

불공정거래행위의 성립요건으로서의 부당성과 공정거래저해성

엄기섭 ■ 변호사, 공정거래위원회 심판관리관실 서기관

I. 머리말

독점규제및공정거래에관한법률(이하 “공정거래법” 또는 “법”이라고 한다)은 시장지배적지위 남용행위(제2장), 기업결합의 제한(제3장), 경제력집중의 억제(제3장), 부당한 공동행위의 제한(제4장), 불공정거래행위의 금지(제5장), 사업자단체의 금지행위(제6장), 재판매가격유지행위의 제한(제7장), 부당한 국제계약의 체결제한(제8장)에 관하여 규정하고 있다. 이 8가지를 실제규정이라고 한다.¹⁾ 이 8가지 실제규정 중에서 가장 기본적이고 중요한 것은 불공정거래행위이다.

불공정거래행위라 함은 공정거래법 제23조제1항 각호의 1에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 말한다(법 제23조제1항). 미국의 경우에는 연방거래위원회법 제5조에서 불공정경쟁방법(unfair methods of competition)으로 규정하고 있는데²⁾, 미국에서는 연방거래위원회법 제5조를 소비자보호법으로 보고 있다.³⁾ 일본의 경우에는 불공정거래방법으로 규정하고 있다.⁴⁾

공정거래법상 불공정거래행위는 금지된다. 즉, 사업자는 불공정거래행위를 하여서는 아니 되며, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 불공정거래행위를 하도록 하여서도 아니 된다(법

1) 박상용·엄기섭, 경제법원론(제5판), 유스티니아누스, 2003, 44·87면; 이기수·유진희, 경제법, 세창출판사, 2003, 54면.

2) Federal Trade Commission Act 5(a)(1).

3) ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, ANTITRUST LAW DEVELOPMENTS(5th ed. 2002), 616p.

4) 사적독점의금지및공정거래의확보에관한법률 제2조제9호.

제23조제1항). 사업자가 이와 같이 금지되는 불공정거래행위를 하는 경우에는 공정거래위원회가 시정조치를 명할 수 있고(법 제24조), 과징금을 부과할 수 있으며(법 제24조의2), 불공정거래행위를 한 자는 형벌에 처한다(법 제67조제2호).

이 글에서는 공정거래법에서 중요한 위치를 차지하고 있는 불공정거래행위의 성립요건 중 부당성과 공정거래저해성에 관하여 중점적으로 살펴보기로 한다. 구체적으로는 “부당성”과 “공정거래저해성”의 관계, 부당성과 관련하여 “부당하게”와 “정당한 이유없이”를 구별할 것인지가 이 글의 중심이 될 것이다. 그리고 이 글은 필자의 개인적인 연구결과와 내지 견해를 표명한 것이므로 당연히 공정거래위원회의 공식적인 입장과는 무관하다는 점을 밝혀 둔다.

II. 부당성과 공정거래저해성의 관계

1. 학설

부당성과 공정거래저해성의 관계에 대하여는 양자를 동일하게 보는 견해(동일설)와 양자를 구별하는 견해(구별설)가 있다.

동일설은 양자를 구별하지 않고 같은 것으로 보는 견해인데, 우리나라의 학자들의 대부분이 이 견해에 해당되는 것으로 보인다. 즉, 우리나라 대부분의 학자들은 불공정거래행위를 설명함에 있어서 그 성립요건이 무엇인지에 관하여 구체적으로 설명하지 않고 있으며, 부당성과 공정거래저해성을 구별하지 않고 같은 의미로 이해하는 것으로 보인다.⁵⁾ 다만, 양명조 교수는 부당성을 공정경쟁저해성과 같은 의미로 이해하는 것은 공정거래법상 무리라고 하면서도 공정거래저해성을 공정경쟁저해성과 구별하여 더 넓은 개념으로 이해한다면 부당성은 공정거래저해성과 같은 의미로 볼 수 있다고 한다. 그리고 이 경우 공정거래저해성과 부당성이 동어반복이 되기는 하지만 조문의 표현상 불가피한 것으로 본다.⁶⁾

