

# 공정거래법 심결사례 해설 및 명석

이기종 / 안동대 법학과 교수

## 에스케이텔레콤(주)의 구속조건부거래행위에 대한 건

공정위 2000. 3. 20, 의결 제2000-46호 / 사건번호 9907독점0986

피심인 : 에스케이텔레콤주식회사

### I. 사실개요

피심인은 이동전화 및 무선호출업 위탁대리점 계약을 체결함에 있어 대리점사업자에게 피심인과의 계약에 의한 위탁업무와 동일 또는 유사한 업무에 대하여 피심인의 사전승인을 얻지 않고는 다른 전기통신사업자와 복수계약을 맺지 못하도록 하고, 이를 위반할 경우 일정기간 최고 후 계약을 해지할 수 있도록 하는 거래조건을 설정하였다.

### II. 심결요지

공정거래위원회는, 피심인의 시장점유율이 41%로서 후발진입한 경쟁사업자에 비해 시장지배력이 우월하고 특히 무선호출업시장의 경우 피심인의 대리점 감소율보다 지역무선호출업 사업자의 대리점 감소율이 큰 상황에서, 피심인이 자신의 대리점을 전속화한 행위는 지역사업자나 신규참입자의 대리점 확보를 곤란하게 하여 당해 시장에서의 공정한 경쟁을 저해하고 시장진입을 제한할 우려가 있으며, 이러한 시장폐쇄현상이 진전될 경우 피심인의 대리점에 대한 지배력이 강화되어 유통단계에서의 가격경쟁이 감소하는 등 경쟁이 정체될 우려가 있다고 실시하였다.

### III. 법령의 적용

공정거래위원회는 피심인의 위 행위가 공정거래법 제23조제1항제5호, 동법 시행령 제36조제1항 관련 <별표> 일반불공정거래행위의 유형및기준(이하 “불공정기준”이라 한다) 제7호가목(배타조건부거래)에 해당한다고 보고, 동법 제24조의 규정을 적용하여 문제된 조항의 수정 또는 삭제를 명하였다.

#### 해설 및 평석

##### 1. 머리에

배타조건부거래라 함은 부당하게 거래상대방이 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자와 거래하지 아니하는 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 행위를 말한다(불공정기준 제7호가목). 이러한 배타조건부거래는 사업자가 자기 상품의 유통경로를 독점함으로써 경쟁사업자의 침입을 배제하여 시장지배력을 행사할 목적으로 시행하는 경우가 많으며, 본 사건은 이와 같은 정형적인 상황을 보여주고 있다. 이하에서는 먼저 배타조건부거래의 일반적인 위법성 판단기준에 대해 살펴본 뒤, 상법상의 대리상계약과 배타조건부거래의 관계에 관하여 논한 뒤, 본 사건에 언급하고자 한다.

##### 2. 배타조건부거래의 위법성

배타조건부거래에는 배타적 인수계약, 배타적 공급계약 및 상호적 배타조건부거래의 세가지가 있다.<sup>1)</sup> 배타적 인수계약이라 함은 행위자가 거래상대방에 대하여 자기의 경쟁자에 대해서는 상품이나 용역을 공급하지 않을 것을 조건으로 거래하는 것을 말하고, 배타적 공급계약이라 함은 행위자가 거래상대방이 자기의 경쟁자로부터 상품이나 용역을 공급받지 않을 것을 조건으로 거래하는 것을 말하며, 상호적 배타조건부거래라 함은 위 양자가 결합된 것을 말한다.

배타조건부거래는 서로 상대방과의 합의에 의하여 이루어지는 자유경쟁의 원칙상 이를 무조건 규제할 근거는 없으며, 거래상대방이 배타조건부거래를 수용하는 대신 사업자로부터 지원을 받거나 사후서비스를 제공받을 수도 있기 때문에, 그 위법성은 합리성의 원칙에 따라 판단되며, 경쟁저해성이 있는 경우에만 위법한 것으로 인정된다.<sup>2)</sup>

배타조건부거래가 경쟁에 미치는 영향은 상황에 따라 다양하여 일률적으로 논할 수 없으나, 대체로 다

1) 권오승, 「경제법 [제2판]」 (서울: 법문사, 1999), 327면; 김영호, 「경제법」 (서울: 법문사, 1990), 302면.

