



거래상 지위남용으로 불이익제공의 부당성

대상판결: 대법원 2002.10. 25. 선고 2001두1444 판결

이봉의 | 경북대 법대 교수

1. 사건의 개요

원고인 (주)나래엔컴퍼니(이하 "(주)나래"라 한다)는 무선호출사업 등 통신업을 영위하는 사업자로서 1996. 12. 13.경 (주)우정과 무선호출 영업업무 등 상품판매에 관한 대리점계약을 체결하는 한편, 무선호출기 대리점영업에 필요한 온라인용 단말기를 대여하고 이를 원고의 고객관리용 전산망에 연결하였으며, 1998. 1. 9. 다시 같은 내용의 대리점계약을 체결하였다. 그 후 1998. 2.경 원고는 (주)우정이 대리점계약상의 채무를 이행하지 않는다는 이유로 (주)우정의 고객관리용 전산망을 같은 해 12월 대리점계약을 해지할 때까지 일방적으로 단절하였다. 이에 피고인 공정거래위원회는 원고의 이와 같은 전산망 단절행위가 독점규제및공정거래에관한법률(이하 "공정거래법"이라 한다) 제23조제1항제4호, 시행령 제36조제1항 관련 [별표] 일반불공정거래행위의유형및기준 제6호 라목의 불이익제공에 해당하는 거래상 지위의 남용행위에 해당한다는 이유로 2000. 3. 4. 시정명령 등의 처분을 하였다.¹⁾

1) 공정위 의결 제2000-42호, 사건번호 9905독점0783.



이에 (주)나래는 고객관리용 전산망제공이 대리점계약상의 의무가 아닐 뿐만 아니라, 전산망 단절행위는 (주)우정의 부당행위를 시정하기 위하여 대리점계약에 따라 당사자사이의 계약에 근거한 조치에 불과하다는 이유를 들어 공정위의 이 사건 처분의 취소를 구하는 소를 제기하였다. 그러나 2001. 1. 9. 원심인 서울고등법원이 원고의 청구를 기각하자,²⁾ 원고는 이에 불복하여 대법원에 상고하였다.

II. 대법원판결의 요지

1. 본 건에서 대법원은 공정거래법상 불공정거래행위의 일 유형으로서 '불이익제공'이 되기 위해서는 그 행위의 내용이 상대방에게 다소 불이익하다는 점만으로는 부족하고, 거래상 지위 남용의 또 다른 예인 구입강제나 불이익제공강요 또는 판매목표강제 등과 동일시 할 수 있을 정도로 일방당사자가 자기의 거래상 지위를 부당하게 이용하여 그 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 준 것으로 인정되고, 그로써 정상적인 거래관행에 비추어 상대방에게 부당하게 불이익을 주어 공정거래를 저해할 우려가 있어야 하며, 또한 상대방에게 부당하게 불이익을 주는 행위인지의 여부는 당해 행위가 행하여진 당시를 기준으로 당해 행위의 의도와 목적, 당해 행위에 이른 경위, 당해 행위에 의하여 상대방에게 생길 수 있는 불이익의 내용과 정도, 당해 행위가 당사자 사이의 거래과정에 미치는 경쟁제약의 정도, 관련업계의 거래관행, 일반경쟁질서에 미치는 영향 및 관계 법령의 규정 등 여러 요소를 종합하여 전체적인 관점에서 판단하여야 한다고 판시하였다.

