

## 행정지도와 독점규제법



정 환  
법무법인 세종 변호사

행정지도는 법률상의 강제권한에 기초하는 것은 아니고, 상대방의 협력을 전제로 하여 실현되는 것이며, 가격, 수량 등 본래 각 사업자가 경쟁에 기초하여 자주적으로 결정하여야 할 사업활동에 관하여 행정지도가 행하여지면, 사업자는 공동하여 행정지도에 따라 경쟁을 제한하는 경향이 있게 된다. 한편, 독점규제법은 사업자가 가격, 수량 등에 관하여 공동하여 결정하는 것을 부당한 공동행위로서 원칙적으로 금지하고 있다. 따라서 이들의 관계에 있어서, 경쟁제한행위가 성립·존속하고 있다고 보아야 하는지 여부라는 사실문제와, 경쟁제한행위가 성립·존속하고 있는 경우에 행정지도에 의하여 경쟁제한행위의 구성요건해당성 또는 위법성이 조각되는지 여부라는 법률문제가 발생한다.

### 1. 서론

기업에 대한 행정지도(administrative guidance)와 독점규제및공정거래에관한법률(이하 "독점규제법")의 문제는 2가지로 나눌 수 있다. 하나는, 공정거래위원회가 독점규제법 위반상태를 시정할 목적으로 행하는 행정지도(독점규제법 제51조의 시정권고)의 문제이고, 다른 하나는 산업자원부 또는 재정경제부로 대표되는 행정청이 행하는 경쟁제한적 행정지도의 문제이다.<sup>1)</sup>

첫 번째 문제에 관해서도 독점규제법상 고찰하

여야 할 몇 가지 사항이 있으나, 지면의 제약으로 인하여 이하에서는 오로지 경쟁제한적 행정지도와 독점규제법의 관계를 고찰하는 것으로 한다.

행정지도는 미국이나 서구유럽에서는 비교적 찾아보기 어려운 우리나라와 일본의 특유한 행정규제 기법으로서, 비록 일반적으로 법적인 구속력은 없지만, 피규제자의 행위가 광범한 행정목적에 부합하도록 유도하는 행정청의 권고 또는 조언을 말한다.<sup>2)</sup>

우리나라나 일본의 행정청은 행정지도를 상당히 선호하는 행정규제 기법의 하나로서 빈번하

1) 來生新, 企業に對する行政指導と獨占禁止法, JURIST 増刊: 行政法の争点(新版), 有斐閣 p.318 (1990. 6.).

2) Michael K. Young, Judicial Review of Administrative Guidance: Governmentally Encouraged Consensual Dispute Resolution in Japan, 84 Colum. L. Rev. 923 (May, 1984) at 8.

게 사용하고 있다.<sup>3)</sup> 행정지도는 행정청으로 하여금 법적인 장애나 정치적인 곤란을 피하면서도, 행정목적 달성을 위한 신속성과 유연성을 제공하며, 동시에 피규제자의 자발적인 순응이 전제되므로 피규제자 입장에서 수용할 만하다.<sup>4)</sup> 이와 같이 행정지도를 행하는 행정청은 행정 목적을 달성하기 위하여 피규제자로 하여금 일정한 행위의 변화를 유도하지만(행위의 변화: Modification of Behavior), 일반적으로 법적인 효과를 발생시키지 아니하며(법적 효과의 부존재: Lack of Legal Effect), 이러한 법적효과의 부존재는 행정지도에의 순응이 형식적으로는 자발적(voluntary)<sup>5)</sup>이라는 특징을 가져온다(자발적 순응: Voluntary Compliance).<sup>6)</sup>

행정지도가 일반화되어 있는 일본에서는 1993년 행정절차법에 행정지도에 관한 조항을 삽입하였고, 우리나라도 이러한 일본의 제도를 수용하여 1996년부터 행정절차법에 행정지도에 관한 조항을 두고 있다.<sup>7)</sup> 우리나라 행정절차법상 행정지도라 함은 행정기관이 그 소관사무의 범위 안에서 일정한 행정 목적을 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록 지도 권고 조언 등을 하는 행정작용을 말하고(행정절차법 제2조 제3호), 행정지도는 그 목적달성에 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 행정지도의 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요

하여서는 아니 되고(행정절차법 제48조 제1항), 행정기관은 행정지도의 상대방이 행정지도에 따르지 아니하였다는 것을 이유로 불이익한 조치를 하여서는 아니 된다(행정절차법 제48조 제2항).

한편 사업자가 경쟁제한적 행정지도에 따르는 경우에는, 독점규제법 제19조가 금지하는 부당한 공동행위가 행하여지는 것과 같은 형태의 경쟁의 실질적 제한상태가 발생할 수 있다. 그리하여 이와 같은 행정지도는 경쟁정책적 견지에서는 바람직하지 못한 것으로 비판되며, 경우에 따라서는 그것에 따르는 사업자에 대하여 독점규제법 위반이 문제될 수 있다. 그 결과 경쟁제한적 행정지도는 우리나라는 물론이고 일본에서도 여러 가지 국면에서 문제가 되어 왔다.

이하에서는, 행정청이 독점규제법에 위반될 가능성을 가진 행정지도를 실시하고 사업자가 이에 순응하는 것이 우리나라의 법제하에서 어떻게 평가되는지를 우선 검토한다. 이후 행정지도와 관련된 우리나라 및 일본의 판결을 소재로 하여 행정지도와 독점규제법 위반의 문제를 보다 구체적으로 검토하고자 한다.

## 2. 경쟁제한적 행정지도의 근거

우리나라 헌법 제119조는 대한민국의 경제질

3) Young, at 8.

4) Young, at 8.

5) 행정청이 피규제자로 하여금 그 지시사항에 따르도록 강제할 수 있는 사법제도나 집행기관에 의존하지 아니한다는 점에서 그 순응은 자발적이라고 할 수 있다. 그러나 행정청이 지시사항을 법적으로 강제할 수 없다는 점은 행정지도의 법적 효과의 부존재라는 특성에서 비롯되는 것으로서, 대부분의 경우 이러한 사정에도 불구하고 행정청은 행정 목적을 달성하기 위하여 광범위한 수단을 이용할 수 있다.

6) Young, at 8.

7) 우리나라 행정절차법에서는 행정지도의 원칙, 행정지도의 방식, 행정지도 상대방의 의견제출권, 다수인을 대상으로 하는 행정지도에 관한 사항을 규정하고 있다.

서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다고 규정하고 있으며(헌법 제119조 제1항), 국가는 균형 있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다고 규정하고 있다(헌법 제119조 제2항). 그러나 헌법은 경쟁정책과 경쟁제한정책과의 마땅히 있어야 할 관계를 규율하는 어떠한 정함도 두고 있지는 아니하다. 그리하여 양자의 관계는 널리 입법정책에 맡겨져 있다고 해석된다.

한편 독점규제법은 사업자의 시장지배적지위의 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고, 부당한 공동행위 및 불공정거래행위를 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형 있는 발전을 도모함을 목적으로 한다고 규정하고 있다(독점규제법 제1조). 특히 최근에는 독점규제법이야말로 우리나라의 경제체제를 규율하는 새로운 경제헌법이라고 여겨지고 있다. 그리하여 독점규제법의 규정에 저촉되는 기존의 법령은 순차적으로 개폐되어 왔고, 독점규제법의 적용제외 범위도 엄격히 제한되어야 한다고 생각되고 있다.

독점규제법 제63조(경쟁제한적인 법령 제정의 협의의 등)는 관계행정기관의 장이 사업자의 가격·거래조건의 결정, 시장진입 또는 사업활동의 제한, 부당한 공동행위 또는 사업자단체의 금지행위 등 경쟁제한사항을 내용으로 하는 법령을 제정 또는 개정하거나, 사업자 또는 사업자단체에 대하여 경쟁제한사항을 내용으로 하는 승인 기타의 처분을 하고자 하는 때에는 미리 공정거래위원회와 협의하여야 한다고 규정하고 있

며(독점규제법 제63조 제1항), 관계행정기관의 장이 경쟁제한사항을 내용으로 하는 예규·고시 등을 제정 또는 개정하고자 하는 때에는 미리 공정거래위원회에 통보하여야 하고(독점규제법 제63조 제2항), 관계행정기관의 장이 경쟁제한사항을 내용으로 하는 승인 기타의 처분을 행한 경우에는 당해 승인 기타의 처분의 내용을 공정거래위원회에 통보하여야 하며(독점규제법 제63조 제3항), 공정거래위원회는 위와 같은 통보를 받은 경우에 당해 제정 또는 개정하고자 하는 예규·고시 등에 경쟁제한사항이 포함되어 있다고 인정되는 경우에는 관계행정기관의 장에게 당해 경쟁제한사항의 시정에 관한 의견을 제시할 수 있고, 협의 없이 제정 또는 개정된 법령과 통보 없이 제정 또는 개정된 예규·고시 등이나 통보 없이 행하여진 승인 기타의 처분에 관하여도 경쟁제한사항이 포함되어 있다고 인정되는 경우에는 관계행정기관의 장에게 당해 경쟁제한사항의 시정에 관한 의견을 제시할 수 있다(독점규제법 제63조 제4항).

