



## 공정거래법 위반사건의 행정처분에 대한 최근의 판례동향과 그 시사점



박 해 식 판사  
대법원 재판연구관

공정거래법 위반을 이유로 한 처분에 대한 불복율이 증가하는 경향은 규제주체의 측면에서 볼 때, 공정거래법의 수 차례에 걸친 개정으로 규제수단이 다양화되고 규제강도가 강화됨에 따라 공정위가 규제수위를 높여왔고, 규제객체의 측면에서 볼 때, 공정거래법의 수범자들인 사업자들이 종래와 다른 공정위의 강도 높은 규제를 모두 그대로 수긍하기에는 어렵다는 판단을 하였기 때문이 아닌가 생각한다. 동 현상으로 인해 1998년 이래로 서울고등법원에 상당수의 범위반 사건이 접수·심리되었고, 서울고등법원의 판결에 불복한 당사자에 의하여 1999년 말부터 현재까지 상당수의 범위반 사건이 대법원에서 다루어지게 되었다.

### 1. 머리말

가. 공정거래법이 1996. 12. 30. 법률 제5235호로 대폭 개정되어 1997. 4. 1.부터 시행된 이후 범위반 행위를 이유로 한 처분에 대한 불복이 증가하기 시작하였고, IMF를 거치면서 공정위의 처분에 대한 불복율은 이제는 다른 행정청의 처분에 대한 불복율과 별다른 차이를 발견할 수 없게끔 되었다. 이러한 경향은 첫째, 규제주체의 측면에서 볼 때, 공정거래법의 수 차례에 걸친 개정으로 규제수단이 다양화되고 규제강도가 강화됨에 따라 공정위가 규제수위를 높여왔다는 점을 들 수 있을 것 같다. 종래 소극적·현상유지적 시정조치 위주의 처분에서 적극적·현상변경적 시정조치와 과징금 납부명령, 나아가 고발 등의 강력한 조치를 사용하는 빈도가 증가한 것이 그것이다. 둘째, 규제객체의 측면에서 볼 때, 공정거래법의 수범자들인 사업자들이 종래와 다른 공정위의 강도 높은 규제를 모두

그대로 수공하기에는 어렵다는 판단을 하였기 때문이 아닌가 생각한다. 기업의 내외적 사정으로 적극적 시정명령은 물론 수백억원에 달하는 과징금 납부명령을 그대로 수공하는 것이 어렵게 되었기 때문으로 보인다.

나. 이러한 현상으로 인하여 1998년 이래로 서울고등법원에 상당수의 범위반 사건이 접수·심리되었고, 서울고등법원의 판결에 불복한 당사자(사업자인 원고나 피고인 공정위)에 의하여 1999년 말부터 현재까지 상당수의 범위반 사건이 대법원에서 다루어지게 되었다. 따라서 범위반 사건에 관한 대법원 판례의 경향을 알기 위해서는 멀리 갈 것 없이 1999년 말부터 현재까지의 대법원 판례만을 검토하더라도 범위반 사건에 대한 대법원 판례의 경향이나 그 시사점을 일부나마 감지할 수 있다고 생각된다.

다. 이 글에서는 공정거래법의 3대 행위규제라고 할 수 있는 시장지배적지위의 남용행위, 부당한 공동행위, 불공정거래행위는 물론 부당한 표시·광고행위에 관한 대법원 판례 중 필자가 의미있다고 생각하는 대법원 판례를 행위별로 나누어 살펴보고, 과징금 납부명령과 과징금에 대한 집행정지에 대하여도 간단하게 살펴보기로 한다.<sup>1)</sup>

## 1. 시장지배적지위의 남용행위

### 1. 취지

시장지배적지위 남용행위는 많은 경우 불공정

거래행위와 중복되지만, 특히 독과점에 관하여 이른바 혼합규제주의적 폐해규제주의를 취하고 있는 우리나라에 있어서는 시장지배적지위 남용행위에 의한 규제의 중요성이 강조된다. 공정위의 실무에서는 가능한 한 시장지배적지위 남용행위는 주로 시장에서의 경쟁 그 자체의 보호에, 불공정거래행위는 주로 거래상대방의 보호에 중점을 두고 있는 듯이 보이고, 이러한 실무 태도는 긍정적으로 받아들여질 수 있다고 보여진다.

### 2. 대법원 판례

시장지배적지위 남용행위와 관련한 대법원 판결이 거의 없었다가 최근 부당한 출고조절과 관련한 의미 있는 판결 2개가 선고되었다.

가. 대법원 2001. 12. 24. 선고 99두11141 판결은 부당한 출고조절행위에 관한 효시적인 판례라고 할 수 있는데, 이 판결은 조제분유의 부당한 출고조절행위에 관하여, 먼저 ① 출고량증감여부가 최근의 추세에 비추어 현저한지 여부는 원고회사 전체 출고량을 기준으로 하거나 적어도 조제분유 품귀현상이 발생하였다는 수도권지역에 대한 출고량은 물론 직영대리점이나 판매회사의 재고량까지 포함하여 판단하여야 하고, ② 조제분유는 출고되어 판매되기까지 일정한 재고기간이 소요되며, 특히 원고회사의 경우 거래처의 대금결제가 다음달 말일인 관계로 항상 월말의 출고량이 월초나 월중에 비하여 현저하게 소량이므로, 원고회사의 출고량 증감, 서울지역 4개 대리점의 판매량의 감소가 최근의 추세에

1) 이 글에서의 대법원 판결에 대한 평가는 순전히 필자 나름대로의 해석론임을 미리 밝혀 둔다.