2. 이에 따라 대법원은 통신사업자인 원고가 무선호출서비스 특판대리점과 거래를 함에 있어서 채무이행을 강제하기 위한 수단으로 특판대리점에 제공해오던 고객관리용 전산망의 지원을 일방적으로 중단하는 행위가 공정거래법 소정의 불이익제공에 해당한다는 원심의 판단을 그대로 인용하였다. 즉, 설사 원고의 대리점인 (주)우정의 채무불이행이나 고객관리용 전산망의 부당이용이 있었다 하더라도 본사 겸 전산망 운영자인 원고로서는 (주)우정의 전산망에 대

2) 서울고법 2001. 1. 9. 선고 2000누3629 판결. 그 밖에 (주)나래는 범위반 사실의 공표명령이 비례의 원칙에 반하는 재량권의 일탈 남용이라는 이유로 위법하다고 주장하였으나, 원심에서는 이 부분 역시 받아들이지 않았다. 그리고 대법원에 사건이 계속중이던 2002. 3. 8. 공정위가 범위반 사실의 공표명령을 직권취소 하였기 때문에, 원심판결 중 이 부분은 대법원에 의해서 직권으로 파기되었으므로 이 글에서도 따로 다루지 않는다.



한 이용권한을 일부 제한하는 등의 방법으로 이러한 행위를 통제 관리할 수 있었음에도 불구하고 대리점관계가 존속하고 있는 상태에서 채무이행을 강제하는 수단으로 대리점영업에 필수불가결한 고객관리용 전산망을 일방적으로 중단한 행위는 쌍무계약의 일방당사자의 채무불이행에 대한 대응방법 내지 대리점계약상의 위탁업무제한조치의 일환을 넘어 거래상 지위를 부당하게 이용하여 그 이행과정에서 불이익을 준 것이라고 보는 것이 정당하다고 보았다.

III. 평석

위 사건은 거래상 지위남용의 일 유형으로서 ‘불이익제공’의 부당성이 문제된 사례로, 거래당사자간에 흔히 경제력의 격차가 존재하는 대리점관계에서 계약자유의 한계에 관한 난해한 문제를 다루고 있다. 아래에서는 거래상 지위남용의 의미와 그 중 ‘불이익제공’의 공정거래처해성을 중심으로 판례의 의미와 문제점을 살펴보기로 한다.

1. ‘지위남용’ 규제의 체계

공정거래법은 지위남용을 크게 두 가지 차원에서 문제 삼고 있다. 하나는 시장지배적사업자의 ‘지위남용’ 이고(법 제3조의2), 다른 하나는 불공정거래행위의 하나인 거래상 ‘지위남용’이다(법 제23조제1항4호). 양자는 모두 일방사업자의 우월한 경제력을 전제로 하고, 우월한 지위에 있는 사업자에게 보다 높은 수준의 의무를 부과함으로써 사적자치를 일정정도 제한한다는 데에 공통점이 있다. 반면, 전자는 사업자의 시장점유율 등을 기준으로 하는 이른바 ‘절대적인 지배력’의 남용을, 후자는 시장점유율 등으로 대변되는 시장집중 여부와 상관없이 거래관계의 특성에서 비롯되는 지배 종속을 의미하는 ‘상대적인 지배력’의 남용을 가리킨다는 점에 차이가 있다.

이러한 차이는 이들 남용규제의 취지를 설명하는 데에도 유용한 기준을 제공한다. 즉, 시장지배적 지위남용을 규제하는 것은 시장구조의 관점에서 이미 유효경쟁이 제대로 기능하지 못하는 시장에서 지배력을 가진 사업자가 그 힘을 기존의 독과점적 지위의 유지 강화에 이용함으로써 시장구조를 고착화할 위험을 방지하는 데에 그 목적이 있다. 반면, 공정거래법이 불공정거래행위의 한 유형으로서 사업자의 거래상 지위의 남용행위를 금지하는 것은 현실의 거래관계에서 경제력에 차이가 있는 거래주체 간에도 상호 대등한 지위에서 공정한 거래를 할 수 있게 하기 위하여 상대적으로 우월적 지위에 있는 사업자에 대하여 그 지위를 남용하여 상대방에



