

2

신문사의 불공정거래행위에 있어서 부당성의 판단기준

1995. 6. 21. 공정거래위원회 의결 제95-115호, 1996. 11. 14. 서울고등법원 95구28993, 1998. 3. 27. 대법원 96누18489 판결 / 조선일보사건

서헌제 / 중앙대 법대 교수

배 경

신문사간의 판매경쟁이 격심해지면서 주요 신문사들이 구독자확보를 위해 경품류를 제공하고 임직원에게 자사신문의 일정 부수 이상을 구독하도록 요구하는 사례가 많았다. 이러한 신문사들의 과당 판촉행위에 대해 공정거래위원회는 공정거래법 위반 여부를 조사하였고 그 결과 이들 행위가 공정거래법상의 부당경품류제공행위, 사원판매 등에 해당한다고 판정하고 시정조치와 함께 과징금을 부과한 바 있다.

이에 대해 신문사측은 신문사지국들의 경품류제공은 본사와는 관련이 없고 또 일정 부수 이상의 판매 실적을 올린 사원에게 시상하는 등 인센티브를 준 것에 불과할 뿐 강제로 판매하지 않았다는 이유로 공정거래위원회의 조치에 대해 이의신청을 하고 이의신청이 받아들여지지 않자 서울고등법원에 시정조치와 과징금부과처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였다. 고등법원에서는 원고측인 신문사가 승소하였으나 대법원에서는 경품류제공 부분에 대하여는 공정거래위원회의 주장을 받아들여 이를 원심법원에 환송하였고 사원판매 부분에 대하여는 신문사의 주장을 인용하는 판결을 하였다(대법원 1998.3.27, 96누18489 판결-조선일보사건, 대법원 1988.3.24, 96누11280 판결-한국일보사건). 현재 이 사건은 파기환송되어 원심법원에서 다시 심리하고 있으나 신문사측에서는 경품류제공 액수가 공정거래법에 위반될 정도로 많지 않다는 새로운 주장을 하고 있는 것으로 알려지고 있다.

이 사건은 신문사간의 과당판매경쟁과 관련하여 우리 나라에서 첫번째 대법원판결로서 경품류제공과 사원판매에 관련된 흥미로운 쟁점들을 다루고 있다. 아래에서는 이 사건의 경과와 공정위의 심결, 고등법원판결, 대법원판결의 내용을 소개하고 판결의 타당성 여부에 대하여 검토하기로 한다.

사건의 개요

1. 조선일보사의 판촉행위

1) 원고(조선일보사)의 대전 내동지국등 11개 지국에서는 1994. 4. 10부터 1995. 5. 20까지 신문구독자 확보를 위하여 조선일보를 1년간 구독하는 조건으로 신규구독자에게 위성안테나 설치등 최저 10,000원에서 최고 18,750원 상당의 경품을 제공하였다(경품제공행위).

2) 원고는 1993. 2. 1부터 동년 3. 25까지 '창간73주년 기념대회'라는 이름 하에 자사 및 계열회사의 전직원 2,226명을 대상으로 1인당 5부 이상 신규구독자를 확보하도록 촉구하고 그 실적에 따라 개인 및 단체별로 상품

을 수여하는 등의 신규구독자 확장계획을 수립, 실시함으로써 확장목표 부수인 10,000부를 훨씬 초과하는 37,944부의 신규구독자를 확보하였다(사원강제판매행위).

3) 원고는 1995. 5. 8 현재 벽제지국등 전국적으로 1,525개의 지국과 '조선일보' 판매에 관한 계약(지국설치약정)을 체결하고 있는데 그 계약조항 중에는 판매지역의 일방적 변경조항(제1조), 일방적 계약해약조항(제9조), 관할법원조항(제12조)이 포함되어 있다(우월적지위남용행위).

2. 공정거래위원회의 시정조치

위 원고의 판촉행위에 대한 조사를 한 이 사건의 피고(공정거래위원회)는,

1) 경품제공행위는 '경품류제공에 관한 불공정거래행위의 유형 및 기준 고시' [공정위 고시 제1993-12호(구경품고시), 공정위 고시 1995-1(신경품고시)] 제7조제1항에 해당하는 것으로서 공정거래법 제23조제1항제3호 전단에 위반되며,

2) 사원판매행위는 '불공정거래행위의 유형 및 기준 고시' [공정위 고시 1993-20(기준고시)] 제5조제2호의 사원강제판매행위에 해당하여 법 제23조제1항제3호 후단에 위반되며,

3) 우월적 지위남용행위는 기준고시 제6조제4호의 우월적지위남용행위에 의한 불이익제공행위에 해당하여 법 제23조제1항제4호에 위반되기 때문에,

원고는 경품제공행위, 사원판매행위 및 우월적지위남용행위를 하여서는 아니된다는 시정명령과 함께 3,000만원의 과징금부과처분을 내렸다.

심결 및 판결의 요지

1. 공정위의 심결 요지(의결 제95-115호, 1995. 6. 21)

1) **경품류제공행위** : 조선일보사와 같은 신문의 제조공급자인 신문발행사는 신문의 특성상 신속한 배달체 계 확립등의 필요성 때문에 신문의 판매를 업으로 하고 있는 지국의 영업활동에 직·간접적으로 관여할 수밖에 없게 된다는 점, 조선일보사가 자체적으로 지국을 상대로 2차에 걸쳐 여론조사를 실시하고 그 결과를 집계분석하여 우선지원의사와 15,000원 정도의 판촉물을 추천하는 종합의견을 낸 점, 지국에게 확장수당을 지원하였고 확장실적이 우수한 지국에게 장려금등을 지원하는 등 영업활동을 지원하고 있음에 비추어 조선일보는 지국들의 경품제공을 결과적으로 사실상 지원한 것으로 인정된다.

