

목 차

발간사

● 시장지배적지위 남용행위

1. 포스코의 시장지배적지위 남용행위에 대한 건 3
2. 마이크로소프트 등의 시장지배적지위 남용행위에 대한 건 25
3. 인텔코퍼레이션 등의 시장지배적지위 남용행위에 대한 건 60
4. 쉘컴 등의 시장지배적지위 남용행위에 대한 건 78

● 기업결합 제한규정 위반행위

5. 현대자동차의 기아자동차 인수에 대한 건 103
6. 삼익악기의 영창악기 인수에 대한 건 130
7. 하이트맥주의 진로 인수에 대한 건 161
8. 삼성데스크의 홈에버 인수에 대한 건 182

● 부당한 공동행위

9. 6개 정유사의 부당한 공동행위에 대한 건 211
10. 4개 화장지 제조사의 부당한 공동행위에 대한 건 232
11. 5개 정유사의 군납유류 입찰 관련 부당한 공동행위에 대한 건 ... 257
12. 3개 학생복 제조사의 부당한 공동행위에 대한 건 282
13. 6개 흑연전극봉 제조사의 부당한 공동행위에 대한 건 300
14. 2개 시내전화사의 부당한 공동행위에 대한 건 316
15. 3개 설탕 제조사의 부당한 공동행위에 대한 건 341

- 16. 26개 항공화물운송사의 부당한 공동행위에 대한 건 367
- 17. 7개 LPG 공급사의 부당한 공동행위에 대한 건 395

◎ 재판매가격 유지행위 및 불공정거래행위

- 18. 매일유업의 재판매가격 유지행위에 대한 건 417
- 19. 한국코카콜라의 거래거절행위에 대한 건 442
- 20. 현대정보기술의 부당염매행위에 대한 건 461
- 21. 5개 기업집단의 부당한 지원행위에 대한 건 485
- 22. 현대자동차 및 기아자동차의 차별적취급행위에 대한 건 510
- 23. 8개 손해보험사의 거래상지위남용행위에 대한 건 539
- 24. 17개 제약사의 부당한 고객유인행위에 대한 건 563

◎ 중소기업 및 소비자관련법 위반행위

- 25. 삼성공조의 불공정하도급거래행위에 대한 건 585
- 26. 삼성전자의 불공정하도급거래행위에 대한 건 616
- 27. 제너시스의 가맹사업법 위반행위에 대한 건 642
- 28. 수신오가피의 부당한 광고행위에 대한 건 666
- 29. 26개 여행사의 여행약관상 불공정약관조항에 대한 건 692
- 30. 4개 화장품제조사의 방문판매법 위반행위에 대한 건 714

시장지배적지위 남용행위

[1] 포스코의 시장지배적지위 남용행위에 대한 건¹⁾

의결 제2001-068호

이 황 (교수, 고려대학교)

포스코(구 포항종합제철)가 자동차용 냉연강판 시장에 신규진입하려던 현대하이스코에 냉연강판의 원료인 열연코일의 신규공급을 거절한 행위를 공정거래위원회가 시정조치한 이 사건은 이후 대법원이 전원합의체 판결을 통하여 공정거래위원회의 위법성 판단을 파기하면서 시장지배적지위 남용행위에 대한 판단기준을 구체적으로 판시한 것으로 많이 알려졌다. 즉 이 사건 대법원 판결이 종래 일본을 통하여 받아들였던 넓은 부당성 판단기준을 크게 좁히면서 효과주의적 접근방법을 채택하였다는 점에서 우리나라 공정거래법의 집행방향에 있어서 하나의 전환점을 마련한 기념비적 사건(landmark case)이라는 평가가 지배적이다.

이 사건에서 핵심쟁점은 시장지배적지위 남용행위에 있어서 위법성 판단의 핵심이 되는 부당성의 판단기준이 무엇이냐 하는 것이었다. 공정거래위원회는 포스코의 거래거절행위가 거래상대방인 현대하이스코에게 상당한 경제적 불이익을 야기하였고 그렇게 하는데 있어서 마땅히 정당한 사업상 사유가 없다고 보아 부당하다고 판단하였다. 그러나 대법원은 시장지배적지위 남용행위에서의 부당성은 시장에서의 경쟁제한성을 의미하는 것이고 거래상대방에게 돌아간 단순한 경제적 불이익만으로는 충분하지 않다고 판시하였다.

이 사건에서 나타난 대법원의 판시는 현재까지 거래거절 외의 다른 행위유형들을 포함하는 모든 시장지배적지위 남용행위 관련 사건에서 유지되고 있으며 이런 경향은 앞으로도 같을 것으로 예상된다. 공정거래위원회로서는 부당성의 입증에 이전보다 많은 노력이 추가되는 부담이 있으나, 이러한 부담은 시장경쟁을 촉진하여 경제발전을 이끄는 경쟁당국으로서 본연의 임무에 충실하기 위한 차원으로 이해할 수 있다.

1) 이 글은 필자가 이미 발표한 다음 논문을 요약·정리한 것임을 밝힌다. 「공정거래법상 단독의 위반행위 규제의 체계-시장지배적지위 남용행위로서의 거래거절행위의 위법성, 그 본질과 판단기준(대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결을 대상으로)」, 『사법』 제5호, 사법발전재단, 2008. 9., 201~263면.

1. 사건 개요

가. 시장현황

이 사건에서 문제된 상품은 열연코일 특히 자동차 냉연강판용 열연코일이었다. 열연코일은 크게 강판용과 강관용으로 나뉘고 강판용은 다시 일반용, 자동차용 등으로 나뉜다. 자동차 냉연강판용 열연코일의 경우 국내유일의 일관제철소인 포스코가 2000년 기준 80% 안팎의 시장점유율을 차지하였고 나머지는 일본과 중국 등지로부터 수입되었다. 그런데 현대기아자동차그룹은 종래 포스코로부터 조달하던 자동차용 냉연강판을 자체적으로 공급할 목적으로 1999. 2. 냉연강판공장을 완공하여 냉연강판시장에서 포스코와 경쟁하게 되었다.

나. 행위사실

현대하이스코는 냉연강판공장 완공을 전후하여 시험가동 또는 제품생산을 위해 포스코에게 5차례에 걸쳐 자동차 냉연강판용 열연코일의 공급을 요청하였으나, 포스코는 이를 전혀 공급하지 않았다.

다. 공정거래위원회의 심결

공정거래위원회는, 포스코가 열연코일시장의 지배적 사업자로서 자동차용 냉연강판시장에서 자기와 경쟁관계에 있는 현대하이스코에 대하여 자동차용 냉연강판 생산에 필수원료인 열연코일의 공급을 거절한 행위가 경쟁사업자의 사업활동을 부당하게 방해한 것이라고 판단하였다. 이어서 포스코의 행위가 공정거래법 제3조의2 제1항이 규율하고 있는 시장지배적 사업자의 지위남용행위의 하나인 시장지배적 사업자의 사업활동방해행위 중 부당한 거래거절행위에 해당한다고 보아, 2001. 4. 12. 시정명령(사업활동방해행위 중지명령)과 함께 과징금 1,640,200,000원 납부명령 및 법위반사실 공표명령을 하였다²⁾(이상의 각 명령을 포괄하여 '이 사건 처분'이라 한다).

2) 포스코는 관련시장의 획정, 시장지배적지위사업자 해당 여부 등에 대하여 불복하고 원심결 처분을 취소해 줄

라. 법원의 판결

포스코는 서울고등법원에 이 사건 처분의 취소소송을 제기하였고, 서울고등법원은 2002. 8. 27. 공정거래위원회와 거의 동일한 법리를 채택하여 포스코의 청구를 기각하였다(이 글에서는 그런 이유로 이 사건 원심판결을 많이 다루지 않는다). 그러나 대법원은 전원합의체 판결³⁾(이하 ‘포스코 판결’이라 한다)을 통하여 원심판결을 파기환송하였다. 결국 서울고등법원은 파기환송심 판결⁴⁾에서 공정거래위원회의 이 사건 처분을 모두 취소하기에 이르렀다.

2. 관련 규정 및 제도

가. 시장지배적지위 남용행위 관련 규정

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」

제3조의2 (시장지배적지위의 남용금지)

- ① 시장지배적 사업자는 다음 각호의 1에 해당하는 행위(이하 ‘남용행위’라 한다)를 하여서는 아니된다.
3. 다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위
 - ② 남용행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정할 수 있다.

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령」⁵⁾

제5조 (남용행위의 유형 또는 기준)

- ③ 법 제3조의2(시장지배적지위의 남용금지) 제1항 제3호의 규정에 의한 다른 사업자의 사업 활동에 대한 부당한 방해는 직접 또는 간접으로 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 함으로써

것을 하는 내용으로 이의신청을 제기하였으나 공정거래위원회는 이를 기각하였다(공정거래위원회 2001. 9. 28. 전원회의 재결 제2001-051호).

3) 대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 판결.

4) 서울고등법원 2008. 4. 24. 선고 2007누32718 판결.

5) 2001. 3. 27. 대통령령 제17176호로 개정되기 전의 것.

다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 경우로 한다.

1. 정당한 이유없이 다른 사업자의 생산활동에 필요한 원재료 구매를 방해하는 행위
2. 정상적인 관행에 비추어 과도한 경제상의 이익을 제공하거나 제공할 것을 약속하면서 다른 사업자의 사업활동에 필수적인 인력을 채용하는 행위
3. 제1호 및 제2호 외의 부당한 방법으로 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위로서 공정거래위원회가 고시하는 행위

「시장지배적지위 남용행위 심사기준」⁶⁾

IV. 시장지배적지위 남용행위의 세부 유형 및 기준

3. 다른 사업자의 사업활동에 대한 부당한 방해행위 (법 제3조의2 제1항 제3호)

직접 또는 간접적으로 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 함으로써 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 경우 (영 제5조 제3항)

다. 이외에 다음과 같은 행위로서 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위 (영 제5조 제3항 제3호)

- (1) 부당하게 특정사업자에 대하여 거래를 거절하거나 거래하는 상품 또는 용역의 수량이나 내용을 현저히 제한하는 행위

나. 위법성 성립요건

위에서 본 공정거래법과 관계규정을 종합하면, 시장지배적지위 남용행위로서의 거래거절의 구성요건은 다음과 같이 정리할 수 있다. 즉 ① 시장지배적 사업자가 ② 부당하게 ③ 특정 사업자에 대한 거래를 거절함으로써 ④ 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위라고 할 것이다. 이 중 마지막 ④요건은 내용의 성격상 ②요건의 일부로 평가할 수 있을 것이다. 이러한 구성요건에 대하여는 공정거래위원회로부터 후속 판결에 이르기까지 별다른 이견이 없었다.

6) 2000. 9. 8. 공정거래위원회 고시 제2000-6호.

다. 외국제도

1) 미국⁷⁾

미국 독점금지법은 기본적으로 거래처 선택의 자유를 존중하는 관점에서 개별적 거래거절의 위법성 인정요건을 엄격하게 설정하고 있다. 즉 독점을 창출 또는 유지하려는 목적(purpose to create or maintain a monopoly)이 없다면 거래의 자유가 보장된다고 선언한 Colgate 판결(1919년)⁸⁾과 같은 취지의 Kodak 판결(1927년)⁹⁾ 및 Otter Tail 판결(1973년)¹⁰⁾ 이후, 거래거절의 부당성 여부 판단은 오랫동안 독점화하고자 하는 의도에 집중되어 왔다(intent test).¹¹⁾

그러나 1970년대 이후 시카고학과 등의 영향으로 독점금지법 위반행위에 대한 전반적 판단기준이 객관적인 경쟁제한효과에 무게중심을 두는 방향으로 변화하면서 대체로 거래거절의 사실관계 및 경쟁제한효과가 인정되면 그 자체로서 독점화의 의도 내지 목적이 추단되어 독점화 행위에 해당한다고 판단되게 되었고, 결국 독점화의 의도는 그러한 의도가 없는 경우 위법성이 조각되거나 그러한 의도가 인정되는 경우 위법성이 확인되는 정도의 소극적 역할에 그치게 되었다.

따라서 오늘날 서면법 제2조에 의하여 금지되는 거래거절은, 경쟁제한효과를 초래할 우려가 있는 경우만 해당한다는 것이 일반적인 견해이다. 구체적으로는, 경쟁사업자에 대한 거래거절의 경우 상대방의 피해가 단순한 경쟁상의 불리함이나 금전적 손해의 차원을 넘어 당해 시장(통상 후방시장)에서의 경쟁이 봉쇄 혹은 제거될 정도에 이르러야 위법성을 인정하는 등 아주 엄격한 요건을 요구하는 것이 미국의 판례라 할 수 있다.¹²⁾

7) 미국의 사례는 다음 논문을 많이 참고하였다. 이기중, 「공정거래법상 단독의 거래거절의 위법성 판단기준-미국 서면법 제2조의 해석론의 도입가능성을 중심으로」, 『상사판례연구』 제14집, 한국상사판례학회(2003), 107-160.

8) United States v. Colgate Co., 250 U.S. 300 (1919) at 307.

9) Eastman Kodak Co. v. Southern Photo Materials Co., 273 U.S. 359 (1927).

10) Otter Tail Power Co. v. United States, 410 U.S. 366 (1973).

11) 다만 여기에서 말하는 목적 또는 의도는 단순한 독점기업의 심리상태가 아니라 당해 행위의 전반적인 경향을 말하는 것이다. 'what should matter is not the monopolist's state of mind, but the overall impact of the monopolist's practices ... In a § 2 case, only a thorough analysis of each fact situation will reveal whether the monopolist's conduct is unreasonably anti-competitive and thus unlawful.' Byars v. Bluff City News Co., 609 F.2d 843 (6th Cir. 1979) at 860.

12) 개별적 거래거절에 대한 위와 같은 의도테스트(intent test)와 함께 또 다른 판단기준으로 필수설비원리(essential facilities doctrine)를 드는 경우가 있으나(이기중, 위 논문, 129~132면), 필수설비원리가 위의 기

2) EU¹³⁾

TFEU(Treaty on the Functioning of the European Union, 구 EC조약) 제102조 2문 b호에 대한 위반유형 중 대표적인 것이 거래거절이다. 이에 대한 EU최고법원(ECJ)은 전통적으로 부당성을 판단하기 위하여 중요한 것은 시장지배적 사업자의 경쟁제한의 도나 경쟁사업자 배제의도와 같은 주관적 요건이지, 그 의도가 결과적으로 실현되었는지 여부는 중요하지 않다고 하였다. 그러나 현재는 제82조의 ‘남용’을 객관적 개념(an objective concept)으로 이해하여 부당성 여부 판단에 있어서 당해 행위가 시장의 구조에 악영향을 미치는지 여부를 증시하는 한편 주관적 의도는 당해 행위의 효과를 평가하는데 고려될 뿐이라는 것이 학설과 EU최고법원 판례의 입장이다.¹⁴⁾ 이를테면 수직적으로 통합되어 원재료에 대한 공급원을 보유한 사업자가 원재료의 공급을 거절하는 방법으로 후방시장의 경쟁사업자를 배제하고자 하는 행위 등은 부당한 거래 거절에 해당된다는 것이다.¹⁵⁾

현재 EU의 거래거절 규제가 미국과 같이 경쟁제한효과가 있는 경우에 한정되기는 하지만, 전통적으로 시장지배적 사업자에게는 상품공급의 의무¹⁶⁾가 있다고¹⁷⁾ 인정하였던 관념이 상당부분 영향을 미치는 등, 아직까지도 미국보다는 경쟁제한효과가 있다고 인정하는 범위가 상대적으로 넓다.

준에 상응하는 정도의 일반적인 기준이라고 보기는 어려울 뿐 아니라, 미국에서는 이 법리를 통신 등 기간 설비에만 부분적으로 적용할 뿐 일반적으로는 인정하지 않는 것이 판례이다.

- 13) EU의 사례는 여러 문헌을 종합하되 다음 논문을 주로 참고하였다. 이봉의, 「공정거래법상 방해남용의 위법성 판단기준-거래거절을 중심으로」, 『법조』 565호, 법조협회, 2003. 10., 119~146.
- 14) Richard Whish, 『Competition Law』, 5th ed., Oxford, 2005, 194.; 이호영, 「공정거래법상 시장지배적사업자 규제의 쟁점과 과제」, 『저스티스』 104호, 한국법학원, 2008. 6., 95.
- 15) Commercial Solvents 사건(원재료의 시장지배적 사업자가 공급거절한 것은 위법한 거래거절이라고 판결)이 대표적 사례이다. Cases 6 & 7/73 Commercial Solvents Corp v. Commission [1974] ECR 223, [1974] 1 CMLR 309. 그러나 거래거절 사건에 대한 EU최고법원(ECJ)의 판결들 중에서도 가장 엄격한 기준을 적용한 것으로 알려진 이 사건에서는, 포스코 사건과 사실관계가 매우 유사하지만 후방시장의 경쟁이 거의 전부 봉쇄되었다는 점에서 현대하이스코가 해외수입을 통해 정상조업한 포스코 사건과 차이가 있다. EU의 입장은 이후 United Brands v. Commission(ECR 207, [1978] 1 CMLR 429) 사건과 Magill(Joined Cases C-241 & 242/91P, [1995] E.C.R. I-743, 4 C.M.L.R. 718, 799~800), Bronner v. Mediaprint(Case 7/97, Oscar Bronner v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG [1998] ECR I-7791, [1999] 4 CMLR 112) 사건 등을 통해 거래거절이 위법하기 위해서는 거래거절로 인하여 관련시장의 경쟁이 대부분 봉쇄되어야 하고 거래거절 사업자의 효율성 향변 내지는 정당화 사유를 감안한다는 방향으로 위법성 판단기준을 더욱 상향조정하여 미국 판례의 태도에 근접하고 있다.
- 16) 시장경쟁을 해치지 않을 이른바 특별책임(special responsibility)의 일종으로 느슨한 정도의 의무이다.
- 17) Alison Jones, 「A Dominant Firm's Duty to Deal: EC and US Antitrust Law Compared」, in Handbook of Research in Transatlantic Antitrust (Philip Marsden, ed.), 2006, n.24 at 245~246.

3) 독일¹⁸⁾

오늘날 EU 회원국들은 자국의 법제를 EU의 것에 일치시키도록 하는 법적 의무를 부담하고 있어 EU 개별 회원국들의 경쟁법 집행방향은 크게 중요한 것이 아니다. 독일의 경우에도 마찬가지여서, 현재로서는 대체로 EU의 규정과 표현의 차이 정도만 가진다고 보아도 무방하다.

그 내용을 보면, 독일 경쟁제한방지법상 거래거절(Liefersperre)은 방해남용(Behinderungsmißbrauch)의 하나로서 경쟁제한방지법 제19조 제4항 제1호 및 제20조 제1항에 의해 금지되는데,¹⁹⁾ 그 수범자는 대체로 시장지배적지위에 있는 사업자라고 할 수 있다.²⁰⁾ 위 방해남용행위의 구성요건은 경쟁제한효과(이를 시장구조의 악화로 표현하기도 한다)와 정당화 사유의 부존재인데, 일반적으로 방해남용행위의 부당성 판단기준은 시장지배적 사업자의 행위가 관련시장에 미치는 경쟁제한적 효과를 기준으로 한다. 그러므로 시장지배적 사업자와 사업활동이 방해되는 경쟁사업자의 이해관계를 비례의 원칙에 입각하여 비교형량하여야 하고, 시장지배적 사업자는 가능한 한 경쟁을 덜 제한하는 수단을 선택할 의무를 지게 된다. 따라서 시장지배적 사업자가 성과나 효율에 기초한 정당한 사유가 없는 한, 거래상대방이나 경쟁자를 퇴출시키지 않더라도 이들에게 어느 정도라도 손해를 입히는 등 사업활동을 방해함으로써 잔존 경쟁(Restwettbewerb)의 유지·발전을 저해하는 경우에는 남용행위로 규제된다.

4) 일본

독점금지법 제3조가 금지하는 사적독점은 같은 법 제2조 제5항에서 사업자가 다른

18) 독일의 사례는 여러 문헌을 종합하되 다음 논문을 주로 참고하였다. 이봉의, 전제논문.

19) 경쟁제한방지법 제19조 제1항은 시장지배적지위의 남용을 일반적으로 금지하면서 동조 제4항에서 대표적인 남용행위의 유형을 예시하고 동시에 제20조 제1항과 제4항에서도 방해남용의 유형을 규정하고 있는바, 실무와 관례상 경쟁사업자 간의 수평적 관계에서 발생하는 방해행위에 대해서는 제20조 제1항이 주로 적용되지만 그 위법성 판단기준은 제19조와 제20조 간에 공통된다고 한다.

20) 경쟁제한방지법 제19조 제4항 제1호는 시장지배적 사업자에 대하여 적용되지만, 제20조 제1항의 금지규정은 시장지배적 사업자뿐만 아니라 '우월적 지위'에 상응하는 지위를 가진 사업자(marktstarke Unternehmen)에게도 적용된다(제20조 제2항)는 점에서 차이가 있다. 그러나 이 때의 '우월적 지위'란 우리나라나 일본 법상 우월적 지위(거래상 지위)와는 달리 경쟁사업자에 비하여 시장에서 누리는 일정한 지배력을 가지는 지위를 말하는 것으로 시장지배적지위의 한 유형을 말하는 것이므로, 결국 어느 조항이나 시장지배적 사업자를 대상으로 한다고 볼 수 있을 것이다. 다만 '우월적 지위'를 가진 사업자의 범위는 미국에서의 시장지배적 사업자보다는 범위가 다소 넓은 것으로 생각된다.

사업자의 사업활동을 배제하거나 지배함으로써 공공의 이익에 반하여 일정한 거래분야에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 것이라고 정의되어 있으며, 독점적 사업자에 의한 부당한 거래거절은 사적독점의 일종인 배제적 행위의 하나로 취급된다. 일본에서는 사적독점으로서의 거래거절에 요구되는 경쟁제한성보다 불공정거래행위로서 요구되는 공정거래저해성의 입증부담이 훨씬 덜하기 때문에 종래 거래거절행위가 사적독점보다는 불공정거래행위로서 주로 다루어져 왔으므로 사적독점으로서 규제한 사례가 거의 없으나, 학계에서는 공정취인위원회의 이러한 태도에 대한 비판이 거센 형편이다.

5) 소결

위에서 살펴본 바와 같이, 시장지배적 사업자의 거래거절에 대한 규제의 배경과 범위는 국가 간에 다소간의 차이가 있는 것이 사실이다. 즉 미국은 사업자의 거래처 선택의 자유를 크게 존중하여 최근에는 개별적 거래거절(특히 거래개시의 거절)을 거의 규제하지 않는다. EU도 최근에는 이와 근접한 입장을 띠고 있지만 아직 미국에 비하여는 상대적으로 경쟁의 과정 중시나 중소기업보호 등 소수자 권익보호의 관점에서 규제의 폭이 다소 넓은 것으로 보인다. 한편 일본은 비교적 중도적인 태도라고 볼 수 있다.

전반적으로 보면 거래의 자유를 강조함으로써 개별적 거래거절을 강하게 규제하지 않는 것이 최근의 세계적 추세라고 할 수 있다.

3. 주요 쟁점

이 사건에서는 포스코가 현대하이스코에 대하여 열연코일의 공급을 거절한 사실이 명백하고 다툼이 없었다. 따라서 쟁점은 앞에서 보았던 구성요건 중 거래거절의 행위 부분을 제외한 나머지에 한한다. 공정거래위원회와 대법원은, 포스코가 시장지배적 사업자라는 점에 대하여는 견해를 같이 하였으나 시장지배적지위 남용행위의 부당성에 관하여는 견해의 차이를 보였다.

가. 포스코가 시장지배적 사업자인지 여부

1) 관련 상품시장

공정거래위원회는 이 사건의 관련 상품시장이 열연코일 전체라고 판단하였다. 반면 포스코는 자동차 냉연강판용 열연코일은 ‘공정 중의 물품’으로서 거래대상이 아니므로 관련상품이 될 수 없고, 설사 관련상품이 될 수 있다 하더라도 ‘자동차 냉연강판용 열연코일’만이 관련상품시장을 구성하고 일반용 열연코일은 제외된다고 주장하였다.

이에 대하여 대법원은, 공정거래위원회가 “관련상품시장에 관하여 ‘포스코가 생산하고 있는 열연코일 중 자동차냉연강판용 열연코일을 구분하여 이를 거래대상이 아닌 공정 중에 있는 물품이라고 할 수 없다’고 보는 한편, 나아가 ‘열연코일의 기능 및 효용의 측면, 수요대체성의 측면, 공급대체성의 측면 및 한국산업표준산업분류 등을 참작하여 열연코일 전체를 거래대상으로 삼는 이외에 이를 세분하여 그 중 자동차냉연강판용 열연코일만을 거래대상으로 삼는 별도의 시장을 상정할 수는 없다’고 인정한 것은 정당하”다고 판시하였다. 이는 공정거래위원회의 판단을 거의 그대로 지지한 것이다.

상품시장에 관한 공정거래위원회와 대법원의 판단은 수요대체성과 아울러 공급대체성을 함께 고려한 것으로 일반적인 법리에 충실한 것이며, 이 사건에서는 비교적 큰 논란의 여지가 없었다고 생각된다.

2) 관련 지역시장

공정거래위원회는 이 사건의 관련 지역시장이 국내시장이라고 판단한 반면, 포스코는 동북아시아시장이라고 주장하였다. 이에 대하여 대법원은, “국내에서 열연코일의 가격이 상당기간 어느 정도 인상되더라도 이에 대응하여 국내 구매자들이 동북아시아 지역으로 열연코일의 구매를 전환할 가능성은 없다는 이유에서 열연코일에 관한 동북아시아시장을 관련지역시장에 포함시킬 수 없다고 인정한 결론은 옳다”고 판단하여, 공정거래위원회와 견해를 같이 하였다.

포스코의 주장은 주로 열연코일과 냉연강판의 국제교역이 활발하고 국내에도 무역장벽이 거의 없다는 점, 세계적으로 철강시장은 공급초과상태라는 점, 열연코일의 해상운임이 매우 저렴하다는 점, 열연코일의 국내가격이 국제가격에 연동하여 변동하는 점, 실제로 현대하이스코가 포스코로부터 열연코일을 공급받지 못하는 상황에서도 일본으로부터 열연코일을 구매하여 정상적으로 조업하여 온 점 등을 근거로 하고 있다. 그러나 이러한 주장이 대부분 사실이라 하더라도, 앞에서 살펴본 바와 같이 열연코일의 수출입 물량이 절대적 판단기준이 될 수는 없는 점, 한국 내 열연코일의 가격이 상당수준 상승하더라도 추상적으로나마 일본 철강업체들이 일본 내 공급을 전면중단하고 생산량 대부분을 한국에 수출할 것으로 기대할 수는 없다는 점, 국제가격과 국내가격의 동조현상도 실질적인 원인은 교차탄력성이 크기 때문(즉 동북아시아 시장 단위에서 경쟁이 이루어지기 때문)이라기보다는 원재료 등 공통된 생산요소 가격의 변동 등에 기인할 가능성이 크다는 점 등에서 공정거래위원회와 대법원의 위와 같은 판단이 타당하다고 생각된다.

3) 소결 : 포스코가 시장지배적 사업자인지 여부

포스코의 2000년 기준 국내 열연코일시장의 점유율은 자가소비분을 포함하면 79.8%이고, 자가소비분을 제외하더라도 65.18%에 달한다. 따라서 포스코는 시장지배적 사업자로 추정되고 그 추정을 번복할 만한 사정도 없다고 생각된다. 특히 포스코는 진입장벽이 매우 높은 철강산업에서 국내유일의 일관제철소이자 조강생산량 기준 세계 제1위의 사업자로서 국내외 철강시장에 대한 영향력이 매우 크며, 2000년 기준 연간 매출액이 약 11조 원이 넘는 대규모 사업자이다. 특히 이 사건과 관련하여서는 국내 유일의 열연코일 생산자라는 점을 감안하여야 할 것이다. 결국 포스코가 시장지배적 사업자라는 공정거래위원회와 대법원의 판단은 타당하다고 생각된다.²¹⁾

21) 만일 포스코의 주장과 같이 포스코가 관련시장에서 8.6%의 점유율만을 차지하는 군소사업자에 불과하다고 가정하면 현대하이스코와 동부제강 등 다른 국내 구매업체들에 대하여 포스코가 행사하는 것으로 알려진 강한 영향력을 설명할 방법이 없게 된다. 즉 포스코가 철강시장에서 갖는 강한 시장지위가 시장지배적지위에 대한 일종의 경제적 직접증거가 된다고 보아야 한다.

나. 거래거절의 부당성 여부

1) 부당성의 의의와 구성요소

공정거래법의 관련규정과 외국사례 등에 비추어 앞에서 정리하였던 구성요건을 재구성하면, 다음과 같은 세 가지 요건이 갖추어지면 거래거절의 부당성을 인정할 수 있을 것으로 생각된다.

① 거래거절로 인하여 다른 사업자의 사업활동이 어려워졌을 것²²⁾ : 거래의 실태에 비추어 다른 사업자가 거래거절의 대상이 된 상품과 동종 또는 유사한 상품에 관하여 용이하게 다른 거래처를 찾을 수 없거나 찾을 수 있더라도 거래조건 등이 불리하여 경쟁자로서의 기능을 제대로 수행할 수 없게 되는 등 통상의 사업활동을 곤란하게 할 우려가 있는 경우를 말한다. 이 요건은 다른 사업자의 사업활동이 어려워질 추상적 우려가 있는 것으로 충족되며, 좁은 의미의 부당성이 인정되면(아래의 대립되는 견해에서 어느 견해에 의하건) 이 요건은 당연히 충족될 것이므로, 독자적 의미는 크지 않다고 생각된다.

② 좁은 의미의 부당성 : 주관적 측면(거래거절의 의도 내지 목적)과 객관적 측면(거래거절의 효과)을 어떻게 평가할 것인지와 거기에 사업상 정당화 사유까지 포함되어야 하는지 등이 문제된다.

③ 사업상 정당화 사유가 없을 것 : 거래거절을 정당화할 수 있는 합리적인 내용의 주관적·객관적 사유로서, 그 존재와 가치에 대하여는 거래거절 사업자가 적극적으로 입증하여야 할 것이다. 다만 사업상 정당화 사유가 좁은 의미의 부당성에 속하는 것인지 아니면 그와는 별도의 위법성 조각사유인지에는 문제이다.

위에서 좁은 의미의 부당성 여부 판단의 핵심이 객관적인 경쟁제한효과의 우려 여부에 있다는데 대하여는 별다른 이론이 없으나, 그와 별도로 주관적 요건이 필요한지

22) 공정거래법의 문언은 이 부분 요건을 부당성과는 별도의 독립된 요건처럼 규정하고 있는 것이 사실이다. 그러나 아래에서 보는 것처럼 공정거래법 제3조의2에 대하여 목적론적 해석방법을 택한 이상, 이 부분 요건 역시 부당성의 한 요소로 포섭하고 평가하는 것이 바람직할 것으로 생각한다. 다만 이 부분 요건을 어떤 식으로 위치시키더라도 결과에 있어서는 별다른 차이가 없을 것이다.

여부에 대하여는 상당한 논란이 있다. 포스코 판결에 대한 비판의 상당수가 주관적 요건이 필요하지 않다는데 집중되어 있기도 하다. 이 때 주관적인 거래거절의 의도 내지 목적 역시 종합적인 고려요소의 하나가 되는 것은 옳다고 본다. 그러나 이를 별도의 입증에 필요한 독립적 요건이라고 하기 보다는, 객관적 경쟁제한효과가 우려되는 경우에는 그로부터 추단되거나, 경우에 따라서는 심사가 생략될 수도 있고(다만 정당화 사유가 있다는 주장은 여전히 허용되어야 한다), 그러한 정도에 이르지 않는 경우에는 우려되는 경쟁제한효과의 정도에 반비례하여 부당성 여부를 판단하여야 하는 정도의 고려요소라고 하는 것이 타당하다(즉 경쟁제한적 효과가 상대적으로 크면 주관적 요소가 다소 약해도 부당성을 인정할 수 있고, 경쟁제한적 효과가 상대적으로 모호하면 주관적 요소가 강해야 부당성을 인정할 수 있을 것이다). 다만 경쟁제한효과의 우려가 인정되지 않을 경우에는 설혹 경쟁제한적 의도 내지 목적이 단독으로 입증된다 하더라도 부당성을 인정하기는 쉽지 않을 것이다. 또한 어떠한 경우라도 계속적 거래관계의 중단에 비하여 신규의 거래개시 거절에 대한 부당성 판단기준이 훨씬 엄격해야 할 것이다. 이와 같이 본다면, 실제로는 거래거절에 있어서 의도 내지 목적은 많은 경우에 다음에 고찰하는 사업상 정당화 사유의 검토단계에서 보다 큰 역할을 하게 될 것으로 생각한다.

2) 부당성의 주관적 요소

포스코는 현대하이스코에게 열연코일을 공급할 경우 자신이 원료공급업체로 전략할 것이므로 열연코일을 공급하지 않겠다는 취지를 수차례 밝혀 왔다. 공정거래위원회는 포스코의 이러한 입장은 열연코일시장에서 자신의 시장지배적지위를 이용하여 후방시장인 냉연강판 시장에 대한 경쟁사업자의 신규진입을 방해하고 자신의 시장지배적지위를 계속 유지하려는 의도를 공개한 것이라고 보았다. 또한 포스코가 자기보다 먼저 냉연강판을 생산해온 연합철강과 동부제강에는 열연코일을 공급하여 왔음에도 후발주자인 현대하이스코에게만은 열연코일의 공급을 거부하는 것은 경쟁제한 및 경쟁자배제의 의도가 명백한 것이라고 판단하였다. 반면 포스코는 이와 같은 발언은 거래의 자유 범위 내에 있는 것에 불과하므로 위법성 인정의 근거가 될 수 없다고 다 투었다.

대법원은 공정거래위원회가 인정한 경쟁제한적 효과를 부정함으로써 위의 쟁점에 대한 직접적 판단은 하지 않았다. 그러나 현대하이스코의 시장진입을 저지함으로써 시장경쟁을 제한하려는 포스코의 의도가 입증된 이상 객관적인 경쟁제한성이 인정되지 않는다고 하여 그러한 내심의 의사가 경쟁제한적 목적에서 비롯된 것이라는 사실을 부정할 수는 없다고 본다. 따라서 이 부분에 대한 공정거래위원회의 판단은 타당하다고 생각된다. 참고로 경쟁제한적 의도가 입증된 경우에는 그렇지 않은 경우에 비해 경쟁제한 효과 발생의 개연성이 높아진다고 볼 수 있을 것이다.

3) 부당성의 객관적 요소

가) 학계의 논의

시장지배적지위 남용행위에서 부당성의 핵심이 경쟁제한성을 의미한다는 점에 대하여는 학계에서 대체로 의견이 일치한다. 다만 경쟁제한성만을 의미하는 것인지 아니면 경쟁제한성과 공정거래저해성을 모두 포괄하는 것인지에 대하여는 견해가 엇갈리는 것으로 보인다.

종래의 다수설은, 시장지배적지위 남용행위에 관한 법령의 문언에 불공정거래행위적 성격이 강하게 가미되어 있으므로(예컨대 거래거절에 대하여는 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 것이 요건으로 명시되어 있다.) 그 부당성을 미국과 같이 순수하게 경쟁제한적 효과를 의미하는 것으로만 볼 수는 없고 그에 더하여 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 경우까지 포함하는 의미로 이해하는 것으로 보인다.²³⁾ 이 견해에 의하면, 시장지배적지위 남용행위가 시장에서의 경쟁제한효과를 초래하는 경우에는 당연히 '부당성'이 인정되지만, 경쟁제한효과가 다소 부족하더라도 거래거절 행위가 '다른 사업자의 사업활동이 어렵게 되는 경우' 즉 경쟁사업자를 침해하는 효과가 있는 경우에는²⁴⁾ 대부분 부당성을 인정하게 될 것이다.²⁵⁾ 이는 시장지배적 사업자가 그 시

23) 권오승, 『경제법』 제6판, 법문사, 2008, 283.

24) '경쟁제한'효과에는 소비자이익 착취효과와 경쟁배제효과가 있고 유력한 경쟁사업자를 배제하여 시장경쟁을 제한하는 정도에 이르면 이 역시 경쟁배제 내지 경쟁제한효과가 있는 것으로 인정될 것이므로 '경쟁배제' 내지 '경쟁제한'과 '경쟁자배제'를 대립 또는 동등하게 병립하는 관계로 보기 어렵다. 따라서 이하에서는 '경쟁제한'효과는 '경쟁배제'효과를 포함하는 의미로 사용하고, 경쟁사업자의 사업활동을 어렵게 하기는 하지만 그 정도가 경쟁배제효과에는 이르지 않거나 배제되는 경쟁사업자가 시장경쟁에서 큰 의미가 없는 경우 또는 단지 경쟁사업자의 이익을 침해하여 불공정성이 인정되는데 그치는 경우는 '경쟁자침해'효과가 있는 것으로 표현하기로 한다.

장지배력을 이용하여 경쟁사업자를 배제할 우려가 있는 행위, 즉 경쟁자침해의 효과가 있는 행위를 하는 경우 그에 따른 경쟁제한효과 발생 여부와는 관계없이 규제할 현실적 필요가 있다는 점, 경쟁자침해의 효과가 있는 경우에는 잔존경쟁이 저해될 가능성이 있다는 점, 우리의 규정이 독일의 영향을 강하게 받았다는 점에서 주된 논거를 찾는 것으로 생각된다. 특히 우리나라와 같이 국가주도적 경제발전에 따라 대기업에 의한 독과점의 폐해에 대한 우려가 큰 경제현실에서는 시장경제원리가 정상적으로 작동하기 위한 전제조건으로서 경쟁자를 침해하는 행위를 규제할 필요가 더욱 크다고 한다.

다수설에 의하면, 시장지배적지위 남용행위에서의 부당성과 불공정거래행위에서의 부당성은 동일한 의미가 되고 시장지배적지위 남용행위에 관한 공정거래법 제3조의2는 불공정거래행위에 관한 제23조에 대한 특별법적 성격을 갖게 된다. 즉 동일한 위반행위에 대하여 시장지배적지위에 있다는 일종의 신분법적 성격에 따라 더욱 중한 처벌을 받게 된다는 것이다.²⁶⁾ 다만 이러한 견해에 의하더라도 거래거절행위에 있어서 위법성 성립에 요구되는 객관적 효과의 판단기준에 대하여는 세부적인 차이가 있을 수 있다. 즉 시장지배적 사업자의 거래거절로 인하여 단순히 거래거절 상대방의 사업활동이 어렵게 되기만 하면 즉시 부당성이 인정된다는 입장과 그에 더하여 공정한 거래를 저해할 우려가 추가적으로 입증되어야 한다는 입장이 가능할 것이다(이 글에서는 그 목적상, 두 입장을 구별하지 않고 이 견해를 일단 ‘경쟁자침해설’로 부르기로 하며, 포스코 판결에서 대법관 박시환의 반대의견이 이러한 입장, 특히 후자의 입장을 택하고 있다).²⁷⁾

25) 대표적인 견해는, “(시장지배적) 사업자가 유효한 경쟁이 이루어지고 있는 시장에서는 시도할 수 없는 행위를 함으로써 자유로운 경쟁을 제한하거나 경쟁사업자 또는 거래상대방에게 손해를 입히거나 효율적인 자원 배분을 왜곡하는 경우에는 바로 그러한 행위가 시장지배적지위의 남용행위에 해당될 수 있을 것”이라고 한다. 권오승, 전계서, 148. “시장지배적 사업자의 지위남용행위란 유효경쟁이 이루어지고 있는 시장에서는 감히 행할 수 없는 불공정거래행위를 말한다.”는 견해나, (신현윤, 『경제법』 제2판, 법문사, 2007, 150) “부당성이란 유효경쟁이 이루어지고 있는 시장에서의 당해 사업자가 행할 행위와 비교하여 볼 때, 당해 행위가 시장지배적 사업자에게는 일방적으로 유리한 반면, 경쟁자나 거래상대방에게는 지나치게 불리한 경우에 부당하다.”는 견해도(차성민, 「포스코의 열연코일 공급 거절 사건에서 부당성의 의미」, 경제법관례연구회 발표자료, 2008. 3. 27, 9) 마찬가지로이다. 한편 시장지배적 사업자의 불공정한 행위까지 포함한다고 직접 말하지 않더라도 경쟁사업자가 침해되는 대부분의 경우에 이미 시장지배적 사업자의 존재로 이미 약화된 경쟁, 즉 잔존경쟁이 침해될 우려가 있고 이것이 경쟁제한성의 의미라고 이해하는 견해 역시, 표면적으로는 경쟁제한설의 입장으로 보이더라도 독점에 대한 미국과 독일의 상이한 태도를 강조하는 전체적인 맥락에서 보면, 그 결과는 본문에서 서술한 다수설의 입장과 크게 다르지 않다고 이해된다. 홍명수, 『경제법론 I』, 경인문화사, 2008, 96~100, 114~116.

26) 신현윤, 전계서, 150~151 ; 이기수·유진희, 『경제법』 제7판, 세창출판사, 2006, 204.

27) 경쟁자침해설은 보통은 경쟁사업자의 사업활동을 어렵게 할 우려가 있기는 하나, 그 정도가 경쟁제한의 정

다수설이 취하는 경쟁자침해설은 특히 거래거절과 관련하여서는 공정거래법상 다른 사업자의 사업활동이 어렵게 되는 것이 요건으로 규정된 문언을 중시하는 것으로, 상대적으로 시장지배적 사업자에 대한 규제의 폭을 넓은 독일이나 20세기 초반 미국의 입장 내지 과거 EU의 입장에 가깝다고 할 수 있다.

그러나 최근의 견해는, 경쟁제한성과 공정거래저해성은 그 침해하는 보호법익과 규제근거가 다르다는 점에 착안하여, 시장지배적지위 남용행위에서의 부당성은 경쟁제한효과만을 의미한다고 한다.²⁸⁾ 즉 거래거절에 대한 공정거래법 문언에서 ‘사업활동의 방해’가 요건으로 명시된 것을 경쟁제한적 효과 중 경쟁배제효과를 의미하는 것으로 해석한다(이하에서는 이를 ‘경쟁제한설’로 부른다). 이러한 견해는 1970년대 말 이후 미국의 판례·이론과 이에 영향을 받은 최근 EU의 입장과 같은 것으로 세계적 추세라고 할 수 있으며, 시장기능을 중시하는 현대 경제학이론에 이론적 배경을 두고 있다고 할 수 있다. 경쟁제한설에 의하더라도 아래에서 보듯이 경쟁제한효과의 사실적 판단기준의 높고 낮음에 따라서 구체적 차이는 발생할 수 있을 것이나, 그러한 실질적 차이에도 불구하고 논리적으로는 시장에서의 경쟁을 제한하는데서 위법성의 근거를 찾는다는 점에서 공통된다(포스코 판결에서 다수의견과 대법관 이홍훈·안대희의 반대의견은 모두 이러한 입장이다).

필자의 견해로는, 공정거래법 제3조의2 등 관련 규정을 문언적으로만 해석한다면 거래거절이 상대방 사업자의 사업활동을 어렵게 하거나 그에 더하여 공정거래저해효과의 우려 정도만 초래하면 부당성이 성립하는 것으로 해석될 가능성이 크다고 본다. 즉 문리해석상으로는 경쟁자침해설의 입장이 타당할 수 있다. 그러나 공정거래법이 전체 법질서에서 차지하는 지위와 목적, 공정거래법 제3조의2의 체계적 위치, 외국 입법례, 경제학 이론 등을 고려한다면, 거래거절이 단지 그 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 것만으로는 부당성을 인정하기에 부족하고 그 사업자의 사업활동을 어렵게 함

도에는 이르지 않고 공정거래저해성만 인정되는 후자의 경우를 말하는 것으로 생각되지만, 전자의 견해도 입론이 가능할 것이다.

28) 임영철, 『공정거래법』, 법문사, 2007, 35~36. 한편 “시장지배적지위의 남용이란 사업자가 독점력을 가진 시장에서 자신의 시장지위, 즉 시장지배력을 남용행위”라고 정의하면서, 맥락은 다소 다르지만 특히 부당한 사업활동방해행위의 대상인 ‘다른 사업자’에 관하여 “(시장지배적) 사업자가 전후방단계의 시장, 즉 유의위한 시장참여자가 아니거나 소속 시장에서의 독점력을 전이할 여지가 전혀 없는 시장에서 보이는 행태에 대한 규제는 독점규제와는 거리가 먼 것”이므로 방해대상 사업자의 범위에도 일정한 한계가 설정될 필요가 있다고 하는 견해도 논리적 배경은 이에 가깝다고 생각된다. 정호열, 『경제법』 제2판, 박영사, 2008, 174~175.

으로써 나아가 경쟁을 제한할 우려가 있어야만 부당성이 충족되는 것으로 해석하는 것이 합리적이라고 생각한다. 이러한 목적론적 해석이 시장기능을 강조하는 최근 세계적 추세에도 부합할 것이다. 다시 말해서, 공정거래법 규정의 문리해석으로는 경쟁 제한효과가 부족하더라도 경쟁자침해효과가 있다면 이를 부당한 경우에 포함하여 규제할 수 있는 결과가 될 수 있겠지만, 이는 시장경쟁보다는 경쟁사업자를 보호하고자 하는 것으로 최근 세계적 추세와 국내 경제계 인식에도 반하는 낡은 태도라고 생각한다. 포스코 판결이 실시하다시피, 기업의 창의적이고도 다양한 경제활동 중에서 경쟁 제한적인 효과가 전혀 없거나 불분명한 전략적 사업활동에 관하여도 다른 사업자에게 다소 불리하게 한다는 이유만으로 처벌한다면, 이는 공정거래법상의 규제를 경쟁의 보호가 아닌 경쟁자의 보호를 위한 규제로 전략하게 만드는 경향을 가지게 할 뿐 아니라, 기업의 사업활동을 부당하게 위축시켜 결과적으로는 경쟁력 있는 사업자 위주로 시장이 재편되는 시장경제의 본래적 효율성을 저해하게 될 위험성이 있기 때문이다. 사업자의 이윤추구라는 이기심의 발로야말로 시장경제원리의 작동원리이며 그 과정에서 어느 정도의 분쟁이나 피해가 발생한다 하더라도 이는 시장에서 해결될 문제라는 것이 계약자유 원칙의 취지이고²⁹⁾ 경쟁법이 개입하는 것은 이기적인 행위로 인하여 소비자 후생이 저해될 우려가 있는 경우에 한하여야 한다는 점을 고려해야 한다고 생각한다. 만일 경쟁자침해효과를 야기하는 행위를 규제할 현실적 필요가 있는 사안이라면 이는 시장지배적지위 남용행위 조항이 아닌 불공정거래행위 조항을 통해서도 충분히 규제가 가능한 바, 규제대상의 중복을 단순히 시장지배적 사업자에 대하여 일반 사업자보다 상대적으로 중한 과징금을 부과하여야 한다는 논리로 정당화하기도 어려울 것이다.

또한 EU나 독일 등에서의 학설과 판례도 경쟁제한설을 기본으로 하되 경쟁제한성의 범위를 미국처럼 비교적 좁게 볼 것인지(최근의 추세) 아니면 경쟁제한성이 다소 부족하더라도 경쟁자침해 효과가 강한 경우에는 양자를 종합하여 경쟁제한성이 있는

29) 이 사건은 공급거절 약 2년 반 후인 2003. 7. 23. 양사가 열연코일 공급을 재개하기로 합의함으로써 실질적으로는 분쟁이 종식되었는데, 이러한 측면에서도 이 사건은 정부의 개입없이 시장에서 해결되어야 할 사안이었다는 점이 확인된다고 생각한다. 한편 이러한 결과는 관련 지역시장이 동북아 시장이어서 포스코가 시장지배력을 행사할 수 없었기 때문이라기 보다는, 포스코와 현대하이스코의 이해관계가 일치하였기 때문인 것으로 보인다. 즉, 포스코로서는 독점력 연장 시도가 실패했기 때문에 더 이상의 손실을 피하는 것이 합리적이었고 현대하이스코로서도 모든 열연코일을 전적으로 수입에 의존하기 보다는 국내에서도 조달하는 것이 안정성 등의 장점이 있었기 때문이었던 것으로 해석하는 것이 타당하다고 생각한다. 실제 공급이 재개된 지금까지도 현대하이스코는 상당량의 열연코일을 일본 등지에서 수입하고 있다.

것으로 볼 것인지(종래의 태도)라는 정도가 문제이지, 앞에서 말한 경쟁자침해설에 이를 정도로 경쟁제한효과를 무시하는 것은 아니라는 측면에서 보면, 우리나라만이 유독 경쟁자침해설을 택하여야 할 근거는 매우 박약하다고 생각한다.

나) 이 사건에서의 판단

공정거래위원회는, 포스코의 거래거절로 인하여 현대하이스코는 단순한 사업상 불편이나 경제적 손실의 정도를 넘어 경쟁자로서 충분하게 기능할 수 없을 정도의 장애가 초래되었으며, 이는 냉연강판 시장에 신규진입하려는 중요한 경쟁사업자의 경쟁자로서의 기능을 제약한 것으로 냉연강판시장에서의 경쟁을 저해하는 결과를 가져온 것이라고 판단하였다. 앞에서 보았다시피 이 견해는 경쟁자침해설에 입각한 것으로 해석되며, 공정거래위원회는 이 이상의 경쟁제한효과 분석을 시도하지도 않았다.

그러나 경쟁제한설에 의하면, 포스코의 거래거절에도 불구하고 현대하이스코는 정상적으로 냉연강판을 생산하여 상당한 이윤을 지속적으로 거두어 왔으며, 국내 냉연강판이나 자동차 등 연관된 상품의 가격이 오르거나 공급량이 줄어들었다는 등의 경쟁제한효과가 발생하였거나 그러한 우려에 대한 입증이 없었다는 점에서(파기환송심에서도 인정되지 않았다)³⁰⁾ 부당성을 인정하기 어렵다.³¹⁾ 한편 파기환송심 심리결과에 의하면, 포스코의 거래거절에 따라 현대하이스코가 열연코일을 수입하게 되어 원료조달비용이 상승하였다 하더라도 현대하이스코가 이를 경영합리화 등으로 내부 흡

30) 거래거절의 당초 목적은 현대하이스코가 현대자동차 그룹을 배경으로 자동차용 냉연강판시장에 신규진입하는 것을 저지하기 위한 것이었고, 이는 거래거절행위의 전형적 사례라고 할 수 있다. (시장에의 신규진입에 따른 가격 및 이윤하락을 막기 위해 기존의 경쟁/원료공급 기업이 원료공급을 거절하는 것이기 때문이다.) 그러나 이 사건은 포스코의 당초 의도가 실패한 경우에 해당한다고 보인다.

31) 이에 대하여, 대법원이 위와 같은 결론에 도달하는 과정에서 '실제의 경쟁제한효과'와 '경쟁제한효과가 발생할 우려'를 명확히 구분하지 않으면서 사후적으로 경쟁제한효과가 발생하였는지 여부만 판단하고 이 사건 거래거절 당시에 '경쟁제한효과를 발생시킬 우려'가 있는지 여부에 대한 평가를 생략하는 등 사후적 관점에서의 경쟁제한효과만을 강조함에 따라, 앞으로 공정거래위원회는 경쟁제한효과를 적극적으로 입증해야 하는 지나치게 높은 입증부담을 지게 되었다고 비판하는 견해가 있다(윤성운·신상훈, 「포스코 시지남용건 관련 대법원 판결을 통해 본 경쟁제한성 입증의 문제」, 『경쟁저널』 137호, 한국공정경쟁연합회, 2008, 9~11). 그러나, 대법원이 사후적인 경쟁제한효과 여부에 대하여만 판단한 것은 원심의 판단과 포스코의 상고이유가 그에 한정되었기 때문에 상고이유가 아닌 부분에 대하여 판단하기 어려웠던 것으로 이해하여야 할 것이고, 오히려 법리를 실시하면서 사후적인 경쟁제한효과와 행위 당시의 경쟁제한효과의 우려를 모두 포괄한 기준을 제시하였다는 점에서 이러한 지적은 타당하지 않다. 즉, 경쟁제한효과의 우려는 파기환송심에서 공정거래위원회가 포스코 판결의 취지에 따라 입증하여야 할 사항인 것이다. 실제로 이 사건 파기환송심 판결은 그에 대하여 심리한 결과, 대법원과 같이 경쟁제한효과가 없었음은 물론 "이 사건 거래거절행위로 인하여 거래거절 당시 생산량 감소나 가격 상승과 같은 경쟁제한 효과가 발생할 우려가 있었다는 사정에 관한 자료도 없"다고 판단하였다.

수한 결과 자동차용 냉연강판의 시장가격이 오르지 않고 이차산품인 자동차 가격 역시 마찬가지였을 가능성이 있었다고 한다.

이 사건에서는 대법원이 거래거절의 부당성에 대하여 명시한 법리가 대단히 중요한 의미를 갖는다. 즉 대법원은 “시장지배적 사업자의 지위남용행위로서의 거래거절행위와 (……) 불공정거래행위로서의 거래거절행위는 그 규제목적 및 범위를 달리 하고 있으므로 (……) 시장지배적 사업자의 거래거절행위의 부당성의 의미는 (……) 불공정거래행위로서의 거래거절행위의 부당성과는 별도로 독자적으로 평가·해석하여야 한다.”고 전제한 다음, “시장지배적 사업자가 개별 거래의 상대방인 특정 사업자에 대한 부당한 의도나 목적을 가지고 거래거절을 한 모든 경우 또는 그 거래거절로 인하여 특정 사업자가 사업활동에 곤란을 겪게 되었다거나 곤란을 겪게 될 우려가 발생하였다는 것과 같이 특정 사업자가 불이익을 입게 되었다는 사정만으로는 그 부당성을 인정하기에 부족하고, 그 중에서도 특히 시장에서의 독점을 유지·강화할 의도나 목적, 즉 시장에서의 자유로운 경쟁을 제한함으로써 인위적으로 시장질서에 영향을 가하려는 의도나 목적을 갖고, 객관적으로도 그러한 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로 평가될 수 있는 행위로서의 성질을 갖는 거래거절행위를 하였을 때에 그 부당성이 인정될 수 있다 할 것”이고 공정거래위원회는 “그 거래거절이 상품의 가격상승, 산출량 감소, 혁신 저해, 유력한 경쟁사업자의 수의 감소, 다양성 감소 등과 같은 경쟁제한의 효과가 생길만한 우려가 있는 행위”임을 입증하여야 한다고 판시하였다. 이러한 법리는 위에서 본 경쟁제한설의 입장을 명백히 한 것으로 타당하다고 생각한다.³²⁾

4) 사업상 정당화 사유

가) 의의와 외국 사례

거래거절에서 사업상 정당화 사유(business justification)란, 비록 시장지배적 사업

32) 포스코 판결의 부당성 판단에 대하여 찬성하면서도, 구체적인 경쟁제한성의 판단기준에 대하여 위의 판시와 같은 내용보다는 미국이나 EU와 같이 거래상대방의 시장경쟁이 봉쇄 또는 배제됨에 따라 경쟁제한의 효과가 발생할 우려가 있는지 여부에 초점을 맞추어야 한다는 지적이 있다. 황창식·신광식, 「시장지배적 사업자의 거래거절에 대한 공정거래법리: 대법원의 포스코 사건 판결」, 2008 경제학 공동국제학술대회(한국법경제학회) 발표자료, 2008, 21. 그러나 위 판시에서 ‘유력한 경쟁사업자의 수의 감소’를 명시하고 있을 뿐 아니라 경쟁사업자라 하더라도 앞에서 보았듯이 그 규모나 활동정도 등에 따라서는 시장경쟁에 큰 의미가 없을 수 있다는 점에서 거래상대방의 경쟁기회 박탈을 중심지표로 삼아야 한다는 지적은 의문이다.

자가 경쟁사업자를 도와주기를 거부하는 행위가 경쟁을 제한하고자 하는 의도에 일부 따른 것이라도, 만약 그 행위가 적법하고 정당한 사업상의 이유에도 기초해 있다면 거래거절의 책임을 피할 수 있다는 것으로 정의할 수 있다.³³⁾ 즉 정당한 방법으로 경쟁적인 사업활동을 하였다면 그 결과 유력한 경쟁사업자의 사업활동이 어려워지거나 심지어 시장에서 퇴출되는 경쟁제한적 효과가 발생한다 하더라도 이를 부당한 것으로 평가할 수는 없다는 것이다.

사업상 정당한 사유 내지 목적(legitimate business justification or purpose)이라는 말은 대체로 두 가지 의미로 사용된다. 첫째, 단순히 거래거절에 반경쟁적 의도가 없었다거나(주관적 정당화 사유) 둘째, 문제된 행위가 효율적이라는 것이다.(객관적 정당화 사유)³⁴⁾ 첫째의 경우는, 예컨대 시장지배적 사업자가 자신의 비용을 감소시키기 위한 목적으로 다른 사업자를 수직통합하여 다른 시장에서도 시장지배력을 획득하여 경쟁사업자들에게 손상을 입혔을지라도 그 통합은 적법하다는 것이다. 본 사건에서 포스코의 주장은 두 번째의 의미에 속한다고 보이는데, 미국 판례법상으로 거론되는 객관적 정당화 사유로는 사실상, 규정상 혹은 기술상 공급을 할 수 없게 만드는 시장지배적 사업자 내외의 제약들의 존재, 경제적 혹은 사업적인 효율성의 제고(비용절감), 품질관리에 따른 필요성, 소비자후생증대를 위한 조치, 무임승차(free riding)의 방지 등이 있다. 다만 어떠한 경우라도 사업자가 추상적이거나 단순히 자신의 이윤을 증대시키기 위한 것만으로는 객관적 정당화 사유로 보기에 충분하지 않고, 단기간에 실현가능하면서도 직·간접적으로 소비자 후생의 증진에 기여하는 것이어야 정당한 것으로 인정된다.³⁵⁾

EU에서도 미국과 마찬가지로 시장지배적 사업자의 사업상 정당화 사유를 인정하고 있다. 그러나 정당화 사유를 구성하는 시장지배적 사업자의 정책이나 방침 등이 그 사업운영에 있어서 불필요하거나 거래상대방에 대하여 차별적인 방법으로 시행되는 등 오직 남용행위를 정당화하기 위한 근거로 사용하기 위해 제시된 것이라면 이는

33) "Even if a monopolist's refusal to aid a competitor is based partly on a desire to restrict competition, antitrust liability may be avoided if the monopolist's conduct was also based on a legitimate business justification." ABA, 『Antitrust Law Development』 Vol. I, 6th ed., 2007, 274-275.

34) Hovenkamp, 『Federal Antitrust Policy-the law of competition and its practice』, 2nd ed., 1999, 305.

35) ABA, 위 책, 301~302.

유효한 정당화 사유가 될 수 없다고 한다.

독일의 경우에도 공급거절은 당해 공급자의 객관적 또는 주관적 사정이 존재하는 경우에 정당화될 수 있다고 하며, 객관적 정당화 사유로는 공급상 애로와 같은 것이 있고 주관적 정당화 사유로는 특히 신용거래로 공급이 이루어지는 경우 거래상대방의 신용부족 또는 중대한 계약위반이나 기타 공급자의 영업을 저해하는 행위가 존재하고 그로 인하여 거래관계에 요구되는 신뢰가 손상된 경우 등이 판례에 의하여 인정된다고 한다. 그러나 이러한 사유가 존재하는 경우에도 공급거절은 언제나 비례의 원칙에 부합하여야 하며, 특히 공급거절의 사유가 중대한 것이 아니거나 특별한 신뢰가 요구되지 않는 거래관계에서 장기간 계속되는 공급거절은 원칙적으로 비례의 원칙에 반하는 것으로 보는 것이 판례의 태도라고 한다.³⁶⁾

나) 공정거래법상 사업상 정당화 사유

위에서 살펴보았듯이 외국의 사업상 정당화 사유는 결국은 시장지배적 사업자에게 경쟁제한적 효과에 대한 주관적 요소가 결여되었다거나(주관적 정당화 사유) 또는 경쟁제한적 효과를 상쇄할 정도의 사업자 나름의 효율성 효과가 있다는(객관적 정당화 사유) 말에 다름 아님을 알 수 있다. 이론적으로도, 과실범에 대한 처벌규정이 없는 공정거래법의 체계상 위반행위에 대한 고의 내지는 인식이 없는 것으로 밝혀지면 이를 시장지배적지위 남용행위로 인정하기는 어려울 것이고, 소비자 후생을 핵심기준으로 하는 경쟁법의 취지와 자유시장경제체제의 관념에 따르면 주관적이거나 효율적인 행위를 금지하기는 어려울 것이다. 따라서 사업상 정당화 사유는 결국은 구성요건 해당 여부 판단의 최종단계에서 주관적·객관적 측면에서 부당성을 부정하게 만드는 역할을 하게 된다고 보는 것이 타당하다고 생각한다. 시장지배적지위 남용행위에 관하여도, 사업상 정당화 사유가 인정된다면 일응의 부당성을 인정한 다음 이를 다시 정당화된다고 반복하는 것 보다는 처음부터 모든 사유를 종합하여 부당하지 않다고 평가하는 것이 행위의 본질에도 부합할 것이다.

한편 우리 공정거래법에서 구체적으로 어떤 사유가 사업상 정당화 사유인지, 그러한 사유가 시장지배적 사업자에게 어느 정도 의미가 있어야 정당화 사유라고 할 수 있는

36) 이봉의, 전계논문, 136~137.

지 여부에 대하여는 일반적인 기준은 아직까지 제시되지 않고 있다. 이는 경쟁제한적 효과에도 불구하고(물론 불필요하게 과도한 것이어서는 안 될 것이다) 거래거절 사업자 자신의 주관적인 사정에 따라서 부당성을 부인하게 만드는 요소이기 때문에, 그 인정범위와 수준은 구체적 사안에 따라 신중하게 판단하여야 할 것이다. 그러나 앞서 살펴본 외국의 사례와 일련의 대법원 판례를 고려하면, 일응 적법하고 합리적인 정당화 사유가 존재한다면 경쟁제한적 효과와 정당화 사유 간에 극심한 불균형이 존재하지 않는 한 그 시장지배적 사업자에게 거래거절을 회피할만한 기대가능성이 없다는 측면에서도 부당성을 부정하는 것이 타당하다고 생각한다. 또한 그 정당화 사유의 존재와 정도에 대하여는 이를 주장하는 시장지배적 사업자가 적극적인 입증책임을 져야 할 것이고, 그 내용에 대하여는 위에 제시된 외국의 사례를 참고할 수 있을 것이다.

다) 이 사건에서의 사업상 정당화 사유

이 사건에서는 대법원이 객관적인 부당성, 즉 경쟁제한적 효과를 인정하지 않았기 때문에 사업상 정당화 사유에 대하여 굳이 판단하지 않았다. 그러나 만일 경쟁제한적 효과가 인정된다고 가정한다면 포스코가 주장한 공급능력 부족 등의 사업상 정당화 사유들은 대부분 사실과 다르거나 합리적이지 못한 것들로서 이를 인정하기 어려웠을 것으로 보이므로, 이에 관한 공정거래위원회의 판단은 타당하다고 생각된다(포스코 판결에서 대법관 이흥훈·안대희의 반대의견도 같은 견해이다).

4. 의의

우리 공정거래법은 1981년 주로 일본의 독점금지법 및 독일 등 유럽의 경쟁법을 주로 참고하여 제정된 이래 지금까지 큰 틀에 있어서 별다른 변화가 없었다. 특히 시장지배적지위 남용행위에 관한 제3조의2의 규정은 그 내용이 행위의 수단에 의한 분류인지 시장에 미치는 효과에 따른 분류인지가 분명하지 않은 측면이 있고,³⁷⁾ 과거 독일의 영향을 받았기 때문인지 일차적으로 경쟁자 보호를 중시하는 관념에 입각한 것으로 보이는 문언이 산재하여 있다.

37) 권오승, 『자유경쟁과 공정거래』, 법문사, 2002, 13.; 이호영, 전계논문, 85~86; 홍명수, 전계서, 120.

포스코 판결은 이러한 공정거래법에 새로운 생명의 숨결을 불어넣은 획기적 판결(landmark decision)로서 지금까지의 공정거래법 관련 판결 중 가장 중요한 것으로 평가된다. 특히 부당성 여부의 판단에 있어서, 종래의 문리적 해석론에 의하면 불공정거래행위의 한 특별규정으로서 독자적 존재의의가 없는 것으로 취급될 수 있었던 시장 지배적지위 남용행위에 대한 금지규정에 대하여 목적론적 해석을 통하여 핵심적이고도 독립한 체계상 지위를 부여한 것은 큰 의미가 있다. 이 판결을 통하여 종래 공정거래법상 문언 및 공정거래위원회의 심결 등에 따른, 이른바 형식주의적 접근(form-based approach)에 머무를 수 있었던 공정거래법의 집행은 시장을 중심으로 한 이른바 효과주의적 접근(effect-based approach)으로 전환시킴으로써 시장경제원리를 구현할 수 있는 바탕을 마련하였고, 결국 우리 공정거래법을 굳이 개정하지 않고서도 살아있는 법으로 만들었다는 점에서 큰 의의가 있다. 이러한 성과는 EU가 2002년부터 꾸준히 추진하고 있는 경쟁법 현대화작업(modernization)에 비견될 수 있을 것이다.³⁸⁾

포스코 판결은 공정거래법에 관한 두 번째의 전원합의체 판결³⁹⁾이고 다수의견이 압도적 다수였다는 점을 고려하면,⁴⁰⁾ 앞으로 오랫동안 중요성을 잃지 않을 것이다. 앞에서 살펴보았듯이 포스코 판결에도 아쉬운 점이 없지 않고 또한 경쟁제한효과의 구체적 판단기준에 대하여는 일반적인 원칙만 판시하였을 뿐 구체적 판단기준은 들어있지 않다. 이러한 점은 앞으로 다양한 사건에 대한 후속 판결을 통해 보완 또는 구체화되어 해소되어야 할 것이다. 특히 경쟁제한효과의 인정기준과 사례가 어떻게 형성되느냐에 따라 우리나라 공정거래법의 수준과 그에 따른 경제발전에 대한 기여의 정도가 결정될 것이다. 앞으로 보다 발전적이고 구체적인 판례가 형성되고, 이를 수용하면서도 더 나아가 진취적이고도 시장경쟁과 이에 바탕한 민간의 창의력을 바탕으로 하는 경제발전의 방향을 제시하는 공정거래위원회의 집행을 기대한다.

38) EU의 경쟁법 현대화 작업의 구체적 내용과 의미에 대하여는 다음 글에 소개되어 있다. Hwang Lee, 「Influencing a Global Agenda: Implications of the Modernization of European Competition Law for the WTO」, 『Erasmus Law and Economics Review』 1, no.2, June 2004, 11-141, available at <http://www.ele.org/viewarticle.php?id=6>, 1-31.

39) 최초의 전원합의체 판결은 대한의사협회의 집단휴업에 관한 대법원 2003. 2. 20. 선고 2001두5347 전원합의체 판결이었다.

40) 의견상으로는 3명의 대법관이 반대의견을 제시하였으나, 이홍훈·안대희 대법관 역시 부당성 판단에 관하여 경쟁제한설을 지지하고 그 판단기준만을 달리하였다는 점에서, 실질적으로는 대부분 대법관들의 견해가 일치하였다고 하여도 과언이 아니다.

[2] 마이크로소프트 등의 시장지배적지위 남용행위에 대한 건 **의결 제2006-042호**

이 황 (교수, 고려대학교)

마이크로소프트사가 PC 윈도우 운영체제에 윈도우 미디어 플레이어와 메신저 프로그램을 각각 결합하여 판매한 행위와 PC서버 운영체제에 윈도우 미디어 서버 프로그램을 결합하여 판매한 행위에 대하여 공정거래위원회가 이를 시장지배적지위 남용행위 및 불공정거래행위인 부당한 끼워팔기로 판단하고 시정조치한 사건이다. 이 사건은 우리나라에서 독점사업자이면서 동시에 세계최대의 소프트웨어 사업자인 마이크로소프트사가 서버 및 PC 운영체제에 향후 중요한 의미를 가질 것으로 예상되던 응용프로그램을 끼워서 판매함으로써 부상품 시장에서 경쟁사업자를 퇴출시키고 진입장벽을 높이는 등 경쟁을 제한한 한편, 주상품인 운영체제 시장에 대한 경쟁압력도 완화하던 행위에 대하여, 이때까지 공정거래위원회 역사상 가장 깊이 있는 경제분석과 법리논증을 통하여 위법성을 확인하고 의미 있는 시정조치를 부과하였다는 점에서 큰 의미가 있다. 또한 세계적인 대기업을 상대로 4년여에 걸쳐 진행된 이 사건을 계기로 공정거래위원회가 경쟁법 집행역량에 자신감을 갖게 되어 이후 인텔과 쉘컴사 등을 대상으로 한 사건조사에 적극적으로 나서는 계기가 되었다.

1. 사건 개요

이 사건은 미국 마이크로소프트 코퍼레이션과 그 100% 자회사인 한국 마이크로소프트 유한회사(이하 통칭하여 ‘마이크로소프트’라 한다)가 국내에서 서버운영체제와 PC운영체제를 판매하면서 그에 각각 미디어서버 프로그램과 미디어플레이어 및 메신저 프로그램을 결합한 것이 문제된 사건이다.¹⁾ 구체적으로 말하면, 마이크로소프트의 다음과 같이 3가지의 결합판매행위들이 문제되었다.

① 윈도우 서버 운영체제(윈도우서버 2003 등)에 윈도우 미디어 서비스(Windows Media Service, 이하 “WMS”라 한다)를 결합하여 판매한 행위

② 윈도우 PC 운영체제(윈도우 XP 등)에 윈도우 미디어 플레이어(Windows Media Player, 이하 “WMP”라 한다)를 결합하여 판매한 행위

③ 윈도우 PC 운영체제(윈도우 XP 등)에 메신저를 결합하여 판매한 행위

위 행위 중 ③ 부분은 주식회사 다음커뮤니케이션이 2001. 9. 5. 신고한 것이다. ①과 ② 부분은 공정거래위원회가 ③ 부분을 조사하는 과정에서 직권으로 인지한 것인데, 조사 중 미국 리얼네트웍스(RealNetworks)가 직권인지한 내용과 동일한 취지의 신고서를 2004. 10. 28. 제출하였다. 공정거래위원회는 조사 및 심의결과 위의 행위들이 모두 공정거래법에 위반되는 부당한 끼워팔기에 해당한다고 판단하고 시정조치 등을 하였다. 이하에서는 논의의 편의상 위의 각 행위에 대하여 쟁점별로 살펴보기로 한다. 이와 같은 서술 방식에는 나름의 의미가 있는데, 특히 윈도우 미디어 서버와 윈도우 미디어 플레이어는 각각이 독립한 의미를 갖기도 하지만 그보다는 윈도우 미디어 시스템(Windows Media System)이라는 하나의 멀티미디어 시스템을 구성하는 부분으로서의 의미가 더욱 강하기 때문이다. 실제 우리나라에서의 마이크로소프트 사건이 EU에서의 윈도우 미디어 플레이어 관련 끼워팔기 사건에 비하여 진일보한 것이라는 평가가 가능한 이유도, 하나의 시스템으로 유기적으로 연결된 미디어 서비스의 서버와 단말 플레이어를 통합적으로 파악하고 그 바탕에서 시장과 경쟁제한성을 평가

1) 국내에서 행하여진 판매행위를 대상으로 한 사건으로 공정거래위원회가 공정거래법을 집행하는 관할권을 갖는다. 따라서 이 사건이 역외적용에 해당한다고 하는 일부의 견해는 옳지 않다.

하였기 때문이다. 이를 통하여 마이크로소프트가 추구하던 독점화전략이 더욱 부각되고 시장경쟁에 미치는 효과에 대하여 보다 정확한 평가가 가능하였다.

가. 시장상황

1) 서버 운영체제

서버 운영체제는 클라이언트-서버(client-server) 개념에서 서버쪽 컴퓨터의 운영체제를 말하는 바, 서버 운영체제는 서버용 응용 프로그램이 잘 작동할 수 있도록 플랫폼²⁾ 역할을 하며, 프린터 제어나 파일 공유 등 네트워크 전체를 감시·제어하거나 메인프레임이나 통신망을 통한 다른 네트워크와의 연결, 데이터 프로그램, 파일 같은 자원이나 모뎀, 팩스, 프린터, 기타 장비 등 하드웨어 자원을 공유하도록 하는 기능을 수행한다. 서버 운영체제로는 마이크로소프트의 윈도우(Windows)를 비롯하여 프리웨어인 유닉스(UNIX) 및 리눅스(Linux) 등이 있다.

마이크로소프트의 윈도우 서버 운영체제는 한국 내 PC 서버 운영체제 시장에서 2001년부터 2003년까지 평균 시장점유율이 출하량 기준 77%, 매출액 기준 78%의 시장점유율을 보이고 있었다.

2) 컴퓨터 시스템의 기반이 되는 하드웨어나 소프트웨어를 말한다. 컴퓨터는 맨 아래층인 집적 회로 칩(IC chip) 수준의 하드웨어층, 그 다음 층인 펌웨어(firmware)와 운영 체제(OS)층, 맨 위층인 응용 프로그램층으로 구성되는 계층화된 장치이므로, 이 장치의 맨 아래층만을 흔히 플랫폼이라고 부른다. 그러나 응용 프로그램의 설계자들은 하드웨어와 소프트웨어를 모두 플랫폼이라고 부른다. 그 이유는 하드웨어와 소프트웨어가 응용에 대한 지원을 제공하기 때문이다.

다. 공정거래위원회의 심결

1) 원심결

공정거래위원회는 2006. 2. 24. 마이크로소프트의 위와 같은 3가지 결합판매행위가 부당한 끼워팔기에 해당하여, 각각 공정거래법상 시장지배적지위 남용행위 중 “사업 활동 방해행위”(제3조의2 제1항 3호), 시장지배적지위 남용행위 중 “소비자 이익 저해 행위”(제3조의2 제1항 5호 후단), 그리고 불공정거래행위 중 “끼워팔기”(제23조 제1항 3호)에 모두 위반된다고 판단하였다.

시정조치로는 먼저 윈도우 서버 운영체제에서 WMS 프로그램을 분리하여 판매하도록 하였다. 이에 따라 2007년부터 우리나라에서는 윈도우 서버 2003 R2 KN 버전만이 판매되었다. 이 명령을 이행하기 위해 WMS를 분리하는데 필요한 소스코드의 범위 등 구체적 사항은 이행감시자문기구의 의견을 들어 공정거래위원회가 결정하였다.³⁾ 이와 같은 부상품 분리판매명령은 뒤에서 보는 윈도우 PC 운영체제에 대해서는 경쟁사의 제품을 탑재하여 판매할 수 있도록 허용한 것과 비교되는 것이다. 이러한 조치는 윈도우 서버 운영체제에서 WMS 프로그램을 분리하는데 별다른 기술적 문제가 없었다는 점이 감안된 것으로 생각된다.

PC 운영체제와 관련하여서는, 원칙적으로 윈도우 XP로부터 WMP와 메신저 프로그램을 분리한 버전(“윈도우 XP KN”)을 공급하도록 명령하였다. 두 프로그램을 분리하기 위한 소스코드의 범위 등 구체적 사항은 이행감시기구의 의견을 들어 공정거래위원회가 결정하였다.⁴⁾ 그런데 일부에서 윈도우 XP KN 버전만을 판매하도록 명령할 경우 단기적으로 발생할 수 있는 소비자들의 불편이 우려된다는 주장이 제기되었고, 마이크로소프트도 예상치 못한 시스템 불안 등이 우려될 수 있다는 입장을 보였다. 이에 따라 공정거래위원회는 마이크로소프트의 경쟁사 제품을 소비자들이 편리하게 인터넷을 통하여 다운로드받을 수 있는 경쟁제품 탑재 버전(“윈도우 XP K”)도 마이크로소프트가 함께 판매할 수 있도록 조치하였다. 이 윈도우 XP K 버전에는 “미디어

3) 2006. 4. 26. 4개 파일을 제거하는 것으로 결정하였다.

4) 2006. 4. 26. WMP 관련 200개 파일 및 메신저 관련 11개 파일을 제거하는 것으로 결정하였다.

플레이어 센터” 및 “메신저 센터”를 설치하여 경쟁사의 미디어 플레이어 및 메신저를 소개하고 인터넷을 통한 설치가 가능하도록 하였다. 이와 함께 윈도우 PC 운영체제에 포함된 기본 프로그램 설정 기능(SPAD)을 이용하여 윈도우 미디어 플레이어 및 윈도우 메신저의 아이콘과 메뉴 등 각종 접근수단을 제거할 수 있도록 하였다. 아울러 이러한 조치를 적용한 윈도우 운영체제는 종전 제품에 비하여 성능이나 안정성이 떨어지지 않도록 조치할 것을 함께 명령하였다.

이상의 시정명령의 실효성을 저하시킬 수 있는 각종 탈법 및 보복행위를 금지하였다. 예컨대 PC 제조업체 등에게 WMS, WMP, 마이크로소프트의 메신저 등을 탑재하도록 강요하거나 이익 내지 불이익을 제공하는 행위가 이에 해당한다.

이러한 시정조치는 10년간 효력이 지속되도록 하였으며, 마이크로소프트는 시정조치 일로부터 5년이 지난 후 매년 시장상황의 변화에 따른 시정조치의 재검토를 신청할 수 있도록 하였다. 이러한 조치는 빠르게 변화하는 IT산업의 변화를 반영하고 지나친 규제가 되지 않도록 하기 위한 배려였다. 한편 정보통신부, 마이크로소프트, 한국소프트웨어진흥원으로부터 추천을 받은 4명을 포함한 총 6명의 자문위원으로 구성되는 이행감시자문기구를 2006년 3월 설립하였다. 이행감시자문기구는 시정조치의 구체적 내용을 확정하고 실제 이행 여부를 감시하는 권한을 보유하고 있다. 마이크로소프트는 매년 2회에 걸쳐 시정명령의 이행상황을 이행감시자문기구를 통하여 공정거래위원회에 보고하도록 하였다. 이와 같은 시정조치와 함께 총 324억 9천만 원의 과징금이 부과되었다.

한편 마이크로소프트는 공정거래위원회의 이 사건 심의가 종결되기 직전인 2005. 10. 13. WMS 및 WMP 결합판매를 신고한 리얼네트웍스와, 2005. 11. 11.에는 메신저 결합판매를 신고한 주식회사 다음 커뮤니케이션과 각각 상당한 금액을 지급한 후 합의하였고, 그 대가로 양사는 공정거래위원회에 대한 신고를 취하하였다.

2) 이의신청 및 재결

마이크로소프트는 위와 같은 공정거래위원회의 심결에 대하여 이의신청을 제기하였으나, 공정거래위원회는 2006. 6. 16. 이를 전부 기각하였다.⁵⁾

5) 공정거래위원회 2006. 6. 16. 전원회의 재결 제2006-027호.

다. 법원의 판결

공정거래위원회의 위와 같은 처분에 대하여 마이크로소프트는 서울고등법원에 취소소송을 제기하였다. 그러나 서울고등법원의 판결 선고를 목전에 두었던 2007. 10. 10. 마이크로소프트는 소를 전부 취하하였고 공정거래위원회가 2007. 10. 17. 소 취하에 동의하여 종결되었다. 그에 따라서 이 사건 처분에 대한 법원의 판단은 내려지지 않았다. 다만 공정거래위원회의 이 사건 처분에 대하여 마이크로소프트가 제기한 집행정지신청이 2006. 7. 4. 서울고등법원에서 기각됨으로써 시정조치는 이행되게 되었고, 이는 변화가 빠른 IT시장의 특성을 감안하면 큰 의미가 있는 것이었다.

한편 공정거래위원회의 처분 이후에 일부 국내 관련업체들이 마이크로소프트의 끼워팔기로 손해를 입었다는 이유로 다수의 민사소송을 제기하였다. 그에 대한 1심 법원의 판결이 선고되고 있는데, 대체로 공정거래위원회의 심결은 타당한 것으로 인정하는 입장을 보이고 있다. 한 예로 미디어 서버 프로그램의 제조·판매업체인 주식회사 썬뷰텍과 주식회사 디디오넷 등은 마이크로소프트의 이 사건 행위로 인한 손해배상청구소송을 제기하였다. 이 중 썬뷰텍의 소에 대하여 서울중앙지방법원은 2009. 6. 11. 선고 2006가합24723 판결을 통하여 공정거래위원회와 마찬가지로 마이크로소프트의 WMS 결합판매행위가 공정거래법의 위 3개 법령에 모두 위반되는 부당한 끼워팔기라고 판단하였다.⁶⁾

2. 관련 규정 및 제도

가. 시장지배적지위 남용행위 관련 규정

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」

제3조의2 (시장지배적지위의 남용금지) ① 시장지배적 사업자는 다음 각호의 1에 해당하는

6) 그러나 법원은 원고들이 시장에서 실패한 이유가 마이크로소프트의 끼워팔기 행위에 기인한 것이라고 보기는 어렵다고 판단하였다. 즉 끼워팔기와 원고들이 입은 손해 간에 상당인과관계가 있다는 점을 인정할만한 증거가 어렵다고 보아 청구를 기각하였다. 이 사건은 현재 서울고등법원에 계류 중이다.

행위(이하 '남용행위'라 한다)를 하여서는 아니된다.

- 3. 다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위
- 5. 부당하게 …… 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위

②남용행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정할 수 있다.

제23조 (불공정거래행위의 금지) ① 사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(이하 '불공정거래행위'라 한다)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다.

- 3. 부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하거나 강제하는 행위

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령」

제5조 (남용행위의 유형 또는 기준) ③ 법 제3조의2(시장지배적지위의 남용금지) 제1항 제3호의 규정에 의한 다른 사업자의 사업활동에 대한 부당한 방해는 직접 또는 간접으로 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 함으로써 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 경우로 한다.

- 4. 제1호 내지 제3호 외의 부당한 방법으로 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위로써 공정거래위원회가 고시하는 행위

제36조 (불공정거래행위의 지정) ① 법 제23조(불공정거래행위의 금지) 제2항의 규정에 의한 불공정거래행위의 유형 또는 기준은 별표 1과 같다.

5. 거래강제

법 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항 제3호 후단에서 '부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 강제하는 행위'라 함은 다음 각 목의 1에 해당하는 행위를 말한다.

가. 끼워팔기

거래상대방에 대하여 자기의 상품 또는 용역을 공급하면서 정상적인 거래관행에 비추어 부당하게 다른 상품 또는 용역을 자기 또는 자기가 지정하는 사업자로부터 구매하도록 하는 행위

「시장지배적지위 남용행위 심사기준」

IV. 시장지배적지위 남용행위의 세부 유형 및 기준

- 3. 다른 사업자의 사업활동에 대한 부당한 방해행위(법 제3조의2 제1항 제3호)

직접 또는 간접적으로 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 함으로써 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 경우(영 제5조 제3항)

라. 이외에 다음과 같은 행위로서 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위(영 제5조 제3항 제4호)

(3) 부당하게 거래상대방에게 불이익이 되는 거래 또는 행위를 강제하는 행위

나. 위법성 성립요건

공정거래법과 관계규정을 종합하면, 시장지배적지위 남용행위 중 사업활동방해에 해당하는 끼워팔기의 구성요건은 다음과 같이 정리할 수 있다. 즉 ① 시장지배적 사업자가 ② 부당하게 ③ 거래상대방에게 불이익이 되는 거래 또는 행위를 강제함으로써 ④ 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위라고 할 것이다. 이 중 ③의 요건을 특히 끼워팔기와 관련시키면 이는 주상품과 부상품 간의 별개제품성과 강제성을 의미하는 것으로 볼 수 있을 것이다. 공정거래위원회와 법원의 판단도 마찬가지였다.

여기에서 ② 부당성 요건의 내용이 무엇인지에 대하여는 종래부터 많은 논의가 있었지만, 최근 대법원의 포스코 판결⁷⁾에 의하여 ‘경쟁제한성’을 의미하는 것으로 결론지어졌다. 마이크로소프트 사건에서 공정거래위원회는 시장지배적지위 남용행위로 판단함에 있어서 끼워팔기의 경쟁제한적 효과를 입증하는데 많은 힘을 기울였고, 이는 공정거래위원회와 이후 민사판결에서 인정되었다. 따라서 포스코 판결의 법리는 이미 공정거래위원회가 마이크로소프트 사건에서부터 실행하고 있었다고 할 수 있다. 특히 사업활동방해행위가 성립하기 위하여 필요한 요건 중 하나인 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위라는 점은 부당성 요건에 포함되는 것으로 보아야 할 것이다.

시장지배적지위 남용행위 중 소비자이익 저해행위와 불공정거래행위 중 끼워팔기 행위 등 위와 다른 법령을 적용하는 경우에는, 법 규정의 형식상으로는 위와 다른 요건이 필요하다. 그러나 규정의 해석상 실제 구성요건에 있어서는 별다른 차이가 없을 것으로 보인다.

7) 포스코 판결에 관하여 구체적인 것은 다음 논문을 참고하기 바란다. 줄고, 「공정거래법상 단독의 위반행위 규제의 체계-시장지배적지위 남용행위로서의 거래거절행위의 위법성, 그 본질과 판단기준(대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결을 대상으로)」, 『사법』 제5호, 사법발전재단, 2008, 201~263면.

불공정거래행위 중 끼워팔기에 있어서는 경쟁제한성이 그 부당성의 일부로 포함된다. 이는 입장이 지배적임을 감안할 때 시장지배적지위 남용행위에 해당함이 입증되면 자동으로 불공정거래행위에 해당하는 것으로 볼 여지가 많다. 설사 그렇지 않다 하더라도 경쟁저해성이 인정되는 한 그보다 규율범위가 훨씬 넓다는데 대하여 별다른 이견이 없는 불공정거래행위의 공정거래저해성을 입증하는 것은 그리 어려운 일이 아닐 것이다. 이상과 같은 위법성 성립요건에 대하여는 이 사건 공정거래위원회의 심결 및 관련 민사판결도 마찬가지로 입장을 보이고 있으며 별다른 논란의 대상이 되지 않고 있다.

다. 외국제도

1) 개관⁸⁾

우리나라 공정거래법은 미국에서 비롯된 전통적인 경쟁법 영역과 사업자간 또는 소비자에 대한 이익침해행위에 대한 사법적 규제가 혼재되어 있는 것이 특징인데, 후자의 예로는 불공정거래행위를 들 수 있고 특히 끼워팔기가 그 대표적인 사례라고 할 수 있다.

우리나라에서 거론되는 끼워팔기를 유형화해보면 크게 두 가지로 나눌 수 있다. 우선 ① 전통적인 경쟁법에서 말하는 끼워팔기란 주된 상품의 판매자가 주된 상품 시장에서의 지배력을 이용하여 종된 상품의 구입을 상대방에게 강제함으로써 종된 상품 시장에서의 경쟁을 제한하고 때로는 주된 상품 시장에서의 지배력까지 유지 또는 강화하는 행위를 말한다. 그리고 ② 전통적인 경쟁법 외의 논리에 해당하는 것으로서, 경쟁제한성을 직접 문제삼지 아니하고 대신 주된 상품의 판매자가 거래상대방의 자유로운 종된 상품 선택의사를 과도하게 억제하거나 선택의사 형성에 과도하게 개입함으로써 자유로운 선택의사의 형성을 방해하거나 직접적인 피해를 입히는 등의 행위가 있을 수 있다.

위 ①의 경쟁제한적 끼워팔기에 대하여는 우리나라를 포함하여 어느 나라의 경쟁

8) 이 항은 필자의 다음 논문에서 인용한 것이다. 줄고, 「불공정거래행위 중 끼워팔기에 대한 소고 - 대법원 2006. 5. 24. 선고 2004두3014 판결을 대상으로」, 『경쟁법연구』 제14권, 2006, 251~253면 참조.

법도 공통적으로 규제하고 있다고 할 수 있다. 그 위법성의 본질은 주된 상품에서의 시장지배력을 부당하게 이용(leverage)하여 종된 상품시장에서의 지배력을 형성·유지·강화하는 것이고 다른 한편 주된 상품시장에서의 지배력을 유지·강화하는데 기여할 수도 있는 점에 있다는 것이 일반적이다. 이것이 위법한 끼워팔기의 본래적 모습이라고 할 수 있다.⁹⁾ 그러나 ②의 불공정거래행위로서의 끼워팔기의 경우는 국가마다 경제·사회사정 및 공정거래제도 도입 및 집행수준 등에 따라 거의 규제하지 않거나 규제하더라도 그 근거 법규, 방법과 강도가 많이 다른 형편이다. 우리나라의 경우 과거에는 공정거래위원회가 위 ②에 해당하는 행위도 비교적 강하게 규제하여 왔으나, 소비자들의 선택범위가 확대된 오늘날에는 그 사례가 많지 않다. 아래에서는 경쟁제한적 끼워팔기를 중심으로 외국 사례를 간략하게 알아본다.¹⁰⁾

2) 미국

가) 전통적 법리

미국에서는 끼워팔기가 셔먼법(Sherman Act) 제1조 또는 클레이튼법(Clayton Act) 제3조에 의하여 규제된다. 셔먼법은 상품과 용역 모두에 대하여 적용되고, 클레이튼법은 상품에 대해서만 적용된다는 점을 제외하고는 끼워팔기의 위법성에 대한 판단 기준은 거의 같다고 할 수 있다.

법원은 원고가 다음 사항을 입증하는 경우 끼워팔기에 대해 당연위법(per se illegal)의 원칙을 적용해 왔다. ① 두 개의 별개의 상품이 존재할 것, ② 판매자가 직접적 또는 실제적으로 특정한 상품의 판매를 다른 상품의 구매를 조건으로 하였을 것, 즉 판매자가 구매자에게 주된 상품을 구입하려면 종된 상품도 구입할 것을 요구(강제)하였을 것, ③ 판매자가 주된 상품 시장에서 상당한 경제력(appreciable

9) 공정거래법 제3조의2, 동법 시행령 제5조 및 시장지배적지위 남용행위의 기준심사 고시 등 관련규정 어디에서도 끼워팔기를 시장지배적지위 남용행위의 유형으로 명시하고 있지 않는 반면 불공정거래행위의 하나로 셔먼 끼워팔기를 규정하고 있기 때문에, 경쟁제한적 끼워팔기에 대하여 도대체 어느 법조를 적용할 것인지, 더 본질적으로는 법령 해석상 혹시나 경쟁제한적 끼워팔기는 시장지배적지위 남용행위로서 다루지 못하는 것은 아닌지 등의 의문이 제기될 수 있다. 이 사건에서도 이런 쟁점이 제기되기는 하였으나, 현행 법논리나 법령 해석상 이를 시장지배적지위 남용행위의 하나로 규제할 수 있는 충분한 근거가 있다는데 별다른 의문이 없다.

10) 이하 외국사례는 다음 논문의 내용을 저자의 허락을 받아 인용한 것이다. 유진희, 「소프트웨어 끼워팔기의 규제」, 『경제법연구』 제7권 1호, 2008, 25~55면.

economic power)을 가질 것, ④ 끼워팔기가 종된 상품 시장에서 통상(commerce)의 상당부분에 영향을 미쳤을 것.

이에 관한 대표적인 판례가 Jefferson Parish Hospital 사건이다.¹¹⁾ 이 사건에서 Jefferson Parish 병원은 수술 희망 환자들에게 당해 병원이 지정하는 기관의 마취과 의사를 이용할 것을 요구하였다. 동 병원은 이러한 끼워팔기가 비용을 절감하고 치료의 질을 높이기 위한 것이라고 주장하였지만, 환자와의 계약에서 배제된 마취과 의사가 위법한 끼워팔기로 인하여 개업이 방해받았다고 주장하면서 소송을 제기하였다. 이에 대하여 Jefferson Parish 병원은 동 병원이 당해 지역 환자 중 30%만을 유치하고 있기 때문에 고객들로 하여금 원치 않는 마취과 의사를 이용하도록 강제할 능력이 없다고 주장하였다.

연방대법원의 다수의견은 끼워팔기에 관해서는 당연위법의 원칙이 적용된다는 점을 확인한 후에,¹²⁾ 본 사건에서는 두 가지 별개의 상품이 존재하지만, 당해 병원이 당연위법의 원칙을 적용하기에 충분한 시장지배력을 보유하고 있지 않으며, 동 병원이 원치 않는 환자들에게 자신이 선호하는 마취과 의사를 강요하였음을 보여주는 증거가 없으므로 동 병원의 행위는 위법한 끼워팔기가 아니라는 결론을 내렸다.

Jefferson Parish 판결은 끼워팔기의 요건의 하나인 별개상품성을 판단함에 있어서 소비자수요 테스트(consumer demand test), 즉 두 상품에 대한 소비자 수요가 서로 다르다면 별개의 상품으로 구별할 수 있다는 기준을 채택하여, 이후 동 기준이 미국의 지배적 판례와 학설로 확립되었고, 유럽이나 일본 등지에서도 동 기준이 널리 수용되었다는 점에서 큰 의미가 있는 것으로 평가된다.

그러나 끼워팔기의 경쟁촉진적 효과, 예를 들어 제품의 효율적 결합에 의한 기능향상, 비용절감 등을 강조하는 입장에서 법원의 당연위법적인 접근방식을 비판하면서 합리성의 원칙에 따라 그것이 종된 상품 시장에서 경쟁을 제한하는 효과가 있는지, 경쟁제한 효과를 상쇄할 정도의 효율성 내지 소비자후생 증대 효과가 있는지를 종합

11) Jefferson Parish Hosp. Dist. No.2 v. Hyde, 466 U.S. 2, 104 S.Ct. 1551, 80 L.Ed.2d 2 (1984).

12) 이러한 다수의견은 5:4의 근소한 차이로 채택되었다. 소수의견도 Jefferson Parish 병원의 행위가 위법한 끼워팔기가 아니라는 결론을 내린 점에서는 다수의견과 같았지만, 끼워팔기에 대하여 합리성의 원칙을 적용해야 하며, 동 병원의 행위에 대하여 합리성의 원칙을 적용한 결과 위법이 아니라고 했다는 점에서 다수의견과 달랐다.

적으로 고려하여 위법성 여부를 판단하여야 한다는 주장도 제기되고 있다.

나) 미국 마이크로소프트 사건

위에서 보았던 전통적인 법리는 기존의 산업과 특성을 달리하는 소프트웨어에 있어서 상당한 변화를 보였다. 대표적인 예가 미국에서의 마이크로소프트 사건이다.

(1) 마이크로소프트 II 사건 (1998)¹³⁾

1997년 연방법무부는 마이크로소프트사가 윈도우즈 95와 익스플로러를 판매하는 과정에서 1995년의 동의판결¹⁴⁾을 위반하였다고 주장하면서, 마이크로소프트사에 대한 법정모독죄(contempt) 인정 및 그 위반행위의 중지를 요청하는 소송을 연방지방법원에 제기하였다. 1995년 동의판결은 윈도우즈 95 운영체제에 인터넷 익스플로러 웹 브라우저를 결합판매하는 마이크로소프트사의 행위를 문제삼았고, 마이크로소프트사가 어떤 다른 상품의 라이선스를 명시적 또는 묵시적 조건으로 하는 운영체제 라이선스 계약의 체결을 금지하는 조항을 두었다. 한편 위 조항에는 그것이 마이크로소프트사가 통합상품을 개발하는 것을 금지하는 것으로 해석되지 않는다는 내용도 포함되어 있었다. 바로 이 부분의 해석, 즉 인터넷 익스플로러가 윈도우즈 95의 통합된 구성요소인지 아니면 두 개의 프로그램을 별개의 상품으로 볼 것인지 여부가 소송에서 문제되었다.

윈도우즈 95와 인터넷 익스플로러는 통합된 상품이라는 마이크로소프트사의 주장에 대하여, 연방법무부는 인터넷 익스플로러가 마이크로소프트 운영체제로부터 분리된 그 자체의 물리적이고 상업적인 실체를 가지고 있으며, 따라서 윈도우즈 95와 통합된 상품이 아니라고 반박하였다. 연방지방법원은 이 소송에서 문제되는 동의판결의 해석이라는 관점에서는 연방법무부가 입증책임을 다하지 못했다고 하면서도, 별개상품성에 관한 연방법무부의 입장에 동조하여 마이크로소프트사가 인터넷 익스플로러와 윈도우즈를 결합하여 판매하는 것을 금지하는 예비적 중지명령을 내렸다.¹⁵⁾

13) United States v. Microsoft Corp., 147 F.3d 935 (D.C. Cir. 1998).

14) United States v. Microsoft Corp., 56 F.3d 1448 (D.C. Cir. 1995) (Microsoft I).

15) United States v. Microsoft Corp., 980 F.Supp. 537 (D.D.C. 1997).

그러나 워싱턴 D.C. 연방항소법원(이하 “D.C. 항소법원”이라고 한다)은 마이크로소프트사의 결합판매를 금지한 예비적 중지명령을 파기하였다. 그리고 동의판결에 객관적으로 표명된 마이크로소프트사와 연방법무부의 의도에 따라 윈도우즈와 인터넷 익스플로러가 별개의 상품인지, 또는 통합상품인지 여부를 판단하였다. 동 법원은 1995년 동의판결이 윈도우즈 3.11 GUI와 MS-DOS 운영체제를 별개의 상품으로 보지만, 윈도우즈 95의 구성요소인 GUI와 운영체제는 통합된 상품으로 보는 것으로 해석하였다.

또한 D.C. 항소법원은 동의판결에서 의미하는 “통합”(integration)이라는 용어는 “통합된 패키지의 구성요소들이 분리되어 판매되는지 여부와 상관없이, 진정한 기술적 통합”이라고 정의하였다. 이렇게 정의된 “통합”이라는 개념을 충족시키기 위해서는 두 가지 요건이 필요하다. 첫째, 구매자가 별개의 상품으로부터 스스로 만들어낼 수 있는 결합이 아니어야 하며, 소비자가 수행할 수 없는 물리적 또는 기술적 결합이어야 한다. 둘째, 별개의 상품이 통합되기 전과 비교할 때 결합으로 인하여 부가가치가 창출되고, 어느 정도의 편익이 발생해야 한다. 동 법원은 윈도우즈 95와 인터넷 익스플로러의 결합은 이러한 두 가지 요건을 모두 충족하는 것으로 보았다.

통합상품에 관한 D.C. 항소법원의 정의는 통합된 상품의 각각의 구성요소에 대한 소비자수요가 존재하는지 여부를 무시하였고, 이런 점에서 Jefferson Parish 판결의 소비자수요 테스트에 반하는 것이다. 하지만 동 법원은 끼워팔기의 존부를 판단함에 있어서 소비자수요 테스트는 기술적 혁신제품을 심사하는데 적절하지 못하고, 기술적으로 혁신적인 통합에 대해서는 연방대법원도 동일한 기준을 적용했을 것이라는 의견을 피력하였다. 이는 법원에서 소프트웨어 결합제품 같은 기술적으로 혁신적인 제품에 대해서는 고유한 별개상품 테스트를 만들어낼 수 있다는 점을 시사하는 것이지만, D.C. 항소법원의 새로운 테스트는 독점금지법에 근거한 것이 아니라 단순히 계약을 해석한 것으로서 선례로서의 의미가 제한되어 있다고 할 수 있다.

(2) 마이크로소프트 III 사건 (2001)¹⁶⁾

1998년 5월 연방법무부와 20개 주 정부가 윈도우즈에 익스플로러를 끼워팔 행위가 셔먼법 제1조를 위반했다는 이유로 마이크로소프트사를 제소하여, 법원이 독점금지법을 해

16) United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

석·적용할 기회를 갖게 되었다. 원고는 마이크로소프트사의 행위가 끼워팔기로서 당연 위법임을 주장하였고, 피고인 마이크로소프트사는 통합상품 주장으로 반박하였다.

연방지방법원은 Jefferson Parish 판결의 소비자수요 테스트를 적용하여 인터넷 익스플로러가 윈도우즈 95와 윈도우즈 98 모두와 구별되는 별개의 상품이라고 하였다.¹⁷⁾ 동 법원은 인터넷 익스플로러의 프로그램 코드가 윈도우즈와 뒤섞여 있다는 사실주장을 받아들이지 않고, “상업적 현실”에 주목하여 “오늘날 소비자들이 운영체제와 브라우저를 각각 별개의 수요가 존재하는 별개의 상품으로 인식하고 있다.”는 결론을 내렸다. 결국 마이크로소프트사의 행위는 끼워팔기로서 셔먼법 제1조 위반이라고 판결하였다.

그러나 항소심에서 D.C. 항소법원은 인터넷 익스플로러와 윈도우즈 95 및 98 운영체제에 대한 엄격한 소비자수요 테스트 적용에 의문을 제기하면서, “부적절하게 오류를 범하거나 효율성을 증진시키는 혁신을 억제할 위험성”을 고려할 때, 연방대법원이 소비자수요 테스트가 소프트웨어 결합판매에 적용될 것을 의도했는지 여부에 대하여 의문을 제기하였다. 이러한 관점에서 D.C. 항소법원은 소프트웨어 결합판매에 대하여 적용될 마땅한 선례가 없다고 판단한 후, 이에 관한 새로운 지침을 제시하였다. 첫째, 동 법원은 소비자 수요테스트가 과거지향적이고 수요를 대체하는 기술적 혁신을 평가할 수 없다는 점을 지적하였다. 둘째, 동 법원은, 시장지배력이 없는 기업, 즉 주된 상품의 구매자로 하여금 종된 상품을 구입하도록 강제할 능력이 없는 기업들도 소프트웨어 결합판매를 실시한다는 점에 비추어볼 때, 소프트웨어 결합판매는 효율성을 증진시키는 효과가 있음이 분명하다는 결론을 내렸다. 우리가 예상하지 못한 효율성 증진 효과도 얼마든지 발생할 수 있기 때문에 소프트웨어 결합판매에 대해서는 당연 위법의 원칙을 적용하는 것이 적절하지 않고, 합리성의 원칙에 따라 위법성 여부가 심사되어야 한다고 판시하였다.

그 후 이 사건은 연방지방법원으로 환송되어 심리 중에 연방법무부와 마이크로소프트사가 주요 쟁점에 관하여 합의함으로써 소송이 종료되었고, 결국 연방대법원의 최종 판단을 받지 못했다.

17) United States v. Microsoft Corp., 87 F.Supp.2d 30 (D.D.C. 2000).

3) EU

가) 전통적 법리

EU에서는 끼워팔기가 TFEU(Treaty on the Functioning of the European Union, 구 EC조약) 제101조 제1항 (e)호와 제102조 (d)호에 의하여 규제된다. TFEU 제101조는 경쟁제한적인 사업자 간의 협정 등을 금지하면서(동조 제1항) 구체적으로 금지되는 행위를 열거하고 있는바, 그 중에 끼워팔기, 즉 “계약의 상대방이 상품의 성질이나 상관행에 비추어 그 계약의 대상과는 아무런 관련이 없는 부수적인 의무를 수락할 것을 조건으로 하여 계약을 체결하는 것”이 포함되어 있다(동조 동항 (e)호). 끼워팔기를 시장지배적지위의 남용행위로서 규제하는 것도 가능하다. 시장지배적지위의 남용을 규제하는 TFEU 제102조도 (d)호에서 제101조 제1항 (e)호와 동일한 내용의 행위, 즉 끼워팔기를 시장지배적지위 남용의 한 가지 유형으로 열거하고 있으므로 이를 근거로 끼워팔기를 규제할 수 있다.

끼워팔기를 경쟁법상 규제하는 주된 이유가 주된 상품 시장에서 강력한 지배력을 보유하고 있는 판매자가 자신의 시장지배력을 중된 상품 시장으로 전이하는 것을 막는데 있다고 본다면, 끼워팔기에 대하여 카르텔금지에 관한 제101조보다는 시장지배적지위 남용에 관한 제102조가 적용될 가능성이 크고, 실제로도 끼워팔기가 문제된 주요 사례에서 TFEU 제102조가 적용되었다.

대표적인 사례가 Tetra Pak II 사건 (1991)¹⁸⁾이다. 이 사건에서 Tetra Pak사는 판지상자(carton) 포장기계와 액체 또는 반액체 식품의 포장에 필요한 재료의 주요 공급자로서 액체식품의 비살균 포장 분야(시장점유율 45~50%) 및 살균 포장 분야(시장점유율 90~95%)에서 활동하고 있었는데, 동 회사가 포장기계의 구매자에게 Tetra Pak 판지상자만 이용하도록 하는 의무를 부과한 것이 문제되었다. Tetra Pak사는 동 회사의 끼워팔기 행위가 기술적 이유, 책임부담과 관련된 이유, 공중보건상의 이유로 인하여 정당화될 수 있다고 주장하였다. 그러나 집행위원회는 당해 끼워팔기 행위는 중된 상품(판지상자) 시장에서의 경쟁 배제를 목적으로 한 것으로서 시장지배적지위 남용행위라고 판단하였다. 제1심법원과 유럽법원도 Tetra Pak사가 주장한 기술적 이유, 책임부

18) Commission Decision of 24 July 1991(IV/31043 - Tetra Pak II), OJ 1992 L72/1.

담과 관련된 이유 등을 둘러싸고 복잡한 문제가 발생할 수 있다는 점을 인정하였지만, 그러한 문제는 끼워팔기보다 경쟁제한성이 적은 다른 방법으로 해결할 수 있다는 이유로 Tetra Pak사의 주장을 배척하였다. 또한 법원은 끼워팔기가 비살균 포장 분야에서는 일반적인 사업관행이라는 Tetra Pak사의 주장도 받아들이지 않았다.¹⁹⁾

나) 마이크로소프트 사건(2004)²⁰⁾

2004년 3월 EC는 마이크로소프트가 윈도우즈 운영체제에 WMP를 끼워과는 행위를 함으로써 EC조약 제82조(시장지배적지위 남용)를 위반한 것으로 판단하고, 4억 9,700만 유로의 벌금 부과와 함께 WMP가 제거된 윈도우즈 버전을 제공하거나 윈도우즈와 함께 경쟁 미디어 플레이어를 제공하도록 하는 내용의 시정명령을 내렸다.

EC는 우선 EC조약 제82조에 의하여 금지되는 끼워팔기의 요건으로 다음의 네 가지를 들었다: ① 주된 상품과 종된 상품이 두 개의 별개의 상품일 것, ② 당해 사업자가 주된 상품 시장에서 시장지배적지위에 있을 것, ③ 당해 사업자가 고객에게 종된 상품을 제외하고 주된 상품만을 구입할 수 있는 선택권을 주지 않았을 것, ④ 끼워팔기가 경쟁을 봉쇄할 것.

별개상품성과 관련하여, 마이크로소프트사는 현재의 소비자 인식을 근거로, 개인용 컴퓨터 사용자는 추가적인 프로그램 없이 멀티미디어 콘텐츠를 실행할 수 있어야 한다고 생각하기 때문에 윈도우즈와 WMP가 별개의 상품으로 취급되어서는 안 된다고 주장하였다. 그러나 집행위원회는 Winamp와 Real Player 같은 독립된 미디어 플레이어의 예를 들면서 소비자들은 미디어 플레이어를 운영체제와 구별되는 별개의 상품으로 본다는 입장을 고수하였다.²¹⁾ 마이크로소프트사가 개인용 컴퓨터 운영체제 시장에서 시장지배적지위에 있다는 점 및 동 회사가 소비자에게 WMP를 제외하고 윈도우즈를 구입하는데 대한 아무런 선택권도 부여하지 않았다는 점은 별다른 어려움 없이 인정되었다.

19) 제1심법원 판결 Case T-83/91, Tetra Pak International SA v Commission [1994] ECR II-755; 유럽법원 판결 Case C-333/94 P, Tetra Pak International SA v Commission [1996] ECR I-5951.

20) Commission Decision of March 24, 2004(Case COMP/C-3/37.792 - Microsoft), OJ 2007 L32/23.

21) 기술적인 관점에서 미디어 프로그램 코드를 윈도우즈 운영체제에서 제거하면 운영체제의 기능이 손상된다는 점에서 WMP와 윈도우즈 운영체제는 별개의 상품이 아니라는 비판이 있다.

마이크로소프트사는 당해 끼워팔기 약정이 하드웨어 제조업자가 WMP를 제거하는 것을 금지하지 않으며, 인터넷을 통하여 경쟁업체의 미디어 플레이어를 손쉽게 다운로드받을 수 있기 때문에 경쟁이 봉쇄되지 않는다고 주장하였다. 그러나 집행위원회는 이러한 주장을 배척하고, 마이크로소프트사의 당해 끼워팔기 행위는 미디어 플레이어 시장에서의 경쟁을 봉쇄할 위험성이 있으며,²²⁾ 소프트웨어 개발자, 콘텐츠 제공자, 영화사 기타 미디어 회사들이 미디어 플레이어와 경쟁할 제품을 개발하려는 인센티브를 감소시킨다고 하여, 경쟁제한성을 인정하였다. 마이크로소프트사는 집행위원회의 결정에 불복하여 유럽 제1심법원에 소송을 제기하였으나, 동 법원은 마이크로소프트사의 청구를 기각하였다.²³⁾

3. 주요 쟁점

이 사건에서는 앞에서 보았던 끼워팔기의 구성요건 중 마이크로소프트가 PC 운영체제시장에서 시장지배적지위에 있는 사업자라는 점을 제외한 모든 요소가 치열한 쟁점이 되었다. 그 중에서도 마이크로소프트가 문제된 3개 결합판매행위에 대해 공통적으로 강하게 주장한 내용은 다음과 같다.

첫 번째 주장은 IT 기술 발달 및 급변하는 디지털 환경 하에서 제품의 기술적 통합(technological integration)은 기술진보에 따른 당연한 현상으로 정부가 이를 인위적으로 규제할 경우 혁신이 억제되기 때문에 장기적으로 소비자에게 해가 될 수 있다는 것이다. 즉 문제된 3개 결합판매는 모두 효율성 제고효과가 큰 기술적 통합으로 기술혁신에 해당하므로 경쟁제한적인 끼워팔기와는 다르다는 주장이다.

그러나 IT산업에서 기술혁신의 수단으로 널리 이용되는 기술적 통합과 마이크로소프트의 결합판매는 그 성격과 효과가 크게 다른 것이다. 아래 표에서 보는 분석방법은 앞에서 본 마이크로소프트 II 사건(1998)에서 연방항소법원이 취했던 방법을 원용한 것이다. 전자는 흔히 이용되는 자동차와 타이어, 신발과 신발끈 등의 예와 같이 효

22) 이에 대해서는 스트리밍 미디어 플레이어 시장에서는 다중 접속(multi-homing)이 활발하게 이루어지고 있기 때문에 특정 사업자 쪽으로 쏠림 현상이나 경쟁배제 현상이 일어나기 어렵다는 반론이 있다.

23) Case T-201/04, Microsoft Corp. v. Commission, OJ 2007 C269/45.

율성 제고효과가 압도적이고 명백하기 때문에 결합판매가 일상화되고, 그 결과 이미 하나의 상품으로 널리 인정받는 것들이다. 그에 비하여 후자는 마이크로소프트의 이 사건 결합판매로, 누구나 운영체제에 응용프로그램을 설치 및 제거할 수 있기에 결합판매를 통하여만 얻을 수 있는 특별한 효율성이 없다. 마이크로소프트의 결합판매는 기술혁신의 결과가 아니라 이미 개발되어 널리 사용 중인 부상품을 자신이 독점하는 운영체제에 결합함으로써 부상품에 대한 소비자들의 선택권을 제한하였을 뿐만 아니라, 불필요한 하드웨어 자원을 차지하여 명백한 효율성증대 효과를 가지고 오지 못하였다. 특히 전자는 흔히 경쟁적인 시장에서 벌어지는 행위인 반면, 이 사건은 운영체제시장에서 절대적인 독점력을 오랜 기간 지속해온 독점 사업자의 행위라는 근본적 차이가 있다. 따라서 기술혁신과 효율성 제고 효과가 압도적인 일반적인 사례와 독점 사업자인 마이크로소프트의 경쟁제한적인 끼워팔기 간의 본질적 차이를 외면하고 다른 기능이 결합하는 외경만을 강조하는 것은 타당하지 않다.

<표 4> IT 산업의 기능통합과 MS 결합판매와의 차이

| 구 분 | IT 제품 기능 통합(예, 카메라폰) | MS사 결합판매행위 |
|----------|---|---|
| 효율성 증대효과 | <ul style="list-style-type: none"> 부피, 무게 감소 새로운 기능 부가(이메일 전송 등) Outsourcing을 통한 비용감소 부품화를 통한 위험 경감 | <ul style="list-style-type: none"> 불필요한 하드웨어 저장공간 차지 속도증가 등 명백한 효율성증대효과 제시 못함 소비자 입장에서는 새로운 기능추가 없고, 독립 소프트웨어를 통해서도 동일한 목적 달성 가능 |
| 주 체 | <ul style="list-style-type: none"> 독점사업자가 아님 완성품 제조업체와 부품업체간의 분업 및 경쟁이 활발 | <ul style="list-style-type: none"> 독점사업자인 MS가 모든 요소 개발, 생산, 판매 |
| 소비자 선택 | <ul style="list-style-type: none"> 소비자입장에서 카메라 기능이 없는 휴대전화 선택 가능 | <ul style="list-style-type: none"> WMP, WMS, WM없는 OS 구입 불가 WMP, WM 삭제 불가 |
| 결합의 용이성 | <ul style="list-style-type: none"> 소비자가 결합하기 곤란 | <ul style="list-style-type: none"> 운영체제(OS)에 소비자가 다른 응용소프트웨어 설치 용이 |
| 경쟁 상황 | <ul style="list-style-type: none"> 카메라 부품 제조업체간 치열한 경쟁 카메라 폰 간, 카메라 간의 경쟁은 여전히 존재 | <ul style="list-style-type: none"> 동일한 OS 사업자가 개발하여 결합 판매 OS시장 독점강화와 응용프로그램시장의 경쟁제한효과 발생 |

두 번째 주장은 미국에서의 마이크로소프트 사건에서 연방항소법원은 소프트웨어의 결합판매에 대하여 합리의 원칙을 적용하여야 한다고 판시하였으므로, 우리 공정거래위원회도 본건 결합판매 행위의 위법성을 판단함에 있어 “당연위법의 원칙”이 아닌 “합리의 원칙”에 따라야 한다는 것이다.

그러나 당연위법 원칙과 합리원칙이라는 법리 자체가 존재하지 않는 우리나라에서 이러한 이분법적 주장이 무의미할 분 아니라, 당 사건에서 공정거래위원회는 이미 미국의 합리원칙에 준한 경쟁제한적 효과의 구체적 판단을 수행하였다는 점에서 미국 마이크로소프트 III 사건과는 판단내용이 근본적으로 다르다.

위와 같은 사실과 동떨어진 마이크로소프트의 주장은 문제의 본질을 외면한 것에 불과하다. 미국에서 끼워팔기 행위가 전통적으로 당연위법 원칙의 적용대상으로 취급되어 왔지만 시카고학파의 등장과 경제분석의 발전에 따라 점차 그 경쟁제한성 여부를 심각하게 분석하는 방향으로 발전해온 것은 사실이다. 앞에서 보았던 Jefferson Parish Hospital 사건에서도 비록 기존의 당연위법 원칙을 고수하기는 하였지만 별개제품성 여부의 판단기준으로 소비자수요 테스트를 채택하였다. 이는 끼워팔기에 대하여 전형적인 당연위법 원칙에서 벗어나 부분적이거나 합리의 원칙을 도입한 것이다. 경쟁적 시장에서 두 개의 제품이 서로 결합하여 판매되는 것이 보통이라면 이는 하나의 제품으로 판단하여야 하고 그 결과 원칙적으로 효율성 제고효과를 고려하지 않는 당연위법 원칙의 적용대상에서 제외되기 때문이다. 이와 같은 경제분석의 필요성을 고려하여 끼워팔기에서의 당연위법 원칙을 연성(soft-core) 당연위법이라고 일컫기도 한다.

2001년 마이크로소프트 사건에서 미국 연방항소법원이 위와 같은 효율성 제고효과에 더욱 주목하여 마이크로소프트의 소프트웨어 결합판매(technological tying)에 대하여 합리원칙을 적용하는 것이 맞다고 판시한 것도 사실이다. 하지만 마이크로소프트 사건에서 연방항소법원이 효율성제고효과를 강조하여 합리원칙을 적용한 것은 상당히 제한적인 것이었음을 유념할 필요가 있다. 즉 합리원칙을 적용하는 것은 해당 사건에만 적용되는 것이라고 명시하여 적용범위를 한정함으로써, 소프트웨어 결합판매에 일반적으로 적용될 수 있는 것이 아니고 나아가 기존의 일반적인 끼워팔기 법리를 무시하는 것은 더더욱 아님을 분명히 하였다.²⁴⁾ 이러한 태도는 미국 독점금지법에

24) United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001) at 86.

서 합리의 원칙을 적용하는 경우 이는 지나친 입증부담 때문에 사실상 원고가 이기기 어려운 상황에 놓이게 되는 현실을 감안한 것으로 해석된다.

정리하자면, 우리나라에서는 미국과 달리 사법체제상 당연위법 원칙이라는 법리 자체가 존재하지 않으며 시장지배적지위 남용행위에 있어서도 부당성 즉 경쟁제한성은 항상 원고가 입증책임을 지는 요건에 해당한다. 이는 앞에서 언급한 포스코 판결이 명백히 한 것일 뿐 아니라 이 사건에서 공정거래위원회가 입증에 노력한 것이기도 하다. 공정거래위원회가 채택한 경쟁제한성 판단기준은 이른바 ‘No Economic Sense Test’(But-for Test)라고 할 수 있다. 이 기준은 문제된 행위가 경쟁사업자를 배제하고 독점이윤을 얻기 위한 것 외에는 사업상 어떠한 합리적 이유도 없다는 점을 입증의 주요근거로 삼는다는 것으로,²⁵⁾ 미국 오바마 행정부의 등장 이전까지 공화당 집권 시기에 미국 법무부가 선호하는 것으로 알려져 있을 정도로 보수적인 기준이다.²⁶⁾ 이러한 상황은 EU에서도 마찬가지이며 앞에서 보았던 EU의 마이크로소프트 판결에서도 동일하게 판단되었다. 따라서 미국 연방항소법원이 합리원칙을 강조한 판시가 마치 우리나라에서 위법성을 인정하기 어려운 근거가 되는 것처럼 강조하는 것은 옳지 않다.

세 번째로 마이크로소프트는 합리원칙에 입각하여 각각의 구성요건들도 부정하였다. 즉 컴퓨터 운영체제로의 기능통합(integration)은 자연적 추세이고 이는 운영체제 사업자가 결정할 사항이며, 이러한 기능통합 자체를 위법으로 볼 수 없다는 것이다. 또한 별개제품성 여부와 관련하여서는 대부분의 운영체제 사업자가 자신의 운영체제에 미디어 플레이어와 메신저를 탑재하여 판매하는 관행을 고려할 때, 미디어 플레이어와 메신저는 별개제품이 아니라고 주장하였다.²⁷⁾ 나아가 현재 시장에서 WMS, WMP, 메신저 등은 모두 무료로 제공되고 있는데, 이러한 경우 소비자에 대한 “구입” 강제성이 없고, 위 부상품의 사용 여부를 소비자 스스로 결정하므로 “강제성”이 없다고 주장하였다. 3개 행위와 관련된 시장에서 모두 경쟁제한적 효과가 없었고 마이크

25) Douglas A. Melamed, Exclusive Dealing Agreements and Other Exclusionary Conduct - Are There Unifying Principles, 73 Antitrust L.J. 375, 389 (2006).

26) See Gregory J. Werden, Identifying Exclusionary Conduct Under Section 2: The ‘No Economic Sense’, 73 Antitrust L.J. 413, 433 (2006).

27) 앞에서도 설명하였듯이, 이러한 주장은 결합판매의 효율성제고효과를 강조하는 것으로 원고에게 부당성 즉 경쟁제한성의 입증책임을 부담시키는 우리나라 법에서는 이를 별개제품성에 관한 논거로 인정함으로써 부당성 판단과 중복시킬 이유가 없다고 본다.

로소프트의 제품이 시장점유율을 높인 것은 제품이 우수하기 때문이었다고 하면서, 특히 메신저 시장의 경우 네이트온(NateOn)이 1위를 차지하고 있어 경쟁이 봉쇄되었다고는 볼 수 없다고 주장하였다. 결국 마이크로소프트의 위 3개 결합판매 행위는 모두 경쟁제한적 효과와 효율성 증대 및 소비자 이익 증대효과를 비교형량하면 위법이 아니라고 주장하였다. 즉 소비자 편익, 소프트웨어 개발자 및 하드웨어 제조업자 편익, 기술개발 효과 등을 적극적으로 고려하여야 한다는 것이다.

그러나 위와 같은 주장은 모두 타당하지 않은 것으로 생각된다. 아래에서는 앞의 3가지 끼워팔기 행위 별로 위의 쟁점들을 간략히 살펴본다.

가. 윈도우 서버 운영체제와 WMS의 결합판매

1) 시장지배적지위 여부

공정거래위원회는 관련시장을 국내 PC 서버 운영체제 시장으로 보았다. 즉 클라이언트용 PC 운영체제나 중대형 서버 운영체제는 PC 서버 운영체제와 대체성이 거의 없다고 본 것이다. 이 관련시장에서 마이크로소프트의 시장점유율은 2001~2003년 기간 중 약 78%에 달하여 시장지배적 사업자로 판단되었다.

2) 별개제품성 여부

이 부분에서 가장 큰 쟁점은, 별개제품성 여부 판단기준으로 미국 Jefferson Parish Hospital 사건에서 도입된 소비자수요 테스트를 채택할 것인지 아니면 미국 마이크로소프트 III 사건에서 연방항소법원이 강조하였던 효율성 기준을 적용할 것인지 여부였다. 그러나 앞에서 설명하였듯이 이는 한국과 미국의 사법체계의 차이를 이해하면 본질적으로 중요한 것이 아니다. 즉 앞에서 보았던 마이크로소프트 II 사건에서 시작하여 마이크로소프트 III 사건에서 연방항소법원이 별개제품성 여부의 판단기준으로 본격적으로 효율성 기준을 선호한 것은 소프트웨어의 기능적 통합으로 인한 기술혁신 및 이에 따른 효율성 제고효과가 크건 작건 눈에 띄는 상황에서 전통적인 당연위법 원칙을 적용하는 일종의 모순을 해결하기 위한 방편으로 이해하는 것이 타당하다.

즉 당연위법 원칙의 틀 안에서는 결합판매행위의 효율성 제고효과를 별개제품성 요건에서 고려하는 것이 가장 자연스러웠기 때문이었던 것이다. 그러한 노력의 종착점이 마이크로소프트 III 사건에서 아예 당연위법 원칙 자체를 폐기하는 것이었다. 이는 앞에서 보았던 미국에서 끼워팔기에 대한 당연위법 원칙의 변천사를 보면 충분히 이해할 수 있다. 그러나 당연위법 원칙이 존재할 수 없는 우리나라에 사법체계와 공정거래법 체계에서는, 부당성 즉 경쟁제한성을 언제나 원고가 입증하여야 한다. 이러한 사정에서는 효율성 제고효과가 압도적으로 커서 단일제품으로 널리 인정받는 경우를 제외하면 효율성 제고효과를 무리하게 별개제품성 단계에서 판단할 필요가 크지 않다. 즉 별개제품성 여부의 판단은 전통적인 소비자수요 테스트를 중심으로 하여 기능, 수요자 인식과 가격 등 다양한 기준을 종합하는 접근법을 채택하는 것이 이론적으로 타당하고 상식에도 부합한다고 생각된다. EU에서도 표현의 차이는 있었지만 마찬가지로 지었던 것으로 이해된다.

마이크로소프트의 PC서버 운영체제인 윈도우 미디어 서버와 WMS가 별개제품인지 여부에 대하여 공정거래위원회는 여러 가지 측면을 다각적으로 분석하였다. 우선 제품의 기능과 성격상 서버 운영체제는 응용프로그램의 플랫폼 역할을 하는 “시스템 소프트웨어”(system software)인데 비해 WMS는 스트리밍 미디어 기능을 제공하는 “응용프로그램”(application program)이어서 서로 차이가 있다는데 주목하였다. 또한 수요 측면에서, 미디어 서버 프로그램은 인터넷을 통해 방송, 영화, 음악 서비스 등을 제공하려는 수요를 충족시킨다는 점에서 파일, 프린트, 네트워크 등을 관리하는 서버 운영체제에 대한 수요와 명백히 구분된다고 보았다. 공급 측면에서도 서버 운영체제와는 별도로 미디어 서버 프로그램만을 개발하여 판매하는 독립한 업체들이 다수 존재한다는데 주목하였다(예: RealNetworks, 디디오넷 등). 이와 함께 마이크로소프트도 과거 운영체제와 별개로 미디어 서버 프로그램을 제공한 적이 있었다는 사실이 밝혀졌다. 즉 윈도우2000 서버가 나오기 전까지 WMS 4.0은 윈도우NT 서버 운영체제와 별도로 다운로드를 통하여 제공되었으며, 윈도우2000 서버 출시 이후에도 윈도우NT 서버 운영체제를 위한 WMS4.1은 다운로드를 통해 별도로 제공되었다. 이러한 사실에 바탕할 때 윈도우 서버 운영체제와 WMS는 서로 구별되는 별개의 제품이고 구별할 수 없이 통합된 하나의 제품이라고 보기 어렵다고 판단하였다.

3) 강제성 여부

공정거래위원회는 마이크로소프트의 윈도우 서버 운영체제에 WMS가 내장되어 있는 점에 주목하여, 소비자들이 WMS없는 윈도우 서버 운영체제를 구입할 선택권을 박탈당하였다고 판단하였다. 즉 윈도우 서버 운영체제를 구입하는 소비자들은 자신의 의사와 무관하게 WMS를 구입할 수밖에 없다는 것이다. 실제로 이 사건 심결이 있기 전에 마이크로소프트가 스스로 설문조사한 결과 윈도우 서버 운영체제를 구입하는 소비자들의 11%만이 이를 미디어 서버 용도로 사용하겠다고 응답하여 서버 운영체제를 구입하면서 불필요한 WMS를 구입한 것으로 나타났던 것도 참고되었다.

한편 마이크로소프트는 3개 행위를 통틀어 부상품에 해당하는 프로그램들이 모두 무료로 제공되기 때문에 소비자들이 '구입'을 강제당한 것이 아니라고 주장하였다. 그러나 이 제품들의 가격은 모두 유상으로 판매되는 서버 또는 PC 운영체제에 포함되어 판매되었다고 보는 것이 타당할 것이다. 이는 흔히 인터넷을 통하여 무상으로 배포되는 소프트웨어들과는 경우가 다르다고 판단된다.

4) 경쟁제한적 효과 여부

마이크로소프트의 결합판매 행위로 인하여 윈도우 서버 운영체제를 구입한 소비자들은 모두 WMS를 갖게 되었다. 따라서 소비자가 별도의 추가비용을 들여 경쟁 미디어 서버 프로그램을 구입할 유인이 봉쇄되었다. 또한 WMS가 윈도우 서버 운영체제에 포함됨으로써 소비자들은 WMS가 윈도우 서버 운영체제에 가장 적합한 응용프로그램이며, 안정적으로 서비스될 것이라는 인식을 갖게 하였다. 스트리밍 미디어 서비스에 있어서 안정성이 매우 중요한 요소라는 점에서, 결합판매를 통해 달성하는 안정성에 대한 소비자 인식은 경쟁사업자가 어떠한 수단으로도 달성할 수 없는 경쟁상 우위에 해당한다.

또한 결합판매로 획득된 WMS의 '편재성'(ubiquity)에 따라 WMS에 대한 사용자의 접근가능성이 높아지고 이를 이용한 콘텐츠가 제작·배포됨으로써 다시 WMS의 효용이 증가하는 피드백 효과와 간접적 네트워크 효과에 의한 진입장벽이 형성되었다.

WMS의 경우 WMS의 배포가 증가할수록 ① MS 포맷의 디지털 콘텐츠(예: 비디오)가 증가하고 ② 프로그램개발자는 WMS를 위한 응용프로그램(예: 아이비인터넷의 Streaming Manager)을 개발하며 ③ 이러한 디지털 콘텐츠와 응용프로그램의 증가는 다시 WMS를 재확산 시키게 된다.

실제 시장상황을 보아도 2000년 저화질 미디어 서버 프로그램 시장에서의 봉쇄효과가 입증되었다. 즉 WMS와 리얼네트워크사의 리얼 미디어 서버는 품질상 차이가 거의 없음에도, 2000년 마이크로소프트가 윈도우2000 서버에 WMS 4.1을 결합 판매함에 따라, 300Kbps급 이하의 저화질 스트리밍 미디어 서버 프로그램 시장에서의 경쟁이 봉쇄되어 리얼네트워크사의 제품이 축출되었다. 또한 2003년 고화질 미디어 서버 프로그램 시장에서의 봉쇄효과도 주목되었다. 이 시기 국내에서는 세계 최고수준의 초고속 인터넷통신망이 갖추어짐으로써 미국이나 EU에 앞서 2001년 하반기부터 고화질(500Kbps이상) VOD서비스가 국내업체(디디오넷 등)를 중심으로 보급되기 시작하였고, 이들의 제품은 마이크로소프트의 WMS 9보다 우수하거나 최소한 동등한 수준이었다. 그러나 마이크로소프트가 2002년 9월경 고화질 스트리밍을 지원하는 WMS 9 베타버전을 발표하고 2003년 4월경 WMS 9을 윈도우서버 2003에 결합판매하기 시작하자, 국내업체의 시장점유율은 급감한 반면 마이크로소프트의 시장점유율은 대폭 증가하였다. 그 결과 WMS의 시장점유율은 2005. 9월경 비디오 스트리밍(VOD 포함)의 경우 96%(중복사용 포함)를 차지하게 되었다.

한편 마이크로소프트의 결합판매 행위는 미디어 서버 시장 외에 서버 운영체제 시장에서도 반경쟁적 효과를 발생시켰다. 즉 스트리밍 미디어 서버 시장이 확대되는 추세 속에서, 마이크로소프트의 윈도우 미디어 서버가 미디어 서버 시장을 독점하고 대부분의 미디어 콘텐츠가 마이크로소프트 포맷으로 제작·공급되는 경향에 따라, 서버 운영체제 시장에 응용프로그램 및 콘텐츠에 의한 진입장벽이 생기고, 마이크로소프트의 서버 운영체제 시장 지배력이 더욱 강화되는 효과가 발생하였다. 서버 운영체제 시장에 신규진입하려는 사업자들은 자신의 서버 운영체제를 바탕으로 작동하는 스트리밍 미디어 서버와 콘텐츠가 절대 부족하기 때문에 시장진입이 더욱 어려워지게 되었다. 또한 서버 운영체제 시장에서의 기존 경쟁사업자(예: 리눅스)들도 스트리밍 미디어 서버용 운영체제의 판매량이 감소하는 불이익을 입었다.

이러한 시장상황을 종합할 때, WMS 결합판매 행위는 시장에 커다란 경쟁제한효과를 야기하였다고 판단되었다.

나. 윈도우 PC 운영체제와 WMP의 결합판매

1) 시장지배적지위 여부

마이크로소프트의 PC 운영체제 시장지배적지위 여부에 대하여 세계적으로 논쟁이 된 적이 없다. 더욱이 마이크로소프트의 시장점유율이 99% 이상으로 독점력이 어느 나라보다 공고한 우리나라에서는 다툼의 여지가 전혀 없었다.

다만 여기에서 언급하고자 하는 것은, 이른바 일시적 독점력(transitory monopoly)의 문제이다. 즉 IT산업과 같이 플랫폼 중심의 경쟁이 심하고 시장상황이 빠르게 변화하는 시장에서는 시장독점이 일시적인 현상에 지나기 않기 때문에 독점의 폐해가 심각하지 않고, 경쟁당국이 개입하려 하면 이미 타이밍이 늦기 때문에 부작용만 야기한다는 것이다. 독점기업이 자신의 입장을 옹호할 때 흔히 이용되는 주장이며, 최근의 경제현상을 두고 보면 상당한 설득력을 가지는 이론이다.²⁸⁾

그러나 적어도 이 사건에는 적용되기 어려우며, 공정거래위원회도 같은 판단을 하였다. 일시적 독점력 이론의 전제는 해당 산업이 빠르게 변화하여 시장독점이 지속되지 않는다는 것이고 이는 기술혁신이 치열하기 때문이다. 그러나 PC 운영체제 시장에서 마이크로소프트의 독점력은 이미 30여 년 지속되어 오다가 2010년을 전후하여 태블릿 PC가 인기를 끌게 된 현 시점에서 비로소 위협을 받게 되었다. 그 기간에 기술혁신이 치열하지 않았다는 점은 운영체제에 포함된 인터넷 브라우저가 독점화된 이후 업그레이드가 거의 이루어지지 않았던 사실에서도 알 수 있다.²⁹⁾ 그렇게 된 경위에는 마이크로소프트의 치밀한 독점력 유지노력이 개입되었다는 것을 수많은 반독점 사건들이 보여주고 있다. 즉 일시적 독점력 이론은 일시적이어야 할 시장독점을

28) 이 이론의 구체적 내용에 대해서는 다음 논문 참조. Mika Kato, 「Transitoriness Of Market Power And Antitrust Activity」, 6 J. Competition L. & Econ. 393, 2010.

29) 이와 반대로 최근 모질라재단의 FireFox나 구글 Chrome 브라우저가 인기를 끌게 되면서 마이크로소프트의 인터넷 익스플로러 업그레이드 주기가 눈에 띄게 빨라진 점은 시사하는 바가 크다.

30여 년이나 계속되기 만든 반경쟁적 행위를 제재할 필요성이 매우 크다는 점을 역설적으로 보여주는 것이다.³⁰⁾

2) 별개제품성 여부

먼저 기능적 측면에서 윈도우 PC 운영체제와 WMP는 별개의 기능을 수행하는 것으로 밝혀졌다. PC 운영체제는 하드웨어와 응용프로그램간의 인터페이스(API : Application Program Interface) 역할 및 CPU, 주기억장치, 입출력장치 등의 컴퓨터 자원을 관리하는 기능 등을 수행하는 시스템 소프트웨어(system software)를 말한다. 이에 반하여 윈도우 미디어 플레이어는 디지털 콘텐츠를 재생하는 전혀 다른 기능을 수행하는 응용프로그램(application program)을 말한다. 수요 측면에서는, 미디어 플레이어 프로그램은 인터넷을 통해 제공되는 콘텐츠를 재생시킨다는 점에서, 하드웨어를 관리하고 응용프로그램에 대한 플랫폼 기능을 수행하는 PC 운영체제에 대한 수요와 명백히 구별되었다. 더욱이 소비자들은 운영체제와는 별개로 미디어플레이어를 인터넷을 통하여 활발히 다운로드 받는 수요행태를 보이고 있었다. 또한 통상 PC 1대당 1개의 운영체제가 설치됨에 비해 미디어플레이어는 여러 개가 중복 설치·사용되고 있는 것도 확인되었다. 공급 측면에서는 PC 운영체제와 별도로 미디어 플레이어 프로그램만을 개발하여 판매하는 독립한 업체들이 다수 존재하는 사실이 고려되었다(예: RealNetworks, 그레텍 등).

한편 마이크로소프트의 내부자료 및 웹사이트 문서도 WMP가 윈도우 운영체제와 구별되는 별개의 응용프로그램임을 인정하고 있었다. 예를 들어 마이크로소프트가 자신이 운영하는 웹페이지에 WMP를 설명하면서 WMP를 ‘응용프로그램’(application)이라고 표현한 사실도 참고되었다.

3) 강제성 여부

공정거래위원회는 소비자들이 미디어 플레이어 없는 윈도우 PC 운영체제를 구매할 선택권을 박탈당하였다고 보았다. 즉 윈도우 PC 운영체제를 구매한 소비자들은 자신

30) Kato 교수의 논문도 이러한 점을 지적하고 있다.

의 의사와 무관하게 미디어 플레이어를 구입할 수밖에 없었다는 것이다. 여기에서 마이크로소프트는 WMP가 무료로 제공되었으므로 문제되지 않는다는 주장을 되풀이하였으나, 앞서와 마찬가지로 이유로 배척되었다.

4) 경쟁제한적 효과 여부

윈도우 PC 운영체제를 구입한 소비자들이 모두 WMP를 갖게 됨으로써 소비자가 별도의 노력을 들여 경쟁 미디어 플레이어 프로그램을 다운로드받아 설치할 유인이 봉쇄되었다. 마이크로소프트의 결합판매를 통해 거의 모든 새로운 PC에 WMP가 설치됨으로써 경쟁사업자가 누릴 수 없는 편재성(ubiquity)을 획득하게 되었던 것이다.

한편 결합판매는 콘텐츠 사업자에게도 큰 영향을 미쳤다. 콘텐츠 사업자는 자신의 콘텐츠가 가장 많은 소비자에게 쉽게 이용될 수 있기를 원하므로, 가장 널리 배포되어 있는 WMP를 위한 디지털 콘텐츠를 생산하여 배포하게 된다. 이는 여러 가지 포맷으로 콘텐츠를 제공할 경우 상당한 중복비용이 발생한다는 사실과 결합하여, 실제 피싱인 포맷으로만 콘텐츠를 제작하여 공급하는 현상이 시장에서 발생하였던 것으로 밝혀졌다. 소프트웨어 개발자에게도 영향을 미쳤다. 즉 소프트웨어 개발자 역시 자신의 소프트웨어가 널리 이용되기를 바라므로, 가장 많이 배포되어 있는 미디어플레이어를 이용한 응용소프트웨어를 개발하게 되었다.

결합판매는 소비자에게 커다란 영향을 미쳤다. 공정거래위원회가 실시한 설문조사(2004. 8.)에서도 응답자의 약 61%가 윈도우 운영체제에 마이크로소프트의 WMP가 포함되어 있다는 사실이 미디어플레이어 사용에 영향을 주었다고 응답하였다. 실제 마이크로소프트가 WMP를 윈도우98 SE에 결합판매하기 시작한 직후인 2001년 3월경 WMP와 리얼플레이어의 사용비율은 거의 50 : 50(중복사용 포함)이었으나, 2004년 8월경에는 WMP 60.5%, 리얼플레이어 5.0%로 나타나게 되었다.

이러한 시장변화는 성능이나 품질에 따른 능률경쟁에 의한 것이 아닌 결합판매에 의해 획득된 경쟁상 우위 때문이라는 점에서 부당한 것으로 판단되었다. 각종 미디어 플레이어의 성능과 품질을 분석한 자료들에 의하면, WMP가 다른 미디어 플레이어에

비해 특별히 우수한 성능을 가지고 있다고 볼 명확한 근거가 없었다.

한편 마이크로소프트의 결합판매 행위는 미디어 플레이어 시장 외에 PC 운영체제 시장에서도 반경쟁적 효과를 발생시켰다. WMP가 미디어 플레이어 시장을 독점하고 대부분의 미디어 콘텐츠가 마이크로소프트 포맷으로 제작·공급됨에 따라 PC 운영체제 시장에 응용프로그램 및 콘텐츠에 의한 진입장벽이 생기고, 이는 마이크로소프트의 PC 운영체제 독점을 더욱 강화하는 효과를 유발하였다.

이러한 시장상황을 종합할 때, WMP 결합판매 행위는 시장에 커다란 경쟁제한효과를 야기하였다고 판단되었다.

다. 윈도우 PC 운영체제와 메신저의 결합판매

이 사건에서 가장 많이 다투어진 것은, 윈도우메신저와 MSN메신저가 하나의 제품인지 여부였다. 윈도우 XP에 포함되어 판매된 것은 윈도우메신저였으나 시장에서 실제 널리 이용되는 것은 MSN메신저였기 때문이었다. 이에 대하여, 두 메신저 프로그램은 소비자들이 외형으로 구별하기 힘들고 마이크로소프트 내부 자료에서도 양자는 버전(version)만 다른 하나의 메신저로 취급하며, 나아가 두 메신저는 실제 하나의 서비스를 공유하고 있다는 사실이 주목되었다. 이와 같이 외형, 기능, 작동방법, 사용자 인식, MS사 내부 평가, 경쟁사업자의 인식 등의 면에서 동일한 제품으로 다만 버전만 다른 것으로 판단되었다. 단순히 판매자가 붙이는 명칭이 중요한 것이 아니라 메신저로서의 실질이 중요하고 메신저의 본체는 메신저 서비스라는 점 등을 감안하면, 이러한 판단은 타당하다.

1) 별개제품성 여부³¹⁾

먼저 기능적 측면에서 양자는 별개의 기능을 수행한다는 사실이 중요하다. PC 운영체제는 앞에서 설명한 것처럼 다양한 기능을 수행하는 시스템 소프트웨어(system software)인데 반하여, 메신저는 인터넷 사용자들 간에 상호 인터넷 접속여부 확인,

31) 시장지배적지위 요건은 WMP에서 본 것과 같으므로 생략한다.

실시간 메시지·파일 전송 등의 전혀 다른 기능을 수행하는 응용프로그램(application program)이기 때문이다.

수요 측면에서도 메신저는 실시간 대화 등의 목적으로 사용된다는 점에서, 하드웨어를 관리하고 응용프로그램에 대한 플랫폼 기능을 수행하는 PC 운영체제에 대한 수요와 명백히 구별된다. 더욱이 소비자들은 운영체제와는 별개로 메신저를 인터넷을 통하여 활발히 다운로드 받는 수요행태를 보이고 있었다. 또한 통상 PC 1대당 1개의 운영체제가 설치됨에 비해 메신저는 여러 개가 중복 설치·사용되고 있었다. 또한 메신저 없는 PC 운영체제를 요구하는 수요가 상당수 존재한다는 점에서 두 제품은 별개의 제품으로 판단되었다. 공정거래위원회가 실시한 소비자설문 조사결과에서도, 전체 응답자(1,000명)의 19.5%가 윈도우메신저가 컴퓨터에 기본 장착되어 있어 컴퓨터나 인터넷을 이용할 때 불편하다고 응답하였다. 한편 공급 측면에서도, PC 운영체제와는 별도로 메신저 프로그램만을 공급하는 독립한 업체들이 다수 존재하는 사실이 고려되었다(예: 다음커뮤니케이션, SK커뮤니케이션 등).

3) 강제성 여부

이 부분은 앞의 WMP 부분에서 본 것과 대동소이하다. 무엇보다 공정거래위원회가 실시한 설문조사 결과, 윈도우메신저의 기본탑재가 컴퓨터나 인터넷 이용에 불편함을 준다고 답변한 사용자(195명) 중 68.7%는 윈도우메신저 프로그램 자체가 제거되기를 희망하는 것으로 나타났다.

4) 경쟁제한적 효과 여부

마이크로소프트의 메신저 결합판매는 다른 사업자가 인터넷 다운로드 경로나 새로운 PC에의 탑재 경로를 통해서도 획득할 수 없는 편재성(ubiquity)을 발생시켰다. 이는 네트워크의 크기가 핵심 경쟁요소인 메신저 시장에서 MS사가 다른 사업자에 비해 현격한 격차로 많은 가입자를 확보하고 경쟁사업자들의 시장점유율이 감소하는 쏠림현상이 발생하는데 매우 중요한 요인으로 작용하였다.

결합판매가 메신저 가입자 확보에 미친 영향에 대한 계량분석 결과, 결합판매는 MS의 메신저를 주사용 메신저로 선택할 가능성을 대략 22~35% 증가시키는 것으로 나타났다. 이러한 결합판매 효과는 메신저시장의 쏠림현상을 통해 다른 경쟁사업자들을 시장에서 축출하고 신규사업자의 시장진입을 억제하는 등 시장을 봉쇄하는 경향을 현저히 한 것으로 해석된다. 실제 윈도우XP가 출시된 2001. 11.부터 2002. 7.까지 MS사 메신저의 시장점유율은 지속적으로 증가한데 반해 다음커뮤니케이션, 버디버디, 드림위즈 등 다른 메신저의 시장점유율은 대체로 하향한 것으로 나타났다. 네이트온이 이 사건 심결 당시 시장 1위로 부상하였으나, 다른 경쟁 메신저의 시장점유율은 지속적으로 감소하고, 네이트온 역시 투자 대비 효과 면에서 비효율을 감수하였던 것이 사실이었다. 이러한 결과는 품질, 가격, 서비스 등 장점에 의한 경쟁(competition on the merits)에 의해 발생한 것이 아니라 단지 마이크로소프트가 PC 운영체제 시장의 독점력을 지렛대로 활용하여 메신저를 결합판매 하였기 때문에 발생할 우려가 있다는 점에서 부당한 것이다. 실제 메신저 선택이유를 분석한 각종 자료들에 의하면, MS사 메신저가 다른 메신저에 비해 특별히 우수한 성능을 가지고 있다고 볼 명확한 근거가 없었다. 마이크로소프트의 메신저 결합판매 행위로 인하여 메신저 관련 기술 혁신 및 소비자이익을 저해하는 효과가 발생하였다.

한편 마이크로소프트의 결합판매 행위는 메신저 시장 외에 PC 운영체제 시장에서도 반경쟁적 효과를 발생시켰다. 많은 사용자들이 마이크로소프트의 메신저를 이용함에 따라, PC 운영체제 시장에 응용프로그램 및 메신저 사용자에 의한 진입장벽이 생기고, 이는 마이크로소프트의 PC 운영체제 독점을 더욱 강화하는 효과를 발생하였다.

이러한 시장상황을 종합할 때, WMP 결합판매 행위는 시장에 커다란 경쟁제한효과를 야기하였다고 판단되었다.

4. 의의³²⁾

미국 마이크로소프트사의 끼워팔기나 배타적 거래와 같은 반경쟁적 행위에 대한 조사는 1990년대 중반 미국 법무부로부터 시작되어 당초 한국과는 큰 관계가 없는 것으로 생각되었으나, 마이크로소프트사의 PC 운영체제에 대한 의존도가 세계 어느 나라보다 높은 한국에서 더욱 큰 문제가 잠재되어 있었던 것을 부인하기 어려웠다. 실제 2001년 다음커뮤니케이션의 신고 이후에도 사건은 크게 진척되지 않았으나, EC가 이 사건에 관심을 갖고 적극적으로 시정조치할 뜻을 비친 것을 계기로 공정거래위원회는 2004년 4월 이 사건을 전담하는 태스크포스를 구성하여 본격적 조사에 나섰다. 그 직후 미국에서 마이크로소프트사와 민사손해배상소송을 진행하고 EC의 조사에 대하여도 협력 중이던 리얼네트웍스(Real Networks)사가 미디어플레이어 끼워팔기 사건을 신고하면서 이 사건은 비로소 크게 주목받기 시작하였다. 이후 공정거래위원회는 심도깊은 조사와 이례적으로 장기에 걸친 심의절차를 거쳐 2006년 2월 부분적인 응용소프트웨어 분리명령과 경쟁소프트웨어 탑재명령과 함께 약 325억 원의 과징금을 부과하기에 이르렀다.

우리나라 공정거래법 집행에 있어서 마이크로소프트 사건은 여러 가지 측면에서 큰 의미를 갖는다. 무엇보다 이 사건을 통하여 공정거래위원회는 기업의 단독행위에 대한 위법성 판단기준을 종래의 행태적인 불공정성 기준에서 시장지배력을 남용함으로써 시장성과를 저해한다는 경쟁제한효과 분석에 두기 시작하는 경향을 본격화하였다. 그에 따라서 이후 시장지배적지위 남용행위에 대한 관심이 크게 높아지게 되었고 최근에는 시장지배적 사업자의 단독행위를 대부분 불공정거래행위로 처리해오던 종래 관행과는 달리 행위의 본질에 따라 적절한 경우에는 시장지배적지위 남용행위로 의율하는 경향이 뚜렷해졌다. 이와 같은 변화가 경쟁법 집행의 바람직한 방향이라는 데에는 이견이 거의 없다.

둘째, 2005년 네덜란드 스톨트닐슨(Stolt-Nielsen)사의 해상운임 카르텔 심의로 시작되었던 공정거래위원회 조사 및 심결단계에 있어서 외국 변호사들의 참여가 마이

32) 이 항은 2011년 중 출간예정인 『한국의 경쟁정책』에 포함된 필자의 「세계화와 한국 경쟁법의 발전」이라는 글에서 옮긴 것이다.

크로소프트 사건을 통하여 본격화되었다. 즉 한국에서 마이크로소프트사를 대리한 대형로펌 소속 변호사들 뿐 아니라 미국 마이크로소프트 소속 사내변호사와 미국과 EC에서 마이크로소프트사를 대리하는 세계적 대형로펌 소속의 미국변호사들이 대거 공정거래위원회 심판정에서 마이크로소프트사를 변호하여 공정거래위원회 심사관과 논쟁을 벌이고 공정거래위원회 위원들이 그에 대한 판단을 하게 됨으로써, 공정거래위원회에서의 위법성 심사가 더 이상 국내적 수준에 머무르지 않고 세계적인 법리논쟁의 중심에 서게 되었다.

셋째, 다국적 기업의 단독행위에 대하여 적용하는 위법성 판단기준 등과 같은 법리와 경제분석에 이른바 글로벌 스탠다드(global standard)로 흔히 일컬어지는 세계적으로 일반화된 기준을 적용하여 판단할 수밖에 없게 되었고 이러한 경향이 국내 사건에도 동일하게 적용된 결과, 한국 공정거래법 집행의 실질과 수준이 세계화되는 계기가 되었다.

넷째, 공정거래위원회에서 한창 이 사건을 심의 중이던 2005년 말경 신고인인 리얼네트웍스와 다음커뮤니케이션이 마이크로소프트사로부터 거액을 받고 화해하여 신고를 취하하는 한편 마이크로소프트사 역시 이 사건의 파장을 우려하여 공정거래위원회와의 화해(settlement)를 적극적으로 시도하였다. 이는 위법성 여부를 확인하고 시정조치와 과징금을 부과하는 종래의 단순한 공정거래법 집행 관행과는 본질적으로 다른 것으로서, 전통적인 법적 정의의 실현보다는 실용성을 중시하는 미국식의 현실적 사건종결의 가능성을 제기하였다. 이후 공정거래위원회는 미국과의 자유무역협정(FTA) 체결을 맞아 사건처리의 효율성을 추구하는 미국식의 동의명령(consent decree) 제도의 도입을 추진하게 되었고 이는 전형적인 시정명령 외에도 다양한 방식의 대체적 분쟁해결(Alternative Dispute Resolution)이 가능함을 보여주게 되었다.

다섯째, 이 사건은 신고인과 피심인이 모두 미국 기업인 첫 경우로서 공정거래위원회의 역량이 외국기업 간 다툼이 된 거대사건(big case)을 처리할만한 수준에 이르렀음을 간접적으로 보여주는 것이었다. 마이크로소프트 사건을 계기로 공정거래위원회는 외국기업에 대한 공정거래법 집행에도 자신감을 갖게 되어, 이후 2008년 삼성전자 등 한국의 OEM업체들에 대한 인텔(Intel)의 리베이트 제공행위에 대하여 시정조치와 약 260억 원의 과징금을 부과하였고 2009년 7월에는 퀄컴(Qualcomm)사의 리베이트

제공행위에 대하여 시정조치와 단일기업으로는 사상 최대금액인 약 2,600억 원의 과징금을 부과하였다.

여섯째, 이 사건을 계기로 공정거래위원회가 세계적으로 의미 있는 사건의 조사 및 시정조치에 본격적으로 참여하여 세계적인 경쟁법 집행의 주역 중 하나로 부상하였을 뿐 아니라 이후 인텔이나 퀄컴 사건과 같이 경우에 따라서는 오히려 세계적인 경쟁법 사건에 대한 조사와 판단을 선도하는 양상에까지 이르고 있다.

앞으로 마이크로소프트 사건의 의의를 더욱 살려 세계적으로 손색없는 공정거래법 집행이 일반화되고, 우리나라 경제발전은 물론 아시아 지역과 개발도상국의 경쟁법 집행을 선도할 수 있기를 기대한다.

[3] 인텔코퍼레이션 등의 시장지배적지위 남용행위에 대한 건 **의결 제2008-295호**

조 성 국 (교수, 중앙대학교)

이 사건은 인텔에 의한 로열티 리베이트 지급행위가 공정거래법상 시장지배적지위 남용행위 중 배타조건부거래행위에 해당한다고 인정한 공정거래위원회의 최초 심결이다. 여러 선진국에서도 이 사건을 조사하였기 때문에 세계 각국의 경쟁법집행을 비교해 볼 수 있는 좋은 사례이기도 하다. 공정거래위원회는 인텔이 국내 CPU 시장에서의 지배적지위를 남용하여 삼성전자, 삼보컴퓨터 등 국내 PC제조회사들에게 경쟁사업자인 AMD(Advanced Micro Devices)사의 CPU를 구매하지 않는 조건으로 각종 리베이트를 제공함으로써 국내 CPU 시장에서 경쟁사업자를 배제하는 행위를 하였다고 인정하였다. 그런데 로열티 리베이트 지급행위는 거래당사자간 안정된 거래관계 형성과 가격할인이 결합되어 긍정적인 측면이 있는 반면 경쟁사업자를 시장에서 배제할 우려가 있는 부정적인 측면이 혼합되어 있어 경쟁법적 평가가 쉽지 않은 사안이다. 적용법리도 가격차별 법리, 약탈적 가격설정 법리, 배타조건부거래 법리 등 다양한 법리를 고려해 볼 수 있다. 공정거래위원회는 이 중 배타조건부거래 법리를 적용하였는데, 이 법리의 적용이 타당한지 여부는 현재 법원에서 다투어지고 있다.

거래의존도 심화, CPU 공급부족 등을 이유로 2002년 1/4분기부터 AMD사의 CPU를 탑재한 PC를 출시하려고 하자 2002년 1월초 삼성전자에게 이를 포기하는 것을 조건으로 2002년 중 총 800만 달러에 달하는 리베이트를 제공할 것을 제안하였다. 삼성전자가 이를 거부하자 인텔은 2002년 1월 22일 삼성전자에게 리베이트 제공 혜택을 주지 않고 공동마케팅도 하지 않는다는 것 등을 내용으로 하는 「Samsung Risk Mgmt Plan」을 마련하였고, 기존에 분기별로 약 400만 달러 제공하던 리베이트를 2002년도 1/4분기에는 76만 달러로 축소하였다.

인텔은 삼성전자가 AMD CPU가 탑재된 'AirFox'를 공급하자 2002년 2/4분기 말까지 AMD CPU 탑재 PC의 생산·판매를 중단하는 것을 조건으로 2002년 2월부터 4월 초까지 수차례에 걸쳐 총 400만 달러에 달하는 리베이트 지원안을 제안하였다. 하지만 삼성전자는 AMD CPU 탑재 PC의 공급중단 시기 등에 대한 의견 차이를 이유로 이를 거절하였고, 인텔은 2002년 2/4분기 리베이트 금액으로 삼성전자에 100만 달러만 제공하였다.

인텔은 2002년 4월부터 5월말까지 다시 삼성전자에 리베이트 제공에 관한 「long term support plan」을 제안하였고, 삼성전자는 2002년 1/4분기 및 2/4분기에 리베이트 금액이 대폭 축소된 점 등을 고려하여 2002년 5월 30일 이를 받아들였다. 「long term support plan」의 내용은, 삼성전자가 AMD CPU 탑재 PC의 생산·판매를 2002년 3/4분기 말까지 중단하고 향후 100% 인텔의 CPU만 구매하는 조건으로, 인텔이 2002년 하반기에 리베이트로 총 340만 달러를 제공하고, 이후 지속적으로 공식적인 분기별 지원계획에 따라 최대한의 리베이트를 제공한다는 것이었다. 이러한 합의에 따라 인텔은 삼성전자에게 2002년 3/4분기에 총 260만 달러, 4/4분기에 총 206만 달러의 리베이트를 제공하였고, 삼성전자는 2002년 3/4분기에 AMD CPU의 구매를 중단하였다.

이후 인텔은 2003년 1/4분기부터 2005년 2/4분기까지 삼성전자가 100% 인텔의 CPU만 사용하는 것을 조건으로 「분기별 지원계획」(Quarterly Support Plan)을 수립하고 이에 따라 리베이트를 지속적으로 제공하였고, 삼성전자는 자사 제품에 100% 인텔의 CPU만을 탑재하였다.

<표 2> 삼성전자에 대한 리베이트 지급 현황

(단위: 백만 달러)

| | | | | | | |
|------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|
| 분기 | '02 Q3 | '02 Q4 | '03 Q1 | '03 Q2 | '03 Q3 | '03 Q4 |
| 리베이트 | 2.6 | 2.0 | 2.1 | 2.5 | 1.5 | 2.6 |
| 분기 | '04 Q1 | '04 Q2 | '04 Q3 | '04 Q4 | '05 Q1 | '05 Q2 |
| 리베이트 | 2.0 | 2.8 | 3.7 | 2.5 | 4.0 | 3.7 |

2) 삼보컴퓨터 관련

홈쇼핑 유통채널에서 2002년 상반기부터 AMD CPU 탑재 PC의 판매가 확대된 결과 2003년 2/4분기에는 AMD CPU가 탑재된 PC의 비율이 62%까지 이르렀고, 국내 2위 PC 제조회사인 삼보컴퓨터도 홈쇼핑 유통분야에서 AMD CPU를 탑재한 PC의 판매를 도모하였다. 이에 인텔은 삼보컴퓨터에게 2002년 2/4분기와 3/4분기에 홈쇼핑 유통채널에서 AMD CPU를 탑재한 PC의 판매를 중단할 것을 요구하였으나 삼보컴퓨터는 유통채널의 반발을 이유로 이를 거절하였다.

인텔은 다시 삼보컴퓨터에게 홈쇼핑 유통채널에 공급하는 PC에 AMD CPU를 사용하지 않고 자사 CPU로 전환하는 것을 조건으로 리베이트를 제공할 것을 제안하였는데, 삼보컴퓨터는 이 제안을 수용하였다. 이에 따라 삼보컴퓨터는 홈쇼핑 채널의 컴퓨터에서 2003년 4/4분기부터 인텔 CPU로 전환하기 시작하여 2004년 1/4분기에는 전환을 완료하였고, 인텔은 2003년 3/4분기부터 2004년 2/4분기까지 삼보컴퓨터에게 리베이트를 제공하였다.

<표 3> 홈쇼핑 판매 PC 관련 리베이트 지급 현황

(단위: 천 달러)

| | | | | |
|------|--------|--------|--------|--------|
| 분기 | '03 Q3 | '03 Q4 | '04 Q1 | '04 Q2 |
| 리베이트 | 474 | 194 | 688 | 1,271 |

한편, AMD는 세계 최초로 데스크탑용 64비트 CPU를 개발하여 2003년 9월 25일 출시행사를 갖기로 하였다. 삼보컴퓨터는 이 행사에 참여하고 시제품 10대 이상을 개발·제작하여 AMD코리아에 공급하며 출시행사 결과 등을 보고 제품을 판매할 것을

계획하였다.

이러한 상황에서 인텔은 삼보컴퓨터에 대해 AMD의 출시행사에 참석하지 말 것과 AMD 64비트 CPU 탑재 PC를 출시하지 말 것을 요구하였다. 삼보컴퓨터는 이를 수락하여 출시행사에 불참하였고, 6개월 이상 AMD 64비트 CPU를 탑재한 PC를 판매하지 않았으며, 인텔은 그 대가로 2003년 3/4분기에 다른 시기보다 3배 내지 30배 이상 많은 16만 5,000 달러의 판매장려금을 삼보컴퓨터에 지급하였다.

또한 인텔은 2004년 3/4분기에 2004년 4/4분기 이후부터 삼보컴퓨터의 내수용 PC에 탑재된 CPU 중 자사제품의 비율을 약 70%로 유지할 경우 리베이트를 제공하기로 제안하였고 삼보컴퓨터는 이를 수용하였다. 이러한 합의에 따른 실행내용은 아래 <표 4>와 같다.

<표 4> 내수용 PC의 인텔 CPU 비중 및 리베이트 지급 현황 (단위: %, 천 달러)

| 분기 | '04 Q4 | '05 Q1 | '05 Q2 |
|-----------|--------|--------|--------|
| 인텔 CPU 비중 | 92 | 81 | 71 |
| 리베이트 | 1,877 | 1,540 | 393 |

다. 공정거래위원회의 심결

공정거래위원회는 2008. 11. 5. 인텔에게 다음과 같은 내용의 시정명령을 내림과 동시에 266억 원의 과징금을 부과하였다.

피심인들은 국내 PC 제조회사들에게 다음과 같은 조건으로 리베이트(명칭을 불문하고 피심인들이 국내 PC 제조회사들에게 제공하는 금전적 보상을 의미한다)를 제공하는 행위를 다시 하여서는 아니된다.

가. 국내 PC 제조회사들이 경쟁사업자의 CPU를 구매하지 아니할 것(경쟁사업자 CPU가 탑재된 PC를 판매하지 않는 조건을 포함한다)

나. 국내 PC 제조회사들이 제조·판매하는 PC에 탑재하는 총 CPU의 수량 중 피심인들의 CPU의 수량이 차지하는 비율을 일정 비율 이상으로 유지할 것

- 다. 국내 PC 제조회사들이 특정 유통채널을 통해 판매하는 PC에 경쟁사업자의 CPU를 탑재하지 않거나 피싱인들의 CPU를 일정 비율 이상으로 탑재할 것
- 라. 국내 PC 제조회사들이 경쟁사업자의 신제품 CPU 국내 출시 행사에 참여하지 아니할 것과 경쟁사업자의 신제품 CPU를 탑재한 PC를 출시하지 아니할 것

2. 관련규정 및 제도

가. 시장지배적지위 남용행위 관련 규정

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」

제3조의2(시장지배적지위의 남용금지) ① 시장지배적사업자는 다음 각호의 1에 해당하는 행위(이하 "남용행위"라 한다)를 하여서는 아니된다.

- 5. 부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래하거나 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령」

제5조(남용행위의 유형 또는 기준) ⑤법 제3조의2(시장지배적지위의 남용금지)제1항제5호의 규정에 의한 경쟁사업자를 배제하기 위한 부당한 거래는 다음 각호의 1에 해당하는 경우로 한다.

- 2. 부당하게 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 경우

「시장지배적지위 남용행위 심사기준」²⁾

IV. 시장지배적지위 남용행위의 세부 유형 및 기준

- 5. 경쟁사업자를 배제하기 위한 부당한 거래행위(법 제3조의2제1항제5호전단)

2) 2009. 8. 20. 공정거래위원회 고시 제2009-26호로 개정되기 전의 것, 이하 '심사기준'이라 한다.

나. 부당하게 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 경우(영 제5조제5항제2호)

이 경우 경쟁사업자의 대체거래선 확보의 용이성, 당해 거래의 목적 ·기간 ·대상자 및 당해 업종의 유통관행 등을 종합적으로 고려한다.

나. 위법성 판단 요건

공정거래법 제3조의2 제1항 제5항 전단의 행위(배타조건부거래행위)에 해당하기 위한 요건은 위반 사업자가 시장지배적 사업자의 지위에 있어야 하고, 위반 행위가 경쟁사업자를 배제하기 위한 행위이어야 하며, 그 행위가 부당하여야 한다.

1) 시장지배적지위 사업자 여부

시장지배적 사업자인지 여부는 시장점유율, 진입장벽의 존재 및 정도, 경쟁사업자의 상대적규모, 경쟁사업자 간의 공동행위의 가능성, 유사품 및 인접시장의 존재, 시장봉쇄력, 자금력 등을 종합적으로 고려하여 판단한다.³⁾ 이 때 일정한 거래분야에서 사업자의 시장점유율이 50% 이상이거나 상위 3개 사업자(시장점유율이 10% 미만인 사업자는 제외)의 시장점유율의 합계가 75% 이상인 경우에는 해당 사업자를 시장지배적 사업자로 추정한다.⁴⁾

한편 일정한 거래분야는 흔히 관련시장으로 지칭되는 바, 이는 경쟁관계에 있거나 경쟁관계가 성립될 수 있는 거래분야를 말하며, 거래대상, 거래지역, 거래단계, 거래상대방 등에 따라 구분된다.⁵⁾

2) 부당성 여부

공정거래법 및 심사지침에는 배타조건부거래행위의 부당성을 판단하는 구체적인 기

3) 심사지침 III. 참조.

4) 공정거래법 제4조.

5) 심사지침 II. 참조.

준이 제시되어 있지 아니한 바, 농협중앙회의 시장지배적지위 남용행위에 대한 건 관련 판결에서 대법원이 제시한 기준으로 판단하는 것이 하나의 방법이라 할 것이다.⁶⁾

배타조건부 거래행위의 부당성은 주관적 요건으로 시장에서의 자유로운 경쟁을 제한하여 시장에서의 독점을 유지·강화할 목적이 있어야 하고, 객관적 요건으로 경쟁제한의 효과가 생길만한 우려가 있어야 한다. 따라서 부당성 판단시 거래행위의 목적 및 태양, 시장점유율, 경쟁사업자의 시장진입 및 확대기회의 봉쇄 정도 및 비용 증가 여부, 거래기간, 관련시장에서의 가격 및 산출량 변화 여부, 유사품 및 인접시장의 존재 여부, 혁신 저해 및 다양성 감소 여부 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여야 한다.

다만, 시장지배적지위 남용행위로서의 배타조건부 거래행위는 그 성격상 행위 자체에 경쟁제한의 목적이 포함되어 있다고 볼 수 있는 경우가 많을 것이다.

다. 시장지배적지위 남용행위의 규제취지

시장지배적지위 남용행위에 대한 규제는 독점규제법의 탄생과 그 맥을 같이 한다. 우리나라에서 사용하는 ‘시장지배력’이라는 개념은 그 내용에 있어서 다소 차이가 있긴 하지만 미국에서의 ‘monopoly power’, EU의 ‘market dominant power’, 일본의 ‘私的獨占’등에 해당하는 것으로서 독점규제법이 규제하고자 하는 일차적인 대상이다. 부당한 공동행위나 기업결합 규제도 본질적으로는 시장지배력의 남용 혹은 그 우려에 대한 규제로 볼 수 있다. 이렇게 본다면 시장지배적지위 남용행위에 대한 규제는 독점규제법의 가장 본질적인 규제인 셈이다.

특히, 우리나라의 경우 많은 독과점기업들이 정부주도하의 경제개발과정에서 정부의 지원 하에 형성된 이후 민영화하는 과정을 거치면서 일반 기업과 달리 특별한 규제를 받아왔고 1980년 공정거래법이 제정된 이후에도 이러한 역사적 맥락은 공정거래법 집행과정에도 많은 영향을 미쳐왔다. 정부의 지원 없이 자생적으로 성장하여 거대기업으로 발전한 미국에서의 독점력규제와 우리나라에서 시장지배적 사업자 규제가 차이가 나는 것도 이러한 역사적 배경에 기인한 바가 크다고 생각된다. 우리나라

6) 대법원 2009. 7. 29. 선고 2007두22078판결 참조, 현재 인텔 건은 서울고등법원에서 행정소송이 진행중이나 대법원이 제시한 판단기준을 원용할 가능성이 높을 것으로 보인다.

에서 시장지배적 사업자 규제 대상에는 시장지배력을 이용하여 경쟁사업자를 경쟁에서 배제시켜 버리는 행위뿐만 아니라 시장지배력을 이용하여 거래상대방이나 소비자의 이익을 훼손하는 행위도 포함된다.

라. 주요국별 시장지배적지위 남용행위 규제체계

주요국의 시장지배적지위 남용행위에 대한 규제체계를 살펴보면 미국은 경쟁제한성을 핵심으로 일원적인 규제체계를 갖고 있는 반면 EC나 일본, 우리나라는 내용은 다소 다르지만 이원적인 규제체계를 가지고 있다. 그런데, 일본의 경우 배제행위든 지배행위든 경쟁제한성을 요구하고 있기 때문에 반드시 이원적이라고 하기도 적합하지 않은 측면도 있다.

우리나라의 시장지배적지위 규제체계는 EC와 가장 유사한 것으로 볼 수 있다. 미국과 일본은 반드시 경쟁제한성을 요구한다는 점에서 공통점이 있으나 EC나 우리나라의 착취남용행위는 경쟁제한성을 요구하지 않고 거래상대방이나 소비자로부터 부당한 이익을 착취하는 행위라는 점에서 차이가 있다. EC에서는 이러한 행위가 그 자체로서 공정성의 관념에 반할 뿐만 아니라 역내 시장통합을 저해한다고 보는 경향이 있는데 독점규제법도 이러한 영향을 받은 것으로 보인다. 배제남용행위는 미국의 경쟁제한적 행위와 유사하지만 착취남용행위는 미국에서는 연방차원의 경쟁법에서는 규제하지 않는 행위유형이다. 물론 이러한 법집행은 경쟁법 본연의 모습과는 일치하지 않기 때문에 종종 비판의 대상이 되어 오기도 하였지만, EC Commission이 시장지배적 사업자에게 더 엄격한 행위기준을 요구하고 있는 것은 부인할 수 없는 사실이다.⁷⁾

<표 5> 주요국의 시장지배적지위 남용행위의 규제체계 비교

| | 미국 | EC | 일본 | 우리나라 |
|-----------------|--------|--------|------|--------|
| 시장지배적지위 남용행위 유형 | 경쟁제한행위 | 배제남용행위 | 배제행위 | 배제남용행위 |
| | | 착취남용행위 | 지배행위 | 착취남용행위 |

7) Richard Whish, 『Competition Law』, Oxford University Press, 2005, p.176.

다만 유럽국가들이 가격남용행위를 규제할 수 있는 국내법적인 근거도 별도로 있고 실제로 가격남용행위를 규제한 사례가 있긴 하지만 그다지 흔하게 집행이 이루어지는 것은 아니고, 유럽에서도 대단히 엄격한 조건하에 규제하고 있는 것이 사실이다. 또한 그 범위에 있어서도 Richard Whish 교수의 지적대로 가격남용행위에 대한 규제는 통신이나 전기와 같이 종래 국가소유의 독점기업이 운영하다 민영화되었지만 아직까지 경쟁이 충분히 활성화되지 않은 부분에서 집행될 가능성이 높다. 또한 착취남용행위 규제는 경쟁규제담국으로 하여금 독과점시장에서 시장지배적사업자에 대한 가격이나 거래조건 규제를 가능하게 해 주는 장점이 있어 경쟁법을 늦게 도입하면서 시장에서 경쟁환경이 제대로 조성되어 있지 않은 많은 개발도상국가들이 채택하고 있다.

우리나라 공정거래법의 제정 및 변천사를 살펴보면 시장지배적지위 남용행위에 대한 규제의 출발은 착취남용행위였다. 이후 시장경제가 성숙되면서 배제남용행위 규제로 중심축이 이동된 것으로 볼 수 있다. 1980년에 제정된 공정거래법은 종래의 사전 규제방식의 경제운용을 시장경제의 원리에 맞게 사후규제방식으로 전환하고자 한 것이었는데, 독과점사업자(즉 시장지배적사업자)의 지정제도는 그대로 유지한 채 사후의 가격이나 출고조절 등의 남용행위를 규제하는 방식을 도입한 것이었다.⁸⁾ 그 후 1999년 제7차 개정에서는 시장지배적사업자의 사전지정 및 고시제도를 폐지하고 사후에 시장지배적지위 여부를 판단하는 방식으로 전환하였다.

이러한 입법연혁에서 알 수 있듯이 착취남용규제인 가격남용행위 및 출고조절행위에 대한 규제는 행위의 성격도 그러하거니와 당초부터 시장에서 경쟁제한적 행위를 규제하기 위한 것이라기보다는 물가통제를 통한 소비자보호의 측면이 강했다고 평가할 수 있다. 1991년 公正去來委員會·한국개발연구원이 발간한 『공정거래10년』에서는 시장지배적지위 남용행위의 유형을 크게 둘로 나누어 가격남용행위와 기타의 남용행위로 구분하고 있다. 그리고 시장지배적사업자가 남용행위를 할 수 있는 대표적인 유형은 가격남용행위라고 할 수 있고 이것이 남용행위의 대종을 이룬다고 설명하고 있다. 이러한 인식은 초기의 공정거래법 집행에서 물가안정이 여전히 중요한 비중을 차지하고 있었음을 증명해 주는 것이라 할 수 있다.⁹⁾ 시행령에서도 다른 행위에 대한 규정은 없었고 가격남용행위에 대한 규정만을 두고 있었다. 하지만 시간이 흐르

8) 公正去來委員會·한국개발연구원, 『공정거래10년(경쟁정책의 운용성과와 과제)』, 1991, 39~42면 참조.

9) 위 책 85~87면 참조.

면서, 특히 1990년대 후반 들어서는 시장경제가 어느 정도 성숙되고 경쟁기반이 조성되면서 사전규제보다는 사후규제, 착취남용규제보다는 배제남용규제 쪽으로 중심축이 이동하였다고 볼 수 있다.

3. 주요 쟁점

가. 로열티 리베이트의 성격

1) 개념

로열티 리베이트는 일본에서 ‘충성 리베이트’(忠誠 리베이트)라고 번역하여 사용되어 왔고 우리나라에서도 ‘충성 리베이트’라고 번역하여 사용하기도 한다. EU 위원회는 로열티 리베이트라는 표현 대신 조건부 리베이트(conditional rebates)라는 표현을 사용하기도 한다. 일반적으로는 특정한 구매행위에 대한 대가로 고객에게 제공하는 리베이트로서 일정기간 동안 정해진 구매량, 구매비율, 구매증가율 등을 충족시키는 경우에 제공되는 리베이트를 의미한다.¹⁰⁾

2) 경쟁법적 평가

로열티 리베이트는 주로 계속적 거래관계에서 제공되는데, 공급자의 입장에서는 고정비용의 용이한 회수와 거래관계의 안정적 유지를 위하여 제공하는 경우가 많다. 수요자의 입장에서는 특정 공급자에게 구매물량을 몰아줌으로써 구입단가를 인하할 수 있을 뿐만 아니라 안정적 공급을 보장받기 위하여 이를 선호하기도 한다. 로열티 리베이트라는 형태로 구매대금의 일부를 환급받게 되면 가격할인과 같은 효과가 발생하고 궁극적으로는 더 저렴한 가격으로 상품을 구입할 수 있게 됨으로써 소비자들에게 유리한 경우가 적지 않다. 따라서 일반적으로 규제가 아닌 장려의 대상이 된다. 상품의 성패가 불분명한 경우 사업자와 고객 간 일정한 조건의 충족을 전제로 가격을

10) 조성국, 「시장지배적 사업자의 리베이트와 남용규제」, 『법학논문집』 34-1, 중앙대학교법학연구소, 2010, 166면.

할인혜 주게 되면 위험분산의 장점도 있을 수 있다.¹¹⁾

문제는 로열티 리베이트가 그 성질상 이를 받는 자와 받지 못하는 자 사이에 차별을 수반할 수밖에 없고, 로열티 리베이트의 의도와 제공기준에 따라서는 거래상대방에게 사실상 배타적 거래를 유인함으로써 결과적으로 경쟁사업자를 방해 또는 배제할 우려가 있어 공정거래법의 규제대상이 될 수 있다는 점이다.

나. 로열티 리베이트의 규제법리

1) 가격차별의 법리

리베이트 제공으로 인하여 리베이트를 받는 거래상대방과 그렇지 않는 거래상대방 간의 가격이 차이가 나기 때문에 가격차별 법리의 적용여부를 검토해볼 필요가 있다. 가격차별은 크게 제1선 가격차별(primary line price discrimination)과 제2선 가격차별(second line price discrimination)의 두 가지 유형으로 나누어진다. 전자는 가격차별을 행하는 사업자의 경쟁자들에게 손상을 입힐 목적으로 하는 가격차별이다. 후자는 거래상대방에 대한 가격차별인데, 가격차별로 인해 낮은 가격을 지불한 사업자가 높은 가격을 지불한 사업자에 비하여 경쟁상의 이점을 갖게 되어 높은 가격을 지불한 사업자가 피해를 입도록 하는 경우에 적용을 검토해 볼 수 있다.

그런데 제1선 가격차별은 약탈적 가격설정(predatory pricing)의 법리와 큰 차이가 없다. Brooke Group 판결¹²⁾에서 미국 연방대법원은 Robinson-Patman 법상의 제1선 가격차별과 Sherman 법상의 약탈적 가격설정은 그 본질에 있어서 동일한 것이라고 판시한 바 있다. 제2선 가격차별의 경우 경쟁사업자를 경쟁에서 배제시키기 위한 것이 아니기 때문에 사업자의 차별동기가 발생하기 어렵고 후방시장에서의 경쟁저해효과도 입증되지 않아 미국에서는 오래 전부터 경쟁법상의 규제가 필요한지에 대해 비판이 제기되어 왔고, 2007년 미국 경쟁법현대화위원회(AMC; Antitrust Modernization

11) 이민호, 「시장지배적지위 남용으로서의 조건부 리베이트」, 『공정거래법의 쟁점과 과제』, 서울대 경쟁법센터, 법문사, 2010, 119면.

12) Brooke Group v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209, 224(1993).

Commission)는 이를 폐지하라고 권고한 바 있다.

2) 약탈적 가격설정(predatory pricing)의 법리

리베이트 제공행위는 경쟁사업자보다 낮은 가격을 책정하게 되는 결과를 초래하기 때문에 약탈적 가격설정의 법리를 검토해 볼 필요가 있다. 미국에서는 법집행의 명료성과 시장에서 경쟁촉진을 위하여서는 단일제품 리베이트에 대해서는 약탈적 가격설정의 법리에 따라 분석하는 것이 바람직하다는 것이 많은 법원과 법무부의 태도로 보인다. 약탈적 가격설정은 경쟁사업자를 시장에서 몰아내어 장기적인 이익을 획득하기 위한 목적에서 행해지는 단기적인 이익의 희생을 뜻한다. 따라서 약탈적 가격설정행위의 판별기준은 비용이하의 가격(a price below cost)과 투자비용 회수의 가능성(potential for recoupment)이라 할 수 있다. 하지만 리베이트 제공행위의 유형이 워낙 다양하기 때문에 일률적으로 약탈적 가격설정행위에 해당한다거나 그 반대로 결론을 내릴 수는 없고 각 사안별로 분석을 해보아야 한다.

3) 배타조건부 거래(exclusive dealing) 법리

리베이트가 거래상대방으로 하여금 다른 경쟁사업자와 거래하는 것을 봉쇄하는 경우 배타조건부 거래에 해당할 소지가 있다. 배타조건부 거래는 고객이 특정 공급자로부터만 일정 기간 동안 상품이나 용역을 구매하도록 요구하는 거래이다. 배타조건부 거래의 긍정적인 측면은 공급자는 안정적인 판매처를 확보하여 장기적인 관점에서 효율적인 투자계획을 수립하고 그 혜택 중 일부를 할인이라는 명목으로 고객에게 베풀어 줌으로써 장기우량의 고객을 확보할 수 있다는 점이다. 하지만 배타조건부 거래의 부정적인 측면은 그러한 행위가 경쟁사업자를 경쟁에서 배제시켜 시장에서 경쟁이 위축될 수 있다는 것이다.

문제는 배타조건부 거래의 합의에 이르지 않는지만 각종 인센티브나 우대의 제공을 통하여 배타조건부 거래와 유사한 효과를 유도하는 경우가 있다는 점이다. 이에 대하여는 미국 경쟁당국이나 법원의 입장이 분명하지는 않다. 하지만, 대체적으로 본다면 1980년대 이전에는 경쟁저해성에 대한 경제분석보다는 행위유형 자체에 착안하

여 위법성을 인정한 사례가 일부 있었으나, 1980년대 이후에는 경쟁법 집행에 있어서 경제분석의 능력이 향상되고 그 중요성이 강조되면서 실질적인 경쟁저해효과의 입증 을 중시하여 경쟁이 저해되지 않는 한 위법성을 인정한 사례가 드물다.

다. 이 사건에서의 경쟁제한성 판단 및 경제분석

이 사건에서의 적용법조는 공정거래법 제3조의2 제1항 제5호 전단과 법 시행령 제5 조 제5항 제2호이었다. 공정거래위원회가 경쟁제한성을 인정한 이유는 첫째, 인텔이 제공한 리베이트는 경쟁사업자의 제품을 사용하지 않는 조건으로 지급된 것으로 국내 PC 제조회사들의 거래상대방 선택의 자유를 제한함으로써 관련 시장에서의 경쟁 을 저해하였다는 점이다. 경제분석의 결과 AMD가 인텔의 리베이트를 감안하여 가격 경쟁을 하기 위해서는 PC제조회사들에게 자신의 CPU를 무료로 공급하여도 불가능 할 정도였다.

삼성전자의 경우를 들어 경제분석 과정을 자세히 설명하면 다음과 같다. 삼성전자는 2002년 1/4 분기에 총 구매수량의 3%에 해당하는 10,670개의 AMD CPU를 도입하였다. 그러자 인텔로부터 지급받은 리베이트 금액이 총 구매액의 1.15% 수준인 76만 달러로 급감하였다. 한편, 2002년 4/4 분기를 살펴보면, 삼성전자는 인텔로부터 총 337,000개의 CPU를 구매하고 AMD로부터는 전혀 구매하지 않았다. 이에 따라 삼성전자는 인텔로부터 총 구매액 5천 6백만 달러의 3.6%에 해당하는 2백만 달러의 리베이트를 받았다. 이를 통해 AMD가 삼성전자와 거래하기 위해서 책정해야 하는 CPU 가격수준을 구해 볼 수 있다. 즉 삼성전자가 각 분기 총 구매물량의 3%에 해당하는 물량을 AMD CPU로 구매하게 되면 각 분기 인텔이 제공하는 리베이트 금액은 인텔로부터 구매하는 CPU 총 구매액의 1.15% 수준으로 감소한다고 가정하고 이 감소분을 삼성전자에게 보상해 주기 위해서는 AMD가 CPU 가격을 얼마로 책정해야 하는 지를 구해볼 수 있는 것이다.

삼성전자가 2002년 4/4분기에 총 구매물량인 337,000개의 3%에 해당하는 10,110개의 CPU를 AMD로부터 구매하는 경우 인텔의 리베이트 금액은 기존의 2백만 달러에서 627,693 달러로 1,372,307 달러만큼 감소한다. 이와 같은 리베이트 금액의 감소분은

삼성전자 입장에서 AMD CPU를 10,110개 구매함으로써 부담하게 되는 기회비용이라 할 수 있다. 따라서 삼성전자는 AMD CPU를 구매할 때 순수한 AMD CPU의 가격 이외에 인텔로부터의 리베이트 감소로 인한 기회비용도 추가로 고려하게 된다. 즉 삼성전자가 AMD CPU를 구매할 때 고려하게 되는 CPU 단가는 AMD CPU의 판매 단가와 해당 기회비용인 135.74달러(1,372,307달러/10,110개)를 더한 금액이 되는 것이다.

이와 같은 상황에서 삼성전자가 AMD로부터 CPU를 구매할 유인을 갖기 위해서는 AMD CPU 자체 가격이 4.56달러 이하가 되어야 한다. 삼성전자 입장에서 AMD CPU를 구매하게 되는 경우 발생하는 기회비용인 135.74 달러와 AMD의 판매 단가를 합한 금액이 인텔의 판매 단가인 140.30 달러(2002년 4/4분기 평균)보다 낮아야만 AMD 제품의 구매를 고려할 수 있기 때문이다.

이러한 분석방법을 인텔이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 리베이트를 제공한 2005년 2/4분기까지의 기간에 동일하게 적용해 보면, 아래 표에서 보는 바와 같이 대부분의 기간 동안 AMD가 가격을 현저하게 낮은 수준이거나 음(-)의 가격 수준으로 책정하지 않는다면 삼성전자가 AMD CPU를 구매할 유인이 적다는 것을 쉽게 확인할 수 있다.

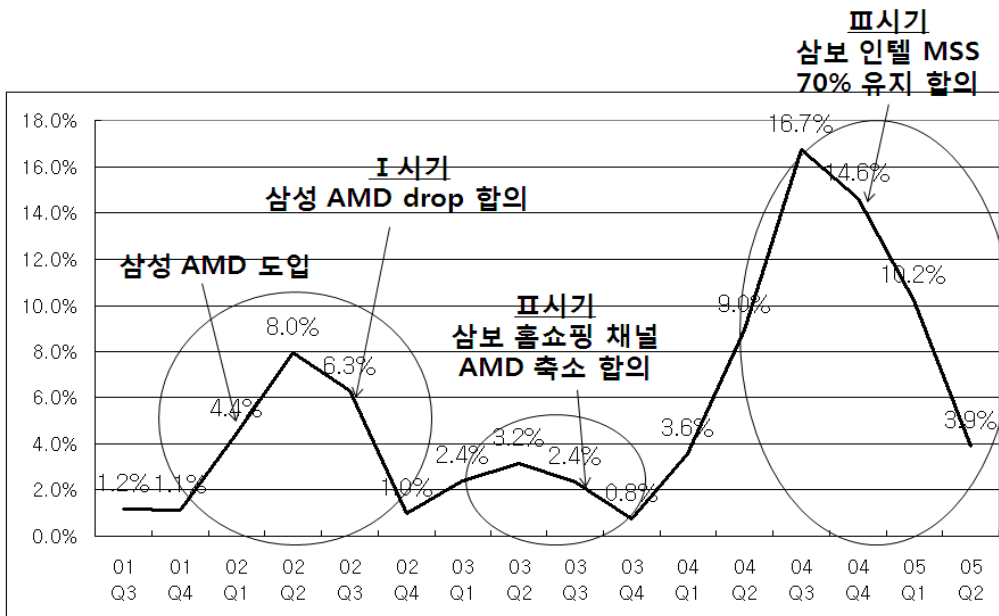
<표 6> AMD의 경쟁가능 가격 분석 (단위: 달러)

| 시 기 | 2002년 | 2003년 | | | | 2004년 |
|----------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|
| | 4/4분기 | 1/4분기 | 2/4분기 | 3/4분기 | 4/4분기 | 1/4분기 |
| 인텔칩 가격 | 140.30 | 151.20 | 170.10 | 178.00 | 172.90 | 163.20 |
| 단위당 기회비용 | 135.74 | 203.30 | 204.13 | 90.57 | 150.99 | 83.04 |
| 경쟁가능 가격 | 4.56 | △52.10 | △34.03 | 87.43 | 21.91 | 80.16 |

| 시 기 | 2004년 | | | 2005년 | | 평균 |
|----------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|
| | 2/4분기 | 3/4분기 | 4/4분기 | 1/4분기 | 2/4분기 | |
| 인텔칩 가격 | 160.20 | 153.50 | 170.00 | 156.10 | 168.20 | 162.15 |
| 단위당 기회비용 | 195.07 | 359.90 | 147.04 | 246.47 | 237.30 | 186.68 |
| 경쟁가능 가격 | △34.87 | △206.4 | 22.96 | △90.37 | △69.10 | △24.53 |

둘째, 실제로 인텔의 경쟁사업자인 AMD의 시장점유율 수준 및 추이를 볼 때 인텔의 행위는 경쟁사업자의 시장점유율을 크게 하락시키는 등 경쟁을 현저하게 제한하였다는 점이다. 구체적으로 경쟁사업자인 AMD의 관련 시장점유율은 아래 그림에서 보는 바와 같이 2000년부터 2006년간 대부분 10%를 넘지 못하고 가장 높았을 때도 17%에 불과하였다. AMD의 시장점유율이 올라가면 인텔은 PC제조회사들에게 새로운 리베이트를 제공하였고, 이에 따라 AMD 점유율은 하락하였다. 그러나 PC 소비자들의 선호가 보다 직접적으로 반영되는 CPU 대리점 채널시장에서는 2000년부터 2005년까지 AMD의 점유율은 계속 상승하여, 2005년 말에는 30%까지 상승하였다.

<그림 1> AMD의 국내 직판채널 시장점유율 추이



4. 의의

1) 로열티 리베이트 최초의 심결

인텔 사건은 시장지배적 사업자의 다양한 남용행위 중 로열티 리베이트 제공행위

가 반경쟁적 행위라고 인정한 공정거래위원회의 최초의 심결이었다는 점에서 의의를 찾아 볼 수 있다. 공정거래위원회는 본 심결을 통하여 로열티 리베이트 제공행위의 위법성 판단기준을 제시하였는데, 리베이트 제공의 목적, 제공의 규모, 기간 및 관련 시장에서의 거래당사자 고착 또는 경쟁사업자의 배제효과 등을 종합적으로 고려하여야 한다는 것을 제시하였고 이러한 기준에 따라 경제분석을 통하여 위법성을 입증하였다.

이 심결은 현재 서울고등법원에 소송이 계류되어 있는데, 로열티 리베이트 관련 최초의 심결이기 때문에 법원의 입장을 현재로서는 예측하기 어렵다. 국제적으로 보더라도 미국은 법원별로 입장의 차이가 있기는 하지만 상대적으로 로열티 리베이트에 대해 관대한 편이고 EU이나 우리나라는 강경한 편이다. 일본은 당해 법위반행위에는 과징금 규정이 없기 때문에 상대적으로 시정조치 수준이 낮을 수밖에 없다. 이러한 점 등을 고려해 볼 때 법원의 판단이 내려질 경우 이 사건은 선례로서 중요한 의미를 지니게 될 것이다.

2) 국제적 비교대상 심결

인텔 사건은 동일 혹은 유사한 행위 사실에 대하여 일본, 한국, EU, 미국 등 각국의 경쟁법 집행에 있어서 동일한 점과 차이점을 비교해 볼 수 있는 비교대상의 심결이라는 점에서 의의가 있다. 일단 국제적인 관심사라는 점 자체가 조사의 큰 계기가 되었다.

일본 공정취인위원회는 인텔 일본 자회사인 인텔재팬이 일본 PC 제조회사들에게 조건부 리베이트를 제공한 것은 일본 독점금지법 제3조 사적독점금지조항 위반으로 보고 2005년 4월 13일 시정권고를 하였다.

또한 EU집행위원회는 인텔이 조건부 리베이트를 제공하고, AMD CPU 장착 제품의 유통을 방해한 행위를 EC조약 제82조 위반으로 보고, 10억 6천만 유로의 과징금을 부과하였다.

미국 연방거래위원회(FTC) 역시 인텔에 대해 동의명령(consent order)을 내렸다. 그 주요내용은 PC 제조사에 대해 인텔로부터만 부품을 구입하거나 경쟁사 제품의 구

입을 중단하는 조건으로 대가를 지급하는 행위를 금지하고 경쟁사로부터 제품을 구입했다는 이유로 대가지급을 중단하는 등의 보복행위를 금지하는 것 등이다.

이후 한국 공정거래위원회도 즉시 인텔의 법위반 여부를 검토하기 시작하였고, 2005년 8월 AMD코리아로부터 2002년 삼성전자의 AMD CPU 취급중단 등이 인텔의 행위에 의한 것이라는 제보를 받았다. 2005년 12월에는 EU 집행위원회를 방문하여 EU의 인텔 조사경험을 벤치마킹하였다. 이러한 철저한 사전준비를 바탕으로 하여 2006년 2월부터 현장조사를 실시하는 등 본격적인 조사에 착수하였다.

각국마다 대상이 되는 행위와 적용법조 및 적용법리가 상이하긴 하지만 공통된 결론은 로열티 리베이트의 지급행위로 인해 경쟁상대방이 경쟁에서 배제되어 시장에서 경쟁이 저해되었다는 점이었다.

[4] 퀄컴 등의 시장지배적지위 남용행위에 대한 건 의결 제2009-281호

이 인 호 (교수, 서울대학교)

본 사건은 공정거래위원회가 2009년 미국의 퀄컴 인코포레이티드(이하 “퀄컴”이라 함)의 로열티 차별과 조건부리베이트 등의 시장지배적지위 남용행위에 대해 시정명령과 함께 2,732억 원의 과징금을 부과한 사건이다.

퀄컴은 CDMA 원천 기술을 보유하고 국내 CDMA 모뎀칩 시장의 99.4%(’08년 기준)를 차지하고 있는 확고한 독점적 사업자로서 1) CDMA 이동통신 기술을 휴대폰 제조사에게 라이선싱하면서 경쟁사의 모뎀칩을 사용하는 경우에는 차별적으로 높은 로열티를 부과하였고 2) 휴대폰 제조사에게 CDMA 모뎀칩/RF칩을 판매하면서 수요량의 대부분을 자신으로부터 구매하는 조건으로 리베이트를 제공하였으며, 3) CDMA 이동통신 기술을 휴대폰 제조사에게 라이선싱 하면서 대상 특허권이 소멸하거나 효력이 없게 된 이후에도 종전 기술 로열티의 50%를 계속 받을 수 있도록 약정하는 등의 행위를 통해 경쟁사업자를 배제하고 독점력을 유지강화하였다.

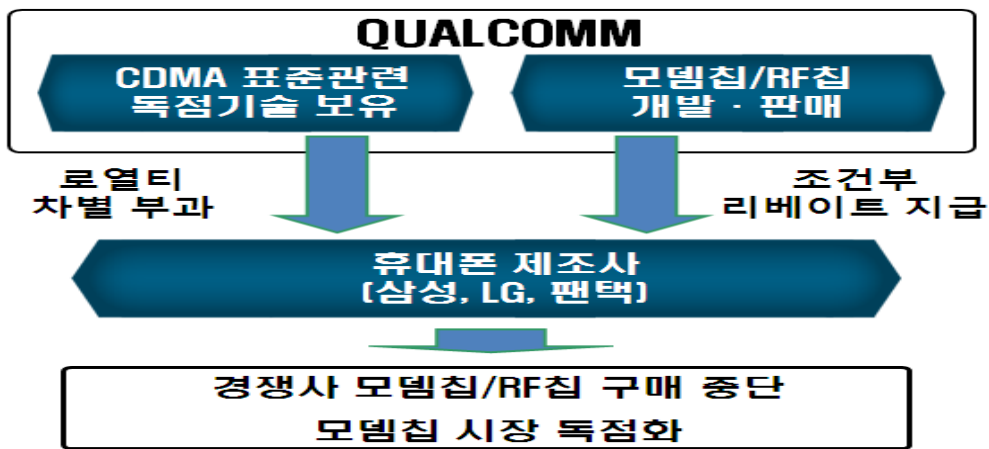
본 사건은 법리적 그리고 경제학적 논리 면에서 매우 복잡한 분석을 필요로 하였다. 특히 본 사건은 최첨단 분야의 기업에 대한 본격적 제재 사례이며 엄밀한 분석, 그리고 심사관 측과 피심인 측의 치열한 토론을 거쳐 얻어진 판결로서 앞으로 발생할 수 있는 첨단 분야에서의 반경쟁 사건에 대한 시사점이 크다고 생각된다.

1. 사건개요

이 사건은 아래 <그림 1>에서 보는 바와 같이 퀄컴이 모뎀칩 및 RF칩 시장에서의 경쟁을 제한한 행위들을 문제 삼은 것이다. 구체적으로는 기술시장에서의 독점적 지위를 이용한 로열티 차별행위, 모뎀칩·RF칩에 대한 조건부 리베이트 제공행위 및 거래상대방과 이동통신 기술 라이선스 계약을 체결하며 이동통신 표준에 포함된 기술 보유자의 지위를 이용하여 거래 상대방에게 불이익한 조건을 설정한 행위가 문제되었다.

<그림 1>

퀄컴 행위의 구조



가. 시장현황

1) 관련시장 개요

CDMA 혹은 GSM 이동통신 관련 시장은 해당 통신 방식을 개발한 원천기술 소유자로부터 시작된다. 현재 CDMA 통신방식 특허의 대부분을 퀄컴 인코포레이티드가 보유하고 있으며, GSM 통신방식의 원천기술은 Nokia·Sony·Ericsson 등의 사업자들이 나누어 보유하고 있다.

위 원천기술 소유자들은 일반적으로 다른 원천기술 소유자, 모뎀칩 제조사, 휴대폰

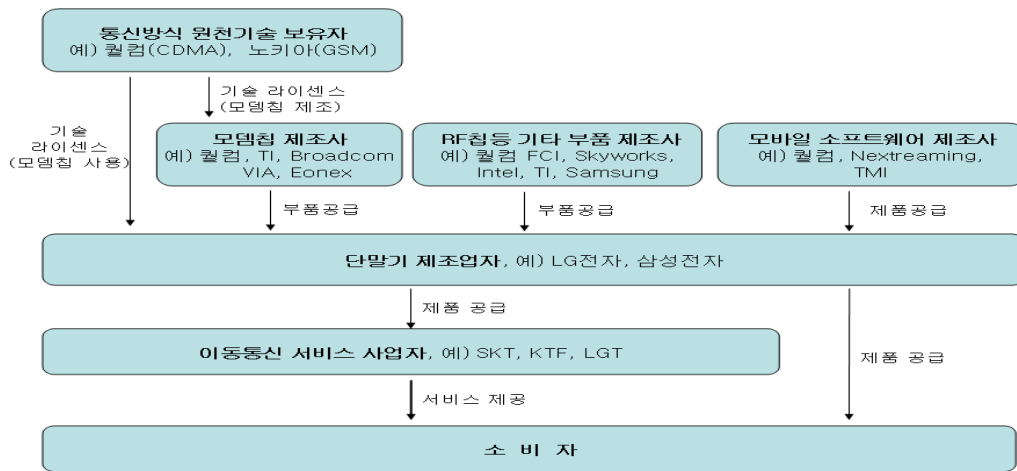
제조사들에게 관련 기술을 라이선스하고 그에 대한 대가로 로열티를 받으며, 필요에 따라 원천기술 소유자끼리 상호 라이선스를 하면서 로열티를 면제 혹은 감경하기도 한다.

모뎀칩 등 휴대폰 부품 제조사들은 원천기술의 소유자로부터 라이선스를 받아 휴대폰에 장착되는 각종 부품을 제작하여 휴대폰 제조사들에게 판매한다. 원천기술 소유자가 직접 휴대폰 부품을 제조하는 경우도 있다.

휴대폰 제조사들은 하드웨어 및 소프트웨어를 조립하여 휴대폰을 제작하고 휴대폰에 체화되는 각각의 특허기술 사용에 대해서는 로열티를 지불한다. 구체적인 로열티 부과방식은 소유자의 특허 정책에 따라 상이하다. 휴대폰 제조사들은 제작한 휴대폰을 이동통신사 또는 소비자에게 판매하고, 이동통신사들은 소비자들에게 무선통신 서비스를 제공하게 된다.

위 과정에 의하여 이동통신 관련시장을 구분하면, <그림 2>에 보듯이 이동통신 원천기술과 관련한 이동통신기술 라이선스 시장, 휴대폰 하드웨어와 관련된 부품시장, 단말기용 소프트웨어 시장, 휴대폰 시장 그리고 이동통신 서비스 시장으로 나눌 수 있다. 또한 기술라이선스 시장 및 휴대폰 부품시장은 각각의 기술 또는 부품 종류에 따라 여러 개의 별도 시장으로 구분된다.

<그림 2> 이동통신 관련 시장의 개요



2) 이동통신 기술 라이선스

이동통신은 일정한 서비스지역 전체에 무선통신이 가능한 네트워크 망의 구축을 전제로 하기 때문에 기지국, 휴대폰, 휴대폰 부품 등의 규모의 경제 및 상호호환성을 위해 일정한 통신방식을 표준으로 설정한다. 또한 한 가지의 통신방식 만을 단일표준으로 선정하기도 하지만, 복수의 통신방식을 선정하기도 한다.

가) 표준 설정의 장·단점

표준 설정이란 일정한 방식을 사전에 정의하여 제품 간 호환성을 확보하기 위한 과정이다. 예를 들어, 전기 플러그의 표준화는 모든 전기제품의 플러그 모양을 통일시킴으로써 소비자들이 제품의 제조사에 관계없이 전기제품을 쉽게 사용할 수 있도록 하는 것이다. 표준은 Windows 컴퓨터 운영체제와 같이 별도의 합의 없이 순수한 경쟁으로 인하여 자연스럽게 형성될 수도 있으며, 관련 산업의 일부 사업자 혹은 사업자 단체들이 임의로 설정하는 경우도 있고, 정부 또는 공공단체가 주도하여 설정하는 경우도 있다.

표준 설정의 장점을 살펴보면, 첫째, 기술 투자 및 해당 기술을 이용한 제품에 대한 구매 위험이 감소한다. 사업자 또는 정부 주도의 표준이나 제품들 사이의 경쟁을 통한 사실상 표준이 설정되기 전까지는 해당 기술 관련 기업들의 투자 및 소비자들의 제품 구매에 대한 불확실성이 존재한다. 특정 기술이 경쟁에서 낙오되는 경우 그 특정 기술에 대한 투자 및 그 기술을 이용한 제품은 쓸모없는 것이 되기 때문이다. 따라서 정부 또는 표준기구 등이 특정 기술을 표준으로 설정한다면 많은 사람들이 그 기술을 사용할 것이 분명하므로 해당 기술에 대한 투자 위험과 해당 기술을 이용한 제품의 구매 위험도 감소한다.

둘째, 네트워크 효과가 큰 산업의 경우 표준 설정으로 많은 사람들이 동일한 기술을 사용하게 됨으로써 해당 기술 및 관련 제품의 생산 규모가 커지게 되어 규모의 경제로 인한 비용 절감의 효과가 발생한다.

셋째, 표준화된 기술을 이용한 하부시장에서는 상호 호환성의 증대로 경쟁이 증가한다. 표준에 부합하는 제품을 생산하는 공급자도 많아지고, 소비자들도 호환성의 확보

로 쉽게 제품을 대체할 수 있으므로 표준화된 기술을 이용한 하부시장에서의 경쟁이 활성화되고, 최종 소비자들은 경쟁 활성화에 따른 가격 인하·제품의 질 향상 등의 혜택을 누릴 수 있게 된다.

그러나 일단 표준이 설정되면 소비자 및 사업자들은 해당 표준에 종속될 가능성이 높아지며, 특히 표준에 특정 기술이 포함되고, 동 기술이 표준의 구현을 위하여 필수적인 경우 이 필수 기술에 대한 특허를 보유한 사업자는 표준 설정 이전보다 더 강력한 거래상 지위를 가지게 된다. 표준이 설정되면 불확실성이 감소하여 해당 표준에 포함된 기술들은 급속도로 전파되는 반면 유사한 기능의 다른 기술들은 쇠퇴하게 되기 때문이다. 다만, 표준의 변경이 용이하여 복수의 표준 간 경쟁이나 후속 표준과의 경쟁이 활발하다면 표준에 포함된 특허기술의 소유자의 지배력은 그만큼 낮아질 수 있다.

나) 표준 설정과 FRAND 조건

통신기술의 표준이 설정되면 그 기술에 대한 특허를 보유한 사업자는 표준 설정 이전에는 없었던 시장지배력을 보유하게 된다. 표준에 포함된 필수기술 특허 보유자가 표준 설정 이후에 시장지배력을 남용하는 것을 방지하기 위하여 표준기구들은 표준화 절차에서 특허기술 보유자에게 특허사항을 공개할 것과 공개된 특허를 공정하게 라이선스할 것 등을 요구한다. 즉, 표준기구들은 특허기술 보유자에게 특허에 대한 권리를 포기하거나 무상으로 사용하도록 할 것을 요구하거나, 특허기술을 합리적이고 비차별적으로 라이선스 하겠다는(RAND : Reasonable and non-discriminatory) 약속서를 제출할 것을 요구한다. 특히 유럽 통신 표준기구(The European Telecommunications Standards Institute, 이하 'ETSI'라 한다)는 RAND 조건에 공정성(Fair) 조건을 덧붙여 Fair, Reasonable, and Non-Discriminatory 조건(이하 'FRAND 조건'이라 한다)을 요구한다. 즉, FRAND 조건이란 표준기구들이 표준에 포함된 필수기술 특허보유자에게 해당 특허기술에 대한 사용권을 공정하고 합리적이며 비차별적으로 제공할 것을 요구하는 것을 말한다.

다) 한국의 통신표준

우리나라는 1993년 퀄컴의 CDMA 방식을 이동통신표준으로 선정하고 1996년 세계 최

초로 CDMA 시스템 상용화에 성공하였다. 당시 GSM표준은 이미 상용화 되었으나 새로운 시장의 개척차원에서 CDMA 방식을 이동통신 표준으로 선정하였고, 퀄컴은 1997년 5월 한국정보통신기술협회(Telecommunication Technology Association of Korea, 이하 'TTA'라 한다)가 국내 800MHz Band 표준을 설정하던 시점에 표준으로 승인된 기술을 합리적이고 비차별적으로 라이선스하겠다는 서면을 TTA에 제출 하였다.

3) 휴대폰 부품

가) CDMA모뎀칩

CDMA 모뎀칩은 휴대폰이 CDMA 방식의 통신을 할 수 있도록 아날로그 신호인 사람의 음성을 디지털 신호로 변조하고 적절한 코드를 부여하여 송·수신될 수 있도록 하거나, 반대로 디지털 신호를 사람이 들을 수 있는 아날로그 신호로 변조하는 기능을 한다.

나) RF(radio¹⁾ frequency)칩

RF는 데이터를 무선으로 보내기 위한 아날로그 신호 처리부분을 의미한다. 특히 휴대폰과 관련하여 RF칩이란 기지국으로부터 전파를 수신하고, 수신한 고주파를 모뎀에서 처리 가능한 저주파대역(기지대역)으로 변조시키거나, 반대로 모뎀에서 처리한 저주파를 기지국 송신을 위해 고주파로 변조시키고 송신하는 기능과 관련된 부품을 의미한다.

RF칩은 기능별로 구분이 되며 퀄컴의 RF칩의 기능별 모델은 아래의 <표 1>과 같다. RF칩은 휴대폰의 통신방식, RF칩의 기능, 처리하는 주파수 대역의 수준 및 GPS지원 여부 등에 따라 다양한 조합이 존재한다. 그러나 무선 통신을 하기 위해서는 기능별로 구분된 RF칩이 최소한 한 개씩 존재하여야 하므로 RF칩에 대한 실제 사용은 조합으로 이루어진다. 다만 LNA 등의 기능이 Rx 제품에 포함되는 경우에는 별도의 LNA는 필요 없게 된다.

1) radio는 무선 전체를 가리키는 말이었으나, 이것이 변천되어 전파에 의한 음성방송과 이것을 수신하는 기기, 즉 수신기를 가리키게 되었다.

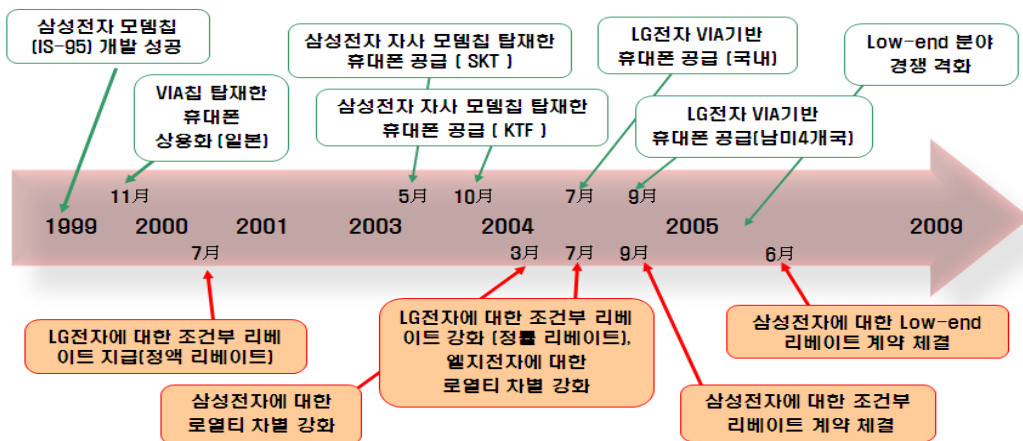
<표 1> RF칩의 구분 및 피심인들의 관련 제품명

| 구분 | 기능 | 퀄컴의 모델명 |
|-----------------|---------------|------------------|
| Receiver(Rx) | 고주파 수신 | RFRxxxx |
| Transmitter(Tx) | 고주파 송신 | RFTxxxx |
| LNA | 잡음 제거 및 신호 증폭 | RFLxxxx |
| IF | 중간 변환 | IFTxxxx, IFRxxxx |

나. 행위사실

우리나라는 1993년 퀄컴의 CDMA 방식을 이동통신표준으로 선정하고 1996년 세계 최초로 CDMA 시스템 상용화에 성공하였다. 그 이후 퀄컴은 CDMA 모뎀칩 시장에서 98% 이상의 점유율을 유지하면서 독점적인 지위를 유지해 왔다. 그러나 아래 <그림 3>에서 나타나는 바와 같이 1999년, 2003년, 2004년경에 경쟁사업자인 삼성전자, VIA, EONEX 등이 CDMA 모뎀칩을 제조·판매하고 휴대폰 제조사들도 퀄컴의 경쟁사업자 모뎀칩을 사용한 휴대폰을 출시하기 시작하자, 퀄컴은 경쟁사업자의 시장 진입을 막기 위하여 로열티 차별, 조건부 리베이트 제공 등을 활용하기 시작하였다. 이러한 퀄컴의 행위는 한국 사업자들이 생산하는 대부분의 CDMA 휴대폰에 퀄컴의 모뎀칩이 사용되게 함으로써 다른 경쟁사업자의 모뎀칩이 휴대폰에 사용되지 못하게 되는 결과를 초래하였다.

<그림 3> 경쟁사업자의 진입과 그에 대한 퀄컴의 행위



1) 로열티의 차별적 부과행위

퀄컴은 CDMA 이동통신 기술을 삼성전자, 엘지전자, 팬택앤큐리텔 등 국내 휴대폰 제조사에게 라이선싱 하면서 경쟁사의 모뎀칩을 사용하는 휴대폰에 대해서는 다음과 같이 여러 가지 방식을 활용하여 차별적으로 높은 로열티를 부과하였다.

2004년 4월부터 현재까지 로열티 금액을 산정할 때 내수용 휴대폰 판매가격에서 퀄컴의 부품(모뎀칩 등)가격만을 공제하여 로열티 기준가격을 낮추었고(부품 가격 공제 방식을 이용한 차별), 퀄컴 모뎀칩을 사용한 경우의 로열티 상한을 낮추어 경쟁사업자의 모뎀칩을 사용한 경우의 로열티 상한과의 차이를 확대하였으며(로열티 상한금액 차이를 통한 차별), 퀄컴 모뎀칩을 사용한 수출용 휴대폰에 대해서 보다 경쟁사 모뎀칩을 사용한 수출용 휴대폰에 대해서는 더 높은 로열티율을 적용하였다(수출용 휴대폰에 대한 로열티 부과율 인하를 통한 차별).

2) 모뎀칩 및 RF칩 구매에 대한 조건부 리베이트 제공행위

퀄컴은 2000년 7월부터 엘지전자, 삼성전자 및 팬택앤큐리텔에 대하여 CDMA2000 방식 모뎀칩 또는 CDMA2000 방식 RF칩 수요량의 대부분을 자신으로부터 구매할 것을 조건으로 리베이트를 제공하였다. 퀄컴은 거래상대방이 자신의 칩셋 수요량 중 퀄컴의 칩셋을 분기별 75% 등 일정 비율 이상으로 구매하는 경우 그 구매비율 또는 구매수량이 증가할수록 더 많은 리베이트를 지급하는 방식으로 리베이트 구조를 설계하였다. 다음의 <표 2>는 퀄컴이 거래상대방에게 부과한 조건부 리베이트의 한 예이다.

<표 2> 국내 A사에 부과한 조건부 리베이트 예시

| CDMA RF칩 분기별 구매비율 | CDMA 모뎀칩 분기별 구매비율 | | |
|----------------------|-------------------|--------|--------|
| | 85% 이상 | 90% 이상 | 95% 이상 |
| 75% 이상 | ×% | ×% | ×% |
| 85% 이상 | ×% | ×% | ×% |
| 95% 이상 | ×% | ×% | ×% |

* 리베이트 조건 및 리베이트 금액은 휴대폰 제조사별로 상이

3) 특허권 소멸이후 로열티 부과행위

퀄컴은 1993년 삼성전자, 엘지전자 등 국내 휴대폰 제조사와 CDMA 특허기술 라이선싱 계약을 체결하며 특허권이 소멸한 뒤에도 현재 부담하는 로열티의 50%를 납부하도록 하는 규정을 포함하였으며, 2004년 WCDMA 특허기술 라이선싱 계약을 체결하면서도 이 규정을 유지하였다.²⁾

다. 공정거래위원회의 심결

공정거래위원회는 2009. 12. 30. 퀄컴의 위와 같은 행위가 각각 공정거래법상 시장 지배적지위 남용행위 중 “다른 사업자의 사업활동 방해행위”(제3조의2 제1항 제3호), 시장지배적지위 남용행위 중 “경쟁사업자 배제행위”(제3조의 제1항 제5호 전단), 그리고 불공정거래행위 중 “거래상 지위 남용행위”(제23조 제1항 제4호)에 모두 위반된다고 판단하였다.

2. 관련 규정

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」

제3조의2 (시장지배적지위의 남용금지)

- ① 시장지배적 사업자는 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.
 - 3. 다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위
 - 5. 부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래하거나 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위
- ② 남용행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정할 수 있다.

제23조 (불공정거래행위의 금지)

- ① 사업자는 다음 각 호의 1에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를

2) 위 각 계약의 대상이 된 특허의 효력은 아직 소멸되지 아니하였으므로 실제 위 조항의 내용이 실행된 적은 없다.

하거나 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니 된다.

4. 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령」

제5조 (남용행위의 유형 또는 기준)

③ 법 제3조의2(시장지배적지위의 남용금지) 제1항 제3호의 규정에 의한 다른 사업자의 사업 활동에 대한 부당한 방해는 직접 또는 간접으로 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 함으로써 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 경우로 한다.

1. 정당한 이유없이 다른 사업자의 생산활동에 필요한 원재료 구매를 방해하는 행위
2. 정상적인 관행에 비추어 과도한 경제상의 이익을 제공하거나 제공할 것을 약속하면서 다른 사업자의 사업활동에 필수적인 인력을 채용하는 행위
3. 정당한 이유없이 다른 사업자의 상품 또는 용역의 생산·공급·판매에 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 거절·중단 하거나 제한하는 행위
4. 제1호 내지 제3호 외의 부당한 방법으로 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위로서 공정거래위원회가 고시하는 행위

⑤ 법 제3조의2(시장지배적지위의 남용금지) 제1항 제5호의 규정에 의한 경쟁사업자를 배제 하기 위한 부당한 거래는 다음 각 호의 1에 해당하는 경우로 한다.

2. 부당하게 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 경우

⑥ 제1항 내지 제5항의 규정에 의한 남용행위의 세부적인 유형 및 기준은 공정거래위원회가 정하여 고시할 수 있다.

제36조 (불공정거래행위의 지정)

① 법 제23조(불공정거래행위의 금지)제2항의 규정에 의한 불공정거래행위의 유형 또는 기준 은 별표1과 같다.

[별표 1] 불공정거래행위의 유형 및 기준

6. 거래상지위의 남용

법 제23조 제1항 제4호에서 “자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위”라 함은 다음 각 목의 1에 해당하는 행위를 말한다.

라. 불이익제공

가목 내지 다목에 해당하는 행위 외의 방법으로 거래상대방에게 불이익이 되도록 거래 조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 주는 행위

「시장지배적지위 남용행위의 심사기준」

IV. 시장지배적지위 남용행위의 세부 유형 및 기준

3. 다른 사업자의 사업활동에 대한 부당한 방해행위(법 제3조의2 제1항 제3호)

직접 또는 간접적으로 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 함으로써 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 경우 (영 제5조 제3항)

라. 이 외에 다음과 같은 행위로서 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위(영 제5조 제3항 제4호)

(2) 거래상대방에게 정상적인 거래관행에 비추어 타당성이 없는 조건을 제시하거나 가격 또는 거래조건을 부당하게 차별하는 행위

5. 경쟁사업자를 배제하기 위한 부당한 거래행위(법 제3조의2 제1항 제5호 전단)

나. 부당하게 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 경우(영 제5조 제5항 제2호) : 이 경우 경쟁사업자의 대체거래선 확보의 용이성, 당해 거래의 목적·기간·대상자 및 당해 업종의 유통관행 등을 종합적으로 고려한다.

「지적재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침」

제3조 (산업재산실시허락계약상의 불공정거래행위 등) 산업재산실시허락계약에 있어서 불공정거래행위 등에 해당하는 사항은 다음 각 호의 1과 같다. 불공정한 경우에 해당하는가의 여부는 그 내용 뿐만 아니라 경쟁에 미치는 효과, 계약기간, 관련시장의 상황 등을 종합적으로 고려하여 결정한다.

9. 특허권 등 권리소멸 후 사용제한

계약기술(제품) 등에 관한 특허권 등의 권리가 소멸된 후 실시권자가 특허권 등을 사용하는 데 대하여 산업재산권자가 실시권자로 하여금 기술료를 내도록 하거나 당해 기술을 사용하지 못하도록 하는 경우

3. 주요 쟁점

본 사안에서는 시장 획정부터 세부적인 법률요건에 이르기까지 다투어지지 않은 쟁점이 없을 만큼 치열한 법학적, 경제학적 공방이 이루어졌다. 이 글에서 모든 쟁점

을 언급하기는 불가능하기 때문에 각각의 행위별로 주요한 쟁점 몇 가지에 대해서만 검토해 보기로 하겠다.

가. 로열티의 차별적 부과행위

퀄컴이 자신의 모뎀칩 사용 여부에 따라 로열티를 차별한 행위는 수직통합 독점사업자의 차별행위로 FRAND 조건³⁾ 준수 약속을 위반한 행위라는 점, 로열티 차별 기간이 장기이고 로열티 차별 정도가 크다는 점 등을 고려할 때 경쟁 제한효과가 발생할 우려가 크며, 나아가 실제로 경쟁을 제한한 것이 인정된다.

1) FRAND 조건 위반과 경쟁제한성

퀄컴은 자신의 CDMA 이동통신 특허기술이 이동통신 표준에 포함되면서 기술시장에서 독점적 지위를 확보한 사업자로서 모뎀칩 제조·판매업을 수직적으로 통합, 운영하고 있다. 즉 상방시장과 하방시장이 수직적으로 통합된 시장의 독점사업자인 퀄컴은 자신의 모뎀칩을 사용했는지 여부에 따라 기술료를 차별적으로 부과함으로써, 휴대폰 사업자의 경쟁사 모뎀칩 구매를 제한하고 경쟁사업자를 배제하였다.

이동통신 산업의 경우 어떠한 이동통신 기술을 사용할 것인지의 문제를 시장의 선택에 맡겨버리게 되면 한정된 전파자원이 여러 부분으로 분산될 뿐만 아니라 하나의 통신망 시스템을 구축하는 데에는 막대한 초기 투자가 필요하기 때문에 극도로 비효율적인 시스템이 될 수밖에 없다. 따라서 대부분의 나라는 하나 또는 두개의 이동통신 기술을 국가 또는 지역의 '표준'으로 선정하여 규모의 경제를 추구하면서, 당해 표준 기술을 이용하는 관련 하방시장의 경쟁을 촉진하도록 하고 있다.

그러나 이러한 '표준'의 선정은 필연적으로 당해 기술시장에서 경쟁을 제한하게 된다. 즉 다수의 이동통신기술 중 특정한 기술을 표준기술로 채택하는 순간, 그 표준기술을 보유한 자는 자동적으로 독점적 지위를 갖게 되는 것이다. 따라서 전 세계 대부

3) 이동통신 기술이 표준으로 설정되면 기술 보유자는 독점력을 갖게 되므로, 각국 표준기구들은 특허기술 보유자가 준 설정으로 획득하게 되는 시장지배력을 남용하는 것을 방지하기 위하여 특허기술 보유자에게 합리적이고 비차별적인 라이선싱 조건(FRAND 조건)을 준수하겠다는 약속을 받는다.

분의 표준화기구는 이 같은 경쟁제한우려를 해소하기 위해 표준에 포함된 특허권자에게 합리적이고 비차별적인 라이선싱 조건(FRAND조건)을 준수하겠다는 약속을 제출하도록 요구하고 있다.

퀄컴 또한 표준설정 당시 FRAND 조건의 준수를 약속하고 그 약속서를 제출하였다. 그럼에도 불구하고, 퀄컴은 자신이 약속한 FRAND 조건을 위반하여, 이동통신 기술 시장에서의 독점적 지위를 하방시장인 모뎀칩 시장과 RF칩 시장에서 독점을 형성, 유지, 강화하는 데 사용하였다.

미국 제3 연방항소법원도 브로드컴과 퀄컴의 소송에서 표준기술보유자의 FRAND 조건 위반은 경쟁법 위반에 해당한다는 점을 판시한 바가 있다. 즉 합의를 통해 사적으로 표준이 지정되는 환경에서 특허권 보유자가 자신의 특허권을 FRAND 조건에 따라 라이선스 하겠다고 약속하였고, 표준설정기구가 이를 믿고 그 기술을 표준기술로 지정하였는데, 그 특허권 보유자가 FRAND 약속을 위반하였다면 이는 반경쟁적 행동이 된다고 판시⁴⁾하였다.

2) 기타 경쟁제한성 판단

또한, 퀄컴은 CDMA 표준기술의 대부분을 보유하고 있으므로 휴대폰 제조사와 모뎀칩 제조사들은 CDMA2000방식 모뎀칩과 휴대폰을 제조·판매하기 위하여 반드시 퀄컴으로부터 기술 사용에 대한 라이선스를 받고 로열티를 지불해야 한다. 이러한 상황에서 퀄컴이 자사 모뎀칩 사용 여부에 따라 로열티를 차별적으로 부과하게 되면, 다른 모뎀칩 제조사들은 퀄컴에게 모뎀칩 제조 판매에 대한 로열티를 지불하는 것에 더하여 휴대폰 제조사들이 비 퀄컴의 모뎀칩을 이용할 때 적용받는 로열티 할인 금액을 감안하여 퀄컴의 제품보다 상당히 낮은 가격으로 모뎀칩을 판매하여야 하므로 가격경쟁력을 확보하기가 어렵다. 특히, 휴대폰은 단위당 마진이 작기 때문에 근소한 가격 차이로도 가격경쟁력을 확보할 수 있고, 특히 신규 후발사업자의 시장 진입 및 확장 통로인 로우엔드(low-end) 모뎀칩 시장은 가격 차이에 민감하게 반응한 것으로 나타났다.

4) Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc., 501 F.3d 297, 314(DC.Cir 2007)

퀄컴의 내수용 휴대폰의 로열티 산정 시 자사의 부품가격만을 공제하는 행위와 수출용 휴대폰의 로열티 부과율을 인하한 행위의 로열티 할인 효과는 휴대폰 한 대당 각각 평균 \$1 정도이나, 이는 퀄컴 스스로도 휴대폰 제조사의 모뎀칩 구매업체 선정에 영향을 미칠 정도로 보고 있는 등 가격경쟁력이 매우 중요한 휴대폰 시장에서 휴대폰 제조사들의 모뎀칩 구매선 결정에 충분히 영향을 미칠 수 있을 정도에 해당한다.

이러한 로열티 차별행위로 모뎀칩 시장에 진입하려던 VIA 등 경쟁사업자의 점유율은 크게 감소되고 결국은 시장에서 배제되는 등 관련 시장에서 경쟁제한적 효과가 실제로 발생하였다. 퀄컴이 로열티 차별행위를 행하기 이전에 국내 휴대폰 제조사들은 VIA와 삼성전자 등 경쟁사 모뎀칩을 일부 사용하기 시작하였으나, 퀄컴의 로열티 차별 행위 이후 휴대폰 제조사의 퀄컴 경쟁사 모뎀칩 사용비율은 급감하였고, 2005년 이후로는 퀄컴의 시장점유율이 거의 100%에 이르고 있다.

따라서 퀄컴의 로열티 차별적 부과행위, 즉 휴대폰 제조사들이 퀄컴의 경쟁사 제품을 사용하는지 여부에 따라 CDMA 로열티를 차별한 행위는, 상방시장인 이동통신 기술시장의 시장지배적 사업자로서 가격 또는 거래조건을 부당하게 차별함으로써 하방시장인 CDMA 모뎀칩 시장에서 다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해한 것이며 (공정거래법 제3조의2 제1항 제3호 다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위 금지 위반), 또한 부당하게 거래상대방에 따라 가격을 차별하는 불공정거래행위 (공정거래법 제23조 제1항 제1호 부당하게 거래의 상대방을 차별하여 취급하는 행위 금지 위반)에 해당한다고 할 것이다.

3) 가격할인 여부

퀄컴은 로열티 차별부과행위가 단일한 시장에서 대등하게 경쟁하는 사업자들 사이에 이루어진 가격경쟁으로, 이는 결과적으로 모뎀칩에 대한 가격할인과 마찬가지로라는 주장을 폈었다. 그렇기 때문에 자신의 가격할인정책은 가격비용테스트를 통해 약탈적 가격을 형성할 경우에 한하여 위법하다고 주장했는데, 이에 대해서는 조건부 리베이트 부분에서 다시 언급하기로 한다.

퀄컴이 특허권을 보유하고 있는 CDMA 기술은 이동통신사업에 참여하는 사업자는

누구나 라이선스 받아야만 하는 이른바 필수설비적인 성격을 가지고 있다. 이처럼 쉘컴의 기술이 필수설비적 성격을 가지게 된 것은 표준설정과정 때문이며, 쉘컴의 기술을 표준기술로 지정한 전제조건은 FRAND 조건에 있었는데, 쉘컴은 이를 위반하여 불공정한 거래조건을 부과하였다.

특정시장의 독점력을 지렛대 삼아 관련 시장의 독점적 지위를 확보하는 데 사용하는 것은 단일 시장의 가격경쟁과는 그 성격이 분명 다르다고 할 것이다. 따라서 수직적으로 통합된 사업자가 상방시장의 독점력을 남용하여 하방시장의 경쟁을 제한한 행위를 단일 시장에서의 단순한 가격경쟁과 동일하게 해석할 수는 없다고 판단된다.

나. 조건부 리베이트 제공행위

1) 조건부 리베이트 규제법리

충성할인 또는 조건부 리베이트의 기본특징은 고객별로 정해진 최소 구입량 등 일정한 요건이 충족될 때 단위 가격을 인하해 주는 것이다. 충성할인은 구매물량이 증가함에 따라서 단위가격이 하락하는 전통적인 형태의 대량 구매할인과 다음 몇 가지 점에서 차이가 있을 수 있다. (i) 할인의 임계조건이 고객별로 다를 수 있다. (ii) 최소 구입 요구조건은 정해진 일정기간 동안의 구매물량이 될 수도 있지만 구매점유율 - 즉 고객의 총구매에서 당해 공급자로부터의 구매가 차지하는 비율이 될 수도 있다. (iii) 할인이 전체 구매량에 적용된다. 즉 고객이 최소구입 요건을 충족시키면, 추가적 구매량뿐만 아니라 전체 구매량에 대해서, 즉 이전의 구매량에 대해서도 소급적으로 적용된다.⁵⁾

가) 미국법원의 판례 및 U.S. AMC(2007)의 충성할인에 대한 위법성 판단기준⁶⁾

미국 법원 판례로서 단일제품에 대한 충성할인의 경우로는 Barry Wright v. ITT Grinnel(1983), Brooke Group v. Brown & Williamson(1993), Concord Boat v.

5) 전성훈(2007.10.), 컨버전스 시대의 경쟁정책적 시사점, 산업조직학회 추계정책 세미나

6) 전성훈, 상계논문

Brunswick(2000) 등이 있다. 미국 법원은 할인가격이 비용을 상회하는 경우 안전항 검증을 통과하는 것으로 간주하여, 이들 사례에서의 가격할인을 친소비자적 형태의 가격차별로 인정하였다. 여기서 중요한 점은 단일 제품에 대한 충성할인의 경우는 일반적인 약탈적 가격의 경우와 동일한 안전항 검증을 적용하고 있다는 것이다.

복수제품에 관련된 충성할인 사례로는 SmithKline v. Eli Lilly (1978), Orth v. Abbot (1995), Virgin Atlantic v. British Airways (2000), LePage's v. 3M (2003) 등이 있다. 주목할 만한 점은 미국 법원이 단일 제품관련 충성할인의 경우에 적용된 Brooke 판례의 비용 상회 안전항을 복수의 제품의 경우에는 적용하지 않았다는 것이다. 즉 복수 제품에 걸쳐있는 충성할인의 경우에는 비용을 상회하는 할인가격의 경우도 반경쟁적 효과를 가질 수 있고, 위법성을 인정할 수 있다고 보았다. 그리고 실제로 SmithKline과 LePage's 사건에서는 원고가 승소하였다. 나머지 사례들에서 법원이 원고 패소 판결을 내린 이유는 원고 측의 주장이 “실제 시장현실(actual market realities)”에 입각하지 않았다고 판단하였기 때문이다.

복수제품 사례 중 LePage's 사례는 가장 최근 것이면서 논란이 많은데, 이 사건에서 항소법원(Third Circuit Court)의 원고 승소 판결에 대해서는 아직도 논란이 진행 중이다. 이 사례는 Brooke 판례 이래 인정된 가격할인의 위법성 판단기준으로서의 안전항 검증을 무시한 것을 차치하고라도, 경쟁 손상에 대한 불충분한 증거와 명료하지 않은 논리에 의거했다는 비난을 받고 있다. 특히, U. S. AMC(2007)는 LePage's 사건에서의 항소법원의 판결을 특별히 언급하면서 결합판매에 대한 분명한 판단기준의 부재가 친경쟁적 혹은 경쟁중립적 행동을 위축시켜서 소비자후생을 사실상 손상시킬 수 있음을 우려하였다. 그에 따라서 AMC 위원회는 결합제품에 대한 할인의 경쟁 배제적 위법성의 판정기준으로 3부 검증 방법⁷⁾을 제안하였다. 위 3부 검증 방법 중의 제1부의 안전항 검증은 AMC위원들 사이에서도 논란이 있었던 것으로 앞으로 평가 기준으로 자리 잡기 위해서는 앞으로 많은 논의를 거쳐야 할 것으로 보인다.

7) (i) 결합제품 전체에 귀속될 수 있는 모든 할인과 리베이트를 경쟁적 제품에 배분한 후 경쟁적 제품의 할인 가격을 따져보았을 때, 피고는 경쟁적 제품을 경쟁제품에 대한 증분비용 아래의 가격에서 판매하였다. (ii) 피고는 그 단기 손실을 회수할 개연성이 있다. (iii) 결합판매 혹은 리베이트 프로그램은 경쟁에 부정적 효과를 미쳐왔거나 미칠 개연성이 있다.

나) DOJ 및 FTC 판단기준⁸⁾

DOJ는 2008년 9월 single firm report에서 배타조건부 거래에 대하여 배타 조건부 거래가 해당 사업자에게 독점권을 유지할 수 있는지에 초점을 두고 있으며, 만약 그렇다면 그로 인한 폐해가 그로 인한 소비자 이익에 비해 상당히 커야만 이를 제제할 수 있다고 하고 있으며, 시장점유율 30% 미만이면 안전항이라고 하였다. 결합할인에 대해서도 유사한 입장인데, 결합할인으로 인하여 경쟁자가 실제로 퇴출되었거나 퇴출이 임박한지와, 결합할인으로 인한 폐해와 이익간의 상당한 불균형을 요구하고 있다. 단일 상품에 대한 충성할인(loyalty rebate)에 대해서는 경쟁 가능량(contestability) 개념 또는 효율적인 규모(efficient scale)의 측정에 회의를 제기하면서 결국은 약탈적 가격(predatory pricing) 분석에 대한 접근방법을 취해야 한다고 하였다.

이와 같은 DOJ의 견해에 대해 FTC 위원 Harbour, Leibowitz, Rosch는 가격-비용 안전항과 경쟁자의 시장퇴출에 대한 강조는 독점기업으로 하여금 경쟁자가 최소한의 생산 점유율(the minimum viable scale)을 얻는 것을 방해하여, 독점기업의 독점력 남용이 견제되지 않게 된다고 강력하게 비판하였다. 이후 DOJ는 2009년 5월 동 리포트를 철회하였다.

다) EC의 판단기준⁹⁾

EC가 배타조건부 거래를 문제삼는 경우는 (i) 경쟁사업자들이 개별 고객들의 수요 전체를 충족시킬 수 없어 (ii) 배타조건부 거래가 중대한 경쟁상의 제약이 되는 경우이다. 특히, 배타조건부 거래가 상당히 장기간 진행되거나 지배적 사업자가 개별고객들의 필수 거래처인 경우가 이에 해당된다.

조건부 리베이트와 관련하여서도 조건부 리베이트가 경쟁사업자를 봉쇄(foreclose)하는가에 초점을 두는데, 조건부 리베이트는 개별 고객들의 필수구매부분(non-contestable portion)을 이용하여 경쟁이 가능한 부분(contestable portion)의 가격을 낮추는 방법이라고 보고 있다. 따라서 이에 대한 EC의 분석 방법은 (i) 경쟁이

8) Brian Sher, (2009), "Leveraging Non-Contestability: Exclusive Dealing and Rebates under the Commission's Article 82 Guidance", Global Competitive Policy

9) Brian Sher, ibid

가능한 부분을 측정하고, (ii) 모든 할인을 경쟁이 가능한 부분에 배분하여 유효가격을 산정한 다음 (iii) 효율적인 경쟁자가 그 가격에 경쟁할 수 있는가를 보게 된다. 유효가격이 지배적기업의 장기 증분비용보다 일관적으로 높으면 동등하게 효율적인 경쟁자는 수익을 얻으면서 그 리베이트에 경쟁할 수 있다고 본다.

2) 주요 쟁점

가) 가격 - 비용 분석

본 사건에서는 조건부 리베이트의 위법성 판단과 관련하여 가격-비용 분석의 필요성부터 가격-비용 분석의 방법까지 모든 부분에 있어 쟁점이 되었다. 특히 미국의 single firm report처럼 약탈가격설정을 하여야 하는지 혹은 EC의 유효가격 분석을 하여야 하는지부터, EC의 유효가격분석을 하는 경우에도 성장가능점유율(CVS, commercially viable segment), 각 제품의 비용배분, 효율적인 경쟁 사업자의 정의까지 거의 모든 것이 쟁점이 되었다. 이와 같은 사항은 앞으로 소송에서도 많은 쟁점이 될 것으로 보인다.

(1) 가격 - 비용 분석의 필요성

앞에서 살펴보았듯이 미국 법원의 경우 비용 상회 안전항을 복수의 제품에 적용하지 않은 반면, DOJ는 약탈적 가격 분석에 대한 접근방법을 취해야 한다고 리포트를 내었다가 철회하였고, 미 FTC 위원들은 DOJ의 최초견해에 대해 강력하게 비난하였다.

EC의 경우에도 guidance에서 가격기반 배제행위에 대해서는 가격-비용 분석을 하여 지배적 사업자가 원가이하로 가격을 책정하였는지 여부를 판단한다(§24).¹⁰⁾ 다만, 위와 같은 분석결과 지배적 사업자의 가격 책정행위가 효과적인 경쟁과 소비자에게 악영향을 주지 않는 것이 명백할 경우에는 개입하지 않지만, 효율적인 경쟁자를 봉쇄할 가능성이 있는 경우에는 지배적사업자의 지위, 관련시장 조건, 경쟁자의 지위, 남용행위의 범위, 실제 봉쇄와 관련된 증거, 배제 전략의 직접적인 증거 등의 일반적인

10) Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings 24조

평가에 통합하여 평가한다(§26).¹¹⁾

이와 같은 각국의 사례에 비추어 볼 때, 조건부 리베이트에 대한 가격-비용 분석은 약탈가격 분석과 같이 비용 이하로 가격이 설정되었는지 여부에 대한 분석이 아니라, 가격-비용 분석결과 효율적 사업자의 배제효과가 없다는 것이 명백한가에 대한 안전항 검증에 가깝다고 할 수 있다. 가격비용 테스트를 탄생시킨 미국에서조차 이를 가격할인의 경쟁 제한적 효과를 판가름하는 절대적 기준이 아니라 보조적 수단으로 간주하고 있는 점을 되새겨 볼 필요가 있다.

(2) 가격 - 비용 분석 방법

가격-비용분석이 숫자로 계산되어 나오기 때문에 객관적으로 보이기 는 하나 최종 숫자를 얻기 위해서는 연구개발비와 같은 공통비용을 인위적으로 배분하여야 하고, 학문적 개념인 성장가능점유율을 계산해야 하며, 효율적인 경쟁사업자에 대해서는 일치된 견해가 이루어져야 하므로 분석결과 못지않게 분석방법 하나하나에 대한 검토가 필요한 것으로 보인다.

다만, 퀄컴의 모뎀칩 및 RF는 휴대폰 제조사의 필수 아이템이며, 경쟁제품의 진입 당시 경쟁자들은 고사양 제품까지 공급하기는 어려웠으며, 새로운 휴대폰을 제작하고 출시하기 까지는 상당한 시간이 소요되고, 휴대폰시장은 여러 제품을 출시한 후에 고객반응이 좋은 제품을 반복해서 생산·판매하여 million seller를 출시하여야 수익을 보는 시장이므로 휴대폰제조사들이 상품구성을 쉽게 전환하기 어려우므로 성장가능 점유율이 크지는 않을 것으로 보인다.

또한 모뎀칩 및 RF등 무선사업은 연구개발비가 생산비용의 거의 전부를 차지하므로 연구개발비의 배분이 매우 중요할 텐데, 퀄컴은 CDMA기술의 상용화를 위해 1980년대 후반부터 투자를 하였으며 이러한 투자는 결국 1996년대 이후 CDMA기술의 상용화 및 CDMA 모뎀칩의 판매로 회수되는 것이므로 위와 같은 연구개발비의 적절한 배분이 필요할 것으로 보인다.

아울러 규모의 경제를 이미 누리고 있는 지배적 사업자와 이제 시장에 막 진입한

11) 위 10 Guidance 26조

사업자를 동등한 경쟁상대로 볼 수 있는지에 대해서도 어느 정도의 합의가 이루어져야만 가격-비용 분석이 의미 있을 것으로 보인다.

나) 경쟁사업자 배제의도

포스코 판결에서 시장지배적 사업자의 거래거절과 관련하여 경쟁제한의 의도가 입증되어야 한다고 판시한 이후, 시장지배적 사업자의 모든 남용행위에 있어 위와 같은 의도가 입증되어야 하는가가 문제되었는데, 농협중앙회의 시장지배적지위 남용행위 관련 판결에서 대법원은 배타조건부 거래행위는 그 성격상 행위 자체에 경쟁제한의 목적이 포함되어 있다고 볼 수 있는 경우가 많을 것이라고 판시하였으므로 이 부분은 다소 명확해진 것으로 보인다.

다만, 쉘컴의 각종 내부 자료를 살펴보면 쉘컴이 경쟁사업자를 배제할 의도를 가지고 거래상대방과 리베이트 계약을 체결하였음을 알 수 있다. 쉘컴 내부의 각종 전략 자료에 따르면, 쉘컴이 자신의 거래상대방인 휴대폰 제조사에 대한 리베이트 제공 목적은 VIA 등 다른 경쟁사업자를 막기 위한 것이라고 스스로 밝히고 있다. 또한 그 밖에도 거래상대방에게 제공된 리베이트 구조나 리베이트 제공 시기 등을 통해서도 쉘컴의 경쟁사업자 배제 의도는 충분히 나타났다고 할 수 있다.

다) 배타조건부 거래인지 여부

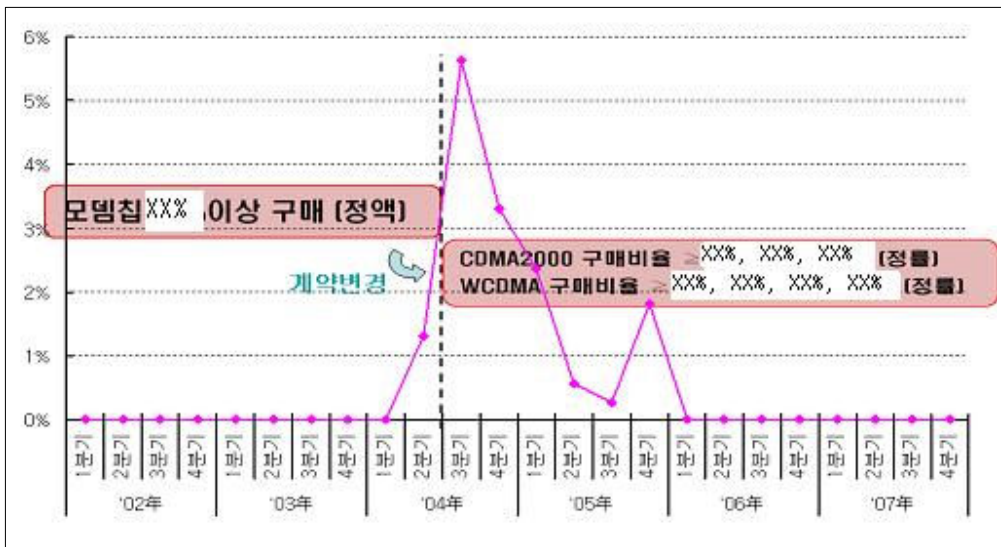
쉘컴이 제공한 조건부 리베이트는 Intel의 경우와는 달리 100% 구매를 조건으로 하고 있지 않고, 75%, 85%, 95%의 단계적인 리베이트 구조를 가지고 있어서 이것이 공정거래법이 규제하고 있는 배타조건부 거래에 해당되는지에 대해 논란이 되었다.

이에 대해서는 배타조건부거래를 100% 구매조건으로 하는 경우만으로 한정한다면 경쟁사업자의 봉쇄행위를 금지하고자 하는 공정거래법의 입법목적은 달성할 수 없고, 리베이트 지급기준 및 지급규모가 거래상대방에 따라 다르게 설정되어 있고, 리베이트 계약의 도입 시기 또한 경쟁사업자의 진입시기와 관련되어 있음을 감안할 때, 이와 같은 리베이트가 구체적 효율성 증진을 위한 것이라기보다는 경쟁사업자의 진입 저지와 관련된 배타조건부 거래에 해당된다고 판단하였다.

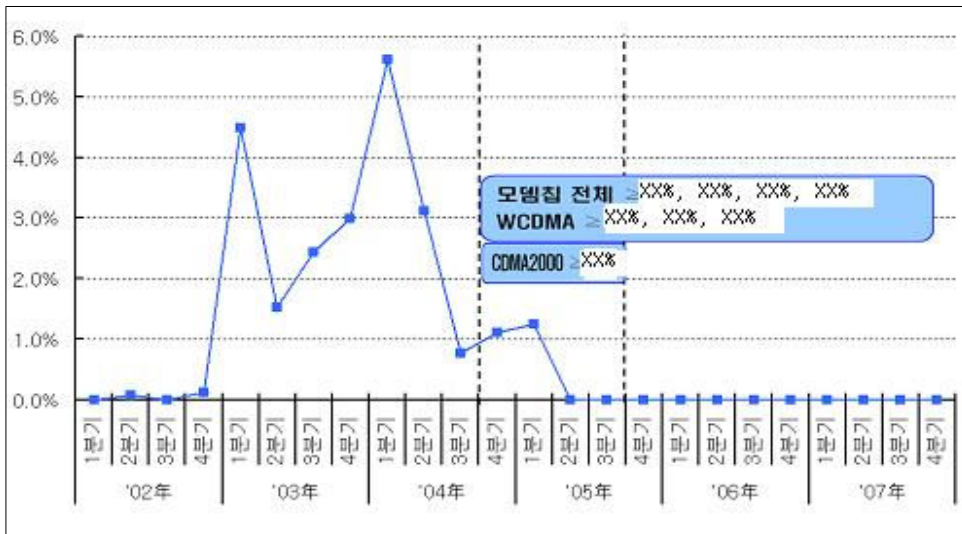
라) 경쟁사업자의 배제 우려

퀄컴의 리베이트 제공이후 실제 경쟁제한 효과가 발생하였는데, 이는 리베이트 제공에 따른 거래상대방의 경쟁사업자 칩 사용비율 변화추이를 살펴보면 알 수 있다. 공정위 의결서에 나타난 대표적 그래프를 보면, 리베이트 제공기간 동안 경쟁사업자 칩의 사용율이 6% 미만이었으며, 특히 리베이트 구조를 변경한 이후에는 경쟁사업자 칩의 사용율이 0%대로 떨어진 것을 확인할 수 있다.

<그림 4> 리베이트 지급과 A전자의 경쟁사업자 칩 사용비율 변화 추이



<그림 5> 리베이트 지급과 B전자의 경쟁사업자 칩 사용비율 변화 추이



다. 특허권 소멸 이후 로열티 부과행위

특허기술의 독점적 실시권을 무제한으로 인정할 경우 새로운 기술 개발을 저해할 수 있으므로 특허권은 일정기간 동안만 인정된다. 따라서 특허권의 효력이 소멸하면 더 이상 권리를 행사할 수 없음에도 불구하고, 퀄컴은 특허권이 소멸한 경우에도 로열티를 계속 부과하는 규정을 두었는데 이는 표준설정에 의해 확보한 기술시장에서의 독점력을 바탕으로, 거래상대방에게 불이익한 거래조건을 설정한 것으로 볼 수 있다.

퀄컴은 위 조항이 실제 실행된 적이 없고 장래에 실행된 가능성도 없으므로 불이익하지 않다고 주장하였으나, 거래상대방에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정하는 행위 자체도 바로 거래상 지위 남용행위가 될 수 있는 것이다. 따라서 공정위는 퀄컴의 동 행위를 공정거래법 제23조 제1항 제4호의 ‘자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위’로 보아 위법하다고 판단하였다.

4. 의의

가. 표준에 포함된 독점적 지위를 남용한 사례에 대한 첫 제재

본 사안은 이동통신 표준에 채택됨으로써 획득한 독점적 지위를 이용하여 여러 하방시장의 경쟁을 제한한 거대 다국적 기업인 퀄컴에 대하여 세계 최초로 시정 조치한 사례이다. 이는 표준설정에 있어서 FRAND 조건과 경쟁법과의 관계, 수직으로 통합된 사업자의 가격차별 행위 등이 하방시장에서 어떠한 경쟁제한효과를 가져올 수 있는지 등에 대하여 선도적으로 의미있는 결론을 이끌어내었다고 할 것이다.

나. 최첨단 분야에 있어 다국적 기업에 대한 제재

본 사건은 2005년 MS건, 2008년 인텔건에 이어 최첨단 IT 분야 다국적기업의 국내 시장에서의 경쟁제한적 행위에 대하여 공정위가 제재한 사건이다. 내용적으로 보더라도 MS건과 인텔건의 종합판이라고 할 수 있을 만큼 사건 내용이 복잡·방대할 뿐 아니라 고도의 경제 분석과 법리 검토가 필요하여 심사관도 3년이 넘는 기간 동안 조사 및 분석 작업을 거쳤다. 2009년 2월 17일 심사보고서를 상정하고 3개월이 넘는 기간 동안 퀄컴에게 의견제출 기회를 부여한 후, 심결 단계에서도 6회에 걸친 전원회의를 개최하면서 다투지 않은 쟁점이 없을 만큼 양측의 치열한 공방을 거친 바 있다. 또한 위원회는 본 사건에 지난 2007년 대법원의 포스코 판결에서 실시된 시장지배적 사업자 행위의 경쟁제한성 여부 판단기준을 적용하여 치밀하게 판단한 것으로 생각된다.

다. 단일사업자에 대한 사상 최대의 과징금

공정위는 퀄컴의 각종 경쟁제한적 행위에 대하여 단일사업자에 대한 사상 최대의 과징금인 2762억 원을 부과함으로써, 거대 다국적기업도 엄정한 법집행 대상에서 예외가 되지 않는다는 것을 재확인하였다. 이번 제재를 통하여 국내 모뎀칩 및 RF칩 시장에서 퀄컴의 행위에 의하여 봉쇄되었던 경쟁사업자들의 진입이 촉진되어 제품이 좀 더 다양해지고 가격경쟁도 치열해질 것으로 기대되며, 휴대폰 제조사의 경우에는 구입단가 인하 및 부품선택의 다양성 확대를 통하여 세계시장 변화에 대처하는 능력이 향상될 것으로 기대된다.

기업결합 제한규정 위반행위

[5] 현대자동차의 기아자동차 인수에 대한 건

의결 제99-43호

정 재 훈, 정 진 환 (변호사, 김&장 법률사무소)

기업결합심사와 관련하여 공정거래위원회가 관련시장에서 경쟁제한성이 문제될 수 있음에도 불구하고 해당 기업결합으로 인한 경쟁제한효과보다 효율성 증대효과가 크다는 이유로 기업결합을 승인한 사례는 많지 않았기 때문에, 어떠한 요건 하에서 효율성 증대효과가 인정될 수 있는지를 판단하기는 상당히 어려운 것이 현실이다. 그렇기에 이 사건은 기업결합에 있어 효율성 증대효과를 이유로 공정거래위원회가 기업결합을 승인한 대표적인 사례로서 그 의의가 매우 크다고 하겠다. 이 심결은 앞으로 당해 기업결합에 따른 경쟁제한효과에도 불구하고 당사자가 효율성 증대효과를 입증함으로써 공정거래위원회의 승인을 받을 수 있는 일응의 기준을 제시해 주는 선례로서 기능하게 될 것이다.

이 사건에서는 ① 자동차 산업에 있어 관련시장을 어떻게 확정해야 하는지 여부, ② 효율성 증대효과의 발생 여부, ③ 부실기업 항변의 성립 여부 등이 중요한 법적 쟁점이 되었다.

이 심결을 통하여 공정거래위원회는 자동차 산업에서의 관련시장의 확정, 경쟁제한성의 판단, 효율성 항변의 판단 및 도산기업 항변에 대한 판단에 관하여 기본적인 판단기준을 제시하였다. 현행 기업결합심사기준 또한 기업결합제한의 예외로서 효율성 증대효과 및 부실기업의 항변을 인정하고 있으므로, 이 심결에서의 공정거래위원회의 판단기준은 앞으로도 선례로서의 가치를 유지할 것으로 예상된다.

1. 사건개요

가. 시장현황

이 사건 기업결합 당시인 1998년도 국내 자동차 시장규모는 총 78만대로서 현대자동차 주식회사(현대정공주식회사를 포함하며, 이하 “현대자동차”라 한다)와 대우자동차 주식회사(대우중공업 주식회사 및 쌍용자동차 주식회사를 포함하며, 이하 “대우자동차”라 한다) 및 기아자동차 주식회사(아시아자동차공업 주식회사를 포함하며, 이하 “기아자동차”라 한다) 등 3개사가 지배하는 과점적 시장구조를 가지고 있었다.

국내자동차 시장은 1997년 이후 생산시설의 확장, 수요감소로 인하여 자동차산업의 가동율은 매우 낮은 수준이었고, 1998년 가동율은 47.3%에 불과했으며, 2002년까지 1996년 수준으로 내수가 회복되기 어려울 것으로 전망되었다. 다만, 선진국에 비해 국내 자동차 보급률이 낮은 수준이었기 때문에 향후 경제상황이 호전되면 수요의 증대가 예상되었다.

한편, 세계 자동차 시장상황을 보면, 1998년도 세계 자동차 시장규모는 5,200만대 수준이었고, 향후 연 평균 3% 정도의 수요증가율을 보여 2000년 5,300만대, 2002년 5,700만대 수준으로 증가할 것으로 예상되었으나, 세계적으로 공급 초과상태를 보이고 있어 업체 간 경쟁은 치열해 질 것으로 전망되고 있었다.¹⁾

나. 행위사실

1999년 1월 당시 현대그룹의 4개 계열회사들(현대자동차, 현대산업개발, 인천제철, 현대할부금융)이 기아자동차와 아시아자동차공업의 지분 51%에 해당하는 신주를 인수하기로 하고 공정거래위원회에 경쟁제한성여부에 대한 사전심사를 의뢰하였다. 1997년 말 경제위기 직후 부실기업 처리과정에서 현대자동차 등은 법정관리 하에 있던 기아자동차를 매각하기 위한 국제경쟁입찰에 참여하여 두 번의 유찰 끝에 1998년 10월에 낙찰자로 선정되었고, 같은 해 12월에 주식인수계약을 체결하였다. 현대그룹

1) 시장현황은 이 사건 공정거래위원회 의결서(제99-43호)의 내용을 발췌·인용하였다.

의 계열사들은 공정거래위원회에 기업결합심사가 끝나기 전인 1999년 3월에 기아자동차의 지분 51%에 해당하는 신주를 인수하였다.

다. 공정거래위원회 심결

공정거래위원회는 이 사건 기업결합에 있어 관련시장은 승용차, 버스, 트럭 등을 구분된 시장으로 보아야 한다고 하면서, 승용차시장과 버스시장의 경우 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 “법”이라 한다)에 따라 경쟁제한성이 추정되지만 다른 사업자의 시장점유율에 비추어 보았을 때 기업결합당사회사가 이들 시장에서 완전한 지배력을 행사할 수 있다고 볼 수 없고, 승용차 및 버스는 수출비중이 높으며 해외시장에서의 활발한 경쟁으로 인해 국내시장에서 가격인상을 억제하는 효과를 가지고 있을 뿐만 아니라 이 사건 기업결합에 따른 산업합리화 효과 및 국제경쟁력 강화효과가 경쟁제한의 폐해보다 더욱 크다는 점을 인정하여 법 제7조 제1항 단서에 의한 기업결합의 예외를 인정하였다.

그러나, 트럭시장의 경우 공정거래위원회는 이 사건 기업결합으로 인해 기업결합당사회사의 시장점유율이 94.6%(특히 적재량 1톤 이상 5톤 이하 트럭의 경우 99.7%)로 증가하여 향후 트럭시장에서 완전 독점이 가능할 뿐만 아니라, 트럭시장의 경우에는 이 사건 기업결합에 따른 산업합리화 효과 및 국제경쟁력 강화효과가 경쟁제한의 폐해보다 크다고 볼 수 없다는 이유로 기업결합제한의 예외를 인정하지 아니하고 이 사건 기업결합에 따른 독과점의 폐해를 시정할 수 있는 보완조치로서 1999. 4. 1.부터 2002. 3. 31.까지 현대자동차 및 기아자동차가 생산·판매하는 적재량 1톤 이상 5톤 이하의 화물운송용 차량의 국내가격 인상률을 현대자동차 및 기아자동차가 외국에 수출하는 동일규격 차량의 외화표시 가격인상률 이하로 유지하라는 시정명령을 부과하고, 그 이행내역을 공정거래위원회에 보고하도록 하였다.²⁾

2) 공정거래위원회가 트럭 시장에 있어 기업결합제한규정의 위반에 대한 시정조치로서 매각명령이 아닌 장차의 가격인상과 인상률에 대한 포괄적 통제조치를 취한 것은 현명한 선택일 뿐만 아니라 공정거래위원회가 향후 법 위반행위에 대한 시정조치에 있어 보다 다양하고 탄력적인 행정적 구제수단을 더욱 많이 활용하여 법의 취지와 금지청구의 실질을 충분히 거둘 수 있기를 희망한다는 긍정적 평가가 있다(정호열, “공정거래법 심결 사례 해설 및 평석 - 현대자동차(주)와 기아자동차의 기업결합사건”, 공정경쟁 제46호, 제50면).

2. 관련규정 및 제도

가. 기업결합제한 관련 규정

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 3)

제7조 (기업결합의 제한) ① 누구든지 직접 또는 대통령령이 정하는 특수한 관계에 있는 자 (이하 특수관계인"이라 한다)를 통하여 다음 각호의 1에 해당하는 행위(이하 "기업결합"이라 한다)로서 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위를 하여서는 아니된다. 다만, 산업합리화 또는 국제경쟁력의 강화를 위한 것으로서 대통령령이 정하는 요건에 해당한다고 공정거래위원회가 인정하는 기업결합에 대하여는 그러하지 아니하다.

1. 다른 회사의 주식(지분을 포함한다. 이하 같다)의 취득 또는 소유
2. ~ 5. (생략)

②제1항 단서의 규정에 의하여 공정거래위원회가 산업합리화 또는 국제경쟁력의 강화를 위하여 기업결합을 인정하고자 할 때에는 미리 주무부장관과 협의하여야 한다. 이 경우에 산업합리화 또는 국제경쟁력의 강화에 관한 입증은 당해 사업자가 하여야 한다.

위 규정은 이 사건 시정조치 당시의 것으로서, 현행 규정과는 다소 차이가 있다. 현행 법 제7조는 경쟁을 실질적으로 제한하는 기업결합을 원칙적으로 금지하되(제1항), 다만 ① 당해 기업결합 외의 방법으로는 달성하기 어려운 효율성 증대효과가 경쟁제한으로 인한 피해보다 큰 경우, ② 상당기간 대차대조표상의 자본총계가 납입자본금보다 작은 상태에 있는 등 회생이 불가한 회사와의 기업결합으로서 대통령령이 정하는 요건에 해당하는 경우에 한하여 예외적으로 기업결합을 허용하고, 그 입증책임은 기업결합당사자에게 있는 것으로 규정하고 있다(법 제7조 제2항 단서). 법은 이와 같이 경쟁제한적인 기업결합에 대한 항변으로 효율성 항변과 부실기업의 항변(또는 도산기업의 항변)을 인정하고 있으나 그 내용이나 구체적인 판단기준에 대해서는 시행령 제12조의4에서 일부 규정하고 있는 외에는 별다른 규정이 없고,4) 기업결합심사기

3) 1999. 2. 5. 법률 제5813호로 일부개정되기 전의 것

4) 시행령 제12조의4는 부실기업의 항변의 요건으로 (i) 기업결합을 하지 아니하는 경우 회사의 생산설비 등이 당해시장에서 계속 활용되기 어려운 경우, (ii) 당해 기업결합보다 경쟁제한성이 적은 다른 기업결합이 이루어지기 어려운 경우를 규정하고 있다.

준(이하 “심사기준”이라 한다)에서 보다 구체적인 판단기준을 규정하고 있다. 이하에서는 이 사건 기업결합심사에 있어 공정거래위원회가 인정한 효율성의 항변과 부실기업의 항변에 관한 현행 심사기준의 내용을 차례로 살펴본 후, 기업결합제한의 예외사유의 하나인 효율성 항변에 대한 각국의 제도를 살펴보기로 한다.

나. 심사기준상 기업결합에 대한 항변의 주요 내용⁵⁾

1) 효율성 증대항변

법 제7조 제2항 제1호의 규정에서 당해 기업결합 외의 방법으로 달성하기 어려운 효율성 증대효과가 경쟁제한으로 인한 피해보다 크다는 점을 당해 사업자가 입증하는 경우 기업결합제한의 예외사유로 인정된다. 효율성 증대효과라 함은 생산·판매·연구개발 등에서의 효율성 증대효과 또는 국민경제전체에서의 효율성 증대효과를 말하며 이러한 효율성 증대효과의 발생여부는 다음 사항을 고려하여 판단한다.

첫째, 생산·판매·연구개발 등에서의 효율성 증대효과는 다음 사항을 고려하여 판단한다. (1) 규모의 경제·생산설비의 통합·생산공정의 합리화 등을 통해 생산비용을 절감할 수 있는지 여부, (2) 판매조직을 통합하거나 공동활용하여 판매비용을 낮추거나 판매 또는 수출을 확대할 수 있는지 여부, (3) 시장정보의 공동활용을 통해 판매 또는 수출을 확대할 수 있는지 여부, (4) 운송·보관시설을 공동사용 함으로써 물류비용을 절감할 수 있는지 여부, (5) 기술의 상호보완 또는 기술인력·조직·자금의 공동활용 또는 효율적 이용 등에 의하여 생산기술 및 연구능력을 향상시키는지 여부, (6) 기타 비용을 현저히 절감할 수 있는지 여부 등을 고려하여 판단한다.

둘째, 국민경제전체에서의 효율성 증대효과는 다음 사항을 고려하여 판단한다. (1) 고용의 증대에 현저히 기여하는지 여부, (2) 지방경제의 발전에 현저히 기여하는지 여부, (3) 전후방 연관산업의 발전에 현저히 기여하는지 여부, (4) 에너지의 안정적 공급 등 국민경제생활의 안정에 현저히 기여하는지 여부, (5) 환경오염의 개선에 현저히 기

5) 이하는 류정민, “기업결합심사규제에 관한 연구 - 공정거래위원회의 심결례를 중심으로”, 숭실대학교 석사학위 논문, 제40-42면을 인용한 것이다.

여하는지 여부를 고려하여 판단하여야 한다.

기업결합이 효율성 증대효과로 인정받기 위해서는 다음 요건 또한 충족하여야 한다.

첫째, 효율성 증대효과는 당해 기업결합 외의 방법으로는 달성하기 어려운 것이어야 하며, 이에 대한 판단은 다음의 기준에 의한다. (1) 설비확장, 자체기술개발 등 기업결합이 아닌 다른 방법으로는 효율성 증대를 실현시키기 어려울 것, (2) 생산량의 감소, 서비스질의 저하 등 경쟁제한적인 방법을 통한 비용절감이 아닐 것을 판단기준으로 한다.

둘째, 효율성 증대효과는 가까운 시일 내에 발생할 것이 명백하여야 하며, 단순한 예상 또는 희망사항이 아니라 그 발생이 거의 확실한 정도임이 입증될 수 있어야 한다.

셋째, 효율성 증대효과는 당해 결합이 없었더라도 달성할 수 있었을 효율성 증대부분을 포함하지 아니한다.

끝으로, 기업결합의 예외를 인정하기 위해서는 효율성 증대효과가 기업결합에 따른 경쟁제한의 폐해보다 커야 한다.

2) 부실기업 항변

법 제7조 제2항 제2호의 회생이 불가능한 회사라 함은 회사의 재무구조가 극히 악화되어 지급불능의 상태에 처해 있거나 가까운 시일 내에 지급불능의 상태에 이를 것으로 예상되는 회사를 말하며 이는 다음의 사항을 고려하여 판단한다. 회생이 불가능한 사업부문의 경우에도 또한 같다. 첫째, 상당기간 대차대조표상의 자본총액이 납입자본금보다 작은 상태에 있는 회사인지 여부, 둘째, 상당기간 영업이익보다 지급이자 많은 경우로서 그 기간 중 경상손익이 적자를 기록하고 있는 회사인지 여부, 셋째, 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제34조 및 제35조의 규정에 따른 회생절차의 개시신청 또는 동법 제294조 내지 제298조의 규정에 따른 파산신청이 있는 회사인지 여부, 넷째, 당해 회사에 대하여 채권을 가진 금융기관이 부실채권을 정리하기 위하여 당해회사와 경영의 위임계약을 체결하여 관리하는 회사인지 여부를 고려하여 판단하여야 한다.

기업결합제한의 예외를 인정받기 위해서는 회생이 불가한 회사로 판단되는 경우에도 다음의 요건에 해당되어야 한다. 첫째, 기업결합을 하지 아니하는 경우 회사의 생산설비 등이 당해시장에서 계속 활용되기 어려운 경우, 둘째, 당해 기업결합보다 경쟁제한성이 적은 다른 기업결합이 이루어지기 어려운 경우 등이 해당되어야 한다.

어떤 기업이 회생불가한 회사와의 결합으로서, 위 요건들을 모두 충족하는지 여부는 당해 사업자가 입증하여야 한다.

다. 해외 주요국의 효율성 항변규정⁶⁾

1) 미국

미국의 합병규제는 클레이튼법(The Clayton Act) 제7조에 근거한다. 동법 제7조는 경쟁을 현저히 저해하거나 독점화를 초래하는 기업결합을 금지한다. 그러나 이 규정은 그 의미가 모호할 뿐만 아니라 효율성 증대효과에 대해 아무런 언급이 없기 때문에 기업결합사건에서의 효율성 고려는 전적으로 법원의 해석과 판례에 따르게 된다. 다만, 반경쟁적 기업결합에 대해 법원의 심사가 이루어지기 전에 법무부나 연방거래위원회의 제소가 선행되기 때문에 이들 경쟁당국은 합병당사자들을 위해 합병이 어떤 방식으로 분석되고 또한 제소 여부가 어떻게 결정되는지에 관한 안내서로서 수평합병지침을 발간한다. 이 합병지침은 그 자체로서 구속력을 가지는 것은 아니지만 법원이 합병사건에 대해 판결시 분석적인 참고자료로 활용한다.

미국의 수평합병지침은 1968년 처음 발간된 이후 여러 차례 개정되었다. 1968년 및 1982년의 합병지침은 특별한 경우를 제외하고는 경쟁제한적 합병을 정당화하는 근거로서 효율성 증대효과를 인정하지 않았다. 이후 1984년 및 1992년 합병지침은 효율성 논거를 보다 긍정적으로 인정하기 시작하였다. 1997년 개정된 합병지침은 효율성 판단기준을 보다 명확하게 하기 위해 1992년 합병지침 중 효율성 관련부분(Section 4)만을 수정한 것이다.

6) 이하는 최충규, “기업결합심사의 후생기준과 효율성 증대효과에의 판단”, 한국경제연구원, 제51-90면의 내용을 발췌·요약한 것이다.

1997년 합병지침(이하 “지침”이라 한다)은 합병이 효율성을 창출할 수 있으며, 그 결과 가격인하 뿐만 아니라 품질개선, 서비스 향상, 신제품 생산 등이 이루어질 수 있음을 명시하고 있다. 그러나 지침에 따르면, 경쟁당국은 인지가능한 효율성만을 인정하는데, 이는 (i) 합병특유적이고, (ii) 입증가능하며, (iii) 반경쟁적 생산감축으로부터 발생하는 것이 아니고, (iv) 합병 및 효율성 달성에 소요된 비용을 제외한 것이다. 여기서 합병특유성은 효율성이 (i) 당해 합병을 통해 얻어지고, (ii) 그 합병 또는 유사한 반경쟁적 효과를 가지는 다른 수단이 아니면 얻어지기 어려운 것이어야 함을 의미한다. 다시 말하면, 반경쟁적 효과가 적은 다른 합병이나 수단을 통해 얻어질 수 있는 효율성은 합병특유적 효율성으로 인정되지 않는다. 이 때 당해 합병의 대안으로 고려되는 다른 합병이나 수단은 현실적인 대안이어야 하며, 이론적으로만 가능한 대안은 고려대상에서 제외된다. 입증가능성은 합병당사자가 해당 효율성을 경쟁당국에 입증할 수 있어야 함을 의미하는데, 구체적으로 (i) 효율성의 실현가능성과 크기, (ii) 효율성 달성시기와 방법, (iii) 효율성이 합병기업의 경쟁력에 미치는 영향, (iv) 효율성의 합병특유성 등을 입증할 수 있어야 한다.

지침에 따르면, 경쟁당국은 인지 가능한 효율성의 크기가 관련시장에서 합병으로 인한 소비자의 이익침해를 능가할 만큼 충분히 클지 여부를 고려하여 해당 합병에 대한 제소 여부를 결정한다. 경쟁당국이 고려하는 효율성은 관련시장에서의 효율성에만 국한되는 것은 아니나 인접시장에서의 효율성은 특별한 경우가 아니면 비중 있게 고려되지 않는다. 지침은 소비자이익 침해의 예로서 가격인상을 들고 있는데, 이는 효율성 증대효과가 합병당사자에게만 이익이 되어서는 곤란하고 반드시 소비자에게 이전되어야 함을 의미한다. 또한 경쟁당국은 제소여부를 결정할 때 효율성의 크기와 반경쟁효과를 단순 비교하지 않는다. 합병으로 인한 반경쟁효과가 클 경우 훨씬 높은 수준의 인지 가능한 효율성 증대효과가 요구되면, 합병이 독점 또는 준독점을 초래하는 경우 효율성은 이러한 합병을 거의 정당화하지 못한다.

지침은 인지가능한 효율성과 관련하여 다음과 같은 세가지 예를 들고 있다. 첫째, 합병 이전에 개별적으로 소유되었던 설비간의 생산이동, 즉 생산합리화는 입증가능하고, 합병특유적이며, 효율성의 크기가 상당하고, 반경쟁적 생산감축으로부터 발생할 가능성이 낮다. 둘째, R&D와 관련된 효율성은 비록 그 크기는 상당할 수 있지만 입증 어렵고 반경쟁적 생산감축으로부터 발생할 수 있다. 셋째, 구매(조달), 경영, 자본비용

과 관련된 효율성은 합병특유성이 낮거나 그 크기가 크지 않을 가능성이 있으며, 여러 가지 이유로 인지가능하지 않을 가능성이 있다. 요컨대, 지침은 생산합리화의 경우 인지가능한 효율성으로 인정될 가능성이 높지만, R&D, 구매, 경영, 자본비용과 관련된 효율성은 인지가능한 효율성으로 인정받기 어렵다는 점을 분명히 하고 있다.

2) 유럽연합

유럽연합(EU: European Union)의 기업결합규제는 EU 이사회가 2004년 1월 개정된 EC 합병규정(the EC Merger Regulation, 이하 “합병규정”)에 근거한다. 동 규정 제2조 제2항 및 제3항은 시장지배적 지위의 창출 또는 강화 등을 통하여 유럽공동시장 내에서 유효경쟁을 현저히 저해하는 합병을 금지하고 있으며, 이를 평가함에 있어서는 유럽위원회는 동 규정 제2조 제1항 (b)에 의거 (i) 동 합병이 소비자에게 이익이 되고, (ii) 경쟁을 저해하지 않는다는 전제하에, (iii) 기술 및 경제진보의 촉진 여부 등을 고려하도록 되어 있다. 따라서 외형상 합병규정은 시장지배적지위의 창출 및 강화 여부를 판단하기 위한 한 가지 요소로서 효율성 증대효과를 고려하고 있는 것으로 보인다. 그러나 효율성 증대효과(기술 및 경제 진보의 촉진)는 상기의 두 가지 전제를 충족하는 경우, 즉 소비자이익에 부합하고 경쟁을 저해하지 않는 경우에만 고려되고, 효율성 증대는 일반적으로 시장지배력을 증대시키기 때문에 시장지배적사업자가 동 조항을 효율성 항변으로 활용하는 것은 현실적으로 거의 불가능한 실정이다.

EC 이사회가 1989년 합병규정을 제정한 이후 동 합병규정이 과연 효율성 항변을 포함하고 있는지 여부에 대해 많은 논란이 있어 왔다. 2001년 12월 유럽위원회가 발간한 녹색(Green Paper)에도 대부분의 응답자들이 효율성 증대효과를 보다 명시적으로 고려해야 하며 합병규정 자체만으로는 그 의미가 모호하므로 미국 등과 같이 보다 구체적인 합병지침을 마련해야 한다는 의견을 제시하였다. 이에 따라 유럽위원회는 2002년 12월 EU 합병지침 초안을 마련한 후 각계로부터 의견을 수렴하여 2004년 2월 수평합병 평가지침(이하 “지침”이라 한다)을 제정하였는데 이 중 효율성에 관한 내용은 제7절에 수록되어 있다.

지침은 우선 합병을 통한 기업 재조직이 동태적 경쟁요건과 조화될 수 있고, 산업 경쟁력 향상, 성장조건 개선 및 생활의 질 향상을 가져와 경쟁과 소비자에 대해 부정

적 효과를 증화시킬 수 있음을 인정한다. 그러나 지침에 따르면 유럽위원회(이하 “위원회”라 한다)는 합병이 유효경쟁을 현저히 침해하는지 여부를 평가하기 위해 종합적인 경쟁평가를 행하며, 이러한 종합평가의 일부로서 효율성 주장을 고려한다고 되어 있다. 지침에 따르면, 위원회는 합병에 따른 효율성의 결과로 “동 합병이 유럽공동시장과 양립불가하다고 선언할 근거가 없다”고 결정할 수 있으며, 이 경우 효율성은 (i) 소비자에게 유익해야 하고, (ii) 합병특유적이어야 하며, (iii) 입증가능해야 한다.

소비자 편익과 관련하여 지침은 중간 및 최종 소비자들이 합병의 결과로 열악해지지 말아야 하며, 이를 위해서 효율성은 현저하고, 시의성이 있어야 하며, 원칙적으로 관련시장의 소비자에게 편익이 되어야 한다고 설명하고 있다. 또한 지침은 효율성의 소비자 편익을 평가함에 있어서 고정비용의 절감보다는 가격인하를 초래하는 가변 및 한계비용의 절감을 더 유효하게 평가하며, 단지 반경쟁적인 생산감축으로 인한 비용절감은 소비자에게 편익이 되는 효율성으로 고려될 수 없음을 명백히 하고 있다.

지침은 R&D와 혁신분야에서의 효율성 증대로 인한 신제품과 품질향상도 소비자 편익이 될 수 있고, 효율성이 생산증대 및 가격인하를 유도하여 관련시장에서의 공동행위를 억제하는 효과도 있다고 밝히고 있다. 지침에 따르면, 위원회는 미래에 발생하는 효율성에 대해서는 적은 가중치를 부여하여 효율성의 시의성을 고려한다. 지침은 또한 경쟁에 미치는 부정적인 효과가 클수록 효율성이 더 현저하고 실현가능성이 높으며 그 이득이 소비자에게 더 많이 이전되어야 하고, 독점 또는 준독점에 이르는 합병이 효율성을 이유로 허용될 가능성은 매우 낮다고 명시하고 있다.

합병특유성과 관련하여 지침은 효율성이 합병의 직접적인 결과이어야 하고 당해 합병보다 덜 반경쟁적인 대안으로는 성취될 수 없는 것이어야 한다고 설명하고 있다. 지침에 따르면, 이에 관한 입증책임은 합병당사회사에 있고, 위원회는 현실적으로 타당한 대안만을 고려하며 이론적으로만 가능한 대안은 고려대상에서 제외한다.

입증가능성과 관련하여 지침은 효율성이 실현될 가능성이 높고 잠재적인 소비자 피해를 증화시킬 정도로 충분히 현저하다고 위원회가 확신할 수 있도록 입증 가능해야 한다고 밝히고 있다. 지침에 따르면, 이는 효율성과 이에 따른 소비자 편익이 가능한 한 계량화 되어야 하며, 정밀한 계량분석이 불가능할 경우에는 명백한 확인이 가능하도록 해야 하고, 먼 미래에 발생하는 효율성은 실현가능성이 적은 것으로 간주됨을 의미한다.

마지막으로, 지침은 효율성의 합병특유성과 실현가능성에 대한 입증책임이 합병당사 회사에 있는 것과 마찬가지로 효율성이 경쟁제한에 따른 폐해를 얼마나 중화시킬 수 있는지에 대한 입증책임도 합병당사회사에 있으며, 이때 합병 이전의 내부보고서 또는 외부 전문가의 연구자료 등이 유효한 증거자료가 될 수 있다고 예시하고 있다.

3) 일본

일본에서는 사적 독점의 금지 및 공정거래의 확보에 관한 법률(이하 “독점금지법”이라 한다) 제15조 제1항에 따라 (i) 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 합병과 (ii) 불공정한 거래방법에 의한 합병을 금지하고 있다. 그러나 동법은 효율성에 관한 명시적인 예외조항을 갖고 있지 않다. 다만, 기업결합심사에 관한 독점금지법의 운용지침 제4절에 수평합병에 의한 경쟁의 실질적 제한여부를 판단하기 위한 요소로서 효율성에 관한 규정을 가지고 있을 뿐이다.

일본 공정거래위원회는 기업결합심사지침으로서 1980년에 회사의 합병 등의 심사에 관련되는 사무처리기준을 제정하고 이를 1994년에 개정하였으며, 1998년에 동 사무처리기준과 회사의 주식소유의 심사에 관한 사무처리기준 및 소매업에 있어서의 합병 등의 심사에 관한 입장을 통합하여 주식보유, 합병 등에 관련되는 “일정한 거래분야에 있어서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 것으로 되는 경우”에 대한 입장을 공표하였다. 일본 공정거래위원회는 2004년 5월에 이를 다시 개정하여 전술한 기업결합심사에 관한 독점금지법의 운용지침(이하 “지침”이라 한다)을 발표하였다.

동 지침의 제4절(수평형 기업결합에 의한 경쟁의 실질적 제한)에는 일본 공정거래위원회가 수평합병을 심사할 때의 고려사항들을 열거하고 있는데, 효율성은 그 중 하나로서 다음과 같이 간략히 기술되어 있다.

“당해 기업결합에 의한 규모의 경제성, 생산설비의 통합, 공정의 전문화, 수송비용의 경감 및 연구개발의 효율화 등의 효율성의 개선이 경쟁에 미치는 영향의 정도를 고려한다. 효율성의 개선이 경쟁을 촉진하는 방향으로 작용한다고 인정되는 경우(예컨대, 하위기업이 합병에 의하여 비용경쟁력, 자금조달력, 원재료조달력 등을 높이고 그것이 제품가격의 인하나 품질의 향상 등에 연결되어 시장의 경쟁이 촉진된다고 보

여 지는 경우)에 이것을 고려한다.”

이러한 일본의 지침은 앞에서 살펴본 미국, EU 등의 경우에 비해 내용이 매우 간략하고 사용된 용어에 대한 정의조차 구비되어 있지 않지만 동 지침이 의도하는 바는 분명히 드러나 있다. 즉, 합병에 따른 효율성 증대효과가 경쟁제한의 폐해를 능가하여 전체적인 사회후생이 증가하더라도 일본 공정거래위원회는 동 합병을 허용하지 않겠다는 것이다. 이는 일본 공정거래위원회가 가격상승에 따른 사중손실의 증가와 효율성 개선에 따른 비용절감을 비교형량 하는 윌리엄슨식의 접근방식을 취하지 않고 대신 경쟁제한에 따른 사중손실의 증가가 있는 한 합병을 용인하지 않는 미국의 접근방식을 취하고 있음을 의미한다.

3. 주요 쟁점

이 사건 기업결합에서 중요한 법률적 쟁점으로는 ① 관련 상품시장을 전체 자동차 시장으로 볼 것인지, 아니면 보다 세부적인 시장으로 구분할 수 있는지 여부 및 만약 보다 세부적인 시장으로 구분할 수 있다면 어느 정도까지 세분하여야 하는지 여부, ② 법 제7조 제4항에 따라 경쟁제한성이 추정됨에도 불구하고 기업결합제한의 예외를 인정할 수 있는 효율성 증대효과의 구체적인 판단기준, ③ 부실기업항변의 성립여부 및 ④ 구 법 당시에 기업결합제한의 예외사유의 하나인 국가경쟁력 강화를 위한 기업결합의 성립여부 등을 들 수 있을 것이다.

가. 관련시장의 확정

이 사건 기업결합에 있어 관련 상품시장을 전체 자동차 시장으로 보든지, 아니면 승용차 시장, 버스 시장, 트럭 시장으로 세분하여 보든지 여부와 관계없이 이 사건 기업결합은 법 제7조 제4항에 따라 경쟁제한성이 추정된다는 점에 있어서는 차이가 없으나, 전체 자동차 시장으로 볼 경우 기업결합당사회사의 시장점유율 합계는 63%가 되는 반면, 승용차 시장, 버스 시장, 트럭 시장으로 세분할 경우 아래에서 자세히 보는 바와 같이 기업결합당사회사의 시장점유율 합계는 각 관련시장에서 55.6%, 74.2%

및 94.5%가 되어 시장집중도를 분석함에 있어서는 관련시장에 따라 상당한 차이를 보일 수 있다.

공정거래위원회는 이 사건 기업결합에서 자동차 시장에 있어 경쟁제한적 효과가 문제시 되는 “일정한 거래 분야”, 즉 관련시장은 동종 상품을 취급하는 경쟁사업자간에 상호 경쟁관계가 성립될 수 있는 승용차, 버스, 트럭 등 3개의 구분된 시장으로 보아야 하며, 관련 지리적 시장은 국내시장으로 보아야 한다고 판단하였다.

공정거래위원회의 의결서상 이 사건 관련 상품시장을 승용차 시장, 버스시장, 트럭 시장으로 세분하게 된 구체적인 이유에 대한 설시는 없으나, 관련 상품시장은 (i) 상품의 기능 및 효용의 유사성, (ii) 상품가격의 유사성, (iii) 구매자들의 대체가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 구매행태, (iv) 판매자들의 대체가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 경영의사결정 행태, (v) 통계법 제17조(통계자료의 분류) 제1항의 규정에 의하여 통계청장이 고시하는 한국표준산업분류, (vi) 거래단계(제조, 도매, 소매 등), (vii) 거래상대방을 고려하여 판단해야 한다는 현 심사기준을 고려하면, 이러한 공정거래위원회의 판단은 일응 타당한 것으로 보인다.

그러나, 이 사건 기업결합 당시인 1998년 국내 자동차 시장에서 수입차가 차지하는 비중이 1% 미만으로 수입차 시장을 별도로 구분하는 것이 큰 의미는 없었을 것으로 보이나, 1998년 당시 일반 소비자의 입장에서 수입 자동차와 국산 자동차 사이에 구매대체성이 있었다고 볼 수 없었던 점⁷⁾을 고려하면 이 부분에 대해 보다 면밀한 검토가 필요하였는지 생각해 보게 한다. 아울러, 승용차 시장의 경우 그 시장을 경차/소형차/중형차/대형차 시장으로 보다 세분될 수 있을 것이고 이들 사이에 있어 구매자들의 대체가능성이 과연 존재한다고 볼 수 있었는지 여부에 대한 설시가 없었던 것으로 보이는데, 향후 자동차 시장, 특히 승용차 시장에 대한 기업결합에 대한 심사에 있어서는 이 사건 기업결합심사 당시 적용된 관련 상품시장 획정기준이 더 구체화되고, 당시 시장 상황에 맞게 추가 검토될 가능성이 있는 것으로 보인다.

7) 수입차에 대한 관세 등을 고려한 가격의 차이를 고려하면 구매대체성을 쉽게 인정하기 어려울 것이다.

나. 경쟁제한성 판단

공정거래위원회의 관련 상품시장 획정에 따른 1998년도 국내 자동차 시장현황은 다음과 같았다.

<표 1> 자동차 회사별 시장점유율 현황 (1998년 내수판매기준, 대, %)

| 회 사 | 승용차 | 버 스 | 트 렉 |
|-------|-------------------|------------------|------------------|
| 현대자동차 | 222,771 (39.1) | 43,838 (58.3) | 68,811 (50.3) |
| 기아자동차 | 94,167 (16.5) | 12,000 (15.9) | 60,591 (44.3) |
| 대우자동차 | 209,532 (36.8) | 19,347 (25.8) | 6,297 (4.6) |
| 삼성자동차 | 41,593 (7.3) | - | 730 (0.5) |
| 수입차 | 1,993 (0.3) | - | 82 (0.1) |
| 기타 | - | - | 228 (0.2) |
| 합계 | 570,056 (100) | 75,185 (100) | 136,739 (100) |

(주) 자동차공업협회 자료로 ()는 점유율, 각사는 계열사 생산·판매 대수 포함

주지하고 있는 바와 같이, 현대자동차와 기아자동차 모두 승용차, 버스, 트럭을 생산·판매하고 있었기 때문에, 이 사건 기업결합은 수평적 기업결합에 해당된다.

공정거래위원회는 이 사건 기업결합이후 기업결합당사회사의 시장점유율의 합계가 1998년 기준으로 승용차 시장은 55.6%, 버스 시장은 74.2%, 트럭 시장은 94.6%로서 모두 1위이고, 2위 사업자와의 시장점유율 격차가 승용차 시장은 18.8%p, 버스 시장은 48.4%p, 트럭 시장은 90.0%p로서 기업결합당사회사의 시장점유율 합계의 100분의 25 이상이어서 법 제7조 제4항 제1호의 경쟁제한성 추정요건에 해당한다고 판단하였다.

해외경쟁의 도입수준과 관련하여, 공정거래위원회는 국내 자동차 시장에서 수입차의 시장점유율은 1995년 0.8%, 1996년 1.5%, 1997년 1.3%이었으며 외환위기 이후 수

입차에 대한 수요가 대폭 감소하여 1998년에는 0.3%로 하락하였고, 외국인이 우리나라 자동차시장에 투자하여 직접 경영하고 있는 업체도 1998년 당시까지는 없다는 이유로 국내 자동차 시장의 해외경쟁의 도입수준은 미흡한 편이라고 결정하였다. 그러나 1998년 국내에서 생산된 승용차, 버스, 트럭의 해외수출비중은 각각 68.4%, 54.4%, 24.5%에 달하고 있는 등 국제적으로 볼 경우 자동차시장은 경쟁이 매우 치열한 상태였다.

한편, 공정거래위원회는 자동차산업은 설비투자비용이 큰 장치산업이고, 국내시장이 초과 공급 상태이므로 신규진입은 용이하지 않다고 판단하였다.

결론적으로 공정거래위원회는 이 사건 기업결합은 ① 시장집중도의 측면에서 법상의 경쟁제한성 추정조항에 해당되는 점, ② 신규사업자의 진입이 곤란한 점, ③ 해외경쟁의 도입정도도 미약한 점 등을 고려할 때, 각 시장에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위라고 판단하였다. 그러나 공정거래위원회는 승용차, 버스 시장의 경우 경쟁사업자인 대우자동차가 각각 36.8%, 25.8%의 비중을 차지하고 있고, 수출비중도 각각 68.4%, 54.4%에 달하고 있어 이 사건 기업결합이 갖는 경쟁제한의 폐해를 어느 정도 억제하는 요인으로 작용할 수 있다고 판단하면서도 트럭시장의 경우 기업결합당사회사의 시장점유율이 94.6%(최대적재량 1톤 이상 5톤 이하의 트럭은 99.7%)에 달하고 있고 수출비중도 24.5%로 그다지 높지 않아 이 사건 기업결합으로 인한 경쟁제한의 폐해가 승용차, 버스시장에 비해 더 크다고 판단하였다.

이러한 공정거래위원회의 판단에 대해서는 ① 공정거래위원회가 이 사건 기업결합에 대해 단독(일방)효과에서든 협조(조율)효과에서든 경쟁제한성은 명백하다고 인정하면서도 사실상 유일한 경쟁사업자인 대우자동차의 존재를 두고 “경쟁제한의 폐해를 어느 정도 억제하는 요인”으로 본 것은 완전독점을 초래하는 기업결합을 제외한 거의 모든 결합이 같은 논리로써 허용될 수 있다는 인상을 주었을 뿐만 아니라 ② 공정거래위원회가 국내 자동차 시장은 수출이 내수보다 크고 해외시장에서의 활발한 경쟁으로 인해 국내시장에서 가격인상을 억제하는 효과를 가지고 있기 때문에 이 사건 기업결합에 따른 경쟁제한성의 폐해가 어느 정도 상쇄될 수 있다고 지적한 것과 관련하여 국내 자동차 시장에서 경쟁요인이 되는 것은 수입이지 수출이 아니므로 수출비중이 높다는 이유로 경쟁제한성의 폐해가 완화될 수 있다는 공정거래위원회의

판단은 적절하지 못했다는 비판도 있는 것으로 알고 있으나,⁸⁾ 기업결합에 따른 경쟁 제한성을 판단함에 있어서는 시장집중도 뿐만 아니라 해외경쟁의 도입수준 및 국제적 경쟁상황, 당시의 경제상황 등 다양한 요소를 종합적으로 고려한 합리적인 결정으로 평가되어야 마땅하다고 생각된다.

다. 효율성항변에 대한 판단

이 사건 기업결합심사에 적용된 구 법 제7조 제1항 단서에서 기업결합제한의 예외로 인정하는 산업합리화라 함은 구 법 시행령 제13조 각호의 산업활동의 능률증대 및 경영합리화를 위하여 산업구조 및 조직의 개편이 불가피한 경우(제1호), 시설투자 및 운영에 거액의 자금이 필요하나 통상적 방법으로는 그 자금의 조달이 곤란한 경우(제2호), 공공의 이익을 위하여 필요한 경우(제3호)에 해당하는 경우를 의미한다 할 것이고, 이 사건 기업결합과 관련해서는 구 법 시행령 제13조 제1호, 구 기업결합심사기준(공정거래위원회 고시 제1998-6호, 1998. 6. 15.) VIII. 1. 산업합리화의 판단기준의 부실기업요건에 해당되는지 여부 및 효율성 증대효과가 발생하는지 여부가 문제되었다. 이하에서는 먼저 이 사건 기업결합으로 인한 효율성 증대효과 발생여부에 대해 살펴보고 부실기업의 해당여부에 대해서는 항을 달리하여 논하고자 한다.

이 사건 기업결합이 기업결합제한의 예외사유의 하나인 효율성 증대효과를 발생시키는지 여부와 관련하여, 공정거래위원회는 ① 세계적으로 효율성 증대를 위해 자동차사간의 인수·합병이 활발하게 이루어지고 있는 실정이며, 이러한 세계적인 추세를 감안할 때 수출비중이 높은 우리나라 자동차산업의 효율성을 제고하고 경쟁력을 강화하기 위해서는 적정경영규모의 확보가 필요한 점(이 사건 기업결합으로 기업결합당사회사는 총 260만대의 생산능력을 갖추어 규모의 경제를 실현할 수 있을 것으로 예상됨), ② 이 사건 기업결합으로 플랫폼(Platform)통합, 부품공용화, 부품공급업체의 대형화 등이 이루어질 경우 생산비용의 절감효과가 예정되는 점, ③ 이 사건 기업결합을 통한 기술의 상호보완 및 공동활용에 의한 생산성증대효과가 인정되며, 물류비용 및 간접비용의 절감 등의 효과도 있을 것으로 예상된다는 점 등을 고려하여 이 사

8) 박병형, 이호영, “기업결합 시정조치의 효과 사례 분석”, 제19면.

건 기업결합에 따른 효율성 증대효과를 인정하면서 승용차 및 버스 시장에 있어서는 이 사건 기업결합에 따른 경쟁제한의 폐해보다 효율성 증대효과가 더 크다는 이유로 기업결합제한의 예외를 인정하였다.

이러한 공정거래위원회의 판단에 대해서는 이 사건 기업결합에 따른 효율성 증대 효과에 대해 엄밀한 산정은 기대하기 어렵다는 점을 인정하더라도 구체적인 계량화의 시도 없이 곧바로 경쟁제한성을 능가하는 수준이라는 판단을 내렸다는 비판도 있는 것으로 보이나⁹⁾, 공정거래위원회가 이 사건 기업결합에서 효율성 증대효과를 인정한 것은 외환위기의 여파로 대기업의 연쇄적인 도산 등 대한민국 경제가 극심한 곤경에 처해 있었던 당시의 경제사정을 고려하여 최선의 합리적인 선택을 내린 것으로 평가될 수 있을 뿐만 아니라 공정거래위원회의 이 사건 기업결합 승인에 따라 기아자동차를 인수한 현대자동차가 규모의 경제를 달성함으로써 글로벌 자동차 제조업체로 발돋움할 수 있는 발판을 마련해 준 점을 고려하면 이 사건 기업결합심사에 대한 공정거래위원회의 결정은 당시의 법령과 제도의 틀 안에서 정치적·사회적 상황까지 고려한 합리적인 법 집행으로 평가될 수 있을 것이다.

라. 부실기업 여부 판단

이 사건에서 공정거래위원회는 ① 기아자동차는 지급불능상태에 처하여 1997. 7. 15.부터 2개월간 금융기관간 부도유예협약의 적용을 받다가 1997. 10. 24. 채권단에 의해 법정관리신청이 이루어졌으며 1998. 6. 30. 기준으로 기아자동차를 실사한 결과 대차대조표상의 자본총계가 -51,652억 원이고 1994년부터 1997년까지 경상적자의 누계는 45,947억 원에 달하여 부실기업에 해당된다고 볼 수 있는 점, ② 기아자동차의 115,965억 원의 정리채권 가운데 71,464억 원을 면제받고 25,200억 원에 대해서는 출자환을 받으며 나머지 19,301억 원을 3년 거치 7년간 균등분할 상환하는 것을 내용으로 하는 정리계획에 대한 인가를 1998. 12. 28. 서울지방법원으로부터 받은 점, ③ 이 사건 기업결합이 없을 경우 기아자동차의 생산시설은 관련시장에서 퇴출될 것으로 판단되며, 기아자동차는 법정관리상태에서 자생적으로 회생하기 곤란하다고 판단되어 제3자의 신주인수방식으로 국제경쟁입찰에 부쳐졌음을 고려할 때 당해 기업결

9) 박병형, 이호영, “기업결합 시정조치의 효과 사례분석”, 제19면.

합 이외에는 기아자동차의 회생을 위한 다른 방법이 있다고 보기 어렵다는 점 등을 종합하여 도산기업의 항변 또한 인정하였다.¹⁰⁾

이러한 공정거래위원회의 결정에 대해서는 기아자동차의 매각입찰 당시 다수의 국내외 기업들이 참여했었던 점을 이유로 이 사건 기업결합보다 경쟁제한성이 약한 기업결합이 충분히 가능했다는 주장도 적지 않으나,¹¹⁾ 이 사건 기업결합은 독자적으로는 회생이 불가능한 기아자동차를 제3자에게 매각하기 위한 두 차례의 국제입찰이 유찰된 상황에서 3번째 입찰의 결과로서 추진된 것이라는 점을 고려하면 IMF라는 전대미문의 외환위기 상황에서 과연 이 사건 기업결합보다 경쟁제한성이 약한 기업결합이 가능했다고 보기는 어렵다고 생각된다.

마. 국제경쟁력 강화를 위한 기업결합 여부

현행 법에는 규정되어 있지 않지만 이 사건 기업결합당시의 법 제7조 제1항 단서에서는 기업결합제한의 예외로서 기술개발의 촉진, 적정 경영규모의 확보 등으로 가격 및 품질면에서 현저하게 국제경쟁력을 향상시키거나 해외시장에서 정보수집, 판매활동 등 기업활동을 촉진시킴으로써 수출증대에 현저하게 기여하는 국제경쟁력 강화를 위한 기업결합을 규정하고 있었다. 이와 관련하여 공정거래위원회는 이 사건 기업결합으로 인해 기업결합당사회사가 해외에서 상대적으로 우위를 점하고 있는 지역의 판매조직을 상호간에 활용함으로써 전체적으로 수출이 증대될 것으로 예상되며, 또한 상대적으로 기술력이 우위에 있는 차종의 기술을 상호 활용함으로써 수출을 확대할 수 있을 것으로 판단된다는 이유로 이 사건 기업결합은 국제경쟁력 강화를 위한 기업결합에도 해당된다고 결정하였다.

다만, 이 사건 기업결합에 대한 심사 이후 법이 개정되어 현행 법령 및 심사기준에서는 기업결합제한의 예외로서 효율성 항변과 부실기업의 항변만을 예외로 인정하고 있으므로

10) 이와 관련하여, 공정거래위원회가 이 사건 기업결합에서 승용차 시장과 버스 시장에서는 효율성의 항변 및 도산기업의 항변을 받아들여 기업결합제한의 예외를 인정하면서도, 트럭 시장에서는 기업결합의 예외를 인정하지 않은 것은 당해 사업자가 생산차원에서 단일체이므로 승용차 및 버스 시장에서 도산기업의 항변이 인정된다면 트럭 시장에 있어서도 당연히 도산기업의 항변이 인정되어 설사 트럭 시장에서의 시장집중도가 훨씬 심각하다 할지라도 승용차 시장 및 버스 시장과 동일하게 도산기업의 항변에 따른 기업결합제한의 예외를 허용해야 한다는 비판도 주장되고 있다(박병형, 이호영, “기업결합 시정조치의 효과 사례분석”, 제20면).

11) 박병형, 이호영, “기업결합 시정조치의 효과 사례분석”, 제19면.

국제경쟁력 강화는 더 이상 단독적인 예외인정 사유는 아니라고 해석될 것으로 보인다.

4. 의의

가. 기업결합제한의 예외를 인정한 대표적 사례

공정거래위원회는 1999. 4. 7. 의결서를 통해 이 사건 기업결합의 경쟁제한성은 인정하면서도 산업합리화와 관련하여 회생불가기업 여부와 효율성 증대효과 등에 대해 집중적으로 검토한 후 승용차 및 버스 부문에 대해서는 조건 없이 승인하였고 트럭 부문에 대해서만 위법성에 대한 예외를 인정하지 않고 가격인상제한조치를 부과하였다.¹²⁾ 이 사건 기업결합에 대해 일부에서는 국내 자동차 시장에서 현대자동차 그룹의 독점적 지위를 장기적으로 고착화시키는 근본 원인을 제공하였다고 비판한다. 그러나 다른 한편에서는 이 사건 기업결합을 허용함으로써 현대자동차와 기아자동차가 규모의 경제를 달성하고 기술개발 등에서 시너지 효과를 실현하여 그 이후에 우리나라 자동차 산업이 국제적 경쟁력을 강화할 수 있는 기반을 제공하였다는 점에서 긍정적으로 평가하기도 한다. 이 사건 기업결합에 대해서는 국내 자동차 시장에서 실질적인 경쟁제한 우려가 있다는 점에 대해서는 이견이 별로 없다. 공정거래위원회도 관련 상품시장을 세 가지로 구분하여 획정한 후 각각의 시장에 대해서 경쟁제한성이 있다고 판단하였다. 다만 경쟁제한적 기업결합이라 하더라도 당시의 법 제7조 1항 단서에 근거하여 산업합리화 또는 국제경쟁력 강화를 위한 기업결합으로서 그 효과가 경쟁제한으로 인한 피해보다 더 크다고 판단하였기 때문에 기업결합을 허용한 것이다. 따라서 이 사건 기업결합은 비록 구 법 및 구 심사기준에 따른 것이지만, 이 사건 기업결합 심사에 적용된 예외인정요건인 효율성 증대항변과 부실기업의 항변에 대한 공정거래위원회의 판단은 현행 법령 및 심사기준이 기업결합제한의 예외사유로서 효율성 증대 및 도산기업의 항변을 규정하고 있는 점에 비추어 보면 향후 경쟁제한적 기업결합에 있어 효율성 항변 및 부실기업의 항변에 따른 기업결합제한의 예외를 인정하기

12) 이 사건 기업결합에 대한 공정거래위원회의 시정명령은 기업결합의 경쟁제한성을 인정하면서도 당해 기업결합을 허용하고 장차의 지위남용에 대한 예방책을 도입하였다는 점에서 주목할 가치가 있다고 하겠다(정호열, “공정거래법 심결사례 해설 및 평석 - 현대자동차(주)와 기아자동차의 기업결합 사건”, 공정경쟁 제46호, 제51면).

위한 판단기준을 제시해 줄 수 있는 선례로서 검토할 가치가 있다 할 것이다.

나. 기업결합제한의 예외인정요건 해당여부의 판단

이 사건 기업결합에서는 경쟁제한적 기업결합에 대한 예외인정 요건이 현재와 달랐기 때문에 그 이후의 기업결합 사건과는 다른 요건이 적용되었다. 1999년 2월부터 시행된 제7차 개정 공정거래법에서 관련 조항이 개정되어 지금까지 “효율성 증대효과”와 “희생불가회사” 요건을 예외인정대상으로 규정하고 있다. 그러나 법 개정 이전에는 “산업합리화”와 “국제경쟁력 강화”를 예외인정 요건으로 규정하고 있었다.

기업결합 제한 예외인정요건(제7차 법 개정 전후 비교)

<개정 전>

| 공정거래법 | 동법 시행령 |
|--|---|
| <p>제7조(기업결합의 제한) ①누구든지 직접 또는 대통령령이 정하는 특수한 관계에 있는 자(이하 특수관계인)이라 한다)를 통하여 다음 각호의 1에 해당하는 행위(이하 기업결합)이라 한다)로서 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위를 하여서는 아니된다. 다만, 산업합리화 또는 국제경쟁력의 강화를 위한 것으로서 대통령령이 정하는 요건에 해당한다고 공정거래위원회가 인정하는 기업결합에 대하여는 그러하지 아니하다.</p> <p>1.-5.(생략)</p> <p>②제1항 단서의 규정에 의하여 공정거래위원회가 산업합리화 또는 국제경쟁력의 강화를 위하여 기업결합을 인정하고자 할 때에는 미리 주무부장관과 협의하여야 한다. 이 경우에 산업합리화 또는 국제경쟁력 강화에 관한 입증은 당해 사업자가 하여야 한다.</p> | <p>제13조(산업합리화를 위한 기업결합의 요건) 법 제7조(기업결합의 제한) 제1항 단서의 규정에 의한 산업합리화를 위한 기업결합은 다음 각호의 1의 요건에 해당하는 경우에 한하여 할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 산업활동의 능률증대 및 경영합리화를 위하여 산업구조 및 조직의 개편이 불가피한 경우 2. 시설투자 및 운영에 거액의 자금이 필요한 경우로서 통상적인 방법으로는 그 자금의 조달이 곤란한 경우 3. 공공의 이익을 위하여 필요한 경우 <p>제13조(국제경쟁력강화를 위한 기업결합의 요건) 법 제7조(기업결합의 제한) 제1항 단서의 규정에 의한 국제경쟁력강화를 위한 기업결합은 다음 각호의 1의 요건에 해당하는 경우에 한하여 할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 기술개발의 촉진, 적정경영규모의 확보 등으로 가격 및 품질면에서 현저하게 국제경쟁력을 향상시키는 경우 2. 해외시장에서 정보수집, 판매활동 등 기업활동을 촉진시킴으로써 수출증대에 현저하게 기여하는 경우 |

<개정 후>

| 공정거래법 | 동법 시행령 |
|---|---|
| <p>제7조(기업결합의 제한) ① 생략</p> <p>②다음 각호의 1에 해당한다고 공정거래위원 회가 인정하는 기업결합에 대하여는 제1항 의 규정을 적용하지 아니한다. 이 경우 해 당요건을 충족하는지에 대한 입증은 당해 사업자가 하여야 한다. <개정 1999.2.5></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 당해 기업결합외의 방법으로는 달성하기 어려운 효율성 증대효과가 경쟁제한으로 인한 폐해보다 큰 경우 2. 상당기간 대차대조표상의 자본총계가 납 입자본금보다 작은 상태에 있는 등 회생 이 불가한 회사와의 기업결합으로서 대 통령령이 정하는 요건에 해당하는 경우 | <p>제12조의4(회생이 불가한 회사와의 기업결합) 법 제7조(기업결합의 제한)제2항 제2호에서 " 대통령령이 정하는 요건"이라 함은 다음 각호 의 요건을 갖춘 경우를 말한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 기업결합을 하지 아니하는 경우 회사의 생산설비 등이 당해시장에서 계속 활용 되기 어려운 경우 2. 당해기업결합보다 경쟁제한성이 적은 다 른 기업결합이 이루어지기 어려운 경우 <p>[본조신설 1999.3.31]</p> <p>제13조 삭제 <1999.3.31></p> <p>제14조 삭제 <1999.3.31></p> |

제7차 법률개정 이전의 산업합리화 및 국제경쟁력 강화라는 요건을 적용하여 예외적으로 승인된 다른 기업결합으로는 “두산전자의 코오롱전자 인수 건(1998년)”이 있다. 공정거래위원회는 이 기업결합이 전자제품 내부의 각 부품을 전기회로로 연결하는 기능을 하는 인쇄회로기판(PCB)의 소재인 동박적층판(copper clad laminate) 시장의 경쟁을 제한할 우려가 있지만 산업합리화 및 국제경쟁력 강화 효과를 고려하여 승인한바 있다.

이 사건 기업결합에서 공정거래위원회는 국내 승용차 시장과 버스 시장에 대해서 산업합리화 및 국제경쟁력 강화 효과를 인정하였다. 당시 공정거래법 시행령에서는 산업합리화를 위한 기업결합을 (1) 산업활동의 능률증대 및 경영합리화를 위하여 산업구조 및 조직의 개편이 불가피한 경우, (2) 시설투자 및 운영에 거액의 자금이 필요한 경우로서 통상적인 방법으로는 그 자금의 조달이 곤란한 경우, (3)공공의 이익을 위하여 필요한 경우라고 규정하였다. 그런데 산업합리화를 위하여 불가피한 기업결합인지 여부를 판단함에 있어서 공정거래위원회는 시행령에 규정된 세부요건을 분석하는 대신 “회생불가회사 여부 및 효율성 증대효과”에 대하여 집중적으로 검토하였다. 1998년에 제정된 기업결합심사기준에서 이미 산업합리화의 판단기준으로 부실기업요

건과 효율성 증대효과가 발생하는지 여부를 고려하도록 규정하고 있었기 때문에 이 심사기준을 적용한 것으로 보인다. 즉, 공정거래위원회는 이 사건 기업결합이 산업합리화를 위한 기업결합인지 여부를 판단함에 있어 시행령 제13조 각호에서 규정한 세부 요건들을 직접 검토하지 아니하고 1998년 기업결합심사기준에서 받아들인 “효율성 증대효과”와 “회생불가회사” 요건을 중심으로 분석하였던 것이다.

한편, 이 사건 기업결합에서 공정거래위원회는 “국제경쟁력 강화”를 위한 기업결합인지 여부 또한 독립적인 예외인정 요건으로 검토하였는데, 해외시장에서 경쟁력을 강화시켜 수출증대에 현저하게 기여할 것이라는 예상을 받아들여 이 사건에 있어 기업결합제한의 예외를 인정하였으나, 현행 법령 및 심사기준에서는 “국제경쟁력 강화”를 기업결합제한의 예외로 인정하고 있지 않기 때문에 국제경쟁력 강화만으로는 단독적인 예외사유는 아닐 것으로 보인다.

기업결합 심사에서 필요한 것은 개별기업 간의 결합의 효과를 심사하는 것이므로 산업전체에 대한 고려(산업합리화 또는 국제경쟁력 강화)보다는 개별기업의 효율성 측면을 고려하는 것이 옳다는 측면에서 볼 때, 이 사건 기업결합심사가 진행될 무렵 기존의 산업합리화나 국제경쟁력 강화 요건을 폐지하고 효율성 증대효과와 회생불가회사 여부로 변경한 것은 기업결합에 관한 국제적인 관행과 심사기준을 받아들인 것으로 바람직한 변화라고 할 수 있다. 한편, 이 사건 기업결합심사에 대해서는 “국제경쟁력 증대”를 예외인정 요건으로 명시하고 있는 법률에 따라 심사하였으나 경쟁제한성이 분명한 기업결합에 대해 별다른 제재조치를 취하지 않고 승인하였다는 비판이 있는 것도 사실이다. 다분히 공익기준을 따르고 있던 그 당시의 법률에 따라서 판단한 결과에 대해 지금에 와서 소비자 후생의 관점에서 그것이 바람직한 심사결과였는지를 사후적으로 판단하는 것은 공정한 평가가 아니라고 할 수도 있다. 그러나 이 사건 기업결합이후에 국내 자동차시장의 경쟁상황과 국제시장에서 당사 회사들의 경쟁력 현황을 살펴봄으로써 당시의 심사결과가 바람직한 것이었는지 여부에 대해 간접적으로 평가해 보는 것은 향후에 우리 경제에 큰 영향을 미치는 중대한 기업결합 사건을 심사하게 될 경우에 교훈으로 삼기 위해서라도 큰 의미가 있다고 본다.

다. 기업결합의 효과에 관한 사후적 평가

우선 이 사건 기업결합 이후에 우리나라 자동차 산업이 국제 시장에서 얼마나 경쟁력을 신장시킬 수 있었는지를 살펴볼 필요가 있겠다. 이 사건 기업결합 심사 직전인 1997년 기준으로 현대자동차는 국내외를 합하여 128만대를 생산하여 전 세계 자동차 생산자 중에서 13위, 대우자동차는 78만대로 18위, 기아자동차는 72만대를 생산하여 20위에 위치하고 있었다. 그 이후 10년이 경과한 지금은 세계 자동차 시장의 주요 사업자 순위가 많이 바뀌었는데 현대자동차나 기아자동차의 순위가 눈에 띄게 상승하였다. 현대자동차는 2009년에 300만대 이상을 판매하여 규모면에서 6위에 올라있고 같은 시기에 기아자동차도 200만대 이상을 판매하여 9위로 올라섰다. 이러한 사실에 근거하여 우리는 이 사건 기업결합 이후에 국내 자동차 산업의 국제경쟁력이 실제로 강화되었다고 볼 수 있다. 그러나 국제경쟁력이 과거에 비해 증대된 원인이 이 사건 기업결합 때문이라고 확신하기는 이르다는 비판도 있다. 즉, 이 사건 기업결합 이후에 기술이전, 부품개발 및 유통경로 공유 등을 통해 상당한 시너지 효과가 실현되었을 것으로 생각되지만 세계 자동차 업체들의 부침을 보건데 일정 수준 이상의 규모를 달성한 이후에는 규모의 경제가 경쟁력에 미치는 영향은 제한적이라고 판단된다. 그것보다도 적극적인 해외 생산기지 구축과 세계시장 공략을 위한 마케팅 전략, 안정적인 국내 수요기반 등이 더 주요한 요인이라고 볼 수도 있을 것이다. 어찌되었건 간에 이 사건 기업결합 이후 10년이 지난 지금 양사가 규모나 사업실적 면에서 괄목할만한 성장을 보인 것은 사실이므로 이 사건 기업결합이 국내 자동차 산업의 국제경쟁력에는 일응 긍정적인 영향을 주었다고 평가해도 무방할 것이다.

국내 자동차 시장의 경쟁구조는 이 사건 기업결합이 발생한 이후에 더 나빠졌다고 할 수 있다. 이 사건 기업결합 심사 당시에 승용차 시장에서 현대자동차와 기아자동차 양사의 시장점유율 합계는 56% 정도였다. 그러나 1997년~1998년 외환위기를 계기로 국내 자동차 시장이 구조조정을 거치면서 대우자동차, 삼성자동차, 쌍용자동차 등 다른 경쟁사들이 모두 외국계 회사로 인수되는 과정에서 시장점유율이 하락함에 따라 현대자동차 및 기아자동차의 시장점유율 합계가 70% 수준으로 높아진 상태가 현재까지 유지되고 있다. 이것은 다른 경쟁회사들의 경영난에 힘입어서 상대적으로 현대자동차 그룹의 시장점유율이 증가한 것으로 이 사건 기업결합 자체의 경쟁제한적 효과와는 직접적인 관계가 없다고 볼 수 있다.

이 사건 기업결합 이후에 자동차 시장에 미친 효과에 대해 평가하기 위해서는 현대자동차의 영업실적을 참고할 필요가 있다. 공교롭게도 현대자동차는 기아자동차를 인수한 직후부터 영업실적이 현저하게 향상되기 시작해서 거의 매년 1조원 이상의 당기순이익을 기록하고 있다. 매출액순이익률 면에서도 기아자동차 인수 이전까지는 순이익률이 2% 아래에 머물렀으나 꾸준히 상승하여 최근에는 10%에 가까운 괄목할 만한 성과를 보이고 있다. 영업실적이 이와 같이 향상된 데는 수출채산성 향상 등 여러 가지 원인이 있을 수 있지만 무엇보다 시장지배력을 가진 국내시장에서 안정된 수요를 바탕으로 고수익을 보장받을 수 있었던 것도 주요한 요인이라고 생각할 수 있다. 기아자동차는 국내 자동차 시장에서 현대자동차와 실질적으로 경쟁할 수 있는 2위 사업자이지만 두 회사가 계열회사 관계가 되면서 국내시장에서 70% 이상의 독점적인 지위를 확보하여 가격경쟁을 할 유인이 사라진 결과라고 해석될 소지가 있다. 해외 매출비중이 60% 가량으로 국내 판매보다 더 많지만 해외 시장에서는 양사를 합하더라도 10%를 훨씬 밀돌고 있기 때문에 치열한 가격 경쟁을 할 수밖에 없지만, 국내 시장에서는 사정이 다르기 때문이다. 만일 기아자동차가 현대자동차로 인수되지 않고 제3의 다른 회사로 인수되었더라도 동일한 결과가 나타났을지는 모를 일이다.

<표 2> 현대자동차와 기아자동차의 영업실적 추이

(단위 : 10억 원)

| 연도 | 현대자동차 | | | 기아자동차 | | |
|------|--------|-------|-------|--------|-------|--------|
| | 매출액 | 당기순이익 | 이익률 | 매출액 | 당기순이익 | 이익률(%) |
| 1996 | 11,490 | 87 | 0.8% | - | - | |
| 1997 | 11,662 | 46 | 0.4% | - | - | |
| 1998 | 8,698 | -33 | -0.4% | - | - | |
| 1999 | 14,245 | 414 | 2.9% | 7,931 | 136 | 1.7% |
| 2000 | 18,231 | 668 | 3.7% | 10,806 | 331 | 3.1% |
| 2001 | 22,505 | 1,165 | 5.2% | 12,356 | 552 | 4.5% |
| 2002 | 26,337 | 1,444 | 5.5% | 14,056 | 641 | 4.6% |
| 2003 | 24,967 | 1,749 | 7.0% | 12,840 | 705 | 5.5% |
| 2004 | 27,472 | 1,784 | 6.5% | 15,258 | 691 | 4.5% |
| 2005 | 27,384 | 2,315 | 8.5% | 15,999 | 681 | 4.3% |
| 2006 | 27,335 | 1,526 | 5.6% | 17,440 | 39 | 0.2% |
| 2007 | 30,489 | 1,682 | 5.5% | 15,949 | 14 | 0.1% |
| 2008 | 32,190 | 1,448 | 4.5% | 16,382 | 114 | 0.7% |
| 2009 | 31,859 | 2,962 | 9.3% | 18,416 | 1,450 | 7.9% |
| 2010 | 36,769 | 5,267 | 14.3% | 23,261 | 2,254 | 9.7% |

어쨌든 공정거래위원회는 효율성증대효과 외에 국제경쟁력 강화를 중요한 고려사항으로 심사한 결과 이 사건 기업결합을 승인하였는데 그 이후에 결과적으로 국내 자동차 산업의 국제경쟁력이 더 강화되었다고 평가할 수 있는 한 이 사건 기업결합 심사에 대해서 부정적으로만 평가할 수는 없다. 다만 국제경쟁력 강화 요건이 법률상의 예외인정 요건에서 삭제된 다음에, 같은 기업결합심사를 다시 하게 된다면 어떤 결론을 내리게 될지는 미지수다. 물론 현재 기준으로 볼 때도 국제경쟁력 강화를 위해 필요하다는 주장이 있을 경우, 그것은 아마 효율성 증대 효과의 일부로서 고려될 가능성이 있지만 동일한 결론에 도달하리라고 확신할 수는 없다. 공정거래위원회는 이 사건 기업결합 사건에서 회생불가회사 여부, 효율성 증대효과, 국제경쟁력 강화 등을 모두 인정하여 예외를 인정하였으나, 그 때 이후로 다른 심결사례를 통해 보았을 때 효율성 증대효과에 대해 매우 엄격한 기준을 적용하고 있는 것으로 보인다.

한편, 이 사건 기업결합 이후에 공정거래위원회가 현대자동차 및 기아자동차 두 회사를 대상으로 시정명령 한 다른 공정거래법 위반사건들을 살펴보는 것도 이 사건 기업결합이 시장에 어떠한 영향을 미쳤는지를 평가하는데 참고가 될 수 있을 것이다. 두 회사가 크고 작은 많은 사건들에 관계되었지만 무엇보다 그 이후에 벌어진 기업결합 사건에 영향을 미친 것은 부정할 수 없을 것이다. 우선, 현대자동차 및 기아자동차의 위아(주) 주식취득 건(2002기결0610)은 완성차 업체와 수동변속기 및 차축을 생산하는 부품업체 간의 수직형 기업결합으로, 공정거래위원회는 당사회사들에게 비계열 회사에 대한 차별취급 금지 등의 행태적 시정명령을 부과한 바 있다. 또한 현대자동차(주) 및 씨멘스 VDO Automotive AG의 현대오토넷 주식취득 건(2005기결1372)은 완성차 업체와 자동차용 멀티미디어 및 전자제어장치 제조사업자간의 수직적 기업결합인데, 공정거래위원회는 비계열 부품업체에 대한 시장봉쇄 가능성을 우려하여 부당한 차별취급행위를 예방하기 위한 시정조치를 부과하였다. 이 사건들은 공정거래위원회가 경쟁제한적 기업결합으로 판단하여 시정조치를 부과한 사건이었는데, 완성차 시장에서 70% 가량의 시장점유율을 가진 지배적사업자가 되었기 때문에 현대자동차나 기아자동차가 상당한 규모 이상의 부품업체를 인수할 경우에는 거의 예외 없이 경쟁제한성에 대한 심층적인 검토 대상이 되었다고 할 수 있다. 공정거래위원회로서는 경쟁제한적인 수평형 기업결합을 승인한 결과 그 뒤에 두 회사들이 관련된 다른 기업결합 사건이 신고 될 경우 이미 존재하는 시장지배력 때문에 기업결합심사에 있어 많은

노력을 기울일 수밖에 없었던 것은 사실이다. 일반적으로 수직형 기업결합은 수평결합보다 효율성 증대 효과가 크게 발생하고 시장 내의 경쟁업체 수가 줄어들지 않기 때문에 검토 대상이 되는 어느 한 시장에서 명백하게 시장지배력을 갖는 기업이 당사 회사가 아닌 경우에는 경쟁제한 우려가 거의 없다. 그러나 수직적으로 결합되는 어느 한 쪽 시장에서 명백히 시장지배력을 가지고 있는 사업자가 있을 경우 시장봉쇄효과 여부 등에 대해 심층적인 분석이 필요한 경우가 많고, 경쟁제한성이 인정될 가능성도 그만큼 높아진다. 현대자동차 그룹은 다수의 부품업체들을 계열회사로 보유하고 있기 때문에 부품업체를 인수할 경우 수직결합 뿐만 아니라 해당 부품시장에서의 수평결합도 심층적인 분석이 필요한 경우가 많다 할 것이다.

또한, 국내시장에서는 독점력을 바탕으로 높은 가격에 판매하면서 해외시장에서는 더 나은 품질의 상품을 더 낮은 가격에 판매하고 있다는 비판도 꾸준히 제기되고 있으며, 이에 대해서는 2007년에 공정거래위원회에 신고가 되어 시장지배적사업자의 가격남용행위 또는 차별적 행위 여부에 대해 조사가 되었으나 위법하다고 볼 정도로 가격을 높이거나 해외시장보다 현저하게 높은 가격으로 공급하였다는 증거를 찾을 수 없었다는 이유로 무혐의로 사건이 종결된 바 있다. 이처럼 이 사건 기업결합이 허용됨에 따라 공정거래위원회 입장에서도 더 많은 행정비용을 지불해야하고 소비자와 협력업체들로부터 독점적 사업자에게 부가 이전되는 등의 사회적 비용이 계속 발생하고 있다고 보아야 할지도 모르겠다.

그러나, 2000년대 이후 국내 자동차 시장에서 수입자동차의 판매가 눈에 띄게 증가하고 있을 뿐만 아니라 최근 들어 수입자동차는 국내 자동차 시장에서 상당한 경쟁압력으로 작용하고 있다. 현대자동차가 기아자동차를 인수하던 때만해도 수입자동차의 국내시장점유율은 1%를 밑돌았으나 꾸준히 상승하여 지금은 7%를 넘어섰다. 특히 최근에는 국산차와 가격차이가 거의 없는 승용차들이 국내로 수입되고 있을 뿐만 아니라 한-미 FTA가 양국의 국회에서 비준될 경우 자동차에 대한 관세는 점진적으로 인하되어 궁극적으로는 폐지될 예정이므로 앞으로 수입자동차의 경쟁압력은 계속 증가될 것으로 전망된다. 즉, 자동차 산업에 있어서의 경쟁은 더 이상 국내시장에 국한되는 것이 아니라 이제는 세계적인 자동차 회사들과의 경쟁에서 살아남아야 하는 시장으로 변화되었다고 할 수 있다.

이러한 변화된 시장 상황을 고려할 때, 공정거래위원회의 이 사건 기업결합에 대한 승인이 현대자동차 및 기아자동차에게 규모의 경제, 생산비용의 절감, 판매망의 통합 등을 통해 세계 유수의 자동차 회사들과 경쟁할 수 있는 발판을 마련해 주었다는 점은 어느 누구도 부인할 수 없을 것이다. 물론, 이 사건 기업결합심사에 대해서는 국내 자동차 시장에서의 독과점적 시장구조가 문제될 경우 여전히 비판적인 의견이 제기되고 있으나, 기업결합당사회사인 현대자동차와 기아자동차가 공정거래위원회의 기대에 부응하여 국내 자동차 시장을 넘어 세계 자동차 시장에서 글로벌 자동차 회사들과 당당히 경쟁할 수 있는 업체로 성장하였다는 사실에서 이 사건 기업결합심사의 의의를 찾을 수 있을 것이다.

[6] 삼익악기의 영창악기 인수에 대한 건

의결 제2004-271호

이 민 호 (변호사, 법무법인 광장)

기업결합과 관련하여서는 공정거래위원회의 시정조치 자체가 많지 않을 뿐만 아니라 그러한 시정조치에 대하여 기업결합당사회사가 적극적으로 소송을 제기하는 사례도 많지 않기 때문에, 기업결합에 관한 판례는 상당히 희소할 수밖에 없다. 이 사건은 기업결합에 관한 최초의 대법원 판결을 이끌어 냈다는 점에서 그 의의가 매우 크다고 하겠다. 이 판결은 앞으로 기업결합에 관한 법집행에 있어서 중요한 선례로서 기능하게 될 것이다.

이 사건에서는 ① 중고 피아노가 경쟁에 미치는 영향을 어떻게 평가할 것인지, ② 일본산 피아노 및 중국업체가 경쟁에 미치는 영향, ③ 효율성 증대효과의 판단 기준, ④ 도산기업항변의 성립 여부, ⑤ 시정조치의 적정성 등이 중요한 법적 쟁점이 되었다.

이 판결을 통하여 대법원은 기업결합, 그 중에서도 수평형 기업결합에 대한 기본적인 법리를 정립하였다. 대법원은 이 판결에서 관련시장의 확정, 경쟁제한성, 효율성항변 및 도산기업항변에 대한 기본적인 판단 기준을 제시하였다.

특히 대법원은 이 판결에서 구 기업결합심사기준에서 제시된 기준을 거의 그대로 받아들임으로써 구 기업결합심사기준의 규범으로서의 가치를 인정하였다는 점에서 의미가 있다. 그러면서 대법원은 필요한 범위 내에서 구 기업결합심사기준에 명시되지 않은 요소들을 추가적으로 판단의 고려요소로 삼는 유연성을 보였다. 이는 구 기업결합심사기준에 명시된 고려요소들을 예시적인 것으로 이해하였기 때문으로 보인다.

현행 심사기준 또한 구 기업결합심사기준의 규정 방식과 크게 다르지 않으므로, 이 판결에서의 대법원의 접근방식은 앞으로도 계속 유지될 것으로 예상된다.

1. 사건개요

가. 시장현황

국내 피아노 시장규모는 1990년대 초반을 정점으로 감소하는 추세에 있으며 국내 업라이트 피아노 기준 판매량은 1994년 14만여 대에서 2003년에는 3만여 대로 크게 감소하였다. 이는 출생률의 하락, 여타 악기(관악기·현악기 등)에 대한 선호증가, 여가선용 수단의 다양화 등 수요측면의 영향과 1997년 의 경제위기 등 시장외적인 요인에 기인한 것으로 보인다.

피아노는 음 발생원리 및 사용목적에 따라 업라이트 피아노, 그랜드 피아노, 디지털 피아노로 구분된다. 2003년 매출액 기준 전체 피아노 시장에서 각 종류별로 차지하는 비중은 업라이트 피아노는 71.3%, 그랜드 피아노는 13.4%, 디지털 피아노는 15.3%이다.

나. 행위사실

주식회사 삼익악기(이하 “삼익악기” 또는 “피심인”이라 한다)와 삼익악기의 계열회사인 삼송공업 주식회사(이하 “삼송공업”이라 한다)는 2004. 3. 12. 영창악기제조 주식회사(이하 “영창악기”라 한다)의 제3자 배정 유상증자에 참여하는 방식으로 영창악기의 주식 48.13%를 취득하여 영창악기의 최대주주가 되었고 영창악기의 대표이사 등 임직원을 임명 또는 선임하여 경영상의 지배력을 확보하였다.

그 후 삼익악기 및 그 계열회사들은 영창악기로부터 피아노 핵심부품의 제조에 필요한 일부 기계설비를 매수하기도 하였다. 삼익악기와 영창악기는 국내 피아노 시장, 그 중에서도 특히 업라이트 피아노 시장에서 사실상 독점을 이루고 있었는데, 이 사건 기업결합으로 인하여 독점에 가까운 지위를 차지하게 되었다.¹⁾

1) 행위사실 내용은 이민호, 「2008년 기업결합 판례 검토」, 『경쟁법연구』 제19권, 법문사, 2009. 5., 402면을 그대로 인용하였다.

다. 공정거래위원회의 심결

1) 원심결

가) 관련시장의 획정

공정거래위원회는 이 사건의 관련상품시장을 업라이트 피아노 시장, 그랜드 피아노 시장 및 디지털 피아노 시장으로 획정하였다. 업라이트 피아노, 그랜드 피아노, 디지털 피아노는 그 가격차이가 현저할 뿐만 아니라, 사용용도에 따라 대표적 수요층도 구분되기 때문에 각각 별개의 시장으로 획정한 것이다. 한편 삼익악기가 중고 피아노도 관련상품시장에 포함시켜야 한다고 주장하였으나, 공정거래위원회는 이러한 주장을 받아들이지 않고 신품 피아노만으로 관련상품시장을 획정하였다. 한편 공정거래위원회는 관련지역시장을 국내시장으로 획정하였고, 세계시장으로 관련지역시장을 획정하여야 한다는 피심인의 주장을 받아들이지 않았다.

삼익악기와 영창악기는 모두 업라이트 피아노, 그랜드 피아노, 디지털 피아노를 생산·판매하고 있었으므로, 이 사건 기업결합은 수평형 기업결합에 해당된다.

나) 경쟁제한성 판단

이 사건 기업결합 후 기업결합당사회사의 시장점유율(2003년 매출액 기준) 합계는 업라이트 피아노 시장에서 92%, 그랜드 피아노 시장에서 64.4%, 디지털 피아노 시장에서 63.4%로서 모두 1위이고, 2위와의 점유율 격차가 각각 85.5%, 45.3%, 31.4%로서 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 “법”이라 한다) 제7조 제4항 제1호의 경쟁제한성 추정요건에 해당하였다.

한편 해외경쟁의 도입수준과 관련하여 피심인은 일본산 피아노 및 중국산 피아노가 기업결합당사회사의 시장지배력을 충분히 억제할 수 있을 것이라고 주장하였으나, 공정거래위원회는 일본산 피아노 및 중국업체가 기업결합 이후에 유효한 경쟁사업자로서 활동하기는 어렵다고 판단하여 피심인의 주장을 받아들이지 않았다.

또한 신규진입 가능성에 대해서 공정거래위원회는 국내 피아노 수요가 정체상태에

있고, 생산시설의 설립에 소요되는 자금이 상당하며, 기업결합당사회사가 부품 생산기지를 해외로 전환하는 경향 등을 감안할 때 신규진입은 사실상 어렵다고 판단하였다.

피심인은 설령 중고 피아노를 신품 피아노와 동일한 상품시장으로 획정할 수 없다고 하더라도, 중고 피아노가 의미있는 인접시장으로서 존재하기 때문에 기업결합당사회사의 시장지배력을 억제할 수 있을 것이라고 주장하였으나, 공정거래위원회는 그와 같은 주장을 받아들이지 않았다.

다) 효율성향변에 대한 판단

피심인은 미국 현지법인의 통합, 국내 대리점 통합, 영창악기의 중국공장 생산가동을 향상 및 중국시장 시장점유율 10% 달성, 디지털 피아노 부분의 기술력 및 판매능력 통합, 국내외 공장별 생산공정 완전특화, 자재비 절감 등 총 338억 원의 효율성 증대효과가 발생한다고 주장하였다. 그러나 공정거래위원회는 피심인이 주장하는 효율성 증대효과의 대부분에 대하여 기업결합 특유적인 것이 아니라거나, 국내 시장의 경쟁구조나 국내 소비자 후생과 직접적인 관련성이 없거나, 실현가능성이 불확실하다는 등의 이유로 효율성 증대효과로 인정하지 않았다.

라) 도산기업향변에 대한 판단

이 사건에서 공정거래위원회는 영창악기의 자금사정이 좋지 않았다는 사정은 인정하면서도 제반 사정에 비추어 볼 때 이 사건 기업결합이 없었다면 영창악기가 지급불능상태에 이르렀을 것이라고는 보지 않았다. 또한 시장상황에 비추어 볼 때 이 사건 기업결합이 없었다면 영창악기의 생산설비 등이 당해 시장에서 계속 활용되기 어려운 경우도 아니었다고 보았다. 그리고 영창악기에 대한 인수합병 과정에 비추어 볼 때 당해 기업결합보다 경쟁제한성이 적은 다른 기업결합이 이루어지기 어려운 경우에도 해당되지 않는다고 보았다.

마) 시정조치의 내용

이에 공정거래위원회는 삼익악기 및 삼송공업에 대하여 시정명령일로부터 1년 이내에 영창악기 주식 전부를 제3자에게 매각하도록 명하였다. 또한 시정명령일로부터

3개월 이내에 삼익악기 및 그 계열회사들이 영창악기로부터 매입한 기계설비를 다시 영창악기에 양도하도록 명하였다. 그리고 그 이행내역을 공정거래위원회에 보고하도록 하였다.

2) 이의신청 및 재결²⁾

피심인은 공정거래위원회의 원심결에 대하여 이의신청을 하였으나, 공정거래위원회는 재결에서 피심인의 이의신청을 기각하였다. 공정거래위원회가 재결에서 효율성항변 및 도산기업항변에 관한 부분에서 원심결의 내용에 비해 법리를 보다 명확하게 표현한 부분이 있으므로, 해당 부분을 살펴보기로 한다.

가) 효율성항변에 대한 판단

이의신청인은 구 「기업결합심사기준」(2007. 12. 20. 공정거래위원회고시 제2007-12호로 개정되기 전의 것. 이하 같다)³⁾에는 효율성 증대효과가 소비자에게 귀속될 것을 요건으로 하고 있지 않으므로, 해외에서의 효율성 증대효과가 국내 소비자에게 직접적으로 귀속되지 않더라도 이를 효율성 증대효과로 고려하여야 한다고 주장하였다. 이에 대하여 공정거래위원회는 효율성 증대효과를 예외인정사유로 규정한 취지는 기업결합으로 인해 경쟁제한적 폐해가 발생할 수 있다고 하더라도 효율성 증대효과가 발생할 경우 기업결합당사회사의 비용이 하락하여 가격인하나 생산량의 증대 등을 통해 경쟁구조가 보다 촉진되고 국내 소비자의 후생이 증대될 수 있기 때문이라고 설명하면서 효율성 증대효과가 국내 소비자의 후생을 증대시킬 수 있는 것인지 여부가 중요한 판단기준이 된다고 보았다.

한편 공정거래위원회는 이의신청인이 주장하는 효율성 증대효과가 있다고 하더라도 이 사건 기업결합은 당해 시장에서 사실상 독점을 형성하는 것이어서 그 효과가 피심인의 독점이윤으로 귀속될 가능성이 매우 클 뿐 당해 시장에서 경쟁유인을 증대시켜 국내 소비자의 후생을 증대시키지 않을 것이라고 판단하였다.

2) 공정거래위원회 2005. 1. 5. 전원회의 재결 제2005-002호.

3) 기업결합심사기준은 2007. 12. 20. 공정거래위원회 고시 제2007-12호로 상당한 개정이 있었다.

또한 공정거래위원회는 법 제7조 제2항의 효율성 증대효과로 인한 예외인정을 받기 위해서는 효율성 증대효과가 경쟁제한으로 인한 피해보다 크다는 것을 이의신청인이 입증하여야 하나, 이의신청인은 효율성 증대효과만을 주장할 뿐 경쟁제한으로 인한 피해를 입증하고 있지 못하다고 지적하였다.

나) 도산기업항변에 대한 판단

영창약기는 원심결 이후인 2004. 9. 21. 최종적으로 부도가 발생하여 2004. 10. 20. 회사정리절차 개시결정을 받아 회사정리절차가 진행되고 있었다. 이와 관련하여 공정거래위원회는 영창약기가 지급불능상태의 요건을 충족시킨다고 하더라도, 도산기업항변의 성립을 위한 나머지 두 요건은 여전히 충족되지 않는다고 보았다. 나아가 회사정리절차는 법원의 관리 하에 회사를 재건하고자 하는 것으로, 이에 따라 경영이 정상화될 경우에는 영창약기가 다시 유력한 경쟁사업자가 될 것이 예상된다는 점에서 예외인정 사유에 해당되지 않는다고 판단하였다.

라. 고등법원의 판결⁴⁾

서울고등법원은 공정거래위원회의 의결 및 재결에서 판단한 내용을 대체로 그대로 인정하면서 시정명령의 취소를 구하는 원고의 청구를 기각하였다. 서울고등법원의 판시 내용 중 특히 주목할 만한 부분을 살펴보기로 한다.

1) 단독효과의 인정

서울고등법원은 구 기업결합심사기준에 따라서 공정거래위원회 의결의 위법성 여부를 판단하였다. 그런데, 구 기업결합심사기준에서는 현행 기업결합심사기준과 달리 수평형 기업결합의 경쟁제한성을 판단하는 요소로서 단독효과를 명시하지 않고 있었다. 그럼에도 불구하고 서울고등법원은 “이 사건 기업결합으로 인하여 국내의 양대 피아노 생산·판매업체는 사실상 독점화되고 직접적인 대체재 관계에 있던 두 제품이 하나의 회사 내에서 생산되고 판매되므로 소비자 입장에서는 제품 선택의 폭이 줄

4) 서울고등법원 2006. 3. 15. 선고 2005누3174 판결.

어들과 생산자 입장에서는 이를 이용하여 가격인상을 통한 이윤증대 가능성이 커지게 되는 이른바 단독효과가 발생할 수 있는 전형적인 경우”라고 판단하였다.

2) 효율성향변에 관한 법리

효율성향변과 관련하여서도 서울고등법원은 공정거래위원회의 판단을 대부분 그대로 인정하였다.

한편 효율성향변에 관한 일반론에서 서울고등법원은 효율성향변을 인정하는 취지는 이로 인하여 경쟁구조가 보다 촉진되고 궁극적으로 국내 소비자의 이익이 증대될 수 있다는 데에 있다고 밝힘으로써 공정거래위원회와 같이 국내 소비자의 후생을 기준으로 효율성 증대효과를 판단하여야 한다는 입장을 취하였다.

또한 효율성의 의미와 관련하여 기업으로 하여금 보다 적은 생산요소를 투입하여 보다 많거나 품질이 좋은 생산물을 만들어 내도록 하는 비용절감을 뜻하는 ‘생산적 효율성’을 말한다고 명시하였다. 이 부분에 대하여 대법원은 뒤에서 보는 바와 같이 판단을 다소 달리 하였다.

3) 시정조치에 관한 법리

시정조치의 내용과 관련하여서도 서울고등법원은 공정거래위원회의 처분을 적법한 것으로 인정하였다. 한편 시정조치에 관한 법리를 밝힌 부분이 중요한데, 서울고등법원은 공정거래위원회에 어떠한 시정조치를 명할 것인지에 관하여 비교적 넓은 재량이 부여되어 있다고 보았고, 이미 실현된 기업결합에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 결합 전 상태로의 회복 조치를 취하는 것이 원칙이며, 원고들 주장과 같이 기업결합은 허용하되 경쟁제한의 폐해를 방지할 수 있는 영업방식 또는 영업범위의 제한을 부과하는 방법(예컨대 가격인상율의 제한 등)은 장래의 여건변화에 탄력적으로 대응하기 어렵고 경쟁제한으로 인한 각종 폐해를 시정하는 데에 한계가 있으며 또 다른 역량의 낭비와 분쟁의 소지가 있어 실효성에 의문이 든다고 판시하였다.

마. 대법원의 판결⁵⁾

삼익악기 판결에서 대법원은 관련시장 확정, 경쟁제한성 판단, 효율성 항변, 도산기업항변 및 시정조치의 적정성과 관련하여 기본적인 법리를 실시하고, 원심판결에서의 구체적인 판단이 이와 같은 법리에 비추어 볼 때 정당한 것이었음을 밝히고 있다. 이 판결은 기업결합에 관한 최초의 대법원 판결로 그 판시사항은 앞으로도 관련 사건에 지대한 영향을 미칠 것이라는 점에서 그 판시내용을 자세히 살펴보기로 한다.

1) 관련시장 확정

대법원은 먼저 법 제7조에 의해 제한되는 기업결합에 해당되는지 여부를 판단하기 위해서는 그 경쟁관계가 문제될 수 있는 일정한 거래분야에 관하여 거래의 객체인 관련상품에 따른 시장(이하 “관련상품시장”이라고 한다) 등을 확정하는 것이 선행되어야 한다고 판시하였다.

그리고 관련상품시장은 일반적으로 서로 경쟁관계에 있는 상품들의 범위를 말하는 것으로서, 구체적으로는 거래되는 상품의 가격이 상당 기간 어느 정도 의미 있는 수준으로 인상될 경우 그 상품의 대표적 구매자가 이에 대응하여 구매를 전환할 수 있는 상품의 집합을 의미하고, 그 시장의 범위는 거래에 관련된 상품의 가격, 기능 및 효용의 유사성, 구매자들의 대체가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 구매행태는 물론, 판매자들의 대체가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 경영의사의 결정행태, 사회적·경제적으로 인정되는 업종의 동질성 및 유사성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이며, 그 이외에도 기술발전의 속도, 그 상품의 생산을 위하여 필요한 다른 상품 및 그 상품을 기초로 생산되는 다른 상품에 관한 시장의 상황, 시간적·경제적·법적 측면에서의 대체의 용이성 등도 함께 고려하여야 한다고 판시하였다.

이와 같이 관련시장 확정에 관한 기본적인 법리를 실시한 후 이 사건에서 관련상품 시장을 업라이트 피아노, 그랜드 피아노, 디지털 피아노의 각 신품 피아노 시장으로

5) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2006두6659 판결, 대법원 판결의 요약은 이민호, 2009, 402~406면의 내용을 일부 수정하여 인용하였다.

확정하고, 관련지역시장을 국내시장으로 확장한 것이 정당하다고 판시하였다. 또한 대법원은 중고피아노와 신품 피아노에 대하여 상품용도, 가격, 판매자와 구매자층, 거래행태, 영업전략 등에서 차이가 있고 공급측면 및 수요측면에서 상호간 대체가능성을 인정하기 어렵다고 본 원심의 판단이 정당하다고 인정하였다.

2) 실질적 경쟁제한성

대법원은 수평결합에서의 실질적 경쟁제한성을 판단함에 있어서는 기업결합 전후의 시장 집중상황, 해외 경쟁의 도입수준 및 국제적 경쟁상황, 신규진입의 가능성, 경쟁사업자 간의 공동행위 가능성, 유사품 및 인접시장의 존재 여부 등을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하여야 한다는 기본적인 원칙을 제시하였다. 대법원은 구 기업결합심사기준에서 제시된 경쟁제한성 판단 기준을 그대로 채택한 것이다.

이러한 법리를 바탕으로 대법원은 이 사건 기업결합 후의 결합회사 시장점유율 합계가 법 제7조 제4항에서 규정하고 있는 실질적 경쟁제한성 추정요건에 해당될 뿐만 아니라, 신규진입의 가능성이 거의 없으며, 해외 경쟁의 도입 가능성이나 인접시장 경쟁압력의 정도 역시 매우 적고, 특히 이 사건 기업결합으로 인하여 국내의 양대 피아노 생산·판매업체는 사실상 독점화되고 직접적인 대체재 관계에 있던 두 제품이 하나의 회사 내에서 생산·판매되므로 소비자의 입장에서는 제품선택의 폭이 줄어들고 생산자의 입장에서는 이를 이용하여 가격인상을 통한 이윤증대의 가능성이 커지게 되므로, 이 사건 기업결합은 관련시장에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위에 해당한다고 본 원심의 판단이 정당하다고 판시하였다.

3) 효율성항변

대법원은 효율성 증대효과와 관련하여서도 구 기업결합심사기준의 내용을 그대로 받아들였다. 즉 대법원은 법 제7조 제2항 제1호에서 당해 기업결합 외의 방법으로는 달성하기 어려운 효율성 증대효과가 경쟁제한으로 인한 폐해보다 큰 경우에 해당한다고 공정거래위원회가 인정하는 기업결합에 대하여는 예외를 인정하고 있는데, 이 경우 해당요건을 충족하는지에 대한 입증책임은 당해 사업자가 부담하며, 이러한 당

해 기업결합으로 인한 특유의 효율성 증대효과를 판단함에 있어서는 기업의 생산·판매·연구개발 등의 측면 및 국민경제의 균형발전 측면 등을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하되, 이러한 효율성 증대효과는 가까운 시일 내에 발생할 것이 명백하여야 한다고 판시한 것이다. 이러한 대법원의 판시 내용은 원심판결이 제시한 효율성 증대효과의 판단 기준과 미묘한 차이를 보이고 있는데, 이에 관해서는 아래 주요쟁점 부분에서 자세히 검토하기로 한다.

이러한 법리에 따라 대법원은 원고들이 주장하는 효율성 증대효과 대부분이 이 사건 기업결합으로 인한 특유의 효율성 증대효과에 해당한다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 국내 소비자 후생 등과 관련이 없으므로 효율성 증대효과로 인정하기에 부족하고, 달리 이 사건 기업결합의 효율성 증대효과가 경쟁제한으로 인한 피해보다 큰 경우로 볼 수 없다고 본 원심의 판단이 정당하다고 판시하였다.

4) 도산기업항변

대법원은 이 사건 기업결합 당시 영창약기의 자금사정이 열악하였다고 보기는 하나 영창약기가 지급불능 상태에 있었거나 가까운 시일 내에 지급불능 상태에 이르러 회생이 불가한 회사라고 단정하기 어려운 점, 영창약기가 국내외에서 높은 브랜드 인지도를 보유하고 상당한 판매실적을 기록하고 있는 사정 등에 비추어 영창약기가 관련시장에서 퇴출될 것이라고 보기는 어려워 ‘생산설비 등이 당해 시장에서 계속 활용되기 어려운 경우’라고 단정하기 어려운 점, 실제로 원고들 이외의 다른 회사들이 영창약기에 대하여 증자참여 내지 인수를 제안했던 사정 등에 비추어 제3자의 인수가능성이 없어 ‘이 사건 기업결합보다 경쟁제한성이 적은 다른 기업결합이 이루어지기 어려운 경우’이었다고 단정하기 어려운 점 등을 종합하여 도산기업항변을 인정하지 않은 원심의 판단이 정당하다고 보았다.

5) 시정조치의 적정성

삼익약기 사건에서는 공정거래위원회의 주식매각명령으로 인하여 이 사건 기업결합의 목적을 달성할 수 없게 된 원고들이 공정거래위원회의 시정조치가 재량권을 일

탈·남용한 것이라고 주장하였다. 그러나 대법원은 공정거래위원회가 법에서 규정한 범위 내에서 시정조치를 명하였을 뿐만 아니라, 이 사건 처분을 함에 있어 평등의 원칙, 비례의 원칙에 위배되는 등의 방법으로 재량권을 일탈·남용하였다고 할 수 없다고 판단하였다.

2. 관련규정 및 제도

가. 기업결합제한 관련 규정

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」

제7조(기업결합의 제한) ① 누구든지 직접 또는 대통령령이 정하는 특수한 관계에 있는 자(이하 특수관계인⁶⁾이라 한다)를 통하여 다음 각호의 1에 해당하는 행위(이하 기업결합⁶⁾이라 한다)로서 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위를 하여서는 아니된다. 다만, 자산총액 또는 매출액의 규모(계열회사의 자산총액 또는 매출액을 합산한 규모를 말한다)가 대통령령이 정하는 규모에 해당하는 회사(이하 대규모회사⁶⁾라 한다)외의 자가 제2호에 해당하는 행위를 하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 다른 회사의 주식의 취득 또는 소유

나. 공정거래법상 기업결합제한규정 제도⁶⁾

1) 법 제7조

법 제7조 제1항에서는 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 기업결합 행위를 금지하고 있다. 이 때 일정한 거래분야란 거래의 객체별·단계별 또는 지역별로 경쟁관계에 있거나 경쟁관계가 성립될 수 있는 분야라고 정의되는데, (법 제2조 제8호) 이는 곧 관련시장을 의미하는 것이다. 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위란 관련시장에서 경쟁이 감소하여 특정 사업자 또는 사업자단체의 의사에 따라 어느 정도 자유

6) 이 부분은 이민호, 『기업결합에 대한 규제』, 독점규제법 30년, 법문사, 2011의 해당 부분을 이 글의 목적에 맞추어 일부 수정, 보완하였다.

로이 가격·수량·품질 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태를 초래하는 행위를 말한다(같은 조 제8호의2).

우리 법에서는 특이하게도 기업결합의 경쟁제한성을 추정하는 조항을 두고 있는데, ① (i) 기업결합 당사회사들의 시장점유율의 합계가 시장지배적사업자의 추정요건에 해당하고, (ii) 시장점유율의 합계가 당해 관련시장에서 제1위이며, (iii) 시장점유율의 합계와 시장점유율이 제2위인 회사의 시장점유율과의 차이가 그 시장점유율 합계의 25% 이상인 경우(법 제7조 제4항 제1호), 또는 ② (i) 대규모회사가 직접 또는 특수관계인을 통하여, (ii) 중소기업의 시장점유율이 2/3 이상인 시장에서, (iii) 당해 기업결합으로 5% 이상의 시장점유율을 가지게 되는 경우에 경쟁제한성이 추정된다(같은 항 제2호). 제1호의 추정요건은 시장점유율의 합계라는 표현에 비추어 볼 때 수평결합에 적용되는 것으로 보아야 하고, 제2호의 추정요건은 주로 수직결합 및 혼합결합에 적용될 수 있다.⁷⁾

2) 기업결합심사기준

경쟁제한성에 관한 실체적 판단기준에 대해서는 기업결합심사기준(이하 '심사기준'이라 한다)에서 상세한 기준을 제시하고 있다. 현행 심사기준은 2007. 12. 20. 공정거래위원회고시 제2007-12호로 개정된 것에 2009. 8. 20.에 공정거래위원회고시 제2009-39호로 "IX. 재검토 기한"을 추가한 것이다. 앞에서 본 바와 같이 삼익약기 사건은 2007년 개정 이전의 구 심사기준이 적용된 것이다. 아래에서는 현행 심사기준의 내용을 간략히 살펴보기로 한다.⁸⁾

심사기준에서는 간이심사대상 기업결합에 대해서는 경쟁제한성이 없는 것으로 추정하여 원칙적으로 15일 이내에 심사를 완료하도록 하고 있다. 특히 시장집중도를 기준으로 안전지대를 설정하여 일정한 기준 미만의 기업결합은 간이심사대상으로 정하고 있다. 즉 시장집중도를 이용하여 관문심사를 하고 있는 것이다. 한편 간이심사대상

7) 법 문언으로만 보면 대규모회사가 5% 미만의 시장점유율을 가지고 있다가 수평결합을 통하여 5% 이상을 가지게 되는 경우 제2호가 적용될 가능성이 있을 것이나, 제2호는 주로 수직결합 및 혼합결합을 염두에 둔 조항으로 보인다.

8) 2007년 개정 시의 개정 내용 및 문제점에 대해서는 홍대식, 「기업결합 심사기준의 개정 내용에 대한 검토-경쟁제한성 판단기준을 중심으로-」, 『법조』 통권 622호, 법조협회, 2008. 7.을 참조.

에 해당되지 않는 기업결합은 일반심사대상으로 보아 경쟁제한성 여부를 판단하도록 하고 있다. 일반심사대상 기업결합에 대해서는 지배관계 형성 여부, 관련시장 확정, 경쟁제한성 여부, 효율성 항변 및 도산기업항변 성립 여부 순으로 단계적으로 판단을 하도록 규정하고 있다.

먼저 심사기준은 지배관계가 형성되는 경우에만 경쟁제한적인 기업결합이 성립할 수 있는 것으로 규정하고 있는데, 합병 또는 영업양수의 경우에는 그 행위로 바로 지배관계가 형성되지만, 주식취득, 임원겸임 또는 회사신설의 경우에는 심사기준에 따라 지배관계 형성 여부를 판단하도록 하고 있다. 관련시장은 거래대상, 거래지역 등에 따라 구분되는데, 그 문구가 아주 명확하지는 않지만 이른바 SSNIP(small but significant and non-transitory increase in price) 기준을 받아들인 것으로 이해되고 있다.

이와 같이 관련시장이 확정되면 해당 기업결합이 수평결합, 수직결합, 혼합결합 중 어느 것에 해당하는지 구분하여 경쟁제한성을 판단하게 된다. 수평결합의 경우에는 시장의 집중상황, 결합당사회사 단독의 경쟁제한 가능성(이른바 단독효과), 경쟁사업자 간의 공동행위 가능성(이른바 협력효과), 해외경쟁의 도입수준 및 국제적 경쟁상황, 신규진입의 가능성, 유사품 및 인접시장의 존재여부 등을 종합적으로 고려하여 심사하게 된다.

우선 시장집중도가 간이심사대상에 해당하지 않는 경우에는 경쟁이 실질적으로 제한될 가능성이 있다고 본다. 다만, 시장집중도 분석은 기업결합이 경쟁에 미치는 영향을 분석하는 출발점으로서의 의미를 가지며, 경쟁이 실질적으로 제한되는지 여부는 시장의 집중상황과 함께 다른 제반요소들을 함께 고려하여 판단하도록 하고 있다(심사기준 VII.1.가.(1)항). 즉, 현행 심사기준은 허핀달-허쉬만 지수(이하 'HHI'라고 한다)를 기준으로 간이심사대상을 설정하고 시장집중도 분석이 관문심사의 역할을 한다는 점을 보다 명확히 하였다는 점에서 구 심사기준에서 진일보한 것이다.

한편 수평결합의 경쟁제한성은 단독효과 및 협력효과의 형태로 나타나게 된다. 기업결합 후 당사회사가 단독으로 가격인상 등 경쟁제한행위를 하더라도 경쟁사업자가 당사회사 제품을 대체할 수 있는 제품을 적시에 충분히 공급하기 곤란한 등의 사정이 있는 경우에는 당해 기업결합이 경쟁을 실질적으로 제한할 수 있다(심사기준 VII.1.나

항). 구 심사기준에서는 단독효과를 명시하지 않고 있었으나, 공정거래위원회는 실무적으로 이를 고려하여 왔으며, 위에서 본 바와 같이 법원에서도 단독효과를 고려하였다. 또한 심사기준은 기업결합에 따른 경쟁자의 감소 등으로 인하여 사업자간의 가격·수량·거래조건에 관한 명시적·묵시적 공동행위가 이루어지기 쉽거나 그 공동행위의 이행여부에 대한 감독 및 위반자에 대한 제재가 가능한 경우에는 경쟁을 실질적으로 제한할 가능성이 높아질 수 있다고 보고 있다(심사기준 VII.1.다항).⁹⁾ 이는 협력효과를 규정하고 있는 것이다.

신규진입의 가능성, 해외경쟁의 도입수준 및 국제적 경쟁상황, 유사품 및 인접시장의 존재여부 등은 경쟁제한성을 강화하거나 약화시키는 요소들로 볼 수 있다. 해외경쟁의 도입수준 및 국제적 경쟁상황은 신규진입의 특수한 한 형태로 볼 수 있을 것이다.

수직결합의 경우에는 시장의 봉쇄효과, 경쟁사업자간 공동행위 가능성 등을 종합적으로 고려하여 심사한다. 혼합결합의 경우에는 잠재적 경쟁의 저해효과, 경쟁사업자 배제효과, 진입장벽 증대효과 등을 종합적으로 고려하도록 하고 있다.

한편 경쟁제한성이 인정되더라도 효율성항변 또는 도산기업항변이 성립하는 경우에는 당해 기업결합을 예외적으로 승인하게 된다. 효율성항변이 성립하기 위해서는 효율성 증대효과가 기업결합 특유적인 것이어야 하고, 가까운 시일 내에 발생할 것이 명백하여야 하며, 경쟁제한의 폐해보다 커야 한다. 심사기준에서는 생산·판매·연구개발 등에서의 효율성 증대효과뿐만 아니라 고용증대, 지역경제 발전, 전후방 연관산업 발전, 국민경제생활의 한정, 환경오염개선과 같은 국민경제 전체에서의 효율성 증대효과도 고려하도록 하고 있다. 도산기업항변은 회생이 불가한 회사와의 기업결합으로, 기업결합을 하지 아니하는 경우 회사의 생산설비 등이 당해 시장에서 계속 활용되기 어렵고, 경쟁제한성이 적은 다른 기업결합이 이루어지기 어려운 경우에 인정된다.

9) 협력효과의 요건으로 경쟁사업자 간 공동행위의 용이성과 이행감독 및 위반자 제재의 용이성은 선택적 요건이 아니라 중첩적인 요건으로 규정되는 것이 적절하다. 홍대식, 앞의 논문, 181~182면 참조.

나. 미국법 및 수평결합지침

1) 클레이튼 법¹⁰⁾

미국에서는 클레이튼 법 제7조에서 기업결합을 직접적으로 규제하고 있는데, “실질적으로 경쟁을 감소하거나 독점을 초래하는 경향이 있을 수 있는”¹¹⁾ 기업결합을 금지하고 있다. 클레이튼 법 제7조는 1950년의 개정 및 1980년의 개정을 통하여 그 적용범위를 확장하여 왔는데, 1980년의 개정 이후에는 클레이튼 법의 적용범위가 셔먼 법의 적용범위와 동일하게 되었다.¹²⁾ 물론 기업결합에 대하여 클레이튼 법 제7조 뿐만 아니라 셔먼법 제1조, 제2조, 연방거래위원회법 제5조가 적용될 수도 있는데, 1980년의 개정 이전에 클레이튼 법 제7조를 적용할 수 없거나 적용대상 여부에 관하여 의문이 있는 경우에는 셔먼법 제1조 및 셔먼법 제2조를 적용하였다. 오늘날에는 기업결합의 경우 셔먼법과 클레이튼법의 위법성 판단 기준이 아마도 동일한 것으로 여겨지고 있다.¹³⁾

2) 수평결합지침

기업결합 정책 집행의 예측가능성을 높여주기 위해서 1968년 법무부에 의해 기업결합지침(Merger Guidelines)이 제정되었고 이후 수차례에 걸쳐 개정되었다. 수평결합에 대해서는 법무부와 연방거래위원회가 공동으로 1992년에 「수평결합지침」(이하 “1992년 수평결합지침”이라고 한다)을 제정하였고, 법무부와 연방거래위원회가 최근에 공동으로 공포한 2010년 「수평결합지침」(Horizontal Merger Guidelines; 이하 “2010년 수평결합지침”이라고 한다)이 1992년 수평결합지침을 대체하였다. 한편 1992년 수평결합지침 및 2010년 수평결합지침은 그 이름에서 드러나듯이 수직결합 및 혼

10) 이 부분은 이민호, 「기업결합에서의 경쟁제한성 판단 기준」, 『경쟁법연구』 제13권, 법문사, 2006. 5., 167면의 내용을 일부 수정하여 인용한 것이다.

11) “... the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly.”

12) E. Thomas Sullivan & Herbert Hovenkamp, 『Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems 817(4th ed., LexisNexis, 1999).

13) Herbert Hovenkamp, 『Federal Antitrust Policy : The Law of Competition and its Practice』, 491-492 (3d ed., Thomson/West, 2005).

합결합에 대해서는 규정을 두고 있지 않다. 이에 따라 수직결합 및 혼합결합에 대해서는 법무부가 공표한 1984년 기업결합지침의 관련 부분이 계속 적용된다.¹⁴⁾ 아래에서는 현재 적용되고 있는 2010년 수평결합지침의 내용을 좀 더 살펴보기로 한다.

2010년 수평결합지침은 실제적 또는 잠재적 경쟁자들 사이의 기업결합에 있어 경쟁당국의 원칙적인 분석 기법, 실무관행 및 집행정책의 개요를 설명하고 있다. 2010년 수평결합지침은 전체적인 개요(1항), 경쟁제한효과의 증거(2항), 목표고객 및 가격차별(3항), 관련시장 확정(4항), 시장참여자·시장점유율 및 시장집중도(5항), 단독효과(6항), 협력효과(7항), 구매자의 대항력(8항), 신규진입(9항), 효율성(10항), 도산기업 및 도산사업부문(11항), 경쟁관계에 있는 수요자 사이의 기업결합(12항), 부분적 인수(13항) 순으로 분석틀을 제시하고 있다. 2010년 수평결합지침은 1992년 수평결합지침에 비하여 전반적으로 내용이 더욱 풍부해졌으며, 경제적 분석을 더 많이 도입하였고, 증거에 관한 설명이 늘어났다.

대부분의 기업결합 분석은 기업결합이 이루어질 경우에 발생할 것 같은 결과를 기업결합이 이루어지지 않을 경우에 발생할 것 같은 결과와 비교하여 평가하는 것이기 때문에 장래에 대한 예측이 필수적이다. 2010년 수평결합지침에서는, 기업결합규제는 경쟁상의 문제를 맹아단계(in their incipency)에서 금지하려는 것이므로 경쟁제한효과에 대한 확실성(certainty)은 거의 불가능하고 기업결합을 위법한 것으로 판단하기 위하여 경쟁제한효과가 요구되는 것도 아님을 서두에서 명확히 하였다. 또한 기업결합 분석은 단일한 방법론을 통일적으로 적용하는 것이 아니며, 경쟁당국이 그 경험에 기초해서 한정된 시간 내에 경쟁에 대한 영향을 평가하기 위하여 합리적으로 이용가능하고 신뢰할 만한 증거들에 대한 다양한 분석틀을 적용하는 사안특유적인 과정이라고 밝히고 있다. 이 지침은 사례들을 제시하고 있지만 이들은 예시적인 것이고 관련 원칙의 적용에 있어 한정적인 것이 아님을 명백히 하였다.

관련시장 확정과 관련하여서는 가상적 독점자 기준(hypothetical monopolist test)을 유지함으로써 1992년 수평결합지침과 내용이 본질적으로 달라지지는 않았다. 안전지대의 설정과 관련하여서는 1992년 수평결합지침에 비하여 기준을 완화함으로써 그 범위를 넓혔다.

14) 이 부분은 이민호, 2005, 168면을 수정한 것이다.

시장력(market power)을 형성, 강화 또는 유지(entrench)하거나 그 행사를 조장하는 기업결합은 허용될 수 없는데(이하 이를 “시장력의 강화”라 한다), 감소한 경쟁상의 제약 또는 유인으로 인하여 하나 이상의 사업자가 가격을 인상하거나, 산출량을 제한하거나, 혁신을 저해하거나 달리 소비자의 이익을 해치는 것을 조장할 개연성이 있는 경우가 이에 해당된다. 기업결합에 관여된 회사 사이의 경쟁이 제거됨으로써 기업결합 참가 회사가 시장력을 강화할 수 있는데, 이러한 경쟁제한효과를 단독효과(unilateral effects)라고 한다. 2010년 수평결합지침은 단독효과와 관련하여 경제적 분석을 강화하였다. 기업결합은 또한 경쟁사업자 사이의 조정되거나 조화되거나 상호의존적인 행위의 위험을 증가시킴으로써 시장력을 강화할 수 있는데, 이러한 경쟁제한효과를 협력효과(coordinated effects)라고 한다. 협력효과는 경쟁법에 위반되지 않는 행위도 포함하는 개념이다.

설명의 편의를 위하여 2010년 수평결합지침에서는 일반적으로 가격에 미치는 효과의 측면에서 시장력의 강화를 설명하지만, 시장력의 강화는 품질의 감소, 상품다양성의 감소, 서비스의 감소 또는 혁신의 감소를 포함하여 비가격적인 거래조건에 미치는 영향으로 나타날 수도 있음을 명시하고 있다. 시장력의 강화는 또한 기업결합당사자가 효과적으로 배제적 행위를 할 수 있는 개연성을 키울 수도 있다.

한편 신규진입, 효율성 및 도산기업향변과 관련하여 2010년 수평결합지침은 그 동안의 집행경험을 바탕으로 1992년 수평결합지침의 내용을 보완하고 발전시켰다. 또한 2010년 수평결합지침은 수요독점(monopsony power) 및 부분적 인수에 관해서도 분석들을 제시하고 있다.

다. 유럽법 및 수평결합지침¹⁵⁾

1) 기업결합규제에 관한 규칙

유럽연합에서는 기업결합 규제를 위하여 기업결합규제에 관한 규칙(Council Regulation (EEC) No 4064/89; 이하 “구 규칙”이라고 한다)이 1989년에 제정되었는

15) 이번호, 2005, 177~182면의 내용을 요약 및 보완한 것이다.

데, 이 규칙은 2004년에 Council Regulation (EC) No 139/2004(이하 “신 규칙”이라고 한다)로 개정되었다.

구 규칙 제2조 제(3)항 하에서는 지배적 지위(dominant position)를 초래하거나 강화하고 그 결과로 공동시장 내 또는 그 주요부분에서 유효경쟁을 현저히 저해하는 기업결합은 공동시장과 양립할 수 없는 것으로 규정하고 있었다.¹⁶⁾ 그런데, 신 규칙 제2조 제(3)항은 구 규칙의 동향을 변경하여 공동시장 내 또는 그 주요부분에서 유효경쟁을 현저히 저해하는 - 특히 지배적 지위를 초래하거나 강화한 결과로-기업결합은 공동시장과 양립할 수 없는 것으로 규정하고 있다.¹⁷⁾ 이러한 개정은 미국의 입법례를 받아들여 위법성 판단 기준을 종래의 지배력 기준(dominance test)에서 실질적 경쟁 제한성 기준(substantial lessening of competition test)으로 변경하기 위한 것으로 이해되고 있다.¹⁸⁾ 신 규칙으로의 개정은 구 규칙에 비하여 기업결합의 위법성을 인정할 수 있는 범위를 넓히기 위한 것이었는데, 전문 제25호에서는 “유효경쟁의 현저한 저해”라는 개념이 지배력 개념을 넘어서 관련 시장에서 지배적 지위를 갖지 않은 기업들의 비협력적 행위로 인한 기업결합의 반경쟁적 효과에 대해서까지만 확장되는 것으로 해석되어야 함을 밝히고 있다. 그러나 통상적으로는 지배적 지위의 초래 또는 강화를 통해 유효경쟁의 현저한 저해를 가져오게 된다는 점에서 구 규칙 하에서의 유럽위원회 결정 및 유럽법원 판례에 따른 기준은 여전히 유효하게 적용될 수 있다.

2) 수평결합지침

유럽집행위원회는 실제적 또는 잠재적 경쟁자들 사이의 기업결합을 어떻게 평가하는지에 관하여 기준을 제시함으로써 예측가능성을 높이기 위해 2004년에 「기업결합 규제에 관한 규칙 하에서의 수평결합 판단 지침(Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations

16) A concentration which creates or strengthens a dominant position as a result of which effective competition would be significantly impeded in the common market or in a substantial part of it shall be declared incompatible with the common market.

17) A concentration which would significantly impede effective competition, in the common market or in a substantial part of it, in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position, shall be declared incompatible with the common market.

18) Jonh J. Parisi, 「Developments in EU Competition Law & Policy-2003: Mergers & International Aspects」, ABA Seminar, Washington, DC, 2004. 3. 4., 32면.

between undertakings: 이하 “유럽 수평결합지침”이라고 한다)을 제정하였다. 또한 수직결합 및 혼합결합과 관련하여서는 2008년에 「기업결합규제에 관한 규칙 하에서의 비수평결합 판단 지침(Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings)」을 제정하였다. 이하에서는 수평결합지침에 관해서만 살펴보기로 한다.

유럽 수평결합지침의 체계 및 내용은 기본적으로 미국 1992년 수평결합지침과 유사하다. 다만, 유럽연합에서 발전된 특유한 이론이나 미국 1992년 수평결합지침에서 미처 포함하지 않고 있던 이론을 추가한 점에 그 특색이 있다. 유럽 수평결합지침에서는 수평결합 시 판단 기준을 시장점유율 및 시장집중도, 반경쟁적 효과, 수요자의 지위, 진입 분석, 효율성 및 도산기업항변의 순서로 기술하고 있다.

유럽 수평결합지침은 시장집중도의 지표로 HHI를 사용하고 있다. 다만, 특징적인 것은 HHI 이외에 기업결합 후 기업결합 당사회사의 시장점유율에 따라서도 경쟁제한성에 관한 일정한 판단 기준을 제시하고 있다는 점이다. 이는 과거 유럽위원회의 결정례 및 유럽법원의 판례를 통하여 형성된 판단 기준을 반영하고 있다.

유럽 수평결합지침에서도 비협력효과(non-coordinated effects) 및 협력효과(coordinated effects)로 수평결합의 경쟁제한성을 설명하고 있다. 수평결합을 통해서 기업결합 당사회사들 사이의 경쟁이 없어지고 그 밖의 경쟁자들에 대한 경쟁압력도 낮아짐으로써 관련 시장에서 상당한 가격 인상이 초래되는 경우에 비협력효과를 인정하고 있다(24절). 한편 유럽 수평결합지침에서는 협력효과를 공동지배력 개념을 사용하여 설명하고 있다. 기업결합이 경쟁자들 사이의 합의 없이도 그들의 행위를 조절할 수 있는 개연성을 증가시키는 경우 공동지배력을 초래하거나 강화함으로써 유효경쟁을 중대하게 침해할 수 있다고 본다(39절). 유럽 수평결합지침에서는 잠재적 경쟁자와의 기업결합을 수평결합의 하나로 설명하고 있는데, 혼합결합을 규제하는 이론적 근거인 잠재적 경쟁자 이론과 그 맥락을 같이 하고 있다. 또한 유럽 수평결합지침에서는 기업결합으로 수요자의 지배적 지위가 초래, 강화되는 경우에 대하여 분석하고 있는 점도 특징적이다.

한편 기업결합 후에도 수요자의 협상력이 상당하다면 기업결합 당사회사가 비록 시장점유율이 높다고 하더라도 유효경쟁을 해치는 행위를 할 수 없을 것이라는 점을

명시하고 있다(64절). 또한 신규진입과 관련하여서는 유럽 수평결합지침에서도 미국 수평결합지침에서와 마찬가지로 개연성(likelihood), 시의적절성(timeliness), 충분성(sufficiency)의 관점에서 진입 분석을 하도록 하고 있다.

또한 유럽집행위원회는 소비자들의 이익이 되고 경쟁에 장애가 되지 않는 기술적, 경제적 진보의 발전을 포함하여 신 규칙 제2조 제(1)항에 언급된 요소들을 고려한다. 유럽집행위원회가 고려하는 효율성은 소비자에게 이익이 되고, 기업결합 특유적이며 확인가능한 것이어야만 한다(78절). 또한 도산기업항변도 고려하는데, 그 요건은 우리 법령의 요건과 유사하다.

3. 주요 쟁점

이 사건에서 중요한 법적 쟁점으로는 ① 관련상품시장 확정 시에, 또는 인접시장으로서 중고 피아노를 어떻게 평가할 것인지, ② 관련지역시장을 국내시장으로 한정하는 것이 적절한지, ③ 일본산 피아노 및 중국업체가 경쟁에 미치는 영향, ④ 효율성 증대 효과의 판단 기준, ⑤ 도산기업항변의 성립 여부, ⑥ 시정조치의 적정성 등이 있다.

가. 관련상품시장 확정 - 중고 피아노의 포함여부

이 사건에서 피심인은 중고 피아노가 신품 피아노와 비교하여 음질이나 성능 면에서 큰 차이가 없다는 점을 들어 중고 피아노도 관련상품시장에 포함되어야 하고, 설령 신품 피아노와 동일한 시장에 속하지 않는다고 하더라도 의미있는 인접시장으로 존재하기 때문에 경쟁제한성 판단 시에 이를 고려하여야 한다고 주장하였다.

그러나 공정거래위원회는 중고 피아노의 가격이 신품 피아노 가격의 1/3에서 1/2에 불과하고, 중고 피아노는 공급자가 용이하게 공급물량을 조절할 수 없는 등 공급방식, 유통구조, 구매방식에서 큰 차이가 존재한다고 보았다. 즉, 가격측면에서 중고 피아노 가격은 신품 피아노 가격에 연동하는 경향이 있기 때문에 신품 피아노 가격이 인상될 경우 중고 피아노 가격도 상승하게 된다는 것이다. 또한 신품 피아노 가격이 상승하더라도 중고 피아노의 공급량이 크게 증가하지 않는다고 보았다. 뿐만 아니라 중고

피아노는 가격과 구매수량에 보다 민감한 대상이 주요 수요층(예: 학원)인 반면, 신품 피아노는 제품 이미지, 품질, A/S, 사용기간 등에 민감한 대상이 주요 수요층(예: 일반 가정)으로 그 구매결정요인과 대표적 소비자가 구분된다고 판단하였다. 이러한 측면에서 중고 피아노가 신품 피아노의 가격인상 등을 억제할 수 있는 요소로서 작용하기에는 한계가 있다고 보아 중고 피아노는 신품 피아노와 동일한 시장에 속하지 않는다고 보았고, 신품 피아노에 대한 경쟁압력으로 작용하기 어렵다고 판단하였다. 이와 같은 공정거래위원회의 판단을 서울고등법원과 대법원도 지지하였다.

내구재의 경우 중고품과 신품 간에는 상호간 대체가능성을 전면적으로 부인할 수도, 전면적으로 인정할 수도 없을 것이다. 이 때 중고품을 관련시장에서 완전히 제외한다면 결합회사의 시장지배력을 과대평가할 가능성이 있고, 관련시장에 모두 포함한다면 결합회사의 시장지배력을 과소평가할 가능성이 있다. 따라서 중고품과 관련하여서는 이와 같은 오류의 가능성을 염두에 두고 관련시장 및 경쟁제한성을 판단할 필요가 있다. 이와 관련하여 중고품을 관련시장에 포함시키되 시장점유율을 계산할 때 수량이 아니라 가격을 기준으로 산정하면 중고품이 차지하고 있는 위치를 대략적으로 보여줄 수 있을 것이라는 견해가 있다.¹⁹⁾ 즉, 중고품은 일반적으로 신품에 비하여 가격이 상당히 저렴할 것이므로 가격을 기준으로 하여 시장점유율을 산출하게 되면 중고품이 차지하고 있는 비중이 어느 정도 드러날 것이라는 주장으로 이해할 수 있다.²⁰⁾

나. 관련지역시장

이 사건에서 삼익악기는 원심결에서 관련지역시장을 세계시장으로 확정하여야 한다는 주장을 하였으나, 공정거래위원회는 관련지역시장을 국내시장으로 확정하였고, 이러한 공정거래위원회의 판단은 서울고등법원 및 대법원에서 지지를 받았다.

관련지역시장을 세계시장으로 확대하려면 수요자가 국내에서 구매하는 것과 마찬가지로 해외로부터 용이하게 해당 상품을 수입·구매할 수 있어야 한다. 그렇지만 현실에서는 관세·비관세 장벽, 운송비, 유통망, 소비문화, A/S 등 유무형의 장벽으로

19) Herbert Hovenkamp, 『Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice』 (3d ed., Thomson/West, 2005), 126면.

20) 이 단락은 이민호, 2009, 409면을 요약한 것이다.

국내에서 구매하는 것과 해외로부터 수입·구매하는 것 간에는 큰 차이가 존재하는 경우가 일반적이다. 이에 따라 대부분 기업결합 사례에서는 관련지역시장을 일차적으로 국내시장으로 확정하고 있다. 위와 같은 관점에서 외국 피아노 제품의 수입실적, 무형적인 국가장벽 등을 고려하여 이 사건에서 관련지역시장을 국내시장으로 한정하게 된 것이다.

다만 관련지역시장을 국내시장으로 한정하더라도 해외시장 및 수입제품에 대한 고려를 배제한다는 뜻은 아니다. 아래에서 보는 바와 같이 이 사건에서는 일본산 및 중국산 피아노가 경쟁에 미치는 영향을 고려하여 경쟁제한성을 판단하였다.

다. 일본산 및 중국산 피아노

피심인은 일본산 피아노의 시장점유율이 급격히 증가²¹⁾하였고, 최근 가와이가 피아노 가격을 삼익악기 및 영창악기와 유사한 수준으로 인하하였으며, 향후 중국업체들이 가격경쟁력을 바탕으로 국내에 단기간 내에 진입할 가능성이 높기 때문에 이권 기업결합 후 발생하는 기업결합 당사회사의 시장지배력을 충분히 억제할 수 있다고 주장하였다.

일본산 피아노에 대하여 공정거래위원회는 업라이트 피아노 시장의 경우 그 비중이 매우 낮고, 그랜드 피아노 시장 및 디지털 피아노 시장의 경우에는 어느 정도의 비중을 차지하고는 있지만 그랜드 피아노 시장 및 디지털 피아노 시장 자체가 전체 피아노 시장에서 차지하는 비중이 상당히 작을 뿐만 아니라 기업결합당사회사와 2위 사업자간의 시장점유율 격차가 상당하다는 점을 들어 일본산 피아노가 기업결합 이후에 유효한 경쟁압력으로 작용하기는 어렵다고 판단하였다. 또한 가와이의 가격인하는 일시적인 현상으로 판단하였고 향후 지속적으로 그와 같은 가격이 유지될 것이라고 보지 않았다.

중국산 피아노에 대하여 공정거래위원회는 중국업체들의 국내 시장점유율이 매우 낮고, 대부분 OEM으로 수출을 하고 있을 뿐만 아니라, 국내 소비자들이 중국업체들의

21) 업라이트 피아노의 경우 3.8%(2002년) → 7.6%(2003년), 그랜드 피아노의 경우 15%(2002년) → 32.9%(2003년), 디지털 피아노의 경우 21.4%(2002년) → 35.3%(2003년).

피아노보다는 국내 업체들의 해외공장에서 생산한 제품을 더 선호할 것이라는 점을 들어 피심인의 주장을 받아들이지 않았고, 공정거래위원회는 배타적 유통망으로 인하여 일본산 피아노 및 중국산 피아노가 유통되기 어려운 구조라는 점도 지적하였다.

일본산 피아노 및 중국산 피아노에 대한 이와 같은 공정거래위원회의 판단을 서울고등법원과 대법원도 지지하였다.

라. 효율성향변의 판단

1) 예외인정 요건

법 제7조 제2항 제1호에서는 당해 기업결합 외의 방법으로는 달성하기 어려운 효율성 증대효과가 경쟁제한으로 인한 폐해보다 큰 경우에 예외를 인정하고 있다. 이 때 해당요건을 충족하는지에 대한 입증은 당해 사업자가 하도록 하고 있다. 한편 심사기준 VIII. 1. 가.에서는 효율성 증대효과가 가까운 시일 내에 발생할 것이 명백할 것을 요구하였다.²²⁾

2) 이 사건에서의 효율성향변 및 판단

피심인은 미국 현지법인의 통합, 국내 대리점 통합, 영창악기의 중국공장 생산가동률 향상 및 중국시장 시장점유율 10% 달성, 디지털 피아노 부문의 기술력 및 판매능력 통합, 국내외 공장별 생산공정 완전특화, 자재비 절감 등을 통하여 효율성 증대효과가 발생한다고 주장하였다. 그러나 공정거래위원회는 피심인이 주장하는 효율성 증대효과의 대부분은 이 사건 기업결합을 통해서만 실현가능한 기업결합 특유의 효과로 보기 어렵거나, 국내 시장의 경쟁구조나 국내 소비자 후생과 직접적인 관련성이 없거나, 실현가능성이 불확실하므로 효율성 증대효과로 인정하기 곤란하다고 판단하였다. 이와 같은 공정거래위원회의 판단은 서울고등법원 및 대법원에서도 받아들여졌다.

22) 현행 심사기준에서도 동일한 요건을 규정하고 있다(VIII.1.나.(2)항).

3) 입증책임

재결에서 공정거래위원회는 효율성 증대효과가 경쟁제한으로 인한 피해보다 크다는 점을 사업자가 입증하여야 하는데, 이의신청인은 효율성 증대효과만을 주장할 뿐 경쟁제한으로 인한 피해를 입증하고 있지 못하다는 점을 지적하였다. 공정거래위원회는 효율성 증대효과의 크기뿐만 아니라 경쟁제한으로 인한 피해의 크기 역시 사업자가 입증하여야 한다는 입장을 취한 것으로 보인다.

그러나 법 제7조 제1항에 의하여 경쟁을 실질적으로 제한하는 기업결합이라는 점에 관한 입증책임은 공정거래위원회에 있으므로, 경쟁제한으로 인한 피해에 대한 입증책임은 공정거래위원회에 있다고 보는 것이 타당하다. 사업자는 효율성 증대효과에 대해서만 입증하면 되고, 공정거래위원회 또는 법원이 그 중 어느 쪽이 더 큰지를 비교형량하여 판단하면 될 것이다.²³⁾ 만약 효율성 증대효과가 경쟁제한의 피해보다 크다는 점이 명확하지 않은 경우에는 법 제7조 제2항의 취지상 예외를 인정받을 수 없게 될 것이다.

4) 효율성의 의미²⁴⁾

효율성의 의미에 대하여 서울고등법원은 앞에서 본 바와 같이 생산적 효율성을 의미하는 것으로 보았으나, 대법원은 구 심사기준의 내용을 그대로 받아들여 기업의 생산·판매·연구개발 등의 측면 및 국민경제의 균형발전 측면 등을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하여야 한다고 판시하였다.

효율성 증대효과와 관련하여 경쟁과 직접 관련된 좁은 의미의 경제적 효율성만을 고려할 것인지, 보다 넓은 경제적 요소 내지는 비경제적 요소도 함께 고려할 것인지에 관하여 지금까지 많은 논쟁이 있었다. 공정거래위원회의 최근 심결례 중에는 국민경제전체에서의 효율성을 긍정적으로 고려한 사례들을 발견하기 어렵다.

원심판결은 효율성을 생산적 효율성으로 이해함으로써 경쟁과 직접 관련이 있는

23) 권오승·이원우 공편, 『공정거래법과 규제산업』, 법문사, 2007, 164~165면 (이민호 집필부분) 참조.

24) 이 부분은 이민호, 2009, 410~411면을 요약한 것이다.

좁은 의미의 경제적 효율성만을 고려하는 태도를 취하였다. 이는 국민경제전체에서의 효율성 증대효과를 경쟁의 문제라기보다는 산업정책적 문제 내지 공익적 요소에 속하는 것이기 때문에 이를 고려하는 것이 적절하지 않다는 비판²⁵⁾을 반영한 것으로 보인다.²⁶⁾ 그러나 이러한 원심의 판시는 국민경제전체에서의 효율성 증대효과도 고려하도록 하고 있는 구 심사기준²⁷⁾의 문언과는 일치하지 않는 것이었다.

대법원은 구 심사기준의 규정에 따라 좁은 의미의 경제적 효율성 이외에 경제적, 비경제적 요소들을 효율성 증대효과로 고려할 수 있음을 밝힌 것으로 보인다. 다만 실제로 좁은 의미의 경제적 효율성 이외의 요소들을 경쟁제한의 폐해와 어떻게 비교형량할 수 있는 것인지에 대해서는 아무런 방향을 제시하지 않았다.

5) 국내 소비자후생 기준²⁸⁾

이 사건에서 공정거래위원회뿐만 아니라 서울고등법원 및 대법원도 국내 소비자후생을 기준으로 하여 효율성 증대효과를 판단하였다는 점도 주목할 만하다. 효율성의 측정기준과 관련하여서는 생산자후생과 소비자후생의 합으로 나타나는 총사회후생을 기준으로 하는 견해, 소비자후생을 기준으로 하는 견해 및 생산자후생과 소비자후생을 기중평균 하는 견해의 대립이 있어 왔다.²⁹⁾ 구 심사기준에서 어느 기준을 채택하고 있는지는 명확하지 않았는데, 공정거래위원회의 최근 심결례들은 미국 및 유럽 수평결합지침과 같이 소비자후생 기준을 취하고 있었다.

이 사건에서 공정거래위원회는 피심인의 효율성 증대효과 주장 중 상당 부분을 국내 소비자후생과는 직접적인 관련성이 없다는 이유로 받아들이지 않았다. 또한 서울고등법원은 효율성향변을 인정하는 취지가 “궁극적으로 국내 소비자의 이익이 증대될 수 있다는 데에 있다”고 밝혔고, 대법원은 “원고들 주장의 효율성 증대효과 대부분

25) 권오승 편, 『공정거래법강의 II』, 법문사, 2000, 359~360면(홍대식 집필부분) 참조.

26) 국민경제전체에서의 효율성 증대효과를 긍정적으로 보는 견해로, 고용, 지역균형발전, 에너지의 안정적 공급, 환경 문제 등은 법 제7조 제2항의 효율성 개념에는 포섭되기 어렵지만, 기업결합과 관련하여 고려될 여지가 있기 때문에 경쟁제한성과 국민경제적 이익 내지 다른 공익적 가치의 비교형량을 통하여 기업결합 승인 여부를 결정하도록 법 자체에 규정을 둘 필요가 있다는 학설이 있다. 홍명수, 『경제법론I』, 경인문화사, 2008, 151~152면 참조.

27) 현행 심사기준에서도 국민경제전체에서의 효율성 증대효과를 고려하도록 하고 있다.

28) 이 부분은 이민호, 2009, 411-412면의 내용을 일부 수정한 것이다.

29) 권오승·이원우 공편, 앞의 책, 165~166면(이민호 집필부분) 참조.

분이 ... 국내 소비자후생 등과 관련이 없으므로 효율성 증대효과로 인정하기에 부족하고”라고 판시하였다. 이와 같은 법원의 판단은 소비자후생 기준을 지지한 것으로 이해할 수 있을 것이다.

6) 기업의 국제경쟁력 강화를 위한 예외인정 여부

이 사건 원심결 당시 “국가 챔피언(National Champion)을 키워 국제경쟁력을 향상시킬 것인가, 경쟁을 통해 소비자의 권익을 도모할 것인가”하는 문제가 논란이 되었다. 과거 구 법(1999. 2. 5. 법률 제5813호로 개정되기 전의 것)에서는 제7조 제1항 단서로 산업합리화 또는 국제경쟁력 강화를 위한 것으로서 대통령령이 정하는 요건에 해당한다고 공정거래위원회가 인정하는 기업결합에 대하여 예외를 인정하고 있었다. 그러나 그 후 법이 개정되어 현행 규정과 같이 효율성향변과 도산기업향변으로 예외 인정 사유가 정리되었다. 이에 따라 국제경쟁력 강화는 더 이상 예외인정 사유가 될 수 없다.

한편 이 사건에 있어서는 ① 삼익악기와 영창악기는 일본의 야마하에 이어 세계 2, 3위의 시장점유율을 확보한 회사로서 이미 세계적인 규모의 회사이며, 피아노 산업은 기업의 규모나 생산량을 늘리는 것은 물론 피아노의 품질과 브랜드 인지도를 높이는 가운데 경쟁력이 높아진다고 볼 수 있다는 점, ② 만약 국내 독점이 허용된다면 업체 간 경쟁이 사라져 기업은 해외에 진출하려는 유인이 감소하고 품질개선이나 기술개발 등을 소홀히 하여 국제경쟁력이 오히려 약화될 수 있다는 점을 근거로 이 같은 주장이 받아들여지지 않았다.³⁰⁾

마. 도산기업향변

이 사건에서 중요한 쟁점 중의 하나는 영창악기의 재정상황에 비추어 볼 때 법 제7조 제2항 제2호의 도산기업향변이 성립할 수 있을 것인가 하는 점이었다.

30) 김문식, 「뒤돌아본 삼익-영창악기 M&A사례의 주요 쟁점」, 『경쟁저널』 통권 제125호, 한국공정경쟁연협회, 2006, 90면.

1) 도산기업항변의 요건

법 제7조 제2항 제2호 및 시행령 제12조의4에 의하면, 도산기업항변이 성립하기 위해서는 ① 상당기간 대차대조표상의 자본총계가 납입자본금보다 작은 상태에 있는 등 회생이 불가능한 회사와의 기업결합일 것(이하 “회생불가 요건”이라 한다), ② 기업결합을 하지 아니하는 경우 회사의 생산설비 등이 당해시장에서 계속 활용되기 어려운 경우일 것, ③ 당해 기업결합보다 경쟁제한성이 적은 다른 기업결합이 이루어지기 어려운 경우일 것의 세 가지 요건이 충족되어야 한다. 이에 대한 입증책임은 사업자에게 있다.

2) 이 사건의 검토

이 사건에서는 우선 영창약기가 회생불가 요건을 충족시키고 있는지 문제되었다. 특히 원심결 직후에 삼익약기가 자금지원을 중단하자 영창약기의 재무구조가 악화되어 회사정리절차가 개시되기에 이르렀기 때문에 과연 이와 같은 경우 영창약기를 회생불가 회사로 볼 것인지 문제되었다. 원심결에서는 영창약기의 자금사정이 좋지 않다는 점을 인정하면서도 회생불가 요건에는 해당되지 않는다고 보았다. 또한 영창약기에 대하여 회사정리절차가 개시된 이후에 결정이 내려진 재결에서 공정거래위원회는 회사정리절차에 따라 영창약기의 경영이 정상화될 경우에는 다시 유력한 경쟁사업자가 될 것이 예상된다는 점에서 회생불가 요건에 해당되지 않는다고 판단하였다. 이와 같은 공정거래위원회의 판단은 서울고등법원 및 대법원에 의해서도 지지되었다. 비록 기업결합의 일방이 부실기업이라고 하더라도 향후 경영정상화가 가능하다면 경쟁제한성이 있는 기업결합을 그대로 허용하는 것보다는 이를 금지하거나 경쟁제한성을 해소할 수 있는 적절한 조치를 부과함으로써 시장에서의 경쟁을 보호하는 것이 바람직할 것이다.

한편 공정거래위원회는 다른 회사들이 영창약기에 대하여 증자참여 내지 인수를 제안하였던 제반 상황을 근거로 회생불가 요건 이외의 나머지 두 요건도 충족되지 않는다고 보았고, 서울고등법원 및 대법원도 이러한 공정거래위원회의 판단을 인정하였다. 실제로 2005. 5.에 현대산업개발이 영창약기의 지분을 취득함으로써 제3자 매각이 이루어졌다.

바. 시정조치의 적정성³¹⁾

이 사건에서 공정거래위원회는 삼익악기 등에 영창악기의 주식을 제3자에게 매각하도록 하는 등의 구조적 시정조치를 명하였다. 삼익악기 등은 소송과정에서 이러한 구조적 시정조치는 재량권을 일탈·남용한 것으로, 기업결합 자체는 허용하되 가격인상 등을 제한하는 행태적 시정조치를 명하는 것이 타당하다는 주장을 하였다.

이러한 삼익악기 등의 주장에 대하여 서울고등법원은 어떠한 시정조치를 명할 것인지에 대해서는 공정거래위원회에 비교적 넓은 재량이 부여되어 있고, 이미 실현된 기업결합에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 결합 전 상태로의 회복 조치를 취하는 것이 원칙이며, 이 사건 기업결합의 경쟁제한성의 정도가 심각하고, 이 사건에서 행태적 시정조치로는 장래의 여건변화에 탄력적으로 대응하기 어렵고 실효성에 의문이 있음을 종합하여 공정거래위원회의 시정조치가 적법하다고 판단하였다.³²⁾ 한편 대법원은 시정조치에 관하여 일반적인 법리를 실시하지는 않은 채, 공정거래위원회가 법에서 규정한 범위 내에서 시정조치를 명하였고 재량권을 일탈·남용하였다고 할 수 없다고 판시하였다.

기업결합 사건에서는 경쟁제한성에 관한 실체적 판단도 중요하지만, 경쟁제한성이 인정되는 경우 적절한 시정조치를 고안해 내는 것도 중요하다. 이와 관련하여 공정거래위원회에 비교적 광범위한 재량권이 부여되어 있다는 점에 대해서는 의문이 없다. 다만, 시정조치의 선택과 관련하여 공정거래위원회의 재량권의 한계가 무엇인지, 공정거래위원회가 고려하여야 할 요소나 기준이 어떠한 것인지에 관하여 대법원이 일반적인 원칙을 제시할 수 있는 기회를 활용하지 않은 것에 대해 아쉬움이 남는다.

한편 그 이후 대법원은 동양제철화학 판결³³⁾에서 어떠한 시정조치를 명할 것인지에 관하여는 공정거래위원회에 비교적 넓은 재량이 부여되어 있다고 판시하면서, 해당 사건의 제반 사정에 비추어 볼 때 가격상한 설정은 유효적절한 시정조치로 보이지

31) 이 부분은 이민호, 2009, 413~414면의 내용을 수정, 보완한 것이다.

32) 기업결합규제에서 구조적 시정조치를 우선하여야 한다는 견해로는 이호영, 「독점규제법상 기업결합에 대한 시정조치의 개선」, 『저스티스』 통권 제90호, 2006. 4., 244~245면; 이봉의, 「독점규제법상 기업결합 시정조치의 재검토」, 『경쟁법연구』 제20권, 법문사, 2009. 11., 309~310면, 318~322면 참조.

33) 대법원 2009. 9. 10. 선고 2008두9744 판결.

않고 다른 행태적 시정조치도 기술발전 등 장래의 시장여건 변화에 따른 경제상황에 탄력적으로 대응할 수 없어 경쟁제한성을 해소하기에 현저히 부족할 것으로 보므로, 해당 사건에서 주식매각 또는 자산매각을 명한 구조적 시정조치가 적절하다고 판단하였다.

이러한 대법원 판결은 시정조치의 선택에 있어서 공정거래위원회의 재량권을 넓게 인정하여 준 것이다. 다만, 동양제철화학 판결에서 대법원은 삼익악기 사건에서의 서울고등법원의 판시³⁴⁾와는 달리 구조적 시정조치가 원칙적인 시정조치라는 점을 인정하는 데까지는 나아가지 않은 것으로 보인다. 즉, 해당 사건의 제반 사정에 따라 다양한 구조적 시정조치와 행태적 시정조치 가운데 적절한 시정조치를 선택하여야 한다는 입장으로 대법원 판결을 이해할 수 있겠다.

4. 의의

가. 기업결합에 대한 최초의 대법원 판결

기업결합과 관련하여서는 공정거래위원회의 시정조치 자체가 많지 않을 뿐만 아니라 그러한 시정조치에 대하여 기업결합당사회사가 적극적으로 소송을 제기하는 사례도 많지 않다. 따라서 기업결합에 관한 판례는 상당히 희소할 수밖에 없다. 이 사건은 대법원에 상고가 되어 기업결합에 관한 최초의 대법원 판결을 낳게 되었다는 점에서 그 의의가 매우 크다고 하겠다. 이 판결 이외에 기업결합에 관한 대법원 판결로는 앞에서 본 동양제철화학 판결이 있을 뿐이며, 서울고등법원의 판결로도 이 두 대법원 판결의 원심 판결 이외에 무학 판결³⁵⁾ 및 이마트 판결³⁶⁾이 있을 뿐이다.

삼익악기 판결을 통하여 대법원은 기업결합, 그 중에서도 수평형 기업결합에 대한 기본적인 법리를 정립하였다. 대법원은 이 판결에서 관련시장의 획정, 경쟁제한성의

34) 삼익악기 사건에서 서울고등법원이 “이미 실현된 기업결합에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 결합 전 상태로의 회복 조치를 취하는 것이 원칙”이라고 밝힌 부분은 구조적 시정조치가 원칙적인 조치라는 점을 이론적인 배경으로 한 것으로 볼 수 있을 것이다.

35) 서울고등법원 2004. 10. 27. 선고 2003두2252 판결.

36) 서울고등법원 2008. 9. 3. 선고 2006두30036 판결.

판단, 효율성향변의 판단 및 도산기업향변에 대한 판단에 관하여 기본적인 판단 기준을 제시하였다. 이 판결에서 대법원이 제시한 법리는 이후의 다른 사건에서도 선례로서 많은 영향을 미치게 될 것이다.

나. 심사기준의 규범력 인정³⁷⁾

삼익약기 판결에서 서울고등법원 및 대법원은 구 심사기준에서 제시된 기준을 거의 그대로 받아들여 판단을 함으로써 구 심사기준의 법규적 효력을 인정하였다는 점에서 의미가 있다. 그러면서도 대법원은 필요한 범위 내에서 구 심사기준에 명시되지 않은 요소들을 추가하여 판단의 기준으로 삼는 유연성을 보이고 있다.

예를 들어 대법원은 관련상품시장의 획정을 위하여 거래에 관련된 상품의 가격, 기능 및 효용의 유사성, 구매자들의 대체가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 구매행태는 물론, 판매자들의 대체가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 경영의사의 결정행태, 사회적·경제적으로 인정되는 업종의 동질성 및 유사성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이며, 그 이외에도 기술발전의 속도, 그 상품의 생산을 위하여 필요한 다른 상품 및 그 상품을 기초로 생산되는 다른 상품에 관한 시장의 상황, 시간적·경제적·법적 측면에서의 대체의 용이성 등도 함께 고려하여야 한다고 판시하였다. 그런데, 앞에서 제시한 요소들은 구 심사기준에 관련상품시장의 획정 시에 고려할 요소들로 명시되어 있었지만, 후자의 경우에는 구 심사기준에 고려요소로서 포함되어 있지 않았다. 대법원은 구체적 타당성을 위하여 구 심사기준의 고려요소들을 예시적인 것으로 보고, 그 밖에 다른 요소들도 적절하게 고려할 수 있다고 판단한 것으로 이해된다.

또한 서울고등법원은 경쟁제한성을 판단함에 있어서 구 심사기준에는 명시되어 있지 않던 단독효과를 명시적으로 인정하였다. 대법원은 단독효과라는 용어는 사용하지 않았지만, 이 사건 기업결합으로 피아노 시장이 사실상 독점화되어 결합회사가 가격인상을 통하여 이윤을 증대시킬 가능성이 커진다고 판시함으로써 사실상 단독효과를 고려하였던 것으로 보인다.

37) 이 부분은 이민호, 2009, 406~410면의 내용을 수정, 요약한 것이다.

현행 심사기준 또한 구 심사기준의 규정 방식과 크게 다르지 않으므로, 삼익악기 판결에서 보여준 구 심사기준에 대한 대법원의 접근방식은 앞으로도 계속 유지될 것으로 보인다. 심사기준은 법 제7조 제5항의 위임에 의하여 제정된 것으로 법규명령으로서의 효력이 인정될 수 있을 것이다. 다만 심사기준에서 명시하는 요소들은 예시적인 것으로 이해할 수 있을 것이다. 기업결합과 관련하여서는 개별 사건마다 다른 특성들이 있을 수 있고 심사기준에서 사전적으로 고려하여야 할 모든 요소들을 정확히 제시하는 것은 사실상 어려움이 있다. 따라서 유연한 접근 방식을 취하는 것이 바람직할 것이다.³⁸⁾ 다만 수범자의 예측가능성을 높이기 위해서는 심사기준에서 제시하고 있지 않은 요소들도 필요에 따라 고려할 수 있음을 심사기준 내에 일반원칙으로 명시하여 주는 것이 바람직할 것이다.³⁹⁾

38) 홍대식, 앞의 논문, 157~158면도 동일한 취지인 것으로 보인다.

39) 권오승, 이원우 공편, 앞의 책, 143면(이민호 집필부분) 참조

[7] 하이트맥주의 진로 인수에 대한 건

의결 제2006-009호

이 경 원 (교수, 동국대학교)

본 기업결합은 맥주 제조업을 영위하는 하이트맥주(주)가 소주 제조업을 수행하는 (주)진로를 인수한 사건으로 공정거래위원회는 기업결합 심사기준에 근거하여 본 건을 심사하였다. 피심인측과 주식취득을 반대하는 경쟁업체 모두 임계매출감소 분석(Critical Loss Analysis)을 사용함으로써 무학-대선 합병 건과 더불어 임계매출감소 분석이 관련시장을 확정하는데 있어서 그 유용성이 인정된 사건이다. 공정거래위원회는 피심인측의 주장을 받아들여 맥주시장과 소주시장을 별개의 상품시장으로 확정하였다. 하이트맥주(주)가 소주 제조업을 영위하는 하이트주조(주)를 계열회사로 보유하고 있었으므로, 본 기업결합은 수평적 기업결합과 혼합적 기업결합의 두 유형을 모두 지닌 것으로 규정되었다.

수평적 기업결합의 경우 경쟁제한적 성격이 없어 문제가 되지 않았으나, 혼합적 기업결합 유형에 있어서 공정거래위원회는 기업결합 후 ① 경쟁사업자 배제가능성, ② 진입장벽 증대가능성, ③ 잠재적 경쟁 저해가능성, ④ 가격인상 가능성 등을 분석하여, 모든 영역에서 본 기업결합의 경쟁제한성을 인정하고 사전적 규제를 포함한 시정조치를 부과하였다. 이는 혼합형 기업결합에 대한 경쟁제한성을 인정하고 시정조치를 부여한 최초의 사례로 향후 기업결합의 과반수를 차지하는 혼합형 기업결합 심사에 있어 그 영향이 클 것으로 예상된다. 하지만 사후적 규제를 담당하는 공정거래위원회가 가격상한제와 같은 사전적 규제 성격의 시정조치를 내리는 것이 바람직한 지 여부에 대해서는 심결 이후 다소의 이견이 제시되기도 하였다.

1. 사건개요

가. 시장현황

1) 소주시장

부산 등 5개 지역을 제외한 전국 소주시장의 2004년 소주업체별 시장점유율은 (주)진로 82.4%, (주)두산 8.2%, (주)선양 4.6%, 하이트주조(주) 2.5% 순이었고, 부산 등 5개 지역의 소주시장에서 2004년 기준 시장점유율 1위 사업자는 각각 부산 대선(주)(86.0%), 경북 (주)금복주(94.6%), 경남 (주)무학(80.0%), 전남 보해(주)(80.4%), 제주 (주)한라산(91.1%)이었다.

2) 맥주시장

2004년 국내 맥주시장은 하이트맥주(주)의 시장점유율이 57.9%이고, OB맥주(주)의 시장점유율은 42.1%로서 전형적인 독점시장의 모습을 보여주고 있었다.

나. 행위사실

맥주와 먹는 샘물 등을 직접 제조하고 있을 뿐만 아니라, 소주도 생산 및 판매하는 하이트주조(주)를 계열사로 보유하고 있는 하이트맥주(주)는 군인공제회 등과 컨소시엄을 구성하여 소주와 먹는 샘물 등을 직접 제조하는 (주)진로가 유상증자할 주식의 100%, 발행할 사채의 100%를 인수하기로 하는 MOU를 체결한 후, (주)진로의 주식 52.1%를 취득하고 최대주주가 되었으며, 2005. 4. 13에 동 기업결합을 공정거래위원회에 신고하였다. 취득회사인 하이트맥주(주)의 주주구성과 피취득회사인 (주)진로의 기업결합 전후 주주구성 변화는 아래 <표 1>에 나타나 있다.

<표 1>

당사회사의 개요

(단위: 억 원, %)

| 구분 | 취득회사 | 피취득회사 | | | |
|-------|-------------------|---------------|-------|-------|-------|
| | 하이트맥주(주) | (주)진로 | | | |
| 주요사업 | 맥주, 먹는 샘물 제조업 | 소주, 먹는 샘물 제조업 | | | |
| 재무상황 | '04. 12월 기준 | '04. 12월 기준 | | | |
| - 자본금 | 1,002 | 33 | | | |
| - 자 산 | 18,515(집단:23,268) | 9,229 | | | |
| - 매출액 | 8,608(집단:10,233) | 6,930 | | | |
| 주주구성 | 주 주 | 주 주 | 취득 전 | 취득 후 | |
| | 특수관계인 | 38.4 | 하이트맥주 | - | 52.1 |
| | 기타 | 61.6 | 교원공제회 | - | 20.9 |
| | | | 군인공제회 | - | 16.4 |
| | | | 기타 | 100.0 | 10.6 |
| | 계 | 100.0 | 계 | 100.0 | 100.0 |

다. 공정거래위원회의 심결

1) 원심결

본 사건은 하이트맥주(주)가 (주)진로의 주식취득을 위한 계약체결 이전에 당해 행위의 경쟁제한성 여부에 대한 심사를 공정거래위원회에 임의적으로 요청한 것이었다. 공정거래위원회는 본 기업결합에 의해 경쟁이 실질적으로 제한될 수 있다고 판단하였으나, 아래와 같은 5가지의 행태적 시정조치들을 부과하고 5년간의 이행기간을 조건으로 하여 본 기업결합을 승인하였다.

1. 피심인 하이트맥주(주)와 (주)진로는 이 시정명령을 받은 날로부터 5년이 되는 날까지 하이트맥주(주)가 생산·판매하는 모든 맥주 상품과 (주)진로가 생산·판매하는 모든 소주 상품의 각각의 출고원가(제세 제외)를 소비자 물가상승률 이상으로 인상하여서는 아니되며(구체적 가격인상 한도는 다음 산식에 따른다), 환율 또는 원재료 가격의 급격한 변동, 천재지변 등의 특별한 사유로 인하여 그 이상으로 인상하여야할 필요가 있는 경우에는 사전에 공정거래위원회와 협의하여야 한다.

가격인상한도 = 2005년 6월의 출고원가 × (가격인상 직전에 확인 가능한 최근 월의 소비자 물가지수 ÷ 2005년 6월의 소비자물가지수)

2. 피심인 하이트맥주(주)와 (주)진로는 향후 주류도매상과 거래함에 있어 부당하게 자기와 거래하도록 유인·강제하거나 자기의 거래상 지위를 부당하게 이용하여 거래하는 행위 등을 하지 않도록 하는 구체적 방안을 이 시정명령을 받은 날로부터 3개월 이내에 수립하여 공정거래위원회의 승인을 받아야 하며, 승인을 받은 날로부터 5년이 되는 날까지 수립된 방안을 이행하여야 한다.

3. 피심인 하이트맥주(주)와 (주)진로는 이 시정명령을 받은 날로부터 5년이 되는 날까지 영업 관련 인력과 조직을 분리 운영하여야 한다.

4. 피심인 하이트맥주(주)와 (주)진로는 하이트맥주(주)가 생산·판매하는 맥주 상품과 (주)진로가 생산·판매하는 소주 상품의 종합주류도매상에 대한 월별 주문대비 출고내역을 이 시정명령을 받은 날로부터 5년이 되는 날까지 매반기별로 그 종료일로부터 1개월 이내에 공정거래위원회에 보고하여야 한다.

5. 피심인 하이트맥주(주)와 (주)진로는 위 1.의 시정명령 이행내역에 대해서는 매년도 종료일로부터 1개월 이내에 공정거래위원회에 보고하여야 하며, 위 2. 및 3.의 시정명령 이행내역에 대해서는 매반기 종료일로부터 1개월 이내에 공정거래위원회에 보고하여야 한다.

2) 이의신청 및 재결

위의 시정명령 2번 주문을 이행하기 위하여 하이트맥주(주)와 (주)진로는 공정거래자율준수 프로그램(CP)을 도입하고, CP의 실질적 운용을 담보하기 위해 CP 도입 통지 및 공시, 불공정거래행위 신고센터 설치, 감시기구 설치, CP 운영 평가 등을 시행하는 방안을 공정거래위원회에 제출하였다. 그 주요 내용은 아래와 같으며, 공정거래위원회는 2006. 5. 18. 전원회의에서 이를 승인하였다.

<불공정거래행위 방지 방안 주요내용>

- 하이트맥주, 진로 홈페이지에 불공정거래행위 신고센터 설치
- 불공정거래방지 협의회 설치 : 신고사건 처리, 징계건의 등
(구성 : 공정거래연합회장, 주류도매협회장, 대한주류공업협회장)
- CP 도입 및 그 사실을 주류도매상(약 1,400개)과 경쟁사업자에 통지

- CP 도입내용을 증권거래소에 공시하고, 분기별로 이행실적을 사업보고서에 기재하여 공시
- 매년 CP 운영실적을 평가하여 상위 3단계 이내의 등급획득
- 불공정거래행위자(내부직원)에 대한 징계기준 마련 : 감봉, 교육이수 등

2. 관련규정 및 제도

가. 기업결합제한 관련 규정

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」

제7조(기업결합의 제한) ① 누구든지 직접 또는 대통령령이 정하는 특수한 관계에 있는 자(이하 특수관계인"이라 한다)를 통하여 다음 각호의 1에 해당하는 행위(이하 "기업결합"이라 한다)로서 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위를 하여서는 아니된다. 다만, 자산총액 또는 매출액의 규모(계열회사의 자산총액 또는 매출액을 합산한 규모를 말한다)가 대통령령이 정하는 규모에 해당하는 회사(이하 "대규모회사"라 한다)외의 자가 제2호에 해당하는 행위를 하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 다른 회사의 주식의 취득 또는 소유

「기업결합 심사기준」⁴⁰⁾

VII. 경쟁제한성 판단기준

3. 혼합형 기업결합

혼합형 기업결합이 경쟁을 실질적으로 제한하는지 여부는 다음 사항등을 종합적으로 고려하여 심사하되, 잠재적 경쟁의 저해여부에 관하여 중점적으로 고려한다.

가. 잠재적 경쟁의 저해

혼합형 기업결합이 다음 요건에 모두 해당하는 경우에는 잠재적 경쟁을 제한함으로써 일정한 거래분야에서의 경쟁을 실질적으로 제한할 수 있다.

- (1) 취득회사가 대규모회사일 것

40) 2006. 7. 19. 공정거래위원회 고시 제2006-11호로 개정되기 전의 것

- (2) 취득회사가 다음 요건의 1에 해당하는 잠재적 진입자일 것.
 - (가) 생산기술, 유통경로, 구매계층 등이 유사한 상품을 생산하는 등의 이유로 당해 결합이 아니었더라면 경쟁제한 효과가 적은 다른 방법으로 당해 거래분야에 진입하였을 것으로 판단될 것
 - (나) 당해 거래분야에 진입할 가능성이 있는 취득회사등의 존재로 인하여 당해 거래분야의 사업자들이 시장지배력을 행사하지 않고 있다고 판단될 것
- (3) 피취득회사의 시장점유율이 1-가-(1)-(가)에 규정한 요건에 해당할 것
- (4) 취득회사와 피취득회사의 대다수 경쟁사업자간에 사업규모, 자금력 등의 측면에서 현저한 격차가 있을 것

나. 기타 고려사항

- (1) 당해 기업결합으로 당사회사의 자금력, 원재료 조달능력, 기술력, 판매력등 종합적 사업능력이 현저히 증대되어 당해상품의 가격과 품질외의 요인으로 경쟁사업자를 배제할 수 있을 정도가 되는 경우에는 경쟁을 실질적으로 제한할 가능성이 높아질 수 있다.
- (2) 당해 기업결합으로 시장진입을 위한 필요최소자금규모가 현저히 증가하는 등 다른 잠재적 경쟁사업자가 시장에 새로 진입하는 것이 어려울 정도로 진입장벽이 증대하는 경우에는 경쟁을 실질적으로 제한할 가능성이 높아질 수 있다.

나. 기업결합심사기준

본 기업결합에 대한 공정거래위원회의 심사 및 이행조치는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 “법”이라 한다) 제7조 제5항의 규정에 의한 「기업결합 심사기준」(공정거래위원회고시 제1999-2호)에 의거하여 이루어졌다. 기업결합 심사기준은 법 제7조 제1항의 규정에 의한 기업결합이 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는지 여부, 기업결합으로 인해 효율성 증대효과가 발생하는지 여부, 회생이 불가능한 회사와의 기업결합에 해당되는지 여부를 심사하기 위하여 제정되었다.

시장을 확대하고 경제에 혜택을 유발하는 등 효율성을 증대시킬 수 있는 기업결합의 경우 경쟁당국이 특별하게 이를 심사할 필요는 없을 것이다. 기업결합을 통한 이로운 효과는 새로운 제품을 개발 또는 생산에 있어 효율성이 향상되거나, 유통 비용을 줄이는 등 여러 가지가 있다. 또한 효율성 향상이 기대되는 기업결합으로 인하여 소비자는 높은 품질의 재화나 서비스를 적절한 가격에 사용함으로써 높은 소비자잉여를 보장받을 수 있다.

그러나 일부의 기업결합은 지배적인 사업자의 지위를 강화함으로써, 시장에서 경쟁을 저해할 우려가 있다. 이러한 기업결합의 경우 높은 가격, 소비자 선택의 기회 감소, 혁신에 대한 동기부여 감소 등을 가져와 소비자잉여를 해칠 가능성이 높다. 국내 시장에서 경쟁이 강화하고 이를 통해 기업의 경쟁력을 높이는 것은 매우 중요하므로, 기업결합이 경쟁을 저해하여 궁극적으로 기업의 경쟁력을 약화시키거나 소비자잉여를 훼손시키지 않도록 하기 위한 경쟁당국의 일정한 역할이 요구된다.

기업결합이 시장에 미치는 영향을 심사하는 기준이 미국에서 명문화된 것은 1968년이다. 미국의 Horizontal Merger Guidelines는 연방반독점법(Antitrust Law)에 근간하여 관련된 실질적인 또는 잠재적 경쟁자들까지 포함한 기업결합에 대한 주요 분석 기법, 사례 및 법무부(Department of Justice)와 연방거래위원회(Federal Trade Commission)의 정책집행 개요 등을 기술하고 있다. 이와 비슷하게 EU도 EU Competition Law Rules Applicable to Merger Control을 통해 기업결합과 관련된 규제, 절차, 양식 등을 기술하고 있다.

국내의 경우 1998년 공정거래위원회고시 제1998-6호에서 기업결합에 대한 심사기준을 처음 명문화하였다. 기업결합에 대한 심사는 간이심사대상과 일반심사대상으로 구분된다. 간이심사대상의 기업결합은 경쟁제한성이 없는 것으로 추정하며 원칙적으로 신고내용의 사실여부만을 심사하여 적법한 신고서류의 접수후 15일 이내에 심사결과를 신고인에게 통보한다. 일반심사대상의 기업결합에 대해서는 본 기업결합 심사기준에 규정된 지배관계 및 경쟁제한성 판단기준 등에 의하여 심사한다. 간이심사대상의 기업결합의 요건은 기업결합심사기준 II. 1.에 기술되어 있으며, 그 외의 경우는 일반심사대상이다. 하이트맥주(주)와 (주)진로의 본 기업결합은 일반심사대상에 해당하였다.

3. 주요 쟁점

가. 시장획정

「기업결합 심사기준」 VI.에 시장획정을 위해 고려해야 할 사항들이 기술되어 있다.

하이트맥주(주)는 맥주와 먹는 샘물을, 그 계열회사인 하이트주조(주)는 소주를 생산·판매하고 있으며, (주)진로는 먹는 샘물과 소주를 모두 생산·판매하고 있으므로 먹는 샘물과 소주시장에서 수평형 기업결합이 발생한다. 수평형 기업결합에 있어서 경쟁제한적 효과가 문제시되는 「일정한 거래분야」, 즉 관련시장은 국내 먹는 샘물시장, 부산, 경남, 경북, 전남, 제주(이하 “부산 등 5개 지역”이라 한다)를 제외한 국내 소주시장으로 확정하였다. 여기서 상품시장획정에서 소주와 맥주가 동일한 상품시장으로 획정되어야 하는지, 그리고 소주의 지리적시장획정에서 전국으로 보아야 하는지가 쟁점이 되었다. 이에 대해서는 아래에서 공정거래위원회의 심결을 중심으로 논의한다.

1) 상품시장획정

소주와 맥주는 상품특성, 소비패턴, 가격변경이 기업이윤에 미치는 범위 등에 대한 계량분석, 국내외 심결사례 등을 종합적으로 고려하여 서로 다른 별개의 상품시장으로 확정되었다.

가) 상품특성 측면에서 소주는 주정을 원료로 하여 알콜도수가 21~25도인 비교적 고도주인 반면, 맥주는 맥아, 홉 등을 원료로 하여 알콜도수가 4~5도인 저도주로 원료, 맛, 도수 등에서 상당한 차이가 존재한다고 보았다.

나) 계량적 시장획정 도구인 임계매출감소분석(Critical Loss Analysis)⁴¹⁾ 결과를 통해 소주와 맥주는 별개의 상품시장으로 확정하였다. 각각 독자적인 임계매출감소분석의 자료에 근거하여 기업결합 당사회사인 하이트맥주(주)는 소주와 맥주가 동일한 상품시장으로 획정되지 않는다고 주장한 반면, 하이트맥주(주)의 경쟁사업자인 OB맥주(주)는 소주와 맥주를 동일한 상품시장으로 획정하여 양자를 하나의 상품, 이른바 “대중주”로 보아야 한다고 주장하였다.

41) 임계매출감소분석은 각국 경쟁당국이 기업결합심사 목적의 시장획정 기준으로 일반적으로 채택하고 있는 ‘SSNIP(Small but Significant and Non-transitory Increase in Price) Test’를 실제 사건에서 적용하기 위해 개발된 분석방법으로서, 가상적 독점기업이 ‘작지만 의미있고 일시적이지 않은 가격인상’을 시도할 경우 그에 따른 실제매출감소율과 임계매출감소율(이윤감소를 야기하지 않는 매출감소율 중 최대치를 의미한다)을 비교하여, 임계매출감소율이 실제매출감소율보다 큰 경우에는 시장을 확장하지 않고 해당 상품으로 시장을 획정하는 반면, 반대의 경우에는 시장의 범위를 확장하는 방법이다. 국내에서는 소주시장에서 무학과 대선의 기업결합에 대한 2004년 서울고등법원 소송에서 지리적 시장획정을 하는데 처음 사용되었다.

이에 대해 공정거래위원회는 OB맥주(주)의 임계매출감소분석의 결과에 다음과 같은 오류가 있다고 판단하여 하이트맥주(주)의 주장을 받아들였다. 첫째, OB맥주(주)는 실제매출감소율 추정 표본으로 전국 할인점의 판매량 자료를 이용하였는데, 주류 전체매출 중 할인점 매출비중은 약 5% 내외에 불과하므로 동 표본은 전체 주류 소비자 모집단을 대표하지 못하는 문제점이 있다고 보았다. 둘째, OB맥주(주)는 마진율을 산정함에 있어 가변비용과 고정비용을 구분하는 시간적 범위를 독점력 행사가 예상되는 상당한 기간으로 보지 않고 1년으로 보아 가변비용을 과소 계상함으로써 마진율을 과대 추정하는 오류를 범하였다. 특히, 공정거래위원회가 취한 가변비용과 고정비용을 구분하는 시간적 범위를 독점력 행사가 예상되는 상당한 기간으로 보아야 한다는 입장은 서울고등법원의 판결,⁴²⁾ SSNIP test를 위한 가격인상이 예상 가능한 장래 기간동안 지속되어야 한다고 규정한 미국 기업결합가이드라인(1992 Horizontal Merger Guidelines, 1.1. Product Market Definition), 그리고 통상적으로 한계비용을 평균가변비용에 접근시키는 방안이 근시안적일 수 있다는 비판을 한 Danger and Frech III(2001)⁴³⁾의 견해를 따른 것이다.

하이트맥주(주)가 제출한 임계매출감소분석 결과는 다음과 같다. 우선 아래 <표 2>에서 보는 바와 같이 소주가격이 5% 또는 10% 인상되는 경우 모두 소주시장에서 가상적 독점기업의 임계매출감소율이 실제매출감소율보다 크기 때문에 소주시장만을 상품시장으로 확정할 수 있다는 결론에 도달하였다.

<표 2> 소주 독점기업의 임계매출감소분석 (단위: %)

| 가격인상률 | 실제매출 감소율 | 임계매출 감소율 | 가격인상여부 | 시장확대 여부 |
|-------|----------|----------|--------|---------|
| 5 | 5.6 | 14.3 | Yes | NO |
| 10 | 10.6 | 25.0 | Yes | NO |

마찬가지로 아래 <표 3>에서 보여주는 바와 같이, 맥주가격이 5% 또는 10% 인상되는 경우에도 맥주시장에서 가상적 독점기업의 임계매출감소율이 실제매출감소율보

42) 서울고등법원 2004. 10. 27. 선고 2003누2252 판결
 43) Kenneth L. Danger and H.E. Frech III, 「Critical Thinking about “Critical Loss” in Antitrust」, Antitrust Bulletin, 2001.

다 크기 때문에 맥주시장을 소주시장과 별개의 시장으로 확정할 수 있다.

<표 3> 맥주 독점기업의 임계매출감소분석

(단위: %)

| 가격인상률 | 실제매출 감소율 | 임계매출 감소율 | 가격인상여부 | 시장확대 여부 |
|-------|----------|----------|--------|---------|
| 5 | 13.2 | 15.3 | Yes | NO |
| 10 | 22.1 | 26.5 | Yes | NO |

다) EU(European Union), 미국, 영국 등 외국 경쟁당국도 일반적으로 도수의 차이에 따라 개별 주류를 별개의 상품시장으로 확정한 사실이 있다.⁴⁴⁾

2) 지리적 시장획정

소주의 지리적 시장은 소주에 대한 지방의 소비특성을 반영하여 부산 등 5개 지역을 제외한 전국 시장으로 확정하였다.

가) 우선 하이트맥주(주)의 계열회사인 하이트주조(주)가 전북에서 소주(브랜드명 : 하이트21)를 생산하고 주된 판매도 동 지역에 한정되고 있어 하이트주조(주)와 (주)진로 간의 기업결합에 따른 소주상품의 지리적 시장이 전북으로 한정되어야 하는 지가 쟁점이 되었다. 이에 대해 공정거래위원회는, ① 소주 사업자는 동일제품에 대해 전국적으로 동일한 가격을 책정해야 하는 제약 하에 있기 때문에 전북지역에서만 소주 가격을 인상하는 것이 현실적으로 가능하지 않은 점, ② (주)진로가 생산하는 참이슬의 매출 중 전북의 비중이 매우 작아 하이트주조(주)의 전북지역에서 소주가격인상이 (주)진로의 매출증대에 크게 영향을 미치지 어렵다는 점, ③ 아래 <표 4>와 같이 전북지역에서 가상적 독점사업자의 가격인상으로 실제매출감소가 임계매출감소를 크게 상회한다는 점, ④ 하이트맥주(주)가 하이트주조(주)(구 보배)를 인수한 이후 하이

44) EU는 고도주(spirits)와 맥주를 생산하는 Guinness와 고도주를 생산하는 Grand Metropolitan간의 기업결합(Guinness/Grand Metropolitan, Case No IV/M.938, 1997.) 사건에서 상품시장을 획정함에 있어 맥주와 고도주(whiskey, brandy, gin, vodka, rum 등을 통칭한다)간의 통합 가능성에 대해서는 어떠한 검토도 하지 않았다. 이와 유사하게 미국도 맥주 제조업체들 간의 기업결합에서 상품시장을 맥주시장만으로 확정하고, 관련 상품시장이 맥주시장보다 넓은 위스키 등의 고도주를 포함한 주류시장으로 확대되어야 하는지에 대해서는 전혀 검토하지 않았다. 이러한 맥주 제조업체들간의 기업결합으로는 U.S. v. Pabst Brewing Co.(348 US. 546, 1966), U.S. v Falstaff Brewing Co. et al.(383 F. Supp. 1020, 1974) 등이 있다.

트주조(주)의 전북지역에서 시장점유율이 지속적으로 감소하는 것으로 보아 전북의 소비자들이 하이트주조(주)에 대한 선호가 크지 않다는 점, ⑤ 전북지역에서 Elzinga-Hogarty 테스트에 의하면 LIFO(Little In From Outside: 지역내 생산소비/지역내 총소비)는 42.5%, LOFI(Little Out From Inside: 지역내 생산소비/지역내 총생산)는 89.7%로 나타나 일반적으로 LIFO 및 LOFI가 모두 75% 넘어야 지리적 시장을 전북으로 한정할 수 있다는 조건에 위배된다는 점 등을 들어, 지리적 시장을 전북지역보다 넓게 확장하는 것이 타당하다고 판단하였다.

<표 4> 전북지역 임계매출감소분석(음식점/술집)

(단위: %)

| 가격인상률 | 실제매출 감소율 | 임계매출 감소율 | 가격인상여부 | 시장확대 여부 |
|-------|----------|----------|--------|---------|
| 5 | 21.8 | 14.5 | No | Yes |
| 10 | 36.1 | 25.4 | No | Yes |

나) 한편, 공정거래위원회는 소주의 지리적 시장이 어느 지역까지 확대해야 하는지를 검토한 후 임계매출감소분석을 사용하지 않고도 다음과 같은 점을 고려하여 부산 등 5개 지역을 제외한 전국시장으로 확정하는 것이 타당하다고 판단하였다.

첫째, 부산 등 5개 지역을 제외한 나머지 지역에서 높은 시장점유율을 확보하고 있는 (주)진로의 경우, 주류를 전국적으로 동일한 가격으로 공급해야 하므로 가격결정시의 주된 고려대상은 이들 5개 지역을 제외한 나머지 지역이 될 것이다.

둘째, 전북지역의 경우 부산 등 5개 지역(단, 전남 제외)에서 생산되는 소주의 판매가 이루어지지 않고 있어 하이트주조(주)와 (주)진로의 가격인상으로 전북의 소비자들이 부산 등 5개 지역에서 생산되는 소주를 선택할 수 없다.

셋째, 공정거래위원회는 무학의 기업결합제한규정 위반행위에 대한 건⁴⁵⁾에서 무학과 대선주조의 매출이 두 지역에서 대부분 발생하고 있는 점, 유통망 확보 등 사실상의 진입장벽이 존재하는 상황에서 자도주의 시장점유율이 80% 이상으로 독점적 지위를 누리고 있다는 점 등을 들어 지리적 시장을 경남과 부산으로 확정하는 바 있으며, 이

45) 공정거래위원회 2003. 1. 28. 전원회의 의결 제2003-27호

러한 사정은 경북, 전남, 제주에 동일하게 적용된다고 추정하고 있다.

넷째, 아래 <표 5>에서 보듯이, Elzinga-Hogarty 테스트 결과 부산 등 5개 지역은 각각 독립된 지리적 시장으로 확정될 수 있는 것으로 나타났다. 이들 지역에서 하이트주조(주)와 (주)진로의 시장점유율은 미미하므로 하이트주조(주)와 (주)진로의 기업결합이 영향을 미치기가 어려울 것으로 판단하였다.

<표 5> 지역별 LIFO-LOFI, 점유율 비교(2004년) (단위: %)

| | 부산 | 경남 | 경북 | 전남 | 제주 |
|----------|------|------|------|------|------|
| LIFO | 86.0 | 80.0 | 94.2 | 80.4 | 91.1 |
| LOFI | 82.4 | 89.7 | 98.6 | 86.6 | 99.7 |
| 결합회사 점유율 | 5.4 | 4.1 | 5.7 | 19.6 | 8.8 |

3) 소결

소주와 맥주는 서로 다른 상품시장으로 확정되므로 하이트맥주(주)의 맥주 상품과 (주)진로의 소주 상품 간에는 혼합형 기업결합이 발생하는 것으로 간주하였다. 지리적 시장확정의 경우 맥주는 전국시장으로 확정하였고, 소주는 '부산 등 5개 지역을 제외한 전국 소주시장'으로 확정되었다.

나. 경쟁제한성 판단

「기업결합 심사기준」 VII.에서는 경쟁제한성 판단은 기업결합의 유형별로 하도록 규정되어 있다. 본 기업결합은 수평적 기업결합과 혼합형 기업결합 두 유형을 포함하고 있으므로, 각각의 기업결합에 대하여 경쟁제한성을 판단하였으나, 공정거래위원회와 하이트맥주(주)는 주로 혼합형 기업결합 유형에서 이견을 보였다.

1) 경쟁사업자 배제 가능성

기업결합 심사기준은 기업결합으로 당해회사의 자금력, 원재료 조달능력, 기술력, 판매력 등 종합적 사업능력이 현저히 증대되어 기업결합 후 사업자가 당해상품의 가격과 품질외의 요인으로 경쟁사업자를 배제할 수 있을 정도가 되는 경우에는 경쟁을 실질적으로 제한할 수 있다고 규정하고 있다.

가) 우선 공정거래위원회는 하이트맥주(주)와 (주)진로의 기업결합이 주류유통망에 미치는 영향에 주목하였고, 그 영향력이 매우 커질 것으로 예상하였다. 즉, 하이트맥주(주)가 생산하는 맥주와 (주)진로가 생산하는 소주는 주류도매상 매출에서 각각 34.5%, 22.1%의 비중을 차지하고 있어 기업결합 후 기업결합 당사회사의 주류도매상에 대한 매출기여도가 56.6%(OB맥주는 22.8%)에 이르게 되어, 외상 매출채권 회수, 주류 공급거절, 끼워팔기 등을 통해 주류도매상들에 대해 효과적으로 압력을 행사할 수 있을 것으로 보았다.

특히, 공정거래위원회는 영·호남 지역의 맥주시장에서의 하이트맥주(주)의 강세와 수도권 지역 소주시장에서의 (주)진로의 강세에⁴⁶⁾ 근거하여, ① 과거 (주)진로의 서울, 경기 지역에 소재한 주류도매상을 대상으로 소주에 위스키를 끼워팔기한 사례⁴⁷⁾, ② (주)진로가 진로쿠어스맥주(주)를 설립하여 맥주시장에 신규진입하였을 때 두 회사의 영업조직망을 통합 운영한 사례, ③ 하이트맥주(주)의 사채 사업설명서에 기재된 (주)진로의 유통망 활용 가능성 등을 들어, 끼워팔기 등 불공정거래행위가 일어날 가능성에 주목하는 한편, 결합기업의 판매력 등 종합적 사업능력이 현저히 증대될 수 있음을 우려하였다. 뿐만 아니라 공정거래위원회는 결합기업이 제고된 사업능력으로 가격과 품질 외의 요인으로 경쟁사업자를 배제할 가능성도 우려하였다. 특히 부산 등 5개 지역의 지방소주업체와 수도권에서 OB맥주(주)의 경쟁력이 감소될 수 있음을 인정하였다.

나) 공정거래위원회의 앞서 언급한 우려에 대해 하이트맥주(주)의 반론이 있었고, 이

46) 하이트맥주(주)는 영남지역과 호남지역 맥주시장에서 각각 83%와 70%의 시장점유율을 보이고 있었으며, (주)진로는 수도권지역 소주시장에서 88%의 시장점유율을 나타냈다.

47) 공정거래위원회 1993. 11. 3. 의결 제93-251호

에 대응하여 공정거래위원회도 재반론을 하였다. 아래 <표 6>은 이를 정리한 것이다.

<표 6> 경쟁사업자 배제관련 주요 이슈 논쟁 비교

| 쟁점 대상 | 하이트맥주(주) | 공정거래위원회 |
|---------------------|--|---|
| 결합기업의 주류도매상에 대한 지배력 | 하나의 주류도매상이 다수의 주류 제조회사와 거래할 수 있는 혼판제도의 정착과, 주류도매상협회를 통한 실적 행사가 가능하므로, 결합기업의 주류도매상에 대한 지배력이 강하지 않다. | 결합기업은 맥주시장과 소주시장에서 각각 높은 시장점유율을 확보하고 있어, 주류도매상 입장에서 결합기업의 제품을 필수적으로 구비해야 할 것이다. 개별 주류도매상들이 주류 제조업체에 대항하기 어렵다. |
| 끼워팔기 등의 압력 행사 | 주류 수요는 최종소비자에 의해 결정되므로, 주류 도매상에 대한 압력 행사로 판매확대가 불가능하다. | 수요의 주된 결정요인이 최종소비자의 선호이기는 하나, 주류도매상이 음식점 등을 통해 최종소비자들의 주류 선택에 영향을 미칠 수 있다. |
| 끼워팔기에 대한 사전규제 필요성 | 끼워팔기가 불공정행위이므로 사후 규제 대상일 뿐 기업결합심사에서 사전적 규제는 불필요하다. | 기업결합심사는 기업결합으로 관련 시장에서 경쟁이 제한되는 것을 사전적으로 방지하기 위한 목적으로 이루어진다. |

2) 진입장벽 증대 가능성

가) 국내 소주시장과 맥주시장에서의 신규진입 기업은 모두 기존 주류업체들이었다는 과거 사례에서 볼 때, 신규진입자가 주류시장에 성공적으로 진입하기 위해서는 주류도매상에 대한 상당한 수준의 영향력이 뒷받침되어 있어야 할 것이다. 따라서 본 기업결합으로 기업결합 당사회사의 주류도매상에 대한 영향력이 더욱 커짐에 따라, 주류시장의 신규진입자는 주류도매상 확보에 어려움을 겪을 것이며, 이는 신규진입자에게 진입장벽이 될 것으로 공정거래위원회는 판단하였다.

나) 아래 <표 7>은 진입장벽 증대 가능성에 대한 하이트맥주(주)의 반론과 공정거래위원회의 재반론을 정리한 것이다.

<표 7> 진입장벽 증대관련 주요 이슈 논쟁 비교

| 쟁점 대상 | 하이트맥주(주) | 공정거래위원회 |
|----------------------|---|---|
| 주류도매상의 진입장벽으로써의 역할 | 주세법상 주류의 제조와 판매는 엄격히 분리되어 있고, 주류시장의 경쟁력은 품질과 최종소비자의 선호에만 기반하므로, 주류도매상이 진입장벽을 높이는 수단으로 작용하지 않는다. | 결합기업의 맥주와 소주는 소비자 선호도가 높은 제품으로, 주류도매상은 다른 주류 제조업체의 제품으로 용이하게 전환할 수 없다. |
| 기업결합에 의한 새로운 진입장벽 생성 | 주류면허제도, 자도주에 대한 지역주민 충성도, 주류제조를 위한 설비투자 와 브랜드 인지도 형성비용 등의 진입장벽은 이권 기업결합 이전부터 존재한 것이다. | 신규진입기업은 이권 기업결합으로 인해 이전보다 더 많은 진입장벽을 극복해야 하므로 진입장벽이 증대된다고 보아야 한다. |
| 주류 유통 대체수단 존재 | 주류 중개업자나 할인매장 등 주류 유통 대체수단이 존재한다. | 주류 유통 중 약 70%가 주류도매상을 통해 이루어지고, 주류 중개상은 기존 주류 제조업체들도 이용하고 있으며, 전체 맥주 유통물량 중 할인매장을 통한 비중은 5% 내외에 불과하다. |

3) 잠재적 경쟁 저해 가능성

가) 공정거래위원회는 기업결합심사기준(VIII 3. 가.)이 제시하는 네 가지 요건을 모두 충족하므로 본 기업결합이 잠재적 경쟁을 제한하여 일정한 거래분야에서의 경쟁이 실질적으로 제한될 수 있다고 판단하였다. 첫째, 취득회사인 하이트맥주(주)는 자산총액이 2조 원을 초과하는 대규모회사이다. 둘째, 하이트맥주(주)는 소주시장으로서의 진입을 지속적으로 시도해왔고, 하이트맥주(주)는 소주시장의 가격선도업체인 (주)진로의 가격인상을 억제하는 역할을 해왔다. 셋째, (주)진로의 시장점유율이 50% 이상이다. 넷째, 하이트맥주(주)는 소주시장에서 (주)진로의 경쟁업체인 (주)두산, 대선주조(주), (주)무학, 보해양조(주), (주)금복주 등의 주류사업부문과 비교하여 사업규모, 자금력 등의 측면에서 현저한 격차가 있다.

나) 아래 <표 8>은 잠재적 경쟁저해 가능성에 대한 하이트맥주(주)의 반론과 공정거래위원회의 재반론을 정리한 것이다.

<표 8> 잠재적 경쟁저해관련 주요 이슈 논쟁 비교

| 쟁점 대상 | 하이트맥주(주) | 공정거래위원회 |
|----------------------|--|--|
| 하이트맥주(주)의 잠재적 진입자 여부 | 하이트맥주(주)는 계열회사인 하이트주조(주)를 통해 소주를 생산·판매하고 있어 잠재적 진입자가 아니다. | (주)진로가 속한 시장에서 하이트맥주(주)가 작은 규모로 이미 사업을 영위하고 있더라도 기업결합의 잠재적 경쟁 저해효과 발생 가능성은 여전히 존재한다. |
| 경쟁사업자의 자금력 비교 | 소주시장에서 (주)진로의 소주시장에서 경쟁사업자인 (주)두산과 대선주조(주)(롯데그룹 계열회사)는 하이트맥주(주)보다 자산총액, 매출액 등이 크다. | 주류시장에서의 경쟁제한성 여부를 판단해 보면, (주)두산과 롯데그룹의 주류사업부문은 하이트맥주(주)보다 매우 작다. |

4) 가격인상 가능성

가) 공정거래위원회는 다음과 같은 이유로 결합기업이 맥주와 소주의 가격을 인상할 것으로 판단하였다.

첫째, 하이트맥주(주)와 (주)진로는 각각 맥주시장과 소주시장의 가격선도업체로서, 가격 결정시 상대방이 속한 시장에서의 가격인상률 등을 고려하는 행태를 보이고 있어, 기업결합 후 상호 가격인상 억지력이 제거된다. 둘째, 하이트맥주(주)는 (주)진로 인수에 따른 자금(약 2조 2,688억 원) 소요로 인해 재무상황이 악화될 것으로 예상되어, 투자비용 회수 등을 위해 맥주와 소주의 가격을 인상할 유인이 있다. 셋째, 기업결합 당사회사는 맥주와 소주의 가격선도업체이므로 맥주와 소주 중 어느 한 주류에서 발생한 가격인상 요인을 다른 주류에 전가하는 등의 방법으로 가격인상을 보다 용이하게 할 수 있다.

나) 아래 <표 9>는 가격인상 가능성에 대한 하이트맥주(주)의 반론과 공정거래위원회의 재반론을 정리한 것이다.

<표 9> 가격인상관련 주요 이슈 논쟁 비교

| 쟁점 대상 | 하이트맥주(주) | 공정거래위원회 |
|-------------------|---|---|
| 자유로운 가격인상 | 주류 가격인상은 국세청의 행정지도에 의하므로 자유로운 주류 가격인상은 불가능하다. | 원가상승 등 가격인상요인이 발생할 경우 가격인상 후 국세청에 신고하도록 규정되어 있다. |
| 가격인상 가능성 심사 대상 여부 | 혼합결합 심사기준에 가격인상 가능성'이 규정되어 있지 않다. | 가격인상관련 주요 이슈 논쟁 비교 기업결합 후 경쟁이 감소되면 가격이 인상될 것으로 쉽게 예측된다. |

다. 예외가능성 인정 여부

1) 효율성 증대효과 발생여부 판단

가) 법 제7조 제2항 제1호는 「당해 기업결합 외의 방법으로는 달성하기 어려운 효율성 증대효과가 경쟁제한으로 인한 폐해보다 큰 경우」를 예외인정 사유로 규정하고 있고, 기업결합심사기준 VIII.1.가.는 「효율성 증대효과가 가까운 시일 내에 발생할 것이 명백하여야 한다」고 규정하고 있다.

나) 아래 <표 10>은 피심인의 효율성 증대효과 주장 및 이에 대한 공정거래위원회의 판단에 대한 비교이다.

<표 10> 효율성 증대효과 관련 주요 이슈 논쟁 비교

| 쟁점 대상 | 하이트맥주(주) | 공정거래위원회 |
|-----------|--------------------------------|--|
| 물류부문 효율성 | 연간 약 281억 원의 효율성 증대효과가 발생한다. | 최대 207.4억 원 수준이다. |
| 인건비부문 효율성 | 연간 197억 원의 비용절감효과가 발생한다. | 기업결합에 의한 것으로 보기 어렵다. |
| 구매부문 효율성 | 통합구매로 연간 111억 원의 비용절감효과가 발생한다. | 통합구매에 따른 비용절감효과는 공급자와 구매자간의 소득재분배일 뿐 효율성 증대효과로 보기 어렵다. |
| 용기부문 효율성 | 연간 187억 원의 효율성 증대효과가 증대된다. | 이 기업결합을 통해서만 달성될 수 있는 것이 아니다. |

| 쟁점 대상 | 하이트맥주(주) | 공정거래위원회 |
|---------------|--|-------------------------------------|
| 지점·사무실 통합 효율성 | 연간 22억 원의 비용절감 효과가 발생한다. | 인정한다. |
| 부동산 등 매각 효율성 | 연간 45.63억 원의 금융수익이 발생한다. | 이 기업결합을 통해서만 달성될 수 있는 것이 아니다. |
| 유희설비 이용 효율성 | 하이트주조(주)의 유희설비를 통해 (주)진로의 ‘참이슬’ 소주를 생산하면 연간 110억 원의 마진을 효과 등을 거둘 수 있다. | 경제적 실익이 크지 않으며, 비용증대 가능성을 고려하지 않았다. |

2) 희생이 불가한 회사와의 기업결합 해당 여부 판단

법 제7조 제2항 제2호에서 기업결합제한의 예외로 인정하는 것은 「상당기간 대차대조표상의 자본총계가 납입자본금보다 작은 상태에 있는 등 희생이 불가한 회사」로서 법 시행령 제12조의4의 “기업결합을 하지 아니하는 경우 회사의 생산설비 등이 당해 시장에서 계속 활용되기 어려운 경우(제1호)” 및 “당해 기업결합보다 경쟁제한성이 적은 다른 기업결합이 이루어지기 어려운 경우(제2호)”의 요건을 갖춘 경우이다.

공정거래위원회는 (주)진로는 2004년 9월말 영업이익이 1,936억 원에 이르고 2004년 12월 기준 당기순이익도 흑자로 돌아서는 등 재무구조가 호전되고 있으며, 하이트맥주(주)외에 (주)진로 인수를 희망하는 사업자들이 많으므로 희생불가 회사로 보기는 어렵다고 판단하였다.

4. 의의

가. 시장획정에 있어 임계매출감소분석 활용

하이트맥주(주)와 (주)진로의 기업결합에 대한 공정거래위원회의 심결은 우선 국내 경쟁정책을 위한 시장획정방법 정립이라는 측면에서 큰 의의를 지닌다. 시장획정을 위해 무학-대선의 기업결합에 대한 서울고등법원의 판결과 더불어 본 기업결합의 경

우에도 임계매출감소 분석방법의 유용성을 인정하였으며,⁴⁸⁾ 특히 피심인측과 기업결합을 반대하는 경쟁사업자측에서 모두 임계매출감소 분석방법을 동원하여 시장획정을 시도했음에도 불구하고 서로 상반된 결과를 도출함으로써 임계매출감소 분석에 사용된 자료의 적절성 등이 쟁점으로 부각되었다.

나. 혼합결합에 대한 최초의 시정조치 사례

본 기업결합에 대한 공정거래위원회 심결의 또 하나의 의의는 혼합결합에서 경쟁제한성을 인정하여 관련 시정조치를 내린 최초의 심결이라는 것이다. 종래 각국의 경쟁당국은 혼합결합에 대해 큰 문제의식을 보유하지 않았다. Hovenkamp(1999)는 1974년 이후 혼합결합 금지가 단 한건도 이루어지지 않았다고 하였으며,⁴⁹⁾ 국내의 경우도 2005년까지 공정거래위원회에 신고된 기업결합의 61.6%가 혼합결합임에도 불구하고 경쟁제한성을 인정하여 시정조치를 부과한 적은 한 번도 없었다.

혼합결합과 관련하여 해외에서 흥미로운 논쟁이 있었던 케이스는 GE와 Honeywell의 기업결합이었다. 미국의 DOJ는 이 결합에서 경쟁제한성이 없다고 판단하였으나, EU의 경쟁당국은 소위 혼합결합의 “포트폴리오 효과”를⁵⁰⁾ 논거로 경쟁제한성을 인정하여 기업결합을 금지시켰다.⁵¹⁾

공정거래위원회 역시 본 건 기업결합 심결을 통해 “포트폴리오 효과”와 유사한 논거로 혼합결합의 경쟁제한성을 인정하였고, 특히 소주와 맥주산업은 주류유통망을 공유하고 있는 것에 주목하여, 공정거래위원회는 한 시장에서 지배력을 보유한 상품과 다른 시장에서 열위에 있는 상품의 끼워팔기 가능성이 존재할 것으로 보고 이를 통해 두 시장에서 지배력을 더욱 확장할 수 있음에 주목하였다.

48) 국내 소주시장이나 맥주시장은 임계매출감소 분석을 적용하는데 이상적인 조건을 만족하기 때문인 것으로 보인다. 각 시장에 참여하는 기업들은 해당 제품생산에 특화하고 있어 회계자료를 이용하기 용이하며, 상품 구성이 간단하여 설문조사를 통한 수요행태를 추정하는데도 어려움이 크지 않았다. 하지만 은행산업과 같이 상이한 여러 상품을 다루는 기업의 경우 임계매출감소 분석을 적용하는데 큰 어려움이 존재할 것이다.

49) Hovenkamp, 『Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice』, West Group, 1999.

50) ECC에 의해 명명되었으며, 여러 브랜드의 포트폴리오에서 발생하는 시장지배력은 각각의 시장지배력의 합보다 클 수 있음을 의미한다.

51) ECC는 대형 상용항공기 및 대형 지역항공기용 엔진시장에서 지배적 지위를 갖는 GE와 항공전자장치 시장에서 선도적 위치인 Honeywell의 혼합결합은 이들의 제품들을 결합판매하는 방식으로 전자의 시장지배력이 후자의 시장에 전이될 수 있다고 주장하였다.

다만 이와 관련하여 당시 기업결합 심사기준에서는 혼합형 기업결합의 심사에 있어서 소위 잠재적 경쟁의 제거(elimination of potential competition) 효과를 중점적 고려사항으로, 소위 포트폴리오 효과(portfolio effect) 등을 기타의 고려사항으로 규정하고 있어 이 같은 규정형식에 따라 중점적 고려사항인 잠재적 경쟁저해 효과가 인정되지 않을 경우 포트폴리오 효과에 국한되어 경쟁제한성을 인정할 수 있는지 여부에 대한 문제가 제기된 바 있다.

그러나 기업결합 심사기준은 일반적인 상황에 대한 기준에 불과한 것이므로 모든 경우에 획일적, 기계적으로 적용되어서는 곤란하다. 다시 말해 잠재적 경쟁의 제거가 인정되지 않는 경우에는 포트폴리오 효과에 따른 경쟁제한성이 아무리 높다고 하더라도 그것은 부수적 고려사항이므로 경쟁제한성을 인정할 수 없다는 식으로 경직적으로 해석하여서는 곤란할 것이다.

본 건 기업결합에 있어서도 이 같은 관점 하에 맥주시장의 경쟁제한 효과를 인정되었다. 특히, 당시의 기업결합 심사기준에서도 중점적 고려사항과 기타 고려사항으로 나누어 놓았지만, 기타 고려사항에서도 “...경우에는 경쟁을 실질적으로 제한할 가능성이 높아질 수 있다”라고 규정하고 있어서 포트폴리오 효과만으로도 경쟁제한성을 인정할 수 있는 충분한 근거가 있었던 것으로 판단된다. 미국이나 EU의 경우에도 잠재적 경쟁이론이나 포트폴리오 효과 이론이 별개로 경쟁제한성 인정의 근거가 되고 있다는 점에서 이러한 해석은 비교법적으로도 타당하였다고 본다.

이 같은 논의는 이후 입법론적으로 해결되었는데, 2007년 기업결합 심사기준 개정을 통해 경쟁사업자 배제효과, 진입장벽 증대효과 등 포트폴리오 효과로 볼 수 있는 심사기준을 잠재적 경쟁저해 효과와 별개로 혼합결합의 독립적 판단기준으로 규정하였다.