게 거래상 불이익을 주는 행위를 금지함으로써 당사자들이 속한 시장에서 공정한 경쟁을 실현하는 데에 그 취지가 있는 것이다.³⁾

그러나 지위남용을 이처럼 이원적으로 취급하는 것은 다분히 상대적인 것이어서 입법레마다 이들 두 가지를 규제하는 모습에는 다소 차이가 있다. 예컨대, 일본의 사적독점의금지및공정거래의확보에관한법률은 시장지배적 지위남용을 사적독점의 금지차원에서 다루는 한편(동 법 제 2조5호), 우리나라와 마찬가지로 불공정거래행위의 일 유형으로서 ‘거래상 지위의 부당이용’을 규정하고 있다(동 법 제2조9호). 그리고 독일의 경쟁제한방지법은 시장지배적 지위(marktbherrschende Stellung)와 우월적 지위(berragende Marktstellung)⁴⁾를 동일적으로 남용규제에 포함하고 있으며(동 법 제19조제2항), 시장에서 유력한 지위를 가진 사업자(marktstarke Unternehmen)⁵⁾의 남용은 차별취급 및 사업활동방해에 대해서만 금지되어 있다(동 법 제20조제1항, 제2항). 반면, 미국에서는 셔먼법 제1조의 거래제한에 관한 일반조항이나 클레이튼법 제3조, 연방거래위원회법 제5조 등에 따라 독과점사업자나 일반사업자의 지위남용이 규제되고 있다.

한편, 공정거래법상 거래상 지위남용에는 구입강제, 이익제공강요, 판매목표강제, 불이익제공 및 경영간섭의 5가지 유형이 있으며, 그 중 불이익제공이 불공정거래행위로서 금지되기 위해서는 ① 문제된 사업자가 거래상 우월적 지위에 있을 것, ② 거래상대방에게 거래조건의 설정 변경 또는 그 이행과정에서 불이익을 줄 것, 그리고 ③ 그러한 불이익제공이 공정한 거래를 저해할 우려가 있을 것이라는 세 가지 요건이 모두 충족되어야 한다. 대법원판결의 쟁점을 이들 요건별로 차례로 살펴보기로 한다.

2. ‘우월적 지위’의 해당성

먼저, 원고인 (주)나래가 특판대리점인 (주)우정에 대하여 우월적인 지위를 갖고 있는지에 대해서는 원심판결에서만 비교적 상세히 다루고 있다. 그런데 현실의 거래관계에서 당사자간에 경제력의 격차가 전혀 없는 경우란 오히려 예외일 것이고, 그렇다면 미미한 정도나마 일방

3) 대법원 2000. 6. 9. 선고, 97누19427 판결.

4) 여기서 독일법상 ‘우월적 지위’는 종래 독점 내지 준(準)독점에 국한되어 있던 시장지배적사업자의 개념을 확장하기 위하여 1973년 법개정으로도 도입된 것으로서, 거래상 나타나는 지배 종속관계에서 비롯되는 상대적 지배력을 의미하는 것이 아님에 유의할 필요가 있다. Rittner, Wettbewerbs- und Kartellrecht(6.Aufl.), 1999, 279면 이하.

5) 시장에서 유력한 지위를 가진 사업자란 충분한 수준의 거래처진환가능성이 없는 중소기업자의 종속성에서 비롯되는 것이다(GWB 제20조제2항 참조).



당사자는 상대방에 대하여 우월적 지위를 가질 수밖에 없을 것이다. 따라서 상호 대등한 지위에서의 공정한 거래를 보장하기 위한 남용규제는 일방당사자의 우월적 지위가 어느 정도 '현저한' 경우에 국한되는 것으로 해석하여야 할 것이다. 이것이 계약자유의 실질적인 보장을 목적으로 하는 동 규제의 취지와도 부합하는 것임은 물론이다.

