

발 간 등 류 번 호

11-1130000-000271-11



공정거래위원회

2024년도

#공정거래 판례요지집

- 공정거래법 II -

제11판

2권

불공정거래행위·부당지원행위
사익편취행위·사업자단체금지행위
재판가유지행위·피심인 방어권 보장 등

공정거래위원회
심판관리관실

목 차

#공정거래 판례요지집 [2권]

V. 불공정거래행위(법 제45조 제1항, 구법 제23조 제1항)	567
1. 거래거절행위(법 제45조 제1항 제1호, 구법 제23조 제1항 제1호 전단)	569
가. 공동의 거래거절	569
나. 기타의 거래거절	571
2. 차별적 취급행위(법 제45조 제1항 제2호, 구법 제23조 제1항 제1호 후단)	585
가. 가격차별	585
나. 거래조건차별	587
다. 계열회사를 위한 차별	590
3. 경쟁사업자 배제행위(법 제45조 제1항 제3호, 구법 제23조 제1항 제2호)	599
가. 부당영매행위	599
나. 부당고가매입	601
4. 부당한 고객유인 행위(법 제45조 제1항 제4호, 구법 제23조 제1항 제3호 전단)	602
가. 부당한 이익에 의한 고객유인	602
나. 위계에 의한 고객유인	606
5. 거래강제행위(법 제45조 제1항 제5호, 구법 제23조 제1항 제3호 후단)	611
가. 끼워팔기	611
나. 사원판매	614
다. 기타의 거래강제	617

6. 거래상 지위의 남용(법 제45조 제1항 제6호, 구법 제23조 제1항 제4호)	619
가. 입법취지	619
나. ‘사업자’ 및 ‘거래’의 의미	619
다. 적용대상	621
라. 거래상 지위의 존재 여부	623
마. 거래상 지위의 남용 여부	637
바. 행위 유형	639
7. 구속조건부거래행위(법 제45조 제1항 제7호, 구법 제23조 제1항 제5호 전단)	696
가. 배타조건부거래	696
나. 거래지역 또는 거래상대방의 제한	700
8. 사업활동방해행위(법 제45조 제1항 제8호, 구법 제23조 제1항 제5호 후단)	707
가. 의의 및 성립요건	707
나. 부당성 판단기준	708
다. 구체적 사안	709
9. 기타 불공정거래행위(법 제45조 제1항 제10호, 구법 제23조 제1항 제8호)	712
가. 법 제45조 제1항 제10호(구법 제23조 제1항 제8호)의 성격	712
나. 적용요건	712
다. 구체적 사안	713
10. 시정명령 및 과징금납부명령 등 처분 관련	714
가. 시정명령	714
나. 관련 매출액 산정	716
다. 과징금 부과 관련	722
라. 공표 등 기타 시정조치 관련	725
마. 심사관 전결 경고	727
바. 안전지대 심사 가능성	728
VI. 부당지원행위(법 제45조 제1항 제9호, 구법 제23조 제1항 제7호)	729
1. 서설	731
가. 입법취지 및 성격	731
나. 지원객체	733

다. 정상가격	736
라. 지원의도	738
2. 행위 유형	739
가. 가지금금 또는 대여금 등 자금을 거래한 경우	739
나. 유가증권·부동산·무체재산권 등 자산을 거래한 경우	762
다. 부동산을 임대차한 경우	807
라. 상품·용역을 거래한 경우	813
마. 인력을 제공한 경우	845
바. 거래단계를 추가하거나 거쳐서 거래한 경우(통행세)	847
3. 부당성 판단	850
가. 의의	850
나. 입증책임	856
다. 구체적 사안	858
4. 과정금 관련	875
가. 과정금의 성격	875
나. 산정 근거	876
다. 전부 취소	878
라. 구체적 사안	878
5. 시정명령 관련	887
VII. 특수관계인에 대한 부당이익제공행위(법 제47조, 구법 제23조의2)	889
1. 서설	891
2. 행위 유형	894
가. 상당히 유리한 조건의 거래(제1항 제1호)	894
나. 합리적 고려나 비교 없는 상당한 규모의 거래(제1항 제4호)	898
다. 특수관계인의 지시·관여(제4항)	899
3. 부당성 판단	902

VIII. 사업자단체금지행위(법 제51조, 구법 제26조)	905
1. 사업자단체 개요	907
가. 개념	907
나. ‘공동의 이익’의 의미	908
다. 구성사업자와의 관계	910
라. 사업자단체의 판단(행위의 실질적 주도)	910
마. 구체적 사안	911
2. 행위 유형	914
가. 제40조 제1항(구법 제19조 제1항) 각 호의 행위에 의하여 부당하게 경쟁을 제한하는 행위(제1항 제1호)	914
나. 구성사업자의 사업활동방해행위(제1항 제3호)	938
다. 불공정거래행위 등을 하게 하는 행위(제1항 제4호)	956
3. 시정명령 및 과징금 관련	959
가. 과징금	959
나. 그 밖의 처분	964
IX. 재판매가격유지행위(법 제46조, 구법 제29조)	967
1. 재판매가격유지행위의 의미	969
2. 성립요건	970
가. 구속력	970
나. 정당한 이유	979
3. 사업자단체금지행위와의 관계	986
4. 기타	987
X. 피심인 적격성, 처분시효, 방어권 보장	989
1. 피심인 적격성	991
가. 흡수합병 관련 피심인 적격	991
나. 분할되는 회사의 분할 전 법 위반행위에 대한 피심인 적격 (법 제102조 제3항, 구법 제55조의3 제3항)	992

2. 역외적용	995
3. 신고(법 제80조 제2항, 구법 제49조 제2항)	998
4. 처분시효(법 제80조 제4항, 구법 제49조 제4항)	1001
가. 조사개시일	1001
나. 법령 적용 여부 판단	1006
5. 방어권 보장	1011
가. 심결단계와 다르게 의결된 경우	1011
나. 절차상 위법 관련	1012
다. 송달 관련	1032
6. 처분 사유의 특정	1035
7. 처분사유 추가·변경	1036
 XI. 공정거래법 적용제외	 1043
1. 공정거래법 제116조(구법 제58조)의 법령에 따른 정당한 행위	1045
가. 법령에 따른 정당한 행위의 의미	1045
나. 구체적 사안	1046
2. 공정거래법 제117조(구법 제59조)의 무체재산권의 행사 행위	1067
3. 공정거래법 제118조(구법 제60조)의 일정한 조합의 행위	1070
가. 적용 제외 조합의 의의	1070
나. 구체적 사안	1070
4. 현법상 권리 행사	1073
 XII. 소송요건, 헌법소원 등	 1075
1. 항고소송의 대상적격	1077
2. 소의 이익	1087
3. 제소기간(법 제99조, 구법 제54조)	1089
4. 관할권	1092
5. 공정위 처분과 타 기관 처분과의 관계	1093

6. 재판 진행 중 처분의 변경	1094
7. 취소의 범위	1097
8. 헌법소원	1098
가. 헌법소원의 대상적격	1098
나. 헌법소원의 청구인적격	1099
다. 구체적 사안	1100
9. 정보공개청구소송	1107

A large, bold, black letter 'V' is centered within a solid black square. This square is positioned in the upper left quadrant of the page, partially overlapping a background graphic of a map of South Korea.

불공정거래행위

(법 제45조 제1항, 구법 제23조 제1항)

V. 불공정거래행위(법 제45조 제1항, 구법 제23조 제1항)

1. 거래거절행위(법 제45조 제1항 제1호, 구법 제23조 제1항 제1호 전단)

가. 공동의 거래거절

1) 부당성 판단

- '공동의 거래거절'은 외형상 행위요건을 충족하기만 하면 위법성이 추정되며, 예외적으로 '정당한 이유'가 있는 경우에만 면책됨
- 공동의 거래거절행위가 법 제23조 제1항 제1호 및 법시행령 제36조 제1항 [별표 1] 소정의 불공정거래행위에 해당하기 위하여는 그것이 '부당한' 거래거절로서 '공정한 거래를 저해할 우려'가 있어야 하는바, 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 박탈되거나 다른 거래처를 찾을 수 있다 하더라도 거래조건이 불리하여 통상의 사업 활동이 곤란해질 우려가 있는 경우 등에는 부당한 거래거절로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 할 것인데, 거래거절을 공동으로 하는 경우에는 거절당한 특정사업자가 거래기회의 박탈로 시장에서 축출될 우려가 크고 공동거래거절에 참여한 사업자도 거래상대방 선택의 자유에 제한을 받게 되므로 공동의 거래거절은 시장에서의 경쟁을 직접적으로 제한하는 행위로서 원칙적으로 공정한 경쟁을 저해할 우려가 있는 점에서 위법성이 인정되고, 예외적으로 정당한 이유가 있는 경우에만 면책됨.

[국민은행 외 6개사의 공동의 거래거절 건(서울고법 2003. 10. 23. 선고 2002두1641 판결¹⁾]

1) 상고심(대법원 2006. 5. 12. 선고 2003두14253 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 있다고 판시함

2) ‘정당한 이유’가 인정된 사안

- 특정사업자에 대하여 공동으로 가상계좌서비스의 제공 거래를 거절한 행위는, 일종 공동의 거래거절행위에 해당하지만, 이로 인하여 거래기회가 박탈되었다고 할 수 없는 점, 이를 허용하면 결과적으로 오히려 공정한 경쟁을 저해할 우려가 있게 되는 점 등의 제반사정을 고려해 보면, 정당한 사유가 있음
- 원고들이 이 사건 CD공동망을 이용하여 원고들과 계속적인 거래를 해 온 주식회사 하나은행 (이하 ‘하나은행’)에 대하여 공동으로 원고들의 중앙컴퓨터에서 하나은행이 삼성카드 주식회사(이하 ‘삼성카드’)의 고객에게 부여한 가상계좌번호를 인식하지 못하게 하는 방법으로 하나은행으로 하여금 삼성카드 고객의 가상계좌서비스와 연결된 CD공동망을 사용하지 못하도록 단절한 행위는, 원고들과 신용카드업시장에서 경쟁관계에 있는 삼성카드에 대하여 가상계좌서비스를 제공하는 하나은행이라는 특정사업자에 대하여 공동으로 가상계좌 서비스의 제공과 관련된 거래를 거절한 행위로서, 일종 독점규제 및 공정거래에 관한 법률에서 불공정거래행위의 유형으로 규정하고 있는 공동의 거래거절행위에 해당하지만, 이 사건 CD공동망은 기본적으로 참가은행들 사이의 예금잔액조회 및 예금인출서비스를 공유함을 전제로 구축, 운영되어 온 전산망으로서 그 공익적 성격을 감안한다고 하더라도 그 운영에 있어서는 전산망 구축과 유지에 상당한 비용과 노력을 투자한 참가은행들의 의사가 존중되어야 하는 점, 원고들을 비롯한 참가은행들은 현금서비스에 관하여는 이 사건 CD공동망이 전면 개방되어 있지 않은 관계로 제휴은행들과 사이에서 별도로 구축된 현금서비스망을 통하여 현금서비스를 제공받고 있는 데 비하여, 삼성카드는 사실상의 현금서비스제공을 예금인출로 가장하는 방법을 이용한 변칙적인 이 사건 가상계좌서비스를 통하여 상대적으로 저렴한 예금인출 수수료만을 지급하면서 이 사건 CD공동망을 이용하여 모든 참가은행들로부터 제한 없는 현금서비스를 제공받게 됨으로써 참가은행들보다 부당하게 경쟁우위에 설 가능성이 큰 점, 이 사건 가상계좌서비스의 제공은 이 사건 CD공동망을 예금인출기능으로만 이용하기로 하는 참가은행들 사이의 사실상의 내부약정 및 이용관행에 위반하는 행위인 동시에 CD기를 개방하지 않은 은행들에 대하여는 그 의사에 반하여 CD기를 현금서비스업무에 전면 개방할 것을 강제하는 결과가 되는 점, 삼성카드 등의 전문계 카드사들은 종전과 같이 개별 참가은행들과 이용계약을 체결하고 이용건당 수수료 1,000원을 지급하는 방법으로 이 사건 CD공동망을 현금서비스에 이용할 수 있으므로 원고들의 위와 같은 공동의 거래거절로 인하여 신용카드시장에서 다른 거래처를 용이하게 찾을 수 없어 거래기회가 박탈되었다고는 할 수는 없을 뿐더러, 직접적인 거래거절의 상대방인 하나은행 역시 이로 인하여 다른 거래처를 용이하게 찾을 수 없게 되었다거나 거래상대방 선택의 자유에 부당한 제한을 받게 되었다고는 할 수 없는 점, 전문계 카드사들이 이 사건 가상계좌서비스와 같은 방법으로 이 사건 CD공동망을 전면적으로

이용하는 경우 그 이용고객 수가 급증하여 전산망 시스템에 적지 않은 부하를 주게 되므로 참가은행들은 향후 시스템 보수와 확대 및 유지에 더 많은 비용을 지출하는 부담을 안게 될 것이 명백하나, 그로 인한 이득은 면적적인 가상계좌서비스를 제공하는 하나은행 등 일부 참가은행의 수수료 수입에 국한되는 데 비하여 나머지 참가은행들은 그동안 전문계 카드사들과 사이에 개별적으로 체결한 현금서비스 이용계약에 따라 지급받아온 수수료 수입을 모두 상실하게 되는 결과가 초래되어 오히려 공정한 경쟁을 저해할 우려가 있게 되는 점 등의 제반 사정을 고려해 보면, 원고들의 하나은행에 대한 이 사건 가상계좌서비스에 대한 위와 같은 공동의 거래거절행위는 그 거래거절에 정당한 사유가 있다고 할 것이고, 따라서 이는 공정한 경쟁을 저해할 우려가 있는 부당한 공동거래거절 행위에 해당하지 않음.

[국민은행 외 6개사의 공동의 거래거절 건(대법원 2006. 5. 12. 선고 2003두14253 판결)]

나. 기타의 거래거절

1) 성립요건

가) 부당성 판단 기준

- 특정사업자의 거래기회를 배제하여 그 사업 활동을 곤란하게 할 우려가 있거나 오로지 곤란하게 할 의도로 남용하거나, 위법한 거래강제 등의 목적 달성을 위한 수단으로 부당하게 행하여진 경우라야 함
- 시행령 제36조 제1항 [별표1] 제1호 나.목에서 규정하고 있는 '기타의 거래거절'은 개별 사업자가 그 거래상대방에 대하여 하는 이른바 개별적 거래거절을 가리키는 것으로 거래처 선택의 자유라는 원칙에서 볼 때, 또 다른 거래거절의 유형인 '공동의 거래거절'과는 달리 거래거절이라는 행위 자체로 바로 불공정거래행위에 해당하는 것은 아니고, 그 거래거절이 (1) 특정사업자의 거래기회를 배제하여 그 사업활동을 곤란하게 할 우려가 있거나, (2) 오로지 특정사업자의 사업활동을 곤란하게 할 의도를 가진 유력 사업자에 의하여 그 지위남용행위로서 행하여지거나, (3) 혹은 법이 금지하고 있는 거래강제 등의 목적 달성을 위하여 그 실효성을 확보하기 위한 수단으로 부당하게 행하여진 경우라야 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 거래거절행위로서 법이 금지하는 불공정거래행위에 해당한다고 할 수 있음.

[하이트맥주의 거래상지위남용 건(대법원 2004. 7. 9. 선고 2002두11059 판결)]

- 거래거절의 결과 상대방이 입게 되는 침해의 내용 또는 제약의 내용과 정도, 상대방의 선택가능성 등과 같은 제반사정을 두루 고려하여야 할 것이며, 더 유리한 조건으로 다른 거래처와 거래할 수 있다면 ‘부당성’이 있다고 할 수 없음
 - 부당성의 유무를 판단함에 있어서는 당해 행위의 의도와 목적, 효과와 영향 등과 같은 구체적 태양은 물론 법에서 거래거절을 규제하는 목적으로 비추어 거래거절의 결과 거래 상대방이 입게 되는 영업상의 이익의 침해 또는 자유로운 영업활동의 제약의 내용과 정도, 상대방의 선택가능성 등과 같은 제반사정을 두루 고려하여 그 행위가 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로서 공정하고 자유로운 거래를 저해할 우려가 있는지 여부를 판단하여 결정하여야 할 것이며, 만일 거래거절 행위에 불구하고 거래 상대방이 더 유리한 조건으로 다른 거래처와 거래할 수 있다면 그와 같은 경우 거래거절이 있었다고 하여도 이를 법에서 규제하는 거래거절에 해당한다고 할 수 없음.
 [SKC의 삼본제업에 대한 비디오리더테이프 원재료 공급 거절행위 건(서울고법 2001. 1. 30. 선고 2000누1494 판결²⁾]
 - 공정거래저해성 유무 판단시 구체적으로 시장상황, 당사자의 거래상 지위, 당해 행위가 상대방의 사업활동 및 시장의 거래질서에 미치는 영향 등을 종합적으로 고려하여야 함
 - 거래거절을 위법한 불공정거래행위라고 평가하기 위해서는 당해 행위가 거래거절의 행위요건에 해당한다는 것만으로는 부족하고 시장에서의 경쟁제약·배제효과와 같은 특별한 위법요소로서의 부당성이 부가적으로 인정되어야 하는 바, 이러한 경쟁제약·배제효과는 거래거절을 한 행위자가 시장에서 유력한 사업자일수록 보다 커진 것이지만 어디까지나 계약자유의 원칙이 지배하는 시장경제 질서 하에서는 행위의 주체·태양·효과 등 객관적 측면만으로 그 부당성을 단언하기는 어려울 것이고 거절의 의도·목적까지 아울러 고려하여 공정거래 저해성 유무를 판단할 필요가 있고 구체적으로 시장상황, 당사자의 거래상 지위, 당해 행위가 상대방의 사업활동 및 시장의 거래질서에 미치는 영향 등을 종합적으로 고려하여야 함.
 [현대오일뱅크의 인천정유에 대한 석유판매 대리점계약 해지에 대한 공정위의 무협의처분 취소 청구 건(현재 2004. 6. 24. 선고 2002헌마496 결정)]
- * 같은 취지: 한국항공우주산업(주)의 부당한 거래거절행위에 대한 건(서울고법 2017. 8. 18. 선고 2015누778 판결³⁾)

2) 상고심(대법원 2001. 6. 12. 선고 2001두1628 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

3) 상고심(대법원 2018. 2. 8. 선고 2017두503 판결)은 심리불속행 기각함

나) 사업경영상의 필요성

- 당해 거래거절에 '사업경영상의 필요성'이 인정된다는 사정만으로 곧 위법성이 부인되는 것은 아니나, 적어도 위법성 부인 근거 행위의 의도·목적을 추단케 하는 간접사실로서 위법성 판단과정에 작용함
- 거래거절의 위법성을 평가함에 있어 사업경영상의 필요성이라는 사유를 다른 주관적·객관적 위법요소들과 대등한 가치를 지닌 독립된 제3의 요소로 취급할 것은 아니므로 거래거절에 이른 사업경영상의 필요성이 인정된다는 사정만으로 곧 당해 거래거절의 위법성이 부인되는 것은 아니나, 여러 위법요소들을 종합하여 개별적 거래거절의 공정거래 저해성 유무를 심사한다고 할 때 거래거절의 원인이 된 사업경영상의 필요성은 행위의 객관적·주관적 측면을 이루는 여러 위법요소들 중 하나에 해당하는 참작사유로서 아니면 적어도 위법성을 부인하기 위한 근거로 내세워지는 행위의 의도·목적을 추단케 하는 간접사실로서 위법성 판단과정에 작용함.

[현대오일뱅크의 인천정유에 대한 석유판매 대리점계약 해지에 대한 공정위의 무혐의처분 취소 청구 건(현재 2004. 6. 24. 선고 2002헌마496 결정)]

- 위법성을 부인하는 근거로 요구되는 '사업경영상의 필요성'의 정도는 상대방의 영업활동에 대한 영향의 정도에 따라 달라짐
- 거래거절의 위법성을 부인하는 근거로 통상 사업경영상의 필요성이 주장되고 있는바, 개별적 거래거절이 상대방의 사업활동에 미치는 영향의 정도는, '상대방의 사업활동의 원활한 수행이 방해되는 경우'로부터 '상대방의 사업활동이 현저히 제약되는 경우', '상대방의 사업활동의 계속이 곤란하게 되는 경우'까지 여러 단계가 있을 수 있고, 이 때 당해 거래거절행위가 정당하다고 판단함에 있어서 요구되는 사업경영상의 필요성은 위와 같이 단계적으로 구분되는 상대방의 영업활동에 대한 영향의 정도에 따라 달라질 것임.
[하이트맥주의 거래거절 및 거래개시거절행위 건(서울고법 2006. 4. 27. 선고 2005누2744 판결⁴⁾)]

4) 상고심(대법원 2006. 8. 31. 선고 2006두9924 판결)은 심리불속행 기각함

2) 구체적 사안

① 긍정례

- 합리적인 이유 없이 제3자의 요청에 의하여 일방적으로 판매를 중단한 것은 경쟁 사업자의 거래기회를 배제하여 그 사업활동을 곤란하게 할 우려가 있는 ‘기타의 거래거절’에 해당함
- 원고는 표준제품(6110)에 대하여 계속적 거래관계에 있는 우진설비만을 위한 6110의 생산라인의 유지가 기술적으로 가능하고, 향후 우진설비에 대한 6110의 판매가 충분히 수익성이 있을 것으로 예상되었음에도 6110의 생산을 전면 중단한 것이므로 이를 정당한 사업상의 결정에 의한 생산 및 판매중단이라 할 수 없음.
- 듀폰 본사와 팹텍은 6005/6012를 사용한 코팅도관에 대해 공동마케팅 협력계약을 체결하는 등 상호 공동이익을 추구하는 긴밀한 협력관계에 있는 점, 듀폰 본사 제품의 주요 거래처인 팹텍이 2001년 말경 한국시장의 진출을 계획하면서 수차례에 걸쳐 듀폰 본사에게 우진설비에 대한 ETFE 코팅 재료 공급중단을 요청하였고, 우진설비가 FM인증을 획득한 직후부터 제품공급의 중단을 공언하였으며, 원고가 우진설비의 FM인증 획득 1달 후 6110 제품의 생산중단으로 인한 판매중단을 우진설비에 통보한 점, 우진설비가 다른 회사의 E TFE 제품으로 코팅도관에 대한 FM인증을 받기 위해서는 최소한 1년 이상의 기간이 소요되므로 그사이 한국팹텍이 한국시장에서 경쟁자 없이 코팅도관을 마케팅할 시간을 별 수 있는 점 등을 종합하여 보면, 원고 및 듀폰 본사가 우진설비를 위한 6110의 생산·판매를 중단한 것은 주요 거래처인 팹텍이 한국 및 아시아에서의 코팅도관시장으로부터 경쟁사업자인 우진설비를 배제하기 위한 목적으로 한 거래중단 요청에 응하여 이루어진 것이라 할 것임.
- 그렇다면 원고가 우진설비에 대한 6110의 판매를 중단한 행위는 한국시장내 ETFE 제품공급에 있어서 유력사업자인 원고가 팹텍이 한국 및 아시아에서의 코팅도관시장으로부터 경쟁사업자인 우진설비를 배제하기 위한 목적으로 듀폰 본사에 한 거래중단 요청에 응하여 듀폰 본사와 공동으로 이루어진 것이라 할 것이어서 우진설비의 거래기회를 배제하여 그 사업활동을 곤란하게 할 우려가 있는 기타 거래거절행위에 해당한다 할 것임.
[듀폰의 우진설비에 대한 거래거절행위 건(서울고법 2004. 11. 25. 선고 2003누1709 판결⁵⁾]]

5) 상고심(대법원 2005. 5. 27. 선고 2005두746 판결)은 이러한 원심 판결에 위법이 없다고 판시함

□ 제3자와 전속공급계약이 체결되지 않았음에도 제3자와 협의를 이유로 거래상대방에 대하여 약품제공을 거절한 것은 사업 활동을 곤란하게 한 부당한 거래거절행위에 해당함

○ 원고는 케이에스팜의 거듭된 공급 요청을 거절한 바 거래의 개시를 거절하였다고 보아야 함. ① 원고가 한송약품과 체결한 계약서에 의하더라도 원고와 한송약품 사이의 계약이 케이에스팜에 대한 제품의 공급을 저지할 정도로 전속적 공급계약에 해당한다고 보기 어렵다. ② 오히려 케이에스팜과 함께 산재의료관리원의 입찰에 참가하였다가 탈락한 한송약품이 원고의 케이에스팜에 대한 제품의 공급을 저지함으로써 자신에게 유리한 사업기회를 얻고자 하였고, 이에 원고가 계속하여 동조한 것으로 보임. ③ 물품공급계약을 해지당할 위기에 있던 케이에스팜이 원고에게 원고가 정한 공급가격에 구매하겠다는 의사까지 표시하였음에도 불구하고 원고가 이를 거절하였으므로, 원고는 한송약품과의 협의에 따라 거래조건과 아무런 관계없이 어떤 일이 있어도 케이에스팜에게는 제품을 공급하지 않겠다는 의사를 가지고 있었던 것으로 보임. ④ 이 사건의 경우와 같이 3개의 제품이 입찰절차에서 공급 품목 대상으로 특정된 경우에는 케이에스팜이 원고가 아닌 다른 회사(대체거래선)로부터 위 3개의 제품을 공급받는 것을 기대할 수 없고 오직 원고로부터 위 3개의 제품을 공급받지 않을 수 없었으므로, 위 3개의 제품에 대하여는 원고가 독점적인 공급자로서의 지위를 가지고 있음. ⑤ 결국 원고의 위와 같은 제품공급 거절로 인하여 케이에스팜이 산재의료관리원에게 위 3개의 제품을 공급하지 못하게 되었고 이로 인하여 산재의료관리원으로부터 위 물품공급계약을 해지당하였고 서울보증보험 주식회사가 계약이행 보증금의 지급을 청구받게 됨. 이와 같은 점을 고려하면, 원고의 케이에스팜에 대한 위 거래거절행위는 위에서 본 특정사업자의 거래기회를 배제하여 그 사업 활동을 곤란하게 한 행위에 해당하고 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있다고 보이므로 부당성도 인정됨.

[유케이케미팜의 거래거절행위 건(서울고법 2007. 12. 20. 선고 2006누30777 판결⁶⁾]

□ 독점적 지위를 유지하기 위해 경쟁업체에 공급을 거절한 행위는 ‘거래처 선택의 자유’를 벗어나 부당함

○ 원고가 자신의 자본과 기술로 의약품 공급선을 확보하였다는 것이 자신의 독점취급 의약품에 대한 공급을 거절하는 것에 대한 정당한 이유가 된다고 보기는 어려울 뿐만 아니라, 원고는 자신이 공급선 확보에 투입한 자본, 기술 등의 비용을 공급가격에 반영함으로써 보상받을 수 있다 할 것이므로 결국 원고의 녹점취급 품목에 대한 시장가격을 원고의

6) 상고심(대법원 2008. 5. 15. 선고 2008두1474 판결)은 심리불속행 기각함

의도대로 유지하겠다는 경쟁저해적인 목적을 위한 수단으로 거래 거절을 한 것은 거래처 선택의 자유를 벗어난 부당한 거래거절행위에 해당됨.

[한일사의 동아약품에 대한 의약품공급거절행위 건(대법원 1996. 6. 25. 선고 96누2019 판결)]

□ 부산·경남 주류시장에서 80% 이상의 점유율을 차지하는 사업자가 거래상대방에 대하여 주류제공을 거절한 것은 사업활동을 방해하기 위한 의도로 행하여진 거래거절임

- 원고는 경남협회와 부산협회의 거래거절 강요행위가 법에 위반되는 행위임을 충분히 알 수 있었음에도 이를 거부하지 아니하고 오히려 이에 동조하여 청해에 대하여 전단광고지 회수와 가격인하 판매를 중지할 것을 적극적으로 요구하는 등 부산 및 경남지역 주류 도매업 시장에서의 가격경쟁을 봉쇄하기 위한 수단으로 거래거절을 하였고, 태성에 대한 거래개시거절은 면허획득을 통해 시장진입의 충분한 자격을 갖춘 상대방에 대하여 또 다른 장벽을 설치하여 기존 도매상들의 매출 및 이윤을 보장해 주는 대신 태성의 시장진입으로 촉발될 수 있는 가격경쟁을 봉쇄하겠다는 경쟁제한적 의도로 이루어졌다고 보이고, 이와 같이 신규 도매상의 시장진입이 배제되어 가격경쟁이 발생하지 않을 경우 기존 도매상들은 경쟁 없이 기존 수익을 향유하게 되고 이에 대한 대가로 원고가 부산지역에서 향구적으로 80% 이상의 독점적 시장점유율을 보장받게 되므로, 반경쟁적인 행위에 해당함.

[하이트맥주의 거래거절 및 거래개시거절행위 건(서울고법 2006. 4. 27. 선고 2005누2744 판결⁷⁾)]

* 참고: 부산청지방총합주류도매업협의회 경남울산지회의 사업자단체금지행위 건(서울고법 2005. 8. 25. 선고 2004누17657 판결, 대법원 2006. 6. 27. 선고 2005두11531 판결), 부산주류도매업협의회 외 1의 사업자단체금지행위 건(서울고법 2006. 1. 25. 선고 2005 누2737 판결, 대법원 2006. 6. 29. 선고 2006두3414 판결)

□ 경쟁사 제품을 판매하고 자기 제품과 유사한 제품을 자체 개발하여 판매하였다는 이유로 제품 공급을 중단한 것은 영업권 등을 보호하기 위한 불가피한 사유가 있다고 볼 수 없음

- 원고와 세화메디칼 간에 체결된 이 사건 계약은 세화메디칼이 고주파간암치료기를 으로 원고로부터만 독점적으로 공급받겠다는 취지의 전속적 공급계약에 해당한다고 보기 어렵고, 그 결과 세화메디칼이 다른 제조사로부터 고주파간암치료기를 공급받는 것이 이 사건 계약에 위반된다거나 그 특수관계사가 제조한 제품이 원고의 고주파간암치료기와

7) 상고심(대법원 2006. 8. 31. 선고 2006누9924 판결)은 섞리불속행 기각함

유사제품이라고 볼 수 없어 원고의 이 사건 거래거절에 이 사건 치료기의 영업권 등을 보호하기 위한 불가피한 사유가 있거나 거래거절 이외에 다른 대응방법으로 대처함이 곤란한 경우에 해당한다고 볼 수 있으며, 독점적인 공급자로서의 지위를 갖고 있는 원고의 거래거절 이후 세화메디칼은 고주파 간암치료기의 대체거래선을 확보하는 것이 사실상 불가능하였고, 2004년 기준 총 매출액의 40%를 차지하고 있던 고주파간암치료기 판매영업을 중단하였으므로 원고의 이 사건 거래거절행위는 세화메디칼의 거래기회를 배제하여 그 사업활동을 곤란하게 한 행위에 해당하고 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있다고 봄이 상당함.

[타이코헬스케어코리아의 부당한 거래거절 건(대법원 2012. 5. 9. 선고 2010두24098 판결)]

- 거래관계를 당장 종료하지 않으면 곧 도산에 이를 것임이 확실하게 예측되는 등의 사업상의 필요성을 갖고 있었다고 보기 어려우므로 부당한 거래거절에 해당함 (주의 : 대법원 판례와 결론이 다름)
- 상위 3사가 시장을 과점하고 있는 국내석유시장에서 인천정유는 현대오일뱅크에 거래상·경영상 의존도가 매우 커서 새로운 거래처를 획득하기가 곤란하여 상당한 영업손실이 불가피하여 시장에서 퇴출될 가능성이 적지 않다고 보이는 점 등을 종합하면, 본 건 거래거절은 실질적으로 인천정유의 거래기회를 배제하여 그 통상의 사업활동의 계속을 곤란하게 함으로써 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는 행위에 해당되며, 현대오일뱅크는 2000년 이후 국제유가의 급등, 과당경쟁, 과도한 금융비용 부담 등으로 인한 내·외부적 환경에 의하여 영업손실을 보게 되었는바, 내수시장의 점유율을 확대함으로써 영업이익을 증대시킬 필요성에 당면해 있었다고 보이기는 하지만 위와 같은 손실이 인천정유와의 거래관계 지속 때문에 이루어졌다고 보이지 않은 상황에서 인천정유와의 거래관계를 당장 종료하지 않으면 곧 도산에 이를 것임이 확실하게 예측되는 등의 사업상의 필요성을 갖고 있었다고 보기 어려움.

[현대오일뱅크의 인천정유에 대한 석유판매 대리점계약 해지에 대한 공정위의 무혐의처분 취소 청구 건(현재 2004. 6. 24. 선고 2002헌마496 결정)]

* 위 결정으로 인해 공정위는 추가조사 및 증거보완을 하여 또다시 무혐의 처분을 내린 바 있고, 위와 실질적으로 동일한 사안에서 대법원도 부당하지 않다고 판단함

② 부정례

- 거래중단이 상대방 회사의 자산을 인수하려는 목적 아래 그 실효성을 확보하기 위한 수단으로 이루어진 것이라고 단정할 수가 없으므로 부당하게 이루어진 개별적 거래거절행위에 해당하지 않음

- 원고측과 소외 회사가 1991. 5. 21자로 보틀러 계약을 다시 체결할 당시 계약기간은 1996. 6. 1로 만료되고 더 이상 연장할 수 없는 것이 명시되어 있었고, 그에 따라 소외 회사측에서도 자회사로 별도의 음료업체를 설립하여 그 제품을 소외 회사의 공장설비를 이용하여 주문자 상표부착 방식으로 그 생산활동을 계속하는 한편, 위 계약기간의 만료 전후를 통하여 원고측과 일련의 구조개편안에 관한 협상을 하는 과정에서 1, 2차 수권서를 발급받아 원액공급기한을 연장하여 왔으나 최종적으로 제시된 구조개편안인 자산인수안에 관한 협상이 쌍방 제시가격의 차이로 결렬되기에 이르자, 그 후 그 자회사의 음료사업을 인수하여 독자적인 콜라 음료를 개발·판매하고 있다는 것이므로, 이러한 전후 경과에 비추어 보면, 소외 회사에서 그 자산의 매각 여부에 대하여 달리 선택의 여지가 없었다고 단정할 수가 없고, 기록을 살펴보아도 소외 회사측에서 그 자산을 매각하는 외에 달리 대안이 없다거나 원고측에서도 소외 회사의 자산을 반드시 인수하여야만 할 긴급한 필요가 있었다고 볼 자료도 없으므로, 비록 원고측이 소외 회사에 비하여 상대적으로 원액공급자라는 우월적 지위에 있었고 또 원고측이 제시한 인수가격이 소외 회사측의 제시가격에 크게 못 미쳤다고 하더라도, 이 사건 거래 중단행위가 원고측이 그가 제시한 가격과 조건으로 소외 회사의 자산을 인수하려는 목적 아래 그 실효성을 확보하기 위한 수단으로 이루어진 것이라고 단정할 수가 없을 뿐만 아니라, 나아가 원고 측에서 오로지 소외 회사의 사업 활동을 곤란하게 할 의도로서 이 사건 거래 거절행위를 하였다거나 혹은 그로 인하여 소외 회사의 거래기회가 배제되었다고 단정하기도 어려우므로, 결국 원고 측의 이 사건 거래 중단행위를 들어 부당하게 이루어진 개별적 거래거절행위로서 법상의 불공정거래행위에 해당한다고 할 수 없음.

[한국코카콜라의 범양식품에 대한 원액공급거절 건(대법원 2001. 1. 5. 선고 98두17869 판결⁸⁾)]

- 종전의 특혜를 배제하고 물량공급을 감축 내지 중단한 것은 거래당사자들 사이에 대리점계약이 존속함을 전제로 취한 정당한 법적 대응에 불과함
- 원고가 우립석유 주식회사에 대하여 석유류제품 공급물량감축, 외상기간단축 등 거래조건의 변경, 그 거래처에 대한 상대방의 부도 가능성 고지·거래처이관 요청의 불수용·담보제공요구

8) 파기 환송 후 고법 확정(서울고법 2001. 6. 5. 선고 2001누1989 판결)

등의 행위를 한 것은, 무답보 거래 및 외상기일 연장 특혜를 제공하다가 그 외상대급의 증대에 따른 채권확보대책의 일환으로 종전의 특혜를 배제하고 담보제공 요구나 공급물량감축 및 외상기일 단축 등을 통한 외상대금감축 등의 조치를 취하고 위 거래당사자들 사이의 대리점 계약이 존속함을 전제로 법적 대응을 한 것으로 보여질 뿐, 위와 같은 사실만으로 이러한 원고의 행위가 부당하게 이루어진 것으로서 거래거절, 우월적 지위남용 또는 사업활동 방해에 해당하는 것으로 단정하기 어려움.

[상용정유의 우림석유에 대한 불공정거래행위 건(대법원 1998. 9. 8. 선고 96누9003 판결)]

□ 원고가 상대방에 대한 원로 공급 중단을 지시한 사실을 인정할 수 없으므로 이를 전제로 한 시정명령 및 과징금 부과처분은 위법함

- 원고가 그 대리점인 주식회사 태림 피아티 또는 이OO 경영의 신흥화학에게 이OO이 경영하는 삼본제업에 대하여 비디오 리더 데이프의 원료인 폴리에스터 필름의 공급을 중단하도록 지시한 사실을 인정할 수 없으므로, 위와 같은 공급중단 지시가 있었음을 전제로 한 피고의 시정명령 및 과징금 부과처분은 위법함.

[에스케이씨의 삼본제업에 대한 비디오리더테이프 원재료 공급거절행위 건(대법원 2001. 6. 12. 선고 2001두1628 판결)]

□ 합의내용의 상당부분을 이행하지 아니하여 거래를 중단한 것은 거래거절행위에 해당되지 않음

- 원고의 이 사건 거래중단은 노석만이 당초 맥주공급제개의 조건인 이 사건 합의내용의 상당부분을 이행하지 아니하였을 뿐 아니라 맥주대금 지급을 위하여 발행해 주기로 한 어음을 발행해 주지 않고, 합계 8억 원 상당의 어음금도 지급하지 아니하므로 거래를 중단하고 채권을 회수함으로써 손해가 확대되는 것을 방지하기 위한 조치로 보일 뿐, 그것이 호남합동체인의 거래기회를 배제하여 그 사업활동을 곤란하게 할 우려가 있다거나 오로지 호남합동체인의 사업활동을 곤란하게 할 의도 하에 원고의 지위 남용행위로서 행하여졌거나 혹은 법이 금지하고 있는 거래강제 등의 목적 달성을 위하여 그 실효성을 확보하기 위한 수단으로 부당하게 행하여진 경우로 볼 수 없으므로 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 거래거절행위에 해당하지 않음.

[하이트맥주의 호남합동체인에 대한 거래거절행위 건(대법원 2004. 7. 9. 선고 2002두11059 판결)]

- 중간도매상으로부터 그 영업권과 영업이익을 보호하기 위한 부득이한 조치로서 공급을 중단한 것은 부당하게 이루어진 개별적 거래거절행위로써 불공정거래행위에 해당된다고 보기 어려움
 - 원래 A가 2001.1.12.부터 B에게 면사공급을 하여 왔으나, 2001.3.26. B가 제3의 외국면사(독일의 마데이라)와 함께 수입하려고 하자 외국 본사의 지시에 따라 B에게 디엠씨면사 공급 거절을 통보하였는 바, 이는 디엠씨 아시아지사가 A로 하여금 아름다운 집에 대한 디엠씨면사의 공급을 중단하도록 한 것으로 중간도매상으로서 대리점 가격보다 저렴하게 자사제품을 공급받고 있는 아름다운 집이 경쟁사제품을 수입·판매하는 별도의 국내유통망을 구축함으로써 자사의 국내유통망과 영업이익을 해할 우려가 있는 행위를 함에 대하여 그 영업권과 영업이익을 보호하기 위한 나름대로의 부득이한 조치로 보이는 점, A와 아름다운 집 사이의 거래는 2개월 남짓한 기간에 불과한데다가 B가 A의 거래거절 직후인 2001.4. 경부터 바로 독일 마데이라면사를 수입, 판매하면서 상당한 기간 아름다운 집을 운영한 점에 비추어 보면 A의 거래거절로 인하여 B가 쉽게 다른 거래처를 찾을 수 없게 되었거나 다른 거래처와의 거래조건이 매우 불리하여 통상의 사업활동이 곤란해질 우려가 생겼다고는 할 수 없는 바, 위와 같은 점 등을 종합하면 이 사건 거래거절이 법이 금지하고 있는 거래강제 등의 목적달성을 위하여 그 실효성을 확보하기 위한 수단으로 이루어진 것이라고 할 수 없을 뿐만 아니라, 나아가 A측에서 오로지 아름다운 집의 사업활동을 곤란하게 할 의도로 이 사건 거래거절을 하였다거나 혹은 그로 인하여 아름다운집의 거래기회가 배제되었다고 단정하기도 어려우므로 결국 A측의 이 사건 거래거절을 들어 그것이 부당하게 이루어진 개별적 거래거절행위로써 불공정거래행위에 해당된다고 보기 어려움.
- [황실유럽자수의 아름다운 집에 대한 면사공급 거래거절행위 건(대법원 2005. 5. 26. 선고 2004두3038 판결)]
- 비협력업체의 제품공급요청을 거부한 것은 부당한 거래거절행위에 해당되지 않음
 - 원고는 원칙적으로 협력업체 이외의 판매업자에게는 제품을 공급하지 않는데다가 가격 할인율을 적용받지 아니하는 비협력업체인 스캐너프라자가 제시한 가격이 협력업체인 주식회사 정원시스템에 공급하기로 했던 가격보다 더 낮았기 때문에 전산장비 공급요청을 거절한 것이므로, 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 부당한 거래거절로서 불공정한 거래행위에 해당한다고 볼 수 없음.
- [한국휴렛팩커드의 부당한 거래거절행위 건(대법원 2006. 1. 13. 선고 2004두2264 판결)]

□ 부동산거래정보망 접근거절은 회원규제 등의 필요성에 기인한 것으로 부당한 거래거절 행위가 아님

○ 서울 노원지역 부동산중개업자들이 원고 한국부동산정보통신의 부동산거래정보망에 가입하지 않더라도 다른 사업자의 부동산거래정보망에 가입하여 부동산중개업을 수행할 수 있다 할 것이므로, 원고 부동산정보통신의 부동산거래정보망은 이 사건 거래거절을 당한 자들이 부동산중개업을 영위하기 위하여 반드시 이용하여야 하는 필수설비라고는 할 수 없는 점, 원고 서울동북지역정보운영위원회는 사단법인 전국부동산중개업협회 노원지회 15개 분회의 대표자 등이 주축이 되어 설립된 사업자단체인데, 원고 서울동북지역정보 운영위원회는 종전 위 노원지회의 지회장이 사단법인 대한공인중개사협회를 설립하는 등으로 사단법인 전국부동산중개업협회 회원들의 이익을 침해하는 행위를 하였고, 위 지회장의 사단법인 전국부동산중개업협회에 대한 계속적인 이익침해 행위와 위 사단법인 대한공인중개사협회의 성장으로 사단법인 전국부동산중개업협회 회원들의 이익을 침해할 우려가 있다고 인정하여 그 소속 회원들의 원고 부동산정보통신의 부동산거래정보망 가입신청을 거절하기에 이른 점, 원고들로부터 거래거절을 당한 자들이 다른 부동산거래 정보망에 가입하여 정상적인 영업을 영위하고 있는 점, 회원 간의 거래질서 확립의 요청에 의한 회원 규제의 필요성이 있는 점 등을 종합적으로 고려할 때, 원고들의 이 사건 거래거절강요 내지는 거래거절행위가 다른 부동산중개업자들의 거래기회를 배제하여 그 사업활동을 곤란하게 할 우려가 있거나 법이 금지하고 있는 거래강제 등의 목적 달성을 위하여 그 실효성을 확보하기 위한 수단으로 부당하게 행하여진 경우로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 거래거절행위에 해당한다고 단정하기 어려우므로, 결국 원고 부동산 정보통신의 이 사건 거래거절행위는 법 제23조 제1항 제1호 전단에 정해진 사업자가 부당하게 거래를 거절하는 행위에 해당되지 않음.

[서울동북지역정보운영위원회 외 1의 거래거절강요행위 건(대법원 2007. 3. 30. 선고 2004두8514 판결)]

□ 이 사건 사업의 특성, 사업 참여의무의 부존재, 계속적인 거래관계에 의한 거래거절이 아닌 1회성 신규 거래개시거절인 점, 원고가 이 사건 사업에 참여하지 않더라도 이 사건 사업을 계속할 수 있었던 점, 참가인이 입은 불이익의 정도 및 원고의 사업상 이유를 고려할 때, 원고의 거래개시거절이 부당하다고 보기 어려움

○ 이 사건 사업은 위성본체 주관개발 사업자와 부분체 개발 사업자 사이의 유기적 협력 작업이 필요하기 때문에 제작·납품 지역에 따른 사업적 위험을 일정부분 공유할 수 밖에 없는 특성이 있으며, 자유시장경제체제 하에서는 거래처 선택의 자유가 있으므로 참여의무의

존부는 이 사건 거래거절의 부당성 판단에서 하나의 합작사유가 될 수 있음. 제안요청서의 부분체 제작기업 관련 기재는 기존에 다복저실용위성부분체 개발에 참여했던 업체들에게 이 사건 사업의 부분체 제작에 참여할 기회를 보장하기 위한 것일 뿐 이 사건 사업에 부분체 제작업체로서 참여할 의무를 부과한 것이라고 보기 어려움.

- 거래개시거절은 계속적인 거래관계에 있는 사업자에 대한 거래중단에 의한 거래거절보다 거래처 선택의 자유가 더 보장되어야 한다고 볼 여지가 있고, 따라서 거래개시거절의 부당성 인정에서도 거래중단에 의한 거래거절과 달리 볼 여지가 있음.
- 원고가 이 사건 사업에 참여하지 않더라도 씨트레이이는 자체적으로 부분체를 개발하여 이 사건 사업을 계속할 수 있었으며, 원고의 거래개시거절로 씨트레이이가 통상의 사업활동에 곤란을 겪게 되었다거나, 참가인이 종래 유지해오던 사업에 타격이 있었다고 볼 수 없음.
[한국항공우주산업(주)의 부당한 거래거절행위에 대한 건(서울고법 2017. 8. 18. 선고 2015누778 판결⁹⁾]

□ 기본적으로 공정거래법령이 규정하고 있는 기타의 거래거절이란 단독사업자의 '특정 사업자에 대한 거래의 거절'을 말하므로, 단독사업자가 자기의 생산 또는 판매정책상 적정한 기준을 설정하여 그 기준에 맞지 않는 불특정다수 사업자와의 거래를 거절하는 행위는 원칙적으로 이에 해당하지 아니함

- 기타의 거래거절행위는 특정사업자를 대상으로 하여야 하나, 원고의 공급 거절 내상은 특정 동물약국이나 도매상에 한정되지 않고, 모든 동물약국과 도매상 일반을 대상으로 하여 원고의 거래거절 대상을 '특정사업자'로 보기 어려움.
- 불공정거래행위 심사지침의 V.나.(5)씨에는 이 부분 '기타의 거래거절'에 해당될 수 있는 행위의 예시로 '합리적 이유 없이 할인점이나 온라인 판매업자 등 특정한 유형의 판매업자에 대하여 거래를 거절함으로써 거래거절을 당한 사업자가 오프라인 판매업자 등에 비해 경쟁상 열위에 처하게 되는 경우'를 들고 있기는 하나 위 심사지침은 법령의 위임에 따른 것이 아니라 피고 내부의 사무처리지침에 불과한바, 위 지침에 의하여 위 시행령상 거래거절의 상대방으로 명시된 '특정사업자'가 '특정한 유형의 사업자'를 포함하는 것으로 확장되거나 변경된 것으로 해석할 수는 없음(따라서 '특정한 유형의 판매업자'에 대한 거래거절을 이 부분 기타의 거래거절의 한 유형에 해당할 수 있다고 본 위 심사지침의 타당성은 의문임).

9) 상고심(대법원 2018. 2. 8. 선고 2017두503 판결)은 심리불속행 기각함

- 자유시장경제체제하에서 일반적으로 인정되는 거래처 선택의 자유라는 원칙에서 볼 때, 원고가 거래를 거절한 애드보κ이 동물약국이나 노매상의 사업영위에 필수적인 제품이라거나 원고의 행위로 이를 사업자들의 사업활동이 경쟁에서 퇴출될 만큼 곤란하게 되었다고 보기도 어려운 이상 원고의 행위를 함부로 위법한 것으로 단정하기 어려움.

[(주)밸벳의 시장지배적지위 남용행위 등에 대한 건(서울고법 2018. 1. 19. 선고 2017누 39862 판결¹⁰⁾)]

3) ‘가맹사업거래의 공정화에 관한 법률’ 시행 이전 판례¹¹⁾

가) 부당성 판단 기준

- 가맹사업거래의 경우에는 가맹점사업자의 귀책사유로 인하여 가맹거래관계를 지속하기 어려운 중대한 사정이 없음에도 불구하고 가맹본부의 거래거절행위가 부당하게 행하여진 경우라야 할 것임

- 가맹사업거래의 특성에 비추어 가맹본부가 가맹점사업자에 대하여 상품이나 용역의 공급 또는 영업의 지원 등을 중단 또는 거절하는 행위가 불공정거래행위로서의 거래거절에 해당하기 위해서는, 가맹점사업자의 계약위반 등 가맹점사업자의 귀책사유로 인하여 가맹사업의 거래관계를 지속하기 어려운 중대한 사정이 없음에도 불구하고 가맹점사업자의 계속적인 거래기회를 박탈하여 그 사업 활동을 곤란하게 하거나 가맹점사업자에 대한 부당한 통제 등의 목적달성을 위하여 그 실효성을 확보하기 위한 수단 등으로 부당하게 행하여진 경우라야 할 것임.

[제너시스의 거래상지위남용행위 건(대법원 2005. 6. 9. 선고 2003두7484 판결)]

나) 구체적 사안

- 가맹계약과 다르게 영업한 가맹점에 대하여 계약내용에 따라 이루어진 물류중단 등의 행위는 부당한 거래거절행위에 해당된다고 할 수 없음
- 원고의 가맹점사업자인 별빛점 대표 소외인이 원고로부터 수차례에 걸쳐 지도 및 경고를 받았음에도 불구하고 원고가 공급하는 양배추샐러드와 치킨박스(Box)를 사용하지 않고 다른 업체로부터 구입한 백깍두기와 치킨박스를 사용한 행위는 가맹점계약 제6조 제3항

10) 상고심(대법원 2018. 6. 15. 선고 2018두36080 판결)은 심리불속행 기각함

11) 현재는 ‘가맹사업거래의 공정화에 관한 법률’ 제38조에 의한 동법이 우선 적용됨

제3호, 제1항에 의한 물류중단사유에 해당함과 아울러 가맹점계약 제9조 제1, 3, 4, 6항, 제6조 제1항에 의한 가맹점계약의 해지사유에 해당하고, 이는 가맹점계약상의 가맹점 사업자로서의 의무를 위반한 것으로서 소외인의 귀책사유로 인하여 가맹사업의 거래관계를 지속하기 어려운 중대한 사정에 해당한다고 할 것이며, 나아가 소외인의 그와 같은 일련의 행위로 인하여 가맹본부인 원고와 가맹점사업자인 소외인 사이의 신뢰관계는 이미 붕괴되었다 할 것이고, 위와 같은 소외인의 행위를 이유로 한 원고의 물류중단조치나 가맹점 계약의 해지행위가 단지 소외인의 사업활동을 곤란하게 할 의도로 남용된 것이라거나 양 배추샐러드의 일방적인 공급행위를 통한 구입강제, 광고전단지 비용의 일방적인 전가행위를 통한 불이익제공행위, 구속조건부거래행위 등의 목적달성을 위하여 그 실효성을 확보하기 위한 수단으로 부당하게 행하여 진 것으로 볼 수도 없으므로, 불공정거래행위로서의 거래 거절에 해당한다고 할 수 없음.

[제너시스의 거래상지위남용행위 건(대법원 2005. 6. 9. 선고 2003두7484 판결)]

□ 신뢰관계가 붕괴되는 등의 사유로 더 이상 가맹사업관계를 유지하기 어려워 가맹점 계약을 해지한 행위는 거래거절에 해당되지 않음

- 원고의 가맹점사업자가 다른 회사 제조의 오렌지쥬스를 비치·판매한 행위 및 텔레비전 방송국에서의 허위인터뷰는 가맹점계약에 위반되는 것으로, 지정된 상품이 아닌 상품의 비치·판매와 허위인터뷰는 가맹점계약의 본질적인 부분을 해하는 것으로서 계속적 거래관계를 지속하기 어려운 중대한 사유에 해당한다고 할 것이고, 나아가 소외인의 위와 같은 행위로 인하여 가맹본부인 원고와 가맹점사업자인 소외인 사이의 신뢰관계는 이미 붕괴 되었다 할 것이며, 위와 같은 사정을 들어서 한 원고의 가맹점계약의 해지권의 행사가 단지 소외인의 사업활동을 곤란하게 할 의도로 남용된 것이라거나 법이 금지하고 있는 목적 달성을 위하여 그 실효성을 확보하기 위한 수단으로 부당하게 행하여 진 것으로 볼 만한 자료가 없으므로 이 사건 가맹점계약의 해지행위는 불공정거래행위로서의 거래거절에 해당한다고 할 수 없음.

[롯데리아의 거래상지위남용행위 건(대법원 2006. 3. 10. 선고 2002두332 판결)]

2. 차별적 취급행위(법 제45조 제1항 제2호, 구법 제23조 제1항 제1호 후단)

가. 가격차별

1) 의의 및 취지

- 부당하게 거래지역 또는 거래상대방에 따라 현저하게 유리하거나 불리한 가격으로 거래하는 행위를 불공정거래행위 중의 하나인 가격차별로 규정하고 있으며, 가격차별로 인하여 차별취급을 받는 자들의 경쟁력에 영향을 미치고, 경쟁자의 고객을 빼앗는 등 경쟁질서를 저해하는 것을 방지하고자 하는 취지임
- 법 제23조 제1항 제4호, 제2항, 법 시행령 제36조 제1항 [별표 1] 제6호 (라)목, 제2항은 자기의 거래상 지위를 부당하게 이용하여 구입강제, 이익제공강요, 판매목표강제에 해당하는 행위 외의 방법으로 거래상대방에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 주는 행위를 불공정거래행위 중 하나인 불이익제공으로 규정하고 있고, 법 제23조 제1항 제1호, 제2항, 법 시행령 제36조 제1항 [별표 1] 제2호 (가) 목, 제2항은 부당하게 거래지역 또는 거래상대방에 따라 현저하게 유리하거나 불리한 가격으로 거래하는 행위를 불공정거래행위 중의 하나인 가격차별로 규정하고 있어 각 불공정거래행위의 요건이 되는 사실이 다르고, 불이익제공을 불공정거래행위로 규정하고 있는 것은 거래과정에서 거래상의 지위를 이용하여 일방당사자가 그보다 열등한 지위에 있는 타방당사자의 자유의사를 구속하여 일방적으로 상대방에게만 불이익이 되도록 거래 조건을 설정하거나 변경하는 등 상대방에게 일방적으로 불이익을 주게 되는 경우에는 공정한 경쟁의 기반을 침해할 우려가 있기 때문에 이를 규제하고자 함에 그 취지가 있는 반면, 가격차별을 불공정거래행위로 규정하고 있는 것은 가격차별로 인하여 차별취급을 받는 자들의 경쟁력에 영향을 미치고, 경쟁자의 고객에게 유리한 조건을 제시하여 경쟁자의 고객을 빼앗는 등 경쟁자의 사업활동을 곤란하게 하거나 거래상대방을 현저하게 불리 또는 유리하게 하는 등 경쟁질서를 저해하는 것을 방지하고자 함에 그 취지가 있어 불이익제공과 가격차별을 불공정거래행위로 규정한 근거와 입법 취지, 요건 및 처분의 내용이 다른 점 등 여러 사정을 합목적적으로 고려하여 보면, 가격차별을 사유로 하는 시정조치와 불이익제공을 사유로 하는 이 사건 시정조치는 별개의 처분이라 할 것이므로, 가격차별의 사유를 이 사건 처분의 적법성의 근거 사유로 삼을 수 없음.

[한국공항공사의 거래상 지위남용행위 건(대법원 2005. 12. 8. 선고 2003두5327 판결)]

2) 부당성 판단기준

- 가격차별의 부당성은 가격차별의 정도, 경쟁제한의 정도, 경영정책상의 필요성, 가격차별의 경위 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 함
 - '공정거래법 제23조 제1항 제1호 및 같은 법 시행령 제36조 제1항 [별표1] 제2호 (가) 목에서 불공정거래행위의 한 유형으로 규정하고 있는 '가격차별'은 "부당하게 거래지역 또는 거래상대방에 따라 현저하게 유리하거나 불리한 가격으로 거래하는 행위"를 의미하므로 거래지역이나 거래상대방에 따라 현저한 가격의 차이가 존재하고 그러한 가격의 차이가 부당하여 시장에서의 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 경우에 성립한다고 할 것인바, 가격차별을 규제하는 입법 취지와 위 각 규정을 종합하면, 가격차별이 부당성을 갖는지 유무를 판단함에 있어서는 가격차별의 정도, 가격차별이 경쟁사업자나 거래상대방의 사업활동 및 시장에 미치는 경쟁제한의 정도, 가격차별에 따른 경영정책상의 필요성, 가격차별의 경위 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 그와 같은 가격차별로 인하여 공정한 거래가 저해될 우려가 있는지 여부에 따라 판단하여야 할 것임.

[외환은행의 차별적 취급행위 건(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004두4703 판결)]

3) 구체적 사안

- 백화점업종에 대한 수수료율을 할인점 업종에 비하여 1% 내지 1.1% 더 높게 책정한 것은 경영상 합리성 등이 반영된 것으로 공정한 경쟁을 저해하는 부당한 가격차별이라고 보기 어려움
 - 신용카드사업자인 원고가 백화점 업종에 대하여 적용하는 신용카드 가맹점 수수료율은 2.5~2.6%이고 할인점 업종에 대하여 적용하는 신용카드 가맹점 수수료율은 1.5%로, 원고가 상호 경쟁관계에 있는 가맹점인 백화점 업종과 할인점 업종의 가맹점 수수료율에 1% 내지 1.1%의 차이를 둔 것은 "거래상대방에 따른 현저한 가격차이가 존재하는 경우"로 볼 수 있다고 할 것이나, 매출액 대비 이윤율이 높고, 수요의 가격탄력성이 상대적으로 낮은 백화점에 대하여 할인점보다 높은 수수료율을 적용하는 것은 원고의 경영정책에 따른 현상으로 볼 수 있는 점, 원고의 입장에서는 백화점보다 후발 업자이면서 반전가능성이 많은 할인점에 대하여 백화점보다 낮은 수수료율을 적용하는 방법으로 할인점을 선점하려는 경영상의 필요도 있었다고 볼 수 있고, 이러한 요인에 의한 가격차별은 다른 카드업자들과 사이에 할인점 선점을 둘러싼 경쟁에 대응하는 것으로서 오히려 경쟁을 촉진시키는 측면도 있는 점, 백화점과 할인점 수수료율의 차등 적용은 호화업종과 생필품업종을 구분하여

수수료율을 정하도록 유도한 감독관청인 재무부의 행정지도에서 비롯된 것인 점, 국내 대부분의 신용카드업사들은 원고와 비슷한 수준으로 백화점과 할인점에 대하여 업종별로 차별화 된 수수료율을 적용하고 있고, 외국에서도 양 시장의 특성을 반영하여 일정 수준의 차별화된 수수료율을 적용하는 사례가 있는 점 등을 종합하면, 원고가 백화점 업종에 대한 수수료율을 할인점 업종에 비하여 1% 내지 1.1% 더 높게 책정하였다고 하더라도, 그러한 차이를 둔 것이 공정한 경쟁을 저해하는 불공정거래행위에 해당한다고 볼 수는 없음.

[외환은행의 차별적 취급행위 건(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004두4703 판결)]

* 참고: 삼성카드의 차별적 취급행위 건(서울고법 2004. 4. 7. 선고 2003누195 판결, 대법원 2006. 12. 8. 선고 2004두4697 판결), 엘지카드 외 2의 차별적 취급행위 건(서울고법 2004. 6. 3. 선고 2003누249 판결, 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004두9388 판결)

나. 거래조건차별

1) 성립요건 및 판단 기준

- 거래조건 차별에 해당하기 위해서는 특정사업자에 대한 거래조건이나 거래내용이 다른 사업자에 대한 것보다 유리 또는 불리하여야 할 뿐만 아니라 그 유리 또는 불리한 정도가 현저하여야 하고, 또 그렇게 차별취급하는 것이 부당한 것이어야 함
- 공정거래법은 제23조 제1항 제1호 후단에서 부당하게 거래의 상대방을 차별하여 취급하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 하여서는 아니 된다고 규정하고 있음. 같은 조 제3항에 따라 불공정거래행위의 유형을 규정한 공정거래법 시행령 제36조 제1항 및 [별표 1의 2] 제2호 나.목에서는 위와 같은 차별취급 행위의 유형으로 거래조건 차별 항목을 두면서 ‘부당하게 거래지역 또는 거래상대방에 따라 현저하게 유리하거나 불리한 가격으로 거래하는 행위’를 규정하였음.
- 위와 같은 거래조건 차별에 해당하기 위해서는 특정사업자에 대한 거래조건이나 거래내용이 다른 사업자에 대한 것보다 유리 또는 불리하여야 할 뿐만 아니라 그 유리 또는 불리한 정도가 현저하여야 하고, 또 그렇게 차별취급하는 것이 부당한 것이어야 함(대법원 2006. 5. 26. 선고 2004두3014 판결 참조). 거래조건이란 가격이나 가격에 직접 영향을 미치는 조건을 제외한 거래내용을 말함.

[롯데쇼핑의 시장지배적 지위남용행위 등에 대한 건(서울고법 2017. 2. 15. 선고 2015누39165 판결⁽²⁾)]

- 거래조건 차별에 해당하기 위해서는 특정사업자에 대한 거래조건이나 거래내용이 다른 사업자에 대한 것보다 유리 또는 불리하여야 하는 것이 전제되어야 하므로, 원고 자신을 기준으로 한 거래조건 차별은 성립하지 않음
- 거래조건 차별에 해당하기 위해서는 특정사업자에 대한 거래조건이나 거래내용이 다른 사업자에 대한 것보다 유리 또는 불리하여야 하는 것이 전제되어야 할 것인데, 이 사건의 결론에 따르면 원고가 다른 배급사들에 대하여 설정한 거래조건이 원고의 사업부인 롯데엔터테인먼트에 대한 것보다 불리하다는 것이 처분사유로 되어 있어서 문제됨.
- 롯데시네마와 롯데엔터테인먼트가 각각 영화 상영업과 영화 배급업을 영위하는 것으로 부기기처세법상 사업자등록이 되어 있는 것은 사실이나, 근본적으로 원고에 소속된 하나의 사업부 또는 그 내부 조직에 불과하므로 롯데엔터테인먼트가 원고에 대한 독자적인 거래상대방이 된다고 보기는 어려움. 따라서 공정거래법 제23조 제1항 제1호에 정해진 거래조건 차별의 요건을 충족한다고 보기는 어려움. 이러한 점에서도 이 부분 처분사유는 성립되지 않음.

[롯데쇼핑의 시장지배적 지위남용행위 등에 대한 건(서울고법 2017. 2. 15. 선고 2015 누39165 판결¹²⁾]

2) 구체적 사안

- 원고가 거래조건 등을 설정함에 있어 원고의 사업부인 롯데엔터테인먼트에 비하여 다른 배급사에게 현저한 차별행위를 하였다고 단정하기 어렵고, 원고의 행위가 부당하여 공정거래를 저해할 우려가 있다고 보기도 어려움
- (상영회차 차별행위) 배정받은 상영관의 규모를 고려하지 않은 채 상영회차가 다소 적게 배정된 사정만으로 현저히 불리한 차별취급이 있었다고 보기는 어렵고, 상영업자마다 흥행성 예측이나 상영회차 편성에 관한 내부 기준 등에 차이가 있을 수 있으므로, 원고가 원고의 사업부인 롯데엔터테인먼트가 배급한 영화보다 흥행예상 순위 또는 흥행예상 등급이 더 높은 다른 배급사의 영화 5편에 대하여 롯데엔터테인먼트가 배급한 영화보다 적은 상영회차를 배정하였다는 사정만으로 위 영화 5편을 현저하게 불리하게 차별 취급하였다고 단정하기는 어려움.

12) 상고심(대법원 2017. 7. 11. 선고 2017두39372 판결)은 심리불속행 기각함

13) 상고심(대법원 2017. 7. 11. 선고 2017두39372 판결)은 심리불속행 기각함

- (상영관 규모 차별행위) 원고는 영화를 편성함에 있어 흥행실적이나 영화의 장르 등을 고려하여 상영회차를 많이 배정하는 대신 좌석 수가 적은 상영관을 배정할 수도 있고, 상영회차는 적게 배정하지만 좌석 수가 많은 상영관을 배정할 수도 있음. 상영회차와 배정된 좌석 수를 함께 고려하지 않고 상영관 크기만을 비교 대상으로 하여 다른 배급사들이 배급한 영화를 불리하게 취급하였는지를 판단하는 것은 적절하지 않음.
- (선전재료물 배치 관련 차별행위) 원고가 원고의 사업부인 롯데엔터테인먼트가 배급한 12편의 영화에 대하여 전단꽃이의 위 칸에 해당 영화의 전단 3~4개를 비치하라고 한 사실은 인정됨. 그러나 위와 같은 조치가 곧바로 영화의 홍보 효과에 있어 큰 차이를 가져온다고 단정하기는 어려움.
- (공정거래 저해성 등) 이 사건에서 문제된 영화들에 관한 상영회차와 상영관 규모 등 편성 경위, 실제 흥행실적에 따른 원고의 대응 내역 등에 비추어 보면 원고의 행위는 개별 영화의 구체적 흥행실적 등을 분석하여 원고의 경제적 이익을 극대화하기 위한 차원에서 이루어진 것으로 볼 수 있을 뿐, 다른 배급사들에게 불리한 취급을 하고자 하는 의도가 있었다고 단정할 수는 없음.

[롯데쇼핑의 시장지배적 지위남용행위 등에 대한 건(서울고법 2017. 2. 15. 선고 2015누 39165 판결¹⁴⁾)]

□ 단순한 외형상 거래조건의 차이는 특정사업자를 현저하게 유리하거나 불리하게 한 차별적 취급행위에 해당된다고 보기 어려움

- 대한주택공사에 대하여는 공급가격이 10%이상 상승할 경우 대한주택공사가 그 협약의 해제를 청구할 수 있고 이에 따라 협약이 해제될 경우 원고는 대한주택공사로부터 수납한 선수금에 법정이자를 가산하여 반환한다는 조항을 설정한 반면, 소외 우미건설 주식회사 및 신명주택건설 주식회사(이하 '다른 매수인'이라 한다)에 대하여는 같은 사유가 발생하는 경우에 협의하여 협약을 해제할 수 있다는 규정만을 두고 선수금의 반환에 관하여는 아무런 규정을 두지는 않았고, 원고의 위와 같은 선수협약 체결은 의견상으로는 특정 사업자를 유리하게 취급하는 것으로서 거래조건에서 차별취급을 한 것으로 보이기는 하지만, 한편 원고의 내부지침인 선수공급에 관한 지침 및 용지규정 등의 관련조항에 의하면 선수협약 체결 후 공급가격이 10%이상 상승하는 경우 다른 매수인이 요청하면 협약은 해제될 것으로 보이고, 이러한 사유로 해제되는 경우 원고로서는 위약금 귀속

14) 상고심(대법원 2017. 7. 11. 선고 2017두39372 판결)은 심리불속행 기각함

없이 선수금 빚 이에 대한 법정이자를 가산하여 반환해줄 의무가 있다고 할 것이므로,
위와 같은 외형상의 거래조건의 차이가 특정 사업자를 현저하게 유리하거나 불리하게
하는 행위에 해당한다고 보기 어려움.

[한국토지공사의 부당지원행위 등 건(대법원 2006. 5. 26. 선고 2004두3014 판결)]

다. 계열회사를 위한 차별

1) 성립요건

가) 차별적 취급행위

- 계열회사를 위한 차별행위가 성립하기 위해서는 거래조건 또는 거래내용에 관한 현저한 차별행위가 존재하여야 함
- 공정거래법은 제23조 제1항 제1호 후단에서 부당하게 거래의 상대방을 차별하여 취급하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 하여서는 아니 된다고 규정하고 있음. 같은 조 제3항에 따라 불공정거래행위의 유형을 규정한 공정거래법 시행령 제36조 제1항 및 [별표 1의 2] 제2호 다.목에서는 위와 같은 차별취급 행위의 유형으로 계열회사를 위한 차별 항목을 두면서 '정당한 이유 없이 자기의 계열회사를 유리하게 하기 위하여 가격·수량·품질 등의 거래조건이나 거래내용에 관하여 현저하게 유리하거나 불리하게 하는 행위'를 규정하였음.
- 이에 의하면 공정거래법 제23조 제1항 제1호에 해당하는 계열회사를 위한 차별행위가 성립하기 위해서는 거래조건 또는 거래내용에 관한 현저한 차별행위가 존재하여야 하고, 이러한 행위가 계열회사를 유리하게 할 목적으로 이루어져야 하며, 해당 행위가 정당한 이유 없이 시장에서의 공정한 거래를 저해할 우려가 있어야 함.

[씨제이씨지브이와 씨제이이앤엠의 시장지배적지위남용행위 등에 대한 건(서울고법 2017. 2. 15. 선고 2015누44280 판결¹⁵⁾)]

15) 상고심(대법원 2017. 7. 11. 선고 2017누39303 판결)은 심리불속행 기각함

- 직접적인 거래관계가 존재하지 않는 비계열 할부금융사와의 사이에도 고객들을 매개로 하는 실질적 거래관계가 존재한다고 할 것이므로 계열회사를 유리하게 하는 차별적 취급행위에 해당함
- 원고(현대자동차, 기아자동차)들과 비계열 할부금융사 사이에 오토할부약정이 체결되지 아니함으로써 원고들과 비계열 할부금융사 사이에 직접적인 거래관계는 존재하지 않는다고 하더라도 자동차 할부금융상품을 취급하는 할부금융사들은 원고들과 관련하여서는 원고들이 제조·판매하는 자동차를 할부로 구매하려고 하는 고객들을 상대로 자신들의 할부금융상품을 판매하는 것이므로 원고들과 자동차 할부금융상품을 취급하는 현대캐피탈 및 비계열 할부금융사 사이에는 위 고객들을 매개로 하는 실질적 거래관계가 존재한다고 할 것이므로 이와 같은 상황에서 원고들이 현대캐피탈과의 오토할부약정에 기하여 오토할부의 할부금리를 인하하는 것은 원고들이 제조·판매하는 자동차를 할부로 구매하려고 하는 고객들 중 현대캐피탈을 이용 또는 이용하려고 하는 고객들과 현대캐피탈이 아닌 비계열 할부금융사를 이용 또는 이용하려고 하는 고객들을 차별하는 행위라고 할 것이며, 이러한 차별로 인하여 현대캐피탈에게는 고객의 증가라는 차별효과가 귀속되게 되므로 원고들의 위 할부금리 인하행위는 일종 계열회사인 현대캐피탈을 유리하게 하는 차별적 취급행위에 해당함.

[현대자동차 외 1의 계열회사(현대캐피탈)를 위한 차별행위 건(대법원 2007. 2. 23. 선고 2004두14052 판결)]

나) 차별의 현저성

- ‘차별의 현저성’은 계열회사와 관련시장에서의 경쟁상대인 다른 사업자들에게 미치는 결과의 비교를 통하여 판단하여야 하는데, 차별적 효과의 범위 밖에서 일어난 별도의 거래분야까지 포함될 수 없음
- 차별의 현저성은 계열회사(SKG)와 관련시장에서의 경쟁상대인 다른 사업자(삼성전자, 엘지전자)들에게 미치는 결과의 비교를 통하여 판단되어야 하는 바, 관련시장의 범위는 차별적 취급행위에 의한 경제적 효과의 귀속으로 차별이 발생한 대리점(SKT의 대리점)과 SKT의 계열회사인 SKG 및 그 경쟁상대인 삼성전자 등과의 거래분야(단말기 사업자모델 시장)에 국한되어야 하고 이를 넘어서서 차별적 효과의 범위 밖에서 일어난 원고와 관련 없는 별도의 거래분야(유통모델)까지 포함될 수 없음.

[SKT의 계열회사를 위한 차별적 취급행위 건(대법원 2004. 12. 9. 선고 2002두12076 판결)]

다) 계열회사를 유리하게 하기 위한 의도

- '계열회사를 유리하게 하기 위한 의도'는 차별행위의 동기, 그 효과의 귀속주체, 거래의 관행, 당시 계열회사의 상황 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 함

- 계열회사를 유리하게 하기 위한 의도는, 특정 사업자가 자기의 이익을 위하여 영업활동을 한 결과가 계열회사에 유리하게 귀속되었다는 사실만으로는 인정하기에 부족하고, 차별행위의 동기, 그 효과의 귀속주체, 거래의 관행, 당시 계열회사의 상황 등을 종합적으로 고려하여 사업자의 주된 의도가 계열회사가 속한 일정한 거래분야에서 경쟁을 제한하고 기업집단의 경제력 집중을 강화하기 위한 것이라고 판단되는 경우에 한하여 인정된다고 할 것임.

[SKT의 계열회사를 위한 차별적 취급행위 건(대법원 2004. 12. 9. 선고 2002두12076 판결)]

※ 다만, 이 사건에서 대법원은 '계열회사를 유리하게 할 의도'가 인정되지 않는다고 보았음

라) 차별적 취급자의 범위

- 차별취급 사업자(A)가 거래 상대 사업자(B)와 사이에 설정한 거래조건을 그 상대 사업자(B)가 이행함으로써 그 경제적 효과가 그 상대 사업자의 거래상대방(C) 및 거래상대방의 경쟁사업자(D) 사이에 차별적으로 귀속되는 경우, 차별적 취급자의 범위에 거래상대방(C) 및 거래상대방의 경쟁사업자(D)도 포함됨

- 원고는 거래당사자들 사이에 상대방을 현저하게 유리하게 하는 거래조건 등이 설정되어야 하는데, 원고의 위 행위로 인하여 거래의 당사자인 각 대리점과 에스케이글로벌과의 거래 조건에는 아무런 변함이 없으므로 위 조항에 해당되지 않는다고 주장하나, 다른 사업자로 하여금 그 거래의 상대방을 차별하여 취급하게 하는 경우의 차별적인 거래조건은 다른 사업자(대리점)가 그 거래상대방(에스케이글로벌)과의 사이에 직접 설정하는 경우는 물론 이 사건에서처럼 원고가 다른 사업자와 설정하여 그 다른 사업자가 원고와의 거래조건을 이행함으로써 그 경제적 효과가 원고의 계열회사인 그 거래의 상대방에게 차별적으로 귀속되는 효과가 발생하는 경우도 포함된다고 할 것임.

[SKT의 계열회사를 위한 차별적 취급행위 건(대법원 2004. 12. 9. 선고 2002두12076 판결)]

2) 위법성의 판단기준

- 차별적 취급의 원인이 된 사업경영상의 필요성 등은 다른 사유와 아울러 공정거래 저해성 유무를 판단함에 있어서 고려되어야 하는 요인의 하나가 될 수 있음
- 불공정거래행위의 한 유형인 ‘계열회사를 위한 차별’의 위법성을 평가함에 있어서 단순한 사업경영상 또는 거래상의 필요성 내지 합리성이 인정된다는 사정만으로 곧 그 위법성이 부인되는 것은 아니지만, 차별적 취급의 원인이 된 사업경영상의 필요성 등은 다른 사유와 아울러 공정한 거래질서의 관점에서 평가하여 공정거래저해성의 유무를 판단함에 있어서 고려되어야 하는 요인의 하나가 될 수 있음. 원고의 이 사건 행위로 인하여 경쟁 사업자인 삼성전자 등이 유통모델의 매출감소로 인한 불이익을 입게 되는 측면이 있으나 단말기시장 전체로 보면 SKG가 공급하는 사업자모델의 매출이 증가함에 따라 삼성전자 등이 사업자모델의 제조업자 지위에서 이익을 얻게 되었고 한편 원고의 경쟁사업자인 케이티프리텔이나 앤자텔레콤은 독립된 단말기 유통회사를 두지 아니한 채 직접 사업자 모델을 대리점에 공급하면서 원고의 이 사건 행위와 같은 영업활동을 벌이고 있는 점, 원고는 일시적으로 시장점유율 하락속도를 둔화시키기 위한 사업경영상의 필요에 기하여 이 사건 행위에 이르렀는데 이동통신서비스의 제공이 고객의 단말기 구입과 불가분의 관계에 있어 단말기 유통회사인 SKG의 매출증가로 이어지게 된 점, 이 사건 행위와 같이 무이자할부채권의 양수대상을 SKG가 공급하는 사업자모델로 한정하더라도 이 사건 거래 분야에서 SKG의 경쟁사업자인 삼성전자 등의 유통모델에 대한 경쟁을 유인하여 원고로서는 상대적으로 가격이 비싼 유통모델에 대한 높은 이자비용을 감수하지 않고서도 이동통신 서비스 가입자 수의 증가를 가져올 수 있어 이를 합리적인 영업 전략으로 볼 수도 있다는 점 등을 종합하여 볼 때, 원고의 이 사건 행위에 공정거래저해성이 없음.

[SKT의 계열회사를 위한 차별적 취급행위 건(대법원 2004. 12. 9. 선고 2002두12076 판결)]

3) 입증책임

- ‘계열회사를 위한 차별’은 다른 차별적 취급보다는 공정한 거래를 저해할 우려가 많으므로 외형상 그러한 행위유형에 해당하면 공정한 거래를 저해할 우려가 없다는 점에 대한 입증책임은 행위자에게 있음
- 공정거래법시행령 제36조 제1항 [별표] 제2호 다.목은 법 제23조 제1항 제1호에 해당하는 행위유형의 하나로 ‘계열회사를 위한 차별’을 들면서 이를 ‘정당한 이유 없이 자기의

계열회사를 유리하게 하기 위하여 가격·수량·품질 등의 거래조건이나 거래내용에 관하여 현저하게 유리하거나 불리하게 하는 행위'라고 규정하고 있는 바, 시행령 제36조 제1항 [별표] 제2호 가, 나, 라.목에서 '가격차별', '거래조건차별', '집단적 차별'에 대하여는 그러한 행위가 '부당하게' 행하여진 경우에 한하여 불공정거래행위가 되는 것으로 규정하면서도 '계열회사를 위한 차별'의 경우에는 정당한 이유가 없는 한 불공정거래행위가 되는 것으로 문언을 달리하여 규정하고 있는 취지는 이러한 형태의 차별은 경쟁력이 없는 기업집단 소속 계열회사들을 유지시켜 경제의 효율을 떨어뜨리고 경제력 집중을 심화시킬 소지가 커서 다른 차별적 취급보다는 공정한 거래를 저해할 우려가 많으므로 외형상 그러한 행위유형에 해당하면 일단 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 것으로 보되 공정한 거래를 저해할 우려가 없다는 점에 대한 입증책임을 행위자에게 부담하도록 하겠다는 데에 있음.

[대한주택공사가 계열회사를 위하여 선금금을 차별적으로 지급한 건(대법원 2001. 12. 11. 선고 2000두833 판결)]

4) 구체적 사안

① 긍정례

- 자회사에 지체상금 부과조항을 설정하지 않은 것은 계열회사를 유리하게 차별 취급한 행위임
- 원고는 뉴하우징 및 민간주택관리업체와 각각 주택관리 위·수탁 약정을 체결함에 있어, 자회사인 뉴하우징에 대하여는 지체상금 부과조항을 설정하지 아니한 반면에 다른 민간주택관리업체에 대하여는 지체상금 부과조항을 설정하였고, 정부투자기관회계규칙 제2조 제2항에 의하여 정부투자기관 계약에 준용되는 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령 제74조에 의하면 계약상대방이 계산상의 의무를 지체한 때에는 지체상금을 부과하도록 규정하고 있고, 원고가 자회사인 뉴하우징에 대하여 회사법상의 주주로서 행사할 수 있는 권한과 지체상금의 법률관계는 서로 성질과 효과가 상이하므로 지체상금과 같은 계약조건을 설정함에 있어 독립된 거래주체인 뉴하우징과 비자회사 간에 차별을 둘 합리적 이유가 없으며, 뉴하우징은 원고와의 계약에서 지체상금 부과조항을 두지 않아 계약이행과 관련하여 이행지체로 인한 부담을 덜게 됨으로써 경영활동에 유리한 환경이 조성되었다는 이유로, 원고의 위와 같은 행위는 자기의 자회사를 유리하게 하기 위하여 부당하게 거래상대방을 차별 취급하는 행위에 해당됨.

[대한주택공사의 차별적취급행위 등 건(대법원 2007. 1. 26. 선고 2005두2773 판결)]

□ 계열회사에 대하여 차별적으로 결제한도를 유리하게 설정한 것은 ‘계열회사를 위한 차별’에 해당함

- 원고 현대자동차는 2002. 3. 2.부터 현대M카드의 결제한도를 종전 4백만원에서 1천만원으로 상향조정한 반면, 비계열 신용카드회사들이 발급한 카드의 결제한도를 2백만원 내지 6백만원으로 설정한 행위는 대형 가맹점으로서의 지위를 이용하여 거래 상대방인 신용카드회사들을 차별한 행위에 해당한다고 할 것이며, 위 결제한도 상향조정으로 원고의 전체 카드결제액 중 M카드 이용액이 급증하였고, 위 이용액이 원고의 전체 카드결제액에서 차지하는 비중 및 M카드 발급실적 등이 모두 현저히 증가한 점 등에 비추어 보면, 원고의 위 행위는 결과적으로 원고의 고객으로 하여금 M카드 회원가입 및 M카드의 이용을 유도함으로써 신용카드 시장에서 계열회사인 현대카드의 매출 및 이익을 확대시켜 안정적인 시장정책을 가능하게 하여 현대카드를 현저히 유리하게 하였고, 현대카드는 위 결제한도 상향조정 직전인 2001.11.1자로 기업집단 현대자동차에 편입되어 그 직후 워크아웃을 종료한 회사로서 원고의 적극적인 지원을 통해 안정적인 경영기반을 조기에 정착시킬 필요성이 있었고, 실제로 M카드가 출시되자 원고는 판매사원들에게 회원모집을 위한 적극적인 지원을 당부한 점, 2002.2. 경우 M카드 이용액이 원고의 전체 카드결제액에서 차지하는 비중이 1% 내외에 불과하여 원고의 입장에서는 현대카드의 결제한도를 상향조정하더라도 자신의 매출에 미치는 영향이 크지 않을 것으로 판단됨에도 비계열 신용카드 회사들에 비하여 2배 이상으로 결제한도를 확대하였고, 위 결제한도 확대의 이익은 M카드를 단독으로 사용할 경우로만 한정한 점 등에 비추어 보면 원고의 위 결제한도 상향조정은 계열회사인 현대카드를 유리하게 할 목적으로 행해진 것이라 할 것이고, 원고의 위 결제한도 차별행위는 현대카드로 하여금 자동차 구매고객의 신용카드 결제부분에서 점유율 38%를 차지하는 유력한 지위를 형성하게 하였을 뿐만 아니라 그로 인한 전체 신용카드 시장에서의 공정한 경쟁을 저해할 우려가 있는 행위에 해당된다고 할 것임.

[현대자동차 외 1의 계열회사(현대카드)를 위한 차별행위 건(대법원 2007. 2. 23. 선고 2004두14052 판결)]

② 부정례

□ 계열회사와 사이에서만 할부판매의 금리를 인하하였다는 것만으로는 일정한 거래 분야에서 경쟁을 제한하고 기업집단의 경제력 집중을 강화하기 위한 것이라고 보기는 어려움

- 원고들과 같은 자동차판매사가 모든 할부금융사와 오토할부약정을 체결하는 것이 불가능

하지는 않지만 하나의 할부금융사와 오토할부약정을 체결함으로써 거래비용의 감소라는 경제적 효과를 누릴 수 있고, 마케팅 전략의 수립과 이를 위한 오토할부금리의 결정 등을 위해서 할부금융사와 영업정보를 교환하고 공유할 필요성이 커지는데 여러 할부금융사들과 오토할부약정을 체결하는 것은 영업정보 등이 누설될 가능성이 있는 점, 원고들과 경쟁업체인 다른 자동차회사들도 특정 할부금융사와 오토할부약정을 체결하고 있는 점 등에 비추어 원고들이 현대캐피탈과 사이에서만 오토할부약정을 체결하고 다른 계열 할부금융사와 오토할부약정을 체결하지 않은 것 자체를 계열회사인 현대캐피탈을 유리하게 하기 위한 것이라고 할 수는 없고, 원고들은 위 할부금리 인하 직전 6개월간의 정산금리가 9.1%이고, 현금판매의 경우 고객들에게 0.3% 정도 할인하여 주는 점을 감안하여 정산금리와 할부금리의 차이를 현금판매시의 할인율인 0.3%로 맞추기 위하여 24개월 이하 및 36개월 이하 할부, 36개월 할부 이상, 수시상환할부, 2.5톤 이상 차종에 대한 오토할부금리 및 위 할부 유형들이 전체 할부에서 차지하는 비중 등을 고려하여 가중평균한 할부금리를 8.8%로 정하였고, 그 과정에서 일부 할부상품의 할부금리가 정산금리보다 1% 이상 낮아지게 된 것으로서 원고들이 계열회사인 현대캐피탈을 유리하게 할 의도로 할부금리 수준을 정상금리 이하로 인하한 것으로 보기도 어려운 점, 원고들의 위 할부금리 인하행위 당시 시장금리가 상당한 수준으로 하락하였음에도 현대캐피탈을 비롯한 자동차 할부금융상품을 취급하는 할부금융사들의 할부금리가 높게 형성되어 있어 높은 자동차 할부금리에 대한 사회적인 인하압력이 있었던 상황이었고, 원고들의 위 할부금리 인하로 인하여 2002. 4. 경부터 2002. 9.경까지는 당해 월의 오토할부에 대하여는 원고들이 현대캐피탈에게 정산급을 지급하게 되었으나, 회사채금리가 계속 낮아진 관계로 2002. 10.경부터는 현대캐피탈이 원고들에게 정산금을 지급하게 된 점 등에 비추어 보면 자동차 할부금리의 인하라는 사회적 요청에 부응하기 위하여 원고들이 전 차종에 대하여 할부금리를 내린 것으로 볼 여지도 있고, 원고들의 위 할부금리 인하 무렵 GM-대우자동차의 할부금리 인하가 예상되어 원고들이 이에 앞서 할부금리를 인하함으로써 원고들의 자동차시장 점유율 하락에 대비할 필요성도 있었던 점 등을 고려하면, 비록 원고들이 현대캐피탈과 사이에서만 오토할부약정을 체결하고 24개월 이하 및 36개월 이하 할부판매의 금리를 정산금리 이하로 인하함으로써 자동차 할부시장에서 현대캐피탈의 점유율이 상승하였다고 하더라도 그것만으로는 원고들의 위 할부금리 인하행위의 주된 의도가 현대캐피탈이 속한 일정한 거래분야에서 경쟁을 제한하고 기업집단의 경제력 집중을 강화하기 위한 것이라고 보기는 어렵다고 할 것임.

