책을 지배하기 시작한 후에는 최소한 워렌 대법장시대의 판례와 같이 경제적 효율성보다 이른바 인민주의적 목적을 우선시켜야 한다고 주장하는 자는 거의 없는 것으로 생각된다. 하바드학파의 대표적인 반트러스트법학자 어리더와 터너 두 교수도 시카고학파처럼 반트러스트법의 목적을 경제적 효율성으로만 한정하려는 입장을 취하고 있다. 여기에서는 두 교수가 함께 쓴 저서 가운데에서 반트러스트법이 중소기업의 보호나 경제력 분산 즉 인민주의적 목적을 추구해야 한다는 견해에 대한 비판⁴⁴⁾을 소개한다.

1) 경제적 효율성과 중소기업 보호·경제력 분산과의 관계

경제적 효율성을 촉진하는 공정거래정책은 일반적으로 경제력의 분산과 사업기회의 확대라고 하는 목적의 실현에도 기여한다. 그러한 의미에서 중소기업 보호·경제력 분산의 목적과 경제적 효율성이란 목적이 일치하는 범위는 넓다. 그러나 생산과 유통에 있어서 규모의 경제는 기업의 절대적 규모를 확대하고 한정된 시장수요를 충족할 수 있는 공급자의 수를 감소시킨다. 이와 같은 경우에는 언제나 경제적 효율성의 추구하고 중소기업 보호·경제력 분산의 추구가 어느 정도이건 충돌하게 마련이지만 후자를 우선시켜 비효율적인 기업을 보호함은 사실상 독립적인 중소기업 위주의 산업사회 실현에 역행한다. 국민 전체의 복지를 감소시키는 대신에 입법적 또는 사법적 보호에 의존하는 부류의 사업자들을 만드는 것이 기업규모를 축소하고 경제력을 분산시키므로 외견상 이른바 인민주의적 목적에 부합하는 것 같지만 독점기업과 정부로부터 다수의 ‘독립적인’ 기업가들이 중심이 된 사회를 유지한다는 제퍼슨식의 이상⁴⁵⁾을 실질적으로는 파괴하는 것이다. 국민 전체의 복지를 감소시키는 대신에 그들을 입법적 또는 사법적으로 보호하도록 정치적 압력을 가하는 이익집단을 조장하는 것이 정치적 민주

supra note 40, p.70. 1994년 시카고학파의 보수적인 반트러스트 이론에 동조하는 것으로 평가받는 Stephen G. Breyer가 진보주의적 이념의 민주당 출신인 클린턴 대통령의 지명으로 대법원 판사에 취임하였다. Antitrust Law & Economics Review Vol. 26, No. 3, 1994.는 동 판사의 취임에 적대적인 입장에 선 9편의 논문으로만 채워진 특집호이다. The Antitrust Bulletin, Spring 1995.에도 찬반의 견해를 대변하는 Edward O. Correia, “Antitrust and Liberalism”, p.99와 Stephen F. Ross, “Justice Breyer and the Fault Lines of Antitrust”, p.169가 실려 있다.

44) Phillip Areeda & Donald F. Turner, Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, Vol. I, (Boston, Ma: Little, Brown & Co., 1978), Vol. I, pp.23~31.

45) 이른바 인민주의적 목적을 중시하는 입장은 미국 건국 초기에 제3대 대통령 제퍼슨 Thomas Jefferson이 해밀턴 Alexander Hamilton과의 논쟁에서 주장했던 정치사상에서 유래하는 것이다. 해밀턴은 국민경제의 공업화에 의한 경제성장을 주장했지만 제퍼슨은 독립적인 중소기업가들이 독립적인 훌륭한 시민으로서 민주정치의 기반이 된다고 보고 이들이 중심이 된 국가를 유지하는 것이 중요하다고 생각했던 것이다. Stephen F. Ross, Principles of Antitrust Law, Westbury, New York: The Foundation Press, pp.6~8, 1993.

주의 이념에 부합한다고 보기도 어렵다.

- 2) 경제적 효율성보다 중소기업 보호·경제력 분산의 목적을 우선함은 과다한 비용을 수반하거나 실효성이 없거나 또는 관리 불가능하다

불필요하거나 비효율적인 기업을 유지하는 것이 오히려 인민주의적 목적의 실현에 역행한다는 사실은 방금 지적한 바 있다. 이 외에도 중소기업 보호·경제력 분산의 목적을 우선시키지 않아야 할 충분한 이유가 있다.

- 가) 경제적 효율성보다 중소기업 보호·경제력 분산의 목적을 우선함은 과다한 비용을 수반한다.

중소기업 보호·경제력 분산의 목적을 철저하게 추구한다면 모든 시장에 엄청난 수의 제조업자가 존재함이 보장될 정도가 되어야 하는 대신에 규모의 경제 등 경제적 효율성(소비자후생)은 철저하게 희생시켜야 한다. 따라서 이러한 목적의 추구가 가질 수 있는 효용에 관한 논의는 공정거래정책이 소비자후생을 심각하게 희생시키지는 않을 것이라는 전제에서 출발하지 않으면 안된다. 그렇다면 효율적인 시장구조에 대해 간섭을 하더라도 용인할 수 있는 정도로 그리고 극히 신중하게 이루어질 수밖에 없는데 이 경우 뚜렷한 경제력 분산이나 감지할 수 있을 정도로 정치적 생활의 변화가 발생할 가능성은 거의 없다. 소수의 기업을 인위적으로 유지시킨다고 해서 별다른 효과가 발생할 수 없기 때문이다. 그렇다고 해서 보다 많은 수의 비효율적인 기업을 유지하기 위해서 엄청나게 효율을 희생시키는 공정거래법 집행이 있게 된다면 그러한 노력의 비용에 상응하는 성과가 남을 가능성은 없다. 특히 아래의 사항들을 고려한다면 그러하다.

- 나) 중소기업 보호·경제력 분산의 목적을 추구하더라도 실효성이 없는 경우가 흔히 있다.

중소기업 보호·경제력 분산의 목적이 효율성의 목적에 양보할 수 있는 최소한의 양보는 어떤 기업이 내부성장에 의해 규모의 경제 또는 수직적 통합의 경제를 얻을 수 있는 규모까지 도달하는 것을 허용하는 것이다. 그러나 일단 이렇게 양보하고 나면 그러한 경제의 이익을 얻는 수직적 기업합병 기타의 방법을 금지하더라도 보다 작은 규모의 기업단위로 시장을 구성한다는 노력은 실효성을 거의 상실하고 만다. 예컨대 어떤 제조업자가 판매까지 겸업함으로써 비용을 절감할 수 있었다(내부성장에 의해 수직적 통합의 경제라는 이익을 얻었다)고 가정하자. 이 경우 공정거래위원회가 수직적 합병을 금지하더라도 통합되지 않은 기업을 보존한다는 것은 현실적으로 불가능하다. 왜냐하면 내부성장에 의하든 외부성장에 의하든 또는 전방으로든 후방으로든 수직적 합병을 하지 않은 기업은 경쟁에서 패배하여 시장에서 도태될 수밖에 없기 때문이다. 그러나 그렇다고 해서 내부성장과 마찬가지로 수직적 합병이 자유롭게 허용되어야 한다는 것을 의미하는 것은 아니다. 예컨대 어떤 제품을 A, B, C라는 생산자로부터 공

급받아 소비자에게 판매하는 a, b, c, d, e, f가 있고 A는 소비자에 대한 판매를 겸하고 있다면 B와 b가 합병하는 것은 내부성장에 의해서 수직통합을 할 수 있는 사업자의 수가 각 단계에서 하나씩 줄어드는 결과가 되고 특히 생산자시장이 A, B, C 세 기업에 의해 과점되고 있으므로 잠재적 진출자 b의 소멸은 중요한 의미를 가질 수 있다. 그러나 이 문제는 중소기업 보호, 경제력 분산의 목적과 상관없이 경쟁에 미치는 영향을 분석하여 해결할 수 있다. 또한 생산적 효율성의 향상이라는 주장만으로 수직적 합병의 위법성을 조각시킬 수 있는 것도 아니다. 그것은 개별사건의 사실관계로 보아 만족할 만한 입증이 가능한가에 따라서 결정되어야 할 문제이다. 요컨대 수직적 통합의 경제로 인한 상당한 이익의 존재가 분명하다면 수직적 합병의 금지를 통해 수직적으로 통합되지 않은 기업들을 유지한다고 노력하더라도 원하는 성과를 거둘 수 없다는 사실을 지적해둔다.

동일한 논리가 수평적 합병이나 혼합합병에도 적용된다. 시설투자의 확대에 의해 규모의 경제에 도달하거나 업종확대에 따른 범위의 경제가 실현된다면 비효율적으로 작은 규모의 기업이나 다각화의 이익을 누리지 못하는 기업은 시설투자나 업종을 확대하거나 아니면 동일한 효과가 있는 다른 기업과의 합병을 하지 않으면 시장에서 도태될 수밖에 없다. 또한 수직적으로 관련된 기업들이 경쟁사업자를 봉쇄하는 계약(예컨대 구매 또는 공급에 관한 계약 또는 판매영업권의 제한 등)을 통해서 상당히 유리한 지위에 서게 되었다면 공정거래법으로 다른 기업의 동일한 행위를 금지하더라도 실효가 없다. 다른 기업들은 스스로 수직적 업종확대를 하거나 수직적 합병을 하지 않으면 시장에서 도태될 것이 분명하다.

마지막으로 또 하나의 예를 들겠다. 수요가 너무 적거나 가격을 인상한다면 수요가 급격하게 감소하는 시장에 있어서는 효율적 규모의 금지가 기업의 수를 오히려 감소시키거나 시장 자체를 파괴하는 경우도 있을 수 있다. 단순한 예로서 어떤 지역사회의 인구가 너무 적어 겨우 하나의 영화관만을 감당할 수 있다고 하자. 만약 영화관이 하나 더 생겨 종래의 고객이 둘로 나누어진다면 어느 영화관도 종전의 가격으로는 유지가 불가능하고 그렇다고 해서 가격을 인상하더라도 고객의 수를 급감시켜 결코 순수입이 증가되지 않을 것이다. 결국 어느 하나의 영화관은 폐쇄되지 않을 수 없다.

복수의 사업자를 유지하기 위한 노력이 실제로는 반대의 결과를 초래할 위험이 있다는 것은 사실이다. 예컨대 상당히 많은 수의 최종제품 제조업자들(A, B, C, D, ... N)이 존재하는 산업에서 필수적인 어떤 부품의 제조공정에 기술혁신이 일어나 종전보다 훨씬 싸게 생산하는 것이 가능해진 대신에 전체 산업을 감당할 만큼 대규모의 공장에서만 이 제조공정을 적용할 수 있다고 가정하자. 또한 최종제품 제조업자들(A, B, C, D)이 이 부품을 종전과 같이 수많은 독립 공급업자들(a, b, c, d, ... n)로부터 공급받지 않고 새로운 제조공정에 의해 부품을 생산할 공장을 세우기 위해 합작투자하기로

합의했다고 가정하자. 만일 독립된 부품 제조업자들의 존속 그 자체를 위해 위의 합작투자가 금지된다면 최종제품 제조업자 또는 부품 제조업자 가운데 누군가 새로운 제조공정을 적용하는 공장을 세워서 그 부품에 대해 합법적인 독점력을 얻게 될 것이다. 따라서 합작투자를 금지한다고 해서 비효율적인 부품 제조업자의 시장잔류가 가능하게 되지 않을 것이며 어느 하나의 최종제품 제조업자(A)에 의한 수직적 후방통합은 다른 최종제품 제조업자가 그 부품의 구매에 관해 경쟁사업자(A)에게 의존하게 되므로 시장에서 도태될 위기에 서게 되는 것이다. 다만 경쟁관계에 있는 최종제조업자들(A, B, C, D)에 의한 합작투자가 갖는 공정거래법상의 문제는 별론으로 한다.

다) 효율성을 희생하여 중소기업 보호·경제력 분산의 목적을 추구하는 경우 감당할 수 없는 부담을 공정거래법 집행기관이 안게 된다.

법적 강제로 인해 비효율적인 기업이 시장에서 도태되지 않고 일시적으로 잔류하게 되었다고 가정하더라도 시장진입과 가격결정이 자유로운 시장에서는 언젠가는 도태될 수밖에 없다. 효율적인 다른 기업이 언제라도 이윤극대화를 위해서 경쟁적 수준까지 가격을 인하하게 될 것이기 때문이다. 따라서 비효율적인 기업이 시장에서 그대로 존속할 수 있도록 하기 위해서는 적절한 법적 이론과 제도를 마련하지 않으면 안된다. 우선 효율적인 기업(그리고 이와 이해관계가 일치하는 소비자의 이익)과 비효율적인 기업의 이익(및 이들이 대변한다고 주장되는 경제력 분산의 목적)을 비교해야 하고 효율적인 기업에 의한 가격인하나 품질향상이 비효율적인 경쟁자의 합리적인 노력으로도 성취 가능한 것인지를 판단하여 금지여부를 결정하지 않으면 안된다. 그러나 이처럼 특정 기업을 경쟁으로부터 보호하기 위해 국가가 언제, 어느 정도까지 개입해야 할지에 관한 합리적 기준을 설정하는 것은 불가능하거나 무척 어려운 일이다. 경제력의 분산이라는 가치는 금전으로 환산하거나 측정할 수 없는 추상적인 가치이므로 이를 금액으로 환산하여 효율적인 기업 및 소비자가 입는 피해와 비교할 수는 없다. 또한 자본주의 사회에서 경제력 분산이라는 명목으로 비효율적인 기업 모두를 존속시킬 수 없는 것이 당연하다면 정치적 가치에 의한 판단이 불가피하다. 법원이나 공정거래위원회는 특정한 비효율적인 경쟁자의 존속 여부에 관한 우리 사회의 총체적인 정치적 여론의 분포를 판단하거나 아니면 정치적 민주주의의 유지와 어느 정도 관련성이 있는가 혹은 그로 인한 소비자 피해를 정당화할 수 있는지 객관적인 판단기준을 제시하기에는 부적합하다. 예컨대 혹시 대형 슈퍼마켓에 의한 유통혁명으로 수많은 구멍가게가 사라지지 않도록 방지할 수단이 마련되어 있다고 하더라도 소비자가 필요 이상의 가격을 부담해야 한다고 생각하는 사람은 아무도 없을 것이다.

비효율적인 기업을 산발적으로 보호한다고 해서 경제력 분산이라는 가치의 실현에 거의 도움이 되지 않고 체계적으로 비효율적인 기업을 보호하는 것 역시 감당할 수 없는 비용을 수반하게 마련이지만 근본적인 문제는 이를 절충할 수 있는 방안도 강구할 수 없다는 것이다. 상대적으로 비중이 낮은 소비재나 또는(그 가격 양등이 최종소비재

가격인상으로 전가되는 비율이 매우 적은) 생산재에 한정된다면 중소기업의 보존이란 가치가 소비자의 부담 가중 방지보다는 우선한다고 볼 수도 있을 것이다. 그러나 중소기업 유지라는 목적에 기초한 공정거래법 집행이 소비자에게 주는 부담이 누적된다면 엄청난 결과가 발생할 것이다. 또한 중소기업 보존이 초래하는 경제적 비용의 크기만큼 보호되어야 할 중소기업의 수를 한정하는 방안도 현실적으로 실시 불가능하다. 경제적 비용의 크기를 금액으로 환산하는 것은 특히 어려운 일이다. 규제하지 않음으로써 얻을 수 있는 이익의 크기를 평가하는 것이 어려운 것은 물론이지만 규제로 인해 입을 최대의 손실은 규모의 경제, 기타의 이익을 상실하는 것이라기보다는 미래의 효율적인 행동과 기술혁신을 좌절시킨다는 엄청나지만 측정 불가능한 비용일지 모른다. 더구나 경제적 비용의 크기를 금액으로 환산할 수 있다고 하더라도 그러한 비용과 중소기업의 수를 유지하거나 증가시키는 이익을 비교하여 어느것을 우선시킬지를 결정할 수 있는 분명한 공식이 존재하지 않는 것이다. 결론적으로 경제적 효율성보다 중소기업 보호, 경제력 분산의 목적을 우선시켜야 할지 여부를 결정할 수 있는 합리적이면서도 관리 가능한 기준을 사실상 설정할 수 없기 때문에 인민주의적 목적의 추구는 변덕스러운 판결로 인한 법적 불안정성, 심각한 예측가능성 결여, 그리고 집행비용의 격증이라는 결과를 낳게 된다.

마지막으로 지적해야 할 것은 비록 적용 가능한 기준을 찾아낸다고 하더라도 이 기준을 적용하는 일은 공정거래법 집행기관에게는 극히 부적합하기 때문에 엄청난 부담이 된다. 보다 효율적인 기업으로부터 중소기업을 보호함으로써 시장에 많은 수의 기업이 존재하도록 만들기 위해서는 기업의 행위와 성과를 지속적으로 주시하는 것이 불가피하다. 적극적인 기업에 의한 기술혁신과 가격인하가 갖는 위협적인 영향을 평가해야 할 것이다. 중소기업의 보호를 위해 가격경쟁을 억제한다면 경쟁관계에 있는 대기업은 가격인하 대신에 품질향상이나 부대 서비스의 제공 또는 판촉경비의 증대에 의한 경쟁으로 전환하게 될 것이므로 이러한 측면의 경쟁 역시 규제의 대상에 포함시켜야 할 것이다.

3) 효율성과 충돌하지 않더라도 인민주의적 목적의 추구는 부적절하다

경제학에 기초한 아래의 간단한 설명은 경제력 분산을 추구하는 공정거래법의 성격을 이해하는 데 도움이 될 것이다. 첫째로, 경쟁적 고려(자원배분적 효율성)에 근거하여 공정거래법으로 어떤 행위를 금지하기 위해서는 실질적으로 반경쟁적 영향을 끼치거나 그러한 위험이 있어야 한다는 요건이 충족되어야 한다. 만약 이 요건이 충족되지 않으면 그 행위가 효율성(생산적 효율성+기술혁신)을 향상시킬지 여부를 따질 필요가 없다. 그런데 어떤 행위가 생산적 효율성을 증가시켰음을 증명할 수 없다고 해서 사실상 효율성 향상이 전혀 없었다는 것을 의미하지는 않는다. 반대로 그 행위가 생산적 효율성을 증가시켰다면 경쟁감쇄에서 오는 어떤 이득을 기대하지 않았을 가능성이

있다. 따라서 생산적 효율성을 향상시킬 수도 있고 그렇지 않을 수도 있다. 그럼에도 불구하고 그러한 종류의 행위를 일률적으로 금지함은 생산적 효율성을 향상시키는 행위까지 금지하는 경제적 비용이 발생하는 것은 물론이다. 예컨대 시장점유율이 1% 이하인 기업들간의 수평적 합병이 금지요건인 반경쟁적 영향을 갖는다고 볼 수는 없을 것이다. 이러한 합병이 연속적으로 이루어진다고 하더라도 경쟁에 미치는 영향의 평가는 동일할 것이다. 또한 연속하여 합병이 있다는 사실로 미루어 볼 때 적어도 일부의 경우에는 효율성 향상이 있는 것으로 추정할 수 있다. 경제력 분산이라는 목적에 따라 이러한 작은 규모의 합병을 금지한다면 그 합병이 성취할 수도 있는 효율성에 관한 검토가 필요하지만 그 존부나 크기를 확인하기가 매우 어려운 경우가 흔히 있다.

