



저가입찰의 부당성 판단기준

대상판결: 대법원 2001. 6. 12. 선고 99두4686 판결

이봉의 | 경북대학교 법대 교수

I. 사건의 개요

원고인 현대정보기술(주)은 시스템통합사업(System Integration; SI)을 영위하는 사업자로 1997. 10. 8. 인천광역시 2020년 인천드림계획 및 신공항구축과 연계한 '인천광역시 지역정보화기본계획수립'의 용역입찰에 대우정보시스템(주), 삼성SDS와 함께 참가하여 예정가액 97,244천원의 2.98%에 불과한 2,900천원에 응찰하여 낙찰자로 선정된 후 동년 10. 15. 인천광역시와 계약을 체결하였다.

이에 피고이자 상고인인 공정거래위원회(이하 '공정위'라 한다)는 이 사건 용역입찰의 예산액이 1억원이고, 일반적으로 SI사업자들이 예정가격 산정시 기준으로 삼는 과학기술처 공고(1996-28호, 1997. 7. 31.)상 엔지니어링사업대가의 기준을 근거로 산출한 예정가격은 69,269천원이며, 본 건과 유사한 시스템구축사례가 드물어 계획수립에 복잡한 기술이 요구되는 등의 이유로 필요한 최소한의 인건비가 53,869천여원에 이르는 점, 그리고 무엇보다도 당시 경기침체로 정보통신투자가 극히 저조한 시기에 공공부문이 SI시장에서 차지하는 비중이 결정적으로 크고, 이 사건 용역입찰에서 낙찰될 경우 인천광역시를 모델로 다른 지방자치단체에서 실시할 것으로 예상되는 정보화기본계획수립에 있어서 다른 경쟁사보다 유리한 지위를 확보할 수 있다는 점 등을 고려하여, 원고의 행위는 부당하게 용역을 낮은 대가로 공급함으로써



써 자기의 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 행위로 보아, 1998. 2. 24. 시정명령과 함께 2,960만원의 과징금납부를 명하였다.¹⁾ 이에 원고는 서울고등법원에 동 시정명령 등의 취소를 구하는 소를 제기하였고, 1999. 2. 11. 원심이 원고의 청구를 인용하여 시정명령 등의 취소를 명하는 판결을 내리자,²⁾ 공정위가 이에 불복하여 대법원에 상고하였다.

II. 대법원판결의 요지

1. 대법원은 우선 염매의 성립여부에 대하여 원심의 판단을 그대로 수용하여 최소한의 인건비에도 못 미치는 입찰가격이 '낮은 가격' 임은 분명하다고 보아 더 이상의 설명을 하지 않고 있다. 이어서 대법원은 문제된 저가입찰의 '부당성'에 대하여 판단하였다. 그 이유와 관련하여 대법원은 공정거래법 제23조제1항 및 시행령 제36조제1항 [별표] 제3호 (가)목은 '부당하게 경쟁자를 배제하는 행위'의 한 유형으로서 부당염매를 정하면서, 그 전단에서 규정하는 '계속거래상의 부당염매'는 사업자가 채산성이 없는 낮은 가격으로 상품 또는 용역을 계속하여 공급하는 것으로서 그 행위의 외형상 그에 해당하는 행위가 있으면 '정당한 이유가 없는 한' 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 보아야 할 것이나, 그 후단에서 규정하는 이른바 '기타 거래상의 부당염매'는 그 행위태양이 단순히 상품 또는 용역을 낮은 가격으로 공급하는 것이어서 그 자체로 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 보기 어려운 만큼 그것이 '부당하게' 행하여진 경우야야 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 보아야 할 것이라고 실시하고 있다.
2. '부당성'의 유무에 관하여 대법원은 당해 염매행위의 의도, 목적, 염가의 정도, 반복가능성, 염매대상 상품 또는 용역의 특성과 그 시장상황, 행위자의 시장에서의 지위, 경쟁사업자에 대한 영향 등 개별 사안에서 드러난 여러 사정을 종합적으로 살펴 그것이 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지의 여부에 따라 판단하여야 한다는 전제에서, 지방자치단체의 지역정보

1) 공정위 의결 제98-39호, 사건번호 9710유거1456.

