

공정거래법 심결사건 예심 및 명석

이기중 / 안동대 법학과 교수

대한주택보증(주)의 거래거절행위에 대한 건

공정위 2000. 2. 11, 의결 제2000-20호 / 사건번호 9909유거1369

피심인 : 대한주택보증주식회사

I. 사실개요

피심인은 (주)성원 등 및 동 계열사(이하 “(주)성원 등”이라 한다)의 임대아파트건설사업시행과 관련하여 (주)성원 등에게 각종 보증서를 발급하였으며, (주)성원 등의 부도로 '99. 10. 19. 현재 251억원을 보증채권자에게 대위변제하였다. 피심인은 (주)성원 등의 부도로 대위변제한 금액의 회수가 어려워짐에 따라 공동사업시행자인 한국토지신탁(주)(이하 “신고인”이라 한다)에게 대위변제한 금액의 지급을 요구하였으나, 신고인이 동 금액의 지급을 거부하자 신고인과의 주택보증관련 업무거래를 중지하였다.

II. 심결요지

공정거래위원회는 피심인이 신고인에 대하여 채권이 존재하는지 여부에 대하여 피심인과 신고인간에 다툼이 있으므로 양자간의 채권채무관계가 확정되지 않은 상태이고, 이러한 불확정채무를 이행하지 않는다는 이유만으로 상기 공동 임대주택건설사업장 뿐만 아니라 타 사업장의 신규보증서 발급까지 거부하는 행위는 피심인이 주택보증관련시장에 있어 독점적 지위에 있다는 점을 고려할 때 부당하게 거래를 거절하는 행위에 해당한다고 실시하였다.

III. 법령의 적용

공정거래위원회는 피심인의 위 행위가 공정거래법 제23조제1항제1호 전단 및 동법 시행령 제36조제1

항 관련 <별표1> 일반불공정거래행위의 유형 및 기준(이하 “불공정기준”이라 한다) 제1호나목(기타의 거래거절)에 해당한다고 보고, 동법 제24조의 규정을 적용하여 범위반 행위의 증지를 명하였다.

예설 및 평석

1. 머리에

본 사건은 피심인이 범위반 내용을 인정하고 시정조치를 수락하여 피심인의 출석 없이 사건심의회가 진행되었으며, 의결서도 매우 간략하게 작성되어 있다. 그러나 거래거절, 특히 단독의 거래거절의 위법성을 판단하는 일은 때로는 매우 난해한 과제가 될 수도 있다. 이하에서는 거래거절의 위법성에 대한 일반론을 개관한 뒤 단독의 거래거절의 위법성판단기준에 대하여 상세히 살펴보고자 한다.

2. 거래거절의 위법성

자유시장경제하에서 사업자들은 거래상대방을 선택할 자유가 있다. 그러나 이러한 자유가 공정하고 자유로운 경쟁의 이념과 충돌할 때에는 공정거래법의 제재를 피할 수가 없다. 문제는 양자의 경계를 어디에 둘 것이냐 하는 것이다. 일반적으로 말해서 거래를 거절당하는 상대방의 경쟁단위로서의 활력 또는 존재에 대한 제약·배제의 효과 내지 목적이 인정되는 경우에 그 거래거절은 위법하다고 볼 수 있을 것이다.¹⁾

그런데 이와 같은 경쟁제한효과 내지 경쟁제한적 목적을 심사함에 있어서 거래거절의 행위유형에 따라 차이가 나타난다. 즉, 공동의 거래거절은 기타의 거래거절에 비해서 쉽사리 위법성이 인정될 수 있다. 먼저 공동거래거절이 직접거래거절(행위자 자신이 거절하는 것)인 경우 그 상대방은 거래거절에 따라 대체적인 공급처가 대폭 제한되고 시장으로부터 철저히 배제될 위험성이 커지기 때문이다.²⁾ 또한 공동거래거절이 간접거래거절(다른 사업자를 시켜서 거절하는 것)인 경우 대체적 공급처를 폐쇄하는 효과는 없지만, 거래거절의 요청은 협정당사자의 결합한 힘을 배경으로 하고 그로 인하여 대체적 공급처를 제약할 수 있는 상대방을 대상으로 하는 것이 통례이기 때문이다.³⁾

