

# 공정거래법상 사업자단체의 금지행위\*

성신여자대학교 법과대학 조교수 | 황 태 희

## I. 들어가며

우리 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 “법”이라 한다)은 사업자와 별도로 사업자단체의 경쟁제한적인 행위에 대하여 규정하고 있다. 이러한 태도는 일본의 「사적 독점금지 및 공정거래의 확보에 관한 법률」 제8조의 예를 따른 것이며, 경제현실에서 사업자단체의 역할이 어느 정도 일본과 유사하게 전개되고 있는 상황이 고려된 것으로 볼 수 있다.<sup>1)</sup>

사업자단체의 금지행위를 별도로 규율하는 가장 중요한 이유는 사업자단체가 구성사업자의 사업활동을 조장하여 당해 업계의 건전한 성장에 이바지하는 반면, 경쟁관계에 있는 사업자로 구성되어 있어서 조직적인 활동을 통한 경쟁제한의 가능성이 높다는 데 있다. 즉, 사업자들은 사업자단체를 통하여 가격과 공급량 등의 정보를 교환하고, 공동의 이익 달성을 위한 행위들을 하지만, 단체의 의사결정에 의하여 구성사업자의 사업활동에 대하여 일정한 범위의 제한을 하는 것이 통상 예정되어 있다. 그렇다고 하더라도 사업자단체의 결의의 내용이 구성사업자 사이의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 정도에 이른 경우에는 금지된다는 것을 나타낸 것이다.<sup>2)</sup>

1980년 법 제정 당시부터 존재한 사업자단체에 대한 규정은 1990년 개정시 과징금 부과항이 신설되었다. 그리고 1999년 개정으로 사업자단체의 설립 신고제도가 폐지되었다. 공정거래위원회(이하 “공정위”라 한다)는 사업자단체의 금지행위 규정에 위반하는 행위를 예방하기 위하여 법 제 26조 제3항에 근거하여 사업자단체가 준수하여야 할 지침을 고시<sup>3)</sup>하고 있다.

공정위의 사건처리 통계를 보면 총 1,196건의 범위반 사건 가운데 사업자단체의 위반행위가 150건을 차지하고 있다. 특히, 과징금 부과사안의 경우 61건 중 9건, 시정명령을 부과하는 사안의 경우에 213건 중 56건을 차지할 정도로 사업자단체의 실무상 비중은 매우 크다고 할 수 있다.<sup>4)</sup>

\* 이 글은 2010년 10월 18일 서울대학교 법과대학 전문분야연구(공정거래법)과정에서 발표한 내용을 수정, 보완한 내용임을 밝힙니다.

1) 권오승 외, 독점규제법, 법문사(2010), p. 282.

2) 대법원 2002. 9. 24. 선고 2002두5672 판결.

3) 공정위, 사업자단체활동지침(2002.12.26 고시 제2002-14호).

4) 공정위, 2009 사건처리통계

사업자단체의 의의와 사업자단체의 금지행위는 어떤 것이 있는지, 법해석 상의 문제가 있는 쟁점들은 어떠한 것인지에 대하여 차례로 살펴보기로 한다.

## II. 사업자단체의 의의

### 1. 개념

사업자단체는 그 형태 여하를 불문하고 2 이상의 사업자가 공동의 이익을 증진할 목적으로 조직한 결합체 또는 그 연합체를 말한다(법 2조 4호). ‘결합체란’ 개별 사업자를 구성원으로 하는 단체이며, ‘연합체’란 각 사업자단체를 구성원으로 하는 단체를 지칭한다. 이러한 단체에는 동종의 사업자를 구성원으로 하는 동업자단체와 일정한 지역에서 사업의 본거를 두고 각종의 사업에 종사하고 있는 지역단체가 있을 수 있다.<sup>5)</sup>

그리고 사업자의 이익을 위한 행위를 하는 임원·종업원·대리인 기타의 자(者)는 일반적으로 사업자가 아니지만, 예컨대 회사의 영업부장들이 친목회를 통하여 입찰담합을 지시하는 것처럼 실질적으로 소속 사업자의 이익을 대변하는 경우가 있기 때문에 사업자단체에 관한 규정의 적용에 있어서는 이를 사업자로 본다(법 2조 1호 2문).

