

공정거래위원회 시정조치에 대한 이의신청

본문은 지난 호에 소개한 뒤를 이어
공정거래와 관련한 업무추진 현황을 회원
여러분에게 알리기 위한 것으로 공정거래
위원회의 시정조치에 대하여 본 협회가
9월 9일자로 제출한 이의 신청내용
전문입니다.

① 신청인	대한건축사 협회 회장 오 응 석 서울 강남구 서초동 1603-55 대리인 변호사 이 재 인 서울 중구 태평로 2가 340. 대한일보 807
② 처분청	경제기획원 장관 (공정거래실장 전결)
③ 시정명령을 고지받은 날	1986. 8. 12. (단체 10661-1542)
④ 시정명령의 내용	가. 대한건축사 협회는, 1) 별지Ⅰ 기재의 윤리규약 제5조 및 제9조를 삭제할 것. 2) 구성사업자로 하여금 일률적으로 입찰에 참가하지 못하게 하는 행위와 설계보수의 할인등에 의한 경쟁을 제한하는 행위를 중지할 것. 나. 대한건축사 협회는, 위 가. 와 관련하여 시정명령을 받았다는 내용을 전구성 사업자에 게 서면 통지할 것.
⑤ 신청의 취지	위의 시정명령을 취소한다는 결정을 구함.
⑥ 이의신청의 사유	별지Ⅲ 기재와 같음.

독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제42조에 의하여 위와 같이 이의신청을 합니다.
유첨. 별지 Ⅰ. Ⅱ. Ⅲ

1986. 9.
신청인 대한건축사협회
회장 오 응 석
위 대리인 변호사 이 재 인

경 제 기 획 원 장 관 귀하

별지 Ⅰ

건축사협회윤리규약(발취)

제 5 조

건축사는..... 보수의 할인 기타
부당한 수단으로 다른 건축사와
경쟁하지 아니한다.

제 9 조

건축사는 건축사 업무에 관한
여하한 형태의 입찰에도 참가하지
아니한다.

별지 Ⅱ

사실과 법령의 적용

1. 처분청이 인정하는 사실
피심인 사단법인 대한건축사협회는 건축사
사무소 개설자를 구성사업자로하여 13개
시·도지부로 조직된 독점규제 및
공정거래에 관한 법률 제 2 조 제 2 항에서
규정하는 사업자단체로서 동협회
윤리규약에 별지기재의 내용을 규정하고

이를 위반할 경우 징계조치할 수 있도록하여
설계보수의 할인등에 의한 경쟁을 제한하고
구성사업자로 하여금 입찰에 참가하지
못하게한 사실이 있음.

2. 위 1. 의 사실에 대하여 검토하건데,
가. 피심인은 건축설계란 그 성질상 입찰에
의한 가격경쟁의 대상이 될 수 없다고
주장하나, 공정하고 자유로운 경쟁에 의한
거래질서의 관점에서 볼 때 거래당사자가
결정하여야할 거래방식(입찰 또는
수의계약)을 피심인이 미리 제한하는 것의
정당성이 인정될 수 없으며,
나. 피심인은 입찰에 의하여 설계자를
선정할 경우 불량건축물이 양산될 우려가
있다고 주장하나, 불량건축물 문제는
설계자를 수의계약으로 선정한다고, 해결될
것이 아니고 건축행정상 해결되어야 할
것이며,
다. 피심인은 위 행위가 저작권법등에 의한
무채재산권의 행사로서 독점규제 및
공정거래에 관한 법률의 적용제외대상이라고

주장하나, 저작권법 등의 보호대상에 계약방법까지 포함되는 것은 아닌바, 라. 사업자단체인 피심인이

- (1) 그 구성사업자인 건축사들로 하여금 일률적으로 입찰에 참가하지 못하게 하는 것은 구성사업자에게 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제15조 제2호 및 불공정거래행위지정고시 제3호(집단배척)에 해당하는 불공정거래행위를 하게하는 행위이며,
- (2) 설계보수의 할인 등에 의한 경쟁을 제한하는 것은 건축사업계에 있어서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위로서
- (3) 동행위의 내용이 경제기획원에 등록된 바가 없음이 인정됨.