둘째로 위에서 말한 것과 같은 사실상의 어려움으로 인해 약간의 효율성 희생을 각오하면서도 단순화된 법규범을 채택할 수도 있다. 여기서 다시 수평적 합병을 예로 들어 설명한다. ① 효율성 향상의 크기를 측정하는 어려움으로 인해 모든 합병에 관해 개별적으로 검토하는 것을 포기한다. ② 효율성 향상이란 이유에서 정당화될 가능성이 있는 모든 합병을 허용한다면(원자적) 경쟁을 불필요하게 감소시키므로 부당하다. ③ 절충안으로서 일정 규모 이상의 합병만 금지한다. 결론적으로 효율성이라는 목적만을 추구하는 경우보다 중소기업 유지·경제력 분산의 목적을 함께 고려하는 절충안의 경우에는 규모가 훨씬 작은 합병까지 금지하게 된다. 그러나 사안별로 문제의 행위가 초래하는 효율성 향상의 존부와 크기를 확인한다면 막대한 집행비용이 수반될 것이며 그렇게 하지 않는다면 그만큼 효율성 향상이라는 목적과 충돌할 가능성이 존재한다.

4) 요약

요약하자면 경제적 효율성보다 중소기업의 보호·경제력 분산을 우선시킴은 비효율적인 기업의 유지 즉 경쟁이 아닌 경쟁자의 보호를 추구하는 것이다. 이것은 결국 합리적 기준을 무시한 법규범과 공정거래법 집행기관이 감당할 수 없는 업무부담의 가중, 그리고 의타적인 부류의 기업 양산이라는 결과를 초래하게 된다. 엄청난 법적 불안정성이 야기되고 반트러스트법이 실현할 수 있는 적절한 목적의 설정 역시 불가능하게 된다. 효율성과 충돌하지 않는 범위내에서만 중소기업의 보호·경제력 분산을 추구한다는 것도 부적절하다. 왜냐하면 사안별로 어떤 행위가 초래하는 효율성 향상의 존부와 크기를 확인하는 것이 어렵거나 막대한 집행비용이 수반될 것이며 그러한 확인을 하지 않고 중소기업의 보호 또는 경제력의 분산을 추구한다면 그만큼 효율성 향상이라는 목적과 충돌할 위험이 존재하기 때문이다.

(3) 공정거래법의 목적에 관한 국내의 통설적 견해와 문제점⁴⁶⁾

1) 공정거래법의 목적에 관한 국내의 통설적 견해

우리나라 공정거래법은 제1조에서 그 목적을 분명하게 선언하고 있다.⁴⁷⁾ 따라서 “공정거래법은 공정하고 자유로운 경쟁의 촉진 그 자체를 목적으로 한다”는 통설적인 견해가 현재로서는 의문의 여지가 없이 자명한 것처럼 받아들여지고 있다. 공정거래법의 목적에 관한 통설적 견해를 요약하면 ① ‘시장지배적 지위의 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고, 부당한 공동행위 및 불공정거래행위를 규제’함은 공정거래법의 목적을 실현하기 위한 수단이고 ② 공정거래법의 목적에는 직접적 목적과 궁극적 목적(소비자의 보호 및 균형 있는 국민경제의 발전)이 있으나 공정거래법의 해석과 집행의 기준이 되는 것은 직접적 목적 즉, 공정하고 자유로운 경쟁의 촉진이다. 따라서 어떤 행위가 어떤 형태로 행해지든(소비자의 보호나 국민경제의 발전 등) 궁극적인 목적에 합치된다고 하여 공정거래법의 금지대상이 되지 않는다고 보는 것은 타당치 않다고 주장한다.

2) 문제점

공정거래법의 목적에 관한 통설적 견해는 다음과 같은 문제점이 있다. 우선 공정거래법은 경제력의 일반집중을 억제하고 중소기업의 보호하기 위한 다수의 조항이 있으므로 경제력집중의 억제와 중소기업의 보호가 현행 공정거래법의 목적에 해당한다는 사실을 부인할 수 없다. 또한 경제력의 ‘시장집중’ 금지 즉 기업결합의 제한(공정거래법 제7조)이 경쟁촉진을 위한 수단이 되는 것은 분명하지만 경제력의 ‘일반집중’ 억제가 반드시 일정한 거래분야 즉, 시장에서의 경쟁을 촉진하는 수단이 된다고 볼 수는 없다.⁴⁸⁾ 따라서 경제력의 일반집중 방지가 경쟁촉진의 수단이 된다는 논리는 성립될 수 없다. 결론적으로 공정거래법의 목적에 관한 통설적 견해는 현행법의 해석과 집행에

46) 상세한 설명은 이문지, “공정하고 자유로운 경쟁은 목적인가 아니면 수단인가? : 공정거래법의 목적에 관한 통설적 견해의 문제점”, 『상사법연구』, 제16권 제2호, 한국상사법학회, 1977.(615쪽 이하) 참조.

47) 공정거래법 제1조는 다음과 같이 규정하고 있다. “이 법은 사업자의 시장지배적 지위의 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고, 부당한 공동행위 및 불공정거래행위를 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모함을 목적으로 한다”

48) 여기서 일반집중은 국민경제 전체로 보아 특정 상위기업이 점하는 경제력 집중의 정도에 관한 것이지만 시장집중은 특정 산업분야(시장)에서 특정 상위기업이 점하는 경제력집중의 정도에 관한 것이다. 이남기, 주 14)의 책, pp.239~240 ; OECD, Concentration and Competition Policy, Paris : OECD, 1979, para. 3 ; 妹尾明 編, 『現代日本の産業集中』, 日本經濟新聞社, 1983, pp.2~4. 그런데 예컨대 재벌 계열회사가 다른 회사의 주식을 매입하는 경우 일반집중 방지에 관한 공정거래법의 적용이 있을 수 있지만 독과점상태에 있는 특정 시장에 신규로 진입하기 위해(주식매입이나 영업양수 등을 통해) 기존 소규모 사업자(회사)를 취득함을 금지시키는 것은 오히려 경쟁촉진에 역행한다.

있어 지침이 될 수 없다.

불공정거래행위의 금지에 관한 조항만 보더라도 통설적 견해는 결코 법규해석의 지침을 제공하지 않는다. 즉 경제력집중을 억제하고 중소기업을 보호하는 것이 소비자의 이익 보호와 충돌하는 경우 어떻게 현행 공정거래법을 집행할 것인지의 문제에 대한 대답을 제시하지 못한다. 더구나 공정거래법이 궁극적으로 지향할 것이 이른바 궁극적 목적(소비자의 보호 및 국민경제의 발전)인지 아니면 직접적 목적(공정하고 자유로운 경쟁)인지 분명하지 않으므로 입법론적으로도 참고할 가치가 없다.

정확하게 말하자면 통설적 견해는 ‘공정하고 자유로운 경쟁’을 강조하여 내용이 불분명한 경쟁의 자유와 공정성을 절대적인 가치로 부각시킴으로써 실질적으로는 소비자의 이익보다 경제력의 분산과 중소기업의 이익을 우선시키고 있는 것이다. 다시 말해서 공정거래법의 목적에 관한 국내의 통설적 견해는 이제는 과거의 유물이 되어버린 1970년대 이전의 미국 반트러스트 판례이론과 비교할 때 실질적으로 동일한 입장이다.

3) 공정거래법의 목적으로서의 경제적 효율성(소비자후생)

미국의 경우 이미 앞에서 보았듯이 1970년대 후반부터 경제적 효율성이 반트러스트법의 유일한 목적이라고 보는 시카고학파가 반트러스트 판례와 행정부의 반트러스트 정책에 지배적인 영향력을 행사하게 되었다. 따라서 경제적 효율성이 반트러스트법의 적어도 가장 중요한 목적으로 부각되었고 그러한 흐름은 지금도 변함이 없다.⁴⁹⁾ 미국은 이 분야의 법학에 있어서 가장 오랜 역사와 경험 그리고 발달된 이론을 가지고 있다. 우리 공정거래법 역시 일본을 통해 미국 반트러스트법을 계수한 것이다. 따라서 우리 공정거래법의 입법과 해석의 지침이 되는 동법의 목적에 관한 종래의 통설적 견해가 이제 유지될 수 없다면 미국 반트러스트법의 목적에 관한 현재의 지배적인 흐름을 따르는 것이 옳을 것이다.

49) 반트러스트법의 목적에 관한 전통적인 입장을 지지하는 학자들이 아직도 존재하지만 대부분 경제적 효율성이나 소비자의 이익을 침해하지 않는 범위 안에서만 비경제적 목적을 추구해야 한다는 입장을 분명히 하고 있는 경우가 많다. 예컨대 Fox, *supra* note 41, p.1190은 전통적인 다원적 목적관을 옹호하고 기업과 개인의 경쟁기회를 보존·유지해야 한다고 강조하면서도 반트러스트법은 소비자이익의 관점에서 효율성 향상을 원하는 사회의 변화에 적응하여야 한다는 것을 반트러스트법의 현대화를 위한 기본 전제로 설정한다. 또한 Carl Kaysen & Donald F. Turner, *Antitrust Policy*, Cambridge, Ma: Harvard University Press, 1959, pp.11~20은 전통적인 다원적 목적관에 입각한 약 40년 전의 문헌이지만 결론적으로 ‘양자택일이 불가피하다면 경쟁적 행동에 대한 유인(경제적 효율성)의 보호를 시장력의 분산보다 우선시켜야 한다’고 주장한다. 공정거래법의 목적에 관한 박세일, 『법경제학』(서울: 박영사, 1994.), pp.543~547의 설명은 Kaysen & Turner의 입장을 거의 수정 없이 인용한 것이다.

가) 시카고학파의 경제적 효율성 개념: 생산적 효율성과 자원배분적 효율성

시카고학파가 반트러스트법 위반 여부의 판단에 사용하는 효율성의 개념에는 두 가지가 있다. 생산적 효율성과 자원배분적 효율성이 그것이다.⁵⁰⁾

생산적 효율성은 간단히 말해서 기업의 투입물에 대한 산출물의 비율로 이해될 수 있다. 예컨대 어떤 기업이 10만 원 가치의 제품을 생산하는 데 8만 원 어치를 투입해야 한다면 10만 원 가치의 제품 생산에 9만 원 어치를 투입해야 하는 기업보다 효율적이다. 생산적 효율성의 증가는 규모의 경제, 효율적인 근로자 관리, 연구개발 또는 범위의 경제 등에 의해 실현된다.

자원배분적 효율성은 시장의 일반적 효율성 즉 사회구성원이 갖는 후생의 총계를 말하는데 일반적으로 파레토 기준에 의해 측정된다.⁵¹⁾ 일반적으로 시장의 자원배분적 효율성이 최적 상태로 되는 것은 시장이 경쟁적일 때 즉 가격과 한계비용이 일치할 때이다.

기업의 생산적 효율성을 증가시키는 행위들이 시장의 자원배분적 효율성을 감소시키는 경우가 가끔 있다. 예컨대 대규모 공장의 건설이나 시장점유율의 확대는 규모의 경제를 실현할 수 있도록 만들어 그 기업의 생산적 효율성을 증가시킬 수도 있다. 그러나 독점적 가격 책정을 조장하게 되어 동시에 자원배분적 효율성을 감소시킬 수도 있다. 따라서 반트러스트정책의 진정한 목적은 효율성의 순증을 극대화시키는 것이라고 설명된다.⁵²⁾ 예컨대 비용이 절감(즉 생산적 효율성이 증가)되는 수직적 통합의 경우 소비자

50) 생산적 효율성과 자원배분적 효율성에 관한 상세한 설명은 Hovenkamp, supra note 40, p.74 참조.

51) 어떤 사람도 다른 누구에게 손해를 끼치지 않고서는 이득을 볼 수 없을 정도로 자원이 잘 활용된 상태를 파레토 최적상태Pareto optimality라고 한다. 또한 A상태에서 B상태로 옮겨갈 때 아무도 손해보지 않고 한 사람이라도 이득을 볼 수 있다면 B는 A에 대하여 파레토 우위Pareto superior에 있다고 하며 이러한 이동을 파레토 개선Pareto improvement이라고 한다. 이 때 원래의 A상태는 파레토 비효율적Pareto inefficient이다. 따라서 파레토 최적상태는 파레토 개선이 불가능한 상태라고 말할 수 있다. 정세호, 『후생경제학과 후생정책』, 비봉출판사, 1992, pp.18~19 참조.

파레토 우위의 개념은 오로지 가장 하찮은 사회적 변화의 경우에만 성립할 수 있을 정도로 너무 엄격하다. 예컨대 강도를 처벌하는 형법의 제정도 강도를 저지른 죄인에게 손해를 끼치므로 파레토 우위에 해당되지 않는다. 따라서 반트러스트 경제학자들은 파레토-효율성을 수정한 ‘잠재적potential’ 파레토 효율성 혹은 칼도-히스 효율성Kaldor-Hicks efficiency 개념을 흔히 사용한다. 즉 어떤 변화로 인해 이득을 얻는 자(A 및 B)와 손실을 입는 자(C 및 D)가 모두 있다고 하더라도 A와 B가 얻는 이득의 합계가 C와 D가 입는 손실의 합계를 초과할 때 그 변화는 잠재적 효율성 기준에 따른다면 효율적이다. 이득을 얻는 자가 손실을 입는 자에게 실제로 보상을 하느냐 여부는 효율적인가 여부의 결정과 상관 없다.

52) Robert H. Bork의 표현을 빌리면 “반트러스트의 총체적 임무는 자원배분적 효율성을 개선시키되 그만큼 생산적 효율성이 손상되지 않도록 하여 소비자후생에 있어서 순수한 증가나 감소가 없는 상태에 도달시키는 것이라고 요약할 수 있다.” R. Bork, The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself(1978), 신광식 역, 『反트러스트의 모

와 수직적으로 통합하는 기업에게 이득(가격의 인하와 판매실적 및 이윤의 증가)을 주지만 경쟁사업자에게는 손실(판매실적 및 이윤의 감소)을 준다. 그러나 수직적으로 통합하는 기업과 소비자가 얻는 이득의 합계가 경쟁사업자가 입는 손실의 합계보다 많다면 공정거래법 위반이 아니라는 것이다.

나) 동태적 효율성

시카고학파와 대립관계인 하바드학파의 대표적인 반트러스트법학자 어리더와 터너 두 교수도 시카고학파처럼 반트러스트법의 목적을 경제적 효율성으로만 한정하려는 입장을 취하고 있다. 다만 시카고학파와 달리 경제적 효율성에 자원배분적 효율성과 생산적 효율성 등 정태적 효율성뿐 아니라 기술혁신이라는 동태적 효율성까지 포함시키고 이를 매우 중시한다. 즉 장기적으로 볼 때, 자원배분적 효율성보다 기술적 진보가 소비자후생에 기여하는 바가 훨씬 크다고 설명한다. 또한 동태적인 분석 역시 중시하므로 비경쟁적인 시장구조가 영속화하는 것을 우려하여 경쟁을 촉진하고 장기간에 걸쳐 소비자이익을 조장함을 중시한다.⁵³⁾

후시카고학파에 속하는 학자들도 기술혁신을 의미하는 동태적 효율성을 중시하므로 기업의 기술혁신 유인을 강조한다. 따라서 단기적으로 생산적 효율성을 희생하더라도(생산비의 절감이 불가능하더라도) 지속적인 기술혁신의 가능성을 극대화하는 산업조직을 강조한다. 이 입장에서는 합병, 합작사업, 기타의 행위가 단기적인 생산비절감이란 근거에서 정당화될 수도 있지만 동시에 그 행위가 기술혁신의 경쟁에 동참할 수 있는 독립한 기업의 수를 줄인다면 보다 적극적으로 위법성을 인정하게 된다. 그러나 반트러스트의 목적에 비경제적인 목적을 포함시키는 사고방식 때문에 반트러스트정책이 표류하게 된 측면이 있음을 인정하고 있어 이 점에 관한 한, 시카고학파에 동조한다.⁵⁴⁾

다) 소비자후생

법률가들에게는 경제적 효율성이란 용어가 낯설기 때문에 법률문헌에서는 그 대신에 매우 매력적이면서도 전문적인 인상이 덜한 ‘소비자후생’이라는 용어를 사용한다. 그러나 소비자후생의 극대화라는 용어는 모든 사람이 소비자라는 입장에서 선택된 것이며 경제적 효율성과 소비자후생의 의미가 반드시 일치하는 것은 아니다.⁵⁵⁾ 즉 반트러스트

순』, 서울 : 교보문고, 1991. p.117.

53) Areeda & Turner, supra note 44, p.7, Phillip Areeda & Donald F. Turner, Antitrust Law : An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, Boston, Ma : Little, Brown & Co., 1978, Vol. II, p.284, n. 1. Fox, supra note 41, p.1190도 같은 의견이다.

54) 박병형, 「Post-Chicago경쟁정책분석 : 경쟁정책에서의 경제분석의 발전양상」, 『사회과학논총』, 제12집, 동아대학교, 1995, p.122.

55) 따라서 여기의 ‘소비자후생’은 이해관계에 있어 독점기업과 대립되는 소비자의 후생이 아니라 독점기업과 소비자를 모두 포함한 사회전체의 후생을 말하는 것이다. 박세일, 주 49)의 책, p.551.

법의 집행에 있어 대기업이나 중소기업 또는 소비자 가운데 누구의 후생을 우선시킬 것인가를 결정하는 데, 다른 사정이 없는 한 국민 모두가 소비자인 까닭에 소비자후생을 극대화하는 반트러스트정책이 바람직하다고 본 것이다. 따라서 반트러스트법(공정거래법)의 집행은 소비자후생을 극대화시켜야 한다는 주장이 곧 최적의 자원배분적 효율성을 실현하기 위해 집행되어야 한다는 의미가 된다. 그러므로 경제적 효율성 또는 소비자후생을 극대화하는 반트러스트법 집행은 문제의 시장에서 최대의 생산량과 최저의 가격을 실현하기 위해 노력하는 것이라고 결론짓는다면 크게 잘못된 것은 없을 것이다. 따라서 중소기업의 후생을 극대화하는 공정거래정책은 사회전체의 후생이 감소하더라도 소비자 및 대기업의 이익을 희생하여 중소기업의 이익을 도모하자는 것이므로 소득분배적인 정책이며 현대 공정거래법학의 주된 흐름에서 이탈한 것이다.