### 2. 사업자단체의 요건

#### (1) 복수의 사업자

사업자단체는 2 이상의 복수의 사업자로 구성되어야 한다. 한국양회공업협회,<sup>6)</sup> 전국학생복발전협의회,<sup>7)</sup> 대한의사협회처럼 동종의 업종에 종사하는 복수의 사업자단체도 있고, 단체 구성원들이 반드시 동종의 업종에 종사할 필요는 없고 거래단계를 달리하는 경우에도 상관없이 전국상공회의소나 전국경제인연합회 등 다양한 업종의 사업자를 포섭하는 단체도 여기에 포함된다. 다만, 사업자단체에 참가하는 구성사업자는 독립된 사업자이어야 하므로 개별 사업자가 단체에 흡수되어 독자적인 사업활동을 하지 않는 경우<sup>8)</sup>와 아파트 부녀회와 같이 구성원이 사업자가 아닌 경우에는 사업자단체로 볼 수 없다.

단체 구성원들이 동일한 지리적 권역에 있거나 전국적으로 존재하는 경우에도 사업자단체로 인

5) 이규익/이재형, ‘사업자단체의 기능과 규제’, 한국개발연구(1982), p. 53.

6) 대법원 2008. 2. 29. 선고 2006두10443 판결.

7) 대법원 2006. 11. 24. 선고 2004두10319 판결.

8) 박수영, ‘공정거래법상 사업자단체의 규제에 관한 고찰’, 기업법연구 제18권 제2호(2004), p. 382.

정할 수 있으며, 서울특별시 의사회와 같이 동일 지역 내의 일부 사업자들로 구성된 사업자단체도 있을 수 있다.<sup>9)</sup>

의사나 변호사 등의 전문적인 자유업을 영위하는 자의 단체가 사업자단체에 해당하는지 여부가 문제되었지만, 법 제2조 제1호에서 서비스업, 기타 사업을 행하는 자를 사업자로 규정하고 있으므로 서비스업 또는 기타 사업을 행하는 것에 해당하는 이러한 사업자의 단체도 사업자로서의 공동 이익 증진의 목적이 있는 한 사업자단체에 해당한다고 할 것이다.

## (2) 공동의 이익 증진

사업자단체는 반드시 사업자로서의 공동의 이익을 증진하는 것을 목적으로 하여야 한다. 여기에서 증진되어야 할 이익은 '사업자로서의' 이익이다. 사업자에게 있어서 고유한 사업활동에 관한 이익이 있다면 그 내용의 여하는 묻지 않는다. 즉, 국내외 시장의 조사, 시장 내지 가격정보의 공유,<sup>10)</sup> 행정부나 입법부에 대한 로비,<sup>11)</sup> 과당경쟁의 억제 등 사업과 관련된 이익으로 넓게 해석될 수 있다. 따라서 친목, 종교, 학술, 연구 등만을 목적으로 하는 단체는 사업자단체로 볼 수 없다.<sup>12)</sup>

이러한 목적이 반드시 주될 필요는 없다. 따라서 결합체의 목적에 사업자로서의 이익 증진이 포함되어 있다면 위 요건이 충족되고, 설사 사업자로서의 이익 증진 이외의 다른 목적을 겸한 단체라고 하더라도 사업자단체로 볼 수 있다.<sup>13)</sup>

그리고 이익의 증진 목적이 모든 구성사업자에 대하여 공동일 필요도 없고 일부에 대하여 이익이 되면 족하며, 그러한 목적은 단지 사실상의 목적으로 족하며 정관이나 규약에 명시될 필요도 없다.

이와 관련하여 사단법인 대한의사협회가 의약분업 시행을 앞두고 의료계의 주장을 관철하기 위하여 개최하는 '의사대회' 당일 휴업 참석 서명 및 불참자에 대한 불참사유서를 징구할 것을 결의하고, 그 결의내용을 문서와 인터넷 홈페이지 및 신문광고 등을 통하여 자신의 구성사업자인 의사들에게 통보하여 대회 당일 휴업 및 휴진을 하도록 한 행위에 대하여, 정부정책에 대한 이익집단으로서의 행동이었기 때문에 공정거래법 자체의 적용을 면제하자는 견해도 있지만,<sup>14)</sup> 구성사업자들에게 본인의 의사 여부를 불문하고 일제히 휴업하도록 요구하였고 그 요구에 어느 정도 강제성이 있었다고 한다면, 이는 구성사업자인 의사들의 자유의 영역에 속하는 휴업 여부 판단에 사업자단체가 간섭한 것이고, 그 결과 사업자 각각의 판단에 의하지 아니한 사유로 집단휴업상태를 발생시키고 소비자 입장에 있는 일반 국민들의 의료기관 이용에 큰 지장을 초래한 것으로 보아, 대법원이 이 행위에 대하여 공정하고 자유로운 경쟁을 저해한다고 판시<sup>15)</sup>한 것은, 이익집단의 정치적 행동도

9) 대법원 2005. 9. 9. 선고 2003두11841 판결.

10) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008두549 판결.

