

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2017두63993 과징금부과처분 등 취소 청구의 소
원고, 피상고인 주식회사 대한항공 외 2인
소송대리인 변호사 김의환 외 4인
피고, 상고인 공정거래위원회
소송대리인 법무법인 한누리 외 2인
원 심 판 결 서울고등법원 2017. 9. 1. 선고 2017누36153 판결
판 결 선 고 2022. 5. 12.

주 문

상고를 모두 기각한다.

상고비용은 피고가 부담한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 뒤에 제출된 상고이유보충서의 기재는 이를 보충하는 범위에서)를 판단한다.

1. 사건의 개요

원심판결 이유에 따르면 다음 사실을 알 수 있다.

가. 원고들은 모두 구 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(2017. 4. 18. 법률 제 14813호로 개정되기 전의 것, 이하 '공정거래법'이라 한다)에 따라 상호출자제한기업집단으로 지정된 기업집단 '한진'(동일인 소외인)에 속하는 회사들이다.

원고 주식회사 싸이버스카이(이하 회사명에서 '주식회사'는 생략한다)와 원고 유니컨버스는 모두 기업집단 '한진'의 특수관계인이 구 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령」(2017. 7. 17. 대통령령 제28197호로 개정되기 전의 것, 이하 '공정거래법 시행령'이라 한다) 제38조 제2항으로 정하는 비율 이상의 주식을 보유한 계열회사이다.

나. 피고는 2017. 1. 10. 원고들에 대하여, 『① 원고 대한항공이 대한항공 국제선 기내면세품 인터넷 사전예약 주문접수 및 결제 사이트인 '싸이버스카이숍'의 인터넷 광고 수입 전액을 원고 싸이버스카이에 귀속시킨 행위(이하 '이 사건 제1행위'라 한다), ② 원고 대한항공이 원고 싸이버스카이에 대하여 농축산물 상품류인 '제동한우', '제동토종닭' 등 제동브랜드 상품(이하 '제동목장상품'이라 한다) 및 생수상품인 '한진 퓨어워터'(이하 '제주워터'라 한다)에 대한 통신판매수수료를 면제해준 행위(이하 '이 사건 제2행위'라 한다), ③ 원고 대한항공이 원고 싸이버스카이로부터 판촉물을 구매하여 오면서 2013. 5. 1. 및 2013. 9. 1. 두 차례에 걸쳐 판촉물 구입가격을 인상해줌으로써 원고 싸이버스카이의 마진율을 기존 4.3% 수준에서 2013. 5.경 9.7%, 2013. 9.경 12.3% 수준으로 높여 준 행위(이하 '이 사건 제3행위'라 한다), ④ 원고 대한항공이 원고 유니컨버스와 체결한 대한항공 국내선 콜센터, 국제선(야간) 콜센터, 문자·채팅 콜센터 업무대행 도급계약에 따라 콜센터 관련 시스템사용료와 유지보수비를 지급하면서 SK브로드밴드가 무상으로 제공한 시스템 장비에 대해서도 시스템사용료와 유지보수비를 지급한

행위(이하 '이 사건 제4행위'라 한다)(이하 통틀어 '이 사건 각 행위'라 한다)』가 '정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건보다 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위를 통하여 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위'로서 공정거래법 제23조의2 제1항 제1호, 제3항을 위반하였다는 이유로 원심판결 [별지 1] 기재와 같은 시정명령 및 과징금 납부명령을 하였다.