2) **사원판매행위** : 자사 및 계열회사 임직원을 상대로 신문판매를 하면서 판매목표량을 부과하여 판매하도록 한 점, 판매실적에 대한 기록관리, 평가등 당해상품의 판매방법을 회사의 방침으로 정하고 판매실적을 종합적으로 관리한 점, 사원확장대회를 연장하고 사내방송을 통해 확장결과를 고지한 점, 판매실적이 우수한 개인 및 단체에 대하여는 시상한 점 등을 종합적으로 고려할 때 임직원에게 신문판매를 사실상 강제한 것으로 판단된다.

3) **우월적지위남용행위** : 피심인은 지국과 신문판매계약을 체결하고 자기가 발행하는 신문을 판매함에 있

어 시한성으로 인한 신속한 배달체계확립의 필요성 등 신문이 가지게 되는 특성상 지국의 영업활동에 직·간접적으로 관여할 수밖에 없게 되므로, 거래기간중 피심인은 지국에 비하여 거래상지위가 우위에 있음이 인정된다. 피심인은 이와 같은 자기의 거래상의 지위를 이용하여 지국에게 불이익이 되도록 거래조건을 다음과 같이 설정하였다.

- 가) 판매구역 일방적 변경조항 : 신문은 공산품과는 달리 시한성으로 인한 신속한 배달체계 확립의 필요상 지국에게 영업구역의 조정과 같은 영업활동에 직·간접적으로 관여할 수 있으나 판매구역의 변경 등은 지국의 영업활동에 중대한 영향을 미치는 것으로 지국과 사전협의를 거치지 않고 일방적으로 변경할 수 있도록 계약서에 규정하였으므로 일방적으로 불이익한 거래조건이다.
- 나) 일방적 계약해지조항 : 계약해지를 지나치게 포괄적이고 추상적으로 규정하였을 뿐만 아니라 상당한 기간을 정하여 사전에 통지도 하지 아니하고 일방적으로 계약해지를 할 수 있도록 규정하였으므로 이는 지국에게 일방적으로 불이익한 거래조건이다.
- 다) 당사자간에 분쟁이 발생하였을 경우에는 민사소송법상 관할법원을 피고의 소재지관할법원으로 하고 있음에도 불구하고 피심인은 분쟁발생시 관할법원을 자기의 관할법원으로 하는 것으로 계약서에 특정함으로써 지국에게 응소상 불편을 초래하게 될 우려가 있으므로 이는 지국에게 불이익한 거래조건임이 인정된다.

2. 원심(서울고법 1996.11.14, 95구28993)판결의 요지

- 1) **부당경품제공행위** : 원고와 지국은 서로 독립된 사업자로서 지휘감독의 관계에 있지 않고 본건 경품제공행위는 지국의 독자적인 행위이며 원고가 지국의 행위에 관여하였다고 볼 수 없다.
- 2) **사원판매행위** : 각 임직원이 자발적으로 참여한 것으로서 원고가 실적이 부진한 임직원에게 불이익을 가한 사실이 없으므로 신문판매를 강제한 것으로 볼 수 없다.
- 3) **우월적지위 남용행위** : 원고와 지국간에 체결된 신문판매에 관한 계약중 판매지역의 일방적 변경조항, 일방적 계약해약조항은 정상적인 거래관행에서 벗어나 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 것으로서 이를 지국 설치약정에 포함시킨 것은 법 제23조제1항제4호의 불공정거래행위에 해당한다. 그러나 관할법원조항이 불공정거래행위에 해당한다고 하기 위하여는 산문판매계약관계의 거래형태, 거래관행 등 구체적인 사정에 비추어 상대방에게 부당하게 불이익을 줄 수 있는 특별한 사정이 있어야 하는데, 이 사건에 있어서는 이와 같은 구체적인 특별사정이 없기 때문에 불공정거래행위에 해당한다고 볼 수 없다.

3. 대법원판결의 요지

피고는 원심판결 중 패소한 부분인 부당경품제공행위, 사원판매행위, 우월적지남용행위 중 관할법원지정의 세 가지에 대하여 상고하였으며 원고는 패소부분인 판매지역변경, 일방적 계약해지에 대하여 판결에 승복함으로써 피고 상고부분인 세가지 사항이 대법원에서 쟁점이 되었다.

- 1) **부당경품제공행위** : 제조회사가 대리점등에 대하여 경품류제공을 지시하거나 조장독려하는 등으로 대리

점의 경품류제공행사에 실질적으로 영향력을 행사한 경우에만 부당경품제공행위에 해당하는 바 신문사 지방지사가 지국들이 판매촉진활동을 함에 있어 경품류제공도 가능하다는 구체적인 지침을 마련하여 지국의 경품류 제공을 도와준 경우에는 경품류제공행사에 간접적으로 관여하였다고 보아야 한다.

2) **사원판매행위** : 사원판매가 불공정거래행위에 해당하기 위하여는 적어도 이와 동일시 할 수 있을 정도의 강제성을 가지고 자기회사상품의 판매량을 할당하고 이를 판매하지 못한 경우에는 임직원에게 그 상품의 구입부담을 지우는 등의 행위가 있어야만 하는 것이고, 단지 임직원들을 상대로 자기회사 상품의 구매자 확대를 위하여 노력할 것을 촉구하고 독려하는 것만으로는 부족하다. 따라서 당해 신문사가 '창간 73주년기념 가족대회'라는 이름 아래 자사 및 계열회사의 임직원당 5부 이상 신규 구독자를 확보하도록 촉구하고 각 부서별로 실적을 집계하여 공고하는 한편 판매목표를 달성한 임직원에게 상품을 수여하는 등의 신규독자확장계획을 수립·시행한 것은 사원에 대한 강제판매행위에 해당하지 아니한다.