종래의 판례에 의하면 우월적 지위에 해당하는지 여부는 당사자가 처하고 있는 시장의 상황, 당사자 간의 전체적 사업능력의 격차, 거래의 대상인 상품의 특성 등을 모두 고려하여 판단하여야 한다.⁶⁾ 이때 대리점관계의 구체적인 모습은 제각기 다르며, 당사자의 경제력이나 거래의 특성 등에 따라 우월적 지위의 유무나 그 정도가 상이해지는 바,⁷⁾ 대법원은 대리점관계에서 흔히 나타나는 사실들, 이를테면 (주)우정이 대규모 통신사업자인 원고의 업무 중 일부를 위탁받아 수행하는 대리점 중의 하나로서 사업규모에 큰 차이가 있다는 점, 대리점계약상 (주)우정은 원고가 정한 관계규정의 준수 및 원고의 지시 지도를 받는 점, (주)우정의 계약불이행에 대한 담보제공의 내용 및 경위 등을 모두 우월적 지위의 근거로 제시하고 있다. 또한 대법원은 “우정의 영업의 성패가 원고 또는 그 자회사인 소프트뱅크의 의사결정에 따라 좌우될 수 있는 점”을 지적인 원심의 판단을 그대로 인용함으로써 앞서 언급한 바와 같이 원고의 우월적 지위가 상당한 수준의 것임을 지적하고 있는 것으로 보인다.

우월적 지위와 관련하여 원심에서 다투어진 쟁점의 하나는 원고와 (주)우정간에 체결된 계약은 이미 1997. 11. 4. 원고의 대리점계약서 중에서 본 건에서 문제된 제24조를 포함한 몇몇 조항들에 대하여 공정위가 ‘거래상 지위남용’을 이유로 시정권고를 내림에 따라 수정된 계약서에 따라 체결된 것이라는 사실이다.⁸⁾ 원심이나 대법원은 위 시정권고는 계약서 조항 그 자체로 불공정성이 문제되는 것에 대한 시정권고에 불과하고, 이를 통하여 형성되는 계약관계를 규율하거나 그러한 계약관계에 따른 거래상의 지위 자체를 시정하기 위한 것은 아니므로, 우월적 지위의 판단에 있어서 수정된 계약내용을 참작하는 것은 무방하다는 태도를 취하고 있다.

6) 위의 대법원 판결 참조.

7) 종래 공정위의 실무에서도 대리점관계에 대하여는 면밀한 검토 없이 대체로 우월적 지위를 인정해왔다. 공정위 의결 제2002-133호, 해태음료(주)의 거래상 지위남용행위에 대한 건(2002. 9. 18.); 의결 제2002-049호, 볼랜드코리아(주)의 거래상 지위남용행위에 대한 건(2002. 4. 2.) 등 참조. 반면, 일회성거래인 전동차납품계약에 있어서 서울특별시 지하철공사의 우월적 지위를 부정한 예로는 대법원 1993. 7. 27. 선고, 93누4984 판결; 광고대행계약에 있어서 서울특별시 도시철도공사의 우월적 지위를 인정한 예로는 서울고법 2000. 6. 13. 선고 99누1238 판결 참조.

8) 공정위 제97-279호, 사건번호 9710독집1342.



3. '불이익제공'의 여부

계약자유가 지배하는 구체적인 거래관계에서는 급부와 반대급부의 등가성도 객관적으로도 출되는 것이 아니라 당사자의 주관적 의사에 맡겨지는 것이 원칙이다. 따라서 어떤 행위가 일방당사자에게 불이익한 것인지의 여부는 계약의 전체로부터 판단할 수 있으며, 그 불이익의 정도가 미미한 경우까지만 공정거래법을 적용할 것은 아니다. 이와 관련하여 대법원은 원고가 (주)우정에게 지원한 고객관리용 전산망이 신규고객의 가입업무는 물론이고 기존 가입자의 요금집금 및 해지처리 등의 사후관리에도 필수적이고, 전산망 지원중단 당시인 1998. 2.경 (주)우정이 관리하는 기존고객이 14,493명에 이르며, 그 이전에도 원고가 전산망단절이라는 방법으로 대리점들로 하여금 원고의 요구에 응하도록 해왔다는 점 등을 고려할 때 원고의 전산망 지원중단은 (주)우정의 대리점업무수행에 치명적인 지장을 초래할 것이라는 점을 들어 그것이 '불이익제공'에 해당된다고 보았으며, 아마도 그 불이익이 현저한 것임을 염두에 둔 것으로 보인다.