그러나 이와 같은 독점규제법의 규정에도 불구하고, 행정지도는 법적인 구속력이 없다는 특성에 의하여 행정청이 이를 비교적 자유롭게 시행하고 있으며, 사업자의 자발적인 순응의 결과 일정한 거래분야에서 경쟁이 실질적으로 제한되는 효과가 발생하고 있다.

이와 관련하여 우리나라 학설의 보편적인 견해는 행정지도가 비권력적 사업행위에 불과한 것이어서 그에 따름이 강제되는 것이 아니므로 사업자로서는 독자적으로 독점규제법 위반 여부를 판단하여 행동하여야 하고, 독점규제법의 운영은 행정부 내에서 독립된 지위를 가진 공정거래위원회의 권한으로 되어 있으므로, 사업자가 주무관청의 행정지도에 따라 시정명령의 대상이

되는 행위를 하게 된 것이라 하더라도 그것만으로 위법성이 조각되지는 않는다고 보고 있다.

한편, 근래 우리나라와 일본에서는 부당한 공동행위를 공공의 이익에 반한 경쟁제한행위라고 볼 때, 공공의 이익을 종래처럼 자유경쟁질서만을 의미한다고 좁게 해석하지 아니하고, 보다 적극적으로 해석하여야 한다는 주장이 나타나고 있다.<sup>8)</sup> 그리하여 일정한 거래분야에 있어서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위이더라도, 그것이 국민경제의 건전하고 균형 있는 발전이라는 공공의 이익에 합치되는 경우에는, 독점규제법 위반의 부당한 공동행위는 아니라는 주장이 대두되고 있다.<sup>9)</sup> 또한 약자보호의 입장에서 공공의 이익을 적극적으로 해석하는 학설도 나타나고 있다. 그리하여 입법원리로서 뿐만 아니라 실정 독점규제법의 해석으로서도, 경쟁정책 이외의 정책원리에 입각하는 공공성의 실현을 목적으로 하는 한, 이론상으로는 경쟁제한적인 행정지도라 할지라도, 그것에 순응하는 사업자의 행위가 독점규제법상 적법성을 가질 수 있다고 해석되는 상황이 출현하고 있다.<sup>10)</sup>

과거 오랫동안 경쟁제한적인 행정지도 및 이에 순응하는 사업자의 행위에 관한 해석이 재판에서 다루어지지 아니하였다. 그러나 우리나라의 경우, (i) 비철금속공업협동조합연합회사건, (ii) 연쇄화사업자사건, (iii) 농수산물도매시장법인 협회사건, (iv) 맥주회사사건 및 (v) 손해보험회사사건 등에서 경쟁제한적인 행정지도 및 이에 순응한 사업자의 책임이 문제가 되어 법원의 판단을 받게 되었다. 그리고 일본의 경우, 1970년

대 석유과동시의 가격억제 행정지도에서 발단된 등유암카르텔에 대한 형사벌의 적용이 문제가 된 사건에 의하여, 경쟁제한적인 행정지도에 관한 일본 최고재판소의 판단이 나타나게 되었다.

이하에서는 우리나라 판결의 변천을 먼저 검토한 후, 참고적으로 일본 최고재판소의 판결을 살펴보기로 한다.

### 3. 경쟁제한적 행정지도에 관한 우리나라 판결의 변천

#### 가. 비철금속공업협동조합연합회 사건에 대한 판결

비철금속공업협동조합연합회(이하 “비철금속연합회”)는 전국에서 비철금속 생산공장을 운영하는 중소기업자 등에 의하여 상호간의 복리증진과 협동사업 등을 목적으로 조직된 5개 지역별 비철금속공업협동조합의 연합회인바, 1986년 주식회사 풍산(이하 “풍산”)이 대규모의 신동생산설비를 수입할 계획임을 인지하고 풍산이 국내 신동시장을 장악할 것을 우려하여 산하 신동분과위원회 등을 수차 개최하여 풍산의 설비수입을 저지키로 결의하고 이의 실현을 위하여 상공부장관에게 풍산의 생산설비수입추천을 거절하여 줄 것을 진정하다가 여의치 아니하자 대책회의를 거듭하여 풍산의 내수판매물량을 제한키로 결의하고 그 결의사항을 상공부에 제출하여 1986. 12. 29. 상공부의 알선 중재하에 풍산과 비철금속연합회가 결의한 대로 (i) 풍산이 신규

8) 來生新, p.318, 서울고등법원 1996. 12. 6. 선고 96나2240 판결, 昭和 59.2.24. 刑集 38권 4호 각 참조.

9) 來生新, p.318, 서울고등법원 1996. 12. 6. 선고 96나2240 판결 참조.

10) 來生新, p.318, 서울고등법원 1996. 12. 6. 선고 96나2240 판결 참조.

로 도입하는 신동설비는 설치장소를 보세구역으로 하고 향후 10년간 생산제품 전량을 수출한다. (ii) 풍산이 기존시설로 생산하는 제품은 1986년 국내시장 판매물량을 기준으로 하여 향후 10년간 그 이상의 물량을 국내에서 판매하지 못한다. (iii) 풍산은 앞으로 국내 신동제품시장에서 덤핑 판매를 하여 중소기업의 판매시장을 교란하지 않도록 한다는 내용의 합의를 하고 상공부로부터 이 합의사항을 풍산이 지키도록 행정지도를 떠나갈 것을 약속받고는 진정을 취하여 1986. 12. 30. 풍산으로 하여금 상공부로부터 수입추천을 받아 생산설비를 수입토록 하였다. 이후 비철금속연합회는 상공부를 통하여 풍산으로부터 합의사항 실시계획을 제출받거나 직접 풍산의 생산공장을 방문하여 합의사항의 이행여부를 점검하는 한편 풍산이 합의사항을 준수하지 아니한다는 이유로 상공부에 대하여 풍산이 합의사항을 지키도록 행정지도를 펴 줄 것을 요청하여 그에 따라 상공부는 매년 풍산으로부터 생산량, 가격 등을 보고받았다.

이에 공정거래위원회는 비철금속연합회와 풍산 간의 위와 같은 합의는 구성원인 풍산의 내수 판매물량을 제한함으로써 국내 신동시장에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위로서 독점규제법 제26조 및 제19조 위반에 해당한다고 하여 1990. 11. 20. 비철금속연합회에 대하여 시정명령을 하였다.

이에 대하여 비철금속연합회는 주무관청인 상공부의 행정지도에 따라 시정명령의 대상인 합의를 하게 된 것인데, 같은 정무기관인 공정거래위원회가 그 합의사항이 위법임을 이유로 시정

을 명함은 금반언의 원칙에 반하는 것으로 허용될 수 없다고 주장하였다.

한편 서울고등법원은 사업자단체가 주무관청의 행정지도에 따라 독점규제법상 시정명령의 대상이 되는 행위를 한 경우, 위법성이 조각되거나 그 시정을 명함이 금반언의 원칙에 반하는지 여부에 대하여, 행정지도는 비권력적 사업행위에 불과한 것이어서 그에 따름이 강제되는 것이 아니므로 사업자단체로서는 독자적으로 독점규제법 위반 여부를 판단하여 행동하여야 하고, 독점규제법의 운영은 행정부 내에서 독립된 지위를 가진 공정거래위원회의 권한으로 되어 있으므로, 사업자단체가 주무관청인 상공부의 행정지도에 따라 시정명령의 대상이 되는 행위를 하게 된 것이라 하더라도 그것만으로 위법성이 조각된다거나 또는 그 시정을 명함이 금반언의 원칙에 반한다고 할 수는 없다고 판시하였다.<sup>11)</sup>

#### 나. 연쇄화사업자 사건에 대한 판결

일반생활필수품(잡화)의 공동구입과 판매 등을 목적으로 설립되어 도소매업진흥법에 따라 연쇄화사업자로 지정된 한국생필체인(이하 “생필체인”)은 동업자 공제조합적 체제로 세종수퍼 등 다수의 소매상과 이른바 가맹계약을 맺고 그 가맹점으로부터 일정한 회비와 가맹점 판매상품의 공동구매와 알선 및 배송사업에 따른 수수료를 받아 그 수입으로 운영되는데, 그 가맹점들이 판매 이윤을 극대화하기 위해 생필체인으로부터는 소주 등 가격이 저렴하여 구매력이 강한 주류만을 공급받고 구매력이 비교적 약한 일반잡화

11) 서울고등법원 1992. 1. 29. 선고 91구2030 판결 참조.