11) 대법원 2003. 2. 20. 선고 2001두5347 전원합의체 판결.

12) 공정위, 공정거래백서(2010), p.197.

13) 한상곤, '사업자단체의 규제', 재판자료 제87집, p.452-454.

14) 심재한, '사업자단체의 사업활동 제한행위', 상사판례연구 제18집 제2권(2006), p.72.

결국은 시장에 미치는 경쟁제한효과를 파악할 수 있기 때문에 이에 대하여 공정거래법이 적용될 수 있다고 본 것이다.

### (3) 사업자단체의 형태

사업자들의 결합체 또는 연합체라면 사단법인인지의 여부 등 법적 형태는 묻지 않는다. 당해 단체가 사단법인 대한약사회<sup>16)</sup>나 대한법무사협회<sup>17)</sup> 등 법정단체인지 또는 순수한 임의단체인지도 사업자단체를 인정하는 데에 있어서는 상관이 없다. 사단법인 대한치과의사협회 경북지회 포항분회와 같이 특정한 사업자단체가 지회나 지부 등을 거느리고 있는 경우에, 그 지회나 지부가 단순하게 원 사업자단체의 수족(手足)과 같은 입장에서 사무를 처리하지 않고 지부규약과 같은 독자 규정을 두는 등 독자적인 경제활동의 주체라면 사업자단체로 인정할 수 있다.

## Ⅲ. 사업자단체의 금지행위

### 1. 개요

사업자단체의 금지행위의 내용은 공동행위에 있어서 사업자단체가 의사결정에 영향을 미치는 행위, 신규 사업자의 진입을 제한하는 행위, 사업자가 자율적으로 결정할 내용을 사업자단체의 구속을 받도록 하는 행위, 불공정거래행위 등을 하게 하는 행위 등으로 구성된다. 그리고 사업자단체가 회칙 등을 제정하여 주무부처의 승인·인가 등을 받은 경우라고 하더라도, 그 회칙 등에 의한 사업자단체의 행위가 인가 등을 이유로 법의 규제대상에서 배제되는 것은 아니다.<sup>18)</sup>

### 2. 부당한 경쟁제한행위

#### (1) 의의

사업자단체는 제19조 제1항의 행위에 의하여 부당하게 경쟁을 제한하는 행위를 하여서는 아니 된다(법 26조 1항 1호). 사업자는 가격, 수량, 거래조건, 거래상대방의 결정 등 모든 사업활동을 스스로의 자유의사에 의하여 결정할 때 사업자 간의 자유롭고 공정한 경쟁이 촉진될 수 있다. 그러나

15) 대법원 2003. 2. 20. 선고 2001두5347 전원합의체 판결.

16) 대법원 1995. 5. 12. 선고 94누13794 판결.

17) 대법원 1997. 5. 16. 선고 96누150 판결.

18) 사업자단체활동지침 3.가.(13).

사업자단체가 문서·구두(口頭) 등의 수단과 강요·요청·권고 등을 통하여 부당한 공동행위를 할 경우, 사업자단체의 공동행위로 인정되기 위해서는 당해 공동행위에 관한 사업자단체의 의사결정이 있고, 그것이 구성사업자를 어느 정도 구속하여 구성사업자가 공동행위의 실행을 한 경우이어야 할 것이다.

## (2) 제19조와의 관계

그런데 사업자단체가 적극적으로 합의에 필요한 정보를 수집, 배포하거나 구성사업자의 회합을 통한 합의의 기회를 제공하는 등의 역할을 하는 경우에는 법 제19조와의 관계를 파악할 필요가 있다. 사업자단체가 부당한 공동행위를 하게 하는 경우에 법 제26조 제1항을 적용하는 것만으로는 구성사업자에 대하여 손해배상청구가 가능한지의 여부가 불분명하기 때문에 제19조 제1항을 함께 적용하자는 견해<sup>19)</sup>도 있다.

그러나 양자는 구별하여 적용되어야만 실익(實益)이 있다. 이에 대하여 제19조는 사업자만을 규제대상으로 하는 반면에, 제26조는 구성사업자와 사업자단체를 모두 규제대상으로 삼는 것에 양자를 구별하여야 한다는 견해<sup>20)</sup>도 있다. 그러나 법체계적으로 살펴보면 제19조의 문언은 “다른 사업자로서 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니 된다”라고 하여 다른 사업자에 대한 부당한 공동행위의 교사(敎唆)행위를 금지하고 있고,<sup>21)</sup> 제26조 제1항 제1호는 ‘제19조 제1항 각호의 행위에 의한 부당한 경쟁제한 행위’를 금지하고 있다. 그렇다면 적어도 누군가가 부당한 공동행위를 조장 내지 교사한 경우에는 원래 제19조에 의하여 금지되는 것이 원칙이지만, 그것이 사업자단체이기 때문에 정책적 이유로 제26조에서 특칙으로 규정하고 있다고 보는 것이 바람직하다고 생각한다. 따라서 사업자단체의 의사결정에 따른 구성사업자가 부당한 공동행위에 나서게 되는 경우에 사업자단체에는 제19조가 아니라 제26조만 적용되어야 할 것으로 본다.