3) **관할법원지정** : 기준고시 제6조제4호에서 정한 불공정거래행위에 해당하기 위하여는 그 행위의 내용이 상대방에게 다소 불이익하다는 점만으로는 부족하고 일방당사자가 우월적 지위를 남용하여 그 거래조건을 설정한 것으로 인정되고 그로써 정상적인 거래관행에 비추어 상대방에게 부당하게 불이익을 주어 공정거래를 저해할 우려가 있어야만 하는 것이다. 그런데 관할법원 지정이 지국장에게 다소 불이익한 것이나 위 계약조항에 의하여 지국장이 받을 수 있는 불이익이 반드시 부당한 것이라거나 자유경쟁의 기반을 약화시키는 등 공정거래를 저해할 우려가 있다고 단정할 수 없다.

관련규정

1. 부당경품류제공행위

- **공정거래법 제23조제1항(불공정거래행위)** :
 “사업자는 다음 각 호의 1에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 하거나 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다”
- **공정거래법 제23조제1항제3호 전단** :
 “부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위”
- **일반불공정거래행위의유형및기준(기준고시) 제4조제1호(부당한 이익에 의한 고객유인)** :
 “정상적인 거래관행에 비추어 부당하거나 과도한 이익을 제공 또는 제공할 제의를 하여 경쟁사업자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위”
- **경품류제공에관한불공정거래행위의유형및기준(경품고시) 제19조(대리점등의 경품제공)** :
 “특정회사의 제품만을 판매하는 대리점등의 경품제공 행위는 당해 제조회사가 대리점 등의 경품류 제공행사에 직·간접적으로 관여한 경우 당해 제조회사의 경품류제공행위로 본다”
- **신문업에있어서의특수불공정거래행위의유형및기준 제7조**

2. 사원강제판매행위

- 공정거래법 제23조제1항제3호 후단 :
“ 부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 강제하는 행위”
- 기준고시 제5조제2호(사원판매) :
“부당하게 자기 또는 계열회사의 임직원으로 하여금 자기 또는 계열회사의 상품이나 용역을 구입 또는 판매하도록 강제하는 행위”

3. 관할법원지정행위

- 공정거래법 제23조제1항제4호 :
“자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위”
- 기준고시 제6조제4호(불이익제공) :
“1호 내지 3호에 해당하는 행위 외의 방법으로 거래상대방에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 주는 행위
- 약관규제법 제14조(소제기의 금지등) :
“고객에게 부당하게 불리한 소제기의 금지조항 또는 재판관할의 합의 조항이나 상당한 사유없이 고객에게 입증책임을 부담시키는 약관조항은 이를 무효로 한다”

검토

1. 불공정거래행위 규제의 일반론

가. 의의

공정거래법은 제5장에서 불공정거래행위의 금지규정을 두고(제23조), 그 위반에 대하여는 행정조치로서 공정위의 시정조치를 인정하는 한편(제24조), 매출액의 2% 한도내에서의 과징금을 부과하도록 하고 있다(제24조의2). 또 위반행위로 인해 피해를 입은 자에게는 무과실 손해배상책임을 인정하고 있으며(제56조, 제57조) 위반에 대하여는 형사벌로서의 징역과 벌금을 부과하고 있다(제67조제1호).

공정한 거래는 자유로운 경쟁이 보장되어야만 이루어질 수 있으며 자유로운 경쟁은 거래당사자의 경제력이 대등할 때 가능하다. 따라서 한쪽 당사자의 경제력이 보다 강한 경우, 특히 시장을 지배할 수 있는 힘을 가지는 경우에는 자유로운 경쟁을 통한 공정한 거래를 기대할 수 없을 것이다. 그러므로 공정거래법은 기업결합과 경제력집중억제를 규제하고 있다. 그러나 자유경제사회에서는 경제력의 강약의 차이는 피할 수 없는 것이므로 공정거래법은 그 경제력의 남용을 억제하고 있는 것이다. 시장지배적지위의 남용금지와 불공정거래행위의 금지가 이러한 취지에서 이루어지고 있다. 다만 전자는 사업자가 시장에서의 압도적 지위를 가지는 것을 전제로 하는

것이지만 후자에 있어서는 우월적 지위만 가지고 있으면 된다는 차이가 있다. 불공정거래행위는 수직제한의 일종이다.

나. 유형

불공정거래행위란 공정한 거래(경쟁)를 저해할 우려가 있는 행위를 말하는데, 여기에서 공정한 거래라 함은 행위자의 경쟁수단의 공정성만을 문제삼는 것이 아니라 보다 넓은 의미에서 사업활동을 위한 수단 일반의 공정성을 문제삼는다. 따라서 불공정거래행위에는 공정한 경쟁을 저해할 우려가 있는 행위와 일반소비자의 이익을 침해할 우려가 있는 행위를 포함한다.

불공정거래행위를 금지하는 방법에는 두 가지가 있다. 하나는 미국이나 독일의 경우처럼 불공정한 거래행위 일반을 금지하는 방법이고 다른 하나는 일본과 우리 나라처럼 불공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 불공정거래행위로 지정·고시하고 지정·고시된 행위만을 금지하는 방법이다.