비추어 현저한지 여부는 1997. 12월 한달 동안 또는 그 이상의 기간 동안을 기준으로 하여 판단하여야 할 것인데, 같은 달 26일부터 31일까지 단지 5일 동안에 불과한 짧은 기간으로서 그것도 출고량이 항상 감소하기 마련인 월말에 속하는 기간을 기준으로 하여 판단한 것은 부당하다는 등의 이유로 공정위의 처분은 위법하다고 판단하였다. 이 판결은 출고량증감의 대상이 되는 지역적 범위와 기간에 관한 일응의 기준을 제시한 판결로서 의의가 있다.

나. 한편 대법원 2002. 5. 24. 선고 2000두9991 판결은 '출고조절기간'의 출고량을 1일 평균출고량의 10~15% 정도 감소시킨 것만으로 출고량의 감소 정도가 현저하다고 할 수 없고, 비교기간 자체가 이미 외환위기 등으로 인하여 제품에 대한 수요가 증가하였던 시점의 것이므로 비교기준으로서 부당하며, 원고회사가 출고량을 다소 조절한 것은 사업자로서 최악의 상황에 대비한 합리적인 기업경영행위라 보이고, 원고회사가 비정상적인 가수요에 그대로 응하여 생산·출고를 증대시키면 부산물의 처리 및 원가 상승 등으로 인한 손실의 확대가 예상되는 상황에서 원고회사에게 손실의 확대를 감수하면서까지 출고량을 증대할 것을 기대하기는 어려운 점 등을 종합하면, 부당한 출고조절행위에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다. 이 판결은 기본적으로 최근의 추세에 비추어 출고를 현저히 감소시키는 경우의 의미에 관하여 적극적으로 기준을 설정하지는 아니하였으나 최근의 추세에 비추어 10~15% 정도의 출고감소행위는 출고감소행위 당시의 구체적인 시장상황을 고려하여 합리적인 기업경영행위일 수 있다는 함축적인 의미를 포함하고 있는 판결이라는데 의의가 있다.

## 부당한 공동행위

### 1. 법 제19조제5항의 구조에 관한 대법원 판결

가. 대법원 2002. 3. 15. 선고 99두6514, 6521 판결(이하 '커피판결'이라 한다)은, ① 법 제19조제5항의 입법취지는 "공정위가 부당한 공동행위의 성립을 입증하기 위해서는 무엇보다도 당해 행위가 사업자들의 명시적·묵시적 합의하에 이루어진 것이라는 점을 입증하여야 하는데, 은밀하게 행하여지는 부당한 공동행위의 속성상 그러한 합의를 입증한다는 것이 그리 쉬운 일이 아니므로, 공정위로 하여금 '사업자들의 합의'를 입증하는 것에 갈음하여 '2 이상의 사업자'가 행위의 외형상 일치와 경쟁제한성의 두 가지 간접 사실만을 입증하도록 함으로써, 부당한 공동행위에 대한 규제의 실효성을 확보하고자 함에 있다고 전제하고, 제19조제5항에 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 입증되어야만 하는 것은 아니다"라고 하고, ② 이어서 "법 제19조제5항에 기하여 사업자들의 합의를 추정하기 위하여 입증되어야 하는 당해 행위의 '경쟁제한성'은 합의가 추정되기 이전의 상태에서의 '경쟁제한성'을 가리키는 것이므로, 그 '경쟁제한성' 유무는 사업자들의 합의가 없는 상태를 상정하여 판정하여야 한다는 법리를 전제로 국내 커피 제조·판매시장을 양분하고 있는 두 사업자가 시장점유율 증대를 위하여 경쟁적으로 자사 커피제품 판매가격을 인상한 경우, 경쟁사보다 값이 싸면 제품이 잘 팔리지 않았던 당시 국내 커피시장의 특이한 상황을 고려하여 '경쟁제한

성'이 결여되었다"고 하였다. 커피판결의 판지 ①은 그 후의 대법원 2002. 5. 28. 선고 2000두 1386 판결, 2002. 5. 28. 선고 2000두6107 판결, 2002. 7. 12. 선고 20001두854 판결(위 3개의 판결을 통칭 '화장지판결'이라 한다), 2002. 8. 27. 선고 2000두9779 판결도 위 커피판결의 판지 중 ①의 판지를 그대로 인용하는 판결을 함으로써 적어도 법 제19조제5항의 구조에 관한 대법원의 견해(①의 판지)는 확립되었다고 하더라도 과언이 아니다.<sup>2)</sup>

나. 그런데 커피판결은 법 제19조제5항이 처음으로 문제된 사건으로 학계나 실무자에게 비상한 관심을 모았고, 커피판결이 선고된 직후 학자들은 커피판결에 관한 다양한 견해를 표시하고 있다.

다. 다음에서 부당한 공동행위에 대한 구조에 관한 그 사이의 논쟁 및 커피판결이 파악하는 구조 및 그 시사점에 관하여 간단하게 검토해 보기로 한다.