## (3) 가격 공동행위

구성사업자로 하여금 일정한 수준으로 가격을 결정 또는 유지하게 하거나 공동으로 가격의 인상, 인하율 폭을 결정하는 행위가 이에 해당한다. 예컨대 평균가격, 표준가격, 기준가격, 최고·최저가격 등 명칭 여부를 불문하고 구성사업자에게 가격 설정의 기준을 제시하거나 이를 정하여 준수하도록 하는 행위, 과당경쟁 방지, 정부고시가격 준수 등을 이유로 할인판매를 하지 못하게 하거나 일정 가격 이하로 응찰하지 못하도록 하는 행위, 구성사업자에게 원재료 등의 구입가격을 제시하거나 이를 정하여 준수하도록 하는 행위가 이에 해당한다.

19) 이기중, “사업자단체의 부당공동행위”, 비교사법 제13권 4호, p. 704.

20) 이에 대하여 다, 권오승 외(홍명수 집필부분), 앞의 책, p. 284.

21) 제19조의 문언상 방조행위에 대해서는 적용되지 않는다. 대법원 2009.5.14. 선고 2009두1556 판결.

한 광역시의 치과의사회가 같은 광역시의 치과기공사회와 사이에 각 실무협의회 소속 회원을 통하여 치과기공물의 가격에 관한 가이드라인을 정한 다음, 대표자의 추인을 받아 대표자 명의로 회원들에게 위 가이드라인에 대한 안내문을 발송한 것에 대하여 사업자단체에 의한 가격결정행위에 해당한다고 판시한 사례가 있다.<sup>22)</sup>

#### (4) 거래조건 공동행위

상품 또는 용역의 거래조건이나 그 대금 또는 대가의 지급조건을 정하는 행위로, 대금 지급방법을 제한하거나 구성사업자로 하여금 이를 공동으로 결정하게 하는 행위, 수요자의 편익이 증대되지 않는데도 상품 등의 인도장소나 방법 등을 제한하거나 공동으로 결정하게 하는 행위 등이 이에 해당한다.

#### (5) 생산출고제한 공동행위

상품의 생산, 출고, 수송 또는 거래의 제한이나 용역의 거래를 제한하는 행위로, 구성사업자별로 생산량, 출고량, 판매량을 할당하거나 그 수준을 결정하는 행위, 최고·최저생산량, 필요 재고량 등 명칭 여부를 불문하고 구성사업자의 생산량 등 수량의 기준을 제시하는 행위 등이 이에 해당한다.

#### (6) 거래지역, 거래상대방 제한 공동행위, 기타 공동행위

구성사업자에게 거래처 또는 거래지역을 할당하거나 이를 공동으로 정하여 상호 간에 침범하지 않게 하거나, 구성사업자로 하여금 특정한 사업자와는 거래하지 않도록 하거나 특정사업자와만 거래하도록 거래상대방을 제한하는 행위 등을 말한다. 그러나 이러한 행위에 대해서는 제3호의 부당한 사업활동 제한행위와 중첩될 우려가 있다. 이에 대해서는 후술하기로 한다.

그 밖에도 부당하게 경쟁을 제한하는 생산 또는 용역의 거래를 위한 설비의 신설, 증설 또는 장비의 도입을 방해하거나 제한하는 행위, 상품의 생산 또는 거래 시에 그 상품의 종류 또는 규격을 제한하는 행위는 금지된다.

#### (7) 경쟁제한행위의 인가

부당한 공동행위와 관련한 경쟁제한행위의 인가를 받고자 하는 사업자단체는 사유 및 내용, 참가사업자의 기준과 범위를 기재한 신청서에 경쟁제한행위의 필요성을 증명하는 서류를 첨부하여

22) 대법원 2005. 8. 19. 선고 2003두9251 판결.

공정위에 제출하여야 한다. 공동행위 인가요건, 한계, 인가절차, 인가된 공동행위의 폐지 등 법 제 19조 제2항의 인가와 관련된 규정은 이에 준용한다.

