

공정거래법 심결사례 해설 및 평석

정호열 / 아주대학교 법학부 교수



1. (주)태화의 거래거절 행위
2. 철도차량 제작 3개사의 부당한 공동행위

1 (주)태화의 거래거절행위

· 1996. 1. 29. 공정거래위원회 심결사건/사건번호 9603 부사 0250

1. 사실 개요

피심인은 도·소매업을 영위하는 자로서 공정거래법 제2조 제1호 규정에 따른 사업자에 해당된다. 또한 피심인은 도소매업진흥법상의 대규모 소매점 개설허가를 받아 백화점업을 영위하는 자로서 백화점업에 있어서의 특수불공정거래행위의 유형 및 기준 지정고시(공정거래위원회고시 제92-2호, 1992.6.18. 이하 '백화점고시') 제2조 제2항의 규정에 적용대상 사업자이다.

가. 피심인은 1995.3.14. 신고인과 위·수탁 계약을 체결하여 신고인의 상품을 신고인의 종업원을 통해 피심인의 2층 여성의류매장에서 판매해 오던 중 계약갱신조항에 의해 계약기간 만료가 1997.3.10 임에도 불구하고, 신고인과 아무런 협의 없이 1996.3.14일 오전 11:30경 신고인에게 FAX로 매장철수통보 후 같은 날 신고인의 진열상품을 모두 철수시키고 (주)페미나페의 여성의류를 입점 조치시켰다.

나. 피심인은 1995.3.14. 신고인과 위·수탁거래계약을 체결하면서 다음과 같은 내용을 거래조건으로 설정한 사실이 있다.

(1) 제18조(해약)

같은 다음과 같은 사유가 발생할 때에는 권고없이 계약을 일방적으로 해약 처리할 수 있다.

4.을이 갑의 명예와 신용을 훼손할 때

5.기타 본계약서에 명시된 각조항을 위배하거나 부득이한 사유가 있을 때

(2) 제20조(소송관할)

본 계약으로 발생하는 갑, 을간의 소송은 갑의 소재지 관할법원으로 한다.

(3) 제21조(준용)

본 계약서에 명시되지 않은 사항은 갑의 규정과 갑이 발하는 제규정 및 지침 또는 지시에 의한다.

다. 피심인은 신고인과의 계약기간 중 4회에 걸쳐 신고인의 매장위치를 변경하였으며 그 중 2차부터 4차까지의 매장이동은 신고인과의 사전협의를 하지 않은 채 시행한 사실이 있다.

2. 심결 요지

가. 거래거절행위에 관한 점

피심인은 위·수탁계약서 제19조 제2호에 의거 계약기간 만료 1개월 전(1996.2월 초) 신고인에게 서면으로 해약요구를 한 사실이 없고 오히려 1996년 2월초경 수수료 인상요청 공문을 발송함으로써 거래지속의사를 밝혔다고 볼 수 있어 동 계약은 1997.3.10까지 연장상태에 있었다고 할 수 있다. 따라서 피심인이 신고인에게 아무런 귀책사유가 없음에도 불구하고 피심인의 입장만을 고려하여 신고인을 매장에서 모두 철수시킨 행위는 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 부당한 행위라고 할 것이다.

나. 거래강제행위에 관한 점

피심인이 신고인과 위·수탁계약을 체결함에 있어 제시한 거래조건을 살펴보면 아래와 같다.

(1) 제18조의 해약에 관한 사항은 그 사유가 명시적이고 구체적이어야 하고 또한 상대방의 계약위반이 있더라도 그것이 경미한 사항이면 상당기간을 두고 이행의 최고를 한 후 행하여야 하는 것이다. 따라서 피심인이 거래조건에서 해지의 사유를 '을이 갑의 명예와 신용을 훼손할 때' '기타 본 계약서에 명시된 각조항을 위배하거나 부득이한 사유가 있을 때' 와 같이 추상적이고 포괄적으로 규정하고 있을 뿐만 아니라 최고도 없이 일방적으로 해약할 수 있도록 규정한 것은 거래상대방에게 불이익한 거래조건임이 인정된다.

(2) 제20조의 소송관할에 대해 살펴보면, 민사소송법은 원칙적으로 응소 상대방의 소송수행편의를 위해 상대방 피고의 주소지 법원을 관할법원으로 하고 있고, 당사자가 전속관할이 아닌 사항에 관하여 합의에 의하여 특정한 법원을 관할법원으로 정하는 것을 인정하고 있다. 그러나 거래약정서에 의해 관할법원을 피심인의 소재지 법원으로 정하는 경우 피심인은 상대방과의 소송관계를 피심인의 소재지에서 처리할 수 있는 이익을 가지나 상대방은 소송관계에서 언제나 불이익이 따른다고 할 것인데 피심인이 이와 같이 피심인의 주소지 법원을 관할법원으로 규정한 것은 거래상대방에게 불이익한 거래조건임이 인정된다.

(3) 제21조의 준용에 관한 사항에서 계약서에 명시되지 않은 사항에 대하여 당사자의 의견이 일치하지 않

을 경우에는 권한있는 제3자의 객관적인 판단에 의하여야 함에도 불구하고 피심인이 계약에 명시되지 않은 사항은 피심인의 규정과 피심인이 발하는 제규정 및 지침 또는 지시에 따르도록 규정하였는 바, 이는 거래상대방에게 불이익한 거래조건임이 인정된다.

(4) 이상을 종합하여 보면 피심인의 이와 같은 거래조건 설정행위는 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 거래상대방에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정한 행위로 인정된다.

다. 백화점고시에 의한 부당한 강요행위에 관한 점

피심인이 거래처와의 매장위치 변경은 통상 구두협의 후 시행하고 있다고 하나 이를 입증할 자료가 없고 신고인이 매장 위치변경에 대해 아무런 협의요청을 받은 사실이 없다고 주장하는 바, 피심인이 신고인의 매장을 4회에 걸쳐 변경한 행위는 사전에 상호계약한 매장위치에 대하여 정당한 이유없이 계약기간 중에 일방적으로 변경을 강요한 것으로 인정된다.