본 건에 대한 공정거래위원회의 시정조치를 살펴보면, 본 기업결합에 대한 정확한 시장분석과 사실판단에 근거하여 혼합결합으로 생기는 효율성 증대효과를 최대한 살리면서도 경쟁제한의 폐해에 대해서는 적절한 시정이 이루어지도록 사전적·사후적 감시 장치를 동시에 부과한데 그 의의가 있다고 할 것이다. 본 건 결합으로 소주·맥주의 가격인상이 가져오게 될 직접적인 소비자 후생의 감소를 방지하기 위해 가격제한 조치를 부과하였고, 유통망 지배력 강화를 통해 나타나게 되는 끼워팔기·출고조절 등의 경쟁제한 우려를 방지하기 위해 이에 대한 구체적 예방방안 수립 및 영업관

런 인력 및 조직의 분리·운영 등의 조치를 부과하였다.

하지만 이에 대해서는 이호영(2006)이 논의한 바와 같이, 혼합결합에 의한 시장구조의 변화로 발생할 수 있는 기업결합의 사후적 경쟁제한적 행위에 대한 우려로 인하여 사전적 결합금지라는 결론이 도출될 소지가 있는 문제점도 있다.⁵²⁾ 이호영은 이에 더하여 혼합기업결합 후 우려되는 경쟁제한적 행위에 대해 사후적 법집행 대상을 사전규제함으로써 초래될 수 있는 소비자편익의 손실이 클 수 있음을 지적하였다.

52) 이호영, 「혼합결합의 경쟁제한성과 포트폴리오(portfolio) 효과 [관련심결]: 하이트맥주(주)의 기업결합제한규정 위반행위에 대한 건(공정거래위원회 의결 제2006-9호, 2006. 1. 24)」, 『법학논총』, Vol.23, 2006, 245~266.

[8] 삼성테스코의 홈에버 인수에 대한 건

의결 제2008-285호

남 재 현(교수, 고려대학교), 정 수 민(고려대학교)¹⁾

대형마트인 ‘홈플러스’를 운영하는 삼성테스코는 2008년 5월 대형마트인 ‘홈에버’를 운영하는 이랜드리테일 주식의 91.2%를 취득하는 주식매매계약을 체결하였다. 이 사건의 관련상품 시장은 대형마트 시장으로 확정되었고, 관련지역시장은 5km의 중첩원의 합집합으로 확정되었다. 공정거래위원회는 총 5개 지역에서 위 기업결합이 실질적인 경쟁제한을 가져올 수 있는 것으로 판단하였다. 하지만, 경쟁제한 우려가 제한적이거나 단기적으로 판단되어 점포 매각 등의 구조적 조치를 부과하지 아니하는 대신 가격인상률 제한과 같은 행태적 조치를 부과하였다. 관련시장확정과 경쟁제한성 판단에 있어 중첩원의 합집합, 집합상품시장(cluster market), 구매전환율 등의 다양한 경제분석 수단이 사용되었다.

1) 본 원고문장을 수정/교정해준 원세범, 전경진에게 감사한다.

1. 사건개요²⁾

가. 시장현황

2007년 소매유통시장의 총매출액은 165조 원으로 대형마트와 편의점 및 무점포 시장의 성장에 힘입어 전년대비 약 4.5% 성장하였다. 전체 소매유통시장 중 2000년 이후 각 유통업체별 시장규모 추이를 살펴보면 신업태로 분류되는 무점포 시장이 6.5배, 편의점 시장이 4배, 대형마트 시장이 2.8배, 슈퍼마켓이 약 1.9배 성장한 것으로 나타났다. 반면, 기존업태인 백화점의 시장규모는 지난 7년간 약 24.7% 신장하는데 그쳤고 재래시장은 2001년부터 2004년까지는 신장세를 유지해 오다가 2005년부터 전체 매출규모가 감소세로 전환되어 2007년에는 전년 대비 약 0.25% 신장하는데 그쳤다. 각 유통업체가 전체 소매유통시장에서 차지하는 매출비중 추이를 살펴보면 재래시장의 축소와 무점포 및 대형마트의 급격한 성장세가 두드러지게 나타났다.

<표 1> 소매유통시장규모및유통업체별매출비중추이 (단위: 조 원)

| 연도별 | 전체 | 기존업태 | | 신업태 | | | | |
|-------|-----------------|-----------------|-----------------|-----------------|---------------|----------------|---------------|----------------|
| | | 백화점 | 재래 시장 | 대형 마트 | 편의점 | 슈퍼마켓 | 홈쇼핑 | 온라인 |
| 2005년 | 151.7 (100%) | 17.2 (11.3%) | 79.6 (52.5%) | 23.5 (15.5%) | 4.6 (3.0%) | 11.5 (7.6%) | 4.9 (3.2%) | 10.4 (6.9%) |
| 2006년 | 157.9 (100%) | 18.1 (11.5%) | 78.8 (49.9%) | 25.4 (16.1%) | 5.0 (3.1%) | 11.8 (7.5%) | 5.2 (3.3%) | 13.6 (8.6%) |
| 2007년 | 165.1 (100%) | 18.7 (11.3%) | 79.0 (47.8%) | 28.9 (17.5%) | 5.7 (3.5%) | 12.0 (7.3%) | 6.0 (3.6%) | 14.8 (9.0%) |

자료: 공정거래위원회 의결서(제2008-285호) 중 (표3) 재인용 및 발췌.

대형마트는 10년간 매년 평균 30개 점포가 신규 개점했고, 시장규모 또한 평균 20% 이상 성장하여 지난 2003년에는 매출액 19.5조 원을 달성하였다. 2008년 말 기준으로 외국계 1개사를 포함 총 16개사가 전국에 365개 점포를 설립운영하고 있었으며

2) 본 장(1장 사건개요)은 공정거래위원회 의결서 제2008-285호 (삼성테스코(주)의 기업결합제한규정 위반행위 진) 문장을 직접인용, 요약 정리하였다.

2009년 말까지 전국적으로 27개 점포가 추가로 설립될 것으로 예상되었고, 2008년 5월말에 취득회사인 삼성테스코(주)의 홈플러스는 전국에 걸쳐 67개 점포를, 피취득회사인 (주)이랜드리테일의 홈에버는 전국 12개 시·도에 35개 점포를 각각 운영하고 있었다.

<표 2> 대형5마트별시장점유율현황 (2008. 5월말 기준)

| 사업자별 | 진출 시기 | 점포기준(개) | | 매출액(억원)* | |
|------------|-------|---------|--------|----------|--------|
| | | 점포수 | 점유율(%) | 금액 | 점유율(%) |
| 이마트 | '93 | 114 | 31.2 | 106,126 | 34.1 |
| 홈플러스 | '97 | 67 | 18.4 | 57,719 | 18.5 |
| 롯데마트 | '98 | 57 | 15.6 | 46,018 | 14.8 |
| 홈에버 | '96 | 35 | 9.6 | 26,313 | 8.4 |
| 이랜드(2)** | '95 | 27 | 7.4 | 26,119 | 8.4 |
| 하나로클럽 | '95 | 22 | 6.0 | 17,120 | 5.5 |
| GS마트 | '95 | 13 | 3.6 | 8,208 | 2.6 |
| 기타(8개사)*** | - | 30 | 8.2 | 23,913 | 7.7 |
| 총 계 | | 365 | 100.0 | 311,538 | 100.0 |

* 매출액 : 매출총액(직매입, 특정매입, 임대수입)
 ** 뉴코아아울렛, 2001아울렛
 *** 기타(8개사) : 세이브존, 코스트코, 메가마트, 그랜드마트, 동아마트, 탑마트, 빅마트, 리치마트

나. 행위사실

삼성테스코(주)(이하 '피심인'이라 한다)는 2008.5.14. (주)이랜드리테일 주식의 91.2%를 취득하는 주식매매계약을 체결하고, 2008.5.16.(주)이랜드리테일과의 기업결합을 신고하였다. 피심인은 대형마트인 '홈플러스'를, 피취득회사인 (주)이랜드리테일은 대형마트인 '홈에버'를 각각 운영하고 있으므로 양사의 점포가 동일한 지역에 속하는 곳에서 이 건 기업결합은 수평형 기업결합에 해당한다.

다. 공정거래위원회의 심결³⁾

공정거래위원회는, 이 사건 기업결합과 관련하여 상품시장 및 지리적 시장을 획정한 후 중점심사지역에서의 경쟁제한성 여부를 심사한 결과, 총 5개 지역시장⁴⁾에서 당해 기업결합이 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 ‘법’이라 한다) 제7조 제1항의 규정에 위반되는 경쟁을 실질적으로 제한하는 기업결합에 해당된다고 판단하였다. 점포 매각 등의 구조적 조치를 부과하지 아니하고 본건 기업결합으로 발생할 우려가 있는 경쟁제한 피해를 시정하기 행태적 조치를 부과하기로 결정하였다.

공정거래위원회는 경쟁제한성이 인정되는 위 5개 지역의 5개 점포에 대하여는 개별 점포별로 가격책정을 하는 상품(이하 ‘Local Pricing 품목’이라 한다)의 가격은 피심인의 해당품목의 전국평균가격 수준 이하로 유지하고, 소비자가 조치대상 점포의 상품 가격이 비교대상 점포의 가격 또는 전국 평균가격 수준보다 높다고 신고하는 경우 그 차액의 2배를 보상하도록 하는 것 등을 내용으로 하는 시정명령을 내렸다.

공정거래위원회는 재결에서 Local Pricing 품목의 비교대상 가격을 전국평균가격 수준으로 정할 경우 그 필요성에 비하여 이를 이행하는데 드는 부담이 과도하게 드는 점과 주변에 경쟁사의 점포들이 있는 점포를 비교대상으로 할 경우, 경쟁제한 우려를 해소할 수 있을 것으로 예상하여 Local Pricing 품목의 비교대상 가격을 특정 비교대상 점포의 가격으로 변경하였다.

1) 관련시장획정

가) 상품시장

대형마트는 기존의 백화점과 재래시장으로 양분된 단순한 업태구조에서 합리적인 가격에 원-스톱 쇼핑(one-stop shopping)을 할 수 있는 새로운 업태의 유통업체로 등

3) 공정거래위원회 2008. 10. 27. 전원회의 의결 제2008-285호 및 공정거래위원회 2009. 3. 23. 전원회의 재결 제 2009-008호 참조, 다만, 재결 내용은 원심결의 시정조치 중 가격비교 대상 점포를 특정 하는 수준에 불과하여 사실상 원심결의 판단과 동일하다고 판단되어 별도로 구분하여 서술하지는 않는다.

4) ① 금천·광명 지역의 홈에버 시흥점, ② 부산지역의 홈플러스 센텀시티점 ③ 대전지역의 홈에버 둔산점, ④ 청주지역의 홈플러스 동청주점, ⑤ 대구 칠곡지역의 홈플러스 칠곡점이다.

장하였다. 공정거래위원회는 대형마트의 특성, 대형마트에 대한 소비자의 인식, 대형마트 포맷 변화, 법제도적 측면에서 대형마트의 위치, 피심인의 인식 및 행태 등과 같은 점들을 종합적으로 고려하여 본 기업결합에서 관련상품시장은 3,000m² 이상의 매장면적을 갖추고 식품·의류·생활용품 등 다양한 구색의 일상소비용품과 각종 문화·생활편의 서비스의 집합적 원-스톱 쇼핑이 가능한 유통업태인 「대형마트시장」으로 확정하였다.

비록 동일한 식료품의 판매를 놓고 대형마트와 슈퍼마켓이 일정 정도 서로 경쟁하고 있다 하더라도 대형마트 소비자는 대형마트를 슈퍼마켓 등 다른 유통채널과 독립된 별개의 채널로서 인식하며 소비활동을 하고 있으므로, 공정거래위원회는 대형마트와 슈퍼마켓은 서로 직접적인 경쟁관계에 있지 않다고 판단하였다.

나) 지역시장

일반적으로 대형마트는 본사에서 판매상품들의 기본가격을 책정하나, 동시에 각 지점 및 지역별로 경쟁상황을 반영하여 각 품목별로 가격을 조정하고 있다. 이러한 점을 고려하여 공정거래위원회는 각 지점별로 실질적인 가격경쟁을 하고 있다는 것으로 판단하였다.

SSNIP test의 개념을 대형마트 관련지역시장에 적용하여 평균적으로 1회에 대형마트에서 40,905원 정도를 소비하는 소비자가 자신이 구입하는 재화가격이 평균 2,025원(5%) 정도 인상되는 경우 소비자의 지역 간 이동가능성의 한계를 고려하여 대형마트 시장에서의 경쟁은 지역적 양상을 가진다고 판단하였다.

공정거래위원회는 집중심사 대상지역의 지리적 시장획정을 위해 중첩원의 합집합(A Union of Overlapping Circles) 접근방법을 고려하였다. 지역시장 획정의 결과가 당해 지역의 지리적 특성 등에 부합하지 않는 경우, 즉, 동일한 지리적 시장으로 획정된 지역이라 하더라도 전통적인 행정구역이나 간선도로, 강 등의 인문·자연 지리적 특성에 의해 실제로는 하나의 생활권으로 보기 어려운 경우에는 지역시장의 범위를 합리적으로 조정하였다. 특히, 각 점포의 고객 분포도를 분석하여 중첩도가 낮은 경우에는 일정한 범위에서 지역시장을 합리적으로 조정했다.

2) 경쟁제한성 판단

관련시장획정 이후 당 기업결합에 따라 일부 지역시장에서 경쟁제한성이 우려되었다. 공정거래위원회는 본 건 기업결합에서는 이러한 단독의 경쟁제한행위 가능성 여부를 판단하는데 중요한 요소로 시장점유율 변화분 외에도 각 지역시장 내 각 대형마트 간 경쟁관계를 홈에버의 각 점포별 구매전환율(Diversion Ratio)을 통해서 검토하였다. 이와 같이 대형마트간의 구매전환율 등을 통해 심층적으로 경쟁제한성을 분석한 결과, 일부 지역시장에서의 경쟁제한성을 인정하고 이에 따른 행태적(behavioral) 시정조치를 부과하였다. 경쟁제한성 판단과 구매전환율에 대해서는 이하에서 보다 심층적으로 살펴보겠다.

3) 효율성

피심인은 본 건 기업결합으로 다음과 같은 효율성 및 소비자 후생 증대 효과가 발생하고 이러한 효율성 및 소비자 후생 증대효과는 본 건 기업결합과 관련하여 발생할 우려가 있는 경쟁제한성을 상쇄한다고 주장하였다. 첫째, 현재 홈에버의 영업면적당 매출액이 홈플러스보다 낮고, 가격지수로도 높은 것으로 볼 때 결합 후 홈에버의 영업 효율화로 인한 가격 인하로 소비자 후생이 증대되는 금액이 향후 5년간 248,694백만 원에 이르는 것으로 보이고, 둘째, 홈에버 및 홈플러스의 관리부서 등 조직통합과 IT 서비스 공동 활용으로 향후 5년간 175,485백만 원의 비용을 절감할 수 있으며, 셋째, 홈에버가 기존에 영위하지 못하던 새로운 수익원(온라인 서비스 및 신규 사업진출)을 창출함으로써 향후 5년간 62,760백만 원의 수익 증대효과가 발생할 것이고, 넷째, 물류센터 통합으로 인한 비용절감과 물류 증가에 따른 새로운 수익 창출로 향후 5년간 48,942백만 원의 수익 증대 효과가 발생한다는 것이다.

피심인이 든 경영효율화로 인한 가격인하 효과에 대하여, 공정거래위원회는 이러한 효과는 본건 기업결합을 통해서만 달성 가능한 것이 아니며, 경쟁제한성이 인정되는 지역의 경우 경영효율화가 가격인하로 연결된다고 보기 어렵다고 판단하였다.

2. 관련규정 및 제도

가. 기업결합제한 관련 규정

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」

제7조(기업결합의 제한) ① 누구든지 직접 또는 대통령령이 정하는 특수한 관계에 있는 자(이하 특수관계인"이라 한다)를 통하여 다음 각호의 1에 해당하는 행위(이하 "기업결합"이라 한다)로서 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위를 하여서는 아니된다. 다만, 자산총액 또는 매출액의 규모(계열회사의 자산총액 또는 매출액을 합산한 규모를 말한다)가 대통령령이 정하는 규모에 해당하는 회사(이하 "대규모회사"라 한다)와의 자가 제2호에 해당하는 행위를 하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 다른 회사의 주식의 취득 또는 소유

「기업결합 심사기준」⁵⁾

VII. 경쟁제한성 판단기준

1. 수평형 기업결합

수평형 기업결합이 경쟁을 실질적으로 제한하는지 여부에 대해서는 기업결합 전후의 시장 집중상황, 해외경쟁의 도입수준 및 국제적 경쟁상황, 신규진입의 가능성, 경쟁사업자간의 공동행위 가능성, 유사품 및 인접시장의 존재여부 등을 종합적으로 고려하여 심사한다.

가. 시장의 집중상황

(1) 시장집중도

(가) 취득회사등과 피취득회사의 시장점유율의 합계가 다음 요건의 1에 해당되는 경우에는 경쟁을 실질적으로 제한할 수 있다.

① 50/100이상인 경우

② 3위 이내에 포함되고 상위 3사의 시장점유율 합계가 70/100 이상인 경우. 다만 다음의 1에 해당하는 경우에는 경쟁을 실질적으로 제한하지 아니할 수 있다.

i) 2위가 되는 경우 : 시장점유율이 30/100 미만이고 1위의 시장점유율과 상당한 격차가 있는 경우

5) 2006. 7. 19. 공정거래위원회 고시 제2006-11호로 개정되기 전의 것

- ii) 3위가 되는 경우 : 1, 2위간 또는 2, 3위간에 상당한 시장점유율 격차가 있는 경우
 - iii) 1위, 2위간 및 2위, 3위간 각각 시장점유율 격차가 상당하지 않고 3위와 시장점유율 격차가 상당하지 않은 4위가 있는 경우
- (나) (가)-②에 규정된 상당한 격차"라 함은 통상의 경우 기업 결합후 시장점유율이 상위회사 시장점유율의 100분의 75미만인 경우를 말한다.

(다) (가)에 해당하더라도 시장점유율의 증가가 근소한 경우에는경쟁을 실질적으로 제한하지 않을 수 있다. 근소한 경우라 함은 통상의 경우 기업결합으로 인한 시장점유율의 증가분이 5/100 미만인 경우를 말한다.

(라) (가)에 해당하더라도 당해 거래분야에 대량구매사업자가 존재 하는 경우(대량구매사업자가 취득회사와 동일한 기업집단에 속하거나 취득회사등이 대규모회사이고 대량구매사업자가 그러 하지 아니한 경우를 제외한다)에는 경쟁을 실질적으로 제한하지 않을 수 있다. 이 (라)에 규정된 대량구매사업자"라 함은 당해회사(특수관계인을 포함한다)의 구매액이 당해 거래 분야에 공급된 총금액(당해상품의 수입판매액을 포함한 국내 총 판매액을 말한다)에서 차지하는 비율이 (가)의 규정에 의한 시장 점유율 요건에 해당되는 자를 말한다.

(2) 시장집중도의 변화추이

시장집중도를 평가함에 있어서는 최근 수년간의 시장집중도의 변화추세를 고려한다. 최근 수년간 시장집중도가 현저히 상승하는 경향이 있는 경우에 시장점유율이 상위인 사업자가 행하는 기업 결합은 경쟁을 실질적으로 제한할 가능성이 높아질 수 있다. 이 경우 신기술 개발, 특허권 등 향후 시장의 경쟁관계에 변화를 초래할 요인이 있는지 여부를 고려한다.

나. 해외경쟁의 도입수준 및 국제적 경쟁상황

- (1) 수입이 용이하거나 당해 거래분야에서 수입품이 차지하는 비율이 증가하는 추세에 있는 경우에는 기업결합에 의해 경쟁을 실질적으로 제한할 가능성이 낮아질 수 있다. 이 경우 해외경쟁의 도입가능성을 평가함에 있어서는 다음 사항을 고려한다.

- (가) 당해 상품의 국제가격 및 수급상황
- (나) 우리나라의 시장개방의 정도 및 외국인의 국내투자현황
- (다) 국제적인 유력한 경쟁자의 존재여부
- (라) 관세율 및 관세율의 인하계획 여부
- (마) 기타 각종 비관세장벽

- (2) 당사회사의 매출액 대비 수출액의 비중이 현저히 높고 당해 상품에 대한 국제시장에

서의 경쟁이 상당한 경우에는 기업결합에 의해 경쟁을 실질적으로 제한할 가능성이 낮아질 수 있다.

다. 신규진입의 가능성

(1) 당해 시장에 대한 신규진입이 가까운 시일내에 용이하게 이루어질 수 있는 경우에는 기업결합으로 감소되는 경쟁자의 수가 다시 증가할 수 있으므로 경쟁을 실질적으로 제한할 가능성이 낮아질 수 있다.

(2) 신규진입의 가능성을 평가함에 있어서는 다음 사항을 고려한다.

- (가) 법적·제도적인 진입장벽의 유무
- (나) 필요최소한의 자금규모
- (다) 특허권 기타 지적재산권을 포함한 생산기술조건
- (라) 입지조건
- (마) 원재료조달조건
- (바) 경쟁사업자의 유통계열화의 정도 및 판매망 구축비용
- (사) 제품차별화의 정도

(3) 다음의 1에 해당하는 회사가 있는 경우에는 신규진입이 용이한 것으로 볼 수 있다.

- (가) 당해 시장에 참여할 의사와 투자계획 등을 공표한 회사
- (나) 현재의 생산시설에 중요한 변경을 가하지 아니하더라도 당해 시장에 참여할 수 있는 등 당해 시장에서 상당기간 어느 정도 의미있는 가격인상이 이루어지면 중대한 진입 비용이나 퇴출 비용의 부담없이 가까운 시일내에 당해 시장에 참여할 것으로 판단되는 회사

라. 경쟁사업자간의 공동행위의 가능성

기업결합에 따른 경쟁자의 감소 등으로 인하여 사업자간의 가격·수량·거래조건에 관한 명시적·묵시적 공동행위가 이루어지기가 용이한 경우에는 경쟁을 실질적으로 제한할 가능성이 높아질 수 있다. 사업자간의 공동행위가 용이해지는 지의 여부는 다음 사항을 고려하여 판단한다.

- (1) 최근 수년간 당해 거래분야에서 거래되는 상품의 가격이 동일한 거래분야에 속하지 않는 유사한 상품들의 평균가격에 비해 현저히 높았는지 여부
- (2) 당해 거래분야에서 거래되는 상품에 대한 수요의 변동이 작은 경우로서 경쟁관계에 있는 사업자가 수년간 안정적인 시장 점유율을 차지하고 있는지 여부
- (3) 경쟁관계에 있는 사업자가 공급하는 상품의 동질성이 상당히 높고, 경쟁관계에 있는 사업자간의 생산 및 판매조건이 유사한지 여부

- (4) 경쟁관계에 있는 사업자의 사업활동에 관한 정보입수가 용이한지 여부
- (5) 과거 부당한 공동행위가 이루어진 사실이 있었는지 여부

마. 유사품 및 인접시장의 존재

- (1) 기능 및 효용측면에서 유사하나 가격 또는 기타의 사유로 별도의 시장을 구성하고 있다고 보는 경우에는 생산기술의 발달가능성, 판매경로의 유사성 등 그 유사상품이 당해 시장에 미치는 영향을 고려한다.
- (2) 거래지역별로 별도의 시장을 구성하고 있다고 보는 경우에는 시장간의 지리적 근접도, 수송수단의 존재 및 수송기술의 발전 가능성, 인접시장에 있는 사업자의 규모 등 인근 지역시장이 당해시장에 미치는 영향을 고려한다.

나. 기업결합심사의 요체

기업결합심사의 요체는 기업결합을 통한 효율성증진과 경쟁제한성을 비교형량하는 것이다. 경쟁제한성 판단은 기업결합으로 인해 창출되는 추가적 시장지배력이 경쟁을 제한하는지 여부 또는 한 시장의 기존 시장지배력이 기업결합을 통해 다른 시장으로 전이되는지 여부를 심사하는 것이라 할 수 있다.

기업결합에 발생할 수 있는 경쟁 제한 효과는 협조효과(coordinated effect)와 단독효과(unilateral effects)로 나누어 생각할 수 있다. 협조효과란 기업결합으로 경쟁하는 기업의 수가 감소함에 따라 과거에는 경쟁관계에 놓여있던 기업들의 담합 가능성이 커지는 효과이다. 단독효과란 기업 결합 후 시장지배력이 커진 기업이 단독으로 상품의 가격을 올릴 수 있는 능력을 가지게 되는 것을 지칭한다. 차별화된 상품시장에서는 두 기업이 합병할 경우, 한 기업이 가격을 올려 매출이 감소하더라도 감소한 매출이 다른 기업의 매출로 증가로 이어지기 때문에 가격을 인상할 수 있게 된다.

기업결합심사의 관련시장 확정은 그 결합기업에 대한 경쟁압력을 인식·식별하는 것을 목적으로 한다. 결합기업의 가격인상능력은 수요대체성, 공급대체성, 신규진입 가능성 등에 의하여 제약을 받는다.⁶⁾ 관련시장은 상품시장과 지리적 시장 모두 포함

6) 어떤 사업자가 기존 생산설비를 이용하여 큰 규모의 설비투자 없이 가까운 시일 내에 상품이나 서비스를 제공할 수 있다면 결합기업에게 경쟁압력을 행사할 수 있다. 공급대체성에 따른 관련시장은 이러한 경쟁관계에 있는 기업들이나 앞으로 경쟁하게 될 기업들을 포함하여 확정한다. 따라서 공급대체성에 따른 관련 시장 확정에서는 유효한 경쟁압력을 행사할 수 있고 짧은 시간 내 적은 비용으로 유사한 서비스를 제공할 수 있는

하는 개념이다.

관련시장 확정은 수요대체성에 기반하여 이루어진다. 수요대체성이란 한 사업자가 가격을 올렸을 때 소비자들이 가격이 오른 상품 대신 다른 상품으로 구매를 전환할 수 있는 능력을 말한다. 수요대체성은 관련시장 확정에 매우 중요한 요소이다. 가령 상품 a, b, c가 서로 대체관계에 있는 상품이고, a와 b 제조사가 기업 결합을 하는 경우를 생각해보면, a사와 b사가 기업결합을 하여 규모가 커졌다 하더라도 상품 a, b의 가격을 올렸을 때 많은 소비자들이 구매를 포기하고 c를 선택한다면 결합 기업의 가격인상능력은 상품 c에 의해 제약을 받게 된다. 이 경우는 c사 즉 경쟁 기업들이 결합 기업의 경쟁 압력으로 작용하여 시장 지배력을 제한할 수 있다. 따라서 가격인상 시 소비자들이 구매를 전환하는 상품들의 범위를 하나의 관련 상품 시장으로 확정할 수 있다.

이러한 목적에서 관련시장 확정에 SSNIP test가 이용된다. SSNIP test란 가상의 독점 기업이 작지만 의미 있고 일시적이지 않은 정도의 가격을 인상할 수 있는 상품 또는 지역을 하나의 시장으로 확정하는 것이다.

공정거래위원회 기업결합심사기준(공정거래위원회 고시 제2007-12호)에 따르면 상품 시장은 “거래되는 특정 상품의 가격이 상당기간 어느 정도 의미 있는 수준으로 인상될 경우 동 상품의 구매자 상당수가 이에 대응하여 구매를 전환할 수 있는 상품의 집합을 말한다.”

미국 FTC에서 실시하는 SNNIP test와 EU의 가상적 독점 사업자 테스트도 같은 맥락의 접근 방법이다. 관련시장 확정시에는 공통가격 책정이나 집합서비스 제공여부도 같이 고려하고 있다.

우리나라에서는 기업결합의 경쟁제한성은 취득회사등과 피취득회사간의 관계를 고려하여 수평형 기업결합, 수직형 기업결합, 혼합형 기업결합 등 유형별로 구분하여 판단한다.⁷⁾

사업자들만을 관련 시장으로 확정한다.

7) “수평형 기업결합”이란 경쟁관계에 있는 회사 간의 결합을 말하고, “수직형 기업결합”이란 원재료의 생산에서 상품의 생산 및 판매에 이르는 생산과 유통과정에 있어서 인접하는 단계에 있는 회사 간의 결합을 말하며, “혼합형 기업결합”이란 수평형 또는 수직형 기업결합 이외의 기업결합을 말한다.

일단 관련 시장이 확정되면 시장 참여자들의 점유율을 계산하고, 기업결합 후의 시장 점유율 및 시장 집중도 변화를 살펴 기업결합 심사기준의 여러 규정에 따라 경쟁 제한성을 평가한다. 여러 국가에서 관련시장확정 후 해당 관련시장에서의 기업결합에 따른 시장점유율 변화를 그 기업결합으로 인해 발생하는 시장지배력 변화의 대표값(proxy)으로 사용하고 있고, 우리나라도 이 방식을 사용하고 있다.

3. 주요 쟁점

가. 관련시장 확정

1) 상품시장

기업 결합 심사의 첫 단계는 관련시장확정이다. 소비자가 여러 재화를 묶음의 형태로 동일 사업자로부터 구매하고, 판매자 역시 개개의 서비스를 판매할 때 묶음의 가격을 책정하는 경우, 묶음이 아닌 개별 단일상품을 판매하는 판매자가 묶음을 판매하는 사업자에게 경쟁제약을 행사하지 못하면 묶음상품으로 시장을 확정할 수 있다. 이러한 시장을 집합상품시장(또는 묶음상품시장, cluster market)이라고 한다.

집합상품시장에서 상품이 묶음으로 거래되는 이유는 소비자와 판매자가 여러 가지 상품을 한 번에 팔고 사면서 거래비용을 줄일 수 있기 때문이다. 미국의 경우 United States v. Grinnell corp. 사건에서 화재방지 서비스와 치안 서비스를 하나의 상품으로 묶어서 관련시장을 확정한 사례가 있다.

이동통신 요금이 묶음 상품의 대표적인 예이다. 소비자는 휴대폰으로 음성통화, 문자메세지, 데이터 이용 등 다양한 서비스를 이용한다. 이들 서비스가 개별적인 서비스임에도 불구하고, 공급자는 여러 서비스들을 하나로 묶어서 휴대폰 요금 상품으로 판매한다. 소비자들과 공급자들 모두에게 집합 상품의 구매와 판매가 개별 상품으로 거래하는 것 보다 효율적이기 때문이다.

1997년 미국 Staples와 Office Depot의 기업 결합 사건은 집합상품시장 확정에 있어 시사점을 지닌다. Staples와 Office Depot는 사무용품, 문구류를 할인하여 판매하

는 유통업체이다. 사실 문구류는 전문 할인매장 외에도 문방구, 대형마트 등의 다양한 곳에서 판매되고 있다. 그러나 Staples의 가격을 보면 주위에 Office Depot와 같은 대형 사무 용품 전문 매장이 있을 때와 그렇지 않을 때의 가격은 13%의 차이를 보였다. 역으로 생각하면 Staples은 매장 주위에 대형 사무 용품 전문 매장이 있을 경우 경쟁을 위해 가격 인하 압력을 크게 받지만, Staples외에 다른 대형 사무용품 전문 할인 매장이 없는 지역에서는 Wal-Mart나 Costco에서 동일한 사무용품을 판매하더라도 이들은 큰 경쟁 압력으로 작용하지 않는 것이다. 또한 소비자들도 문구류 전문 할인 매장과 소규모 문구점에서 같은 상품을 판매 하더라도 유통업체에 따라 다른 구매방식 보이고, 다른 효용을 얻고 있었으며 문구류 전문 할인 매장의 대체제는 소규모 문구점이 아니라 다른 문구류 전문 할인점이라는 인식을 갖고 있었다. 이러한 이유로 대형 사무 용품 전문 할인매장만을 관련 시장으로 확정하게 되었다.

우리나라의 경우 이마트/월마트 기업 결합 심사에서 집합상품시장을 받아들여 관련상품시장은 3,000m² 이상의 매장면적을 갖추고 식품·의류·생활용품 등 원-스톱 쇼핑이 가능한 유통업체인 「대형마트시장」으로 확정되었다.

집합상품시장으로 관련시장을 확정하는 데 있어 중요한 사항은 이러한 묶음상품을 제시하지 못하는 유통채널이 경쟁제약을 행사할 수 있는지를 판단하는 것이다. 소비자는 슈퍼마켓에서 식료품, 백화점에서 의류용품을 mix-and-match로 구매할 수 있다. 만일, 동일한 묶음상품을 제시하지 못하는 유통업자라고 하더라도 묶음상품을 제시하는 유통업체에 경쟁압력을 행사할 수 있다고 하면, 동일한 관련시장으로 포함하는 것이 타당하다.

백화점, 슈퍼마켓, 대형마트간의 시장획정에 있어 공정거래위원회는 구매전환율이라는 경제분석기법을 사용하여 보다 정교하고 치밀한 판단을 내렸다. 대형 마트를 하나의 시장으로 획정한 이유로 구매 전환율 자료를 제시하고 있다. 아래의 <표 3>을 보면 부산 지역의 소비자들이 대형마트의 대체제로 대형마트를 선택하는 비율이 타 유통망을 선택하는 비율보다 압도적으로 높게 나타난 것을 알 수 있다.

<표 3> 부산 지역의 유통시장별 구매전환율

(단위: %)

| 구분 | 점포 | 대형마트 | 백화점 | 슈퍼마켓 | 재래시장 | 전문점 |
|-----|-----|------|-----|------|------|-----|
| 홈에버 | 해운대 | 87.3 | 2 | 11.8 | 2.6 | - |
| | 서면 | 96.1 | 2.6 | 0.6 | - | - |
| | 장림 | 86 | - | 14 | - | - |

자료: 공정거래위원회 의결서(제2008-285호) 중 (표75) 재인용 및 발췌.

예를 들어, 해운대의 한 대형마트가 퇴출되는 경우 소비자 중에 슈퍼마켓으로 구매를 전환하는 비율은 11.8%이고, 다른 대형마트로 구매를 전환하는 비율은 87.3%로, 대형마트 간 높은 대체성을 보이고 있다. 이는 한 대형마트의 밀접한 대체재는 다른 대형마트인 것을 확인한 것으로, 한 대형마트의 시장지배력 행사를 제약할 수 있는 경쟁자는 다른 대형마트임을 의미하며 결론적으로 관련시장을 대형마트로 확정하는 것이 타당함을 보여주었다.

2) 지리적 시장

관련 시장의 확정에 있어 지역시장이란 관련 상품시장 내에서 경쟁 상품의 가격이 상승할 때 소비자들이 구매를 전환할 수 있는 범위의 시장을 의미한다. 가령 지역A에서 상품 가격이 일정기간 의미 있게 올랐을 때 소비자들이 지역B로 구매를 전환한다면 지역A와 지역B는 하나의 지역시장이 되는 것이다.

가) 지역시장 논의

지역 시장은 어떤 사업자가 가격을 결정하는 데 있어 경쟁 압력을 주는 범위로 확정 되어야 한다. 지역 시장을 5km로 확정했다는 뜻은 어떤 사업자가 5km 범위 내의 다른 사업자들로부터 경쟁 압력을 받고 5km 밖에 있는 사업자들로부터는 큰 경쟁제약을 받지 않는다는 것이다. 지역 시장 범위의 의미를 소비자들의 소비 대체성의 관점으로도 살펴보면, 지역 시장이 반경 5km라는 것은 소비자들이 어떤 사업자가 가격을 올렸을 때 5km 반경 내의 다른 기업의 상품으로 소비를 전환한다는 의미를 갖고 있다. 만약 소비자들이 5km 밖의 지역으로 구매를 전환한다면 지역 시장은 더 넓게

확정 되어야 하고 더 좁은 범위에서 구매를 전환할 경우 지역시장은 보다 좁아져야 한다. 따라서 판매자들의 경쟁 양태와 소비자들의 구매 행동을 살펴봄으로서 지역시장을 확정할 수 있다.

대형마트들이 인지하고 있는 지리적 경쟁의 범위는 최저가격 신고 보상제에서 찾아볼 수 있다. 최저가격 신고 보상제는 한 지역 내에서 다른 할인점이 자신보다 낮은 가격에 판매할 때 신고한 고객에게 보상하는 제도이다. 대형마트들은 보통 반경 5km 이내에 있는 할인점과 비교하여 자신들이 같은 상품을 더 높은 가격에 판매하는 경우 최저가격을 보상해주는 제도를 실시하고 있다. 공정거래위원회는 대형마트들이 실행하는 최저가격 신고 보상제를 기반으로 그들이 인식하는 경쟁 범위를 추정하였다.

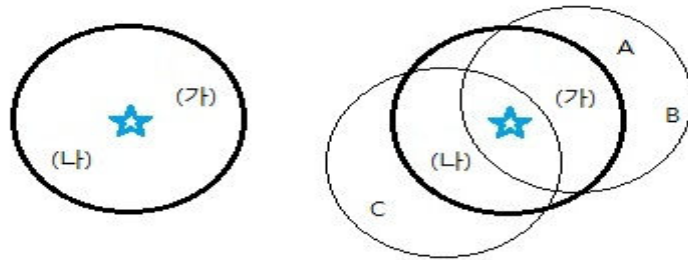
또한 공정거래위원회는 지역시장 확정에 있어 소비자들의 대형마트 이용 실태도 고려했다. 이 사건에서 대형마트 각 할인점의 회원 가입 현황을 살펴보면 홈플러스의 12개 지역 33개 점포의 회원들 중 각 지점으로부터 반경 5km 이내에 거주하는 비중이 70% 이상인 점포가 31개에 달한다. 매출 누적액도 마찬가지로의 양상을 보인다. 물론 거주 지역과 매출 누적액이 소비자들이 반경 5km 내에서 구매를 전환한다는 것을 직접적으로 보여주지는 않는다. 그러나 이상의 내용과 더불어, 5km 내외의 거리가 자동차로 대략 15분 정도의 거리임을 감안할 때 소비자들이 이 반경 안에서 구매전환을 이룰 것이라 추측할 수 있다. EU의 경우에도 자동차로 20분 내의 운전 거리를 같은 지역시장으로 확정한 사례가 있다. 일본의 경우도 지역별 소매상인의 분포상황과 거래액을 기준으로 20km를 같은 상권으로 보았는데, 거래액의 70%가 20km 권내에 있음을 그 이유로 들었다.

다음으로 중첩원의 합집합 접근방법이 사용되었다. 중첩원의 합집합 접근방법은 EU의 Tesco-까르푸(2005년) 사례와 공정거래위원회의 이마트-월마트(2006년) 사례에 사용되었다. 중첩원의 합집합 접근방법은 지역시장 확정에 있어서 경쟁압력을 주는 실질적인 범위를 알기 위하여, 관련 상품시장에 속하는 사업자를 중심으로 일정한 반경의 원을 그린 다음, 그 안에 위치한 다른 사업자들을 기준으로 또다시 동일 반경의 원을 그려 그 전체를 모두 하나의 지역시장으로 보는 것이다.⁸⁾

8) 집중심사지역에 위치한 피취득회사 홈에버의 각 점포를 중심으로 반경 5km 범위의 지역을 1차로 확정한다. 그리고 이 지역에 소재하는 모든 대형마트를 중심으로 다시 반경 5km 범위의 지역을 2차로 확정한다. 이렇게 1차 및 2차에 걸쳐 확정된 지역을 합한 지역을 지리적 시장으로 확정한다. 다만, 이렇게 확정된 지역이 상호

예를 들어 아래 <그림 1>에서 별모양으로 표시된 사업자를 중심으로 반경 5km의 원을 그리면 (가), (나) 두 점포가 권역 안에 포함된다. 그 후 각 지점들을 중심으로 다시 반경 5km의 원을 그려 각 원들의 권역의 합을 하나의 지역시장으로 보는 것이다. 처음 반경 5km에서는 총 3개의 점포가 경쟁이었지만, 중첩원으로 시장을 확정하면 총 6개의 점포가 하나의 지역 시장 안에 들어가게 된다.

<그림 1>



위 그림 1에서 A, B, C 점포들까지 하나의 지역시장으로 확정하는 이유를 살펴보면, 중심 점포가 가격을 정할 때는 5km반경 내에 존재하는 (가), (나) 사업자들로부터 경쟁 압력을 받고, (가)사업자는 5km범위 내에 존재하는 A, B로부터, (나)사업자는 C로부터 경쟁 압력을 받는다. 결과적으로 중심 사업자가 가격을 정할 때에도 외곽 지역의 사업자들의 경쟁압력이 간접적으로 작용한다. 경쟁압력은 A, B, C에서 (가), (나)점포들로, 다시 중심 상점으로 작용한 것이다. 따라서 중첩원의 합집합 전체를 하나의 지역시장, 즉 서로 경쟁 압력을 행사하는 하나의 상권으로 확정할 수 있게 된다.

나) 전국시장 논의

관련 지리시장 획정에 있어 중요한 판단사항은 전국시장책정 여부이다. 주요 사업자들이 전국적으로 공통가격(common pricing)을 책정하고 있다면 구매전환이 불가능한 물리적 거리가 있다 하더라도 전국을 하나의 지역시장으로 볼 수 있다. 사업자가 전국적으로 공통된 가격을 책정한다면, 가격을 일부 지역의 경쟁 상황만을 고려하여 정하는 것이 아니라 다른 모든 지역에 미치는 영향을 고려하여 결정하기 때문이다.

간 중첩되는 경우에는 이를 합한 지역을 한 개의 지리적 시장으로 확정한다.

예를 들어 A, B 두 지역에서 공통가격을 책정하고 있는 사업자를 생각해 보면, 만약 A지역에 경쟁이 치열할 경우 사업자는 A지역에서 판매가격을 인하할 것이다. 이 경우 사업자는 공통가격 정책을 쓰고 있으므로 A지역의 판매가격이 낮아지면 B지역의 판매가격도 덩달아 낮아지게 된다. 즉, A지역의 경쟁상태가 B지역의 판매가격에 까지 영향을 미치는 것이다.

관련시장을 확정하는 이유는 경쟁압력들을 식별·파악하기 위함이다. 따라서 A지역의 경쟁상태가 B지역의 가격에 영향을 주는 경우에는 A, B지역을 하나의 지역시장으로 묶을 수 있다. 일반적으로 사업자들이 전국적으로 동일한 가격을 취하고 있는 경우, 가격은 한 지역만의 경쟁이 아니라 전국적인 경쟁 상황과 수익성을 고려하여 결정된다. 그러므로 전국적인 공통가격이 책정되는 경우에는 지역시장을 확정하는 것 보다는 전국을 하나의 지역 시장으로 보고 분석하는 것이 더 타당하다.⁹⁾

유선 초고속 인터넷과 유선 전화시장 등에서 지역별로 마케팅의 차이가 존재한다 하더라도 전국 시장으로 관련시장을 확정할 사례가 있다. 초고속 인터넷이나 전화시장에서 한 지역의 가격이 상승한다 하여 소비자가 다른 지역으로 거주지를 이전하여 구매를 전환할 수 없지만, 지역별 가격 편차가 크지 않고 기업들이 전국의 상황을 모두 반영하여 공통 가격을 정한다는 것에 주목한 것이다.

전국을 단일 시장으로 확정할지 여부는 지역 간 가격 편차가 얼마나 나타나는지를 고려해 결정해야 한다. 대형마트시장의 경우 본사에서 각 상품에 대해 공통 가격을 결정하여 각 지점에 보낸다. 그 후 각 지점별로 경쟁 상황을 반영하여 몇 개의 품목은 가격을 조정해 판매한다. 이는 지역별로 어느 정도 경쟁이 존재하는 것을 방증한다. 홈플러스의 경우를 보면 지역 시장에서 가격경쟁력을 확보하기 위해 지역 경쟁업체들을 선정하고 매주 그 점포들의 가격을 조사하여 100여 개의 상품에 대해서는 경쟁 업체들과 동일한 가격을 설정하도록 하는 가격정책을 실행하고 있다.

만약 이렇게 나타나는 지역별 가격 편차가 크고, 가격 차이가 나타나는 부분의 판매 비중이 크다면 대형마트 지역시장을 각 개별 지역시장으로 확정할 수 있다. 하지만, 지역별 편차가 미미하다면, 전국시장으로 판단할 수 있다. 결국 전국시장과 지역

9) 영국의 통신 정책 당국인 Ofcom은 이와 같은 이유로 인해 지역 시장을 확정할 때 공통 가격 정책을 취하고 있는지를 고려해야 한다고 주장한 바 있다(Ofcom, 2004).

시장 판단여부에는 대형마트의 가격정책, 지역마다 가격 차이의 정도(degree)가 기준이 된다. 즉 지역별 가격편차가 크면 지역시장이, 지역별 가격편차가 작으면 전국시장이 되는 것이다. 가격지수를 산정하여 이러한 지역적 가격편차를 살펴볼 수 있다.¹⁰⁾

이러한 지역시장 확정은 2006년 신세계(이마트)와 월마트 코리아의 기업결합에 관한 서울 고등법원판결¹¹⁾에서 논의되었다.

먼저 신세계와 월마트코리아측은 관련시장이 지역시장으로 확정된 것에 이의를 제기하며 “가격정책 등을 제약하는 경쟁의 주된 원천은 전국 차원에서의 경쟁에서든 지역 차원에서의 경쟁에서든 비슷한 경쟁력과 규모를 갖춘 전국사업자들이고, 할인점들 간의 경쟁은 개별 지점 차원이 아니라 전국적 차원에서 사업자 간 경쟁의 형태로 이루어지고 있음을 알 수 있고, 이는 실제 원고(신세계 및 월마트코리아)가 신선식품을 제외한 나머지 제품에 대하여 기본적으로 전국적 차원에서 가격책정을 하고 있다는 사실과도 일치한다. 따라서 피고(공정거래위원회)가 지점의 반경 5km 또는 10km를 기준으로 동심원을 그려 지역시장을 확정하는 것은 이론적인 근거가 없다.”고 주장하였다.

그러나 법원은 매출액 중에서 비중이 가장 큰 신선식품(전체의 25.2%)은 가격 비교가 불가능하다는 이유로 분석 대상에서 제외한 사실을 근거로 원고가 제시한 가격지수가 소비자의 소비 패턴을 제대로 반영하지 못하고 있다고 지적하고, 지역시장 확정에 대한 공정거래위원회의 판단을 받아들였다. 또한 법원은 공정거래위원회가 지역시장확정의 근거로 제시한 할인점의 특성, 소비자들의 이용 현황, 이용고객의 분포현황, 관련 시장 사업자들의 인식 등을 고려한 기준에 따라 대형할인점 시장, 대도시권 반경 5km, 대도시권이 아닌 지역은 반경 10km로 시장을 확정하는 것을 인정하였다.

하지만 동시에 법원은 “원고가 독점사업자의 지위에 있는 지역에 위치한 지점 11개의 평균 가격지수와 가장 경쟁적인 지역에 위치한 원고 지점의 가격지수의 차이는 평균 2% 정도인 것”이라는 점도 설시하였다.

10) 대형마트 같이 다양한 상품을 제공하고 있는 사업자들의 경우 경쟁 제한성 평가를 위해 시장확정을 할 때 어떤 상품의 가격을 가격변수로 보아야 하는지에 대한 문제가 발생한다. 이때 관련시장에서 결합상품시장으로 확정되어 다양한 상품들을 묶음의 형태로 판매하고 소비자도 묶음 단위로 물건을 구매한다면, 기업이 제공하는 상품들의 묶음을 하나의 상품처럼 간주하여 그 묶음의 가격지수를 산정할 수 있다.

11) 서울고등법원 2008. 9.3. 선고 2006누30036 판결.

나. 시장점유율 접근방식과 구매전환율 접근방식

기업결합의 경쟁제한성을 추정하기 위한 경제분석기법은 여러 가지가 있다. 그 중 대표적인 방식이 관련시장을 획정한 후 기업 결합 시 발생하는 시장점유율 변화를 계산하여 경쟁제한성을 평가하는 것이다. 시장점유율의 변화로 기업 결합에 따른 경쟁제한성을 평가함에 있어 관련시장의 획정은 매우 중요한데, 그 이유는 관련시장이 어떻게 획정되느냐에 따라 점유율이 달라지기 때문이다.

그러나 시장점유율 접근 방식은 상품의 대체성을 고려하지 않는다는 한계를 가진다. US DOJ-FTC(1997)는 수평적 기업결합 가이드라인에 “획정된 시장의 다른 기업들의 상품들에 비교하여, 합병 관련 상품들이 상대적으로 가까운 대체재인 경우, 합병 기업들의 시장점유율은 경쟁 효과를 저평가할 수 있는 반면, 합병 대상 기업들의 상품간의 상호 대체성이 낮다면, 시장점유율은 경쟁 효과를 과장할 수도 있다.”라고 명시하고 있다.

예를 들어 관련시장에 A, B, C의 세 상품이 존재하고, 각각 갑, 을, 병의 기업이 이를 생산하며, A와 B의 대체성이 A와 C의 대체성보다 높고 을과 병의 시장점유율이 동일하다고 가정한다면, 갑과 을이 합병하는 경우와 갑과 병이 합병하는 경우의 HHI의 변화는 똑같다. HHI는 시장 참여자들의 시장 점유율을 제곱하여 더하기 때문이다.

그러나 상품의 대체성을 고려하면 갑과 을의 기업결합 시 발생하는 가격인상폭이 갑과 병의 기업결합에서보다 더 클 가능성이 농후하다. A의 가격이 오를 때, 사람들은 대체성이 높은 B를 구매하게 된다. 따라서 갑과 을이 결합한 후에 A의 가격을 올린다면 A의 수요는 줄어들지만 감소된 수요의 일부가 B의 수요로 대체되어 결합한 회사의 총 이익은 증가할 수 있다. 반면 갑과 병이 결합하는 경우에는 A의 가격을 인상하더라도 소비자들이 대체제로 C를 사는 경우가 적기 때문에 C의 매출 인상폭은 크지 않아 A의 가격 인상이 어려워진다.

즉 대체성이 큰 상품을 가진 기업들이 결합할 경우에 가격을 인상시킬 유인이 큰 것이다. 그러므로 상품들이 비동질적이고, 상품들 간에 대체효과가 다르게 나타나는 시장에서는 시장 점유율을 이용한 경쟁제한성 판단은 재화간의 대체성을 충분히 반영하지 못한다.

또한 관련시장획정시 특정 상품을 관련시장에 포함시킬지 여부를 판단함에 있어 인위적인 선긋기 방식을 사용할 필요성이 존재한다. 본 건에서 공정거래위원회는 “복잡 다단한 현실의 경제상황을 분석해야 하는 기업결합심사에서의 시장 획정 작업에서 그와 같은 문제점(지역 간 간섭현상 내지 연쇄효과)은 언제나 발생하는 것으로서, (중략) 상품시장이든 지리적 시장이든 단절적(discrete)인 경우보다는 연속적(continuous)인 경우가 일반적이므로, 시장획정을 위해서는 언제나 인위적인 선긋기(delineation) 작업이 불가피한 것이다.”라고 밝히고 있다.

일반적인 상품의 경우를 살펴보면, A 상품의 대체제가 B, C, D, E 등으로 다양하다 할지라도 시장획정의 과정에서는 대체성의 정도에 따라 B, C는 관련 시장에 포함되고 D, E는 포함되지 않을 수 있다. 이러한 경우 대체성에 따라 특정상품은 포함(in)되어 시장점유율 계산에 포함되나, 어떤 상품들은 배제(out)되어 시장점유율 계산에 포함되지 못한다. 대형마트 시장획정의 경우에도 인위적인 선긋기 과정이 필요하다. 대형마트, 백화점, 재래시장, 편의점 등 다양한 곳에서 동일한 상품들이 판매되고 있고, 대형마트, 편의점, 백화점 간에는 어느 정도의 대체성이 존재한다. 따라서 이들 중 어떤 유통채널을 대형마트의 관련시장에 포함시킬 것인지 판단하여 적절하게 대형마트 관련시장을 판단해야 한다. 비연속적인 관련시장획정은 상품의 대체 효과를 충분히 반영하지 못하는 한계를 필연적으로 갖게 되는 것이다.

이랜드리테일 및 케이디에프유통과 까르푸의 기업결합 사건¹²⁾에서 이랜드는 “이랜드 아울렛과 할인점은 별개의 시장에 속한다”는 주장을 펴면서, 이랜드 아울렛은 할인점과 유통환경 특성이 다르고, 법적으로 백화점으로 분류되며 소비자들도 아울렛과 할인점을 구별하여 인식하고 있으며, 이랜드 아울렛은 할인점이 아니라 백화점과 경쟁하고 있다는 것을 이유로 들었다.

아래 <표 4>는 이랜드 측이 제출한 유통채널간 구매품목을 비교한 표이다. 이를 보면 소비자들은 할인점에서 주로 일반식품, 신선식품, 일상 생활용품을 구매하고 있다. 아울렛에서는 일상의류의 구매 비율이 가장 높았고 패션의류, 패션잡화가 그 뒤를 이었다. 반면 백화점에서는 패션의류의 구매 비율이 가장 높았고 패션잡화 일상의류가 그 뒤를 이었다. 이러한 측면에서 아울렛은 할인점과 백화점의 중간형태의 유통채

12) 2006. 11. 6. 공정거래위원회 전원회의 의결 제2006-261호

널로 판단된다.

<표 4>

유통채널간 구매품목 비교

(설문자는 복수응답 가능, 수치는 비율)

| | 할인점 | 아울렛 | 백화점 |
|-------------|--------|--------|--------|
| 1. 일반식품 | 94.2% | 38.3% | 19.2% |
| 2. 신선식품 | 91.5% | 38.3% | 21.0% |
| 3. 일상 생활용품 | 82.3% | 41.9% | 18.1% |
| 4. 기타 생활용품 | 24.2% | 28.1% | 17.7% |
| 5. 일상의류 | 29.4% | 74.2% | 38.5% |
| 6. 패션의류 | 6.5% | 52.3% | 87.5% |
| 7. 패션잡화 | 7.3% | 48.5% | 79.6% |
| 8. 가구 | 0.6% | 5.4% | 12.1% |
| 9. 대형가전 | 1.9% | 0.6% | 11.3% |
| 10. 소형가전 | 7.3% | 4.0% | 10.8% |
| 11. 문화·레저용품 | 5.6% | 4.0% | 9.6% |
| 12. 기타 | 0.2% | 0.4% | 0.4% |
| 합 계 | 350.8% | 336.5% | 325.8% |

자료: 공정거래위원회 의결서(제2006-261호) 중 (표4) 재인용 및 발췌.

이 사안에서 공정거래위원회는 아울렛의 관련 상품시장을 ‘대형 매장, 원-스톱 쇼핑, 저가 판매, 대량 판매, 다양한 상품, 종합소매점’의 특성을 가진 시장으로 획정하여 이랜드 영업점과 까르푸가 동일한 시장에 해당한다고 결론지었다. 소비자와 사업자가 이랜드 영업점을 백화점으로 인식하지 않고 있고 할인점과 유사한 유통업체로 인지하고 있기 때문이다.¹³⁾ 이에 덧붙여 소비자들이 할인점과 아울렛에서 구매하는 품목 비중에 차이가 있다 하더라도, 유통업에서의 시장획정은 유통업태의 유통환경의 특성을 종합적으로 고려하여 유통업태 간 유의미한 경쟁관계가 있는지를 기준으로 해야 한다고 지적했다.

시장점유율 접근방식에서 어떤 상품이 관련 상품시장에 포함되느냐에 따라 시장점유율은 크게 변하고, 경쟁 제한성도 다르게 나타나기 때문에, D. Carlton은 이분법적

13) 주변의 할인점 존재여부 및 점포 개수가 이랜드 아울렛의 가격에 미치는 영향에 대한 계량분석 자료를 인용해 이랜드 아울렛의 상품가격은 까르푸, 이마트, 롯데마트가 인근에 없다가 2개 점포가 새로 개점하는 것에 따라 각각 4.2%, 9.8%, 2.7%씩 하락하는 것으로 나타났다고 보았다.

인 “in” 또는 “out”의 분류 방법을 사용하는 시장 획정은 조야한 단순화라고 지적했다 (D. Carlton, 2007).¹⁴⁾

1990년대 중반 이후로 시장점유율 접근 방식이 갖는 문제점을 보완하기 위해 대체성의 연속성을 반영하여 기업결합에 따른 가격 변화 효과를 추정하기 위해 기업결합 시뮬레이션 모형(merger simulation model)을 보조적으로 사용하고 있다.

그러나 기업결합 시뮬레이션 모형은 수요탄력성 추정 등 계산에 많은 시간과 비용이 들 수 있다. 이에 반하여, 구매전환율(Diversion Ration)은 기업 결합 시뮬레이션 모형보다 간단하면서도 상품의 대체효과를 반영하여 가격인상을 추정하는 접근법이다.

구매전환율은 기업 A의 상품가격이 올랐을 때 소비자들이 기업 B의 상품으로 대체하여 구매하는 비율을 말한다. 구매전환율을 사용한 접근방법은 결합하는 기업들의 상품이 얼마나 가까운 대체제 관계에 있는지를 계산함으로써 상품가격을 올릴 수 있는 지 여부를 직접적으로 살펴보는 것이므로 기업결합의 경쟁 제한 효과를 예측하는데 유용한 도구가 된다.

예를 들어 자동차 A와 B를 각각 생산하는 자동차 제조업체 갑과 을이 있고, 자동차 A, B는 중형차이고 비슷한 가격이어서 소비자들은 A와 B를 가까운 대체제로 생각하는 상황을 가정한다. 자동차 A의 가격이 오르면 많은 소비자들이 자동차 B를 구매할 것이므로 갑을 을로부터의 경쟁압력으로 인하여 가격인상에 제약을 받는다. 그러나 두 회사가 합병한다면 결과는 달라진다. 즉 자동차 A의 가격을 올리면 갑의 매출이 줄어들지만, 자동차 A 구매를 포기한 소비자들 중 일부가 자동차 B를 구매할 것이므로 을의 매출이 증가하게 된다. 이때 두 회사는 합병한 상태이므로 전체 회사의 이익은 증가할 수도 있다.¹⁵⁾ 이 합병회사는 자동차 A와 B의 구매전환율이 높기 때문에 가격을 인상할 유인이 발생하는 것이다.

14) “Market definition, with its dichotomous “in” or “out” classification, is a crude simplification, and a merger simulation can be a more accurate approach that automatically takes account of demand and supply substitutability.” (Dennis W. Carlton, 「Market Definition: Use and Abuse」, Competition Policy International, Vol. 3, No. 1, Spring 2007)

15) 예로, 가령 자동차 A의 가격이 120이고 자동차 B의 가격은 125라고 하자. 자동차 A의 가격이 120일 때 10명이 자동차 A를 구매하는데 갑이 가격을 130으로 올리자 수요가 자동차 4단위로 줄어들고, 자동차 A 구매를 포기한 나머지 6명 구매자 중 5명이 자동차 B를 구매한다고 가정하면, 갑의 매출은 1200에서 520으로 620만큼 감소하였으나 을의 매출은 125*5, 즉 625만큼 늘었다. 그럼 갑과 을 합병회사 전체의 매출액 변화는 $-620 + 625$ 로 매출이 5만큼 증가하게 된다.

차별적인 두 상품이 가까운 대체 관계에 놓여 있을수록 구매전환율은 크게 나타나고, 이런 경우 기업들이 가격을 인상시킬 유인이 커져 기업결합시에 경쟁제한 효과가 크게 나타난다. 구매전환율은 개정된 2010 FTC 기업결합심사 지침에도 반영되었다.

본 건 기업결합심사에서도 구매전환율이 고려되었다. 관련시장획정에서 언급된 바와 같이, 구매전환율 설문조사 결과 대형마트 폐점 시 대체 구매 장소로 다른 대형마트를 선택한 비율이 매우 높은 수치를 보여줌으로써 대형마트로 관련시장을 획정하는 판단의 근거가 되었다.

또한, 구매전환율은 본 건 기업결합에 따른 개별 지역시장에서의 경쟁제한성 판단에서도 적극적으로 활용되었다. 예를 들어 해운대 지역의 대형마트의 지리적 분포를 보면 서쪽으로부터 동쪽으로 홈플러스 센텀시티점, 홈에버 해운대점, 이마트 해운대점이 거의 일직선상에 놓여 있는바, 이와 관련하여 공정거래위원회는 “홈플러스 센텀시티점이 가격을 인상할 경우 이동(migration)하는 소비자를 상당수 자사 점포인 홈에버 해운대점이 흡수(capture)하게 될 것이다. 한편 홈플러스 센텀시티점 서쪽에 분포하는 소비자의 경우 대체 소비처를 찾기 위해서는 상당한 거리를 이동해야 하므로 그대로 홈플러스 센텀시티점에 남을 가능성이 높으며, 일부 이동하는 소비자의 경우도 대체 소비처로의 장거리 이동 자체가 후생저하를 초래하게 된다. 따라서 제한적이거나 이 지역 소비자에 대한 경쟁제한 가능성이 존재한다.”라고 판단하였다. 즉 홈플러스 센텀시티점이 가격을 인상할 때 홈에버 해운대점으로 구매전환이 크게 일어나기 때문에 홈플러스 센텀시티점이 가격을 인상할 요인이 크다는 것이다.

<표 5> 부산지역 점포별 구매전환율 조사 결과

(단위: %)

| 구분 | 점포 | 홈플러스 | | 이마트 | | 메가마트 | |
|-----|-----|-------|------|------|------|------|-----|
| 홈에버 | 서면 | 감만점 | 3.2 | 연제점 | 5.2 | 남천점 | 5.8 |
| | | 가야점 | 10.4 | 서면점 | 5.8 | | |
| | | 아시아드점 | 3.2 | 문현점 | 55.2 | | |
| | | 계* | 20.6 | 계** | 68.1 | 계 | 5.8 |
| 구분 | 점포 | 홈플러스 | | 이마트 | | 메가마트 | |
| 홈에버 | 해운대 | 센텀시티점 | 28.1 | 해운대점 | 41.8 | 남천점 | 9.2 |
| | | 계 | 28.1 | 계 | 41.8 | 계 | 9.2 |
| 구분 | 점포 | 홈플러스 | | 이마트 | | 롯데마트 | |
| 홈에버 | 장림 | 영도점 | 2 | 서부산점 | 1 | 사하점 | 73 |
| | | 가야점 | 2 | | | 사상점 | 4 |
| | | 서부산점 | 1 | | | 계 | 77 |
| | | 계 | 5 | 계 | 1 | 계 | 77 |

* 홈플러스 영도점 · 동래점 · 서면점 포함

** 이마트 금정점 포함

자료: 공정거래위원회 의결서(제2008-285호) 중 (표73) 재인용 및 발췌.

4. 의의

1993년 처음 등장한 대형마트는 지난 17년간 급성장을 하며 새로운 유통채널로서 자리매김을 하였다. 새로운 시장이 형성되면서 여러 기업이 진입하고 그들 간의 활발한 경쟁이 펼쳐지면 시장 안에서는 동적인 shake-out이 발생하게 된다. 성공적인 기업들은 시장점유율을 확대하고, 시장에서 실패한 기업들은 시장에서 퇴출되면서 시장집중도가 증가하게 되는 것이 일반적인 산업의 동학(dynamics)이다.

이러한 과정에서 대형마트분야에서 2006년에서 2008년 사이에 3건의 주요한 수평 기업결합 사건이 있었다. 2006년 이랜드와 까르푸 간의 기업결합 및 신세계(이마트)와 월마트코리아 간의 기업결합과 2008년 홈플러스와 홈에버 간의 기업결합이 그것이다.¹⁶⁾

16) 공정거래위원회는 2006. 9. 27. (주)신세계(이마트)와 월마트코리아(주)(월마트)간 기업결합에 대해 45개 지점을 매각하도록 하는 내용의 구조적 시정조치를 부과하기로 의결하였고, 2006. 11. 06. (주)이랜드리테일 및 케이디유통(주)의 기업결합제한규정 위반행위에 대한 건에서도 3개 지역에서 지점을 매각하는 구조적 시정조치를 부과했다.

심결 과정에서 공정거래위원회는 외국 사례 등을 참조하여 대형할인점의 전국 또는 지역별 시장에서 경쟁제한의 우려가 있는지를 검토하였다. 상품시장을 전체 유통 시장 중 “3,000평방미터 이상의 매장면적을 갖추고 식품, 의류, 생활용품 등 one-stop shopping이 가능한 다양한 구색의 일상 소비용품을 통상의 소매가격보다 저렴하게 판매하는 대형할인점 시장”으로 확정하고, 중첩원의 합집합 접근 방법을 지역시장을 확정하는 수단으로 사용하였다. 이 후 서울고등법원은 이마트와 월마트코리아의 기업 결합 사건에서 신규진입 등을 고려하여 경쟁제한성이 낮다고 보아 공정거래위원회의 시정조치를 취소하였으나, 관련시장 확정방법은 그대로 인정하였다.

한편 공정거래위원회는 홈플러스와 이랜드리테일(홈에버) 간의 기업결합을 허용하되, 경쟁제한성이 인정되는 5개 점포에 대하여는 주요 상품의 가격을 경쟁가격 수준 이하로 유지하도록 하는 행태적 조치를 부과하였다. 이러한 행태적 조치는 “2006년 까르푸-이랜드, 이마트-월마트 기업결합 이후 심화된 유통업의 경쟁과, 대형마트 점포 수는 크게 증가하였지만, 슈퍼마켓, 재래시장 등의 현대화, 인터넷 쇼핑 등 무점포 시장의 발전으로 인접시장으로부터의 경쟁압력 증대, 그리고 이번 결합으로 대형마트 시장에서 독보적인 1위 사업자를 견제할만한 강력한 2위 사업자가 출현함으로써 전국적으로는 경쟁이 심화된 사실”을 고려하여 이루어진 것이다.

홈플러스와 홈에버 간 기업결합 심사에는 그동안 대형마트 기업결합심사를 통해 축적된 관련 산업에 대한 지식과 여러 분석기업 등이 사용되었다. 집합상품시장 개념을 이용한 관련상품시장 확정, 중첩원 합집합 등 관련지역시장 확정, 그리고 시장점유율에 단순히 의존하지 않고 구매전환율을 적극 이용하여 유통채널간의 대체성과 경쟁제한성을 정치하게 판단하는 발전된 모습을 보였다.

다만 기업결합에 따른 효율성 증진에 대해서는 추가적인 논의가 필요하다. 기업결합은 효율성 증가, 즉 비용감소를 가져와 소비자 후생을 증가시킬 수 있다. 기업결합 심사의 요체는 기업결합에 따른 시장지배력 증가와 효율성 증진을 비교형량하여 소비자 후생과 사회 후생 변화를 예측하는 것이다. 앞에서 살펴본 바와 같이 홈플러스 측이 제시한 효율성증진 효과는 인정받지 못하였으나, 만약 효율성증진이 전무하다면 기업결합을 승인할 이유를 찾기는 쉽지 않다는 점에서 기업결합심사시 효율성증진에 대한 보다 심층적인 분석이 필요하다고 본다.

한편 2010년 개정된 미국 FTC의 기업결합심사 가이드라인에서는 기업결합으로 인한 효율성이 가격에 미치는 효과를 적극 반영하고 있다. 개정안의 특징 중 하나는 기업결합에 따른 효율성증진과 시장지배력증가를 비교할 수 있게 되고, 효율성증진이 기업결합심사분석에 쉽고, 자연스럽게 통합된다는 것이다(Shapiro, 2010).¹⁷⁾

기업 결합으로 인한 제품1의 한계 비용 감소는 제품1의 가격을 낮추는 유인(incentive)이 되는 점을 반영하여 Shapiro(2010)는 UPP(Upward Pricing Pressure)라는 새로운 지수를 제시하였다. UPP는 앞에서 언급한 구매전환의 가치를 반영한 개념으로, 기업 결합 시 단독효과로서의 가격 상승이 얼마나 발생할지를 측정하는 것이다. 이 방법은 효율성이 포함된 경쟁제한효과분석을 가능하게 한다. UPP 공식은 다음과 같다.

$$UPP_1 = D_{12}(\overline{P}_2 - \overline{C}_2) - E_1 \overline{C}_1$$

D_{12} 는 구매전환율로 기업1 상품의 수요가 1단위 감소할 때 기업2의 상품의 수요가 증가하는 비율이다. E_1 는 기업결합으로 인해 발생한 기업1의 비용 절감 비율이다. \overline{P}_2 , \overline{C}_1 , \overline{C}_2 는 기업결합 이전의 기업2의 상품가격, 기업1의 한계비용, 기업2의 한계비용이다. $\overline{P}_2 - \overline{C}_2$ 기업B의 마진율이므로 $D_{12}(\overline{P}_2 - \overline{C}_2)$ 는 기업1의 수요가 한 단위 감소할 때 나타나는 기업B의 이윤 증가분이 된다. $E_1 \overline{C}_1$ 은 기업 결합 후 나타나는 기업1의 한계 비용 감소분이다. 따라서 UPP_1 가 양의 값을 가지면 기업2의 이윤 증가분이 기업1의 비용 감소보다 크므로, 기업1은 가격을 인상할 유인을 가지게 된다. 반대로 UPP_1 가 음의 값을 가지면 기업1의 효율성 증가분의 효과가 더 크므로 기업1은 가격을 인하할 유인을 가지게 된다. 이와 같이 UPP 공식은 시장지배력 증가에 따른 가격 인상요인과 효율성 증진에 따른 가격인하요인을 비교하여 기업결합에 따른 소비자후생 변화를 추정하는 것이다.¹⁸⁾

경쟁제한성과 효율성증진의 비교형량에서 중요한 질문은 합병에 따른 비용 절감의

17) Carl Shapiro, 「The 2010 Horizontal Merger Guidelines: From Hedgehog to Fox in Forty Years」, Working Paper Series, 2010.

18) Carl Shapiro, 「The 2010 Horizontal Merger Guidelines: From Hedgehog to Fox in Forty Years」, Working Paper Series, 2010.

효과가 소비자에게 얼마가 전가되는가(pass-through)이다. 미국의 Staple-Office Depot 기업결합 건에서 중요한 경제분석 논의사항 중 하나는 비용절감의 소비자가 격 전가의 크기였다. 해당 사건에서 미국 법원은 그 pass-through가 작다는 경제분석에 의거하여 기업결합의 효율성이 소비자에게 전가되는 효과는 미미하다고 결론을 내렸다.¹⁹⁾

효율성 증가가 발생한다 하더라도 기업들이 소비자 가격을 낮추지 않으면 기업결합은 경쟁제한 효과만을 가져올 뿐 소비자 후생에는 아무런 도움이 되지 않는다. 기업결합에 따른 효율성 증진의 효과가 소비자 가격 하락으로 이어지기 위해서는 경쟁상황이 중요한 역할을 한다. 수요자들이 가격에 민감해 작은 가격 하락에도 수요가 증가할 때에 기업들은 비용절감에 따라 판매가격을 낮출 유인이 생기기 때문이다. 가격 탄력성은 대체제가 많고 경쟁이 치열한 시장에서 크게 나타나고, 경쟁상황을 반영하는 소비자들의 가격 탄력성은 pass-through에서 중요하게 고려된다.

기업결합에 따른 효율성 증진을 소비자편익으로 수치화하여 평가하는 여러 경제학적 기법이 개발되고 있다. 기업결합심사에서 효율성 증진을 보다 심도 있게 살펴보는 것은 후생 증진에 도움이 되는 기업결합을 승인하겠다는 의지의 표현이기도 할 것이다. 차후 기업결합심사에 있어 효율성을 고려하는 여러 방식이 추가되어 효율성 증진에 따른 가격인하효과와 시장지배력증가에 따른 가격인상효과가 보다 엄밀히 비교형량되고, 효율성 증진에 대한 분석이 보다 중요한 역할을 하기를 기대한다.

19) Jonathan Baker, 「Econometric Analysis in FTC v. STAPLES.」, 1998.

부당한 공동행위

[9] 6개 정유사의 부당한 공동행위에 대한 건

의결 제88-30호

오진환 (변호사, 세계법무법인)

(주)유공, 호남정유(주), 경인에너지(주), 쌍용정유(주), 극동석유(주), 여수에너지(주)는 휘발유, 등유, 경유 등 11개 석유제품에 대하여 과거 자신들의 판매실적을 토대로 회사별, 유종별 기준시장점유율을 정하고 이에 따라 판매량을 고정하기로 합의하였다. 이에 공정거래위원회는 피심인들에 대하여 총 2,097백만 원의 과징금을 부과하는 한편 부당한 공동행위를 금지하고 매월 판매실적을 정부에 통보하라는 시정명령을 하였다.

석유산업 등 규제산업 분야에서 공정거래법을 적용하여 동 시장에서 자유로운 경쟁을 촉진하는 계기가 되었다는 점, 최초로 과징금을 부과한 사건이라는 점에서 본 사건의 의의를 찾을 수 있다.

당시 석유시장에는 각종 정부규제가 존재하였는데 공정거래위원회는 본 사건을 처리하면서 석유시장에서의 유통구조 개선, 유가관리의 자율폭 확대 및 수출입 자유화, 진입제한 완화 등을 골자로 하는 경쟁촉진방안을 마련하였고 당시 동력자원부는 이를 토대로 「석유산업 자율화」의 시안을 발표하였다.

또한 본 사건은 1986년 공정거래법의 개정으로 부당한 공동행위에 대하여 과징금 제도가 도입된 후 최초로 과징금이 부과된 사건이라는 점에서 공정거래법 집행사에 있어서 큰 의미가 있다. 그것도 국내 굴지의 재벌기업들을 상대로 하여 결코 적지 아니한 액수의 과징금을 부과하게 된 최초의 사건이었다.

다만 행정소송의 제기가 없어 공정거래위원회의 시정조치가 그대로 확정됨에 따라 부당한 공동행위에 대한 과징금의 성격, 규제산업과 공정거래법 적용 등의 쟁점이 법원에서 심도 있게 논의되지 못한 것이 아쉬움으로 남는다.

1. 사건 개요¹⁾

가. 시장현황

1979년경 시작된 제2차 석유과동으로 인하여 석유제품에 대한 수요가 격감한 가운데 일부 정유회사들의 신규공장 가동 등을 앞두고 정유회사들 사이에서는 시장점유율 제고를 위하여, 특히 휘발유 등 수익성이 높은 경질유를 중심으로 신제품 개발, 외상판매 기간 연장, 할인 판매 및 선전 광고의 확대 등 판매경쟁이 가열되고 있었다.

나. 행위사실

피심인 (주)유공,²⁾ 호남정유(주),³⁾ 경인에너지(주), 쌍용정유(주)⁴⁾ 및 극동석유(주)⁵⁾는 석유정제 및 석유제품의 판매에 종사하는 사업자들이고, 피심인 여수에너지(주)⁶⁾는 프로판, 부탄 등 LPG 제품을 수입·판매하는 사업자로서, 위 피심인 6개사는 국내석유 제품의 대부분을 공급하는 정유회사들이다.

피심인 6개 사는 판촉비 등 막대한 비용의 발생에 대한 부담과 시장점유율 경쟁이 결국은 '제로섬 게임'이라는 데에 인식을 같이 하게 되면서 경쟁을 자제하자는 방향으로 의견들이 오가던 중 각 회사의 시장점유율을 1981. 1.부터 1982. 6. 사이의 판매실적 비율에 고정시키기로 합의를 하기에 이르렀다.

구체적인 합의내용을 보면, 피심인들은 석유제품 중 휘발유, 등유, 경유, 경질중유,

1) 공정거래위원회 1988. 4. 13. 의결 제88-30호 심결: 한성택, 「정유6사의 판매물량제한 공동행위 건」, 『공정거래』 창간호(1989. 1.), 경제기획원, 161면 이하를 참조하고, 일부 인용하였다.

2) 현 SK에너지의 연혁 : 1962. 10. 대한석유공사 설립 → 1982년 민영화 후 (주)유공으로 사명 변경 → 1997년 SK(주)로 사명 변경 → 2007. 7. SK에너지로 사명 변경 → 2008. 2. SK인천정유(구 경인에너지)를 합병

3) 현 GS칼텍스의 연혁 : 1966년 호남정유(주) 설립 → 1996년 LG칼텍스정유(주)로 사명 변경 → 2005. 3. GS칼텍스로 사명 변경

4) 현 S-Oil의 연혁 : 1976년 한이석유화학(주) 설립 → 1980년 쌍용정유(주)로 사명 변경 → 2000년 S-Oil로 사명 변경

5) 현 현대오일뱅크의 연혁 : 1964년 극동석유화학(주) 설립 → 1969년 극동셀석유(주)로 사명 변경 → 1977년 극동석유(주)로 사명 변경 → 1988년 극동정유(주)로 사명 변경 → 1993년 현대정유로 사명 변경 → 2002. 4. 현대오일뱅크로 사명 변경

6) 현 EI의 연혁 : 1984. 9. 여수에너지(주) 설립 → 1991년 호수에너지(주)로 사명 변경 → 1996년 LG칼텍스(주)로 사명 변경 → 2004년 (주)EI으로 사명 변경

중유, 방카-C유, 프로판(일반용), 포판(도시가스용), 부탄, Jet-1, Jp-4등 11개 석유제품의 국내 민수 및 한국군 군납시장에서의 판매경쟁을 제한할 목적으로, 1981. 1. 1.부터 1982. 6. 30.까지 18개월간의 판매실적을 토대로 회사별, 유종별 기준시장점유율을 본고 별지 <표 1>과 같이 정하고, 1982. 7. 1.부터 그 기준시장점유율에 따라 판매물량을 유지하기로 합의하고 이를 시행하였다.

피심인들은 위와 같이 합의한 기준시장점유율을 상호준수토록 하기 위하여, 매달 25일에 전월의 판매실적을 집계한 후 합의된 유종별 기준시장점유율보다 초과하여 판매한 자는 미달하여 판매한 자로부터 초과 판매한 물량만큼을 정산구매(Buy-Back)하고 그 대금을 당시의 동력자원부에서 고시하는 유종별 공장도가격에 따라 현금지급 하여 왔고, 1985. 3.부터는 경질유(휘발유, 등유, 경유)의 초과 판매분에 대하여 동력자원부에서 고시하는 균일수송비의 2배 상당액을, 같은 해 10.부터는 LPG(프로판, 부탄)의 초과 판매분에 대하여 같은 수송비의 1배 상당액을 벌과금으로 정하여, 초과하여 판매한 자가 미달하여 판매한 자에게 위 사후정산 구매 시 벌과금으로 지급기로 하고 이를 시행하였다.

다. 공정거래위원회의 심결

1987. 10. 16. 열린 정기국회에서의 「정유사들의 출고가격 담합혐의」에 관한 대정부 질문 내용을 토대로, 공정거래위원회는 1988. 1. 25.부터 2. 4.까지 피심인들 6개사에 대한 현장조사를 한 결과 피심인들의 석유제품 판매제한 공동행위에 대한 혐의를 확인하고, 내부절차를 거쳐 1988. 3. 30. 시정명령과 과징금 납부명령을 내용으로 한 회의안건을 상정하여 1988. 4. 6.과 4. 12. 두 차례에 걸쳐 심의를 진행하였다.

피심인들은 심의과정에서 ① 「기준시장점유율 유지에 대한 정유업계의 의견」이라는 소명서를 통하여, 구 석유사업법의 규정에 의하여 당시의 동력자원부 고시로 정하는 가격에 따라 판매하지 않을 수 없도록 되어 있으며, 다변화 대상 원유의 배정 등 사업자간의 경쟁소지가 전혀 없는 상황 하에서 불가피하게 합의가 행하여졌다는 등 당시 정부고시 유가제도 하에서의 가격경쟁의 한계, 제품 및 서비스 경쟁의 곤란성, 유종별 수급 불균형 및 자원의 낭비가능성, 다변화 대상 원유의 배분문제 등을 들어

공동행위의 위법성을 부인하였고, ② 최후진술을 통하여, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 ‘공정거래법’이라고 한다)상의 과징금은 위반행위로 인한 부당이익의 환수라는 의미를 지니고 있는데, 최고판매가격을 정부에서 고시하는 당시의 유가구조 하에서는 부당이익이 발생할 여지가 없으므로 과징금 납부명령은 수공할 수 없다고 주장하였다.⁷⁾

공정거래위원회는 이에 대하여, 구 석유사업법의 규정에 따라 고시되는 석유제품의 유종별, 유통단계별 판매가격은 최고가격으로서 판매가격의 상한선을 규정한데 불과한 것이고 고시된 가격 이하에서의 경쟁을 배제시킨 것은 아니며, 더구나 위 공동행위의 대상유종 중 항공유(Jet-1, JP-4)는 최고가격의 고시도 없는 상황임에 비추어 볼 때, 공정거래법의 적용을 배제할 이유가 없다고 판단하고, 공정거래법상의 공동행위에 대한 과징금은 부당이익 환수로서의 성격과 행정 제재별로서의 성격을 함께 띠고 있으나 행정 제재별적 성격이 더 크다고 보는 것이 타당하다는 견해를 취함으로써 피심인들의 위 주장을 모두 배척한 후, 피심인들의 위와 같은 행위는 휘발유 등 11개 유종의 국내 민수 및 한국군 군납시장에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는, 공정거래법 제11조 제1항 제3호에 규정된 부당한 공동행위임이 인정된다고 판단하고, 1988. 4. 13. 공정거래위원회 의결 제88-30호로 같은 법 제13조, 제14조의 규정에 의하여 시정명령과 과징금 납부명령을 의결하였다.

그 내용을 보면, 피심인들은 회사별, 유종별 기준시장점유율을 정하여 판매물량을 제한하는 내용의 합의(1982. 7. 1.부터 시행)를 즉시 파기하고, 앞으로 휘발유 등 석유제품의 자유로운 판매를 상호 제한하는 일체의 행위를 하지 말 것과, 피심인들은 피심인 각자가 생산 또는 판매하는 석유제품의 월별·유종별 판매실적을 다음달 25일까지 당시의 경제기획원장관이 지정하는 양식에 따라 이 시정명령을 받은 날로부터 1년 동안 경제기획원장관에게 보고할 것을 주요내용으로 하는 시정명령을 부과하고, 피심인 각 회사별로 (주)유공이 9억 500만 원, 호남정유(주)가 7억 1700만 원, 경인에너지(주)가 2억 1600만 원, 쌍용정유(주)가 1억 9100만 원, 극동석유(주)가 4000만 원, 여수에너지(주)가 2800만 원 등 합계 20억 9700만 원의 과징금⁸⁾을 납부명령 수령일로

7) 참고인 자격으로 출석한 주무부처 관계자도 당시 유가제도가 명목상 최고가격으로 고시되었지만 가격할인을 생각하지 않고 산정한 사실상의 최저가격이므로, 정유회사에 초과이윤이나 부당이익이 발생할 여지가 없다는 취지의 진술을 하였다.

부터 60일 이내에 국고에 납부하도록 명령하였다.

공정거래위원회의 위 시정명령 및 과징금 납부명령은 그대로 확정되었고, 그 후 피심인들은 1988. 5. 2. 기준시장점유율에 관한 합의를 파기하고, 1988. 5. 6. 공동행위의 중지 및 재발방지를 경제기획원에 서면으로 보고하였고, 매월의 판매실적 역시 보고하였으며, 그 결과 각 정유회사 간의 시장점유율이 유종에 따라 시정명령 전의 점유율에 비하여 큰 변화를 보이기도 하였다.

2. 관련 규정

「독점규제에 관한 공정거래에 관한 법률」⁹⁾

제11조(부당한 공동행위의 제한) ①사업자는 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 다음 각호의 1에 해당하는 행위(이하 부당한 공동행위"라 한다)를 하여서는 아니된다. 다만, 산업합리화, 불황극복, 산업구조의 조정, 중소기업의 경쟁력향상 또는 거래조건의 합리화를 위한 경우로서 대통령령이 정하는 바에 의하여 경제기획원장관의 인가를 받은 경우에는 그러하지 아니하다.

3. 상품의 생산·출고·수송 또는 판매의 제한이나 용역의 제공을 제한하는 행위

② 제1항에 규정한 부당한 공동행위의 수행을 약정하는 계약등은 당사자간에 있어서는 이를 무효로 한다.

③ 2이상의 사업자가 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 제1항 각호의 1에 해당하는 행위를 하고 있는 경우 동사업자간에 부당한 공동행위의 수행을 약정한 명시적인 계약이 없는 경우에도 부당한 공동행위를 행하고 있는 것으로 추정한다.

제14조(과징금) ①경제기획원장관은 제11조의 규정에 위반하는 부당한 공동행위가 있는 경우에는 당해 사업자에 대하여 당해 위반행위가 있는 날로부터 동행위가 없어진 날까지의 기간에 있어서의 매출액에 100분의 1을 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금을 부과할 수 있다.

8) 피심인 회사 별 과징금의 액수는 공정거래법에 과징금의 징수근거가 도입된 1987. 4. 1.부터 1988. 3. 31.까지 공동행위 대상 유종인 11품목의 국내 민수 및 한국군 군납시장에서의 각 사의 매출액에 대한 법정 최고 과징금액의 4.75%에 달하는데, 이는 같은 기간 중 공동행위 대상 유종의 총 판매량 187,273천 배럴에 대하여 공동행위를 이행하는 과정에서 회사 간에 사후 정산된 구입물량과 판매물량의 합계 8,903천 배럴이 접하는 비중을 해당하는 것이었다.

9) 1990. 1. 13. 법률 제4198호로 전부개정되기 전의 것

3. 주요 쟁점

위 「행위사실 및 공정거래위원회의 심결」에서 살펴 본 바와 같이, 공정거래위원회의 심결에 이르는 과정에서의 주요 쟁점은, 선명하게 부각되거나 치열하게 논의되지는 않았지만, 석유산업 등 규제산업 분야에서의 공정거래법 적용의 문제와 최초로 부과하게 된 과징금의 적정여부 등 크게 두 가지로 요약할 수 있다. 이 두 가지의 쟁점에 대하여 관련규정 등과 함께 이론적으로 간략히 소개하기로 한다.

가. 규제산업과 공정거래법의 적용¹⁰⁾

1) 규제완화와 공정거래법의 적용

공정거래법은 제1조에서 목적을 천명한 바와 같이, 시장에 참여하려는 의사와 능력을 가진 사업자는 누구나 그 시장에 참여할 수 있도록 시장이 개방되어야 하고, 그 시장에 참여한 사업자들은 서로 아무런 제한 없이 자유롭게 경쟁할 수 있어야 하며, 사업자들 간의 경쟁은 상품이나 서비스의 품질과 가격을 중심으로 공정하게 이루어져야 한다는 소위 ‘경쟁의 3대 원칙’ 하에 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써, 창의적인 기업 활동을 조장하고 궁극적으로 소비자의 후생을 향상시킴과 아울러 국민 경제의 균형 있는 발전을 도모함을 주된 목적으로 한다.

반면, 통신, 방송, 에너지, 운송, 금융 등 전통적인 규제산업 분야¹¹⁾에서는 시장진입의 규제 및 가격결정, 서비스 품질의 규제 등을 포함하여 광범위한 정부규제가 행하여져 왔고, 과거 우리나라를 비롯하여 세계적으로 많은 개발도상국들의 경우 초기 자본주의의 성장과정에서 광범위한 정부규제를 통한 경제성장을 이룩한 역사적 교훈은 결코 간과할 수 없는 사실이다.¹²⁾

10) 권오승·이원우 공편, 『공정거래법과 규제산업』, 법문사, 2007, 433면 이하를 참조하고, 일부 인용하였다.

11) 규제산업을 인정하는 이론적인 근거는 다양하지만, 다수의 기업이 활동하기보다는 단 하나의 기업이 활동하는 것이 생산량의 증가에 따른 장기평균비용의 감소로 생산적 효율성의 측면에서 가장 효율적이고, 따라서 독점을 허용하되 다만 독점력의 남용으로 인한 배분적 효율성의 침해를 억제하기 위하여 광범위한 규제를 행하는 것이 바람직하다는 소위 자연독점의 이론이 주요한 근거로 제시된다.

12) 『나쁜 사마리아인들』이라는 저서로 유명한 장하준 교수는 『그들이 말하지 않는 23가지』라는 책에서, 요즘은 세계적 화두인 신자유주의 경제이론을 강하게 비판하면서 “자유시장이라는 것은 없다”라고 잘라 말하고 있다.

따라서 규제산업 분야에서 광범위 하게 행하여지는 경제적 규제는 필연적으로 공정거래법과의 관계에서 상호 갈등관계를 형성할 수밖에 없고, 근래에 이르러 공정거래위원회에서의 공정거래법 집행과정에서 실제로 그러한 사례를 종종 목도할 수 있다.

그러나 산업별 경제적 규제와 공정거래법의 관계를 상호 갈등관계로만 볼 것은 아니다. 한편으로는 상호 대체·갈등관계에 있지만, 다른 한편으로는 상호 보완·협력관계에 있다. 즉 규제산업 분야에서도 공정거래법은 산업별 경제적 규제체제를 기본으로 그 규제가 달성하고자 하는 목적에 기여할 수 있고, 그 규제체제 하에서 시장이 더 경쟁적으로 기능할 수 있도록 하며, 규제체제가 효과적으로 규율하거나 통제하지 못하는 기업의 행위를 공정거래법의 이론과 무기로 규율함으로써, 공정거래법 본래의 중요한 기능을 수행할 수 있는 것이다.

한편 세계 각국에서는 규제산업의 공로를 충분히 인정하고 계속하여 그 정책을 채택하여 추진하면서도, 규제산업의 주요 논리인 자연독점이론에 대한 회의적 시각이나 의문 제기와 함께 통신산업 분야와 같이 급속한 기술발전예 따라 규제산업이 더 이상 자연독점에 해당하지 않는다는 현실적인 상황인식에 기초하여, 1970년대 이후 미국을 비롯하여 세계적으로 규제완화가 진행되었고, 국가별로 각기 다르고 차이는 있지만 아직도 진행형이며 국가 정책상의 중요한 과제를 점하고 있다.

따라서 규제산업과 공정거래법의 상호 보완·협력관계에 추가하여, 규제완화에 따라 반대로 자유시장기능의 작용여지가 커질수록 규제산업 분야에서의 산업별 규제와 공정거래법의 관계를 합리적으로 정립하는 것이 매우 중요한 과제로 대두되었다.

그 해결방안으로 세계 각국에서 채택된 것이 소위 '공정거래법의 적용제외' 제도이다. 즉 사업자들의 자유로운 경쟁에 의하여 이루어지는 시장경제를 채택하는 국가에 있어서 경쟁법은 원칙적으로 모든 사업자의 사업 활동에 적용되지만, 모든 경우에 경쟁을 통한 시장기능이 작동할 수는 없으므로 일정한 내재적 한계를 가질 수밖에 없고, 설령 시장기능이 작동할 수 있는 경우라고 하더라도 경쟁법이 추구하는 자유롭고 공정한 경쟁의 촉진만이 국가가 추구하는 지고최선의 목표일 수는 없으므로, 이와 상충되는 정책목표를 추구하는 경우에 특정한 사업자의 행위 또는 특정한 범주에 속하는 행위에 대하여 경쟁법의 적용을 부분적 또는 전면적으로 배제하게 되는데, 이를 경쟁법의 적용제외라고 한다.

경쟁법의 적용제외를 인정하는 구체적인 방법은, 입법을 통하여 법령상 명시적으로 적용제외를 규정하는 방법과 법령상의 명시적인 규정을 두지는 않은 채 법원이 관련 법령의 해석을 통하여 적용제외를 인정하는 방법 등이 있다. 다만 그 어느 쪽이건 간에 세계 각국은 세부적인 내용은 모두 다르지만, 위 두 가지의 방법에 의한 경쟁법의 적용제외를 모두 인정하고 있다.¹³⁾

우리나라의 경우에도 과거 고도성장을 추구하는 과정에서 규제산업을 포괄적으로 규율하여 왔는데, 종래 자연독점으로 인정되었던 규제산업 분야에서도 기술의 발전 및 경쟁 환경의 여건 변화에 따라 경쟁이 가능하게 되었다는 현실적 상황인식 아래 규제완화 및 규제개혁의 논의와 실행이 진행되었고, 지금도 계속하여 중요한 국가정책으로 진행되고 있음은 주지의 사실이다.

따라서 종래의 규제산업에 대해서도 광범위하게 진입장벽이 제거되고 시장기능이 작동하도록 하여 공정거래법의 적용 여지가 확대됨으로써, 필연적으로 여전히 잔존하고 있는 산업별 규제체계와 공정거래법 사이에서 충돌 또는 갈등의 현상이 두드러지고 있는 것이 현실이다.¹⁴⁾

2) 행정지도에 의한 행위와 공정거래법의 적용

우리나라의 경우 규제산업에 국한되지 않고 다양한 산업에서 인·허가권을 포함한 광범위한 권한을 행사하는 행정기관이 아무런 법적 근거 없이 또는 행정조직법상 인정되는 포괄적·일반적인 감독권한에 근거하여 사업자들의 경쟁을 제한하는 행위를

13) 우리나라의 경우 공정거래법 제58조에서 “사업자 또는 사업자단체가 다른 법률 또는 그 법률에 의한 명령에 따라 행하는 정당한 행위에 대하여” 공정거래법을 적용하지 않는다고 하는 포괄적인 규정을 두면서, 다만 제59조와 제60조에서 무체재산권의 행사와 일정한 조합의 행위에 대하여 적용제외를 인정하고, 나아가 일부 예외적으로 공정거래법의 개별적인 금지조항별로 특정한 사업자나 행위에 대하여 적용을 제외하는 규정을 두며(예컨대, 제10조 제1항 제7호), 그밖에 소수의 개별 특별법에서 명시적으로 공정거래법의 적용배제를 규정하고 있으나(예컨대, 대외무역법 제50조), 위와 같은 일부 특별법 등을 제외하면 공정거래법 적용제외의 근거가 될 수 있는 개별적인 법률의 범위가 명확하지 않고 결국은 법원의 해석에 맡겨져 있는 실정이다.

14) 이와 같은 충돌·갈등의 현상은 상대적으로 먼저 규제완화가 진행된 통신 및 방송 산업 분야에서 현저히 나타난다. 그 중 핵심적인 쟁점은 통신 또는 방송사업자의 불공정거래행위에 대하여 그 분야의 규제기관인 방송통신위원회와 경쟁당국인 공정거래위원회 사이의 관할권 논쟁, 그리고 요금 담합행위 등과 관련하여 소위 행정지도 항변을 계기로 한 공정거래법의 적용 여부문제 등을 들 수 있다. 규제산업에 있어서 산업별 규제기관이 공정거래법을 정면으로 위반하는 행위를 조장하는 행위를 하였는지 여부와 공정거래법의 적용상 그러한 행위의 효과가 어떠한지 여하 등을 놓고 첨예한 다툼이 전개되어 왔던 것이다.

유발하는 소위 ‘행정지도’를 행하는 것이 관행처럼 만연하였고 요즈음도 그러한 행위가 행하여지고 있는 것이 엄연한 현실인데, 현실적으로 이에 불응하기 곤란한 사업자들이 그 행정지도에 응하여 공정거래법을 위반하는 경우가 많다.

이러한 경우 당해 사업자들은 문제가 된 행위가 감독기관의 행정지도에 의한 것이므로 공정거래법의 적용을 배제하여야 한다는 항변을 제기함으로써 법적 공방이 치열하게 전개되는데, 우리나라의 경우 이 문제는 주로 공정거래법 제58조 소정의 ‘법령에 의한 정당한 행위’에 해당하는지 여부의 문제로 논의되고 있다.

공정거래위원회는 이에 대하여 일관되게, 법령에 구체적인 명확한 근거를 두고 행정지도를 하는 행위는 공정거래법 제58조 소정의 법령에 따른 정당한 행위로 보아 적용제외를 인정하지만, 법령에 근거가 없거나 조직법상 포괄적인 감독권한만을 가지고 행하여지는 행정지도에 의한 행위에 대해서는 적용제외를 인정하지 않는다는 원칙을 고수하고 있고,¹⁵⁾ 판례도 대체로 이를 지지하여, 행정지도가 개입된 공정거래법 위반 행위에 대하여 매우 제한적으로만 위법성 조각 또는 적용제외를 인정하고 있다.¹⁶⁾

나. 공정거래법상의 과징금 제도¹⁷⁾

1) 과징금의 의의

행정의 실효성을 확보하기 위하여 인정되는 전통적인 법적수단으로서 행정강제와 행정벌 외에 이를 보완하기 위하여 새롭게 도입된 여러 가지의 수단 중에 과징금이 있다. 과징금(課徵金; surcharge)은 대체로 행정법규의 위반이나 행정법상의 의무위반으로 경제상의 이익을 얻게 되는 경우에 당해 위반으로 인한 경제적인 이익을 박탈하기 위하여 그 이익액에 따라 행정기관이 과하는 행정상의 제재금이라고 이해되고 있으나,¹⁸⁾ 당해 법규상의 일정한 행정명령의 이행을 강제하기 위하여 행정청이 부과·

15) 다만 행정지도에 따른 위법행위의 경우 과징금 산정과정에서 그 금액을 일부 감경할 수 있도록 하여 정상 자료로서 참작될 뿐이다.

16) 대법원 2009.6.23. 선고 2007두19416 판결 등 다수.

17) 권오승·이원우 공편, 『공정거래법과 규제산업』, 법문사, 2007, 337쪽 이하; 권오승 편, 『공정거래법강의II』, 법문사, 2000, 588쪽 이하를 참조하고, 일부 인용하였다.

18) 박균성, 『행정법강의』 제8판, 박영사, 2011년, 416쪽.

징수하는 금전적 부담이라고 설명하기도 한다.

어떻든 영업정지처분에 같음하여 과징금을 부과할 수 있도록 한 변형된 과징금이 제도화되어 있는 바와 같이, 다양한 유형의 과징금이 존재하기 때문에 그 의의나 성격을 일의적으로 설명할 수는 없다.

2) 공정거래법상의 과징금의 성격

공정거래법은 그 실효성을 확보하기 위하여 위반행위에 대하여 민사적 규율, 형사적 규율, 행정적 규율 등을 하도록 제도화하고 있는바, 우리나라의 경우 주로 행정적 규율에 의존하고 있는 실정이다.¹⁹⁾ 그 행정적 규율의 하나로서 공정거래위원회는 공정거래법 위반행위자에 대하여 과징금을 부과할 수 있도록 규정하고 있는데, 그 과징금의 주된 목적은 위반행위를 한 사업자에 대하여 이를 억제하는 데에 있고, 부수적으로는 위반행위로 인한 피해를 시정하는 의미에서의 구제적인 목적도 갖는다고 할 수 있다.

공정거래법상의 과징금의 법적 성격에 대하여는, 법 위반으로 인한 경제적 이익의 발생을 전제로 하여 그 부당이득을 환수하는 성격을 갖는다고 이해하는 입장과 법에 정한 의무이행을 확보하기 위한 수단이나 위반행위의 반복을 억제하는 수단으로서 위반행위에 대한 제재의 성격을 갖는다고 이해하는 입장이 있다.

통설은 대체로 공정거래법상의 과징금은 부당이득 환수적 성격과 행정 제재적 성격을 모두 갖고 있는 것으로 설명하는데, 대법원 판례는 위 두 가지의 성격을 엄밀히 구분하여 설명하지는 않고, 다만 부당이득 환수적 성격을 강조하는 입장을 취하고 있는 것으로 보인다.²⁰⁾

19) 공정거래법 위반행위에 대한 규제방식은, 전통적으로 행정권 우위의 사회적, 문화적 전통에서 출발하여 행정적 규제를 위주로 하는 독일 등을 대표로 하는 유럽식 모델과 전통적으로 삼권분립 원칙의 영향으로 민사적 규율과 형사적 규율을 위주로 하는 미국식 모델로 구분되는데, 우리나라의 경우는 제도나 운용의 면에서 기본적으로 유럽식 모델에 가깝다.

20) 대법원 판례에 의하면, 공정거래법 제6조, 제17조, 제22조, 제24조의2, 제28조, 제31조의2, 제34조의2 등 각 규정을 종합하여 보면, 공정거래위원회는 법 위반행위에 대하여 과징금을 부과할 것인지 여부와 만일 과징금을 부과할 경우 법과 시행령이 정하고 있는 일정한 범위 안에서 과징금의 액수를 구체적으로 얼마로 정할 것인지에 관하여 재량을 가지고 있다고 할 것이므로, 공정거래위원회의 법 위반행위자에 대한 과징금 부과처분은 재량행위라 할 것이고, 다만 이러한 재량을 행사함에 있어 과징금 부과 기초가 되는 사실을 오

결국 공정거래법상의 과징금은 정도의 차이는 있지만, 부당이득 환수적 성격과 행정 제재적 성격이 혼합되어 있다고 볼 수 있는데, 공정거래법은 과징금의 부과대상이 되는 위반행위 유형별로 개별적으로 과징금 부과근거 규정을 두면서 과징금의 상한을 정하는 방식 등에서 위반행위 유형별로 조금씩 차이를 두고 있는 점이 특징이므로, 각 유형별로 나누어 볼 때 과연 두 가지의 성격 중 구체적으로 어느 성격이 더 강한가 하는 것은 관련 법령의 규정과 취지 등을 종합하여 과징금 부과대상의 행위유형별로 개별적으로 판단할 수밖에 없다.²¹⁾

그렇다면 위와 같이 부당이득 환수적 성격과 행정 제재적 성격을 구분하는 실익은 과연 무엇인가? 이론상으로는 공정거래위원회의 과징금 부과여부나 과징금액 산정에 있어서 재량을 어느 정도 인정할 것인가, 과징금의 부과가 헌법상의 이중처벌금지의 원칙, 비례의 원칙, 과잉금지의 원칙 등에 반하는 것은 아닌가 하는 관점에서 구별의 실익이 있을 것이나, 위에서 본 대법원 판례 등에 비추어 볼 때 실제 그다지 큰 의미는 없다.

3) 공정거래법상의 과징금의 연혁

1980. 12. 31. 법률 제3320호로 제정된 공정거래법에서는 과징금에 관하여 유일하게 제6조 제1항에서, “경제기획원장관은 제3조 단서의 규정에 의한 시장지배적사업자가 제5조의 규정에 의한 가격의 인하명령에 응하지 아니한 때에는 당해 시장지배적사업자에 대하여 과징금을 국고에 납부할 것을 명하여야 한다.”라고 규정하면서, 제2항 이

인하였거나, 비례·평등의 원칙에 위배하는 등의 사유가 있다면 이는 재량권의 일탈·남용으로서 위법하다고 할 것이라고 하면서(대법원 2008. 2. 15. 선고 2006두4226 판결 등 다수 참조), 한편 법 제22조에 의한 과징금 부과는 원칙적으로 법 위반행위에 의하여 얻은 불법적인 경제적 이익을 박탈하기 위하여 부과하는 것이고, 법 제55조의3 제1항에서도 과징금을 부과함에 있어서 위반행위의 내용과 정도, 기간과 횟수 외에 위반행위로 인하여 취득한 이익의 규모 등도 아울러 참작하도록 규정하고 있으므로, 입찰담합에 의한 부당한 공동행위에 대하여 부과되는 과징금의 액수는 당해 입찰담합의 구체적 태양 등에 기하여 판단되는 그 위법성의 정도나 기타 사정으로서 조사에의 협조 여부, 종전의 법 위반횟수뿐만 아니라 입찰담합으로 인한 이득액의 규모와도 상호 균형을 이룰 것이 요구되고, 이러한 균형을 상실할 경우에는 비례의 원칙에 위배되어 재량권의 일탈·남용에 해당할 수가 있다고 판단하였다(대법원 2004. 10. 27. 선고 2002두6842 판결 참조). 결국 부당한 공동행위에 대한 과징금의 부과는 부당이득 환수의 의미가 있다는 것을 강조하고 있지만 오로지 그 성격만을 가지고 있다고 판시한 것은 아니고, 한편 부당이득 환수의 의미를 강조하면서도 과징금을 부과할 것인지 여부는 공정거래위원회의 재량사항이라고 판시하고 있다.

21) 특별법인 ‘하도급거래 공정화에 관한 법률’이나 ‘표시·광고의 공정화에 관한 법률’ 소정의 과징금의 경우에는 그 성격을 보다 분명하게 구별할 수 있는 측면이 있다.

하에서 과징금의 산정기준과 방법 및 징수방법 등에 관하여 규정하고 있었다.

그러나 이 경우 과징금은 시장지배적지위의 남용행위에 대한 시정조치로서의 가격의 인하명령에 불응하는 경우 그 이행을 강제하기 위한 조치로서의 과징금 부과이기 때문에, 시장지배적지위 남용행위 자체에 대한 제재로서의 본래의 과징금 부과와는 차이가 있다.

따라서 공정거래법상 과징금이 사실상 최초로 도입된 것은 1986. 12. 31. 법률 제 3875호로 일부 개정되면서이다. 위 개정 법률에서는, 부당한 공동행위가 있을 때에는 당해 사업자에 대하여 당해 행위의 중지 기타 시정을 위한 필요한 시정조치를 명하는 것(제13조) 외에, 당해 사업자에 대하여 당해 위반행위가 있는 날로부터 그 행위가 없어진 날까지의 기간에 있어서의 매출액에 100분의 1을 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다고 규정한 것이다(제14조).

공정거래법은 위와 같이 과징금이 처음 도입된 후 여러 차례에 걸쳐 개정되면서 거의 모든 위반행위에 대하여 과징금을 부과할 수 있는 근거규정을 마련하였는데, 그 과정을 일별하면, 부당한 공동행위의 제한에 관련하여 이미 본 바와 같이 1986. 12. 31. 법률 제3875호로 도입된 후, 기업결합의 제한 및 경제력 집중의 억제 중 상호출자 행위 또는 출자총액의 제한행위, 사업자단체금지행위 참가행위에 관련하여 각 1990. 1. 13. 법률 제4198호로, 기업결합의 제한 및 경제력 집중의 억제 중 채무보증 제한행위, 불공정거래행위에 관련하여 각 1992. 12. 8. 법률 제4513호로, 시장지배적지위 남용행위, 사업자단체금지행위, 재판매가격 유지행위, 사업자의 부당한 국제계약체결행위 등에 대하여 각 1996. 12. 30. 법률 제5235호로, 각각 도입되었다.

위와 같이 단계적으로, 그리고 각각 약간씩 내용을 달리하여 규정된 공정거래법상의 과징금에 대하여 행위유형별로 그 성격을 분석하여 보면, 부당이득 환수적 성격이 강한 과징금, 행정 제재적 성격이 강한 과징금 및 부당이득 환수적 성격과 행정 제재적 성격이 혼재된 과징금 등으로 구분할 수 있으나, 결국 모든 경우 정도의 차이일 뿐 확연히 구분되지는 않는다.

개별적으로 공정거래법상 과징금에 관련된 규정을 일별하여 보면, 공정거래법 제정 당시의 제6조 소정의 과징금은 과징금의 부과여부에 대하여 공정거래위원회의 재량

권을 인정하지 않고, 과징금액도 가격인하명령에 불응함으로써 얻은 실질적 수입을 기준으로 산정하며, 과징금을 납부한 시장지배적 사업자가 민사상 손해배상을 한 때에는 그 배상액에 상당한 금액을 사업자에게 환급하도록 한 점 등을 종합할 때 부당이득환수로서의 성격이 강하다는 점은 의문이 없고, 기업결합 제한 및 경제력 집중의 제한에 관련된 과징금이나 사업자단체의 금지행위에 관련된 과징금 또는 부당지원행위에 관련된 과징금 등의 경우에는 사업자의 부당이득 여부와 무관하게 과징금을 부과할 수 있도록 함으로써 행정 제재적 성격이 강하다고 할 수 있다. 그러나 나머지 대부분의 경우 부당이득 환수적 성격과 행정 제재적 성격 중 어느 쪽에 더 비중이 있다고 말할 수 없을 정도로 양자의 성격을 겸비하고 있다고 할 수 있다.

4) 과징금의 산정방법

공정거래법상 1986. 12. 31. 법률 제3875호 개정 법률에 의하여 과징금이 사실상 최초로 도입된 이후, 부당한 공동행위가 있을 때에는 당해 사업자에 대하여 당해 위반행위가 있는 날로부터 그 행위가 없어진 날까지의 기간에 있어서의 매출액에 100분의 1을 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다고 규정하면서(제14조 제1항), 위 매출액의 산정방법 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 위임하였는데(제14조 제2항), 이에 따라 공정거래법 시행령 제20조는 매출액의 산정방법에 관하여, 법 제14조 제2항의 규정에 의한 매출액은 공동행위와 관련된 상품 또는 용역의 대가의 합계액 중 품질불량, 파손 등으로 대가의 일부가 공제될 경우 그 공제액, 반품이 있는 경우 반품된 상품 또는 용역의 대가, 판매 후 할인이 있는 경우 할인금액, 기타 경제기획원장관이 매출액으로 볼 수 없다고 인정한 사항에 의한 금액을 공제한 금액으로 한다고 규정하였다.

시장지배적지위 당시 위 규정 외에 과징금 산정을 위한 법규명령이나 고시 등 형식의 세부적인 규정은 없었으나, 위에서 본 바와 같이 10여 년에 걸쳐 거의 모든 공정거래법 위반행위에 대하여 유형별로 과징금이 도입된 후 공정거래법은 제10장의2로서 과징금의 부과 및 징수 등에 관한 규정을 신설하였는데, 그 후 개정과 신설을 거듭하여 현재 제55조의3 내지 제55조의8까지의 규정이 마련되었다.

이에 의하면 우선 공정거래법 제55조의3은 가능한 범위 내에서 과징금 부과 시에 참작할 사유를 규정하되 나머지는 대통령령으로 위임하였고, 대통령령은 이에 따라 별표로 위반행위 과징금 부과기준을 상세히 규정하면서 이에 정하지 못한 과징금 부과에 필요한 세부기준을 공정거래위원회의 고시로 정하도록 다시 위임하였다.

시장지배적지위와 같은 과정을 거쳐 1999. 4. 16. 제정된 「과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시」(공정거래위원회 고시 제1999-5호)에 의하면 과징금 부과 여부의 결정과 과징금 산정기준에 관하여 위반행위 유형별로 아주 상세히 규정하고 있다. 특히 위반행위 유형별로 과징금 부과 여부를 결정하기 위하여 필요한 범위 내에서 계량화하고, 나아가 부과기준 금액이나 부과기준율을 세분한 후에 기본과징금, 의무적 조정과징금, 임의적 조정과징금 별로 각종 사유를 모두 참작하고 그 참작사유별로 일정한 비율로 가감하도록 함으로써, 결국 공정거래위원회의 과징금 부과가 근본적으로 재량행위라는 전제 하에 그 재량권의 일탈·남용을 방지하고 공정거래위원회의 자의적인 권한행사를 사전에 차단할 수 있는 제도적 장치를 마련하였다고 할 수 있다.

5) 과징금 부과역사

우리나라에서 공정거래법상의 과징금 제도의 역사는 그리 오래되지 않으나, 지금까지 과징금 부과역사를 통계로 살펴보면 별지 <표 2> 과징금 부과 현황과 <표 3> 위반유형별 과징금 부과 현황과 같다.

시장지배적지위를 평가하여 보면, 그 실적이 대단하여 국제적으로 우리나라 공정거래위원회의 위상을 아주 높게 평가하게 한 하나의 요인이 될 뿐만 아니라, 국민들로 하여금 공정거래위원회의 중요성과 필요성을 체감하도록 하고, 나아가 공정거래법의 정착과 발전을 위한 중요한 초석이 되었다고 할 수 있다.

시장지배적지위 아래 별표들에서 보듯이 처음 과징금을 부과한 위 대상 심결의 의미가 얼마나 중요하였는지 짐작할 수 있고, 세월이 흐르면서 과징금 부과사건 수나 부과금액의 증가 등이 현저한 것을 볼 때 공정거래법의 현실적인 적용과 그로 인하여 국민들과 산업전반에 미치는 영향 등을 한 눈으로 알아 볼 수 있다. 특히 누적 통계상 부당 공동행위로 인한 과징금의 부과 실적이 두드러지는데, 공정거래법에서 차지하는

부당 공동행위에 대한 규제의 비중을 알 수 있게 하는 대목이라고 생각한다.

4. 의의

1988. 4. 6. 공정거래위원회에서 6개 정유회사의 공정거래법 위반사건에 대한 심의가 개시되자 일간지 경제면의 톱기사나 사설에서 『공정거래 제도 시행 이래 최대의 사건』, 『산업정책 전환을 가늠할 시금석』이라는 등의 제목으로 대서특필하였다. 이러한 기사들의 내용에는 위 「법적 쟁점과 그 검토」를 통하여 알 수 있듯이, 위 심결이 공정거래법상 최초의 과징금 부과였다는 점과 규제산업에 대한 규제완화 및 개혁 시책의 기폭제가 되었다는 점 등 크게 두 가지의 의미를 내포한다.

가. 최초의 과징금 부과

1) 위 6개 정유회사의 공정거래법 위반사건에 대한 심결은 우선, 1986. 12. 31. 공정거래법의 개정으로 부당한 공동행위에 대하여 사실상 처음으로 과징금 제도가 도입된 후 최초로 과징금이 부과된 사건이라는 점에서 공정거래법 집행사에 있어서 큰 의미가 있다. 그것도 국내 굴지의 재벌기업들을 상대로 하여 결코 적지 아니한 액수의 과징금을 부과하게 된 최초의 사건인 것이다.

무엇이든 최초로 시작한다는 것은 어려우면서도 중요하며, 많은 용기와 결단을 필요로 한다. 당시 공정거래위원회 직원들이 조사과정에서 겪었던 어려움은 가히 짐작이 가고도 남으며, 결정적인 증거와 자료를 가지고 조사하고 심사하는 과정에서도 관계 행정부처와 정유업계의 저항은 매우 거세었다고 한다. 또한 공정거래위원회 회의 안건으로 상정되어 심의가 이루어지는 과정에서도, 피심인들의 장문의 소명서 제출을 통한 항변과 이에 대한 당시 공정거래실의 검토의견서 제출 등 당시로서는 극히 이례적인 법적 공방이 치열하게 전개되었으며, 이러한 여러 가지의 난관을 모두 헤치고 최종적으로 피심인들에게 위에서 본 바와 같이 시정명령 및 과징금의 부과를 명하는 처분을 하게 된 것이다. 이 심결을 시발점으로 하여 공정거래법상의 과징금 제도가 확대되고 발전하여, 이제는 과징금 제도가 가히 공정거래법 시행에서 중추적인 위치

를 점유할 만큼의 지위를 획득하게 된 것이다.

2) 다만 위 심결에서 공정거래법상 부당한 공동행위에 대한 과징금의 성격이 과연 무엇인지, 즉 부당이득 환수적 성격이 강한지, 아니면 행정 제재적 성격이 강한지, 나아가 부당이득 환수적 성격이 강한 것이라면 피심인들이 주장하는 바와 같이 당시 석유산업에 대하여 정부규제가 행하여지고 있는 상황에서 과연 위 공동행위로 인하여 피심인들에게 어느 정도의 부당이득이 발생하였는지, 그래서 최종적으로 피심인들에 대한 과징금의 부과가 과연 적정하였는지 등등의 점에 대한 충분한 검토와 법리적 문제점들에 대한 분석은, 오래 된 사건으로서 자료가 남아 있지 아니하여 극히 제한적일 수밖에 없다.

당시로서는 이미 살펴 본 바와 같이, 과징금의 부과를 위한 법령 및 법규명령 등이 세부적으로 마련되지 아니한 상태에서 공정거래위원회 내부의 업무처리지침에 따라 과징금이 산정되어 부과된 것으로 보일 뿐이다.

당시 공정거래위원회에서는 시장지배적지위 남용행위 등의 경우에는 과징금이 부당이득 환수라는 측면이 강하나, 부당한 공동행위에 대한 과징금 등 다른 경우에는 경쟁법 위반에 대한 행정 제재적 성격이 보다 강하다는 결론 하에 피심인들에게 과징금을 부과한 것으로 보이고, 공정거래위원회의 위 심결에 대하여 행정소송의 제기 없이 그대로 확정됨으로써 그러한 법리적 문제점들에 대하여 사법부의 판단을 받을 기회를 갖지 못한 점은 아쉬움으로 남는다.

나. 규제산업에 대한 규제완화시책의 기폭제

1) 다음으로, 위 6개 정유회사의 공정거래법 위반사건에 대한 심결은 당시 정부에서 의욕적으로 추진하던 주요 산업에 대한 정부규제 완화작업의 기폭제가 되었다는 점에서 또 하나의 큰 의미를 지닌다.

당시 석유산업은 정부규제산업의 하나로서, 석유정제업의 허가, 정제시설의 신설·증설 및 개조 허가, 원유 구입 및 수송계약의 승인, 유통단계별 최고판매가격의 고시, 유가 산정 시 이윤율의 규제, 대리점·주유소 등 판매업소의 허가 및 판매지역 제한,

수급조정명령 등등 구 석유사업법을 근거로 각종 정부규제가 행하여지고 있던 상황이었다.²²⁾

위와 같은 경쟁제한적인 정부규제는 수급안정이라는 본래의 목적을 벗어나 정부가 기업 활동에 과도하게 개입함으로써, 경쟁시장 기능의 약화, 민간의 자율적 대응능력 저하, 기술 개발 및 제품다양화 등 경쟁력 향상노력의 저해, 기타 정치·사회적 폐해 등의 각종 폐단을 가져왔고, 따라서 궁극적으로는 소비자들의 피해와 함께 국민경제의 균형 있는 발전을 저해하는 결과를 초래하게 된 것이다.

이러한 상황에 대한 인식과 함께 세계적인 규제완화의 추세에 부응하여, 당시 공정거래위원회는 규제산업의 효율성 제고를 위한 시장경쟁원리의 도입 필요성을 인식하고 석유산업에 대한 전반적인 경쟁촉진 방안을 검토, 수립하게 되었고, 그 결과 단계별 시행과 예고기간의 부여로 제도개편에 따른 경제·사회적 비용과 혼란을 최소화하고 수급안정을 위한 최소한의 정부통제기능은 유보한다는 전제 하에 유통구조 개선, 유가관리의 자율 폭 확대 및 수출입 자유화, 진입제한 완화 등을 골자로 하는 개선안을 마련하여 당시의 동력자원부에 통고하였고, 동력자원부에서는 그 개선안을 토대로 '석유산업자율화'의 시안을 마련 발표하기에 이르렀다.

이후 정부는 석유제품가격의 자유화를 본격적으로 시행하기에 앞서 항공유(Jet-A1, JP-4)와 용제, 납사와 같이 시장경쟁이 조성된 제품에 대하여 점진적으로 가격을 자유화하였다. 이후 국민 생활에 주로 사용되는 휘발유, 등유 및 경유 등의 가격자유화를 준비하기 위하여 1994. 2. 15.부터 유가연동제를 실시하였는데, 유가연동제는 국내 석유제품의 고시가격이 국제유가 및 환율 등 원가의 변동요인에 연동되어 매월 조정되게 함으로써, 고정적인 가격관리에서 유가의 잦은 변동에 적응할 수 있도록 하는 방식이다.

이후 1997년에 LPG를 제외한 석유제품가격의 가격자유화가 실시되었으며 2001년에는 LPG의 최고가격제도가 폐지되었다. 국내 유가제도의 변천추이는 별지 <표 4>와 같다.

22) 정부는 1969. 2. 11.부터 가격자유화 이전까지 최고가격제를 통하여 공장도 가격, 소비자 가격 및 각 유통단계별 수수료까지 규제하여 왔다. 최고가격제는 정부가 고시한 각종 석유제품의 최고 판매가격 이상으로 판매하는 행위만을 규제하고 그 이하로 판매하는 것에 대해서는 관여하지 않는 방식으로 석유제품 가격의 안정화를 위하여 시행되었다.

공정거래위원회는 위와 같이 석유산업에서의 규제완화에 이어 단계별로 차근차근 다른 정부규제산업들의 규제완화 작업을 추진하여 나아갔고, 그 결과가 바로 오늘날 한국경제의 균형 있는 발전의 초석이 된 것이다. 당시만 하여도 정부에서 추진하는 규제완화 시책에 대하여 업계와 관계부처에서 부정적인 시각으로 보고 비판하는 의견이 상당하였으나, 세월이 지나 보편적인 국제화 시대가 전개된 현재에 와서 볼 때 당시의 시책은 지극히 시의 적절하였고, 국가의 장래를 위하여 껍이나 다행스런 일이었으며, 그런 작업의 기폭제가 된 위 대상 심결은 그런 점에서 중요한 의미를 가진다고 할 수 있다.

2) 위 대상 심결에서는 ‘규제산업과 공정거래법의 적용’이라는 쟁점이 정면으로 다루어지지는 않았지만, 오늘날 그러한 쟁점들을 둘러싸고 전개되는 각종 사건들의 사례들을 참고하여 생각할 때, 결론에서야 큰 틀에서 특별히 문제될 것이 없더라도,²³⁾ 요즈음 과징금의 부과를 위한 정치한 규정들이 마련되고 그에 기하여 최종 부과과징금이 산정되고 있는 점을 감안할 때, 과연 당시 피심인들에게 최적의 과징금이 산정되고 부과되었는지, 특히 석유산업에 대한 정부규제가 행하여지고 있던 상황에서 정부의 규제가 위 공동행위에 어떠한 영향을 미쳤는지, 그 미친 영향이 피심인들에 대한 과징금 산정에서 어떻게 반영되었는지 등등의 의문이 남고, 이 점에 대해서도 사안의 중대성이나 과징효과 등을 생각할 때 법원의 판단 등을 받지 못한 채 그대로 확정된 것은 역시 아쉬운 대목이다.

그러나 ‘첫 술에 배부를 수는 없다’는 속담처럼, 위 대상 심결에서 모든 문제점들이 아쉬움 없이 해결될 것을 기대하는 것은 과욕이고, 위 심결이 보여준, 최초의 과징금 부과라는 역사적인 의미와 석유산업에 대한 규제완화의 기폭제가 되었다는 경제사적인 의미에 만족할 수 있다.

3) 전통적으로 석유시장은 진입과 탈퇴가 용이하지 않고 사업자의 수가 소수인 과점시장으로서 공동행위를 포함하여 불공정거래행위의 가능성이 항상 존재하는 시장이라는 점에서 공정거래위원회의 주요 관심 산업에 속한다. 최근 가파른 유가상승

23) 당시의 공정거래법 해석상으로도 위 대상 심결의 행위사실에 대하여 규제산업분야임을 인정하더라도 이를 적용제외로 할 사항은 아니었고, 나아가 행정지도에 의한 행위라는 측면에서의 쟁점검토사항도 아니었던 것으로 보여 진다.

이 서민생활에 부담이 되어 사회적인 문제가 되고 있는데, 위 심결은 오래 전에 처리된 사건이기는 하나 시장구조, 기업의 영업행태와 관행, 각종 규제와 제도의 변천과정 등을 이해하는데 많은 도움이 될 것으로 판단된다.

<표 1> 합의대상 유종 및 기준시장점유율

(단위: %, 물량기준)

| 구 분 | A사 | B사 | C사 | D사 | E사 | F사 |
|-----------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| 휘발유 | 47.13 | 35.02 | 11.24 | 6.22 | 0.39 | - |
| 등유 | 43.96 | 34.65 | 10.43 | 8.86 | 2.10 | - |
| 경유 | 44.79 | 32.82 | 9.91 | 10.71 | 1.77 | - |
| 경질중유 | 45.21 | 35.26 | 8.13 | 7.22 | 4.18 | - |
| 중유 | 43.88 | 33.71 | 1.44 | 6.02 | 14.95 | - |
| 방카C | 42.06 | 36.74 | 9.55 | 8.84 | 2.81 | - |
| 프로판(일반) | 43.53 | 31.60 | 9.42 | 4.77 | 0.68 | 10.00 |
| 프로판(도시가스) | 44.21 | 31.60 | 9.42 | 4.77 | - | 10.00 |
| 부탄 | 36.01 | 33.02 | 10.88 | 9.41 | 0.68 | 10.00 |
| JetA-1 | 20.99 | 50.37 | 3.38 | 25.26 | - | - |
| JP-4 | 45.84 | 36.46 | 9.94 | 7.76 | - | - |

<표 2> 과징금 부과 현황

(단위: 백만 원)

| 연도 | 건수 | 증가율 | 사업자수 | 증가율 | 과징금액 | 증가율 |
|------|-----|--------|------|--------|---------|----------|
| 1988 | 1 | | 6 | | 2,097 | |
| 1989 | 0 | | 0 | | 0 | |
| 1990 | 0 | | 0 | | 0 | |
| 1991 | 1 | | 7 | | 270 | |
| 1992 | 9 | 800.0% | 15 | 114.3% | 3,376 | 1150.4% |
| 1993 | 23 | 155.6% | 63 | 320.0% | 1,065 | -68.5% |
| 1994 | 68 | 195.7% | 104 | 65.1% | 2,575 | 141.8% |
| 1995 | 51 | -25.0% | 64 | -38.5% | 4,919 | 91.0% |
| 1996 | 22 | -56.9% | 65 | 1.6% | 16,275 | 230.9% |
| 1997 | 9 | -59.1% | 33 | -49.2% | 1,191 | -92.7% |
| 1998 | 66 | 633.3% | 258 | 681.8% | 136,177 | 11333.8% |
| 1999 | 102 | 54.5% | 238 | -7.8% | 143,653 | 5.5% |
| 2000 | 49 | -52.0% | 124 | -47.9% | 225,635 | 57.1% |
| 2001 | 81 | 65.3% | 225 | 81.5% | 161,654 | -28.4% |
| 2002 | 91 | 12.3% | 169 | -24.9% | 87,931 | -45.6% |

| 연도 | 건수 | 증가율 | 사업자수 | 증가율 | 과징금액 | 증가율 |
|------|-------|--------|-------|--------|-----------|--------|
| 2003 | 37 | -59.3% | 100 | -40.8% | 149,712 | 70.3% |
| 2004 | 91 | 145.9% | 159 | 59.0% | 36,308 | -75.7% |
| 2005 | 274 | 201.1% | 375 | 135.8% | 259,063 | 613.5% |
| 2006 | 157 | -42.7% | 250 | -33.3% | 175,261 | -32.3% |
| 2007 | 326 | 107.6% | 413 | 65.2% | 423,398 | 141.6% |
| 2008 | 141 | -56.7% | 328 | -20.6% | 272,869 | -35.6% |
| 2009 | 78 | -44.7% | 180 | -45.1% | 371,035 | 36.0% |
| 합 계 | 1,677 | | 3,176 | | 2,474,464 | |

<표 3> 위반유형별 과징금 부과 현황

(단위: 건, 백만 원)

| 연도 | 시장지배적 지위남용 | | 경제력 집중억제 | | 부당 공동행위 | | 사업자단체 금지행위 | | 불공정 거래행위 | | 합계 | |
|------|------------|---------|----------|--------|---------|-----------|------------|--------|----------|---------|--------|-----------|
| | 건수 | 금액 | 건수 | 금액 | 건수 | 금액 | 건수 | 금액 | 건수 | 금액 | 건수 | 금액 |
| 1988 | 0 | 0 | 0 | 0 | 1 | 2,097 | 0 | 0 | 0 | 0 | 1 | 2,097 |
| 1991 | 0 | 0 | 0 | 0 | 1 | 270 | 0 | 0 | 0 | 0 | 1 | 270 |
| 1992 | 0 | 0 | 9 | 3,376 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 9 | 3,376 |
| 1993 | 0 | 0 | 0 | 0 | 1 | 650 | 0 | 0 | 22 | 415 | 23 | 1,065 |
| 1994 | 0 | 0 | 2 | 791 | 2 | 399 | 0 | 0 | 64 | 1,385 | 68 | 2,575 |
| 1995 | 0 | 0 | 3 | 2,976 | 6 | 1,030 | 0 | 0 | 42 | 912 | 51 | 4,918 |
| 1996 | 1 | 1,014 | 1 | 658 | 13 | 14,513 | 0 | 0 | 7 | 90 | 22 | 16,275 |
| 1997 | 0 | 0 | 0 | 0 | 6 | 1,092 | 0 | 0 | 3 | 98 | 9 | 1,190 |
| 1998 | 3 | 1,308 | 8 | 4,190 | 19 | 31,991 | 4 | 908 | 28 | 97,716 | 62 | 136,113 |
| 1999 | 1 | 962 | 5 | 992 | 15 | 36,158 | 18 | 223 | 40 | 103,369 | 79 | 141,704 |
| 2000 | 0 | 0 | 5 | 690 | 12 | 198,812 | 7 | 102 | 21 | 25,861 | 45 | 225,465 |
| 2001 | 2 | 5,663 | 2 | 302 | 7 | 27,704 | 25 | 6,384 | 45 | 121,601 | 81 | 161,654 |
| 2002 | 0 | 0 | 14 | 8,906 | 14 | 53,109 | 19 | 276 | 35 | 20,507 | 82 | 82,798 |
| 2003 | 0 | 0 | 4 | 1,612 | 9 | 109,838 | 10 | 1,028 | 8 | 37,141 | 31 | 149,619 |
| 2004 | 0 | 0 | 1 | 739 | 12 | 29,184 | 14 | 330 | 62 | 5,586 | 89 | 35,839 |
| 2005 | 0 | 0 | 4 | 3,671 | 21 | 249,329 | 10 | 947 | 229 | 4,979 | 264 | 258,926 |
| 2006 | 1 | 32,490 | 2 | 552 | 27 | 110,544 | 5 | 806 | 111 | 11,548 | 146 | 155,940 |
| 2007 | 25 | 24,176 | 0 | 0 | 24 | 307,042 | 7 | 273 | 260 | 89,221 | 316 | 420,712 |
| 2008 | 1 | 26,616 | 0 | 0 | 43 | 205,743 | 16 | 709 | 40 | 21,557 | 100 | 254,625 |
| 2009 | 2 | 288,225 | 2 | 303 | 21 | 52,903 | 9 | 492 | 27 | 24,247 | 61 | 366,170 |
| 합 계 | 36 | 380,454 | 62 | 29,758 | 254 | 1,432,408 | 144 | 12,478 | 1,044 | 566,233 | 1,540 | 2,421,331 |
| 구성비 | 2.3% | 15.7% | 4.0% | 1.2% | 16.5% | 59.2% | 9.4% | 0.5% | 67.8% | 23.4% | 100.0% | 100.0% |

<표 4> 국내유가제도의 변천 추이

| 유가제도 | 기간 | 내 용 |
|--------------|---------------------|--|
| 정부고시 통제 가격제도 | 1948.~ 1964.7. | ·정부가 수입비용 등을 감안, 가격을 고시하고 물량배급까지 통제 ·상공부(현 지식경제부)장관이 직배처 판매가격 및 도매가격을 고시하고 시장/군수가 해당지역별로 소매가를 결정, 고시함으로써 지역별로 석유제품가격 상이 |
| 정부고시 고정 가격제도 | 1964.8.~ 1969.2. | ·유공의 울산 공장도가격을 고정시킨 후 수송거리를 감안하여 판매가격을 지역별로 차별고시 |
| 정부고시 최고 가격제도 | 1969.3.~ 1993.12 | ·공장도 가격의 최고판매가격제 시행(69.3.~'72.7.) - 소비자가격은 수송비 등을 고려, 지역별 차별고시 ·전국균일 최고가격제 시행('72.8.~'93.12.) ·1983. 2. : 용제, 항공유 가격 자유화 - 국민생활과 직접 관련이 적은 품목부터 자유화 ·1988.11. : 아스팔트 가격 자유화 ·1989. 3. : 납사, 고급/군용휘발유 가격 자유화 ·1991. 9. : 휘발유, 등유 가격 자유화 - 국민생활과 관련 깊은 품목 자유화 |
| 유가 연동제 | 1994.1.~ 1996.12 | ·유가자유화에 대비한 한시적 가격제도 - 대상유종 : 휘발유, 등유, 경유, 벙커-A/B/C) ·1994.1.~1994.10. : 원유도입가와 환율변동에 따라 최고가격이 매월 변동원유가격 연동제 실시 - 국내유가휘발유, 등유, 경유, B-C유를 국제원유가 및 환율에 연동시켜 월 1회 변동기준을 택함 ·1994.11.~1996.12. : 국제제품가격을 추가 반영하여 최고가격이 매월 변동(국제제품가격 연동제 실시) - 연동제의 기준을 전월 원유도입가에서 전월 국제제품시장가격으로 바꿈으로서 유가자유화상태에 보다 가깝게 접근시켜 향후 유가 자유화시 예상되는 충격과 부작용을 완화하고자 함 - 국제석유제품가격에 연동하여 국내석유제품의 유종별 가격 수준을 결정하되, 상대적으로 심한 국제제품가격의 변동폭을 완충하고 원유가와 국제제품 가격과의 차이가 커지지 않도록 매월 보정을 함 |
| 유가 자유화 | 1997.1.~ | ·석유제품(LPG 제외)의 석유제품 각 유통단계별 판매자가 가격을 자율적으로 결정할 수 있도록 함 - LPG는 2001.1.부터 가격자유화 |

[10] 4개 화장지 제조사의 부당한 공동행위에 대한 건 의결 제98-63호

김 재 영 (변호사, 법무법인 화우)

이 사건은 화장지 제조 4사가 두루마리 화장지를 제조·판매하는 시장에서 가격선도업체의 가격을 여타 업체들이 일방적으로 단순 모방한 것에 대하여 공정거래위원회가 합의 추정에 관한 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제19조 제5항을 적용한 사건이다. 이에 대하여 법원은 가격의 1차 인하 및 1차 인상은 단순모방으로 합의 추정이 복멸되지만, 2차 및 3차 가격 인상은 단순모방으로 볼 수 없다고 판단하여 합의 추정을 인정하였다. 이 사건의 판결들과 관련하여 실시된 주요 판결 논지를 추려보면 다음과 같다.

- ① 복수의 사업자가 실제 거래가격의 기준이 되는 공장도가격을 결정·유지 또는 변경하는 경우 법 제19조 제1항 제1호의 ‘가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위’에서 말하는 ‘가격’에 해당한다.
- ② 공정거래위원회가 2 이상의 사업자 간에 법 제19조 제1항 각 호의 1에 해당하는 일치된 외형상의 행위유형(‘행위의 외형상 일치’)과 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위(‘경쟁제한성’)가 존재한다는 두 가지 사실만 입증하면 추가적인 정황증거가 없이도 ‘합의’의 존재가 추정된다.
- ③ ‘행위의 외형상 일치’에 대하여 단순한 모방이라는 정당화 사유가 있는 경우에 합의 추정은 복멸되지만, 단순한 모방인지 가격동조화의 결과인지는 당시의 시장상황 등 여러 가지 정황증거들로 입증한다.
- ④ ‘경쟁제한성’은 사업자들의 시장점유율 등을 고려하여 판단한다.
- ⑤ ‘관련 상품용역의 매출액’은 ‘당해 상품용역의 매출액’이어야 한다. 따라서 과징금은 화장지 전체 매출액이 아니라 엠보싱 두루마리 화장지 매출액을 기준으로 산정되어야 한다.
- ⑥ 공정거래위원회가 원심결 당시에 제출한 과징금 산정자료에 일부 매출액 누락 등의 발견을 이유로 당초 과징금을 증액하여 부과한 것은 위법하다.

1. 사건 개요

가. 시장현황

화장지제품은 두루마리화장지(BT : Bathroom Tissue, 화장실용), 미용화장지(FT : Facial Tissue, 미용 평판휴지용), 대형화장지(JR : Jumbo Roll, 공중 화장실용)로 크게 분류하고, 그중 두루마리화장지는 롤(Roll) 형태로 된 울룩불룩한 제품인 엠보싱과 평판용으로 구분하고, 미용화장지는 무향 또는 향수가 있는 1겹 또는 2겹 등으로 나뉘며, 대형화장지는 수요자의 주문 등에 의거 다양한 형태로 생산된다.

1996년 전체 화장지 시장 규모는 3,720억 원 가량으로 두루마리화장지가 2,950억 원, 미용화장지가 770억 원을 차지하였다. 주요 회사별 시장점유율은 아래 <표 1>과 같다.

<표 1> 1996년 화장지 등 관련업체의 제품별 시장점유율현황

(매출액 기준; 단위: 백만 원, %)

| 구분 | 유한킴벌리 | 쌍용제지 | 대한펄프 | 모나리자 | 기타 | 계 |
|------|------------------|------------------|------------------|------------------|------------------|--------------------|
| 두루마리 | 81,131 (27.5) | 83,828 (28.4) | 35,454 (12.0) | 50,956 (17.3) | 43,631 (14.8) | 296,000 (100.0) |
| 미용 | 26,637 (34.6) | 16,724 (21.7) | 12,651 (16.4) | 16,212 (21.0) | 4,776 (6.2) | 77,000 (100.0) |

나. 행위사실

유한킴벌리 주식회사(이하 “유한킴벌리”라 한다), 쌍용제지 주식회사(이하 “쌍용제지”라 한다), 주식회사 모나리자(이하 “모나리자”라 한다), 주식회사 대한펄프(이하 “대한펄프”라 한다)¹⁾는 화장지를 제조·판매하는 사업자들로서 1996. 6. 1. 각사의 엠보싱 두루마리 화장지 공장도 가격을 동시에 동일한 가격으로 인하하고, 1997. 3. 1. ~ 5. 10. 각각 동일한 가격으로 인상하였으며, 같은 해 8. 1. 및 12. 23. 동일한 가격으

1) 이하 유한킴벌리, 쌍용제지, 모나리자, 대한펄프를 총칭하여 ‘화장지 4사’, 쌍용제지, 모나리자, 대한펄프만을 총칭하여 ‘화장지 3사’라 한다.

로 각각 인상하였다. 해당기간 중 화장지 4사의 가격 변동 내역을 구체적으로 살펴보면 아래와 같다.

① 1차 가격 인하: 1995년부터 화장지 원료인 펄프와 고지(古紙)의 가격이 대폭 인하되자 정부는 행정지도를 통하여 화장지 4사에 대하여 화장지 가격을 인하하도록 하였다. 먼저 시장점유율이 가장 높은 유한킴벌리와 쌍용제지가 두루마리 화장지(18롤 들이, 규격 70~75m, 이하 같다)의 공장도 가격을 각각 8,261원 및 8,448원으로 인하하기로 방침을 정하자, 두 회사와 정부 간의 협의 결과를 지켜보던 모나리자와 대한펄프는 쌍용제지의 가격을 모방하여 가격을 내정하였다. 이에 따라 1996. 6. 1. 유한킴벌리가 자사의 엠보싱 두루마리 화장지의 가격을 8,261원으로 인하하자, 나머지 화장지 3사도 같은 날 각자의 제품 가격을 8,448원으로 일제히 동일하게 인하하였다(이하 '1차 인하'라 한다).

② 1차 가격 인상: 쌍용제지는 1997. 3. 1. 신제품을 출시하면서 그 가격을 종전 제품의 가격인 8,448원보다 418원 인상한 8,866원으로 책정하였고, 모나리자는 같은 해 5. 1. 기존 제품의 가격을 8,866원으로 인상하였으며, 대한펄프는 같은 달 10. 신제품의 가격을 8,866원으로 책정함으로써 화장지 3사의 신제품 가격은 1997. 5. 초순경 동일하게 되었다(이하 '1차 인상'이라 한다). 반면 유한킴벌리는 1997. 1. 재질은 종전과 동일한 채 화장지 길이만을 75m로 연장한 신제품을 새로이 출시하면서 그 제품들의 가격을 8,316원 및 8,668원으로 각기 인상하여 책정한 후 같은 해 5월까지 그 가격을 유지해 오는 등 화장지 3사와 차별화된 가격전략을 유지하고 있었다.

③ 2차 가격 인상: 유한킴벌리가 1997. 7. 16. 기존 제품의 가격을 9,306원으로 인상하였고 이어 같은 해 8월에 신제품의 가격을 기존 제품의 가격과 동일하게 책정하여 출시하였다. 이에 대응하여 화장지 3사는 8. 1. 기존의 신제품 가격을 9,306원으로 일제히 인상함으로써 화장지 4사의 신제품 가격이 처음으로 동일하게 되었다(이하 '2차 인상'이라 한다).

④ 3차 가격 인상: 유한킴벌리는 1997. 11. 28. 내부품의를 거쳐 같은 해 12. 24.자로 화장지 가격을 각기 10,494원으로 인상하였다. 이에 대응하여 화장지 3사도 12. 15. 및

12. 16. 각기 내부품의를 거쳐 유한김벌리보다 하루 앞선 12. 23. 일제히 기존의 제품 가격을 10,494원으로 인상하였다(이하 '3차 인상'이라 한다). 이후 공정거래위원회의 조사로 인하여 각 회사별로 가격이 차별화된 1998. 2. 중순경까지 화장지 4사는 동일한 가격을 계속 유지하였다.

각 업체별 두루마리 화장지 가격 변동추이는 아래 <표 2>와 같다.

<표 2> 업체별 두루마리 화장지 공장도가격 변동추이표
(가격인상시 금액, 엠보싱 기준, 규격 : 70~75m×18롤, 단위: 원, 부가세포함)

| 회사명 | 구 분 | 1995년 | | | 1996년 | | 1997년 | | | 1998년 | | | |
|-----------|-------------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|--------|--------|
| | | 5월 | 10월 | 11월 | 4월 | 6월 | 1월 | 3월 | 5월 | 7월 | 8월 | 12월 | 2월 |
| 유한 김벌리 | 뽀뽀 뽀뽀롤 | 7,953 | 7,953 | 8,338 | 8,338 | 7,920 | - | - | - | - | - | - | - |
| | 엠보싱뽀뽀(70m) | 8,283 | 8,283 | 8,679 | 8,679 | 8,261 | 8,316 | 8,316 | 8,316 | 8,866 | - | - | - |
| | 엠보싱뽀뽀롤(75m) | - | - | - | - | - | 8,668 | 8,668 | 8,668 | 9,306 | 9,306 | 10,494 | 11,286 |
| | 비바(70m) | - | - | - | - | - | - | - | - | - | 9,306 | 10,494 | 11,286 |
| 쌍용 제지 | 비바(70m) | 8,448 | 8,448 | 8,855 | 8,855 | 8,448 | 8,448 | 8,448 | - | - | - | - | - |
| | 코디(70m) | - | - | - | - | - | - | 8,866 | 8,866 | 8,866 | 9,306 | 10,494 | 12,672 |
| 모나 리자 | 굿모닝(70m) | 8,283 | 8,283 | 8,679 | 8,679 | - | - | - | - | - | - | - | - |
| | 울트라독스(70m) | - | - | - | - | 8,448 | 8,448 | 8,448 | 8,866 | 8,866 | 9,306 | 10,494 | 11,484 |
| 대한 펄프 | 루키·루키팩(70m) | 8,448 | 8,855 | 8,855 | 8,855 | 8,448 | 8,448 | 8,448 | - | - | - | - | - |
| | 깨끗한나라(70m) | - | - | - | - | - | - | - | 8,866 | 8,866 | 9,306 | 10,494 | 11,682 |

다. 공정거래위원회의 심결

1) 원심결

공정거래위원회는 1998. 4. 10. 화장지 4사의 상기 행위에 대하여 ① “공동으로 두루마리화장지 등의 판매가격을 변경하는 등 국내 화장지 공급시장에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위를 하여서는 아니된다”는 시정명령, ② 2개 중앙일간지에 대한 법위반사실 공표명령 및 ③ 화장지 제품 매출액의 0.5%에 해당하는 총 1,879,000,000원²⁾의 과징금납부명령을 하였다.³⁾ 그 이후 화장지 4사가 원심결 당시에 제출한 과징금 산정자료에 일부 매출액 누락 등이 발견됨에 따라 공정거래위원회가

2) 유한김벌리 112,481,260원, 쌍용제지 801,054,080원, 대한펄프 591,954,530원, 모나리자 373,984,160원.

3) 공정거래위원회 1998. 4. 10. 전원회의 의결 제98-63호.

1998. 5. 27. 당초의 과징금액을 183,000,000원 증액하여 화장지 4사에게는 최종적으로 총 2,063,000,000원의 과징금이 부과되었다.

2) 이의신청 및 재결

화장지 4사들은 원심결 주문 전부의 취소를 구하는 이의신청을 하였다. 이들은 본건에서 합의추정이 불가하고 반복되어야 하며, 과징금 산정 기초가 되는 매출액을 산정함에 있어 관련상품의 범위를 잘못 설정하였다고 주장하였다.

이에 대하여 공정거래위원회는 1998. 7. 29. 본건이 합의를 추정할 수 있고, 또한 추정하기에 충분한 요소를 갖추고 있으며, 화장지 제품을 관련상품으로 인정한 것은 적법하다고 판단하면서 이의신청을 기각하는 결정을 하였다.⁴⁾

라. 고등법원의 판결

화장지 4사들은 1998. 8. 28. 공정거래위원회의 처분에 불복하여 서울고등법원에 처분취소청구의 소를 제기하였고, 2000. 1. 20. ~ 12. 21. 사이에 화장지 4사에 대한 4건의 판결이 순차적으로 선고되었다. 각 판결의 내용이 다르므로 선고된 순서대로 그 요지를 살펴본다.

1) 2000. 1. 20. 모나리자에 대한 판결 : 모나리자, 공정거래위원회 각 일부승소

엠보싱 두루마리 화장지에 대해서는 공동행위의 존재가 인정되지만, 그 이외의 제품에 대해서는 공동행위가 인정되지 않는다는 이유로 다른 화장지 제품에 대한 시정 명령 및 범위반사실공표명령을 취소하고, 다른 화장지 매출액을 포함하여 산정한 과징금 납부명령 전부를 취소하였다.⁵⁾

4) 공정거래위원회 1998. 7. 29. 전원회의 재결 제98-18호.

5) 서울고등법원 2000. 1. 20. 선고 98누10822 판결.

2) 2000. 6. 20. 유한킴벌리에 대한 판결 : 공정거래위원회 전부 패소

가격선도기업이 경쟁3사와 담합할 이익 동기가 없고, 후발업체의 단순한 모방에 의해 가격 일치가 이루어졌으며, 묵시적, 암묵적 요해의 증거가 없다는 점 등을 이유로 공정거래위원회의 시정명령 및 과징금납부명령 등을 전부 취소하였다.⁶⁾

3) 2000. 6. 20. 대한펄프에 대한 판결 : 대한펄프, 공정거래위원회 각 일부 승소

1차 인하 및 1차 인상의 경우 합의 추정이 복멸되고, 2차 인상 및 3차 인상은 합의 추정이 인정되며, 엠보싱 두루마리 화장지 이외의 제품에 대해서는 공동행위가 인정되지 않는다는 이유로, 2차 인상 및 3차 인상 기간 중 엠보싱 두루마리 화장지의 판매 가격 변경을 전제로 시정을 명한 부분을 제외한 나머지 부분에 대한 시정명령과 범위 반사실 공표명령을 취소하고, 다른 화장지 매출액을 포함하여 산정한 과징금 납부명령 전부를 취소하였다.⁷⁾

4) 2000. 12. 21. 쌍용제지에 대한 판결 : 쌍용제지, 공정거래위원회 각 일부 승소

위의 대한펄프에 대한 판결과 같은 내용의 판결이 선고되었다.⁸⁾

마. 대법원의 판결

공정거래위원회는 화장지 4사에 관한 패소 부분에 대해 전부 상고를 제기하였고, 쌍용제지, 모나리자도 패소 부분에 대하여 상고를 제기하였으나, 대한펄프는 패소 부분에 대한 상고를 포기하였다.

6) 서울고등법원 2000. 6. 20. 선고 98누10372 판결.

7) 서울고등법원 2000. 6. 20. 선고 98누10839 판결.

8) 서울고등법원 2000. 12. 21. 선고 98누10815 판결.

유한킴벌리, 대한펄프, 쌍용제지의 경우 공정거래위원회의 상고가 기각되어 원심판결의 취지대로 확정되었다.⁹⁾

모나리자의 경우 공정거래위원회의 상고는 기각되었으나, 모나리자의 패소부분은 일부 파기환송되었다.¹⁰⁾ 이 대법원 판결은 1차 인하와 1차 인상에 대해서는 합의추정 복벌로 공동행위가 성립하지 않고, 2차 인상과 3차 인상에 대해서만 합의추정이 인정되어 공동행위가 성립한다고 판단하는 점에서 다른 사건과 취지가 동일한 것이다. 다만, 모나리자 사건의 원심 판결에서는 다른 회사들에 대한 원심 판결과는 달리 1차 인하와 1차 인상 역시 공동행위로 인정하는 취지의 판결이 선고되었기에 동일한 취지를 유지하기 위해 대법원이 원심을 파기한 것으로 보인다.

이후 모나리자 사건의 파기환송심은 2003. 3. 20. 대법원의 판시 취지대로 1차 인하와 1차 인상을 공동행위에서 제외하고 2차 인상과 3차 인상만을 공동행위로 인정하는 취지의 판결을 선고하였고 이는 그대로 확정되었다.¹¹⁾

바. 과징금 재산정 의결

원심결은 4차에 걸친 모든 공동행위를 부당한 공동행위로 인정하고, 관련상품의 범위도 엠보싱 두루마리 화장지 이외에도 평판 두루마리 화장지, 미용화장지, 대형 화장지 등을 모두 포함한 화장지 제품 전체로 설정하여 매출액을 산정한 바 있다. 서울고등법원 및 대법원의 모든 판결이 확정된 후에 공정거래위원회는 화장지 4사에 일단 과징금을 환급한 다음, 판결 취지에 따라 4차의 공동행위 중 1차 인하 및 1차 인상 부분을 제외한 2차 및 3차 인상 부분에 한하고, 관련 상품도 엠보싱 두루마리 화장지에 한정하여 매출액을 산정하여 과징금을 부과하기 위하여 재의결을 하였다.¹²⁾ 공정거래위원회는 이 의결에서 2차 및 3차 인상 기간 중 엠보싱 두루마리 화장지 매출액에 원심결 당시의 과징금 부과율인 0.5%를 곱한 금액인 총 394,000,000원¹³⁾의 과징금을 부과하였다.

9) 유한킴벌리 - 대법원 2002. 5. 28. 선고 2000두6107 판결; 대한펄프 - 대법원 2002. 5. 28. 선고 2000두6121 판결; 쌍용제지 - 대법원 2002. 7. 12. 선고 2001두854 판결.

10) 대법원 2002. 5. 28. 선고 2000두1386 판결.

11) 서울고등법원 2003. 3. 20. 선고 2002누9041 판결.

12) 공정거래위원회 2003. 8. 18. 전원회의 의결 제2003-133호.

13) 쌍용제지 214,000,000원, 모나리자 55,000,000원, 대한펄프 125,000,000원.

2. 관련 규정 및 제도

가. 부당한 공동행위 관련 규정

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」¹⁴⁾

제19조 (부당한 공동행위의 금지)

①사업자는 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 일정한 거래 분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 할 것을 합의(이하 "부당한 공동행위"라 한다) 하여서는 아니된다. 다만, 산업합리화, 연구·기술개발, 불황극복, 산업구조의 조정, 중소기업의 경쟁력향상 또는 거래조건의 합리화를 위한 경우로서 대통령령이 정하는 바에 의하여 공정거래위원회의 인가를 받은 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위

③2 이상의 사업자가 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 제1항 각호의 1에 해당하는 행위를 하고 있는 경우 동사업자간에 그러한 행위를 할 것을 약정한 명시적인 합의가 없는 경우에도 부당한 공동행위를 하고 있는 것으로 추정한다.

「공동행위 심사기준」¹⁵⁾

공정거래위원회는 실무적으로 합의 추정조항의 해석과 운영을 위하여 「공동행위 심사기준」 Ⅱ.항에 현재 다음과 같은 규정을 두고 있다. 2002년 동 기준 제정 당시와 비교해 보면 현행 규정의 내용이 일부 다르기는 하지만 법률 개정의 내용을 반영함에 따라 기준의 내용이 수정된 것에 불과하므로 기본적인 내용에는 차이가 없다.

II. 합의의 의의 및 합의추정

3. 부당한 공동행위에 대한 규제가 강화되면서 사업자간의 합의는 명시적으로 드러나거나 증거를 남기지 않고 암묵리에 이루어지기 때문에 합의의 존재를 입증하기가 용이하지 않다. 이런 점을 감안하여 법 제19조 제5항에 추정제도를 두고 있다. 추정이란 사실관계가 명확하

14) 1996. 12. 30. 법률 제5235호로 일부개정되기 전의 것

15) 2002. 5. 8. 공정거래위원회 예규 제71호

지 않거나 간접적인 사실만 있는 경우 직접적인 사실이 있는 것으로 일단 정하여 그에 따라 법률효과를 발생시키는 것이다.

4. 2 이상의 사업자가 법 제19조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 경우에 이들 사업자간의 합의에 관한 직접적 증거가 없을 지라도 해당 거래분야 또는 상품·용역의 특성, 해당 행위의 경제적 이유 및 파급효과, 사업자 간 접촉의 횟수, 양태 등 관련 정황에 비추어 그 행위를 그 사업자들이 공동으로 한 것으로 볼 수 있는 상당한 개연성이 있는 때에는 그 사업자들이 공동으로 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의한 것으로 추정한다. 아래에 제시하는 사항들은 추정을 보강하기 위한 정황증거가 될 수 있다.

가. 직·간접적인 의사연락이나 정보교환 등의 증거가 있는 경우

〈예 1〉 해당 사업자간 가격인상, 산출량 감축 등 비망록 기입내용이 일치하는 경우

〈예 2〉 모임을 갖거나 연락 등을 하고 그 이후 행동이 통일된 경우

〈예 3〉 사업자간 가격이나 산출량 등에 관한 정보를 교환하거나 교환하기로 합의하는 경우

〈예 4〉 특정기업이 가격인상 또는 산출량 감축 의도를 밝히고 다른 경쟁기업들의 반응을 주시한 후 그 반응에 따라 가격인상 또는 산출량 감축을 단행한 경우

나. 공동으로 수행되어야만 당해 사업자들의 이익에 기여할 수 있고 개별적으로 수행되었다면 당해 사업자 각각의 이익에 반하리라고 인정되는 경우

〈예 1〉 원가상승 요인도 없고 공급과잉 또는 수요가 감소되고 있음에도 불구하고 가격을 동일하게 인상하는 경우

〈예 2〉 재고가 누적되어 있음에도 불구하고 가격이 동시에 인상된 경우

다. 당해 사업자들의 행위의 일치를 시장상황의 결과로 설명할 수 없는 경우

〈예 1〉 수요공급조건의 변동, 원재료 공급원의 차이, 공급자와 수요자의 지리적 위치 등의 차이에도 불구하고 가격이 동일하고 경직되어 있는 경우

〈예 2〉 원재료 구입가격, 제조과정, 임금인상률, 어음할인금리 등이 달라 제조원가가 각각 다른데도 가격변동 폭이 동일한 경우

〈예 3〉 시장상황에 비추어 보아 공동행위가 없이는 단기간에 높은 가격이 형성될 수 없는 경우

라. 당해 산업구조상 합의가 없이는 행위의 일치가 어려운 경우

〈예 1〉 제품차별화가 상당히 이루어진 경우에도 개별 사업자들의 가격이 일치하는 경우

〈예 2〉 거래의 빈도가 낮은 시장, 수요자가 전문지식을 갖춘 시장 등 공급자의 행위 일치가 어려운 여건에서 행위의 일치가 이루어진 경우

5. 법 제19조 제5항에 의하여 합의가 추정되는 경우, 사업자는 그 행위가 합의에 기인한 것이 아님을 입증함으로써 추정을 복멸할 수 있다.

나. 관련 규정의 도입 배경

공정거래위원회가 사업자들의 행위가 부당한 공동행위에 해당함을 입증하기 위해서는 공동으로 일정한 행위를 한다는 사실(행위의 공동성)과 동시에 그러한 행위에 대한 사업자들 간의 합의를 입증하여야 하는데, 공정거래위원회가 행위의 공동성을 입증하기는 상대적으로 용이한 반면, 합의를 입증하기란 그리 쉬운 일이 아니다. 부당한 공동행위가 원래 은밀하게 행해진다는 속성을 가지고 있는데다, 부당한 공동행위에 대한 규제가 강화될수록 사업자들은 합의에 대한 증거를 은폐하려는 경향이 강해지며, 특히 과점시장이나 담합이 관행화된 업계에서는 카르텔에 대한 합의가 용이하게 형성되므로 입증이 더욱 쉽지 않기 때문이다.¹⁶⁾ 이에 따라 부당한 공동행위에 대한 규제의 실효성 확보 차원에서 합의에 대한 입증을 완화할 필요가 있다는 인식 하에 1986년 12월 말 개정된 구 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」¹⁷⁾(이하 ‘구법’이라 한다)에 합의 추정 조항을 신설하였다.¹⁸⁾

신설 당시에는 “2이상의 사업자가 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 제1항 각호의 1에 해당하는 행위를 하고 있는 경우 동 사업자간에 부당한 공동행위의 수행을 약정한 명시적인 계약이 없는 경우에도 부당한 공동행위를 행하고 있는 것으로 추정한다”라는 표현을 사용하여 제11조 제3항으로 규정하여 조문의 위치와 표현이 현재와 조금 달랐으나, 수차의 법률 개정을 거치면서 사소한 표현 수정과 조문 위치 이동이 이루어져 1993. 4. 1.에 시행되는 법률(개정 1992. 12. 8. 법률 제4513호)부터 앞서 살펴 본 제19조 제5항의 추정조항으로 정착되었다.

다. 외국 사례

외국의 입법례들을 살펴보면 한국의 법 제19조 제5항과 같이 합의를 추정할 수 있

16) 대법원 2002. 3. 15. 선고 99두 6514, 6521 판결.

17) 1990. 1. 13. 법률 제4198호로 전부개정되기 전의 것

18) 이남기, 『경제법』, 제3개정판, 박영사 2001, 189면.

게 하는 법률상 추정조항을 찾아보기 어렵다. 외국에서는 공모나 동조적 행위의 경우에는 정황사실의 입증을 통한 사실상 추정만이 이루어지고 있고, 경쟁제한성은 경쟁당국이 입증하도록 요구하고 있으며, 사실상 추정을 위한 요건사실로도 되어 있지 않다. 아래에서 국가별로 구체적으로 살펴본다.

1) 미국

미국 판례의 주류적 태도는 공동행위의 입증 곤란을 해소하기 위하여 의식적 병행행위(conscious parallel behaviour) 그 자체만으로는 셔먼법(Sherman Act) 제1조에 따른 공동행위가 성립된 것으로 인정할 수는 없지만 그것과 아울러 사업자들이 독자적으로 행위하였을 가능성을 배제하는 경향이 있는 여러 가지 정황증거나 간접증거(plus factor, 이하 '추가요소'라 한다)가 있는 경우에는 공동행위를 추정해 왔다.¹⁹⁾ 법원이 일정한 유형의 합의들에 대해서는 당연위법의 원칙(per se illegal)을 적용하자 합의의 존부가 셔먼법 제1조 위반 사건의 핵심요소가 되었고, 따라서 의식적 병행행위에 대해서는 무엇이 추가요소인지가 주요 쟁점으로 등장하게 되었다. 일반적으로 많이 거론되는 추가요소로는 ① 공동행위로 수행되지 않는다면 피고 각각의 개별적 이익에 반하는 행위(Actions contrary to the self-interest unless pursued as part of a collective plan)를 들 수 있고, 그 외에도 ② 공동행위를 할 만한 합리적 동기(Existence of a rational motive for defendants to behave collectively), ③ 공동행위로밖에 달리 합리적으로 설명될 수 없는 시장상황(Market phenomena that can not be explained rationally except as the product of concerted action), ④ 과거에 있어서의 공동행위 관련 법위반 전력(Defendant's record of past collusion related antitrust violation), ⑤ 사업자간의 회합 기타 고위경영자간의 의사소통(Evidence of interfirm meetings and other forms of direct communications among alleged conspirators), ⑥ 공모를 조성하는 편의적 행위(Defendant's use of "facilitating practices"), ⑦ 경쟁 회피(담합)를 어렵게 하거나 쉽게 하는 산업구조상의 특성(Industry structure characteristics that complicate or facilitate the avoidance of competition), ⑧ 해당업계의 시장에서의 영업실적(Industry performance factors that suggest or rebut an

19) 양명조, 「독점규제법상의 부당한 공동행위 추정」, 『민법학논총』 2, 1995, 621면.

inference of horizontal collaboration) 등이 있다.²⁰⁾

2) 일본

일본의 「사적 독점의 금지 및 공정거래 확보에 관한 법률」에서는 우리와 같은 추정 조항을 따로 두고 있지 않고 있기 때문에 공정취인위원회가 ‘의사의 연락(합의)’을 입증하여야 하는데, 의사의 연락을 직접증거에 의하여 입증하는 것은 현실적으로 매우 곤란하므로 간접증거에 기초하여 인정된 간접사실을 축적하여 ‘의사의 연락’의 존재를 추인하는 방법이 인정되고 있다. 사업자 사이의 사전 연락 교섭·회합, 시장의 구조, 제품의 특징, 과거 당사자의 시장행동 등 간접사실로부터 의사의 연락을 추론하는 방법이 활용되고 있다고 한다. 일본에서도 ‘의사의 연락’, 특히 명시적 합의가 아닌 묵시적 방법에 의한 의사의 연락이 주로 문제가 되는데, 공정취인위원회는 병행행위에 대하여 단순히 행위의 결과가 외형상 일치한다는 사실만으로 아직 충분하지 않고 나아가 행위자 사이에 어떤 의사의 연락이 존재하는 것이 필요하다는 입장이라고 한다.²¹⁾

3) 독일

카르텔 계약 및 결의에 관하여 규율하는 「경쟁제한방지법」(Gesetz gegen Wettbewerbs-beschränkungen, GWB)에서도 병행행위를 근거로 양해를 추정하지는 않는다. 외부적 행위로부터 양해를 추론하는 간접증거는 매우 드문 경우에만 인정될 수 있으며, 벌금절차에서는 당해 행위가 협조적 행위라는 확실성에 가까운 개연성이 있는 경우에만 인정된다.²²⁾

4) EU

EC조약 제81조는 사기업의 합의에 의한 거래제한행위를 규제하는 조항으로서, 합의뿐만 아니라 동조적 행위(concerted practice)도 포함되며, 미국의 셔먼법 제1조에

20) 권오승 편, 『공정거래법강의』, 법문사, 1996, 291~293면.

21) 유해용, 「부당공동행위의 추정과 관련된 판례연구(상)」, 『저스티스』, 한국법학회, 2005, 138면.

22) 권오승, 『독일경쟁법』, 323~325면.

대응되는 조문이다. 그 외에 별도로 합의를 추정하는 조항을 두고 있지는 아니다. EU법원에서는 1993년 ‘Wood Pulp II’ 사건²³⁾에서 최초로 동조적 행위와 병행행위를 엄격히 구별하였다.

3. 주요 쟁점

아래에서는 화장지 사건의 심결과 판결에서 등장한 주요 쟁점들을 살펴본다.

가. 가격의 의미

이 사건의 경우 공장도 가격만 일치되었을 뿐 화장지 4사가 대리점이나 유통점에 판매하는 실제거래가격이 일치되지 않았는데, 이를 법 제19조 제1항 제1호의 “가격을 결정·유지·변경하는 행위”로 볼 수 있는가가 문제되었다.

1) 피심인의 주장

화장지 제조사는 공장도가격이 대리점에 실제로 공급한 가격과는 전혀 상이하고, 공장도가격과 실제공급가격이 동일하게 움직인 것이 아니며, 실제공급가격이 각 사별로 상이하다는 이유로 행위의 일치가 있는 것으로 볼 수 없다고 주장하였다.

2) 공정거래위원회의 판단

공정거래위원회는 실제공급가격은 공장도가격에 각 사별 할인율을 적용하여 결정되므로 공장도가격의 변동은 실제공급가격의 변동으로 귀착될 수밖에 없고 공장도가격을 동일하게 결정·유지하는 경우 결국은 시장에서의 가격경쟁에 영향을 미치게 된다고 보는 것이 상당하다는 이유로 화장지 제조사의 주장을 배척하였다.

23) Ahlstrom v. Commission (Wood Pulp II) [1993] ECR I-1307, [1993] CMLR 407. 이 사건에 대한 상세한 해설은 서헌재, 「공동행위의 추정에 관한 비교 사례연구」, 『사법연구』 7집, 2002.12., 51~54면 참조.

3) 법원의 판단

대법원도 역시 공정거래위원회와 같은 입장에서, 공장도가격은 실제거래가격의 기준이 되는 가격으로서 공장도가격의 변경이 실제거래가격의 변경을 초래한다는 이유로, 복수의 사업자가 공장도가격을 결정·유지 또는 변경하는 경우 법 제19조 제1항 제1호의 ‘가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위’에서 말하는 ‘가격’에 해당한다고 보면서 부당한 공동행위의 성립을 인정하였다.

나. 합의의 추정에 외형상 일치와 경쟁제한성 외에 정황증거가 필요한지 여부

이 사건과 커피 공동행위 사건²⁴⁾에서 대법원이 추정조항의 적용과 관련하여 ‘행위의 외형상 일치’와 ‘실질적 경쟁 제한성’ 외에 추가요소(plus factor)가 필요한지에 대하여 입장을 분명히 밝히기 전에는 이 점에 대한 여러 가지 해석이 존재하였다.

1) 피심인의 주장

화장지 4사는 의식적 병행행위(conscious parallelism)에 대한 미국 연방 대법원 판례에서의 논의를 유추하여, 과점시장에서는 행위의 일치만으로는 부당한 공동행위의 합의추정을 할 수 없고 다른 요소(plus factor)와 결합하여서만 합의를 추정할 수 있으나 이 사건에서는 행위의 일치가 존재하지 않을 뿐만 아니라 합의를 추정할 수 있는 추가적인 정황증거도 없다고 주장하였다.

2) 공정거래위원회의 판단

공정거래위원회는 여러 가지 사실들을 인정하면서 외형상 행위의 일치가 존재한다고 판단하고, 화장지 4사가 주기적으로 회동하여 공동의 관심사항을 협의할 수 있는 기회가 있었고, 그 모임에서 과도한 경쟁을 자제하자는 논의를 한 사실이 합의추정의

24) 아래 4. 다. 참조.

추가적 요소로 충분하다고 보았다. 또한, 법률에서 규정한 행위의 일치라는 요건 이외에도 추가적인 정황증거가 있어야만 부당한 공동행위의 합의추정이 가능하다는 취지의 주장내용은 명시적으로 규정되어 있는 합의추정의 요건을 정당한 근거 없이 임의적으로 해석한 결과이므로 타당성이 없다고 판단하였다.

3) 법원의 판단

법원도 역시 외형상 일치와 경쟁제한성 이외에 정황증거는 불필요하다는 입장을 취하였는데, 이는 커피 공동행위 사건의 판결에서 나타난 입장과 동일하다. 법원은 아래와 같이 설시하였다.

법 제19조 제5항의 취지는 2이상의 사업자간에 법 제19조 제1항 각 호의 1에 해당하는 일치된 외형상의 행위유형이 존재하면 그들 사이에 명시적인 합의가 없는 경우에도 법의 규제대상이 될 수 있는 ‘공동행위의 존재’가 추정되고, 그렇게 추정되는 공동행위에 관하여 부당성을 주장하는 측에서 일정한 거래분야에서의 ‘실질적 경쟁제한성’을 입증할 경우에 비로소 그 ‘부당성’까지 추정되며, 이로써 부당한 공동행위라는 비난을 면하기 위한 사업자는 위 일치된 행위가 그들 사이의 합의에 따른 공동행위가 아니라는 점을 수증할 수 있는 정황을 밝혀 이상의 추정을 복멸시켜야 할 것으로 해석된다. 따라서 과점시장의 의식적 공동행위의 경우에는 이러한 추정규정에도 불구하고 다시 일정한 추가적 요소에 관한 정황이 뒷받침되는 경우에 한하여 그 추정규정을 적용할 수 있다는 원고의 주장은 현행 우리의 법 해석론으로는 받아들일 수 없다.

다. 합의 추정의 복멸과 가격 모방

법 제19조 제5항은 ‘법률상 추정’, 즉 법률상 합의사실을 추정하는 것에 해당하므로 합의 추정을 받는 사업자는 추정사실인 합의의 부존재를 입증하거나 합의의 존재와 반대되는 사실을 입증함으로써 합의의 추정을 복멸시킬 수 있다. 그러나 소극적 사실인 합의의 부존재는 실제로 입증이 매우 어려운 까닭에, 일반적으로는 합의의 존재와 반대되는 사실, 즉 행위의 일치가 합의에 따른 것이 아니라 각자의 경영판단에 따라 독자적으로 이루어졌다는 사실을 입증하여 그 추정을 복멸시키게 된다.

한편, 이 경우에 제시하는 증거는 반증이 아니라 ‘반대사실의 증거’인 본증에 해당하므로 그 입증의 정도도 법원이 추정사실의 존재에 의문을 품게 하는 정도로는 부족하고, 합의의 부존재가 확실하다는 확신을 품게 할 정도에 이르러야 한다.²⁵⁾

1) 피심인의 주장

화장지 4사는 설사 합의가 추정되는 경우에도 행위의 일치가 개별사업자들의 독자적인 경영판단의 결과임이 입증되면 추정이 반복되어야 한다고 주장하였다.

2) 공정거래위원회의 판단

공정거래위원회는 행위의 일치가 개별사업자들의 독자적인 경영판단의 결과라는 증거가 합리적 의심이 없을 정도의 심증을 형성할 수 있는 구체적이고 명확한 증거인 경우에 한하여 법률상 추정을 반복할 수 있으나, 화장지 4사의 증거는 그 내용이 추상적이고 불명확하여 합의가 없었다는 사실을 입증하기에 충분한 증거가 될 수 없다고 판단하면서 추정 복멸을 인정하지 않았다.

3) 법원의 판단

가) 판결 요지

법원은 단순한 가격모방을 합의추정을 복멸시킬 수 있는 정당화 사유로 인정하였다. 즉 과점적 시장구조 하에서 시장점유율이 높은 선발업체가 독자적인 판단에 따라 가격을 결정한 뒤 후발업체가 일방적으로 이를 모방하여 가격을 결정하는 경우에는, 선발업체가 종전의 관행 등 시장의 현황에 비추어 가격을 결정하면 후발업체들이 이에 동조하여 가격을 결정할 것으로 예견하고 가격 결정을 하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 법 제19조 제5항에 따른 공동행위의 합의 추정은 반복된다고 하였다.

다만 이 때 후발업체들이 서로간의 명시적이거나 묵시적인 합의 또는 양해에 따라

25) 이시윤, 『신민사소송법』 제5판, 박영사, 2009, 404면.

선발업체의 가격을 모방한 경우에는 그 후발업체들 상호간의 공동행위가 문제되지만, 후발업체들 상호간의 공동행위 성립 여부는 그들의 시장점유율 등 가격결정 영향력에 따라 별도로 판단되어야 한다고 하였다.

또한 법원은 부당한 공동행위의 추정을 복멸시키는 사정은 당해 시장상황 등 각종 정황증거를 종합하여 판단하여야 한다고 하였다. 즉, 당해 상품 거래분야 시장의 특성과 현황, 상품의 속성과 태양, 유통구조, 가격결정 구조, 시장가격에 영향을 미치는 제반 내외부적 영향, 각 개별업체가 동종 거래분야 시장에서 차지하고 있는 지위, 가격의 변화가 개별사업자의 영업이익, 시장점유율 등에 미치는 영향, 사업자의 개별적 사업여건에 비추어 본 경영판단의 정당성, 사업자 상호간의 회합 등 직접적 의사교환의 실태, 협의가 없었더라도 우연의 일치 가능성이 이루어질 수도 있는 개연성의 정도, 가격모방의 경험과 범위반 전력, 당시의 경제정책적 배경 등을 종합적으로 고려하여 추정을 복멸시킬 수 있는 사정을 거래 통념에 따라 합리적으로 판단하여야 한다고 하였다.

나) 본 사건에의 적용

법원은 위와 같은 전제 하에 화장지 3사의 행위들을 구체적으로 살펴볼 때 1차 인하 및 1차 인상은 단순한 가격 모방에 불과하므로 합의 추정이 복멸된다고 판단하였다.

즉 쌍용제지는 가격인하에 관한 정책당국의 요청 또는 원가 인상요인 등을 감안하여 독자적인 경영판단에 따라 가격을 인하 또는 인상하였는데, 동일한 가격인하 또는 인상요인이 있던 후발업체인 모나리자와 대한펄프가 조금이라도 경영상 유리한 방향으로 사업운영을 하기 위하여 선도업체인 쌍용제지의 가격을 일방적으로 모방함으로써 1차 인하와 1차 인상에서 화장지 3사의 공장도가격이 동일하게 되었던 것으로 판단되고, 특히 1차 인하의 경우 마침 쌍용제지가 유한킴벌리보다 인하폭을 줄였기 때문에 모나리자와 대한펄프가 스스로의 선택에 따라 쌍용제지의 가격을 모방한 것에 불과할 뿐이며 만일 유한킴벌리의 인하폭이 작았다면 유한킴벌리의 가격을 모방하였을 것이 예견되며, 1차 인상의 경우 쌍용제지로서는 1차 가격인하에 따른 화장지 3사의 가격일치에서 탈피하여 신제품을 출시하면서 새로운 인상가격을 책정하였던 것인데 그로부터 시간적으로 2개월의 간격을 두고 후발업체인 원고와 모나리자가 또 쌍용제지의 가격을 모방하여 일방적으로 따라옴으로써 부당한 공동행위에 가담한

것과 같은 외관이 만들어진 것임을 인정할 수 있고, 여기에 엠보싱 두루마리 화장지 거래분야 시장의 특성과 현황, 위 화장지의 유통구조 및 가격결정 구조, 그 당시 화장지 시장가격에 영향을 미치는 제반 내외부적 영향, 화장지 3사가 위 화장지 거래분야 시장에서 차지하고 있는 지위, 가격모방의 전력, 당시의 경제정책적 배경 등을 종합적으로 고려해 볼 때, 이러한 1차 인하 및 1차 인상에서의 가격모방을 두고 화장지 3사 사이에 가격인하에 관한 공동합의가 있었다고 추정하기에는 거래통념상 합리성이 없다고 판단되므로 결국 1차 인하 및 1차 인상에 관한 화장지 3사의 부당한 공동행위의 추정은 복멸된다고 보았다.

반면, 2차 인상 및 3차 인상의 경우 그 각 인상시점에서의 내부품의 일자가 거의 동일한 시점에서 이루어졌고 실제 가격인상의 시행시기도 아예 같은 날로 결정됨은 물론, 동시에 공개되는 인상가격도 1원 단위까지 동일하게 되는 등 그 가격동조화현상이 점차 심화되었으므로 이를 선도업체의 가격결정에 관하여 후발업체가 단순히 일방적으로 가격모방을 한 것이라고 볼 수는 없다고 하면서 2차 인상 및 3차 인상에서의 부당한 공동행위 추정은 그대로 유지된다고 판단하였다. 이것은 후발업체의 가격결정행위도 동조적 인상행위의 심화 정도에 따라 가격모방 인정 여부가 달라질 수 있음을 의미한다.

다) 합의 추정 복멸의 추가 사유

한편, 대한펄프 사건의 고등법원 판결에서는 법 제19조 제5항에 따라 부당한 공동행위가 추정되더라도, 앞서 살펴 본 것과 같이 '과점시장의 경우 가격선도업체가 독자적인 판단에 따라 가격결정을 하자 후발업체가 이에 동조하여 일방적으로 선도업체의 가격을 단순히 모방한 경우' 외에도 추가로 다음과 같은 경우에 추정이 복멸될 수 있음을 설시하고 있다.

① 외부적으로 드러난 동일 유사한 가격책정행위가 실제로는 아무런 명시적, 묵시적 합의나 상호간의 요해 없이 각자의 경영판단에 따라 독자적으로 이루어졌음에도 마침 우연한 일치로 보게 된 경우

② 상대방 사업자와 공통적으로 관련된 외부적 요인이 각자의 가격결정 판단에 같은 정도의 영향을 미침으로써 부득이 동일 유사한 시기에 동일 유사한 행동을 할 수

밖에 없었던 경우. 다만 이 경우에는 그 외부적 요인이 각 사업자에게 미치는 영향은 다소간의 차이가 있음에도 불구하고, 그 요인에 영향을 받은 사업자 상호간에 유사한 행동을 할 것이라는 암묵적 요해가 이루어져 그러한 기회를 이용하여 동일 유사한 공동행위로 나아간 것이라면 여기서 제외되어야 한다고 한다.

라. 실질적 경쟁제한성

화장지 공동행위 사건에서는 법 제19조 제5항의 합의 추정의 요건의 하나인 “일정한 거래 분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위”(이하 ‘경쟁제한성’)의 해석과 입증에 대하여 의미 있는 판결이 있었지만, 그 판결과 비슷한 시기에 진행되었던 커피 공동행위 사건²⁶⁾에서는 이와 다른 취지의 판시가 내려졌으므로 커피 공동행위 사건에서의 ‘경쟁제한성’에 대한 해석을 간략히 함께 살펴본다.

커피 공동행위 사건에서 대법원은 공정거래위원회가 합의의 입증에 갈음하여 ‘행위의 외형상 일치’와 ‘경쟁제한성’이라는 두 가지 간접사실만 입증하면 합의가 추정되는데, 합의의 추정을 위하여 입증되어야 하는 ‘경쟁제한성’은 합의가 추정되기 이전 상태에서의 ‘경쟁제한성’을 가리키는 것이므로 그 ‘경쟁제한성’ 유무는 사업자들의 합의가 없는 상태를 상정하여 판단하여야 한다고 하면서, 시장상황, 제품특성, 가격인상이 시장 및 경쟁에 미치는 영향 등 제반 정황증거에 의해 당해 사건에서는 ‘경쟁제한성’이 결여되었다고 판단하였다.

위 판결은 공정거래위원회가 합의 추정을 위해서는 ‘경쟁제한성’에 대하여 꽤 엄격한 기준 하에 입증할 것을 요구함으로써 공정거래위원회로서는 실무적으로 어느 정도까지 입증을 해야 하는지 하는 문제가 대두되었다. 또한 위와 같은 해석에 대해서는 경쟁제한성은 공동행위의 효과나 영향과 같은 결과에 대한 예측으로 논의되는 것이므로 경쟁제한성(의 입증)을 전제로 공동행위(합의)를 인정하려는 것은 카르텔 규제의 기본구조에 어긋나며, 경쟁제한성이 발견되어야 합의의 존재를 추정할 수 있다는 것은 법 제19조 제5항의 입법취지를 무시한 해석이라는 비판이 제기되기도 하였다.²⁷⁾

26) 아래 4. 다. 참조.

27) 양명조, 「부당공동행위에 대한 판례」, 『자유경쟁과 공정거래』, 공정거래법강의III, 법문사, 2002.

그런데, 화장지 사건에서 법원은 '경쟁제한성'은 시장점유율 등을 감안하여 판단한다는 입장을 채택하면서, 화장지 4사가 공동으로 공장도가격을 동일하게 유지하는 행위가 전체 시장의 가격결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태를 초래하는 이상 '경쟁제한성'이 인정된다고 판시하였다. '행위의 외형상 일치'와 '경쟁제한성'을 입증하기만 하면 충분하고 추가로 합의에 대한 정황증거의 입증이 불필요하다고 본 것은 화장지 사건과 커피 공동행위 사건이 동일하지만, 화장지 사건에서는 '행위의 외형상 일치'에 대한 정당화 사유가 있는 경우에는 추정이 복멸되고, '경쟁제한성'은 참여사업자들의 시장점유율 등을 감안하여 판단한다는 점에서 커피 공동행위 사건과 차이가 있다. '경쟁제한성'에 대한 해석에 대하여 다른 입장을 취하고 있다고 할 수 있는 화장지 사건의 대법원 판결이 커피 사건의 대법원 판결보다 이후에 선고되었으므로 '경쟁제한성'에 대한 대법원의 해석이 변경된 것으로 볼 수 있을 것이다.

마. 과징금의 산정

화장지 공동행위 사건에서는 공정거래위원회의 과징금 산정방법의 적정성에 대해서도 쟁점이 되었다.

1) 피심인의 주장

화장지 4사는 과징금 산정 기초가 되는 매출액을 산정함에 있어 화장지 제품 전체를 관련상품으로 설정한 것은 그 범위를 잘못 책정한 것이라고 주장하였고, 의결 이후 누락된 관련매출액에 대하여 과징금을 증액하여 부과한 처분이 부당하다고 주장하였다.

2) 공정거래위원회의 판단

공정거래위원회는 과징금 산정방법 및 부과지침은 내부기준이고 과징금 산정을 위한 일응의 기준에 불과하므로, 공정거래위원회는 사안에 따라 법률 및 시행령상의 최고상한범위 안에 있는 한 이 기준에 엄격히 기속되지 않고 과징금을 부과할 수 있으

며, 한국표준산업분류상의 최소분류단위가 위생용 종이제품 제조업(분류부호: 21093)이라는 점과 광공업통계조사보고서상의 최소분류단위가 화장지(분류부호: 21093101)라는 점을 고려하여 화장지 제품을 본건 범위반행위 대상품목인 두루마리 화장지 제품의 관련상품으로 판단한 것이므로 공정거래위원회의 과징금 산정은 적법하다고 판단하였다.

3) 법원의 판단

가) 관련매출액: 엠보싱 두루마리 화장지 매출액

법원은 ‘관련상품용역의 매출액’은 ‘당해 상품용역의 매출액’이어야 한다고 보았다. 따라서 관련상품이 엠보싱 두루마리 화장지에 한정됨에도 공정거래위원회가 과징금을 산정함에 있어 연평균매출액의 한도 내에서 위반행위기간 동안의 위반행위와 관련된 상품의 매출액을 기준으로 산정하면서 위반행위기간이 아닌 1차 인하 및 1차 인상 기간을 포함시킴과 아울러 관련상품으로 엠보싱 두루마리 화장지 이외에 화장지 제품 전체의 매출액을 기준으로 삼은 것은 공정거래위원회가 마련한 ‘과징금 산정방법 및 부과지침’ 4.나.1)(1)항에서 정한 과징금 산정의 기초가 되는 “위반행위와 관련된 상품·용역”의 매출액에 관한 기준을 스스로 위반하는 것으로서 재량권 일탈·남용이라고 보았다.

나) 과징금의 증액처분: 위법

그리고 법원은 공정거래위원회가 원심결 당시에 제출한 과징금 산정자료에 일부 매출액 누락 발견을 이유로 당초의 과징금을 증액하여 부과한 것도 위법하다고 판단하였다. 법원은, 과징금은 원칙적으로 행정법상의 의무를 위반한 자에 대하여 당해 위반행위로 얻게 된 경제적 이익을 박탈하기 위한 목적으로 부과하는 금전적인 제재이므로, 법이 규정한 범위 내에서 그 부과처분 당시까지 부과관청이 확인한 사실을 기초로 일의적으로 확정되어야 할 것이지, 추후에 부과금 산정기준이 되는 새로운 자료가 나왔다고 하여 새로운 부과처분을 할 수 있는 것은 아니라고 하면서,²⁸⁾ 공정거래

28) 대법원 1999. 5. 28. 선고 99두1571 판결

위원회가 과징금액을 증액하는 처분을 한 것도 위법하다고 보았다.

4. 의의

가. 합의추정 조항에 따른 위법성 요건 제시

화장지 사건 판결과 커피 사건 판결 이전에는 법 제19조 제5항의 해석에 관하여 법률상 추정을 위해서 입증되어야 할 간접사실이 무엇인지가 분명하지 않았던 까닭에 다수설과 하급심 판례는 ‘행위의 외형상 일치’로부터 합의의 존재를 추정한다거나, 2개 이상의 사업자가 ‘행위의 외형상 일치’를 포함한 제반 정황사실을 기초로 일단 사업자들 간의 합의 내지 암묵적인 요해가 추정되며, 그와 별도로 경쟁제한성은 이를 주장하는 공정거래위원회가 입증하여야 한다고 보고 있었다.

그러던 중 대법원이 커피 사건에서 ‘행위의 외형상 일치’와 ‘경쟁제한성’을 입증하기만 하면 충분하고 추가로 합의에 대한 정황증거를 필요로 하지 않는다고 판결하고, 비슷한 시기에 화장지 사건에서 대법원이 재차 이를 확인함으로써, 그 동안 분명하지 않아서 논란거리가 되어 왔던 합의 추정과 관련하여 입증되어야 할 대상이 무엇인지에 대한 문제를 명확히 정리하였다는 점에 화장지 사건 판결의 의의를 먼저 찾을 수 있다.

법원은 커피 사건에서는 법 제19조 제5항의 추정요건 중 하나인 실질적 경쟁제한성을 결여하였다고 보아 합의 추정 자체를 인정하지 않았으나, 화장지 사건에서는 실질적 경쟁제한성이 입증되어 합의가 추정된다고 본 후에 일방적 단순 모방이라는 이유로 합의 추정이 복멸된다고 보아 제19조 제5항의 해석방법에서 다소 차이를 보이고 있다. 화장지 사건에서는 실질적 경쟁제한성을 시장점유율 등을 고려하여 판단함으로써 이에 대한 입증은 좀 더 용이하게 인정한다는 점에서 합의 추정 자체는 커피 사건보다는 좀 더 용이하게 인정하였지만, 추정 복멸을 인정함으로써 결과적으로 합의 추정에 대한 공정거래위원회의 주장을 배척한다는 점에서는 커피 사건과 같은 맥락에 있다고 볼 수 있다.

화장지 사건에서 합의 추정과 관련하여 법원이 취한 입장은, 합의를 법률상 추정하기 위해서는 ‘행위의 외형상 일치’와 ‘경쟁제한성’을 입증하기만 하면 충분하고 추가로 합의에 대한 정황증거를 필요로 하지 않는다는 점, 그리고 ‘행위의 외형상 일치’가 단순한 모방의 결과인 경우에 합의추정은 복멸되되, 단순한 모방인지 가격동조화의 결과인지는 당시의 시장상황 등 제반 정황증거로 입증된다는 점으로 정리될 수 있다.

이러한 법원의 입장은 법 제19조 제5항이 과점적 시장구조 하에서 외관상 행위의 일치와 경쟁제한성만으로 합의를 추정함으로써 발생하는 문제를 후발업체가 일반적으로 단순 모방한 구체적 사안에서 합의추정을 복멸시킴으로써 해결하고자 하였다는 데에서 그 의의를 찾을 수 있다. 또한, 합의추정 복멸을 인정함과 동시에, 후발업체가 가격선도업체의 가격을 추종하더라도 확일적으로 가격모방을 인정하지 아니하고 정황증거의 입증을 통하여 선도업체와 후발업체의 가격동조화 현상이 심화되는 것으로 인정되는 경우에는 가격 모방을 인정하지 않고 공동행위 추정을 그대로 인정하기도 함으로써 모든 가격 모방이 합의추정 복멸사유에 해당하지 아니함을 명백히 하였다는 데서 또 다른 의미를 찾을 수도 있다.

나. 합의 추정조항의 개정

기존의 합의 추정 조항 및 이에 따른 화장지 사건에서의 판례의 취지는 가격결정 등 일정한 ‘행위의 외관상 일치’와 ‘실질적 경쟁제한성’만 있으면 부당한 공동행위로 추정된다는 것이었다. 물론, 화장지 사건의 판결은 가격 모방 등의 사유가 있으면 합의 추정 복멸을 인정하지만, 가격 동조화 현상이 발생하는 경우에는 인정되지 않는 예외가 있는데다, 그 외의 경우에 일반적으로 추정 복멸을 인정받기가 쉽지 않다는 이유 때문에 기존의 합의 추정조항은 사업자에게는 과도한 부담이 되는 측면이 있었다.

이 점을 고려하여 기업의 부담을 덜고 공정거래위원회의 법 집행의 책임성을 제고하기 위하여 2007. 11. 4.부터 시행되는 개정 법률(개정 2007. 8. 3. 법률 제8631호)에서는 부당한 공동행위의 합의 추정조항(법 제19조 제5항)을 개정하여, 종전에는 2 이상 사업자의 실질적 경쟁제한 행위가 있는 경우 명시적 합의가 없더라도 부당한 공동행위로 추정되던 것을, 외관상 일치되는 행위가 있더라도 해당 거래분야 또는 상품·용

역의 특성, 해당 행위의 경제적 이유 및 사업자 간 접촉의 양태 등 제반사정에 비추어 합의의 상당한 개연성이 있는 경우에만 사업자 간 합의가 추정되도록 변경하였다. 이로써 합의 추정의 요건사실이 좀 더 엄격하고 강화되었다.

◦ 개정 전 : 2 이상의 사업자가 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 제1항 각 호의 1에 해당하는 행위를 하고 있는 경우 동 사업자간에 그러한 행위를 할 것을 약정한 명시적인 합의가 없는 경우에도 부당한 공동행위를 하고 있는 것으로 추정한다.

◦ 개정 후 : 2 이상의 사업자가 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 경우로서 해당 거래분야 또는 상품·용역의 특성, 해당 행위의 경제적 이유 및 파급효과, 사업자 간 접촉의 횟수·양태 등 제반사정에 비추어 그 행위를 그 사업자들이 공동으로 한 것으로 볼 수 있는 상당한 개연성이 있는 때에는 그 사업자들 사이에 공동으로 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의한 것으로 추정한다.

다. 커피 공동행위 사건과의 비교

화장지 사건과 비슷한 시기에, 공정거래위원회가 동서식품(주)와 한국네슬레(주)의 동일한 가격 인상행위에 대하여 합의추정 조항을 적용하여 시정명령과 과징금을 부과하였던 사건²⁹⁾(본고에서 ‘커피 공동행위 사건’ 또는 ‘커피 사건’이라 표현하였다)에서 법원은 공정거래위원회에 대한 전부 패소 판결을 내렸다.

대법원은 이 사건에서 법 제19조 제5항에 기하여 사업자들의 ‘합의’를 추정하기 위해서는 ‘행위의 외형상 일치’와 ‘경쟁제한성’의 입증만으로써 족한 것이지, 이에 추가하여 사업자들의 합의 내지 암묵적인 양해를 추정케 할 정황사실이 입증되어야 하는 것은 아니라고 판시하여 법률상 추정을 위하여 입증되어야 할 간접사실을 명확히 하였고, 이 점은 화장지 사건에서 다시 확인되었다.

다만, 대법원은 사업자들의 합의를 추정하기 위하여 입증되어야 하는 당해 행위의 ‘경쟁제한성’의 해석에 대하여 화장지 사건과는 다른 입장을 보여 주었다. 즉, ‘경쟁제한성’은 합의가 추정되기 이전의 상태에서의 ‘경쟁제한성’을 가리키는 것이므로, 그 ‘경쟁제한성’ 유무는 사업자들의 합의가 없는 상태를 상정하여 판정하여야 할 것이라

29) 공정거래위원회 1998. 5. 23. 전원회의 의결 제98-85호.

고 하면서, 구체적으로 당해 행위가 그 자체로 '경쟁제한성'을 가지는지 여부는 당해 상품의 특성, 소비자의 제품선택 기준, 당해 행위가 시장 및 사업자들의 경쟁에 미치는 영향 등 여러 사정을 고려하여, 당해 행위로 인하여 일정한 거래분야에서의 경쟁이 감소하여 특정 사업자 또는 사업자단체의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격·수량·품질 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는지(법 제2조 제8의2호 참조)를 살펴, 개별적으로 판단하여야 한다고 하였다. 이를 전제로 해당 사안을 살펴 본 후 대법원은 '경쟁제한성'이 결여되었다고 판단하였는바, 시장점유율 등을 고려하여 경쟁제한성을 판단하여야 한다는 화장지 사건과는 다른 접근법을 사용한 것으로 볼 수 있다.

[11] 5개 정유사의 군납유류 입찰 관련 부당한 공동행위에 대한 건 **의결 제2000-158호**

홍 소 현 (변호사, 법무법인 세종)¹⁾

이 사건은 국방부가 구매하는 군납유류 입찰에서 발생했던 정유사업자 간 공동행위에 관한 것이다. 공정거래위원회의 원심결 처분 이후, 공정거래위원회 재결, 제1차 행정소송, 공정거래위원회의 과징금 일부 직권 취소 재처분, 재처분에 대한 제2차 행정소송 등 복잡하고 단계적인 분쟁이 발생하였고, 이 과정에서 입찰담합에 대한 과징금 산정방법에 대하여 많은 시사점을 주었다.

원심결 자체와 관련하여 발생한 일련의 분쟁의 주된 쟁점은 ① 행위 당시의 관련 규정상 둘러업체에 대하여도 계약금액을 기준으로 관련매출액을 산정하는 것이 위법한지 여부, 산정된 과징금이 비례의 원칙에 위반되는지 여부, ② 조사비협조자에 대한 과징금 산정시 공정거래위원회 재량의 정도, ③ 사적 손해배상소송이 계류되어 있는 경우 과징금 산정에 있어 이와 같은 사정을 참작할 것인지의 여부 등이다.

특히 ①, ② 쟁점은 과징금의 액수와 직접 관련되어 치열하게 다투어졌다. 공정거래위원회는 제1차 법원 판결을 받아들여 과징금을 일부 직권취소하였으나 일부 사업자들이 불복하였고, 결국 법원이 이에 대하여 다시 비례원칙 위반이라는 판단을 내림으로써 공정거래위원회는 과징금의 2차 직권취소를 하였다. 법원은 과징금 산정에 대하여 기본적으로 공정거래위원회의 재량을 존중하는 태도를 견지하면서도, 법정한도 내의 과징금 부과 하더라도 일정한 경우에는 비례원칙 위반이 될 수 있다는 것을 명확히 하였다.

한편 이 사건 피해자인 대한민국은 담합참여사업자들에 대한 손해배상 소송을 제기하였는데, 이 과정에서 담합으로 발생한 손해액의 산정에 계량경제분석방법을 사용할 수 있는지 여부 및 그 기준, 과징금 납부와의 관계 등에 관한 다양한 판단이 이루어졌다.

이처럼 본건은 하나의 공동행위에 대하여 과징금 및 시정명령이라는 행정집행, 형사상 집행, 손해배상소송이라는 사적집행이 모두 이루어진 사례로서, 향후 공동행위에 대한 공정거래법 집행 방향에 대하여 많은 시사점을 주었다.

1) 본고를 검토하시고 좋은 의견들을 제시하여 주신 이민호 변호사님께 감사드립니다.

1. 사건개요

가. 국내 정유업 시장현황

1) 정유사별 시장점유율 및 수급현황

1999년도 내수시장 점유율을 보면 에스케이와 엘지칼텍스가 시장선도업체로 양사의 시장점유율이 66.3%에 달하고 있으며 각 사의 점유율은 <표 1>과 같다.

<표 1> 1999년도 정유사별 시장점유율 (단위: 백만 배럴, %)

| 구 분 | 에스케이 | 엘지칼텍스 | 에쓰오일 | 현대정유 | 인천정유 | 합 계 |
|-----|------|-------|------|------|------|-------|
| 판매량 | 215 | 182 | 86 | 71 | 45 | 599 |
| 점유율 | 35.9 | 30.4 | 14.3 | 11.9 | 7.5 | 100.0 |

국내 정유시장은 공급과잉으로 생산량이 전부 국내에서 소비되지 못하고 있으며 1999년의 경우 <표 2>에서 보는 것처럼 전체 생산량의 약 21.3%인 194백만 배럴 가량이 초과 생산되었다. 수급의 불일치로 인한 잉여분은 수출을 하고 있는 상황이다.

<표 2> 1999년도 국내 석유제품 수급현황 (단위: 천 배럴)

| 수 요(A) | | 공 급(B) | | 초과공급(B-A) |
|---------|---------|---------|---------|-----------|
| 내수 | 수출 | 생산 | 수입 | |
| 719,615 | 347,235 | 914,082 | 191,719 | 38,951 |

2) 국내 정유시장의 유통구조

가) 직매

대형 수요처에 대해 정유사가 직접 판매하는 경로로서 나프타, 항공유는 전량이 직매 형태로 판매되고 있으며, 군납유류는 입찰을 통해 정유사들이 각 수요군인 육·

해·공군에 직접 판매하는 형태로 직매에 해당한다.

나) 도·소매

대리점, 주유소를 통해 판매하거나 직접 실수요자에게 판매하는 경로로써 특히 휘발유의 경우는 약 96% 정도가 주유소에서 판매되고 있다.

다) 제품교환

정유사간에 석유제품을 서로 교환거래하는 경로로서 주로 지리적 수송비를 절감하기 위한 목적으로 이루어지고 있다.

나. 행위사실

현대오일뱅크 주식회사, 인천정유 주식회사, 에쓰오일 주식회사, 에스케이 주식회사, 엘지칼텍스정유 주식회사(이하 ‘현대오일뱅크’, ‘인천정유’, ‘에쓰오일’, ‘에스케이’, ‘엘지칼텍스’라 각각 약칭하고, 통칭하여 ‘5개 정유사’라 한다)는 1998년, 1999년 및 2000년에 국방부에서 실시한 군납유류 구매입찰에 참가하면서 연도별로 각각 사전에 모임을 갖고 전체 입찰유종에 대해 유종별 낙찰예정업체, 낙찰예정업체의 투찰가 및 들러리업체의 들러리가격, 희망수량경쟁 입찰의 투찰물량 등을 합의하였다.

이들 5개 정유사가 3년간 입찰담합을 통하여 계약을 체결하거나 단순참여 등으로 입찰에 관여한 군납유류 입찰현황은 <표 3>과 같다.

<표 3> 3년간 군납유류 입찰현황

(단위: 백만 원)

| 구분 | | 현 대 오일뱅크 | 인천정유 | 에쓰오일 | 에스케이 | 엘 지 칼텍스 | 계 |
|-------------|-------|-------------|---------|---------|---------|------------|---------|
| 3년간 군납유류 | 계약금액 | 116,765 | 84,408 | 137,673 | 205,511 | 168,443 | 712,800 |
| | 비계약금액 | 596,035 | 628,320 | 575,127 | 507,289 | 544,357 | - |

* 자신이 낙찰자로 선정되어 납품계약을 체결한 경우 납품금액을 “계약금액”으로, 입찰에 단순참여의 경우로서 다른 낙찰자가 납품계약을 체결한 금액을 “비계약금액”으로 표시.

다. 공정거래위원회의 심결

1) 원심결

가) 시정조치

공정거래위원회는 5개 정유사들에 대하여 당해 행위를 금지하는 시정명령 및 범위 반사실 신문 공표명령을 하였다.

나) 과징금

공정거래위원회는 5개 정유사가 합의한 3년간 군납유류계약금액 712,800백만 원에 대하여 피심인별로 계약금액과 비계약금액을 구분하지 않은 채 과징금부과기준율 및 과징금부과율을 동일하게 5%로 적용하여 과징금을 산정하였다. 한편, 조사과정에서 범위 반사실을 인정하고 조사에 적극 협조한 에쓰오일 및 엘지칼텍스에 대하여는 부과과징금에서 3분의 1을 감경하였고, 조사에 협조하지 않은 현대오일뱅크, 인천정유 및 에스케이에 대하여는 부과과징금에서 3분의 1을 가중하여 최종 과징금을 산정하였다.

다) 고발

공정거래위원회는 위원회 조사에 협조하지 아니한 피심인 에스케이, 현대정유, 인천정유를 형사고발하고, 조사에 적극 협조한 에쓰오일, 엘지칼텍스는 고발하지 아니하였다.

2) 이의신청 및 재결

위 원심결에 대하여 5개 정유사가 이의신청을 제기하여 공정거래위원회는 원심결 당시 5개 정유사에게 적용하였던 과징금부과기준율을 5%에서 3.25%로 낮추었다. 또한 에쓰오일 및 엘지칼텍스에 대하여는 최근 3년간 범위반횡수가 1회 이하에 불과한 점 및 조사에 적극 협조한 점 등을 참작하여 과징금부과율을 과징금부과기준율 3.25%에서 0.75%P를 감경하여 2.5%로 결정하였고, 조사에 매우 비협조적이었던 현대

오일뱅크, 인천정유 및 에스케이에 대한 과징금부과율은 0.75%P를 가중하여 4%로 결정하였다.²⁾

라. 고등법원의 판결

5개 정유사 중 현대오일뱅크, 인천정유 및 에스오일은 위원회의 재결에 대하여 각각 서울고등법원에 행정소송을 제기하였으나, 패소³⁾하자 대법원에 상고하였다.

마. 대법원의 판결

대법원은 현대오일뱅크, 인천정유 및 에스오일의 상고건에 대하여 현대오일뱅크, 인천정유 및 에스오일이 체결한 계약금액은 전체 계약금액 712,800백만 원 중 각각 116,765백만 원, 84,408백만 원 및 137,673백만 원에 불과하다는 점을 고려하지 않은 채 계약금액과 비계약금액에 대한 과징금부과율을 동일하게 적용함으로써 그 액수가 과다하게 산정되었고, 사업자의 자금사정 등 현실적인 부담능력을 고려하지 아니하여 과징금의 부당이득 환수적인 측면보다는 제재적 성격이 지나치게 강조되어 그 액수 또한 과다하게 되었을 뿐만 아니라, 계약금액의 규모가 다른 정유사들과의 사이에 균형을 상실하게 되어 비례의 원칙에 위배된 재량권의 일탈·남용에 해당한다고 판결하였다.⁴⁾

바. 공정거래위원회의 과징금 일부 직권취소

공정거래위원회는 위 판결취지에 따라 재처분을 하면서 피심인별로 부과되었던 과징금 중에서 비협조자인 현대오일뱅크는 5,962백만 원, 인천정유는 10,730백만 원을, 협조자인 에스오일은 3,451백만 원을 각각 취소하였다.

이와 같이 과징금을 취소함으로써 비계약금액에 적용되었던 과징금부과율이 비협

2) 공정거래위원회 2001. 2. 28. 전원회의 재결 제2001-010호, 과징금부과 내역은 <표 4> 참조.

3) 서울고등법원 2002. 5. 14. 선고 2001누4803 판결, 2004. 6. 20. 선고 2000누15028 판결 외.

4) 대법원 2004. 10. 27. 선고 2002두6842 판결.

조자인 현대오일뱅크와 인천정유는 4%에서 3%로, 협조자인 에쓰오일은 2.5%에서 1.9%로 각각 낮아지게 되었다. 또한 인천정유의 경우 현실적인 납부능력이 없음을 감안하여 산출된 부과과징금에서 20%를 추가 감경하였다.⁵⁾

사. 제2차 소송에서의 법원 판결

1) 공정거래위원회의 위 바. 과징금 일부 직권취소 처분에 대해 현대오일뱅크 및 인천정유는 서울고등법원에 과징금납부명령 취소를 구하는 행정소송을 제기하였으며, 서울고등법원은 아래 2)과 같은 이유로 공정거래위원회의 과징금납부명령을 취소하였다.⁶⁾ 대법원은 서울고등법원의 판결은 관계법령과 기록에 비추어 수긍할 수 있고, 심리미진 및 재량권의 일탈·남용 등에 관한 법리오해로 인하여 판결결과에 영향을 미칠 위법이 없다고 판시함으로써 서울고등법원의 판결내용을 확정하였다.⁷⁾

2) 서울고등법원은 이 사건 과징금부과 처분이 ① 과징금의 액수가 법 제22조와 법 시행령 제9조 제1항, [별표 2] 제6호 단서, 이 사건 지침의 과징금부과기준 중 입찰에 관한 부분에서 정한 방식에 의하여 그 상한을 초과하지 않은 범위 내에서 산정된 것이라고 하더라도, 원고들이 비계약금액에 관한 과징금 액수를 산정함에 있어서는 이전에 계약금액에 비하여 그 절반의 과징금이 예외 없이 부과되었던 것에 비하여 4분의 3의 높은 부과기준율이 적용되어 산정된 점 ② 정유사별로 조사에의 협조여부나 종전의 법 위반횟수를 고려하여 에쓰오일이나 엘지칼텍스에 대하여는 일률적으로 2.5%의 과징금부과율을 적용하면서 단지 법 위반사실이 1-2회 정도 더 많고 조사에 협조적이지 않았다는 이유만으로 원고들에 대하여는 계약금액에 대하여는 4%, 비계약금액에 대하여는 3%의 상대적으로 높은 과징금부과율을 적용하여 정유사들 상호간의 형평성에도 반할 여지가 큰 점 ③ 그 외 사업자의 자금사정 등 현실적인 부담능력이나 과징금산정 참작요소 등은 조사에의 협조여부 등에 비하여 상대적으로 크게 고려되지 아니하여 과징금의 부당이득 환수적인 면보다는 제재적 성격이 지나치게 강조되고 그 액수 또한 과다하게 되었을 뿐 아니라, 입찰계약의 체결규모가 다른 정유

5) 공정거래위원회 2004. 12. 29. 전원회의 의결 제2004-385호, 과징금부과 내역은 <표 4> 참조.

6) 서울고등법원 2005. 11. 30. 선고 2004누24457 판결.

7) 대법원 2008. 11. 13. 선고2006두675 판결.

사들과의 사이에 균형을 상실하였던 점 등을 이유로 재량권을 일탈·남용한 경우에 해당되어 위법하다고 판시하였다.

아. 공정거래위원회의 과징금 재산정

공정거래위원회는 제2차 소송에서의 법원 판결취지에 따라 현대오일뱅크 및 인천정유에 법위반사실이 많고 조사에 비협조적이었다는 이유로 재처분시 계약금액과 비계약금액 각각에 대하여 과징금부과율을 가중하였던⁸⁾ 0.75% 및 0.55%를 제외하고 과징금부과율을 3.25%와 2.45%로 적용하여 최종적으로 과징금을 부과하였다.

이처럼 법원의 판결이유를 반영함으로써 현대오일뱅크 및 인천정유의 과징금부과율이 계약금액의 경우 4.0%에서 3.25%로, 비계약금액의 경우 3.0%에서 2.45%로 하향되어 부과과징금의 규모가 상당 폭 축소되었고, 인천정유의 경우 1999년과 2000년 연속 적자상태였고 특히 2000년에는 그 손실이 2,643억 원에 달했던 점을 감안하여 위의 과징금부과율에 따라 산정한 과징금에서 20%를 추가로 감경하였다.⁹⁾

<표 4> 과징금부과내역 (단위: 백만 원)

| 구 분 | | | 현 대 오일뱅크 | 인천정유 | 에쓰오일 | 에스케이 | 엘 지 칼텍스 | 계 |
|------------------------------|-----------|------|---------------------|---------------------|--------------------|-----------------------------------|----------------------------------|----------------------|
| 3년간 군납유류 | 계약금액 | | 116,765 | 84,408 | 137,673 | 205,511 | 168,443 | 712,800 |
| | 비계약금액 | | 596,035 | 628,392 | 575,127 | 507,289 | 544,357 | |
| 원심결 (00.10) | 부과(기준)율 | | 5.0% (35,640) | 5.0% (35,640) | 5.0% (35,640) | 5.0% (35,640) | 5.0% (35,640) | |
| | 가중·감경 | | 1/3 (11,880) | 1/3 (11,880) | △1/3 (△11,880) | 1/3 (11,880) | △1/3 (△11,880) | |
| | 과징금액 | | 47,522 | 47,522 | 23,760 | 47,522 | 23,760 | 190,086 |
| 재결 (01.2) | 부과기준율 | | 3.25% | 3.25% | 3.25% | 3.25% | 3.25% | |
| | 가중·감경 | | 0.75% | 0.75% | △0.75% | 0.75% | △0.75% | |
| | 부과율 | | 4.0% | 4.0% | 2.5% | 4.0% | 2.5% | |
| | 과징금액 | | 28,513 (△19,009) | 28,513 (△19,009) | 17,820 (△5,940) | 28,513 (△19,009) | 17,820 (△5,940) | 121,179 (△68,907) |
| 과징금 일부 적권취소 (04.12) | 부과 기준율 | 계약금액 | 부과기준율 | 3.25% | 3.25% | 3.25% | | |
| | | | 가중·감경 | 0.75% | 0.75% | △0.75% | | |
| | | | 부과율 | 4.0% | 4.0% | 2.5% | | |

8) 공정거래위원회 2004. 12. 29. 전원회의 의결 제2004-385호.
9) 공정거래위원회 2009. 1. 14. 전원회의 의결 제2009-021호, 과징금부과 내역은 <표 4> 참조.

| 구 분 | | | 현 대 오일뱅크 | 인천정유 | 에쓰오일 | 에스케이 | 엘 지 칼텍스 | 계 |
|----------------------|-----------------------|-----------------------|----------------------------------|----------------------------------|----------------------------------|------|------------|--|
| | 비 계 약 금 액 | 부과기준율 | 2.45% | 2.45% | 2.45% | | | |
| | | 가중·감경 | 0.55% | 0.55% | △0.55% | | | |
| | | 부과율 | 3.0% | 3.0% | 1.9% | | | |
| | 가중·감경 | | - | 감경20% | - | | | |
| | 과징금액 | | 22,551 (△5,962) | 17,783 (△10,730) | 14,369 (△3,451) | | | |
| 과징금 재산정 (09.1) | 부과 기준율 | 계 약 금 액 | 부과기준율 | 3.25% | 3.25% | | | 최종 부과 과징금 93,610 (△96,476) |
| | | 가중·감경 | - | - | | | | |
| | | 부과율 | 3.25% | 3.25% | | | | |
| | | 비 계 약 금 액 | 부과기준율 | 2.45% | 2.45% | | | |
| | 가중·감경 | - | - | | | | | |
| | 부과율 | 2.45% | 2.45% | | | | | |
| | 가중·감경 | | - | 감경20% | | | | |
| | 과징금액 | | 18,397 (△4,154) | 14,511 (△3,272) | | | | |

2. 관련법령 및 입찰제도

가. 부당한 공동행위 관련 법령

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」¹⁰⁾

제19조(부당한 공동행위의 금지) ① 사업자는 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 할 것을 합의(이하 "부당한 공동행위"라 한다)하거나 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니 된다.

1. 가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위
- 2.~8. (생략)

법 제22조(과징금) 공정거래위원회는 제19조(부당한 공동행위의 금지)의 규정에 위반하여 부당한 공동행위를 행한 사업자에 대하여 대통령령이 정하는 매출액에 100분의 5를 곱한 금액

10) 2001. 1. 16. 법률 제6371호로 개정되기 전의 것. 이하 "공정거래법" 혹은 "법"이라 한다.

을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다. 다만, 매출액이 없는 경우 등에는 10억 원을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다.

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령」¹¹⁾

제9조(과징금의 산정방법) ① 법 제6조(과징금) 본문·법 제22조(과징금) 본문·법 제24조의2(과징금) 본문, 법 제28조(과징금) 제2항 본문·법 제 31조의2(과징금) 본문 및 법 제34조의2(과징금) 본문에서 대통령령이 정하는 매출액"이라 함은 당해 사업자의 직전 3개 사업연도의 평균 매출액(이하 과징금부과기준매출액"이라 한다)을 말한다. (...하략...)

② 기타 과징금부과기준매출액의 산정에 관하여 필요한 사항은 공정거래위원회가 정한다.

제61조(과징금 부과기준) ① 법 제6조(과징금), 법 제17조(과징금), 법 제22조(과징금), 법 제24조의2(과징금), 법 제28조(과징금), 법 제31조의2(과징금) 및 법 제34조의2(과징금)의 규정에 의한 과징금의 종별 부과기준은 별표 2와 같다.

② 제1항의 규정에 의하여 산정된 금액은 법 제55조의3(과징금부과) 제1항 각호의 사항을 참작하여 이를 가중 또는 감경할 수 있다.

③ 이 영에 규정한 사항 외에 과징금의 부과에 관하여 필요한 세부기준은 공정거래위원회가 정하여 고시한다.

[별표 2] 위반행위의 종별 과징금부과기준(제61조 제1항 관련)

| 위반행위 | 관련법 조문 | 과징금부과기준 |
|----------------|-----------|--|
| 6. 부당한 공동행위 | 법 제19조 | 위반행위기간 x (동 기간 중 관련상품·용역의 매출액) x 5/100 이내. 다만, 입찰담합에 있어서 입찰계약이 체결된 경우에는 계약금액의 5/100 이내. 입찰계약이 체결되지 아니한 경우에는 10억 원 이하 |

11) 1997. 3. 31. 대통령령 제15328호로 개정되어 2004. 4. 1. 대통령령 제18356호로 개정되기 전의 것.

나. 원사건 당시 입찰제도

1) 군납유류 구매절차 및 입찰제도

가) 군납유류 구매절차

군납유류 구매는 각 수요군(육·해·공군)이 소요 유종 및 물량을 파악하여 연간 예산을 확보하고 국방부 조달본부에 관련예산 송부와 함께 조달요구를 하면, 조달본부는 원가산정 후 입찰을 통해 유류를 구매·계약체결하고 낙찰된 정유사는 각 수요군에 납품하는 방식으로 되어 있었다.

나) 군납유류 입찰제도

(1) 입찰방식

군납유류는 유종에 따라 단가제 입찰과 희망수량경쟁 입찰방식으로 입찰이 이루어졌다.

- 단가제 입찰 : 일정기간 동안 계속해서 공급계약이 필요한 경우 당해연도 예산범위안에서 단가에 대해 입찰을 실시하고 계약을 체결하는 방식 (국가계약법 제22조)
- 희망수량경쟁입찰 : 다량 물품 구매시 수요수량의 범위안에서 공급자가 공급할 희망수량과 그 단가를 입찰에 부치는 방식 (국가계약법 시행령 제17조)

(2) 입찰절차

- ① 입찰공고 : 매년 년초에 연간 소요분에 대한 일괄입찰 실시
- ② 원가(예정가격) 산정 : 정유사 제출 산자부 신고가 기초
- ③ 입찰등록
- ④ 입찰 : 입찰(재입찰), 재공고입찰(재입찰) 갱신공고입찰(재입찰)
- ⑤ 낙찰자 결정

2) 군납 유류 입찰의 문제점

가) 일부 형식적인 입찰

군납유류 입찰건 중 고유황 경유 공장도 및 항공유(JP-8) 송유관도 입찰은 형식은 경쟁입찰이나 실제 내용은 낙찰받을 수 있는 업체가 정해져 있어 경쟁입찰이라 볼 수 없었다.

고유황 경유 공장도는 울산, 여수, 대산에 소재한 정유사의 공장에서 각 군의 수요처가 직접 운송해 가는 조건의 입찰방식인데 대산공장은 현대오일뱅크이고, 여수공장은 엘지칼텍스이므로 대산과 여수 공장도 부분은 낙찰자가 이미 현대오일뱅크와 엘지칼텍스로 정해져 있었다.

항공유(JP-8) 송유관도의 경우는 특정기지까지 송유관을 통해 항공유를 운송하는 조건의 입찰방식인데 동 기지까지 연결된 송유관을 갖고 있는 정유사는 에스케이뿐이므로 처음부터 낙찰자가 정해져 있는 입찰이었다.

나) 예정가격 산정

국방부 조달본부가 입찰전에 각 정유사에게 산자부 신고가를 제출하도록 요청하고 이를 기초로 예정가격을 산정해 오는 관례 때문에 정유사들은 조달본부의 예정가격 수준을 예측할 수 있어 낙찰률이 거의 예정가격의 통상 98%이상 수준이었다.

3. 주요 쟁점

이 사건은 공정거래위원회의 원심결 이후 각 사업자들이 이의신청, 행정소송, 행정소송 판결에 따른 재처분, 재처분에 대한 행정소송 등 가능한 불복수단을 모두 활용하여 치열하게 다툰 사건이었다. 위와 같은 일련의 분쟁과정에서 입찰담합에 대한 과징금 산정과 관련하여 여러 의미 있는 판단이 이루어졌다.

이를 중요한 쟁점 위주로 간추려 보면, ① 원처분 당시의 공정거래법 및 시행령, 시

행령 [별표2] 등 관련 규정상 들러리업체에 대하여도 계약금액을 기준으로 관련매출액을 산정하는 것이 위법한지 여부 및 낙찰을 받은 업체와 들러리 업체를 유사하게 취급하는 것이 비례원칙에 반하는지 여부, ② 조사비협조자에 대한 과징금 산정시 공정거래위원회 재량의 정도, ③ 사적 손해배상소송이 계류되어 있는 경우 과징금 산정에 있어 이와 같은 사정을 참작할 것인지의 여부 등을 들 수 있을 것이다.

가. 입찰담합의 특수성과 과징금 산정

입찰담합에서는 해당 입찰에서 낙찰을 받은 사업자와, 들러리를 선 사업자가 존재한다. 낙찰을 받은 사업자는 직접 계약을 체결하므로 계약금액에 의하여 담합에 의하여 발생하거나 발생할 이득을 추정할 수 있는 관련매출액이 가시적으로 드러나는 반면, 들러리를 선 사업자는 해당 입찰과 관련하여 얻은 부당이득을 어떠한 방식으로 추정하고 무엇을 기준으로 관련매출액을 산정하여야 하는지에 대하여 논란의 여지가 있을 수 있었다. 특히 공정거래위원회의 원처분 당시 과징금부과의 근거규정이었던 법 시행령¹²⁾ 제61조 제1항 관련 [별표2] 제6호 단서에서는 과징금부과기준율에 대하여, ‘다만, 입찰담합에 있어서 입찰계약이 체결된 경우에는 계약금액의 5/100 이내. 입찰계약이 체결되지 아니한 경우에는 10억 원 이하’라고만 규정하고 있었기 때문에, “입찰계약이 체결된 경우”의 해석과 관련하여 들러리업체들에 대해 해당 규정을 적용할 수 있는 것인지, 계약금액을 기준으로 과징금을 부과하는 것이 타당하다고 판단되는 경우에도 낙찰 받은 사업자와 동일한 기준을 적용하는 것이 옳은지에 대하여 다툼이 있었다.

1) 들러리 업체에 대하여도 “계약금액”을 기준으로 관련매출액을 산정하는 것이 타당한지 여부

공정거래위원회는 원심결에서, 낙찰을 받은 사업자와 들러리를 선 사업자간에 차이를 두지 않고 모든 사업자의 계약금액을 기초로 하여 동일한 부과기준율을 적용하였다.

12) 1997. 3. 31. 대통령령 제15328호로 개정되어 2004. 4. 1. 대통령령 제18356호로 개정되기 전의 것.

사업자들은 이에 대하여 위 [별표2] 제6호 단서에서의 “계약금액”이라는 부과기준은 법 제22조 등에서 “일정한 매출액”을 기준으로 과징금을 부과하도록 하는 원칙에 반할 뿐만 아니라, 법에서 위임하지 아니한 사항을 규정하고 있어 무효이고, 다만 위 법 시행령 소정의 “계약금액”을 ‘전체 계약금액이 아닌 입찰담합에 참여한 각각의 사업자별 계약금액’으로 해석하는 경우에 한하여 법률에 위반되지 아니하므로, 공정거래위원회가 위 법 시행령 소정의 “계약금액”을 ‘각 행위자별 계약금액’이 아니라 5개 정유사의 계약금액 총액을 의미하는 것으로 해석하고 과징금을 부과한 것은 위법하고, 낙찰 받지 못한 사업자에게는 계약금액을 불문하고 10억 원 이하의 과징금을 부과하여야 한다고 주장하였다.

이에 대하여 제1차 소송의 원심법원은 계약금액을 기준으로 과징금을 부과하는 것에 대하여는, ‘입찰담합을 제외한 가격결정에 관한 부당한 공동행위에 있어서는 향후 이루어질 다수 거래선과의 계약금액 및 매출액을 공동행위 당시의 기준으로 확정할 수 없으므로 위반행위시의 매출액에 기초하여 과징금을 산정하는 반면, 입찰담합의 경우에는 입찰당시에 계약금액이 확정될 뿐 아니라 향후 계약불이행 등 특단의 사정이 생기지 않는 한 그 계약금액 자체를 매출액과 동일시 할 수 있는 사정이 있고 매출액이 성질상 실행행위의 종료 이후에 발생하는 등의 특수성이 있으므로, 이를 감안하여 법 제22조 및 법의 위임에 의한 법 시행령 제9조의 범위 내에서 법 시행령이나 피고의 내부지침으로 과징금부과의 기준금액을 위 “계약금액”으로 정하는 것이 허용된다’고 판시하였다. 한편, 들러리에 대한 과징금 산정과 관련하여, ‘낙찰자 입찰담합의 본질상 낙찰자가 아닌 들러리도 낙찰자로 하여금 이득을 얻게 한 법 위반행위의 공동주체인 점, 단지 입찰담합으로 인한 이득이 가담자 본인에게 직접 귀속되지 않는다 하여 위 가담자에게는 입찰계약금액의 다소를 불문하고 위 시행령 및 지침에서 규정한 “입찰계약이 체결되지 아니한 경우”를 적용하여 “10억 원 이하”를 과징금으로 부과하게 되면 입찰담합에 대한 제재로서 효과적이지 못하게 되는 점, 입찰계약이 체결되지 않은 경우에 관한 별도의 규정을 둔 것은 비록 유찰 등으로 담합업체들이 낙찰 받지 못했다 하더라도 입찰담합이 경쟁질서에 미치는 악영향이 매우 큰 점을 감안하여 실패한 담합에 대하여도 엄정 대처하려는 취지인 점에 비추어 위 지침이나 법 시행령 제61조 제1항 [별표2] 제6호 단서에서 규정하고 있는 “입찰계약이 체결된 경우”란 담합에 의하여 낙찰받은 업체가 있어 당해 입찰에서 계약이 체결된 경우를 말

하고, “입찰계약이 체결되지 않은 경우”란 담합은 있었으나 유찰 등으로 인하여 어느 담합업체도 낙찰받지 못한 경우를 의미하며, 입찰담합이 수개의 입찰과 관련된 경우에 위 “계약금액”은 각 당사자별 낙찰금액의 총액을 의미하는 것으로 봄이 상당하다고 판시하였다.

제1차 소송의 대법원 역시 관계 법령의 규정을 종합하여 보면 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 입찰담합에 있어서 과징금 부과기준이 되는 ‘계약금액’의 해석에 관한 법리오해 등의 위법은 존재하지 아니한다고 판시하여, 원심 판결을 지지하였다.¹³⁾

결국 이를 종합하면 시행령 [별표2] 제6호 단서에서 10억 원 미만의 과징금을 부과하도록 하는 단서 규정은 유찰 등으로 인하여 어느 업체도 낙찰 받지 못한 경우를 의미하고, 담합에 의하여 낙찰 받은 업체가 있어 당해 입찰에서 계약이 체결된 경우에는 낙찰을 받은 업체 및 들러리를 선 업체 모두에 대하여 계약금액을 기준으로 과징금을 산정할 수 있다는 결론에 이르게 되는 것으로 보인다.