이에 대하여 양자를 구별하는 견해(구별설)는 불공정거래행위의 성립요건을 설명함에 있어서 부당성과 공정거래저해성을 별개의 성립요건으로 보고 있다.⁷⁾

5) 권오승, 경제법, 법문사, 2002, 301~313면; 권재열, 경제법, 법원사, 2002, 209~220면; 양명조, 경제법강의, 신조사, 2003, 146~151면; 이기수·유진희, 전게서, 211~220면; 이남기·이승우, 경제법, 박영사, 2001, 220~226면.

6) 양명조, 전게서, 148면.

7) 박상용·엄기섭, 전게서, 273·274면.

2 판례

서울고등법원판례는 부당성과 공정거래저해성을 구별하는 입장으로 보인다(구별설). 즉, 서울고등법원은 거래거절행위(구체적으로는 거래중단행위를 말한다)에 있어서 거래중단행위가 “부당”하다고 하는 것은 거래중단행위에 정당한 이유가 없는 것을 말하며, 거래중단에 정당한 이유가 있는 것으로서 자유경제체제하에서 사업자에게 거래처를 선택할 자유의 범위 내에 속하는 행위는 허용된다고 판시하였다.⁸⁾ 또한, 거래거절행위에 있어서 “공정한 거래를 저해할 우려가 있는 경우”라 함은 「거래거절의 상대방이 자기 또는 자기와 밀접한 관계가 있는 사업자의 경쟁자인 경우에 거래거절이 경쟁자를 제압, 배제하는 목적으로 이루어진 것이어서 그로 인하여 상대방이 용이하게 다른 거래처를 찾을 수 없게 되는 등으로 거래기회가 박탈되어 사업활동이 곤란하게 되거나 경쟁에서 배제되기에 이른 경우를 말한다」고 판시하였다.

그런데, 대법원판례는 부당성과 공정거래저해성을 구별하지 않는 것으로 보인다(동일설). 즉, 대법원은 「공정거래법 제23조제1항이 규정하는 불공정거래행위로서 같은 법의 규율대상이 되기 위해서는 당해 행위가 외형적으로 위 규정이 정하는 요건을 갖추는 외에 그것이 같은 법의 목적에 비추어 부당한 것이어야 하고, 이 때 그 부당성의 유무를 판단함에 있어서는 거래 당사자의 거래상의 지위 내지 법률관계, 상대방의 선택 가능성·사업규모 등의 시장상황, 그 행위의 목적 및 효과, 관련 법규의 특성 및 내용 등 여러 사정을 고려하여 그 행위가 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있는지의 여부에 따라야 한다」고 판시하였다.⁹⁾ 대법원은 또한, 「공정거래법 제23조제1항제1호 및 시행령 제36조제1항 별표 제1호 나목에서 불공정거래행위의 한 유형으로 규정하고 있는 “기타의 거래거절”은 개별사업자가 그 거래 상대방에 대하여 하는 이른바 개별적 거래거절을 가리키는 것이나, 이러한 개별적 거래거절행위는 그 거래상대방이 종래 계속적 거래관계에 있는 경우에도, 자유시장경제 체제하에서 일반적으로 인정되는 거래처 선택의 자유라는 원칙에서 볼 때, 또 다른 거래거절의 유형인 “공동의 거래거절”과는 달리, 거래거절이라는 행위 자체로 바로 불공정거래행위에 해당하는 것은 아니고, 그 거래거절이 특정 사업자의 거래기회를 배제하여 그 사업활동을 곤란하게 할 우려가 있거나 오로지 특정사업자의 사업활동을 곤란하게 할 의도를 가진 유력 사업자에 의하여 그 지위 남용행위로서 행하여지거나 혹은 법이 금지하고 있는 거래강제 등의 목적 달성을 위하여 그 실효성을 확보하기 위한 수단으로 부당하게 행하여진 경우라야 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 거래거절행위

8) 서울고등법원 1995.12.14. 선고, 94구34120 판결.