우리 공정거래법은 불공정거래행위에 해당될 행위의 유형을 7가지로 나누어 열거하고 그 구체적인 유형과 기준은 공정위로 하여금 이를 고시하도록 하고 있다. 또한 불공정거래행위의 유형과 기준을 고시함에 있어서는 모든 사업분야에 공통적으로 적용되는 일반불공정거래행위(기준고시)와 특수한 사업분야에만 적용되는 특수불공정거래행위(경품고시, 신문고시)로 나누어 고시하고 있다. 기준고시가 정하는 불공정거래행위의 유형에는 거래거절, 차별적 취급, 경쟁사업자 배제, 부당한 고객유인, 거래강제, 거래상 지위의 남용, 사업활동의 배제, 부당한 표시·광고, 부당한 자금·자산·인력의 지원의 10가지이다.

2. 경품류제공행위

가. 의의

경품은 거래와 관련하여 상대방 또는 일반소비자에게 경제상의 이익을 주는 것이며 예로는 물품·할인권·상품권 등의 유가증권이나 초대권 기타 편익의 제공을 들 수 있다. 이러한 것이 거래관행상 통상 인정되는 정도를 넘어서 받는 고객이 대가를 지급하지 않고는 취득할 수 없는 정도의 것일 때 문제가 된다. 이러한 경품류의 제공이 경쟁사업자의 고객유인수단으로 이용되는 경우에는 불공정거래행위가 되므로 법 제23조제1항제3호에 의해 경품고시가 지정·고시된다.

이 건에서 조선일보사는 위성안테나 설치 등 5개 품목을 1년 신문구독조건으로 제공하였는데 이는 경품고시 제3조제1항에서 말하는 소비자경품류의 제공행위에 해당한다. 또 경품고시 제7조제1항에 의하면 경품부 상품의 거래가액이 10,000원(신경품고시 30,000원) 이상인 경우 경품부거래가액의 10%이하로 하되 최고 50,000원(신경품고시 100,000원) 이내에서 제공하도록 하고 있다. 그런데 조선일보사가 제공한 경품가액은 이러한 법정가액한도를 최저 1,600원에서 최고 11,550원을 초과하였다.

이 건에서 지국이 신규구독자에게 위성안테나를 설치해준 것이 경품고시에서 정한 경품에 해당하는 여부 및 법정 경품가액한도를 초과한 것에 대하여는 다툼이 없다. 다만 지국이 경품고시 제19조에서 말하는 '특정제조회사의 제품만을 판매하는 대리점'에 해당하는 여부 및 원고가 지국의 '경품류제공행사에 직·간접적으로 관여'하였는가 하는 것이 쟁점이 되고 있다.

나. 경품고시 제19조의 입법취지

경품고시 제19조는 제조회사가 전속대리점의 경품행사에 직·간접적으로 관여한 경우 대리점의 경품제공행위를 제조회사의 행위로 보고 있다. 그런데 이 규정의 입법취지에 대하여 당사자간에 입장을 달리하고 있다.

1) 공정위측은 첫째, 대리점의 경품행사로 인한 경제적 이익의 최종원천이 제조회사라는 점에서 대리점보다는 제조회사에 시정시키는 것이 효과적이고 둘째, 비록 대리점이 제조회사와 독립된 사업자라고 할지라도 제조회사의 관여없이 대리점 단독으로 경품행사를 하기 어렵다는 점에 있다고 한다.

2) 조선일보측은 첫째, 제조회사가 전속대리점의 경품제공행위에 책임을 부담하게 되는 경우를 별도로 명시하는 것은 법적인 실체가 구별되는 사업자로서의 대리점이 위반한 경품류제공행위에 대하여 원칙적으로 제조회사는 책임을 부담하지 않으며 예외적인 경우에만 그 책임을 부담하게 된다는 점을 명확히 한 것이며 둘째, 경품제공으로 얻게 되는 독자확보 효과는 직접적으로 지국에 미치며 원고는 간접적인 효과만을 얻을 뿐이며 따라서 지국이 자신들의 이익을 추구하기 위해 한 행위에 대해 원고에게 책임을 부담하는 것은 자기책임의 법리에 위반된다고 한다.

3) 대법원판결은 이 점에 대해 판단을 하고 있지 않다.

다. 지국의 법적 지위

1) 공정위측은 조선일보의 대전지사는 여러 지국과는 달리 산하기구이기 때문에 대전지사의 행위는 법적으로는 조선일보의 행위라고 한다. 그리고 지사가 관리하는 지국과 본사간에 체결된 지국설치약정에서 i) 지국장은 일정한 용역을 제공하고 대가를 받는 고용유사계약이며, ii) 지국장은 구독자명부, 신문대금징수에 관한 장부의 작성비치의무를 부담하며 이러한 장부와 서류는 원고소유라는 점을 밝히고 있는데, 이는 지국장의 수입이 판매물량에 따라 결정되기는 하나 지국장의 판매업무는 회사의 업무를 지국장이 수탁·처리하는 수준이며 따라서 그 업무는 독립적인 것이 아니라 원고의 구체적인 지휘감독을 받는 관계라고 한다.

2) 조선일보측은 지국은 본사와 일종의 공급계약을 체결한 별개의 사업자(법인체)들로서 특약점 또는 대리점의 역할을 하고 있기 때문에 법률적인 책임에 있어서 본사와 동일시 될 수 없는 관계라고 한다. 또 지국설치약정에서 정하고 있는 지국장의 활동영역제한, 장부소유권귀속 등의 조항은 신문제작자로서 정당하게 보호받아야 하거나 실제 신문판매의 관행을 반영하는 당연한 규정이고 무슨 특별한 '지휘감독권'을 부여하는 규정은 아니라고 한다. 이러한 약정으로 조선일보가 지국의 영업에 관하여 어떤 간접적인 영향을 줄 수 있는지는 몰라도 구체적인 행위에 관하여 명령 또는 감독할 권한은 없으며 특히 위법한 경품제공을 지시하거나 강요할 수는 없다고 한다.