2) 이기수, 「[전정판] 경제법」 (서울: 세창출판사, 1999), 208면.

음과 같은 점들을 고려하여야 할 것이다.<sup>3)</sup>

첫째, 행위주체단계에 있어서의 경쟁에 대한 영향에 관하여는, 행위주체에 의하여 확립된 유통경로를 경쟁자가 이용할 수 없어, 경쟁자가 스스로의 유통경로를 만들기 위하여 얼마나 과대한 비용을 들여야 하는가가 고려되어야 한다. 특히 우월한 지위에 있는 행위주체가 유통경로를 장악할 때에는 경쟁력의 격차를 한층 확대할 것이다. 또한 과점시장에 있어서는 관리가격이 용이해져 가격의 하향경직화를 유발한다. 따라서 거래처 장악의 정도가 매우 낮은 경우에도 당해 행위가 부당성이 있다고 판단될 가능성이 있다.

둘째, 상대방판매업자단계의 경쟁에 대한 영향에 관하여도 고려하여야 한다. 배타적 특약점계약은 행위주체에 대한 판매점의 종속성을 강화시키고 또한 사업활동의 자주성을 잃게 하는 것에 유의하여야 한다. 거래처가 행위주체에 완전히 종속하는 것은 동시에 행위주체의 경쟁자, 신규참가자에 있어서 시장이 폐쇄적이라는 것을 의미하므로 행위주체의 상대방에의 종속성 정도는 행위주체단계의 경쟁질서에의 영향을 판단하는 중요한 요소가 된다.

### 3. 대리점계약과 배타조건부거래

배타조건부거래에서 가장 전형적인 행위는 대리점계약상의 불공정거래행위라고 할 수 있는 바, 여기서 대리점계약이란 생산자가 판매점을 대리점이란 이름으로 지정하고 거래하는 계약으로, 상법상의 대리상과는 다른 개념이며, 그 명칭은 특약점, 총판대리점, 지정판매점 등이 포괄적으로 사용되고 있다.<sup>4)</sup> 따라서 시중에서 거래하고 있는 소위 대리점들 가운데에는 상법상의 대리상에 해당하는 대리점과 그렇지 않은 대리점이 혼재해 있다고 말할 수 있다.

먼저 상법상의 대리상에 대하여 보면, 대리상은 일정한 상인을 위하여 상시 그 영업부류에 속하는 거래의 대리 또는 중개를 영업으로 하는 자이며(상법 제87조), 대리상은 본인의 승낙 없이 자기나 제3자의 계산으로 본인의 영업부류에 속한 거래를 하지 못한다(동법 제89조). 그러므로 대리상 계약이 일종의 배타조건부거래로서 규제되어야 하는가 하는 문제가 발생한다. 이에 대하여는 대리상의 경업금지의무는 당사자가 이를 배제할 수 있으며, 이를 배제하지 않고 경쟁질서에 영향을 미치게 되는 경우에는 공정거래법에 의하여 규제되어야 한다는 「적용공정설」<sup>5)</sup>과, 대리상이 거래의 대리 또는 중개를 영업으로 하는 이상 그 영업부류에 대한 경업금지의무는 대리상의 본질에 속하는 문제이므로 이러한 상법상의 대리상이 지는 경업금지의무를 불공정거래행위에 해당한다고 보기 어렵다는 「적용부정설」<sup>6)</sup>이 대립하고 있다.

다음 상법상의 대리상이 아닌 경우에 대하여 보면, 위의 「적용부정설」을 취하는 논자도 대리점의 영업의 실질이 거래의 대리 또는 중개에 그치는 것이 아니라, 이미 상품을 매수하여 독립적으로 영업하는 형

3) 최진욱, “독점규제법상 불공정거래행위에 관한 연구”, 박사학위논문, 연세대학교 대학원, 1997. 2., 184·185면.

4) 이남기, 「최신판」 경제법 (서울: 학연사, 1996), 386면.

5) 손주찬, [경제법] (서울: 법경출판사, 1993), 270면.