이와 같은 공정거래위원회 및 법원의 판단은 일견 타당한 것으로 생각된다. 법원 판시와 같이 들러리도 범위반행위의 주체이고, 들러리는 해당 입찰을 양보하는 대가로 이익을 취득¹⁴⁾하고 이는 들러리 경쟁제한행위의 본질이라 할 수 있는데, 이러한 이익은 입찰계약금액의 다과에 따라 달라짐에도 해당 입찰에서 직접적으로 이익이 귀속되지 아니하였다는 이유로 소액을 한도로 한 과징금을 부과하여야 한다는 것은 부당하고, 또한 계약금액은 들러리업체가 취득한 이익의 규모를 추정할 수 있는 일응의 합리적인 지표가 될 수 있기 때문이다. 다만, 입찰담합의 유형에는 순번제, 희망수량경쟁입찰제, 지역할당제 등 여러 가지 형태가 있을 수 있는 바, 해당 담합이 입찰담합의 형식을 취하고 있지만 각 사업자가 얻은 부당이득의 수준을 비교적 용이하게 추론할 수 있는 경우에는 해당 사업자의 계약금액만을 관련매출액으로 하여 과징금을 산정하는 것이 더 적절한 경우가 있을 수 있다. 예를 들어 입찰담합의 형식을 가지고 있으나 실질은 지역분할 담합이어서 일반적인 지역분할 담합과의 형평을 고려할 때 해당 사업자가 낙찰 받은 계약금액만으로 과징금을 산정하는 것이 더 적절한 경우가

13) 대법원 2004. 10. 27. 선고 2002두6842 판결.

14) 일반적으로 다음번 입찰에서의 양보 또는 1회성 입찰의 경우 금전 또는 재하도급을 통한 수주 기회 등을 들 수 있을 것이다.

있을 수 있다. 또한 순번제 입찰담합에서 순번대로 각 사업자가 모두 낙찰을 받은 경우처럼 각 사업자별로 담합으로 인하여 얻는 이익을 해당 사업자가 낙찰받은 계약금액을 기준으로 판단하는 것이 더 적절한 경우도 있을 수 있다.

2) 낙찰을 받은 업체와 들러리 업체를 유사하게 취급하는 것이 비례원칙에 반하는지 여부

한편 제1차 소송의 원심법원은 위와 같이 계약금액을 기준으로 과징금을 부과한 것이 정당하고, 원고가 취득한 구체적인 이익의 규모를 산출할 수 없다고 하더라도, 원고가 위 낙찰로 인하여 상당한 이익을 취득하였으리라는 점을 충분히 예상할 수 있기 때문에 과징금부과처분은 비례의 원칙에 위배되지 아니한다고 판시하였다.¹⁵⁾ 그러나 제1차 소송에서 대법원은 위와 같이 계약금액을 기준으로 과징금을 부과한 것 자체는 정당하다 하더라도, 구체적으로 본 사건에서 낙찰을 받은 업체와 들러리 업체를 유사하게 취급하는 것은 비례원칙에 반한다고 판시하면서 원심판결을 파기하였다. 즉, 제1차 소송에서 대법원은, “과징금의 액수가 법 제22조와 법 시행령 제9조 제1항, 이 사건 지침 중 입찰에 관한 부분 또는 법 시행령 [별표2] 제6호 단서에서 정한 방식에 의하여 그 상한을 초과하지 않는 범위 내에서 산정된 것이라고 하더라도, 입찰담합에 있어서 입찰계약을 체결한 사업자와 참여자 사이에는 위반행위의 내용과 정도뿐만 아니라 위반행위로 인하여 취득하는 이익의 규모에 차이가 있고, 피고 스스로도 입찰계약을 체결한 사업자와 참여자 사이의 위와 같은 차이점을 고려하여 과징금을 부과해 왔으므로, 이 사건 입찰담합 중 원고가 참여자로서 입찰담합에 가담한 부분에 관한 과징금 액수를 산정함에 있어서는 위와 같은 참작사유에 있어서의 차이점을 고려하여 원고가 입찰계약을 체결한 부분보다는 낮은 부과기준을 적용하여야 할 것임에도 불구하고, 이러한 차이점을 전혀 고려하지 아니한 채 원고가 입찰계약을 체결한 부분과 같은 부과기준을 적용함으로써 그 액수가 과다하게 되었다고 할 수 있고, 결국 이 사건 과징금 부과처분은 원고가 참여자로서 입찰담합에 가담한 부분을 입찰계약을 체결한 부분보다 낮은 부과기준을 적용하지 아니하여 그 액수가 과다하게 산정됨으로써 비례의 원칙에 위배된 재량권 일탈·남용의 처분에 해당한다.”고 판시하였다.¹⁶⁾

15) 서울고등법원 2002. 5. 14. 선고 2001누2803 판결.

16) 대법원 2004. 11. 12. 선고 2002두5627 판결.

이에 위원회는 위 법원 판결의 취지에 따라, 비계약금액에 대하여 계약금액의 3/4 수준으로 과징금을 재조정하였다.¹⁷⁾ 사업자들 중 현대오일뱅크와 인천정유는 다시 불복하였고(제2차 소송), 서울고등법원은 다시 공정거래위원회의 처분을 비례원칙 위반으로 취소하면서 공정거래위원회가 비계약금액에 관한 과징금 액수를 산정함에 있어서는 이전에 계약금액에 비하여 그 절반의 과징금이 예외 없이 부과되었던 것에 비하여 3/4라는 높은 부과기준율이 적용된 점을 재량일탈의 요소 중 하나로 고려하는 취지의 판시를 하였으며,¹⁸⁾ 대법원은 위 판결내용을 그대로 확정하였다.¹⁹⁾

이에 공정거래위원회는 과징금을 재산정하면서 비계약금액에 대한 과징금 부과기준율을 계약금액에 대한 부과기준율의 3/4에서 다른 사례들과 같이 1/2로 조정하지는 아니하였으나, 계약금액과 비계약금액 대한 각각의 과징금부과기준율을 4.0%에서 3.25%, 3.0%에서 2.45%로 낮추어 과징금 규모를 상당폭 축소하였고, 사업자들이 더 이상 불복하지 아니함으로써 과징금은 위 금액으로 확정되었다.

나. 조사협조자에 대한 과징금 산정시 공정거래위원회의 재량

현대오일뱅크와 인천정유, 에스케이는 원심결에서 조사비협조를 이유로 부과과징금의 1/3을 가중 받았고, 공정거래위원회의 재결에서도 조사비협조를 이유로 0.75%를 가중 받았다.

1차 소송에서 원심판결과 대법원 판결은 모두, “법 제55조의3 제1항이 과징금을 부과함에 있어서 ‘위반행위의 내용 및 정도, 위반행위의 기간 및 횟수, 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등’을 참작하도록 포괄적으로 규정하고 위 규정에서 예시된 사유만으로 그 참작사유를 한정하지 않은 점, 공동행위는 당사자 사이에 은밀하게 이루어지는 것이 보통이어서 적발이 어렵기 때문에 조사과정에서의 협조 여부를 과징금 산정에 참작할 현실적인 필요성이 있다는 점 등에 비추어 보면, 조사에의 협조 여부 및 종전의 법 위반횟수를 과징금 산정의 참작사유로 할 수 있고, 처분 후 재결에서 종전의 법 위반횟수를 정상참작사유로 추가한다 하더라도 처분의 근거사유를 추가한 것

17) 공정거래위원회 2004. 12. 29. 전원회의 의결 제2004-385호.

18) 서울고등법원 2005. 11. 30. 선고 2004누24457 판결.

19) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006두675 판결.

에 해당하는 것은 아니어서 위법하지 아니하다”고 판시하여, 조사비협조를 이유로 한 가중도 원칙적으로 가능하며, 적법하다는 판단을 내렸다.²⁰⁾

그러나, 그 가중의 정도에 관하여는 사업자의 자금사정 등 현실적인 부담능력을 고려하지 아니하여 과징금의 부당이득의 환수적인 측면보다는 제재적 성격이 지나치게 강조되어 그 액수가 과다하고, 계약금액의 규모가 다른 정유사들과의 사이에 균형을 상실하게 되어 비례의 원칙에 위배된다고 판시하였다.

제1차 소송의 결과에 따라 공정거래위원회는 앞서 본 바와 같이 전체적인 과징금의 수준을 낮추고, 인천정유의 현실적인 납부능력을 감안하여 부과과징금의 20%를 추가 감경하였으나, 비협조자에 대한 과징금 가중 비율은 0.75%로 여전히 유지하여 조사협조자와 비협조자간의 과징금 부과율 차이를 동일하게 유지하였다.

이에 현대오일뱅크와 인천정유가 다시 제2차 소송을 제기하였으며, 대법원은 “조사에 협조한 엘지칼텍스, 에스오일에 대하여는 계약금액의 2.5%로 감액조정하면서도 원고들 및 에스케이에 대하여는 조사에 협조하지 아니하고 위에서 본 법 위반사실이 3회 이상에 해당한다는 이유로 감액조정하지 아니한 사실, 그 결과..(중략).. 각 낙찰금액에 대한 과징금 비율은 원고들의 경우 18.1% 및 26%에 달한 반면 다른 정유사들은 10.2% 내지 16.2%에 그쳤고, 특히 원고들의 계약금액은 에스케이의 1/2 및 1/3을 약간 넘는 수준에 불과함에도 조사에의 협조 여부 및 과거의 범위반횡수의 면에서 동일하다는 이유로 동일한 과징금이 부과된 사실”을 고려하여야 한다고 판시하였다. 또한 인천정유에 대해서는 “부채비율과 당기순이익을 고려할 때 사업자의 자금사정 등 현실적인 과징금 부담능력을 고려하지 아니하였으므로”, 공정거래위원회의 과징금 부과 처분은 재량을 일탈, 남용하였다고 판시하였다.²¹⁾

공정거래위원회는 법원의 판결 취지에 따라 현대오일뱅크 및 인천정유에게 법위반 사실이 많고 조사에 비협조적이었던 이유로 재심결시 계약금액과 비계약금액에 대한 각각의 과징금 부과기준율에 가중하였던 0.75% 및 0.55%를 제외시켰다.²²⁾

20) 서울고등법원 2002. 6. 20. 선고 2000누15028 판결; 서울고등법원 2005. 11. 30. 선고 2004누24457 판결; 대법원 2004. 10. 27. 선고 2002두6842 판결.

21) 대법원 2004. 10. 27. 선고 2002두6842 판결.

22) 이에 따라 현대오일뱅크 및 인천정유의 부과과징금은 각각 18,397백만 원, 14,511백만 원으로 계약금액 대비 부과과징금 비율은 15.7%, 17.2%로서 조사에 적극 협조했던 다른 정유사들의 계약금액 대비율(10.4% 내지

일반적으로 조사과정에서의 협조 여부를 과징금산정에 참작하는 것은 앞서 살펴본 바와 같이 은밀한 공동행위의 적발에 기여한다는 측면에서 타당하다. 그러나 그 가중, 감경의 수준에 있어 재량의 일탈·남용에 이르는 정도에 이른다면 공정거래위원회 법 집행의 신뢰성 측면에서 바람직하지 못한 결과를 초래할 것으로 생각된다.

동 심결이 이루어진 당시와 달리 현재에는 리니언시제도가 정착되어 공동행위의 적발이 한층 용이하여졌고, 리니언시요건을 충족하는 조사협조자들은 과징금을 전액 면제받거나 반액 면제받을 정도로 매우 큰 혜택을 누릴 수 있게 되었으므로, 제도적 이유로 조사협조자와 비협조자간의 과징금의 차이도 더 크게 벌어지게 되었다. 이처럼 리니언시제도가 활발하게 활용되는 이상 공동행위의 적발이 과거에 비하여 수월하여졌는바, 조사비협조자에 대하여 공동행위의 적발 필요를 이유로 취득한 이득의 규모에 비례하지 못할 정도로 가중하는 것은 그 근거를 과거에 비하여 더욱 상실했다고 볼 수 있을 것이다.

다. 소비자에게 손해배상을 하는 경우 과징금 산정에 있어 이를 참작 하여야 하는지 여부

현재까지 우리나라의 공동행위 관련 법집행 실태를 살펴보면, 공동행위로 인한 부당 이득의 환수가 주로 행정제재 즉, 공정거래위원회의 과징금 부과에 의하여 이루어져 왔음을 알 수 있다. 반면 미국의 경우에는 3배 배상제도 및 집단소송제도 등과 같은 제도적 뒷받침으로 사적 손해배상소송이 무척 활발하여, 공동행위로 인하여 피해를 입은 자들이 직접 민사소송을 제기함으로써 손해를 전보 받는 경우가 더욱 빈번하다.

공정거래위원회의 과징금 부과는 행정 제재적 성격과 더불어 위반사업자의 부당이득을 환수함으로써 법위반을 억제하려는 목적이 있는 반면, 피해자의 손해배상소송은 카르텔로 인한 피해자의 손해를 회복하는 것이 기본 목적이다. 그러나 양자 모두는 결국 사업자들에 대하여 공동행위의 유인을 제거함으로써 공동행위의 억제라는 동일한 효과를 창출한다. 즉 위 두 가지 방법은 이득의 귀속 주체가 국가이거나(직접 또는 간접적으로) 피해를 입은 사인이라는 차이점이 있을 뿐, 궁극적으로 법위반 사업자가

16.2%)과 거의 유사해지게 되었다(2009. 1. 14. 공정거래위원회 전원회의 의결 제2009-021호).

취득한 부당이득을 환수함으로써 카르텔을 억제하는 효과가 존재한다는 측면에서 동일한 것이다. 이에 공적 집행과 사적 손해배상청구가 동시에 이루어지는 경우, 부당이득 환수가 이중으로 이루어질 수 있으므로, 이 같은 사정을 과징금 산정시 고려하여야 하는지의 문제가 제기될 수 있다.

제1차 소송에서 원심법원은 에쓰오일이 제기한 원처분 취소소송의 판결에서 이 사건 입찰담합으로 인한 손해배상소송이 법원에 계류 중인 사실, 5개 정유사들이 가격 할인 등을 통하여 부당이득을 일부 환수당한 사실을 인정하면서도, 이 같은 사정만으로 위법의 정도가 중한 이 사건에서 공정거래위원회가 부과한 과징금의 규모가 현저하게 타당성을 잃었다거나 비례의 원칙에 위배하여 재량권을 남용·일탈하였다고 보기는 어렵다고 판단하였다.²³⁾ 이에 대하여 대법원은 과징금의 산정이 비례의 원칙에 위배된다고 판단하면서도, 그 이유로 입찰담합에 있어서 입찰계약을 체결한 사업자와 참여자 사이에는 위반행위의 내용과 정도뿐만 아니라 이익취득 규모에도 차이가 있음에도 이를 고려하지 않은 것만을 들었다.²⁴⁾

위 대법원 판결의 판시내용을 살펴보면, 행정제재인 공정거래위원회의 과징금부과 처분 외에 기타 구제수단, 즉 부당이득 환수가 이루어지거나 사적 손해배상 소송이 제기된 경우에 이를 과징금의 산정에 반드시 참작하여야 하는지 여부에 대하여 대법원이 명확하게 판단을 내린 것으로는 보이지는 아니한다. 그러나 원심법원의 판단에 대하여 다른 의견을 제시하지 아니하고 있는 것으로 미루어 일응 공정거래위원회의 과징금 산정에 대하여 사적 손해배상소송을 특별히 고려하지는 않았던 원심법원의 판결을 지지하는 것으로 보인다.

앞서 언급한 바와 같이 공정거래위원회의 과징금 부과처분은 부당이득환수적 성격과 제재적 성격이 가미된 것이고, 사적 손해배상소송²⁵⁾은 피해자의 손해를 회복하기 위한 것으로 그 목적이 상이한 것이 사실이다. 또한 현재까지 사적 손해배상소송이

23) 서울고등법원 2002. 5. 14. 선고 2001누4803 판결.

24) 대법원 2004. 11. 12. 선고 2002두5627 판결.

25) 위반사업자가 자율적으로 부당이득을 일부 피해자에게 환원한 경우, 이는 피해자의 손해회복이라는 동일한 목적을 가지고 있기 때문에 사적 손해배상소송의 손해액을 산정함에 있어 손익상계의 대상이 될 수 있다(서울지방법원 2007. 1. 23. 선고 2001가합10682 판결). 그러나 사적 손해배상 소송에서 본 사건과 같이 국가가 피해자(국방부)이자 행정제재의 주체(공정거래위원회)인 경우, 우연한 사정으로 피해자와 행정제재 주체가 동일하다는 이유로 이를 손익상계하는 것은 타당하지 않다(동 판결).

활발하지 아니하였고, 손해배상소송을 할 것인지 여부는 개별 피해자가 결정하여야 할 사항으로 강제할 수 없으며, 미국과는 달리 3배 배상제도나 집단소송제도 등이 미비되어 있는 우리나라 법현실상 사적 손해배상소송이 활성화될 가능성 역시 현 시점에서 명확하게 예측하기 어렵다. 결국 우리나라에서 공동행위의 억제 및 부당이득의 환수 기능은 여전히 공정거래위원회의 과징금 부과에 의하여 이루어지는 것이 사실이고, 제기될지 여부가 불투명한 사적 손해배상소송을 고려하여 과징금을 산정하는 것은 아직은 이른 것으로 생각되어, 법원의 위와 같은 판단은 타당한 것으로 보인다.

다만, 향후 제도의 변경을 통하여 사적 손해배상소송이 활성화되고 법집행 경험이 축적되어 사적 손해배상소송이 공정거래법 집행의 큰 축을 이루게 된다면, 이 쟁점은 다시금 논의될 필요가 있다고 생각된다. 즉 담합으로 인하여 사업자가 취득한 이득은 국가가 환수하기보다는 피해자가 손해배상을 받는 방법으로 환수하는 것이 손해배상법리의 일반원칙에 적합할 뿐만 아니라, 환수를 시도할 인센티브, 환수금액 산정의 투명성 측면에서도 바람직할 것이다. 따라서 장기적으로는 사적 손해배상소송을 통하여 피해자가 손해를 전보받도록 함으로써 사업자의 부당이득을 환수할 수 있도록 하고, 이렇듯 사적 손해배상소송이 활성화되는 경우에는 공정거래위원회의 과징금 부과시 부당이득 환수적 요소보다 제재적 측면에 초점을 맞추는 것이 바람직할 것으로 보인다.

4. 의의

가. 입찰담합에 있어서의 과징금 산정에 관한 과징금부과기준의 명확화

2. 가.에서 살펴본 바와 같이, 위 사건에 적용되던 당시의 법령인 공정거래법 시행령 제61조, 시행령 [별표2]에서는 입찰담합에 있어서의 과징금부과기준에 대하여 입찰계약이 체결된 경우에는 계약금액의 5/100 이내, 입찰계약이 체결되지 아니한 경우에는 10억 원 이하라는 규정만을 두고 있었다. 또한 당시 규정상 입찰담합에 대한 과징금부과기준을 별도로 두고 있지 않아, 들러리 업체들에 대한 과징금 부과기준에 대한 다툼을 초래하였다. 이 사건 이후인 2004. 4. 1. 공정거래위원회는 「과징금부과 세부기준 등에 관한 고시」(이하 “과징금고시”라 함)를 개정하고, 응찰하지 아니하였거

나 탈락한 자에 대하여 기본과징금의 2분의 1 범위 내에서 감액할 수 있다는 규정을 신설하여, 들러리사업자에 대한 과징금 산정방식에 대하여 재량의 여지는 있으나 예측 가능한 가이드라인을 제시하였다.

한편 위 사건에 대한 판단 당시 공정거래법에서는 입찰 또는 경매에 있어서의 공동행위를 규정하고 있지 아니하여, 전형적인 입찰 공동행위인 본건 담합을 공정거래법 제19조 제1호 가격공동행위로 의율 하였으나, 2007. 8. 3. 입찰 또는 경매 유형의 공동행위에 대한 규정이 동조 제8호에 신설되어 입찰담합의 적용법조 역시 명백하여지게 되었다.

나. 불합리한 군납유류 입찰제도 개선 기여 및 경쟁 활성화

앞서 2. 나. 에서 살펴본 바와 같이, 본 사건을 계기로 조사과정에서 나타난 불합리한 군납유류 입찰제도 및 예정가격 산정방식에 대해 국방부 조달본부에 제도개선을 요청함으로써 MOPS가격(항공유), 대형민수처 실거래가격(다른 유종)을 기준으로 예정가격 선정방식이 바뀌는 등 군납유류 입찰제도의 개선이 이루어졌다.

아울러 군납유류 입찰담합에 참가한 정유 5개사에 엄중한 시정조치를 함으로써 이후 군납유류 입찰시장에 경쟁이 본격화되는 성과를 거둘 수 있었다.

다. 조사 배경 및 본건의 사회적 파급력

2000. 7. 국방부 조달본부가 '98년, '99년 정유 5사로부터 군항공유와 경유를 구매하면서 민간기관인 국내 항공사, 수협, 철도청보다도 높은 가격을 지불하여 그 차액 1200여억 원을 환수하는 방안을 강구하라고 감사원으로부터 권고를 받았고, 2000년도 입찰시에는 국방부가 예정가격을 종전 국내가격에서 국제 가격으로 낮춰 잡음에 따라 5개 정유사는 가격을 올리기 위해 계속 고가로 응찰하였으며, 그 결과 9차례나 유찰되어 군은 전시 비축유를 20% 이상 사용하는 등 비상상황에 몰렸다는 내용의 언론 보도가 있었다.²⁶⁾

26) 2000.7.5., 7.6., 7.7.자 동아일보 기사.

이에 국방부는, 1998년부터 2000년까지 국방부에 유류를 공급하는 과정에서 공정거래법상의 부당한 공동행위 또는 차별적 취급행위를 하였다는 혐의로 5개 정유사를 2007년 7월 5일 공정거래위원회에 신고하였고, 공정거래위원회는 조사에 착수하였다.

이로 인하여 당시까지 적발된 공동행위 중 최고 액수의 과징금이 부과되었고, 앞서 살펴본 바와 같이 약 9년간의 법적 공방을 거치면서 입찰담합에서의 과징금부과에 관하여 다양한 쟁점에 대한 유의미한 판결이 실시되었다.

한편 아래에서 살펴보는 바와 같이 이 사건을 계기로 국방부는 5개 정유사에 대하여 천문학적 금액의 손해배상소송을 제기하였다. 이 사건에서 1심과 항소심 법원은 손해액의 산정 방식에 관하여 입장이 나뉘었고, 현재는 상고심에 계류되어 대법원의 최종적인 판단을 기다리고 있다. 이 사건에 대한 대법원의 판단은 우리나라에서 활발하지 아니하였던 사적 손해배상소송에 있어서 중요한 선례가 될 수 있을 것으로 기대된다. 한편 손해배상소송 과정에서 공정거래위원회는 보유한 증거의 개시 등을 통하여 피해자의 입증활동을 도움으로써 사소 활성화를 통한 경쟁법 집행에 크게 기여하였다.

라. 관련사건 : 국방부의 5개 정유사에 대한 손해배상청구소송

대한민국은 공정거래위원회 원심결 이후에 공정거래위원회의 절차와는 별도로, 자신이 입은 손해의 배상을 구하는 소송을 제기하였다. 이 소송은 1심, 항소심을 거쳐 현재 대법원에 계류 중이다. 이 소송에서 각급법원은 담합으로 인한 손해액 산정 및 손해액과 과징금과의 관계 등에 대하여 자세하게 판단하였는데, 이는 그 자체로도 유의미할 뿐더러 향후 법집행 방향에 대하여도 시사하는 바가 있으므로 이하에서 간단하게 소개하기로 한다.

1) 사건개요

대한민국은 공정거래위원회의 원심결 이후인 2001. 2. 14. 서울지방법원에 5개 정유사들을 상대로 약 1,564억 원의 손해액(그 후 손해액을 약 1,659억 원으로 확장하였다)을 연대하여 지급하라는 내용의 손해배상청구소송을 제기하였다. 서울중앙지방법

원은 2007. 1. 23. 5개 정유사들에 대하여 연대하여 원고 대한민국에게 손해액으로 약 810억 원 및 이에 대한 이자를 지급하라는 내용으로 원고 일부 승소판결을 선고하였다.²⁷⁾ 원심판결에 대하여 쌍방 당사자가 모두 항소하였고, 서울중앙지방법원은 2009. 12. 30. 5개 정유사들에 대하여 연대하여 원고에게 손해액으로 약 1,300억 원 및 이에 대한 이자를 지급하라는 판결을 선고하였다.²⁸⁾ 이 판결에 대하여 쌍방 당사자가 모두 상고하였고, 동 판결은 현재 상고심에 계속 중이다.

2) 법원 판결의 내용

가) 1심 판결

원심은 담합으로 인한 손해액에 대하여 기본적으로 ‘피고들의 담합행위로 인하여 형성된 가격’(낙찰가격)과 ‘피고들의 담합이 없었을 경우에 형성되었으리라고 인정되는 가격’(경쟁가격)과의 차액을 기준으로 하되, 그 산정방법에 있어서는 원고가 주장 하였던 표준시장비교방법²⁹⁾을 배척하고 계량경제학 모형에 의한 추정방법을 채택하였다.

즉, 원심은 원고가 주장한 표준시장 비교방법이 입찰 주체별 특수성과 가격에 영향을 미치는 많은 변수들의 효과를 적절하게 감안하지 않은 방법으로 적절하지 못하다고 판단하고, 피고의 감정인의 결과보고에서는 측정의 전제가 되는 자료상의 오류가 발견된다는 이유로 기본적으로 법원이 지정한 감정인단의 보완감정결과를 채택하고 약간의 수정을 가하여 손해액을 산정하였다. 또한 과징금의 납부 및 손해액의 배상 대상이 모두 국가라는 점과 관련하여, 손해액 산정에 있어 이를 고려하여야 하는지 여부에 대하여, 과징금은 담합행위의 억지라는 행정목적 실현하기 위한 행정상 제재금으로서의 성격과 불법적인 경제적 이익을 환수하기 위한 부당이득 환수적 요소가 혼재되어 있는 것이기는 하지만, 과징금은 손해의 전보를 목적으로 하는 사법상의 불법행위로 인한 손해배상책임과 구분되고, 이들을 손익상계의 대상이 되는 동일한

27) 서울지방법원 2007. 1. 23. 선고 2001가합10682 판결.

28) 서울고등법원 2009. 12. 30. 선고 2007나25157 판결.

29) 표준시장비교방법이란 유사한 시장에서의 가격을 참조하여, 양 시장의 차이점을 고려하여 가격을 적절히 수정하는 방법으로 담합이 없었다면 존재하였을 가격을 추정해 낸 후 그 차액만큼을 손해로 추정하는 방법을 말한다. 원고는 싱가포르 현물시장 가격(Means of Platt's Singapore, MOPS)을 기초로 할 것을 주장하였다.

목적과 성격을 지닌 급부로 보기 어려우며, 단순히 과징금의 실질적 부과 주체인 국가가 담합행위의 피해자라는 점 때문에 손해배상액을 정함에 있어 과징금의 부과 여부 및 그 액수를 고려하게 된다면, 피해자가 국가라는 우연한 사정에 기하여 가해자가 부담하는 손해배상액이 달라지는 부당한 결과가 도출된다는 이유로, 과징금을 부과함에 있어서 담합행위로 인하여 취득한 이익의 규모를 고려할지언정 담합행위로 인한 손해액을 산정함에 있어서 과징금의 부과 여부 및 그 액수를 고려할 것은 아니라는 결론을 내렸다.

나) 항소심 판결

항소심에서는 손해액 산정의 방법과 관련하여 계량경제학적 방법을 배척하고, 원고의 주장과 같이 MOPS 가격에 근거한 표준시장비교방법을 채택하였다. 항소법원은 MOPS 가격비교방법을 채택한 이유를 계량경제학적 방법이 ① 전문가들의 경제적 논증에 대한 규범적 통제가 어렵다는 점, ② 각 모형에 의하여 추정된 각 손해액의 편차가 5.5배를 초과할 정도로 매우 큰 점, ③ 우리나라의 손해배상 제도가 미국에서의 3배 배상 원칙을 인정하지 않는 점 등에 비추어 그 적용에 현실적인 제약이 있는 반면, MOPS 가격 비교방법은 이 사건 담합행위 종료 후 9년간의 비교자료를 검토한 결과, 분석자의 가치관과 무관하게 객관적 현실에의 적합성이 매우 높은 결론을 얻을 수 있으므로, 계량경제학적 방법에 비해 우월한 방법이라고 판단하였다. 또한, 과징금을 부과받은 것을 손해배상액의 산정에 있어 고려하지 않아야 한다는 점에 있어서는 원심판결과 결론을 같이하였다.

3) 본 판결의 의의

사적 손해배상소송인 이 소송이 제기됨으로 인해 하나의 공동행위에 대하여 공정거래위원회의 시정조치 및 과징금 부과명령이라는 행정적 제재, 형사고발을 통한 형사제재,³⁰⁾ 피해자에 의한 사적 손해배상 등 공정거래법의 공적 집행과 사적 집행이 모두 이루어지게 되었다. 특히 이 사건은 공동행위에 대한 국내 최대의 사적 손해배상소송에 해당한다.

30) 공정거래위원회의 형사고발로 3개 정유사의 임원 5명이 벌금형을 선고받아 확정되었다.

동 판결의 고유한 의미로는, 손해액 산정 방식에 대하여 법원의 상세한 판단이 이루어졌다는 점을 들 수 있다. 본 사건에서 손해액의 산정방법과 관련하여 표준시장비교방법을 사용할 것인지 계량경제학적 분석방법을 사용할 것인지, 계량경제학적 분석방법을 사용할 경우에도 어떠한 모델이 적합한지에 대하여 치열한 법적 공방이 있었다. 실제로도 1심에서 계량경제분석방법을 채택하고 감정인단의 의견을 기초로 하여 손해액을 산정한 반면 항소심에서는 이를 배척하고 비교시장가격분석방법을 사용하였다. 각 손해액 산정 방식과 관련하여, 일반적으로 표준시장비교방법의 경우 사안별로 담합이 문제된 시장이 특수하여 유의미한 표준시장을 상정할 수 없는 경우에는 방법상 한계가 존재하고, 계량경제학 모형에 의한 손해액 산정의 경우 모형에 사용되는 변수와 해당 변수들이 손해액 산정에 미치는 경중에 대한 정확한 평가가 무척 어렵고 실제로 결과를 신뢰할 수 없을 정도로 손해액의 편차가 크게 나타나는 경우도 있다는 점이 한계로 지적된다. 이 사건은 현재 대법원 판결을 기다리고 있고, 이에 대한 대법원 판단은 앞으로 공정거래법 위반행위에 대한 손해배상소송에 있어 손해액 산정에 대한 시금석이 될 수 있을 것이다. 향후 공동행위에 대한 사적 손해배상소송이 활성화되고, 시장 특성에 따라 어떠한 방식으로 손해액을 산정할지의 기준을 제시하는 법원 판결도 누적되면 손해배상소송은 더욱 활발해질 것으로 기대된다.

이 같은 손해배상소송의 활성화는 공동행위의 억제에 기여할 뿐만 아니라, 공동행위에 대한 전반적인 경쟁법 집행 방법의 변화에도 기여할 것으로 보인다. 이 과정에서 공정거래위원회는 손해배상소송을 제기한 실수요처나 소비자들에 대하여 관련 증거를 송부하는 등 입증활동에 도움을 줌으로써 기여할 수 있을 것이다.

한편 이렇듯 경쟁법의 사적 집행이 활성화되어 피해자들이 적극적으로 손해를 전보받게 된다면, 과징금 산정에 관하여 경쟁당국의 법집행은 부당이득의 환수보다는 제재적 측면에 초점이 맞추어지는 것이 적절할 것이라는 점에 대해서는 앞서 언급한 바와 같다. 반면 손해배상소송에서는 피해자들이 자신이 입은 손해를 배상받는 것이므로 과징금이 부과되었다는 사정은 고려할 것은 아닌 것으로 보인다. 사적 손해배상소송의 하급심 판결에서 “과징금을 부과함에 있어서 담합행위로 인하여 취득한 이익의 규모를 고려할지언정 담합행위로 인한 손해액을 산정함에 있어서 과징금의 부과 여부 및 그 액수를 고려할 것은 아니다”라고 판시한 것도 같은 취지로 이해할 수 있다.

[12] 3개 학생복 제조사의 부당한 공동행위에 대한 건 의결 제2001-082호

박 성 범 (변호사, 법무법인 화우)

공정거래위원회는 국내 교복시장의 상위 3개 사업자들이 산하 전국 총판대리점들과 함께 전국 규모의 조직을 결정한 뒤 담합하여 교복가격을 결정하거나 학부모회 등에서 추진하는 교복공동구매 운동 등을 조직적으로 방해한 행위에 대하여 공정거래위원회가 법 제19조 제1항을 적용하여 시정명령, 과징금부과 등의 시정조치를 하였다.

이 사건은 교복시장의 상위 3개 제조업체와 전국의 유통업체들이 수평적·수직적 공동행위에 가담한 유례가 없었던 사건으로 평가된다. 또한 전형적인 공동행위 유형인 가격공동행위 이외에 공동구매 방해행위와 사은품, 판촉물의 제공금지 또는 자체행위 및 백화점 입점수수료 제한행위 등에 대하여 다른 사업자의 사업활동을 공동으로 방해하는 행위로 의율하였다.

사교육 분야의 오래된 담합행위를 적발했다는 집행사례로서의 의의에 더하여 담합행위 적발 이후에 학부모 3,525명이 학생복 제조 3사를 상대로 집단적인 손해배상청구 소송을 제기하여 일부 승소판결을 받은 최초의 사례로서 더 큰 관심을 받았다.

미국의 Class Action과 같은 집단소송 제도가 도입되지 않은 상황에서 다수의 피해자가 자신들이 담합행위로 입은 피해구제를 위해 집단적으로 손해배상청구를 한 이 사건에서 피해자들이 입은 손해액을 얼마로 볼 것인가가 주된 쟁점이 되었다. 법원은 원고가 감정절차나 증거자료 제출 등을 통해 손해액을 구체적으로 입증하지 않았음에도 손해액을 소비자가 실제로 지불한 가격과 담합이 없었을 경우에 형성되었을 적정가격의 차액으로 산정하는 차액설을 기반으로 하면서 그 기초가 되는 적정가격을 변론과정에서 나타난 시장현황이나 특징, 규모, 매출액, 제조원가, 유통구조, 마진율, 위법행위의 정도 등 여러 가지 사정들을 종합적으로 고려하여 산정하는 방식으로 손해액으로 인정하였다.

이 사건을 계기로 담합행위를 한 사업자들을 상대로 소비자들이 집단적으로 손해배상청구를 제기하는 사례가 증가하기 시작하여 최근에는 많은 유사 사건들이 진행되고 있다.

1. 사건개요

가. 시장현황

1) 학생복 제도의 변화

1960년대부터 1981년까지 전국의 중·고등학교 학생들은 획일화된 모양의 학생복을 의무적으로 착용하였고, 1982년부터 1986년까지 학생복이 폐지되어 자율복장을 착용하였으나 1987년 다시 학생복이 부활됨으로써 2000년 말 현재 약 95%의 학교가 다양한 소재와 스타일로 학생복 착용을 의무화하고 있다.

2) 학생복의 시장규모 및 공급현황

(가) 2000년도 기준으로 중·고등학교의 신입생 125만 명과 전입학생 및 재구매하는 재학생 약 25만 명을 고려할 때 학생복의 수요량은 동복 및 하복 각 150만 벌 정도로 추정되며, 이에 따른 연간 학생복의 시장규모는 소비자가격을 기준으로 하여 약 3,000억 원 정도로 추정된다.

(나) 학생복의 공급은 크게 보아 피심인 3사의 브랜드제품과 일반 중소기업의 제품으로 이원화되어 있는 데, 최근 학생들의 브랜드제품 선호취향 등의 영향으로 피심인 3사의 시장점유율은 지속적으로 증가하여 2000년도에는 판매수량을 기준으로 하여도 50%를 상회하고, 소비자가격기준으로는 50%를 훨씬 상회하는 것으로 추정된다.

3) 학생복의 유통구조

(가) 피심인 3사중 SK글로벌(주)와 제일모직(주)는 하청업체를 통해 학생복을 제조한 뒤 수도권지역은 대리점을 통해 판매하고 그 밖의 지역에서는 해당지역 총판에게 학생복을 판매하고 있으며, 총판은 이를 다시 대리점에 판매하며, 대리점은 소비자에게 판매하는 형태를 취하고 있다. 그리고 (주)새한은 총판과 거래함이 없이 바로 대

리점들과 거래하는 형태를 취하고 있다.

(나) 일반 중소기업의 경우 대부분 자신이 학생복을 직접 제조하여 소비자들에게 판매하는 형태를 취하고 있다.

4) 학생복시장의 특성

학생복은 학생들이 필수적으로 구매하여야 하는 상품으로서 소재, 세트화하는 품목(니트조끼 등), 디자인 등에 따라 학교별로 다양하다.

이에 따라 학생복은 타지역 판매가 불가능하므로 자연스럽게 판매지역이 분할됨으로써 완전경쟁상태에 가까운 일반 패션의류와는 달리 지역별 과점상태에 놓이게 되므로 지역별로 카르텔결성이 용이하다.

또한 매출이 연중 2차례(동복, 하복)에 편중되어 약 1개월 정도의 단기간동안 발생되므로 제조 또는 유통업체들이 카르텔을 결성하는 경우 카르텔 이행의 감시비용이 적게 든다는 특징이 있다.

5) 학생복 공동구매 제도

공동구매란 학부모회 등이 주체가 되어 공동으로 구매할 의사가 있는 학생들을 대상으로 학생복업체를 지정하여 단체로 구입하거나 공개입찰을 통해 구입하는 것을 말하며, 공동구매로 구입한 학생복 가격은 2000년도 기준으로 동복의 경우 약 100,000원, 하복의 경우 약 40,000원 정도로 피심인 3사 제품가격의 절반수준이다.

학생복의 고가화에 따른 경제적 부담으로 소비자들의 불만이 커지자 1998. 10. 대구광역시 소재 도원중학교를 시작으로 최근 공동구매가 활성화되고 있는 추세이며 2000년도 하복시즌에는 30여 개 이상, 2001년도 동복 시즌에는 100여 개 학교에서 공동구매를 추진한 것으로 파악되고 있다.

나. 행위사실

1) 공동행위 실행 추진체계의 결성

(가) 피심인 SK글로벌(주), 제일모직(주) 및 (주)새한(이하 주식회사 명칭은 생략하고, 피심인들을 합하여 “학생복 제조 3사”라 함)은 학생복 제조 및 판매업을 영위하는 사업자들로서 1998. 9. 이후 학생복 소비자가격을 일정한 수준으로 유지하고 고객에 대한 사은품 및 판촉물 경쟁을 자제하기 위하여 피심인 3사 및 피심인 3사의 제품을 재판매하는 총판·대리점들간 협의기구가 필요하다는데 인식을 같이 하고 지역별 협의회 결성을 추진하였다.

(나) 학생복 제조 3사(영업팀장)는 1998. 11. 13. 및 1998. 11. 17. 각각 대전 샤프호텔에서 3사의 총판 및 지역대리점 대표 약 20명과 함께 모임을 갖고 3사의 총판·대리점들로 구성된 지역별 협의회 및 전국단위의 지역대표 모임을 구성하여 가격덤핑 및 사은품·판촉물 제공 등을 자제하기로 합의하였다.

(다) 또한, 학생복 제조 3사의 영업팀장과 학생복 제조 3사의 제품을 판매하는 총판·대리점들로 구성된 20명의 발기인들이 참가하여 1998. 11. 24. 대전 샤프호텔에서 「전국학생복발전협의회」(이하 “중앙협의회”라고 함)를 창립하였다. 위 중앙협의회는 학생복 제조 3사의 제품을 판매하는 총판·대리점들을 구성원으로 조직되었고, 20명의 발기인들과 8명의 임원들이 학생복 제조 3사별·지역별로 골고루 안배되었다.

(라) 학생복 제조 3사가 중앙협의회와 함께 지역별 협의회를 구성기로 함에 합의함에 따라 1998. 11. 이후 전국에 걸쳐 지역별 협의회가 구성되었는데, 중앙협의회와 함께 전국에 걸쳐 60여 개의 지역별 협의회를 구성한 후 업무연락 등을 통하여 연계하여 활동하였고, 대구·경북학생복발전협의회와 울산학생복연합회는 정관규정 등을 작성하고 활동하기도 하였다.

2) 학생복 소비자가격을 공동으로 결정·유지·변경하는 행위

(가) 피심인 SK글로벌의 스마트팀장 정효진, 제일모직의 아이비클럽팀장 장종표,

용 가격표를, 새한은 출고가 및 소비자정가를, 그리고 제일모직은 출고가·총판가·소비자가가 포함된 가격표의 통보 또는 대리점별 판매마진율을 정한 약정서 체결 등의 방법으로 가격합의의 기준으로 작용하는 재판매기준가격을 지정하여 해당 총판 및 대리점들에게 통보하고 지역별로 3사의 제품을 재판매하는 대리점들로 하여금 학생복 소비자가격을 공동으로 결정하여 판매하도록 하였다.

3) 다른 사업자의 사업활동을 공동으로 방해하는 행위

(가) 학생복 제조 3사는 1998. 10. 대구광역시 소재 도원중학교에서 학부모들이 입찰을 통해 학생복을 저렴한 가격으로 구매(이하 “공동구매”라 함)하자 중앙협의회와 함께 공동구매의 확산을 차단하기 위한 공동 대응방안을 모색하고, 중앙협의회 및 지역별 협의회를 통하여 조직적으로 공동구매가 이루어지지 못하도록 방해한 사실이 있다.

(나) 학생복 제조 3사는 1998. 11. 13. 및 1998. 11. 17. 3사 팀장과 총판·대리점 대표 등이 참석하는 회의를 통해 대리점들이 학생복을 구입한 고객에게 제공하는 사은품과 학생복 구입대상 소비자에게 제공하는 판촉물을 금지 또는 자제시키기로 합의하였고, 1998. 12. 31. 3사 팀장회의에서 일체의 사은품 지급을 중단키로 합의하고 지역별 3사 대리점들의 사은품 제공행위에 대하여 해당 대리점을 제재하기로 논의한 사실이 있다.

(다) 학생복 제조 3사는 1998. 12. 31. 팀장회의에서 백화점 입점시 입점수수료를 13% 이하로 합의하였으며, 1999. 1. 26. 중앙협의회 임원과 함께 참석한 회의에서 백화점 입점수수료를 13% 이하로 하는 것이 제대로 지켜지지 않는 것에 대해 논의한 사실이 있다. 또한, 중앙협의회와 함께 대리점들의 백화점 입점여부를 지역별 협의회에서 공동으로 결정하여 시행하도록 하였고, 이에 따라 호남지역의 지역별 협의회 등에서는 공동으로 백화점에 입점하지 않기로 결정하였다.

다. 공정거래위원회의 심결

1) 원심결

학생복 제조 3사의 위와 같은 행위에 대하여 공정거래위원회(이하 “공정위”라 함)는 학생복 제조 3사가 공동으로 중앙협회의 임원 등과의 회의를 거쳐 학생복 제조 3사의 학생복을 재판매하는 총판 및 대리점들로 하여금 학생복의 판매가격을 결정하거나 유지하도록 합의하는 등의 행위는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 ‘법’이라 한다) 제19조 제1항 제1호의 ‘가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위’에 해당하고, 공동구매의 저지 내지 중소기업체의 입찰 참여방해 등을 위한 공동대응행위와 대리점들의 사은품·관촉물 제공의 금지 또는 제한행위 및 대리점들의 백화점 입점 여부 및 수수료율을 결정하는 행위 등은 법 제19조 제1항 제8호의 ‘다른 사업자의 사업 활동 등을 방해하거나 제한하는 행위’에 해당하는 것으로 판단하여 법 제21조, 제22조를 적용하여 시정명령 및 학생복 제조 3사 합계 총 89.4억 원의 과징금납부명령 등의 처분을 하고, 아울러 범위반사실공표명령¹⁾과 자신들이 거래하는 모든 총판 및 대리점에 대하여 위반사실을 서면통보 하도록 하였다. 또한 학생복 제조 3사와 3사의 영업팀장 및 교복사업 본부장 등 개인 6명을 형사고발하였다.

2) 이의신청 및 재결

공정위의 원심결에 대하여 학생복 제조 3사와 고발된 개인들 중 2인(이하 모두 “이의신청인들”이라 함)이 이의신청을 제기하였으나, 공정위는 원심결 주문 중 고발조치에 대한 취소신청부분은 부적법 각하하고, 나머지 이의신청은 모두 기각하였다.²⁾ 이의신청인들의 주요 주장들 및 이에 대한 공정위의 판단은 다음과 같다.

(가) 이의신청인들은 공정위 고발조치가 행정처분임을 전제로 이익규모, 행위의 적극성 등을 이유로 고발조치가 재량권을 일탈 내지 남용한 것이라 주장하였으나, 공

1) 공정위는 ‘범위반사실공표명령’과 관련하여 헌법재판소 위헌결정이 내려짐에 따라 2002. 3. 21. 직권으로 의결서 주문 중 범위반사실의 공표와 서명통지와 관련하여 ‘법을 위반하였다는 사실’을 ‘법을 위반하여 피고로부터 시정명령을 받은 사실’로 변경하는 처분을 하였다(공정거래위원회 2002. 3. 21. 전원회의 의결 제2002-65호).

2) 공정거래위원회 2001. 10. 16. 전원회의 재결 제2001-052호.

정위는 고발은 수사의 단서에 불과할 뿐 국민의 권리·의무에 영향을 미치는 행정처분이라 할 수 없어 이의신청의 대상이 되지 않는다고 판단하였다.

(나) 이의신청인들은 중앙협의회가 자발적으로 결성된 것이고, 이의신청인들은 참관인 자격으로 참석한 것에 불과하다는 등의 주장을 하였으나 3사 간에 작성된 협약서나 회의자료 등을 통해 협의회가 공동행위를 목적으로 결성되었고 이의신청인들이 적극적으로 활동한 점을 근거로 이의신청인들의 주장을 받아들이지 않았다.

(다) 소비자가격의 공동 결정·유지행위와 관련하여 이의신청인들은 제일모직과 새한이 SK글로벌의 가격을 벤치마킹한 것이지 담합의 결과는 아닌 점, 3사 간의 논의 내용도 가격을 동결 또는 인하하자는 것으로서 소비자 편익증진에 기여하기 때문에 부당한 공동행위가 아니라는 점, 3사의 출고가격과 변동율이 가격담합과의 상관관계를 보이지 않는다는 점 및 3사 팀장들의 논의에 따른 실행행위가 없었다는 점 등에 관한 주장을 각기 하였으나 공정위는 이를 모두 배척하였다.

(라) 공동으로 다른 사업자의 사업활동을 방해한 행위와 관련하여 이의신청인들은 공동구매 방해행위는 생존권의 위협을 느낀 대리점들의 자발적인 행동이었고, 사은품·환축물 제공금지 또는 자제행위는 유통질서 문란행위를 방지하기 위한 자율적인 행위이며, 백화점의 입점여부나 백화점 수수료를 공동으로 결정한 것은 우월적 지위에 있는 백화점에 대응하기 위한 부득이한 조치였다는 등의 주장을 하였으나, 이러한 주장들 역시 모두 받아들여지지 않았다.

라. 법원의 판결

공정위의 시정명령 등 처분에 대하여 학생복 제조 3사는 모두 서울고등법원에 시정명령 등의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였다. SK네트웍스 주식회사(변경전 상호: SK글로벌 주식회사)가 제기한 행정소송(2001누17403)은 서울고등법원 제6특별부에서 판결이 이루어졌고, 제일모직이 제기한 행정소송(2001누16998)과 새한이 제기한 행정소송(2001누17700)은 모두 같은 법원 제7특별부에서 판결이 이루어졌다. 비록 관련 사건들이 2개의 부로 나뉘어 판결이 이루어졌지만 그 판결내용에는 차이가 없다.

학생복 제조 3사는 모두 가격공동행위, 사업활동방해 공동행위가 모두 성립되지 않는다는 주장을 하고, 공정위 판단에는 일정한 거래분야의 획정을 잘못된 위법이 있고, 과징금납부명령이 위법하다는 취지의 주장을 하였으나 법원은 이를 받아들이지 않았다. 학생복 제조 3사 모두는 서울고등법원의 판결에 불복하여 대법원에 상고하였으나 대법원은 원심판결에 채증법칙의 위배로 인한 사실오인이나 재량권의 일탈·남용에 관한 법리오해의 위법이 없음을 이유로 상고를 모두 기각하였다.³⁾

서울고등법원과 대법원 판결 상의 쟁점 및 판단의 요지는 아래에서 구체적으로 살펴보고자 한다.

2. 관련규정 및 제도

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」⁴⁾

제19조 (부당한 공동행위의 금지) ① 사업자는 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 할 것을 합의(이하 "부당한 공동행위"라 한다) 하여서는 아니된다.

1. 가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위
2. 상품 또는 용역의 거래조건이나, 그 대금 또는 대가의 지급조건을 정하는 행위
3. 상품의 생산·출고·수송 또는 거래의 제한이나 용역의 거래를 제한하는 행위
4. 거래지역 또는 거래상대방을 제한하는 행위
5. 생산 또는 용역의 거래를 위한 설비의 신설 또는 증설이나 장비의 도입을 방해하거나 제한하는 행위
6. 상품의 생산 또는 거래시에 그 상품의 종류 또는 규격을 제한하는 행위
7. 영업의 주요부문을 공동으로 수행하거나 관리하기 위한 회사 등을 설립하는 행위
8. 기타 다른 사업자의 사업활동 또는 사업내용을 방해하거나 제한함으로써 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위

3) 대법원 2004두 10586, 12346, 14564 판결 참조

4) 2001. 1. 16. 법률 제6371호로 개정되기 전의 것.

3. 주요 쟁점

가. 당사자의 주장 및 법원의 판단

1) 가격공동행위의 성립여부

원고들 3사는 모두 자신들은 학생복 소비자가격을 공동으로 결정, 판매하거나 부당한 가격공동행위를 지시, 독려, 점검한 바 없고, 중앙협회의 합의내용을 위반하였다는 이유로 대리점을 제재하는 등의 행위를 한 바도 없으며, 협의회를 통해 학생복 가격의 인하나 동결 등을 논의한 것은 학생복 시장의 건전한 환경조성과 소비자의 편익을 증진시키기 위한 것이므로 법 제19조 제1항 제1호의 가격공동행위가 있었다고 할 수 없다는 취지로 주장하였다. SK네트웍스는 위 주장에 더하여 자신의 행위가 법 제19조 제2항 제5호 및 법시행령 제27조 제1호 소정의 거래조건의 합리화를 위한 공동행위 또는 법 제29조 제1항에 의한 정당한 이유가 있는 최고가격유지행위에 해당하여 위법성이 없다는 취지의 주장을 하였다. 또한 SK네트웍스와 새한은 법 제19조 제1항 제1호에 의하여 금지되는 가격공동행위에서의 ‘가격’이라 함은 당해 공동행위에 참가하는 사업자들이 직접 판매하는 상품 또는 용역의 가격을 말하고 가격공동행위의 주체가 제조업자인 경우 상품의 ‘출고가격’을 의미하는데, 원고들 3사는 이러한 ‘출고가격’에 관하여 공동행위를 한 바 없다는 주장을 하였다.

법원은 이러한 원고들 3사의 주장에 대하여 원고들 3사가 영업팀장회의 또는 3사 및 중앙협회 임원, 지역별 협의회 대표 등이 참석하는 회의를 개최하여 대리점들로 하여금 학생복 판매가격을 지역별 협의회에서 결정하도록 하거나 일정한 수준과 범위 내에서 가격을 결정하거나 유지하도록 합의하였을 뿐 아니라, 나아가 위반의 경우 제재를 합의하고 이행 여부를 점검하였고, 구체적인 학생복의 소비자가격 등을 통보함으로써 해당 총판·대리점들에게 가격결정의 기준을 제공하였음이 인정되므로 이러한 원고 3사의 학생복 판매가격의 공동 결정·유지 또는 변경하는 행위는 총판·대리점들 뿐 아니라 원고들 3사 사이의 공정하고 자유로운 경쟁을 부당하게 제한하는 행위에 해당한다고 판단하였다.

나아가 원고들 3사의 행위가 거래조건의 합리화 또는 정당한 사유가 있는 최고가격 유지행위에 해당한다는 주장에 대해서는 법이 정한 공동행위의 인가요건을 충족하지 못하였고, 원고들의 행위는 통보된 지정가격을 준수하여 판매하도록 하는 것이지 일정한 가격 이상으로 거래하지 못하도록 하는 최고가격유지행위에 해당된다고 보기 어렵다는 취지로 이를 배척하였다.

또한, 가격공동행위의 대상이 되는 ‘가격’의 의미와 관련하여 위 가격은 가격의 인하를 포함하여 일정한 수준으로 가격을 결정·유지 또는 변경하거나 인상·인하폭의 결정, 기준가격, 표준가격, 최고가격, 최저가격 등 가격설정의 기준제시, 할인율, 이윤율 등 가격구성요소의 한도설정 등을 모두 포함한다고 판시하면서 주장을 배척하였다.

2) 사업활동방해 공동행위에 관하여

가) 공동구매활동 방해행위

원고들은 자신들이 공동구매에 관하여 논의한 것은 공동구매에 관한 교육부 지침에 대하여 진정 또는 민원제기 등의 합법적 대응방법으로 의사표시를 하기 위한 것이었지 실력으로 이를 저지, 방해하거나 대리점들에게 이를 저지하도록 지시, 독려나 조직적 시위 등을 하게 한 것은 아니므로 사업활동방해의 공동행위에 해당되지 않는다는 취지로 주장하였다.

이에 대하여 법원은 원고들의 행위는 정부와 학교 등의 공동구매에 관련된 정책결정에 대하여 정당하게 반대의견이나 대안을 제시하는 수준을 넘어 원고들 3사의 제품을 취급하지 않는 다른 학생복 제조, 유통업자와 총판·대리점들의 독자적인 입찰 참여여부의 결정 등을 방해하고 자유롭고 공정한 경쟁을 통한 영업방식으로 학생복을 판매하는 사업활동 또는 사업내용을 실질적으로 제한하거나 방해하는 사업활동방해 공동행위에 해당한다고 판단하였다.

나) 사은품·관촉물의 제공 금지·제한행위

원고들은 자신들이 중앙협의회 창립 과정에서 총판 및 대리점에게 과도한 사은품 제공을 금지, 제한하는 논의를 한 것은 대리점들 사이의 과당경쟁으로 인한 학생복

가격인상을 방지하고 법이 금지하는 부당한 이익에 의한 고객유인행위를 억제하기 위한 것으로 부당하거나 실질적인 경쟁제한성이 있는 행위라고 할 수 없고, 통상산업 부장관과 중소기업청의 행정지도에 따른 것이라는 취지로 주장하였다.

이에 대하여 법원은 학생복 대리점 등의 사업자가 스스로 경영여건과 판매전략 등에 의하여 사은품 등의 제공여부와 그 범위에 대한 의사결정을 하여 사업활동을 할 수 있음에도 과당경쟁 방지효과 등을 내세워 대리점들에 의한 사은품 제공 자체를 전면적으로 금지하거나 법적으로 허용되는 범위 내의 사은품 제공도 제한한 것은 대리점 등의 영업활동을 실질적으로 제한하거나 방해한 것으로서 사업활동방해의 공동행위에 해당된다고 판단하였다. 나아가 이러한 공동행위에 대한 공정위의 인가를 받지 않은 이상 거래조건의 합리화를 위한 공동행위라고 볼 수도 없고, 과당경쟁을 피하고 공정하고 자유로운 경쟁을 도모하기 위한 합리적인 범위를 넘어서 일체의 사은품 등의 제공을 금지하는 공동행위는 행정지도에 따른 적법한 행위라고 볼 수 없다고 판단하였다.

다) 백화점 입점 여부 및 수수료 결정행위

원고들은 자신들이 백화점 입점 여부 및 수수료율에 대하여 논의한 것은 대규모 수요자로서 거래상 우월한 지위에 있는 백화점의 지위를 남용한 과도한 수수료율 결정에 대응하기 위한 것일 뿐만 아니라 총판이나 대리점의 사업활동을 지원하기 위한 것으로서 거래조건에 관한 교섭력 강화를 위한 공동행위에 해당하여 위법성이 없다는 취지로 주장하였다.

이에 대하여 법원은 원고들 3사의 행위가 대리점들의 백화점 입점영업을 지원하기 위한 측면이 있다고 하더라도 그 범위를 넘어서 대리점들의 독자적인 판단에 의한 영업상의 의사결정과 사업내용에 관여하는 행위로서 사업활동방해 공동행위에 해당한다고 판단하였다. 또한, 백화점의 우월적 지위남용행위에 대응하기 위한 것이라는 주장에 대해서는 백화점이 입점 수수료율을 인상하기로 하는 결정이 그 우월적 지위를 남용한 행위에 해당한다거나 인상된 수수료율이 다른 업종에 비해 과도한 것이라고 인정할 증거가 없음을 이유로 받아들이지 않았다.

라) 총판·대리점의 '다른 사업자' 해당 여부

원고들은 자신들이 거래하는 총판 및 대리점들은 '사업활동방해 공동행위'에 참가한 중앙협회의 구성사업자들로서 법 제19조 제1항 제8호⁵⁾에 의하여 금지되는 사업활동 방해의 대상이 되는 '다른 사업자'에 해당하지 아니하므로, 총판 및 대리점들의 사업활동을 방해하는 행위는 법 제19조 제1항 제8호에 해당되지 않는다고 주장하였다.

법원은 위와 같은 주장에 대하여 이 사건 중앙협회가 법 제2조 제4호가 정한 사업자단체에 해당된다고 판단한 후 원고들 3사의 총판·대리점은 중앙협회의 구성사업자에 해당되므로 원고들 3사가 중앙협회 등과 공동으로 원고들 3사의 총판·대리점들에 대한 사업활동방해행위를 하였더라도 중앙협회의 구성사업자인 위 총판·대리점들이 원고들 3사와의 관계에서는 구성사업자가 아니므로 사업활동방해의 대상이 되는 '다른 사업자'에 해당한다고 판단하였다.

3) '일정한 거래분야' 획정의 위법 여부

원고들 3사는 이 사건 학생복 판매와 관련한 '일정한 거래분야'는 전국적으로 단일한 판매시장이 형성될 수 없고, 영업상황도 지역마다 다르므로 각 지역별로 별개 시장으로 구분되어야 하고, 유통구조상 도매시장과 소매시장으로 구별되어야 함에도 이를 구별하지 않은 것은 '일정한 거래분야'의 획정을 잘못된 것이라는 취지로 주장하였다.

이에 대하여 법원은 학생복 제조, 판매시장은 특성상 전국적으로 단일한 시장이 형성되는 것이 아니라 지역별로 구분되며, 유통구조상 도매시장과 소매시장 등으로 구분될 수는 있으나, 전국적으로 일정한 시기에 집중적으로 형성되며, 원고들 3사도 위와 같은 특성에 따라 각 지역별, 학교별, 시기별로 제품 수요를 파악, 예측하여 지역별 총판·대리점들을 통하여 전국적으로 공급함으로써 전국적인 규모와 범위의 시장을 이루고 있으므로 그 특성상 타 지역과의 경쟁관계가 성립되기는 어렵다고 하더라도 각 지역별 경쟁관계가 전국적인 범위로 형성되고 원고들 3사의 공동행위가 각 지역별 판매시장에서의 실질적인 경쟁관계를 제한함으로써 전국적으로 경쟁제한의 결과를 일으키는 이상 이를 세부적으로 구분하지 아니하였다고 하여 '일정한 거래분야'

5) 현행 법 제19조 제1항 제9호를 말한다.

의 획정에 어떠한 위법이 있다고 할 수 없다고 판단하였다.

나. 주요 쟁점 검토

원고들 3사의 가격공동행위와 사업활동방해 공동행위 등에 관한 제반 주장 및 이에 대한 법원의 판단에 특별한 잘못이 있거나 논란이 될 만한 사실관계에 관한 쟁점은 보이지 않는다. 다만 이 사건 판결을 통해 대두되었던 몇 가지 법적 쟁점들에 대하여 생각해 보고자 한다.

1) 수직적 공동행위

이 사건은 경쟁사업자들 간에 이루어지는 일반적인 공동행위 사건과는 달리 학생복 제조시장에서 경쟁관계에 있는 상위 3개사와 이들로부터 학생복을 공급받아 유통하는 총판·대리점 등 유통업체들이 공동행위에 가담한 특징을 가지고 있다. 이에 대하여 공정위는 공식적인 보도자료를 통해 이 사건이 학생복 시장의 상위 3개사와 전국의 유통업체들이 수평적·수직적으로 담합행위를 한 사건으로 보았고,⁶⁾ 이는 제조업체와 유통업체들이 수평적·수직적으로 공동행위에 가담한 유례가 없었던 유형의 공정거래 사건으로 평가되기도 하였다.⁷⁾

공동행위의 전형적인 모습은 상호 경쟁관계에 있는 사업자들 간에 이루어지는 이른바 ‘수평적 합의(horizontal agreement)’라고 할 수 있으나, 경우에 따라서는 제조업자와 도매업자 또는 도매업자와 소매업자와 같이 유통단계상 수직적 관계에 있는 사업자들 간에 이루어질 수 있는 ‘수직적 합의(vertical agreement)’에 대해서도 공정거래법상 부당한 공동행위로 규제할 수 있는지 문제될 수 있다.

학설상으로는 부당한 공동행위의 경우 “복수의 사업자들이 가격 등을 결정함으로써 부당하게 경쟁을 제한하는 것이기 때문에 서로 경쟁관계가 아닌 보완적 관계에 있는 사업자 간에는 공동행위가 성립될 여지가 없다”는 견해⁸⁾가 있는 반면, 현행 법 제

6) 공정위 2001. 5. 4. 자 보도자료 참조.

7) 지철호, 「교복시장의 수평적·수직적 카르텔 사건」, 월간 『공정경쟁』 제69호, 2001. 5. 30., 한국공정거래협회, 39면.

19조 제1항이 ‘서로 경쟁관계에 있는’ 사업자라고 하지 않고 그저 ‘다른 사업자’라고만 규정하고 있고, 일본 독점금지법과는 달리 공동행위에 참가하는 사업자 상호 사업활동을 구속 또는 수행하는 이른바 ‘상호구속성’을 요건으로 하고 있지 않다는 점에서 우리 공정거래법의 해석론으로 수직적 관계에서 행해지는 상표내 경쟁제한행위에 대하여 부당한 공동행위 금지조항을 적용하지 못할 아무런 법적 근거가 없다는 견해도 있다.⁹⁾

이와 관련하여 공정위의 심결례나 법원의 판결 중 수평적 합의가 결부되지 않은 순수한 수직적 합의에 대하여 법 제19조를 적용한 사례는 발견되지 않는다.¹⁰⁾ 공정위 실무상으로는 수직적 관계에서 발생하는 사업자들 간의 합의 또는 상위 사업자의 일방적 강요 내지 강제행위에 대하여서는 제19조를 적용하기 보다는 제29조의 재판매가격 유지행위 또는 제23조의 불공정거래행위 유형 중 거래상지위남용이나 배타조건부거래 및 구속조건부거래 등으로 의율하고 있는 것으로 보인다.

이 사건의 경우 공동행위를 위한 합의 과정에서 상호 경쟁관계에 있는 원고들 3사 이외에 총판·대리점 대표들이 참여한 협의기구를 결성하여 학생복 가격에 대한 합의를 하였다는 점에서 수평적 합의와 수직적 합의가 병존하는 사안으로 볼 수 있는데, 이에 대하여 공정위가 수직적 합의 부분에 대하여 별도의 재판매가격 유지행위나 구속조건부거래 등으로는 문제 삼지 않고 오직 법 제19조만을 적용하였다는 점에서 나름의 의미를 찾을 수 있을 것이다.

2) 사업활동방해 공동행위의 대상이 되는 ‘다른 사업자’

원고들 3사는 자신들이 거래하는 총판·대리점은 중앙협회의 구성사업자일 뿐이므로 사업활동방해 공동행위의 대상이 되는 ‘다른 사업자’에 해당되지 않는다고 주장하였으나, 법원은 중앙협회 구성사업자인 총판·대리점이 원고들 3사와의 관계에서

8) 허찬무, 『공정거래법과 카르텔규제』, 비봉사, 2000, 127면.

9) 이호영, 「독점규제법상 상표내 경쟁제한행위의 규제에 관한 연구」, 2003, 서울대학교 법과대학 대학원 박사학위논문, 261~267면.

10) 공정위는 이 사건 이후에도 다수의 영화배급업자群과 영화상영업자群이 영화관람료 할인폭을 합의한 것을 담합행위로 제제한 바 있는데(공정거래위원회 2008. 6. 10. 전원회의 의결 제2008-168호), 위 사건 역시 수직적 합의만이 존재하는 사건이라기보다는 수평적 합의와 수직적 합의가 병존하는 사안이라고 할 수 있다.

는 구성사업자가 아니므로 사업활동방해 공동행위의 대상이 되는 '다른 사업자'에 해당된다고 원고들의 주장을 배척하였다.

사업활동방해 공동행위의 대상이 되는 '다른 사업자'의 범위와 관련하여서는 기존에 학설의 대립이 있었다. 즉, '다른 사업자'란 당해 공동행위에 참가하지 않은 사업자만을 의미하는 것으로 해석하는 견해¹¹⁾와 이를 공동행위 참가사업자만을 의미하는 것으로 해석하는 견해¹²⁾ 및 당해 공동행위의 참가사업자와 참가하지 않은 사업자를 모두 포함하는 의미로 해석하는 견해¹³⁾등으로 나뉘어졌다. 다만, 이와 관련하여 2007. 8. 3. 법 개정을 통해 현행 법 제19조 제1항 제9호 규정상의 다른 사업자에 '그 행위를 한 사업자를 포함한다.'라고 명시되어 학설 대립의 실익은 없어졌다.

이 사건의 경우 원고들 3사는 자신들이 거래하는 총판·대리점이 중앙협의회 구성사업자로서 사업활동방해를 위한 공동행위에 참가한 사업자이므로 법문상의 '다른 사업자'에 해당되지 않는다는 취지의 주장을 하였으나, 법원은 단지 총판·대리점이 원고들 3사와의 관계에서는 구성사업자가 아니라는 이유만으로 원고의 주장을 배척하였다. 그러나 이러한 취지의 판단이 결론에 있어서는 타당할지라도 이 사건 공동행위의 합의가 원고들 3사 사이에서만 이루어진 것이 아니라 총판·대리점들과 함께 이루어진 점을 감안하면 단순히 총판·대리점이 원고들 3사와의 관계에서 구성사업자가 아니라는 이유만으로 주장을 배척하기 보다는 당시에 대립되었던 제반 학설상의 경쟁법적 논리에 기초하여 그 타당성이 좀 더 구체적으로 판단하였으면 어땠을까 하는 아쉬움이 있다.

4. 의의

가. 조사배경 및 의의

이 사건 학생복 제조사들의 담합행위는 공정위가 당시 주요 핵심업무로 추진하였

11) 권오승, 『경제법』, 법문사, 2005, 313면 등.

12) 임영철, 『공정거래법』, 법문사, 2008, 242면 등.

13) 신현윤, 『경제법』, 법문사, 2006, 254면.

던 이른바 「포괄적 시장개선대책(Clean Market Project)」의 대상이 된 6개 업종¹⁴⁾중 사교육 분야에서의 경쟁제한적 제도를 정비하고 시장구조를 개선하며, 사업자의 행태를 시정할 목적으로 이루어진 직권실태 조사과정에서 적발되었다. 이 사건을 통해 학생복을 구매하는 소비자들의 비용이 절감되고 학생복 구매시장이 보다 투명해지는 계기가 되었다는 평가를 받게 되었다.

나. 소비자들의 집단적 손해배상청구 소송

이 사건은 학생복 제조사들의 오랜 담합행위를 적발했다는 공정거래법 집행사례로서의 의의도 있지만, 이를 기초로 소비자들 즉, 학부모 3,525명이 학생복 제조사들을 상대로 담합행위를 이유로 한 손해배상청구 소송을 제기하여 일부 승소판결¹⁵⁾을 받은 사례로서 더 큰 관심을 받았다.

위 판결에서 법원은 학생복 제조 3사의 담합행위를 인정하고 이러한 행위는 민법상 공동불법행위에 해당한다고 판단하면서 구체적인 손해배상의 범위와 관련하여 원고들이 입은 재산적 손해는 원고들이 피고들의 제품을 구입하면서 실제로 지급한 금액과 피고들의 담합행위가 없는 공정한 경쟁상태에서 수요·공급의 원칙에 따라 형성되었을 적정가격의 차액에 해당한다면서(차액설), 위 적정가격은 변론에서 나타난 여러 가지 사정을 고려하면 원고들이 실제 지급한 총구입금액의 80% 정도에 해당한다고 봄이 상당하다고 판단하였다. 또한, 원고들이 입은 구체적인 손해액 산정과 관련하여서는 차액설에 근거하면서도 그 기초가 되는 적정가격을 산정함에 있어서는 원고가 제출한 증거자료나 감정인의 감정결과 등에 기초하여 판단하기 보다는 담합행위가 이루어진 기간 동안의 시장의 현황, 특징, 규모, 매출액, 제조원가, 유통구조, 마진율, 위법행위의 정도, 학생복 공동구매로 형성된 가격 등 변론에 나타난 여러 가지 사정 즉, 변론의 전 취지를 고려하여 산정한 것이 특이한 점이다.¹⁶⁾ 참고로 2004. 12. 31.

14) 사교육, 정보통신, 의료·제약, 음식점·장례식장, 건설, 신문·방송 등 6개 분야이다.

15) 서울중앙지방법원 2005. 6. 17. 선고 2002가합590 판결; 위 판결에 대하여 학생복 제조 3사는 항소하였으나 서울고등법원은 항소를 기각하고 원고 일부승소의 원심판결을 유지하였다(서울고등법원 2007. 6. 27. 2005나109365 판결). 위 항소심 판결에 대해서는 상고를 포기하여 확정되었다.

16) 최근 담합행위 등 공정거래법 위반에 따른 손해배상청구 사건에서는 손해액 산정이 감정인의 감정을 통해 이루어지는 경우가 대부분이나, 이러한 감정절차를 통해 손해액을 산정하기 위해서는 상당한 감정비용이 소요된다는 점에서 학부모들인 원고들이 이러한 비용을 들여 손해액 감정을 하기에는 현실적인 어려움이 있을 것으로 보인다.

법 57조의 개정을 통해 공정거래법 위반행위로 인하여 손해가 발생된 것은 인정되나, 그 손해액 입증을 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있는 근거 조항이 마련되어 있다.

위 민사소송은 공정위가 담합행위를 적발한 이래 다수의 소비자가 담합행위를 이유로 행위업체들을 상대로 집단적인 손해배상을 청구하여 일부 승소판결을 받은 최초의 사건이라는 점에서 상당한 의의를 갖지만 미국의 Class Action과 같은 집단소송 제도가 도입되지 않아 소송에 참여하지 않은 약 250만 명에 이르는 다수 소비자의 피해구제가 여전히 이루어지지 못한 한계가 있었다. 이 사건 이후 공정거래법 위반에 따른 다수 소비자의 피해를 구제하기 위한 집단소송제도의 도입과 함께 미국과 같은 징벌적 손해배상제도 등의 도입이 논의되었으나 소송법제의 차이, 외국제도에 대한 인식 부족 등 여러 사정으로 아직까지 실현되지는 못하고 있다.

한편, 위 판결 이후 담합행위를 한 사업자들을 상대로 소비자들의 집단적으로 손해배상청구 소송을 제기하는 사례가 점점 더 많아지는 추세에 있다. 최근 손해배상청구 소송이 제기되어 일부 판결이 선고되었거나 사건이 진행 중인 밀가루, 설탕, LPG 사업자들의 담합을 이유로 한 손해배상청구 사건이나 국제항공화물사업자들의 유류할증료 담합을 이유로 한 손해배상청구 사건이 대표적인 사례라고 할 수 있다.

[13] 6개 흑연전극봉 제조사의 부당한 공동행위에 대한 건 **의결 제2002-077호**

이 봉 의 (교수, 서울대학교)

전 세계 흑연전극봉시장에서 약 80%의 시장점유율을 차지하고 있는 6개 외국업체들이 해외에서 수차례 모임을 갖고, 우리나라를 포함한 전 세계시장을 대상으로 판매가격 및 시장분할 등을 합의하고 이를 실행한 사건이다.

공정거래위원회는 공정거래법에 역외적용에 관한 명문의 근거조항도 미비하고, 역외적용의 전례가 없는 이 사건에서 국내 최초로 국제카르텔을 성공적으로 조사하여 제재하였다. 공정거래위원회의 처분에 대하여 일부 외국업체들이 법원에 불복하였으나, 역외적용의 실제적 근거와 절차에 관하여 모두 승소하였다.

공정거래위원회의 시정조치가 내려진 후 제도개선도 이루어져서, 2004년 공정거래법 개정으로 역외적용의 근거를 명문으로 규정하는 한편, 송달규정을 정비하고, 역외적용이 갖는 일방주의의 한계를 해소하기 위하여 국제협력에 관한 조항을 마련하였다.

아울러 실무상으로도 국제카르텔에 대한 적극적인 적발과 시정이 이루어지는 계기가 마련되어, 본 사건 이후 비타민과 복사용지 및 항공화물운송분야에서 국제카르텔에 대한 제재가 성공적으로 이루어졌다.

1. 사건개요

가. 시장현황

흑연전극봉은 전세계 약 50개 지역에서 약 1백만 톤(1998년 기준)이 생산되는 것으로 추산되며, 피심인들이 전세계 공급량의 약 80%를 공급하고 있는 것으로 추산된다(에스지엘카본의 1996. 11월 내부보고서에 따를 경우 유카인터내셔널 : 31%, 에스지엘카본: 25%, 일본 4개사: 24%임). 중국 및 인도 등에서도 흑연전극봉이 생산되지만 피심인들의 제품에 비해 상대적으로 품질이 저급한 실정이다.

대한민국에서는 흑연전극봉이 생산되고 있지 않아, 전량 수입에 의존하고 있으며 전세계 수요량의 대략 4% 정도를 차지하는 것으로 추산된다.

대한민국의 대규모 흑연전극봉 수요업체들은 주로 복수업체들로부터 판매가격 의향서를 받은 후 가장 저가의 의향서를 제출한 업체의 가격을 기준으로 구매협상을 하여 1년 단위로 구매계약을 체결한다.

나. 행위사실

흑연전극봉을 제조·판매하는 UCAR International Inc.(미국, 델라웨어 소재), SGL Carbon Aktiengesellschaft(독일, 비스바덴 소재), Showa Denko K.K.(일본, 동경 소재), Tokai Carbon Co., Ltd.(일본, 동경 소재), Nippon Carbon Co., Ltd.(일본, 동경 소재), SEC Corporation(일본, 효고 소재) 등 6개사는 1992년 5월부터 1998년 2월까지 런던, 도쿄 등에서 수차례 모임을 갖고, 한국을 포함한 전 세계시장을 대상으로 흑연전극봉의 판매가격 및 시장분할에 관하여 합의하고, 이를 실행하였다.

그로 인하여 같은 기간 동안 국제시장에서 흑연전극봉의 가격이 50% 이상 급등하였고, 한국에 대한 판매가격도 1992년 톤당 2,255 달러에서 1997년에는 톤당 3,356 달러로 인상되어 이를 수입하여 사용하던 국내 전기로업체들이 약 1억 3,900만 달러 상당의 피해를 입은 것으로 추산되었다. 구체적으로 이들 6개 업체는 생산자가 있는 국

가에서는 해당국에 소재한 생산자가 가격을 올릴 경우 다른 업체들도 그에 따라 가격을 올리고, 생산자가 없는 국가에 대해서는 구체적인 판매가격을 합의하였다. 합의된 가격에 대해서는 일체의 할인이나 리베이트를 제공하지 않기로 합의하는 한편, 6개 카르텔 참여업체 외에는 흑연전극봉 제조기술의 라이선스를 제한하기로 합의하였다.

다. 공정거래위원회의 심결

1) 원심결¹⁷⁾

공정거래위원회는 2002년 4월 흑연전극봉의 국제카르텔에 참여한 외국의 6개 업체에 대하여 시정명령과 함께 약 112억 원의 과징금을 부과하였다. 당시 공정거래법에 역외적용에 관한 명문의 규정이 없음에도 불구하고, 공정거래위원회는 외국법에 의해 설립된 사업자들 간의 합의가 비록 외국에서 이루어졌더라도, 합의의 실행이 대한민국에서 이루어지고 대한민국시장에 영향을 미칠 경우에 공정거래위원회는 이들 사업자에 대해 관할권을 행사할 수 있다고 판단하였다.

구체적으로 흑연전극봉 6개 생산업체들이 비록 외국법에 의해 설립된 사업자들이고 외국에서 판매가격 등을 합의하였지만, 1992년 5월부터 1998년 2월까지 약 553백만 달러의 흑연전극봉을 자신 또는 여타 판매망을 통하여 대한민국시장에 합의된 가격으로 판매하여 부당한 공동행위의 실행행위가 대한민국에서 이루어졌고, 이들이 생산한 흑연전극봉의 가격이 같은 기간 약 50% 가까이 상승하는 등 이들의 합의 및 실행행위에 따른 영향이 대한민국시장에 미쳤으므로 공정거래법을 적용할 수 있다는 것이다.

2) 이의신청 및 재결

공정거래위원회의 시정명령 및 과징금 부과명령에 대하여 쇼와덴코는 곧바로 서울고등법원에 취소소송을 제기하였고, 나머지 5개 업체들은 공정거래위원회의 이의신청을 하였다. 이의신청절차에서 공정거래위원회는 니폰 카본에 대해서만 과징금을 일부

17) 공정거래위원회 2002.4.4. 전원회의 의결 제2002-077호.

감면하였을 뿐, 나머지 이의신청은 모두 기각하였다. 그 후 조사과정에서 적극 협조하여 과징금을 대폭 감면받은 UCAR International과 니폰 카본은 행정소송을 포기한 반면, 나머지 3개 업체들은 쇼와덴코와 마찬가지로 서울고등법원에 취소소송을 제기하였다.

이의신청단계에서 5개 업체는 주로 공정거래위원회의 관할권 부재와 문서송달의 위법성, 한국어로 작성된 심사보고서가 피심인의 방어권을 침해하였음을 주장하였으나, 후술하는 바와 같은 이유로 받아들여지지 않았다. 니폰 카본에 관하여는 동사가 본건 공동행위에 소극적으로 가담하였고 회합에서 합의된 사항을 대한민국 시장에 실제 적용한 적이 거의 없다는 점에서 과징금 산정의 필요적 참작사유인 위반행위의 내용과 정도를 감안할 때 신청인에 대한 과징금 부과비율을 본건 다른 신청인들에게 적용한 과징금 부과비율보다 현저히 낮은 수준으로 적용해야 할 것임에도 쇼와덴코와 함께 가장 높은 수준인 3%의 과징금 부과비율을 적용한 것은 평등의 원칙과 비례의 원칙에 현저히 반한다는 주장을 받아들여, 당초 부과된 과징금의 70% 정도를 감경하였다.

라. 고등법원의 판결

모두 4개 업체가 제기한 취소소송에서 서울고등법원은 원고들의 주장을 배척하여 외국기업의 외국에서 이루어진 카르텔에 대해서 행위지이론과 효과이론을 결합하여 공정거래법의 적용가능성을 인정하였다.¹⁸⁾ 다만 쇼와덴코에 대한 과징금 산정에 있어서는 UCAR International에 대해서는 조사협조를 이유로 관련상품 매출액의 0.5%만을 과징금으로 부과한 반면, 쇼와덴코가 회의 참석을 거부하였다거나 다른 카르텔 참가업체들에 비하여 국내매출액이 많다는 이유만으로 다른 업체의 3배에 달하는 3%의 부과비율에 따라 과징금을 부과한 것은 다른 위반자들과의 형평에 어긋나서 재량권을 일탈·남용한 것이라고 보아, 동사에 대한 과징금 부과처분을 전부 취소하였다.¹⁹⁾

18) 서울고등법원 2003.8.26. 선고 2002누6127 판결 등.

19) 서울고등법원 2004.8.19. 선고 2002누6110 판결. 한편 공정거래위원회는 이러한 법원의 판결 취지에 따라 쇼와덴코에 대해 과징금 부과율을 1.2%로 낮추어 다시 처분하였다(공정거래위원회 2006. 11. 6. 의결 제2006-257호).

마. 대법원의 판결²⁰⁾

위와 같은 서울고등법원은 판결에 대하여 다시 4개 업체 모두가 대법원에 상고하였으나, 대법원은 이를 모두 기각하였다.

2. 관련 규정 및 제도

가. 역외적용의 의의

독점금지법의 역외적용(extraterritorial application)이란 외국에서 이루어진 위반행위에 대해서도 그것이 자국내의 공정하고 자유로운 경쟁질서를 저해하는 경우에는 자국의 국내법인 독점금지법을 적용하는 원리이다. 이는 다시 말해서, 자국의 영토 외에서 행해진 행위에 대해서도 그 영향 또는 효과가 국내에 미치는 경우에는 국내법원이 관할권을 행사하는 것을 의미한다.

그러나 역외적용이 허용되는 경우, 국내법원은 당연히 자국의 독점금지법을 기준으로 당해 행위의 위법성여부를 판단하게 되고, 따라서 일단 국내법원에 관할권이 인정되면 다시금 어느 나라의 법을 적용할 것인가라는 법의 선택문제는 발생하지 않는다. 즉, 역외적용은 어디까지나 일반적인 섭외사법상의 문제와는 본질적으로 다른 것이다.

이 같은 역외적용은 국내에 영향을 미치는 행위에 대하여 국내법원이 자국의 법을 적용한다는 점에서 일응 당연한 이치이기도 하나, 역사적·사회적 기초가 다르고 경제적인 발전단계가 상이한 나라 사이에서 나타나는 독점금지법제의 차이에 따라 국가 간의 이해관계가 충돌할 수 있다.

20) 대법원 2006.3.23. 선고 2003두11124 판결; 2003.3.24. 선고 2004두11275 판결 등.

나. 외국의 역외적용

1) 미국의 예

일찍이 미국에서는 법원의 판례를 통하여 셔먼법 등의 역외적용이 인정되었다. 먼저 1909년 American Banana 판결²¹⁾에서 연방대법원은 엄격한 속지주의에 입각하여 셔먼법의 역외적용을 부인하였으나, 그 후 1945년 Alcoa 판결²²⁾에서 제2연방항소법원이 이른바 효과이론(effects doctrine)에 입각하여 Alcoa의 캐나다 자회사가 유럽의 알루미늄업체들과 생산량을 제한하는 협정을 체결하고 이들의 미국수출을 제한한 행위에 대하여 미국법인 셔먼법을 적용할 수 있다고 판시하였다.

그 후 1976년 Timberlane Lumber 판결²³⁾에서 역외적용에 따른 국제법상 주권침해의 문제를 해소하기 위하여 국제예양(international comity) 및 이를 기초로 한 이익형량이론을 제시하기도 하였으나, 1993년에 다시 Hartford Fire Insurance 판결²⁴⁾을 통하여 연방대법원은 효과이론으로 돌아오게 되었다. 다만 연방대법원은 최소한의 범위에서 국제예양을 고려할 여지를 두었는바, 외국정부의 법률상 강제로 인하여 사업자가 양국의 법을 모두 준수하는 것이 불가능한 경우에 한하여 셔먼법의 역외적용을 하지 않을 수 있다고 판시하였다. 동 판결 이후 역외적용에 관한 효과주의는 1995년의 「독점금지법의 국제적 집행에 관한 지침」(U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, Antitrust Enforcement Guidelines for International Operation, 1995)에 그대로 반영되었다.

2) 유럽의 예

유럽의 경우에도 미국과 마찬가지로 유럽공동체조약에 역외적용을 위한 명문의 조항은 없으나, 유럽집행위원회의 실무나 유럽법원의 판례상 이를 인정하고 있었다. 유럽집행위원회는 미국과 유사하게 이른바 효과주의에 입각하여 역외적용의 가능성을

21) 213 U.S. 347, 1909.

22) 148 F.2d 416, 2nd Cir. 1945.

23) 549 F.2d 597, 9th Cir. 1976.

24) 509 U.S. 764, 1993.

열어두고 있었던 반면, 유럽법원은 1972년 Dyestuffs 판결([1972] ECR 619)에서 이른바 “경제적 동일체 법리”(single economic entity doctrine)를 통하여 당시 아직 EC 회원국이 아니던 영국의 역내 자회사들과 이들을 지배하던 본사를 하나의 사업자로 보아 구 유럽공동체조약 제81조를 적용하였다.

그 후 1988년에는 Wood Pulp 판결([1988] ECR 5193)에서 역내에 자회사가 존재하지 않는 경우에도 외국기업들이 역내에서 가격을 공동으로 정한 사실에 기초하여 유럽경쟁법의 역외적용을 인정하는 이른바 “실행지이론”(place of implementation theory)을 제시하였다. 이와 같은 유럽의 태도는 결과적으로 미국의 효과주의와 별반 다를 바 없으나, 전통적인 속지주의원칙에 기초하여 관할권을 확정하려는 법해석의 노력이라는 점은 주목할 만하다.

3) 일본의 예

일본의 「사적독점의 금지 및 공정거래에 관한 법률」은 과거 우리나라와 마찬가지로 역외적용에 관한 명문을 두지 않고 있었다. 과거 일본 공정거래위원회의 실무 또한 전통적인 속지주의에 입각하여 범위반행위가 일본 내에서 이루어지고 해당 외국 사업자가 일본 내에 자회사나 지점 등을 보유한 경우에 한하여 동법을 적용하는 등 역외적용에는 소극적인 입장을 취하고 있었다.

그 후 역외적용이 시도되었던 것으로 알려진 1998년 캐나다의 MDS Nordion 사건에서는 문제된 계약체결지가 일본이었을 뿐만 아니라 조사과정에서 해당 외국사업자가 자진하여 시정하였고, 같은 해 Microsoft 사건에서도 일본 공정거래위원회가 경고 조치를 내리는데 그침으로써 엄밀한 의미에서 역외적용이 이루어졌다고 보기 어렵다. 역외적용에 관한 법원의 판결도 전혀 없는 실정이다.

한편 2009년에 우리나라의 5개 TV브라운관 제조업체가 관여한 가격카르텔 사건에서 일본 공정거래위원회가 시정조치 및 과징금을 부과하면서, 나름 최초의 본격적인 역외적용사례로 소개되고 있다.

다. 역외적용의 의의

이 사건을 계기로 2004년 개정을 통하여 다음과 같이 공정거래법상 역외적용에 관한 입법적 정비가 이루어졌다.

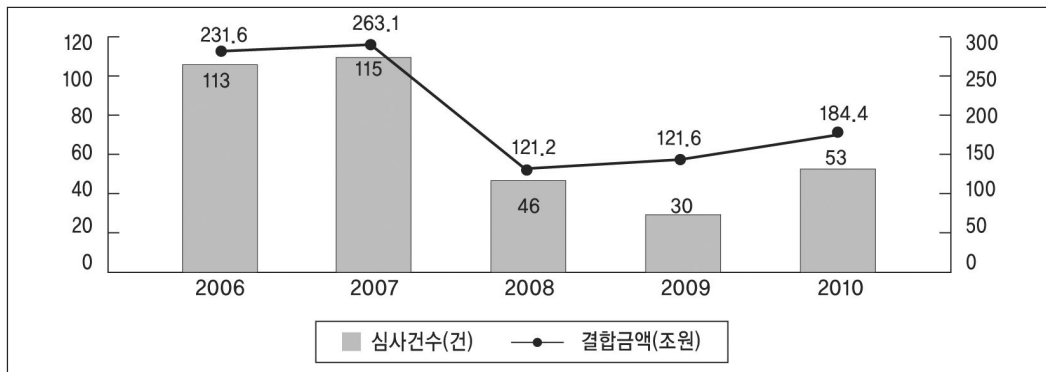
1) 역외적용의 근거조항

공정거래법은 국외에서 이루어진 행위라도 국내시장에 영향을 미치는 경우에는 적용된다(법 제2조의2). 따라서 외국사업자가 외국에서 행한 행위라도 국내시장에 영향을 미치는지 여부에 따라 공정거래법의 적용이 좌우된다는 의미에서 효과주의가 명문화되었다. 즉 외국사업자가 국내에 아무런 자회사나 지점 등을 갖지 않거나 법위반 행위를 국내에서 실행하지 않는 경우에도 국내시장의 경쟁에 영향을 미치는 때에는 공정거래법의 역외적 관할권이 인정되는 것이다.

이와 같이 효과주의에 입각한 역외적용은 위에서 살펴본 국제카르텔 외에 공정거래법상 기업결합규제에 있어서 당사회사가 모두 외국회사인 경우에도 신고대상회사와 상대회사의 자산총액 또는 매출액이 각각 2천억 원, 200억 원 이상이고, 그 외국회사의 국내매출액이 200억 원 이상인 경우에는 공정거래위원회에 신고하여야 한다(법 제12조, 령 제18조). 최근 5년간 외국기업간 기업결합 신고건수와 결합금액은 아래 표에서 보는 바와 같다.

<그림>

외국기업 간 기업결합 신고



자료: 2010 기업결합동향, 공정거래위원회 보도자료 2011. 1. 26.

2) 문서의 송달

국외에 주소·영업소 또는 사무소를 두고 있는 사업자 또는 사업자단체에 대해서는 국내에 대리인을 지정하도록 하여 동 대리인에게 송달하게 된다. 이러한 외국의 사업자나 사업자단체가 국내 대리인을 지정하지 않는 경우에는 행정절차법이 정하는 통상적인 송달방법에 따라 우편·교부 또는 정보통신망 이용 등의 방법에 의하되, 송달받을 자의 주소·거소·영업소·사무소 또는 전자우편주소로 한다(법 제53조의3, 행정절차법 제14조).

3) 국제협력을 통한 해결

국내법에 역외적용을 위한 근거조항을 마련하고, 외국사업자에 맞는 송달절차 등을 규정한 경우에도 역외적용이란 그 성질상 국내법을 외국사업자에게 일방적으로 적용하는 방법으로 국내시장의 경쟁을 보호하는 것이다. 그 결과 역외적용은 그것이 갖는 일방주의(unilateralism)로 인하여 외국정부의 반발이나 마찰을 야기할 우려가 있다.

앞서 미국의 Timberlane 판결이 외국정부와의 예양을 법원이 판결에 앞서 고려한다는 의미에서 소극적 예양이라면, 경쟁당국이 직접 국내법을 적용하지 않고 외국과의 협력협정을 통하여 해당국에 필요한 조사와 조치를 요청하고 그에 따라 해당국이 문제된 행위를 적극 시정하는 방법이 이른바 적극적 예양(positive comity)이다.

이를 위하여 2004년 개정 공정거래법은 정부가 대한민국의 법률 및 이익에 반하지 않는 범위에서 외국정부와 동법의 집행을 위한 협정을 체결할 수 있도록 하고, 체결된 협정에 따라 공정거래위원회는 외국정부의 법집행을 지원할 수 있도록 규정하였다. 실제로 2009년에는 국가 간 협정으로는 처음으로 EU와 「반경쟁행위에 관한 협력협정」을 체결한 바 있다.

3. 주요 쟁점

가. 역외적 관할권의 존부

2002년 당시 공정거래법은 역외적용에 관한 명시적인 규정을 두지 않고 있었고, 따라서 가장 먼저 공정거래위원회가 공정거래법 제19조를 외국사업자에게 적용할 수 있는지 여부가 다투어졌다.

피심인측은 공정거래법에는 독일의 경쟁제한방지법과 같이 역외적용의 근거조항이 없고, 문제의 행위로 인하여 한국의 국내시장에 직접적이고 중대한 영향을 미쳤다는 사실에 대한 입증이 없으며, 국제법의 관할권에 관한 일반원칙과 공정거래법의 입법 취지에 비추어볼 때, 외국사업자가 외국에서 행한 공동행위에 대하여 한국의 공정거래법은 적용될 수 없다고 주장하였다.

이에 대하여 원심과 대법원은 모두 역외적용에 관한 이른바 실행지이론 내지 효과이론에 입각하여 공정거래법의 적용가능성을 인정하였다. 즉, 외국기업간의 합의가 외국에서 이루어졌더라도, 동 합의의 실행이 한국에서 이루어지거나, 한국시장에 영향을 미칠 경우 피심인들에게는 한국법이 적용된다는 것이다.

즉 첫째, 공정거래법에 외국사업자의 외국에서의 행위에 대해서도 이 법을 적용할 것인지 여부에 관하여 명시적인 규정은 없으나 내국사업자에 한한다거나 국내에서의 행위에 한정되는 것으로 해석할 만한 규정도 없다는 점, 둘째 국민경제의 균형 있는 발전이라는 공정거래법의 목적을 달성하기 위해서는 국내에서의 거래관계뿐만 아니라 수출입 등 국제거래에 있어서도 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진할 필요가 있다는 점, 셋째 부당한 공동행위의 규제가 그 합의가 외국에서 이루어졌다는 이유만으로 공정거래법을 적용할 수 없게 된다면 사업자들이 그 행위의 장소를 외국으로 선택함으로써 공정거래법상의 각종 규제를 용이하게 잠탈할 수 있게 되어 공정거래법이 추구하는 목적을 달성하기 어렵게 된다는 점 등을 근거로, 외국 사업자가 다른 사업자와 공동으로 경쟁을 제한하는 합의를 하고, 그 합의의 대상에 국내시장이 포함되어 있다면 그 행위가 국내에서 행하여졌는지 국외에서 행하여 졌는지 여부를 불문하고 그 합의가 국내시장에 직접 영향을 미친 한도 내에서 공정거래법을 적용하여 심판할 수 있

는 관할권이 있다고 봄이 상당하다는 것이다.

나. 문서송달의 적법성

이 사건에서 외국사업자들은 공정거래위원회가 조사 및 심의과정에서 이들 회사의 외국 주소지에 대한 우편송달 및 게시판을 이용한 공시송달을 통하여 심사보고서에 대한 의견제출을 요구하고 회의개최를 통지한 것은 국내법령에 근거가 없을 뿐만 아니라 국제법상 위법한 문서송달로서 무효라고 주장하였다. 당초 공정거래위원회는 행정절차법 제14조에 따라 우편송달을 실시한 것이었고, 국내에 주소 등이 없는 외국사업자들의 담합이 문제된 이 사건은 적어도 동법 제14조 제4항의 공시송달요건인 “송달이 불가능한 경우”에 해당하여 공시송달을 한 것이라고 언급하였다.

이에 대하여 대법원은 공정거래법 및 이에 근거한 「공정거래위원회 회의운영 및 사건절차 등에 관한 규칙」²⁵⁾에 의하여 준용되는 구 「행정절차법」²⁶⁾ 제14조 제1항은 문서의 송달방법의 하나로 우편송달을 규정하고 있고, 행정절차법 제16조 제2항은 외국에 거주 또는 체류하는 자에 대한 기간 및 기한은 행정청이 그 우편이나 통신에 소요되는 일수를 감안하여 정하여야 한다고 규정하고 있는 점 등에 비추어 보면, 공정거래위원회는 국내에 주소·거소·영업소 또는 사무소(이하 ‘주소 등’이라 한다)가 없는 외국사업자에 대하여도 우편송달의 방법으로 문서를 송달할 수 있다고 판시하였다.

다. 기타

외국사업자들은 이 사건에 대하여 공정거래법상 부당한 공동행위가 성립하더라도 문제의 카르텔에서 탈퇴를 선언한 이후에는 위 공동행위가 실질적으로 종료하였으므로 피고의 이 사건 처분이 있었던 2002. 4.경에는 이미 그 행위가 종료한 날로부터 5년을 경과하였고, 수회에 걸쳐 가격결정에 관한 합의를 한 경우에는 한번 가격결정에 관한 합의를 한 후 결정된 가격으로 계속 판매하는 경우와 달리 그 개별적인 합의가 공정거래법 제19조 제1항을 위반한 행위에 해당하는 것이므로, 개별적인 가격결정

25) 2001. 6. 30. 개정 공정거래위원회 고시 제2001-8호.

26) 2002. 12. 30 법률 제6839호로 개정되기 전의 것.

에 관한 합의로 인한 위반행위가 종료한 후 5년을 경과한 경우에는 이에 대하여 시정 명령 또는 과징금 납부명령을 할 수 없다고 주장하였다.

그러나 원심 및 대법원은 부당한 공동행위의 사업자들이 경쟁을 제한할 목적으로 공동하여 향후 계속적으로 가격의 결정, 유지 또는 변경행위 등을 하기로 하면서, 그 결정주체, 결정방법 등에 관한 일정한 기준을 정하고, 향후 이를 실행하기 위하여 계속적인 회합을 가지기로 하는 등의 기본적 원칙에 관한 합의를 하고, 이에 따라 위 합의를 실행하는 과정에서 수회에 걸쳐 회합을 가지고 구체적인 가격의 결정 등을 위한 합의를 계속하여 온 경우 그 회합 또는 합의의 구체적 내용이나 구성원에 일부 변경이 있더라도, 그와 같은 일련의 합의는 전체적으로 하나의 부당한 공동행위로 봄이 상당하고, 따라서 공정거래법 제49조 제4항 소정의 ‘법의 규정에 위반하는 행위가 종료한 날’을 판단함에 있어서도 각각의 회합 또는 합의를 개별적으로 분리하여 판단할 것이 아니라 그와 같은 일련의 합의를 전체적으로 하나의 행위로 보고 판단하여야 할 것이라고 판시하였다.

4. 의의

가. 이 사건의 의의

공정거래위원회의 6개 흑연전극봉 제조업체에 대한 시정조치 및 과징금 부과는 외국에 소재한 외국사업자의 반경쟁적 행위에 대해 우리 공정거래법을 적용하여 제재한 첫 사례로서, 외국사업자의 경쟁제한행위로 인하여 우리기업과 소비자들이 피해를 입을 경우 적극적으로 법을 집행하겠다는 의지를 천명한 것이다.

종래 역외적용이 활발하지 않은 상황에서 국제카르텔은 소수의 다국적기업들이 가격담합이나 시장분할 등을 통하여 경쟁을 감소시키고 가격을 인상함으로써 세계무역 자유화의 이점을 소비자로부터 빼앗아가는 행위임에도 불구하고, 실체법적·절차법적 장치의 미비로 인하여 적절히 규제되지 못하였다.

실제로 공정거래위원회의 처분이 내려진 후 2004년 12월 공정거래법 개정을 통하

여 전술한 바와 같이 역외적용을 위한 실체법적 근거와 절차규정이 도입되었다. 아울러 이 사건에서 흑연전극봉 유통업체인 일본의 (주)미쯔비시가 국제카르텔을 교사·방조하여 카르텔의 결성과 유지를 용이하게 하였으나, 당시 공정거래법은 공동행위 참가자만을 처벌할 수 있을 뿐이어서 동사를 제재하지 못하였다. 이를 계기로 공정거래법에 카르텔에 대한 교사·방조자의 처벌규정을 마련하게 되었다.

한편 그동안 국제카르텔에 대해서는 주로 미국이나 EU, 캐나다 등 선진국을 중심으로 제재가 이루어져 왔으나, 이들 국가를 제외하고는 공정거래위원회가 공정거래법을 적극적으로 해석하고 기존의 행정절차를 최대한 활용하여 아시아국가 중에서 최초로 역외적용을 성공적으로 마무리함으로써 국제카르텔을 모의하거나 실행중인 외국사업자들에게 경종을 울리는 계기가 되었다.

이번 조사는 국내 소비자 및 기업의 피해를 방지하고 국내시장의 경쟁질서를 확보하기 위해서는 외국에 소재하는 외국사업자에 대해서도 조사·제재할 필요성이 있다는 인식하에 시작된 것이었다.

공정거래위원회는 UCAR International 등 카르텔에 가담한 6개 업체를 대상으로 2차례에 걸친 서면조사를 실시하였고, 조사과정에서 조사대상업체 모두가 위원회의 요구에 따른 자료를 제출하였으며, 특히 미국의 UCAR International은 카르텔 입증에 필요한 결정적 자료를 제출하는 등 조사과정에 적극 협조하였다. 또한 이 사건을 이미 조사한 바 있는 미국 및 EU 경쟁당국으로부터도 조사관련 자료를 제공받았다.

이어서 비타민 국제카르텔 사건에서도 미국과 유럽의 경쟁당국이 먼저 적발하여 공개한 자료를 기초로 조사 및 심의가 진행되었던 반면, 복사용지 국제카르텔 사건의 경우 자진신고자의 협조를 바탕으로 공정거래위원회가 자체적으로 조사·분석하여 처리한 최초의 사건이었으며 당시 같은 사건을 다루고 있던 호주의 경쟁당국 ACCC(Australian Competition and Consumer Commission)와의 활발한 공조도 이루어졌다는 점에서 의의가 있다.

끝으로 마린호스 사건에서는 공정거래위원회가 리니언시를 통하여 사건을 인지·적발하였고, 무엇보다 국제적인 입찰담합에 대하여 처음으로 제재를 가한 사례로서 우리나라와 같이 중간재나 부품 등에 대한 수입의존도가 높은 경우에 향후에도 국제

입찰담합의 감시필요성을 부각시킨 점에 의의가 크다.

나. 그 후의 적발사례

뿐만 아니라 이 사건을 계기로 일련의 국제카르텔에 대한 추가적인 적발 및 시정이 이루어졌다.

1) 비타민 국제카르텔 사건²⁷⁾

이 사건에서는 Hoffmann-La Roche, BASF, Aventis, Eisai와 Daiichi Pharmaceuticals, Slovay Pharmaceuticals 등 비타민을 제조·판매하는 스위스, 독일, 프랑스, 일본, 네덜란드의 6개 업체들이 1989년 9월부터 1998년 2월까지 이들이 제조하는 비타민 A, E, B5, D3, 베타카로틴과 관련하여 전 세계시장에서 판매량 내지 시장점유율을 할당하는 한편, 판매가격을 합의한 것이 문제되었다.

구체적으로 판매량 할당과 관련해서는 한 업체가 정해진 물량 이상으로 판매한 경우, 동 업체 스스로 판매량을 감축하는 한편, 당해 연도에 정해진 판매량을 현저히 초과한 업체는 다음 연도 말에 다른 업체의 비타민을 구입해주었다. 아울러 판매가격은 각사의 대표자급으로 구성된 회의에서 인상여부, 시기와 정도가 정해졌으며, 한 업체가 가격인상을 먼저 공표하기로 하고 나머지 업체는 이를 따라 시행하기로 하였다.

이에 대하여 공정거래위원회는 2003년 4월 이들 6개 업체에 대하여 시정조치와 함께 약 40억 원의 과징금을 부과하였다. BASF는 이의신청을 하여 과징금을 감액 받았고, Roche는 서울고등법원에 취소소송을 제기하였다가 패소한 후 상고를 파기함으로써 이들 심결은 확정되었다.

27) 공정거래위원회 2003. 4. 29 전원회의 의결 제2003-098호.

2) 복사용지 국제카르텔 사건²⁸⁾

이 사건에서는 Indah Kiat Pulp & Paper(인도네시아), UPM-Kymmene Paper(중국), Advance Paper(태국), APRIL Fine Paper(싱가폴) 등 복사용지를 제조·판매하는 동남아의 4개 제지업체들이 2001년부터 2004년 2월까지 한국시장에 대하여 수출가격을 공동으로 정한 것이 문제되었다.

구체적으로 이들 4개 업체는 주기적인 회합을 통하여 우리나라를 포함한 아시아 각국에 대한 복사용지 수출기준가격을 합의하였는데, 불참자에게는 전화나 이메일을 통하여 그 결과를 통지해주었고, 회합이 어려울 경우에는 전화회의로 대신하기도 하였다. 목표가격(target price)을 합의함에 있어서는 펄프가격 전망, 각사의 판매량, 재고량, 주문량, 현행 가격 등에 관한 비공개정보를 교환하였고, 일단 목표가격이 합의된 후에는 각 사별로 현지의 영업조직을 통하여 합의사항의 준수 여부를 확인하였다.

공정거래위원회는 2008년 12월 복사용지 4개 업체들에 대하여 시정명령 및 약 40억 원에 달하는 과징금을 부과하였다. 피심인들이 서울고등법원에 소를 제기하였으나, 모두 패소하였다.

3) 마린호스 국제카르텔 사건²⁹⁾

이 사건에서는 마린호스(원유나 석유제품을 유조선과 비축시설 사이에 운반하기 위하여 사용되는 호스)를 제조·판매하는 브릿지스톤(일본), 요코하마고무(일본) 던롭(영국), 트렐레보그(프랑스), 파커아이티알 및 마놀리리버(이탈리아) 등 6개 업체들이 1999년 1월부터 2006년 6월까지 7년여에 걸쳐 카르텔모임인 “마린호스클럽”을 결성하여 세계시장에서 시장점유율 목표에 합의하고 그에 따라 국제입찰에서 담합한 행위가 문제되었다.

구체적으로 이들 업체는 2006년 12월 방콕회합에서 각 입찰건에 대한 낙찰예정자 결정방식, 규칙 위반시의 벌칙, 낙찰가격 인상을 위하여 노력할 것과 입찰관련 정보

28) 공정거래위원회 2009. 1. 30 전원회의 의결 제2009-047호.

29) 공정거래위원회 2009.7.3. 전원회의 의결 제2009-152호.

교환에 대하여 합의하는 한편, 코디네이터를 선임하여 중앙집중적인 방식으로 동 카르텔을 운영하였다. 그에 따라 위 기간 중 우리나라에서도 총 30건의 입찰에서 브릿지스톤이 14건, 요코하마고무가 14건, 던롭이 2건을 낙찰받았으며, 그로 인하여 국내 5개 정유업체는 약 36억 원의 피해를 입은 것으로 밝혀졌다.

이에 공정거래위원회는 이들 6개 외국업체에 대하여 시정명령을 내리는 한편, 브릿지스톤과 던롭, 트렐레보그 및 파커아이티알 4개사에 대하여 총 5억 5천만 원의 과징금을 부과하였다. 요코하마고무는 자진신고자로서 과징금이 면제되었고, 마놀리리버는 국내 입찰에 참여한 사례가 없어 과징금 부과대상에서 제외되었다.

4) 항공화물운송 국제카르텔 사건³⁰⁾

이 사건에서는 26개 항공화물운송사업자들이 한국발 전세계행 노선과 외국발(홍콩, 유럽, 일본) 한국행 노선에서 1999년 12월부터 2007년 7월까지 유류할증료를 신규로 도입하거나 변경하는 방법으로 항공화물운임을 담합한 행위가 문제되었고, 공정거래위원회는 시정명령과 함께 과징금 총 1,243억 원을 부과하였다.

이 사건 국제카르텔의 특징으로는 국제항공화물운송의 특성상 연계수송 등의 명목으로 경쟁사와 모임 및 협의를 가질 수밖에 없는 사정을 이용하여 각 국가별 국적사가 주도하는 항공사모임을 담합의 창구로 활용하였다는 점, 각국의 항공당국으로부터 운임 인가를 받아야 하는 한국, 홍콩, 일본발 담합의 경우에는 인가를 함께 받기 위해 치밀하게 사전협의를 진행한 점 등을 들 수 있으며, 최대 7여년에 걸친 담합으로 관련매출액은 약 6조 7천억 원에 달하였다.

일찍이 공정거래위원회는 2005년 12월 담합가담자의 자진신고를 계기로 항공화물 운임 국제카르텔 관련 혐의를 인지하고 조사를 시작하였고, 그 후 13명의 외국인을 포함 총 54명의 항공사 임직원을 공정거래위원회로 소환하여 강도 높은 진술조사를 실시하였다. 아울러 미국 및 EU의 경쟁당국과 양자회의, 컨퍼런스콜, 이메일 교환 등을 통해 조사현황 및 처리방향 전반에 대하여 협의를 진행하는 등 긴밀한 국제공조를 활용하였다.

30) 공정거래위원회 2010. 11. 29. 전원회의 의결 제2010-145호 등.

[14] 2개 시내전화사의 부당한 공동행위에 대한 건 의결 제2005-130호

박 정 원 (변호사, 법무법인 광장)

유선통신업을 영위하는 사업자인 케이티와 하나로는 시내전화 요금 조정을 위한 협의 과정을 거쳐, 하나로가 시내전화 요금을 인상하고, LM통화료를 케이티 수준으로 조정하며, 그에 대한 대가로 케이티로부터 시장점유율을 이관 받고, 향후 케이티가 추진할 시내전화 요금 리밸런싱에 적극 동참한다는 내용의 합의에 이르렀다.

본건의 법적 쟁점은 ① 행정지도로 인한 공동행위의 부존재 또는 정당행위 인정 여부, ② 경쟁제한성 및 부당성의 존부, ③ 본건 공동행위의 종기, ④ 관련 매출액의 범위 등이다. 특히 행정지도로 인한 공동행위의 부존재 또는 정당행위 인정 여부와 관련하여서는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제58조의 적용제외사유에 해당하는지 여부가 관건이 될 것인데, 본건에 정보통신부의 행정지도가 개입된 것은 사실이나 공정거래법 제58조 소정의 적용제외 사유에는 해당되지 않는다고 봄이 타당하다고 생각된다.

본건은 전통적인 규제산업으로 통칭되는 산업에 대하여 제제한 건 중 가장 큰 규모의 과징금이 부과된 건으로서의 의의가 있다. 우리나라에서는 행정지도가 개입된 공동행위가 계속적으로 발생하고 있는데, 그 원인으로는 정부 주도 경제발전의 관행, 과점화된 시장구조 하에서 강력한 인허가권을 가진 규제기관의 행정지도, 경쟁제한적 규제의 존재, 순환보직제도라는 정부조직의 특성 등으로 인한 정보비대칭 상황의 이용 등이 있다. 이에 공정거래위원회는 공동행위에 대한 직접적 제재를 지속하는 한편, '행정지도가 개입된 부당한 공동행위에 대한 심사지침'을 제정하고 정부 관계 부서를 상대로 행정지도가 개입된 공동행위에 대한 공정거래위원회의 입장을 설명하는 등 행정지도가 개입된 공동행위의 판단기준을 구체화하기 위한 노력을 계속하고 있다.

1. 사건개요

가. 시장현황

시내전화 서비스는 지역교환국에서 각 가입자에 이르는 가입자망과 지역교환국의 교환망 및 지역교환국간의 전송망을 포함하는 중계망을 이용하는 통신서비스로서, 서비스가 제공되는 네트워크(Network)가 일반 사용자에게 접속된 최종 가입자망이란 특징으로 인해 대부분 통신서비스(시외·국제전화, 초고속인터넷, 이동전화)의 기간 네트워크(Network) 역할을 수행하고 있다.

국내 시내전화 시장은 1999. 4. 1. 하나로로의 진입으로 과거 케이티의 독점체제에서 경쟁체제로 전환되었으며, 2004. 7. (주)데이콤이 시내전화 기간통신사업자로 허가를 얻어 2005. 1월부터 시내전화 서비스를 제공하게 되면서 3사 경쟁체제로 확대되었다.

2004년 당시 시내전화시장 가입자수는 22,870천 명, 매출액은 5조 2,491억 원 수준이었으며 케이티가 93~95%의 시장점유율을 차지하고 있었다.

<표 1> 시내전화 사업자별 시장점유율 추이

(단위: 천 명, 억 원, %)

| 구 분 | | 2001년 | 2002년 | 2003년 | 2004년 |
|-------|-----|--------------|--------------|--------------|--------------|
| 가입자 수 | 케이티 | 22,021(96.9) | 22,550(96.0) | 21,876(95.6) | 21,457(93.8) |
| | 하나로 | 703(3.1) | 940(4.0) | 1,001(4.4) | 1,413(6.2) |
| 매출액 | 케이티 | 61,148(98.1) | 56,400(96.5) | 51,844(95.4) | 49,589(94.5) |
| | 하나로 | 1,214(1.9) | 2,075(3.5) | 2,480(4.6) | 2,902(5.5) |

자료: 정보통신정책연구원(KISDI), 케이티, 하나로.

나. 행위사실

주식회사 케이티(이하 '케이티'라 한다)와 하나로텔레콤 주식회사(이하 '하나로'라 하고, 위 케이티와 총칭하여 '양사'라 한다)는 시내전화 서비스 등 유선통신업을 영위하는 사업자이다. 본건 합의 당시인 2003년 경 국내 시내전화 시장은 케이티, 하나로

의 경쟁체제였으나 선발사업자인 케이티가 여전히 약 93~95%대의 시장점유율을 차지하고 있었고 하나로의 시장점유율 증가는 미미한 수준이었다. 한편 정보통신부는 시내전화시장에서 케이티의 독점 고착화를 견제하고, 사업자간 요금경쟁을 촉진하며, 이용자의 사업자 선택권을 실질적으로 보장하는 등의 목적을 위해 2002. 10.경 시내전화 번호이동성 제도(LNP)¹⁾를 도입하여 2003. 6. 30.부터 이를 시행하기로 결정하였다.

당시 케이티는 ① 이동전화에 의한 통화량 대체현상 증가로 시내전화 통화량 증가를 기대하기 어려워져 통화료 수입이 감소될 것으로 예상하고, 시내전화 기본료 수입과 같은 고정매출을 증가시켜 전체적인 매출구조를 안정화하고자 하였는바 이를 위하여 양사간 기본료 격차를 줄일 필요가 있었고 ② 위와 같은 시내전화 번호이동성 제도의 도입에 앞서 기존 고객의 하나로 이탈현상을 방지하는 한편, 하나로의 시내전화 부분은 자금력, 영업력, 매출 등에서 상당히 어려운 상황이었으므로 요금인상을 통하여 수익을 개선할 필요가 있었다. 이에 양사는 ① 2003. 4. 초순경 유선사업자 워크숍 개최, ② 2003. 4. 중순경 양사간 요금조정을 위한 “실무 전담반 운영” 협의, ③ 2003. 5.부터 2003. 6. 중순경 양사간 세부 협의추진을 거쳐, 2003. 6. 23. 시내전화 요금에 관한 양사의 최종합의가 성립되었다(이하 ‘본건 합의’ 또는 ‘본건 공동행위’라 한다). 양사의 최종합의의 내용은 다음과 같다.

① 하나로의 시내전화 요금조정

2003. 8. 1.부터 하나로 시내전화 요금을 인상하며, LM²⁾통화료는 케이티 수준으로 조정함.

- 가입비 30,000원 부활
- 기본료 1,000원 인상(단독형, 번들형)
- 시내전화 통화료 현행 요금(39원/3분) 유지
- 정기계약 요금할인제 폐지(신규가입자 대상)
- CID³⁾ 요금 1,000원 인상
- LM통화료를 케이티 수준으로 조정(원고가 2003. 7월경 LM통화료를 인하조정할 예정이므로, 이에 맞추어 하나로도 LM 통화료를 조정)

② 케이티가 하나로에게 시장점유율 이관

1) 시내전화 번호이동성 제도(LNP)란 시내전화 가입자가 기존의 전화번호를 그대로 유지하면서 시내전화사업자를 자유롭게 변경할 수 있는 제도를 말한다. (전기통신사업법 제38조의4)

2) LM은 유선전화에서 무선통신으로 발신하는 전화(Land to Mobile)를 말한다.

3) CID는 발신자번호표시 서비스(Caller-ID service)를 말한다.

2003년부터 2007년까지 매년 순증 시장점유율 1.2%(가입자 기준 및 매출기준 모두 충족 조건)를 이관하고, 매분기 시장점유율 이관 목표 미달시, 케이티는 하나로에게 목표 미달분을 100% 정산 보상해 줌. 케이티의 위와 같은 시장점유율 이관을 위해, 양사는 다음과 같이 마케팅 활동을 하기로 함.

- 케이티의 조치사항
 - 신규시장 마케팅 활동금지
 - 탈환마케팅 활동금지
 - 번호이동성 고객모집 지양
 - 지사별 디마케팅(De-Marketing) 목표 부여
 - 케이티 고객 해지시 하나로에서 해지대행 수행
- 하나로의 조치사항
 - 정상적인 마케팅 활동수행(공격적 마케팅 활동 자제)
 - 전화모집 관련 위탁 수수료 인하(25,000원 → 7,500원)

③ 하나로는 케이티가 향후 추진할 시내전화 요금 리밸런싱에 적극 동참함.

케이티는 2003. 7. 1.부터 LM통화료를 기존 약관요금보다 인하하여 본건 합의사항 일부를 실행하였다. 하나로는 2003. 8. 1.부터(CID 요금인상 부분을 제외하고) 시내전화 기본료, LM통화료, 가입비, 정기계약 요금할인제 등과 관련된 합의사항을 실행하였다. 결국 본건 합의의 실행으로 케이티와 하나로 간 시내전화 요금격차는 아래와 같이 축소되었다.

<표 2> 양사 간 시내전화 요금격차

| 구분 | 요금격차 | |
|-------|---|--|
| | 합의 전 격차 | 합의 후 격차 |
| 가입비 | 60,000원 | 30,000원 |
| 기본료 | 1,700원(기본형) 4,200원(번들형) | 700원(기본형) 3,200원(번들형) |
| 통화료 | 기본 | 0원 |
| | 할인 | 정기계약 요금할인제(하나로) |
| CID | 1,500원 | 500원(단, 실제 인상되지는 않음) |
| LM통화료 | 케이티>하나로 평상-0.63원/10초 할인(야간) - 0.81원/10초 특별(심야) - 0.99원/10초 | 케이티 = 하나로 평상 - 0원/10초 할인(야간) - 0원/10초 특별(심야) - 0원/10초 |

한편 본 건이 처음부터 공정거래위원회 조사의 초점이 된 것은 아니었다. 즉 본 건은 전라북도의 어느 지역의 PC방 연합회에서 제기한 'PC방 초고속인터넷 전용회선 가격'에 대한 카르텔 의혹에 대한 조사과정에서 적발된 것이다. 해당 PC방 연합회의 카르텔 의혹 제기와 관련하여 공정거래위원회가 해당 사업자에 대한 현장 직권조사를 실시하는 과정에서 당초 문제된 'PC방 초고속인터넷 전용회선 가격'에 대한 카르텔 이외에 '시내전화 요금'에 대한 카르텔이 드러난 것이다.

참고로 위 'PC방 초고속인터넷 전용회선 가격'에 대한 카르텔과 관련하여 공정거래위원회는, 케이티, 데이콤, 하나로가 2003. 6. 23. 기존 PC대수별 요금제를 폐지하고 속도별 요금제로 변경하면서 구체적인 속도별 요금수준, 정기계약자 할인율, 장비 임대료 및 설치비를 합의하였다고 인정하고, 이러한 행위에 대하여 시정명령, 공표명령 및 과징금 총 4,704백만 원을 부과하였다.⁴⁾

다. 공정거래위원회의 심결

공정거래위원회는 본건 합의가 공정거래법 제19조 제1항 제1호에서 규정하고 있는 부당한 공동행위에 해당한다는 이유로, 공정거래법 제21조, 제22조를 적용하여 시정명령 및 과징금납부명령을 부과하였다. 공정거래위원회는 양사가 2003. 6. 23. 최종 합의를 하였으므로 같은 날 부당한 공동행위를 한 것으로 인정하고, 하나로가 본건 합의의 주요 사항 중 하나인 LM통화료를 당시 케이티의 인하여정 수준인 14.50원/10초보다 더 낮은 수준인 13.9원/10초로 신고하기 위해 정보통신부와 사전 협의를 한 2004. 8. 16. 본건 합의가 파기된 것으로 인정한 후, 본건 합의 당시에 시행중이던 「과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시」(2004. 4. 1. 공정거래위원회 고시 제2004-7호로 개정되기 전의 것, 이하 '과징금 고시'라 한다)에 따라 케이티에 대하여서는 관련 매출액의 3%를 적용부과율로 정하고 하나로에 대하여서는 관련 매출액의 2%를 적용부과율로 정하여 각각 과징금을 부과하였다.

4) 공정거래위원회 2005. 7. 20. 전원회의 의결 제2005-101호.

라. 고등법원의 판결

서울고등법원은 케이티의 항고에 대하여, 본건 합의는 공정거래법상 부당한 공동행위에 해당하므로 이에 대한 이 사건 처분 중 시정명령 및 공표명령 부분은 적법하나, ① 관련 매출액의 산정과 관련하여, 범위반행위 기간이 아닌 기간을 포함시켜 매출액을 산정하여 그것을 과징금부과기준 매출액으로 삼고, ② 과징금의 구체적 산정과 관련하여, 본건 합의로 케이티가 취득한 이득액과 행정지도의 영향 등을 제대로 고려하지 않고 과징금 적용부과율을 정함으로써 재량권을 일탈·남용한 잘못이 있다고 보아 과징금납부명령을 취소하였다.⁵⁾ 특히 부당한 공동행위의 종기와 관련하여서는, 하나로가 2004. 4. 1.경 정기계약 요금할인제의 일종인 다량회선 요금할인에 관한 시내전화 서비스 이용약관을 변경하여 전화요금을 조정할 시점에서 본건 합의가 종료되었다고 보았다.

한편 하나로 역시 공정거래위원회 의결에 대하여 항고소송을 제기하였는바, 서울고등법원은 위 케이티의 항고에 대한 판단과 동일한 취지로 판단하였다.⁶⁾

마. 대법원의 판결

대법원은 케이티와 공정거래위원회의 각 상고를 모두 기각하였다.⁷⁾ 다만 하나로가 2004. 4. 1.경 정기계약 요금할인제의 일종인 다량회선 요금할인에 관한 시내전화 서비스 이용약관을 변경한 시점에서 본건 합의가 종료되었다고 본 서울고등법원의 판단에 대하여, 양사가 LM통화료 등 다른 시내전화요금은 인하하지 아니한 채 그대로 유지하였는바 하나로가 시내전화요금에 관한 대부분의 합의 사항을 준수한 채 다량회선요금 할인제도를 시행하였다는 사정만으로는 본건 합의가 파기되었다고 보기 어렵다고 보아 적어도 공정거래위원회가 본건 합의의 종료일로 본 2004. 8. 16.까지 본건 합의가 지속되었다고 봄이 상당하므로, 이 점에 관한 서울고등법원의 판단은 부당하다고 판단하였다. 그런데 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 ‘공정거래법’

5) 서울고등법원 2007. 7. 11. 선고 2005누20230 판결.

6) 서울고등법원 2007. 8. 23. 선고 2005누20902 판결.

7) 대법원 2009. 6. 23. 선고 2007두19416 판결.

또는 ‘법’이라 한다) 시행령(2004. 4. 1. 대통령령 제18356호로 개정된 것, 이하 ‘개정 시행령’이라 한다) 부칙 제2항은 ‘이 영 시행 전의 위반행위에 대한 과징금의 부과는 종전의 규정에 의한다’고 규정하고 있는바, 이 조항의 ‘이 영 시행 전의 위반행위’를 판단함에 있어서는 위반행위의 종료일을 기준으로 하여야 하므로 개정 시행령 시행 후까지 지속된 본건 합의에 대한 과징금 부과에 관하여는 개정 시행령 규정이 적용되어야 함에도 불구하고 개정 시행령 이전의 규정을 적용하여 과징금을 산정하였으므로 과징금 납부명령을 취소한 원심의 결론은 정당하다고 판단하였다.

대법원은 하나로와 공정거래위원회의 각 상고 역시 동일한 이유로 기각하였다.⁸⁾

2. 관련규정 및 제도

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」⁹⁾

제19조 (부당한 공동행위의 금지)

① 사업자는 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 할 것을 합의(이하 "부당한 공동행위"라 한다) 하여서는 아니된다.

1. 가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위
3. 상품의 생산·출고·수송 또는 거래의 제한이나 용역의 거래를 제한하는 행위
6. 상품의 생산 또는 거래시에 그 상품의 종류 또는 규격을 제한하는 행위

제58조 (법령에 따른 정당한 행위) 이 법의 규정은 사업자 또는 사업자단체가 다른 법률 또는 그 법률에 의한 명령에 따라 행하는 정당한 행위에 대하여는 이를 적용하지 아니한다.

「전기통신사업법」¹⁰⁾

제33조의4 (경쟁의 촉진)

① 정보통신부장관은 전기통신사업의 효율적인 경쟁체제의 구축과 공정한 경쟁환경의 조성

8) 대법원 2009. 6. 23. 선고 2007두19430 판결.
9) 2004. 12. 31. 법률 제7315호로 개정되기 전의 것.
10) 2007. 1. 3. 법률 제8198호로 개정되기 전의 것.

을 위하여 노력하여야 한다.

「전기통신사업법」¹¹⁾

제29조 (이용약관의 신고 등)

① 기간통신사업자는 그가 제공하고자 하는 전기통신역무에 관하여 그 역무별로 요금 및 이용조건(이하 '이용약관'이라 한다)을 정하여 정보통신부장관에게 신고(변경신고를 포함한다)하여야 한다. 다만, 사업규모 및 시장점유율 등이 정보통신부령으로 정하는 기준에 해당하는 기간통신역무의 경우에는 정보통신부장관의 인가(변경인가를 포함한다)를 받아야 한다.

3. 주요 쟁점

하나로는 자진신고자로서 공정거래위원회 심의 단계에서는 거의 다투지 않았으나, 소송단계에 이르러서는 케이티의 주장과 거의 유사한 주장을 하였다. 양사의 주장이 대동소이함을 고려하여, 이하에서는 편의상 케이티의 주장을 중심으로 검토하기로 한다.

특히 본건에 있어서는 ① 행정지도로 인한 공동행위의 부존재 또는 정당행위 인정 여부, ② 경쟁제한성 및 부당성의 존부, ③ 본건 공동행위의 중기 ④ 관련 매출액의 범위 등이 쟁점화 되었는데, 이하에서는 이들 쟁점을 중심으로 살펴보기로 한다.

가. 행정지도로 인한 공동행위의 부존재 또는 정당행위 인정 여부

1) 케이티의 주장

케이티는 정보통신부가 2002. 10. 16.경부터 같은 해 11. 12.경까지 사이에 전기통신사업법 제33조의4에 근거하여 원고와 하나로에게 수차례에 걸쳐 본건 합의내용과 유사한 내용으로 사실상 구속력 있는 행정지도를 하였고 이에 따라 정보통신부의 그와 같은 행정지도를 구체적으로 이행하고자 본건 합의에 이른 것이므로 이 사건 합의는 부당한 공동행위에 관한 합의에 해당된다고 할 수 없다고 주장하고, 또한 정보통신부

11) 2008. 2. 29. 법률 제8867호로 개정되기 전의 것.

가 전기통신사업법 제33조의2에 따라 행하는 행정지도에 따른 행위로서 공정거래법 제58조 소정의 정당행위에 해당한다고 주장하였다.

2) 공정거래위원회 및 법원의 판단

위와 같은 케이티의 주장에 대하여 공정거래위원회는 다음과 같은 이유로 이를 받아들이지 아니하였다. 즉, ① 2002. 10.경부터 2002. 11.경 사이에 있었던 정보통신부와 의 협의사항 및 정보통신부의 요구는 구속력이 없었고 구체적 사후 조치행위가 없었다는 점, ② 본건 합의는 정보통신부와 의 협의사항과 전혀 무관하게 케이티의 손실 방지 및 이익 극대화 차원에서 자발적이고 적극적으로 추진되었다는 점, ③ 본건 합의의 내용은 케이티의 이익극대화를 위한 것으로서, 2002. 11.경 정보통신부 요구사항의 취지(하나로 퇴출 방지 및 유효경쟁 체제 확립)와 부합하지 아니한다는 점에서 본건 합의는 2002. 10.경의 정보통신부 협의사항이나 정보통신부의 요구와 인과관계가 없으므로 공정거래법 제58조의 “법령에 따른 정당한 행위”인지 여부를 따질 실익이 없다고 판단하였다. 또한 공정거래위원회는 설사 본건 합의가 “법령에 따른 정당한 행위”인지에 대하여 살펴보더라도, 전기통신사업법 제33조의4는 “정보통신부장관은 전기통신사업의 효율적인 경쟁체제의 구축과 공정한 경쟁환경의 조성을 위하여 노력하여야 한다.”는 선언적 규정만을 두고 있을 뿐인바 정보통신부가 위 선언적 규정을 근거로 이용요금의 변경, 사업자간 요금합의 또는 시장점유율 이관합의를 요구하는 것은 법률적 권한을 넘은 위법한 것이라는 점에서 본건 합의가 “법령에 따른 정당한 행위”에 해당하지 않는다고 판단하였다.

서울고등법원은 공정거래위원회의 판단을 그대로 인정하였다. 특히 서울고등법원은 공정거래법 제58조에서 말하는 “법률”은 당해 사업의 특수성으로 경쟁제한이 합리적이라고 인정되는 사업 또는 인가제 등에 의하여 사업자의 독점적 지위가 보장되는 반면 공공성의 관점에서 고도의 공적 규제가 필요한 사업 등에 있어서 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률 또는 그 법률에 의한 명령의 범위 내에서 행하는 필요최소한의 행위를 말하는 것이라고 하고¹²⁾, 원고가 행정지도의 근거로 들고 있는 전기통신사업법 제33조의4는 당해 사업의 특수성으로 경쟁제한이 합리적이라고

12) 대법원 1997. 5. 16. 선고 96누150 판결; 대법원 2006. 11. 23. 선고 2004두8323 판결 등 참조

인정되는 사업 또는 인가제 등에 의하여 사업자의 독점적 지위가 보장되는 반면, 공공성의 관점에서 고도의 공적규제가 필요한 사업 등에 있어서 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률이라고 볼 수 없어, 본건 합의가 공정거래법 제58조에 의하여 공정거래법 적용대상에서 제외될 여지도 없다고 보았다. 대법원 역시 위와 같은 서울고등법원의 판단을 그대로 유지하였다.

3) 행정지도에 의한 부당한 공동행위의 불성립 여부에 관한 구체적 검토

가) 공정거래법 제58조의 정당행위에 관한 논의

본건에 대하여 검토하기에 앞서, 공정거래법 제58조 소정의 정당행위를 이유로 한 적용제외에 관한 대법원 판례를 살펴볼 필요가 있을 것으로 생각된다.

대법원은 법무사회의 구성사업자 사업활동제한의 건에서 공정거래법 제58조의 해석에 대하여 밝혔는바, 특히 공정거래법 제58조에 의한 적용제외의 요건을 엄격하게 해석하는 입장을 취하였다. 즉 대법원은 당해 사업의 특수성으로 경쟁제한이 합리적이라고 인정되는 사업 또는 인가제 등에 의하여 사업자의 독점적 지위가 보장되는 반면 공공성의 관점에서 고도의 공적 규제가 필요한 사업 등에 있어서 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률 또는 그 법률에 의한 명령의 범위 내에서 행하는 필요최소한의 행위의 경우에만 공정거래법 제58조의 적용제외를 인정할 수 있다는 취지로 판시하였다.¹³⁾ 이러한 대법원 판결의 취지는 다른 법령이 경쟁제한을 허용하고 있는 모든 경우에 대해 공정거래법을 적용하지 않는 것이 아니라, 정당한 이유 즉 경쟁제한을 인정해야 할 합리적 이유가 있는 경우에 필요최소한의 범위에서만 공정거래법의 적용제외가 인정된다는 입장을 취한 것으로 이해된다.¹⁴⁾

참고로 미국에서는 연방법인 셔먼법 또는 클레이튼법(이하 '미국독점규제법'이라 한다)과 주법 사이에 충돌이 있는 경우 또는 미국독점규제법과 특정 산업 분야의 규제를 위한 다른 연방법 사이에 충돌이 있는 경우에, 해당 주법이나 연방법에 따른 행위에 대하여 예외적으로 미국독점규제법의 적용을 배제하는 판례이론(예컨대 주행위

13) 대법원 1997. 5. 19. 선고 96누150 판결. 이후에 대법원은 다수의 판결에서 이와 동일한 입장을 취해 오고 있다(대법원 2005. 8. 19. 선고 2003두9251 판결; 대법원 2006. 6. 2. 선고 2004두558 등).

14) 권오승, 『경제법』 제7권, 135면; 이민호, 「부당한 공동행위와 행정지도」, 『경쟁법연구』 제11호, 170면.

이론(State Action Doctrine), 노어면제(Noerr Immunity)의 법리, 묵시적 적용제외(Implied Exemptions)의 법리, 신고요금이론(Filed Rate Doctrine), 우선적 관할권이론(Doctrine of Primary Jurisdiction) 등이 전개되고 있다.¹⁵⁾ 이는 법적인 구속력이 있는 다른 법률에 따른 행위에 대하여 예외적인 경우 미국독점규제법 위반을 부인하는 것이므로 논리적으로 공정거래법 제58조의 적용제외와 유사하다고 할 수 있어 그 해석에 참고로 할 수 있을 것으로 보인다. 다만 이러한 미국의 판례이론은 법적 구속력이 있는 법령에 따른 행위라는 점에서, 행정지도가 개입된 공동행위의 문제에 바로 적용하기는 쉽지 않은 것으로 보인다.

나) 행정지도가 공정거래법 제58조의 적용제외에 해당하는지 여부

“행정지도”라 함은 “행정기관이 그 소관사무의 범위안에서 일정한 행정목적을 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록 지도·권고·조언 등을 하는 행정작용”을 의미하는바(행정절차법 제2조 제3호), 이러한 행정지도는 행정처분이 아니라 해당 행정지도의 상대방의 임의적인 협력을 전제로 행하여지는 비권력적 사실행위에 불과하다.

전술한 대법원의 공정거래법 제58조 적용제외에 대한 입장을 기초로 할 때, 행정지도에 관한 근거 법률이 존재하고 그 법률이 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하며 행정지도가 그 법률(또는 명령)의 범위 내에서 필요최소한으로 행하여진 경우가 아닌 이상, 행정지도에 따랐다는 것만으로는 부당한 공동행위의 성립을 저지할 수 없고 공정거래법 제58조의 적용제외 조항이 적용되지 않는다고 보는 것이 타당하고, 이것이 일반적인 견해로 보인다. 이에 따라 설사 해당 행정지도에 사실상의 구속력이 있다고 하더라도 이는 구속력 있는 행정작용에는 법률의 근거가 필요하다는 법리를 위반한 위법한 행정지도이기 때문에 이에 따라 부당한 공동행위의 합의를 하였더라도 위법한 것이다.

이러한 점에서 위와 같이 단순한 행정지도의 존재만으로 부당한 공동행위의 성립을 부인할 수 없다는 견해가 타당한 것으로 본다. 또한 이러한 법리상의 이유뿐만 아

15) 이와 관련한 자세한 내용은 이호영, 「규제산업과 공정거래법의 적용제외」, 『한양대학교 법학논총』 제23집 제1호, 361~393면; 이민호, 앞의 논문, 183~190면을 참고하기 바란다.

나라, 실질적으로 행정지도가 존재하였다는 것만으로 부당한 공동행위의 성립을 인정하지 아니할 경우에는, 행정지도를 명목으로 한 공동행위를 규제하는 것이 어렵다는 실질적인 문제도 간과할 수 없을 것이다.

한편 요금인가권자이자 통신시장의 유효경쟁을 형성할 책임을 지고 있는 정보통신부가 이러한 자신의 임무를 수행하기 위하여 행정지도를 통하여 통신사업자간 요금 관련 합의를 촉발시킨 경우, 이러한 합의는 인가조건으로 부가될 내용을 사전교섭 및 절충이라는 협력적 행정에 의하여 자발적으로 이행한 것이므로, 공정거래법 제58조에서 정하고 있는 법률에 의한 명령에 따른 행위로서 공정거래법 적용제외사유에 해당한다는 견해도 있다.¹⁶⁾ 이 견해는 정보통신부 장관의 행정지도에 의하여 이루어진 통신사업자들 사이의 요금 관련 합의에 대하여 공정거래위원회가 부당한 공동행위로 제재하려는 상황은 통신시장에 대한 규제관할권을 둘러싼 정보통신부와 공정거래위원회의 규제관할권 충돌에서 야기된 측면이 강하다는 관점에서 있다. 그 논리적 귀결로서 정보통신부장관의 행정지도에 의하여 이루어진 통신사업자간 요금 관련 합의는 근본적으로 공정거래법 및 전기통신사업법의 불비, 그리고 이들 법률에 의한 규제기관 상호간의 정책협력 및 조정상의 실패로 인하여 발생한 행위로서 그 책임을 사업자에게 귀속시키는 것은 부당하며, 근본적 해결은 공정거래위원회와 정보통신부간의 협력 및 조정에 의하여 이루어져야 한다고 한다.

다) 행정지도에 의한 부당한 공동행위의 불성립 여부에 관한 구체적 검토

그런데 공정거래위원회 및 법원이 적절하게 지적하는 바와 같이, 정보통신부 행정지도 및 본건 합의를 전후한 경위를 종합적으로 살펴보면, 본건 합의는 정보통신부 행정지도에 대한 단순한 협력의 차원을 넘어 양사의 이익을 위한 적극적·자발적 행위에 따라 이루어진 것으로서 본건 합의가 전기통신사업법 제33조의4에 근거한 정보통신부의 사실상 구속력 있는 행정지도에 따른 것이라는 등의 이유로 부당한 공동행위의 합의 자체가 성립하지 않는다고 볼 여지는 없다고 생각된다.

16) 이원우, 「통신시장에 대한 규제법리의 특징과 행정지도에 의한 통신사업자간 요금관련 합의의 경쟁법 적용 제외」, 『행정법연구』 제13호, 155~176면.

또한 “정보통신부장관은 전기통신사업의 효율적인 경쟁체제의 구축과 공정한 경쟁 환경의 조성을 위하여 노력하여야 한다”고 규정하는 전기통신사업법 제33조의4 제1항은 단순한 선언적 규정일 뿐이고, 본건 합의의 주된 내용인 사업자간 요금의 직접적 합의, 시장점유율의 인위적인 조정 등의 구체적 근거 규정은 발견하기 어려우며,¹⁷⁾ 정보통신부가 전기통신사업법을 근거로 사업자간 요금의 직접적 합의 및 시장점유율의 인위적 조정을 명령할 수 있는 권한은 없다고 해석된다.

더군다나 사실관계의 측면에서, 전술한 바와 같이 본건 합의의 경위에 비추어 본건 합의가 정보통신부의 행정지도의 결과로서 발생한 것이라고 보기도 어렵다.

이에 따라 본건 합의는 공정거래법 제58조 소정의 법령에 따른 정당행위라고 볼 수 없다고 봄이 타당하다. 결론적으로 공정거래위원회 및 법원의 입장이 타당하다고 본다.

나. 경쟁제한성 및 부당성의 존부

1) 케이티의 주장

케이티는 본건 합의는 경영상의 어려움에 처한 하나로의 생존을 보장함으로써 시내전화 시장의 유효경쟁을 촉진하고 소비자 후생을 증대시키기 위한 것이므로 경쟁제한성 및 부당성이 존재하지 않는다는 취지로 주장하였다.

2) 공정거래위원회 및 법원의 판단

공정거래위원회는 ① 본건 합의는(하나로의 생존보장 취지가 아니라) 번호이동성시행을 앞두고 피심인 케이티의 손실을 최소화하고 이익을 극대화하기 위한 것이라는 점, ② 시내전화 시장에서 케이티의 독점화를 견제하고 사업자간 요금인하 경쟁을 촉발시켜 이를 통한 이용자의 시내전화사업자 선택을 실질적으로 보장하고자 도입되었던 시내전화 번호이동성제도 시행의 당초 취지가 본건 합의에 의해 왜곡되는 결과가

17) 전기통신사업법은 전기통신설비의 제공에 관한 규정(동법 제33조의5), 가입자 선로의 공동활용에 관한 규정(동법 제33조의6), 상호접속에 관한 규정(동법 제34조) 등을 두고 있을 뿐이다.

초래되었다는 점, ③ 본건 합의로 인하여 케이티의 요금은 그대로 유지되고 하나로
의 요금은 오히려 인상되는 등 본건 합의가 오히려 소비자 후생을 저해하였다는 점 등을
근거로 케이티의 위 주장을 받아들이지 않았다.

서울고등법원 역시 ① 본건 합의가 시내전화 시장에서 100%의 시장점유율을 보이
고 있는 경쟁사업자들 사이의 가격경쟁 등에 관한 합의라는 점, ② 가격에 관한 사항
은 개별사업자들이 자신의 영업여건이나 시장상황 등을 감안하여 자율적으로 결정하
여야 할 사항이지 사업자들 사이의 합의에 따라 결정할 사항이 아닌 점, ③ 본건 합
의가 시내전화 번호이동성 제도의 시행으로 인한 케이티의 손실 방지 및 이익 극대화
차원에서 자발적이고 적극적으로 추진된 것으로 판단되는 점 등을 근거로 본건 합
의의 경쟁제한성을 인정하였다. 대법원도 서울고등법원의 판단을 그대로 유지하였다.

3) 경쟁제한성 및 부당성의 존부에 대한 구체적 검토

가격담합과 같은 경성 공동행위와 관련하여 당연 위법의 원칙(per se illegal)이 적
용되어 경쟁제한성 및 부당성을 입증할 필요가 없다는 견해 및 경성 공동행위에 대하
여서도 합리의 원칙(the rule of reason)이 적용되며 공정거래위원회가 경쟁제한성 및
부당성을 입증하여야 한다는 것이 견해가 대립하고 있다. 「공동행위심사기준」(2002.
5. 8. 제정 공정거래위원회 예규 제20호)은 경성 공동행위에 대해서는 통상적인 위법
성 심사절차를 생략하고 “구체적인 시장분석이 없더라도 위법한 공동행위로 판단할
수 있다”는 취지로 규정하고 있으나, 그럼에도 불구하고 공정거래위원회의 실무상으
로는 경성 공동행위의 경우에도 위법성 심사절차를 생략하지 않고 그 경쟁제한성 및
부당성 유무에 대하여 심사하고 있다. 생각건대 공정거래법 제19조 제1항의 문언상
“부당하게 경쟁을 제한하는”이라는 요건이 명시되어 있는 이상, 합리의 원칙이 적용
되어 경성 공동행위 및 연성 공동행위를 불문하고 공정거래위원회가 경쟁제한성 및
부당성을 입증하여야 한다고 보는 것이 일응 타당하다고 생각된다.

어떠한 공동행위가 ‘경쟁제한성’을 가지는지 여부는 당해 상품의 특성, 소비자의 제
품선택 기준, 당해 행위가 시장 및 사업자들의 경쟁에 미치는 영향 등 여러 사정을 고
려하여, 당해 공동행위로 인하여 일정한 거래분야에서의 경쟁이 감소하여 가격·수
량·품질 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는지를 살펴,

개별적으로 판단하여야 한다. 다만 사업자들이 공동으로 가격을 결정하거나 변경하는 행위는 그 범위 내에서 가격경쟁을 감소시킴으로써 그들의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태를 초래하게 되므로, 그와 같은 사업자들의 공동행위는 특별한 사정이 없는 한 부당하다고 볼 수밖에 없다고 할 것이다.

그런데 공정거래위원회 및 법원이 적절하게 지적하는 바와 같이 본건 합의의 목적, 경위 등을 고려하면 본건 합의로 인하여 시내전화 시장에서의 경쟁 자체가 감소하여 원고 등의 의사에 따라 자유롭게 가격결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태가 초래되었으므로, 본건 합의에는 경쟁제한성 및 부당성이 없다고 볼 여지는 찾기 어렵다. 결론적으로 공정거래위원회 및 법원의 입장이 타당하다고 판단된다.

다. 본건 공동행위의 종기

1) 케이티의 주장

케이티는 본건 공동행위의 종기와 관련하여, 하나로 의 요금인상 및 조정과 케이티의 시장점유율 이관 및 이관 부족분에 대한 정산보상은 상호 동시이행의 관계에 있으며, 케이티가 하나로 의 2003년도 3/4분기 시장점유율 이관 부족분에 대한 정산보상 요구를 최종 거절한 2003. 10. 27.에 본건 합의가 파기되었다는 점을 근거로 본건 공동행위의 종기는 2003. 10. 27.이라고 주장하였다. 또한 케이티는 대법원 단계에서 예비적 주장으로서, 본건 공동행위의 종기는 하나로가 유통망 수수료(전화모집 위탁수수료)를 7,500원에서 20,000원으로 인상한 행위가 있었던 2004. 1. 1.라고 주장하였다.

2) 공정거래위원회의 판단

위와 같은 케이티의 주장에 대하여 공정거래위원회는 다음과 같은 이유로 이를 받아들이지 아니하였다. 즉 ① 케이티의 시장점유율 이관은 하나로 의 요금인상을 이끌어내기 위한 수단으로 활용된 것이고, 정산보상은 시장점유율 이관을 담보하기 위한 세부방안으로 제시된 것에 불과하므로, 케이티가 2003. 10. 27. 하나로에게 정산보상이

곤란하다는 의사표시를 한 것만으로 이 사건 합의가 파기되었다고 단정하기는 어렵고, ② 케이티가 정산보상을 거부한 이후에도 하나로는 피심인 케이티의 우호적인 협조 및 공조유지를 통해 시내전화 시장점유율을 증가시키고자 하였다는 점, ③ 본건 합의로 양사간 요금격차가 좁혀진 이후 피심인들이 약관요금을 개별적으로 변경·조정할 적이 없으며, 이에 따라 이 사건 합의로 인한 양사간 요금격차가 2003. 10. 27. 이후에도 그대로 유지되었다는 점, ④ 케이티의 정산보상 거부 이후에도 양사는 본건 합의에 따른 양사간 공조체제를 파기할 의사가 전혀 없었으며 이를 그대로 유지하고 있었다고 판단되는 점 등을 들어 케이티가 주장하는 2003. 10. 27.를 본건 공동행위의 종기로 받아들이지 않았다.

공정거래위원회는 ① 대도시 지역으로 시내전화 번호이동성이 확대 시행된 2004. 8. 부터 양사간 마케팅 경쟁이 본격화되면서 하나로에서 케이티로의 가입자 이탈이 급격히 증가하였다는 점, ② 케이티가 하나로로 번호이동을 신청한 가입자에게 철회를 종용하거나 가입자의 의사에 반하여 임의적으로 번호이동을 취소하고 아울러 번호이동 개통도 지연시키고 있는 등 전기통신사업법 등을 위반하는 행위를 하였다는 이유로 하나로가 2004. 8. 2. 통신위원회에 신고서를 제출하는 등 2004. 8.경 무렵 양사간 시내전화 번호이동 가입자 유치를 위한 마케팅이 치열하게 전개되었다는 점, ③ 하나로는 2004. 8. 16. 본건 합의의 주요 사항 중 하나인 LM통화료를 당시 케이티의 인하여 예정 수준인 14.50원/10초보다 더 낮은 수준인 13.9원/10초로 신고하기 위해 정통부와 협의하였다는 점 등에 비추어 본건 공동행위의 종기는 위 2004. 8. 16.라고 보았다.

3) 서울고등법원의 판단

서울고등법원은 공정거래위원회의 논리와 유사한 논리로 본건 공동행위의 종기가 2003. 10. 27.라는 케이티의 주장을 받아들이지 아니하였다. 그리고 서울고등법원은, 하나로가 2004. 4. 1.경 정기계약 요금할인제의 일종인 다량회선 요금할인에 관한 시내전화 서비스 이용약관을 변경하여 전화요금을 조정함으로써 케이티와의 이 사건 합의를 파기하고 독자적인 경영활동을 시작하였다고 할 것이고, 이러한 정기계약 요금할인제의 부활은 본건 합의내용의 주요부분에 명백히 반하는 행위라고 보아 해당 약관이 시행된 2004. 4. 1.이 본건 공동행위의 종기라고 판단하였다.

4) 대법원의 판단

대법원은, 하나로가 2004. 4. 1. 다량회선 요금할인제도를 시행하여 본건 합의사항 중 정기계약요금 할인제도의 일부를 부활시킨 점을 인정하면서도, 케이티 및 하나로의 시내전화 매출액의 45% 및 55%를 차지하는 LM통화료 등 다른 시내전화요금을 2004. 8. 16.까지 그대로 유지하였으므로 하나로의 다량회선요금 할인제도 시행만으로 본건 합의가 파기되었다고 보기 어렵고, 적어도 2004. 8. 16.까지는 본건 공동행위가 지속되었다고 판단하였다.

5) 본건 공동행위의 종기에 대한 구체적인 검토

공정거래법 제19조 제1항 제1호에 정한 가격 결정 등의 합의 및 그에 터잡은 실행행위가 있었던 경우 부당한 공동행위가 종료한 날은 그 합의에 터잡은 실행행위가 종료한 날이므로, 합의에 참가한 일부 사업자가 부당한 공동행위를 종료하기 위해서는 다른 사업자에 대하여 합의에서 탈퇴하였음을 알리는 명시적 내지 묵시적인 의사표시를 하고 독자적인 판단에 따라 담합이 없었더라면 존재하였을 가격 수준으로 인하하는 등 합의에 반하는 행위를 하여야 한다. 또한, 합의에 참가한 사업자 전부에 대하여 부당한 공동행위가 종료되었다고 하기 위해서는 합의에 참가한 사업자들이 명시적으로 합의를 파기하고 각 사업자가 각자의 독자적인 판단에 따라 담합이 없었더라면 존재하였을 가격 수준으로 인하하는 등 합의에 반하는 행위를 하거나 또는 합의에 참가한 사업자들 사이에 반복적인 가격 경쟁 등을 통하여 담합이 사실상 파기되었다고 인정할 수 있을 만한 행위가 일정 기간 계속되는 등 합의가 사실상 파기되었다고 볼 수 있을 만한 사정이 있어야만 한다.¹⁸⁾

위와 같은 법리에 비추어 볼 때, 과연 케이티가 본건 공동행위로 주장하는 2003. 10. 27. 또는 2004. 1. 1.이나 서울고등법원이 본건 공동행위의 종기로 인정한 2004. 4. 1.을 본건 공동행위의 종기로 볼 수 있는지에 대하여서는 의문이다. 즉 2003. 10. 27. 케이티의 정산보상 거부 이후에도 양사의 협조체제가 유지되고 있었고, 2004. 4. 1. 이후에도 양사 매출의 상당 부분을 차지하는 다른 시내요금도 그대로 유지되었으므로 그 시

18) 대법원 2008. 10. 23. 선고 2007두12774 판결, 대법원 2008. 10. 23. 선고 2007두2586 판결 등.

점을 본건 공동행위의 종기로 보기에 부족하므로 판단된다. 그런데 시내전화 번호이동성이 확대 시행된 2004. 8.경부터는 양사간 마케팅 경쟁이 본격화하였고 특히 하나로는 LM통화료의 인하를 위하여 정통부와 협의하는 등 본건 합의에 반하는 행위를 함으로써 본건 공동행위가 사실상 파기되었다고 볼 수 있다고 보이는데, 이에 따라 공정거래위원회가 판단한 바와 같이 본건 공동행위의 종기는 일응 2004. 8. 16.로 볼 수 있을 것이다.

다만 여기에 대해서는 2004. 8. 16.을 본건 공동행위의 종기로 볼 근거가 부족하므로 공정거래위원회의 심의일을 본건 공동행위의 종기로 보아야 한다는 지적도 있다.¹⁹⁾ 이러한 견해는 종기가 불분명한 경우라도 특정시점으로 확정할 수 있다는 장점이 있지만 앞서 본 판례의 종기에 대한 입장을 수용할 때에는 유지되기 어려운 측면이 있는 것 같다.

6) 공동행위 종기에 따른 적용 과징금 규정의 검토

대법원은 공정거래법 개정 시행령 부칙 제2항은 “이 영 시행 전의 위반행위에 대한 과징금의 부과는 종전의 규정에 의한다”고 규정하고 있는바, 이 조항의 “이 영 시행 전의 위반행위”를 판단함에 있어서는 위반행위의 종료일을 기준으로 하여야 하므로,²⁰⁾ 개정 시행령 시행 후까지 지속된 본건 공동행위에 대한 과징금 부과에 관하여는 개정 시행령 규정을 적용하여야 한다고 판단하고, 공정거래위원회가 개정 시행령 이전의 규정을 적용하여 과징금을 산정한 부분이 위법하다고 판단하였다.

대법원의 이러한 판단은 적절한 것으로 보이고, 공정거래위원회 역시 대법원의 판단 취지에 따라 과징금을 재산정하였다.²¹⁾

19) 황태희, 「행정지도와 부당한 공동행위, 부당한 공동행위의 종기와 과징금 산정」, 『대법원 판례해설』 제79호, 831면.

20) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2007두3756 판결; 2006. 3. 24. 선고 2004두11276 판결.

21) 공정거래위원회 2009. 8. 7. 전원회의 의결 제2009-171호.

라. 관련 매출액의 범위

1) 케이티의 주장 및 공정거래위원회·법원의 판단

케이티는 LM통화료 매출액, 시내전화 기본통화료 매출액, 맞춤형 정액요금제 상품 매출액, 하나로와의 비경합지역 매출액은 관련 매출액 산정에서 제외되어야 한다고 주장하였으나, 공정거래위원회 및 서울고등법원은 이러한 주장을 받아들이지 아니하였다. 그 구체적인 내용은 다음과 같다.

2) LM통화료 매출의 관련 매출액 포함 여부

케이티의 LM통화료 매출의 관련 매출액 제외 주장은, LM통화료는 정보통신부가 이동전화망접속료율을 인하하게 되면 이에 따라 인하하게 되는 것이므로 정보통신부의 정책에 따라 결정되는 것이지 사업자가 결정할 수 있는 것이 아니라는 점에서 본건 합의의 대상에 애초부터 포함되지 않았다는 것이었다. 이에 대하여 공정거래위원회 및 서울고등법원은 ① 본건 합의에 관련된 하나로측 자료에 LM통화료의 조정이 명시되어 있다는 점에 비추어 LM통화료도 본건 합의에 포함되어 있는 것으로 보인다는 점, ② LM통화료의 일부인 이동전화망접속료는 정통부장관이 결정하는 사항이나, 이동전화망접속료를 제외한 나머지 LM통화료의 구성요소는 하나로가 독자적으로 결정할 수 있어 LM통화료 인하수준도 하나로가 자유롭게 결정할 수 있는 것이라는 점 등을 들어 케이티의 주장을 받아들이지 않고, LM통화료 매출까지 관련 매출액에 산입하였다.

3) 시내기본통화료 매출의 관련 매출액 포함 여부

케이티의 시내기본통화료 매출의 관련 매출액 제외 주장은, 시내기본통화료는 시외전화 1대역 요금과 동일하게 유지하는 것이 정보통신부의 기본정책이라는 점에서 본건 합의의 대상에 애당초 포함되지 않았다는 것이었다. 이에 대하여 공정거래위원회 및 서울고등법원은 ① 본건 합의에 관련된 양사 자료에 시내기본통화료가 명시되어

있다는 점에 비추어 시내기본통화료도 본건 합의에 포함되어 있는 것으로 보인다는 점, ② 시내전화사업자인 양사로서는 시외전화 1대역 요금과 무관하게 시내통화료를 변경할 수 있다는 점 등을 들어 케이티의 주장을 받아들이지 않고, 시내기본통화료 매출까지 관련 매출액에 산입하였다.

4) 맞춤형 정액요금제 상품 매출의 관련 매출액 포함 여부

케이티의 맞춤형 정액요금제 상품 매출의 관련 매출액 제외 주장은, 2002. 9.부터 같은 해 12.까지 한시적으로 가입자를 모집하여 현재까지 운영하고 있는 “시내전화 맞춤형정액요금제”는 본건 공동행위와 무관할 뿐만 아니라 ‘정액요금으로 무제한 통화가능’이라는 혜택을 받고 있는 위 정액형 가입자가 하나로로 이전하여 일반 시내전화 이용자로 전환하는 경우는 거의 없다는 점을 근거로 한다. 이에 대하여 공정거래위원회 및 서울고등법원은, 맞춤형정액요금제는 기존 고객의 월평균 통화료에 따라 정해진 월정액을 추가적으로 부담하면 매월 무제한으로 시내전화 통화를 할 수 있는 상품이므로 위 맞춤형정액요금제 가입자는 가입 당시 위와 같은 방식으로 정해진 ‘시내통화료’만 정액으로 부담할 뿐이고, 그 외 기본료, LM통화료 등은 일반 이용자와 동일한 요금 부담한다는 점 등을 들어 케이티의 주장을 받아들이지 아니하고, 맞춤형 정액요금제 상품 매출(정액 시내통화료 매출 제외)까지 관련 매출액에 산입하였다.

5) 비경합지역 매출의 관련 매출액 포함 여부

케이티의 비경합지역 매출의 관련 매출액 제외 주장은 하나로가 서비스를 제공하지 않는 권역의 경우 시장점유율 이관이 불가능할 뿐만 아니라 경쟁제한성이 존재하지 않는다는 것을 근거로 하고 있다. 그런데 이에 대하여 공정거래위원회 및 서울고등법원은 ① 본건 공동행위에 의해 인상·유지·조정된 양사의 이용약관 요금은 전국시장에 모두 동일하게 적용되었다는 점, ② 본건 공동행위의 주요 수단인 시장점유율 이관은 전체 전국시장을 기준으로 매년 1.2%씩 이관하는 것이라는 점, ③ 본건 공동행위 이후 하나로가 지속적으로 서비스 제공 권역을 확대하고 있었다는 점 등을 들어 이를 받아들이지 아니하고, 비경합지역의 매출까지 모두 관련 매출액에 산입하여야 한다고 판단하였다.

4. 의의

가. 전통적 규제산업 분야에서 행정지도가 개입된 카르텔에 대한 제재

본건의 경우 금융, 통신, 주류 등 전통적인 규제산업으로 통칭되는 산업에 대하여 제제한 건 중 가장 큰 규모의 과징금이 부과된 건으로서의 의의가 있다. 특히 단일기업에 대해서 1,000억 원이 넘는 과징금이 부과된 것은 공정거래법 운용역사상 초유의 사건에 해당된다.

공정거래위원회는 다음과 같은 다수의 행정지도가 개입된 카르텔을 적발 및 시정하여 왔다.

<표 3> 2000년 이후 행정지도 관련 카르텔 사건 현황

(단위: 백만 원)

| 연번 | 연도 | 사건명 | 과징금액 | 분야 |
|----|------|--------------------------|---------|----|
| 1 | 2000 | 4개 이동통신사업자 담합 건 | 2,889 | 통신 |
| 2 | 2001 | 11개 손보사 담합 건 | 5,109 | 금융 |
| 3 | 2002 | 17개 은행 담합 건 | 시정명령 | 금융 |
| 4 | 2002 | 서울시 가락동 농수산물 도매법인 담합 건 | 233 | 유통 |
| 5 | 2002 | 부산항 컨테이너 전용부두 운영회사 담합 건 | 452 | 운송 |
| 6 | 2003 | 9개 철근제조사업자 담합 건 | 14,955 | 제조 |
| 7 | 2003 | 19개 감정평가사 담합 건 | 81 | 기타 |
| 8 | 2005 | 2개 시내전화사업자 담합 건 | 115,203 | 통신 |
| 9 | 2005 | 대구 유치원 연합회 사업자단체 금지행위 건 | 43 | 기타 |
| 10 | 2005 | 6개 초고속인터넷 사업자 담합 건 | 시정명령 | 통신 |
| 11 | 2005 | 4개 시외전화사업자 담합 건 | 20,404 | 통신 |
| 12 | 2006 | 12개 컨테이너 육상운송사업자 담합 건 | 248 | 운송 |
| 13 | 2006 | 2개 이동통신사업자 담합 건 | 6,698 | 통신 |
| 14 | 2006 | 9개 폴리프로필렌 제조사 담합 건 | 54,998 | 제조 |
| 15 | 2006 | 15개 닭고기 사업자 담합 건 | 2,667 | 제조 |
| 16 | 2007 | 3개 설탕 제조사 담합 건 | 51,133 | 제조 |
| 17 | 2007 | 10개 손보사 담합 건 | 40,706 | 금융 |
| 18 | 2008 | 8개 은행 뱅커스유انس 인수수수료 담합 건 | 7,738 | 금융 |

| 연번 | 연도 | 사건명 | 과징금액 | 분야 |
|----|------|------------------------|--------|----|
| 19 | 2008 | 5개 은행 수출환어음 매입수수료 담합 건 | 1,885 | 금융 |
| 20 | 2008 | 14개 생보사 및 10개 손보사 담합 건 | 10,593 | 금융 |
| 21 | 2008 | 13개 생보사 담합 건 | 13,997 | 금융 |
| 22 | 2009 | 4개 신용평가사업자 담합 건 | 4,200 | 금융 |
| 23 | 2010 | 11개 소주 제조사 담합 건 | 27,201 | 주류 |

* 과징금액은 의결서 기준

카르텔의 발생 유인은 여러 가지가 있을 수 있으나, 우리나라의 경우 정부의 행정지도가 개입된 카르텔의 발생이 잦은 편이다. 위의 표에서 알 수 있는 바와 같이, 금융, 통신, 제조, 유통 등 거의 모든 사업 분야에서 행정지도가 개입된 카르텔이 발생하고 있으며, 특히 공정거래위원회의 반복적인 제재에도 불구하고 끊임없이 새로이 발생하고 있는 것처럼 보인다.

그렇다면 왜 이처럼 다른 나라들과는 달리 우리나라에 행정지도가 개입된 카르텔 발생이 잦은 것일까? 이는 우리나라 특유의 역사적·구조적 문제라는 측면에서 몇 가지 원인을 살펴 볼 수 있다.

첫째, 관행의 문제이다. 즉 정부 주도 경제발전의 관행이 문제가 된다. 우리나라의 단기간의 걸친 급속한 경제발전에는 정부의 강력한 행정지도와 그에 대한 사업자들의 무조건적인 순응이 일정 부분 기여한 것은 사실이다. 반면 경제발전 및 글로벌 경제로의 편입에 따라 민간 부문의 역량 강화, 규제완화 등에도 불구하고 행정기관은 여전히 행정지도를 비공식적인 시장개입 수단으로 사용하고 있는 것도 부인할 수 없다. 그에 따라 사업자는 다른 사업자와 ‘경쟁’ 하기보다는 행정지도에 따른 ‘업계간 조정 혹은 협의’, 즉 담합행위라는 비경쟁적 방식을 선택하는 경향이 있다. 다시 말해 정부 규제의 그늘 하에 안주해온 기업들의 퇴행적인 행태는 우리 경제가 한 단계 더 높게 도약하는데 걸림돌로 작용하고 있는 것이다. 이처럼 과거 관행에 집착하는 행정기관과 사업자들의 행태로 인하여 행정지도와 카르텔의 악순환이 지속되고 있는 것으로 판단된다.

둘째, 산업의 문제이다. 특정 산업에서 고도로 집중된 산업구조가 문제가 된다. 앞의 표에서 본 바와 같이 행정지도가 문제되는 분야는 주로 금융, 통신 등 강력한 인·

허가권 등 규제권한을 가진 규제기관이 존재하는 규제산업이다. 문제는 이러한 규제 산업은 소수의 사업자들이 고착화된 시장점유율을 가진 과점화된 시장구조가 일반적이라는 것이다. 이런 시장구조 하에서 강력한 인·허가권을 가진 규제기관의 행정지도는 사업자들로 하여금 카르텔을 유발시킬 개연성이 높다. 강력한 권한을 가진 규제기관의 행정지도는 법령 이상의 강제성을 가질 수 있고, 해당 산업에서는 비교적 소수의 경쟁사업자간에 긴밀하고 지속적인 관계가 오랜 기간 동안 유지되고 있기 때문이다.

셋째, 경쟁제한적 규제의 문제이다. 해당 산업에의 진입이 자유롭지 못하고 가격규제가 법령상 인정되고 있는 등 경쟁제한적 규제가 존재한다. 예를 들어 이통통신산업 영역의 경우 에스케이텔레콤은 시장지배적 사업자로 지정되어 가격정책의 변동시 해당 산업의 규제기관인 방송통신위원회로부터 사전 인가를 받도록 되어 있고, 케이티와 엘지유플러스의 경우 사전 신고를 하도록 되어 있는 것이 대표적이다. 물론 대부분의 규제산업은 상품·용역의 공공재적 특성에 따라 다른 산업과는 달리 진입규제, 가격규제 등 직접적인 규제들이 존재하고, 이들 규제는 사업자의 숫자를 제한하거나 가격변동폭을 한정시켜 줌으로써 사업자들이 보다 용이하게 ‘합의’에 이르도록 해 주는 역할을 하는 측면이 있다.

다시 말해 그러한 규제가 없는 산업에서의 시장참여자들의 경우 카르텔에 이르기 위하여 거쳐야할 단계가 중층적이고 합의주체나 대상이 상대적으로 넓다. 예를 들어 합의에 참여해야할 사업자 수도 많고, 합의대상도 zero-base에서 시작해야 하므로, 합의를 이루어내는 것이 말처럼 쉬운 일은 아니다.

반면 금융, 통신 등 전통적인 규제산업에서의 시장참여자들은 상대적으로 보다 쉽게 합의에 이를 수가 있다. 일단 시장참여자 수가 적고, 무엇보다 경쟁제한적 규제 혹은 규제기관의 행정지도로 인하여 합의대상이 일정 폭 혹은 부분으로 쉽게 한정될 수 있기 때문이다.

나아가 정보비대칭의 상황을 이용하여 행정기관의 행정지도를 역으로 사업자들이 이용하는 포획(Captured) 상황도 발생 가능하다. 예컨대 특정 규제산업의 시장참여자들이 별도의 합의를 통하여 규제기관의 행정지도를 특정 방향으로 유도하는 것이다.

순환보직제도라는 정부조직의 특성의 작용을 포함하여 규제담당자들이 해당 산업의 해당 분야에 대하여 시장참여자들보다 정보를 더 많이 가질 수는 없는 정보비대칭 상황을 시장참여자들이 역으로 이용하여 규제담당자와의 협의 전 별도의 합의를 통해 자신들의 합의안을 도출한 뒤 협상을 거쳐 의도한 대로 행정지도를 유도하는 것이다.

그로 인하여 행정지도를 통해 업체가 요구하는 수준보다 낮은 가격으로 가격이 인상된다고 하더라도 장기적으로 볼 때 경쟁가격과 비교할 수 있다면 과다 이윤을 보장하는 높은 수준의 가격이 되기 쉬운 경향이 있다.

나. 공정거래위원회 예규의 제정 등 행정지도가 개입된 공동행위의 판단기준을 구체화하기 위한 노력

전술한 바와 같이 본건 처리 이후 공정거래위원회는 금융, 통신, 주류 등 전통적인 규제사업에 대한 제재를 계속하여 왔으며, 2006년에는 ‘행정지도가 개입된 「부당한 공동행위에 대한 심사지침」(제정 2006. 12. 27. 공정거래위원회 예규 제42호, 이하 ‘심사지침’이라 한다)을 제정하여 행정지도가 개입된 카르텔에 대한 판단기준을 제시하기에 이르렀다.

이 심사지침에서 공정거래위원회는 행정기관의 행정지도에 따라 사업자들이 공동행위의 행위에 이르게 된 경우에 공동행위의 위법성을 인정하고 있으며, 사업자들이 행정기관의 행정지도에 따르지 않는 것을 사실상 기대하기 어려운 경우라 하더라도 부당한 공동행위를 부인할 수 없는 것으로 보고 있다. 다만 구속력 있는 행정지도 등 정부의 시책이 동인이 되어 위반행위가 이루어진 경우에는 20%의 범위 내에서 과징금을 감경할 수 있도록 하는 규정을 두고 있을 뿐이다.

한편 공정거래위원회는 매우 좁은 범위에서만 공정거래법 제58조에 따른 적용제외 가능성을 인정하고 있다. 전술한 바와 같이 원래 행정지도는 비권력적 사실행위에 불과한 것인바 행정기관의 행정지도에 따라 공동행위가 이루어졌다고 하더라도 공정거래법 제58조의 적용제외가 인정될 수 없다고 본다. 그러나 ① 다른 행정작용법에서 사업자들의 공동행위 자체를 허용하고 있거나, ② 행정기관에 경쟁제한적인 사업자들의 공동행위를 유도할 수 있는 행정지도를 할 수 있는 구체적인 권한을 부여한 경우

로서 그 행정지도의 목적, 수단, 내용, 방법 등이 근거법령에 부합하고 사업자들이 그 행정지도의 범위 내에서 행위를 한 때에 공정거래법 제58조에 따라 적용제외가 인정된다는 것이다.

다만 행정지도는 통상적으로 행정기관이 행정작용법상 근거 없이 행정조직법상의 포괄적 권한이나 행정절차법에 근거를 두고 행하는 경우가 대부분이고, 개별 행정작용법에서 구체적으로 공동행위를 유도하는 행정지도할 권한을 행정기관에 부여하는 사례가 거의 없기 때문에, 위 심사지침에 따르면 행정지도가 개입된 공동행위에서 공정거래법 제58조의 적용제외가 인정될 경우가 거의 없다고 평가된다.²²⁾

나아가 공정거래위원회는 2010년 소주 담합 건 처리 이후 민간 주도의 창의적이고 자유로운 경쟁, 그에 따른 소비자 후생 증진을 위해서는 행정지도에 대한 새로운 인식 전환이 필요함을 인식하여 차관회의 및 장관회의를 통해 정부내 규제 주무부서에 대해서 행정지도가 개입된 카르텔에 대한 공정거래위원회의 입장²³⁾을 설명한 바 있다.

22) 이민호, 앞의 논문, 159면.

23) 그 구체적인 내용은 다음과 같다: 첫째 행정지도를 함에 있어 행정절차법에 규정된 원칙을 준수할 것, 둘째 행정지도에 따라 사업자들이 별도의 합의를 하지 않도록 사업자들에게 구두로 주지시키거나 서면으로 된 문서에 명확하게 기재할 것, 셋째 사업자들에게 합의를 유도할 경우 3가지 요건(① 당해 사업이 사업자의 독점적 지위가 인정되고 고도의 공적 규제가 필요한지 여부, ② 근거 법률이 자유경쟁의 원칙의 예외를 구체적으로 인정하고 있는지 여부, ③ 행정지도가 법률이 허용하는 범위내에서 직접적이고 구체적으로 행하여졌는지 여부)에 부합하는지 여부를 철저히 사전검토할 것.

[15] 3개 설탕 제조사의 부당한 공동행위에 대한 건 의결 제2007-408호

구 상 모, 이 정 란 (변호사, 법무법인 바른)

이 사건은 씨제이 제일제당 주식회사, 주식회사 삼양사 및 대한제당 주식회사 등 국내 제당 3사들이 1991년부터 2005년 9월까지 설탕 출고량과 공장도 가격을 담합·조정함으로써 독점 규제 및 공정거래에 관한 법률 제19조(부당한 공동행위)를 위반한 사건이다.

본건의 쟁점은, ① 행정지도가 개입된 공동행위에 대한 평가문제, ② 장기간 계속된 공동행위의 경우 행위의 수 판단문제, ③ 공동행위의 종기 판단과 관련매출액 산정문제 등이다. 특히, 이 사건은 본안 사건의 쟁점도 중요하지만, 본 건과 더불어 공정거래위원회의 전속고발권과 관련하여 공정거래위원회의 고발이 없는 자에 대하여 검찰이 고소불가분의 원칙을 원용한 고발불가분의 원칙을 적용하여 기소하는 것이 가능한지 큰 쟁점이 되었고, 최근 이 사건 대법원 판결이 확정된 후 공동행위 피해자들이 사적구제의 일환으로 민사 손해배상소송 제기하는 등 후속사건에도 그 의미가 있다.

또한, 이 사건은 공정거래위원회가 도입한 ‘신고포상제’를 통하여 위반사실을 발견하고 집행을 한 첫 번째 사건으로서 집행사적 의미가 큰 사건이라고 할 수 있다. 이 사건을 통하여 앞으로 신고포상제가 범위반사실 발견 기능 뿐 아니라 사회적 감시망으로서의 기능을 수행할 수 있는 효율적인 제도로 정착할 수 있는 가능성을 발견할 수 있었다.

1. 사건 개요

가. 시장현황

국내 설탕시장은 다음과 같은 점에서 카르텔이 형성되기 쉬운 구조적 특징을 가지고 있다. 첫째, 장치산업의 특성상 초기비용이 많이 들고 성숙기에 접어든 산업으로 신규 진입이 용이하지 않기 때문에 과점체제가 장기간 유지되고 있다. 둘째, 사업자들 간의 제품의 질에 큰 차이가 없고 제품의 종류와 규격이 표준화되어 있다. 셋째, 설탕은 생활필수품에 해당하므로 수요의 가격탄력성이 크지 않다. 반면, 공급의 가격탄력성은 상대적으로 크게 나타난다. 넷째, 수요량보다 공급량이 많은 공급초과시장이다. 2005년 기준 국내의 설탕 생산량은 132만 톤 이상인 데 반해 내수 판매량은 약 88만 톤 정도로 나타나고 있다.

한편, 설탕은 고율의 관세에 의해 사실상 수입이 차단되어 있기 때문에 피심인들은 국내 시장에서 강력한 시장지배력을 형성하고 있고, 피심인들의 최근 4년간 설탕 매출액 총이익률(내수 기준)은 40~48%로 제조업체 평균 또는 유사 업종 평균에 비해 매우 높은 수준(2배 이상)을 유지하고 있다.

나. 행위사실

피심인 씨제이제일제당 주식회사, 주식회사 삼양사, 대한제당 주식회사(이하 씨제이제일제당 주식회사는 “CJ”, 주식회사 삼양사는 “삼양사”, 대한제당 주식회사는 “대한제당”이라 하고, 3사를 함께 일컬어 “피심인들”이라 한다.)는 설탕을 제조·판매하는 사업자들이고, 이들 제당 3사들은 지난 1991년부터 2005년 9월까지 설탕 출고량과 공장도 가격을 담합·조정함으로써 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 ‘공정거래법’ 또는 ‘법’이라 한다) 제19조(부당한 공동행위)를 위반하였다.

1) 피심인들의 설탕 출고량 담합 및 조정

피심인들은 1990년 말 영업임원회의 및 본부장 회의를 통해, 1991년 이후 피심인들

간의 설탕 내수 반출비율을 종전의 원당수입 추천비율과 같은 48.1%(CJ), 32.4%(삼양사), 19.5%(대한제당)로 준수하고 그 비율에 의해 내수 설탕 반출량을 조정하기로 합의하였다.

구체적인 합의사항은 “① 제당 3사는 종전의 원당 수입추천비율을 향후 내수 설탕 반출비율로 준수하기로 한다. ② 연도별/월별로 반출량을 정하고, 매월 특별소비세 납부실적을 상호 교환하여 반출실적의 진위를 점검한다. ③ 월별 반출비율을 준수하되, 연중에 차이가 발생할 경우에는 연말에 조정하여 비율을 맞춘다.”는 것이다.

피심인들은 1991년 이후 2005년까지의 기간 중 매월 개최된 본부장 회의, 영업임원 회의, 영업부장회의 등을 통해 연초에 개략적인 연간 반출물량을 합의한 후, 월별로 반출계획을 수립하고 수요의 증감에 따라 계획을 수시로 수정하는 방식으로 공급물량 제한 합의를 준수하였다.

그리고 피심인들은 매월 영업임원회의 또는 영업부장회의를 통해 합의된 물량 및 비율의 준수 여부를 점검하였고, 특히 1999. 11. 까지는 대한제당협회를 통해 각사의 반출실적 자료와 특별소비세 납부 실적을 상호 교환하여 합의 준수 여부를 확인하였다. 그리고 연중에 실제 반출된 물량 및 비율이 합의된 것과 차이가 발생한 경우에는 연말에 이를 최종 조정함으로써 위 합의를 실행하였다.

실제로 설탕에 대한 특별소비세가 폐지된 1999. 12. 이후, 삼양사와 대한제당이 이들 합의된 기준 물량을 일부 초과(2000년의 경우 삼양사 30,600톤, 대한제당 4,200톤, 2001년의 경우 삼양사 12,800톤, 대한제당 5,100톤 임)하여 반출한 바 있었으나, CJ는 삼양사에게 초과 물량의 정산을 요청하였고, 삼양사는 완전경쟁체제로 돌입할 경우 수익률 하락을 피할 수 없다는 자체 판단 하에 결국 11,000톤을 2002년도 반출계획에서 공제하기로 하고 향후 재발방지 조치를 마련하기로 합의하였다.

2) 피심인들의 설탕 가격 담합 및 조정

피심인들의 가격 담합은 가격변경 사후보고 제도가 시행되었던 1994. 2. 경까지는 다음과 같은 방식으로 이루어졌다.

즉 피심인들은 원가변동 등 가격변경요인이 발생하면 우선 영업임원회의 및 영업부장회의에서 가격조정 정도와 시기에 대하여 의견을 조율한 뒤, 시장점유율 1위 업체인 CJ가 위 조정안을 물가당국에 설명하거나 당국이 이의 재조정을 요청하는 방식(주로 담당자 선에서 구두로 이루어지는 경우가 많았음)이다. CJ가 물가당국과 이러한 비공식적 협의를 마치면 피심인들은 다시 영업임원회의와 영업부장회의를 가지고 구체적 가격변경시기와 품목별/경로별 가격 변경 폭을 최종 결정하였다.

그리고 1994. 2. 가격변경 사후보고제도가 폐지된 이후에도 피심인들은 영업임원, 영업부장 회의를 통해 설탕의 경로별, 품목별 기준가격을 지속적으로 합의하였다.

피심인들은 각 가격변경 시기에 영업임원회의와 영업부장회의에서 합의한 대로 ① 경로별 수요처에 대해 가격변경 공문을 발송함으로써 합의를 실행하였으며(다만, 담합의 의혹을 피하기 위해 일부 가격의 차이를 둠), ② 피심인들이 품목별·유통경로별로 기준가격을 합의하여 실행하면서 구매력이 큰 실수요, 신유통 경로에 대해서는 시장점유율이 가장 높은 CJ가 합의된 가격을 공문으로 통보하고 나머지 피심인들은 같거나 다소 높은 가격을 통보함으로써 합의된 가격이 받아들여지도록 서로 협조하였다.

피심인들 제품의 실제 판매가격은 합의한 가격에서 피심인 별 브랜드 인지도, 수요처의 규모, 협상력, 결제조건 등에 따라 일정한 할인율을 적용하여 결정되었으나, 피심인들간에 할인이나 장려금 지급률 등에 큰 차이가 없었기 때문에 결과적으로 제품의 가격은 거의 유사하게 유지되었다.

3) 담합의 효과

제당 3사가 담합을 통해 출고량과 가격을 조정함에 따라 시장점유율이 일정하게 고정되고 가격경쟁이 제한되는 효과가 발생하였으며, 이에 따라 제당 3사의 이익률은 제조업 평균(전체 제조업 평균 18~20%, 곡물가공·전분·사료 분야 평균 14~18%)에 비해 현저히 높은 수준(40~48%)으로 유지되어 왔다.

다. 공정거래위원회의 심결

공정거래위원회는 피심인들의 위와 같은 행위에 대하여 시정명령 및 과징금 부과 처분(CJ: 22,763백만 원, 삼양사: 18,002백만 원, 대한제당: 10,368백만 원, 합계 총 51,133백만 원)을 하고, 피심인들 중 자진신고자 제1순위의 지위확인을 받은 CJ를 제외한 삼양사, 대한제당을 각 검찰에 고발하였다.

라. 법원의 판결

피심인들은 공정거래위원회의 위와 같은 조치에 불복하여 취소소송을 제기하였다.¹⁾

1) CJ의 경우, ① 1994년 이전의 가격기준 합의는 법령에 따라 규제당국의 행정지도에 의한 정당행위라는 점, ② 이 사건 합의는 삼양사의 파기 행위가 있었던 1999년에 중단된 것으로 보아야 하므로 공동행위 중단 이전의 행위(이하 ‘제1차 합의’), 이후의 행위(이하 ‘제2차합의’)로 나뉘는 바, 제1차 합의는 이미 처분시효가 도과하였다는 점, ③ 과징금 산정 과정에도 위법이 있다는 점 등의 이유를 들어 과징금부과처분의 취소를 다투었으나, 모두 기각되었다.²⁾

2) 삼양사는 관련매출액 산정과정에 아래와 같은 위법이 있다고 주장하며 취소소송을 제기하였다.

즉, 삼양사는 공정거래위원회가 관련매출액을 산정할 때 매출에누리를 공제한 순매출액을 기준으로 하지 않고 매출에누리를 공제하지 않은 금액을 관련매출액으로 하여 과징금을 부과한 점은 위법하다는 주장하였고, 고등법원은 위 주장을 받아들였다.³⁾

이에, 공정거래위원회는 상고하였으나, 대법원은 상고를 기각하였다.⁴⁾

1) CJ와 대한제당은 각 과징금납부명령취소소송을, 삼양사는 시정명령 및 과징금납부명령취소소송을 제기하였다.

2) 서울고등법원 2008. 7. 16. 선고 2007누24441 판결, 대법원 2010. 3. 11. 선고 2008두15169 판결.

3) 서울고등법원 2008. 10. 23. 선고 2007누24571판결.

4) 대법원 2010. 2. 25. 선고 2008두21362 판결.

3) 대한제당의 경우, 3개사로 이루어진 카르텔에서 2개 회사가 합의를 파기하였다면 남은 1개사만으로는 카르텔이 성립할 여지가 없으므로 위반행위의 중기는 마지막 남은 당사자인 대한제당이 파기의사를 대외적으로 표시한 2005. 9. 27. 이 아니라 삼양사의 파기일인 2005. 9. 22.로 보아야 한다고 주장하였고, 이러한 주장은 고등법원에서 받아들여지지 아니하였으나, 대법원은 이를 인용하여 원심판결을 파기하고 사건을 서울고등법원으로 환송하였다.⁵⁾

2. 관련 규정 및 제도

가. 부당한 공동행위 관련 규정

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」⁶⁾

제19조(부당한 공동행위의 금지) ① 사업자는 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 할 것을 합의(이하 "부당한 공동행위"라 한다) 하여서는 아니된다.

1. 가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위
3. 상품의 생산·출고·수송 또는 거래의 제한이나 영역의 거래를 제한하는 행위

제21조(시정조치) 공정거래위원회는 제19조(부당한 공동행위의 금지)의 규정에 위반하는 부당한 공동행위가 있을 때에는 당해 사업자에 대하여 당해 행위의 중지, 범위반사실의 공표 기타 시정을 위한 필요한 조치를 명할 수 있다.

제22조(과징금) 공정거래위원회는 제19조(부당한 공동행위의 금지)의 규정에 위반하여 부당한 공동행위를 행한 사업자에 대하여 대통령령이 정하는 매출액에 100분의 5를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다. 다만, 매출액이 없는 경우 등에는 10억원을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다.

제55조의3(과징금 부과) ① 공정거래위원회는 이 법의 규정에 의한 과징금을 부과함에 있어서 다음 각호의 사항을 참작하여야 한다.

5) 서울고등법원 2008. 7. 16. 선고 2007누24458판결; 대법원 2010. 3. 11. 선고 2008두15176판결.

6) 2004. 12. 31. 법률 제7315호로 개정되기 전의 것. 이하 '공정거래법' 또는 '법'이라 한다.

1. 위반행위의 내용 및 정도
2. 위반행위의 기간 및 회수
3. 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등

③ 제1항의 규정에 의한 과징금의 부과기준은 대통령령으로 정한다.

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령」⁷⁾

제9조(과징금의 산정방법)

① 법 제6조(과징금) 본문·법 제22조(과징금)본문·법 제24조의2(과징금) 본문·법 제28조(과징금)제2항 본문·법제31조의2(과징금) 본문 및 법 제34조의2(과징금) 본문에서 대통령령이 정하는 매출액”이라 함은 당해 사업자의 직전 3개 사업연도의 평균 매출액(이하 “평균매출액”이라 한다)을 말한다. 다만, 당해 사업연도 초일 현재 사업을 개시한지 3년이 되지 아니하는 경우에는 그 사업개시후 직전 사업연도말일까지의 매출액을 연평균 매출액으로 환산한 금액을, 당해 사업연도에 사업을 개시한 경우에는 사업개시일부터 위반행위일까지의 매출액을 연 매출액으로 환산한 금액을 말한다.

② 기타 평균매출액의 산정에 관하여 필요한 사항은 공정거래위원회가 정한다.

제61조(과징금 부과기준) ① 법 제6조(과징금), 법 제17조(과징금), 법 제17조의2(시정조치 등에 관한 특례)제5항, 법 제22조(과징금), 법 제24조의2(과징금), 법 제28조(과징금), 법 제31조의2(과징금) 및 법 제34조의2(과징금)의 규정에 의한 과징금의 부과기준은 별표 2와 같다.

③ 이 영에 규정한 사항 외에 과징금의 부과에 관하여 필요한 세부기준은 공정거래위원회가 정하여 고시한다.

나. 자진신고자 감면제도

1) 의의

자진신고자 감면제도(Leniency Program)란 부당한 공동행위에 참여한 사업자가 그 사실을 공정거래위원회의 조사가 개시되기 전에 자진 신고하거나(이하 “자진신고”라

7) 2005. 3. 31. 대통령령 18768호로 개정되기 전의 것.

함), 조사가 개시된 후에 그 조사에 협조하는 경우(이하 “조사 협조”라 함) 시정조치나 과징금 등 제재의 수준을 낮추어 주거나 면제해 주는 제도를 말한다.

우리나라는 1996년 12월 자진신고자 감면제도를 도입하여 1997년 4월부터 시행하고 있다.

자진신고자 감면제도의 가장 큰 효용은 카르텔에 참가하고 있거나 카르텔을 행하고자 하는 사업자들 간의 신뢰를 약화시켜 카르텔 형성과 유지를 방지함으로써 카르텔을 구조적으로 차단한다는 점에 있다. 은밀하게 행해지는 카르텔에 대한 적발을 용이하게 하고자 하는 것도 이 제도의 중요한 기능이라고 할 수 있다⁸⁾.

2) 주요 내용

공정거래법은 부당한 공동행위의 사실을 자진신고한 자 또는 증거제공 등의 방법으로 조사에 협조한 자에 대해서는 제21조에 의한 시정조치 또는 제22조에 의한 과징금을 감경할 수 있다고 규정하고 있으며(제22조의2 제1항), 감경 또는 면제되는 자의 범위와 면제의 기준·정도 등은 대통령령으로 정하도록 위임하여(동조 3항), 시행령 제35조 제1항은 그에 관하여 규정하고 있다(위 2. 가. 참조).

특히 담합 사업자들 간의 신뢰를 약화 시키고 자진 신고를 유도하기 위해 최초의 자진신고자 및 조사협조자에 대해서는 과징금을 필수적으로 면제 또는 감경해주도록 규정하고 있는 반면(동법 시행령 제35조 제2항), 3번째 이후의 자진신고자 및 조사협조자에 대해서는 별다른 혜택을 부여하지 않는다.

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」

제22조의2(신고자 등에 대한 감면) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자에 대하여는 제21조(시정조치)의 규정에 의한 시정조치 또는 제22조에 의한 과징금을 감경 또는 면제할 수 있다.

1. 부당한 공동행위의 사실을 신고한 자
2. 증거제공 등의 방법으로 제50조(위반행위의 조사 등)의 규정에 의한 조사에 협조한 자

8) 오행록, 「Leniency 제도 집행성과와 향후 과제」, 『경쟁법연구』, 2008, 90면.

③ 제1항의 규정에 의하여 감경 또는 면제되는 자의 범위와 감경 또는 면제의 기준·정도등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

공정거래법 시행령 제35조(신고자등에 대한 감경 또는 면제의 기준) ① 법 제22조의2(신고자등에 대한 감면)제2항의 규정에 의한 시정조치의 감경 또는 면제는 다음 각호의 요건에 해당하는 경우에 이를 할 수 있다.

1. 공정거래위원회가 당해 부당한 공동행위에 대한 정보를 입수하지 아니하거나 정보를 입수하고 있어도 충분한 증거를 확보하지 못한 상황에서 신고하거나 조사에 협조하였을 것
2. 부당한 공동행위임을 입증하는데 필요한 증거를 최초로 제공하였을 것
3. 부당한 공동행위에 대한 조사가 완료될 때까지 협조하였을 것
4. 당해 부당한 공동행위의 주도적 역할을 하지 아니하였으며 다른 사업자들에 대하여 부당한 공동행위를 강요한 사실이 없을 것

② 법 제22조의2(신고자등에 대한 감면)제2항의 규정에 의한 과징금의 감경 또는 면제의 기준은 다음 각호와 같다.

1. 다음 각목의 요건에 해당하는 자에 대하여는 법 제22조(과징금)의 규정에 의한 과징금의 100분의 75이상을 감면한다.

- 가. 공정거래위원회가 당해 부당한 공동행위에 대한 정보를 입수하지 아니하거나 정보를 입수하고 있어도 충분한 증거를 확보하지 못한 상황에서 신고하였을 것
- 나. 제1항제2호 내지 제4호에 해당할 것

2. 다음 각목의 요건에 해당하는 자에 대하여는 법 제22조(과징금)의 규정에 의한 과징금의 100분의 50 이상을 감면한다.

- 가. 공정거래위원회가 당해 부당한 공동행위에 대한 충분한 증거를 확보하지 못한 상황에서 조사에 협조하였을 것
- 나. 제1항제2호 내지 제4호에 해당할 것

3. 다음 각목의 요건에 해당하는 자에 대하여는 법 제22조(과징금)의 규정에 의한 과징금의 100분의 50 미만의 범위 안에서 감경한다.

- 가. 부당한 공동행위 사실을 신고하거나 조사에 협조하였을 것
- 나. 부당한 공동행위임을 입증하는데 필요한 증거를 제공하였을 것
- 다. 제1항 제3호 및 제4호에 해당할 것

한편 공정거래위원회는 이와 같은 자진신고자에 대한 감면 제도의 세부 처리절차등을 규정하고 시정조치 또는 과징금 감면의 기준을 정하기 위해 「부당한 공동행위 자진신고자 등에 대한 시정조치 등 감면제도 운영고시」(이하 “감면고시”)를 정하여

고시하고 있다.

3) 외국의 입법례

가) 미국

자진신고자 등에 대한 감면제도(Leniency Program)는 미국에서 1978년도에 처음 도입되어 실시된 후 각국으로 파급된 제도이다. 미국은 이를 활성화하기 위하여 1993년 조사 개시 전의 자발적 신고에 대해서는 자동적 사면이 가능하도록, 조사개시 후의 신고에 대해서도 사면이 가능하도록 하였으며, 조사에 협조한 기업뿐만 아니라 해당 기업 임원들에 대해서도 형사소추를 면제해 주었다. 그 결과 기업면책제도의 활용이 대폭 증대되는 효과를 가져왔다.⁹⁾

특히 미국은 Leniency Program을 ‘사업자 감면제도’와 ‘개인감면제도’로 구분하여 운용하고 있는 특색이 있으며, 특히 ‘사업자 감면제도’는 조사 개시 전후에 따라 그 요건을 다소 달리한다.¹⁰⁾

‘사업자 감면제도’는 우선, 조사 개시 전에 첫 번째로 자진신고를 할 경우 그 사업자와 사업자의 자진신고에 참여한 개인은 면책한다.

면책의 요건은 ① 조사 당국이 해당 위법행위에 대한 정보를 전혀 입수하고 있지 않은 상태에서 최초로 정보를 제공할 것, ② 신고와 더불어 담합행위를 신속하게 종료할 것, ③ 모든 위법사실을 진실하게 보고하고 완전하고 지속적으로 조사에 협조할 것, ④ 위법 사실에 관한 자백은 기업 내 개인이 아닌 기업 자체의 행위일 것, ⑤ 가능하다면 경제적 피해를 입은 자에게 손해배상을 할 것, ⑥ 다른 기업에 대해 카르텔에 참가하도록 강요하거나 카르텔을 주동 또는 창설한 사실이 없을 것 등이다.

조사 개시 후 협조한 사업자가 완전면책을 받기 위해서는 위 요건 외에 ‘조사 당국이 카르텔의 내용, 정보제공기업의 역할, 정보제공시기 등을 고려하여 당해 기업에 대해 관용을 부여하는 것이 불공정하지 않을 것’이라는 요건이 부가된다. 이 경우 임직원 개

9) 이재성, 「경성카르텔 규제를 위한 논의」, 『통상법률』, 2003, 119면.

10) 오행록, 전제논문, 98~99면.

인은 자동 면책되지 않으며 아래와 같은 개인감면제도에 따라 면책 여부가 결정된다.

개인감면제도(상기한 사업자의 1순위 자진신고로 인해 자동면책을 받게 되는 개인을 제외한 개인들을 말한다)의 요건은 다음과 같다.

① 조사 개시 전의 자진신고일 것(순위와 무관), ② 자진신고 당시 조사 당국이 위법행위에 관한 정보를 얻지 못한 상태일 것, ③ 모든 위법사실을 진실하게 보고하고 완전하고 지속적으로 조사에 협조할 것, ④ 다른 기업에 대해 카르텔에 참가하도록 강요하거나 카르텔을 주동 또는 창설한 사실이 없을 것 등이다.

나) EU

EU는 1996년 7월 리니언시 제도를 도입하여 시행하고 있다. EU의 경우 미국과 달리 감면신청자의 수에 제한을 두지 않으며, 과징금의 완전면제와 감경 요건을 분리하여 규정하고 있다.¹¹⁾

EU는 2002년과 2006년 각각 리니언시 제도를 개선하였는데, 그 내용은 다음과 같다. 우선 2002년에는 조사개시전 1순위 자진신고자의 감면율이 이전 75~100% 범위로 되어 있던 것을 일정 요건에 해당되면 자동적으로 완전 면책되도록 하였다. 그리고 2006년에는 결정적 증거제공이나 주도적 역할을 하지 않을 것 등 경쟁당국의 재량 여지가 많은 요건을 삭제하고 지속적인 협조의무를 상세화하는 방향으로 개선하였다.

다) 일본

일본의 경우 우리나라보다 늦은 2005년 4월에 감면제도를 도입하여 이를 2006년 1월부터 시행하고 있는데, 조사개시 전과 개시 후를 나누어 감면의 정도를 크게 달리 취급하고 있는 것이 특징이다.¹²⁾

조사개시 전의 경우, 첫 번째 자진신고자는 과징금을 모두 면제하고 두 번째 자진신고자는 50%, 세 번째 자는 30% 감경한다. 요건은 ① 조사 개시시점 이후 위반행위

11) 황태희, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률상 카르텔 자진신고자 감면제도의 법적 검토」, 『인권과 정의』, 2007.10., 185면.

12) 이하는 오행록, 전제논문, 102면.

를 중단할 것, ② 최초 신청서는 물론 이후 공정거래위원회의 요구에 따라 지속적으로 위반행위 사실을 보고 및 자료를 제출하고 그 보고 및 자료에 허위가 없을 것, ③ 위반행위를 강요하거나 위반행위 중지를 방해한 사실이 없을 것 등이다.

조사개시 후의 협조자는 세 번째까지에 한하여 과징금을 30% 감경한다. 감경요건은 조사개시 전의 경우에 대한 위 ①~③과 같다.

조사개시 전의 첫 번째 자진신고자는 고발을 면제하며, 두 번째 이상의 자진신고자 및 조사협조자에 대한 형사처벌은 개별 사건별로 판단한다.

다. 신고자 포상금 지급제도

1) 의의

위 나.의 자진신고자 감면제도는 공동행위에 참가한 사업자를 대상으로 한 조치이나 예상 처벌수위가 낮거나 감면에 대한 확신이 없을 경우 이를 기대하기 어렵다는 한계가 있다. 이에 우리나라는 제3자(주로 외부자이나, 내부 직원도 포함)의 신고에 의해 부당한 공동행위를 적발·시정함으로써 얻을 수 있는 공익적인 효과를 고려하여 2002. 7. 세계 최초로 아래와 같은 신고자 포상금 제도를 도입하였다.

2) 내용

공동행위 신고로 포상금을 받을 수 있는 제보자의 범위는 제한이 없다. 공동행위에 참여한 사업자의 내부직원이라도 신고를 하면 포상금을 지급받을 수 있는 것이 특색이다. 단, 위반행위를 한 사업자(개인 및 법인), 공무원이나 공공기관 종사자가 공무수행과정에서 알게 된 경우 등은 포상금 지급대상에서 제외된다.

공정거래법 제64조의2(포상금의 지급) ① 공정거래위원회는 이 법의 위반행위를 신고 또는 제보하고 이를 입증할 수 있는 증거자료를 제출한 자에 대하여 예산의 범위 안에서 포상금을 지급할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 포상금의 지급대상이 되는 이 법 위반행위 및 포상금 지급대상자의

범위, 포상금 지급의 기준·절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

공정거래법 시행령 제64조의5(포상금의 지급) ① 법 제64조의2의 규정에 따른 포상금의 지급대상이 되는 법 위반행위는 다음 각호의 어느 하나에 해당되는 행위로 한다.

1. 법 제19조 제1항 각호의 부당한 공동행위
 2. 법 제23조 제1항 제1호 내지 제5호의 행위 중 신문업(「신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률」 제2조제2호 가목·나목·라목 및 마목에서 규정하고 있는 신문을 발행하거나 판매하는 사업을 말한다)에 있어서의 불공정거래행위
 3. 법 제23조 제1항 제4호의 행위 중 대규모소매점업(매장면적의 합계가 공정거래위원회에서 정하는 일정규모 이상인 동일 점포에서 일반소비자가 일상적으로 사용하는 여러 가지 종류의 상품을 판매하는 사업을 말한다)의 불공정거래행위
 4. 법 제23조 제1항 제7호에 해당하는 불공정거래행위
 5. 법 제26조 제1항 제1호 내지 제3호의 사업자단체의 금지행위
- ② 법 제64조의2의 규정에 따른 포상금 지급대상자는 제1항 각호의 행위를 신고하거나 제보하고, 이를 입증할 수 있는 증거자료를 최초로 제출한 자로 한다. 다만, 그 법 위반행위를 한 사업자를 제외한다.
- ③ 공정거래위원회는 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고 신고 또는 제보된 행위를 법 위반행위로 의결한 날(이의신청이 있는 경우에는 재결한 날)부터 3월 이내에 포상금을 지급한다.
- ④ 포상금의 지급에 관여한 조사공무원은 신고자 또는 제보자의 신원 등 신고 또는 제보와 관련된 사항을 타인에게 제공하거나 누설하여서는 아니된다.
- ⑤ 각 행위유형별 구체적인 포상금 지급기준은 법 위반행위의 중대성 및 증거의 수준 등을 고려하여 공정거래위원회가 정하여 고시한다.
- ⑥ 포상금의 지급에 관한 사항을 심의하기 위하여 공정거래위원회에 신고포상금 심의공정거래위원회(이하 심의공정거래위원회)라 한다)를 둘 수 있다.
- ⑦ 심의공정거래위원회의 설치·운영에 관한 사항, 그 밖에 포상금의 지급에 관하여 필요한 사항은 공정거래위원회가 정하여 고시한다.

3) 기대 효과

최근 부당한 공동행위 제보 문의가 증가하고 있고, 이를 토대로 공정거래위원회도 부당한 공동행위의 조사를 강도 높게 추진하고 있는 바, 포상금 지급제도로 인한 부당한 공동행위 제보가 보다 적은 노력과 비용으로 부당한 공동행위의 적발을 가능케 하고 있다.

부당한 공동행위 제보자에 대한 포상금 지급제도의 활성화로 부당한 공동행위의 적발이 용이해지는 효과뿐 아니라 더 나아가 위 제도가 부당한 공동행위에 대한 실질적인 사회적 감시망으로 작동될 수 있기를 기대해 본다.

3. 주요 쟁점

가. 행정지도에 따른 경우 공동행위의 성립여부

1) 문제점

본 사건의 경우 피심인 3사가 모두 행정지도에 따른 공동행위였음을 들어 위법성이 없음을 주장하였다(실제로 가격변경 사후보고제도가 시행되었던 1994. 2. 경까지는 정부가 직접 가격 변동 폭을 승인·조정한 바가 일부 인정된다).

이와 같이 행정기관이 가격변동 폭을 보고 받고 승인·조정하는 등의 비권력적 행정작용에 따른 사업자의 행위가 결과적으로 공정거래법 제19조의 부당한 공동행위에 해당하게 되는 경우 이의 위법성을 어떻게 평가하여야 할 것인가가 문제된다.

2) 행정지도에 따른 공동행위의 위법성 평가

가) 학계의 논의

학계에서는 행정지도에 의한 공동행위의 경우에는 원칙적으로 법위반행위에 해당

한다는 견해¹³⁾가 있다. ‘행정지도에 의한 공동행위’의 위법성을 조각하게 되는 경우 행정청의 재량을 법률에 명시된 금지보다 우선하게 되므로 부당하다는 것이 그 이유이다.

이외에도 위법성은 원칙적으로 배제되지 않으나 벌칙적용에 있어 정상이 참작되어야 한다는 견해¹⁴⁾ 법령에 구체적인 근거가 있는 행정처분에 한하여서는 법 제58조를 적용하여 공정거래법의 적용을 배제할 수 있다는 견해¹⁵⁾ 등이 있다.

나) 공정거래위원회의 입장

공정거래위원회는 법령에 근거가 없거나 간접 근거한 행정지도에 따른 사업자의 행위가 부당한 공동행위의 요건을 갖출 경우 원칙적으로 이는 법에 위반되며, 법령에 근거한 정당한 행정지도에 따른 공동행위는 법 제58조에 의해 원칙적으로 문제를 삼고 있지 않는다는 기본입장을 보이고 있다.¹⁶⁾

다) 판례의 태도

판례는 행정지도가 개입된 공동행위 사건들에 있어서 일관된 태도를 보이고 있지는 아니하다.

① 일반적인 위법성의 판단 문제로 접근하거나(서울고등법원 1992. 1. 29. 선고 91구2030 판결은 행정지도는 비권력적 사실행위에 해당하여 그에 따르는 것이 강제되는 것이 아니므로 사업자단체는 독자적으로 공정거래법 위반 여부를 판단하여 행동하였어야 한다고 판시한 바 있음.¹⁷⁾)

② 일부의 사건에 있어서는 공동행위의 요소인 “합의”의 존부 여부로 접근하는 경

13) 이동규, 『독점거래및공정거래에관한법률개론』, 행정경영자료사, 1997, 294면.

14) 손주찬, 「경쟁제한 공동행위에 대한 법적 규제」, 『법학연구』 제3집(1983), 304면.

15) 이남기, 『경제법』, 박영사, 1999, 378면.

16) 공정거래위원회 보도자료, 「행정지도가 개입된 공동행위에 대한 공정거래위원회의 기본입장」, 2002. 10. 21.

17) 반면에 서울고등법원 1996. 12. 6. 선고 96나2240 판결은 한국농수산물도매시장법인협회가 농림수산부의 행정지도 내용에 따라 청과물수입업자들로부터 위탁상장수수료를 받도록 결의한 사건에서, 이것이 형식적으로는 공정거래법 제19조의 부당한 공동행위에 해당하는 행위라고 할지라도 이는 외국농산물의 과다반입으로 인하여 국내 경제에 미칠 부정적인 영향을 최소화하고 농산물의 가격안정을 도모하려는 행정지도에 따른 것이므로 공정거래법의 궁극적인 목적을 도모하기 위한 적법한 행위라고 보아 그러한 결의의 사법적 효력을 인정한 바 있다.

우도 있으며(대법원 2003. 3. 14. 선고 2001두939 판결 에서는 맥주회사가 맥주가격을 인상하는 경우 법령상의 명문 근거 규정은 없으나 재정경제원과 국세청이 다양한 형태의 행정지도를 통하여 사실상 맥주 가격의 인상에 관여하여 온 바, 재정경제원과 국세청이 맥주3사의 가격인상요구에 훨씬 미치지 못하는 인상률만을 허용함으로써 맥주3사는 허용된 인상률 전부를 가격인상에 반영할 수밖에 없어 맥주 3사의 가격인상률이 동일해질 수밖에 없었던 점 등을 고려할 때 부당한 공동행위의 합의가 있었다는 추정이 복멸된다고 판시함.)

③ 일부의 사건에 있어서는 공정거래법 제58조의 적용제외에 해당하는지 여부를 판단하는 등¹⁸⁾ (서울고등법원 2004. 5. 12. 선고 2003누5817 판결은 도매시장법인인 원고들이 출하장려금, 판매장려금, 위탁상장수수료 등의 요율을 합의한 것이 문제된 바, 가사 그러한 요율 합의가 농수산물공사의 행정지도에 따른 것이라고 하더라도 이는 법령에 근거하지 아니한 것이어서 공정거래법 제58조의 적용제외에 해당하지 않는다고 판시.)

즉, 법원의 입장은 일관된 논리를 정립하기 보다는 구체적인 타당성을 기하여 개별 사건을 해결하려는 경향이 나타난다.

3) 본 사건의 경우

본 사건에서는 상기한 바와 같이 3사 모두 이 사건 가격합의가 법령에 따른 정당행위에 해당한다고 주장하였으나, 공정거래위원회와 법원은 이를 모두 배척하였다.

특히 고등법원은 CJ와 대한제당이 제기한 각 과징금부과처분취소소송에서 “공정거래법 제58조에서 말하는 ‘법률 또는 그 법률에 의한 명령에 따라 행하는 정당한 행위’라 함은 당해 사업의 특수성으로 경쟁제한이 합리적이라고 인정되는 사업 또는 인가제 등에 의하여 사업자의 독점적 지위가 보장되는 반면 공공성의 관점에서 고도의 공적 규제가 필요한 사업 등에 있어서 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률 또는 그 법률에 의한 명령의 범위 내에서 행하는 필요·최소한의 행위를 말한다”는 대법원 2004두8323의 판시를 인용하며 이 사건 물가당국의 행정지도가 공정거래

18) 이민호, 「부당한 공동행위와 행정지도」, 한국경쟁법학회, 2007, 160~167면 참고.

법 제58조에서 말하는 ‘법률 또는 그 법률에 의한 명령’에 해당한다고 볼 수 없다는 이유로 이러한 주장들을 인정하지 아니하였다.

또한 삼양사의 사건에서도 고등법원은, 상공부장관이 행한 행정지도(원당수입추천 비율을 정하는 내용의 지도)와는 별개로 3개 업체 간에 그 수입추천비율에 따라 반출량을 유지하기로 하는 합의가 있었다거나 가격을 정한 것이 정부기관이 아니라 삼양사 등 3개사의 결정에 의한 것이었으며 이러한 3개사의 공조로 고수익이 지속되고 있었음이 인정되는 점 등을 들어 삼양사의 주장을 배척하였다.

나. 부당한 공동행위의 시기와 종기

1) 문제점

부당한 공동행위는 일반적으로 장기에 걸쳐 이루어지고, 시정조치 및 과징금 부과 처분시효는 5년, 공소시효는 3년¹⁹⁾에 불과하여 부당한 공동행위의 시기와 종기는 처분시효 및 공소시효의 기산점 등과 관련하여 중요한 문제가 된다.

본 사건의 경우에 있어서도 제당 3사들은 모두 이 사건 출고량 및 가격의 합의가 1999년 말 특소세 폐지 시점(특소세가 폐지되어 물량을 확인할 수 있는 자료가 없어 지자 삼양사가 합의된 물량을 초과 반출한 시점)을 기준으로 제1, 2차 합의로 나누고 ‘제1차 합의’는 1999년 말 삼양사에 의해 파기되었으므로 이는 이미 시정조치 및 과징금의 처분시효를 도과하였다고 주장하였다.

2) 시기

공정거래법 제19조 제1항에 의하면 부당한 공동행위에 관한 합의만으로 범죄행위가 성립함이 명백하므로, 공동행위에 참가한 사업자간의 합의가 성립한 시점이 부당

19) 부당한 공동행위의 경우 3년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금을 부과할 수 있고, 이 사건 당시 형사소송법 제249조 제1항에는 “장기 5년 미만의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄에는 3년”의 경과로 공소시효가 완성된다고 규정되어 있었으나, 2007. 12. 21. 형사소송법이 개정되어 공소시효기간이 5년으로 늘어났다. (2007. 12. 21. 개정된 형사소송법 제8730호는 공포일로부터 시행되며, 다만 그 이전에 있었던 행위에 대하여는 종전규정에 따라 공소시효 적용)

한 공동행위의 시기가 됨은 의문의 여지가 없다.

3) 행위의 수

부당한 공동행위는 짧게는 수개월부터 길게는 10여년 이상 장기간 지속되고 그 동안 수차례에 걸쳐 가격이나 거래조건 변경에 관해 합의함이 일반적이어서, 이와 같은 경우 전체를 하나의 공동행위로 취급할 것인지 아니면 각각의 합의를 별개의 공동행위로 취급할 것인지 여부가 문제된다.

이에 대한 뚜렷한 학설의 논의가 진행되고 있지는 않으나, 판례의 경우 “사업자들 사이에 장기간에 걸쳐 여러 종류의 합의를 수회 계속한 경우 이를 개별적인 합의로 볼 것인지 전체를 하나의 합의로 볼 것인지 여부는, 장기간에 걸친 수회의 합의가 단일한 의사에 기하여 동일한 목적을 수행하기 위한 것으로 그것이 단절됨이 없이 계속 실행되어 왔다면, 합의의 구체적인 내용이나 구성원에 일부 변화 또는 변경이 있었다 하더라도 이를 전체적으로 1개의 부당한 공동행위로 보아야 할 것이고, 그렇지 않다면 이를 각각 별개의 부당한 공동행위로 보아야 할 것”²⁰⁾이라고 판시한 바 있다.

본 사건에서도 법원은 ‘1990년 말 이후 계속 유지되어 오던 합의는 설탕에 대한 특별소비세가 폐지된 1999년 말 경 삼양사와 대한제당이 기존 합의에 반해 반출량을 확대함으로써 실질적으로 파기되었으므로, 2001. 11. 이전에 이루어진 제1차 합의는 5년의 시효가 도과하였다’는 업체 측의 주장을 다음과 같은 이유를 들어 배척하였다.²¹⁾

① 원고 등 3개사가 이 사건 제1차 합의를 통하여 반출량 및 반출비율을 맞춘다는 등의 기본적인 원칙을 수립하였던 점, ② 3개사가 각급 회의를 통해 월별 반출 계획을 수립하고 수요의 증감에 따라 계획을 수시로 수정하는 방식으로 지속적으로 공급 물량을 제한하여 온 점, ③ 이 사건 합의가 실행된 동안에 한 차례도 실행을 종료한다

20) 대법원 2006. 3. 24. 선고 2004두11275, 소위 흑연전극봉 가격 담합 사건.

21) 본 건과 유사한 시기에 적발된 세계 업체 담합 사건의 경우, ① 원심법원은 세계 4개사의 합의가 각각 별개의 행위라고 보았으나, (2004. 3. 10. 경 가격인상 합의, 2005. 2. 7. 경 가격인상 합의, 2005. 12. 27. 기획세트 공급의 중지 등 거래조건에 관한 합의 등에 대해 합의 참가자의 의사, 기존의 합의가 파기된 상태에서 다시 합의를 한 점 등을 고려함; 서울고등법원 2008.08.28 2007누2502) ② 대법원은 “세계 4개사가 담합행위의 기본적 원칙에 관한 합의는 없었지만 단일한 의사에 터잡아 동일한 목적을 수행하기 위하여 담합행위를 단절됨이 없이 계속 실행하였다면 전체적으로 1개의 부당한 공동행위로 볼 여지가 있다”고 보아 원심을 파기환송한 바 있다(대법원 2009. 6. 25. 선고 2008두17097).

는 의사를 표명한 적이 없었다는 점, ④ 이 사건 제2차 합의는 제1차 합의가 여전히 유효함을 전제로 그 지속을 도모하기 위한 것으로 보이는 점, ⑤ 이 사건 제1, 2차 합의의 성립과정이나 실행 경위 등이 근본적인 차이가 있지 않은 점, ⑥ 원고가 이 사건 제1차 합의가 파기되었다고 주장하는 2000년과 2001년에도 3개사가 회합을 계속하면서 수차에 걸쳐 가격 기준을 합의하여 실행하여 온 점 등을 종합하면 일련의 행위들은 하나의 부당한 공동행위로 볼 수밖에 없다는 것이다.²²⁾

4) 종기

부당한 공동행위에서 통상적으로 합의에 따른 실행행위가 있는 경우 그 종기를 언제로 볼 것인지 문제가 된다.

즉 법 상 부당한 공동행위의 실질은 “합의” 그 자체이고 이것은 시간적 계속성을 요하는 개념이 아니므로 ‘합의행위’는 합의의 성립과 동시에 종료된다는 견해²³⁾가 있다. 그러나 법원은 위 ‘흑연전극봉 담합 사건’에서 “부당한 공동행위가 종료한 날이라 함은 ‘합의가 더 이상 존재하지 않게 된 날’, 즉 당해 사업자가 탈퇴하거나 합의를 파기하기로 한 경우 또는 위 합의에 명백히 반하는 행위를 함으로써 더 이상 합의가 유지되고 있다고 인정하기 어려운 경우 등이 이에 해당한다고 할 것이다”라고 판시함으로써 합의를 일종의 ‘계속성을 요하는 개념’으로 이해하고 위반행위의 종료일을 합의의 효력이 소멸하는 시점으로 파악한다.

본 사건에서는, 피심인들 중 대한제당이 제기한 과징금부과처분취소소송에서 특히 이러한 종기가 문제되었다. 즉, 이 사건과 같이 3개 업체의 담합으로 시작된 ‘합의’의 경우 그 종기가 ①마지막 3번째 업체가 합의의 파기를 선언한 날인지, ②아니면 2개 업체가 순차적으로 합의를 파기하여 1개 업체만이 남은 시점(즉 두 번째 업체의 합의 파기 시점)에 이미 ‘합의’가 파기되었다고 보는가가 문제된 것이다.

서울고등법원은 이에 대하여 “원고(대한제당)가 이 사건 합의에 대한 파기의사를 대외적으로 표시함으로써 그 실행행위를 종료한 날인 2005. 9. 27. 이 공동행위의 종

22) 서울고등법원 2008. 7. 16. 선고 2007누24441 판결; 대법원 2010. 3. 11. 2008두15168 판결 同旨.

23) 임영철, 『공정거래법 해설과 논점』, 법문사, 2007, 276면.

기라고 보아야 한다”고 판단한 반면,²⁴⁾ 대법원은 “담합에 참여한 3개 회사 중 2개 회사가 담합에서 탈퇴한 것으로 인정되는 경우에는 남아 있는 회사가 1개뿐이고, 이러한 경우 담합의 성립요건 중 ‘2인 이상 사업자들 사이의 의사의 합치’라는 요건을 충족하지 못하게 되므로 그 담합은 종료되었다고 봄이 상당하다”고 판시하여 원심을 판단을 파기하였다.²⁵⁾

다. 과징금 부과 of 적법성 여부

1) 문제점

이 사건과 관련하여서는 과징금 부과 of 적법성 여부에 관하여도 피심인인 업체 측에서 많은 주장이 제기되었던 바, 크게 아래의 두 가지 주장 즉 과징금 부과 of 기준이 되는 관련매출액 of 범위와 그 부과기준율 of 적법 여부가 문제되었다.

2) 과징금 부과 of 기준이 되는 관련매출액 of 범위

삼양사는 원심²⁶⁾에서 ① 관련매출액 산정 시에는 매출에누리를 뺀 순매출액을 기준으로 하여 과징금 부과처분을 하여야 하므로, 매출에누리를 공제하지 않은 금액을 관련매출액으로 정하여 과징금 부과처분 of 기준으로 정한 것은 위법하며, ② 또한 원고가 2000년과 2001년에 합의된 물량보다 많이 반출한 행위는 물량합의에 반하는 행위이므로 위 2개년도의 매출액은 관련매출액에서 제외되어야 한다고 주장한 바, 원심법원은 위 ①의 주장을 인용하였다.

즉, 고등법원은 ①의 주장에 대해서는 ‘관련매출액이란 위반사업자가 위반 기간 동안 판매한 관련 상품의 매출액을 말하는 바 기업회계기준서 제4호 문단 7 상 매출에누리·할인·환입 등은 수익에서 차감한다고 규정하므로, 원고(삼양사)의 주장과 같이 관련매출액은 매출에누리를 뺀 순매출액으로 봄이 타당하여 피고의 과징금납부명

24) 서울고등법원 2008. 7. 16. 선고 2007누24458.

25) 대법원 2010. 3. 11. 선고 2008두14176.

26) 서울고등법원 2008. 10. 23. 2007누24571.

령이 위법하다'고 판단하였다.

그러나 ②의 주장에 대해서는, 원고 삼양사의 공동행위가 2000년과 2001년에도 여전히 계속되었으므로 그 기간 동안의 관련매출액으로 봄이 타당하여 원고의 주장이 이유 없다고 보았으며 이러한 고등법원의 판단은 대법원에서도 모두 유지되었다.²⁷⁾

3) 과징금 부과기준율의 소급적용 여부

또한 제당 3사들은 과징금부과처분을 다투면서 공통적으로 “공정거래법에서 규정한 과징금 부과 기준율이 1995년 관련매출액의 1%였던 것에서 2004년 이후 최대 5%까지 점차적으로 강화되는 추세에 있음에도 불구하고, 과징금 관련규정이 강화되기 이전의 위반행위에 대해서까지 가장 무거운 처분 시의 관련 규정을 일률적으로 적용하여 과징금 부과기준을 결정하는 것은 행위 시 이후 무겁게 변경된 제재 규정을 소급적용한 위헌·위법한 처분에 해당한다”고 주장하였다.

그러나 대법원은 이에 대해 “행정처분의 근거 법령이 개정된 경우에도 경과규정에서 달리 정함이 없는 한 처분 당시 시행되는 개정법령과 그에서 정한 기준에 의하는 것이 원칙이고, 그 개정법령이 보다 불리한 법률 효과를 규정하고 있는 경우에도 그러한 사실 또는 법률관계가 개정 법률이 시행되기 이전에 이미 종결된 것이 아니라면 이를 헌법상 금지되는 소급입법이라 할 수는 없다”는 기존의 판례 태도(대법원 2001. 10. 12. 선고 2001두274 판결)를 인용하면서 이 사건 부당한 공동행위의 전 기간에 대해 일률적으로 3.5%의 부과기준율을 적용한 것은 헌법상 소급적용 금지의 원칙이나 비례의 원칙에 반한다고 할 수 없다고 판단하였다.

27) 대법원 2010. 2. 25. 선고 2008두21362.

4. 의의

가. 본 심결의 의의(신고포상금 제도 관련)

이 사건은 신고포상금제도를 활용하여 부당한 공동행위를 적발한 첫 사례라는 점에도 집행사적 의미가 큰 사건이다. 즉, 공동행위에 참여한 CJ의 직원이 증거자료의 은닉처를 구체적으로 제보하여 월별 출고량 합의 내용 등 구체적 증거를 확보하는 데에 기여를 한 사건이다(이 직원은 공정거래위원회 조사가 진행 중이던 2005년 8월 문체된 업체 중 한 곳의 지하주차장 창고에 증거자료가 숨겨져 있다고 제보하였다).

공정거래위원회는 이 제보자에게 2007년 12월 공정거래위원회 신고포상금 사상 최대 액수인 2억 1천만 원을 지급하였는데 제보자 개인에게 2억 1천만 원의 신고 포상금이 지급된 것은 2005년 4월 신고포상금 제도 시행 이래 최고 금액이다.

부당한 공동행위는 보통 담합사들의 보안 유지 속에 은밀하고 지속적으로 이루어지는 바, 외부에서 이를 인지하기가 쉽지 않다. 이 사건을 계기로 부당한 공동행위의 담합에 대한 제보가 활성화되는 계기가 될 것으로 기대된다.

나. 자진신고자 감면 제도의 문제점 및 개선방안의 논의

그러나 이 사건 자진신고자인 CJ의 경우 본 건과 유사한 시기에 적발된 밀가루와 세제의 담합사건에서도 주도적인 역할을 하였다는 점, (소위 ‘신(新)삼분사건’으로 인구에 회자된 바 있다.) 그리고 지난 2005년 7월에도 공정거래위원회의 담합 조사를 방해해 임직원이 과태료까지 부과 받은 적이 있다는 점에서 ‘자진신고자 감면제도’를 악용하는 사례에 대한 보완책이 필요하다는 지적도 나오고 있는 바, 아래에서는 이 사건과 관련한 감면제도의 문제점 및 그 개선방안에 대해 간략히 살펴본다.

1) 부당한 공동행위의 주도자에 대한 감면의 문제

이 사건 심결이 있을 당시의 공정거래법 시행령 및 감면고시는 감면의 요건으로 공

동행위를 주도하거나 강요하지 않았을 것을 규정하고 있지 아니하여, 공동행위의 주도자나 강요자도 고시에 의거하여 지위의 확인을 받으면 시정조치와 과징금, 심지어 형사고발까지 면제받을 수 있었다.

실제로 이 사건 피심인 CJ의 경우 설탕 업계에서 시장점유율이 50%에 육박하는 1위 업체로, 담합으로 인해 가장 많은 수익을 올린 업체였다. 더구나 상기한 바와 같이 세제, 밀가루 등 각종 생필품의 담합사건에 주도적인 역할로 참여하였던 바, 과연 자진신고자로서 리니언시의 혜택을 받는 것이 타당한가 하는 문제가 제기되었다(본건 이외에도 2007년 10개 폴리프로필렌 제조판매업자들의 부당한 공동행위에 대한 건에서, 적극적으로 담합을 주도한 시장점유율 1위 사업자가 자진신고자 지위를 확인 받아 과징금을 전액 면제받고 형사고발도 되지 않은 사례가 있었다).