[현대자동차 와 1의 계열회사(현대카드)를 위한 차별행위 건(대법원 2007. 2. 23. 선고 2004두14052 판결)]

□ 계열회사에 선급금을 지급한 것은 동반도산을 방지하기 위해 불가피하게 이루어진 것임

- 원고 대한주택공사가 계열회사에 선급금을 지급한 행위는 정부가 부실기업인 계열회사들의 경영정상화의 촉진을 도모하기 위하여 원고에게 부여한 수의계약 승인과 금융지원명령의 범위에 속하는 행위에 해당하고 또한 원고 계열회사들이 다시 도산하는 경우 야기될 시공인 아파트건설의 공사 중단으로 인한 집단민원 등 사회적 문제 야기, 종업원의 대량실직, 자재납품 및 하도급업체의 연쇄도산 등을 방지하여 사회적 경제적 안정을 도모하기 위한 공익적 목적이 있을 뿐만 아니라, 1조원이 넘는 전대 및 지급보증을 한 대한주택공사의 동반도산을 예방하기 위하여 불가피하게 이루어진 최소한의 행위로 봄이 상당하므로 정당한 이유가 있는 행위로서 계열회사를 위한 차별행위라고 볼 수 없음.

[대한주택공사가 계열회사를 위하여 선급금을 차별적으로 지급한 건(대법원 2001. 12. 11. 선고 2000두833 판결)]

□ 원고가 계열회사인 씨제이이앤엠을 유리하게 할 의도로 거래조건 또는 거래내용에 있어 현저한 차별행위를 하였다고 단정하기 어렵고, 원고의 행위가 정당한 이유 없이 공정거래를 저해할 우려가 있다고 보기도 어려움

- 영화는 전형적인 경험재(experience goods)로서 다른 재화에 비하여 소비의 반복성이 낮은 특성을 보임. 영화에 대한 수요의 불확실성으로 말미암아 영화산업은 위험성이 매우 높은 산업에 속함. 이에 따라 영화 상영업자들은 자신의 수익을 극대화하기 위하여 개봉되는 영화들에 관하여 다양한 흥행 요소들을 고려하여 정확한 수요 예측을 시도한 다음 상영회차와 상영관 규모 등을 결정하게 되며, 실제로 현실화된 수요가 예측과 다른 경우에는 신속하게 대응하여 영화별 상영회차와 상영관 규모 등을 조정하게 됨. 수요 예측은 여러 사정들을 종합적으로 고려하여 내리는 고도의 경영상 판단 사항에 해당함. 영화 상영업자들 사이에 수요 예측은 저마다 다른 수밖에 없음. 설령 원고의 전체 스크린 수 점유율을 비하여 원고의 계열회사 영화에 다소 상영회차를 많이 배정하였다고 하더라도 그러한 사정만으로 계열회사 차별취급에 해당한다고 보기는 어려움.
- 원고가 상영기간에 있어 씨제이이앤엠이 배급한 영화들을 유리하게 취급하였다고 인정 하려면, 씨제이이앤엠이 배급한 영화들과 상영회차, 객석점유율, 영화의 특성 및 부울 등에 있어 유사한 조건으로 평가될 수 있는 비계열회사가 배급한 영화는 상영기간이 연장되지 않았음에도 씨제이이앤엠이 배급한 영화만을 특별한 이유 없이 연장 상영하기로 결정한 경우와 같은 특별한 사정이 인정되어야 할 것인데, 기록상 위와 같은 특별한 사정의 존재를 찾아보기 어려움. 또 씨제이이앤엠의 배급시장에서의 점유율은 27.2%이므로,

전체 예고편 중 평균 30% 수준을 씨제이이앤엠의 작품으로 편성하라고 지시하였다고 하여 그러한 사정만으로 원고의 현저한 차별행위가 존재한다고 보기는 어려운.

[씨제이씨지브이와 씨제이이앤엠의 시장지배적지위남용행위 등에 대한 건(서울고법 2017. 2. 15. 선고 2015누44280 판결¹⁶⁾)]

16) 참고심(대법원 2017. 7. 11. 선고 2017두39303 판결)은 심리불속행 기각함

3. 경쟁사업자 배제행위(법 제45조 제1항 제3호, 구법 제23조 제1항 제2호)

가. 부당염매행위

1) 성립요건

- 정당한 이유없이 그 공급에 소요되는 비용보다 현저히 낮은 대가로 계속하여 공급하는 등으로 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 행위여야 하는 바, 경쟁사업자에는 시장진입이 예상되는 잠재적 사업자도 포함됨

- ‘불공정거래행위’의 하나로 그 제2호에서 ‘부당하게 경쟁자를 배제하기 위하여 거래하는 행위’를 열거하고, 같은법 시행령 제36조 제1항 [별표] 제3호 (가)목은 부당염매를 ‘자기의 상품 또는 용역을 공급함에 있어서 정당한 이유 없이 그 공급에 소요되는 비용보다 현저히 낮은 대가로 계속하여 공급하거나 기타 부당하게 상품 또는 용역을 낮은 대가로 공급함으로써 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 행위’라고 규정하고 있는데. 경쟁사업자는 통상 현실적으로 경쟁관계에 있는 사업자를 가리킨다고 할 것이지만, 부당염매를 규제하는 취지가 법이 금지하는 시장지배적 지위의 남용을 사전에 예방하는데 있다고 볼 때. 시장진입이 예상되는 잠재적 사업자도 경쟁사업자의 범위에 포함된다고 보아야 할 것임.

[현대정보기술의 인천광역시 시행 용역입찰에 부당염매 응찰 건(대법원 2001. 6. 12. 선고 99두4686 판결)]

- ‘경쟁사업자를 배제시킬 우려’는 추상적 위험성으로 족하며, 당해 염매행위의 의도, 목적, 염가의 정도, 행위자의 사업규모 및 시장에서의 지위 등을 종합적으로 살펴 개별적으로 판단하여야 함
- 나아가 경쟁사업자를 배제시킬 우려는 실제로 경쟁사업자를 배제할 필요는 없고 여러 사정으로부터 그러한 결과가 초래될 추상적 위험성이 인정되는 정도로 족하다고 할 것인바, 경쟁사업자를 배제시킬 우려는 당해 염매행위의 의도, 목적, 염가의 정도, 행위자의 사업규모 및 시장에서의 지위, 염매의 영향을 받는 사업자의 상황 등을 종합적으로 살펴 개별적으로 판단하여야 할 것임.

[현대정보기술의 인천광역시 시행 용역입찰에 부당염매 응찰 건(대법원 2001. 6. 12. 선고 99두4686 판결)]

※ 이 사건에서의 저가입찰행위는 추상적 위험성조차 없어 부당하지 않다고 보았음

2) 위법성

- 계속거래상의 부당염매는 ‘정당한 이유가 없는 한’ 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 보아야 할 것이나, 기타 거래상의 부당염매는 ‘부당하게’ 행하여진 경우라야 함
 - 시행령 제36조 제1항 [별표] 제3호 (가)목 전단에서 규정하는 이른바 계속거래상의 부당염매는 사업자가 채산성이 없는 낮은 가격으로 상품 또는 용역을 계속하여 공급하는 것을 가리키므로 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 부당염매는 그 행위태양이 단순히 상품 또는 용역을 낮은 가격으로 공급하는 것이어서 그 자체로 이를 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 보기 어려운 만큼 그것이 '부당하게' 행하여진 경우라야 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 보아야 할 것임.
[현대정보기술의 인천광역시 시행 용역입찰에 부당염매 응찰 건(대법원 2001. 6. 12. 선고 99두4686 판결)]
- ‘기타 거래상의 부당염매’의 부당성의 유무는 당해 염매행위의 의도, 목적, 염가의 정도, 반복가능성, 시장상황, 영향 등 개별사안에서 드러난 여러 사정을 종합적으로 살펴 판단하여야 함
 - 이른바 기타 거래상의 부당염매는 그 행위태양이 단순히 상품 또는 용역을 낮은 가격으로 공급하는 것이어서 그 자체로 이를 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 보기 어려운 만큼 그것이 ‘부당하게’ 행하여진 경우라야 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 보아야 할 것이며, 이 때 그 부당성의 유무는 당해 염매행위의 의도, 목적, 염가의 정도, 반복가능성, 염매대상 상품 또는 용역의 특성과 그 시장상황, 행위자의 시장에서의 지위, 경쟁사업자에 대한 영향 등 개별사안에서 드러난 여러 사정을 종합적으로 살펴 그것이 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지의 여부에 따라 판단하여야 함.
[현대정보기술의 인천광역시 시행 용역입찰에 부당염매 응찰 건(대법원 2001. 6. 12. 선고 99두4686 판결)]

3) 구체적 사안

- 최소한의 인간비조차 반영되지 않은 저가입찰행위라도 부당성이 없으면 부당염매에 해당하지 않음
- 낙찰자로 결정된 원고의 입찰금액은 최소한의 인간비조차도 반영하지 못하는 낮은 가격임은 분명하나, 원고의 위와 같은 저가 입찰행위가 영 제36조 제1항 [별표] 제3호 (가)복 후단에서 규정하는 부당염매에 해당하기 위해서는 그것이 '부당하게' 행하여졌음을 요건으로 하는바, 위 경쟁입찰이 있기 전에 지방자치단체의 지역정보화시스템통합용역은 수의계약에 의하여 주로 정보통신부 산하 한국전산원이나 지역 소재 대학에 발주되었고 민간 업체를 상대로 경쟁입찰에 부쳐진 것은 이 사건 용역이 처음이었으며, 행정자치부의 '지방자치단체의 지역정보화촉진시행계획'에 따르면 향후 시·군 단위까지 지역정보화시스템 통합사업이 확대·실시될 예정에 있었으므로, 시스템통합 사업자들인 원고 및 위 소외 회사들은 지역정보화시스템통합용역이라는 신규시장에 각자 먼저 진입하여 기술과 경험을 축적할 목적을 가지고 원심 판사와 같이 모두 입찰예정가격에 훨씬 못 미치는 입찰금액으로 입찰에 참가하였던 절, 인천광역시는 향후 이 사건 용역과 관련된 각종 장비 및 용역을 추가로 구매함에 있어서 낙찰자인 원고에게 연고권 등 사실상의 우선권을 부여하지 않고 그 때마다 경쟁입찰방식에 의하여 공급자를 정하기로 방침을 세워놓고 있었으며, 이 사건 용역사업은 계속성 사업이 아니라 보고서의 제출로써 종료되는 1회성 사업이라서, 원고가 이 사건 용역을 저가로 낙찰받았다고 하여 이로 말미암아 원고의 경쟁사업자들이 향후 위 신규시장에서 배제될 우려가 없었던 절 등에 비추어 볼 때, 원고의 위와 같은 저가입찰행위를 부당성을 지닌 행위라고 볼 수 없으므로 영 제36조 제1항 [별표] 제3호 (가)복 후단에서 규정하는 부당염매에 해당하지 않음.

[현대정보기술의 인천광역시 시행 용역입찰에 부당염매 응찰 건(대법원 2001. 6. 12. 선고 99두4686 판결)]

나. 부당고가매입 ※ 관련 판례 없음

4. 부당한 고객유인 행위 (법 제45조 제1항 제4호, 구법 제23조 제1항 제3호 전단)

가. 부당한 이익에 의한 고객유인

1) 판단기준

□ 판촉계획에 따라 실행한 개개의 지원행위는 포괄적인 하나의 행위로 평가함이 상당하므로 부당한 고객유인행위의 종기를 일률적으로 보아 과징금을 산정하는 것은 위법하다고 할 수 없음

○ 원고가 본사 차원에서 판촉계획을 수립하고 그 계획에 따라 실행한 개개의 지원행위를 관련 의약품별로 지원시기 또는 지원기간, 지원대상, 지원금액 등을 특정한 후 이를 하나의 포괄적인 부당한 고객유인행위로 판단하였고, 원고는 판촉계획에 따라 현금 및 기부금 제공, 병원비품 등 물품제공, 의약품 운반비용 지원, 수금할인, 골프 및 식사접대, 항공권 제공, 학회 지원, 시판 후 조사 지원 등의 행위를 하였는바, 이러한 구체적인 지원행위는 본사 차원 판촉계획의 실행행위의 성격을 갖는다고 볼 것이므로, 그러한 행위가 부당한 고객유인행위에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 하나의 행위로 평가함이 상당하므로 피고가 이 사건 32개 의약품에 관한 부당한 고객유인행위의 종기를 일률적으로 2006. 9. 30.로 보아 이 사건 과징금을 산정한 것이 위법하다고 할 수 없음.

[중외제약의 부당한 고객유인행위 건(대법원 2010. 11. 25. 선고 2009두3286 판결)]

* 참고 : 제일약품의 부당고객유인행위 건(서울고법 2011. 1. 26. 선고 2009누15229 판결, 고법 확정), 한국오츠카제약의 부당고객유인행위 등 건(서울고법 2011. 4. 14. 선고 2009누 15236 판결, 고법 확정), 대웅제약의 부당고객유인행위 건(서울고법 2011. 4. 21. 선고 2009누14516 판결, 고법 확정)

□ 본사 차원의 판촉계획의 실행행위로서 이루어진 경우, 해당 의약품에 관한 거래처 전체의 매출액을 관련매출액으로 볼 수 있음

○ 이 사건 부당고객유인행위는 본사 차원에서 수립된 거래처 일반에 대한 판촉계획의 실행행위로서 이루어진 것으로 볼 수 있으므로, 원고의 당해 의약품에 관한 거래처 전체의 매출액을 위반행위로 인하여 직접 또는 간접적으로 영향을 받는 관련상품의 매출액으로 보아 과징금을 부과한 것은 정당하며, 이 사건 행위가 처방 또는 판매 증대를 목적으로 이루어진 것으로서 정상적인 거래관행에 비추어 부당하거나 과대한 점, 그

내용과 규모, 의약품 거래질서 및 소비자에게 미치는 영향 등을 참작하면, 피고가 매우 중대한 위반행위에 해당한다고 보아 관련매출액에 1%의 부과기준율을 적용하여 과징금을 산정한 것은 비례의 원칙이나 과잉금지의 원칙에 반한다고 볼 수 없음.

[한국엠에스디(유)의 부당고객유인행위 건(대법원 2013. 11. 14. 선고 2011두16667 판결)]

- 거래질서에 대해 미칠 파급효과의 유무 및 정도, 문제된 행위를 영업전략으로 채택한 사업자들의 수나 규모, 경쟁사업자들이 모방할 우려가 있는지, 해당 행위가 널리 업계 전체의 공정한 경쟁질서나 거래질서에 미치게 될 영향 등과 함께 사업자가 제공하는 경제적 이익의 내용과 정도, 그 제공의 방법, 제공기간, 이익제공이 계속적·반복적인지 여부, 업계의 거래 관행 및 관련 규제의 유무 및 정도 등을 종합적으로 고려하여야 함
- 부당한 이익에 의한 고객유인 행위를 금지하는 취지는 부당한 이익제공으로 인하여 가격, 품질, 서비스 비교를 통한 소비자의 합리적인 상품 선택을 침해하는 것을 방지하는 한편, 해당 업계 사업자 간의 가격 등에 관한 경쟁을 통하여 공정한 경쟁질서 내지 거래질서를 유지하기 위한 것임.
- 따라서 사업자의 행위가 불공정거래행위로서 부당한 이익에 의한 고객유인 행위에 해당하는지를 판단할 때에는, 그 행위로 인하여 경쟁사업자를 사이의 상품가격 등 비교를 통해 소비자의 합리적인 선택이 저해되거나 다수 소비자들이 궁극적으로 피해를 볼 우려가 있게 되는 등 널리 거래질서에 대해 미칠 파급효과의 유무 및 정도, 문제된 행위를 영업전략으로 채택한 사업자들의 수나 규모, 경쟁사업자들이 모방할 우려가 있는지, 관련되는 거래의 규모 등에 비추어 해당 행위가 널리 업계 전체의 공정한 경쟁질서나 거래질서에 미치게 될 영향 등과 함께 사업자가 제공하는 경제적 이익의 내용과 정도, 그 제공의 방법, 제공기간, 이익제공이 계속적·반복적인지 여부, 업계의 거래 관행 및 관련 규제의 유무 및 정도 등을 종합적으로 고려하여야 함.

[케이엔라이프(주)의 부당고객유인행위 등에 대한 건(더리본, 서울고법 2018. 11. 22. 선고 2018누54899 판결¹⁷⁾]

17) 상고심(대법원 2019. 4. 25. 선고 2018누67633 판결)은 심리불속행 기각함

2) 구체적 사안

□ 제약사가 의약품의 판매를 촉진하기 위하여 병·의원, 약국 등에 정상적인 상관행을 초과하여 과다한 이익을 제공한 것은 부당한 고객유인행위에 해당함

- 의약품 판매에서 정보제공활동과 설득활동은 필수불가결하다고 할 수 있으나, 의사가 의약품을 선택하는 데에 그 품질과 가격의 우위에 근거하지 않고 제약업체가 제공하는 부적절한 이익의 대소에 영향을 받게 된다면 소비자의 이익을 현저하게 침해될 수밖에 없고 의약품시장에서의 견인한 경쟁도 기대할 수 없게 되므로, 제약회사의 판매촉진활동은 위와 같은 측면들을 종합적으로 고려하며 투명성, 비대가성, 비과다성 등의 판단기준 하에 정상적인 거래관행에 비추어 보아 부당하거나 과다한 이익의 제공에 해당되는지 여부를 가려야 할 것임.

[한미약품의 부당한 고객유인행위 등 건(대법원 2010. 11. 25. 선고 2009두9543 판결)]

□ ‘무가지’는 신문발행업자인 원고가 신문판매업자인 지국으로부터 대가를 받는지 여부와 관계없음

- ‘구 신문업에 있어서의 불공정거래행위 및 시장지배적 지위남용행위의 유형 및 기준’ (2001. 7. 1. 공정거래위원회 고시 2001-7호, 이하 ‘구 신문고시’라고 한다) 제3조 제1항 제1호는 공정거래법 제23조 제1항 제3호 전단의 “부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위”에 해당하는 경우의 하나로서, “신문발행업자가 신문판매업자에게 1개월 동안 제공하는 무가지와 경품류를 합한 가액이 같은 기간에 당해 신문판매업자로부터 받는 유료신문대금의 20%를 초과하는 경우”를 규정하고 있는데, 구 신문고시 제3조 제1항 제1호의 ‘무가지’를 “신문판매업자가 구독자에게 공급하는 유료신문 부수를 초과하여 신문발행업자가 신문판매업자에게 제공한 신문”이라고 볼 것이지, 신문발행업자인 원고가 신문판매업자인 지국으로부터 대가를 받는지 여부와는 관계없음.

[조선일보사의 부당한 고객유인행위 건(대법원 2010. 6. 24. 선고 2008두18588 판결)]

□ 이관할인방식에 의한 이 사건 고객유인 행위는 정상적인 거래관행에 비추어 ‘부당한’ 이익을 제공 또는 제공할 것을 제의하여 경쟁사업자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위에 해당한다고 볼 여지가 상당함

- 원고는 여러 경쟁 상조회사의 다수 고객을 상대로 하여, 고객이 그 계약을 해지하고

자신과 신규로 상조거래 계약을 체결하는 것을 조건으로, 최대 36회 차분까지 자신에 대한 납입금 지급 의무를 면제하는 ‘이관할인방식’에 의한 영업방식을 사용하였음.

- 다수의 사업자가 시장 전반에 걸쳐 이러한 고객유인 행위를 시행하고 있는 상황에서, 원고의 이관할인방식에 의한 이 사건 고객유인 행위에 따른 부담은 결국 상조용역시장 전체의 부담으로 돌아갈 수밖에 없고, 시장 전체의 비효율성을 초래할 수 있으며, 일반 고객들은 물론 이관할인방식에 따라 원고와 상조계약을 체결한 고객 역시 그에 따른 직·간접적인 부담을 지게 됨.
- 나아가 이러한 고객유인방식은 고객들이 상조용역 등의 내용과 절, 상조회사의 신뢰성 등을 기초로 한 합리적인 선택을 하는 데 상당한 지장을 초래할 수 있음. 원고의 이 사건 고객유인 행위가 상조 시장 전체의 경쟁질서나 거래질서에 미치는 부정적 영향을 고려할 때, 이관할인방식에 의한 이 사건 고객유인 행위는 정상적인 거래관행에 비추어 ‘부당한’ 이익을 제공 또는 제공할 제의를 하여 경쟁사업자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위에 해당하는 것으로 볼 여지가 상당함.

[케이엔라이프(주)의 부당한고객유인행위 등에 대한 건(더리본, 서울고법 2018. 11. 22. 선고 2018누54899 판결¹⁸⁾]

- 분유 등을 제조·판매하는 사업자가 25개 산부인과 병원 및 산후조리원에 은행평균 대출금리를 기준으로 그보다 0.5% 이상 낮은 이자율을 적용하여 대여금을 제공한 행위는 정상적인 거래 관행에 비추어 거래상대방에 대해 부당하거나 과대한 이익을 제공한 경우에 해당함

- 다음과 같은 이유로 피고가 은행 평균 대출금리를 기준으로 그보다 0.5% 이상 낮은 이자율로 대여한 이 사건 행위를 거래상대방에 대한 경제상 이익 제공으로 본 것은 타당함.
 - 은행 평균 대출금리는 시중은행, 지방은행, 특수은행을 대상으로, 해당 기간에 예금은행이 정책자금을 제외한 자체조달자금을 재원으로 하여 신규로 취급한 모든 운전자금 용도 대출에 적용된 금리를 신규취급액으로 가중평균하여 산정한 것으로서, 그 연도의 전반적인 금리 수준과 동향을 나타내는 것이므로 특별한 사정이 없는 한 시중은행 등의 대출 거래관행에 따른 통상적인 수준의 금리라고 볼 수 있음.

18) 상고심(대법원 2019. 4. 25. 선고 2018두67633 판결)은 심리불속행 기각함

- 행정소송에서 처분의 적법을 주장하는 피고에게 그 적법사유에 대한 증명책임이 있는 것이 원칙이나, 피고가 주장하는 해당 처분의 적법성에 관하여 합리적으로 수긍할 수 있는 일응의 증명이 있는 경우에는 그 처분은 정당함. (중략) 피고가 25개 산부인과 병원 등의 개별 대출 건을 모두 따져 보아 이 사건 이자율이 해당 시점에 적용될 수 있었던 시중은행의 개별 최저 대출금리보다 낮다는 것까지 증명해야 한다고 보기는 어려움.
 - 관련 법규, 원고의 인식, 거래관행 등 사정을 고려할 때, 원고는 자신이 제조·판매하는 분유 제품의 가격, 품질, 서비스 등을 통하여 경쟁업체와 경쟁한 것이 아니라 산부인과 병원 등에 낮은 금리의 대여금을 제공함으로써 불공정한 경쟁수단을 사용한 것을 인정할 수 있고, 이로써 25개 산부인과 병원 등은 각 대여금에 대하여 통상적으로 적용될 수 있는 금리로 산정된 이자와 이 사건 이자율로 산정된 이자 차액 상당의 경제상 이익을 얻었으므로, 이는 정상적인 거래 관행에 비추어 원고가 거래상대방에게 부당하거나 과대한 이익을 제공한 경우에 해당함.
- [남양유업(주)의 부당한 고객유인행위에 대한 건(서울고법 2023. 2. 2. 선고 2021누75926 판결), 고법 확정]

나. 위계에 의한 고객유인

1) 객체

- 위계에 의한 고객유인행위의 객체는, 경쟁사업자의 고객이 될 가능성이 있는 상대방 까지도 포함함
 - 위계에 의한 고객유인행위의 객체가 되는 상대방, 즉 경쟁사업자의 고객은 경쟁사업자와 기존의 거래관계가 유지되고 있는 상대방에 한정되지 아니하고, 새로운 거래관계를 형성하는 과정에서 경쟁사업자의 고객이 될 가능성이 있는 상대방까지도 포함되므로 원고와 한국사이베이스 주식회사가 서울대학교병원으로부터 통합의료정보시스템 재구축사업에 소요되는 데이터베이스관리시스템(DataBase Management System, 이하 'DBMS'라 한다)의 공급업자로 선정되기 위하여 서로 경쟁을 하고 있었던 이상 위 병원은 DBMS의 도급에 관하여 원고의 경쟁사업자인 사이베이스사의 고객이 될 가능성이 있는 상대방으로서 위계에 의한 고객유인행위에 있어서의 경쟁사업자의 고객에 해당함.
- [한국오라클의 부당한 고객유인행위 건(대법원 2002. 12. 26. 선고 2001두4306 판결)]

2) 위계로 인한 오인의 의미

- 위계로 인하여 오인될 우려라 함은 상품 또는 용역 선택에 영향을 미칠 가능성 또는 위험성을 의미함

○ 위계에 의한 고객유인행위를 불공정거래행위로 보아 규제하는 입법 취지에 비추어 보면, 위계에 의한 고객유인행위가 성립하기 위해서는 위계 또는 기만적인 유인행위로 인하여 고객이 오인될 우려가 있음으로 충분하고, 반드시 고객에게 오인의 결과가 발생하여야 하는 것은 아니라고 할 것임. 그리고 여기에서 오인이라 함은 고객의 상품 또는 용역에 대한 선택 및 결정에 영향을 미치는 것을 말하고, 오인의 우려라 함은 고객의 상품 또는 용역의 선택에 영향을 미칠 가능성 또는 위험성을 말한다 할 것이므로 서울대학교병원은 원고가 제출한 이 사건 비교자료 등을 의사결정자료로 삼아 DBMS 공급업체를 선정 하였으므로 이 사건 비교자료가 위 병원의 구매의사결정에 영향을 미쳤을 가능성이 있다고 인정할 수 있음.

[한국오라클의 부당한 고객유인행위 건(대법원 2002. 12. 26. 선고 2001두4306 판결)]

3) 판단기준

- 위계에 의한 고객유인행위에 해당하는지를 판단할 때에는 그 행위로 인하여 보통의 거래 경험과 주의력을 가진 일반 소비자의 거래 여부에 관한 합리적인 선택이 저해 되거나 다수 소비자들이 궁극적으로 피해를 볼 우려가 있게 되는 등 널리 업계 전체의 공정한 경쟁질서나 거래질서에 미치게 될 영향, 파급효과의 유무 및 정도, 문제 된 행위를 영업전략으로 채택한 사업자의 수나 규모, 경쟁사업자들이 모방할 우려가 있는지 여부, 관련되는 거래의 규모, 통상적 거래의 형태, 사업자가 사용한 경쟁수단의 구체적 태양, 사업자가 해당 경쟁수단을 사용한 의도, 그와 같은 경쟁수단이 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 허용되는 정도를 넘는지, 계속적·반복적인지 여부 등을 종합적으로 살펴보아야 함

[에스케이텔레콤(주), 엘지전자(주), 엘지유플러스(주)의 부당한 고객 유인행위에 대한 건 (대법원 2019. 9. 26. 선고 2014두15047 판결, 2014두15740, 2015두59)]

4) 구체적 사안

□ 경쟁사업자에게 불리한 내용만을 거래상대방에게 제공한 것은 위계에 의한 고객유인에 해당함

- ① 원고가 자기의 제품과 사이베이스사의 제품을 비교한 내용의 자료(이하 ‘이 사건 비교자료’라 한다)의 표지제목을 “Dataquest 1997 Database Market Share Summary”로 기재하여 그 비교자료의 내용이 당해 업계에서 공신력을 가지고 있는 Dataquest사 자료인 것처럼 표현한 점, ② DBMS와 같은 분야는 공급자로부터의 장기간의 유지보수가 필요하여 공급자의 경영안정이 무엇보다도 중요하다고 할 것인데, 원고가 사이베이스사의 경영현황이나 영업능력에 관하여 과거의 자료에 근거하여 그것도 불리한 점만을 발췌하여 이 사건 비교자료에 수록함으로써 사이베이스사의 경영이 계속 나빠질 것이라는 인식이 형성될 만한 내용을 담은 점, ③ DBMS 시장은 변화속도가 매우 빠른 소프트웨어 산업의 한 분야로서 기술변화가 급격하다는 점을 감안할 때, 원고가 경쟁사업자의 제품들과 성능을 비교함에 있어 구체적인 비교기준이나 객관적인 검증 또는 출처표시 없이 경쟁사업자의 제품들은 비교대상으로 삼은 대부분의 기능이 없는 반면 상대적으로 자신의 제품은 대부분의 기능을 보유하고 있는 것으로 기재한 점, ④ DBMS 제품은 기계적 성능 외에도 제품의 안정성 및 유지보수 가능성 등이 고객을 유치하는 데 매우 중요한 역할을 담당하고 있고, 전산 소프트웨어의 경우 급격한 기술발전이라는 특성상, 시스템 구축 초기의 장애도 곧 치유되어 안정적으로 운용될 수 있음에도 불구하고, 원고가 경쟁사업자의 제품들이 설치된 병원들의 전산장애 내역 등과 관련하여 명백히 확인되지도 아니하는 정보를 선별·왜곡함으로써 거래고객으로 하여금 사이베이스사의 제품에 중대한 하자가 있어 이를 이용할 경우 자주 전산장애가 발생될 수 있는 것 같은 인상을 주는 내용을 기재한 점 등을 종합하면, 이 사건 비교자료는 원고의 제품이 실제보다 또는 경쟁사업자의 것보다 현저히 우량 또는 유리하다고 하거나 경쟁사업자의 제품이 실제보다 또는 원고의 제품보다 현저히 불량 또는 불리하다고 하는 내용을 담고 있다고 할 것이고 그와 같은 내용을 담고 있는 이 사건 비교자료를 서울대학교병원과 서울대학교병원으로부터 통합의료 정보시스템재구축사업의 개발자로 내정된 삼성에스디에스 주식회사에게 제출한 행위는 고객을 위계 또는 기만적인 방법에 의하여 유인한 행위에 해당함.

[한국오라클의 부당한 고객유인행위 건(대법원 2002. 12. 26. 선고 2001두4306 판결)]

- 이동전화 단말기의 공급가 또는 출고가를 부풀려 보조금 재원을 조성하고, 소비자가 이동통신 서비스에 가입하는 경우 보조금을 지급하여 소비자가 고가의 단말기를 할인받아 저렴하게 구입하는 것으로 오인시켜 이동통신 서비스를 구입하도록 유인한 것은 위계에 의한 고객유인에 해당함
 - 출시 단계에서부터 장려금을 반영하여 출고가를 높게 책정한 후 장려금을 재원으로 한 보조금을 지급하여 단말기를 할인해 주는 방식으로 마케팅 효과를 누리기로 한 이 사건 위반행위는, 실질적인 할인 혜택이 없음에도 불구하고 소비자는 할인의 재원이 자신이 이동통신 서비스에 가입함에 따라 원고가 얻게 되는 수익 중 일부였다고 오인시켜 소비자의 합리적 선택을 방해하고 정상적인 단말기 출고가 및 이동통신 요금에 대한 경쟁이 촉진되는 것을 저해하는 행위임.
 - ‘제조사의 고가 가격 정책’과 ‘이동통신사의 단말기 가격 저감 요청’이라는 상반되는 이해관계를 합치시킬 ‘필요성’이 있어 이와 같은 경쟁수단이 사용되었다고 하더라도, 그와 같은 ‘필요성’으로 인하여 이 사건 위반행위가 정당화되는 것도 아님.
 - 이 사건 위반행위의 대상이 된 단말기의 경우 출고가의 규모가 작지 않고, 단말기의 출고가 대비 장려금 비율이 상당히 높은 수준이었던 점, 출고가 대비 장려금 비율이 낮을수록 그 장려금에서 사후 장려금이 차지하는 부분은 낮고 대부분이 부풀리기를 통하여 조성된 것으로 보이는 점 등을 고려하여, 이 사건 위반행위가 원고의 단말기 등에 대한 거래조건에 관하여 실제보다 ‘현저히’ 유리한 것으로 소비자를 오인시키거나 오인시킬 우려가 있는 행위에 해당함.
- [에스케이텔레콤(주), 엘지전자(주), 엘지유플러스(주)의 부당한 고객 유인행위에 대한 건
(대법원 2019. 9. 26. 선고 2014두15047, 2014두15740, 2015두59)]
- 원고와 제조사 사이에 출고가에 관한 협의가 있었는지 여부 등을 전혀 고려하지 않은 채 모든 단말기를 그 대상으로 하여 이 사건 위반행위와 관련이 없는 단말기까지 공개명령과 보고명령 대상에 포함시키는 것은 위반행위의 내용과 정도에 비례하지 않음
 - 피고는 원고가 판매하는 일체의 단말기에 대한 모델별 출고가와 공급가의 차이 내역을 원고의 홈페이지에 공개·보고하도록 명하였는데 피고는 원고가 제조 3사와의 ‘협의’를 통하여 장차 이동통신 서비스에 가입하는 소비자에게 지급될 약정 외 보조금의 재원을 마련하기 위해서 사전 장려금 상당을 미리 단말기의 공급가 또는 출고가에 반영한 행위를 위법하다고 보았을 뿐 모든 장려금의 조성 및 지급행위가 위법하다고 본 것은 아니므로,

원고와 제조사 사이에 출고가에 관한 협의가 있었는지 여부 등을 전혀 고려하지 않은 채 모든 단말기를 그 대상으로 하여 이 사건 위반행위와 관련이 없는 단말기까지 공개명령과 보고명령 내심에 포함시키는 것은 위반행위의 내용과 정도에 비례하지 않음.

[에스케이텔레콤(주), 엘지전자(주), 엘지유플러스(주)의 부당한 고객 유인행위에 대한 건
(대법원 2019. 9. 26. 선고 2014두15047, 2014두15740, 2015두59)]

5. 거래강제행위 (법 제45조 제1항 제5호, 구법 제23조 제1항 제3호 후단)

가. 끼워팔기

1) 의의 및 부당성 판단

- 끼워팔기가 정상적인 거래관행에 비추어 부당한지 여부는 종된 상품을 구입하도록 한 결과가 상대방의 자유로운 선택의 자유를 제한하는 등 공정한 거래질서를 저해할 우려 여부에 따라 판단하여야 하며, 주된 상품을 공급하는 사업자가 반드시 시장지배적 사업자일 필요는 없음
- '거래강제' 중 '끼워팔기'는, 자기가 공급하는 상품 또는 용역 중 거래상대방이 구입하고자 하는 상품 또는 용역(이하 '주된 상품'이라 한다)을 상대방에게 공급하는 것과 연계하여 상대방이 구입하고자 하지 않거나 상대적으로 덜 필요로 하는 상품 또는 용역(이하 '종된 상품'이라 한다)을 정상적인 거래관행에 비추어 부당하게 자기 또는 자기가 지정하는 다른 사업자로부터 상대방이 구입하도록 하는 행위를 말한다 할 것이고, 이러한 끼워팔기가 정상적인 거래관행에 비추어 부당한지 여부는 종된 상품을 구입하도록 한 결과가 상대방의 자유로운 선택의 자유를 제한하는 등 가격과 품질을 중심으로 한 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는지 여부에 따라 판단하여야 할 것임.

[한국토지공사의 부당지원행위 등 건(대법원 2006. 5. 26. 선고 2004두3014 판결)]

2) 주된 상품 공급사업자의 지위

- 끼워팔기에 해당하기 위하여 주된 상품을 공급하는 사업자가 시장지배적 사업자일 필요는 없음
- 끼워팔기에 해당하기 위하여는 주된 상품을 공급하는 사업자가 주된 상품을 공급하는 것과 연계하여 거래 상대방이 그의 의사에 불구하고 종된 상품을 구입하도록 하는 상황을 만들어낼 정도의 지위를 갖는 것으로 족하고 반드시 시장지배적 사업자일 필요는 없음.

[한국토지공사의 부당지원행위 등 건(대법원 2006. 5. 26. 선고 2004두3014 판결)]

3) 구체적 사안

① 긍정례

- 비인기토지의 매입시 인기토지에 대한 매입우선권을 부여한 것은 부당한 끼워팔기에 해당함

- 원고가 인천마전·남양주호평·평내·마석지구 등 공동주택지(이하 '비인기토지'라 한다)의 판매가 지조하자 상대적으로 분양이 양호한 부천상동·용인신봉·동천·죽전·동백지구 등 공동주택지(이하 '인기토지'라 한다)를 판매하면서 비인기토지의 매입시 인기토지에 대한 매입우선권을 부여함으로써 비인기토지를 매입하지 않고서는 사실상 인기토지를 매입할 수 없게 만들어, 주된 상품인 인기토지를 매입하여 주택건설사업을 하자 하는 주택 사업자로서는 사실상 종된 상품인 비인기토지를 매입할 수밖에 없는 상황에 처하게 한 사실이 인정됨. 이러한 연계판매행위는 거래상대방에 대하여 자기의 주된 상품을 공급하면서 자기의 종된 상품을 구입하도록 하는 행위로서 끼워팔기에 해당하고, 나아가 공공부문 택지개발사업의 40% 이상을 절하고 있는 원고가 위와 같은 끼워팔기에 해당하는 연계판매 행위를 할 경우 거래상대방인 주택사업자들의 상품 선택의 자유를 제한하는 등 공정한 거래질서를 침해할 우려가 있으므로, 원고의 위와 같은 행위는 결국, 법 제23조 제1항 제3호 후단 및 법 시행령 제36조 제1항 [별표 1] 불공정거래행위기준 제5호 (가)목의 '끼워팔기'에 해당함.

[한국토지공사의 부당지원행위 등 건(대법원 2006. 5. 26. 선고 2004두3014 판결)]

- 오프라인 강의를 수강하는 학생들에게 온라인 강의를 의무적으로 수강하도록 한 것은 부당함

- 원고는 수학 및 특목교 분야에서 최상의 지위를 갖고 있어 수강생들의 높은 충성도를 바탕으로 온라인 강의 동반 구입을 강제할 수 있는 지위에 있는 것으로 보이는 점, 직영관리팀이 소속 가맹학원들에게 독려하는 바와 같이 기준 수강료 초과분에 대해 온라인 수강증을 사용하도록 하거나 오프라인 수강시 총액으로만 고지된 수강료를 납입하게 함으로써 결과적으로 온라인 수강료도 동시에 결제하도록 하는 것은 학원수강료 상한제를 회피하여 실제 수강료와 교육형이 정하는 기준 수강료의 차이를 보전할 목적으로 비롯된 것으로 보이고 이는 수강생들에게는 불리한 수강료 인상 효과를 가져오는 점, 이처럼 동시에 수강료가 결제됨으로 인해 학생들은 각자의 선호나 개인적 이해도 및 필요성과 아무런 상관없이 일률적으로 온라인 강의를 수강하도록 사실상 강제되는 점, 다른 학원들

중 아발론어학원, CDI홀딩스 등은 온라인 강의가 선택적 사항이라는 점을 수강생들에게 공지하고 있는 점 등에 비추어 보면, 원고의 온라인 강의 끼워팔기 행위는 소비자효용을 갑소시키고 학생의 자유로운 선택을 침해하는 것으로서 정상적인 거래관행에 비추어 부당한 행위에 해당함.

[페르마에듀의 거래강제행위 건(서울고법 2009. 11. 12. 선고 2009누5635 판결, 고법 확정)]

② 부정례

□ 가맹점들에 대한 주류 대 일반잡화 구매비율 강제에 정당한 이유가 있어 불공정거래 행위에 해당되지 않음

○ 원고 한국생필체인이 주류의 구매액에 대한 일정비율 이상의 일반잡화의 구입을 강제하기로 방침을 정하고 가맹규약에 이를 위반하는 가맹점을 제명할 수 있도록 하는 규정을 마련하여 각 가맹점에 대하여 일정기간의 구매실적에 있어서 일반잡화에 대한 주류의 구매비율을 일정하게 유지하도록 강제한 것은 불공정거래행위의 유형에는 해당이 되는 것으로 보아야 할 것이나, 한편 일반생활필수품의 유통근대화라는 연쇄화사업 자체의 취지와 원고 회사의 설립목적 및 그 정관과 가맹규약상의 여러 규정, 일정한 주류취급비율의 유지는 원고회사의 존립을 위하여 필요하고, 또한 각 가맹점들은 위 연쇄화사업 조직의 구성원으로서 그와 같은 정관과 가맹규약 및 회사의 운영방침을 따라야 할 의무가 있다는 점, 상공부와 국세청 등이 행정지도 등을 통해 주류의 취급비율 유지를 사실상 강제해온 사정, 연쇄화 사업의 건실한 발전과 건전한 유통질서의 확립을 위하여서는 원고회사의 위와 같은 조직의 필요성이 있다는 점 등의 여러 사정에 비추어 보면, 원고의 위와 같은 일반잡화의 구매비율 강제는 정당한 이유가 있는 것이어서 공정거래법 소정의 불공정거래행위의 해당성이 조각됨.

[한국생필체인의 거래강제행위 등 건(서울고법 1993. 6. 24. 선고 92구20257 판결¹⁹⁾)]

□ 시스템을 판매하면서 호환 가능한 특정 종류의 프로젝터 중 하나를 함께 구입하도록 한 행위는 공정거래법 제23조 제1항 제3호의 ‘부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하거나 강제하는 행위’에 해당한다고 볼 수 없음

○ 원고의 GS시스템을 이용하여 스크린골프를 하기 위해서는 센서, 스윙플레이트, 영상을 확대하여 보여주는 ‘프로젝터’, ‘스크린’, 그리고 이러한 장비를 제어·실행하는 ‘컴퓨터’

19) 삼고심(대법원 1995. 2. 3. 선고 93누15663 판결)은 이러한 위법판결에 위법이 없다고 판시함

등이 필수적으로 구비되어 있어야 하므로, 밀접불가분한 구성요소에 해당하고, 거래상대방이 구입하고자 하지 않거나 상대적으로 덜 필요로 하는 종된 상품에 해당한다고 볼 수 없음.

- 대부분의 점주들이 신규 GS시스템을 도입하면서 프로젝터 역시 신규 GS시스템에 맞추어 원고가 권장하는 프로젝터를 자발적으로 선택하였는데, 원고에게 시중에서 유통되는 모든 프로젝터를 검토한 다음 다른 프로젝터들의 정보를 점주들에게 제공하여야 할 의무가 있다고 볼 특별한 근거가 없는 이상, 원고가 시중에 판매되는 모든 프로젝터에 관하여 위와 같은 정보를 점주들에게 제공하지 않았다고 하여 프로젝터의 구입을 강제하였다고 할 수 없음.
- 원고 외에 다른 스크린골프 시뮬레이터 판매 업체인 지스윙, 캘러웨이, 티업, 비전프로, 찬스골프 등도 다른 하드웨어를 판매하면서 프로젝터를 기본 구성품으로 포함시키고 있음.
- 불공정거래행위 심사지침 V. 5. 가. (2)의 (나)항에서는 '정상적인 거래관행에 부합되는 경우의 예시'로 '주된 상품의 기능에 반드시 필요한 상품을 끼워 파는 행위'를 들고 있는바, GS시스템은 프로젝터 없이는 사용할 수 없고 GS시스템의 기능에 프로젝터는 반드시 필요한 상품이므로 피고의 위 심사지침에 의하더라도 원고의 프로젝터 판매 행위는 정상적인 거래관행에 부합함.

[골프존의 거래강제행위 및 거래상지위남용행위에 대한 건(서울고법 2016. 11. 23. 선고 2014누62052 판결²⁰⁾]

나. 사원판매

1) 취지

□ 회사의 우월적 지위를 바탕으로 임직원의 선택의 자유를 제한하는 것을 방지하고자 하는 것임

- 사원판매를 불공정거래행위로 규정하고 있는 것은, 회사가 그 임직원에 대하여 가지는 고용관계상의 지위를 이용하여 상품과 용역의 구입 또는 판매를 강제함으로써 공정한 거래질서를 침해하는 것을 방지하고자 하는 것으로서, 이러한 사원판매에 해당하기

20) 삼고신(내법원 2017. 4. 13. 선고 2016두64999)은 심리불속형 기각함

위하여는 문제된 행위의 태양과 범위, 대상 상품의 특성, 행위자의 시장에서의 지위, 경쟁사의 수효와 규모 등과 같은 구체적 상황을 종합적으로 고려할 때 당해 행위가 거래 상대방인 임직원의 선택의 자유를 제한함으로써 가격과 품질을 중심으로 한 공정한 거래질서를 침해할 우려가 있다고 인정되어야 함.

[대우자판의 거래강제행위 건(대법원 2001. 2. 9. 선고 2000두6206 판결²¹⁾)]

2) 성립요건

□ 사업자가 그 임직원에 대하여 직접 구입을 강제하거나 이와 동일시할 수 있을 정도의 강제성을 가지고 판매량을 할당하고 구입부담을 지우는 등 행위가 있어야만 함

- 사원판매 강제행위에 해당하려면 사업자가 그 임직원에 대하여 직접 자기회사 상품 등을 구입하도록 강제하거나 적어도 이와 동일시 할 수 있을 정도의 강제성을 가지고 자기회사 상품의 판매량을 할당하고 이를 판매하지 못한 경우에는 그 목표미달 임직원에게 그 상품의 구입부담을 지우는 등 행위가 있어야만 할 것이고, 단지 임직원들을 상대로 자기회사 상품의 구매자 확대를 위하여 노력할 것을 촉구하고 독려하는 것은 위 행위유형에 해당되지 아니함.

[한국일보사의 사원들에 대한 신문구매강요행위 건(대법원 1998. 3. 27. 선고 96누18489 판결)]

3) 공정한 경쟁저해의 정도

□ 공정한 경쟁을 저해할 추상적인 위험성만으로 불공정거래행위로 인정됨

- 불공정거래행위로 인정되기 위해서는 실제로 공정한 경쟁을 저해한 사실이 있어야 할 필요는 없고, 그 우려가 있는 것만으로 충분하며, 그 우려의 정도는 추상적인 위험성 (가능성)만으로 충분하고 구체적인 위험성을 필요로 하지 않을 뿐만 아니라 기업이익의 극대화 등의 영리적인 목적이 반드시 필요한 것은 아님.

[대우자판의 거래강제행위 건(대법원 2001. 2. 9. 선고 2000두6206 판결²²⁾)]

21) 재상고심(대법원 2002. 8. 28. 선고 2002누5085 판결)은 심리불속행 기각함

22) 재상고심(대법원 2002. 8. 28. 선고 2002누5085 판결)은 심리불속행 기각함

4) 구체적 사안

① 긍정례

□ 임직원들의 임의적인 의사에 반하여 차량을 구입하도록 강제한 것은 부당함

- 단순히 후생복지적 차원에서 원고 대우자판 임직원들에게 차량 구입기회를 제공하는 차원에서 이루어진 것 또는 원고회사 사원들이 애사심이나 일반 판매가격보다 저렴하다는 이점 때문에 자발적으로 제품을 구입하는 차원을 넘어선 것으로서 원고회사가 누적되는 재고차량의 소진을 위하여 우월한 지위를 바탕으로 임직원들의 임의적인 의사에 반하여 차량을 구입하도록 조직적으로 시원들의 차량구입 여부 및 차종에 대한 선택의 기회를 제한하여 자사 제품의 구입을 강제한 것으로 부당하게 자기 또는 계열회사의 임직원으로 하여금 자기 또는 계열회사의 상품이나 용역을 구입하도록 강제하는 행위에 해당됨.

[대우자판의 거래강제행위 건(대법원 2001. 2. 9. 선고 2000두6206 판결²³⁾)]

② 부정례

□ 신문부수확대를 위하여 노력할 것을 촉구하고 독려한 것에 불과하고 강제성이 없음

- 원고가 “창간 73주년 기념 가족확장대회”라는 이름 아래 자사 및 계열회사의 임직원 1인당 5부 이상 신규 구독자를 확보하도록 촉구하고, 각 부서별로 실적을 집계하여 공고하는 한편 판매목표를 달성한 임직원에게는 상품을 수여하는 등의 신규 구독자 확장계획을 수립·시행한 것은 단지 신문부수확대를 위하여 노력할 것을 촉구하고 독려한 것에 불과하지 강제성이 있는 사원판매행위에 해당된다고 볼 수 없음.

[조선일보의 사원들에 대한 신문구매강요행위 건(대법원 1998. 3. 27. 선고 96누18489 판결²⁴⁾)]

□ 자사의 신문판매를 사원들에게 강요하였다고 볼 만한 행위의 강제성을 인정할 수 없음

- 원고가 1인당 판매목표를 설정하고 이를 초과달성을 임직원에 포상한 사실은 있으나, 판매실적이 부진한 임직원에 대하여 강제로 신문을 구독하도록 하는 등 어떤 형태로든

23) 파기환송 후 환송신에 대한 재상고심(대법원 2002. 8. 28. 선고 2002두5085 판결)은 심리불속형 기각함

24) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 1998. 7. 28. 선고 98누8775 판결)

불이익을 준 적이 전혀 없고 위 신문화장계획에 참여한 임직원이 전사원의 36.5%에 불과한 점 등을 종합하면 행위의 강제성 등을 인정할 수 없어 사원판매행위에 해당되지 않음.

[한겨레신문의 사원들에 대한 신문구매 강요행위 건(대법원 1998. 5. 12. 선고 97누14125 판결)]

다. 기타의 거래강제

- 건설사가 특정 법무사를 지정하여 등기업무를 위임할 것을 사실상 강제하였으나 이로 인하여 등기비용이 절감되었으며 다른 법무사의 등기신청도 가능하였던 점 등에 비추어 부당성이 인정되기 어려움²⁵⁾
- 원고는 지정법무사 이외의 다른 법무사에게 등기업무를 위임하는 경우에는 등기업무 처리로 인한 일체의 책임을 묻지 아니하기로 하는 각서 등의 제출을 요구한 바, 대출세대로 하여금 지정법무사에게만 등기 업무를 위임할 것을 사실상 강제하는 효과를 거두고 있으나, 원고 등 농협은 위 각 등기의 일방 당사자로서 자신의 이익이 침해되지 않도록 자신이 신뢰하는 법무사를 선임하여 등기신청을 할 권리가 없다고 할 수 없는 점, 원고의 위 행위로 인하여 대부분의 대출세대가 지정법무사를 선임하여 일괄하여 그 업무를 처리하게 한 결과 40%의 비율에 상당한 등기비용이 절감하게 되었으므로 이는 결국 그 업무처리의 편의성, 효율성의 제고와 소비자의 후생 증대에 기여하였으며, 나아가 원고 및 농협의 이익도 보호되는 효과가 발생하게 되었다고 할 것인 점, 원고 등의 연대보증채무의 해소를 위하여 농협으로부터 원고 등에 대한 연대보증 채권을 포기하는 동의서 등을 받아 원고 등에게 제출하는 경우에는 다른 법무사의 등기신청이 가능하도록 한 점(지정법무사를 이용하지 않은 세대수는 9세대) 등에 비추어 부당성이 인정되기 어려움.

[대우건설의 거래강제행위 건(서울고법 2007. 9. 13. 선고 2006누27900 판결²⁶⁾)]

25) 건설사가 임주자들에게 중도금 대출을 알선하여 주고 그 소유권의 이전 및 담보용 근저당권의 설정에 필요한 등기업무대행을 위하여 특정 법무사를 지정해 준 사안

26) 상고심(대법원 2007. 12. 13. 선고 2007두20492 판결)은 심리불속형 기각함

- 총판 평가지표를 설정하면서 수능 비연계 교재의 배점을 높게 설정하고, 평가 결과가 좋지 않은 총판에 대하여는 계약을 종료하거나 경고조치를 한 행위는, 수능 비연계 교재의 판매를 사실상 강제한 불공정 거래행위임
- 원고(한국교육방송공사)는 2013년 및 2014년 총판과의 계약갱신 여부를 결정하기 위하여 총판 평가지표를 설정하면서 전체 매출액의 약 60%를 차지하는 수능 연계 교재의 매출실적에 대한 평가지표 배점은 100점 만점 중 15점으로 지나치게 낮게 설정하고, 전체 매출액의 약 40%를 차지하는 수능 비연계 교재의 매출실적에 대한 평가지표 배점을 70점 또는 85 점으로 높게 설정하였으며, 위와 같은 평가지표에 따라 총판을 평가하여 평가 결과가 좋지 않은 총판에 대하여는 계약을 종료하거나 경고조치를 하였는바, 이는 원고의 수능 연계 교재의 경우 정부의 EBS-수능 연계정책에 따라 높은 판매량이 사실상 보장되고 있었던 반면, 수능 비연계 교재인 초·중·고등학교 학습참고서의 경우 수능 연계 교재에 비하여 시장점유율이나 매출액이 크게 떨어지던 상황에서 수능 연계 교재 시장에서의 우월한 지위를 이용하여 수능 비연계 교재의 판매를 확대하기 위함이었음.
- 위와 같은 평가지표가 설정되어 그에 따라 계약갱신 여부를 결정하겠다고 고지된 이상 총판으로서는 원고의 수능 연계 교재의 총판권을 유지하기 위하여 평가지표 상 배점이 높은 수능 비연계 교재의 판매를 사실상 강제 받는 상황에 놓이게 되었을 것으로 보이고, 이는 별다른 부적격사유가 없으면 계약을 갱신하거나 매출규모를 반영한 평가지표를 설정하여 계약갱신 여부를 평가해온 학습참고서 시장에서의 통상적인 거래관행에 반하는 행위로서 원고가 자신의 거래상 지위를 이용하여 불합리한 평가기준을 설정하고 그에 따르지 않을 경우 불이익을 제공하는 불공정한 거래행위에 해당한다고 볼이 타당함.

[한국교육방송공사의 거래강제행위 건(서울고법 2016. 11. 30. 선고 2016누44744 판결²⁷⁾)]

27) 상고심(대법원 2017. 3. 30. 선고 2016두64357 판결)은 심리불속행 기각함

6. 거래상 지위의 남용(법 제45조 제1항 제6호, 구법 제23조 제1항 제4호)

가. 입법취지

- 현실의 거래관계에서 경제력에 차이가 있는 거래주체 간에도 공정한 거래를 할 수 있게 하기 위함임

- 사업자의 거래상 지위의 남용행위를 규제하고 있는 취지는 현실의 거래관계에서 경제력에 차이가 있는 거래주체 간에도 상호 대등한 지위에서 벤이 보장하고자 하는 공정한 거래를 할 수 있게 하기 위하여 상대적으로 우월적 지위에 있는 사업자에 대하여 그 지위를 남용하여 상대방에게 거래상 불이익을 주는 행위를 금지시키고자 하는데 그 취지가 있음.

[전북개발공사의 거래상지위남용행위 건(서울고법 2003. 6. 3. 선고 2002누10768 판결²⁸⁾)]

나. ‘사업자’ 및 ‘거래’의 의미

- 국가나 지방자치단체도 사경제의 주체로서 타인과 거래행위를 하는 경우에는 ‘사업자’에 포함됨

- 국가나 지방자치단체도 사경제의 주체로서 타인과 거래행위를 하는 경우에는 그 범위 내에서 독점규제및공정거래에관한 법률 소정의 사업자에 포함됨.

[서울시와 전동차제작회사의 전동차제작납품계약 건(대법원 1990. 11. 23. 선고 90다카 3659 판결)]

- 거래상 지위의 남용행위의 대상이 되는 ‘거래’는 사업자간의 거래에 한정되는 것은 아님

- 공정거래법 제23조 제1항 제4호가 불공정거래행위의 한 유형으로 사업자가 “자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위”를 규정하면서, 거래 상대방을 사업자로 한정하고 있지 않는 점, 거래상 지위의 남용행위를 불공정거래행위로 규제하는 취지는 현실의 거래관계에서 경제력에 차이가 있는 거래주체 간에도 상호 대등한 지위에서 벤이 보장하고자 하는 공정한 거래를 할 수 있도록 하기 위한 것인 점 등을 감안하면, 거래상

28) 삼고심(대법원 2003. 11. 27. 선고 2003누10299 판결)은 신리불속행 기각함

지위의 남용행위의 대상이 되는 거래가 사업자간의 거래에 한정되는 것은 아니라고 할 것임.

[팬택여신투자금융 외 18의 거래상지위남용행위 건(대법원 2006. 11. 9. 선고 2003두15225 판결)]

□ 손해보험회사와 피보험자가 책임질 사고로 대물손해를 입은 피해차주 사이에도 '거래관계'가 존재함

- 원심은 거래라는 용어에는 행위자의 의사표시가 전제되어 있으므로 법률행위와 그에 수반하는 행위는 거래에 포함되나 불법행위와 그에 수반하는 행위는 거래에 포함되지 않는다고 본 다음, 원고들과 피해차주들 사이에 거래관계가 있음을 전제로 한 피고의 이 사건 처분은 위법하다면서 이를 취소하였음.
- 그러나 ① 불공정거래행위에 관한 법상의 관련 규정과 입법 취지 등에 의하면 불공정 거래행위에서의 "거래"란 통상의 매매와 같은 개별적인 계약 자체를 가리키는 것이 아니라 그보다 넓은 의미로서 사업활동을 위한 수단 일반 또는 거래질서를 뜻하는 것으로 보아야 하는 점, ② 비록 피해차주의 보험회사에 대한 직접청구권이 피보험자의 불법행위에 의하여 발생한다고 하더라도 보험회사 및 피보험자는 바로 그러한 경우를 위하여 보험계약을 체결하는 것이고, 피해차주는 자동차손해보험의 특성상 보험계약 성립 당시에 미리 확정될 수 없을 때까지 그 출현이 이미 예정되어 있는 것이며, 그에 따라 보험회사가 피해차주에게 대물손해를 배상하여야 할 의무도 위 보험계약에 근거하고 있는 것인 점(보험회사는 피보험자의 피해차주에 대한 손해배상채무를 병존적으로 인수하는 것임. 대법원 2005. 10. 7. 선고 2003다6774 판결 참조), ③ 불법행위로 인한 손해배상채무가 이행되는 과정에서도 채무자에 의한 불공정거래행위가 언마든지 발생할 여지가 있는 점(예컨대, 보험회사가 피해차의 수리비용을 일시불로 즉시 지급하지 아니하고 장기간에 걸쳐 소액으로 분할지급한다거나, 애예 상당한 기간이 경과한 후에야 수리비용을 지급하는 것 등) 등에 비추어 볼 때, 원고들과 피해차주들 사이에는 피보험자들을 매개로 한 거래관계가 존재한다고 봄이 상당합. 그럼에도 불구하고 원심은 원고들과 피해차주들 사이에 거래관계가 존재하지 않는다고 판단하였으니, 이러한 워신판결에는 법상의 불공정거래행위에서의 거래의 개념에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있음.

[8개 손해보험사의 거래상지위남용행위 건(대법원 2010. 1. 14. 선고 2008두14739 판결²⁹⁾)]

29) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2010. 7. 7. 선고 2010누3598 판결)

다. 적용대상

□ 정상적인 거래관행 등에 비추어 정당하여 순수한 민사상의 분쟁에 불과하다고 인정되는 경우가 아닌 한 그러한 다툼은 결국 공정한 거래질서를 저해하는 것이라 할 것이므로 공정거래법의 적용대상임

- 불공정거래행위의 한 유형으로 사업자가 “자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위”를 규정하고 있는 것은, 결과적으로 공정한 경쟁기반을 만들고자 하는 데 그 입법취지가 있는 것으로, 당해 행위가 시장의 경쟁질서에 직접적인 영향을 주지는 않더라도 거래 당사자 사이의 거래방법, 거래조건 등이 정상적인 거래관행에 비추어 공정하지 못하다고 인정될 경우 적용될 수 있는 것임. 거래상 불리한 지위에 있는 자로서는 계약서 및 관련 법령내용 등의 해석과 관련하여 다툼이 있는 경우에는 나중에 민사소송 등을 통하여 승소하여 권리구제를 받을 수 있다 할지라도 그러한 다툼이 있다는 자체가 불이익으로 작용할 수 있다는 점을 고려할 때, 우월적 지위 등에 있는 자가 계약서 및 관련 법령내용 등의 해석에 관하여 다툼을 것 자체가 정상적인 거래관행 등에 비추어 정당하여 순수한 민사상의 분쟁에 불과하다고 인정되는 경우가 아닌 한 그러한 다툼은 결국 공정한 거래질서를 저해하는 것이라 할 것이므로 공정거래법의 적용대상이 됨.

- 원고의 이 사건 지연배상금 미지급 행위도 이 사건 지연배상금을 지급할 의무가 인정됨에도 정상적인 거래관행 등에 비추어 별다른 정당한 이유 없이 그 지급을 거절한 것이므로 공정거래법의 적용대상이 됨.

[한국전력공사의 거래상지위남용행위 건(서울고법 2007. 9. 5. 선고 2007누9046 판결³⁰⁾]

□ 계약의 해석에 관하여 다툼이 있는 민사 사안이라는 이유만으로 공정거래법의 적용이 배제되지 않음

- 공정거래법은 사업자의 시장지배적 지위 남용과 과도한 경제력 집중을 방지하고, 부당한 공동행위 및 불공정거래행위를 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형 있는 발전을 도모함을 목적으로 하는 것으로서(공정거래법 제1조 참조), 계약의 해석에 관하여 다툼이 있는 민사 사안이라는 이유만으로 공정거래법의 적용이 배제되어야 한다고 볼 수 없음.

[한국씨티은행의 거래상 지위남용행위 건(대법원 2009. 10. 29. 선고 2007두20812 판결)]

30) 상고심(대법원 2007. 12. 13. 선고 2007두20287 판결)은 삼리불속행 기각함

- 이 사건 판매대행점은 자신이 월정액 행낭운송비용을 전액 부담한다는 내용을 인지한 상태에서 원고와 위탁판매계약을 체결한 것으로 볼 수 없으므로 이 사건 행위는 민사행위로 공정거래법 적용대상에 해당하지 않는다는 원고의 주장은 이유 없음
- 불공정거래행위 심사지침 V. 6. (2)은 민사행위 등과 구별하는 기준과 관련하여 '거래개시 단계에서 거래상대방이 자신이 거래할 사업자를 선택할 수 있었는지 여부와 계약내용을 인지한 상태에서 자신의 판단 하에 거래를 선택하였는지 여부를 기준으로 함. 만약 거래상대방이 자신이 거래할 사업자를 여러 사업자 중 선택할 수 있었고 계약내용을 충분히 인지한 상태에서 자신의 판단에 따라 거래를 개시하였고 계약내용대로 거래가 이루어지고 있다면 이는 공정거래법 적용대상(거래상 지위남용)에 해당되지 않음. 그렇지 아니하고 계속적 거래를 개시하기 위해 특정사업자와 거래할 수밖에 없는 경우에는 공정거래법 적용대상에 해당될 수 있음. 거래계속 단계에서는 사업자가 거래상대방에 대해 거래상 지위를 가지고 있는지 여부를 기준으로 함. 사업자가 거래상 지위가 있고 이를 이용하여 각종 불이익을 가한다면 공정거래법 적용대상이 될 수 있다'고 규정하고 있음.
- 그런데 2014년부터 2017년까지 사용된 이 사건 용역도급계약서에는 상품의 매장 간 이동비용은 별도 합의에 의거한다고만 기재되어 있어 판매대행점이 행낭운송비용분담비율에 관하여 충분히 인지한 상태에서 거래를 개시하였다고 보기 어려움. 그리고 2018년부터 사용된 이 사건 위탁판매계약서 중 행낭운송비용 분담에 관한 부분의 공란이 '(원고 0 : 판매대행점 100)'과 같은 방식으로 보충되어 있다고 하더라도, 과연 판매대행점이 원고와 행낭운송비용 분담비율에 관하여 충분한 협의를 거쳐 거래를 개시하였는지 의심이 드는 것은 앞서 살펴본 바와 같음. 또한 판매대행점은 원고의 상품 이외의 다른 회사의 제품을 취급할 수 없는 전속대리점에 해당하므로, 계속적 거래를 하기 위해서는 원고하고만 거래할 수밖에 없음. 나아가 거래계속 단계에서는 사업자가 거래상대방에 대해 거래상 지위를 가지고 있는지를 기준으로 민사행위 등과 구별하여야 할 것인데, 원고가 거래상 지위를 가지고 있음을 앞서 인정한 바와 같으므로 이 사건 행위가 공정거래법 적용대상이 아니라고 볼 수 없음.

[패션그룹형지(주)의 대리점법 위반행위 등에 대한 건(서울고법 2023. 2. 8. 선고 2022누 36744 판결), 고법 확정]

라. 거래상 지위의 존재 여부

1) 판단기준

□ 시장의 상황, 당사자간의 사업능력의 격차, 상품특성 등을 모두 고려하여 판단하여야 할 것임

- 거래당사자의 일방이 우월적 지위에 해당하는지 여부는 당사자가 처하고 있는 시장의 상황, 당사자간의 전체적 사업능력의 격차, 거래의 대상인 상품의 특성 등을 모두 고려하여 최소한 상대방의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있는지에 따라서 판단되어야 할 것임.

[전북개발공사의 거래상지위남용행위 건(서울고법 2003. 6. 3. 선고 2002누10768 판결³¹⁾)]

* 참고: 나래앤컴퍼니의 거래상지위남용행위 건(대법원 2002. 10. 25. 선고 2001두1444 판결), 한국물류의 거래상지위남용행위 건(대법원 2004. 5. 27. 선고 2004재두34 판결)

□ 전국을 사업지역으로 하고 있는 거래상대방은 원고 이외의 거래처를 선택할 충분한 기회가 있으므로, 원고가 거래상대방에 대하여 상대적으로 우월한 지위 또는 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있다고 볼 수 없음

- 경제력과 전체적 사업능력에서 원고보다 우위에 있고 전국을 사업지역으로 하고 있는 거래상대방은 원고 이외의 거래처를 선택할 충분한 기회가 있고, 실제로 원고에 대한 거래의존도도 낮은 점을 알 수 있으므로, 원고가 거래상대방에 대하여 상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 거래상대방의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있다고 볼 수 없음.

- ① 2012년, 2013년 원고가 전체 건설시장에서 발주자로서 차지하는 비중은 약 0.75%, 0.29%이며, 거래상대방은 전국에서 공사를 수행하는 반면 원고의 사업지역은 경기도에 한정되고, 2012년, 2013년 거래상대방의 원고에 대한 평균 거래의존도도 약 0.67%에 불과함. ② 원고의 연매출은 약 2조원인데 비하여 거래상대방 중 4개사는 연매출이 약 10조 원 또는 그 이상이며, 이를 포함한 7개사는 상호출자제한 및 채무보증제한 기업집단에 해당함. ③ 일괄입찰공사 시장을 수행 가능한 건설사가 소수인 판매자가 우위에 있는 시장으로 상대적으로 소규모 발주자인 원고가 오히려 거래상 열위에 있을 수 있고, 실제로 2012년, 2013년 원고의 거래상대방에 대한 거래의존도는 약 38%에 달함.

31) 상고심(대법원 2003. 11. 27. 선고 2003두10299 판결)은 신리불속행 기각함

- 피고는 원고가 거래상 지위에 있는지 여부를 원고가 속한 시장만을 기준으로 판단해야 한다는 취지로 주장하나 현실의 거래관계에서 경제력에 차이가 있는 거래주체 간에도 상호 대등한 지위에서 거래할 수 있도록 하기 위한 공정거래법의 취지에 비추어 볼 때, 원고가 속한 시장 이외의 시장을 제외하고 판단하여야 하는 특별한 근거가 없을 뿐 아니라 원고가 속한 시장만을 기준으로 한다면 거래상대방이 경제력에서 월등히 우월한 경우에도 모두 원고의 거래상 지위가 인정되게 되어, 오히려 전제적으로는 경제력이 우월한 거래상대방을 보호하게 되는바, 이는 경제력이 열위에 있는 거래주체를 보호하기 위한 공정거래법의 취지와 모순됨.

[경기도시공사의 거래상 지위남용행위 건(서울고법 2016. 9. 28. 선고 2016누34563 판결32)]

□ 거래상 지위의 인정에 반드시 계속적인 거래관계의 존재가 요구되지 않음

- 다음과 같은 사정들을 고려하면, 공정거래법의 거래상 지위남용 행위에 해당하기 위해서 해당 사업자와 그 거래상대방 사이에 반드시 계속적인 거래관계가 존재하여야만 하는 것은 아니라고 봄이 상당함.

- ① 행정기관 내부의 업무처리지침이나 법령의 해석 · 적용 기준을 정한 행정규칙은 특별한 사정이 없는 한 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 효력이 없음. 처분이 행정규칙을 위반하였다고 해서 그러한 사정만으로 곧바로 위법하게 되는 것은 아니고, 처분이 행정규칙을 따른 것이라고 해서 적법성이 보장되는 것도 아니며, 처분이 적법한지는 행정규칙에 적합한지 여부가 아니라 상위법령의 규정과 입법 목적 등에 적합한지 여부에 따라 판단하여야 함 (대법원 2019. 7. 11. 선고 2017두38874 판결, 대법원 2021. 10. 14. 선고 2021두39362 판결 등 참조). 피고의 예규인 ‘불공정거래행위 심사지침’은 공정거래법 제5장에서 규정하고 있는 불공정거래행위에 관한 해석 · 적용에 관한 내부적인 준칙으로서 법원은 이에 구속되지 아니함. 따라서 설령 ‘불공정거래행위 심사지침’이 거래상 지위남용이 성립하기 위해 사업자와 거래상대방 사이에 계속적인 거래관계가 있어야 한다는 취지로 정하고 있더라도, 이는 공정거래법의 해석에 관한 하나의 견해에 불과하여, 법원이 반드시 이를 기준으로 거래상 지위의 존부를 판단하여야 하는 것은 아닌.
- ② 공정거래법령이 거래상 지위남용을 불공정거래행위의 하나로 규제하는 것은 거래당사자의 상대적 지배력의 격차로 인해 일방이 상대방에 대하여 종속적인 관계에 있는 것을 이용하여 불이익제공 등 행위를 하는 것이 공정한 거래를 해칠 우려가 있다고 보기 때문임. 불이익제공이 대등한 당사자 사이의 합의 내지 자유로운 선택에 의한 것이라면

32) 상고심(대법원 2017. 2. 1. 선고 2016누56417 판결)은 심리불속행 기각함

거래상 지위남용이 성립할 여지가 없음. 일방의 거래가 상대방에 대하여 의존적일 때 자유로운 선택이 어려워지므로, 결국 거래상 지위의 본질은 일방의 상대방에 대한 거래 의존도에 있고, 따라서 거래의존도는 거래상 지위의 존부를 판단하는 데 필수적인 기준이라고 볼 수 있음. 그러나 계속적 거래관계의 경우 거래상 지위남용을 규제하는 공정거래법령의 제반 규정과 입법 취지로부터 계속적 거래관계가 반드시 요구된다는 점을 도출하기는 어려움.

- ③ 쌍방 당사자가 계속적 거래관계가 있고 부당한 불이익제공 행위 등이 있는데 그 거래관계가 유지된다면, 이는 일방의 상대방에 대한 종속성을 추단하게 하는 강력한 지표가 될 수 있음. 즉, 해당 상품 또는 용역의 거래가 계속적인 경우 부당한 불이익제공 등 행위를 받는 당사자는 차회에 다른 선택을 할 기회가 열려 있고, 그럼에도 상대방과 거래를 계속 이어간다면 상대방에 대해 의존적인 지위에 있다고 봄이 합리적임. 이러한 점에서는 계속적 거래관계도 거래상 지위를 판단하는 하나의 요소가 될 수 있음. 그러나 계속적 거래관계는 어디까지나 거래의존도의 판단을 위해 필요한 고려요소가 될 수 있을 뿐, 그 자체로 거래상 지위의 존부를 판단하는 독자적인 기준이 된다고 보기는 어려움.
- ① 어느 일방이 상대방과의 거래관계를 계속 유지하기 위해 상대방의 부당한 불이익제공 행위 등을 어쩔 수 없이 수인하여야 하는 경우가 있을 수 있음. 거래관계의 계속 여부는 이러한 점에서도 거래상 지위의 존부 판단에 고려될 수 있음. 그러나 이 경우에도 핵심은 거래의 계속성이 아니라 일방에 대한 상대방의 상대적 지배력 또는 일방의 상대방에 대한 거래의존도임. 어느 당사자가 자신의 우월한 지위를 이용하여 거래상대방에게 부당하게 불이익을 주는 행위는 거래의 계속 여부와 무관하게 발생할 수 있으며, 일회성 거래라 하여 그 상대방이 언제나 그 거래관계에서 자유롭게 이탈할 수 있는 것은 아니므로, 거래관계의 계속성은 거래상 지위의 존부 판단에 필수적이라고 할 수 없음.

[한국토지주택공사의 거래상지위남용행위에 대한 건(서울고법 2022. 9. 28. 선고 2021누 60719 판결³³⁾]

33) 상고심(대법원 2023. 2. 2. 선고 2022두61182 판결)은 신리불속행 기각함

2) 구체적 사안

- 원고와 나이스 및 ITN과의 규모에 따른 사업능력의 격차, ITN의 원고에 대한 높은 매출의존도 등을 더하여 보면, 원고는 나이스 및 ITN과의 관계에서 상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 상대방의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위를 갖고 있음
 - 불이익제공행위에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 '거래상 지위'는 일방이 상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 상대방과의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위를 갖고 있으면 이를 인정할 수 있고(대법원 2001. 1. 25. 선고 2000두9359 판결 참조), 거래상 지위가 있는지 여부는 당사자가 처하고 있는 시장의 상황, 당사자 간의 전체적 사업능력의 격차, 거래의 대상인 상품의 특성 등을 모두 고려하여 판단하여야 함(대법원 2000. 6. 9. 선고 97누19427 판결 참조). 다음과 같은 이유로 원고는 나이스 및 ITN에 대하여 '거래상 지위'를 갖는다고 인정됨.
 - VAN사들이 대형가맹점에게 영업지원금이나 수수료 명목으로 다양한 경제적 이익을 제공하는 영업방식을 채택하고 있고, 원고가 나이스 및 ITN과 VAN서비스 계약을 체결하여 VAN서비스를 제공하고 있음에도 불구하고 2010. 8.과 2010. 11.에 두 개의 다른 VAN사(한국정보통신, 스마트로)가 원고에게 나이스 및 ITN보다 유리한 조건의 거래를 제안해 온 사실 및 VAN서비스 시장은 사업자들 사이에 서비스의 차별화가 어려운 시장인 점 등에 비추어 보면, VAN사들 사이에서 대형가맹점 우치경쟁이 치열하게 이루어지고 있는 것으로 보이고, 나이스와 ITN이 대체거래선을 용이하게 확보할 수 있다는 원고 주장은 받아들이기 어려움.
 - 원고와 같은 가맹점의 입장에서는 다른 VAN사로 거래처를 전환한다고 하여도 이를 위하여 별다른 전환비용이 들지 않는 것으로 보이는데, 나이스와 ITN 같은 VAN사의 입장에서는, 특히 대형가맹점의 경우 일정 기간 이상 거래를 계속하는 것을 전제로 상당한 지원금이나 전산장비를 제공하였음에도 거래의 중단으로 투자비용을 회수하지 못하는 상당한 손해를 감수하여야 하는 문제가 발생하는 것으로 보임.
 - 위와 같은 사정에다가 원고와 나이스 및 ITN과의 규모에 따른 사업능력의 격차, ITN의 원고에 대한 높은 매출의존도 등을 더하여 보면, 원고는 나이스 및 ITN과의 관계에서 상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 상대방의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위를 갖고 있음을 부인하기 어렵다고 할 것임.

[한국미니스톱의 거래상지위남용행위 건(서울고법 2016. 9. 2. 선고 2015누51547 판결³⁴⁾)]

□ 원고는 영업전문점에 대하여 상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 영업전문점의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있음

- 원고는 시장점유율 약 53%의 대규모 사업자인 반면 영업전문점은 원고로부터 영업 업무만을 위탁받아 수행하는 40여 개 업체 중의 하나로 자본금, 전체 매출규모, 종업원 수 등에 비추어 사업능력의 격차가 큼. 영업전문점은 원고와 배타적인 전문점 거래계약을 체결하여 다른 회사 제품을 위한 영업활동을 할 수 없는 형편임. 원고와의 거래는 직접 납품 방식에 의한 수수료 지급 거래가 대부분을 차지하므로, 영업전문점은 매출액 중 상당 부분을 위 거래에 따른 수수료 수입에 의존하게 됨.
- 영업전문점은 신진적으로 원고로부터 지시·감독을 받는 관계에 있으며, 영업전문점이 거래처를 변경하여 원고 외의 다른 벨트인 가전제품 제조업체의 영업전문점으로서 영업을 계속하는 것이 용이하지 않은 점 등을 고려하면 원고는 영업전문점에 대하여 상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 영업전문점의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있음.

[엘지전자의 거래상 지위남용행위 건(서울고법 2015. 10. 21. 선고 2014누49790 판결³⁵⁾)]

□ 티브로드홀딩스는 복합유선방송사업자로서 홈쇼핑사업자에 대하여 상대적으로 우월한 거래상 지위를 가지고 있음

- 원고와 3개 홈쇼핑사업자가 처한 방송채널 시장과 거래의 상황, 거래의 대상인 방송채널의 특성 등을 관련 법리에 비추어 보면, 21개 방송구역에서 원고와 방송채널 송출계약을 체결하여야만 하는 3개 홈쇼핑사업자로서는 원고 이외의 다른 종합유선방송사업자를 선택하는 것이 용이하지 아니하였고 특히 15개 방송구역에서는 다른 종합유선방송사업자를 선택할 가능성이 아예 없었다고 할 것이므로, 원고는 3개 홈쇼핑사업자에 대하여 거래상 상대적으로 우월한 지위에 있었다 할 것임.

[티브로드홀딩스의 거래상지위남용행위 건(서울고법 2014. 8. 21. 선고 2013누32511 판결³⁶⁾)]

□ 골프장 사업자는 평일 회원에 대하여 상대적으로 우월한 지위에 있음

- 원고가 회원의 골프장 이용에 관한 정보와 골프장 이용 배정권한을 사실상 독점하고 있고,

34) 상고심(대법원 2016. 12. 27. 선고 2016두52996 판결)은 심리불속행 기각함

35) 상고심(대법원 2016. 3. 10. 선고 2015누57383 판결)은 심리불속행 기각함

36) 상고심(대법원 2014. 11. 18. 선고 2014누12581 판결)은 법정기간 내 상고이유서 미제출로 기각됨

골프장 이용자는 일반적으로 회원권 구입에 소요되는 비용 때문에 회원권을 여러 개 보유하기 어려운데, 원고의 회원이 다른 골프장을 이용할 때에는 우선 이용 및 요금 할인 등의 혜택이 없이 이용이 곤란하거나 추가비용이 발생하는 점 등에 비추어 볼 때, 평일회원의 원고에 대한 거래 의존도가 높고, 평일회원들이 남부CC를 탈회하고 반환받는 입회비로 다른 골프장의 평일 회원권을 구입할 수는 있지만, 입회 후 수년이 지난 시점에서 탈회하고 반환받는 입회비로는 국내 골프장 중 최고가의 정회원권 거래시세를 형성하고 있는 남부CC에 버금가는 골프장의 평일회원권을 구입하는 것이 쉽지 않을 뿐만 아니라, 그 거래에 드는 비용 또한 적지 않다는 점에서 원고는 평일회원에 대하여 상대적으로 우월한 지위에 있음.

[금보개발의 거래상지위 남용행위 건(대법원 2015. 9. 10. 선고 2012두18325 판결³⁷⁾)]

□ 사업규모와 능력면에서 대규모인 사업발주자가 시공업체에 대하여 우월적 지위에 있음

- 원고 대한주택공사와 삼호토건 사이에 사업규모와 능력면에서 상당한 차이가 있고, 삼호토건은 발주업체로부터 공사를 도급받아 시공하는 건설업체이며, 원고가 전북지역에서 택지개발 및 건설사업을 대규모로 발주하는 자로서 거래상대방인 시공업체의 입장으로서는 원고와의 지속적인 거래관계를 유지하기 위하여 사내과정에서 원고가 요구 또는 제시하는 조건 등을 사실상 거절하기 어려운 점 등에 비추어 볼 때, 원고가 시공업체인 삼호토건에 대하여 거래상 우월적 지위에 있다고 볼이 타당함.

[전북개발공사의 거래상지위남용행위 건(서울고법 2003. 6. 3. 선고 2002누10768 판결³⁸⁾)]

□ 대규모 물류회사는 적어도 납품업체의 유통업체들에 대한 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있는 사업자에 해당함

- 원고와 거래하는 유통업체들의 구매력이 상당하여 제조업체의 입장에서는 원고와 거래함으로써 이러한 유통업체들에게 상품을 납품하기 비교적 용이하고, 대규모 물류회사인 원고와의 거래를 통하여 자사의 상품 홍보 등 다른 효과도 기대할 수 있다는 점 등을 고려하면, 원고는 적어도 납품업체의 유통업체들에 대한 상품납품 등 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있는 사업자에 해당한다 할 것임.

[한국물류의 납품업체에 대한 거래상지위남용행위 건(대법원 2004. 5. 27. 선고 2004재234 판결)]

37) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2015. 12. 18. 선고 2015누1832 판결)

38) 상고심(대법원 2003. 11. 27. 선고 2003두10299 판결)은 심리불속행 기각함

- 대규모 통신사업자는 대리점 계약관계에 있어서 대리점에 대하여 거래상 우월적 지위에 있음

- 원고 나래앤크퍼니는 대규모 통신사업자임에 비하여 우정은 그 대리점 중의 하나로 그 사업규모 면에 있어서 큰 차이가 있고, 대리점 계약관계상 원고의 업무관련 지시감독을 받아야 할 뿐만 아니라 우정의 사업성과가 원고의 지원여부에 따라 결정되는 점 등을 종합하면 이 사건 대리점 계약관계에 있어서 대리점 우정에 대하여 거래상 우월적 지위에 있다고 할 것임.

[나래앤크퍼니의 거래상지위남용행위 건(대법원 2002. 10. 25. 선고 2001두1444 판결)]

- 씨제이헬로비전은 복합종합유선방송사업자로서 협력업체들에 대하여 상대적으로 우월한 지위를 갖고 있음

- 원고는 전국 11개 지역에 SO(종합유선방송사업자)를 보유하고 종합유선방송업을 영위하는 복합종합유선방송사업자로서 1년 매출액이 1,800억원에 이르는 대기업이고 위 SO 중 가야방송은 경남 내 6개 지역에서 경쟁사업자가 없는 독점사업자인 반면 이 사건 4개 협력업체들은 가야방송이 관할하는 지역 내에서 전적으로 가야방송으로부터 업무를 위탁받아 운영되는 중소기업인 점, 협력업체들은 가야방송으로부터 위탁수수료를 지급받는 대가로 가야방송의 포괄적인 지도·감독 하에 가야방송의 상호, 상표 등을 사용하여 가야방송이 제공하는 케이블방송 등의 서비스 유지 보수 등 업무를 위탁수행하며 가야방송이 설정한 영업목표 달성을 대한 평가에 따라 지급받는 수수료가 감액되거나 위탁계약까지 해지될 수 있는 점, 특히 협력업체들은 경영금지 의무를 부담하고 있고 계약기간 연장에 있어 가야방송에게 일방적인 권리가 부여되어 있어 가야방송을 제외한 다른 방송사업자와의 새로운 계약체결에 의한 사업활동이 쉽지 아니한 점 등 여러 사정에 비추어보면, 원고가 협력업체들에 대하여 상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 협력업체들과의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위를 갖고 있음이 충분히 인정됨.

[씨제이헬로비전의 판매목표강제행위 건(대법원 2011. 5. 13. 선고 2009두24108 판결)]

- 조선일보는 각 지국장과 신문판매계약을 체결함에 있어 거래상 우월적 지위가 인정됨

- 조선일보는 신문 및 정기간행물 등을 제조·판매하는 회사로서 자본금 등이 110억원(1994년 말 기준)에 이르는 등 대규모 사업자인데 비해 지국은 전국에 1,525개가 영업구역을

분할한 소규모 판매사업체로서 원고 조선일보의 발행불만을 취급하여 판매하고 사정을 감안하면 원고회사는 각 지국장과 신문판매계약을 체결함에 있어 거래상 우월적 지위가 인정된다고 할 것임.

[조선일보의 사원들에 대한 신문구매강요행위 건(서울고법 1998. 7. 28. 선고 98누8775 판결-환송심³⁹⁾)]

□ 유류제조업자는 자사 제품의 유류제품을 공급받고 있는 전속대리점에 대하여 거래상 지위가 인정됨

○ 전속대리점은 원고 파스퇴르유업과 약정된 영업지역에서 원고와 약정한 영업방식으로 원고의 제품만을 판매하는 전속대리점으로서 원고와 지속적인 거래관계를 유지할 필요가 있고 거래과정에서 사실상 원고의 요구를 거절하기 어려운 점에서 원고는 자사 제품의 유류제품을 공급받고 있는 전속대리점에 대하여 거래상 지위가 인정됨.