2. 관련 규정 및 법리

가. 공정거래법 제23조의2 제1항은 "일정 규모 이상의 자산총액 등 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 기업집단에 속하는 회사는 특수관계인(동일인 및 그 친족에 한정한다. 이하 이 조에서 같다)이나 특수관계인이 대통령령으로 정하는 비율 이상의 주식을 보유한 계열회사와 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위를 하여서는 아니 된다. 이 경우 각 호에 해당하는 행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다."라고 규정하면서, 제1호에서 "정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건보다 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위"를 규정하고 있고, 같은 조 제3항은 "제1항에 따른 거래 또는 사업 기회 제공의 상대방은 제1항 각 호의 어느 하나에 해당할 우려가 있음에도 불구하고 해당 거래를 하거나 사업기회를 제공받는 행위를 하여서는 아니 된다."라고 규정하고 있다. 한편, 공정거래법 제23조의2 제1항 후문의 위임에 따라 공정거래법 시행령 제38조 제3항 [별표 1의3] 제1항 나목은 공정거래법 제23조의2 제1항 제1호에 따른 행위 중 하나로, "상당히 유리한 조건의 자산·상품·용역 거래", 즉 "부동산·유가증권·무체재산권 등 자산 또는 상품·용역을 정상적인 거래에서 적용되는 대가(이하 '정상가격'이라 한다)보다 상당히 낮거나 높은 대가로 제공하거나 거래하는 행위"를 규정하고

있다.

나. 위 '상당히 유리한 조건의 거래인지 여부'를 판단하는 기준이 되는 '정상가격'이란, 거래당사자 간에 이루어진 경제적 급부와 동일한 경제적 급부가 시기, 종류, 규모, 기간, 신용상태 등이 유사한 상황에서 특수관계가 없는 독립된 자 간에 이루어졌을 경우 형성되었을 거래가격 등을 말한다. 피고가 당해 거래와 동일한 실제 사례를 찾을 수 없어 부득이 유사한 사례에 의해 정상가격을 추단할 수밖에 없는 경우에는, 단순히 제반 상황을 사후적, 회고적인 시각에서 판단하여 거래 당시에 기대할 수 있었던 최선의 가격이나 당해 거래가격보다 더 나은 가격으로 거래할 수도 있었을 것이라 하여 가벼이 이를 기준으로 정상가격을 추단하여서는 안 되고, 먼저 당해 거래와 비교하기에 적합한 유사한 사례를 선정하고, 나아가 그 사례와 당해 거래 사이에 가격에 영향을 미칠 수 있는 거래조건 등의 차이가 존재하는지를 살펴 그 차이가 있다면 이를 합리적으로 조정하는 과정을 거쳐 정상가격을 추단하여야 한다.

다. 한편, 구 공정거래법(2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정되기 전의 것) 제23조 제1항 제7호에 따라 규제의 대상이 되는 부당지원행위는 현저히 유리한 조건의 거래를 통해 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하고 이로써 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 경우로 한정되었다. 따라서 그 지원행위가 현저히 유리한 정도에 미치지 못하거나 시장에 참여하고 있는 사업자가 아닌 특수관계인 개인을 지원하는 경우에는 변칙적인 부의 세대간 이전 등을 통한 소유집중의 우려가 있어도 사실상 공정거래 저해성을 입증하는 것이 곤란하여 규제가 어려웠다.

이에 2013. 8. 13. 법률 제12095호로 공정거래법을 개정하면서 부당지원행위의 성립 요건을 완화하는 한편, 공정한 거래를 저해하는지 여부가 아닌 특수관계인에게 부당한

이익을 제공하였는지 여부를 기준으로 위법성을 판단하는 공정거래법 제23조의2를 신설하였다.

이러한 공정거래법 제23조의2의 규정 내용, 입법 경위 및 입법 취지 등을 고려하면, 공정거래법 제23조의2 제1항 제1호에서 금지하는 특수관계인에 대한 부당한 이익제공 행위에 해당하려면, 제1호의 행위에 해당하는지 여부와는 별도로 그 행위를 통하여 특수관계인에게 귀속된 이익이 '부당'한지에 대한 규범적 평가가 아울러 이루어져야 한다.