이와 같은 문제제기에 관련 규정이 개정되어, 현재는 감면고시 제6조의2가 신설되어(2007. 12. 27.) 담합행위를 강요한 자에 대해서는 감면을 배제하도록 하고 있다.²⁸⁾ 그러나 담합행위의 주도자에 대한 감면제도의 지속 여부에 대해서는 여전히 앞서와 같은 논란의 여지를 남겨두고 있다.

2) 감면제도와 전속고발권의 문제

공정거래법은 법 제71조에 의하여 법 제66조 및 제67조의 죄에 대해서는 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다고 규정함으로써 공정거래법 상 전속고발제도를 두고 있다.

그런데 이러한 공정거래법의 전속고발제도는 공동행위에서의 감면제도가 형사고발까지 감면하도록 하고 있기 때문에, 형사소송법 제233조 상의 ‘고소불가분의 원칙’²⁹⁾

28) 제6조의2(강요 여부의 판단) ①시행령 제35조 제1항 제5호 해당여부는 다음 각 호의 사유를 종합적으로 고려하여 판단한다.

1. 다른 사업자에게 그 의사에 반하여 당해 부당한 공동행위에 참여하도록 하기 위하여 또는 이를 중단하지 못하도록 하기 위하여 폭행 또는 협박 등을 가하였는지 여부
2. 다른 사업자에게 그 의사에 반하여 당해 부당한 공동행위에 참여하도록 하기 위하여 또는 이를 중단하지 못하도록 하기 위하여 당해 시장에서 정상적인 사업활동이 곤란할 정도의 압력 또는 제재 등을 가하였는지 여부

29) 고소가 있어야 처벌되는 죄에서 공범 일부만 고소했을 때 나머지 공범에게도 고소의 효력이 미친다는 형사소송법상 원칙, 형사소송법은 ‘고소’에 대하여는 고소불가분의 원칙을 규정하고 있으나, ‘고발’에 대하여는

과 관련하여 문제를 야기할 수밖에 없다. 즉 형사소송법 상 고소불가분의 원칙이 공정거래사건과 같은 전속고발 사건에도 적용된다고 본다면 공정거래위원회에서 담합에 가담한 업체 중 일부 업체만 고발한 경우에 고발이 면제된 업체에도 고발의 효력이 있으므로 공정거래위원회의 고발 없이도 수사 및 기소가 가능하다고 보는 것이다.

그러나 현재 대법원의 판례에 의하면 공정거래법 상 전속고발제도는 검사의 공소권 행사에 대한 사전적 제약의 의미를 지니는 바, 공정거래위원회의 고발이 없는 한 검사는 위반 행위가 인정된다고 하더라도 기소할 수 없으며, 설사 기소하더라도 이는 소추요건을 결하는 것이어서 형사소송법 제327조 제2호에 의해 공소기각의 판결을 선고하여야 할 것이라고 보고 있다.³⁰⁾

이와 관련하여 공동행위를 주도한 자가 자진감면신청을 하여 1순위의 지위 확인을 받은 경우 고발이 되지 않는 것에 대하여 문제제기를 할 수 있다.

그러나 이는 자진감면제도를 둔 입법적 취지, 정책적 측면을 고려할 때, 결국 다소 부당한 측면이 있다고 하더라도 궁극적으로 사업자간의 카르텔에 대한 신뢰를 깨고 공정한 경쟁 질서를 확립한다는 공익이 훨씬 크다고 할 수 있기 때문에 어느 정도는 감수할 수밖에 없는 것이라고 할 것이다.

다만 앞서 기재한 바와 같이 공동행위를 주도·강요한 자, 상습적으로 공동행위를 한 자에 대하여는 자진감면신청에 대한 지위확인을 하는 단계에서 제한을 가하는 합리적 기준을 찾아볼 필요는 있을 것이다.

다. 사회적 파급력

설탕은 밀가루, 시멘트와 함께 지난 60년대 초반 소위 “삼분폭리사건”이라 불리는 가격 담합 사건을 일으켜 공정거래법 제정 논의의 단초를 제공하는 등 이미 우리 사회에 상당한 파장을 일으킨 바 있다.

본 건은 공정거래위원회가 2005년 3월 밀가루, 같은 해 10월의 세제에 이어 국민의

그러한 규정을 두고 있지 아니하다.

30) 대법원 2010. 9. 30. 선고 2008도4762.

생필품에 대한 담합을 적발한 사례로, 공정거래위원회는 2004년을 카르텔 근절의 원년으로 선언한 이래 국민생활과 밀접한 분야의 카르텔 적발에 역량을 집중해 온 바, 이 사건은 그러한 노력의 결실이라고 할 수 있다.

라. 관련 사건

1) ‘고발’ 되지 않은 자에 대한 기소 불가

공정거래위원회는 이 사건에서 제1순위 자진신고자의 지위를 확인받은 CJ의 고발을 면제한 바 있으나, (삼양사와 대한제당만 기소함) 검찰은 형사소송법상의 ‘고소(고발)불가분의 원칙’이 공정거래위원회의 전속고발사건에도 적용될 수 있는 견해에 따라 고발대상에서 제외된 CJ와 CJ 임원 1명을 기소하였다.

그러나 서울중앙지방법원은 이 건으로 함께 기소된 삼양사와 대한제당에 각 1억5천만 원과 1억 원의 벌금을 선고하면서, 공정거래위원회의 자체 조사과정에서 자진신고를 이유로 고발대상에서 제외됐던 CJ와 임원 1명에 대해서는 ‘공소 기각’ 판결을 했다.

재판부는 검찰이 주장한 ‘고발불가분의 원칙’에 대해 “고발 대상에서 명시적으로 누락된 행위자에 대해서는 고발권자의 소추의 의사표시가 있다고 볼 수 없다.”고 판시했다. 행정기관이 법률에 규정된 전속고발권을 행사하는데 있어 공범 중 일부 행위자만을 고발하고 나머지 행위자를 고발하지 않은 경우, 제외된 대상에 대해 고발권자의 소추의 의사표시가 있다고 볼 수 없다는 것이다.

재판부는 이어 “형사소송법상 고발은 ‘고소의 불가분’에 관한 조항을 준용하도록 하고 있지 않고, 전속고발처럼 ‘처벌과 직결되는 소송조건’에 대한 유추적용은 죄형법정주의 원칙상 신중을 기해야 하기 때문에 그 필요성이 인정된다면 입법적으로 해결해야 한다.”고 덧붙였다.

2) 담합의 피해자들의 손해배상소송 제기

2010년 7월 샤니 등 제빵업체는 설탕제조사들인 삼양사, 대한제당을 상대로 “설탕

값을 담합하여 부당하게 인상한 설탕 값으로 인한 손해를 배상하라”는 내용의 손해배상소송을 제기하였다(현재 소송계속 중, 서울고등법원 2010가합71696).

비슷한 사례로, 제빵업체는 밀가루 제조사들을 상대로 “밀가루 제조사들은 2001년부터 5년간 부당한 공동행위를 하여 국내 밀가루 생산량을 제한한 결과 제빵업체는 부당하게 높게 형성된 가격으로 밀가루를 구입하게 되었는바, 그 손해의 배상을 청구”하는 손해배상 소송을 제기한 바 있는데, 제빵업체들의 주장이 일부 인용되어 밀가루 제조사들에게 손해배상을 명한 판결이 선고된 바 있다.³¹⁾

2000년대 이후 담합 피해자들이 손해배상소송을 제기하는 사례가 늘고 있는데, 손해배상소송은 공동행위에 대한 사적 구제로서 피해자들이 직접 손해를 회복할 수 있는 효과적인 방법이라는 점, 기업들 입장에서는 손해배상소송으로 인한 손실이 공동행위를 하여 얻을 수 있는 이익보다 클 수 있기 때문에 공동행위를 예방하는 데에도 큰 역할을 할 수 있다는 점 등에 비추어 매우 바람직한 현상으로 보인다.

다만, 손해배상소송과 관련하여서는 ① 원고가 될 수 있는 자의 범위, ② 손해의 산정 방법 및 인정 범위, ③ 인과관계의 입증 문제 등 논란이 될 수 있는 쟁점이 많이 남아있는바, 추후 활발한 연구와 판례 축적으로 공정거래법 위반으로 인한 손해배상소송에 대한 기준이 마련되어야 할 것이다.

31) 서울중앙지방법원 2009. 5. 27. 선고 2006가합99567, 서울고등법원 2010. 10. 14. 선고 2009나65012, 대법원 2010다93790 소송계속 중.

[16] 26개 항공화물운송사의 부당한 공동행위에 대한 건 **의결 제 2010-143, 144, 145, 146호**

신 영 수 (교수, 경북대학교)

21개 국내의 항공사들이 유류할증료를 공동으로 도입·인상하는 방법으로 항공화물 운송서비스 시장에서 경쟁을 부당하게 제한하였음을 인정한 세계 최초로 인정된 사건이다. 공정거래위원회는 한국발을 비롯하여, 유럽발 한국행, 일본발 한국행, 홍콩발 한국행 노선에서 여러 항공사들이 유류할증료를 추가적으로 도입, 인상함으로써 운임을 부당하게 인상시킨 행위에 대해 시정조치하였다.

공정거래위원회 역사상 가장 규모가 큰 사건으로 피심인이 16개국 21개 사업자, 과징금 액수는 약 1,243억 원에 이르며, 여러 경쟁당국이 동시에 조사를 하는 가운데 전체 피심인에 대해 일괄적으로 조치한 최초의 사례로서, 공정거래위원회의 국제카르텔 조사역량 및 의지를 전 세계에 천명한 사건이라 할 수 있다. 또한 위원회 심결 과정에서 관할권, 위법성조각, 관련매출액 등 다양한 쟁점에 대해 충분한 검토 및 판단이 이루어져 앞으로 있을 사건 처리의 방향을 가능하는데 이정표가 될 것으로 기대된다.

아울러 미국, EU 등 경쟁당국과의 현장조사 공조, 양자협의를 통해 지속적으로 공조조사를 진행하였으며, 조사과정에서 여러 가지 조사기법 등을 개발하여 앞으로 공정거래위원회의 사건처리 역량 제고에도 많은 역할을 한 것으로 평가된다.

1. 사건개요

가. 시장현황

1) 세계 각 지역별 국제 항공화물운송 실적

2007년 지역별 국제 항공화물운송 실적을 살펴보면, 아시아·태평양지역이 39.7%로 가장 큰 비중을 차지하고 있으며, 유럽지역 29.7%, 북미지역 17.9% 등의 순이다.

2) 우리나라의 국제 항공화물운송 실적

우리나라의 국제선 정기항공화물운송 실적은 전반적으로 증가추세에 있다. 2007년 말 기준 '한국발' 화물운송실적의 경우 미주 노선이 28.3%로 가장 높은 비중을 차지했으며, 다음으로 동남아 노선(24.9%), 유럽 노선(17.2%)의 순으로 나타났다.

한편 2007년 말 기준 '한국행' 화물운송실적의 경우 동남아(28.2%) 및 중국(21.1%) 노선이 가장 높은 비중을 차지했으며, 미주(16.7%), 일본(16.2%), 유럽(15.4%) 노선의 순으로 비중이 높았다.

3) 항공화물운송서비스 거래의 당사자

항공화물운송서비스 거래의 주요 당사자는 화주(shipper), 항공화물대리점(forwarder) 및 항공사(carrier)이다. 통상적으로 항공사는 화주와 직접 화물운송 서비스 계약을 체결하기보다는 항공화물 대리점과 운송 계약을 체결하여 항공화물운송서비스를 간접 판매하는 방법을 취한다. 화주가 직접 항공사에게 화물의 운송을 의뢰할 수도 있으나, 항공화물 취급업무는 전문적인 지식과 경험이 필요한 반면 통상 화주의 전체 업무에서 차지하는 비중이 미미하기 때문이다.

4) 항공화물운임의 종류

가) 기본운임 및 기타 요금

항공화물운임이란 항공사들이 항공기를 이용하여 화주의 화물을 운송하는 서비스의 대가로 징수하는 금액이다.

항공화물운송서비스를 제공하면서 항공사가 기본적으로 부담하게 되는 비용(유류비, 인건비, 보안비, 항공기 유지비, 보험료 등)을 보전할 목적으로 화물 중량(weight)¹⁾에 비례하여 징수하는 운임을 ‘기본운임(base rate)’이라 한다. 한편, 기본운임 이외에 항공사가 추가적으로 부담하게 되는 위험이나, 추가적으로 제공하는 서비스에 대한 대가인 ‘기타 요금(other charge)’이 있는데²⁾ 전자의 예로는 위험품 취급수수료, 후자의 예로는 착지불 수수료 등을 들 수 있다.

나) 할증료(Surcharge)

할증료(Surcharge)는 통상 기본운임으로 보전되던 비용(예: 유류비용, 보안비용 등)이 단기간에 급등하거나 급등할 우려가 있는 경우 추가적으로 증가한 비용을 안정적으로 보전하기 위하여 기본운임과는 별도로 화물중량 당 징수하는 요금을 의미한다. 유류할증료(Fuel Surcharge) 및 보안할증료(Security Surcharge)가 그 대표적인 예인데, 이러한 할증료는 그 기본운임적 성격으로 인하여 항공당국의 신고수리나 인가의 대상이 되고 있다.

-
- 1) 항공화물운임 부과의 기준이 되는 중량은 실제중량(actual weight)과 용적중량(volume weight)으로 구별되는 바, 항공사에 따라 사용하는 중량기준이 다르다. 실제중량은 화물의 실제 중량을 정확하게 측정한 뒤, 0.5kg 미만인 경우에는 0.5kg으로 절상하고, 0.5kg 이상 1.0kg 미만인 경우에는 1.0kg으로 절상하여 계산한다. 용적중량은 용적(부피)을 산출한 뒤, 이를 운임 부과를 위한 중량(chargeable weight)으로 환산하기 위해 용적을 단위 용적당 기준중량(6,000cm³≒1kg, 366in³≒1kg, 166in³≒1lb)으로 나누어 산출한다. 직육면체나 정육면체가 아닌 경우 용적은 최대가로×최대세로×최대높이로 계산한다.
 - 2) 운송요금 산정의 기본이라 할 수 있는 요율(Rate)이란 항공운송인이 화물운송의 대가(代價)로서 징수하는 운임을 중량단위당 또는 단위용기 당 금액으로 나타내는 것인데, 보통 노선별로 요율표(Tariff)에 정해져 있다. 요금(Charge)은 운송에 관련된 부수적인 업무에 대한 대가와 설비의 사용에 대한 대가를 의미하는데 파레트 등 ULD 사용료, 위험품 취급수수료, 착지불수수료, Trucking Charge 등이 이에 해당된다. (『항공운송실무』, 한국국제물류협회 연수교재, 제123면)

나. 행위사실

1) 항공편별 담합의 경위

1997년 7월 전 세계 항공사들은 유가의 변동에 관계없이 안정적인 운송수입을 확보할 목적으로 국제항공운송협회(International Air Transport Association, 이하 'IATA')를 통해 유류할증료³⁾를 일괄적으로 도입하기로 하였다. 하지만 미국이나 EU 등에서 소비자의 이익을 침해한다는 이유로 경쟁법 면제의 혜택을 부여하기를 거부하자, 항공사들은 그 대안으로 각 지역 노선별 항공화물운임의 담합을 추진하게 되었다. 구체적으로는 한국발 전세계행 노선과 한국을 목적지로 하는 외국발 한국행 노선의 유류할증료를 신규로 도입하거나 변경하는 방법으로 시도되었다. 항공운임 자체가 아닌 할증료를 수단으로 삼은 이유는 관행상 할인되지 않는데다 소비자의 반발도 상대적으로 크지 않다는 점 때문이었다. 담합은 한국발 전세계행 항공화물운송과, 세계 주요의 공항발 한국행 항공화물운송에 걸쳐 다각도로 진행되었는데, 이를 구체적으로 살펴보면 아래와 같다.

먼저 한국발 전세계행 항공화물운송의 경우 2002. 6.경 대한항공과 루프트한자가 유류할증료 도입을 먼저 합의하고, 이후 2사를 포함한 17개 항공사들이⁴⁾ 2003. 1. ~ 2003. 4.경 항공사대표모임(Board of Airline Representatives; 이하 'BAR'라 한다)을 통해 2003. 4. 16.부로 120원/킬로그램의 유류할증료를 도입하기로 합의하였고, 이후에도 지속적으로 2004. 10., 2005. 7., 2005. 11.에 걸쳐 유류할증료 인상을 합의하고 실행하였다. 한국발 항공화물 운송의 담합은 2007. 7. 31.에 담합모임인 항공사대표모임의 종료로 종료되었다.

다음으로 홍콩발 한국행 항공화물운송의 경우, 2000. 1. 14. 7개 항공사⁵⁾가 BAR 화물분과회의를 통해 2000. 2. 1.부로 0.50홍콩달러/킬로그램의 유류할증료를 도입하기

3) 유류할증료(Fuel Surcharge)란 유가상승으로 인한 비용을 보전하기 위한 명목으로 소비자로부터 징수하는 요금을 의미한다.

4) 17개 항공사는 대한항공, 루프트한자, 말레이시아항공, 스위스항공, 싱가포르항공화물, 일본항공, 일본화물항공, 전일본공수, 아시아나, 에어프랑스(에어프랑스-케이엘엠 포함), 영국항공, 카고룩스, 캐세이패시픽항공, 케이엘엠항공, 콰타스항공, 타이항공 등이었다.

5) 7개 항공사는 대한항공, 아시아나, 에어홍콩, 인도항공, 캐세이패시픽항공, 타이항공, 폴라항공 등이었다.

로 합의하였고, 이후 유가 인상시마다 수차례에 걸쳐 지속적으로 유류할증료 인상을 합의하고 실행하였다. 홍콩발 항공화물 운송의 담합은 2007. 6. 25. 캐세이패시픽항공이 할증료 합의를 위한 BAR 화물분과회의에서 탈퇴하기로 발표하면서 종료되었다.

한편 유럽발 한국행 항공화물운송의 경우는 1999. 12.~2000. 2.경 10개 항공사⁶⁾가 독일지역 항공사 모임인 인터라인미팅(소위 ‘커피미팅’) 혹은 개별 의사연락을 통해 10유로센트/kg의 유류할증료를 도입하기로 2000.2.1.부로 합의하였으며, 이후 항공사들이 추가 가담하여 유가인상 시점마다 수차례에 걸쳐 유류할증료 인상을 합의하고 실행하였다. 유럽발 항공편의 담합도 2006. 10. 1. 루프트한자 등이 개별적으로 유류할증료를 변경하면서 종료되었다.

아울러 일본발 한국행 항공화물운송에 대해서는 2002.9.~10에 걸쳐 5개 항공사⁷⁾가 항공사간 모임인 ICAJ(Interline Cargo Sales Association of Japan)을 통해 2002. 10. 16.부로 12엔/킬로그램의 유류할증료를 도입하기로 합의하였고, 2005. 10.까지 지속적으로 유류할증료 인상을 합의하고 실행하였다. 이후 2006. 8.에 항공사들이 담합모임을 탈퇴하면서 일본발 담합도 종료되었다.

2) 본건 담합의 특징

이상의 항공화물운송 담합사건에서는 여타 사건과 구별되는 몇 가지 특징들을 엿볼 수 있다. 먼저 항공화물운송의 특성상 연계수송 등의 명목으로 행해지는 경쟁사간 모임을 담합의 창구로 이용했다는 점을 들 수 있다. 특히 각 국가별 국적사가 주도하는 항공사모임을 담합수단으로 이용했는데, 예를 들어 한국의 BAR모임과 노선모임, 홍콩의 BAR 화물분과회의, 일본의 ICAJ, BOAR-CSC(항공사 대표자 회의), 유럽의 인터라인미팅 등이 그것이다. 또한 표면적으로 사업의 효율화를 위한 얼라이언스 모임⁸⁾을 개최한 후 얼라이언스 활동과는 관계없이 경쟁사와 가격담합이 추진되기도 하

6) 8개 항공사는 대한항공, 루프트한자, 스칸디나비아항공, 에어프랑스(에어프랑스-케이엘엠 포함), 일본항공, 카고룩스, 케이엘엠항공 등이었고, 이후 순차적으로 영국항공(2000. 9. 18.), 싱가포르항공화물(2002. 3. 28.)이 담합에 가담하였다.

7) 5개 항공사는 대한항공, 아시아나항공, 일본항공, 전일본공수, 일본화물항공 등이었다.

8) 스카이팀 카고 얼라이언스(대한항공, 에어프랑스 등), WOW 얼라이언스(루프트한자, 스칸디나비아항공, 싱가포르항공화물, 일본항공).

였다. 또한 항공당국의 운임인가를 받아야 하는 한국, 홍콩, 일본발 담합의 경우에는 정부인가를 함께 받기 위해 치밀한 사전 협의를 거치기도 하였다. 한편, 항공사들이 같은 일련의 행위가 경쟁법에 저촉될 수 있다는 점을 인식하고 매우 은밀히 담합을 추진하는 등 치밀한 전략 하에 실행에 옮겼다. 이를테면 유럽발 항공편의 경우 담합시, Secret Services(비밀요원)을 이용하여 은밀히 경쟁사와 접촉하거나, 경쟁사와의 의사연락 사실을 노출시키지 않기 위해 함축적 표현을 사용(예: 'Paris'→ 에어프랑스, '암스테르담'→케이엘엠항공)하기도 하였다.

3) 담합에 따른 피해

본건 담합행위는 최대 7년에 걸쳐 진행된 데다 담합에 참여한 항공사의 수도 16개국의 21개사에 달하는 등 기간과 규모 면에서 압도적인 사례로 꼽을 만하다. 피해규모도 막대한 것이었는데, 본건 담합으로 인해 영향받은 매출액은 약 6조 7천억 원에 달하는 것으로 추산되었으며 이는 2009년도 우리나라 전체 수출화물 중 항공화물이 수출금액 기준으로 약 25%에 달하는 수준이었다. 이로 인해 국내 산업의 수출경쟁력에도 심각한 피해를 준 것으로 나타났으며, 한국행 노선에서의 가격담합 역시 국내 소비자가 그 운임을 직접 지불하거나 수입화물 가격에 반영되어 결국에는 국내물류시장과 최종소비자의 후생에도 악영향을 미친 것으로 분석되었다.

4) 공정거래위원회의 조사 경위

2000년을 전후하여 개시된 다국적 항공화물운송 사업자들간의 담합이 상당기간 지속되어 오던 중 2005년 12월에 담합에 참가했던 항공사 가운데 일부가 공정거래위원회에 자진신고를 하였다. 이를 통하여 항공화물운임 국제카르텔 관련 혐의를 인지하게 된 공정거래위원회는 곧바로 조사에 착수하였고, 혐의를 받는 담합가담자들의 본점 소재지가 다수 국가에 산재해 있음을 파악한 후 각국 경쟁당국과의 공조 하에 조사를 진행하였다.

특히 2006. 2. 14.에는 한국, 미국, EU 등 3개 경쟁당국이 동시에 전 세계에 걸쳐 현장조사를 실시하기도 하였다. 또한 현장조사시 확보한 증거자료와 더불어 항공사로부

터 방대한 분량의 서면자료를 징구하여 3년에 걸쳐 이를 분석하고 정리하는 등 조사 및 심사에만 상당한 시간이 소요되었다. 이 과정에서 공정거래위원회는 13명의 외국인을 포함 총 54명의 항공사 임직원을 한국으로 소환하는 한편 강도 높은 진술조사를 실시하기도 하였다. 아울러 미국, EU 등 경쟁당국과의 지속적 조사협력을 위해 양자회의, 컨퍼런스콜, 이메일 교환 등을 통하여 조사현황 및 처리방향 전반에 대하여 협의의 해 추진해 나갔다.

다. 공정거래위원회의 심결

1) 외국 사업자에 대한 공정거래법의 적용가능성

공정거래위원회는 국제 항공화물운송 담합에 가담한 총 21개 항공사 가운데 대한항공과 아시아나항공 이외에 주된 사무소가 외국에 소재하는 국외사업자들이 본건의 피심인으로서 적격성을 가지는지를 판단하였다. 그 결과 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(2007. 8. 3. 법률 제8631호로 개정되기 전의 것. 이하 ‘법’ 또는 ‘공정거래법’이라 한다) 제2조 제1호의 사업자에 해당한다고 보았다.

그 이유는 공정거래법은 사업자의 부당한 공동행위 등을 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모함을 목적으로 하고 있고(제1조 참조), 부당한 공동행위의 주체인 사업자를 ‘제조업, 서비스업, 기타 사업을 행하는 자’로 규정하고 있을 뿐 국내 사업자로 한정하고 있지 아니하며(제2조 참조), 외국사업자가 외국에서 부당한 공동행위를 함으로 인한 영향이 국내시장에 미치는 경우에도 공정거래법 목적을 달성하기 위하여 위 법 적용의 대상으로 삼을 필요성이 있는 점을 고려해 보면, 외국사업자가 외국에서 다른 사업자와 공동으로 경쟁을 제한하는 합의를 하였더라도 그 합의의 대상에 국내시장이 포함되어 있어서 그로 인한 영향이 국내시장에 미쳤다면 그 합의가 국내시장에 영향을 미친 한도 내에서 공정거래법이 적용되기 때문이었다. 따라서 위 한도 내에서 외국법에 따라 설립되고 주된 사무소가 외국에 있는 외국사업자들도 공정거래법의 적용을 받는 사업자들이라고 보아야 한다는 것이다.

2) 위법성의 판단

다음으로 해당 항공사들이 동일한 시기에 동일하게 유류할증료를 도입 및 변경하기로 합의한 행위는 유류할증료가 피심인들이 항공화물운송서비스를 제공한 대가로 고객인 대리점 또는 화주로부터 받는 경제적 대가이고, 유류할증료의 도입 및 변경의 합의를 통하여 피심인들이 제공하는 항공화물운송서비스의 가격을 사실상 인상시키는 효과가 있는 점 등을 감안할 때, 법 제19조 제1항 제1호에서 규정하는 사업자들이 공동으로 가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위를 한 것에 해당한다고 보았다.

한편, 부당한 공동행위의 성립요건으로서 사업자간의 합의가 존재해야 하는바, 이들 항공사가 노선별 항공사 모임 및 개별연락 등을 통하여 동일한 시기에 유류할증료를 공동으로 도입하고 변경한 행위는 자신들의 이익을 극대화하고자 하는 합치된 의사의 결과이며, 이는 법 제19조 제1항 제1호에서 규정하고 있는 사업자들이 공동으로 가격을 결정·유지하는 행위를 하고자 합의한 것에 해당한다고 판단하였다.

3) 공정거래위원회의 결정

공정거래위원회는 피심인 21개 항공사들이 항공화물운송서비스를 제공함에 있어 다른 항공화물운송사업자들과 합의하여 유류할증료를 공동으로 도입하거나 변경하는 등의 방법으로 항공화물 운송서비스 시장의 경쟁을 부당하게 제한하는 행위를 하였다고 보고, 이들 항공사에 대하여 시정조치로서 당해 행위의 중지명령을 부과하는 한편, 19개사에 대하여 총 1,243억 원의 과징금을, 2개사⁹⁾에 대해서는 경고조치를 부과하였다.¹⁰⁾

9) 경고조치를 내린 두 개 항공사는 스칸디나비아항공, 인도항공이었다.

10) 26개 항공화물운송사업자의 부당한 공동행위에 대한 건에 관한 공정거래위원회 심결은 다음과 같다. (한국발): 공정거래위원회 전원회의 2010. 11. 29. 의결 제2010-143호; (유럽발): 공정거래위원회 전원회의 2010. 11. 29. 의결 제2010-144호; (일본발): 공정거래위원회 전원회의 2010. 11. 29. 의결 제2010-145호; (홍콩발): 공정거래위원회 전원회의 2010. 11. 29. 의결 제2010-146호; (퀀타스): 공정거래위원회 전원회의 2010. 6. 18. 의결 제2010-061호

<표 1>

19개사에 대한 과징금 부과 금액

(단위: 백만 원)

| 업체명 | 과징금액 | 업체명 | 과징금액 | 업체명 | 과징금액 |
|----------|--------|------------|-------|----------|-------|
| 대한항공 | 54,273 | 에어프랑스-케이엘엠 | 3,985 | 캐세이퍼시픽항공 | 5,298 |
| 루프트한자 | 10,735 | 에어홍콩 | 108 | 케이엘엠항공 | 6,830 |
| 말레이시아항공 | 1,200 | 영국항공 | 838 | 관타스항공 | 165 |
| 스위스항공 | 68 | 일본항공 | 4,805 | 타이항공 | 2,877 |
| 싱가포르항공화물 | 3,117 | 일본화물항공 | 1,919 | 플라항공 | 681 |
| 아시아나 | 20,675 | 전일본공수 | 1,633 | | |
| 에어프랑스 | 2,901 | 카고룩스 | 2,237 | | |

다만 외국발 한국행의 경우 국내시장에 미치는 영향이 상대적으로 적은 점을 감안하여 최종 부과과징금의 50%를 감경하였다.

2. 관련규정 및 제도

이 사건에 관련되어 있는 법 규정 및 제도는 다양하게 분포되어 있다고 할 수 있다. 이를 테면, 역외적용과 관련한 제2조의2, 부당한 공동행위 금지근거 규정인 제19조, 기타 국제적 협력에 관한 제36조의2, 문서송달에 관한 제53조의3 등이 그것이다. 이 가운데 본건이 제시하는 제도사 내지 집행연혁적 의미로서 가장 큰 부분은 역시 역외 적용 및 절차적 측면에서 찾아 져야 할 것으로 보인다. 여러 국적의 항공사를 상대로 일괄하여 법을 적용하고 관련 사건처리절차를 진행했다는 점 때문이다.

다만 역외적용과 관련한 규정은 흑연전극봉사건에 관한 심결¹¹⁾분석에서 상세히 다루어지고 있으므로, 여기서는 제도의 도입 배경과 변천을 간략히 소개하는데 그치는 한편, 사건처리절차상 국제적 협력 관련 규정을 아울러 분석해 보기로 한다.

11) 공정거래위원회 2002.4.4. 의결 제2002-077호

가. 국제카르텔에 대한 역외적용 관련 규정의 도입과 집행

현행 공정거래법상 역외적용에 관한 근거규정은 지난 2004년 법 개정시 도입된 제2조의2이다. 그런데 본건 항공화물운송담합 사건 심결에서는 제2조의2가 직접 거론되지는 않았으며, 제2조의2 도입 이전의 사건과 마찬가지로 목적조항 등의 해석을 통하여 법 적용이 가능하다는 점을 유추해 내었다.

명시적 규정 도입 이전에 공정거래법상 역외적용이 가능한지에 대한 논의는 찬반론이 대립되는 양상으로 전개되어 왔다. 역외적용이 가능하지 않다고 보았던 입장에서 그 논거로 제시한 것들로는, 당시 법이 이를 허용하는 명문의 규정을 두고 있지 않았으며, 헌법 제6조에서 국제법 준수 의무를 정하고 있는바 국제관습법상으로는 속지주의 원칙이 일반적으로 승인되고 있어서 영향이론 원칙에 입각한 역외적용은 국제협조주의에 반한다는 점 등이 거론되었다.¹²⁾ 또한 공정거래법의 개별 금지규정은 경쟁제한 행위를 대상으로 삼고 있을 뿐이므로, 그 행위의 결과인 '상태'를 과녁으로 하지 않으므로, 행위의 전부가 국외에서 발생한 경우에는 법적용이 가능하지 않다는 견해도 제시되었다.¹³⁾

반면에 당시의 법만으로도 역외적용이 충분히 가능하다는 입장도 유력하게 제기되었다. 그 논거로는 전통적 국제법이론에 비추어 외교적 문제의 소지가 가장 적은 EU 법원의 실행지이론을 준용하자면 얼마든지 역외적용이 가능하며, 우리 법체계상으로도 형법을 제외하고는 행정법적 규범에서 역외적용 규정을 따로 마련해 두는 경우를 찾기 어렵고, 공정거래법 제1조의 목적조항이 국내 경쟁질서의 보호를 천명하고 있는 반면, 법 제2조 소정의 사업자개념이 국내사업자로 한정하고 있지 않으므로 동법 내에서도 충분히 근거를 찾을 수 있다는 점들이 제시되었다. 더욱이 미국 셔먼법이나 EU 경쟁법이 명확한 근거 없이 이미 역외적용을 해 오면서 속지주의적 국제관습법을 파기한 마당에 우리만 이를 관철할 필요는 없다는 현실적 이유도 감안되었다.¹⁴⁾

12) 당시 이런 입장을 취했던 문헌으로는 한부환, 「한국의 독점규제 및 공정거래에 관한 법률과 미국의 독점규제법의 비교연구」, 『법조』, 1981, 56면; 신현윤, 「현행 독점규제법의 역외적용」, 『연세법학연구』 제2집, 1992, 525면 등이 있다.

13) 신현윤, 앞의 논문, 526면.

14) 역외적용에 찬성 입장을 취했던 문헌으로는, 이봉의, 「독점규제법의 역외적용」, 『경쟁법연구』 제4권, 1992, 76~79면; 최공웅, 「역외관할권과 국제사법」, 『국제거래법연구』 제3집, 1994, 171면; 고영득, 「독점규제법의 역외적용」, 『경제법의 제문제』(재판자료 제87집), 법원도서관, 2000, 849면 등이 있다.

하지만 2002년 4월 흑연전극봉 국제카르텔 사건¹⁵⁾과 2003년 4월 비타민 국제카르텔 사건¹⁶⁾을 공정거래위원회가 조사하여 제재하였고, 법원 역시 공정거래법이 국내시장에 영향을 미치는 외국사업자에 대해서도 적용될 수 있다는 점을 확인하면서 이에 관한 학설상의 대립과 논란은 종식되기에 이르렀다.

하지만 이미 주요국 경쟁법에서 역외적용 근거규정을 명문화하는 일이 빈번했던데다 공정거래법상으로도 유사한 역외적용 사건에서 불필요한 논란이 제기되지 않도록 할 필요가 있고, 외국사업자들에게도 경각심을 불러일으키는 효과도 기대하기 위해서는 별도의 입법적 조치가 필요하다는 판단하에 2004년 12월에 공정거래법에 역외적용 근거규정을 제2조의2에 신설하게 되었다.

다만 동 규정은 2005년 4월 1일 시행되어 행위종료시 법 적용에 따라 종기가 2005년 4월 1일 이후 사건에만 적용되었으므로 그 이전의 사건은 여전히 법 제1조 및 제2조 등을 통해 근거를 찾게 되었는데, 국제카르텔 사건 가운데는 2008년 12월에 처분이 내려졌고 종기가 2004년 12월이었던 복사용지 국제카르텔 사건¹⁷⁾이 이에 해당한다. 반면 종기가 2006년 6월이었던 마린호스 국제카르텔 사건¹⁸⁾ 및 종기가 2006년 3월이었던 컴퓨터 컬러 모니터 사건에 대해서는 명시적으로 제2조의 2를 관할권의 근거로 명시하였다.

나. 국제카르텔 사건에 대한 국제협력 규정의 운용

국제카르텔 사건은 사건의 적발은 물론이고 혐의사실을 인지한 이후로도 관련 증

15) 전세계 흑연전극봉 시장의 약 80%를 차지하고 있는 흑연전극봉 제조 6개 외국사업자가 92년 5월~98년 2월 전세계 시장을 대상으로 판매가격 및 시장분할 등을 담합한 행위에 대해 공정거래법을 최초로 적용하여 시정조치 및 과징금 총 57억 300만 원 부과한 사건으로서 피심인은 UCAR International(미국), Showa Denko, Nippon Carbon, Tokai Carbon, SEC(이상 일본), SGL Carbon(독일) 등 외국 사업자들이었다.

16) 전세계 원료용 비타민 시장의 약 90%를 차지하고 있는 6개 비타민 제조업자들이 1989~1999년까지 전세계 시장을 대상으로 원료용 비타민의 판매량을 할당하고 판매가격을 담합한 행위에 대해 시정조치 및 과징금 총 34억 원 부과한 사건이었다. 동 사건의 피심인은 Roche(스위스), BASF(독일), Aventis(프랑스), Eisai, Daiichi(이상 일본), Solvay(네덜란드) 등 이었다.

17) 동남아에 소재한 4개 종이제조업체들이 '01.2~'04.2월까지 한국을 포함한 아시아·태평양지역으로 수출하는 복사용지 판매가격을 담합한 행위에 대해 시정조치 및 과징금 총 38억 원 부과한 사건이었다. 동 사건의 피심인은 Indah Kiat(인도네시아), Advance Paper(태국), AFPT(싱가폴), UPM Changshu(중국) 등이었다.

18) '99. 1~'06. 6월까지 한국을 포함한 전 세계 시장을 대상으로 마린호스의 입찰 담합에 가담해 온 5개 일본 및 유럽업체에게 시정명령과 과징금 총 5.5억 원을 부과한 사건으로서, 이 사건의 피심인은 브릿지스톤, 요코하마고무(이상 일본), 던롭(영국), 트렐레보르크(프랑스), 파커아이티알(이태리), 마놀리(이태리) 등 외국 사업자들이었다.

거의 확보 및 조사, 시정조치와 과징금 등 행정처분의 부과 및 그 이행의 확보 등 단계별로 자국 경쟁당국의 의지와 노력만으로는 실현할 수 없는 여러 난관들을 내포하는 특징을 갖고 있다. 이 때문에 국제카르텔의 실효적 제재와 예방을 위해서는 해당 사업자가 속해 있는 국가의 경쟁당국과의 공조 및 협력체계를 미연에 구축하여 효과적으로 활용하는 것이 대단히 중요하다. 이를 실현하기 위한 방안으로서 현재는 주로 양자협정 방식이 선호되고 있는 것으로 보인다.

예컨대 미국의 경우는 국제독점금지집행지원법(International Antitrust Enforcement Assistance Act; IAEEA)¹⁹⁾을 1994년에 제정하여 외국 경쟁당국과 조사정보를 공유할 수 있도록 하는 법을 제정하여 운영하고 있기도 하다. 동법에서는 제공정보의 비밀유지, 상호주의 원칙에 따라 상대국도 동일한 의무를 질 것, 양국의 공공이익이 합치된다는 것을 전제로 경쟁당국이 상대국 경쟁당국의 요청을 받아 강제조사를 행하여 입수한 증거 등을 상대국 경쟁당국에 제공하는 등 법집행을 지원할 수 있는 권한을 부여하고 있다.²⁰⁾ 한편, 캐나다의 경쟁법(Competition Act)에서도 제3장에 상호간의 법집행 지원(Mutual Legal Assistance) 규정을 도입하여 외국경쟁당국과 협정을 체결할 권한을 부여하고 상호주의를 전제로 외국 경쟁당국의 요청에 의한 자국기업 강제조사, 증거수집 및 제공, 비밀유지 의무 등을 규정하고 있다.

한국 공정거래법 역시 이 같은 국제협력 기조의 일환으로서 역외적용 근거규정의 도입과 함께 2004년 12월 법 제36조의2를 신설한바 있다. 이에 따라 정부는 대한민국의 법률 및 이익에 반하지 않는 범위 안에서 외국정부와 이 법의 집행을 위한 협정을 체결할 수 있으며 공정거래위원회는 체결한 협정에 따라 외국정부의 법집행을 지원할 수 있도록 하고 있다. 아울러 협정이 체결되어 있지 않은 경우에도 공정거래위원회는 외국정부의 법집행 요청 시 동일 또는 유사한 사항에 관하여 대한민국의 지원요청에 응한다는 요청국의 보증이 있는 경우에는 지원할 수 있도록 하였다.

본래 외국 경쟁당국간의 협력은 반드시 명문의 규정을 마련하여 두지 않더라도 양자협정의 체결 방식으로 이루어져 오고 있다. 하지만 미국이나 캐나다와 같은 명시적 근거규정을 도입하는 것이 상대국가의 구체적 협력을 이끌어내고 우리의 입법적 의

19) 15 U.S.C. §§ 6201-6212.

20) <http://www.ftc.gov/opa/1997/04/iaeea.shtml> 참조.

지를 천명하는데 실효성이 있다는 판단 하에 이를 법제화한 것으로 볼 수 있다.

공정거래위원회는 협력의 일반원칙에 대해 설정한 양해각서(MOU), 사건처리에 관련한 협력까지 설정한 양자협력약정(Bilateral Cooperation Arrangement), 법적 구속력을 가지고 협력사항을 보다 자세히 규정한 양자협력협정(Bilateral Cooperation Agreement) 등을 EU, 호주, 캐나다 등과 체결하여, 국제카르텔 등 사건의 처리와 관련하여 다양한 공조를 진행하고 있다.

3. 주요 쟁점

가. 법적 쟁점의 구도

국제 카르텔사건의 특수성을 감안할 때 본건에서 대두될 수 있는 실체법적 쟁점들은 ① 여러 국적의 항공사들에 대하여 공정거래법을 적용할 수 있는지, ② 공정거래법의 적용이 가능하다면 항공사들간의 담합 즉 공동행위성은 인정되는지, ③ 공동행위성이 인정된다면 부당한 경쟁제한성은 입증되는지, ④ 법 적용제외 규정에 해당하는 사유가 존재하는지 등이라고 할 수 있다. 이 가운데, ①의 소위 역외적용 이슈는 쟁점화되지 않았는데, 이는 종래 법 제2조의2에서 이를 명문화하기 이전에도 공정거래위원회는 물론이고 법원이 흑연전극봉 사건을 위시한 다수 사건에서 법적용이 될 수 있음을 확인하여 온데다, 전술한 현행법에서도 이 점을 명확히 한 만큼 피심인측 입장에서 문제제기의 실익이 없다고 판단한 때문인 것으로 보인다.

반면에, ②의 담합가담에 대하여는 일부 항공사들이 타항공사와의 직접적인 접촉을 부인하는 방식으로 혐의사실에 항변하였다. 또한 ④ 다수의 항공사들이 법 제58조 소정의 법령에 의한 정당한 행위 관련 규정을 토대로 하여, 국제항공협약이나 행정지도, 공동의 청원권행사와 관련된 주장을 제기하면서 공정거래법의 적용을 면제받고자 시도하였다. 사안의 명백한 가격카르텔성으로 인해 ③의 부당성 요건에 관한 쟁점은 크게 대두되지 아니하였다. 이하에서는 ②와 ④의 쟁점에 관해 당사자 주장과 공정거래위원회의 판단을 비교분석해 보기로 한다.

나. 공동행위 성립 관련 쟁점

1) 일부 피심인의 담합참여 여부

일부 피심인들이 본건 담합행위에 가담했는지에 대해서는 법리 보다 사실 여부를 둘러싼 대립양상으로 전개되었다.

유럽발 항공화물운송 담합건의 경우 일부 피심인들은 자신의 정보 수집 활동이 독일 지점을 중심으로 이루어졌다는 사실을 들어 본사가 관여한 것이 아니라는 주장을 제기하였다. 유류할증료의 도입·변경 등의 결정은 본사 차원에서 이루어진다는 점을 근거로 한 주장이었다.

이에 대하여 공정거래위원회는 유류할증료와 관련된 사항이 전적으로 본사 차원의 문제라는 점은 일단 인정하되, 피심인들의 지점 및 그 직원들이 오랜 기간에 걸쳐 수많은 의사연락과 접촉을 하였다는 것은 상식에 부합되지 않는 것으로서 본사차원의 기획과 지시에 따른 것으로 볼 수밖에 없다고 판단하였다.²¹⁾

또한, 한국발 담합건의 경우 싱가포르항공, 일본화물항공, 전일본공수 및 영국항공이 BAR미팅이나 노선별 모임 등에 참가한 것은 자신들이 아니라 항공운송총대리점(General Sales Agent; GSA) 직원들이라는 주장을 제기하였다. 즉 자신들은 이 모임들에 직접 참가하지도 않았으므로 GSA가 다른 피심인들과 공동행위를 하여 유류할증료를 결정한 사실을 알지도 못하였으며 부당한 공동행위를 교사한 사실도 없으므로, 자신들은 이 사건 공동행위에 대해 책임이 없다는 것이다.

이에 대하여 공정거래위원회는, GSA가 본래 국내에 지점이 없는 외국 항공사를 대리하여 항공화물운송 영업과 관련된 전반적 업무를 수행하고 경쟁사의 가격정책 등 동향을 파악하여 관련 대책을 외국 항공사 본사에 보고하고, 본사의 지침에 따라 본사를 대신하여 항공사 모임에 참석하거나 소관 부처에 필요한 서류를 제출 하는 등 사실상 외국 항공사의 국내 지점과 같은 역할을 수행하고 있었으며, 싱가포르항공, 일본화물항공, 전일본공수 및 영국항공의 GSA도 이 사건 공동행위 기간 동안 동일한

21) 공정거래위원회 전원회의 2010. 11. 29. 의결 제2010-144호.

역할을 수행하고 있었던 바, 이들 피심인은 자신들의 GSA를 통하여 이 사건 공동행위에 참석한 것으로 판단된다고 하였다.²²⁾

한편, 홍콩발 담합건의 경우, 아시아나항공 측은 자신이 한 일이라고는 캐세이퍼시픽이 보내온 유류할증료 인가신청 관련 질문지에 회신한 것이 전부로서 유류할증료에 대한 인가신청 내용의 형성이나 결정과정에서 완전히 배제되어 있었으므로 아시아나항공은 이 사건 공동행위에 참여하였다고 볼 수 없다고 주장하였다. 타이항공도 BAR화물분과 임원회의의 의사결정 과정에 참여하거나 유류할증료 관련 합의를 위한 논의를 한 사실이 없다고 주장하였다. 공정거래위원회는 이에 대해서도 피심인들이 유류할증료 부과와 관련된 질문지에 수차례 회신하여 의사를 표시하였을 뿐만 아니라, BAR화물분과 회의에 직접 참석한 사실(아시아나항공)도 있으므로 위 피심인의 주장은 이유 없다고 하였다.²³⁾

2) 행위의 수

공정거래위원회와 피심인들간의 쟁점으로 부각된 사안은 아니었으나, 본건 담합이 수차례에 걸쳐 이루어진 점에서 행위의 수를 몇 개로 볼 것인지가 관련 심결의 여러 부분에서 언급이 되었다. 이에 대해 공정거래위원회는 콰타스항공사 건의 경우 한국발 전세계행 노선에서 유류할증료를 공동으로 도입 및 변경하기로 한 합의가 2회에 걸쳐 이루어졌으나 두 번째 합의는 첫 번째 유류할증료 도입 합의에 따른 기존 유류할증료 계산체계에 상한선 2단계를 추가하는 합의로서 합의의 기본적 성격에 변함이 없고, 합의의 대상과 참여자가 같은 점 등 최초의 합의가 계속 유지되었다고 볼 수 있어 전체적으로 하나의 합의가 존재한다고 하였다. 또한 유류할증료 도입 및 변경에 대한 2000~2007년의 각 합의는 합의 대상과 합의참여자가 동일하여 단일한 의사에 기한 하나의 행위로 평가되므로 전체적으로 하나의 공동행위에 해당한다고 보았다.

이에 따라 행위의 종기 및 과징금 산정도 단일한 행위임을 전제로 추계되었다.

22) 공정거래위원회 전원회의 2010. 11. 29. 의결 제2010-143호.

23) 공정거래위원회 전원회의 2010. 11. 29. 의결 제2010-146호.

다. 법령에 따른 정당한 행위와 관련된 쟁점

1) 항공협정상 허용되는 합의·협약에 해당하는지 여부

본건 담합에 가담한 항공사들의 상당수는 당시 합의가 항공법 제117조 제1항 및 해당국과 우리나라 사이에 체결된 항공협정이 허용한 협의·합의이므로 공정거래법 제58조에 의한 법령에 따른 정당한 행위로서 공정거래법 적용이 배제된다는 주장을 제기하였다. 이 주장의 핵심은 결국 항공사간의 합의가 항공협정상의 행위로 인정될 수 있는지에 달려 있었다. 이에 대하여 공정거래위원회는 일단 우리나라가 체결한 상당수의 항공협정들이 운임에 대해 특정 노선의 지정항공사들간에 공시운임을 협의·합의할 수 있다거나, 이러한 협의·합의는 가능하다면 IATA의 운임결정기구를 통하여 이루어져야 한다고 규정하고 있다는 점을 전제하면서, 지정항공사들이 해당노선에서 개별적으로 운임을 협의·합의한 경우에는 항공협정상 허용되는 운임의 협의·협의로 볼 수 있다는 점을 인정하였다.

문제는 그와 같은 항공협정상의 운임 협의·협약이 되기 위해서는 ① 항공협정을 체결한 국가의 지정항공사들만 참여할 것, ② 지정항공사들이 항공협정상 인정된 특정 노선들의 운임에 대해서만 협의할 것이라는 요건이 충족되어야 한다는 점이었다. 이에 대해 공정거래위원회는 본건 관련 항공사들의 경우 BAR미팅, 노선별 항공사 모임, 주요 항공사 모임 등 다자간 접촉과 항공사 직원들간의 양자접촉 등을 통하여 신고대상 항공사 및 인가대상 항공사가 함께 참여하거나, 특정 노선에 있어 해당 노선 이외의 항공사들도 참여하는 형태로 유통할증료를 협의·합의하였는데, 이는 항공협정이 허용하는 범위내의 운임 협의·협약으로 볼 수 없다 할 것이고²⁴⁾, 따라서 항공협정 및 항공법에 따른 정당한 행위라고 볼 수 없다고 판단하였다.²⁵⁾

또한 유통할증료를 항공사들간 협의·합의 대상인 운임에 포함시키려던 1997년

24) 한국-오스트레일리아 항공협정상 허용되는 운임 협의·협약이 되기 위해서는 한국과 오스트레일리아의 지정항공사에 해당하는 대한항공, 아시아나항공, 콰타스항공만이 한국발 오스트레일리아행 노선의 유통할증료에 대해 협의·협의를 하여야 할 것인데, 이 사건 공동행위에서는 이들 지정항공사들 외에 루프트한자, 에어프랑스 등 한국-오스트레일리아 항공협정과 상관없는 다수의 항공사들이 합의에 가담하였다.

25) 공정거래위원회 전원회의 2010. 11. 29. 의결 제2010-143호; 공정거래위원회 전원회의 2010. 6. 18. 의결 제2010-061호.

8월 IATA 결의안(resolution 116ss)은 미국·EU 등의 반대로 무효화되었으므로 유류할증료를 항공협정상 항공사들의 협의·합의 대상인 운임으로 인정할 만한 근거가 없다고 보았다.²⁶⁾

아울러, 항공협정상 허용될 수 있는 협의·합의는 항공협정상 인정된 해당 특정 노선에 대해서만 그러한 협의·합의가 가능한 것인데, 홍콩발 한국행의 경우 피심인들은 이 노선을 포함하여 아시아, 아메리카, 유럽, 중동 등 홍콩발 전세계행 노선에 대하여 유류할증료를 협의·합의하였으므로 항공협정에 따른 정당한 행위라는 피심인들의 주장은 이유 없다고 보았다.²⁷⁾

2) 적법한 행정지도가 있었는지 여부

본건에 연루된 다수 항공사들이 자신의 행위가 한국의 국토해양부나 자국의 관련 당국의 행정지도에 따른 것이라는 주장을 제기하였다. 행정지도에 관하여 공정거래위원회는 종래 명확하고도 엄정한 기준을 줄곧 유지해 왔던바, 법령상의 명확한 근거가 존재하지 않는 한, 비권력적 사실행위로서 행정지도가 존재한다는 사실만으로는 법적 용이 배제되지 않는다는 입장을 견지하여 왔다. 이런 입장은 법원에 의해 줄곧 지지되고 있기도 하다.²⁸⁾ 따라서 피심인 항공사들의 이 같은 주장이 타당성을 갖기 위해서는 해당 행정지도가 존재하며, 존재하더라도 그것이 적법한 근거와 경로를 통해 발부되었다는 점이 규명되어야 한다.

이에 관하여 먼저 한국발 담합건에서 타이항공, 에어프랑스, 케이엘엠, 싱가포르항공, 전일본공수 및 영국항공 등은 국토해양부가 국적사인 대한항공의 유류할증료 계산체계와 동일 또는 유사한 내용으로 인가를 신청하도록 하였고, 국적사인 대한항공과 유류할증료 계산체계가 동일하거나 유사한 경우에만 인가를 해주었으므로 피심인들의 이 사건 공동행위는 국토해양부의 행정지도에 의한 것으로서 법 위반이 아니라고 주

26) 당시 대한항공 측의 참고인 진술조서에 의하면 피심인들도 유류할증료가 협의·합의의 대상이 아니라는 사실과 공정거래법에 위반 될 수 있다는 사실을 인식하고 있었던 것으로 나타났다.

27) 공정거래위원회 전원회의 2010. 11. 29. 의결 제2010-146호.

28) 다만, 법원은 행정지도가 개입된 담합사건의 경우 행정지도가 있었음을 들어서 합의의 추정이 복멸될 수 있다고 판시하였다. 대법원 2003.2.28. 선고 2001두946, 1239 판결; 대법원 2003.3.14. 선고 2001두939판결; 대법원 2005.1.28. 선고 2002두12052판결 등 참고.

장하였다.

하지만 공정거래위원회는 관련증거에 비추어 볼 때 국토해양부가 외국 항공사들에게 유류할증료 인가신청 방법을 설명하는 과정에서 단순히 유류할증료 인가신청 방법을 설명 또는 예시한 것일 뿐 국토해양부가 유류할증료의 도입 및 변경과 관련하여 행정지도를 하였다는 근거로 보기 어렵다고 판단하였다. 특히 2009. 10. 14. 「사실관계 확인 회신」 국토해양부 공문 내용에 의하면 국토해양부 역시 외국 항공사들에게 국적사와 유류할증료를 동일하게 도입·변경하도록 지도한 것으로 보기 어렵다고 보았다.

더욱이 해당 항공사들이 유류할증료의 도입시기, 금액 등에 대하여 합의를 한 것은 국토해양부에 인가신청 또는 신고를 하기 이전이었고, 합의된 대로 국토해양부에 인가신청 또는 신고를 하였으므로 피심인들의 유류할증료 금액 결정이 국토해양부의 행정지도에 의해 이루어졌다고 볼 수 없다고 판단하였다.

아울러, 국토해양부 공문 등 여러 정황에 비추어, 이 사건 공동행위 당시 국토해양부는 피심인들의 유류할증료를 동일하게 인가하거나 신고수리하여 굳이 경쟁을 제한할 필요를 느끼지 않았고, 따라서 피심인들이 개별적으로 인가신청 또는 신고한 유류할증료에 대하여 당시의 물가수준, 화주 등 이해관계인 등의 입장을 고려하여 유류할증료의 적정 여부만을 심사하였다고 보는 것이 합리적이라는 입장을 취하였다.

다음으로 홍콩발 항공편의 담합건에 관해서도 아시아나항공, 캐세이퍼시픽, 에어홍콩, 타이항공 및 폴라항공 등은 집단적으로 인가신청을 하라는 홍콩 민항처(民航處, Civil Aviation Department; CAD)의 요구 및 명령에 따라 BAR화물분과에서 유류할증료 도입 등에 관한 논의를 한 것이므로 이 사건 공동행위는 CAD의 행정지도에 의한 것으로서 범위반이 아니라고 주장하였다.

이에 대하여 공정거래위원회는 한국-홍콩 항공협정에 CAD가 위에서 살펴 본 바와 같은 피심인들의 위법한 행위까지 행정지도를 할 수 있도록 규정하고 있지 않을 뿐만 아니라, 피심인들은 CAD에 유류할증료 도입 등을 인가신청하기 이전에 미리 홍콩발 한국행을 포함한 전세계행 노선에 대하여 유류할증료 도입 여부, 부과시기 및 인가신청 방법 등을 합의하였고, BAR화물분과 의장사인 캐세이퍼시픽항공은 이러한 합의에 따라 피심인들을 포함한 BAR화물분과 회원 항공사들을 대표하여 인가신청한 것

에 불과하므로 이 같은 주장은 이유 없다고 하였다.

한편, 일본발 항공편의 담합관련자들 가운데 일본항공, 일본화물항공, 전일본공수 등은 일본 국토교통성이 일본 국적사인 일본항공 등의 유류할증료 금액과 동일한 경우에만 인가를 신청하도록 하였고, 타 항공사들도 인상된 유류할증료 금액에 대해 동의하는지 여부를 확인하고 인가를 해주었는바, 자신들의 공동행위는 일본 국토교통성의 행정지도에 의한 것으로서 범위반이 아니라고 주장하였다.

하지만 이 역시 해당 항공사들이 일본 국토교통성에 유류할증료 인상 등에 관한 인가 신청을 하기 전에 미리 일본발 전세계행에 대한 유류할증료의 도입시기 및 금액 등에 대하여 전반적인 합의를 하였고 합의된 유류할증료에 대하여 일본 국토교통성에 인가신청을 하였던 사실이 밝혀졌다. 따라서 피심인들의 유류할증료 금액결정이 일본 국토교통성의 행정지도에 의하여 이루어졌다고 볼 수 없다고 공정거래위원회는 판단하였다.

또한 일본 국토교통성이 한국-일본항공협정 및 일본항공법의 관련 규정을 근거로 항공사간에 합의를 하도록 행정지도를 하였다고 하더라도, 한국-일본 항공협정 및 일본 항공법에서 허용되는 행정지도의 범위는 특정노선에서 관련 지정항공사들 간의 항공운임에 대한 합의라고 볼 수 있으며, 일본발 전세계행에 대한 유류할증료의 금액 및 적용시기 등에 대하여 합의한 것은 관련법의 허용범위를 넘어선 합의이므로 피심인들의 행위는 정당화 될 수 없다고 보았다.

3) 공동의 청원권 행사인지 여부: Noerr-Pennington 법리의 적용가능성

아시아나항공과 일본항공 등은 피심인들이 유류할증료 도입 및 변경과 관련하여 협의·합의한 행위는 단순히 국토해양부의 인가를 얻기 위해 공동으로 청원권을 행사한 행위임을 주장하였다. 소위 ‘노어-페닝턴 법리(Noerr-Pennington Doctrine)’가 적용되어야 하는 것으로서 공정거래법 위반으로 문제 삼는 것은 적절치 않다는 주장이었다.

알려진 바와 같이, 노어-페닝턴 법리는 사업자들이 자신의 이익을 관철하기 위하여 경쟁제한적 입법이나 법의 집행 등을 집단적으로 정부에 청원하는 행위를 하는 경우, 당해 행위가 기만적인 성격이 아닌 한 미국 수정헌법 제1조에서 규정하고 있는 평화적 집회의 자유 및 대정부 청원권에 따라 부여된 미국시민의 기본적 권리의 행사로서

보호받아야 하며, 따라서 독점금지법의 적용이 면제된다는 원칙을 의미한다.²⁹⁾ 지난 1961년의 Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight 판결³⁰⁾과 1965년의 United Mine Workers of America v. Pennington 판결³¹⁾을 통해 정립되었다. 본 건에서는 미국 판례법상 노어-페닝턴 법리를 우리 공정거래법에 적용할 수 있는지가 다투어졌다.

이에 대하여 공정거래위원회는 사업자들이 공동으로 국가기관에 영향을 미쳐서 자신들에게 유리한 정책을 유도하는 행위는 설령 그 의도가 경쟁제한적이고 그 결과로서 경쟁제한적인 내용의 정책이 초래되더라도 독점금지법의 적용을 배제한다는 이른바 ‘노어-페닝턴 법리’는 미국 판례법상 인정된 법리이지만, 한국 법 해석에 이 법리가 기속적 기준이 되는 것도 아닐 뿐더러,³²⁾ 이 사건 공동행위는 피심인들에게 공통으로 적용되는 정부규제와 관련한 공동청원으로 볼 수 없고, 오히려 피심인들이 개별적·독자적으로 국토해양부의 인가를 받거나 신고하여야 할 사항인 유류할증료와 관련하여 그 도입 시기, 금액 등을 사전에 공동으로 합의하여 결정한 것이므로 노어-페닝턴 법리가 적용되어야 한다는 주장은 이유 없다고 보고 받아들이지 않았다.

4) 항공 얼라이언스 소속항공사 간의 의사연락의 적법성

본건에서는 최근 주요국 경쟁당국의 조사대상이자 경쟁법 현안으로 부각되고 있는 항공사간 제휴(alliance) 문제가 쟁점의 하나로 대두되기도 하였다. 항공사간 얼라이언스는 항공사간 시장 확보나 규제로 인해 노선확장이 어려운 지역에 대한 진출방식의 일환으로 항공사간 제휴가 이루어지기 시작한 것으로, 특히 특정 노선에서의 수요가 충분하지 않아 수익을 올릴 수 없는 경우, 항공사는 특정노선에서 타사와 운항 편명 공동사용을 통해 비용을 절약하고 수익성을 개선하며 운항편수를 증대시킬 수 있고, 공급측면에서는 제휴로 노선 망이 확대됨에 따라 범위의 경제와 밀도의 경제가 실현될 수 있고 마케팅 우위를 확보할 수 있는 장점이 있다.

29) Herbert Hovenkamp, 『Federal Antitrust Policy - The Law of Competition and Its Practice』, West, 2004, pp.632~636 참조.

30) 365 U.S. 127, 135-36, 81 S. Ct. 523, 5 L. Ed. 2d 464, rehearing denied 365 U.S. 875, 81 S.Ct. 899(1961).

31) 381 U.S. 657, 85 S.Ct. 1585(1965).

32) 서울고등법원 2009. 2. 5. 선고 2008누16942 판결; 서울고등법원 2009. 11. 18. 선고 2008누34452 판결 참조.

하지만 중첩노선에서의 경쟁감소를 유발하고 경쟁자의 얼라이언스 네트워크접근에 대한 잠재적인 봉쇄 등과 같은 반경쟁적 효과를 야기하여 운임인상, 서비스의 품질 악화 등을 초래할 수 있다는 우려가 제기되었다. 나아가 경쟁 얼라이언스들 간에 상대방의 노선시장에 추가적으로 진입하거나 또는 기존의 중첩시장에서 공격적으로 운송량을 확대하는 것을 삼가하는 묵시적 조정이 발생할 여지가 있다. 본 건에서는 특히 얼라이언스를 통한 운임인상이 문제되었는데 이에 대한 각국 경쟁당국의 면제 움직임과 관련하여 본건 피심인 항공사의 일부도 공정거래법의 적용면제를 주장하였다.

구체적으로 싱가포르항공은 자신과 루프트한자는 같은 WOW Alliance 회원사이므로 두 피심인 사이 의사연락의 특수성이 충분히 고려되어야 한다고 주장하는 한편, EU 경쟁당국이 WOW Alliance에 대하여 반독점 면제를 부여하였기 때문에 위법성을 판단하는 데에 있어 이를 감안하여야 한다고 하였다.³³⁾³⁴⁾

하지만 공정거래위원회는 설령 항공사 얼라이언스 협정의 특수성을 고려한다고 하더라도 WOW Alliance 회원들간 가격 관련 의사연락 등을 적법한 행위로 보기는 어렵고, 특히나 WOW Alliance 협정 내용³⁵⁾을 살펴보더라도 할증료 등 가격정책 통합 내용은 포함되어 있지 않다는 점에서 피심인 측 주장을 받아들이지 않았다. 피심인이 주장하는 바대로 EU 집행위원회 경쟁총국이 WOW Alliance에 대하여 반독점 면책을 부여한 것인지도 확실치 않았는데 이 또한 공정거래위원회의 판단에 영향을 미쳤다.

33) 항공사 제휴에 관해서도 1990년대 초반 이후 미국 교통부가 미국항공사와 외국항공사간의 얼라이언스에 대한 독점금지법 적용면제를 승인한 바 있다. 항공사 얼라이언스가 항공운송시장의 경쟁을 제한할 가능성이 있다는 점을 미국의 교통부도 어느 정도 예상하고 있었음에도 결국 이를 승인해 준 것은 다음과 같은 이유에서이다. 첫째, 미국 정부는 독점금지법 적용면제를 외국운송인 본국과의 항공자유화 협정 체결을 조건으로 함으로써 해당 외국 정부로 하여금 국제항공시장을 자유화하도록 유도하기 위한 유인책으로 이용하려는 의도를 가지고 있었다. 둘째, 얼라이언스간의 경쟁이 독점시장의 형성 가능성을 제거해 줄 것이라는 기대 때문이었다. 하지만 이 같은 기대에도 불구하고 실제 항공시장의 경쟁을 얼라이언스를 통해 상당히 왜곡되는 결과를 초래하게 되었다. 이에 따라 미국은 2005년 4개의 얼라이언스 중 스카이 팀의 독점금지법 적용면제 신청을 기각한 바 있다.

34) 항공사 얼라이언스에 관한 경쟁법적 쟁점을 상세히 분석한 문헌으로는, 문준조, 「항공사간 얼라이언스의 독점금지법 적용면제의 효과에 관한 연구: 미국에서의 실증적 연구와 분석을 중심으로」, 『한양법학』 제24집, (2008.10), 329~356면이 있다.

35) (Scope of the Integration Development Plan) The Parties agree to the following aspects: IT harmonization, coordination, cooperation in sales and handling activities with the aim to establish a common product portfolio.

라. 역외적용 관련 쟁점

본건에서 쟁점으로 까지 부각되지 않았으나 공정거래위원회는 법이 부당한 공동행위의 주체인 사업자를 '제조업, 서비스업, 기타 사업을 행하는 자'로 규정하고 있을 뿐 국내 사업자로 한정하고 있지 아니하며(제2조 참조), 외국사업자가 외국에서 부당한 공동행위를 함으로 인한 영향이 국내시장에 미치는 경우에도 공정거래법 목적을 달성하기 위하여 위 법 적용의 대상으로 삼을 필요성이 있는 점을 고려해 보면, 외국 사업자가 외국에서 다른 사업자와 공동으로 경쟁을 제한하는 합의를 하였더라도 그 합의의 대상에 국내시장이 포함되어 있어서 그로 인한 영향이 국내시장에 미쳤다면 그 합의가 국내시장에 영향을 미친 한도 내에서 공정거래법이 적용된다. 따라서 위 한도 내에서 외국법에 따라 설립되고 주된 사무소가 외국에 있는 외국 사업자인 피심인들도 공정거래법의 적용을 받는 사업자들이라는 점을 재차 확인하였다.

4. 의의

가. 실체법적 측면

1) 최대 국제카르텔 사건

동 건은 담합가담 업체의 수, 관련매출액, 과징금 규모 면에서 공정거래위원회가 처리한 최대의 국제카르텔 사건이다. 총 16개국 21개 항공사가 가담하였으며, 관련매출액은 7조 1300억 원, 과징금은 1,243억 원에 이른다. 외국에서 외국사업자에 이루어진 행위도 국내시장에 반경쟁적인 영향을 미치는 경우 공정거래법을 역외적용하여 반드시 조치를 한다는 공정거래위원회의 의지를 다시 한번 천명한 사례라고 할 수 있다.

2) 공동행위의 법령상 적용제외에 대한 입장 확인

본 건에서는 국제협정과 각국 교통당국에 의한 행정지도, 그리고 공동의 청원권행사와 같은 다양한 사유로 법 제58조에 따른 법령상의 적용제외가 주장되었으나, 공정

거래위원회는 기존에 정립된 원칙에 따라 해당 사유가 존재하지 않음을 재확인하고 있다. 특히 노어-패닝턴 법리가 미국의 판례법상으로 채용되어 있는 원칙이라는 점은 인정될 수 있지만 이를 우리 공정거래사건에 적용할 수 있는 것은 아니라고 하여, 경쟁제한성을 내포한 청원권행사에 대한 법적용배제 가능성을 부인하였다.

나. 절차적 측면

1) 전 세계 최초 일괄 처리

본 심결은 전 세계 복수의 경쟁당국이 조사를 진행하는 가운데, 공정거래위원회가 담합 가담 피심인 전체에 대해 세계 최초로 조치했다는 점에서 의의가 있다. 물론, 미국이 일부 사업자에 대해 조치를 하고 있으나, 정식 심판절차가 아닌 유죄인정합의(Plea agreement) 방식으로 처리를 하고 있다는 점, 그리고 전체 피심인이 아닌 사업자별로 조치를 하고 있다는 점에서 차이가 있다. 한편, EU는 한국보다 늦은 시점인 '10. 11월 전체 피심인에 대해 조치를 결정하였다(외국 경쟁당국의 조치 현황 참조).

2) 외국 경쟁당국과 최초 공조 현장조사

복수의 국가에서 합의 혹은 실행되는 국제카르텔의 특성상, 자국시장에 영향을 받은 복수의 경쟁당국이 조사를 진행하게 된다. 국제카르텔 사건의 경우 다른 카르텔 사건과 마찬가지로 최초 현장조사에서 성패가 결정된다. 담합 가담자가 한 국가 내에 있는 것이 아니라 전 세계에 걸쳐 있는 국제카르텔의 경우, 여러 당국의 공조를 통한 동시 현장조사가 필수적이다. 담합 가담기업의 사업장이 소재하는 국가의 경쟁당국들이 공조하여 동시에 현장조사를 하는 것은 하나의 당국이 현장조사를 실시하여 다른 국가에 소재하는 카르텔 관련 증거를 확보하지 못하는 경우를 방지하기 위해서라도 제일 중요한 조사 과정이라 할 수 있다. 동 사건을 시작으로 공정거래위원회는 미국, EU 등 외국경쟁당국과 다수의 사건에서 동시 현장조사를 실시해오고 있다.

3) 외국 경쟁당국과 조사공조

본건은 동시 현장조사 이후에도 미국, EU, 호주 등과 지속적인 조사공조를 진행하였다. 국제카르텔 사건은 하나의 행위에 대해 여러 경쟁당국이 조사를 하는 만큼, 조사현황, 처리방향 등 전반에 대해 공조를 할 필요가 있다. 동건의 경우에서도 양자협약, 컨퍼런스콜 등을 통해 사건 담당자들간의 지속적인 논의를 진행하여 성공적인 사건 처리를 할 수 있게 되었다. 국제카르텔에 대한 사건처리 경험이 축적되고, 외국 경쟁당국과의 공조채널이 공고해짐에 따라, 향후 국제카르텔 사건처리에 있어서 외국 경쟁당국과의 더욱 활발한 조사공조가 기대된다.

다. 산업적 측면

본 건은 항공화물운송산업에 있어서 거래구조 및 운임의 특수성, 항공사간 제휴(alliance) 등 항공분야 특유의 이슈들이 다양하게 분포되어 있는 사안이었다. 특히 항공사 얼라이언스에 관해 잠재되어 있는 문제들이 향후 구체적 사안에서 대두될 것으로 보이며, 본건은 그 선례로서 인용될 가능성이 클 것으로 전망된다.

라. 그 외 효과

1) 국제카르텔 조사역량 제고

외국 사업자에 대한 조사에는 국내사업자 조사와는 다소 상이한 특징이 있으며, 동건 조사과정에서 국제카르텔 조사 역량을 제고하게 되었다. 첫 번째는 로거토리 레터(Rogatory letter)의 활용이다. 프랑스의 경우 역외적용 대항법(Blocking Status)을 운영하고 있어 프랑스사업자는 임의로 외국으로 자료를 제출할 수 없다. 공정거래위원회는 로거토리 레터를 활용하여 우리나라 외교부-주불 한국대사관-프랑스외교부-프랑스법무부-프랑스법원의 경로를 통해 프랑스 피심인(에어프랑스)에게 자료를 요청하고 이를 제출받아 사건을 조사하였다. 로거토리레터는 향후에도 역외적용 대항법 등을 통해 외국사업자가 공정거래위원회로 직접 자료제출을 하기 어려운 경우 유용

한 수단으로 활용될 수 있을 것으로 전망된다.

두 번째는 해외주재 한국대사관 및 영사관을 외국인 피심인의 진술조서 서명장소로 활용한 점이다. 외국인에 대한 진술조사도 공정거래위원회 조사실에서 실시하는 것이 원칙이다. 하지만 진술조서에 대한 서명을 위해 다시 외국인을 소환하는 부담과 소요시간을 고려하여, 진술조서에 대한 최종 서명을 외국 현지에서 진행하는 방식을 검토하였다. 해당 피심인이 진술조서를 직접 받아서 서명을 하게 되면, 미국 디스커버리제도(증거개시절차)에 따라 해당 진술조서가 미국 민사법원으로 제출될 가능성이 있다는 피심인의 우려를 고려한 방법이다. 공정거래위원회에 대한 조사협조와 미국 민사법원의 디스커버리제도 현출의 위험이라는 두 가지 상충되는 이해관계 속에서 해결책을 찾은 것으로 앞으로도 많은 활용이 예상되는 조사기법이다.

2) 카르텔 방지의 정책적 효과

본 건은 공정거래위원회 사상 최대의 국제카르텔 사건이자, 정식심판절차를 거쳐 공정거래위원회가 세계 최초로 처리한 사건이다. 본건의 처리를 통해 공정거래위원회의 국제카르텔 사건처리 역량 및 의지를 대내외에 천명하게 된 것이다. 실례로 경쟁법 전문 저널인 GCR은 한국 공정거래위원회를 세계 7위 경쟁당국으로 평가하고 있으며, 항공화물담합건의 성공적인 처리로 2010년 GCR 올해의 경쟁당국의 후보로 지명되기도 하였다. 실제 국제카르텔에 가담한 기업이 반드시 자진신고를 해야 하는 경쟁당국으로서 한국 공정거래위원회를 꼽고 있는 것이 현실이기도 하다. 본 건을 비롯한 국제카르텔 사건의 성공적인 처리는 당해 사건 처리 자체에만 의미가 있는 것이 아니라, 공정거래위원회의 대내외 위상을 제고하여 향후 국제카르텔의 적발 가능성을 높이고, 나아가 한국시장을 대상으로 하는 국제카르텔은 반드시 적발되어 처벌된다는 평판 형성을 통해 향후 한국시장을 대상으로 하는 국제카르텔 자체를 억제하는 효과를 가져다 줄 것으로 기대된다.

[참고] 외국경쟁당국 조사진행 상황

① 미국 : 20개사 총 18억 3천만 달러

| 항공사 | 확정일 | 과징금(만불) |
|----------|-------------|---------|
| 영국항공 | 2007. 8.23 | 30,000 |
| 대한항공 | 2007. 8.24 | 30,000 |
| 관타스항공 | 2008. 1.14 | 6,100 |
| 일본항공 | 2008. 5. 7 | 11,000 |
| 마틴에어 | 2008. 7.22 | 4,200 |
| 캐세이퍼시픽 | 2008. 7.22 | 6,000 |
| SAS카고 | 2008. 7.21 | 5,200 |
| 에어프랑스 | 2008. 7.22 | 21,000 |
| KLM 항공 | 2008. 7.22 | 14,000 |
| 란 카고 | 2009. 2.19 | 8,800 |
| 브라질항공 | 2009. 2.19 | 2,100 |
| 엘알이스라엘항공 | 2009. 2. 4 | 1,570 |
| 아시아나항공 | 2009. 5. 5 | 5,000 |
| 일본화물항공 | 2009. 5. 8 | 4,500 |
| 카고룩스 | 2009. 5.12 | 11,900 |
| 노스웨스트 | 2010. 8.27 | 3,800 |
| 플라항공 | 2010.10.15. | 1,740 |
| 중화항공 | 2010.11. 3. | 4,000 |
| 전일본공수 | 2010.11. 1. | 7,300 |
| 싱가포르항공화물 | 2011. 2. 8. | 4,800 |
| 합 계 | | 183,010 |

② EU : 11개 항공사 799백만 유로('10. 11. 9. 결정)

| 항공사 | 과징금(만 유로) | 협조감면 |
|----------|-----------|------|
| 에어캐나다 | 2,103 | 15% |
| 에어프랑스 | 18,292 | 20% |
| 케이엘엠항공 | 12,716 | 20% |
| 마틴에어 | 2,950 | 50% |
| 영국항공 | 10,404 | 10% |
| 카고룩스 | 7,990 | 15% |
| 캐세이퍼시픽 | 5,712 | 20% |
| 일본항공 | 3,570 | 25% |
| 란칠레카고 | 822 | 20% |
| 퀀타스항공 | 888 | 20% |
| 스칸디나비아항공 | 7,016 | 15% |
| 싱가포르항공 | 7,480 | |
| 루프트한자 | 0 | 100% |
| 스위스항공 | 0 | 100% |
| 합계 | 79,943 | - |

③ 호주 : 6개사 4,100만 불(호주달러)

| 항공사 | 확정일 | 벌금(만불) |
|--------|-------------|--------|
| 퀀타스항공 | 2008.12.11 | 2,000 |
| 영국항공 | 2008.12.11. | 500 |
| 카고룩스 | 2009.2.16. | 500 |
| 에어프랑스 | 2009.2.16. | 300 |
| 케이엘엠항공 | 2009.2.16. | 300 |
| 마틴에어 | 2009.2.16. | 500 |
| 일본항공 | 2011.4.11 | 550 |
| 합 계 | | 4,650 |

④ 캐나다 : 6개사 1,715만 불(캐나다달러)

| 항공사 | 확정일 | 벌금(만불) |
|--------|-------------|---------|
| 마틴에어 | 2009.6.26. | 100 |
| 에어프랑스 | 2009.6.26. | 400 |
| 케이엘엠항공 | 2009.6.26. | 500 |
| 관타스항공 | 2009.7.7. | 15.5 |
| 영국항공 | 2009.10.30. | 450 |
| 카고룩스 | 2010.10. | 250 |
| 합 계 | | 1,715.5 |

⑤ 뉴질랜드 : 대한항공 포함 13개 항공사 제소('08. 12. 15.)

[17] 7개 LPG 공급사의 부당한 공동행위에 대한 건 의결 제 2010-045호

조 성 국 (교수, 중앙대학교)

이 사건은 단일 사건으로는 공정거래 30년 역사 상 과징금의 규모가 최고인 사건이다. LPG 국제가격이 2007년 12월을 고점으로 진정되었음에도 불구하고 국내 LPG 판매가격은 2008년 1월 이후에도 높게 형성되고 있어 공정거래위원회는 우선 2008년 4월에 수도권의 충전소를 대상으로 실태조사를 실시하였다.

실태조사 결과, 국내 LPG 가격이 높게 형성되는 주된 요인은 LPG 공급회사들의 가격인상임을 확인하고, 공정거래위원회는 2008. 6. 10. 6개 LPG 공급회사를 대상으로 현장조사를 실시하면서 이 사건에 대한 조사를 개시하였다. 조사결과, E1, SK가스, SK, SK에너지, GS칼텍스, 현대오일뱅크, S-OIL 등 국내 7개 LPG 공급회사가 2003년부터 2008년까지 6년동안 LPG(프로판, 부탄) 판매가격을 담합해 온 사실을 적발하였다.

공정거래위원회가 인정한 사실관계에 따르면, 수입사인 E1과 SK가스는 가격결정업무 담당자간의 전화연락 또는 모임을 통해 서로 상대방 가격을 사전에 확인하거나, 가격 변동폭에 관하여 협의한 후, 자신들의 LPG 판매가격을 동일한 수준으로 결정해 왔는데, 72회에 걸쳐 이루어진 가격결정 결과 양사 간 평균격차는 프로판과 부탄 모두 kg당 0.01원이었다. 그리고 LPG 공급사들은 충전소에 대해서 낮은 가격을 제시하면서 거래처를 확대해 나가는 지극히 정상적인 경쟁을 ‘거래처 침탈’이라고 표현하면서, 그러한 ‘거래처 침탈’은 하지 않기로 합의하고 시행하였다.

공정거래위원회는, 이들 7개사에 대하여 시정명령과 함께, 총 6,689억 원의 과징금을 부과하고 검찰에 고발하였다(단, 일부회사는 리니언시를 신청하여 과징금을 면제 혹은 감면받고 고발도 면제되었다).

1. 사건개요

가. 시장현황

주식회사 E1,¹⁾ SK가스, SK, SK에너지, GS칼텍스, 현대오일뱅크, S-OIL 등 7개 LPG 공급회사들은 2003. 1. 1.~2008. 12. 31.까지 6년간 LPG의 판매가격을 합의함으로써 국내 LPG판매시장에서 부당하게 경쟁을 제한한 혐의가 있어 공정거래위원회의 조사를 받게 되었다. 조사과정에서 2개 회사는 리니언시를 신청하였다.

1) LPG의 종류 및 용도

LPG(Liquefied Petroleum Gas : 액화석유가스)는 탄소와 수소의 화합물로서 화석연료인 석유성 에너지에 속하며, 프로판(Propane, C₃H₈)과 부탄(Butane, C₄H₁₀)으로 구분된다. LPG는 원유나 천연가스를 추출할 때 부수적으로 나오는 가스를 분리하여 생산되거나, 정유공장에서 원유를 정제하는 과정 혹은 석유화학공장에서 납사를 열분해하는 과정에서 부산물로 생기는 가스를 회수하는 방법으로 생산된다. 프로판은 주로 가정에서 취사·난방용 연료로 사용되고 있고, 부탄은 주로 자동차의 연료로 사용된다.

<표 1> LPG 사용용도

| LPG | 용도 | 세부 용도 |
|-----|---------|---------------------------------|
| 프로판 | 가정용·상업용 | 가정·식당의 취사 및 난방용 |
| | 수송용 | 겨울철 시동 개선을 위해 수송용 부탄에 혼합 |
| | 공업원료용 | 석유화학제품 중간원자재(프로필렌, 부타디엔) 생산 원료용 |
| | 산업용 | 도자기 제조과정에서의 연료용 등 |
| | 도시가스용 | 도시가스 원료용 |
| 부탄 | 가정용·상업용 | 이동식 가스난로, 부탄캔, 에어졸, 스프레이 등 |
| | 수송용 | LPG자동차 연료용 ²⁾ |
| | 공업원료용 | 석유화학제품 중간원자재 생산 원료용 |
| | 산업용 | 요업, 1차금속 등의 연료용, 발포제용 |

1) E1의 전신은 「LG칼텍스가스(주)」인데, 「LG칼텍스가스(주)」는 2003.11.11. 「LG기업집단」에서 제외된 후 2004.3.19. 상호를 E1으로 변경하였다.

2) 부탄을 연료로 사용할 수 있는 자동차는 「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」(§34조의 3)에 정해져 있는데 '택시 등 운수사업용 자동차, 승합차·화물차 및 특수자동차, 지자체 관용승용차, 국가 상이유공자 승용차, 장

2) LPG의 수급현황

가) LPG 소비

국내 LPG 소비량은 2008년 기준으로 8,931천 톤이며, 이중 프로판이 35.1%인 3,136천 톤이고, 부탄이 64.9%인 5,795천 톤이다.

나) LPG 공급

국내 LPG 공급은 정유회사를 통한 생산량과 수입회사를 통한 수입량으로 이루어지고, 2008년 기준으로 생산량이 40%, 수입량이 60% 비율이다. 생산현황은 2008년 기준으로 프로판은 전년대비 23.9% 증가한 1,106천 톤, 부탄은 전년보다 5.1% 감소한 2,468천 톤이었으며, 프로판 및 부탄의 생산비중은 30.9% 대 69.1%이다. 수입현황은 2008년 기준으로 프로판은 전년대비 5.3% 감소한 2,502천 톤, 부탄은 전년대비 25.4% 증가한 2,938천 톤이었으며, 프로판 및 부탄의 수입비중은 46.0% 대 54.0%이다.

다) 수입사의 정유사에 대한 LPG 판매

정유사는 보유 충전소 대비 생산량이 적어 수입사로부터 LPG를 구매하고 있으며, E1은 GS칼텍스·현대오일뱅크·S-OIL 등 3개사에게 판매하고, SK가스는 SK에너지·현대오일뱅크·S-OIL 등 3개사에게 판매한다. 2008년에 E1은 LPG 총판매량 2,699천 톤 중 31.2%인 841천 톤을 정유3사에게 판매하고, SK가스는 총판매량 3,124천 톤 중 25.6%인 801천 톤을 정유3사에게 판매하였다.

에인승용차 등이다.

<표 2> 수입사의 거래처별 판매현황

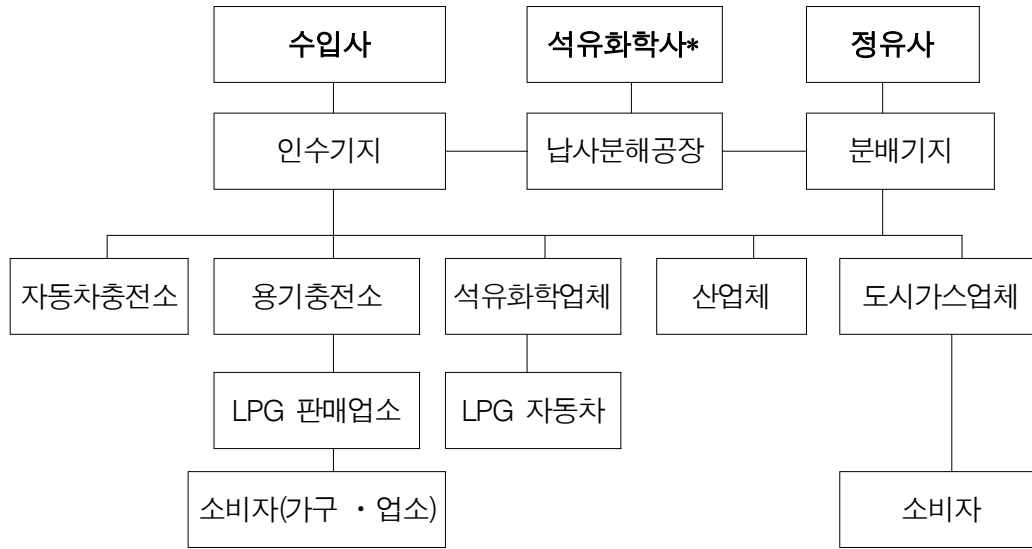
(2008년 기준; 단위: 천 톤, %)

| 구분 | 자사 충전소 | 정유사 | | | | | 석화 업체 | 수입사 | 기타 | 계 | |
|----------|-----------|-----------------|---------------|---------------|-------------|-------------|---------------|---------------|------------|---------------|------------------|
| | | GSC | SKE | 현대 | S-OIL | 소계 | | | | | |
| E1 | 프로판 | 622 (61.5) | 266 (26.3) | - | 39 (3.9) | 11 (1.1) | 316 (31.3) | 1 (-) | - | 72 (7.1) | 1,011 (100.0) |
| | 부탄 | 617 (36.6) | 478 (28.3) | - | 16 (0.9) | 25 (1.5) | 525 (31.1) | 545 (32.3) | 5 (0.3) | 1 (-) | 1,688 (100.0) |
| | 계 | 1,238 (45.9) | 744 (27.6) | - | 55 (2.0) | 36 (1.3) | 841 (31.2) | 546 (20.2) | 5 (0.2) | 74 (2.7) | 2,699 (100.0) |
| SK 가스 | 프로판 | 743 (48.8) | - | 110 (7.2) | 8 | 3 | 121 (7.9) | 505 (33.2) | - | 154 (10.1) | 1,523 (100.0) |
| | 부탄 | 629 (39.3) | - | 646 (40.3) | 17 | 16 | 679 (42.4) | 289 (18.1) | - | 3 (0.2) | 1,601 (100.0) |
| | 계 | 1,371 (43.9) | - | 756 (24.2) | 25 | 19 | 801 (25.6) | 795 (25.4) | - | 157 (5.0) | 3,124 (100.0) |

3) LPG의 유통구조

프로판 시장의 약 53%(2008년 기준)를 차지하고 있는 가정·상업용의 경우 수입·정유사 → 프로판(용기) 충전소 → 판매소 → 일반소비자에게 공급되는 다소 복잡한 유통단계를 거친다. 부탄 시장의 약 75%를 차지하고 있는 수송용의 경우 수입·정유사 → 자동차충전소 → LPG 차량에 공급되는 유통단계를 거치며, 산업용·공업용(프로판, 부탄) 및 도시가스 원료용(프로판)의 경우는 LPG공급사가 직접 산업체 혹은 도시가스회사에 공급한다.

<표 3> LPG 유통구조



* 석유화학사 물량은 수입사·정유사를 통해 시장에 유통됨.

4) LPG의 공장도가격 구성요소

수입사의 경우 LPG 공장도가격은 크게 LPG 수입비용, 국내 공급비용, 제세공과금 등으로 구성되며, 이를 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

가) LPG 수입비용

LPG 수입비용은 크게 CIF(Cost, Insurance, Freight)와 도입부대비용으로 구성된다. CIF는 LPG 수입가격, 운임, 보험료, 검정료 등으로 구성되며, 도입금융비용은 통관수수료, 금융수수료, 항만수수료, 도입금융비용, 도입금융환차 등으로 구성된다. 또한, LPG 수입대금은 달러로 결제하고 있어 원-달러 환율 변동도 LPG 판매가격에 영향을 미친다.

<표 4> CP 및 환율(원/달러) 변동 추이 (2000~2008년)

(단위: 달러/톤, 원/달러)

| 구분 | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | |
|----|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| CP | 프로판 | 297 | 273 | 250 | 299 | 347.9 | 426.8 | 510.0 | 600.0 | 768.0 |
| | 부탄 | 298 | 247 | 235 | 288 | 354.0 | 436.8 | 514.0 | 617.0 | 785.0 |
| 환율 | 1,131 | 1,291 | 1,250 | 1,192 | 1,144 | 1,024 | 955 | 929 | 1,103 | |

자료 : 피심인 제출 및 한국은행; 환율은 종가기준 평균.

<표 5> CP 및 환율(원/달러) 변동 추이(2008년 1~12월)

(단위: 달러/톤, 원/달러)

| 구분 | 2008.1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6 | 7 | 8 | 9 | 10 | 11 | 12 | |
|----|--------|-----|-----|-----|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-----|
| CP | 프로판 | 870 | 800 | 820 | 805 | 845 | 895 | 905 | 860 | 800 | 790 | 490 | 340 |
| | 부탄 | 875 | 805 | 825 | 815 | 860 | 920 | 950 | 890 | 840 | 810 | 490 | 335 |
| 환율 | 923 | 944 | 983 | 987 | 1,038 | 1,031 | 1,018 | 1,047 | 1,137 | 1,327 | 1,401 | 1,369 | |

나) 국내 공급비용

국내 공급비용은 크게 내국수송비, 가스안전관리부담금, 인수기지비용 등으로 구성되며, 인수기지비용은 수입사의 총임금, 경비, 감가상각비, 순 영업외 비용, 마진 등으로 구성된다. 국내 공급비용은 업체의 경영혁신 여하에 따라서는 많이 절감될 수 있기 때문에, 국내 공급비용은 원가구성 요소인 동시에 가장 중요한 가격경쟁 요소이다.

다) LPG 세제

프로판은 서민이 주로 사용하는 생활필수품이라는 점을 고려하여 정부는 최소한의 세금만 부과해 왔고, 부탄에 대해서도 휘발유나 경유에 비해 상대적으로 낮게 세금을 부과하였다.

5) LPG의 유통단계별 판매가격

가) 충전소 및 판매소의 가격결정

충전소는 수입사나 정유사로부터 공급받는 가격에 일정한 마진을 가산하여 자신의

판매가격을 결정하고 있는데, 충전소의 LPG 판매가격은 사업자의 규모, 지역 등의 여러 요소에 의해 다소 영향을 받는다. 판매소는 주로 용기에 주입된 프로판을 판매하고 있는데, 주로 소비자로부터 주문을 받아 배달해 주는 방식으로 판매하고 있으며, 판매소는 충전소로부터 공급받는 가격에 일정한 마진을 가산하여 자신의 판매가격을 결정한다.

나) 유통단계별 LPG 판매가격 추이

유통단계별 마진을 보면 프로판의 경우 충전소는 킬로그램 당 100원~150원 수준이고, 판매소는 킬로그램 당 300~400원 수준이다. 부탄의 경우 충전소의 마진은 리터 당 60원~100원 수준이다.

나. 행위사실

1) LPG 판매가격 공동 결정

LPG 공급회사들은 2003년 1월부터 2008년 12월까지 적용된 LPG 판매가격을 매월 총 72회에 걸쳐 결정하면서, 사전에 정보교환 및 의사연락을 통해 동일한 수준으로 결정하였다. 단, 일부 회사는 2008. 12. 이전에 담합을 중단하였다.

먼저 수입사인 E1과 SK가스는 가격결정업무 담당자간의 전화연락 또는 모임을 통해 서로 상대방 가격을 사전에 확인하거나, 가격 변동폭에 관하여 협의한 후, 자신들의 LPG 판매가격을 동일한 수준으로 결정해 왔는데, 72회에 걸쳐 이루어진 가격결정 결과 양사간 평균격차는 프로판과 부탄 모두 킬로그램 당 0.01원이었다. 이 중 프로판은 SK가스가 0.01원 낮았고, 부탄은 E1이 0.01원 낮았다.

<표 6> 수입2사 2003. 1. ~ 2008. 12 평균판매가격

(단위: 원/kg)

| 구분 | E1 | SK가스 | 격차 |
|-----|----------|----------|------|
| 프로판 | 769.17 | 769.16 | 0.01 |
| 부탄 | 1,162.31 | 1,162.32 | 0.01 |

특히 프로판의 경우 2003년 1월부터 2007년 3월까지의 가격(51회)은 양 회사 간의 격차가 획일적으로 0.2원이었고, 2007년 4월부터 2008년 5월까지의 가격은 1회를 제외하고는 양사가 완전히 동일하였다. E1과 SK가스는 자신들의 LPG 판매가격을 결정한 직후, 거래관계가 있는 정유사들에게 자신들의 LPG 가격을 팩스 등을 이용하여 통보해 주었고, 수입사로부터 가격정보를 통보받은 정유사들은 수입사의 충전소 판매가격을 손쉽게 인지할 수 있었다.

SK가스는 정유사와의 거래에 적용되는 가격 이외에 자신의 충전소 판매가격을 함께 통보해 주었으며, 따라서 SK가스로부터 가격정보를 통보받는 SK에너지, 현대오일뱅크, S-OIL은 SK가스의 충전소 판매가격을 곧바로 인지할 수 있었다(SK가스의 정유사에 대한 LPG 판매가격은 SK가스의 충전소 판매가격에서 26.979원 또는 55원 공제된 금액임). E1은 정유사들에게 자신과 해당 정유사와의 거래에 적용되는 가격만 통보해 주었지만, E1으로 부터 그 정보를 통보받은 정유사들도 E1의 충전소 판매가격을 손쉽게 인지할 수 있었다.

GS칼텍스와 E1은 자신들끼리의 거래에 적용되는 가격을 'E1의 충전소 판매가격에서 26.979원 또는 55원 공제한 금액'으로 하기로 하였으며, 따라서 GS칼텍스는 E1으로 부터 통보받은 가격에 26.979원 또는 55원을 더하기만 하면 E1의 충전소 판매가격을 금방 인지할 수 있었다.

현대오일뱅크, S-OIL과 E1과의 거래에 적용되는 가격은 기본적으로 E1의 충전소 판매가격에서 수송비만큼 공제된 금액으로 하여 왔는데, 수송비는 최소한 가격자유화(2001년) 이후에는 킬로그램 당 26.979원으로 LPG업계에서 정해져 있었으며, 따라서 현대오일뱅크와 S-OIL도 E1으로 부터 통보받은 가격에 26.979원만 더하기만 하면 E1의 충전소 판매가격을 인지할 수 있었고, 이러한 가격 통보에 따라 수입사와 정유사의 충전소 판매가격 차이는 없거나 매우 근소하게 유지되었다.

2003년 1월부터 2008년 12월까지 SK에너지의 가격은 SK가스의 가격과 완전히 동일하였고, 2003년 1월부터 2008년 12월까지 현대오일뱅크의 가격은 E1이나 SK가스 가격과의 평균격차가 0.3원 수준에 불과하였다. 2003년 1월부터 2007년 6월까지 GS칼텍스의 가격은 E1 가격과의 평균격차가 0.1원 수준이었고, 2003년 1월부터 2008년 5

월까지 S-OIL의 가격은 E1 가격과의 평균격차가 1.9원, SK가스 가격과의 평균격차가 1.8원 수준에 불과하였다.

결국 수입2사와 정유4사는 가격자유화 이전부터 존재하였던 자신들간의 LPG 거래를 LPG 공급사간의 공동의 가격결정을 형성·유지시키는 주요 수단으로 활용한 것이다.

2) LPG 판매가격 공동 유지

LPG 공급사들은 공동으로 결정한 LPG 판매가격이 높은 수준에서 유지될 수 있도록 여러 가지 경쟁회피 방안을 마련하여 시행하였다. 세부적인 행위내용은 다음과 같다.

LPG 공급사들은 충전소에 대해서 낮은 가격을 제시하면서 거래처를 확대해 나가는 지극히 정상적인 경쟁을 “거래처 침탈”이라고 표현하면서, 그러한 거래처 침탈을 하지 않기로 합의하고 시행하였다. 장기공급 계약이 체결되어 있지 아니한 거래처에 대해서도 단기간에 저가로 LPG를 판매하는 경우가 있는데, 수입2사는 그러한 거래를 “Spot 거래”라 칭하면서 합의를 통하여 Spot 거래를 중단하였고, 정유사의 Spot 거래도 억제될 수 있도록 정유사의 잉여 LPG를 구매해 주었다.

LPG 공급사들은 상대방을 경쟁자 보다는 “동반자”로 여기면서, “가격경쟁/물량경쟁 자제” 등을 영업전략으로 채택·시행하였고, 어떤 회사의 경우는 LPG 공급사간의 「Win-Win Partnership 구축」문제를 영업부서의 성과목표로 삼아 관리해 왔다. LPG 공급사들은 수시로 영업담당 임원급·팀장급 모임을 갖고, LPG 판매가격의 공동결정을 통한 고가유지, 경쟁자제 등에 관한 기존의 입장을 확인하면서 결속을 유지해 나갔으며, 공정거래위원회가 확인한 모임횟수만 보더라도 2003년 이후 20여건에 이른다.

수입사와 정유사가 긴밀한 관계를 유지하면서 공동의 가격결정체제를 지속적으로 유지시켜 온 것은 SK가스와 SK에너지는 계열관계에 있고, E1과 GS칼텍스도 2003년 11월까지의 계열관계(LG)에 있었다는 점이 하나의 요인으로 작용하였다.

다. 공정거래위원회의 심결

공정거래위원회는 2010년 4월 23일 7개 LPG 공급회사들에게 다음과 같은 내용의 시정명령을 내림과 동시에 총 6,689억 원의 과징금³⁾을 부과하였다.

1. 피심인들은 매월 액화석유가스(LPG) 판매가격을 합의함으로써 국내 액화석유가스(LPG) 판매시장에서 부당하게 경쟁을 제한하는 행위를 다시 하여서는 아니 된다.
2. 피심인들은 시장을 통한 정보수집을 제외하고 직접 또는 기타 여하한 방법으로도 피심인들이 충전소 등 다른 거래처에 판매하는 액화석유가스(LPG)의 가격 결정계획이나 결정내용에 관한 정보를 상호 교환하거나 제공하여서는 아니 된다.
3. 피심인들은 다음 각 호에 따라 과징금을 국고에 납부하여야 한다.

가. 납부금액 : 총계 668,954,000,000원

- | | |
|------------------|--------------------|
| (1) 주식회사 이원 | : 189,387,000,000원 |
| (2) 에스케이가스 주식회사 | : 198,737,000,000원 |
| (3) 에스케이 주식회사 | : 88,781,000,000원 |
| (4) 에스케이에너지 주식회사 | : 71,451,000,000원 |
| (5) 지에스칼텍스 주식회사 | : 55,818,000,000원 |
| (6) 현대오일뱅크주식회사 | : 26,314,000,000원 |
| (7) 에쓰대시오일 주식회사 | : 38,466,000,000원 |

나. 납부기한 : 과징금 납부고지서에 명시된 납부기한(60일) 이내

다. 납부장소 : 한국은행 국고수납 대리점 또는 우체국

4. 피심인 주식회사 이원, 에스케이가스 주식회사를 각 고발한다.

3) 조사업조자에 대한 감면액을 고려하지 않은 금액이며 제1순위자는 100% 면제, 제2순위자는 50% 면제를 받았다.

2. 관련규정 및 제도

가. 부당한 공동행위 관련 규정

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」⁴⁾

제19조(부당한 공동행위의 금지) ① 사업자는 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의(이하 "부당한 공동행위"라 한다)하거나 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다.

1. 가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위

나. 관련제도 : LPG 가격결정 제도의 변천

1) 1964년 5월 ~ 2000년 12월

정부는 「정부고시 고정가격제」(1964년 5월~1969년 2월)를 실시하여 대한석유공사의 공장도가격을 단일가격으로 고정하고, 모든 유통단계의 가격을 지역별로 차별 고시하여 가격을 고정시켰다. 이어서 「정부고시 최고가격제」(1969년 2월~2000년 12월)⁵⁾를 실시하여 정부가 고시한 최고판매가격 이하 수준에서 사업자들이 자유롭게 판매가격을 결정하도록 하였다.

2) 원료비 연동제(1999년 1월 ~ 2000년 12월)

LPG 산업의 가격자유화를 단계적으로 시행하기 위하여 정부는 이전의 최고가격고시제를 일부 변경하여 LPG 국제가격이나 환율의 변동에 따라 사업자들이 가격을 일

4) 2004.12.31. 법률 제7315호로 개정되기 전의 것.

5) 정부가 고시한 최고가격은 구 산업자원부가 수입 LPG의 가격산정 Formula('98-130호 산자부고시)를 통해 가격을 산정한 후 구 재정경제부와 협의를 거쳐 결정하였고, 정부는 국제 LPG 가격이 상승하여 LPG 수입사에 게 손해가 발생하면 그 손실분을 보전해 주기도 하였다.

부 조정할 수 있는 원료비 연동제를 1999년 1월부터 실시하였다. 정부는 1999년 1월부터 2000년 6월까지 분기별 연동제를 실시하여 원료비의 변동폭이 이전 분기에 비해 $\pm 5\%$ 의 범위를 초과하게 되면 사업자들이 LPG 판매가격을 변경하는 것을 허용하였고, 2000년 7월부터 2000년 12월까지 매월 연동제를 실시하여 원료비의 변동폭이 이전 달에 비해 $\pm 3\%$ 의 범위를 초과하게 되면 사업자들이 LPG 판매가격을 변경하는 것을 허용하였다.

3) LPG 가격자유화(2001. 1. 1. 이후)

LPG 가격자유화가 실시된 2001. 1. 1. 이후에는 사업자 스스로 자체 산정방식에 의해 공급원가를 산정할 수 있어서 국제 LPG 가격의 등락, 환율 등 원가변동요인을 LPG 판매가격에 즉시 반영시킬 수 있게 되었다.

3. 주요 쟁점

가. 합의의 존재여부

1) 개요

부당한 공동행위의 성립요건은 둘 이상의 사업자, 합의, 부당성 이 세 가지이다. 이 사건은 가격합의와 관련된 것이기 때문에 경성카르텔(hardcore cartel)에 해당하고 경성카르텔은 당연위법으로 보기 때문에 부당성은 큰 이슈가 되지 아니한다. 공정거래법 제19조 제1항 제1호에서 말하는 ‘가격’은 사업자가 제공하는 상품 또는 용역의 대가, 즉 사업자가 거래의 상대방으로부터 반대급부로 받는 일체의 경제적 이익을 가리키는 것으로, 당해 상품이나 용역의 특성, 거래내용 및 방식 등에 비추어 거래의 상대방이 상품 또는 용역의 대가로서 사업자에게 현실적으로 지급하여야 하는 것이라면 그 명칭에 구애됨이 없이 당해 상품 또는 용역의 가격에 포함된다. 따라서 LPG 판매가격을 비슷한 시기에 동일 또는 유사한 수준으로 결정한 행위는 법 제19조 제1항 제1호에서 규정하고 있는 “가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위”에 해당한다.

이 사건에서 문제가 되는 것은 바로 합의의 존재여부이다. 합의란 둘 이상 사업자간의 의사의 합치(meeting of minds)를 의미하며 부당한 공동행위의 핵심이다. 합의의 형식이나 방법은 불문이다. 법에서는 “계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도”라고 규정하고 있다. 따라서 서면합의(written agreement)든 구두합의(oral agreement)든 문제되지 않는다. 명시적인 합의든 묵시적인 합의든 문제되지 않는다.⁶⁾ 법 문언 상 합의만 있으면 되고 합의의 실행은 필요하지 않다. 이것은 부당한 공동행위에 대한 규제를 강화하기 위해 1992년 공정거래법을 개정하는데에서 기인한다.

합의란 무엇이나 하는 문제도 중요하지만 실무에서는 합의를 어떻게 입증하느냐 하는 것이 더욱 중요하다. 부당한 공동행위에 대한 제재의 강도가 높아질수록 합의의 방법이 점점 더 은밀화, 교묘화, 지능화되고 있어 실제사건에서 합의의 입증이 쉽지 않는 것이 현실이다. 합의를 입증하는 방법은 크게 둘로 나누어 직접증거를 통한 입증과 간접증거 혹은 정황증거(circumstantial evidence)를 통한 입증이다. 카르텔에서 직접증거를 확보하는 것은 쉽지 않은데 의결서에 의하면 본 사건에서는 상당히 많은 수의 직접증거가 포착되었다.

2) 직접증거

직접증거(direct evidence)에 의한 입증이란 합의의 존재를 직접적으로 증명하는 증거에 의한 입증을 의미한다. 직접증거에는 물증(real evidence)으로서 합의서, 약정서, 이메일, 수첩메모, 내부보고서 등이 있고 인증(personal evidence)으로서 당사자의 증언, 목격자의 증언 등이 있다. 이러한 직접증거는 합의의 존재를 결정적으로 입증해 주기 때문에 “smoking evidence”라고도 한다.

본 사건에서 수입 2개사가 전화, 모임 등을 통해 서로 LPG 기준가격과 판매가격에 관한 정보를 교환하거나 판매가격에 관해 협의하는 방법으로 LPG 판매가격을 합의한 것이 SK가스 가격담당자, 담당팀장 등의 진술로 확인되었다.

6) “부당한 공동행위에 있어서의 합의는 사업자간의 의사의 연락을 의미하는 것으로서 명시적인 합의뿐만 아니라 묵시적인 합의 내지는 암묵의 요해에 그치는 경우도 포함된다.” 서울고등법원 2001. 12. 11. 선고 2000누 16830.

또한 정유사들은 수입사로부터 구입하는 부분도 있지만 자신이 직접 정제하여 생산하는 부분도 있으므로 수입사로부터의 구매가격과 자신이 직접 정제하여 생산하는 LPG의 원가를 고려하여 독자적인 방식으로 LPG 판매가격을 결정하여야 함에도 불구하고, 지난 수년간 자체적인 가격산정공식도 없이 수입사가 통보해 주는 충전소에 대한 판매가격을 거의 그대로 수용하여 자신들의 판매가격으로 결정하였다. 이는 수입사가 결정한 가격과 동일 또는 유사하게 결정하는 것이 경쟁으로 인한 가격하락을 막아 원하는 이윤을 보장할 수 있다는데 대하여 정유사들이 인식을 같이 하였기 때문이다. 이는 SK에너지 가스사업팀장 허○○의 2009. 9. 10.자 진술서 등 입증자료에 의하여 확인된다.

그 외에도 매년 임원급·팀장급 모임 등을 통해 서로 경쟁자제 및 판매가격 유지 등에 대한 공감대를 유지하여 온 사실이 SK가스 및 SK에너지 임직원의 진술,⁷⁾ SK에너지 이○○의 업무수첩 사본, 신용카드매출전표, 내부경비정산리스트, 은행신용카드 사용기록 등 입증자료에 의해 확인되었다.

3) 간접증거

직접적인 증거를 확보하기는 점점 어려워지고 있는데, 이러한 직접증거 외에 간접증거를 통한 사실상 추정⁸⁾에 의한 입증이 중요해 지고 있다. 사실상의 추정이란 경험칙을 적용하여 하나의 사실에서 다른 하나의 사실을 추인하는 것을 의미한다. 합의의 입증을 위한 직접적인 증거를 확보하지 못한 경우 간접증거 혹은 정황증거(circumstantial evidence)로서 합의를 입증하는 경우에 활용된다. 미국에서 사실상 추정은 사실문제로서 원칙적으로 법관이 아닌 배심원(jury)이 판단하며 일정한 사실이 있으면 의무적으로 추정(mandatory presumption)해야 하는 것이 아니라 본인의 판단에 따라 추정해도 되고 안 해도 되는 성격의 추정(permissible presumption)이다.

이러한 사실상 추정을 위해 요구되는 정황증거의 정도는, 당사자들이 독립적으로 행동했다는 가능성을 배제하는 성격의 것이어야 한다는 것이다.⁸⁾ 하지만, 당사자들이

7) SK가스 장○○의 2009.9.4.자 진술서, SK에너지 강○○의 2009.9.4.자 진술서, SK에너지 허○○의 2009. 9. 10.자 진술서 등 참조.

8) "The correct standard is that there must be evidence that tends to exclude the possibility of independent

합의 없이 독립적으로 행동을 했을 모든 가능성을 배제하여야 하는 정도는 아니고 공동행위가 있었다는 결론을 내릴 수 있을 정도의 상당한 증거(완벽한 증거가 아니라)가 있으면 된다.⁹⁾

이 사건에서 LPG 품질의 유사성, 장기간 유지되어 온 수입 2개사와 정유 4개사의 과점체제, 대규모 저장 시설과 전국적 판매망 확보 등으로 인한 높은 진입장벽, 주로 취사·난방용 연료나 택시 등의 수송용 연료로 사용되고 있어 가격변동이 있어도 소비를 줄이기 어려워 수요의 가격탄력성이 매우 낮은 특성 등 LPG 품질 및 산업의 특성은 이 사건 공동행위를 용이하게 할 수 있는 여건이 되었다. 또한 LPG 판매가격 결정시기가 매월 말경으로 거의 동일하고, 결정된 가격의 적용시기도 매월 1일경부터 말일까지로 동일하다. 이는 과거 정부고시 가격제 당시부터 존재하던 관행으로 가격자유화 이후에도 이런 관행을 유지할 필연적 이유는 없다. 이는 피심인들이 LPG 판매가격을 유사하게 결정하기 위해 의도된 행위이거나, 설사 그렇지 않다고 하더라도 적어도 이 사건 공동행위를 용이하게 하는 여건이었다.

이러한 시장구조와 산업의 특성 속에서 피심인들은 공동의 가격결정 체제 유지를 위해 유대를 강화하고 시장현안 전반에 걸쳐 서로 원만한 공조관계를 형성하려고 노력한 사실이 E1 작성의 2006. 12. 11.자 「2006 영업실적 및 중기 영업계획」, E1 영업1팀 작성의 「2007년도 팀 목표 및 전략합의서」 등 다양한 자료에서 확인되고 있는데 이러한 정황은 합의를 추정할 수 있게 해주는 주요한 단서들로 볼 수 있다. 그 결과 수입사(E1, SK가스)는 LPG 가격자유화 이전(1996~2000년)에 비해 담합기간(2003~2008년) 동안에 높은 영업성과를 실현하였고 정유사도 마찬가지였다. 사업자들의 행태를 보면 서로 경쟁을 하기보다는 오히려 협력 혹은 동반관계를 암시하는 다수의 정황증거들도 확보되었다.

action by the manufacturer and distributor.” *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752, 768(1984).

9) *Toys “R” US Inc. v. FTC*, 221 F.3d 928, 934, 935(2000).

나. 경쟁제한성 판단

공정거래위원회는 다음과 같은 점을 들어, 7개 LPG 공급사들이 상호 간의 합의에 의해 국내 LPG 판매시장에서 판매가격을 사실상 동일하게 유지한 행위는 경쟁을 제한하는 효과를 지니고 있음이 명백하다고 보았다.

첫째, LPG는 제품의 특성상 각 회사가 공급하는 제품 사이에 품질의 차이가 없어 가격이 유일한 경쟁요소라고 할 수 있는데, 이 사건 합의는 바로 그 유일한 경쟁요소를 대상으로 한 점.

둘째, 국내 LPG 판매시장에서 7개 LPG 공급사들의 시장점유율이 100%이므로 이들의 가격합의 효과는 LPG 판매시장 전체에 직접적으로 영향을 미쳐 경쟁을 완전히 소멸시킨 점.

셋째, 이 사건 공동행위는 LPG 판매시장에서 경쟁관계에 있는 사업자들이 LPG 판매가격을 공동으로 결정하기로 한 것으로서, 합의에 참여한 사업자들의 가격경쟁을 직접적으로 제한함으로써 소비자가격을 높게 형성시켜 소비자 후생을 훼손하는 피해를 초래하였을 뿐이고, 어떠한 효율성 증대효과도 찾아볼 수 없는 점 등.

다. 과징금 산정

1) 관련매출액

공정거래위원회는 이 사건 공동행위의 내용은 프로판, 부탄의 충전소에 대한 판매가격을 공동으로 결정하는 것으로 보고 이 판매가격이 직·간접적으로 적용된 프로판 및 부탄을 관련상품으로 인정하였다.

이에 대해 E1은 직매처(공장, 리조트 등) 및 도시가스업체에 대한 공급분은 관련매출액에서 제외하여야 한다고 주장하였는데, 공정거래위원회는 E1 영업팀에서 작성한 2008. 4. 30.자 「판매가격 및 정유사 잉여 LPG 구매가격의 건」 기안지 등에 의하면 직매처에 대해서는 충전소에 대한 판매가격과 동일한 가격을 적용하고, 도시가스업체에

대해서는 충전소에 대한 판매가격과 같거나 일정 금액을 할인한 가격으로 판매하여 이 사건 공동행위에 직·간접적으로 영향을 받기 때문에 E1의 주장을 받아들이지 않았다.

GS칼텍스는 거래업체가 구매하여 국외로 수출한 부분은 국내 시장의 경쟁질서에 영향을 미치지 않으므로 관련 매출액에서 제외해야 한다고 주장하였는데, 공정거래위원회는 국내 거래업체가 구매하여 국외로 수출한 부분도 피심인들이 합의한 충전소에 대한 판매가격이 직·간접적으로 적용되었으므로 관련매출액에 포함시키는 것이 타당하다고 판단하였다.

SK에너지는 자신의 직영대리점인 SK네트웍스 주식회사에 판매하여 SK네트웍스 주식회사 직영충전소에 공급되는 부분은 자신의 직영충전소에 판매하는 것과 마찬가지로 관련매출액에서 제외해야 한다고 주장하였는데, 공정거래위원회는 직영충전소에 판매하는 것은 정유사 내의 이동에 불과하고 거래처에 판매하는 것이 아니지만, SK네트웍스 주식회사는 SK에너지와 별개의 회사여서 SK네트웍스 주식회사에 판매하는 것은 거래처에 판매하는 것과 동일하여 관련매출액에서 제외할 이유가 없다고 판단하였다.

공정거래위원회는 제1심 법원의 역할과 유사한 역할을 수행한다. 과징금과 그 전제가 되는 관련매출액의 산정은 평등의 원칙, 비례의 원칙 등 기본적인 법원칙이 훼손되지 않는 한 공정거래위원회의 재량권을 존중해 주는 것이 바람직하다고 생각된다. 공정거래위원회의 과징금을 마치 세금부과 하는 것에 비추어 심사하는 것은 경쟁법 집행에서 바람직하지 않다고 생각된다.

2) 과징금 산정기간

사업자들이 장기간에 걸쳐 여러 차례의 합의를 해 온 경우에도 그 각 합의가 단일한 의사에 기하여 동일한 목적을 수행하기 위한 것으로서 단절됨이 없이 계속 실행되어 왔다면, 그 각 합의의 구체적인 내용이나 구성원 등에 일부 변경이 있었다고 할지라도, 특별한 사정이 없는 한 그와 같은 일련의 합의는 전체적으로 하나의 부당한 공동행위로 봄이 타당하다는 것이 대법원의 일관된 입장이다.¹⁰⁾

10) 대법원 2008.9.25. 선고 2007두3756 판결, 대법원 2009.1.30. 선고 2008두16179 판결, 대법원 2009.6.25. 선고 2008두16339 판결 등.

다만 개별 사건에서 구체적인 시기와 종기를 결정하는 것은 경우에 따라 분명하지 않은 측면이 있을 수 있다. 이 사건에서도 종기에 대해 쟁점이 있었다. 이러한 쟁점은 구체적인 사실관계를 검증해 봐야 하는 것이기 때문에 선불리 판단하기 어렵다. 그러나 관련매출액의 산정과 마찬가지로 과징금 부과를 위한 시기와 종기의 판단에 있어서도 법의 기본원칙이 훼손되지 않는 범위 내에서라면 공정거래위원회의 재량을 최대한 존중해 주는 것이 바람직하다고 생각한다.

4. 의의

가. 사상 최대의 과징금 사건

이 사건의 의의는 단연 과징금의 규모에서 찾을 수 있다. 단일 사건에서 부과된 과징금 규모로는 이 사건이 공정거래 30년 역사상 최고수준이다. 서민의 생활에 필수적인 프로판과 부탄 산업에서 구조적이고 지속적인 담합을 적발하여 거액의 과징금을 부과함으로써 부당이득을 환수하고 재발방지를 위한 경각심을 고취한 사건으로 볼 수 있다.

공정거래위원회가 보도자료를 통해 스스로 밝힌 바와 같이 LPG 공급회사들의 본건 담합은 택시, 장애우의 승용차나 도시가스(LNG)가 공급되지 않은 취약지역의 가정과 식당에서 사용되는 전형적인 서민 생활필수품인 LPG를 대상으로 장기간에 걸쳐 이루어졌다는 점을 감안하여 공정거래법 집행과 관련하여 사상 최고의 과징금을 부과하는 등 엄중 조치하였다고 한다. 이러한 제재를 통해 LPG 공급회사간에 가격경쟁이 활발하게 이루어지고, 하부 판매단계에 있는 충전소 및 LPG 판매점들의 가격경쟁도 촉발됨으로써 우리나라 전체 LPG 공급시장이 경쟁체제로 전환될 수 있을 것이다.

한편, 공정거래위원회의 심결 이후 LPG 가격 인상으로 피해를 본 소비자들의 집단 소송이 제기되었다. 2010년 12월부터 5차례에 걸쳐 개인택시 기사 7만 6천여 명, 법인택시 사업자 1,500여개, 장애인 700여명이 이 사건 피심인들에게 손해배상청구를 하여 현재 1심이 진행 중이다. 이는 공정거래법으로 인한 손해배상소송 중 최대의 원고가 참가한 것으로 본 사건의 사회적 파급력이 매우 크다는 점을 반증한다.

나. 규제산업에서 경쟁정책의 역할 재정립

카르텔이 장기간 지속되기 쉬운 산업 중 하나가 규제산업인데, 이들 산업의 대표적인 것들로서는 통신, 에너지, 전력 등을 들 수 있다. 이들 산업에서 카르텔이 형성되기 쉬운 요인을 두 가지만 든다면 하나는 이들 산업이 발전해온 역사적인 맥락에서 기인하고 다른 하나는 진입장벽이 높은 상태에서 고도로 집중된 시장구조에서 기인한다.

우선, 이들 산업은 공익적인 견지에서 시장진입이나 가격책정, 경영 등 많은 부분에서 정부의 규제를 받게 된다. 이러한 산업들은 국민의 경제생활에 미치는 영향이 지대한 반면 초기에 대규모의 자본투자가 필수적이기 때문에 시장이 충분히 성숙되지 못한 국가에서는 정부가 직접 혹은 간접적으로 설립하여 운영을 하다 민영화되는 경우가 많다. 이러한 산업들은 민영화(privatization) 혹은 자유화(liberalization)된 이후에도 공익적인 견지에서 정부의 행정지도 하에 있어 가격통제를 받는 과정에서 자연스럽게 업체 간 협조 혹은 동조행위가 일어나는 경우가 많고 그러한 전통이 지속되어 정부의 행정지도가 사라진 이후에도 가격책정에 상호 정보교환이나 동조행위를 하는 경우가 적지 않은 것으로 보인다.

다른 한 가지 요인은 공익적인 견지에서 상당히 견고한 진입장벽이 구축된 상태에서 시장이 고도로 집중화되어 있다는 것이다. 진입장벽이 공고할수록 경쟁의 압력은 약해질 수밖에 없고 소수의 제한된 사업자만이 경쟁이 가능한 집중시장에서 담합의 유혹은 더욱 커질 수밖에 없다. LPG산업에서 오랫동안 담합이 지속되어 온 것은 그 원인을 사업자들에게만 돌릴 수 없는 제도적인 문제가 있다는 것을 암시한다.

이번 사건을 계기로 우선 동 산업에 대한 진입규제가 너무 높은 것은 아닌지 재검토해 보아야 한다. 진입장벽만큼 좋은 담합의 여건은 드물다. 나아가 규제산업에 대해서는 일회성적인 사건처리를 넘어 지속적이고 전략적인 측면에서 경쟁정책을 도모해야 한다. 산업 자체에 내재되어 있는 경쟁정책적 문제점을 인식하여 사업자들의 행태적인 측면뿐만 아니라 산업의 구조적인 측면까지 좀 더 세밀한 감시를 할 필요가 있다.

재판매가격 유지행위 및 불공정거래행위

[18] 매일유업의 재판매가격 유지행위에 대한 건

의결 제98-111호

신 영 수 (교수, 경북대학교)

조제분유 시장의 시장지배적 사업자인 매일유업 주식회사는 1997년에 조제분유 가격을 인상하면서 소비자가격을 따로 지정하여 그 가격을 지키도록 강요하였다.

이에 대해 공정거래위원회는 매일유업의 행위에 대해 재판매가격 유지행위에 해당한다는 이유로 시정명령과 과징금 부과처분을 의결하였다. 이 후 재결과정에서 매일유업의 이의신청을 기각하면서 거래상의 구속성, 대형 할인매장에 대한 가격유지 필요성 등의 논점이 부각되었다.

법원 역시 매일유업의 재판매가격 유지행위를 인정하면서 ‘구속성’은 물리적 강요행위만을 포함하는 것이 아니라고 하였다. 협조요청의 형식을 취하였다 하더라도 재판매가격을 유지할 실효성 있는 수단이 있는 경우에는 구속성이 인정된다는 것이다.

재판매가격 유지행위에 대해서 각국은 다양한 법체계를 가지고 있다. 미국은 셔먼법 (Sherman Act) 제1조에 포섭하여 규제하고 있는데 합의나 공모가 있어야 법적용이 가능하다. 미국에서는 최저 재판매가격 유지행위에 대해 당연위법 원칙을 견지하였으나 최근 합리의 원칙으로 판례의 입장이 변경되었다. EU는 명시적 금지규정을 두고 있지 않아 실무를 통해 판단기준이 도출되고 있다. 한국의 공정거래법에서는 제정시부터 재판매가격 유지행위 금지원칙이 별도의 조항으로 명시되었다.

재판매가격 유지행위에 해당하기 위해서는 ① 재판매하는 사업자에게 ② 거래단계별 가격을 정하여 ③ 강제하는 행위가 존재하여야 하는데 본 건은 재판매가격 유지행위의 강제성 요건 해석기준을 제시하였다는 점에서 의의를 갖는다.

1. 사건개요

가. 시장상황

1997년 당시 조제분유 시장은 남양유업, 매일유업, 파스퇴르유업 등 3사의 독점체제에 있었고, 이들의 1997년도 조제분유부문 총매출액은 232,274백만 원이었으며 회사별 매출액은 아래 <표 1>과 같았다.

<표 1> 조제분유 제조업체의(조제분유) 매출액 현황

(단위: 백만 원, %)

| 남양유업 | 매일유업 | 파스퇴르유업 | 합계 |
|-------------------|------------------|------------------|--------------------|
| 116,097 (50.0) | 92,050 (39.6) | 24,127 (10.4) | 232,274 (100.0) |

한편 매일유업은 조제분유를 자사 지점 → 대리점(특약점) → 슈퍼마켓 등 소매점으로 공급하거나, 대형할인점에 직접 공급하는 방식으로 소비자에게 판매하였다.

나. 행위사실

매일유업 주식회사(이하 ‘매일유업’으로 약칭함)는 1969. 2. 14. 설립되어 조제분유, 시유, 가공유 및 유음료 등을 제조·판매하는 회사로서, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(1999.2.5. 법률 제5813호로 개정되기 전의 것을 말하며 이하 ‘공정거래법’ 또는 ‘법’으로 약칭함)에 의해, 1981년부터 1998년까지 남양유업 주식회사, 파스퇴르유업 주식회사와 함께 조제분유 품목의 시장지배적 사업자로 지정되어 왔던 사업자였다.¹⁾

매일유업은 자사가 취급하는 상품 중 조제분유제품에 대하여 미리 판매가격을 표시하는 한편, 그 유통업자들로 하여금 이를 준수하도록 관리해 오곤 하였다. 그러던 중 특히 1997. 12. 23.에 조제분유 제품의 가격을 인상하면서 자신이 공급하는 가격

1) 1997년도 기준으로 이들 3사의 조제분유 총매출액은 2,322억 7,400만 원이었으며, 그 중 남양유업이 50%, 매일유업이 39.6%, 그리고 파스퇴르유업이 10.4%를 각각 점유하고 있었다.

외에 소비자가격을 따로 지정하여 특약점 등의 거래처로 하여금 그 가격을 지키도록 강요하는 일이 발생하였다. 또한 이를 위해 매일유업의 각 지점은 소속 직원들에 대한 교육과 사원 간 분임토의 등을 통하여 그 직원들로 하여금 거래처의 가격준수 여부를 점검하여 그 결과를 보고하도록 하고, 이를 준수하지 않는 거래처에 대하여는 가격인상을 종용하거나 공급중단 예정통보를 하였다.

매일유업이 취한 조치를 구체적으로 살펴보면, ① 매일유업의 대구지점은 1998. 1. 8. 김천농협이 여러 번의 가격인상종용에도 불구하고 이에 불응한다는 이유로 서울본사에 김천농협에 대한 조제분유제품의 공급을 중지할 것을 요청하였으며, ② 부산지점은 1997.10.15. E마트 부산점이 지정된 소비자가격 이하로 판매한다는 이유로 즉시 가격을 인상하지 않으면 공급을 중단할 예정이라고 위 점포에 통보함으로써 가격인상을 종용하였으며, ③ 대구지점은 1997.12.3. 동아유통 포항점에 대하여 공문으로써 소비자가격을 준수하도록 종용하였고, ④ 대전지점은 서산대리점 관내의 유통업체가 지정된 소비자가격 이하로 조제분유를 판매하는 것을 확인하고 가격인상을 독려했으며, ⑤ 광주지점은 1998. 2. 16. 분임토의를 통하여 관내 소매상들이 소비자가격을 준수하지 아니할 경우 관할 대리점에 대하여 제품출고를 정지하기로 결정하였다.

다. 공정거래위원회의 심결

1) 원심결

공정거래위원회는 매일유업의 이 같은 행위와 더불어 경쟁사인 남양유업도 1998. 1. 1. 조제분유제품 가격을 인상한 것에 주목하는 한편, 조제분유제품의 시장지배적 사업자인 두 회사가 비슷한 시기에 조제분유제품 가격을 상승시킴으로써 시장에 큰 영향을 미친 것으로 판단하였다. 특히 양사의 가격인상 시기는 외환위기 시기와 일치하며 당시 800원대의 환율이 1,700원대로 급등하면서 각종 원자재와 공산품의 가격이 크게 상승하는 시기였으므로 필수품인 조제분유의 가격상승은 경제적으로 추가적인 부담이었다. 이에 따라 공정거래법 소정의 재판매가격 유지행위에 해당하는지를 조사하였다. 이에 대해 매일유업 측은 ① 계약서에 재판매가격유지의무 또는 그 불이행시 계약해지 등의 불이익 조항이 없고 지정가격 미준수업체들에 대해 실제로 공급을 중

단한 사례가 없으며, ② 대형유통점에 대하여는 이를 강요할 위치에 있지도 않고 ③ 판매가격조사는 단순히 판매정책수립을 위한 기초자료로 활용하기 위한 것이라는 등의 주장을 제기하였다.

하지만 공정거래위원회는 ① 설령 계약조항에는 없다고 하더라도 시장지배적지위에 있는 매일유업이 계속 방문하여 종용하거나 공급 중단의사를 표명하는 것 자체가 위협적인 수단으로서 매일유업의 요구사항을 불이행할 경우에 신제품 출하시 적정량을 공급받지 못하게 되는 등의 불이익을 우려하게 되며, ② 이 사건 행위당시 경제상황은 유통업체의 제조업체에 대한 의존성이 커져가는 국면이었고, 조제분유부문은 유통이 상당한 정도의 계열화가 진행되어 있어 매일유업이 직접적인 강제력을 행사하지 않더라도 유통업자들의 협력을 비교적 용이하게 확보할 수 있으며, ③ 판매정책수립시 기초자료로만 활용한다는 것은 매일유업의 일방적인 주장에 불과한 것으로서 모두 타당성이 없다고 판단하였다.

그 결과 공정거래위원회는 전원회의에서 매일유업의 행위가 공정거래법 제29조 소정의 재판매가격 유지행위에 해당한다는 이유로, 동법 제31조, 제31조의 2의 규정에 따라 1998. 6. 9. 매일유업에 대하여 시정명령과 더불어 2억 6,600만 원의 과징금부과 처분을 내렸다. 아울러 공정거래위원회는 매일유업이 당시 시정조치 시점으로부터 최근 3년 이내에 총 7회에 걸쳐 상습·반복적으로 범위반행위를 하였을 뿐만 아니라, 유아들의 생필품에 대해 범위반행위를 함으로써 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 보고, 법 제67조 제4호 및 제70조에 따라, 매일유업 및 그 대표자를 각각 형사고발하였다.²⁾

2) 이의신청 및 재결

매일유업은 공정거래위원회의 이 같은 결정에 불복하여 이의신청을 제기하였다. 이 과정에서 법 제2조 제6호 소정의 재판매가격 유지행위의 의미에 관하여 중요한 쟁점들이 부각되었다.³⁾

2) 공정거래위원회 1998. 6. 9. 전원회의 의결 제98-111호.

3) 공정거래위원회 1998. 12. 1. 전원회의 재결 제98-47호.

가) 거래상의 구속성 여부에 관하여

먼저 매일유업은 자사가 책정한 권장소비자가격은 현실적으로 그 실효성이 확보되어 있지 아니하여 구속이 존재하지 않으므로 재판매가격 유지행위가 성립할 수 없다는 점을 주장하였다. 이에 대해 공정거래위원회는 법 제2조 제6호 규정의 재판매가격 유지행위가 성립하기 위해서는 계약 등 명백한 구속이 상대방에게 부과될 필요까지는 없고 제조업자가 지시한 가격으로 판매하지 않을 경우 경제상의 불이익을 부과하거나 부과할 것을 시사하는 등 어떤 형태의 인위적 수단을 사용함으로써 당해 가격으로 판매하도록 하면 충분한 것으로 볼 수 있다고 하는 한편, 이견 사실관계에 비추어 볼 때 매일유업의 행위는 구속성이 있는 것으로 판단된다고 하였다.

나) 대형 할인매장에 대한 가격인상 종용 또는 공급중단 예정 통지가 불가피하다는 주장에 대하여

매일유업은 당시 제조분유가 공급과잉 상태에 있는데다 복수의 분유제조업자가 존재하는 상황에서 분유제조업자가 농협 기타 대형할인매장에 대해 약자의 입장에 있기 때문에 오히려 대형할인매장의 요구에 응하지 않을 수 없는 상황이고, 가격인상의 종용 또는 공급중단예정 통지를 한 것은 농협 기타 대형할인매장의 부당한 가격경쟁 행위로부터 인근의 소매점들을 보호하여 공정한 경쟁을 유도하기 위하여 불가피한 조치였다고 주장하였다.

이에 대해 공정거래위원회는 원칙상 대형할인매장과 슈퍼마켓 등은 매일유업과 독립되어 있는 별개의 유통사업자이므로 분유제품의 판매가격은 당해 시장에서 자신의 영업전략과 영업능력 등에 따라서 경쟁을 통해 자율적으로 결정되어야 하는데도 불구하고 매일유업이 소매점들을 보호한다는 명목 하에 가격인상을 종용하거나 공급중단 예정임을 통지한 행위는 개별사업자들의 가격결정권을 제약함으로써 당해 시장에서의 공정한 경쟁을 저해하는 행위이므로 그 같은 주장은 받아들일 수 없다고 하였다.

다) 제재가 과중하다는 주장에 대하여

한편, 매일유업은 공정거래위원회가 부과한 과징금의 수위가 과중하며, 형사고발 조치도 과다하다고 주장하였는데, 공정거래위원회는 이 주장 역시 받아들이지 않았다.

라. 고등법원의 판결

매일유업은 공정거래위원회의 심결에 불복하여 서울고등법원에 행정소송을 제기하였으나, 서울고등법원은 원고의 주장을 기각하고 공정거래위원회 승소판결을 내렸다.⁴⁾

먼저 법원은 재판매가격 유지행위의 요건에 관하여, 사업자가 상품을 판매함에 있어서 미리 정한 가격대로 판매하지 않는 경우 거래를 중단하거나 또는 공급량을 줄이거나 공급조건을 불리하게 하는 등의 물리적 강요행위가 포함됨은 물론, 단지 사업자가 거래중단을 시사하였거나 혹은 사업자의 행위가 가격유지의 권장 또는 협조요청의 형식을 취하였다고 하더라도 재판매가격의 유지가 실효성이 확보된 수단을 통하여 이루어지는 경우에는 가격을 통제하는 행위로서 재판매사업자 사이의 자유로운 가격경쟁을 저해하는 것이므로 재판매가격 유지행위에 포함된다고 하였다.

그런데 본 건의 경우 매일유업은 공급중단이나 물량조절 혹은 그 예정통지 및 직원들의 감시·감독활동 등의 실효성이 확보된 수단을 통하여 소비자가격을 일정한 수준으로 유지하였으므로 공정거래법 소정의 '재판매가격 유지행위'에 해당하며, 이러한 원고회사의 행위를 단지 거래처에 권장소비자가격을 통보한 것이라거나 통상적인 영업활동의 일환이라고는 할 수 없다고 판단하였다. 아울러, 설령 매일유업의 그 같은 행위가 대형 할인점들의 지나친 저가 판매로 인하여 피해를 입고 있는 인근 소매점들을 보호하려는 의도에서 비롯된 것이라 하더라도 달리 볼 것은 아니라는 점을 분명히 하였다.

또한 공정거래위원회의 과징금 부과처분 역시 지나치게 무거워 재량권을 일탈하였거나 남용하였다고 보기는 어렵다고 판시하였다.

마. 대법원의 판결

대법원의 상고심 역시 공정거래위원회의 승소로 종결되었다.⁵⁾ 다만, 대법원은 원심의 판결 가운데 매일유업 광주지점 직원들이 관내 일부 유통업체를 방문하여 판매가

4) 서울고등법원 2000. 1. 28. 선고 98누14947 판결.

5) 대법원 2002.5.31. 선고 2000두1829 판결.

격 인상을 적극적으로 요청한 사실이 있다는 점만이 인정될 뿐, 나아가 그들이 소비자가격을 준수하지 아니한 일부 유통업체에 대하여 공급을 중단하겠다고 하거나 공급을 원활하게 하지 않는 방법으로 사실상 제재를 가하였다는 점까지는 인정되지 아니하므로, 이 부분 사실인정에는 채증법칙 위배, 심리미진 등의 잘못이 있다고 보았다. 반면에 이 부분을 제외한 나머지는 기록상 그 증거취사에 잘못이 없으므로 적법하며, 나머지 사실인정 부분만으로도, 원고 회사가 공급중단의 예정통지 및 직원들의 감시·감독활동 등의 수단을 통하여 조제분유제품의 소비자가격을 일정한 수준으로 유지하여 왔음이 넉넉히 인정된다고 하였다.

한편, 사업자가 재판매사업자에게 상품을 판매함에 있어 일방적으로 재판매가격을 지정하여 그 가격대로 판매할 것을 지시·통지하는 행위는 그것이 단지 참고가격 내지 희망가격으로 제시되어 있는 것에 그치는 정도인 경우에는 이를 위법하다 할 수 없으나, 거기에서 그치지 아니하고 재판매사업자로 하여금 그 지시·통지에 따르도록 하는 것에 대하여 현실로 그 실효성을 확보할 수 있는 수단이 부수되어 있다면, 이는 재판매가격 유지행위에 해당하므로 위법하다고 하여 원심의 판시내용을 유지하였다.⁶⁾

나아가 원심과 마찬가지로 본건에서 매일유업의 거래처에 대한 소비자가격 통보행위는 단지 참고가격 내지 희망가격을 통보하는 것에 그치는 것이라기보다는, 거래처로 하여금 원고 회사가 제시한 소비자가격대로 판매하게끔 하는 것에 대하여 조직적인 감시·감독활동 내지 공급중단 등의 통지·시사라는 실효성이 확보된 수단이 부수되어 있었다고 보이므로 재판매가격 유지행위에 해당한다고 하였다. 또한 매일유업측의 일부 대형할인점에 대한 가격인상 요구 속에 일부 대형할인점의 지나친 저가 판매로 인하여 피해를 입고 있는 인근 소매점들을 보호하려는 의도가 포함되어 있다고 하더라도 그와 달리 볼 것은 아니라고 하였다.

아울러 원심의 과징금부과처분에 있어서도 재량남용에 관한 법리오해 등의 위법이 없다고 판결하였다.

6) 대법원 2001. 12. 24. 선고 99두11141 판결 참조.

2. 관련 규정 및 제도

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」⁷⁾

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

6. 재판매가격 유지행위”라 함은 사업자가 상품 또는 용역을 거래함에 있어서 거래 상대방인 사업자 또는 그 다음 거래단계별 사업자에 대하여 거래가격을 정하여 그 가격대로 판매 또는 제공할 것을 강제하거나 이를 위하여 규약 기타 구속조건을 붙여 거래하는 행위를 말한다.

제29조(재판매가격 유지행위의 제한) ①사업자는 재판매가격 유지행위를 하여서는 아니 된다. 다만, 상품이나 용역을 일정한 가격 이상으로 거래하지 못하도록 하는 최고가격유지행위로서 정당한 이유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

가. 관련규정의 도입배경과 주요국의 입법례

1) 재판매가격 유지행위의 의미와 규제논거

본건 대상심결은 재판매가격 유지행위의 위법성 판단기준으로서 강제성의 요건을 명확히 했다는 점에서 이 분야의 선도적 심결 중 하나로 꼽을 수 있는 사안이다. 잘 알려진 대로 재판매가격 유지행위는 사업자가 상품 또는 용역을 거래함에 있어서 거래 상대방인 사업자 또는 그 다음 거래단계별 사업자에 대하여 거래가격을 정하여 그 가격대로 판매 또는 제공할 것을 강제하거나 이를 위하여 규약 기타 구속조건을 붙여 거래하는 행위로 정의된다.⁸⁾ 우리 공정거래법에 채용된 법령용어로서 Resale Price Maintenance의 변안어라 할 수 있으며, 줄여서 ‘RPM’, 혹은 ‘재판가유지행위’ 등으로 불리기도 한다.

이 개념을 분설하자면, 먼저 재판매(resale)의 주체는 소비를 목적으로 하지 않고 전매에 의한 이윤획득을 추구하는 도매업자, 제조업자 등 사업자로 국한된다.⁹⁾ 또한 이때 사업자가 제시하는 재판매가격은 고정가격(price fixing), 최고가격(price

7) 1999.2.5. 법률 제5813호로 개정되기 전의 것.

8) 공정거래법 제2조 제6호.

9) 황태희, 「재판매가격 유지행위에 관한 연구」, 서울대학교 석사학위 논문, 2000, 16쪽.

ceiling), 최저가격(price floor), 가격대(price range) 등 다양하게 나타날 수 있으며, 이를 상대방에게 구속력 있는 수단을 통해 지정하여 관철시킬 경우에는 ‘유지’행위로 보게 된다. 따라서 강제력이 없는 상태에서 단순히 권고 내지 권장하는 행위는 무방하나, 권장의 형식을 취하더라도 사실상 유통업자 전체가 준수하여야 한다면 지정행위로 볼 수 있다.¹⁰⁾

이와 같은 수직적 구조 속에 행하여지는 재판매가격 유지행위는 상위의 제조업자 및 서비스업자와 그 다음 단계의 대리점, 유통업자 등 사업자간에 독립적으로 형성되어야 할 가격을 통제하는 수단이 되며, 그 결과 하위 사업자간의 가격경쟁을 소멸시키게 된다는 점에서 그 위법성이 매우 높은 것으로 여겨져 왔다. 더욱이 재판매가격을 강요받는 판매업자의 입장에서 일정율의 마진을 보장받는 결과가 되므로 판매경쟁에 소극적으로 대처하여 장기적으로 유통의 효율성을 저해할 우려가 있는데다, 본질적으로 수직적 관계에 있는 사업자간에 상품의 가격을 합의하는 성격을 띠게 되어서 사실상 가격담합과 동일한 결과를 초래하기도 한다. 특히나 유통업자들이 상위사업자에게 요청하는 방식으로 재판매가격 유지행위가 이루어지거나 시장지배력을 가진 사업자가 개입하는 경우에는 횡적, 집단적 재판매가격 유지행위로 발전하여 사실상 수직적이 아닌 수평적 담합과 유사한 성격을 띠기도 한다.

재판매가격 유지행위에 내재된 이 같은 부정적 측면 때문에 경쟁법을 채용한 나라에서는 예외 없이 재판매가격 유지행위를 규제하여 오고 있으며, 규제의 강도 또한 상당히 엄격한 기초를 견지하여 온 것으로 평가할 수 있다. 다만 재판매가격 유지행위를 금지대상으로 명시적으로 규정하고 있는 입법례는 흔치 않으며, 특히 우리 공정거래법의 경우처럼 입법기술상 높은 비중과 독립성을 부여한 채 이를 규율해오고 있는 법을 찾아보긴 어렵다. 이 점은 전 세계 경쟁법의 법제와 이론, 판례를 선도해 오고 있는 미국이나 EU 등의 경우도 마찬가지이다.

10) 공정거래위원회 심결에는 계약서 등을 살펴 볼 때 이 같은 지정행위는 주로 대리점 판매 가격을 지정하는 경우, 대리점이 판매할 가격의 하한선을 미리 지정하거나 통보하는 경우, 시장정상화 등의 명목으로 대리점에 대해 최저가격이하로 판매 금지 또는 자제를 요청하는 공문을 발송하는 경우 등의 형태로 이루어지는 것으로 나타난다.

2) 주요국의 규제 입법례

가) 미국

전통적으로 미국 독점금지법은 재판매가격 유지행위를 1890년 제정된 셔먼법(Sherman Act) 제1조 소정의 거래제한(restraints of trade)에 포섭하여 규제해 왔다. 본래 셔먼법 제1조는 카르텔을 위시한 수평적 거래제한을 중심으로 규제가 이루어져 왔지만 재판매가격 유지행위를 포함한 수직적 거래제한에 대해서도 폭넓게 적용되었다. 즉, 재판매가격유지의 위법성 판단기준을 독립적으로 제시한 규정 없이 판례 등을 통해 이를 구체화하는 방식으로 규제가 이루어져 온 것으로 볼 수 있다. 다만, 셔먼법 제1조는 계약이나 협정을 통한 거래제한을 금지대상으로 하고 있기 때문에 계약이나 약정에 의해 재판매가격이 행해지 않는 경우에 동법을 적용할 수 있는지가 해석상 문제되었다. 이에 관하여 미국 연방대법원은 1919년 Colgate 판결¹¹⁾에서는 계약(agreement)을 통하지 않은 거래제한행위에 대해서는 셔먼법을 적용할 수 없다는 입장을 견지함으로써, 계약 형식이 아닌 일방적 재판매가격 방침의 공표 및 강제는 법의 적용대상에서 배제되는 결과가 되기도 하였다. 동 판결에 대해서는 이후로도 많은 논란이 제기되었으나, 1984년의 Monsanto 판결¹²⁾에서 다시 확인되었다. 즉 제조업자나 판매업자가 독자적으로 행동했을 가능성을 배제할 수 있는 증거가 있는 경우에만 셔먼법 제1조의 합의나 공모가 인정될 수 있다는 것이다. 이 점은 우리 공정거래법의 규율방식 내지 해석과는 다른 접근방식이라 할 수 있다. 이 점은 후술한다.

한편 주법 차원에서는 캘리포니아주가 1933년 Fair Trade Act를 제정하여 재판매가격 유지행위에 대한 규제여부를 각 주법의 소관사항으로 위임하는 한편 해당 주의 경제상황에 따라 위법여부를 결정토록 하였다. 이후 1945년 이래 45개 주에서 동법과 유사한 법률이 입법된 것으로 알려진다.¹³⁾ 연방차원에서는 재판매가격 유지행위 규제에 관한 1937년 Miller-Tyding Act와 1952년 McGuire Act가 제정되었다가 이후 폐지되었다.

11) U.S. v. Colgate & Co. 250 U.S. 300 (1919).

12) Monsanto Co. v. Spray-Rite Co., 466 U.S. 752(1984).

13) 윤창호·이규억, 『산업조직론』, 법문사, 1997, 409면.

나) EU

EU 경쟁법은, 널리 알려진 바대로, 유럽공동체조약 제101조의 거래제한의 금지와, 제102조 소정의 시장지배적지위 남용의 금지 규정으로 대별되며, 그 외에 경쟁제한적 기업결합을 규제하는 합병통제규칙을 가미하여 형성되어 있다. 이 가운데 재판매가격 유지행위를 금지한 명시적 규정은 존재하지 않는다. 다만 다분히 미국 서면법의 영향을 받은 제101조가 수평적, 수직적 거래제한을 모두 포섭하고 있을 뿐만 아니라 계약이나 협정, 결의 등에 의한 각종 경쟁제한행위에 널리 적용된다는 의미에서 일반조항(general clause)의 성격을 갖고 있어서, 수직적 거래제한의 대표적 행태인 재판매가격 유지행위에 대해서도 동조가 적용된다고 볼 수 있다.¹⁴⁾ 특히 최저재판매가격 유지행위는 원칙적으로 동조 제1항에 반하는 위법행위로 여겨져 왔다. 아울러 최고재판매가격 유지행위에 대해서는 통상적인 가격담합행위에 비하여 소비자에게 이익이 되며 사업자간 효율성 증대효과를 가진다는 점이 EU에서도 인정되는 만큼 일괄적용면제 방식으로 허용될 가능성이 없지는 않다.

요컨대, EU 경쟁법상 명시적 금지규정을 두고 있지 않은 까닭에 EU에서도 재판매가격 유지행위에 대한 구체적인 위법성 판단기준은 유럽집행위원회나 유럽법원의 실무에서 도출되고 있으며, 비교적 엄격한 기초위에 이를 규제해 오고 있다고 할 수 있다.

EU 역내에서는 독일 경쟁제한금지법(GWB)이 거래조건결정의 자유를 제한하는 행위의 일 유형으로 재판매가격 유지행위를 규제하고 있으며, 영국의 경우는 당초 1956년의 제한적 거래관행법(Restrictive Trade Practices Act)에서 금지해 오다가 다소 특이하게도 재판매가격 유지행위를 금지하는 특별법으로서 Retail Prices Act를 1964년 제정하여 운용해 오고 있다.

다) 일본

한편 일본의 사적독점금지법에서는 재판매가격 유지행위를 별도로 규정하고 있지는 않는 대신, 불공정거래행위의 유형에 관해 규정한 고시(일반지정) 상 구속조건부 거래의 한 유형으로 재판매가격 유지행위를 규제하여 오고 있다.

14) 이봉의, 「독점규제법상 재판매가격 유지행위의 성격과 규제체계에 관한 소고」, 『법학』 제48권 4호 (통권 제145호), 2007.12, 244쪽.

3) 위법성 판단의 변화

가) 논의 배경

재판매가격 유지행위에 대한 평가와 위법성의 판단은 이 행위에 내포된 다양한 효과가 규명되면서 시대에 따라 중대한 변천의 과정을 거친 채 현재에 이르고 있다. 특히 재판매가격 유지행위가 일종의 브랜드 내 경쟁(intra-brand competition)을 제한하는 효과를 가지는 반면에 브랜드 간 경쟁(inter-brand competition)이 더욱 촉발되는 효과를 기대할 수 있다는 점이 인정되는 한편, 광고 등 판매촉진에 기여하지 않은 사업자의 무임승차(free-riding)를 방지하거나 염가판매로 인해 행위자가 취급하는 상품의 이미지를 훼손하지 않도록 할 필요성이 받아들여지면서 이 행위에 대한 종합적 고찰 및 검토 작업이 시도되어 오고 있다. 이를 테면 행위로 인한 위법성의 판단을 위해서는 친경쟁적(pro-competitive effects) 효과와 반경쟁적 효과(anti-competitive effects)간의 비교형량 및 전체적인 효율성 증대효과에 대한 면밀한 분석이 필요한 것으로 인식되고 있다.

나) 미국 판례법상 재판매가격 유지행위에 대한 위법성 판단의 변화

미국에서 연방대법원이 재판매가격 유지행위협정에 대한 엄격한 입장을 수립한 것은 최저재판매가격 유지행위에 대해 당연위법의 원칙을 적용한 1911년 Dr. Miles 판결을 통해서라고 할 수 있다.¹⁵⁾ 이 사건에서는 제약회사인 Dr. Miles가 의약품의 소매가격을 정하는 계약을 체결한 것이 문제되었고, 브랜드 내 경쟁의 제한이 아니라 다분히 보통법(common law)에 기초하여 그 위법성을 인정하였다.

한편, 최고재판매가격 유지행위에 대해서는 신문사가 배달업체에 대하여 최고가격을 정한 것이 문제되었던 1968년 Albrecht 판결¹⁶⁾에서 연방대법원이 이를 당연위법으로 판시하였다. 이후 30여 년간 당연위법의 원칙이 지배하다가 1997년 Khan 판결¹⁷⁾을 계기로 합리성의 원칙으로 전환하였다. Kahn 판결에서 연방대법원은 최고재판매가격 유지행위의 경쟁제한성은 당연위법에 의하지 않고도 통제가능하고, 이를 언

15) Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co. 220 U.S. 373 (1911).

16) Albrecht v. Herald Co. 390 U.S. 145 (1968).

17) State Oil Co. v. Khan 922 U.S. 3 (1997).

제나 금지할 경우 제조업자의 수직통합을 조장함으로써 오히려 독립적인 판매업자의 존속을 어렵게 할 수 있다는 점을 지적하였다. 이러한 태도는 제조업자가 최고재판매 가격 유지행위를 시행하는 취지가 주로 구역별 독점판매업자의 남용을 방지하거나 판매업자간 카르텔을 방지하기 위한 데에 있음이 적극적으로 고려되었기 때문이다. 즉, 그 동기가 주로 구역별 독점을 유지하고 있는 판매업자의 높은 가격책정이나 판매업자들간의 가격담합으로 인하여 제조업자의 생산량이 감소할 우려가 있기 때문이며, 따라서 최고 재판매가격 유지행위가 경쟁제한의 폐해를 상쇄할 정도의 공급량증가나 소비자후생증가의 효과를 기대할 수 있다는 합리성의 원칙(rule of reason)에 의한 접근방법이 채택된 것이다.

그 후 일련의 변천을 겪으면서도 유지되던 당연위법의 원칙은 지난 2007. 6. 28. 연방대법원이 Leegin 판결에서 최저재판매가격 유지행위에 대해서도 당연위법의 원칙에 일대 변화를 가져올 판결을 내리면서 와해되기에 이르렀다.¹⁸⁾ Leegin 판결이 최저재판매가격 유지행위에 대해서 경쟁촉진효과를 아울러 고려할 것을 밝힌 것은 수직적 비가격제한이 가질 수 있는 긍정적 효과를 수직적 가격제한에서도 원용할 수 있다는 의미로 볼 수 있다.

다만 동 판결에도 불구하고 시장지배적 사업자의 재판매가격 유지행위나 제조업자 또는 판매업자간 수평적 경쟁제한을 조장하는 재판매가격 유지행위는 여전히 금지될 가능성이 매우 높고, 여전히 당연위법의 원칙을 고수하고 있는 각 주의 독점금지법이 적용될 수도 있다.

다. 현행법상 재판매가격 유지행위 금지제도의 주요 내용

1) 공정거래법상 재판매가격 유지행위 금지규정의 특징

우리 공정거래법은 제정시부터 법률사항으로서 재판매가격 유지행위의 개념과 금지의 원칙을 명시하여 규율하였다. 법 제정 당시 재판매가격 유지행위는 법 제2장 제20조 내지 제22조에서 규정하였다. 공정거래위원회에 의한 재판매가격 유지행위의 적

18) Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc. 127 S. Ct. 2705 (2007).

발 및 제재건수는 1981년 8월 24일 정유5사의 재판매가격 유지행위건¹⁹⁾을 시초로 하여 2010년 말 현재까지 187건에 이른다. 연간 5~10건 가량의 위반건수가 발생해왔던 셈이다. 이들 위반행위에 대해 공정거래위원회는 시정권고, 시정명령, 과징금 부과 등의 다양한 조치를 취하였다.

재판매가격 유지행위에 관한 공정거래법의 접근방식 및 집행실무는 몇 가지 점에서 특징을 보이고 있다.

먼저 비교법적으로 구속조건부거래의 성격을 띠면서도 독립된 장(제7장)과 조항으로 규율되어 왔다는 점에서 특이한 경우라 할 만하다. 불공정거래행위의 일종이지만 가격의 구속을 조건부로 하는 수직적 제한(vertical restraint)행위라는 점에서 별도의 위법성 판단기준 및 제재수단을 둘 필요가 있기 때문이었던 것으로 추측된다.

또한 조문상 ‘부당하게’나 ‘정당한 이유없이’와 같이 위법성 평가요소를 제시하지 않아 상당기간 당연위법(per se illegal) 원칙에 유사한 위법성 판단기준이 사용되었던 유형이기도 했다.²⁰⁾ 그 결과 법 제29조의 실체법적 구성요건 보다는 법 제2조 소정의 개념의 해석과 적용이 위법성 입증에 있어서 매우 중요한 요소로 작용하였다.

한편 공정거래법 개정과정에서 유독 외국의 동향, 특히 미국의 연방대법원 판결의 변화에 직접적인 영향을 받은 규정이라는 점도 특징이다. 이를테면 2001년에 있었던 개정에서 최고재판매가격 유지행위에 대하여 ‘정당한 이유’가 있는 경우 이를 금지하지 않을 수 있도록 한 것은 1997년의 미국 연방대법원의 Kahn판결에 나타난 판시내용을 입법으로 채용한 조치로 볼 수 있다. 또한 최근 우리 대법원의 판결²¹⁾에서 최저 재판매가격 유지행위에 대하여 법 규정에는 나타나 있지 않은 위법성 판단기준을 적용한 사례 또한 미국 연방대법원의 2007년 Leegin 판결을 반영한 것이라 할 수 있다.

2) 재판매가격 유지행위의 개념규정(제2조 제6호)의 내용과 변천

재판매가격 유지행위에 대한 규정은 크게 개념에 관한 제2조와 금지에 대한 법 제7

19) 공정거래위원회 1981.8.24 의결(시정명령) 제7호.

20) 동 조에 당연위법원칙이 채용된 것으로 해석하는 견해로는 정호열, 『경제법』, 2006, 411쪽; 신현윤, 『경제법』, 2006, 345쪽 등 참조.

21) 대법원 2010. 11. 25. 선고 2009두9543판결; 대법원 2011.3.10. 선고 2010두9976판결.

장으로 나뉜다. 이 두 규정은 법 제정 이후 거의 바뀌지 않은 채 운용되어 오다가²²⁾ 2001년 1월 16일에 있었던 제20차 개정 시에 중대한 변경이 이루어진 후 현재에 이르고 있다.

먼저 제2조 제6호의 재판매가격 유지행위에 대한 개념규정은 법 제정시로 부터²³⁾ 2001년 개정되기 전까지 “상품을 생산 또는 판매하는 사업자가 그 상품을 판매함에 있어서 재판매하는 사업자에게 거래단계별 가격을 미리 정하여 그 가격대로 판매할 것을 강제하거나 이를 위하여 규약 기타 구속조건을 붙여 거래하는 행위”로 정의되어 있었다.

하지만 이 같은 정의규정은 사업자가 판매하는 당해 상품의 다음단계 판매가격만을 구속하는 것으로 해석될 소지가 있어, 유통단계에서 동일한 당해 상품에 대한 가격구속행위가 아닌 경우에는 공정거래법으로 규제하는데 어려움이 있는 것으로 지적되었다. 예를 들어, 가맹사업에서 가맹본부가 원재료를 공급하고 가맹점이 이를 가공하여 완제품을 판매하는 경우에 가맹본부가 완제품에 대하여 가격유지행위를 하는 경우에도 재판매가격 유지행위 금지 규정의 적용이 어려웠다.²⁴⁾ 이에 따라 2001년 법 개정시 종전에는 상품만을 대상으로 하던 것을 변경하여 용역에 대한 재판매가격 유지행위도 포함시키는 방식으로의 개정이 이루어졌다.

본건 매일유업의 재판매가격 유지행위 사안의 경우는 1999. 2. 5. 법률 제5813호로 개정되기 전의 법이 적용되었으므로, 구법상의 정의규정에 따라 재판매가격 유지행위인지 여부가 가려졌다.

3) 재판매가격 유지행위의 금지규정(제29조)의 내용과 변천

한편, 재판매가격 유지행위에 대한 금지규정은 법 제정시 제20조에서 편재되어 왔다가, 1990년 제3차 전면개정시에 내용상의 변화 없이 제29조로 규정의 위치가 변경되었다. 종전에는 “상품을 생산 또는 판매하는 사업자는 재판매가격 유지행위를 하여

22) 재판매가격 유지행위의 금지규정은 법 제정당시에는 제20조에 편성되어 있었으나, 1990년의 제3차 전면개정 시 조문번호가 제29조로 변경되는 형식적 변화는 있었다.

23) 1980년 법률 제정시에는 제2조 제4항에 규정되어 있었다.

24) 공정거래위원회, 「시장경제창달의 발자취-공정거래위원회 20년사-」, 공정거래위원회, (2001), 408면.

서는 아니 된다”는 단순한 규정만을 두고 있어서, 조문의 해석상 모든 재판매가격 유지행위에 대해 아무런 위법성 판단요소의 고려 없이 마치 미국법상의 당연위법(per se illegal)과 흡사한 방식의 규율이 가능한 것으로 이해되기도 하였다. 하지만 최고가격제로서 유통업자의 마진을 축소시킴으로써 소비자에게 이익이 되는 경우 등에는 이를 탄력적으로 적용할 필요가 있다는 점이 줄곧 주장되어 왔었고, 특히나 1997년에 미국 연방대법원이 최고재판매가격 유지행위(maximum RPM)에 대해서는 중전의 당연위법 원칙을 폐기하고 합리의 원칙(rule of reason)에 따라 위법성을 판단해야 한다는 입장으로 선회하면서²⁵⁾ 우리 공정거래법의 규정에 대한 개정 필요성이 급격히 대두되었다. 이에 따라 2001년 1월 법률 개정시 정당한 이유가 있는 최고재판매가격 유지행위는 금지대상에서 제외될 수 있는 것으로 규정하였고, 그 결과 재판가유지행위에 대한 규제방식에 있어 중대한 변화가 이루어지게 되었다.

<표 2> 재판매가격 유지행위에 대한 금지규정의 변천

| 법 제정시(1980.12.31) | 제2차 개정(1987.4.1) | 제20차 개정(2001.1.16) |
|---|--|---|
| 제2조 (정의) ④이 법에서 재판매가격 유지행위”라 함은 상품을 생산 또는 판매하는 사업자가 그 상품을 판매함에 있어서 재판매하는 사업자에게 거래단계별 가격을 미리 정하여 그 가격대로 판매할 것을 강제하는 규약 기타 제한 조건을 붙여 거래하도록 하는 행위를 말한다. | 제2조 (정의) ⑥이 법에서 재판매가격 유지행위”라 함은 상품을 생산 또는 판매하는 사업자가 그 상품을 판매함에 있어서 재판매하는 사업자에게 거래단계별 가격을 미리 정하여 그 가격대로 판매할 것을 강제하거나 이를 위하여 규약 기타 구속조건을 붙여 거래하는 행위를 말한다. | 제2조 (정의) 6. 재판매가격 유지행위”라 함은 사업자가 상품 또는 용역을 거래함에 있어서 거래 상대방인 사업자 또는 그 다음 거래단계별 사업자에 대하여 거래가격을 정하여 그 가격대로 판매 또는 제공할 것을 강제하거나 이를 위하여 규약 기타 구속조건을 붙여 거래하는 행위를 말한다. |

본 건의 경우는 이 같은 법 개정이 이루어지기 이전의 구법이 적용된데다, 최고재판매가격 유지행위가 아닌 최저재판매가격 유지행위에 해당하였다. 그 결과 법 제29조의 위반여부를 가리기 위한 전제로서 부당성이나 정당한 이유의 존재에 대한 별도의 검토 없이 법 제2조 소정의 재판매가격 유지행위에 해당하는지 여부만을 중점 판단하는 구도 속에 그 행위의 위법성이 가려졌다.

재판매가격 유지행위의 개념상 가장 중요한 요건은 역시 가격의 유지행위 즉, 가격

25) State Oil Co. v. Khan 522 U.S. 3 (1997)

지정의 구속성 내지 강제성의 정도라 할 수 있는데, 이에 대해서 법률상으로는 아무런 언급을 하고 있지 않다. 본 사건은 바로 이 점에 관한 중요한 기준을 제시한 것이라는 점에서 의미가 크다고 할 수 있다. 이하에서는 본 건을 포함하여 재판매가격 유지행위 사례에서 일반적으로 제기되어 왔거나 향후 제기될 수 있는 쟁점들을 분석해 보기로 한다.

3. 주요 쟁점

가. 재판매가격 유지행위 사건에 관한 법적 쟁점의 소재

전술한 것처럼 재판매가격 유지행위에 관한 규정은 크게 개념에 관한 제2조와 금지에 관한 제29조로 양분된다. 이 가운데 실제사건에서 제기된 쟁점들은 ‘행위의 위법성’(제29조) 보다 ‘행위예의 해당성’(제2조 제6호)을 중심으로 전개되어 온 측면이 있으며, 이는 본건에서도 크게 다르지 않았다. 특히 본 건이 문제되었던 시점도 그러하거나와 행위의 성격상 최저재판매가격에 대한 유지 형태로 행위가 이루어졌으므로 법 제29조의 요건은 크게 문제되지 않았다. 반면에 법 제2조 제6호에서 제시된 재판매가격 유지행위에 해당하는지를 둘러싸고 피심인인 매일유업과 공정거래위원회의 시각이 달랐다. 이는 앞서 살펴 본 바와 같이 그 후 법원의 판결에서도 줄곧 대립되었던 핵심 쟁점이었다.

아래에서는 이 같은 사항을 포함하여 재판매가격 유지행위 건에서 흔히 대두되는 쟁점들을 살펴보기로 한다.

나. 본건 행위당시의 행위개념상 요건 및 쟁점

1) 재판매가격 유지행위의 개념요소

행위당시의 법 제2조 제6호의 요건에 관해 행위 개념을 중심으로 살펴보자면 “상품을 생산 또는 판매하는 사업자가 그 상품을 판매함에 있어서 재판매하는 사업자에게

거래단계별가격을 미리 정하여 그 가격대로 판매할 것을 강제하는 규약 기타 제한조건을 붙여 거래하도록 하는 행위”로 정의함으로써, 일응 ① 재판매하는 사업자 즉 거래상대방이나 다음 거래단계별 사업자를 상대로 할 것, ② 거래가격을 정할 것, ③ 그 가격대로 판매 또는 제공할 것을 강제할 것 등의 세 요건을 추출해 볼 수 있다.

이런 요건은 2001년 법 개정 후 재판매가격 유지행위의 개념이 “사업자가 상품 또는 용역을 거래함에 있어서 거래상대방인 사업자 또는 그 다음 거래단계별 사업자에 대하여 거래가격을 정하여 그 가격대로 판매 또는 제공할 것을 강제하거나 이를 위하여 규약 기타 구속조건을 붙여 거래하는 행위”로 변경된 현재에도 유효한 것으로 볼 수 있다.

2) 재판매(resale) 개념

재판매는 제조업자나 상위 유통업자가 다음 단계의 독자적 판매사업자에 판매한 것을 해당 사업자가 다시 판매하는 행위를 의미한다. 이 점에서 상품의 소유권을 유보한 채 하위 판매업자에게 상품의 판매를 위탁하는 소위 위탁판매(assignment)와 구별된다. 요컨대 판매사업자의 가격결정권한 등 독립성이 배제되어 있는 위탁판매는 상위 사업자가 판매가격을 지정하더라도 재판매가격 유지행위가 되지 않는다.

현실적으로 재판매는 대부분 도매상, 소매상 등 유통업자, 혹은 대리점, 특약점 등을 통한 계약체결 방식으로 이루어진다. 이 가운데 대리점이나 특약점 경우 공급자와의 관계에 있어서 상법상 대리상과는 달리 일종의 유통업자로서 독립된 사업자의 위치에 서게 되고 판매대상 상품의 소유권도 이전되는 것이 일반적이다. 따라서 반품이 허용되지 않으며 판매가격도 자율적으로 정하는 것이 원칙이다.

문제는 현실적으로 이들 유통업자의 다양한 명칭에 따라 그 법률적 성격과 효과가 일률적이지 않다는 점이다. 대리점의 경우도 유통계열화의 일환으로 상위 사업자에게 구속되어 가격설정과정의 자율성이 배제되는 상황을 어렵지 않게 상정해 볼 수 있다. 이 경우 제조업자 등이 독립적 대리점에 대해 ‘위탁판매’ 형식을 취하면서 재판매가격 유지행위를 면탈할 가능성이 있다. 따라서 판매단계를 달리하는 사업자간의 거래가 위탁판매인지 재판매인지를 가리는 일이 일차적인 관건이라 할 수 있는데, 이는 유통

업자 등 하위 판매단계의 사업자에 대한 명칭 등 외형, 형식에 의해서가 아니라 그 실질을 기준으로 종합하여 판단하여야 할 것이다. 공정거래위원회도 이 점을 일찍부터 인식하여, 재판매의 경우 수탁자가 독립상인으로서 행동하고 있는지의 여부를 판단하기 위해서는 소유권의 귀속시기가 언제부터인지, 대리점이 상품을 수령할 때 세금계산서를 교부받고 있는 등 세법상 독립적 사업자로 거래하고 있는지, 외상판매의 대금 회수 책임이나 재고품에 대한 위험부담은 누가 지는지 등을 기준으로 하여야 한다는 심결들을 내 놓은 바가 있다. 단 본 건에서는 당사자들의 거래상 지위가 비교적 명확한 양상으로 전개되었으므로, 이에 관한 쟁점이 부각되지는 않았다.

3) 가격의 지정

재판매가격 유지행위의 개념요소로서 가격의 지정행위에 대하여, 공정거래위원회의 심결은 물론이고 주요국의 법제 및 법원판례도 비교적 포괄적인 시각에서 이를 포섭하여 오고 있다. 즉, ① 계약서 등을 통하여 대리점 판매가격을 지정하는 경우, ② 대리점이 판매할 가격의 하한선을 미리 정하거나 통보하는 경우,²⁶⁾ ③ 시장정상화 등의 명목으로 대리점에 대해 최저가격 이하로 판매금지 또는 자제를 요청하는 공문을 발송하는 경우 등이 모두 가격의 지정행위에 해당할 수 있다.²⁷⁾ 이 외에 리베이트율이나 마진율을 정하는 행위 역시 가격지정의 일환으로 보게 될 것이다. 한편 재판매 가격의 지정은 개별 사업자에 대해 단독으로 이루어지기도 하지만, 복수의 사업자에게 집단적(collective maintenance)으로 행해지기도 한다.

또 다른 논점으로, 가격지정의 과정에 당사자간 즉 상위사업자와 하위사업자간에 합의가 있어야 하는지가 논의될 수 있는데, 우리 공정거래법은 미국의 셔먼법 제1조와 같이 계약, 결합, 공모 등을 요건으로 명시하고 있지 아니하므로, 재판매가격의 지정이 반드시 당사자간 합의에 따라 이루어지지 않고 상위사업자의 일방적 지정에 의해 실현되는 경우에도 법 적용이 가능한 것으로 보아야 한다.²⁸⁾

26) 이에 대해 서울고등법원은 거래처에 대한 소비자가격 통보는 단지 참고가격 내지 희망가격을 통보하는 것에 그치는 것이라기보다는, 거래처로 하여금 원고가 지정한 소비자 가격대로 판매하게끔 하는 것에 대하여 조직적인 감시·감독활동 내지 공급중단의 통지와 시사 그리고 실제 공급중단의 실행이라는 실효성을 확보할 수 있는 수단이 부수되어 있었다고 볼 것이라고 판시한 바 있다. 서울고등법원 2010. 9. 16. 선고 2010누5433 판결 참조.

27) 황태희, 앞의 논문, 20~21쪽.

28) 고건호, 『공정거래법 해설과 판례』, 일진사, 2011, 457쪽도 같은 입장에서 서술하고 있다.

4) 행위의 강제성 또는 구속성

가) 공정거래위원회에 의한 강제성 인정의 예

한편 법 제2조 제6호에서는 미리 정한 재판매가격을 재판매사업자에게 강제적으로 하는 행위를 또 다른 요건으로 부과하고 있는데, 실질적으로 이 요건이 재판매가격 유지행위 해당 여부를 가름하는데 있어서 가장 큰 쟁점이라 할 수 있다. 이에 대하여 현행 법령은 아무런 언급을 하고 있지 않아서 그 구체적 경계선 및 기준은 결국 공정거래위원회의 심결을 통한 행정해석이나 법원을 통한 사법해석을 통해 규명할 수밖에 없다.

이에 관하여 공정거래위원회는 다양한 심결을 통하여 그 구체적 기준을 제시해 오고 있다. 그 사례들을 구체적으로 살펴보면, 가격준수 위반시 일방적으로 계약을 해지하는 경우,²⁹⁾ 공급가격을 인상하고 출하량을 제한하며, 상품공급을 거절하는 경우, 장려금, 판촉물 등의 리베이트를 삭감하는 경우, 구두 또는 서면경고 및 판매소장의 교체에 의한 전담판매지역을 재배정하는 경우, 거래개시를 희망하는 업체에 대해 적정 수준의 판매가격의 유지를 거래조건으로 제시하고 당해 조건을 수락할 경우에만 거래하겠다는 방침을 표명하는 경우, 재판매가격 불이행시 기한의 이익을 상실하는 등을 내용으로 하는 이행각서를 요구하는 경우, 재판매가격 준수여부를 확인하기 위한 조사위원회를 구성하는 경우, 판매가격을 보고토록 요구하거나 사업장을 직접점검하고, 판매일보나 영업사원의 대리점 순시, 장부열람 등을 실시하는 경우, 벌칙금을 징수하거나 이를 위한 서약서를 요구하는 경우, 준수업체에 대해서만 리베이트를 차별 제공하거나 공급가격을 인하해 주는 경우, 지정가격으로 판매하도록 하고 공탁금을 예치할 것을 강요하는 경우 등이 모두 강제성이 있는 것으로 판단되었다.

나) 본건에서 제시된 기준

본 매일유업사건에서는 공정거래위원회와 법원이 이 부분에 관해 보다 원칙적이고도 중대한 기준선을 제시한 것으로 볼 수 있다. 매일유업사건에 대한 공정거래위원회

29) 유통가격을 준수하지 않을 경우 계약을 해지하기로 한 경우에 재판매가격 유지행위에 해당한다고 본 사례로서 서울고등법원 2008. 10. 23. 선고 2007누 26324 판결을 들 수 있다.

심결에 기초한 것으로 볼 수 있는 현재의 기준은 요건으로서의 강제성을 상당히 폭넓게 포섭한다.

즉 본건 심결에서 공정거래위원회는 법 제2조 제6호 규정의 재판매가격 유지행위가 성립되기 위해서는 계약 등 명백한 구속이 상대방에게 부과될 필요까지는 없고 제조업자가 지시한 가격으로 판매하지 않을 경우 경제상의 불이익을 부과하거나 부과할 것을 시사하는 등 어떤 형태의 인위적 수단을 사용함으로써 당해 가격으로 판매하도록 하면 충분한 것으로 볼 수 있다고 하였다.

이에 대해 원심의 서울고등법원과 상고심의 대법원 역시 가격유지의 권장 또는 협조요청의 형식을 취하였다고 하더라도 재판매가격의 유지가 실효성이 확보된 수단을 통하여 이루어지는 경우에는 물리적 강요행위가 아니더라도 재판매가격 유지행위에 해당한다는 유사한 입장을 견지하였다.

한편 대형유통업자에 대하여 강제력을 행사하는 것이 가능한지에 대하여 공정거래위원회는 명확히 입장을 밝히고 있지 않지만 당시의 상황에 비추어 이를 인정한 것으로 볼 수 있다. 다만 현재 유통망들이 대규모기업집단소속인 경우가 많은 등 상당한 경제력 및 교섭력을 가진 상태이어서 유통업자의 규모 내지 거래상 지위 자체를 전혀 간과할 수 있는 것은 아니라고 보여진다. 즉 강제성 여부를 따질 때 거래상대방, 즉 재판매가격을 지정받은 사업자의 객관적 상황을 감안하여 판단하게 될 것이고, 그 점에서 특히 대형유통업자 등의 거래상 지위를 면밀히 검토할 필요가 있다. 다만, 최근에도 4개 음료업체가 대형마트, 대리점 등을 상대로 재판매가격 유지행위를 감행하다 적발되어 위법한 것으로 판단된 사례가 있는 만큼,³⁰⁾ 상대방이 대형마트 등 유통업자라는 사실 자체를 강제성의 감소요인으로 곧바로 연계할 수는 없는 것으로 판단된다.

30) 서울고등법원 2010. 9. 16 선고 2010누5433 판결. 이 사건에서, 코카콜라는 2008년 11월 GS리테일, 롯데슈퍼, CS유통 등의 체인유통업체들이 코크 1.5리터와 환타파인 1.5리터를 묶은 번들상품에 대한 할인행사를 시행함에 있어 소비자에게 판매되는 소비자가격 및 정상판매가를 원고와 사전에 협의하여 승인을 받도록 하였고, 2009년 1월 GS리테일에게 소비자가격의 인상을 요청하면서 GS리테일의 인상약속에 대한 보상으로 1개월간 공급가 인상을 유예해 주었다. 또 롯데마트가 2008년 10월 30일부터 11월 5일까지 과실음료인 미닛메이드를 판매가 4380원으로 정해 비전단행사로 진행하기로 코카콜라측과 협의했다가 이를 임의로 변경하여 미닛메이드를 신한카드로 구매시 20% 할인한다는 내용의 전단까지 만들어 할인행사를 진행하려고 하자 롯데마트의 2008년 10월 28일자 발주물량 1160상자 중 190상자만을 공급한 채 나머지 물량의 공급을 3일 동안 중단했다가 10월 31일 나머지 물량을 공급했다.

다) 권장가격과의 구분 표시

한편 행위의 강제성 요건과 관련하여 문제될 수 있는 것이 권장가격(suggested, recommended price)과의 구분이다. 권장가격은 유통업자가 소비자에게 판매하면서 받아야 할 가격으로 제조업자가 권장하는 가격이라 할 수 있으며,³¹⁾ 강제성을 전제하지 않는다는 점이 중요하다. 따라서 유통업자는 제조업자가 표시한 가격을 반드시 지킬 의무는 없다. 다만 권장가격을 유통업자가 준수하지 않는 경우에 제조업자가 여러 불이익을 부과하는 등 사실상 강제적 수단을 사용한 경우에는 이를 재판매가격 유지행위로 포섭할 수 있다. 이는 본건에 앞서 남양유업의 재판매가격 유지행위³²⁾에 대하여 대법원이 제시한 판시사항이기도 하다.

즉 대법원은 사업자가 재판매사업자에게 상품을 판매함에 있어 일방적으로 재판매가격을 지정하여 그 가격대로 판매할 것을 지시·통지하는 행위는, 그것이 단지 참고가격 내지 희망가격으로 제시되어 있는 것에 그치는 정도인 경우에는 이를 위법하다 할 수 없고, 거기에서 그치지 아니하고 재판매사업자로 하여금 그 지시·통지에 따르도록 하는 것에 대하여 현실로 그 실효성을 확보할 수 있는 수단이 부수되어 있는 경우에만, 법 제2조 제6호에서 규정하는 “그 가격대로 판매할 것을 강제하거나 이를 위하여 규약 기타 구속 조건을 붙여 거래하는 행위”로서 법 제29조 제1항에 의하여 금지되는 재판매가격 유지행위에 해당하므로 위법하다고 할 수 있는 것으로 보고 있다.

결국 이러한 기준에 따라, 동 사안에서는 원고 회사의 판매가격 조사·점검행위는, 그 조사의 목적이 거래처로 하여금 그 가격대로 판매하게 하는 데에 있음을 인정할 자료가 없고, 나아가 그 구체적인 조사의 방법, 횟수, 조사자의 언동, 이에 대한 피조사자의 반응이나 태도 등을 알아 볼 수 있는 자료도 현출되어 있지 아니하므로, 이로써 원고 회사의 권장소비자가격 통보에 그 실효성을 확보할 수 있는 수단이 부수되어 있었다고 보기는 어렵다는 이유로 재판매가격행위성을 부인하였다.³³⁾³⁴⁾

31) 김형배, 『재판매가격유지행위의 이론과 실제』, 4쪽.

32) 공정거래위원회 1998. 6. 9. 전원회의 의결 제98-112호.

33) 서울고법 1999. 10. 7. 선고, 99누13 판결. 원심은 서울고법 1999. 10. 7. 선고, 99누13 판결. 본 건에서 남양유업은 거래처에 「권장소비자가격」이라는 형태로 소비자가격을 지정하여 이를 지키도록 강요하여 왔으며, 특히 1997년 10월 이후 신제품을 출시하거나 가격인상을 단행한 후 자신이 지정한 소비자가격대로 판매하지 않는 유통업체에 대하여는 수시로 가격을 점검하여 가격인상을 적극적으로 중용하였다. 이에 따라 공정거래위원회는 남양유업의 행위를 재판매가격 유지행위로 판단한 바 있다.

34) 남양유업 사건의 대법원 판결에 대한 비판적 견해로는 홍명수, 「재판매가격 유지행위에 관한 대법원 판결의 검토」, 『명지법학』 제6호, (2007) 등이 있다.

한편 정부가 1998. 8.에 공장도가격표시제, 1990. 5.에 제조업자 가격표시제, 1999. 3.에 의약품에 대한 표준소매가제도, 1999. 2.에 다단계판매 및 일부 품목에 대한 권장 소비자가격제도를 1999. 9.에 각각 폐지하는 한편, 지난 2010. 7. 1.부터 권장소비자가격을 폐지하는 것을 골자로 하는 판매자가격표시제(open price)를 시행함에 따라 향후 권장가격 내지 희망가격과 재판매가격과의 구분을 둘러싼 쟁점은 상당부분 소멸할 것으로 전망된다.

다. 행위의 정당성 여부에 관한 쟁점

행위 당시 법 제29조에는 재판매가격의 유형에 따른 구별없이 모든 유지행위를 금지대상으로 규정하고 있었다. 이에 따라 당해 행위의 부당성 여부를 가려야 할 의무가 적어도 형식적으로는 법에 명시되어 있지 않은 상태라 할 수 있다.

다만 이 부분이 심결이나 판결의 도출과정에서 전혀 언급되지 않은 것은 아닌데, 이를테면 매일유업 측에서 제기한 바, 대형할인매장의 과도한 가격경쟁으로부터 영세 소매상들을 보호하기 위한 취지에서 재판매가격 유지행위를 시도했다는 주장이 그것이다. 하지만 공정거래위원회와 법원은 이와 같은 주장을 받아들이지 않았는데, 그것이 설령 대형 할인점에 대한 가격인상 요구에 대형 할인점들의 지나친 저가 판매로 인하여 피해를 입고 있는 인근 소매점들을 보호하려는 의도가 포함되어 있다고 하더라도 달리 볼 것은 아니라고 하였다.

이런 엄격한 기조는 역시 당시의 규정상 재판매가격 유지행위 전반에 대하여 당연 위법원칙이 관철되었던 시점이어서 행위의 입증 이외에 부당성 판단이 이루어지기 어려운 측면을 감안한 것으로 보인다. 하지만 보다 근본적으로 특정 거래상대방을 보호하기 위하여 가격경쟁을 제한하는 행위는 그 보호대상 거래상대방의 경제적 지위 여하에 관계없이 허용될 수 없는 것임은 분명한데, 특히 소비자의 희생을 토대로 중소 소매상들을 보호한다는 논거는 현재로서도 받아들이기 어려운 것이라 할 수 있다. 자칫 이 제도가 경쟁자체가 아닌 경쟁자보호로 활용될 수 있다는 점 때문이다.

다만, 2001년의 법 개정 및 최근의 대법원 판결로 인해 재판매가격유지에 대한 정당한 이유의 존재 여부가 중요하게 된 현 시점에서는 정당한 이유 내지 부당성이 무

엇인지에 대해 향후 심결 및 해석을 통해 보다 구체적인 규명이 있을 것으로 전망된다.³⁵⁾

이와 관련하여 최근 대법원은 공정거래법의 입법목적과 재판매가격 유지행위를 금지하는 취지에 비추어 최저재판매가격 유지행위가 비록 당해 상표 내의 경쟁을 제한하는 것으로 보이는 경우라 할지라도 시장의 구체적 상황에 따라 그 행위가 관련 상품시장에서의 상표 간 경쟁을 촉진하여 결과적으로 소비자후생을 증대하는 등의 정당한 이유가 있는 경우에는 예외적으로 허용된다는 입장을 명백히 하였으며, 그 결과 기존의 최저재판매가격 유지행위를 무조건 금지하던 당연위법 원칙에서 사안별로 위법성을 판단해야 한다는 합리의 원칙으로 입장을 전환한 것으로 이해되고 있다. 아울러 이 판결에서 대법원은 “정당한 이유가 있는지 여부는 ① 관련시장에서 상표 간 경쟁이 활성화되어 있는지 여부, ② 그 행위로 인하여 유통업자들의 소비자에 대한 가격 이외의 서비스 경쟁이 촉진되는지 여부, ③ 소비자의 상품 선택이 다양화되는지 여부, ④ 신규사업자로 하여금 유통망을 원활히 확보함으로써 관련 상품시장에 쉽게 진입할 수 있도록 하는지 여부 등을 종합적으로 고려하여야 할 것이며, 이에 관한 증명책임은 관련 규정의 취지상 사업자에게 있다고 보아야 한다”고 판시하였다.³⁶⁾

이후 유사사건에서도 대법원은 위와 같은 판단기준을 다시 확인하여, 사업자의 행위가 최저재판매가격 유지행위에 해당되지만 하면 위법한 것일 뿐 그 행위에 정당한 이유가 있는지에 관해서는 판단할 필요가 없다는 서울고등법원의 판결을 파기하면서, 최저재판매가격 유지행위가 정당한 이유가 있는 경우에는 예외적으로 허용되고 이에 관한 증명책임은 사업자에게 있으므로 사업자에게 이를 증명할 기회를 주어야 한다고 판결하였다.³⁷⁾

35) 이에 관해 현행 재판매가격 유지행위 심사지침은 최고재판매가격 유지행위에 관하여 정당한 이유가 있는 것으로 볼 수 있는 경우로서 ① 시장지배력이 없는 사업자가 유통업자와 전속적 판매계약을 체결하면서 유통업자가 지나치게 높은 이윤을 추구하는 행위를 방지하기 위해 가격을 일정수준 이상으로 올리지 못하도록 하는 경우, ② 제조업자가 자사 상품을 판매하는 유통업체가 소수이고 유통업체간 담합 등을 통해 가격 인상 가능성이 높아 경쟁사에 비해 자사 상품의 경쟁력이 저하될 것을 우려하여 일정한 범위 내에서 최고 가격을 설정하는 경우를 제시하고 있다(「재판매가격 유지행위 심사지침」 3.나. (2) 참조).

36) 대법원 2010. 11. 25. 선고 2009두9543판결.

37) 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010두9976판결.

4. 의의

본 심결은 재판매가격 유지행위의 성립요건으로 사업자가 상품을 판매함에 있어서 미리 정한 가격대로 판매하지 않는 경우 거래를 중단하거나 또는 공급량을 줄이거나 공급조건을 불리하게 하는 등의 물리적 강요행위가 포함됨은 물론, 단지 사업자가 거래 중단을 시사하였거나 혹은 사업자의 행위가 가격유지의 권장 또는 협조요청의 형식을 취하였다고 하더라도 재판매가격의 유지가 실효성이 확보된 수단을 통하여 이루어지는 경우에는 이는 가격을 통제하는 행위로서 재판매 사업자 사이의 자유로운 가격경쟁을 저해하는 재판매가격 유지행위에 해당한다는 점을 명확히 했다는 점에서 이후 심결은 물론이고 법원의 재판매가격 유지행위의 강제성 요건 해석에 기준을 제시한 의미를 가진 심결이다.

당시는 경제사정 등으로 인해 유통업자들의 제조업자에 대한 의존성이 심화되는 상황이었다. 따라서 매일유업이 재판매가격의 유지에 대해 제재수단을 취할 수 있는 여지가 큰 상황이었다. 따라서 법집행을 통해 이런 힘의 불균형을 바로잡고자 하였다는 점에서도 의미를 찾을 수 있다. 또한 시장지배적사업자가 힘의 우위를 이용해 원료가격상승을 소비자가격 상승으로 상쇄시키지 못하도록 한 점과 재판매가격 유지행위라는 수직적인 제한행위에 대해 기준을 마련했다는 점에서 높이 평가될 수 있다. 공정거래법상 재판매가격 유지행위가 성립하기 위해서 ‘강제성’이 요구되는데 사실상 이에 대한 기준이 적시되어 있지 않으므로 심결과 판례를 통해서 강제성에 대한 개념을 확립하여야 한다. 매일유업의 재판매가격 유지행위 건은 최초의 재판매가격 유지행위 제재사건으로서 선례를 남겼고 당시 강제성에 대한 대법원의 태도는 현재까지도 유지되고 있다.

다만 최근 대법원 판결에서 법 제29조의 규율방식에도 불구하고 모든 재판매가격 유지행위에 대하여 정당한 이유가 있는지를 따져 보아야 한다는 입장이 거듭 확인된 만큼, 본 심결에서 주로 논의된 제2조 소정의 재판매가격 유지행위예의 해당성, 특히 강제성에 대한 명확한 기준의 마련 뿐만 아니라 행위의 정당성에 대한 판단기준을 구체화하여야 하는 노력이 경쟁당국인 공정거래위원회의 과제로 새롭게 부각되고 있다고 하겠다.

[19] 한국코카콜라의 거래거절행위에 대한 건

의결 제 97-133호

박 성 범 (변호사, 법무법인 화우)

공정거래위원회는 독점적 콜라제품 원액공급권자인 한국코카콜라(주)가 보틀러 회사인 범양식품(주)에 대하여 보틀러(bottler)계약이 종료되었음을 이유로 음료 원액공급을 중단한 행위에 대하여 한국코카콜라의 행위가 계속적 거래관계에 있는 특정사업자에 대하여 부당하게 거래를 중단한 행위로서 공정거래법상 기타의 거래거절(단독의 거래거절)에 해당된다고 보아 시정조치 하였다.

이 시정조치에 대한 한국코카콜라의 행정소송에서 서울고등법원은 원고인 한국코카콜라가 범양식품에 대한 독점적 원액공급권을 갖고 있는 우월적 지위를 이용하여 자산인수 협상과정에서 자신이 일방적으로 결정한 가격과 인수조건을 관철시켜 범양식품이 가진 자산인수계약상의 선택의 자유를 실질적으로 제한하려는 경쟁제한적 목적이 있었고, 이 사건 거래거절행위는 그러한 목적을 달성하기 위한 실효적인 수단으로 사용되었다고 판단하여 원고의 청구를 기각하였다. 반면 대법원은 단독의 거래거절의 경우 그 거래거절이 특정 사업자의 거래기회를 배제하여 그 사업활동을 곤란하게 할 의도를 가진 유력 사업자에 의하여 그 지위 남용행위로서 행하여지거나 혹은 같은 법이 금지하고 있는 거래강제 등의 목적 달성을 위하여 그 실효성을 확보하기 위한 수단으로 부당하게 행하여진 경우라야 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 거래거절행위에 해당된다면서 이 사건 한국코카콜라의 거래중단 행위는 위와 같은 요건을 충족하지 못한 것으로 판단하여 원심판결을 서울고등법원에 파기환송하였고, 서울고등법원은 대법원과 같은 취지로 공정거래위원회의 시정조치를 취소하였다.

이 사건은 단독의 거래거절의 부당성 판단기준을 보다 구체적으로 제시한 선도적인 판례를 남겼다는 점에서 의미를 갖는다.

1. 사건개요

가. 시장현황

미국 코카콜라 회사(The Coca-Cola Company, 이하 “미국코카콜라”라고 한다)가 100% 출자한 한국내의 현지법인인 한국코카콜라(주)는 범양식품 주식회사(이하 ‘범양식품’이라 한다)와 보틀링(병입) 사업계약을 체결하고 음료원액(Beverage Bases)을 공급하고 있었다.

한편 국내 업계현황을 보면, 1996년도 기준으로 완제콜라 음료 판매량은 총 237,179,000상자이며, 그 중 한국코카콜라 브랜드제품의 시장점유율은 35.7%(84,673,000 상자)에 이르고 그 중 범양식품(주)가 취급한 비중은 8.3%(19,589,000상자)를 차지하고 있었다.

나. 행위사실

① 미국코카콜라와 그 자회사인 코카콜라 익스포트 회사(The Coca-Cola Export Corporation)는 1971. 5. 27. 이 사건 신고인인 범양식품과 “범양식품이 코카콜라 제품을 제조, 포장하여 대구, 경상북도, 대전, 충청남북도 지역내에서 독점적으로 코카콜라의 상표를 부착하여 판매할 권리를 허여받고 미국코카콜라와 그가 지정한 공급자는 범양식품에게 코카콜라제품 생산에 필요한 음료원제를 독점적으로 판매, 공급하기로 하되, 계약기간은 약정한 바에 따라 조기에 해지되지 아니하는 한 1984. 5. 1. 별다른 통지 없이 만료하나 계약상 모든 조건들이 준수되고 범양식품에게 사업을 향상, 발전시킬 수 있는 경우 범양식품에게 10년간 계약을 연장할 수 있는 선택권이 주어진다.”라는 내용의 보틀러 계약을 체결하였다. 그 후 위 보틀러 계약은 1974. 9. 30. 미국 코카콜라 및 한국코카콜라의 전신인 한국음료 주식회사와 범양식품 사이에 같은 내용의 보틀러 계약으로 대체되었는데, 그 무렵 미국코카콜라는 서울, 경기 지역에서는 두산음료 주식회사와, 전라남북도 지방에서는 호남식품 주식회사와 부산, 경상남도 및 제주도 지역에서는 우성식품 주식회사와 같은 내용의 보틀러 계약을 체결하여 그

들 보틀러들(범양식품 등 미국코카콜라와 보틀러 계약을 체결한 위 국내회사들을 합하여 이하에서는 “국내 4개 보틀러들”이라고 한다)에게 코카콜라 음료원액을 공급하여 왔다.

② 미국코카콜라와 한국코카콜라는 1982. 7. 1. 범양식품과 사이에 기존의 보틀러 계약을 조기에 종료시키고 같은 내용의 보틀러 계약을 다시 체결하면서 계약기간에 관하여는 계약상 조기에 해지되지 아니하는 한 통지 없이 1992. 7. 1. 만료되는 것으로 약정하였다.

③ 미국코카콜라와 한국코카콜라는 1991. 5. 21. 범양식품과 사이에 위 보틀러 계약을 같은 해 6. 1.자로 해지하고 다시 새로운 보틀러 계약을 체결하였는데, 그 주요 내용은 “① 범양식품은 코카콜라 등 청량음료제품을 제조, 포장하여 대구, 경북, 대전, 충청남북도 지역에서 코카콜라 상표를 부착하여 판매할 권리를 허여 받는다. ② 미국 코카콜라와 그가 지정한 공급자는 범양식품에게 제품 생산에 필요한 음료원제를 판매, 공급하되, 범양식품은 반드시 미국코카콜라 또는 지정공급자로부터만 음료원제를 구입하여야 한다. ③ 음료원제의 가격조건은 미국코카콜라가 결정할 권한을 가지며 범양식품은 무조건 이에 따라야 한다. ④ 범양식품은 제조, 저장, 마케팅, 배포, 인도, 수송 및 기타 시설, 장비의 조직, 설치, 운영, 유지 및 교체를 위하여 소요되는 모든 자본을 투자하고 비용을 부담한다. ⑤ 범양식품은 미국코카콜라의 사전 서면 승인 없이는 범양식품이 생산, 포장, 판매하는 음료가 아닌 다른 음료제품을 생산, 포장, 판매, 취급하거나 관여할 수 없다.” 등이고, 계약기간에 관하여는 “본 계약은 1991. 6. 1. 부터 효력이 발생하고, 여기에 규정한 바에 의하여 조기 해지되지 않는 한 1996. 6. 1. 별도의 통보 없이 종료된다. 그리고 보틀러에게는 본 계약의 자동연장(묵시적 갱신)을 주장할 권리가 없음을 상호 인식하고 합의한다.”는 조항을 두었다.

④ 그 후 미국코카콜라는 한국 내 코카콜라사업의 구조재편을 위하여 1993. 9. 24. 국내 4개 보틀러들을 「단일 보틀러로 통합하는 방안」(단일보틀러통합안)을 제안하면서 국내 4개 보틀러들에게 구조재편이 성취되지 않는 한 1996년 계약갱신은 없을 것이라고 통보하였다가, 1994. 8. 30. 국내 4개 보틀러들에 대하여 「1996. 6. 이후 국내 4개 보틀러들은 생산만 담당하고, 새로운 단일 판매법인을 참여를 원하는 보틀러들과 함께 설립하여 한국내 코카콜라제품의 판매를 담당하는 방안」(단일판매법인안)을 다

시 제안하였으나 각 그 실행에 이르지 않는 아니하였다.

⑤ 한편, 미국코카콜라는 1996. 5. 22. “새로이 설립되는 서라벌식품 주식회사가 국내 코카콜라제품의 생산을 전담하고 기존 국내 4개 보틀러들은 판매, 공급만을 담당한다.”는 내용과 “수락하지 않을 경우 계약은 1996. 6. 1.자로 자동종료하고, 수락하면 같은 해 12. 1.까지 수권서(Letter of Authorization)를 발급한다.”는 내용의 「생산통합안」을 제안하였다. 이에 대해 범양식품은 동 제안의 몇 가지 문제점에 대한 검토가 필요하다는 전제 하에 동 제안을 수락하였으며, 이에 따라 미국코카콜라는 범양식품에게 1996. 12. 1.까지 보틀러 계약을 연장하여 코카콜라제품의 원액공급을 계속해서 받을 수 있는 수권서를 발급하였으나(1차 수권서 발급), 생산통합안은 그 추진과정에서 세부적인 문제에 대한 이견으로 같은 해 8월경 미국코카콜라와 한국코카콜라가 그 추진을 포기하여 중단되었다.

⑥ 미국코카콜라는 1996. 11. 4. 다시 범양식품에게 “범양식품이 소유하는 토지를 제외한 코카콜라사업 관련 자산을 미화 5천만 달러에 새로이 설립되는 자신의 자회사인 한국코카콜라보틀링 주식회사(이하 ‘한국보틀링’이라 한다)에게 양도하되, 가격은 자산실사결과에 따라 추후 조정될 수 있으며, 범양식품은 자산양도대금의 50%까지를 한국보틀링에 출자하여 지분을 취득할 수 있다.”는 내용과 “수락하지 않을 경우 보틀러계약은 같은 해 12. 1.자로 종료되고 범양식품은 더 이상 코카콜라제품을 제조, 배급, 판매, 취급하지 못하고, 수락하면 다음 해 4. 1.까지 코카콜라제품을 계속 제조, 배급, 판매할 수 있는 수권서를 발급한다.”는 내용의 「자산인수안」을 제안한 사실이 있다. 이에 범양식품은 1996. 11. 30. 자산실사작업에 따른 가격조정을 조건으로 위 제안을 수락하였으며, 이에 따라 미국코카콜라는 범양식품에게 1997. 4. 1.까지 원액공급을 계속 받을 수 있는 수권서를 발급하였다(2차 수권서 발급). 그러나 그 이후 한국코카콜라와 범양식품 사이에 이루어진 자산매수협상이 자산인수가격과 조건 등에 관한 쌍방의 의견 차이가 커 협상 자체가 결렬되자, 한국코카콜라는 1997. 4. 1.자로 범양식품과의 보틀러 계약 관계가 종료되었다면서 음료원제의 공급을 중단하였으며, 1997. 4. 2.과 그 이튿날 범양식품에게 이 사건 보틀러 계약이 같은 해 4. 1.자로 이미 종료되었으며, 더 이상 코카콜라제품을 생산, 판매하지 말고 남은 음료원제를 반환하라고 통보하면서 수권서 만료에 따른 정리절차의 이행을 촉구하였다.

다. 공정거래위원회의 심결

1) 원심결

범양식품은 1997. 3. 31. 한국코카콜라와 한국보틀링이 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」¹⁾ 제23조 제1항 소정의 불공정거래행위를 하였다고 공정거래위원회(이하 ‘공정위’라고 한다)에 신고하였다. 이에 공정위는 단일 보틀러 체제로의 전환을 추진하는 과정에서 보인 한국코카콜라의 각종 행위와 태도를 종합할 때 단일 보틀러 체제로의 전환을 위해서 적어도 1997년 말까지는 범양식품에게 음료원제를 공급하여 범양식품에 의하여 코카콜라제품의 생산 및 판매가 계속되어야 한다는 것이 양 당사자의 합치된 의사였다 할 것이므로, 한국코카콜라가 범양식품에 대한 음료원제의 원액공급을 중단한 행위는 그 합치된 의사에도 반할 뿐만 아니라 보틀러 계약의 종료에 즈음하여 취한 한국코카콜라의 행위와 태도에도 배치되는 신의칙에 반하는 행위라는 이유로 1997. 8. 27. 의결 제97-133호로 한국코카콜라에 대하여 부당하게 계속적 거래관계에 있는 특정사업자에 대하여 거래를 중단하는 행위를 하지 말도록 하는 시정명령과 범위반사실공표명령의 시정조치를 하였다.

2) 이의신청 및 재결내용

한국코카콜라는 공정위의 원심결에 대하여 ① 원심결이 한국코카콜라와 범양식품 간에 1997년도 말까지 원액을 계속해서 공급하기로 하는 묵시적 합의가 있었다고 판단한 것은 부당하다는 점과 ② 설령 한국코카콜라와 범양식품 간에 원액 계속공급에 대한 묵시적 합의가 있었다 하더라도 법상의 부당한 거래거절행위는 행위자가 시장에서 자신의 독점적인 지위를 형성·유지 또는 강화하거나 기타 법상의 위법·부당한 목적을 달성하기 위한 경우이거나, 또는 자신의 우월적 지위를 남용하여 별다른 이유 없이 거래상대방의 사업활동을 곤란에 빠뜨리고자 하는 경우에 한해서만 부당성인 불공정성을 인정하여야 하는데 자신의 행위가 이와 같은 요건을 갖추지 못하였음에도 이를 부당한 거래거절행위로 본 원심결은 부당하다고 주장하면서 원심결 처

1) 1999. 12. 28. 법률 제6043호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘공정거래법’ 또는 ‘법’이라 한다.

분에 대하여 이의신청을 제기하였다.

이에 대하여 공정위는 이의신청인이 묵시적 합의가 없었다는 점의 근거로 삼는 증거자료들을 구체적으로 반박하면서 이러한 주장을 받아들이지 않았고, 법 제23조 제1항 제1호 전단의 부당한 거래거절행위는 반드시 법상의 위법·부당한 목적을 달성하기 위하여 행해진 경우에만 성립되는 것이 아니고, 같은 항 제4호의 거래상지위남용행위와는 달리 행위자가 반드시 자신의 거래상 지위를 남용한 경우에만 성립되는 것은 아니라는 이유로 이와 관련한 주장을 배척하면서 한국코카콜라와 범양식품 간에 원액의 계속적 공급에 대한 묵시적 합의가 있었음에도 한국코카콜라가 구조개편작업에 필요한 최소한의 기간만큼만 원액공급기간을 2차에 걸쳐 연장해 주다가 최종적인 구조개편안인 자산인수안에 대한 협상이 결렬되자 원액공급을 일방적으로 중단한 행위는 국내 코카콜라원액공급시장 내지는 국내 청량음료시장에서 있어서의 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는 부당한 거래거절행위에 해당된다는 이유로 이의신청을 기각하였다.

라. 고등법원의 판결²⁾

1) 묵시적 합의에 의한 거래관계 연장 여부에 대한 판단

한국코카콜라는 자신과 범양식품 사이에 체결된 이 사건 보틀러 계약은 두 차례의 수권서에 의하여 계약기간이 연장되다가 1997. 4. 1. 확정적으로 종료되었고, 그 연장에 관하여 아무런 묵시적 합의가 없었으므로 범양식품에 대한 음료원제의 공급중단은 명시적인 보틀러 계약기간의 만료에 따른 것이어서 거래거절행위에 해당되지 않는다고 주장하였다.

이에 대하여 법원은 미국코카콜라가 1996. 12. 1. 범양식품에게 발급한 수권서와 그 이후 수차례에 걸친 통보에서 수권서에 기한 범양식품의 코카콜라제품의 제조, 판매 권한은 1997. 4. 1. 확정적으로 만료되고 더 이상의 계약갱신이나 기간연장이 허용되지 아니함을 분명히 밝혔던 점, 그러나 범양식품의 보안유지 요청에 따라 범양식품

2) 서울고등법원 1998. 10. 14 선고 97구 53139 판결.

보틀러 자산의 매수협상이 비밀리에 진행되었던 관계로 한국코카콜라의 대부분의 임직원들이 자산매수협상의 구체적인 진행상황을 전혀 모르고 있었고, 범양식품의 직원들에게도 보틀러 사업의 종료에 따른 동요를 막기 위하여 사업이 계속될 것이라는 외관을 형성하여 줄 필요가 있었던 점 등에 비추어 자산매수 협상과정에서 이 사건 보틀러 계약이 수권서상의 기간만료만으로 즉시 종료되는 것을 전제로 하지 아니하는 행위를 계속하였다는 사정만으로 범양식품에 대한 음료원제의 공급기간에 관하여 쌍방이 1997년 말까지라고 묵시적 합의를 하였다고 단정하기는 어렵기 때문에 묵시적 합의에 의하여 거래관계를 연장하기로 하는 합의가 없었다는 주장은 이유 있다고 판단하였다.

2) 부당한 거래거절행위 해당여부에 대한 판단

한국코카콜라는 설사 자신과 범양식품 간에 음료원제를 1997년 말까지 공급하기로 하는 내용의 묵시적 합의가 있었다 하더라도 그와 같은 합의에 반하여 음료원제를 공급하지 아니한 행위가 단순한 계약불이행행위에 해당함은 별론으로 하고 시장에서 자신의 독점적인 지위를 형성, 유지 또는 강화하거나 기타 법상의 위법, 부당한 목적을 달성하려는 경우 또는 자신의 우월적 지위를 남용하여 별다른 이유 없이 거래상대방의 사업활동을 곤란에 빠뜨리는 경우에 해당하지 아니하므로 공정하고 자유로운 경쟁의 촉진이라는 법의 목적과 취지에 비추어 부당한 거래거절행위라고 할 수 없다고 주장하였다.

이에 대하여 법원은 일반적으로 개별적인 거래거절은 그 자체로서는 경쟁제한적 성격이나 거래상대방에 대한 배제효과가 있다고 할 수 없으므로 경쟁정책상 가치중립적인 것이고, 거래상대방 선택의 자유라는 면에서도 당연히 위법한 것으로 평가될 수는 없다고 하면서 공정하고 자유로운 경쟁의 촉진이라는 법의 목적에 비추어 경쟁을 제한하거나 배제하는 효과를 갖는 경우, 거래거절행위의 목적이 위와 같은 법의 취지에 비추어 부당하고 그것이 그 목적달성을 위한 수단으로서 실효성을 갖고 있다고 판단되는 경우 또는 독점력의 남용에 해당하는 경우 등에 해당할 때에는 법 제23조의 규제대상이 된다고 판단하였다. 그리고 그 부당성 유무를 판단함에 있어서는 거래당사자의 거래상의 지위 내지 법률관계, 상대방의 선택가능성, 사업규모 등의 시장

상황, 그 행위의 목적과 효과, 관련 법규의 특성 및 내용 등 여러 사정을 고려하여 그 행위가 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있는지 여부에 따라서 결정되어야 한다고 보았다.

법원은 위와 같은 판단기준에 기초하여 한국코카콜라가 단기간의 수권서만을 교부하고 수권서 상의 기간만료를 이유로 그 이후 음료원제의 공급을 거절하겠다고 한 것은 범양식품에 대하여 독점적으로 음료원제의 공급권을 갖고 있는 우월적 지위를 이용하여 범양식품의 자산인수 협상과정에서 자신이 일방적으로 결정한 인수가격과 조건을 관철함으로써 거래상대방인 범양식품의 자산인수에 관한 계약에 있어서 선택의 자유를 실질적으로 제한하려는 경쟁제한적인 목적이 있었다고 보여지고, 이러한 거래거절행위는 그와 같은 목적을 달성하기 위한 수단으로서 그 실효성을 갖고 있다고 보여진다면 한국코카콜라의 거래거절행위는 법이 예정하고 있는 공정하고 자유로운 경쟁에 반하는 부당한 거래거절행위에 해당된다는 취지로 판시하였다.

마. 대법원의 판결³⁾

대법원은 먼저 법 제23조 제1항 제1호 및 영 제36조 제1항 [별표] 1호 (나)목에서 불공정거래행위의 한 유형으로 규정하고 있는 ‘기타의 거래거절’은 개별 사업자가 그 거래 상대방에 대하여 하는 이른바 개별적 거래거절을 가리키는 것이나, 이러한 개별적 거래거절 행위는 그 거래 상대방이 종래 계속적 거래관계에 있는 경우에도, 자유시장경제 체제 하에서 일반적으로 인정되는 거래처 선택의 자유라는 원칙에서 볼 때, 또 다른 거래거절의 유형인 ‘공동의 거래거절’과는 달리, 거래거절이라는 행위 자체로 바로 불공정거래행위에 해당하는 것은 아니고, 그 거래거절이 특정 사업자의 거래 기회를 배제하여 그 사업활동을 곤란하게 할 우려가 있거나 오로지 특정사업자의 사업 활동을 곤란하게 할 의도를 가진 유력 사업자에 의하여 그 지위 남용행위로서 행하여 지거나 혹은 법이 금지하고 있는 거래강제 등의 목적 달성을 위하여 그 실효성을 확보하기 위한 수단으로 부당하게 행하여진 경우라야 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 거래거절행위로서 법이 금지하는 불공정거래행위에 해당한다고 판시하였다.

3) 대법원 2001. 1. 5. 선고 98두17869 판결.

위와 같은 법리에 기초하여, 대법원은 이 사건의 경우 한국코카콜라와 범양식품 사이에 1991. 5. 21.자 보틀러 계약을 체결할 당시 계약기간은 1996. 6. 1.자로 만료되고 더 이상 연장할 수 없는 것으로 명시되어 있었고, 그에 따라 범양식품도 별도의 자회사인 음료업체를 설립하여 주문자 상표부착 방식으로 생산활동을 계속하는 한편, 위 계약기간 만료 전후로 한국코카콜라와 일련의 구조개편안을 협상하는 과정에서 1, 2차 수권서를 발급받아 원액공급기한을 연장하여 왔으나, 최종적으로 제시된 구조개편안인 자산인수안에 관한 협상이 결렬되자 범양식품은 자회사의 음료사업을 인수하여 독자적인 콜라 음료를 개발, 판매하고 있다는 점 등, 이러한 전후 경과에 비추어 보면, 범양식품이 그 자산의 매각여부에 대하여 달리 선택의 여지가 없었다고 단정할 수 없고, 자산매각 외에 달리 대안이 없었거나 한국코카콜라도 범양식품의 자산을 반드시 인수하여야만 할 긴급한 필요가 있다고 보기 어렵다고 판단하였다. 이러한 점들에 비추어 보면 한국코카콜라가 원액공급자로서 범양식품에 대하여 상대적으로 우월적 지위에 있었고 자산인수를 위해 제시한 가격이 범양식품의 제시가격에 크게 못 미쳤다고 하더라도 이 사건 거래중단행위가 한국코카콜라가 자신이 제시한 가격과 조건으로 범양식품의 자산을 인수하려는 목적 아래 그 실효성을 확보하기 위한 수단으로 이루어진 것이라고 단정할 수 없고, 나아가 오로지 범양식품의 사업활동을 곤란하게 할 의도로서 이 사건 거래거절행위를 하였다거나 혹은 그로 인하여 범양식품의 거래 기회가 배제되었다고 단정하기도 어려워 한국코카콜라의 이 사건 거래중단행위가 부당하게 이루어진 개별적 거래거절행위에 해당한다고 할 수 없다고 판단하였다.

위와 같은 판단에 기초하여 대법원은 원심판결을 파기하고 사건을 원심법원인 서울고등법원에 환송하였다.

바. 후속판결(파기 환송심)⁴⁾

대법원의 원심판결에 대한 파기환송에 따라 서울고등법원은 위 대법원 판결이유와 동일한 이유로 한국코카콜라의 이 사건 거래중단행위가 부당하게 이루어진 개별적 거래거절행위에 해당한다고 할 수 없다고 판단하고 이를 이유로 한국코카콜라에 대한 공정위의 이 사건 시정조치는 위법하므로 그 취소를 구하는 원고의 청구를 인용하

4) 서울고등법원 2001. 6. 5. 선고 2001누1989 판결.

는 판결을 선고하였다.

2. 관련규정 및 제도

가. 거래거절행위 관련 규정

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」⁵⁾

제23조(불공정거래행위의 금지)

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

1. 부당하게 거래를 거절하거나 거래의 상대방을 차별하여 취급하는 행위
- ② 불공정거래행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다.

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령」⁶⁾

제36조 (불공정거래행위의 지정)

① 법 제23조(불공정거래행위의 금지)제2항의 규정에 의한 불공정거래행위의 유형 또는 기준은 별표1⁷⁾과 같다.

별표 1 ‘불공정거래행위의 유형 및 기준’

1. 거래거절

법 제23조(불공정거래행위의 금지)제1항제1호 전단에서 “부당하게 거래를 거절하는 행위”라 함은 다음 각목의 1에 해당하는 행위를 말한다.

5) 1998. 4. 1. 법률 제5528호로 개정되기 전의 것.

6) 1998. 4. 1. 대통령령 제15767호로 개정되기 전의 것.

7) 2010. 5. 14.부터 시행되는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령」(2010. 5. 14. 대통령령 제22160호)부터 별표 1의2로 개정되었다.

나. 기타의 거래거절

부당하게 특정사업자에 대하여 거래의 개시를 거절하거나 계속적인 거래관계에 있는 특정사업자에 대하여 거래를 중단하거나 거래하는 상품 또는 용역의 수량이나 내용을 현저히 제한하는 행위

참고로 공정위의 「불공정거래행위심사지침」(개정 2009. 8. 12. 공정거래위원회 예규 제72호)에 의하면, 단독의 거래거절은 먼저 사업자가 단독으로 특정 사업자와의 거래를 거절할 것을 요건으로 하며, 여기서 말하는 거래거절은 공급거절과 구입거절, 거래개시의 거절과 거래계속의 거절 등을 모두 포함하며 거래상대방에게 현저히 불리한 거래조건을 제시하거나 거래하는 상품, 용역의 수량 또는 내용을 현저히 제한하여 사실상 거래를 거절하는 행위를 포함한다.

나. 외국 입법례

미국이나 유럽, 독일의 독점금지법제에서는 거래거절이 독점화(시도)나 시장지배적 지위남용의 한 유형으로 이해되고 있어, 이들 법제에서는 독점력 내지 시장지배적 지위를 전제로 하지 않는 거래거절이란 원칙적으로 문제되지 않는다.⁸⁾ 구체적으로 미국에 있어서는 단독의 거래거절의 경우 ① 당해 행위가 독점을 형성하거나 유지하려는 의도로 이루어진 것일 것,⁹⁾ ② 거래를 거절하는 자가 시장에서 지배적 지위에 있을 것¹⁰⁾ 등의 요건을 충족한 경우에만 셔먼법(Sherman Act) 제2조의 위반이 된다. 즉 미국 판례상으로는 거래거절이 독점적 지위에서 이루어지는 행위이거나 독점의 기도로 평가되는 경우에만 위법이 인정되므로 시장지배력을 갖지 못한 통상의 사업자는 특정한 사업자에 대해 거래거절을 하여도 셔먼법 위반이 되지 않는다.

8) 이봉의, 「거래거절의 부당성 - 독일 및 유럽 경쟁법을 중심으로」, 『판례실무연구』 IX, 박영사, 15면.

9) United States v. Colgate & Co., 250 U.S. 300 (1919).

10) FTC v. Raymond Brothers & Clarke Co., 263 U.S. 565 (1924).

3. 주요 쟁점

가. 이 사건의 쟁점

이 사건 대법원 판결이 원심판결인 서울고등법원¹¹⁾ 판결을 파기환송한 것은 한국코카콜라의 범양식품에 대한 거래거절 즉, 원액공급 중단행위에 대한 부당성 판단을 원심판결과 달리하였기 때문이다. 원심판결은 한국코카콜라가 계약기간의 종료를 들어 이 사건 거래중단행위로 나아간 것은 범양식품에 대하여 가지고 있는 독점적인 원액공급권에서 나오는 우월적 지위를 이용하여 계약기간 만료 직전까지 진행 중이던 자산인수안에 대한 협상과정에서 자신이 일방적으로 결정한 인수가격과 조건을 관철함으로써 거래상대방인 범양식품의 선택의 자유를 실질적으로 제한하려는 경쟁제한적 목적을 달성하기 위한 실효적 수단으로 행하여진 것으로 본 반면, 대법원은 이 사건 보틀러계약을 체결할 당시부터 더 이상의 계약기간을 연장할 수 없다는 점이 명시되어 있었고, 범양식품이 한국코카콜라가 제시하는 일련의 구조개편안에 관한 협상이전부터 자회사를 통한 주문자상표부착방식으로 생산활동을 하고 있었고, 원액공급 중단 이후에도 자회사로부터 음료사업을 인수하여 독자적인 콜라음료를 개발, 판매하고 있다는 전후 사정에 비추어 범양식품이 자산매각 외에 달리 대안이 없었다거나 한국코카콜라가 범양식품의 자산을 반드시 인수하여야만 할 긴급한 필요성을 인정하기 어려워 한국코카콜라의 이 사건 거래중단행위가 자신이 제시한 가격과 거래조건으로 범양식품의 자산을 인수할 목적 아래 그 실효성을 확보하기 위한 수단으로 이루어진 것이라거나 오로지 범양식품의 사업활동을 곤란하게 할 의도로서 이 사건 거래거절 행위를 하였다고 보기 어렵다는 점을 주된 판단근거로 하고 있다.

결국 원심판결과 대법원 판결의 차이점은 제반 증거를 통해 인정된 사실관계에 비추어 한국코카콜라가 자신이 독점적으로 공급하는 원액공급권을 자산인수를 위한 협상 과정에서 유리한 가격과 거래조건을 확보하기 위한 실효적인 수단으로 활용하였는지, 더 나아가 범양식품의 사업활동을 곤란하게 할 의도로 거래거절행위를 한 것인지, 이로 인하여 범양식품의 거래기회가 배제되었는지 등 사실관계에 관한 판단의 차

11) 서울고등법원 1998. 10. 14. 선고 97-753139 판결.

이인 것이지 불공정거래행위의 규제대상이 되는 거래거절행위의 부당성 판단기준에 근본적인 차이가 있는 것으로 보기는 어렵다.¹²⁾

이하에서는 이 사건에서 문제된 ‘기타의 거래거절행위’의 부당성 판단기준을 중심으로 학설, 판례 등의 입장을 살펴보고 이에 기초하여 이 사건 대법원 판결을 검토하고자 한다.

나. 단독의 거래거절의 부당성 판단 기준

1) 거래거절의 의의

계약자유 원칙상 시장에서의 거래주체는 원칙적으로 누구와 어떤 내용의 계약을 어떤 방식으로 체결할 것인지를 자유로이 결정할 수 있기 때문에 당해 사업자가 상품이나 용역의 가격이나 거래조건 등이 마음에 들지 않을 경우 당해 거래를 거절하는 행위가 원칙적으로 위법한 것으로 볼 수는 없다. 이러한 점에서 거래거절 그 자체는 경쟁정책적 관점에서 가치중립적이다.¹³⁾ 결국 이러한 거래거절행위가 경쟁제한적 목적으로 행하여지거나 경쟁제한적 효과를 가지게 되는 경우 즉, 부당한 경우에만 규제 대상이 된다. 이 사건의 경우 공동의 거래거절이 아닌 단독의 거래거절의 해당여부가 문제된 사건이므로 이하에서는 단독의 거래거절의 부당성 판단 기준을 중심으로 살펴보고자 한다.

2) 단독의 거래거절 행위의 부당성 판단 기준

일반적으로 공정거래저해성이 추정되어 당연위법으로 이해되고 있는 공동의 거래

12) 원심판결은 “일반적으로 개별적인 거래거절은 그 자체로서는 경쟁제한적 성격이나 거래의 상대방에 대한 계약배제효과가 있다고 할 수 없으므로 그 효과와 성격의 면에서 경쟁정책상 가치중립적인 것이고, 일반 기업거래에 있어서의 거래상대방 선택의 자유라는 면에서 보아도 당연히 위법한 것으로 평가될 수는 없다. 그러나 그 거래거절행위가 공정하고 자유로운 경쟁의 촉진이라는 법의 목적에 비추어 경쟁을 제한하거나 배제하는 효과를 갖는 경우, 거래거절행위의 목적이 공정하고 자유로운 경쟁이라는 법의 취지에 비추어 부당하고 그것이 그 목적달성을 위한 수단으로서 실효성을 갖고 있다고 판단되는 경우 또는 독점력의 남용에 해당하는 경우 등에 해당할 때에는 법 제23조의 규제대상이 된다고 할 것이다.”라고 판시하고 있다.

13) 심재한, 「단독의 거래거절」, 『상사판례연구』 제13집, 한국상사판례학회, 378쪽.

거절과는 달리 단독의 거래거절의 경우 그 성립요건으로서 요구되는 ‘부당성’의 의미와 관련하여 이를 경쟁제한성과 같은 개념으로 이해하여 그 적용범위를 좁게 볼 것인지, 아니면 거래의 공정성을 포함하여 넓은 개념으로 이해하여 그 적용범위를 확장할 것인지에 대해서는 다소의 논란이 있다.¹⁴⁾

이와 관련하여 대법원 판례는 부당성 유무에 대한 판단기준으로 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려의 유무, 즉 ‘공정경쟁저해성’으로 보았던 판례¹⁵⁾의 입장을 다소 변경하여 이 사건 판결 및 그 이후 판결¹⁶⁾을 통해 단독의 거래거절에 있어서의 부당성의 의미를 경쟁저해성의 관점에 국한하지 않고 거래의 공정성까지 포함하는 넓은 의미의 개념으로 해석하고 있는 것으로 평가하는 견해도 있다.¹⁷⁾ 한편, 불공정거래행위심사지침은 단독의 거래거절의 위법성 판단기준으로 당해 행위가 관련 시장에서 경쟁을 제한하는지 여부를 위주로 판단하는 것으로 규정하고 있다.

그러나 단독의 거래거절행위의 부당성 판단에 관한 위와 같은 판례나 학설 및 공정위 실무 등에도 불구하고 시장지배적 사업자의 지위남용으로서의 거래거절행위가 문제되었던 이른바 포스코 판결¹⁸⁾에서는 시장지배적 사업자의 지위남용으로서의 거래거절과 불공정거래행위로서의 거래거절의 부당성 판단기준을 달리 보았다. 즉, 위 판결에서 다수의견은 “공정거래법 제23조 제1호의 불공정거래행위로서의 거래거절행위에 관하여는 그 행위의 주체에 제한이 없으며, 또한 그 당해 거래거절행위의 공정거래성 여부에 주목하여 특정 사업자의 거래기회를 배제하여 그 사업활동을 곤란하게 하거나 곤란하게 할 우려가 있는 경우, 거래상대방에 대한 부당한 통제 등의 목적달성을 위한 실효성 확보 수단 등으로 거래거절이 사용된 경우 등과 같이 사업자의 거래거절행위가 시장에 미치는 영향을 고려하지 아니하고 그 거래상대방인 특정 사업자가 당해 거래거절행위로 인하여 불이익을 입었는지 여부에 따라 그 부당성의 유무를 평가하여야 한다”라고 판시하여 불공정거래행위로서의 거래거절행위에 있어서의 부당성을 판단함에 있어서는 시장지배적 사업자의 지위남용행위로서의 거래거절과 달리 경쟁제한효과를 요구하지 않는다는 점을 분명히 하였다. 이러한 포스코 판결

14) 서혜숙, 「공정거래법상 단독의 거래거절에 관한 소고」, 『변호사』 36집, 서울지방변호사회, 111~112쪽 참조.

15) 대법원 1998. 9. 8. 선고 96누9003 판결.

16) 대법원 2005. 5. 26. 선고 2004두3038 판결.

17) 위 서혜숙, 112쪽.

18) 대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결.

의 판시 내용은 단독의 거래거절행위의 부당성을 행위자가 속한 시장 또는 거래거절의 상대방이 속한 시장에서의 경쟁제한성이 인정되는지 여부가 주된 판단기준이 되어야 한다는 학설¹⁹⁾의 입장이나 경쟁제한성 위주로 판단하는 공정위의 불공정거래행위심사지침과는 배치되는 것으로 볼 수 있다.