[파스퇴르유업의 거래상지위남용행위 건(서울고법 2001. 6. 28. 선고 2000누9221 판결-환송심⁴⁰⁾)]

* 참고: 삼환까류의 거래상지위남용행위 건(대법원 2000. 6. 9. 선고 99두2314 판결), 코스트코코리아의 거래상지위남용행위 건(대법원 2000. 9. 30. 선고 2000두4415 판결)

□ 한국전기통신공사는 전기통신설치 등과 관련한 독점적 수요자로서의 거래상 지위가 인정됨

○ 원고 한국통신은 전기통신사업을 독점적으로 영위하는 사업자로서 전기통신설치 등에 관련된 독점적 수요자의 위치에 있으므로 전기통신관련제품의 생산·유통업자는 원고 이외의 거래처를 선택할 여지가 거의 없으므로 거래상 우월적 지위가 인정된다고 할 것임.

[한국전기통신공사의 한국제어계측에 대한 거래상지위남용행위 건(대법원 1997. 8. 26. 선고 96누20 판결)]

□ 도시가스공급업자는 가스지역관리소 사업자에게 불이익을 줄 수 있는 '거래상 지위'에 있음

○ 대한도시가스는 서울 강남구 등 4개구와 경기 분당 등 6개 지역에서 도시가스를 소비자에게 독점적으로 공급하고 있는 사업자이고, 거래상대방인 지역관리소 사업자들은 총수입의

39) 상고심(대법원 1998. 3. 27. 선고 96누18489 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

40) 상고심(대법원 2000. 6. 9. 선고 97누19427 판결)의 파기환송 취자에 따름

대부분(60~65%)을 대한도시가스에게 의존하고 있는 점에 비추어 보면 대한도시가스는 지역관리소 사업자들에게 불이익을 줄 수 있는 '거래상 지위'에 있다고 볼이 상당함.

[대한도시가스의 거래상지위남용행위 건(대법원 2005. 11. 10. 선고 2005두5987 판결)]

□ 가맹사업자는 가맹계약자의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있음

- 가맹계약자는 가맹사업을 함에 있어 상호, 상표, 포장, 디자인뿐만 아니라 제품의 생산에 대한 노하우(Know-How) 등 영업행위 일체를 가맹사업자인 원고에게 의존하며, 가맹계약자는 일정액의 가맹비를 지급하고 원고로부터 상품, 서비스 등의 지원을 받으며, 가맹사업에 참여하기 위해 점포 및 내부시설장비 등에 상당액의 투자를 하게 되어, 원고가 가맹계약을 해지하는 경우 가맹계약자에게 상당한 경제적 손실이 예상되므로 원고는 가맹계약자의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있다고 볼 것임.

[제너시스의 거래상지위남용행위 건(대법원 2005. 6. 9. 선고 2003두7484 판결)]

□ 가맹본부인 제너시스비비큐는 가맹지역본부에 대하여 거래상 지위가 있음

- 가맹점사업자는 상당한 자금을 들여 원고와 가맹점 계약을 통해 비비큐(BBQ) 가맹점사업자의 지위를 구축한 상황에서 가맹지역본부가 다른 가맹사업으로 옮기기를 원한다는 이유만으로 가맹점사업자들이 자신들이 취득한 지위를 포기하고 다시 큰 비용을 들여서 새로운 상표 또는 업종의 가맹점사업자로 변신할 가능성이 경험칙상 거의 없는 점. 가맹지역본부는 원고로부터 녹립한 별개의 사업체이면서도, 원고와 전속계약을 체결함에 따라 같은 업종으로 물론 타업종도 영위할 수 없고, 수익구조에서 원고에게 전적으로 의존하고 있는 전. 원고는 가맹지역본부에 간독자를 두어 사업을 관리·지도하고 가맹지역본부가 이러한 관리·지도에 응하지 않을 때에는 가맹지역본부계약을 종료할 수 있고, 실제로 경영지도라는 명목으로 관리지원을 파견하여 그 직위를 통해 가맹지역본부와 가맹점의 경영에 깊숙이 관여하면서도 이에 드는 비용은 가맹지역본부가 부담하게 한 점에 비추어 볼 때 원고는 가맹지역본부에 대하여 거래상의 지위에 있음.

[제너시스비비큐의 거래상지위남용 건(서울고법 2012. 4. 25. 선고 2011누28727 판결⁴¹⁾)]

41) 상고심(대법원 2012. 9. 27. 선고 2012두12082 판결)은 신리불속행 기각함

□ 시설이용 배정 등 서비스의 일방적 공급자인 골프장사업자는 회원들에 대해 거래상 지위가 인정됨

- 원고는 시설이용의 배정 등 서비스의 일방적 공급자이고 회원은 사업자의 일방적 처분을 통하여 수익하는 관계로서 원고에 대한 의존성이 강하고 회원권 매매계약 체결 후 명의개서는 원고만이 할 수 있을 뿐만 아니라 명의개서를 해주지 않으면 회원권에 대한 권리행사가 불가능하다는 점 등을 감안하면 원고는 회원들에 대하여 상대적으로 우월한 지위에 있다고 볼 것임.

[삼공개발의 거래상지위남용행위 건(대법원 2004. 1. 16. 선고 2003두11537 판결)]

□ 주택할부금융과 관련한 캐피탈 회사들은 주택매수인들에 대하여 거래상 우월한 지위에 있음

- 팬택여신투자금융 외 18은 주택 등의 매매와 관련하여 매도인에게 그 대금을 직접 지급하는 방식으로 매수인들에게 이를 대여하고, 매수인들로부터 그 원리금을 분할하여 상환받는 할부금융업을 영위하는 사업자들로서, 대출금액, 담보제공 여부, 대출기간, 이율 등 거래조건의 중요한 부분이 대부분 위 원고들의 주도하에 결정되는 점, 특히 주택할부금융의 경우 매도인 측의 일관적인 용자알선에 의하여 거래가 개시되고 매수인 측에서는 알선된 금융기관 이외에 다른 금융기관을 선택하는 것이 용이하지도 아니한 점 등에 비추어 볼 때, 위 원고들은 매수인들에 대하여 이 사건 대출금 거래에 있어서 상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 상대방의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있음.

[팬택여신투자금융 외 18의 거래상지위남용행위 건(대법원 2006. 11. 9. 선고 2003두15225 판결)]

□ 신용카드업 시장에서 신용카드회사는 제휴은행들과의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있음

- 원고가 2000. 9. 현재 신용카드업 시장에서 시장점유율 16.7%를 차지하는데 비하여 제휴은행들은 신용카드업 시장에서는 상대적으로 영세한 후발 사업자로서 원고와 가맹점 공동이용 등 업무제휴계약을 맺고 위 시장에 참여하고 있고, 2000. 6. 현재 원고 및 제휴은행들의 총 가맹점 중 원고의 가맹점이 차지하는 비율이 91.2%에 이르고 있으므로, 원고가 비록 전체적인 사업능력에 있어서는 제휴은행들에 비하여 반드시 우월하다고 하기 어렵다 하더라도 신용카드업 시장의 상황과 특성을 감안하면 신용카드업 시장에서 원고가 제휴은행들과의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있음.

[국민카드의 거래상지위남용행위 건(대법원 2006. 6. 29. 선고 2003두1646 판결)]

※ 참고: 외환카드의 거래상지위남용행위 건(대법원 2006. 9. 8. 선고 2003두7859 판결)

□ 손해보험사는 대물보험사고의 피해차주들에 대하여 거래상 지위가 있음

- 자동차손해배상보장법상 대물배상은 2005년 2월부터 1,000만 원 이상 가입이 의무화되어 있는 사실, 원고들은 보험업을 영위하는 사업자들로서 보험관계에 관한 충분한 법적 지식과 실무경험을 보유하고 있으면서도 피해차주들에게 자동차보험약관상 보험금 지급기준 등에 설명을 소홀히 하였고, 피해차주들은 간접손해보험금 지급기준 등에 대한 법률지식의 부족으로 원고들의 보험금 지급내용에 대하여 충분히 다루지 못하고 원고들의 주도하에 결정된 손해사정(보험금 산정)금액에 따를 수밖에 없었던 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 의하면, 원고들은 각자 대물보험사고의 피해차주들에 대하여 거래상 지위가 있다고 보아야 함.

[8개 손해보험사의 거래상지위남용행위 건(서울고법 2010. 7. 7. 선고 2010누3598 판결 - 환송심⁴²⁾)]

□ 납품업자들은 보통 백화점 입점을 선호하며, 거래단절시 투자비용의 회수가 곤란할 뿐 아니라 대체거래선 확보가 용이하지 않은 점 등에 비추어 백화점은 납품업자에 대하여 거래상 우월한 지위가 인정됨

- 원고가 전국적인 유통망을 기반으로 국내 백화점시장에서 2007년을 기준으로 업계 2위인 21%의 시장점유율을 차지하고 있고, 백화점은 일반소비자의 관점에서 볼 때, 일정한 품질이 보장되는 상품만을 거래한다는 인식을 가지고 있어서 납품업자는 백화점 입점을 자신의 상품을 홍보하고 그 품질을 인정받기 위한 중요한 수단의 하나로 설정하고 있는 것이 일반적인 식황인 점, 납품업자는 원고와 거래단절이 되는 경우에는 인테리어 비용 등 투자비용의 회수가 곤란할 뿐 아니라 대체거래선 확보가 용이하지 않은 점 등을 종합하여 볼 때 원고는 거래상대방인 납품업자에 대하여 거래상 우월한 지위에 있는 것으로 판단됨.

[현대백화점의 거래상지위 남용행위 건(대법원 2011. 10. 13. 선고 2010두10464 판결)]

42) 자상고심(대법원 2010. 1. 14. 선고 2008두14739 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

□ 백화점 사업자는 납품업자에 대하여 강한 구매협상력을 가지는 점 등에 비추어 거래상 지위가 있음

- 원고(동보울리브 백화점)의 납품업자들은 상품의 판로를 안정적으로 확보하고 자신들이 양질의 상품을 판매하고 있다는 것을 소비자들로부터 인정받기 위해 백화점에의 입점을 선호하는 점, 원고의 납품업자들은 백화점과 거래하기 위하여 경쟁하고 있고 일단 백화점에 입점한 후에는 거래단절 시 투자비용을 회수하기 곤란하며 대체거래선을 확보하는 것이 쉽지 않아 백화점과 거래관계를 유지하려고 하는 점, 백화점 사업자는 납품업자에 대하여 강한 구매협상력을 가지고 판매수수료율을 인상하거나 공동관리를 통한 인건비·판촉비 등 비용을 절감할 수 있는 점 등에 비추어 볼 때, 원고는 납품업자들에 대하여 거래상 우월적인 지위에 있다고 할 것임.

[동보울리브 백화점의 거래상지위남용행위 건(서울고법 2010. 5. 18. 선고 2009누28546 판결¹³⁾)]

□ 백화점 입점 여부가 브랜드 의류의 가치와 판매가격책정에 커다란 영향을 주는 점 등에 비추어 백화점은 납품업체에 대하여 거래상 우월적 지위가 있음

- ① 원고는 전국적으로 7개의 백화점으로 이루어진 유통망을 기반으로 국내 백화점 시장에서 상당한 시장점유율을 차지하고 있으므로, 납품업체로서는 원고와 같은 구매력과 전국적인 유통망을 가진 거래처와 거래계약을 체결하고 이를 계속적으로 유지하는 것을 강하게 원하고 있는 점. ② 납품업체는 원고와의 거래가 단절되는 경우에는 인테리어 비용 등 투자비용의 회수가 곤란할 뿐 아니라 백화점 시장의 사업자들이 다양하지 못한 현실에 비추어 대체거래선의 확보가 용이하지 않아 단순한 매출 감소 이상의 의미를 가지는 점. ③ 이 사건 매출정보취득행위의 대상이 되는 상품은 주로 국내 또는 해외 브랜드 의류인 바, 이러한 상품의 경우 백화점에 입점되었는지 여부가 그 브랜드의 가치와 판매가격의 책정에 커다란 영향을 주고 있는 점 등을 보태여 보면, 원고는 거래상대방인 납품업체에 대하여 거래상 우월적 지위가 있는 것으로 볼이 상당함.

[신세계의 거래상지위 남용행위 건(서울고법 2010. 4. 8. 선고 2009누548 판결¹⁴⁾)]

43) 상고심(대법원 2010. 7. 29. 선고 2010두10853 판결)은 심리불속행 기각함

44) 상고심(대법원 2011. 10. 27. 선고 2010두8478 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

□ 은행은 대출 고객들에 대하여 상대적으로 우월한 지위가 있음

- 금융기관과 개인 사이에 이루어지는 대출거래의 경우 양자 사이의 사업능력에 현저한 차이가 있고, 대출금액, 담보제공 여부, 대출기간, 이율 등 거래조건의 중요한 부분이 대부분 금융기관의 주도하에 결정되는 점, 이 사건 대출은 주택을 담보로 하는 것으로서 대출금액규모가 다른 가계대출에 비하여 크고, 대출기간 중 금리가 적정하지 않다고 하여 다른 은행으로 대출을 전환하기도 사실상 어려우며, 다양한 대출상품들의 복잡한 금리구조, 상환방법, 상환수수료 등을 비교하기 위해서는 금전적 비용과 기회비용이 발생할 뿐만 아니라 대출전환을 위하여는 중도상환수수료 이외에도 담보해제·설정비 등 상당한 추가비용이 드는 점, 이 사건 대출금리의 결정권은 원고에게 있고 고객은 해당 금리의 적정성을 알기 어려운 점 등을 고려할 때, 원고가 이 사건 대출에서 고객들에 대하여 상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 상대방의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있다고 판단하였음.

[한국씨티은행의 거래상 지위남용행위 건(대법원 2009. 10. 29. 선고 2007두20812 판결)]

□ 농업협동조합중앙회는 농약제조업체들에 대하여 거래상 우월적인 지위에 있음

- 농약판매시장에서 원고의 계통구매의 비중이 전체의 약 30 내지 40%에 이르러 농약 제조업체들의 원고에 대한 거래의존도가 매우 크고, 시중 농약 판매상들은 비교적 소규모로 운영되고 있어 농약 제조업체들로서는 계통구매를 통한 거래가 차단되는 경우 이를 대체할 만한 안정적인 거래선을 확보하는 것이 매우 어려울 것으로 보이는 점, 원고와 농약 제조업체들 사이의 사업능력에 현저한 차이가 있는 점, 원고가 농약의 최종소비자인 농업인들을 회원으로 하여 조직된 지역조합과 품목조합은 그 회원으로 하고 있는 점 등을 종합하여 보면, 원고는 적어도 농약 제조업체들의 유통업체들에 대한 농약판매 등 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있는 사업자에 해당함.

[농업협동조합중앙회의 거래상지위남용 건(서울고법 2011. 8. 18. 선고 2010누34707 판결⁴⁵⁾)]

□ 영화 상영관 사업자는 영화 배급사에 대하여 거래상 지위가 있음

- 영화산업의 수익 구조에서 상영관 수익이 전체 수익의 80% 이상의 비중을 차지하고, 상영관 사업자 중 원고(롯데쇼핑)의 관람객 점유율이 30% 정도 되는 이상, 배급사들의 원고에 대한 의존도는 매우 높을 수밖에 없음. 배급사 입장에서 전체 스크린 수의 4분의 1 이상을 차지하고 있는 원고를 대체할 거래선을 확보하기가 용이하지 않음. 따라서 원고가 배급사

45) 심고심(대법원 2012. 1. 12. 선고 2011두23054 판결)은 신리불송행 기각함

들과의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있다고 보이므로 원고에게 거래상 지위가 인정됨.

[롯데쇼핑의 시장지배적 지위남용행위 등에 대한 건(서울고법 2017. 2. 15. 선고 2015누3 9165 판결⁴⁶⁾)]

□ 극장사업자는 극장광고업자에 대하여 우월한 지위가 있음

- 극장광고업자는 광고주들이 자신들의 광고가 개별상영관보다는 임대력이 높은 복합상영관에서 상영되기를 원하므로 대형복합상영관 확보가 광고영화 수주를 좌우하는 점, 극장광고업자는 그 수입의 중요한 부분을 극장사업자에 의존하고 있고 극장사업자와의 계약이 종료된 이후 수입이 급감하거나 일부 부분을 폐업한 점에 비추어 보면 극장사업자가 극장광고업자에 대하여 거래상 상대적으로 우월한 지위에 있다고 볼이 상당함.

[메가박스의 거래상지위 남용행위 건(서울고법 2010. 12. 15. 선고 2009누39065 판결⁴⁷⁾)]

□ 자동차제조업자는 자동차판매대리점에 대하여 거래상 지위를 보유하고 있음

- 원고의 대리점은 원고와 유효기간이 1년인 자동차 판매대리계약을 체결하고 자동차판매 대리업에 종사하고 있는데 계약 기간 동안 원고 이외의 자동차판매업자를 거래처로 선택하는 것이 불가능하여 자신의 사업활동을 전적으로 원고에게 의존하고 있는 사실, 원고의 대리점이 안정적으로 자동차판매대리업에 종사하기 위해서는 원고와 지속적으로 거래계약을 유지할 필요가 있는데 원고는 계약의 연장의사가 없다는 서면 통보만으로 계약의 유효기간 만료일자에 계약을 종료시킬 수 있는 사실, 원고의 대리점도 계약의 연장의사가 없다는 서면 통보만으로 계약의 유효기간 만료일자에 계약을 종료시킬 수 있으나 원고의 대리점 수는 2003년 이래 203개에서 257개까지 범위에서 변동되고 있어서 특정 대리점이 계약을 종료시킨다고 하더라도 원고가 받는 영향이 크지 않은 점 등을 고려하면 원고는 대리점에 대하여 상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 대리점과의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위를 갖고 있다고 볼이 타당함.

[쌍용자동차의 거래상지위 남용행위 건(서울고법 2008. 7. 10. 선고 2008누596 판결⁴⁸⁾)]

* 같은 취지: 대림자동차공업(주)의 거래상지위 남용행위 건(서울고법 2017. 8. 18. 선고 2015누45528 판결⁴⁹⁾)

46) 상고심(대법원 2017. 7. 11. 선고 2017두39372 판결)은 심리불속행 기각함

47) 상고심(대법원 2011. 4. 28. 선고 2011두1207 판결)은 심리불속행 기각함

48) 상고심(대법원 2011. 6. 9. 선고 2008두13811 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

마. 거래상 지위의 남용 여부

- 원고가 나이스 및 ITN과 거래한 조건은 거래관행에 비하면 원고에게 현저히 불리한 내용이었으므로 원고가 현저한 불리함을 해소하기 위하여 나이스와 ITN에 대하여 요구한 거래조건변경은 원고가 그 거래상 지위를 부당하게 이용한 행위라고 보기 어려움
- 원고가 나이스 및 ITN과 2010. 8.까지 거래한 조건은 특히 신용카드 거래에 대해 수수료를 전혀 지급하지 않는 등 VAN서비스 거래계의 거래관행에 비하면 원고에게 현저히 불리한 내용이었음.
- 이 사건 각 변경계약에 따라 거래상대방인 나이스 및 ITN이 부담하는 비용은, 영업지원금을 포함하여 보더라도 체크카드 수수료가 없고 현금영수증 수수료는 평균보다 낮은 7원에 불과하여 업계의 정상적인 거래관행보다 오히려 낮은 수준이었던 것으로 보임. 따라서 원고의 거래조건 변경 행위로 인하여 상대방인 나이스나 ITN이 입게 되었던 불이익은 중대하거나 부당하다고 보기 어려움.
- 이 사건 각 변경계약의 주된 협상대상이었던 나이스의 이OO와 권OO는 박OO, 서OO과 공조관계였고 이들은 기존에 나이스에 일방적으로 유리한 계약을 체결·유지해왔을 정도로 계약에 관하여 주도권이 있었으므로, 계약이 통상의 거래관행에 비추어 부당하게 변경되었다면 이에 대하여 이의할 수 있었을 것임. 따라서 원고가 현저한 불리함을 해소하기 위하여 나이스와 ITN에 대하여 요구한 거래조건이 당시 거래관행에 비추어 부당한 것으로 보이지는 아니함.

[한국미니스톱의 거래상지위남용행위 긴(서울고법 2016. 9. 2. 선고 2015누51547 판결⁵⁰⁾)]

- 방판특약점주에게 ‘부당하게’ 불이익을 주는 행위라고 평가하기 위해서는 원고가 각각의 방판특약점에 대하여 그 개설 당시에 지원한 수준을 초과하여 강요한 세분화 일 것을 요한다고 할 것임
- 방판특약점이 개시 당시 지원받은 한도 내에서 이루어지는 세분화 또는 방판특약점주의 요청에 의하여 이루어진 세분화는 공정거래법령이 정하는 불이익제공에 해당한다고 보기 어렵다고 할 것인바, 방판특약점주에게 ‘부당하게’ 불이익을 주는 행위라고 평가하기

49) 상고심(대법원 2018. 1. 25. 선고 2017두62327 판결)은 심리를 속행 기각함

50) 상고심(대법원 2016. 12. 27. 선고 2016두52996 판결)은 심리를 속행 기각한

위해서는 원고가 각각의 병판특약점에 대하여 그 개설 당시에 지원한 수준을 초과하여 강요한 세분화일 것을 요한다고 할 것임.

[아모레퍼시픽의 거래상지위남용행위에 대한 건(서울고법 2017. 6. 9. 선고 2014누8409 판결⁵¹⁾)]

- 원고는 내부적으로 보상규정을 마련해 놓고 있는 바, 이를 적용하지 않고 임의로 보상처리를 하였다고 볼 수 없는 한 보상규정을 공개하지 않았다고 하여 그 자체로 위법하다고 볼 수 없음
 - 설령 피고가 이 사건 처분을 한 근거가 원고가 보상규정을 공개하지 않고 일방적으로 보상업무를 처리한 점에 있다고 하더라도, 원고는 내부적으로 보상규정을 마련해 놓고 있는바, 이를 적용하지 않고 임의로 보상처리를 하였다고 볼 수 없는 한 보상규정을 공개하지 않았다고 하여 그 자체로 위법하다고 볼 수 없음.
 - 원고는 보상규정을 바탕으로 보상을 해 오고 있었으며, 점주들과 보상 금액에 관하여 합의를 하도록 노력하고 최종적으로 합의가 이루어지지 않을 경우 점주들은 민사소송을 통해서도 보상을 받을 수 있었으므로, 원고가 점주들의 의견을 그대로 따르지 않았다고 하여 불이익을 제공하였다고 보기는 어렵고, 오히려 보상액수는 귀책사유와 손실액 등을 기초로 산정되기 때문에 원고와 점주들이 합의하지 못하는 경우 민사소송절차를 거쳐 구체적인 액수를 확정하는 것은 우리 법체계가 예정한 것임.
- [골프존의 거래강제행위 및 거래상지위남용행위에 대한 건(서울고법 2016. 11. 23. 선고 2014누62052 판결⁵²⁾)]
- 거래상의 지위를 부당하게 이용하였는지 여부는 시장 및 거래의 상황, 사업능력의 격차, 거래 대상의 특성, 당해 행위의 의도·목적·효과·영향 및 구체적인 태양, 상대방이 받는 불이익 등에 비추어 판단함
 - 거래상의 지위를 부당하게 이용하였는지 여부는 당사자가 처하고 있는 시장 및 거래의 상황, 당사자 간의 전체적 사업능력의 격차, 거래의 대상인 상품 또는 용역의 특성, 그리고 당해 행위의 의도·목적·효과·영향 및 구체적인 태양, 해당 사업자의 시장에서의 우월한 지위의 정도 및 상대방이 받게 되는 불이익의 내용과 정도 등에 비추어 볼 때

51) 상고심(대법원 2017. 10. 26. 선고 2017누50904)은 신리불속행 기각함

52) 상고심(대법원 2017. 4. 13. 선고 2016누64999)은 신리불속행 기각함

정상적인 거래관행을 벗어난 것으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지 여부를 판단하여 결정하여야 하며(대법원 2000. 6. 9. 선고 97누19427 판결 참조), 한편 법시행령 제36조 제1항, [별표 1] 제6호 (가)목 소정의 '구입강제'에 있어서 '거래상대방이 구입할 의사가 없는 상품 또는 용역'이라 함은 행위자가 공급하는 상품이나 역무뿐만 아니라 행위자가 지정하는 사업자가 공급하는 상품이나 역무도 포함한다 할 것이고, '구입하도록 강제하는 행위'라 함은 상대방이 구입하지 않을 수 없는 객관적인 상황을 만들어 내는 것을 포함함.

[부관체리의 거래상지위남용행위 건(대법원 2002. 1. 25. 선고 2000두9359 판결)]

□ 대형할인점업자의 요청에 대한 납품업자의 동의의 자발성 여부판단은 합리적으로 추단할 수밖에 없음

- 대형할인점업자가 요청한 대금감액, 인건비부담, 광고비부담 등에 대한 납품업자의 동의의 자발성 여부판단은 납품업자에 대한 대형할인점업자의 거래상 우월적 지위의 정도, 납품업자의 대형할인점업자에 대한 거래의존도, 거래관계의 지속성, 거래상품의 특성과 시장상황, 거래상대방의 변경 가능성, 당초의 거래조건과 변경된 거래조건의 내용, 거래조건의 변경경위, 거래조건의 변경에 의하여 납품업자가 입은 불이익의 내용과 정도 등을 정상적인 거래관행이나 상관습 및 경험칙에 비추어 합리적으로 추단할 수밖에 없음. 원심이 체용 증거들을 종합하여, 원고의 이 사건 대금감액, 인건비부담, 광고비부담에 요청에 대한 소외 1의 동의는 자발적으로 이루어진 것이었다는 취지로 판단한 것은 정당함.

[한국까르푸의 거래상지위남용행위 건(대법원 2003. 12. 26. 선고 2001두9646 판결)]

바. 행위 유형

1) 구입강제행위

가) 거래상대방이 구입할 의사가 없는 상품 또는 용역

□ 거래상대방이 '구입할 의사가 없는 상품 또는 용역'이라 함은 행위자가 지정하는 사업자가 공급하는 상품이나 역무도 포함함

- 법 시행령 제36조 제1항, [별표 1] 제6호 (가)목 소정의 '구입강제'에 있어서 '거래상대방이'

구입할 의사가 없는 상품 또는 용역'이라 함은 행위자가 공급하는 상품이나 역무뿐만 아니라 행위자가 지정하는 사업자가 공급하는 상품이나 역무도 포함한다 할 것이고,' 구입하도록 강제하는 행위'라 함은 상대방이 구입하지 않을 수 없는 객관적인 상황을 만들어 내는 것을 포함함.

[부관례의 거래상지위남용행위 건(대법원 2002. 1. 25. 선고 2000두9359 판결)]

나) 구입하도록 강제하는 행위

□ 상대방이 구입하지 않을 수 없는 객관적인 상황을 만들어 내는 것을 포함함

- '자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위'의 한 유형으로 '거래상대방이 구입할 의사가 없는 상품 또는 용역을 구입하도록 강제하는 행위', 즉 '구입강제'를 규정하고 있는데, 여기서 '구입하도록 강제하는 행위'라 함은 상대방이 구입하지 않을 수 없는 객관적인 상황을 만들어 내는 것을 포함함.

[부관례의 거래상지위남용행위 건(대법원 2002. 1. 25. 선고 2000두9359 판결)]

※ 같은 취지: 티브로드홀딩스의 거래상지위남용행위 건(서울고법 2014. 8. 21. 선고 2013누32511 판결⁵³⁾)

□ 이 사건에서 제출된 증거들만으로는 협의매출에 강제성이 있다고 보기 어렵고 원고가 협의매출을 통해 거래 상대방인 대리점에 부품을 구입하도록 부당하게 강제했다고 인정하기에 부족함

- 원고가 WI, WS 코드로 수작업 할당을 한 거래 중에는 대리점이 자발적으로 유선이나 팩스 등을 통해 주문한 물량 등이 포함된 것으로 볼 수 있다고 피고도 인정하고 있고 피고의 주장처럼 대리점이 자발적으로 전산을 통하지 않고 주문할 이유가 없었다고 단정할 수 있으며 위와 같은 수작업 할당 매출액 수치는 매출 비중의 단면을 보여줄지언정 그 이상으로 매출이 대리점의 의사에 반하는지 여부에서는 아무런 직접적인 의미가 없음. 또한, 피고의 현장조사 후에 원고는 자신이 공정거래법을 위반했다고 인정해서가 아니라 피고가 현장조사까지 나올 정도로 공정거래법 위반의 의혹을 받는 상황에서 그 의혹의 근거를 아예 제거하기 위해 자체적으로 정비하는 차원에서 주문 처리 방식을 변경했을 가능성이 얼마든지 있고, 이런 가능성을 배제할 만한 충분한 자료가 없는바 원고가 수작업으로 부품을 할당했다는 것 자체가 대리점의 의사에 반하여 이루어진 구입강제에 해당한다고 볼 수는 없음.

53) 상고심(대법원 2014. 1. 18. 선고 2014두12581 판결)은 법정기간 내 상고이유서 미제출로 기각됨

- 원고는 신차 출시 시에 보품 시장 수요를 예측하여 일부 대리점과 협의하여 그 A/S용 부품을 사전 공급하고 나중에 당초 예측과 달리 수요가 발생하지 않은 품목을 반품하는 방식을 취했고 원고는 이런 부품 판매방식을 '전진공급'이라 칭하면서, 본사 국내부품영업실의 월별 매출실적 분석 보고에서 매출 구성 분류 중 '정상', '선납'이 아니라 '협의매출(전진공급: 선납 및 판촉 활동 후 목표 부족 급액)' 항에 포함한 바 위 '밀어내기'란 월 단위로 매출실적을 평가하는 원고 본사 정책에서 비롯된 추후 반품을 전제로 당월에 매출을 앞당겨 일으키는 '가공의 매출실적을 발생시키는 행위'를 의미할 여지가 충분히 있음.
- 원고는 위험관리(RM) 차원에서 '실적 2% 반품 제한' 정책을 실행하였음에도 2010년 1월부터 2013년 11월까지 각 부품사업소의 월별 전체 코드 매출액 대비 반품률이 2%를 상회하는 경우가 다수 있고 WI, WS 코드 수작업 할당 매출액 대비 반품액 비율이 연평균 약 27.4%에 달하며 충청호남지역영업부 산하 각 부품사업소의 수작업 할당 중 협의매출은 그 매출금액 전부가 반품이 이루어졌음. 또한 협의매출 부품 중 일부는 대리점이 계속 보관하기도 한바 이는 협의매출 부품이 대리점의 실제 수요와 일치하여 보관하거나, 부품 사업소에서 기존에 협조해준 것, 즉 HAIMS를 통해 주문한 부품 등의 반품이 원활하게 이루어지거나 부품 공급가격의 할인 등을 기대하고 대리점이 이를 용인한 데에서 기인하다고 볼 여지도 많은 만큼 원고가 대리점에 전량 반품을 조건으로 협의매출을 요청했다는 것 자체를 원고의 구입강제 또는 이와 다름없는 것으로 볼 수는 없음.

[현대모비스(주)의 거래상자위 남용행위에 대한 건(서울고법 2019. 6. 12 선고 2018누47631 판결⁵⁴⁾]

- 구입할 의사가 없어 주문하지 않은 신제품, 리뉴얼 제품, 비인기 제품 및 단산을 앞둔 제품 등을 주문시스템에 일방적으로 입력하여 공급하고, 이를 주문한 것으로 간주하여 정산한 것은 구입 강제에 해당함

- 대리점들이 2008. 7. 이전부터 원고의 구입 강제에 대하여 수차례 항의한 점, 원고의 2016. 8. 경 자료삭제 정황, 원고의 본부영업회의에서 이 사건 행위를 실행하였던 점, 대리점 대상 공지의 경우 영업부 차원에서 이루어졌던 점 등을 고려하면, 원고의 모든 방문판매 대리점을 대상으로 지속적·반복적으로 이루어져왔음을 확인할 수 있음.
- 원고와 거래하는 방문판매 대리점들은 원고에 대한 매출의존도가 현저히 높은 전속대리점이고, 대리점 개설과 운영을 위하여 이미 상당한 투자를 한 상황이어서 대체 거래선의 확보도 쉽지 않아 대리점들은 원고의 요구사항을 거절하기 어려운 계약상 지위에 있고 계약을 이행하지 않을 경우 불이익과 손해가 상당한 수준이 될 수 있으므로 원고의 거래상

54) 상고심(대법원 2019. 10. 17. 선고 2019두46060 판결)은 심리불속형 가가함

요구를 거절하기 어려움.

[(학)건국대학교의 건국유업 건국햄의 거래상지위남용행위에 대한 건(서울고법 2018. 8. 23. 선고 2018누38583 판결, 고법 확정)]

다) '가맹사업거래의 공정화에 관한 법률' 시행 이전 판례⁵⁵⁾

- 가맹본부의 강제행위는 가맹사업의 목적과 가맹점계약의 내용 등에 비추어 가맹사업의 통일적 이미지와 상품의 동일한 품질을 유지하는데 지장이 있는지 여부를 판단하여야 결정하여야 함
 - 가맹본부가 가맹점사업자의 판매상품 또는 용역을 자기 또는 자기가 지정한 자로부터 공급받도록 하거나 그 공급상대방의 변경을 제한하는 행위가 가맹사업의 목적달성을 위한 필요한 범위내인지 여부는 가맹사업의 목적과 가맹점계약의 내용, 가맹금의 지급 방식, 가맹사업의 대상인 상품과 공급상대방이 제한된 상품과의 관계, 상품의 이미지와 품질을 관리하기 위한 기술관리·표준관리·유통관리·위생관리의 필요성 등에 비추어 가맹점사업자에게 품질기준만을 제시하고 임의로 구입하도록 하여서는 가맹사업의 통일적 이미지와 상품의 동일한 품질을 유지하는데 지장이 있는지 여부를 판단하여 결정하여야 할 것임.

[롯데리아의 거래상지위남용행위 건(대법원 2006. 3. 10. 선고 2002두332 판결)]

- 1인 의자, 테이블, 금전등록기 등 가맹사업의 통일적 이미지와 무관한 것도 가맹본부로부터만 공급받도록 하는 것은 가맹사업의 취지를 벗어난 것으로 구입강제에 해당함
 - 원심은 1인 의자, 테이블, 빼의자, 금전등록기, 전산장비(PC)에 대하여도 주방기기 및 인테리어공사에서와 같은 이유로 원고가 가맹점사업자에게 위 5개의 서비스를 원고로부터만 공급받도록 하는 것은 가맹사업의 목적달성에 필요한 범위내의 통제로서 거래상의 지장을 이용하여 부당하게 점포설비의 구입 및 설치를 자기 또는 자기가 지정한 자로부터 하도록 강제하는 행위에 해당한다고 할 수 없다고 판단하였음.
 - 원심이 확정한 사실과 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 위 5개의 서비스와 용도는 원고의 가맹사업의 통일적 이미지나 주력상품 내지 중심상품인 패스트푸드의 맛과 품질의 동일성과 관련이 없는 점, 위 5개의 서비스가 원고가 가맹점사업자들에게 공급하는 서비스에서 차지하는 비중, 위 5개의 서비스에 대해서는 원고가 품질기준을 제시하고 가맹점 사업자로 하여금 자유롭게 구매하게 하더라도 위 5개의 서비스의 용도나 기능에 지장이

55) 현재는 '가맹사업거래의 공정화에 관한 법률' 제38조에 의하여 동법이 우선 적용됨

있다고 보이지 아니하는 점 등 사정에 비추어 살펴보면, 원심이 들고 있는 사정을 감안 하더라도 원고가 가맹점사업자에게 위 5개의 설비를 원고로부터만 구입 또는 설치하도록 하는 것은 가맹사업의 목적달성을 위하여 필요한 범위내의 통제라고 하기 어렵고, 따라서 거래상의 지위를 이용하여 부당하게 점포설비의 구입 및 설치를 자기 또는 자기가 지정한 자로부터 하도록 강제하는 행위에 해당함.

[롯데리아의 거래상지위남용행위 건(대법원 2006. 3. 10. 선고 2002두332 판결)]

□ 재료를 가맹본부로부터 의무적으로 공급받도록 요구하더라도 가맹사업의 목적달성을 위하여 필요한 범위 내의 통제임

- 원고가 가맹점사업자로부터 매출액의 일정비율에 상당하는 금원을 가맹금으로 받은 것이 아니라 가맹점사업자에게 공급하는 원·부재료의 가격과 원고가 구입하는 원·부재료의 가격의 차액에 해당하는 금원을 가맹금으로 하는 사업구조를 취하고 있으므로, 모든 원·부재료를 가맹점사업자가 개별적으로 직접 구입하도록 한다면 원고의 가맹사업의 존립 자체가 불가능하게 되는 점, 양배추샐러드는 원고의 주력상품 또는 중심상품인 치킨제품의 느끼한 맛을 덜하도록 하기 위하여 함께 제공되는 보조음식으로서 양배추샐러드의 맛과 품질은 치킨제품의 맛과 품질을 유지함에 있어서 중요한 의미를 가지는 것으로 치킨제품의 매출에도 중대한 영향을 미칠 수 있는 점, 원고는 치킨가맹사업 초기에는 양배추샐러드 공급을 방임하였으나, 백까두기의 원료가 발암성 의심불질로 규정되고 외국의 가맹사업체의 경우 치킨제품을 판매할 때 양배추샐러드를 제공하고 있으며, 소비자들이 백까두기보다 양배추샐러드를 선호하고 있다는 시장조사 결과 등을 감안하여, 원고의 영업표지(B.B.Q)의 이미지 제고와 가맹사업의 경쟁력 강화를 위하여 가맹점사업자에 대하여 2000.7.1.부터 치킨제품을 판매할 때 양배추샐러드를 무료로 제공하도록 함과 아울러 신선육을 공급받음에 있어 일정한 양의 양배추샐러드를 의무적으로 공급받도록 한 점, 원고가 공급하는 양배추샐러드는 고유한 양념과 제조비법으로 만들어지므로 그 고유한 맛과 품질을 유지하기 위하여 가맹점사업자로 하여금 원고가 공급하는 양배추샐러드만을 사용하도록 할 필요성이 있다고 보이는 점 등을 알 수 있고, 여기에다가 가맹사업의 거래특성 등을 종합하여 보면, 원고의 영업표지의 이미지 제고와 경쟁력 강화를 위하여 치킨제품을 판매할 때 양배추샐러드만을 무료로 제공하도록 하면서 신선육을 공급함에 있어서도 일정한 양의 양배추샐러드를 원고로부터 의무적으로 공급받도록 하는 것으로 변경하였다고 하더라도 이는 가맹사업의 목적달성을 위하여 필요한 범위내의 통제라고 할 것이고, 그것이 거래상 지위를 이용하여 가맹점사업자로 하여금 가맹사업의 목적달성을 위하여 필요한 범위를 벗어나서 판매상품(원재료 포함)을 가맹본부로부터 구입하도록 강제하는 행위에 해당한다고 볼 수는 없음.

[제너시스의 거래상지위남용행위 건(대법원 2005. 6. 9. 선고 2003두7484 판결)]

□ 가맹사업의 통일적 이미지와 패스트푸드의 맛과 품질을 전국적으로 동일하게 유지하기 위하여 가맹사업자에게 본부로부터만 공급받도록 하는 것은 부당한 구입강제라 보기 어려움

○ 원고가 가맹점사업자로부터 매출액의 일정비율에 상당하는 급원을 가맹금으로 받는 것이 아니라 가맹점사업자에게 공급하는 원·부재료의 가격과 원고가 구입하는 원·부재료의 가격의 차액에 해당하는 금원을 가맹금으로 하는 사업구조를 취하고 있으므로 모든 원·부재료를 가맹점사업자가 개별적으로 직접 구입하도록 한다면 원고의 가맹사업의 존립 자체가 불가능하게 되는 점, 원고가 가맹사업의 통일적 이미지와 중심상품인 햄버거 등 패스트푸드의 맛과 품질을 전국적으로 동일하게 유지하기 위하여는 탄산시럽(사이다, 콜라), 후르츠칵테일, 밀간, 천연체리, 가당연유, 오렌지쥬스, 빙수용찰떡, 모카시럽, 케찹 (째), 피클, 그라뉴탕, 마스타드, 슈가(째), 카넬콘, 허라잉오일, 액상제리 등 16개의 일반공산품에 대하여 지속적으로 유통과정, 유통기한 등을 관리·통제할 필요성이 있다고 보이는 점, 원고가 위 16개의 일반공산품을 가맹점사업자에게 공급함에 있어서 그 가격을 시중거래가격 이상으로 책정하여 부당한 이윤을 취득하였다는 점을 인정할 자료도 없는 점 등을 종합적으로 고려하면, 원고가 가맹점사업자에게 위 16개의 일반공산품을 원고로부터만 공급받도록 하는 것은 가맹사업의 목적달성을 위한 범위내의 통제로서 거래상의 지위를 이용하여 부당하게 거래상대방으로 하여금 구입할 의사가 없는 상품을 구입하도록 강제하는 행위에 해당한다고 할 수 없음.

[롯데리아의 거래상지위남용행위 건(대법원 2006. 3. 10. 선고 2002두332 판결)]

□ 주방기기구입과 인테리어공사를 원고지정 사업자에게만 의뢰하도록 한 것은 가맹사업의 통일적 이미지와 상품의 동일한 품질 유지 등을 위해 이루어진 것으로 부당한 구입 강제라 보기 어려움

○ 냉동고, 냉장고, 콜드테이블, 워크테이블, 쉐이크머신, 소프트머신, 제빙기, 그리들패티캐비넷, 후라이어패티캐비넷, 마이크로오븐기 등의 주방기기는 원고의 가맹사업의 통일적 이미지와 동일한 품질의 유지와 관련이 있고, 인테리어공사는 젤포 레이아웃(Lay-Out)의 통일적 이미지의 유지와 관련이 있는 점, 주방기기는 가맹점의 개점시기에 맞추어 적기에 공급될 필요성이 있는 것으로서 원고를 통하여 일괄적으로 구입하도록 한 것에 합리성이 있는 점, 인테리어공사는 원고가 당시 전국에 7개업체를 시공업체로 선정함으로서 가맹점사업자에게 선택의 자유가 어느 정도 보장되어 있는 점, 앞서 본 바와 같은 원고의 가맹사업의 수익구조에 있어서의 특성, 원고가 주방기기와 인테리어공사의 구입 및 설치를 통하여 부당한 이윤을 취하고 그로 인하여 개별 가맹점사업자들이 구체적인 손해를 입었음을 인정할 자료가

없는 점 등에 비추어 보면, 원고가 가맹점사업자에게 주방기기를 원고로부터만 구입하도록 한 것과 인테리어공사를 원고가 지정한 사업자에게만 의뢰하도록 한 것은 가맹사업의 목적달성을 필요한 범위내의 통제로서 거래상의 지위를 이용하여 부당하게 점포설비의 구입 및 설치를 자기 또는 자기가 지정한 자로부터 하도록 강제하는 행위에 해당한다고 할 수 없음.

[롯데리아의 거래상지위남용행위 건(대법원 2006. 3. 10. 선고 2002두332 판결)]

라) 구체적 사안

① 긍정례

- 종합유선방송업자인 원고가 3개 홈쇼핑사업자로 하여금 이 사건 골프장 회원권을 구입하게 한 행위는 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방에게 구입을 강제한 행위에 해당함
- 원고는 자신과 거래관계에 있는 3개 홈쇼핑사(GS홈쇼핑, 현대홈쇼핑, 우리홈쇼핑)에게 자신의 계열회사인 동림관광개발(주)의 동림CC골프장 회원권을 구입할 것을 요청하였고, 이에 3개 홈쇼핑사는 동림관광개발이 골프장 회원모집 승인을 받기 9~15개월 이전에 총 66억 원(구좌당 11억 원, 6개 구좌)을 동림관광개발에게 사전예치금 명목으로 납입함.
- 더욱이 원고는 서로 경쟁관계에 있던 다른 홈쇼핑사업자에게도 같은 요구를 하였다고 알려줌으로써 3개 홈쇼핑사업자로 하여금 사실상 원고의 요구를 거부할 수 없는 상황을 만들었다고 볼 수 있음. 비록 원고가 3개 홈쇼핑사업자에 이 사건 골프장 회원권의 구입을 요구함에 있어 만일 이에 응하지 아니할 경우 어떠한 불이익을 주겠다고 북시적으로 표시하거나 암시하지 아니하였다고 하더라도, 3개 홈쇼핑사업자로서는 거래상 우월적 지위에 있는 원고의 요청을 거부할 경우 입계 될지도 모르는 불이익을 고려하지 않을 수 없었음.
- 원고의 이 사건 골프장 회원권 구입 요청을 받아들이지 아니한 다른 2개 홈쇼핑 사업자가 있다고 하더라도, 구입강제행위 자체의 존부와 구입강제를 물리치고 그 강제된 구입을 하지 아니한 다른 경쟁사업자가 있다는 것은 직접적인 관련이 없는 문제로서 원고의 행위가 구입강제행위에 해당하지 아니한다고 할 수 없음.

[티브로드홀딩스의 거래상지위남용행위 건(서울고법 2014. 8. 21. 선고 2013누32511 판결⁵⁶⁾)]

□ 합리적인 이유 없이 화주들로 하여금 특정운송업체를 이용하도록 사실상 강요한 것은 구입강제임

- 컨테이너를 이용한 육·해상 복합운송의 경우 육상운송업체의 지정은 운송료 및 필요한 서비스의 내용 등을 종합적으로 고려한 화주의 자유로운 의사에 따라 이루어져야 할 것으로서 특별한 사정이 없는 한 해상운송업체가 이를 제한할 수 없고 또는 해상운송업체로서는 특별한 사정이 없는 한 화주가 지정하는 육상운송업체에 대하여 컨테이너를 배정하여야 할 것임에도 불구하고 원고가 화주들에게 자기가 지정한 육상운송업체를 이용하도록 적극적으로 권유하고 합리적인 이유없이 다른 육상운송업체를 이용하려는 화주들에게는 컨테이너를 배정하지 않음으로써 화주들로 하여금 어쩔 수 없이 해상운송업체가 지정한 업체로부터 육상운송용역을 제공받도록 사실상 강요하였으므로 본 친 행위는 구입강제행위로서 법 제23조 제1항 제4호의 거래상의 지위남용행위에 해당함.

[부관훼리의 거래상지위남용행위 건(대법원 2002. 1. 25. 선고 2000두9359 판결)]

□ 극장사업자가 극장광고업자에게 자기가 지정한 영화표를 구매하도록 한 행위는 구입 강제에 해당함

- 원고가 광고영화상영 재계약 이후 '웹컴 투 동막꼴'의 예매율을 높이기 위해 극장광고업자에게 영화표를 구매할 것을 요구하여 극장광고업자가 영화표 대금 5천만 원을 원고에게 송금하게 한 행위는 위 영화표 구입행위의 목적, 극장광고업종에서의 통상적인 모니터 티켓 거래관행, 극장광고업자로서는 5천만 원 상당의 영화표 대금을 지급하고서도 영화표는 수령조차 못하여 동액 상당의 피해가 발생한 점 등을 종합하여 보면, 원고가 거래상의 우월한 지위를 이용하여 거래상대방인 극장광고업자에게 자기가 지정한 영화표를 구매하도록 한 행위는 구입강제행위에 해당함.

[메가박스의 거래상지위 남용행위 건(서울고법 2010. 12. 15. 선고 2009누39065 판결⁵⁷⁾)]

□ 대리점의 주문단계에서부터 원고 사업소의 직원들이 대리점주들이 원하는 물량을 초과하는 물량을 주문할 것을 강요한 후 본사 주문시스템에 강요된 주문 물량을 입력하는 방식으로 구입을 강제하는 행위는 위법함

- 원고의 내부문서상 기재를 살펴보면 'PUSHI 판매'는 대리점들의 의사에 반한 구입 강제를 의미하는 것임을 충분히 인정할 수 할 수 있고, 원고 역시 내부문서에 '밀어내기'라는

56) 상고심(대법원 2014. 11. 18. 선고 2014두12581 판결)은 법정기간 내 상고이유서 미제출로 기각됨

57) 상고심(대법원 2011. 4. 28. 선고 2011두1207 판결)은 심리불숙행 기각함

단어를 직접 사용하기도 하였으며 원고의 밀어내기로 대리점들은 적정수준의 유통재고를 초과하여 과잉재고를 보유하게 되었고, 이로써 대리점들에 대한 연체채권이 증가하게 됨. 원고는 구입강제를 위하여 대리점과 사이에 약정된 여신거래한도를 임의로 증액하거나 여신거래한도를 초과하여 대리점에게 이륜차를 판매하기도 함.

- 원고 측 직원은 요구물량을 구매하지 않을 시 대리점계약을 해지하겠다고 하면서 대리점주가 요구물량에 대한 주문에 동의할 때까지 해당 대리점을 떠나지 않거나 수시로 전화를 걸어 구입을 강제하였고, 대리점주가 여신거래한도가 남아있지 않다면 구매를 거절하면 원고는 임의로 여신거래한도를 늘려서까지 요구물량에 대한 주문을 받았다고 진술한 바 있음.

[대림자동차공업(주)의 거래상지위 남용행위 건(서울고법 2017. 8. 18. 선고 2015누45528 판결⁵⁸⁾)]

② 부정례

- 광고방송시간 일부를 거래관계에 있는 상대방들에게 판매요청하였으나 사업능력에 현저한 차이가 있다고 보기 어려우며 이에 불응시 불이익을 받은 적도 없다면 구입강제를 하였다고 인정하기 부족함
- 원고는 유료방송시장에서 씨제이비디어 등 13개 방송채널사용사업자(이하, 'PP사업자'라 한다)에 대하여 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있고, PP사업자와 채널송출 계약을 체결하는 원고의 채널전략팀이 나서서 2007년부터 2009년까지 PP사업자들에게 이 사건 광고방송시간을 판매한 사실 등을 인정되나, PP사업자들 중 유력한 5대 사업자는 원고와 비교하여 사업능력에 현저한 차이가 있다고 보기 어려운 점, 원고가 이 사건 광고방송시간의 구매를 요청하면서 그에 불응할 경우 채널 편성에 있어 불이익을 주겠다는 언동을 하였다거나 실제 불이익을 받은 PP사업자가 있었다는 직접적인 증거가 없는 점, PP사업자들 중 일부 담당자는 원고로부터 방송시간을 구매하여 채널광고에 사용할 필요가 있었고 그 효과도 높았다는 취지로 증언한 점, 광고의 필요성과 효과면에서 PP사업자들이 원고로부터 이 사건 광고방송시간을 구매할 의사가 없었다고 단정하기 어렵고, 이 사건 광고방송시간 판매행위 전부가 원고의 채널 편성과 상관관계가 있다고 볼 자료도 부족한 점 등 판시와 같은 여러 사정들을 종합할 때, 위와 같은 사실만으로는 원고가 PP사업자들로 하여금 이 사건 광고방송시간을 구매하지 않을 수 없는 객관적인 상황을 만들어 내는 등으로 자신의 거래상 지위를 부당하게 이용하여 구입강제를 하였다고 인정하기에 부족함.

[씨엔엠의 거래상지위 남용행위 건(대법원 2014. 2. 13. 선고 2012두10772 판결)]

58) 상고심(대법원 2018. 1. 25. 선고 2017두62327 판결)은 살리불속행 기각함

- 무료잡지 광고지면을 구입하도록 요청하였더라도 사업능력에 현격한 차이가 없고, 불응시 불이익을 받지 아니하였고, 홍보효과, 잡지 발행 목적 등을 종합하여 보면 구입강제를 하였다고 인정하기에 부족함
- 원고는 유료방송시장에서 온미디어 등 9개 MPP(복수방송채널사용 사업자) 사업자들에 대하여 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있는 자로서 2007. 2.부터 2008. 9.까지 위 MPP사업자들에게 원고가 발행하는 이 사건 잡지의 광고지면 구입을 요청하였고 이에 위 MPP사업자들이 원고로부터 이 사건 잡지의 광고지면을 구입한 사실 등을 인정되나, 위 MPP사업자들의 사업능력이 원고와 현격한 차이가 없고, 이 사건 광고 구입 요청에 불응한 MPP사업자가 불이익을 받지 아니하였으며, 위 MPP사업자들로부터 받은 광고비를 모두 광고회사에 지급하여 원고가 얻은 이득이 거의 없는 사정을 비롯하여 위 MPP사업자들의 원고와의 공동마케팅의 필요성 및 이 사건 광고를 통한 방송채널에 대한 홍보효과, 이 사건 잡지의 발행 목적, 다른 무료잡지와 비교한 이 사건 광고의 단가 수준 등의 판시와 같은 여러 사정들을 종합하여 볼 때, 위와 같은 사실만으로 원고가 위 MPP사업자들로 하여금 이 사건 잡지의 광고지면을 구입하지 않을 수 없는 객관적 상황을 만들어 내는 등으로 자신의 거래상 지위를 부당하게 이용하여 구입강제를 하였다고 인정하기에 부족함.

[씨제이헬로비전의 거래상지위 남용행위건(대법원 2014. 3. 27. 선고 2012두5589 판결)]

2) 이익제공 강요행위

가) 성립요건

- 행정처분을 하기 위해서는 그 대상이 되는 이익제공강요의 내용이 구체적으로 명확하게 특정되어야 함
- 공정위가 법 제24조 소정의 시정명령 등 행정처분을 하기 위해서는 그 대상이 되는 '이익제공강요' 및 '불이익제공'의 내용이 구체적으로 명확하게 특정되어야 하고, 그러하지 아니한 상태에서 이루어진 시정명령 등 행정처분은 위법하다고 할 것임.

[이랜드리테일의 거래상지위남용행위 등 건(대법원 2007. 1. 12. 선고 2004두7146 판결)]

나) 구체적 사안

- 원고(남양유업)의 실질적인 진열판촉사원 채용 및 관리사실에서 보아 임금전가는 거래상지위를 이용한 이익제공 강요행위 해당함
- 원고가 진열판촉사원의 전반적인 영업활동, 판매교육, 근무태도 점검, 인센티브 지급 등 모든 사항을 결정하고 대리점과 유통점 위탁판매계약 시 진열판촉사원의 투입에 대한 설명이나 검토기회 부여 없이 일방적으로 결정하였으며, 또한 매출 증가로 인해 원고가 직접적인 이익을 누릴 가능성이 높음에도 대리점이 과도한 비용분담 요구를 거절할 수 없었던 것은 계약해지라는 불이익을 당할 수 있기 때문인 것으로 보임.

[남양유업의 거래상지위남용행위 건(대법원 2015. 1. 30. 선고 2014누1910 판결⁵⁹⁾)]

- 골프장사업자가 회원권을 양수한 자에 대하여 과도한 명의개서료를 징수한 것은 이익제공강요행위임
- 체육시설의설치·이용에관한법률 제19조제1호에서는 회원자격의 양도, 양수에 따른 일체의 비용을 실액을 기준으로 한 금액만을 징수하도록 규정하고 있고, 원고회사의 약관에서도 회원권 양수시 명의개서에 필요한 제 경비 등을 감안한 회원등록료를 납부하도록 규정하고 있으며 회원의 명의개서에 필요한 제경비가 원고의 계산에 의하더라도 회원 1인당 150,000원에 불과하므로 회원자격을 양수한 사람들에 대하여 명의개서료, 회원등록료 등 명목으로 이보다 훨씬 많은 5,500,000원 내지 11,000,000원을 징수하는 것은 부당하게 많은 금액을 징수한 것으로 원고가 위와 같은 금원을 징수하는 이유가 자유로운 주말 이용을 원하는 회원들에게 정확하고 고급화된 서비스를 제공하기 위한 것이고, 기준의 회원들로부터 동의를 받은 것이라 하더라도 기준의 회원으로부터 이를 징수하지 않은 채 회원으로서의 지위를 양수한 사람에 대하여만 징수하는 것인 이상 이러한 금원의 징수가 적당한 것으로 볼 수 없어 원고의 행위는 회원들에 대하여 상대적으로 우월한 지위를 부당하게 이용하여 이익제공을 강요한 행위에 해당된다고 판단함.

[삼공개발의 거래상지위남용행위 건(서울고법 2003. 9. 2. 선고 2002누19758 판결⁶⁰⁾)]

59) 상고심(대법원 2015. 6. 11. 선고 2015두38962 판결)은 심리불속행 기각함

60) 상고심(내법원 2004. 1. 16. 선고 2003두11537 판결)은 심리불속행 기각함

□ 거래상 지위가 인정되더라도 매출확대 등 공통의 이해관계 하에서 체결된 무상계약 및 제공은 거래상 지위의 남용행위로 볼 수 없음

- 극장사업자와 극장광고업자는 거래상의 지위에 상대적인 차이가 있다고 하더라도 디지털영상사업으로 인한 광고매출확대 등을 통한 이익증진에 공통의 이해관계를 가지는 면도 있는 점, 극장광고업자가 자신의 제외에 따라 진행된 일련의 계약에 의하여 극장 사업자에게 디지털영사기 총 49대를 무상으로 제공할 의무를 부담함에 따라 극장사업자가 지정한 3D 입체영화 상영에 필요한 디지털영사기의 무상제공을 충분히 예측가능한 수 있는 점, 그 영사기가 계약상 공급목록에 포함되어 있는 점 등을 종합하면 이 사건 디지털영사기의 제공이 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로 보기 어렵고, 극장사업자와 극장광고업자 사이의 극장광고영화만이 아닌 일련의 디지털영상사업에 관한 협력과정에 비추어 극장사업자가 디지털영사기 제공을 요청한 행위가 거래상 지위의 남용행위에 해당한다고 볼 수 있음.

[메가박스의 거래상지위 남용행위 건(서울고법 2010. 12. 15. 선고 2009누39065 판결⁶¹⁾)]

3) 판매목표강제행위

가) 의의 및 판단기준

- '자기가 공급하는 상품 또는 용역과 관련하여 거래상대방의 거래에 관한 목표를 제시하고 이를 달성하도록 강제하는 행위'인 판매목표강제행위에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 '거래상 지위'가 있는지 여부는 시장의 상황, 당사자 간의 격차, 상품의 특성 등을 모두 고려하여 판단하여야 함
- 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '법'이라 한다) 제23조 제1항 제4호는 '자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위'를 불공정거래행위의 하나로 규정하고, 같은 조 제2항에 따른 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령(2010. 5. 14. 대통령령 제22160호로 개정되기 전의 것) 제36조 제1항 [별표 1] 불공정거래행위의 유형 및 기준(이하 '불공정거래행위기준'이라 한다) 제6호 (다)목은 법 제23조 제1항 제4호에 해당하는 행위유형의 하나로 '판매목표강제'를 들면서, 이를 '자기가 공급하는 상품 또는 용역과 관련하여 거래상대방의 거래에 관한 목표를 제시하고 이를 달성하도록 강제하는 행위'라고 규정하고 있는바, 판매목표강제행위에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 '거래상 지위'는 일방이 상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 상대방과의 거래활동에

61) 삼고심(대법원 2011. 4. 28. 선고 2011두1207 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

상당한 영향을 미칠 수 있는 지위를 갖고 있으면 이를 인정하기에 속하다고 할 것이고, 거래상 지위가 있는지 여부는 당사자가 처하고 있는 시장의 상황, 당사자 간의 전체적 사업능력의 격차, 거래의 대상인 상품의 특성 등을 모두 고려하여 판단하여야 할 것임.

[씨제이헬로비전의 판매목표강제행위 건(대법원 2011. 5. 13. 선고 2009두24108 판결)]

□ 판매목표강제행위에 해당하는지 여부는 당해 행위의 의도와 목적, 효과와 영향 등과 같은 구체적 태양과 상품의 특성, 거래의 상황, 해당 사업자의 시장에서의 우월적 지위의 정도 및 상대방이 받게 되는 불이익의 내용과 정도 등에 비추어 판단하여야 함

○ 판매목표강제행위에 해당하는지 여부는 당해 행위의 의도와 목적, 효과와 영향 등과 같은 구체적 태양과 상품의 특성, 거래의 상황, 해당 사업자의 시장에서의 우월적 지위의 정도 및 상대방이 받게 되는 불이익의 내용과 정도 등에 비추어 볼 때 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로서 공정한 거래를 저해할 수 있는지 여부를 판단하여 결정하여야 함.

[씨제이헬로비전의 판매목표강제행위 건(대법원 2011. 5. 13. 선고 2009두24108 판결)]

* 참고: 파스퇴르유업의 우월적지위 남용건(대법원 2000. 6. 9. 선고 1997누19427 판결)

나) ‘목표를 제시하고 이를 달성하도록 강제하는 행위’의 범위

□ ‘목표를 제시하고 이를 달성하도록 강제하는 행위’에는 상대방이 목표를 달성하지 않을 수 없는 객관적인 상황을 만들어 내는 것을 포함함

○ 판매목표강제에 있어서 ‘목표를 제시하고 이를 달성하도록 강제하는 행위’에는 상대방이 목표를 달성하지 않을 수 없는 객관적인 상황을 만들어 내는 것을 포함하고, 사업자가 일방적으로 상대방에게 목표를 제시하고 이를 달성하도록 강제하는 경우뿐만 아니라 사업자와 상대방의 의사가 합치된 계약의 협식으로 목표가 설정되는 경우도 포함됨.

[씨제이헬로비전의 판매목표강제행위 건(대법원 2011. 5. 13. 선고 2009두24108 판결)]

다) 구체적 사안

① 긍정례

- 협력업체들에 대해 영업목표를 할당하고 미달성시 업무위탁수수료를 감액하여 지급한 행위는 판매목표강제행위에 해당함
- 가야방송은 매월 디지털방송 700건, 인터넷 300건의 신규가입자 유치를 영업목표로 확정하고 이 사건 계약에서 정한 '협력업체 평가기준표'에 따라 위 영업목표 달성을 위하여 매월 협력업체를 평가하여 신규가입자 유치 목표에 미달할 경우 정상 수수료에서 미달한 만큼 월 단위로 지급할 수수료를 폐널티로 감액하거나 일정한 조건 하에서 이 사건 계약까지 해지할 수 있는 절, 실제로도 가야방송은 이러한 계약에 따라 2007년 6 월부터 12월까지 사이에 매월 영업목표를 달성하지 못한 달에 대하여 업무위탁 수수료를 감액하여 협력업체들에게 지급한 절, 서비스의 개통 장애처리 및 임대장비의 관리와 유지(AS) 등과 관련한 업무지연이나 업무불이행 등 본래의 위탁업무를 협력업체가 제대로 이행하지 아니한 경우에는 가야방송측이 입은 손해에 대한 보전 및 서비스향상을 위해 당연히 업무위탁 수수료를 사후에 감액하여 지급할 수 있다고 할 것이나, 신규가입자 유치업무 등 영업의 경우에는 업무의 특성상 그 유치실적에 비례하여 차등적, 누진적으로 인센티브를 제공하는 방식에 따라야 할 것인데도 영업실적이 월간목표에 미달한다는 이유로 그 미달비율에 따라 영업수수료를 감액하는 방식으로 지급해 온 절, 또한 위 평가기준표에서도 신규가입유치 영업목표 달성을 항목이 AS처리나 발생율 등의 다른 항목보다 가중치가 더 높고 평가비중면에서도 설치 항목 다음으로 큰 29%의 비율을 차지하고 있는 절 등에나 앞서 본 바와 같이 원고가 거래상 우월한 지위에 있는 사정을 보태어 보면, 설령 가야방송이 원고의 주장과 같이 입찰을 통한 협력업체 선정과정에서 협력업체가 제출한 제안서를 기준으로 판매목표를 설정하였다거나 협력업체의 여러 사정을 참작하여 수수료 위약금을 적용하였을 뿐 판매목표 미달성을 이유로 이 사건 계약을 실제 해지한 적이 없다 하더라도, 원고는 협력업체들에 대해 케이블방송 및 인터넷의 신규가입자 유치목표를 설정하고 이를 달성하지 못할 경우 지급할 업무위탁 수수료를 감액하는 불이익을 주는 방법으로 협력업체들의 자유로운 의사결정을 저해하거나 불이익을 강요함으로써 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 하였다고 할 것인.
- 원고는 영업수수료 산정방식에 대하여 협력업체가 월간 디지털방송 700건, 인터넷 300건 가입의 목표를 달성한 경우에는 소정의 건당 수수료를 기준으로 영업수수료를 계산하고, 위 목표에 미달한 경우에는 미달비율에 따른 건당 수수료 금액을 차감한 액수를 기준으로

영업수수료를 계산하는 것이므로 이는 판매실적이 일정 수준에 이르면 건당 수수료 금액이 높아지는 차등적, 누진적 인센티브제로서 합리적인 영업촉진수단의 범주에 속하는 것이라고 주장하고 있으나, 가입자유치에 대해 지급되는 영업수수료는 당초에 정해진 건당 수수료에 따라 협력업체의 유치실적에 비례하여 가중하는 방식으로 산정되어야 할 것인데, 앞서 본 바와 같이 원고는 건당 수수료에 유치실적을 곱하여 산출한 수수료액수를 그대로 지급하지 아니한 채 당초 설정한 신규가입자 유치의 월간목표를 달성하지 못한 경우에는 30점 만점인 영업점수를 감점하고 이에 비례하여 위 수수료를 감액한 차액만을 지급해 왔으므로 이를 두고 일정 수준에 이르면 건당 수수료 금액이 높아지는 누진적인 인센티브에 해당된다고 보기 어려움.

[씨제이헬로비전의 판매목표강제행위 건(서울고법 2009. 11. 12 선고 2009누4748. 판결⁶²⁾)]

② 부정례

- 단지 자기가 공급하는 상품 또는 용역의 구매자 확대를 위하여 노력하도록 거래상대방에게 촉구 또는 독려하는 것만으로는 판매목표강제행위가 성립되지 아니함
- 원고뿐만 아니라 다른 자동차제조판매업자도 대리점에 선출고를 요청하는 관행이 있는 사실, 대리점에서 원고 지역본부의 요청에 따라 선출고한 차량의 매출이 취소되는 경우 대리점에 지연이자를 부과하지 않은 사실, 대리점은 원고 지역본부의 선출고 요청이나 목표달성을 촉구하는 공문 또는 문자메시지의 내용에 따르지 않더라도 특별한 제재나 불이익을 받지 않았고 오히려 선출고가 판매 실적에 포함되므로 대리점은 선출고를 하더라도 판매실적 증가에 따른 정례 인센티브와 임차지원금 등을 받을 수 있는 사실, 종합평가 결과 부진대리점에 해당하지 않는 이상 판매목표를 달성하지 못하더라도 특별한 제재나 불이익을 받지 않은 사실, 대부분의 대리점은 판매목표를 달성하지 못하고도 원고와 판매대리계약을 유지하고 있는 사실 등을 종합하면 원고가 대리점에 선출고를 요청하고 목표달성을 촉구하는 공문이나 문자메시지를 보낸 행위 등을 대리점의 판매목표 달성을 촉구하는 행위에 불과하고, 원고가 일부 대리점과의 계약관계를 종료한 것은 자동차 판매대리계약에 따른 적법한 행위임과 동시에 경영상의 필요에 따른 행위라고 봄이 타당함.

[쌍용자동차의 거래상지위 남용행위 건(서울고법 2008. 7. 10. 선고 2008누596 판결⁶³⁾)]

62) 상고심(대법원 2011. 5. 13. 선고 2009두24108 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

63) 상고심(대법원 2011. 6. 9. 선고 2008두13811 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

4) 불이익제공행위

가) 성립요건

- 거래상 지위 남용행위의 상대방이 일반 소비자인 경우 거래질서와의 관련성이 인정되어야 공정 거래 저해 우려가 있는 것으로 해석함이 타당함
- 불공정거래행위에 관한 법령의 규정 내용에 따르면, 그 문언에서 행위의 상대방을 사업자 또는 경쟁자로 규정하고 있거나 그 문언의 해석상 거래질서 또는 경쟁질서와의 관련성을 요구하고 있으므로, 이러한 규정의 체계를 고려할 때 공정거래법 제23조 제1항 제4호가 '자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위'라고 규정하여 행위의 상대방을 사업자 또는 경쟁자로 한정하고 있지는 않지만, 그 거래상 지위의 남용행위에서는 적어도 거래질서와의 관련성은 필요하다고 보아야 함.
 - 거래상 지위 남용행위의 상대방이 경쟁자 또는 사업자가 아니라 일반 소비자인 경우에는 단순히 거래관계에서 문제될 수 있는 행태 그 자체가 아니라, 널리 거래질서에 미칠 수 있는 파급효과라는 측면에서 거래상 지위를 가지는 사업자의 불이익 제공행위 등으로 인하여 불특정 다수의 소비자에게 피해를 입힐 우려가 있거나, 유사한 위반행위 유형이 계속적·반복적으로 발생할 수 있는 등 거래질서와의 관련성이 인정되는 경우에 한하여 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 것으로 해석함이 타당하다 할 것인 바, 비록 이 사건 행위의 내용이 원고의 평일회원들에게 다소 불이익하다고 볼 수는 있지만, 평일회원들은 골프장 경영 회사인 원고에 대한 관계에서 일반 소비자에 해당하므로, 먼저 거래질서와의 관련성이 인정되어야만 이 사건 행위가 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 볼 수 있을 것임.
 - 원고가 특정 회원들과 사적 거래관계를 개별적으로 형성하는 과정의 잘못을 지적하는 원심의 판시는 이 사건 행위가 널리 거래질서와 관련성이 있는 것으로서 공정거래 저해성이 인정된다는 근거로 삼기에는 부족하고, 나아가 불이익 제공의 대상이 된 위 평일회원들이 불특정 다수의 소비자에 해당한다고 보기 어렵고, 원고뿐 아니라 다른 골프장 경영 회사와 소속 회원들 사이에 이 사건 행위와 유사한 형태의 행위가 계속적·반복적으로 발생할 수 있다는 등 거래질서와의 관련성을 인정할 만한 뚜렷한 자료도 없어 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 것으로 보기는 어려움.
- [금보개발의 거래상지위 남용행위 건(대법원 2015. 9. 10. 선고 2012두18325 판결⁶⁴⁾]

64) 파기 환송 후 고법 확정(서울고법 2015. 12. 18. 선고 2015누1832판결)

□ 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 그 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행 과정에서 불이익을 준 것으로 인정되고, 그로써 공정거래를 저해할 우려가 있어야 함

- 불이익제공행위에 해당하기 위하여는 그 행위의 내용이 상대방에게 다소 불이익하다는 점만으로는 부족하고, 구입강제, 이의제공강요, 판매목표강제 등과 동일시할 수 있을 정도로 일방 당사자가 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 그 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 준 것으로 인정되고, 그로써 정상적인 거래 관행에 비추어 상대방에게 부당하게 불이익을 주어 공정거래를 저해할 우려가 있어야 함.

[하이트맥주의 거래상지위남용행위 건(대법원 2004. 7. 9. 선고 2002두11059 판결)]

* 참고: 한국까르푸 사건(대법원 2003. 12. 27. 선고 2001두9646 판결), 서울도시철도공사의 광고대행업자인 광인에 대한 거래상지위남용행위 건(서울고법 2000. 6. 13. 선고 99누1238 판결, 대법원 2002. 5. 31. 선고 2000두6213 판결), 한국수자원공사의 거래상지위남용행위 건(대법원 2007. 1. 11. 선고 2004두3304 판결)

□ 불이익제공의 내용이 구체적으로 명확하게 특정되어야 함

- 공정위가 법 제24조 소정의 시정명령 등 행정처분을 하기 위해서는 그 대상이 되는 '의 제공강요' 및 '불이익제공'의 내용이 구체적으로 명확하게 특정되어야 하고, 그러하지 아니한 상태에서 이루어진 시정명령 등 행정처분은 위법하다고 할 것임.

[아랜드리테일의 거래상지위남용행위 등 건(대법원 2007. 1. 12. 선고 2004두7146 판결)]

□ 불이익이 금전상의 손해인 경우에는 그 범위(손해액)까지 명확하게 확정되어야 함

- 지하철의 광고대행계약의 체결과 그 이행과정에서 도시철도공사가 지하철의 개통지연 및 미영업역 발생 등으로 인하여 발생한 광고대행사의 경상관리비를 광고대행료에 반영하여 주지 아니하는 불이익을 제공하였다는 것을 이유로 시행령 제36조 제1항 [별표] 제6호 (라)목에 의해 공정거래위원회가 시정명령을 하기 위해서는, 거래상대방에게 발생한 불이익의 내용이 객관적으로 명확하게 확정되어야 하고, 여기에서의 불이익이 금전상의 손해인 경우에는 법률상 책임있는 손해의 존재는 물론 그 범위(손해액)까지 명확하게 확정되어야 함.

[서울도시철도공사의 광고대행업자인 광인기업에 대한 거래상지위남용행위 건(대법원 2002. 5. 31. 선고 2000두6213 판결)]

나) 규제의 취지

- 거래과정에서 거래상의 지위를 이용하여 일방적으로 상대방에게만 불이익을 주게 되는 경우를 규제하고자 함에 그 취지가 있음

- 불이익제공행위를 불공정거래행위로 규정하고 있는 것은 거래과정에서 거래상의 지위를 이용하여 일방당사자가 그보다 열등한 지위에 있는 타방 당사자의 자유의지를 구속하여 일방적으로 상대방에게만 불이익이 되도록 거래조건을 설정하거나 변경하는 등 상대방에게 일방적으로 불이익을 주게 되는 경우에는 공정한 경쟁의 기반을 침해할 우려가 있기 때문에 이를 규제하고자 함에 그 취지가 있음.

[한국공항공사의 거래상 지위남용행위 건(대법원 2005. 12. 8. 선고 2003두5327 판결)]

다) 판단기준

- 거래상 지위의 남용행위로서 불이익제공행위에 해당한다고 하기 위해서는 구입강제, 이익제공강요, 판매목표강제 등과 동일시할 수 있을 정도로 일방 당사자가 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 그 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 준 것으로 인정되어야 함
- 공정거래법 제23조 제1항 제4호, 제2항, 구 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표 1] 제6호 (라)목의 각 규정을 종합하면, 불공정거래행위의 한 유형으로 사업자의 거래상 지위의 남용행위를 규정하고 있는 것은 현실의 거래관계에서 경제력에 차이가 있는 거래주체 간에도 상호 대등한 지위에서 법이 보장하고자 하는 공정한 거래를 할 수 있게 하기 위하여 사업자가 그 지위를 남용하여 상대방에게 거래상 불이익을 주는 행위를 금지시키고자 하는 데 그 취지가 있는 것으로서, 거래상 지위의 남용행위로서 불이익제공 행위에 해당한다고 하기 위해서는 당해 행위의 내용이 상대방에게 다소 불이익하다는 절만으로는 부족하고, 구입강제, 이익제공강요, 판매목표강제 등과 동일시할 수 있을 정도로 일방 당사자가 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 그 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 준 것으로 인정되어야 하고, 이 때 부당성의 유무를 판단함에 있어서는 당해 행위의 의도와 목적, 효과와 영향 등과 같은 구체적 태양과 상품의 특성, 거래의 상황, 해당 사업자의 시장에서의 우월적 지위의 정도 및 상대방이 받게 되는 불이익의 내용과 정도 등에 비추어 볼 때, 정상적인 거래관행을

벗어난 것으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지 여부를 판단하여 결정하여야 함 (대법원 1998. 3. 27. 선고 96누18489 판결, 대법원 2003. 12. 26. 선고 2001두9646 판결 등 참조).

[S-OIL의 배타조건부거래행위 건(대법원 2013. 4. 25. 선고 2010두25909 판결)]

□ 부당성의 유무는 당해 행위가 행하여진 당시를 기준으로 당해 행위의 의도와 목적, 경위, 불이익의 내용과 정도, 경쟁제약의 정도, 관행, 관계 법령의 규정 등 여러 요소를 종합하여 전체적인 관점에서 판단하여야 함

- 상호간의 이익증진을 목적으로 한 일정한 거래관계에 따른 계약에 있어서는 그 계약에 따른 이득을 얻게 되는 대신 어느 정도의 불이익적인 제한도 따르게 되는 것이 일반적이라 할 수 있으므로 이러한 불이익이 부당한 것인지를 판단하기 위해서는 당해 행위가 행하여진 당시를 기준으로 당해 행위의 의도와 목적, 당해 행위에 따른 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 할 것임.

[하이트맥주의 거래상지위남용행위 건(대법원 2004. 7. 9. 선고 2002두11059 판결)]

* 참고: 전북개발공사의 거래상지위남용행위 건(서울고법 2003. 6. 3. 선고 2002누10768 판결, 대법원 2003. 11. 27. 선고 2003두10299 판결), 파스퇴르유업 사건(대법원 2000. 6. 9. 선고 97누19427 판결), 서울도시철도공사의 광고대행업자인 광인에 대한 거래상지위남용행위 건(서울고법 2000. 6. 13. 선고 99누1238 판결, 대법원 2002. 5. 31. 선고 2000두6213 판결)

□ 전체 거래금액에서 감액대상이 차지하는 비율을 부당성 판단에 있어 하나의 요소로 삼은 것은 정당함

- 당해 거래금액에서 감액대금이 차지하는 비율은 물론 전체 거래금액에서 감액대상이 차지하는 비율을 거래상 지위의 남용행위의 부당성 판단에 있어 하나의 요소로 삼은 것은 정당하다고 할 것임.

[한국까르푸의 거래상지위남용행위 건(대법원 2003. 12. 26. 선고 2001두9646 판결)]

- 거래상대방이 제3자에 대하여 상대적으로 불이익한 취급을 받게 되었다고 하여 불이익제공은 아님

- 불이익제공이라 함은 사업자가 거래상 지위를 이용하여 거래를 함에 있어 거래상대방에 대한 거래조건이 설정 또는 변경이나 그 이행과정에서 거래상대방에게 불이익을 주는 행위를 의미하므로 그 사업자가 제3자에 대한 거래조건의 설정 또는 변경이나 이행과정에서 제3자에게 이익을 제공함으로써 거래상대방이 제3자에 대하여 상대적으로 불이익한 취급을 받게 되었다고 하여 사업자가 거래상대방에게 불이익을 제공한 것으로 볼 수는 없음.

[한국공항공사의 거래상지위남용행위 건(대법원 2005. 12. 8. 선고 2003두5327 판결)]

라) 구법 제23조 제1항 제1호 가격차별의 사유가 제4호 불이익제공이 되는지 여부

- '가격차별'과 '불이익제공'은 각 그 행위의 요건이 되는 사실이 다르고, 입법취지 등이 다르므로 가격차별의 사유를 불이익제공을 사유로 하는 시정조치의 적법성의 근거 사유로 삼을 수 없음

- 법 제23조 제1항 제4호, 제2항, 법 시행령 제36조 제1항 [별표 1] 제6호 (라)목, 제2항은 자기의 거래상 지위를 부당하게 이용하여 구입강제, 이익제공강요, 판매목표강제에 해당하는 행위 외의 방법으로 거래상대방에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 주는 행위를 불공정거래행위 중 하나인 불이익제공으로 규정하고 있고, 법 제23조 제1항 제1호, 제2항, 법 시행령 제36조 제1항 [별표 1] 제2호 (가)목, 제2항은 부당하게 거래지역 또는 거래상대방에 따라 현저하게 유리하거나 불리한 가격으로 거래하는 행위를 불공정거래행위 중의 하나인 가격차별로 규정하고 있어 각 불공정거래행위의 요건이 되는 사실이 다르고, 불이익제공을 불공정거래행위로 규정하고 있는 것은 거래과정에서 거래상의 지위를 이용하여 일방당사자가 그보다 열등한 지위에 있는 타방당사자의 자유의사를 구속하여 일방적으로 상대방에게만 불이익이 되도록 거래조건을 설정하거나 변경하는 등 상대방에게 일방적으로 불이익을 주게 되는 경우에는 공정한 경쟁의 기반을 침해할 우려가 있기 때문에 이를 규제하고자 함에 그 취지가 있는 반면, 가격차별을 불공정거래행위로 규정하고 있는 것은 가격차별로 인하여 차별취급을 받는 자들의 경쟁력에 영향을 미치고, 경쟁자의 고객에게 유리한 조건을 제시하여 경쟁자의 고객을 빼앗는 등 경쟁자의 사업활동을 곤란하게 하거나 거래상대방을 현저하게 불리 또는 유리하게 하는 등 경쟁질서를 저해하는 것을 방지하고자 함에 그 취지가 있어 불이익제공과 가격차별을 불공정거래행위로 규정한 근거와 입법 취지, 요건 및 처분의 내용이 다른 점 등 여러 사정을 합목적적으로 고려하여 보면, 가격차별을

사유로 하는 시정조치와 불이익제공을 사유로 하는 이 사건 시정조치는 별개의 처분이라 할 것이므로, 가격차별의 사유를 이 사건 처분의 적법성의 근거 사유로 삼을 수 없음.

[한국공항공사의 거래상 지위남용행위 건(대법원 2005. 12. 8. 선고 2003두5327 판결)]

마) '가맹사업거래의 공정화에 관한 법률' 시행 이전 판례⁶⁵⁾

□ 가맹사업관계에서는 가맹점계약의 내용, 관련업계의 거래관행과 거래형태 등 여러 사정을 종합하여 구체적으로 판단하여 결정하여야 함

- 가맹본부가 모든 가맹점사업자에게 판매촉진활동의 일환으로 실시하는 할인판매행사에 참여하도록 한 행위가 거래상의 지위를 이용하여 부당하게 가맹사업자에게 불이익을 주는 행위로서 가맹사업의 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위인지 여부는 가맹점계약의 내용, 할인판매행사의 목적과 내용, 할인판매행사비용의 구체적인 분담내역, 할인판매행사에의 참여 및 할인판매행사비용의 분담에 대한 가맹점사업자의 의사반영의 여부, 할인판매행사로 인하여 가맹점사업자에게 생길 수 있는 손해발생의 개연성과 내용, 관련업계의 거래관행과 거래형태 등 여러 사정을 종합하여 구체적으로 판단하여 결정하여야 할 것인.

[롯데리아의 거래상지위남용행위 건(대법원 2006. 3. 10. 선고 2002두332 판결)]

□ 가맹본부가 가맹지역본부에 대하여 임의로 수수료를 공제한 것은 불이익제공에 해당함

- 가맹지역본부의 의무는 가맹점사업자의 모집, 지도, 관리업무에 국한될 뿐이고, 가맹점 사업자가 원고의 임의적 가맹점사업계약 내용변경 등에 관하여 의견표시를 하는 것의 제한은 가맹지역본부의 의무사항에 포함된다고 보기 어려운 점, 가맹지역본부계약서에 의하면, 가맹지역본부 잘못에 대하여 원고가 가맹지역본부에서 수입수수료를 징수할 수 있다거나 수수료율을 조정할 수 있다는 규정을 두고 있지 않은 점, 다수의 가맹점 사업자가 원고의 일방적인 영업정책 변경에 반대하여 집회에 참여하는 것을 관리·통제하지 못하였다는 이유로 수입수수료를 징수하는 행위는 통상적인 거래관행에도 들어맞지 않을 뿐만 아니라 원고에게 거래상의 지위를 이용하여 가맹지역본부에 불이익을 주려는 부당한 의사나 목적이 있었다고 보이는 점, 원고가 사전에 약정된 수수료율을 멀대로 조정함에 따라 가맹지역본부에 경제적 피해가 발생한 점 등에 비추어 원고의 이 사건 행위는 거래상지위를 부당하게 이용하여 상대방에게 불이익을 준 행위에 해당함.

[제너시스비비큐의 거래상지위남용 건(서울고법 2012. 4. 25. 선고 2011누26727 판결⁶⁶⁾)]

65) 현재는 '가맹사업거래의 공정화에 관한 법률' 제38조에 의하여 동법이 우선 적용됨

66) 상고심(대법원 2012. 9. 27. 선고 2012누12082 판결)은 심리불속행 기각함

□ 광고전단지의 비용을 일방적으로 전가하더라도 가맹점계약 등의 특성을 고려할 때 불이익제공으로 보기 어려움

- 판매촉진행사는 기본적으로 원고 본사 또는 가맹지역본부에서 계획하고 집행하며, 합리적으로 산정된 광고비용의 일부를 가맹점사업자에게 청구할 수 있도록 약정한 점, 원고가 이 사건 판매촉진행사를 함에 있어 판매촉진행사에 대한 가맹점사업자의 참가 여부와 가맹점사업자의 영업지역에 배포할 전단지의 매수를 미리 가맹점사업자의 신청을 받아 실시한 점, 이 사건 판매촉진행사의 일환으로 한 신문 및 텔레비전 광고비용 25억 5,400만 원과 광고 전단지의 디자인 비용은 모두 가맹본부인 원고가 부담하고, 광고전단지의 디자인 비용을 제외한 비용 약 5,482만 원만을 가맹점사업자들이 부담하였으며, 사용하지 아니한 광고전단지는 모두 회수한 사실 등을 알 수 있는바, 이러한 사실관계와 이 사건 판매촉진행사의 목적 등을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원고가 이 사건 판매촉진행사를 함에 있어 가맹점사업자들에게 광고전단지 비용을 부담하게 한 행위는 거래상대방에게 거래조건의 이행과정에서 불이익을 주는 불이익제공행위에 해당한다고 할 수 없음.

[제너시스의 거래상지위남용행위 건(대법원 2005. 6. 9. 선고 2003두7484 판결)]

□ 가맹점주가 할인판매행사 전 가맹점사업자들과 사이에 할인판매 실시를 협의하지 아니하고 할인판매비용의 일부를 가맹점사업자에게 부담시킨 것은 불이익제공이라고 보기 어려움

- 가맹점계약에 편입된 원고 제정의 “가맹점운영규칙”은 판매촉진활동은 기본적으로 가맹본부인 원고가 총괄, 기획, 집행, 감독하고, 가맹점사업자는 전국적 판매촉진행사에 의무적으로 참가하기로 하되, 부득이한 사유가 있어 원고가 인정하는 경우 예외적으로 참가하지 않은 수 있도록 되어 있는 점, 원고의 가맹조직의 지속적인 성장과 수익성 확보를 위하여 판매촉진활동의 일환으로서 이 사건 할인판매행사를 시행할 필요성이 있었다고 보이는 점, 이 사건 할인판매행사는 전국의 모든 가맹점사업자가 참가하는 행사로서 가맹본부의 이익은 물론 전체 가맹조직의 유지·발전이라는 공동목표를 위한 것이고, 실제로 할인판매행사의 수익금 중 상당부분을 가맹조직의 이미지를 높이는 데에 사용한 점, 이 사건 할인판매행사의 경우 원가율에 따른 판매가격에 비추어 가맹점사업자의 마진율이 어느 정도 보장된 것으로 볼 수 있고, 할인판매행사로 개별 가맹점사업자의 매출 또는 순익 감소 등의 손실이 발생하였음을 인정할 아무런 자료가 없는 반면 총 판매이익이 판매가격인하율을 상회하여 전체적인 이익이 증대된 점, 할인판매비용을 가맹본부인 원고와

가맹점사업자들 사이에 비교적 합리적으로 분담한 것으로 보이는 점, 원고는 할인판매행사를 실시하기 10일 전에 개별 가맹점사업자에게 할인판매행사의 실시에 관한 사항과 행사내용을 통보하였으나 그에 대한 아무런 이의가 없었던 점 등을 종합하면, 원고가 이 사건 할인판매행사를 실시하기 전에 가맹점사업자들과 사이에 할인판매실시 여부를 협의하지 아니하고 할인판매비용의 일부를 가맹점사업자들에게 부담시켰다 하더라도 이는 가맹본부가 가맹점사업자에 대하여 가지는 영업통제권의 범위에 포함되는 것이라 봄이 상당하므로 원고가 거래상 지위를 부당하게 이용하여 거래상대방에게 불이익을 제공한 행위에 해당한다고 할 수 없음.