2. 부당한 지원행위 금지요건의 문제점

(1) 불공정거래행위 금지의 일반적인 문제점

우리 공정거래법은 부당한 지원행위를 불공정거래행위의 하나로서 금지하고 있다. 따라서 여기에서는 부당한 지원행위 금지의 요건이 갖는 문제점을 분석하기 전에 먼저 현행 공정거래법에 있어 불공정거래행위 금지의 일반적인 요건이 갖는 문제점부터 분석한다. 그런데 동법의 불공정거래행위제도는 일본 독점금지법을 경유해서 미국 연방거래위원회법 제5조를 계수한 것이므로 모법에 해당하는 미국법의 관련법리와 비교할 필요가 있다.

1) 미국 연방거래위원회법 제5조의 법리 변천⁵⁶⁾

1914년에 제정된 연방거래위원회법 제5조는 원래 ‘불공정한 경쟁방법’만을 금지하고 있었지만 기업의 기만적 행위로 인한 소비자의 직접적인 피해를 구제하기 위해 1938년의 개정으로 ‘불공정한 또는 기만적인 행위’까지 금지하게 되었다.⁵⁷⁾

56) 상세한 설명은 이문지, 「미국 연방거래위원회법 제5조와 불공정거래행위금지의 법리」, 『안암법학』, 제5호, 안암법학회, 1997, p.113 이하 참조.

57) 미국 연방거래위원회법이 제5조에서 불공정한 경쟁방법뿐만 아니라 불공정한 또는 기만적인 행위를 금지하고 있지만 학문적으로는 ‘불공정한 경쟁방법’의 금지는 반트러스트법으로, 그리고 ‘불공정한 또는 기만적인 행위’의 금지는 소비자보호법학 또는 부정경쟁방지법학으로 구분된다. 正田 彬 編著, 『アメリカ.EU獨占禁止法と國際比較』, 三省堂, 1996, p.6, 주 1) 참조. 대륙법계의 나라들과 달리 법역의 체계적 분류를 즐기지 않는 미국 법학계에서 이렇듯 하나의 제정법 조항에 관한 법리를 세분하여 취급하고 있는 이유는 무엇일까. 불공정한 경쟁방법의 금지가 시장경쟁의 유지에 그 취지가 있어 경쟁제한성이라는 요건의 충족이 필요하지만 불공정한 또는 기만적인 행위로 금지하는 경우에는 소비자 피해의 구제에 취지가 있어 그렇지 않기 때문이라고 생각된다.

가) 불공정한 경쟁방법의 금지 요건

먼저 불공정한 경쟁방법의 금지에 관해 본다면 1970년대 전반 이전에는 판례가 이른바 맹아제거이론을 수용하고 있었다. 즉 연방거래위원회법 제5조는 완전하게 실행되면 셔먼법이나 클레이튼법 위반이 될 잠재적 반트러스트법 위반행위를 초기 단계에서 중지시킬 권한을 연방거래위원회에게 부여한다고 보는 판례가 있었다. 이 이론에 따르면 경쟁제한성이 없기 때문에 다른 반트러스트법의 위반이 될 수 없는 행위라도 연방거래위원회법 제5조 위반으로 금지할 수 있게 된다. 그러나 경쟁의 자유와 공정성을 강조하고 이른바 당연위법의 원칙을 광범위하게 적용하던 진보주의적 경향의 반트러스트 판례와 행정부의 반트러스트 정책이 1970년대 후반부터 경제적 효율성을 중시하고 합리성의 원칙을 광범위하게 적용하는 보수주의적인 경향으로 급선회하면서 맹아제거이론은 이미 사라진 과거의 이론에 불과하게 되었다.

특히 1980년대 이후 연방거래위원회가 권한을 넓게 행사하는 것에 대해 법원이 보다 엄격한 자세를 취하게 됨에 따라 연방거래위원회가 연방거래위원회법 제5조에 근거하여 행사할 수 있는 권한은 반경쟁적 행위에 국한된다고 함이 분명해졌다. 따라서 현재로서는 연방거래위원회법 제5조에 근거한 불공정한 경쟁방법의 금지요건과 다른 반트러스트법에 근거한 금지요건의 실질적인 차이는 전혀 없다.

또한 다른 반트러스트법의 해석 및 집행에 있어서도 1970년대 전반까지는 반경쟁적 행위로 간주되었던 수직적 비가격제한행위(재판매가격유지행위, 끼워팔기약정, 약탈적 가격설정 등)를 포함한 거의 모든 수직적 통합이 사실은 그렇지 않고 효율적 행위이며(규모의 경제를 공장 내부적인 또는 생산적 경제성으로만 보았던 하버드학파와 달리) 유통에서의 경제성도 규모의 경제와 동일한 효과를 갖는다고 보고 수직적 통합에 의한 규모의 경제를 인정하는 시카고학파의 연구 성과를 반영하는 새로운 판례이론이 등장하였다. 즉, 수평적 공모에 한하여 당연위법의 원칙을 적용하고 기타의 경우에는 합리성의 원칙을 적용하게 된 것이다.

나) 불공정한 또는 기만적인 행위의 금지 요건

기만적 행위에 관한 1970년대 이전의 판례를 본다면 법 제5조를 적용하는 기본적인 요건은 기만을 할 능력이나 위험뿐이었다. 기만의 의도가 증명될 필요가 없고 누군가 실제로 기만당했어야 하는 것도 아니었다. 또한 불공정한 행위의 개념은 1960년 이후부터 비로소 기만적 행위와 구별되기 시작하였고 1970년대에는 소비자 피해만 존재해도 불공정한 행위에 해당할 수 있다는 것이 대법원의 입장이었기 때문에 연방거래위원회는 불공정한 행위 및 기만적 행위를 금지하는 권한을 적극적이고 광범위하게 행사하게 되었다. 그러나 1970년대말이 되자 동 위원회가 사기업 문제에 지나치게 간섭하는 것에 대해 국민 여론과 의회 모두 적대적인 태도를 갖게 되어 1980년대에 들어오면서 불공정한 행위 및 기만적 행위를 금지하는 권한의 행사요건이 훨씬 엄격해졌다.

즉 제5조 위반으로서 연방거래위원회가 금지할 수 있는 기만적 행위는 ① 동일한 상황에서 주의 깊게 행동하는 소비자가 ② 중요한 정보에 관해 ③ 오인할 위험이 있는 표시 또는 표시누락에 한정하는 것이 현재의 법리이다.⁵⁸⁾ 또한 어떤 행위를 불공정한 행위로서 금지할 수 있는 요건은 그 행위가 야기하는 소비자 피해가 ① 심각하며 ② 그 행위로 인해 동시에 발생하는 소비자 또는 경쟁촉진의 이익에 의해 상쇄되지 않으면서 ③ 소비자가 상당한 주의를 할지라도 회피할 수 없는 것이어야 한다.⁵⁹⁾ 기만적 행위로서 금지할 수 없는 경우라도 불공정한 행위로서 금지할 수 있는 경우가 있지만 기만적 행위의 금지가 '있을 수 있는' 피해에 초점을 맞추는 반면에 불공정한 행위의 금지는 보통 실제의 그리고 이미 발생한 위해를 요건으로 한다. 또한 불공정한 행위 금지의 두 번째 요건은 완전한 비용편익분석을 실시한다는 것으로서 법경제학적인 배려가 전면에서 등장하였다는 의미가 크다.

2) 불공정거래행위의 금지에 관한 통설적 견해의 문제점

가) 미국 연방거래위원회법과의 비교

공정거래법은 불공정거래행위 금지에 관한 제23조 제1항에서 '공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위'가 불공정거래행위라고 규정하지만 기업결합의 제한에 관한 제7조 및 부당한 공동행위의 제한에 관한 제19조는 '일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한'하는 것을 요건으로 규정함으로써 금지의 요건에 있어 차등을 두고 있다. 이러한 입법은 과거의 미국 판례이론이 미국 연방거래위원회법 제5조의 적용요건과 다른 반트러스트법의 적용요건이(현재로서는 실질적인 차이가 전혀 없지만) 서로 다르다고 보았던 것을 반영한 것으로 생각된다.

불공정거래행위 금지의 입법취지에 관한 우리나라의 통설적 입장(제3장 2절 참조) 역시 불공정거래행위를 금지하는 것이 시장지배적 지위 및 공동행위로 발전하는 것을 예방하기 위한 것임을 인정하고 있어 미국에서는 이미 과거의 이론이 되어버린 1970년대 전반 이전의 맹아제거이론이 한국에서는 아직도 살아 있음을 발견하게 된다.⁶⁰⁾

공정한 거래(경쟁)를 저해할 우려에 관한 판단기준을 보더라도 과거의 미국 판례이론이 수정 없이 적용되고 있는 것이 분명하게 드러난다. 우선 불공정거래행위의 세 가지 유형 가운데에서 '자유경쟁을 침해하는 행위유형'(거래거절, 차별적 취급, 구속조건 부거래, 부당염매 등 경쟁자배제행위 등)은 미국 연방거래위원회법 제5조의 '불공정한 경쟁방법'에 해당하는데 이 행위유형을 금지하는 요건으로서 자유경쟁을 저해할 추상

58) Cliffdale Associates, Inc., 103 F.T.C. 110, 1984.

59) International Harvester Co., 104 F.T.C. 949, 1984.

60) 다만 미국의 경우 불공정한 경쟁방법과 불공정한 또는 기만적인 행위를 금지하는 요건이 서로 다르지만 한국의 통설적 견해는 이를 모두 불공정거래행위의 개념에 포함시키고 공통된 이론에 의해 금지요건을 설명하고자 한다는 점에서 차이가 있다.

적 위험성만을 요구하는 것은 맹아제거이론을 적용한 것이다.

경쟁수단의 불공정성에 관련된 행위유형(예컨대 부당한 표시·광고)에 관해서도 능률경쟁을 저해할 추상적 위험성의 존재만을 요건으로 함은 연방거래위원회법 제5조의 ‘기만적 행위’를 금지하는 기본적 요건은 기만을 할 능력이나 위험의 존재뿐이며 기만의 의도나 실제의 기만사실을 증명하지 않아도 좋다는 1970년대 이전의 미국의 판례이론을 도입한 것이다.

공정거래법이(자유경쟁기반을 침해하는 행위유형으로서) 금지하는 우월적 지위의 남용은 본래 연방거래위원회법을 위시한 미국의 반트러스트법에서 금지하는 행위유형은 아니다.

나) 불공정거래행위의 금지에 관한 통설적 견해의 문제점

불공정거래행위의 금지에 관한 통설적 견해의 근거가 되는 맹아제거이론은 반트러스트법의 목적으로서 경제적 효율성보다는 중소기업의 보호·경제력 분산이라는 비경제적 목적을 중시하고 경쟁의 자유와 공정성을 강조하면서 국가권력이 시장에 적극 개입하던 시대의 산물이었다. 따라서 불공정거래행위 금지의 요건으로서 경쟁저해의 추상적 위험만을 요구하는 통설적 견해는 공정거래법의 목적이 오로지 ‘공정하고 자유로운 경쟁’의 촉진에 있다고 보는 것에서 당연히 도출되는 결론이라고 말할 수 있다. 따라서 공정거래법의 목적으로서 중소기업 보호·경제력 분산을 일반적으로 추구함에 대한 비판(제4장/1/2)에서 지적하였던 사항들이 여기에서도 그대로 타당하다.

이제 불공정거래행위 금지의 요건으로서 경쟁저해의 추상적 위험만을 요구하는 통설적 견해는 어떠한 문제가 있는가를 좀더 자세히 분석하기로 하자. 우선 통설적 견해에 입각한 과거의 공정거래위원회 실무는 공정거래법에 열거된 불공정거래행위 유형들이 본질적으로 경쟁제한적 목적과 효과를 갖는 것으로 보고 그러한 행위가 실제로 있었다는 사실만 입증되면 당연히 위법행위로 금지하는 경향이 있었다. 이처럼 실무관행이 원칙금지의 입장을 취하게 된 것은 사업자에 의한 거래결정의 자주성을 보호하고 순수능률경쟁을 확보한다는 관점(즉 중소기업 보호의 관점)에서 공정경쟁저해성을 경직적으로 판단하였기 때문이다. 그러나 원칙위법의 판단기준을 경직적으로 운용함은 필연적으로 규제의 실익이 없는 행위는 물론 경쟁촉진적 효과가 오히려 큰 행위까지도 금지하게 되어 공정거래법의 목적에 반하는 결과를 초래할 수밖에 없다.⁶¹⁾

다음으로 지적할 것은 통설적 견해에 따르면 공정거래위원회의 권한 행사가 공정거래법의 목적에 합치되지 않는다고 하더라도 자유·능률경쟁 저해의 추상적 위험이 있는 한 이를 위법하다는 사법적 판단이 불가능하다는 사실이다. 통설적 입장은 시장

61) 상세는 신광식, 주 7)의 책, pp.273~286 참조.

전체의 경쟁에 대한 구체적인 영향의 존부와 무관하게 단지 자유경쟁 또는 능률경쟁을 저해할 추상적 위험성의 존재만을 요구하기 때문에 공정거래위원회로서는 기동적인 법집행이 가능하다는 편익이 있다. 다만 공정거래위원회가 그 권한을 현실적으로 행사함에 있어서는 특정 사안의 사실관계가 통설적으로 이해되는 권한행사의 요건을 충족하더라도 공권력에 의한 개입이 공익에 합치한다고 판단될 경우에 한하여 그리고 한정된 설비, 인재를 낭비하지 않도록 효율적으로 행정규제를 발동하기 위해 노력할 것으로 추측된다. 그러나 행정적 재량에 의한 판단이 언제나 공익에 합치된다는 보장은 없다. 더구나 뇌물수수나 같은 부정행위의 소지를 배제할 수 없는 것은 물론 경쟁 촉진이라는 경제적 이유보다는 정치적 견지에서 공정거래법을 집행할 위험을 증대시키는 문제점이 심각함을 외면할 수 없다.

(2) 부당한 지원행위 금지요건의 문제점

부당한 지원행위는 불공정거래행위로서 금지되는 것이므로 위에서 불공정거래행위 금지의 일반적인 문제점으로서 지적한 사항은 부당한 지원행위에 관해서도 그대로 타당하다. 다음은 부당한 지원행위를 금지하는 요건에 특유한 문제에 관한 분석이다.

1) 부당성(공정거래 저해성)에 관한 판단기준의 분석

어떤 지원행위가 부당한가 즉, 공정한 경쟁을 저해할 우려가 있는가 여부에 관해 심사지침은 앞에서도 보았듯이(제3장 3절 3항 참조) 다음과 같은 판단기준을 제시하고 있다.⁶²⁾ 지원행위로 인하여 지원객체가 속하는 일정한 거래분야에 있어서 ① 지원객체가 유력한 사업자의 지위를 형성·유지 또는 강화할 우려가 있는 경우, ② 지원객체의 경쟁사업자가 배제될 우려가 있는 경우, ③ 지원객체가 경쟁사업자에 비하여 경쟁조건이 상당히 유리하게 되는 경우 또는 ④ (다른 사업자의) 신규진입이나(지원객체의) 퇴출이 저해되는 경우 가운데 어느 하나에 해당된다면 '부당한' 지원행위라고 규정하고 있다.

위의 기준 가운데 ①은 재벌기업이 이른바 중소기업 고유업종 또는 중소기업형 시장에 진출하여 다수의 중소기업의 존립에 위협이 됨을 방지하려는 것이고 ②는 부당염매의 요건을 갖추지 못하는 경우에도 재벌기업의 행위에 공정거래법을 적용하자는 것이며 ③은 재벌 계열회사와 중소기업 사이의 공정경쟁 확보의 견지에서 ①과 ②의 경우에 해당하지 않더라도 일정 규모 이상의 지원행위가 있고 그 지원행위로 인해 중소기업과의 경쟁에서 상당히 유리한 지위에 서게 된다면 부당한 지원행위로서 금지하고자 하는 것이다. 따라서 ①과 ② 그리고 ③은 모두 재벌 계열회사와 비계열회사(즉 중

62) 심사지침은 또한 보조적 판단기준으로서 일정한 규모 이상의 지원행위는 '부당한 지원행위에 해당할 가능성이 높은 경우'라고 규정하고 있다.

견기업 또는 중소기업) 사이의 공정한 경쟁을 확보하기 위해 중소기업이 경쟁에서 불리하게 되면 공정거래법 위반으로 판단한다는 것이다.

여기에서 판단기준 ② (지원객체의 경쟁사업자가 배제될 우려가 있는 경우)를 좀더 상세히 분석할 필요가 있다. 공정거래법시행령 별표에 따르면 부당염매는 ‘자기의 상품 또는 용역을 공급함에 있어서 정당한 이유 없이 그 공급에 소요되는 비용⁶³⁾보다 현저히 낮은 대가로 계속하여 공급하거나 기타 부당하게 상품 또는 용역을 낮은 대가로 공급함으로써 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 행위’로 정의된다. 부당한 지원행위의 경우 경쟁사업자가 배제될 우려가 있게 된 원인을 지원행위라고 규정하고 있다. 결국 상품 또는 용역의 공급에 소요되는 비용보다 현저히 낮은 대가로 계속하여 공급함으로써 지원객체의 경쟁사업자가 배제될 우려가 있는 경우에는 부당한 지원행위로서 금지된다고 보는 것으로 추측된다. 그런데 지원객체가 속하는 거래분야에서 활동하는 경쟁사업자의 어느 정도 비율이 경쟁에서 배제되어야 하는지 불분명하다. 그렇다고 시장 독점 또는 그 가능성의 존재를 요구하는 것 같지는 않다. 결국은 보조적 판단기준인 지원규모에 의해 부당성(공정경쟁을 저해할 우려)을 판단하게 될 것으로 추측된다.

또 하나의 판단기준 ③ (지원객체가 경쟁사업자에 비하여 경쟁조건이 상당히 유리하게 되는 경우) 역시 어느 정도 경쟁조건이 유리해져야 부당한지 모호한 것은 ②의 경우와 마찬가지로이다. 따라서 보조적 판단기준인 지원규모에 의해 부당성을 판단하게 될 것으로 보인다. 물론 판단기준 ① (지원객체가 유력한 사업자의 지위를 형성·유지 또는 강화할 우려가 있는 경우)의 경우 예시에서 구체적인 기준을 제시하고 있다.⁶⁴⁾ 그러나 판단기준 ③에 의해 지원행위로 인해 지원객체의 경쟁조건이 경쟁사업자보다 상당히 유리하게 된다면 지원행위의 부당성이 인정되므로 별다른 의미를 부여할 수 없다. 결국 판단기준 ①, ②, ③ 모두 지원객체에 대한 일정 규모 이상의 지원행위가 있고 그로 인해 중소기업이 경쟁에 있어 불리해진다면 지원행위의 부당성이 인정된다는 것이다. 그런데 재벌 계열회사인 지원객체에 대해 지원행위가 있다면 중소기업이 불리해지는 것은 논리상 당연하므로 사실상 부당성에 관한 결정적인 판단기준은 지원규모라고 말할 수 있다.

지원행위로 인해(다른 사업자의) 진입이나(지원객체의) 퇴출이 저해되는 경우에 부당성이 인정된다는 판단기준 ④의 성격은 조금 다르다. ④에 있어서 신규진입이 저해되

63) 부당염매의 정의에서 사용되는 ‘공급에 소요되는 비용’이란 용어는 원칙적으로 원가를 의미한다고 설명된다. 이동규, 주 10)의 책, pp.351~352 참조.