그런데 일방당사자가 계약을 제대로 이행하지 않는 경우에 상대방이 계약상 불이익을 가하는 것은 양자의 이익을 고려하였을 때 '비례의 원칙에 반하지 않는 한' 급부와 반대급부간의 등가성을 회복하기 위한 지극히 정당한 행위로 보아야 할 것이다. 그렇다면 문제는 본 건에서 원고의 전산망단절이 일단 불이익제공에 해당하더라도 과연 그것이 계약상 정당하거나 정상적인 상관행에 부합하는 것인지의 여부이다. 이때 후술하는 바와 같이 정상적인 상관행에 반하는 권리행사라도 언제나 공정거래를 저해할 우려가 있는 부당한 것으로 되지는 않는다는 점에 유의할 필요가 있다.

4. 불이익제공의 '부당성' 여부

대법원은 불이익제공이 부당한 것이기 위해서는 정상적인 거래관행에 비추어 상대방에게 부당하게 불이익을 제공함으로써 공정거래를 저해할 우려가 있어야 하며, 그 판단에 있어서는 여러 요소를 종합하여 전체적인 관점에서 판단하여야 한다고 한다. 이를 기초로 대법원은 문제의 전산망이 대리점의 영업에 필수적임에도 불구하고 계약의 내용상 원고가 당연히 제공해야 할 전산망지원을 중단시킨 행위는 정상적인 상관행을 벗어난 것으로서 부당하다고 판시하고 있다. 여기서 원고의 본 건 전산망단절이 대리점계약서에 근거한 원고의 정당한 권리행사인지, 아니면 처음부터 위탁업무의 제한을 명시한 대리점계약서 제24조가 불공정한 것으로서 무효인지, 대리점계약서 제24조 자체는 유효하더라도 그에 따른 권리행사가 구체적인 경우에 남용



으로 판단될 수 있는지의 여부는 본 건 전산망단절행위의 부당성을 판단하는 중요한 단서이다.


판례는 부당성 판단에 있어서 위 계약서 제24조가 유효함을 전제로 다만 대리점관계가 아직 유효한 상태에서 (주)우정에게 보다 불이익이 적은 다른 방법이 있음에도 불구하고 전산망중단이라는 극단적인 수단을 강구한 것이 일용 비례의 원칙에 반하여 부당한 것으로 판단한 듯하다. 이는 결국 대리점계약서 제24조에 근거한 권리행사라도 정상적인 거래관행에 반하는 등의 경우에는 우월적 지위남용으로 해당될 수 있다는 것이 된다. 그런데 그 효력에 다툼이 없는 대리점계약서 제24조에 의하면 (주)우정이 “대금지급약정을 지체하거나 위배하는 등의 행위를 하였을 때” 원고는 이를 시정하기 위하여 위탁업무를 제한할 수 있게 되어 있다. 그리고 판례가 지적한 바와 같이 전산망지원이 대리점계약에 따른 원고의 당연한 의무에 속한다면 (주)우정이 부담하는 위탁업무처리 의무(특판대금의 지급의무를 포함)는 그에 대한 주된 반대급부의 성격을 갖는다고 볼 수 있다. 그렇다면 본 건에서 과연 원고의 전산망단절이 (주)우정의 채무불이행 등에 대한 대응의 범위를 넘는 것인지, (주)우정의 전산망이용에 대한 일부제한이 계약관계의 등가성확보에 적절한 수단이 될 수 있는지에 대한 보다 진지한 판단이 필요하였을 것으로 보인다.