는 제조회사와 직거래를 하거나 무자료 거래상으로부터 이를 구입하여 소비자에게 판매하려고 생필체인과의 거래를 기피하여 소주 등 주류에 비해 일반잡화의 구매실적이 극히 저조하게 되자 생필체인은 주주총회와 이사회 및 운영위원회의 결의를 거쳐 각 가맹점에 대한 주류와 일반잡화의 공급비율을 일정하게 유지하기로 하여 일정기간별 구매실적이 있어서 그 구매비율이 가격기준으로 50:50에 미달하는 가맹점에 대하여는 일정한 제재조치를 취하기로 회사 방침을 정하고 1987. 3월경 그와 같은 방침을 각 가맹점에 서면으로 통보하였으나 그 가맹점의 하나인 세종수퍼가 위와 같은 통보와 생필체인의 수차에 걸친 시정촉구에도 불구하고 위 구매비율을 준수하지 아니하자 마침내 생필체인이 1987. 6월경 세종수퍼를 가맹점에서 제명하여 거래를 중단하고 그 후 1988. 7월경 생필체인의 가맹규약을 개정하여 위와 같이 주류와 일반잡화의 구매비율이 50:50에 미달된 가맹점에 대하여는 생필체인이 일방적으로 제명을 할 수 있도록 정하여 위와 같은 회사방침에 대한 근거규정을 마련하였다.

이에 대하여 공정거래위원회는 위와 같은 생필체인의 일련의 행위가 독점규제법 제23조 소정의 불공정거래행위인 거래강제 및 거래거절행위에 해당하는 것으로 의결하고 1992. 4. 17. 생필체인에 대하여 시정명령을 하였다.

한편 서울고등법원은 연쇄화사업자의 가맹점에 대한 일반잡화 구매비율 강제가 불공정거래행위에 해당하는지 여부에 대하여, 연쇄화사업자가 각 가맹점에 대하여 일반잡화에 대한 주류의 구매비율을 일정하게 유지하도록 요구하고, 일반잡화의 구매실적이 극히 저조한 가맹점에 대하여 거래계약을 해약하는 것은 일단 독점규

제법에 의하여 정하여진 거래강제 및 거래거절의 유형에 해당된다고 할 것이나, (i) 일반생활필수품(잡화) 유통근대화사업의 하나로 추진되어 중소기업의 조직화, 협업화를 통해 가맹소매점이 필요로 하는 여러 가지 생활필수품을 원활하게 공급하여 소비자에게 싼값으로 판매할 수 있도록 한다는 연쇄화사업의 취지에 따라 연쇄화사업자로 지정받은 생필체인은 판매점포를 직영하지 아니하고 그 구성원인 다수의 소매상과 이른바 가맹계약을 맺고 각 가맹점이 필요로 하는 일반생활필수품(잡화)을 공동으로 구입하여 가맹점 조직망을 통하여 이를 판매하고 그에 따른 수수료 등의 수입만으로 운영이 되고 있는데, 그 조직망의 구성체인 각 소매상들은 생필체인의 가맹점으로 가입하면서 생필체인과의 사이에 생필체인의 정관과 가맹규약 등을 준수하고 자신의 점포가 당국의 연쇄화사업 운영기준에 적합하지 아니하는 경우에는 생필체인이 위 가맹계약을 일방적으로 해약하여도 이의를 제기하지 아니하기로 하는 약정을 하는 사실, (ii) 정부는 연쇄화사업자의 경영개선을 도모하기 위해 이에 대한 지원방안으로 일정기간 일반잡화의 공급실적이 많은 사업자에게 주류중개업면허를 부여하여 연쇄화사업자가 부수적으로 주류취급까지 할 수 있도록 하는 혜택을 주기로 방침을 정하여 그에 따라 1976. 7월경 생필체인에 대하여도 주류중개업면허를 부여하였는데 그때 면허조건으로 지정된 주류취급비율을 초과하여 조세범치벌법에 의하여 처벌 또는 처분을 받은 때로부터 1년 이내에 또 다시 같은 처벌 또는 처분을 받은 때에는 위 면허를 취소하기로 정한 사실, (iii) 소주 등 주류는 연쇄화사업자로부터 직접 구입하는 것이 그 가격이 저렴하나 일반잡화는 수수료부담 때문에 직접 제조업체로부터 직구입하거나 덤핑시

장에서 무자료로 구입하는 것이 보다 유리하다는 이유로 각 가맹점들은 소주 등 주류의 구입만을 선호하게 되고 이에 따라 각 연쇄회사업자들도 주로 주류만을 취급하게 됨으로써 연쇄회사업자가 연쇄회사업 본래의 취지를 벗어나 점차 주류중개업자로 전락하게 되자 이를 바로잡아 위와 같은 연쇄회사업 본래의 취지를 살려 일반잡화의 유통근대화를 꾀하기 위하여 연쇄회사업에 대한 감독관청인 상공부에서는 각 연쇄회사업자에 대하여 일반잡화에 대한 주류의 취급비율을 점차 낮추도록 행정지도를 하는 한편 상공부고시(연쇄회사업운영요령)로 주류의 취급비율이 일정률을 초과하는 사업자에 대하여는 자금지원대상에서 제외하기로 방침을 정하였고, 주류중개업면허관청인 국세청에서도 1990. 4월경 위 면허의 지정조건인 일반잡화에 대한 주류의 취급비율을 초과하는 연쇄회사업자에 대하여 조세범처벌법에 따라 처벌하는 한편 위 지정조건 위반으로 면허취소를 하기로 방침을 정하여 그와 같은 방침을 각 사업자들에게 예고한 바 있고 또한 실제로 생필체인이 위와 같은 지정조건을 위반하였다는 이유로 1991. 2월경 조세범처벌법 위반으로 처벌까지 받은 사실, (iv) 그리하여 각 가맹점들이 생필체인으로부터 소주 등 주류만을 공급받고 일반잡화를 구입해 주지 아니하면 결국 주류의 취급량도 줄어들 수밖에 없어 회사의 영업수익의 감소를 초래하므로 그와 같이 주류의 취급비율을 일정하게 유지하여야 할 경영상의 필요성이 있었을 뿐만 아니라 그와 같은 비율 유지는 또한 주류중개업면허의 지정조건이어서 회사의 존립의 관건이 되는 것이었으므로 생필

체인이 위와 같이 주류의 구매액에 대한 일정비율 이상의 일반잡화의 구입을 강제하기로 방침을 정하고 가맹규약에 이를 위반하는 가맹점을 제명할 수 있도록 하는 규정을 마련하기에 이른 사실 등 연쇄회사업 자체의 취지와 당국이 행정지도 등을 통하여 주류의 취급비율유지를 사실상 강제해 온 사정 등에 비추어 보면 일반잡화의 구매비를 강제는 정당한 이유가 있는 것이어서 독점규제법 소정의 불공정거래행위 해당성이 조각된다고 판시하였다.<sup>12)</sup>

#### 다. 농수산물도매시장법인협회 사건에 대한 판결

원고들은 외국산 청과물을 수입하여 판매하는 회사들이고, 피고 사단법인 농수산물도매시장법인협회(“피고 협회”)는 농수산물유통및가격안정에관한법률(“농안법”) 제38조에 의하여 농수산물도매시장법인들로 구성된 법인이고, 나머지 피고들(“피고 도매시장법인들”)은 농안법 제17조에 의하여 도매시장법인으로 지정되어 농안법에 의하여 설립된 회사로서 농수산물도매시장에서 청과부류의 출하자로부터 판매를 위탁받아 농수산물도매시장에 상장하여 경매 또는 입찰의 방법으로 판매하고 그 판매대금에서 위탁상장수수료를 받는 회사들인바, 피고 협회의 청과부류 회원인 피고 도매시장법인들 대부분은 1991. 1. 4. 바나나나 파인애플 등의 수입청과물에 대한 위탁상장수수료로 농안법 시행규칙과 서울특별시농수산물도매시장조례에 규정된 최고한도인 판매대금의 6%를 받기로 하되, 그 중 절반에 해당하는 판매대금의 3%를 피고 협회에게 교부하

12) 서울고등법원 1993. 6. 24. 선고 92구20257 판결 참조.