[롯데리아의 거래상지위남용행위 건(대법원 2006. 3. 10. 선고 2002두332 판결)]

바) '거래조건의 설정·변경' 관련 구체적 사안

① 긍정례

□ 일방적인 계약해지조항 삽입은 정상적 거래관행을 벗어난 불이익제공행위에 해당됨

- 위 계약조건에 의하면 지국장들로서는 사소한 계약위반으로도 불시에 계약을 해지당하고 손해배상도 청구할 수 없게 되어 투하자본의 회수에 어려움을 겪게 될 수 있고, 해지사유의 존부에 관하여도 원고 한국일보로부터 자의적인 조치를 당할 우려를 배제할 수 없다고 할 것인 바, 지국장이 자유로운 의사로 협의하여 약정을 체결한다면 특별한 사정이 없는 한 일방적으로 불리한 조항을 삽입하는 아니한 것으로 보여지므로 위 계약해지 조항은 정상적인 거래관행에서 벗어나 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 것으로서 우월적 지위를 남용하여 불이익을 제공한 행위에 해당됨.

[한국일보사의 일방적 계약해지 및 면책조항선택행위 건(대법원 1998. 3. 24. 선고 96누11280 판결)]

□ 당사자들이 약정으로 대출금리를 변경하지 않기로 하였음에도 불구하고 일방적으로 이를 변경한 것은 불이익제공행위에 해당함

- 할부금융사인 위 원고들의 여신거래기본약관 제3조 제1항은 금융사정의 변화 등을 이유로 사업자에게 일방적 금리변경권을 부여하는 규정인 반면, 위 원고들이 매수인들과 사이에 체결한 각 주택할부금융약정서 제1조 제2항, 제3항은 주택할부금융약정 당시 정해진 이율은 당해 거래기간 동안 일방 당사자가 임의로 변경하지 않는다는 것으로서 곧 당사자에 의한 일방적 이율변경을 허용하지 않겠다는 취지라 할 것이므로 이 사건

약관조항에 규정된 사업자의 금리변경권을 배제하기로 하는 내용의 약정이라고 판단하면서, 위 원고들과 매수인들 사이의 각 할부금융약정의 내용 및 위 원고들의 금리변경권의 보유 여부, 대출금리 인상의 불가피성 및 인상시기, 인상폭의 상당성 여부, 매수인들이 받은 불이익의 내용 및 정도 등 여러 사정에 비추어 볼 때, 위 원고들이 대출금거래를 함에 있어서 이 사건 약관조항에 기한 금리변경권을 배제하기로 개별약정을 하였으므로 대출금리를 인상할 수 없음에도 일방적으로 대출금리를 인상한 행위는 결국 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 자기들이 부담하여야 할 조달금리의 상승으로 발생한 손해를 거래 상대방인 매수인들에게 불이익이 되도록 거래조건을 변경하여 그들로 하여금 내신 부담하도록 하는 불이익을 준 것으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위이므로 법 제23조 제1항 제4호 소정의 불이익제공에 의한 거래상 지위의 남용행위에 해당됨.

[팬택여신투자금융 외 18개사의 거래상지위남용행위 건(서울고법 2003. 11. 25. 선고 2002 누17196 판결⁶⁷⁾)]

□ 거래상의 지위를 배경으로 합리적 협의절차를 거치지 않은 수수료율 인하조치는 부당함

- 동종업계 다른 회사들과 비교하여 책임수납 수수료율을 인하하여야 할 경영상 필요성이 인정된다고 하더라도, 책임수납 수수료 외의 안전검침수수료 등 다른 위탁업무에 관한 거래조건을 감안하지 않고 전체 위탁업무처리수수료 총액을 단순 비교하는 것은 타당하지 않고, 대한도시가스의 도시가스 공급비용이 동종업계 다른 회사들에 비하여 과다한 것이 책임수납 수수료율이 과도하게 높은 네 직접적으로 기인한다고 볼 명확한 근거가 없으며, 나아가 거래상 지위의 남용행위를 규제하는 법의 취지는 우월적 지위 또는 적어도 상대방의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있는 사업자가 일방적으로 자신에게 유리한 결정을 하고 이를 강제함으로써 상대방에게 거래상 불이익을 주는 행위를 금지시키고자 하는 데 있으므로, 거래상의 지위를 배경으로 합리적 협의절차를 거치지 않은 이 사건 수수료율 인하조치는 그 타당성을 인정하기 곤란함.

[대한도시가스의 거래상지위남용행위 건(대법원 2005. 11. 10. 선고 2005두5987 판결)]

67) 상고심(대법원 2006. 11. 9. 선고 2003두15225 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 평시화

□ 책임수납수수료를 거래상대방과 협의 없이 일방적으로 인하한 것은 불이익제공행위에 해당함

- 원고(대한도시가스)와 지역관리소 사업자는 거래당사자간의 지위나 사업력에서 큰 차이가 있고, 지역관리소의 경우 거래를 개시하고 계속하는데 대한 자유로운 계약이나 거래조건의 결정이 불가능하거나 매우 곤란하여 일방적으로 자기에게 불리한 조건을 받아들일 수밖에 없는 상태에 있는 점, 원고가 지역관리소들에 지급하는 책임수납 수수료는 지역관리소들의 수입의 큰 비중을 차지하고 있으며, 사실상 지역 독점공급체제로 운영되는 도시가스업의 특성상 지역관리소의 사업자는 원고와 거래관계에서 배제된다면 대체거래 상대방을 구할 수 없는 입장에 처해 있었던 점, 원고가 책임수납 수수료율을 인하한 것은 결국 원고의 경영상 이익을 보전하기 위한 조치로 보이는 점 등에 비추어 보면, 원고가 비록 운영계약상의 근거를 가지고 있었다고는 하더라도 책임수납 수수료율을 지역관리소들과의 사전협의 없이 일방적으로 인하한 조치는 그에 상응할 만한 보완조치나 경제적 이익 감소에 대한 사후보장책이 마련되지 아니하여 지역관리소 사업자들에게 실질적인 불이익을 주는 것으로 원고가 거래상 지위를 부당하게 이용하여 불이익을 제공하는 것으로 정상적인 거래관행을 벗어나 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위라고 할 것임.

[대한도시가스의 거래상지위납용행위 건(서울고법 2005. 5. 18. 선고 2004누3849 판결⁶⁸⁾]

□ 일방적으로 수수료를 인하한 것은 상대방에게 부당한 불이익을 제공하는 행위임

- 원고가 전국의 고속도로휴게소 입차인들에게 그 방침을 통보하고 지시한지 불과 10여 일만에 기존의 판매대행계약의 기간만료 여부와 관계없이 전국의 117개 휴게소사업자를 전부와 사이에 위와 같은 내용의 새로운 계약이 체결된 점, 수수료율 인하로 인한 휴게소의 손실액이 배송체계의 변경으로 인한 비용절감액에 비하여 지나치게 커서 만약 휴게소 사업자가 원고와 대등한 교섭력을 가지고 있었더라면 쉽게 그와 같은 새로운 계약에 합의하지는 않았을 것으로 보이는 점에 비추어 거래상지위납용행위에 해당됨.

[한국도로공사의 거래상지위납용행위 등 건(대법원 2007. 3. 29. 선고 2005두3561 판결)]

□ 공식적 절차를 거치지도 않고, 광고대행료에 추가된 부분이 있음을 명시하지도 아니한 채 월광고대행료를 징수해 온 것은 정상적인 거래관행을 벗어난 불이익제공행위에 해당함

- 광고대행료의 증액조정은 계약내용의 중요부분에 관한 사항으로서 광고계약의 성격 및 태양 등을 종합할 때 공식적으로 각 거래당사자의 내부적 의사전달과정과 외부적

68) 상고심(대법원 2005. 11. 10. 선고 2005두5987 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

의사표명과정을 두루 거칠 것이 요망됨에도 단순히 일부 실무자와의 구두협의만 하고 더 이상의 공식적 절차를 거치거나 원래의 광고대행료에 추가된 부분이 있음을 명시하지도 아니한 채 월광고대행료를 징수해 온 것은 거래상 비교우위에 있던 원고가 정상적인 거래관행을 벗어나 거래상대방의 불이익이 되도록 거래조건을 변경함으로써 불공정 거래행위를 한 것임.

[서울도시철도공사의 광고대행업자인 광인에 대한 거래상지위남용행위 건(대법원 2002. 5. 31. 선고 2000두6213 판결)]

□ 정상거래관행에 비해 지나치게 단기로 납품기한을 설정한 것은 불이익제공행위에 해당함

- 납품기한은 이행이 가능하도록 합리적으로 정하는 것이 정상적인 거래관행이라고 할 것임에도 불구하고 본 건의 경우 상대방의 여행과정에서 소요되는 기간 등을 고려하지 아니하고 단순히 원고 한국통신 부서의 수요기간만을 고려하여 기한 내에 이행을 완료하는 것이 사실상 불가능할 정도로 단기간으로 납품기한을 설정한 것은 거래상 지위가 우월함을 이용하여 부당하게 거래상대방에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정한 불이익 제공행위에 해당됨.

[한국전기통신공사의 한국제어계측에 대한 거래상지위남용행위 건(대법원 1997. 8. 26. 선고 96누20 판결)]

② 부정례

□ 상대방의 자력이 악화되자 자신의 채권확보를 위해 거래조건을 변경한 것은 경영상의 정당한 이유가 있음

- 원고(하이트맥주)는 호남합동체인의 부도로 맥주공급을 중단하였다가 호남합동체인의 업무를 총괄하면 특정인이 호남합동체인의 채무를 변제하기로 하는 등의 합의 후 맥주공급을 재개하였음에도 특정인이 그 합의내용을 제대로 이행하지 아니하였고 또한, 호남합동체인이 2000.4.30.까지 변제한 채무는 22억 9천만원에 이른 반면, 월 매출액은 20억원 정도에 불과하여 기존의 미수금조차 감당하기 어려운 상태였으므로 부득이 향후 공급하는 맥주에 한하여 거래조건을 변경하게 된 것인 바, 이러한 점 등을 고려할 때 본 건 거래조건 변경행위는 거래상대방의 자력악화에 따른 채권확보를 위한 경영상의 정당한 이유가 있는 행위로서 불공정한 행위로 보기 어려움.

[하이트맥주의 거래상지위남용행위 건(대법원 2004. 7. 9. 선고 2002두11059 판결)]

□ 대출금리 변경에 대한 별도의 약정이 없어 약관의 규정에 따라 이자를 변경한 것은 불이익제공이라고 보기 어려움

- 이 사건 약관조항에 의한 금리변경은 금융사정의 변화 기타 상당한 사유가 있을 것을 요건으로 한다는 점에 비추어 볼 때 위 약관조항이 상당한 이유 없이 급부의 내용을 사업자가 일방적으로 결정하거나 변경할 수 있도록 권한을 부여하는 조항으로서 약관규제법 제10조 제1호에 따라 무효라고 보기도 어렵고, 원고들과 매수인들 사이에 이 사건 약관조항에 규정된 할부금융사의 금리변경권을 배제하기로 하는 개별약정을 하지 아니하였고, IMF 외환위기시태로 인하여 조달금리가 급격히 상승하였으므로 위 약관의 규정에 따라 금리를 인상할 수 있었으며, 그 대출금리의 인상시기나 인상폭 또한 조달금리의 상승시기나 상승폭, 당시의 경제사정, 자금조달상황, 향후 전망 등에 비추어 상당하지 않다고 볼 수 없으므로, 위와 같은 대출금리의 인상으로 거래 상대방인 매수인들이 인상된 이자율 상당을 추가로 부담하게 되는 불이익을 입었다 하더라도 그 대출금리의 인상을 통보한 행위가 법 제23조 제1항 제4호 “거래상대방에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 주는 행위”로서 공정거래를 저해할 우려가 있는 행위에 해당한다고 할 수 없음.

[[판례여신투자금융 외 18의 거래상지위남용행위 건(대법원 2006. 11. 9. 선고 2003두15225 판결)]

□ 계약상 일방적 관할법원 지정 조항이 공정한 거래를 저해하고 있다고 보기 어려움

- 이 사건 신문판매 계약과 같이 계약의 일방 당사자가 대규모 사업자로서 다수의 계약상대방에 대하여 동일 또는 유사한 조건으로 물품이나 용역을 공급하고, 상대방 당사자가 광범한 지역에 산재해 있으며, 계약상대방이 누구나에 상관없이 계약조건과 내용이 정형화되어 있고, 쌍방 당사자의 경제적 지위에 현저한 불균형이 있는 경우에는, 당사자간의 자유로운 교섭에 의하여 계약조건을 결정하는 개별 계약관계에 비하여 경쟁질서에 미치는 일반적인 영향은 크다고 할 수 있으나 그렇다고 하여 그와 같은 계약관계에 있어 경제적 지위가 열악한 당사자에게 불이익이 될 수 있는 모든 계약조건이 담연히 불공정 거래조건에 해당한다고 할 수는 없고, 문제가 되는 거래조건에 의하여 상대방에게 생길 수 있는 불이익의 내용과 불이익 발생의 개연성, 당사자간의 일상거래과정에 미치는 경쟁제약의 정도, 관련 업계의 거래관행과 거래형태, 일반 경쟁질서에 미치는 영향, 관계법령의 규정 등 여러 요소에 비추어 볼 때, 일방 당사자가 우월적 지위를 남용하여 그 거래조건을 설정한 것으로 인정이 되고, 그로써 정상적인 거래관행에 비추어 상대방에게 부당하게 불이익을 주어 공정거래를 저해할 우려가 있어야만 불공정거래행위로 인정될 수 있음. 그런데, 민사소송법상 당사자간의 합의에 의하여 제1심 관할법원을 정하는 것도 제한없이 인정이

되고 있으므로 비록 이 사건 신문판매계약상의 관할합의 조항이 대규모 사업자인 원고가 제시한 정형화된 계약조건에 따라 포함된 것이고, 그 재판적을 원고 회사의 관할법원으로 규정함으로써 일반적으로 보면 원고에게 유리할 수 있는 내용이라고 하더라도, 그와 같은 관할합의가 있다는 것 자체로써 당연히 원고측의 우월적 지위의 납득이 있었던 것으로 추정된다고 볼 수는 없고, 그에 의하여 상대방 당사자가 받을 수 있는 불이익이 반드시 부당한 것이라거나, 자유경쟁의 기반을 약화시키는 등 공정거래를 저해할 우려가 있다고 단정할 수도 없음.

[조선일보의 일방적 분쟁관할법원 지정조항 건(서울고법 1996. 11. 14. 선고 95구28993 판결⁶⁹⁾]

* 참고: 대법원 1998. 6. 29. 선고 98마863 판결

- 환자가 선택한 주진료과 의사가 진료지원과의 의사를 지정할 수 있도록 하는 포괄위임문구를 인쇄하여 선택진료제도를 운용한 것은 공정한 거래를 저해할 우려가 없음
- 원고(아산병원)가 선택진료신청서를 통하여 환자 등으로 하여금 주진료과 의사에게 진료지원과 의사를 지정할 수 있게 포괄위임하도록 한 것은 진료지원과 의사를 임의로 지정하여 환자의 의사선택권을 무시하고 추가적인 선택진료비를 부담시킨 것이 아니라, 환자 등의 의사에 따라 주진료과 의사에게 진료지원과목에 대한 선택진료를 지정할 수 있도록 위임하는 방식으로 선택진료제도를 운용함으로써 환자 등의 의사선택권을 의료현실에 맞게 보장함과 아울러 보다 좋은 의료서비스를 받을 수 있는 법적 지위를 보장하려고 노력하였다고 봄이 타당하고, 이에 이 사건 선택진료 포괄위임의 의도와 목적, 효과와 영향, 의료서비스의 특성 및 거래상황, 원고 병원의 우월적 지위의 정도 및 환자 등이 받게 되는 불이익의 내용과 정도 등까지 더하여 보면 원고의 이 사건 포괄위임 행위는 정상적인 거래 관행을 벗어난 것으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 보이지 아니함.

[아산병원의 거래상지위남용행위 건(대법원 2013. 6. 13. 선고 2011두7861 판결)]

* 참고: 연세대병원의 거래상지위남용행위 건(대법원 2013. 6. 28. 선고 2011두18151 판결), 삼성생명공익재단의 거래상지위남용행위 건(대법원 2013. 1. 10. 선고 2011두7885 판결), 서울대병원의 거래상지위남용행위 건(대법원 2013. 1. 10. 선고 2011두7854 판결), 아주대병원의 거래상지위남용행위 건(대법원 2013. 1. 31. 선고 2011두18113 판결), 가톨릭대병원의 거래상지위남용행위 건(대법원 2013. 2. 14. 선고 2011두17950 판결)

69) 참고(대법원 1998. 3. 27. 선고 96두18489 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없나고 판시함

□ 이 사건 공사대금은 수의시답을 통하여 결정되었고, 그 과정에서 이 사건 감액조항이 적용된 것으로 보기 어려우므로, 입찰안내서에 이 사건 감액조항을 둔 것만으로 거래상대방에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 주는 행위라고 볼 수 없음

○ 원고는 자신의 수의계약 업무집행기준에 따라 산정된 예정가격을 기준으로 수의시답과정을 통해 예정가격의 99.99%에서 계약을 체결하였는데, 이 사건 공사대금을 수의시답을 통하여 결정하기로 된 이상 국가계약법 시행령 제27조 제2항에 정해진 '변경할 수 없는 가격 및 기타 조건'에 해당한다고 보기 어려워 이 사건 도급계약 체결과 관련하여 적용될 여지가 없게 되었다 할 것이므로, 이 사건 도급계약 체결과 관련한 거래조건이라고 볼 수 없음. 따라서 이 사건 입찰안내서에 이 사건 감액조항을 둔 것이 수의시답을 거쳐서 체결된 이 사건 도급계약과 관련하여 거래조건을 설정하는 행위라고 볼 수도 없음.

[인천국제공항공사의 거래상지위 남용행위 건(서울고법 2017. 8. 16. 선고 2016누41967 판결⁷⁰⁾)]

□ 이 사건 설계변경제한조항은 분쟁의 발생을 방지하기 위한 합리성 있는 조항으로 보이고, 70일 이상 실시설계서를 검토할 수 있는 충분한 기간을 가진 점, 국가계약법 시행령 등의 해석에 비추어보면 이 사건 설계변경제한조항을 둔 것은 불공정거래 행위에 해당하지 아니함

○ 이 사건 설계변경제한조항은 도급계약 체결 후 '설계서의 누락·오류 및 설계서 간의 상호모순' 등을 주장함으로 인한 분쟁의 발생을 방지할 수 있는 합리성이 있는 조항으로 보이는 점, 2014. 2. 27. 기술제안서를 제출하기까지 약 70일 이상 실시설계서를 검토할 수 있는 충분한 기간을 가진 것으로 보이는 점, 국가계약법 시행령 등은 위와 같은 경우를 제외한 나머지 어떠한 경우에도 설계변경 또는 계약금액 변경이 제한될 수 없다고 해석하기는 어려운 전 등을 종합하여 보면, 원고가 이 사건 설계변경제한조항을 둔 것은 불공정거래행위에 해당하지 아니함.

[인천국제공항공사의 거래상지위 남용행위 건(서울고법 2017. 8. 16. 선고 2016누41967 판결⁷¹⁾)]

70) 상고심(대법원 2018. 1. 17. 선고 2017두61362 판결)은 심리불속행 기각함

71) 상고심(대법원 2018. 1. 17. 선고 2017두61362 판결)은 심리불속행 기각함

□ 휴지기간을 계약기간(총 공사기간)에서 제외시킨 점만으로는 원고가 부당하게 계약 상대방에게 불리한 거래조건을 설정하였다고 볼 수 없음

- 특별한 사정이 없는 한 공사의 자체책임은 시공사가 부담하는 것인데, 일수로 정해진 이 사건 공사의 총 공사기간이 연속된 것이라고 보아 공정률이 낮은 휴지기간까지도 전부 공사기간으로 간주한다면, 예정된 공기에 공사를 완성하지 못한 시공사들은 상당한 공사 자체상금의 부담을 지게 될 것인바, 휴지기간의 설정이 반드시 시공사에게 불리한 것이라고 단정하기도 어려움.
- 그리고 원고는 공구별 기본계약의 체결에 앞서 총 계약기간은 연차별 계약이행기간의 합인 점을 공지하였고, 연차별 공사도급계약을 체결하기 전에 계약상대방과 휴지기간의 구체적인 설정에 관하여 협의과정을 거쳤으며 휴지기간은 공사기간에서 제외된다는 점을 알렸으므로 계약상대방으로서는 적어도 연차별 도급계약의 체결 당시에는 휴지기간이 제외한 연차별 공사기간만이 총 공사기간에 포함된다는 점 및 결과적으로 총 공사기간이 만료되는 시점은 단순히 착공일로부터 총 공사기간에 상응하는 자연적 기간(1,500일 등)이 경과한 시점과 일치하지 않는다는 점 등을 예측할 수 있었다고 보아야 할 것임.
- 공사 완료시기를 예측할 수 없게 되는 불확실성은 장기계속공사 및 예산 책정에 따른 연차별 계약의 체결방식 자체에 기인하는 것이고 연차별 휴지기간의 범위는 해당연도에 책정된 예산의 규모에 의하여 결정되는 것이며, 공사의 완료시점이 시공사의 예측보다 늦어졌다고 하더라도 휴지기간을 미리 확정하였으므로 인력과 장비의 탄력적인 운영이 저해되었다고 보기 어렵고, 원고가 가정고에 따른 공사대금을 모두 지급한 이상 달리 원고에게 책임을 돌릴 만한 시공사의 손해가 발생하였다고 보기 어려움.

[한국도로공사의 거래상지위남용행위 등에 대한 건(대법원 2018. 1. 25. 선고 2017두58076 판결)]

사) ‘거래과정상 불이익제공’ 관련 구체적 사안

① 긍정례

- ‘서면계약서 미교부행위 및 물류대행수수료 등 거래조건에 관한 사항을 서면계약서에 포함시키지 않은 행위’ 와 ‘사전 서면약정 없이 종업원을 파견받은 행위’는 거래상 지위의 남용행위로서 불이익제공행위에 해당함
- ‘서면계약서 미교부행위 및 물류대행수수료 등 거래조건에 관한 사항을 서면계약서에 포함시키지 않은 행위’의 경우, 원고가 그와 같은 상태에서 거래를 계속할 경우, 원고가

사후에 불리한 조건을 소급 적용하는 방안을 제시하더라도 납품업자들의 입장에서 원고와 지속적 거래관계를 유지하기 위하여 이를 수용할 가능성이 크고 분쟁의 소지가 있을 뿐만 아니라, 원고는 납품업자들과 적어도 계약기간을 1년간 유지함에는 합의 하였으므로, 그와 같이 합의가 성립한 부분에 관하여 먼저 기본계약서를 작성한 다음, 판매장려금 등에 관하여 추후 합의가 이루어지면 이를 보충함이 타당하다는 등의 이유를 들어 거래상 지위의 남용행위로서 불이익제공행위에 해당하고,

- '사전 서면약정 없이 종업원을 파견받은 행위' 역시, 그와 같은 상태에서 거래를 지속함에 따라 분쟁의 소지가 생겼고, 원고가 종업원 파견에 관한 서면약정을 실수로 누락한 것으로 보기 어려우며, 해당 납품업자들이 원고에게 보낸 업무협조전의 내용, 발송시기 등에 비추어 자발적으로 종업원을 파견하였다고 보이지도 않으므로 거래상 지위의 남용행위로서 불이익제공행위에 해당함.

[롯데쇼핑의 대규모소매업에 있어서의 거래상 지위남용행위 건(대법원 2016. 5. 27. 선고 2013두35020 판결)]

- 선택진료신청이 있었던 것으로 간주하여 임의로 선택진료를 하고 추가비용을 징수한 것은 불이익제공행위임

- 거래상 우월한 지위에 있는 원고가 주진료과에 대해서만 선택진료를 신청하고 진료지원과에 대해서는 선택진료를 신청하지 않은 환자들에게까지 그에 관한 선택진료신청이 있었던 것으로 간주하여 마음대로 선택진료를 실시하고 그에 따른 선택진료비를 징수한 것은, 정상적인 거래관행을 벗어나는 것으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 불이익 제공행위에 해당함.

[고려대병원의 거래상지위남용행위 건(대법원 2013. 6. 13. 선고 2011두18137 판결)]

* 참고: 연세대병원의 거래상지위남용행위 건(대법원 2013. 6. 28. 선고 2011두18151 판결), 아산병원의 거래상지위남용행위 건(대법원 2013. 6. 13. 선고 2010두7861 판결)

- 부재증, 비지정, 무자격 의사에 의한 선택진료 행위는 불이익제공 행위에 해당하며, 선택진료비가 징수된 환자를 개별적으로 특정하지 않았어도 의사별로 실시한 선택진료를 특정하면 행정처분은 정당하고, 이와 상반되는 예외적 사정에 대한 주장과 증명은 행정처분의 상대방이 증명하여야 함

- 항고소송에 있어서 당해 행정처분의 적법성에 대한 증명책임은 원칙적으로 그 행정처분의 적법을 주장하는 처분청에 있지만, 행정청이 주장하는 당해 행정처분의 적법성에 관하여

합리적으로 수긍할 수 있는 정도로 증명이 있는 경우에는 그 행정처분은 정당하고, 이와 상반되는 예외적인 사정에 대한 주장과 증명은 상대방에게 그 책임이 돌아간다고 봄이 타당함(대법원 1984. 7. 24. 선고 84누124 판결, 대법원 2012. 6. 18. 선고 2010두27639, 27646(병합) 전원합의체 판결 등 참조). 선택진료의사 요건을 갖추지 못한 의사, 국외연수 등으로 부재중인 의사, 선택진료의사로 지정되지 아니한 의사 등이 선택진료를 시행한 부분에 대하여 이 사건 시정명령을 하면서 그 의결서 이유 부분에, 진료과와 해당 의사, 직위, 수납기간, 부당수납액을 구체적으로 명시하고 있고, 원심도 이러한 기준을 토대로 원고가 요건미비, 부재중, 비지정 의사를 선택진료의사로 윤용하고 환자 등으로부터 선택진료비를 징수한 행위를 거래상대방에게 불이익을 주는 행위로 특정하고 있음. 또한 위와 같이 특정된 요건미비 의사의 선택진료는 관련 증거에 의하여 합리적으로 수긍할 수 있는 정도로 불이익제공행위에 해당한다는 증명이 있다고 보고, 그 중 요건미비 의사 명의로 선택진료비가 청구되었으나 실제로는 선택진료의사 자격이 있는 의사에 의해 선택진료가 실시된 경우는 이를 예외적 사정으로 보아 원고가 이를 증명하여야 함.

[고려대병원의 거래상지위남용행위 건(대법원 2013. 6. 13. 선고 2011두18137 판결)]

※ 참고: 연세대병원의 거래상지위남용행위 건(대법원 2013. 6. 28. 선고 2011두18151 판결), 아산병원의 거래상지위남용행위 건(대법원 2013. 6. 13. 선고 2010두7861 판결), 서울대병원의 거래상지위남용행위 건(대법원 2013. 1. 10. 선고 2011두7885 판결)

□ 납품업체에 귀책사유가 없는 파손품을 거래상 지위를 이용하여 반품을 하는 것은 불이익제공임

○ 원고(한국물류)의 부주의 등으로 훼손된 상품에 대하여 납품업체가 자신에게 귀책사유가 없는 파손품에 대하여 반품을 받아주는 것이 관행도 아닌 상황에서 위 반품으로 인하여 납품업체에 생긴 손해를 원고가 부담하지 아니하였다면 이는 원고가 자신의 거래상 지위를 부당하게 이용하여 자신의 귀책사유로 인한 손해를 거래상대방으로 하여금 대신 부담하도록 하는 불이익을 준 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위에 해당한다 할 것임.

[한국물류의 납품업체에 대한 거래상지위남용행위 건(서울고법 2003. 11. 25. 선고 2002누18878 판결⁷²⁾]

72) 상고심(대법원 2004. 5. 27. 선고 2004재234 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

□ 직매입거래에서 정당한 이유 없는 반품행위는 불공정거래행위에 해당함

- 직매입거래의 경우 납품업자의 귀책사유가 없는 경우에는 이를 직매한 원고(한국까르푸)가 그 책임과 부담으로 재고품 내지 파손품을 처리하여야 할 것임에도 불구하고 납품업자에게 반품하는 것은 그 거래상의 지위를 부당하게 이용한 불공정거래행위에 해당됨.

[한국까르푸의 부당반품행위 건(서울고법 2001. 3. 15. 선고 99누8901 판결⁷³⁾]

□ 일방적으로 가격차손금을 부담시키거나 미판매 재고를 반품한 것은 불이익제공행위에 해당함

- 원고는 회원조합에 보전해주는 가격차손금을 일부 만회하고 가격경쟁을 방지하여 농약의 시중 판매가격을 계통구매가격 이하로 형성되지 못하게 하려는 의도나 목적을 가지고 이 사건 가격차손장려금 및 반품조항을 거래조건으로 설정한 점, 이 사건 가격차손장려금 및 반품조항은 농약 제조업체의 귀책사유를 불문하고 있고, 농약 제조업체들이 부담하게 된 가격차손장려금의 범위가 점차 확대되어 왔을 뿐만 아니라, 그 금액의 확정을 위한 협의절차에 관한 조항이 존재하지 않아 농약 제조업체들에게 일방적으로 불리하게 적용된 점, 이 사건 가격차손장려금 및 반품조항은 농약 제조업체들로 하여금 원고의 계통구매가격 이하로 시중 농약 판매상이 재판매할 수 없도록 판매가격을 책정하여 시중 농약 판매상에 판매하도록 사실상 강제함으로써 농약 유통경로간의 가격경쟁을 제한하여 농약제품의 최종소비자인 농민들이 계통구매가격보다 저가로 당해 농약 제품을 구입할 수 있는 경로를 차단한 것으로 소비자후생을 저해한 점에 비추어 원고의 이 사건 행위는 거래상지위를 이용하여 거래조건을 설정하고 거래상대방에게 불이익을 준 것으로서 정상적인 거래관행을 벗어나 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위에 해당함.

[농업협동조합중앙회의 거래상지위남용 건(서울고법 2011. 8. 18. 선고 2010누34707 판결⁷⁴⁾]

□ 정당한 이유 없이 보증금 전액을 귀속시킨 행위는 불이익제공행위에 해당함

- 마곡역은 개통되지 않아 광고를 게재할 수 없어 위 역 광고물량에 해당하는 계약이행보증금 부분은 귀속범위에서 감액되어야 할 것임에도 불구하고 원고(서울도시철도공사)는 매년 계약 갱신시 계약금액의 증액조정은 하면서도 위 감액조정은 미루다가 계약해지 시점에

73) 상고심(대법원 2001. 8. 22. 선고 2001두3204 판결)은 심리불속행 기각함

74) 상고심(대법원 2012. 1. 12. 선고 2011누23054 판결)은 심리불속행 기각함

이르러 관계법령상 동 보증금은 감액할 수 없다는 등의 사유를 들어 동 보증금 전액을 몰수하였는 바, 위 일부 금액의 반환을 거절할 정당한 사정이 없었고 오히려 거래상 열위에 있던 광인에게 일방적으로 불이익을 가한 것으로 볼 수밖에 없어 원고의 위 행위는 자신의 거래상의 우월적 지위를 부당하게 이용하여 상대방에게 불이익을 가한 불공정거래행위에 해당된다고 할 것임.

[서울도시철도공사의 광고대행업자인 광인에 대한 거래상지위남용행위 건(대법원 2002. 5. 31. 선고 2000두6213 판결)]

□ 대리점 업무수행에 필수불가결한 고객전산망을 일방적으로 단절시킨 행위는 불이익 제공행위임

- 원고(나래앤컴퍼니)가 단절시킨 고객 관리용 전산망은 대리점 업무수행에 필수불가결한 것으로서 원고가 대리점 계약에 의하여 고객관리용 단말기를 우정에게 공급한 이상 이를 사용가능하도록 원고의 전산망에 연결하여 주는 것은 계약의 내용에 따른 당연한 조치라 할 것임에도 불구하고 대리점 계약관계가 존재하는 상황에서 채무이행 등을 촉구하기 위한 수단으로 대리점 업무수행에 필수불가결하다고 보여지는 고객 관리용 전산망을 단절시킨 행위는 고객에게 불이익을 제공하는 거래상 지위남용행위에 해당함.

[나래앤컴퍼니의 거래상지위남용행위 건(대법원 2002. 10. 25. 선고 2001두1444 판결)]

□ 정당한 이유 없이 대리점 지위 양도승인 등을 거부한 것은 불이익제공행위에 해당함

- 원고(파스퇴르유업)은 특정인이 대리점주 회의를 불참하고 공장견학을 불참하였다는 등의 사유를 들어 계약갱신 등을 거절하였는바, 원고는 통상적인 경우와는 다르게 유독 본 건에서만 계약갱신을 거절하였을 뿐만 아니라 위 사유만으로는 중대한 거래상의 의무위반이 있다고 보기 어렵고, 주로 원고의 지시를 거부한데 대한 보복으로 본 건 거부행위가 이루어진 것으로 보이며, 본 건 행위로 인하여 특정인은 권리금 회수기회를 상실하고, 각종 비품 등을 싸게 처분하여야 하는 등 막대한 경제적 손실을 감수하게 된 점 등을 종합할 때 원고가 대리점 양도에 대한 승인을 거부한 것은 거래상 우월적 지위에 있는 원고가 그 지위를 이용하여 부당하게 상대방에게 불이익을 준 것으로 법 제23조 제1항 제4호의 우월적 지위의 남용행위에 해당됨.

[파스퇴르유업의 거래상지위남용행위 건(대법원 2000. 6. 9. 선고 97누19427 판결⁷⁵⁾)]

75) 파기환송 후 고번 확정(서울고법 2001. 6. 28. 선고 2000누9221판결)

□ 추가 보완요청이 가능함에도 불구하고 일방적으로 계약을 해제하는 것은 불이익제공 행위에 해당함

- 납품물품에 대하여 충분히 수정보완이 가능한 부분은 계약 일반조건에 따라 그 보완요청이 충분히 가능함에도 불구하고 납품기한이 도과하였다는 이유로 납품물품에 대한 재검사를 하지 아니하고 다음날 바로 계약 해제통고를 한 것은 이 사건 납품계약의 일반조건 등에 위배되어 정당한 해제권의 행사라고 할 수 없는 거래상의 우월적 지위를 이용하여 부당하게 거래상대방에게 이행과정에서 불이익을 주는 행위에 해당됨.

[한국전기통신공사의 한국제어계측에 대한 거래상지위남용행위 건(대법원 1997. 8. 26. 선고 96누20 판결)]

□ 제조위탁 거래에 있어 거래상대방의 귀책사유가 아닌 사유에 대하여 과도하게 지체상금을 부과한 것은 불이익제공행위에 해당함

- 납품기한이 부당하게 단기간으로 설정되어 있다면 목적달성을 필요한 합리적인 범위로 납품기한을 변경하고 그 기간동안에의 지체상금은 상대방에게 부담시키지 않는 것이 정상적인 거래관행이라고 할 것임에도 불구하고 원고(한국통신) 지체상금부담을 조건으로 납품기한을 연기하고 계약을 해제함에 있어 당초의 납품기한 다음날부터 계약 해제일까지의 기간 전체에 대한 지체상금을 부과하는 것은 거래상 우월적 지위를 부당하게 이용하여 거래상대방에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정하고 그 이행과정에서 불이익을 주는 행위에 해당된다고 할 것임.

[한국전기통신공사의 한국제어계측에 대한 거래상지위남용행위 건(대법원 1997. 8. 26. 선고 96누20 판결)]

□ 신용카드회사가 가맹점수수료 등을 일방적으로 제한한 것은 제휴은행에 부당한 불이익을 제공하는 행위에 해당함

- 원고가 거래상대방인 제휴은행들이 신용카드업을 영위하는데 있어서 핵심적인 경쟁수단인 가맹점 수수료율과 대금지급주기를 제한하는 것은 신용카드업 시장에서 제휴은행들의 경쟁력을 크게 제한한다는 점에서 이를 제휴은행들에게 불이익을 제공하는 것으로 판단하고 가맹점 수수료율이나 대금지급주기와 같은 경쟁수단이 현저히 제한될 경우 그 거래상대방은 경쟁열위의 상태를 벗어나기 어렵다고 전제한 후, 가맹점 수수료율이나 대금지급주기를 원고와 같이 제한하지 않더라도 원고의 가맹점이 잠식될 우려는 크지 않다고 보이는 점,

원고의 이 사건 업무제휴계약의 주된 목적이 제휴은행들의 신용카드 회원들이 원고의 가맹점에서 일으킨 매출에 대한 가맹점 수수료 중 회원사 보전수수료를 공제한 나머지 30%의 수익에 있었으리라고 보이는 점, 제휴은행들의 가맹점 수수료율의 인하로 인한 회원사 보전수수료의 차이는 제휴은행들의 경쟁력을 근본적으로 제한하는 원고와 같은 방법이 아니더라도 다른 방법을 통하여 해소할 수도 있다고 보이는 점 등을 들어, 원고가 제휴은행들에게 자기의 가맹점에 적용되는 수수료율을 일괄적으로 동일하게 적용하도록 하고 이를 따르지 않을 경우 업무제휴계약을 해지할 수 있다고 통보함으로써 제휴은행들로 하여금 가맹점 수수료율을 변경하도록 한 행위는 제휴은행들의 시장에서의 경쟁력을 필요 이상으로 제한하는 것으로서 정상적인 거래관행을 벗어나 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 부당한 행위에 해당됨.

[국민카드의 거래상지위남용행위 건(대법원 2006. 6. 29. 선고 2003두1646 판결)]

□ 골프장운영사업자가 회원의 날에 비회원팀을 입장시킨 행위 등은 회원들에게 부당한 불이익을 제공하는 행위에 해당함

- 일반 회원들의 경우에는 회원들의 날이 아니면 주말에 이 사건 골프장시설을 이용하는 것이 사실상 불가능한 점, 원고가 팩스예약 배정 이후 발생된 미예약(미배정)시간에 대하여 회원들에게 아무런 예약우선권도 주지 않은 채 비회원들과 동일한 지위에서 예약을 하도록 한 점, 입장료 수입이 감소하자 이를 만회하기 위하여 3인 플레이 입장객에게 불이익을 주는 제도를 시행한 점, 국내 골프장의 경우 4인 플레이를 기준으로 이용료를 책정하는 관행이 존재한다고 보기는 어려운 점 등에 비추어 보면, 상대방에게 부당하게 불이익을 주어 공정거래를 저해하는 행위에 해당한다고 할 수 밖에 없음.

[관악의 거래상지위남용행위 건(서울고법 2008. 8. 20. 선고 2008누5713 판결, 고법 확정)]

□ 한국전력공사가 공사지연에 대한 지연이자를 정당한 이유가 없음에도 지급하지 않은 것은 상대방에게 부당한 불이익을 제공하는 행위에 해당함

- 공사 중단사유인 부당한 인·허가 지연, 주변업체의 공사 방해, 지역주민들의 집단적인 공사방해 등은 모두 원고가 이행하여야 할 의무를 이행하지 않음으로 발생한 것이고, 불가항력적인 사유에 의한 것이 아니므로 이 사건 각 공사의 중단사유는 원고에게 구체사유가 있다 할 것이고, 정부에서 정한 전력공급계획에 차질을 주지 않고 전력의 적기공급이라는 공익목적 달성을 위하여 원고로서는 이 사건 각 공사에 대한 건축허가를 받지 않거나, 용지가 확보되지 않은 상황에서도 6개사와 공사계약을 체결할 수밖에 없었고,

6개사도 이러한 사정을 어느 정도 알고 있었다 할지라도, 정부에서 정한 전력수급계획에 따라 적기에 전력을 공급해야 할 의무는 원고가 부담하는 의무로서 이를 거래상 불리한 지위에 있는 6개사에게 전가하는 것은 정당화될 수 없는 점, 6개사 중의 하나인 동양건설이 원고에게 지연보상금 지급을 요청하였으나, 원고가 그 지급을 거절한 사실도 있는 점 등을 고려할 때, 이 사건 지연배상금 미지급 행위가 정당화 될 수는 없다 할 것임. 공사중단사유가 해소되었음에도 6개사의 공사준비가 부족하여 공사기간이 지연되었을 때에는 6개사로서는 원고에게 자체상금을 지급할 수 밖에 없는 점, 따라서 6개사로서는 공사중지기간 중에도 언제 다시 개시될지 모르는 공사를 위하여 즉시 공사를 시작할 수 있도록 공사자재, 장비, 인부 등을 확보해 두어야 하므로 그로 인한 비용이 발생할 것은 분명하고, 공기가 장기 연장되는 경우 타 공사를 수주하지 못하는 등의 손해를 입을 수도 있는 점 등을 고려할 때, 원고의 이 사건 지연배상금 미지급 행위가 정당화 될 수는 없고, 따라서 6개사에 대하여 상대적으로 우월한 지위에 있는 원고가 위에서 살펴 본 바와 같이 그 지급의무를 다투는 것이 정상적인 거래관행에 비추어 정당화될 수 있는 이유가 없음에도, 이 사건 지연배상약정에 의하여 당연히 지급하여야 할 이 사건의 지연배상금의 지급을 거절함으로써 6개사에게 이 사건 지연배상약정에 의하여 지급받을 수 있는 이 사건 지연배상금을 지급받지 못하는 불이익을 입게 한 것은 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 부당한 행위라 할 것임.

[한국전력공사의 거래상지위남용행위 건(서울고법 2007. 9. 5. 선고 2007누9046 판결⁷⁶⁾]

□ **한국컨테이너부두공단이 추가 감리비용을 상대방에게 전가한 것은 상대방에게 부당한 불이익을 제공하는 행위에 해당함**

- 이 사건 대안 임차점차에서 1일 24시간의 작업 등을 내용으로 하는 현대건설 등의 대안설계를 채택하였기 때문에 당초부터 야간작업이 필수적이어서 그에 따른 감리비용이 추가로 발생할 것이라는 사실을 알았거나 알 수 있었다고 볼이 상당한 점, 원고 주장과 같이 야간작업을 내용으로 하는 대안설계방식에 의하여 추가로 발생한 감리비용이 공사 입찰시 제출되는 공사비 산출내역서에 반드시 기재되어야 할 법령상, 계약상의 근거를 찾아볼 수 없는 점, 현대건설 등의 위 감리비용 부담에 관한 동의는 자발적으로 이루어졌다고 보기 어려운 점 등을 고려할 때, 원고는 거래상 지위를 부당하게 이용하여 현대건설 등에게 불이익제공행위를 한 것임.

[한국컨테이너부두공단의 거래상지위남용행위 건(서울고법 2007. 8. 16. 선고 2006누16207 판결⁷⁷⁾]

76) 상고심(대법원 2007. 12. 13. 선고 2007두20287 판결)은 심리불속행 기각함

77) 상고심(대법원 2007. 12. 27. 선고 2007두18833 판결)은 심리불속행 기각함

□ 위탁료를 지급하지 않은 것은 상대방에게 부당한 불이익을 제공하는 행위에 해당함

- 원고의 지급중단은 원고가 지급받는 운영관리비의 인상을 목적으로 하는 것인 점, 합동회는 원고로부터 지급받는 위탁료 외에 별다른 수입이 없으므로 위탁료 미지급 상태가 그대로 계속될 경우 원고의 운영관리비 인상 요구에 그대로 응할 수 밖에 없을 것으로 보이는 점, 비록 원고로서는 이 사건 유기시설에 관한 운영관리비를 현실화할 정도로 인상할 이유가 있다고 하더라도, 원고가 합동회에 지급할 위탁료 전액의 지급을 장기간 거부한 것은 합동회에 대하여 계약의 이행과정에서 불이익을 주는 행위이고, 이는 민사상의 채무불이행을 넘어 정상적인 거래관행을 벗어나 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 부당한 행위에 해당함.

[동일리조트의 거래상지위남용행위 건(서울고법 2007. 12. 5. 선고 2007누5976 판결⁷⁸⁾]

□ 계약기간이 만료되지 않았음에도 계약을 해지한 것은 부당한 불이익을 제공하는 행위임

- 2006년 2~3월경 폐지사실 통보는 서면통지가 아니므로, 계약서 제18조에 의하면 계약기간은 2007. 5. 31.까지이며 계약서 제19조 제1항에 의한 계약의 해지는 이 사건 계약의 만료일에 효력이 발생한다고 봄이 타당하므로, 2006년 12월에 계약갱신 종료를 통보하였다고 하여도, 이러한 사실만으로 이 사건 계약이 적법하게 해지되었다고 볼 수도 없음. 원고는 2002. 10. 17. 대우자동차가 성진, 만주, 주풍 및 세립유통과 1999. 4. 14. 체결한 종전 범퍼전문점계약을 인수하여 매년 갱신해 왔고, 2003. 9. 21. 태호와 종전 범퍼전문점 계약을 체결하였으며, 2004. 6. 1. 5개 전문점과 사이에 계약기간 1년인 이 사건 계약을 체결하여 매년 계약을 갱신해 왔는데, 5개 전문점의 2006년 상반기 매출액 중 원고와의 거래로 인한 매출액은 성진이 100%, 태호가 73%, 주풍이 55%, 만주가 44%, 세립유통이 42%인 점, 이 사건 계약의 해지 그 자체가 5개 전문점에 대한 불이익인 점, 5개 전문점이 원고와 대등한 교섭력을 가지고 있었더라면 원고가 일방적으로 이 사건 계약의 해지통보를 한 후 2006. 12. 31.부터 범퍼 공급을 중단하기가 쉽지 않았을 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 거래상지위남용행위에 해당함.

[지엠대우오토앤테크놀로지의 거래상지위남용행위 등 건(서울고법 2008. 10. 23. 선고 2007누26324 판결, 고법 확정)]

78) 상고심(대법원 2008. 3. 13. 선고 2008두259 판결)은 심리불속행 기각함

□ 간접비용을 지급하지 아니한 것은 상대방에게 부당한 불이익을 제공하는 행위임

- 원고는 1998년도 택지개발공급업 봄복에서 시장지배적 사업자로 지정고시되었고, 주택건설 관련 각종 공사 및 물품구매시장에서 대규모 수요자의 위치에 있어 시공업체로서는 원고와의 계속적인 거래관계 유지를 위하여 원고의 요구 또는 제시사항을 거절하기 어려운 위치에 있으므로, 원고가 시공업체에 대하여 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있는 사실, 원고가 해운대TK3 공구 아파트 공사 등 65건의 공사를 추진하면서 시공업체의 구체사유가 아닌 설계도서 확정 지연 등으로 공사기간이 연장되어 합계 1,703,056,000원 상당의 간접비용이 발생하였음에도 이를 지급하지 아니한 사실, 위 시공업체들이 추가발생한 간접비용을 지급받기 위하여는 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령 제66조 및 원고의 공사계약 일반조건 제23조에 따라 계약금액을 조정해 줄 것을 신청하여야 함에도 그러하지 아니한 사실이 인정되는바, 위 시공업체들이 간접비용을 신청하지 못한 것은 원고가 시공업체에게 공기연장으로 인한 비용지출을 최대한 억제할 것을 요구하여 사실상 시공업체로 하여금 간접비 청구를 포기하게 하거나 또는 시공업체로 하여금 간접비 포기등의서를 제출하게 하였기 때문이므로, 그로 인해 원고가 위 간접비용을 지급하지 아니한 행위는 자신의 거래상의 지위를 부당하게 이용한 행위에 해당됨.

[대한주택공사의 거래상지위남용행위 건(대법원 2007. 1. 26. 선고 2005두2773 판결⁷⁹⁾)]

□ 손해보험사들이 피해차주들에게 대차료, 휴차료 및 시세하락손해보험금 등 간접손해 보험금을 지급하지 않은 것은 상대방에게 부당한 불이익을 제공하는 행위임

- 원고들이 지급하지 아니한 보험금이 견당 수만 원에서 수십만 원에 달하는 경우가 있고, 이 사건 행위로 인한 피해차주들의 불이익 규모가 대차료의 경우 미지급율이 57.3%, 그 미지급액이 229억 원에 달하는 사실, 피해차주들은 간접손해 항목의 존재를 알지 못하여 지급받지 못한 것이고, 간접손해보험금은 자동차보험표준약관에 의하여 일률적으로 지급하여야 하고 복잡한 절차나 쟁빙이 없이도 산정 및 지급이 가능한 사실, 원고들은 비교적 금액이 크고 피해차주들이 분명하게 인식하고 있는 주손해항목인 차량수리비나 렌터카비용 등은 지급하면서도 비교적 소액이고 피해차주들이 명확히 인식하지 못하고 있는 간접손해보험금을 지급하지 않은 사실 등을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 의하면, 원고들의 위와 같은 행위는 그 금액의 비중이 크지 않고 미지급율도 일부에 해당하는 것이지만 별도의 합의 등을 하지 않고 보험처리를 통한 손해를 보전 받으려면

79) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2007. 4. 11. 선고 2007누3901 판결)

개별 피해차주들에게 불이익을 준 것으로 불이익제공에 해당하고, 이와 같이 다수의 피해차주들이 간접손해보험금 등을 청구하지 않도록 방지해 두는 행위 자체는 통상의 거래관행에 반할 뿐만 아니라 앞으로도 동일한 사안에서 같은 상황의 반복이 예견됨으로써 공정한 거래를 저해할 우려가 있어 부당하다 할 것임.

[8개 손해보험사의 거래상지위 남용행위 건(서울고법 2010. 7. 7. 선고 2010누3598 판결- 환송심⁸⁰⁾)]

□ 대출금리를 인하할 의무가 있음에도 정당한 이유 없이 이를 인하하지 아니한 것은 상대방에게 부당한 불이익을 제공하는 행위임

- 은행법 제52조 제1항 본문은 '금융기관은 이 법에 의한 업무를 취급함에 있어서 금융기관 이용자의 권익을 보호하여 한다'고, 약관의 규제에 관한 법률 제5조 제2항은 '약관의 뜻이 명백하지 아니한 경우에는 고객에게 유리하게 해석되어야 한다'고 각 규정하고 있으므로, 금융기관은 원고는 금융기관 이용자의 권익을 보호하여야 하고 약관의 뜻이 명백하지 아니한 경우에는 이용자에게 유리하게 해석하여야 함.
- 이러한 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 이 사건 각 대출상품에서 '원고가 일정 주기로 금리를 변경할 수 있다' 또는 '일정 주기로 금리가 변경된다'는 각 약관조항은 원고가 시장금리의 변동에 따라 합리적인 범위 내에서 적절한 수준으로 대출금리를 새로 조정한다는 취지로서, 원고는 시장금리가 하락한 경우에는 금융기관 이용자의 권익을 보호하기 위하여 합리적인 범위 내에서 적절한 수준으로 이 사건 각 대출상품의 대출금리를 인하할 의무가 있다고 봄이 상당함. 나아가 원고는 1999. 4.부터 2002. 4.경까지는 시장금리의 하락 추세에 대응하여 4, 5차례 대출금리를 인하하였으나, 이 사건 위반행위 기간인 2002. 12.부터 2005. 6.까지는 시장금리가 약 30% 하락하였음에도 대출금리를 고정하거나 소폭 인하한 점, 대출금리가 고정된 기간 이 사건 대출상품의 평균계좌의 수는 367,504개에 이르고, 평균 대출잔액은 7조 8,916억 원에 달하는 점 등에 비추어 보면, 원고는 자신의 거래상 지위를 부당하게 이용하여 시장금리의 하락 추세에도 불구하고 상당한 기간 이 사건 각 대출상품의 금리를 고정 내지 소폭 인하함으로써 고객들에게 불이익을 제공하였다고 할 것임.

[국민은행의 거래상지위남용행위 건(대법원 2010. 3. 11. 선고 2008두4695 판결⁸¹⁾)]

80) 상고심(대법원 2010. 1. 14. 선고 2008누14739 판결)의 파기환송 취지에 따름

81) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2010. 6. 16. 선고 2010누9473 판결)

□ 조기상환수수료에 관한 구체적 약정이 없었음에도 불구하고 이를 장수한 것은 상대방에게 부당한 불이익을 제공하는 행위임

- 이 사건 새론주택자금대출상품의 대출약정서 제3조 제1항에는 ‘주기변동이율대출 : 대출개시일로부터 ()개월이 이르기 전에 대출금액의 전부 또는 일부를 상환하고자 할 경우에는 당해 상환금액에 대하여 ()%의 조기상환수수료를 지급하기로 한다’고 규정되어 있는 사실, 이 사건 대출약정서 제3조 제1항의 조기상환수수료에 관한 조항에 괄호 부분에 아무런 기재가 없거나 원고가 이를 고객들의 승낙 없이 보충한 이상, 조기상환수수료에 관한 구체적 약정은 없었다고 보아야 할 것이고 은행업을 영위하는 금융기관인 원고로서는 조기상환수수료 약정이 제대로 체결되지 못하였음을 알았다고 봄이 상당하므로, 원고의 조기상환수수료 징수행위는 거래상 지위 남용행위에 해당한다고 할 것임.

[국민은행의 거래상지위남용행위 건(대법원 2010. 3. 11. 선고 2008두4695 판결⁸²⁾)]

□ ‘간접비 및 경비 관련 추가요구 등 하등의 이의를 제기치 않겠다’는 내용의 동의서를 정구한 행위는 불이익제공행위임

- 원고는 자신이 이 사건 동의서를 정구하기는 하였으나, 시공사가 원고에 대하여 간접비 청구 소송 등을 제기하지 못하도록 실질적으로 저지한 사실이 없고, 시공사가 원고를 상대로 소송을 제기하는 경우 위와 같은 동의서는 효력이 없다고 판단되어 시공사들은 동의서 제출과 무관하게 원고에 대한 간접비 청구권을 행사할 수 있으므로, 원고가 해당 동의서의 내용을 거래상대방에 대하여 실행한 사실은 없다는 취지로 주장함. 그러나 원고가 거래상대방에 대하여 거래상 우월한 지위에 있었음을 고려하면, 원고의 요구에 따라 간접비 미청구 동의서를 작성하여 제출한 시공사가 원고에 대하여 소 제기 등의 방법으로 간접비 등의 청구권을 행사하는 것은 사실상 아려웠을 것으로 보임. 따라서 이 사건 동의서 정구 행위에도 불구하고 시공사들은 원고에게 간접비 등을 청구할 수 있었으므로 동의서 내용이 실행된 사실이 없다고 단정하기도 어려움.

[한국철도시설공단의 거래상지위남용행위에 대한 건(서울고법 2017. 1. 18. 선고 2016누37241 판결⁸³⁾)]

82) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2010. 6. 16. 선고 2010누9473 판결)

83) 상고심(대법원 2017. 5. 16. 선고 2017누35998 판결)은 심리불속행 기각함

- 대리점에 정상상품을 공급할 의무가 있음에도, 대리점주의 공급 요청에도 불구하고 3개월에 걸쳐 기존 공급량의 10% 남짓 또는 10%에도 미치지 못하는 정상상품을 공급하거나 아예 정상상품을 공급하지 않은 것은 불이익제공 행위임
 - 대리점은 상설 할인매장인 아울렛과는 달리 원칙적으로 정상상품을 취급하는 매장이고 판매가격에서 공급가격을 제외한 부분을 수입으로 삼는 수익구조도 판매수수료를 받는 이 사건 아울렛점과 이 사건 대리점은 본질적으로 다르며 원고는 계약기간 동안 이 사건 대리점주에게 적어도 정상적인 영업이 가능하도록 최소한의 정상상품을 공급할 의무를 부담한다고 보아야함.
 - 이 사건 대리점이 2013년 7월에 개점한 이래 원고가 2015년 12월까지 매월 평균 530개의 정상상품을 출고하여 오다가 이 사건 대리점주와 폐점 협상 과정에서 인테리어 비용 보상 문제로 갈등이 발생하자, 이 사건 대리점주의 공급 요청에도 불구하고 3개월에 걸쳐 기존 공급량의 10% 남짓 또는 10%에도 미치지 못하는 정상상품을 공급하거나 아예 정상상품을 공급하지 않았는데, 이는 원고가 폐점 예정인 대리점에 대한 재고관리 차원을 넘어서 폐점에 따른 손해의 배상을 구하는 대리점주에 대하여 영업방해를 하려는 의도를 갖고 있었다고 볼 여지도 없지는 않으므로, 이 사건 공급제한행위는 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 불이익제공 행위라고 인정할 수 있을.

[리앤한의 거래상지위남용행위에 대한 건(서울고법 2018. 6. 29. 선고 2017누57464 판결⁸⁴⁾)]

- 판매대행점이 전액 부담하는 월정액 행낭운송비용에는 원고의 지시에 의한 상품이동으로 발생하는 비용도 적지 않게 포함되어 있음에도, 그에 대한 합리적인 고려 없이 판매대행점이 월정액 행낭운송비용을 전액 부담하도록 하여 거래하는 행위는 불이익 제공행위에 해당한다고 볼이 타당함
 - 이 사건 행위는 그 의도와 목적, 당해 행위에 이르게 된 경위, 이로 인하여 원고가 얻게 된 비용절감효과 및 판매대행점들이 부담해야 하는 불이익의 내용과 정도 등을 고려할 때, 불이익제공행위에 해당한다고 볼이 타당함.
 - 원고는 자신의 필요에 따라 상품을 이동시키면서 그 이동단계가 '판매대행점 → 원고 → 판매대행점'에서 '판매대행점 → 판매대행점'으로 간소화됨으로 인한 편익을 누리면서도 그 비용을 모두 판매대행점에 전가함. (중략) 원고의 매출 증대 효과가 판매대행점의 위탁판매수수료 증가 효과보다 훨씬 크고(원고의 지시에 의한 상품이동으로 판매가

84) 상고심(대법원 2018. 11. 15. 선고 2018두53511 판결은 심리불속행 기각함)

이루어지면 그 판매점이 어느 대리점인지는 원고 입장에서는 중요하지 않음), 이익의 크기와 무관하게 상품이동으로 이익을 얻게 되는 주체가 그 비용을 부담하는 것은 당연함.

- 원고의 경영상 판단에 따라 이루어진 다른 비용 지원 여부가 원고가 원래 부담하여야 할 본사지시이동에 따른 운송비용을 판매대행점에 전가하는 이 사건 행위를 정당화한다고 볼 수 없으므로, 원고가 판매대행점에 행낭운송비용 이외 다른 비용들을 지원하고 있다는 사정을 고려하여 판매대행점이 이 사건 행위와 관련하여 불이익을 받지 않았다고 볼 수 없음.

[패션그룹형지(주)의 대리점별 위반행위 등에 대한 건(서울고법 2023. 2. 8. 선고 2022누36744 판결), 고법 확정]

② 부정례

□ 임대료 인상을 자체가 과다하다고 하더라도 인상 후 임대료가 주변 임대료 수준과 비슷하다면 부당하지 않음

- 위 각 행위시에는 아직 상가건물임대차보호법이 시행되기 이전으로 차임증액의 제한도 없었고, 만약 시세에 이르지 못하는 임대료라도 종전에 비하여 인상을 높다는 이유만으로 불공정거래행위로 보아 시정명령을 한다면 임대인으로서는 시세보다 낮은 수준의 임대료를 형벌의 제재로서 강요당하는 결과가 되므로 오히려 심히 지나치다는 점을 고려할 때, 비록 월세의 인상을 자체가 과다하다고 하더라도 인상 후의 임대료 전체의 수준이 시세에 비추어 높은 것이 아니라면 그와 같은 인상을 부당하다고 단정할 수는 없고, 인상 후의 임대료 수준이 주변시세에 비하여 높다는 점에 관하여 달리 이를 인정할만한 아무런 증거가 없어 불공정거래행위라고 할 수 없음.

[임대인의 거래상지위남용행위 건(서울고법 2003. 9. 23. 선고 2002누19079 판결⁸⁵⁾)]

□ 계약의 해석상 다툼이 있어 일부 대금 지급을 거부하는 행위는 공정한 거래를 저해할 우려가 없음

- 법 제23조 제1항 제4호, 고시 제6조 제4호 소정의 우월적 지위남용에 의한 불공정거래행위는 ① 사업자간의 거래에 있어, ② 사업자가 자기의 거래상의 지위가 우월함을 이용하여, ③ 정상적인 거래관행에 비추어 부당하게, ④ 상대방에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 주는 행위로서, ⑤ 공정한 거래를 저해할

85) 상고심(대법원 2003. 12. 26. 선고 2003두11698 판결)은 심리불속행 기각함

우려가 있어야 할 것인 바, 원고가 소외회사에 대하여 1991.2.9. 이후의 자체상금상당의 대금지급을 거부하는 행위는 계약상 물건의 인도시기에 관한 해석을 둘러싸고 소외회사와 사이에 다툼이 있어 원고측의 주장을 폐면서 소외회사가 청구하는 대금의 일부지급을 거부하는 것에 지나지 않는다고 볼 것이고, 따라서 이를 가리켜 원고가 거래상의 우월적 지위를 이용하여 정상적인 거래관행에 비추어 부당하게 소외회사에게 거래조건이행과정에서 불이익을 주는 행위에 해당한다고는 볼 수 없으며, 나아가 이것이 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위라고도 볼 수 없음.

[서울지하철공사의 거래상지위남용행위 건(대법원 1993. 7. 27. 선고 93누4984 판결)]

□ 당사자간의 이해관계가 일치된 반품행위는 불공정거래행위로 보기 곤란함

- 납품업자들로서는 자신의 납품물품이 빨리 소진되어야 추가 납품이나 신상품 전열에 유리하며, 이를 통하여 빠른 자금회전을 도모할 수 있을 뿐만 아니라 시장점유율과 상품의 인지도 확보를 통한 유사 경쟁 상품과의 경쟁력을 확보한다는 차원에서도 상품의 조기판매에 경제적인 이해관계를 가지고 있으므로 재고품에 대한 책임을 매입자가 지는 직매입거래의 경우에도 납품업체가 자신의 이익을 위하여 반품을 요구하는 경우가 있을 수 있고 그와 같은 납품업체의 요구에 따라 반품이 이루어진 경우에는 납품업체의 반품요구가 매입자의 부당한 강요에 의하여 이루어졌다는 등의 특별한 사정이 없는 한 반품이라는 외관만에 기하여 이를 부당한 반품이라고 할 수는 없음.

[코스트코코리아의 거래상지위남용행위 건(서울고법 2000. 5. 9. 선고 99누9614 판결⁸⁶⁾)]

□ 납품대금 감액이나 인건비·광고비 부담 요청에 대하여 공통의 이해관계를 가지는 상대방이 자발적으로 동의한 것으로 볼 수 있다면 거래상 지위를 남용하였다고 보기 어려움

- 대형할인점과 납품업체는 경제적 지위에 격차가 있다고 하더라도 반드시 경제적으로 대립적 이해관계에 있다고 볼 수 없고, 오히려 매출확대 등을 통한 이익증진에 공통의 이해관계를 가지는 면도 있는 점, 야채류는 공산품과 달리 유통과정이 복잡하고, 상품의 질이 여러 등급으로 나뉘어져 있으며, 가격 또한 매일매일 다르게 책정되는데, 원고가 판매과정에서 파손, 훼손 또는 신선도가 떨어진 제품을 발견하는 경우에는 신선한 상태에서 신속히 판매하여야 하는 야채류의 특성상 염가로 판매하거나 파기한 다음, 납품업체의 동의하에 세금계산서를 재발행받는 등의 방식으로 불량분반률 납품이 이루어지지 않은 것으로 처리하여 실질적으로 대금을 감액하여 왔던 점, 인근 대형할인점들 간의 극심한 경쟁속에서 원고는 매출증대를 위해 최소마진 판매나 염기판매를 하는 경우가 많았고 이

86) 상고심(대법원 2000. 9. 30. 선고 2000두4415 판결)은 심리불속행 기각함

때 손신공동분단 차원에서 납품업체의 동의하에 아채를 부상지원 받거나 이미 납품된 아채대금을 감액하는 방식으로 납품단가를 낮추기도 하였던 점, 원고와 거래한 기간 동안 대금감액의 규모가 약 150만 원 정도로서 같은 기간 거래규모 약 9억원에 비할 때 0.2%에 불과한 규모로 극히 미미한 점 등을 종합하여, 이 사건에서와 같은 대금감액방법이 절상적인 거래관행을 벗어난 것으로 볼 수 없고, 이 사건 대금감액에 대한 소의 1의 동의가 자발적인 것으로 볼 수 있는 이상 이 사건 대금감액행위는 거래상 지위의 남용행위에 해당하지 않음.

[한국까르푸의 거래상지위남용행위 건(대법원 2003. 12. 26. 선고 2001두9646 판결)]

□ 비용부담행위, 반품행위 등 불이익제공행위의 내용들이 특정되지 않은 시정명령은 위법함

- 이랜드리테일의 납품업자들에 대한 '비용부담행위'와 관련하여 이 사건 시정명령을 하면서 그 의결서 이유 부분에, 원고가 1999년도 및 2000년도 기간 동안 납품업자에 대하여 원심판결의 납품업체에 대한 각종비용 부담내역 기재와 같은 각종 명목의 비용을 부담할 것을 사실상 강요하고 납품대금에서 이를 일방적으로 공제하거나 현금 또는 상품으로 수수하고 있다고 하면서 그 구체적 사례로 원고에게 아채 등 신선식품류를 납품하였던 정원유통의 경우를 들고 있는 사실, 그런데 위 내역에는 1999년도 및 2000년도 사이에 원고가 수령한 비용명목 및 업체수, 비용별 합계액 등만이 기재되어 있을 뿐 그 비용을 제공한 업체명, 비용제공의 시기, 업체별 비용부담 액수 등 구체적인 내용이 전혀 적시되어 있지 아니한 사실 등을 인정할 수 있으므로 비용부담행위 및 반품행위 부분에 관한 이 사건 시정명령은 그 대상이 되는 행위들의 내용이 구체적으로 명확하게 특정되었다고 할 수 없음.
- 이랜드리테일의 납품업자들에 대한 '반품행위'와 관련하여, 원고가 납품업자에 대해 자기가 제조를 위탁하여 매입하는 하도급 상품 및 직매입하는 상품의 재고품을 납품업자의 자발적 요청이나 동의 또는 귀책사유가 없음에도 불구하고 납품업자들에 대하여 2000년도에 모두 43,822건, 합계 30,995,185,000원 상당의 반품행위를 하였고 이러한 반품행위는 법 제23조 제1항 제4호에 해당된다는 이유로 반품행위와 관련된 이 사건 시정명령을 하면서 그 의결서 이유 부분에 반품대상 업체명, 반품시기 등에 대한 구체적 적시 없이 단지 2000년도 원고 점포별 반품건수 및 반품액수만을 적시하고 있는 사실 등을 인정할 수 있으므로 비용부담행위 및 반품행위 부분에 관한 이 사건 시정명령은 그 대상이 되는 행위들의 내용이 구체적으로 명확하게 특정되었다고 할 수 없음.

[이랜드리테일의 거래상지위남용행위 건(대법원 2007. 1. 12. 선고 2004두7146 판결)]

* 참고: 이랜드리테일(변경 전: 한국 까르푸)의 거래상 지위남용행위 및 대규모소매점업에 있어서의 특수불공정거래행위에 대한 건(대법원 2007. 1. 12. 선고 2004두7139 판결)

- 낙찰자가 하도급공사 입찰에서 담합을 주도하는 등 부정행위를 하였다는 이유로 원고가 하도급계약을 해제한 것은 원고의 적법한 해제권 행사임
- 미동전업은 원고(삼환까뮤)가 발주한 하도급공사 입찰에서 입찰에 참가하는 회사들의 담합을 주도하여 이 사건 공사를 낙찰받아 하도급계약을 체결한 것인 바, 이러한 미동전업의 부정행위는 하도급계약의 해제요건에 해당한다고 할 것이니, 원고가 미동전업의 입찰담합을 이유로 하도급계약을 해제한 것은 적법한 해제권 행사로 보일 뿐, '거래상의 지위를 부당하게 이용하여 거래상대방에게 불이익을 주는 불공정거래행위'에 해당한다고 보기 어려움.

[삼환까뮤의 거래상지위남용행위 건(대법원 2000. 6. 9. 선고 99두2314 판결)]
- 당사자간에 정당한 의견 절충 과정을 거쳐 그 부담을 결정한 경우 그 비용부담 통고 행위만을 가지고 불공정거래행위로 보기 어려움
- 원래 위 광고틀은 원고(서울도시철도공사)가 설치하고 추후 광인기업을 상대로 그 비용을 구상하도록 할 성질의 것인 바, 원고로서는 견적액을 산출하여 광인기업에게 통보하고, 그 후 위 당사자간에는 그 내용과 관련하여 수차례 회동을 통한 협의를 거치는 등 일련의 의견절충 과정이 있었음을 고려한 때 비용부담을 통고한 행위 하나반을 꼬집어 협의 없이 그러한 통고를 한 것이 불공정거래행위라고 판단한 것은 부당함.

[서울도시철도공사의 광고내행업자인 광인기업에 대한 거래상지위남용행위 건(대법원 2002. 5. 31. 선고 2000두6213 판결)]
- 선수협약의 정당한 해석에 기초하여 이를 합의해제한 것은 불이익제공행위에 해당되기 어려움
- 원고가 용인 동백지구 공동주택지 C7-2블록을 공급하고 그에 대한 대금 36,612,170,000원을 미리 받기로 하여 2000. 9. 23. 소외 주식회사 금강주택과 체결한 선수협약은 그 체결 후 개발계획의 변경 등 원고가 책임진 수 없는 사정에 의해 토지이용계획상의 면적, 용적률, 세대수 등이 변경될 수 있음을 예정하고 있는 것이고 소외 회사 역시 이 점을 예지하고 이 사건 선수협약을 체결한 것이므로, 원고가 이 사건 선수협약 체결시 소외 회사로 하여금 용인동백지구 개발계획(변경)승인 및 실시계획승인 부과조건, 환경영향평가 협의내용 등을 수인·이행하도록 하고, 토지이용계획의 인·허가 협의과정에서 면적, 용적률, 세대수 등이 일부 변경될 경우 소외 회사가 이를 수인하도록 하는 내용의 특약을 한 것은 가변적인 선수협약의 특성상 부득이한 것이고, 나아가 이러한 수인의무의 범위에

대하여도 이 사건 선수협약의 조항과 해석에 의하여 합리적인 범위 내로 한정될 수 있는 것이므로 부당하게 불이익한 약정이라고 단정하기 어렵다고 하는 한편, 이 사건 토지의 면적은 49.2% 감소된 것은 환경영향평가 협의과정에서 이 사건 토지의 일부를 포함한 주변지역을 녹지공원으로 보존할 필요성이 제시되었기 때문이므로 이를 원고의 귀책사유라고 할 수 없는 점, 원고가 소외 회사에게 이 사건 선수협약 제10조 제2항 제3호에 의한 계약해제를 거절한 것은 위 선수협약의 정당한 해석에 더잡은 것인 점, 원고가 이 사건 토지의 면적 감소는 쌍방 귀책사유 없는 계약 이행불능의 경우에 해당한다는 이유로 소외 회사에 합의해제를 제안한 점 등을 종합하면, 원고가 이 사건 선수협약을 합의해제한 것이 자신의 거래상 지위를 남용하여 소외 회사에 부당한 수인의무를 부과한 것으로 볼 수 없음.

[한국토지공사의 거래상지위남용행위 건(대법원 2006. 12. 21. 선고 2004두5119 판결)]

□ 수의계약 업체보다 높은 입찰요율로 낙찰받은 업체에 대해 임대료를 감액해주지 않은 것이 불이익제공이라고 보기 어려움

- 입점업자가 자유로운 의사에 따라 이 사건 매장임대에 관한 공개경쟁입찰에 참가하여 낙찰을 받게 되었고 낙찰당시 제시한 입찰요율에 따라 공항공사와 사이에 체결한 임대차계약의 거래조건이 기준 수의계약업체의 계약기간이 연장된 이후에도 그대로 유지된 이상, 수의계약기간의 연장과 함께 낮은 임대료율을 적용받은 위 수의계약업체들에 비하여 상대적으로 불이익한 취급을 받게 되었다고 하여 이를 공항공사가 입점업체에게 불이익을 제공한 것으로 볼 수는 없다고 할 것임.

[한국공항공사의 거래상지위남용행위 건(대법원 2005. 12. 8. 선고 2003두5327 판결)]

□ 계약이행이 완료된 때 일부 납품대금을 지급하거나 공사지연시 위약금을 부과하는 것은 정상적인 거래관행에 비추어 상대방에게 부당하게 불이익을 주는 행위라고 볼 수 없음

- 원고가 (1) 물품납품업자들과 불품구매계약을 체결하면서 수배전반·발전기·승강기 및 조명기구 등 일부 품목에 대하여는 “구입시방서”상에 대금지급방법을 납품검수 및 설치 검사시 계약금액의 80%만을 지급하고, 나머지 20%는 해당건축물 등의 옥외 전기공사가 완료된 후 실시하게 되는 종합성능시험이 완료된 후에 지급하는 것으로 규정하고, 이에 따라 대금지급을 유보하였고, (2) 건설공사 도급계약 이후 공사 과정에서 여건변동으로 인해 설계변경 및 변경계약 체결을 기다릴 수 없는 시급한 공사의 경우에 시공자가 원고의 승인을 받아 설계변경을 하지 아니한 상태에서 선시공한 부분에 대하여 설계변경시까지는

기성분으로 인정하지 아니하고, 설계변경 및 계약금액 조정 이후에야 기성분으로 인정하여 대가를 지급하였으며, (3) 1996년도부터 “중간공정관리제도”를 도입하여 시범적용지구에 한하여 옥탑층 골조공사 완료일을 미준수한 계약상대방에 대하여 건축물 각 동마다 1일 지연시 10만 원을 곱하여 산출한 위약금을 부과함으로써 상대방에게 다소 불이익하게 거래조건을 설정하거나 그 이행과정에서 불이익을 준 사실을 인정할 수 있으나, 상대방에게 생길 수 있는 불이익의 내용과 불이익 발생의 개연성, 당사자 사이의 일상거래 과정에 미치는 경쟁제약의 정도, 관련 업계의 거래관행과 거래형태, 일반 경쟁질서에 미치는 영향, 관계법령의 규정 등 기록에 나타난 여러 요소를 종합하여 볼 때, 원고의 이러한 행위가 구입강제, 이익제공강요, 판매목표강제 등과 동일시할 수 있을 정도로 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 그 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 주었다거나, 그로써 정상적인 거래관행에 비추어 상대방에게 부당하게 불이익을 주어 공정거래를 저해할 우려가 있는 것이라고는 보이지 아니함.

[대한주택공사의 거래상 지위남용행위 건(대법원 2001. 12. 11. 선고 2000두833 판결)]

- 간접비용 등을 미지급하여 시공업자들에게 다소 불이익을 주었더라도 그 경위에 비추어 보면 구입강제 등과 동일시할 수 있을 정도로 거래상 지위를 부당하게 남용 하였다고 보기 곤란함
- 시공업체로부터 기성부분에 대하여 검수·확인하여 인수한 후 기성대금을 예산배정이 지연되었다는 사유로 수차례 걸쳐 분할하여 지연지급하면서 그 지연지급에 따른 지연이자를 지급하지 아니함으로써 상대방에게 다소 불이익하게 거래조건을 설정하거나 그 이행과정에서 불이익을 준 사실을 인정할 수 있으나, 한편, 원고가 위 간접비용이나 지연이자 등을 지급하지 아니하게 된 경위, 상대방에게 생길 수 있는 불이익의 내용과 불이익 발생의 개연성, 당사자 사이의 일상거래과정에 미치는 경쟁제약의 정도, 관련 업계의 거래관행과 거래형태, 일반 경쟁질서에 미치는 영향, 관계 법령의 규정 등 기록에 나타난 여러 요소를 종합하여 보면, 농업기반공사의 행위가 구입강제, 이익제공강요, 판매목표강제 등과 동일시 할 수 있을 정도로 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 그 거래 조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 주었다거나, 그로써 정상적인 거래관행에 비추어 상대방에게 부당하게 불이익을 주어 공정거래를 저해할 우려가 있다고 보기 어려움.

[농업기반공사의 거래상지위남용행위 건(대법원 2005. 1. 28. 선고 2002두9940 판결)]

□ 어쩔 수 없는 공사기간의 연장으로 인한 간접비의 미지급 행위는 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로 보기 어려움

- 계약당사자인 삼호토건주식회사가 원고에게 물가변동이나 설계변경 외의 공사기간 등 계약내용의 변경으로 인한 간접비용을 청구하면 원고가 이를 검토하여 조정하여 줄 의무가 있다고 할 것이나, 이는 어디까지나 계약당사자의 청구를 전제로 하고 있으며 이러한 청구가 없는 경우에까지 원고가 자권으로 이를 산정하여야 한다는 취지가 아닌 것으로 보이는 점, 원고로서도 어쩔 수 없이 전라북도가 지정한 쓰레기 처리단가에 맞추어 이 사건 쓰레기를 처리하느라고 공사기간이 연장되기에 이른 점, 삼호토건 주식회사에서는 그로 인하여 어떤 불이익을 받았다거나 손해를 입었다고 생각하지 않고 있고, 그로 인한 간접비를 원고에게 청구하지도 않고 있는 점 등에 비추어 보면 원고가 삼호토건주식회사에게 이 사건 공사기간의 연장으로 인한 간접비를 지급하지 못한 것이 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위라고 볼 수 있음.

[전북개발공사의 거래상지위남용행위 건(서울고법 2003. 7. 24. 선고 2002누10768 판결⁸⁷⁾)]

□ 정당한 절차에 의하여 삭감한 간접비용을 지급하지 아니한 행위는 불이익제공행위에 해당되지 않음

- 삼호, 삼성물산, 삼능건설, 한진건설 등 4개 시공업체가 시공한 각 공사의 공사기간이 위 시공업체들의 귀책사유 없이 연장되어 간접비용이 추가로 발생한 것은 사실이나, 공사계약상 위와 같은 간접비용이 발생하면 시공업체들의 신청에 의하여 계약금액을 조정하도록 되어 있음에도 위 시공업체들 중 삼호, 삼성물산, 삼능건설은 계약금액을 조정해 줄 것을 신청한 바 없고, 한진건설에 대하여 당초 신청한 간접비용 중에서 일부를 삭감한 것은 실사결과 주요공정이 조기완료될 것으로 판단한 결과에 불과하고 그 삭감된 부분이 원고가 부담하여야 할 비용이라든가 삭감한 것이 부당한 것이라고 볼 자료가 없으므로, 원고가 시공업체가 신청하지 않은 간접비용이나 정당한 절차에 의하여 삭감한 간접비용을 지급하지 아니한 행위가 자신의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방에게 불이익을 준 행위에 해당한다고 볼 수 있음.

[한국토지공사의 부당지원행위 등 건(대법원 2006. 5. 26. 선고 2004두3014 판결)]

* 참고: 한국수자원공사의 부당지원행위 건(대법원 2007. 1. 11. 선고 2004두3304 판결)

87) 상고심(대법원 2002. 11. 27. 선고 2003두10299 판결)은 심리불속행 기각함

□ 기성금을 7일 지연지급하면서 지연이자를 미지급한 행위는 공정거래를 저해할 우려가 없음

- 원고는 검사원들이 한진중공업의 공정율을 보고한 2004.8.11.에 이르러서야 제3차 기성고 지업내역을 확인하였는데, 바로 그 다음날인 2004.8.12. 한진중공업으로부터 7,831,277,480원이라는 거액의 기성금 지급을 청구받아 자금 마련에 일시적인 어려움을 겪었을 수도 있었을 것으로 보이는 점, 지연이자 24,931,000원은 공사대금이나 위 3차 기성금액에 비하여 소액인데다가 원고는 상당히 오랜 기간 한진중공업에게 이 사건의 경우 이외에는 한 번도 기성금의 지급을 지연한 적이 없는 점 등을 종합하여 볼 때 원고의 위 행위가 민사상 계약위반에 해당될 수 있음을 별론으로 하고 공정거래를 저해할 우려가 있는 것이라고 보이지 아니함.

[한국컨테이너부두공단의 거래상지위남용행위 건(서울고법 2007. 8. 16. 선고 2006누16207 판결⁸⁸⁾)]

□ 개통지연으로 인한 손해가 없다고 보아 추가비용에 반영하지 않은 행위는 거래상 지위남용으로 보기 어려움

- 원고의 귀책사유로 인하여 참가인이 입게 된 상당인과관계 있는 통상의 손해는 그 개통지연으로 인하여 참가인이 상실한 영업기간 중 얻을 수 있었던 광고영업수입에서 개통지연으로 인하여 상실한 영업기간 중 참가인이 그 지출을 면하게 된 월광고대행료 상당액 등 제반 경비를 공제한 잔액이라고 봄이 상당할 것인데, 참가인에게 최초 개통 일로부터 3년간의 영업기간이 보장되어 있었던 이 사건 광고대행계약에 있어서 개통 지연으로 인한 참가인의 영업기간의 단축은 당초부터 문제가 되지 아니하여 그로 인하여 어떠한 손해를 입었다고 볼 수 없으며, 그 밖에 즉시 영업개시가 되지 아니함으로써 최초의 지연기간 중에 별도로 특별히 입게 된 다른 손해가 있음을 밝힐 만한 아무런 증거도 없음.

[서울도시철도공사의 광고대행업자인 광인기업에 대한 거래상지위남용행위 건(대법원 2002. 5. 31. 선고 2000누6213 판결)]

□ 원고가 설계변경 지시를 한 사실은 있으나, 도급계약체결 당시 경량완충재로 시공 하도록 발주하거나 공사시방서와 물량내역서가 모순되어 설계변경이 필요하였다고 인정하기 부족함

- 공정거래위원회는 원고가 발주한 아파트건설공사에 관하여 공사시방서와 물량내역서가

88) 상고심(대법원 2007. 12. 27. 선고 2007누18833 판결)은 심리불속행 기각함

모순되어 바닥완충재에 관한 설계변경이 필요하여 원고 산하 지역본부가 시공업체에 바닥완충재를 경량충격음 바닥완충재에서 중량충격음 바닥완충재로 설계변경을 하여 시공하도록 지시하였고, 이에 따라 시공업체가 경량완충재에서 중량완충재로 설계변경을 하여 시공하였음에도 원고는 산하 지역본부에 이 사건 설계변경 지시와 관련한 추가공사금액 지급을 중단하고 이미 지급한 추가공사금액도 회수하도록 한 것은 거래상의 지위 남용행위에 해당한다는 이유로 원고에게 시정명령을 하였음. 그러나 원고가 아파트건설공사 도급계약 체결 당시 아파트 층간 바닥을 경량완충재로 시공하도록 발주하였다거나 공사시방서와 물량내역서가 모순되어 바닥완충재에 관한 설계변경이 필요하였다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없음.

[한국토지주택공사의 거래상지위남용행위 건(서울고법 2013. 1. 9. 선고 2012누9538 판결⁸⁹⁾)]

□ 제품공급시 가격을 확정하지 않고 월말에 사후 정산한 행위로 어떠한 불이익을 입었다고 보기 어려움

- 원고의 거래 주유소들은 구매 당시 원고로부터 통보받는 가격을 기준으로 대금을 입금하고, 원고는 나중에 실제 제품을 공급할 당시 가격이 인하되거나 다른 경쟁사의 가격보다 공급가격이 높은 경우 이를 할인하여 정산하는 방식으로 거래하여 왔는데 정산가격을 할증하는 경우는 극히 예외적이었던 것으로 보이는 점, 경질유 제품을 해외 및 국내의 수급상황 등에 따라 수시로 그 가격이 변동되는 특징이 있으나 원고의 거래 주유소들은 어느 특정 시점에서 가격이 낮다고 하여 그 주문량을 늘리거나 가격이 높다고 하여 구매를 보류하는 등의 탄력적인 조치를 취할 상황에 있지 아니하였던 점, 주유소 간의 경쟁은 지역적으로 또는 주변 상권별로 진행되는 경향이 있기 때문에 원고의 입장에서는 해당 상권 내에서 최저가격을 보장하면서 자영주유소를 관리해야 할 필요에 따라 서로 다른 경쟁정유사의 가격동향을 살펴 경쟁사보다 더 높지 않은 가격으로 최종가격을 결정하였던 것이고, 결과적으로 원고 거래 주유소들로서는 통상 다른 경쟁사에 비하여 높은 가격으로 경질유제품을 구매하였을 가능성이 낮기 때문에 실제적으로 어떤 불이익을 입었다고 보기 어려운 점 등을 종합하면, 원고가 제품공급시 가격을 확정하지 아니한 행위가 불이익제공행위에 해당한다고 보기 어려움.