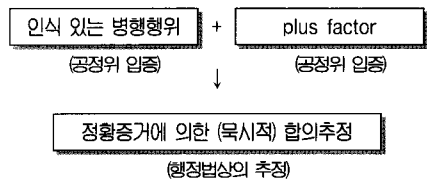
## 2. 부당한 공동행위에 대한 구조

법 제19조제5항의 요건으로 plus factor를 필요로 하는가 여부와 경쟁제한성의 의미에 관한 논쟁이 많았는데, 그 이유는 법 제19조제5항의 문언대로 해석할 경우 지나치게 사업자에게 불리하게 해석될 가능성이 있었기 때문이라는 것이다.<sup>3)</sup>

### 가. 학설

#### (1) 권오승 교수

권 교수는 법 제19조제5항에서 추정되는 것은 합의사실 뿐이고, 여기에서 추정(Vermutungen)의 법적 성격이나 기능이 반드시 명확하지는 않지만 민법상의 추정으로 이해하는 것은 타당하지 않고, 행정법상의 추정으로 이해하는 것이 타당하다고 주장한다. 행정법상의 추정이란 직접적으로 거증책임이나 형식적인 입증책임과는 관계가 없고 오로지 실질적인 입증책임에만 관련되는 것, 환언하면 추정요건이 갖추어진 경우에도 입증책임의 전환은 일어나지 않고 여전히 공정위가 합의의 존재여부를 포괄적으로 조사해야 할 임무를 부담하고, 다만 공정위가 그 임무를 성실히 수행했음에도 불구하고 아직 불분명한 부분이 남아 있을 때 그 추정을 깨뜨리려는 사업자가 비로소 그 입증책임을 부담한다고 주장한다.<sup>4)</sup> 권 교수는 법 제19조제5항의 구조를 다음과 같이 파악하고 있는 것으로 보인다.



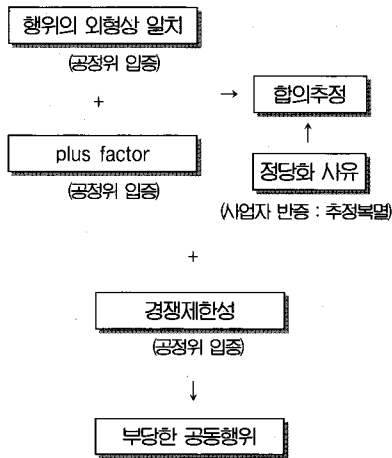
#### (2) 양명조 교수

梁 교수는 법 제19조제5항에서 추정되는 것은 합의의 존재임과 여기에서의 추정은 민사법상의

2) 법 제19조제5항의 구조 외 위 판결들에서 쟁점들에 대하여는 모두 생략.  
 3) 외국 학설이나 판례는 이미 많이 소개되어 있으므로 생략한다.  
 4) 권오승, 경제법, 2002. 9., 275-276쪽.

법률상 사실추정임을 전제로 하여, 제19조제5항은 행위의 외형상 일치와 정황사실 내지 추가적 요소를 입증하면 합의의 존재가 추정되고, 경쟁제한성이 인정되어야 부당한 공동행위가 인정되며, 한편 사업자는 합의의 존재에 대한 반증으로 정당화사유를 입증함으로써 합의의 존재에 대한 추정이 복멸된다고 주장한다. 그리고 여기에서의 실질적 경쟁제한성에 대하여는 큰 의미를 두어서는 안 된다는 취지로 주장한다.<sup>5)</sup> 양 교수의 이러한 태도는 인식 있는 병행행위에 대하여 plus factor를 입증하면 사실상 합의사실을 추정하고 있는 미국의 판례이론과 궤를 같이 한다.

梁 교수는 법 제19조제5항의 구조를 다음과 같이 파악하고 있는 것으로 보인다.

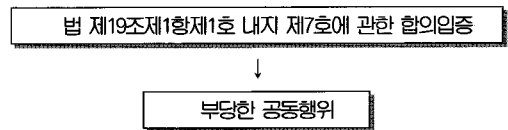


(3) 이남기 공정위 위원장

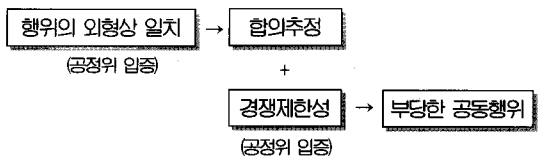
李 위원장은 1999. 2. 5. 공정거래법을 개정하면서 제19조제1항에서는 ‘경쟁의 실질적 제한’을 삭제하였으나 제19조제1항제8호와 제19조제5항에서는 ‘경쟁의 실질적 제한’을 그대로 남겨둔 것은 가격합의 등 경성카르텔에 대하여 보다 강력한 제재를 가하겠다는 정책의 표명이라는 점에 착안하여 제19조제1항제1호 내지 제7호와 같은 경성카르텔에 대하여는 경쟁의 실질적 제한에 대한 입증은 사실상 면제하는 대신 제19조제1항제8호 및 제19조제5항의 경우에 있어서는 경쟁제한성을 엄격하게 평가하도록 함으로써 추정조항의 적용에 신중을 기하게 하는 긍정적 효과를 기대할 수 있다는 취지로 주장한다.<sup>6)</sup>

李 위원장은 법 제19조제5항의 구조를 다음과 같이 파악하고 있는 것으로 보인다.

- 공정거래법 제19조제1항제1호 내지 제7호의 경우



- 공정거래법 제19조제1항제8호 및 제5항의 경우



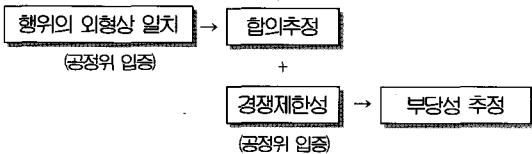
5) 양명조, 의식적 동조행위와 미국독점금지법, 1987. 12., 이화여자대학교 법정대학 사회과학논집 제7집; 양명조, 독점규제법상의 부당한 공동행위 추정, 1995. 12., 광운직 교수 고회기념논문집; 양명조, 카르텔 추정조항의 입법적 해결방안; 양명조, 독점규제법상의 경쟁제한과 시장지배력, 송상현 교수 화갑기념논문집; 양명조, 부당공동행위에 관한 판례연구, 공정거래법강의 Ⅲ; 양명조, 부당한 공동행위에 대한 판례연구, 서울대학교 법과대학 공정거래법과정 발표논문.