6) 최진욱, 전계논문, 181면.

태를 취하는 계약형태, 즉 소위 대리점특약의 경우에는 비록 대리상이라는 명칭을 사용한다고 하더라도 이는 상법상의 대리상계약이 아니므로 불공정거래행위에 해당하는 경우가 있을 수 있다고 한다.<sup>7)</sup>

생각건대, 상법상의 대리상에 해당하지 않는 대리점의 경우에 배타조건부거래의 금지가 적용되어야 함은 물론이거니와, 상법상의 대리상에 해당하더라도 배타조건부거래행위에 관한 규정을 적용할 수 있다고 본다. 그렇지 않으면 공정거래법의 규제를 피하기 위해 대리상계약을 이용하는 일이 생기게 될 것이기 때문이다.<sup>8)</sup>

물론 이렇게 본다고 해서 상법상의 대리상에 해당하는 대리점이 영업금지의무를 지는 경우 무조건 배타조건부거래에 해당하는 것은 아니고, 그러한 제한이 공정경쟁저해성을 가질 때 위법성이 인정되는 것이다.

#### 4. 본 사건의 경우

단방향통신인 무선호출업 시장에 참가하고 있는 사업자는 전국을 사업대상지역으로 하는 피심인(012사업자)과 각 지역을 사업대상지역으로 하는 12개 지역사업자(015사업자)로 나뉘는 바, 무선호출업의 시장규모는 1997년 10월의 PCS 3사의 진입 등 이동통신시장의 확장으로 매년 급격히 감소하였으며, 이는 무선호출업 대리점수의 감소로 직결되었다. 이러한 대리점 수의 감소추세는 지역사업자들의 경우가 더욱 현저하여 상대적으로 대리점 확보가 곤란함을 나타내 주었으나, 이러한 상황에서 피심인은 자신의 대리점을 전속화함으로써 시장의 폐쇄화를 기도하였던 것이다.

본 사건의 사실관계는 배타조건부거래가 시장을 폐쇄화시키는 방법으로 활용되는 여러 표준적인 여건을 보여주고 있다. 과점시장구조라든가, 피심인의 높은 시장점유율이라든가, 경쟁사업자들이 대리점을 확보하기 곤란한 점이라든가, 배타조건부거래로 인해 신규참여가 곤란해진 점 등이 그것이다.<sup>9)</sup> 따라서 피심인의 행위의 공정경쟁저해성과 시장진입제한우려를 지적한 공정거래위원회의 설시는 타당하고 적절한 것이라 하겠다. 피심인도 범위반내용을 인정하고 시정조치의견을 수락하여 이 사건의 심의는 피심인의 출석없이 진행되었다.

한편 공정거래위원회는 본 심결에서 피심인의 대리점들이 상법상의 대리상에 해당하는지 여부에 관해 논하지 않고 있으나, 속칭 대리점들이 상법상의 대리상에 해당하지 않더라도 그 행위가 배타조건부거래에 해당할 수 있다고 보는 본고의 입장에 의하면 공정거래위원회의 결론에는 문제가 없다 할 것이다. **공정**

7) 상개논문, 동면.

8) 손주찬, 전게서, 270면.

9) 배타조건부거래를 실시함으로써 유통경로의 중요한 부분이 경쟁자에 대해서 폐쇄적인 상태에 놓일 우려가 있는 경우, ① 행위자의 시장점유율, 당해 업계에서의 순위는 어떠한가, ② 대상이 되는 거래상대방의 수 및 시장에서의 지위는 어떠한가, ③ 경쟁자로서는 대체적인 유통경로의 정비가 곤란한가, ④ 배타조건부거래 실시기간중의 당해 행위자의 시장점유율 추이는 어떠한가, 경쟁자의 시장점유율 추이는 어떠한가, ⑤ 당해 배타조건부거래의 실시기간은 어느 정도인가, ⑥ 배타조건부거래를 실시함으로써 당해 행위자의 신규참여가 용이하게 되었는가, ⑦ 경쟁자가 배타조건부거래를 행하고 있는가 등을 고려하여 위법성을 판단하게 될 것이다. 최진욱, 전개논문, 185면.