3. 처분청의 법령의 적용

위 인정하는 사실중, 피심인이 그 구성사업자로 하여금 일률적으로 입찰에 참가하지 못하게 하는 행위는 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제18조 제1항 제4호에 해당되며, 설계보수의 할인등에 의한 경쟁을 제한하는 행위는 동법 제18조 제1항 제1호에 해당되는 바, 동법 제19조 제1항의 규정을 적용하여 주문과 같이 의결함.

별지III 이의신청의 사유

1. 처분청은, 가. 위 별지II 기재내용 1, 2항과 같은 사실판단을 전제로 동사실이 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제18조 제1항 제4호 및 동법 제18조 제1항 제1호에 해당하는 것으로 단정한 후, 동법 제19조 제1항을 적용하여 이사건 시정조치 명령처분에 이르고 있음이 명백합니다. 나. 그러나, 위 시정조치명령 처분은 그 전제가 된 인정사실자체가 증대하게 사실을 오인한 위법을 범하고, 나아가 공정거래관계법상의 사업활동과 건축문화 관계법상의 문화활동에 관한 각법리 및 그 두관계법률간의 균형과 조화에 관한 각 법리를 오해한 결과 공정거래관계 법률의 적용과 집행을 명백히 그르친 위법이 있으므로, 이는 마땅히 취소 시정되어야 하는 것입니다.

2. 처분청의 별지II 기재의 인정사실에 대하여 보건데, 가. 그1항 기재 인정사실에 관하여, (가) 대한건축사협회는 건축사법 제4조,

제19조 내지 제22조 등에 의하여 건축물의 설계와 공사감리등 그 업무내용이 법정되어있고, 그 법정업무를 수행함에 있어도 성실히 업무를 수행하여야 하며, 건축물의 미관·기능 및 구조상의 지장이 없도록 설계하고 건축물의 질의향상에 노력하여야 할 법률상의 공익의무를 부담하고 있는 건축사를 건축사법 제31조 내지 제38조에 의하여, 법률상 당연히 구성원으로 하여 법률상의 공익의무자인 구성원의 품위보전, 업무개선, 기술의 연구·개발을 통한 건축물의 질적향상과 건축문화의 발전을 기할 공익을 유입한 법정 목적으로 법률상 강제설립된 특수공법인임에도 불구하고, 처분청은 대한건축사협회를 법정의무도 없고, 가입·탈퇴가 자유로운 사원을 구성원으로하여 이 또한 민법의 준칙에 따라 임의로 설립한 사법법인, 사단법인으로 사실을 증대하게 오해하고, (나) 건축사는 앞서본 바와같이 그 업무내용이 법정되어 있을 뿐더러, 그 수행방법에 있어서도 공익의무가 법정되어 있기 때문에 비록 그 업무수행의 동기가 당사자간의 계약에 기초하고, 그 업무수행 결과에 댓가가 따른다 하더라도, 법정되어 있는 건축물의 미관과 질의 향상에 노력해야하는 공익의무수행 즉, 건축문화·예술활동의 법정의무를 벗어나거나, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제1조가 목적과 대상으로 규정하고 있는, 최소비용으로 최대이윤을 추구하는 기업활동으로 변질되는 것도 아니고, 이와같은 건축사의협에 해석상 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제2조 1항 동법 시행령 제2조 1항에도 해당되지 아니함에도 불구하고, 처분청은 건축사업의 본질을 법정 건축문화·예술활동이 아닌 기업활동으로 잘못보고, 건축사를 단순한 설계등 노무제공으로 이윤추구를 목적으로 하는 기업활동을 통한 사업자로 증대하게 사실을 오인하고, 나아가 위와 같은 건축사를 구성원으로하고 건축사의 품위보전, 기술의 연구·개발을 통한 건축물의 질적향상과 건축문화의 발전을 법정목적으로 하고 있는 특수공법인인 대한건축사협회를 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제2조 제2항 소정의 기업활동을 하는 사업자 단체로 증대하게 사실을 오인하고, (다) 대한건축사협회의 별지I 기재의 기준 보수의 할인금지, 입찰참가금지 등 윤리규약조항은 동협회의 법정준법 목적인