2) 서울고법 1999. 2. 11. 선고 98누9181 판결.



화시스템통합용역을 민간업체에 대하여 경쟁입찰에 부친 것은 이 사건 용역이 처음이었고, SI사업자들인 원고 및 소외 회사들은 향후 확대될 '지역정보화시스템통합용역'이라는 신규 시장에 먼저 진입하여 기술과 경험을 축적할 목적으로 모두 입찰예정가격에 훨씬 못 미치는 금액으로 입찰에 참가하였으며, 무엇보다도 인천광역시는 향후 이 사건 용역과 관련된 각종 장비 및 용역을 구매함에 있어서 낙찰자인 원고에게 연구권 등 사실상의 우선권을 부여하지 않고 그 때마다 경쟁입찰방식에 의하여 공급자를 정하기로 방침을 정하고 있었고, 이 사건 용역사업은 계속성 사업이 아니라 1회성 사업이라서 원고가 저가로 낙찰 받았다고 하여 원고의 경쟁자들이 향후 위 신규시장에서 배제될 우려가 없었던 점을 들어 원고의 저가입찰행위에는 부당성을 인정할 수 없고, 따라서 공정거래법상 금지되는 부당염매에 해당되지 않는다고 판시하였다.

III. 평석

1. 부당염매로서의 저가입찰

공정거래법은 '부당염매'를 따로 정의하지 않고 있으며, 시행령 제36조제1항(별표) 제3호(가)목에서 다분히 추상적으로 이를 규정하고 있을 뿐이다. 일반적으로 부당염매란 사업자가 낮은 가격을 이용하여 공정하고 자유로운 경쟁을 저해하는 행위라고 정의할 수 있으며, 단순히 염가 자체가 문제되는 것이 아니라 이를 통하여 경쟁질서가 저해될 수 있다는 데에서 규제의 필요성을 찾을 수 있다.

종래 공정거래법은 사업자의 일방적인 부당한 가격책정행위와 관련하여 크게 시장지배적지위 남용과 불공정거래행위로 규제하고 있다. 우선, 시장지배적사업자가 가격을 부당하게 정하는 행위는 법 제33조의2 제1항1호의 가격남용 또는 5호의 경쟁사업자배제로 규제되고 있다. 전자의 경우 수급의 변동이나 공급비용의 변동에 비하여 가격을 현저하게 상승시키거나 근소하게 하락시키는 이른바 가격의 실질적인 '인상'이, 후자의 경우 주로 통상거래가격에 비하여 현저히 낮은 대가로 공급하는 이른바 가격의 '인하'가 문제된다(령 제5조제1항, 제5항). 그리고 후자의 남용은 통상거래가격 이하의 낮은 가격으로 거래함으로써 경쟁사업자를 시장에서 배제시킬 우려가 있는, 즉 경쟁이론상 '악탈가격'인 경우를 금지하는 것으로 이해할 수 있다(령



제5조제5항1호).

부당한 가격책정을 규제하는 또 다른 수단은 불공정거래행위의 금지로서, 이때 염매의 기준은 그 표현상 각기 '공급에 소요되는 비용' 내지 '부당하게 낮은 가격'으로 이원화되어 있으며, 염매의 '부당성'은 법문상 시장지배적사업자의 가격남용 중 두 번째 유형과 마찬가지로 언제나 '경쟁사업자를 배제할 우려'가 있는지에 따라 판단하도록 되어 있다.

그런데 남용행위로서의 약탈가격에 대해서는 '시장지배적지위 남용행위 심사기준'³⁾ 5. 가. (2)에서 당해 행위의 목적, 유사품 및 인접시장의 존재여부, 당해 사업자 및 경쟁사업자의 시장지위 및 자금력 등을 종합적으로 고려하도록 하고 있으나, 불공정거래행위로서의 염매행위에 대해서는 시행령에 구체적인 판단기준이 명시되어 있지 않다. 따라서 과연 약탈가격과 염매행위의 판단기준, 즉 '남용'이나 '불공정성' 여부의 판단이 '경쟁사업자배제의 우려'라는 동일한 표현에도 불구하고 상이한 기준에 의해서 이루어져야 하는지가 문제된다. 이 문제는 동시에 가격남용 이외에 별도로 '부당염매'를 금지할 만한, 부당염매에 고유한 위법성요소는 무엇 인지를 밝히는 것이기도 하다.