3. 법령의 적용

(주)태화의 1.가.의 행위는 불공정거래행위의 유형 및 기준에 관한 고시 제1조 제2호(기타의 거래거절)에 해당되어 법 제23조 제1항 제1호의 규정에 위반되고, 1.나.의 행위는 같은 고시 제6조 제4호(불이익 제공)에 해당되어 법 제23조 제1항 제4호의 규정에 위반되며, 1.다.의 행위는 백화점고시 제6조 제5호(부당한 강요 행위)에 해당되어 법 제23조 제1항 제4호의 규정에 위반되므로 각각 법 제24조의 규정을 적용하여 주문과 같이 의결한다.

<주 문>

가. 피심인은 계속적인 거래관계에 있는 거래상대방에 대하여 부당하게 거래를 거절하는 행위를 하여서는 아니된다.

나. 피심인은 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 다음과 같은 행위를 하여서는 아니된다.

(1) 거래상대방과 위·수탁거래계약을 체결함에 있어 거래상대방에게 불이익이 되도록 계약해지에 관한 조항, 관할법원에 관한 조항, 계약서에 명시되지 아니한 사항에 관하여 피심인의 지침에 따르도록 하는 조항 등의 거래조건을 설정하는 행위.

(2) 거래상대방과 사전에 상호계약한 매장위치를 정당한 이유없이 계약기간 중에 일방적으로 변경하도록 강요하는 행위.

다. 피심인은 이 시정명령을 받은 날로부터 60일 이내에 거래상대방과 체결한 위·수탁거래계약서 중 제

18조, 제20조, 제21조를 주문 2.가.에 따라 삭제하거나 수정하여야 한다.

라. 피심인은 이 시정명령을 받은 날부터 30일 이내에 인정된 사실과 같은 행위를 함으로써 독점규제 및 공정거래에 관한 법률에 위반되어 공정거래위원회로부터 시정명령을 받았다는 사실을 자기의 모든 점포임차인과 납품업자에게 서면으로 통지하여야 한다. 단, 통지문안은 사전에 공정거래위원회와 협의를 거친 것 이어야 한다.

4. 해설 및 평석

가. 거래거절행위

(1) 거래거절행위의 유형

거래거절행위라 함은 부당하게 거래의 개시를 거절하거나 계속적인 거래관계를 자의적으로 중단하거나 거래하는 상품 또는 용역의 수량이나 내용을 현저히 제한하는 행위를 가리킨다. 사시장경제하에서는 원칙적으로 계약체결의 자유, 내용결정의 자유, 계약방식의 자유가 인정된다.

따라서 상대방과의 거래조건, 가격 등이 타당하지 않을 때는 물론 계약의 체결이나 갱신을 거절할 수 있다. 그러나 거래거절이 공정한 거래를 저해할 우려가 있을 때에는 경쟁법의 고유의 관점에 따라 이는 금지되는 것이다.

(2) 공동의 거절행위와 기타의 거래거절

독점규제 및 공정거래에 관한 법률은 제23조 제1항 제1호 전단의 ‘부당하게 거래를 거절하는 행위’로써 모든 사업분야에 공통적으로 적용되는 일반불공정거래행위의 유형으로 불공정거래행위의 유형 및 기준에 관한 고시(1995.7.8. 공정위 고시 제 95-6호, 이하 일반고시라 한다)는 제1조 ‘거래거절’의 항목으로 제1호에서 공동의 거래거절을 그리고 제2호에서 기타의 거래거절을 정하고 있다.

고시 제1조의 제1호의 공동의 거래거절과 제2호의 기타의 거래거절과의 본질적인 차이는 전자가 자기와 경쟁관계에 있는 사업자와 공동으로 행하는 것인데 반해 후자는 개별사업자가 독자적으로 행하는 점에 있다. 또한 전자의 거래거절은 행위의 공동성으로 인하여 그 위법성이 당연히 추정되고 있다(공정거래위원회, 공정거래연보 1993년판, 111면 참조). 그리하여 공동의 거래거절행위는 정당한 이유가 없는 한 원칙적으로 위법한 것으로 평가된다.¹⁾

반면 후자의 경우에는 거래거절행위가 ‘부당하게’ 행하여진 때에 한해 금지되는 것이다. 따라서 단독의 거래거절은 원칙적으로 적법하므로 위법성에 대한 적극적인 설시가 필요하다(권오승 외, 공정거래법심결례100선, 법문사, 219면).

(3) 기타의 거래거절행위

공정위는 위의 사실 1.가.에 대하여 고시 제1조 제2호의 기타의 거래거절행위로서 계속적 거래관계에 있는 특정사업자에 대하여 부당하게 거래를 중단하는 행위로 판단하고 있다.

한편 피심인은 1996년 8월 중 3층매장을 여성의류매장으로 복층화하는 것에 대비하여 사전에 서울 소재 유명브랜드를 유치하기 위해 부득이 복층공사 완료전까지 기존 2층에 입점해 있던 지방브랜드를 임시 철수하지 않으면 안될 형편이었기 때문에 신고인의 매장에 대한 철수조치가 이루어졌다고 항변하고 있다. 이에 대하여 공정거래위원회는 피심인의 항변사유는 단순한 피심인 측의 사정만을 고려한 것이고 신고인의 귀책사유가 전혀 없음에도 불구하고 일방적으로 신고인의 매장을 철수하였음을 고려하여 이를 부당하게 거래를 거절한 행위로 판단하고 있다.

불공정거래행위의 '불공정성' 혹은 '부당성'의 의미에 관한 해석에 있어서는 여러가지 견해가 있다. 그러나 우리법의 연혁과 체계상 건전한 상도의(商道義)에 반하는 경쟁행위를 소위 불공정한 거래행위 또는 부정경쟁행위라고 볼 수 있다(정호열, 부정경쟁방지법론, 삼지원, 1993, 110-1면 참조). 여기에서 신고인의 귀책사유는 전혀 없고, 피심인이 자신의 영업정책상 신고인의 정당한 이익을 훼손하면서 일방적으로 거래를 거절하는 행위는 선량한 풍속 내지 건전한 상도의에 반하는 것으로 평가된다.