다. 이 사건 대법원 판례의 검토

먼저 공정위는 원심결에서 한국코카콜라의 이 사건 원액공급 중단행위의 부당성 및 공정거래저해성 판단과 관련하여 계약 당사자간의 계속적 거래에 관한 묵시적 합의에 배치되는 한국코카콜라의 행위가 신의칙에 반하고, 거래규모, 거래기간 및 거래상대방의 투자규모와 대체공급선의 전환용이성 등을 감안하면 원액공급권을 남용한 행위로서 부당하다고 판단하였다. 이에 반해 원심판결(97구53139)은 독점적 음료원제공급권이 갖는 한국코카콜라가 자신의 우월적 지위를 이용하여 범양식품과의 자산인수 협상과정에서 자신이 제안한 인수가격과 조건을 관철시킴으로써 범양식품이 갖는 자산인수계약에서의 선택의 자유를 실질적으로 제한하려는 경쟁제한적 목적을 갖는 실효적 수단으로서 원액공급 중단이 이루어진 것으로서 이는 부당한 거래거절행위에 해당된다는 취지로 판단하였다. 즉, 공정위과 원심판결이 그 결론은 같지만 그 판단의 접근방식이나 이유에 있어서는 다소 차이가 있다고 할 수 있다.

이와 같은 원심판결의 판단에 대해 대법원은 앞서 살펴본 바와 같이 ① 당초 이 사건 보틀러계약이 계약기간을 1996. 6. 1.로 만료되고 더 이상 연장할 수 없음이 명시되어 있었던 점, ② 범양식품이 자회사로서 별도 음료업체를 설립하여 자신의 공장설비를 이용하여 주문자 상표부착방식으로 생산활동을 하여 왔었고, 한국코카콜라와의 자산인수안 협상이 결렬되고 원액공급이 중단된 이후에 자회사 음료사업을 인수하여 독자적인 콜라 음료를 개발, 판매하고 있는 점 등의 전후 사정에 비추어 범양식품의 자산매각이 반드시 이루어져야 할 거래가 아니라는 판단 하에 한국코카콜라의 원액공급 중단행위가 원심판결이 판단하였듯이 자신이 제안한 유리한 가격과 거래조건을 관철하여 자산인수계약을 체결하려는 실효적 수단으로서 행해진 것으로 보기는 어렵다는 취지의 판단을 한 것으로 보인다.

19) 예컨대, 임영철, 『공정거래법』, 법문사 (2007), 308쪽.

이러한 대법원 판결에 대하여 독점적으로 원액공급권을 갖는 사업자가 자사 제품의 매출증대와 시장 잠재력개발이라는 정당한 사업상의 목적을 위하여 원액공급계약 해지권을 행사하였으므로 부당한 거래거절이라고 보지 아니한 것은 정당하다고 평가하는 견해도 있다.²⁰⁾

그러나 대법원이 제시한 단독의 거래거절행위의 부당성 판단기준에 대체적으로 동의하고 그 기준을 비교적 명확히 제시한 판결로서의 의의를 높이 평가하면서도, 구체적 판단근거와 관련하여서는 공정위가 문제삼은 한국코카콜라의 1997. 4. 1.자로 이루어진 원액공급 중단행위 당시의 사정이 아닌 그보다 훨씬 이전인 1991. 9. 9. 범양식품 대표이사가 자회사인 건영식품 주식회사를 설립한 후 범양식품의 생산시설을 전용하여 당근주스 임가공 생산활동을 하여 왔었던 사실과 이 사건에서 문제된 1997. 4. 1.자 원액공급 중단행위 이후인 1998. 2. 28. 이후부터 범양식품이 자회사인 건영식품의 음료사업을 인수하여 독자적인 콜라를 개발, 판매하는 등 음료사업을 영위하고 있는 사실 등의 전후 경과에 비추어 이 사건 원액공급 중단행위가 자산인수계약을 자신이 제시한 가격과 거래조건으로 체결되도록 하기 위한 실효적 수단으로 이루어진 것으로 볼 수 없다고 판단한 것이 타당한지에 대해서는 개인적으로 다소 의문이 있다.

즉 사건으로는 자산인수를 위한 쌍방의 협상이 결렬된 근본적인 이유가 범양식품이 자산인수가로 제시한 금액이 2,978억 6,500만 원임에 반해 한국코카콜라가 최종적으로 제시한 인수가는 468억 500만 원이고 이마저도 추후 자산실사작업을 통해 조정할 수 있다는 안이어서 범양식품으로서는 자신이 제시한 인수가에 비해 현저히 낮은 가격의 자산인수안을 최종적으로 수용하기는 도저히 어려웠던 것으로 보이고, 한국코카콜라 입장에서는 그러한 가격 차이에도 불구하고 자신의 범양식품에 대한 독점적인 원액공급권이 자신이 제시한 가격으로 계약을 체결하도록 범양식품을 사실상 강제할 수 있는 실효적인 수단이 될 수 있음을 알고 있었을 것이고, 이를 활용할 유인도 충분히 있었다고 보이며, 실제 원액공급 중단이 이루어진 시점도 범양식품이 위 한국코카콜라가 제시한 가격안을 거절한 직후에 이루어졌다는 점과 약 23년이라는 장기간 동안 한국코카콜라로부터 독점적으로 원액을 공급받아 옴으로 인해 사실상 100%의 거래의존도를 가진 범양식품으로서는 비록 이 사건 원액공급 중단행위 이전에 자

20) 위 심재한, 392쪽.

회사를 통해 독자적인 당근주스 음료사업을 하고 있었고, 원액공급 중단 이후에 자체적으로 개발한 콜라 음료를 개발, 판매하고 있었다 하더라도 탄산음료인 콜라 제품과는 전혀 다른 당근주스 음료사업이 자신이 오랜 기간 영위하여 왔던 콜라음료 사업을 유효하게 대체할 수 있는 것으로 보기는 어렵다는 점과 코카콜라제품이 갖는 콜라음료 시장 내지는 탄산음료 시장에서 갖는 절대적인 지위나 시장지배력에 비추어 범양식품이 독자적으로 개발한 콜라 제품이 관련시장에서 유효한 대체사업으로서 경쟁력을 갖기는 매우 어려웠을 것으로 보인다는 점 등을 종합적으로 고려하면 한국코카콜라의 이 사건 원액공급 중단행위로 인하여 범양식품으로서는 기존에 영위하여 왔던 콜라음료 사업활동이 현저히 곤란해졌을 것으로 예상될 뿐 아니라 콜라원액공급시장에서 대체거래선을 찾기도 용이하지 않았을 것으로 보인다는 점에서 한국코카콜라의 이 사건 거래거절행위로 인하여 범양식품이 속한 관련시장에서의 공정한 거래가 저해되는 결과를 가져왔다고 볼 수도 있지 않았을까 하는 생각이다.

특히 앞서 살펴본 포스코 판결의 다수의견과 같이 불공정거래행위로서의 거래거절 행위에 있어서의 부당성 판단의 경우 당해 거래거절행위가 시장에 미치는 영향을 고려하지 아니하고 그 거래상대방인 특정 사업자가 당해 거래거절행위로 인하여 불이익을 입었는지 여부에 따라 부당성 유무를 평가하여야 한다는 입장에서 본다면 이 사건 한국코카콜라의 거래거절행위가 갖는 부당성 여부에 대한 판단은 다시 한 번 생각해 볼 여지가 있다고 생각된다.

4. 의의

공정위 처분의 적법성을 인정하였던 서울고등법원의 원심판결에 대한 대법원의 파기환송 판결로 인하여 그 집행적 의미가 퇴색되었지만, 공정위는 이 사건 원심결 이후 배포된 보도자료를 통해 막강한 자금력과 정보력을 지닌 세계적 다국적 기업이 국내기업을 통해 국내 시장에 진출을 하였다가 국내기업이 어느 정도 시장을 형성하고 난 후, 국내기업을 배제하고 직접 생산, 판매하는 체제로 전환하는 과정에서 거래상의 지위를 남용한 행위에 대하여 공정거래법을 적용한 최초의 사례로서의 의미를 갖는다고 평가하였다.

법적으로는 이 사건 대법원 판결을 통해 단독의 거래거절이 불공정거래행위에 해당되기 위한 구체적인 부당성 판단기준을 선도적으로 정립한 판례로서의 의미가 있다. 이 사건 판결 이후 단독의 거래거절이 문제된 다른 사건에서도 대법원은 이 사건과 동일한 판결취지를 따른 바 있다.²¹⁾ 이 사건 판결에 따르면, 단독의 거래거절이 부당한 거래거절행위가 되기 위해서는 ① 당해 거래거절이 특정사업자의 거래기회를 배제하여 그 사업활동을 곤란하게 할 우려가 있는 경우나 ② 오로지 특정사업자의 사업활동을 곤란하게 할 의도를 가진 유력사업자에 의하여 그 지위 남용행위로서 행하여진 경우, 또는 ③ 법이 금지하고 있는 거래강제 등의 목적 달성을 위하여 그 실효성을 확보하기 위한 수단으로 부당하게 행하여진 경우 중 하나에 해당되어야 한다.

위와 같은 대법원 판결이 제시하는 부당성 요건들 중 ①에 해당되는 행위의 경우는 공정거래법상 기타의 사업활동방해행위로 규제가 가능하고, ②에 해당되는 행위의 경우는 공정거래법상 시장지배적지위 남용행위 내지 거래상 지위남용행위로 규제가 가능하며, ③에 해당되는 행위의 경우 당해 법이 금지하는 별도의 규정에 의거하여 규제가 가능하다는 점에서 단독의 거래거절 자체만의 고유한 행위 양태나 이에 대한 규제 필요성, 그리고 이에 따른 독자적 위법성 판단기준이 존재할 수 있는지에 대한 의문을 제기하는 견해도 있다.²²⁾ 또한, 거래거절, 엄밀하게는 거래중단의 공정거래저해성을 다룬 판결에서 나타나는 공통된 문제점은 법원이 거래거절의 주체가 관련시장에서 시장지배적지위를 가지고 있는지 여부를 면밀히 검토하지 않고 보다 손쉬운 불공정거래행위에 관한 법 제23조를 적용함으로써 관련시장에서의 경쟁자 배제효과를 가져오는 이른바 방해남용과 공정거래저해성의 구분이 여전히 불확실한 채로 남아 있다는 비판적 견해도 있다.²³⁾ 이 밖에 위 ①, ②에 해당되는 경우에도 그 요건으로 규정된 개념들이 너무 추상적이고 불명확하여 때로는 광범위하게 적용될 가능성이 있어 규범 수범자의 예측가능성을 해치고, 수단의 공정성을 확보한다는 미명하에 과도한 국가권력이 경제활동의 자유를 침해하는 근거 규정의 역할을 할 위험성이 크다는 지적도 있다.²⁴⁾

21) 대법원 2005. 5. 26. 선고 2004두3038 판결.

22) 위 서혜숙, 113~115쪽 참조.

23) 위 이봉의, 14~15쪽 참조. 이 교수는 위 논문에서 시장지배력이 없는 일반사업자는 계약체결의 자유를 온전히 누리게 되고, 따라서 거래거절의 결과 거래상대방이나 경쟁사업자의 사업활동이 방해받는 경우에도 그것만으로 공정거래법상 금지되지는 않는다고 하면서, 일반사업자의 거래거절은 시장지배적 사업자에 의한 거래거절에 비하여 훨씬 까다로운 요건 하에서만 금지되어야 한다는 견해를 피력하고 있다.

24) 김차동, 「단독 거래거절에 의한 불공정거래행위의 규제원리」, 『판례연구』 (제18집), 서울지방변호사회, 2004, 68쪽.

사건으로는 위와 같은 비판적 견해들에도 불구하고, 이 사건 대법원 판결은 단독의 거래거절행위가 갖는 부당성의 판단기준을 이전 판결에 비해 보다 구체적으로 제시해 주었다는 점에서 의미가 있다고 생각된다. 동 판결상에 제시된 행위 태양들에 대해서는 다른 행위유형으로 규제가 가능하므로 단독의 거래거절 자체만의 독자적인 위법성 판단기준이 존재할 수 있는지 의문이라는 견해에 대해서는 설령 다른 법조항으로 규제가 가능하다고 할지라도 이는 당해 행위에 대한 법집행 기관인 공정위나 법원이 선택하여야 할 적용법조의 문제일 뿐 이를 이유로 법이 별도로 규정하고 있는 단독의 거래거절행위의 규범적 존재 의미 자체가 부인될 수 없다는 점에서 선뜻 동의하기 어렵다. 다만, 이 사건 대법원 판결에서 단독의 거래거절의 한 유형으로 제시된 ‘② 오로지 특정사업자의 사업활동을 곤란하게 할 의도를 가진 유력사업자에 의하여 그 지위 남용행위로서 행하여진 경우’의 판단에 있어서 ‘유력사업자’가 법상 시장지배적 사업자와 동일한 개념으로 사용된 것이라면²⁵⁾ 이러한 사안에 대하여 불공정거래행위로서의 단독의 거래거절과 시장지배적지위 남용으로서의 거래거절에 관한 규정들 중 어느 규정이 우선적으로 적용되어야 할 것인지, 적용을 달리한다면 그 기준은 구체적으로 무엇인지가 향후 공정위 심결례나 판례를 통해 좀 더 명확하게 정립될 필요가 있을 것이다.²⁶⁾

25) 대법원 판결에서 제시된 ‘유력사업자’라는 개념을 공정거래법상 시장지배적 사업자 내지 거래상 우월적 지위에 있는 사업자와는 다른 개념으로서 대법원이 판결을 위하여 의도적으로 창출한 것이라는 견해도 있다. 위 김차동, 67쪽.

26) 위 서혜숙, 118쪽.

[20] 현대정보기술의 부당염매행위에 대한 건

의결 제98-39호

김 재 영 (변호사, 법무법인 화우)

현대정보기술(주)가 1997. 10. 8. 인천광역시 지역정보화시스템통합용역의 공개입찰에서 입찰예정가의 3%에 못 미치는 금액으로 응찰하여 낙찰 받은 행위에 대하여 공정거래위원회가 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제23조 제1항 제2호 소정의 부당염매행위에 해당한다고 보아 시정명령, 범위반사실공표명령 및 과징금납부명령을 하였다. 공정위는 이의신청을 기각하였으나, 서울고등법원과 대법원은 부당염매에 해당하지 않는다고 보고 시정명령 등을 취소하였다.

본건에 관한 대법원 판결은 부당염매의 주요 논점들에 대해서 위법성의 판단기준을 최초로 밝힌 대법원 판결이라는 점에서 의의가 크다.

대법원은 계속거래상의 부당염매와 기타거래상의 부당염매를 구분하고 이에 대한 요건사실과 입증책임이 다름을 밝혔다. 또한 부당염매를 규제하는 취지가 시장지배적지위의 남용을 사전에 예방하는데 있다고 하면서, 시장진입이 예상되는 잠재적 사업자도 경쟁사업자의 범위에 포함된다고 보았다. 나아가 경쟁사업자를 배제시킬 우려는 실제로 경쟁사업자를 배제할 필요는 없고 여러 사정으로부터 그러한 결과가 초래될 추상적 위험성이 인정되는 정도로 족하다고 하면서, 경쟁사업자를 배제시킬 우려는 당해 염매행위의 의도, 목적, 염가의 정도, 행위자의 사업규모 및 시장에서의 지위, 염매의 영향을 받는 사업자의 상황 등을 종합적으로 살펴 개별적으로 판단하여야 한다고 판시하였다. 다만 기타거래상의 부당염매에서의 '낮은 가격'의 기준이 무엇인가에 대하여 분명한 입장이 보이지 않으나 이에 대하여 여러 학설들이 논의를 하고 있으므로 추후 구체화될 것으로 기대한다.

1. 사건 개요

가. 시장현황

시스템 통합(System Integration)사업이란 수요자의 요구에 의해 컨설팅, 요구분석, 시스템 설계, 각 시스템 요소의 개발 및 조달, 시스템 통합시험 및 설치, 일정기간의 운영 및 유지보수 등의 업무전체를 일괄책임하여 수행하는 사업을 말하며, 미국의 경우 정보시스템 기능을 외부기관에 위탁한다는 의미에서 “Outsourcing”이라는 용어를 사용하며 업무의 위탁범위, 방법 등에 따라 SI(System Integration), SO(System Operation), FM(Facilities Management), SM(System Management)으로 구별된다.

1996년 당시 국내 SI 시장규모는 약 2조 7,900억 원 수준이고 사업체 수는 약 350개이다. 그 중 38개의 대기업이 전체 시장의 86%(매출액 기준)을 차지하고 있었다.

나. 행위사실

인천광역시는 1997. 10. 8. 지역 정보화의 목표, 추진전략, 분야별 추진과제, 정보화 시스템 구축 전략 제시 등을 내용으로 하는 「인천광역시 지역정보화 기본계획수립」이라는 시스템통합(SI) 용역(이하 ‘본건 용역’이라 한다)에 대한 공개입찰을 실시하였다. 최저가 입찰방식을 채택한 이 용역입찰의 예정가격은 97,244,000원이었는데, 현대정보기술 주식회사(이하 ‘현대’라 한다)는 이 예정가격의 2.98%인 2,900,000원에, 대우정보시스템 주식회사(이하 ‘대우정보’라 한다)는 19.99%인 19,440,000원에, 삼성데이터 시스템 주식회사(이하 ‘SDS’라 한다)는 34.24%인 33,300,000원에 각 응찰하였고, 그 결과 현대가 낙찰자로 선정된 후 1997. 10. 15. 인천광역시와 계약을 체결하였다.

다. 공정거래위원회의 심결

1) 원심결¹⁾

공정거래위원회(이하 ‘공정위’라 한다)는 현대의 입찰가는 본건 용역 입찰의 예정가격이 1억 원보다 낮고 최소한의 인건비에도 미치지 못하는 점, 경쟁사들보다 현저히 낮은 점, 최근 3년간 정보화기본계획수립과 관련하여 1억 원 이하 계약이 극히 드물다는 점, 경기침체로 민간 정보통신 투자가 극히 저조한 시기에 공공부문이 SI시장에서 최대승부처가 될 것이고, 향후 다른 지자체에서 실시할 정보화기본계획 수립에서 유리한 지위를 확보할 것으로 본다고 현대가 진술한 점, 정보시스템구축전략제시 등은 단계별로 구축방안을 제시하도록 되어 있어 향후 발주가 예상되는 정보화관련 각종 장비구매(H/W)에 있어 관례적으로 계획수립자가 유리한 위치를 점할 수 있다는 점 등을 고려하여, 현대의 이러한 저가 입찰행위가 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 ‘법’ 또는 ‘공정거래법’이라 한다) 제23조 제1항 제2호, 같은 법 시행령 제36조 별표 제3항 가목 소정의 부당염매행위에 해당한다고 보아, 1998. 2. 24. 현대에 대하여 ① “인천광역시에서 발주한「인천광역시 지역정보화 계획 수립」의 용역입찰에 부당하게 낮은 대가로 참가하는 등의 방법으로 자기의 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 행위를 하여서는 아니된다”는 시정명령, ② 1개 중앙일간지에 대한 법위반사실 공표명령 및 ③ 29,600,000원의 과징금납부명령을 하였다.

2) 이의신청 및 재결²⁾

현대는 1998. 3. 26. 원심결 전부의 취소를 구하는 이의신청을 제기하였으며, 공정위는 1998. 5. 28. 다음과 같은 이유로 이의신청을 기각하는 결정을 하였다.

가) 부당염매에 대한 규제는 사업자가 약탈적 가격을 설정하여 시장에서 경쟁사업자를 도태시킨 후 독점력을 이용하여 가격을 과거보다 높게 끌어올림으로써 장기

1) 공정거래위원회 1998. 2. 24. 소회의 의결 제98-39호.

2) 공정거래위원회 1998. 5. 28. 전원회의 의결 제98-14호.

적으로 독점이윤을 얻고자 하는 경우에 국한되는 것은 아니다.

나) 현대의 응찰금액은 현대 자신이 산출한 예상소요비용 210,188천원, 인천광역시 입찰예정가격 97,244천원, 엔지니어링기술진흥법 제10조제2항의 규정에 따라 산출한 최소한의 인건비인 53,869천원에도 미치지 못하는 가격으로서 경쟁사업자가 대항할 수 없는 부당하게 낮은 대가임이 명백하며, 현대가 주장하는 저가입찰의 정당화 사유들은 모두 현대 내부의 주관적인 사정에 불과한 것이다.

다) 부당염매 행위는 계속적인 공급행위 뿐만 아니라 단발성의 공급행위라 하더라도 부당하게 낮은 대가로 공급하여 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있으면 성립하는 것이고, 경쟁사업자를 배제시킬 우려는 동 규정의 전체적인 의미로 보아 염매의 대상이 되는 상품 또는 용역에 관계된 경쟁사업자의 사업활동을 배제시킬 우려로 이해해야 할 것이므로 경쟁사업자가 대규모기업집단 소속의 회사이기 때문에 관련시장에서 배제될 우려가 없다고 하는 이의신청인의 주장은 근거가 없다.

라) 본건 행위를 부당염매행위로 본 이유는 이의신청인이 본건 입찰에서 부당하게 낮은 금액으로 응찰함으로써 지역정보화 기본계획수립 용역시장에서 경쟁사업자를 배제할 우려가 있다고 보았기 때문이며, 관련시장에서의 독점적지위의 형성 여부와는 관계없다.

라. 고등법원의 판결³⁾

서울고등법원은 현대의 응찰행위는 부당성이 없고, 경쟁사업자 배제 우려도 없어 불공정거래행위에 해당하지 아니하므로 공정위의 처분은 위법하다고 판단하였다. 아래에서는 개별 구성요건 별로 살펴본다.

1) 부당성

부당성이 있는지 여부는 염가의 의도·목적, 염가의 정도, 염가판매의 기간, 반복계

3) 서울고등법원 1999. 2. 11. 선고 98누9181 판결.

속성, 대상 상품·용역의 특성과 수량, 행위자의 사업규모 및 시장에서의 지위, 염매의 영향을 받는 사업자의 수 및 사업규모, 시장에서의 지위 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

원고가 입찰에 참가함에 있어서 시장에 신규 진입하고자 하는 목적과 이 사건 용역을 낙찰받아 수행함으로써 기술 및 경험을 축적하고자 하는 목적이 있었던 점, 원고가 이 사건 용역 입찰 외에 시스템통합 컨설팅시장에 있어서 다른 저가 입찰행위를 하지는 않았던 점, 인천광역시가 입찰 참가자격을 제한한 결과 이 사건 입찰에 있어 원고와 경쟁관계에 있었던 사업자는 사실상 대우정보와 SDS로 한정되었는데 그들이 원고의 단 1회의 이 사건 용역 저가 입찰행위로 말미암아 시장에서 배제될 우려가 없었던 점 등에 비추어, 부당성이 없다.

2) 경쟁사업자 배제 우려

부당염매에서의 ‘경쟁사업자를 배제할 우려’라고 함은 당해 거래 그 자체에서의 배제를 의미하는 것이 아니고 염매의 대상이 되는 상품 또는 용역이 거래되는 시장에서의 배제를 의미하는 것이며, 여기서 ‘우려’가 있다고 함은 추상적인 우려가 아닌 어느 정도 구체성을 지닌 우려를 가리킨다.

이 사건 용역 입찰에 있어 경쟁사업자는 대규모기업집단 소속 계열회사로서 자금, 규모, 인력 등 여러 가지 측면에서 결코 원고에 뒤떨어지지 않았고, 그들 또한 예정가격에 훨씬 못 미치는 저가로 응찰하였던 점, 이 사건 용역은 계속적인 사업이 아니고 용역보고서의 제출로써 종결되는 1회성의 것인 점 등에 비추어 보면, 원고의 이 사건 용역 입찰행위로 말미암아 경쟁사업자인 소외 회사들이 시스템통합 시장에서 배제될 우려가 있다고 보기는 어렵다.

3) 낮은 가격

법의 부당염매에 관한 규정에서 “공급에 소요되는 비용보다 현저히 낮은 대가”라고 규정하고 있는 이상, ‘낮은 대가’의 판단은 일응 ‘공급에 소요되는 비용’을 기준으로 판

단하여야 한다. 따라서 제조업의 경우 고정비와 변동비 모두를 포함한 총원가를 기준으로 저가 여부를 판단해야 한다. 그런데 원고는 그의 응찰가격이 인건비를 반영하지 않은 금액임을 자인하고 있으므로 원고의 응찰가격 자체는 ‘낮은 대가’에 해당한다.

마. 대법원의 판결⁴⁾

1) 부당성

계속거래상의 부당염매는 ‘정당한 이유가 없는 한’ 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 보아야 할 것이나, 기타 거래상의 부당염매는 그 행위태양이 단순히 상품 또는 용역을 낮은 가격으로 공급하는 것이어서 그 자체로 이를 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 보기 어려운 만큼 그것이 ‘부당하게’ 행하여진 경우라야 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 보아야 할 것이며, 이 때 그 부당성의 유무는 당해 염매행위의 의도, 목적, 염가의 정도, 반복가능성, 염매대상 상품 또는 용역의 특성과 그 시장상황, 행위자의 시장에서의 지위, 경쟁사업자에 대한 영향 등 개별사안에서 드러난 여러 사정을 종합적으로 살펴 그것이 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지의 여부에 따라 판단하여야 한다.

민간 업체를 상대로 경쟁입찰에 부쳐진 것은 이 사건 용역이 처음이었으며, 시스템 통합 사업자들인 원고 및 위 소외회사들은 지역정보화시스템통합용역이라는 신규시장에 각자 먼저 진입하여 기술과 경험을 축적할 목적을 가지고 모두 입찰예정가격에 훨씬 못 미치는 입찰금액으로 입찰에 참가하였던 점, 인천광역시는 향후 이 사건 용역과 관련된 각종 장비 및 용역을 추가로 구매함에 있어서 낙찰자인 원고에게 연고권 등 사실상의 우선권을 부여하지 않고 그 때마다 경쟁입찰방식에 의하여 공급자를 정하기로 방침을 세워놓고 있었으며, 이 사건 용역사업은 계속성 사업이 아니라 보고서의 제출로써 종료되는 1회성 사업이라서, 원고가 이 사건 용역을 저가로 낙찰받았다고 하여 이로 말미암아 원고의 경쟁사업자들의 향후 위 신규시장에서 배제될 우려가 없었던 점 등에 비추어 볼 때, 원고의 위와 같은 저가입찰행위를 부당성을 지닌 행위

4) 대법원 2001. 6. 21. 선고 99두4686 판결.

라고 볼 수 없으므로 부당염매에 해당하지 않는다.

2) 경쟁사업자 배제 우려

경쟁사업자는 통상 현실적으로 경쟁관계에 있는 사업자를 가리킨다고 할 것이지만, 부당염매를 규제하는 취지가 법이 금지하는 시장지배적지위의 남용을 사전에 예방하는데 있다고 볼 때, 시장진입이 예상되는 잠재적 사업자도 경쟁사업자의 범위에 포함된다고 보아야 할 것이고, 나아가 경쟁사업자를 배제시킬 우려는 실제로 경쟁사업자를 배제할 필요는 없고 여러 사정으로부터 그러한 결과가 초래될 추상적 위험성이 인정되는 정도로 족하다. 따라서 원심이 원고의 경쟁사업자를 이 사건 입찰에 참가한 위 소외회사들로만 한정된 것과 경쟁사업자를 배제시킬 우려는 어느 정도 구체성을 가져야 한다고 본 것은, 그에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

그러나 원고의 경쟁사업자에 향후 시장진입이 예상되는 사업자를 포함시킨다고 하더라도, 경쟁사업자를 배제시킬 우려는 당해 염매행위의 의도, 목적, 염가의 정도, 행위자의 사업규모 및 시장에서의 지위, 염매의 영향을 받는 사업자의 상황 등을 종합적으로 살펴 개별적으로 판단하여야 할 것인바, 원고의 이 사건 입찰목적이 앞서 본 바와 같고, 원고가 향후 이 사건 신규시장에서 다시 최저가로 입찰에 참가할 것으로 내다볼 만한 자료가 없는 이 사건에서, 1회성에 그치는 원고의 이 사건 입찰행위를 가리켜 이를 경쟁사업자를 배제시킬 위험성 있는 행위라고 단정하기는 어렵다고 할 것이니, 원심의 판단은 그 결론에 있어 정당하다.

3) 낮은 가격

대법원은 ‘낮은 대가’에 해당하는지 여부에 대해서는 원고의 입찰가격이 최소한의 인건비조차도 반영하지 못하는 낮은 가격이 분명하다고 판단한 후 이 점에 대한 설시는 생략하였다.

2. 관련 규정 및 제도

가. 부당염매 관련 규정

1) 부당염매 관련 규정

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」⁵⁾

제23조(불공정거래행위의 금지)

① 사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(이하 불공정거래행위"라 한다)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다.

2. 부당하게 경쟁자를 배제하는 행위

② 불공정거래행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다.

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령」⁶⁾

제36조 (불공정거래행위의 지정)

① 법 제23조(불공정거래행위의 금지)제2항의 규정에 의한 불공정거래행위의 유형 또는 기준은 별표1⁷⁾과 같다.

별표 1 '불공정거래행위의 유형 및 기준'

3. 경쟁사업자 배제

법 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항 제2호에서 부당하게 경쟁자를 배제하는 행위"라 함은 다음 각목의 1에 해당하는 행위를 말한다.

5) 1998. 4. 1. 법률 제5528호로 개정되기 전의 것.

6) 1998. 4. 1. 대통령령 제15767호로 개정되기 전의 것.

7) 2010. 5. 14.부터 시행되는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령」(2010. 5. 14. 대통령령 제22160호)부터 별표 1의2로 개정되었다.

가. 부당염매

자기의 상품 또는 용역을 공급함에 있어 정당한 이유 없이 그 공급에 소요되는 비용보다 현저히 낮은 대가로 계속하여 공급하거나, 기타 부당하게 상품 또는 용역을 낮은 대가로 공급함으로써 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 행위

2) 주요 내용

법은 저가 판매에 대한 규율방식에 관하여 사업자의 시장에서의 지위에 따라서 시장지배적사업자의 부당염매에 대해서는 법 제3조의2 제1항 제5호에서 시장지배적지위 남용행위의 한 유형으로, 일반 사업자의 부당염매에 대해서는 법 제23조 제1항 제2호에서 불공정거래행위의 한 유형으로 규율하는 이원적 방식을 채택하고 있다. 대상 심결은 불공정거래행위로서의 부당염매에 해당하는 사안이므로 후자에 대해서 살펴본다.

법 시행령에서 정의된 부당염매의 개념은 전단은 ‘계속거래상의 부당염매’, 후단은 ‘기타의 염매행위’(일시적 염매)로 구분된다. 종전에는 ‘계속거래상의 부당염매’와 ‘장기거래계약상의 부당염매’로 구분되어 이에 대해서만 금지하고 있었으나, 본 건과 같이 단 한 번에 낙찰자를 선정하여 계약을 체결하는 입찰계약을 장기거래계약에 포함시킬 수 있는지 여부가 문제됨에 따라, 1997. 4. 1.부터 시행되는 법 시행령(개정 1997. 3. 31. 대통령령 제15328호)의 개정을 통해 계속적인 염매행위가 아니더라도 경쟁사업자의 배제행위로 볼 수 있도록 그 적용범위를 확대하였다.⁸⁾

대상 심결에서 문제된 부당염매는 ‘기타의 염매행위’(일시적 염매)에 해당한다. 「불공정거래행위 심사지침」(2009. 8. 12. 공정거래위원회 예규 제72호) V.3.가.(1)항에 따르면, 일시적 염매란 일회 또는 단기간(1주일 이내)에 걸쳐 현저히 낮은 대가로 상품 또는 용역의 공급이 이루어짐을 의미하고, 일시적 염매가 현저히 낮은 대가에 해당하는지 여부는 제조원가나 매입원가를 기준으로 판단하되, 제조원가는 재료비, 인건비, 기타 제조경비, 일반관리비를 포함하여 산정하고, 매입원가는 실제 구입가격을 기준으로 하되, 계열회사 관계나 제휴관계와 같은 특수한 사정이 존재하는 경우에는 일반사업자간 거래가격을 고려하여 수정된 가격을 기준으로 할 수 있다고 한다.

8) 권오승, 『경제법』 제6판, 법문사, 2008, 291면.

나. 부당염매 규정의 도입 배경

사업자가 제품의 가격을 낮게 설정함으로써 제품에 관한 가격 경쟁을 하는 것은 자유시장경제에서 자연스럽고 당연하며 전형적인 현상이기도 하다. 그러한 가격 경쟁의 결과 소비자가 더 저렴한 가격에 상품 또는 용역을 구입할 수 있게 되어 소비자 후생이 증가되므로 소비자 입장에서도 바람직하다고 할 수 있다. 사업자들에게 기술개발, 생산성 향상, 조직관리 또는 유통구조의 개선 등을 통하여 원가를 절감하게 하고 부당하거나 불공정한 경쟁방법을 배제하고 가격과 품질로써 경쟁하도록 요구한다는 점에서 가격 인하 경쟁은 경쟁법적 요구에도 부합한다. 그러므로 가격을 낮게 설정한다는 것 자체가 법적으로 문제되지 않는다.

그러나 사업자가 경쟁자를 시장에서 퇴출되게 하거나 새로운 경쟁자의 시장진입을 저지하기 위하여 원가보다 현저히 낮은 가격으로 공급하는 것은 직접적으로 경쟁자의 시장 존립에 영향을 줌으로써 경쟁자에게 피해가 발생할 뿐만 아니라, 궁극적으로는 소비자에게도 피해가 발생하게 된다. 왜냐 하면 경쟁자가 퇴출되거나 진입이 저지된 후 도래할 독점시장이나 이에 준하는 시장상황에서 사업자는 그 이전의 저가판매로 입은 손실을 벌충하기 위하여 경쟁시장의 가격보다 높은 수준으로 가격을 설정할 것이어서 그 사업자로부터 상품 또는 용역을 구입하는 것 이외에는 달리 제3자로부터 구입할 대안을 가지고 있지 않은 소비자로서는 그 사업자가 설정한 높은 가격을 지급할 수 밖에 없기 때문이다. 이와 같이 경쟁자를 배제하기 위한 과도한 저가판매는 정상적인 경쟁을 저해하고 경쟁자와 소비자 모두에게 피해를 입힘으로써 '공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위'에 해당하므로 이를 법에서 부당염매행위로 규정하여 금지하는 것이다.

대법원은 본건에 대한 판시에서 부당염매를 규제하는 취지가 법이 금지하는 시장 지배적지위의 남용을 사전에 예방하는데 있다는 견해를 밝혔다. 그러나 부당염매 규제 제도가 앞서 본 바와 같이 경쟁촉진과 소비자후생증진을 목적으로 한다는 점을 고려한다면 이와 같은 대법원 판시는 부당염매 제도의 취지를 제한적으로 해석한 것으로 보인다.

다. 구분 개념

1) 시장지배적지위 남용행위와 불공정거래행위와의 관계

부당염매에 관하여 공정거래법에서는 시장지배적지위 남용행위와 불공정거래행위의 두 가지로 규율하고 있다(법 제3조의2 제1항 제5호 전단과 법 제23조 제1항 제2호). 부당염매행위에 대한 시행령은 사실상 법문이 같고,⁹⁾ 모두 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 경우를 그 요건으로 정하고 있는 점은 주목할 만하다. 따라서 법문만으로는 부당염매는 수단의 불공정성에 초점이 맞춰져 있다고 하더라도 그 부당성 판단요소의 핵심은 경쟁자에 대한 배제효과라고 할 수 있기에 법 제3조의2와 법 제23조의 위법성 판단기준, 보호법익 등에 있어서 양자가 질적인 차이가 있다고 보기도 어렵다.¹⁰⁾ 오히려 독점 사업자의 부당염매는 일반사업자의 부당염매에 비하여 경쟁자 배제효과가 훨씬 더 클 것이어서 시장지배적 사업자에게는 더 중대한 금지의무가 부과되고, 더 큰 위법성 징표를 띄게 된다. 법 제23조의 부당염매에 관한 본 사건에서 현대는 상고이유에서 ‘경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는지’ 여부는 부당성 판단과 무관한 사항이라고 주장하였지만, 대법원은 오히려 이러한 점을 그 부당성 판단의 핵심적인 기준으로 보았다.¹¹⁾ 또한 위 판례는 결론에 있어서 논란의 소지가 없진 않으나 일반론으로서 잠재적 사업자도 경쟁자의 범위에 포함시킴으로써 전통적 의미의 ‘경쟁제한성’이 부당성 판단 요소로서 문제됨을 보여주고 있다. 결국 부당염매의 경우는 법 제3조의2가 성립하면 법 제23조의 요건도 갖춘 것이 될 것이고, 그 규제목적 및 보호법익에 비추어 보아도 법 제3조의2가 법 제23조의 특별법의 관계에 있다고 할 수 있다.¹²⁾

9) 법 제3조의2에 관한 시행령에서는 “부당하게 상품 또는 용역을 통상거래가격에 비하여 낮은 대가로 공급하거나 높은 대가로 구입하여 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 경우”를 규정하고 있고, 법 제23조 제1항과 관련한 시행령에서는 “자기의 상품 또는 용역을 공급함에 있어서 정당한 이유 없이 그 공급에 소요되는 비용보다 현저히 낮은 대가로 계속하여 공급하거나 기타 부당하게 상품 또는 용역을 낮은 대가로 공급함으로써 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 행위”를 규정하고 있다.

10) 다만, 배제적 효과와 관련하여서는 법 제23조의 부당염매의 경우 법 제3조의2의 경우보다는 완화되어 요구된다고 보아야 할 것이다.

11) 위 판결에 대한 대법원판례해설(윤준, 『부당염매의 위법성 판단기준』, 『대법원판례해설』 통권 36호, 법원도서관, 2001, 650~651면)에서도 ‘경쟁사업자를 배제시킬 우려’는 ‘공정거래저해성’, 즉 ‘부당성’ 판단의 핵심적인 판단기준이라고 보고 있다.

12) 강우찬, 「공정거래법 제3조의2(시장지배적지위 남용금지)와 제23조(불공정거래행위금지)의 관계에 관한 연구」, 『사법논집』 44집, 법원도서관, 2007, 52~53면.

2) 계속거래상의 부당염매와 기타거래상의 부당염매의 구분

대법원 판결은 계속거래상의 부당염매와 기타거래상의 부당염매를 구분하면서 계속거래상의 부당염매는 사업자가 채산성이 없는 낮은 가격으로 상품 또는 용역을 계속하여 공급하는 것을 가리키므로 그 행위의 외형상 그에 해당하는 행위가 있으면 '정당한 이유가 없는 한' 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 보아야 할 것이나, 그 후단에서 규정하는 이른바 기타 거래상의 부당염매는 그 행위태양이 단순히 상품 또는 용역을 낮은 가격으로 공급하는 것이어서 그 자체로 이를 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 보기 어려운 만큼 그것이 '부당하게' 행하여진 경우라야 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 보아야 한다고 한다.

이에 대하여 다음과 같은 이유로 계속거래상의 부당염매와 기타거래상의 부당염매를 구분할 필요가 없다는 견해가 있다.¹³⁾ 계속거래상의 부당염매의 경우, 시장구조에 대한 분석을 거치지 않는 이상, 경쟁침해나 소비자 후생 감소의 효과는 알 수 없으므로, 계속거래상의 부당염매의 두 요건인 '공급에 소요되는 비용보다 현저하게 낮은 대가'와 그 공급의 '계속성'만으로는 당연히 경쟁침해나 소비자 후생 감소의 효과가 발생한다고 할 수는 없다. 기타 거래상의 부당염매의 경우 계속적 공급이 아닌 1회의 공급이, 나아가 얼마나 낮은 대가인지의 기준도 없이 그저 낮은 대가이기만 하면, 여러 다른 사정을 종합하여 부당염매에 해당할 수도 있다고 보는 해석은 경쟁이라는 가치와는 전혀 동떨어진 것으로서 오히려 경쟁을 침해하거나 자유로운 기업활동을 저해하는 결과를 초래한다. 따라서 부당염매를 경쟁 혹은 소비자 후생의 증진이라는 목적에서 파악한다면 계속거래상의 부당염매와 기타거래상의 부당염매에 대한 요건을 구별할 필요가 없다는 것이다. 대법원 판례의 태도와 다른 해석이므로 실무상 고려하기는 어렵겠으나 입법론상으로 고려해 볼 만한 시각이다.

13) 변동열, 「약탈적 가격설정과 부당염매의 판단기준」, 저스티스 76권, 262면.

다. 외국 사례

1) 미국

미국에서 엮매는 셔먼법(Sherman Act) 제2조의 독점화 또는 독점화 시도(monopolize or attempt to monopolize)와 관련하여 ‘약탈적 가격설정(predatory pricing)’의 문제로 논의되는데, 일반적으로는 입증이 상대적으로 쉬운 ‘독점화 기도’로 집행된다. 그 동안 미국의 경쟁당국과 법원이 약탈적 가격설정을 ‘독점화 기도’ 문제로 처리해 왔기 때문에 약탈적 가격설정의 위법 여부 논의는 어떠한 요건을 갖추는 경우에 셔먼법 제2조에 규정된 ‘독점화 기도’의 요건을 충족하는가 하는 문제로 논의가 발전되어 왔다.

연혁적으로 대체로 다음과 같은 판례가 형성되어 왔다. 첫째, 사업자가 설정한 가격을 비용과 대비하여 분석하는 방법으로서, 평균가변비용(Average Variable Cost) 미만인 경우 약탈적 가격이며, 그 이상인 경우 약탈적 가격이 아니라고 한다. 이는 미국의 Areeda 교수와 Turner 교수가 제안한 기준이어서 Areeda-Turner 기준(Areeda-Turner rule)이라고 불리며 많은 판례에서 채택되었다. 둘째, 위 기준에서 사업자의 약탈 의도까지 함께 고려하는 방법으로, ① 평균총비용을 초과하는 경우 합법이고, ② 사업자의 가격이 평균가변비용을 하회하더라도 평균총비용과 평균가변비용(또는 한계비용) 사이에 위치하는 경우에는 합법으로 추정되고 경쟁당국이 사업자의 약탈의도를 입증하여야 하며, ③ 사업자 가격이 평균가변비용을 하회하는 경우에는 위법으로 추정하되 사업자가 정당화 사유를 입증하여야 한다는 것이다. 셋째, 사업자가 경쟁자를 축출한 후 비용 이하의 가격 설정으로부터 손실을 벌충할 것이라는 합리적인 예측을 했을 것인지를 시장구조적으로 예측하는 방법이다. 연방대법원은 Brooke Group 판결¹⁴⁾에서 약탈적 가격 설정을 주장하는 원고는 해당 가격이 피고의 원가보다 낮다는 점과 피고가 원가 이하의 투자를 벌충할 합리적인 전망을 가지고 있다는 점을 모두 입증해야 한다고 판시하였다. 피고의 약탈계획과 시장 구조분석을 통하여 사업자가 경쟁자 축출 이후 지속적으로 높은 가격을 유지함으로써 엮가판매기간 동안의 손실을 벌충하고 이익을 향유했을 것이라는 가능성을 입증하지 못한다면

14) Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corporation, 509 U.S. 209 (1993).

위법으로 인정되지 않는다. 이처럼 약탈적 가격 설정은 사업자의 독점화 시도의 문제로 해석되므로 해당 사업자에게 독점력 또는 이에 독점에 준하는 지위가 있어야 약탈적 가격 설정이 인정된다. 연방대법원이 이 기준을 채택함에 따라 약탈적 가격 설정에 대한 입증은 매우 어려워져서 Brooke Group 판결 이후 미국에서 약탈적 가격 설정이 위법하다고 인정된 사례가 드물어졌다.

2) 일본

일본은 우리 법과 마찬가지로 「사적독점금지 및 공정거래에 관한 법률」(이하 ‘독점금지법’)에서 부당염매에 관한 명시적인 규정을 두고 있으며, 불공정거래행위의 한 유형으로 규정하고 있다. 독점금지법 제2조 제9항에 근거한 불공정한 거래방법 제6항에서 “정당한 이유 없이 상품 또는 용역을 그 공급에 소요되는 비용을 현저하게 하회하는 대가로 계속하여 공급하거나, 기타 부당하게 상품 또는 용역을 낮은 대가로 공급하여 다른 사업자의 사업활동을 곤란하게 하는 것”이라 하여 정의하면서 염매를 계속 거래상의 부당염매와 기타의 부당염매로 구분하고 있다. 우리 공정거래법이 일본 법을 모델로 제정되었던 까닭에 우리 법 시행령의 조항과 매우 유사하다. 우리 법과는 달리 일본 법제의 특징은 부당염매의 위법성 요건으로 ‘다른 사업자의 사업활동을 곤란하게 할 우려’를 명문화하고 있는데, 이로써 종전 부당염매의 위법성 판단에 대한 견해의 대립, 즉 원가 이하의 판매행위만으로 직접 위법성이 인정된다는 견해와 원가 이하의 판매행위만으로는 위법성이 인정되지 아니하고 사업활동의 곤란성이 인정되어야 위법성이 인정된다는 견해의 대립이 입법적으로 해소되었다고 하며, 이러한 입법은 미국의 약탈이론을 받아들인 것으로 해석된다.¹⁵⁾

일본의 독점금지법에는 시장지배적지위를 가진 사업자에 대한 규정을 별도로 두지 않고 부당염매를 불공정거래행위로만 규율한다는 점에서, 우리 공정거래법과는 차이가 있다.

15) 윤준, 「부당염매의 위법성 판단기준」, 『대법원판례해설』 통권 36호, 법원도서관, 2001, 643면.

3) 독일

시장지배적지위에 있지 아니하는 사업자에 대하여는 부정경쟁방지법(UWG) 제1조에 의하여 ① 정상적인 상관습에 어긋날 것, ② 경쟁자를 배제하고자 하는 의도 또는 효과가 있을 것의 두 가지를 기준으로 판단하고, 경쟁사업자를 제거하기 위한 수단으로서의 염매를 금지하고 있으나, 독일 법원은 불공정거래행위에 있어서는 단순 염가 판매는 물론 원가 이하의 판매도 허용할 수 있다는 입장이어서 실제로 시장지배적지위를 가지지 않는 사업자가 경쟁사업자를 배제한 것으로 인정한 사례는 거의 찾아보기 어렵다.

반면 독일 경쟁제한방지법(GWB)상 부당한 가격책정행위는 시장지배적지위 남용 및 우월적 지위 남용으로서 모두 그 실질은 ‘부당한 사업활동 방해’(동법 제19조 제1항, 제4항 1호, 2호, 제20조 제4항)로 이해되고 있으며, 이 중에서 특히 제20조 제4항은 가격인하를 통한 방해행위에 대한 특별규정으로서 시장지배력을 가진 경쟁자의 우월적 지위로부터 특히 대규모 사업자의 저가정책으로부터 중소기업자들을 보호하려는 것을 그 취지로 한다. 다만 시장지배적 사업자가 단기적으로 손실을 보는 모든 형태의 가격경쟁을 막는 것은 아니고, 의도 및 경쟁제한효과 등을 고려하여 남용여부를 판단하고 있다. 결국 독일법상 부당염매는 행위 자체의 부당성보다는 염매사업자의 시장에서의 지위에 따라 위법성이 결정되는 구조를 가지고 있다고 할 수 있다.¹⁶⁾

4) EU

유럽연합(EU)에서도 염매는 시장지배적지위의 남용행위로만 다루어지고 있다. 약탈적 가격설정은 EU조약 제82조로 규제된다. EU조약 제82조는 미국 셔먼법 제2조의 경우와 마찬가지로 유력기업에 의한 부당한 배타행위를 금지하는 것으로 “지배적 지위의 남용행위(the abuse of a dominant position)”를 규제한다. 동 조 위반에는 ① 관련시장(제품시장 및 지리적 시장)의 확정, ② 지배적 지위의 인정, ③ 남용행위의 인정, ④ 가맹국 간 통상의 영향 등이 요건이 된다.

16) 이봉의, 「공정거래법상 저가입찰의 부당염매 해당요건」, 『상사판례연구』 13집, 2002, 356~357면; 신영수, 「부당염매의 위법성 판단과 경쟁사업자」, 『경제법판례연구』 1권 265~266면.

EU조약 제82조와 미국 셔먼법 제2조는 약탈적 가격설정 행위의 부당성을 개별사정의 상황에 따라 판단하는 점에서 공통적이지만 다음과 같은 차이가 있다. 약탈적 가격규제에 대하여 미국에서는 가격경쟁 옹호의 입장에서 약탈적 가격 제소의 다수가 초기 심사단계에서 각하된다. 반면, EU에서는 약탈적 가격에 대하여도 제82조의 일반적인 적용기준과 동일하게 상황의 종합판단으로부터 부당한 배타 의도를 판정한다.¹⁷⁾

EU위원회는 배타적 의도를 중시하지만, EU법원은 EU위원회의 접근방법 대신 비용기준을 채택하였다. EU법원은 시장지배적 사업자의 가격이 ① 평균가변비용을 하회할 경우에는 남용적이고, ② 평균가변비용 이상이지만 평균총비용을 하회할 경우에는 당해 가격설정이 배타적 계획의 일환으로서 행해질 경우 남용적이라고 판단한다. 즉, 배타적 의도만으로 판단을 한 EU위원회와는 달리, EU법원은 기본적으로 가격기준에 의하여 가격남용 즉 약탈적 가격의 여부를 판단하고(①), 평균가변 비용 이상 평균총비용 이하의 가격의 경우(②)에는 「배타적 의도」의 입증을 요구하는 것이다.¹⁸⁾

3. 주요 쟁점

가. 낮은 대가

부당염매 해당 여부의 판단에서 그 요건의 하나인 “낮은 대가”는 부당염매 판단에서 핵심적 요소 중 하나에 해당한다. “낮은 대가”에 해당하는지에 대하여 공정위와 법원은 결론은 같이 하였지만, 그 접근방법을 약간 달리 하였다.

공정위는 현대 자신이 산출한 예상소요비용인 210,188,000원, 인천광역시의 입찰예정가격 97,244,000원, 엔지니어링기술진흥법에 따라 산출한 최소한의 인건비

17) EU의 약탈적 가격규제가 미국과 다른 것은 EU에 특유한 다음과 같은 사정에 유래한다. ① EU에서는 미국과는 달리 사소가 곤란하고, 3배 배상 제도도 존재하지 않는다. EU위원회만이 약탈적 가격을 규제할 수 있어서 사소의 남용을 걱정하지 않아도 좋다. ② EU의 공동시장화가 아직 도상에 있기 때문에 EU의 유력기업은 본국에서 특히 커다란 시장점유율을 갖는다. 이러한 유력기업은 진출국에서의 약탈적 가격에 의한 적자를 본국에서의 이익에 의해 상쇄할 수 있다. 이 때문에 유력기업이 약탈적 가격을 실시하는 위험성이 EU에서는 크다. ③ EU규제산업의 규제완화가 진행되어 진입과 퇴출이 자유롭다. 이에 수반하여 구독점기업이 약탈적 가격에 의해 신규진입자를 배제하려고 한다. 이것을 약탈적 가격규제에 의해 저지할 필요가 있다.

18) 손영화, 「부당염매와 약탈적 가격규제의 합리적 규제방안에 관한 연구」, 『인권과 정의』, 대한변호사협회, 2003, 85~89면.

53,869,000원 등을 제시하며 현대의 응찰금액이 이 모두에 미치지 못하는 가격으로서 부당하게 낮은 대가임이 명백하다고 판단하였다.

서울고등법원은 부당염매 여부를 공급에 소요되는 비용을 기준으로 판단하면서 제조업의 경우 고정비와 변동비 모두를 포함한 총원가를 기준으로 판단하여야 한다고 보았으며, 대법원은 현대의 입찰금액이 최소한의 인건비조차 반영하지 못하는 낮은 가격이라는 점만 언급하며 서울고등법원의 판결을 그대로 채용하였다.

서울고등법원은 공급에 소요되는 비용을 기준으로 판단한 근거로 법문에서 “공급에 소요되는 비용보다 현저히 낮은 대가”라고 규정하고 있다는 점을 들었으나, 이를 근거로 거론하는 것은 적절하다고 보기 어렵다. 부당염매에 대한 시행령 조항은 “자기의 상품 또는 용역을 공급함에 있어서 정당한 이유 없이 그 공급에 소요되는 비용보다 현저히 낮은 대가로 계속하여 공급하거나 기타 부당하게 상품 또는 용역을 낮은 대가로 공급함으로써 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 행위”로 규정되어 있는데, 본건에 관한 대법원 판결도 실시하고 있듯이 전단은 계속거래상의 부당염매를, 후단은 기타거래상의 부당염매를 구분하여 규정하고 있다. “공급에 소요되는 비용”이라는 기준은 계속거래상의 부당염매에 관한 기준으로 제시되고 있는 것이지, 기타거래상의 부당염매에 대한 기준은 아니다. 법문은 기타거래상의 부당염매에 대해서는 기준을 제시하고 있지 않고 단순히 “낮은 대가”라고만 표현하고 있을 뿐이어서 실제 해석 적용에서는 다양한 기준이 적용될 수 있다. 그러므로 “공급에 소요되는 비용”이라는 기준도 본건과 같은 기타거래상의 부당염매 사건에서는 해석 기준 중의 하나 정도의 의미를 가지는 정도로 보아야 할 것이다.¹⁹⁾

이 점에 대하여 대법원은 분명한 기준을 제시하고 있지는 아니하다. 본 사건에서는 현대가 입찰예정가격의 3%도 되지 않는 극히 낮은 가격으로 응찰한데다, 스스로 응

19) 서울고등법원 1997. 7. 31. 선고 96구21388판결의 사건은 (주)캐드랜드가 1원으로 응찰 하여 낙찰받은 행위에 대하여 공정위가 부당염매로 제재한 사건으로서 법원은 캐드랜드가 입찰 전에 당초에 발주자에게 제시했던 가격, 국내 시중가격 등을 종합적으로 고려하여 낮은 대가인지 여부를 판단하였다. 이 사건에서 법원은 ‘공급에 소요되는 비용’에 해당하는 총판매원가 등의 기준을 고려하지 않았는데, 이 사건에서는 그럴 만한 구체적 사정이 있었음을 유의할 필요가 있다. 외국 제조사의 한국내 독점대리점이던 캐드랜드는 외국 제조사로부터 제품을 1원에 구입하였으므로 1원으로 응찰하더라도 염매에 해당하지 않는다고 주장함으로써 공급에 소요되는 비용이 1원이라고 주장하였다. 법원은 캐드랜드가 외국 제조사의 독점수입대리점의 관계에 있음을 고려하여 캐드랜드가 외국 제조사에 지급하였다는 구입대가 1원을 정상적인 거래가격으로 인정하지 않았다. 결국 그 구입비용 1원은 사실인정 단계에서 부인되었던 까닭에 최종 판단 과정에서 낮은 대가 여부의 고려요소에서 아예 배제되어 버렸던 것이다.

찰가가 용역보고서의 인쇄비에 불과하다는 점을 인정한 상태였기에 대법원이 염가의 기준을 상세히 논의할 필요가 적었던 것으로 보인다. 대법원 판결을 통하여 구체적인 기준이 제시되었다더라면 하는 아쉬움이 있지만 추후 다른 사건을 통하여 구체화될 것으로 기대한다.

염가에 대한 구체적인 기준을 제시하고 있는 견해로는, 변동비용을 상회하더라도 총판매원가를 하회하는 상태가 장기에 걸쳐서 계속되는 경우나 단기간에도 변동비용을 하회한 가격책정이 있는 경우로 적용범위를 제한하자는 견해²⁰⁾, 낮은 가격의 판단과 관련해서 공급에 소요되는 비용은 ‘매출원가+판매비+일반관리비+이자비용’의 경상원가 개념으로 보되, 평균변동비용을 하회하면 ‘현저히 낮은 대가’로 볼 수 있으므로 앞서 본 Areeda-Turner 기준을 우리의 경우에도 적용할 수 있고, 평균변동비용은 매출원가에 적절한 수정을 가하면 구할 수 있다는 견해²¹⁾ 등이 있다.

한편 법문상으로 계속거래상의 부당염매에서는 “‘현저히’ 낮은 대가”라고 규정되어 있음에 반하여, 기타거래상의 부당염매에서는 “현저히”라는 요건 없이 단순히 “낮은 대가”라고만 규정되어 있어서 본건과 같은 기타거래상의 부당염매에서는 현저성의 요건이 요구되지 않는다는 점에서 차이가 있다고 할 수 있다.

나. 경쟁사업자의 범위 - 잠재적 사업자의 포함 여부

공정위는 본건에 대한 재결에서 경쟁사업자를 배제시킬 우려는 동 규정의 전체적인 의미로 보아 염매의 대상이 되는 상품 또는 용역에 관계된 경쟁사업자의 사업활동을 배제시킬 우려로 이해해야 할 것이라고 설명하였는데, 이 점에 비추어 보면 공정위는 경쟁사업자의 범위를 잠재적 경쟁자도 포함하는 개념으로 이해하고 있는 것으로 보인다.

부당염매의 경쟁사업자의 범위에 대하여 대법원은 이에 대하여 분명히 판단하였지만, 공정위와 고등법원의 견해는 이에 관한 입장을 추정할 수 있는 정도의 설시만 하였다.

20) 신영수, 위의 글, 276면.

21) 김종곤, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률상의 부당염매 인정 기준」, 『저스티스』 제71호, 2003, 128면.

고등법원은 “경쟁사업자를 배제할 우려”라는 요건에 대한 판단 부분에서 그러한 우려라 함은 염매대상 상품 또는 용역이 거래되는 시장에서 어느 정도 구체성을 지닌 우려를 의미한다고 하면서 현대의 본건 입찰행위로 말미암아 경쟁사업자인 대우정보와 SDS가 SI시장에서 배제될 우려가 없다고 판단하였는데, 이 점에 비추어 보면 경쟁사업자란 당해 거래와 관련한 경쟁사업자를 의미하며 잠재적 경쟁사업자는 포함되지 않는 것이라고 이해한 것으로 보인다.

대법원은 경쟁사업자에 대하여 부당염매를 규제하는 취지가 법이 금지하는 시장지배적지위의 남용을 사전에 예방하는 데 있다고 볼 때, 시장진입이 예상되는 ‘잠재적 사업자’도 경쟁사업자의 범위에 포함된다고 보아야 한다고 실시하였다.

이에 대하여, 대법원 판결과 같이 해석하면 비용을 상회해서 사업자에게 일정한 이윤이 창출되는 가격결정행위에 대해서까지 부당염매로 규제하는 것이 가능하게 되는데, 우리 법이 그러한 가격결정에까지 국가의 개입을 허용하는 것으로 보아야 할 근거가 미약하며, 비록 이런 확장해석을 할 경우 진입저지가격을 적절히 규제할 수 있다는 장점이 있지만, 정당한 가격경쟁까지 잠재적 사업자 보호를 이유로 규제하는 결과가 초래될 수 있다는 이유로 잠재적 경쟁자로까지 그 범위를 확대하는 것에 반대하는 견해가 있다.²²⁾

또한 잠재적 사업자도 경쟁사업자에 포함된다고 보는 것은 옳지만, 모든 경우에 잠재적 사업자까지 고려할 경우 경쟁사업자 배제가 지나치게 확장될 우려가 있고, 부당염매 규제 취지가 모든 경쟁사업자를 보호하려는 것이 아니고 유효경쟁을 유지하는 경쟁구조에 상응하는 경쟁사업자의 수를 확보하려는 것이므로 모든 경우에 잠재적 사업자까지 고려하여 경쟁사업자 배제를 인정하여야 할 것은 아니라는 견해가 있다.²³⁾

다. 경쟁사업자를 배제시킬 우려 - 추상적 위험성만으로 충분한지 여부

부당염매의 요건 중 하나인 “경쟁사업자를 배제시킬 우려”에 대하여 법문이 무엇으로부터 배제되는 것인지, 또 우려의 정도가 어느 정도인지를 명시적으로 규정하지 않

22) 신영수, 위의 글, 288~289면.

23) 김중곤, 위의 글, 125~126면.

아 이에 대한 해석이 필요한데, 이에 대하여 고등법원과 대법원은 다른 견해를 보여 주었다.

고등법원은 부당염매에서의 '경쟁사업자를 배제할 우려'라고 함은 당해 거래 그 자체에서의 배제를 의미하는 것이 아니고 염매의 대상이 되는 상품 또는 용역이 거래되는 시장에서의 배제를 의미하는 것이며, 여기서 '우려'가 있다고 함은 추상적인 우려가 아닌 어느 정도 구체성을 지닌 우려를 가리킨다고 판시하였다.

이에 반하여 대법원은 경쟁사업자를 배제시킬 우려는 실제로 경쟁사업자를 배제할 필요는 없고 여러 사정으로부터 그러한 결과가 초래될 추상적 위험성이 인정되는 정도로 족하다고 하였다. 대법원은 구체적 위험성과 추상적 위험성 중 전자가 불필요하며 후자만으로 충분하다는 입장을 밝힌 것인데, 그 판단요소로 당해 염매행위의 의도, 목적, 염가의 정도, 행위자의 사업규모 및 시장에서의 지위, 염매의 영향을 받는 사업자의 상황 등을 거론하며 이를 종합적으로 살펴 개별적으로 판단하여야 한다는 입장이다.

이에 대하여 추상적 위험성이란 별도의 규범적 가치판단을 요하지 않고 일정한 행위가 존재하면 그 행위가 실제로 공정거래를 저해할 가능성을 묻지 않고 금지되는 것이고, 구체적 위험성이란 당해 행위를 종국적으로 금지할 필요가 있는지 여부에 대한 별도의 평가를 요하는 경우를 의미하는 것으로 해석해야 한다고 보면서, 따라서 위 대법원 판결과는 달리 불공정거래행위와 관련해서는 언제나 '구체적 위험성'을 따져야 한다는 견해가 있다.²⁴⁾

더 나아가, 추상적인 가능성조차 없는 일이 과연 있을 수 있는지 의문이고, 추상적 위험성만으로 경쟁사업자 배제 우려를 인정함은 부당염매 메카니즘에서 가장 중요한 요소 중 하나인 경쟁자 배제 요소를 사실상 그냥 넘어가는 것과 다를 바 없으며, 부당염매는 진정한 가격경쟁과 쉽게 구별될 수 없는 요소를 가지고 있다는 점에서, 위 대법원 판결이 진정한 경쟁을 저해함으로써 경쟁법의 목적에 반하는 결과를 낳을 위험이 대단히 크다고 강하게 비판하는 견해도 있다.²⁵⁾

한편 사실 고등법원이 제시한 '구체성을 지닌 우려'와 대법원이 제시한 '추상적 위

24) 이봉의, 위의 글 367~368면.

25) 변동열, 「약탈적 가격설정과 부당염매의 판단기준」, 저스티스 76권, 2003., 264면.

협성이 인정되는 정도'의 개념이 분명한 것도 아니고 양자 사이의 차이가 명확한 것도 아니므로, 고등법원 판결이 '추상적'과 '구체성'이라는 용어를 사용함으로써 공연한 분쟁을 일으켰다는 지적도 있다.²⁶⁾ 경쟁사업자 배제 우려의 해석에 대하여 대법원과 고등법원이 서로 다른 기준을 제시한 것처럼 보이지만, 결과적으로 모두 배제의 위험성을 부정하는 결론에 이른 것을 보더라도 '추상적'이니 '구체성'이니 하는 구별은 실질적으로 큰 의미를 가지기는 쉽지 않아 보인다.

라. 부당성(공정거래저해성)

대법원은 기타거래상의 부당염매는 '부당하게' 행하여진 경우라야 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 보며, 이 때 그 부당성의 유무는 당해 염매행위의 의도, 목적, 염가의 정도, 반복가능성, 염매대상 상품 또는 용역의 특성과 그 시장상황, 행위자의 시장에서의 지위, 경쟁사업자에 대한 영향 등 개별사안에서 드러난 여러 사정을 종합적으로 살펴 그것이 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지의 여부에 따라 판단하여야 한다고 판시하였다. 고등법원도 거의 유사한 기준을 제시하였는데, 두 법원 모두 본건에서 부당성이 없다고 판단하였다.

1) 부당염매의 의도, 목적

대법원 판결은 염매행위의 의도, 목적 등을 고려요소로 언급함으로써 부당염매의 행위적 측면을 지적하고 있는 것으로 보인다. 그러나 염매행위의 의도나 목적을 부당염매 성립을 위한 별도의 요소로 고려할 필요는 없다. 1999년 제7차 개정시에 "부당하게 경쟁자를 배제하기 위하여 거래하는 행위"라는 문구를 개정하여 약탈적 고의를 삭제했기 때문에, 명시적으로는 요구되지 않는다고 할 수 있다. 하지만 사업자의 경쟁사업자 배제 의도가 객관적으로 드러나는 경우에는 염매행위의 부당성을 입증하기가 더욱 용이할 것이다.²⁷⁾

26) 김중곤, 위의 글, 126면.

27) 신영수, 위의 글, 277~278면.

2) 경쟁사업자의 규모

부당염매의 위법성 판단에서는 사업자들의 규모도 중요한 고려대상이 된다. 부당염매를 통한 경쟁사업자 배제가 실현되기 위해서는 염매사업자가 어느 정도의 시장지배력을 가지고 있어야 한다. 대규모 사업자가 중소기업들이 있는 시장에서 염매행위를 하는 경우, 그 반대의 상황에 비해 위법하다고 인정될 가능성이 크다. 이 점에서 법원이 경쟁사업자 배제를 판단하면서 현대의 경쟁사업자들인 대우정보와 SDS의 경제적 능력과 시장에서의 지위를 감안한 것은 적절한 고려였다고 할 수 있다.²⁸⁾

3) 공정거래저해성과 경쟁사업자 배제 우려의 관계

법 제23조 제1항 본문상의 공정거래저해성과 시행령상의 경쟁사업자배제 우려의 관계는 어떤 관계에 있는가? 별개의 내용을 가지고 별도의 입증을 요하는 요건인가? 이에 대해서는 부당염매 규정에서는 공정거래저해성이 경쟁사업자 배제 우려로 구체적으로 특정된다고 보아야 한다는 견해가 있다. 경쟁사업자를 배제할 우려가 있다고 인정이 되면 일단 공정거래를 저해할 우려가 있다고 보면 되고, 구태여 다시 공정거래를 저해할 우려가 있는지 판단할 필요가 없다는 것이다. 그리고 저가라도 경쟁사업자를 배제할 우려가 없다고 인정되는 경우에 공정거래의 다른 측면이 저해되었다는 이유를 들어 부당염매에 해당하는 행위라고 인정할 수도 없다고 본다. 다만 경쟁사업자 배제 우려가 있다고 인정되면 그 상위 개념인 공정거래저해 우려가 추정되는 것이지만, 이러한 추정은 여러 가지 정당사유 주장에 의하여 반복될 수 있다고 본다.²⁹⁾

본건에서 현대는 ‘경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는지’ 여부가 부당성 판단과 무관한 사항이라고 주장하였다. 그러나 자유로운 경쟁의 확보, 능률경쟁과 경쟁수단의 공정성 확보, 자유경쟁 기반의 확보가 공정한 경쟁질서를 유지하기 위한 조건이고 그러한 조건이 저해될 우려가 있는 것을 ‘공정한 거래를 저해할 우려’라고 볼 때, ‘경쟁사업자를 배제시킬 우려’는 위와 같은 조건을 침해하는 것으로서 ‘공정거래저해성’, 즉 ‘부당성’ 판단의 핵심적인 판단기준이 되므로 타당하지 않다는 비판이 있으며,³⁰⁾ 대법

28) 신영수, 위의 글, 278면.

29) 김중곤, 위의 글, 104~105면.

30) 윤준, 위의 글, 650~651면.

원 역시 현대의 경쟁사업자들이 향후 위 신규시장에서 배제될 우려가 없었던 점을 부당성 판단의 요소로 고려하면서 부당성을 부인하였다는 점에서 경쟁사업자 배제 우려를 부당성 판단의 한 요소로 보고 있음을 알 수 있다.

4. 의의

부당염매 사건이 적지 않게 발생함에도 불구하고 위 판결 전까지 판례가 없어서 관련 조항의 해석과 집행에 관한 실무가 체계적으로 이루어지지 못하였다. 따라서 위 판결은 부당염매의 주요 논점들에 대해서 위법성 판단기준을 최초로 밝힌 대법원 판결이라는 점에서 의의가 크다.

대법원 판결은 법문에 따라 계속거래상의 부당염매와 기타거래상의 부당염매를 구분하고 전자는 '정당한 이유가 없는 한' 경쟁사업자 배제 우려가 추정되고 이에 따라 공정거래저해성이 추정되며, 후자는 경쟁사업자 배제 우려를 입증해야 공정거래저해성이 추정된다는 구분을 분명히 하였고, 잠재적 사업자도 경쟁사업자의 범위에 포함되며, '경쟁사업자가 배제될 우려'란 배제될 추상적 위험성만으로 충분하다는 점 또한 명백히 하여 논란의 소지를 불식시켰다.

다만, 국내에서 충분한 선행연구나 판례가 없는 상황에서 법원이 최초로 다른 사건 이어서 여러 한계를 노출하였다는 수긍할 만한 지적이 있다. 먼저 부당염매 논점의 전개방식이 논리적이지 못하다. 본래 부당염매의 위법성을 판단하기 위해서는 먼저 당해 가격에 대해 염매 여부, 경쟁사업자 배제, 부당성 순서로 검토되어야 하지만, 서울고등법원의 판결을 보면 역순으로 되어 있다. 대법원은 몇 가지 논점에 관해 규제의 취지, 경쟁사업자의 범위 등에 대해서 면밀한 검토 없이 법리상 오해의 소지가 있는 해석을 시도하였으며, 위법성의 판단에 있어서는 충분한 설명의 과정과 명확한 기준제시가 없었다는 아쉬움이 있다.³¹⁾

한편 본건과 같이 시장지배적 사업자가 아닌 사업자의 1회성 부당염매 사안에서는 앞으로 부당염매로 인정되는 사례가 많지 않을 것으로 예상된다. 왜냐하면 공정거래

31) 신영수, 위의 글, 290~291면.

법상 염매행위의 부당성 여부는 '경쟁자배제의 우려'를 기준으로 판단하도록 규정되어 있는데, 특히 1회적인 입찰에서 시장지배력이 없는 일반사업자가 행하는 염매가 관련시장에서 경쟁자를 배제하는 경우란 상정하기 쉽지 않기 때문이다. 그러므로 위 대법원 판결에 의하면 시장지배적 사업자가 아닌 이상 사업자가 극단적인 저가입찰을 경쟁수단으로 악용하더라도 이를 적절히 규제하기 어렵게 되는 문제점도 발생할 가능성을 배제할 수 없다.³²⁾

시장지배적지위 남용행위 이외에 불공정거래행위로서의 부당염매행위를 굳이 입법화한 우리 법제에서 그 취지를 살리는 길이 무엇인가를 고민할 부분이라 하겠다. 이에 대해서는 불공정거래행위로서의 부당염매는 자신의 성과와 무관한 방법으로 다른 경쟁사업자의 정당한 경쟁상 이익을 침해함으로써 궁극적으로 공정한 거래질서를 저해함에 그 본질이 있음에도 시장지배적지위 남용행위처럼 경쟁자 배제에서 찾는 입법상의 오류에서 비롯되었다고 하면서 부당염매를 '부당한 사업활동방해' 또는 '부당한 고객유인'의 한 형태로 파악할 수 있도록 시행령을 개정해야 한다는 견해도 있다.³³⁾

32) 이봉의, 위의 글, 368~369면.

33) 이봉의, 위의 글, 369면.

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

이 상 돈 (변호사, 법무법인 세종)

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

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

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

1. 사건개요¹⁾

가. 행위사실

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

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

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

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

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

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

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

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

나. 공정거래위원회의 심결

1) 원심결²⁾

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

2) 이의신청 및 재결³⁾

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

다. 고등법원의 판결⁴⁾

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

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

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

4) 서울고등법원 2001. 3. 8. 선고 98누13180 판결.

처분이 적법하다고 판단하였다.

라. 대법원의 판결⁵⁾

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

마. 서울고등법원(파기환송심) 판결⁶⁾

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

바. 5개 기업집단 및 대우 기업집단에 대한 부당지원행위 규제

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

5) 대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두2881 판결.

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

명령을 내렸다. 그 구체적인 내역은 다음과 같다.

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

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

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

2. 관련규정 및 제도

가. 부당지원행위 규제 관련 규정

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」⁷⁾

제23조 (불공정거래행위의 금지)

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

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

② 불공정거래행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다.

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령」⁸⁾

제36조 (불공정거래행위의 지정)

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

7) 1999. 2. 5. 법률 제5813호로 개정되기 전의 것.

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

준은 별표와 같다.

별표

10. 부당한 자금·자산·인력의 지원

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

가. 부당한 자금지원

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

나. 부당한 자산지원

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

다. 부당한 인력지원

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

나. 부당지원행위 규제 제도의 취지

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

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

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

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

더구나 부당지원행위는 단순히 부실한 계열회사의 차원을 넘어 해당 기업집단 전

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

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

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

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

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

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

다. 부당지원행위 규제의 정당성에 대한 논의

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

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

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

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

12) 헌법재판소 2003. 7. 24. 2001헌가25 결정.

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

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

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

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

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

3. 주요 쟁점

가. 본건 주식매각대금·건설공사대금미회수 지원행위에 관한 쟁점

1) 부작위인 대금 미회수행위가 지원행위에 해당하는지 여부

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

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

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

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

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

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

14) 대법원 2003. 9. 5. 선고 2001두7411 판결.

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

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

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

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

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

나. 본건 자동차대금융자 지원행위에 관한 쟁점

1) 지원주체 및 지원객체간의 직접적 거래가 아니더라도 지원행위가 인정되는지 여부

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

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

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

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

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

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

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

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

다. 본건 퇴직급여충당금 미회수 지원행위에 관한 쟁점

대우는 이의신청단계 및 소송단계에서 지원행위 및 부당성이 존재하지 않는다고

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

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

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

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

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

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

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

라. 본건 사업운영자금대여 지원행위에 관한 쟁점

1) 부당지원행위의 지원객체가 대규모기업집단의 계열회사에 한정되는지 여부

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

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

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

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

대우는 스피디코리아에 대한 자금지원이 경쟁촉진적 효과가 있고 소비자 후생에도

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

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

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

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

3) 부당지원행위 금지규정 시행 이전의 사업운영자금대여행위가 부당지원 행위에 해당하는지 여부

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

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

마. 본건 후순위사모사채인수 지원행위에 관한 쟁점

1) 후순위사모사채인수 조건이 지원객체에 현저히 유리한지 여부

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

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

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

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

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

2) 후순위사모사채인수에 의한 지원금액의 산정기준

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

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

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

4. 의의

가. 부당지원행위 규제의 시발점

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

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

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

공정거래위원회의 부당지원행위 규제실적

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

자료: 공정거래위원회, 『2009년도 통계연보』, 28면.

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

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

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

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

나. 부당지원행위 규제에 대한 국가경제 관점에서의 평가

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

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

[22] 현대자동차 및 기아자동차의 차별적취급행위에 대한 건 의결 제2002-200호

구 상 모, 이 정 란 (변호사, 법무법인 바른)

현대차와 기아차는 계열사인 현대캐피탈과 전속적인 할부금리 정산약정을 체결한 후 현대캐피탈 이용고객에게만 낮은 금리를 적용하여 계열사가 아닌 캐피탈회사를 차별하고, 현대차는 계열사인 현대카드가 발급한 현대M카드에 대해서만 결제한도를 높게 해주는 방법으로 타 신용카드사를 차별하여 공정거래법 제23조 제1항 제1호, 동법 시행령 제36조 제1항 [별표1]의 '불공정거래행위의 유형 및 기준 중 2. 다.'의 '계열회사를 위한 차별행위'를 하였다는 사실이 문제되었다.

본건의 쟁점은, ① 계열회사를 위한 차별행위의 거래상대방 범위, ② 다른 불공정거래행위와는 달리 '계열회사를 위한 차별행위'가 성립되기 위한 주관적 요건(계열회사를 유리하게 할 의도)의 판단기준, ③ '계열회사를 위한 차별행위'의 정당화사유로 사업경영상의 필요성을 어떻게 해석할 것인지 등이다. 특히, 이 사건은 공정거래위원회가 범위반으로 판단한 것을 고등법원, 대법원에서 모두 범위반이라고 볼 수 없다고 보아 공정거래위원회의 처분이 취소된 사안으로 위 쟁점에 대한 대립되는 입장이 존재하였다.

'계열회사를 위한 차별행위'를 불공정거래행위의 일 유형으로 규제하는 것은 대기업 중심의 경제현실을 반영한 우리나라의 독특한 규제인데, 이는 다시 말하면 위 규정을 합목적적으로 적용할 수 있는 기준 마련이 필요하다는 말과도 같다. 이러한 측면에서 볼 때, 이 사건은 '계열회사를 위한 차별행위'의 위법성 판단기준을 제시하여 의미가 있다.

1. 사건개요

가. 시장현황

완성차시장은 현대차·기아차가 내수의 2001년 대수기준 75.7%를 점유하는 등 독과점 구조가 고착화되어 있는 상태이고, 승용차, 버스 등 차종별로 시장을 세분화하더라도 현대차·기아차의 점유율이 대부분 70%를 상회하며, 특히 버스 및 트럭부문은 90% 이상을 점유하고 있는 상황이다.

할부금융시장은 그동안 자동차, 가전, 주택할부금융 등으로 나누어져 있었으나 최근 들어 가전이나 주택할부금융의 경우 타 금융기관의 잠식 등으로 인해 시장규모가 지속적으로 축소된 반면, 자동차할부금융시장은 자동차시장의 확대에 따라 규모가 계속 커지고 있는 상황이다. 현재 할부금융사들이 참여하고 있는 자동차할부금융시장 규모는 연간 10조원 이상으로서 전체 할부금융시장의 약 80% 이상을 차지하고 있으며, 자동차 구매자중 할부금융 이용율은 평균적으로 40%를 상회하는 것으로 파악되고 있다. 할부금융시장은 현대캐피탈, 삼성캐피탈, 엘지카드, 대우캐피탈 및 쌍용캐피탈 등이 시장의 대부분을 점유하고 있으며, 최근 들어 1위 업체인 현대캐피탈의 점유율이 급증하는 추세에 있다.

나. 행위사실

1) 자동차할부금융 관련 차별행위

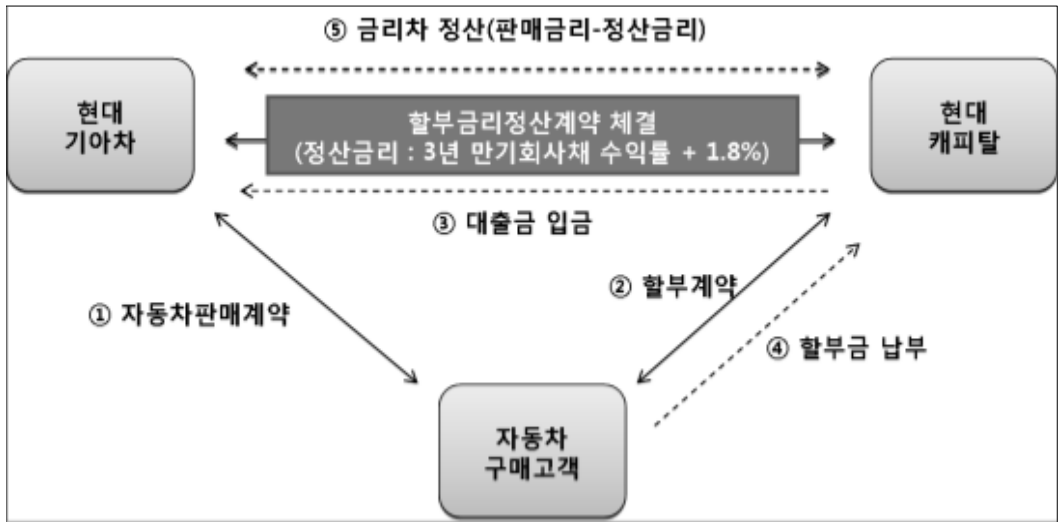
현대자동차(주)(이하 '현대차'라 한다.), 기아자동차(주)(이하 '기아차'라 한다. 현대차와 기아차 양사를 합하여 '현대기아차'라 한다.)는 계열회사인 현대캐피탈(주)(이하 '현대캐피탈'이라 한다.)와 전속적인 '할부금리 정산약정'(오토할부약정)을 체결하여 오던 중, 현대캐피탈이 자동차할부금융시장 내에서 시장점유율을 확대하는 등 경쟁력을 강화할 수 있도록 하기 위하여 2002. 4. 8.부터 현대캐피탈을 이용하는 고객에 대해서만 낮은 할부금리를 적용하여, 계열회사인 현대캐피탈과 다른 캐피탈사업자들을 차별하였다.

할부금융시장은 자동차, 가전, 주택할부금융 등으로 나누어져 있으나, 그 중 자동차 할부금융시장은 자동차시장의 확대에 따라 규모가 계속 커지고 있는 상황이며(이 사건 당시 연간 10조 원 이상, 전체 할부금융시장 중 약 80% 이상을 차지하고, 자동차 구매자 중 할부금융 이용률은 평균 40%를 상회한다), 할부금융시장은 현대캐피탈, 삼성캐피탈, 엘지카드, 대우캐피탈 및 쌍용캐피탈 등이 시장의 대부분을 점유하고 있다.

한편, 자동차 할부판매는 할부금리의 결정주체가 누구인지에 따라 자동차판매사가 할부금리를 정하는 ‘오토할부’와 할부금융사가 할부금리를 정하는 ‘오토론’으로 구분된다.

‘오토할부’란 자동차 판매사가 특정 할부금융사와 ‘할부금리 정산약정’(오토할부약정)을 체결하여 고객에 대한 할부판매금리를 직접 결정하고 할부금융사는 이에 따라 자동차구매고객에게 위 할부금융상품을 판매하되, 자동차판매사가 사후정산을 통해 회사채금리에 일정한 부가금리를 가산한 정산금리를 할부금융사에게 보장해주는 판매방식을 의미하며, ‘오토론’이란 할부금융사가 할부금리를 직접 결정하고 자체적으로 할부금융상품을 개발하여 고객에게 판매하는 방식을 의미한다.

<그림 1> 할부금리 정산절차 도해



그런데 현대기아차는 현대캐피탈과 할부금리정산약정(오토할부약정)을 체결하여 자동차를 판매하던 중, 2002. 4. 8.부터 기존의 할부금리를 ①24개월 할부는 연 9%에서 연 7.75%로, ②36개월 할부는 연 10%에서 연 8.25%로, ③36개월 초과 할부는 연 11%에서 연 9.5%로, ④수시상환 할부는 연 11.8%에서 연 9.9%로 각 인하하였다.

한편 위와 같은 현대기아차의 조치에 영업상 어려움을 겪게 된 삼성캐피탈, 엘지카드는 현대차에 대하여 현대캐피탈과 유사한 내용의 할부금리정산약정(오토할부약정)을 체결해 줄 것을 요청하였으나, 현대차는 이에 대한 회신을 하지 않았다.

2) 신용카드 결제한도 관련 차별행위

현대차는 계열사인 현대카드(주)(이하 '현대카드'라 한다.)가 발급한 현대M카드 이용 고객들에 대하여만 결제한도를 높게 해주어 고객들로 하여금 현대M카드를 사용하도록 유인함으로써 현대카드와 계열회사가 아닌 다른 신용카드사들을 차별하였다.

즉 현대차는 1996년경 비씨카드, 국민카드, 외환카드, 엘지카드 등과 별도로 제휴카드 발급을 위한 약정을 각각 체결하면서 동 제휴카드에 대해서는 가맹점 수수료를 낮추어 주는 대신 각 카드별 결제한도는 200만 원까지로 제한하여 운영해 오던 중, 2002. 1. 25. 자기의 계열회사인 현대카드와 자동차전용카드(현대M카드) 제휴약정을 체결하면서 결제한도를 다른 카드사의 카드보다 훨씬 높은 1,000만 원으로 책정하였다.

이러한 결제한도 차별에 따라 현대차의 계열회사가 아닌 카드사의 카드를 소지한 고객들은 카드사에 민원을 제기하였고, 비씨카드는 2002. 5. 6. 국민카드는 같은 해 6. 5. 각 현대차에게 자사 카드에 대한 이용한도를 확대해주거나 이용한도 자체를 폐지해 줄 것을 요청하는 공문을 보냈으나, 현대차는 이에 대해 아무런 답변을 하지 않았다.

현대차는 2002. 7. 1. 여신전문금융업법이 개정되면서 카드이용을 이유로 카드회원을 불리하게 대우하지 못하도록 한 동법 제19조의 규정에 대한 벌칙규정이 신설되자, 내부적으로 카드이용한도를 폐지하고 그 사실을 각 카드사에 유선으로 통보하였다.

다. 공정거래위원회의 심결

1) 원심결

공정거래위원회는 전항에서 살펴본 현대기아차의 ‘자동차할부금융 관련 차별행위’ 및 현대차의 ‘신용카드 결제한도 관련 차별행위’는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(개정 2002. 1. 26. 법률 제6651호, 이하 ‘공정거래법’이라 한다.) 제23조 제1항 제1호, 동법 시행령 제36조 제1항 [별표1]의 ‘불공정거래행위의 유형 및 기준 중 2. 다.’에 규정된 ‘계열회사를 위한 차별’에 해당한다고 판단하였다.

이에 ‘자동차할부금융 관련 차별행위’와 관련하여 현대차에게 49억 원, 기아차에게 26억 원의 과징금 및 시정명령을 각 부과하고, ‘신용카드 결제한도 관련 차별행위’와 관련하여 현대차에게 시정명령을 부과하였다.

또한 현대차, 기아차에 대하여 ‘계열회사를 위한 차별행위’를 하였다는 이유로 공정거래위원회로부터 조치를 받았다는 사실을 중앙일간지에 공표하도록 하는 ‘공표명령’을 부과하였다.

2) 이의신청 및 재결내용¹⁾

위와 같은 의결에 대하여 현대기아차는 이의신청을 제기하였으나, 이의신청은 모두 기각되었다.

(가) 자동차할부금융 관련 차별행위에 대한 이의사유 및 판단

현대기아차는 ① 차별적 취급행위의 객관적 구성요건을 충족한다고 볼 수 없고(객관적 요건 흠결),²⁾ ② 계열회사를 유리하게 할 목적이 있다고 보기 어렵고(주관적 요

1) 전원회의 재결 제2003-012호.

2) ① 거래상대방 요건 흠결 : 차별적 취급행위는 ‘거래 상대방’을 차별하여 취급하는 행위이므로 차별을 받은 자가 행위자의 거래 상대방이어야 하는데 현대기아차의 거래상대방은 자동차 구매고객이며 이들이 당연히 본 건 차별적 취급행위의 거래상대방이 되는 것은 아님.

② 차별행위의 존재 요건 흠결 : 계열회사가 아닌 할부금융사가 현대캐피탈에 비하여 거래조건이 열위에 있게 된 이유는 현대기아차의 차별취급으로 인한 것이 아니고 스스로 높은 금리를 유지하였기 때문이고, 고객

건 흡결), ③ 금리인하 전후로 현대캐피탈의 할부금융시장에서의 지위에는 변함이 없어 경쟁을 제한하였다고 볼 수 없고(경쟁제한성 없음), ④ 경영상의 필요성이 상당하여 정당한 사유가 존재한다고 주장하였다(정당화 사유의 존재).

그러나 공정거래위원회는 ① 현대기아차의 직접 거래상대방인 자동차구매고객에 대한 할부금리를 결정함으로써 현대캐피탈 이용고객과 기타 고객을 차별하여 현대캐피탈을 이용하도록 유인하였다고 할 수 있으므로 '거래상대방'에 대한 '차별행위'의 존재는 인정되며, ② 전사적으로 현대캐피탈 이용을 증진시키기 위한 정책을 실시하였다는 증거가 다수 있으므로 계열회사를 유리하게 할 목적이 인정되며, ③ 현대기아차의 금리인하 행위가 있는 후 현대캐피탈의 시장점유율은 다른 할부금융사들에 비하여 큰 폭으로 높아졌다는 점에 비추어 볼 때 경쟁제한성이 인정되며, ④ 불공정거래행위의 위법성을 조각하는 '정당한 사유'는 단순한 사업경영상 필요만으로는 인정될 수 없는 것이라고 하여, 위 이의신청을 기각하였다.

(나) 신용카드 결제한도 관련 차별행위에 대한 이의사유 및 판단

현대차는 ① 현대M카드에 대한 결제한도를 상향조정하는 것은 자사의 판촉을 위한 것이므로 계열회사를 유리하게 할 목적이 존재하지 아니하고, ② 현대카드의 시장점유율, 동 기간동안 결제금액에 비추어 볼 때 경쟁제한성이 있다고 보기 어려우며, ③ 계열회사가 아닌 다른 신용카드사들은 현대카드에 비하여 높은 가맹점 수수료를 요구하였기 때문에 위와 같이 결제한도가 정해진 것이므로 정당한 이유가 존재하는바, 위 의결은 부당하다고 주장하였다.

이에 대하여, 공정거래위원회는 ① 현대차 입장에서는 자동차 구매고객이 어떤 카드로 결제를 하는지에 따라 매출에 영향이 없음에도 현대카드에 대한 결제한도만을 상향조정해 주었으므로 주관적 요건이 충족된다고 보아야 하고, ② 현대차는 완성차 시장에서 시장지배적사업자에 해당하는바, 그러한 현대차가 특정카드의 결제 한도만을 상향조정하는 것은 사실상 현대M카드를 이용하도록 강제하는 효과가 있어 경쟁을 제한하는 효과가 있다고 판단되며, ③ 다른 카드사들 입장에서도 당연히 가맹점 수수료를 하향조정하더라도 결제상한을 상향조정하는 것이 이익이므로 위와 같은 주

들은 스스로 선택에 의하여 현대캐피탈을 선택한 것이므로, 차별행위 자체가 존재하지 아니함.

장은 받아들일 수 없어 이의신청을 기각한다고 결정하였다.

라. 고등법원의 판결

현대기아차는 위와 같은 재결이 있는 후 행정소송을 제기하였고, 고등법원은 공정거래위원회의 처분 중 ‘신용카드 결제한도 관련 차별행위’에 대한 시정명령³⁾ 이외의 모든 처분을 취소하였다.

고등법원은 현대기아차의 ‘자동차 할부금융 관련 차별행위’에 대한 공정거래위원회의 처분은 아래와 같은 이유로 위법하다고 판단하였다.

즉, ‘차별적 취급행위’의 거래상대방은 직접의 거래상대방 뿐 아니라 직접의 거래상대방의 가격이나 거래조건에 종속되는 간접의 거래상대방도 포함된다고 볼 수 있으나, 이 사건의 경우 애초에 현대기아차와 아무런 거래관계가 존재하지 않는 계열회사가 아닌 할부금융사들은 현대기아차의 차별적 취급행위의 거래상대방이 될 수 없고, 따라서 현대캐피탈과 계열회사가 아닌 할부금융사를 차별하였다고 볼 수 없다.

다만, 이 사건의 경우 현대기아차의 직접 거래상대방인 ‘자동차 구매고객’은 일용거래상대방에 해당한다고 볼 수 있으나, 자동차 구매고객들은 사전에 제시된 조건 중 현대기아차가 제시한 할부금융 조건을 스스로 선택하였다고 봄이 타당하므로 결국 ‘차별적 취급행위’가 존재한다고 볼 수 없다.

따라서, ‘자동차 할부금융 관련 차별행위’ 부분에 대한 공정거래위원회의 처분은 위법하다고 할 것이고, 이에 대한 시정명령, 과징금, 공표명령⁴⁾은 취소한다.

3) 현대차는 ‘신용카드 결제한도 관련 차별행위’는 처분 당시 이미 시정되었으므로 공정거래위원회는 ‘경고’조치를 함이 상당한데 ‘시정명령’을 하였다는 이유로 이 부분 처분은 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법하다고 주장하였으나, 법원은 이 부분은 재량권을 일탈·남용한 것이 아니라고 판단하였다.

4) 공정거래위원회는 ‘자동차 할부금융 관련 차별행위’, ‘신용카드 결제한도 관련 차별행위’ 모두가 위법하다는 전제 하에 현대기아차에 대하여 위 두 행위가 위법하다는 처분을 받았다는 사실을 공표하라는 명령을 한 것인데, 법원은 전자의 행위가 위법하지 않다고 판단하였기 때문에, 단지 후자의 행위만으로 공표명령을 유지하는 것은 타당성이 없다고 보아 공표명령을 전부 취소하였다.

마. 대법원의 판결

공정거래위원회와 현대차는 고등법원에서 패소한 부분에 대하여 각 상고하였으나, 양 당사자의 상고는 모두 기각되었다.

대법원은, 고등법원이 현대기아차의 ‘자동차 할부금융 관련 차별행위’와 관련하여 차별취급의 거래상대방에 할부금융사들이 포함되지 아니하고, 자동차구매고객에 대한 차별이 존재하지 아니한다고 판단한 것은 위법하지만, 현대기아차가 할부 금리를 인하할 당시의 상황을 보면 현대기아차의 할부금리 인하행위의 주된 목적이 계열회사를 유리하게 하기 위한 것이었다고 보기 어렵고, 경영상의 필요성에 대한 항변 등을 고려할 때 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위라고 보기도 어려우므로, 결국 현대기아차의 위 행위는 ‘계열회사를 위한 차별행위’에 해당하지 아니한다고 판단하였다.

이에 고등법원이 차별취급 자체가 존재하지 아니한다고 판단한 부분은 결과에 영향이 없다고 보아 공정거래위원회의 상고를 기각하였다.

한편 ‘신용카드 결제한도 관련 차별행위’에 대하여 시정명령을 한 부분은 위법성 성립요건을 충족하며 처분의 정도(시정명령) 역시 재량권을 일탈·남용한다고 볼 수 없다고 보아 현대차의 상고를 기각하였다.

2. 관련규정 및 제도

가. 차별적취급행위 관련규정

공정거래법은 ‘계열회사를 위한 차별행위’를 불공정거래행위의 유형 중 ‘차별적 취급’의 한 유형으로 규제하고 있다.

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」

제23조(불공정거래행위의 금지)

① 사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(이하 불공정거래행위"라 한다.)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니 된다.

1. 부당하게 거래를 거절하거나 거래의 상대방을 차별하여 취급하는 행위

② 불공정거래행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다.

③ 공정거래위원회는 제1항의 규정에 위반하는 행위를 예방하기 위하여 필요한 경우 사업자가 준수하여야 할 지침을 제정·고시할 수 있다.

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령」

제36조(불공정거래행위의 지정)

① 법 제23조(불공정거래행위의 금지)제2항의 규정에 의한 불공정거래행위의 유형 또는 기준은 별표 1⁵⁾과 같다.

[별표1] 불공정거래행위의 유형 및 기준(제36조 제1항 관련)

2. 차별적 취급

법 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항 제1호 후단에서 "부당하게 거래의 상대방을 차별하여 취급하는 행위"라 함은 다음 각목의 1에 해당하는 행위를 말한다.

가. 가격차별 : 부당하게 거래지역 또는 거래상대방에 따라 현저하게 유리하거나 불리한 가격으로 거래하는 행위

나. 거래조건차별 : 부당하게 특정사업자에 대하여 수량·품질 등의 거래조건이나 거래내용에 관하여 현저하게 유리하거나 불리한 취급을 하는 행위

다. 계열회사를 위한 차별 : 정당한 이유 없이 자기의 계열회사를 유리하게 하기 위하여 가격·수량·품질 등의 거래조건이나 거래내용에 관하여 현저하게 유리하거나 불리하게 하는 행위

라. 집단적 차별: 집단으로 특정사업자를 부당하게 차별적으로 취급하여 그 사업자의 사업 활동을 현저하게 유리하거나 불리하게 하는 행위

5) 2010. 5. 14. 개정된 대통령령 22160호 시행령에 의하면 [별표 1의2].

나. 위 규정의 도입 취지

시장경제 하에서 사업자는 기본적으로 거래가격과 조건 등을 자유로이 설정할 수 있다고 할 것이다. 그러나 합리적 이유 없이 거래상대방을 차별 취급하는 것이 당사자 간의 문제에 한정되지 않고 나아가 당해 시장에서의 정상적인 경쟁을 왜곡하게 된다면, 시장경제의 효율적 작동을 방해하고 소비자후생을 저해하는 결과를 초래할 수 있다. 이에 공정거래법은 거래상대방에 대한 차별적 취급으로 인해 당해 시장에서의 경쟁이 왜곡되고 소비자후생이 침해되는 현상을 방지 또는 시정하기 위해 차별적 취급을 불공정거래행위의 일 유형으로 규제하고 있으며, 이 범위 내에서 계약자유 원칙은 수정된다고 할 수 있다.⁶⁾

특히 공정거래법은 차별적 취급을 유형화하면서 ‘계열회사를 위한 차별행위’를 하나의 유형으로 명문화하였는바, 이는 우리나라 경제환경의 대기업 편중 현상에서 기인하는 것이다.

공정거래법은 계열회사가 속한 시장의 왜곡을 통한 경제력집중 현상을 방지하고 계열회사의 지원을 통한 무임승차를 배제하여 공정한 경쟁 질서를 확고히 하고자 위 규정을 특별히 두고 있으며, 입증책임 전환 등으로 일반 차별행위보다 더욱 엄격하게 규제하고 있다.

다. 위법성 성립요건

1) 객관적 요건

‘계열회사를 위한 차별행위’가 성립되기 위해서는 ① 복수의 거래상대방에 대한, (차별행위의 상대방 요건)⁷⁾ ② 가격·수량·품질 등의 거래조건이나 거래내용에 관한 차별이 존재하여야 하고, (차별행위의 존재) ③ 그 차별이 현저하여야 한다. (차별의 현저성)

6) 송정원, 『해설 카르텔 및 불공정거래행위 규제』, 제237면, 238면.

7) 차별행위라는 개념에 내재된 위법성 성립요건이며, 계열회사를 위한 차별행위가 공정거래법 제23조 제1항 제1호의 ‘거래상대방에 대한 차별행위’ 유형 중 하나로 규율되고 있다는 점에서 기인하는 요건이다.

먼저, ‘차별행위의 상대방 요건’과 관련하여 ‘차별행위’는 일반적으로 행위자와 지원 객체인 계열회사와 직접적인 거래를 통해 성립되지만, 계열회사와 직접적인 거래관계가 존재하지 않는다고 하더라도 계열회사가 아닌 직접거래상대방을 매개로 실질적인 거래관계가 존재한다고 볼 수 있다면 거래상대방 요건은 충족하는 것으로 본다.⁸⁾

다음으로 ‘차별행위의 존재’와 관련하여 이는 단순히 다른 것을 다르게 취급하는 ‘차이’와 구별되는 개념이며, 가격 뿐 아니라 가격에 영향을 미치는 거래조건에 대한 모든 차별을 포함하는 개념이다.

한편, ‘차별의 현저성’에 관하여 공정거래법은 특별한 기준을 두고 있지 아니한바, 이는 거래현황, 시장구조, 사업자의 시장점유율, 행위가 당해 시장에 미치는 효과 등에 따라 상대적인 개념이기 때문에 구체적·개별적으로 판단할 수밖에 없다.

2) 주관적 요건

계열회사를 위한 차별행위가 성립하기 위해서는 ‘자기의 계열회사를 유리하게 하기 위한 목적·의도’로 차별행위를 하였다는 점이 입증되어야 한다.

불공정거래행위의 구성요건은 위법성 관련 문언을 제외하고는 대체로 주관적 요건이 존재하지 아니하는바, 주관적 의도와는 상관없이 당해 행위에 공정거래저해성이 있다면 그 자체로서 규제의 대상이 된다.⁹⁾

그러나, ‘계열회사를 위한 차별’의 경우 차별행위의 존재와 더불어 ‘자기의 계열회사를 유리하게 하기 위한 목적·의도’라는 주관적 요건이 충족되어야 하며, 이러한 주관적 요건은 매우 엄격하고 제한적으로 인정된다.

즉, ‘계열회사를 위한 차별’의 요건으로서 계열회사를 유리하게 하기 위한 의도는 특정 사업자가 자기의 이익을 위하여 영업활동을 한 결과가 계열회사에 유리하게 귀속되었다는 사실만으로는 인정하기에 부족하고, 차별행위의 동기, 그 효과의 귀속주체, 거래의 관행, 당시 계열회사의 상황 등을 종합적으로 고려하여 사업자의 주된 의

8) 대법원 2007. 2. 23. 선고 2004두14052 판결.

9) 정호열, 『경제법』 제3판, 제404면.

도가 계열회사가 속한 일정한 거래분야에서 경쟁을 제한하고 기업집단의 경제력 집중을 강화하기 위한 것이라고 판단되는 경우에 한하여 인정된다.¹⁰⁾¹¹⁾

판례는 계열회사를 위한 차별행위를 별도로 규제하고 있는 입법취지를 고려하여 위와 같이 판시를 한 것으로 보이지만, 이에 대하여는 아래와 같은 비판이 있다.

즉, 판례에 의하면 사업자의 주된 의도가 ‘계열회사가 속한 일정한 거래분야에서 경쟁을 제한하려는 의도’의 존재로 족한 것이 아니고 더 나아가 ‘기업집단의 경제력 집중을 강화하기 위한 것’일 것까지 요구하고 있는데, ‘기업집단의 경제력 집중을 강화’하기 위한 의도까지 있어야 한다고 보는 것은 문리적 해석의 범위를 넘어 지나치게 위법성 요건을 제한하는 것이다.

또한, 계열회사에 유리한 조건의 귀속은 그 함의로서 이미 기업집단의 경제력집중의 심화라는 의미가 포함되어 있는 것이고, 이에 대한 별도의 판단이나 주관적 요건의 충족을 요구하는 것은 오히려 ‘계열회사를 위한 차별행위’ 규제 법리에 비추어 타당하지 않다는 것이다.¹²⁾

3) 경쟁제한성과 정당화 사유

공정거래법 제23조 제1항 제1호, 동법 시행령 제36조 제1항 별표1에서 정하고 있는 불공정거래행위 유형 중 ‘차별적 취급’에는 4가지 유형이 있는데, 그 중 ‘가격차별’, ‘거래조건차별’, ‘집단적 차별’에 대하여는 그러한 행위가 ‘부당하게’ 행하여진 경우에 한하여 불공정거래행위가 되는 것으로 규정하면서도 ‘계열회사를 위한 차별’의 경우에는 정당한 이유가 없는 한 불공정거래행위가 되는 것으로 문언을 달리하여 규정하고 있다.

이렇게 규정하고 있는 이유는 ‘계열회사를 위한 차별행위’의 경우 경쟁력이 없는 기업집단 소속 계열회사들을 기업집단의 지원행위로 유지시켜 경제의 효율을 떨어뜨리

10) 대법원 2004. 12. 9. 선고 2002두12076 판결.

11) 이러한 기준에 따라 주관적 요건을 충족하지 못한다고 하여 공정거래위원회의 의결이 파기된 사례는 대표적으로 「SK텔레콤의 계열회사를 위한 차별행위 사건」(대법원 2004. 12. 9. 선고 2002두12076 판결), 「현대기아차의 계열회사를 위한 차별행위 사건」(대법원 2007. 2. 23. 선고 2004두14052 판결)이 있다.

12) 홍명수, 「계열회사를 위한 차별’의 법리적 고찰」, 『경제법판례연구』 제3권.

고 경제력 집중을 심화시킬 우려가 크기 때문에 다른 차별적 취급보다는 공정한 거래를 저해할 우려가 많으므로 외형상 그러한 행위유형에 해당하면 일단 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 것으로 보되 공정한 거래를 저해할 우려가 없다는 점에 대한 입증책임을 행위자에게 부담하도록 하겠다는 데에 있다.¹³⁾

따라서, 가격, 거래조건 등에 관하여 계열회사에 대해 현저하게 유리하거나 계열회사의 경쟁사업자에 대해 현저하게 불리한 행위를 한 경우 일응 ‘계열회사를 위한 차별행위’에 해당하며 경쟁제한성이 있는 것으로 본다.

이때, 차별행위를 한 사업자는 ① 당해 행위로 인한 효율성 증대효과나 소비자후생 증대효과가 경쟁제한효과를 현저히 상회한다는 점, 또는 ② 차별취급을 함에 있어 기타 합리적 사유가 있다는 점을 입증하여 범위반이 아니라는 주장을 할 수 있다.

‘정당한 이유의 존재’와 관련하여 법원은 사업경영상의 필요성도 정당화 사유의 하나로 고려할 수 있다고 보고 있으며, 정당한 이유가 존재한다고 인정된 대표적인 사건으로는 「대한주택공사의 계열회사를 위한 차별행위 사건」이 있다.

□ 대한주택공사의 계열회사를 위한 차별행위 사건 대법원 판결¹⁴⁾

불공정거래행위의 한 유형인 계열회사를 위한 차별의 위법성을 평가함에 있어서 단순한 사업경영상 또는 거래상의 필요성 내지 합리성이 인정된다는 사정만으로 곧 그 위법성이 부인되는 것은 아니지만, 차별적 취급의 원인이 된 사업경영상의 필요성 등은 다른 사유와 아울러 공정한 거래질서의 관점에서 평가하여 공정거래저해성의 유무를 판단함에 있어서 고려되어야 하는 요인의 하나가 될 수 있다.

라. 외국의 입법례

‘계열회사를 위한 차별행위’를 따로 규율하는 것은 우리법의 특수한 사정이라고 할 수 있고, 외국의 경우 ‘계열회사를 위한 차별행위’는 크게 ‘가격차별 행위’로 의율되고 있다.

13) 대법원 2001. 12. 11. 선고 2000두833 판결.

14) 대법원 2001. 12. 11. 선고 2000두833 판결.

미국의 경우 거래상 차별은 가격차별을 중심으로 규제되고 있으며, 실질적인 경쟁 제한성이 있을 것을 요구하고 있는 반면, EU의 가격차별은 시장지배적사업자의 지위 남용행위로 규제되고 있다. 이러한 미국과 EU의 규제상의 차이는 독점에 대한 기본적인 태도에서 비롯되는 것이다. 즉, 독점을 원인적으로 접근하여 독점의 형성 자체를 문제 삼는 미국과 시장에서의 일정한 지배력을 승인하고 그 남용행위만을 문제 삼는 EU의 기본적인 입장의 차이에서 기인하는 것이라 할 수 있다.¹⁵⁾

1) 미국 Robinson-Pattman Act

미국에서는 Clayton Act 제2조를 개정한 「Robinson-Pattman Act」¹⁶⁾에 의해 가격 차별행위를 규율하고 있다.

위 조항에 의하면, “거래에 관여하는 자가 거래과정에서 동일한 등급과 품질의 상품을 구매하는 자들 간에 가격을 차별하는 것은, 그러한 차별의 효과가 실질적으로 일정한 거래분야에서 경쟁을 감소시키거나 독점을 형성할 우려가 있거나, 그러한 차별의 이익을 제공하거나 이를 알면서 취득하는 자와의 경쟁 또는 그런 자들의 고객과의 경쟁을 저해, 파괴, 방해하는 경우에는 위법하다.”고 규정하고 있다.¹⁷⁾

즉, 가격차별의 위법성 요건으로 ① 가격 또는 가격에 영향을 미칠 수 있는 다른 거래조건에 대한 차별행위의 존재, ② 경쟁제한성의 존재가 요구된다.

한편, ‘Robinson-Patman Act’는 가격차별 행위가 정당화 될 수 있는 사유로 아래와 같은 내용을 제시하고 있다.

15) 홍명수, 「독점규제법상 차별적 취급」, 『비교사법』 제12권 2호.

16) U.S.Code. § 13.

17) § 13. Discrimination in price, services, or facilities

(a) Price: selection of customers

It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, either directly or indirectly, to discriminate in price between different purchasers of commodities of like grade and quality, where either or any of the purchases involved in such discrimination are in commerce, where such commodities are sold for use, consumption, or resale within the United States or any Territory thereof or the District of Columbia or any insular possession or other place under the jurisdiction of the United States, and where the effect of such discrimination may be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce, or to injure, destroy, or prevent competition with any person who either grants or knowingly receives the benefit of such discrimination, or with customers of either of them.

첫째, 합리적인 비용차이를 반영한 차별(비용정당화의 항변; cost justification)이다.¹⁸⁾

즉, 가격차별이 “당해 상품이 판매되거나 인도되는 방법 또는 수량의 차이로 인한 제조, 판매 또는 인도에 드는 비용의 차이를 정당하게 고려한 것”일 경우 위법하지 않다는 것이다.

비용정당화는 법위반 추정에 대한 절대적 항변사유이다. 그러나 가격상의 차이가 정확하고 신뢰할 만한 계산방법에 근거한 것임을 입증하는 책임이 행위자에게 있기 때문에 비용정당화의 항변이 소송에서 성공하는 경우는 별로 없었다고 한다.¹⁹⁾

둘째, 경쟁에 대응하기 위한 차별(경쟁대처의 항변; defence of meeting competition)이다.

즉, 행위자가 가격차별을 한 이유가 경쟁사의 정책에 대처하기 위하여 선의로 한 행위라면 위법하지 않게 된다.²⁰⁾

한편, 위와 같은 정당한 사정이 존재한다는 사실에 대한 입증책임은 법위반 행위자에게 있다.²¹⁾

2) EU 조약 제82조

유럽에서 거래상 차별에 대한 논의는 ‘시장지배적지위의 남용행위’로서 의을 되고 있다.

18) § 13. (a) …… Provided, That nothing herein contained shall prevent differentials which make only due allowance for differences in the cost of manufacture, sale, or delivery resulting from the differing methods or quantities in which such commodities are to such purchasers sold or delivered.

19) 정호열, 「미국 독점금지법상의 가격차별의 법리」, 『성균관법학』 제15권 제1호.

20) § 13. (b) …… That nothing herein contained shall prevent a seller rebutting the prima-facie case thus made by showing that his lower price or the furnishing of services or facilities to any purchaser or purchasers was made in good faith to meet an equally low price of a competitor, or the services or facilities furnished by a competitor.

21) § 13. (b) Upon proof being made, at any hearing on a complaint under this section, that there has been discrimination in price or services or facilities furnished, the burden of rebutting the prima-facie case thus made by showing justification shall be upon the person charged with a violation of this section, and unless justification shall be affirmatively shown, the Commission is authorized to issue an order terminating the discrimination.

즉 시장지배적사업자의 남용행위 유형 중 하나로 ‘같은 거래에 있어 다른 거래당사자에 대하여 차별적 조건을 적용하여, 거래당사자를 경쟁에 있어 불이익한 사정에 처하게 하는 행위’를 열거하면서 차별행위를 금지하고 있다.²²⁾

요약하면, ① 시장지배적사업자의 차별행위의 존재, ② 거래상대방 중 한쪽에게 불이익한 결과 발생의 요건이 충족될 경우 남용행위에 해당하게 된다.

차별행위가 있다고 하기 위해서는 차별된 거래대상이 동일한 가치를 가지고 있어야 하는데, 동일한 가치는 객관적인 경제적 가치를 의미하며 동일한 상황에 기초하여 판단되어야 한다. 이러한 판단에 있어서 차별된 상품이 동일한 시장에 속하고 있는지 그리고 거래상대방 간에 교환될 수 있는지가 중요한 의미를 갖는다. 또한 차별로 판단하기 위해서는 동일한 가치에 상이한 거래조건이 부과되어야 하는데, 이때는 고유한 의미에서의 반대급부만이 아니라 상대방에게 요구된 가치를 전체적으로 고려하여야 한다.²³⁾

다음으로, 경쟁상의 불이익 발생은 그러한 경쟁상의 손실이 구체적으로 입증될 필요는 없으며, 유리한 거래조건에 따른 비용 상의 이익을 제시하는 것으로 충분하다.²⁴⁾

EU조약에서도 미국과 마찬가지로 ‘비용상의 차이가 반영된 거래상의 차이’는 규제대상에서 제외되는데, 이러한 비용상의 차이가 시장지배적사업자 자신에 의하여 초래된 경우나, 사업상 판단에 의한 비용상의 위험을 자신이 부담하는 것이 아닌 경우 위항변은 인용될 수 없다고 보고 있다.²⁵⁾

22) Article 82 Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the common market insofar as it may affect trade between Member States.

(c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage.

23) 홍명수, 「독점규제법상 차별적 취급」, 『비교사법』 제12권 2호.

24) 홍명수, 전제서.

25) 홍명수, 전제서 참고.

3. 주요 쟁점

가. 자동차할부금융 관련 차별행위

1) 거래상대방의 의미 및 차별행위의 존부

가) 문제점

‘계열회사를 위한 차별행위’는 거래상대방에 대한 차별행위의 일 유형 중 하나이므로, 개념적으로 행위자와 거래하는 복수의 상대방이 존재하여야 하고, 그 중 계열회사인 거래상대방에게는 유리하게 계열회사가 아닌 거래상대방에게는 불리하게 거래하였다는 사실이 입증되어야 한다.

그런데 본 건의 경우 현대기아차가 인하된 할부금리를 적용하여 거래한 직접 상대방은 자동차구매고객이지 할부금융사들이 아니며, 할부금융사들은 현대기아차의 자동차구매고객들의 선택에 따라 간접적으로 영향을 받게 되었을 뿐이다.

이렇게 간접적으로 영향을 받는 거래상대방도 이 규정의 ‘거래상대방’에 포함되는 것으로 볼 경우, 위 규정은 무한히 확대 적용될 우려가 있기 때문에 그 기준을 설정하는 것이 중요하다고 할 수 있다.

나) 이 사건에 대한 고등법원 및 대법원의 판단

공정거래위원회는 위 행위를 거래상대방에 대한 차별행위라고 판단하여 처분을 하였으나, 고등법원은 차별행위에 해당하지 않는다고 판단하였다. 반면, 대법원은 고등법원의 판단이 잘못된 것이라고 하여 위 쟁점에 관하여는 공정거래위원회의 판단을 지지하였다.

□ 고등법원 : 거래상대방에 대한 차별행위 아님

현대기아차와 오토할부약정을 체결하여 거래상대방이 된 현대캐피탈과는 달리, 현대캐피탈과 경쟁관계에 있는 비계열 할부금융사들은 원고들과 사이에 계약 등 아무런 거래관계가 존

재하지 아니하므로 그들을 차별취급의 대상이라고 할 수 있는 원고들의 거래상대방으로 볼 수 없다.

또한, 할부금융사들이 자신의 할부금융을 이용하는 고객들과의 계약에 의하여 자동차 구입대금을 현대기아차에게 납부하는 것은 사실행위에 불과하다고 할 것이고, 이러한 관계만으로는 현대기아차가 비계열 할부금융사의 할부금리 등 거래조건에 아무런 영향력을 행사할 수 없어 비계열 할부금융사들이 원고들과 종속적 관계에 있다고 할 수 없으므로 이들을 차별적 취급의 대상인 거래상대방이라고 할 수 없다.

□ 대법원 : 거래상대방에 대한 차별행위에 해당

현대기아차와 비계열 할부금융사 사이에 오토할부약정이 체결되지 아니함으로써 현대기아차와 할부금융사 사이에 직접적인 거래관계는 존재하지 않는다고 하더라도, 자동차 할부금융상품을 취급하는 할부금융사들은 현대기아차와 관련하여서는 현대기아차가 제조·판매하는 자동차를 할부로 구매하려고 하는 고객들을 상대로 자신들의 할부금융상품을 판매하는 것이므로 현대기아차와 자동차 할부금융상품을 취급하는 현대캐피탈 및 비계열 할부금융사 사이에는 위 고객들을 매개로 하는 실질적 거래관계가 존재한다고 할 것이고, 이와 같은 상황에서 원고들이 현대캐피탈의 오토할부약정에 기하여 오토할부의 할부금리를 인하하는 것은 현대기아차가 제조·판매하는 자동차를 할부로 구매하는 고객들 중 현대캐피탈을 이용 또는 이용하려고 하는 고객들과 현대캐피탈이 아닌 비계열 할부금융사를 이용 또는 이용하려고 하는 고객들을 차별하는 행위라 할 것이며, 이러한 차별로 인하여 현대캐피탈에게는 고객의 증가라는 차별효과가 귀속되게 되므로 현대기아차의 위 할부금리 인하행위는 일응 계열회사인 현대캐피탈을 유리하게 하는 차별적 취급행위에 해당한다.

고등법원과 대법원이 위 쟁점에 대한 결론은 달리하였지만 이러한 다른 결론은 사실관계에 대한 판단을 달리하였기 때문일 뿐 기본적으로 판단기준을 달리하고 있기 때문은 아니라는 점에 유의할 필요가 있다.

다) 판단기준

고등법원과 대법원은 표현은 다르지만 ‘간접적 거래관계’, ‘실질적 거래관계’가 있을 경우 직접 거래상대방이 아니더라도 이 사건 차별취급의 거래상대방이 될 수 있다는 것을 전제로 하고 있는 점은 같다.

직접상대방에 대한 차별이 아닌 경우 차별적 취급의 대상이 될 수 있는 거래상대방 판단 기준에 대하여 판례가 언급하고 있는 기준은 아래와 같다.

① 행위자가 직접의 거래상대방의 가격이나 거래조건을 실질적으로 지배하여 거래상대방의 거래상대방, 즉 간접의 거래상대방과도 거래하고 있는 상태라고 볼 수 있는 경우

② 법인격이 다른 사업자이더라도 서로 실질적으로 지배, 피지배의 관계에 있는 경우에는 그와 같은 복수의 사업자 전체를 동일한 사업자로 보아 거래상대방 여부를 판단

③ 직접거래상대방이 아니더라도 그 사업자 및 그의 경쟁사의 거래조건이 행위자의 영향을 받아 행위자에게 종속적인 관계에 있다고 볼 수 있는 경우

④ 직접 거래상대방을 매개로 하는 실질적 거래관계가 있다고 볼 수 있는지, 직접 거래상대방에 대한 차별로 인한 효과가 귀속되는 간접적인 거래상대방에 해당하는지 여부

참고로, 공정거래위원회와 법원은 「SK 텔레콤의 계열회사를 위한 차별행위 사건」에서도 직접거래상대방과의 거래조건을 SK텔레콤이 설정하고 직접상대방이 이를 이행함으로써 그 차별의 효과가 귀속되는 간접상대방은 이 사건 차별취급의 거래상대방에 해당한다고 판단하였다.²⁶⁾

□ SK 텔레콤의 계열회사를 위한 차별행위 사건

1. 사실관계

SK텔레콤(주)(이하 SK텔레콤'이라 한다.)은 단말기 대리점과 거래를 하면서, 대리점이 SK텔레콤의 계열회사인 SK글로벌(주)(이하 SK글로벌'이라 한다.)을 통해 대리점에 공급되는 단말기를 무이자할부판매 한 경우에만 그 할부채권을 매입하고, 다른 단말기제조사들이 공급하는 단말기 판매 부분에 대하여는 할부채권을 매입하지 아니하는 행위를 하였고, SK텔레콤의 위와 같은 행위로 인하여 위 기간 동안 SK글로벌의 매출수량은 종전보다 2배 이상 증가한 반면 SK글로벌의 경쟁자들의 매출수량은 크게 감소하였다.

26) 공정거래위원회 2001. 9. 10. 전원회의 의결 제2001-127호, 고등법원 2002. 10. 10. 선고 2001누16073 판결, 대법원 2004. 12. 9. 선고 2002두12076 판결.

2. 대리점²⁷⁾이 아닌 대리점의 거래상대방에 대한 차별행위도 포함

위와 같은 경우에도 계열회사를 위한 차별²⁸⁾행위에 해당하는 것인지 쟁점이 되었으나, 계열회사를 위한 차별²⁹⁾에 있어서 이 사건과 같이 SK텔레콤이 다른 사업자인 대리점과 사이에 설정한 거래조건을 대리점이 이행함으로써 그 경제적 효과가 대리점의 거래상대방인 SK글로벌 및 그 경쟁사업자인 삼성전자 등과 사이에 차별적으로 귀속되는 경우도 포함한다고 결론이 났다.

2) 계열회사를 유리하게 할 목적·의도의 판단

가) 문제점

‘계열회사를 위한 차별³⁰⁾행위는 다른 불공정거래행위와 달리 주관적 요건이 요구되는데, ‘의도·목적³¹⁾이란 것은 내심의 의사에 불과하므로 현실적으로는 주관적 요건을 입증하는 것이 곤란한 경우가 많다.

일반적으로는 행위 당시의 정황에 의해 입증할 수밖에 없는바, 어떠한 사정이 있어야 주관적 요건인 ‘의도·목적³²⁾이 있다고 볼 수 있는지 쟁점이 되었다.

나) 이 사건에 대한 공정거래위원회 및 대법원의 판단

공정거래위원회는 현대기아차의 이 사건 할부금리인하 행위는 ‘계열회사를 유리하게 하기 위한 의도·목적³³⁾하에 행해진 것이라고 판단하였으나, 대법원은 주된 목적이 계열회사를 위한 것이라고 볼 수 없다고 판단하여 상반된 입장을 취하였다.²⁷⁾

□ 공정거래위원회 : 주관적 요건 충족한다고 판단

공정거래위원회는 아래와 같은 근거로 계열회사를 위한 의도·목적³⁴⁾이 인정된다고 판단하였다.

① 자동차 판촉의 경우 구입방식에 상관없이 특정차종을 대상으로 하는 것이 일반적인데, 전 차종에 대해 현대캐피탈에 대한 할부금리만 인하해 준 행위는 현대기아차의 판촉행위와는 무관하게 현대캐피탈에게 유리하게 할 의도로서 한 행위라고 볼 수 있다.

27) 고등법원은 차별행위가 아니라고 판단하였기 때문에 더 나아가 주관적 요건에 대한 판단은 하지 아니하였다.

② 현대기아차의 내부문서에 의하면, 현대캐피탈 이용 현황표 작성, 인사사고 반영 등을 통해 현대캐피탈 이용률 증대를 위해 노력하였다는 사실을 알 수 있다.

③ 현대캐피탈보다 신용등급이나 재무구조면에서 우위에 있는 다른 캐피탈들이 현대캐피탈과 동일한 조건으로 거래를 해 줄 것을 요청하였으나, 이에 대한 검토나 회신을 하지 않았다.

□ 대법원 : 주관적 요건 충족하지 아니한다고 판단

대법원은 아래와 같은 근거로 이 사건 할부금리 인하행위로 인하여 현대캐피탈의 시장점유율이 상승하였다고 하더라도 그것만으로는 할부금리 인하행위의 주된 의도가 현대캐피탈이 속한 일정한 거래분야에서 경쟁을 제한하고 기업집단의 경제력 집중을 강화하기 위한 것이라고 보기 어렵다고 판단하였다.

① 현대기아차가 현대캐피탈과 사이에서만 오토할부약정을 체결하고 다른 비계열 할부금융사와 오토할부약정을 체결하지 않은 것 자체는 거래비용감소, 영업비밀의 유지, 업계의 관행(다른 자동차회사들도 특정 할부금융사와 오토할부약정을 체결하고 있음) 등을 고려할 때 계열회사인 현대캐피탈을 유리하게 하기 위한 것이라고 볼 수 없다.

② 현대기아차는 현금으로 구매하는 고객들에 대한 인하금리, 24개월, 36개월 할부의 비중 등을 고려하여 인하금리를 도출하였다.

③ 할부금리 인하 당시 상황을 보면, 사회적으로 오토할부금리가 높게 형성되어 있다는 비판이 있었고(이 사건 이전에는 역으로 현대캐피탈이 현대기아차에게 정산금리를 지급), 그 무렵 경쟁사인 GM-대우자동차의 할부금리 인하가 예상되어 이에 대비할 필요성이 있었다.

다) 판단기준

공정거래위원회의 심결과 판례에 의하면, 주관적 요건이 충족되는지 여부를 판단하기 위한 기준으로 아래와 같은 점이 제시되고 있다.

- ① 경제적 효과(이익의 귀속주체, 이익의 귀속 비중)
- ② 거래관행
- ③ 당해행위를 하게 된 동기, 배경(사회적 상황, 경쟁사의 동향 등)

주관적요건 판단기준과 정당화사유의 판단 기준이 일부 중복되는 것으로 볼 수도 있으나, 다음과 같은 차이점이 있다.

즉 위와 같은 판단기준 중 ‘거래관행’은 주관적 요건으로서 계열회사를 위한 의도·목적이 있는지 여부를 판단하기 위해 고려할 때는 그러한 거래관행이 존재하는지 여부, 관행에 따라 거래할 사업경영상 필요성이 있는지 여부 등만 판단하면 족하지만, ‘공정거래저해성’의 판단기준으로서 ‘거래관행’을 고려할 때에는 당해 거래관행이 형성된 배경, 구체적 거래형태, 거래관행 자체로 인해 파생되는 문제점은 없는지 등을 살펴야 한다.

또한 경쟁사의 동향에 대응하기 위한 행위라는 점 역시 주관적 의도 판단의 기준으로 고려될 때에는 그러한 사실의 존재만 살펴보면 족하지만, 정당화사유의 판단 기준으로 고려할 때에는 무조건 경쟁사의 동향에 대응하기 위한 것이라는 점만으로 위법성이 조각된다고 볼 수는 없을 것이다.

한편 이 사건의 경우 대법원은 다음과 같은 점을 고려하여 주관적 요건이 충족되지 못하는 것으로 판단한 것으로 보인다.

즉 현대기아차가 할부금리를 인하하기 전에는 현대캐피탈로부터 정산금리를 오히려 지급받고 있던 상황에서 사회적으로 오토할부금리가 너무 높다는 비판이 제기되었고 이러한 사회적 요청에 부응하기 위해 할부금리를 인하하였다고 볼 수 있었다는 점, 경쟁사도 오토할부금리 인하를 예정하고 있었다는 점이 계열회사를 유리하게 할 의도·목적의 존재를 단정할 수 없게 만든 주요한 근거였던 것으로 보인다.

참고로 법원은 「SK 텔레콤의 계열회사를 위한 차별행위 사건」에서도 행위자에게 귀속되는 이익이 적지 않다는 점, 차별의 혜택을 받는다고 본 계열회사의 재무상황이 특별한 지원을 요하는 상황도 아니었다는 점, 거래관행상 합리성이 있다는 점을 고려하여 SK텔레콤의 행위의 주된 의도가 계열회사를 유리하게 하기 위한 것이라고 보기 어렵다고 판단한 바 있다.²⁸⁾

28) 대법원 2004. 12. 9. 선고 2002두12076 판결.

□ SK 텔레콤의 계열회사를 위한 차별행위 사건 - 주관적 요건에 대한 대법원 판단

SK텔레콤의 이 사건 행위는 주식회사 신세기통신과의 기업결합승인 조건을 이행하기 위하여 2001. 6.까지 이동통신서비스시장에서 시장점유율을 낮추면서도 일시적으로 그 하락속도를 완화하기 위한 SK텔레콤의 필요에서 비롯되었고, SK텔레콤은 SK글로벌을 위하여 부담하게 된 이자비용에도 불구하고 이동통신서비스 가입자증가로 인하여 SK글로벌의 단말기 매출증가이익을 훨씬 능가하는 이익을 얻게 되었으며, SK글로벌이 공급하는 사업자모델로 무이자할부채권의 양수대상을 한정된 것도 사업자모델과 유통모델의 제품특성 및 유통구조의 차이나 당시의 거래관행 등에 비추어 효과적인 영업활동으로 인정할 수 있을 뿐 아니라, SK글로벌에 이익을 주기 위한 행위를 하여야 할 긴급한 경영상의 필요가 있었다고도 보이지 않으므로, 비록 2000. 6. 이후 단말기보조금 금지로 SK글로벌의 매출이 감소하여 경영상 어려움이 예상되는 상황에서 이 사건 행위로 인한 결과가 SK글로벌에 유리하게 귀속되었다고 하더라도 그것만으로는 이 사건 행위의 주된 의도가 SK글로벌이 속한 일정한 거래분야에서 경쟁을 제한하고 기업집단의 경제력 집중을 강화하기 위한 것이라고 판단되는 경우에 해당하지 않는다.

3) 정당한 이유의 판단 문제

가) 문제점

공정거래법은 ‘계열회사를 위한 차별’의 경우 차별행위의 존재가 있다면 일응 위법한 것으로 보되, 정당한 이유가 존재하여 경쟁제한성이 없다는 것을 행위자에게 입증하도록 하고 있다.

그런데 법령은 ‘정당한 사정’이 인정될 수 있는 경우에 대하여 특별한 규정을 두고 있지 아니하며 단지 ‘불공정거래행위 심사지침’에 ‘당해 행위로 인한 효율성 증대효과나 소비자후생 증대효과가 경쟁제한효과를 현저히 상회하는 경우’ 정당한 이유가 있는 것으로 볼 수 있다는 추상적 기준을 제시하고 있을 뿐이다.

이에 어떤 항변이 받아들여질 수 있는 구체적인 기준은 심결, 판례를 통해 제시된 기준을 참고할 수밖에 없다.

특히 범위만 행위자가 주장하는 대표적인 사유인 ‘사업경영상의 필요성’의 경우 사업경영상의 필요성이 전혀 없이 거래를 하는 경우는 없다고 해도 과언이 아니므로, 이를 정당한 사정으로 인정할 경우 위 규정의 실효성이 없어지게 될 우려가 있는바,

합리적 기준을 모색하는 것이 중요하다.

나) 사업경영상의 필요성을 정당화 사유로 인정할 수 있는지 여부

먼저 ‘사업경영상의 필요성’이 정당화사유로 고려될 수 있는지에 관한 대법원의 입장을 보면 아래와 같다.

즉 불공정거래행위의 한 유형인 ‘계열회사를 위한 차별’의 위법성을 평가함에 있어서 단순한 사업경영상 또는 거래상의 필요성 내지 합리성이 인정된다는 사정만으로 곧 그 위법성이 부인되는 것은 아니지만, 차별적 취급의 원인이 된 사업경영상의 필요성 등은 다른 사유와 아울러 공정한 거래질서의 관점에서 평가하여 공정거래저해성의 유무를 판단함에 있어 고려되어야 하는 요인의 하나가 될 수 있다고 판시하고 있다.²⁹⁾

이 사건에서 현대기아차는 장기적으로 통제하고 의존할 수 있는 전속 할부금융사를 됴으로써 민감한 영업비밀 교환이 가능하며, 융통성 있는 관측전략을 수립할 수 있고, 장기적으로는 현대기아차의 충성고객을 유지할 수 있다는 등의 사업경영상의 필요성이 있다는 주장을 하였다.

공정거래위원회는 위와 같은 사정은 단순한 사업경영상의 필요성에 불과하다고 보아 정당한 사정이 있다고 볼 수 없다고 판단하였지만, 대법원은 위와 같은 사정을 정당한 사정 인정을 위한 하나의 고려사유로 하여 당시 경쟁업체의 할부금리 인하 등과 같은 사회적 여건 및 영업환경에 적응하고자 적정 수준으로 할부금리를 인하한 것으로 볼 수 있다는 점까지 언급하면서 현대기아차의 할부금리 인하행위는 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위라고 볼 수 없다고 판단하였다.

대법원의 입장을 분석하면 사업경영상의 필요성도 정당한 사유 중 하나로 고려할 수는 있지만 결국은 거래상대방이 속한 시장에서의 경쟁을 제한하는 효과가 있다고 보기 어렵기 때문에 범위반이 아니라고 판단한 것으로 보인다.

위와 같은 대법원의 판단은 ‘사업경영상의 필요성’이라는 측면보다는 할부금리인하

29) 대법원 2001. 12. 11. 선고 2000두833 판결 ; 대법원 2004. 12. 9. 선고 2002두12076 판결 참고.

당시의 자동차할부금융시장의 경제 환경(업계의 상황, 경쟁사의 상황)에 무게를 둔 판단이라는 전제하에 일응 타당한 것으로 보인다.

왜냐하면 이 사건에서 현대기아차가 주장하는 '사업경영상의 필요성'은 행위자 입장에서의 필요성이지만 상대방인 현대캐피탈 입장에서의 필요성은 아니라 할 것인데, '계열회사에 대한 차별취급'을 금지하는 이유는 거래상대방이 속한 시장에서의 경쟁을 제한하는 효과를 방지하는 것이라는 점을 고려한다면, 행위자의 '사업경영상의 필요성'을 주된 이유로 하여 위법성을 부인하는 것은 타당하지 않다고 생각되기 때문이다.

한편 위 판결에서는 정당한 사유로 고려할 수 있는 요소로서 '사업경영상의 필요성' 뿐 아니라 '경쟁에 대응하기 위한 수단이었다는 점'도 거래관행과 함께 판단의 기준이 된다는 점을 명시하였다.

다) 기타사항

참고로 대법원에서 정당한 이유가 없는 계열회사를 위한 차별행위라고 볼 수 없다고 판단한 대표적인 사건으로는 「대한주택공사의 계열회사를 위한 차별행위 사건」이 있다.

즉 대한주택공사가 계열회사로 인수한 소외 회사들에게 선급금을 지급한 것은, 정부가 부실기업인 소외 회사들의 경영정상화의 촉진을 도모하기 위하여 대한주택공사에게 부여한 수의계약 승인과 금융지원명령의 범위 내에 속하는 행위에 해당한다고 봄이 상당하고, 또한 소외 회사들이 다시 도산하는 경우 야기될 시공 중인 아파트건설의 공사중단으로 인한 집단 민원 등 사회적 문제 야기, 종업원의 대량실직, 자재납품 및 하도급업체의 연쇄도산 등을 방지하여 사회적, 경제적 안정을 도모하기 위한 공익적 목적이 있을 뿐만 아니라 1조원이 넘는 전대 및 지급보증을 한 대한주택공사의 동반 도산을 예방하기 위하여 불가피하게 이루어진 최소한의 행위로 봄이 상당하므로, 이를 들어 정당한 이유 없는 계열회사를 위한 차별행위라고 볼 수 없다고 판단하였다.³⁰⁾

30) 대법원 2001. 12. 11. 선고 2000두833 판결.

4) 경쟁제한성 판단과 관련한 시장획정 문제

‘자동차할부금융 관련 차별취급’의 위법성 성립요건과 관련하여 경쟁제한성 판단의 전제로서 시장획정 문제는 판결에 언급되지는 않았으나,³¹⁾ 공정거래위원회 이의신청 단계에서는 쟁점이 되었다.

공정거래위원회는 차별적 취급행위를 포함한 불공정거래행위의 성립요건으로 일정한 거래분야를 규정하고 있지 않으므로 본건 차별적 취급행위에 있어서 관련시장 획정은 반드시 필요한 것이 아니라고 하면서, 이의신청인의 주장을 배척하였다.

그러나 ‘경쟁제한성’이나 ‘차별취급의 현저성’을 판단함에 있어, 시장획정은 당연히 그 전제가 되는 것이고 다른 사건에서도 이러한 입장에서 시장획정을 선결문제로 하고 있는바, 위의 판단은 잘못된 것으로 보인다.

실제 「SK텔레콤의 계열회사를 위한 차별취급행위」 사건에서 대법원은 원심의 시장획정에 문제가 있다고 지적하면서 간접적인 거래상대방에 대한 차별행위로 의욕한 경우 당해 거래상대방이 속한 관련시장을 전제로 차별취급의 현저성을 판단하여야지 거래상대방이 속한 시장이 아닌 시장에 미치는 영향까지를 판단의 근거로 삼는 것은 위법하다고 판시한 바 있다.³²⁾

5) 소결

이 사건에서 다뤄진 주요쟁점에 대한 공정거래위원회, 고등법원, 대법원의 판단을 정리하면 아래와 같다.

31) 고등법원에서 ‘차별행위’에 해당하지 아니한다고 판단한 후 다른 쟁점에 대해 판단하지 아니하였다.

32) 대법원 2004. 12. 9. 선고 2002두12076 판결 참고.

<표 1> 주요 쟁점에 대한 입장 정리

| 쟁점 | 공정거래위원회 | 고등법원 | 대법원 |
|----------------|-----------------------|----------|--------------------------|
| 객관적 요건 | 차별행위 존재 | 차별행위 아님 | 차별행위 존재 |
| 주관적 요건 | 계열회사를 유리하게 할 의도·목적 인정 | 판단하지 아니함 | 유리하게 할 의도·목적 없음 |
| 경쟁제한성 (정당한 사정) | 공정거래 저해성 인정 | 판단하지 아니함 | 정당한 사정이 인정되어 공정거래 저해성 없음 |

나. 신용카드 결제한도 관련 차별 행위

현대차의 신용카드 결제한도 차별행위는 전형적인 ‘계열회사를 위한 차별’ 행위 유형 중 하나라고 할 수 있다.

즉 현대차와 거래하는 복수의 신용카드사가 존재하는데, 계열사인 현대카드와 비계열사인 신용카드사에 대하여 다른 거래조건을 제시하여 거래를 하였고, 그 거래조건이 계열회사에게는 유리하고 비계열회사에게는 불리한 것으로서, 거래상대방이 속한 시장에서 계열회사를 이롭게 하여 경쟁을 제한하였다는 사실이 모두 인정되기 때문이다.

따라서 공정거래위원회, 고등법원, 대법원 모두 위법성 성립요건에 대하여 같은 입장을 취하였고, 쟁점은 앞서 언급한 내용과 중복되므로 생략하기로 한다.

4. 의의

이 사건 심결 및 판결은 ‘계열회사를 위한 차별행위’의 위법성 성립요건의 개념을 명확하게 알 수 있도록 해준 사례로서 큰 의미가 있다.

첫째, ‘거래상대방’의 기준을 합리적으로 제시하였다. 특히 이 부분은 ‘계열회사를 위한 차별행위’ 이외에 거래상대방을 차별 취급하는 불공정거래행위 유형에 모두 적용될 수 있을 것이다.

이 사건 심결 및 판결이 있기 전에도 직접상대방이 아닌 간접상대방에 대한 차별취급이 가능한지에 대한 판결이 있었지만(SK텔레콤의 계열회사를 위한 차별행위 사건), 그 사건에서는 차별의 조건을 직접 행위자가 설정하고 거래상대방으로 하여금 이를 실행하게 하여 차별취급을 하는 형태였기 때문에 이를 차별행위로 인정하는 것이 어렵지 않았지만 이 사건의 경우 현대기아차의 거래상대방이 '최종소비자'이기 때문에 소비자를 매개로 한 차별행위 성립여부는 논란이 있을 수밖에 없었다.

과거와 달리 거래관계가 수직·수평 분화되면서 단순히 양쪽 당사자만 관련되는 계약관계보다는 간접적으로 계약상대방과 제3자 사이의 계약에 종속되는 새로운 유형의 계약(거래관계)도 등장하고, 사실 지금 예상할 수 없는 다양한 계약모델들이 등장할 것이다.

그렇기 때문에 이 사건 심결 및 판례와 같이 일정한 기준에 따라 직접의 거래상대방이 아니라고 하더라도 차별행위가 성립될 수 있다는 해석은 이러한 다양한 변화에 대응하여 실질적이고 효율적인 규제가 가능하도록 한 타당한 결론이라고 생각된다.

둘째, '계열회사를 위한 차별행위'의 경우 다른 불공정거래행위와 달리 주관적 요건이 필요하다는 점을 강조하면서, 경제적 이익의 귀속, 거래관행, 당해행위를 하게 된 동기, 행위 당시 관련시장의 동향 등을 고려한다고 하여 구체적 판단기준을 제시하였다.

'주관적 요건'은 구체적인 정황에 의해 판단을 할 수 밖에 없다는 한계가 있기 때문에 위와 같은 기준 제시는 더욱 중요한 의미를 가지는 것으로 보인다.

다만 주관적 요건의 의미를 판시한 부분 중 '주된 의도가 계열회사가 속한 일정한 거래분야에서 경쟁을 제한하고 기업집단의 경제력 집중을 강화하기 위한 것이라고 판단되는 경우에 한하여 인정'된다는 부분과 관련하여서는 시장지배적지위의 남용행위와 일반 불공정거래행위를 별도로 규율하고 있는 우리 법 체계상 일반 불공정거래행위로서의 '계열회사를 위한 차별취급'을 인정하기 위한 요건으로 기업집단의 경제력 집중을 강화하기 위한 의도까지를 요구하는 것은 문제가 있는 것으로 보인다.

만약 차별행위를 한 행위자가 시장지배적사업자이고, 기업집단의 경제력 집중을 강화하기 위한 의도 아래 계열회사를 위한 차별행위를 하였으며, 이러한 행위로 인하여 기업집단의 경제력 집중 효과가 심화되거나 행위자가 속한 시장에서의 지배력이 더

욱 견고하게 되는 효과가 있었다면 공정거래법 제23조가 아니라 동법 제3조의2로 의
을 할 수 있을 것이다.

셋째, 사업경영상의 필요성을 정당한 사정 존부 판단의 한 요소로 고려할 수는 있
지만 그 자체만으로 정당성이 인정되는 것은 아니라는 전제하에 전체적으로 공정거
래저해성이라는 관점에서 판단한다는 입장을 확실히 하였다.

사업자 입장에서 ‘사업상의 필요성’이 없는 행위는 없을 것이지만 공정거래법이 경
제활동을 규율하는 법률이기 때문에 이를 완전히 배제할 수는 없는 것이므로 그 균형
점을 적절히 제시한 것으로서 의미가 있다고 생각된다.

위와 같은 기준에 따라 대기업 편중의 비정상적인 경제구조를 개선하고 공정한 경
쟁을 통한 건전한 경제발전을 도모하고자 하는 위 법 취지에 따른 합리적인 법집행을
기대해본다.

[23] 8개 손해보험사의 거래상지위남용행위에 대한 건 의결 제2008-013호

이 병 준 (교수, 한국외국어대학교)

공정거래위원회는 8개 손해보험사가 대물보험사고를 처리하면서 자동차보험약관상 지급할 의무가 있음에도 불구하고 대(휴)차료 및 시세하락손해 간접손해보험금을 미지급한 행위에 대하여 피해자가 간접손해보험금의 존재여부 및 약관상 피해보상금 규정(지급기준) 등을 잘 알지 못하여(정보의 불균형) 사실상 보험사의 보험금산정 및 지급에 따를 수밖에 없으며, 피해자로서는 당해 보험사 이외에 다른 보험사로 전환하기가 불가능하다는 점 등을 감안할 때, 이들 보험사가 자신의 거래상의 지위를 부당하게 남용하여 피해자에게 불이익을 제공한 행위를 한 것으로 판단하였다.

이 의결과 관련하여 법리적으로 공정거래법상 ‘거래’라는 개념의 의미에 관하여 다툼이 있었고 고등법원은 공정거래위원회와 달리 그 개념을 “계약관계의 존재”라는 협소한 의미로 파악하였으나, 대법원에서는 다시 공정거래위원회에 손을 들어준 사건이다. 법리적으로 보았을 때 공정거래위원회와 대법원은 학계의 다수설과 그 축을 같이 하여 ‘개별적인 계약 자체를 가리키는 것이 아니라 그보다 넓은 의미로서 사업활동을 위한 수단 일반 또는 거래질서를 뜻하는 것’으로 ‘거래’ 개념을 이해하고 본 사건에서는 자동차책임보험과 관련된 보험회사와 피해자 사이에서 직접적인 거래관계가 존재하지 않더라도 법률에 의하여 거래관계상 의무를 이행하는 것과 동일시할 수 있는 사안의 경우에도 불공정거래행위를 인정한 것이라고 볼 수 있다. 즉 불법행위로 인한 손해배상을 청구하는 관계에 있어서도 그것이 보험계약상의 의무를 부담하는 보험사가 그 의무이행을 위하여 피해차량 손해배상 항목을 정하는 관계라고 한다면 이러한 경우에도 거래관계를 인정할 수 있다고 본 것이다. 보험회사와 피해차주의 관계는 보험금직접청구권이 법률규정에 의하여 인정되어 맺어진 법률에 기한 관계이기는 하지만, 보험사가 피해차주에게 대물손해를 배상하여야 할 의무가 위 보험계약에 근거하고 있는 이상 거래관계를 인정할 수 있다고 본 것은 의미 있는 판결이라고 할 수 있다.

1. 사건개요

가. 시장현황

피심인들은 손해보험회사로서¹⁾ 보험계약자 또는 피보험자가 피보험자동차를 소유, 사용, 관리하는 동안 피보험자동차의 사고에 의해 다른 사람의 자동차(이하 '피해차주'라고 한다)를 훼손하는 때에는 손해배상책임을 진다. 특히 피보험자가 피해차주에게 법률상의 손해배상책임을 지는 사고가 있는 때에는 손해배상청구권자는 보험회사에 직접 보험금을 청구할 수 있다.

손해보험사는 보험약관에 따라 보험계약자 또는 피보험자가 자동차 사고를 야기함으로써 인하여 피해차량을 수리하는 동안 피해차주가 다른 차량을 대차(렌트)할 경우, 동종 차종을 대차하는 비용을, 대차를 하지 않는 경우에는 해당 차종 대여자동차 요금의 20%(이하 '대차료'²⁾)라 한다)를 지급하여야 하고, 영업용차량의 경우에는 휴차료를 지급하여야 한다. 그런데 차량수리 기간 중 렌트카를 대차하는 피해차주의 대부분은 렌트카 비용을 청구하여 보상받고 있지만, 렌트카를 대차하지 않고 대중교통을 이용하는 피해차주의 경우 렌트카 비용에 비해 상대적으로 금액이 적은데다가 보험약관규정을 잘 알지 못하여 대차료를 청구하지 않는 경우가 대부분이었다.

또한 손해보험사는 사고로 인하여 자동차(출고후 2년 이하인 자동차에 한함)의 수리비용이 사고직전 자동차 가액의 20%를 초과하는 경우에는 출고후 1년 이하의 자동차는 수리비용의 15%를, 출고 후 1년 초과 2년 이하의 자동차는 수리비용의 10%(이하 '시세하락손해보험금'이라 한다)를 지급하여야 한다.

1) 피심인 삼성화재해상보험(주), 현대해상화재보험(주), 엘아이지손해보험(주), 동부화재해상보험(주), 메리츠화재해상보험(주), 제일화재해상보험(주), 흥국쌍용화재해상보험(주), 그린화재해상보험(주) (이하 '피심인들'이라 한다)는 보험업법 제4조 내지 제6조에 의거 금융감독위원회의 허가를 받아 손해보험업을 영위하는 자(이하 '손해보험사, 또는 보험사'로 약칭한다)로서 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '법'이라 한다) 제2조 제1호에 규정되어 있는 사업자에 해당된다.

2) 렌트카를 대차하지 않고 대중교통을 이용하는 피해차주의 경우 렌트카 비용의 20%에 해당하는 대차료를 말한다.

나. 행위사실

1) 대차료(휴차료) 미지급행위

피심인들은 2003년 1월 1일부터 2006년 12월 31일까지의 기간 동안 발생한 자동차 보험 대물사고 약 6,280,515건 중 자동차보험표준약관상 손해보험사에게 대차료(휴차료)를 지급할 의무가 있는 대차료 지급대상건수가 5,509,786건이었음에도 불구하고 2007년 3월말까지 이 중 약 2,347,400건만을 지급하고 약 3,162,386건의 대·휴차료 보험금 약 22,876,116천원을 지급하지 않았다.³⁾

2) 시세하락손해 보험금 미지급행위

피심인들은 2003년 1월 1일부터 2006년 12월 31일 기간 동안 발생한 자동차보험 대물사고 약 6,280,515건 중 자동차보험표준약관상 시세하락손해보험금을 지급할 의무가 있는 지급대상건수가 11,330건이었음에도 불구하고 2007년 3월말 현재 이중 약 10,766건을 지급하였으나 564건의 시세하락손해보험금 약 237,910천원을 지급하지 않았다.

다. 공정거래위원회 심결

공정거래위원회는 위 행위사실에 대하여 8개 손해보험사가 대물보험사고를 처리하면서 자동차보험약관상 지급할 의무가 있음에도 불구하고 대(휴)차료 및 시세하락손해 간접손해보험금을 미지급한 행위는, 피해자가 간접손해보험금의 존재여부 및 약관상 피해보상금 규정(지급기준) 등을 잘 알지 못하여(정보의 불균형) 사실상 보험사의 보험금산정 및 지급에 따를 수밖에 없으며, 피해자로서는 당해 보험사 이외에 다른 보험사로 전환하기가 불가능하다는 점 등을 감안할 때, 자신의 거래상의 지위를 부당하게 남용하여 피해자에게 불이익을 제공한 행위에 해당한다고 판단하여 아래와 같이 의결하였다.

3) 한편 피심인들은 2007년 4월 1일부터 2007년 7월 31일 사이에 위 미지급한 대·휴차료건 중 117,963건(3,432,695천원)을 추가로 지급하였다.

1) 금지명령 : 대차료 및 시세하락손해 보험금을 지급할 의무가 있음에도 불구하고 해당 보험금을 지급하지 않음으로써 거래상대방인 피해차주들에게 부당하게 불이익을 주는 행위를 다시 하여서는 아니 된다.

2) 수명사실 공표명령 : 시정명령을 받았다는 사실을 2개 중앙일간지에 1회 게재함으로써 공표하여야 한다.

3) 과징금 : 피심인들은 총 21억 9,300만 원을 과징금으로서 국고에 납부하여야 한다.

<표 1>

회사별 과징금 부과내역

(단위: 백만 원)

| 회사명 | 삼성 화재 | 동부 화재 | 현대 해상 | LIG 손해보험 | 메리츠 화재 | 제일 화재 | 흥국 쌍용화재 | 그린 화재 | 합 계 |
|----------|----------|----------|----------|-------------|-----------|----------|------------|----------|-------|
| 과징 금액 | 733 | 351 | 349 | 317 | 189 | 110 | 95 | 49 | 2,193 |

라. 고등법원의 판결⁴⁾

서울고등법원은 원고들과 이 사건 피해차주들 사이에 거래관계가 있음을 전제로 한 이 사건 처분은 위법하므로 취소되어야 한다고 보았다.

그 이유를 구체적으로 살펴보면 다음과 같다. “이 사건에서 원고들은 피보험자들과 사이에 보험계약관계가 있을 뿐 이 사건 피해차주들과 사이에 어떤 법률행위를 한 적은 없고, 이 사건 피해차주들은 상법 제724조 제2항에 의하여 피보험자들이 책임을 질 사고로 입은 손해에 대하여 보험자인 원고들에게 직접 보상을 청구할 수 있는 관계에 있을 뿐이다. 그런데 이 사건 피해차주들의 원고들에 대한 위와 같은 직접청구권은 피보험자들의 원고들에 대한 보험금청구권의 변형 내지는 이에 준하는 권리가 아니고, 이 사건 피해차주들이 피보험자들의 대물사고라는 불법행위에 의해 보험자인 원고들에 대하여 가지는 손해배상청구권에 불과하다. 따라서 원고들과 이 사건 피해차주들의 관계는 불법행위에 근거한 관계일 뿐이므로 원고들과 이 사건 피해차주들

4) 서울고등법원 2008. 7. 24. 선고 2008누4657 판결.

사이에 직접적인 거래관계가 있다고 볼 수는 없다. 또한 이 사건 피해차주들과 피보험자들의 관계가 대물사고라는 불법행위에 근거한 관계인 이상, 원고들이 피보험자들과 사이에 보험계약관계가 있다고 하여 원고들과 이 사건 피해차주들 사이에 피보험자들을 매개로 한 거래관계가 있다고 볼 수도 없다.”

마. 대법원의 판결⁵⁾

반면 대법원은 거래관계의 개념을 서울고등법원처럼 좁게 해석하지 않고 “거래” 개념을 그 보다 넓은 의미로 사업활동을 위한 수단 일반 또는 거래질서로 이해한 후 보험회사가 피해차주에게 대물손해를 배상하여야 할 의무도 위 보험계약에 근거하고 있는 것인 점, 불법행위로 인한 손해배상채무가 이행되는 과정에서도 채무자에 의한 불공정거래행위가 얼마든지 발생할 여지가 있는 점(예컨대, 보험회사가 피해차의 수리비용을 일시불로 즉시 지급하지 아니하고 장기간에 걸쳐 소액으로 분할지급한다거나, 아예 상당한 기간이 경과한 후에야 수리비용을 지급하는 것 등) 등에 비추어 볼 때, 원고들과 피해차주들 사이에는 피보험자들을 매개로 한 거래관계가 존재한다고 봄이 상당하다고 보았다. 이에 원심판결에는 법상의 불공정거래행위에서의 거래의 개념에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 서울고등법원에 파기 환송하였다. 이후 파기환송심은 대법원 판결의 취지에 따라 피심인들이 공정거래법을 위반하였고 그에 따른 공정위 처분은 정당하다는 내용의 판결을 내림으로써 위 처분이 확정되었다.

5) 대법원 2010. 1. 14. 선고 2008두14739 판결.

2. 관련규정 및 제도

가. 거래상지위남용 관련 규정

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」

제23조(불공정거래행위의 금지)

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

4. 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위
(이하 중략)

②불공정거래행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다.

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령」⁶⁾

(별표1) 일반 불공정거래행위 유형 및 기준

6. 거래상지위의 남용

법 제23조(불공정거래행위의 금지)제1항 제4호에서 "자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위"라 함은 다음 각목의 1에 해당하는 행위를 말한다.

가. ~ 다. 생략

라. 불이익제공

가목 내지 다목에 해당하는 행위외의 방법으로 거래상대방에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 주는 행위

나. 불공정거래행위 금지

1) 의의와 일반적 요건

공정거래법상 불공정거래행위를 금지하는 이유는 경쟁 그 자체의 공정성뿐만 아니

6) 2007. 11. 2. 대통령령 제20360호로 개정되기 전의 것.

라, 경쟁자와 소비자의 이익도 함께 보호하기 위해서이다. 이에 따라 통상 공정한 거래(fair trade)라 함은 공정한 경쟁을 넘어서 경쟁의 수단이나 방법의 공정성뿐만 아니라, 경쟁제한성이나 거래조건의 공정성까지도 포함하는 것으로 이해되고 있다. 이에 따라 공정거래법은 제23조 제1항 각호를 통하여 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 열거하고 있으며 동조 제2항의 위임에 의하여 불공정거래행위의 유형 및 기준은 시행령 제36조 제1항에 의하여 구체적으로 정해지고 있다. 동법 시행령 제36조에 따른 별표<1의2>에 규정되어 있는 “불공정거래행위의 유형 및 기준”을 살펴보면, 각 행위의 세부유형에 따라 공동의 거래 거절, 계열회사를 위한 차별, 부당염매 등의 행위에 대하여 그것이 “정당한 이유없이” 행해질 때 불공정거래행위로 봄에 반하여, 다른 행위유형의 경우에는 그것이 “부당하게” 이루어지는 경우에 불공정거래행위로 보고 있다.

2) 불공정거래행위의 유형

공정거래법상 규정되어 있는 불공정거래행위의 유형은 7가지이다. 여기에는 1) 부당하게 거래를 거절하거나 거래의 상대방을 차별하여 취급하는 행위, 2) 부당하게 경쟁자를 배제하는 행위, 3) 부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하거나 강제하는 행위, 4) 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위, 5) 거래의 상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하거나 다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위, 6) 부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·무체재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위, 7) 그 이외의 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위 등이 있다.

이처럼 법률상 정해진 유형들이 매우 일반적이며 추상적으로 규정되어 있기 때문에 앞에서 살펴본 바와 같이 시행령을 통하여 그 유형을 구체화하고 있다. 불공정거래행위의 유형과 기준을 지정함에 있어서 모든 사업분야에 공통적으로 적용되는 일반불공정거래행위와 특수한 사업분야 또는 특정한 행위에만 적용되는 특수불공정거래행위로 나누어서 규정하고 있다. 현재 일반불공정행위는 9가지 유형의 28가지 행위로, 특수불공정행위는 총 4개 분야에 걸쳐 지정되어 있다.

3) 거래상 지위의 남용

사업자가 ‘자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위’를 규정하고 있는 것은, 현실의 거래관계에서 경제력에 차이가 있는 거래주체 간에도 상호 대등한 지위에서 공정한 거래를 할 수 있게 하기 위하여 상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 상대방의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있는 사업자에 대하여 그 지위를 남용하여 상대방에게 거래상 불이익을 주는 행위를 금지시키고자 하는 데 그 취지가 있는 것으로서, 여기서 말하는 거래상의 지위를 부당하게 이용하였는지 여부는 당사자가 처하고 있는 시장 및 거래의 상황, 당사자 간의 전체적 사업능력의 격차, 거래의 대상인 상품 또는 용역의 특성, 그리고 당해 행위의 의도·목적·효과·영향 및 구체적인 태양, 해당 사업자의 시장에서의 우월한 지위의 정도 및 상대방이 받게 되는 불이익의 내용과 정도 등에 비추어 볼 때 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지 여부를 판단하여 결정하여야 한다.⁷⁾

또한 불이익제공행위에 있어서 불이익에 해당하기 위하여는 그 행위의 내용이 상대방에게 다소 불이익하다는 점만으로는 부족하고, 구입강제, 이익제공강요, 판매목표강제 등과 동일시할 수 있을 정도로 일방 당사자가 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 그 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 준 것으로 인정되어야 하고, 또한 거래상 지위를 부당하게 이용하여 상대방에게 불이익을 준 행위인지 여부는 당해 행위의 의도와 목적, 효과와 영향 등과 같은 구체적 태양과 상품의 특성, 거래의 상황, 해당 사업자의 시장에서의 우월적 지위의 정도 및 상대방이 받게 되는 불이익의 내용과 정도 등에 비추어 볼 때 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지 여부를 판단하여 결정하여야 한다.⁸⁾

따라서 불공정거래행위의 한 유형으로서 거래상지위 남용행위 중 불이익제공행위가 성립하기 위해서는 ① 사업자가 거래상대방에 대하여 거래상지위가 있어야 하고, ② 거래관계를 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 주는 행위가 있으며 ③ 그 행위가 부당하여야 한다. 여기에 해당하는 대법원의 판례사례로는 예컨대 시장

7) 대법원 2000. 6. 9. 선고 97누19427 판결; 2002. 1. 25. 선고 2000두9359 판결; 대법원 2006. 9. 8. 선고 2003두7859 판결.

8) 대법원 2006. 12. 21. 선고 2004두5119 판결.

에서 거래상 우월한 지위에 있는 사업자가 납품기한을 부당하게 단기간으로 정하고 정당한 조치 없이 납품기한 도과를 이유로 납품계약을 해제하면서 당초의 납품기한 다음 날부터 계약 해제일까지의 기간 전체에 대한 지체상금을 상대방에게 부담시키는 경우이다.⁹⁾ 또한 공정거래위원회에서는 의류 기타 잡화를 취급하는 대규모소매점이 자신의 매장에 입점한 업체들과 체결한 상품거래약정 중 판매대금결제조건을 입점업체에 불이익이 되도록 일방적으로 변경하여 적용하는 행위(100% 현금지급조건에서 현금지급비율을 30~50%로 낮추고 나머지는 어음으로 지급하는 조건으로 변경)도 이 유형에 포섭될 수 있는 것으로 보았다.¹⁰⁾

4) 입법방식

불공정거래행위를 입법하는 방식은 크게 두 가지로 나눌 수 있다. 민사상의 손해배상을 통하여 해결하는 방식과 정부가 행정력을 동원하여 강제하는 방식이다. 미국이나 독일은 전자의 방식을 택함으로써 시장경제와 사적자치에 중점을 두고 있음에 반하여, 후자를 취하고 있는 일본과 우리나라는 국가의 개입에 그 초점을 맞추고 있다. 불공정거래행위를 금지하는 입법형식도 일반조항을 두는 방식과 그 유형을 구체적으로 두는 방식으로 나눌 수 있다. 전자는 미국이나 독일이 취하고 있고, 일본과 우리나라는 후자의 입장을 취하고 있다.

3. 주요 쟁점

본 심결과 대상판결에서 주로 문제가 되었던 쟁점은 보험사들이 보험금의 일부를 지급하지 않은 행위가 불공정거래행위의 금지에 관한 공정거래법 제23조 제1항 제4호의 “자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위” 중에서 불이익제공 유형 중에서 “거래상대방에게 그 이행과정에서 불이익을 주는 행위”에 해당하는지의 여부이다.

9) 대법원 1997. 8. 26. 선고 96누20 판결.
10) 공정위거래위원회 1994. 5. 24. 의결 제94-127호.

가. 거래상 지위남용행위 중 불이익제공행위의 성립여부

공정거래위원회는 본 심결을 통하여 피심인들이 거래상 지위에 있고, 피심인들의 행위는 거래상 지위를 남용하여 피해자에게 정당한 이익을 고려해야할 의무를 위반한 채 고의적으로 자기가 부담하여야 할 간접보험금을 지급하지 않는 부작위로 인한 불이익 제공행위로서 정상적인 관행에 비추어 부당한 것에 해당된다고 판단하였다. 아래에서 공정거래위원회의 논리를 구체적으로 살펴보기로 한다.

1) 거래상 지위가 있는지 여부

공정거래위원회는 본 심결의 대상이 된 보험계약관계의 성격에 주목하고 있다. 즉 본 사안에서 문제되고 있는 자동차보험에서 대인배상은 물론 대물배상도 사실상 강제(의무)보험의 성격을 보여주고 있다고 보았다. 자동차보험의 사실상 사회보장보험과 공적보험의 성격이 있는데 비록 자동차손해배상보장법상 가입이 강제되고 있는 대인배상 I (구 책임보험)을 제외하고는 대물배상은 2005년 1월까지의 법령상 가입의 의무화 되고 있지는 않았지만, 2005년 2월부터는 동 법령상 대물배상도 1천만 원 이상 가입이 의무화 되어 자동차 보험 중 대물배상항목 보험가입율이 86%~92%에 이른다는 사실은 대물배상항목의 사실상 강제(의무)보험의 성격을 보여주고 있다.

이러한 상황에서 피심인들과 같은 손해보험사는 대기업으로서 보험소비자에 해당하는 피해차주에 비하여 교섭력과 사업능력이 있어서 매우 우월한 위치에 있는 것으로 보이기 때문에 힘의 불균형이 존재한다고 공정거래위원회는 판단하였다. 또한 피심인들은 보험업을 영위하는 사업자들이기 때문에 보험관계에 관한 충분한 법적 지식과 실무경험을 보유하고 있는 반면, 피해차주는 약관에서 정한 피해보상금규정에 대한 법적 지식 등이 부족하여 손해보험사의 보험금 지급내용에 대하여 다투기 어렵기 때문에 피심인들의 주도하에 결정된 손해사정(보험금 산정)금액에 따를 수밖에 없다는 점에서 양자 간 정보의 불균형이 존재한다고 보았다. 특히 일반 상사채권의 소멸시효 5년과는 달리 자동차보험금은 2년(또는 3년)이라는 단기의 소멸시효가 적용되고 있어,¹¹⁾ 손해보험사가 자동차보험약관으로 실손해배상금에 대한 설명을 소홀히 하

11) 상법 제662조. 대법원 2005. 10. 1. 선고 2003다6774.

여 피해자를 포함한 보험소비자가 자신의 권리를 인식하지 못하는 경우 피해자의 권익이 침해될 소지가 매우 높다고 본 점도 매우 타당하다고 할 수 있다. 그리고 자동차 대물사고의 피해자주 배상청구권을 행사할 있는 손해보험사를 선택할 수도 있는 것도 아닌데다, 피해자의 대부분은 손해보험사가 소극적 부작위로 인한 불이익을 제공하더라도 비대차료 등의 존재를 알지 못하여 불이익을 감수할 관박에 없는 처지에 있는 것이 현실이라는 점도 감안되었다.

2) 불이익을 주는 행위가 정상적인 관행에 비추어 부당한지 여부

공정거래위원회는 본건 피심인들이 제공한 불이익의 내용을 다음과 같이 보았다. 즉 본 사안의 경우 ‘금전상의 손해’(약관상 지급할 의무가 있는 보험금을 미지급)인 경우로서 손해배상 책임의 준비와 범위에 관하여는 더 이상 아무런 논란의 여지가 없으므로, 피심인들의 법률상 책임 있는 손해의 존재는 물론 그 범위(손해액)¹²⁾까지 명확하게 확정되었다고 볼 수 있고 통상의 거래관념에 비추어 볼 때 사업자에게 적시의 임의이행을 기대하기 곤란하거나 또는 이를 거절함에 상당한 다른 특별한 사정이 있었다고도 볼 수 없다고 보았다. 또한 손해보험사인 피심인들이 대물보험금 손해사정을 함에 있어 약관에 규정된 내용대로 손해액을 사정하여 손해배상청구권자인 피해차주에게 보험금을 지급할 의무가 있음에도 불구하고, 비교적 금액이 크고 피해차주 등 소비자가 분명하게 인지하고 있는 주손해항목인 차량수리비나 렌터카비용 등은 지급하면서도 비교적 소액이고 소비자가 명확히 인지하지 못하고 있는 대차료·시세하락손해 등 간접보험금 항목에 대해서는 피해차주 등 소비자가 이에 대하여 잘 모르는 점¹³⁾을 이용하여 지급하지 않은 것은 보험처리를 통한 손해를 보전 받으려 하였던 개별 피해차주들에게 불이익을 준 것은 명백한 것이고 다수의 피해차주들이 비대차료 및 시세하락손해금을 미청구하도록 방치해 두는 것 자체가 통상의 거래관행에 반

12) 피심인들이 자신의 보험사건처리(대물보상) 시스템상에 간접손해보험금 항목의 지급여부를 파악할 수 있는 정확한 전산시스템을 갖추고 있지 않아 피심인으로서도 본건 간접손해보험금을 미지급한 금액을 전산상으로 정확히 산정하기가 불가능하고, 더구나 8개 손해보험사의 4년간 대물사고 발생건수가 6,280,515건이나 되어 수작업으로도 파악하기가 곤란한 상태라고 소명하므로 기 지급된 해당 보험금의 평균치를 적용하여 추정된 손해액을 정할 수 있다고 보았다.

13) 자동차 대물보험과 관련한 소비자 인식실태조사에 따르면 대물배상 중 대차를 하지 않은 경우에도 대차료 지급을 받을 수 있다는 사실을 알고 있는지에 대하여 전체 응답자 6,000명중 87.4%(5,246명)가, 시세하락 손해금에 대해서는 88.9%(5,332명)가 알지 못하였다고 응답하였다[자동차보험금 미지급 실태조사(한국소비자원 실태조사보고서 2005. 12.)].

할 수 있다는 점에서 부당성을 인정할 수 있다고 보았다. 그리고 이와 같이 대차료 및 시세하락손해 등 간접보험금 항목에 대해서 어떠한 설명 내지 고지조차 행하고 있지 않았다는 것은 피심인들의 간접손해 보험금 지급과 관련된 의도나 목적을 쉽게 파악할 수 있다고 판단하였다.

3) 피심인의 주장과 공정거래위원회의 입장

피심인들은 거래관계는 당사자의 의사에 의하여 형성되는 법률관계라는 전제에서 이 사건에서 문제가 되는 각 피심인인 보험사와 피해차주 사이의 관계는 보험사가 피보험자의 가해차주에 대한 손해배상채무를 병존적으로 인수한 성격을 지니는 상법상의 직접청구권 행사에 대한 보험금을 지급하는 것으로 법률규정에 의해 형성되는 법률관계일 뿐 당사자의 의사에 의해 형성되는 법률관계인 거래관계가 아니라고 주장하였다.

그러나 이에 대해서 공정거래위원회는 손해보험의 성격에 비추어 볼 때 보험금 지급과 관련하여 피보험자를 포함한 보험계약자와 피해차주도 불이익 제공의 상대방에 해당할 수 있다고 할 것이므로 보험사와 피해자와는 보험계약자(피보험자)를 매개로 하는 실질적 거래관계가 존재한다고 보았다. 즉 피심인인 보험사와 피해차주와의 관계는 대물보험금에 대한 직접청구권 행사와 이에 대한 보험금 지급이라는 법률에 의해 규정된 관계이지만 그러한 경우에도 거래상지위의 우월성 및 남용행위 문제는 발생할 수 있을 것이므로 이 법의 취지에 비추어 볼 때 '거래관계'란 반드시 당사자의 의사에 의해 형성되는 재화나 용역의 교환단계에 국한시키는 것은 타당하지 않다고 보았다.

또한, 피심인들은 피해차주와 보험사와의 관계는 거래관계가 존재하지도 않고, 설령 거래관계가 있다고 해도 '거래상지위'란 거래상대방의 자유로운 의사결정을 구속하여 원하지 않는 상품을 구입하게 하거나 불이익한 거래조건을 감수하도록 할 수 있는 지위를 의미하는데, 피해차주가 보험사의 요구에 불응한다 하더라도 이에 따라 손해배상금의 지급거절이나 거래선 상실 등의 불이익을 당할 가능성이 없다는 점에서 교섭력과 정보의 불균형만으로는 거래상지위가 인정될 수 없다고 주장하였다.

그러나 이에 대해서 공정거래위원회는 자동차보험에 공적보험 및 강제(의무)보험의 성격이 있고, 당사자간의 힘의 불균형과 정보의 불균형이 존재하는 것이 현실이고, 실제로 자동차보험사고의 피해자는 배상청구권을 행사할 수 있는 손해보험사를 선택할 수 있는 것도 아닌데다, 피해자의 대부분은 손해보험사가 소극적 부작위로 인한 불이익을 제공하더라도 비대차료 등의 존재를 알지 못하여 불이익을 감수할 수밖에 없는 현실에 있다는 점 등을 고려할 때 피해차주에 대한 손해보험사의 거래상 지위가 인정된다고 할 것이므로 피심인들의 이 주장도 이유 없다고 판단하였다.

마지막으로 피심인들은 간접손해보험금을 청구하지 않은 피해차주들에 대해 미지급한 것은 강제성이 없는 단순한 부작위에 불과한 것이므로 부당한 불이익제공행위에 해당하지 않고, 불이익제공행위가 부당하기 위해서는 구입강제, 이익제공강요 및 판매 목표강제 등과 동일시 할 수 있는 정도의 강제성을 요구하고 있는데, 피심인들은 피해차주에 대해 어떠한 강요를 한 사실이 없다는 이유로 부당성이 없다고 주장하였다.

그러나 이에 대해서 공정거래위원회는 약관에 의하여 각 피심인의 책임범위에 해당하는 대차료 및 시세하락손해금을 지급하지 않는 것은 비록 그 비중이 크지 않고 미지급율도 일부에 해당하는 것이지만 별도의 합의 등을 하지 않고 보험처리를 통한 손해를 보전받으려 하였던 개별 피해차주들에게 불이익을 준 것은 명백한 것이므로 다수의 피해차주들이 비대차료 및 시세하락손해금을 미청구하도록 방치해 두는 것 자체가 통상의 거래관행에 반할 수 있다는 점에서 부당성을 인정할 수 있다고 보았다.

4) 쟁점의 정리

본 사안의 경우 보험사가 보험계약자 또는 보험계약상 정해진 피보험자에게 직접 보험금을 직접 이행하는 경우에는 거래상 지위가 당연히 인정될 수 있었으나, 보험자에 의하여 피해를 입은 피해차주가 불법행위로 인한 손해배상청구권을 청구하는 방편으로 법률상 인정된 보험금직접청구권을 보험사에게 청구하는 경우에도 거래관계를 인정할 수 있는지, 그리고 거래가 인정되더라도 거래관행에 반하는 부당한 행위를 인정할 수 있는지가 문제되었다. 이 법적인 판단의 불명확성으로 인하여 결국 법원의 판단을 얻기 위하여 피심인들이 행정소송을 제기하였다.

나. 거래관계의 의미

거래관계의 의미에 대하여 일반적인 계약법적 측면에서 보면 당사자의 의사에 의한 계약체결행위를 중심으로 하여 발생한 당사자 사이의 계약관계를 의미한다고 볼 수 있을 것이다. 이러한 측면에서 거래관계는 좁게는 “당사자의 의사에 의하여 형성된 법률관계”라고 정의할 수 있을 것이다. 그에 반하여 넓게는 당사자 의사에 의하여 형성된 재화나 용역의 교환단계에 국한시키지 않고 실질적인 의미로서 “사업활동을 위한 수단 일반 또는 거래질서”를 의미한다고 볼 수 있다. 본 사건에서 피심인과 고등법원은 협의로, 그리고 공정거래위원회와 대법원은 광의로 이 개념을 해석하고 있다. 아래에서 고등법원의 입장과 대법원의 입장을 살펴본 후 그 타당성에 관하여 살펴보려고 한다.

1) 고등법원의 입장

서울고등법원은 거래라는 개념이 당사자의 의사가 전제되어 있는 좁은 의미에서의 계약관계를 의미하는 것으로 보고 있다. 즉 거래라는 용어에는 행위자의 의사표시가 전제되어 있다고 보아야 하므로, 법률행위와 그에 수반하는 행위는 거래에 포함되나 불법행위와 그에 수반하는 행위는 거래에 포함되지 않는다고 봄이 타당하다는 것이다.

이와 관련하여 제기된 논거들을 살펴보면 다음과 같다. ① ‘거래’라는 용어는 종래 일반적인 생활용어로 널리 사용되어 왔을 뿐 특유한 법률적 의미를 내포한 용어로는 사용되지 않았는데, ‘거래를 트다’, ‘거래가 활발하다’ 등 거래라는 용어의 일상적인 사용례와 ‘주고 받음’, ‘사고 파는 일’ 등 거래의 사전적 정의에 비추어 보면, 거래라는 용어에는 어떠한 법적 효과의 발생을 목적으로 어떠한 행위를 하려고 하는 행위자의 의사가 전제되어 있다고 보이는 점, ② 공정거래법 제11조의2 제1항에서 대규모내부거래란 ㉠ 가지급금 또는 대여금 등의 자금을 제공 또는 거래하는 행위, ㉡ 주식 또는 회사채 등의 유가증권을 제공 또는 거래하는 행위, ㉢ 부동산 또는 무체재산권 등의 자산을 제공 또는 거래하는 행위, ㉣ 주주의 구성 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 계열회사를 상대방으로 하거나 동 계열회사를 위하여 상품 또는 용역을 제공 또는 거래하는 행위라고 규정하고, 공정거래법 제23조 제1항 제7호에서 불공정거래행위의

하나로 ㉔ 부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·상품·용역·무체재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위를 규정함으로써, 공정거래법에서는 상품이나 용역 등의 '제공'도 거래에 포함되는 것으로 보고 있는데, 위 규정 내용에 비추어 보면 '제공'은 상대방으로부터 반대급부를 받지 않고 주는 행위를 의미하고 '거래'는 상대방으로부터 반대급부를 받고 주는 행위를 의미한다고 보아야 하나, 제공이라는 용어에도 어떠한 법적 효과의 발생을 목적으로 어떠한 행위를 하려고 하는 행위자의 의사가 전제되어 있다고 보아지는 마찬가지인 점, ③ 민법에서는 어떠한 법적 효과의 발생을 목적으로 어떠한 행위를 하려고 하는 행위자의 의사를 '의사표시'라는 개념으로 추상화한 다음 행위자의 의사표시가 있어야 성립하는 '법률행위'를 행위자의 의사표시 없이 성립하는 '불법행위' 등과 구별하고 있는 점, ④ 상법 제24조는 "타인에게 자기의 성명 또는 상호를 사용하여 영업을 할 것을 허락한 자는 자기를 영업주로 오인하여 거래한 제3자에 대하여 그 타인과 연대하여 변제할 책임이 있다"고 규정하고 있고, 대법원은 상법 제24조 소정의 명의대여자 책임은 명의차용인과 그 상대방의 거래행위에 의하여 생긴 채무에 관하여 명의대여자를 진실한 상대방으로 오인하고 그 신용·명의 등을 신뢰한 제3자를 보호하기 위한 것으로, 불법행위의 경우에는 설령 피해자가 명의대여자를 영업주로 오인하고 있었더라도 그와 같은 오인과 피해의 발생 사이에 아무런 인과관계가 없다고 판단했는데, 위와 같은 대법원의 판단은 불법행위는 거래행위에 포함되지 않는다는 것을 전제로 하고 있는 점 등을 고려해야 한다는 것이다.

2) 대법원의 입장

그에 반하여 대법원은 거래개념을 사업활동 위한 수단 또는 거래질서를 의미하는 것으로 넓게 잡고 있다. 즉 불공정거래행위에 관한 법상의 관련 규정과 입법 취지 등에 의하면 불공정거래행위에서의 "거래"란 통상의 매매와 같은 개별적인 계약 자체를 가리키는 것이 아니라 그보다 넓은 의미로서 사업활동을 위한 수단 일반 또는 거래질서를 뜻하는 것으로 보아야 한다는 것이다. 그에 따라 비록 피해차주의 보험회사에 대한 직접청구권이 피보험자의 불법행위에 의하여 발생한다고 하더라도 보험회사 및

피보험자는 바로 그러한 경우를 위하여 보험계약을 체결하는 것이고, 피해차주는 자동차손해보험의 특성상 보험계약 성립 당시에 미리 확정될 수 없을 따름이지 그 출현이 이미 예정되어 있는 것이며, 그에 따라 보험회사가 피해차주에게 대물손해를 배상하여야 할 의무도 위 보험계약에 근거하고 있는 것이다(보험회사는 피보험자의 피해차주에 대한 손해배상채무를 병존적으로 인수하는 것이다. 대법원 2005. 10. 7. 선고 2003다6774 판결 참조). 그러므로 불법행위로 인한 손해배상채무가 이행되는 과정에서도 채무자에 의한 불공정거래행위가 얼마든지 발생할 여지가 있는 점(예컨대, 보험회사가 피해차의 수리비용을 일시불로 즉시 지급하지 아니하고 장기간에 걸쳐 소액으로 분할지급한다거나, 아예 상당한 기간이 경과한 후에야 수리비용을 지급하는 것 등) 등에 비추어 볼 때, 원고들과 피해차주들 사이에는 피보험자들을 매개로 한 거래관계가 존재한다고 봄이 상당하다고 한다.

3) 법률규정의 해석방법을 통한 “거래” 개념의 의미 확정

가) 문언적 해석: 일상적 의미와 법률개념

“거래”라는 용어 자체만을 놓고 본다면 일상적으로 거래는 원심인 서울 고등법원이 지적하는 바와 같이 ‘거래를 트다’, ‘거래가 활발하다’라는 용어로 일상적으로 사용되어 왔고 사전적으로도 ‘주고 받음’, ‘사고 파는 일’ 등으로 일반적으로 정의되고 있다. 물론 모든 법률규정에 사용되는 법 개념을 해석함에 있어서 그 일상적 의미에서 출발하는 것이 맞겠지만, 해당 규정의 체계적 위치와 목적에 따라 일상적인 의미와 다른 의미로 사용될 수 있음은 주지의 사실이다. 따라서 거래라는 의미가 일상적으로 협의로 사용되고 있다고 하더라도 필연적으로 법률상의 용어가 그러한 의미로 이해될 필요가 없다. 특히 해석 대상이 되고 있는 규정의 경우 그 개념을 세밀하게 정의하고 예시하고 있으므로 이러한 정의와 예시에 합당하게 의미내용을 확정하는 것이 방법론적으로 타당할 것이다. 오히려 대법원처럼 거래를 광의적으로 해석하더라도 문언적 해석의 한계를 넘어섰다고 보기는 어렵다 할 것이다.

나) 체계적 해석: 본 규정의 위치와 예시규정의 고려

서울고등법원은 일상적인 정의에 비추어 “거래라는 용어에는 어떠한 법적 효과의

발생을 목적으로 어떠한 행위를 하려고 하는 행위자의 의사가 전제”되어 있다고 보고 있다. 그런데 해당 법 규정에서는 그 정의를 하면서 우리 입법자는 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위의 예시 중에서 “불이익제공”을 거래상대방에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 주는 행위로 규정하였다. 따라서 “거래조건의 설정 및 변경”은 분명 당사자의 의사가 개입된 행위이지만, “이행과정에서 불이익을 주는 행위”는 당사자의 의사가 필연적으로 개입될 필요가 없는 것이다.

또한 개념적으로 보았을 때 이행과정에서 의사적 요소가 개입될 필요가 없어 보일지 모르겠지만, 본 사안에서처럼 보험사고가 발생한 보험회사로부터 보험금을 받는 과정에서는 그 지급내역을 확정하는 단계에서는 기본적으로 보험회사 측에서 보험금으로 지급받을 내역에 대한 설명이 따르고 또한 어떠한 한도에서 손해배상이 이루어지는지에 관하여 협상이 따를 수밖에 없으므로 실질적으로 의사적 요소가 배제되는 것은 아니라고 할 것이다.

다) 목적론적 해석: 규정의 취지

이미 앞에서 살펴보았지만 거래상 지위남용과 관련된 규정은 기본적으로 상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 상대방의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있는 사업자에 대하여 그 지위를 남용하여 상대방에게 거래상 불이익을 주는 행위를 금지시키고자 하는 데 그 취지가 있다. 그렇기 때문에 우월적 지위로 인하여 상대방에게 거래상 불이익을 줄 가능성이 있다는 것을 전제로 한다면 그 개념을 달리 해석할 수밖에 없을 것이다.

이와 관련하여 우리 학설은 “공정한 거래(fair trade)”라는 개념을 이해함에 있어서 공정거래법 제1조의 목적에 비추어 거래개념을 경쟁의 의미와 동일하게 이해하는 견해가 있는가 하면 경쟁보다 넓은 것으로 이해하는 견해도 있다. 같은 것으로 이해하는 견해에 따르면 불공정한 거래행위를 공정한 경쟁, 즉 자유경쟁과 경쟁수단의 공정성을 저해할 우려가 있는 행위로 이해한다.¹⁴⁾ 이에 반하여 공정한 거래를 공정한 경쟁보다 넓게 이해하는 견해에 의하면 불공정거래행위의 금지를 경쟁 그 자체의 공정

14) 이기수·유진희, 경제법, 제8판, 214면; 권재열, 경제법, 2006, 223면.

성뿐만 아니라 경쟁자와 소비자의 이익도 보호하는 매우 포괄적인 제도라고 이해하면서 불공정거래행위는 사업자 상호간에 경쟁을 하는 수단이나 방법이 불공정한 경우는 물론, 거래의 내용이나 조건이 부당하거나 불공정한 경우, 또는 거래를 위한 교섭이나 정보제공에 있어서 상대방의 합리적인 선택을 방해하는 행위까지 포함하는 아주 넓은 개념으로 이해하고 있다.¹⁵⁾ 이에 따라 여기서의 거래란 통상적인 용례로서의 매매거래와 같은 거래(transaction) 자체를 의미하는 것이 아니라 상행위 내지 경제행위(trade)라는 광의의 개념을 지니고 있다고 한다.¹⁶⁾ 따라서 거래란 개별적인 거래의 형식이나 조건을 지칭하는 것이 아니고 사업활동을 위한 수단 일반을 가리키는 것이므로 거래질서라는 넓은 의미로 해석된다고 한다. 이러한 측면에서 거래개념을 파악하게 되면 불공정거래행위에서 부당성은 특정한 경쟁수단의 경쟁제한성과 거래내용의 불공정성 그리고 소비자의 오인을 유발하는 남용성 등을 포함하는 것으로 이해된다고 한다.¹⁷⁾

이처럼 규정 취지 전체를 살펴본다면 “거래”라는 개념은 좁게 당사자의 의사를 기초로 하는 계약관계를 넘어서서 거래를 “사업활동을 위한 수단 일반 또는 거래질서”로 해석한 대법원의 입장이 타당하다고 볼 수 있다.

다. 책임보험과 보험금직접청구권의 구조에 따른 거래관계의 인정여부

1) 입장의 정리

거래개념이 위와 같이 일반적으로 이해될 수 있더라도 구체적인 본 사안의 경우에 여기에 해당하는지를 살펴볼 필요가 있다. 이와 관련하여 당사자들은 “피심인인 보험사와 피해차주 사이의 관계는 보험사가 피보험자의 가해차주에 대한 손해배상채무를 병존적으로 인수한 성격을 지니는 상법상의 직접청구권 행사에 대한 보험금을 지급하는 것으로 법률규정에 의해 형성되는 법률관계일 뿐 당사자의 의사에 의해 형성된 관계인 거래관계가 아니라고” 주장하였다. 서울고등법원도 더 나아가서 피해차주들이

15) 권오승, 경제법, 제4판, 2002, 301면.

16) 박길준, 한국공정거래법, 1983, 90-91면.

17) 정호열, 주요불공정거래행위법제와 불공정성판단, 비교사법 제5권 제2호, 2000, 601-602면.

보험자에 대하여 가지는 직접청구권은 피보험자들의 보험자에 대한 보험금청구권의 변형 내지 이에 준하는 권리가 아니고, 이 사건 피해차주들이 피보험자들의 대물사고라는 불법행위에 의해 보험자인 원고들에 대하여 가지는 손해배상청구권에 불과하다고 전제한 후, 보험자들과 피해차주들의 관계는 불법행위에 근거한 관계일 뿐이므로 보험자들과 피해차주들 사이에 직접적인 거래관계가 없다고 판단하였다. 또한 피해차주들과 피보험자들의 관계가 대물사고라는 불법행위에 근거한 관계인 이상, 보험자가 피보험자들과 사이에 보험계약관계가 있다고 하여 원고들과 이 사건 피해차주들 사이에 피보험자들을 매개로 한 거래관계가 있다고 볼 수도 없다고 보았다.

이에 반하여 대법원은 서울고등법원이 지적한 바와 같이 피해차주의 보험사에 대한 직접청구권이 피보험자의 불법행위에 의하여 발생한다고 하더라도 보험사 및 피보험자는 바로 그러한 경우를 위하여 보험계약을 체결하는 것이고, 피해차주는 자동차손해보험의 특성상 보험계약 성립 당시에 미리 확정될 수 없을 따름이지 그 출현이 이미 예정되어 있으므로 보험사가 피해차주에게 대물손해를 배상하여야 할 의무도 위 보험계약에 근거로 하고 있다는 점에서 보험사와 피해차주 사이에 피보험자를 매개로 한 거래관계가 존재할 수 있다고 보았다. 또한 불법행위로 인한 손해배상채무가 이행되는 과정에서도 채무자에 의한 불공정거래행위가 얼마든지 발생할 여지가 있는 점에서도 거래관계를 인정할 여지를 찾고 있다. 동일한 입장에서 공정거래위원회도 보험사와 피해차주와의 관계는 대물보험금에 대한 직접청구권 행사와 이에 대한 보험금 지급이라는 법률에 의해 규정된 관계이지만 그러한 경우에도 거래상 지위의 우월성 및 남용행위는 문제가 발생할 수 있으므로 ‘거래관계’란 당사자 의사에 의해 형성된 재화나 용역의 교환단계에 국한시키는 것은 타당하지 않다고 보았다.

2) 책임보험에서 보험금직접청구권에 기반한 보험회사와 피해차주와의 관계

책임보험에 기하여 계약관계를 맺는 것은 보험자와 피보험자이기 때문에 책임보험에 있어서 피해자인 제3자는 보험자에 대해서는 원칙적으로 아무런 직접적인 권리·의무가 없다. 그러나 책임보험의 목적이 잠재적인 가해자보호에서 “피해자보호”로 변함에 따라 피해자가 직접 보험자에게 보험금을 청구할 수 있는 피해자의 보험금직접청구권을 인정하게 된 것이다(상법 제724조 제2항). 그에 따라 보험자는 피해자가 그

배상을 받기 전까지는 보험금액의 전부 또는 일부를 피보험자에게 지급하지 못하고(상법 제724조 제1항), 피해자는 피보험자가 가한 손해에 대하여 보험금액의 범위 내에서 보험자에게 직접 보상을 청구할 수 있게 되었다.

여기서 가해자의 손해배상 책임의 발생으로 인해 가해자가 피해자에 대하여 부담하는 불법행위에 의한 손해배상채무와 보험자가 부담하는 보험금지급채무가 어떠한 관계가 있는 것인지에 대하여 논의가 있다. 우리 학설은 손해배상청구권설과 보험금 청구권설이 대립하고 있으나, 판례는 처음에는 보험금청구권설을 취하였다가¹⁸⁾ 손해배상청구권설의 입장¹⁹⁾으로 정리되었다. 이에 따라 논리적으로 보험자는 피보험자(가해자)의 손해배상 채무를 중첩적으로 인수한 것으로 보고, 보험자와 피보험자가 부담하는 채무는 본질적으로 동일한 것으로 연대채무 내지 부진정연대채무 관계에 있다고 보게 되었다. 이러한 확립된 법리 하에서 모든 견해는 본 문제를 논하고 있다고 할 수 있다.

이 때 이러한 연대채무 내지 부진정연대채무가 발생하는 근거는 보험금직접청구권을 인정하는 법률규정에서 찾아야 한다. 즉 법률규정이 피해자에게 일반책임법에 기하여 발생한 손해배상청구권을 보험자에게도 청구할 수 있도록 보장한 것이다. 따라서 피해자의 직접청구권은 법정의 병존적 채무인수를 통하여 발생한 것이라고 볼 수 있다.²⁰⁾ 이러한 측면에서 보험사와 피해자주와의 관계는 대물보험금에 대한 직접청구권 행사와 이에 대한 보험금 지급이라는 법률에 의해 규정된 관계라고 지적한 부분을 이해할 수 있을 것이다.

3) 이행과정에서 불이익을 주는 행위로서 불공정거래행위의 판단

앞에서 살펴본 피해자주와 보험사 그리고 가해자에 대한 관계는 피해자주가 어떠한 방식으로 권리구제를 받는지에 그 초점이 맞추어져 있다고 할 수 있다. 이처럼 피해자의 시각에서 바라보면 피해자주와 피보험자의 관계는 대물사고라는 불법행위에

18) 대법원 1993. 4. 13. 선고 93다3622 판결.

19) 대법원 1994. 5. 27. 선고 94다6819 판결; 대법원 1998. 7. 10. 선고 97다17544 판결.

20) 이와 같이 독일입법자는 설명하고 있다(Begründung zu § 3 Nr. 1 und 2 des PflVG in der Fassung vom 5. 4. 1965, Bundestagsdrucksache VI 2252).

근거하여 발생한 법정채권관계이고 그에 기하여 보험금직접청구권을 인정하는 법률 규정을 통하여 보험사도 이러한 법정채권관계에서 발생한 손해배상책임을 병존적으로 인수한 것이다. 따라서 피해차주와 보험사 사이의 관계는 법정채권관계에 해당하지 약정채권관계에 해당하는 것은 아니라고 할 수 있다. 이러한 점에서 보험사는 가해자인 피보험자와 보험계약관계가 있을 뿐이고 피해차주와의 사이에는 아무런 계약 관계가 없다고 할 수 있다. 원심인 서울고등법원은 이 시각에서 문제를 바라보고 있는 것이다.

하지만 그 시각을 돌려서 보험사의 시각에서 이 문제를 바라본다면 전혀 다른 의미를 부여할 수 있다. 즉 보험사는 기본적으로 피보험자와의 사이의 보험계약을 체결하고 그 보험계약상 부담하는 의무의 이행으로서 피해차주에 대하여 책임을 부담하는 것이다. 이 때 기본적으로 보험사가 피보험자가 제3자를 위한 계약을 통하여 피해차주에 대하여 책임을 부담하는 구조로 설명할 수 있다면 더욱 계약상의 의무이행을 한다는 근거가 명확히 제시될 수는 있을 것이지만, 그렇지 않더라도 보험사의 책임근거는 대법원에서 지적하는 것처럼 위 보험계약이고, 따라서 보험사와 피해차주 사이의 피보험자를 매개로 한 거래관계가 존재할 수 있다고 충분히 설명할 수 있을 것이다. 이러한 측면에서 보았을 때 보험사는 보험계약의 당사자가 아닌 피해차주에게 이행하는 것이지만, 계약상의 의무를 이행하는 것이고 이처럼 누구에게 배상의무를 부담할지는 이미 자동차손해보험의 특성상 피해차주라고 특정되어 있다. 따라서 보험사의 입장에서는 계약상 자신이 부담하는 의무를 이행하는 것이므로 기본적으로 거래관계가 없다고 할 수 없다.

또한 이미 부분적으로 앞에서 지적하였지만 계약상의 의무를 이행하는 과정에서 사실행위만 있는 경우도 있지만(예컨대 물건의 인도), 그 자체가 법률행위인 경우도 있을 것이다(예컨대 소유권의 이전을 목적으로 하는 물건행위). 그런데 본 사안에서 문제되고 있는 자동차손해배보험에 기하여 보험사가 피해차주에 대하여 보험금직접 청구권에 기하여 직접적으로 손해배상책임을 부담함에 있어서 단순히 확정된 손해금을 지급하는 것이 아니라, 구체적으로 그 손해의 내용을 확정하는 과정이 전제되어 있다. 이러한 과정에서 손해배상항목에 대하여 그 정보를 독점하고 있는 보험사로서는 우월적 지위에 있다고 볼 수 있고 이러한 한도에서는 그 배상항목을 피해차주에 대하여 설명할 의무가 있다고 볼 수 있다. 이러한 설명의무를 이행하지 않은 상태에

서 손해배상액을 확정하였다고 한다면 이는 보험사가 손해배상책임의 이행과정에서 자신의 우월적 지위를 이용하여 불공정한 행위를 한 것으로 볼 수 있는 것이다. 이러한 행위는 더 나아가서 보험의 거래질서를 어지럽히는 행위에 해당하기 때문에 공정거래위원회와 대법원이 이를 불공정한 거래행위로 판단한 것은 매우 타당하다고 볼 수 있다.

4. 의의

가. 실무적 의의

2005년 당시 국내 자동차등록대수는 15,396,715대(이륜차 제외)이며, 국내에서 발생하는 자동차사고는 연간 약 170만 건이 발생하고 있었다. 손보사의 연간 자동차보험 대물사고처리건수도 200만 건 이상으로서 OECD국가중 사고발생을 1위에 속할 정도로 자동차사고 발생율과 발생건수가 높은 실정이며, 이들 사고 피해자에 대한 손해배상 대다수가 손해보험사에 의해 보상처리되고 있는 현실을 감안할 때 자동차보험이 국민생활에 미치는 영향이 지대하였다. 이러한 상황 속해서 그간 손해보험사들은 대차료, 시세하락손해보험금 등 간접손해보험금이 있다는 사실을 피해자에게 적극 홍보하지도 않았을 뿐더러, 보험소비자인 피해자가 약관상 지급기준을 잘 알지 못하는 점을 이용하여 간접손해보험금을 제대로 지급하지 않고 있었다.

이 사건 시정조치를 계기로 앞으로 손해보험사들이 간접손해보험금의 존재 등에 대한 적극적인 홍보와 더불어, 대물보험사고를 처리함에 있어 수리비 등의 직접손해보험금 뿐만 아니라 대(후)차료 및 시세하락손해 등의 간접보험금 산정·지급까지도 만전을 기하게 될 것으로 예상된다. 또한 보험소비자인 피해자가 피해보상을 제대로 받지 못하는 피해사례가 일소되어 보험소비자 후생증진에 크게 도움이 될 것으로 기대된다.

나. 법이론적 의의

본 심결과 대상판결에서는 앞에서 살펴본 바와 같이 공정거래법상 ‘거래’라는 개념

의 의미를 명확히 하였고 그 개념의 범위를 포괄적으로 해석하고 있다는 점에 그 의미가 있다. 즉, 학계의 다수설과 그 축을 같이 하여 ‘개별적인 계약자체를 가리키는 것이 아니라 그보다 넓은 의미로서 사업활동을 위한 수단 일반 또는 거래질서를 뜻하는 것’으로 정의를 하였다. 특히 본 사건에서는 자동차책임보험과 관련된 보험업계의 특유한 논리, 당사자 사이의 직접적인 거래관계를 인정하는 것이 필요하다는 논거를 부인하였다는 점에 큰 의미가 있다고 하겠다. 즉 직접적인 거래관계가 존재하지 않더라도 법률에 의하여 거래관계상 의무를 이행하는 것과 동일시할 수 있는 사안의 경우에도 불공정거래행위를 인정할 것이라고 볼 수 있다. 즉 불법행위로 인한 손해배상을 청구하는 관계에 있어서도 그것이 보험계약상의 의무를 부담하는 보험사가 그 의무 이행을 위하여 피해차량 손해배상 항목을 정하는 관계라고 한다면 이러한 경우에도 거래관계를 인정할 수 있다고 본 것이다. 보험회사와 피해차주의 관계는 보험금직접 청구권이 법률규정에 의하여 인정되어 맺어진 법률에 기한 관계이기는 하지만, 보험사가 피해차주에게 대물손해를 배상하여야 할 의무가 위 보험계약에 근거하고 있는 이상 거래관계를 인정할 수 있다고 본 것은 의미있는 판결이라고 할 수 있다.

이러한 측면에서 본 심결과 대법원의 판결을 통하여 불공정거래행위를 판단함에 있어서 하나의 중요한 의미 있는 기준을 제시하였다고 볼 수 있다. 즉, 공정거래법의 관심 영역은 실제 거래행위양태에 관심을 더 기울이는 것이 필요하고 형식적인 법 논리로 재단하는 것은 무의미하다는 것이다. 특히 당사자의 의사에 의한 거래관계 형성이라는 의사표시 내지 법률행위라는 형식적인 잣대가 아닌 실질적인 당사자의 관계를 판단한 것이다. 이를 통하여 손해배상채무가 이행되는 과정에서도 채무자에 의한 불공정거래행위가 얼마든지 발생할 여지가 있는 점을 지적하였다는 점에서 의미가 있다고 할 수 있다. 위 논리는 제3자를 위한 보험계약에 확대 적용이 가능할 것이라고 생각된다.

또한 거래상 지위인정은 당사자가 처하고 있는 시장의 상황, 당사자간의 전체적 사업능력의 격차, 거래의 대상인 상품의 특성 등을 모두 고려하여 판단한다는 입장을 재확인하였다. 정보의 비대칭성, 보험사에 대한 선택권이 없는 점, 산정금액대로 수령하는 점, 전문적/세부 기술적인 내용, 약관에 의해 약정된 점, 대량으로 지급되지 않은 점, 일률적으로 산정하여 지급이 가능한 점 등을 감안하였다.

더 나아가서 불이익 제공이 인정될 수 있는 유형을 ‘부작위’까지도 포함됨을 명시적으로 판시하였다. 즉, 불이익 제공은 적극적으로 거래상대방에게 불이익이 되는 행위를 하는 작위뿐만 아니라 소극적으로 자기가 부담해야 할 비용이나 책임 등을 이행하지 않는 부작위에 의하여도 성립할 수 있다고 본 것이다. 보험 등 제도의 기본취지에 어긋나는 사업자들의 행위에 대하여는 엄격하게 법을 집행할 필요가 있음을 판시한 것으로 볼 수 있다.

결국 별도의 합의 등을 하지 않고 보험처리를 통한 손해를 보전 받으려던 개별 피해차주들에게 불이익을 준 것, 그리고 다수의 피해차주들이 간접손해보험금 등을 청구하지 않도록 방치해 두는 행위자체는 통상의 거래관행에 반한다고 판단한 것이다.

[24] 17개 제약사의 부당한 고객유인행위에 대한 건 의결 제2009-117호 등

이 봉 의 (교수, 서울대학교)

국내외 주요 제약업체들이 전문의약품의 처방 및 판매를 촉진하기 위하여 병·의원 등 의료기관과 소속의사 등에게 학회·세미나 비용 지원, 랜딩비나 시판 후 조사(PMS) 명목의 지원 등 각종 경제상 이익(Kickback)을 제공한 행위가 문제된 사건이다.

공정거래위원회는 제약업체들의 이와 같은 리베이트 관행이 공정거래법 상 부당한 고객유인, 그 중에서도 부당한 이익에 의한 고객유인에 해당한다고 판단하여 시정조치 및 과징금을 부과하였고, 일부 업체들이 이의신청, 취소소송을 제기하였으나 대부분의 쟁점에 관하여 공정거래위원회가 승소하였다.

공정거래위원회의 1, 2차에 걸친 조사 및 시정조치로 국내 보험약가의 거품문제에 관한 논의가 전개되었다. 공정거래위원회는 주무부처인 보건복지부에 경쟁을 통해 약가를 낮출 수 있는 약가제도의 도입을 건의하였고, 이에 보건복지부는 공정거래위원회의 의견을 수렴하여 기존 실거래가상환제를 시장형 실거래가상환제로 변경하였다. 그리고 사회적으로 더욱 큰 파급효과는 리베이트 제공자인 제약회사 뿐 아니라 이를 제공받은 의사, 약사 등 보건의료전문가 또한 처벌을 할 수 있는 쌍벌제가 도입된 것이다. 쌍벌제 도입은 그간 “하얀거탑”이라고 불리며 법의 사각지대에 놓여 있던 보건의료시장에 공정하고 투명한 경쟁질서를 정착시키는 중요한 분기점으로 작용할 것이다.

1. 사건개요

가. 시장현황

1) 국내 제약시장 현황

2006년 국내 의약품 생산규모는 전체 GDP(847조 원)의 약 1.45%(약 12조 2,645억 원) 수준이고, 완제의약품 생산규모는 총 10조 5,475억 원이며, 이중 전문의약품이 74.7%로 대부분을 차지하고 있다. 2006년 의약품 생산실적 기준 상위 10대 기업의 생산규모는 총 3조 4,600억 원(28.2%)수준으로 전체적으로 경쟁적 시장구조매출액 기준으로 상위 10대 기업의 매출규모는 총 3조 8,500억 원 수준이다.

제약시장 전체적으로는 경쟁적이나 전문의약품 시장에서 약효군 별로는 다국적사가 상당히 많은 약효군에서 독과점적 지위를 차지하고 있다.

2) 제약시장 경쟁구조의 특성

의약품은 일반상품과 달리 제품의 최종선택권이 비용 지불자인 소비자(환자)에 있는 것이 아니라 처방 의사에게 있어 제약회사들은 일반소비자가 아닌 의사 또는 의료기관을 대상으로 의약품의 마케팅을 실시하는 등 제약회사는 의사와의 관계를 지속 시키려는 유인이 많다. 그 과정에서 제약회사들은 자사 의약품의 처방유지 및 처방증대와 경쟁사의 처방전 확보 저지를 위해 리베이트 경쟁을 하고 있으며, 2007년 12월 공정거래위원회는 의약품 시장에서 리베이트 제공으로 인한 소비자 피해를 약 2조 1천 8백억 원으로 추정한 바 있다.

3) 의약품의 유통구조

국내 의약품 유통은 ① 도매업체를 경유하는 방식과 ② 제약회사가 직접 요양기관과 직거래하는 방식의 이원적 유통체계이며, 1994년도부터 100병상 이상 종합병원에 대해 도매업체 의무경유제도를 실시하고 있다.

국내 의약품 유통시장 규모는 2005년 기준으로 총 6조 1,303억 원이며, 이 중 제약 회사와 요양기관(병·의원, 약국, 보건소 등)의 직거래를 제외한 도매거래 시장규모는 2조 9,976억 원으로 전체 유통시장의 48.9%를 차지하고 있다.

의약품도매업체는 2005년 기준으로 1,589개이며, 도매업체 중 매출액 상위 10개 업체가 전체 도매시장 매출액 6조 1,303억 원의 40.8%를 점하고 있고, 매출액 상위 10개 업체가 전체 의약품 도매시장 매출(2005년 4조 5,843억 원)의 약 62.4%를 점하고 있다.

나. 행위사실

동아제약을 비롯한 국내외 17개 제약회사들은 자신이 판매하는 전문의약품의 처방을 증대시킬 목적으로 요양기관 또는 보건의료전문가에게 현금, 상품권 및 기자재 등 물품, 골프 및 유희비, 세미나·학회 또는 병원 행사비, 종합병원에 대한 연구원 파견·지원, 랜딩비¹⁾나 시판 후 조사(PMS)²⁾ 명목의 현금, 병원 광고비 등의 경제상 이익을 제공하였다.

다. 공정거래위원회의 심결

1) 원심결

공정거래위원회는 2007년 10월 31일 1차 조사결과를 기초로 10개 제약회사에 대하여 부당한 고객유인 및 재판매가적 유지행위를 이유로 시정조치와 함께 총 199억 원의 과징금을 부과하는 한편, 리베이트 제공 액수가 많은 동아제약, 유한양행, 한미약품, 녹십자, 중외제약 등 5개사를 검찰에 고발하기로 의결하였다.³⁾ 이어 2009년 1월 14일 2차 조사결과에 따라 7개 제약회사에 대하여 시정조치 및 총 203억 원의 과징금을 부과하기로 의결하였다.⁴⁾

1) 제약회사가 의약품을 병·의원 등에 납품시 채택 명목으로 제공하는 금품류를 말한다.

2) 새로운 의약품 판매 이후 안정성·유효성에 관한 정보를 수집·검토하는 것을 말한다.

3) 공정거래위원회 2007.12.20. 의결 제2007-551호 등.

4) 공정거래위원회 2009.5.12. 의결 제2009-116호 등.

다만 2차 조사에서는 1차 조사 때와 달리 일부 제약회사의 부당한 사업활동방해 사례도 적발되었다. 즉, 대응제약의 경우 특정 제약사로 하여금 특허가 만료되는 자사 오리지널제품(글리아티린)의 첫 번째 복제의약품 출시 가격을 식품의약품안전청에 낮게 신청하도록 함으로써, 경쟁사의 복제의약품 출시를 방해한 행위 및 MSD의 경우 자사 의약품(프로페시아)과 경쟁하는 신규 출시된 의약품(알로피아정)에 대해 인도산이라고 허위 비방하는 등의 방식으로 경쟁업체의 영업활동을 방해한 행위가 불공정 거래행위로 판단되어 제재를 받았다.

2) 이의신청 및 재결내용

1차 조사에서 시정조치, 과징금 부과와 더불어 고발이 의결된 중외제약과 2차 조사에서 시정조치 및 과징금을 부과 받은 한국 글락소스미스클라인(GSK)은 공정거래위원회에 이의신청을 제기하였다.

먼저 중외제약은 공정거래위원회가 부당한 고객유인으로 과징금 부과에 필요한 관련매출액을 산정함에 있어서 일반수액을 포함시킨 점을 문제 삼았다. 즉 부당한 고객유인행위 대상이 되는 상품은 고객유인행위를 통해 고객의 선택을 좌우할 수 있고, 그에 따른 판매량 증대를 통해 이익을 창출할 수 있는 상품이어야 한다는 전제하에, 일반수액은 그 특성 및 공급 상황, 손익구조 등을 고려할 때 부당한 고객유인행위 대상 품목이 되기 어렵기 때문에 원심결의 과징금 산정이 부당하다고 주장하였다.

구체적으로 일반수액은 특정 질병을 치료하는 의약품이 아니라 각종 수술 등에 혈액이나 수분을 보충하기 위해 사용하는 필수 의약품으로 의료기관 등에 개별적으로 판촉활동을 한다고 하여 사용량(처방량)이 증가하는 제품이 아니고, 국민보건에 가장 기초적이면서도 필수적인 의약품이기 때문에 퇴장방지의약품으로 지정되어 있으며, 보험약가는 5% 포도당 주사액 1,000ml 기준으로 1,172원(500ml의 경우에는 976원)으로서 일반인들이 마시는 생수보다도 오히려 저렴한 수준인 반면, 생산원가는 보험약가보다 높은 1,504.5원(500ml의 경우에는 1,198.9원)이어서 판매량을 늘릴수록 더 큰 손실을 입을 수밖에 없는 특성이 있다는 것이다.

그러나 공정거래위원회는 일반수액이라는 단일품목으로는 손실이 발생하나 이를

많이 판매할 경우에는 그 의료기관에서 사용하는 다른 의약품의 판매를 늘려갈 수 있고, 일반수액의 경우 현재는 비록 손실이 발생한다고 하더라도 향후 보험약가가 인상될 경우 수익이 발생할 수 있으며, 경쟁사업자들의 공격적인 마케팅을 방어하기 위해 매출할인이 필요하다고 하거나 경쟁사업자의 수액을 자사 수액으로 교체하는 조건으로 특정 병원에 병동운반비를 지원한 사례가 다수 존재할 뿐만 아니라, 일반수액에 대한 2007년도 판매비가 대폭 증가하였고, 일반수액에 대해서도 판매금액의 일정부분을 판매장려금 형태로 구매자에게 지급하여 이를 U-code에 적립하는 등 실제로 다른 의약품과 같은 판촉행위를 한 점을 들어 중외제약의 이의신청을 기각하였다.⁵⁾

한편, 글락소는 문제된 지원행위가 처방의 대가가 아니라 처방중대 또는 매출중대를 위해 실시한 적법한 영업활동이고, 의료기관에 대한 물품 지원행위는 연간 30만원 이내인 경우가 대부분이어서 과도한 이익을 제공한 것이 아니라는 등을 들어 적정하고 합리적인 범위 내에서 이루어진 것이라고 주장하였으나, 공정거래위원회는 대가성이 있거나 그 금액이 과도한 경우에만 위법성을 인정하였다는 이유로 위 주장을 받아들이지 않았다.

다만, 공정거래위원회는 재판매가격 유지행위 부분의 관련매출액 산정에 있어서 동아제약 등 일부 회사에 대해서는 의약품 도매상을 거치지 않고 동사가 직접 공급하였음을 인정하여 이들에 대한 매출액을 제외하여야 한다는 주장이 이유 있다고 판단하여, 이 부분 과징금을 재산정하였다.⁶⁾

라. 고등법원의 판결

공정거래위원회의 시정조치를 받은 제약회사 중 9개사는 서울고등법원에 취소소송을 제기하였다. 그 중 1차 제재를 받은 회사는 녹십자, 유한양행, 동아제약, 일성신약, 중외제약, 한미약품 6개사였고, 2차 제재를 받은 회사는 글락소, 한국 파이자, 제일약품 3개사였다. 소송결과는 동아제약, 중외제약, 한국 화이자 및 제일약품에 대해서는 공정거래위원회가 완전 승소하였고, 나머지 5개사는 과징금 산정 등의 일부 쟁점에

5) 공정거래위원회 2008.5.9. 재결 제2008-009호.

6) 공정거래위원회 2009.10.7. 재결 제2009-027호.

한해 공정거래위원회가 일부 패소하였다. 그러나 공정거래위원회가 판단한 위법성 판단에 대해서는 법원이 이를 모두 인정하였다고 볼 수 있다.

먼저 1차로 문제되었던 녹십자와 유한양행이 제기한 취소소송에서 서울고등법원은 먼저 공정거래위원회가 시정명령을 내림에 있어서 골프 등 유흥비 접대행위와 제품 설명회 등에서의 비용지원과 관련해서는 구체적인 범위반행위를 특정하지 않은 채 시정명령을 내린 점을 인정하여, 해당 부분 시정명령을 취소하였다. 아울러 공정거래위원회는 지원행위의 대상이 된 의약품의 전체 매출액을 관련매출액으로 인정하였으나 지원행위의 직접적인 상대방이 아닌 병·의원에 대한 매출과 관련한 의약품은 관련상품의 범위에 속하지 않는다고 봄이 타당하다는 점 등을 들어 서울고등법원은 해당 과징금 부과처분 역시 취소하였다.⁷⁾

이어서 글락소가 제기한 취소소송에서 서울고등법원은 비록 도매업체들과 계약을 체결하거나 이들에게 협조공문을 발송하여 할인을 제한하였으나, 이는 단지 참고가격 또는 희망가격을 통보한 것에 그칠 뿐이고 그 실효성을 확보할 수 있는 수단이 부수되어 있었다고 볼 수 없다는 이유로 재판매가격 유지행위를 부인하였고, 그 당연한 결과로 재판매가격 유지행위에 해당함을 전제로 한 시정명령 및 과징금 부분은 위법하다고 판시하였다.⁸⁾

끝으로, 일성신약과 한미약품이 제기한 취소소송에서 서울고등법원은 부당한 고객 유인에 따른 과징금산정의 기준이 되는 관련매출액을 정함에 있어서 해당 의약품 전체의 매출액이 아니라 지원행위가 행해진 개개의 의료기관 등에 대한 매출액만을 관련매출액으로 산정하여야 한다는 취지에서 과징금 부과부분만을 취소하였다.⁹⁾

마. 대법원의 판결

서울고등법원의 판결에 대하여 원고가 전부 패소한 동아제약과 중외제약이 대법원에 상고하였고, 일부 패소판결을 받은 공정거래위원회는 유한양행에 대하여 상고하였

7) 서울고등법원 2009. 1. 22. 선고 2008누2875 판결; 2008. 11. 20. 선고 2008누2790 판결.

8) 서울고등법원 선고 2010. 11. 4. 선고 2009누33777 판결.

9) 서울고등법원 2008. 11. 19. 선고 2008누2868 판결; 2009. 5. 14. 선고 2008누2530 판결.

으며, 한미약품 사건에서는 공정거래위원회와 한미약품 모두 상고하였다.

대법원은 그 중 동아제약, 중외제약의 상고를 기각하였는바, 의약품 판촉계획과 그에 따른 의료기관 등에 대한 구체적인 지원행위는 포괄적으로 하나의 부당한 고객유인에 해당하고, 따라서 당해 의약품에 대한 거래처 전체의 매출액을 위반행위로 인하여 영향을 받는 관련상품의 매출액으로 보아야 하며, 문제된 행위의 내용과 규모, 의약품 거래질서 및 소비자에게 미치는 영향 등을 고려할 때 공정거래위원회가 매우 중대한 위반행위로 보아 1%의 부과기준율을 적용하여 과징금을 산정한 것이 비례의 원칙이나 과잉금지의 원칙에 위반된다고 볼 수 없다고 판시하였다.¹⁰⁾

그밖에 나머지 두 건 판결의 주요 내용은 다음과 같다. 먼저, 유한양행 사건에서는 공정거래위원회가 상고하였는데, 대법원은 원심이 제품설명회 등에서의 지원행위에 대한 시정명령을 취소한 부분만을 파기·환송하였다. 그 근거는 이와 같은 행위 또한 공정거래법 위반행위로 인정된 회식비나 유흥비 등의 지원과 동일한 유형의 행위로서 가까운 장래에 반복될 우려가 있으므로, 공정거래위원회로서는 이 사건에서 범위반행위가 인정되지 않은 유형의 행위에 대해서도 반복금지까지 명할 수 있다는 점을 지적하였다.¹¹⁾

한미약품 사건에서 원고 회사의 상고는 기각되었고, 공정거래위원회의 상고 부분에 대해서 대법원은 구체적으로 확인된 이익제공행위가 본사 차원에서 수립된 거래처 일반에 대한 판촉계획의 실행행위로서 이루어진 것으로 볼 수 있으면 당해 의약품에 대한 거래처 전체의 매출액을 범위반행위로 인하여 영향을 받는 관련상품의 매출액으로 보는 것이 상당하다고 지적하면서, 원심의 해당 시정조치 취소 부분을 파기·환송하였다.¹²⁾

10) 대법원 2010. 12. 23. 선고 2008두22815 판결; 2010. 11. 25. 선고 2009두3286 판결.

11) 대법원 2010. 11. 25. 선고 2008두23117 판결.

12) 대법원 2010. 11. 25. 선고 2009두9543 판결.

2. 관련 규정 및 제도

가. 의의

불공정거래행위는 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위로서, 공정거래법 제23조 제1항 각호에 열거된 행위의 하나에 해당하여야 하는바, 이들은 경쟁수단 자체의 불공정성을 주로 문제 삼는 행위유형과 경쟁제한성을 주로 문제 삼는 행위유형으로 나눌 수 있다.

국내 유수의 제약사들이 공정거래위원회의 제재를 받게 된 것은 이들의 병·의원 에 대한 각종 지원행위가 공정거래법 상 부당한 고객유인에 해당하기 때문이었다. 여기서 부당한 고객유인이란 부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위로서, 시행령 [별표 1] 제4호에서는 이를 다시 부당한 이익에 의한 고객유인, 위계에 의한 고객유인 및 기타의 부당한 고객유인으로 구분하고 있다. 그 중 부당한 이익에 의한 고객유인이란 정상적인 거래관행에 비추어 부당하거나 과도한 이익을 제공 또는 제공할 제의를 할 것을 요건으로 하고 있다.

우리나라에서 고객유인은 크게 세 가지 방법으로 규제되고 있다. 부당한 이익, 위계에 의한 고객유인은 공정거래법 제23조 제1항 제3호의 일반불공정거래행위로서, 부당한 이익 중 경품류제공의 수단에 의한 고객유인은 별도의 고시에 의한 특수불공정거래행위로서, 그리고 위계의 일종인 부당한 표시나 광고에 의한 고객유인행위는 별도의 법률인 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」에서 규제하고 있다. 따라서 부당한 이익에 의한 고객유인은 경품류제공을 제외한 다른 경제상의 이익제공을 통한 고객유인에만 적용되고, 위계에 의한 고객유인은 표시·광고를 제외한 다른 수단에 의한 고객유인에만 적용된다.

자유시장경제에서 경쟁자의 고객을 유인하여 자기와 거래하도록 하는 노력은 지극히 자연스러운 경쟁과정으로 이해할 수 있다. 그러나 고객유인이 가격이나 품질, 서비스와 같은 수단에 의하지 아니하고, 그 방법이 정상적인 거래관행에 반하거나 부당한 경우에는 공정한 경쟁을 저해할 우려가 있으므로 공정거래법은 이를 금지하고 있는 것이다. 여기서 공정거래법은 경쟁자의 고객을 유인하는 수단의 불공정성을 문제 삼

고 있는 바, 고객에게 과도한 이익을 제공하거나 위계를 이용하는 경우를 포함하여 기타 경쟁사업자와의 거래를 부당하게 방해하는 등 폭넓은 수단이 규제되고 있다.

부당한 고객유인의 경우 사업자의 시장점유율 등에 근거한 시장지배력이나 그에 상당하는 지위 유무는 중요하지 않고, 실제로 가격이나 품질 면에서 경쟁력이 없거나 시장지위가 약한 사업자에 의해서 행해지는 경우도 적지 않다. 또한 경쟁수단의 불공정성을 문제 삼는 것이기 때문에, 추가로 시장획정이나 경쟁제한성을 분석할 필요가 없다. 경쟁사업자의 고객이 유인될 가능성으로 족하기 때문에, 실제로 거래가 성립하였는지의 여부도 중요하지 않다.

나. 부당한 고객유인

1) 외국의 입법례

미국의 경우 주로 허위·과장광고나 비방행위 등을 통하여 소비자를 기만하는 경쟁수단을 사용하는 행위는 위계 또는 기만에 의한 고객유인으로서 FTC법 제5조(불공정한 경쟁방법의 금지)에 의해 금지된다. 이때 사업자에게 기만의 의도가 있을 필요는 없고, 소비자가 실제로 기만에 의해 거래로 나아갔을 필요도 없으며, 단지 그로 인하여 소비자의 구매결정에 영향을 미친다는 의미에서 기만의 우려가 인정되는 것으로 족하다. 다만, 우리나라와 같이 부당한 경제상 이익제공을 통하여 고객을 유인하는 행위를 일반적으로 금지하지는 않고, 통상적인 리베이트는 가격할인(price discounts)과 마찬가지로 서면법이나 클레이튼법상 약탈적이거나 차별적인 가격책정으로서 매우 제한적인 요건 하에 금지할 수 있을 뿐이다.

유럽경쟁법 차원에서 부당한 고객유인을 직접 금지하는 규정은 없으며, 유럽공동체 차원에서는 소비자보호를 위한 각종 지침¹³⁾을 제정하고, 각 회원국이 이를 국내법으로 전환토록 하는 방식으로 규제되고 있다. 그리고 독일의 경우에는 부정경쟁방지법 제5조가 부당한 표시·광고 등에 의한 오인유발행위를 금지하고 있는 바, 동조의 목적은 무엇보다 거래상대방, 특히 소비자의 보호에 있는 것으로 해석되고 있다.

13) 예컨대, 회원국간 오인유발광고규정의 조화를 위한 지침 제84/450호, 1984.9.10, OJ L 250/17 참조.

일본의 「사적 독점의 금지 및 공정거래에 관한 법률」은 불공정거래행위 전반에 걸쳐 우리나라와 매우 유사한 규정을 두고 있다. 즉, 상품의 품질이나 가격에 관하여 실제보다 또는 경쟁사업자의 것보다 현저히 우량 또는 유리한 것으로 오인시키는 이른바 기만적 고객유인이 불공정한 경쟁수단으로서 금지되고 있으며(일반지정 8호), 그 중에서도 경품이나 표시를 통한 고객유인에 관하여는 별도로 「부당 경품류 및 부당표시 방지법」이 제정·운용되고 있다. 아울러 경품류 외에 부당한 이익제공을 통한 고객유인에 대해서는 일반지정 9호가 “정상적인 상관습에 비추어 부당한 이익을 제공하여 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위”를 규제하고 있다.

2) 과거 공정거래위원회의 실무

제약사의 병·의원 지원행위가 문제되기 전까지 공정거래위원회의 실무에서는 주로 제조업자가 판매업자와 배타적 공급계약 내지 배타적 특약점계약을 체결하면서, 이를 성실히 이행하도록 하기 위하여 과다한 판촉지원금을 지급하는 행위가 문제되었다. 그런데 배타적 특약점계약을 체결하는 행위 그 자체는 공정거래법 상 금지되지 않고, 제조업자로서는 판매업자가 경쟁사업자로부터 공급받기를 포기하는 대가로 일정한 경제적 이익을 제공하는 것이 거래관행이며, 동 관행이 정상적인 수준을 벗어나는 부당한 것으로 보기 어렵다. 이와 같은 판촉지원금 등의 경제적 이익 제공이 부당한 고객유인으로 금지되기 위해서는 그것이 정상적인 거래관행에 비추어 과다하거나 부당한 것으로서 경쟁사업자의 고객을 유인할 우려가 있어야 한다.