2. 저가입찰의 금지요건

1) '염매'의 판단기준

부당염매가 문제되기 위해서는 먼저 '염매', 즉 사업자가 정한 가격이 염가이어야 한다. 공정거래법은 염매여부를 판단하는 기준으로서 계속적인 부당염매에 대해서는 '공급에 소요되는 비용보다 현저히 낮은 대가'⁴⁾ 그리고 기타의 부당염매에 대해서는 단지 '낮은 대가'를 명시하고 있다.

본 건 이전에 내려진 서울고등법원의 판례에 의하면 형식적으로는 1원입찰이지만 그 실질에 비추어 장기납품거래계약이 문제된 사례에서 당해 사업자의 공급비용이 아니라 입찰 이전에 그가 제시한 납품가격, 이를 기초로 한 입찰예정가격, 사업자의 국내판매가격 등을 고려할

3) 공정위 고시 제2000-6호, 2000. 9. 8.

4) '염매'의 판단기준으로서 '원가' 기준은 일찍이 미국에서 1975년 Areeda/Turner의 논문이 발표된 이후부터 판례에서 채용되기 시작하였으며, 아직까지 원가의 개념과 관련해서는 평균가변비용, 평균총비용 등 다양한 기준이 제시되고 있다. Sullivan/Grimes, 앞의 책, 150면 이하.



때 설사 당해 사업자가 제3자로부터 공급받은 가격이 1원이라 하더라도 그것은 고시 제3조2호 소정의 '낮은 대가'에 해당된다고 보았다.⁵⁾ 즉, 동 판결은 계속거래상의 부당염매와 달리 공급비용이 아니라 고시에는 명문의 근거가 없는 이른바 '통상거래가격'을 기준으로 저가여부를 판단한 것으로 보인다.

그런데 본 건 대법원판결은 문제된 저가입찰이 염매에 해당되는지에 관하여 위의 서울고법 판결과 달리 법 제23조제1항2호, 시행령 제36조 [별표] 제3항 가목에서 '공급에 소요되는 비용보다 현저히 낮은 대가'라고 규정하고 있는 이상, 기타의 부당염매에 있어서도 '낮은 대가'의 판단은 일응 '공급에 소요되는 비용'을 기준으로 판단하여야 할 것이다. 그리고 공급비용의 산정과 관련해서는 "제조업체의 경우 고정비와 변동비 모두를 포함한 총 원가를 기준으로 저가 여부를 판단하여야 할 것이고, 시장상황의 악화, 수요감퇴 등으로 말미암아 고정비를 포함한 가격으로는 정상적인 판매가 불가능하여 변동비만을 상회하는 금액으로 가격을 정하고 가격과 변동비의 차액으로 고정비 일부에 충당할 수밖에 없게 된 경우에 그러한 사정은 부당성 유무의 판단의 한 요소로 고려되어야 할 것"이라는 원심의 판단을 그대로 받아들이고 있다. 그에 따라 대법원은 2,900천원이란 입찰금액은 최소한의 인건비인 53,869천원조차 반영하지 못하는 낮은 가격이라고 본 것이다.

