



분당지역 13개 부동산중개업자친목회 및 (주)텐커뮤니티의 사업자단체금지행위 등에 대한 건

공정거래위원회 2003.1.15. 의결 제2003-24호 (사건번호 2002하일1812)

이기중 | 안동대 법대 교수

피심인 : 까치회 외 13인

I. 사실 개요

가. 피심인 (주)텐커뮤니티는 자신이 운영하는 부동산거래정보망에 대하여 정보차단장치를 활용할 경우 비회원에 대한 배제효과가 있으면서 공정거래법 위반을 회피할 수 있다는 홍보를 하였다.

나. 피심인 까치회 등 분당지역 13개 부동산중개업자친목회는 자신의 구성사업자로 하여금 (주)텐커뮤니티의 부동산거래정보망에서 비구성사업자에 대하여 정보를 차단토록 하였으며, “건전질서 확립을 위한 윤리규정”(이하 “윤리규정”이라 한다)에 비회원과 거래 및 비회원의 부동산중개업 용도의 상가 중개 금지, 일요일 영업 금지, 전단·명함 등에 의한 광고 금지, 매물표 또는 게시판 게시행위 금지 등과 그 위반에 대한 벌칙을 규정하고 이를 시행하였다.



II. 심결 요지

공정거래위원회는 위 1.가.의 행위가 다음과 같은 이유로 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 보았다. 즉, (주)텐커뮤니티가 운영하는 부동산거래정보망은 부동산중개업의 영위와 관련하여 필수적인 서비스이나, (주)텐커뮤니티의 부동산거래정보망을 이용하는 부동산친목회 회원들이 비회원들에게 정보를 차단하는 등 불공정거래행위를 하고 있고, (주)텐커뮤니티도 이를 인지하고 있으면서 고객확보를 목적으로 부동산정보차단장치를 설치하여 공정거래법을 회피할 수 있다고 홍보한 것이다.

또한 공정거래위원회는 위 1.나.의 행위가 다음과 같은 이유로 구성사업자의 사업내용 또는 사업활동을 부당하게 제한하는 행위에 해당한다고 보았다. 첫째, 최근의 부동산중개에 있어 공동중개가 80% 이상의 비중을 차지하고 있으나 피심인들이 그 구성사업자들에게 공동중개의 거래상대방, 정보제공상대방 등을 제한하여 자율적인 판단에 의한 영업활동을 할 수 없게 하였다. 둘째, 해당지역 부동산중개업자의 90% 이상이 피심인들에 가입하고 있는 점 등에 비추어 위 윤리규정은 회원에 대한 구속력이 있다. 셋째, 피심인의 회원들에게 (주)텐커뮤니티의 부동산거래정보망에서 비회원의 부동산정보를 차단하도록 하였고 실제로 비회원에 대하여 정보를 차단하였다.

III. 법령의 적용

공정거래위원회는, 위 1.가.의 행위는 독점규제및공정거래에관한법률(이하 “공정거래법”이라 한다) 제23조제1항제8호에 위반되고, 위 1.나.의 행위는 공정거래법 제26조제1항제3호 및 표시·광고의공정화에관한법률(이하 “표시광고법”이라 한다) 제6조제1항에 위반된다고 보아, 공정거래법 제24조, 제27조 및 표시광고법 제7조제1항의 규정을 적용하여 법 위반행위의 중지와 윤리규정의 수정 및 시정명령사실의 공표를 명하였다.



해설 및 평석

1. 머리에

적절하게 정의된 필수설비의 보유자는 이를 다른 자들과 함께 사용하여야 하며, 이를 거절할 경우 셔먼법 제2조에 위반된다는 미국 판례법상의 원칙을 필수설비의 원칙("essential facility" doctrine)이라 한다.¹⁾ 시행령 제53조제3항제3호는 시장지배적지위의 남용행위의 일종으로서 "정당한 이유없이 다른 사업자의 상품 또는 용역의 생산·공급·판매에 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 거절·중단하거나 제한하는 행위"를 규정함으로써 필수설비의 원칙을 도입하고 있다. 또한 2002년 5월 16일자로 개정고시된 시장지배적지위남용행위심사기준(공정거래위원회 고시 제2002-6호)은 이러한 필수설비 접근거부행위에 대한 구체적인 심사기준을 마련하고 있다(IV.3.다.).