### 3. 일정한 거래분야에 있어서 현재 또는 장래의 사업자 수를 제한하는 행위

#### (1) 의의

사업자단체가 일정한 거래분야에 있어서 현재 또는 장래의 사업자 수를 제한하여 경쟁을 저해하는 경우에 금지된다(2호). 이는 신규 진입을 저지 또는 곤란하게 하는 경우뿐만 아니라 기존 사업자를 배제하는 행위를 포함한다.<sup>23)</sup> 이러한 사업자의 시장 진입 가능성을 제한하는 행위를 통하여 경쟁의 기본조건을 제한하는 데에서 이 행위의 위법성을 찾을 수 있을 것이다.

여기에서 일정한 거래분야는 거래의 객체별·단계별 또는 지역별로 경쟁관계에 있거나 경쟁관계가 성립될 수 있는 분야(법 2조 8호)로 정의되고 있다. 그러나 '일정한 거래분야'의 획정에 있어서는 시장지배적 지위에서처럼 엄격하게 해석하기 보다는 신규 사업자의 제한이 경쟁질서에 있어서 악영향을 미칠 수 있는 범위 내지 정도로 넓게 이해하는 것이 바람직 할 것이다.<sup>24)</sup>

#### (2) 위반행위의 사례

신규 가입시 일정한 거리 제한을 두거나<sup>25)</sup> 특정한 장소 내에 또는 매매 후 일정한 기간 내에 신규 개설, 이전, 승계 등을 금지하는 행위 등이다. 신규 진입을 제한하기 위하여 신규 가입하는 전세버스 업체에 기존 조합원의 재산에 대한 기득권 인정 차원에서 특별부과금 800만원을 신규로 부과하기로 결정한 행위,<sup>26)</sup> 비회원인 태권도장에 대한 승·품단 심사 제한행위 및 회원 가입자격을 국기원 4단 이상 심판 및 사범 자격증 소지자로서 해당 단체에 사범 또는 대표자 등록 허가 후 2년이 경과한 자로 한정하는 행위,<sup>27)</sup> 법무사로서 등록을 하고자 하는 자에 대하여 자신들이 각각 운영하는 후생공제회에 가입하도록 강제하는 행위<sup>28)</sup> 등 실제로 문제가 된 사례들을 보면, 자격의 불합리한 제한 내지 부과 또는 회원의 혜택을 비회원이 제공받지 못하도록 하는 행위가 대부분이다.

#### (3) 판단기준의 문제

23) 이규익/이재형, 앞의 논문, p. 57.

24) 金井貴嗣/川濱昇/泉水文雄, 獨占禁止法(제3판), 弘文堂(2010), p. 125.

25) 공정위 2009.12.30 의결 제2009-271호.

26) 공정위 2008.5.2. 의결 제2008-205호.

27) 공정위 2006.5.9. 의결 제2006-182호.

28) 공정위 1999.12.21. 의결 제99-264호.

사업자단체의 이러한 자격의 제한이나 회원에 대한 혜택 거부에 대한 판단기준은 어떠한 것인가? 대법원은 “원고조합으로부터 제명되는 경우 졸업사진앨범에 대한 단체수의계약에 따른 물량 배정의 대상과 정부조달물자의 구매대상에서 제외되어 앞으로의 사업활동에 있어서 큰 불이익을 입게 되는 사실이 인정되는 사정을 감안하면, 원고조합이 소외 1의 앞서 인정된 바와 같은 행위만으로 그를 제명한 조치는 소외 1에게 너무 가혹하여 부당하다”고 판시하여 마치 ‘경쟁상의 불이익’(경쟁제한성)과 ‘불공정성’을 모두 금지행위의 위법성 판단기준으로 하는 듯하다.<sup>29)</sup> 그러나 이러한 사업자단체의 행위가 ‘일정한 거래분야’라는 전제를 하고 있는 것에 비추어 보면, 당해 행위의 경쟁제한성을 우선적으로 판단하여야 할 것이다.

#### 4. 구성사업자의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위

##### (1) 의의

원래 사업자단체는, 사업자단체의 구성원인 구성사업자의 공동의 이익을 증진하는 것을 목적으로 하고 있기 때문에, 구성사업자의 활동을 어느 정도 제약하는 것이 어느 정도 예정되어 있다고 본다. 따라서 사업자단체의 행위가 구성사업자가 자유롭게 선택할 수 있는 사업의 내용 내지 활동을 ‘부당하게’ 제한하는 경우에 금지된다.