여 상장판매제도 확대 및 유통개선을 위한 농수산물유통발전기금으로 출연하도록 하고, 피고 협회의 회원이 아닌 도매시장법인들에 대하여도 위 내용에 따를 것을 촉구하도록 결의하였다.

이에 대하여 공정거래위원회는 피고 도매시장법인들이 위탁상장수수료로 판매대금의 6%를 징수하여 그 중 3%를 농수산물유통발전기금으로 출연하도록 결의하고, 피고 협회가 회원인 피고 도매시장법인들로 하여금 위 결의에 따라 판매대금의 6%에 해당하는 위탁상장수수료를 징수하여 그 중 3% 상당액을 농수산물유통발전기금으로 납부하도록 하는 행위는 독점규제법 제26조에 위반된다는 이유로 1994. 12. 15.에 시정권고를 하였으며, 피고 협회는 이를 받아들여 공정거래위원회에 시정권고를 수락한다는 통지를 하였다.

이와 관련하여 원고들은 피고 도매시장법인들의 위탁상장수수료의 획일적 징수결의 및 그에 따른 수수료 징수행위는 독점규제법 제19조에 위반한 부당한 공동행위이고, 국내 생산 청과물의 경우 피고 도매시장법인들이 위탁상장수수료로 판매대금의 6%를 받아 출하자들에게 출하장려금 명목으로 판매대금의 1%를, 중도매인에게 판매장려금 명목으로 판매대금의 1%를 각각 지급하여 실질적인 위탁상장수수료가 판매대금의 4% 정도였는데, 수입청과물의 경우에는 피고들의 위와 같은 위탁상장수수료 징수결의가 없었더라면 도매시장법인간의 공정한 경쟁을 통하여 위탁상장수수료의 추가인하가 예상되어 원고들은 도매시장법인들에게 수입청과물의 위탁상장수수료로 판매대금의 3%만을 지급할 수 있었음에도 불구하고 피고들의 위와 같은 독점규제법 위반행위로 말미암아 원고들은 원고들이 수입한 바나나와 사과에플의 위탁상장수수료로 판매대

금의 6%를 지급하여 공정한 위탁상장수수료인 판매대금의 3%를 초과한 금액 상당을 초과 지급하게 된 손해를 입게 되었으므로 피고들은 연대하여 원고들에게 손해배상의무를 이행하여야 한다고 주장하였다.

이에 대하여 서울고등법원은 형식적으로는 피고 도매시장법인들이 수입청과물에 대한 위탁상장수수료로 판매대금의 6%를 징수할 것을 결의하고 그 결의에 따라 위탁상장수수료를 징수한 행위는 독점규제법 제19조에 위반되는 행위에 해당하고, 피고 협회가 피고 도매시장법인들로 하여금 수입청과물에 대한 위탁상장수수료로 판매대금의 6%를 징수할 것을 결의하고 그 결의에 따라 위탁상장수수료를 징수한 행위는 독점규제법 제26조에 위반되는 행위에 해당하는 것처럼 보이지만, (i) 독점규제법의 목적과 관련 조항의 취지에 비추어 볼 때 사업자 또는 사업자단체의 경쟁제한적 행위가 형식적으로 독점규제법의 직접적인 보호법익인 공정하고 자유로운 경쟁을 제한하는 행위에 해당하는 경우에도 사업자 또는 사업자단체의 경쟁제한적 행위로 인하여 지켜지는 이익과 그로 인하여 침해되는 자유경쟁 경제질서의 유지라는 독점규제법의 직접적인 보호법익을 비교하여 볼 때 사업자 또는 사업자단체의 그와 같은 경쟁제한적 행위가 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형 있는 발전을 도모한다는 독점규제법의 궁극적인 목적에 실질적으로 반하지 아니한다고 인정되는 경우에는 그와 같은 행위는 적법한 행위로서 실질적으로 독점규제법에 위반되는 위법한 행위가 아니라고 할 것이고, (ii) 비록 농안법에 농림수산부장관이 도매시장법인의 위탁상장수수료의 결정에 대하여 행정지도를 할 직접적인 근거규정이 없다 하더라도 관련 규정에 의하면 농림수산부장관은



위탁상장수수료의 요율지정이나 도매시장법인 및 농수산물도매시장법인협회에 대한 감독 등의 간접적인 방법으로 도매시장법인들의 위탁상장수수료의 형성에 개입할 수 있도록 되어 있고, 한편 유동적인 상황변화에 행정지도가 원활, 유연하게 대처하여야 할 필요성이 있다는 점에서 볼 때 농안법에 직접적 근거가 없는 위탁상장수수료에 대한 행정지도라고 하더라도 행정지도를 필요로 하는 사정이 인정되고, 그러한 사정에 대처하기 위하여 사회통념상 상당하다고 인정되는 방법에 의하여 행정지도가 이루어지고 그것이 종국적으로 소비자의 이익을 보호함과 아울러 국민경제의 균형 있는 발전을 도모한다는 독점규제법의 궁극적인 목적에 반하지 않는 경우에는 그러한 행정지도는 적법하다고 할 것이므로 피고들이 수입청과물에 대한 위탁상장수수료로 판매대금의 6%를 징수할 것을 결의하고 그 결의에 따라 위탁상장수수료를 징수한 행위가 형식적으로 독점규제법에 위반하는 것으로 보이더라도 그것이 적법한 행정지도에 응하여 그에 협력하여 이루어진 경우에는 적법한 행위로서 실질적으로 독점규제법에 위반되는 위법한 행위가 아니라고 할 것인바, (a) 피고들이 수입청과물에 대한 위탁상장수수료로 판매대금의 6%를 징수할 것을 결의하고 그 결의에 따라 위탁상장수수료를 징수한 행위는 형식적으로는 사업자간의 경쟁을 제한하는 공동행위에 해당하는 것처럼 보이지만 실질적으로는 농산물의 수입개방에 즈음하여 도매시장법인들이 수입청과물의 상장 유치를 위하여 위탁상장수수료를 인하하는 등 과도한 가격경쟁을 할 경우 수입청과물의 위탁상장수수료가 국내 생산 청과물의 그것에 비하여 상대적으로 우대조치를 받게 되는 결과가 되고 그로 인하여 바나나와 파인애플 등의 외국청과물이 국내에

과다 반입되어 국내 청과물 생산자에게 심각한 경제적 타격을 가하는 등의 국내 농업경제에 미칠 영향을 최소화하고 농산물가격의 안정을 도모함으로써 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형 있는 발전을 도모하기 위한 것으로서 국민경제 전체의 입장에서 볼 때 경쟁제한으로 인하여 침해되는 자유경쟁경제질서의 유지라는 독점규제법의 직접적인 보호법익의 침해보다 그로 인하여 얻어지는 이익이 훨씬 크다고 할 것이어서 실질적으로 독점규제법에 위반되지 않는 적법한 행위라고 할 것이고, (b) 농림수산부가 피고 협회에게 한 위 행정지도는 농산물 수입개방이라는 유동적인 상황변화에 즉각적으로 원활하게 대응하기 위한 것으로 그와 같은 행정지도를 할 필요성이 있다고 할뿐만 아니라, 그러한 상황변화에 대처하기 위하여 피고 협회에게 협조를 구하는 등 사회통념상 상당하다고 인정되는 방법에 의하여 이루어졌고, 소비자의 보호와 국민경제의 균형 있는 발전을 도모한다는 독점규제법의 궁극적인 목적에 반하지 않는 것으로서 적법하다고 할 것이므로 피고들이 수입청과물에 대한 위탁상장수수료로 판매대금의 6%를 징수할 것을 결의하고 그 결의에 따라 위탁상장수수료를 징수한 행위는 농림수산부의 위와 같은 적법한 행정지도에 따라 그것에 협력하여 이루어진 것으로서 실질적으로 독점규제법에 위반되지 아니하는 적법한 행위라고 할 것이며, (c) 결국 피고 협회와 피고 도매시장법인들이 수입청과물인 바나나와 파인애플에 대한 위탁상장수수료로 판매대금의 6%에 해당하는 금액을 징수하기로 결의하고 그 결의에 따라 위탁상장수수료를 징수한 것은 형식적으로는 독점규제법에서 금지하고 있는 거래제한행위에 해당하는 것처럼 보이나 실질적으로는 농산물의 수입개방에 즈음하여

외국농산물의 과다반입으로 인하여 국내 농가에 심각한 경제적 타격을 가하는 등의 국내 농업경제에 미칠 부정적인 영향을 최소화하고 농산물 가격의 안정을 도모함으로써 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형 있는 발전을 이룩하려는 정부의 행정지도에 호응하여 이루어진 것으로서 독점규제법이 추구하고 있는 궁극적인 목적인 소비자의 보호와 국민경제의 균형 있는 발전을 도모하기 위한 적법한 행위라고 판시하였다.<sup>13)</sup>

## 라. 맥주회사 사건에 대한 판결

두산, 하이트, 진로쿠어스(“맥주 3사”)는 맥주의 제조 및 판매사업 등을 목적으로 하는 사업자들로서, 두산은 1998. 2. 23., 하이트는 1998. 2. 21., 진로쿠어스는 1998. 2. 24. 병맥주, 캔맥주, 생맥주의 규격별 공장출고가격을 동일한 인상율로 인상하였다.