건축물의 질적향상과 건축문화의 발전을 위한 이 또한 법정 수단방법인 건축사의 품위보전과 업무개선, 기술의 연구·개발을 달성하기 위하여 절대 필요불가결한 최소한의 규율을 정하는데 참뜻이 있는 것이고, 이는 공개입찰에 있어서도 최소한의 품위보전을 위하여는 최저입찰가액을 정하여야하는 이치와 같고, 미관과 질의향상등 창작성은 성질상 규격화가 불가능한 것이어서 대상의 모든 속성이 개량가능할 것을 전제로 동일규격의 경쟁조건이라, 다만 가격만을 경쟁하는 입찰방법은 창작업무인 건축설계에 적합하지 아니하는 이치때문인 것입니다. 그럼에도 불구하고 처분청은 위 윤리 조항의 반사적 1부 결과만에 집착한 나머지 동협회의 법정준법 목적을 과간한채, 그 목적달성을 위한 최소한의 필요조치의 참뜻을 오해하고, 본·말을 전도하여 마치 경쟁행위를 제한하거나, 또는 규격가능하거나, 입찰경쟁에 적합한 업무활동 행위를 집단배척하는 행위로 증대하게 사실을 오인한 각위법을 범하고 있는 것입니다.

나. 그리하여 나아가 그2항의 판단사실에 관하여 보건데, (가) 그가. 호 판단에 관하여, 거래의 자유로운 경쟁방법의 하나인 입찰이란 성질상 대상의 여타속성은 모두 객관적 수치로 미리 규격 또는 계량 가능한 것을 전제로 동일한 특정규격 또는 계량의 조건 아래 다만 그 가격을 경쟁하는 방법인 바, 건축물의 설계업무는 미리 정해지지 아니한 새로운 수치와 규격 또는 계량으로 그 미관과 질을 창출하는 새로운 설계도화의 창작활동인 것이므로, 그 미관과 질등이 미리 객관적으로 특정되거나 규격 또는 계량되어 있는 기존 설계도화를 대상으로 삼거나 이를 복사내지 재생하는 것이 아닌 이상, 설계도화의 입찰은, 성질상 사전에 규격화가 불가능한 미관과 질등을 경쟁하는 것도 아니고, 또 동일한 미관과 질을 전제하거나 그 가격만은 자유로히 경쟁하는 것도 아닌 것이며, 회화나 조각작품, 나아가서는 소설등 문예작품을 입찰하는 경우에 상정되었듯이, 미관이나 질등 규격 또는 개량등이 전혀 판이한 각자 고유의 마음속의 대상을 전제로 다만 자기의 가격을 호가한데 불과하여 그 실질에 있어서는 동일한 평가의 기준이 되는 전제된 미관 및 질의 계량이 있을 수 없기 때문에 공정성은

물론, 자유로운 경쟁이란 있을 수 없는 무의미한 기만행위인 것입니다. 그리하여 예산회계관계 법령도 공정하고 자유로운 경쟁에 의한 거래방식으로서 원칙적으로 입찰방법임을 정하면서도 예외적으로 수의계약방식을 정한 입법취지는 설계도서 작성업무와 같은 저작활동 등 성질상 입찰에 부적합한 대상의 거래를 예정·대비하고자 하는데 있는 것이라 해석할 것이고, 처분청의 견해와 같이, 거래대상의 성질상 입찰등 1부 특정거래 방식에 부적합한 것까지도 거래당사자가 선택 결정하는 바에 따라 입찰 또는 수의 계약의 어느 방식으로도 무제한 가능한 취지는 아닌 것이 명백한 것이며, 현실적으로도 조달청에서 건축물의 설계도화 작성을 입찰방법에 의하여 거래한 사례는 건국 이래 단 1건도 없으며, 또 단 1건도 입찰방법에 의하지 아니한 설계도화 작성의 거래가 감사원의 감사대상이 된 적도 없는 사실이 신청인의 견해와 같은 해석을 유권적으로 웅변하고 있는 것이고, (L) 그 나. 호 판단에 관하여, 설계도화 작성은 건축물의 미관과 질의 향상을 창출하는 저작 활동이기 때문에 사전규격화가 불가능한 설계도화를 대상으로 입찰방법에 의하여 거래경쟁을 하는 것은 실질적으로는 경쟁이 없는 기만행위로서 경쟁방법으로서 부적합한 것이고, 현상광고 등 적합한 방식으로는 얼마든지 자유경쟁을 권장하는 것이, 건축문화 발전에 기여가 된다는 취지일 뿐, 설계도화 작성의 거래는 공정하고 정당한 경쟁을 배제하여야 한다거나, 반드시 수의 계약에 의하여 한다고 주장하는 것이 아니며, 당국에 의하여 공고된 건축사 보수 기준은 건축물의 미관과 질의 향상을 도모하는데 있어 최저가격임에도 불구하고, 이를 과다경쟁에 유도하여 이를 할인 또는 입찰참가 등으로 그 이하의 저렴한 가격으로 거래할 수 있게