나. 우월적지위남용행위

(1) 총설

우월적지위 남용행위라 함은 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위(법 제23조 제1항 제4호)를 말한다. 이 규정에 의거하여 불공정 거래행위의 유형 및 기준에 관한 고시 제6조는 구입강제, 이익제공강요, 판매목표 강제, 불이익제공, 경영간섭 등의 5가지의 하위유형을 여기에 포섭시키고 있다.

우월한 지위를 남용하는 행위가 되기 위해서는 첫째 자신의 거래상의 지위가 상대방에 비해 우월하여야

1) 우리 불공정거래행위의 구성요건을 당연위법(當然違法; per se illegal)의 법리가 적용되는 것과 합리성(合理性)의 원칙(Rule of Reason)이 적용되는 것으로 이원화하는데 대해 강력한 반론이 제기되고 있다. 그 이유는 '불공정' 혹은 '부당한 거래관계'가 기본적으로 문제되는 것이고, 공정거래법 제23조 제1항 본문이 '공정한 거래를 저해할 우려'라는 표현을 구사하고 있으며 또 동항에서 열거하는 6가지의 불공정거래행위 중 5가지가 '부당하게'라는 요건을 포함하고 있기 때문이다.

그러나 법의 규정은 공정위 고시를 통해 구체적인 사건에 적용되는 것이다. 또 고시 소정의 구성요건들은 '부당하게'라는 요건을 가진 것과 '정당한 이유없이'라는 요건을 가진 것으로 이원화되어 있으며, '정당한 이유없이'라는 요건을 가진 경쟁(혹은 거래)행태들은 일반적으로 공정경쟁이나 공정거래를 심각하게 저해하는 것들이다. 그리하여 우리나라에서도 미국법의 당연위법 법리를 차용하여 불공정거래관행들을 차별화하는 것이 바람직한 접근방법이 아닌가 생각된다.

하고, 둘째 상대방과의 거래에서 이 우월한 지위를 이용하여 고시 제6조 소정의 행위를 행하여야 한다. 여기서 핵심이 되는 것은 따라서 우월적 지위의 인정은 사업규모의 단순한 차이뿐 아니라 거래상대방의 타방에 대한 거래관계에서의 의존도, 영향력 등 종합적으로 고려하여야 한다. 특히 계속적 거래관계에 있어서 상대방의 타방에 대한 구속력이 인정될 때에는 우월적 지위의 사업자로 인정될 여지가 높다고 할 것이다(권오승 외, 앞의 책, 321면 참조).

또한 불공정거래행위의 유형으로서 우월적지위 남용은 시장지배적 지위의 남용과 다르다(법 제3조 이하 참조). 시장지배적 지위에 이르는 경우에는 당연히 불공정거래행위에서 말하는 우월적 지위에 해당된다. 그러나 우리나라의 불공정거래행위는 독점사업자의 지위남용을 규제하는데 국한되는 것이 아니고, 독일 부정경쟁방지법처럼 상도의(商道義)에 반하는 불공정한 수단에 의한 경쟁을 포괄적으로 규제하고 있다(Volker Emmerich, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 3. Aufl., S. 42ff.). 이는 우리 공정거래법이 시장지배적 지위남용행위와 불공정거래행위를 의도적으로 구분하여 입법하고 있는데서 명백하게 확인되고, 이러한 규제태도는 미국 독점금지법이나 일본의 사적독점금지법의 규제방식과 현저하게 다른 점이다.

문제는 동일한 사실이 불공정거래행위의 유형 중 우월적지위 남용행위와 시장지배적 지위남용행위의 구성요건을 동시에 충족할 경우 중복적용할 것인가, 아니면 어느 한 구성요건을 적용할 것인가의 문제가 있다.²⁾

이에 관하여 공정거래법 제3조가 불공정거래행위에 관한 법 제23조에 대해 특별법의 지위에 있는 것으로 보아, 시장지배적사업자가 그 지위를 남용하는 경우에는 법 제3조 이하의 규정을 우선 적용하고 과징금, 형벌 등의 제제도 그에 따른다고 풀이한다(권오승 외, 앞의 책, 55면 및 61면 참조).

(2) 불이익제공의 금지

고시 제6조 제4호의 불이익제공은 구입강제, 이익제공강요, 판매목표강제 이외에 해당하는 행위의 방법으로 거래상대방에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 주는 행위이다.

원칙적으로 사시장경제에서 거래조건, 즉 계약의 내용은 당사자 사이의 약정에 따라 자유롭게 정할 수 있는 것이지만, 거래상 우월한 지위에 있는 상대방이 그 지위를 이용해 타방에게 불리한 거래조건을 설정, 변경하는 경우에는 공정한 경쟁을 저해할 우려가 있다.

여기에서 경쟁법이 개입하여 일정한 요건에 해당되는 불이익 제공행위를 불공정거래행위의 하나로서 규제하는 것이다. 다만 계약당사자의 계약내용의 결정에는 당사자의 의사가 우선적임을 고려할 때 불이익제공의 구성요건해당성에 관한 판단에 있어서는 신중을 기할 필요가 있고, 이에 관하여는 '부당성'에 관한 해석과 동일하게 당사자의 사업규모, 활동범위 등을 참작하여 선량한 풍속 내지 건전한 상관습상 허용되는지 여부가 궁극적인 기준이 된다고 할 것이다(Emmerich 저/정호열 역, 부정경쟁법, 삼지원, 1996, 64면 이하 참조).

2) 법 제3조의 시장지배적 지위남용행위의 제유형들은 불공정거래행위 중 거래 거절, 우월적지위 남용, 사업활동방해의 행위유형과 결합할 소지가 특히 많다.

(3) 본건의 경우

공정거래위원회는 거래상대방에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정한 행위로 계약해지에 관한 사항, 재판관할, 준용에 관한 사항을 들고 있다.

1) 해지권유보

피심인은 '을이 갑의 명예와 신용을 훼손할 때', '기타 본 계약서에 명시된 각 조항을 위배하거나 부득이한 사유가 있을 때'에 해지권을 취득하는 것으로 정하고 있다.