그러나 필수설비에의 접근거절은 시장지배적사업자에 의하여서만 가능한 것은 아니며, 사업자단체에 의하여서도 가능하고, 실제로 신용카드사업자들이나 부동산업자들의 사업자단체에 의한 필수설비에의 접근거절행위가 최근의 심결례들 속에서 빈번하게 등장하고 있다. 이와 같은 사업자단체에 의한 필수설비 접근거부행위에 대하여 적용될 수 있는 법조로는 공정거래법 제26조제1항제1호(및 제19조제1항제8호), 제3호 및 제4호가 있어, 각 조항의 적용기준이 문제된다.

또한 필수설비의 운영자가 이와 같은 접근거부행위에 참여할 경우 일반적으로는 공정거래법 제23조제1항제1호(부당한 거래거절)가 적용될 것이나, 본 사건에서는 피심인 (주)텐커뮤니티가 그 적용을 면탈하기 위한 장치를 고안했고, 공정거래위원회는 이에 대해 동 항 제8호를 적용함으로써 그와 같은 탈법시도를 차단하였다.

이하에서는 사업자단체 및 그와 연관된 필수설비 운영자의 필수설비에의 접근차단행위에 대하여 적용할 규정들과 그 위법성 판단기준에 대하여 살펴보고자 한다.

1) 상세는 이기중, "공정거래법 심결사례 해설 및 평석: 서울 동북지역 정보운영위원회 및 한국부동산정보통신(주)의 사업자단체금지행위 등에 대한 건, 공정경쟁 제74호 (2001. 10.), 43면 이하 참조.



II. 사업자단체에 의한 필수설비에의 접근차단행위에 적용될 수 있는 법규정

1. 공정거래법 제26조제1항제1호(및 제19조제1항제8호)

심결례 가운데에는 사업자단체의 필수설비 접근차단행위가 부당공동행위의 일종인 공정거래법 제19조제1항제8호의 행위(다른 사업자의 사업활동방해)에 해당되어 동 법 제26조제1항제1호에 위반된다고 설시한 것이 있다²⁾. 동 법 제19조제1항제8호의 문언 자체로 볼 때는 이와 같은 해석도 불가능한 것은 아니나, 부당공동행위 규정은 카르텔과 카르텔 조장수단만을 규제하는 것으로 보는 것이 일관된 해석을 가능하게 해준다는 관점에서 볼 때³⁾, 사업자단체의 필수설비 접근차단행위에 대하여 동 호를 적용하는 것은 그와 같은 행위가 배후에 존재하는 카르텔의 조장수단으로 활용되었다는 것이 밝혀진 경우에 국한하는 것이 타당하지 않을까 한다. 카르텔과 관련 없는 필수설비 접근차단행위에 대하여는 다음에 보는 바와 같이 제26조제1항제3호 내지 제4호를 적용함으로써도 충분히 규제가 가능할 것으로 생각된다.

2. 공정거래법 제26조제1항제3호

사업자단체에 의한 필수설비의 접근차단행위를 구성사업자로 하여금 직접 실행하도록 하는 경우 공정거래법 제26조제1항제3호(구성사업자의 사업활동제한)가 적용될 수 있다. 이와 같은 법적용은 주로 사업자단체가 직접 필수설비를 운영하고 구성사업자들이 그 운영에 참여하는 경우에 가능할 것이나, 본 사건은 필수설비 운영자가 사업자단체 외부에 존재하는 경우에도 이러한 법적용이 가능함을 보여주고 있다. 즉, 필수설비 운영자가 일괄적으로 비회원의 접근을 차단하는 것이 아니라 회원들이 개별적으로 자신의 정보에 대한 접근을 차단할 수 있는 메카니즘을 구축함으로써 동 호의 적용이 가능하게 하고 있는 것이다.

그런데 동 호는 사업자단체의 구성사업자에 대한 제한 중 부당한 것만을 금지하고 있으나, 이 부당성의 판단기준에 관하여 다음과 같이 견해의 대립이 있다.