64) 심사기준의 예시에 따르면 중소기업들이 합하여 1/2 이상의 시장점유율을 갖는 시장에 참여하는 계열회사에 대하여 동일한 기업집단에 속하는 회사들이 정당한 이유 없이 자금·자산·인력지원행위를 하여 당해 계열회사가 시장점유율 5% 이상이 되거나 시장점유율 기준 3위 이내의 사업자에 들어가게 되는 경우 판단기준 ①에 해당하는 부당한 지원행위이다.

는 경우 부당성을 인정함은 경쟁촉진을 통한 가격인하 및 산출량 증가(즉 소비자후생 또는 자원배분적 효율성)라고 하는 공정거래법이 추구하여야 할 목적에 부합하는 기준이다. 그러나 지원객체의 퇴출이 저해됨은 재벌 내부의 구조조정 즉 경쟁력 없는 업체의 정리가 지연되는 것 즉, 비효율적인 내부거래 또는 투자자금 배분행위를 의미하며 이는 곧 재벌 내부문제에 공정거래위원회가 개입하겠다는 의지의 표현이지만 공정거래법이 본래 추구할 바가 아니다.

2) 제4의 불공정거래행위 유형

우리나라의 불공정거래행위제도는 그 체계나 관련 조항의 내용 또는 해석이론 어느것을 보더라도 일본의 제도를 계수한 것이다. 또한 일본 불공정거래행위제도는 미국 연방거래위원회법 제5조를 계수한 것이다. 그러나 미국 반트러스트법이나 일본 독점금지법은 '부당한 지원행위'를 금지하고 있지 않다. 그런데 앞에서 본 것처럼(제3장 2절 2항 참조) 한국과 일본의 통설적 견해는 불공정거래행위의 유형을 셋⁶⁵⁾으로 나누고 '공정한 경쟁을 저해할 우려'의 존부에 관한 판단기준이 각 행위유형에 따라 서로 다르다고 설명한다. 그러면 부당한 지원행위의 경우 위 행위유형 가운데 어느것에 속한다고 할 것인가?

심사지침이 부당성(공정거래저해성)에 관한 판단기준으로서 제시한 것을 위에서 분석한 결과를 본다면 판단기준 넷 가운데 ①, ②, ③은 부당성에 관한 결정적인 판단기준이 사실상 지원규모이므로 지원행위가 일정 규모 이상이면 사업자간의 자유경쟁이 가격·품질·서비스를 중심으로 능률경쟁에 의해 질서 있게 행해지는 상태에 악영향을 미친다고 본 것이다. 따라서 굳이 분류하자면 부당한 지원행위는 경쟁수단의 불공정성에 관련된 행위유형에 해당한다고 볼 수 있다. 그러나 종래 이 행위유형에 속한다고 분류되어 온 부당한 고객유인 및 부당한 표시·광고는 당해 행위의 상대방 수, 당해 행위의 계속성·반복성·전파성 등을 고려하여 부당성을 판단하는 것이 통설의 입장이므로 사실상 지원규모에 의해 부당성을 판단하는 부당한 지원행위를 동일한 유형으로 구분하기 어렵다.

심사지침의 판단기준 ④에서 다른 사업자의 새로운 시장진입을 저해하는 경우 부당하다고 판단함은 자유경쟁을 침해하는 행위유형으로서의 성격을 갖는다(이 기준에 대한 분석은 이 글의 제4장 6절 참조). 그러나 지원객체의 시장퇴출을 지연시키는 경우 부당하다고 판단함은 기존의 행위유형에서는 발견할 수 없는 판단기준이다. 결국 부당한 지원행위는 기존의 세 가지 유형의 분류 가운데 어느것에도 해당하지 않

65) 자유경쟁(사업자 상호간이 경쟁이나 새로운 시장진입)을 침해하는 유형, 경쟁수단의 불공정성(가격·품질·서비스를 중심으로 한 능률경쟁에 악영향을 미치는 것)에 관련된 유형, 자유경쟁기반(거래주체가 거래 여부 및 거래조건에 관해 자유롭고 자주적으로 판단함)을 침해하는 유형의 셋이다.

는 제4의 행위유형이라고 보아야 할 것이다.

3) 부당한 지원행위의 금지에 의한 '공정'한 경쟁 추구의 문제점

공정거래법의 목적이 공정하고 자유로운 경쟁에 있다고 보는 통설적 견해에 따르면 '공정'한 경쟁이란 사업자들간의 경쟁이 그들의 사업상의 장점, 다시 말해서 상품이나 용역의 가격이나 품질을 중심으로 이루어짐을 말한다. 공정한 경쟁은 곧 능력경쟁 즉 생산적 효율성의 경쟁으로 이해된다.⁶⁶⁾ 경쟁의 불공정성에 관련된 불공정거래행위 유형은 바로 이러한 의미의 공정한 경쟁에 악영향을 미칠 추상적 위험이 있는 행위유형을 말한다고 설명된다.

종래 이 행위유형에 속하는 것으로 분류된 부당한 고객유인 및 부당한 표시.광고는 자기 또는 경쟁사업자의 재화나 용역의 가격, 품질, 서비스에 관한 잘못된 정보를 전달하거나 경품 기타 부당한 이익 제공의 제의에 의해 소비자의 합리적인 선택을 방해하는 행위에 해당한다. 따라서 이 행위유형은 보다 효율적인 경쟁사업자 및 소비자의 이익을 침해하는 행위이다. 즉 부당한 고객유인 또는 표시.광고가 없었다면 거래관계를 획득 또는 유지하였을 경쟁사업자의 고객을 탈취함으로써 상대적으로 능률적인 경쟁사업자의 이익을 침해하고 또한 소비자가 최대한의 만족(효용 또는 후생)을 얻을 수 있는 선택을 하지 못하도록 하였기 때문에 소비자의 이익도 침해한다.

부당한 지원행위의 경우 위에서 심사지침의 판단기준을 분석한 결과에서 보듯이 사실상 지원규모에 의해 그 부당성을 판단한다. 따라서 지원객체와 경쟁관계에 있는 사업자가 지원객체보다 능률적인가 여부를 묻지 않고 또한 지원행위로 인해 소비자는 보다 값싼 상품을 구입할 수 있음에도 불구하고 일정한 규모 이상의 지원행위이면 무조건 금지하는 것이다. 결론적으로 재벌 계열회사 사이의 상호지원을 금지함으로써 재벌 계열회사와(계열회사가 아닌) 중소기업 사이의 공정한 경쟁을 확보한다는 것은 결국 공정거래법의 집행에 있어 사업자 상호간의 경쟁을 통한 가격인하와 생산량 증대라는 소비자후생(이익)을 고려하지 않고 오로지 중소기업의 이익을 보호하는 것이다. 공정거래법의 목적으로서 경제적 효율성(소비자후생)이 아닌 가치를 추구하는 경우에 따르는 문제점에 관해서는 이미 앞에서 설명한 바 있지만(제4장 1절 2항) 경제적 효율성 또는 소비자후생을 전혀 고려치 않고서 중소기업의 보호를 추구하는 것은 공정거래정책의 현대적인 조류에 역행하는 것은 물론이고 뒤에서 보듯이 중소기업 보호의

66) 한편 '자유'로운 경쟁이라 하는 것은 경쟁에 참여하려는 의사와 능력을 가진 모든 사업자에게 시장이 공개되어야 하며 또 공동행위나 기업결합에 의해 경쟁에 참여하고 있는 사업자들간에 경쟁이 제한되어서도 아니된다는 것을 의미한다고 설명된다. 황적인.권오승, 『경제법』, 법문사, 1995, pp.64~65; 김영호, 주 39)의 책, pp.43~45; 김영추, 『경제법강의(I)』, 경성대학교출판부, 1991, p.111; 今村成和, 『獨占禁止法(新版)』, 有斐閣, 1978, p.5 이하; 宮坂富之助.本間重紀.高橋岩和, 『現代經濟法』, 三省堂, 1995, p.64.

실효성도 없다.

4) 경쟁의 공정성 개념의 문제점

통설적 견해에 따르면 공정한 경쟁은 곧 능률경쟁 즉(생산적) 효율성의 경쟁이라고 풀이된다. 그런데 부당한 지원행위를 금지하는 이유 역시 재벌 계열회사와 중소기업 사이의 공정한 경쟁을 확보하는 것이라고 설명된다. 후자의 경우 경쟁의 공정성은 계열회사의 지원행위 없이 자신의 장점에만 의지하는 경쟁을 말하는 것으로 이해된다. 그러나 순수한 능률경쟁이 과연 가능한지 의문이다. 중소기업 사이에서도 자금동원능력에 큰 차이가 있을 수 있기 때문이다.⁶⁷⁾ 더구나 경쟁의 공정성을 지나치게 강조하는 경우 공정한 경쟁이 효율경쟁과 대립되는 의미를 가질 수도 있으므로 이를 분명히 해 둘 필요가 있다.

‘공정성’이라는 용어를 경쟁과 관련지어 사용할 때는 원래 경쟁과정 자체 또는 경쟁의 결과가 갖는 성격을 가리키는 것이다. 즉 대기업 경영자 또는 정부관료의 개인적 통제가 경쟁적 시장에서는 경쟁의 압력에 의한 통제로 대체되므로 경쟁과정은 특정인에 의해 선택이 좌우되지 않는 특성이 있어 경쟁에 참여한 주체가 공정하다고 느끼는 것이다. 예컨대 정부관료나 독점적인 지위에 있는 거대기업 경영자의 개인적인 판단에 의해 판로가 봉쇄되는 것은 불공정하지만 능률적이지 못해서 즉 비효율적이어서 고객 획득에 실패하는 것은 공정한 것으로 인정하고 승복하는 것이다.⁶⁸⁾ 이러한 의미에서 공정성의 조장은 동시에 경제적 효율성을 촉진하는 것이다.⁶⁹⁾

공정한 경쟁은 경우에 따라서 여러 가지 의미로 사용되는 다의적 개념이다. 미국 반트러스트법의 경우 시장지배력의 남용을 불공정한 행위라고 지칭하기도 한다.⁷⁰⁾ 그러나 미국 셔먼법 제2조는 독점력을 획득, 유지 또는 강화하는 수단이 되는 경우에만 이러한 행위를 금지하므로 앞에서 본 공정한 경쟁의 개념에서 벗어나지 않는다. 문제가 될 여지가 큰 것은 예컨대 효율이 뛰어난 사업자가 가격을 낮게 책정할 때 이를 두고 비효율적인 경쟁사업자의 입장에서 불공정하다고 표현하는 경우가 많다는 점이다. 이러한 경우의 공정성은 효율성을 촉진하는 것이 아니라 저해하는 의미를 갖게 된다.⁷¹⁾

67) 한국의 경우 이러한 의미의 공정한 경쟁이 호소력을 갖는 이유는 금융시장이 공급자 중심이며 금융자원의 공급이 재벌에게 편중되었기 때문이다. 그러나 금융시장이 수요자 중심으로 변하는 것도 멀지 않은 것으로 예측된다. 다시 말해서 중소기업문제를 공정거래질서의 관점에서 파악하여 공정거래법으로 중소기업을 보호하는 것은 실효성이 없다. 금융시장의 개편을 서두르는 것이 실효성을 확보할 수 있는 근원적인 해결방안이다.

68) Kaysen & Turner, supra note 49, pp.11~20; Fox, supra note 41, p.1154, n. 74.

69) Areeda & Turner, supra note 44, p.21.

70) Handler, Blake, Pitofsky, Goldschmid, Case and Materials on Trade Regulation, Westbury, N.Y.: The Foundation Press, Inc., 1990, p.7.

3. 재벌은 하나의 기업인가, 복수의 기업인가?

(1) 문제의 소재

공정거래법은 부당한 지원행위를 ‘부당하게 …… 다른 회사에 대하여 …… 지원하는 행위’라고 정의하고 있다. 그러므로 어떤 회사가 다수의 사업부서를 설치하고 다각적으로 영업을 한다면 그 사업부서들이 상호지원하는 행위를 공정거래법이 금지하는 것은 아니다. 재벌의 경우에도 하나의 회사 안에 여러 사업부서를 둔다면 그 사업부서들끼리 상호지원하는 행위는 부당한 지원행위가 될 수 없지만 그 사업부서들을 별도의 법인격을 가진 자회사로 만든 경우에는 재벌 계열회사들의 상호지원행위가 부당한 ‘지원행위’로서 금지되는 것이다. 이것은 결국 재벌 계열회사들을 각기 독립한 사업자로 본다는 것이다. 그러나 재벌 전체를 하나의 사업자로 본다면 계열회사간의 내부거래나 상호지원행위는 기업 내부의 법인화되지 않은 사업부서끼리의 거래와 마찬가지로 취급해야 하고 따라서 불공정거래행위인가의 여부는 아예 문제가 되지 않는다. 불공정거래행위는 개념상 복수의 당사자(사업자)가 필요하기 때문이다.

재벌 계열회사들을 각기 독립한 사업자로 본다면 어느 계열회사가 다른 계열회사의 상호지원에 힘입어 부당염매를 하더라도 상품이나 용역의 대가가 현저하게 원가보다 낮지 않다면 부당염매로서 금지되는 것이 아니라고 볼 수 있다.⁷²⁾ 그러나 재벌 전체를 하나의 사업자로 본다면 굳이 부당한 지원행위의 금지라는 방식을 취하지 않고서도 재벌이라는 하나의 사업자에 의한 부당염매로서 금지할 수 있다.

위에서 보듯이 공정거래법 또는 독점금지법이 재벌을 어떻게 규율할 것인가를 논함에 있어서 선결문제가 되는 것은 재벌을 다수의 사업자로 취급할 것인가 아니면 하나의 사업자로 볼 것인가 하는 점이다.

(2) 사업자 개념과 경제학의 기업이론

공정거래법은 업종에 따라 동법의 적용범위를 정한다는 취지에서 사업자를 정의하고 있는데 제한적으로 열거하는 업종의 하나인 “사업을 영위하는 자”가 여기에 해당한다 (동법 제2조 1항). 여기의 사업자에는 자연인, 법인 또는 법인격 없는 사단 모두가 포

71) Phillip Areeda & Donald F. Turner, supra note 44, pp.23~31. 예컨대 최근 대형약국들이 ‘공장도 가격’ 이하의 염가로 약품을 판매하는 것을 두고서 소형약국들이 ‘불공정 경쟁’이라고 규탄하는 경우가 여기에 해당한다.

72) 그러나 부당한 지원행위를 금지하는 개정입법 전에도 상품이나 용역의 공급에 소요되는 비용 즉 원가의 산정에 있어 계열회사의 상호지원에 의해 명목상의 원가가 낮게 설정되어 있는 경우에는 정당한 기업노력에 의해 달성된 비용을 기준으로 하여 산정된 원가가 기준이 된다고 이해되어 왔다. 일본의 판례도 같은 입장이다. 이동규, 주 10)의 책, pp.351~352 참조.

함되고 법인은 공법인이든 사법인이든 묻지 않는다고 해석하는 것이 일반적이다.⁷³⁾ 우선 공정거래법의 적용을 받는 사업자에 모든 자연인과 법인이 포함된다고 새기게 되면 거래 또는 경쟁을 제한하는 둘 이상의 자연인 또는 법인 사이의 모든 합의 기타의 행위에 공정거래법이 적용될 수 있는 것으로 일견 보인다. 그러나 공정거래법의 목적이 시장에서의 경쟁촉진에 있다고 본다면 사업자 = 사업을 영위하는 권리주체라는 등식은 어딘가 불만족스러운 느낌이 든다. 공정거래법의 사업자라는 개념은 독일이나 유럽공동체 독점금지법의 기업 또는 에 해당하므로 여기서 기업 개념과의 관계를 살펴볼 필요가 있다. 회사법을 포함하여 법학에서의 기업개념⁷⁴⁾은 본래 경제학에서 나온 것이지만 전통적인 경제학이론에서도 기업을 하나의 경제단위 또는 경제주체로서만 파악했을 뿐 기업의 본질에 관한 연구는 소홀했다고 평가된다. 법경제학의 발상지로서도 유명한 시카고학파의 기업이론은 이러한 측면에서 볼 때 중요한 진전으로 평가된다. 동 학파는 기업의 본질을 다음과 같이 파악한다.⁷⁵⁾

기업이론에 따르면 회사가 자본조달의 한 방식이라면 기업은 생산조직의 방식이다. 생산을 조직화하는 방법에는 기본적으로 두 가지가 있다. 하나는 시장을 통한 방법으로서 여기에는 거래비용 즉 시장이라는 가격기구의 활용비용이 들고 다른 하나는 기업조직을 통한 방법으로서 여기에는 조직비용 즉 조직의 형성, 유지, 관리를 위한 비용이 든다. 거래비용과 조직비용 어느것이 크가에 따라서 기업을 통한 생산의 조직화 여부가 선택된다.

시카고학파의 기업이론에 따르면 시장이 가격에 따라 움직이는 제도이지만 기업은 기업가의 지시 또는 명령에 따라 움직이는 제도라고 볼 수 있다. 따라서 별도의 법인격을 가진 복수 회사간의 거래라고 할지라도 독립한 이해관계 주체들의 자유스러운 의사 합의가 아니라면 이해관계가 동일한 자 사이에서 이루어지는 일방적인 지시나 명령에 따른 것이거나 이러한 자 사이의 협의인가 그 실질의 구분이 필요하게 된다. 만일 후자에 해당한다면 단일 회사에 소속된 자연인들 사이의 또는 사업부서 사이의 업무협약과 같은 내부적인 업무조정과 본질적으로 다를 바가 없게 된다.

73) 손주찬, 주 14)의 책, p.73 ; 今村成和, 주 66)의 책, p.37 ; 正田 彬, 『全訂 獨占禁止法(1)』, 日本評論社, 1981, p.129. 또한 기업결합의 제한에 관한 우리나라 공정거래법 제7조 제1항의 적용을 받는 “회사 이외의 자”라 함은 개인, 비영리법인, 조합, 또는 단체를 말한다고 공정거래법시행령 제11조 제2항은 규정한다. 한편 미국의 서면법 제1조는 ‘거래를 제한하는 트러스트 기타 형태의 모든 계약, 결합 또는 공모’는 위법하며 이러한 계약, 결합, 또는 공모에 관련된 ‘자者person’는 누구나 중죄重罪 ; felony의 책임이 있다고 규정한다. 여기서의 ‘자’는 회사와 단체를 포함한다(동법 제8조).

74) 주지하듯이 상법商法の 대상론對象論에 있어 기업법설이 한국과 일본의 통설적 입장이다. 상법에서의 기업개념에 관해서는 정동윤, 『상법총칙.상행위법』, 법문사, 1993, pp.11 ~ 14 참조.