이에 공정거래위원회는 맥주 3사가 위 각 맥주의 규격별 출고가격을 동일한 인상율로 인상한 행위가 독점규제법 제19조 제5항의 규정에 의한 부당한 공동행위로 추정되어 같은 조 제4항 소정의 부당한 공동행위에 해당한다고 인정하여, 1999. 5. 26. 그들에게 시정명령, 범위반사실 공표명령 및 과징금 납부명령을 하였다.

이에 대하여 맥주 3사는 위와 같은 맥주가격 인상행위는 국세청의 행정지도에 따른 것으로서 위법성이 조각된다고 주장하였는바, 서울고등법원은 (i) 맥주의 가격과 공급물량은 국가세수의 중요한 수입원인 주세수입과 소비자물가에 미치는 영향이 크기 때문에 행정당국에서는 맥주에

대하여 생산 및 제조, 유통의 모든 과정에 걸쳐 규제 및 지도를 하여 왔고, 특히 맥주가격에 대하여는 1961. 10. 재무부 고시 제274호 주류가격 제도에 대한 고시가 발령된 이후 지속적으로 통제가 이루어져 왔으며, (ii) 맥주가격의 인상은 법령상 자율신고가격으로 되어 있으나, 물가지수에 미치는 영향이 크다는 이유로 재정경제원 국민생활국에서는 이를 생활물가지수 품목으로 지정하여 가격관리를 하여 왔고, 국세청에서도 사전에 협의를 거쳐 승인을 받은 경우에 한하여 맥주가격인상에 관한 신고를 수리하여 왔으며, 그에 따라 맥주가격을 인상하고자 하는 경우 맥주제조업자는 사전에 재정경제원 국민생활국과 협의를 거쳐 가격인상율과 인상시기에 관하여 승인을 받은 후, 구체적인 인상율 및 인상시기는 최종적으로 국세청과 협의를 거쳐 그 승인을 받아야 가격인상이 가능하였고, (iii) 1997년말 발생한 외환위기 등으로 인하여 가격인상 요인이 누적되자 두산은 약 65%, 하이트는 약 36%의 맥주가격 인상을 국세청 소비세과 주세1계에 요청하였으며, 국세청에서는 맥주 3사에 대하여 우선 재정경제원에 인상한도를 승인 받도록 요구하였고, 이에 맥주 3사는 재정경제원에 가격인상 허용을 요청하였는데 재정경제원은 한자리 숫자의 인상율만을 허용함으로써 그 상한선이 9.9%로 결정되었고, 그 시기도 소비자물가에의 영향을 최소화하는 방향으로 정하도록 하였으며, (iv) 그 후 맥주 3사 중 가격선도업체인 두산이 재정경제원으로부터 승인 받은 위 인상을 범위 내에서 종류별, 용량별 가격인상율이 기재된 원가계산서를 국세청에 제출하였고, 국세청은 두산에게 최종적으로 품종별, 용량별 가격인상율

13) 서울고등법원 1996. 12. 6. 선고 96나2240 판결 참조.

에 대하여 승인을 하여 주었으며, 하이트는 국세청으로부터 두산에 승인된 내용을 통보 받고 그와 동일한 인상율을 제출하였으며, 진로쿠어스 역시 하이트의 인상율을 입수하여 그와 동일한 인상율을 제출하여 국세청의 승인을 얻었고, (v) 그 인상시기에 있어서도 한 회사의 가격인상은 타 회사의 가격인상 예측가능으로 인하여 가수요가 발생하는 등 주류 유통질서가 문란해지는 폐단이 발생한다는 이유로 회사별 주류가격 인상시기를 근소한 차이가 되도록 국세청이 이를 지도하여 왔으며, 이 사건 가격인상의 경우에도 두산이 국세청의 승인을 먼저 받았으나 국세청 직원은 시장점유율 1위인 하이트로 하여금 가장 먼저 가격을 인상하도록 지정하여 주었고, 그에 따라 하이트가 1998. 2. 21., 두산이 1998. 2. 23., 진로쿠어스가 1998. 2. 24. 맥주가격을 인상하게 되었으며, (vi) 이 사건 맥주가격 인상 이전인 1996. 7.경 두산은 42.1%, 하이트는 16.2%, 진로쿠어스는 15%의 맥주가격 인상을 당국에 요구하였으나 당시 허용된 인상율은 6.5%였고, 1997. 1.경에도 두산은 35.5%, 하이트는 15.9%, 진로쿠어스는 50.5%의 인상을 요구하였으나 허용된 인상율은 9.6%에 불과하였는바, 공정거래위원회는 1991년 및 1997년에도 맥주제조회사들의 동일한 맥주가격 인상율이 부당한 공동행위에 해당하는지 여부에 관하여 조사를 벌였으나 맥주가격이 사실상 재정경제원과 국세청의 행정지도에 의하여 구체적인 인상율, 인상시기까지 조정, 승인되어 동일한 비율의 가격인상이 이루어진 것이라고 보아 부당한 공동행위가 아니라고 판단하여 무혐의처분을 하였던 사실에 비추어, (a) 맥주가격의 인상은 전적으로 재정경제원과 국세청의 승인 여부에 달려있고, 종류별, 용량별 구체적인 가격까지도 사실상 국

세청과의 협의를 거쳐 결정되는 점, (b) 비록 법령상 재정경제원과 국세청과의 사전협의 내지 사전승인제도가 규정된 바 없다고 하더라도 재정경제원과 국세청이 행정지도 등을 통하여 가격인상율을 사실상 강제하여 온 점, (c) 재정경제원과 국세청은 맥주 3사의 가격인상 요구에 훨씬 미치지 못하는 인상율만을 허용함으로써 맥주 3사는 사전협의된 가격인상율 전부를 가격인상에 반영할 수밖에 없게 되어 사실상 맥주 3사의 맥주가격이 유사해질 수밖에 없고, (d) 그 인상시기 또한 국세청의 지도에 따라 결정되는 점, (e) 재정경제원과 국세청이 가격인상율만을 통제함으로써 이 사건 가격인상은 인상율만이 동일할 뿐 소비자의 소비행태에 결정적인 영향을 미치는 개별 인상가격은 맥주 3사 사이에 다소 차이가 있는 점, (f) 공정거래위원회 스스로도 1997년에 동일한 방식에 의한 맥주가격 인상에 대하여 부당한 공동행위에 해당하지 않는다고 판단한 점 등을 종합하면, 이 사건 맥주가격 인상행위는 가격선도업체인 두산이 원가 인상요인으로 인하여 재정경제원의 인상허용, 국세청과의 협의 및 승인을 거쳐 독자적으로 가격을 인상하였는데, 동일한 인상요인이 있던 하이트와 진로쿠어스가 선도업체인 두산의 가격을 일방적으로 모방함으로써 이 사건 가격인상에서 맥주 3사의 인상율이 동일하게 되었던 것으로 판단되고, 여기에 맥주 거래분야 시장의 특성과 현황, 맥주의 유통구조 및 가격결정 구조, 그 당시 맥주의 시장 가격에 영향을 미치는 제반 내외부적 영향, 맥주 3사가 맥주 거래분야 시장에서 차지하고 있는 지위, 맥주가격결정의 관행, 당시의 경제정책적 배경 등을 종합적으로 고려해 볼 때, 가격인상율이 동일하고 그 인상시기가 비슷하다는 사정만으로 맥주 3사 사이에 가격인상에 관한 공동합의가 있

었다고 추정하기에는 거래통념상 합리성이 없다고 판단하였다.<sup>14)</sup>

### 마. 손해보험회사 사건에 대한 판결

원고들은 보험업법에 의한 허가를 받아 보험사업을 영위하는 자들인바, (i) 2000. 4. 1.부터 시행되는 자동차보험료(기본보험료)를 종전 기본보험료수준으로 유지하기로 결정하여 이를 금융감독위원회에 신고하고 실행하였고(2000. 4. 1.자 보험료 결정행위), (ii) 5개 자동차보험종목(개인용, 업무용, 영업용, 이륜, 운전자보험)의 2000. 8. 1.자 시행분 자동차보험료(기본보험료)를 평균 3.8% 인상하기로 결정하여 이를 금융감독위원회에 신고하고 실행하였다(2000. 8. 1.자 보험료결정행위).