6) 이남기·이승우, 제3개정판 경제법, 187-199쪽.

(4) 김영호 교수

金 교수는 법 제19조제5항은 제1항의 합의의 존재를 용이하게 하기 위해 보충적으로 인정된 제도이므로 제5항에서 추정되는 것은 합의의 존재임과 여기에서의 추정은 민사법상의 법률상 사실추정임을 전제로 하여, 제5항은 행위의 외형상 일치를 입증하면 합의의 존재가 추정되고, 경쟁제한성이 인정되어야 부당한 공동행위가 인정되는데, 경쟁제한성은 시장참여자의 행태적 측면이 아니라 구조적 측면이 더 중요하므로 공동행위참가자의 시장지배력이 인정된다면 경쟁제한성은 인정된다고 한다.<sup>7)</sup> 金 교수는 특히 커피판결의 경우 대법원이 결과적으로 Posner의 과점시장에서의 상호의존이론을 채용하여 가격인상이 단순한 과점시장하에서의 상호의존성의 결과에 불과하다고 판단하였음에도 경쟁제한성의 판단에 있어 일부 요소만을 검토하고, 고려해야 할 중요부분이 검토되지 아니하였다고 비판하고 있다.

金 교수는 법 제19조제5항의 구조를 다음과 같이 파악하고 있는 것으로 보인다.

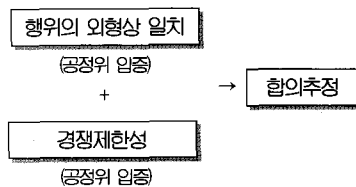


(5) 이봉의 교수

李 교수는 법 제19조제5항의 문언상 행위의 외형상 일치와 경쟁제한성이 인정되면 합의의 존재가 추정된다는 의미로 해석할 수밖에 없고,

다만 제19조제5항 소정의 명시적인 합의가 없는 경우에도 법률상 추정을 위해서는 위 추정제도의 남용을 막기 위하여 어느 정도의 경쟁제한성이 아니라 실질적인 수준의 경쟁제한성이 입증되는 경우에만 합의추정을 통한 당해 행위의 금지를 허용한다는 취지로 이해함이 타당하다는 주장을 한다.<sup>8)</sup> 법 제19조제5항 소정의 합의추정의 구조는 달리 이해하지만 실질적 경쟁제한성의 중요성을 강조한다는 측면은 이남기 위원장의 견해와 유사하다. 다만 법 제19조제5항의 문언상 위와 같이 해석할 수 없다는 것뿐이고, 경쟁제한성은 어느 위법례에서나 합의의 존재를 전제로 한 위법성의 요건이며, 합의의 존재라는 '사실'을 추정하기 위한 요건은 아니라는 것이다. 특히 커피판결의 경우 추정조항의 운용상 필연적으로 사업자들의 주장에 대한 입증이 불가능하게 되는 것을 막기 위하여 법 제19조제5항의 합리적 해석을 도모한 것으로, 무엇보다도 법문에 충실한 해석이라고 평가하고 있다.

李 교수는 법 제19조제5항의 구조를 다음과 같이 파악하고 있는 것으로 보인다.



나. 서울고등법원의 방식

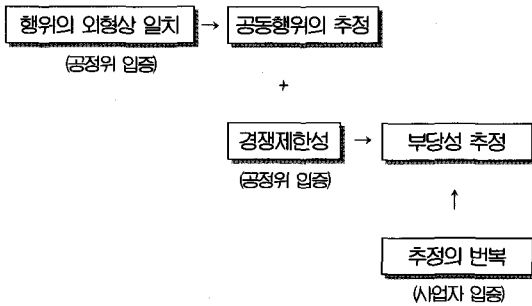
종래 서울고등법원은 사업자의 불이익을 완화

7) 김영호, 부당공동행위에 있어 합의의 존재 추정방법, 법률신문 2002. 4. 18.자.

8) 이봉의, 부당한 공동행위에 있어서의 합의의 추정, юри스트, 2002. 5.

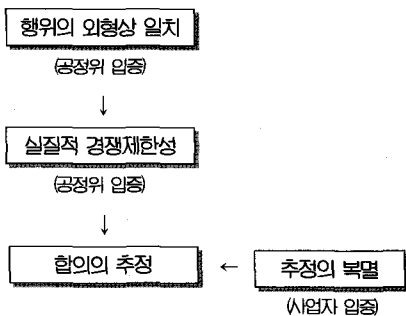
하기 위하여 행위의 외형상 일치만으로 바로 합의가 추정된다고 보지 아니하고 경쟁제한성까지 입증되어야 부당한 공동행위가 된다는 해석을 하였다.

서울고등법원은 법 제19조제5항의 구조를 다음과 같이 파악하고 있는 것으로 보인다.



#### 다. 커피사건 판결의 방식

커피판결에 관한 대법원 판결에 의하면 법 제19조제5항의 구조를 다음과 같이 도식화할 수 있을 것이다.



### 3. 평가

#### 가. 법 제19조제5항의 구조와 관련하여

(1) 먼저, 법 제19조제1항과 제19조제5항과의 관계를 법 제19조제5항의 문언에 비추어 보면, 법 제19조제5항의 구조를 권오승, 양명조 교수의 견해와 같이 합의의 추정의 요건으로서 plus factor가 필요하다고 보기에는 해석론상으로는 어렵다고 생각한다.