##### (2) 부당성의 의미

여기에서의 부당성을 어떻게 해석하여야 할 것인가에 대하여, 일부 학설은 구성사업자의 사업내용 또는 활동의 제한이 공정한 경쟁을 저해할 우려가 있는 경우라고 해석하고 있다.<sup>30)</sup> 즉, 사업자단체의 행위에 의하여 기능 또는 활동을 제한 받은 구성사업자의 경쟁기능의 자유로운 행사의 제한으로 인한 공정한 경쟁을 저해할 우려가 있다는 것이다. 그러나 이러한 학설의 태도는 불공정거래 행위 판단에 있어서 ‘공정경쟁 저해성’을 요구하고, 그 내용으로는 경쟁수단의 불공정으로 인하여 자유경쟁의 기반이 침해된다는 일본의 해석방법에서 기인한 것으로 보인다.<sup>31)</sup> 그리고 대법원도 여기에서의 부당성을 “사업내용이나 활동을 과도하게 제한하여 구성사업자 사이의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 정도에 이른 경우”<sup>32)</sup>라고 해석하고 있어서 ‘경쟁제한성’과 ‘수단의 불공정성’을 함께 고려하고 있다.

제1호의 경우에는 경쟁제한성을 중심으로, 제3호의 경우에는 불공정성을 중심으로 파악하고자

29) 밑줄 필자 주, 대법원 1991.2.12. 선고 90누6248 판결.

30) 박수영, 앞의 글, p. 399; 한상곤, 앞의 글, p. 474.

31) 根岸 哲/舟田正之, 獨占禁止法概論(제3판), 有斐閣(2008), p. 166~167.

32) 대법원 2010.10.28. 선고 2010두14084 판결.



하는 견해<sup>33)</sup>도 있지만, '방해행위'는 다른 사업자의 '경쟁의 가능성'(Wettbewerbs Moeglichkeit)을 약화시켜 시장에서의 경쟁을 제한하는 것에서 위법성을 찾는다<sup>34)</sup>고 본다면, 법 제26조 제1항 제3호의 사업활동 방해행위의 부당성 또한 경쟁제한성을 고려하지 않을 수 없는 것이다. 문제는 제3호의 위법성 판단기준을 경쟁제한성을 중심으로 파악하는 경우에 제1호와 제3호의 구별이 명확하지 않다는 것이다.

예컨대 총재 및 사무총장과 각 구단의 대표이사로 구성된 사업자단체인 KBO(한국야구위원회)가 이사회에서 결정한 군 보류수당을 지급하지 아니하기로 한 내용을 구성사업자에게 준수하도록 한 행위,<sup>35)</sup> 사단법인 백신연구협의회가 조달청의 인플루엔자백신 구매물량에 대하여 구성사업자에게 공급량을 배분하고 구성사업자에게 배분받은 물량대로 생산하도록 한 행위<sup>36)</sup> 등에 대하여 공정위는 제3호에 근거하여 금지하였으나, 사실관계에 비추어보면 이 사례들은 제1호로 규율하는 것이 더 바람직하였다는 생각이 든다.

정리하여보면, 사업자단체가 구성사업자에게 공동행위를 하게 하여 경쟁을 제한할 우려가 있는 행위는 제1호로 규율하고, 반대로 구성사업자의 사업내용이나 활동을 과도하게 제한하여 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 정도에 이른 행위는 제3호로 규율하는 것<sup>37)</sup>이라고 본다면, 결국 제1호와 제3호는 '구성사업자의 의사와 사업자단체의 의사의 합치 여부'와 '불공정성'을 판단기준에 포함시킬 것인지의 여부의 차이가 있는 것으로 보아야 할 것이다.

## 5. 불공정거래행위 또는 재판매가격유지행위를 하게 하거나 방조하는 행위

사업자단체가 사업자에게 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항 각호의 1의 규정에 의한 불공정거래행위 또는 제29조(재판매가격유지행위의 제한)의 규정에 의한 재판매가격유지행위를 하게 하거나 이를 방조하는 행위를 하는 것이 금지된다(4호). 법 제26조 제1항 제4호의 재판매가격유지행위를 하게 하는 행위를 금지하는 취지는, 개별 사업자에게 상당한 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있는 사업자단체로 하여금 단순히 물리적으로 이를 강요하는 것만을 의미하는 것이 아니라, 그러한 지위를 이용하여 이러한 재판매가격유지행위를 권장하거나 협조를 요청하는 등 어떠한 방법으로든 이를 사실상 강요하는 결과를 가져오는 모든 행위를 말하는 것이다.<sup>38)</sup> 즉, 법 제26조 제1항 제4호에서 사업자단체가 사업자에게 법 제29조에 의한 재판매가격유지행위를 하게 하는 행위를 금지하는 취지는 사업자의 재판매가격유지행위를 규제하는 법 제29조의 그것과는 전혀 별개의 것이다.<sup>39)</sup> 상대방이 이를 실행하였는지 여부는 상관이 없다는 견해<sup>40)</sup>가 있지만, 제1호의 관계 및 불공정

33) 대법원 2003. 2. 20. 선고 2001두5347 전원합의체 판결의 별개의견.