이에 공정거래위원회는 원고들의 위 각 행위가 독점규제법 제19조 소정의 부당한 공동행위에 해당한다고 보고, 2001. 6. 18. 원고들에게 시정 명령 등을 하였다.

한편 원고들은 이 사건 2000. 4. 1.자 보험료 결정과 관련하여서는, 2000. 4. 1.부터 시행하기로 하였던 부가보험료 자유화가 금융감독원에 의하여 공식적으로 유예된 상태였고, 순보험료는 보험개발원에서 산정하여 제시한 참조순보험료를 따르도록 되어 있었는데, 금융감독원이 2000. 8. 1. 보험료조정이 예정되어 있고, 보험료의 잦은 조정으로 보험계약자의 혼란이 초래될 우려가 있으므로 보험료를 종전 예정손해 수준으로 책정하라는 행정지도를 함에 따라 원고들은 종전과 동일하게 보험료를 결정하여

신고한 것이고, 이 사건 2000. 8. 1.자 보험료결정과 관련하여서는, 금융감독원이 순보험료를 인상율을 3.8%만 인상하도록 행정지도함에 따라 원고들은 순보험료와 연관되어 책정되어지는 부가보험료의 인상을 역시 같은 수준으로 인상하게 된 것으로 비록 위 2000. 4. 1.자 및 2000. 8. 1.자 각 보험료결정행위가 외형상 동일한 보험료로 유지·변경한 결과가 초래되었다 하더라도 이는 위와 같은 금융감독원의 적법한 행정지도에 따른 것으로 위법성이 조각되거나 정당한 사유가 있어 부당한 공동행위로 볼 수 없다고 주장하였다.

이에 대하여 서울고등법원은 (i) 2000. 1. 1.부터 시행된 독점규제및공정거래에관한법률의 적용이 제외되는 부당한공동행위등의정비에관한법률("카르텔정리법") 제7조에 의하여 보험업법 제198조의 2의 규정이 개정되기전까지는 순보험료 및 부가보험료를 포함한 보험료의 인상은 전적으로 금융감독원의 인가 여부에 달려있었는데, 보험업법 제198조의 2가 개정됨에 따라 종전과는 달리 원고들은 보험개발원이 금융감독원의 인가를 받은 순보험료를 적용하는 경우에는 보험업법 제7조 제1항 제1호의 규정에 의한 순보험료의 변경인가를 받은 것으로 보게 되어 있어 형식적으로 부가보험료는 원고들이 자율적으로 결정할 수 있게 되었으나, 보험업법 제7조 제1항의 규정에 따라 부가보험료의 변경에 관하여는 여전히 금융감독원의 인가를 받도록 되어 있고, 따라서 금융감독원은 비록 법령상 보험료변경과 관련하여 사전협의 또는 사전승인제도가 규정된 바는 없지만 보험업법 제7조 제1항에 근

14) 서울고등법원 2000. 12. 28. 선고 2000누1418 판결, 서울고등법원 2000. 12. 28. 선고 99누7304 판결, 서울고등법원 2000. 10. 31. 선고 99누7311 판결 각 참조.

거한 보험료변경 인가권에 기하여 원고들에 대하여 보험상품의 부가보험료를 변경시 미리 그 통계의 타당성, 변경수준의 적정성에 대하여 심사 및 행정지도를 하여 왔던 점, (ii) 보험산업은 다수의 일반소비자들을 대상으로 하는 금융산업으로서 그 공익적 성격이 강하다고 하지 않을 수 없고, 보험자금융은 금융 및 실물경제에 미치는 파급효과가 적지 아니하며, 사전에 보험료를 지급하고 사후 보험사고가 발생하면 보험금을 지급 받게 되므로 보험계약자 보호를 위해서는 보험회사의 재무건전성감독이 중요시되는 점 등의 특수성에 비추어 보면 금융감독원이 보험업법 제7조 제1항 규정의 보험료변경에 관한 인가권에 터잡아 보험료의 산정, 인상율, 적용시기 등에 관하여 이루어지는 폭넓은 행정지도가 위법한 것으로 볼 수는 없는 점, (iii) 보험료의 구성은 실제로 보험금으로 지급되는 순보험료와 보험회사의 비용에 해당하는 부가보험료로 구성되는데 부가보험료는 일정한 비율(즉, 예정사업비율)에 따라 순보험료에 연동되는 성격을 가지므로, 결국 순보험료가 보험개발원에 의해 제시되는 상황하에서는 형식적으로 부가보험료가 자유화되었다고 하여도 여전히 부가보험료는 금융감독원이 인가한 순보험료의 인상율과 함께 변동할 수밖에 없는 점, (iv) 2000. 4. 1.자 보험료결정행위를 보면, 금융감독원이 2000. 8. 1.자로 책임보험료를 조정하여 예정되어 있는 점과 보험료의 잦은 조정으로 보험계약자의 혼란이 초래될 수 있다는 점 등을 이유로 2000. 8. 1.까지 부가보험료 자유화 조치를 유예하고, 보험개발원이 제시한 참조순보험료에 이미 정해져 있는 예정사업비율 만큼을 부가보험료로 책정하여 인가신청하도록 원고들에게 행정지도를 하였던 점, (v) 2000. 8. 1.자 보험료결정행위를 보면, 금융감독

원은 순보험료의 인상과 관련하여 평균 5.4%의 인상요인이 있음에도 불구하고 물가상승 우려 등의 정책적 판단에 따라 보험개발원이 제시한 참조순보험료 인상율의 70%인 3.8%만을 반영하는 것으로 조정하여 신고 수리함으로써 순보험료에 관한 행정지도를 하였고, 원고들이 이와 달리 보험개발원이 제시한 참조순보험료와 다른 것을 신고하더라도, 금융감독원에 의해 인가될 가능성은 없었으며, 일부 손해보험회사가 참조순보험료 이상으로 보험료를 추가 인상하여 신고하였으나 금융감독원에 의하여 추가적인 보험료 인상을 자제하도록 지도되어 당초 행정지도한 참조순보험료 인상율 대로 인가되었던 점, (vi) 부가보험료에 관하여도 원고들의 실적사업비율이 예정사업비율을 훨씬 초과하고 있었음에도 불구하고, 금융감독원은 예정사업비율을 초과하는 사업비를 감축하도록 하여 실질적으로 예정사업비율을 종전과 동일한 비율에 의하도록 지도하였고, 이에 따라서 예정사업비율을 초과하는 실적사업비율에 따라 부가보험료를 인상 책정하였다고 하더라도 이를 인가하지 아니하겠다는 취지와 또한 부가보험료를 낮게 책정할 경우에도 보험재정의 부실화를 방지하기 위하여 금융감독원은 이를 인가해주지 않겠다는 취지를 원고들에게 미리 전달하여 부가보험료에 대해서도 금융감독원은 기존의 예정사업비율에 따라서 부가보험료를 책정하도록 행정지도를 하였던 점 등을 종합하면, 원고들의 이 사건 2000. 4. 1. 및 2000. 8. 1. 보험료 결정행위는 원고들이 보험료 변경인가권자인 금융감독원의 위와 같은 행정지도에 따라 순보험료 및 예정사업비율이 결정되어지고 그에 따라 이루어지는 보험료산정방식에 의하여 산정된 기본보험료를 결정하여 신고하다 보니 위 2000. 4. 1.자 및 2000. 8. 1.자 기본보