(2) 그리고 서울고등법원의 견해와 같이 행위의 외형상 일치와 경쟁제한성이 인정되며 부당성이 추정된다는 견해도 타당하다고 할 수 없다. 왜냐하면 이러한 해석은 무엇보다도 법 제19조제5항에서 2중의 추정규정을 두고 있지 않음에도 2중의 추정으로 해석하고 있는 점에서 법 규정에 따른 해석이라고 보기 어렵기 때문이다.

(3) 필자는 법 제19조제5항은 제19조제1항과는 다른 특별한 구성요건을 규정한 것이라는 관점에서 제19조제1항과 같은 구조를 염두에 두고 해석할 필요는 없을 것으로 본다. 즉 제19조제1항이 합의와 경쟁제한성을 그 요건으로 하고 있기 때문에 제5항도 같은 구조를 가진 것으로 파악하여 「행위의 외형상 일치가 입증되면 합의가 추정되고, 이러한 행위의 외형상 일치에 의하여 경쟁이 제한되면 부당한 공동행위가 인정된다」는 형식을 취할 필요는 없다는 것이다.

이러한 관점에다 법 제19조제1항의 개정경위를 참작하면, 제19조제5항의 구조를 커피판결과 같이 「행위의 외형상 일치가 입증되고 그러한 행위의 외형상 일치에 의하여 실질적으로 경쟁이 제한되는 사실이 입증되면 합의가 추정된다」는 형식을 취할 수 있다고 생각된다.<sup>9)</sup> 결국 '추정된 합의'에 대하여 합의의 추정을 복명시키는 반증

이 없는 한 '부당한 공동행위'가 인정되는 것이다. 그리고 합의가 추정되기 위해서는 실질적 경쟁제한성을 입증하도록 함으로써 추정조항의 적용에 신중을 기하게 하여 추정조항의 남용을 방지할 수 있다는 긍정적 효과도 기대할 수 있다.

이러한 관점에서 보면, 이남기 위원장 및 김영호 교수의 견해도 채택할 수 없다. 이봉의 교수의 견해가 커피판결의 구조와 가장 가까운 것이 아닌가 생각해 본다.

#### 나. 경쟁제한성의 시기와 관련하여

법 제19조제5항의 합의추정의 요건으로서의 실질적 경쟁제한성<sup>10)</sup>에 관하여 커피판결은 “당해 행위의 ‘경쟁제한성’은 합의가 추정되기 이전의 상태에서의 ‘경쟁제한성’을 가리키는 것이므로, 그 ‘경쟁제한성’ 유무는 사업자들의 합의가 없는 상태를 상정하여 판정하여야 한다”는 취지로 판시하고 있는바, 앞에서 커피판결에 관한 법 제19조제5항의 구조에서 보았듯이 ‘경쟁제한성’은 합의추정의 요건이므로 당연히 ‘경쟁제한성’ 유무는 사업자들의 합의가 없는 상태, 환언하면 합의추정 이전의 상태, 즉 행위의 외형상 일치에 의하여 경쟁제한성 유무를 판단하여 그것이 인정될 때 비로소 합의가 추정된다는 취지로 읽혀지므로 경쟁제한성은 합의추정 이후에서만 성립될 수 있다는 반대견해들은 커피판결의 구조와 커피판결의 판지를 오해한 데서 비롯된 것이라고 생각할 수 있다.

#### 4. 기타 부당공동행위와 관련된 의미 있는 판결

가. 대법원 2002. 5. 28. 선고 2000두6121 판결은 부당한 공동행위에 대한 과징금을 산정함에 있어 관련상품이 아닌 상품이 포함된 매출액을 기준으로 삼거나 위반행위기간이 아닌 기간을 포함시킨 경우에는 처분의 기초가 되는 사실 인정에 잘못이 있으므로 처분이 위법하게 된다고 판시하였는바, 이 판결은 과징금 산정의 기준이 되는 매출액 산정방법을 명확하게 제시한 것으로 평가된다.

나. 대법원 2003. 1. 10. 선고 2001두10387 판결은 직접 소비자판매도 하고 OEM 생산방식으로 납품도 하는 원고회사와 수주회사 등의 소비자판매가격인상 합의와 관련하여 OEM 생산방식으로 납품한 제품은 수주회사의 소비자판매 가격인상 합의와 관련이 있는 상품에 해당하는지 여부는 별론으로 하고 납품을 한 원고회사의 소비자판매가격인상 합의와 관련이 있는 상품에는 해당하지 않는다고 판시하여 합의의 대상이 무엇인지를 구체적으로 확정하여야 하지만 그러한 합의가 입증되지 않은 이상 OEM 생산방식으로 납품한 제품은 관련상품에 속하지 아니한다는 취지의 판시를 하였는바, 이 판결은 합의의 대상인 상품의 범위와 OEM 생산방식으로 납품한 상품과의 관계를 밝힌 판결로 평가된다.

9) 법 제19조제5항에 의한 추정의 대상은 ‘합의의 존재’ 이기는 하나 종래 통설은 ‘경쟁제한성이 배제된 합의의 존재’를 의미함에 대하여 커피판결은 ‘경쟁제한성이 포함된 합의의 존재’라는 점에서 차이가 있다.

10) 실질적 경쟁제한성의 의미에 관해서는 대법원 1995. 5. 12. 선고 94누13794 판결 등 참조.



## 불공정거래행위

### 1. 취지

대법원 판결에서 가장 많이 발견되는 것이 불공정거래행위에 관한 판결이다. 이것은 공정위가 시장구조개선보다는 당장의 가시적인 효과가 있고 입증이 손쉬운 불공정거래행위에 너무 많은 정력을 낭비시킨다는 반증도 될 수 있다. 다만 최근 거래관계의 발전으로 다양한 형태의 불공정거래행위가 등장하고 있음이 이채롭다.