계약당사자는 원칙적으로 민법 제543조 제1항의 규정상 합의를 통해 해지, 해제권을 유보할 수 있다. 대등한 당사자 사이의 진정한 합의를 전제로 하여, 우리 민법상 해지권의 유보에는 특별한 제한이 없고 또 별도의 방식이 필요하지 않다.

물론 상대방은 약정해지권의 행사에 대하여 손해배상청구를 할 수 없게 된다. 다만 합의에 의한 해지권의 유보가 민법 제104조 소정의 폭리행위에 해당한다든가 혹은 해지권발생의 조건이 오로지 당사자 일방에 의해 좌우되는 때는 해지권유보에 관한 합의는 무효라고 풀이된다.

한편 불공정거래행위에 관한 고시 제6조 제4호의 불이익제공금지에는 당사자 일방이 우월한 지위를 이용하여 상대방에게 불이익한 거래조건을 제시하는 것을 금지한다. 그러므로 민법 제103조나 제104조의 요건을 갖추지 못한 때에도 건전한 상도의상 허용되지 않는 정도의 불이익한 거래조건을 설정이나 변경을 경쟁법의 관점상 위법한 것으로 파악한다.

이 사건에서 피심인이 자신의 명예와 신용을 훼손한 때 혹은 기타 부득이한 사유가 있는 때에 해지권을 취득한다고 정한 것은 막연한 내용의 자의적인 거래조건으로 볼 수 있다.

2) 재판관할

공정거래위원회의 판단에서 나타난 바와 같이 당사자는 약정을 통해 임의관할을 창설할 수 있다(민사소송법 제26조). 따라서 피심인의 주소지를 재판적으로 한다고 해서 이를 일률적으로 상대방에 대한 불리한 거래조건으로 볼 수는 없다.

따라서 거래조건과 제반 정황, 그리고 관할설정에 관한 관행 등을 고려하여 그 부당성에 대한 공정위의 충분한 설시가 필요했다고 생각된다.

3) 소위 '준용'에 관한 사항

당사자의 의사가 명백하지 않거나 흠결되는 경우에는 당사자의 숨겨진 의사를 추적하거나 그 때 그 사회에서 통용되는 관행에 따르는 것이 의사표시 해석의 기본이다(민법 제105조, 제106조 참조). 이 사건의 경우 계약에 명시되지 않은 사항은 피심인의 규정과 지침, 심지어는 피심인의 그때 그때의 '지시'에 따르도록 정한 것은 백화점의 납품업자에 대한 우월한 지위를 배경으로 설정한 전형적인 불이익 거래조건으로 판단된다.

다. 백화점고시 위반

(1) 특수불공정거래행위

우리나라의 불공정거래행위법의 체계는 일반 불공정거래행위와 특수 불공정거래행위의 이원적 체제로 되어 있다.³⁾ 즉 공정거래법 제23조 제1항은 불공정거래행위에 관하여 6가지의 포괄적인 구성요건을 제시하되, 구체적인 유형과 기준을 공정거래위원회의 고시에 맡겨 모든 사업분야에 공통되는 불공정거래관행들을 일반적으로 규제하고 있다.

나아가 공정거래법 시행령 제36조 제1항과 제2항은 특정한 사업분야에 국한하여 적용되는 불공정거래행위의 유형 및 기준을 지정할 수 있다고 정한다. 이에 의거하여 지정된 특수 불공정거래행위로는 공공건설공사 저가입찰고시, 경품 고시, 할인특매 고시, 학습교재 등 고시, 백화점 고시, 주유소등 석유판매업 고시 등의 6가지가 있다.

특수 불공정거래행위는 일반 불공정거래행위에 대해 특별법적 지위에 서는 것으로 해석되는 것이다. 예컨대 백화점고시에서 열거된 여러가지 행위유형은 공정거래법 제23조 제1항 제4호의 우월적지위남용행위에 관한 일반고시에 앞서 백화점업자에게 우선적으로 적용되고, 여기에 해당되지 아니하는 불공정거래관행에 대하여는 물론 일반고시가 적용될 여지가 있다.

(2) 백화점고시

납품업자에 대한 관계에 있어 백화점업자는 사업규모나 기타의 여러가지 점에서 일반적으로 우월한 지위에 있다고 할 것이며, 특히 대규모의 지속적인 구매자로서 백화점은 소위 수요력의 남용(Mißbrauch der Nachfragegemacht)이 가능한 대표적인 사업자이다(Emmerich 저/정호열 역, 부정경쟁법, 26면 및 147면 참조). 그 결과 백화점이 강력한 우월적 지위의 남용을 막아 임차인이나 납품업자들의 정당한 권익을 보호하고 경제단계간의 공정한 거래의 풍토를 조성할 필요가 있게 되는 것이다.

그리하여 '백화점업에 있어서의 특수 불공정거래행위의 유형 및 기준'에 관한 지정 고시(1992.6.18 공정위 고시 제92-2호)는 백화점 특유의 우월적지위 남용행위의 유형으로서 부당반품, 부당감액, 판매대금의 부당한 지급지연, 부당한 강요행위, 부당한 수령거부, 판매종업원의 파견, 광고비의 부당전가 등의 7가지의 행태를 열거하고 있다.

백화점고시에서 열거된 다수의 구성요건들은 '부당하게' 또는 '정당한 이유없이' 라는 요건을 달고 있지 아니하다(예컨대 부당반품, 부당감액, 부당한 강요행위 등에 관한 고시 규정 참조). 그리하여 객관적 요건에 해당되는 이러한 행위들은 부당성에 관한 별도의 판단없이 바로 위법성이 인정될 수 있는 특색을 보이고 있으며, 이는 백화점의 수요력남용에 대한 강력한 견제장치가 되는 것이다.

(3) 본건의 경우

3) 또한 미국이나 독일의 경우와 달리 불공정거래행위에 대한 일반조항이 없고, 개별 구성요건을 한정적으로 열거하는 것은 우리 불공정거래관행법의 기본적인 특색이라고 하겠다.

공정거래위원회는 피심인과 신고인의 계약기간 중 4차례에 걸쳐 신고인의 매장위치를 변경하였으며 특히 2차에서 4차까지의 매장위치의 변경은 신고인과의 사전협의없이 이루어졌음을 인정하고, 이 사실에 대해 백화점고시 제6조 제5호의 부당한 강요행위에 관한 규정을 적용하고 있다.