75) 박세일, 주 49)의 책, p.481 이하. 기업이론의 상설에 관해서는 정기화.김태기, 「기업이론」, 『시카고학파의 경제학 ; 자유, 시장 그리고 정부』, 민음사, 1991, p.383 이하 ; R. H. Coase, “The Nature of the Firm”, The Firm, the Market and the Law, Chicago ; The Univ. of Chicago Press, 1988, p.33 참조.

(3) 회사집단 내부거래와 경쟁정책

이상과 같은 시카고학파의 기업이론은 하바드학파의 대표적인 반트러스트법학자 어리더 교수가 주장하는 반트러스트정책에서도 수용되고 있다. 다음은 어리더 교수의 회사집단 내부거래와 경쟁정책에 관한 설명⁷⁶⁾의 요약이다.

법인격 분리로 인한 혜택을 누리려고 별도의 회사를 설립한 기업은 복수의 회사로서 기업을 조직한 이상 이들간의 행동조정이나 내부거래에 대해 독점금지법이 적용된다는 부담을 감수할 수밖에 없다는 주장은 어떤 정책적 정당성도 가지지 않는다. 단적으로 말해서 자회사를 설립함은 합법적이며 경쟁촉진적이다. 경쟁촉진적이지 아니라면 최소한 경쟁중립적이다. 따라서 모자회사 사이의 계약은 그것이 통상적인 관계의 필요한 일 부분인 이상 반트러스트법을 위반한 공모로 간주되어서는 아니된다.

모자회사들의 법인격 분리에 의존하여 법적인 책임을 부과함은 독점금지법에 우연성을 도입하게 될 것이다. 예컨대 절세, 공법적 규제 회피, 자본조달의 편의, 현지 주민과 유대 강화 등과 같이 별도의 법인격을 갖는 자회사를 설립하는 전통적인 이유나 필요성은 모자회사 모두를 포함한 회사집단 전체의 반경쟁적 행위를 할 능력이나 의사와 거의 관계가 없다.

위와 같은 필요나 이유에 따른 자회사 설립은 시장진입을 촉진하고 진입비용을 절감한다. 하나의 기업이 자회사를 설립하는 것과 법인화되지 않은 사업부서를 만드는 것 사이에 존재하는 조직상의 차이는 독점금지정책의 관점에서 보면 의미가 없다. 기업 내부공모이론⁷⁷⁾은 본질적으로 동일한 기업조직에 대해 반트러스트법으로는 달리 취급하는 부당한 결과를 초래한다. 기업내부공모이론이 기업들로 하여금 기업조직을 모두 내부화함으로써 자신들을 보호하게 강요한다면 자회사 설립이 가져오는 비용절감 기탁의 이익이 희생될 뿐 경쟁의 촉진에 기여함은 없을 것이다.

(4) 단일체이론 : 독점금지법상의 법인격부인론

단일체이론은 독점금지법의 적용에 있어 모자회사로 구성된 회사집단처럼 동일한 집단에 속하고 공통된 지배를 받는 회사들을 그들의 독립된 법인격에도 불구하고 하나의 경제적 단일체로서 취급하는 법이론이다.⁷⁸⁾ 이 이론은 그 명칭이나 표현을 별론으

76) Phillip E. Areeda, Antitrust Law : An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, Vol. VII, Boston : Little, Brown & Co., 1986, p.236.

77) 기업내부공모이론(intraenterprise conspiracy doctrine)은 과거에 모자회사간의 업무조정 행위를 셔먼법 제2조의 위반인 공모로 봄으로써 회사내부공모와 달리 취급하던 이론을 말한다.

78) 단일체이론에 관해서는 다음의 문헌을 참조. OECD, Restrictive Business Practices of Multinational Enterprises, Paris : OECD, 197), pp.40 ~ 43 ; OECD, Responsibility of

로 한다면 미국⁷⁹⁾, 유럽공동체⁸⁰⁾, 독일⁸¹⁾, 일본 등 각국에서 공통적으로 인정되는 것으로서 말하자면 독점금지법상의 법인격부인론이라고 할 수 있다.⁸²⁾

각국의 독점금지법에서 인정되는 단일체이론의 법리적 근거나 적용범위 그리고 적용요건은 독점금지법과 회사법의 목적이나 기능이 서로 다르기 때문에 회사법상의 법인격부인론과 같을 수는 없을 것이다.⁸³⁾ 먼저 단일체이론의 법리적 근거와 적용범위에 관해 살펴보고자 한다. 우선 회사법상의 법인격부인론의 근거부터 보자면 일반적으로 권리남용금지의 원칙 또는 신의칙에서 찾고 있다. 회사법의 목적이 회사를 둘러싼 이해관계자 상호간의 이해조정에 있고 회사의 법인격분리가 회사법의 대원칙이라는 사실을 생각할 때 이는 당연한 귀결로 생각된다. 왜냐 하면 기존의 사법이론에 의해 주주와 채권자와의 이해관계 조정이 불가능한 예외적인 경우에 한하여 보충적으로(법인격부인론의 적용범위) 법인격부인론을 적용하자면 불가불 사법의 대원칙으로 회귀하지 않을 수 없기 때문이다. 그러나 법인격부인론을 인정하는 근거와 적용범위는 회사법의 목적(대립하는 이해관계의 조정)과 분리해서 생각할 수는 없을 것이다.⁸⁴⁾

Parent for their Subsidiaries, Paris : OECD, 1982, pp.19~24 ; P. J. Kuyper, "European Community Law and Extraterritoriality : Some Trends and Developments", 33 International Comparative Law Quarterly, 1984, pp.1014~1017 ; 小原喜雄, "域外適用の法理", 丹宗昭信, 厚谷襄兒編, 『現代經濟法入門』, 法律文化社, 1981 ; 장효상, 『국제경제법』, 박영사, 1985, p.86 ; Bernhard Großfeld, 『다국간기업의 법률문제』, 정희철 역, 삼영사, 1980, pp.89~96. 이 이론의 명칭은 아직 통일되어 있지 않다. 경우에 따라 Unity of Concern Doctrine(Kuyper), 행위귀속이론(小原喜雄) 또는 통제이론(Kontroltheorie, 장효상, Großfeld)으로 부르기도 한다.

79) 미국 대법원은 *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 104 S. Ct. 2731(1984)에서 모회사와 100% 완전소유 자회사는 서면법 제1조의 적용에 있어 경제적 단일체를 구성하므로 그들 사이의 공모共謀는 불가능하다고 판시함으로써 이른바 기업내 부공모intraenterprise conspiracy에 관한 논쟁에 종지부를 찍었다. 동 판결과 그 이후의 법리발전에 관해서는 이문지, 「법인격부인론과 독점금지법」, 『사회과학연구』, 제13집, 배재대학교 부설 사회과학연구소, 1996. 2, pp.322~324, pp.326~328 참조.

80) 수평적·수직적 카르텔을 금지하는 로마조약 제85조는 독립한 기업간의 경쟁에 관한 규정이며 자회사는 회사집단으로 구성되는 경제적 단일체의 내부적 일부이므로 독립한 행위가 불가능하다는 이유에서 비록 별개의 법인격을 갖고 있더라도 경제적 독립을 향유하지 못하는 자회사와 모회사 사이의 합의에 대해서는 동 조항의 적용이 없다는 것이 판례 및 심결례의 확립된 입장이다. 이문지, 주 79)의 글, p.15 ; 정 완, 『유럽공동체 경쟁법』, 법제처 법무자료 144집, 1991, pp.40~43.

81) 카르텔의 금지에 관한 독일 경쟁제한금지법 제1조는 원칙적으로 콘체른 내부의 계약이나 결의에 적용되지 않는다. 이문지, 주 79)의 글, p.329 ; 유진희, 「독점금지법상의 카르텔금지 : 독일 경쟁제한방지법을 중심으로」, 『경쟁법률』, 제6집, 한국경쟁법률학회, 1996. 2, pp.375~376 ; Wolfgang Fikentscher, *Wirtschaftsrecht*, Band II, München : C.H.Beck, 1983, ss. pp.253~254.

82) OECD, Responsibility of Parent for their Subsidiaries, supra note 78, p.6.

83) 법인격부인론과 유사한 법리가 동일하게 인정되는 조세법이나 노동법, 파산법의 경우에도 마찬가지로의 결론을 내릴 수 있다. 이문지, 주 79)의 글, pp.318~319, p.326 참조.

84) 조세법상의 실질과세의 원칙은 조세수입의 확보와 과세의 형평 및 합목적성에 근거하여 독립된 법인격을 부인할 수 있다. 다만 조세법률주의와의 관계가 문제될 수 있을 것이다.

생각하건대 단일체이론의 근거에 관해서도 궁극적으로 독점금지법의 목적 즉 시장에서의 경쟁촉진을 통한 경제적 효율성과(시장의 경쟁에 참여하는) 기업의 본질에서 찾을 수 있을 것이다. 즉 시장에서의 경쟁을 촉진한다는 것은 이해관계를 달리하는 사업자들 사이의 경쟁을 촉진한다는 것이지 이해관계를 같이 하는 자들(같은 회사에 속한 사업부서들이나 종업원들 또는 계열회사들) 상호간의 경쟁을 기대할 수는 없다. 그러므로 동일한 집단에 속하고 공통된 지배를 받는 계열회사들에게 공정거래법을 적용할 때에는 법인격의 분리라는 형식이 아니라 기업의 본질이라는 실질에 근거한 법의 해석과 집행이 요구되는 것이다. 결과적으로 회사법에서는 법인격부인론이 보충적으로 적용되어야 하지만 공정거래법에 있어서는 단일체이론의 적용범위가 상대적으로 넓다. 즉 다수의 법인으로 구성되는 기업의 실질에 착안하여 경쟁촉진을 위해 필요하다면 독점금지법의 적용범위를 확대하고 경쟁유지와 무관하다면 적용범위를 축소하게 될 것이다.⁸⁵⁾ 다만 단일체이론의 적용은 법인격부인론의 경우와 같이 개별적 사건의 구체적 사실관계에 비추어 판단해야 하고 자회사 행위의 독립성을 전면적으로 부인하는 것은 아니다.⁸⁶⁾

(5) 일본 독점금지법과 단일체이론

일본 독점금지법에 이 문제와 관련된 명문의 규정은 없지만 일본 공정거래위원회는 유통·거래관행 가이드라인(1991. 7. 11) 부록 1 ‘모자회사간의 거래와 불공정한 거래 방법’에서 그 입장을 분명히 밝히고 있다.

모자회사간의 거래와 불공정한 거래방법

사업자(모회사)가 다른 사업자(자회사)의 주식을 소유하고 있는 경우에 모자회사간의 거래가 불공정한 거래방법에 따른 규제의 대상으로 되는지의 여부에 관하여는 다음과 같다.

1. 모회사가 주식의 100%를 소유하고 있는 자회사의 경우에는 통상 모자회사간의 거래는 실질적으로 동일기업내의 행위에 준하는 것으로 인정되어 모자회사간의 거래는 원

85) 표현이나 명칭을 별론으로 하고서 각국의 입법례와 심결례, 판례를 기초로 하여 단일체이론의 적용범위를 분석해 보면, 다음 세 분야로 크게 나눌 수 있다. 즉, ① 회사집단 내부의 업무조정 또는 거래, ② 자회사의 반경쟁적 행위에 대한 모회사의 책임, 그리고 ③ 회사집단에 의한 시장지배적 지위의 남용이 그것이다. ①의 경우에는 독점금지법의 적용범위가 축소되고 ②, ③의 경우에는 독점금지법의 적용범위가 확대된다. 단일체이론의 적용 요건은 계열회사가 시장에서의 행동과정을 결정함에 있어서 진정한 의미의 자치를 누리지 않아야 한다는 것이다. 지배종속관계의 존부가 요건이므로 지주비율이 50% 미만인 경우 사실관계의 조사에 의해 동일 기업내의 행위로 취급, 독점금지법의 적용에서 제외될 수 있다. 상세는 이문지, 주 79)의 글, pp.326~333 및 다음 절 ‘일본 독점금지법과 단일체이론’ 참조.

86) OECD, Restrictive Business Practices of Multinational Enterprises, supra note 78, paragraph 131.

칙으로서 불공정한 거래방법에 따른 규제를 받지 않는다.

2. 모회사의 주식소유비율이 100%에 달하지 않는 자회사(원칙적으로 주식소유비율이 50% 이상)의 경우에 대하여도 모자회사간의 거래가 실질적으로 동일기업 내의 행위에 준하는 것으로 인정될 때에는 원칙적으로 불공정한 거래방법에 따른 규제를 받지 않는다.

3. 모자회사간의 거래가 실질적으로 동일기업내의 행위에 준하는 것으로 인정되는 경우에 예컨대 자회사가 거래상대방인 사업자의 판매가격을 구속하고 있는 것이 모자회사간의 계약 또는 모회사의 지시에 의하여 이루어지고 있는 등 모회사가 자회사의 거래상대방인 제3자의 사업활동을 제한하고 있는 경우에는 모회사의 행위는 불공정한 거래방법에 따른 규제의 대상으로 된다.

4. 상기 2 및 3에 있어서 모자회사간의 거래가 실질적으로 동일기업 내의 행위에 준하는 것으로 인정되는지의 여부는 ① 모회사에 의한 자회사 주식 소유비율, ② 모회사로부터의 자회사에 대한 임원파견 상황, ③ 자회사의 재무 및 영업방침에 대한 모회사의 관여 상황, ④ 모자회사간의 거래관계(자회사의 거래액에서 차지하는 모회사와의 거래 비율) 등을 개별 구체적 사안에 따라서 종합적으로 판단한다.

그리고 모회사가 자회사 이외의 거래상대방 사업자에 대하여도 같은 제한을 과하고 있는 경우에는 통상은 자회사에 대하여도 하나의 거래상대방인 사업자로서 제한을 과하고 있는 것으로 인정되어 원칙적으로 불공정한 거래방법에 따른 규제대상으로 된다.

(6) 우리나라 공정거래법과 단일체이론

우리나라의 공정거래법에 관한 학술문헌이나 공정거래위원회 발간자료에서 단일체이론에 관한 언급을 찾기 힘들지만 다음과 같은 점이 공통된 지배 아래에 있는 회사집단의 경제적 단일성 또는 동일성을 공정거래법이 수용하고 있는 충분한 증거가 있다.

첫째로, 회사집단이 공정거래법상의 기초개념 가운데 하나로서 정의되고 있다.

둘째로, 기업결합의 제한에 관한 동법 제7조 제1항 및 기업결합의 신고에 관한 동법 제12조의 적용범위는 사업자 자신에 의한 기업결합뿐만 아니라 계열회사를 통한 것까지 포함한다.⁸⁷⁾

셋째로, 시장지배적 사업자의 정의에 관한 동법 제2조 제7호의 적용에 있어 계열회사

87) 다만 기업결합 신고의무를 지는 주식취득비율은 기업집단의 정의에서 사용되고 있는 30%의 비율보다 낮은 20%이다. 임원겸임도 사실상의 경영지배 관계의 발생으로 보아 기업결합의 제한 및 신고의무에 관한 규정이 적용된다.

관계에 있는 복수의 사업자는 이를 하나의 사업자로 본다.

넷째로, 불공정거래행위의 금지에 관한 동법 제23조 제1항은 행위자인 사업자가 하는 것뿐만 아니라 계열회사로 하여금 이를 하도록 하는 경우에도 적용된다. 따라서 다른 계열회사로 하여금 불공정거래행위를 하도록 한 사업자는 자신이 행위자가 아니라도 공정거래법에 따라 시정조치를 명령받거나 민 형사책임 기타의 불이익을 받을 수 있다. 기업결합의 제한에 관한 규정을 위반한 경우에도 이와 동일하게 해석된다.

그러면 공동행위 및 불공정거래행위 그리고 재판매가격제한의 금지에 관한 공정거래법의 관련조항이 계열회사간의 거래나 업무조정에 적용되는가? 명문의 규정이 없으므로 의문이 있을 수 있다. 공통된 지배를 받고 있는 회사집단의 경제적 단일성 또는 동일성에 입각하여 본다면 이 조항들의 적용이 없다는 것이 원칙적으로 당연하다.⁸⁸⁾ 그러나 공정거래법시행령 별표는 같은 회사집단에 속하는 계열회사를 위한 차별취급 행위 및 부당한 지원행위를 각기 독립한 불공정행위의 유형으로 규정하고 있다. 또한 ‘대규모기업집단의 불공정거래행위에 대한 심사기준’(1992. 7. 1.)과 ‘부당한 자금.자산.인력지원행위의 심사지침’ 역시 동일한 입장이다. 공정거래위원회는 다른 경우와 달리 이들 경우에 한해서는 계열회사들을 각기 독립한 사업자로서 취급하고 있음을 분명히 보여주고 있는 증거이다.

공정거래법은 회사집단의 경제적 단일성을 중시하여 이를 마치 하나의 사업자인양 취급하는 명문의 규정이 있으며 이는 선진 각국에서 발전해 온 단일체이론과 일치하는 것이다. 그런데 공정거래위원회가 계열회사를 위한 차별적 취급과 상호지원행위에 관해서 만든 예외적으로 공정거래법을 해석하여 적용하는 근거가 무엇인지 의문이다. 주식의 상호보유에 의한 회사집단의 형성이라는 현상이 동일하게 문제되고 있음은 일본이나 독일도 마찬가지이다. 특히 불공정거래행위의 금지에 관한 한 일본 독점금지법은 우리 공정거래법의 모법에 해당한다.

4. 재벌기업의 경쟁력 향상이 공정거래법의 목적인가?

(1) 기업의 생산적 효율성 향상은 공정거래법의 목적이 아니다

심사지침이 지원행위의 부당성에 관한 판단기준의 하나로서 지원행위로 인해 지원객체의 시장퇴출이 저해됨을 들고 있음은 한계기업에 해당하는 계열회사의 시장퇴출 즉 재벌 내부의 구조조정(경쟁력 없는 업체의 정리)이 계열회사간의 상호지원에 의해 지

88) 위에서 본 일본 공정거래위원회의 유통.거래관행 가이드라인(1991. 7. 11)의 “모회사간의 거래와 불공정한 거래방법”은 기본적으로 이렇게 보는 입장에 서고 있다. 일본도 경제력의 일반집중이 우리나라 못지않게 문제시되고 있으므로 일본법을 계수한 우리나라의 공정거래법의 해석 및 운용이 일본과 판이해야 할 이유가 있는지 의문이다.

연되는 것을 금지하겠다는 뜻이며 이것은 곧 공정거래법의 적용으로(비효율적인 내부 거래 또는 투자자금 배분행위를 금지함으로써) 재벌기업 전체의 경쟁력(생산적 효율성)을 향상시키겠다는 발상이라는 것은 앞에서 본 바 있다(제3장 3절 5항 3목 참조).