### 2. 대법원 판례

불공정거래행위는 행위유형이 개별적·구체적으로 결정되는 것이고, 다양한 사례들이 있으므로 모두 소개할 수는 없고, 필자가 특히 의미 있다고 생각되는 판례 4개를 소개하기로 한다.<sup>11)</sup>

가. 대법원 2002. 2. 5. 선고 2000두3184 판결은 벤츠자동차의 국내 독점수입·판매업자인 원고가 병행수입차량의 차대번호를 추적·조사하여 벤츠사로부터 독점적 판매권의 침해에 대한 약정상의 커미션을 수령한 행위와 병행수입업자가 벤츠사로부터 위 커미션 상당액의 청구를 해외판매법인으로부터의 위 커미션 상당액의 구상을 거절할 것이 원인이 되어 해외판매법인의 거래가 중단된 것과 사이에 상당인과관계가 없다는 이유로 원고의 위와 같은 행위는 위지침 제5조에 해당하지 않는다고 판단하였는바, 이

사안은 진정상품 구입방해행위임을 이유로 공정거래법을 적용한 드문 사례로서 진정상품에 대한 구입병행행위의 입증의 정도가 어느 정도에 이르러야 하는지를 기늴해 볼 수 있다는 데 의미가 있는 판결이고,

나. 대법원 2002. 5. 31. 선고 2000두6213 판결은 공정위로서는 '자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 거래상대방에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 주는 행위'를 하였음을 이유로 시정명령 등 행정처분을 하기 위해서는 거래상대방에게 발생한 '불이익'의 내용이 객관적으로 명확하게 확정되어야 하고, 여기에서의 '불이익'이 금전상의 손해인 경우에는, 법률상 책임 있는 손해의 존재는 물론 그 범위(손해액)까지 명확하게 확정되어야 한다고 함으로써 공정위가 처분을 하기 전에 확정하여야 할 손해는 추상적 손해가 아니라 구체적 손해임을 명백하게 하였으며,

다. 대법원 2002. 10. 25. 선고 2001두1444 판결은 대리점의 채무불이행이나 고객관리용 전산망의 부당이용이 있었다 하더라도 본사 겸 전산망 운영자로서는 대리점의 전산망에 대한 이용권한을 일부 제한하는 방법 등으로 대리점의 위와 같은 행위를 통제·관리할 수 있었음에도 불구하고 대리점계약관계가 존속하고 있는 상태에서 채무이행을 강제하는 수단으로 대리점 영업에 있어서 필수불가결한 고객관리용 전산망을 일방적으로 중단한 행위는 쌍무계약의 일방당사

11) 거래상지위 남용에 관한 대법원 2000. 6. 9. 선고 97누19427 판결, 부당한 거래거절에 관한 대법원 2001. 1. 5. 선고 98두17869 판결, 사원판매에 관한 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000두6206 판결, 계열회사를 위한 차별적 취급에 관한 대법원 2001. 12. 11. 선고 2000두833 판결 등은 눈여겨볼 판결이다.

자의 채무불이행에 대한 대응방법 내지 대리점 계약상의 위탁업무제한조치의 일환을 넘어 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 그 이행과정에서 불이익을 준 것이라고 판시하여, 통신사업자가 무선호출서비스 특판대리점과 거래를 함에 있어 채무이행을 강제하기 위한 수단으로 특판대리점에 제공해 오던 고객관리용 전산망의 지원을 일방적으로 중단하는 행위의 경우 거래상 지위의 남용행위에 해당한다고 판시하고,

라. 대법원 2002. 12. 26. 선고 2001두4306 판결은 고객유인과 거래강제의 본질적인 차이는 그 수단이 전자는 위계 또는 기만적인 행위이고, 후자는 강제행위라는 데 있을 뿐이라는 것을 전제로 위계에 의한 고객유인행위의 객체가 되는 상대방, 즉 경쟁사업자의 고객은 경쟁사업자와 기존의 거래관계가 유지되고 있는 상대방에 한정되지 아니하고, 새로운 거래관계를 형성하는 과정에서 경쟁사업자의 고객이 될 가능성이 있는 상대방까지도 포함된다고 판시하였다.

## V 부당한 표시·광고행위

### 1. 개요

불공정거래행위의 한 유형으로부터 독자법인 표시·광고의공정화에관한법률을 갖게 된 부당한 표시·광고행위의 경우 다른 불공정거래행위와의 사이에 불특정 다수를 대상으로 할 뿐 아니라 범위반 행위로 인한 피해가 광범위하다는 특

징이 있다. 따라서 부당한 표시·광고인지의 여부는 보통의 주의력을 가진 일반소비자가 당해 표시·광고를 받아들이는 전체적·궁극적 인상을 기준으로 하여 판단하여야 한다.

### 2. 판례

가. 먼저 대법원은, 표시·광고의 내용은 소비자의 구매결정에 영향을 미칠 수 있는 중요한 사항에 대하여 적정한 정보를 제공하면 되고, 상품에 관한 모든 사항을 광고 내용에 포함시켜 광고하여야 할 의무는 없는 것이므로, 주택할부금융회사들이 주택할부금융상품을 안내전단 형식으로 광고함에 있어서 여신거래기본약관에 따라 일정한 경우 예외적으로 금리가 변동될 수 있다는 사실을 광고 내용에 포함시키지 않은 경우에 그 사실이 '소비자의 구매결정에 영향을 미칠 수 있는 중요한 사항'에 해당한다고는 할 수 없어 그 광고의 내용이 허위라거나 과장된 것이라고는 할 수 없다고 판시하였는데,<sup>12)</sup> 이 판결은 표시·광고의 수단이 안내전단 형식이라는 점을 특히 고려하여 '소비자의 구매결정에 영향을 미칠 수 있는 중요한 사항'의 범위를 다소 좁게 해석한 것이 아닌가 생각된다.