협료가 동일하게 유지 또는 인상된 것으로 판단되고, 여기에 국내 자동차보험시장의 특성과 현황, 자동차보험료의 결정구조, 당시 자동차보험료가 국내 경제에 미치는 영향, 당시의 경제정책적 배경 등을 종합적으로 고려해 볼 때, 보험료 인상이 동일하게 유지 또는 변경되었다는 사실만으로 원고들 사이에 보험료의 유지·변경에 관한 공동합의가 있었다고 추정하기에는 거래통념상 합리성이 없다고 판단하였다.<sup>15)</sup>

#### 4. 일본 등유암카르텔 사건의 판결과 학설<sup>16)</sup>

주지하는 바와 같이, 1970년대 초반 OPEC의 카르텔에 의하여 원유가격이 급등하고 이른바 석유과동(oil shock)이 발생하였다. 이에 대하여 일본 통산성은 석유원매업자에게 유종별 생산량의 조정과 석유제품의 가격인상에 관하여 통산성의 사전승낙을 구하도록 행정지도를 실시하였다. 일본 석유원매업자의 대다수는 통산성의 지도에 따라 생산조정과 승낙을 구하는 액수에 관하여 수 차례에 걸쳐서 협의와 합의를 하고, 통산성의 사전승낙을 얻은 후에 생산조정과 가격인상을 실시하는 것을 반복하였다.<sup>17)</sup>

이러한 행위가 일본 공정거래위원회에 의하여 독점금지법 위반으로 판단되어 사업자의 형사책임이 문제되었다. 이에 사업자는 통산성의 행정지도에 따른 행위였으므로 무죄라고 주장하였다. 이에 대하여 생산조정에 관하여는 동경고등

재판소에서 무죄판결이 확정되었으나,<sup>18)</sup> 가격카르텔에 관하여는 최고재판소까지 다투어져 유죄판결이 내려졌다.<sup>19)</sup>

최고재판소는, 독점금지법과 다른 정책원리에 의한 행정지도와의 관계를 일반적으로 다음과 같이 정리하였다.

- ① 독점금지법의 취지와 목적에 비추어, 가격형성에 행정청이 함부로 개입하여서는 아니 된다.
- ② 그러나, 석유업법은 간접적인 방법에 의하여 행정청이 석유제품 가격형성에 개입하는 것을 인정하고 있다.
- ③ 행정청은 유동하는 사태에 대하여 원활유연하게 대응할 필요성이 있다.
- ④ 이러한 점에 비추어보면, 석유업법에 직접적인 근거를 갖지 아니한 가격에 관한 행정지도 이더라도,
  - ㉠ 그것을 필요로 하는 사정이 있는 경우에,
  - ㉡ 그것에 대처하기 위해 사회통념상 상당하다고 인정되는 방법에 의하여 행하여지고,
  - ㉢ 「일반소비자의 이익을 확보함과 동시에, 국민경제의 민주적이고 건전한 발전을 촉진한다」고 하는 독점금지법의 궁극적인 목적에 실질적으로 저촉하지 아니하는 것인 한, 이것을 위법하다고 하여야 할 이유는 없다.
- ⑤ 가격에 관한 사업자간의 합의가 형식적으로 독점금지법에 위반하는 것처럼 보이는 경우 이더라도, 그것이 적법한 행정지도에 따라, 그

15) 2002. 10. 17. 선고 2001누10716 판결 참조.

16) 來生新, p.319

17) 來生新, p.319.

18) 昭和 55. 9. 26. 判時 983호 22쪽.

19) 昭和 59.2.24. 刑集 38권 4호 1287쪽.

것에 협력하여 행하여진 것인 때에는, 그 위법성이 조각된다.

이와 같은 요건에 비추어 볼 때, 최고재판소는, 통산성의 유종별 생산량의 조정과 석유제품의 가격인상에 관한 행정지도는 적법하다고 판단하였다. 그러나, 최고재판소는 이후 석유원매업자의 행위가 「석유제품의 유종별 가격인상폭의 상한에 관한 업계의 희망안에 관하여 합의함에 그치지 아니하고, 위 희망안에 대한 통산성의 승인을 얻는 것을 전제로, 일정 기일부터 위 승인한도까지 각사가 일제히 가격을 인상하는 취지의 합의를 한 것으로서, 이것이 행정지도에 따라 그것에 협력하여 행하여진 것이라고 평가할 수는 없다」고 판시하고, 「본 건에 있어서의 피고인들의 행위는 행정지도의 존재 때문에 그 위법성이 조각되는 것은 아니다」라고 판결하였다.

이러한 판단의 전제로서, 최고재판소는 독점금지법상의 「공공의 이익」 요건을, 「원칙으로서는」 독점금지법의 직접목적인 자유경쟁질서를 의미하지만, 형식적으로 카르텔에 해당하는 행위에 의하여 실현되는 이익과 자유경쟁질서에 의한 이익을 비교하여 「일반소비자의 이익을 확보함과 동시에, 국민경제의 민주적이고 건전한 발달을 촉진한다」고 하는 독점금지법의 궁극적인 목적에 실질적으로 반하지 아니하는 경우를 예외적으로 적법하다고 하기 위한 문언이라고 해석하였다. 이러한 문언의 해석을 포함하여, 최고재판소 판결은 석유원매업자의 행위를 무죄로 하는 총론적 가능성을 보여주면서 결과적으로는 유죄의 판단을 내린 것이었다.

이러한 최고재판소 판결에 대한 학설의 평가는 구구하다.<sup>20)</sup> 즉 한편에서는 최고재판소 판결의 총론은 영미법에서 말하는 부수의견(obiter dicta)에 불과하다고 하는 평가가 있고, 다른 한편에서는 이것을 적극적으로 평가하여 「공공의 이익」 요건을, 새롭게, 단지 자유경쟁질서유지가 아니고 한정적이지만, 다른 사회적 가치를 포함하여 해석하여야 한다는 주장을 하기에 이른 것이다.

행정지도와 독점금지법의 관계는 공공의 이익 요건의 해석과 불가분의 관계에 있다.<sup>21)</sup> 생산조정에 관하여 동경고등재판소는, 석유업법의 해석상 허용되는 행정지도는 적법하다고 하면서, 동시에 행정지도의 태양에 따라 보다 구체적 판단기준을 보여주었다. 즉 동경고등재판소 판결에서는 (i) 일률적으로 원유처리량을 제한하는 기준을 정하는 행정지도 또는 (ii) 개개의 사업자에게 할당표를 제시하는 행정지도는 공동행위를 초래할 염려가 있으므로 부득이하고 예외적인 경우에만 인정되어야 하고, 그것에 대하여 사업자단체를 통하여 행하는 행정지도는 거의 언제나 공동행위를 초래하므로 일반적으로 허용되지 아니하는 행정지도라고 판단한 것이다.

학설상으로는 최고재판소의 판단보다는 동경고등재판소의 판단이 독점금지법과 행정지도의 기본적 관계에 관한 보다 구체적 기준을 제시하는 것으로 평가하는 견해도 많다.

20) 來生新, p.319.

21) 來生新, p.319.

## 5. 결론

행정지도는 법률상의 강제권한에 기초하는 것은 아니고, 상대방의 협력을 전제로 하여 실현되는 것이며, 가격, 수량 등 본래 각 사업자가 경쟁에 기초하여 자주적으로 결정하여야 할 사업활동에 관하여 행정지도가 행하여지면, 사업자는 공동하여 행정지도에 따라 경쟁을 제한하는 경향이 있게 된다.<sup>22)</sup> 한편, 독점규제법은 사업자가 가격, 수량 등에 관하여 공동하여 결정하는 것을 부당한 공동행위로서 원칙적으로 금지하고 있다. 따라서 이러한 행정지도와 독점규제법과의 관계에 있어서, 경쟁제한행위가 성립·존속하고 있다고 보아야 하는지 여부라는 사실문제와, 경쟁제한행위가 성립·존속하고 있는 경우에 행정지도에 의하여 경쟁제한행위의 구성요건해당성 또는 위법성이 조각되는지 여부라는 법률문제의 2가지가 문제가 발생한다.<sup>23)</sup>

우리나라 판례는 행정지도에 순응한 사업자에 대하여 사안에 따라 어떤 경우에는 위법성이 조각되지 아니한다고 판시하고, 또 다른 경우에는 독점규제법 소정의 구성요건 해당성이 조각된다거나, 실질적으로 독점규제법에 위반되지 아니한다거나, 가격인상에 관한 공동합의가 있었다고 추정할 수 없다고 판시하고 있다. 즉, 서울고등법원은 (a) 비철금속공업협동조합연합회 사건에서는 행정지도는 비권력적 사업행위에 불과한 것이어서 그에 따름이 강제되는 것이 아니므로 사업자단체로서는 독자적으로 독점규제법 위반