여기에서 말하는 '부당성'이란, 이익제공행위를 통하여 그 행위객체가 속한 시장에서 경쟁이 제한되거나 경제력이 집중되는 등으로 공정한 거래를 저해할 우려가 있을 것까지 요구하는 것은 아니고, 행위주체와 행위객체 및 특수관계인의 관계, 행위의 목적과 의도, 행위의 경위와 그 당시 행위객체가 처한 경제적 상황, 거래의 규모, 특수관계인에게 귀속되는 이익의 규모, 이익제공행위의 기간 등을 종합적으로 고려하여, 변칙적인 부의 이전 등을 통하여 대기업집단의 특수관계인을 중심으로 경제력 집중이 유지·심화될 우려가 있는지 여부에 따라 판단하여야 한다. 이와 같이 특수관계인에게 귀속된 이익이 '부당'하다는 점은 시정명령 등 처분의 적법성을 주장하는 피고가 증명하여야 한다.

3. 이 사건 제1행위에 대하여

가. 원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 뒤, 아래와 같은 사정들을 종합하여, 이 사건 제1행위가 '정상가격보다 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위를 통하여 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위'에 해당한다고 보기 어렵다고 판단하였다.

1) 이 사건 제1행위에 관하여 피고가 정상가격의 추단 근거로 제시한 비교대상거래, 즉 원고 대한항공이 기내 문화잡지 '모닝캄', 기내 면세품 안내책자 '스카이숍' 등의 광고매체사로서 원고 싸이버스카이에게 위 광고의 판매를 위탁한 거래는 거래의 성격, 대상이 전혀 달라 이 사건 제1행위와 비교하기에 적합한 거래로 볼 수 없고, 달리 이 사건 제1행위의 정상가격을 산정할 만한 증거가 없다.

2) 싸이버스카이숍은 원고 대한항공의 기내면세품 광고만을 취급하였으므로, 원고 대한항공으로서는 기내면세품의 매출증대 등을 위하여 싸이버스카이숍의 광고판매 업무에 적극적으로 관여할 유인이 있었다. 따라서 원고 대한항공이 광고판매에 관하여 적극적인 역할을 수행한 것이 크게 부자연스러운 것으로 보이지는 않는다. 또한 원고 대한항공이 기내면세품 공급계약을 체결하면서 각 상품들의 싸이버스카이숍 광고 게재를 독려하고 게재 여부를 결정하며 관련 조건을 협상하는 업무를 함께 수행하는 것이 보다 효율적이었을 것으로 보인다. 실제로 싸이버스카이숍의 광고를 통해 원고 대한항공의 기내면세품 판매가 증대되는 이익이 발생하기도 하였다. 따라서 원고 대한항공이 자신의 이익과 무관하게 오로지 원고 싸이버스카이에게 이익을 귀속시키기 위한 목적으로 이 사건 제1행위를 하였다고 보기 어렵다.

3) 원고 싸이버스카이가 2015. 2. 15.부터 2015. 11. 8.까지 이 사건 제1행위를 통하여 수취한 광고수입은 총 37,193,846원으로, 이는 원고 싸이버스카이의 2015년 총 매출액의 0.5%, 당기순이익의 6%에 그치는 수준이다. 피고가 주장하는 위반금액(위 총 광고수입의 10%에 해당하는 금액)은 3,719,384원으로 그 규모가 보다 미미하다. 이 정도 규모의 거래를 통하여 원고 대한항공, 싸이버스카이가 경제력의 집중을 도모한 것으로 보기는 어렵다.

나. 앞서 든 법리와 기록에 비추어 보면, 이러한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 공정거래법 제23조의2 제1항의 부당성, 정상가격에 관한 법리 등을 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

4. 이 사건 제2행위에 대하여

가. 원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 뒤, 아래와 같은 사정들을 종합하여, 이 사건 제2행위가 '정상가격보다 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위를 통하여 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위'에 해당한다고 보기 어렵다고 판단하였다.