첫째 견해는, 동 호의 '부당성'을 "공정한 경쟁을 저해할 염려"를 내용으로 하는 것이라 해

2) 한국여신전문금융업협회의 사업자단체의 금지행위에 대한 건, 2001. 3. 28. 공정거래위원회 의결 제2001-39호. 또한 일산지역 13개 부동산중개업자친목회, 미래디지털 및 미래의 사업자단체금지행위 등에 대한 건, 2003. 1. 15. 공정거래위원회 의결 제2003-25호 참조(공정거래법 제19조제1항제8호에 해당함은 명시하고 있지 않으나 유사한 행위에 대하여 동 법 제26조제1항제1호 적용).

3) 이기중, "기점가격제도와 부당공동행위 -대법원 2001. 5. 8. 선고, 2000두6510 판결-", 상사법연구 제20권 제4호(2002), 349면 이하.



석한다. 그리고 동 호의 규제대상인 행위는 개개의 사업자의 기능, 활동의 제한이라고 하는 형태로 행하여지는 사업자단체의 개개의 행위에 대한 반경쟁질서성을 판단하는 것이 필요하고, 바로 이러한 점에 있어서 개별적인 행위를 경쟁질서와의 관계에서 규제하는 '불공정거래행위'에 대응한다고 한다. 또한 사업자단체의 경쟁제한행위(부당공동행위)와의 관계에 대하여는, 사업자단체의 행위가 시장지배력의 형성에 연결된 경우에는 그 시장에 있어서 힘에 착안하여 제26조제1항제1호가 적용되고, 이러한 시장지배력의 형성에 연결되지 않은 경우에는 사업자단체의 개개의 행위에 착안하여 동 항 제3호가 적용된다고 한다.⁴⁾

둘째 견해는, 판례의 입장으로서는, 구성사업자의 사업활동에 있어서 “공정하고 자유로운 경쟁을 저해”하는 경우에 부당성의 요건이 충족된다고 본다.⁵⁾ 이와 같이 해석할 경우 동 호의 규제대상인 행위는 “공정한 거래를 저해할 우려”가 있을 것을 요건으로 하는 불공정거래행위와 명확하게 구별된다. 그러나 이 견해에서 말하는 “공정하고 자유로운 경쟁을 저해”한다는 말의 의미는 명확하지 않다. 부당공동행위에서 요구되는 부당한 경쟁제한과 동일한 의미인지, 아니면 제23조제8호의2가 말하는 경쟁의 실질적 제한과 같은 의미인지, 아니면 그 어느 것보다도 구별되는 새로운 기준을 선언하고 있는지 명확히 밝히고 있지 않은 것이다.

생각건대, 제26조제1항제3호의 부당성을 불공정거래행위에 있어서의 “공정한 거래를 저해할 우려”와 유사한 개념으로 보는 것은 동 호와 동 항 제4호(구성사업자에게 불공정거래행위를 하게 하는 행위) 사이의 구별을 무의미하게 만드는 결과를 가져올 우려가 있지 않을까 한다. 제23조제1항제8호가 동 항 제1호 내지 제7호 이외의 행위들을 폭넓게 규제할 수 있는 포괄금지규정으로 되어 있는 점을 고려할 때, 이와 같은 해석을 따를 경우, 단지 사업자단체의 국면에서 나타나는 특이한 양상의 행위들을 규제하기 위해 굳이 본 호를 존치할 필요성이 없어지지 않나 여겨지기 때문이다.

또한 제26조제1항제3호의 부당성을 경쟁의 실질적 제한에 못 미치는 정도의 경쟁저해를 요구하는 것으로 해석하는 것도 문제가 있다. 구체적으로 어느 정도의 경쟁저해가 법의 금지를 요구하는지 불명확할 뿐 아니라, 경쟁의 실질적 제한을 가져오지 않는 행위는 불공정거래행위로서 규제하는 것으로 충분하지 않을까 생각되기 때문이다. 따라서 동 호에서 요구하는 부당성요건은 제23조제8호의2의 경쟁의 실질적 제한요건과 동일한 개념으로 파악하여야 할 것이

4) 한상곤(2000), 474·475면.

5) 大判 1997. 5. 16. 96누150; 大判 2001. 6. 15. 2001두175.