3) 대법원판결은 판결이유 1.나.에서 대전지사를 '원고의 하부기관'이라고 할 뿐 지국의 법적지위에 대하여는 아무런 설시를 하지 않고 있다. 위에서 본 바와 같이 지국의 법적 지위는 이 사건의 판단에 있어서 중요한 쟁점이 되고 있으며 당사자간에 이 점에 관한 엇갈린 주장과 증거들을 제시하고 있기 때문에 이에 관하여 대법원은 상세한 판단의 이유와 근거를 제시하였어야 할 것이다.

라. 경품제공행사의 관여

1) 공정위측은 지국의 경품제공행사에 조선일보측이 직·간접적으로 관여하였다는 근거로서 첫째, 대전지사

가 산하지국들에 대하여 경품제공을 포함한 판촉활동을 강력히 지시하였으며 확장실적이 미흡한 지국장들에 대하여는 제재의 경고와 함께 실제로 지국설치약정을 해약한 사례가 있으며 둘째, 대전지사는 판촉활동을 하는데 필요한 인원을 파견하고 확장판매부수에 대하여는 일정한 비율의 수당을 지급함으로써 경품류제공행위를 지원하였으며 셋째, 판매경쟁이 치열해지고 경품류제공이 실시되는 1994년에는 조선일보가 지국에 대한 지원금 및 우수지국 포상금을 파격적으로 증액하였다는 점을 들고 있다. 이는 조선일보측이 지국의 경품류제공행위를 직접 지원한 근거라고 할 수 있으며, 가사 이러한 지원금이 경품류구입자금이라고 밝혀지지 아니하였더라도 그러한 자금지원이 있으므로 지국들이 경품류제공을 하였다는 간접적인 연계가 있다고 한다.

2) 조선일보측은 자신이 경품류제공행위의 주체로서 인정되기 위하여는 첫째, 해당행위를 기획하고 계획하는 단계에서 관여하여 실질적으로 영향력을 미쳤다는 점이 인정되어야 하는데 이를 한 사실이 전혀 없으며 둘째, 지국들이 자발적으로 계획한 경품류제공행위를 구체적으로 실행하는 단계에 있어서도 전혀 관여하지 않았고 오히려 경품제공 지국에 대하여 중지를 요청하는 공문을 발송하였으며 셋째, 경품제공비용도 지국들의 예산으로 독자들에게 제공한 것에 불과하며 원고회사는 이와 관련한 어떠한 지원도 하지 않았다고 한다. 또한 경품고시 제19조의 예외적인 성격에 비추어 볼 때, 공정위측이 주장하는 지국에 대한 지원은 본사의 대리점에 대한 '일반적인 영업활동' 상의 지원에 불과한 것이며, 이를 '지국의 경품류제공행사'에 관여한 사실로 확대 해석할 수는 없다고 한다.

3) 대법원판결은 원고가 경품류제공이 가능하다는 지침을 마련하여 지국에게 지시하고 판촉사원을 파견하여 지국의 경품류제공을 도와주었다면, 지국의 경품류제공행사에 실질적으로 영향력을 행사한 것으로서 적어도 간접적으로는 관여하였다고 판단하고 있다.

4) 경품고시 제19조는 '제조회사가 전속대리점의 경품행사에 직·간접적으로 관여한 경우 대리점의 경품제공행위를 제조회사의 행위로 본다' 라고만 하고 어느 경우에 직·간접적으로 관여하는지에 대하여는 아무런 규정이 없다. 나아가 제조회사가 대리점의 경품제공행사에 관여한 것으로 확인되는 경우 대리점의 경품행사를 제조회사의 행위로 '간주' 하고 있어 반대증거에 의한 반복의 여지를 주고 있지 않다. 따라서 '직접 또는 간접으로 관여' 하였다는 문언은 공정거래법 제23조의 취지에 맞추어 제한적으로 해석되어야 할 것이다. 특히 동 조항 위반에 대하여는 형사처벌까지 부과될 수 있기 때문에 죄형법정주의의 원칙상으로도 제한적 해석이 요구된다고 하겠다.

따라서 경품고시에서 말하는 '직·간접적으로 관여한 경우' 라는 의미는 제조회사가 직접 경품행사를 진행하지는 않았다고 하더라도 그 관여의 정도가 당해 사업자가 직접 경품제공행위를 한 것과 같은 정도가 되는 경우에 한하여 처벌하여야 한다는 취지로 보아야 할 것이다. 대법원판결은 이를 '실질적으로 영향력을 행사한 것' 이라고 표현하고 있는데 이건의 사실관계로부터 이러한 정도의 연관성을 인정하는 데는 별다른 문제는 없다고 보여진다.

마. 신문고시의 제정

경품고시상의 이러한 해석상의 문제점을 제거하기 위해 1997년 4월에 제정된 신문고시(공정위고시 1997-15) 제7조에서는 신문발행업자가 신문판매업자의 경품제공행위에 '직·간접적으로 관여한 경우' 에 대하여 구체적인 기준을 제시하였다(첨부 참조). 이외에도 신문고시는 2개월간 無價紙를 제외한 경품제공을 원칙적으로 금지하고 구독자의 의사에 반하는 강제투입을 금지하고 있다.