미국 반트러스트 경제학의 주류인 시카고학파가 반트러스트법의 유일한 목적으로 삼고 있는 것은 경제적 효율성이므로 우리의 공정거래법에 있어서도 경제적 효율성이 중요한 목적이라고 본다면 부당한 지원행위를 금지하여 재벌 기업의 효율성을 촉진하는 것이 적절한 것으로 생각할 수도 있을 것이다. 그러나 시카고학파 이후의 현대 반트러스트 경제학에 있어서는 생산적 효율성에 대해 긍정적인 가치로 수용하지만 소극적인 자세를 취한다. 즉 생산적 효율성을 제고하는 행위가 그 기업의 시장력을 강화하여 시장지배력에 이르게 하지 않는 한 일반적으로 공정거래법에 의해 금지하지 않고 허용한다. 그러나 기업이 비효율적이라는 것만으로는 공정거래법을 적용하여 제재를 가하는 것은 아니다. 예컨대 수직적 통합이 기업의 생산비를 절감할 수 있기 때문에 보다 싼 가격으로 제품을 공급할 수 있는 데도 불구하고 수직적 통합을 하지 않는다고 공정거래법을 위반한 것은 아니다. 비효율적인 기업을 제재하는 것은 시장 그 자체가 담당한다.⁸⁹⁾

시카고학파의 학자들은 시장의 자율적인 교정작용을 과신하고 시장의 불완전성을 과소평가하기 때문에 어떤 행위를 금지해야 한다는 경제이론적 근거가 너무나 강력하여 어떠한 반대의 주장도 용납되지 않는 정도가 아닌 한 법원이나 정부가 개입해서는 아니되며 한 치의 의문이라도 있다면 시장이 스스로 문제를 해결하도록 방임해야 한다고 믿는다는 것이 시카고학파에 대한 비판론자들의 지적이다. 다시 말해서 시카고학파는 과잉규제의 잘못을 비판했지만 비판론자들은 과잉규제의 잘못이 시카고학파의 과소규제의 잘못보다 빈번하게 발생하는가의 문제를 사전에 알 수 있는 자는 신을 제외한다면 아직 없다고 반박하는 것이다.⁹⁰⁾ 그러나 이러한 논쟁은 어떤 행위가 경쟁촉진적인가 아니면 경쟁제한적인가 불분명한 경우 공정거래법을 적용하여 금지하는 것이 현안 문제의 해결에 적절한지 여부에 관한 견해의 대립이다. 어느쪽의 입장에서든 시장기능을 신뢰하는 것은 마찬가지이고 다만 신뢰의 정도에 차이가 있을 뿐이다. 따라서 기업의 비효율적인 행위를 공정거래법의 적용으로 개선할 수 있다고 믿지는 않는다.

내부거래나 상호지원을 비롯한 기업행위가 비효율적이라면 그러한 기업행위에 대한 견제는 적자생존 또는 우생열패의 법칙이 작용하는 비인격적인 시장기구가 담당한다는 것이 현대의 공정거래정책 또는 경쟁정책의 기본적인 전제이다. 공정거래법을 적용하여 정부가 개입하는 것은 또한 시장경쟁을 제한하는 기업행위를 금지함으로써 자

89) Hovenkamp, *supra* note 40, p.74.

90) Hovenkamp, *supra* note 40, p.65.

원배분적 효율성을 증가시킬 수 있을 때로 한정된다. 따라서 비합리적이고 비효율적인 의사결정을 하는 기업은 판매실적이 감소하거나 시장에서 퇴출되는 불이익을 부담하는 것으로 충분하다. 정부가 비효율적인 기업행위를 감시하고 금지하지 않는 대신 비효율적인 기업행위에 대한 견제를 시장기능이 담당하는 이유는 무엇인가. 어떤 행위가 비효율적인가 아닌가를 당사자인 기업보다 정부가 정확하게 파악할 수 없기 때문이다. 설사 정부가 잘 알 수 있는 경우가 있다고 하더라도 하나하나의 기업행위의 효율성을 판단하고 감시함으로써 얻는 이익보다 그 비용이 훨씬 크기 때문이다. 기업행위의 효율성에 대한 판단 착오로 인한 불이익을 정부가 부담할 수도 없고 정부가 부담하는 것이 적절하지도 않기 때문이다. 따라서 자기책임의 원칙 또는 사적자치의 원칙은 시장경제체제를 지탱하는 기본적인 법원리이며 시장경제체제를 존립기반으로 하는 공정거래법이 이를 부정하는 것은 자기모순이 된다.

(2) 규제된 규제개혁의 오류

정부가 기업이 생산하는 재화나 용역의 공급량이나 가격을 결정하는 것은 기업 내부의 의사결정에 정부가 개입하는 것이다. 기업이 재화나 용역을 내부에서 조달하느냐 아니면 외부에서 구입하는가에 대해 정부가 개입하는 것도 동일한 성격을 갖는다. 기업내부의 의사결정에 정부가 개입하는 것은 보통 경제규제라고 부르는데 경쟁제한행위를 소극적으로 금지하는 공정거래법 또는 독점금지법과 구별하는 것이 일반적이다. 정부의 경제규제는 이른바 시장실패가 이론적 근거이지만 정부의 잘못된 규제를 견제하는 어떠한 경쟁의 압력도 없어 이른바 정부실패의 위험도 크기 때문에 경제규제가 항상 정당화될 수는 없다.

공정거래법이 아니라 경제규제법규에 근거하더라도 재벌 계열회사의 상호지원행위가 일정 규모 이상에 달한다면 일률적으로 금지한다는 것은 재벌 계열회사의 내부거래나 상호지원이 항상 비효율적이라는 사실을 전제로 하는 것이지만 이는 오류이다. 설사 공정거래위원회가 그 재량으로 명백하게 비효율적인 내부거래 또는 상호지원만 금지하려고 노력하더라도 권한행사의 잘못을 견제하고 시정할 수 없거나 곤란하다면 문제가 아닐 수 없다. 또한 작은 정부의 이상理想에서 보자면 기업 내부문제에 대한 간섭은 막대한 인원과 예산의 동원 그리고 규제의 실패에서 발생하는 비용을 상쇄하고도 남을 만큼 재벌기업의 경쟁력이 향상되지 않는 이상 그 정당성이 확보되지 않는다.

지난 1980년대 중반 이래로 우리 정부가 강조해 온 규제완화 또는 규제개혁은 경제규제를 되도록 축소하고 시장기능에 맡김으로써 정부실패의 위험을 극소화하고 정부의 효율성을 극대화시키는 것이 그 기본 취지이다. 따라서 규제개혁은 시장의 자동적인 교정작용을 기본적으로 신뢰하고 정부의 경제규제가 갖는 위험을 자각하는 것에서 출발한다. 또한 공정거래법은 경쟁촉진에 의해 시장이 제대로 기능하도록 보장하는 작용

을 하기 때문에 철폐된 경제규제의 자리를 대신하게 되므로 그 역할이 확대됨은 물론이다. 그러나 앞에서 말한 것처럼 내부거래 기타 기업 내부의 의사결정에 간섭하는 것은 경제규제이며 공정거래법과 구별되어야 한다. 기업 내부의 의사결정에 대한 정부의 간섭이 공정거래법의 명목으로 행해진다고 하여 규제완화에 해당하는 것도 아니다.

정부가 규제개혁을 강력하게 추진한다고 하지만 결과적으로 사소한 경제규제가 폐지되는 대신에 중요한 규제가 추가되는 것을 이른바 ‘규제된’ 규제개혁이라고 부른다. 공정거래법에 의해 부당한 자금.자산.인력지원행위를 금지함으로써 비효율적인 내부거래를 봉쇄하여 재벌기업의 경쟁력(생산적 효율성)을 향상시키겠다는 것 역시 규제된 규제개혁의 전형적인 사례에 해당한다.

5. 부당한 지원행위 금지의 입법취지는 실현 가능한가?

(1) 재벌 계열회사와 중소기업 사이의 공정한 경쟁 확보는 가능한가?

부당한 지원행위를 금지함으로써 재벌 계열회사와(계열회사가 아닌) 중소기업의 공정한 경쟁을 확보한다는 공정거래법 개정의 입법취지가 과연 어느 정도 실현될 수 있는가에 관해 먼저 분석하기로 한다.

재벌 계열회사가 부당한 지원행위를 한다는 것은 재벌이 사업다각화를 위해서 다수의 계열회사를 두고 있다는 사실을 논리적으로 전제하고 있다. 그런데 사업을 다각화하는 방법으로는 계열회사를 통하는 것 외에도 하나의 회사내에 복수의 사업부서를 두는 방법이 있다. 부당한 지원행위의 금지는 같은 회사 내의 사업부서 사이의 상호지원까지 금지하는 것은 아니다. 따라서 공정거래법에 의한 부당한 지원행위의 금지로써 이러한 경우까지 중소기업을 보호할 수는 없다.

다음 계열회사를 상호지원하는 방법에 있어 공정거래법이 금지하는 것은 정상가격에 의하지 않는 상품 및 용역의 거래 및 자금.자산.인력지원행위이다.⁹¹⁾ 따라서 계열회사에 대한 출자⁹²⁾ 및 자본거래⁹³⁾를 통한 지원은 금지되지 않는다. 즉 재벌 계열회사간의 내부거래가 포괄적으로 금지되고 있는 것은 아니다.

자금.자산.인력지원행위 역시 포괄적으로 금지되고 있는 것은 아니다. 공정거래법 제23조 제1항 제7호는 부당한 ‘지원행위’를 자금.자산.인력을 ‘제공하거나(현저히 유리한

91) 계열회사에 대한 채무보증을 제한하는 공정거래법 제10조의 2도 계열회사에 대한 자금지원을 제한하는 기능을 한다.

92) 공정거래법에 의한 상호출자의 금지(제9조), 다른 회사에 대한 출자총액의 제한(제10조)에 관한 규정을 위반하지 않는 범위 안에서 출자에 의한 지원이 가능함은 물론이다.

93) 주 8) 참조.

조건으로 거래하여) …… 지원하는 행위’라고 정의하고 있다. 따라서 정상가격에 의한 자금.자산.인력지원행위도 지원행위에 해당하는 것으로 볼 여지가 있지만 ‘지원하는 행위’이어야 하므로 정상가격에 의한 거래는 지원행위에 해당되지 않는다고 볼 수도 있다. 그러나 동법 시행령 별표는 지원행위가 과다한 경제상 이익을 제공하는 행위임을 분명히 하고 있다. 즉(자금.자산.인력을) …… 현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공함으로써 …… 지원하는 행위’라고 규정하고 있다. 심사지침 역시 지원주체와 지원객체간에 이루어진 자금.자산.인력의 실제거래가격이 정상가격보다 높거나 낮은 경우만이 지원행위에 해당함을 분명히 하고 있다. 따라서 정상가격에 의해 이루어지는 자금.자산.인력의 거래는 지원행위가 아니며 따라서 부당한가의 여부도 따질 이유가 없다.

공정거래법은 자금.자산.인력의 실제거래가격이 정상가격보다 높거나 낮은 경우만 부당한 지원행위로서 금지하므로 재벌 계열회사들은 앞으로 내부거래의 실제가격을 정상가격과 일치하도록 만들 것으로 예상된다. 따라서 언뜻 보면 부당한 지원행위의 금지는 상당한 실효성이 있는 것처럼 보일 수 있다. 그러나 정상가격에 의해 이루어지는 자금.자산.인력의 거래는 공정거래법에 의해 금지되지 않는다는 사실은 부당한 지원행위 금지의 실효성이 거의 상실될 것임을 의미한다. 그 이유는 탈법행위가 예상되기 때문이다. 예컨대 표면적으로는 정상가격에 해당하는 거래조건으로 거래하되 대가의 지급을 유예하여 주는 방법으로 실질적으로 지원하는 경우에는 공정거래법의 적용이 불가능하기 때문이다.

표면적으로는 정상가격에 의한 거래이지만 실질적으로는 지원하는 행위인 경우까지 금지하는 것도 실효성은 없다. 실질적인 지원행위인가의 여부를 심사하기 위해서는 계열회사간의 거래 모두를 심사대상에 포함시켜야 하고 계열회사 사이의 거래이기 때문에 발생하는 각종 거래비용의 절약을 반영하는 가격 차이를 고려하여야 한다. 여기에는 엄청난 인원과 예산 및 시간의 투자가 필요하며 실질적으로 지원하는 행위인가의 여부를 판단하는 것도 매우 어렵다. 그렇다고 계열회사 상호간의 내부거래를 일률적으로 금지하는 것은 내부거래가 가질 수도 있는 효율성을 외면하고 사실상 시장경제체제를 부인하는 것이다.

재벌 계열회사가 중소기업과의 경쟁에 있어 유리한 지위에 서는 이유는 단순히 같은 계열회사로부터 이전가격에 의해 지원받는다는 사실에 있는 것은 아니다. 재벌 계열회사의 종합적인 경영능력이 우월하고 특정한 상품 또는 용역을 소비자들이 선호하는 현상(제품차별화)이 존재하며 이들의 자금력 때문에 경쟁사업자들이 공격적인 판매전략을 기피한다면 이전가격에 의한 상호지원이 없더라도 이미 중소기업과의 경쟁에서 유리한 지위에 서게 되는 것이다. 따라서 부당한 지원행위를 금지하는 공정거래법의 조항은 실효성이 거의 없어 정부의 중소기업 보호 의지를 상징하는 장식물로서의 기

능만을 담당하게 될 것이다.

(2) 재벌 계열회사의 시장퇴출 지연 방지는 가능한가?

부당한 지원행위를 금지함으로써 지원객체의 시장퇴출이 저해됨을 방지하여 재벌 내부의 구조조정(경쟁력 없는 업체의 정리)을 촉진하고 재벌기업 전체의 경쟁력(생산적 효율성)을 향상시킨다는 개정입법의 취지가 과연 어느 정도 실현 가능한지 이제 따져 보기로 한다.

지원행위로 인해 재벌 계열회사의 시장퇴출이 지연된다는 것은 논리적으로 볼 때 지원을 받는 계열회사가 어떤 시장에서 이미 활동하고 있지만 경쟁력이 없어 시장퇴출이 불가피하다는 사실이 전제가 된다. 그런데 지원객체인 계열회사의 시장퇴출이 불가피하다는 사실이 누가 보아도 명백하다면 일반적으로 정부보다 재벌기업이 빨리 파악하여 공정거래법의 적용이 있기 전에 그 기업에 대한 모종의 조치를 강구하게 마련이다. 문제는 지원객체인 계열회사가 일시적인 위기를 맞이한 것인지 아니면 시장에서 퇴출될 운명에 있는 것인지 분명하지 않은 경우이다. 재벌과 정부의 판단이 엇갈리는 경우 누구의 판단이 옳은지 가리키는 매우 어렵다. 따라서 지원행위로 인해 지원객체의 시장퇴출이 지연될 뿐이라는 사실이 상대적으로 분명한 경우에만 부당한 지원행위로서 금지한다고 생각해 보자. 그러나 대개의 경우 지원행위로 인해 당해 계열회사가 도산하거나 재벌 전체가 위기에 서게 될 때 비로소 그 지원행위가 지원객체의 시장퇴출을 지연시킬 뿐이었음이 상대적으로 명백하게 되는 것이므로 이 단계에서 공정거래법을 적용하여 재벌의 경쟁력(생산적 효율성)을 향상시키는 것은 거의 불가능하다. 마지막으로 검토해 볼 방안은 일정한 규모 이상의 지원행위라면 무조건 공정거래법 위반으로 금지하는 것이지만 이 방안은 창의적이고 자율적인 기업활동을 부인하는 것이다.

정상가격에 의해 이루어지는 자금·자산·인력의 거래는 공정거래법에 의해 금지되지 않는다는 사실도 부당한 지원행위를 금지하여 재벌기업의 경쟁력을 향상시킨다는 입법 취지의 실효성이 거의 상실되는 원인이 될 것이다. 재벌은 이윤극대화 또는 시장점유율 극대화를 위해서 필요하다면 어떤 방법으로든 지원행위를 할 것으로 예상해야 하기 때문이다.

따라서 계열회사의 시장퇴출 지연을 이유로 지원행위를 금지하는 것은 공정거래법에 근거하든 아니면 경제규제법규에 근거하든 그 실효성을 기대하기 어렵다. 오히려 지원주체가 속하는 시장의 경쟁이 활성화된다면 다른 계열회사를 지원할 여력이 적어져 간접적으로 억제할 수 있다. 또한 지원주체에 대한 금융기관이나 소수주주의 권리행사 또는 기업인수의 위협 등이 간접적이지만 실효성 있는 억제방안이 될 것이다.

6. 상호지원으로 인한 경쟁제한은 여타의 조항으로도 금지할 수 있다

지금까지 재벌 계열회사와 중소기업 사이의 공정한 경쟁을 확보한다거나 계열회사의 시장퇴출 지연을 방지하기 위한 부당한 지원행위의 금지에 관해서 분석하였다. 이제 지원행위로 인해(지원객체가 속하는 일정한 거래분야에 있어서) 다른 사업자의 신규진입이 저해되는 것을 방지하기 위한 부당한 지원행위의 금지에 관해 분석한다.

심사지침은 앞에서 보았듯이 지원행위의 부당성(공정경쟁저해성)을 판단하는 기준의 하나로써 지원행위로 인해(지원객체가 속하는 일정한 거래분야에 있어서) 다른 사업자의 신규진입이 저해되는 것을 들고 있다. 이것은 일반적인 공정거래정책 또는 경쟁정책의 관점에서 보더라도 어느 정도 납득이 가는 기준이다. 왜냐하면 계열회사들의 상호지원행위가 경쟁제한적 효과를 갖는다면 그것은 복수의 시장에서 활동하는 재벌이 한 시장에서의 독점적 지위 또는 우월적 지위를 통해 얻은 초과이윤을 바탕으로 다른 경쟁적 시장에서 부당염매함으로써 경쟁사업자를 배제시키거나 신규진입을 저지시키는 경우이기 때문이다.⁹⁴⁾ 이러한 경우 우리 공정거래법은 다른 나라들과 마찬가지로 불공정거래행위 유형의 하나인 부당염매로서 금지하고 있다.⁹⁵⁾

공정거래법시행령 별표에 의하면 부당염매행위는 ‘자기 상품 또는 용역을 공급함에 있어서 정당한 이유 없이 그 공급에 소요되는 비용보다 현저히 낮은 대가로 계속하여 공급하여 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 행위’로 정의된다. 따라서 그 금지요건은 ① 공급에 소요되는 비용보다 현저하게 낮은 대가로 공급할 것, ② 계속하여 염매할 것, 그리고 ③ 정당한 이유가 없을 것 등이다. 여기에서 ‘공급에 소요되는 비용’은 원칙적으로 원가를 의미한다고 해석되고 따라서 원가보다 현저히 낮은 대가로 공급해야만 부당염매에 해당할 수 있다.⁹⁶⁾

공정거래법이 부당염매를 불공정거래행위로서 이미 금지하고 있음에도 불구하고 부당

94) 개별시장을 단위로 보는 경쟁정책의 관점에서는 계열회사의 상호지원을 통한 시장진출 및 시장잔류 지원은 시장의 독과점과 연결되지 않는 한 오히려 경쟁촉진적이다. 견고한 과점 시장에서 어느 정도의 가격인하는 준담합적準談合的인 가격행동을 교란함으로써 경쟁촉진적인 효과가 있고 시장에 신규로 진출함에 있어서는 낮은 가격 설정이 경쟁과정에 있어서의 당연한 기업전략인 것이다. 또한 낮은 가격은 공정거래법의 중요한 목적인 소비자후생(경제적 효율성)에 부합되는 것이므로 설령 원가보다 낮게 가격을 책정했다고 해서 언제나 공정거래법 위반이라고 할 수는 없다.