9) 대법원 1998.9.8. 선고, 96누9003 판결.

로서 법이 금지하는 불공정거래행위에 해당한다고 판시하였다.¹⁰⁾

3. 검토 및 결론

구별설이 타당하다고 본다. 불공정거래행위(X)는 공정거래법 제23조제1항 각호의 1에 해당하는 행위(A)로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(B)를 말하고, 제23조제1항 각호의 1에서는 부당하게(A1) 거래를 거절하는 행위(A2) 등을 규정하고 있으므로 결국 불공정거래행위가 성립하기 위한 요건, 즉 성립요건은 3가지로 보아야 한다. 첫째, 거래를 거절하는 행위 등이 있어야 하고(행위요건, A2), 둘째, 그 행위가 부당하여야 하며(부당요건, A1), 셋째, 그 행위가 공정한 거래를 저해할 우려가 있어야 한다(공정거래저해성, B). 이것을 다시 표현하면 $X = A1 + A2 + B$ 가 된다.

이와 같이 부당성과 공정거래저해성을 구별하는 경우 부당성과 공정거래저해성을 어떻게 보아야 할 것인지가 문제된다. 이 경우 부당성의 의미는 거래거절 등의 행위가 부당한 경우, 즉 정당한 이유가 없는 경우를 의미한다고 보아야 할 것이다. 즉, 거래거절행위를 하였다 하더라도 상대방이 계약상의 의무를 위반하여 계약서에 규정된 바에 따라 계약해지를 한 경우와 같이 거래거절에 정당한 이유가 있는 경우, 즉 부당하지 않은 경우에는 공정거래법 위반으로 볼 수는 없을 것이다. 이것은 형법상 사람을 살해하여도(형법 제250조제1항), 정당행위(형법 제20조) 또는 정당방위(형법 제21조)로 인정되면 처벌할 수 없는 것과 같다고 할 수 있을 것이다. 즉, 거래거절 등의 행위도 부당하지 않으면, 즉 정당한 이유가 있으면, 불공정거래행위가 성립하지 않고 따라서 시정조치를 하거나 과징금을 부과할 수 없는 것이다.

다음 공정거래저해성의 의미에 관하여는 위 서울고등법원 판결이 공정거래저해성에 관하여 판시한 내용이 일응 타당하다고 본다. 필자는 적어도 거래거절행위에 관한 한 위 서울고법판결이 아주 타당하다고 본다. 다만, 이 판결의 취지를 거래거절행위에만 적용할 것인지 아니면 차별적 취급행위 등 다른 모든 불공정거래행위에까지 적용할 것인지는 추가적인 연구가 필요하다고 본다. 필자는 불공정거래행위에서의 공정거래저해성이 공정거래법이 적용될 사안과 민법이 적용될 사안을 구별짓는 중요한 징표라고 본다. 다시 말하면 거래거절에서 대부분을 차지하고 있는 거래중단은 공정거래저해성이 없다면 민법상의 채무불이행(민법 제390조)이 될 것이기 때문이다.¹¹⁾

10) 대법원 2001.1.5. 선고, 98두17869 판결.

11) 박상용·엄기섭, 전제서, 274면.

III. “부당하게”와 “정당한 이유없이”

1. 문제점

공정거래법시행령 제36조제1항 관련 별표1에서는 불공정거래행위의 유형을 규정함에 있어서 공동거래거절(제1호 가목), 계열회사를 위한 차별(제2호 다목), 부당염매(제3호 가목)의 3가지 경우에는 「정당한 이유없이」라는 표현을 사용하고, 나머지는 대개 「부당하게」라는 표현을 사용하고 있다. 「부당하게」라는 표현 대신에 「부당한」(제5호 다목) 또는 「부당한 방법으로」(제8호 라목) 등의 표현을 사용하기도 한다. 이 경우 양자를 동일한 의미로 이해할 것인가(동일설) 아니면 다른 의미로 이해할 것인가(구별설)가 문제되고 있다.