피심인은 통상 구두협의 후 입점자의 매장위치를 변경하고 있다고 항변하고 있으나, 백화점고시 제6조 제5호의 규정상 객관적 구성요건을 충족하는 행위가 있으면 그 행위의 위법성은 일단 추정이 되는 것으로 풀이된다. 그러므로 피심인은 위법성을 조각하는 정당한 사유를 입증하여야 행위의 불공정성을 면하게 되는 것이다.

행위만으로 당연히 위법성이 추정되는 것으로 피심인측이 정당한 이유가 있음을 입증해야 할 것이다. 이 건의 경우 정당한 사유가 존재한다는 피심인의 별다른 입증이 없는 한, 피심인의 행위는 백화점고시 제6조 제5호의 부당한 강요행위로서 공정한 거래를 저해하는 행위로 평가되어야 한다. 따라서 이에 관한 공정위의 판단은 정당한 것이다.

2 철도차량 제작 3개사의 부당한 공동행위

· 1996. 6. 18. 공정거래위원회 심결/사건 번호 9604 공동 0305

1. 사실 개요

현대정공(주) 등 제작3사(이하 '피심인'이라 한다)는 철도차량을 제작판매하는 사업자들로서 공정거래법 제2조 제1호에 규정된 사업자에 해당된다.

가. 피심인들은 국내 철도차량 제작 및 판매관련 시장을 과점하고 있으나 전장품 등 차량을 가동하기 위한 주요 부품들은 대부분 수입에 의존하고 있다. 이들의 해외공급업체는 기술제휴사가 아닌 경우에는 차량의 주요 부품을 공급해 주지 않는 것이 관행으로 되어 있다. 또한 전동차 국내판매가격이 수출가격에 비해 상당히 낮은 가격으로 형성되어 있으며, 피심인들은 전동차판매와 관련하여 이익을 실현하지 못하고 있으며, 실제 생산량은 최대생산량에 비해 상당히 낮은 수준에 머물고 있다.

나. 피심인들은 철도청에서 실시한 입찰과 관련하여 미리 자기가 응찰할 금액을 경쟁사업자에게 미리 알려 경쟁사업자로 하여금 높은 금액으로 응찰하도록 유도하여 낙찰받은 사실이 있다. 그리고 입찰공고규격의 특성상 2차 발주분부터는 호환성과 관련하여 특정회사(수주예정회사) 이외에는 입찰에 참여하더라도 해외부품공급이 사실상 불가능하여 자신이 입찰할 필요가 없음에도 불구하고 수주예정회사가 일반경쟁입찰의 형태로 낙찰받을 수 있도록 들러리로 입찰에 참여한 사실이 있다. 또 피심인들은 수주예정회사가 높은 가격으로 낙찰받을 수 있도록 예정가격보다 월등히 높은 가격으로 응찰하여 여러차례 유찰시키는 방법으로 철도청의 예정가격을 상향조정하여 재입찰을 유도한 후, 수주예정회사가 상향조정된 예정가격과 거의 같은 가격으로

낙찰받을 수 있도록 밀어주기 역할을 한 사실이 있다.

2. 심결 요지

가. 공동으로 가격을 결정·유지한 점

피심인들은 철도청에서 실시한 6건의 입찰에 참가함에 있어 사전담합을 통하여 사실상 수주예정회사를 결정하고, 수주예정회사가 예정가격보다 높은 가격으로 응찰하겠다고 알려 주면 월등히 높은 금액으로 응찰함으로써 유찰시키고 그후 철도청으로 하여금 예정가격을 상향조정하여 재입찰을 실시하게 한 후, 수주예정회사가 당초보다 높은 가격으로 책정된 예정가격과 거의 같은 금액으로 낙찰받을 수 있도록 밀어주기 또는 들러리 역할을 한 행위에 대하여 공정위는 이를 공동으로 가격을 결정·유지한 행위로 판단하였다.

나. 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위에 관한 점

피심인들이 자발적으로 입찰에 참가하여 의도적으로 예정가격보다 높게 응찰한 것은 수주예정회사가 높은 가격으로 낙찰받을 경우 다음 발주분에 대한 철도청의 예정가격을 높이는 효과가 있어 향후 자기들이 수주할 물량에 대하여 높은 가격으로 계약할 수 있는 반사이익을 기대한 것으로 공정위는 판단하였다. 나아가서 국내전동차 판매시장을 과점하고 있는 피심인들이 경쟁을 하지 아니하고 위의 행위를 한 것에 관하여 공정위는 이를 전동차 판매시장에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위로 인정하였다.

다. 피심인의 항변과 공정위의 판단

피심인들은 입찰공고의 특성상 특정한 피심인만이 수주할 수 있었기 때문에 입찰에 참여할 필요가 없었으나 철도청의 권유에 의하여 부득이 입찰에 참여한 것이며, 만일 수주할 의사가 없는 건에 대하여 낙찰받을 경우 사실상 계약이행이 곤란하기 때문에 수주예정회사보다 높은 가격으로 응찰하였을 뿐 특정한 피심인이 낙찰받도록 담합한 사실은 없다고 주장하였다.

이에 대하여 공정위는 수주예정회사로 하여금 높은 가격으로 낙찰받게 함으로써 다음 발주시의 자신들의 반사적 이익을 기대하였고, 또 철도청의 권유에 따라 본건 행위가 이루어졌다고 하더라도 당해 입찰에 대한 참가 여부는 피심인들의 자율적 판단에 따른 것이므로 피심인들의 주장은 이유가 없다고 판단하였다.

라. 피심인들은 사실관계 나.의 행위와 관련하여 법 제19조 제1항 단서의 규정에 의하여 사전에 공정거래위원회의 인가를 받은 사실이 없다.

3. 법령의 적용

피심인들의 행위는 공정거래법 제19조 제1항 제1호에 위반되므로, 같은 법 제21조의 규정을 적용하여 주문과 같이 의결한다.