3. 사원판매행위

가. 의의

공정거래법 제23조제1항제3호와 기준고시 제5조가 정하는 거래강제는 거래의 의사가 없는 상대방에 대하여 자신의 우월적 지위를 남용하여 거래하도록 강제하는 행위를 말하며 끼워팔기와 사원판매가 그 전형적인 예이다. 거래강제에 있어서는 강제성의 유무가 가장 중요한 요건으로서 강제성이 있는지의 여부는 명확하게 논리적으로 구별되는 개념은 아니며 결국 구체적인 거래관계에 있어서 제반 상황을 고려하여 사업자가 공정한 경쟁상태를 저해할 정도로 거래상대방의 의사결정의 자유를 억압하였는지 여부를 판단해야 하는 규범적인 개념인 것이다.

이 사건에서는 '강제성'의 의미와 이 사건의 사실관계로부터 이러한 강제성을 인정할 수 있는가 하는 두 가지 쟁점으로 되고 있다.

나. 강제성의 의미

1) 공정위측은 본 조의 규제대상에는 사업자가 자기 또는 계열회사의 임직원에게 그들의 구입의사와 관계없이 상품을 판매하고 그 대금을 일방적으로 급여에서 공제하는 등의 보다 직접적인 거래형태는 물론이고 사업자가 자기의 임직원들로 하여금 자기의 상품을 판매하도록 하기 위해 판매목표를 부과하고 부서별 판매책임자를 지정하여 운영하거나 임직원들의 판매실적을 기록, 관리, 평가하는 등의 방법으로 임직원들이 감히 거절할 수 없도록 하여 판매하도록 하는 경우도 포함한다. 즉 여기에서 강제라는 것은 참여하지 않는 데 대하여 구체적인 불이익이 가하여지는 것만이 아니고 소속인원들의 자유로운 의사결정을 방해하고 일정한 방향으로 유도하는 것도 포함된다고 보아야 한다.

2) 조선일보측은 기준고시의 근거조항인 공정거래법 제23조제1항제3호 후단의 문리해석상 본인이 보유하는 '강제력'의 사용대상은 '경쟁자의 고객'일 것을 요구하는 것으로써 결국 '다른 경쟁자의 고객일수 있었던 상대방에게 강제력을 행사하여 자기와 거래하도록 하는 행위'가 금지된다는 것을 전제로 하여 사원판매에 있어서는 본인이 사원들에게 강제력을 사용하여 '본인의 물건을 구입하게 하는 행위'가 법이 예정하는 금지되는 행위이고 '강제력은 사원에게 행사하되 물건은 타인이 구입하게 하는 행위'는 그러한 행위가 사원에 대한 직접 판매와 다를 바 없는 경우, 가령 일정한 판매목표를 부여하고 미달성시 해당금액을 급여에서 강제로 공제하는 경우를 제외하고는 법 제23조제1항제3호 후단에 해당하는 행위가 아니라고 한다.

3) 대법원판결은 원고측의 주장을 그대로 채택하고 있다.

다. 강제성의 인정여부

1) 공정위측은 강제성의 의미를 위에서 본 바와 같이 넓게 보는 입장을 전제로 하여 다음과 같은 사실관계로부터 강제성을 인정할 수 있다고 한다. 즉 회사가 임직원에게 i) 판매목표량을 부과하고, ii) 판매실적에 대한 기록관리평가등을 회사의 방침으로 정하고 판매실적을 종합적으로 관리해 왔으며, iii) 사원확장대회의 실시계획을 당초계획보다 연장하였고, iv) 사내방송을 통해 확장결과를 고지하였으며, v) 우수자에게 시상하였다는 것이다.

2) 조선일보측은 강제라 함은 어떤 작위 또는 부작위를 하지 아니하면 불이익을 받을 것이 명백하여 자신의 의사에 반하여 억지로 함을 의미한다고 보고 자신의 판매활동은 최근 기업간의 극단적인 경쟁상황에서 애사심

을 고취하기 위하여 자주 사용되는 '전사원의 판촉사원화'의 일환으로 시행한 것으로 이에 참가하여 일정한 목표를 달성하면 소정의 상을 주는 것이고 이에 참가하지 않았다고 하여 어떠한 불이익이 가해지는 것이 아니므로 사원들의 자유로운 의사에 반하는 구매를 강제하지 않았다는 것이다.

3) 대법원판결은 원고가 '창간 73주년 기념 가족확장대회'라는 이름 아래 자사 및 계열회사의 임직원 1인당 5부 이상 신규구독자를 확보하도록 촉구하고 각 부서별로 실적을 집계하여 공고하는 한편 판매목표를 달성한 임직원에게는 상품을 수여하는 등의 신규구독자 확장계획을 수립·시행한 것은 사원에 대한 강제판매에 해당하지 않는다고 보았다.

다. 검토

법 제23조제1항제3호와 기준고시 제5조제2호에서 강제행위를 규율하는 취지는 이러한 강제로 인하여 시장의 공정한 경쟁을 저해하는 결과가 야기되어서는 안되며 거래당사자의 자유로운 의사결정이 보장되는 것이 자유시장경제에 있어서 바람직한 경쟁상태를 유지할 수 있는 기초가 된다는 점을 중시하기 때문이다. 이러한 거래강제의 대표적인 사례가 끼워팔기와 사원판매이며 끼워팔기에 있어서는 하나의 시장에서의 시장지배력을 바탕으로 하여 다른 시장에서의 상품등의 구입을 강제하는 형태이며 사원판매는 사업자(고용주)와 사원간의 고용관계라는 특수한 우월적 지위를 바탕으로 하여 자사의 제품을 구입하도록 강제하는 것이다.