나아가 여기서 중요한 것은 불이익제공을 금지하는 취지가 단지 거래상 종속된 지위에 있는 사업자의 개별적 이익을 보호하기 위한 것이 아니라 경쟁기반의 피해를 야기하거나 일방당사자가 속한 시장에서의 경쟁을 저해하는 것을 방지하는 데에 있다는 점이다.⁹⁾ 즉, 이 사건은 어디까지나 원고의 불법행위로 인하여 특판대리점인 (주)우정이 입은 손해를 전보하는 것이 아니라, 그 행위가 공정거래법에 반하는지의 여부가 문제된 것이다. 그렇다면 본 건 ‘불이익제공’의 부당성 역시 경쟁질서의 관점에서 판단되어야 할 것이고, 그렇다면 판례가 정상적인 거래관행에 벗어난 불이익제공으로부터 바로 공정거래저해성을 도출하는 논리에는 쉽게 납득하기 어려운 점이 있다. 왜냐하면 원심 및 대법원도 인정한 바와 같이 대리점인 (주)우정이 수행한 업무는 사전 당시 기존가입자에 대한 관리업무에 불과하고, 그 밖의 대리점들 역시 일정 지역에서 약간의 고객유치와 관리업무를 수탁 받아 수행하는 데에 불과하기 때문에 전산망단절이 (주)우정이 속한 시장, 즉 특판대리점들간의 (공정)경쟁에 미치는 효과는 미미하고, (주)우정에게 불이익을 제공함으로써 원고가 얻게 될 이익이라는 것도 대리점계약의 이행확보에 그칠 뿐 자신이 속한 시장에서의 경쟁에는 아무런 영향을 미치지 않을 것으로 보이기 때문이다.

9) 이는 결국 사법(私法)상 ‘권리남용’의 법리와 공정거래법상 ‘지위남용’의 법리를 구별하는 문제이기도 하다.



5. 맺는 말

위에서 살펴본 바와 같이 대법원은 불이익제공의 불공정거래행위 성립요건에 관하여 나름대로 구체적인 판단기준을 제시하고 있으나, 몇 가지 점에서 여전히 의문을 남기고 있다. 즉, 우월적 지위남용에는 어느 정도의 우월성이 존재하여야 하는지, 거래상대방에게 어느 정도의 불이익을 제공하여야 하는지, 그리고 무엇보다도 불이익제공이 공정거래를 저해하기 위한 요소는 무엇인지에 관한 구체적인 기준은 여전히 불확실하다. 특히, 종래 공정위나 법원이 불공정거래행위의 부당성을 접근하는 방법에 있어서 공정위나 법원이 일관되게 ‘공정거래저해성’의 판단을 case-by-case식으로, 그것도 여러 가지 시장상황 등을 종합적으로 고려한다는 매우 추상적인 기준만을 제시할 경우 결국 자칫 불공정거래행위라는 것 자체가 알맹이 없는 형식적 구성요건(Leerformel)에 머물 수 있다. 이는 개별 유형의 불공정거래행위가 갖는 특성과 각 유형에 고유한 위법성요소를 준별하기 어렵게 하고, 그에 따라 공정거래저해성의 해석이 공정거래법 제1조가 정하는 목적인 ‘공정하고 자유로운 경쟁의 촉진’과 상당히 괴리되는 결과를 야기하게 된다. 이러한 접근방법은 동시에 공정위나 법원의 위법성판단에 재량의 여지를 지나치게 넓게 허용하는 반면 사업자의 예측가능성과 불복의 여지를 좁히게 되며, 그 결과 오히려 사업자의 사적자치와 이를 기초로 한 경쟁 자체의 영역이 제한될 수 있다. 이러한 문제를 해결하기 위해서는 향후 불공정거래행위가 공정거래법에서 차지하는 체계적 지위를 밝히고, 각각의 행위 유형에 따라 부당성을 규명하려는 노력이 절실히 필요한 것으로 보인다. 

공 · 정 · 거 · 래 · 법 · 자 · 율 · 준 · 수 · 편 · 략 · 작 · 성

본 협회에서는 각 회원사의 자율적인 공정거래 준수를 위한 공정거래 관련 자율준수편람을 업종에 맞게 작성해 드리고 있으며, 공정거래 자율준수편람 작성 계획이 있으신 각 회원사는 상담 및 문의해 주시기 바랍니다.

TEL. (02)775-8870~2 / FAX. (02)775-8873