결론적으로 대법원이 종래 서울고등법원의 태도와 달리 저가입찰의 경우에도 공급비용을 기준으로 저가여부를 판단하는 것은 타당한 것으로 보인다. 계속적인 거래와 기타의 거래에서 저가 여부를 각기 달리 판단할 합당한 이유가 없고, 사업자마다 각기 상이한 원가구조를 갖고 있는 상황에서 개별 사업자의 비용구조에 따른 염매판단이 가능해질 뿐만 아니라, 당해 원가 이상으로 가격을 인상하라는 시정조치를 내림으로써 공정위가 거래단계에서의 가격경쟁에 지나치게 개입하지 않게 된다는 이점이 있으며, 그나마 '원가'가 객관적이고 투명하게 산정될 수 있는 것이라는 점을 고려할 때 비록 원가산정의 난점이 있더라도 통상거래가격에 비하여 상대적으로 바람직한 기준이 될 수 있을 것으로 보이기 때문이다. 다만, 원심판결도 공급에 소요되는 비용에 못 미치는 가격이면 그것이 '현저한 차이' 인지를 묻지 않고 언제나 '낮은 대가'에 해당되는지에 대해서는 직접적인 언급은 없으나, '총비용 미만, 가변비용 이상의 가격'인 경우 이를 초래한 시장상황을 부당성판단에서 고려할 수 있을 뿐이라는 태도를 보면 총비용 미만의 가격은 일단 언제나 '낮은 가격'에 해당되는 것으로 보는 듯하다.

5) 서울고법 1997. 7. 31. 선고 96구21388 판결.



2) 저가입찰의 '부당성'

공정거래법상 공급비용에 못 미치는 염매행위라도 그것이 경쟁사업자를 배제할 우려가 있는 경우에만 금지된다. 그리고 판례는 경쟁사업자배제가 공정거래를 저해할 정도에 이르기 위해서는 입찰과 같은 1회성 거래인 경우에도 그것이 당해 거래에서 경쟁자를 배제하는 수준에 그치는 것이 아니라, 그로 인하여 향후 관련시장에서 경쟁자를 배제할 수 있을 정도이어야 한다고 한다.⁶⁾

여기서 먼저 생각할 문제는 시장지배적사업자의 약탈가격 이외에 불공정거래행위로서 부당 염매를 별도로 금지할 필요성이 있는지의 여부이다. 본 건 판결에 국한하여 이 문제를 살펴보자면, 우선 대법원은 부당염매를 규제하는 취지가 시장지배적지위의 남용을 사전에 방지하는 데에 있다는 입장을 취하고 있음에 유의할 필요가 있다. 이러한 태도는 종래 일본 독점금지법 제19조의 '불공정한 거래방법'을 설명하면서 이를 사적독점에 대한 예방적인 제도라고 이해하는 견해⁷⁾와 일맥상통하는 것으로 보인다. 그러나 이에 관한 한 일본에서도 통일된 학설이 존재하지 않을 뿐 아니라, 공정거래법상 독과점의 예방은 일차적으로 기업결합규제에 맡겨져 있고, 불공정거래행위 금지의 단지 경쟁수단의 불공정성뿐만 아니라 널리 거래수단 그 자체의 불공정성을 규제하기 위한 것이라는 점에서 위 견해를 그대로 받아들일 수는 없다.

그렇다면 현행법상 '부당염매'와 '약탈가격'은 과연 어떻게 구별되는가? 양자는 모두 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있어야 함을 그 요건으로 하고 있는 바, 과연 시장지배력이 없는 일반사업자의 염매행위가 경쟁사업자를 배제함으로써 공정거래를 저해하는 것이 가능한가? 우선 시장지배적사업자는 낮은 가격을 이용하여 경쟁사업자를 배제할 수 있고, 이를 통하여 기존의 지배적지위 내지 독과점적 시장구조를 인위적으로 유지 또는 강화시킬 수 있다. 문제는 시장지배력이 없는 사업자의 경우 계속거래에서든 1회적인 입찰에서든 '저가정책'을 통하여 경쟁사업자를 향후 관련시장에서 배제시키기란 거의 불가능하다는 데에 있다. 또한 특정 산업에서 설비과잉이 나타나는 경우에 높은 고정비용과 상대적으로 낮은 가변비용이라는 구조하에서 사업자로서는 경쟁에서 살아남기 위하여 총비용 이하(그러나 가변비용 이상)의 가격으로 판매하는 것이 지극히 합리적인 결정인 것처럼, 가격이란 통상적으로 그때그때의 시장상황에 맞게 전략적으로 정해지는 것이고, 장기적으로 시장구조를 악화시킬 의도로 행해지지 않는

6) <각주 2>에 인용된 본 건의 원심판결.