3) 본 사건의 특성

본 사건에서 제약업체의 이른바 리베이트관행에 대해서 적용된 법조 또한 바로 부당한 고객유인이다. 부당한 고객유인은 경쟁의 수단이나 방법이 불공정한 행위유형으로서, 제약업계와 같이 대체로 시장지배적 사업자가 존재하지 않는 시장에서 경쟁제한 효과와는 비교적 거리가 먼 의약품 리베이트의 경우에 적용될 수 있는 대표적인 불공정거래행위이다. 그리고 의약품의 유통에 관하여는 보건복지부의 광범위한 규제가 이루어지고 있고, 무엇보다 종래 실거래가 상환제도의 특성상 정상적인 의약품 가격경쟁이 이루어지기 어렵고, 그 결과 비정상적인 지원행위를 통하여 병·의원의 처방을 유

도하는 방식이 광범위하게 이루어지게 되었다. 이처럼 의약품 유통분야의 경쟁요소로서 가격이 제대로 작동하지 않는 데에는 전문의약품의 경우 환자의 부담으로 의사가 의약품을 선택하는 구조와 그에 따른 대리인 문제, 그에 따라 병·의원으로서도 의약품을 가급적 저가로 구매하여야 할 유인이 없다는 점이 배경으로 작용하고 있다.

일찍이 공정거래위원회가 제정한 「불공정거래행위 심사지침」(2009.8.12. 공정거래위원회 예규 제72호) V. 4에서는 이와 같은 상황에서 발생할 수 있는 불공정경쟁행위를 상정하고 있다. 구체적으로 “제약회사가 자사의 약품채택이나 처방증대를 위하여 병원이나 의사에게 리베이트 제공, 과다접대 등을 하는 행위”를 부당한 이익에 의한 고객유인의 대표적인 사례로 적시하고 있다. 그런데 고객에게 다양한 형태의 이익을 제공하는 것이 능률경쟁 내지 성과경쟁의 기본이라는 점에 비추어, 문제는 결국 의약품 관련 지원행위가 어떤 경우에 “정상적인 거래관행에 비추어 부당 또는 과대”하다고 판단할 수 있는지에 관한 것이다.

다. 거래상 지위남용

그밖에 병·의원이 의약품을 구매하면서 거래상대방, 즉 제약업체나 의약품도매상에게 이익, 즉 리베이트 제공을 요구하는 행위는 공정거래법 제23조 제1항 제4호의 거래상 지위남용, 그 중에서도 이익제공강요나 불이익제공에 해당할 수 있다.¹⁴⁾ 이와 관련하여 공정거래위원회는 의료기관의 규모, 의약품 대량수요자로서 발주자의 지위, 계속적 거래관계, 계약의 이행감독권한 등을 고려하여 해당 의료기관의 거래상 지위를 인정하고 있으며, 여러 정황을 기초로 예컨대 의약품 무상기증이 자유의사에 따른 것인지 의료기관의 요청에 의한 것인지를 판단하여 부당성을 인정한 바 있다.¹⁵⁾

따라서 의약품 무상기증의 경우, 그것이 제약업체 등의 자발적 의사에 기초하지 않은 경우에는 이를 요구한 병·의원이 거래상 지위남용으로 규제되는 한편, 자발적 의사에 의한 경우에는 제약업체가 부당한 고객유인으로 규제될 수 있다. 다만, 후자의 경우, 무상기증이 투명하게 이루어지는지, 그것이 병·의원의 의약품 채택이나 처방

14) 공정거래위원회 2002.1.17. 의결 제2002-025호.

15) 공정거래위원회 2002.1.17. 의결 제2002-026호; 제2002-018호; 2003.7.4. 의결 제2003-071호 등.

증대와 대가성이 있는지, 거래규모에 비추어 과다하지는 않은지 여부에 따라 부당성 여부가 달라질 수 있을 것이다.

3. 주요 쟁점

가. 경제상 이익의 제공

본 사건에서 공정거래위원회나 법원은 제약업체가 병·의원에게 경제상 이익을 제공한 것을 ‘지원행위’로 표현하고 있고, 업계에서는 그간 의약품 ‘리베이트’라는 용어를 주로 사용해왔다. 부당한 고객유인의 수단이 되는 경제상 이익에는 판매장려금, 가격할인, 판촉물 등의 제공, 경쟁사 제품의 재고를 자사의 제품으로 교환해주면서 덤으로 자사 제품을 과다하게 제공하는 경우를 비롯하여 적극적으로 이익을 제공하는 것은 물론이고, 원래 부과되어야 할 비용이나 요금의 감면, 납부기한의 연장, 담보제공 의무나 설정료의 감면 등 소극적으로 이익을 제공하는 경우 등을 널리 포함한다.

구체적으로 의약품 유통과정에서 문제될 수 있는 경제상 이익에는 어떠한 유형이 있는지는 보건의료법령에서 적절히 예시하고 있다. 먼저, 「국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙」 제14조에 따른 「신의료기술 등의 결정 및 조정기준」(2010.2.26. (구) 보건복지가족부 고시 제2010-29호) 제9조 제3항 제6호는 ‘유통질서가 문란한 의약품’에 대하여 기준약가를 조정할 수 있도록 규정하는 한편, [별표 6]에서 세부기준을 정하도록 하고 있다. 그에 따르면 이른바 의약품 리베이트 제공행위는 유통질서 문란행위의 하나로서 “의약품 채택·처방유도 등 판매촉진을 목적으로 의약품 제조(수입)업자가 직접 또는 도매업소를 통해 요양기관이나 의료인·약사·한약사에게 금전, 물품, 향응 등 경제적 이익을 제공하는 행위”로 정의되어 있다. 단, 의약품 제조(수입)업자단체 등에서 의약품의 투명거래를 위하여 자율적으로 정한 사항에 대하여 보건복지부장관이 별도로 인정한 경우, 즉 「공정거래규약」에서 허용하고 있는 경우는 유통질서 문란행위로 보지 않는다.

이와 유사하게 약사법 제47조 제1항 및 시행규칙 제62조 제1항 제6호 또한 “현상품·사은품 등 경품류를 제공하거나 소비자·환자 등을 유치하기 위하여 호객행위를

하는 등의 부당한 방법이나 실제로 구입한 가격(사후 할인이나 의약품의 일부를 무상으로 제공받는 등의 방법을 통하여 구입한 경우에는 이를 반영하여 환산한 가격을 말한다) 미만으로 의약품을 판매”하는 행위를 금지하고 있다.

이처럼 고객유인의 수단으로 제공되는 경제상 이익이나 의약품 판매촉진의 목적으로 제공되는 경제적 이익이나 그 실질에는 차이가 없어 보인다. 그런데 보건의료분야에서 리베이트를 판매촉진을 목적으로 제공되는 경제적 이익을 모두 포괄하는 의미로 정의하고 있는 것은 의약분업을 계기로 병·의원의 약가마진을 부인하는 한편, 이를 통하여 보험재정의 건전성을 확보하려는 정책목표에서 비롯된 것으로 이해할 수 있다.

나. 이익의 ‘부당성’ 또는 ‘과다’ 여부

먼저, 정상적인 거래관행에 비추어 부당하다고 판단되는 이익이란 다분히 공정경쟁의 관점에서 불법이라는 가치판단이 내려지는 이익으로서, 일단 특정 이익이 공정한 경쟁질서에 비추어 허용되지 않는 것으로 판단될 경우에는 그 금액의 높낮이를 묻지 않고 금지된다.

다른 법률이 제공을 금지하고 있는 이익이 정상적인 거래관행에 비추어 부당한 이익이라는 데에는 별다른 이견이 없다. 따라서 약사법상 금지된 의약품 리베이트는 그 크기를 묻지 않고 공정거래법 상 부당한 이익에 해당하게 된다. 그밖에 제약업계의 자율규약이 제공을 허용하고 있는 리베이트 및 그 한도를 준수하고 있는지 여부는 공정거래법 상 고객유인의 ‘부당성’, 특히 정상적인 거래관행을 판단함에 있어서 매우 중요한 기준으로 작용할 수 있다.

다만 자율규약이 정한 범위를 초과하였으나 당시 제약업계의 거래관행에 해당하는 경우에, 이를 부당하다고 볼 것인지도 의문이다. 서울고등법원은 일련의 판결에서 “정상적인 거래관행이란 바람직한 경쟁질서에 부합하는 해당업계의 통상적인 거래관행을 의미하는 것으로서 현실의 거래관행과 항상 일치한다고 볼 수는 없고, ‘부당하거나 과대한 이익’이란 관계법령에 의하여 금지되거나 정상적인 거래관행에 비추어 통상적인 수준을 넘어서는 이익을 의미한다.”고 언급하면서, 제약업계의 거래관행이

더라도 부당한 고객유인에 해당할 수 있다고 보았다. 여기서 서울고등법원은 경제상 지원을 받은 자가 최종소비자가 아니라 약물의 오남용을 막기 위해 처방권을 부여받은 의료전문종사자라는 특성으로 인하여 다른 업종보다 높은 수준의 ‘규범성’이 요구된다는 점을 들어 해당 지원행위가 부당한 고객유인에 해당한다고 판시하였고, 대법원도 확인하고 있는 바와 같이 이처럼 지원을 받는 자가 생명관련 사업이라는 특성 등으로 인하여 다른 업종보다 높은 규범성이 요구된다는 인식이 정상적인 거래관행의 판단기준을 다른 업종에 비하여 상대적으로 높게 설정하게 된 요인의 하나로 작용한 듯하다.

그밖에 공정거래위원회의 실무는 지원행위에 ‘투명성’이 없거나 또는 처방증대 등과의 ‘대가성’이 인정되는 경우에 이를 정상적인 거래관행에 비추어 부당하다고 판단하였으며, 지원된 경제상 이익 자체가 과도한 것만으로도 부당성이 인정될 수 있다고 한다. 여기서 ‘투명성’이란 판촉활동의 모든 절차가 투명하게 진행되어야 한다는 것이고, 의사와 환자 사이에 존재하는 대리인 문제를 해결하는 가장 핵심적인 기준으로 이해할 수 있다. 그리고 ‘비대가성’은 판촉활동의 대상이 약품의 선택자인 의사 등 의료전문가이므로 소비자가 아닌 선택자에게 주는 이익과 처방(원래 소비자의 선택분)을 교환하여서는 아니 된다는 의미이다. 끝으로, ‘비과다성’은 판매촉진활동이 소비자에게 직접적으로 행해지는 것이 아님을 고려하여 의료인에 대한 판촉활동은 직접적인 판촉활동의 경우보다 더 낮은 수준이 되어야 한다는 것이다.

그런데 먼저 의약품 지원행위의 부당성 판단에 있어서 ‘투명성’ 요건은 대가성과의 관계가 모호할 뿐만 아니라, 그 자체가 거래관행에 비추어 부당한 이익인지 여부를 판단하기에 적합한 기준인지 의문이다. 더구나 ‘음성적’이라는 용어와 결부되어 지원행위 그 자체가 불법이라는 인상을 주는 바, 예컨대 주로 문제되는 향응제공이나 접대의 경우에도 그것이 음성적인지 여부가 아니라 그에 따른 경제적 이익이 대가성이 있는지 또는 과도한지 여부를 따지면 족할 것이다.

또한 리베이트의 ‘과다성’ 요건과 관련해서는 제약업계의 특성뿐만 아니라 제공되는 경제적 이익의 성격을 살펴볼 필요가 있다. 예컨대, 연간 의약품 구매액의 10%를 현금 또는 현물로 환급해주는 시스템을 가정할 경우, 이를 대가성으로 볼 것인지 과다성으로 볼 것인지가 문제되는 바, 의약품 구매란 곧 처방을 전제로 한다는 점에서

대가성을 부인하기는 어려울 것이다. 그리고 기부금 제공의 경우에도 결국은 의약품 리베이트 규제의 취지에 비추어볼 때 대가성 유무가 관건이며, 과도한 이익인지 여부는 대가성이 없는 경제적 이익이라도 고객유인의 우려가 있는 행위를 포섭하기 위한 것이라는 점에서 보충적으로 고려할 필요가 있다.

현재 한국제약협회(KPMA)와 다국적의약산업협회(KRPIA)가 불공정거래행위의 범위를 구체적으로 명시한 「의약품 투명거래를 위한 자율규약」(이하 ‘자율규약’이라 한다) 제4조 또한 요양기관이나 보건의료전문가에게 예컨대, 의약품 리베이트가 규약의 범위 내에 있더라도 리베이트가 의약품 채택이나 처방증대의 대가적 성격을 가질 수 있는 경우에는 이를 금지하고 있다. 그런데 자칫 ‘대가성’이라는 요건을 매우 폭넓게 해석하여 처방에 영향을 미칠 가능성이 있는 모든 리베이트에 대가성을 인정할 경우, 그 성질상 판매촉진목적을 가질 수밖에 없는 경제적 이익제공을 모두 위법한 리베이트로 보아 금지하게 됨으로써 약가경쟁에 이어 리베이트경쟁, 즉 의약품 판매경쟁 자체를 불허하는 결과를 가져올 수 있다는 점에서 문제되는 대가성은 해당 지원행위로 인하여 왜곡된 처방이나 불필요한 처방이 야기될 수 있는 경우에 국한하여 인정하여야 할 것이다.

다. 고객유인성 내지 공정거래저해성

리베이트가 불공정거래행위에 해당하기 위해서는 부당한 이익의 제공이 경쟁사업자의 고객을 자기와 거래하도록 유인할 가능성이 있어야 한다. 공정거래위원회의 실무는 정상적인 거래관행에 비추어 부당하거나 과도한 이익을 제공한 경우, 그것이 경쟁사업자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하기 위하여 의도적으로 행해진 것인지, 실제로 고객을 유인한 효과가 있는지 여부 등을 고려하여 의약품시장에서 바람직한 경쟁질서를 저해하였는지를 판단하고 있다.

이때 유인가능성은 객관적으로 고객의 상품 또는 용역에 대한 선택 내지 의사결정에 상당한 영향을 미칠 가능성이 있으면 족하며,¹⁶⁾ 최근 일련의 판결은 의약품의 경우에는 최종 소비자인 환자가 의약품을 선택하는 것이 아니라 보건의료 전문가인 의

16) 대법원 2002.12.26. 선고 2001두4306 판결.

사가 환자를 위하여 의약품 구매 또는 처방하는 특수성이 있으므로 의사나 의료기관의 의약품에 대한 의사결정은 곧바로 최종 소비자인 환자의 의약품 구매로 연결될 수밖에 없는 점(전문의약품의 경우에는 특히 그러하다), 이 사건에서 문제된 원고의 구체적인 개개의 지원행위는 앞서 본 바와 같이 모두 의사나 의료기관 등을 상대로 의약품의 처방증대 또는 판매증진을 위한 의도로 행해진 것인 점 등에 비추어 보면, 원고의 의료기관 등에 대한 이 사건 각 지원행위는 경쟁사업자의 고객을 유인할 가능성이 있다고 판시하였다.

4. 의의

가. 개관

국내 주요 제약사들에 대한 제재 이후, 불공정한 경쟁수단인 리베이트가 줄어들어 추세를 보이고, 의약품 시장의 공정한 경쟁여건이 조성되며 보건의료 산업의 투명경영 및 연구개발투자로 인한 국내 제약산업 분야의 역량강화를 기대할 수 있을 뿐만 아니라, 제약·의료업계의 공정경쟁규약 준수 등 자율시정 노력 강화와 의약품 유통 질서를 투명화해 나가는 계기가 되었다.

구체적으로 공정거래위원회는 동아제약, 유한양행 등 10개 업체를 약 1년간('06.10월~'07.10월) 조사한 결과, 과거 공정거래위원회에서 부당고객유인행위에 대한 시정 조치에도 불구하고, 제약사와 병원 간에 다양한 형태(현금·상품권·여행경비 지급 등)의 리베이트 구조가 근절되지 않았음을 발견하였다. 특히 리베이트 제공 등으로 인한 의약품 시장에서 소비자 피해는 약 2조 1천 8백억 원으로 추정되었는데, 이는 소비자에게 고품질의 의약품 제공 및 신약개발을 위한 연구개발투자가 아닌 의료기관을 대상으로 자사 의약품이 채택·처방·판매되도록 음성적으로 리베이트 경쟁을 한 것으로서 기업이윤을 비생산적인 부분에 낭비하는 것이었다. 상기 불공정행위에 대한 공정거래위원회의 조치는 불공정 경쟁수단인 리베이트를 근절시켜 의약품 시장의 공정한 경쟁여건이 조성되고, 보건의료 산업의 투명경영 및 연구개발투자로 인한 국내 제약산업 분야의 역량강화를 기대할 수 있었다.

이어서 글락소스미스클라인(GSK), 대웅제약 등 7개(다국적기업 5개사, 국내기업 2개사) 제약사를 약 1년간('07.11월~'08.12월)조사한 결과, 상기 7개 업체도 소비자에게 고품질의 의약품 제공 및 신약개발을 위한 연구개발투자가 아닌 식사접대, 제품설명회, 국내외 학회 참석경비, 물품·용역, 시판 후 조사 명목의 지원 등 다양한 수단을 이용하여 반복적으로 경제적 이익을 제공하여 의료기관이 자사의의약품을 채택·처방·판매되도록 음성적으로 리베이트 경쟁을 하였음을 알 수 있다. 또한, 1차 조치 대상 제약사들의 리베이트 유형과는 다르게 제품설명회·세미나 등 제품설명 및 판촉과정에서 지원이 이루어진 특징이 있음을 확인할 수 있었다. 상기 불공정행위에 대한 공정거래위원회의 조치는 국내에서 활동하는 주요 다국적 제약사의 리베이트 제공행위 등을 적발했다는 데 의미가 있고, 향후 제약·의료업계의 공정경쟁규약 준수 등 자율시정 노력 강화와 의약품 유통질서를 투명화해 나가는 계기가 될 것으로 기대한다.

제약사 현장실태 조사 이후 불공정거래 관행에 대한 시정조치(과징금 200억 원 부과, 고발 5개사)와 병행하여 관계부처와 제도개선을 추진하였다. 제약산업의 공정경쟁기반 마련을 위한 제도 개선을 통하여 제약 시장 경쟁질서 확립에 기여할 수 있고, 아울러 환자개인정보 보호 등을 강화함으로써 의료소비자의 권익 증진을 목적으로 한 것이었다. 주요 제도개선사항을 살펴보면 다음과 같다.

먼저 시판 후 조사(PMS)와 관련해서는 식품의약품안전청 홈페이지에 시판 후 조사의 대상 의약품 및 운영현황을 공개하도록 하고, 약사법상 시행의무가 없는 시판 후 조사에 대해서도 제약사에게 실시계획 보고의무를 부과하는 한편, 환자개인정보 보호에 대한 규정을 신설하고 제약사 내부의 시판 후 조사 책임자에 대한 기준을 강화하였다. 또한 2010년 4월부터 보건복지부 차원에서 의료기관이나 약국이 의약품을 보험 상한금액보다 낮은 가격으로 구매했을 경우에 그 차액의 일정금액을 인센티브로 받는 '저가구매 인센티브'제도, 즉 「시장형 실거래가상환제도」를 도입·시행하였다.

나. 쌍벌제의 도입

공정거래위원회의 본 사건 관련 조치를 계기로 이른바 '쌍벌제'가 도입되었다. 종전에는 제약사가 의료기관, 약국에 불법 리베이트를 제공하여도 주는 자만 처벌하고, 받

는 자는 처벌하지 못하는 미비점이 있었고, 의료기기 분야도 불법 리베이트가 성행하였으나, 이를 처벌할 수 있는 법적 근거가 없는 문제점이 있었다. 이러한 문제점을 개선하기 위해 의료법, 약사법, 의료기기법 개정을 통해 리베이트 쌍벌제를 도입하였다.

주요내용으로 의사, 약사 등은 제약사 등으로부터 판매촉진의 목적으로 부당한 경제적 이익을 받을 수 없게 된다. 다만, 약사법 등에서 정하고 있는 견본품 제공, 학술대회 지원, 임상시험 지원 등 보건복지부령으로 정한 일부 사항에 대해서만 제한적으로 예외가 인정된다. 보건복지부와 관련 부처는 의약품 등 리베이트 쌍벌제의 엄격한 집행을 위하여 공조체계를 강화할 것이다. 리베이트 쌍벌제 시행 초기 적응과정에서 다소 어려움이 발생할 수 있겠지만, 중장기적으로는 의약품·의료기기 시장이 투명하게 되어 제약사의 연구개발을 위한 투자 여건이 확대될 뿐만 아니라, 보건의료계에 대한 국민들의 신뢰가 높아질 것으로 기대된다.

다. 공정경쟁규약의 개정

한국제약협회는 근래 공정거래위원회의 제약사에 대한 시정조치 이후 공정경쟁규약의 규범력·실효성 제고 차원에서 규약 개정도 추진하였다. 그간 규약이 공정거래위원회 심결례, 보건의료시장 실태 등을 제대로 반영하지 못해 규약의 규범력·실효성이 떨어진다는 문제가 제기되었다. 공정거래위원회의 규약 개정(안) 심사는 2009.10.28. 협회의 규약 개정(안) 심사요청이 계기가 되었으며, 공정거래위원회는 실효적인 규약 개정(안) 마련을 위해 협회뿐만 아니라 보건복지부와 의견 교환을 통해 규약의 최종 개정(안)을 마련하였다. 3차례 개정된 규약은 협회의 규약 하위규정(세부운용기준) 개정작업을 거쳐 2010.12.20.부터 시행하였다. 주요 개정내용은 다음과 같다. 개정 규약은 현행 규약과 비교하여 크게 3가지 면에서 개선되었다.

첫째, 정상적인 상거래 관행상 허용되는 의료인(의료기관)에 대한 금품류 제공행위별 준수원칙을 구체화하였다. 규약은 의약품 정보 수집·전달 과정에서 불가피하거나 정상적인 상관행상 인정될 수 있는 금품류 제공은 부당한 고객유인의 방지라는 규약의 목적을 훼손하지 않는 범위 내에서 허용하고 있고, 규약이 허용한 금품류 제공행위별로 행위원칙을 구체화하여 규약 범위 내 정당한 행위에 대한 가이드라인을 제시하였다.

둘째, 주요 금품류 제공행위에 대해서는 협회를 통하도록 하거나 협회에 사전 또는 사후 신고하도록 함으로써 협회의 자율통제·감시기능을 강화하는 한편, 셋째로 협회 내 규약심의위원회에 외부인사가 과반수 참여하도록 함으로써 자율감시기능의 객관성 및 투명성을 확보하였다.

제약협회의 규약 개정은 2001년 처음으로 규약을 개정한 이후 8년 만에 이루어진 것으로, 제약시장의 건전성 제고 의지가 규약에 적절하게 반영됨으로써 규약의 실효성이 제고될 것으로 기대된다. 협회에 대한 자율성 부여와 함께 협회 내 규약심의위원회에 외부인사를 참여시킴으로써 규약운용의 책임성 및 객관성·투명성을 강화하였다. 공정거래위원회는 금번 협회의 개정 규약을 행위규범(Best Practice)으로 인정하고, 향후 의약품 리베이트의 부당성 판단기준으로 활용할 예정이다.

중소기업 및 소비자관련법 위반행위

[25] 삼성공조의 불공정하도급거래행위에 대한 건 의결 제2008-034호

최 재 원 (변호사)

이 사건은 원사업자의 장기간에 걸친 탈법행위에 대하여 거액의 과징금을 부과한 것으로서 ① 향후 탈법행위 규제에 시금석이 될 수 있는 중요한 사건이라고 평가할 수 있다. 법원은 ② 규격품이라고 하여 항상 하도급법의 적용이 배제되는 것은 아니며, ③ 원사업자가 수급사업자와 비록 모자회사 관계에 있더라도 연간매출액 또는 상시고용종업원수가 2배를 초과한다면 하도급법이 적용된다는 것을 확인하였다. 그리고 ④ 실무상 종종 문제되는 전산재고분에 관하여 대금지급의무가 발생한다고 판단하였다. 또한 ⑤ 공정거래위원회 처분의 위법성 판단기준에 관하여 사실심 변론종결시까지 존재하였던 객관적인 사정은 비록 공정거래위원회가 알지 못했다고 하더라도 법원의 판단자료가 된다는 점을 밝힘으로써 공정거래위원회의 실무에 적지 않은 영향을 미쳤다. ⑥ 하도급법상 과징금의 법적 성격에 관하여 명시적으로 판시한 최초의 판결이라는 점에서도 중요한 의미가 있다. 원심은 하도급법상 과징금은 행정제재적 성격이 기본이라고 판시하였으나 대법원은 하도급법 위반행위에 의하여 얻은 불법적인 경제적 이익의 박탈이라고 판시하여 상반된 입장을 보이고 있다.

한편 ⑦ 하도급법 제23조 제1항에 규정된 조사개시 시효 3년은 통상의 하도급거래에 적용되는 것으로서 하도급거래가 아닌 탈법행위의 경우에는 시효를 별도로 정할 필요가 있다는 지적은 경청할 만 하다. 현행 규정에 의하면 이 사건 조사일로부터 3년 이전에 발생한 어음할인료 회수 금액은 하도급법 위반금액에서 제외해야 하는데, 이는 하도급법을 위반한 원사업자에게 부당한 혜택을 부여하는 측면이 있기 때문이다.

1. 사건개요

가. 시장현황

이 사건의 피심인 삼성공조(주)는 라디에터, 오일쿨러, 인터쿨러 등 자동차부품제조업을 영위하는 중소기업자이다.¹⁾

피심인의 80개 하도급업체는 피심인이 제조하는 상품의 부품 또는 완성품 등을 납품하는 상시종업원 수 300인 미만의 중소기업자들이다.

피심인은 (주)광신아이엔피 등 80개 중소기업자들에게 라디에터, 인터쿨러, 오일쿨러 등 자동차부품을 제조위탁하고, 동 제조위탁 직전 사업연도(2000~2006년)의 피심인 매출액 또는 상시종업원수가 80개 중소기업자들의 매출액 혹은 상시종업원수의 2배를 초과하므로 「하도급거래 공정화에 관한 법률」²⁾ 제2조 제2항 제2호의 규정에 의한 원사업자에 해당하며, (주)광신아이엔피 등 80개 중소기업자들은 법 제2조 제3항의 규정에 의한 수급사업자에 해당한다.

나. 행위사실³⁾

1) 탈법행위(어음할인료를 회수한 행위)

피심인⁴⁾은 공정거래위원회의 하도급거래 서면실태조사 및 직권조사 과정에서 어음할인료 미지급행위가 적발되자 자진하여 (유)오성금속 등 33개 수급사업자에게 어음할인료 527,137천 원을 지급한 후, (유)오성금속 등 24개 수급사업자로부터 380,804천 원을 현금으로 회수하였다. 이러한 회수행위는 2004년 이전부터⁵⁾ 2006. 9. 15.까지의

1) 「중소기업기본법시행령」 제3조 및 별표1에는 제조업의 경우, 상시근로자수가 300인 미만 또는 자본금 80억 이하의 경우를 중소기업으로 분류하고 있는데, 피심인은 상시근로자수가 300인 이상이나 자본금이 80억원 미만이므로 중소기업자에 해당한다.

2) 2007. 7. 19 법률 제8539호(이하 법이라 한다) 및 2005. 3. 31 법률 제7488호(이하 구법이라 한다).

3) 공정거래위원회 의결에서 인정된 사실관계이다.

4) 이하 의결의 내용을 소개할 때는 ‘피심인’이라고 하고, 법원 판결을 소개하는 경우에는 ‘원고’라고 한다.

5) 피심인이 어음할인료를 회수하기 시작한 시기는 명확치 않으나, 객관적인 자료에 의해 입증되는 2003년 9월

기간 동안 진행되었다.

어음할인료 회수행위는 2003년부터 당시 영업상무였던 피심인 남○○ 사장의 지시 하에 자재부 직원과 경리부 직원이 실무책임을 맡는 등 조직적으로 이루어졌다. 자재부의 강○○는 경리부로부터 수급사업자에게 지급한 어음할인료의 내역을 받아 수급사업자에게 전화하여 반납을 독촉하고 회수하는 역할을, 경리부의 심○○은 자재부에서 회수한 현금을 회사에 보관하고 회수실적을 종합하여 보고하는 역할을 맡았다. 2006년에는 남○○가 대표이사인 고○○에게 어음할인료 회수에 대해 보고하자 고○○은 회수금을 영업비용으로 사용하도록 지시하였다. 피심인은 어음할인료를 피심인의 사무실, 은행주변 등에서 현금으로만 회수하였으며, 간혹 피심인의 여직원 통장으로 입금하도록 하기도 하였다.

피심인은 이 사건에 대한 조사가 시작되어 어음할인료를 회수한 행위가 드러나자, 2007. 5. 4.부터 같은 달 23. 기간 중 총 380,804천 원을 24개 사업자에게 되돌려 주었다.

2) 부당감액행위 및 지연이자 미지급행위

피심인은 (주)대동사 등 38개 수급사업자로부터 2007년 1월경 2,257,860천 원에 해당하는 목적물을 수령한 후에 일률적으로 5%씩 총 112,874천 원을 감액하고 2,144,986천 원만 지급하였다. 피심인은 이 사건에 대한 조사가 시작되어 부당감액행위가 드러나자 감액하였던 하도급대금을 2007. 5. 31. 2007년 4월분 하도급대금에 포함하여 지급하였으나, 이 때에도 감액 금액에 대한 지연이자 총 4,540천 원은 지급하지 아니하였다.

3) 전산재고분에 대한 하도급대금 및 지연이자 미지급행위

피심인은 2004년부터 수급사업자로부터 목적물을 수령한 후에 그 목적물 중 일부를 자신의 제품생산에 투입하지 않은 채 전산상의 재고품(이하 '전산재고')으로 관리하고, 해당 물량에 대해서는 제품 생산에 투입되지 않았다는 이유로 대금을 지급하지

이후의 행위에 대해서만 법 위반 여부를 검토한다.

않았다. 구체적으로 피심인은 2007년 8월말 재고기준으로 합성메데아 등 12개 수급사업자에게 총 676,631천 원의 하도급대금 및 이에 대한 지연이자를 지급하지 않았다.

2004년 4월경 피심인의 협력업체들은 전산재고에 대한 문제점을 지적하고 전산재고분에 대한 대금을 조속히 집행해 줄 것을 요청하는 공문을 피심인에게 보내기도 하였으며, 같은 해 9. 6.에는 피심인과 협력업체 대표 사이에 전산재고량에 대한 입고정리가 장기적으로 지연되고 있음을 확인하고 같은 해 9월말까지 정리하기로 합의하였다. 그러나 피심인은 처리상의 문제점을 들어 합의사항을 이행하지 못하였으며, 이후에도 계속적으로 전산재고를 발생시켜 누적관리하고 있었다.

4) 지연이자 및 어음할인료 미지급행위

피심인은 (주)광신아이엔피에 대해 2004년 2월부터 2006년 6월까지의 기간 동안 하도급대금 53,000천 원을 법정지급기일을 초과하여 어음으로 지급하면서 이에 대한 지연이자 470천 원을 지급하지 않았다. 또한, 피심인은 2004년 2월부터 2007년 7월까지의 기간 동안 (주)대동사 등 79개 수급사업자들에게 하도급대금을 만기일이 목적물 수령일로부터 60일을 초과하는 어음으로 지급하면서 그 초과기간에 대한 할인료 총 1,070,845천 원을 지급하지 아니하였다.

피심인은 이 사건에 대한 조사가 시작되자 (주)광신아이엔피 등 23개 수급사업자에게는 2004년 2월부터 2007년 3월까지의 기간에 해당하는 지연이자 및 어음할인료 등 총 235,672천 원을 2007. 5. 10.에서 같은 달 15일 사이에 지급하였다.

다. 공정거래위원회의 심결

1) 원심결

공정거래위원회는 과징금 30억 4천만 원과 시정명령(지급명령 포함)을 부과하였고, 피심인과 피심인의 대표이사 고○○ 및 사장 남○○을 검찰에 고발하였다.

2) 이의신청 및 재결

피심인은 위 의결에 대하여 이의신청을 하였는데, 공정거래위원회는 피심인이 2003년도에 회수한 어음할인료 19,138,000원은 위원회의 조사가 시작된 2007. 1. 4.로부터 3년이 경과하였다는 이유로 「하도급거래 공정화에 관한 법률」(이하 ‘하도급법’) 제23조⁶⁾에 따라 범위반금액에서 제외하고 원처분의 과징금 액수를 30억1천5백만 원으로 변경하였다. 다만 시정명령은 그대로 유지하였다.⁷⁾

라. 고등법원⁸⁾ 및 대법원⁹⁾의 판결

서울고등법원은 공정거래위원회가 시정명령을 하기 전에 삼성공조가 전산재고분 하도급대금 및 그에 관하여 발생한 지연이자를 모두 지급한 사실을 인정할 수 있으므로 이 사건의 시정명령은 위반행위가 시정된 상태에서 발하여진 것으로 위법하다 하였고 과징금 납부명령이 발해지기 전에 삼성공조가 회수하였던 어음할인료를 모두 반환하였고, 전산재고분 하도급대금도 모두 지급하였으며, 하도급대금 부당감액분, 대봉공업사에 대한 하도급대금 미지급금도 모두 지급하여 상당 부분 위법상태를 자진 시정한 것으로 볼 수 있는 점을 고려하지 않아서 공정거래위원회가 재량권을 일탈·남용한 것이라 하여 시정명령과 과징금 납부명령을 취소하였다.

대법원도 이와 같은 의견이었다.

6) 제23조(조사대상거래의 제한)

제22조(위반행위의 신고등)제2항의 규정에 의하여 공정거래위원회의 조사개시대상이 되는 하도급거래는 그 거래가 종료된 날부터 3년을 경과하지 아니한 것에 한한다. 다만, 거래가 종료된 날부터 3년 이내에 신고된 하도급거래의 경우에는 거래가 종료된 날부터 3년이 경과한 경우에도 조사를 개시할 수 있다.

7) 공정거래위원회 2008. 5. 30. 전원회의 재결 제2008-016호.

8) 서울고등법원 2009. 6. 11. 선고 2008누18030 판결.

9) 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009두11843 판결.

2. 관련규정 및 제도

「하도급거래 공정화에 관한 법률」

제9조 제2항 : 원사업자는 정당한 사유가 있는 경우를 제외하고는 수급사업자로부터 목적물 등을 수령한 날(제조위탁의 경우에는 기성부분의 통지를 받은 날을 포함하고, 건설위탁의 경우에는 수급사업자로부터 공사의 시공 또는 기성부분의 통지를 받은 날을 말한다)부터 10일 이내에 검사결과를 수급사업자에게 서면으로 통지하여야 하며 이 기간 내에 통지하지 않는 경우에는 검사에 합격한 것으로 본다.

제13조 제1항 : 원사업자가 수급사업자에게 제조 등의 위탁을 하는 경우에는 목적물 등의 수령일(건설위탁의 경우에는 인수일을, 용역위탁의 경우에는 수급사업자가 위탁받은 용역의 수행을 완료한 날을, 납품 등이 빈번하여 원사업자와 수급사업자가 월 1회 이상 세금계산서의 발행일을 정한 경우에는 그 정한 날을 말한다. 이하 같다)부터 60일 이내의 가능한 짧은 기한으로 정한 지급기일까지 하도급대금을 지급하여야 한다. (이하 생략)

제13조 제8항 : 원사업자가 하도급대금을 목적물등의 수령일부터 60일을 초과하여 지급하는 경우에는 그 초과기간에 대하여 연 100분의 40 이내의 범위에서 은행법에 의한 금융기관이 적용하는 연체금리 등 경제사정을 고려하여 공정거래위원회가 정하여 고시하는 비율에 의한 이자를 지급하여야 한다.

제13조 제6항 : 원사업자가 하도급대금을 어음으로 지급하는 경우에 그 어음은 법률에 근거하여 설립된 금융기관에서 할인이 가능한 것이어야 하며 어음을 교부한 날로부터 어음의 만기일까지의 기간에 대한 할인료를 지급하여야 한다. 다만, 목적물 등의 수령일로부터 60일(제1항 단서의 규정에 의하여 지급기일이 정하여진 때에는 그 지급기일을, 발주자로부터 준공금 또는 기성금 등을 받은 때에는 제3항에서 정한 기일을 말한다. 이하 이 조에서 같다) 이내에 어음을 교부하는 경우에는 목적물 등의 수령일로부터 60일을 초과한 날 이후 만기일까지의 기간에 대한 할인료를 목적물 등의 수령일로부터 60일 이내에 수급사업자에게 지급하여야 한다.

제13조 제9항 : 제6항에서 적용하는 할인율은 연 100분의 40 이내의 범위에서 법률에 근거하여 설립된 금융기관에서 적용되는 상업어음할인율을 참작하여 공정거래위원회가 정하여 고시한다.

「하도급거래 공정화에 관한 법률」

제11조 제1항 : 원사업자는 수급사업자에게 책임을 돌릴 사유가 없음에도 불구하고 제조 등의 위탁을 할 때 정한 하도급대금을 부당하게 감액(이하 '부당감액'이라 한다)하여서는 아니 된다.

제11조 제3항 : 원사업자가 제1항의 규정에 의한 부당감액한 금액을 목적물 등의 수령일부 터 60일을 초과하여 지급하는 경우에는 그 초과기간에 대하여 연 100분의 40 이내의 범위에서 은행법에 의한 금융기관이 적용하는 연체금리 등 경제사정을 고려하여 공정거래위원회가 정하여 고시하는 이율에 의한 이자를 지급하여야 한다.

제20조 : 원사업자는 하도급거래와 관련하여 우회적인 방법에 의하여 실질적으로 이 법의 적용을 면탈하려는 행위를 하여서는 아니 된다.

「선급금 등 지연지급시의 지연이율 고시」

법 제6조(선급금의 지급) 제2항, 법 제11조(부당감액의 금지) 제3항, 법 제13조(하도급대금의 지급 등) 제7항, 법 제15조(관세 등 환급액의 지급) 제3항에 따라 원사업자가 선급금 등을 지연지급하는 경우 적용되는 지연이율은 연리 25%로 한다.

「어음에 의한 하도급대금 지급 시의 할인율 고시」

원사업자가 법 제13조(하도급대금의 지급 등) 제6항에 따라 하도급대금을 어음으로 교부하는 경우, 원사업자가 부담하여야 할 할인료에 적용되는 할인율은 연 7.5%로 한다.

「하도급거래 공정화 지침」

III. 8. 탈법행위의 금지(법 제20조) 원사업자의 탈법행위를 예시하면 다음과 같다.

- 가. 공정거래위원회의 시정조치에 따라 하도급대금 등을 수급사업자에게 지급한 후 이를 회수하거나 납품대금에서 공제하는 등의 방법으로 회수하는 행위

3. 주요 쟁점

가. 하도급법 적용 여부

1) 당사자들의 주장과 판결 내용

원고는 시정명령과 관련하여 이구산업(주) 등 일부 수급사업자의 경우 거래대상 목적이 규격화된 제품이거나 단순 샘플제품이므로 하도급법상 제조위탁의 범위에 해당하지 않는다고 주장하였다.

또한 과징금 산정과 관련하여 수급사업자 중 삼성발레오(주)의 경우는 2006. 2. 28. 까지 원고의 100% 자회사였다가 프랑스 기업인 발레오사와 각각 50% 지분을 소유한 합작투자회사로 재출범하게 된 회사로서, 2006. 2. 28.까지의 하도급거래는 사실상 동일한 회사 내의 거래로서 하도급법이 적용될 수 없고, 그 이후의 거래는 원고가 50% 지분을 보유하고 있으므로 원고와 특수관계에 있는 삼성발레오(주)와의 거래에서 ‘거래상 우월적 지위’에 있어 불공정행위를 하는 것은 상정하기 어려우므로 하도급법 제 2조에도 불구하고 하도급법이 보호하는 수급사업자에 해당하지 않는바 결국 그들과의 거래액은 과징금 산정의 기준이 되는 하도급대금의 범위에서 제외되어야 한다고 주장하였다.¹⁰⁾

이러한 원고의 주장에 대하여 서울고등법원은 명시적인 판단을 유보하고 이 부분 원고 주장을 배척하였다. 대법원도 원심을 그대로 확정하였다.¹¹⁾

10) 하도급법 제1조는 “이 법은 공정한 하도급거래질서를 확립하여 원사업자와 수급사업자가 대등한 지위에서 상호보완적으로 균형있게 발전할 수 있도록 함으로써 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다.”고 규정하고 있는데 이러한 목적조항은 다른 조항의 해석기준으로 작용하는 것이므로 연간매출액 또는 상시고용종업원수가 2배를 초과한다고 하여 곧바로 수급사업자로 인정하는 것은 하도급법의 근본취지와 목적을 간과한 것이라는 논리이다.

11) 원심 판결에 대해 공정위만 상고하였고 이 부분은 상고이유로 다룰 필요가 없었으므로, 대법원은 이를 판단의 범위에 포함시키지 않은 것이다.

2) 평석

이른바 ‘규격품’은 제조 등 위탁의 대상이 되지 않는가?¹²⁾ 하도급법과 시행령 등에는 이에 대한 규정이 없고 ‘하도급거래 공정화 지침’에 일부 규정이 있을 뿐이다.¹³⁾ 심사관측은 조사과정에서 이구산업(주) 등 수급사업자들의 생산현장을 직접 방문하여 ‘원고의 발주대로’ 제품생산이 이루어지고 있음을 확인하였고, 피심인 회사의 직원들로부터 ‘원고가 규격과 수량 등을 기재하여 발주하면 그와 같은 규격대로 제품을 가공하여 납품한다.’는 확인서를 제출받았는바 이러한 점을 종합하면 이 사건 위탁 목적물은 하도급법상 제조 위탁물의 범위에서 제외되는 규격품으로 보기 어렵다.

설령 이구산업(주) 등이 납품하는 제품이 규격화된 제품이라도 그러한 사정만으로 하도급법의 적용범위에서 제외된다고 보기는 어렵다. 왜냐하면 ① 하도급법이 제조 위탁의 정의와 관련하여 민법상 도급계약의 개념을 그대로 준용하지 않고 독자적으로 규정하고 있는 점, ② 민법이 대체물에 대한 제조 위탁의 성격을 매매 또는 매매와 도급의 혼합계약으로 보는 이유는 소유권 귀속 및 하자담보책임에 관한 적용 법조를 간명하게 결정하기 위한 것이지, 우월적 지위를 부당하게 남용하였는지 여부에 관한 하도급법의 관점과는 무관하다는 점, ③ 하도급법은 원사업자가 수급사업자에 대해 우월적 지위를 부당하게 남용하는 행위를 시정하기 위한 목적으로 제정된 법률이고 이러한 행위는 규격품의 제조 위탁관계에서도 발생할 수 있는 점 등을 고려하면, 규격화된 제품을 납품하였다는 사정만을 들어 제조 위탁에 해당하지 않는다고 단정하여서는 안 되고, ‘위탁과 제조 간의 긴밀한 의존성’이라는 관점에서 특정한 거래가 하도급거래로서 제조위탁에 해당하는지 여부를 판단해야 하기 때문이다. 그런데 이 사건에서 이구산업 등은 원고와 계속적·배타적으로 거래관계를 유지해왔고, 이들 사업자의 총 생산량 중 원고에 대한 납품비율이 상당히 높게 나타나는 등 원고에 대한 의존도가 크다고 인정되므로, 위 사업자들은 하도급법상 수급사업자에 해당한다고 보는 것이 타당할 것이다.

12) 실무상 하도급법이 적용되는지 여부에 대한 판단이 어려운 경우가 많다. 우선 하도급법에 따른 하도급계약이 적법하게 성립되었는지의 판단도 쉽지 않다. 하도급계약 성립여부에 관한 문제점에 대해서는 최재원, 「하도급계약 성립에 관한 소고」, 『경쟁법연구』 제15권, 법문사, 2007, 205면 이하 참조.

13) 하도급거래 공정화지침 III. 1. 가.에 의하면 ‘자기소비용의 단순한 일반사무용품의 구매나 물품의 생산을 위한 기계·설비 등을 단순히 제조위탁하는 경우와 위탁받은 목적물을 제3자에게 제조위탁하지 않고 단순구매하여 납품한 경우’ 등은 하도급법의 제조 위탁에 해당하지 않는다.

다음으로 모자회사간 거래에서는 하도급법이 적용되지 않는 것인가? 일본의 경우 모자회사간 거래에 있어서 「하청대금지불지연등방지법」(이하 ‘일본 하청법’이라 한다.)의 적용이 제외되는 것은 아니나, 모회사가 자회사의 주식을 50% 초과 보유하는 등 실질적으로 동일 회사 내의 거래로 볼 수 있는 경우에는 실무상 하청법을 적용하지 않는다고 한다.¹⁴⁾ 그러나 하도급법 제2조가 “직전 사업연도의 연간매출액 또는 상시고용 종업원 수가 제조 등의 위탁을 받은 다른 중소기업자의 연간매출액 또는 상시고용 종업원 수의 2배를 초과하는 중소기업자”를 원사업자로 명시한 이상, 위 요건에 해당하면 하도급법상 원사업자와 수급사업자로 인정하는 것이 법 문언에 충실한 해석이며,¹⁵⁾ 이와 달리 해석상 예외를 허용할 근거는 없다.¹⁶⁾ 더구나 원고가 삼성발레오의 지분 50%를 보유하고 있다는 이유만으로 원고가 우월한 지위를 이용하여 불공정한 거래를 할 우려가 없다고 볼 수도 없다.

한편, 기아자동차(주)의 하도급법 위반행위에 관한 건¹⁷⁾에서는 대법원에서¹⁸⁾ 하도급법상 수급사업자에 중소기업기본법 제2조 제3항에 의하여 중소기업으로 간주되는 경우가 포함되는지 여부가 문제되었다.¹⁹⁾ 당시 하도급법²⁰⁾ 제2조 제2항은 다음과 같이 규정하고 있었다.

제2조(정의)

② 이 법에서 원사업자라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 자를 말한다.

1. 중소기업자(중소기업기본법 제2조 제1항의 규정에 의한 자를 말하며, 중소기업협동조합법에 의한 중소기업협동조합을 포함한다. 이하 같다)가 아닌 사업자로서 중소기업자에게 제조등의 위탁을 한 자

14)鈴木滿, 『新下請法マニュアル』, 改訂版, 商事法務, 2009, 122쪽.

15) 하도급법이 이러한 획일적인 기준을 채택하고 있는 것은 대량으로 발생하는 하도급거래에서 지휘·감독의 신속성과 실효성을 확보하기 위해서라고 한다. 今村成和外 3(註 12), 701쪽.

16) 이와 관련하여 공정거래위원회는 계열회사와의 거래가 하도급법의 적용을 받는지에 관한 질의에 대해 “계열회사 여부와 관계없이 A공업(주)가 하도급법 제2조에서 규정하는 원사업자에 해당하고, 계열회사가 수급사업자 요건에 해당한다면 하도급법의 적용을 받는다.”고 회신한 바 있다. (1994. 11. 29.)

17) 공정거래위원회 2007. 12. 31. 전원회의 의결 제2007-566호.

18) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2008두14296 판결.

19) 하도급법 적용대상은 건설·제조·용역을 업으로 하는 대기업과 중소기업이다. ‘업’이란 일정한 목적을 가지고 동종의 행위를 반복·계속적으로 수행하는 것을 말하며, 부대적 사업인지 여부를 묻지 않는다. 今村成和外 3, 『注解 經濟法』下卷, 青林書院, 1985, 705쪽.

20) 2009. 4. 1. 법률 제9616호로 개정되기 전의 것.

그리고 중소기업기본법²¹⁾ 제2조는 하도급법이 명시적으로 인용하고 있는 제1항 이외에 제3항에서 유예기간을 정하고 있다.

제2조(중소기업자의 범위)

- ① 중소기업의 육성을 위한 시책(이하 중소기업시책"이라 한다)의 대상이 되는 중소기업자는 업종의 특성과 상시근로자수, 자산규모, 매출액등을 참작하여 그 규모가 대통령령이 정하는 기준이하이고, 그 소유 및 경영의 실질적인 독립성이 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 기업(이하 중소기업"이라 한다)을 영위하는 자로 한다.
- ② 중소기업은 대통령령이 정하는 바에 따라 소기업과 중기업으로 구분한다.
- ③ 제1항의 규정을 적용함에 있어서 중소기업이 그 규모의 확대 등으로 중소기업에 해당하지 아니하게 된 경우 그 사유가 발생한 연도의 다음 연도부터 3년간은 이를 중소기업으로 본다. 다만, 중소기업외의 기업과의 합병 기타 대통령령이 정하는 사유로 중소기업에 해당하지 아니하게 된 경우에는 그러하지 아니하다.

대법원은 ‘하도급법상 수급사업자에 중소기업기본법 제2조 제3항에 의하여 중소기업으로 간주되는 경우는 포함되지 않는다고 판시’ 하였는데 그 이유는 다음과 같다.

“하도급법의 목적은 공정한 하도급거래질서를 확립하여 원사업자와 수급사업자가 대등한 지위에서 상호보완적으로 균형 있게 발전할 수 있도록 함으로써 국민경제의 건전한 발전에 이바지하는 데에 있고, 중소기업기본법의 목적은 중소기업이 나아가갈 방향과 중소기업의 육성을 위한 시책의 기본적인 사항을 규정함으로써 창의적이고 자주적인 중소기업의 성장을 조장하고 나아가 산업구조의 고도화와 국민경제의 균형 있는 발전을 도모하는 데에 있는 점, 하도급법 제2조 제2항 제1호, 제3항은 하도급법에서 수급사업자란 중소기업기본법 제2조 제1항의 규정에 의한 중소기업자를 말한다는 취지로 규정하고 있을 뿐 중소기업기본법 제2조 제3항에 의한 중소기업자를 포함시키고 있지 않은 점 등을 종합적으로 고려하여 보면, 하도급법에서의 수급사업자에는 중소기업기본법 제2조 제1항의 규정에 의한 중소기업에는 해당하지 아니하게 되었으나 그 제3항에 의하여 중소기업으로 보는 경우는 포함되지 아니한다고 해석함이 상당하다.”

결국 수급사업자의 범위를 정함에 있어 하도급법 제2조의 문언에 충실한 대법원

21) 2007. 4. 11. 법률 제8360호로 전부 개정되기 전의 것.

2010. 4. 29. 선고 2008두14296 판결을 감안하면 ‘자회사라는 이유로 수급사업자에 해당할 수 없다’는 원고의 주장을 배척한 고등법원 및 대법원의 판단은 타당하다고 해석된다.

나. 전산재고분 물량에 대한 대금 등 지급의무

1) 당사자들의 주장과 판결 내용

원고는 전산재고분 물량은 수급사업자들이 생산비용과 물류비용을 절감하기 위해 원고의 주문량보다 더 많이 생산한 다음 원고가 제공해 준 장소에 보관해 둔 것에 불과하므로, 원고가 이를 수령한 것으로 볼 수 없어 그 대금지급의무가 없다고 주장하였다. 나아가 이 사건 처분이 있기 전에 미지급 대금을 전액 지급하여 위법상태를 시정하였으므로, 이 사건 시정명령은 위법하다고 주장하였다.

원심은²²⁾ 전산재고분에 대해서도 대금지급의무가 발생한다고 판단하였으나, ‘미지급대금을 지급하였다.’는 원고의 주장을 받아들여 공정거래위원회의 시정명령은 그 대상인 위반행위의 결과가 더 이상 존재하지 않으므로 위법하다고 판단하였다.

먼저 전산재고분에 대하여 살펴보면, 원심은 먼저 ① 원고가 일부 수급사업자들의 요구에 응해 전산재고분 하도급대금도 지급한 적이 있는 사실, ② 수급사업자들이 2004. 4.경 전산재고분 하도급대금을 지급해 줄 것을 요구하자 원고가 수급사업자들과 2004. 9.까지 이를 정산하고 향후 전표입고시를 기준으로 대금을 지급하기로 하는 협약을 한 사실, ③ 전산재고분을 원고가 사용함에 있어서 사전에 수급사업자들에게 아무런 통보도 하지 않은 사실 등을 인정할 수 있으므로, 전산재고분 물량도 입고시 원고에게 납품된 것이며 이에 대한 하도급대금지급의무가 하도급법 제13조가 정하는 바에 따라 발생한 것으로 봄이 상당하다고 하였다.

그러나 미지급대금과 관련한 공정거래위원회의 시정명령은 위법하다고 판시하였다.

22) 공정거래위원회 시정명령 중 원심이 위법하다고 하여 취소한 부분은 제3항 ‘원고는 합성메디아 등 12개 수급사업자에게 제조위탁하고 목적물을 수령한 후 법정지급기일이 초과하였음에도 불구하고 지급하지 아니한 아래 표 기재 금액 중 하도급대금과, 이 금액에 대하여 법정지급기일을 초과한 날부터 실제로 지급하는 날까지의 기간에 대한 지연이자(이자율은 연리 25%를 적용)를 지체 없이 지급하여야 한다.’는 부분이다.

즉 공정거래위원회가 하도급법 제25조 제1항에 의한 시정명령을 하는 경우에는 단순히 하도급대금의 발생 및 지급지연과 같은 제13조 등의 위반행위가 있었는가를 확인함에 그쳐서는 안 되고, 나아가 그 위반행위로 인한 결과가 그 당시까지 계속되고 있는지를 확인하여 비록 법 위반행위가 있었다라도 하도급대금 채무의 불발생 또는 변제, 상계, 정산 등 사유 여하를 불문하고 위반행위의 결과가 더 이상 존재하지 아니한다면, 그 결과의 시정을 명하는 내용의 시정명령을 할 여지는 없다는 것이다.²³⁾ 그런데 이 사건 시정명령이 있기 전에 원고가 전산재고분 하도급대금 및 그에 관하여 발생한 지연이자를 모두 지급한 사실을 인정할 수 있으므로, 이 사건 시정명령은 위반행위로 인한 결과가 이미 시정된 상태에서 발하여진 것으로서 위법하다고 판단한 것이다.

공정거래위원회는 위 시정명령이 위법하다는 원심의 판단에 대해 불복하여 대법원에 상고하였다. 이 부분 상고이유의 요지는 원고는 하도급법 위반행위와 관련된 '공정거래위원회의 심의절차가 종결될 때까지' 하도급대금의 지급 등 위반행위를 시정하지 않았으며, 이의신청 과정에서도 하도급대금을 지급하였다는 이유로 공정거래위원회의 원처분이 위법하다고 다툼 사실이 없는바,²⁴⁾ 공정거래위원회가 심의절차 또는 재결절차 종결 때까지 확인한 사실관계에 기해 이 사건 시정명령을 발한 것은 적법하다고 보아야 한다고 주장하였다.

그러나 대법원은 '항고소송에서 행정처분의 위법 여부 판단 기준'에 관한 기존 판례²⁵⁾의 태도에 입각하여 위 상고이유를 받아들이지 않았다. 항고소송에 있어 행정처분의 위법 여부는 행정처분이 있을 때의 법령과 사실 상태를 기준으로 판단하여야 하며, 법원은 행정처분 당시 행정청이 알고 있었던 자료뿐만 아니라 사실심 변론종결 당시까지 제출된 모든 자료를 종합하여 처분 당시 존재하였던 객관적 사실을 확정하고 그 사실에 기초하여 처분의 위법 여부를 판단할 수 있다고 하면서, 이러한 법리에 비추어 보면, 하도급법 위반행위의 결과가 이미 시정된 상태에서 그 위반행위를 대상으로 발하여진 공정거래위원회의 이 사건 시정명령이 위법하다고 본 원심의 판단은

23) 이러한 태도는 대법원 2002. 11. 26. 선고 2001두3099 판결에서 이미 나타나고 있었다.

24) 보다 구체적으로는 이 사건의 경우, 원고가 이의신청시 원심결 이후 자진시정하였음을 주장하면서도 입증자료를 제출하지 아니하여, 공정거래위원회는 재결시 이를 받아들이지 않았다. 피심인 행위의 위법성에 관한 입증책임은 공정거래위원회가 부담한다는 측면에서 재결 당시 피심인에 대하여 입증자료의 제출을 적극적으로 요구하는 것이 적절했을 것이다.

25) 대법원 1981. 12. 8. 선고 80누412 판결; 대법원 1993. 5. 27. 선고 92누19033 판결 등.

옳고, 공정거래위원회가 그 주장과 같은 경위로 이 사건 시정명령 당시 그 위반행위가 시정된 사실을 알지 못하였다 하더라도 달리 볼 수 없다고 판결하였다.

2) 평석

‘전산재고’란 수급사업자들이 생산비용과 물류비용을 절감하기 위해 원고가 한 주 문량보다 더 많은 생산을 한 다음 원고가 제공해 준 장소에 보관해 둔 것으로서 실제 원고의 재고가 아님에도 전산상으로만 재고로 기록되는 것에 불과하므로 대금지급의 무가 발생하지 않는다는 주장을 하는 경우가 있어왔다.

그러나 원고는 이 사건에서 납품받은 목적물에 불량품이 있거나 납품수량이 발주량을 초과하였다는 등의 검사결과를 서면으로 수급사업자에게 통지한 사실이 없는바, 수급사업자가 납품한 목적물은 모두 검사에 합격한 것으로 간주되므로(하도급법 제9조 제2항),²⁶⁾²⁷⁾ 이에 대해서는 법정기한 내에 하도급대금을 모두 지급할 의무가 있는 것이다. 위 판결은 전산재고에 관하여도 대금지급의무가 발생함을 명확히 판단한 것으로 그 의미가 적지 않다.

다음으로 공정거래위원회가 전산재고 부분에 관하여 부과한 ‘하도급대금과 그 지연 이자를 지급하라’는 작위명령과 관련한 법적쟁점에 대하여 살펴본다.

26) 이 조항의 구체적인 의미에 관하여 대법원 2002. 11. 26. 선고 2001두3099 판결은 ‘... 민사상 대금 채무의 발생과 소멸은 하도급법의 영역이 아니라 민사법의 영역에 속하는 점 등을 종합하면...(중략)... 검사에 합격한 것으로 봄으로써 하도급법이 적용되는 범위 안에서는 그로 인한 대금채무도 발생한 것으로 본다는 의미’라고 판시하였다; 이와 같이 하도급법의 규율 내용을 민법적 관점에서 고찰한 문헌으로는 服部育生, “下請法の運用と私法上の考慮要因”, 公正取引 第549号, 財團法人 公正取引協會, 1996, 34면 이하 참조.

27) 위 조항에 대한 비판 내지는 제한적 해석을 시도하는 견해는 하도급법은 사법이 아니라 공법이므로 공법상의 의무위반을 이유로 사법상 채무부담이라는 불이익을 가한다는 것 자체가 법체계상으로도 납득하기 어렵다고 한다(공법상 통지의무 불이행이 사법상 채권 발생원인이 된다는 것도 부자연스럽다고 할 것임). 이기택, “가. 하도급대금의 발생 및 지급지연과 같은 하도급거래 공정화에 관한 법률 제13조 등의 위반행위가 있었으나 그 결과가 더 이상 존재하지 않는 경우, 같은 법 제25조 제1항 소정의 시정명령을 할 수 있는지 여부(소극), 나. 하도급거래 공정화에 관한 법률 제9조 제2항의 “원사업자가 수급사업자로부터 목적물을 수령하고도 정당한 사유 없이 10일 이내에 수급사업자에게 서면으로 검사결과를 통지하지 아니한 경우에는 검사에 합격한 것으로 본다.”는 규정의 취지”, 대법원판례해설 43호, 법원도서관, 2003, 30~49면.

3. 원고는 합성메데아 등 12개 수급사업자에게 제조위탁하고 목적물을 수령한 후 법정지급기일이 초과하였음에도 불구하고 지급하지 아니한 아래 표 기재 금액 중 하도급대금과, 이 금액에 대하여 법정지급기일을 초과한 날부터 실제로 지급하는 날까지의 기간에 대한 지연이자(이자율은 연리 25%를 적용)를 지체 없이 지급하여야 한다.

위 시정명령(작위명령)과 관련하여 검토해야 할 세 가지 쟁점이 있다.

첫째, 심의절차 종결 이전에 해당 하도급대금 등이 이미 지급되었는데 공정거래위원회가 이러한 사실을 인지할 수 없었다 하더라도 시정명령이 위법한지의 문제이다. 둘째, 만일 공정거래위원회가 심의절차 종결 이전에 해당 하도급대금 등이 이미 지급되었다는 사실을 인지한 경우 어떠한 시정명령이 가능한지의 문제이다. 이는 위반행위로 인한 결과가 이미 시정된 상태이므로 작위명령은 불가능하더라도 장래를 향한 재발방지명령(장래를 향한 부작위명령)은 가능한지 여부의 문제이다. 셋째, 수급사업자가 민사소송에서 하도급대금에 대한 지연이자를 상사법정이율 연 6%로 청구한 경우 공정거래위원회는 어떤 지연이자율을 적용해야 하는가의 문제이다.

첫 번째 문제를 살펴본다. 전통적으로 판례는 처분의 효력발생시점을 상대방에 대한 도달시점으로 판단하면서²⁸⁾ 항고소송에 있어 처분의 위법성 여부는 행정처분이 있을 때의 법령과 사실 상태를 기준으로 판단하여야 하며, 법원은 행정처분 당시 행정청이 알고 있었던 자료뿐만 아니라 사실심 변론종결 당시까지 제출된 모든 자료를 종합하여 처분 당시 존재하였던 객관적 사실을 확정하고 그 사실에 기초하여 처분의 위법 여부를 판단하여야 한다고 일관하고 있다.²⁹⁾ 이러한 판례를 그대로 적용하면 이 사건과 같이 공정거래위원회 심의 후 의결서가 피심인에게 송달되기 전까지의 기간 동안 피심인이 위반행위를 자진시정한 경우 사후적으로 공정거래위원회의 시정명령 등이 위법하게 되는 문제점이 발생한다. 공정거래위원회 실무상 심의일, 의결서 작성일, 의결서 송달일 간에 상당한 시간적 간격이 존재하기 때문에 발생하는 문제이다. 이 사건 역시 대법원은 “하도급법 위반행위의 결과가 이미 시정된 상태에서 그 위반

28) 대법원 2004. 4. 9. 선고 2003두13908 판결 등. 따라서 공정거래위원회의 의결서가 피심인에게 송달된 시점에 시정명령과 과징금 납부명령의 효력이 발생한다는 것이다.

29) 대법원 1981. 12. 8. 선고 80누412판결; 대법원 1993. 5. 27. 선고 92누19033판결 등.

행위를 대상으로 발하여진 피고의 시정명령이 위법하다고 본 원심의 판단은 옳고, 피고가 그 주장과 같은 경위로 이 사건 시정명령 당시 그 위반행위가 시정된 사실을 알지 못하였다 하더라도 달리 볼 수 없다”고 하여 기존의 판례 입장을 유지하였다.

그러나 이러한 대법원의 판단이 과연 타당한지 실무상 의문이 있다. 공정거래위원회 처분은 여타 일반적인 행정처분과 같이 보기 어렵고 오히려 사법절차와 유사한 측면이 있기 때문이다. 부연하면, 심의절차는 심사관이 사건조사를 개시하고 심사보고서를 전원회의 또는 소회의에 제출하면서 개시되는데, 심의절차에서는 심사관과 피심인이 공격과 방어에 주체로서 대등한 당사자의 지위에 있고, 위원들은 제3의 중립적인 지위에서 사건에 대한 실체적 진실과 위법성을 평가하고 판단한다. 사건절차규칙에서는 심사보고서에 대한 피심인의 의견서 제출기회 보장, 심의기일지정·통지 및 피심인의 출석권 보장, 피심인의 모두진술권·증거조사신청권·최후진술권 등 피심인의 방어권을 실질적으로 보장하고 있는 바, 피심인은 이와 같은 권리를 행사하여 심의과정에서 자신에게 유리한 모든 증거를 제출할 수 있는 것이다.

또한 현실적으로 공정거래위원회가 고려할 수 있는 증거는 심의절차 종결시까지 심사관 및 피심인이 제출한 자료 및 진술에 의하여 현출된 사항에 한정될 수밖에 없다.³⁰⁾ 왜냐하면 심의종결 후 실제로 의결서가 작성되어 피심인에게 송달될 때까지 상당한 기간이 소요될 수밖에 없는데, 이 기간 동안 피심인이 스스로 법 위반행위를 시정할 경우 공정거래위원회로서는 피심인이 이러한 사실을 명확하게 고지하지 않는 한 현실적으로 파악하는 것이 불가능하기 때문이다. 만약 피심인이 공정거래위원회 의결을 소송절차에서 취소할 목적으로 의결일 전에 시정행위를 한 사실을 의도적으로 묵비하거나, 의결일 이후 의결서 도달 전에 비로소 시정행위를 한다면 그 폐해는 더 크다. 한편 공정거래위원회는 사건절차규칙에 따라 사건의 심의절차에서 피심인에게 심사보고서 사전송부제도, 심사보고서 첨부자료 열람·복사신청제도 등을 통해 충분한 공격방어 기회를 제공하고 있고, 심의기일 출석권 및 증거조사신청권 등 심의종결 이전에 자신에게 유리한 자료를 제출하고 주장할 수 있게 하고 있으므로, 공정거래위원회의 의결에 있어서 심의절차 종결시까지의 사실관계를 기준으로 한다고 하더

30) 이는 민사소송에서 사실심 변론종결시가 기판력의 표준시가 되는 것과 유사하다고 볼 수 있다. 공정거래위원회 사건절차에 있어서도 사실심 변론종결시처럼 의결의 기초가 되는 주장과 입증자료의 제출 기한을 정하는 제도를 고려할 필요가 있다.

라도 피심인에게 특별히 불리한 것도 아니다.

이와 같이 공정거래위원회 심결절차가 법원의 재판절차와 유사하게 ‘대심적 구조’를 기본으로 하고 있다는 점, 피심인이 공정거래위원회의 처분을 무력화하기 위한 수단으로 악용될 우려가 있다는 점 등을 고려하면 결국 공정거래위원회가 시정명령을 함에 있어서 위반행위 결과의 지속 여부를 확인해야 할 최종시점을 심의절차 종결 시점까지로 파악하는 것이 공정거래위원회의 법 위반사건 심의 및 의결절차에 부합하는 타당한 법 해석이라고 생각한다. 다만 현재로서는 위 대법원 판결이 유지되는 한 공정거래위원회는 처분 당시(이의신청 포함) 최대한 정확하게 사실관계를 확인하여 시정명령(지급명령의 금액 등)의 내용을 신중하게 결정할 수밖에 없다.³¹⁾

두 번째 문제를 살펴본다. 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’이라 한다.)의 경우는 대법원이³²⁾ “공정거래법에 의한 시정명령이 지나치게 구체적인 경우 매일 매일 다소간의 변형을 거치면서 행해지는 수많은 거래에서 정합성이 떨어져 결국 무의미한 시정명령이 되므로 그 본질적인 속성상 다소간의 포괄성·추상성을 떨 수밖에 없다 할 것이고, 한편 시정명령 제도를 둔 취지에 비추어 시정명령의 내용은 과거의 위반행위에 대한 증지는 물론 가까운 장래에 반복될 우려가 있는 동일한 유형의 행위의 반복금지까지 명할 수는 있는 것으로 해석함이 상당하다.”고 판시하여, 장래를 향한 부작위명령이 인정된다. 그런데 하도급법은 시정조치에 관한 규정형식이 공정거래법과 다소 차이가 있어 장래를 향한 부작위명령이 가능한지 의문이 있다.

31) 이 사건 대법원 판결이 선고된 이후, 공정거래위원회는 실무상 심의·의결단계에서 피심인에 대하여 심의절차 종료 이후 자진시정 등 사정이 변경된 경우에는 공정거래위원회에 통보하라고 고지하고 있으며, 의결서 발송 전에 다시 한번 자진시정 여부를 확인하고 있으나, 만일 피심인이 악의적으로 공정거래위원회에 고지하지 않거나 사실을 은폐하는 경우에는 공정거래위원회 처분이 위법하게 되는 문제가 여전히 존재하므로 근본적인 대책이라고 보기에 미흡한 면이 없지 않다.

32) 대법원 2003. 2. 20. 선고 2001두5347 판결.

<표 1> 공정거래법과 하도급법 비교

| 공정거래법 제24조 | 하도급법 제25조 제1항 |
|--|---|
| 공정거래위원회는 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항에 위반하는 행위가 있을 때에는 당해 사업자에 대하여 당해 불공정거래행위의 중지, 계약조항의 삭제, 시정명령을 받은 사실의 공표 기타 시정을 위한 필요한 조치를 명할 수 있다. | 공정거래위원회는 제3조(서면의 교부 등) …(중략)… 제20조(탈법행위의 금지)의 규정에 위반한 발주자 및 원사업자에 대하여 하도급대금의 지급, 법위반행위의 중지 기타 당해 위반행위의 시정에 필요한 조치를 권고하거나 명할 수 있다. |

즉 공정거래법은 ‘기타 시정을 위한 필요한 조치’라고 규정하고 있어 장래를 향한 부작위명령의 근거를 두고 있는 반면, 하도급법은 ‘당해 위반행위의 시정’이라고 규정하고 있어서 과거 또는 현재의 법위반상태에 대한 작위명령만이 가능한 것으로 해석될 소지가 있었다. 위 문제가 쟁점이 된 대우건설 사건에서 서울고등법원³³⁾은 재발방지명령을 인정하였으나, 대법원³⁴⁾은 다음과 같은 이유로 원심을 파기하였다. “원심은 하도급법 제25조 제1항에 의한 시정명령의 경우에도 위반행위에 대한 중지는 물론 가까운 장래에 반복될 우려가 있는 동일한 유형의 행위의 반복금지를 명할 수 있다고 전제한 다음, 원고가 현재 또는 가까운 장래에 이 사건과 동일한 유형의 하도급법 위반행위를 반복하거나 반복할 우려가 있다고 보아 이 사건 시정명령은 적법한 것으로 판단하였으나, 원고가 수급사업자와 정산합의를 하고 문제가 된 하도급대금 및 지연이자의 지급을 완료하여 위반행위의 결과가 더 이상 존재하지 않음에도 ‘이 사건 각 위반행위와 같은 행위를 다시 하여서는 아니 된다.’고 명하는 내용의 이 사건 시정명령을 한 것은 ‘하도급법 제13조, 제16조 등의 위반행위가 있었다라도 그 위반행위의 결과가 더 이상 존재하지 아니한다면, 하도급법 제25조 제1항에 의한 시정명령을 할 수 없다고 보아야 한다.’³⁵⁾는 법리에 비추어 보면 위법하다”고 판시하여 하도급법에서는 장래를 향한 재발방지명령이 불가능하다고 입장을 정리하였다.

위 판결이 선고된 후 벌점 관리 및 상습법위반업체에 대한 가중제재의 필요성, 위반행위 결과가 더 이상 존재하지 않는 경우에도 시정명령을 통해 유사한 행위의 재발을 막을 필요성 등을 고려하여 2011. 3. 11. 하도급법 제25조를 개정하여 입법적으로

33) 서울고등법원 2008. 10. 8. 선고 2008누8316 판결.

34) 대법원 2010. 11. 11. 선고 2008두20093 판결.

35) 대법원 2002. 11. 26. 선고 2001두3099 판결; 2010. 1. 14. 선고 2009두11843 판결 등.

해결하였다.

제25조(시정조치) ①조까지, 제12조의2, 제12조의3, 제13조, 제13조의2, 제14조부터 제16조까지, 제16조의2제4항 및 제17조부터 제20조까지의 규정을 위반한 발주자와 원사업자에 대하여 하도급대금 등의 지급, 법 위반행위의 중지, 향후 재발방지, 그 밖에 시정에 필요한 조치를 권고하거나 명할 수 있다.

세 번째 문제를 살펴본다. 이 쟁점은 대법원 2010. 10. 28. 선고 2010두16561 판결³⁶⁾에서 문제되었다. 수급사업자는 하도급대금과 지연이자를 지급받지 못하자 공정거래위원회에 신고함과 동시에 민사소송을 제기하였는데, 공정거래위원회는 (주)신고려의 미지급하도급대금을 48,401천 원(미지급하도급대금 28,310천 원, 추가공사대금 20,481천 원)이라고 의결하였다.³⁷⁾ 그 후 제1심인 대구지방법원은 “(주)신고려는 수급사업자에게 35,670천 원과 이에 대하여 2008. 1. 11.부터 2009. 11. 11.까지는 연 6%, 그 다음날부터 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라”고 판결하였는데, (주)신고려의 항소포기로 2009. 12. 2. 그 판결이 확정되었다.³⁸⁾ 한편 위 시정명령에 대한 취소소송에서 원심은³⁹⁾ “하도급법 제25조 제1항에 의한 공정거래위원회의 시정명령이 적법하려면 시정명령 당시까지 같은 법 제13조 등의 위반행위의 결과가 남아 있어야 한다는 법리를 적용하면, 시정명령 중 33,091천 원 및 이에 대하여 2008. 3. 11.(목적물 수령일)부터 2009. 11. 11.(민사법원 판결일)까지는 연 6%, 그 다음날부터 완제일까지 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 초과하여 지급을 명한 부분은 위법하다”고 판결하였다. 공정거래위원회는 이에 대해 상고하였는데, 대법원은 “하도급법의 목적 및 적용범위 등을 종합하면 ... (중략)... 하도급대금의 지연손해금은 하도급법 제13조 제8항에 따라 공정거래위원회가 정하여 고시한 이율(이하 ‘고시이율’)에 의할 것이고, 그 한도에서 민법 또는 상법상의 법정이율이나 그에 대한 보다 일반적인 특례인 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항에서 정한 이율(이를 합하여 ‘법정이율’)

36) (주)신고려의 하도급법 위반행위에 대한 건(공정거래위원회 2008. 11. 11. 소회의 의결 제2008-302호).

37) 공정거래위원회 2008.11. 11. 소회의 의결 제2008-302호.

38) 대구지법은 미지급대금은 33,000천 원, 추가공사대금 20,091천 원을 합한 금액에서 수급사업자의 지체상금 20,000천 원을 상계처리한 33,091천 원으로 판결한 것이다.

39) 서울고등법원 2010. 6. 10. 선고 2008누36694 판결. 이 판결은 어음할인료 미지급에 대한 판단에서 “하도급법 제13조 제6항의 어음할인료의 지급의무는 강행규정으로서 이에 반하는 당사자간의 합의는 그 효력이 없다.”고 판시하였는데, 이 부분은 대법원에서 그대로 확정되었다. 하도급법 제13조 제6항이 강행규정으로서 당사자의 합의로 그 적용을 배제할 수 없음을 선언한 최초의 판결이다.

은 적용되지 않는다. 그러므로 수급사업자는 하도급법에 의한 고시이율에 좇은 지연손해금의 지급을 청구할 실체법상의 권리를 가지는 것이며, 수급사업자가 고시이율과 법정이율의 차이에 상응한 부분의 지연손해금을 포기하여 그 권리를 상실하였다는 특별한 사정이 없는 한 공정거래위원회의 시정명령 이후에 수급사업자의 원사업자에 대한 하도급대금지급청구소송에서 법정이율에 의한 지연손해금의 지급을 명하는 확정판결이 있었다고 하더라도 이는 수급사업자의 실체법적 권리 그 자체에 영향이 있는 것은 아니므로 그러한 사정만으로 공정거래위원회의 시정명령 중 고시이율에 의한 지연손해금의 지급을 명한 부분이 위법하게 되는 것은 아니다.”라고 판결하면서 원심을 파기 환송하였다. 이 판결은 하도급법의 요건을 충족하는 하도급거래에서 원사업자가 지급해야 할 지연이자를 산정함에 있어서는 민법, 상법, 소송촉진 등에 관한 특례법이 정한 이자율보다 하도급법상 지연이자율⁴⁰⁾이 우선 적용됨을 분명히 한 것이다. 하도급법의 민사특별법적 성격을 인정한 의미 있는 판결이라고 평가된다. 다만, 공정거래위원회가 상고이유로 주장한 하도급법 제13조 제8항의 강행법규성에 대하여 명시적인 판단이 없는 것은 아쉬움으로 남는다.

다. 어음할인료 회수의 탈법행위 해당여부

1) 당사자들의 주장과 판결 내용

원고는 먼저 수급사업자로부터 어음할인료를 회수한 것은 하도급법의 적용을 면탈하기 위한 것이 아니었다고 주장하였다. 원고는 공정거래위원회의 서면실태조사에 따라 하도급법을 준수하는 차원에서 어음할인료를 자진하여 지급하였으나, 당시의 원자재 가격 폭등, 환율하락 및 유가급등에 기인한 원고의 경영상의 어려움으로 인하여 수급사업자들에게 협조를 요청하였고, 그에 대한 수급사업자들의 자진참여와 적극적인 동의하에 어음할인료를 반환받은 것일 뿐이라는 주장이다.

40) 공정거래위원회의 「선급금 등 지연지급시의 지연이율 고시」(고시 제2009-60호, 2009. 9. 15. 개정)는 ‘법 제6조(선급금의 지급) 제2항, 법 제11조(부당감액의 금지) 제3항, 법 제13조(하도급대금의 지급 등) 제8항, 법 제15조(관세등 환급금의 지급) 제3항의 규정에 의하여 선급금 등을 지연 지급하는 경우 적용되는 지연이율을 연 20%로 한다고 규정하고 있다. 종래의 지연이율은 연 25%였으나, 2009. 9. 15.자로 연 20%로 고시를 개정하였다; 한편 일본은 연 14.6%로 정하고 있다(하청대금지불지연등방지법 제4조의2 규정에 의한 지연이자율에 관한 규칙). 이에 대하여 하도급계약에서 14.6% 보다 낮은 이율로 정하는 것은 무효이나, 보다 높은 이율로 정하는 것은 다른 법령에 반하지 않는 한 유효라고 한다. 위 今村成和 外 3, 735쪽.

또한 하도급법 위반행위에 대한 과징금 부과기준은 하도급법 시행령 [별표 2]에서 구체적으로 정하고 있는데, 원고의 어음할인료 회수행위는 [별표2] 제2항 가목 (1) 위반행위의 유형별 부과점수 제2호에 해당되지 않으며, 하도급거래 공정화지침에 규정된 탈법행위 요건⁴¹⁾에도 해당되지 않는다고 주장하였다. 즉, 원고의 행위는 위 시행령 규정과 하도급거래 공정화지침에서 정하고 있는 요건인 ‘공정거래위원회의 시정조치에 따라’ 어음할인료 등을 지급한 것이 아니라, 공정거래위원회의 시정조치와 무관하게 일단 어음할인료를 지급하였다가 그 이후에 이를 회수한 것이므로 시행령 등이 정한 탈법행위에 해당하지 않는다고 주장하였다.

「하도급법 시행령」(2008.9.23. 대통령령 제21031호로 개정 전의 것)

제14조의2(과징금 부과기준)

- ①법 제25조의3의 규정에 의한 과징금의 금액은 별표 2의 기준을 적용하여 산정한다.
- ②공정거래위원회가 과징금을 부과함에 있어서는 사업자의 사업규모 및 납부능력, 위반행위의 정도 및 횟수 등을 참작하여 제1항의 규정에 의한 과징금의 금액을 감면할수 있다.
- ③이 영에 규정된 것 외에 과징금의 부과에 관하여 필요한 사항은 공정거래위원회가 정한다.

[별표 2] 과징금부과기준(제14조의2 제1항 관련)

1. 일반기준

- 가. 과징금의 금액은 당해 위반행위의 유형, 위반금액의 비율, 위반행위 유형의 수 및 과거의 위반전력 등 4가지 요소를 감안하여 과징금 부과율을 정하고, 이를 상한금액(하도급대금의 2배)에 곱하여 산정한다.
- 나. 과징금 산정의 기준이 되는 하도급대금은 당해 하도급거래에 있어서의 계약금액(계약금액이 변경된 경우에는 변경된 계약금액을 말한다)으로 하며, 계약서를 작성하지 아니한 경우에는 하도급거래에 있어서 실제로 발생한 금액으로 한다.

2. 세부산정기준

- 가. 과징금부과를 위한 세부평가기준

41) 하도급거래 공정화지침 III. 18 탈법행위의 금지(법 제20조)

원사업자의 탈법행위를 예시하면 다음과 같다.

- 가. 공정거래위원회의 시정조치에 따라 하도급대금 등을 수급사업자에게 지급한 후 이를 회수하거나 납품대금에서 공제하는 등의 방법으로 환수하는 행위
- 나. 어음할인료·지연이자 등을 수급사업자에게 지급한 후 이에 상응하는 금액만큼 일률적으로 단가를 인하는 행위

(1) 위반행위의 유형별 부과점수

| 위반행위의 유형(A) | 적용법조 | 부과점수 |
|--|--------|------|
| 2. 법 제20조를 위반한 때 가. 법 제25조의 규정에 의한 공정거래위원회의 시정조치에 따라 수급사업자에게 하도급대금 등을 지급한 후 이를 회수하거나 납품대금에서 공제하는 등의 방법으로 환수한 때 나. 법 제11조제3항, 제13조제8항, 제15조제3항 및 제16조제4항에 따른 이자 또는 제6조제3항 및 제16조제4항에 따른 어음할인료 등을 수급사업자에게 지급한 후 이에 상응하는 금액만큼 일률적으로 단가를 인하하는 행위 다. 그 밖에 가목 및 나목에 준하는 탈법행위로서 공정거래위원회가 정하여 고시하는 행위 | 법 제20조 | 100 |

그러나 원심은

“어음할인료의 회수는 피고의 2003년부터 시작된 원고에 대한 하도급거래 서면실태 등 조사시 피고의 지시로 지급하였던 것을 그 후 원고의 사장인 소외 43이 부하 직원들에게 지시하여 수급사업자들에게 현금으로 반환하도록 요구하여 이루어진 것이고, 그 반환실적도 보고하도록 한 사실, 원고는 위와 같이 반환받은 현금의 일부만 영업비용으로 사용하고 나머지는 그대로 보관한 사실 등을 인정할 수 있고, 갑 제3호 증의 1 내지 10 각 기재나 소외 42의 일부 증언만으로는 이를 뒤집기에 부족하므로, 이와 같은 사정에 원고와 수급사업자들의 관계와 경제적 지위 등에 비추어 보면, 수급사업자들이 이를 자진해서 반환한 것으로는 볼 수 없다. 또한 위 어음할인료는 위와 같이 하도급거래 서면조사시 피고의 지시에 따라 원고가 수급사업자들에게 지급하였던 것을 다시 회수한 것이므로, 이와 같은 사실관계에 기초하여 과징금 고시에서 정한 해당 부과기준율을 그대로 적용한 것은 정당하다.”

라고 판시함으로써 원고의 주장을 모두 배척하고, 대법원도 원심을 그대로 확정하였다.⁴²⁾

42) 공정거래위원회만 상고하였으므로, 대법원은 이 부분에 대하여 명시적인 입장을 밝히지는 않았다.

2) 평석

원고는 수급사업자들이 자진 협조하여 원고에게 어음할인료 등을 반환한 것이라는 주장을 뒷받침하기 위하여, 소송과정에서 수급사업자들의 확인서를 다수 제출하였다. 원심은 이에 대하여 위 확인서의 기재로는 수급사업자들이 자진하여 반환한 것으로 볼 수 없다고 하였는데, 이는 원사업자와 수급사업자의 현실적 교섭력 차이를 고려한 것으로 타당한 판단이라고 본다.

이와 관련하여 수급사업자의 '진의'를 판단하는 방법에 관하여 추가로 살펴본다.

대법원 2003. 5. 16. 선고 2001다27470 판결은 하도급법상 '의사에 반하여'의 개념을 제시하였는데, "하도급법 제17조는 '의사에 반하여' 하도급대금을 물품으로 지급하는 것을 금지하고 있는바...(중략)... 열위적 지위에 있는 수급사업자가 원하지 않음에도 원사업자의 의사에 따라 하도급대금을 물품으로 지급하는 것에 동의 또는 승낙하는 경우에는 '의사에 반하여' 지급한 것에 해당한다고 할 것이고 다만, 그 경우 무효 또는 취소할 수 있는 정도의 강박에 의한 것임을 요하는 것은 아니라고 할 것"이라고 하여 내심의 의사를 중시함으로써 민법 제107조의 '진의 아닌 의사표시', 제110조의 '강박에 의한 의사표시' 보다 완화하여 해석하였다. 하도급거래에서 수급사업자의 열위적 지위를 고려한 것으로 생각된다. 이 판결은 종래 대법원이 민법 제107조의 '진의'에 관하여 '특정한 내용의 의사표시를 하고자 하는 표의자의 생각을 말하는 것이지, 표의자가 진정으로 마음속에서 바라는 사항을 뜻하는 것은 아니다'라고 판결⁴³⁾해 온 것과 많은 차이가 있다. 위 2001다27470 판결은 기존의 판결들과는 달리 수급사업자의 열위적 지위를 고려하여 표시상의 효과의사 외에 내심의 의사까지도 고려할 수 있는 가능성을 열어둔 것이다.

나아가 법원은 설사(표시상의 효과의사인) 합의가 존재한다 하더라도 이로써(수급사업자의 내심의 의사를 더욱 존중하여) 하도급법 위반행위를 정당화할 수 없다는 취지의 판결이 있어 주목된다. (주)대우건설의 하도급법 위반행위에 관한 서울고등법원 2008. 10. 8. 선고 2008누8316 판결은 물가변동에 따른 하도급대금의 조정을 하도급법

43) 대법원 1996. 12. 20. 선고 95누16059 판결; 대법원 2000. 4. 25. 선고 99다34475 판결; 대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다51919,51926 판결; 대법원 2003. 4. 25. 선고 2002다11458 판결 등.

규정과 달리 사후에 일괄정산하기로 수급사업자와 합의하였다는 원고의 주장을 배척하면서, “설령 원고와 수급사업자 사이에 위와 같은 내용의 사전합의가 있었다고 하더라도, 하도급법 제13조, 제16조가 수급사업자를 보호하기 위한 규정인 점, 하도급법 제21조 제2항이 ‘수급사업자는 원사업자의 이 법 위반행위에 협조하여서는 아니 된다.’라고 규정하고 있는 점 등에 비추어 보면, 그러한 사정만으로는 원고의 위와 같은 행위가 하도급법 위반행위에 해당하지 않는다고 볼 수도 없다.”라고 판시하였다. 실무상 원사업자는 수급사업자의 합의를 자신의 위법한 행위를 정당화하기 위한 수단으로 활용하는 경우가 종종 있는데, 자발적인 합의가 있었는지 여부도 의문스럽지만, 설사 합의가 있더라도 하도급법 제21조 제2항을 법리적 근거로 하여 위법성을 인정할 수 있다는 점에서 의미가 있는 판결이라고 본다.⁴⁴⁾

또한 현대자동차(주)의 하도급법 위반행위에 관한 건⁴⁵⁾에 대한 대법원 판결⁴⁶⁾ 또한 원사업자가 일괄적인 단가인하에 관하여 수급사업자와 합의하였다고 주장하면서 제출한 확인서 및 수급사업자의 증언에 대하여 “수급사업자들이 원고의 확인서 작성 요구를 거절하거나 원고에게 불리한 내용의 증언을 하기는 쉽지 아니할 것으로 보이는 점을 보태어 보면, 위 확인서들의 기재와 위 증인의 증언은 그대로 믿기 어렵다”고 판시한 바 있다.

결국 위와 같은 판결들에 대하여는 처분문서의 증명력에 관한 기존 대법원 입장과 충돌된다는 지적도 가능하겠으나, 수급사업자의 진의를 판단하기 위해서는 합의서 등의 문서에만 국한되어서는 안 된다는 점을 시사하는 것은 분명하다.⁴⁷⁾

그런데 이와 같이 수급사업자의 진의에 반한다고 인정되어 하도급법에 위반된다고

44) 공정거래위원회는 ‘부당한 하도급대금 결정 및 부당감액에 대한 심사지침(2007. 7. 25. 제정)’에서 ‘합의(서)가 존재하더라도 합의의 진정성이 인정되지 아니하는 경우에는 위법하다고 본다’고 하면서, 당사자들이 대금결정 과정에서 충분한 협의를 거쳤는지 여부 등을 기준으로 판단하도록 정하고 있고, 몇 가지 예시도 들고 있다. 그러나 하도급법 위반 사건의 경우 원사업자를 공정거래위원회에 신고한 수급사업자가, 정작 과징금 등을 부과받은 원사업자가 제기한 취소소송에서 원사업자에게 유리하게 증언하거나, 원사업자의 주장에 부합하는 합의를 사후에 제출하는 경우가 많아서 그 판단은 여전히 어려운 문제로 남아 있다.

45) 2008. 1. 3. 전원회의 의결 제2008-001호.

46) 대법원 2011. 3. 10. 선고 2009두1990 판결.

47) 공정거래위원회는 「부당한 하도급대금 결정 및 부당감액에 대한 심사지침」(2007. 7. 25. 제정)에서 ‘합의(서)가 존재하더라도 합의의 진정성이 인정되지 아니하는 경우에는 위법하다고 본다’고 하면서, 당사자들이 대금결정 과정에서 충분한 협의를 거쳤는지 여부 등을 기준으로 판단하도록 정하고 있고, 몇 가지 예시도 들고 있다.

판단되는 경우에 그에 대한 사법적 효력은 어떠한지가 문제된다. 우리 판례 중 하도급법 위반행위의 사법상 효력을 부인한 판례는 거의 없고,⁴⁸⁾ 대체로 유효하다고 보고 있다.⁴⁹⁾ 대법원 2000. 7. 28. 선고 2000다20434 판결은 하도급법 제16조(설계변경 등에 따른 하도급대금의 조정)에 위반된 하도급 약정도 사법상 유효하다고 보았고, 대법원 2003. 5. 16. 선고 2001다27470 판결⁵⁰⁾은 하도급법 제17조(부당한 대물변제 금지)에 위반된 계약의 사법상 효력을 유효하다고 판시하였다. 일본 판례도 하청법 위반행위의 사법적 효력을 유효하다고 판시하고 있다. 일본 하청법 제4조 제1항 제3호⁵¹⁾ 위반 사건에서 그 하도급계약이 신의칙 또는 공서양속에 위반되어 무효인 것은 아니라고 하였고,⁵²⁾ 감액한 하도급 대금을 소급적용하는 합의도 유효하다고 판시하였다.⁵³⁾

하도급법은 규제법령 중에서도 사적 거래에 깊이 개입하는 것임에도 판례가 대체로 그 위반행위의 사법적 효력을 인정하는 기저에는 엄격한 공사법 준별론이 자리잡고 있는 것으로 보인다. 그러나 계약자유 원칙의 전제인 자기결정권이 보장되기 위해서는 당사자들 간의 힘의 균형이 확보되어야 하며,⁵⁴⁾ 그런 점에서 계약자유와 계약공정은 ‘창과 방패’의 관계에 있는 것이다.⁵⁵⁾ 또한 사법상의 거래에 적극적으로 개입할 목적으로 제정된 법령의 경우 이에 위반하는 법률행위는 법 제정취지를 고려하여 원칙적으로 무효로 보아야 한다.⁵⁶⁾ 종래 엄격히 구분되던 공·사법 관계는 상호 보완하고 지원하는 관계로 변화하고 있다는 점, 시장질서의 유지가 하도급법의 목적이라는

48) 유일하게 서울고등법원 2010. 6. 10. 선고 2008누36694 판결은 어음할인료 미지급에 대한 판단에서 “하도급법 제13조 제6항의 어음할인료의 지급의무는 강행규정으로서 이에 반하는 당사자간의 합의는 그 효력이 없다.”고 판결하였다.

49) 위와 같이 실무에서 행정법규에 위반한 법률행위라도 가급적 유효하다고 보려는 이유에 대하여는 김재형, 「법률에 위반한 법률행위 - 이른바 강행법규의 판단기준을 중심으로」, 『민법론 I』, 박영사, 2004, 42쪽 참조.

50) 이에 대한 평석으로는 최복규, 「부동산 대물변제 방식에 의한 선급금지급의 유효여부」, 『대법원판례해설』 44호, 법원도서관, 2004, 388~423쪽 참조.

51) 우리 하도급법 제11조(부당감액금지)에 해당.

52) 富山地裁高岡支部 昭和 62(1987). 10. 15(판례집미등재). 服部育生, 「下請法違反の私法上の效力」, 『ジュリスト臨時増刊』 第935号, 有斐閣, 1986, 218쪽 이하는 이 판례를 비판하면서, 위 규정은 효력규정에 해당하고, 하청법은 일반 불공정행위와 달리 형식적 기준에 의하여 판단하므로 무효라고 판단하여도 원사업자에게 불측의 손해가 생기지 않는다는 점을 지적한다.

53) 東京地裁 昭和 63(1988). 7. 6(判例時報 1309호 109쪽). 소급적용의 합의가 소급적용의 기간, 감액의 정도 등을 고려할 때 하청법 제4조 제1항 제3호의 취지에 비추어 부당성이 강한 경우에는 공서양속에 위반될 수 있으나, 그렇지 않은 경우에는 제3호에 저촉된다는 것만으로는 합의가 무효로 되지 않는다고 판시하였다. 평석으로는 岡田外司博, 「下請單價改定の合意の效力と下請法: 東洋電装事件」, 『ジュリスト臨時増刊』 第957号, 1989, 227쪽 이하.

54) 권오승, 「계약자유와 계약공정」, 『계약법의 제문제』, 고시계사, 1988, 63쪽.

55) 권오승, 『민법의 쟁점』, 법원사, 1990, 311쪽.

56) 위 김재형, 42~43면.

점 역시 적극적으로 고려할 필요가 있다.⁵⁷⁾⁵⁸⁾

다시 원점으로 돌아가서 탈법행위를 금지하는 시행령규정의 법적 성격을 살펴볼 필요가 있다. 왜냐하면 시행령 규정이 예시규정이라면 원고의 행위는 탈법행위가 될 것이고 제한규정이라고 보는 경우에는 공정거래위원회의 시정조치가 있었는지가 문제되기 때문이다.

이와 관련하여 원심은 시행령의 해당 규정이 제한적 열거규정인지, 예시규정인지 여부에 관하여 판단을 유보하였다. 또한 탈법행위의 요건과 관련하여 이 사건에서 공정거래위원회의 ‘시정조치’가 있었다고 볼 것인지에 대하여도 명확하게 실시하지 않고 대신 하도급거래 서면실태 등 조사시 공정거래위원회의 ‘지시’로 원고가 어음할인료를 수급사업자들에게 지급하였다가 그 후 다시 회수한 것이므로 공정거래위원회의 처분이 정당하다고 하였다. 법원이 명시적인 판단을 보류함으로써 차후 다시 논란의 소지가 될 수 있다는 점에서 아쉽기는 하나, 그 결론은 타당하다고 할 것이다.

피고인 공정거래위원회는 소송과정에서 하도급법 시행령은 위반행위의 유형을 예시하고 그에 대한 과징금 부과기준을 정한 것일 뿐, 과징금 부과대상인 탈법행위의 유형을 제한적으로 열거한 것이 아니라고 하면서 “시행령 [별표 2]의 해당 규정 다목은 ‘그 밖에 가목 및 나목에 준하는 탈법행위로서 공정거래위원회가 정하여 고시하는 행위’라고 하여 가목과 나목이 예시규정임을 간접적으로 밝히고 있는 점, 하도급거래 공정화지침 III. 18.은 탈법행위를 ‘예시’한다고 명시적으로 규정하고 있는 점, 하도급법 제20조가 금지하고 있는 것은 원사업자가 하도급거래와 관련하여 우회적인 방법에 의하여 ‘실질적으로 법의 적용을 면탈하려는 행위’인 점, 원고의 주장대로라면 공정거래위원회가 탈법행위를 규제하기 위해서는 모든 형태를 시행령 등에 정하고 있어야 하는데 이러한 법 해석은 다양한 우회수단을 통한 법 적용의 면탈을 일반적으로 금지하려는 입법 목적과 부합하지 않는다는 점 등을 고려하면 예시규정이라는 것이

57) 大村敦志, 「取引と公序：法令違反行為效力論の再検討(下)」, 『ジュリスト』 제1025호, 有斐閣, 1993, 71쪽 이하; 根岸哲, 「民法と獨占禁止法(上)」, 『法曹時報』 제46권 제1호, 1994, 9쪽 이하는 사법질서와 경쟁질서는 시장질서의 유지를 위하여 상호 밀접하게 연관되어 있다는 점을 지적하고 있다.

58) 반대로 독점금지법의 부당성 판단에 사법상 원리를 원용하는 경우도 있다. 독일의 부정경쟁방지법(UWG)은 ‘경쟁의 공정’을 보호하는 법률인데, 제1조는 그 판단기준으로서 ‘선량한 풍속’ 위반을 규정하고 있다. 이것은 독일 민법 제138조의 일반조항과 연결되며, 독일 판례는 이를 ‘평균적 영업자의 도의관념’으로 해석하고 있다. 정호열, 『부정경쟁방지법』, 삼지원, 1993, 297쪽 이하.

분명해진다.”고 주장하였다.

그러나 탈법행위에 관한 규정은 제한적 열거규정으로 파악하는 것이 타당하다고 본다. 시행령 [별표 2]의 해당 규정 다목은 ‘그 밖에 가목 및 나목에 준하는 탈법행위로서 공정거래위원회가 정하여 고시하는 행위’라고 규정하고 있는데, ‘하도급법 위반 사업자에 대한 과징금 부과기준에 관한 고시’⁵⁹⁾ III. 2.는 정작 탈법행위에 관하여 위 가목과 나목만을 반복하여 규정하고 있을 뿐 다른 경우를 들고 있지 않다. 또한 하도급법 위반행위에 대한 과징금 산정에 관한 규정은 제재의 범위를 정하는 것으로서 그에 대한 명확한 법적 근거가 있어야 한다. 행정법상 법률유보원칙상 과징금 부과라는 제재처분의 요건과 범위에 관하여도 법률상 근거가 요청된다고 볼 수 있다. 따라서 위 탈법행위에 관한 규정은 제한적 열거규정으로 보아야 하는 것이다.

그렇다면 문제는 원고의 어음할인료 지급이 공정거래위원회의 ‘시정조치’에 따른 것인지 여부이다. 하도급법 제25조는 하도급대금등의 지급, 법위반행위의 중지 기타 당해 위반행위의 시정에 필요한 조치를 권고하거나 명할 수 있다고 하여, 시정권고와 시정명령에 관하여 규정하고 있다. 한편 이 사건 심사보고서 및 의결서에는 ‘하도급거래 서면실태조사 및 직권조사시 어음할인료 미지급행위가 적발되자 자진하여 (유)오성금속 등 33개 수급사업자에게 어음할인료 527,137천 원을 지급하였다’고 기재되어 있을 뿐 구체적으로 원사업자에 대한 자진시정 요구⁶⁰⁾ 등이 있었는지는 알 수 없으나 이 사건에서는 하명 즉, 시정명령이 선행되지는 않은 것으로 보인다. 따라서 유추해보건대, 법원은 공정거래위원회의 서면실태조사 등에 따른 자진시정 요구를 시정에 필요한 조치 중 권고에 준하는 것으로서 행정지도 등 사실행위의 일종으로 파악한 듯하다.⁶¹⁾ 결국 원고의 행위는 공정거래위원회의 시정조치에 따라 하도급대금 등을 수급사업자에게 지급한 후 이를 회수한 것이므로 탈법행위에 해당한다고 보아야 한다. 다만 이는 보다 깊은 검토를 요하는 문제이다.

59) 2007. 8. 30. 제정된 공정거래위원회고시 제2007-7호.

60) 실무상 하도급거래 서면실태조사에서 원사업자의 법위반 혐의가 발견된 경우에는 우선 자진시정을 요청하고, 원사업자가 이에 응하지 않는 경우 현장조사를 진행한다. 종래 서면실태조사의 법적 근거를 둘러싸고 다소 논란이 제기되었으나, 2010. 1. 25. 제22조의2(하도급거래 서면실태조사)를 신설하여 입법적으로 해결하였다.

61) 물론 이에 대하여는 반론도 가능할 것이다. 원심은 원고의 위법행위가 적발된 후 공정거래위원회의 어음할인료 지급 ‘지시’가 있었다고 하였을 뿐 ‘권고’가 있었다고 표현하지는 않았다. 결국 원심은 [별표 2] 해당규정이 예시규정이라는 전제에서 반드시 시정조치가 있어야 하는 것은 아니라고 판단했다고 볼 수도 있다. 제한적 열거 규정으로 파악했다면, ‘명령’ 또는 ‘권고’라는 문구를 사용했을 것이기 때문이다.

라. 과징금 산정의 위법성

1) 당사자들의 주장과 판결 내용

원고는 이 사건 행위로 인해 실제로 취득한 이득액, 원고의 영업상태 등에 비추어 볼 때 이 사건 과징금 납부명령은 지나치게 가혹한 것으로 재량권을 일탈·남용하였고, 전산재고분 하도급대금도 지급하였으므로 과징금 산정시 고려했어야 한다고 주장하였다.

원심은 “하도급법상의 과징금 부과처분은 위반행위로 인한 결과가 이미 시정된 경우에도 부과할 수 있는 것으로서 이러한 사정은 과징금 감경사유로 고려할 수 있을 뿐이며, 따라서 이미 지급한 하도급대금 등을 과징금산정의 기준이 되는 하도급대금에서 제외하여야 한다는 원고의 주장은 받아들일 수 없다”고 판단하면서도

“다만 하도급법상의 과징금은 기본적으로 위반행위에 대한 제재적 성격을 가지나, 하도급법 제25조의3 제2항에 의하여 공정거래법 제55조의3을 준용하도록 하고 있어 위반행위로 얻은 불법적인 경제적 이익을 박탈하는 측면도 있다 할 것이므로, 위에서 이 사건 과징금 납부명령이 발해지기 전에 원고가 회수하였던 어음할인료를 모두 반환하였고, 전산재고분 하도급대금도 모두 지급하였으며, 하도급대금 부당감액분, 대봉공업사에 대한 하도급대금 미지급금도 모두 지급하여 상당 부분 위법상태를 자진 시정한 것으로 볼 수 있는 점, 이에 따라 원고가 위 행위사실로 인해 취득한 이득은 상당 부분이 반환되고 남아있지 않게 된 점 등도 피고가 이 사건 과징금을 산정함에 있어 고려하였어야 할 것이라고 하였다. 따라서 공정거래위원회가 이 사건 과징금을 산정함에 있어 위와 같은 사정을 전혀 고려하지 아니하였고 여기에 원고가 중소기업으로 그 영업상태에 비추어 이 사건 과징금을 감내하기가 다소 어려울 것으로 보이는 점 등을 아울러 참작하여 보면, 원고의 위반행위의 내용과 정도, 기간과 횟수, 원고의 조사에 대한 비협조적 태도 등을 고려하더라도 이 사건 과징금 납부명령은 지나치게 무거워 재량권을 일탈·남용한 것”이라고 결론지었다.

한편, 대법원은 하도급법상의 과징금 부과가 제재적 성격을 가진 것이기는 하여도 기본적으로는 하도급거래 공정화에 관한 법률 위반행위에 의하여 얻은 불법적인 경

제적 이익을 박탈하기 위하여 부과되는 것이고, 과징금의 액수는 당해 위반행위의 구체적 태양 등에 기하여 판단되는 그 위법성의 정도뿐 아니라 그로 인한 이득액의 규모와도 상호 균형을 이루어야 하고, 이러한 균형을 상실할 경우에는 비례의 원칙에 위배되어 재량권의 일탈·남용에 해당할 수가 있다고 판결하였다.

2) 평석

종래 공정거래법 상 과징금의 성격에 관하여는 다양한 견해가 제시되고 판례도 다수 선고되었으나, 하도급법상 과징금의 법적 성격에 관해서는 거의 논의가 이루어지지 않았다. 위 판례는 이에 대한 법원의 견해를 처음으로 밝힌 판결로 평가할 수 있다.

그런데 원심은 하도급법상의 과징금이 기본적으로 위반행위에 대한 제재적 성격을 가진다고 판단한 반면, 대법원은 기본적으로는 하도급법 위반행위에 의하여 얻은 불법적인 경제적 이익을 박탈하기 위하여 부과되는 것이라고 판시하였다. 하도급법상 과징금의 기본적인 성격이 무엇인지에 관하여 원심과 대법원은 다소 상반된 입장을 보이고 있는 것이다.⁶²⁾

원심과 대법원은 공통적으로 원고가 불법적으로 얻은 이익의 규모에 비해 과징금 액수가 과다하다고 판단하였는데, 이는 공정거래법과는 다른 하도급법의 특수성을 간과한 것이 아닌가 생각한다. 공정거래법은 위반행위와 관련된 매출액을 기초로 과징금을 산정하는 반면,⁶³⁾ 하도급법 제25조의3은 '위반행위로 인해 취득한 이익의 규모'를 참작해야 한다는 규정은 없기 때문이다. 더구나 하도급법은 하도급대금의 2배를 초과하지 않는 범위 내에서 과징금을 부과할 수 있다고 규정하고 있는 바, 이는 하도급법상의 과징금이 주로 제재적 성격을 가진다는 점을 지지하는 근거가 된다고 본다. 공정거래법상 과징금도 제재적 성격이 점차 강조되어 왔다는 점⁶⁴⁾을 유의할 필요가 있다.

62) 기본적인 성격과 부수적인 성격을 구분하고 기본적인 성격이 무엇인지 하는 문제가 어떤 실천적인 의미를 가지는지 의문이 없는 것은 아니다. 이 사건에서와 같이 기본적 성격을 달리 파악하면서도 공정거래위원회 의 과징금 부과 처분이 위법하다는 결론에는 일치하기 때문이다.

63) 제55조의3(과징금 부과) ① 공정거래위원회는 이 법의 규정에 의한 과징금을 부과함에 있어서 다음 각호의 사항을 참작하여야 한다.

1. 위반행위의 내용 및 정도
2. 위반행위의 기간 및 회수
3. 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등

64) 신현윤, 『경제법』, 제3판, 법문사, 2010, 377~378쪽; 홍대식, 「공정거래법상 과징금제도에 관한 연구」, 서울

이 사건에서 원고의 탈법행위와 그 외 범위반 기간과 내용 등을 고려할 때 공정거래위원회가 산정한 과징금의 액수가 과다하다고는 보기 어렵다. 또한 법원은 원고가 중소기업으로서 영업상태가 좋지 않다는 점을 고려하고 있는데, 부진한 영업상태는 일시적인 현상이고 이를 과징금 산정에 고려해야 한다는 법령의 근거도 없는 이상, 이를 공정거래위원회가 직권으로 참작할 수는 있어도 법원이(과징금부과처분의) 취소 사유로 삼기는 어렵다고 본다.

4. 의의

이 사건은 원사업자의 장기간에 걸친 탈법행위에 대하여 거액의 과징금을 부과한 것으로서 ① 향후 탈법행위 규제에 시금석이 될 수 있는 중요한 사건이라고 평가할 수 있다. 이 사건에서는 ② 규격품이라고 하여 항상 하도급법의 적용이 배제되는 것은 아니며, ③ 원사업자가 수급사업자간 비록 모자회사 관계에 있더라도 연간매출액 또는 상시고용종업원수가 2배를 초과한다면 하도급법이 적용된다는 것을 확인하였다. 그리고 ④ 실무상 종종 문제되는 전산재고분도 납품받은 것으로 인정하고 대금지급 의무가 발생한다고 판단하였다는 의미가 있다. 또한 ⑤ 공정거래위원회 처분의 위법성 판단기준에 관하여 원심결 의결서(혹은 재결서)가 피심인에게 도달하는 시점까지 존재하였던 객관적인 사정은 비록 공정거래위원회가 알지 못했다고 하더라도 법원의 판단자료가 된다는 점을 밝힘으로써 공정거래위원회의 실무에 적지 않은 영향을 미친 사건이다. 공정거래위원회는 대법원의 과기환송 취지에 따라 과징금을 재산정하여 2,063백만 원을 부과하였고, 원고가 이의신청을 제기하여 1,547백만 원으로 감액되었다. 현행 과징금 고시에는 이 사건과 같이 심의 후 의결서 송달 전에 자진시정한 경우에 관한 규정이 존재하지 않으므로, 자진시정의 시기와 금액에 가중치를 부여하여 과징금을 재산정하였다. 근본적으로는 규정을 개정할 필요가 있다고 본다. 그 후 원고는 불복하여 다시 행정소송을 제기하였으나 서울고등법원은 공정거래위원회의 처분이

대학교 법학박사학위논문, 2006, 69쪽 이하는 1996. 12. 30. 제5차 개정에서 두드러진 것은 바로 과징금 관련 규정이 큰 폭으로 개정되었다는 것인데, 이전까지 과징금은 대체로 부당이득 환수적 성격을 위주로 하면서 행정경제적 성격도 가지고 있는 것으로 이해되었으나, 부당이득 환수적 성격이 대폭 완화되었다고 볼 수 있는 법 개정이 이루어졌다고 한다. 박해식, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률상의 과징금에 관한 연구」, 고려대학교 법학석사학위논문, 2001, 61쪽 이하는 사실상 과징금에 관하여 행정경제적 성격으로의 전환이 이루어졌다고 평가하고 있다.

적법하다고 판결하여 확정되었다. 한편 위 판결은 ⑥ 하도급법상 과징금의 법적 성격을 명시적으로 판시한 최초의 판결이다. 다만 대법원의 입장과 달리 하도급법상 과징금은 행정제재적 성격을 기본으로 한다고 판시한 고등법원 판결의 논지가 타당한 것으로 보인다.

마지막으로 ⑦ 하도급법 제23조 제1항에 규정된 조사개시 시효 3년은 통상의 하도급거래에 적용되는 것으로서 하도급거래가 아닌 탈법행위의 경우에는 시효를 별도로 정할 필요가 있다는 지적은 경청할 만하다. 현행 규정에 의하면 이 사건 조사일로부터 3년 이전에 발생한 어음할인료 회수 금액은 하도급법 위반금액에서 제외해야 하는데, 이는 하도급법을 잠탈한 원사업자에게 부당한 혜택을 부여하는 측면이 있기 때문이다.

[26] 삼성전자의 불공정하도급거래행위에 대한 건 의결 제2008-113호

최재원 (변호사)

이 사건은 공정거래위원회가 3년여에 걸쳐 국내 최대 기업의 하도급법 위반행위를 조사심사하여, ① 하도급법집행 사상 최고의 금액인 115억여 원의 과징금을 부과한 사건이다.

대상판결은 ② 서면교부 의무의 규정 취지와 그 위반행위를 정당화할 수 있는 사유의 입증 책임에 대하여 최초로 선언한 판결이다. 또한 대상판결은 하도급법 제4조 제2항 제1호가 금지하는 ③ 소위 ‘단가 후려치기’에 대한 최초의 판결로서, 일정비율로 단가를 인하할 만한 객관적이고 타당한 ‘정당한 이유’로서 ‘거래물량의 현격한 증가 등으로 인한 원자재의 가격 하락 및 노임 하락, 동일한 비용감소 등’이 해당할 수 있음을 설시하였다는 점에서 그 의미가 매우 크다. 나아가 ④ 수급사업자들의 양해를 구하였다거나 사후에 수급사업자들에게 금전보상이나 물량보전을 하였다고 하더라도 부당한 수령지연행위가 된다고 함으로써 하도급법 제8조 제1항 제2호를 엄격하게 해석하고 있다. 또한 ⑤ 원고가 수급사업자로부터 제품 제조상의 정보가 기재된 승인원을 제공받은 행위와 재수급사업자에 대한 실사를 요구한 행위는 경영간섭행위에 해당한다고 판결하였다. 다만 개정 하도급법 제12조의3은 기술자료 요구행위 금지조항을 신설하였으므로, 앞으로 원사업자가 수급사업자에게 승인원을 요구하여 제공받는 행위는 현재 시행중인 하도급법에서는 기술자료 요구행위로 보는 것이 타당할 것이다.

마지막으로 ⑥ 원고법인 자체가 조사방해를 한 것은 아니고 단지 원고의 임직원만이 조사방해를 한 경우에도 이를 이유로 과징금을 가중하거나 감경율을 낮추어 적용할 수 있다고 판시하였다.

대상 판결은 고등법원 판결임에도 불구하고 하도급법의 중요한 쟁점들에 대해 의미 있는 판시를 하였으며, 이후 대법원에서 선고되는 중요한 판결들의 초석이 되었다고 볼 수 있다.

1. 사건개요

가. 시장현황

피심인(무선사업부)의 휴대폰 제조에 필요한 충전기, 배터리, 인쇄회로기판, 안테나, 피복전선, 스피커, 마이크 등을 대부분 수급사업자에게 위탁하여 생산하고 있다.

또한 피심인은 통상적으로 부품 구매 시 복수의 수급사업자들에게 일정비율로 분배하여 구매하는 다원화 방법을 사용하고 있다.

나. 행위사실¹⁾

1) 서면 지연교부 행위

피심인²⁾은 2004. 1. 1.부터 2004. 12. 31.까지 세신전자(주) 등 6개 수급사업자에게 휴대폰 부품 제조를 위한 신규 금형제작을 위탁하면서 하도급대금 등 일정한 사항을 기재한 서면을 수급사업자가 물품의 납품을 위한 작업에 착수하기 전에 교부하지 않았다.

2) 부당한 하도급대금 결정행위

피심인은 2003년도 원가절감 목표액 1조 7,433억 원 중 단가를 인하하는 방법으로 1조 1,483억 원을 절감키로 하고 그 일환으로 2003년도 충전기 분야 원가절감 목표금액 209억 원 중 상반기 106억 원 절감을 위해 6개 수급사업자에 대하여 하도급대금의 단가를 일률적인 비율(6.6%)로 인하하였다.

또한, 피심인은 2003년도 하반기 (주)알에프텍 등 6개 수급사업자가 납품하는 충전기에 대하여 일률적인 비율(9.8%)로 단가를 인하하였다.

1) 공정거래위원회 의결에서 인정된 사실관계이다.

2) 이하 의결의 내용을 소개할 때는 '피심인'이라고 하고, 법원 판결을 소개하는 경우에는 '원고'라고 한다.

3) 부당한 수령지연행위

피심인은 2003. 1. 1.부터 2005. 5. 30.까지 46개 수급사업자에게 휴대폰 부품제조를 위탁한 후, 피심인 자신의 생산계획이나, 설계변동 등을 이유로 수급사업자가 이미 생산완료 한 부품을 납기일보다 2개월에서 8개월까지 지연하여 수령하였다.

4) 부당 감액행위

피심인은 2003. 4. 3. 피심인 임의로 발주를 취소하거나 사양을 변경하여 수급사업자가 보유하게 된 납품대기 물량을 불용품으로 처리하면서 이에 대한 하도급 금액이 426,543천 원으로 확정되었음에도 불구하고, 위 금액의 약 10%를 공제한 344,000천 원만 지급하고 그 차액 82,543천 원을 지급하지 아니하였다.³⁾

5) 부당한 경영간섭

피심인은 수급사업자에게 핵심기술자료가 포함된 승인원(Specification Sheet)⁴⁾을 제공하도록 하고, 재수급사업자 관리를 위한 별도의 인력을 운영토록 요구하였으며, 재수급사업자 선정시는 물론이고 작업자가 변경되는 경우에도 피심인으로부터 승인을 받도록 하는 등 수급사업자의 경영에 관여하였다.

다. 공정거래위원회의 심결

1) 원심결

공정거래위원회는 2005. 6. 29.부터 같은 해 7. 20.까지 IT벤처 분야 하도급거래 직

3) 다만 피심인은 위 차액 82,543천 원 중 수급사업자 참테크가 납품한 15,843천 원 상당의 SCH-X430 부품에 대하여는 정상제품으로 다시 사용하고 정상가격을 별도로 지급하였으므로 피심인이 실제로 지급하지 아니한 금액은 66,700천 원이다.

4) 이 사건에서 '승인원'이란 피심인이 휴대폰 부품을 납품받기 전 수급사업자들에게 부여한 구체적인 사양과 기준으로 수급사업자들이 제조할 수 있는지 확인하기 위하여 제공받는 자료로서, 구체적으로는 개발이력서, 제품사양, Black Diagram, 동작설명서, 회로도, Part List, 기구도면, Test Procedure, Cpk, CTQ Data, 공정흐름도(제조공정도, QC공정도), 주요부품 사양서, 환경물질현황 등이 포함되어 있다.

권실태조사를 실시하여 피심인의 하도급법 위반행위를 인지하고, 2005. 7. 21.부터 자료검토에 착수하여 약 3년여의 조사 끝에 2008. 4. 3. 이 사건 처분에 이르렀다. 공정거래위원회는 의결 결과 과징금 11,575백만 원을 부과함과 동시에 시정명령⁵⁾과 통지명령을 부과하였다.

라. 법원의 판결⁶⁾

서울고등법원은 수급사업자들이 실질적 손해가 나지 않는다는 것만으로 서면교부를 부당하게 지연함, 합리적 원가요인을 고려하지 아니하고 원가절감을 위하여 일률적인 비율의 단가 인하를 통해 하도급대금을 결정함, 수급사업자의 귀책사유가 없음에도 자신의 재고부담을 수급사업자에게 일방적으로 전가함, 원고가 참테크에게 물품대금 전액을 지급했음을 인정할 증거가 없어서 부당한 감액을 함, 부당한 경영간섭을 함을 이유로 원고(삼성전자)의 청구를 기각하였고, 대법원은 원심인 서울고등법원의 원고 청구를 전부 기각하여, 공정거래위원회의 처분이 모두 적법하다고 판결하였다.

2. 관련규정 및 제도

「하도급거래 공정화에 관한 법률」

제3조(서면의 교부 및 서류의 보존) ① 원사업자는 수급사업자에게 제조 등의 위탁을 하는 경우에는 정당한 사유가 없는 한 일정한 사항을 기재한 서면(전자거래기본법 제2조제1항의 규정에 의한 전자문서를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)을 사전(제조위탁의 경우에는 수급사업자가 물품의 납품을 위한 작업에 착수하기 전을...말한다)에 수급사업자에게 교부하여야 한다.

5) 하도급법 제25조 제1항은 "(...생략...) 하도급대금 등의 지급, 법 위반행위의 중지, 그 밖에 해당 위반행위의 시정에 필요한 조치를 권고하거나 명할 수 있다"고 규정하고 있는데, 대금지급명령에 관하여는 다소 논란이 있다. 규제법령은 법 위반에 대하여 행정적 제재를 부과하는 것이 보통인데, 시정명령으로서 민사상 채무의 이행을 강제하고 불이행시 형사고발까지 할 수 있도록 하는 것은 사적 자치에 대한 과도한 개입이라는 비판이 있다. 수급사업자를 신속하게 구제한다는 취지에는 공감은 가지지만, 관련 민사소송에서 하자감정 또는 상계 등으로 공정거래위원회의 지급명령과는 다른 금액의 지급을 명하는 판결이 종종 선고되는 점을 고려하면, 지급명령을 발함에는 신중해야 할 것이다.

6) 서울고등법원 2009. 11. 12. 선고 2008누11237 판결; 대법원 2010. 4. 8. 선고 2009두23303 판결.

제4조(부당한 하도급대금의 결정금지) ② 다음 각호의 1.에 해당하는 원사업자의 행위는 제1항의 규정에 의한 부당한 하도급대금의 결정으로 본다.

1. 정당한 이유없이 일률적인 비율로 단가를 인하하여 하도급대금을 결정하는 행위

제8조(부당한 위탁취소의 금지) ① 원사업자는 제조 등의 위탁을 한 후 수급사업자의 책임으로 돌릴 사유가 없음에도 불구하고 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

2. 목적물 등의 납품 등에 대한 수령 또는 인수를 거부하거나 지연하는 행위

제11조(부당감액의 금지) ① 원사업자는 수급사업자에게 책임을 돌릴 사유가 없음에도 불구하고 제조 등의 위탁을 할 때 정한 하도급대금을 부당하게 감액하여서는 아니 된다.

제18조(부당한 경영간섭의 금지) 원사업자는 하도급 거래량을 조절하는 방법 등을 이용하여 수급사업자의 경영에 간섭하여서는 아니 된다.

3. 주요 쟁점

가. 서면 지연교부 행위

1) 원고의 주장과 판결 내용

원고는 금형제작 착수 이전에 수급사업자에게 하도급대금 등이 명시된 서면을 교부하지 않았으나, 이 사건과 같은 소물금형⁷⁾ 제작에 있어서는 메인 케이스와의 적합성이 확보될 때까지 지속적인 금형 수정작업이 이루어지기 때문에⁸⁾ 발주단계에서 미리 정확한 가격을 확정하기 어렵다고 주장하였다. 또한 금형제작은 사출의 부수공정으로서 소물 금형제작은 사출 매출의 1%의 비중에 불과하여 수급사업자 입장에서 금형 제작대금의 사전 확정이 관심 대상도 아니며, 작업 착수 시점에 예상할 수 있는 가

7) 휴대폰의 메인 케이스에 부착될 소물부품을 사출하는 금형.

8) 소물금형을 통해 생산되는 부품은 이미 디자인이 완성되어 있는 메인 케이스와의 관계에서 상호 조립성, 치수정밀도, 외관단차 정밀도 등을 확보하는 것이 중요한 요소이기 때문에, 소물금형 제작과정에서는 메인 케이스와의 적합성을 확보하기 위해서 통상 금형제작 이후에도 금형검사를 통해 보완 및 수정 과정을 거쳐 최종금형이 완성된다는 취지이다.

격에서 크게 벗어나지 않는 가격으로 최종 금형가격이 결정되고 이에 대한 대금이 지급되므로, 금형 완성 시점에 서면이 교부되더라도 수급사업자에게 손해가 발생하지 않는다고 주장하였다.

그러나 법원은 다음과 같이 판시하면서 원고의 주장을 배척하였다.

“하도급거래 공정화에 관한 법률(이하 ‘하도급법’) 제3조 제1항은 원사업자가 수급사업자에게 제조 등의 위탁을 하는 경우에는 하도급대금과 그 지급방법 등 일정한 사항을 기재하고 원사업자와 수급사업자가 기명 날인한 서면을 수급사업자에게 교부하도록 규정하고 있는 바, 위 규정에 의하면 원사업자는 제조위탁을 할 때에 수급사업자에게 계약서 등의 서면을 교부하여야 함이 원칙이나 늦어도 수급사업자가 위탁받은 물품의 제조에 착수하기 전까지는 이를 교부하여야 할 것이고, 서면을 교부하지 못한 데 대한 정당한 사유에 대하여는 이를 주장하는 원사업자가 입증하여야 한다. 그런데 하도급계약에 있어 불리한 지위에 있는 수급사업자의 입장에서 서면으로의 계약체결을 원사업자에게 강력히 요구하기 어렵고 구두계약의 경우 원사업자가 계약내용을 제대로 이행하지 아니하면 그 내용을 입증하기도 어려우므로 사전교부의무를 부과하도록 함으로써 제조위탁 내용이 불분명함으로 발생하는 수급사업자의 불이익을 방지함과 동시에 당사자간의 사후분쟁을 미리 막으려는 법 규정의 취지에다가, 하도급대금의 지급기일을 기재한 서면의 교부시기는 대금지급기일의 연장 및 지연이자 책임여부와도 중요한 관련이 있는 점, 금형제작 발주도 사출과는 독립된 하도급계약인 점, 제조 위탁 후 설계변경으로 그 대금도 변경된다 하더라도 새로이 서면을 교부하면 되는 점, 금형제작에 관한 거래금액이 업체별로 각 4억 원대 내지 42억 원대에 이르는 적지 아니한 액수인 점 등을 보태어 보면, 원고 주장과 같이 금형제작이 사출작업의 일부분이고 매출에서 차지하는 비중이 미미하다거나 서면교부를 지연하더라도 수급사업자에게 실질적 손해가 발생하지 않았다는 사정만으로는 원고가 서면교부를 지연한 데 대한 정당한 사유에 해당된다고 보기는 어려우므로, 원고의 주장은 받아들여지지 아니한다.”

2) 평석

이 사건은 서면교부의무의 대상이 주된 하도급 계약 뿐만 아니라 종된 하도급계약(사출분야 하도급거래에 부수된 소물 금형 제작)도 포함된다고 판단하여 그 적용범위를 확대하였다는 점, 서면 지연교부 행위로 인하여 수급사업자에게 실질적 손해가 발생하지 않은 경우에도 서면 지연교부 행위 자체의 위법성을 인정하였다는 점에서 의의를 가지는데 이하에서는 서면교부의무에 관한 판시를 중점적으로 살펴보기로 한다.

서면교부의무는 원사업자의 하도급법상 의무 중 가장 기본적인 의무인 동시에 우선적으로 요구되는 의무이다.⁹⁾

하도급법이 제조 등의 위탁에 있어 원사업자로 하여금 서면을 작성하여 수급사업자에게 교부하도록 하는 취지는 행정적 감독의 차원에서 중요한 사항을 미리 명시함으로써 분쟁을 예방하려는 데에 있다.¹⁰⁾ 이 사건 원심판결은 이와 같은 서면교부 의무의 취지에 관하여 실시한 최초의 판결이다.¹¹⁾

다만 하도급법 제3조가 서면교부 의무를 규정하고 있다고 하여 서면 작성을 하도급계약의 성립요건으로 보는 것은 아니다. 즉 제3조는 서면주의를 규정하고 있는 것이 아니며, 서면에 의하지 않은 계약을 무효로 하는 것도 아니다.¹²⁾¹³⁾ 일본의 「하청대금지불지연등방지법」(이하 ‘일본 하청법’) 제3조의 서면교부 의무도 마찬가지로 해석되

9) 공정거래위원회는 매년 하도급거래의 실태를 조사하여 발표하고 있는데, 법 위반유형 중 가장 많은 비중을 차지하는 것이 서면미교부이다(2007년 28.4%, 2008년 19.0%, 2009년 23.9%). 2010년 하도급거래 서면실태조사에서도 전체 법위반유형 중 서면미교부가 24%를 차지하며, 구두계약 비율이 21.7%로 구두계약관행은 근절되지 않고 있다.

10) 幾代通·廣中俊雄(編), 『新版註釋民法』(16), 有斐閣, 1989, 155면은 일본의 ‘하청대금지연등방지법’ 제3조의 서면교부 의무에 대하여 종래의 건축도급 등에서 두드러졌던 전근대적인 관계를 근대화하는데 일조함과 동시에 분쟁을 예방하기 위한 것이라고 한다. 같은 취지의 문헌으로 粕淵功, 『下請法の實務』, 財團法人 公正取引協會, 2006, 76면; 鈴木滿, 『新下請法マニュアル』, 改訂版, 商事法務, 2009, 126~127면은 특히 구두발주로 발생하는 피해를 예방하기 위하여 서면교부 의무를 도입한 것이라고 한다.

11) 참고로 서면교부 의무가 최초의 하도급계약 체결시에만 문제되는지 여부에 관하여 대법원 1995. 6. 16. 선고 94누10320 판결은 당초의 계약내용이 실제변경 또는 추가공사의 위탁 등으로 변경될 경우에도 특단의 사정이 없는 한 반드시 추가·변경서면을 작성·교부하여야 한다고 판시한 바 있다.

12) 윤경, 「계약교섭단계에서의 신의칙상 주의의무 위반과 손해배상책임」, 『법조』 제50권 제9호, 2001, 186면 참조.

13) 이와 달리 법률의 규정에 따라 계약서의 작성에 의하여 비로소 계약이 성립하는 경우도 있다. 예컨대 국가가 경쟁입찰의 방법으로 계약을 체결하는 경우 계약서의 작성이 있을 때 계약이 성립하는 것으로 해석된다(예산회계법 제78조). 대법원도 예산회계법 소정의 요건과 절차를 따르지 않은 계약은 무효이며 계약서의 작성이 계약 성립요건이라고 판시한 바 있다(대법원 1993. 11. 9. 선고 93다18990 판결).

고 있다.¹⁴⁾

한편 대상 판결은 수급사업자가 위탁받은 물품의 제조에 착수하기 전까지는 서면을 교부하여야 하고, 서면을 교부하지 못한 데 대한 정당한 사유에 대하여는 이를 주장하는 원사업자가 입증해야 한다고 판시하였다. ‘정당한 사유’의 입증책임이 누구에게 있는가에 대하여 실무상 다소 혼선이 있었으나, 대상 판결은 원사업자가 입증책임을 부담한다는 법리를 명백히 한 것이다.

그런데 이 사건 공정거래위원회 의결 및 판결을 계기로 정당한 사유가 있다고 하더라도 수급사업자의 작업 착수 이후에 무조건 서면을 교부하도록 하는 것이 타당한지 의문이 제기되었다. 대상 판결에서 원고가 주장한 바와 같이 위탁 당시에 의무적 기재사항¹⁵⁾을 모두 기재하는 것은 현실적으로 곤란하다는 주장이 실무상 빈번하게 발생하였기 때문이다.

구 하도급법(2009. 4. 1. 법률 9616호로 개정되기 전의 것)은 원사업자의 서면교부 의무에 관하여 다음과 같이 규정하고 있었다.

제3조 (서면의 교부 및 서류의 보존)

- ① 원사업자는 수급사업자에게 제조등의 위탁¹⁶⁾을 하는 경우에는 정당한 사유가 없는 한 일정한 사항을 기재한 서면(전자거래기본법 제2조제1호의 규정에 의한 전자문서를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)을 사전에 …(중략)… 수급사업자에게 교부하여야 한다.

그 후 ‘정당한 사유’라는 예외를 두고 있기는 하나 모든 의무적 기재사항을 위탁 당

14) 山本敬三, 『民法講義』 IV-1(契約), 有斐閣, 2005, 647면은 하청법상 서면의 작성이 계약의 성립요건인 것은 아니라고 한다.

15) 하도급법 시행령 제3조에 규정되어 있다.

16) ‘위탁’이란 특정 법률행위 또는 사실행위의 실행을 타인에게 의뢰하는 것을 의미하며, 이에 수반되는 법률관계는 매매, 도급, 위임, 대리상 등 여러 가지가 있다. 今村成和 外 3, 注解 『經濟法』(下卷), 青林書院, 1985, 706-707면. 이런 점에서는 민법의 도급보다 범위가 넓다고 할 수 있다. 일본에서는 ‘下請’이라는 용어를 사용하고, 재하도급을 ‘孫請’이라고 표현한다. 内田貴, 『民法』 II, 第2版, 債權各論, 東京大学出版會, 2007, 270면.

17) 대법원 2001. 10. 26. 선고 2000다61435 판결은 하도급법에 대하여 “위 법률은 그 명칭과는 달리 일반적으로 흔히 말하는 하도급관계뿐만 아니라, 원도급관계도 규제하는 것이라고 봄이 상당하다.”고 판시하였다. 이에 대한 평석으로는 이주현, 「하도급거래공정화에관한법률 제13조의2가 도급계약에도 적용되는지 여부」, 『대법원판례해설』 제38호, 법원도서관, 2002, 502면 이하, 同旨: 대법원 2003. 5. 16. 선고 2001다27470 판결; 이런 측면에서 건설산업기본법의 하도급은 원도급계약에 대한 하도급계약(subcontract)을 의미하고, 하도급법의 하도급은 원도급을 전제로 하지 않는 외주(outsourcing)를 포함하는 개념이라고도 한다. 한국건설산업연구원, 「하도급법 의원입법안의 타당성에 관한 고찰」, 건설산업동향(2005. 11.), 6면.

시에 기재하도록 하는 것은 원사업자에게 과도한 부담이 된다는 지적을 일부 수용하여 2010. 1. 25. 하도급법을 다음과 같이 개정하기에 이르렀다¹⁸⁾ (이하 ‘현행 하도급법’이라 한다).

제3조(서면의 발급 및 서류의 보존)

①항, ②항 생략

③ 원사업자는 제2항에도 불구하고 위탁시점에 확정하기 곤란한 사항에 대하여는 재해·사고로 인한 긴급복공사를 하는 경우 등 정당한 사유가 있는 경우에는 해당 사항을 적지 아니한 서면을 발급할 수 있다. 이 경우 해당 사항이 정하여지지 아니한 이유와 그 사항을 정확하게 되는 예정기일을 서면에 적어야 한다.

④ 원사업자는 제3항에 따라 일부 사항을 적지 아니한 서면을 발급한 경우에는 해당 사항이 확정되는 때에 지체 없이 그 사항을 적은 새로운 서면을 발급하여야 한다.

서면미교부(구두발주)와 관련하여 괄목할 만한 법 개정이 2번 있었다. 첫째, 2010. 1. 25. 개정으로 ‘하도급계약 성립 추정제도’가 도입되었는데, 이는 구두발주를 방지하기 위한 것이다.¹⁹⁾ 이 제도는 3년여 동안의 내부적 검토를 거쳐 도입된 것으로서, 상법 제53조²⁰⁾를 상당부분 참조하였다.

둘째, 최근 2011. 3. 11. 개정으로 서면교부 의무 위반에 대해서도 벌금을 부과할 수 있는 근거를 도입하였는바, 서면계약문화 정착을 도모하기 위한 것으로서 타당한 개정이라고 생각한다.²¹⁾

18) 개정된 규정은 일본 하청법과 거의 동일하다.

19) 신현윤, 『경제법』, 제3판, 법문사, 2010, 428면은 이 제도에 관하여 방식이 흠결된 계약(예컨대, 구두계약)을 체결한 후 일방 당사자가 그 계약의 일부를 이행한 경우, 상대방은 더 이상 방식의 흠결을 이유로 항변할 수 없으며, 법원은 계약이행명령으로 신뢰를 보호한다는 미국 계약법상의 ‘일부이행의 법리(Part Performance Doctrine)’를 배경으로 한 것이라고 설명하고 있다.

20) 상법 제53조(청약에 대한 낙부통지의무)

상인이 상시 거래관계에 있는 자로부터 그 영업부류에 속한 계약의 청약을 받은 때에는 지체없이 낙부의 통지를 발송하여야 한다. 이를 해태한 때에는 승낙한 것으로 본다.

21) 서면미교부를 둘러싼 다양한 법적 쟁점에 관하여는 최재원, 「하도급계약서 미교부의 문제점과 그에 대한 제도개선 방안 연구」, 연세대 법무대학원 석사학위논문, 2008. 참조.

나. 부당한 하도급대금 결정 행위

1) 당사자들의 주장과 판결 내용

원고는 수급사업자들과의 사이에서 목적물 등의 종류, 거래규모, 규격, 품질 등의 특성이나 차이점을 고려하여 개별적인 협상²²⁾을 통해 단가를 결정하여 왔는데, 이 사건에서 문제된 충전기 부품 역시 위와 같은 개별적인 협상을 거쳐 결정된 것일 뿐, 업체별로 6.6% 및 9.8%의 일률적인 비율로 단가를 인하한 바 없고, 위 수치는 업체별·품목별 네고단가 인하율을 사후적으로 평균한 수치에 불과하다고 주장하였다.

그러나 법원은 다음과 같이 판시하면서 원고의 주장을 배척하였다.

“하도급법 제4조 제2항 제1호는 정당한 이유 없이 일률적인 비율로 단가를 인하하여 하도급대금을 결정하는 행위를 부당한 하도급대금 결정행위로 보고 있으므로, 원고의 행위가 부당한 하도급대금 결정행위에 해당하기 위해서는 일률적인 비율로 단가를 인하하였어야 하고, 이렇게 하도급대금을 결정한 원고의 행위에 정당한 이유가 없어야 한다. 이 사건 각 증거들에 의해 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 원고가 작성한 ‘단가네고 결과보고’에 납품업체별로 상이한 단가인하율이 기재된 다른 품목과 달리 충전기 품목에 대하여서만 ‘전체 6.6%, 예상절감금액 106억 8,100만 원’으로 기재되어 있는 점, 알에프텍에서 작성한 견적서에 알에프텍 직원이 ‘충전기류 6.6% 가 중평균’이라고 기재하고 이를 토대로 2002년 단가와 네고단가(2003년 적용단가)를 기재한 점, 한편 ‘2003년 하반기 전기물 통합네고 결과’에 충전기의 경우 전체 업체에 대하여 9.8%의 인하율을 적용한다고 기재되어 있는 점 등을 종합하면, 원고는 자신이 세운 원가절감 목표를 달성하기 위해 수급사업자별 거래규모가 현저히 다른데도 알에프텍 등 7개 사업자에 대하여 2003년 상반기와 하반기의 충전기 납품단가를 수급사업자별로 거래금액대비 일률적인 비율로 인하금액을 할당하고 이를 달성하기 위해서 부품별로 부품의 예상납품량 기준 가중평균단가를 상반기는 6.6%, 하반기는 9.8%씩

22) 원고가 수급사업자와의 합의가 있었다고 주장하면서 소송과정에서 제출한 갑 제10호증(단가계약품의서)의 진정성립 여부가 문제된 바 있다. 이 품의서에는 수급사업자인 ‘동양이엔피’가 기재되어 있었고, 원고는 이 문서가 2003. 1.경에 작성된 것이라고 주장하였다. 그러나 ‘동영계전공업(주)’가 ‘동양이엔피(주)’로 상호를 변경한 때는 등기부상 2005. 7. 1.로 기재되어 있었다. 참고로 공정거래위원회의 조사는 2005. 7.경부터 본격적으로 시작되었다.

인하한 것으로 인정된다.

또한 원고가 수급사업자들을 상대로 일률적으로 단가를 인하하려면 거래물량의 현격한 증가 등으로 인한 원자재의 가격하락 및 노임하락, 동일한 비용감소 등 일정비율로 단가를 인하할 만한 객관적이고 타당한 사유가 있어야 할 것인데, 실제로 충전기 거래량은 2002년에 비하여 2003년에 전체적으로는 28.3% 증가하는데 불과하였고 특히 2003년 상반기에는 2002년 하반기와 대비할 때 전체물량은 0.8%, 거래금액은 10.5%나 감소하고 있으며 개별기업별로 보면 4개 수급사업자의 거래량과 거래금액이 현저히 감소하고 있는 점, 원고 스스로도 2004. 8. 13. 내부적으로 작성한 '2차 벤더 관리방안 전사기본(案) 검토요청 건'에서 '강제적인 단가인하 자체도 공정거래법 위반'이라고 적시하고 있는 점, 한편 위의 일률적인 단가인하 외에도 앞서 본 바와 같이 원고가 시행중인 '협력업체 평가기준'에 따라 단가인하에 비협력적이거나 목표단가에 미달할 경우 평가결과가 나쁘게 나오게 되고, 이에 따라 거래 물량이 축소되거나 거래중단조치가 있게 되는 등 수급사업자들은 불리한 지위에서 원고의 인하방침에 그대로 따를 수밖에 없는 점 등에 비추어 보면, 원고는 수급사업자별 경영상황이나 시장상황, 그리고 목적물 등의 종류, 거래규모, 규격, 품질, 용도, 원재료 등의 특성이나 차이를 고려하지 아니한 채 일률적으로 단가를 인하한 것이어서 원고의 정당한 사유가 있다고 보기도 어렵다."

2) 평석

대상판결은 하도급법 제4조 제2항 제1호가 금지하는 '정당한 이유 없이 일률적인 비율로 단가를 인하하여 하도급대금²³⁾을 결정하는 행위'에 대한 최초의 판결이며 동시에 하도급법 제4조 '부당한 하도급대금 결정금지'에 관한 최초의 판결이기도 하다.

일률적인 비율로 단가를 인하했는지 여부에 관한 실무례가 축적되어 있지 않고 이에 관한 구체적인 판단이 어려워 실무상 위 조항의 적용에 소극적이었던 것이 사실이다. 대상 판결은 정당한 이유에 대한 입증책임을 누가 부담하는지에 대한 명시적 판단이 없다는 아쉬움은 있으나, '거래물량의 현격한 증가 등으로 인한 원자재의 가격

23) 민법의 도급계약은 보수를 금전에 한정하고 있지 않지만, 하도급법은 금전으로 제한하고 있다. 금전 이외의 지급을 허용하는 경우 발생하는 폐해를 방지하기 위한 것이라고 한다. 今村成和 外 3(주 17), 713면.

하락 및 노임 하락, 동일한 비용감소 등이 일정비율로 단가를 인하할 만한 객관적이고 타당한 사유로서 '정당한 이유'에 해당할 수 있음을 설시하였다는 점에서 그 의미가 적지 않다. 한편 이 사안에서 과연 정당한 이유가 인정되는지에 관하여는 '수급사업자별 경영상황이나 시장상황, 그리고 목적물 등의 종류, 거래규모, 규격, 품질, 용도, 원재료 등의 특성이나 차이를 고려하지 아니한 채 일률적으로 단가를 인하한 것이어서' 정당한 사유가 없다고 판단하였다.

대상 판결과 관련하여 최근 대법원 2011. 3. 10. 선고 2009두1990 판결²⁴⁾은 제4조 제2항 제1호에 관하여 대상 판결의 내용을 인용하면서도 보다 구체적인 기준을 제시하였다. 즉, '일률적인 비율로 단가를 인하'한다는 것은 "둘 이상의 수급사업자나 품목에 관하여 수급사업자의 경영상황, 시장상황, 목적물 등의 종류·거래규모·규격·품질·용도·원재료·제조공법·공정 등 개별적인 차이가 있는데도 동일 비율 또는 위와 같은 차이를 반영하지 아니한 일정한 구분에 따른 비율로 단가를 인하하는 것을 의미한다"고 판시하면서 '일률적인 비율'의 단가인하가 '동일 비율'에 한정되는 것은 아니라는 점을 분명히 하였다. 나아가 "결정된 인하율이 수급사업자에 따라 어느 정도 편차가 있다고 하더라도, 위 기준에 비추어 전체적으로 동일하거나 일정한 구분에 따른 비율로 단가를 인하한 것으로 볼 수 있다면, '정당한 이유 없이 일률적인 비율로 단가를 인하하여 하도급대금을 결정하는 행위'에 해당한다"고 판단함으로써 수급사업자에 따라 어느 정도 편차가 있더라도 하도급법 제4조 제2항 제1호의 적용이 가능하다고 하였다.²⁵⁾

그런데 이 사건 법 적용과 관련하여 실무상 제4조 제2항 각호의 간주규정에 해당하는 경우에도 원칙 규정인 제4조 제1항을 동시에 충족시켜야 하는 것인지 의문이 있어 왔다. 제4조 제1항은 '방법의 부당성'과 '대가의 현저성'을 요건으로 규정하고 있는 반면, 제4조 제2항 각호 간주규정은 대체로 '방법의 부당성'만을 문제 삼고 있기 때문이다. 이 사건 공정거래위원회 의결서는 하도급법 제4조 제2항 제1호를 처분의 근거로 하였고, 부당한 하도급대금 결정금지에 관한 원칙 규정인 제4조 제1항은 적시하지 않았다.

24) 현대자동차(주)의 불공정하도급거래행위에 대한 건(공정거래위원회 2008. 1. 3. 전원회의 의결 제2008-001호)

25) 위 판결 선고 이전인 2007. 7. 25. 제정된 '부당한 하도급대금 결정 및 부당감액 행위에 대한 심사지침' IV. 2. 가. (2)는 "원사업자가 2이상의 수급사업자들에게 일률적인 비율을 적용할 의도를 가지고 수급사업자들과 합의한 결과가 일부 수급사업자에 대해 일률적인 비율과 다르게 나타났다고 하더라도 '일률적인 비율'이 적용된 것으로 본다."고 규정하고 있었다.

제4조 (부당한 하도급대금의 결정 금지)

① 원사업자는 수급사업자에게 제조 등의 위탁을 하는 경우에 부당한 방법을 이용하여 목적 물 등과 동종 또는 유사한 것에 대하여 통상 지급되는 대가보다 현저하게 낮은 수준으로 하도급대금을 결정(이하 부당한 하도급대금의 결정"이라 한다)하거나 하도급 받도록 강요하여서는 아니 된다.

② 다음 각호의 1에 해당하는 원사업자의 행위는 제1항의 규정에 의한 부당한 하도급대금의 결정으로 본다.

1. 정당한 이유없이 일률적인 비율로 단가를 인하하여 하도급대금을 결정하는 행위

(중략)

4. 수급사업자에게 발주량 등 거래조건에 대하여 착오를 일으키게 하거나 다른 사업자의 견적 또는 거짓 견적을 내보이는 등의 방법으로 수급사업자를 기만하고 이를 이용하여 하도급대금을 결정하는 행위

(이하 생략)

이와 관련하여 주목할 만한 대법원 판결이 있다.

대법원 2010. 4. 29. 선고 2008두14296 판결²⁶⁾은 하도급법 제4조 제2항 제4호 '기만에 의한 하도급대금 결정행위'가 문제된 사안이었는데, 설령 기만에 의해 하도급대금을 결정하였다하더라도 제4조 제1항의 '현저하게 낮은 수준'으로 결정한 것은 아니므로 위법하지 않다는 원고의 주장에 대하여, 하도급법 제4조 제2항 각호의 간주규정에 해당하면, 제1항의 '통상 지급되는 대가보다 현저하게 낮은 수준으로 하도급대금을 결정하였을 것'이라는 요건을 별도로 충족해야 하는 것은 아니라고 판시하여 원고의 주장을 배척하였다.

제4조 제2항이 '제1항의 규정에 의한 부당한 하도급대금의 결정으로 본다'고 명백히 규정하고 있으므로 대법원의 판단은 정당하다.

기타 하도급법 제4조와 관련하여 주목할 만한 세 개의 판결을 소개한다.

첫째, 대법원 2010. 4. 29. 선고 2008두14296 판결은 기만에 의한 하도급대금 결정행위에 해당하는지 여부에 관하여 "하도급법 제4조 제2항 제4호에서 '기만의 의도'는 하도급대금 결정 전후 원사업자의 재력, 환경, 거래상 지위, 하도급대금의 인하배경과

26) 기아자동차(주)의 불공정하도급거래행위에 대한 건. 공정거래위원회 2007. 12. 31. 전원회의 의결 제2007-566호) 이 사건 의결서에는 처분의 근거로서 하도급법 제4조 제1항과 제2항 제4호가 모두 적시되어 있다.

과정 및 내용, 거래의 이행과정 등을 종합하여 판단해야 한다”고 전제하고 “원고는 리오와 옵티마의 수익성이 크게 악화되자 이 사건 수급사업자들에게 납품단가를 인하하는 대신 손실이 발생하지 않도록 추후 단가를 인상해주겠다고 구두로 약속하고 수급사업자들은 이를 믿고 납품단가에 동의한 사실, 그런데 원고는 단가인하 과정에서 내부결재도 받지 않았고, 향후 단가 인상에 관한 구체적인 계획도 수립하지 않은 사실, 원고는 이후 인하된 납품단가를 전혀 보전해주지 않거나, 일부만 보전해준 사실, 원고에게는 인하된 대금을 보전해줄 경제적인 능력이 있었음에도 상당한 기간이 지나도록 그 전액을 보전해주지 아니한 사실 등을 종합하면, 부당한 하도급대금 결정으로 판단된다”고 하였다. 다만, 원심은 손실을 일부라도 보전해준 수급사업자들에 대해서는 기만 의도가 없었다고 판단하였으나, 대법원은 수급사업자 ‘전체’에 대해서 기만 의도를 인정하였다. 원고의 ‘단일한’ 행위에 대하여 일부업체에 대해서만 기만 의도를 인정하고 다른 업체에 대해서는 기만 의도를 부정하는 것은 논리적으로 모순이므로 대법원의 판단이 타당하다.

둘째, 대법원 2009. 4. 9. 선고 2008두21829 판결²⁷⁾은 하도급법 제4조 제2항 제7호, 즉 ‘경쟁입찰에 의하여 하도급계약을 체결함에 있어서 정당한 사유없이 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 행위’의 의미에 관하여 ‘최저가로 입찰한 금액’이란 당해 입찰에서의 최저가 입찰금액을 말하는 것이지 ‘낙찰자가 입찰한 금액’을 의미하는 것은 아니라고 판단하면서²⁸⁾ 원고의 청구를 기각한 원심을 파기 환송하였다. 이 판결은 2005년 하도급법 개정으로 새로 도입된 제7호에 관한 최초의 대법원 판결로서 ‘최저가 입찰금액’의 의미를 분명히 하고, ‘정당한 사유’의 판단기준을 제시하였다는 점에서 매우 중요한 의미가 있다. 다만, 위 대법원 판결은 ‘최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로’라는 법 문언에 충실한 해석이지만 하도급법의 입법취지와 하도급거래 현실을 외면하였다는 문제점이 있다. 왜냐하면 제7호의 입법 목적은 경쟁 입찰에서 낙찰자로 선정된 수급사업자의 낙찰금액에 대한 정당한 기대이익을 보호하기 위한 것이므로 제7호 규정은 ‘낙찰’을 전제로 하는 것이기 때문이다. 최근 하도급법 사건에서 제7호를 적용하는 사례가 다수 있는바 이 판결을 참작해야

27) 대우건설(주)의 불공정하도급거래행위에 대한 건(공정거래위원회 2008. 4. 1. 소회의 의결 제2008-110호)

28) 또한 ‘정당한 사유’의 유무는 수급사업자의 귀책사유 또는 수급사업자에게 유리한 경우인지 여부 등 하도급 대금을 최저가 입찰금액 보다 낮게 결정할 객관적이고 합리적인 사유가 있는지 여부에 따라 결정해야 한다고 판시하였다.

할 것이며, 수급사업자 보호를 위하여 입법적으로 ‘최저가로 낙찰된 금액’으로 개정하는 것을 고려할 필요가 있다.

셋째, 위에서 언급한 기아자동차 판결(대법원 2010. 4. 29. 선고 2008두14296 판결)은 원고의 상고를²⁹⁾ 기각하면서 “하도급법 제25조 제1항은 공정거래위원회는 제4조(부당한 하도급대금의 결정금지) 규정에 위반한 발주자 및 원사업자에 대하여 하도급대금 등의 지급, 법 위반행위의 중지 기타 당해 위반행위의 시정에 필요한 조치를 권고하거나 명할 수 있다고 규정하고 있으므로, 피고로서는 기만에 의한 부당한 하도급대금 결정의 경우 원사업자에 대하여 하도급대금 등의 지급을 명하는 시정명령을 할 수 있다”고 판시하였다.

위 판결은 하도급법 제4조 위반행위에 대하여도 제25조에 의한 하도급대금 및 지연이자의 지급을 명할 수 있다는 점을 명확히 하였다는 점에서 의의가 있다.³⁰⁾

하도급법 제25조는 다른 위반행위와 함께 제4조도 나열하면서 ‘하도급대금의 지급’이라는 시정명령을 규정하고 있으므로 명문상 이를 예정하고 있다고 볼 수 있다. 또한 하도급법은 공정거래법과 달리 공정거래위원회로 하여금 하도급대금, 어음할인료 등의 지급관계에 있어서 원사업자로 하여금 수급사업자에게 이를 직접 지급하도록 시정명령을 발할 수 있도록 함으로써 제1심 민사법원과 유사한 역할을 하여 수급사업자가 법원에 민사소송을 제기할 경우 소요되는 시간과 비용을 절약하고 빠른 시일 내에 권리구제를 받을 수 있도록 하고 있는 점을 참작하면 위 판결은 타당하다.

29) 원고는 상고이유로서 공정거래위원회는 부당한 하도급대금 결정에 대해서 대금지급과 같은 작위명령을 내릴 수 없고, 또한 이 사건에서 부당하게 결정된 하도급대금이 얼마인지, 지연이자 발생시기를 언제로 볼 것인지 등의 문제에 대하여 명확히 하지 아니한 채 지급명령을 발할 수는 없다고 주장하였다.

30) 정상적인 과정을 거쳤더라면 결정되었을 하도급대금과 부당하게 결정된 하도급대금의 차액을 산정하는 것은 쉽지 않기 때문에, 주로 제11조 부당감액 행위에 대해서만 대금지급명령을 하는 것이 실무이다. 참고로 일본 하청법은 제7조에서 원사업자가 부당하게 낮게 하도급대금을 결정한 경우 ‘하청대금의 인상을 권고하여야 한다’고 규정하고 있다.

다. 부당한 지연 수령 행위

1) 당사자들의 주장과 판결 내용

원고는 일부 불용자재³¹⁾에 대하여 즉시 입고처리하지 아니한 것은 사실이나, 빈번한 시장수요의 변동에 대처하기 위한 차원에서 6개 수급사업자들과의 사이에 불용자재 처리시기에 대해 서로 양해하였고, 불용자재 처리를 통해 전액 금전보상을 하거나 신규발주로 수급사업자에 대해 새로이 물량보전을 해주어 실제 수급사업자에게 발생된 손해는 없었던 데다가 수급사업자들과의 장기적인 거래관계 등을 고려하면 이를 부당한 지연수령으로 볼 수 없다고 주장하였다. 또한 공정거래위원회 의결은 일부 수급사업자들의 경우 부당한 지연수령행위와 부당감액 행위로 중복규제 한 것으로서 위법하다고 주장하였다.

대상판결은 원고의 주장을 배척하였다. “하도급법 제8조 제1항 제2호는 수급사업자의 책임으로 돌릴 사유가 없음에도 불구하고 목적물의 납품 등에 대한 수령 또는 인수를 거부하거나 지연하는 행위를 불공정하도급거래행위로 보고 있는바, 위 법 위반의 부당한 지연수령행위가 성립하기 위해서는 원고가 목적물의 납품에 대한 수령을 거부하였고 그에 대하여 수급사업자의 책임으로 돌릴 만한 사유가 없어야 한다. 그런데 원고가 2003. 1. 3.부터 2005. 5. 30.까지 사이에 46개 수급사업자들로부터 이미 생산완료한 부품의 수령을 2개월 내지 8개월까지 지연하였고, 원고 작성의 부진재고 현황에서 나타나는 대부분의 지연수령 사유는 모델단종, 사양변경, 물량감소, 해외이전, 생산취소, 생산지연 등으로 수급사업자와는 거의 관련이 없는 것들인 점, 역시 원고가 작성한 ‘03년 감사인터뷰 및 대응’이라는 자료에서 수급사업자가 원고의 제조위탁으로 생산 완료한 부품의 납기가 도래하였음에도 수령을 지연함에 따라 수급사업자들의 재고 부담이 장기화되어 금융비용 손실 등의 피해가 발생하고 있다고 원고 스스로 진단하고 있는 점으로 미루어 볼 때, 설령 원고 주장과 같이 수급사업자들의 양해를 구하였다거나 사후에 수급사업자들에게 금전보상이나 물량보전을 하였다고 하더라도, 목적물 지연수령에 대한 정당한 사유가 있다고 할 수는 없다.”

31) 불용자재란 통상 원사업자가 일부 위탁 취소를 하여 일용 소용없게 된 품목을 의미한다.

2) 평석

하도급법 제8조 제1항 제2호의 취지는, 원사업자의 사정에 따라 원사업자가 수령을 지연하거나 거부하는 경우 수급사업자는 다른 사업자에게 판매하는 것이 거의 불가능하여 상당한 피해를 입을 수 있기 때문에 이를 방지하기 위한 것이다.³²⁾

대상판결은 원고의 주장을 배척하면서, 가정적인 판단으로서 설령 원고 주장과 같이 수급사업자들의 양해를 구하였다거나 사후에 수급사업자들에게 금전보상이나 물량보전을 하였다고 하더라도 위법행위가 된다고 함으로써 하도급법 제8조 제1항 제2호를 엄격히 해석하고 있다. 지연 수령행위의 부당성은 수령 또는 인수 지연의 원인에 수급사업자에게 그 책임을 돌릴 만한 사정이 있는지 여부에 따라 판단하는 것이지 실제 수급사업자에게 손해가 발생하였는지 여부는 부당성 판단 기준이라고 볼 수 없다. 또한 지연 수령행위 등으로 수급사업자에게 손해가 발생한 경우에는 별도로 하도급법 제11조의 부당감액 행위로 규제할 수 있는 것이므로 부당한 지연수령 행위에 대한 규제와 부당감액 행위에 대한 규제가 중복규제에 해당하는 것은 아니다. 따라서 대상판결은 타당하다.

라. 부당 감액 행위

1) 당사자들의 주장과 판결 내용

수급사업자 중 (주)참테크가 생산하는 부품의 경우 당초 불용자재로 처리하기로 하여 실사한 금액인 165,111,900원 중 (주)참테크에 109,000,000원만을 지급하고 나머지 56,111,900은 지급하지 아니하였다가 이후 휴대폰 단종계획의 철회에 따라 다시 납품받기로 하여 원고가 그 대금 전액을 정상적으로 지급한 사안에서, 원고는 공정거래위원회의 심결 중 원고가 위 차액 56,111,900원에 대하여 15,843,000원만을 지급한 것으로 보고 (주)참테크에 지급을 명한 40,268,900원 부분은 위법하다고 주장하였다.

그러나 서울고등법원은 “원고가 이 사건 시정명령 이전까지 수급사업자인 참테크

32) 粕濤功(주 10), 111-112면; 鈴木滿(주 10), 143-144면.

에게 그 주장과 같이 이미 지급한 15,843,000원을 넘어 그 물품대금 전액을 지급하였음을 인정할 아무런 자료가 없으므로, 원고의 위 주장도 받아들일 수 없다.”고 판결하였다.

2) 평석

하도급법 제13조의 부당감액은 ‘위탁을 할 때 정한 하도급대금’을 사후에 부당하게 감액하는 것을 의미한다. 부당감액 여부를 판단하는 기준 시점은 부당감액을 실행하였을 때이고 그 이후에 다른 사정을 이유로 감액된 금액을 보전하여 주었다더라도 부당감액으로 인한 하자가 치유되는 것은 아니다. 따라서 원고가 불용자재의 일부 대금을 지급하지 아니하기로 확정한 이상 이로써 바로 부당감액이 성립하는 것이고 그 이후(휴대폰 단종계획을 철회함에 따라) 불용자재를 다시 납품받았다고 하여 부당감액으로 인한 하자가 소급하여 치유되는 것은 아니다. 대상판결은 이를 명시하지 않았지만 행간에는 이러한 논리가 전제되어 있다고 볼 수 있다.

한편 부당감액은 이미 정해진 하도급대금을 감액 즉, 일부만을 지급한다는 점에서 민법 제390조³³⁾의 채무불이행에 해당한다고 볼 수 있다. 그러므로 민법상 채무불이행의 경우 채무자가 고의 또는 과실이 없음을 입증해야 하는 것과 달리, 하도급법 제13조에서 원사업자가 아닌 공정거래위원회가 부당성을 입증³⁴⁾해야 하는 것은 체계상 부자연스러운 면이 있다.

그리하여 최근 2011. 3. 11. 개정된 하도급법 제11조(감액금지) 제1항은 ‘원사업자는 제조 등의 위탁을 할 때 정한 하도급대금을 감액하여서는 아니 된다. 다만, 원사업자가 정당한 사유를 입증한 경우에는 하도급대금을 감액할 수 있다.’고 규정하여 정당한 사유의 입증책임을 원사업자가 부담하는 것으로 하였는데, 부당감액의 법적 성격에 비추어 타당한 개정으로 평가된다.

33) 제390조 (채무불이행과 손해배상) 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다.

34) 제11조(부당감액의 금지) ① 원사업자는 수급사업자에게 책임을 돌릴 사유가 없는 경우에는 제조등의 위탁을 할 때 정한 하도급대금을 부당하게 감액(이하 “부당감액”이라 한다)하여서는 아니 된다.

마. 부당한 경영간섭

1) 당사자들의 주장과 판결 내용

원고는 수급사업자로부터 승인원(Specification Sheet)을 제공받아 수급사업자가 공급하는 부품의 적합성 여부를 확인하는 것은 품질관리를 위해 필수적인 과정이고, 승인원에는 수급사업자의 핵심기술이나 고유기술이 기재되어 있는 것이 아니라고 주장하였다. 또한 휴대폰의 품질관리를 위해 원사업자가 수급사업자와 재수급사업자에 대해 점검과 지도를 하는 것은 당연한 일이고, 원고는 이 과정에서 어떠한 부당한 영향력을 행사한 적도 없으며, 수급사업자에게 재수급사업자 관리 인력을 둘 것을 강요하거나 그 선임에 간섭한 일도 없고, 재수급사업자에 대한 실사(Audit)를 하도록 요구한 것은 품질유지를 위해 필수적이며 정당한 행위에 해당한다고 주장하였다.

그러나 서울고등법원은 “원고가 동양이엔피에 그 승인원을 요청한 제품인 휴대용 충전기는 수급사업자인 동양이엔피가 자체적으로 개발하여 원고에게 납품하는 ODM(Original Design Manufacturing) 제품으로서 다른 부품에 비해 그 구조나 동작 원리가 비교적 간단한 것으로 보이는데도 그 승인원에는 회로도, 부품의 종류와 구체적인 기능, 동작원리뿐만 아니라 원자재 구매처 및 제조공정 등 구체적인 조립방법까지 나타나 있는 점, 원고가 2004년 8월경 마련한 '04년 2차 벤더 관리 방안'에는 협력업체 자체 판단에 따른 2차 벤더의 변경을 금지하고 협력업체로 하여금 2차 벤더를 정기적으로 방문하여 그 결과를 원고에게 월 1회 제출하도록 한 점 등에 비추어 보면, 원고의 행위는 품질유지라는 본래의 목적을 넘어 수급사업자의 재하도급 거래내용을 간섭한 행위로서 하도급법 제18조가 금지하는 부당한 경영간섭행위에 해당된다고 할 것이다”라고 판결하였다.

2) 평석

하도급법 제18조는 부당한 경영간섭을 금지하고 있고,³⁵⁾ 하도급거래 공정화 지침은

35) 제18조 (부당한 경영간섭의 금지) 원사업자는 하도급거래량을 조절하는 방법 등을 이용하여 수급사업자의 경영에 간섭하여서는 아니된다.

2차 수급사업자의 선정 등에 관여하는 행위와 기술자료를 요구하여 제공받는 행위를 부당한 경영간섭의 예시로서 규정하고 있다.³⁶⁾

한편 승인원에 포함되어 있는 ‘회로도’에 관하여 대법원 2008.2.29. 선고 2007도9477 판결(형사판결)은 “회로도란 부품의 배열, 부품의 연결, 부품의 규격과 전기적 수치 등을 공인된 기호를 사용하여 단면에 표시한 도면으로서 회로도를 설계함에 있어 가장 중요한 부분은 소자의 선택과 소자의 배열 등이고, 향후 제품에서 실현할 구체적 기능 구현을 완성하기 위해서는 주어진 규격에 따른 성능 테스트 등을 통하여 세부 규격을 정하는 과정을 거쳐야만 하므로, 실령 회로도에 담긴 추상적인 기술사상이 공지되었다고 하더라도 위와 같은 과정을 거쳐서 완성되는 회로도의 독립된 경제적 가치를 부정할 수는 없다.”고 판시³⁷⁾하여 회로도가 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률에서의 ‘영업비밀’에 해당한다고 판결한 점에 비추어 보면, 원고가 승인원을 요구한 것은 경영간섭에 해당한다고 보아야 할 것이다. 원고의 내부 문건에는 ‘이원화 승인 의뢰’라고 기재된 것이 있었는데, 이는 기술자료를 제공받은 후 다른 사업자에게 넘겨 주어 부당한 납품단가 인하에 악용될 소지가 있음을 보여주는 것이며, 원고는 과거에 실제 그러한 행위를 한 바 있다는 점³⁸⁾에서 경영간섭의 부당성도 인정될 수 있다.

대상 판결이 선고된 이후인 2010. 1. 25. 개정된 하도급법에는 제12조의3(기술자료 제공 강요 금지 등)이 신설되었으며, 제1항은 ‘원사업자는 정당한 사유가 있는 경우 외에는 수급사업자의 기술자료를 자기 또는 제3자에게 제공하도록 강요하여서는 아니 된다.’고 규정하고 있다.³⁹⁾ 여기서 ‘기술자료’란 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 제조·수리·시공 또는 용역수행 방법에 관한 자료, 그 밖에 영업활동에 유용하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서 대통령령으로 정하는 자료를 말한다.⁴⁰⁾

36) 지침 III. 17. 부당한 경영간섭의 금지(법 제18조)

다. 1차 수급사업자의 재하도급거래에 개입하여 자신의 위탁한 목적물의 품질유지 및 납기내 납품여부 등 하도급거래의 목적과 관계없이 2차 수급사업자의 선정·계약조건설정 등 재하도급거래내용을 제한하는 행위

바. 수급사업자에게 납품관련 기술자료 등을 정당한 이유없이 요구하여 제공하도록 하는 행위

37) 보다 상세한 내용은 박정희, 「회로도에 담긴 추상적인 기술사상이 공지된 경우 회로도의 독립된 경제적 가치가 부정되는지 여부(소극)」, 『대법원판례해설』 76호, 법원도서관, 2008, 562-583면 참조.

38) 중소기업 (주)슈버는 1999년 폴더형 휴대전화 자동개폐장치 개발에 성공해 2001년부터 원고에 납품하였다. 그러나 원고는 그해 말 슈버와 거래를 끊고 부품을 계열사인 OO전기에서 납품받기 시작했다. 특허심판원은 2005년 ‘OO전기가 슈버의 특허를 침해했다’는 결정을 내렸지만 그 사이 슈버는 부도가 났다.

39) 2009년 하도급서면실태조사 결과에 의하면 대기업으로부터 기술 자료를 요청받은 중소기업 가운데 22.1%가 기술탈취나 유용을 경험한 것으로 드러났다.

40) 하도급법 제2조 제15항. 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률에서 보호하고 있는 ‘영업비밀’의 개념과

만일 원고의 행위가 위 조항이 신설된 이후에 이루어졌다면, 승인원을 제공받은 것은 기술자료의 제공강요에 해당할 여지가 충분히 있다. 위 승인원에는 회로도, 부품의 종류와 구체적인 기능, 동작원리뿐만 아니라 원자재 구매처 및 제조공정 등 구체적인 조립방법 등이 나타나 있으며, 원사업자와 수급사업자간 교섭력의 차이를 고려할 때 수급사업자가 기술자료 제공에 자발적으로 동의하였다고 보기는 어려울 것이다.

한편 최근 2011. 3. 11. 개정된 하도급법 제35조(손해배상 책임) 제2항은 ‘원사업자가 제12조의3 제3항⁴¹⁾을 위반하여 취득한 기술자료를 유용함으로써 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상책임을 진다. 다만, 원사업자가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.’고 규정하여 이른바 징벌적 손해배상을 제한적으로 인정하였다. 국내에서는 최초로 징벌적 손해배상을 명시적으로 입법화한 것으로서 상당한 과장이 예상된다. 그런데 향후 기술자료의 요구 또는 유용 여부의 판단에 있어 대상판결의 판시 내용은 시사하는 바가 적지 않다는 점에서 주목할 만한 판결이라고 할 수 있다.

바. 조사방해와 과징금 산정의 위법 여부

1) 당사자들의 주장과 판결 내용

원고는 공정거래위원회가 원고 법인 자체에 대해서는 조사방해를 인정하지 아니하고 단지 원고의 임직원 2명의 조사방해에 대하여 과태료 부과처분을 하였는데도, 다시 원고의 조사방해를 사유로 하여 과징금 감경율을 30%만 적용한 것은 과징금 산정 절차와 기준을 위배한 것으로서 위법하다고 주장하였다.

서울고등법원은 이를 배척하면서, “원고 직원들이 과태료 처분을 받은 자료제출 거부행위는 종국적으로는 원고의 이익을 위하여 그 위법행위의 증거를 숨기는 것으로 공정거래위원회의 조사행위에 중대한 장애로 작용한다는 점 등을 고려하면, 설령 공정거래위원회가 아무런 처분이 내려지지 아니한 원고 법인의 조사방해를 과징금 산

거의 동일하다.

41) 제12조의3(기술자료 제공 강요 금지 등) ③ 원사업자는 취득한 기술자료를 자기 또는 제3자를 위하여 유용하여서는 아니 된다.

정의 사유로 삼았다 하더라도 이러한 사정만으로 과징금 산정의 절차와 기준을 위반하였다고 보기는 어렵다”고 판시하였다.

2) 평석

원고의 임직원 2명은 각각 공정거래위원회의 SAP⁴²⁾ 열람요구와 싱글(Single)⁴³⁾ 열람요구에 대하여 회사의 기밀 및 개인정보 보호를 핑계로 대면서 거부하였고 공정거래위원회는 이에 대하여 과태료 처분을 하였다.⁴⁴⁾ 이에 위 2명은 이의신청을 하여 사건이 관할 법원으로 송부되었으며, 두 건 모두 미확정상태에 있다.⁴⁵⁾

공정거래위원회는 조사방해에 대하여 과징금 산정시 가중사유로 고려하거나, 감경율을 낮추어 적용할 수도 있고, 별개의 사건으로 과태료 처분을 할 수도 있는 바 이는 공정거래위원회의 재량범위 내에 있는 것이다. 따라서 원고의 주장을 배척한 고등법원의 판단은 타당하다.

4. 기타

가. 하도급법의 연혁

하도급거래는 사법(私法)상의 법률관계이기 때문에 일반 사법의 원리에 따라 해결되는 것이 원칙이다. 그러나 하도급거래 당사자 간에는 교섭력의 불균형으로 인하여 대등관계가 아닌 종속관계가 형성되고, 원사업자의 불공정행위가 빈번하게 발생한다. 정부는 이러한 문제를 해결하기 위하여 일본 하청법을 모델로 하여 「하도급거래 공정화에 관한 법률」(법률 제3779호)을 제정·공포하여 1985. 4. 1.부터 시행하였다.

42) SAP(System, Application, and Products in data processing) 프로그램은 영업에서부터 생산, 자재, 품질, 설비관리에 이르는 전 물류관리 및 인사관리, 회계/원가관리 등 기업전반에 걸쳐 계획/관리 업무를 통합 지원할 수 있는 원고의 기업자원관리시스템을 의미한다.

43) 원고 회사의 사내 통신망을 말한다.

44) 2008. 4. 3. 전원회의 의결 2008-114호.

45) 2건은 각기 다른 법원에 송부되었는데, 서울중앙지방법원은 이의신청을 기각하였고, 수원지방법원 성남지원은 이의신청을 인용하였다.

하도급법 제정 이전에는 하도급거래에서 발생하는 불공정 거래행위를 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’ 제23조에 규정된 “거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위”의 한 유형으로 규제하였다. 그러나 ‘거래상의 지위를 부당하게 이용하여’라는 불확정개념 때문에 법집행의 실효성을 충분히 확보할 수 없는 문제점이 지적되었다. 이에 따라 정부는 1982. 12. 31. 하도급거래에서 빈번하게 일어나는 불공정행위 유형을 예시한 「하도급거래상의 불공정행위유형 고시」(경제기획원 고시 제59호)를 제정하여 1983. 4. 1.부터 시행하였다. 그런데 위 고시를 시행한 이후 불공정 하도급거래에 대한 신고가 대폭 증가하였고, 고시의 내용이 기업들의 사법상 권리의무를 수정 내지 변경하는 것이어서 독립된 법률로 제정하는 것이 바람직하다는 의견이 제기되었다. 결국 여·야 의원 공동발의로 법률안이 제출되어 1984. 12. 31. 하도급법이 제정·공포된 것이다.

한국경제에서 하도급거래가 차지하는 비중이 상당함에도 불구하고, 하도급법은 공정거래법에 비하여 학계의 관심을 충분히 받지 못하였다. 공정거래법에 비하여 위법성 판단이 상대적으로 용이하다는 인식이 그 원인 중 하나로 보인다.⁴⁶⁾ 그러나 최근에는 관련 법적 쟁점이 예전에 비하여 복잡한 양상을 보이고 있으며, 중요한 대법원 판결도 다수 선고되었다.⁴⁷⁾

나. 하도급 거래에 관한 입법례

하도급 거래에 관한 외국의 입법례로는 일본의 ‘하청법’ 이외에 프랑스의 「하도급에 관한 법률」(Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance)과 EU의 「상거래의 지불지연 방지에 관한 지침」(Directive 2000/35 EC of the European Parliament and of the Council of 29 June 2000 on Combating late payment in commercial transactions) 등이 있다.

46) 또 다른 원인으로는 하도급법이 독점을 배제하고 기업간의 경쟁을 촉진시키는 협의의 ‘경쟁법’에 해당하는 지에 관하여 의문이 있기 때문이다. 이와 달리 하도급법을 수요독점(monopsony)의 관점에서 파악하는 문헌으로는 이영대, 「수요독점의 법적규제」, 『공정거래법의 쟁점과 과제』, 서울대학교 경쟁법센터, 법문사, 2010, 45면 이하; 홍명수, 「하도급법상 원사업자 규제의 개선방안에 관한 고찰」, 『경쟁법연구』 제19권, 법문사, 2007, 131면 이하는 ‘독과점적 원사업자’ 개념을 시도하고 있다.

47) 최근 판례의 동향에 관하여는 주진열, 「불공정 하도급거래 규제의 법적 쟁점에 대한 고찰」, 법학논고 제30집, 경북대학교 법학연구소, 2009, 35~66면 참조.

먼저 프랑스의 경우 1975년에 ‘하도급에 관한 법률’을 제정하였는데, 원사업자의 하도급대금 지급 불능으로부터 수급사업자를 보호하기 위한 것으로서, 민간공사와 관급공사에 직접지급과 직접소권이라는 각기 상이한 두 가지 제도를 마련하고 있다. 다만, 수급사업자의 공사대금채권의 담보만을 목적으로 하기 때문에 하도급과 관련된 기타의 법률관계에 대하여는 여전히 프랑스 민법에 의존한다. 위 법률은 모두 4개의 장(Titre)과 21개 조항(Article)으로 구성되어 있는데, 제1장에서는 일반원칙(Dispositions générales)을 정하고 있고, 제2장은 관급공사에 적용되는 것으로서 발주자가 공사대금을 수급사업자에게 직접 지급(paiement direct)할 수 있다고 규정하고 있고, 제3장은 민간공사에 적용되는데 수급사업자에게 직접소권(action directe)을 부여하고 있는 것이 특징적이다. 마지막으로 제4장은 기타 규정(Dispositions diverses)으로서 예컨대 제15조는 이 법이 강행법규임을 선언하고 있다.⁴⁸⁾

EU는 시장 통합 이후 경제활성화를 위하여는 대기업과 중소기업간, 그리고 중소기업과 중소기업간의 협력관계가 중요하다고 판단하여, 1995년 「상거래에서의 지불기간에 대한 권고」(The Commission recommendation on payment periods in commercial transactions)를 채택하였다.⁴⁹⁾ 그 내용은 회원국들로 하여금 기업간 거래에서 발생하는 대금지불지연에 대한 적절한 제도를 도입하라고 권고하는 것이었다. 그러나 법적 강제력이 없는 권고(recommendation)의 한계가 드러났고, 이에 지침(directive) 형태로 ‘상거래의 지불지연 방지에 관한 지침’을 채택하게 되었다. 주요 내용은 대금의 지불기간과 지연이자, 손해배상 등이다. 제3조 제1항(b)는 계약에서 별도로 정함이 없는 경우, 채무자에게 청구서 수령일로부터 30일 이내에 대금을 지급하도록 하고, 청구서 수령일이 불문명한 경우 상품이나 용역을 수령한 날로부터 30일 이내에 대금을 지급하도록 규정하고 있다. 지연이자에 관하여 제3조 제1항(d)는 유럽중앙은행의 기준금리에 7% 이상을 가산하여 지연이율을 정하도록 하고 있다.

48) 프랑스 하도급에 관한 법률은 원사업자로 하여금 지급보증과 지급위탁을 의무화하고 있고, 원사업자가 대금지급을 지체하는 경우 수급사업자가 발주자에게 직접 하도급대금을 청구할 수 있도록 하고 있다. 보다 상세한 내용은 박수곤, 「프랑스에서의 하도급법에 대한 개관 - 건축하수급인의 공사대금채권 담보수단을 중심으로」, 민사법학 제25호, 한국민사법학회, 2004. 참조: 손계준, 「하도급대금 직접지급청구권에 관한 고찰 - action directe와의 비교를 중심으로」, 서울대학교 법학석사학위논문, 2010. 참조.

49) 당시 대금지불지연으로 인해 중소기업이 도산하고 실업이 증가하는 것도 중요한 요인이었다. 糴瀾功(주 10), 214면.

5. 결론

본건 삼성전자(주)의 불공정하도급거래행위에 대한 건은 공정거래위원회가 3년여에 걸쳐 국내 최대 기업의 하도급법 위반행위를 조사·심사하여, ① 하도급법에 있어서 사상 최고의 금액인 115억여 원이라는 거액의 과징금을 부과한 사건으로서, 의결 당시부터 대법원 판결 선고 때까지 사회적으로 많은 관심의 대상이 되었다.

법리적으로는 ② 서면교부 의무의 규정 취지와 그 위반행위에서 정당한 사유의 입증책임이 원사업자에게 있음을 최초로 선언한 판결이다. 또한 대상판결은 ③ 하도급법 제4조 제2항 제1호에서 금지하는 ‘정당한 이유 없이 일률적인 비율로 단가를 인하하여 하도급대금을 결정하는 행위’에 대한 최초의 판결로서, 정당한 이유에 대한 입증책임을 누가 부담하는지에 대한 명시적 판단이 없다는 아쉬움은 있으나, ‘거래물량의 현격한 증가 등으로 인한 원자재의 가격 하락 및 노임 하락, 동일한 비용감소 등’이 일정비율로 단가를 인하할 만한 객관적이고 타당한 사유로서 ‘정당한 이유’에 해당할 수 있음을 설시하였다는 점에서 그 의미가 매우 크다.

나아가 ④ 부당한 수령지연행위에 대해서 설령 원고 주장과 같이 수급사업자들의 양해를 구하였다거나 사후에 수급사업자들에게 금전보상이나 물량보전을 하였다고 하더라도 위법행위가 된다고 함으로써 하도급법 제8조 제1항 제2호를 엄격하게 해석하고 있다.

또한 대상판결은 ⑤ 원고가 수급사업자로부터 승인원을 제공받아 수급사업자가 공급하는 부품의 적합성 여부를 확인한 것과 재수급사업자에 대한 실사를 요구한 것은 경영간섭 행위에 해당한다고 판결하였다. 그런데 개정된 하도급법 제12조의3은 기술자료 요구행위를 금지하고 있으므로, 이 사건에서 원고가 승인원을 요구하여 제공받은 행위는 현재 시행중인 하도급법에서는 경영간섭 보다는 기술자료 요구행위로 보는 것이 타당할 것이다.

마지막으로 ⑥ 원고법인 자체가 조사방해를 한 것은 아니고 단지 원고의 임직원만이 공정거래위원회의 조사를 방해한 경우에도 ‘이는 중국적으로 원고의 이익을 위한 것이고 공정거래위원회의 조사에 중대한 장애로 작용한다’는 점을 이유로 과징금을

가중하거나 감경율을 낮추어 적용할 수 있다고 판시하였다.

대상 판결은 고등법원 판결임에도 불구하고 하도급법의 중요한 쟁점들에 대해 의미있는 판시를 하였으며, 이후 대법원에서 선고되는 중요한 판결들의 초석이 되었다고 볼 수 있다.

[27] 제너시스의 가맹사업법 위반행위에 대한 건 의결 제2008-124호

업 규 석 (한국공정거래조정원 분쟁조정실장)

이 사건은 (주)제너시스가 거래상 지위를 남용하여 관측비용을 가맹점사업자에게 부당하게 전가시킨 행위에 관한 사건으로 공정거래위원회의 원심결 처분 및 재결 이후 고등법원을 거쳐 대법원의 판결까지 이른 사건이다.

이 사건의 주된 쟁점으로 ① 가맹본부는 가맹점사업자에 대해서 거래상 지위가 인정되는지의 여부, ② 가맹본부가 관측활동에 소요되는 비용을 가맹점사업자에게 전가시키는 행위의 부당성 여부에 대한 것이다.

이 사건과 관련하여 공정거래위원회에서는 ① 가맹점사업자는 가맹본부로부터 제품의 생산에 대한 노하우 등 영업일체에 대한 지원을 받는 등 가맹본부에 대한 의존도가 높고, 가맹사업에 참여하기 위해서 점포 및 내부시설, 장비 등 상당한 비용을 투자하므로 계약을 해지당할 경우 투자비용 등의 경제적 손실을 회복할 수 없기 때문에 가맹본부는 가맹점사업자에 대해 거래상 지위가 있음을 인정하였으며, ② 가맹본부의 관측활동으로 인해 가맹점사업자의 매출이 증대된다고 하더라도 관측비용은 합리적으로 분담하여야 하며, ③ 관측행사를 시행함에 있어서 사전에 가맹점사업자에게 알리거나 동의를 얻는 등 정당한 절차를 거쳐야 함을 명확히 하였다.

이 사건은 그 동안 가맹사업 분야에서 관행화되어 있는 가맹본부의 부당한 관측비용 전가 행위에 경종을 울린 대표적인 사례라고 할 수 있다.

1. 사건개요

가. 시장현황

가맹사업은 2005년도 국내 가맹사업의 추정 매출액이 약61조 원으로 GDP의 약 7.3%에 이르며, 2010년에는 매출액이 약114조 원, 우리 경제에서 차지하는 비중은 GDP의 9%에 달한다. 가맹본부가 2,211개, 가맹점 28만개가 사업을 영위하고 있다.

국내 치킨시장은 연간 약2조 원이며, 이중 치킨 가맹사업의 국내 닭고기 유통시장 점유율은 45% 정도로 추정되며, 현재 50여개가 넘는 치킨관련 가맹본부가 약8,000개 가맹점을 운영하여 약1조 원의 시장을 형성하고 있다.

현재 국내 치킨 가맹사업 시장은 KFC, BBQ, 파파이스 등 기업형 후라이드 치킨 전문점과 중소형 치킨 전문점으로 구분할 수 있다. 치킨 가맹사업의 선호도 설문조사 결과에서 국내업체인 주식회사 제너시스의 BBQ(이하 '피심인'이라 한다)와 교촌치킨이 1위와 2위 차지하였고, 그 뒤를 KFC 등 외국사업자가 차지하여 현재까지는 국내 치킨시장에서 국내기업들이 우위를 점하고 있다. 가맹점포수는 피심인 1,850개, 페리카나 1,100개, 교촌치킨 900개, BHC 750개로 피심인이 가장 넓은 판매망을 갖추고 있다.

나. 행위사실

피심인은 2005년 5월경 음식의 튀김유에서 발생하는 트랜스 지방산이 사회적인 문제가 되고 생활에 웰빙의 개념이 도입되면서 건강식품에 대한 사회적 관심이 증대하자 그동안 사용하던 치킨의 튀김유이던 대두경화유를 트랜스지방산이 거의 없는 올리브유로 전환하였다.

튀김유를 올리브유로 전환함에 따라 치킨 1마리당 튀김유의 원가가 205원에서 약 1,475원으로 7배나 상승하여, 피심인은 당시 11,000원이던 치킨 1마리의 판매가격을 13,000원으로 2,000원 인상(인상률 18.2%)하면서, 피심인이 판매하는 치킨에는 트랜스

지방산이 없는 고급 튀김유인 올리브유를 사용하고 있다는 점 등 제품 이미지 제고와 치킨의 판매가격을 한꺼번에 인상함에 따른 일부 소비자들의 가격저항 등을 최소화하기 위하여 적극적인 판촉활동¹⁾을 하게 되었다.

이 과정에서 피심인은 2005.6.1.부터 2007.2.20.까지 사이에 가맹점사업자들을 통하거나 혹은 피심인 단독으로 총 13회의 판촉행사를 진행하면서 판촉물 29종 중 탑클래스 스티커 등 5종의 판촉물은 피심인 자신의 비용으로 구입하여 가맹점사업자에게 제공하였다. 그러나 나머지 24종의 판촉물에 대해서는 그 구입비용을 가맹점사업자들이 전액 부담하도록 하거나 피심인이 그 중 일부인 598백만 원만을 부담하는 방식으로 판촉행사를 진행하면서 나머지 총 7,192백만 원의 판촉비용을 가맹점사업자들에게 부담시켰다.

다. 공정거래위원회의 심결

1) 원심결²⁾

가) 위법성 성립요건

「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」(이하 ‘가맹사업법’이라 한다) 제12조 제1항 제3호의 “가맹본부가 거래상의 지위를 이용하여 부당하게 가맹점사업자에게 불이익을 주는 행위”가 성립하기 위해서는 ① 가맹본부가 거래상의 지위를 이용하여 ② 부당하게 경제적 이익을 제공하도록 강요하거나 가맹점사업자에게 비용을 부담하도록 강요하여야 한다.

다만, 위 위법성 성립요건을 충족한 불이익을 주는 행위라고 하더라도 ① 가맹본부의 상표권을 보호하고 상품 또는 용역의 동일성을 유지하기 어렵다는 사실이 객관적으로 인정되는 경우로서, ② 당해 불이익 제공행위에 관하여 가맹본부가 미리 정보공개서를 통하여 가맹점사업자에게 알리고, ③ 그러한 내용으로 가맹점사업자와 계약을 체결하거나 가맹점사업자의 동의를 얻는 경우에는 예외가 인정되어 위법성이 조각된다.

1) 판촉물은 TOP class 잡지, 21단 자전거, 여성동아 별책부록, 동방신기 콘서트 응모권, 우산, 담요, 카렌다 등이며, 실제 판촉행사 시행내용을 보면 “2005.6.1~6.30 기간 중 치킨 1마리 구입 고객에 대하여 TOP class 6월호 증정(올리브 럭셔리 치킨 홍보: 1,596 가맹점 모두 참가)”라고 되어 있다.

2) 공정거래위원회 2008.4.16 전원회의 의결 제2008-124호.

나) 거래상 지위의 존부

피심인의 가맹점사업자들은 피심인의 영업표지 등을 사용하는 대가로 일정 금액의 가맹금을 피심인에게 지급하고 피심인으로부터 상호·상표·포장·디자인뿐만 아니라 제품의 생산에 대한 노하우 등 영업행위 일체에 대하여 지원을 받고 있는 등 피심인에게 전적으로 의존하는 거래관계에 있다.

또한 가맹점사업자들이 피심인의 가맹사업에 참여하기 위해서는 피심인이 제시하는 조건과 기준 등에 따라 점포 및 내부 시설장비 등을 준비하여야 하고 또 상당한 비용의 투자가 이루어져야 하는 바, 만약 피심인이 가맹계약을 해지하는 경우 가맹점사업자는 투자비용을 회수할 수 있는 방법이 없어 상당한 경제적 손실을 입게 되므로 가맹본부의 요구에 응할 수 밖에 없는 사정에 있다.

위와 같은 사정을 감안할 때 피심인은 가맹점사업자에 대하여 거래상 지위가 있는 것으로 판단하였다.

다) 행위의 부당성

공정거래위원회는 피심인이 위 행위사실과 같이 치킨 튀김유를 대두경화유에서 올리브유로 바꾸면서 제품홍보를 위해 2005. 6. 1.~2007. 2. 20. 기간 중 실시한 판촉행사 중 사용된 판촉물의 구입비용을 가맹점사업자들로 하여금 부담하도록 한 행위는 다음과 같은 점을 고려할 때 가맹사업의 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 부당한 행위로 인정하였다.

① 피심인이 새로운 제품의 출시에 따라 이를 홍보하기 위하여 전국단위의 판촉행사를 실시할 필요성이 있었던 점과 판촉행사의 1차적 목적이 가맹점사업자의 매출증가를 통한 이익증진에 있었다는 점을 인정한다 하더라도 그에 인하여 가맹점사업자에게 공급하는 원·부재료의 매출증가에 따라 가맹본부의 이익 역시 증가한다는 점³⁾을 감안하면 가맹본부가 판촉행사에 소요되는 비용을 사실상 모두 가맹점사업자에게

3) 실제로 판촉행사 기간(2005. 6.~2006. 12.)과 그전 1년의 마진율 증가정도를 비교할 시 피심인(21.6%)이 가맹점사업자(6.3%)에 비해 월등히 높았다. 또한 가맹점계약서 제20조 제2항에도 “본사는 가맹점의 판매증진을 위하여 전국적인 판촉행사를 주관하며, 그 비용은 본사가 정하는 기준에 의하여 본사·본부·가맹점이 부담한다.”고 규정하고 있는 것에서 합리적인 기준에 의해 판촉비용을 부담할 필요가 있었다.

부담시킨 행위는 합리적이라고 보기가 어렵다.

② 다음과 같은 점을 고려할 때 피심인은 판촉물의 선택, 공급 등 판촉행사를 진행함에 있어 가맹점사업자의 의사를 무시한 채 일방적으로 추진한 것이 인정된다고 하였다.

첫째, 피심인은 자기가 일방적으로 정한 기준 및 계획에 따라 가맹점사업자에게 판촉물을 배분하였다. 즉 피심인은 가맹점사업자들에게 지급하는 물대(원·부재료 등의 공급대금) 또는 가맹점사업자의 평균매출액을 기준으로 가맹점 등급을 구분한 후 이러한 등급에 따라 판촉물을 공급하기로 한 후 이를 실행하였다.

둘째, 가맹점사업자들은 피심인이 공급한 판촉물 중 품질이 조악하여 사용하기 어려운 제품(우산, 배드민턴 라켓 등)이나 사용할 수 있는 유효기간이 지난 제품(챗슈틱) 등 부실한 판촉물로 인하여 오히려 고객들로부터 많은 불만을 접하게 되었고, 또한 피심인이 공급하는 판촉물로 인한 판촉효과를 기대하기 어렵다고 판단하여 피심인에게 부실한 판촉물의 공급을 중단하도록 개별적으로 항의한 사실이 있다.

셋째, 가맹점사업자들은 피심인의 계속되는 일방적인 판촉물의 공급행위에 대항하기 위하여 2006. 12. 11. ‘가맹점주 협의회’를 결성하였고, 2006. 12. 22. 약 40개 가맹점사업자들이 당시 피심인이 공급했던 판촉물(클로렐라 비누, 마스크팩, 어린이 손목시계, 무릎담요 등)을 집단적으로 피심인에게 반납한 사실이 있다.

넷째, 다음 카페의 BBQ 점주모임란에는 “판촉물의 소요량을 점주가 아닌 본사에서 일방적인 등급을 정하여 무작위로 불출한 것이 문제이며 또한 일방적으로 공급한 판촉물 대금을 입금하지 아니하면 원재료마저도 공급하지 않고 잔액이 미수로 남으면 가차 없이 물류를 중단시키는 일을 저질러 왔다”며 이러한 행위는 가맹점 본사의 횡포라는 한 점주의 주장에 의하더라도 피심인의 판촉물 공급행위는 절차상·내용상 상당히 불합리한 점이 있었음을 알 수 있었던 것이다.

라) 위법성 조각 여부

피심인의 행위가 공정거래법 제12조 제1항 제3호의 사유에 해당하여 불이익을 주는 행위라고 하더라도, 그러한 행위가 허용되지 않을 경우 가맹본부의 상표권을 보호하고 상품 또는 용역의 동일성을 유지하기 어렵다는 사실이 객관적으로 인정되는 경

우로서, 당해 불이익 제공행위에 관하여 가맹본부가 미리 정보공개서를 통하여 가맹점사업자에게 알리고, 그러한 내용으로 가맹점사업자와의 계약을 체결하거나 가맹점사업자의 동의를 얻을 경우에는 위법성이 조각된다.

그러나 피심인이 판촉행사에 사용하도록 한 판촉물은 잡지, 게임CD, 우산 등 다양한 형태로서 이러한 판촉물의 제공이 피심인의 상표권 보호나 상품·용역의 동일성 유지와는 아무런 관련이 없는 것으로 보이며, 특히 판촉행사에 소요된 비용을 가맹점사업자에게 부담시킨 행위는 더더욱 상표권 유지 등과 무관하다고 판단된다.

또한 피심인이 가맹점사업자들과 판촉물의 공급비용을 가맹점사업자에게 부담시키는 내용의 계약을 체결하거나 동의를 얻은 사실이 없기 때문에 위법성의 예외로 인정하기 어렵다.

마) 의결

공정거래위원회는 피심인의 위와 같은 행위가 가맹사업법 제12조 제1항 제3호 및 같은 법 시행령 제13조 제1항 관련 [별표2] 불공정거래행위 유형 또는 기준 제3호 나목에 규정된 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 판촉물 구입비용을 강제로 부담시킴으로써 가맹점사업자에게 불이익을 주는 행위에 해당된다고 보아 가맹사업법 제33조의 규정을 적용하여 시정명령을 의결하였다.

2) 이의신청 및 재결⁴⁾

가) 이의신청 내용

피심인은 시정명령을 내린 원심결에 대해서 다음과 같은 이유를 들어 이의신청을 하였다.

첫째, 가맹본부와 가맹점사업자는 상호의존적 관계에 있으며, 가맹본부는 임의로 가맹점사업자와 거래관계를 단절할 수 없으므로 가맹점사업자들이 가맹본부에게 전적으로 의존하는 거래관계에 있는 것이 아니며, 가맹본부는 가맹점사업자에 부당한

4) 공정거래위원회 2008.8.20. 전원회의 재결 제2008-029호.

계약해지 시 제재를 받고 있고, 프랜차이즈 치킨점 간 경쟁이 치열하여 가맹점을 늘려야 하는 상황이어서 임의로 계약을 해지할 이유가 없으므로 '피심인이 원한다면 임의로 계약을 해지할 수 있다'는 원심결의 판단을 수용할 수 없다.

둘째, 원심결은 판촉물 구입비만을 기준으로 가맹점사업자에게 판촉행사비용을 전액 부담시켰다고 판단하여 부당성을 인정하고 있으나, 이의신청인(이하 재심결에서는 피심인을 '이의신청인'이라 표기한다)은 판촉물 구입비용의 일부분, 판촉비물류비용, 디자인비용, 포스터제작비용, 광고비의 대부분 등을 포함하여 총 판촉행사비용의 66.5%를 부담하였다. 따라서 가맹점계약서 제20조5)에 의하면 판매촉진을 위한 광고활동 및 판촉행사에 소요되는 비용은 이의신청인과 가맹점이 부담할 수 있으므로 이의신청인의 행위는 부당하지 않다.

셋째, 가맹점계약서에 의하면 전국적인 판촉활동 및 광고활동은 이의신청인이 주관하도록 되어 있으며, ① 가맹점 간담회를 행사에 대한 홍보와 함께 가맹점의 의견을 들었고, 판촉행사계획을 수립하고 '판촉위원회' 및 '마케팅위원회' 등의 회의체를 통하여 가맹점사업자의 의견을 수렴하여 계획을 수립한 점, ② 가맹점사업자에게 POS(전자문서) 등을 통해 행사의 취지와 내용을 알린 점, ③ 사후적으로 하자에 따른 반품요구를 모두 수용하였으므로 일부 가맹점사업자들이 판촉물의 공급중단을 요구한 것은 판촉행사의 절차상 하자 또는 강제성과는 무관하게 판촉물의 품질불만에서 비롯되었다는 점 등을 들어 절차상 하자가 없다.

나) 재결

공정거래위원회는 원심결과 동일하게 이의신청인이 거래상 지위가 있고, 가맹본부와 가맹점사업자간 판촉행사비용의 부담이 부당하고, 판촉행사를 가맹점사업자의 사전 동의 없이 일방적으로 진행한 사실 등을 이유로 이의신청을 기각하였다.

5) 가맹점계약서 제20조(광고·판촉) 1. 본사 또는 본부는 가맹점의 판매증진을 위하여 TV(CATV포함), 라디오, 신문, 잡지, 지역정보지, 기타매체를 통한 판매촉진활동을 본사 또는 본부의 계획과 비용으로 집행하며, 합리적으로 산정된 대금의 일부를 가맹점에게 청구할 수 있다. 2. 본사는 가맹점의 판매촉진을 위하여 전국적인 판촉행사를 주관하며, 그 비용은 본사가 정하는 기준에 의하여 본사·본부·가맹점이 부담한다. 3. 본사와 본부는 가맹점의 판매증진을 위하여 가맹점별 개별 판촉활동을 지시할 수 있으며, 비용은 가맹점의 부담을 원칙으로 하되, 그 비용의 일부를 본사 또는 본부가 부담할 수 있다.

(1) 거래상의 지위 여부

가맹점사업자는 이의신청인으로부터 상호, 상표뿐만 아니라 제품의 생산에 대한 노하우 등 영업행위 일체에 대하여 지원을 받고 있는 점, 이의신청인과 같이 프랜차이즈 시장에서 유력한 가맹본부인 경우 가맹점사업자의 의존이 더욱 심화될 수 밖에 없다는 점, 가맹점사업자가 가맹사업에 참여하기 위해서는 점포 및 내부시설, 장비 등 상당한 비용투자가 이루어져야 하는 바 계약을 해지 당하는 경우 투자비용을 회수할 수 있는 방법이 없어 상당한 경제적 손실을 입게 되므로 가맹본부의 요구에 응할 수 밖에 없는 점 등을 고려할 때, 거래상 지위가 없다는 이의신청인의 주장을 받아들일 수 없다.

(2) 행위의 부당성

이의신청인의 가맹점계약서상 TV, 라디오 등을 통한 광고활동과 가맹점사업자의 판매증진을 위한 판촉행사를 구분하고 있으므로 판촉행사비용의 부담이 적정하였는지 여부를 판단함에 있어 양자를 합산하여 판단할 것이 아니다.

이의신청인이 원심결에서 주장하였듯이 물류비 및 판촉물 디자인 비용이 가맹점사업자가 부담한 판촉물 구입비에 이미 포함되어 있다고 한다면 이의신청인이 별도로 부담한 비용으로 볼 수 없다. 실제로 원심결시 이의신청인은 판촉물을 5,976백만 원에 구입하여 7,192백만 원에 가맹점사업자들에게 공급함으로써 약 20%의 마진을 붙인 것으로 파악되었다.

이의신청인이 가맹점사업자들로부터 반품 받은 판촉물 금액 1,026백만 원은 가맹점사업자들이 부담한 판촉물 구입 금액에서 제외하는 것이 타당하다. 그러나 이를 감안 하더라도 이의신청인은 판촉물 구입비 기준 판촉행사비용의 13.1%만을 부담하고, 나머지 86.9%를 가맹점사업자에게 부담시킨 것으로 원심결과 크게 다르지 않다고 할 것이다. 참고로 원심결은 이의신청인이 반품받은 판촉물 구입금액 1,026백만 원을 가맹점사업자가 부담한 것으로 보았으며, 이 경우 이의신청인의 판촉물구입비 부담비율은 11.4%이었다.

따라서 이의신청인이 가맹점계약서 제20조의 규정에 따라 판촉행사비용은 이의신

청인과 가맹점사업자가 분담할 수 있다고 하더라도 피심인이 판촉행사 비용의 13.1%를 제외한 나머지 86.9%를 가맹점사업자에게 부담시킨 것은 합리적인 분담으로 보기 어렵다고 할 것이므로 이의신청인의 행위의 부당성에 대해 원심결과 달리 판단할 수 없다.

(3) 절차적 정당성

판촉위원회의 경우 대부분의 가맹점사업자들이 그 존재 여부를 알지 못할 뿐만 아니라 판촉행사가 2005년 6월에 시작되고 9개월 이후인 2006. 3. 8.에 첫 회의가 개최되었음을 감안하면 동 위원회를 통해 의견을 수렴하여 계획을 수립하였다는 이의신청인의 주장은 설득력이 낮다.

또한 이의신청인이 가맹점사업자의 주문요청에 따르기 보다는 자기가 일방적으로 정한 기준 및 계획에 따라 가맹점사업자에게 판촉물을 배분한 점과 가맹점사업자로 하여금 자율적으로 참여하도록 한 5종의 판촉물의 참여율이 5% 내외로 극히 저조한 반면, 자율성을 배제한 여타 판촉물의 경우에는 적게는 77%, 많게는 90% 이상의 가맹점사업자가 참여하고 있는 점을 감안하면 피심인이 가맹점사업자에게 판촉물 구입을 강제한 것으로 볼 수 있다.

이의신청인이 사후적으로 하자에 따른 반품요구를 수용한 것은 사실이나, 가맹점사업자들이 이의신청인이 공급한 부실한 판촉물의 공급을 중단하도록 개별적으로 항의를 한 사실이 있고, 가맹점사업자들이 이의신청인의 계속되는 일방적인 판촉물의 공급행위에 대항하기 위하여 '가맹점주협의회'를 결성하고, 판촉물을 집단적으로 이의신청인에게 반납한 사실이 있는 점에 비추어 볼 때 이의신청인이 가맹점사업자들의 의사를 충분히 수용하여 판촉행사를 하였다고 보기는 어렵다.

라. 법원의 판결

서울고등법원에서는 피심인이 공정거래위원회의 의결 및 재결에 불복하여 소송을 제기한 것과 관련하여, 가맹점사업자들은 소규모로 가맹점을 운영하는 관계로 가맹사업에 대한 기술, 경험 및 자금의 면에서 현저하게 우위의 관계에 있는 가맹본부의 전

적인 지원에 의존하는 위치에 있다는 점, 가맹본부가 요구하는 조건과 기준에 따라 점포 및 내부 시설을 준비하여야 하고, 원치 않는 시기에 계약이 해지될 경우 위와 같은 시설투자비용을 충분히 회수하기 어려워져 경제적 손실을 입게 된다는 점에서 피심인은 가맹점사업자들에게 상당한 영향을 미칠 수 있는 우월한 지위에 있고, 판촉행사를 위하여 가맹점사업자들로 하여금 판촉물 구입비용을 부담하도록 한 행위는 가맹점사업자에게 거래상의 지위를 이용하여 부당하게 비용을 부담하게 하는 불이익제공행위에 해당된다고 판시하였다.⁶⁾

대법원 또한 서울고등법원의 판결에 이의가 없다고 판결하였다.⁷⁾

2. 관련 규정 및 제도

가. 가맹사업법 위반 관련 규정

가맹사업법 제12조 제1항에서 “가맹본부는 거래상의 지위를 이용하여 부당하게 가맹점사업자에게 불이익을 주는 행위로서 가맹사업의 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 하거나 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다.”고 규정하고 있다.

또한 같은 법 제12조 제1항 제3호는 “가맹본부가 거래상의 지위를 이용하여 부당하게 가맹점사업자에게 불이익을 주는 행위”를 금지하고 있고, 같은 법 시행령 제13조 제1항 및 **【별표2】** 제3호에서 이를 구체적으로 규정하고 있다. 동 별표에서는 부당하게 경제적 이익을 제공하도록 강요하거나 가맹점사업자에게 비용을 부담하는 행위를 ‘부당한 강요’로 규정하고 있다.

6) 서울고등법원 2009. 9. 3 선고, 2008누26338 판결.

7) 대법원 2010. 1. 28. 선고, 2009두17032 판결.

「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」

제12조(불공정거래행위의 금지)

- ① 가맹본부는 다음 각호의 1에 해당하는 행위로서 가맹사업의 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 하거나 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니 된다.
1. ~ 2. (생략)
 3. 거래상의 지위를 이용하여 부당하게 가맹점사업자에게 불이익을 주는 행위
 4. ~ 5. (생략)
- ② 제1항 각 호의 규정에 의한 행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다.

「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 시행령」

제13조(불공정거래행위의 유형 또는 기준)

- ① 법 제12조 제2항의 규정에 의한 불공정거래행위의 유형 또는 기준은 별표2와 같다.
- ② (생략)

【별표2】 불공정거래행위의 유형 또는 기준(제13조 제1항 관련)

3. 거래상 지위의 남용

법 제12조 제1항 제3호에 해당하는 행위의 유형 또는 기준은 다음 각 목의 1과 같다. 다만, 다음 각 목의 1에 해당하는 행위를 허용하지 아니하는 경우 가맹본부의 상표권을 보호하고 상품 또는 용역의 동일성을 유지하기 어렵다는 사실이 객관적으로 인정되는 경우로서 당해 사실에 관하여 가맹본부가 미리 정보공개서를 통하여 가맹점사업자에게 알리고 가맹점사업자와 계약을 체결하거나 가맹점사업자의 동의를 얻은 경우에는 그러하지 아니하다.

나. 부당한 강요: 부당하게 경제적 이익을 제공하도록 강요하거나 가맹점사업자에게 비용을 부담하도록 강요하는 행위

나. 가맹사업법 위반 관련 판례

1) 거래상 지위와 관련한 판례

대법원은 거래상 지위는 가맹본부가 거래상 지위를 이용하였는지 여부를 기준으로 판단하는 것이 아니라, 당사자가 처하고 있는 시장 및 거래의 상황, 당사자 간의 전체적 사업능력의 격차, 거래의 대상인 상품 또는 용역의 특성, 그리고 당해 행위의 의도,

목적, 효과, 영향 및 구체적인 태양, 해당 사업자의 시장에서의 우월적 지위의 정도 등에 비추어 볼 때 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지 여부를 판단하여 결정하는 것이라고 판결하였다.⁸⁾

2) 가맹본부의 판촉비 부과행위의 부당성과 관련한 판례

대법원은 가맹본부가 모든 가맹점사업자로 하여금 판매촉진활동의 일환으로 실시하는 할인판매행사에 참여하도록 하는 것이 거래상의 지위를 이용하여 부당하게 가맹점사업자에게 불이익을 주는 행위로서 가맹사업의 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위인지 여부는 가맹계약의 내용, 할인판매행사의 목적과 내용, 할인판매행사비용의 구체적인 분담내역, 할인판매행사에의 참여 및 할인판매행사비용의 분담에 대한 가맹점사업자의 의사반영여부, 할인판매행사로 인하여 가맹점사업자에게 생길 수 있는 손해발생의 개연성과 내용, 관련 업계의 거래관행과 거래행태 등 여러 사정을 종합하여 구체적으로 판단하여 결정하여야 한다고 판시한 바 있다.⁹⁾

아울러 가맹사업은 가맹본부와 가맹점사업자 사이의 상호의존적 사업방식으로서 신뢰관계를 바탕으로 가맹점사업자의 개별적인 이익보호와 가맹점사업자를 포함한 전체적인 가맹조직의 유지발전이라는 공동의 이해관계를 가지고 있으며, 가맹사업에 있어서의 판촉행사는 비록 전국적인 것이라고 하더라도 1차적으로는 가맹점사업자의 매출증가를 통한 가맹점사업자의 이익향상에 목적이 있고, 그로 인하여 가맹점사업자에게 공급하는 원·부재료의 매출증가에 따른 가맹본부의 이익 역시 증가하게 되어 가맹본부와 가맹점사업자가 모두 이익을 얻게 되므로, 가맹계약에서 가맹본부와 가맹점사업자 사이에 판매촉진행사에 소요된 비용을 합리적인 방법으로 분담하도록 약정하고 있다면, 비록 가맹본부가 판매촉진행사의 시행과 집행에 대하여 가맹점사업자와 미리 협의하도록 되어 있지 않더라도 그러한 내용의 조항이 부당하게 불리하다고 볼 수 없다고 판결하였다.¹⁰⁾

8) 대법원 2003. 11. 27. 선고2003두10299 판결.

9) 대법원 2006. 3. 10 선고 2002두332 판결.

10) 대법원 2005. 6. 9. 선고 2003두7484 판결.

3. 주요 쟁점

가. 가맹사업거래의 본질과 그 특징

1) 가맹사업의 본질

(가) 가맹사업의 의의

가맹사업은 가맹본부가 가맹점사업자로 하여금 자기의 상호, 상표, 서비스표 등의 영업표지를 사용하여 일정한 품질기준에 따라 상품 또는 용역을 판매하도록 함과 아울러 이에 따른 경영 및 영업활동 등에 대한 지원·교육과 통제를 하며, 가맹점사업자는 영업표지의 사용과 경영 및 영업활동 등에 대한 지원·교육의 대가로 가맹본부에 가맹금을 지급하는 계속적 거래관계이다(가맹사업법 제2조 제1호).

가맹사업은 경제적 측면에서 볼 때 가맹본부가 다수의 가맹점을 모아 적은 자본으로 전국적인 유통망을 만들 수 있고, 가맹점사업자가 인건비, 재고비용, 운영비 등을 부담하므로 유통망 유지비용이 절감되는 이점이 있다.

가맹점사업자의 측면에서도 가맹본부의 기술력, 노하우와 명성, 그리고 경영전반에 대한 지도와 지원 아래 경영경험이 없이도 소자본으로 사업을 할 수 있고, 가맹본부를 통해 효과적인 홍보를 할 수 있으며 공동의 대량구매, 공동물류 등으로 운영경비를 대폭 절감할 수 있기 때문에 단시일 내에 투자효과를 거둘 수 있는 이점을 지니고 있다.

따라서 가맹사업은 서로 이해관계가 대립하는 자를 쌍방 당사자로 하는 일반거래와 달리 기본적으로 상대방을 통하여 자신의 단점을 보완하고 장점을 살려나가는 상호의존적인 면이 강한 사업방식으로, 가맹본부와 다수의 가맹점사업자가 일종의 가맹사업조직을 형성하여 가맹사업의 유지·발전이라는 공동의 이해관계를 갖는 사업이라는 특수성을 가지고 있다.¹¹⁾

11) 대법원 2006. 3. 10. 선고 2002두332 판결; 서울고법 2001. 12. 1. 선고 2000누218 판결.

이러한 가맹사업의 특징으로 인해 이미 선진국에서 상품이나 서비스의 유통수단으로서 가장 중요한 위치를 점하고 있고, 우리나라에서도 IMF 금융위기 이후 급격한 사회·경제적 변화로 인하여 양산된 실업자와 명예퇴직자들이 소자본으로 경험이 없이도 생계를 유지하기 위한 수단으로 자영업을 경영하기 위하여 가맹사업에 참여하는 등 가맹사업의 비중이 비약적으로 증가하고 있다.¹²⁾

가맹사업이 국가경제에서 차지하는 비중도 크게 증가하고 있는데, 2005년도 국내 가맹사업의 추정 매출액이 약 61조 원으로 GDP의 약 7.3%에 이르고 있으며, 2010년도에는 매출액이 약 114조 원으로 우리 경제에서 차지하는 비중이 GDP의 9%에 달할 것으로 예상되고 있어 향후에도 지속적인 성장이 예상된다.

(나) 가맹사업의 구별되는 개념

① 대리상과 구별

대리상은 일정한 상인을 위하여 상업사용인이 아니면서 상시 그 영업부류에 속하는 거래의 대리 또는 중개를 영업으로 하는 자(상법 제87조)이며, 독자적인 상인이라는 점에서 가맹사업에 있어서 가맹점사업자와 유사하다. 그러나 가맹점사업자는 직접 자기명의로 거래하고 그 법률효과의 귀속주체가 된다는 점에서 양자의 차이가 있다.¹³⁾

② 위탁매매업과의 구별

위탁매매인은 자기의 명의로 타인의 계산으로 물건 또는 유가증권의 매매를 영업으로 하는 자(상법 제101조)이며, 자기명의로 영업을 한다는 점에서 가맹사업과 유사하지만, 타인의 계산으로 영업을 한다는 점에서 차이가 있다.

또한 위탁상품의 소유권과 관련하여 위탁매매업에서는 위탁상품이 소비자 등에게 매도될 때까지는 위탁자가 그 소유권을 보유하고지만, 가맹사업에 있어서는 가맹점사업자가 상품의 소유권을 갖는다는 점에서도 차이가 있다.

12) 지난 2005년도 산업자원부에서 실시한 '프랜차이즈산업 실태조사'에 따르면 국내 프랜차이즈 시스템을 이용한 산업은 41조6천9백억의 시장으로 성장하였으며, 가맹본부는 2,211여개, 가맹점수는 약 28만개로 추정된다. (『2005년 중소기업발전을 위한 연구-프랜차이즈편』, 산업자원부, 2005.12, 21~23면.)

13) 최영홍, 『가맹계약론』, 프랜차이즈시스템연구소, 2003, 73면.

③ 라이선스(license)와의 구별

라이선스 계약은 특허, 상표, 상호, 저작권 기타 무체재산권의 소유자가 이를 타인에게 일정기간 동안 사용하게 하거나 이를 사용하여 상품이나 서비스를 생산, 판매하도록 허용하는 것을 내용으로 하는 무체재산권에 대한 사용권 설정계약이다.

가맹사업도 가맹본부의 상호, 상표, 서비스표에 대한 사용권을 설정하는 라이선스 계약을 포함하고 있기 때문에 라이선스 계약과 엄격히 구별하기는 어려움이 있다. 다만, 가맹사업은 라이선스 계약과는 달리 가맹점사업자에 대해서 강한 통제력을 갖는다는 점에서 그러한 통제력이 없거나 있더라도 라이선스를 보호하기 위한 최소한도의 통제력만 행사할 수 있는 라이선스 계약과는 구별된다.

④ 연쇄화사업(voluntary chain)과의 구별

연쇄화사업이란 독자적인 소규모 점포주들이 계약을 통해서 사업의 영세성을 극복하고 대량구매력을 확보하기 위하여 경제적 이익집단 내지 조직체를 이용하는 사업 방식을 말한다.

여러 점포가 다량으로 관여될 수 있다는 점에서 가맹사업과 유사하지만, 영업표지의 공동사용과 같은 요건이 필수적이지 않는 점과 가맹사업에서 가맹본부는 가맹점사업자들에 대한 통제력을 갖지만, 연쇄화사업에서는 이러한 통제력이 없다는 점에서 차이가 있다.

2) 가맹사업의 특징

(가) 독립적 상인간의 거래관계

가맹사업은 가맹본부와 가맹점사업자가 각각 독립한 자본으로 운영하는 독립사업자간의 거래형태이지만, 가맹사업시스템 전체가 통일된 경영방식의 채택, 동일한 상호의 사용과 이미지 유지, 상호간의 명확한 기능분담을 통해서 자본의 경영효과를 발휘하는 시스템이다.

가맹점사업자는 가맹본부의 상호, 상표, 서비스표, 영업노하우 등을 사용하기 때문

에 외관상 가맹본부와 동일한 기업의 지점 혹은 분점 등으로 보일 수 있으나, 법률상 엄연히 독립한 별개의 사업주체이다. 자기의 사업에 관하여 자금을 출자하고 손익도 자신이 부담하는 독립한 상인인 것이다. 만일 당사자의 일방이 타방에게 사업이윤에 참여할 권리만을 부여하고 독자적인 사업운영권이나 운영참여권을 주지 않을 경우에는 단순한 이윤참가나 투자계약이라고 할 수 있어도 가맹점사업자라고 할 수 없다.¹⁴⁾ 따라서 가맹점사업자는 독자적인 사업판단에 따라 운영하며, 가맹본부는 가맹점사업자와 거래하는 제3자에 대해서 원칙적으로 책임을 지지 않는다.

(나) 가맹본부의 통제·조력

가맹사업의 가장 큰 특징은 가맹본부가 자신이 설정한 ‘사업전략(marketing plan)’에 따라 가맹점사업자를 통제·조력하며 가맹사업시스템을 운영하는 것이다. 가맹본부의 사업전략에 따른 통제라는 것은 일상적인 통제 혹은 지시와 구별된다.¹⁵⁾ 즉 단순히 매출액의 증대를 위하여 최선을 다하는 지시나 특허 또는 상표권자가 그 상품의 품질보호를 위하여 명세표대로 상품을 생산하라는 지시나 로열티의 산정을 위하여 영업장부를 철저히 작성하라는 지시를 넘어, 구체적으로 점포의 승인권, 점포의 외관에 대한 요구, 영업시간에 대한 요구, 생산기법, 회계관행, 입지선정이나 고객에 대한 제한 등의 방법으로 가맹점사업자를 통제하는 것을 말한다. 그리고 가맹본부가 가맹점사업자에 대해서 행하는 조력은 물품의 판매·경영의 훈련이나 인사에 관한 조정 및 입지선정 등의 실질적인 조력을 말한다.

(다) 상호의존성

가맹사업은 당사자 상호간의 의존성이 매우 강하다. 즉 당사자는 가맹사업시스템을 이용하여 자신들의 약점을 최소화하고 장점을 최대한 살리는 거래형태이다.

가맹본부는 막대한 자본의 투자없이 사업을 확장할 수 있고, 자기상품에 대한 안정적인 판매창구를 획득하게 되며, 원료나 장비의 구입에 있어서 강력한 교섭력을 갖게 되고, 가맹점사업자들로부터 가맹금을 거둘 수 있다. 반면에 가맹점사업자는 가맹본

14) 최영홍 위의 책(가맹계약론), 48면.

15) 최영홍 앞의 책(가맹계약론), 53면.

부의 안정된 시스템과 명성을 이용할 수 있을 뿐만 아니라 가맹점포의 구성과 같은 골치 아픈 문제에서 벗어나 판매활동이나 대 고객서비스 제공과 같은 핵심적인 문제에 전념할 수 있다. 또한 다른 가맹점사업자들의 경험 등을 가맹본부를 통하여 전수 받음으로써 자기 사업의 취약성을 보완할 수 있는 등 가맹사업당사자 모두에게 전략적 차원에서 윈윈(win-win)하는 상호의존적인 관계에 있게 한다.¹⁶⁾

(라) 당사자 간의 갈등구조

가맹사업에 있어서 당사자는 서로 독립한 사업자이고, 각자가 추구하는 구체적인 목표 등에서 차이가 존재할 수 있기 때문에 운영 면에서 이해관계로 인한 갈등이 발생할 수 있는 구조를 가지고 있다. 즉 가맹본부는 가맹점사업자가 표준화된 시스템과 매뉴얼을 준수하고, 자신의 지도·통제에 순응하면서 주어진 역할과 의무에 충실할 것을 기대하는 반면에 가맹점사업자는 가맹본부가 자신에 대한 충분한 지원과 시스템 정책 및 운영절차에 보다 많은 참여와 의견의 반영을 희망하게 된다. 여기서 각자에게 요구되어지는 역할과 의무가 기대수준을 충족시켜 주지 못하고 있다고 판단될 때에는 갈등이 발생할 가능성이 높게 된다.

만일 이로 인하여 가맹사업당사자 사이에 갈등이 발생했을 때에 이를 원만히 해결하여 서로에 대한 만족감과 신뢰를 쌓을 경우 건전하고 발전적인 가맹사업거래로 발전할 수 있지만, 그렇지 못할 경우 양 당사자 모두에게 피해가 발생하게 된다.¹⁷⁾

(마) 정보의 비대칭성

가맹사업에 있어서 가맹사업시스템은 가맹본부가 개발하여 사용하는 것이기 때문에 그것의 내용에 대한 정보 보유자는 가맹본부라고 할 수 있다. 따라서 가맹계약 체결시 가맹본부와 가맹점사업자가 당해 가맹사업에 대한 정보력에 있어서는 비대칭성의 관계에 있다고 할 수 있다.

이러한 정보의 비대칭성으로 인해서 이것을 이용한 기회주의자가 등장할 가능성이

16) Harold Brown, 『Franchising-A fiduciary Relationship』, 49 Tex. L. Rev. 650, 1971, 672~675면.

17) 가맹사업거래분쟁은 가맹사업거래의 이러한 갈등구조에서 출발하고 있다.

높다. 여기서 말하는 기회주의란 개인이익의 극대화를 위해서 스스로 믿지 않은 약속을 하거나, 거짓되고 공허한 위협 등을 하는 경우를 의미한다. 구체적으로 가맹본부의 허위·과장된 정보제공을 통해서 가맹점사업자를 모집하는 것이 그 예라고 할 수 있다.

3) 가맹사업에 있어서 가맹본부의 지위

(가) 가맹본부의 권리의무

가맹본부는 가맹계약의 체결에서부터 계약의 종료에 이르기까지 가맹본부로서의 각종 권리와 의무를 부담하고 있다.

가맹본부의 대표적인 권리는 통제권이라고 할 수 있다. 통제란 일반적으로 점포의 디자인이나 직원의 제복에 대한 요구, 영업시간에 대한 요구, 생산방법과 회계관행, 가맹점의 참여나 재정지원을 요하는 판촉활동, 입지나 영역에 대한 제한 등을 일컫는다. 이러한 통제권은 가맹본부가 자신의 가맹사업시스템의 통일적인 유지를 위한 본질적인 권리이나 이를 통해서 가맹본부가 지나친 간섭을 하거나 부당한 통제를 함으로써 가맹점사업자와의 갈등 원인이 되기도 한다.

한편, 가맹본부는 가맹점사업자를 모집단계에 있어서 해당 가맹사업에 대한 정확한 정보를 제공하여 가맹점희망자가 계약체결에 관한 판단을 그르침이 없도록 하여야 할 의무를 부담하고 있으며, 계약기간 중에는 가맹점사업자의 영업활동과 이익증대를 위해 필요시마다 시장개발이나 판촉 또는 기술에 관한 자료를 유·무상으로 제공하여야 하고, 전국적 또는 지역적으로 광고나 선전활동을 하여야 하는 등 지속적인 경영활동에 대한 조언이나 지원을 하여야 한다. 이외에도 가맹본부로서 가맹사업의 성공을 위한 사업구상, 상품이나 용역의 품질관리와 판매기법의 개발을 위한 지속적인 노력, 가맹점사업자와 그 직원에 대한 교육·훈련, 합리적 가격과 비용에 의한 상품 또는 용역의 공급 등의 의무를 부담하고 있다.¹⁸⁾

(나) 가맹본부의 통제권과 그 한계

가맹본부의 통제권은 가맹본부가 가맹사업시스템의 통일적 운영을 위해 자신의

18) 가맹사업법 제6조에서는 가맹본부의 준수사항으로 7개의 사항을 규정하고 있다.

사업전략에 따라 가맹점포의 인테리어 디자인이나 직원의 제복, 영업시간, 생산방법과 회계관행 등에 대해 가맹점사업자에 대해서 지시하거나 통제할 수 있는 권리이다.

가맹본부의 통제권은 가맹점사업자의 영업활동을 부당하게 제한할 가능성이 있기 때문에 가맹점사업자의 이익을 침해하지 않은 범위에서 효력이 있다. 이러한 가맹본부의 통제권은 거래상 지위남용이라는 공정거래법적인 문제를 안고 있기 때문이다.

나. 가맹본부의 거래상 지위 여부

1) 가맹본부의 거래상 지위 판단

가맹본부의 거래상 지위남용이라 함은 상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 상대방의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있는 가맹본부가 그 지위를 남용하여 가맹점사업자에게 거래상 불이익을 주는 행위를 말한다.¹⁹⁾

거래상 지위 남용행위를 인정하기 위해서는, 우선 행위 주체가 상대방과의 관계에 있어서 거래상 지위가 있어야 하고, 그 거래상 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래를 하여야 한다.