34) Bechtold, GWB-Kommentar(4. Aufl.), C.H.Beck(2006), p. 117.

35) 공정위 2008.9.17. 의결 제2008-266호.

36) 공정위 2004.2.4. 의결 제2004-53호.

37) 대법원 2002. 9. 24. 선고 2002두5672 판결

38) 서울고법 1996. 3. 19. 선고 95구24779 판결.

성이라는 관점에서 고려하여 본다면 적어도 구성사업자가 사업자단체의 강제로 인하여 불공정거래행위 또는 재판매가격유지행위를 실행하여야 할 것이다.

그러나 사업자단체가 불공정거래행위나 재판매가격유지행위를 적극적으로 하도록 강요하거나 그에는 미치지 않더라도 권장하는 정도는 위법성이 크다고 할 것이지만, 방조하는 행위까지 금지하는 것은 과연 타당한지 의문이다. 제26조 제1항 제1호의 경우에 제19조 제1항의 해석상 사업자단체는 부당한 공동행위에 대하여 금지되는 것은 교사행위 뿐이고 방조하는 행위는 허용<sup>40)</sup>되며, 제4호의 사업자단체 활동지침에도 ‘~을 강요하는 행위’만을 규정하고 있는 점을 고려한다면, 불공정거래행위 및 재판매가격유지행위에 대하여 사업자단체의 방조행위를 금지하는 것은 입법론적 재검토가 필요하다고 생각한다.

## 6. 부당한 국제계약의 체결 제한

사업자 또는 사업자단체는 부당한 공동행위, 불공정거래행위 및 재판매가격유지행위에 해당하는 사항을 내용으로 하는 대통령령이 정하는 국제계약을 체결하는 것이 금지된다.(법 32조) 그러니 이는 부당한 공동행위, 불공정거래행위 및 재판매가격유지행위에서 각각 규율하면 될 것이고, 공정위의 실무에서도 1998년 이후에는 전혀 적용 사례가 없다. 심지어 「국제계약상의 불공정거래행위 등의 유형 및 기준」 고시도 실효성이 떨어진다는 이유로 폐지되었다. 따라서 국제계약 자체를 심사하여 부당성을 판단하는 것은 입법론상 재고하여야 할 것으로 생각된다.<sup>42)</sup>

# IV. 사업자단체 금지행위의 제재

## 1. 시정조치

사업자단체가 제26조에 위반하는 행위를 한 경우에는 당해 사업자단체(필요한 경우, 관련 구성사업자를 포함)에 대하여 당해 행위의 중지, 시정명령을 받은 사실의 공표, 기타 시정을 위하여 필요한 조치를 명할 수 있다(법 제27조).

사업자단체를 통하여 수시로 가격 및 생산량에 대하여 정보를 교환하고 그것을 부당한 공동행위의 합의에 이용하였다면, 그에 대해서는 그 정보 교환의 목적, 관련 시장의 구조 및 특성, 정보 교환의 방식, 교환된 정보의 내용, 성질 및 시간적 범위 등을 종합적으로 고려하여 기타 시정을 위한

39) 대법원 1997. 6. 13. 선고 96누5834 판결.

40) 신현운, 경제법(제2판), 법문사(2007), p. 347.

41) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2009두1556 판결.

42) 내국인만을 규제하는 것과 역외적용이 현실화되어 있다는 것 등의 이유로 입법론적 재고를 지적하는 견해도 있다. 정호열, 경제법(제2판), 박영사(2008), p. 448.

필요한 조치로서 정보교환금지명령이 가능하다.<sup>43)</sup> 특히, 정보 교환의 경우는 구성사업자가 협회를 통하여 외부에 공개하지 않고 비밀로 교환하는 행위는 경쟁이 제한될 가능성이 매우 크다.<sup>44)</sup>

## 2. 과징금

### (1) 과징금 부과와 공정위의 재량

공정위는 제26조 제1항 각호의 1의 규정에 위반하는 행위가 있을 때에는 당해 사업자단체에 대하여 5억 원의 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다(법 제28조 제1항). 그리고 법 시행령 제61조 제1항 [별표 2] 제9항에서 규정하는 바에 따라, 위반행위 종료일이 속한 연도 예산액의 범위 내에서 과징금 부과에 의하여 달성하고자 하는 목적과 위반행위의 내용 및 정도, 위반행위의 기간 및 횟수, 위반행위로 인하여 구성사업자가 취득한 이익의 규모 등을 참작하여 공정위가 재량을 가지고 결정할 수 있다.