95) 지역별 가격차별행위로서 금지하는 경우도 있다. 다만 명확히 해 두어야 할 것은 상호지원행위 그 자체와(상호지원행위를 이용하여 다른 시장에서) 경쟁자를 배제하는 행위는 구별되어야 한다는 사실이다. 필자가 알기로는 상호지원 그 자체를 독점금지법으로 금지하는 나라는 우리나라밖에 없다.

96) 이동규, 주 10)의 책, pp.351~352. 미국의 경우 1975년 이후 한계비용 또는 그 대응으로서 평균가변비용보다 가격이 낮다면 약탈가격책정이라고 판정하는 이른바 Areeda-Turner Test 또는 이것을 약간 수정한 기준을 각 순회법원들이 사용해 왔다. Hovenkamp, supra note 40, p.299.

한 지원행위를 새로운 불공정거래행위 유형으로 추가한 이유가 무엇인지 이제 분석할 필요가 있다. 우선 지원행위로 인해 지원객체의 공급가격이 표면적으로는 원가보다 현저하게 낮지는 않지만 부당염매와 동일한 경쟁제한효과를 갖는 경우를 생각해 볼 수 있다. 그러나 앞에서 설명한 단일체이론을 적용한다면 지원객체와 지원주체를 하나의 사업자로 볼 수 있고 따라서 이러한 경우도 부당염매로서 금지할 수 있다. 또한 일본의 판례도 계열회사의 내부지원에 의해 명목상의 원가가 낮게 설정된 경우에는 정당한 기업노력에 의해 달성된 비용을 기준으로 하여 산정된 원가가 기준이 된다고 판시하고 있다.⁹⁷⁾ 따라서 이것은 부당한 지원행위를 새로운 불공정거래행위 유형으로 추가하는 이유가 될 수 없다.

다음으로 공급가격이 원가보다 높지만 잠재적 경쟁사업자의 신규진입이 저해되는 경우를 생각해 볼 수 있다. 즉 독점사업자가 전략적인 진입저지를 위해 가격인하를 하는 경우가 여기에 해당한다. 이 경우의 공급가격은 이윤을 극대화하는 가격보다는 낮지만 원가 즉 총평균비용보다는 높다. 그러나 신규진입을 저지시키기에 충분할 만큼 공급가격이 낮기 때문에 진입이 저지된 잠시 후에는 독점가격으로 환원할 수 있어 독점상태를 연장시킬 수 있다.⁹⁸⁾ 이러한 전략적인 진입저지를 위한 가격인하는 부당염매행위로 금지하거나⁹⁹⁾ 시장지배적 지위의 남용행위(공정거래법 제3조 제4호 및 제5호)로서 금지할 수도 있다. 더구나 다른 계열회사의 지원행위가 없더라도 이러한 가격인하 전략은 실행 가능하다. 따라서 이것 역시 부당한 지원행위를 새로운 불공정거래행위 유형으로 추가하는 이유가 될 수 없다.

마지막으로 생각할 수 있는 것은 지원객체가 독점사업자나 시장지배적 사업자도 아니고 부당염매를 하는 것도 아니지만 지원객체가 계열회사의 지원행위에 힘입어 공격적으로 판매전략을 구사하고 있기 때문에 잠재적 경쟁사업자가 신규진입을 포기하는 경우에 일정한 규모 이상의 지원행위에 한하여 금지하고자 하는 경우이다. 그러나 재벌이 새로운 시장에 진출하는 경우는 거의 언제나 여기에 해당할 것이므로 이러한 경우에 공정거래법을 적용함은 경쟁을 촉진하는 것이 아니라 제한하는 결과가 된다. 따라서 공정거래위원회가 중소기업 보호의 목적도 없이 일정 규모 이상의 지원행위를 무조건 금지하고자 하지 않는 이상 이러한 경우에 공정거래법을 적용할 것이라고 생각되지는 않는다.

결론적으로 말해서 지원행위에 힘입은 지원객체의 공격적인 영업행위가 신규진입 저해 기타의 경쟁제한적 효과가 있어 시장독점을 형성 또는 유지할 위험이 있는 경우에

97) (株)中部讀賣新聞事件 東京高裁判決(1975. 4. 30); 이동규, 주 10)의 책, p.352.

98) 상세한 사항은 Hovenkamp, *supra* note 40, pp.303~306 참조.

99) 공정거래법 시행령 별표에 의하면 가격을 원가 이하로 책정하지 않더라도 '부당하게 상품 또는 용역을 낮은 대가로 공급함으로써 …… 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 행위' 역시 부당염매에 해당한다. 따라서 위의 경우 역시 부당염매라고 볼 수는 있다.

는 단일체이론에 의해서 그리고 부당염매행위(또는 시장지배적 지위의 남용행위)로서 금지할 수 있고 부당한 지원행위라는 새로운 불공정거래행위 유형을 신설할 필요는 없었다.

제5장

요약 및 결론

요약 및 결론

1. 요약

(1) 개정 공정거래법이 부당한 자금·자산·인력지원행위를 금지함은 ① 재벌 계열회사와 중소기업 사이의 공정한 경쟁을 확보하고 ② 경쟁력이 없는 재벌 계열회사의 시장 퇴출 지연을 방지함으로써 재벌 전체의 경쟁력을 향상시키는 데 입법취지가 있으며 ③ 주로 지원규모를 기준으로 재벌 계열회사의 상호지원행위를 금지하는 재벌 규제입법이다.

(2) 공정거래법 또는 공정거래정책의 가장 중요한 목적은 경제적 효율성 또는 소비자의 후생(이익)이라고 보는 것이 현대 공정거래법학의 주된 흐름이다. 쉽게 말해서 공정거래법은 소비자에게 되도록 값싼 상품과 용역을 되도록 많이 공급하는 것이 그 목적이다. 공정거래정책에 있어 경제적 효율성을 외면하고 중소기업의 보호를 우선하는 것은 현대 공정거래법학의 주된 흐름에서 이탈한 것이다.

경제적 효율성보다 중소기업의 보호를 우선시킴은 비효율적인 기업의 유지 즉 경쟁이 아닌 경쟁자의 보호를 추구하는 것이다. 이것은 결국 합리적 기준을 무시한 법규범과 공정거래법 집행기관이 감당할 수 없는 업무부담의 가중, 그리고 의타적인 부류의 기업 양산이라는 결과를 초래하게 된다. 엄청난 법적 불안정성이 야기되고 반트러스트법이 실현할 수 있는 적절한 목적의 설정 역시 불가능하게 된다. 효율성과 충돌하지 않는 범위내에서만 중소기업의 보호를 추구한다는 것도 부적절하다. 왜냐하면 사안별로 어떤 행위가 초래하는 효율성 향상의 존부와 크기를 확인하는 것이 어렵거나 막대한 집행비용이 수반될 것이며 그러한 확인을 하지 않고 중소기업의 보호를 추구한다면 그만큼 효율성 향상이라는 목적과 충돌할 위험이 존재하기 때문이다.

(3) 불공정거래행위의 금지에 관한 국내의 통설적 견해나 공정거래위원회 실무는 공정거래법에 규정된 불공정거래행위 유형에 해당하는 기업의 행위가 경쟁저해의 추상적 위험성만 있어도(즉 구체적 위험이 발생하지 않아도) 금지된다고 본다. 그러나 불공정거래행위 유형에 해당하는 기업의 행위라면 무조건 공정거래법으로 금지하는 경직적인 법집행은 필연적으로 규제의 실익이 없는 행위는 물론 경쟁촉진적 효과가 오히려 큰 행위까지도 금지하게 되어 공정거래법의 목적에 반하는 결과를 초래할 수밖에 없다. 또한 공정거래위원회의 권한 행사가 공정거래법의 목적에 합치되지 않는다고 하더라도 자유·능률경쟁 저해의 추상적 위험이 있는 한 이를 위법하다는 사법적 판단이 불가능하다. 부당한 지원행위 역시 불공정거래행위로서 금지되므로 이상과 같

은 문제가 있음은 당연하다.

(4) 공정거래위원회의 심사지침은 계열회사간의 지원행위로 인하여 지원객체가 속하는 일정한 거래분야에 있어서 ① 지원객체가 유력한 사업자의 지위를 형성·유지 또는 강화할 우려가 있는 경우 ② 지원객체의 경쟁사업자가 배제될 우려가 있는 경우 ③ 지원객체가 경쟁사업자에 비하여 경쟁조건이 상당히 유리하게 되는 경우 ④ (다른 사업자의) 신규진입이나(지원객체의) 퇴출이 저해되는 경우 가운데 어느 하나에 해당된다면 ‘부당한’ 지원행위라고 규정하고 있다. 심사지침은 또한 보조적 판단기준으로서 일정한 규모 이상의 지원행위는 부당한 지원행위에 해당할 가능성이 높은 경우라고 규정하고 있다.

위의 판단기준 가운데 ①과 ② 그리고 ③은 모두 재벌 계열회사와 비계열회사(즉 중견기업 또는 중소기업) 사이의 공정한 경쟁 확보를 위해 중소기업이 경쟁에서 불리하게 되면 공정거래법 위반으로 판단한다는 것이다. 그런데 판단기준 ③에 의한 지원행위로 인해 지원객체의 경쟁조건이 경쟁사업자보다 상당히 유리하게 된다면 부당한 지원행위로서 금지되며 재벌 계열회사인 지원객체에 대해 지원행위가 있다면 중소기업이 불리해지는 것은 논리상 당연하므로 사실상 부당한 지원행위인가 여부에 관한 결정적인 판단기준을 지원규모라고 말할 수 있다.

부당한 지원행위를 금지함은 일정 규모 이상의 지원행위가 불공정한 경쟁수단에 해당한다고 본 것이다. 그런데 종래부터 불공정한 경쟁수단으로서 금지되어 온 부당한 고액유인 및 부당한 표시·광고는 보다 효율적인 경쟁사업자 및 소비자의 이익을 침해하는 행위이다. 그러나 일정 규모 이상의 지원행위를 부당한 지원행위로서 금지함은 사업자 상호간의 경쟁을 통한 가격인하와 생산량 증대라는 소비자후생과 재벌 계열회사의 이익을 희생하는 대신에 중소기업의 이익을 보호하는 것이다.

(5) 선진 각국은 독점금지법의 적용에 있어 모자회사로 구성된 회사집단처럼 동일한 집단에 속하고 공통된 지배를 받는 회사들을 그들의 독립된 법인격에도 불구하고 하나의 경제적 단일체로 취급하는 단일체이론을 일반적으로 인정하고 있다. 재벌은 복수의 계열회사로 구성되어 있지만 우리 공정거래법도 재벌 전체를 하나의 기업(사업자)으로 보아야 한다. 하나의 회사 안에 존재하는 법인화되지 않은 복수의 사업부서끼리 상호지원하는 행위가 독점금지법의 적용대상이 아니 듯이 계열회사들의 상호지원 또는 내부거래도 동일한 취급을 하여야 한다. 계열회사들의 상호지원 또는 내부거래에 공정거래법을 적용하는 것은 기업조직을 모두 내부화함으로써 자신들을 보호하게 강요하는 것이며 자회사 설립이 가져오는 비용절감 기타의 이익이 희생될 뿐 경쟁의 촉진에 기여함은 없을 것이다.

(6) 공정거래위원회의 심사지침은 지원행위의 부당성에 관한 판단기준의 하나로서 지원행위로 인해 지원객체의 시장퇴출이 저해됨을 들고 있다. 이것은 한계기업에 해당하는 계열회사의 시장퇴출 즉 재벌 내부의 구조조정이 계열회사간의 상호지원에 의해 지연되는 것을 금지하겠다는 뜻이며 공정거래법의 적용으로 재벌기업 전체의 경쟁력(생산적 효율성)을 향상시키겠다는 발상이다.

현대 공정거래법학은 기본적으로 시장기능을 신뢰한다는 것을 전제하고 있다. 따라서 생산적 효율성을 제고하는 행위가 그 기업의 시장력을 강화하여 시장지배력에 이르게 하지 않는 한 일반적으로 공정거래법에 의해 금지하지 않고 허용한다. 그러나 기업이 비효율적이라는 것만으로는 공정거래법을 적용하여 제재를 가하는 것은 아니다. 왜냐하면 어떤 행위가 비효율적인가 아닌가를 당사자인 기업보다 정부가 정확하게 파악할 수 없으며 설사 정부가 잘 알 수 있는 경우가 있다고 하더라도 하나하나의 기업행위의 효율성을 판단하고 감시함으로써 얻는 이익보다 그 비용이 훨씬 크기 때문이다. 기업행위의 효율성에 대한 판단 착오로 인한 불이익을 정부가 부담할 수도 없고 정부가 부담하는 것이 적절하지도 않기 때문이다.

기업 내부의 의사결정에 정부가 개입하는 것은 보통 경제규제라고 부르고 경쟁제한행위를 소극적으로 금지하는 공정거래법 또는 독점금지법과 구별하는 것이 일반적이다. 기업이 재화나 용역을 내부에서 조달하느냐 아니면 외부에서 구입하는가에 대해 정부가 개입하는 것도 경제규제의 성격을 갖는다. 지난 1980년대 이래로 정부가 강조해 온 규제완화 또는 규제개혁은 경제규제를 되도록 축소하여 시장기능에 맡김으로써 정부실패의 위험을 극소화하고 정부의 효율성을 극대화시키는 것이 그 기본 취지이지만 공정거래법의 명목으로 부당한 자금·자산·인력지원행위를 금지함은 이른바 ‘규제된’ 규제개혁에 해당한다.

(7) 부당한 지원행위를 금지함으로써 재벌 계열회사와(계열회사가 아닌) 중소기업의 공정한 경쟁을 확보한다거나 지원객체의 시장퇴출이 저해됨을 방지하는 것은 거의 실효성이 없을 것으로 판단된다. 그 이유는 정상가격에 의해 이루어지는 거래는 공정거래법에 의해 금지되지 않으며 재벌은 이윤극대화 또는 시장점유율 극대화를 위해서 필요하다면 어떤 방법으로든 지원행위를 할 것으로 예상되고 또한 탈법행위가 예상되기 때문이다. 예컨대 표면적으로는 정상가격에 해당하는 거래조건으로 거래하되 대가의 지급을 유예하여 주는 방법으로 실질적으로 지원하는 경우에는 공정거래법의 적용이 불가능하기 때문이다.

표면적으로는 정상가격에 의한 거래이지만 실질적으로는 지원하는 행위인 경우까지 금지하는 것도 실효성은 없다. 실질적인 지원행위인가의 여부를 심사하기 위해서는 계열회사간의 거래 모두를 심사대상에 포함시켜야 하고 여기에는 엄청난 인원과 예산

및 시간의 투자가 필요하며 실질적으로 지원하는 행위인가의 여부를 판단하는 것도 매우 어렵기 때문이다. 그렇다고 계열회사 상호간의 내부거래를 일률적으로 금지하는 것은 내부거래의 효율성을 외면하고 사실상 시장경제체제를 부인하는 것이다.

(8) 지원행위에 힘입은 지원객체의 공격적인 영업행위가 신규진입 저해 기타의 경쟁제한적 효과가 있어 시장독점을 형성 또는 유지할 위험이 있는 경우에는 단일체이론에 의해서 그리고 부당염매행위(또는 시장지배적 지위의 남용행위)로서 금지할 수 있고 부당한 지원행위라는 새로운 불공정거래행위 유형을 신설할 필요는 없었다.

2. 결론 : 재벌의 내부거래 및 중소기업 문제의 올바른 해결을 위한 제언

(1) 공정거래법의 부당한 지원행위 금지에 관한 조항은 삭제되어야 한다

공정거래법의 부당한 지원행위 금지에 관한 조항은 삭제되어야 한다. 사실상 지원규모라는 기준에 의지하여 중소기업 보호를 도모하는 것은 경제적 효율성과 소비자이익을 침해하는 것이며 실효성도 없다는 것은 이미 본문에서도 충분히 설명한 바 있다. 더구나 부당한 지원행위의 금지는 규제완화와 시장개방이라는 시대적 흐름에 역행하는 대표적인 공정거래정책이기 때문이다.

공정거래법은 규제완화와 대외개방의 큰 흐름 속에서 그 기본적인 방향을 재정립할 필요가 있다. 경제력집중 억제와 중소기업 보호에 치중하는 공정거래정책은 폐쇄경제체제에서만 그나마 존립의 명분을 찾을 수 있다. 그러나 이제 우리는 외국의 기업과 상품에게 국내시장을 개방하는 개방경제체제를 선택하였다. 이러한 시대적 상황 속에서 공정거래정책은 시장기능을 신뢰한다는 전제 위에 서지 않을 수 없다. 국내기업의 대외경쟁력 향상 및 국내 소비자이익의 보호를 추구해야 하는 것이다.

국내기업의 대외경쟁력 향상 및 소비자이익의 보호를 조화롭게 추구하기 위해서는 무엇보다도 공정거래법의 적어도 가장 중요한 목적이 경제적 효율성 또는 소비자의 후생(이익)임을 시인해야 할 것이다. 이것은 현대 공정거래법학의 흐름에 부응하는 것이기도 하다. 또한 규모의 경제는 물론 수직적 통합의 경제와 범위의 경제를 인정함으로써 생산적 효율성 향상에 역행하지 않도록 공정거래법을 집행해야 할 것이다. 동태적 효율성 즉 기술혁신의 유인을 존중하는 것도 간과해서는 아니된다.

(2) 공정거래법은 만병통치약이 아니다

재벌의 내부거래에 대한 정부의 시각은 내부거래가 경쟁력이 없는 계열회사를 보호하고 생산적 효율성은 제고하지 못하면서 중소기업의 공정한 경쟁기회를 부당하게 제약

하며 소수주주의 희생을 바탕으로 소위 그룹회장이라고 불리는 소유경영자가 금전적 이득을 챙기는 수단일 뿐이라는 것쯤으로 짐작된다. 공정거래위원회는 부당한 지원행위를 금지하도록 공정거래법을 개정함으로써 공정거래법이 이러한 재벌문제의 해결을 위한 가장 적절하고 거의 유일한 수단임을 선언하고 나선 것으로 보인다. 그러나 공정거래법은 만병통치약이 아니다.

1) 재벌의 생산적 효율성 향상을 위한 올바른 접근

정부가 재벌정책으로서 활용하고 있는 정책수단(업종전문화시책과 공정거래법에 근거한 출자규제, 상호지급보증 제한 및 부당한 지원행위의 금지 등)은 그 근거에 ‘업종다각화=문어발식 확장=악질이라는 등식의 통념이 깔려 있다고 말할 수 있다.