거래상의 지위는 독과점사업자의 시장지배적지위를 요하는 것이 아니라, 거래상대방에게 불이익을 줄 수 있는 정도의 상당한 영향력을 행사할 수 있는 지위, 거래상의 우월한 지위를 말한다.²⁰⁾

이러한 거래상 지위 여부는 행위자가 거래상대방에 비해서 상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 상대방의 '자유로운 의사결정'에 영향을 주어 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있는지의 여부를 기준으로 판단하여야 하며, 당사자가 처하고 있는 시장의 상황, 당사자 간의 전체적 사업능력의 격차, 거래의 대상인 상품의 특성 등을 모두 고려하여야 한다.

19) 대법원 2000.6.9. 선고97누19427 판결; 대법원 2002.1.25. 선고 2000두9359 판결; 대법원 2006.9.8. 선고 2003두7859 판결 등.

20) 이기수·유진희, 『경제법』, 세창출판사, 2006, 248면.

가맹본부와 가맹점사업자는 형식적으로는 독립한 사업자간의 거래관계이나, 실질적으로는 결코 독립적인 사업자간의 계약관계로 보기는 어렵다. 일반적으로 가맹계약은 약관에 의해서 체결되고 있고, 이러한 약관에 의한 일방적인 계약내용의 결정은 가맹사업에 내재되어 있는 당사자 지위의 불평등성을 심화시킨다. 뿐만 아니라 가맹점사업자들은 소규모로 가맹점을 운영하기 때문에 가맹사업에 대한 기술, 경험 및 자금 면에서 현격하게 우위에 있는 가맹본부의 전적인 지원에 의존하는 위치에 있다. 또한 가맹점을 개설하기 위해서 투자되는 가맹금과 인테리어 비용 등 개설에 수반되는 투자 규모가 크면 클수록 가맹본부에 예측되는 정도가 크다. 특히 가맹본부의 계약해지 또는 계약갱신 거절은 가맹점사업자의 이러한 투자를 일거에 무용지물로 만들어 버릴 수 있어 가맹점사업자로 하여금 가맹본부의 부당한 지시나 통제에 따를 수 밖에 없는 상황을 만들게 된다.

따라서 가맹본부에게 전적으로 의존하는 가맹사업의 관계적 특성과 가맹점사업자에 비해서 경제력이나 정보력에서 우월한 위치에 있는 점 등을 종합해 볼 때, 가맹본부는 가맹점사업자에 대해서 거래상 지위에 있다고 할 수 있다.

2) 대상 사건에 있어서 피심인의 거래상 지위

피심인의 주장에 따르면, 가맹점사업자는 피심인과 상호의존적 관계에 있고, 피심인은 임의로 가맹점사업자와의 거래관계를 단절할 수 없으므로 가맹점사업자들이 피심인에게 전적으로 의존하는 거래관계에 있는 것이 아니며, 피심인은 부당한 계약해지 시에 가맹사업법에 의한 제재를 받고 있고, 프랜차이즈 치킨점 간 경쟁이 치열하여 가맹점을 늘려야 하는 상황에서 임의로 계약을 해지할 이유가 없다는 이유를 들어 가맹사업법 제12조 제1항 제3호 소정의 거래상 지위를 부인하고 있다.

그러나 가맹점사업자는 피심인이 제공하는 영업노하우나 경영지원 등 포괄적 시스템에 의존하고 있고, 피심인은 판매나 경영방식을 통해서 가맹점사업자를 통제하고 있다. 뿐만 아니라, 가맹점사업자들은 가맹계약에 따라 피심인과의 지속적인 거래관계를 유지하면서 피심인이 요구하는 조건과 기준에 따라 점포 및 내부시설을 준비하여야 하고, 만일 이를 위반하여 계약이 해지될 경우 시설투자 비용 등을 충분히 회수하기 어려워져 경제적 손실을 입게 되므로 피심인의 요구에 응할 수 밖에 없다.²¹⁾

21) 공정거래위원회 2010. 8. 20. 의결(약) 제2010-092호.

따라서 이러한 상황을 종합하여 볼 때 피심인의 거래상 지위를 인정한 본건 심결은 타당하다고 본다.

다. 관측비용 전가행위가 부당한 강요에 해당하는지의 여부

1) 불이익 제공여부의 판단 기준

가맹사업법 시행령 제13조에서는 가맹본부가 거래상의 지위를 이용하여 부당하게 가맹점사업자에게 불이익을 주는 행위의 유형으로 구입강제, 부당한 강요, 부당한 계약조항의 설정 또는 변경 및 경영간섭 등을 규정하고 있다. 다만 가맹사업의 특성을 반영하여 가맹본부의 상표권을 보호하고 상품 또는 용역의 동일성을 유지하기 어렵다는 사실이 객관적으로 인정되는 경우로서 해당 사실에 대해서 미리 정보공개서를 통하여 가맹점사업자에게 알리고 가맹점사업자와 계약을 체결하는 경우에 한해서 적용의 예외를 인정하고 있다(시행령 **【별표2】** 3).

가맹본부의 구입강제는 가맹점사업자에게 각종 시설·설비·상품·용역·원재료 또는 부재료 등을 가맹사업을 영위하는데 필요한 양을 초과하여 구입 또는 임차하도록 강제하는 행위이며, 부당한 강요는 부당하게 경제적 이익을 제공하도록 강요하거나 가맹점사업자에게 비용을 부담하도록 강요하는 행위이다.

부당한 계약조항의 설정 또는 변경이란 가맹점사업자가 이행하기 곤란하거나 가맹점사업자에게 불리한 계약조항을 설정 또는 변경하거나 계약갱신과정에서 종전의 거래조건 또는 다른 가맹점사업자의 거래조건보다 뚜렷하게 불리한 조건으로 계약조건을 설정 또는 변경하는 행위를 말하며, 경영간섭이란 정당한 이유없이 특정인과 가맹점을 같이 운영하도록 강요하는 행위를 말한다.

본 대상사건에서는 관측행사에 소요되는 비용을 가맹점사업자에게 부담시킨 피심인의 행위가 부당하게 가맹점사업자에게 불이익을 주는 '부당한 강요행위'에 해당하는지 여부가 문제된다.

가맹본부가 거래상 지위를 남용하여 가맹점사업자에게 불이익을 주었는지의 여부는, 그 내용이 다소 불이익하다는 것만으로는 부족하고, 계약의 이행과정에서 불이익을 준

것으로 인정되고, 그로써 정상적인 거래관행에 비추어 상대방에게 불이익을 주어 공정 거래를 저해할 우려가 있어야 한다. 또한 당해 행위가 행하여진 당시를 기준으로 하여 당해행위의 의도와 목적, 당해 행위에 이르게 된 경위, 문제가 되는 거래조건 등에 의하여 상대방에게 생길 수 있는 불이익의 내용과 불이익 발생의 개연성, 당사자 사이의 일상거래 과정에 미치는 경쟁제약의 정도, 관련 업계의 거래관행과 거래행태, 일반 경쟁질서에 미치는 영향, 관계 법령의 규정 등 여러 요소를 판단하여야 한다.²²⁾

또한 이러한 불이익의 내용은 객관적으로 명확하게 확정되어야 하고, 여기에서의 불이익이 금전상의 손해인 경우에는 법률상 책임있는 손해의 존재와 그 손해액이 명확히 확정되어야 한다.²³⁾

가맹본부의 불이익제공이 가맹점사업자와의 합의나 가맹점사업자의 자발적인 동의에 의해서 이루어진 경우라 할지라도 반드시 위법성이 조각되는 것은 아니다. 가맹점사업자는 거래상 지위에 있는 가맹본부와의 거래단절 등이 두려워 어쩔 수 없이 강요에 의해서 합의를 하거나 자발적인 형식으로 동의를 하는 경우가 대부분이기 때문이다.

2) 가맹본부의 판촉행위에 따른 비용부담 전가행위의 부당성

가맹사업은 가맹본부와 가맹점사업자 사이의 상호의존적 사업방식으로서 신뢰관계를 바탕으로 가맹점사업자의 개별적인 이익보호와 가맹점사업자를 포함한 전체적인 가맹조직의 유지발전이라는 공동의 이해관계를 가지고 있다.

가맹본부의 판촉촉진행사는 가맹점사업자에 대한 통제권의 내용으로 가맹점사업자의 이익향상에 그 1차적 목적이 있지만, 그로 인하여 가맹본부의 이익 역시 증가하게 된다. 따라서 판촉비용은 가맹본부와 가맹점사업자가 합리적으로 분배하여야 하며²⁴⁾ 비용의 전액 또는 대부분을 가맹점사업자에게 부담시키는 것은 부당하다.

가맹본부의 판촉촉진행위와 관련한 공정거래위원회 심결로는 (주)파파로티코리아의 가맹사업법 위반행위에 대한 건²⁵⁾과 (주)미스터피자의 가맹사업법 위반행위에 대

22) 대법원 1998.3.27. 선고, 96누18489 판결; 대법원 2005.12.8. 선고, 2003두5327 판결 등

23) 대법원 2002.5.31. 선고, 2000두6213 판결

24) 대법원 2005.6.9. 선고, 2003두7484 판결.

25) 공정거래위원회 2010. 8. 20. 의결(약) 제2010-092호.

한 건²⁶⁾이 있다.

가맹본부인 (주)파파로티코리아가 고정고객 확보를 위한 포인트 적립정책을 실시하면서 회원에 대한 카드발급비용과 포인트 적립금 중 회원의 포인트 사용금액을 가맹점사업자에게 전액 부담시킨 행위와 관련하여, 공정거래위원회는 가맹본부의 판매촉진정책이 가맹본부의 이익증가에 영향을 미치는 것이기 때문에 이에 수반되는 비용을 가맹점사업자에게만 부담시키는 것은 부당하다고 심결하였다.

이외에 가맹본부인 (주)미스터피자가 통신회사 및 카드사와 제휴하여 할인행사를 실시하면서, 비용분담에 대하여 미리 정보공개서를 통하여 가맹점사업자에게 알리지 아니하거나 동의를 얻지 아니하고 할인에 따른 비용을 가맹점사업자에게 부담하게 한 행위와 관련하여, 제휴카드 할인을 시행하여 가맹점사업자의 매출이 증가할 경우 식자재대금, 로열티가 증가하게 되어 가맹본부의 수입도 함께 증가하게 되기 때문에, 제휴카드 할인으로 인하여 발생하는 비용의 분담에 대해서 미리 가맹점사업자에게 알리거나 동의를 얻어야 하고, 사전에 가맹점사업자에게 정보공개서를 통하여 동의를 얻지 아니하고 제휴카드 할인으로 발생하는 비용을 가맹점사업자에게만 부담시키는 행위는 거래상 지위를 이용하여 가맹점사업자에게 부당하게 비용을 부담하도록 강요하는 행위로 보았다.

이러한 심결에서 볼 수 있는 바와 같이 가맹본부의 판촉활동은 가맹점사업자의 매출증대를 위한 것이지만, 결국 가맹본부 자신의 이익증대로 이어지기 때문에 판촉비용에 대해서는 가맹본부와 가맹점사업자가 합리적으로 분담하여야 하며, 사전에 가맹점사업자에게 알리거나 동의를 얻는 정당한 절차를 거쳐야 한다.

따라서 본 대상사건에서 피심인이 판촉촉진행사를 진행하면서 판촉물 구입과 관련하여 이익을 얻었다는 점, 가맹점사업자에게 미리 알리거나 행사에 대한 가맹점사업자의 자율적인 참가 여부와 배포받은 판촉물의 수량에 관하여 미리 가맹점사업자의 신청이나 동의를 받지 아니하였다는 점, 가맹점사업자들에게 품질이 떨어져 고객들의 불만을 초래하게 된 일부 판촉물을 공급하면서 가맹점사업자들로 하여금 사실상 전체 판촉물의 구입비용을 부담하게 한 점 등을 근거로 피심인의 거래상 지위남용을 인정한 공정거래위원회의 심결은 타당하다고 본다.

26) 공정거래위원회 2008. 1. 2. 의결 제2008-004호.

4. 의의

가맹사업은 사업경험이 없는 자라도 소규모 자본만으로 가맹사업을 영위할 수 있는 사업방식으로 가맹본부는 물론 가맹점사업자에게 다른 사업에 비해 많은 경제적 장점이 있다.

반면에 가맹사업은 가맹본부의 간섭과 통제가 강하고, 상품이나 원료를 공급받거나 영업을 수행함에 있어서 가맹본부에 대한 의존도가 높을 뿐만 아니라, 가맹본부의 정책에 따라 가맹점사업자의 매출에 영향을 미칠 수 있어, 이를 이용한 가맹본부의 불공정거래행위의 가능성이 다른 거래영역보다 높다.

일부 가맹본부는 가맹점사업자를 기만적인 방법으로 모집하여 피해를 주기도 하였으며, 가맹사업의 특성상 거래관계에서의 우월적 지위를 이용하여 가맹점사업자에게 판촉비용을 전가시키는 등 각종 불이익을 주는 행위를 자행하였다. 그 결과 국민들은 가맹사업 전반에 대하여 불신감을 갖게 되었고 이러한 인식은 가맹사업의 여러 장점들이 제대로 빛을 발하는 데 장애가 되어 가맹사업 발전을 저해하는 요소로 작용하고 있다. 따라서 이러한 불공정한 거래행태나 관행을 제거하여 공정한 거래질서를 정착시킬 때 비로소 가맹사업시장이 더욱 건실하게 성장될 수 있다고 본다.

이 사건은 가맹사업시장에서 관행화되어 있는 가맹본부의 부당한 판촉비용 전가행위에 제동을 건 대표적인 사례라고 볼 수 있다.

이 사건을 통해 가맹본부는 판촉행사를 진행하기 이전에 가맹점사업자들에게 매출 증가 등에 도움이 되는지를 신중하게 검토하고, 가맹점사업자들과 사전에 충분한 협의의 거쳐 진행 여부를 결정해야 할 것이다.

또한 판촉행사를 실시하면서 가맹본부가 TV, 신문 등 매체를 통한 광고의 비용을 대부분 부담하였다거나 판촉물의 운반, 관리 등에 상당한 정도의 비용이 소요되는 사정 등을 감안하더라도, 가맹점사업자들로 하여금 판촉물 구입비용을 전액 혹은 대부분 부담하도록 하여서는 안 될 것이다.

[28] 수신오가피의 부당한 광고행위에 대한 건

의결 제2002-186호

한 경 수 (변호사, 법무법인 위민)

피심인은 2002년 5월 23일 부터 6월 21일 까지 조선일보 등에 『오가피를 아신다면 이 글을 꼭 읽어보십시오, 오가피를 아시는 모든 분께 또 다른 데이터를 공개합니다』 등의 제하에 『아칸토싸이드D성분은 오가피의 지표물질입니다.』, 『국립대학교 2곳, 제약회사 1곳, 국가공인 기관 1곳에서 시험한 내용입니다』 라는 설명과 함께 자사 제품 2개와 타사 8개 제품의 『아칸토싸이드D성분 함량비교표』를 제시하면서 『“아칸토싸이드D성분”이 들어있지 않은 제품은 가짜이며, 또 이 성분이 얼마나 들어있냐에 따라 정말로 제대로 된 원료를 사용했는지 또 원료를 얼마나 사용했는지 알 수 있다』고 광고하였다.

이에, 공정거래위원회는 소비자 또는 경쟁사업자에게 미치는 피해를 적기에 예방하기 위하여 이 사건 광고행위에 대하여 임시중지명령 조치를 취하였다.

그리고 공정거래위원회는 피심인이 “아칸토싸이드D성분”이 오가피의 지표물질이라고 광고한 행위에 대해서는, 오가피제품의 품질을 “아칸토싸이드D성분”만으로 평가할 수 있는 것처럼 소비자를 오인시킬 우려가 있다는 점에서 허위·과장광고행위에 해당하며, 피심인이 자사 제품 2개와 타사 제품 8개의 “아칸토싸이드D성분” 비교분석표를 제시하면서 『“아칸토싸이드D성분”이 들어있지 않은 제품은 가짜며 동 성분의 함량정도에 따라 제대로 된 원료를 사용했는지 원료를 얼마나 사용했는지 알 수 있다』고 광고한 행위에 대해서는 부당 비교광고행위로 인정된다고 판단하여 시정명령, 공표명령 및 과징금 부과처분을 하였다.

이 사건 심결과 법원의 판결은 비교광고의 심사기준과 부당성 판단기준을 제시하였다는 점에서 중요한 의의를 갖는다고 할 것이다.

1. 사건개요

가. 행위사실

피심인은 2002년 5월 23일 부터 6월 21일 기간 중 조선일보 등에 아래와 같은 내용으로 광고한 사실이 있다.

① 광고 내용

| 주요 광고 내용 | 광고매체 및 광고크기 | 광고일자 및 광고횟수 |
|--|--------------------------------------|-----------------------|
| 『오가피를 아신다면 이 글을 꼭 읽어 보십시오』, 『오가피를 아시는 모든 분께 또 다른 데이터를 공개합니다』 등의 제하에 『아칸토싸이드D 성분은 오가피의 지표물질입니다』 | 조선일보 등 13개 일간지 (5단×18cm) (5단×36cm) 등 | 2002. 5. 23. ~ 6. 21. |

② 『국립대학교 2곳, 제약회사 1곳, 국가공인기관 1곳에서 시험한 내용입니다』라는 설명과 함께 자사 제품2개와 타사 8개 제품의 “아칸토싸이드D성분 함량비교표”를 제시하면서 『“아칸토싸이드D성분”이 들어있지 않은 제품은 가짜이며, 또 이 성분이 얼마나 들어있냐에 따라 정말로 제대로 된 원료를 사용했는지 또 원료를 얼마나 사용했는지 알 수 있다』고 광고

피심인이 광고한 함량비교표

| 업체명 | 제품명 | 아칸토싸이드D함량 (μg/g) |
|------------|--------------|------------------|
| (주)수신오가피 | 수신토종오가피차콜드 | 98.82 (153.150) |
| (주)한국자연과학 | 함박재가기오가피백두 | 16.52 (20.597) |
| (주)한국자연과학 | 함박재가시오가피해피니스 | 7.47 (9.414) |
| (주)바이오젠코리아 | 고려가시오가피 | 15.49 (19.658) |
| 파진바이오(주) | 경희가시오가피 | 21.32 (30.848) |
| 고려한백인터내셔널 | 실크오가피Q | 검출안됨 (검출안됨) |
| 대전충남염소농협 | 토종가시오가피 | 검출안됨 (검출안됨) |
| 고려인삼과학 | 토종야생가시오가피 | 7.00 (17.093) |

| 업체명 | 제품명 | 아칸토싸이드D함량 ($\mu\text{g/g}$) |
|----------|-----------|----------------------------------|
| (주)수신오가피 | 수신천사토종오가피 | 4957.75 (6129.749) |
| (주)파진바이오 | 진생성장원 | 504.90 (697.461) |

* 괄호안의 수치는 피심인이 법원의 광고집행금지 가처분결정(5. 30)이후 바뀐 수치로 광고한 내용임.

나. 공정거래위원회의 심결

1) 원심결

(가) 공정거래위원회는 피심인이 “아칸토싸이드D성분”이 오가피의 지표물질이라고 광고한 행위에 대해서는, 식품의약품안전청에서는 아직까지 오가피의 지표물질을 선정한 사실이 없으며 공청회 및 중앙약사심의회 심의 등 지표물질 선정을 위한 사전 절차 일정조차 정해진 바 없는 상황으로 피심인이 근거로 제시한 용역결과는 단지 오가피의 품질표준화를 위한 내부 검토자료일 뿐이다. 한편, 관련 학계인 서울대 천연물과학 연구소 및 공주 교육대는 오가피의 지표물질에 대해서 수신오가피와 가시오가피는 완전히 다른 종으로서 주요성분도 다르고 효능도 다르기 때문에 공통적인 지표물질을 선정할 수 없고 가시오가피의 지표물질은 “아칸토싸이드D”성분이 아닌 “엘루에테르싸이드B”가 적합하다는 입장을 피력하는 등 오가피의 지표물질에 대해서는 전문가들 사이에서도 견해가 서로 다르기 때문에 오가피의 지표물질로 “아칸토싸이드D”가 지정되었다는 주장은 사실과 다르다. 따라서 오가피의 지표물질 선정작업에 대한 논의가 현재 진행 단계에 있을 뿐임에도 마치 “아칸토싸이드D성분”이 오가피의 지표물질로 확정된 것처럼 표현한 피심인의 광고행위는 오가피제품의 품질을 “아칸토싸이드D”성분만으로 평가할 수 있는 것처럼 소비자를 오인시킬 우려가 있는 허위·과장광고행위로 인정된다고 판단하였다.

(나) 또한, 공정거래위원회는 피심인이 자사 제품 2개와 타사 제품 8개의 “아칸토싸이드D성분” 비교분석표를 제시하면서 『“아칸토싸이드D성분”이 들어있지 않은 제품은 가짜며 동 성분의 함량정도에 따라 제대로 된 원료를 사용했는지 원료를 얼마나 사용했는지 알 수 있다』고 광고한 행위에 대해서는, 피심인이 비교표에 제시한 타사

제품 8개 중 7개 제품은 피심인이 원료로 사용하고 있는 오가피가 아닌 가시오가피를 주원료로 생산된 제품으로 오가피와 가시오가피는 종(학)명(오가피: *Eleutherococcus sessiliflorus*, 가시오가피: *Eleutherococcus senticosus*), 과실의 종자수(오가피: 과실당 종자수 2개, 가시오가피 : 과실당 종자수 5개), 가지모양의 차이 및 효능 등에 차이가 있어 같은 종자로 볼 수 없는 제품을 비교하고 있을 뿐 아니라 피심인이 제출한 한국 식품연구소의 시험결과 자료는 제출된 샘플 검체에 한해 유효한 결과이므로 이를 상업적 목적 및 홍보용으로 사용할 수 없다고 시험성적서에 명기되어 있다. 또한 충북 대학교는 자신의 시험분석자료는 공식적인 실험 결과가 아님을 주장하고 있다. 따라서 객관적 비교분석 자료가 아닌 실험결과를 바탕으로 타사 제품의 품질이 자사 제품 보다 열등한 것처럼 광고한 피심인의 광고행위는 부당 비교광고행위로 인정된다고 판단하였다.

(다) 위와 같은 이유로 공정거래위원회는 피심인에 대하여 아래와 같이 시정명령, 공표명령 및 과징금 부과처분을 하였다.

2) 이의신청 및 재결

이의신청인은 식약청의 지표물질 선정여부가 본건 광고의 위법성을 판단하는 기준이 될 수 없다고 주장하나, 첫째 이의신청인이 “아칸토싸이드D 성분이 오가피의 지표물질”이라고 광고표현한 것은 소비자로 하여금 마치 아칸토싸이드D 성분이 식약청 등 공인기관에 의하여 공식적으로 오가피의 지표물질로 선정된 것으로 오인시킬 가능성이 높다는 점, 둘째 공정거래위원회가 식약청에 사실조회한 결과 아칸토싸이드D 성분을 오가피의 지표물질로 선정한 사실이 없다고 확인하고 있는 점, 셋째 서울대학교 천연물과학연구소 및 공주 교육대에 의하면 비교대상으로 한 이의신청인의 수신 오가피와 타사의 주원료품인 가시오가피는 품종이 완전히 달라 주요 성분과 효능이 다르기 때문에 공통적인 지표물질을 선정할 수 없다는 의견을 제시하고 있고, 가시오가피의 지표물질은 “아칸토싸이드D”성분이 아닌 “엘루에테르싸이드B”가 적합하다는 의견을 제시하는 등 오가피의 지표물질에 대해서는 전문가들 사이에서도 서로 다른 견해를 제시하고 있는 점 등을 종합하여 이유없다고 판단하였다.

또한, 이의신청인은 “아칸토싸이드D” 성분이 실제 오가피의 성능을 좌우하는 주요 성분이고, 소비자가 지표물질은 상품의 성능을 좌우하는 주요성분으로 인식하고 있다면 부당광고가 아니라고 주장하나, 첫째 이의신청인은 오가피의 효능이 아칸토싸이드 D 성분만으로 판단할 수 있는지에 관한 객관적인 연구결과가 없음에도 자신에게 유리한 일부 학자의 연구결과를 마치 공식적으로 확립된 견해인 것처럼 상업광고에 활용한 행위는 소비자가 잘못된 인식을 토대로 제품을 선택하도록 유인한 행위로서 이는 오히려 본건 광고의 부당성을 확인해 주는 사실이라는 점, 둘째 오가피류 식물이 갖고 있는 항 피로작용, 자양강장, 지구력증강, 활력증진 등의 효과는 “아칸토싸이드 D” 성분에 의해서만 얻을 수 있는 것이라고 볼수 없고, 오가피류에 함유되어 있는 아칸토싸이드 B, C, D, E 및 I, K, L, M 성분 등의 유기적 결합에 의한 효능이라고 관련 학계(서울대 천연과학물연구소 및 공주 교육대 등)에서 보고되고 있는 점 등을 종합하여 이유없다고 판단하였다.

한편, 이의신청인은 자신의 오가피 제품과 타사의 오가피 제품을 비교광고한 내용은 한국식품연구소와 충북대학교 등에 의뢰하여 객관적이고 공정한 실험결과를 토대로 사실에 근거하여 광고한 것이므로 부당하게 비교광고를 하였거나 비방광고가 아니라고 주장하나, 첫째 이의신청인이 위 광고의 성분함량 비교표에 제시한 타사 제품 8개 중 7개 제품은 자신이 원료로 사용하고 있는 오가피가 아닌 가시오가피를 주원료로 생산된 제품으로 정당한 비교대상으로 보기 어렵다는 점, 둘째 오가피의 효능을 아칸토싸이드D 성분만으로 판단할 수 있는지에 관한 객관적인 연구결과가 존재하지 않음에도 오가피 제품의 효능이 동 성분만으로 좌우되는 것처럼 표현하고 이를 기준으로 하여 경쟁제품과 비교하였다는 점, 셋째 비교자료로 삼은 오가피류 식음료 제품들이 오가피만을 원료로 하지 않고 각각 다른 생약제 성분(오가피추출액, 두충, 대추, 음나무, 생강, 울리고당 등)을 함유하고 있어서 아칸토싸이드D 성분 함량의 정도만으로 제품의 품질과 효능을 비교할 수 없다는 점, 넷째 비교대상이나 비교분석 자료에 객관성이 없음에도 불구하고 이의신청인이 타사 제품의 품질이 자사 제품보다 열등한 것처럼 광고한 행위는 부당 비교광고행위로, “아칸토싸이드D” 성분이 들어있지 않은 타사 제품은 가짜이거나 원료를 제대로 사용하지 않은 것처럼 표현한 행위는 비방광고행위로 인정된다고 판단하였다.¹⁾

1) 공정거래위원회 2002. 12. 23. 전원회의 재결 제2002-039호.

다. 고등법원의 판결²⁾

고등법원은 이 사건에서 각 쟁점에 대해 다음과 같이 판단하였다. 고등법원의 판결을 직접 인용한다.

1) 법 제2조 제2호의 광고에 해당하는지에 여부에 대한 판단

…… 이 사건 광고가 위와 같은 표현에 더하여 따라서 오가피로 만든 모든 제품에서는 이 성분이 검출되어야만 합니다. 이 성분이 들어 있지 않은 제품은 가짜입니다. 또 이 성분이 얼마나 들어 있느냐에 따라 정말로 제대로 된 원료를 사용했는지 또 원료를 얼마나 사용했는지 알 수 있습니다라는 내용을 포함하고 있는 것에 비추어 보면, 지표물질이라는 용어가 식약청이 선정하는 지표성분의 개념에 거의 그대로 일치하고 있고, 따라서 위 광고내용은 아칸토싸이드D 성분을 제품의 진위여부, 품질정도, 원료사용량 등의 기준물질로 제시하였으므로 그 자체가 독립된 광고로 보기에 충분하다 할 것이어서 원고의 위 주장은 이유 없다.

2) 허위 광고에 해당하는지에 여부에 대한 판단

지표물질이라는 의미는 단순히 주요성분이라는 의미를 넘어 상품의 성능을 좌우하는 유일한 핵심성분이라는 뜻으로 사용된 것인데, 앞서 인정한 바와 같이 오가피는 아칸토싸이드D 성분 뿐만 아니라 엘레우테로싸이드 A, B, B1, C 등 여러 성분들이 상호작용하여 오가피의 생리활성 효과를 낸다고 보고되고 있어, 위와 같은 유일한 핵심성분이라는 뜻의 의미에서 본다면 이 사건 광고는 허위 광고에 해당한다.

3) 부당 비교 광고에 해당하는지에 여부에 대한 판단

원고가 한 위와 같은 광고는 종이 다른 원료의 성분 중 원고 제품에 유리한 한 성분만을 비교대상으로 삼아 자기에게 유리한 대상만을 다른 사업자의 상품과 비교하여 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있어 부당비교광고에 해당한다.

2) 서울고등법원 2004. 7. 8. 선고 2003누1631 판결.

4) 비방 광고에 해당하는지에 여부에 대한 판단

원고가 비교분석한 다른 제품들에 관하여 아칸토사이드D 성분만이 오가피의 유일한 효과 있는 성분이라고 할 수 없고, 원고가 제시한 증거들은 원고의 광고내용에 대한 객관적인 근거 자료가 될 수 없으며, 비교된 다른 사업자의 제품들이 각각 다른 원료도 첨가되어 있음에도, 원료가 다르고 생리활성성분이 다양함에도 아칸토사이드D 성분만을 비교한 것은 다른 사업자의 상품에 대하여 객관적인 근거를 갖지 아니한 내용으로 광고하여 비방하거나 불리한 사실만을 광고하여 비방하는 비방광고에 해당한다 할 것이다.

5) 이 사건 공표명령의 위법성에 대한 판단

이 사건 공표명령이 위헌결정에 의해 효력을 상실한 법률 조항에 근거한 처분으로 위법한 것인지에 대하여 살펴보건대, 법위반사실의 공표'와 개념상 구분되는 법위반으로 피고로부터 시정명령을 받은 사실의 공표'는 입법목적을 달성하면서도 행위자에 대한 기본권 침해의 정도를 현저히 감소시키고 재판 후 발생 가능한 무죄로 인한 혼란과 같은 부정적 효과를 최소화할 수 있어 허용될 수 있다는 취지인 점, …… 법위반사실의 공표'는 기타 위반행위의 시정을 위하여 필요한 조치'의 예시라 할 것이므로 …… 피고는 법 제7조 소정의 법위반사실의 공표' 부분이 위헌결정으로 효력을 상실하였다 하더라도 기타 위반행위의 시정을 위하여 필요한 조치'로서 법위반을 이유로 피고로부터 시정명령을 받은 사실의 공표'명령을 할 수 있다고 할 것이다.

또한, 이 사건 공표명령의 재량권 일탈·남용 여부에 대하여 살펴보면, … 부당한 광고행위로 인한 소비자의 오인 및 공정거래질서 저해의 우려는 단순히 당해 위반행위의 중지만으로는 치유될 수 없고 … 피고가 위와 같은 보도자료를 만들었다고 하여 원고에게 법위반사실 공표 이상의 손실을 입게 한 것이라고 볼 수 없고, 이 사건 공표명령이 이익교량의 원칙에 위배되어 재량권의 범위를 벗어난 것이라고 할 수 없다.

라. 대법원의 판결³⁾

대법원은 원심판결이 적법하다고 하면서 상고를 모두 기각하였다.

3) 대법원 2005. 3. 10. 선고 2004두9654 판결.

2. 관련규정 및 제도

가. 표시 광고 관련 규정

「표시·광고의 공정화에 관한 법률」⁴⁾

제3조 (부당한 표시·광고행위의 금지)

① 사업자 등은 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 표시·광고행위로서 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는 다음 각 호의 행위를 하거나 다른 사업자 등으로 하여금 이를 행하게 하여서는 아니된다.

1. 허위·과장의 표시·광고
2. 기만적인 표시·광고
3. 부당하게 비교하는 표시·광고
4. 비방적인 표시·광고

② 제1항 각호의 행위에 대한 구체적인 내용은 대통령령으로 정한다.

제7조 (시정조치)

① 공정거래위원회는 사업자 등이 제3조 제1항의 규정에 위반하여 부당한 표시·광고행위를 하는 때에는 당해사업자 등에 대하여 그 시정을 위한 다음 각 호의 조치를 명할 수 있다.

1. 당해 위반행위의 중지
2. 범위반사실의 공표
3. 정정광고
4. 기타 위반행위의 시정을 위하여 필요한 조치

② 제1항제2호 및 제3호의 규정에 의한 범위반사실의 공표 및 정정광고에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제8조 (임시중지명령)

① 공정거래위원회는 표시·광고행위가 다음 각 호의 요건을 갖춘 때에는 사업자 등에 대하여 당해표시·광고행위를 일시 중지할 것을 명할 수 있다.

1. 표시·광고행위가 제3조제1항의 규정에 위반한다고 명백하게 의심될 것
2. 당해표시·광고행위로 인하여 소비자 또는 경쟁사업자에게 회복하기 어려운 손해가 발생할 우려가 있어 이를 예방하기 위한 긴급한 필요가 있다고 인정될 것

4) 1999. 2. 5. 제정 법률 제5814호, 이하 '구 표시·광고법'이라 한다.

- ② 소비자단체 기타 대통령령이 정하는 기관·단체는 사업자등의 표시·광고행위가 제1항 각호에 해당한다고 인정되는 때에는 서면으로 공정거래위원회에 당해 표시·광고행위의 일시중지를 명하도록 요청할 수 있다.
- ③ 제1항의 규정에 의한 명령에 불복이 있는 자는 그 명령을 받은 날부터 7일 이내에 공정거래위원회에 이의를 제기할 수 있다.
- ④ 제1항의 규정에 의한 명령을 받은 자가 이의를 제기한 때에는 공정거래위원회는 지체 없이 서울고등법원에 그 사실을 통보하여야 하며, 그 통보를 받은 서울고등법원은 비송사건절차법에 의하여 재판을 한다.
- ⑤ 제4항의 규정에 의한 재판을 함에 있어서는 비송사건절차법 제15조의 규정은 이를 적용하지 아니한다.

「표시·광고의 공정화에 관한 법률 시행령」

제3조 (부당한 표시·광고의 내용)

- ① 법 제3조 제1항 제1호의 규정에 의한 허위·과장의 표시·광고는 사실과 다르게 표시·광고하거나 사실을 지나치게 부풀려 표시·광고하는 것으로 한다.
- ② 법 제3조 제1항 제2호의 규정에 의한 기만적인 표시·광고는 사실을 은폐하거나 축소하는 등의 방법으로 표시·광고하는 것으로 한다.
- ③ 법 제3조 제1항 제3호의 규정에 의한 부당하게 비교하는 표시·광고는 비교대상 및 기준을 명시하지 아니하거나 객관적인 근거 없이 자기 또는 자기의 상품이나 용역(이하 '상품 등'이라 한다)을 다른 사업자 또는 사업자단체(이하 '사업자등'이라 한다)나 다른 사업자 등의 상품등과 비교하여 우량 또는 유리하다고 표시·광고하는 것으로 한다.
- ④ 법 제3조 제1항 제4호의 규정에 의한 비방적인 표시·광고는 다른 사업자등 또는 다른 사업자 등의 상품 등에 관하여 객관적인 근거가 없는 내용으로 표시·광고하여 비방하거나 불리한 사실만을 표시·광고하여 비방하는 것으로 한다.
- ⑤ 제1항 내지 제4항의 규정에 의한 부당한 표시·광고의 세부적인 유형 또는 기준은 공정거래위원회가 정하여 고시할 수 있다. 이 경우 공정거래위원회는 미리 관계행정기관의 장과 협의하여야 한다.

나. 부당한 표시·광고에 대해 제재규정 도입한 배경

통신수단이 발달함에 따라 상품 또는 용역에 대한 정보가 빠른 속도로 광범위하게 전파되게 되었고, 광고가 중요한 경쟁수단으로 등장하게 되었지만, 특히 광고에 있어

서는 어느 정도 자신의 제품에 대한 과장이나 부풀리기가 있기 마련이며, 소비자들도 이러한 상황을 감안하여 광고를 받아들이게 된다. 표시·광고는 정보제공 등 긍정적인 효과도 있으나 허위나 과장을 통해 소비자를 현혹시키는 부정적인 효과도 적지 않고, 대중소비시대에 들어서 주요 소비제품이 되어버린 전자제품, 약품 또는 식료품들은 제품의 사양과 구조 등이 매우 복잡하고 전문화·다양화됨에 따라 이 분야에 문외한인 소비자들은 점점 사업자들이 일방적으로 전하는 표시·광고에 의존하여 제품에 대한 정보를 획득하게 되고, 이러한 정보를 근거로 상품선택을 할 수밖에 없게 되었다. 즉 상품이 전문화·다양화됨에 따라 사업자가 상품의 정보를 독점하여, 사업자는 자기에게 유리한 정보의 허위·과장, 불리한 정보의 축소·은폐 등 왜곡된 정보를 공급하게 된 점을 감안할 때 표시·광고의 진실성과 적정성은 보장되어야만 하지만, 기업 간 치열한 경쟁과 표시·광고기법의 발달로 인하여 표시·광고에 있어 공공성보다는 영리성이 강조되게 되었고, 소비자를 오도하거나 기만하는 허위·과장 표시·광고의 증가로 소비자에게 진실된 정보가 제공되지 않음으로써, 소비자의 피해는 물론 사업자간의 공정한 경쟁을 저해하는 결과도 초래하게 되었다. 또한 다량의 표시·광고로 인하여 소비자들의 표시·광고에 대한 호기심이 약화되어 그 효용이 떨어지게 되자, 보다 자극적인 표시·광고를 경쟁적으로 하게 되었다.

이에 표시·광고에 대한 적절한 규제를 통하여 잘못된 소비자정보를 시정하여 소비자를 보호하고, 소비자들의 합리적인 소비행위를 유도하여 기업간의 공정한 경쟁을 조장할 필요가 있게 되어 공정거래위원회는 표시·광고 행위를 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(제정 1980. 12. 31. 법률 제3320호, 이하 '구 공정거래법'이라 한다)상 불공정거래행위의 한 유형으로 규정하여 1981년 4월 1일부터 시행하였다. 그러나 구 공정거래법을 통하여 부당한 표시·광고행위에 대하여 사후적으로 시정명령, 법위반사실의 공표 등의 조치를 취하는 것으로는 한계가 있어, 부당한 표시·광고를 효과적으로 방지할 수 있는 광고실증제, 임시중지명령제 등 선진제도의 도입이 시급하다는 주장이 제기되어 1999년 2월 5일 구 「표시·광고법」을 제정하여 1999년 7월 1일부터 시행하게 되었다.

다. 임시중지명령제도의 도입배경 등

1) 도입배경

구 표시·광고법에 따라 합의제 행정기관인 공정거래위원회가 부당한 표시·광고를 준사법적 절차에 따라 심사하여 최종적으로 시정조치하기까지는 통상 2개월 내지 3개월이 소요되는데, 그때까지 부당한 표시·광고를 방치하는 경우 소비자나 경쟁사업자에게 중대한 피해가 발생할 수 있다. 예컨대, 시즌(season)상품의 경우와 같은 유행상품은 상품의 순환주기가 짧아 부당한 표시·광고로 인하여 경쟁사업자는 회복하기 어려운 손해를 입게 되고, 소비자의 경우에도 부당한 표시·광고행위가 지속됨으로 말미암아 오인성이 고착화되어 일정한 시간이 경과된 후에는 시장에서의 왜곡된 정보를 제거하는 것이 무의미해지기도 경우도 있다. 이에 구 표시·광고법은 소비자 또는 경쟁사업자에게 중대한 피해를 줄 우려가 있는 부당한 표시·광고에 대하여는 공정거래위원회의 정식절차에 의한 시정조치를 하기 전까지 부당한 표시·광고를 일시 중지시킬 수 있는 임시중지명령제도를 1999년 7월 1일부터 실시하고 있다.

2) 요건

(가) 표시·광고행위가 계속되고 있을 것

임시중지명령은 표시·광고행위를 일시 중지시키기 위한 것이므로 표시·광고행위가 계속 중일 것을 요한다.

(나) 부당한 표시·광고에 해당한다고 명백하게 의심될 것

임시중지명령의 발동요건으로 가장 중요한 것으로서 이 요건의 해석에 따라 임시중지명령제도의 적용범위가 달라진다. 표시·광고행위가 부당한 표시·광고에 해당한다고 '명백하게 의심될 때'에 해당하는가 여부를 판단함에 있어서는 당해 표시·광고행위의 상품 또는 용역의 종류, 표시·광고행위의 내용, 표시·광고행위가 목표로 하는 상대방 등을 고려하여 개별적·구체적으로 판단하여야 할 것이다.

(다) 소비자 또는 경쟁사업자에게 회복하기 어려운 손해가 발생할 우려가 있어 이를 예방하기 위한 긴급한 필요가 있는 경우

소비자에게 회복하기 어려운 손해가 발생할 우려가 있어 이를 예방하기 위한 긴급한 필요가 있는 경우란 소비자가 부당한 표시·광고로 인하여 상품구매나 용역제공으로 인하여 신체상의 안전에 중대한 영향을 받거나 재산상 중대한 손해를 받을 우려가 있어 이를 예방하기 위한 긴급한 필요가 있는 경우라고 할 수 있고, 경쟁사업자에게 회복하기 어려운 손해가 발생할 우려가 있어 이를 예방하기 위한 긴급한 필요가 있는 경우란 경쟁사업자가 부당한 표시·광고로 인하여 자신의 신용 또는 상품판매나 용역제공에 중대한 손해를 받을 우려가 있어 이를 예방하기 위한 긴급한 필요가 있는 경우라고 할 수 있다.

3) 사례

공정거래위원회는 임시중지명령제도가 도입된 후 처음으로 1999. 9. 7. 누에동충하초의 효능을 대대적으로 광고해 온 대한잡업개발공사에 대해 진품누에동충하초광고를 일시 중지할 것을 명령하였다.⁵⁾ 공정거래위원회는 대한잡업개발공사가 실험용 쥐를 대상으로 한 실험결과를 근거로 동충하초가 사람 몸에 항암효과와 간보호, 항피로, 면역력증가, 항스트레스, 항노쇠화현상 등이 있다고 표현하여 마치 인체에 약리효과가 있는 것처럼 광고하는 한편 수명연장의 효과가 203%라고 표현한 것⁶⁾은 소비자를 오인하게 하는 것이라고 심결하였다.

5) 공정거래위원회가 임시중지명령을 결정한 사례는 본 사건과 대한잡업개발공사 사건 등 두 차례에 불과하다.

6) 구체적으로 대한잡업개발공사의 진품누에동충하초의 약리효과에 대한 광고내용은 다음과 같다. 항암효과 수명연장효과 : 203%, 고행암억제효과 : 59%, 간보호효과 : 현저한 GOT 및 GPT 활성억제효과확인, 항피로효과 : 대조약물 Tocopherol 대비 1.5배 증가, 면역력증가효과 : Zymosan 대비 2배 효과, 항Stress효과 : 스트레스에 의한 각종 장기(부신, 비장, 갑상선 등)의 증량변화 원상회복 탁월, 항노쇠효과 : 강력한 지질과산화 억제반응 관찰. 동아일보, 1999. 9. 8.자.

4) 입법례⁷⁾

(가) 미국

미국 FTC법 제13조(b)⁸⁾는 사업자가 연방무역위원회가 집행하는 법조항을 위반 또는 위반하려 하거나, 위원회가 고소할 때까지 또는 위원회가 그 고소를 취하하거나 법원에 보류되어 재검토될 때까지, 위원회의 중지명령이 최종적으로 될 때까지 그러한 행동을 금지시키는 것이 공익을 위한 것일 경우 그러한 행위나 관행을 중지시키기 위하여 위원회가 지명한 검사를 통하여 연방지방법원에 일방적 긴급금지명령(temporary restraining orders) 또는 잠정적 금지명령(preliminary injunctions)을 청구할 수 있고, 법원은 이 명령을 내리면서 20일을 초과하지 않은 기간 안에 고소를 제기할 것을 정하며 그 기간 안에 고소가 제기되지 않으면 이 명령은 취소된다. 미국 법원의 경우 일방적 긴급금지명령제도의 실효성을 높이기 위하여 엑스 파티 히어링(Ex Parte Hearing)제도⁹⁾를 채택하고 있는데 이 제도에 의하면 법원은 신청권자의 주장과 소명만에 의하여 또는 신청권자에 의하여 24시간 전에 상대방에게 통지된 시간과 장소에서의 양측의 주장과 반론을 종합하여 들은 뒤 즉각 일방적 긴급금지명령을 내린다.

(나) EU

오인야기적 광고에 관한 EU지침 제4조 제2항도 오인야기적 광고에 관하여 잠정적 효과를 갖는 조치(with interim effect)를 취할 근거를 두도록 가맹국에게 요구하고 있다. 오인야기적 광고에 관한 EU지침 제4조 제2항은 다음과 같다.

제1항에 정하는 법률 규정하에서 가맹국은 법원 또는 행정기관이 관련한 제이익을 고려하여 특히 공중의 이익을 고려하여 그러한 수단이 필요하다고 생각하는 경우에는 이들에게 다음의 권한을 주어야 한다. ① 오인야기적 광고의 중지를 명하고 또한 그 중지명령을 위한 적절한 법적 절차를 취할 권한 혹은, ② 오인야기적 광고가 아직 공표되기 전이라도 공표가 임박한 경우에는 그러한 공표의 금지를 명하고 또한 금지명령을 위한 적절한 법적 절차를 취할 권한

7) 박세식, 「부당표시광고에 대한 규제 - 표시·광고의공정화에관한법률을 중심으로-」, 재판자료: 『경제법의 제문제』, 87집.

8) 15 U.S.C. Sec. 53(b).

9) Ex parte hearing : Hearing in which the court or tribunal only one side of the controversy. (BLACK'S LAW DICTIONARY 6TH EDITION)

(다) 기타

일본은 독점금지법 제67조, 독일은 경쟁제한방지법 제56조, 프랑스는 가격 및 경쟁의 자유에 관한 명령 제12조 등에서 임시중지제도를 도입·시행하고 있다. 한편 독일과 프랑스는 경쟁당국이 직접 임시중지명령을 발하고, 미국과 일본은 경쟁당국의 신청으로 법원이 명령을 내린다는 점에서 차이가 있다.

5) 실효성

임시중지명령제도의 실제 효용성은 부당한 표시·광고 중 부당비교 표시·광고나 비방 표시·광고보다는 허위과장 표시·광고나 기만적인 표시·광고의 경우에 있다. 그 이유는 부당비교 표시·광고나 부당 표시·광고의 경우에는 일반적으로 특정 경쟁사업자가 있기 때문에 경쟁사업자에 의하여 부당한 표시·광고의 신속한 시정이 가능하지만,¹⁰⁾ 허위과장 표시·광고나 기만적인 표시·광고의 경우에는 대부분 특정 경쟁사업자가 존재하지 않기 때문에 공정거래위원회 또는 소비자단체만이 부당한 표시·광고를 신속하게 시정할 수 있기 때문이다.

6) 제도 개선 사항

구 표시·광고법은 임시중지명령제도를 도입하면서 명문으로 소비자단체 등에 임시중지명령요청권을 인정함으로써 임시중지명령제도의 실효성을 높이려고 하였다. 그러나 임시중지명령제도가 1999년 도입된 이래 지금까지 2건의 사례 밖에 없다는 점을 고려하면, 임시중지명령제도가 다소 소극적으로 운영되어 온 것으로 보인다. 특히, 허위과장 표시·광고나 기만적인 표시·광고의 경우에는 소비자가 신체상의 안전에 중대한 영향을 받거나 재산상 중대한 손해를 받을 우려가 있는 경우에 임시중지명령

10) 서울지방법원은 1998. 4. 14. 한국아이비엠 주식회사가 한국컴팩컴퓨터 주식회사를 상대로 한 광고행위 등 금지가처분 사건에서 한국컴팩컴퓨터 주식회사의 광고내용 중 “지는 IBM이 있으면 쓰는 컴팩도 있다.”는 부분, 특히 “IBM”부분을 이중으로 인쇄하여 흔들려 보이게 하고 우측 아래로 기울게 표시한 것은 한국컴팩컴퓨터 주식회사의 사세 혹은 제품판매량 등이 발전 또는 증가하고 있음에 반하여 한국아이비엠 주식회사의 사세 혹은 제품판매량 등은 급격히 쇠퇴 또는 감소하고 있음을 암시하는 것이므로 위 광고내용은 비교 광고의 범위를 넘어 비방광고에 해당한다고 하면서 광고의 금지를 명하였고(서울지법 1998. 4. 14. 자 98카합 1132 결정 광고행위등금지가처분사건), 공정거래위원회도 1998. 6. 5. 의결 제98-105호로 한국컴팩컴퓨터 주식회사의 위 광고행위가 비방광고행위에 해당한다고 판단하여 시정명령을 한 바 있다.

제도를 활용하고 소비자단체에 의한 통제의 실효성을 높이기 위해서는 임시중지명령 청구권을 가지는 소비자단체의 범위를 확대하여야 할 필요가 있다고 보여진다.

라. 부당한 광고의 유형

‘구 표시·광고법’ 제3조 제1항은 부당한 표시·광고행위의 유형을 ① 허위·과장 표시·광고, ② 기만적인 표시·광고, ③ 부당한 비교 표시·광고, ④ 비방적인 표시·광고 등 4가지로 나누어 규정하고 있다.

1) 취지

서울고등법원은 “법 제3조가 부당한 표시·광고행위를 금지하고 있는 까닭은, 소비자에게 진실되고 충실한 정보가 전달되어야 소비자가 올바른 상품선택과 합리적인 구매결정을 할 수 있고, 그에 따라 사업자간에 가격과 품질·서비스에 의한 공정한 경쟁이 촉진될 수 있기 때문이다. 따라서 부당한 표시·광고의 금지행위에 저촉되는지 여부를 판단함에 있어서는, 사업자간의 공정성 확보와 아울러 소비자 보호의 문제를 고려하지 않을 수 없다”라고 판시한바 있다.¹¹⁾

2) 허위·과장 표시·광고

여기서 허위·과장적인 표시·광고는 사실과 다르게 표시·광고하거나 사실을 지나치게 부풀려 표시·광고하는 것을 말한다.¹²⁾ 대법원은 “‘표시·광고의 공정화에 관한 법률’ 제3조 제1항 제1호에서 말하는 허위·과장의 광고는 사실과 다르게 광고하거나 사실을 지나치게 부풀려 광고하여 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 광고행위로서 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는 광고를 말하고, 광고가 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는지는 보통의 주의력을 가진 일반 소비자가 당해 광고를 받아들이는 전체적·궁극적 인상을 기준으로

11) 서울고등법원 2003. 7. 8. 선고 2002누16872 판결.

12) 표시·광고의 공정화에 관한 법률 시행령 제3조 제1항 (제정 1999. 6. 30, 대통령령 제16430호, 이하 ‘구 표시·광고법 시행령’이라 한다)

하여 객관적으로 판단되어야 한다.”라고 판시하고 있다.¹³⁾

3) 기만적인 표시·광고

기만적인 표시 광고는 사실을 은폐하거나 축소하는 등의 방법으로 표시·광고하는 것을 말한다.¹⁴⁾ 여기서 기만적이라 함은 소비자로 하여금 사업자나 상품에 관하여 적극적 또는 소극적으로 사실을 은폐·축소하는 경우는 물론 거래에 있어서 지켜져야 할 기본적인 신의성실의 의무를 위반하여 사실을 은폐·축소하는 일체의 행위를 말한다.

대법원은 “백화점의 식품매장에서 당일 판매되지 못하고 남은 생식품들에 대하여 그 다음날 아침 포장지를 교체하면서 가공일자가 재포장일자로 기재된 바코드가 부착하여 재판매하는 행위 내지 판매기법은 제품의 신선도에 대한 소비자들의 신뢰를 배신하고 그들의 생식품 구매 동기에 있어서 중요한 요소인 가공일자에 관한 착오를 이용하여 재고상품을 종전 가격에 판매하고자 하는 것으로서 그 사술의 정도가 사회적으로 용인될 수 있는 상술의 정도를 넘은 기만행위에 해당한다.”고 판시한 바 있다.¹⁵⁾

4) 부당한 비교 표시·광고

부당하게 비교하는 표시·광고란 비교대상 및 기준을 명시하지 아니하거나 객관적인 근거 없이 자기 또는 자기의 상품이나 용역(이하 ‘상품 등’이라 한다)을 다른 사업자 또는 사업자단체(이하 ‘사업자 등’이라 한다)나 다른 사업자 등의 상품 등과 비교하여 우량 또는 유리하다고 표시·광고하는 것을 말한다.¹⁶⁾

「비교 표시·광고에 관한 심사지침」¹⁷⁾은 일반원칙으로 세 가지를 제시하고 있다. 첫째, 비교 표시·광고는 소비자에게 사업자나 상품에 관한 유용하고 정확한 정보제

13) 대법원 2003. 6. 27. 선고 2002두6965 판결.

14) 구 표시·광고법 시행령 제3조 제2항.

15) 대법원 1995. 7. 28. 선고 95도1157 판결. 한편, 공정거래위원회는 이 광고에 대하여 허위표시 및 기만적 표시에 해당한다 하여 당해 표시행위의 중지와 고발조치를 취하였다(1997년판 『공정거래백서』, 공정거래위원회, 255~256쪽).

16) 구 표시·광고법 시행령 제3조 제3항.

17) 「비교 표시·광고에 관한 심사지침」(제정 2001. 8. 22. 공정거래위원회 예규 제52호)

공을 목적으로 행하는 것이어야 하며, 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 없도록 하여야 한다. 둘째, 비교 표시·광고는 그 비교대상 및 비교기준이 명확하여야 하며 비교내용 및 비교방법이 적정하여야 한다. 따라서 비교 표시·광고는 객관적으로 측정 가능한 특성을 비교하여야 하며 객관적으로 측정이 불가능한 주관적 판단, 경험, 체험, 평가 등을 근거로 다른 사업자 또는 다른 사업자의 상품과 비교하는 표시·광고행위는 허용되지 않는다. 셋째, 비교 표시·광고는 법령에 의한 시험·조사기관이나 사업자와 독립적으로 경영되는 시험·조사 기관에서 학술적 또는 산업계 등에서 일반적으로 인정된 방법 등 객관적이고 타당한 방법으로 실시한 시험·조사 결과에 의하여 실증된 사실에 근거하여야 한다.¹⁸⁾

5) 비방적인 표시·광고

비방적인 표시·광고는 다른 사업자 등 또는 다른 사업자 등의 상품 등에 관하여 객관적인 근거가 없는 내용으로 표시·광고하여 비방하거나 불리한 사실만을 표시·광고하여 비방하는 것을 말한다. 비교광고가 자신의 제품에 대한 우수성 내지 과장을 주 내용으로 하는 것임에 대하여, 비방광고는 경쟁사업자의 제품에 대한 비방과 허위 사실을 주장하는 점에서 다르다고 할 수 있다.¹⁹⁾

18) 공정거래위원회는 “대한항공(주)의 경우 경쟁사업자의 항공운임과 비교하여 국내선에서는 최고 22%까지 싼 노선이 있는 반면 국제선에서는 더 비싼 운임을 적용하고 있는 노선이 있음에도 대한항공(주)가 국내선, 국제선의 구분 없이 ‘이제 항공운임도 경쟁시대, 대한항공이 최고 22% 더 경제적입니다.’라는 광고를 하여 마치 국제선 운임도 최고 22%까지 더 싼 것처럼 표현한 것은 모든 노선의 항공운임이 가장 싼 것처럼 소비자를 오인시킬 우려가 있는 부당한 비교광고에 해당한다”, “아시아나항공(주)의 경우 자신의 비행기 기량은 평균으로 표현하면서 경쟁사업자인 대한항공(주)는 비행기 평균 기량이 8.06년임에도 평균으로 표현하지 아니하고 ‘아시아나 비행기는 평균 기량 3.36년으로 세계 40대 항공사 중 제일 새 비행기입니다. 아직도 20년 넘는 비행기를 계속 운항하는 항공사가 있습니다.’ 등으로 표현한 것은 경쟁사의 비행기는 오래된 비행기이므로 안전, 성능 등에 문제가 있는 것처럼 소비자를 오인시킬 우려가 있는 부당한 비교광고에 해당한다”고 각 의결하였다. 『1998년판 공정거래백서』, 공정거래위원회, 305-306쪽.

19) ‘비교 표시·광고에 관한 심사지침’은 비방적인 표시·광고와의 관계에 대하여 “표시·광고의 내용이 다른 사업자 또는 다른 사업자의 상품과 비교하는 형식을 갖추고 있으나, 자기 또는 자기 상품의 우수성을 알리기 위하여 소비자에게 정보를 제공하는 것이라기 보다는 다른 사업자 또는 다른 사업자의 상품에 관한 단점을 부각시킴으로써 다른 사업자 또는 다른 사업자의 상품이 실제보다 현저히 열등 또는 불리한 것처럼 소비자가 오인할 수 있도록 표시·광고하는 경우에는 이를 비방적인 표시·광고로 본다.”고 규정하고 있다.

마. 외국사례

1) 부당한 표시·광고행위 금지 규정

(가) 미국

미국에서는 광고규제와 표시규제에 대한 일반법이 다른데 광고규제에서 일반법적 성격을 가지고 있는 법률은 연방거래위원회법(Federal Trade Commission Act: FTCA) 제5조이고, 표시규제에서 일반법적 성격을 가지고 있는 법률은 공정포장표시법(Fair Package and Labeling Act)이다.

특징은 우리나라의 경우 원칙적으로 광고주만을 규제하고 있는데 반하여, 미국은 광고대행사는 물론 카달로그 제작자·홈쇼핑 회사, 텔레마케팅 회사 등도 부당광고의 규제대상에 포함되며, 일정 광고매체사(언론사 및 방송사 제외, 언론의 자유와 관련하여 규제하지 않는 것으로 보임)를 규제함으로써 우리나라에 비하여 광범위하게 규제하고 있다. 다만, 광고대행사의 경우에는 광고가 부당하다는 사실을 알고 있었거나 알고 있었어야 할 사항을 간과하고 부당광고를 대행하였을 경우에만 규제대상이 된다. 한편, 우리나라의 경우 소비자 오인성 판단을 위한 정량화된 기준을 갖고 있지 못하나, 미국은 통상적으로 20% 이상의 소비자가 광고를 접하고 사실을 오인한다면 당해 광고를 부당광고로 규제하고 있다.

연방거래위원회(FTC)는 공정포장표시법(Fair Package and Labeling Act)으로 소비재 전반에 표시규제를 하나, 소비재 중에서 식품, 의약품, 화장품, 의료기기는 식품의약품안전청이 규제하고 있다. 또한 고기, 가금, 담배, 농약, 알코올 음료 등도 특별법에 의해 규제되므로 공정포장표시법(Fair Package and Labeling Act)의 적용을 받지 않는다.

(나) 영국

영국에서는 1931년 상품표시법(Merchandise Mark Act), 1955년 식품 및 의약품법(Food and Drug Act), 1961년 소비자보호법(Consumer Protection Act), 1967년 부당

표시에 관한 법(Misrepresentation Act), 1968년 거래명세법(Trade Description Act), 1973년 공정거래법(Fair Trading Act) 등이 제정되어 표시·광고에 대한 법적 규제를 하게 되었고, 공정거래청(Office of Fair Trade: OFT)이 오인광고의 규제권한을 가지고 있다. 1974년 소비자신용법(Consumer Credit Act)에서는 대부광고를 엄격히 규제하였고, 1976년 우편주문거래(정보)령[The Mail Order Transactions(Information) Order]에서는 모든 우편주문광고물에 광고주의 회사명과 주소를 명시하도록 하였으며, 1972년 개정된 거래명세법에서는 허위광고에 대해 기소할 수 있도록 하였다. 또한 1975년 성차별법과 1976년 인종관계법에서는 광고에서 성과 인종에 따른 차별을 금하였고, 1988년 오인야기적 광고에 관한 EU지침에 따라 오이유발광고규제법(Control of Misleading Advertisements Regulations)을 제정하였다.

(다) 독일

독일은 1957년에 경쟁제한방지법을 제정하였고, 불공정 경쟁행위의 규제를 위하여 1909년에 부정경쟁방지법을 제정하였다. 부정경쟁방지법의 주요 내용은 ① 부당한 표시·광고의 금지 ② 바겐세일의 남용금지, ③ 경쟁사업자에 대한 비방이나 신용훼손의 금지 등이다.

(라) 일본

일본에서의 광고규제는 1943년에 제정된 부정경쟁방지법에서 시작되었다고 할 수 있으며, 1947년에 제정된 독점금지법에서 불공정거래행위를 금지함으로써 부당한 표시·광고의 규제가 가능하였다. 이후 1962년에는 경품표시법이 제정되어 동법 제4조에서 부당한 표시·광고에 대해 규제하게 되었다. 경품표시법에서는 표시를 ‘고객을 유인하기 위한 수단으로서 사업자가 자기가 공급하는 상품 또는 용역의 내용 혹은 거래조건 기타 이들 거래에 관한 사항에 대하여 행하는 광고와 그 이외의 표시’라고 규정하고, 부당표시를 ‘일반 소비자를 오인케 함으로써 부당하게 고객을 유인하고, 공정한 경쟁을 저해할 우려가 있다고 인정되는 표시’로 규정하고 있다. 일본의 경품표시법을 집행하는 행정기관은 공정취인위원회이다.

2) 비교광고에 대한 입법례²⁰⁾

비교광고에 관하여 종래 대체로 비교광고가 본질적으로 위법하다고 보는 법제(벨기에, 프랑스, 이태리 등), 법적 규제가 강한 법제(독일, 오스트리아, 일본, 한국 등), 법적 규제가 비교적 약한 법제(미국, 영국, 캐나다, 스페인 등) 등으로 나눌 수 있다.

미국 FTC는 1979. 7. 27. 그 때까지 비교광고를 수용하기 위한 노력과 조사결과를 고려한 “비교광고에 관한 FTC의 정책지침서(Statement of Policy Regarding Comparative Advertising)”를 발표하면서 “비교광고란 객관적으로 측정할 수 있는 특성이나 가격에 관하여 대체 브랜드와 비교하고 또한 명칭, 삽화, 기타 특색 있는 정보에 의하여 대체 브랜드를 식별할 수 있는 광고”²¹⁾라고 정의하고 비교광고에 관한 입장을 명확하게 선언하였다. 즉, 미국 FTC의 기본입장은 비교광고는 그것이 진실하거나 기만적이지 않은 경우에는 비교광고로 인하여 소비자는 구매결정에 있어서 중요한 정보를 보다 정확하고 명확하게 제공받게 되어 합리적인 상품의 선택이 가능하게 되는 한편 비교광고로 말미암아 사업자 상호간의 경쟁으로 상품에 대한 개발이 촉진되어 상품의 가격이 저렴하게 될 수 있다는 점에서 비교광고를 장려한다는 것이었다. 구체적으로 FTC의 비교광고에 대한 기본 입장은, 첫째 경쟁사업자의 명칭을 거론한 다든가 경쟁사업자를 언급하는 내용의 비교광고를 권장하고, 둘째 자율규제조직은 진실한 비교광고의 사용을 제한해서는 안 된다는 것으로 요약할 수 있다. FTC는 비교광고에 대한 FTC의 위와 같은 정책이 산업계의 자율규약, 예컨대 비방 또는 경쟁자에 대한 비방, 부적절한 비방, 부적절한 공격, 의혹행위 등과 같은 광고관행을 금지하는 규정이나 비교광고에 대하여는 더 높은 수준의 실증을 요구하는 규정에 의하여 부당하게 제한되어질 수 있다는 점을 지적하면서 위와 같은 자율규약은 FTC의 정책에 맞게 해석되거나 개정되어야 한다는 점을 강조하고 있다.

또한 EU지침 중 비교광고에 관한 지침 제3조a는 “비교광고란 경쟁자 또는 경쟁자에 의하여 제공된 상품 또는 서비스를 명시적 또는 묵시적으로 평가하는 광고를 말한

20) 박해식, 「부당표시광고에 대한 규제 - 표시·광고의공정화에관한법률을 중심으로-」, 재판자료: 『경제법의 제문제』 87집.

21) advertising that compares alternative brands on objectively measurable attributes or price, and identifies the alternative brand by name, illustration or other distinctive information.

다”고 하면서 비교광고의 허용범위에 관하여 경쟁상품 또는 서비스가 실질적이고, 관련 있고, 실증가능한, 그리고 공평하게 선택된 특징을 객관적으로 비교하는 것으로 기만적이지 않고, 오인을 야기하지 않고, 경쟁자 또는 경쟁상품의 신용훼손, 명성이용을 목적으로 하지 않는 한 허용된다고 규정하고 있다.

3. 주요 쟁점

이 사건에서의 쟁점은 첫째 ‘아칸토싸이드D라는 성분은 오가피의 지표물질’이라는 표현이 구 표시·광고법 제2조 제2호가 규정하는 광고에 해당하는지 여부, 둘째 ‘아칸토싸이드D 성분은 오가피의 지표물질’이라고 광고한 행위가 허위 광고행위에 해당하는지 여부, 셋째 동일 시장에서 주된 경쟁관계에 있는 다른 사업자의 상품과 비교하는 것이 부당 비교광고에 해당하는지 여부, 넷째 ‘아칸토싸이드D 성분이 전혀 들어있지 않은 제품은 가짜’라고 한 표현이 비방광고에 해당하는지 여부, 다섯째 ‘법 위반으로 공정거래위원회로부터 시정명령을 받은 사실의 공표’가 헌법재판소로부터 위헌판결을 받은 ‘법위반사실의 공표’에 포함되는지 여부 및 공정거래위원회가 보도자료의 형식으로 이 사건 처분이 있기 전에 언론에 배포하여 보도한 것이 이익교량의 원칙에 위배되어 재량권의 범위를 벗어난 것인지 여부 등으로 정리할 수 있다.²²⁾ 이에 대해 세부적으로 살펴보도록 하자.

가. ‘아칸토싸이드D라는 성분은 오가피의 지표물질’이라는 표현이 광고에 해당하는지 여부

1) ‘아칸토싸이드D라는 성분은 오가피의 지표물질’이라는 표현이 구 표시·광고법 제2조 제2호가 규정하는 광고에 해당하지 않는다는 주장은 공정거래위원회의 심결 또는 재결 과정에서는 주장되지 않았으나, 서울고등법원의 재판 과정에서 주장된 것이다.

22) 이 사건에서 원고는 공정거래위원회의 과징금 납부명령은 원고가 법원의 가치분 결정에 따라 수정된 광고를 한 것도 포함하여 산정하였으므로 과징금 산정의 기준이 되는 사실관계를 오인하였다고 주장하였으나, 서울고등법원은 원고의 주장을 배척하였다. 이 사건에서 과징금 납부명령의 적법성 여부는 주된 쟁점이 아니므로 별도로 언급을 하지 않기로 한다.

2) 이에 대해 서울고등법원은 “지표물질이라는 표현 자체만으로도 그 성분이 객관적으로 검증되어 공식적으로 인정받았다는 의미를 나타내거나 그 성분이 원료의 진정성 판단, 품질평가 등의 기준이 되는 유일한 성분인 것처럼 인식하게 할 우려가 있는 것으로 봄이 상당하고 …… 지표물질이라는 용어가 식약청이 선정하는 지표성분의 개념에 거의 그대로 일치하고 있고, 따라서 위 광고내용은 아칸토싸이드D 성분을 제품의 진위여부, 품질정도, 원료사용량 등의 기준물질로 제시하였으므로 그 자체가 독립된 광고로 보기에 충분하다.”고 판단하였고, 대법원 역시도 서울고등법원 판결이 적법하다고 판시하였다.

나. 허위 광고행위에 해당하는지 여부

‘아칸토싸이드D 성분’이 오가피의 가장 중요한 성분이며 식품의약품안전청 생약규격과에서 ‘아칸토싸이드D 성분’을 오가피의 지표성분으로 선정한 용역결과를 제시하면서 허위 광고가 아니라는 주장에 대하여, 서울고등법원은 “지표물질이라는 의미는 단순히 주요성분이라는 의미를 넘어 상품의 성능을 좌우하는 유일한 핵심성분이라는 뜻으로 사용된 것인데, 오가피는 아칸토싸이드D 성분 뿐만 아니라 엘레우테로싸이드 A, B, B1, C 등 여러 성분들이 상호작용하여 오가피의 생리활성 효과를 낸다고 보고 되고 있어, 위와 같은 유일한 핵심성분이라는 뜻의 의미에서 본다면 이 사건 광고는 허위 광고”에 해당한다고 판시하였고, 대법원도 동일한 판단을 하였다.

다. 부당 비교광고에 해당하는지 여부

1) 이 사건에서 원고는 오가피와 가시오가피는 동속식물이므로 그 성분이 거의 같으므로 동일 시장에서 주된 경쟁관계에 있는 사업자의 상품에 해당하여 비교대상이 적당하고, 아칸토싸이드D 성분은 오가피 및 가시오가피의 주요성분이므로 그 성분의 함량을 기준으로 각 제품들을 비교하는 것은 비교기준이 적당하고 합리적이며, 이 사건 광고에 사용한 비교분석표는 국립 충북대학교, 국가공인기관인 한국식품연구소 및 제약회사인 주식회사 한국과마에서 객관적으로 실시한 시험결과를 기초로 작성된 것이므로 객관적인 근거를 바탕으로 한 것이라는 취지로 주장을 하였다.

2) 그러나 서울고등법원은 우선 비교대상이 적정한지에 대하여 “오가피와 가시오가피는 중, 과실의 종자수, 가지모양, 효능이 달라 이를 각 원료로 한 제품을 비교대상으로 삼을 수 없다”고 판시하였고, 다음으로 합리적인 비교기준에 해당하는지 대해서도 “비교대상 제품의 원료로는 가시오가피 뿐만 아니라, 두충, 대추 등의 다른 여러 생약제 성분이 들어 있고, 그 조성비가 제품마다 다르며, 아칸토싸이드D 성분은 오가피속 식물 뿐만 아니라 대혈, 겨우사리 드릅나무 등에도 들어 있으므로 아칸토싸이드D 성분의 함량만으로 각 제품의 원료의 진품 여부, 원료의 품질 정도, 원료의 사용량의 비교기준이 될 수 없으므로 합리적인 비교기준이 될 수 없다.”고 판시하였다.

3) 객관적으로 실시한 시험결과를 기초로 작성된 것인지와 관련하여 대법원은 “표시·광고의공정화에관한법률 제3조 제1항 제3호, 제5조, 같은 법 시행령 제3조 제3항, 제4조의 각 규정에 의하여, 광고주가 자기의 광고내용 중 사실과 관련한 사항이 진실임에 대한 입증은 합리적·객관적 근거에 의하여야 하고, 조사결과를 합리적·객관적 근거로 사용하기 위해서는 그 조사는 법령에 의한 조사기관이나 사업자와 독립적으로 경영되는 조사기관 등에서 학술적 또는 산업계 등에서 일반적으로 인정된 방법 등 객관적이고 타당한 방법으로 실시한 결과이어야 하며, 객관적이고 타당한 방법으로 실시한 조사가 되기 위해서는 조사기간, 표본설정, 질문사항, 인터뷰방법 등이 동일한 조건 등 합리적이고 공정한 조건하에서 이루어진 조사이어야 하고, 조사결과가 왜곡될 가능성 있는 특정한 조건하에서 이루어진 조사이어서는 아니된다고 할 것이므로, 조사결과가 왜곡될 가능성이 있는 특정한 조건하에서 이루어진 것으로서 합리적·객관적 근거가 되지 못하는 경우에는 비록 그 조사결과를 인용한 비교광고가 비교대상 및 비교기준이 명확하더라도 부당하게 비교하는 표시·광고에 해당할 수 있다”²³⁾고 판시하고 있으므로, 원고는 시험결과가 객관적이고 타당한 방법으로 실시한 결과임을 입증하여야 한다. 위 대법원 판결 취지에 따라 서울고등법원은 원고가 제출한 충북대학교의 시험결과자료와 한국식품연구소가 작성한 시험성적표는 상업적으로 이용할 수 있는 연구자료가 아니라고 판단하면서 이 사건 광고가 부당비교광고에 해당한다고 판시하였고, 대법원도 서울고등판결이 적법하다고 판단하였다.

23) 대법원 2003. 3. 31. 2002마4109 판결.

라. 비방광고에 해당하는지 여부

서울고등법원은 “앞서 인정된 사실관계에 의하면, 원고가 비교분석한 다른 제품들에 관하여 아칸토싸이드D 성분만이 오가피의 유일한 효과 있는 성분이라고 할 수 없고, 원고가 제시한 증거들은 원고의 광고내용에 대한 객관적인 근거자료가 될 수 없으며, 비교된 다른 사업자의 제품들이 각각 다른 원료도 첨가되어 있음에도, 원료가 다르고 생리활성성분이 다양함에도 아칸토싸이드D 성분만을 비교한 것은 다른 사업자의 상품에 대하여 객관적인 근거를 갖지 아니한 내용으로 광고하여 비방하거나 불리한 사실만을 광고하여 비방하는 비방광고에 해당한다 할 것이다.”고 판시하였다.

마. 이 사건 공표명령이 위법한지 여부

1) 이 사건에서 원고는 이 사건 공표명령이 위헌결정에 의해 효력을 상실한 법률 조항에 근거한 처분으로 위법하며, 또한 공정거래위원회가 보도자료의 형식으로 이 사건 처분이 있기 전에 언론에 배포하여 보도한 것이 이익교량의 원칙에 위배되어 재량권의 범위를 벗어난 것으로서 위법하다는 취지로 주장하였다.

2) 그러나 서울고등법원은 “범위반사실의 공표’와 개념상 구분되는 ‘범위반으로 피고로부터 시정명령을 받은 사실의 공표’는 입법목적은 달성하면서도 행위자에 대한 기본권 침해의 정도를 현저히 감소시키고 재판 후 발생 가능한 무죄로 인한 혼란과 같은 부정적 효과를 최소화할 수 있어 허용될 수 있다는 취지인 점, 피고는 법 제3조 제1항의 규정에 위반하는 행위가 있을 때에는 당해 위헌행위의 중지, 범위반사실의 공표, 정정광고, 기타 위헌행위의 시정을 위한 필요한 조치를 명할 수 있다고 한 법 제7조의 규정형식에 비추어 ‘범위반사실의 공표’는 ‘기타 위헌행위의 시정을 위하여 필요한 조치’의 예시라 할 것이므로 ‘범위반사실의 공표’부분이 같은 내용을 담고 있는 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제27조의 제1항 제2호에 대한 위헌결정으로 효력을 상실하였다 하더라도 ‘기타 위헌행위의 시정을 위하여 필요한 조치’로서 ‘범위반사실의 공표’와 성격을 달리하는 ‘시정명령을 받은 사실의 공표’와 같은 처분을 하는 것이 배제된다고 볼 수 없는 점 등을 종합적으로 고려하여 보면, 피고는 법 제7조 소정의 ‘범위반사실의 공표’ 부분이 위헌결정으로 효력을 상실하였다 하더라도 ‘기타 위

반행위의 시정을 위하여 필요한 조치'로서 '법위반을 이유로 피고로부터 시정명령을 받은 사실의 공표' 명령을 할 수 있다고 할 것이다."라고 판시하였고, "피고가 위와 같은 보도자료를 만들어 제공한 것은 이 사건에 관한 언론의 정확한 보도를 위하여 피고의 의결 내용을 간략히 요약한 것이라 할 것이고, 이에 대한 보도 여부는 언론의 전적인 판단에 의한 것이라고 할 것이며, 한편 부당한 광고행위로 인한 소비자의 오인 및 공정거래질서 저해의 우려는 단순히 당해 위반행위의 증지만으로는 치유될 수 없고, 부당한 광고행위로 인한 효과를 제거하기 위하여 시정명령을 받은 사실의 공표를 요한다고 할 것이므로, 피고가 위와 같은 보도자료를 만들었다고 하여 원고에게 법위반사실 공표 이상의 손실을 입게 한 것(원고가 구체적으로 어떠한 손실을 입었는지에 관한 아무런 증거도 없다)이라고 볼 수 없고, 이 사건 공표명령이 이익교량의 원칙에 위배되어 재량권의 범위를 벗어난 것이라고 할 수 없어 원고의 위 주장도 이유 없다."라고 판시하였다.

4. 의의

가) 종래에는 불공정행위의 유형으로 금지되었던 비교광고가 2001년 9월 1일부터 「비교 표시·광고에 관한 심사지침」이 시행되면서부터 다른 사업자의 상호·상표 등을 직접 명시하여 비교광고 하는 것이 허용되었다. 그러나 이 사건 광고는 당초 제도 도입의 취지를 벗어나 비교광고 형식을 빌어 경쟁사업자를 부당하게 비방 또는 사실과 다르게 비교하는 광고를 하였다.

나) 건강에 대한 국민들의 관심이 높아짐에 따라 건강식품에 대한 수요가 지속적으로 증가하고 있는 시점에서, 건강식품의 효능과 관련한 허위·과장 광고, 부당한 비교광고 등이 점차 만연하게 되자 이러한 잘못된 관행을 바로잡고자 공정거래위원회는 이 사건 광고행위에 대하여 시정명령, 공표명령, 과징금부과 조치를 함으로써 올바른 비교광고 제도가 정착될 수 있는 계기를 제공하였다. 그러므로 이 사건 심결과 법원의 판결은 비교광고의 심사기준과 부당성 판단기준을 제시하였다는 점에서 중요한 의의를 갖는다고 할 것이다.

다) 한편, 공정거래위원회는 이 사건 광고행위에 대하여 임시중지명령 조치를 취함

으로써 소비자 또는 경쟁사업자에게 미치는 피해를 적기에 예방하였다. 임시중지명령 제도가 도입된 1999년부터 2011년 현재까지 공정거래위원회가 임시중지명령 조치를 취한 사례는 2건²⁴⁾에 불과하다.

24) 대한잡업개발공사의 표시·광고에 대한 임시중지명령 건(공정거래위원회 1999. 9. 7. 소회의 의결(임)제99-1호) 및 (주)수신오가피의 표시·광고행위에 대한 임시중지 명령의 건(공정거래위원회 2002. 6. 19. 전원회의 의결(임)제2002-001호).

[29] 26개 여행사의 여행약관상 불공정약관조항에 대한 건 시정권고 제2004 - 046호 ~ 071호

이 병 준 (교수, 한국외국어대학교)

공정거래위원회는 2004년 10월 4일 계층별 소비자보호시책의 일환으로 26개 여행사의 여행약관상 불공정약관조항에 대해 시정권고 조치한바 있다. 시정조치 대상 약관조항들은 첫째, 여행일정이나 가격 등 계약의 중요 내용을 ‘현지사정’ 또는 ‘항공사의 사정’이라는 포괄적이고 추상적인 사유로 인해 변경할 수 있도록 한 조항(이른바 ‘패키지여행 일정 및 가격 변경 조항’), 둘째, 고객이 패키지 일정에 참여하지 않을 경우 추가 비용을 지출해야 한다는 조항(이른바 ‘패키지여행 일정 불참시 위약금 부과 조항’), 셋째, 여행계약 체결시 약관의 설명의무를 한 것으로 간주하는 조항(이른바 ‘약관설명무이행 간주 조항’)이다.

우선 ‘패키지여행 일정 및 가격 변경 조항’은 여행업자는 원칙적으로 여행조건을 변경할 수 없고, 여행사의 귀책사유 없는 특별한 사유가 있을 경우에만 예외적으로 변경할 수 있음에도 지나치게 포괄적이고 추상적인 사유로 여행업자가 일방적으로 여행조건을 변경할 수 있도록 규정하였으므로 상당한 이유 없이 급부의 내용을 사업자가 일방적으로 결정하거나 변경할 수 있는 권한을 부여하는 조항으로 약관의 규제에 관한 법률(이하 ‘약관법’이라 한다) 제10조 제1호에 해당한다고 본 공정거래위원회의 판단은 타당한 것으로 판단된다.

두 번째, ‘패키지여행 일정 불참시 위약금 부과 조항’은 위약금을 부과할 사유가 전혀 없음에도 위약금을 부과하도록 규정함으로써 고객의 입장에서 부당하게 불리한 것인 동시에 여행계약의 거래행태 등 제반 사정에 비추어 예상하기 어려운 조항이라 할 것이므로 약관법 제6조 제2항 제1호, 제2호에 해당한다고 볼 수 있다.

세 번째, 약관설명무이행 간주 조항은 여행업자가 약관법상 정해진 설명의무의 이행을 회피하기 위하여 이러한 규정을 두었고 이러한 의무의 이행은 전적으로 사업자 측에서 부담해야 할 의무에 해당하기 때문에 설명의무불이행에 따른 불이익을 고객에게 전가하는 부당하게 불리한 조항으로 판단된다. 따라서 약관법 제7조 제1호 및 제6조 제2항 제1호를 근거로 해당 조항의 불공정성을 인정한 결정으로 타당하다.

약관과 관련한 공정거래위원회의 위 심결은 여행업자가 당초 약정한 패키지여행 일정 등을 일방적으로 변경하고 현지 일정을 강요하면서도 그 책임을 무마해온 오랜 관행에 대하여 소비자의 권리 주장이 확대되어 여행업분야에 있어서 건전하고 공정한 거래질서 확립에 기여하였다고 판단된다.

1. 사건 개요

가. 공정거래위원회의 심결

공정거래위원회는 계층별 소비자보호시책의 일환으로 주요 여행사(26개)의 여행약관상 일부 조항이 약관법에 위반되어 이를 수정·삭제토록 2004년 10월 4일 시정권고 조치하였다.

1) 심사경위

계층별 소비자보호시책에 따른 여행업 실태조사 결과 파악된 소비자 피해·불만의 원인이 될 수 있는 여행 계약서(일정표 기재 포함) 상의 일부조항을 직권으로 심사하였다.

2) 시정조치 대상 약관조항 및 불공정 사유

가) 패키지여행 일정 및 가격변경 조항

[문제된 약관조항]

- 상기 일정 및 가격은 항공 및 현지사정으로 변경될 수 있음을 양지하시기 바랍니다. (11개 여행사업자)
- 상기 일정은 항공 및 현지사정에 따라 변경될 수 있습니다(14개 여행사업자).

피심인들의 여행약관에는 여행일정 및 가격 등 여행조건의 변경사유로 ‘현지사정’, ‘항공사의 사정’ 등 포괄적이고 추상적으로 정하고 일방적으로 통보하면 가능한 것처럼 규정되어 있었다. 이는 상당한 이유 없이 급부의 내용을 사업자가 일방적으로 결정하거나 변경할 수 있는 권한을 부여하는 조항으로 약관법 제10조 제1호에 위반하는 조항에 해당한다. 위 약관조항으로 인하여 여행사업자가 여행객에게 당초 약정한 일정(숙박, 교통수단 등) 및 가격을 일방적으로 변경한 후 양해를 구하는 사례가 다수

발견되었다.

[구체적 사례]

소비자 ○○○는 2003. 7. A여행사를 통해 태국(푸켓)을 출발하였는데 당초 출국세를 포함하는 노보텔 호텔 상품으로 계약하였으나, 공항에 나온 여행사측은 출국세 티켓을 주지 않았고 다른 호텔에 숙박하게 되는 등 당초 일정표에서 제시한 조건과 달리 여행이 진행되었다(일정표에 포함되었던 내용에 대해서도 추가비용, 교통수단 등 차이).

나) 패키지여행(중국, 동남아) 일정 불참 시 위약금(1일 1인당 30\$~50\$) 부과 조항

[문제된 약관조항]

- 관광일정을 빠지실 경우 1일 \$30(50\$)을 현지에서 지불하셔야 합니다.
(21개 여행사업자)
- * 중국, 동남아 패키지여행 상품 일정표 기재사항

고객이 일정(예컨대 선택관광이나 쇼핑 포함)을 원치 않거나 고객의 건강 등의 특별한 사정으로 현지에서의 일정에 참가하지 않을 경우까지도 추가비용(위약금)을 부과할 수 있도록 규정하고 있었다. 이는 여행계약의 고객의 입장에서는 부당하게 불리한 것인 동시에 여행계약의 거래형태 등 제반사정에 비추어 예상하기 어려운 조항이라고 할 것이므로 약관법 제6조 제2항 제1호, 제2호에 해당한다.

[구체적 사례]

소비자 △△△는 2004. 7. B여행사의 태국 패키지여행을 출발하였는데 현지 일정 중 건강상의 이유로 하루 일정을 불참하려고 하자, 현지 가이드는 일정참석을 강요하며 불참 시 위약금 명목의 30\$을 요구하였다.

3) 약관설명 의무 이행 간주 조항

[문제된 약관조항]

- 본 계약이 체결됨과 동시에 약관설명 의무를 다한 것으로 본다(6개 여행사업자).
- * 계약서 하단에 기재

여행계약 체결이 되면 사업자의 약관법상 중요한 약관내용의 설명 의무를 이행한 것으로 간주하는 것으로 규정하고 있었다. 이는 여행사업자의 고의 또는 중과실로 인한 법률상의 책임(사업자의 약관설명 의무 위반으로 인한 책임)을 배제하는 조항인 동시에 고객에게 부당하게 불리한 조항으로 약관법 제7조 제1호 및 제6조 제2항 제1호에 해당한다. 약관법 제3조는 사업자는 약관의 중요한 내용을 고객이 이해하도록 설명해 주어야 하며 이를 위반하면 사업자는 해당 조항을 계약의 내용으로 주장할 수 없다고 규정하고 있다.

2. 관련규정 및 제도

가. 약관법상 관련 법률규정

우리나라에서는 독일 약관법을 근간으로 하여 「약관의 규제에 관한 법률」을 1986년 12월 31일 법률 제3022호로 제정·공포하여 1987년 7월 1일부터 시행하고 있다. 약관규제법은 사법적 성격을 지니고 있어 기본적으로 법원의 판결을 통하여 그 효력여부가 다투어지는 것이 일반적이라고 할 수 있으나, 사법적 규제방식을 취하고 있는 독일 약관규제법과 달리 우리 약관법은 행정지도적 규제방식을 취하고 있어서 실무적으로 판결보다 공정거래위원회의 심결례가 더 큰 의미를 가지고 있다고 볼 수 있다.

약관규제법은 크게 보면 법률의 핵심적인 개념인 약관, 사업자, 고객의 개념을 제2조에서 정의하고 편입통제, 해석통제 그리고 내용통제에 대하여 규정하고 있다. 약관이 사업자와 고객 사이에 체결한 계약에 편입되었는지의 여부를 심사하는 편입통제와 편입된 약관의 객관적 의미를 확정하는 해석통제 및 이러한 약관의 내용이 고객에

게 부당하게 불이익을 주는 불공정한 것인지를 살펴보는 내용통제라는 단계적 통제 과정을 가지고 있다.¹⁾ 이러한 통제과정은 사업자와 고객 사이의 계약체결상황에서의 불균형을 해소하기 위하여 만든 것이어서 당사자 사이의 실질적 평등을 가져오기 위한 목적을 갖고 있다.

1) 약관규제법상 약관의 의미

제2조(정의)

이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. 약관이란 그 명칭이나 형태 또는 범위에 상관없이 계약의 한쪽 당사자가 여러 명의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식으로 미리 마련한 계약의 내용을 말한다.
2. 사업자란 계약의 한쪽 당사자로서 상대 당사자에게 약관을 계약의 내용으로 할 것을 제안하는 자를 말한다.
3. 고객이란 계약의 한쪽 당사자로서 사업자로부터 약관을 계약의 내용으로 할 것을 제안받은 자를 말한다.

2) 약관의 편입요건

제3조(약관의 작성 및 설명의무 등)

- ① 사업자는 고객이 약관의 내용을 쉽게 알 수 있도록 한글로 작성하고, 표준화·체계화된 용어를 사용하며, 약관의 중요한 내용을 부호·문자·색채 등으로 명확하게 표시하여 알아보기 쉽게 약관을 작성하여야 한다.
- ② 사업자는 계약을 체결할 때에는 고객에게 약관의 내용을 계약의 종류에 따라 일반적으로 예상되는 방법으로 분명하게 밝히고, 고객이 요구할 경우 그 약관의 사본을 고객에게 내주어 고객이 약관의 내용을 알 수 있게 하여야 한다. 다만, 다른 법률에 따라 행정관청의 인가를 받은 약관으로서 신속한 거래를 위하여 필요하다고 인정되어 대통령령으로 정하는 약관에 대하여는 그러하지 아니하다.
- ③ 사업자는 약관에 정하여져 있는 중요한 내용을 고객이 이해할 수 있도록 설명하여야 한다. 다만, 계약의 성질상 설명하는 것이 현저하게 곤란한 경우에는 그러하지 아니하다.
- ④ 사업자가 제2항 및 제3항을 위반하여 계약을 체결한 경우에는 해당 약관을 계약의 내용으로 주장할 수 없다.

1) 대법원 2008. 12. 16. 선고 2007마1328 판결.

3) 약관의 내용통제

제6조(일반원칙)

- ① 신의성실의 원칙을 위반하여 공정성을 잃은 약관 조항은 무효이다.
- ② 약관의 내용 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 내용을 정하고 있는 조항은 공정성을 잃은 것으로 추정된다.
 - 1. 고객에게 부당하게 불리한 조항
 - 2. 고객이 계약의 거래형태 등 관련된 모든 사정에 비추어 예상하기 어려운 조항
 - 3. 계약의 목적을 달성할 수 없을 정도로 계약에 따르는 본질적 권리를 제한하는 조항

제7조(면책조항의 금지)

계약 당사자의 책임에 관하여 정하고 있는 약관의 내용 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 내용을 정하고 있는 조항은 무효로 한다.

- 1. 사업자, 이행 보조자 또는 피고용자의 고의 또는 중대한 과실로 인한 법률상의 책임을 배제하는 조항
- 2. 상당한 이유 없이 사업자의 손해배상 범위를 제한하거나 사업자가 부담하여야 할 위험을 고객에게 떠넘기는 조항
- 3. 상당한 이유 없이 사업자의 담보책임을 배제 또는 제한하거나 그 담보책임에 따르는 고객의 권리행사의 요건을 가중하는 조항
- 4. 상당한 이유 없이 계약목적물에 관하여 견본이 제시되거나 품질·성능 등에 관한 표시가 있는 경우 그 보장된 내용에 대한 책임을 배제 또는 제한하는 조항

제8조(손해배상액의 예정)

고객에게 부당하게 과중한 지연 손해금 등의 손해배상 의무를 부담시키는 약관 조항은 무효로 한다.

제10조(채무의 이행)

채무의 이행에 관하여 정하고 있는 약관의 내용 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 내용을 정하고 있는 조항은 무효로 한다.

- 1. 상당한 이유 없이 급부(급부)의 내용을 사업자가 일방적으로 결정하거나 변경할 수 있도록 권한을 부여하는 조항
- 2. 상당한 이유 없이 사업자가 이행하여야 할 급부를 일방적으로 중지할 수 있게 하거나 제3자에게 대항할 수 있게 하는 조항

나. 여행계약 관련 법제도

1) 국내의 법제도 상황

우리나라의 경우 고속적인 경제성장과 함께 해외로 여행하는 것이 일상생활화 되어 가고 있다. 이러한 해외여행은 크게 여행은 그것을 처음부터 끝까지 여행자 개인이 단독으로 직접 기획·실시하는 개인여행과 여행의 기획·실시를 영업으로 하는 여행업자와 계약관계를 맺고 집단적으로 실행하는 단체일괄여행(Pauschalreise)으로, 그리고 후자는 다시 그 조직과 실시 방법에 따라 희망여행과 모집여행으로 구별할 수 있다.²⁾ 여행업의 지속적인 성장으로 인하여 후자의 경우, 즉 단체일괄여행과 관련하여 여행계약 당사자들 사이의 법률적 분쟁사례 또한 증가하고 있다.

기본적으로 이들 사이에는 계약관계가 존재하므로 이들이 체결한 계약내용을 기초로 분쟁을 해결하면 될 것이다. 단체일괄여행의 경우, 여행자와 여행업자 사이의 계약은 단순한 중개계약인가, 대리상으로서의 계약인가 아니면 일종의 도급계약과 유사한 계약인가에 따라 여행자에 대한 항공회사·호텔·여행업자의 책임은 다르게 구성될 뿐만 아니라, 예컨대 항공기의 발착지연, 호텔의 태업, 객실부족, 음식제공·서비스의 열악함 등과 같은 여행 자체의 문제점에 대한 책임을 누구에게 물을 수 있는지가 결정될 것이다. 이 문제의 해결방법은 크게 여행계약을 직접적으로 규율하는 특별법을 제정하거나 표준약관을 제정하는 방법이라고 할 수 있다.

현재 우리나라는 여행계약을 직접 규율하는 체계적인 입법을 가지고 있지 않다. 다만, 「관광진흥법」은 제2장 제2절에서 여행업에 대하여 4개의 조문을 통하여 규정하고 있으며 여행계약에 대하는 동법 제14조에서 규정하고 있다. 제14조는 여행업자의 여행계약서 교부의무, 여행일정 변경시 여행자로부터 사전 동의 받아야 하는 의무를 규정³⁾하고 있고 이를 위반하면 동법 제35조에 따라 등록 또는 사업계획승인을 취소하

2) 이러한 구분으로 김윤구, 여행계약의 연구 -단체해외여행계약을 중심으로-, 법학연구(충북대학교 법학연구소) 제4권, 1992, 107면 참조.

3) 관광진흥법 제14조(여행계약 등)

① 여행업자는 여행자와 계약을 체결할 때에는 여행자를 보호하기 위하여 문화체육관광부령으로 정하는 바에 따라 해당 여행지에 대한 안전정보를 제공하여야 한다.

② 여행업자는 여행자와 여행계약을 체결하였을 때에는 그 서비스에 관한 내용을 적은 여행계약서(여행일정표 및 약관을 포함한다. 이하 같다)를 여행자에게 내주어야 한다.

거나 영업정지 또는 시설·운영의 개선명령 등을 할 수 있도록 규정하고 있다.

여행계약과 관련한 법률적 문제의 해결을 포함하는 민법의 개정을 위해 1999년 법무부에 설치된 민법개정 특별분과위원회에서 공포한 2001년 11월 15일 민법[재산법] 개정시안에는 여행계약에 관한 규정내용이 담고 있었으나, 법 개정에 이르지 못하는 못하였다. 하지만 1999. 3. 26 공정거래위원회가 제정한 국내 및 국외여행 표준약관이 실제거래에서 이미 사용되고 있다.

2) 해외의 법제도 상황

여행계약에 관한 국제협약으로는 1970년 여행계약에 관한 국제협약(일명 브뤼셀 협약)이 있다. 여행업을 규제하기 위한 사업자법을 두는 나라로서 호주의 'Travel Agents Bill', 벨기에의 'Statute on Travel Agencies', 네덜란드의 'Travel Agents Act', 일본의 여행업법 등이 있다. 그리고 독일에서는 사법적 규정을 마련하기 위하여 1976년 여행계약법 초안을 완성하여 의회에 상정하였고 1979년 여행계약에 관한 조문들(독민 §§ 651 a-651 l)이 독일민법전에 규정되었다. 독일에서는 이러한 여행계약에 관한 민법규정이 제정되어 시행되기 전까지 비교적 상세하게 규정되어 있는 도급에 관한 독일민법조항들을 여행계약에 적용하여 판례의 축적을 통하여 문제의 해결을 꾀하여 왔다.⁴⁾

3. 주요 쟁점

가. 여행업자의 급부변경권과 기획여행 일정변경 조항의 무효성

1) 약관법 제10조 제1호의 무효사유

상당한 이유 없이 급부의 내용을 사업자가 일방적으로 결정하거나 변경할 수 있도록

③ 여행업자는 여행일정(선택관광 일정을 포함한다)을 변경하려면 문화체육관광부령으로 정하는 바에 따라 여행자의 사전 동의를 받아야 한다.

4) 이에 관해 자세한 것은 최광준, 독일여행계약법의 구조와 문제점, 법학연구(부산대 법학연구소) 제43호, 1994, 291면 이하 참조.

록 권한을 부여하는 조항의 내용은 무효이다(약관법 제10조 제1호).

여기서 급부는 계약의 핵심적인 내용으로서 계약 당사자 상호간의 합의 및 판정을 통하여 결정되어야 할 것이며, 당사자 일방이 독단적으로 결정하거나 변경할 수 없다. 급부는 사업자 자신이 제공해야 할 급부와 고객이 제공해야 할 급부를 모두 포함한다. 급부의 변경에는 약속한 급부의 수량, 성질, 이행시기나 이행장소의 변경, 급부제공의 방법 등이 모두 포함된다.

‘상당한 이유’가 있는지의 여부는 당해 약관을 설정한 의도 및 목적, 당해 업종에서의 통상적인 거래관행, 관계법령, 거래대상 상품 또는 용역의 특성, 고객과의 협의가능성, 일방적인 변경가능성, 사업자의 영업상의 필요 및 고객이 입을 불이익의 내용과 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다. 대법원은 헬스클럽이용약관 중 연회비 임의인상조항은 일방적 급부결정권을 인정한 조항이기는 하지만 인상에 대한 합리성을 따져서 실제로 합리적 근거가 있고 실제로도 합리적인 인상이 이루어졌다면 그 조항은 유효하다는 목적론적 축소해석을 한 바 있다.⁵⁾

또한 대법원은 “택배회사의 위탁영업소계약에서 운송수수료율은 영업소가 운송행위에 대한 대가로 어떠한 이득을 취득할 것인가라는 주된 급부에 관한 사항이고, 이러한 급부내용을 변경할 사정변경이 있는 경우에는 당사자 간의 합의에 따라 조정하는 것이 기본 법리이므로, 위 계약에서 사정변경에 따라 운송수수료율을 택배회사 측이 일방적으로 변경할 수 있도록 규정한 경우, 이는 상당한 이유 없이 급부의 내용을 사업자가 일방적으로 결정하거나 변경할 수 있도록 권한을 부여한 조항으로 약관규제법 제10조 제1호에 해당하거나, 고객에 대하여 부당하게 불리한 조항으로 공정을 잃은 것으로 추정되는 경우에 해당하여 같은 법 제6조 제2항 제1호에 의하여 무효”라고 판시한 바 있다.⁶⁾

2) 사후적 급부변경권을 유보하는 약관조항의 내용통제 가능성

급부와 반대급부에 관한 사항은 당사자들이 개별적으로 합의하는 것이 원칙이므로

5) 대법원 1996. 2. 27. 선고 95다35098 판결.

6) 대법원 2008. 2. 14. 선고 2005다47106, 47113, 47120 판결.

약관법의 내용통제 대상이 되지 못한다. 그러나 급부내용의 사후적 변경도 계약내용의 변경이므로 당사자 간 합의가 필요하며, 계약체결 당시에 급부내용의 사후적 변경권을 유보하는 것 역시 사적자치의 원칙상 유효하다. 그러나 약관을 통해서 급부내용의 사후적 변경권을 유보하는 경우 사업자에게 일방적으로 유리하게 규정될 수 있는 위험이 있다. 특히 변화된 사정에 따라 사업자가 일방적으로 급부내용을 결정하게 하는 일방적 급부결정권(einseitige Leistungsbestimmung)은 실무에서 많이 등장하는 약관조항이다.

일방적 급부결정권을 유보하는 조항은 약관법상 내용통제의 대상이 될 수 있고, 특별히 정당하다고 인정될 만한 사유와 제한이 있는 경우에만 유효할 수 있다. 이를 규제하는 조항이 급부의 내용을 사업자가 일방적으로 결정하거나 변경할 수 있도록 권한을 부여하는 조항을 금지하는 약관법 제10조 제1호이다.

3) 여행계약의 급부 내용의 결정과 사후적 급부결정권

여행계약은 그 교섭과정에서 여행주선자가 배포한 여행안내서·여행계획서·여행명세서 또는 광고를 보고 여행자가 여행주선자와 접촉하여 여러 가지 상담을 통하여 계약체결에 이른다. 물론 구체적인 계약체결 과정을 보면 여행안내서는 광고나 선전과 같이 청약의 유인에 불과하기 때문에⁷⁾ 그 내용이 계약의 내용을 형성하는 것은 아니다. 구체적으로 당사자 사이의 체결된 계약서 내지 여행약관이 계약의 내용을 이루게 된다. 하지만 당사자들이 계약을 체결하면서 여행안내서 내지 여행계획서를 기초로 계약을 체결하였다면 그 내용도 경우에 따라서는 계약의 내용이 될 수 있음은 물론이다. 그리고 앞에서 살펴본 바와 같이 현재 여행계약과 관련하여서는 표준약관이 제정되어 시행되고 있으므로 대부분의 여행사들은 이러한 표준약관에 의하여 계약을 체결하고 있는 실정이다.

단체일괄여행의 경우 사전에 여행업자가 마련한 프로그램이므로 그 내용이 다양한 사정으로 그대로 실현되기 어려운 경우가 있다. 따라서 사업자에게 있어서 여행계약의 성질상 급부내용을 변경하는 권리를 유보하는 것이 필요하다고 할 수 있다. 공정

7) 동일한 견해로 서민, 여행계약의 법률문제, 사법행정 제419호, 1995, 24면.

거래위원회가 제정한 여행업표준약관(표준약관 제10020호)은 “여행조건의 변경”이라는 표제 하에 여행주선자가 급부를 변경할 수 있는 경우를 둘로 나누어 정하고 있다. 하나는 계약당사자의 합의에 의한 변경이고(국내여행표준약관 제12조 제1항 제1호, 국외여행표준약관 제13조 제1항 제1호), 다른 하나는 천재지변 등과 같이 부득이한 경우의 일방적인 의사표시에 의한 변경이다(국내여행표준약관 제12조 제1항 제2호, 국외여행표준약관 제13조 제1항 제2호).

이 중 합의에 의한 급부내용의 변경은 본 계약의 내용을 변경하는 계약이므로 이를 여행주선자의 권리라고 할 수는 없고, 당사자의 합의를 기초로 하는 이상 법률상 문제도 생기지 않는다. 그러나 위 조항들의 제2호가 정하는 일방적인 의사에 의한 변경은 사업자의 급부변경권이라는 일종의 형성권을 인정한 것으로 보아야 한다.⁸⁾ 본 조항에서 약관상 그 권리가 누구인지는 명시하고 있지 않지만, 변경사유의 모습과 그 필요성을 기초로 해서 보았을 때 여행주선자의 권리로 규정한 것으로 보인다. 본 조항에서는 급부내용의 변경을 할 수 있는 구체적인 사유를 엄격히 제한하고 있을 뿐만 아니라, 제한된 기준도 사회통념상 인정할 수 있는 부득이한 경우로 제한하고 있으므로 여행주선자에게만 일방적으로 유리한 규정으로서 약관법 제6조에 위반되어 무효가 되는 것은 아니라고 볼 수 있다.

다만 여행주선자의 급부변경권을 인정하더라도 그 권리행사는 여행주선자의 자의적 판단에 맡겨서는 안 되고, 권리행사의 요건은 엄격히 제한되어야 한다. 이에 따라 학설은 그 요건으로서 ① 계약체결 후 천재지변과 같은 부득이한 사유가 발생하여야 하고, ② 그 사유가 여행주선자의 책임 있는 사유에 의해서 발생한 것이 아니어야 하고, ③ 변경된 급부내용이 원래의 급부내용과 현저한 차이가 있지 아니하고, 여행자가 예측할 수 있는 것이어야 하며, ④ 여행계약 전체와의 관계에서 계약내용이 침해되지 아니하는 것이어야 하고, ⑤ 변경권의 행사과정에서도 미리 통지하는 등 신의칙에 반하지 않아야 한다고 제시하였다.⁹⁾

따라서 예컨대, 경제적인 이유만으로 목적지까지의 항로를 변경하거나, 급부내용을 조직적·계획적으로 변경하거나, 숙소를 「방가로」 대신에 텐트로 변경하거나, 여행목

8) 서민, 여행계약의 법률문제, 사법행정 제419호, 1995, 31면.

9) 김윤구, 여행계약의 연구 -단체해외여행계약을 중심으로-, 법학연구(충북대학교 법학연구소) 제4권, 1992, 134면; 서민, 여행계약의 법률문제, 사법행정 제419호, 1995, 32면.

적지를 다른 곳으로 지정하는 것은 정당한 변경권의 범위를 벗어난다고 볼 수 있다. 그리고 급부내용의 변경에 의하여 발생한 여행의 증가비용은 여행주선자가 부담하여야 하며, 여행비용이 감축된 경우에는 그 금액은 여행자에게 반환하여야 한다. 이렇게 해석하는 것이 여행주선자에게 급부변경권을 인정하는 것과 여행자의 이익의 조화점이라고 할 수 있다.

4) 기획여행 일정변경 조항의 무효성

문제된 약관 조항은 기획여행 상품 일정표 하단 기재 사항에서 “상기 일정은 현지 사정 및 항공일정에 의하여 변경될 수 있습니다”라고 규정하고 있었다.

이에 대하여 공정거래위원회는 일단 계약이 체결되면 원칙적으로 계약체결 당시에 약정된 여행가격 등의 계약조건은 약정한대로 확정되며, 사정변경이 있는 경우에는 계약 내용의 수정·변경 여부만이 문제될 수 있다고 보았다. 그리고 여행업자는 여행을 실행함에 있어서 원칙적으로 여행조건을 변경할 수 없고, 예외적으로 천재지변 등의 사정으로 여행사의 귀책사유 없이 여행자의 안전과 여행의 원만한 실행이 곤란한 때에만 여행일정 등의 여행조건을 변경할 수 있다는 원칙적 입장을 확인하였다.

다만 여행사업자가 예외적으로 여행계약의 조건(가격 및 일정)을 수정하는 경우에도 일반원칙상 다음과 같은 요건을 갖추어야 한다고 보았다. 즉 1) 계약체결 당시에는 예상하지 못한 부득이한 사정이 발생하고, 2) 여행업자의 책임 있는 사유에 의해서 발생한 것이 아니어야 하며, 3) 변경된 급부내용이 현저한 차이가 있어 전체적인 측면에서 계약내용이 침해되지 않아야 하고, 4) 변경할 경우 미리 통지하는 등 절차상의 하자가 없어야 한다. 이러한 기준은 이미 살펴본 바와 같이 학설에서 제시하고 있던 기준과 일치한다고 볼 수 있다.

그럼에도 불구하고 위 약관 조항은 일정이 변경(특히 여행자에게 불리한 여행조건으로의 변경)되는 사유를 ‘현지사정’, ‘항공일정’ 등 지나치게 포괄적이고 추상적으로 정하고 있기 때문에 여행사업자가 일정변경을 일방적으로 결정하여 통보할 수 있도록 악용될 소지가 있다고 볼 수 있다.

따라서 동 조항은 여행일정 등 여행조건의 변경을 포괄적이고 추상적인 요건에 해당하면 가능한 것으로 규정함으로써 상당한 이유 없이 급부의 내용을 사업자가 일방적으로 결정하거나 변경할 수 있는 권한을 부여하는 조항으로 약관법 제10조 제1호에 해당한다고 본 공정거래위원회의 판단은 타당한 것으로 생각된다.

나. 여행자의 참가의무인정 여부와 불참시 추가 비용규정의 무효성

1) 여행업자의 참가거부권과 여행자의 참가의무의 인정여부

여행계약이 체결되어 여행에 돌입하게 되면 항상 여행업자가 여행자에게 모든 여행내용에 참가하도록 할 의무가 존재하는지 그리고 반대로 여행자는 모든 여행내용에 참가할 의무가 있는지가 문제된다.

여행주선자 내지 여행업자의 급부내용의 이행과 관련하여 국외여행표준약관 제10조는 여행주선자(여행업자)의 여행참가거부권을 인정하고 있다. 이 규정에 의하면 여행개시 전의 여행의 신청을 거부할 수 있는 경우를 규정하고 있다. 그 사유로서 1) 다른 여행자에게 폐를 끼치거나 여행의 원활한 실시에 지장이 있다고 인정될 때, 2) 질병 기타 사유로 여행이 어렵다고 인정될 때, 3) 계약서에 명시한 최대행사인원이 초과되었을 때 등으로 규정하고 있지만, 여행신청에 대한 거부는 여행자의 청약에 대하여 승낙을 거절할 수 있는 경우를 편의상 유형화하여 예시한 것에 불과하므로 특별한 의미가 없다.

실질적으로 의미가 있는 것은 여행계약이 체결된 후에도 여행자의 여행참가를 거부할 수 있는 규정이지만, 현재 표준약관은 계약해제와 해지사유로서 이를 규정하고 있다. 여행업자가 여행출발 전에 여행계약을 해제할 수 있는 사유로는 1) 여행자의 안전과 보호를 위하여 여행자의 요청 또는 현지사정에 의하여 부득이하다고 쌍방이 합의한 경우, 2) 천재지변, 전란, 정부의 명령, 운송·숙박기관 등의 파업·휴업 등으로 여행의 목적을 달성할 수 없는 경우, 3) 다른 여행자에게 폐를 끼치거나 여행의 원활한 실시에 현저한 지장이 있다고 인정될 때, 4) 질병 등 여행자의 신체에 이상이 발생하여 여행에의 참가가 불가능한 경우, 5) 여행자가 계약서에 기재된 기일까지 여행요금을 납입하지 아니한 경우 등을 규정하고 있다(제15조 제2항 제1호 참조).

반대로 여행자가 여행내용에 전부 참여할 의무가 있는지 문제된다. 이러한 의무가 인정되지 않는다면 여행내용에 부분적으로 참가하지 않을 수 있는 가능성이 인정된다고 할 수 있다. 이와 관련하여 여행자는 대가를 지불해야 하는 주된 채무 이외에 계약의 내용, 계약목적 및 신의칙에 의하여 인정되는 부수적 의무를 부담한다. 즉 여행의 준비와 실행을 위하여 여행주선자에게 협력할 의무를 진다. 예컨대 여행에 필요한 증명서나 건강증명서를 갖추는 일, 여행설명회에 참석하는 일, 여행시간을 지키는 일, 전체적인 여행을 방해하지 않는 일 등과 같다. 그 밖에 여행의 원만한 실행을 위하여 여행주선자의 지시에 따르는 등 신의칙상의 주의의무를 부담한다. 하지만 여행 진행과 관련하여 방해가 되지 않은 한 여행에 반드시 참가할 의무는 없을 것이다. 이러한 의미에서 여행자는 여행에 참가할 의무가 없으므로 여행급부를 수령할 의무를 부담하는 것은 아니다.¹⁰⁾

2) 기획여행 일정 불참시 추가 경비 조항 무효성

무효가 문제된 약관조항은 상품의 일정표에서 “관광 일정에서 빠지실 경우 1인 1일 당 30\$씩 지불해 주셔야 합니다.”라고 기재되어 있었다.

기획여행계약을 체결하는 경우 여행사는 선량한 관리자의 주의의무를 다하여 약정한 일정이 원활하게 진행되도록 하여야 하며, 여행객은 여행경비를 지급하는 대가로 여행서비스를 제공받을 권리를 가지게 되는 것이다. 따라서 공정거래위원회가 정확히 지적하는 바와 같이 당초 약정된 여행지에서의 일정은 대금을 지급한 고객이 요구할 수 있는 권리이지 강제적으로 참가해야 할 의무라고는 할 수 없다고 할 수 있다.

하지만 현실적으로 우리 여행사는 여행경비를 표면적으로 적게 보이게 하기 위해서 현지 가이드들에게 관행적으로 경비를 직접 지급하지 않고 선택관광이나 쇼핑 등을 통하여 경비를 실제로 마련하도록 하는 경우가 많다. 따라서 실질적으로 현지 가이드들은 이러한 선택관광이나 쇼핑에 여행자들이 참가를 하지 않으면 자신의 수입을 올릴 기회를 얻지 못하게 된다. 이러한 사정 하에서 다른 여행 내용의 경우에는 여행자가 선택적으로 참가할 수 있는 자유를 부여하려고 하지만, 선택관광이나 쇼핑의 경우에는 필수적

10) 김윤구, 여행계약의 연구 -단체해외여행계약을 중심으로-, 법학연구(충북대학교 법학연구소) 제4권, 1992, 131~132면; 서민, 여행계약의 법률문제, 사법행정 제419호, 1995, 30면.

으로 참여하는 것이 마치 저렴한 상품을 이용하는 여행자의 반대급부로 생각될 수도 있다. 이는 여행사들의 입장이고 바로 이러한 사정을 관찰하기 위하여 여기서 문제되는 약관조항을 만들었다고 볼 수 있다. 하지만 이러한 여행사의 사정만으로 계약상 정해진 일정을 반드시 여행자가 참가해야 할 의무가 발생하는 것은 물론 아니다.

이에 대하여 공정거래위원회에서는 여행객은 당초 약정된 일정대로 요구할 권리가 있을 뿐 여행사의 일정에 참가하여야 하는 의무는 없다고 할 것인바, 그럼에도 불구하고 고객이 일정(예컨대 선택관광이나 쇼핑 등)을 원치 않거나 고객의 건강 등의 특별한 사정으로 현지에서의 일정에 참가하지 않을 경우에 일종의 위약금을 부과할 수 있도록 규정한 약관조항은 여행계약의 고객의 입장에서는 부당하게 불리한 것인 동시에 여행계약의 거래형태 등 제반사정에 비추어 예상하기 어려운 조항이라고 할 것이므로 약관법 제6조 제2항 제1호, 제2호에 해당한다고 판단하였다.

이에 따라 현지 지상비를 원가이하로 정하고 현지에서의 쇼핑, 선택관광을 알선해주는 알선비로 보충하는 것은 여행사업 운영상 사업자 스스로 해결해야 할 내부적인 문제로서 그러한 사업방식으로 인한 부담 또는 위험을 고객에게 전가시키는 것은 불공정하다고 판단하여 여행업자의 부당한 관행에 일침을 가하였다.

3) 부당한 위약금부과 조항의 내용통제가능성

공정거래위원회는 위 심결례에서 부당한 위약금부과 조항의 무효를 약관법 제6조 제2항 제1호 및 제2호라는 일반조항에 근거하여 도출하고 있다. 물론 이 조항이 적용되기도 하지만 구체적인 약관심사 규정으로 약관법 제8조에서 “고객에 대하여 부당하게 과중한 지연손해금 등의 손해배상의무를 부담시키는 약관조항은 이를 무효로 한다.”라는 규정이 있으므로 그 적용가능성을 고려해 볼 필요가 있다.

왜냐하면 제8조에서 좁게 “손해배상의 예정”으로 규정하고 있지만 어떠한 명목에 의한 손해배상금이라도 모두 포함하는 것으로 해석할 수 있으므로 지연손해의 배상은 물론 전보배상, 위약금 및 불법행위에 기한 손해배상금 등도 본 규정의 적용범위에 포함된다는 견해도 있기 때문이다.¹¹⁾

11) 이은영, 약관규제법, 1994, 245면.

독일 구약관법은 위약금조항(제11조 제6호)과 손해배상액의 예정조항(제11조 제5호)을 구분하였고, 계약을 해제·해지한 경우의 배상액에 관하여는 별도의 규정을 두고 있다. 그에 반하여 우리 약관법은 손해배상액의 예정조항(제8조) 하나만 두고 있다. 위약금에 관하여 별도로 규정을 두지 아니한 것은 위약금은 손해배상액의 예정으로 추정되기 때문인(민법 제398조 제4항)것으로 이해되고 있다.¹²⁾ 그런데 우리 약관법 제8조는 손해배상액의 예정에 관하여 제6조에서 보다 더 구체적인 평가관점을 뚜렷하게 제시하고 있지 않기 때문에 제8조의 적용 후 유효한 것으로 인정되는 손해배상액 예정의 약관조항에 대하여 다시 제6조를 적용할 것이냐 하는 문제가 독일 구약관법에서처럼 실무상 활발히 제기될 수 있을지는 의문이다.¹³⁾

그러므로 우리 약관법의 일반조항인 제6조와 개별금지조항인 제8조는 이중적인 중복성을 지녔다고 할 것이므로 공정거래위원회가 제8조를 적용하지 않고 제6조를 직접 언급한 것은 우리 입법에서는 큰 문제가 없다고 할 수 있다.

특히 본 사안의 경우 위약금의 과다문제가 아니라 받지 않아야 할 위약금을 받았다는데 있으므로 제8조의 적용이 직접 적용되는 것은 아닐 것이다. 이러한 측면에서 보면 공정거래위원회에서 제8조를 언급함이 없이 바로 제6조를 적용하는 것은 현행 약관법의 내용상 옳은 방향이라고 할 수 있다.

다. 약관설명의무와 약관설명의무이행 간주 조항의 무효성

1) 여행업자의 중요내용 약관설명의무

약관법에 따르면, 사업자는 약관에 정하여져 있는 중요한 내용을 고객이 이해할 수 있도록 설명하여야 하며(약관법 제3조 제2항) 이를 위반한 사업자는 당해 계약에서 관련되는 중요한 약관조항에 대해 계약의 내용으로 주장할 수 없다(약관법 제3조 제3항). 이에 따라 사업자는 약관에 정해진 중요한 내용으로서 고객이 계약을 체결함에 있어서 예상하기 어려운 조항은 고객이 이해할 수 있도록 설명해야 한다. 이러한 설

12) 강신웅, 손해배상액의 예정, 충남대학교 박사학위논문, 1991, 157면.

13) 이미 이러한 견해로 장경환, 약관규제법-일반조항에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 1990, 208-209면.

명의를 넓은 의미에서는 명시 의무 내용의 일부를 구성하고 있다고 볼 수 있다. 약관을 통하여 계약이 체결되는 경우 고객이 상세한 약관조항을 전부 읽고 해당 내용을 이해한 상태에서 계약을 체결하는 것은 실제로 어렵다고 볼 수 있으므로 사업자에게 이러한 설명의무를 부과하여 고객의 이해관계에 중요한 영향을 미치는 계약내용만이라도 고객이 알 수 있도록 설명하여 명실상부한 명시 효과의 효과를 가져오기 위한 것이다.¹⁴⁾

여기서 중요한 내용이 무엇인지 여부는 계약의 종류와 내용에 따라 달라질 것이나 일반적으로 고객의 이해관계에 중요한 영향을 미치는 사항이나 사회통념상 당해 사항의 인식여부가 계약체결에 영향을 미치는 사항으로서 만일 그러한 내용을 고객이 알았다면 계약을 체결하지 않았을 정도의 중요성을 가지는 것이다. 여기에는 급부의 변경, 해약사유 및 효과, 사업자의 면책조항, 고객의 계약위반시의 책임가중에 관한 조항 등이 포함될 수 있을 것이다. 여행계약에서의 중요한 내용은 여행과정에서 필요한 여러 정보·조건으로 봤을 때 나의 건강상태 등으로 비추어 보아 여행이 어렵다고 판단될 사정으로 만약 해당 사정을 알았다면 계약을 체결하지 않았을 내용 등이 그 예가 될 수 있겠다. 설명의무는 그 자체가 목적이 아니라 고객의 인식가능성을 부여하기 위한 부수적인 것이므로 중요한 내용이라 하더라도 고객이 약관을 보고 이해할 수 있다면 사업자에게 설명의무가 부과되지 않는다.

2) 약관설명 의무의 이행방법

설명 의무의 기본적 취지를 생각해 본다면 약관에 대한 설명은 고객에게 직접 구두로 하는 것이 원칙이다. 부득이한 경우에는 약관 이외의 별도 설명문을 통하여 성실하고 정확하게 고객에게 설명한 경우에는 설명 의무를 다한 것으로 볼 수 있는 경우도 있다. 특히 비대면 거래로 계약을 체결하는 인터넷의 경우에는 Q&A 등을 통해서 설명 의무가 이행될 수 있는 것으로 보고 있다. 또한 대량·신속이 요구되는 거래분야에서는 설명 의무가 실제로 이행되리라고 기대될 수 없으므로 이 경우에는 예외적으로 설명 의무의 이행이 면제되는 경우도 있다.

여행계약의 체결 방법을 보면 기존의 대면거래뿐만 아니라, 비대면거래로 이루어진

14) 이은영, 약관규제법, 118면.

경우가 많으나, 이러한 경우에도 약관의 설명은 그 방법적인 측면에서의 차이가 있을 뿐이다. 또한 인터넷 내지 홈쇼핑을 통하여 계약체결을 하는 경우에도 실제로 구체적인 계약내용을 결정하면서 일반적으로 전화통화를 하는 경우가 많으므로 이러한 설명의무가 가능할 뿐만 아니라, 거래특성상 설명의무를 면제시킬 만한 근거는 특별히 없다고 하겠다.

3) 약관설명무이행 간주 조항의 무효성

무효가 문제된 약관조항은 계약서 하단에 “본 계약이 체결됨과 동시에 약관설명무를 다한 것으로 본다.”로 기재되어 있었다.

국외여행 표준약관 제18조에서는 “여행업자는 계약서에 정하여져 있는 중요한 내용 및 그 변경사항을 여행자가 이해할 수 있도록 설명하여야 합니다.”라고 규정되어 있다. 즉 명백히 약관명시와 별도로 설명의무를 이행해야 할 것을 규정하고 있다. 이와 관련하여 두 가지 방향에서 본 약관조항의 문제점을 고려할 수 있다.

첫째는 본 약관조항을 통하여 약관법상의 설명의무를 이행할 수 있는지의 여부를 검토하는 방법과 둘째는 본 약관조항의 효력이 어떠한 방향에서 무효인지의 여부를 검토하는 방법이다.

다른 설명의무에서와 마찬가지로 일정한 설명의 내용을 약관에 담은 것으로 해당 규정을 통하여 설명의무를 다한 것으로 볼 수 있는지의 문제가 논의되고 있다. 예컨대 사업자의 계약내용에 대한 설명의무와 신원정보에 대한 제공의무를 약관을 통하여 제공한 경우에 의무이행을 제대로 한 것으로 볼 수 있는지 여부이다. 이에 대하여 약관에 해당 정보를 담는다면 다른 약관조항에 해당 정보가 가려져 충분한 인식가능성이 소비자에게 제공되지 못한다는 측면에서 설명의무 내지 정보제공의무를 제대로 이행된 것으로 볼 수 없다는 것이 일반적인 견해이다. 따라서 본 조항에서 만약 중요한 약관조항에 관한 내용을 담고 있으면서 이를 통하여 약관의 설명의무를 이행한 것으로 보려고 하였다면 충분한 설명의무의 이행이 되었다고 볼 수 없을 것이다. 하지만 여기서 문제되는 조항은 약관의 중요내용을 제시하면서 해당 의무를 이행하는 조항은 아니므로 이러한 측면에서 설명의무를 제대로 이행하였는지는 여기서 구체적으

로 검토할 필요는 없을 것이다.

오히려 여기서 문제된 것은 두 번째 쟁점, 즉 설명의무를 다한 것으로 의제하는 조항이 약관법상 어느 무효사유에 해당하는지의 여부이다. 이와 관련하여 공정거래위원회는 여행계약체결은 거래 당사자 사이에 해당 약관을 내용으로 하는 거래 조건에 대한 묵시적인 합의로 이루어지는 것이고 약관법에서는 이와 별도로 사업자가 부담하는 약관의 설명의무를 규정하고 있는데, 계약체결이 되면 설명의무를 다한 것으로 간주하는 등 약관조항은 여행사업자의 고의 또는 중과실로 인한 법률상의 책임 즉, 약관의 중요한 내용을 설명하지 않으면 계약의 내용으로 주장할 수 없는 위험을 배제하는 조항인 동시에 고객에게 부당하게 불리한 조항으로 약관법 제7조 제1호 및 제6조 제2항 제1호에 해당한다고 보았다.

일단 본 조항이 설명의무를 하지 않은 책임을 면하는 조항이라는 측면을 생각한다면 약관법 제7조 제1호가 문제된다. 그런데 본 조항에서 문제되는 사업자의 고의 또는 중대한 과실로 인한 책임의 배제를 조항(제7조 제1호)은 주로 이행지체, 이행불능, 불완전이행 등에 기초하는 채무불이행책임, 불법행위책임 등 손해배상책임이 문제되는 경우다. 그러한 측면에서 손해배상책임의 주요 요건이라고 할 수 있는 고의 또는 중과실이 문제되고 있는 것이다. 이러한 측면에서 보면 약관내용의 설명의무위반에 따른 법률효과가 손해배상책임이 아니라는 측면을 고려해 보면 약관법 제7조 제1호가 정확히 들어맞는 조항이라고 할 수 없을 것이다. 이러한 측면에서 공정거래위원회는 제6조 제2항 제1호를 추가적인 논거로 살펴보고 있는 것이다.

약관의 내용통제에 관한 일반조항에 관한 규정 중 구체적인 추정 조항 중에서 가장 많이 원용되는 것이 제6조 제2항 제1호상의 고객에게 부당하게 불리한 조항이다. 본 조항은 제6조 제1항의 신의성실의 원칙의 구체화기준에 해당한다.

심결례, 판례 등을 기초로 마련된 고객의 불이익의 부당성의 판단기준을 살펴보면 다음과 같다.¹⁵⁾ 1) 계약의 성질과 목적: 계약의 내용과 목적에 비추어 계약상대방에게 최소한 어떠한 법적지위가 보장되어야 하는 것이다. 2) 거래관습, 거래관념: 해당 거래영역 내지 거래당사자들 사이에서 일반적으로 통용되고 받아들여지는 정도. 3) 위

15) 김동훈, 면책조항과 약관의 규제, 법학논총(국민대), 1995, 251면 이하 참조.

힘의 지배가능성: 면책조항에 의해 고객에게 떠넘겨진 위험이 고객과 사업자 중 누구에 의해 더 잘 조정될 수 있는지 이다. 4) 임의법규의 본질적 내용과의 불일치: 임의법규는 내용통제의 기준의 구체화의 지표로서 방침설정기능과 모범제시기능(Richtlinien- und Leitbildfunktion)이 있으므로 이러한 임의법규에서의 본질적 이탈은 고객의 부당한 불이익을 추정하는 근거가 된다.

이러한 기준을 통하여 본 약관규정의 불공정을 살펴본다면 사업자는 약관법과 표준약관상 정해진 설명의무의 이행을 회피하기 위하여 이러한 규정을 두었고 이러한 의무의 이행은 전적으로 사업자 측에서 부담해야 할 의무에 해당하기 때문에 설명의 무불이행에 따른 불이익을 고객에게 전가하는 부당하게 불이익한 규정으로 판단된다. 지금까지의 논의를 기초로 하여 보았을 때 약관법 제6조 제2항 제1호를 근거로 해당 규정의 불공정성을 인정한 결정은 타당하다고 판단된다.

4. 의의

이 공정거래위원회의 시정조치를 통하여 그동안 소비자 피해·불만의 원인이 되었던 불공정한 약관 및 사업방식을 여행사업자들이 더 이상 사용할 수 없게 됨에 따라 여행객들의 피해를 사전에 예방할 수 있을 것으로 본다. 또한 사업자가 당초 약정한 패키지여행 일정 등을 일방적으로 변경하고 현지 일정을 강요하면서도 그 책임을 무마해온 오랜 관행에 대한 소비자의 권리 주장이 확대되어 여행업분야에 있어서 건전하고 공정한 거래질서 확립에 기여할 것으로 기대된다.

약관과 관련한 위 심결은 그간 공정거래위원회가 매년 약관의 심사를 통하여 이룩하려고 하였던 점을 잘 보여주고 있다. 즉 실무적으로 해당 거래분야에서 가장 문제되고 있는 점을 인식하고 이를 약관법을 통하여 시정하려고 하였다는 점이다. 해외 패키지 내지 기획여행의 경우 첫째, 사업자가 계약체결 시에 정해졌던 여행내용을 일방적으로 바꾸는 관행의 근거규정이 되었던 사업자의 일방적 급부변경권의 약관규정을 문제 삼았다. 실제로 피심인들은 문제되는 약관조항들을 삭제하거나, 공정거래위원회 표준약관을 사용함으로써 불공정 조항을 시정하였다. 둘째, 계약체결 당시에는 여행가격을 낮게 보이게 하는 한편, 실제로는 외국의 현지 가이드 내지 여행사에게

한국 여행사에서 여행경비의 일부를 지원하지 않고 현지의 선택관광 내지 쇼핑을 통하여 경비를 마련하도록 하는 관행을 관철시키기 위한 수단으로 사용되었던 위약금규정을 시정 조치하였다. 셋째, 국외 패키지여행은 여행비용도 상당하고 짧은 기간에 다수의 여행자가 함께하므로 여러 고려사항이 많으므로 중요내용을 사전에 충분히 설명함으로써 완전한 계약체결이 되도록 사업자는 중요내용 설명의무를 다하여야 할 것이나, 단순히 약관을 교부하고 계약체결과 동시에 설명의무를 다한 것으로 갈음하려는 업계의 관행에 제동을 걸었고 올바른 계약문화 정착에 계기를 마련했다고 볼 수 있다.

<별첨> 시정조치한 여행사업자 및 불공정 약관

| 여행사 | 시정조치 대상 불공정약관 | | | |
|---------|----------------|----------|------------------|----------------|
| | 일정·가격 변경 조항 | 일정 변경 조항 | 일정 불참시 위약금 조항 | 약관설명 의무간주소항 |
| 참좋은여행 | ○ | | ○ | ○ |
| 김앤드류투어 | ○ | | ○ | ○ |
| 인터파크여행 | ○ | | ○ | ○ |
| 노랑풍선 | | ○ | ○ | ○ |
| 온라인투어 | ○ | | ○ | ○ |
| 하나투어 | ○ | | ○ | |
| 모두투어 | | ○ | ○ | |
| 자유여행사 | ○ | | ○ | |
| 롯데관광 | | ○ | ○ | |
| 현대드림투어 | ○ | | ○ | |
| 투어2000 | ○ | | ○ | |
| 여행매니아 | | ○ | ○ | |
| 한화투어몰 | ○ | | ○ | |
| 넥스투어 | | ○ | ○ | |
| OK SK투어 | | ○ | ○ | |
| 범한여행 | | ○ | ○ | |
| 한진관광 | ○ | | ○ | |
| 코오롱세계일주 | | ○ | ○ | |
| 트레블러여행 | | ○ | | ○ |
| 디디투어 | ○ | | ○ | |
| 닥터트래블 | | ○ | ○ | |
| 성도여행사 | | ○ | | |
| 세종여행 | | ○ | | |
| 씨에프랑스 | | ○ | | |
| 세일여행사 | | ○ | | |
| 세진여행 | | | ○ | |

[30] 4개 화장품제조사의 방문판매법 위반행위에 대한 건 **의결 제2007-450호 등**

한 경 수 (변호사, 법무법인 위민)

공정거래위원회는 방문판매업으로 신고한 후 사실상 다단계판매조직을 통하여 판매활동을 하는 소위 신방문판매업체들이 증가하고 있다는 사실을 인지하고 다단계 방식으로 소비자에게 판매하는 행위를 중지하거나, 아니면 다단계판매업으로 등록하고 판매활동을 하도록 시정 명령을 하였다. 그러나 피심인들이 시정명령에 불복하여 제기한 행정소송에서 서울고등법원과 대법원은 공정거래위원회의 시정명령을 취소하였다.

이 사건 공정거래위원회 심결과 후속 법원 판결은 그 의의가 적지 않으나, 이후 소위 신방문판매뿐만 아니라 등록된 다단계판매회사까지도 방문판매법상 다단계판매에 관한 규제를 할 수 없게 되는 문제점이 발생하여 정부는 다단계판매 정의 규정 개정을 위한 방문판매법 일부 개정안을 제출하게 되었다.

국회 정부위원회는 대안 개정안을 의결하였는데, 신방문판매를 ‘후원방문판매’로 별도 구분하고 소비자피해보상보험 가입 의무화, 등록의무 등 규제를 도입하는 한편 다단계판매 정의 규정에서 악용 가능성이 있는 소비자요건과 소매이익 요건을 삭제하였다. 또한 불법 피라미드 판매에 대한 형벌을 상향하고 불법 피라미드판매 신고포상금제 등을 도입하였다.

동 법안이 통과될 경우 지속적으로 논란이 되었던 다단계판매의 정의 규정이 명확해 짐으로써 규제의 사각지대를 없애는 동시에, 대형 방문판매회사들도 다단계판매와는 다른 후원방문판매라는 새로운 규제틀 속에서 판매활동을 지속할 수 있게 될 것으로 보인다.

1. 사건개요¹⁾

가. 시장현황

1) 방문판매업시장

국내 방문판매업체는 2005년말 현재 26,706개로 업체 전체 매출액은 약 8조 원으로 추정되며, 이 중 매출 상위 31개 방문업체가 전체 매출액의 97.4%를 차지하고 있다.

2) 화장품시장

1997년까지 화장품시장은 전문점, 방문판매, 백화점 세 유통채널이 시장을 삼분하는 구도였으나 외환위기 이후 대형마트가 급부상하면서 전문점과 백화점 유통은 위축됐지만 방문판매는 오히려 매출이 늘어 2006년도 약 2조 원으로 전체의 36%를 차지하고 있다(인적판매>전문점>백화점>할인점>미용실, 기타의 순).

3) 다단계판매업시장

국내 다단계판매업체는 2006년도 말 현재 67개 업체로 전체 매출액은 약 1조 9,371억 원으로, 이중 대형 5개사가 시장점유율 67%를 차지하고 있으며, 주요 취급품목으로는 화장품, 건강식품이 전체 매출액의 절반가량을 차지하고 있고, 생활용품, 세제류, 가전제품 등 종류가 다양하다.

1) 공정거래위원회는 (주)아모레퍼시픽을 비롯한 4개 방문판매업자에 대하여 다단계판매조직을 통한 판매활동을 중지하거나 다단계판매업으로 등록을 한 후 판매활동을 하도록 시정명령을 하였다. (주)아모레퍼시픽, (주)엘지생활건강, (주)대교, 웅진코웨이(주)에 대한 각 시정명령은 판매원의 단계와 지급하는 후원수당의 종류만 다를 뿐 법적 쟁점이 사실상 동일하므로 이하에서는 (주)아모레퍼시픽에 대한 심결 및 판결을 중심으로 기술하기로 한다.

나. 행위사실

피심인은 다단계판매업 등록을 하지 아니하고 1990년경 방문판매업 신고만을 한 채, 피심인의 방판사업부에서 1990년경부터 2007. 3. 6.까지 화장품 등을 다음과 같이 다단계 방식으로 소비자에게 판매하는 영업을 영위한 사실이 있다.

첫째, 피심인은 이 기간 동안 판매원들의 추천을 통해 다른 판매원을 가입시키며, 그 판매원은 다시 또 다른 사람을 판매원으로 추천하여 가입시키도록 한 사실이 있다. 피심인의 방판사업부 소속 강원 북원영업소의 판매원 가입이 단계적·누적적으로 이루어져 판매원의 단계가 3단계 이상(7단계)으로 가입되어 있는 것이 확인되었다.

둘째, 피심인은 판매원을 단계적·누적적으로 가입하도록 권유하는데 있어서 판매 및 가입유치 활동에 대한 경제적 이익(소매이익과 후원수당)을 부여한 사실이 있다.

1) 피심인은 판매촉진 및 판매원 추천을 장려하기 위하여 기존 판매원이 다른 사람들을 하위판매원으로 추천할 경우 아래와 같이 기존 판매원에게는 기존 판매원이 추천한 하위판매원 전체의 판매실적에 따라 “육성장려금”²⁾을 지급하고, 피추천인(하위판매원)에게는 본인의 판매실적에 따라 “육성장려금”을 지급한 사실이 확인되었다.

2) 상기 육성장려금과는 별도로 피심인은 판매촉진 및 판매원 추천을 장려하기 위하여 관리직급자가 되길 원하는 판매원이 추천한 하위판매원의 숫자와 그 하위판매원 그룹 판매실적에 따라 “관리직급장려금”³⁾을 지급한 사실이 확인되었다.

3) 카운셀러(판매원) 본인의 매출을 장려하기 위해 카운셀러가 일정금액을 달성할 경우, 일정직급(팀장, 부장, 지부장, 수석)을 부여함과 동시에 개인실적구간에 따라 일정액의 판매직급장려금(5만 원~250만 원)을 지급하였다.

4) 위 김○○ 등 판매원들은 화장품 등을 소비자에게 판매하여 소매이익을 얻는다.

2) 추천인(모집인)인 판매원에게는 본인의 1대 피모집인(피추천인) 중 월 상품매입실적이 120만 원 이상이고 누계미수 회전일이 70일 미만인 피모집인들의 전체 월 매입실적(부가가치세 제외 금액)의 3%를 육성장려금으로 지급하고, 피모집인(피추천인) 본인에게는 피모집인 본인의 월 상품매입실적이 120만 원 이상이고 누계미수 회전일이 70일 미만(신규 90일)일 경우 피모집인 본인의 월 상품매입실적(부가가치세 제외 금액)의 3%를 육성장려금으로 지급하였다.

3) 본인이 모집육성하는 1단계의 피모집인의 숫자가 일정수에 달하고 그 그룹실적이 일정금액을 달성했을 경우 그룹실적구간에 따라 일정금액의 관리직급 장려금을 일정 직급자(팀장, 부장, 지부장, 수석)에게 지급한다.

다. 공정거래위원회의 심결

1) 판매 및 가입유치 활동이 3단계 이상 단계적·누적으로 반복되는지 여부

첫째, 피심인 판매원으로서의 가입이 단계적·누적으로 이루어져 가입한 판매원의 단계가 3단계 이상이다. 예컨대 피심인의 방판부문 소속 방판사업부의 판매원으로 가입한 김○녀는 김○분을 추천하여 판매원으로 가입시켰고, 김○분은 김○옥을, 김○옥은 김○순을, 김○순은 천○옥을, 천○옥은 김○옥을 순차적 단계적으로 추천하여 판매원으로 가입시켰다. 판매원 김○녀는 김○분을 판매원으로 가입시킨 후 김○분 판매실적과 관련하여 육성장려금, 관리직급장려금 등 일정한 이익을 얻고 있으므로, 김○녀와 김○분은 상위판매원과 하위판매원의 관계에 있으며 판매원 김○분은 김○옥을 판매원으로 가입시켜 김○옥의 판매실적과 관련하여 육성장려금, 관리직급장려금 등 일정한 이익을 받고 있으므로 이들도 상위판매원과 하위판매원의 관계에 있다.

둘째, 피심인의 판매조직은 그 성격상 무한 하방확장 가능성이 많다. 피심인은 기존 카운셀러(상위판매원)가 신규 카운셀러(하위판매원)를 모집하면 모집을 한 카운셀러에게 전체 피모집인(하위판매원)의 월 매입금액의 일정비율에 따라 육성장려금을 지급한다. 이와 같이 피심인의 방판부문 방판사업부 카운셀러(판매원)들은 육성장려금과 관리직급장려금을 받기 위하여 신규 카운셀러(하위판매원)의 가입을 유치(추천)할 유인이 많으므로 피심인의 방판부문 방판사업부 판매조직은 하방확장가능성이 많다고 할 것이다.

2) 상품 판매 및 판매원 가입유치 활동에 경제적 이익의 제공이 유인으로 활용되는지 여부

다음과 같은 점에서 피심인 회사의 판매원들에게 판매 및 가입유치 활동에 대한 경제적 이익(소매이익과 후원수당)의 제공이 유인으로 활용되었다고 볼 수 있다. 첫째, 판매원은 제품을 소비자에게 판매하여 소매이익을 얻을 수 있다. 둘째, 피심인의 판매원들은 본인의 구매 실적에 따라 역량개발장려금, 교육장려금, 신규장려금, 육성장려금 등 각종 수당을 지급받고 있다. 셋째, 위 1)에서 본 바와 같이 판매원 본인이 추천

한 직근 하위판매원의 구매 실적에 따라 육성장려금을 지급받고, 일정 직급자는 판매원 본인이 추천한 하위판매원들 그룹실적에 따라 관리직급장려금을 지급받고 있다. 따라서 특정 판매원은 자신이 다른 판매원들의 가입을 많이 유치할수록 보다 많은 수당을 지급받게 된다.

3) 소결

이상에서 살펴본 바와 같이 피심인의 방관부문 방관사업부는 다단계판매조직을 통하여 화장품 등을 판매하고 있으므로 다단계판매업자에 해당된다. 그럼에도 불구하고 피심인은 서울특별시시장에게 다단계판매업 등록을 한 사실이 없으므로, 다단계판매업자는 일정한 서류를 갖추어 주된 사무소 소재지를 관할하는 서울특별시시장, 광역시장 또는 도지사에게 등록하여야 한다는 법 제13조제1항의 규정에 위반한 것으로 판단된다. 위와 같은 이유로 공정거래위원회는 피심인에 대하여 시정명령 및 과태료 부과처분을 하였다.

라. 고등법원의 판결⁴⁾

1) 법 제2조 제5호에서 말하는 다단계판매에 해당하기 위해서는 적어도 제1단계 판매원은 판매업자가 공급하는 재화 등을 구매한 소비자 중의 전부 또는 일부를 판매원으로 가입시키는 것이 필요하다고 볼 수밖에 없다(판매업자의 경우에는 ‘소비자’를 대상으로 가입을 권유해야 하는 제1단계 판매원과 달리 가입을 권유하는 대상이 ‘특정인’이기 때문에 굳이 재화 등을 구매한 소비자 중의 전부 또는 일부를 판매원으로 가입시키는 것이 필요하다고 보기 어렵다). 따라서 적어도 제2단계 이하의 다단계 판매원은 다단계판매업자가 공급하는 재화 등을 구매한 소비자여야 한다.

2) 법 제22조 제1항이 ‘다단계판매업자는 다단계판매원 등록 또는 자격유지의 조건으로 과도한 재화 등의 구입 등 대통령령이 정하는 수준 이상의 부담을 지게 하여서는 아니 된다.’고 규정하고 있으나, 이것이 다단계판매원으로 가입하는 과정에서 자발적으로 재화 등을 구입하는 것 자체를 금지하고 있다고 볼 수는 없다.

4) 서울고등법원 2008. 9. 3. 선고 2007누26577 판결.

3) 현재의 법 제2조 제5호 가목이 개정 전의 법과 달리 규정하게 된 것은 법 제2조 제1호에 의하여 판매의 범위에 새로 포함된 위탁이나 중개의 경우에는 그 개념상 판매원이 판매업자로부터 재화 등을 '구입하는 것'이 반드시 필요한 것은 아니기 때문이므로, 그와 같은 법의 개정 취지에 비추어 보면, 위탁이나 중개의 경우에는 제1단계 판매원은 물론 제2단계 이하의 판매원도 반드시 판매업자가 공급하는 재화 등을 구매한 소비자일 필요가 없다고 해석하는 것이 자연스러운 측면이 있다. 따라서 위 가목의 개정 당시 나목의 규정도 위탁이나 중개의 경우를 포괄하는 내용으로 개정되는 것이 법체계상 필요하였다고 할 것이다. 그러나 법 제2조 제5호 나목의 요건은 법 제13조에 의하여 국민에게 등록의무를 부과하는 근거가 될 뿐 아니라, 등록의무를 위반한 경우에는 법 제42조에 의하여 공정거래위원회로부터 시정명령이라는 침해적 행정처분을 받을 수 있고 나아가 법 제51조에 의하여 형사처벌도 가능하므로, 죄형법정주의 등과 관련하여 엄격한 해석을 요한다고 할 것인바, 위에서 본 바와 같은 해석상 또는 입법상의 필요성이 인정된다고 하더라도 위 나목의 규정이 아직 그와 같은 내용으로 개정되지 아니한 상태에서 위 나목의 요건을 피고 주장과 같이 해석하는 것은 합리적 해석의 범위를 넘어서는 것이라고 볼 수밖에 없다.

4) 앞서 본 법리에 비추어 원고의 판매조직이 다단계판매조직에 해당하는지 여부에 관하여 나아가 살펴보면, 을 제7내지 10, 12, 13, 16, 18호증을 제11, 14호증의 각 1, 2, 을 제15호증의 1 내지 3의 각 기재만으로는 원고의 판매조직에 가입한 제2단계 이하의 다단계판매원이 원고가 공급하는 재화 등을 구매한 소비자라는 점을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 원고의 판매조직이 다단계판매조직에 해당한다고 볼 수 없다.

마. 대법원의 판결⁵⁾

「방문판매 등에 관한 법률」(2007. 7. 19. 법률 제8537호로 개정되기 전의 것, 이하

5) (주)아모레퍼시픽을 비롯한 4개 방문판매업체에 대한 상고심 중에서 (주)엘지생활건강에 대한 상고심 선고(대법원 2009. 4. 9. 선고 2008두17431 판결)가 먼저 이루어져 졌고, 대법원은 서울고등법원의 판결이 적법하다고 판단하였다. 이에 공정거래위원회는 (주)아모레퍼시픽에 대한 시정명령을 직권취소하여 대법원은 소를 각하하는 판결을 선고하였다. 이에 대법원의 판결이유에 대해서는 (주)아모레퍼시픽과 법적 쟁점이 동일한 (주)엘지생활건강에 대한 판결이유로 대체하고자 한다.

‘법’이라 한다) 제2조 제5호가 “다단계판매라 함은 판매업자가 특정인에게 다음 각목의 활동을 하면 일정한 이익을 얻을 수 있다고 권유하여 판매원의 가입이 단계적으로 이루어지는 다단계판매조직을 통하여 재화 등을 판매하는 것”이라고 규정하고 있고, 그 가목은 “당해 판매업자가 공급하는 재화등을 소비자에게 판매할 것”이라고 규정하고 있으며, 그 나목은 “가목의 규정에 의한 소비자의 전부 또는 일부를 당해 특정인의 하위판매원으로 가입하도록 하여 그 하위판매원이 당해 특정인의 활동과 같은 활동을 할 것”이라고 규정하고 있고, 「방문판매 등에 관한 법률 시행령」(2007. 10. 31. 대통령령 제20351호로 개정되기 전의 것) 제4조 제3호는 소비자의 범위에 ‘다단계판매원이 되고자 다단계판매업자로부터 재화 등을 최초로 구매하는 자’가 포함됨을 규정하고 있다. 위와 같은 관계 법령의 내용과 취지 등에 비추어 보면, 법 제2조 제5호가 규정하고 있는 다단계판매에 해당하기 위해서는 ‘재화 등을 구입한 소비자의 전부 또는 일부가 판매원으로 가입하여야 한다.’고 할 것이다.

2. 관련규정 및 제도

가. 방문판매 관련 규정

「방문판매 등에 관한 법률」⁶⁾

제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음 각호와 같다.

5. “다단계판매”라 함은 판매업자가 특정인에게 다음 각목의 활동을 하면 일정한 이익(다단계판매에 있어서 다단계판매원이 소비자에게 재화 등을 판매하여 얻는 소매이익과 다단계판매업자가 그 다단계판매원에게 지급하는 후원수당을 말한다. 이하 같다)을 얻을 수 있다고 권유하여 판매원의 가입이 단계적(판매조직에 가입한 판매원의 단계가 3단계 이상인 경우를 말한다)으로 이루어지는 다단계판매조직(판매조직에 가입한 판매원의 단계가 2단계 이하인 판매조직 중 사실상 3단계 이상인 판매조직으로 관리·운영되는 경우로서 대통령령이 정하는 판매조직을 포함한다)을 통하여 재화 등을 판매하는 것을 말한다.
- 가. 당해 판매업자가 공급하는 재화 등을 소비자에게 판매할 것

6) 2007. 7. 19. 법률 제8537호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라 한다.

나. 가목의 규정에 의한 소비자의 전부 또는 일부를 당해 특정인의 하위판매원으로 가입하도록 하여 그 하위판매원이 당해 특정인의 활동과 같은 활동을 할 것

「방문판매 등에 관한 법률 시행령」⁷⁾

법 시행령 제4조 (소비자의 범위)

법 제2조제10호에서 대통령령이 정하는 자"라 함은 사업자가 제공하는 재화 또는 용역(이하 재화 등"이라 한다)을 소비생활외의 목적에 사용하거나 이용하는 자로서 다음 각호의 1에 해당하는 자를 말한다.

- 3. 다단계판매원이 되고자 다단계판매업자로부터 재화 등을 최초로 구매하는 자

나. 다단계판매를 특별히 규제하는 이유

1) 다단계판매와 방문판매에 대한 규제 차이

현행 방문판매법은 방문판매업과 다단계판매업에 대한 규제를 함에 있어 아래와 같은 차이를 두고 있다.

| 규제 사항 | 다단계 회사 | 방문판매 회사 |
|-------------------------------|--------------------------------------|------------------------|
| 등록 방식 - 법 제5조, 제13조 | 관할 시·도지사에게 등록 | 시장·구청장·군수에 신고 |
| 공제 계약의 체결 - 법 제34조, 제35조 | 강제 사항 공제료와 담보 부담 발생 | 선택 사항 |
| 자본금의 규모 - 법 제20조 제3항 | 최소 자본금 5억 | 자본금 제한 없음 |
| 후원수당 지급 제한 - 시행령 제27조 | 부가세를 포함한 총 매출액의 35% 이내에서 후원수당 지급 | 후원수당 지급 제한 없음 |
| 후원수당 정보 제공 - 법 제21조 2항 | 회사의 후원수당 정보 제공 의무화 | 회사의 판매 장려금 정보 제공 의무 없음 |
| 판매 상품에 대한 가격 규제 - 시행령 제30조 | 판매할 수 있는 개별 재화 등의 가격을 130만 원 미만으로 규제 | 가격 규제 없음 |

7) 2007. 10. 31. 대통령령 제20351호로 개정되기 전의 것, 이하 '법 시행령'이라 한다.

| 규제 사항 | 다단계 회사 | 방문판매 회사 |
|--------------------------|--|--|
| 청약철회 기간 - 법 제8조, 제17조 | 소비자: 14일 판매원: 3개월 · 타 업종, 방판에 비해 상대적으로 청약철회 가능 기간이 길다. | 소비자: 14일 · 위탁관리인 · 방문판매원에 대한 청약철회 가능 기간은 없음 |
| 금지 규정 - 법 제11조, 제23조 | · 15가지 - 판매원의 지위 양수도 금지(23조 1항 15호) · 사실상의 금전거래행위 규제(법 23조 2항) | · 9가지 - 방문판매원의 지위 양수도 금지 규정 없음 · 사실상의 금전거래행위를 규제하는 법규 없음, 공유 마케팅을 방문판매영업 방식으로 규정할 경우 이를 규제할 방법이 없음 |

위 표와 같이 방문판매법은 다단계판매조직이 갖는 하방확장성과 사행성으로 인한 판매원 또는 소비자 피해를 방지하기 위하여 방문판매회사들과는 달리 다단계판매회사들에게 소비자피해보상보험계약체결, 후원수당 35% 초과지급 금지, 정보제공의무, 판매가격 상한제도, 최소 8개 이상의 추가 금지사항 등과 청약철회 기간 3개월 등을 인정하고 있다.

2) 다단계판매에 대한 규제의 필요성

다단계판매는 후원수당이라는 경제적 이익을 얻기 위하여 대인판매·연고판매 방식에 기초하여 판매망과 판매조직을 확장하기 때문에 소비자 피해의 개연성이 상존한다. 이에 대해 대법원도 “법이 다단계판매에 대하여 엄격한 규제를 가하고 있는 이유는 원심이 적절히 실시한 바와 같이 위와 같은 판매형태가 직접적인 대인판매·연고판매에 의존하여 판매조직의 확대에 따른 이익의 증가를 미끼로 사행성을 유발하고 소비자 피해를 양산할 가능성이 있기 때문으로 보이는데, 후원수당의 지급이 직근 하위판매원의 판매실적에만 좌우되는 경우에도 직근 하위판매원의 수가 많을수록 후원수당액이 늘어날 가능성이 크고, 그 직근 하위판매원의 입장에서 다시 자신이 받을 후원수당의 총액이 그 직근 차하위판매원의 판매실적에 좌우되는 것이어서 그 직근 상위판매원의 의도와는 무관하게 자신의 하위판매원을 되도록 많이 모집·가입시

킬 강력한 유인이 있는 것이므로, 무제한적 하방(下方) 확장성이나 대인판매·연고판매에 대한 의존성, 그로 인한 결과적 사행성 등 위에서 본 다단계판매의 폐해들이 마찬가지로 드러날 수밖에 없는 것이고, 이러한 의미에서 하방 확장성이 처음부터 결여되어 있는, 본래적 의미의 2단계 판매조직과는 도저히 같이 볼 수 없다”라고 판시하고 있다.⁸⁾

다. 외국의 입법례⁹⁾

1) 미국

가) 개요

미국의 경우 연방법은 일반적인 불공정거래행위에 대해 셔먼법(Sherman Act), 클레이튼법(Clayton Act), 연방거래위원회법(Federal Trade Commission(FTC) Act)을 통해 단독 혹은 중복하여 규제하고 있는데, 이 가운데 불공정한 방법의 경쟁(unfair methods of competition) 및 불공정하거나 기만적인 행위나 관행(unfair or deceptive acts or practices)을 불법으로 규정하고 있는 연방거래위원회법 제5조가 다단계판매를 규제하는데 적용된다.¹⁰⁾ 주(州)법들이 취하고 있는 다단계판매에 관한 규제방식은 크게 두 가지로 나누어 질 수 있는데, 일반적으로 규정된 다단계판매업자의 개념 하에서 이들이 해서는 안 되는 기망적, 피라미드적 활동을 특정하여 규제하는 형식과, 피라미드 판매를 직접적으로 규제하는 형식이 그것이다. 전자가 다단계유통법(Multi level distribution statutes) 방식이며, 후자가 피라미드법(Pyramid statutes) 방식이다. 한편, 미국은 위와 같이 다단계관련 법률을 제정하여 운용하고 있으나 각 주마다 세부 규정에 있어 다소간의 차이가 있으며, 다단계판매 관련 법률을 제정하고 있지 않은 주도 상당수 존재하고 있다. 따라서 이러한 법의 흠결 또는 법규 상호간의 불통일

8) 대법원 2005. 11. 25. 선고 2005도977 판결.

9) 한국법제연구원, 「방문판매 및 다단계판매 법제에 관한 비교법적 연구」, 2008. 2. 참조.

10) 15 U.S.C. § 45 (a)(1): Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful. (우리나라 문헌에서는 이 조항을 연방거래위원회법 제5조로 번역하는데, 이것은 정확한 법조문 명칭이 아니고 U.S. code 제15장의 규정이 연방거래위원회에 관련된 것이고 편의적으로 제5조(Sec. 5)라고 부르고 있다. 그러나 정확한 법조문 명칭은 U.S. Code 15장 제45조의 규정이다.)

성을 해소하기 위하여 미국 직접판매협회(Direct Selling Association; DSA)는 윤리규정(Code of Ethics)을 제정하여 회원사들을 위한 하나의 가이드라인으로 기능하게 하고 있으며, 실제로 이를 모방한 주법들이 늘어가고 있는 추세이다.

나) 연방법과 판례상의 다단계 판매 정의

미국 연방법상 다단계판매에 관한 근거 규정은 U.S. code 제15장 제45조의 “경쟁체제 내에서 또는 거래에 영향을 미칠 수 있는 범위내에서 불공정한 방법을 사용하는 것과, 그리고 사기적 또는 기만적 행위(관행)를 사용하는 것은 불법으로 간주한다”는 조항에 근거하여 FTC의 규정과 주법, 그리고 판례에 의해 형성되었다고 할 수 있다.

미국 연방거래위원회(FTC)가 법원의 판례 등을 통해 정립한 다단계판매의 정의 개념은 “다단계 판매라 함은 가입자(후순위 판매자)가 프로그램 설립자(promoter)에게 비용(가입비)¹¹⁾을 지급하고, 가입자가 그 대가로서 다음의 세가지 권리를 갖는 모든 마케팅 프로그램을 말한다. ① 가입자(후순위 판매자)가 추가적인 가입자를 모집할 수 있는 권리를 보유하고 있거나, 또는 설립자를 대신하여 추가적인 가입자를 모집할 수 있는 경우, 또는 판매 프로그램(체계)에 있어서 하위라인, 삼각형 형태(Tree), 소득 중심적 체계 또는 이와 유사한 형태의 그룹에 다른 자를 가입시킬 수 있는 권리를 갖고 있는 있어야 한다. 그리고 ② 가입자가 상품을 판매하거나, 서비스를 제공할 권리를 갖고 있어야 한다. 그리고 ③ 보수(payment) 또는 기타 다른 수당(other compensation)을 지급받을 권리를 보유하고 있어야 한다. 즉, 위와 같은 세가지 권리를 가입자에게 보장하는 판매 프로그램을 MLM으로 본다. 단, 다음의 두 가지 조건이 충족된 경우에 한해 위 MLM은 합법적 다단계 판매로 인정된다. a) 보수(payment)는 새로운 가입자를 모집하거나 또는 후순위 판매자를 모집함으로써 지급되는 대가성 금액이어서는 안 되고, 반드시 상품의 판매(소매 판매, retail sale) 또는 서비스의 제공에 주요하게 기인해서 지급되어야 한다. b) 판매 프로그램은 가입자가 상품의 판매 또는 서비스의 제공이 아닌, 다른 가입자 또는 후순위 판매자를 모집함으로써 대부분의 이익을 얻을 수 있는 판매 체계로 운영되지 않도록 규정이 제정되어 있어야 하고,

11) 가입비 지급이 다단계 판매를 구별하는 필수적인 요소는 아니다. 다만, 미국의 다단계 판매에 있어서 일반적으로 판매원이 되고자 하는 자는 소정의 가입비를 지급하고 있기 때문에 이러한 정의를 법원이 내린 것으로 판단된다. 그러나 판결 원문에도 나타나 있듯이 다단계 판매를 구별하는 핵심적 기준은 가입비 지급이 아니라 보수 또는 후원수당의 성격에 관한 것이다.

그리고 그 규정이 실질적으로 시행되고 있어야 한다.”¹²⁾

한편 피라미드판매 체계라고 불리는 불법적 다단계판매에 대해서 FTC는 일반적인 마케팅의 개념을 무시한 상태에서 상품의 판매 또는 서비스의 제공에 관계없이 새로운 가입자 모집만으로도 수수료 또는 수당을 받을 수 있는 판매 체계라고 정의하고 있고, 불법 다단계 판매로 규제하고 있다.¹³⁾

다) FTC의 다단계판매에 대한 기본정책

미국의 FTC는 다단계판매를 법률로서 정의하고 있지 않지만, 관련 홈페이지를 통해 간접적으로 정의를 내리고 있다. 즉, 다단계판매사업(Multilevel marketing plans)이란 후순위 판매원들을 통해 상품이나 서비스를 판매하는 방식으로, 판매원으로 다단계판매 사업자와 계약을 맺은 자는 자신의 판매실적과, 자신이 모집한 후순위 판매원의 판매실적에 의해 수당을 받는다고 약속한다. 다단계판매는 주로 하위판매원(downline)으로 알려진 2단계 이상의 판매원을 통해 수당을 지급할 것을 약속한다.¹⁴⁾

FTC는 다단계판매에 대해 구체적으로 어떠한 법률이나 규칙을 제정하고 있지 않기 때문에, 규제의 기준이 되는 것은 관련 사례에 대한 축적된 FTC 결정을 통해서 이루어지게 되는데, 대표적인 기준은 아래와 같다.

(1) Koscot 기준 (Koscot pyramid test)

FTC는 1975년 Koscot Interplanetary Inc. 사례¹⁵⁾를 계기로 불법피라미드 회사들에 대한 규제를 하기 시작했는데, 이 사건에서 FTC는 합법적인 다단계판매회사와 달리 불법피라미드 회사들이 판매원에 대해 두 가지 사항에 대한 대가로 투자를 요구하고 있다고 판단하였다. 즉, 제품을 판매할 수 있는 권리와 최종사용자에 대한 제품 판매

12) FTC v. Future net, Inc., Civil No. 98-1113 GHK(Bar).

13) *FTC Consumer Alert*, December 1996.

14) Multilevel marketing plans, also known as “network” or “matrix” marketing, are a way of selling goods or services through distributors. These plans typically promise that if you sign up as a distributor, you will receive commissions—for both your sales of the plan’s goods or services and those of other people you recruit to join the distributors. Multilevel marketing plans usually promise to pay commissions through two or more level of recruit, known as the distributor’s “downline”, available at <http://www.ftc.gov/bcp/edu/pubs/consumer/invest/inv12.pdf>.

15) 86 F.T.C. 1106, 1181 (1975).

와는 무관하게 후순위 판매원을 모집한 대가로 수당을 받을 수 있는 권리를 기준으로 당해 직접판매산업이 피라미드체계인지 여부를 판단했다.¹⁶⁾ 이러한 Koscot 기준은 이후 미국의 수많은 피라미드관련 사건에서 인용되었다.

(2) Amway 기준 (Amway pyramid test)

FTC가 불법피라미드와 합법적인 다단계판매의 구분은 1975년부터 1979년까지 진행된 Amway Corporation, Inc.사건¹⁷⁾을 통해 보다 명확해졌다. FTC는 암웨이社의 보상플랜이 최종소비자에게 상품을 판매하고 재고가 축적되는 것을 회피하도록 짜여져 있었기 때문에 불법피라미드체계에 해당하지 않는다고 결정했다. 이를 흔히 암웨이 세이프가드 (Amway Safeguards)라고 하는데, 다음의 세 가지 항목을 준수하면 합법적인 판매방식으로서 법의 보호를 받을 수 있게 되며 피라미드로 분류되지 않을 수 있었던 것이다.

- 10명의 소매고객 규칙(Ten Retail Customer Policy): 판매원이 수당을 받기 위해서는 매월 최소 10명의 소비자에게 매출을 하도록 하였다. 이러한 규정은 다단계판매방식이 단순히 판매원을 모으는 피라미드식 사행행위가 아니라 상품판매라는 행위가 주된 것이라는 것을 각인시켰다.
- 70% 재고규칙(70% Rule): 매월 판매원이 구입한 상품의 70%가 판매되도록 하였다. 즉, 70% 이상을 판매하기 전에는 새로운 주문을 할 수 없게 했던 것이다. 이러한 규정으로 판매원들의 과도한 물품구입과 하위판매원들에 대한 강매를 방지하고 필요이상의 재고를 보유하지 않도록 하였다.
- 반품정책(buyback policy): 판매원이 탈퇴하며 반품할 경우, 판매에 하자가 없는 제품은 90%까지 반품 가능하도록 하였다. 이러한 규정은 소비자보호를 위한 가이드라인으로 설령 강매 또는 착오에 의해 구입하였다고 하더라도 일정기간 내에 반품(철회)할 수 있게 함으로써 질 낮은 상품구입으로 인한 손실을 보전하도록 하였다.

16) FTC defined a pyramid as characterized by the payment by participants of money to the company in return for which they receive (1)the right to sell a product and (2) the right to receive in return for recruiting other participants into the program rewards which are unrelated to sale of the product to ultimate users.

17) 93 F.T.C. 618, 715 (1979).

(3) Omnitrition 기준 (Omnitrition pyramid test)¹⁸⁾

암웨이 세이프가드는 미국에서 거의 20여 년 동안 합법적인 다단계판매와 불법피라미드체계를 구분하는 유효한 기준이 되었으나 점차 그 구분기준에 문제를 제기한 사례들이 등장했다. 1996년에 Webster v. Omnitrition Internation Inc. 사건¹⁹⁾이 다단계판매회사들이 갖는 보상플랜에 대해 그 형식이 아닌 실질을 조사하기 시작했던 것이다. Omnitrition 사건에서 연방법원이(U.S. Court of Appeals for Nine Circuit) 판매원 자신의 소비는 소매매출(retail sale)로 인정할 수 없으므로 암웨이 세이프가드가 모든 다단계판매에 대한 불법성을 해소해 주는 것은 아니라고 판시함으로써 다단계판매산업에 큰 파장을 일으켰다. 따라서 Omnitrition사건 이후, FTC는 암웨이 세이프가드를 엄격히 해석하기 시작했으며, 다단계판매를 암웨이 세이프가드에 추가로 다단계판매 매출액의 50%이상이 소매매출, 즉 판매원 개인소비가 아닌 최종소비자에 대한 소매로부터 발생할 것을 요구하고 있다.²⁰⁾

라) 주(州) 법

미국에서 다단계판매를 규제하는 방식 가운데 하나인 다단계유통법(Multi level distribution statutes) 방식은 다단계판매업자를 일반적으로 규정하고, 이러한 다단계판매업자들이 하는 행위나 활동 중 기만적 요소가 있는 것들을 규제한다. 이는 우리나라의 방문판매 등에 관한 법률과 유사한 방식으로서, 현재 미국에서 이러한 형식을 취하고 있는 주로는 조지아(Georgia), 메릴랜드(Maryland), 메사추세츠(Massachusetts), 와이오밍(Wyoming) 등이 있다. 또한 피라미드법(Pyramid Statute) 방식을 취하여 직접적으로 불법적인 피라미드 체계를 규제하는 주로는 켄터키(Kentucky), 텍사스(Texas), 아이다호(Idaho), 루이지애나(Louisiana), 유타(Utah) 등이 있다. 다단계판매에 대해 비교적 많은 조문을 두고 있는 조지아(Georgia)의 규정에 의하면, 다단계판매 회사란 가입자(판매원)가 다른 가입자(후순위 판매원)들을 모집함으로써 다단계로 구성된 독립된 대리인, 수입인, 판매원들을 통하여 상품이나 서비스를 판매, 공급하고, 그러한 상품의 판매, 서비스의 공급결과나 다른 후순위 판매원의 모집, 활동, 성과 등

18) 소위 옴니트리션 기준은 현재 국회 정무위원회 대안으로 채택되어 의결된 후 국회 법사위원회에 계류 중인 방문판매등에 관한 법률 개정안 중 후원방문판매의 요건으로 추가되어 우리나라에서도 도입될 예정이다.

19) 79 F. 3d 776 (1996).

20) FTC v. Equinox Int'l Corp., 1999 WL 1425373 (D. Nev. Sept. 14, 1999).

에 기하여 수수료, 보너스 등을 지급하는 회사를 말한다.²¹⁾²²⁾

2) 독일

가) 개요

독일은 2002년 대대적으로 민법개정을 단행한 바 있으며, 그 개정목적은 현실에 부합하는 민법으로 거듭나도록 하는 민법의 현대화였다. 사실상 독일민법은 1900년 제정된 이래 큰 변화 없이 민사법의 기본법으로서 사적자치의 기본 법원리를 제공해 왔으나, 그 동안 현실과 괴리가 커서 현실적으로 법적용상 어려움이 많아 민사법의 특별법으로서 약관규제법이나 방문판매법 등과 같은 법률을 통해 소비자들을 보호하는 입법정책을 펴온 바 있다. 이러한 입법정책은 결국 민법을 현실과 더욱 괴리시키는 결과를 초래하였고, 사적영역에 속하여야 하는 거래들이 점차 규제 영역으로 이관되면서 형평의 법리가 위협받는 사례들이 점차 증가하는 문제가 발생하자 이를 해결하기 위하여 독일정부는 그동안 소비자보호를 위하여 민법의 특별법 형태로 존재하던 약관법과 방문판매법 등과 같은 법률을 민법에 편입시킴으로써 소비자보호도 민법의 영역으로 포함시킴에 따라 그 동안 규제적 성격을 갖던 소비자보호법을 사법의 영역에 포함시켜 계약법으로 해결하고자 하였다.

독일은 2004년 이전에는 다단계판매를 눈덩이체제(Schneeballsystem) 또는 단계적 고객확보(progressive Kundenwerbung)라고 부르다가 현재는 “형사처벌이 가능한 광고행위(Strafbare Werbung)”라고 부르고 있으며, 이러한 행위는 영업상 판매활동에 경험이 없는 소비자들을 현혹시켜 재산상 손실을 보게 하고, 동시에 그 파급효과가

21) “Multilevel distribution company” means any person, firm, corporation, or other business entity which sells, distributes, or supplies for a valuable consideration goods or services through independent agents, contractors, or distributors at different levels wherein such participants may recruit other participants and wherein commissions, cross-commissions, bonuses, refunds, discounts, dividends, or other considerations in the program are or may be paid as a result of the sale of such goods or services or the recruitment, actions, or performances of additional participants (Georgia Code, section 10-1-410).

22) 한편, 피라미드체제에 대해서는 다단계판매회사 또는 판매원은 다음과 같은 판매프로그램을 두어서는 안 된다고 규정함으로써, 간접적으로 피라미드판매를 규제하고 있다.

- 판매원에게 돌아가는 금전적 이익(수당)이 단지 후순위 판매원의 가입에 의해서 이루어질 뿐이고, 판매원이 아닌 자에 대한 상품판매는 그러한 금전적 이익의 실현과는 무관하게 이루어지는 경우.
- 오직 후순위 판매원의 유인이나 가입을 촉진하기 위해 판매원에게 후원수당, 또는 기타의 대가를 지급하거나, 지급을 제의, 또는 지급을 허락하는 경우.

눈덩이처럼 불어날 수 있기 때문에 일정한 요건을 두어 이를 차단하고 있다. 즉 독일에서는 다단계판매를 방문판매법으로 규율하는 우리나라와는 달리 부정경쟁방지법과 형법, 제2차 경제사범 척결 법률(Das zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität)로 이를 규율하고 있으며, 구체적으로 그 개념을 부정경쟁방지법 제16조 제2항²³⁾에서 규정하고 있다. 즉 부정경쟁방지법 제16조 제2항(구 제6c조)에서는 “형사처벌이 가능한 고객확보행위(Strafbare Werbung)²⁴⁾”이라는 제목 하에 다단계판매의 개념을 “영업상의 거래에서 그 스스로 혹은 타인을 통하여 소비자(Verbraucher)로 하여금 다음과 같은 약속, 즉 이들이 타인을 동종의 거래체결로 이끈 경우에 특별한 이익을 보장할 것을 약속함으로써 상품, 영업상의 서비스 혹은 권리의 판매로 유인한 자”라고 개념을 정의하고 있다.

나) 다단계판매의 성립요건

(1) 소비자의 참여

독일 부정경쟁방지법은 다단계판매의 경우 “형사처벌이 가능한 고객확보행위” 중의 하나로서 제2항에서 이 연계판매 고리에 참여한 자들이 상인들로 구성되어 있는 경우에는 다단계판매를 허용하되, 다단계판매에 소비자(비상인 또는 소상공인)가 참여한 경우에는 이를 사기행위로 간주하여 2년 이하의 징역 또는 벌금을 부과하도록 되어 있다. 독일 부정경쟁방지법상 소비자라 함은 독일상법 제1조부터 제7조에 규정하고 있는 상인의 개념에 포함되지 않는 자를 말하며, 상법 제1조부터 7조의 개념정의에 포함되지 않는 자, 즉 소비자²⁵⁾를 다단계판매에 참여한 경우에는 당해 다단계판매행

23) 독일의 부정경쟁방지법은 2004년 7월 3일에 개정된 바 있다. 개정전에는 현재의 제16조 제2항은 제6c조에 규정되어 있었다.

§ 16 Strafbare Werbung

(2) Wer es im geschäftlichen Verkehr unternimmt, Verbraucher zur Abnahme von Waren, Dienstleistungen oder Rechten durch das Versprechen zu veranlassen, sie würden entweder vom Veranstalter selbst oder von einem Dritten besondere Vorteile erlangen, wenn sie andere zum Abschluss gleichartiger Geschäfte veranlassen, die ihrerseits nach der Art dieser Werbung derartige Vorteile für eine entsprechende Werbung weiterer Abnehmer erlangen sollen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

24) 2004년 7월 3일 개정 이전에는 제6c조에서 “단계적 고객확보(Progressive Kundenwerbung), 눈덩이시스템(Schneeballsystem)”이라는 제목 하에 규정하고 있었다.

25) 부정경쟁방지법상의 소비자라 함은 독일상법 상의 5가지 상인의 개념정의에 포함되지 않는 자를 말하며, 특히 점포를 갖추지 않은 소상공인 중 등기를 하지 않은 소상공인도 소비자에 포함된다고 해석된다.

위는 위법행위가 되며 이에 대한 형사처벌이 부과된다.

(2) 보상금지급의 약속

독일 부정경쟁방지법상 형사상 처벌을 받는 다단계판매행위는 소비자(상법상 상인이 아닌 자)가 참여할 것을 요구하며, 비록 소비자가 참여하였다 할지라도 다단계판매사업 시행자가 참여한 소비자에게 하위소비자가 판매한 이익 중 일정부분을 수당으로 지급한다는 약속을 한 경우에만 형사처벌이 가해진다. 이 때 이 약속이란 일방적 의사표시이며, 상대방 소비자가 이에 대한 동의여부와 상관없는 것으로 해석된다.

3) 일본

가) 개요

일본에서는 방문판매와 다단계판매에 대한 규제는 「특정상거래에 관한 법률」(이하 ‘특상법’이라고 한다)에 의해 이루어지고 있으며, 특상법이 제정되기 전에는 「방문판매 등에 관한 법률」(이하 ‘방판법’)에서 규제하고 있었다. 특상법은 기본적으로 소비자에게 피해를 발생시킬 염려가 있는 특정 거래를 규제하는 것을 통해 공정한 거래를 실현하는 것을 목적으로 하는 법률이다. 특상법이 현재 규제대상으로 하고 있는 거래는 ① 방문판매, ② 통신판매, ③ 전화권유판매, ④ 연쇄판매거래(우리나라의 다단계판매를 의미), ⑤ 특정계속적용역제공, ⑥ 업무제공유인판매거래²⁶⁾ 등 전부 6가지 유형이다.

나) 연쇄판매거래의 요건

연쇄판매거래,²⁷⁾ 즉 다단계판매는 소비자에 대해 ‘판매조직의 회원이 되어 자신의 밑에 새로운 회원을 가입시키면 그 회원이 지급한 가입금과 상품대금의 일부를 보수로서 배당한다고 설명하여 소비자에게 가입금과 상품대금을 납입하도록 하여 판매조

26) 업무제공유인판매거래의 전형은 채택근무나 단순한 모니터링 일로 고수익을 올릴 수 있다고 허위과장광고를 하면서 그 업무를 위해 상품을 구입하도록 하고 실제로는 약속한 업무를 소개해 주지 않음으로써 결국은 소비자만 거액의 피해를 보게 되는 경우의 거래이다.

27) 한편, 무한연쇄강이란 2배 이상의 배율로 증가하는 후속의 가입자가 지급하는 금전으로부터 자신이 지출한 금액을 초과하는 금전을 수령하는 것을 내용으로 하는 금전배당조직을 말한다(무한연쇄강방지법 제2조). 단순한 금전배당조직이고 상품이나 용역과는 직접적인 관련이 없다는 점에서 연쇄판매거래와 구별된다.

직에의 가입계약을 체결시키는 판매방법이다(특상법 제33조). 특상법이 규제하는 연쇄판매거래라 함은 ① 상품의 재판매, 수탁판매, 판매의 중개 또는 동종용역의 제공, 용역제공의 중개를 영위하는 자를 [거래유형요건], ② 특정이익을 향유할 수 있다고 권유하여 [특정이익요건] 판매조직에 가입시키거나, ③ 그 가입자와 특정부담을 수반하는 거래를 하는 것 [특정부담요건]을 말한다. 특상법 제33조). 이처럼 연쇄판매거래의 정의는 거래유형, 특정이익, 특정부담이라는 3가지의 요건으로 구성되어 있다.

(1) 거래의 유형

연쇄판매거래는 모든 거래를 대상으로 하는 것이 아니라, ① 상품의 재판매형(상품을 순차 상위의 자로부터 구입하여 전매하는 형식)²⁸⁾, ② 상품의 수탁판매형(수탁판매형은 상품의 판매를 위탁받아 판매하는 형식), ③ 상품의 판매중개형(이 유형은 판매 그 자체가 아니라 판매를 중개하는 하는 형식), ④ 동종용역의 제공·중개형(“동종용역의 제공”이란 그 용역과 동일종류의 용역을 제공하는 것을 말한다.²⁹⁾ 그리고 “동종용역의 제공의 중개”란 용역제공사업자에게 고객을 소개하여 용역제공을 알선 또는 중개하는 것을 말한다.³⁰⁾) 와 같은 거래유형에 한정하고 있다(특상법 33조 1항).

(2) 특정이익

특정이익이란 “상품의 재판매, 수탁판매 및 판매의 중개를 하는 다른 자 또는 동종용역을 제공하거나 또는 그 용역제공을 중개하는 다른 자가 제공하는 거래료 기타 경제산업성령에서 정하는 요건에 해당하는 이익의 전부 또는 일부”를 말한다. (특상법 제33조 1항) 연쇄판매거래는 특정이익을 얻을 수 있는 것이 최대의 매력이고 특정이익은 연쇄판매거래의 핵심적 요건이다. 신규참가자를 권유하여 조직에 가입시키거나 하위의 참가자를 승격시킨 경우(리쿠르트)에 이들이 지급한 금품을 재원으로 하여 상

28) 1976년 방판법 입법당시의 다단계판매는 이런 유형이었기 때문에 1988년 방판법 개정 전에는 이러한 유형만이 규대 대상이었다.

29) 예를 들면 용역제공사업자가 참가자에게 맨스레슨을 하고, 참가자가 용역의 제공을 받는 자에게 맨스레슨을 하는 경우나, 용역제공사업자가 참가자에게 회화를 레슨하고 참가자가 용역의 제공을 받는 자에게 회화를 다시 레슨하는 경우가 동종용역의 제공에 해당 한다.

30) 신원보증협회에 가입자를 소개하여 동협회에 가입시키거나 통신사업의 대리점을 할 자를 발견하여 통신사업자와 대리점계약을 체결시키거나 상품할인을 받을 수 있는 단체에 가입자를 소개하는 경우가 용역제공의 중개에 해당 한다.

위자에게 배분되는 이익(리쿠르트이익)이 바로 특정이익이다.

(3) 특정부담

특정부담이라 함은 연쇄판매거래에 참가하거나 승격 등을 할 때에 조건이 되는 “상품의 구입 혹은 용역대가의 지급 또는 수수료의 제공”, 즉 금전적 부담을 말한다(특상법 제33조 제1항). 특정부담의 요건은 연쇄판매거래를 가입자의 부담이라는 측면에서 파악한 것이다.

4) 주요 선진국의 방문판매 및 다단계 판매 정의 규정 비교표

| | 방문 판매 | 다단계 판매 |
|----|---|--|
| 미국 | 방문판매(Door-to-door sale)란, 25달러 이상의 상품 판매 또는 서비스 제공, 리스, 렌탈 계약에 대한 소비자의 승낙 또는 청약이 판매회사의 영업소 이외의 장소에서 판매회사 또는 그 판매 대리인이 계약을 권유하여 이루어진 것을 말한다. | <p>연방위원회 근거 규정</p> <p>U.S. code 제15장 제45조: 경쟁체제 내에서 또는 거래에 영향을 미칠 수 있는 범위내에서 불공정한 방법을 사용하는 것과, 그리고 사기적 또는 기만적 행위(관행)를 사용하는 것은 불법으로 간주한다.</p> <p>FTC 판례기준의 정의</p> <p>다단계 판매라 함은 가입자(후순위 판매자)가 프로그램 설립자(promoter)에게 비용(가입비)³¹⁾을 지급하고, 가입자가 그 대가로서 다음의 세 가지 권리를 갖는 모든 마케팅 프로그램을 말한다.</p> <p>① 가입자(후순위 판매자)가 추가적인 가입자를 모집할 수 있는 권리를 보유하고 있거나, 또는 설립자를 대신하여 추가적인 가입자를 모집할 수 있는 경우, 또는 판매 프로그램(체계)에 있어서 하위라인, 삼각형 형태(Tree), 소득 중심적 체계 또는 이와 유사한 형태의 그룹에 다른 자를 가입시킬 수 있는 권리를 갖고 있어야 한다.</p> <p>② 가입자가 상품을 판매하거나, 서비스를 제공할 권리를 갖고 있어야 한다.</p> <p>③ 보수(payment) 또는 기타 다른 수당(other compensation)을 지급받을 권리를 보유하고 있어야 한다.</p> |

31) 가입비 지급이 다단계 판매를 구별하는 필수적인 요소는 아니다. 다만, 미국의 다단계 판매에 있어서 일반

| | 방문 판매 | 다단계 판매 |
|----|---|---|
| | | <p>즉, 위와 같은 세 가지 권리를 가입자에게 보장하는 판매 프로그램을 MLM으로 본다. 단, 다음의 두 가지 조건이 충족된 경우에 한해 위 MLM은 합법적 다단계 판매로 인정된다.</p> <p>㉠ 보수(payment)는 새로운 가입자를 모집하거나 또는 후순위 판매자를 모집함으로써 지급되는 대가성 금액이어서는 안 되고, 반드시 상품의 판매(소매 판매, retail sale) 또는 서비스의 제공에 주요하게 기인해서 지급되어야 한다.</p> <p>㉡ 판매 프로그램은 가입자가 상품의 판매 또는 서비스의 제공이 아닌, 다른 가입자 또는 후순위 판매자를 모집함으로써 대부분의 이익을 얻을 수 있는 판매 체계로 운영되지 않도록 규정이 제정되어 있어야 하고, 그리고 그 규정이 실질적으로 시행되고 있어야 한다.”³²⁾</p> <p>불법피라미드 정의</p> <p>상품의 판매 또는 서비스의 제공에 관계없이 새로운 가입자 모집만으로도 수수료 또는 수당을 받을 수 있는 판매 체계는 불법적 피라미드이다.</p> |
| 일본 | <p>방문판매란 판매업자 또는 용역제공사업자가 영업소, 대리점 기타 경제산업성령에서 정하는 장소이외의 장소(영업소등)에서 행하는 지정상품 또는 지정권리의 매매계약 혹은 유상의 용역제공계약을 말한다.</p> | <p>연쇄판매거래라 함은 (i) 상품의 재판매, 수탁판매, 판매의 중개 또는 동종용역의 제공, 용역제공의 중개를 영위하는 자를 [거래유형요건], (ii) 특정이익을 향유할 수 있다고 권유하여 [특정이익요건] 판매조직에 가입시키거나, (iii) 그 가입자와 특정부담을 수반하는 거래를 하는 것 [특정부담요건]을 말한다(특상법 제33조).</p> |
| 독일 | <p>판매원과 소비자 사이의 계약이 유상의 급부를 목적으로 하고, 소비자가 ㉢ 그의 직장이나 사적 거주지에서 구두교섭을 통하여 ㉣ 사업자 또는 제3자와 적어도 사업자의 이익에도 기여하는 여가행사에 참여하거나 ㉤ 대중교통수단 내 또는 공중 통행구역 내</p> | <p>영업상의 거래에서 그 스스로 혹은 타인을 통하여 소비자(Verbraucher)³³⁾로 하여금 다음과 같은 약속, 즉 이들이 타인을 동종의 거래체결로 이끈 경우에 특별한 이익을 보장할 것을 약속함으로써 상품, 영업상의 서비스 혹은 권리의 판매로 유인하는 판매체</p> |

적으로 판매원이 되고자 하는 자는 소정의 가입비를 지급하고 있기 때문에 이러한 정의를 법원이 내린 것으로 판단된다. 그러나 판결 원문에도 나타나 있듯이 다단계 판매를 구별하는 핵심적 기준은 가입비 지급이 아니라 보수 또는 후원수당의 성격에 관한 것이다.

| | 방문 판매 | 다단계 판매 |
|--|---|---|
| | 에서 예기치 못한 권유에 의하여 직접거래 또는 사후거래를 하는 경우를 방문판매라고 한다. | 계를 다단계 판매라고 한다. 구별 기준 판매원이 상인인 경우는 합법적 다단계 판매이지만, 비상인인 경우는 불법적 다단계 판매로 본다. |

3. 주요 쟁점

가. 쟁점

이 사건에서 가장 중요한 법적 쟁점은 다단계판매의 개념 요소를 어떻게 볼 것인지 여부이다.

먼저 공정거래위원회는 방문판매법이 전문개정 된 이후에 최초로 다단계판매의 개념요소에 관하여 판단한 소위 황삼나라 사건 판결³⁴⁾에 따라 다단계판매의 기본요소는 ① 판매업자가 특정인에게 소비자에 대한 판매 및 하위판매원 유치의 활동을 하면 일정한 이익을 얻을 수 있다고 권유할 것, ② 판매원의 가입이 단계적으로 이루어지는 다단계판매조직을 통하여 재화 등을 판매할 것으로 보았다.

이에 대해 (주)아모레퍼시픽은 다단계판매조직의 개념 요소를 판단함에 있어 소위 황삼나라 사건에 관한 대법원 판결의 판시내용 이외에 ① 판매원이 3단계 이상이라는 의미는 후원수당의 지급이 3단계 이상에 걸쳐 지급되어야 한다는 것을 의미하며, ② 반드시 소매이익을 권유받거나 수취하여야 하고, ③ 소비자 중 일부를 판매원으로 가입 권유하여야 한다는 3가지 요건이 선택적 또는 중첩적으로 추가되어야 한다고 주장하였다.

이하에서는 각 쟁점별로 (주)아모레퍼시픽의 주장, 공정거래위원회의 심결 이유, 법

32) FTC v. Future net, Inc., Civil No. 98-1113 GHK(Bar).

33) 현행법상의 “소비자”라는 단어는 과거 법문상의 “비상인(Nichtkaufleute)”에 해당하는 규정이다.

34) 위 대법원 2005. 11. 25. 선고 2005도977 판결.

원의 판결 그리고 법원의 판결에 대한 비판 의견 순으로 검토하고자 한다.

나. 후원수당의 지급단계가 3단계 이상이어야 하는지 여부

1) (주)아모레퍼시픽의 주장

(주)아모레퍼시픽은 판매원이 하위판매원의 판매실적 등에 따라 후원수당을 지급받을 수 있는 판매원의 단계가 3단계 이상 단계적으로 이루어지는 판매조직이어야 한다고 주장하였다. 즉, 판매원이 지급받는 후원수당은 당해 판매원에 직접적으로 속하는 하위판매원의 판매실적 뿐만 아니라 그 하위판매원의 후원수당에 영향을 주는 다른 하위판매원들의 판매실적에 의하여도 영향을 받아야 한다는 취지이다.

2) 공정거래위원회의 심결 이유

공정거래위원회는 (주)아모레퍼시픽의 주장은 판매원의 단계를 후원수당의 지급방식으로 간주하는 중대한 오류를 범하고 있다고 판단하였다. “통상적인 의미에서 단계라 함은 ‘일의 진행과정에 따라 순차적으로 이루어지는 관계’를 의미하므로, 법 제2조 제5호에서 규정하고 있는 ‘판매원의 단계가 3단계 이상’의 의미는 소매이익을 얻거나 후원수당을 받는 다단계판매원이 순차적으로 가입하여 3단계 이상이 되면 충분하다고 할 것이며, 피심인의 주장처럼 이 이외에 후원수당의 지급방식이 3단계 이상 누적적일 것까지 요하는 것은 아니다.”라고 판단하여 (주)아모레퍼시픽의 주장을 배척하였다.

3) 판례

본 사건에서는 이 쟁점에 대해 판단하지 않았으나, 위 소위 황삼나라 사건에서 대법원은 “후원수당의 지급이 당해 판매원의 직근 하위판매원의 판매실적 뿐만 아니라, 그 하위판매원의 판매실적에 의해서도 영향을 받을 것을 요건으로 하고 있지 않다”고 명시적으로 판단한 바 있다.³⁵⁾

35) 위 대법원 2005. 11. 25. 선고 2005도977 판결. 이 판결에서 피고인은 판매원의 단계가 3단계 이상이라 함은

다. 반드시 소매이익을 권유받거나 수취하여야 하는지 여부

1) (주)아모레퍼시픽의 주장

(주)아모레퍼시픽은 법 제2조 제5호에서 일정한 이익이란 소매이익과 후원수당이라고 규정하고 있으므로 다단계판매원으로 가입하는 소비자는 소매이익과 후원수당 모두를 권유받아야 한다고 주장하였다.³⁶⁾

2) 공정거래위원회의 주장³⁷⁾

공정거래위원회는 통상적으로 소매이익이라 함은 소매업자가 생산자 또는 도매업자로부터 재화 등을 구입하여 소비자에게 판매함으로써 발생하는 차익, 즉 판매가격에서 구입가격을 공제한 금액을 의미하는데, ① 법 제2조 제5호의 문언상 각목 중 가목은 ‘당해 판매업자가 공급하는 재화 등을 소비자에게 판매할 것’이라고 규정하고 있고 여기서 ‘소비자에게 판매’라 함은 ‘소비자에게 판매, 위탁 또는 중개’를 포함하는 것이므로, ‘판매원이 판매업자로부터 물건을 구입하여 소비자에게 재판매하는 경우’에는 소매이익이라는 개념이 발생할 수 있으나, 가목 중 판매원이 소비자에게 위탁 또는 중개 판매하는 경우에는 개념상 소매이익이 발생할 수 없고, 나목은 “가목의 규정에 의한 소비자의 전부 또는 일부를 당해 특정인의 하위판매원으로 가입하도록 하여 그 하위판매원이 당해 특정인의 활동과 같은 활동을 할 것”이라고 규정하고 있으므로 개념상 소매이익과는 무관하다는 점, ② 다단계판매원(B)이 소매이익을 얻기 위해서는 다단계판매원(B)이 다단계판매업자(A)로부터 재화 등을 구매하여 이를 소비자(C)에게 재판매하여야 하는데, 현행 방문판매법은 1995년 개정법과는 달리 ‘판매’의 개념에 ‘위탁과 중개’를 포함하였을 뿐만 아니라 제2조 제5호의 가목에서 ‘구입’이라는 단어를 삭제하고 ‘판매’라는 개념으로 단일화하였으므로 판매원이 회사로부터 재화 등을 구입하여 판매를 하는 경우를

후원수당의 지급이 누적적으로 3단계 이상에 해당하여야 한다는 점을 주된 상고이유로 주장하였기 때문에 대법원은 피고인의 상고이유를 명백하게 배척하기 위해 판시한 것이다.

36) (주)아모레퍼시픽은 공정거래위원회 심결 과정에서는 이와 같은 주장을 명시적으로 하지 않았으나, 서울고등법원에 시정명령 취소 소송에서는 주장을 하였으므로 간략하게 검토하기로 한다.

37) 공정거래위원회가 시정명령 취소 소송에서 (주)아모레퍼시픽의 주장에 대해 반박한 내용을 간략하게 정리한 것이다.

전제하지 않는 한 소매이익이란 있을 수 없으며, 위탁과 중개의 경우에도 소매이익이라는 개념이 존재할 수 없다는 점, ③ 법 제2조 제5호는 ‘일정한 이익(소매이익과 후원수당)을 얻을 수 있다고 권유하여’라고 규정하고 있지 ‘일정한 이익을 취득’할 것을 그 요건으로 하고 있지 않으므로, 다단계판매조직에 해당하기 위해서는 판매업자로부터 재화 등을 구입하여 소비자에게 재판매하면 소매이익을 얻을 수 있고, 위탁 또는 중개 판매를 하거나 하위판매원들을 가입하도록 하여 해당 판매원과 동일한 활동을 하도록 하면 후원수당을 얻을 수 있다고 권유하여 다단계판매조직에 가입하여 판매활동에 종사하도록 하면 충분한 것이지 반드시 소매이익과 후원수당을 모두 취득하여야 하는 것은 아니라는 점, ④ 종래의 다단계판매회사들은 판매원들의 재판매를 통한 매출이 대부분이었지만, 2000년 이후 다단계판매조직들을 통해 유통되는 재화 등의 종류가 다양해 졌고, 재화 등의 특성에 따라서는 판매원들의 재구입을 필요로 하지 않는 형태가 많아지게 되자 2002년 방문판매법 전문개정시 판매의 개념에 위탁과 중개를 포함하게 된 것이고, 실제로도 다단계판매회사들의 매출 비중에서 소매이익을 전제로 하지 않는 비율이 2006년 기준으로 20%를 상회하고 있다는 점 등을 종합하면, 소매이익은 다단계판매에 있어 필수적인 개념 요소가 아니라고 주장하였다.

3) 판례

본 사건에서는 이 쟁점에 대해 판단하지 않았으나, 최근 서울중앙지방법원은 다단계판매조직을 이용하여 유사수신행위를 하였던 사안에서 “이 사건에서 하이존인터넷내셔널의 판매원들인 딜러, 상근딜러, 부장, 본부장들은 결국 각종 후원수당을 지급받았을 뿐, 소매이익을 취득하거나 그러한 이익까지 권유받았다고는 할 수 없어 방문판매 등에 관한 법률이 정한 다단계판매에 해당한다고 볼 수 없다”라고 판시하여 미등록 다단계판매의 점에 대해서는 무죄를 선고하였다.³⁸⁾ 이에 검찰은 항소를 하였다가 무죄판단을 받았던 미등록 다단계판매의 점에 대하여 공소사실을 철회하고 이 부분을 방문판매법 제23조 제2항 위반의 공소사실을 추가하였고, 서울고등법원은 이에 대해 유죄판결을 하였다.³⁹⁾ 이로 인해 ‘소매이익을 권유받거나 소매이익을 취득하였을 것’이 다단계판매의 구성요건이 되었다고 볼 수 있다.

38) 서울중앙지방법원 2008. 11. 20. 선고 2007고합1233 판결.

39) 서울고등법원 2009. 5. 13. 선고 2008노3261 판결.

라. 소비자 중 일부를 판매원으로 가입 권유하여야만 하는지 여부

1) (주)아모레퍼시픽의 주장

(주)아모레퍼시픽은 자신의 판매조직이 다단계판매조직에 해당하기 위해서는 법 제2조 제5호 가목의 소비자의 전부 또는 일부를 반드시 하위판매원으로 가입 권유하여야 하며, 소비자가 아닌 자를 판매원으로 가입·권유하여 전문적인 판매원으로 가입시키는 경우에는 다단계판매에 해당하지 않는다고 주장하였다.

2) 공정거래위원회의 심결 요지

가) 법 제2조 제5호가 상정하고 있는 ‘다단계’가 되기 위해서는 ①판매원의 가입이 단계적·누적으로 이루어져 가입한 판매원의 단계가 3단계 이상에 이르고 ②위와 같이 판매원을 단계적·누적으로 가입하도록 권유하는데 있어서 판매 및 하위판매원 유치활동에 대한 경제적 이익(소매이익과 후원수당)의 부여가 유인으로 활용되면 족하므로(대법원 2005도977 판결 참조), 이 이외에 하위판매원은 상위판매원으로부터 상품을 구매한 자로 제한하여야 한다는 등의 추가적 요건이 필요한 것은 아니다.

나) 또한 법 제23조 제1항 3호는 다단계판매원이 되고자 하는 자 또는 다단계판매원에게 명칭 및 형태 여하를 불문하고 연간 5만 원 이상의 금품을 징수하는 행위를 금지하고 있으므로 피심인의 주장처럼 상품 등을 구입한 자 즉 소비자를 상대로 하위판매원 가입권유를 해야 다단계판매조직이 된다고 해석하게 된다면 다단계판매원이 되고자 하는 자는 반드시 상품을 구입하여야만 하는 결과가 되어 법 제23조 제1항 제3호와 모순되게 된다. 따라서 법 제2조 제5호의 ‘소비자’는 생산자, 판매자에 대비되는 ‘일반적인 의미에서의 소비자’를 일컫는 것이지 당해 상품 등을 실제로 구입한 ‘최협의 소비자’를 의미하지 않는다고 해석하여야만 한다.

다) 그렇다면 법 제2조 제5호의 ‘다단계판매조직’이 되기 위해서는 다단계판매원이 특정인에게 다단계판매원이 되면 상품판매에 따른 소매이익과 하위판매원 모집에 따른 후원수당을 받을 수 있다고 유인하는 방법으로 다단계판매원이 되도록 권유하

면 되는 것이지 실제로 상품 등을 구입한 자만을 상대로 하위판매원 가입을 권유해야 한다고 해석해서는 아니 된다고 할 것이므로 피심인의 주장은 받아들이지 아니한다.

라) 또한, 피심인이 2007년 2월 사내교육용으로 제작한 “아름다운 미소 Beauty mate” 중 ‘효과적으로 증모하는 방법’이란 글에서 “판매원들이 효과적으로 증모를 하기 위해서는 우수고객(협조적인 고객, 주변에 사람이 많으며 사적 모임이 많은 고객)을 증모 가능 대상 타겟으로 설정해서 이들을 방문해서 영업장으로 초대한 후, 영업장행사에 적극 참여를 유도하는 등의 방법으로 증모를 하라”고 하고 있다. 이와 같이 피심인의 판매원들이 소비자를 대상으로 판매원을 모집하고 있으므로 다단계판매조직이 되려면 소비자중 일부를 판매원으로 가입시켜야만 한다는 견해를 취한다 하더라도 피심인의 방판부문 판매원들은 다단계판매조직으로 구성되었다고 할 것이다.

3) 판례의 태도

이 사건에 대해 서울고등법원은, 법 제2조 제5호 나목의 요건이 제13조에 의하여 국민에게 등록의무를 부과하는 근거가 될 뿐만 아니라, 제51조에 의하여 형사처벌도 가능하므로, 죄형법정주의 등과 관련하여 엄격한 해석을 요한다는 전제하에, ① 제2조 제5호에서 말하는 다단계판매에 해당하기 위해서는 적어도 제1단계 판매원은 판매업자가 공급하는 재화 등을 구매한 소비자 중의 전부 또는 일부를 판매원으로 가입시키는 것이 필요하다고 볼 수밖에 없다, ② 제22조 제1항이 ‘다단계판매업자는 다단계판매원 등록 또는 자격유지의 조건으로 과도한 재화 등의 구입 등 대통령령이 정하는 수준 이상의 부담을 지게 하여서는 아니 된다.’고 규정하고 있으나, 이것이 다단계 판매원으로 가입하는 과정에서 자발적으로 재화 등을 구입하는 것 자체를 금지하고 있다고 볼 수는 없다, ③ 법의 개정 취지에 비추어 보면, 위탁이나 중개의 경우에는 제1단계 판매원은 물론 제2단계 이하의 판매원도 반드시 판매업자가 공급하는 재화 등을 구매한 소비자일 필요가 없다고 해석하는 것이 자연스러운 측면이 있다. 따라서 위 가목의 개정 당시 나목의 규정도 위탁이나 중개의 경우를 포괄하는 내용으로 개정 되는 것이 법 체계상 필요하였다는 취지로 판시하였다.⁴⁰⁾

40) 위 서울고등법원 2008. 9. 3. 선고 2007누26577 판결. 대법원도 같은 취지로 판시하였다.

마. 판례에 대한 비판적인 견해⁴¹⁾

공정거래위원회의 심결에 대한 위 서울고등법원 및 대법원 판결 등에 따를 경우에는 방문판매법상의 다단계판매에 대한 규제가 사실상 규범력을 상실할 수 밖에 없다는 비판이 있다.

1) 판례의 변경에 해당하므로 전원합의체 판결이 필요했다.

위 서울고등법원 및 대법원은 법 제2조 제5호는 죄형법정주의 등과 관련하여 엄격한 해석을 요한다는 전제에서 출발하고 있으나, 형사재판의 경우에는 죄형법정주의 원칙에 따라 미등록 다단계판매 행위의 구성요건에 대해서는 검사가 이를 입증하여야 하고 이를 입증하지 못할 경우에는 무죄판결을 하여야 하는데 반하여, 민사재판의 경우에는 변론주의원칙에 따라 기본적으로 요건사실을 주장하는 자가 이를 입증하여야 하고, 행정재판의 경우에는 직권주의적인 요소가 있다 하더라도 기본적으로는 행정처분의 요건 사실에 대해서는 행정처분을 내린 행정청이 이를 주장, 입증하여야 한다.⁴²⁾

2002년 방문판매법이 전문개정 된 이후 미등록 다단계판매 행위로 기소되어 형사재판이 이루어진 종전의 판례 중에서 다단계판매의 구성요건으로 ‘소비자 중 일부를 판매원으로 가입 권유하여야 한다’고 판단한 판례가 없었다. 즉, 공정거래위원회가 심결의 기초로 삼았던 위 황삼나라 사건 판결에서도 검사는 피고인에 대하여 미등록 다단계판매 행위로 기소를 하면서 황삼나라가 ‘소비자 중 일부를 판매원으로 가입 권유’하였다는 구성요건사실에 대해 공소사실로 기재하지도 않았고 증거를 제출하지도 않았다. 그러나 위 서울고등법원 및 대법원 판결은 다단계판매의 구성요건으로 ‘소비자 중 일부를 판매원으로 가입 권유’하였는지 여부를 추가적인 구성요건으로 판단하고 있는 바, 이는 종전 판례의 변경에 해당하므로 대법원 전원합의체에 의해 종전 판례를 변경하였어야 할 것이다.⁴³⁾

41) 김홍석·한경수, 「방문판매법상 다단계판매의 개념정의와 개정방향에 관한 연구」, 송실대 법학연구서, 2009. 8.

42) 이와 같은 이유로 위 서울고등법원은 “원고의 판매조직이 다단계판매조직에 해당하는지 여부에 관하여 나아가 살펴보면, 을 제7 내지 10, 12, 13, 16, 18호중, 을 제11, 14호중의 각 1, 2, 을 제15호중의 1 내지 3의 각 기재만으로는 원고의 판매조직에 가입한 제2단계 이하의 다단계판매원이 원고가 공급하는 채화 등을 구매한 소비자라는 점을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 원고의 판매조직이 다단계판매조직에 해당한다고 볼 수 없다.”고 판시하였던 것이다.

43) 이러한 문제점은 소비자에게 소메이익을 얻을 수 있다고 권유하거나 소메이익을 수취한 사실이 없는 경우

2) 방문판매법이 다단계판매에 대한 규범력을 상실하게 하였다.

(가) 위 대법원 판결 등을 종합하면, 방문판매법상의 다단계판매에 해당하기 위해서는, ① 판매원의 가입이 단계적으로 이루어져 가입한 판매원의 단계가 3단계 이상일 것, ② 제2단계 이하의 판매원은 제1단계 판매원으로부터 재화 등을 구입한 소비자일 것, ③ 다단계판매원들은 소매이익을 취득하거나 소매이익에 대한 권유를 받을 것, ④ 위와 같이 판매원을 단계적으로 가입하도록 권유하는 데 있어서 판매 및 가입유치 활동에 대한 경제적 이익(소매이익과 후원수당)의 부여가 유인으로 활용될 것으로 해석할 수 있다. 그러나 다단계판매의 구성요건을 위와 같이 해석하게 될 경우에는 다단계판매를 특별히 규제하고자 하는 취지에도 반할 뿐만 아니라, 아래에서 보는 바와 같이 대부분의 다단계판매조직이 방문판매에 해당하게 되어 결과적으로 방문판매법이 다단계판매에 대한 규범력을 상실할 수밖에 없게 된다는 문제점이 있다.

(나) 다단계판매업으로 등록한 다단계판매업자도 더 이상 다단계판매에 해당하지 않게 된다. 현재 다단계판매업으로 등록한 약 70여개의 다단계판매회사들의 경우, 소속 제2단계 이하 다단계판매원이 재화 등을 구매한 소비자였다가 다단계판매원으로 가입한 경우는 사실상 전무하다. 그러므로 대법원 판결등에 의하면, 현재 다단계판매업으로 등록하여 영업을 하고 있는 다단계판매회사들의 경우에도 ① 소비자로서 하여금 판매원으로 선 가입 후 재화 등을 구입하도록 하고, ② 마케팅플랜에서 소매이익에 관한 규정을 삭제하는 방법 등으로 다단계판매에 관한 규제를 받지 않을 수 있게 된다.

최근 대법원은 공정거래위원회가 다단계판매업으로 등록하고 한국특수판매공제조합과 소비자피해보상을 위한 공제계약을 체결한 후 다단계판매 활동을 하던 A 회사에 대하여 후원수당 초과지급(47%)을 이유로 시정명령 및 고발조치를 한 사안에서, “원고의 제품을 구입한 소비자가 원고의 판매원이 된 것이 아닌 이상 (...) 다단계판매조직에 해당하지 않는다.”⁴⁴⁾고 판시함으로써 다단계판매업으로 등록한 다단계판매업자에 대해서도 다단계판매조직에 해당하지 않는다고 판단하였다.

에는 미등록 다단계판매 행위로 형사처벌할 수 없다는 서울중앙지방법원 2007고합1233 판결에도 동일하게 적용된다고 할 것이다.

44) 대법원 2011. 1. 13. 선고 2010두22658 판결.

(다) 미등록 불법다단계판매에 관한 행정규제나 형사처벌이 사실상 불가능해졌다. 미등록 불법다단계판매업체들의 경우에는 그동안 형사처벌을 받은 사례들을 살펴 보면 쉽게 알 수 있듯이 정상적으로 재화 등의 거래를 통한 유통이익의 창출을 목적으로 하지 않고 있으므로 판매원들을 모집함에 있어 그 판매업자가 공급하는 재화 등을 사용해 본 소비자를 대상으로 하고 있지 않다. 가사 그 판매업자가 공급하는 재화 등을 사용해 본 소비자를 판매원으로 모집하고 있더라도 판매원을 모집하는 과정을 조금만 수정하면 다단계판매에 해당하지 않게 되므로, 위 대법원 판결 등에 따르면 미등록 불법다단계판매 업체들에 대해서도 대부분 미등록 다단계판매 행위 부분에 대해 행정규제를 하거나 형사처벌을 할 수 없게 되는 부당한 결과를 초래하게 된다. 즉, 미등록 불법 다단계판매업체나 다단계판매조직을 통한 유사수신업체들의 경우 거의 대부분이 재화 등을 거래하는 형식을 띠면서 고이율의 이익을 보장해 주겠다는 방법으로 영업을 하고 있다. 만일 미등록 불법 다단계판매업체나 다단계판매조직을 통한 유사수신업체들이 방문판매업으로 신고하고 생활필수품 등의 거래를 하면서 70% 이상의 후원수당을 지급해 줄 경우에는 재화 등의 거래를 하므로 유사수신행위에 해당하지 않게 될 가능성이 많고⁴⁵⁾, 소매이익이 없거나 소비자가 판매원으로 가입하지 않았다는 이유로 다단계판매에 관한 규제를 받지 않게 되면, 결국 대규모 소비자 피해사고가 발생한 이후에야 형법상 사기죄 등으로 형사처벌 하는 외에는 달리 소비자 피해사고를 사전에 예방하거나 규범적 효력을 갖을 수 있는 방안이 없게 된다.

최근 서울고등법원은 공정거래위원회가 방문판매업으로 신고하고 3단계 이상의 판매원 조직을 통해 화장품 등을 판매하던 B사에 대하여 시정명령 및 고발조치를 한 사안에서, “비록 원고의 판매원이 되기 이전에 원고의 제품을 구매한 적이 있는 소비자가 있다고 하더라도 이는 전체 판매원들 중 일부에 불과한 것으로 보이고 (...) 다단계판매조직에 해당하지 않는다.”고 판단하였다.⁴⁶⁾

45) 판례는 소위 아랍네토피아 사건(대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도5774 판결)이나 소위 위베스트인터내셔널 사건(대법원 2007. 1. 25. 선고 2006도7470 판결)에서, 공유마케팅에 대하여 회사와 회원들 사이에 실제 상품 거래가 있었으므로 판매대금을 초과하는 금원을 지급할 것을 약정하였다는 사정만으로는 유사수신행위를 잠탈할 의도가 있는 것으로 보이는 하지만 죄형법정주의 원칙상 확장해석이나 유추해석이 금지되므로 유사수신행위에 해당한다고 보기는 어렵다고 판시하였다. 한편, 소위 암스트롱유엔아이 사건(대법원 2007. 4. 12. 선고 2007도472 판결)에서는 재화 등의 출고비율이 50%를 상회하였는지 여부를 기준으로 판단하고 있다.

46) 서울고등법원 2011. 1. 20. 선고 2010누16075 판결.

4. 의의

가. 조사배경

1) 2002년 방문판매법이 전문개정된 이후에는 소위 공유마케팅으로 인해 대규모 소비자 피해가 발생해 왔다. 즉, 2004년에는 위베스트인터내셔널이 피해자 총 19,274명으로부터 2,251억 6,564만 9,651원 상당의 소비자 피해사고를 야기하였고,⁴⁷⁾ 2005년에는 제이유네트워크가 피해자 총 93,118명으로부터 1조 8,441억 5,516만 4,990원 상당의 소비자 피해사고를 야기하였으며⁴⁸⁾, 2006년경에는 디케이코퍼레이션이 피해자 28,823명으로부터 2조 506억 3,376만 2,900원 상당의 소비자 피해사고를 야기하였다.⁴⁹⁾

2) 이에 공정거래위원회가 후원수당 초과지급행위에 대하여 형사처벌 규정을 신설하는 등 다단계판매로 인한 소비자 피해를 예방하기 위하여 적극적인 행정감독과 정보공개 제도 등을 시행하자, 방문판매업으로 신고한 후 사실상 다단계판매조직을 통하여 판매활동을 하는 소위 신방문판매업체들이 증가하였다.⁵⁰⁾ 또한, 상품권 발행사를 중심으로 판매사, 상품권을 매입하는 회사로 구성하여 상품권 발행 → 판매 → 상품권 재매입 또는 가맹점 사용의 구조로 사실상 유사수신행위를 하는 사례가 발견되거나,⁵¹⁾ 의료기기 렌탈을 가장하여 유사수신행위를 하면서 각 지역별로 별개의 법인을 설립하여 영업하는 소위 ‘리브’ 사건⁵²⁾ 등 새로운 유형의 피라미드 판매가 성행하였다.

3) 공정거래위원회는 방문판매를 가장한 다단계판매(소위 ‘무늬만 방문판매’)가 성행하여 소비자 피해가 증가하고 있다는 사실을 인지하고 2007. 2. 26.부터 5. 11.까지 방문판매업체에 대한 전반적인 실태조사를 전국 232개 시·군·구와 합동으로 실시하였고, 매출액 기준으로 규모가 큰 총 20개 업체에 대해 조사를 실시하게 되었던 것이다.

47) 대법원 2007. 1. 25. 선고 2006도7470 판결.

48) 대법원 2007. 10. 11. 선고 2007도6012 판결.

49) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2008도2236 판결.

50) 서혜석 전 국회의원이 2007년 국정감사 정책자료집으로 발간한 『신방문판매 피해 현황 및 방문판매등에 관한 법률 개정방향』 제15쪽에 의하면 2003년 이후 중앙일간지에 보도된 미등록 불법다단계판매로 인하여 소비자 피해사고가 발생한 건수는 약 51개사이고 그 피해규모는 2조 4,586억 원 상당으로 알려져 있다.

51) 소위 중앙씨앤아이 사건으로서 소비자 피해액이 약 1조 원에 달하였다.

52) 소위 ‘리브’ 사건으로 인한 소비자 피해액은 약 1조 5,000억 원에 달하는 것으로 인정되었다.

나. 사회적 영향

1) 종래 화장품 회사나 정수기 회사, 학습지 회사 등 대형 방문판매업체들은 대부분 2단계 이하의 판매원들을 통해 판매활동을 진행해 왔으나, 2000년대 이후 사회의 변화와 이에 따른 유통과정의 변화 등에 맞추어 판매조직을 3단계 이상 7~8단계로 구성하되 다단계판매와는 달리 후원수당의 지급방식은 대체로 2단계 이내로 제한하여 왔다. 한국 사회에서 오랫동안 대표적인 방문판매로 알려져 왔던 회사들이 판매방식을 변화시킨 후 다단계판매에 대한 규제를 회피하기 위하여 이를 모방한 신방문판매 회사가 우후죽순처럼 생겨나면서, 대표적인 방문판매 회사들의 판매방식이 사실상 다단계판매조직을 통한 판매방식에 해당하는 것이 아닌가 하는 지적이 꾸준히 있어 왔다.

2) 이에 공정거래위원회는 전국적인 실태조사를 벌여 대표적인 대형 방문판매회사들에 대해서도 현행법상 다단계판매에 해당하므로 판매조직을 변경하거나 아니면 다단계판매업으로 등록한 후 판매활동을 계속할 것을 시정명령하였으나, 결국 대법원은 대형 방문판매회사들의 판매방식이 방문판매법상 다단계판매의 정의 요건을 충족하지 않는다는 이유로 다단계판매에 해당하지 않는다고 판단하였다.

3) 대법원의 판결로 인해 대형 방문판매회사들은 종전과 같은 방식으로 방문판매 활동을 계속할 수 있게 되었으나, 위에서 살펴본 바와 같이 방문판매법상 다단계판매 정의 규정을 개정하여야 한다는 논의가 국회차원에서 계속되고 있어 향후 제도의 개선과 정착에 관심을 갖고 지켜보아야 할 것으로 보인다.

다. 공정거래위원회 심결 및 이 사건 판결의 의의

공정거래위원회의 이 사건 심결은 비록 법원에 의해 취소되기는 하였지만, 다단계 판매에 대한 각종 규제를 회피하기 위하여 방문판매업으로 신고하고 사실상 다단계 판매조직을 통해 판매활동을 하던 소위 '신방문판매'에 대해 소비자피해 예방을 위하여 본격적으로 규제를 하려고 하였다는 점에서 그 의의가 있다.

한편 이 사건 판결은 2002년 방문판매법이 전문개정된 이후 행정소송에 대한 판결

로는 처음으로 다단계판매의 구성요건을 죄형법정주의 등의 원칙에 따라 엄격하게 해석함으로써 예측가능성을 제고하였고, 2002년 전문개정된 방문판매법의 입법상 오류를 지적하였다는 점에서 그 의의가 있다.

라. 방문판매등에 관한 법률의 개정 논의

이 사건 대법원 판결 이후 방문판매법상 다단계판매에 대한 규범력이 사실상 상실되게 되자 법 제2조 제5호 다단계판매의 정의 규정을 개정하여야 한다는 논의가 제기되었다. 이하에서는 먼저 다단계판매의 정의에 대하여 관련 국가기관이 제시한 의견을 살펴보고, 다음으로 다단계판매 정의규정과 관련하여 국회에 발의된 방문판매법 개정안들의 내용을 소개하고자 한다.

1) 다단계판매 정의 규정에 대한 개정 의견

가) 국민권익위원회의 2007. 6. 개선권고안

국민권익위원회(구 국가청렴위원회)는 2007. 6. 다단계판매의 정의 규정을 “다단계 판매”라 함은 판매업자가 특정인에게 재화 등을 소비자에게 판매하거나 판매원으로 가입할 것을 권유·유인·유치·추천 등의 활동을 하면 일정한 이익을 얻을 수 있다고 권유하여 판매원의 가입이 이루어지고, 그와 같은 과정이 순차적·반복적으로 이루어지는 판매조직(위탁·알선관계를 포함한다)을 통하여 재화 등을 거래하는 것을 말한다.”로 개선할 것을 권고한 바 있다. 국민권익위원회 위 개선권고안의 핵심은 후원수당 등 경제적 이익을 얻기 위해서 판매원으로 가입할 것을 권유하여 순차적으로 판매원이 가입하는 판매조직을 모두 다단계판매의 범위로 포섭하는 안으로서, 순수한 형태의 방문판매를 제외한 대부분의 방문판매회사가 모두 다단계판매에 해당하게 된다는 특징이 있다.

나) 서울중앙지방검찰청의 2008. 6. 개선권고 사항

서울중앙지방검찰청은 A 화장품 회사에 대하여 방문판매법상 미등록다단계판매의 점에 대해 혐의없음 결정을 하면서 “다단계판매를 등록케 한 후 엄격하게 통제하는

주된 이유는 ‘과도한 후원수당 지급’으로 무분별한 하방확장과 유통비용 증가로 인한 제품가격 상승, 사기적 다단계로 인한 대규모 소비자 피해유발 가능성 때문이다. 피추천인인 직근 하위판매원의 판매실적 또는 본인 및 직근 하위판매원의 합산 판매실적에 따른 후원수당을 지급하고 있고, 그 정도를 넘어 ‘과도한 후원수당 지급’으로 변질될 경우 다단계판매에 못지않은 피해 발생이 예상된다. 이에 따라 이러한 피해를 예방하는 측면을 고려한 방문판매 등에 관한 법률 개정이 시급하고 개정방향으로 아래와 같은 두 가지 방안을 고려할 수 있을 것으로 판단한다. 첫째 방안은 다단계판매의 구성요건을 규정함에 있어 ‘후원수당 지급’에 비해 피해 유발유인이 상대적으로 적은 ‘소비를 하위판매원으로 유치하여 조직 구성’을 해야 한다는 요건을 삭제하여 ‘후원수당 지급’과 ‘3단계 이상의 판매원가입단계’요건만을 다단계판매의 구성요건으로 삼는 것이다. 둘째 방안은 기존의 다단계판매 구성요건을 그대로 두면서 방문판매, 전화권유판매의 순수성을 유지하여 건전한 방문판매, 전화권유판매로 자리매김하도록 유도함과 동시에 ‘후원수당 지급’으로 인한 피해를 예방할 수 있도록 방문판매, 전화권유판매에 대하여 후원수당 지급금지 및 처벌규정을 신설하는 것이다.”라는 의견을 제시한 바 있다.

2) 국회 정무위원회에 제출되었던 개정안 중 다단계판매 정의 관련 내용

| | |
|---------------|--|
| <p>정부안</p> | <p>“다단계판매”란 판매업자가 특정인에게 다음 각목의 활동을 하면 일정한 이익(다단계판매에 있어서 다단계판매원이 재화 등을 판매하여 얻는 소매이익과 다단계판매업자가 그 다단계판매원에게 지급하는 후원수당을 말한다. 이하 같다)을 얻을 수 있다고 권유하여 판매원의 가입이 단계적(판매조직에 가입한 판매원의 단계가 3단계 이상인 경우를 말한다)으로 이루어지는 다단계판매조직(판매조직에 가입한 판매원의 단계가 2단계 이하인 판매조직 중 사실상 3단계 이상인 판매조직으로 관리·운영되는 경우로서 대통령령이 정하는 판매조직을 포함한다)을 통하여 재화 등을 판매하는 것을 말한다.</p> <p>가. 해당 판매업자가 공급하는 재화 등을 판매할 것 나. 해당 특정인의 하위판매원을 모집하여 그 하위판매원으로 하여금 해당 특정인의 활동과 같은 활동을 하게 할 것</p> |
| <p>김동철의원안</p> | <p>“다단계판매”란 판매업자가 특정인에게 재화 등을 소비자에게 판매하거나 판매원으로 가입할 것을 권유·유인·유치·추천 등의 활동을 하면 일정한 이익을 얻을 수 있다고 권유하여 판매원의 가입이 단계적·누적적으로 이루어지는 판매조직(위탁·알선관계를 포함한다)을 통하여 재화 등을 거래하는 것을 말한다. 다만, 「근로기준법」상 근로자로 이루어진 판매조직은 제외한다.</p> |

| | |
|---------------|--|
| <p>박상돈의원안</p> | <p>“다단계판매”라 함은 판매업자가 특정인에게 다음 각목의 활동을 하면 일정한 이익(다단계판매에 있어서 다단계판매원이 소비자에게 재화 등을 판매하여 얻는 소매이익과 다단계판매업자가 그 다단계판매원에게 지급하는 후원수당을 말한다. 이하 같다)을 얻을 수 있다고 권유하여 판매원의 가입이 단계적으로 이루어지는 다단계판매조직(특정 판매원의 구매 또는 판매 등의 실적이 그 직근 상위판매원 1인 이외의 다른 판매원들의 후원수당에도 영향을 미치는 판매조직을 말한다)을 통해 재화 등을 판매하는 것을 말한다.</p> <p>가. 당해 판매업자가 공급하는 재화 등을 소비자에게 판매할 것 나. 가목의 규정에 의한 소비자의 전부 또는 일부를 당해 특정인의 하위판매원으로 가입하도록 하여 그 하위판매원이 당해 특정인의 활동과 같은 활동을 할 것</p> |
| <p>홍영표의원안</p> | <p>“다단계판매”라 함은 판매업자가 특정인에게 다음 각목의 활동을 하면 후원수당을 얻을 수 있다고 권유하여 판매원의 가입이 단계적(판매조직에 가입한 판매원의 단계가 3단계 이상인 경우를 말한다)으로 이루어지는 다단계판매조직(판매조직에 가입한 판매원의 단계가 2단계 이하인 판매조직 중 사실상 3단계 이상인 판매조직으로 관리·운영되는 경우로서 대통령령이 정하는 판매조직을 포함한다)을 통하여 재화 등을 판매하는 것을 말한다.</p> <p>가. 해당 판매업자가 공급하는 재화 등을 판매할 것 나. 하위판매원을 모집하게 하여 그 하위판매원으로 하여금 해당 특정인의 활동과 같은 활동을 할 것</p> |
| <p>조원진의원안</p> | <p>“다단계판매”라 함은 판매업자가 특정인에게 다음 각목의 활동을 하면 일정한 이익(다단계판매에 있어서 다단계판매원이 소비자에게 재화 등을 판매하여 얻는 소매이익과 다단계판매업자가 그 다단계판매원에게 지급하는 후원수당을 말한다. 이하 같다)을 얻을 수 있다고 권유하여 판매원의 가입이 단계적(판매조직에 가입한 판매원에 대한 후원수당지급의 단계가 2단계 이상인 경우로서 후원수당이 해당 판매원에 직접적으로 속하는 하위판매원의 판매실적 뿐만 아니라 그 하위판매원의 후원수당에 영향을 주는 다른 판매원들의 판매실적에도 영향을 받는 경우를 말한다)으로 이루어지는 다단계판매조직을 통해 재화 등을 판매하는 것을 말한다.</p> <p>가. 해당 판매업자가 공급하는 재화 등을 판매할 것 나. 해당 특정인이 하위판매원을 모집하여 그 하위판매원으로 하여금 해당 특정인의 활동과 같은 활동을 하게 할 것</p> |

- ◎ 이 심결사례 30選의 내용은 집필진 개인의견에 따른 것이므로 공정거래위원회의 공식 입장과는 다를 수 있습니다.
- ◎ 심결사례 30選에 수록된 공정거래위원회의 심결 내용은 공정거래위원회 홈페이지(<http://www.ftc.go.kr>)에서 확인하실 수 있습니다.