나. 그리고 대법원은 상위법령 규정과 결합하여 법규적 효력을 가지는 고시나 지침이라고 하더라도 입증책임을 전환시키는 것과 같은 내용은 사업자에게 중대한 불이익을 부과하는 것이 되어 상위법령의 명백한 위임이 없는 한 위임의 범위를 벗어난 규정으로서 효력이 없다고 판시

12) 대법원 2002. 6. 14. 선고 2000두4187 판결.

하였다.<sup>13)</sup>

## 과징금 납부명령

### 1. 취지

법위반 행위에 대한 과징금 납부명령은 행정적 제재로서 매우 효율적인 것이다. 그러나 과징금의 본질적 성격으로부터 법위반자가 취득한 이득 등과의 관계에서 비례의 원칙이나 형평의 원칙에 부합하도록 하여야 하는 한계가 있다. 다음에서 보는 대법원 판례들은 과징금 납부명령에 있어서 이러한 원칙을 엄격하게 적용하고 있는 것으로 보인다. 그리고 과징금의 가산금제도에 대한 헌법적합성이 문제된다.

### 2. 대법원 판례

가. 공정위는 법위반 행위에 대하여 과징금을 부과할 것인지 여부와 만일 과징금을 부과한다면 일정한 범위 안에서 과징금의 부과액수를 얼마로 정할 것인지에 관하여 재량을 가지고 있다. 그런데 과징금 부과와 관련한 재량 중 전자의 재량은 정책적인 것으로서 재량의 폭이 크다고 할 수 있다. 특히 법위반 사실의 신고에 대한 공정위의 무혐의처분이나 각하처분에 대하여 행정처분

성을 인정하지 아니하는 현행법 체제하에서<sup>14)</sup> 전자의 권한은 그야말로 행정적·정치적 심사대상일 뿐 사법심사의 대상이라고 할 수 없을 만큼 재량이 크다. 반면 후자의 재량은 과징금 부과 비록 제재적 성격을 가진 것이기는 하여도 기본적으로는 법위반 행위에 의하여 얻은 불법적인 경제적 이익을 박탈하기 위하여 부과되는 것이고, 과징금을 부과함에 있어서 위반행위의 내용과 정도, 기간과 횟수 외에 위반행위로 인하여 취득한 이익의 규모 등도 아울러 참작하도록 하고 있으므로, 과징금의 액수는 당해 법위반 행위의 구체적 태양 등에 기하여 판단되는 위법성의 정도뿐만 아니라 그로 인한 이득액의 규모와도 상호 균형을 이룰 것이 요구되고, 이러한 균형을 상실할 경우에는 비례의 원칙에 위배되어 재량권의 일탈·남용에 해당할 수가 있으므로 기속적 재량에 속한다고 할 것이다.<sup>15)</sup><sup>16)</sup>

나. 그리고 대법원은 한편으로는 '과징금산정 방법및부과지침'은 공정위 내부의 사무처리준칙에 불과하여 대외적 구속력이 없는 데다가, 위 지침상으로도 그 소정의 이른바 역진제감비율제는 일응의 부과기준액 산출방법에 지나지 아니하여 공정위를 기속하지 않는다고 규정되어 있으므로, 공정위가 법 소정의 과징금 부과상한액 범위 안에서 법 제55조의3 제1항 각 호 소정의 사항

13) 대법원 2000. 9. 29. 선고 98두12772 판결.

14) 대법원 1989. 5. 9. 선고 88누4515 판결, 2000. 4. 11. 선고 98두5682 판결.

15) 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000두6202 판결.

16) 그리고 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 아니다(대법원 1999. 5. 28. 선고 99두1571 판결, 2002. 5. 28. 선고 2000두6121 판결).

을 의무적으로 참작하여 과징금 부과금액을 산출하였다면, 단지 그 부과금액이 위 지침 소정의 역진체감비율제를 적용하여 산출된 금액보다 많다는 이유만으로 과징금 부과처분에 재량남용의 위법이 있다고 할 수는 없다<sup>17)</sup>고 한 반면, 다른 한편으로는 불공정거래행위인 사원판매행위에 대하여 부과된 과징금의 액수가 법정 상한비율을 초과하지 않는다고 하더라도 그 사원판매행위로 인하여 취득한 이익의 규모를 크게 초과하여 그 매출액에 육박하게 된 경우, 불법적인 경제적 이익의 박탈이라는 과징금 부과와 기본적인 성격과 그 사원판매행위의 위법성의 정도에 비추어 볼 때 그 과징금 부과처분은 비례의 원칙에 위배된 재량권의 일탈·남용에 해당한다<sup>18)</sup>고 하거나 '과징금산정방법및부과지침'이 비록 공정위 내부의 사무처리준칙에 불과하지만 적정한 과징금 산정기준을 마련하기 위하여 제정된 것임에 비추어 공정위로서는 과징금액을 산출함에 있어서 위 지침상의 기준 및 같은 법에서 정한 참작사유를 고려한 적절한 액수로 정하여야 할 것이라고 하면서 건축사회의 범위반 행위가 그 경쟁제한성이 크다는 이유로 위 지침상의 과징금 부과 기준의 2배에 상당하는 금액을 과징금으로 일률적으로 부과한 경우, 그 경쟁제한성이 위 지침상의 부과기준액의 2배에 해당하는 과징금을 일률