불공정기준의 문언상으로도 공동의 거래거절은 “정당한 이유없이”가 요건으로 되어 있고(제1호가목), 기타의 거래거절은 “부당하게”가 그 요건으로 되어 있다(동호나목). 이러한 용어의 차이를 근거로 전자를 “당연위법행위”, 후자를 “조리위법행위”라 부르기도 하나,⁴⁾ 그 취지는 전자에 미국식의 당연위법의 원칙(자체성의 원칙, per se doctrine)을 적용하고 후자에는 조리의 원칙(합리성의 원칙, rule of reason)을 적용하자는 의미는 아님을 주의할 필요가 있다. 즉, 미국식의 자체성의 원칙이 문제된 행위의 합리성을

- 1) 최진욱, “독점규제법상 불공정거래행위에 관한 연구 -일반지정을 중심으로-”, 박사학위논문, 연세대학교 대학원, 1997. 2. 61·64면.
- 2) 상계논문, 66면; 이기수, 「전정판 경제법」(서울: 세창출판사, 1999), 170면.
- 3) 최진욱, 전계논문, 66면.
- 4) 이기수, 전계서, 170·172면.

주장할 수 있는 여지를 봉쇄하고 이를 당연히 위법으로 취급⁵⁾할 것을 내용으로 하고 있는데 반해서, 공동의 거래거절이 당연위법행위라는 우리 문헌의 취지는 일단 공동의 거래거절이 발생되면 이를 당연히 독점규제법 위반행위로 보고 위법한 행위로 추정한다는 의미에 불과하다. 따라서 위법성을 조각할 수 있는 정당한 이유가 있는 경우에는 이를 불공정거래행위로 보지 않게 되는 것이다.⁶⁾ 이렇게 볼 때 이 견해는, “정당한 이유없이”라는 문언이 포함되어 있는 행위는 행위자가 정당한 이유를 입증하지 않는 한 위법한 것으로 하고, “부당하게”라는 문언이 포함되어 있는 행위는 공정거래위원회가 그 부당성을 적극적으로 입증해야 한다는 견해⁷⁾와 실질적으로 차이가 없는 것이다.

3. 단독의 거래거절의 위법성 판단기준

불공정기준은 거래거절을 공동의 거래거절과 기타의 거래거절로 분류하고 있으나, 후자는 주로 단독의 거래거절을 대상으로 한다고 할 수 있다. 단독의 거래거절은 공동거래거절의 경우와 같이 협정에 의하여 결합하여 거래거절을 할 수 있는 힘을 인위적으로 형성한다는 측면을 가지고 있지 않다.⁸⁾ 따라서 단독의 거래거절은 보다 제한된 조건하에서만 위법성이 인정될 수 있다. 단독의 거래거절이 위법한 경우로는 다음 네가지를 들 수 있다.

첫째, 독점의 형성을 목적으로 한 경우이다. 이는 다시 행위자가 공급선과의 통합을 통해 그 다음 단계를 독점화하려는 경우와 행위자가 독점을 목적으로 경쟁자를 배제하기 위하여 거래거절을 하는 경우로 나뉜다.⁹⁾

둘째, 독점적 지위의 유지·강화를 목적으로 한 경우이다. 이 경우 위법성의 판단방법으로는 독점의 유지·강화여부를 직접 위법성 판단기준으로 하는 방법과 상대방의 사업활동을 곤란하게 할 우려의 여부에 의해 위법성을 판단하는 방법이 있으나, 상대방 보호목적에 부합하고 적용이 용이한 후자의 방법이 선호되고 있다.¹⁰⁾

셋째, 독점력의 남용이라고 인정되는 경우이다. 이는 거래상대방이 자기 이외에 용이하게 거래처를 발견할 수 없는 사정하에 유력한 사업자가 거래상대방의 사업활동을 곤란에 빠뜨리는 것 외에 별다른 이유없이 거래를 거절하는 경우를 말한다.¹¹⁾ 이는 위의 두 경우처럼 독점의 형성이나 유지를 목적으로 하

5) 다만 문제된 행위가 자체성의 원칙이 적용되는 행위유형에 해당하는지 여부를 결정하는 성격규정(characterization)작업을 위해 간이합리성심사(mini-rule-of-reason analysis)가 행해질 수 있다. Schwartz, Flynn & First, Free Enterprise and Economic Organization: Antitrust(6th ed.; Mineola, N.Y.: The Foundation Press, Inc., 1983), p. 388. 또한 종래 자체성의 원칙의 적용대상으로 분류되던 행위도 새로이 합리성의 원칙의 적용대상으로 재분류될 수가 있다. 예컨대, 수직적 지역제한(vertical territorial restriction)에 관한 Continental T.V., Inc. v. G.T.E. Sylvania, Inc., 433 U.S. 36, 97(1977) 참조. 자체성의 원칙의 비경직성에 관하여 이기중, “독점금지법상의 카르텔규제에 관한 연구 -미국법을 중심으로-”, 박사학위논문, 연세대학교 대학원, 1992. 12., 20·21면 참조.