[S-OII의 배타조건부거래행위 건(대법원 2013. 4. 25. 선고 2010두25909 판결)]

89) 상고심(대법원 2013. 5. 9. 선고 2013두2471 판결)은 심리불속행 기각함

□ 채무불이행을 이유로 대리점 계약을 해지한 행위는 '기타의 거래거절'로 의율하였어야 하고, 계약의 이행 과정에서 불이익을 제공하는 것에 해당하지 아니함

- 디코아가 당초 인테리어필름을 판매하다가 데코시트로 뒤늦게 취급품목을 변경하게 된 것은 원고가 인테리어필름 판매에 필수 조건인 방염처리를 제대로 해주지 못하였기 때문이고 이로 인해 디코아가 그 후 계속적인 판매부진에 시달리게 된 것으로 보이고, 원고는 국내 데코시트 시장의 18%를 차지하는 제2위 사업자로서 그 대리점계약을 체결한 디코아는 3년에 걸친 대리점 운영과정에서의 투자 등으로 인해 다른 대체 공급선을 찾기 쉽지 않은 불리한 지위에 있는 점은 인정되나, 한편 위 사실과 앞선 각 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 디코아는 원고와 거래를 시작한 초기부터 판매대금을 연체한 이래 그 연체대금의 규모가 수천만 원대에서 수억 원대까지 지속적으로 증가하여 이 사건 계약 이후 1년여 만에 연체율이 약 60%에 이른 점, ② 디코아의 연체액수를 보더라도 원고가 2005. 9. 7. 디코아의 요청을 받아들여 현금담보 1억 원과 상계처리하고도 연체금액은 130,337,125원에 이르고 2006. 4. 10. 계약해지 당시의 외상대금 합계액은 237,377,384원에 이르는 등 매우 많았던 점, ③ 디코아는 원고에게 채권최고액을 2억 원으로 정하여 부동산을 담보로 제공하였으나 그 당시에 이미 채권최고액 1억 원에 달하는 선순위 근저당권이 설정되어 있었던 반면 위 부동산의 당시 시가가 위 채권최고액 합계액 상당의 피담보채무를 완제할 만큼 충분하다거나 실제 담보가치가 피고 주장과 같이 2억 원에 달한다고 볼 아무런 자료가 없는 점, ④ 원고는 디코아와 대리점 계약에 의한 거래를 시작한 후 3년간에 걸쳐 지속적으로 채무 변제나 담보제공을 요구하면서도 디코아의 요청으로 1억 원의 현금 담보와의 상계처리를 한 후에는 아무런 담보가 없는 상태에서 정지된 출고를 재개하여 상당 기간 외상거래를 유지해주었고 또한 아무런 현실의 담보 제공도 받지 아니한 상태에서 1년 기간으로 이 사건 계약을 간신히 주었다가 디코아가 결국 일부 채무를 변제하지 못하자 최종적인 이행최고 절차를 거쳐 이 사건 계약을 해지한 점, ⑤ 이 사건 계약에 의하더라도 디코아가 담보를 제공할 능력이 부족한 경우나 원고가 공급한 상품대금의 지급을 연체한 경우 및 디코아의 판매능력이 현저히 부족한 경우 등에는 원고가 디코아의 사전 동의 없이 일방적으로 이 사건 계약을 해지할 수 있도록 약정되어 있는 점 등의 여러 사정을 종합적으로 고려해 보면, 원고가 이 사건 계약을 해지한 것이 그로써 정상적인 거래관행에 비추어 디코아에게 부당하게 불이익을 주어 공정거래를 저해할 우려가 있는 행위라고 보기 어렵다고 할 것임.
- 피고가 한 이 사건 처분의 근거법령이 적절한 것인지에 대하여 보면, 피고는 원고가 이 사건 계약을 해지한 행위에 대하여 공정거래법 제23조 제1항 제4호 및 법 시행령 제36조 제1항 [별표 1] 제6호 (라)목의 '불이익제공'으로 의율하고 있는바, 위 '불이익제공'이라

함은 구입강제, 이익제공강요, 판매목표강제 능과 동일시할 수 있을 정도로 일방 당사자가 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 그 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 준 것으로 인정되어야 하는데, 피고의 이 사건 처분사유는 원고가 디코아와 사이에 이 사건 계약을 체결함에 있어 거래상 지위를 이용하여 디코아에게 일방적으로 불리한 거래 조건을 설정하거나 불리하게 변경하였다는 것이 아니라 원고가 이 사건 계약을 해지함으로써 디코아가 향후 매출이익은 물론 기준에 투자하였던 자본을 회수할 수 없는 불이익을 당하였다는 것이므로, 원고의 행위는 디코아의 채무불이행을 이유로 대리점 계약을 해지하여 거래 자체를 종료시킨 행위로서 계약의 이행과정에서 디코아에게 불이익을 주는 것과는 아무런 상관이 없다고 할 것이어서, 결국 계약해지 행위는 '불이익제공'이 정하는 행위유형에 해당한다고 볼 수 없음(만약 피고 주장과 같이 거래상대방이 결과적으로 불이익을 입는 모든 행위를 '불이익제공'으로 의율할 경우 법과 시행령에 정한 일체의 불공정거래행위가 '불이익제공'에 포섭되게 되어 불공정거래행위를 유형별로 나누어 정한 법령의 규정 취지에 부합하지 않게 됨). 앞서 본 바와 같이 원고가 거래상 우월한 지위에 있는 이 사건에 있어 피고 주장의 처분사유는 원고가 그 지위를 남용하여 이 사건 계약을 해지함으로써 계속적 거래관계에 있던 디코아와의 거래를 거절한 것으로 보아 위 '기타의 거래거절'로 의율하였어야 한다고 보임.

[투tex교와의 거래상지위남용행위 건(서울고법 2009. 12. 4. 선고 2008누20118 판결⁹⁰⁾)]

□ 원고가 영화 할인권 발행행위를 통하여 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 거래상대방에게 불이익을 준 것으로 보기는 어려움

- 입장료를 결정할 권한은 원고(롯데쇼핑)에게 있고, 영화티켓에 대한 할인권의 발행은 특별한 사정이 없는 한 원고의 입장료 결정 권한 내에 속하는 행위라고 볼 수 있음. 할인에 소요되는 비용은 원고와 배급사가 50:50으로 부담하기로 하되, 원고가 최소 관람료인 5,000원 미만으로 입장료를 발권하는 경우에는 배급사에게 그 차액을 보전하기로도 하였는바, 이에 따르면 할인 금액의 부담에 대하여도 사전 합의가 있었던 것으로 보임.
- 이 사건 할인권 발행 행위로 인하여 매출이 증대된 것으로 볼 수 있고 이는 배급사에게도 이익이 되므로, 원고의 행위가 배급사에게 일방적으로 불이익한 것으로 볼 수는 없음. 수익증대를 위해 지출하는 비용은 수익이 분배되는 비율에 비례하여 분배되는 것이 타당하므로, 이 사건 할인권 발행 행위와 관련하여 원고와 배급사 간 비율에 따라 비용을 분담하는 것이 반드시 부당한 불이익 제공이라고 보기는 어려움.

90) 상고심(대법원 2010. 3. 25. 선고 2009두23389 판결)은 신리불속행 기각함

- 이 사건 할인권 발행 행위의 방식과 업계 관행 등에 비추어 볼 때 이 사건 할인권 발행 행위로 인하여 소비자는 저렴한 가격으로 영화를 볼 수 있게 되므로 소비자후생의 증대에 기여하는 측면이 있음.

[롯데쇼핑의 시장지배적 지위남용행위 등에 대한 건(서울고법 2017. 2. 15. 선고 2015누39165 판결⁹¹⁾)]

※ 참고: 씨제이씨지브이의 거래상지위남용행위 등 건(서울고법 2017. 2. 15. 선고 2015누44280 판결⁹²⁾)

5) 경영간섭행위

가) 의미

□ 경영간섭 중 하나로 거래내용을 ‘제한’ 하는 것이 인정되려면 거래상대방의 판매가격이나 품목을 조정하는 등 거래상대방의 경영활동에 부당하게 관여하는 일정한 행위가 필요함

- ‘간섭’의 사전적 의미가 “자신과 직접 관계가 없는 다른 사람의 일에 부당하게 참견한다”는 뜻인 점을 고려하면, 경영간섭 중 하나의 행위태양으로서 거래내용을 ‘제한’한다는 것은 거래상대방의 판매가격을 변경하도록 요구하거나 판매품목을 승인하고 조정하는 행위, 거래상대방의 지급대금수준과 결제조건을 계약조건에 포함시키는 행위, 거래상대방이 징수하는 수수료율을 직접 결정하거나 출하자에게 지급하는 장려금의 요율결정에 관여하는 행위 등과 같이 적어도 거래상대방의 의사에 반하여 거래내용을 결정하거나 영향력을 행사함으로써 거래상대방의 경영활동에 부당하게 관여하는 일정한 행위를 필요로 한다고 볼이 상당함.

[신세계의 거래상지위 남용행위 등 건(서울고법 2010. 4. 8. 선고 2009누548 판결⁹³⁾)]

91) 상고심(대법원 2017. 7. 11. 선고 2017누39372 판결)은 심리불속행 기각함

92) 상고심(대법원 2017. 7. 11. 선고 2017누39303 판결)은 심리불속행 기각함

93) 상고심(대법원 2011. 10. 27. 선고 2010누8478 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

나) 구체적 사안

① 긍정례

□ 납품업체들로부터 경쟁백화점의 매출정보를 제공받아 매출대비율이 일정하게 유지되도록 관리한 것은 경영간섭에 해당함

- 원고는 원고 운영의 롯데 백화점 및 그와 경쟁 관계에 있는 주식회사 신세계 운영의 신세계 백화점에 동시에 입점해 있는 납품업체의 신세계 백화점에서의 매출현황을 파악하기 위하여 주식회사 네코 등 85개 납품업체(122개 상표, 2006. 5. 기준)들로부터 신세계 백화점의 이디아이(EDI, Electronic Data Interchange, 이하 같다) 시스템에 접속할 수 있는 권한을 제공받아 평소 신세계 백화점의 이디아이 시스템에 접속하여 주기적으로 매출정보를 취득한 사실, 원고가 위와 같은 방법으로 취득한 매출정보를 바탕으로 매출 대비율을 작성한 후 롯데 백화점 대비 신세계 백화점의 매출비중이 높거나 50% 이상 (롯데 백화점에서의 매출액의 절반 이상에 해당되는 매출액을 신세계 백화점에서 실현하고 있는 경우)인 상표의 납품업체에 대하여는 롯데 백화점에서 할인행사를 진행하도록 하거나 신세계 백화점에서 할인행사를 진행하지 못하도록 하여 결국 매출대비율을 일정한 수준으로 유지하는 내용의 특별관리방안을 마련하여 시행한 사실, 납품업체로서는 영업 비밀인 다른 백화점에서의 매출정보를 자발적으로 공개할 이유가 없으므로, 비록 납품 업체들이 원고에게 신세계 백화점의 이디아이 시스템 접속권한을 제공하였다 하더라도 이는 거래상 우월적 지위에 있는 원고의 요구를 거부할 수 없었기 때문이라고 볼이 상당한 이상, 원고는 자기의 거래상 지위를 부당하게 이용하여 납품업체들이 매출대비율을 일정하게 유지하도록 관리하고 롯데 백화점 및 경쟁 백화점에서 할인행사를 진행할지 여부에 관한 자유로운 의사결정을 저해하는 등 납품업체들의 거래내용을 제한 함으로써 경영활동을 간섭하였다고 할 것임.

[롯데쇼핑의 거래상지위 남용행위 건(대법원 2011. 10. 13. 선고 2010두8522 판결)]

※ 비교: 신세계의 거래상지위 남용행위 건(서울고법 2010. 4. 8. 선고 2009누548 판결⁹⁴⁾)

94) 상고심(대법원 2011. 10. 27. 선고 2010두8478 판결)은 이러한 원심판결에 우병이 없다고 판시함

② 부정례

□ 납품업체들로부터 경쟁백화점의 매출정보를 제공받은 것만으로는 경영간섭에 해당하지 아니함

- 백화점을 운영하는 대규모소매업자가 납품업체로부터 매출정보를 취득함으로써 납품업체의 의사결정과 경영판단을 침해할 가능성 내지 우려가 있다고 하더라도 이러한 매출정보를 바탕으로 매출대비율 등을 분석하고 이를 관리하기 위하여 납품업체에게 경쟁 백화점에서의 판촉행사나 할인행사에 대응하는 행사를 하도록 구체적으로 강요하거나 이를 거부하는 경우 제재를 가하는 등의 행위로까지 나아가지 않은 경우라면 납품업체의 독자적인 의사결정과 경영판단에 대한 구체적이고 직접적인 침해가 있다고 단정하기 어려운 바, 법 제23조 제1항 및 시행령 제36조 제1항 소정의 경영간섭이 성립하려면 단순히 협력업체로부터 매출정보를 취득한 행위만으로는 부족하고 더 나아가 매출정보를 바탕으로 매출대비율 등을 관리하기 위하여 협력업체에게 판촉행사나 할인행사를 강요하거나 이를 거부하면 제재를 가하는 등의 행위를 함으로써 그 의사결정이나 판단에 부당하게 관여하는 경우에 해당되어야 할 것임.

[신세계의 거래상지위 남용행위 건(서울고법 2010. 4. 8. 선고 2009누548 판결⁹⁵⁾)]

* 비교: 롯데쇼핑의 거래상지위 남용행위 건(대법원 2011. 10. 13. 선고 2010두8522 판결)

□ 한국도로공사가 고속도로 휴게소의 상품 및 유류가격을 인하하도록 지시한 것은 휴게시설의 공공성과 편의성 등을 고려할 때 부당한 거래제한행위라고 볼 수 없음

- 원고가 고속도로휴게소협회 및 한국고속도로주유소협의회와 1999. 6. 1.부터 상품판매가격을 평균 20%, 휘발유판매가격은 20원/ℓ, 경유판매가격을 10원/ℓ 씩 인하하기로 협의하고, 1999. 5. 13. 위 각 협의내용대로 상품 및 유류가격을 인하하도록 하는 공문을 내려보내, 모든 고속도로 휴게시설 및 주유소 운영업체로 하여금 1999. 6. 1.부터 해당상품 및 유류(휘발유 및 경유)에 대해 일제히 할인판매를 실시하게 하고 원고가 중앙 일간지 등 언론매체와 국정감사시 건설교통위원회 국회의원들로부터 고속도로 휴게시설의 상품가격이 비싸고 서비스가 저하되어 있다는 취지의 지적을 받게 되자 고속도로 휴게소 및 주유소에 대한 가격인하 등의 내용을 포함한 휴게시설 운영 혁신대책을 세운 다음 위와 같이 상품가격을 인하하도록 한 점, 위와 같은 가격인하로 인하여 언론기관 등으로부터 1999년 및 2000년의 히트상품으로 연속 선정되는 등 휴게소 및 주유소의 고객들로부터 호평을 받고 있는 점, 위와 같이 인하된 휴게소의 상품판매가격이나 주유소의 유류가격은

95) 상고심(대법원 2011. 10. 27. 선고 2010두8478 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

시중가격에 비하여 낮지 않은 적정한 가격으로 보이는 점, 원고는 위와 같은 가격인하로 인한 손해를 휴게시설 운영업체들에게 모두 부담시키지 아니하고 물품반입가격 및 임대료의 인하 등으로 상당부분을 보전하여 준 제반사정과 고속도로 휴게시설은 진출입이 제한되어 고립된 시장이라는 장소적 특성으로 인하여 그 공공성과 편의성을 유지하여야 할 남다른 필요성이 있다는 점, 원고는 공기업으로서 휴게시설을 적절히 관리하여야 할 공적인 책무가 있다는 점 등을 보태어 보면, 비록 원고가 휴게시설운영업체들에 대하여 거래상의 지위를 이용하여 가격인하를 종용함으로써 그들의 거래내용을 제한한 측면이 있다고 하더라도 이를 부당한 거래제한행위라고 볼 수는 없음.

[한국도로공사의 부당지원행위 등 건(대법원 2006. 6. 2. 선고 2004두558 판결)]

* 참고: 한국수자원공사의 부당지원행위 등 건(대법원 2007. 1. 11. 선고 2004두3304 판결)

- 이 사건 판매가격 특별점검은 계약상 근거가 있고, 판매가격 차이에 따른 공항이용객의 민원 등으로 공항의 이미지가 훼손되지 않도록 하고 공항이용객의 편의를 증진시키기 위한 합리성 있는 행위라 할 것인 점, 가격 조정 또한 강제된 것으로 보기 어려운 점, 가격경쟁의 효과에 부합한다고 보이는 점 등을 종합하여 보면, 불공정거래행위라고 볼 수 없음
 - 이 사건 판매가격 특별점검은 원고와 2기 사업자 사이에 체결된 임대차계약에 근거하여 이루어진 것이어서 계약상 근거가 있고, 그 내용도 동일한 품목에 대하여 다른 판매가격을 받고 있는 사업자들에 대하여 낮은 가격으로 인하를 요청하는 취지여서 판매가격 차이로 인한 공항이용객의 민원 등으로 공항의 이미지가 훼손되지 않도록 하고 공항이용객의 편의를 증진시키기 위하여 취할 수 있는 합리성 있는 행위라 할 것인 점,
 - 20개 제품 가격 조정 요청에 대하여 2기 사업자들이 6개 제품의 가격 인하에만 응한 것에 비추어 가격 조정이 강제된 것으로 보기 어렵고 사업자의 협조에 따라 가격 조정이 이루어진 것으로 보이는 점, 이 사건 특별점검에 따른 가격 조정의 경우 동일 품목에 대하여 다른 매장보다 높은 경우 낮은 가격으로 조정하도록 요청한 것이어서 가격경쟁을 저해하는 것이 아니라 가격경쟁의 효과에 부합한다고 보이는 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 특별점검은 공정거래법 제23조 제1항에 정해진 불공정거래행위라고 볼 수 없음.
- [인천국제공항공사의 거래상지위 남용행위 건(서울고법 2017. 8. 16. 선고 2016누41967 판결⁹⁶⁾)]

96) 상고심(대법원 2018. 1. 17. 선고 2017누61332 판결)은 식리불속행 기각함

7. 구속조건부거래행위 (법 제45조 제1항 제7호, 구법 제23조 제1항 제5호 전단)

가. 배타조건부거래

1) 시장지배적 사업자의 지위남용행위 중 배타조건부 거래행위와의 구별

- 시장지배적 사업자의 배타조건부 거래행위와 불공정거래행위로서의 배타조건부 거래행위는 그 규제목적 및 범위를 달리하고 있으므로 부당성의 의미는 각각 별도로 독자적으로 평가·해석하여야 함
- 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법'이라고 한다)은 제3조의2 제1항 제5호 전단에서 시장지배적 사업자의 지위남용행위로서의 배타조건부 거래행위를 규제하면서 이와 별도로, 같은 법 제23조 제1항 제5호 전단에서 개별 사업자가 거래의 상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하여 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 한 경우, 그 배타조건부 거래행위를 한 사업자의 시장지배적 지위 유무와 상관없이 이를 불공정거래행위로 보아 규제하고 있는바, 공정거래법 제3조의2 제1항 제5호 전단의 시장지배적 사업자의 배타조건부 거래행위와 공정거래법 제23조 제1항 제5호 전단의 불공정거래행위로서의 배타조건부 거래행위는 그 규제목적 및 범위를 달리하고 있으므로 공정거래법 제3조의2 제1항 제5호 전단이 규제하는 시장지배적 사업자의 배타조건부 거래행위의 부당성의 의미는 공정거래법 제23조 제1항 제5호 전단의 불공정거래행위로서의 배타조건부 거래행위의 부당성과는 별도로 독자적으로 평가·해석하여야 함.

[S-OIL의 배타조건부거래행위 건(대법원 2013. 4. 25. 선고 2010두25909 판결)]

2) 규제 취지

- 불공정거래행위로서의 배타조건부 거래행위를 규제하고 있는 이유는 관련시장에서의 경쟁이나 거래상대방에 대한 거래처 선택의 자유 등을 제한하는 경우를 규제하기 위함임
- 공정거래법이 제3조의2 제1항 제5호 전단에서 시장지배적 사업자의 지위남용행위로서의 배타조건부 거래행위를 규제하면서도 제23조 제1항 제5호 전단에서 시장지배적 사업자를 포함한 모든 사업자의 불공정거래행위로서의 배타조건부 거래행위를 규제하고 있는 이유는, 배타조건부 거래행위가 시장지배적 사업자의 지위남용에 해당하는지 여부를 떠나 관련시장에서의 경쟁을 제한하거나 그 거래상대방에 대하여 거래처 선택의 자유 등을

제한함으로써 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위라고 평가되는 경우에는 이를 규제하여야 할 필요성이 있기 때문임.

[S-OIL의 배타조건부거래행위 건(대법원 2013. 4. 25. 선고 2010두25909 판결)]

3) 부당성 판단

- 시장지배적 사업자의 지위남용행위 중 배타조건부 거래행위의 '부당성'과 달리 불공정 거래행위 중 배타조건부 거래행위의 '부당성'은 경쟁제한성 이외에 거래상대방의 자유로운 의사결정이 저해되었거나 저해될 우려가 있는지 등도 아울러 고려할 수 있음
- 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법'이라 한다) 제3조의2 제1항 제5호 전단, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령 제5조 제5항 제2호에서 시장지배적 사업자의 지위남용행위로 규정하고 있는 배타조건부 거래행위의 '부당성'과는 달리 공정거래법 제23조 제1항 제5호 전단, 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령 제36조 제1항 [별표 1] 제7호 (가)목에서 불공정거래행위로 규정하고 있는 배타조건부 거래행위의 '부당성'은 당해 배타조건부 거래행위가 물품의 구입 또는 유통경로의 차단, 경쟁수단의 제한을 통하여 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자나 잠재적 경쟁사업자를 관련시장에서 배제하거나 배제할 우려가 있는지를 비롯한 경쟁제한성을 중심으로 그 유무를 평가하되, 거래상대방인 특정 사업자가 당해 배타조건부 거래행위로 거래처 선택의 자유 등이 제한됨으로써 자유로운 의사결정이 저해되었거나 저해될 우려가 있는지 등도 아울러 고려할 수 있음.

[S-OIL의 배타조건부거래행위 건(대법원 2013. 4. 25. 선고 2010두25909 판결)]

- 대체적 물품구입처 또는 유통경로가 차단되는 정도, 경쟁사업자의 경쟁수단 침해 여부, 행위자 및 상대방의 시장점유율, 배타조건부 거래행위의 의도 및 목적 등을 종합적으로 고려하여야 함

- 배타조건부 거래행위가 부당한지를 판단할 때에는 당해 배타조건부 거래행위로 인하여 대체적 물품구입처 또는 유통경로가 차단되는 정도, 경쟁사업자가 경쟁할 수 있는 수단을 침해받는지 여부, 행위자의 시장점유율 및 업계순위, 배타조건부 거래행위의 대상이 되는 상대방의 수와 시장점유율, 배타조건부 거래행위의 실시기간 및 대상이 되는 상품 또는 용역의 특성, 배타조건부 거래행위의 의도 및 목적과 아울러 배타조건부 거래계약을 체결한 거래당사자의 지위, 계약내용, 계약체결 당시의 상황 등을 종합적으로 고려하여야 함.

[S-OIL의 배타조건부거래행위 건(대법원 2013. 4. 25. 선고 2010두25909 판결)]

4) 구체적 사안

- 시장점유율 확대 및 경쟁사업자의 시장진입을 봉쇄하기 위한 목적으로 전량공급조건 계약을 체결하여 경쟁사업자에 대한 봉쇄효과가 발생하였으므로 경쟁제한성이 인정됨
- 석유제품은 그 품질이 균일하고 표준화되어 있어서 다수의 유통경로를 확보하는 것이 가장 중요한 경쟁수단인데 국내 전체 자영주유소 중 전량공급계약을 체결하고 있는 주유소의 비율은 약 86%에 이르러 수입사 등 잠재적 경쟁자들은 국내 경질유제품 공급시장에서 가장 중요한 유통수단인 주유소를 통한 진입이 거의 차단됨으로써 종전 사업자들과 경쟁할 수 있는 수단을 침해받고 있는 점, 수입사 등 잠재적 경쟁사업자들은 원고의 전량공급조건 거래로 인해 봉쇄된 자영주유소를 통한 유통경로 이외의 대체적인 유통경로를 확보하는 것이 실질적으로 곤란하고, 대체적인 유통경로를 확보하더라도 그 유통비중이 매우 낮아 국내 경질유제품 시장의 유통경로가 사실상 차단되는 점, 원고의 시장점유율은 2004년부터 2007년까지 사이에 경질유제품을 기준으로 13% 내지 15% 상당이고, 휘발유 기준으로 12% 내지 13% 상당인데, 원고는 국내 정유업계의 후발주자로서 4개 정유사업자 중 업계 4위이기는 하지만 3위 사업자인 현대오일뱅크 주식회사와 비교하여 3% 정도 밖에 차이가 나지 않을 뿐 아니라, 원고 등의 시장점유율이 상당한 기간 동안 큰 변화 없이 유지됨으로써 사실상 고착되어 유통경로에 대한 봉쇄효과가 작다고 할 수 없는 점, 원고는 경질유제품의 특성으로 인하여 가장 중요한 경쟁수단이 되는 주유소에 대한 공급량을 최대한 많이 확보함으로써 시장점유율을 확대하는 한편, 종전의 경쟁정유사들의 시장점유율 확대를 저지하고 잠재적 경쟁사업자의 시장진입을 봉쇄하기 위하여 이 사건 전량공급조건 계약을 체결하였다고 봄이 상당한 점 등을 종합하면, 원고의 전량공급조건 거래로 인하여 경질유제품 시장에서 경쟁사업자에 대한 봉쇄효과가 발생하는 점이 인정되므로 원고의 배타조건부 거래행위에는 경쟁제한성이 있고, 또한 국내 석유제품공급시장은 공급초과상태로서 주유소들은 정유사별 가격비교를 통해 보다 저렴한 상품을 구매할 수 있음에도 원고의 전량공급조건 거래에 동의한 것은 국내 모든 정유사가 그러한 거래를 하고 있기 때문에 주유소들로서는 그러한 거래방식을 수용할 수밖에 없었던 것으로 보이는 점, 2008. 9. 1.부터 주유소의 복수상표표시가 허용되었으므로 원고와 거래하는 자영주유소들은 독립된 사업자로서 거래처를 하나 또는 그 이상으로 자유롭게 선택하여 서로 다른 상표를 동시에 표시할 수 있는 길이 열렸는데도 이 사건 전량공급조건 계약에 의하여 복수상표의 제품을 취급하지 못하고 있는 점 등에 비추어 보면, 원고의 전량공급조건 거래가 거래상대방인 주유소의 의사에 반하지 않았다고 단정하기 어려움.

[S-OIL의 배타조건부거래행위 건(대법원 2013. 4. 25. 선고 2010두25909 판결)]

- 비록 원고의 시장점유율이나 봉쇄비율이 다른 정유사들에 비하여 낮다고 하더라도 그 전량공급조건 거래행위가 미치는 파급효과나 영향이 적다고 단정할 수 없으므로 원고에 대하여도 배타조건부 거래에 따른 봉쇄효과의 책임을 인정하는 것은 헌법상 자기책임 원칙에 반하지 않음
- 공정거래법이나 공정거래위원회의 고시, 지침 등에 여러 사업자의 배타조건부 거래행위에 따른 누적적 봉쇄효과의 개념이나 그에 대한 판단 기준이 명시적으로 규정된 바 없으므로, EU 가이드라인상의 누적적 봉쇄효과나 그에 대한 기여도 평가 등의 판단 기준과 상관없이 원고의 전량공급조건 거래가 이루어진 국내 경질유시장의 구조와 특성, 각 정유사들의 시장점유율 및 영업행태, 잠재적 경쟁사업자들의 유통경로 확보의 가능성, 전량공급조건 거래가 이루어진 의도와 목적 등을 종합적으로 고려하여 그 경쟁제한성을 평가해야 한다는 전제 아래, 국내 경질유시장은 사실상 원고를 포함한 4개 정유사가 주된 공급자로서 수년에 걸쳐 시장점유율이 고착되어 있는 상황이어서 다른 잠재적 정유사나 수입정유사가 그 시장에 진입하기가 거의 불가능하다는 특징이 있으므로, 비록 원고의 시장점유율이나 봉쇄비율이 다른 정유사들에 비하여 낮다고 하더라도 그 전량공급조건 거래행위가 국내 경질유시장에 미치는 파급효과나 영향이 적다고 단정할 수 없고, 그 시장점유율이나 봉쇄비율이 낮다는 이유로 다른 정유사들과 달리 원고의 경우에는 아무런 제한 없이 전량공급조건 거래를 허용한다면 오히려 다른 정유사들과의 정상적인 경쟁을 왜곡시키는 결과를 가져온다고 할 것이므로, 원고에 대하여도 배타조건부 거래에 따른 봉쇄효과의 책임을 인정하는 것은 위와 같은 국내 경질유시장의 구조와 특성으로 인한 것일 뿐, 원고가 주장하는 바와 같이 국내 경질유시장에서의 시장점유율이 낮고 다른 정유사들에 비하여 미미한 봉쇄효과만을 가져오는 원고의 처지를 고려하지 않았다거나 상대적으로 과도한 책임을 지우는 것은 아님. 관계 법령과 앞서 든 불공정거래행위로서의 배타조건부 거래행위에 있어서 부당성의 판단 기준에 관한 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 헌법상 자기책임의 원칙에 관한 법리오해의 위법이 없음.

[S-OIL의 배타조건부거래행위 건(대법원 2013. 4. 25. 선고 2010두25909 판결)]

나. 거래지역 또는 거래상대방의 제한

- 원고가 서울에서부터 제주까지 전국을 대리점별로 상세히 분할하여 영업구역을 나누고 강제력을 동원하여 그 영업구역의 준수를 강요한 사실이 인정되는 이상 영업구역의 지정 주체가 누구인지는 원고의 구속조건부 거래행위의 성부에 영향을 미치지 아니함
- 원고의 대리점들은 약 28쪽에 걸친 표로써 서울에서부터 제주까지 전국을 대리점별로 읍/면/동의 단위까지 상세히 분할하여 거의 중복됨 없이 영업구역을 나누고 있는 사실이 인정됨. 이와 같은 영업구역 분할의 정교함에 비추어 보면 이것이 원고의 주도에 의한 것이 아니라 대리점들 사이에서 자연발생적으로 이루어진 것이라고 선뜻 믿기지 아니함. 또한, 2009년부터 2013년까지 매년 적발된 남매행위(원고는 대리점 및 특약점에 대해 일정한 거래지역 및 거래상대방을 정하여 판매하도록 하였는데, 이를 위반하여 영업구역을 벗어난 판매행위를 ‘남매’라고 규정하고 있음)가 100건 내지 150건 상당에 이르는 점에 비추어 위 영업구역이 대리점들 사이에서 자율적으로 존중되어 온 것이라고 보기도 어려움. 한편, 원고가 강제력을 동원하여 그 영업구역의 준수를 강요한 사실이 인정되는 이상 영업구역의 지정 주체가 누구인지는 원고의 구속조건부 거래행위의 성부에 영향을 미치지 아니함[불공정거래행위 심사지침 V.7. 나.(1)대에서는 사업자가 거래지역을 일방적으로 강요할 것을 요하지 않는다고 정해져 있기도 하다].
- 제재조치는 주로 대리점 운영위원회에서 이루어진 것은 사실이나 대리점 운영위원회는 원고의 본사 직원이 참석하여 모임을 주도하였는바 이를 원고와 완전히 분리된 대리점들 사이의 자율적 조직체로 보기는 어렵고, 한편 을8, 11, 16, 17, 18에 의하면 원고는 회사 차원에서 영업사원들을 상대로 남매사건 조사방법(예컨대 남매 의심 대리점을 방문하여서는 애로사항 수렴 목적의 방문으로 가장할 것 등)을 별도로 교육하였을 뿐 아니라 2010. 6. 이후에도 실제 원고의 영업사원들이 주체가 되어 남매사건을 조사하고, 대리점 운영 위원회로 하여금 사건을 처리하도록 독려하거나 직접 실적이관 등의 조치를 한 사실이 인정됨.

[샘표식품의 구속조건부거래행위에 대한 건(서울고법 2016. 8. 26. 선고 2015누45931 판결⁹⁷⁾)]

97) 상고심(대법원 2016. 12. 29. 선고 2016두52530 판결)은 심리를 속행 기각함

- 독과점적 시장에서 원고의 영업구역 제한행위는 그 자체로 경쟁제한의 효과를 가진다고 할 것이므로, 그에 재판매가격유지를 위한 목적이 있었는지 여부는 부당성을 결정짓는 요인이 되지 아니함
- 간장시장은 2013년 기준으로 원고가 53%를 점유하고 있고, 상위 3개사의 점유율이 85%에 이르는 독과점적 시장구조를 이루고 있으므로 기본적으로 브랜드 간의 경쟁이 활성화되지 않은 시장에 해당함. 따라서 원고가 대리점들의 영업구역을 제한함으로써 제3자의 무임승차 경향을 방지한다고 하더라도, 그로 인하여 기존의 대리점들이 얻는 편익이 판촉서비스 증대 등을 통한 브랜드 간의 경쟁촉진으로 이어질 것으로 보기 어려움. 또한, 원고의 시장점유율이 2, 3위 업체보다 월등하게 높고(대상은 20.2%, 몽고는 12.5%), 경쟁사업자의 수 자체가 많지 않으므로 원고의 행위로 인한 브랜드 내 경쟁제한의 효과는 더욱 클 것으로 판단됨.
 - 나아가, 원고는 대리점이 다른 대리점의 영업구역에 제품을 공급하였더라도, 시장에서 형성된 대리점의 마진을 준수하면서 판매하였다고 인정되는 경우에는 남매행위(영업구역을 벗어난 판매행위)로 단속하지 아니하였던 점에 비추어 보면, 원고는 이 사건 행위로 대리점들 사이의 가격경쟁 자체를 원천적으로 차단하였던 것으로 판단됨. 따라서 그 경쟁제한의 효과를 인정하지 않을 수 없음.
 - 원고는 원고가 이 사건 행위로 남매제한을 하게 되면 대리점들 사이의 유통질서가 확립되어 대리점의 2차점에 대한 서비스가 향상되는 효과가 있다고 주장함. 그러나 다른 대리점의 거래처인 2차점에 대하여 가격인하의 방법을 무릅쓰고 새로 거래처를 확보한 대리점의 입장에서 상품진열이나 품목관리, 반품, 정보전달 등의 서비스를 소홀히 하여 애써 확보한 거래처를 쉽게 포기할 것으로 예상하기는 어렵다고 한 것이므로, 원고의 남매제한이 특히 2차점에 대한 서비스 향상 효과를 갖는 것으로 보이지 아니함. 또한 2차점의 입장에서는 원고의 남매제한으로 인하여 가격의 인하와 서비스의 저하 여부를 비교하여 거래할 대리점을 선택할 수 있는 선택권을 상실하게 되는 것이어서 그 자체로 소비자후생이 감소되는 것으로 보일 뿐임.
 - 원고는 가격경쟁에서 유리한 지위를 차지하는 대형비트, SSM 등의 대형유통사의 판매 점유율이 꾸준히 증가하고 있는 반면 2차점들의 매출은 감소하고 있어, 2차점에 간장을 공급하는 대리점의 상권 및 기초수익을 보호할 필요가 있다고 주장함. 그러나 원고로서는 우선 대리점에 간장을 납품하는 가격을 인하함으로써 대리점의 기초수익뿐만 아니라 상권을 보호할 수 있음에도 이를 시도하지 아니하고 이 사건 구속조건부 거래를 한 것이므로 그 행위에 합리성이 있다고 인정하기 어려움. 원고는 대형유통점들보다 협상력이

약한 대리점 조직을 공고히 함으로써 궁극적으로는 원고의 시장에서의 입지와 수익률을 유지하거나 높이려는 의도가 있었던 것이 아닌가 의심될 뿐임.

- 원고의 이 사건 행위는 앞서 본 바와 같이 그 자체로 경쟁제한의 효과를 가진다고 할 것이므로, 그에 재판매가격유지를 위한 목적이 있었는지 여부는 행위의 부당성을 결정짓는 요인이 되지 아니함.

[샘표식품의 구속조건부거래행위에 대한 건(서울고법 2016. 8. 26. 선고 2015누45931 판결⁹⁸⁾]

- 도매상들에 대하여 지정 납품처 이외에 납품을 금지하고 이를 여기는 경우 거래 정리 등의 조치를 취한 것은 구속조건부거래에 해당함

- 원고(한미약품)가 도매상들에 대하여 지정 납품처가 아닌 곳에의 납품을 금지하고 이를 여기는 도매상들을 적발하여 각서를 징구하거나, 경고장 발송, 거래 정리 등의 조치를 취하는 등 거래상대방을 제한하는 행위를 하였는바, 그 상대방이 단순히 의약품의 배송 역할만을 담당하는 간접도매상이라고 볼 자료가 없고, 원고의 이러한 행위는 도매상들에 대하여 실질적인 구속력이 있었으므로, 이는 구속조건부거래에 해당됨. 또한 피고가 제정한 불공정거래행위 심사지침은 행위 사업자의 시장점유율이 10% 미만인 경우 원칙적으로 심사면제대상(안전지대)으로 한다고 규정하고 있기는 하나, 여기서 말하는 시장점유율은 원고 주장처럼 국내 제약시장에서 원고의 매출액이 차지하는 비율을 말하는 것이 아니라 원고의 제품과 경쟁관계가 성립할 수 있는 일정한 거래분야에서의 시장점유율을 의미하는 것으로 보아야 하고, 위 심사지침에 따르면 안전지대에 해당되는 사업자의 행위라도 심사를 개시할 수 없는 것은 아니라고 규정하고 있는 점 등에 비추어 보면, 원고의 행위는 구속조건부거래에 해당함.

[한미약품의 부당한 고객유인행위 등 건(대법원 2010. 11. 25. 선고 2009두9543 판결)]

- 도매점의 판매지역 및 거래상대방을 할당하고 이를 위반한 도매점에 대하여 재계약을 거부한 행위는 구속조건부거래에 해당함

- 도서점가제가 적용되는 학습참고서라 하더라도 도매점이 일반 소매점에 공급함에 있어서는 정가의 20~30% 범위에서 가격경쟁이 가능하고, 일반 소매점도 정가의 10% 범위에서 가격인하 유인이 존재하며, 원고가 2007년에 거래지역 제한을 위반한 4곳의 도매점들에 대하여 2008년도 재계약을 거부한 점에 비추어 보면 원고의 행위에

98) 상고심(대법원 2016. 12. 29. 선고 2016두52590 판결)은 심리불속행 기각함

구속성의 정도가 매우 약하였다고 볼 수도 없고, 그 밖에 원고가 주장하는 사유들만으로는 원고의 행위에 브랜드간 경쟁촉진효과가 크다거나 합리적인 이유가 있다고 볼 수 없으므로 원고의 이 부분 주장은 이유 없음.

[한국교육방송공사의 재판매가격유지행위 등 건(서울고법 2011. 1. 12. 선고 2009누37366 판결, 고법 확정)]

□ 원고는 삼성전자와의 단말기 거래에 있어서, 삼성전자가 직접 공급하는 단말기의 비율을 각 개별 모델별로 총 공급대수의 20% 이내로 제한하는 조건으로 거래하였고 이는 ‘거래상대방 제한행위’에 해당함

- 원고는 삼성전자와 원고용 사업자모델을 구매하는 거래를 하면서 삼성전자의 월고용 유통모델 비율을 각 개별 모델별로 총 공급대수의 20% 이내로 제한하는 내용의 유통모델 운영기준을 서로 합의한 후 이를 시행함.
- 이 사건 행위 당시 이동통신사에 식별번호를 등록한 단말기만 개통이 가능한 소위 ‘화이트리스트 제도’로 인해 이동통신사가 단말기의 식별번호 등록을 거부할 경우 제조사는 사실상 그 단말기를 판매할 수 없었는데, 원고는 삼성전자가 이 사건 합의에 반하여 유통모델을 초과 공급할 경우 그 초과 공급된 단말기의 식별번호 등록을 보류하는 방법으로 이 사건 합의의 준수를 강제한 사실 등이 인정됨.

[에스케이텔레콤의 구속조건부 거래행위에 대한 건(대법원 2017. 5. 31. 선고 2014두4689 판결)]

□ 자기와 거래하는 대리점들에게 출고정지, 공급가격 인상 등의 수단을 통해 센소터치(면도기), 소닉케어(전동칫솔), 세코(커피머신), 도킹스피커 및 에어프라이어(튀김기) 5개 제품에 대한 인터넷 오픈마켓 판매를 금지하는 것은 구속조건부 거래행위에 해당함

- 원고가 대리점들에게 오픈마켓에서 원고의 소형가전 제품을 권장소비자가격의 50% 이상 가격으로 판매하여야 한다는 가격정책을 수립하고, 이를 위반한 대리점들에 대하여 출고정지, 공급가격 인상 등의 제재 등 행위에 합리적인 사유나 경쟁촉진적인 측면이 없음.
- 원고가 상대적으로 고가인 위 제품들이 인터넷 오픈마켓에서 가격 경쟁으로 저렴하게 판매됨에 따라 다른 유통채널에서도 판매가격이 인하되는 것을 막기 위하여 구속조건부 거래를 함에 따라 오픈마켓에서의 상표 내 경쟁을 근본적으로 차단하여 오픈마켓과 오프라인 등 다른 유통채널과의 가격경쟁도 제한되었고 이러한 행위가 신규 제품의

원활한 시장 진입이나 무임승차 방지를 위한 합리적인 유통채널 선별전략이라고 인정하기 어려움.

[필립스전자의 재판매가격유지행위 및 구속조건부거래행위에 대한 건(대법원 2017. 6. 19. 선고 2013두17435 판결)]

- 원고는 2014. 1. 1부터 2016. 7. 20.경까지 대리점에 대하여 온라인 저가판매업체에 타이어를 공급하지 말 것을 요청하고 미준수 시 불이익을 부과하는 방안을 통지하고 모니터링 실시, 공급 지원율 삭감, 제품 공급 중단, 특화유통망 평가점수 감점 등 수단을 통하여 온라인 저가판매업체에 대한 타이어 공급 금지를 준수하도록 하는 이 사건 구속조건부 거래행위를 하였다고 봄이 상당함
- 원고의 대리점은 온라인 저가판매업체에 대한 공급 제한 조치로 매출의 상당 부분을 차지하던 주요 온라인 저가판매업체와의 거래를 중단하였으며 거래상대방의 제한을 통하여 대리점의 자유로운 의사결정을 제한함.
- 원고는 온라인 저가 판매업체에 타이어를 공급한 대리점에게 각종 불이익을 부과하는 등 실효성 확보수단이 부수되어 있었으며, 2014. 1부터 2015. 1까지 공급 대리점에게 실제 불이익 조치를 하였는지 여부는 구속조건부 거래행위의 성립에 영향을 주지 않음.
- 이 사건 구속조건부 거래행위는 이 사건 재판매가격을 유지하기 위한 수단으로 사용되었으며, 온라인 저가판매업체에 대한 공급 제한은 온라인 유통채널에서 판매업체 간 가격경쟁을 저해시키고, 오프라인 대리점 등 다른 유통채널의 가격경쟁에도 제한을 가져와, 소비자의 후생을 저해하여 경쟁제한 효과가 큼.

[(주)금호타이어의 재판매가격유지행위 및 구속조건부거래행위에 대한 건(서울고법 2020. 8. 26. 선고 2019누53442 판결⁹⁹⁾]

99) 상고심(대법원 2020. 12. 30. 선고 2020두48987 판결)은 심리불속행 기각함

□ 실제로 대리점이 거래지역 제한 규정 위반으로 제재된 사례는 보이지 않으나, 거래 조건의 구속성을 인정하기 위해서 반드시 실제로 거래상대방을 제재한 사례가 존재해야 하는 것은 아니고, 거래상대방의 사업활동을 구속하는 것으로 인정되지만 하면 충분함

- 원고가 대리점의 판매지역 위반을 이유로 대리점과의 계약을 해지하거나 A/S 등의 서비스를 제공해 주지 않는 등으로 내리점이 병원에 의료기기를 원활히 납품할 수 없게 되는 경우, 대리점들로서는 거래처와 공급자를 모두 상실하게 되는 결과 사업을 존속하지 못하게 될 위험이 있으므로, 계약서의 제재조항은 그 존재만으로도 거래 조건의 준수에 대하여 현실로 그 실효성을 확보할 수 있는 수단이 됨.

[메드트로닉코리아(유)의 거래상지위남용행위에 대한 건(고등법원 2021. 8. 25. 선고 2020누53264 판결, 고법 확정)]

□ 중간재에 대한 고급 브랜드 가치를 유지하기 위해 그 상표를 함께 표시한 최종 완제품의 대형마트 판매를 제한한 행위는 공정한 거래를 저해할 정도로 위법한 것으로 볼 수 없음

- 원고들은 중간재를 브랜드화 하여 최종 완제품에 그 상표를 함께 표시하도록 하는 이른바 중간재 브랜딩(Ingredient Branding) 사업모델을 채택하고, 고어텍스 원단이라는 중간재에 대한 고급 브랜드 전략을 수립·시행하였음. (중략) 이 사건 행위의 주된 의도와 목적은 단지 고어텍스 원단 또는 고어텍스 소재 완제품의 가격을 높게 유지하기 위해서라기보다 고급 브랜드 가치를 유지하기 위함으로 보임. (중략) 고어텍스 소재 완제품에는 완제품 제조사의 상표뿐만 아니라 중간재인 고어텍스 상표도 함께 표시되었으므로, 원고들은 중간재인 원단 공급업체임에도 불구하고 고어텍스 브랜드 가치를 유지하기 위하여 고어텍스 소재 완제품의 유통채널을 제한할 필요가 있었음. 특히 대형마트는 직영점, 백화점 등에 비하여 저가의 대량판매가 이루어지는 곳으로, 제품의 기능 및 품질 보증 등을 설명하는 직원을 투입하기보다는 제품의 정리, 계산 등에 필요한 최소한의 직원만을 고용하여 운영하는 특성이 있으므로, 고어텍스의 고급 브랜드 가치를 유지하기 위하여 대형마트에서의 판매를 제한할 필요성이 있어 보임.
- 이 사건 행위 당시 원고들은 고객사에 대하여 완제품의 판매가격을 통제하는 등의 행위는 하지 않았음. 또한 전체 유통채널 중 고어텍스 소재 완제품이 대형마트를 통해 판매되는 비중은 5% 미만에 불과한 점, 원고들이 고객사에 대하여 대형마트를 제외한 다른 유통 채널에서의 판매는 제한하지 않아서 고객사는 고어텍스 브랜드 이미지를 훼손하지 않는 범위에서 직영점, 백화점, 대리점, 아웃렛, 온라인 등을 통해 재고처리를 할 수 있었던

것으로 보이는 점 등을 고려하면, 원고들이 대형마트에서의 판매를 제한한 것은 합리적인 범위 내라고 할 수 있음. (중략) 이 사건 행위가 중단된 이후에도 고어텍스 소재 완제품이 대형마트에서 판매되는 비중이 유의미하게 증가되지 않은 점 등에 비추어 보면 이 사건 행위가 브랜드 내 유통채널 간 경쟁을 제한하는 효과는 미미하였던 것으로 판단됨. 반면, 이 사건 행위의 배경이 된 원고들의 중간재 브랜딩 사업모델 및 고급 브랜드 전략은 소비자들에게 차별화된 브랜드 구매경험을 제공하는 등으로 브랜드 간 경쟁을 촉진시키고 소비자 후생을 증대시키는 효과를 가져올 수 있는 것으로 보임. (중략) 이 사건 행위가 공정한 거래를 저해할 정도로 위법한 것으로 볼 수 없다고 판단한 결론은 정당함.

[고어텍스의 구속조건부거래행위에 대한 건(대법원 2022. 8. 25. 선고 2020두35219 판결¹⁰⁰⁾)]

※ 참고(긍정례): 필립스전자 건(대법원 2017. 6. 19. 선고 2013누17435 판결)

100) 서울고법 2020. 1. 23. 선고 2017누76786 판결(우원희 패소)에 대한 상고심

8. 사업활동방해행위 (법 제45조 제1항 제8호, 구법 제23조 제1항 제5호 후단)

가. 의의 및 성립요건

□ 사업활동방해행위가 성립하기 위해서는 당해 행위의 부당성과 함께 그로 인해 다른 사업자의 사업활동이 심히 곤란하게 되었다는 점이 인정되어야 함

- 공정거래법 제23조 제1항 제5호, 같은 법 시행령 제36조 제1항 [별표1] 8항 라목에 정한 '기타의 사업활동방해'에 해당하려면 사업자가 한 사업활동방해행위가 부당하여야 하고, 그로 인해 다른 사업자의 사업활동이 심히 곤란하게 되어야 함. 이 경우 다른 사업자의 사업활동이 심히 곤란하게 되는지 여부는 단순히 매출액이 감소되었다는 사정만으로는 부족하고 부도발생 우려, 매출액의 상당한 감소 등으로 인해 현재 또는 미래의 사업활동이 현저히 곤란하게 되거나 될 가능성이 있어야 함.

[한국엠에스디(유)의 부당고객유인행위 건(서울고법 2011. 6. 2. 선고 2009누15557 판결101)]

□ 노동조합이 직업안정법에 따라 근로자공급사업 허가를 받아 이를 영위하는 범위 내에서는 공정거래법의 적용 대상인 '사업자'에 해당하며, 불공정거래행위의 주체가 될 수 있음

- 공정거래법 제2조 제1호는 불공정거래행위의 주체인 사업자를 '제조업, 서비스업, 기타 사업을 행하는 자'로 규정하고 있을 뿐 그 범위에 관하여 아무런 제한을 두고 있지 않은 점, 국내 근로자공급사업의 경우 노동조합법에 따른 노동조합만 그 사업의 허가를 받을 수 있는 바 (직업안정법 제33조 제3항 제1호 참조), 근로자공급사업 허가를 받은 노동조합은 노동조합의 지위와 사업자의 지위를 겸하게 되는 점, 불공정거래행위 등을 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진하고자 하는 공정거래법의 입법목적을 달성하기 위해서는 근로자공급사업 허가를 받은 노동조합도 공정거래법의 적용대상으로 삼을 필요성이 있는 점 등을 고려해 보면, 적어도 노동조합이 직업안정법에 따라 근로자공급사업 허가를 받아 이를 영위하는 범위 내에서는 공정거래법의 적용대상인 '사업자'에 해당한다고 볼이 타당함.

[울산항운노동조합의 사업활동방해행위에 대한 건(대법원 2023. 7. 13. 선고 2022두62888 판결)]

101) 상고심(대법원 2013. 11. 14. 선고 2011두16667 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

나. 부당성 판단기준

- 당해행위의 의도와 목적, 당해시장의 특성, 관련 법령, 통상적인 업계 관행 등을 종합적으로 고려하여야 함

- '기타의 사업활동방해'에 해당하려면 사업자가 한 사업활동방해행위가 부당하여야 하고, 그로 인해 다른 사업자의 사업활동이 심히 곤란하게 되어야 함. 이 경우 부당성의 유무는 당해행위의 의도와 목적, 당해시장의 특성, 관련 법령, 통상적인 업계 관행 등을 종합적으로 고려하여 그 행위가 공정하고 자유로운 거래를 저해할 우려가 있는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 다른 사업자의 사업활동이 심히 곤란하게 되는지 여부는 단순히 매출액이 감소되었다는 사정반으로는 부족하고 부도발생 우려, 매출액의 상당한 감소 등으로 인해 현재 또는 미래의 사업활동이 현저히 곤란하게 되거나 될 가능성이 있어야 함.

[한국엠에스디(유)의 부당고객유인행위 건(서울고법 2011. 6. 2. 선고 2009누15557 판결¹⁰²⁾)]

- 사업활동방해행위는 방해 수단을 사용한 사업자가 경쟁사업자와 기존 대리점 계약 관계의 해소에 적극 관여하거나 그 해소를 유도하였는지 여부, 그로 인하여 경쟁 사업자의 사업활동이 어려워지게 된 점도 역시 중요하게 고려하여야 함

- 제시된 거래조건이나 혜택 자체가 경쟁 사업자와 기존에 전속적 계약관계를 맺고 있는 대리점에 대한 것이고 그 혜택이나 함께 사용된 다른 방해 수단이 통상적인 거래 관행에 비추어 이례적이거나 선방한 품속 기타 사회질서에 반하는 등으로 관련 법령에 부합하지 않는다면, 단순히 낮은 가격을 제시한 경우와 똑같이 취급할 수는 없음. 이 경우는 당해행위의 의도와 목적, 당해시장의 특성, 관련 법령, 통상적인 업계 관행 등을 종합적으로 살피면서, 그 방해 수단을 사용한 사업자가 단순히 경쟁사업자와 대리점의 기존 거래계약 관계를 알고 있었던 것에 불과한지, 아니면 더 나아가 경쟁사업자와 기존 대리점 계약관계의 해소에 적극 관여하거나 그 해소를 유도하였는지 여부, 그로 인하여 경쟁사업자의 사업활동이 어려워지게 된 정도 역시 중요하게 고려하여야 함.

[하이트진로음료(주)의 사업활동방해행위에 대한 건(대법원 2018. 7. 11. 선고 2014두40227 판결)]

¹⁰²⁾ 상고심(대법원 2013. 11. 14. 선고 2011두16667 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

다. 구체적 사안

□ 다른 사업자의 매출액이 상당히 감소하는 등으로 사업활동이 심히 곤란하게 되었다고 인정할 증거가 없으므로 이를 전제로 한 시정명령은 위법함

○ 2006. 7.말 현재 원고의 탈모치료제인 프로페시아는 100억 원 이상을 판매한 반면, 알로피아는 10억 원 미만을 판매하기는 하였으나, 다른 한편, 알로피아는 2005. 12. 26.경 탈모치료제 시장에 진입하여 2006. 1.경 원고의 탈모치료제인 프로페시아 대비 5.5%의 시장점유율을 보인 이후 서서히 증가하여 같은 해 8.경에는 11.32%의 시장점유율을 보였다는 것으로, 2006. 7.말 현재 알로피아의 매출액이 10억 원 미만이라는 사실만으로는 원고의 위와 같은 부당한 행위로 인해 알로피아의 제조, 판매사인 동아제약의 사업활동이 심히 곤란하게 되었다고 인정하기에 부족하고, 달리 그 매출액이 상당히 감소하는 등으로 동아제약의 사업활동이 심히 곤란하게 되었다고 인정할 증거가 없으므로, 원고의 위와 같은 행위가 공정거래법 제23조 제1항 제5호, 같은 법 시행령 제36조 제1항 [별표1] 8항 라목에서 정한 '기타의 사업활동방해'에 해당한다고 할 수 없으므로, 이와 다른 전제에 선 피고의 이 부분 시정명령은 위법하여 취소되어야 할 것임.

[한국엠에스디(유)의 부당고객유인행위 건(서울고법 2011. 6. 2. 선고 2009누15557 판결¹⁰³⁾]

□ 종전의 특혜를 배제하고 외상대금 감축 등의 조치를 취한 것은 법적 대응을 한 것에 불과함

○ 원고가 우림석유 주식회사에 대하여 석유류제품 공급물량감축, 외상기간단축 등 거래조건의 변경, 그 거래처에 대한 상대방의 부도 가능성 고지·거래처이관 요청의 불수용·담보제공요구 등의 행위를 하였으나, 원고는 위 회사에게 무담보 거래 및 외상기일 연장 특혜를 제공하다가 그 외상대금의 증대에 따른 채권확보대책의 일환으로 종전의 특혜를 배제하고 담보제공 요구나 공급물량감축 및 외상기일 단축 등을 통한 외상대금감축 등의 조치를 취하고 위 거래당사자들 사이의 대리점 계약이 존속함을 전제로 법적 대응을 한 것으로 보여질 뿐, 위와 같은 사실만으로 이러한 원고의 행위가 부당하게 이루어진 것으로서 거래거절, 우월적 지위남용 또는 사업활동 방해에 해당하는 것으로 단정하기 어렵고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없음.

[쌍용정유의 우림석유에 대한 불공정거래행위 건(대법원 1998. 9. 8. 선고 96누9003 판결)]

103) 삼고심(대법원 2013. 11. 14. 선고 2011두16667 판결)은 이러한 유심판결에 위법이 없다고 판시함

□ 국내 상표전용권이 침해되었음을 이유로 커미션을 청구한 것은 사업활동방해에 해당되지 않음

- 오토월드가 캐나다 판매법인으로부터 벤츠자동차를 수입하여 판매하자 한성자동차가 벤츠사와의 대리점계약에 따라 국내 상표전용권이 침해되었음을 이유로 커미션을 청구하였고 이에 벤츠사는 벤츠캐나다사에, 벤츠캐나다사는 벤츠캐나다 판매법인에 동 판매법인은 오토월드에 각각 커미션을 요구하게 되었고, 오토월드가 이를 거절하자 동 판매법인은 오토월드에 자동차 판매를 중단한 것인 바. 위 중단원인은 오토월드가 자신의 판단하에 수지타산을 고려하여 커미션 지불과 관련된 캐나다 판매법인의 청구를 거절하여 오토월드와 동 판매법인과의 계약이 결렬됨에 기인한 것이지 원고의 벤츠사에 대한 커미션 청구가 직접적인 원인이라고 보기 어려워, 이를 가리켜 원고가 벤츠사를 통해 병행수입을 저지 방해한 것이라고는 볼 수 없음.

[한성자동차의 오토월드에 대한 병행수입저지행위 건(대법원 2002. 2. 5. 선고 2000두3184 판결)]

□ 자가운송사업자로부터 운송관리비를 징수한 것은 수익자부담원칙에 부합하는 것으로 사업활동방해에 해당되지 않음

- 원고들이 선사와 각 컨테이너전용장치(CY)운영계약을 체결함에 있어, 화주의 자가운송을 허용한다거나 화주의 자가운송시 운송관리비를 면제하여 준다는 약정을 하지 아니한 사실, CY의 설치 관리 운영에 비용을 투자한 사실, CY의 설치 관리 운영으로 인하여 선사와 화주들 모두 경제적 이익을 얻게 된 사실, 원고들이 선사들과 각 CY운영계약을 체결하고 선사들로부터 그 각 CY운영계약에 따라 지급받은 각 CY조작료가 실제 CY운영 비용의 일부에 불과한 금액으로 책정된 사실, 원고들이 자가운송사업자들의 자가운송시 추가적인 업무를 부담하게 되는 사실을 비추어 보면, 원고들이 선사들로부터 지급받는 각 CY조작료와 자가운송사업자들로부터 징수하는 이 사건 각 운송관리비가 중복되는 것이라고 보기 어려우며, 원고들이 CY의 설치에 투자된 비용과 운영 관리비용을 회수하기 위하여 자가운송사업자들에 대하여 이 사건 각 운송관리비를 징수한 행위는 비용발생의 원인자가 비용을 부담하여야 한다는 시장경제의 가장 기본적인 수익자부담원칙에 부합하는 것으로서 사업활동방해에 해당하지 않음.

[국보 외 10의 사업활동방해 건(서울고법 2010. 1. 27. 선고 2008누30429 판결¹⁰⁴⁾]

* 참고: 세방의 사업활동방해 건(서울고법 2010. 1. 27. 선고 2008누21333 판결, 대법원 2012. 4. 26. 선고 2010두4858 판결)

¹⁰⁴⁾ 상고심(대법원 2012. 5. 10. 선고 2010두4896 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

- 온산항운노조의 하역작업을 저지하기 위한 이 사건 행위는 노동조합법상 쟁의행위의 실질을 갖추었다고 보기 어렵고, 부당한 방법으로 사업활동을 방해하는 경우에 해당함
- 이 사건 행위는 원고가 2019. 1. 21. 온산항운노동조합의 하역작업을 저지하기 위한 것으로서, 그 주된 목적은 근로조건의 향상이 아니라 신규 근로자공급사업자인 온산항운 노동조합을 배제하고 원고의 독점적 지위를 유지 · 강화하는 데 있는 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 행위는 노동조합법상 쟁의행위의 실질을 갖추었다고 보기 어렵다는 점에서 이 사건 행위가 적법한 쟁의행위로서 정당행위에 해당한다고 볼 수는 없음.
- 이 사건 행위가 부당한 방법으로 온산항운노동조합의 사업활동을 방해하는 경우에 해당한다고 한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유 주장과 같이 부당성에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없음.
 - (원심 판단) 원고는 온산항운노동조합이 근로자공급사업 허가를 받기 전까지 울산 지역에서 유일한 근로자공급사업자로서 독점적인 지위를 누리고 있었던 점, 원고의 이 사건 행위로 인하여 글로벌과 온산항운노동조합 사이의 이 사건 노무공급계약이 해지된 점, 이 사건 행위의 주된 목적은 신규 사업자인 온산항운노동조합을 배제하고 원고의 독점적 지위를 유지 · 강화하는 데 있으며, 실제로 원고는 이 사건 행위로 인하여 독점적 지위를 계속 유지할 수 있었던 점 등을 고려해 볼 때, 이 사건 행위는 부당한 방법으로 온산항운노동조합의 사업활동을 방해하는 경우에 해당함.
- 이 사건 행위로 인하여 온산항운노동조합의 사업활동이 현저히 곤란하게 되거나 곤란하게 될 가능성이 있을 정도로 방해되었다고 한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유 주장과 같이 '기타의 사업활동방해'에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없음.
 - (원심 판단) 이 사건 행위 당시 항만하역업체인 (주)글로벌이 온산항운노동조합의 유일한 거래상대방이었던 점, 이 사건 행위로 인하여 온산항운노동조합은 매출을 전혀 기록하지 못하였고 향후 근로자공급 실적 미비를 이유로 근로자공급사업 허가가 취소될 가능성마저 있는 점, 원고의 온산항운노동조합에 대한 업무방해 가능성만으로도 온산항운노동조합이 울산지역 하역업체와 계약을 체결하거나 계약 체결을 교섭함에 있어 부정적인 영향을 미칠 수 있는 점, 온산항운노동조합의 경쟁력이 원고에 비하여 부족하다고 하더라도, 이 사건 행위로 인하여 이 사건 노무공급계약이 해지된 이상, 온산항운노동조합의 사업활동이 현저히 곤란해진 것은 원고의 이 사건 행위로 인한 것이라고 봄이 타당한 점 등의 사정을 고려해 볼 때 온산항운노동조합의 사업활동이 이 사건 행위로 인하여 현저히 곤란하게 되거나 곤란하게 될 가능성이 있을 정도로 방해됨.

[울산항운노동조합의 사업활동방해행위에 대한 건(대법원 2023. 7. 13. 선고 2022두62888 판결)]

9. 기타 불공정거래행위 (법 제45조 제1항 제10호, 구법 제23조 제1항 제8호)

가. 법 제45조 제1항 제10호(제23조 제1항 제8호)의 성격

□ 제8호는 제1호 내지 제7호와 유사한 유형의 불공정거래행위를 규제할 필요가 있는 경우에 이를 대통령령으로 정하여 규제하도록 한 수권규정임

- 공정거래법 제23조 제1항 제8호가 복잡 다양한 경제활동 또는 시장상황에서 발생할 수 있는 불공정거래행위 전부를 법률에 규정하는 것이 입법기술상 어려운 상황에서 공정거래처해성에 있어서 그 제1호 내지 제7호와 유사한 행위를 규제하기 위한 것이라고 하더라도, 위 제8호에서는 제1호 내지 제7호와 달리 그 기본적 행위유형이나 이를 가능할 대강의 기준조차도 전혀 제시되어 있지 아니한 관계로 수법자인 사업자의 입장에서 구체적으로 통상의 사업 활동 중에 행하여지는 어떤 행위가 위 제8호에 해당하는 것으로서 금지되는지 여부를 예측하기가 매우 어려울. 공정거래법은 공정거래법 제23조 제1항에 위반하여 불공정거래행위를 한 사업자에 대하여 행정적 제재뿐만 아니라 형사처벌 까지 가능하도록 하고 있는 점을 감안하면, 공정거래법 제23조 제1항 제8호는 행위의 작용 내지 효과 등이 그 제1호 내지 제7호와 유사한 유형의 불공정거래행위를 규제할 필요가 있는 경우에 이를 대통령령으로 정하여 규제하도록 한 수권규정이라 해석함이 상당함.

[텐커뮤니티의 불공정거래행위 건(대법원 2008. 2. 14. 선고 2005누1879 판결¹⁰⁵⁾)]

나. 적용요건

□ 시행령에 제8호와 관련된 불공정거래행위의 유형 또는 기준이 정하여져 있지 아니한 이상, 제8호 '기타의 불공정거래행위'로 의율하여 제재를 가할 수는 없음

- 공정거래법 시행령에 공정거래법 제23조 제1항 제8호와 관련된 불공정거래행위의 유형 또는 기준이 정하여져 있지 아니한 이상, 문제된 행위가 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위라고 하여 이를 공정거래법 제23조 제1항 제8호의 불공정거래행위로 의율하여 제재를 가할 수는 없다고 할 것임.

[텐커뮤니티의 불공정거래행위 건(대법원 2008. 2. 14. 선고 2005누1879 판결¹⁰⁶⁾)]

105) 파기환송 후 고발 확정(서울고법 2008. 5. 28. 선고 2008누6051 판결)

다. 구체적 사안

- 회원들만의 정보공유를 통해 비회원들과의 부동산거래를 차단하도록 하게 한 행위가 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위라고 하여 이를 제8호의 '기타의 불공정거래행위'로 의율할 수는 없음
- 공정거래위원회는 원고 1 주식회사가 성남시 분당지역에서 운영하는 부동산거래정보망은 부동산중개업자들에게 있어 중개업의 영위와 관련하여 필수적인 서비스로서 부동산 중개업자들이 누구나 부동산거래정보망에 기입하여 정보를 공유할 수 있어야 함에도 불구하고, 원고 1 주식회사 부동산거래정보망을 이용하는 부동산천목회 회원들이 이를 악용하여 천목회 비회원들에게 정보를 차단하는 등 불공정거래행위를 하고 있고, 원고 1 주식회사도 이를 알고 있으면서도 고객을 확보할 목적으로 부동산정보차단장치를 설치하여 공정거래법을 회피할 수 있다고 흥보하여 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 하였다면 공정거래법 제23조 제1항 제8호에 위반된다고 인정하여 원고 1 주식회사에 대하여 같은 시정명령 기재 처분을 의결하였으나, 공정거래법 시행령에 공정거래법 제23조 제1항 제8호와 관련된 불공정거래행위의 유형 또는 기준이 정하여져 있지 아니한 이상, 문제된 행위가 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위라고 하여 이를 공정거래법 제23조 제1항 제8호의 불공정거래행위로 의율하여 제재를 가할 수는 없다고 할 것임.

[텐커뮤니티의 불공정거래행위 건(대법원 2008. 2. 14. 선고 2005두1879 판결¹⁰⁶⁾]

106) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2008. 5. 28. 선고 2008누6051 판결)

107) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2008. 5. 28. 선고 2008누6051 판결)

10. 시정명령 및 과징금납부명령 등 처분 관련

가. 시정명령

- 시정명령은 그 본질적인 속성상 다소간의 포괄성·추상성을 떨 수밖에 없으므로 '거래상대방의 의사에 반하여'라는 문언은 의미가 불명확하다고 할 수 없음
 - 공정거래법에 의한 시정명령이 지나치게 구체적인 경우 매일 다소간의 변형을 거치면서 행해지는 수많은 거래에서 정합성이 떨어져 결국 무의미한 시정명령이 되므로 그 본질적인 속성상 다소간의 포괄성·추상성을 떨 수밖에 없는 절(대법원 2003. 2. 20. 선고 2001두5347 전원합의체 판결 등 참조)에 비추어 보면, 이 사건 처분 중 제1항 기재의 '거래상대방의 의사에 반하여'라는 문언은 주유소가 스스로의 필요에 의하여 자유로운 의사에 따라 전량공급조건 거래를 선택하는 것을 금지하는 것은 아니라는 뜻이어서 그 의미가 불명확하다고 할 수 없음.
[S-OII의 배타조건부거래행위 건(대법원 2013. 4. 25. 선고 2010두25909 판결)]
- 당해 사건에서 공정거래법 위반행위로 인정된 행위와 동일한 유형의 행위로서 가까운 장래에 반복될 우려가 있다면 그러한 유형의 행위의 반복금지까지 시정명령의 내용으로 할 수 있음
 - 공정거래법에서 시정명령 제도를 둔 취지에 비추어 시정명령의 내용은 가까운 장래에 반복될 우려가 있는 동일한 유형의 행위의 반복금지까지 명할 수 있는 것으로 해석함이 상당함(대법원 2003. 2. 20. 선고 2001두5347 전원합의체 판결, 대법원 2009. 5. 28. 선고 2007두24616 판결 참조). 피고는 2007. 12. 20. 원고에 대하여 '원고는 자기가 생산 또는 공급하는 의약품의 판매와 관련하여 의료법 제3조의 의료기관과 그들의 임원, 의료담당자, 기타 종업원 등에게 현금·상품권 및 회식비 등의 지원, 골프·식사비 지원, 학회나 세미나 참가자에 대한 지원, 시판 후 조사를 통한 자금지원, 원고가 주최하는 제품설명회 등에서의 비용지원 등에 있어서 정상적인 거래 관행에 비추어 부당하거나 과대한 이익을 제공하여 경쟁사업자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위를 다시 하여서는 아니 된다'는 시정명령을 하였는데, 피고는 위 시정명령 중 원고가 주최하는 제품설명회 등에서의 비용지원과 관련하여서는 구체적인 공정거래법 위반행위를 지적하지 아니한 채 그러한 비용지원에 있어서 부당하게 고객을 유인하는 행위를 다시 하여서는 아니 된다는 시정명령을 함. 그러나 제품설명회 등에서의 비용지원행위는 원고와 같은 제약회사가 의약품의

판매를 위하여 거래처 병·의원을 상대로 공정거래법 제23조 제1항 제3호에 정한 부당한 고객유인행위를 하는 대표적 수단의 하나이므로 원고가 주최하는 제품설명회 등에서의 비용지원은 비용지원을 통한 이익제공으로서의 고객유인행위로서, 원고의 공정거래법 위반행위로 인정된 회식비 등의 지원, 골프·식사비 지원, 학회나 세미나 참가자에 대한 지원 등과 동일한 유형의 행위이며 가까운 장래에 반복될 우려가 있다고 할 것이어서, 피고는 시정명령으로 이러한 유형의 행위의 반복금지까지 명할 수 있다고 볼이 상당함.

[유한양행의 부당한 고객유인행위 건(대법원 2010. 11. 25. 선고 2008두23177 판결)]

- 피고는 원고에게 ‘원고는 자기가 생산 또는 공급하는 의약품의 판매와 관련하여 의료법 제3조의 의료기관과 그들의 임원, 의료담당자, 기타 종업원 등에게 현금·상품권 및 기자재 등의 지원, 골프·유흥 등 지원, 세미나 지원 등에 있어서 정상적인 관행에 비추어 부당하거나 과도한 이익을 제공하여 경쟁사업자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위를 다시 하여서는 아니 된다’는 시정명령을 하면서 다른 지원행위 부분과 달리 원고의 연도별 골프·유흥 등 접대비 규모의 총액만을 기재하고 있을 뿐, 그 구체적인 지출 내역과 상대방 등을 특정하고 있지 아니하고 있으나, 원고의 담당직원은 위 접대비 중 일부는 회사 임원복지 도모 등을 목적으로 한 것도 있으나, 거래처를 대상으로 한 것도 있다고 진술하고 있으며, 골프·유흥 등 접대행위는 원고와 같은 의약품을 제조·판매하는 사업자가 의약품의 판매를 위하여 거래처인 의사 및 그 소속 의료기관을 대상으로 한 부당한 고객유인행위의 수단 중 하나인 점 등을 간안하면, 원고의 골프·유흥 등 접대행위는 결국 비용지원을 통한 이익제공 행위로서 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표1] 제4호에 규정된 부당한 고객유인행위에 해당하는데, 원고의 이러한 이익제공 행위는 원고의 법위반행위로 인정된 현금, 상품권, 기자재 등의 지원행위, 세미나 참가자에 대한 지원행위 등과 동일한 유형의 행위로서 가까운 장래에 반복될 우려가 있다고 볼 수 있어, 피고는 시정명령으로서 이러한 유형의 행위의 반복금지까지 명할 수 있음.

[녹십자의 부당한 고객유인행위 건(대법원 2010. 12. 9. 선고 2009누3507 판결¹⁰⁸⁾)]

* 참고: 대웅제약의 부당한 고객유인행위 건(서울고법 2011. 4. 21. 선고 2009누14516 판결, 고법 확정)

108) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2011. 5. 18. 선고 2010누44230 판결)

- 법 위반사실을 알리는 통지명령의 대상과 관련하여, 위반행위 당시 거래하지 않던 대리점이라도 현재 거래하고 있다면 포함될 수 있음
 - 통지명령은 통지명령의 상대방에 대한 피해구제가 목적이 아니고, 통지명령의 상대방으로 하여금 해당 사업자의 위반행위를 명확히 인식하도록 한과 동시에 해당 사업자로 하여금 통지명령의 상대방이 지속적으로 위반행위 여부를 감시할 것이라는 것을 의식하게 하여 향후 유사행위의 재발 방지·억지를 보다 효율적으로 하기 위한 것임. 따라서 통지명령의 상대방은 반드시 당해 위반행위에 의하여 직접 영향을 받았던 자로 한정되어야 하는 것은 아니고, 그 취지와 필요성 등을 고려하여 향후 영향을 빛을 가능성이 큰 자도 이에 포함될 수 있음.
 - 원고 에스케이브로드밴드는 흡수합병으로 인하여 그 성질상 이전이 허용되지 않는 것이 아닌 한 합병 전 티브로드의 권리·의무 전부를 포괄적으로 승계한 회사로, 합병 전후에 걸쳐 동일성을 유지한 채 기존 사업 및 거래를 계속하는 이상, 현재 또는 가까운 장래에 이 사건 위반행위와 같거나 유사한 유형의 위반행위가 되풀이될 가능성도 충분히 예상됨. 따라서 설령 흡수합병 당시 합병 전 티브로드와 거래하지 않던 대리점이라 해도 이 사건 시정명령을 받은 날 현재 원고 에스케이브로드밴드와 거래하고 있는 대리점이라면, 이 사건 위반행위와 같거나 유사한 위반행위에 의해 향후 영향을 받을 가능성이 적지 않음. [에스케이브로드밴드(주) 및 브로드밴드노원방송(주)의 대리점법 등 위반행위에 대한 건(대법원 2022. 5. 12. 선고 2022두31433 판결¹⁰⁹⁾]

나. 관련 매출액 산정

- 원고가 특약점에 대하여는 그 영업구역을 지정한 것은 아니지만, 원고가 특약점을 상대로 원고 대리점들의 영업구역을 침범하지 않을 것을 강제한 사실이 인정되는 이상, 특약점과 거래한 매출액까지 관련매출액의 범위에 포함시킨 것은 적법함
 - 원고가 특약점 자체에 대한 영업구역을 지정한 것은 아니나, 앞서 본 사실과 같이 원고가 특약점을 상대로 원고의 특정 제품에 대하여 원고 대리점들의 영업구역을 침범하지 않을 것을 강제한 사실이 분명히 인정되고(특히 을1, 4, 5에 의하면 특약점인 대국실업과 웅진상사에 대한 제재조치가 잘 드러나 있다), 그러한 행위가 구속조건부 거래행위에

109) 원심판결(2020누62299) 일부폐소 부분에 대한 승소 취지 판결이며, 본 판결 이후 파기환송심(2022누42855)은 원고 소 취하로 확정됨

해당하는 이상 해당기간 동안 해당 제품의 매출액을 관련매출액에 산입한 피고의 계산에 아무런 잘못이 없음.

[샘표식품의 구속조건부거래행위에 대한 건(서울고법 2016. 8. 26. 선고 2015누45931 판결¹¹⁰⁾)]

□ 유통기한 임박제품이나 회전율이 낮은 제품 등 일부 물량에 대해서만 구입강제가 인정되므로, 구입강제가 이루어진 4년 여 기간 동안 26개 품목 전체 물량을 기준으로 관련매출액을 산정한 것은 위법함

- 일부 대리점, 일부 물량에 대한 구입강제가 전체 대리점 또는 전체 물량에 영향을 미쳤는지 여부에 대한 증거가 부족하고 구입강제 물량도 특정되지 않았고, 대리점 운영자들도 의사에 반하여 공급받은 물량이 전체 물량 중 10~30%라고 진술하고 있으므로, 회전율이 높고 유통기한이 충분히 남아 있는 제품 등 대리점이 자발적으로 주문한 물량은 관련매출액에서 공제되어야 함.

[남양유업의 거래상지위남용행위 건(서울고법 2015. 1. 30. 선고 2014누1910 판결¹¹¹⁾)]

□ 관련매출액 산정은 거래상대방의 의사표시에 따라 좌우될 수 없으므로 거래상대방 중 일부가 이 사건 불공정거래행위로 불이익을 입은 바가 없다고 진술하여도 그 부분이 관련매출액에서 제외될 수 없음

- 원고는 '바른터'의 대표이사가 이 사건 불공정행위로 말미암아 불이익을 입은 바가 없었다고 진술하고 있으므로 원고의 매출액 중에서 '바른터'에 관한 부분은 관련매출액에서 제외되어야 한다고 주장하나, 공정거래법상의 불공정거래행위에 대한 과징금을 산정하는 데 기준이 되는 관련매출액은 불공정거래행위 기간의 매출액으로서 사업자의 회계자료 등을 참고하여 정하는 것을 원칙으로 한다고 규정하고 있고, 이러한 과징금은 법 위반행위에 대한 행정제재금의 기본적 성질에 사업자가 법 위반행위로 얻은 부당이득을 환수한다는 성질을 겸하고 있음. 그러므로 관련매출액은 이 사건 불공정행위에 의한 수수료 감액이 있었던 기간의 물품대금 액수로 보아야 하고, 거래상대방의 의사표시에 따라 좌우될 수는 없음. 원고가 주장하는 위와 같은 사정은 피고 공정위가 부과 과징금을 결정하는 단계에서 재량으로 고려할 수 있는 사항에 불과함.

[제너시스비비큐의 거래상지위남용 건(서울고법 2012. 4. 25. 선고 2011누26727 판결¹¹²⁾)]

110) 상고심(대법원 2016. 12. 29. 선고 2016두52590 판결)은 심리불속행 기각함

111) 상고심(대법원 2015. 6. 11. 선고 2015두38962 판결)은 심리불속행 기각함

112) 상고심(대법원 2012. 9. 27. 선고 2012두12082 판결)은 심리불속행 기각함

□ 지속적·반복적으로 행해진 부당한 고객유인행위가 본사 차원에서 수립된 거래처 일반에 대한 판촉계획의 실행행위로 볼 수 있으면 해당 의약품에 대한 거래처 전체의 매출액을 관련매출액으로 보아야 함

- 의약품을 제조·판매하는 사업자가 의약품을 처방하는 의사 및 그 소속 의료기관 등에게 부당한 고객유인행위를 한 경우에 있어서는, 판촉계획 및 실제 이루어진 이익제공 행위의 대상·내용·액수·기간·지속성 및 관련성 등에 비추어 본사 차원에서 의약품별 판촉계획을 수립하여 전국적으로 시행한 것으로 볼 수 있는지 여부, 이익제공 행위의 구체적인 태양이 다르더라도 의약품 판매 증진을 위한 경제적 이익의 제공이라는 점에서 판촉계획 실시행위의 일부로 볼 수 있는지 여부, 이익제공을 위한 비용이 상품가격에 전가될 우려 및 정도, 판촉계획 및 이익제공 행위 적발의 난이도, 위반행위 당시의 거래관행 등의 여러 사정을 종합하여, 구체적으로 확인된 이익제공 행위가 본사 차원에서 수립된 거래처 일반에 대한 판촉계획의 실행행위로서 이루어진 것으로 평가할 수 있으면, 의약품을 제조·판매하는 사업자의 해당 의약품에 대한 거래처 전체의 매출액을 위반행위로 인하여 영향을 받는 관련상품의 매출액 즉, 관련매출액으로 보아야 할 것임. 그러나 이와 달리 의약품을 제조·판매하는 사업자의 이익제공 행위를 본사 차원에서 수립된 거래처 일반에 대한 판촉계획의 실행행위로서 이루어진 것으로 평가할 수 없다면, 그 이익제공 행위로 인한 효과 역시 해당 의약품을 거래하는 거래처 전체에 미친다고 볼 수는 없으므로, 개별적인 부당한 고객유인행위와 관련된 매출액만을 관련매출액으로 보아야 할 것임.

[녹십자의 부당한 고객유인행위 건 등(대법원 2010. 12. 9. 선고 2009두3507 판결¹¹³⁾)]

* 참고: 제일약품의 부당고객유인행위 건(서울고법 2011. 1. 26. 선고 2009누15229 판결)

□ 본사 차원에서 수립된 거래처 일반에 대한 판촉계획의 실행행위로 볼 수 있으면 당해 의약품에 대한 거래처 전체의 매출액을 관련매출액으로 봄이 상당함

- 원심판결 및 원심이 적법하게 채택한 증거에 의하면, 원고는 2004년부터 2006년까지 의약품의 판매를 증진하기 위하여 세미나, 만찬회합, 해피콜, 골프, 시판 후 사용성적조사 (CEP) 등의 다양한 판촉계획을 수립하고, 위와 같은 지원경비를 판매촉진비 등으로 편성하여 회계처리한 점, 이러한 판촉계획의 상당수는 거래처 일반을 대상으로 하고 있는 점, 원고는 실제로 2004. 1. 1.부터 2006. 9. 30.까지 의약품의 판매를 증진하기 위하여 의료기관 등에 현금 지급, 학회 참가비 지원, 지풀·물풀 지원, 항공권 제공, 골프 등 접대, 의약품 운반비용 지원, 기부금 제공, 수금할인을 통한 지원, 시판 후 조사를 통한 지원 등을 한 점, 원고가 같은 기간 동안 약 770억 원의 판매촉진 비목의 예산을 들여

113) 과기환경부 고시 확정(서울고법 2011. 5. 18. 선고 2010누44230 판결)

의료기관 등에 현금, 물품 등을 제공하였고, 그 대상 의료기관 등이 전국에 걸쳐 존재하는 점, 이와 같은 이익제공을 위한 비용의 전부 또는 일부가 의약품 가격에 전가될 우려가 있는 점, 이러한 판촉계획 및 이익제공 행위의 적발이 쉽지 아니한 점, 한편, 제약회사의 판매비 및 관리비는 2005년 기준으로 매출액의 35.16%에 달하여 일반 제조업의 판매관리비 비중 12.18%에 비해 매우 높은데, 이는 제약회사들이 연구개발을 통한 제품의 질 경쟁보다 의료인에 대한 판촉활동에 치중하고 있기 때문인 점 등을 알 수 있음. 이러한 사정에 비추어 보면, 이 사건에서 구체적으로 확인된 원고의 이익제공행위는 본사 차원에서 수립된 거래처 일반에 대한 판촉계획의 실행행위로서 이루어진 것으로 볼 수 있으므로, 원고의 당해 의약품에 관한 거래처 전체의 매출액을 위반행위로 인하여 직접 또는 간접적으로 영향을 받는 관련상품의 매출액 즉, 관련매출액으로 볼이 상당함.

[중외제약의 부당한 고객유인행위 건(대법원 2010. 11. 25. 선고 2009두3286 판결)]

* 참고: 글락소스미스클라인의 부당고객유인행위 등 건(대법원 2011. 5. 13. 선고 2010두28120 판결), 한미약품의 부당고객유인행위 등 건(서울고법 2009. 5. 14. 선고 2008누2530 판결, 대법원 2010. 11. 25. 선고 2009두9543 판결, 파기환송심-서울고법 2011. 4. 27. 선고 2010누42050 판결, 재상고심-대법원 2011. 8. 19. 선고 2011두11143 판결)

□ 일부 의약품들과 관련한 지원행위로 인하여 다른 의약품들의 매출액 또한 영향을 받았다고 인정할 증거가 없다면 원고가 판매하는 전문의약품의 전체 매출액을 관련매출액으로 본 것은 위법함

○ 부당한 고객유인행위로 인정될 수 있는 것은 2003. 1. 25.부터 같은 해 5. 30.까지 7개 병·의원에 대하여 세파제돈주 등의 처방대가로 합계 980만 원 상당의 현금, 상품권, 기자재 등을 지원한 행위와 2003. 1. 20. 디오겔 제품의 랜딩을 위하여 세미나 개최비용을 지원한 행위 및 2006. 7. 6. 과이넥의 판매를 증대하기 위하여 심포지엄 개최비용을 지원한 행위에 국한되는 점, 그런데 위 각 지원행위로 인하여 그 직접적인 상대방이 아닌 다른 병·의원 등에 대한 매출액이 직접 또는 간접적인 영향을 받았다고 인정할 아무런 증거가 없고, 일부 의약품들과 관련한 지원행위로 인하여 다른 의약품들의 매출액 또한 영향을 받았다거나 특정한 시기에 이루어진 지원행위로 인하여 3년 반이 넘는 기간 동안 그 효과가 지속되었다고 단정할 수도 없는 점 등을 종합하면, 피고가 2003. 1. 1.부터 2006. 9. 30.까지 원고가 판매하는 30개 전문의약품의 전체 매출액을 관련매출액으로 본 것은 관련상품의 범위, 위반기간 등의 산정에 있어 잘못이 있으므로, 이 부분 과징금 납부명령은 위법함.