여부를 판단하여 행동하여야 하고, 독점규제법의 운영은 행정부 내에서 독립된 지위를 가진 공정거래위원회의 권한으로 되어 있으므로, 사업자단체가 주무관청인 상공부의 행정지도에 따라 시정명령의 대상이 되는 행위를 하게 된 것이라 하더라도 그것만으로 위법성이 조각되지 아니한다고 판시<sup>24)</sup>하였고, (b) 연쇄화사업자 사건에서는 상공부와 국세청 등이 행정지도 등을 통해 주류의 취급비율 유지를 사실상 강제해 온 사정 등에 비추어 보면 생필재인의 일반잡화의 구매비율 강제는 정당한 이유가 있는 것이어서 독점규제법 소정의 불공정거래행위의 해당성이 조각된다고 판시<sup>25)</sup>하였으며, (c) 농수산물도매시장법인 협회 사건에서는 사업자 또는 사업자단체의 경쟁제한적 행위가 형식적으로 독점규제법의 직접적인 보호법익인 공정하고 자유로운 경쟁을 제한하는 행위에 해당하는 경우에도, 사회통념상 상당하다고 인정되는 방법에 의하여 행정지도가 이루어지고 그것이 종국적으로 소비자의 이익을 보호함과 아울러 국민경제의 균형 있는 발전을 도모한다는 독점규제법의 궁극적인 목적에 반하지 않는 경우에는 그러한 행정지도는 적법하다고 할 것이므로, 경쟁제한행위가 위와 같이 적법한 행정지도에 협력하여 이루어진 경우 이는 적법한 행위로서 실질적으로 독점규제법에 위반되는 위법한 행위가 아니라고 판시<sup>26)</sup>하였고, (d) 맥주회사 사건 및 손해보험회사 사건에서는 맥주 가격이나 보험료의 인상이 행정청의 승인 또는 인가 여부에 전적으로 달려 있고, 행정청이 물가

22) 根岸哲, 行政指導と價格カルテル, ジュリスト別冊(150號): 行政判例百選(I) (第四版), 有斐閣 p.220 (1999. 2.).

23) 根岸哲, p.221.

24) 서울고등법원 1992. 1. 29. 선고 91구2030 판결 참조.

25) 서울고등법원 1993. 6. 24. 선고 92구20257 판결 참조.

26) 서울고등법원 1996. 12. 6. 선고 96나2240 판결 참조.



상승의 우려 등 정책적 판단에 따라 행정지도 등을 통하여 맥주가격의 인상이나 보험료의 산정, 인상을 등을 사실상 통제하여 온 점 등 관련 시장의 특성과 현황, 맥주가격 또는 자동차보험료의 결정구조, 당시의 경제정책적 배경 등을 종합적으로 고려해 볼 때, 가격인상에 관한 공동합의가 있었다고 추정하기 어렵다고 판시<sup>27)</sup>하였다.

한편 일본의 경우 사업자단체의 가격인상결정에 의하여 성립하는 경쟁의 실질적 제한이 행정지도에 의하여 소멸하게 되는지 여부와 관련하여, 경쟁의 실질적 제한의 존속요건은 사업자단체의 결정에 의하여 회원사업자의 가격행동의 일치를 초래함이 있으면 간주되는 것이고, 이후 가격에 관한 행정지도가 있더라도, 당해 결정을 명료하게 파기하였다고 인정될 만한 특단의 사정이 없는 한, 경쟁의 실질적 제한이 소멸되지 아니하고 카르텔은 계속 존속하고 있는 것으로 보고 있다.<sup>28)</sup> 즉 사업자단체의 가격인상결정 이후 가격인상폭 압축의 기준을 제시하는 행정지도가 있고, 사업자가 이것에 따른 경우에도 당해 가격인상결정의 효력에 영향을 미치지 아니하며 카르텔이 계속 존속한다고 보고 있다.<sup>29)</sup>

다른 한편 일본의 경우 행정지도에 의하여 종전의 가격인상결정을 소멸시키고 준거하여야 할 새로운 가격을 설정하였다면, 경쟁의 실질적 제

한이 소멸하는 것으로 보고 있다.<sup>30)</sup> 그러나 이 경우 행정지도에 따르기 위한 새로운 카르텔이 성립하는 것이 문제가 되는 바, 행정지도가 사업자단체에 대하여 행하여지면 사업자단체는 그 구성사업자에게 행정지도의 내용을 준수하도록 하여야 하며, 이 때에는 거의 필연적으로 사업자단체의 카르텔이 성립한다.<sup>31)</sup> 그리고 사업자가 공동하여 행정지도의 내용을 준수하면 사업자의 카르텔이 성립한다.<sup>32)</sup> 한편 행정지도가 사업자에게 개별적으로 행하여지는 경우에는 사업자의 공동행위가 없어 카르텔이 성립하지 아니한다고 볼 여지도 있으나, 각 사업자는 다른 사업자도 이에 따르는 것을 전제로 해서만 따르겠다고 하는 경우가 많으므로 카르텔을 초래하는 위험성이 수반된다.<sup>33)</sup>

또한 일본에서는 카르텔에 대하여 시정조치를 명령하는 경우 위법성은 행정지도에 의하더라도 조각되지 아니한다는 것이 종래의 심결·통설의 입장이지만, 최고재판소는 행정지도가 있더라도 원칙적으로 카르텔의 위법성이 조각되지는 아니한다고 하면서도, 예외적으로 적법한 행정지도(가격에 관한 행정지도는 독점금지법의 취지·목적에 비추어 원칙적으로 허용되지 아니하나, 긴급한 필요가 있고 방법이 사회통념상 상당하며, 일반소비자의 이익을 확보함과 동시에 국민

27) 서울고등법원 2000. 12. 28. 선고 2000누1418 판결, 서울고등법원 2000. 12. 28. 선고 99누7304 판결, 서울고등법원 2000. 10. 31. 선고 99누7311 판결, 서울고등법원 2002. 10. 17. 선고 2001누10716 판결 각 참조.

28) 根岸哲, p.221.

29) 根岸哲, p.221.

30) 根岸哲, p.221.

31) 根岸哲, p.221.

32) 根岸哲, p.221.

33) 석유카르텔(生産調整) 刑事事件-東京高判 昭和 55.9.26. 高刑集 33권5호359쪽, 公正委(平成6.6.30.) 「행정지도에 관한 독점금지법상의 견해.

경제의 민주적이고 건전한 발달을 촉진한다는 독점금지법의 궁극적 목적에 실질적으로 반하지 아니하는 경우에는, 예외적으로 허용된다)에 따라 그것에 협력하는 범위 내에서는 카르텔의 위법성이 조각됨을 인정하는 판결을 내리고 있다.<sup>34)</sup> 이러한 점에서 등유암카르텔 사건에 관한 일본 최고재판소의 판결과 농수산물도매시장법 인협회 사건에 관한 우리나라 서울고등법원의 판결은 상당한 유사성을 보이고 있다.

마지막으로 행정지도와 독점규제법 위반에 관한 우리나라 법원의 입장을 정리하면, 단순히 행정청의 행정지도가 직접 또는 간접적으로 개입되었다는 사정만으로 이에 순응한 사업자의 경쟁제한행위에 대하여 곧 바로 위법성이 조각된다고 보지는 않는 것으로 해석된다. 그러나 법원

은 (i) 행정청의 행정지도가 사회통념상 상당하다고 인정되는 방법에 의하여 적법하게 이루어지고 그것이 종국적으로 소비자의 이익을 보호함과 아울러 국민경제의 균형 있는 발전을 도모한다는 독점규제법의 궁극적인 목적에 반하지 아니하는 경우 또는 (ii) 재화나 용역의 가격인상이 전적으로 행정청의 승인 또는 인가 여부에 달려 있고 행정청이 물가상승의 우려 등 정책적인 판단에 따라 행정지도 등을 통하여 가격을 사실상 통제함에 따라 사업자들이 동일한 수준으로 가격을 인상하는 경우와 같은 예외적인 상황하에서는 구체적 타당성을 고려하여 행정지도에 순응한 사업자의 행위를 독점규제법 위반이 아닌 것으로 판단하는 것 같다. **공정**

34) 根岸哲, p.221.