며, 이러한 부당성의 판단에 있어서는 합리성의 원칙이 적용되어야 한다고 보여진다.⁶⁾

3. 제26조제1항제4호

필수설비의 운영자가 사업자단체의 외부에 존재하고 사업자단체가 이 운영자로 하여금 비회원의 접근을 차단하도록 하거나 이를 방조하는 경우 필수설비 운영자의 직접적인 차단행위는 불공정거래행위에 해당할 수 있고, 사업자단체의 방조행위 등은 제26조제1항제4호에 해당할 수 있을 것이다.⁷⁾

사업자단체에 의한 불공정거래행위 등의 강요 또는 방조가 카르텔의 조장수단으로 사용된 경우에는 제26조제1항제4호가 아닌 동 항 제1호를 적용하는 것이 바람직하다 함은 이미 살펴본 바와 같다.

Ⅲ. 사업자단체 외부의 필수설비 운영자의 접근차단행위에 적용될 수 있는 법규정

사업자단체의 외부에 존재하는 필수설비 운영자가 행하는 접근차단행위는 불공정거래행위에 해당할 수 있으며, 구체적으로는 다음 세 가지 양상으로 나타날 수 있다. 첫째, 비회원에 대하여 필수설비에의 접근을 완전히 차단하는 경우에는 제23조제1항제1호의 부당한 거래거절에 해당할 수 있다. 둘째, 비회원에 대하여 필수설비에의 접근을 일정부분 제한하는 경우에는 동 호의 부당한 차별적 취급에 해당할 수 있다. 셋째, 위의 두 가지 이외의 방법으로 필수설비에의 접근을 차단하거나 제한하는 행위가 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 인정되는 경우에는 동 항 제8호에 해당할 수 있다. 동 호는 새로운 유형의 불공정거래행위가 발생하는 경우 이에 탄력적으로 대응할 수 있도록 하기 위해 1999년 2월 5일의 제7차 개정에서 신설된 것이며, 본 사건은 이 조항이 불공정거래행위의 한정적 열거방식의 결함을 보완할 수 있음을 옹변

6) 심결례 가운데에는 문제된 제한이 경쟁에 미치는 영향을 전혀 실시하지 않고 본 호를 적용한 사례가 있으나 의문이다: 대한손해보험협회의 구성사업자사업활동제한행위에 대한 건, 공정거래위원회 1999. 2. 2. 의결 제99-14호(상호협정에 위반하여 보증을 인수한 보험회사에 대하여서만 제재금을 부과하여야 함에도, 보험인수 여부를 구분하지 않고 구성사업자 모두에게 제재금을 부과).

7) 서울 동북지역 정보운영위원회 및 한국부동산정보통신(주)의 사업자단체금지행위 등에 대한 건, 2001. 8. 22. 공정거래위원회 의결 제2001-120호: 일산지역 13개 부동산중개업자친목회, 미래디지털 및 미래의 사업자단체금지행위 등에 대한 건, 2003. 1. 15. 공정거래위원회 의결 제2003-25호: 군표회 및 (주)까치라인의 부당한 거래거절 강요행위 등에 대한 건, 2003. 1. 15. 공정거래위원회 의결 제2003-23호.



적으로 보여주고 있다.

IV. 맺으며

정보통신의 발달에 따라 정보통신망을 필수설비로 하는 업종이 기하급수적으로 늘고 있으며, 필수설비에의 접근제한행위도 공정거래위원회의 규제를 피하기 위하여 날로 다양한 양상으로 전개되고 있다. 그리고 이와 같은 업계의 변화에 대응하기 위한 수단으로 공정거래법 제19조제1항제8호(제26조제1항제1호), 제23조제1항제8호 및 제26조제1항제3호와 같은 탄력성 있는 개괄규정들이 새로이 주목받고 있다. 주의할 것은 이와 같은 개괄조항들이 실효성을 확보하기 위해서는 한시바삐 그 합리적이고도 구체적인 적용기준이 마련되어야 한다는 것이다. 본 고에서 제시한 해석론은 그러한 해석기준의 마련을 위한 시론에 불과하다. 앞으로 보다 많은 연구가 있어야 할 것은 물론이며, 현재 시장지배적지위남용행위심사기준에만 반영되어 있는 필수설비의 원칙을 조속한 시일내에 공동행위심사기준 및 사업자단체활동지침 등에도 반영하여야 할 것이다. 