[녹십자의 부당한 고객유인행위 건 등(대법원 2010. 12. 9. 선고 2009두3507 판결¹¹⁴⁾)]

- 이 사건 각 공사대금 감액 행위에 대하여 과징금납부명령을 하는 경우 이 사건 각 공사대금 감액 행위에 의하여 영향을 받은 추가·변경된 공사의 계약금액만을 과징금 산정의 기초가 되는 관련매출액으로 봄이 상당함
 - 이 사건 각 공사대금 감액 행위의 내용은 원고(한국철도시설공단)가 이 사건 각 공사의 수행 과정에서 각 시공사에 추가 공사를 요청하면서, 관계 법령에서 공사대금 변경 시 신규비목의 단가는 설계변경 당시를 기준으로 산정한 단가를 적용하도록 되어 있음에도 불구하고 설계변경 당시를 기준으로 산정한 단가보다 감액된 금액으로 신규비목 단가를 책정하여 공사비를 산정하였다는 것임. 즉 이 사건 각 공사대금 감액 행위로 인하여 감액된 단가가 적용된 부분은 당초 원고가 각 시공사와 체결한 전체 계약금액이 아니라 원고의 요청에 따른 추가 공사 부분에 한정되고, 기존 체결된 공사대금은 이 사건 각 공사대금 감액 행위에 의하여 영향을 받은 바 없음.
 - 이 사건 각 공사에서 추가·변경에 따른 공사비증감비교표에 의하더라도 기존 체결된 공사비와 추가·변경공사에 따른 공사비는 명확하게 구분됨. 피고는 추가·변경된 공사에 대한 계약이 별도로 성립하는 것이 아니라 추가·변경된 공사 내용이 당초 체결된 계약에 더해지면서 금액만 증액되는 것이므로 기존 공사를 포함한 전체 공사대금을 관련매출액으로 보는 것이 타당하다는 취지로 주장하나, 설사 별도의 계약이 체결된 것이 아니라고 하더라도 하나의 계약에서 위반행위의 영향을 받지 않은 부분이 명확하게 구분된다면 위반행위에 대한 과징금납부명령 산정의 기초가 되는 관련매출액은 위반행위로 인하여 영향을 받은 부분에 한정된다고 봄이 타당함.
- [한국철도시설공단의 거래상지위남용행위에 대한 건(서울고법 2017. 1. 18. 선고 2016누37241 판결¹¹⁵⁾]
- 공사비 감액의 관련매출액이 전체 계약금액이 아닌 설계변경으로 인한 공사비 증액분에 한정되기 위해서는 변경 전 계약금액과 설계변경으로 추가된 계약금액이 명확히 구분되어야 하고 설계변경에 따른 감액 대상이 된 부분이 변경 전 계약에 영향을 미치지 않음이 전제되어야 함
 - 설계변경에 따른 공사비 감액의 관련매출액이 전체 계약금액이 아닌 설계변경으로 인한 공사비 증액분에 한정되기 위해서는 변경 전 계약금액과 설계변경으로 추가된 계약금액이 명확히 구분되어야 하므로, 공사비 감액 대상이 된 부분이 설계변경 전 계약 대상이

114) 피기환송 후 고법 확정(서울고법 2011. 5. 18. 선고 2010-44230 판결)

115) 상고심(대법원 2017. 5. 16. 선고 2017두35998 판결)은 심리불속행 기각함

아니었으나 설계변경으로 새로이 추가된 부분인 경우 등 변경 전 계약에 영향을 미치지 않음이 전제되어야 함. 결국 이 사건 제1행위는 설계변경 전 계약 시부터 포함되어 있던 임시배수로 설치공사의 계약금액을 조정한 것으로 볼 수 있어 피고가 전체 계약금액을 관련매출액으로 산정하였다고 하여 재량권을 일탈·남용한 것으로 볼 수 없음. 또한 제2행위의 주체로서 위 행위와 계약서, 설계변경 내역 등 관련 자료를 모두 보유하고 있을 원고도 이 사건 처분 시뿐만 아니라 당심 변론 종결 시까지도 설계변경 전 계약 부분 및 내역과 설계변경으로 인한 부분 및 내역을 명확하게 특정하지 못하고 있는 점에 비추어 볼 때, 법원에 제출된 자료들만으로 전체 계약금액을 관련매출액으로 산정한 피고의 제2행위에 관한 관련매출액 산정이 위법하다고 보기 어려움.

[한국토지주택공사의 거래상지위남용행위에 대한 건(서울고법 2018. 11. 9. 선고 2017누68471 판결¹¹⁶⁾)]

- 제약회사가 본사 차원의 판매촉진계획을 수립하여 전국에 걸쳐 장기간에 걸쳐 지속적으로 개별적인 지원행위를 한 경우, 제약회사의 부당고객유인행위로 인하여 직·간접적으로 영향 받은 약품의 매출액은 해당 약품 전체의 매출액으로 봄이 상당함
- 제약회사가 자사 약품의 처방증대를 목표로 본사 차원의 판매촉진계획을 수립한 후 그 계획에 따라 개별적인 지원행위를 하고 그러한 지원행위가 특정 병의원을 상대로 일회성으로 이루어진 것이 아니라, 전국에 걸쳐 장기간에 걸쳐 지속적으로 이루어진 경우에는, 전문의약품의 경우 선점효과에 의하여 시장점유율이 높은 약품에 대한 처방을 선호하는 경향으로 높일 효능을 가진 경쟁관계의 약품의 처방 감소로 이어져 경쟁사업자에게 피해가 발생하는 점, 특정 의약품에 대한 지원행위에 소요된 비용의 일부 또는 전부는 의약품 가격에 반영되어 소비자에게 전가되고 제약회사가 제조 판매하는 의약품 전체에 미친다고 보이는 점, 자금력이 부족한 기업으로서는 제품의 가격, 품질에 따른 경쟁이 저해되어 의약품 시장 전반에서 경쟁을 제한하는 효과가 발생하는 점 등에 비추어 볼 때 이러한 경우 제약회사의 부당고객유인행위로 인하여 직·간접적으로 영향받은 약품의 매출액은 단순히 구체적으로 특정된 법 위반행위의 각 상대방에 대한 매출액으로 한정되지 않고 해당 약품 전체의 매출액으로 봄이 상당함.

[(주)파마킹의 부당한 고객유인에 대한 건(서울고법 2018. 9. 19. 선고 2017누45768 판결¹¹⁷⁾)]

116) 상고심(대법원 2019. 3. 14. 선고 2018두65781 판결)은 심리불속행 기각함

117) 상고심(대법원 2019. 1. 31. 선고 2018두60656 판결)은 심리불속행 기각함

다. 과징금 부과 관련

□ 적용 과징금고시의 특정이 잘못되었다 하더라도 결과적으로 그 잘못이 과징금 산정의 결과에 영향을 미치지는 아니하였다면 그 과징금 산정이 위법하다고 할 수 없음

- 피고는 이 사건 과징금을 정하면서 과징금부과 세부기준 등에 관한 고시(2014. 2. 20. 피고 고시 제2014-2호로 개정된 것)를 적용하였는데, 2014. 2. 20. 고시된 위 과징금고시의 부칙에 의하면, 위 과징금고시는 고시 후 6개월이 경과한 날부터 시행하고 시행일 전 종료된 위반행위에 대하여 과징금을 부과하는 경우에는 위반행위 당시의 규정에 의하도록 하고 있어, 2014. 8. 8. 종료된 이 사건 위반행위에 대하여는 그 이전의 과징금고시를 적용하여야 할 것이므로 그 적용 고시의 특정은 일단 잘못된 것으로 보임. 그러나 의결서(갑1)와 심사보고서(을2)에 의하면 과징금의 부과기준율에 대하여는 부과기준율이 가중변경 및 시행된 2012. 4. 1.(피고고시 제2016-6호)을 기준으로 이 사건 행위기간을 둘로 나누어서, 매우 중대한 행위에 해당하는 부과기준율의 범위(2012. 4. 1. 이전의 '0.8%~1.0%', 그 이후의 '1.6%~2.0%') 중 가장 낮은 비율을 선정하여 전체 기간에 적용한 것을 알 수 있으므로 결과적으로 부칙에 위반하여 과징금고시를 적용하였다 하여도 그 잘못이 과징금 산정의 결과에 영향을 미치지는 아니하였음.
- 한편, 앞서 본 바에 의하면 원고의 특약점에 대한 구속조건부 거래행위도 대리점에 대한 것과 마찬가지로 '매우 중대한 위반행위'에 해당한다고 할 것인데, 그 위반행위기간의 상당 부분이 부과기준율이 대폭 상향(1.6% ~ 2.0%)된 2012. 4. 1. 이후임에도 이전 부과기준율(0.8%~1.0%)의 최하한을 적용한 것에 과징금을 과다하게 정한 잘못이 있다고 할 수 없음.

[샘표식품의 구속조건부거래행위에 대한 건(서울고법 2016. 8. 26. 선고 2015누45931 판결¹¹⁸⁾)]

□ 과징금을 부과하면서 추후 새로운 자료가 나올 경우 과징금액을 변경할 수 있다고 유보하거나 실제로 새로운 자료가 나왔다는 이유로 새로운 부과처분을 할 수 없음

- 구 공정거래법(1996.12.30. 법률 제5235호로 개정되기 전의 것) 제23조 제1항의 규정에 위반하여 불공정거래행위를 한 사업자에 대하여 같은 법 제24조의2 제1항의 규정에 의하여 부과되는 과징금은 행정법상의 의무를 위반한 자에 대하여 당해 위반행위로 얻게 된 경제적 이익을 박탈하기 위한 목적으로 부과하는 금전적인 제재로서, 같은 법이 규정한 범위 내에서 그 부과처분 당시까지 부과관청이 확인한 사실을 기초로 일의적으로

118) 상고심(대법원 2016. 12. 29. 선고 2016두52590 판결)은 쇄비율속행 기각함

확정되어야 할 것이고, 그렇지 아니하고 부과관청이 과징금을 부과하면서 추후에 부과금 산정 기준이 되는 새로운 자료가 나올 경우에는 과징금액이 변경될 수도 있다고 유보한다든지, 실제로 추후에 새로운 자료가 나왔다고 하여 새로운 부과처분을 할 수는 없다 할 것임. 왜냐하면 과징금의 부과와 같이 재산권의 직접적인 침해를 가져오는 처분을 변경하려면 법령에 그 요건 및 절차가 명백히 규정되어 있어야 할 것인데, 위와 같은 변경처분에 대한 법령상의 근거규정이 없고, 이를 인정하여야 할 합리적인 이유 또한 찾아 볼 수 없기 때문임. 피고가 원고의 동일한 법령 위반행위에 대하여 새로운 부과기준자료를 발견하였다 하여 이를 기준으로 산정한 과징금액과 당초의 과징금액의 차액을 또 다시 부과한 이 사건 처분은 위법함.

[파스퇴르유업의 불공정거래행위 건(대법원 1999. 5. 28. 선고 99두1571 판결)]

□ 과징금액이 구체적인 불공정거래행위로 인한 이득액의 규모와 비교하여 지나치게 균형을 잃은 경우는 액수 면에서 재량권 일탈·남용임

- 과징금의 액수가 비록 법과 시행령의 규정에서 정한 상한을 초과하지 않은 것이라도 불법적인 경제적 이익의 박탈이라는 과징금부과의 기본적 성격에 비추어 볼 때 과징금액이 구체적인 불공정거래행위로 인한 이득액의 규모와 비교하여 지나치게 균형을 잃어서는 안 된다고 할 것인 바, 대우자동차판매가 사원판매행위로 얻은 이익이 5000만 원인에 비해 과징금액이 19억여원인 경우에는 액수면에서 비례의 원칙에 위배되는 재량권 일탈·남용에 해당된다고 할 것임.

[내우자판의 거래강제행위 건(서울고법 2002. 5. 9. 선고 2001누3053 판결-환송심¹¹⁹⁾)]

□ 원칙적으로 과징금을 부과하지 않아야 하는 행위임에도 특별한 사정없이 과중한 과징금을 부과하는 것은 비례의 원칙에 위배됨

- 원고의 위반행위는 과징금 고시에서 정한 바와 같이 원칙적으로 과징금을 부과하지 않아야 하는 행위에 해당하는데, 이 사건에서는 원칙을 깨고 과징금을 부과하여야 할 특별한 사정을 찾아 볼 수 없는 점, 원고가 이 사건 조정금액을 거래상대방에게 지급하지 않으려는 확정적인 의사에 기하여 그 지급을 거절한 것이 아니라 특혜의혹에 휘말릴 등을 우려한 내부이견으로 지급하지 못하고 공적인 기관의 판단을 받고 지급하려다가 그 지급이 늦어지게 된 점, 피고의 조사가 시작되기 이전에 원고 스스로도 이 사건 조정금액을 지급하고자 일부 노력하였고, 피고의 조사가 시작된 이후에는 피고의 판단에 따라 그

119) 재상고심(다발워 2002. 8. 28. 선고 2002두5085 판결)은 심리불속행 기각함

금액을 지급하기로 거래상대방과 합의한 점 등에 비추어 볼 때, 원고의 이 사건 행위는 과징금 고시 III.2.라.(3)을 적용하여 과징금을 부과하지 않아야 할에도 과징금을 부과한 경우이거나, 최소한 그 부과 대상인 원고의 구체적인 불공정거래행위로 인한 이득액의 규모와 사이에서 지나치게 균형을 잃은 과중한 과징금을 부과한 경우에 해당한다고 할 것이므로, 과징금명령 부분은 비례의 원칙에 위배되어 재량권을 일탈 남용한 처분임.

[인천국제공항공사의 거래상지위남용행위 건(서울고법 2007. 7. 11. 선고 2007누2298 판결¹²⁰⁾]

□ 위반행위가 의결 당시까지 종료되지 않은 경우 의결일을 종료일로 보아 과징금을 부과함

- 공정위가 과징금부과기준매출액을 산정함에 있어서 ‘과징금부과세부기준등에관한고시’ II.1.나.(3)항(위반행위가 과징금 부과처분 시까지 종료되지 아니한 경우에는 그 위반행위 종료일은 의결일로 본다)에 따라 위반행위 종료일을 이 사건 처분 시점인 2003. 11. 15.을 기준으로 직전 3개 연도를 2000~2002년(3년)으로 본 것은 타당함.

[대한도시가스의 거래상지위남용행위 건(서울고법 2005. 5. 18. 선고 2004누3849 판결¹²¹⁾]

□ 이 사건 위반행위와 실질적인 관련성이 없는 과거 법 위반행위를 과징금 가중사유로 삼을 수 있음

- 원고는 피고가 과징금을 산정하면서 이 사건 위반행위와 실질적인 관련성이 없는 과거 법위반행위를 근거로 의무적 조정과징금을 가중한 것은 위법하다고 주장하나, 공정거래법의 과징금은 기본적으로 법위반행위에 대하여 제재를 가하는 행정상의 제재적 성격을 가지고 있는 점에 비추어 피고로서는 과거 3년간 6회나 공정거래법위반으로 조치를 받았는데도 또다시 이 사건 공정거래법위반행위를 하였다는 이유로 이를 임의적 가중사유로 산을 수 있는 점, 과징금고시 중 의무적 조정과징금의 산정에 관한 부분은 공정거래법 제24조의2에 규정된 금액의 범위 내에서 과징금 산정기준을 정한 피고 내부의 사무처리준칙이라고 할 것인바, 구체적인 사안에서 위 기준을 적용한 결과가 비례·평등의 원칙 등에 반하지 아니하는 이상 위 기준에 따라 과징금을 산정하였다는 사유만으로 과징금 부과처분이 그 자체로 위법하다고 할 수 없는 전 등을 종합하여 보면 원고에 대한 과징금 산정에 부과의 기초가 되는 사실을 오인하였거나 비례·평등의 원칙에 위배하였다는 점이 없음.

[농업협동조합중앙회의 거래상지위남용 건(서울고법 2011. 8. 18. 선고 2010누34707 판결¹²²⁾]

120) 상고심(대법원 2007. 11. 29. 선고 2007두17144 판결)은 심리불송행 기각함

121) 상고심(대법원 2005. 11. 10. 선고 2005두5987 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없나고 판시함

라. 공표 등 기타 시정조치 관련

□ 기타 시정을 위한 필요한 조치로서 인터넷 홈페이지에 문안을 게재하라는 명령을 할 수 있음

- 법 제24조는, 피고가 제23조 제1항의 규정에 위반하는 행위가 있을 때에는 당해 사업자에 대하여 당해 불공정거래행위의 중지, 계약조항의 삭제, 시정명령을 받은 사실의 공표 기타 시정을 위한 필요한 조치를 명할 수 있다고 규정하고 있는데, 앞선 사실에서 보는 바와 같이 원고의 온라인 강의 끼워팔기로 인해 소비자인 학생들에게 불필요한 강의 수강이 강제되었고 사실상 수강료 인상 효과가 발생하여 학생들의 경제적 부담을 가중시키는 등 소비자효용 감소의 효과가 적지 아니한 점, 58개 가맹학원들로 하여금 모든 수강생들을 온라인 교육 사이트에 가입시키도록 하고 수강료를 온라인 수강료 및 오프라인 수강료를 합산한 총액만 안내하도록 하는 등 광범위하고 조직적으로 온라인 강의 끼워팔기를 위해 시도해온 점, 원고가 게재를 명령받은 문안에 의하더라도 원고가 온라인 강의 끼워팔기로 이 사건 처분을 받았다는 것이 아니라 수강생들이 원고의 오프라인 강의 수강과는 별개로 온라인 강의 수강 여부를 자유롭게 결정할 수 있다는 것에 불과하고 이는 앞서 본 두 강의의 성격 및 수강생들의 자유로운 선택권 보장을 위해서 이 사건 처분과 관계없이 원고가 당연히 홈페이지나 수강신청서 등에 공지하여야 할 내용으로 보이는 점, 온라인 강의가 선택적 사항이라는 것을 수강생들에게 공지하는 하원들도 있는 점, 홈페이지에 게재하는 시기, 공표관련 글자의 크기, 게재장소 방법 등에 관한 구체적인 사항은 사전에 피고와의 협의에 의하도록 규정하고 있어 협의과정에서 문안게재의 범위 등에 대하여 충분히 조정될 여지가 없지 아니한 점 등의 사정에 비추어 보면, 피고가 온라인 강의를 끼워 파는 위법상태를 시정하기 위한 조치의 일환으로 원고로 하여금 인터넷 홈페이지에 2년간 별지 기재 문안을 게재하도록 한 피고의 문안게재 명령이 비례의 원칙 또는 과잉금지의 원칙에 반한다고 볼 수 없음.

[페르마에듀의 거래강제행위 건(서울고법 2009. 11. 12. 선고 2009누5635 판결, 고법 확정)]

□ 법위반사실 공표명령이 비록 하나의 처분주문조항에 표시되었다고 하더라도 각각의 법위반사실에 대한 독립적인 공표명령처분임

- 법위반사실 공표명령이 비록 하나의 처분주문조항에 표시되었다 하더라도 각각의 법위반사실에 대한 독립적인 공표명령처분을 의미한다고 하여야 할 것이므로 그 중 하나의 위반사실에 대하여 피고의 처분이 취소 또는 유지된다고 하여 위 공표명령 전부가 취소 또는 유지되어야 하는 것은 아니고 그에 해당하는 공표명령부분만이 취소 또는 유지된다고 할 것임.

122) 상고심(대법원 2012. 1. 12. 선고 2011누23054 판결)은 심리불속행 기각함

[조선일보의 신문구매강요행위 건(서울고법 1996. 11. 14. 선고 95구28993 판결¹²³⁾)]

- 법위반사실에 대한 시정명령처분과 이에 대한 법위반사실공표명령은 각각 독립한 처분이므로 시정명령에 대하여 불복하지 아니하여도 법위반사실공표명령에 대한 취소를 구할 수 있음

- 법위반사실에 대한 시정명령처분과 이에 대한 법위반사실공표명령은 비록 그 사유를 같이 한다고 하더라도 각각 독립한 처분이라고 하여야 할 것이므로, 비록 원고가 피고의 이 사건 처분 중 우월적 지위의 남용에 의한 불이익제공 행위에 대한 별지1.의 제3항 기재 시정명령에 대하여는 불복하지 아니하였다고 하더라도, 그것만으로 위 부분에 대한 피고의 법위반사실공표명령이 당연히 정당한 것으로 되어 그 취소를 구할 이익이 없게 된 것이라고 할 수도 없고, 결국 이 사건 법위반사실공표명령은 각각의 처분 사유의 당부에 따라 판단하여야 함.

[조선일보의 신문구매강요행위 건(서울고법 1996. 11. 14. 선고 95구28993 판결¹²⁴⁾)]

- 전제가 되는 시정명령 중 일부가 위법하여 취소되었다면 공표명령의 크기 역시 조정되어야 함

- 원고 현대자동차에 대한 피고의 공표명령은 원래 원고 현대자동차에 대한 할부금리 인하행위 부분 및 결제한도 차별행위 부분에 대한 시정명령이 모두 적법함을 전제로 하여 할부금리 인하행위 부분에 대한 시정명령반을 받은 원고 기아자동차에 대한 공표명령보다 계재할 공표명령의 크기를 다소 크게 한 것인데, 원고들의 할부금리 인하행위 부분에 대한 시정명령이 위법하므로 원고 현대자동차에 대한 공표명령 중 위 할부금리 인하행위 부분 역시 위법하여 취소되는 점, 원고들의 위 할부금리 인하행위에 대하여는 다액의 과징금이 부과되지 않은 점 등을 종합하여 볼 때, 위 결제한도 차별행위만으로 원고 현대자동차에 대하여 종전과 같은 크기의 공표명령을 이행하도록 하는 것은 협저하게 타당성을 잃어 재량권을 일탈·남용한 경우에 해당됨.

[현대자동차 외 1의 계열회사(현대카드)를 위한 차별행위 건(대법원 2007. 2. 23. 선고 2004두14052 판결)]

123) 파기환송(대법원 1998. 3. 27. 선고 96누18489 판결) 후 고법 확정(서울고법 1998. 7. 28. 선고 98누8775 판결)

124) 파기환송 후 (대법원 1998. 3. 27. 선고 96누18489 판결) 고법 확정(서울고법 1998. 7. 28. 선고 98누8775 판결)

마. 심사관 전결 경고

- 위반의 정도가 경미한 경우 중 제50조 제2항 및 별표에서 정한 기준에 해당하는 경우에는 심사관이 전결로 경고를 할 수 있다고 해석함이 타당하나, 심사관전결 경고처분을 하는 경우에도 처분서에는 공정거래위원회 명의가 기재되어야 함
- 사건절차규칙 제50조와 제53조의2를 문리적으로 해석하면, 제50조 제1항은 각 회의가 경고를 의결할 수 있는 경우를 위반의 정도가 경미한 경우(제1호), 시정조치의 실익이 없는 경우(제2호), 시정조치 또는 금지명령을 이행한 경우(제3호) 등 3가지로 나누어 한정하고, 다시 제2항에서 “제1항의 규정을 적용함에 있어” 경고를 의결할 수 있는 경우인지 아니면 시정권고 등 다른 시정조치를 의결할 수 있는 경우인지에 관하여 논란의 여지가 발생하지 않도록 별표에서 그 기준을 정하여 예시적으로 열거하도록 한 취지로 볼 여지가 있음. 이 경우 제53조의2에서 제50조 제1항 제1호가 삭제되었으므로 심사관은 각 회의가 경고를 의결할 수 있는 위 3가지 경우 중 제2호와 제3호의 경우에만 전결할 수 있다고 해석하게 됨.
- 그러나 심사관전결제도는 사건절차규칙이 2008. 5. 8. 공정거래위원회고시 제2008-4호로 일부개정되기 전에는 제51조의2에서 규정하고 있었는데, 위 개정 전에도 심사관은 제50조 제1항에 따라 위반의 정도가 경미한 경우(제1호), 시정조치의 실익이 없는 경우(제2호)에 전결로 경고를 할 수 있었던 점, 위 개정으로 심사관전결제도의 근거규정인 제51조의2가 삭제되고 제53조의2가 신설되었는데, 이처럼 근거규정의 위치가 변경된 이유는 제52조에서 정한 과태료 납부명령, 제53조에서 정한 고발 결정도 심사관 전결대상에 포함시키기 위한 것으로 보이는 점, 2012. 10. 10. 개정 당시 위반의 정도가 경미한 경우(제1호)를 심사관 전결대상에서 제외하였어야 할 특별한 사정은 보이지 않는 점, 위에서 본 바와 같이 사건절차규칙이 수차례 개정을 거치는 동안에도 제53조의2는 그 적용대상에 여전히 제50조 제2항을 포함하고 있었던 점 등을 종합하여 보면, 위반의 정도가 경미한 경우 중 제50조 제2항 및 별표에서 정한 기준에 해당하는 경우에는 심사관이 전결로 경고를 할 수 있다고 해석함이 타당함.
- 그러나 전결제도는 행정기관 내부의 의사결정과정에서 일정한 경우 최종결재권자의 결재권한을 하위결재권자에게 위임하는 것일 뿐 그 하위결재권자에게 처분을 할 수 있는 권한을 창설하거나 부여하는 것이 아니므로, 대외적으로 처분의 주체는 여전히 공정거래 위원회이어야 하고, 따라서 심사관전결경고를 하는 경우에도 처분서에는 공정거래위원회의 명의가 기재되어야 하고, 다만 그 처분을 통지하는 경우에는 처분서를 첨부한 소속 하위기관이나 심사관 등 담당자의 공문으로 하는 것도 가능하다고 보임.

- 이 사건의 경우 ①대전지방공정거래사무소장이 원고에게 보낸 “신고 건 처리결과 통지”에는 처분권한의 근거규정을 ‘사건절차규칙 제50조 제1항 제1호’로 오기하였고, ②심사관전결경고에 대한 불복방법으로서 사건절차규칙 제53조의2 제7항은 피조사자가 정식신의요청을 할 수 있도록 하고, 이 경우 소회의에 상정하여 심의절차 재개를 명한 사건의 처리절차에 따라 처리하여야 하며, 그 소회의의 심의절차는 심사관과 심판관리관의 분리 여부 등에서 이의재결절차와 차이가 있는데도, 위 “신고 건 처리결과 통지”에는 불복방법으로서 “경고심의 신청”을 할 수 있다고 안내하면서도 그 근거규정으로서 이의신청에 관한 공정거래법 제53조를 잘못 기재하고 있음.

[한국수자원공사의 거래상지위 남용행위에 대한 건(서울고법 2020. 7. 2. 선고 2019누57369 판결¹²⁵⁾)]

바. 안전지대 심사 가능성

□ 불공정거래행위 심사지침상 안전지대에 해당하는 사업자의 행위라도 심사를 개시할 수 있음

- 원고는 학습참고서 시장에서 원고의 시장점유율이 10% 미만이므로 불공정거래행위 심사지침상 안전지대에 해당한다고 주장하나, 피고가 제정하여 시행하고 있는 불공정거래행위 심사지침은 행위 사업자의 시장점유율이 10% 미만인 경우 원칙적으로 심사면제대상(안전지대)으로 한다고 하면서, 다만 시장점유율 산정이 사실상 불가능하거나 현저히 곤란한 경우에는 당해 사업자의 연간매출액이 20억원 미만인 경우를 심사면제대상으로 한다고 규정하고 있는 사실을 인정할 수 있는바, 학습참고서 시장에서 원고의 시장점유율을 산정하는 것이 현저히 곤란하고, 원고의 학습참고서 매출액이 2007년은 548억원, 2008년은 568억원 정도임을 인정할 수 있으므로, 원고가 안전지대에 해당한다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 위 심사지침은 안전지대에 해당하는 사업자의 행위라도 심사를 개시할 수 없는 것은 아니라고 규정하고 있으므로 원고의 이 부분 주장은 이유 없음.

[한국교육방송공사의 재판매가격유지행위 등 건(서울고법 2011. 1. 12. 선고 2009누37366 판결, 고법 확정)]

125) 상고심(대법원 2020. 11. 26. 선고 2020두45292 판결)은 심리불속행 기각함.

VI

부당지원행위

(법 제45조 제1항 제9호, 구법 제23조 제1항 제7호)

VI. 부당지원행위

(법 제45조 제1항 제9호, 구법 제23조 제1항 제7호)

1. 서설

가. 입법취지 및 성격

- 부당지원행위를 금지하는 입법취지는 공정한 거래질서의 확립과 아울러 경제력집중의 방지에 있음
 - 구 독점규제및공정거래에관한법률(1999. 12. 28. 법률 제6043호로 개정되기 전의 것) 제23조 제1항 제7호에서 부당지원행위를 불공정거래행위의 한 유형으로 규정하여 이를 금지하는 입법취지는 공정한 거래질서의 확립과 아울러 경제력집중의 방지에 있음.
[대우 1차 사건(대법원 2004. 10. 14. 선고 2001누2881 판결¹⁾]]
- 지원행위는 지원주체에게도 상당한 부당이득을 발생시키는 행위임
 - 대규모기업집단 소속 계열회사들이 기업집단 전체의 이익을 위해 계속적으로 서로 지원을 주고받으면서 계열의 유지·확장을 위한 수단으로 부당지원행위를 이용함으로써 종·장기적으로 볼 때 부당지원행위는 경제력 집중을 통하여 결국 지원주체에게도 상당한 부당이득을 발생시키게 됨.
[대우 1차 사건(대법원 2004. 10. 14. 선고 2001누2881 판결²⁾]]
- '지원행위'가 성립하기 위하여 지원객체에게 경제상 이익을 제공하는 자는 반드시 지원주체일 필요는 없음
 - 공정거래법 제23조 제1항이 '사업자는 다음 각호의 1에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다'라고 규정하고 있으므로, 공정거래법 소정의 '지원행위'가 성립하기 위하여 반드시 '지원주체'가 지원객체에게 경제상 이익을 제공할 필요는 없음.
[현대자동차 등 부당지원행위 건(서울고법 2009. 8. 19. 선고 2007누30903 판결³⁾]]

1) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2005. 11. 16. 선고 2004누22765 판결)

2) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2005. 11. 16. 선고 2004누22765 판결)

□ 대표권 남용 등으로 기내식 공급계약이 사법상 무효라고 하더라도 부당한 지원행위 및 부당한 이익제공행위는 성립할 수 있고, 피고가 원고에 대하여 공정거래법에 따라 이 사건 각 처분을 하는 데 있어서 장애가 된다고 할 수 없음

- 대표권 남용은 원칙적으로는 유권대표행위로서 유효하고, 다만 행위의 상대방이 대표권 남용 사실을 알았거나 알 수 있었을 때에는 거래 상대방에 대하여 무효를 주장할 수 있다는 것임. 이 사건에서 원고가 박삼구의 대표권 남용행위로 그 사법상 효력을 부인하여 박삼구가 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 행위한 것임을 알았거나 알 수 있었다고 주장하는 게이트 그룹을 상대로 이 사건 일괄거래 중 GGS와의 합작투자계약 및 이 사건 기내식 공급계약의 무효를 주장하는 것은 별론으로 하고, 피고를 상대로 이 사건 기내식 공급계약의 사법상 무효를 주장하며 이 사건 각 처분의 처분 사유가 존재하지 않는다고 주장할 수 없음. 또한 원고 주장에 의하더라도, 원고와 GGS·GGK 사이의 합작투자계약 및 이 사건 기내식 공급계약이 원고의 대표권 남용행위로서 무효임은 별론으로 하고, 그로 인하여 금호홀딩스와 GGFS 사이의 이 사건 BW 인수계약까지도 대표권 남용행위로 인하여 무효가 된다고 보기는 어려움.
- 설명 원고가 주장하는 바와 같은 사정들로 인하여 GGS와의 합작투자계약 및 GGK와의 이 사건 기내식 공급계약이 사법상 무효라고 하더라도, 피고가 원고에 대하여 공정거래법에 따라 이 사건 각 처분을 하는 데 있어서 장애가 된다고 할 수 없음.
 - ① 민법, 헌법 및 공법인 공정거래법의 기본 이념과 취지 등을 고려할 때, 대등한 당사자 사이의 법률관계를 규율하는 사법에 따라 그 법률행위의 효력이 인정되지 않는다고 하더라도, 사업자 및 특수관계인에게 공법상 의무를 부과하고 그 의무 위반행위에 대하여 제재를 부과하도록 규정한 공정거래법에 따라, 피고는 부당한 지원행위 및 부당한 이익제공행위가 성립하는지를 판단하고 그에 따라 제재를 부과할 수 있다고 볼이 타당함.
 - ② 만약 원고 주장과 같이 부당한 지원행위나 부당한 이익제공행위에 관하여 단지 동일인의 형법상 배임행위에 해당하고, 지원주체는 배임죄의 피해자에 불과하며, 지원 행위의 효력은 대표권 남용이나 배임행위의 수익자의 적극가담으로 인해 사법상 무효에 해당하여 지원주체에 대해서는 제재할 수 없다고 보게 되는 경우에는, 사실상 총수일가의 배임적 사익편취행위에 대해서는 지원주체를 공정거래법상 부당한 지원행위 또는 부당한 이익제공행위 규정으로 제재할 수 없게 될 수 있음. 이는 입법자가 공정거래법에서 부당한 지원행위 및 이익제공행위에 관한 급지규정을 두고 지원주체에게

3) 원고 상고취하도 상고심(대법원 2012. 10. 25. 선고 2009두15494 판결)에서는 이 부분을 판단하지 아니함

공법상 의무를 부과하여 그 의무 위반행위에 대하여 제재를 가함으로써 공정한 거래질서를 확립하고자 하는 인법 목적과 취지에 정면으로 반하는 것일 뿐만 아니라, 위와 유사한 사례에서 지원주체에 대하여 부당한 지원행위나 부당한 이익제공행위의 성립을 인정한 그 동안의 피고의 제재나 법원의 판결례와도 맞지 않음.

- ③ 과거 부당한 지원행위 및 부당한 이익제공행위가 문제된 상당수의 사건들이 대규모 기업집단에서 경영권의 승계나 총수 일가 사이의 이른바 일감 몰아주기, 총수 일가를 위한 기업 지배구조의 개편 등을 위해 이루어져왔고, 이 사건에서도 총수 일가의 이익을 위하여 대규모 자금 지원행위가 일어난 것임은 분명함. 이처럼 상당히 많은 부당한 지원행위 및 부당한 이익제공행위가 우량 계열회사가 총수 일가의 지분율이 높은 계열회사를 지원하는 국면에서 발생하고, 공정거래법의 부당한 지원행위 및 부당한 이익제공행위 금지규정은 위와 같은 경우를 규율하기 위한 것임.

[기업집단 「금호아시아나」 소속 계열회사들의 특수관계인에 대한 부당이익제공행위 및 부당지원행위에 대한 건(서울고법 2023. 5. 31. 선고 2020누66475 판결⁴⁾)]

나. 지원객체

□ 지원객체가 일정한 거래분야에서 시장에 직접 참여하고 있는 사업자일 것을 요건으로 하지 않음

- 불공정거래행위의 한 유형으로서, 사업자가 부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 유가증권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위, 즉 부당지원행위를 금지하고 있는 바, 여기에서 말하는 '부당하게'는, 지원객체가 직접 또는 간접적으로 속한 시장에서 경쟁이 저해되거나 경제력이 집중되는 등으로 공정한 거래를 저해할 우려가 있다는 의미로 해석하여야 할 것이며, 이렇게 해석할 경우 지원객체가 일정한 거래분야에서 시장에 직접 참여하고 있는 사업자일 것을 요건으로 하는 것은 아님.

[삼성SDS의 특수관계인 부당지원행위 건(대법원 2004. 9. 24. 선고 2001두6364 판결)]

4) 상고심(대법원 2023. 10. 18. 선고 2023두45750 판결)은 심리불속행 기각함

□ 지원업체가 지원행위 당시 일정한 거래분야의 시장에 직접 현실적으로 참여하고 있을 필요는 없음

- 경제력 집중을 억제하고 공정한 거래질서를 확립하고자 하는 부당지원행위 금지규정의 입법 취지와 문언을 종합하면, 부당지원행위는 지원행위로 인하여 지원업체가 속한 시장에서의 공정한 거래를 저해할 우려가 있으면 성립하는 것이므로 지원업체가 지원행위 당시 일정한 거래분야의 시장에 직접 참여하고 있을 필요까지는 없음. 태천개발은 1996. 6. 30. 온천장운영업을 목적으로 설립되어 1999. 12. 1.에 온양종합온천장 공사에 착공하여 2001.4. 공사가 끝남과 동시에 온천장운영을 시작함으로써 온천장운영시장에 진입하게 되었고, 대우건설이 대우로부터 공사도급계약상의 도급인의 지위를 인수할 당시인 2000. 12. 27.경 이미 공사가 약 40% 이상 진행된 상태였으므로 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 태천개발은 2000. 12. 27. 당시 이미 온천운영시장에의 잠재적 사업자로서 온천운영시장에서 경쟁이 저해되거나 경제력이 집중되는 등으로 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 할 것이므로 온천운영시장에 현실적으로 참여하고 있는 사업자와 달리 볼 것도 아니라고 할 것임.

[대우건설의 태천개발 부당지원행위 건(대법원 2005. 5. 27. 선고 2004두6099 판결)]

□ 지원업체로서 '다른 회사'는 반드시 대규모기업집단 계열회사에 한정되는 것은 아님

- 법 제23조 제1항 제7호 및 법시행령 제36조 제1항 별표 제10호는 부당지원행위의 지원업체의 하나로 '다른 회사'라고만 규정하고 있을 뿐 다른 제한을 두지 않고 있는 점 및 부당지원행위 금지제도의 입법취지 등에 비추어 보면, 부당지원행위의 객체인 '다른 회사'는 반드시 대규모기업집단의 계열회사에 한정되는 것은 아님. 원심이 스피디코리아는 원고 대우의 사실상 계열회사라고 판단하고 있으나 이것은 스피디코리아가 지원업체인 다른 회사로서의 계열회사라는 의미가 아니라 지원업체로서의 '다른 회사'에 해당함을 전제로 법령 소정의 대규모기업집단의 계열회사에 편입된 것은 아니라 하더라도 스피디코리아의 설립목적과 주식의 소유관계 등 경제적인 관점에서 볼 때 사실상 원고 대우와 계열회사의 관계가 있는 점을 이 사건 사업운영자금대여행위의 부당성 및 공정거래 저해성을 인정하기 위한 간접사실의 하나로 삼은 데 불과한 것임.

[대우 1차 사건(대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두2881 판결⁵⁾)]

5) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2005. 11. 16. 선고 2004-1-22765 판결)

□ 자회사를 지원객체에서 배제하는 규정이 없으므로, 모회사가 주식의 100%를 소유하고 있는 자회사도 법률적으로는 별개의 독립한 거래주체이므로 ‘다른 회사’에 해당함

- 원고 엘지칼텍스가스가 원전에너지에 대한 주식의 100%를 소유하고 있는 자회사 (완전자회사)라 하더라도 양자는 법률적으로 별개의 독립한 거래주체라 할 것이고, 부당지원행위의 객체를 정하고 있는 법 제23조 제1항 제7호의 ‘다른 회사’의 개념에서 완전자회사를 배제하는 명문의 규정이 없으므로 모회사와 완전자회사 사이의 지원행위도 법 제23조 제1항 제7호의 규율대상이 된다고 할 것임.

[엘지 1차 사건 중 엘지반도체 외 18개사의 부당지원행위 건(대법원 2004. 11. 12. 선고 2001두2034 판결)]

□ 모회사와 모회사가 주식 대부분을 소유하고 있는 자회사 사이의 지원행위도 부당지원 행위 규율 대상임

- 모회사가 주식의 대부분을 소유하고 있는 자회사라 하더라도 양자는 법률적으로는 별개의 독립된 거래주체라 할 것이고, 부당지원행위의 객체를 정하고 있는 법 제23조 제1항 제7호의 ‘특수관계인 또는 다른 회사’의 개념에서 자회사를 지원객체에서 배제하는 명문의 규정이 없으므로, 모회사와 자회사 사이의 지원행위도 법 제23조 제1항 제7호의 규율대상이 된다고 할 것임.

[한국산업은행 부당지원행위 건(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두11911 판결)]

* 참고: 현대중공업(현대 4차)의 부당지원행위 건(대법원 2006. 4. 14. 선고 2004두3298 판결)

□ 지배주주라 하더라도 별개의 독립된 거래주체에 해당하므로 부당지원행위가 성립함

- 원고인 서울신문이 스포츠서울21의 발행주식 총수 중 53.44%를 보유하고 있는 지배주주라 하더라도 법률적으로는 스포츠서울21과 별개의 독립된 거래주체에 해당하므로, 이러한 사업자들 사이의 지원행위를 경제적 동일체 내에서 이루어질 수 있는 협조행위에 불과한 것으로 보아 법 제23조 제7호의 부당지원행위가 아니라고 할 수 없음.

[서울신문사의 저리 임대보증금 수령을 통한 스포츠서울21 지원행위 건(서울고법 2004. 7. 15. 선고 2002누1092 판결⁶⁾)]

6) 상고심(대법원 2004. 11. 12. 선고 2004두9630 판결)은 심리불속행 각각

다. 정상가격

□ 피고는 이 사건 지원행위와 유사한 사례로부터 원고들의 위 용역계약에 관한 정상 가격을 합리적으로 산출하는 과정을 거쳐야 하고, 정상가격을 합리적으로 추산하여야 함에도 그 대신 하나의 참고가격만을 제시하여 비교하였을 뿐인데 이러한 참고가격이 정상가격으로 볼 수 있을 정도로 합리적으로 추산되었다고 볼 만한 아무런 증거가 없음

- 피고는 원고들과 특수관계가 없는 독립된 업체로서 한전산업개발과 유사한 업체와의 발전소 연료·환경 설비 운전 및 정비 용역거래 중 이 사건 제1 지원행위와 유사한 사례를 선정하여 그 사례로부터 원고들의 위 용역계약에 관한 정상가격을 합리적으로 산출하는 과정을 거쳐야 하고, 그 사례와 이 사건 제1 지원행위 사이에 존재하는 거래조건 등의 차이가 낙찰률 등 용역단가에 영향을 주는 경우에는 그 차이를 합리적으로 조정하여 그 사례가 동일한 실제 사례에 가깝도록 비교가능성을 높인 후 정상가격을 합리적으로 추산하여야 함. 그럼에도 피고는 합리적으로 추산된 정상가격을 특정하지 않은 대신 하나의 참고가격만을 제시하여 원고들의 한전산업개발과의 거래가격과 비교하였을 뿐인데 이러한 참고가격이 정상가격으로 볼 수 있을 정도로 합리적으로 추산되었다고 볼 만한 아무런 증거가 없음.

[한국남동발전 외 4개사 등 한국전력공사 소속회사의 부당지원행위에 대한 건(서울고법 2015. 12. 3. 선고 2015누40356 판결⁷⁾)]

□ 입찰에서의 낙찰가격은 입찰참가자의 입찰당시의 상황, 입찰시기나 규모 등에 따라 입찰가격이 달라질 수 있으므로 한전KDN의 재발주 입찰에서의 낙찰가격을 곧바로 해당 상품의 정상적인 시장가격이라고 볼 수 없음

- 피고는 한전KDN의 재발주 입찰에서의 낙찰가격을 기준으로 원고의 거래행위가 위 정상가격에 비추어 현저히 유리한 조건으로 이루어졌다고 판단하였음.⁸⁾ 그러나 입찰에서의 낙찰가격은 입찰참가자의 입찰당시의 상황, 입찰시기나 규모 등에 따라 입찰가격이 달라질 수 있으므로 한전KDN의 재발주 입찰에서의 낙찰가격을 곧바로 해당상품의 정상적인 시장가격이라고 볼 수 없음.

[한국수력원자력 등 한국전력공사 소속회사의 부당지원행위에 대한 건(서울고법 2016. 1. 22. 선고 2015누40585 판결⁸⁾)]

7) 상고심(대법원 2016. 5. 12. 선고 2016두32466판결)은 심리불속행 기각함

8) 상고심(대법원 2016. 6. 9. 선고 2016두35533판결)은 심리불속행 기각함

- 당해 거래와 동일한 실제 사례를 찾을 수 없는 경우에는, 단순히 제반 상황을 사후적, 회고적인 시각에서 판단하여 거래 당시에 기대할 수 있었던 최선의 가격이나 당해 거래가격보다 더 나은 가격으로 거래할 수도 있었을 것이라 하여 가벼이 이를 기준으로 정상가격을 추단하여서는 아니 됨
- 정상가격이 이와 같이 부당한 지원행위에 해당하는지 여부의 판단요소가 되어 부당한 지원행위에 따른 시정명령이나 과징금부과 등 제재적 행정처분과 형사처벌의 근거가 된다는 점이나 구 공정거래법이 부당한 지원행위를 금지하는 취지 등을 고려할 때, 피고가 당해 거래와 동일한 실제 사례를 찾을 수 없어 부득이 유사한 사례에 의해 정상가격을 추단할 수밖에 없는 경우에는, 단순히 제반 상황을 사후적, 회고적인 시각에서 판단하여 거래 당시에 기대할 수 있었던 최선의 가격이나 당해 거래가격보다 더 나은 가격으로 거래할 수도 있었을 것이라 하여 가벼이 이를 기준으로 정상가격을 추단하여서는 아니 되고, 먼저 당해 거래와 비교하기에 적합한 유사한 사례를 선정하고 나아가 그 사례와 당해 거래 사이에 가격에 영향을 미칠 수 있는 거래조건 등의 차이가 존재하는지를 살펴 그 차이가 있다면 이를 합리적으로 조정하는 과정을 거쳐 정상가격을 추단하여야 함.
- 그리고 정상가격이 이와 같은 과정을 거쳐 합리적으로 산출되었다는 점에 대한 증명책임은 어디까지나 시정명령 등 처분의 적법성을 주장하는 피고에게 있음.
[신세계 기업집단 계열회사의 부당지원행위에 대한 건(대법원 2015. 1. 29. 선고 2014두36112 판결)
9) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2015. 10. 7. 선고 2015누3344: 판결)]
- '정상가격'이란 지원주체와 지원객체 간에 이루어진 경제적 급부와 동일한 경제적 급부가 시기, 종류, 규모, 기간, 신용상태 등이 유사한 상황에서 특수관계가 없는 독립된 자 간에 이루어졌을 경우 형성되었을 거래가격 등을 말함
- 부당한 자산·상품 등 지원행위에 있어서 급부와 반대급부가 현저히 유리한지 여부를 판단하는 기준이 되는 정상가격이란 지원주체와 지원객체 간에 이루어진 경제적 급부와 동일한 경제적 급부가 시기, 종류, 규모, 기간, 신용상태 등이 유사한 상황에서 특수관계가 없는 독립된 자 간에 이루어졌을 경우 형성되었을 거래가격 등을 말함.
[현대자동차 등 부당지원행위 건(대법원 2012. 10. 25. 선고 2009두15494 판결)
※ 같은 취지: 엔에치엔 주식회사의 시장지배적지위 남용행위 등에 대한 건(대법원 2014. 11. 13. 선고 2009두20366 판결)

9) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2015. 10. 7. 선고 2015누3344: 판결)

- 비교에 적합한 유사 사례를 선정하여, 합리적으로 조정하여 산출한 수치 중 원고에게 가장 유리한 16%를 정상수수료율로 산정한 것은 타당함
- 원고 및 재산이 2005. 8. 이후 독립된 비계열사와 거래한 사실이 없어 동일한 비교대상을 찾는 것이 불가능한 상황에서, 파악할 수 있는 자료를 모두 취합하여 스크린광고 영업 대행사업자의 계약조건을 조사하는 방법으로 비교에 적합한 유사사례를 선정하였고, 위 유사사례와 이 사건 거래 사이에 수수료율의 차이에 영향을 미칠 수 있는 거래 조건의 존재를 살펴 이를 합리적으로 조정하는 과정을 거쳐 산출 가능한 수치 중 원고에게 가장 유리한 16%를 정상수수료율로 산정한 사실이 인정됨. 따라서 정상수수료율이 최대 16%인 사실이 합리적으로 입증되었다고 할 것임.

[씨제이씨지브이(주)의 부당한 지원행위에 대한 건(서울고법 2017. 10. 25. 선고 2017누37653 판결, 고법 확정)]

라. 지원의도

- 지원행위의 의도는 지원행위의 동기와 목적, 거래의 관행, 당시 지원객체의 상황 등을 종합적으로 고려하여 객관적으로 추단할 수 있음
- '부당한 자금지원행위'의 요건으로서의 지원의도는 지원행위를 하게 된 동기와 목적, 거래의 관행, 당시 지원객체의 상황, 지원행위의 경제상 효과와 귀속 등을 종합적으로 고려하여 지원주체의 주된 의도가 지원객체가 속한 관련 시장에서의 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 것이라고 판단되는 경우 인정되는 것이고, 이러한 지원의도는 앞서 본 바와 같은 여러 상황을 종합하여 객관적으로 추단할 수 있음.

[대우건설의 태천개발 부당지원행위 건(대법원 2005. 5. 27. 선고 2004두6099 판결)]

2. 행위 유형

가. 가지급금 또는 대여금 등 자금을 거래한 경우

1) 의의

- 사업자가 부당하게 자금을 현저히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공함으로써 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위를 말함
- 부당한 자금지원행위라 함은 '사업자가 부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·내여금 등 자금을 현저히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공함으로써 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위'를 말함.

[현대 1차 사건(대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6197 판결¹⁰⁾]

- 자금을 변제기 이후에도 회수하지 아니하여 이익을 얻게 하는 등의 부작위행위도 자금지원행위에 포함되며, 이후 지연이자를 지급하기로 하는 등의 약정은 당해 지원행위의 성립을 조각하지 않음
- 부당지원행위에 관한 규정이 시행된 1997. 4. 1. 이후에 자금을 지원할 의도로 자산이나 용역 등의 거래로 인한 대가인 자금을 변제기 이후에도 회수하지 아니하여 지원객체로 하여금 그 자금을 운용하도록 함으로써 금융상 이익을 얻게 하는 것과 같은 부작위행위도 자금지원행위에 포함한다고 해석함이 상당하므로, 이자를 포기하지 아니하였다거나 지연이자를 지급반기로 약정하였다 하더라도 달리 볼 것은 아님.

[대우 1차 사건(대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두2881 판결¹¹⁾]

10) 파기환송 후 재상고심 확정(대법원 2008. 7. 1. 선고 2006두14735 판결)

11) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2005. 11. 16. 선고 2004누22765 판결)

□ 자금지원행위는 자금지원의 의도로 자금을 제공 또는 거래하는 행위가 있으면 그 즉시 성립함

- 부당한 자금지원행위의 규제대상은 지원의도에 기한 자금의 제공 또는 거래행위나 자금을 회수하지 아니하는 행위 그 자체이므로 자금지원의 의도로 자금을 제공 또는 거래하거나 자금을 회수하지 아니하는 행위가 있으면 그 즉시 자금지원행위가 성립하고 그로 인하여 지원객체가 얻게 되는 이익은 이러한 행위로 인한 경제상 효과에 불과한 것임.

[현대 1차 사건(대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6197 판결¹²⁾]

□ 법 시행 전의 자금제공행위가 부당지원행위로 인정되려면 적극적으로 변제기를 연장하는 것 등과 같이 새로운 자금지원행위라고 볼 만한 다른 특별한 사정이 있어야 함

- 지원주체의 지원객체에 대한 자금의 제공 또는 거래가 부당지원행위에 관한 규정이 시행되기 이전에 있었고, 위 규정이 시행된 이후에도 자금을 단순히 회수하지 아니한 데 불과한 경우에는 적극적으로 변제기를 연장하는 것 등과 같이 새로운 자금지원행위라고 볼 만한 다른 특별한 사정이 없는 이상 자금지원행위에 해당한다고 할 수 없음.

[대우 1차 사건(대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두2881 판결¹³⁾]

* 참고: 현대중공업 외 17개사(현대 3차)의 부당지원행위 건(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결¹⁴⁾, 삼성에스디아이 외 6(삼성 1차)의 부당지원행위 건(대법원 2006. 12. 22. 선고 2004두1483 판결)

□ 기존채무가 채무불이행 상태에 빠진 다음에 그 지급을 위하여 어음이 발행된 경우, 기존채무의 변제기가 어음만기일로 연장되었다고 볼 수 없으므로 새로운 자금지원행위로 볼 수 없음

- 채권자가 기존 채무의 지급을 위하여 그 채무의 이행기가 도래하기 전에 미리 그 채무의 변제기보다 후의 일자가 만기로 된 어음의 교부를 받은 때에는 묵시적으로 기존 채무의 지급을 유예하는 의사가 있었다고 볼 경우가 있을 수 있고 이 때 기존 채무의 변제기는 어음에 기재된 만기일로 변경된다고 볼 것이나, 특별한 사정이 없는 한 채무자가 기존 채무의 이행기에 채무를 변제하지 아니하여 채무불이행 상태에 빠진 다음에 기존 채무의 지급을 위하여 어음이 발행된 경우까지 그와 동일하게 볼 수는 없음.

[대우 1차 사건(서울고법 2005. 9. 28. 선고 2004누22765 판결, 환송심 확정¹⁵⁾]

12) 파기환송 후 재상고심 확정(대법원 2008. 7. 1. 선고 2006두14735 판결)

13) 피기환송 후 고부 확정(서울고법 2005. 11. 16. 선고 2004누22765 판결)

14) 피기환송 후 고법 확정(서울고법 2007. 6. 28. 선고 2007누3895 판결)

□ 자금지원이 이루어지는 방법은 제한이 없음(제3자를 통한 지원행위 인정)

- 자금지원과 관련하여 자금의 제공 또는 거래방법이 직접적이든 간접적이든 물지 아니하므로, 지원주체가 지원객체를 지원하기 위한 목적으로서 지원행위를 하되 지원주체와 지원객체와 사이의 직접적이고 현실적인 상품거래나 자금거래행위라는 형식을 회피하기 위한 방편으로 제3자를 매개하여 상품거래나 자금거래행위가 이루어지고 그로 인하여 지원객체에게 실질적으로 경제상 이익이 귀속되는 경우에는 자금지원행위에 해당함.

[대우 1차 사건(대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두2881 판결¹⁶⁾)]

□ 부도가 임박한 계열회사가 다른 계열회사에 대하여 형식상 상호 보증 등 담보제공이 있었다하여 지원주체의 지원의사가 부정되는 것은 아님

- 한라 계열회사들은 1997. 12. 2. 이미 실질상 부도상태에 빠졌으나 단지 채권자들인 금융회사들로부터 한시적인 만기연장을 받아 부도를 유예받고 있던 끝에 마침내 일제히 부도를 내기에 이르렀던 것으로서 위와 같은 부도의 위기는 관련금융기관 및 지원주체들이 이를 모두 인식하고 있었다고 보이고, 이 사건 기업여음들 중 일부에 상호보증인이 되었다는 만도기계 주식회사나 한라건설 주식회사 등 담보 제공자 또한 보증 당시 이미 부도가 임박한 상태로 그와 같은 계열회사의 형식상 상호보증 등 담보제공이 있었다하여 지원의사가 없었다고 볼 수 없음.

[현대 2차 사건(대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6203 판결¹⁷⁾)]

□ 담보제공행위도 낮은 이자율로 금원을 대출받는 경제상 이익을 제공한 것이므로 부당지원행위의 규제대상이 됨

- 이 사건 담보제공행위는 지원주체인 원고회사(에스케이엠)가 지원객체인 동산씨엔지에게 직접 자금을 대여하는 것과 같은 효과를 거두기 위하여 3개 은행에게 정기예금을 예치한 다음 이를 다시 동산씨엔지에 대한 대출금의 담보로 제공함으로써 동산씨엔지로 하여금 3개 은행으로부터 낮은 이자율로 금원을 대출받는 경제상 이익을 제공한 것이므로, 이로 인한 3개 은행의 대출이 부당지원행위의 다른 요건을 충족하는 경우에는 부당지원행위의 규제대상이 될 수 있다고 할 것임. 또한, 공정한 거래질서의 확립 등을 위하여 부당지원행위를

16) 상고심(대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두2881 판결)의 파기환송 취지에 따름

17) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2005. 11. 16. 선고 2004누22765 판결)

규제하는 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 규정은 과도한 경제력의 집중을 방지하기 위하여 일정한 규모 이상의 기업집단에 속하는 회사에 대하여 계열회사에 대한 채무보증을 금지하는 법 제10조의2의 규정과는 그 입법 취지 및 구성요건 등을 달리하고 있으므로, 원고회사가 법 제10조의2에서 말하는 일정한 규모 이상의 기업집단에 속하는 회사가 아니라고 하여 위와 같은 단보제공행위가 법 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위의 규제대상이 되지 않는다고 할 수도 없음.

[에스케이엠의 동산씨엔지 부당지원행위 건(대법원 2006. 10. 27. 선고 2004두3274 판결)]

2) 정상금리

가) 의미

□ 정상금리란 동일 또는 유사한 상황에서 특수관계 없는 독립된 자 사이에 적용되었을 금리(개별정상금리)를 의미하며, 당해 자금거래시점과 관계없는 일정기간의 평균금리를 개별정상금리로 볼 수는 없음

- 급부와 반대급부가 현저히 유리한지 여부를 판단하는 기준이 되는 정상금리라 한은 지원주체와 지원객체 사이의 자금거래와 시기, 종류, 규모, 기간, 신용상태 등의 면에서 동일 또는 유사한 상황에서 그 지원객체와 그와 특수관계에 없는 독립된 금융기관 사이에 자금거래가 이루어졌다면 적용될 금리, 또는 지원주체와 지원객체 사이의 자금거래와 시기, 종류, 규모, 기간, 신용상태 등의 면에서 동일 또는 유사한 상황에서 특수관계 없는 독립된 자 사이에 자금거래가 이루어졌다면 적용될 금리(이하 '개별정상금리'라 한다)를 의미한다고 할 것이고, 한편 위와 같은 개별정상금리가 수시로 금리가 변동하는 금융시장에 있어 당해 자금거래 시점에서의 경쟁조건을 반영하는 것인 이상 당해 자금거래시점과 관계없는 일정기간의 평균금리를 특정시점에서 이루어진 자금거래의 정상금리로 볼 수는 없음.

[대우 2차 사건(대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두2935 판결)]

※ 참고: 한국산업은행 부당지원행위 건(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두11911 판결), 현대 1차 사건(대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6197 판결)

□ 개별정상금리를 산정하기 어려웠다거나 일반정상금리를 하회하지 않을 것으로 인정되는 특별한 사정이 없이 개별정상금리를 산정하지 아니한 채 일반정상금리를 기준으로 지원금액을 산정한 것은 위법함

- 웅진풀리실리콘이 우리은행으로부터 621억 원을 차입하는 데에 원고 웅진홀딩스가 아무런 대가를 받지 아니한 채 자신의 예금 600억 원과 주식 100만 주를 담보로 제공함으로써 웅진풀리실리콘이 우리은행으로부터 무담보 대출금리보다 낮은 대출금리인 5.50~5.87%로 대출받을 수 있도록 한 자금지원에 대하여, 피고가 그 지원금액을 산정하면서 개별정상금리를 산정하기 어려웠다거나 개별정상금리가 일반정상금리를 하회하지 않을 것으로 인정되는 특별한 사정이 있었다고 보기 어려움에도 불구하고, 단지 우리은행이 웅진풀리실리콘 또는 웅진풀리실리콘과 신용등급이 비슷한 회사와 무담보 대출 거래를 한 실제 사례가 없었다는 점을 이유로 위 실제 적용된 금리와 일반정상금리인 6.83~7.07%를 비교하여 지원금액을 산정하고 이를 기초로 과징금을 산정한 것은 위법함.

[웅진씽크빅 등 6개사의 부당지원행위 건(대법원 2014. 6. 12. 선고 2013두4255 판결)]

□ 시중은행의 평균당좌대출금리를 정상금리로 적용하려면 그와 같은 고율의 단기대출에 의하지 아니하고는 자금을 조달할 수 없을 정도에 이르렀다고 불만한 사정을 입증하여야 함

- 기업어음 평균할인금리는 각 신용등급별로 4개의 업체만을 표본추출하여 조사한 수치에 불과하여 소외 회사(SKM)의 개별정상금리로 보기 어려우나 그 변동추이는 피고가 적용한 개별정상금리와 더불어 소외 회사의 정상금리 산정을 위한 참고자료로 삼을 수는 있다고 할 것인데, 소외 회사의 개별정상금리는 피고가 적용한 바에 의하더라도 1998. 11. 말부터 1999. 4. 초까지 계속 하락한 데다가 1999. 7. 초에는 같은 해 4. 초보다 더 하락하였고 위 기업어음 평균할인금리도 위 각 개별정상금리보다 다소 낮은 수준이기는 하지만 같은 추세에 있었던 점, 1999. 7. 초에는 소외 회사의 개별정상금리가 위 기업어음 평균할인금리보다 더 낮은 수준으로 떨어진 점을 알 수 있는바, 그렇다면 적어도 1999. 5. 초와 6. 초 소외 회사의 정상금리는 같은 해 4. 초 소외 회사의 개별정상금리로 공정위가 적용한 것보다 낮은 수준이어야 할 것임. 그럼에도 불구하고, 1999. 5. 초 및 6. 초 소외 회사의 신용도가 장기의 자금을 차용할 수 없고 당좌대출과 같은 고율의 단기대출에 의하지 아니하고는 자금을 조달할 수 없을 정도에 이르렀다고 볼 사정에 대한 아무런 입증도 없이 같은 해 4. 초 소외 회사의 개별정상금리보다 더 높은 평균 당좌대출금리를 위 각 시점의 정상금리로 적용한 것은 부당함.

[에스케이씨앤씨 사건(대법원 2004. 3. 12. 선고 2001두7220 판결¹⁸⁾)]

□ 정책자금이거나 담보대출에 의한 차입금리라도 정상금리로 볼 수 있음

- 현대종합금속이 1998. 11. 12. 산업은행으로부터 산입운영자금으로 차입한 금리가 12.48%로서, 비슷한 시기에 피고에 의하여 정상금리로 인정된 어음할인금리 10%보다 오히려 높은 점에 비추어 정책금융이라 하여 일반 어음할인을 통한 차입금리보다 반드시 낮다고는 단정할 수 없고, 또한 현대종합금속이 원고 현대자동차로부터 선급금을 지급받은 기간 동안 실제 차입한 정책자금이나 담보대출 이외에는 더 이상 그와 유사한 대출을 받을 수 없다거나, 개별정상금리가 일반정상금리를 하회하지 않을 것으로 인정되는 특별한 사정이 있다는 점에 관한 피고의 주장·입증이 없으므로 일반정상금리를 정상금리로 삼아 지원금액을 산정할 수 없음.

[현대중공업 외 17개사(현대 3차)의 부당지원행위 건(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결¹⁸⁾]

□ 실제적용금리와 비교할 정상금리는 지원주체의 지원객체에 대한 당좌대출금리가 아니라 대여 당시 지원객체의 융통어음 할인율로 보아야 함

- 동산씨엔지의 하나은행에 대한 당좌대출한도는 7억 원에 불과하고, 그 당좌대출에 의한 자금조달은 비교적 작은 금액을 단기간 이용하는 데 사용되는 방법으로 볼 수 있는 반면, 융통어음의 할인을 통한 자금조달은 통상 은행과 약정한 당좌대출한도가 모두 소진되었거나 신용도가 하락하여 다른 방법으로는 자금을 조달하기 어려운 경우에 많이 사용되는 방법으로서 당좌대출에 의한 자금조달의 경우보다는 비교적 많은 자금을 장기간 이용할 수 있는 점, 원고회사가 동산씨엔지에게 합계 51억 1천만 원의 자금을 대여할 당시(이하 '이 사건 직접대여행위'라고 한다) 동산씨엔지는 열악한 재무구조로 인한 신용도 하락으로 융통어음의 할인을 통하여 고금리의 외부자금을 조달할 수밖에 없는 상황이었던 전 등을 종합적으로 고려해 보면, 이 사건 직접대여행위의 경우에도 피고가 실제적용금리와 비교할 정상금리는 하나은행의 동산씨엔지에 대한 당좌대출금리가 아니라 이 사건 직접대여행위와 그 규모, 기간 등이 유사하다고 볼 수 있는 위 대여 당시 동산씨엔지의 융통어음 할인율로 본 것은 정당한.

[에스케이엠의 동산씨엔지 부당지원행위 건(대법원 2006. 10. 27. 선고 2004두3274 판결)]

18) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2004. 11. 4. 선고 2004누8448 판결)

19) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2007. 6. 28. 선고 2007누3895 판결)

□ 계열회사에게 금원을 대여하면서 적용하였던 금리는, 특수관계가 없는 독립된 자 사이의 자금거래에 적용되는 금리가 아니므로 개별정상금리로 볼 수 없음

- 원심이 개별정상금리로 본 금융2채 BBB 시장수익률을 적용한 금리는 기준에 원고가 계열회사로서 특수관계에 있는 씨티파이낸셜에게 금원을 대여하면서 적용하였던 금리로서 특수관계가 없는 독립된 자 사이의 자금거래에 적용되는 금리로 볼 수 없을 뿐만 아니라, 당해 대여행위에 대한 개별정상금리의 범위 내에 있다고 볼 아무런 자료가 없으므로 이를 이 사건 각 대여행위에 대한 개별정상금리로 보기는 어렵고, 나아가 당시 씨티파이낸셜의 신용도가 장기자금을 차용할 수 없고 당좌대출과 같은 고율의 단기대출에 의하지 아니하고는 자금을 조달할 수 없을 정도에 이르렀다고 볼 자료도 없으므로, 이 사건 각 대여행위의 실제적용금리가 금융2채 BBB 시장수익률을 적용한 위 금리보다 소폭으로 하향 조정되었다고 하여 그러한 사정만으로 개별정상금리보다 현저히 낮아진 것으로 단정하기는 어려움. 그렇다면 원심으로서는 씨티파이낸셜과 동일 또는 유사한 신용등급을 가진 회사가 이 사건 각 대여행위와 시기, 규모, 만기 등의 면에서 동일 또는 유사한 대출을 받은 적이 있는지 여부 등에 관하여 심리한 다음, 그 대출행위의 금리를 정상금리로 보고 이 사건 각 대여행위의 실제적용금리가 현저히 낮은 것인지 여부를 판단하였어야 할.

[씨티은행의 부당지원행위 건(대법원 2009. 5. 28. 선고 2008두7885 판결²⁰⁾)]

나) 판단기준

□ 문제되는 해당 거래의 유형, 특성에 비추어 객관적이고 합리적인 방법으로 산정된 것이라고 수긍할 수 있다면 이를 개별정상금리로 보는 것이 부당하다고 할 수 없음

- 이 사건에서 개별정상금리는 이 사건 담보 대출약정이 체결되었을 시기에 원고 또는 그와 신용상태 등이 동일·유사한 자가 대출을 받을 경우에 대출의 종류, 규모, 대여기간이 이 사건 담보 대출약정과 동일·유사하나 이 사건 담보제공행위가 없었다면 적용될 금리를 의미함. 이 사건 제공가능금리는 원고가 시기, 종류, 규모 및 금융기관까지 동일한 상황에서 담보 조건만을 무담보 신용대출로 변경한 경우의 금리를 산출한 것임.
- 이처럼 이 사건 제공가능금리는 다른 조건이 모두 동일함을 전제로 무담보 조건으로 원고에게 제공할 수 있었던 금리 수준을 나타내는 것이므로, 이는 앞서 나. 1). 가)항에서 본 개별정상금리의 개념과 이 사건 지침의 개별정상금리 산출방식에 부합함. 또한 일반 정상금리(한국은행이 발표하는 시중은행의 매월 말 평균당좌대출금리)는 개별정상금리를

20) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2009. 11. 19. 선고 2009누14097 판결)

산정하기 어렵고 개별정상금리가 일반정상금리보다 낮지 않을것으로 보는 것이 합리적인 경우에 적용할 수 있는 것임(이 사건 지침 Ⅲ. 다.15)). 그런데 이 사건에서 이 사건 제공가능금리를 개별정상금리로 보는 것이 타당한 이상, 개별정상금리를 산정할 수 없는 경우에 적용되는 일반정상금리를 적용할 수는 없으므로 일반정상금리를 적용하여야 한다는 원고들의 주장 또한 받아들일 수 없음.

[기업집단 「고려제강」 계열회사의 부당지원행위에 대한 건(서울고법 2023. 7. 20. 선고 2022누32971 판결²¹⁾)]

□ 정상할인율과 실제할인율을 비교하는 것은 '현저히 유리한 조건'인지 여부 등을 판단하기 위한 것임

- 특정한 자금 또는 자산거래에 있어서 정상할인율과 실제할인율을 비교하는 것은 당해 거래행위가 지원객체에게 '현저히 유리한 조건'의 거래인지 여부와 그로 인하여 지원객체가 속한 관련시장에서 경쟁을 저해하거나 경제력집중을 야기하는 등으로 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지 여부를 판단하기 위한 것임.

[현대 1차 사건(대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6197 판결²²⁾)]

※ 참고: 현대 2차 사건(대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6203 판결)

□ 개별정상금리가 일반정상금리를 하회하지 않을 것으로 볼 수 있는 특별한 사정에 대한 심리를 다하지 아니한 채 일반정상금리를 '현저히 유리한 조건'의 판단 기준으로 삼을 수 없음

- 원심은, 원고 엘지칼텍스가스는 원전에너지에게 약 200억 원 상당의 무담보 대여금을 유지하여 오고 있었고, 위 대여금에 대하여 원전에너지 및 비계열사에 적용한 이자율은 법인세법시행령 제47조의 규정에 의한 국세청장이 고시한 인정이자율인 1997. 4.~12. 사이에 연 12%, 1998. 1.~3. 사이는 연 20%로서 같은 기간의 당좌대출금리인 각각 연 17.37%, 연 26.85%보다 낮은 수준인 사실, 다른 가스제조공급회사들(SK, 쌍용, 한화)도 거래처에 대한 대여금 이자율은 자회사나 비계열사를 불문하고 국세청장이 고시한 인정이자율을 적용하고 있었던 사실 등에 비추어 볼 때, 위 원고의 행위는 현저한 규모로 낮은 금리의 대여금을 유지하는 방법으로 계열회사인 원전에너지에 대하여 과다한 경제상 이익을 제공하여 지원한 행위라고 할 것이라고 판단하였음.

21) 원고 삼고장 각하명령(23. 8. 22.)으로 확정됨

22) 파기환송 후 재상고심 확정(대법원 2008. 7. 1. 선고 2006두14735 판결)

- 그러나, 한국은행이 발표하는 시중은행의 매월 말 평균 낭좌대출금리(이는 해당 월말 현재 시중은행의 낭좌대출계약에 의하여 실행한 대출액 잔액 전부를 가중평균하여 산출한다. 이하 '일반정상금리'라 한다.)는 낭좌대출계약을 기초로 한 일시적 단기성 대출금리로서 정상적인 기업어음 대출금리 등 일반대출금리보다 일반적으로 높기 때문에 개별정상금리가 일반정상금리를 하회하지 않을 것으로 인정되는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 일반정상금리를 정상금리로 적용할 수 있음. 그럼에도 불구하고, 원심은 실제적용금리가 일반정상금리보다 낮다는 것을 '현저히 유리한 조건'의 거래인지의 여부를 판단하는 요소의 하나로 삼았으니, 거기에는 부당지원행위의 성립요건에 관한 법리를 오해하였거나 개별정상금리가 일반정상금리를 하회하지 않을 것으로 인정되는 특별한 사정이 있는지 여부에 관한 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 있다고 할 것임.

[엘지 1차 사건 중 엘지반도체 외 18개사의 부당지원행위 건(대법원 2004. 11. 12. 선고 2001두2034 판결)]

- 개별정상금리와 실제적용금리 사이의 차이가 비율적으로 현저한지 여부는 실제적용금리가 아닌 정상금리를 기준으로 판단하여야 함

- 선령 금융2재 BBB 시장수익률을 적용한 금리를 이 사건 각 대여행위의 개별정상금리로 본다고 하더라도, 이 사건 각 대여행위는 개별정상금리와 실제적용금리 사이의 차이가 1.26~1.31%에 불과하는 등으로 현저히 유리한 조건의 거래에 해당한다고 할 수 없으므로 (원심은 위 차이가 비율적으로 실제적용금리의 20% 이상이므로 이 사건 각 대여행위가 현저히 유리한 조건의 거래에 해당한다고 보았으나, 이러한 경우의 부당지원행위란 원래 정상적으로 받아야 할 금리 중 일정 부분 이상을 받지 아니한 행위를 말하는 것이므로, 위 차이가 비율적으로 현저한지 여부는 실제적용금리가 아닌 정상금리를 기준으로 판단하였어야 함), 이 사건 처분은 어느 모로 보나 부적법함.

[씨티은행의 부당지원행위 건(대법원 2009. 5. 28. 선고 2008두7885 판결²³⁾)]

- 실제적용금리가 우위조건을 가진 거래행위에 적용된 금리보다 낮은 경우 그와 같은 금리 수준도 참작할 수 있음

- 지원행위의 정상금리를 구체적으로 특정할 수 없다고 하더라도, 지원개체와 그와 특수관계가 없는 독립된 금융기관 사이에 또는 특수관계 없는 독립된 자 사이에 원고들의 위 각 거래행위에 대하여 시기, 종류 내지 거래의 성격 등의 면에서는 동일 또는 유사하지만

23) 파기환송 후 고려 확정(서울고법 2009. 11. 19. 선고 2009누14097 판결)

만기나 신용상태 등의 면에서 우위의 조건을 가진 거래행위가 있는 경우 위 각 거래행위의 정상금리는 그보다 우위의 조건을 가진 거래행위에 적용된 금리보다 통상 높은 것이 금융시장의 실태에 부합하는 것이라 할 것이므로, 위 각 거래행위에 실제로 적용된 금리가 그보다 우위의 조건을 가진 거래행위에 적용된 금리보다 오히려 낮은 때에는 그와 같은 금리수준도 원고들의 위 각 거래행위가 현저히 유리한 조건의 거래에 해당하는지 여부를 판단함에 참작할 수 있다고 할 것임.

[금호산업 외 3의 부당지원행위 건(대법원 2008. 6. 26. 선고 2006두8792 판결²⁴⁾]

* 참고: 한국산업은행 부당지원행위 건(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두11911 판결)

□ 정상금리수준 산정에는 방식뿐만 아니라 전제조건이나 적용된 수치의 타당성까지 확보되어야 함

- 공정위는 일단 당시 에스케이생명의 신용등급을 BB+등급으로 설정한 다음, '채권시가평가 기준수익률표'에 BB+등급 무보증사모사채 수익률이 제시되어 있지 않자, 같은 수익률표의 BBB-등급 5년 반기 무보증공모사채의 수익률을 기준으로 삼아, 무보증사모사채의 금리 가산, 신용등급 BB+ 금리 가산, 후순위 금리 가산을 각 적용하여 이 사건 후순위대출의 각 적정금리를 유추·산정하였는바, 이 사건 후순위대출에 있어서의 적정금리가 실제적용 금리보다 최소한 2~3% 높은 수준이었다고 보았음.
- 그러나 정상금리수준을 산정함에 있어서는 그 방식의 타당성뿐만 아니라 전제조건이나 적용된 수치의 타당성까지 확보되어야 할 것인데, 이 사건 후순위대출 당시 에스케이생명의 신용등급이 BB+였다고 볼 만한 사정이 뚜렷하지 않고, 공정위가 비교 대상으로 산은 엘지증권 주식회사나 현대증권 주식회사는 생명보험회사인 에스케이생명과는 회사의 성격이나 자금운용 방식이 같지 않으므로 위 회사들의 신용등급과 비교하여 에스케이생명의 신용등급을 BB+라고 상정한 것은 정당하다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 무보증공모사채의 평균수익률에 무보증사모사채, 신용등급 BB+, 후순위대출을 이유로 적용된 개개의 가산금리 수치가 정확하게 산출되었는지에 대한 합리적 근거도 부족하므로, 위와 같이 유추·산정하여 산출한 위 기준금리를 이 사건 후순위대출에 적용가능한 정상금리수준으로 보기는 어려움.

[에스케이텔레콤 외 2의 부당지원행위 건(대법원 2008. 3. 27. 선고 2005두9972 판결²⁵⁾]

24) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2009. 1. 22. 선고 2008누18399 판결)

25) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2008. 11. 20. 선고 2008누9159 판결)

□ 정상가격을 추단함에 있어서는 통상의 거래당사자가 당해 거래 당시의 상황과 장래 예측의 불확실성까지도 모두 고려하여 보편적으로 선택하였으리라고 보이는 현실적인 가격을 규명하여야 할 것임

○ 정상가격이 시정명령이나 과징금부과 등 제재적 행정처분의 근거가 된다는 점이나 공정거래법이 부당지원을 금지하는 취지 등을 고려할 때, 당해 거래 당시의 실제 사례를 찾을 수 없어 부득이 여러 가지 간접적인 자료에 의해 정상가격을 추단할 수밖에 없는 경우에는 통상의 거래당사자가 당해 거래 당시의 일반적인 경제 및 경영상황과 장래 예측의 불확실성까지도 모두 고려하여 보편적으로 선택하였으리라고 보이는 현실적인 가격을 규명하여야 할 것이고, 단순히 제반 상황을 사후적, 회고적인 시각으로 판단하여 거래 당시에 기대할 수 있었던 최선의 가격 또는 당해 거래가격보다 더 나은 가격으로 거래할 수도 있었을 것이라 하여 가벼이 이를 기준으로 정상가격을 추단하여서는 아니 될 것이며, 정상가격에 대한 입증책임은 어디까지나 공정위에게 있다 할 것임.

[대한주택공사의 부당지원행위 건(대법원 2008. 2. 14. 선고 2007두1446 판결²⁶⁾)]

※ 같은 취지: 엔에치엔 주식회사의 시장지배적지위 남용행위 등에 대한 건(대법원 2014. 11. 13. 선고 2009두20366 판결)

다) 입증책임

□ 정상금리의 존재에 대한 입증책임은 처분의 적법성을 주장하는 공정거래위원회에게 있음

○ 자금거래에 실제로 적용된 금리와 정상금리를 서로 비교하여 그 차이가 현저한지 여부를 판단하기 위하여는 먼저, 무엇을 정상금리로 볼 것인지부터 확정하여야 하고, 그런한 정상금리의 존재에 대한 입증책임은 시정명령 등 처분의 적법성을 주장하는 공정위에게 있음. 원심으로서는 공정위가 제시하는 위 금리들이 위 각 거래행위의 실제적용금리와 비교할 만한 정상금리에 해당하는지 여부 및 그 차이 등에 관한 심리를 해 본 후 위 각 거래행위가 현저히 유리한 조건의 거래인지를 판단하였어야 함.

[금호산업 외 3의 부당지원행위 건(대법원 2008. 6. 26. 선고 2006두8792 판결²⁷⁾)]

※ 참고: 한국산업은행 부당지원행위 건(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두11911 판결)

26) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2008. 5. 15. 선고 2008누6068 판결)

27) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2009. 1. 22. 선고 2008누18399 판결)

3) 지원금액

- '지원금액'이란 지원객체가 유사한 상황에서 특수관계가 없는 독립사업자와 정상적인 방법으로 거래를 하였다면 부담하였을 가격이 기준이 되는 것임
 - 부당지원행위 규제에서 '지원금액'이란 지원객체가 유사한 상황에서 특수관계가 없는 독립사업자와 정상적인 방법으로 거래를 하였다면 부담하였을 가격이 기준이 되는 것이므로 피고가 지원금액을 산정함에 있어 지원객체인 스포츠서울21이 부담할 부가가치세액을 포함하여 이를 계산한 것은 적법함.
[서울신문사의 스포츠서울21 지원행위 건(서울고법 2004. 7. 15. 선고 2002누1092 판결²⁸⁾]]
- 지원금액 산정에 있어 지원객체가 실제 부담하여야 할 금액은 공제하지 않음
 - 현대건설이 이 사건 발전소 설비공사에 필요한 가스터빈을 매수하면서 지출한 비용은 위 공사의 실질적 주체인 현대건설이 부담하여야 할 비용이므로 원고가 현대건설에 지급한 선급금에서 위 비용을 공제하고 지원금액을 산정할 것이 아님.
[현대중공업(현대 4차)의 부당지원행위 건(대법원 2006. 4. 14. 선고 2004두3298 판결)]
- 지원금액 산정에는 지원객체가 부담하여야 할 부가가치세액도 포함됨
 - 부당지원행위 규제에서 '지원금액'이란 지원객체가 유사한 상황에서 특수관계가 없는 독립사업자와 정상적인 방법으로 거래를 하였다면 부담하였을 가격이 기준이 되는 것이므로 피고가 지원금액을 산정함에 있어 지원객체인 스포츠서울21이 부담할 부가가치세액을 포함하여 이를 계산한 것은 적법함.
[서울신문사의 스포츠서울21 지원행위 건(서울고법 2004. 7. 15. 선고 2002누1092 판결²⁹⁾]]
- 현저히 유리한 조건으로 대여한 경우 적정 이자액 상당의 경제적 이익을 부당하게 지원한 것임
 - 이 사건 처분이 있기 전까지는 스피디코리아가 원고 대우에게 한번도 이자를 지급하지 아니하였고 위 원고도 원리금의 지급을 독촉하였다고 볼 만한 아무런 자료가 없는 점,

28) 상고심(대법원 2004. 11. 12. 선고 2004두9630 판결)은 신리불속행 기각함

29) 상고심(대법원 2004. 11. 12. 선고 2004두9630 판결)은 심리불속행 기각함

위 원고가 계열사가 아닌 다른 중소기업에 대하여도 스피디코리아와 같은 조건으로 금원을 대여하였다고 볼 만한 자료를 제출하고 있지 않는 점 등 여러 사정을 고려하여 볼 때, 위 원고가 스피디코리아에 대하여 현저히 유리한 조건으로 24억 2,900만 원을 내여한 것은 그 대여금에 대한 적정 이자액 상당의 과다한 경제적 이익을 제공한 것이고, 이는 부당한 자금지원행위에 해당함.

[대우1차 사건(대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두2881 판결³⁰⁾)]

□ 지원주체가 자사 임직원들의 계열사 자동차 구입대금을 무이자로 융자한 경우 지원 객체가 받은 경제상 이익은 금융상 이익과 같다고 볼 수 있음

- 지원주체가 지원객체를 지원하기 위한 목적으로서 지원행위를 하되 지원주체와 지원객체와 사이의 직접적이고 현실적인 상품거래나 자금거래행위라는 형식을 회피하기 위한 방편으로 제3자를 매개하여 상품거래나 자금거래행위가 이루어지고 그로 인하여 지원객체에게 실질적으로 경제상 이익이 귀속되는 경우에는 자금지원행위에 해당하고, 또한 대규모 기업집단 소속 계열회사들이 기업집단 전체의 이익을 위해 계속적으로 서로 지원을 주고 받으면서 계열의 유지·확장을 위한 수단으로 부당지원행위를 이용함으로써 중·장기적으로 볼 때 부당지원행위는 경제력 집중을 통하여 결국 지원주체에게도 상당한 부당이득을 발생시키게 된다는 점에 비추어 보면, 위와 같은 경우 지원객체가 받은 경제상 이익은 지원주체가 소속 임직원들에게 준 금융상 이익과 같다고 볼 수 있음.

[대우 1차 사건(대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두2881 판결³¹⁾)]

□ 정상환율과 거래환율과의 차액이 지원금액에 해당함

- 이 사건 현물환거래는 수출대전과 직접적으로 연결이 되지 않는 일반외환거래이므로 당연히 시장환율(매매기준율)로 거래하였어야 함에도 불구하고 거래 당시의 매매기준이 되는 시장환율보다 무려 달러당 11.12~25.90원 낮은 환율로 거래함으로써 지원객체인 대우중공업에게 자본금의 25%, 순이익의 2.8배에 달하는 규모의 자금을 제공하여 대우중공업에게 68억 7,300만 원의 경제상 이익을 준 것은 부당지원행위에 해당함.

[대우 3차 사건(대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두6012 판결)]

30) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2005. 11. 16. 선고 2004누22765 판결)

31) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2005. 11. 16. 선고 2004누22765 판결)

- 특별한 사정없이 물품대금 지연이자를 미수령한 부당지원행위의 지원금액은, 지연 이자의 약정이 없는 이상 상사이율인 연 6%를 기준으로 산정하여야 함

- 원고가 현대석유화학에 지원한 금액은 그 부당지원행위의 내용이 기발생 지연이자의 미수령이라면, 지연이자의 약정이 없는 이상, 상사이율인 연 6%를 기준으로, 그 부당지원 행위의 내용이 그 공급대금을 지연 수령하여 그 기간 동안 그 대금 상당의 자금을 이용할 수 있게 하여 준 것이라면, 그 대금 상당의 자금을 이용하는데 필요한 비용인 대출금리를 기준으로 산정하여야 하고, 이를 현대석유화학의 연체대출금리를 기준으로 산정할 것이 아니므로, 현대석유화학의 연체대출금리를 기준으로 산정한 지원금액을 전제로 과징금을 산정하여 원고에게 부과한 피고의 조치는 위법함.

[현대중공업(현대 4차)의 부당지원행위 건(대법원 2006. 4. 14. 선고 2004두3298 판결)]

4) 구체적 사안

① 궁정례

- 담보제공을 통하여 저리로 대출을 받을 수 있도록 한 것은 경제적 이익을 제공한 지원행위에 해당됨

- 이 사건 직접대여행위 중 1998. 10. 27.자 1억 원의 대여행위와 1999. 2. 10.자 10억 원의 대여행위를 제외한 나머지 부분의 실제적용금리는 정상금리 21.6% 내지 25%보다 4.6% 내지 8.0% 낮은 17%인 반면, 1998. 10. 27.자 1억 원 대여행위의 실제적용금리는 정상금리 19%보다 불과 2% 낮은 17%이고, 1999. 2. 10.자 10억 원 대여행위의 실제적용금리는 정상금리 14.5%보다 불과 1.5% 낮은 13%인 사실, 이 사건 담보제공행위의 실제적용 금리는 정상금리 12.5% 내지 16%보다 3.96% 내지 5.5% 낮은 7.4% 내지 10.5%에 불과한 사실을 알 수 있는바, 위와 같은 실제적용금리와 정상금리 사이의 차이와 그 대여 또는 대출된 금액 및 그로 인한 경제상 이익 등 여러 사정을 종합적으로 고려해 보면, 이 사건 직접대여행위 중 1998. 10. 27.자 1억 원의 대여행위와 1999. 2. 10.자 10억 원의 대여행위를 제외한 부분과 이 사건 담보제공행위는 현저히 유리한 조건의 거래에 해당한다고 볼 수 있음.