1) 제동목장상품과 제주위터는 다른 통신판매상품들과 달리, 원고 대한항공이 통신판매상품 구성의 다양화 및 고급화를 위하여 주도적으로 통신판매를 추진한 상품이었다. 이에 원고 대한항공은 다른 유통사와의 가격경쟁을 고려하여 위 상품들의 판매가격을 비교적 낮게 책정하였고, 제동목장상품의 경우에는 원가도 높았던 까닭에 원고 싸이버스카이가 위 상품들에 대한 판매수수료를 지급할 경우 다른 통신판매상품들과는 달리 마진율이 음수가 될 수밖에 없었다. 이에 따라 원고 대한항공은 위 상품들의 판매추이와 판매기간을 고려하여 일정 매출액 도달 전까지는 원고 싸이버스카이에 대한 통신판매수수료를 면제하기로 결정하였다.

2) 피고는 원고 대한항공과 원고 싸이버스카이가 주장하는 제품의 특성에 따른 판매수수료 차등이 어느 정도 범위에서 허용되어야 정상거래라고 볼 수 있는지를 명확히 밝히지 못하였다.

3) 2009. 1. 1.부터 2015. 3. 31.까지 이 사건 제2행위로 면제된 수수료는 총 152,802,000원으로, 연간 약 24,448,320원에 그치는 수준이다. 이 사건 처분사유로 된

위반기간(2015. 2. 15. ~ 2015. 3. 31.) 동안 면제된 수수료는 1,614,600원으로, 이는 원고 싸이버스카이의 2015년 1개월 환산 매출액의 약 0.27%에 불과하다. 이 정도 규모의 거래를 통하여 원고 대한항공, 싸이버스카이가 경제력의 집중을 도모하였다고 보기는 어렵다.

나. 앞서 든 법리와 기록에 비추어 보면, 이러한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 공정거래법 제23조의2 제1항의 부당성, 정상가격에 관한 법리 등을 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

5. 이 사건 제3행위에 대하여

가. 원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 뒤, 아래와 같은 사정들을 종합하여, 이 사건 제3행위가 '정상가격보다 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위를 통하여 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위'에 해당한다고 보기 어렵다고 판단하였다.

1) 원고 싸이버스카이는 관리회계 분석 결과 판촉물 상품들의 마진율이 -3%라는 점을 확인하고, 이와 같은 손실의 원인이 물가인상에 따른 관리비용의 상승에 있다고 보아 원고 대한항공에게 판촉물 매입가격을 10% 인상해달라고 요구하였다. 이에 대하여 원고 대한항공은 원고 싸이버스카이의 일반고객에 대한 통신판매 마진율은 6%인데 원고 대한항공에 대한 판촉물 판매 마진율이 -3%여서 시세 대비 특수관계인과의 거래이익이 5% 이상의 차이가 발생하여 세법상 부당행위계산부인의 가능성이 있으므로, 원고 싸이버스카이의 요구를 받아들여 판촉물 거래 이익률을 높여줄 필요성이 있다고 판단하였다.

2) 원고 대한항공, 싸이버스카이가 판촉물 거래를 시작한 2009년 이후 4년 만에 처

음으로 판촉물 매입가격이 인상된 점, 2009년 이래로 소비자물가가 지속적으로 상승하였고 이에 따라 원고 싸이버스카이의 공통인건비도 83%가량 상승하였으며 인건비를 비롯한 관리비용의 상승은 이 사건 제3행위 이전까지 판촉물 매입가격에 반영된 바 없는 점, 판촉물 판매의 낮은 이익률과 관련하여 부당행위계산부인 가능성 등 세무적인 문제도 있었던 점 등에 비추어 보면, 위와 같은 원고 대한항공의 결정에 수공이 가는지 면이 있고, 그것이 전혀 합리적인 이유 없이 경제력 집중을 도모하기 위한 것으로 보기 어렵다.