이와 관련하여 법을 위반한 사업자단체의 2003년도 예산액의 30%를 과징금으로 부과하려고 하였으나 사업자단체의 예산액 28억 6,300만 원의 30%가 법 제28조 제1항 소정의 부과한도 내인 5억 원을 초과하므로 5억 원을 부과한 사례와<sup>45)</sup> 서울특별시의사회가 진단서 등의 의료기관 증명서의 발급수수료를 현행보다 2배 수준으로 인상하기로 의결하고 이를 소속 회원들에게 시행하도록 한 행위에 대하여, 그 행위가 경쟁질서의 저해 정도가 매우 강하고 다수 소비자에게 직접 피해가 발생할 우려가 있는 가격담합행위의 일종으로서 법이 특히 금지하고자 하는 행위유형에 속하는 점 등에 비추어 공정위가 이를 「과징금부과 세부기준 등에 관한 고시」에서 정한 ‘중대한’ 위반행위로 보아 30%의 과징금 부과기준율을 적용한 사례<sup>46)</sup>에서, 법원은 공정위의 과징금 부과처분에 재량권 일탈, 남용이 없다고 판시하였다.

### (2) 참가 사업자에 대한 과징금 부과 문제

그러나 제1항과 별도로 동조 제2항에서는 참가한 사업자에 대하여 관련 매출액의 100분의 5를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과하도록 규정하고 있다. 이에 대해서는 동조 제1항에 보충적으로 적용되는 것이 명시되어 있지 않기 때문에 사업자와 사업자단체에 병과(併科) 되는 것으로 보아야 할 것인지가 문제시된다.

적어도 제1호와 제4호의 경우가 주로 문제될 것으로 보인다. 제1호의 경우에는 법 제22조에 의하여 사업자는 관련 매출액의 100분의 10을 상한으로 하여 과징금을 부과 받도록 하고 있으므로,

43) 대법원 2009.5.28. 선고 2008두549 판결.

44) 황태희, “공정거래법 위반행위에 대한 시정조치로서의 정보교환금지”, 대법원판례해설 제80호(2009 상), p. 29.

45) 대법원 2008.2.29. 선고 2006두10443 판결.

46) 대법원 2009. 6. 23. 선고 2007두18062 판결.

100분의 5를 상한으로 하고 있는 조항과 충돌하게 된다. 아울러 제4호의 경우에도 비슷한 문제가 발생한다.

따라서 제28조 제2항은, 제1항에 의하여 사업자단체에게 과징금을 부과할 수 없는 경우에 보충적으로 적용하게 하거나, 제2항 자체를 삭제하는 것이 입법론적으로 바람직할 것으로 생각된다.

### (3) 형사적 제재

사업자단체의 법 위반행위에 대한 형사적 제재는 법 제66조 내지 제67조에 규정되어 있다. 일단, 그 대상은 사업자단체의 대표자가 될 것이지만, 그 밖의 임원·종업원·대리인 기타의 자도 범칙사실의 인식 등이 있을 때에는 형사처벌의 대상이 될 수 있을 것이다.<sup>47)</sup>

## V. 맺음말

사업자단체는 중요한 정보의 제공, 소비자에 대한 홍보, 대정부 건의 등 구성사업자들의 이익 증진과 산업 발전에 이바지하는 정도가 매우 크다. 그러나 그러한 활동 이면에서, 구성사업자들에 대한 통제력을 기반으로 구성사업자들을 강요하거나 부당한 공동행위를 교사하거나 시장 진입을 방해하는 등의 행위를 하는 경우에는 시장의 경쟁질서를 저해하는 효과가 크다.

그러나 법이 사업자단체의 이러한 행위를 금지행위로 규제함에도 불구하고 여전히 위반행위가 끊이지 않고 있는 것은, 여전히 사업자단체가 구성사업자의 이익 증진이 시장에서의 경쟁을 통하여 달성되어야 한다는 점을 인식하지 못하고 있는 것에 기인한다고 생각한다. 그리고 앞서 지적한 대로 사업자단체에 대한 금지규정 자체의 문제점이 있는 것도 하나의 원인이 될 수 있기 때문에 그 부분에 대한 입법적 재검토가 이루어져야 할 것이다.

따라서 사업자단체에 의한 실질적인 경쟁제한행위 내지 구성사업자에 대한 사업활동 방해행위에 대하여 적극적인 제도 내지 법집행을 통한 위반행위의 반복을 막는 한편으로, 사업자단체 내부에서도 자율적인 법준수 노력을 활성화하여 사업자단체의 긍정적 의미를 극대화하여야 할 것이다.

지면 사정상 '참고문헌'은 생략합니다.

47) 신현윤, 앞의 책, p. 350.