[에스케이엠의 동산씨엔지 부당지원행위 건(대법원 2006. 10. 27. 선고 2004두3274 판결)]

- 매출채권을 지연수령하면서도 지연이자를 받지 아니한 것은 금융상의 이익을 제공한 것에 해당됨
 - 원고는 계열회사인 중앙일보뉴미디어 주식회사와 조인스닷컴 주식회사에 대한 매출채권 (DB정보 및 기사사용료)을 354일 내지 411일 지연하여 회수하면서도 지연이자를 지급받지 아니하였으므로, 이러한 매출채권 지연회수행위는 중앙뉴미디어 및 조인스닷컴을 지원하기 위하여 그 지연된 기간 동안 이자의 지급 없이 매출채권을 사용할 수 있게 하는 금융상의 이익을 제공한 것으로 볼 수 있으므로 '지원행위'에 해당함.
 - [중앙일보사의 부당지원행위 건(대법원 2005. 5. 13. 선고 2004두2233 판결⁽³²⁾)]
- 지원객체에게 외환을 시장환율보다 달러당 11.12~25.90원 낮게 매각한 것은 지원 행위에 해당됨
 - 이 사건 현불환거래는 수출대전과 직결적으로 연결이 되지 않는 일반외환거래이므로 당연히 시장환율(매매기준율)로 거래하였어야 함에도 불구하고 거래 당시의 매매기준이 되는 시장환율보다 무려 달러당 11.12~25.90원 낮은 환율로 거래함으로써 지원객체인 대우중공업에게 자본금의 25%, 순이익의 2.8배에 달하는 규모의 자금을 제공하여 대우중공업에게 68억 7,300만 원의 경제상 이익을 준 절. 원고 자신도 1997년 말 IMF 구제금융신청에 따른 경제여건 악화로 차입금이 급증하고 계속된 대외 신인도 하락으로 자금의 장단기 차입이 어려웠을 뿐 아니라 차입금리 또한 매우 높아 자금사정이 매우 어려운 상황에 처해 있어 그 자신도 계열금융회사 등으로부터 지원을 받고 있는 협편이었던 점 등 여러 사정을 고려하여 볼 때, 원고가 경영난에 처한 계열회사인 대우중공업에게 외국환은행을 통하여 현저히 낮은 환율로 외환을 매각한 행위는 그로 인하여 지원객체로 하여금 자금력을 제고시키고 경영여건을 개선시켜서 당해 시장에서의 경쟁조건을 경쟁 사업자들에 비해 유리하게 하고 그 지위를 유지·강화함으로써 공정한 거래를 저해하였거나 저해할 우려가 있음.
 - [대우 3차 사건(대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두6012 판결)]
- 자금을 낮은 금리로 예치한 행위는 실제 예치금리와 정상수신금리의 차이에 해당하는 이자 상당액의 경제상 이익을 제공한 지원행위에 해당됨
 - 엘지반도체가 1997. 4. 1부터 1998. 3. 31.까지의 기간 동안에 총 5조 6,263억 원을 엘지종금의 'CMA예탁금통장'이나 '엘지종합통장' 상품에 단기(예치기간이 181일인 것

32) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2006. 4. 20. 선고 2005누10547 판결)

1회를 제외하고는 모두 3개월 미만)로 예치하였는데, 그 중 총 55회에 걸쳐 3일 내지 181일 동안 예치한 4,642억 원의 경우는 그 이자율이 엘지종금의 기준수신금리(실제금리)에 비해 연 약 2%에서 22% 낮은 비율이었고, 그와 같은 저리예치로 인한 기준수신금리와의 차액은 약 49억 원에 달하는 사실이 인정되는 바, 엘지반도체가 엘지종금에 예치한 자금은 장기예치가 아니라 단기예치로서, 예치 당시의 실세금리와 달리 현저한 저리의 이자를 지급받아야 할 특별한 사정을 인정할 만한 충분한 증거가 없는 이 사건에 있어서, 위 엘지반도체가 기준수신금리보다 이자율이 연 약 2% 내지 22% 낮은 저리로 총 4,642억 원이나 되는 자금을 엘지종금에 예탁한 것은 현저한 규모의 현금유동성을 지원하거나, 실제 예치금리와 정상수신금리의 차이에 해당하는 이자 상당액 약 49억 원의 과다한 경제상 이익을 제공함으로써 엘지종금을 지원한 행위에 해당함.

[엘지 1차 사건 중 엘지반도체 외 18개사의 부당지원행위 건(대법원 2004. 11. 12. 선고 2001두2034 판결)]

□ 공사이행의 실질적인 주체도 아님에도 선급금 명목으로 자금을 제공한 것은 부당 지원행위에 해당됨

- 원고가 방글라데시 세번상의 혜택과 관련하여 AES Meghanaghat사(이하 'AES사'라 한다)가 발주한 이 사건 발전소 설비공급계약의 주계약자가 되었을 뿐 현대건설과의 내부관계에서는 명의대여자에 불과함에도 AES사로부터 최종 작업지시서를 교부받거나 설비대금을 지급받지 아니한 상태에서 현대건설과 체결한 하도급계약을 빌미로 현대건설에게 선급금 명목으로 339억 2,900만 원을 지급한 행위는 당시 유동성의 위기를 겪고 있던 현대건설에게 많은 자금을 제공하여 줄으로써 현대건설이 퇴출의 위기를 모면하고 다른 경쟁업체보다 유리한 지위에 설 수 있게 만들어 준 행위로서 자금지원의도 없이 상거래 관행에 따라서 계약상의 의무를 이행한 행위가 아니라 법 제23조 제1항 제7호가 금지하고 있는 부당한 자금지원행위에 해당함.

[현대중공업(현대 4차)의 부당지원행위 건(대법원 2006. 4. 14. 선고 2004누3298 판결)]

□ 대여자금을 회수하지 아니하고 회계장부상 대손처리한 것은 부당지원행위에 해당함

- 원고가 주식회사 아상(이하 '아상'이라고 한다)에게 지원한 526억 원은 아상의 납입자본금 16억 원의 약 32배에 달하는 점, 이 사건 자금지원 당시 아상은 재무상태의 악화와 극심한 사업부진으로 인하여 시장에서 퇴출될 위기에 직면한 상태였는데, 원고의 이 사건 자금지원으로 인하여 아상의 지금난이 완화되어 일시적이나마 유동성 위기를 극복할 수

있기 되었고 사업자로서의 지위를 유지할 수 있었던 점, 원고는 유통성 위기로 사업을 거의 중단한 상태에 있던 아상에게 자금을 제공하고 이를 통해 아상으로 하여금 사업을 재개한 후 자립 및 성장기반을 확보하게 함으로써 아상이 보유하고 있는 유통사업에 관한 노하우(know-how)와 아상과의 파트너쉽(partnership)을 활용하고자 하였던 점 및 원고와 아상의 관계 등에 비추어 보면, 원고의 이 사건 자금지원행위로 인하여, 아상이 그가 속한 원목 수입, 합판 제조·가공·판매 등 관련 시장에서 일시적이나마 퇴출을 면하고 사업자로서의 지위를 유지·강화할 수 있게 되었으며, 뿐만 아니라 아상이 납입자본금의 32배에 달하는 금원을 제공받음으로써 자금력이 제고되고 경영여건이 개선되어 다른 경쟁 사업자에 비하여 경쟁조건이 유리하게 된 상태에서 원고와의 협력하에 새로이 영업을 시작할 가능성도 충분히 있게 되었다고 보이므로, 설령 상고이유의 주장과 같이 이 사건 자금지원 당시 아상이 실질적인 영업활동을 하지 않고 있었다고 하더라도, 이 사건 자금지원행위는 공정한 거래를 저해할 우려가 있음.

[에스케이해운의 아상 부당지원행위 건(대법원 2006. 5. 12. 선고 2004두12315 판결)]

□ 특별한 거래관계가 없음에도 선급금 지급을 빙자하여 자금을 지급한 것은 부당지원 행위에 해당됨

- 원고 현대자동차가 친족독립경영회사인 현대종합금속과 사이에 특별한 거래관계가 없어 거액의 선급금을 지급할 이유가 없음에도 현대종합금속에게 선급금 명목으로 1998년 총매출액의 21%에 달하는 적지 않은 규모인 250억 원을 지급한 것은 선급금 지급을 빙자하여 현대종합금속으로 하여금 자금을 무이자로 이용할 수 있도록 경제상 이익을 제공하고, 이로 인하여 현대종합금속의 자금력을 제고시키고 경영여건을 개선시켜 경쟁조건을 경쟁사업자에 비하여 유리하게 함에 따라 관련 시장에서의 지위를 유지·강화시킴으로써 공정한 거래를 저해하거나 저해할 우려가 있는 부당지원행위에 해당함.

[현대중공업 외 17개사(현대 3차)의 부당지원행위 건(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결³³⁾]

□ 주식매입을 하지 않으면서 증권예탁금 명목으로 계열증권회사에 자금을 저리로 예탁한 것은 부당지원행위에 해당됨

- 원고 에스케이건설 등이 주식거래를 할 의사 없이 증권예탁금 합계 4,065억 원을 에스케이증권 주식회사(이하 ‘에스케이증권’이라 한다)에 개설한 자기의 거래계좌에 예치함으로써 에스케이증권으로 하여금 위 예탁금 중 95%를 사실상 차입금과 같이 사용할 수 있도록 한

33) 패기환송 후 고법 확정(서울고법 2007. 6. 28. 선고 2007누3895 판결)

사실 등이 인정되는바, 위 증권예탁금의 이율이 연 5%에 불과한 반면 당시 에스케이증권의 단기차입금에 대한 실제금리가 연 28.65% 내지 22.13%에 이르렀던 점 등에 비추어 원고 에스케이건설 등의 위 증권예탁금 예치행위는 현저한 지원행위에 해당하며, 당시 에스케이증권의 재무상태가 매우 부실하였던 점 등에 비추어 이러한 지원행위로 에스케이증권이 시장에서 퇴출되는 것을 방지하고 효율과는 무관하게 경쟁에서 우위를 확보할 수 있게 해 준 것은 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있는 부당한 행위임.

[에스케이건설 외 11(에스케이 1차)의 부당지원행위 건(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두1490 판결³⁴⁾]

□ 회사채 이자율 인하행위는 금리차에 해당하는 금액만큼의 경제상 이익을 제공한 부당한 지원행위임

- 원고 현대자동차가 문화창업투자 주식회사(이하 '문화창업투자'라 한다) 및 씨앤씨캐피탈이 발행한 표면금리 연 13%, 만기 1년의 회사채 15,800,000,000원을 보유하던 중, 2001. 5. 경 문화창업투자 등이 시장금리 하락을 이유로 위 회사채의 이자율을 낮춰줄 것을 요구하자, 2001. 6. 16. 위 회사채의 이자율을 연 9%로 4% 인하하여 준 사실 등이 인정되는바, 위와 같이 이자율을 4%나 인하해 준 행위는 일반인의 경험칙에 비추어 기업의 정상적인 자금운용으로 볼 수 없는 점, 채무재조정의 실효성을 높이기 위해서는 모든 채권자가 참여하는 것이 일반적임에도 다른 채권자의 참여 없이 원고 현대자동차만이 유일하게 이자율을 인하하여 준 점, 원고 현대자동차와 문화창업투자 등은 업무상 밀접한 관련이 있던 회사들인 점 등에 비추어 보면, 이 사건 회사채 이자율 인하행위는 문화창업투자 및 씨앤씨캐피탈에게 인하하여 준, 금리차에 해당하는 금액만큼의 경제상 이익을 제공하여 자금력을 제고시키고 경영여건을 경쟁사업자에 비해 유리하게 하여 공정한 거래를 저해하거나 저해할 우려가 있는 부당한 지원행위이며, 문화창업투자 등이 금리 인하 후 원리금을 일부 상환하였다는 사정만으로는 원고 현대자동차의 이자율 인하행위가 부당지원행위에 해당하지 않는다고 볼 수 없음.

[현대자동차 외 6의 부당지원행위 건(대법원 2007. 12. 13. 선고 2005두5963 판결³⁵⁾]

34) 파기환송 후 재상고심(대법원 2007. 9. 7. 선고 2007두13142 판결)은 심리불속행 기각함.

35) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2008. 3. 19. 선고 2007누34424 판결)

□ 예치기간에 대한 이자액 상당 이상의 경제적 이익을 지원하고자 하는 의도하에 회원권 분양대금을 무이자로 사전예치한 것은 부당한 지원행위임

- 원고들이 이 사건 행위를 하게 된 경위와 그 성격, 급부와 반대급부의 차이, 지원성 거래규모, 이 사건 행위가 이루어진 시기 및 그에 따른 동립관광개발의 경제상 이익, 이 사건 행위 당시 동립관광개발이 처한 경제적 상황 등을 종합적으로 고려하여 보면, 이 사건 행위는 동립관광개발에 예치기간에 대한 이자액 상당 이상의 경제적 이익을 지원하고자 하는 의도하에 회원권 분양대금을 무이자로 사전예치한 후, 분양 가능시점에 이르러 비로소 그 대금으로 회원권 전환절차를 거침으로써 결과적으로 동립관광개발에 이자액 상당 이상의 과다한 경제상 이익을 제공한 것이어서 공정거래법 제23조 제1항 제7호에서 정하는 지원행위에 해당함.

[태광산업 외 8개사의 부당지원행위 건(서울고법 2012. 12. 12. 선고 2011누36106 판결³⁶⁾)]

□ 퇴출 위기에 처한 계열회사를 지원하기 위하여 주가 등락에 따른 투자자의 위험을 제거해 주는 뜻옵션계약 체결행위도 '자금지원행위'의 한 유형임

- ① 제이피모건 체이스은행 뉴욕(이하 '제이피 모건'이라 한다)은 에스케이증권이 실시한 각 유상증자에 참여하여 주식 20,832,256주를 인수한 사실, ② 원고의 해외법인들이 제이피모건과 사이에 위 주식에 대하여 제이피모건이 인수한 금액에 연 복리 5.5%의 이자를 더한 금액으로 제이피모건으로부터 매입(Call Option)할 수 있고, 제이피모건은 위 주식 인수일로부터 2년 내지 3년 후에 위 주식을 원고 해외법인들에게 위 인수 금액에 연 복리 5.5%의 이자를 더한 금액으로 매도(Put Option)할 수 있는 내용의 옵션계약을 체결한 사실, ③ 원고 해외법인들이 위와 같이 이 사건 옵션계약을 체결하게 된 것은 원고 에스케이글로벌이 계열회사인 에스케이증권을 지원하기 위하여 원고 해외법인들에게 그와 같이 지시하였기 때문인 사실 등을 인정할 수 있음.
- 원고 해외법인들이 제이피모건과 이 사건 옵션계약을 체결함으로써 제이피모건은 에스케이증권이 위 각 유상증자시 발행한 주식으로서 자신이 인수한 주식 중 이 사건 옵션계약이 체결된 주식에 대하여는 주가의 등락에 따른 위험을 제거하게 되고 이로 인하여 에스케이증권의 유상증자에 제이피모건의 참여를 가능하게 함으로써, 결국 원고 해외법인들은 에스케이증권이 부담하여야 한 위의 위험제거가치 상당의 급부를 부담하여 에스케이증권에 같은 액수 상당의 경제적 급부를 제공한 셈이 되므로, 이는 대규모기업집단

36) 상고심(대법원 2013. 5. 9. 선고 2013누2266 판결)은 심리불속행 기각함

에스케이 소속의 계열회사인 원고들이 같은 계열회사인 에스케이증권을 지원하기 위하여 이 사건 옵션계약을 체결하였거나 체결하도록 한 것으로서 '자금지원행위'의 한 유형으로 볼 수 있음.

- 이 사건 옵션계약 체결 당시 에스케이증권은 3년 연속 적자이고 금융감독위원회로부터 기업경영개선명령을 받아 그 주가가 상승할 가능성보다 하락할 가능성이 높은 상황으로서 합리적인 투자자라면 원고 해외법인들과 같이 아무런 대가 없이 이 사건 옵션계약의 체결과 같은 방법으로 에스케이증권의 주식을 매입할 이유가 없었던 점, 더욱이 원고 에스케이글로벌아메리카는 2001. 10. 12. 및 2001. 11. 27. 재이피모건과 체결한 옵션계약의 행사기한이 도래하자 에스케이증권의 요청을 받고 에스케이증권을 위해 기한연장을 하면서 1,800만 달러를 담보로 제공한 점에 비추어, 이 사건 옵션계약 체결행위는 기업집단 에스케이 소속의 계열회사인 원고 해외법인들이 같은 기업집단 소속의 계열회사인 에스케이증권을 지원하기 위하여 주가의 등락에 따른 위험제거가치 상당의 경제적 급부를 에스케이증권에 제공한 것과 같은 효과를 발생시켜 에스케이증권에 경제상 이익을 제공한 것이고, 이는 퇴출 위기에 처한 에스케이증권의 재무구조를 개선시키는 등 경영여건을 개선시켜 경쟁조건을 경쟁사업자에 비하여 유리하게 하고 증권업시장에서 공정한 거래를 저해하거나 저해할 우려가 있는 부당한 지원행위임.

[에스케이네트웍스 외 2의 부당지원행위 건(대법원 2007. 7. 27. 선고 2005두10866 판결)]

② 부정례

- 부당지원행위에 관한 규정 시행 전 이미 지원할 의도로 제공한 자금을 위 규정 시행 후 단순히 회수하지 아니하는 행위만으로는 자금지원행위에 해당되지 아니함
- 부당지원행위에 관한 규정이 시행된 이후에 지원주체가 지원객체에 대한 자금지원의 의도로 변제기를 연장하는 것 등과 같이 자금을 회수하지 않는 부작위가 새로운 자금지원행위와 동일시 할 수 있을 정도라고 볼 만한 특별한 사정이 없는 이상 위 규정이 시행되기 이전에 지원주체가 지원객체에 대하여 제공한 자금을 위 규정시행 이후에 단순히 회수하지 아니하는 행위만으로는 자금지원행위에 해당한다고 할 수 없다고 할 것임. 그럼에도 불구하고, 원심은 1997. 4. 1부터 1998. 3. 31.까지의 기간 사이에 대여금이 유지되고 있다는 이유만으로 그 모두에 대하여 자금지원행위에 해당한다고 판단하였으나, 거기에는 부당지원행위의 성립요건에 관한 법리를 오해하였거나 이 사건 대여금이 1997. 4. 1. 이전에 발생한 것인지 그 이후에 발생한 것인지 여부, 이 사건 대여금 중 1997. 4. 1. 이전에 발생하였으나 그 이후에 변제기를 연장하는 것 등과 같이 자금을 회수하지 않는 부작위가 새로운 자금지원행위와 동일시할 수 있을 정도라고 볼

만한 특별한 사정이 있었는지 여부 등에 관한 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 있다고 할 것임.

[엘지 1차 사건 중 엘지반도체 외 18개사의 부당지원행위 건³⁷⁾(대법원 2004. 11. 12. 선고 2001두2034 판결)]

- 부당한 자금지원행위의 규제대상은 지원의도에 기한 자금의 제공 또는 거래행위나 자금을 회수하지 아니하는 행위 그 자체이므로 자금지원의 의도로 자금의 제공 또는 거래나 자금을 회수하지 아니하는 행위가 있으면 그 즉시 자금지원행위가 성립하는 것이고, 그로 인하여 지원객체가 얻게 되는 이익은 이러한 행위로 인한 경제상 효과에 불과한 것이므로 지원주체가 지원객체에 대한 자금지원의 의도로 자금의 제공 또는 거래나 자금을 회수하지 아니하는 부작위가 이미 법 제23조 제1항 제7호의 규정이 시행되기 이전에 있었고, 위 규정이 시행된 이후에도 단순히 그러한 부작위가 계속되는데 불과한 경우에는 다른 특별한 사정이 없는 한 자금지원행위에 해당한다고 할 수 없음. 법 제23조 제1항 제7호가 시행되기 이전에 이미 현대종합금융을 지원할 의도로 선급금 명목으로 지급한 금원을 위 규정이 시행된 이후에 단순히 회수하지 아니한 행위는 부당지원행위에 해당되지 아니함.

[현대 2차 사건³⁸⁾(대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6203 판결³⁹⁾)]

* 참고: 현대 1차 사건(대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6197 판결)

□ 저리연계대출에 정당한 사유가 있다면 부당한 지원행위로 보기 어려움

- 정부 당국이 이른바 '12. 12. 증시부양조치'라는 정책을 펴면서 한국투자신탁, 대한투자신탁, 국민투자신탁(후에 현대투자신탁운용과 원고 현대투자신탁증권으로 됨) 등의 투신사로 하여금 무리하게 주식을 매입하도록 지시하고, 그 이후 주가하락과 차입금에 대한 이자부담으로 투신사의 부실이 초래됨에 따라 그 부실을 해소하기 위하여 국고자금지원 등의 지원을 하였음에도 투신사의 부실이 근본적으로 해소되지 아니하였고, 이에 금융기관에 대하여 연계대출을 원칙적으로 금지하면서도 투신사에게는 예외적으로 허용하는 등 연계대출은 금융당국의 승인 하에 이루어진 우회적인 정부지원의 수단으로 볼 수도 있는 점, 이 사건 연계대출 중 어음할인 거래의 경우 금리가 한국증권금융에 의하여 최종적으로 결정되는 고정금리이고, 그 금리는 모든 투신사에 공통적으로 적용되어

37) 엘자칸텍스가스가 원전에너지에게 약 200억원 상당의 무담보 대여금을 제공한 사안

38) 현대중공업이 현대종합금융으로부터 선금금을 미회수한 사안

39) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2006. 8. 9. 선고 2004누8431판결)

원고 현대투자신탁운용의 독자적인 결정에 의하여 원고 현대투자신탁증권에게 저리로 대출을 하였다고 보기 어려운 점, 이른바 IMF 사태 초기 비연계 콜금리는 당시 시행중이던 이자제한법 소정의 제한이율 25%를 상회하는 능 비정상적으로 상승하였고, 그에 반하여 한국증권금융은 시장의 금리를 비교적 안정적으로 반영하던 통화안정증권의 최종호가 수익률을 어음할인율로 결정함에 따라 이 사건 연계대출과 비연계 콜금리 사이에 비교적 큰 폭의 금리 차이가 발생하였으나, 그 이후 금융시장이 안정되어 갑에 따라 그 금리 차이가 점차 해소되어, 1998. 12.경부터는 1% 미만의 차이로 좁혀진 점, 1998. 1.부터 1999. 4.까지 기간 동안 원고 현대투자신탁운용의 한국증권금융을 통한 연계대출의 규모(법인분리 전의 것까지 포함)가 경쟁사업자라 할 수 있는 한국투자신탁, 대한투자신탁보다 더 적은 점, 대출금리를 직접 결정하는 연계 콜론 거래의 경우 대부분은 금리 차이가 미미하여 문제되지 아니하였을 뿐만 아니라, 이 사건 연계 콜론 거래의 경우도 비연계 콜 차입금리보다 10% 가량 낮기는 하나, IMF 이후 금융시장의 경색으로 인하여 거래대상 및 시기에 따른 금리의 변동폭 또한 적지 아니하였던 점 등 연계대출이 허용된 배경, 연계대출의 금리결정 방식과 적용범위, IMF 초기 금리 차이가 발생하게 된 원인 및 그 이후의 사정, 콜론 거래의 금리 차이, 다른 투신사들의 연계대출 규모 등을 종합하여 고려하면, 이 사건 연계대출이 적지 않은 규모이고, 그 금리 역시 시중의 금리보다 다소 저리이기는 하지만, 이 사건 연계대출 행위가 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 부당한 지원행위라고 볼 수 없음.

[현대중공업 외 17개사(현대 3차)의 부당지원행위 건(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결⁴⁰⁾]

□ 대출한도액을 초과하여 대출하였더라도 정부에 의해 허용된 연계대출의 범위 내에서 이루어진 점 등을 고려하면 부당지원행위로 보기 어려움

- 원고 현대투자신탁운용은 1999.4.30. 현재 총 1,983개의 펀드를 운영하였고, 그 중 바이코리아 펀드가 106개이었는데, 바이코리아 펀드 발매 이후 판매량이 폭발적으로 증가하여 수탁고가 10일 만에 1조 원씩 증가하는 양상이었고, 그에 따라 갑자기 늘어난 임여 유동자금에 대한 운용처를 찾지 못하던 차에 원고 현대투자신탁증권에게 펀드당 대출 한도액을 초과하여 시중 콜금리로 2개월가량 대출하였다가 회수한 사실, 이 사건 대출금의 규모가 바이코리아 펀드 1일 평잔금액의 41.5%에 달하고, 원고 현대투자신탁증권의 1998 사업년도 매출액의 138%에 이를 뿐만 아니라, 펀드당 대출한도를 규정한 1998. 11. 30.자로 신설된 증권투자신탁업감독규정 시행세칙 제39조의3 제2항을 위반하였고, 그 한도 초과액도 7,393억 원에 이른 사실 등에 비추어 보면, 이 사건 대출이 현저한 규모의 거래로서 원고 현대투자신탁증권에게 과다한 경제상 이익을 준 것으로 볼 여지가

40) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2007. 6. 28. 선고 2007누3895 판결)

없지는 아니하나, 이 사건 대출은 투신사의 부실을 보전하기 위하여 정부 당국에 의하여 허용된 연계대출의 일환으로 이루어졌고, 그 총 대출규모를 보면 앞서 본 이 사건 연계대출 기간보다 오히려 그 규모나 비중이 줄어들었으며, 신탁재산 전체를 놓고 보면 정부 당국이 허용한 10%의 범위 내에서 대출이 이루어진 점, 이 사건 대출 당시 바이코리아 펀드의 폭발적인 판매량 증가로 잉여 유동자금이 있었던 것으로 보이고, 원고 현대투자신탁운용으로서는 원고 현대투자신탁증권에 대한 대출도 그 자금의 적절한 운용방법 중 하나로 볼 수도 있는 점, 원고 현대투자신탁증권이 이 사건 대출 중 한도 초과액을 2개월가량 만에 변제한 점에 미루어 보아 이 사건 대출의 규모가 원고 현대투자신탁증권이 정상적으로는 제공받을 수 없는 정도의 규모였다고 보기 어려운 점, 이 사건 대출이 경쟁사업자인 다른 투신사의 대출규모에 비하여 대규모라는 점을 인정할 아무런 증거가 없는 점, 위 증권투자신탁업감독규정 시행세칙 제39조의3 제2항에 '위탁회사는 신탁재산의 100분의 10을 초과하여 당해 회사의 수익증권 판매회사……에 운용지시를 하여서는 아니된다'라고 규정하여 초과대출금지의 대상이 펀드당 신탁재산인지 전체 신탁재산인지 여부가 규정 그 자체에 의하여 명백하게 규정되어 있다고도 볼 수 없고, 원고 현대투자신탁증권이 이 사건 대출 후 2개월 만에 자발적으로 한도 초과 부분을 해소한 점에서 보듯이, 원고 현대투자신탁운용의 주장과 같이 관련 법규정을 일시적으로 잘못 해석하여 이 사건 대출이 이루어졌을 가능성도 있어 보이는 점 등의 제반 사정을 참작하면, 이 사건 대출은 법시행령 제36조 제1항 [별표] 제10호 소정의 '현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공'한 것으로 볼 수 있음.
[현대중공업 외 17개사(현대 3차)의 부당지원행위 건(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결⁴¹⁾]

- 정부의 공기업 민영화 정책에 따른 민영화 과정에서 임대차보증금 조달의 어려움을 분담하기 위하여 행하여진 임대차보증금 대여행위가 부당지원행위에 해당한다고 보기는 어려움
- 임대차보증금 대여행위의 약정 이율과 정상이율(대여당시 고속도로관리공단의 농협중앙회와 당좌대월약정상 이율인 연 6.84%)의 차이가 0.75%에 불과한 점, 고속도로관리공단과 농협중앙회 사이의 당좌대월약정에 따른 금리가 2003. 9.경부터는 대여행위의 약정 이율인 6.09% 이하로 떨어져 그 이후부터는 고속도로관리공단에 대한 자금지원 효과가 실질적으로 없어지게 되었고 2003. 9.까지의 지원금액은 4,900여만 원 정도에 불과한 점, 정부의 공기업 민영화 정책에 따른 고속도로관리공단의 민영화 과정에서 고속도로관리공단의 인수자인 계룡건설은 매수자금 906억 원 외에 약 260억 원 상당의 임대차보증금을 조달하여야 하는 어려움에 봉착하게 되었고, 이에 원고는 인수자인 계룡건설의 일시적인

41) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2007. 6. 28. 선고 2007누3895 판결)

자금조달의 어려움을 완화하기 위한 최소한의 조치로서, 고속도로관리공단의 빈영화 과정에서 고속도로관리공단의 최대 주주가 된 계룡건설과 제2 대주주로 뒤 원고의 각자의 보유지분비율에 따라 임대차보증금을 부담한다는 차원에서 이 사건 임대차보증금 대여행위가 이루어졌고, 그 이율도 납부유예된 임대보증금의 실질적 부담자인 원고가 자금을 조달할 경우와 금리를 적용한 것으로 보이는 점 등의 사정을 알 수 있는바, 이와 같은 사정 하에서는 이 사건 임대차보증금 대여행위가 고속도로관리공단에 현저히 유리한 조건의 거래에 해당한다고 보기는 어려움.

[한국도로공사의 부당지원행위 건(대법원 2007. 3. 29. 선고 2005두3561 판결)]

나. 유가증권·부동산·무체재산권 등 자산을 거래한 경우

1) 의의

- 현저히 유리한 조건의 거래인지 여부는 급부와 반대급부 사이의 차이는 물론 지원성 거래규모와 지원행위로 인한 경제상 이익, 지원기간, 지원횟수, 지원시기, 지원행위 당시 지원객체가 처한 경제적 상황 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 함
- 법 제23조 제1항 제7호 소정의 현저히 유리한 조건의 거래, 즉 '현저히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공'한 것인지 여부를 판단함에 있어서는 급부와 반대급부 사이의 차이는 물론 지원성 거래규모와 지원행위로 인한 경제상 이익, 지원기간, 지원횟수, 지원시기, 지원행위 당시 지원객체가 처한 경제적 상황 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 함.

[대우 1차 사건(대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두2881 판결42))]

* 참고: 현대 1차 사건(대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6197 판결), 한국산업은행 부당지원행위 건(대법원 2011. 8. 7. 선고 2009두11911 판결)

□ 출자행위로서의 성질을 가지는 신주인수행위도 부당지원행위의 규제대상이 됨

- 신주인수행위는 신주를 발행하는 회사의 자본을 형성하는 단체법적, 회사법적 행위로서 그 인수대금이 발행회사의 자본을 구성한다는 점에서 이미 발행된 주식의 거래와는 다른 점이 있으나, 발행회사에 신주인수대금을 납입하고 발행회사로부터 주식을 취득하여

42) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2005. 11. 16. 선고 2004!~22765 판결)

발행회사의 주주가 된나는 점에서 이미 발행된 주식을 매수하는 것과 실질적인 차이가 있다고 보기 어렵고, 부당지원행위를 불공정거래행위의 한 유형으로 규정하여 이를 금지하는 입법취지가 공정한 거래질서의 확립과 아울러 경제력집중의 방지에 있는 점에 비추어 볼 때, 정상적인 가격보다 현저히 높은 가격으로 신주를 인수함으로써 발행회사에게 경제상 이익을 제공하는 행위가 출자행위로서의 성질을 가진다고 하여 부당지원행위의 규제대상이 되지 않는다고 할 수 없음. 또한, 주식회사의 신주발행에 관하여는 회사법, 증권거래법 등에 의하여 규율되고 공정거래법의 다른 규정에 의해서도 규제되고 있다고 하여 신주인수행위를 부당지원행위의 규제대상으로 삼을 수 없는 것은 아니고, 시가보다 높은 가격으로 신주를 인수하게 되면 그만큼 발행회사의 자본이 충실하게 되어 그로 인한 이익의 일부가 다시 신주인수인에게 귀속될 수 있으나, 이는 신주인수행위로 인한 간접적이고 반사적인 효과에 불과하므로 그러한 사정을 들어 신주인수행위가 부당지원행위의 규제대상이 되지 않는다고 할 수도 없음.

[SK네트웍스 외 2(SK 4차)의 SK해운 유상증자참여 건(대법원 2005. 4. 29. 선고 2004두3281 판결)]

□ 경영권 프리미엄 대가를 치르고 산 주식을 경영권 프리미엄 없이 매각한 부당지원 행위임

- 현대자동차가 계열회사 5개사로부터 현대제철의 발행 총 주식의 6.82%에 해당하는 830만주를 경영권을 취득하는 대가(이른바 '경영권 프리미엄')로 전일 증권거래소 종가인 1주당 4,800원보다 6.25% 높은 1주당 5,100원에 장외에서 매입하고, 여기에 자신이 이미 보유하고 있던 현대제철 발행 총 주식수의 4.70%에 해당하는 5,709,517주와 합쳐 11.52%의 지분을 확보함으로써 제1대 주주가 된 사실, 현대자동차는 이 사건 주식을 매입한지 11일 후인 2001.3.6. 자신이 보유하던 현대제철의 주식 전부를 시간외 종가매매를 통하여 1주당 4,830원에 기아자동차에 매각한 사실 등이 인정되는바, 현대자동차가 업무와 밀접한 관련이 있는 씨앤씨캐피탈 등으로부터 이 사건 주식을 경영권 프리미엄을 주고 장외매입한 후 기아자동차에 경영권 프리미엄 없이 시가로 장내 매각한 행위는 결과적으로 기아자동차로 하여금 현대자동차로부터 자금을 지원받은 것과 같은 효과를 발생시켜 기아자동차에 과다한 경제상 이익을 제공한 지원행위임.

[현대자동차 외 6의 부당지원행위 건(대법원 2007. 12. 13. 선고 2005두5963 판결⁽⁴³⁾)]

(43) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2008. 3. 19. 선고 2007누34424 판길)

- 이미 인수한 전환사채의 전환행위로 지원객체에게 경제상의 이익을 제공하는 것이라면 부당지원행위의 규제대상이 됨

- 이미 인수한 전환사채의 경우 그 전환권행사 여부가 전환사채권자의 일방적 의사에 의하여 이루어지는 것이라 하더라도 이는 실질적으로 전환사채와 주식을 교환하는 일종의 거래행위에 다름 아닌 것으로서 전환권행사를 이용하여 지원객체에게 경제활동의 정상성에 반하는 부당한 경제상의 이익을 제공하는 것이라면, 이는 법 제23조 제1항 제7호 소정의 지원행위가 될 수 있음.

[현대중공업 외 17개사(현대 3차)의 부당지원행위 건(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결⁴⁴⁾)]

- 전환사채 인수행위에 대한 제재처분이 있었어도 전환사채의 전환행위에 대한 처분은 이중제재가 아님

- 전환사채의 저가전환으로 인하여 지원객체에게 귀속된 경제상의 이익은 그 시기 및 경쟁제한의 효과에 있어 이에 앞선 전환사채의 인수자체를 통한 지원행위에 있어서의 그것과 전혀 별개의 것으로서 전환사채의 전환권행사가 전환사채의 인수행위와 연속된 것이라 하여 이를 통한 별개의 위반행위까지 1개의 행위로 간주할 수는 없는 것이므로, 전환사채의 인수행위에 대한 제재처분이 있다 하여 전환사채의 전환행위에 대한 제재처분을 2중의 제재로 볼 수는 없으며, 전환사채의 전환행위에 대한 과징금 산정시 반드시 이를 칠자하여야 하는 것도 아님.

[현대중공업 외 17개사(현대 3차)의 부당지원행위 건(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결⁴⁵⁾)]

2) 정상금리

가) 의미

- 개별정상금리가 일반정상금리를 하회하지 않을 것으로 인정되는 특별한 경우에는 당해 기업의 당좌대출금리(일반정상금리)를 정상금리로 적용할 수 있음

- 한국은행이 발표하는 시중은행의 매월 말 평균 당좌대출금리(일반정상금리)는 당좌대출계약을 기초로 한 일시적 단기성 대출금리로서 정상적인 기업어음 대출금리 등 일반대출금리보다

44) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2007. 6. 28. 선고 2007누3895 판결)

45) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2007. 6. 28. 선고 2007누3895 판결)

일반적으로 높기 때문에 개별정상금리를 산정하기 어렵다는 이유만으로 바로 일반정상금리를 정상금리로 적용할 수는 없다고 할 것이지만, 지원개체들은 1995년 이래 3년 연속적자를 내어 완전자분점식상태에 있던 회사로서 외부로부터의 자금차입에 제한을 받고 있었으므로 장기 기업어음의 발행이 사실상 어려웠고, 따라서 대부분 만기 1월~7일 정도의 최단기 기업어음을 발행하여 그때 그때의 자금결제에 급급한 실정에 있었기 때문에 이 사건 무보증전환사채를 계열회사 이외의 제3자가 인수하는 것이 객관적으로 불가능한 것으로 보이는 점 등 개별정상금리가 일반정상금리를 하회하지 않을 것으로 인정되는 특별한 경우에는 비록 개별정상금리를 구체적으로 확정할 수 없다고 하더라도 당해 기업의 당좌대출금리를 정상금리로 적용할 수 있다고 할 것인데 이 사건 무보증전환사채 발행 당시 경제상황이나 발행회사들의 재무상황에 비추어 지원개체들이 이미 부도에 직면하여 투자위험도가 매우 높아 외부로부터의 자금차입이 사실상 불가능한 상태에 있었던 점에 비추어 이 사건 무보증전환사채를 발행할 당월의 지원개체들의 당좌대출금리인 연 18.1%~30%를 개별정상금리로 볼 수 있음.

[현대 1차 사건(대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6197 판결⁴⁶⁾]

- 특별한 사정이 있으면 시중은행 평균 당좌대출금리(일반정상금리)를 정상금리로 적용할 수 있음
- 지원개체인 한라계열회사들은 이 사건 기업어음의 발행 당시 이미 부도에 직면하여 투자위험도가 매우 높아 외부로부터의 자금차입이 사실상 불가능한 상태에 있었기 때문에 설사 합인율이 높다고 하더라도 발행회사와 특수관계에 있지 아니한 제3자로서는 한라계열회사들이 발행한 기업어음을 인수할 가능성이 없었고, 실제로도 한라계열회사들이 신규 발행한 기업어음을 경우 종합금융회사들이 만기도래 기업어음을 연장해 주는 방편으로 이를 인수한 것 이외에는 기타 제3자인 비계열회사들이 한라계열회사들이 발행한 신규 기업어음을 인수한 사실은 전혀 없었던 점, 한국은행이 발표한 1997. 12. 31. 시중은행의 평균 당좌대출금리는 연 37.48%인 점 등에 비추어 보면, 한라계열사들이 이 사건 기업어음 발행 당시 현실적으로 자금을 조달할 수 있는 금리는 이자제한법 제1조 제1항 및 이자제한법제1조제1항의 최고이자율에 관한 규정상의 제한에도 불구하고 한국은행이 발표한 1997. 12. 31. 시중은행의 평균 당좌대출금리인 연 37.48%를 하회하지 않을 것으로 인정되고, 구체적인 개별정상금리를 합리적으로 산정하기 어려우므로 일반정상금리인 연 37.48%를 정상금리로 적용할 수 있음.

[현대 1차 사건(대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6197 판결⁴⁷⁾]

46) 파기환송 후 재상고심 확정(대법원 2008. 7. 1. 선고 2006두14735 판결)

47) 파기환송 후 재상고심 확정(대법원 2008. 7. 1. 선고 2006두14735 판결)

- 지원업체인 한라계열회사들은 이 사건 기업어음의 발행 당시 이미 부도에 직면하여 투자위험도가 매우 높아 외부로부터의 자금차입이 사실상 불가능한 상태에 있었기 때문에 설사 할인율이 높다고 하더라도 발행회사와 특수관계에 있지 아니한 제3자로서는 한라계열회사들이 발행한 기업어음을 인수할 가능성이 없었고, 실제로도 한라계열회사들이 신규 발행한 기업어음의 경우 종합금융회사들이 만기도래 기업어음을 연장해 주는 방편으로 이를 인수한 것 이외에는 기타 제3자인 비계열회사들이 한라계열회사들이 발행한 신규 기업어음을 인수한 사실은 전혀 없었던 점, 그럼에도 불구하고 유독 한라계열회사와 친족독립경영회사의 관계에 있는 원고 현대중공업 등 현대계열회사들만이 기업집단 차원에서 한라계열회사들 등의 부도 직전에 집단적으로 그 인수에 참여하여 한라계열 회사들 등으로부터 누려 5,535억 원에 달하는 기업어음을 당시의 당좌대출금리 연 37.48%보다 연 14.48% ~ 연 18.48% 낮은 할인율로 인수한 점 등에 비추어 보면, 한라계열회사들이 이 사건 기업어음 발행 당시 현실적으로 자금을 조달할 수 있는 금리는 이자제한법상의 제한에도 불구하고 한국은행이 발표한 1997. 12. 말 시중은행의 평균 당좌대출금리인 연 37.48%를 하회하지 않을 것으로 인정되고, 구체적인 개별정상금리를 합리적으로 산정하기 어려우므로 일반정상금리인 연 37.48%를 정상금리로 적용할 수 있음.

[현대 2차 사건(대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6203 판결⁴⁸⁾]

- 현대울산종금이 발행한 이 사건 각 후순위사채는 계약상의 상환기간 이전에 발행자가 국내 또는 외국에서 파산하거나 회사정리절차가 개시되거나 청산절차가 개시되는 경우 다른 모든 채권자가 변제받은 나중에 그 채권을 변제받고 발행자의 자금상황이 아무리 악화되더라도 만기 이전에 변제를 청구할 수 없는 일반적 후순위특약이 달린 무보증 회사채인 사실, 일반적으로 후순위사채의 수익률은 발행회사의 자금상태, 신용도 등에 크게 의존하는데, 이 사건 각 후순위사채 발행 당시에 현대울산종금의 재무구조가 매우 좋지 않았던 사실, 이 사건 각 후순위사채 발행 당시에 이 사건 각 후순위사채보다 변제조건 등이 훨씬 유리한 5년 만기 금융채의 수익률이 10.28%, 9.75%이고, 현대울산종금보다 신용등급이 높은 원고가 발행한 3년 만기 회사채의 수익률이 10.45%였던 사실, 이 사건 각 후순위사채 발행 당시에 장기금리가 단기금리보다 훨씬 높았고 장래 단기금리가 급등할 것으로 예상할 만한 특별한 징후도 없었던 사실을 각 알 수 있는바, 이에 비추어 보면, 이 사건 각 후순위사채의 개별정상금리는 그 누렵 현대울산종금이 다른 후순위사채를 발행한 일이 없어서 구체적으로 확정할 수는 없지만, 최소한 일반정상금리인 10.14%, 10.50%를 하회하지는 않았을 것으로 보이므로, 이 사건에서는 일반정상금리를 정상금리로 적용하여 지원금액을 산정할 수 있는 특별한 사정이 있다고 할 것임. 그렇다면 원심이 같은 취지로 일반정상금리를 적용하여 이 사건 각 후순위사채 매입으로 인한 원고의

48) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2006. 8. 9. 선고 2004다8431판결)

지원금액을 3,037,606,232원으로 산정한 다음 피고가 산정한 지원금액이 25억 원으로 위 금액을 넘지 아니하므로 위법하다고 볼 수 없다는 취지로 판단한 것은 정당함.

[현대중공업(현대4차)의 부당지원행위 건(대법원 2006. 4. 14. 선고 2004두3298 판결)]

□ 단순히 거래규모가 적다는 사정만으로 그 자금거래의 할인율을 개별정상금리로 삼을 수 없는 것은 아님

- 개별정상금리는 지원주체와 지원객체 사이의 자금거래와 정상할인율로 삼고자 하는 자금거래의 시기, 종류, 규모, 기간, 신용상태 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이지, 단순히 거래규모가 적다는 사정만으로 그 자금거래의 할인율을 개별정상금리로 삼을 수 없는 것은 아니라 할 것이어서, 대한알루미늄공업과 울산종합금융과의 거래실적이 같은 기간 동안 대한알루미늄공업의 총 거래실적의 2.41%에 불과하다고 하여 울산종합금융의 할인율을 정상할인율로 못 볼 바는 아니라 할 것이고, 해당 원고들이 내세우는 한미은행 등 금융기관의 인수할인율은 계열회사의 보증이 있는 어음에 대한 것이라서, 이 사건 무보증어음과 조건에 있어 유사한 경우에 해당하지 아니하여 이를 이 사건 기업어음 인수에 적용할 정상할인율로 볼 수 없음.

[현대중공업 외 17개사(현대 3차)의 부당지원행위 건(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결⁴⁹⁾)]

□ 중개기관을 통하여 발행·인수된 신용등급이 동일한 다른 회사 발행 기업어음의 할인율을 개별정상할인율로 삼을 수 있음

- 금강이 이 사건 기업어음 발행 내지 유사한 시점에 동종의 기업어음을 원고 현대전자산업이 아닌 제3자에게 발행한 바가 없으므로, 금강 발행의 이 사건 기업어음과 동일자에 이 사건 어음과 같은 형태로 중개기관인 동양종합금융 및 한국종합금융을 통하여 발행·인수된 금강과 신용등급(A2)이 동일한 원고 현대전자산업 등 다른 회사 발행 기업어음의 할인율을 개별정상할인율로 삼은 것에 잘못이 있다 할 수는 없으며, 또한 한국은행 발표의 기업어음 일별 할인율은 신용등급 A1 이상의 발행사가 발행한 기업어음의 거래시장에서의 평균 수익률인데 이를 할인율로 환산하면 금강의 신용등급과 동일한 A2 등급의 할인율보다 대부분 낮으므로 한국은행 발표의 기업어음 일별 할인율을 금강 발행의 이 사건 기업어음 중 일부의 정상할인율로 삼은 것에 잘못이 있다고 할 수 없음.

[현대중공업 외 17개사(현대 3차)의 부당지원행위 건(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결⁵⁰⁾)]

49) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2007. 6. 28. 선고 2007누3895 판결)

50) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2007. 6. 28. 선고 2007누3895 판결)

- 기업어음을 중개기관을 통하여 인수한 경우 정상금리와 비교할 실제적용금리는 지원객체의 기업어음을 중개기관이 매입한 할인율로 하여야 함
 - 원고 삼성전자는 경수종금이 발행한 기업어음을 매입하였고, 경수종금은 이와 거의 동일한 기간에 원고 삼성전자의 친족독립경영회사인 주식회사 새한이 반행한 기업어음을 매입한 이 사건에서 정상금리와 비교하여야 할 실제적용금리는 '새한 반행의 기업어음을 경수종금이 매입한 할인율'로 하여야 할 것이고, 삼성전자가 경수종금 발행의 기업어음을 매입한 금리로 적용할 것은 아님.
- [삼성생명보험 외 3(삼성 3차)의 부당지원행위 건(대법원 2007. 10. 26. 선고 2005두3172 판결)]
- 지원객체가 다른 제3자와 거래한 기업어음거래 할인율을 개별정상금리로 볼 수 있음
 - 이 사건 개별정상할인율로 지원주체인 원고 대우전자와 지원객체인 한국전기초자 사이의 당해 자금거래와 시기, 종류, 규모, 기간, 신용상태 등이 유사한 상황에서 한국전기초자와 특수관계가 없는 제3자인 한화종합금융, 아세아종합금융 및 동양종합금융 사이에서의 기업어음거래에서 이루어진 할인율을 적용한 것은 정당함.
- [대우 2차 사건(대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두2935 판결)]
- 제3자가 인수한 기업어음에 적용된 할인율을 정상금리, 개별정상할인율로 볼 수 있음
 - 현대리바트는 1995년 이래 3년 연속적자를 내어 완전자본잠식상태에 있던 회사로서 외부로부터의 자금차입에 제한을 받고 있었으므로 만기 91일의 기업어음의 발행이 사실상 어려웠고, 1998. 1. 12. 소외 제일종합금융 주식회사가 인수한 액면금 15억 원, 만기 1일의 기업어음을 연 40%의 할인율로 발행한 것을 비롯하여 대부분 만기 1일~7일 정도의 최단기 기업어음만을 연 33%~연 40%의 할인율로 반행함으로써 부도를 면하는 한편 이미 발행한 기업어음의 상환에 급급하여 다시 단기 기업어음을 발행하지 않을 수 없는 악순환 상태에 빠져 있었던 사실, 원고 현대중공업 주식회사는 1998. 1. 12. 현대리바트가 발행한 액면금 200억 원, 만기 91일의 이 사건 기업어음을 연 26%의 할인율로 인수한 사실, 현대리바트는 1998. 1. 30. 소외 한외종합금융 주식회사가 인수한 액면금 100억 원, 만기 31일의 기업어음을 연 35%의 할인율로 발행한 사실, 이 사건 기업어음 발행 당시 현대리바트의 당좌대출금리는 연 36%인 사실 등을 인정한 다음, 한외종합금융 주식회사가 1998. 1. 30. 인수한 현대리바트 발행의 액면금 100억 원, 만기 31일의 기업어음에 적용된 할인율 연 35%를 개별정상할인율로 보는 것이 상당하고, 한편 개별정상할인율 연 35%보다 연

9%나 낮은 연 26%의 할인율을 적용하여 이 사건 기업이음을 인수한 것은 현저히 유리한 조건의 거래에 해당함.

[현대 2차 사건(대법원 2004. 4. 9. 선고 2001누6203 판결⁵¹⁾]

□ 정상금리를 산정함에 있어 증권회사가 작성한 금리기준표상 지원객체 회사의 신용등급 최저할인율을 기준으로 할 수 있음

- 공정위는, 원고들의 이 사건 기업이음의 매입행위 당시 개별정상할인율로 삼을 수 있는 에스케이증권과 특수관계 없는 자와 사이에 에스케이증권 발행의 기업이음을 실제 거래한 사례가 포착되지 않는다는 이유만으로 곧바로 일반정상금리를 정상할인율로 적용하였으나, 이는 타당하지 않으므로 이하에서는 에스케이증권과 특수관계가 없는 독립된 자 사이에 기업이음 기래가 이루어진 경우에 적용된 할인율을 찾아보기로 함. 에스케이증권이 이 사건 각 기업이음을 발행할 당시의 신용등급은 B등급이었던 사실, 삼성증권 작성의 금리기준표는 1997. 8. 1부터 1998. 6. 30.까지 사이에 삼성증권이 취급한 기업이음을 발행한 회사들의 신용등급별로 그 최저한인율과 최고할인율을 정리한 것인데, 1998. 1.부터 6.까지의 이 사건 각 기업이음의 매입사점에 있어서는 신용등급이 B인 회사의 최저할인율이 17~36%인 사실, 원고 에스케이의 별지 제2목록 “1. 원고 에스케이의 매입내역” 순번 2번 기재 기업이음의 반행할인율은 20.1~20.4%(매입할인율에 중개기관의 수수료 0.2~0.5%를 더한 수치이다)로 추단되는데 당시의 최저할인율은 24%여서 그 차이가 3.6~3.9%에 이르는 사실 등을 인정할 수 있으므로, 이 사건 금리기준표상의 B등급(에스케이증권의 신용등급임) 기업에 대한 최고할인율과 신용등급을 알 수 없는 매리츠종합금융의 위 거래내역상의 최고할인율을 비교해보더라도 극히 일부의 예외를 제외하고는 위 각 최고할인율이 서로 대동소이한 사실을 인정할 수 있으므로, 이 사건 금리기준표상의 기업이음 할인율을 이 사건 기업이음의 정상할인율로 봄에 있어서 원고들이 주장하는 하자가 있다고 할 수 없음.
- 거래조건의 현저성에 관하여 일률적인 기준을 정하기가 쉽지는 아니하나, ① 정상금리 자체가 경제사정에 따라서는 유동적인 점, ② 어떤 특정시점에 일정한 기준에 따라 산정한 정상금리가 반드시 정확하다고는 볼 수 없는 점, ③ 실제 거래에 있어서 1% 정도의 금리는 그 거래의 중개료, 비용 등으로 지출될 수 있는 점, ④ 부당지원행위의 경우 형사처벌의 대상도 된다는 점 등에 비추어 보면, 일단 실제적용금리가 정상금리와 최소한 2~3% 이상 차이가 나고, 정상금리와 실제적용금리의 차이가 정상금리와 비교하여 대략 20% 이상의 차이가 발생해야 한다고 봄(원고는, 상속세 및 증여세법

51) 파기환송 후 고발 확정(서울고법 2006. 8. 9. 선고 2004나8431판결)

시행령 제26조 제1항, 제2항 또는 법인세법 시행령 제35조 제2호의 규정을 유추적용하여 실제적용할인율이 정상한인율의 30%정도 되어야 현저성이 인정된다는 취지로 주장하나, 이는 받아들이기 어려움).

[에스케이 외 8(에스케이 3차) 부당지원행위 건(서울고법 2008. 1. 24. 선고 2006누29142 판결-환송심⁵²⁾)]

□ 만기 등에 상당한 차이가 있는 공모사채의 수익률을 정상금리로 본 것은 위법함

- 이 사건 사모사채와 위 공모보증사채는 발행금액, 발행방식 등에 있어 차이가 있을 뿐만 아니라, 이 사건 사모사채는 만기가 6년인 반면 위 공모보증사채의 만기는 3년으로서 상당한 차이가 있고, 이 사건 사모사채 인수 당시는 이른바 IMF사태로 인한 비정상적 고금리 상태로서 전반적으로 금리가 하향하는 추세에 있어 장기금리가 단기금리보다 낮게 책정되었던 사실 등을 알 수 있음. 그렇다면 원심으로서는 만연히 위 공모보증사채의 수익률을 정상금리로 보고 이 사건 사모사채의 금리가 현저히 낮은 것인지 여부를 판단할 것이 아니라, 엘지전자 내지는 엘지전자와 동일 또는 유사한 신용등급의 회사가 이 사건 사모사채와 시기, 규모, 만기 등의 면에서 동일 또는 유사한 사채를 발행한 적이 있는지 여부 등에 관하여 심리한 다음, 그 사채의 금리를 정상금리로 보고 이 사건 사모사채의 금리가 현저히 낮은 것인지 여부를 판단하였어야 할에도 불구하고, 이와 달리 만기 등에 있어서 상당한 차이가 있는 위 공모사채의 수익률을 정상금리로 판단하고 말았으니, 이러한 원심판결에는 정상금리 산정에 관한 법리를 오해하고 심리를 다하지 아니한 위법이 있다고 할 것임.

[LIG손해보험(LG3차)의 부당지원행위 건(대법원 2006. 9. 14. 선고 2004두3267 판결⁵³⁾)]

* 참고: 삼성생명보험 외 3(삼성 3차)의 부당지원행위 건(대법원 2007. 10. 26. 선고 2005두3172 판결)

□ 공모 회사채 금리를 곧바로 사모 회사채 정상금리로 볼 수는 없으나 개별정상금리의 최하한을 추단하는 수단으로 활용할 수 있음

- 원고는 이 사건 자금을 대여할 당시 오로지 중소기업은행으로부터만 신용대출을 받고 있었고, 다른 금융기관으로부터는 신규 차입이 불가능한 상황이었음. 피고는 원고가 중소기업은행으로부터 실제로 차입한 대출상품과 비교하여 동일한 조건일 경우에 그

52) 재상고심(대법원 2008. 5. 15. 선고 2008두3517 판결)은 심리불속행 기각함

53) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2006. 12. 21. 선고 2006누22745 판결)

금융기관이 제공할 수 있는 금리를 산출하였는바, 그 금리가 통상의 거래당사자가 상대방의 경영상황 등을 고려하였을 경우 보편적으로 선택하였으리라 보이는 현실적인 금리 수준을 크게 상회한 것이라고 보이지 않음.

- 공모 회사채의 금리를 곧바로 사모 회사채의 정상금리로 볼 수 없기는 하나, 개별정상금리의 최하한을 추단하는 수단으로는 활용할 수 있다고 할 것임. 더욱이 피고는 공모 회사채의 금리를 산정하면서 이 사건 회사채 인수행위 당시 원고의 신용등급 등 거래조건보다 우위 조건에 있는 공모 회사채의 금리와 비교하는 방법으로 개별정상금리의 최하한을 추단하고자 하였음.

[동화청과(주) 및 주(주)팜한농의 주(주)동부팜에 대한 부당지원행위에 대한 건(서울고법 2020. 1. 15. 선고 2019누38788 판결, 고법 확정)]

나) 판단기준

□ 기업어음의 정상금리를 산정함에 있어 만기의 장·단도 고려대상임

- 이 사건 제2어음(364일물)과 제3어음(199일물)에 있어서는, 발행기업 및 매입일자가 같은 기업어음을 사이에도 만기의 장·단에 따라 시장에서 매입 할인율에 차이가 있고 특히 위 각 어음의 매입 당시인 IMF직후에는 비정상적인 고금리상태로부터 전반적으로 금리가 하향하는 추세에 있어 장기금리는 단기금리보다 낮게 책정되었던 점 등을 고려할 때, 발행회사가 같고 매입일자가 같거나 유사하다는 이유만으로 만기까지의 기간에 상당한 차이가 있는 90일물과 4일물 기업어음의 각 매입 할인율을 정상금리로 적용할 수는 없음.

[현대 계열분리 사건(대법원 2004. 4. 23. 선고 2001두6517 판결⁵⁴⁾]

□ 기업어음의 정상금리 산정은 동일 또는 가장 근접한 시점의 거래에 적용된 할인율로 하여야 함

- 지원주체가 지원객체 발행의 기업어음을 매입함에 있어서 그와 동일한 방법으로 동일 또는 근접한 시점에 특수관계 없는 독립된 자가 지원객체 발행의 기업어음을 매입한 사례가 있는 경우 그 기업어음의 정상할인율은 동일한 시점의 거래가 있으면 그 거래에 적용된 할인율로, 동일한 시점의 거래가 없으면 당해 기업어음 매입행위와 가장 근접한 시점의 거래에 적용된 할인율로 봄이 상당하고, 동일한 시점 또는 가장 근접한 시점의 거래가 다수 있으면 그 가중평균한 할인율로 봄이 상당함.

[삼성물산 외 1(삼성 2차)의 부당지원행위 건(대법원 2006. 7. 27. 선고 2004두1186 판결)]

54) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2005. 5. 25. 선고 2004누8455 판결)

□ 기업어음을 중개기관을 통하여 인수한 경우 정상금리와 비교할 실제적용금리는 지원주체의 매입할인율이 아닌 발행할인율을 기준으로 하여야 함

- 기업어음을 중개기관을 통하여 인수한 경우에 있어서 정상할인율과 비교하여야 할 실제할인율은 지원업체에게 제공되는 자금의 실제할인율인 기업어음의 발행할인율을 기준으로 하여야 하는 것이지 발행금액에다가 중개기관에 지급하는 수수료 등 경비를 포함한 지원주체의 매입할인율을 기준으로 할 것이 아니고, 지원금액도 지원주체가 지출한 금액이 아니라 지원업체가 받았거나 받은 것과 동일시할 수 있는 경제상 이익만을 의미하는 것으로 보아야 함.

[현대 1차 사건(대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6197 판결⁵⁵⁾)]

□ 정상할인율과의 차이는 물론 지원주체가 얻은 수익과 지원업체가 지출한 비용 등도 종합적으로 고려하여 '현저히 유리한 조건'으로 이루어졌는지 여부를 판단하여야 함

- 지원주체인 보험회사가 영업 차원에서 지원업체로부터 단체보험을 유치하고 보험료를 납입받으면서 그 대가로 특정금전신탁의 방법을 통하여 지원업체가 발행한 기업어음을 매입하였다면, 지원주체가 그 기업어음을 매입할 당시에 적용한 할인율과 위에서 본 바와 같은 정상금리(정상할인율)와의 차이는 물론 그 보험계약과 관련하여 지원주체가 얻은 수익과 지원업체가 지출한 비용 등도 종합적으로 고려하여 그 기업어음의 거래가 지원업체에게 '현저히 유리한 조건'으로 이루어졌는지의 여부를 판단하여야 할 것임.

[삼성생명의 중앙일보 부당지원행위 건(대법원 2006. 11. 9. 선고 2004두12049 판결)]

* 참고: 삼성생명의 한솔제지 부당지원행위 건(대법원 2006. 9. 22. 선고 2004두3250 판결)

□ 실제 적용된 금리가 그보다 우위인 거래행위의 정상금리 수익률보다 오히려 낮은 때에는 그와 같은 금리수준도 현저히 유리한 조건의 거래에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 참작할 수 있음

- 당시 위 각 후순위사채의 정상수익률을 구체적으로 특정하기는 어려우나 일반 사채에 비하여 변제순위가 후순위이고 만기 이전에 변제를 청구할 수 없었으며 무담보였던 특성 등에 비추어 그 각 정상수익률이 일반 회사채의 수익률보다는 통상 높아야 함에도 불구하고, 실제적용금리는 2001. 12. 27. 및 2002. 12. 20. 각 발행된 5년 만기, BBB-등급의 공모 회사채 수익률 12.32%, 10.08%보다도 오히려 3.47%, 2.54% 이상 낮을 뿐만 아니라,

55) 파기환송 후 재상고심 확정(대법원 2008. 7. 1. 선고 2006두14735 판결)

위 각 후순위사채의 거래규모가 상당한 정도에 이르는 점 등을 알 수 있는바, 비록 위 회사채의 발행조건이 위 각 거래행위의 거래조건들에 비하여 만기나 신용등급 등의 면에서 우위를 점하고 있는 것으로 보여 위 회사채의 수익률을 그대로 위 각 거래행위의 정상급리로 삼을 수는 없다고 하더라도, 위 각 거래행위에 실제로 적용된 금리는 위 각 거래행위의 정상급리의 최하한을 어느 정도 추단할 수 있게 해 주는 위 회사채의 수익률보다도 뚜렷이 낮을 뿐만 아니라 위 각 거래행위의 규모도 상당히 크다고 할 것이므로, 이러한 사정들을 종합해 보면 위 원고들의 위 각 거래행위는 모두 현저히 유리한 조건의 거래에 해당함.

[금호산업 외 3의 부당지원행위 건(대법원 2008. 6. 26. 선고 2006두8792 판결⁵⁶⁾]

※ 참고: 동양레저 외 1의 부당지원행위 건(서울고법 2007. 7. 11. 선고 2006누10223 판결, 고법 확정)

3) 지원금액

- 지원금액은 지원주체가 지출한 금액이 아니라 지원객체가 받았거나 받은 것과 동일시할 수 있는 경제상 이익만을 의미하는 것으로 보아야 함
- 특정한 자금 또는 자산거래에 있어서 정상할인율과 실제할인율을 비교하는 것은 당해 거래행위가 지원객체에게 '현저히 유리한 조건'의 거래인지 여부와 그로 인하여 지원객체가 속한 관련시장에서 경쟁을 저해하거나 경제력집중을 야기하는 등으로 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지 여부를 판단하기 위한 것이므로, 기업어음을 중개기관을 통하여 인수한 경우에 있어서 정상할인율과 비교하여야 할 실제할인율은 지원객체에게 제공되는 자금의 실제할인율인 기업어음의 발행할인율을 기준으로 하여야 하는 것이지 발행금액에다가 중개기관에 지급하는 수수료 등 경비를 포함한 지원주체의 매입할인율을 기준으로 할 것이 아니고, 지원금액도 지원주체가 지출한 금액이 아니라 지원객체가 받았거나 받은 것과 동일시할 수 있는 경제상 이익만을 의미하는 것으로 보아야 함. 그럼에도 불구하고, 원심은 위 원고들이 중개기관을 통하여 이 사건 기업어음을 매입함에 있어서 적용한 매입할인율을 실제할인율로 보아 지원금액을 산정한 것이 정당하다고 판단하였으니, 거기에는 실제할인율이나 지원금액의 산정에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것임.

[현대 1차 사건(대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6197 판결⁵⁷⁾]

※ 참고: 현대 2차 사건(대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6203 판결⁵⁸⁾), 현대 3차 사건(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결)

56) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2009. 1. 22. 선고 2008누18399 판결)

57) 파기환송 후 저상고심 확정(대법원 2008. 7. 1. 선고 2006두14735 판결)

58) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2006. 8. 9. 선고 2004누8431판결)

- 지원금액은 지원주체가 지원객체에게 제공하는 경제적 급부의 정상가격에서 그에 대한 대가로 지원객체로부터 받는 경제적 반대급부의 가격을 차감한 금액을 말하며, 부수적으로 제3자에게 지출한 비용은 지원금액에 포함되지 않음
 - '지원금액'은 지원행위와 관련하여 지원주체가 지출한 금액 중 지원객체가 속한 시장에서 경쟁을 제한하거나 경제력 집중을 야기하는 등으로 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 '지원객체가 받았거나 받은 것과 동일시할 수 있는 경제적 이익'만을 의미하는 것이지 지원과정에서 부수적으로 제3자에게 지출한 비용은 포함되지 않는다고 할 것이므로 1997. 12. 8.부터 1998. 3. 30.까지 원고 삼성전자의 새한에 대한 지원행위에 있어서 우회지원과정에서의 비용, 즉 원고 삼성전자가 경수종금 발행의 기업어음을 매입한 금리와 경수종금이 새한 발행의 기업어음을 매입한 금리의 차이로 인하여 경수종금에 귀속된 이익에 해당하는 부분은 지원금액에 포함되지 않는다 할 것임.
[삼성생명보험 외 3(삼성 3자)의 부당지원행위 건(서울고법 2005. 1. 27. 선고 2000누4783 판결⁵⁹⁾]
- 전환사채의 특성상 지원객체가 받은 구체적인 경제적 이익을 산정하기 곤란하여 지원금액을 산출하기 어려운 경우에 해당함
 - 특정한 자금 또는 자산거래에 있어서 지원금액은 지원주체가 지출한 금액이 아니라 지원객체가 받았거나 받은 것과 동일시할 수 있는 경제상 이익만을 의미하는 것으로 보아야 할 것인바(대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6197 판결 등 참조), 전환사채의 전환권행사는 사채와 주식의 교환이라는 거래행위의 성격 외에 단체법적인 출자행위의 성격도 가지고 있어 전환사채의 전환권행사로 지원객체인 사채발행회사가 얻은 구체적인 경제적 이익을 산정하기 곤란하고, 그 결과 이 사건 전환사채의 전환권행사 행위는 지원금액을 산출하기 어려운 경우에 해당한다고 할 것임. 이 사건 전환시채의 전환권행사 행위와 관련된 피고의 처분이 적법하다고 본 원심의 판단에는 위와 같은 취지의 판단이 포함된 것이라 한 것이고, 거기에 상고이유 주장과 같은 지원금액 산정방법에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없음.
[현대중공업 외 17개사(현대 3자)의 부당지원행위 건(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결⁶⁰⁾]

59) 삼고심(대법원 2007. 10. 26. 선고 2005누3172 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

60) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2007. 6. 28. 선고 2007누3895 판결)

□ 유상증자에 따른 신주인수의 특성상 지원객체가 받은 구체적인 지원금액을 산출하기 어려움

- 유상증자에 따른 신주인수는 신주 발행회사와 신주인수인 사이의 주식 또는 주권의 거래행위로서의 성격 외에 단체법적인 출자행위의 성격도 가지고 있어 신주인수로 지원객체인 신주 발행회사가 얻은 구체적인 경제적 이익을 산정하기 곤란하고, 그 결과 이 사건 유상증자 참여행위는 지원금액을 산출하기 어려운 경우에 해당한다고 할 것임. 이 사건 유상증자 참여행위와 관련된 피고의 처분이 적법하다고 본 원심의 판단에는 위와 같은 취지의 판단이 포함된 것이라 할 것이고, 거기에 상고이유 주장과 같은 지원급액 산정방법에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없음.

[현대중공업 외 17개사(현대 3차)의 부당지원행위 건(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결⁶¹⁾)]

□ 정상할인율과 실제할인율의 차액을 지원금액으로 볼 수 있음

- 원고 현대자동차 외 18개사가 이 사건 무보증전환사채를 인수한 것은 경영난에 처한 지원객체들의 자금난을 호전시키기 위한 것으로 그로 인하여 지원객체들에게 각각 인수금액에 대한 정상할인율과 실제할인율의 차액에 해당하는 33억 1,400만 원, 2억 3,000만 원 상당의 과다한 경제적 이익을 제공한 것임.

[현대 1차 사건(대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6197 판결⁶²⁾)]

* 참고: 현대 2차 사건(대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6203 판결⁶³⁾)

- 원고의 이 사건 기업어음 인수행위는 한국전기초자에 대하여 200억 원의 자금을 직접 지원하는 이외에도 실제 매입할인율과 정상할인율의 차이에 해당하는 금액인 2,897만 원의 경제상 이익을 제공한 것이고, 이로 인하여 한국전기초자로 하여금 당해 시장에서의 종전의 지위를 계속 유지할 수 있게 함으로써 당해 시장에서의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있다고 할 것이므로 부당지원행위에 해당함.

[대우 2차 사건(대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두2935 판결)]

61) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2007. 6. 28. 선고 2007누3895 판결)

62) 파기환송 후 재상고심 확정(대법원 2008. 7. 1. 선고 2006두14735 판결)

63) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2006. 8. 9. 선고 2004누8431 판결)

□ 대환의 형식으로 기업어음이 발행된 경우 이는 별개의 거래행위라고도 볼 수 있으므로, 위 발행금액을 합산하여 지원성 거래규모를 산정할 수 있음

- ① 국민투자신탁이 민영화 방침에 따라 대규모 기업집단 '현대'에 편입되어 상호변경을 거쳐 원고 현대투자신탁증권이 되었는데, 법인분리와 함께 1998. 3. 1자로 투자신탁의 운용업무가 원고 현대투자신탁운용으로 이전되면서 신탁재산이 양도된 것이고, 원심판결 <별지 6>에서 보는 바와 같이 국민투자신탁의 매입은 법인분리 이전에 이루어진 것인바, 이와 같이 원고 현대투자신탁증권의 기업어음 인수로 인한 지원행위 이후에 그에 이용된 신탁재산 및 영업권이 포괄적으로 원고 현대투자신탁운용에게 양도되었다고 하여 이미 성립한 공정거래법상 위반행위에 대한 책임까지 원고 현대투자신탁운용에게 전가되는 것은 아니라 할 것이고, ② 만기연장을 위한 대환 형식으로 기업어음이 발행된 경우 이는 구채무의 소멸과 동액의 신채무의 부담이라는 별개의 거래행위라고도 볼 수 있으므로, 대환의 형식으로 기업어음의 인수가 이루어진 경우 그 금액을 합산하여 지원성 거래규모를 산정하였다 하여 거기에 무슨 잘못이 있다고는 할 수 없음.

[현대중공업 외 17개사(현대 3차)의 부당지원행위 건(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결⁶⁴⁾)]

□ 비상장주식의 정상가격 산정은 부당지원행위 심사지침에 의하여 공정위 스스로 평가할 수도 있음

- 부당지원행위 심사지침은 시기를 산정하기 어렵고 시기가 실세기래가격보다 높은 것으로 보는 것이 합리적일 경우에는 상속세 및 증여세법 제4장(재산의 평가) 및 동법시행령 제4장(재산의 평가)에서 정하는 방법을 준용할 수 있도록 하고 있고, 상증세법시행령 제56조 제1항 제2호는 재정경제부령이 정하는 기준에 따른 1주당 추정이익에 의하고자 할 경우에는 재정경제부령이 정하는 신용평가전문기관 또는 공인회계사법에 의한 회계법인 중 2 이상의 신용평가전문기관 또는 회계법인이 산출한 추정이익의 평균가액에 의하여야 한다고 규정하고 있으나, 이 사건 심사지침은 피고 내부의 사무처리준칙에 불과하므로 (대법원 2004. 4. 23. 선고 2001두6517 판결 참조) 피고가 위 심사지침에서 원용하고 있는 상증세법시행령 제56조 제1항 제2호에서 추정이익을 산출할 수 있도록 한 평가기관에 의뢰하지 않고 스스로 위 규정에 따른 방법으로 주식을 평가하였다고 하더라도 그것만으로는 그 평가가 부적절한 것이라고 할 수는 없고(다만, 위 평가기관에 의뢰하여 평가함으로써 그 평가에 대한 신뢰도를 높일 수 있을 것이다), 따라서 그 평가 방법이

64) 파기환송 후 고법 확증(서울고법 2007. 6. 28. 선고 2007누3895 판결)

주식의 객관적인 가치를 반영할 수 있는 적절한 것인지, 그 방법에 의한 가격산정에 다른 잘못은 없는지 여부 등에 관하여 나아가 살펴보아야 할 것임.

[삼호의 대림정보통신 주식 저가매각 건(대법원 2005. 6. 9. 선고 2004두7153 판결⁶⁵⁾)]

* 참고: 대법원 2005. 10. 28. 선고 2003다69638 판결, 대법원 2001. 9. 28. 선고 2001도3191 판결

□ 장래에도 계속 성장할 것으로 예상되는 기업의 주식가격은 미래의 추정이익을 기준으로 하여 산정함

- 대림정보통신이 영위하는 정보통신사업의 일종인 시스템통합사업 관련시장은 1995년 이후 본격적으로 발전하기 시작하여 연평균 15% ~ 25%의 비율로 시장규모가 확대되어 왔고, 2000년도에도 20% 이상 확대될 것으로 전망되었던 사실, 대림정보통신은 1998년 일명 IMF 사태로 인하여 1% 성장한 외에는 1995. 3. 29. 설립된 이래 1999년도까지 연평균 20%를 훨씬 넘는 비율로 매출액이 증가하였고, 2000년도 경영계획상 매출액이 1999년의 485억 원에서 580억 원으로 18.7% 증가하고 순이익 또한 12억 원의 적자에서 15억 원의 흑자로 반전될 것으로 예상한 사실을 각 알 수 있는 바, 위와 같이 급속히 발전할 것으로 전망되는 정보통신 관련 사업을 영위하면서 장래에도 계속 성장할 것으로 예상되는 기업의 주식가격은 기준시점 당시 당해 기업의 순자산가치 또는 과거의 순손익가치를 기준으로 하여 산정하는 방법보다는 당해 기업의 미래의 추정이익을 기준으로 하여 산정하는 방법이 그 주식의 객관적인 가치를 반영할 수 있는 보다 적절한 방법임. 그럼에도 불구하고, 대림정보통신의 미래의 추정이익을 기준으로 하지 않고 대림정보통신의 순자산가치를 기준으로 하여 평가한 주식가격을 정당하게 평가된 가격이라고 판단한 것에는 정상가격의 산정에 관한 법리를 오해한 위법이 있음.

[삼호의 대림정보통신 주식 저가매각 건(대법원 2005. 6. 9. 선고 2004두7153 판결⁶⁵⁾)]

□ 미래의 추정이익을 기준으로 주식가격을 산정하는 경우 그 추정이익은 그 기준시점 당시 경제 현황 및 전망, 기업내부 경영상황, 사업계획 등을 종합적으로 고려하여 산정하여야 함

- 당해 기업의 미래의 추정이익을 기준으로 주식가격을 산정하고자 할 경우 미래의 추정이익은 그 기준시점 당시 당해 기업이 영위하는 산업의 현황 및 전망, 거시경제전망,

65) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2006. 2. 8. 선고 2005누13645 판결)

66) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2006. 2. 8. 선고 2005누13645 판결)

당해 기업의 내부 경영상황, 사업계획 또는 경영계획 등을 종합적으로 고려하여 산정하여야 할 것임. 따라서, 원심으로서는 이 사건 주식양도 이후 대림정보통신과 같은 시스템통합사업분야의 업체를 비롯한 소위 벤처기업의 주가가 내려간 적이 있다거나 국내 시스템통합사업이 반드시 미래에도 고도의 성장을 할 것으로 단정할 수 없다는 등의 이유를 들어 공정위가 산정한 이 사건 주식가격을 정상가격으로 볼 수 없다고 할 것이 아니라, 이 사건 주식양도 당시 대림정보통신이 영위하는 시스템통합사업의 현황 및 전망, 거시경제전망, 대림정보통신의 내부 경영상황, 사업계획 또는 경영계획 등에 관하여 심리한 다음 위 주식가격이 그 당시의 객관적인 가치를 반영하는 적절한 것인지에 관하여 판단하였어야 함.

[삼호의 대림정보통신 주식 저가매각 건(대법원 2005. 6. 9. 선고 2004두7153 판결⁶⁷⁾)]

4) 구체적 사안

① 기업어음 고가매입

- 지원객체가 발행한 기업어음을 낮은 할인율을 적용하여 고가로 매입한 행위는 부당지원행위임
- 대한알루미늄공업 발행의 기업어음 인수행위가 부당지원행위인지 여부를 살펴보면, 위 〈별지 6〉 일련번호 1 내지 35 기재 기업어음 인수의 경우, 원고 현대강판 등 인수자들이 지원객체인 대한알루미늄공업이 비슷한 시기에 비계열 금융기관인 을산종합금융으로부터 독립적으로 차용한 할인율보다 15~3% 낮은 금리(원심이 15~5%라고 한 것은 오기이다)로 대한알루미늄공업 발행의 기업어음을 인수하여 지원객체에게 현저한 경제상의 이익을 제공하였다 할 것이고, 그 당시 대한알루미늄공업의 재무구조와 다른 계열사들의 조직적인 지원행위 등을 감안하면 이러한 기업어음의 고가인수는 대한알루미늄공업의 자금력을 제고시키고, 경쟁사업자에 비하여 경쟁조건을 상당히 유리하게 하거나, 알루미늄압연제품 시장의 유력한 사업자인 대한알루미늄공업의 지위를 유지 또는 강화하여 공정한 경쟁을 저해하거나 저해할 우려가 있는 부당지원행위라 할 것이나, 위 〈별지 6〉 일련번호 36 내지 41 기재 기업어음 인수의 경우 정상할인율과 발행할인율의 차이가 불과 2%에 불과하고, 그 당시 이른바 IMF 사태로 인하여 금융시장이 경색되어 있고 거래대상 및 시기에 따른 금리의 변동폭 또한 적지 아니하였던 점 등에 비추어 원고 현대투자신탁 운용이 인수한 일련번호 36 내지 41 기재 기업어음 인수는 현저한 지원행위로 볼 수 없다고 할 것임.

67) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2006. 2. 8. 선고 2005누13645 판결)

- 원심판결의 〈표 13〉 기재의 정상할인율과 발행할인율을 기준으로 금강 발행의 기업어음 인수행위가 부당지원행위인지 여부를 살펴보면, 정상할인율과 발행할인율의 차이가 6.45% 내지 24.86%이고, 그 당시 금강이 건축경기 부진으로 매출액이 격감하고 환율 상승으로 인한 외화부채 원리금 상환부담이 증가하는 등 자금수급 사정이 매우 어려웠던 점, 기업어음 매입총액 1,942억 원은 금강의 1998년 매출액의 36.3%에 이르는 적지 않은 규모이며, 원고 현대전자산업 역시 1997년 당기순손실이 1,835억 원에 이를 정도로 재무구조가 열악하였던 점 등을 감안하면, 원고 현대전자산업이 금강 발행 기업어음을 정상할인율보다 6.45~24.89% 정도 낮은 금리로 인수하여 지원업체에게 현저한 경제상의 이익을 제공하였다 할 것이고, 이로 인하여 지원업체의 자금력을 제고시키고, 경쟁사업자에 비하여 경쟁조건을 상당히 유리하게 하거나, 관련시장인 건자재 및 판유리 시장에서 유력한 사업자의 지위를 유지·강화하여 공정한 경쟁을 저해하거나 저해할 우려가 있는 부당지원행위를 하였다고 할 것임.

[현대중공업 외 17개사(현대 3차)의 부당지원행위 건(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결⁶⁸⁾)]

□ 정상할인율보다 2~7% 정도 낮은 할인율로 기업어음을 인수한 행위를 부당한 지원 행위로 볼 수 있음

- ① 한국전기자는 국내 유리밸브 시장점유율 2위인 회사로서, 원고 대우전자와는 동일한 대규모기업집단 소속 계열회사이고 사업구조 및 경영자배구조에서 수직계열화된 회사인 점, ② 위 원고가 한국전기초자 발행의 기업어음을 매입할 당시 한국전기초자는 국내시장 점유율이 격감하고 기액의 적자가 발생하는 등 심각한 자금난을 겪고 있었던 점, ③ 위 원고는 정상적인 자금운용의 한 방법으로 이 사건 기업어음을 매입한 것이 아니라 자신도 시중자금의 경색으로 자금을 보수적으로 운용하는 형편에 처해 있었음에도 불구하고 한국전기초자의 요청에 따라 부득이 이 사건 기업어음을 매입하게 되었으며, 매입한 기업어음의 액면금액이 200억 원으로서 당시 한국전기초자가 금융기관으로부터 차입한 차입금의 28.9%에 달하는 급액인 점, ④ 한편 위 원고는 한국전기초자가 같은 날짜에 발행한 다른 기업어음에 비하여 2~7% 낮은 할인율로 매입하였는데, 기업어음의 할인율은 주로 발행회사의 신용도 등에 의해 결정되고, 위 원고는 종합금융회사의 중개에 기하여 기업어음을 매입한 것이 아니라 한국전기초자의 사전 요청에 따라 기업어음을 매입하였고 중개 종합금융회사는 형식적 역할만을 수행하였을 뿐이므로 할인율을 정함에 있어 중개 종합금융회사의 신용도가 고려될 상황이 아니었음에도 위 원고가 위와 같이 낮은 할인율로 기업어음을 매입한 것은 이례적으로 보이는 점 등을 근거로, 위 원고의 이 사건 기업어음 인수행위는 한국전기초자에 대하여 200억원의 자금을 직접 지원하는

68) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2007. 6. 28. 선고 2007누3895 판결)

이외에도 실제 매입할인율과 정상할인율의 차이에 해당하는 금액인 2,897만원의 경제상 이익을 제공한 것이고, 이로 인하여 한국전기초자로 하여금 당해 시장에서의 종전의 지위를 계속 유지할 수 있게 함으로써 당해 시장에서의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있다고 할 것으로 부당지원행위에 해당함.

[대우 2차 사건(대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두2935 판결)]

□ 기업어음을 정상금리(35%)보다 저리(9%)로 인수한 행위를 부당한 지원행위로 볼 수 있음

○ 원고 현대중공업과 현대리바트는 동일한 대규모기업집단에 속하는 계열회사 관계에 있는 점, 현대리바트는 3년간 연속적자로 자본잠식상태에 있었고 만기 1일~7일 정도의 최단기 기업어음만을 발행하여 부도를 낙기에 급급한 상태로, 영리를 추구하는 통상의 기업이라면 현대리바트의 기업어음을 인수하기 어렵다고 보인에도 불구하고 위 원고는 만기가 장기인 이 사건 기업어음을 인수하였을 뿐만 아니라 그 인수금액 200억 원은 현대리바트의 1997년도 당기 순손실액 457억 9,500만 원의 46.5%에 달하는 상당한 규모인 점, 위 원고가 이 사건 어음을 인수함으로써 현대리바트에게 위 인수금액에 대한 정상할인율과 실제할인율의 차액에 해당하는 4억 4,800만 원 상당의 과다한 경제상 이익을 제공한 점, 불과 2달 후에 다른 계열회사들도 현대리바트의 전환사채 500억 원 상당을 인수하는 등 대규모기업집단 「현대」의 계열회사들이 조직적으로 현대리바트를 지원하였다고 보이는 점, 이 사건 기업어음인수 당시 가구업계의 경쟁업체 중 2개 회사가 법정관리 절차에 들어갔으나 영업활동은 계속하였다고 보이고 나머지 가구업체들은 정상적으로 영업을 하고 있는 등 이 사건 기업어음인수 당시 실질적으로 경쟁업체가 존재하지 않는다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 설령 현대리마트의 경쟁업체가 존재하지 않는다고 하더라도 현대리바트에 대한 지원으로 인하여 신규 업체의 시장진입을 억제할 수 있으므로 관련시장에서의 경쟁을 저해한 것이 아니라고 할 수 없는 점 등 여러 사정을 고려하여 볼 때, 위 원고가 경영난에 처한 현대리바트 발행의 기업어음을 현대리바트에게 현저히 유리한 조건으로 인수하여 과다한 경제상 이익을 제공하여 현대리바트로 하여금 기구제조업계에서 종전의 지위를 계속 유지할 수 있게 함으로써 가구업계에서의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있음.

[현대 2차 사건(대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6203 판결⁶⁹⁾)]

69) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2006. 8. 9. 선고 2004누8431판결)

□ 제3자가 매입한 할인율보다 3% 낮게 기업어음을 인수한 행위는 부당한 지원행위에 해당함

- 원고 푸르덴셜자산운용이 이 사건 어음(91일물)을 매입할 당시에 국내 금융시장은 IMF 사태로 인한 구조조정과 긴축정책으로 금융경색이 심하였고, 발행회사인 동서산업 또한 경기위축으로 인하여 매출이 감소하고 적자를 시현하는 등 재무사정이 극히 어려운데다가 자금조달도 불가능하거나 고금리를 감수하여야 하는 상황이었는데, 원고가 계열회사 유가증권 보유한도제 실시 직전인 1998. 3. 31. 동서산업 자본금(150억 원)의 1/3에 이르는 현저한 규모의 이 사건 어음을 매입하면서 같은 날 계열 회사가 아닌 주식회사 한국외환은행이 매입한 할인율보다 3% 낮은 금리를 적용함으로써, 동서산업이 금융위기를 보면하고 기업의 신용을 유지 내지 개선하여 관련시장에서의 지위를 유지할 수 있었다고 할 것이니, 이러한 원고의 이 사건 어음매입 행위는 지원객체인 동서산업의 관련시장에서 경쟁을 저해하거나 경제력 집중을 야기하는 등으로 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 부당지원행위에 해당한다고 할 것임.

[현대 계열분리 사건(서울고법 2005. 5. 25. 선고 2004누8455 판결-환송심 확정⁷⁰⁾]

□ 거액의 기업어음을 정상할인율(12.64%, 14.25%)에 비하여 낮은 8%의 할인율로 매입한 행위는 부당지원임

- 희성전선이 1997. 11. 6. 발행한 300억 원 상당의 기업어음(CP)과 희성금속이 1997. 12. 12. 발행한 116억 원 상당의 기업어음을 원고 엘지반도체가 할인율 각 연 8%에 매입할 당시의 희성전선과 희성금속의 일반현황, 그 회사들이 대규모 기업집단인 엘지의 친족독립경영회사이고, 위 원고가 위 각 기업어음을 매입할 당시의 기업어음 평균할인율은 각각 연 12.64%, 연 14.25%이었음에도 불구하고 희성전선 및 희성금속 발행의 기업어음에 대해서는 각 연 8%의 할인율을 적용한 점, 희성전선과 희성금속은 자본금이 각각 195억 원, 30억 원에 불과한 영세회사임에 반하여 위 원고가 제공한 지원성 거래규모는 각각 300억 원, 116억 원으로서 양사의 자본금 대비 각각 1.5배, 3.8배에 달하는 거액으로 규모에 있어서 현저한 점 등에 비추어 볼 때, 위 원고의 위 행위는 거액의 기업어음을 정상가격보다 낮은 할인율로 인수하는 방법(고가매입)을 통해 현저한 규모의 현금유동성을 지원하거나, 실제 매입할인율과 평균할인율의 차이에 해당하는 어음할인료 상당액(4천만 원 및 1억 2천만 원)의 과다한 경제상 이익을 친족독립경영회사인 희성전선과 희성금속에 제공하여 이를 지원한 것이라고 할 것인.