따라서 사원판매에 있어서 강제성을 판단하는데는 거래당사자간의 이러한 신분적인 상하관계를 고려하여야 한다. 이전에서의 사실관계를 보면 임직원(사원)들에게 애사심을 고취시켜 자사신문을 구독하거나 다른 사람들에게 구독하도록 권유하고 이를 달성하는 자에게 포상을 한 정도에 그치지 않고 구체적인 판매할당량(1인당 기본부수 5부 이상)을 지정하고 각 부서별로 실적을 집계공고하고 사내방송을 통하여 이를 주지시킬뿐 아니라 실적우수자에 대한 포상을 하고 이를 공개함으로써 사원판매에 따르지 않을 수 없는 심리적인 압박감을 주었다고 할 수 있다. 이러한 판촉의 결과 당초 예상목표인 10,000부를 훨씬 넘는 37,944부가 신규로 모집된 것만 보아도 실제 강제성이 얼마나 있었는가를 알 수 있을 것이다.

대법원판결에 따르면 강제성은 사업자의 강요에 의해 사원의 구입행위가 실현되거나 적어도 구입비용을 급여에서 공제하는 정도의 결과가 있어야만 인정된다는 것이다. 그런데 근로기준법 인사규정에 비추어 보면 이러한 행사에 참여하지 아니하였다고 하여 구체적인 불이익을 줄 수 없는 것은 당연하고 특히 급여에서 판매액을 공제하는 것은 법이 금지하는 사항이기 때문에 구입비용을 급여에서 공제하여야만 강제성을 인정하는 것은 너무 무리한 해석이 아닌가 한다. 실제로 사원판매의 많은 사건에서 근로기준법 위반문제를 야기할 우려가 있는 구입비용을 급여에서 공제한 사례는 거의 찾아볼 수 없다.

공정위는 금강제화의 상품권 사원판매사건(공정위 1993. 12. 31, 제93-309호)에서 다음과 같이 심결하고 있다. "갑이 자기의 사원들에게 시준별로 작성한 상품권판매계획서를 회람 또는 교육을 통하여 전달함으로써 이를 지시 받은 갑의 사원은 현실적으로 이에 따를 수밖에 없었다는 점과 갑의 전 부서에서 부서별로 상품판매목표를 부과하고 매월 판매 및 수금실적을 집계·관리하는 등 조직적인 판매방법을 사용하였다는 점, 그리고 판매목표량에 따른 포상 등으로 갑의 사원들이 부서별 목표량에 부담을 느끼고 있었으며, 목표량의 일부는 갑의 사원 스스로가 친지들에게 선물하였다고 이야기 하고 있는 점 등에 비추어볼 때, 갑의 행위는 부당하게 자기의 사원에게 상품권을 판매하도록 강제하는 행위로 인정된다."

4. 우월적 지위 남용행위

가. 의의

우월적지위의 남용행위란 사업자간의 거래에서 자기의 거래상의 지위가 우월함을 이용하여 정상적인 거래관행에 비추어 부당하게 구입강제, 이익제공강요, 판매목표강제, 불이익제공, 경영간섭의 5가지 유형의 행위를 하는 것을 말한다. 이는 주로 대기업과 중소기업업체, 제조업체와 대리점, 대형백화점과 납품업체와 같은 종속적인 관계에 있는 사업자간의 거래에서 문제가 되는 바 이를 위하여는 따로 하도급법, 백화점고시 등이 제정되어 있다.

이중에서 이 사건에서 문제가 되는 '불이익 제공' 행위란 거래의 대상이 되는 상품의 거래조건을 상대방에게 불이익이 되도록 설정하거나 또는 설정된 거래조건을 상대방에게 불이익이 되도록 변경하거나 또는 거래조건의 이행과정에서 상대방에게 불이익이 되도록 하는 행위로서(대판 1993. 7. 27, 93누4984) 구입강제, 이익제공강요 및 판매목표강제 이외의 방법으로 하는 것을 말한다. 가령 우월적 지위를 가진 사업자가 구입한 상품의 반품을 할 수 있도록 조건을 붙여서 거래하는 경우, 또는 이행과정에서 반품함으로써 상대방에 불이익을 주는 경우가 여기에 해당한다. 이 점에 이에 관한 대표적인 심결사례로는 한주사건(대리점계약에서 채무의 범위를 벗어난 과다담보, 현금담보제공 강요), 한국방송광고공사사건(방송광고업대행계약에서 신규수탁분에 대한 일정기간 대행수수료 불지급), 농업협동조합사건(농협중앙회가 농약구매계약에서 농약의 제가공비용을 제조업자에게 부담) 등이 있다.

이 사건에서는 조선일보와 지국간에 체결된 지국설치약정서의 내용 중 관할합의조항이 이러한 불이익제공에 해당하는가 하는 점이 다투어지고 있다.

나. 기준고시 제6조제4호의 입법취지

1) 공정위측은 기준고시 제6조 각호의 취지는 우월적 지위에 있는 자와 상대방 사이의 약정내용이 상대방에게 불이익하게 결정되었다면 이미 상대방은 부당하게 불이익을 감수할 수밖에 없게 되었으며 그것 자체가 자유로운 경쟁질서를 파괴하는 불공정행위가 된다고 본다. 즉 거래상대방에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정 또는 변경하였거나 그 이행과정에서 불이익을 주는 행위는 더 따져볼 필요 없이 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위로 보아야 한다는 것이다.