7) 대표적으로 今村成和, 『獨占禁止法』 新版 (1978), 89~91면. 불공정한 거래방법의 독과점을 부인하고 그 유형별로 그 성질을 달리 이해하는 견해도 부당염매와 같은 유형은 사적독점의 예방차원에서 이해하고 있다(根岸哲, "不正な去來方法と獨占禁止法", 『民商法雜誌 臨時増刊: 特別法からみた民法』, 제93호 제2호 (1986. 3.), 392~393면).



는다. 그렇다면 일반사업자의 1회성 염매행위가 공정거래의 준칙과 부합하지 않는 경우란 경쟁자배제 보다는 다른 경쟁자의 사업활동을 방해하거나 다른 경쟁자의 고객을 '염가' 라는 이익으로 유인하는 경우에만 가능할 것이다.

따라서 본 건 판결에서 대법원이 특별한 사정이 없는 한 "1회성에 그치는 원고의 이 사건 입찰행위를 가리켜 이를 경쟁사업자를 배제시킬 위험성 있는 행위라고 단정하기는 어렵다"고 지적하고 있는 바와 같이, 저가입찰의 부당성을 법문 그대로 경쟁자배제와 결부시킬 경우에는 향후 저가입찰의 불공정성을 문제 삼기는 지극히 어려울 것으로 보인다.⁸⁾

3) 부당성 판단기준의 이원화?

대법원은 계속거래상의 부당염매와 기타 거래에서의 부당염매의 위법성을 판단함에 있어서 시행령 제36조제1항 [별표] 제3호 (가)목의 문언상 각각 '정당한 이유 없이' 와 '부당하게' 로 규정하고 있는 것에 착안하여 양자를 구별하고 있다. 판례의 표현을 빌자면 전자의 경우 그 행위의 외형상 그에 해당하는 행위가 있으면 '정당한 이유가 없는 한' 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 보아야 하나, 후자의 경우에는 그 자체로 공정한 거래를 저해할 우려가 없으므로 그 부당성을 따져보아야 한다는 취지로 이해된다. 그렇다면 공정위로서는 계속거래상의 부당염매인 경우에 '공급에 소요되는 비용보다 현저히 낮은 대가로 계속하여 공급하는 행위' 만 입증하면 사업자측이 정당한 이유를 주장하고 그것이 인정되지 않는 한 공정거래저해성이 인정된다는 점에서, 결과적으로 객관적인 행위에서 바로 '부당성' 이라는 위법성요소가 도출되고 정당한 이유는 그러한 위법성을 조각하는 사유라는 것이 된다(입증책임의 전환과는 다름에 유의할 것!).⁹⁾

이와 관련하여 최근의 학설은 시행령 문언상의 차이만을 이유로 위법성 판단기준을 달리 하는 것이 과연 타당한 지에 대해서 의문을 제기하고, 더구나 공정거래법 제23조에서는 모든 유형의 불공정거래행위에 대해서 '부당성' 을 요건으로 하고 있는 바 그 하위규범인 시행령에서

8) 본 판결 이전에 법원이 부당염매의 경쟁자배제성을 인정한 유일한 사례인 캐드랜드(주)의 지리정보시스템용 소프트웨어에 대한 1원입찰사건(각주 13 참조)에서 서울고등법원은 1994년 현재 원고인 캐드랜드는 시장점유율이 10.4%로서 16.6%를 차지하고 있는 쌍용정보통신(주)에 이어 제3위인 사업자로서 장기간의 거래를 예정하고 있는 위 입찰에 부당하게 낮은 가격으로 응찰한 이상 그로써 경쟁사업자를 배제할 우려가 있음을 부인할 수 없다고 결론짓고 있으나, 실상 그 근거를 설득력 있게 제시하지는 못하고 있다.

9) 대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카29075 결정.



규범적인 평가를 달리 정할 수 있는지도 의심스럽다고 한다.¹⁰⁾ 그에 따르자면 이러한 법문상의 차이를 입증책임의 차이로 이해하여 '정당한 이유 없이'에 해당되는 행위는 행위자가 정당한 사유를 입증하지 못하는 한 위법한 것으로 보고, '부당하게'에 해당되는 행위는 공정위가 그 부당성을 적극적으로 입증하여야 하는 것으로 해석하는 것이 타당하다고 한다.