2. 학설

구별설은 불공정거래행위 중 「부당하게」로 표현된 행위유형과 「정당한 이유없이」로 표현된 행위유형을 구별하여 전자를 「조리위법」 또는 「합리의 원칙」(rule of reason)으로, 후자를 「당연위법」(per se illegal)으로 설명한다. 이 견해에 의할 때 「부당하게」로 규정된 불공정거래행위는 원칙적으로는 허용되는 행위이며, 다만 그 행위가 부당한 경우에만 위법하게 된다는 것이다. 그리고 이 경우 그 행위가 부당한 것인지에 대한 입증책임은 규제기관 즉, 공정거래위원회에 있다는 것이다. 이에 대하여 「정당한 이유없이」로 규정된 불공정거래행위는 원칙적으로 위법한 행위이며, 다만 그 행위에 정당한 이유가 있는 경우에는 허용된다는 것이다. 그리고 이 경우 그 행위에 정당한 이유가 있다는 것에 대한 입증책임은 사업자에게 있다는 것이다. 구체적으로는 조리위법·당연위법이라는 용어를 사용하는 견해¹²⁾와, 동 용어사용에 의문을 제기하는 견해¹³⁾로 구분되나, 대부분 입증책임의 차이를 인정하는 점에서 구별설의 입장이라고 할 수 있다.¹⁴⁾

이에 대하여 동일성은 불공정거래행위 중 「부당하게」로 표현된 행위유형과 「정당한 이유없이」로 표현된 행위유형을 구별하지 않고 양자를 같은 의미로 보고 있다.¹⁵⁾

12) 이기수·유진희, 전계서, 219·220면.

13) 권오승, 전계서, 307·308면; 권재열, 전계서, 219면.

14) 권오승, 전계서, 308·309면; 권재열, 전계서, 218·219면; 양명조, 전계서, 149면; 이기수·유진희, 전계서, 219·220면; 이남기·이승우, 전계서, 227면.

15) 박상용·엄기섭, 전계서, 259면.

3. 판례

대법원판례는 종전에는 불공정거래행위의 성립요건을 검토함에 있어서 “부당하게”와 “정당한 이유없이”를 구별하지 않고 같은 내용으로 판시하였다.¹⁶⁾ 그러나, 최근에는 “기타의 거래거절”은 다른 거래거절의 유형인 “공동의 거래거절”과는 달리, 거래거절이라는 행위 자체로 바로 불공정거래행위에 해당하는 것은 아니고 ……”라고 판시함으로써¹⁷⁾, 구별설의 입장으로 보인다.

4. 검토

사건으로는 동일설이 타당하다고 본다. 구별설에 의할 때 「부당하게」와 「정당한 이유없이」를 구별하는 핵심은 그 입증책임에 있다. 즉, 「부당하게」의 입증책임은 규제기관(공정거래위원회)에 있고, 「정당한 이유」의 입증책임은 사업자에게 있다고 한다. 그러나, 이것은 타당하지 않다고 본다. 입증책임의 분배에 관하여는 「입증책임은 주장사실이 진위불명인 경우의 법적용에 관한 문제이기 때문에 법규의 구조, 즉 조문의 형식이나 관계조문의 상호관계를 기준으로 하여, 각 당사자는 자기에게 유리한 법규의 요건사실의 존부에 대하여 입증책임을 진다」는 법률요건 분류설이 판례와 통설의 입장이다.¹⁸⁾ 법률요건분류설에 의할 때, 현재의 규정형식으로는 「부당하게」와 「정당한 이유없이」 모두 공정거래위원회에 입증책임이 있다고 해석할 수밖에 없다고 본다. 왜냐하면 어느 행위가 부당하거나 정당한 이유가 없다는 것은 공정거래위원회에 유리한 사실이기 때문이다. 구별설은 법령상의 표현인 「정당한 이유없이」에 대한 입증책임을 거론하지 않고 「정당한 이유가 있다는 것」에 대한 입증책임을 논하고 있는데 이것도 타당하지 않다고 본다. 법령의 용어대로 「정당한 이유없이」에 대한 입증책임을 논해야 하며, 이 경우 사업자의 행위에 정당한 이유가 없다는 것에 대한 입증책임은 당연히 공정거래위원회가 부담해야 하는 것이다.