적으로 부과하는 것을 용인할 수 있을 정도로 크다고는 할 수 없다는 이유로 위 과징금 납부명령이 위법하다고 하였다.<sup>19)</sup>

## VI. 과징금 납부명령에 대한 집행정지

### 1. 취지

집행정지의 적극적 요건으로 '회복하기 어려운 손해'를 예방할 긴급한 필요성이 있어야 하고, 여기의 손해는 그 성질, 태양으로 보아 크게 재산상 손해와 비재산상(인격적) 손해로 나눌 수 있다. 비재산상 손해는 그 본질상 금전적 보상에 의하여 신청인이 만족을 얻기가 곤란하기 때문에 그 정도가 극히 경미한 경우 이외에는 집행정지가 허용되기 쉬운 반면, 재산상 손해는 원칙적으로 대체성이 있고, 보상금 및 환부가산금 등에 의하여 손해의 전보가 가능한 것이 대부분이므로 비재산상 손해와 비교할 때 '회복하기 어려운 손해'에 해당하지 않는 경우가 많을 것이다.<sup>20)</sup> 그러나 재산상 손해라 하더라도 신청인의 생활이 곤궁하게 될 위험이 있거나 사업이 도산할 우려가 있는 경우에는 '회복하기 어려운 손해'에 해당될 수 있을 것이다.

17) 대법원 2002. 5. 31. 선고 2000두1829 판결.

18) 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000두6206 판결.

19) 대법원 2002. 9. 24. 선고 2000두1713 판결.

20) 대법원 1965. 11. 23.자 65두7 결정, 대법원 1971. 1. 28.자 70두7 결정은 과세처분을 정지하지 않으면 회복할 수 없는 손해를 입게 되는 긴급한 사유가 있는 경우에 해당하지 아니한다는 등의 이유로 과세처분으로 인한 손해는 '회복할 수 없는 손해'에 해당하지 않는다는 취지의 판시를 하였으나, 대법원 2000. 9. 7.자 2000아20 결정은 신청인 소유의 부동산에 대한 공매처분의 집행으로 신청인에게 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정된다는 이유로 대법원에 계류된 양도소득세 부과처분취소사건의 판결 확정시까지 위 부동산에 대한 공매처분을 정지하였다. 과세처분이라는 이유만으로 집행정지가 불가능하다고 할 것은 아니고, 결국 집행정지유무는 집행정지요건을 얼마나 유효·적절하게 입증해 내느냐에 달린 것이라고 보아야 한다.

## 2. 대법원 판례

대법원은 공정거래법상의 과징금 납부명령은 그 발령과 집행에 있어 이미 위반행위의 태양과 같은 객관적 사유뿐만 아니라 해당 사업자의 사업여건이나 자금사정 등과 같은 주관적 사항을 아울러 고려하게 되어 있어 그 집행에 따른 손해도 통상의 경우에는 사후의 금전배상에 의하여 그 전보가 가능한 경제적 손실에 그친다고 볼 것이다. 그렇지만 구체적인 경우에 그 집행에 따른 경제적 손실이 기업 경영 전반에 미치는 과징효과로 말미암아 해당 사업자의 전체 자금사정이나 사업에 중대한 영향을 미칠 가능성을 일률적으로 배제할 수는 없으며 그러한 사유가 있는 경우에는 과징금 납부명령의 집행으로 인한 손해의 추상적 성질 또는 태양이 재산상의 손해에 속한다고 해서 언제나 '회복할 수 없는 손해'에 해당하지 않는다고 단정할 수 없다고 한다. 그러하여 비록 예외적이기는 하지만 과징금 납부명령에 대한 집행정지를 완전히 봉쇄하지는 아니하

고 있다.<sup>21)</sup>

물론 '회복하기 어려운 손해'에 해당하는지 여부에 대한 주장·소명책임은 신청인에게 있다.<sup>22)</sup> 따라서 과징금 납부명령에 대한 집행정지 요건으로서 '회복하기 어려운 손해'에 해당하는가의 여부는 구체적·개별적으로 결정될 문제라고 보아야 할 것이다.<sup>23)</sup>

### 마지막은 말

최근 공정거래법 관련사건에 대한 대법원 판례를 일변해 보았다. 지면 관계상 좀 더 자세한 논의를 하지 못하였으나 후일에 미루기로 하고, 마지막으로 법 제19조제5항에 관한 커피판결의 해석이 실제 부당한 공동행위를 다루는 공정위나 사실인정에 전권을 가지고 있는 하급심의 판결 결과에 어느 정도 영향이 있을 것인지 여부는 좀 더 지켜 볼 일이라고 생각된다. ☹️

21) 대법원 1999. 4. 27.자 98무57 결정, 1999. 12. 20.자 99무42 결정, 2001. 10. 10.자 2001무29 결정, 2002. 10. 25.자 2002무35 결정.

22) 거래개시명령과 같은 경우에는 과징금 납부명령과 같이 전형적인 금전납부를 대상으로 하는 경우에 비하여 회복하기 어려운 손해에 해당한다는 입증이 보다 용이하여 집행정지의 가능성도 그만큼 더 클 것으로 생각된다(대법원 2002. 10. 25.자 2002아37 결정은 포스코로 하여금 현대하이스코에 냉연강판을 공급하라는 취지의 시정명령에 대하여 집행정지결정을 하였다).

23) 대법원 1999. 4. 27.자 98무57 결정(신청인용), 1999. 12. 20.자 99무42 결정(신청기각), 2001. 10. 10.자 2001무29 결정(신청인용), 2002. 10. 25.자 2002무35 결정(신청기각).