2) 조선일보측은 기준고시 제6조제4호는 제1호 내지 제3호에서 규정한 구입강제, 이익제공강요, 판매목표강제 이외에도 그와 동일시 할 수 있을 정도로 우월적지위를 사용하여 상대방에게 불이익을 주는 행위를 의미하는 것이기 때문에 단지 상대방에게 불이익을 주었다는 이유만으로 우월적지위 남용행위에 해당한다고는 할 수 없고 나아가 우월적 지위를 이용하였는지 여부, 그리고 그러한 불이익이 제1호 내지 제3호에 규정된 것과 같은 정도로 부당하거나 자유경쟁의 기반을 약화시킨 것인지에 대한 여부 등을 고려하여 판단하여야 한다고 한다.

3) 대법원판결은 기준고시 제6조제4호에서 정한 불공정거래행위에 해당하기 위하여는 그 행위의 내용이 상대방에게 다소 불이익하다는 점만으로는 부족하고 제1호 내지 제3호 소정의 행위 등과 동일시 할 수 있을 정도로 일방당사자가 우월적 지위를 남용하여 그 거래조건을 설정한 것으로 인정되고, 그로써 정상적인 거래관행에 비추어 상대방에게 부당하게 불이익을 주어 공정거래를 저해할 우려가 있어야 한다고 판시하였다. 나아가 상대방에게 부당하게 불이익을 주는 행위인지 여부는, 문제가 되는 거래조건에 의하여 상대방에게 생길 수 있는 불이

익의 내용과 불이익발생의 개연성, 당사자 사이의 일상거래과정에서 미치는 경쟁제약의 정도, 관련 업계의 거래관행과 거래형태, 일반경쟁질서에 미치는 영향, 관계법령의 규정 등 여러 요소를 종합하여 판단해야 한다고 한다.

다. 관할합의 규정의 부당성

1) 공정위측은 위와 같은 해석론을 바탕으로 하여, 분쟁발생시 관할법원을 자기의 관할법원으로 하는 것으로 계약서에 특정함으로써 지국에게 응소상 불편을 초래하게 될 우려가 있으므로 지국에게 '불이익을 제공'한 행위에 해당한다고 한다.

2) 조선일보측은 관할합의 약정은 자사가 제시한 정형화된 계약조건에 따라 포함된 것으로서 수많은 지국과의 분쟁발생에 효과적으로 대비하기 위하여 부득이 자신의 관할법원을 지정한 것에 불과하며 그로 인하여 지국이 받은 불이익은 반드시 부당하다고 할 수 없다고 한다. 만일 공정위측의 견해대로라면 일방이 우월한 계약에서는 관할합의 조항은 모두 삭제하든지 열세에 있는 상대방의 주소지법원을 관할법원으로 강제하는 결과가 되어 오히려 우월적 지위를 가진 자를 근거없이 불리하게 대우하는 결과가 된다는 것이다.

3) 대법원판결은 관할합의 조항이 지국장에게 다소 불이익한 것이나, 위 계약조항에 의하여 지국장이 받을 수 있는 불이익이 반드시 부당하거나 자유경쟁의 기반을 약화시키는 등 공정거래를 저해할 우려가 있다고 단정할 수 없다고 한다.

라. 검토

1) 민소법 제26조는 일정한 법률관계에 기인한 소에 관하여 당사자가 서면으로 합의한 경우에는 제1심 관할법원에 한하여 정할 수 있도록 허용하고 있다. 그러나 약관이나 정형적인 계약서에는 일방당사자의 주소나 본점소재지 법원을 관할법원으로 정하는 사례가 많고 특히 이러한 관할법원이 원격지에 소재하는 경우에는 실질적으로 응소가 곤란하게 하는 등 폐해가 발생한다. 이에 따라 약관규제법 제14조는 고객에게 부당하게 불리한 재판관할의 합의조항은 무효로 하고 있다. 이 조항에서도 약관이나 정형계약서상 재판관할의 조항이 존재하는 것만으로는 바로 무효로 되는 것은 아니고 재판관할합의가 '부당하게' 고객에게 불리한 경우에만 무효로 하고 있다. 다만 그 '부당성'의 구체적인 기준에 관하여는 아직까지 이 조항을 적용하여 재판관할합의를 무효로 한 판례가 없기 때문에 잘 알 수는 없으나 이점에서 대법원판결의 논지를 여기에도 유추할 수 있을 것으로 생각된다.

2) 실무적으로는 재판관할합의가 부당하다고 판단되는 경우에도 이를 무효로 하지 않고 다음과 같은 해석론에 의해 그 효력을 유지시키는 것으로 생각된다. 첫째, 관할합의조항을 특정한 법원만의 관할권을 인정하는 전속적 합의로 보지 않고 법정관할 이외에 관할법원을 추가하는 부가적 합의로 보든가 둘째, 전속적 합의관할을 정한 경우에도, 소송의 현저한 지연을 피하거나 공익상 필요한 경우로서 민소법 제32조에 의한 법정관할법원으로 이송을 인정하고 셋째, 전속적 합의에 반하여 다른 법정관할법원에 소가 제기되는 경우에도 민소법 제32조를 유추적용하여 관할위반에 의한 이송을 하지 않는다.

3) 일본은 최근 이러한 해석론을 수용하여 전속적합의가 있는 소송에 대하여도 당연히 이송규정을 적용할 수 있는 것으로 법개정을 하였다. 결국 이는 당사자간의 관할합의는 부가적 관할합의로서의 효력밖에는 인정하지 않는 것을 의미한다. ■