한다면, 건축물의 미관과 질의 저하와 불량 건축물의 산출에 원천적 요인이 되는 것임은 거래의 경험칙임에도 불구하고 처분청이 저질 불량 건축물의 산출의 방지는 건축행정만으로 해결할 수 있다고 하는 견해는 거래의 원리와 현실의 경험칙을 무시한 그릇된 독선이라 아니할 수 없으며, (D) 그 다. 호 판단에 관하여, 설계도화 작품이 저작권법의 보호를 받고 있음이 명백한 사실임에 비추어, 건축사의 설계도화작성 활동은 본질에 있어, 저작권법의 보호대상이 되고있는 회화·조각·건축·각본·악보·음반 등 다른 저작물의 작성활동과 같이 문화예술 등 저작활동인 것이므로 이를 이윤추구를 목적으로 하는 기업활동이나 경제활동으로 본다면, 특히 건축사의 건축설계도화 작성활동에 한하여 독점규제 및 공정거래에 관한 법률의 적용대상으로 삼아, 건축사를 구성원으로 하고 있는 대한건축사협회의, 건축사의 품위보전, 건축물의 미관과 질의 향상이란 법정 의무와 건축문화 향상의 도모 등, 법정준립 목적달성의 최소한의 수단인 이사건 윤리규약 조항의 사제를 명하는 조치는 문화활동과 경제활동의 본·말을 전도한 위법한 조치라 아니할 수 없는 것입니다. (E) 그 라. 호 판단중, (1) 목 에 관하여, 신청인 협회가 구성원인 건축사들로 하여금 건축설계도화 작성목적으로 한 입찰에 참가하지 못하게 하는 것은, 공법인으로서 건축사의 품위보전과 건축물의 미관과 질의 향상을 도모하기 위한 최소한의 수단인 권리행사와 의무수행 행위인 것이고, 그 반사적 결과만 가지고 이를 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제15조 제2호 및 제3호의 불공정거래 행위 지정고시(집단배척)에 해당하거나 불공정거래 행위를 하게하는 행위가 될 수 없는 법리이며,

(2) 목 에 관하여, 설계보수의 할인등의 경쟁을 금하는 규약 또한 건축사의 품위보전과 건축물의 미관과 질의 향상을 도모하여야 할 법정 의무수행을 원천적으로 담보하기 위한 최소한의 규제수단일뿐, 반사적 부차적 현상만을 보고 구성원의 부당한 이익의 도모를 목적으로 건축사업계에 있어서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위가 될 수는 없는 것이고, (3) 목 에 관하여, 따라서 경제활동이 아닌 동행위의 내용을 경제기획원에 등록할 성질의 것도 아닌 것입니다.

3. 이리하여 처분청 법령의 적용에 관하여,

처분청이 대한건축사협회의 구성원인 건축사에 대하여 입찰에 참가하지 못하게 하는 별지 I 기재의 윤리규약 제9조를 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제18조 제1항 제4호에 해당한 것으로 보거나, 설계보수의 할인등에 의한 경쟁을 금하는 별지 기재의 윤리규약 제5조를 동법 제18조 제1항 제1호에 해당한 것으로 보고, 동법 제19조 1항을 적용하여 이사건 시정 명령 처분에 이른 것은 건축사법령에 의한 설계도서의 저작 등 문화활동과 독점규제 및 공정거래에 관한 법률에 의한 기업활동 및 동법에 의한 규제대상 행위에 관한 법리를 각 오해한 결과 사실을 중대하게 오인하고 나아가 동법의 적용을 그릇된 위법을 범한 것이라 아니할 수 없습니다. 위와같은 결론은 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제47조 및 제43조 등 특별법령에 따른 정당행위에 대하여는 동법의 적용을 배제하고 있는 입법취지에 비추어도 명백한 것이며, 경제행위에 관한 공정거래관계 법령으로서 건축문화 관계 활동을 규제할 수는 없는 것임은 법률상 자명한 사리인 것입니다. *