〈주 문〉

가. 피심인들은 앞으로 전동차 구매와 관련한 입찰에 참여함에 있어 경쟁사업자에게 자기가 응찰한 금액을 사전에 알려주어 자기가 낙찰받도록 하거나, 경쟁사업자가 낙찰받도록 하기 위하여 들러리로 입찰에 참여하는 등의 방법으로 경쟁사업자와 공동으로 가격을 결정·유지함으로써 전동차 판매분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위를 하여서는 아니된다.

나. 피심인들은 이 시정명령을 받은 날부터 30일 이내에 위 가.의 행위를 함으로써 공정거래법에 위반되어 공정거래위원회로부터 시정명령을 받았다는 사실을 1개 중앙일간지(全版)에 5단×18.5의 크기로 연명으로 1회 게재함으로써 공표하여야 한다. 단, 공표 관련 대상 일간지의 범위, 게재면, 공표문안 및 활자크기는 사전에 공정거래위원회와 협의를 거친 것이어야 한다.

4. 해설 및 평석

가. 총설

입찰담합은 카르텔행위 혹은 경쟁제한행위의 전형적인 예의 하나라고 할 수 있다. 또 건설공사에 대한 정부입찰의 경우 업자간 혹은 사업자단체간의 담합(談合)이 관행화되어 있다시피 한 우리나라의 경우에는 이에 대한 규제 필요성이 특히 현저하다. 그리하여 이들 행위는 기본적으로 공정거래법 제19조 소정의 부당한 공동행위에 관한 규정이 적용될 수 있다. 즉 공정거래법 제19조 제1항 본문은 '사업자는 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 각호의 1에 해당하는 행위를 할 것을 합의(이하 '부당한 공동행위'라 한다)하여서는 아니된다'라고 정하고, 이에 해당하는 행위로서 가격협정, 거래조건협정, 공급제한협정, 시장분할협정, 설비제한협정, 상품의 종류 및 규격제한협정, 회사의 설립, 다른 사업자의 사업활동제한 등 8가지를 제한적으로 열거하고 있다.

그러나 카르텔행위라고 할지라도, 산업합리화, 연구·기술개발, 불황극복, 산업구조의 조정, 중소기업의 경쟁력 향상 또는 산업조건의 합리화를 위한 경우로서 대통령이 정하는 바에 의하여 공정거래위원회의 인가를 받은 경우에는 위법성이 조각된다(동조 단서 참조).

나. 부당한 공동행위의 일반적 요건

법문에서 명시되어 있는 바와 같이 부당한 공동행위가 되기 위해서는 사업자가 다른 사업자와 공동으로 일정한 시장에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 법 소정의 행위를 하여야 한다. 그리하여 카르텔행위가 되

기 위하여는 첫째 법 제19조 제1항에 열거된 유형에 속하는 행위를 할 것, 둘째 계약, 협정, 결의 등의 방법으로 사업자들이 공동으로 위와 행위를 할 것, 셋째 일정한 거래분야의 경쟁을 실질적으로 제한할 것 등의 세가지 요건이 필요하다. 공통적으로 문제가 되는 두가지 요건, 즉 행위의 공동성과 경쟁의 실질적 제약에 한해 간단하게 정리하면 다음과 같다.

(1) 공동의 행위가 있을 것

가) 의사의 연락과 일치된 행위

카르텔행위는 사업자들이 공동으로 행한다는 점에서 독점금지법이 규제하는 다른 행태들과 일단 구별된다. 예컨대 독점사업자의 시장지배적 지위의 남용이나 불공정거래행위는 원칙적으로 해당 사업자가 단독으로 저지르는 반경쟁행태이다.⁴⁾

그리하여 카르텔행위가 되기 위하여는 둘 이상의 사업자들 사이에 공모(共謀), 의사의 상호적인 소통, 혹은 행위의 공동성에 대한 일방적 인식 등을 통해 특정 시장에서의 경쟁제한에 대한 공동의 이해가 이루어지고, 그 다음 이러한 이해의 기반위에서 공동행위에 가담하는 사업자들이 일치된 영업행태를 보여야 한다.

한편 1992년 개정법에 의하면 '합의'만으로 부당한 공동행위의 구성요건을 충족시킬 수 있고, 행위의 일치는 구성요건상 필요하지 않은 것으로 법문상 해석될 여지가 있다(권오승 외, 심결례100선, 142면 참조). 그러나 단순히 의사의 합치만으로 경쟁에 대한 실질적 제한이 가능한지는 의심스럽다. 미국법의 경우에는 거래제한을 위한 계약(contract), 결합(combination) 또는 공모(codnsspiracy) 그 자체를 직접적으로 금지하고(서면법 제1조), 또 독점을 위한 시도 그 자체를 비행(misdemeanor)으로 간주하고 있다(동법 제2조). 원인금지주의를 채택하지 아니하고 기본적으로 폐해규제주의를 취하는 우리법의 해석에 있어서는 부당한 공동행위가 인정되기 위해서는 여전히 행위의 일치가 필요하다고 풀이함이 옳다고 생각된다.

나) 암묵적 요해와 인식있는 평행행위

사업자들이 사전적인 의사소통 없이 우연히 사업자들이 법 소정의 가격결정이나 거래조건설정에서 동일한 행태를 보인 경우는 공정거래법 제19조의 부당한 공동행위가 아니다(황적인/권오승, 신고판 경제법, 158면; 일본 공정거래위원회 전통적 입장).

그러나 사업자 상호간의 의사의 연락에 대해 엄격한 입증을 요구할 경우에는 카르텔행위에 대한 실효성있는 규제는 불가능하게 된다. 여기에서 의사의 연락에 대하여는 법문이 열거한 계약, 협정, 결의 등의 명시적인 방법은 물론이고, 묵시적인 양해에 입각한 동조행위(소위 암묵적 了解)가 있는 경우에도 의사의 연락 내지 합의가 있는 것으로 풀이하는 것이 보통이고, 암묵적 요해에 대하여는 행동이 일치되었다는 결과적 사실

4) 물론 불공정거래행위 중 공동의 거래거절이나 집단적 차별취급 등의 경우에는 사업자들이 일치된 행태를 보이고 있고(권오승 외, 공정거래법심결례100선, 법문사, 201면 이하 참조), 이러한 행위가 부당한 공동행위의 요건을 충족시키는 경우 카르텔행위로서 또한 규제가 가능할 것으로 생각된다.