그러나 업종다각화는 위험분산과 이윤추구라는 기업의 본래적인 동기에 입각하는 것이므로 원천적으로 이를 부정할 수 없고 그 국민경제적 효과가 부정적이라고 함부로 단정할 수도 없는 것이다. 또한 우리의 헌법이 사유재산권 및 영업의 자유를 보장하는 시장경제체제를 채택하고 있는 이상 정부가 아무리 업종다각화를 억제하려고 하여도 한계가 있을 수밖에 없다. 오히려 창의적인 기업활동과 경제적 효율성을 위축시키는 부작용만 초래할 위험이 크다.

기업의 업종다각화와 이에 수반하는 계열회사간의 내부거래가 비효율적이라면 이를 억제하는 가장 효과적인 방법은 경쟁의 압력을 부과하는 것이다. 경쟁에 직면한 기업은 경영과 조직의 비효율성을 제거할 수밖에 없으며 주된 시장에서의 경쟁이 격화된다면 무리한 다각화를 시도할 여력이 없게 될 것이고 경쟁력 없는 계열회사를 정리하지 않을 수 없을 것이다. 따라서 국내시장에 대한 국내외 기업의 경쟁적 진입에 대한 제도적 장벽을 제거하는 것이 중요하다.¹⁰⁰⁾

비효율적인 기업경영에 대해 견제하기 위해서는 기업인수·합병시장의 활성화를 도모하는 한편 채권자인 금융기관의 자율적인 경영을 보장함으로써 금융기관 스스로 불실대출이 발생하지 않도록 만드는 것도 매우 중요하다.

2) 중소기업문제의 해결을 위한 올바른 접근

공정거래법은 경쟁촉진을 추구하고 그 과정을 통해 간접적으로 경제력을 분산하고 중소기업에게 사업기회를 제공할 뿐이다. 따라서 공정거래법의 적용에 있어서는 중소기업 역시 시장경쟁의 당사자이며 중소기업이 약자라는 이유만으로 언제나 그 보호가 정당화될 수는 없다. 중소기업의 보호는 사회전체의 이익 또는 소비자후생과 합치될

100) 이규억, 「경쟁과 질서」, 산업연구원, 1996, pp.93~94.

때에만 정당화되는 것이다. 즉 공정거래법은 중소기업보호법이 아니다. 중소기업의 보호는 중소기업 관련법제에서 추구할 사항인 것이다.

공정거래법을 개정하여 부당한 지원행위를 금지하는 주된 취지는 앞에서 보았듯이 재벌 계열회사와 중소기업 사이의 ‘공정한’ 경쟁을 확보하자는 것이다. 이러한 발상은 대기업과 중소기업의 수평적 경쟁관계에 착안하여 중소기업을 경제적 약자라고 보고서 보호·육성의 대상으로 취급하는 것에서 출발한다. 그러나 중소기업 관련법제에 있어서도 이러한 시각만으로는 개방경제체제에서 활동하는 중소기업에 대한 올바른 정책을 세울 수 없다. 정부는 대기업과의 승산 없는 경쟁이 벌어지지 않도록 중소기업을 위한 방패의 역할을 하기보다는 외국기업과의 경쟁에 맞설 수 있도록 대기업과의 수직적 보완관계를 통해 호혜적으로 협력하도록 유도한다는 시각이 필요하다.¹⁰¹⁾ 중소기업도 단순한 보호·육성의 대상이 아니라 독립한 경제주체로서 경쟁력을 갖추 수 있도록 금융시장을 효율적으로 개편하고 중소기업이 새로운 기술을 개발하고 새로운 시장을 찾을 수 있도록 정보유통체제를 정비하는 것이 절실한 것이다.

3) 소수주주 및 채권자의 이익보호를 위한 올바른 접근

정부의 신경제 5개년 계획에 따르면 공정거래법으로 기업집단 특유의 불공정거래행위를 금지함은 재벌의 소유·경영구조를 선진화시키기 위한 정책수단이다.¹⁰²⁾ 이것은 소유경영자에 의한 재벌기업의 경영방식이 비효율적이며 중소기업의 공정한 사업기회를 감소시키는 결과를 초래할 뿐만 아니라 소수주주 및 채권자의 권익을 침해하고 있다는 인식에서 출발하고 있는 것이다.¹⁰³⁾ 그런데 공정거래법이 부당한 지원행위로서 금지하는 내부거래는 이전가격에 의한 내부거래(실제거래가격이 정상가격보다 높거나 낮은 자금·자산·인력의 거래)에 한정되는데 이러한 내부거래는 과거부터 회사법이나 증권거래법 또는 조세법의 영역에서 소수주주 및 채권자의 이익 보호 또는 조세채권

101) 과거 국내시장이 폐쇄적이었을 때는 대기업이 중소기업의 시장을 잠식하고 거래상대방인 중소기업을 착취하는 것이 이윤을 극대화하는 길이었을 수 있다. 따라서 중소기업을 보호·육성의 대상으로 보는 것은 이러한 사실에서 근거를 찾을 수 있다. 그러나 국내시장의 개방은 중소기업의 경쟁 여건에 중대한 변화를 가져왔다. 중소기업을 위협하는 경쟁사업자는 이제 국내의 기업(대기업)뿐만 아니라 개발도상국의 해외기업이다. 따라서 중소기업이 대기업과의 수평적 경쟁관계에 선다고 보아 법률로 보호하는 것은 외국기업과의 경쟁을 배제할 수 없는 한, 실효성이 없게 된 것이다. 한편 대기업 역시 주된 시장에서 경쟁에 직면하게 된다면 자신의 경쟁력을 강화하기 위해 효율적인 중소기업을 선택하여 수직적인 보완·협력관계를 모색하지 않을 수 없게 될 것으로 예상된다. 즉 중소기업 문제에 있어 대기업과의 수평적 경쟁관계보다 수직적 협력관계가 중시되어야 하는 시대가 도래한 것이다. 따라서 지금의 개방경제체제에 있어서는 중소기업을 일방적인 보호의 대상으로만 볼 것이 아니다. 중소기업도 하나의 독립된 경쟁의 주체로서 경쟁력을 강화할 수 있도록 여건을 조성하는 것이 국가경쟁력의 강화 또는 국내 소비자의 보호라는 차원에서 요청되는 것이다.

102) 서동원, 주 5)의 글, p.113, <표 7> 참조.

103) 서동원, 주 5)의 글, pp.108~109 참조.

의 확보라는 관점에서 다루어 왔던 문제이다. 원래 권리의 내용이나 귀속주체를 정함은 사법私法의 역할이고 권리관계를 분명히 함은 시장기구가 원활하게 작동하기 위한 조건이기도 하다. 따라서 내부거래 또는 재벌문제의 해결을 단기적이고 즉효적인 처방 즉 공정거래법에만 의존하는 것은 정도正道가 아니다. 재벌문제의 해결에 있어 공정거래법이 결코 만병통치의 약이 아니며 공정거래법이 결코 시장기구나 회사법 기타의 법규의 역할을 대신할 수는 없다.

참 고 문 헌

- 菊地元一 외 3인, 『續コンメンタル獨占禁止法』, 勁草書房, 1995.
- 宮坂富之助/本間重紀/高橋岩和, 『現代經濟法』, 三省堂, 1995.
- 金井貴嗣, 「アメリカ獨占禁止法」, 正田彬編, 『アメリカ.EU獨占禁止法と國際比較』, 東京:三省堂, 1996.
- 今村成和, 『獨占禁止法(新版)』, 有斐閣, 1978.
- 김영추, 『경제법강의(I)』, 경성대학교출판부, 1991.
- 김영호, 『경제법』, 범론사, 1990.
- 妹尾明 編, 『現代日本の産業集中』, 日本經濟新聞社, 1983.
- 박길준, 『한국독점규제법』, 삼영사, 1983.
- 박병형, 「Post-Chicago경쟁정책분석: 경쟁정책에서의 경제분석의 발전양상」, 『사회과학논총』 제12집, 동아대학교, 1995.
- 박세일, 『법경제학』, 서울: 박영사, 1994.
- 서동원, 「재벌의 과거, 현재, 미래」, 『상사법연구』 제15권 제1호, <특집: 재벌과 법>, 한국상사법학회, 1996년.
- 손주찬, 『경제법(공정거래법)』, 법경출판사, 1993.
- 신광식, 『시장거래의 규제와 경쟁정책』, 한국개발연구원, 1992.
- 유진희, 「독점금지법상의 카르텔금지: 독일 경쟁제한방지법을 中心으로」, 『경영법률』, 제6집, 한국경영법률학회, 1996.
- 윤창호/이규억, 『산업조직론』, 서울: 법문사, 1986.
- 이규억, 『경쟁과 질서』, 산업연구원, 1996.
- 이남기, 「공정거래법 제5차 개정 내용과 과제」, 『경영법률제도의 비판적 고찰』, 1997년 하계 학술발표회 자료집(제19회), 한국경영법률학회, 1997.
- 이남기, 『신공정거래법』, 학연사, 1993.
- 이동규, 『독점규제 및 공정거래에 관한 법률 개론』, 행정경영자료사, 1995.
- 이문지, 「공정하고 자유로운 경쟁은 목적인가 아니면 수단인가?: 공정거래법의 목적에 관한 통설적 견해의 문제점」, 『상사법연구』, 제16권 제2호, 한국상사법학회, 1997.
- 이문지, 「미국 연방거래위원회법 제5조와 불공정거래행위금지의 법리」, 『안암법학』, 제5호, 안암법학회, 1997.
- 이문지, 「재벌의 내부거래와 공정거래법의 규제」, 『상사법연구』, 제15권 제1호, <특집: 재벌과 법>, 한국상사법학회, 1996.
- 이문지, 「법인격부인론과 독점금지법」, 『사회과학연구』, 제13집, 배재대학교 부설 사회과학연구소, 1996.
- 이철송, 「재벌과 법」, 『상사법연구』, 제15권 제1호, <특집: 재벌과 법>, 한국상사법학회, 1996.

- 田中 壽 編著, 『不公正な取引方法-新一般指定の解説-』, 商事法務研究會, 1982.
- 정기화/김태기, 「기업이론」, 『시카고학파의 경제학 ; 자유, 시장 그리고 정부』, 민음사, 1991.
- 정세호, 『후생경제학과 후생정책』, 서울 : 比峯出版社, 1992.
- 정 완, 『유럽공동체 경쟁법』, 법제처 법무자료 144집, 1991.
- 正田 彬/實方謙二, 『獨占禁止法を學ぶ』, 有斐閣, 1995.
- 정주환, 『한국경제법』, 세창출판사, 1994.
- 황적인/권오승, 『경제법』, 법문사, 1995.
- Areeda, Phillip E., Antitrust Law : An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, Vol. VII, Boston : Little, Brown & Co., 1986.
- Areeda, Phillip & Turner, Donald F., Antitrust Law : An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, Vol. I, II, Boston, Ma.: Little, Brown & Co, 1978.
- Andersen, William R. & Rogers III, C. Paul,(1992), Antitrust Law : Policy and Practice, 2nd ed., New York, N.Y. : Mathew Bender, 1992.
- Audretsch, David B., The Market and the State : Government Policy toward Business in Europe, Japan and the United States, New York : Harvester Wheatsheaf, 1989.
- Bork, Robert H., The Antitrust Paradox : A Policy at War With Itself, 申光湜 역, 『反트러스트의 모순』, 서울 : 교보문고, 1991.
- Coase, R. H., “The Nature of the Firm”, The Firm, the Market and the Law, Chicago : The Univ. of Chicago Press, 1988.
- Correia, Edward O., “Antitrust and Liberalism”, The Antitrust Bulletin, Spring 99, 1995.
- DeSanti, Susan S., “Introductory Remark : Challenges to the Chicago School Approach”, 58 Antitrust L. J. 629, 1989.
- Fikentscher, Wolfgang, Wirtschaftrecht, Band II, München : C.H.Beck, 1983.
- Fox, Eleanor M., “The Modernization of Antitrust : A New Equilibrium”, 66 Cornell L. Rev. 1140, 1981.
- Gellhorn, Ernest & Kovacic, William E., 1994, Antitrust Law and Economics in a Nutshell, 4th ed., St. Paul, Minn : West publishing Co..
- Handler/Blake/Pitofsky/Goldschmid, Case and Materials on Trade Regulation, Westbury, N.Y. : The Foundation Press, Inc., 1990.
- Hovenkamp, Herbert(1985), “Antitrust Policy after Chicago”, 84 Michigan L. Rev. 213.

- Hovenkamp, Herbert(1994), Federal Antitrust Policy : The Law of Competition and Its Practice, St. Paul, Minn : West Publishing Co..
- Kaysen, Carl & Turner, Donald F.(1959), Antitrust Policy, Cambridge, Ma. : Harvard University Press.
- Kuyper, P. J., “European Community Law and Extraterritoriality : Some Trends and Developments”, 33 International Comparative Law Quarterly 1014, 1984.
- OECD, Responsibility of Parent for their Subsidiaries, Paris : OECD, 1982.
- OECD, Concentration and Competition Policy, Paris : OECD, 1979.
- OECD, Restrictive Business Practices of Multinational Enterprises, Paris : OECD, 1977.
- Posner, Richard A., Antitrust Law : An Economic Perspective, 이기수 편역, 『독점금지법』, 서울 : 박영사, 1985.
- Ross, Stephen F., “Justice Breyer and the Fault Lines of Antitrust”, The Antitrust Bulletin, Spring 1995, 169.
- Ross, Stephen F.(1993), Principles of Antitrust Law, Westbury, New York : The Foundation Press.
- Royall, M. Sean, “Editor’s Note : Symposium on Post-Chicago Economics”, 63 Antitrust L. J., 1995.
- UN Centre on Transnational Corporations, Transnational Corporations in World Development : Third Survey, 1983, ST/CTC/46, Sales No. E.83.II, A. 14,
- UNCTAD, Dominant Position of Market Power of Transnational Corporations: Use of Transfer Pricing Mechanism, 1978, TD/B/C.2/167, Sales No. E.78.II.D.9.

Is the Korean Antitrust Law a Panacea? : Antitrust Policy Issues on Prohibiting 'Unreasonable Mutual Support' among the Affiliated Corporates

Moon-Ji Rhee

At the end of 1996, the Korean Antitrust Law was revised to prohibit the so-called 'unreasonable support' as one of unfair trade practices. The unreasonable support is mutual aids with regard to fund raising, asset transaction or manpower dispatch especially among the affiliated corporates of Chaebols(Korean Business Conglomerates). The prohibition of these practices is aimed at not only ensuring 'fair' competition between the affiliated corporates of Chaebols(hereinafter cited as ACCs) and small enterprises but promoting market exit of the inefficient ACCs. The amount of the mutual aids is the most significant standard under which the Korean Fair Trade Commission(hereinafter cited as KFTC) would judge the unlawfulness of the ACCs' certain practices under suspicion.

This paper conclude that the revision is detrimental to consumer welfare and does not correspond to the main goal of antitrust policy. Following is the reason of such a conclusion.

1. The exclusive, or at least the most central, goal of the modern antitrust policy is to maximize consumer welfare through efficiency in the use and allocation of scarce resources, and via progressiveness in the development of new productive techniques and new products that put those resources to better use.

Competition promote efficient and 'fair' results in the sense of prices close to cost and multifle choice for buyers and sellers. However the ensuring 'fair' competition between the ACCs and small enterprises, through the prohibition of unreasonable support, does not mean protection of competition, but of small enterprises.

False advertising exemplifies true unfair trade practices. If a merchant seeks to attract customers by tricking them with false advertisement, its

activities clearly injure both rival merchants, who may be more efficient than him, and consumers. Thus we can safely label these activities 'unfair'. But the 'unreasonable support' among the ACCs is not the case. Prohibiting these activities may benefit small enterprises at the expense of not only ACCs but also consumers.

2. As the Chaebol consist of many affiliated corporates, one question that arises is whether an agreement between a parent corporate and a subsidiary or between two corporates which are under the common control of a third is an agreement or a practice for antitrust purposes. According to the theory of enterprise unity, agreements of this kind do not fall within substantive provisions of antitrust law if the corporates form an economic unit within which the subsidiary has no real freedom to determine its course of action on the market and if the agreement are concerned 'merely with the internal allocation of tasks'. The theory is accepted in almost every advanced countries(including U.S.A., Germany, Japan) and EU. Therefore a group of corporates is a single enterprise for antitrust purpose in those countries and EU.

The differences in corporate form between the divisions of a single corporation and the subsidiaries of a single parent are, from the standpoint of antitrust policy, insignificant. If similar business entities are unjustly subject to divergent antitrust treatment and enterprises are driven to protect themselves by formally integrating their operation, the cost savings and other advantages of separate incorporation would be sacrificed without any conceivable benefit to competition.

3. The KFTC seeks the promotion of market exit of the inefficient ACCs, by prohibiting 'unreasonable support', and wish to enhance productive efficiency of Chaebols via driving owners of Chaebols to dispose of their inefficient ACCs. But most modern antitrust economists, Chicago School or otherwise, believe in markets. There are few countries that apply antitrust laws for this purpose.

It is true that productive efficiency is also a kind of efficiency relevant to antitrust policy. The attitude of the antitrust policy toward productive efficiency is affirmative but passive. On the one hand, antitrust policy

generally permits activities that increase a enterprise's productive efficiency, unless the activity also enhances the enterprise's market power. On the other hand, a enterprise does not generally violate the antitrust laws simply by being inefficient. The Market itself disciplines inefficient enterprises.

4. Prohibiting 'unreasonable support' is ineffective in ensuring fair competition between the ACCs and small enterprises and promoting market exit of the inefficient ACCs. If the ACCs use apparently the arm's length price in intraenterprise transactions and permit grace of payment, they do not violate antitrust provision that prohibit intraenterprise transactions at the transfer price. It is also almost impossible and unreasonable to prohibit such an evasion of the law as above mentioned. The exhaustive examination of intraenterprise transactions on a case-by-case basis would impose unacceptable cost and burdens on the KFTC.

5. Chaebols can be said to be conglomerate giants with deep pockets that could afford extended periods of loss selling. But most economist today believe that true predatory pricing is quite rare and that an enterprise cannot 'finance' predatory pricing in one market by raising prices in another market. Even if the ACCs finance predatory pricing of another ACCs through transfer price('unreasonable support'), all of them can be condemned as predators under the theory of enterprise unity. To be sure, one result of any intraenterprise transaction can be price reduction. But the reduction results from saving the transaction cost, not from its predation. To condemn transfer price('unreasonable support') itself on the grounds that it might facilitate predatory pricing would undermine the most central goal of the antitrust law-high quality and low consumer price.

6. Antitrust law is not a remedy for every ill that Chaebols entail. Protection of small enterprises can be justified only when it correspond to consumer welfare. It is market discipline that is the most effective and efficient deterrence to Chaebols' inefficient decision making.

한국 공정거래법 비판

1997년 11월 30일 1판 1쇄 발행

2020년 6월 4일 1판 2쇄 발행

저자_이문지

발행자_최승노

발행처_자유기업원

주소_서울특별시 영등포구 국회대로62길 9

전화_02-3774-5000

팩스_0502-797-5058

비매품

 자유기업원