6) 이기수, 전게서, 167·168면.

7) 권오승, 「제2판 경제법」(서울: 법문사, 1999), 302면.

8) 최진욱, 전계논문, 79면.

9) 김영호, 「경제법」(서울: 법문사, 1990), 265·267면.

10) 상계서, 267면.

11) 최진욱, 전계논문, 84면.

고 있지 않지만, 거래상대방에 대한 배제효과가 발생하고 있어 상대방의 경쟁단위로서의 활력은 명백하게 저해되어 있다. 또한 보호해야 할 사업상의 정당성도 구비하고 있지 않으므로 이는 공급원(또는 구입자)으로서의 지위남용이라 할 수 있으며, 따라서 거래상대방 선택의 자유의 보호대상이 아니라고 할 수 있다.¹²⁾

넷째, 공정거래법상 위법 또는 부당한 목적달성의 수단으로서 이용되는 경우이다. 먼저 공정거래법상 위법한 목적을 위한 수단으로 활용된 경우에 관해서는 많은 심결례가 나와 있다. 특히 거래상지위남용행위를 필두로 하는 각종의 불공정거래행위와 재판매가격유지행위의 실효성을 확보하는 수단으로 거래거절이 활용된 사례들은 그 수를 헤아리기 어려울 정도이다.¹³⁾ 또한 공정거래법상 위법한 목적 뿐 아니라 보다 널리 부당한 목적달성을 위하여 이용된 거래거절도 위법한 것일 수 있다. 예컨대, 재판매가격의 설정·지시행위가 없으므로 재판매가격유지에 관한 규정은 적용될 수 없으나, 거래거절이 판매가격에 있어서 소위 얽매나 저렴한 가격에 대한 광고 등의 적극적인 가격경쟁을 억지하기 위하여 실시되는 경우 등이 이에 해당한다.¹⁴⁾ 거래거절이 공정거래법상 위법 또는 부당한 목적달성을 위한 수단으로서 이용되는가의 여부는 행위의 성격과 행위가 이루어진 상황을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.¹⁵⁾ 그러나 당사자가 주장하는 사업상의 정당이유는 부당한 거래거절의 구실로 되는 것도 많으므로 그것을 용인할지 여부는 신중하게 판단하여야 할 것이다.¹⁶⁾

4. 본 사건의 경우

본 건의 경우 주택건설업자들이 입주자를 모집할 경우에는 관련법규에 의하여 피심인으로부터 분양보증을 받도록 되어 있어 피심인은 주택건설관련 분양보증시장에 있어 독점적 지위에 있음이 명백히 나타나 있다. 대체 공급원들이 다수 존재하는 경쟁적 시장에서라면 거래를 거절당한 사업자가 쉽게 다른 거래상대방을 찾을 수 있을 것이므로 거래거절로 인한 손상은 심각한 것이 아닐 수 있으나, 독점적 사업자의 거래거절은 설사 독점을 유지·확대하려는 것이 아닐지라도 거래를 거절당하는 상대방의 사업활동을 곤란하게 할 우려가 있다고 볼 때¹⁷⁾ 피심인의 위 행위는 독점력을 남용하는 거래거절에 해당한다 할 것이다.

물론 독점사업자의 거래거절로 거래상대방의 사업활동이 곤란해질 우려가 있다고 해도 독점사업자에게 정당한 사업상의 이유가 있는 한 거래의무를 부과해서는 안 될 것이나, 독점사업자는 그 거래거절이 실질적인 사업상의 이유에 따라 이루어졌음을 스스로 입증하여야만 하는 것이다.¹⁸⁾ 본 건의 경우 피심인이 거래거절의 사유로 들고 있는 것은 존재 자체가 불분명한 채무의 불이행에 불과하므로 결국 피심인의 거래거절은 위법한 행위임에 틀림없는 것이다. **공정**

12) 상계논문, 84·85면.

13) 상세는 이기종 외, 「공정거래법 심결사례 해설 및 평석(’95~’98년도)」(공정거래위원회, 1999. 11.), 159·160면 참조.

14) 최진욱, 전계논문, 83·84면.

15) 상계논문, 84면; 김영호, 전계서, 269면.

16) 최진욱, 전계논문, 84면.

17) 신광식, “거래거절의 합리적 규제방안”, 「법경제연구(II)」(서울: 한국개발연구원, 1995), 190면.

18) 상계논문, 190면.