3) 이 사건 제3행위는 원고 싸이버스카이의 일반 통신판매 마진율(6%)과 판촉물 판매 마진율(-3%)의 차이를 축소시키기 위한 것이었으므로, 종전에 손실을 보고 있던 거래의 마진율을 회복시킨 결과 그 이익률 증가치는 크게 나타날 수밖에 없다. 따라서 이 사건 제3행위로 인한 마진율 변화의 단순 증가치가 크다는 점 이외에 종전의 판촉물 매입가격이나 그 마진율이 정상적인 수준이었음에도 합리적인 이유 없이 상당히 증가된 것임이 증명되지 않은 이상, 정상거래와 비교하여 상당히 유리한 조건의 거래라고 단정할 수 없다.

나. 앞서 든 법리와 기록에 비추어 보면, 이러한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 공정거래법 제23조의2 제1항의 부당성, 정상가격에 관한 법리 등을 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

6. 이 사건 제4행위에 대하여

가. 원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 뒤, 아래와 같은 사정들을 종합하여, 이 사건 제4행위가 '정상가격보다 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위를 통하여 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위'

에 해당한다고 보기 어렵다고 판단하였다.

1) 원고 대한항공, 유니컨버스 사이에 2010. 6. 1. 최초로 체결된 콜센터 업무대행 도급계약의 전체 계약금액 중 이 사건 제4행위와 관련된 시스템사용료 및 유지보수비가 차지하는 비중은 5.16%에 불과하므로, 이는 전체 계약금액에 실질적인 영향을 미치지 어려운 것으로 보인다. 따라서 이 부분 행위만 따로 떼어 그 위법 여부를 판단하는 것은 전체 거래의 실질을 왜곡하는 불합리한 결과를 가져오게 된다.

2) 피고가 정상가격 추단의 근거로 제시한 비교대상거래는, 원고 유니컨버스가 인하학원에게 SK브로드밴드로부터 무상으로 제공받은 시스템 장비에 대한 사용료를 청구하지 않고 자신이 실제로 투자한 비용에 대해서만 사용료를 청구하였다는 것이다. 그러나 시스템사용료 및 유지보수비 부분만 따로 떼어 위법 여부를 판단할 수 없는 이상, 위 비교대상거래만으로 이 사건 제4행위가 정상가격보다 상당히 유리한 조건의 거래에 해당한다고 보기 어렵고, 달리 피고가 전체 계약금액 또는 전체 계약금액에 실질적 영향을 미칠 수 있는 항목에 관한 유사 거래의 정상가격을 추단하여 이 사건 제4행위와 비교한 바 없다.

3) 원고 유니컨버스가 SK브로드밴드로부터 무상 제공받은 시스템 장비에 대하여 고객에게 시스템사용료와 유지보수비를 청구하지 않는 것이 정상거래의 모습이라고 단정할 수도 없다. 왜냐하면 SK브로드밴드가 투자를 결정한 것에 콜센터 업무대행 도급계약의 도급인이 원고 대한항공이라는 점이 영향을 미쳤다고 하더라도, 위 투자가 원고 유니컨버스에 대한 것이었던 이상 그 투자로 인한 이익이 전부 원고 대한항공에게 귀속되어야 한다고 볼 수는 없다. 또한 정상가격을 시가가 아닌 원가 기준으로 파악하는 것은 거래통념에 반한다.

4) 원고 대한항공이 원고 유니컨버스와 콜센터 업무대행 도급계약을 체결하면서 계약금액에 미치는 영향이 큰 인건비 항목과 관련하여 그 단가를 인하하기 위해 지속적으로 노력한 점 등에 비추어 보면, 원고 대한항공, 유니컨버스가 이 사건 제4행위를 통해 경제력 집중을 도모하였다고 보기 어렵다.

나. 앞서 든 법리와 기록에 비추어 보면, 이러한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 공정거래법 제23조의2 제1항의 부당성, 정상가격에 관한 법리 등을 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

7. 결론

그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 이동원

주 심 대법관 조재연

 대법관 민유숙

 대법관 천대엽