그러나 이 견해 역시 전술한 문제를 완전히 해결하기는 곤란한 것으로 보인다. 왜냐하면 본 건과 같이 염매가 계속거래에서 일어났는지, 일회적인 거래에서 일어났는지에 따라서 반드시 위법성의 강도에 차이를 둘 수 있는지는 확실치 않고, 이를 입증책임과 결부시킬 경우 당연위법과 합리성의 원칙을 원용하는 것과 유사한 결과를 가져올 뿐만 아니라, 법률에서 통일적으로 '부당하게'라고 규정하고 있는 상태에서 시행령의 문언에 따라 입증책임을 좌우하는 것이 해석론으로서 가능한지도 의문이기 때문이다.

그렇다면 '정당한 이유없이'와 '부당하게'는 무엇이 다른가? 결론적으로 위법성판단이나 입증책임과는 상관없이¹¹⁾ 언제나 부당성 내지 공정거래저해성을 기준으로 염매행위의 위법성을 판단하여야 한다는 점에서 적어도 규범적 가치판단에 있어서는 아무런 차이가 없다고 할 것이다. 법령에 위법성의 입증에 관한 명문의 규정이 없는 한 언제나 공정위가 염매행위의 부당성을 적극적으로 입증하지 않으면 안 되는 것으로 보아야 하며, 입증의 정도에도 '정당한 이유 없이'와 '부당하게' 간에 일률적인 차이를 인정할 수는 없을 것이다.¹²⁾ 공정위의 실무에서도 적어도 외관상 양자를 구별하지는 않고 있는 것으로 보이며, 시장지배적사업자의 지위 남용행위를 열거하고 있는 독일 경쟁제한방지법도 그 행위유형에 따라 '정당한 이유 없이'와 '부당하게'라는 표현을 구별하여 사용하고 있으나, 위법성판단이나 입증책임 및 입증의 정도라는 측면에서는 아무런 차이를 인정하지 않고 있다.¹³⁾

10) 권오승, 앞의 책, 306~308면.

11) 정호열, "불공정거래행위의 금지", 공정거래법강의 II (2001), 390면 각주 <18>에서는 현재와 같은 행정직권주의하에서 위법성판단의 차별화논의가 의미가 있는지에 대해서 의문을 제기하고 있다.

12) 홍대식, "우월적지위의 남용행위의 위법성 판단기준", 경쟁법연구 제7권(2001), 291~292면의 경우 '정당한 이유 없이'와 '부당하게'는 재판규범으로서의 입증의 정도에 사실상의 차이가 있다는 점을 고려할 수 있을 뿐이라고 한다.

13) 즉, 경쟁제한방지법상 '부당하게' (unbillig)나 '정당한 이유 없이' (ohne sachlich gerechtfertigten Grund)나 단순한 표현상의 차이에 불과하다.



IV. 맺는 말

본 건 대법원판결은 저가입찰이 '낮은 대가'에 해당되기는 하지만, 경쟁자를 배제할 우려는 없다고 보아 부당염매 해당성을 부인하였다. 그런데 공정거래법상 염매행위의 '부당성' 여부는 '경쟁자배제의 우려'를 기준으로 판단하도록 규정되어 있고, 특히 1회적인 입찰에서 시장 지배력이 없는 일반사업자가 행하는 염매가 관련시장에서 경쟁자를 배제하는 경우란 사실상 거의 생각하기 어렵다는 점에서 향후 사업자가 극단적인 저가입찰을 경쟁수단으로 악용하는 사례를 적절히 규제하기 어렵게 되었다. 이 문제는 처음부터 미국식의 '약탈가격'이란 관념을 불공정거래행위에 그대로 원용하여 부당염매의 부당성을 시장지배적사업자의 지위 남용과 마찬가지로 '경쟁자배제'에서 찾는 입법상의 오류에서 비롯된 것으로 보인다. 따라서 부당염매를 '부당한 사업활동방해'나 '부당한 고객유인'의 일 유형으로 파악할 수 있도록 시행령을 개정하는 것이 바람직할 것이다.