구별설을 관철시키려면, 즉 공동거래거절·계열회사를 위한 차별·부당염매의 3가지 행위 유형을 당연위법으로 보고, 그 각 행위에 정당한 이유가 있다는 것에 대한 입증책임을 사업자에게 부담시키기 위해서는 법령의 규정형식을 다음과 같이 바꾸어야 한다고 본다. 「계열회사를

16) 대법원 1990.4.10. 선고, 89다카29075 판결.

17) 위 주 10)의 대법원판결 참조.

18) 이시운, 신민사소송법, 박영사, 2003, 448면.

위한 차별: 자기의 계열회사를 유리하게 하기 위하여 가격·수량·품질 등의 거래조건이나 거래내용에 관하여 현저하게 유리하거나 불리하게 하는 행위. 다만, 그 행위에 정당한 이유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다. 규정형식을 위와 같이 바꾸는 경우에는 법률요건분류설의 내용대로 본문내용에 관하여는 규제기관인 공정거래위원회가 입증책임을 부담하고, 단서의 내용에 대하여는 사업자가 입증책임을 부담하는 것으로 자연스런 해석이 가능하게 된다. 왜냐하면 공정거래법 위반여부가 문제되고 있는 행위에 대하여 “정당한 이유가 있다”는 것은 사업자에게 유리한 사실이기 때문이다. 이것은 불법행위¹⁹⁾에 있어서는 고의·과실이 본문에 규정되어 있어 불법행위를 주장하는 피해자에게 가해자의 고의·과실에 대한 입증책임이 있으며²⁰⁾, 채무불이행²¹⁾에 있어서는 고의·과실이 단서에 규정되어 있어 채무불이행책임을 면하려는 채무자에게 자기의 고의·과실이 없었다는 것에 대한 입증책임을 지우는 것²²⁾과 같은 맥락이라고 할 수 있다.

결론적으로 불공정거래행위의 성립요건을 검토함에 있어서 「부당하게」와 「정당한 이유없이」의 구별은 현재의 규정형식으로는 같은 의미로 해석할 수밖에 없고, 「부당하게」를 조리위법으로, 「정당한 이유없이」를 당연위법으로 보기 위해서는 규정형식을 바꾸어야 한다고 본다. 참고로, 시장지배적지위 남용행위의 경우 불공정거래행위와 유사하게 법에서는 “부당하게”라고 규정하고 있는 행위유형(법 제3조의2 제1항제1호 내지 제5호)을, 시행령에서는 “부당하게”로 규정하기도 하고(영 제5조제5항제1호·제2호), “정당한 이유없이”라고 규정하기도 하는데(영 제5조제1항, 제2항제1호·제2호, 제3항제1호·제3호, 제4항제1호 내지 제3호), 구별설은 이에 관하여는 조리위법·당연위법의 구별을 하지 않는 것으로 보인다. 

19) 민법 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

20) 박윤직, 채권각론, 박영사, 1999, 691면; 김상용, 불법행위법, 법문사, 1997, 46면 등.

21) 민법 제390조(채무불이행과 손해배상) 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실 없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다.

22) 대법원 1964.4.28. 선고, 63다617 판결; 대법원 1972.11.28. 선고, 72다982 판결; 대법원 1980.1.25. 선고, 80다508 판결; 대법원 1987.11.24. 선고, 87다가1575 판결 등.