로부터 거꾸로 암묵적 요해의 존재를 인정할 수 있다(권오승, '부당한 공동행위의 제한', 독점규제법연구, 삼영사, 105-8면 참조).⁵⁾

나아가서 사전적인 의사의 소통은 없었으나 사업자들이 평행적인 행태를 보이고 있음을 서로 인식하는 경우에 대해서도 우리 법은 명문으로 규율하고 있다. 즉 복수의 사업자가 일정한 거래분야에서의 경쟁을 실질적으로 제약하는 행태를 보이고 있는 경우 이들 사이에 그러한 행위를 위한 명시적인 합의가 없는 때에도 부당한 공동행위를 하는 것으로 추정하고 있다(동법 제19조 제3항).

이 규정은 미국 독점금지법에서 전개된 소위 인식있는 평행행위에 관한 법리(conscious parallelism)를 수용한 것으로서, 규제당국으로 하여금 카르텔가담자 사이의 의사연락에 관한 입증을 경감시켜 가격담합행위를 강력하게 규제하기 위한 것이다. 즉 소주사업자들의 공통의 가격행태가 보여 주는 바와 같이, 과점시장에서는 특정한 사업자가 새로운 영업정책을 결정하면, 경쟁사업자들은 서로 이득이 되는 이 영업정책을 그대로 추수하는 예가 많다. 이 경우 과점시장의 사업자들은 담합은 없었으나 인식있는 평행행위를 한 것으로 된다.

다) 카르텔의 구속력에 관한 문제

카르텔의 협정당사자에 대한 구속력에 관하여는 우리법에 명시적인 언급이 없다. 그러나 카르텔이 인정되기 위해서는 소속 사업자들이 카르텔체제 혹은 협정체제에 구속되어야 하는 것으로 풀이함이 보통이다(황적인/권오승, 앞의 책, 159-160면 참조). 그러나 이 구속은 협정위반자에 대한 명시적인 제재에 국한되는 것이 아니고, 협정에 아무런 명시적인 제재조치가 없다고 하더라도 협정체제에 속하는 사업자가 협정을 위반할 경우 가해지는 유형, 무형의 사실적인 제재, 예컨대 카르텔로부터의 차별이나 소외 등을 모두 포섭하는 것이다. 나아가서 협정에 의해 형성된 공동인식에 기하여 상대방이 그 협정을 지킬 것이라는 기대하에 서로 합의의 내용을 준수하는 관계로서 충분하다고 해석하고 있다(황적인/권오승, 160면 참조).

그리고 카르텔은 시장의 과점구조나 사업자단체에 의한 암묵적인 조정 등을 통해 협정당사자에게 강력한 구속력을 가지고 또 시장에서의 경쟁을 제한하는 강도가 강한 경우가 대부분인 점을 고려할 때, 카르텔의 구속력에 관한 별도의 논의는 실질적으로 필요하지 않다고 생각된다.

한편 협정의 구속력은 상호적인 것이어야 하므로, 협정의 일방당사자만을 구속하고 타방은 구속하지 아니하는 경우에는 구속의 상호성이 없어 부당한 공동행위가 되지 아니한다. 물론 부당한 일방적 구속의 경우에는 시장지배적 지위의 남용이나 불공정거래행위 중 우월적 지위남용이 문제될 수 있다고 생각된다. 그 다음이 구속은 모든 협정당사자들을 공통으로 구속하여야 하는가, 즉 구속의 공통성이 필요한지 여부에 관하여는 논란이 있다.⁶⁾

(2) 경쟁을 실질적으로 제한할 것

5) 현재 우리나라의 공정위 심결절차는 직권주의적으로 이루어지므로 당사자의 입증은 진지하게 다루어지는 문제가 아니다. 그러나 사건이 사법절차에서 다루어질 경우에는 입증책임과 입증의 문제는 공정거래법의 실효성 확보에 있어서 관건이 될 것이다. 이는 시장지배적 지위의 남용이나 불공정거래행위의 경우에도 마찬가지이다.

사업자들의 공동행위가 모두 금지되는 것은 물론 아니다. 사전적인 의사소통에 기한 사업자들의 공동행위가 일정한 거래분야에서의 경쟁을 실질적으로 제한할때 법은 이를 부당한 공동행위로 규제하게 된다.

‘일정한 거래분야에서의 경쟁의 실질적 제약’은 우선 관련시장의 범위확정을 전제로 한다. 즉 일정한 거래분야라 함은 거래의 객체별, 단계별 또는 지역별로 경쟁관계에 있거나 경쟁관계가 성립될 수 있는 분야(공정거래법 제2조 제8호), 다시 말해 시장을 의미하고, 관련시장의 범위확정을 위한 실무적 기준(사업자단체의 경쟁제한행위등록 심사기준)의 섬세한 전개가 필요하다. 관련시장의 확정은 기업 결합이나 카르텔행위에 대한 공정거래법 적용의 기본적인 전제가 된다.

그 다음 부당한 공동행위가 되기 위해서는 ‘경쟁을 실질적으로 제약’(substantial restraint of trade)하여야 한다. 이는 사업자들의 공동행위로 말미암아 당해 시장에서의 경쟁이 질적, 양적으로 위축되고, 유효경쟁하에서 나타날 수 없는 시장폐해가 작출되는 상황을 의미한다. 경쟁의 실질적 제약 여부를 심사하는 공정위의 실무지침으로는 ‘기업결합에 관한 심사요령’이 있으며, 미국법의 경우에도 시장상황과 정치상황을 반영한 독점금지정책의 강도에 따라 합리성의 원칙(rule of reason)에서 추정성의 원칙(prima facie rule)으로 다시 사실상의 합리성의 원칙(de facto rule of reason) 등으로 변모해 오고 있다(William G. Shepherd, The Economics of Industrial Organization, 3rd Ed., p.467).

한편 1992년의 법개정으로 부당한 공동행위의 요건에서 행위의 일치가 필요하지 않는 것으로 해석할 여지가 있다 함은 앞에서 언급한 바와 같다.

이러한 해석을 취할 경우에는 ‘경쟁의 실질적 제한’이라는 법문을 ‘경쟁을 제한하게 될’로 문언을 바꾸어 읽어야 한다. 그리고 기업결합과는 달리 카르텔의 경우에는 상당한 정도의 경쟁제한적 효과가 기대되지 아니하여 카르텔의 성공가능성이 희박할 때에는 사업자들 사이에 협정체제를 위한 합의가 성사되기 어려운 것이 사실이다. 협정체제가 강고하지 아니한 경우 협정을 준수한 사업자는 시장점유율이 떨어지는 등 오히려 피해를 입게 될 것이기 때문이다. 여기에서 ‘일정한 거래분야에서의 경쟁의 실질적 제한’이라는 요건은 큰 의미가 없다고 보기도 한다(권오승 외, 심결례100선, 144-5면).

다. 가격결정, 그리고 본건의 경우

공정거래법 제19조 제1항 제1호는 부당한 공동행위의 제1유형으로서 가격결정을 들고 있다. 이는 담합에 의한 인위적인 가격결정이나 유지가 유효경쟁체제에 대한 가장 직접적이고 실질적인 제한이라는 입법자의 의도를 반영한 것이다.

가격 결정에 대한 엄격한 규제는 각국 독점금지법 내지 경쟁제한금지법의 보편적인 현상이라고 할 수 있다. 예컨대 서면법 제1조를 해석함에 있어 미국의 판례는 가격에 관한 공동행위는 그 제한된 가격의 당부를 묻지 않고 그 자체 당연위법(illegal per se)으로 보고 있으며⁶⁾, 독일의 경쟁제한금지법(GWB)은 경쟁제한행위를 원칙적으로 금지하는 일반적인 규정을 두고(GWB §1), 다시 특칙을 두어 가격협정을 무효라고 선언

6) 미국법의 경우에는 수직적 기업결합이 원칙적으로 부당한 거래제한에 해당될 수 있다고 보나, 일본의 경우에는 협정체제의 구속력에 관한 법적 근거를 둘러싸고 상당한 논란이 있다(丹宗/厚谷, 獨占禁止法の基礎, 85면 참조).

하고 있는 것이다(GWB §15).

가격협정은 가격인상은 물론 현행가격의 유지, 기타 가격변경을 위한 것을 포함한다(법 제19조 제1항 제1호 참조). 가격협정을 위한 구체적인 수법에는 확정가격이나 인상율을 정하는 것은 물론 최저가격이나 최고가격을 정하는 것, 표준품목의 가격이나 재판매가격을 정하는 방법, 리베이트(rebate)율이나 마진을 정하는 방법 등 여러가지가 있다.

그리고 거래조건협정이나 지역제한협정 등 기타의 협정 체제도 궁극적으로는 가격의 매개변수적 기능에 의한 시장의 기능에 영향을 준다. 한편 가격인상을 위한 협정의 경우 협정한 바대로 가격이 인상되지 아니 하더라도 어느 정도의 가격인상 효과가 나타난다면 부당한 공동행위가 되는데 지장이 없다(황적인/권오승, 앞의 책, 162면).

이 사건의 경우 피심인들이 관례적인 입찰담합에 따른 들러리와 밀어주기 역할을 통해 입찰예정가격을 상향조정하였다. 이는 기본적으로 공정거래법 제19조 제1항 제1호의 가격결정행위에 해당된다. 피심인들은 사전적인 의사의 소통에 기하여 일치된 행위를 하였고, 전동차시장에서의 경쟁을 실질적으로 제약하고 입찰 가격 나아가서는 전동차시장의 가격을 인위적으로 인상하였다.

또 이 사건의 경우 관련시장의 범위확정이나 행위의 공동성에 대한 입증 등 어려운 문제도 존재하지 않고, 공정거래위원회의 사실관계에 대한 정리나 이에 대한 판단도 논리정연하다. 그리하여 공정위가 피심인들의 행위를 공정거래법 제19조 제1항 제1호의 가격결정 행위에 해당되는 것으로 판단한 것은 법기술적으로 전혀 무리가 없다.

그러나 사실관계에서 보는 바와 같이 철도청의 입찰은 전동차구매제작에 필요한 소요기간을 감안하지 아니하고 납품기한을 설정함으로써 피심인들이 납기를 맞추기 위하여 구매계약도 체결되지 아니한 상태에서 위험부담을 감수하고 사전제작에 착수하게 한 점, 신규 전동차의 발주분에 대해서는 경쟁입찰이 가능하나 2차발주분부터는 사실상 경쟁입찰이 불가능함에도 불구하고 경쟁입찰을 실시한 점, 전동차의 국내판매가격이 수출가격보다 1억 5천만원 정도 낮은 가격으로 형성된 점, 실제 생산량이 최대 생산량에 비해 상당히 낮은 점 등은 피심인들에게 유리한 정황으로 파악된다.

그리고 입찰자인 철도청은 조달청과 더불어 전동차구매시장을 양분하여 수요복점자의 지위를 차지하고 있으므로 현실적으로 피심인들은 이들에 대해 종속적 위치에 서 있다. 따라서 이 사건은 공급과점보다는 오히려 수요과점의 지위가 빚어낸 공동가격결정으로 볼 여지가 있다.

그리하여 철도청의 수요세력남용(Mißbrauch der Nachfragemacht)(Volker Emmerich, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 3. Aufl., 6, 8d)을 문제삼아 입찰예정 가격의 현실화, 납품기한의 현실화, 입찰방법의 개선 등을 유도하고 전동차시장을 유효경쟁체제로 전환시킬 필요성이 있다고 생각된다. 그리고 피심인들 사이에 과징금이 다른 이유나 전동차 구매시장의 다변화 가능성에 대한 공정거래위원회의 설시가 미흡한 점이 아쉽다. ■

7) U.S. v. Trenton Potterise Co., 273 U.S. 392, S. Ct. 377, 71 L. Ed.700(1927)는 이에 관한 고전적인 판례이다.