[엘지 1차 사건 중 엘지반도체 외 18개사의 부당지원행위 건(대법원 2004. 11. 12. 선고 2001두2034 판결)]

70) 상고심(대법원 2004. 4. 23. 선고 2001두6517 판결)의 파기환송 취지에 따름

□ 계열회사들의 부도 직전에 현저히 낮은 할인율로 신규 어음을 인수해 준 것은 부당한 지원행위임

- 한라계열회사들은 이 사건 기업어음의 발행 당시 이미 부도에 직면하여 투자위험도가 매우 높아 외부로부터의 자금차입이 사실상 불가능한 상태에 있었기 때문에 설사 할인율이 높다고 하더라도 발행회사와 특수관계에 있지 아니한 제3자로서는 한라계열회사들이 발행한 이 사건 기업어음을 인수할 가능성이 없었고, 실제로도 한라계열회사들이 신규 발행한 기업어음의 경우 종합금융회사들이 만기도록 기업어음을 연장해 주는 방편으로 이를 인수한 것 이외에는 기타 제3자인 비계열회사들이 위 한라계열회사들이 발행한 신규 기업어음을 인수한 사실은 전혀 없었던 점, 그럼에도 불구하고 유독 한라계열회사와 친족독립경영회사의 관계에 있는 원고 현대증권 등 현대계열회사들만이 기업집단 차원에서 한라계열회사들의 부도 직전에 집단적으로 그 인수에 참여하여 한라계열회사들로부터 무려 5,535억 원에 달하는 신규 기업어음을 당시의 당좌대출금리 37.48%보다 현저히 낮은 할인율로 인수한 점, 원고 현대증권 등의 이 사건 기업어음 인수행위로 인하여 합계 230여억 원 상당의 과다한 경제상 이익을 제공한 점, 한라계열회사들은 1997. 12. 2. 이미 실질상 부도상태에 빠졌으나 단지 채권자들인 금융회사들부터 한시적인 만기연장을 받아 부도를 유예 받고 있던 끝에 마침내 일제히 부도를 내기에 이르렀던 것으로서 위와 같은 부도의 위기는 관련금융기관 및 원고 현대자동차 외 4개사가 이를 모두 인식하고 있었다고 보이는 점, 이 사건 기업어음을 중 일부에 만도기계의 주식이 담보로 제공되었으나 만도기계 역시 기업어음 인수 당시 이미 부도가 임박한 상태였으므로 그와 같은 주식이 담보로 제공되었다하여 부당한 지원의사가 없었다고 볼 수 없는 점 등을 종합하여 보면, 원고 현대증권 등이 이 사건 기업어음 인수행위로 인하여 한라계열회사로 하여금 각 그 업계에서 종전의 지위를 계속 유지할 수 있게 함으로써 당해 업계에서의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있음.

[현대 1차 사건(대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6197 판결⁷¹⁾]

□ 계열사 발행의 기업어음을 당시 정상할인율보다 저리로 인수한 행위는 부당한 지원 행위에 해당함

- 원심은, 원고 삼성불산이 1997. 11. 14. 삼성증권의 중개로 계열회사인 삼성종합화학이 발행한 애면 500억 원의 기업어음을 할인율 13.50%, 기간 91일로 정하여 매입하고, 1998. 2. 13. 다시 같은 금액의 기업어음을 같은 할인율로 기간 90일로 정하여 매입한

71) 파기환송 후 재상고심 확정(대법원 2008. 7. 1. 선고 2006두14735 판결)

사실을 인정하고, 원고 삼성물산이 1997. 11. 14. 삼성증권의 중개로 이 사건 기업어음을 매입하면서 6개월 동안은 금리가 변동되더라도 계속 같은 할인율을 적용하여 거래하기로 하는 옵션거래약정을 체결하였다는 위 원고의 주장을 배척한 다음, 1998. 2. 13자 기업어음 매입행위는 IMF 금융위기사태 이후의 거래로서 그 할인율과 정상할인율 간의 금리차이가 10.55%에 달하므로 현저한 지원행위에 해당한다고 판단하였는바, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 옳은 것임.

[삼성물산 외 1(삼성 2차)의 부당지원행위 건(대법원 2006. 7. 27. 선고 2004두1186 판결]]

□ 위탁자의 지시에 의해 운용되는 특정금전신탁을 이용하여 은행으로 하여금 정상할인율 보다 낮은 할인율로 지원객체 발행의 기업어음을 매입하도록 한 것은 부당지원행위에 해당함

○ 특정금전신탁은 위탁자의 지시에 의해 운용되는 것을 특징으로 하고 있으며, 그 계약서에는 투자대상에 대하여 개략적인 지정을 하거나 아무런 지정을 하지 않더라도 수탁은행은 향후 특정금전신탁과 같은 거액 자금의 유치를 위하여 원고 삼성생명과 같은 기관고객의 요구에 따르지 않을 수 없는 사실, 위 8개 은행들이 매입한 삼성자동차 및 원고 삼성에버랜드 발행의 기업어음들은 그 할인율이 정상금리보다 훨씬 낮고 원고 삼성생명이 위 8개 은행들의 특정금전신탁에 가입한 날짜 및 금액과 은행들이 매입한 위 기업어음들의 회전기간 및 금액 등이 대부분 일치하는 사실, 원고 삼성생명이 가입한 특정금전신탁에 편입된 자산에는 삼성자동차 등의 기업어음이 반드시 포함되어 있지는 않으나 수탁은행의 기업어음 매입을 위한 내부풀의서에 특정금전신탁자금이 그 매입자금임을 표시하고 있으며 수탁은행은 당해 특정금전신탁자금이 아닌 다른 신탁자금 등을 이용하여 원고 삼성생명이 지정하는 기업의 어음을 매입할 여지도 있는 사실, 원고 삼성생명과 수탁은행들 사이에는 일정기간 시중의 기업어음 할인율에 변동이 있더라도 수탁은행이 당초 약정된 할인율로 기업어음을 계속 회전매입하기로 하는 소위 '옵션 CP거래 약정'이 맺어진 경우가 많은 사실 등을 인정한 다음, 원고 삼성생명이 위 수탁은행들에 특정금전신탁을 하고 위 수탁은행들과 옵션 CP거래 약정을 맺어 그들로 하여금 자신의 특정금전신탁자금을 원천으로 자신이 지정하는 삼성자동차 및 원고 삼성에버랜드 발행의 기업어음을 정상 할인율보다 낮은 할인율로 매입하도록 하였으며, 1998. 3. 31. 매입한 3건의 삼성자동차 발행 기업어음은 소위 '자투리 CP'로서 위와 같은 백락에서 수탁자인 상업은행이 적어도 원고 삼성생명의 목적적 지시에 따라 행동한 것으로 전제하고, 위 기업어음 중에서 원고 삼성생명이 위 8개 은행들 중 한일은행을 통하여 매입한 1997. 9. 29.부터 같은 해 12. 29.까지를 회전기간으로 하는 액면가 224억 원인 원고 삼성에버랜드 발행 기업어음을

제외한 다른 모든 이 사건 기업어음 매입행위는, IMF 경제위기 이후인 것으로서 정상금리에 대비하여 상당한 차이가 있어 현저한 지원행위에 해당하고 이로 인하여 삼성자동차 및 원고 삼성에버랜드가 당해 시장에서 유력한 사업자로서의 지위를 형성 또는 유지·강화할 우려가 있으므로 부당한 지원행위임.

[삼성에스디아이 외 6(삼성 1차)의 부당지원행위 건(대법원 2006. 12. 22. 선고 2004두1483 판결]]

- 특정금전신탁계약을 체결하고 거액을 예탁하여 그 은행으로 하여금 계열회사의 어음을 고가로 매입하도록 한 것은, 특정금전신탁을 이용하여 기업어음을 우회인수한 부당한 지원행위임
- 옵션거래약정이 체결된 것은 원고 삼성생명이 같은 계열회사인 삼성상용차를 우회지원하기 위하여 한일은행에 대한 특정금전신탁이라는 방식을 편법으로 이용한 데 따른 것으로 보이고, 이러한 거래의 특수성과 이 사건 기업어음의 할인율이 대부분 위 옵션거래약정과 같은 10.52%로 정하여졌지만 1998. 2. 24.자 기업어음의 할인율은 위 옵션거래약정과 달리 11.00%로 정해진 사실 등에 비추어 보면, 원고 삼성생명과 한일은행이 금융상황의 변동에도 불구하고, 위 옵션거래약정에 구속되어 삼성상용차에 대하여 계약을 해지하거나 할인율 등 거래조건의 변경을 요구할 수 없는 상황이었다고 인정하기 어려움. 그리고 기록에 의하면, 삼성상용차가 1997. 11. 24.부터 1998. 5. 24.경까지 사이에 이 사건 기업어음과는 별도로 11.27% 내지 12.02%의 할인율로 기업어음을 할인받아 자금을 조달한 적이 있었던 사실은 인정되나, 위 기업어음들의 매수인이 분명하지 않고 그 할인율이 당시의 시장할인율보다 현격하게 낮은데도 그 이유가 뚜렷하지 않은 점 및 IMF 금융위기 사태가 발생한 당시의 경제사정이나 삼성상용차의 재정상태 등에 비추어 위 할인율이 위 기업어음 거래시의 경제 및 금융 사정을 반영한 정상적인 할인율이라고 보기 어렵고, 오히려 같은 기간 중 삼성상용차와 같은 신용등급을 가진 회사의 기업어음에 대한 시장할인율이 정상가격을 더 잘 반영하고 있다고 보이므로 이를 정상할인율로 보는 것이 상당한 점, 위 정상할인율과 1997. 11. 24.자, 1998. 2. 24.자 및 1998. 5. 24.자 이 사건 기업어음 매입행위의 할인율 간의 금리차이가 8.58% 내지 16.50%에 이르는 점, 위 각 기업어음거래의 규모가 삼성상용차 자본금 1,000억 원의 20%에 달하는 점 및 당시의 경제상황 등을 종합하여 보면, 이 사건 기업어음 매입행위는 현저히 유리한 조건의 거래에 해당한다고 한 것임.

[삼성불산 외 1(삼성 2차)의 부당지원행위 건(대법원 2006. 7. 27. 선고 2004두1186 판결)]

□ 실제할인율 및 거래행위 당시 경제적 상황 등을 종합하여 보면, 금리기준표상의 최저 할인율보다 낮은 할인율로 기업어음을 직접 또는 우회 매입한 행위는 현저히 유리한 조건의 거래에 해당함

○ 원고 에스케이텔레콤은 1998. 1. 14.부터 같은 해 6. 30.까지 사이에 이 사건 목록 '2. 에스케이건설 기업어음 매입현황' 기재와 같이 총 8회에 걸쳐 원고 에스케이건설이 발행한 기업어음을 직접 매입하거나, 주식회사 조흥은행과 특정금전신탁계약을 체결하고 250억 원을 예탁하여 수탁자인 위 조흥은행으로 하여금 이를 매입하도록 한 사실, 위 '2. 에스케이건설 기업어음 매입현황'의 순번 1, 3, 5번의 거래의 경우에는 동일한 날짜에 특수관계 없는 독립된 자 사이에 에스케이건설 발행의 기업어음이 거래된 사례가 있고, 그 거래에 있어서 적용된 할인율은 각각 27.0%, 33.0%, 28.0%이며, 순번 2, 4, 6 내지 8번의 거래의 경우에는 근접한 시점에 특수관계 없는 독립된 자 사이에 다수의 거래가 있고, 그 중 순번 2번의 거래에 있어서는 1998. 1. 21.에 할인율 31.0% 내지 35.5%로, 순번 4번의 거래에 있어서는 1998. 3. 17.에 할인율 28.2%로, 순번 6번의 거래에 있어서는 1998. 4. 14.에 할인율 25.0%로, 순번 7번의 거래에 있어서는 1998. 5. 12.에 할인율 22.6%로, 순번 8번의 거래에 있어서는 1998. 6. 9.에 할인율 21.1%로 각 가장 근접한 시점에 거래된 사례가 있는 사실을 알 수 있으므로, 이 사건 기업어음의 정상할인율은 피고가 산정한 위 기업어음 발행일 전후 1주일간 유사한 조건으로 발행한 기업어음의 가중평균할인율로 볼 것이 아니라, 위 기업어음 매입시점과 동일한 시점 또는 가장 근접한 시점의 거래에 적용된 위 각 할인율 또는 가중평균할인율로 볼이 상당하다고 할 것이다, 이 사건 기업어음의 정상할인율을 위와 같이 보더라도 그 실제할인율이 정상할인율보다 3.6% 내지 13.0% 정도 낮은 점과 그 외 기록에 나타나는 이 사건 거래규모, 거래기간, 거래횟수, 거래시기, 거래행위로 인하여 지원업체인 원고 에스케이건설이 받은 경제상 이익, 거래행위 당시 원고 에스케이건설이 처한 경제상의 상황 등을 종합하여 보면, 원고 에스케이텔레콤이 원고 에스케이건설 발행의 이 사건 기업어음을 매입한 행위는 모두 현저히 유리한 조건의 거래에 해당한다고 할 것임.

○ 원고 에스케이텔레콤은 1998. 1. 23.부터 같은 해 4. 13.까지 사이에 주식회사 한일은행과 특정금전신탁계약을 체결하고 500억 원을 예탁하여 수탁회사인 위 한일은행으로 하여금 계열회사인 에스케이유통이 발행한 원심판결 별지 제2목록(이하 '이 사건 목록'이라 한다) '1. 에스케이유통 기업어음 매입현황' 순번 1 내지 4번 기재의 기업어음을 매입하도록 한 사실, SK유통이 위 기업어음을 발행할 당시 신용등급은 'A3-'이었던 사실, 삼성증권 작성의 금리기준표는 1997. 8. 1.부터 1998. 6. 30.까지 사이에 삼성증권이 취급한 기업어음을 발행한 회사들의 신용등급별로 그 최저할인율과 최고할인율을 정리한 것인데, 이 사건

기업어음 매입시점에 있어서는 신용등급 'A3' 안에서도 최저할인율과 최고할인율이 6% 내지 7% 정도로 차이가 나는 사실을 알 수 있는바, 피고가 이 사건 기업어음의 정상 할인율로 본 이 사건 금리기준표상 SK유통과 유사한 신용등급을 가진 회사 발행의 기업어음에 대한 최저할인율과 최고할인율을 평균한 할인율(이하 '평균할인율'이라 한다)은 동일한 시점 및 신용등급 안에서도 최저할인율과 최고할인율의 차이가 상당히 를 뿐만 아니라, 최저할인율과 최고할인율을 단순 평균할 경우 거래규모, 거래횟수 등이 고려되지 않아 할인율 자체가 왜곡될 우려가 있는 점 등에 비추어 이를 그대로 이 사건 기업어음의 정상할인율로 보기는 어렵다 할 것이다. 한편 이 사건 기업어음의 정상할인율은 SK유통의 신용등급과 유사한 이 사건 금리기준표상의 신용등급이 'A3'인 회사가 발행한 기업어음의 최저할인율과 최고할인율의 범위 안에 있다고 볼이 상당하고, 이 사건 거래에 있어서의 실제할인율은 이 사건 금리기준표상의 신용등급이 'A3'인 기업어음의 최저 할인율보다도 3.20% 내지 4.80% 정도 낮은 점과 그 외 기록에 나타나는 이 사건 거래규모, 거래기간, 거래횟수, 거래시기, 거래행위로 인하여 지원객체인 에스케이유통이 받은 경제상 이익, 거래행위 당시 에스케이유통이 처한 경제적 상황 등을 종합하여 보면, 이 사건 기업어음 매입행위는 현저히 유리한 조건의 거래에 해당한다고 할 것임.

[SK텔레콤 외 1의 부당지원행위(SK 2차) 건(대법원 2006. 2. 10. 선고 2003두15171 판결)]

□ 지원주체의 자금사정이 좋지 않았음에도 사업목적과 무관하게 대출을 받아 계열회사인 지원객체를 지원하기 위하여 추가 대출을 받은 점 등을 고려하면 부당한 지원행위로 볼 수 있음

○ 이 사건 어음할인에 있어서 지원객체인 네오플렉스는 설립 당시부터 두산 기업집단에 편입된 원고의 계열회사인 점, 원고는 2003년 당시 차입금 규모가 약 126억 원에 달하고 약 177억 원의 적자를 시현하여 자금사정이 좋지 않았음에도 불구하고, 원고의 사업목적과 무관하게 계열회사인 네오플렉스를 지원하기 위하여 60억 원을 추가로 대출받은 점, 네오플렉스가 이 사건 어음할인을 통하여 대출받은 60억 원은 2003년말 차입금 총액 159억 원의 약 37%, 매출액 58억 7,500만 원의 약 102%에 달하는 금액인 점 등 제반 사정을 종합하여 보면, 이 사건 어음할인은 네오플렉스의 경영상황을 부당하게 개선시키고 경쟁조건을 유리하게 하는 행위로서 지원행위의 부당성이 인정됨.

[두산건설의 부당지원행위 건(대법원 2009. 9. 24. 선고 2008두9485 판결)]

- 거래행위 당시 경제적 상황, 거래규모, 거래기간, 거래횟수, 거래시기 등을 종합하여 보면, 금리기준표상의 최저할인율보다 낮은 할인율로 기업어음을 매입한 것은 현저히 유리한 조건의 거래에 해당함
- 당시 중원은 자본잠식상태가 3년간 지속되었고, 위 기업어음의 할인율 통한 자금조달 외에 외부 차입이 전혀 없는 등 그 경제적 상황이 상당히 좋지 않았던 사실을 알 수 있으나, 그와 같은 사정만으로는 중원 발행의 기업어음의 정상할인율이 일반정상금리를 하회하지 않을 것으로 단정하기 어렵고, 달리 그와 같이 볼 만한 자료가 없으므로, 일반 정상금리를 중원 발행의 이 사건 기업어음의 정상할인율로 볼 수 없다 할 것이나, 한편, 중원의 위 기업어음 발행 당시의 경영상태 등에 비추어 중원의 신용등급이 'B'등급 보다 높았을 것으로는 보이지 않고, 앞서 본 삼성증권 작성의 이 사건 금리기준표상 'B'등급의 기업어음의 최저할인율이 이 사건 목록 '3. 중원 기업어음 매입현황'의 순번 8번의 거래에 있어서는 22.20%, 순번 9번의 거래에 있어서는 24.50%, 순번 10번의 거래에 있어서는 39.50%이며, 이 사건 기업어음의 실제할인율은 이 사건 금리기준표상의 위 최저할인율 보다 8.50% 내지 26.20% 정도 낮은 점과 그 외 기록에 나타나는 이 사건 거래규모, 거래기간, 거래횟수, 거래시기, 거래행위로 인하여 지원개체인 중원이 받은 경제상 이익, 거래행위 당시 중원이 처한 경제상의 상황 등을 종합하여 보면, 원고 SK건설이 중원 발행의 위 기업어음을 매입한 행위는 현저히 유리한 조건의 거래에 해당한다고 할 것임.
[SK텔레콤 외 1의 부당지원행위(SK 2차) 건(대법원 2006. 2. 10. 선고 2003두15171 판결)]
- '법인영업'의 일환으로 매입한 다른 기업어음의 할인율과 비교해 볼 때 지원행위가 인정되지 않음
- 원고가 상업은행으로 하여금 한솔제지 발행의 기업어음을 매입하도록 한 것은 한솔제지가 위 원고에게 직장인저축보험계약을 맺고 보험료를 납부한 것과 대가관계에 있는 사실, 위 원고는 한솔제지 외에도 위 원고에게 단체보험을 가입한 현대강관, 대우중공업, 동아건설, 현대석유화학 등에 대하여도 같은 방식으로 특정급전신탁을 통한 대출을 받도록 하는 이론바 '법인영업'을 하였는데, 현대강관 등 발행의 기업어음 매입시의 할인율도 한솔제지의 경우와 유사한 수준인 사실 등이 인정되는 바, 위 원고가 한솔제지 발행의 기업어음을 매입한 부분은 관련시장에서 한솔제지를 유리하게 하는 부당지원행위라고 할 수 없음.
[삼성에스디아이 외 6(삼성 1차)의 부당지원행위 건(대법원 2006. 12. 22. 선고 2004두1483 판결)]

- 법인영업의 종합수익율이 비교대상 기업어음 할인율과 비슷하거나 오히려 높았다면, 이보다 다소 낮은 할인율로 어음을 매입하였다고 하여 현저히 유리한 조건으로 지원한 것으로 보기는 어려움
- 원고를 비롯한 보험회사들은 평소 영업 차원에서 단체보험을 유치하면서 보험료를 납입한 회사들에게 앞에서 본 바와 같은 특정금전신탁의 방법을 통하여 우회 대출을 하여 주는 이른바 법인영업을 해 왔고, 이 경우에는 특정금전신탁자금의 운용과 보험료 납부로 발생한 모든 수익을 보험회사가 부담하게 되는 순수한 대출금으로 나누는 방식으로 종합수익율을 산정한 다음 이를 기준으로 자금을 운용하고 있는데, 중앙일보와의 이 사건 거래로 인한 원고의 종합수익율은 14.48% 내지 19.85%로서 전체적으로 비교대상 기업어음의 할인율이나 일반 회사채 수익률과 비슷하거나 오히려 높았던 사실, 원고는 중앙일보와의 이 사건 거래 이외에도 현대강관, 대우중공업, 동아건설, 현대석유화학, 한솔제지 등과도 같은 형태의 법인영업을 하면서 수탁은행들로 하여금 위 회사들이 발행한 기업 어음들을 10.60% 내지 10.88%의 할인율로 매입하도록 하였던 사실, 원고가 중앙일보와 이 사건 거래를 할 당시에는 예외적으로 단기금리가 장기금리보다 높은 경우가 많았던 사실 등에 비추어 보면, 이 사건 각 기업어음과 비교대상 기업어음은 비록 모두 중앙일보가 같거나 유사한 시기에 발행한 기업어음이기는 하지만 그 만기일수에 상당한 차이가 있고, 또 그 당시에는 단기금리가 장기금리보다 높은 경우가 많았기 때문에, 비교대상 기업어음의 할인율을 이 사건 각 기업어음에 적용되었어야 할 정상할인율이라고 단정할 수 없을 뿐 아니라, 중앙일보와의 이 사건 거래로 인한 원고의 종합수익율은 비교대상 기업어음의 할인율이나 일반 회사채의 수익율보다 전체적으로 낮지 않았다고 할 것이므로, 원고가 이 사건 각 기업어음을 비교대상 기업어음보다 다소 낮은 할인율로 매입하였다고 하여 원고가 이 사건 각 기업어음을 '현저히 유리한 조건'으로 매입함으로써 중앙일보에 자금을 부당지원하였다고 볼 수는 없음.

[삼성생명의 중앙일보 부당지원행위 건(대법원 2006. 11. 9. 선고 2004두12049 판결)]

* 참고: 삼성생명의 한솔제지 부당지원행위 건(대법원 2006. 9. 22. 선고 2004두3250 판결)

② 주식 고가매입

- 증권회사가 대규모기업집단 내 다른 회사로 하여금, 주식환매계약을 체결하여 실제 거래상대방의 주식매수청구권 행사에 따라 지원객체의 주식을 고가로 매입하도록 중개한 것은 부당지원행위에 해당함
- ① 원고는 2000. 4. 15. 현재 피고에 의하여 대규모기업집단으로 지정된 「현대」 소속의 증권회사로서, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '법'이라 한다) 제2조 제1호에

의한 사업자인 사실, ② 「현대」의 계열회사인 현대전자산업 주식회사는 원고의 증개로 1997. 6. 4. Canadian Imperial Bank of Commerce(이하 'CIBC'라 한다.)에게 국민투자신탁 주식회사(현대투자신탁증권 주식회사로 상호가 변경됨, 이하 '국민투신'이라 한다.)의 주식 13,000,000주를 1주당 13.46달러(원화 12,000원 상당), 총 175,000,000달러(이하 155,900,000,000원 상당)에 매도하는 내용의 주식매매계약을 체결하였고, 「현대」의 계열회사인 현대중공업 주식회사는 1997. 7. 23. 원고의 증개로 CIBC와 사이에 CIBC가 3년 후 위 주식의 매수를 요청할 경우 1주당 16.96달려(원화 18,892원 상당), 총 220,633,598달러(원화 245,600,000,000원 상당)에 매수하기로 하는 내용의 계약(이하 '이 사건 주식환매계약'이라 한다.)을 체결한 사실, ③ CIBC는 이 사건 주식환매계약이 체결된 다음날인 1997. 7. 24. 현대전자에게 이 사건 주식매매계약에 따른 대금을 지급하고 이 사건 주식 실물을 인도받았는데, 그 후 위 주식에 대한 명의개서를 하지 않고 있다가 2000. 2. 28. 비로소 명의개서를 하고, 같은 해 3. 14. 현대중공업에 대하여 주식매수청구권의 행사를 통지한 사실, ④ 현대중공업은 2000. 7. 20. CIBC의 이 사건 주식환매계약에 따른 주식매수청구권 행사에 따라 220,480,000달러(원화 245,600,000,000원 상당)를 CIBC에 송금한 사실.

- 나아가, ① 대규모기업집단 「현대」는 1996년경부터 친족독립경영회사를 동원하여 국민투신의 주식을 취득하는 등 그룹 차원에서 투자신탁회사의 경영권을 획득하기 위하여 노력하였고, 현대전자와 원고가 국민투신의 주식을 취득하고 신주발행을 통하여 지배주주가 된 것까지도 그룹 차원에서 기획된 것이라 할 것이므로 「현대」는 이 사건 주식을 그룹 이외의 제3자에게 양도하여 경영에 참여시키려고 하지 않았으리라는 점, ② CIBC 또한 현대전자로부터 이 사건 주식을 인수한 후 2000. 2. 28.에야 비로소 자신의 이름으로 주식명의개서를 하고, 2000. 1월과 2월에 실시한 국민투신의 유상증자에도 전혀 참여하지 않는 등 국민투신의 경영권을 행사하고자 이 사건 주식을 취득한 것으로 보이지 않는 점, ③ 국민투신은 2년 연속 대규모 적자를 보이고, 3년 연속 자본잠식상태에 있었으며, 그 잠식의 규모도 매우 커서 당시인 내에 자본잠식상태를 벗어날 수 있으리라 예상하기 어려웠으므로 3년 후 이 사건 주식의 시가가 이 사건 주식환매계약상에 정해진 가격보다 높을 것이라고 기대하기 어려웠던 점, ④ 국민투신의 1997. 4. 유상증자 당시 현대전자와 현대증권을 제외한 나머지 주주들 대부분이 실권한 점 및 국민투신의 당시 재정상태에 비추어 보면, 이 사건 주식매매계약 당시 국민투신의 실제 주가는 1주당 10,000원에도 미치지 못하였다고 할 것이므로 이 사건 주식매매계약의 매수단가 12,000원은 정상가격을 상회하는 고가인 점, ⑤ 현대전자와 CIBC 사이의 이 사건 주식매매계약은 담보부 대출 또는 환매조건부 양도가 아니라 단순한 주식매매의 형식으로 되어 있고, 현대중공업과 CIBC 사이의 이 사건 주식환매계약에 의하면 현대중공업은 현대전자의 채무불이행 여부와 무관하게 주식매수의무를 부담하도록 되어 있는 점,

⑥ 현대전자는 당시 반도체 수출단가 하락 등으로 대규모적자를 보이고 있었을 뿐 아니라 국민투신 주식의 취득에 상당한 자금을 투입하여 자금사정이 상당히 어려웠던 점, ⑦ 현대중공업은 1997. 4. 현재 출자총액이 출자한도액을 초과하여 더 이상 다른 법인에 대해 출자를 할 수 없었던 점 등을 근거로, 현대중공업이 CIBC와 이 사건 주식환매 계약을 체결한 것은, 단순히 현대전자가 CIBC와의 주식매매계약으로 차입한 이 사건 주식대금의 지급보증만을 하고자 한 것이 아니라, 현대중공업이 CIBC의 위 주식에 대한 매수청구권의 상대방이 됨으로써 현대전자로 하여금 1주당 10,000원에 비치지 못하는 위 주식을 1주당 12,000원에 매도할 수 있도록 하고, 3년 후 CIBC가 주식매수청구권을 행사하면 위 주식을 인수하고자 한 것으로서, 이와 같이 현대중공업이 CIBC와 이 사건 주식환매계약을 체결하고, 실제 CIBC의 주식매수청구권 행사에 따라 위 주식을 매수한 일련의 행위는 전체적으로 보아 유가증권인 위 주식을 우회적으로 고가로 매입하여 현대전자에게 과다한 경제상 이익을 제공함으로써 현대전자를 지원한 행위로서 법 제23호 제1항 제7호 소정의 부당지원행위에 해당함.

[현대증권(현대 4차)의 부당지원행위 건(대법원 2006. 7. 6. 선고 2004두2998 판결)]

* 참고: 현대 4차 사건(대법원 2006. 7. 13. 선고 2004두3007 판결)

□ 청산위기에 있는 해외펀드에 대한 출자행위로 그 펀드의 주주인 계열사의 투자손실을 방지한 것은 부당지원행위에 해당함

○ 원고 현대중공업은 1998.6.12. 코리아 맥시마 인베스트먼트(KOMA)로부터 '현대' 소속 계열회사인 원고 현대증권, 현대전자산업, 현대자동차, 현대상선, 합병 전 현대종합금융(이하 '현대증권 등 5개사'라 한다) 등이 사실상 설립한 컨티넨탈 그로쓰 인베스트먼트 엘티디(Continental Growth Investment, LTD, 이하 'COGI'라 한다)의 순자산가치와 연계되어 있는 주식연계형 채권(Equity Linked Note, 이하 '이 사건 해외채권'이라 한다) 169만 매를 1매당 미화 10달러의 가격으로 매입하고, 그 대금으로 1,690만 달러(235억 원, 원고 현대중공업의 1997년도 영업이익의 35% 상당임)를 지급한 사실, 현대증권 등 5개사로서는 COGI가 청산되었다면 출자분 각 700만 달러(90억 원 가량)를 상실하게 되고, 원고 현대중공업의 이 사건 해외채권 매입행위가 없었다면 청산방지를 위한 추가 출자가 불가피하였던 점, 원고 현대중공업이 KOMA로부터 이 사건 해외채권을 매입하였으나 이는 실질적으로 역외 펀드의 구조를 이용한 우회적인 지원행위로 볼 수 있는 점, 원고 현대중공업이 이 사건 해외채권을 환매하여 얻은 원화기준 약 9.96%의 수익률은 3년물 낙고채(연 15.45%)나 회사채(연 16.8%)보다 훨씬 적은 수익률이어서 이 사건 해외채권 매입을 정상적인 투자활동으로 보기는 어려운 점 등의 사정에 비추어 보면, 이 사건 해외채권 매입 당시 COGI의 1주당 가치가 -3.3달러이고, 청산위기에

있었음에도 원고 현대중공업의 출자행위로 인하여 지원객체인 현대증권 등 5개사로 하여금 COGI의 청산에 따른 투자손실을 방지하게 하였다고 볼 수 있고, 이는 유가증권인이 사건 해외채권을 현저하게 높은 대가로 거래하여 지원객체인 현대증권 등 5개사에게 과다한 경제상의 이익을 제공한 지원행위로 보아야 함.

[현대중공업 외 17개사(현대 3차)의 부당지원행위 건(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결⁷²⁾]

□ 계열회사의 실질적인 주식가격이 액면기에 현저히 미치지 못함에도 불구하고 유상증자에 참여하여 액면가로 주식을 인수한 행위는 부당한 지원행위에 해당함

- 대규모기업집단 '에스케이'의 계열회사인 소외 에스케이해운 주식회사(이하 '에스케이해운'이라고 한다)는 일명 IMF사태로 인하여 1997. 12. 말 결산기준으로 434억 원 상당의 대규모 적자가 발생하여 완전자본잠식상태가 되었고 그러한 재무상태는 1998. 6. 25. 합계 2,500억 원(액면가 5,000원 × 5,000만 주) 상당의 유상증자(이하 '이 사건 유상증자'라고 한다)를 할 때까지 계속되었던 점, 위 유상증자 직전에 에스케이해운의 주식 1,335,000주가 1주당 200원에 거래된 점, 당시는 IMF 사태 직후로서 투자전망이 불투명하였을 뿐 아니라 에스케이해운과 같은 업종에 종사하는 업체들의 주가가 주당 순자산가치에 미치지 못하고 있었던 점, 이 사건 유상증자 총액은 에스케이해운의 기존 자본금 224억 원의 11.1배에 달하는 규모인 점 등을 종합하면 원고들이 이 사건 유상증자에 참여하여 합계 1,400억 원 상당의 신주를 인수한 행위는 그 정상가격이 액면가보다 훨씬 낮다고 볼 수밖에 없는 신주를 액면가로 인수함으로써 그 차액 상당의 경제상 이익을 제공한 행위로서 에스케이해운에게 현저히 유리한 조건의 거래에 해당함.

[SK 4차 사건 중 에스케이네트웍스 외 2의 에스케이해운 부당지원행위 건(대법원 2005. 4. 29. 선고 2004두3281 판결)]

□ 제3자 배정 방식의 유상증자에서 고가로 주식을 인수한 것은 지원객체에게 과다한 경제상의 이익을 제공하는 부당지원행위에 해당함

- 이 사건 유상증자 직전·직후에 원고 현대강관 내지 고려산업개발의 주가가 인수가격보다 일시적으로 높았다고 하더라도, 원고 현대강관 내지 고려산업개발의 그 무렵 주가동향에 비추어 볼 때 이 사건 유상증자일인 1998. 12. 30. 당시 가까운 장래에 주가 상승을 기대하기 어려웠을 뿐만 아니라, 재무구조, 주가수준 등에서 원고 현대강관 내지 고려산업개발 보다 훨씬 우량한 다른 계열사들이 이 사건 유상증자와 비슷한 시기에 25~30%의

72) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2007. 6. 28. 선고 2007누3895 판결)

할인율을 적용하여 신주를 발행하였음에도 실권주가 발생된 점에 비추어 보면, 제3자 배정방식이 아닌 공모방식을 취하였을 경우 원고 현대건설, 현대정공 등 이 사건 유상증자 참여 부분 해당 원고들의 이 사건 유상증자에 따른 주식의 인수가격이 특수관계가 없는 일반투자자의 참여를 유인할 수 있는 정도의 가격이었다고는 보기 어려운 점, 합병 전 현대자동차서비스는 1998년도에 2,278억 원이라는 거액의 당기 순손실을 기록하고 있었으며, 부채비율도 514%에 이르면서도 현대강관뿐만 아니라, 고려산업개발의 유상증자에도 참여하였고, 원고 현대건설, 현대산업개발은 당기 순이익의 2배에 달하는 유상증자 주식을 인수한 점, 원고 현대강관의 경우, 냉연공장 건설에 따른 1조 5천억 원의 자금소요로 유상증자 당시 부채가 1조 4천억 원, 부채비율이 813%에 달하는 등 재무구조 악화로 유상증자를 통한 재무구조 개선이 필요하였으며, 유상증자 직전인 1998. 12. 10. 채권은행들이 워크아웃 대상기업으로 확정하였다고 언론에 발표되는 등 대내외적으로 상당히 어려운 경영상태에 처하여 있었으며, 고려산업개발의 경우 부실 계열회사인 현대알루미늄을 합병함에 따라 부채비율이 445.8%에서 547.8%로 높아졌고, 또한 증자 직전 단기차입금이 6,179억 6,600만 원으로 전체차입금의 70%를 차지할 정도로 차입구조가 취약하여 단기부채의 조속한 상환 및 부채비율 축소를 위해서는 유상증자가 필요한 상황이었던 점, 원고 현대강관의 이 사건 유상증자액 1,500억 원은 증자 전 자기자본 2,356억 원의 63.7%, 1998년 매출액 4,746억 원의 31.6%, 1998년 당기 순이익 68억 원의 22배에 달하는 규모이고, 고려산업개발의 이 사건 유상증자액 1,134억 원은 증자 전 자기자본 2,067억 원의 54.8%, 1998년 매출액 6,010억 원의 18.9%, 1998년 당기 순이익 23억 원의 49배에 해당되는 규모인 점 등에 비추어 보면, 원고 현대건설, 현대정공 등 이 사건 유상증자 참여 부분 해당 원고들은 원고 현대강관 내지 고려산업개발 발행의 제3자 배정방식에 의한 유상증자 주식을 험저히 높은 대가인 액면가로 인수하여 지원책임에게 과다한 경제상의 이익을 제공하였음.

[현대중공업 외 17개사(현대 3자)의 부당지원행위 건(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004누7610 판결73)]

□ 일반공모방식의 유상증자에 참여하여 기준주가보다 높은 발행가에 주식을 인수한 것은 부당지원행위에 해당함

- 다음과 같은 점에 비추어 볼 때, 이 사건 주식 인수는 원고 동양메이저가 발행하는 주식을 정상가격보다 높은 가격으로 인수함으로써 원고 동양메이저를 지원한 행위라 할 것인. 일반공모방식의 유상증자시 청약을 제고를 위해 기준주가에서 일정율이 할인된 가격으로 발행가격이 결정되는 것이 일반적이나, 원고 동양메이저는 오히려 기준주가 4,000원에 25%를 할증한 가격인 5,000원으로 발행가격이 결정되었음에도 이 사건 유상증자에

73) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2007. 6. 28. 선고 2007누3895 판결)

참여하여 기준주가에 비해 25% 높은 가격으로 이 사건 주식인수를 함으로써 원고 동양메이저에게 최소한도 그 가격차이만큼 과다한 경제적 이익을 제공하였다 할 것임. 이 사건 유상증자로 인하여 원고 동양메이저의 최대주주가 현재현에서 원고 동양레저로 변경되기는 하였지만, 원고 동양레저가 이 사건 주식인수를 통하여 취득한 지분은 19.64%에 불과한바(뿐만 아니라 현재현과 그의 처의 지분을 합할 경우 여전히 현재현 등이 최대 지분을 가지고 있다), 이와 같은 정도의 지분을 취득한 것만으로는 경영권 프리미엄이 인정되어 일반 주식보다 더 높은 가격에 거래된다고 할 수 없을 것이므로, 이 사건 주식의 가치를 산정함에 있어 경영권 프리미엄이 고려되어야 한다는 원고 동양레저의 주장은 이유 없음. 또한 원고 동양레저는 이 사건 유상증자 당시 원고 동양메이저의 주가가 상승 추이에 있었고, 내부마실현이익을 주식가치에 반영하면 이 사건 유상증자 당시 주식의 가치는 주당 10,238원이 된다고 주장하나, 원고 동양레저가 주장하는 위와 같은 사유는 상장주식의 기준주가에 전부 반영되는 것이므로, 이 부분 주장도 이유 없음.

[동양레저 외 1 부당지원행위 건(서울고법 2007. 7. 11. 선고 2006누10223 판결, 고법 확정)]

□ 비록 증자회사가 자본잠식 상태이더라도 향후 주가전망이 밝아 투자가치가 있다고 볼 수 있다면, 기준주가에서 할인한 금액으로 증자주식을 인수한 것은 지원행위에 해당한다고 볼 수 없음

○ 원고 에스케이건설 등이 1998. 3. 20. 에스케이증권이 제3자 배정방식으로 발행한 주식 2,996억 원 상당을 주당 3,200원에 매입한 사실, 1998.3.5.을 기준으로 한 1월 평균주가 3,549원, 1주 평균주가 3,269원, 기준일 종가 3,150원 중 가장 높은 3,549원을 위 증자주식의 기준주가로 하고 위 기준주가에서 10% 할인한 3,200원으로 매입가액이 정하여졌던 점, 비록 자본잠식상태에 있는 회사라 하더라도 향후 주가전망이 밝다면 투자가치가 있다고 볼 수도 있는 점, 증자 당시 에스케이증권의 재무 및 사업현황이 좋지 않았다고 하여 증자주식의 1주당 가격을 3,200원으로 정한 것이 정상가격보다 현저히 낮은 가격이라고 단정할 수 없는 점 등을 고려하면, 원고 에스케이건설 등의 위 증자주식 인수행위가 현저히 유리한 조건으로 자산을 거래한 경우에 해당한다고 볼 수 없음.

[에스케이건설 외 11(에스케이 1차)의 부당지원행위 건(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두1490 판결⁷⁴⁾)]

74) 파기환송 후 재상고심(대법원 2007. 9. 7. 선고 2007두13142 판결)은 심리불속행 기각함

- 할증발행되었더라도 증자회사의 재무구조 등에 비추어 장래 주가의 상승을 예상할 수 있었다면, 유상증자 참여행위가 현저히 유리한 조건으로 거래한 경우에 해당한다고 볼 수 없음

- 원고 삼성화재, 삼성카드 및 삼성캐피탈은 계열회사인 삼성증권이 1997. 12. 27.(1차) 및 1998. 1. 9.(2차) 2차례에 걸쳐 실시한 제3자 배정방식의 유상증자에 참여하면서, 삼성증권이 기준주가(1차 9,433원, 2차 8,606원)보다 높게 책정한 발행가 10,000원(우선주의 경우 9,000원)인 주식을 총 267만 주 신청하여 대금 251억 7,000만 원을 납입하였고, 이로써 삼성증권의 영업용 순자본비율이 1997. 11. 말 68%에서 1998. 1. 말 179.8%로 제고된 사실, 위 1차 유상증자의 경우에는 기준주가의 6%(우선주의 경우 4.6%), 2차 유상증자의 경우에는 기준주가의 14%(우선주의 경우 4.6%) 할증 발행되기는 하였으나 원고 삼성증권의 주당 순자산가치 10,760원을 초과하지 않고 있는 점, 당시 삼성증권은 다른 증권회사에 비하여 회사채 지급보증 규모가 작아 향후 자산부실 가능성이 적은 회사로서 제3자 배정의 유상증자에 성공할 경우 재무구조가 개선되어 장래에 주가의 상승을 예상할 수 있었다는 점, 실제로 유상증자 직후 삼성증권의 주가는 가파르게 상승하였던 점 등을 고려하면, 위 원고들의 삼성증권에 대한 유상증자 참여행위가 현저히 유리한 조건으로 거래한 경우에 해당한다고 볼 수 없음.

[삼성생명보험 외 3(삼성 3차)의 부당지원행위 건(대법원 2007. 10. 26. 선고 2005누3172 판결)]

- 계열사가 보유 중인 부도발생 회사들의 채권 등을 장부가격으로 매입한 행위는 부당지원행위임

- 원고가 현투증권으로부터 이 사건 채권 등을 매입할 당시 시행되던 증권투자신탁업감독규정 부칙 제7조는, 원고와 같은 투자신탁운용회사가 현투증권과 같은 증권회사로부터 채권 등을 매입하는 경우에 있어 그 당해 채권 등의 정상가격의 평가에 관한 규정이 아니고, 한편 이 사건 채권 등은 이미 부도가 발생한 회사들의 채권 및 기업어음으로 원리금 회수 가능성이 불투명하여 그 잔존가치가 장부가격보다 현저히 낮으므로 이를 고려하면 그 정상가격 역시 장부가격보다 현저히 낮은 것임을 쉽게 추단할 수 있으므로, 이 사건 채권 등을 장부가격으로 매입한 원고의 행위는 유가증권 등의 자산을 현저히 높은 대가로 거래하여 현투증권에게 경제상의 이익을 제공한 것으로서 지워행위가 성립함.

[푸르덴셜자산운용(현대 4차)의 부당지원행위 건(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004누11268 판결)]

□ 지원객체가 보유 중인 퇴출 직전에 있던 기업의 주식을 고가로 매입한 것은 부당한 지원행위임

- 원고 현대건설이 현대중기산업의 구조조정에 관여하는 것과 지원객체인 대한알루미늄공업이 보유하고 있던 현대중기산업의 주식을 고가로 매입하는 것은 별개의 문제이며, 설령 원고 현대건설의 현대중기산업의 주식 매입이 현대중기산업의 구조조정을 위한 것이라 하더라도 부당성이 없다고 볼 수 없는 점, 매입 당시 시행되던 상속세 및 증여세법에 기한 비상장주식 평가방법에 의하여 현대중기산업의 주식가격이 1주당 2,433원으로 평가된 바 있다고 하더라도 이를 퇴출 직전에 있는 기업의 실질적인 주식가격으로는 볼 수 없는 점, 이 사건 주식 매입으로 인한 지원금액이 대한알루미늄공업의 자산 또는 매출액과 비교하면 그리 큰 금액이라 할 수 없으나, 대한알루미늄공업의 그 당시 재무구조가 완전자본잠식 상태에 있어 대한알루미늄공업은 다른 계열회사로부터의 자금지원 없이는 독자적인 존립이 사실상 불가능하였던 사정을 고려하면 그 지원효과가 너무 적어 공정거래를 저해할 우려가 없다고 보기는 어려운 점, 이 사건 주식 매입이 퇴출기업으로 선정·발표되기 하루 전에 이루어지고, 매입 1년 가량 후에 현대중기산업이 청산되었으며, 청산 당시 1주당 기액이 181원으로 정하여진 점 등에 비추어 보면, 원고 현대건설은 지원객체인 대한알루미늄공업으로부터 현대중기산업 주식을 고가로 매입하여 지원객체에게 과도한 경제상의 이익을 제공한 것으로서 이는 법 제23조 제1항 제7호 소정의 부당지원행위에 해당함.

[현대중공업 외 17개사(현대 3자)의 부당지원행위 건(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결⁷⁵⁾)]

□ 실권주 발생시 전액을 인수하는 총액인수방식으로 유상증자에 참여한 것은 부당한 지원행위임

- 원고 삼성증권은 1998. 4. 22. 삼성물산이 주주우선공모방식으로 액면가 5,000원을 최저발행가로 하여 실시한 1,500억 원의 유상증자 당시 주당 시가가 4,850원인 상황에서 실권주 발생시 전액을 인수하는 조건으로 삼성물산과 총액인수계약을 체결하였으며, 이후 1998. 6. 8.부터 같은 달 9일까지의 기간 중 실시한 구 주주 청약결과 1,500억 원 중 920억 3,600만 원 상당의 실권주가 발생하였으며, 1998. 6. 15.부터 같은 달 16일까지의 기간 중 실시한 위 실권주에 대한 일반공모 결과 236억 1,500만 원 상당의 주식만 청약되어, 나머지 684억 2,100만 원 상당의 실권주가 반생하자 위 총액인수계약에 따라 원고 삼성증권이 이를 인수한 사실, 원고 삼성증권이 삼성물산과 이 사건 총액인수계약을 체결할 당시에는 기업의 공모방식 유상증자가 총액인수방식으로만 이루어지는 것이 아니라 모집주선방식이 병행되었던 점, 당시 증권업계에서는 성장잠재력이 크고 과거

75) 파기환송 후 고지 확정(서울고법 2007. 6. 28. 선고 2007누3895 판결)

일정기간의 수익력이 개선되었으며 경영진의 능력이 검증된 기업을 선호하여 총액인수 계약을 체결하는 것이 일반적이었던 점, 원고 삼성증권이 삼성불산의 실권주를 인수할 경우 당시의 증권회사의 재무건전성 감독규정 제35조 제1항 제6호에 따라 취득일로부터 3개월 이내에 처분하여야 하는 부담이 있었던 점, 그러나 삼성물신의 주식 시가는 1998. 3. 2 7,800원을 기록한 이후 계속 하락하여 위 총액인수계약을 체결한 날인 1998. 4. 22.의 주가가 발행가액인 5,000원에 미달하는 4,850원이었으며 이후에도 계속 하락추세에 있었던 점, 이 사건 총액인수계약 체결 당시 삼성물산의 경영 및 자금상태, 수익구조 등이 악화되어 삼성기업집단 차원에서 삼성물산의 재무구조개선을 위해 노력하고 있었던 점 등 여러 사정을 감안하면, 원고 삼성증권은 삼성물산과 특수관계가 없는 제3자라면 위와 같은 유상증자시 총액인수계약을 체결하였으리라 보이지 않는 상황에서 삼성물산을 지원할 의사로 실질적으로 할증발행의 효과를 초래하는 총액인수계약을 체결한 것임.

[삼성생명보험 외 3(삼성 3차)의 부당지원행위 건(대법원 2007. 10. 26. 선고 2005두3172 판결)]

③ 주식 우회인수

□ 종합금융회사의 실권주를 인수하여, 종합금융회사로 하여금 그 자금으로 지원객체의 실권주를 고가에 인수하도록 연계한 행위는 부당지원행위에 해당함

○ 원고 삼성카드는 1998. 6. 25. 경수종합금융 주식회사(이하 '경수종금'이라 한다)의 실권주 배정에 참여하여 100억 원 상당을 인수하였고, 경수종금은 이보다 9일 전인 1998. 6. 16. 삼성물산 실권주 공모에 참여하여 100억 원 상당의 삼성물산 실권주를 인수한 사실, 원고 삼성생명과 원고 삼성화재는 1998. 6. 26. 아세아종합금융 주식회사(이하 '아세아종금'이라 한다)의 실권주 배정에 참여하여 합계 73억 1,800만 원 상당을 인수하였고, 아세아종금은 이보다 10일 전인 1998. 6. 16. 위 삼성물산의 실권주 공모에 참여하여 80억 원의 삼성물산 실권주를 인수한 사실, 원고 삼성카드가 인수한 경수종금의 실권주 총액과 경수종금이 인수한 삼성물산의 실권주 총액이 같고, 아세아종금이 인수한 삼성물산 실권주 총액과 원고 삼성생명, 원고 삼성화재가 인수한 아세아종금의 실권주 총액이 유사한 점, 경수종금과 아세아종금으로서는 당시 삼성물산 주식의 시가가 실권주 발행가보다 30%정도 저렴하였고, 향후 수개월 동안 삼성물산 주가의 하락 추이가 계속될 것이 예상되었으므로 위 원고들이 경수종금과 아세아종금의 실권주를 인수하지 않는다면 삼성물산 실권주를 인수할 필요성이 없었던 점, 삼성계열사인 위 원고들이 삼성물산의 실권주를 직접 인수하는 것은 법 제9조의 상호출자의 금지 규정 등에 위반될 수 있었고, 피고가 1998. 6. 경 5대 기업집단의 부당지원행위에 대한 조사를 진행중에 있어 위 원고들이 직접 삼성물산의 실권주를 인수하기 어려웠으므로 경수종금 및 아세아종금과 사이에 실권주 인수를 연계할 필요가 있었던 점 등 여러 사정을 감안하면, 위 원고들이 삼성증권의

삼성물산 실권주의 단기처분으로 인한 손실을 줄여주기 위하여 경수종급과 아세아종금의 실권주를 인수하여 주고 경수종급으로 하여금 삼성물산의 실권주 100억원 상당을, 아세아종금으로 하여금 삼성물산의 실권주 80억 원 상당을 시가보다 고가에 인수하게 한 행위는 현저히 유리한 조건과 규모로 삼성증권을 지원하여, 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 부당지원행위에 해당함.

[삼성생명보험 외 3(삼성 3자)의 부당지원행위 건(대법원 2007. 10. 26. 선고 2005두3172 판결)]

④ 사모사채 고가매입

□ 계열회사가 발행한 무보증사모사채를 공모사채 발행수익률보다 뚜렷이 낮은 금리로 대규모 인수한 것은 부당지원행위에 해당함

○ 원고가 2004. 3. 30. 계열회사인 산은캐피탈이 발행한 BBB 등급의 무보증사모사채 500억 원을 만기 2년 6월, 적용금리 연 5.86%(3개월 후취)로 정하여 인수한 사실(이하 '이 사건 제1 거래행위'라 한다), 산은캐피탈은 위 사모사채의 인수일의 9일 후인 2004. 4. 8. 발행금액 670억 원, 만기 1년, 발행이자를 및 발행수익률 각 연 8.0%, BBB 등급의 무보증공모사채(이하 '이 사건 공모사채'라 한다)를 발행한 사실 등이 인정되는 바, 비록 이 사건 공모사채의 발행조건이 원고와 산은캐피탈의 이 사건 제1 거래행위의 거래조건들에 비하여 만기 등의 면에서 우위를 점하고 있는 것으로 보여 이 사건 공모사채의 발행수익률을 그대로 이 사건 제1 거래행위의 정상금리로 삼을 수는 없다고 하더라도, 원고와 산은캐피탈의 이 사건 제1 거래행위에 실제로 적용된 금리는 이 사건 제1 거래행위의 정상금리의 최하한을 어느 정도 추단할 수 있게 해 주는 이 사건 공모사채의 발행수익률보다도 뚜렷이 낮을 뿐만 아니라 이 사건 제1 거래행위의 규모도 상당히 크다고 할 것이므로, 이러한 사정을 종합하여 보면 원고와 산은캐피탈의 이 사건 제1 거래행위는 현저히 유리한 조건의 거래에 해당함.

[한국산업은행 부당지원행위 건(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두11911 판결)]

□ 중개기관에 지급하는 수수료 등 경비를 제외한 수익률을 정상수익률로 보아야 하므로 이보다 현저히 낮은 금리로 인수한 것은 현저히 유리한 조건의 거래임

○ 삼성생명은 1997. 12. 26. 한국외환은행의 후순위 조건부채권 130억 원을 5년간 연 14.80%(3개월 후취)로 인수하였고, 외환은행은 1998. 1. 10. 삼성전자가 발행한 무보증 사모사채 130억 원을 3년간 연 14.80%(3개월 후취)로 매입한 사실, 위 후순위채권과 위

사모사채 인수의 검토일, 금액, 금리 및 이자수취조건 등이 일치하거나 근접한 점, 외환은행으로서는 후순위채권을 발행하여 자기자본비율을 제고한 필요성이 절실하였던 점 등 여러 사정을 종합하면, 원고 삼성생명은 외환은행의 위 후순위채권을 인수하고 외환은행은 그와 연계하여 삼성전자의 위 사모사채를 인수한 것임. 삼성전자는 위 사모사채 인수일의 3일 전인 1998. 1. 7. 발행금액 700억 원, 이자는 25%(3개월 후취), 수익률 25.25%(사채인수 수수료 0.2%포함), 만기 3년의 제152회 공모보증사채를 발행하였는바, 위 공모사채는 이 사건 사모사채와 발행일자가 근접하고 만기가 같은 반면 보증사채 이어서 무보증인 이 사건 사모사채보다 수익률이 더 낮을 것이고, 다만 이 사건 사모사채는 외환은행이 수수료 없이 인수한 것이어서 이 사건 사모사채의 실제수익률과 비교하여야 할 정상수익률에 있어서도 중개기관에 지급하는 수수료 등 경비를 제외한 수익률을 기준으로 하여야 할 것인데, 이 사건 사모사채의 수익률이 위 공모사채의 사채인수 수수료 등 경비를 제외한 수익률보다 연 10.25%나 낮으므로, 이는 현저히 유리한 조건의 거래임.

[삼성생명보험 외 3(삼성 3차)의 부당지원행위 건(대법원 2007. 10. 26. 선고 2005두3172 판결)]

□ 금융회사의 특정금전신탁에 가입하고 동 금융회사로 하여금 위탁자의 계열사가 발행한 사모사채를 저리로 인수하도록 한 것은 부당지원행위에 해당함

- 원고 삼성생명이 1998. 1. 13. 한미은행과 특정금전신탁(이하 '특금'이라 한다)계약을 체결하고 같은 날 240억 원을 만기 1999. 7. 13.로 정하여 예치하고, 한미은행은 같은 날 원고 삼성생명이 한미은행에 예치한 특금 240억 원과 금액이 동일하고 만기가 같은 삼성캐피탈의 무보증 사모사채를 수익률 23.5%로 인수하였고, 이후 원고 삼성생명이 위 특금 240억 원을 1998. 9. 4. 중도에 해지하자, 한미은행은 같은 날 삼성캐피탈로부터 인수한 240억 원의 무보증 사모사채를 만기 전에 중도상환 받은 사실, 위 특금과 위 사모사채의 거래일, 금액, 만기, 위 특금 운용 예상수익률과 신탁운용보수를 합한 비율과 위 사모사채의 인수금리가 동일하거나 유사한 점, 위 특금계약의 중도해지와 위 사모사채의 중도상환이 각 금지되어 있음에도 한미은행이 원고 삼성생명의 특금을 중도에 해지하고, 같은 날 삼성캐피탈의 사모사채를 중도에 상환 받은 점 등과 같은 여러 사정을 감안하면, 비록 위 특금에 삼성캐피탈 발행 사모사채가 편입되어 있지는 않다 하더라도 원고 삼성생명은 한미은행에 액면금 240억 원의 특금에 가입하고, 이와 연계하여 한미은행으로 하여금 같은 금액에 해당하는 삼성캐피탈의 위 사모사채를 매입하게 한 것임.

[삼성생명보험 외 3(삼성 3차)의 부당지원행위 건(대법원 2007. 10. 26. 선고 2005두3172 판결)]

□ 금융회사에 대한 후순위대출과 동 금융회사의 사모사채 인수 사이에 연계성을 인정하기 어렵다면 부당지원행위로 볼 수 없음

- 삼성생명이 1997. 11. 28. 한빛은행으로부터 종퇴보험 600억 원을 연 9%로 예치받은 후, 같은 날 한빛은행에게 600억 원을 10년간 연 10%(1년 후취)로 후순위 대출하였고, 한빛은행은 1997. 12. 23. 및 같은 해 12. 29. 원고 삼성생명의 계열회사인 삼성자동차 발행 무보증사모사채 300억 원과 200억 원, 합계 500억 원을 7년간 연 13.8%와 연 14.2%(1년 후취)로 매입한 사실 등이 인정됨. 한빛은행은 원고 삼성생명이 아닌 다른 보험회사에 대해서도 같은 조건의 종퇴보험을 가입하면, 추가적인 대가없이 그 금액에 해당하는 후순위대출을 받는 것이 어렵지 않을 것으로 보이고 달리 연계성을 인정할 만한 자료가 없으므로, 삼성생명의 위 후순위 대출과 한빛은행의 위 사모사채 인수가 연계되어 있다고 보기 어려움.

[삼성생명보험 외 3(삼성 3차)의 부당지원행위 건(대법원 2007. 10. 26. 선고 2005두3172 판결)]

⑤ 후순위사채 고가매입

□ 후순위사채는 인수자가 부담하는 위험성이 높고 유통성이 떨어지는 채권이어서 그 이율은 통상 이율보다 상당 수준 높아야 할 것임에도 불구하고 그보다 낮은 이율로 매입한 행위는 지원행위에 해당함

- 엘지종합금융 주식회사(이하 '엘지종금'이라 한다)가 1997. 11. 29. 발행한 896억 원 규모의 만기 5년 6개월인 후순위특약부사채를 엘지반도체 주식회사 등 9개 회사들이 연 13%의 이율로 매입할 당시의 30여 개 종합금융회사나 엘지종금의 일반현황, 위 9개 회사들의 후순위사채 매입으로 인하여 엘지종금의 1998. 3. 31자 BIS기준 자기자본비율이 9.5%에서 11.4%로 상승한 점, 이 사건 후순위사채는 채권의 만기 이전에 채권발행회사의 파산 등으로 잔여재산을 청산할 경우 일반차입금이 모두 상환된 후에야 변제청구권을 가지고 또한 채권발행회사의 자금상황이 아무리 악화되더라도 만기 이전에 변제를 청구할 수 없도록 약정되었으므로 일반차입금이나 회사채에 비해 인수자가 부담하는 위험성이 높고 거래 시장조차 형성되지 않아 유통성이 떨어지는 채권이어서, 만기가 5년 6개월인 장기 채권이라 하더라도 그 이율은 통상의 이율(당시 3년 만기 회사채수익률인 연 15.1%)보다 상당 수준 높아야 할 것임에도 불구하고 이보다 훨씬 낮은 이율(연 13%)로 인수된 점, 그 인수 규모 또한 9개 회사 합계 896억 원이나 되어 그 규모의 현저성이 충분히 인정되고, 그와 같은 저리 발행으로 인하여 엘지종금의 자금조달비용을 절감시켰으리라 보이는 점, 적자 회사인 원고 엘지석유화학, 엘지반도체, 엘지상사까지 참여하여 엘지종금의 후순위사채를 인수하였고, 이는 위 9개 회사들의 독자적인 투자

판단에 따라 이루어졌기보다는 엘지종금의 퇴출을 방지하기 위한 목적으로 위 9개 회사들이 함께 인수한 것으로 보이는 점 등에 비추어 볼 때, 위 9개 회사들은 엘지종금이 발행한 후순위사채를 현저히 높은 대가로 인수하는 등으로 과다한 경제상 이익을 제공함으로써 엘지종금을 지원하였다고 할 것임.

[엘지 1차 사건 중 엘지반도체 외 18개사의 부당지원행위 건(대법원 2004. 11. 12. 선고 2001두2034 판결)]

- 원고 에스케이가스 등이 1998. 2. 28. 에스케이증권 발행의 후순위사채 1,500억 원을 연 12.57%의 수익률로 같은 해 3. 30. 에스케이증권 발행의 후순위사채 2,000억 원을 연 14.66%의 수익률로 각 매입한 사실, 후순위사채보다 안정성과 유동성이 높아 위 후순위사채보다 수익률이 낮아야 함 3년 만기 회사채(은행보증)의 매매기준 유통수익률(우량회사 기준)이 1998. 2. 28. 경에는 연 20.5%, 같은 해 3. 30.경에는 19.5%였던 점 등에 비추어 에스케이가스 등의 위 후순위사채 매입행위는 부당지원행위에 해당함. 나아가 에스케이증권이 단체퇴직적립금 3,500억 원을 교보생명보험, 삼성생명보험의 직장인단체보험 등 저축상품에 각 예치하고 위 보험회사들은 위 예치된 금원 전부를 원고 에스케이가스 등이 발행한 사모사채를 인수하는데 사용하여 에스케이가스 등이 이와 같은 방법으로 조달된 자금으로 위 후순위사채를 매입하였으며, 이 과정에서 에스케이증권과 위 보험회사들 사이에서 에스케이증권이나 원고 에스케이가스 등이 파산하는 등의 사유가 발생하는 경우, 위 보험회사들이 에스케이증권에 대한 위 단체보험금 등 상환채무와 에스케이가스 등에 대한 사모사채인수에 기한 채권을 서로 상계처리하거나, 원고 에스케이가스 등에 대한 위 채권에 기하여 위 단체보험금 등에 대한 진권을 행사할 수 있도록 하는 내용의 특약이 체결되었다고 하더라도 이러한 사정은 원고 에스케이가스 등의 부당지원행위가 성립하는 데에 영향이 없음.

[에스케이건설 외 11(에스케이 1차)의 부당지원행위 건(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두1490 판결⁷⁶⁾)]

□ 현저히 낮은 수익률로 발행된 후순위사채를 대규모로 매입하여 준 행위는 지원객체가 다른 경쟁업체보다 유리한 지위에 설 수 있게 만들어준 행위로 부당한 자금지원행위에 해당함

- 원고가 만기 5년의 금융채의 수익률, 원고 스스로 발행한 만기 3년의 회사채의 수익률, 한국은행이 발표하는 시중은행의 매월 말 평균 당좌대출금리(인반정상금리)보다 현저히 낮은 수익률로 발행된 현대울산종금의 후순위사채 250억 원 상당을 매입하여 준 행위는 당시 재무구조가 극히 나빴던 특수관계인인 현대울산종금에 현저히 낮은 대가로 많은 자금을 제공하여 줌으로써 현대울산종금이 BIS 비율이 높아지는 등 다른 경쟁업체보다

76) 파기환송 후 재상고심(대법원 2007. 9. 7. 선고 2007두13142 판결)은 심리불속행 기각함

유리한 지위에 설 수 있게 만들어 준 행위로서 법 제23조 제1항 제7호가 금지하고 있는 부당한 자금지원행위에 해당함.

[현대중공업(현대 4차)의 부당지원행위 건(대법원 2006. 4. 14. 선고 2004두3298 판결)]

□ 후순위 무보증사채를 다른 금융상품의 수익률에 비하여 낮게 대규모로 매입한 것은 거래규모, 지원금액, 당시 경제적 상황 등에 비추어 현저히 유리한 조건의 거래에 해당함

○ 원고 삼성물산이 1997. 12. 30. 장기신용은행에 400억 원을 특정금전신탁으로 예탁하고 장기신용은행으로 하여금 계열회사인 삼성증권이 같은 날 발행한 1999. 6. 30. 만기인 액면 400억 원의 후순위 무보증사채(이하 '이 사건 후순위사채'라 한다)를 17.26%의 수익률로 매입하게 하였는데, 당시 삼성증권의 신용평가등급이 일반보증회사채 최종호가 수익률의 기준이 되는 'AA'보다 불량한 'BBB'였고, 원고 삼성물산은 위 특정금전신탁에 가입하기 7일 전인 1997. 12. 24. 3년 만기 회사채를 수익률 25%로 발행하여 자금을 조달하였으며, 이 사건 후순위사채의 발행 당시 후순위사채의 정상적 유통이 활발하지 않아 그 정상적인 거래가격을 산정하기 어렵지만, 통상적으로 후순위사채는 일반채권에 비하여 후순위이고 원금상환유예의 특약이 있으며, 무보증, 무담보, 기한 전 상환금지 등의 특성이 있는 반면, 금융채, 개발신탁이나 양도성예금증서는 발행기관의 안정성, 원금보장, 또는 확정이자 지급 등과 같은 성격 때문에 일반적으로 후순위사채보다 수익률이 낮은 사실과 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 이 사건 후순위사채의 정상수익률은 그 발행 당시의 금융채 수익률 22%, 개발신탁 수익률 25%, 양도성예금증서(91일물) 수익률 25%, 삼성물산이 자금을 조달한 위 회사채 수익률 25%보다 높다고 봄이 상당한데, 이 사건 후순위사채의 발행수익률 17.26%는 위의 다른 금융상품의 수익률에 비하여 적어도 4.74% 이상 낮은 점, 이 사건 거래규모가 삼성증권 자본금의 약 55.5%에 이르는 점, 지원금액 또한 상당한 액수에 이를 것으로 보이는 점 및 당시의 경제적 상황 등을 종합하여 보면, 이 사건 후순위사채의 매입행위는 현저히 유리한 조건의 거래에 해당함.

[삼성물산 외 1(삼성 2차)의 부당지원행위 건(대법원 2006. 7. 27. 선고 2004두1186 판결)]

□ 2,000억 원 규모의 3년 만기 후순위사채를 3년 만기 회사채보다 훨씬 낮은 이율로 매입한 행위는 지원행위에 해당하며, 위 후순위사채가 1년 후 상환되었더라도 마찬 가지임

○ 이 사건 후순위사채는 채권발행회사의 파산 등으로 잔여재산을 청산할 경우 일반차입금이 모두 상환된 후에야 변제청구권을 가지고 또한 만기 전 상환약정이 있다고 하더라도

이는 엘지증권의 의사에 의하여서만 상환되는 것으로 약정되어 일반차입금이나 회사채에 비해 인수자가 부담하는 위험성이 높고 유통성이 떨어지는 채권이고, 아세아종합금융 등이 위 14개 회사들로부터 대출을 회수하고 엘지증권이 아세아종합금융 등으로부터 예금을 회수하더라도, 위 14개 회사들은 엘지증권으로부터 후순위사채를 회수하지 못할 위험이 있어 결국 일반채무를 부담하고 악성채권을 인수하는 것인 점에 다름 아닌 점, 엘지증권이 최초에 보유하였다가 아세아종합금융 등에 예치한 자금과 위 14개 회사들에 대한 우회대출을 거쳐 후순위사채의 형태로 재유입된 자금은 경제적 가치에 있어 현격한 차이가 있고 법률적으로 별개의 거래관계에 따른 것인 점, 이 사건 후순위사채의 위와 같은 열후성에 비추어 그 이자율은 통상의 이율(당시 3년 만기 회사채수익률 : 연 20.78%(1997. 12. 15.), 연 21.2%(1997. 12. 16.), 연 23.31%(1997. 12. 17.))보다 상당 수준 높아야 할 것임에도 불구하고 이보다 훨씬 낮은 이율(연 9.94%~11%)로 인수된 점, 위 14개 회사들의 후순위사채 인수로 인해 엘지증권의 영업용 순자본비율이 -8.2%에서 178%로 획기적으로 상승하게 된 점 등에 비추어 볼 때, 위 14개 회사들은 엘지증권이 발행한 후순위사채를 현저히 높은 대가로 인수하는 등으로 과다한 경제상 이익을 제공함으로써 엘지증권을 지원한 것이라고 할 것이고, 위 후순위사채가 1년 후에 상환되었고, 위 14개 회사들이 그로 인하여 수익을 얻었다는 사정(이자소득에 대한 세금을 감안하면 수익을 얻었다고 인정하기도 어렵다)만으로 이를 달리 볼 것은 아닌.

[엘지 1차 사건 중 엘지반도체 외 18개사의 부당지원행위 건(대법원 2004. 11. 12. 선고 2001두2034 판결)]

□ 후순위사채를 양도성예금증서의 이율보다 저리로 인수한 것은 현저히 유리한 조건의 거래에 해당함

○ 후순위사채는 채권의 만기 이전에 채권발행회사의 파산 등으로 잔여재산을 청산할 경우 일반차입금이 모두 상환된 후에야 변제청구권을 갖도록 약정되고 또한 채권반행회사의 자금상황이 아무리 악화되더라도 만기 이전에 변제를 청구할 수 없는 것이므로 일반차입금이나 회사채에 비해 인수자가 부담하는 위험성이 높고 거래 시장조차 형성되지 않아 유통성이 떨어지는 채권이어서, 그보다 위험성을 적은 반면 유통성이 높은 양도성예금증서의 이자율보다 높아야 한에도 원고 대우, 원고 대우중공업, 원고 주식회사 대우전자 등은 오히려 양도성예금증서의 최종호가수익률에 1%를 차감한 변동이율을 적용한 점, 그 인수 규모 또한 합계 2,000억 원이나 되어 그 규모의 현저성이 인정되고, 그와 같은 저리 반행으로 인하여 주식회사 대우증권(이하 '대우증권'이라 한다)의 자금조달비용을 절감시켰으리라 보여지는 점, 대우증권이 후순위사채를 발행할 당시는 외환 및 국내 금융시장 위기에 따른 국내증시의 급락으로 유가증권의 운용 및 평가에서 막대한 손실이 발생하고 급격한

금리 상승으로 차입금리의 부담이 가중되는 등으로 인하여 376억 원 상당의 적자를 시현하는 등 자금운용상 어려움에 처하였고, 영업용순자본비율이 지속적으로 낮아지는 상황에서, 위 원고들이 후순위사채를 인수한 것은 위 원고들의 독자적인 투자 판단에 따라 이루어졌다기보다는 대우증권의 경영상 어려움을 방지하고자 영업용순자본비율을 높여 줄 목적으로 계열회사들이 함께 인수한 것으로 보이는 점, 대우증권이 발행한 후순위사채는 계열회사인 위 원고들만이 인수가 가능했던 것으로 보이는 점 등 여러 사정을 고려하여 볼 때, 위 원고들이 대우증권의 이 사건 후순위사채를 인수한 것은 현저히 유리한 조건의 거래에 해당함.

[대우 1차 사건(대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두2881 판결⁷⁷⁾)]

- 후순위사채는 금액, 만기, 발행회사의 신용상태 등에 따라 유통성과 이자율이 달라지는 것으로서 후순위사채의 이자율이 당좌대출금리보다 반드시 높아야 한다고 볼 수는 없음
- 회사채(보증 또는 무보증), 양도성예금증서, 기업어음 등이 비록 무보증후순위사채와 성질이 다소 다르기는 하지만 그렇다고 하여 무보증회사채의 이자율의 지표로서의 역할을 전혀 하지 못하는 것은 아닌 것으로 보아야 할 것인데, 1998. 2. 5자 후순위사채에서 적용한 기업어음의 전일평균금리에 연 0.6%를 더한 변동이율은 보증회사채(3년)의 이자율보다 연 4.33%, 무보증회사채의 이자율보다 연 3.48%, 양도성예금증서(만기 91일)의 수익률보다 연 1.69%, 기업어음(3개월)의 이자율보다 연 2.55% 높았고, 같은 해 3. 16자 기업어음의 연 25.4%의 이자율은 보증회사채(3년)의 이자율보다 연 4.28%, 무보증회사채의 이자율보다 연 4.28%, 양도성예금증서(만기 91일)의 수익률보다 연 0.28%, 기업어음(3개월)의 이자율보다 연 0.72% 높은 점, 현대증권이 반행한 후순위사채의 이자율은 비슷한 시기에 대우증권, LG증권, SK증권, 동양종금 등 다른 증권회사의 후순위사채 이자율보다 훨씬 높게 발행된 점, 이 사건 후순위사채 발행당시 현대증권은 IMF 사태에 따라 국내증시의 급락 및 금리상승으로 일시적인 적자를 내기는 하였으나, 충분한 규모의 유동자산을 보유하고 상당한 규모의 여유자금을 콜론(call loan)으로 운용하고 있는 등 자금운용상으로는 특별한 문제가 없었고, 더욱이 당좌대출을 거의 사용하지 않았으므로 현대증권이 1년 안에 도산할 가능성은 거의 없었던 사실, 현대증권이 1998. 3. 20과 5. 26에 비계열회사도 아닌 수산업협동조합중앙회에 발행한 만기 1년의 후순위사채의 이자율은 연 25.05%, 연 22.56%인 사실, 비록 후순위사채는 일반적으로는 유통성이 떨어지나, 발행회사의 신용상태나 후순위사채의 금액, 만기 등에 따라 유통성과 이자율이 달라지는 것으로서 1년 내에 도산할 가능성이 희박한 현대증권 발행의 이 사건 만기

77) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2005. 11. 16. 선고 2004누22765 판결)

1년의 후순위사채가 유통성이 전혀 없다거나 일반회사채에 비하여 이자율이 훨씬 높아야 하는 것은 아니므로 이 사건 후순위사채의 이자율을 초단기성 금전대출금리인 현대증권의 낭좌대출금리와 직접 비교대상으로 삼기는 곤란한 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 후순위사채의 이자율이 현대증권의 당좌대출금리보다 반드시 높아야 한다고 볼 수 없으므로 현대증권의 당좌대출금리를 정상금리로 보기 어렵다고 할 것이고, 달리 이 사건 후순위사채의 인수행위가 현저히 유리한 조건으로 거래한 것으로 볼만한 자료를 찾기 어려움.

[현대 2차 사건(대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6203 판결⁷⁸⁾]

⑥ 전환사채의 고가매입

- 경영난에 처한 지원업체들의 자금난을 호전시키기 위하여 계열회사들이 조직적으로 지원업체들의 무보증전환사채를 저리로 인수한 행위는 부당지원행위에 해당함
- 원고 현대자동차 외 18개사와 지원업체들은 대규모기업집단 '현대' 소속의 계열회사 관계에 있는 점, 이 사건 무보증전환사채 발행 당시 IMF 사태로 금융시장이 사실상 마비되어 자금조달이 지극히 어려웠을 뿐 아니라 특히 지원업체들은 수년간에 걸친 적자로 인하여 완전자본잠식상태로서 만기 1일 내지 7일 정도의 최단기 기업어음을 발행하여 부도를 막기에 급급한 상태에 있었던 점, 원고 현대자동차 외 18개사가 이 사건 무보증전환사채를 인수한 것은 경영난에 처한 지원업체들의 자금난을 호전시키기 위한 것으로 그로 인하여 지원업체들에게 객관 인수금액에 대한 정상할인율과 실제할인율의 차액에 해당하는 33억 1,400만 원, 2억 3,000만 원 상당의 과다한 경제적 이익을 제공한 점, 특히 현대리바트의 경우 현대중공업이 현대리바트의 자금난 해소를 위하여 이 사건 무보증전환사채 인수직전인 1998. 1. 12. 현대리바트가 발행한 200억 원의 기업어음을 인수하는 등 대규모기업집단 '현대'의 계열회사들이 조직적으로 지원업체들을 지원한 것으로 보이는 점, 이 사건 전환사채 인수 당시 실질적으로 경쟁업체가 존재하지 않는다고 하더라도 지원업체들에 대한 지원으로 인하여 신규업체의 시장진입을 억제할 수 있으므로 관련시장에서의 경쟁을 저해한 것이 아니라고 할 수 없는 점 등 여러 사정을 고려하여 볼 때, 원고 현대자동차 외 18개사의 이 사건 무보증전환사채 인수행위로 인하여 지원업체들도 하여금 당해 업계에서 종전의 지위를 계속 유지할 수 있게 함으로써 관련시장에서의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있음.

[현대 1차 사건(대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6197 판결⁷⁹⁾]

78) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2006. 8. 9. 선고 2004누8431판결)

79) 파기환송 후 재상고심 확정(대법원 2008. 7. 1. 선고 2006두14735 판결)

⑦ 전환사채의 저가주식 전환

□ 인수한 전환사채의 전환권을 행사한 것도 계열사의 자본확충 등을 지원한 부당지원 행위에 해당함

○ 전환권행사 당시 대한알루미늄공업 내지 금강개발산업의 주가가 전환사채의 장부가액을 실현시켜주는 이른바 이익실현주가보다 낮았을 뿐만 아니라 대부분 전환금액이 전환사채의 취득원가에도 미치지 못하였던 점, 대한알루미늄공업의 경우 전환권행사 당시 완전자본잔식상태에 있을 정도로 재무구조가 열악하여 향후 주가의 상승이 기대되기 어려웠던 점, 금강개발산업의 경우 전환자들이 1998. 9. 17.부터 같은 해 12. 16.까지 전환된 주식 합계 281만 주의 73%에 해당하는 주식을 장내 시장에서 시가매도하여 전환자별로 적게는 4억 원에서 많게는 27억 원까지 모두 68억 원의 손해를 입은 점, 전환권행사 당시 금강개발산업으로서는 대규모 기업집단 '현대'로부터의 계열분리가 진행 중이었고 이를 위하여는 계열회사와의 자금대차관계를 해소할 필요성이 있어 그에 필요한 자금수요가 적지 않았을 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 전환사채의 전환권행사가 전환사채권자의 이익의 극대화나 주가의 상승을 예측하여 이루어진 것이라기보다는 대한알루미늄공업 내지 금강개발산업의 부채비율 축소 및 자금상환 부담완화의 차원에서 이루어진 것으로 보이고, 한편 전환파리티는 전환 당시 주가와 전환가격을 비교하는 개념으로 전환 당시의 주가가 전환가격보다 높은 경우 전환권의 행사가 이루어질 가능성이 있다고 할 수 있지만, 전환 당시의 주가가 전환가격보다 높은 경우더라도 그 차이가 미세할 경우 전환권행사로 인하여 얻을 수 있는 경제적 이익인 전환금액이 장부가액보다 적을 수 있고, 그 경우 전환권이 적정하게 행사되었다고 볼 수 없어 전환파리티를 기준으로 주가가 전환가격보다 높은 경우에만 지원행위가 된다고 할 수는 없으며, 지원행위에 있어 지원성 및 지원효과는 지원행위 당시를 기준으로 판단하여야 하므로, 주식투자의 시점을 포착하기 어렵고 회사의 경우 이사회결의 등 내부절차를 요한다하여 직전·직후 1개월 또는 1주간의 최고주가에 의하여 전환금액을 산정할 수는 없다는 등의 사정을 들어 이 사건 전환사채의 전환권행사는 전환권행사를 이용하여 지원책체인 대한알루미늄공업 내지 금강개발산업에게 경제활동의 정상성에 반하는 경제상의 이익을 제공한 것으로서 지원행위에 해당한다는 취지로 판단한 것은 정당함.

[현대중공업 외 17개사(현대 3차)의 부당지원행위 건(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결⁸⁰⁾)]

80) 파기 환송 후 고법 확정(서울고법 2007. 6. 28. 선고 2007누3895 판결)

⑧ 기타

- 이 사건 기업운영비 지급기준 인상합의로 원고 서영이 이 사건 주식을 정상가격보다 현저히 높은 가격으로 매도할 수 있었던 것으로 판단되지 않으므로 지급기준 인상 합의는 부당지원행위에 해당하지 않음
- 원심은 그 채택 증거들을 종합하여, 원고 서영은 2014. 2. 4. 주식회사 키미데이타에게 원고 서영이 보유하던 주식회사 서해인사이트 주식 전량을 25억 원에 매도한 사실, 원고 하이트진로는 그 동안 서해인사이트에게 생맥주 기기 설치유지보수 업무를 위탁하고 업무위탁비를 지급하여 왔는데, 이 사건 주식 매각 협의 당시 키미데이타의 요구에 따라 항후 서해인사이트에게 지급할 업무위탁비 중 마진에 해당하는 기업운영비 지급기준을 기준 '용역원가의 6.0%'에서 '용역원가의 8.7%'로 인상해주기로 잠정 합의한 사실을 인정한 다음, 이 사건 주식의 정상가격이 13억 9,600만 원임에도 이 사건 인상합의로 인하여 원고 서영이 이 사건 주식을 정상가격보다 현저히 높은 25억 원에 매도하였으므로 이 사건 인상합의는 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위에 해당한다는 피고의 주장에 대하여,
- ① 피고가 이 사건 주식의 가치를 13억 9,600만 원으로 평가한 것은 삼도 회계법인의 주식가치 산정결과에 근거한 것인데, 이는 기업운영비 외에 서해인사이트의 매출총이익을 발생시킬 요소가 없다는 잘못된 전제에 기초한 것이므로 이를 이 사건 주식의 정상가격으로 볼 수 없는 점, ② 대주, 삼영, 삼일 회계법인의 각 주식가치 평가결과에 의하면, 이 사건 인상합의의 반영 여부에 관계없이 이 사건 주식의 가치가 약 25억 원 내외라는 것으로, 위 각 평가결과가 부당하다고 단정할 수 없는 점 등의 이유로 피고의 위 주장을 배척하고, 제출된 증거만으로 이 사건 인상합의가 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 행위로 볼 수 없다는 취지로 판단함. 원심의 이러한 판단에 현저히 유리한 조건의 거래를 판단하는 기준인 정상가격의 산정에 관한 법리를 오해하고 판단을 누락하거나 논리와 경험칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나고 채증법칙을 위반하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없음.

[하이트진로(주) 및 삼광글라스(주)의 부당 지원행위에 대한 건 관련 하이트진로(주)와 1의 판결(대법원 2022. 5. 26. 선고 2020두36267 판결)]

다. 부동산을 임대차한 경우

- 부동산 임대차보증금 관련 지원행위가 성립한다고 보기 위하여는 지원객체가 임대차보증금 수수행위를 통하여 받았거나 받은 것과 동일시할 수 있는 경제상 이익이 확정될 수 있어야 함

- 지원주체가 지원객체에게 부동산을 임대하면서 수수한 임대차보증금이 정상가격보다 낮아 지원행위가 성립한다고 보기 위하여는 우선 지원객체가 임대차보증금 수수행위를 통하여 받았거나 받은 것과 동일시할 수 있는 경제상 이익이 확정될 수 있어야 하고, 그와 같은 경제상 이익의 확정은 지원주체가 특수관계 없는 독립된 자에게 당해 부동산을 임대할 경우에 일반적인 거래관념상 형성되는 거래조건을 기준으로 하여야 함.

[현대자동차 외 6의 부당지원행위 건(대법원 2007. 12. 13. 선고 2005두5963 판결⁸¹⁾)]

- 부당지원행위에 관한 규정이 시행되기 이전에 체결한 임대차계약을 단순히 유지하는 행위는 위 규정이 적용되는 지원행위에 해당한다고 할 수 없음

- 부당지원행위의 규제대상은 지원의도에 기한 자금의 제공 또는 거래행위 그 자체이므로 자금지원의 의도로 자금의 제공 또는 거래행위가 있으면 그 즉시 자금지원행위가 성립하는 것이고 그로 인하여 지원객체가 얻게 되는 이익은 이러한 행위로 인한 경제상 효과에 불과한 짓이므로, 부당지원행위에 관한 규정이 시행된 1997. 4. 1. 이전에 지원주체가 지원객체와 체결한 임대차계약을 위 규정 시행 이후에 임대차기간을 연장하는 것 등과 같이 새로운 지원행위와 동일시할 수 있는 정도의 특별한 사정 없이 단순히 원래의 계약 내용대로 유지하는 행위만으로는 위 규정이 적용되는 지원행위에 해당한다고 할 수 없음. 기록에 의하면 원고 삼성에스디아이 등 4개 회사는 1994. 12. 삼성물산과 사이에 국제경영연수원을 임대차기간 5년으로 정하여 임대차계약을 체결하였고 그 후에는 원래의 임대차계약을 그대로 유지하였을 뿐이며, 새로운 지원행위와 동일시 할 수 있는 특별한 사정은 인정되지 아니하므로 위 임대차기간 중인 1997. 4. 1.부터 부당지원행위 규정이 시행되었다고 하여 그 규정을 적용할 수는 없음.

[삼성에스디아이 외 6(삼성 1차)의 부당지원행위 건(대법원 2006. 12. 22. 선고 2004두1483 판결⁸²⁾)]

81) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2008. 3. 19. 선고 2007누34424 판결)

82) 파기환송심(서울고법 2007. 5. 17. 선고 2007누315 판결)에서 피고 처분 직권취소로 원고들이 소 취하하여 이 부분은 종료됨

□ 정상 임대수익률에 비해 낮은 이율로 사무실을 임대해 준 것은 부당한 자산지원행위에 해당함

- 사무실을 임대하면서 임대보증금을 수령하지 아니하는 대신 임대보증금에 대하여 매월 일정금리로 산정한 금액을 수령한 행위는 단순히 보증금에 대한 지연이자를 수령하는 것이 아니라 보증금 운영이익을 포함한 사무실 사용료를 전액 월세로 지급받는 것과 마찬가지라 할 것이므로, 사업자가 임대보증금을 수령하지 아니하는 대신 보증금에 대한 정상 임대수익률보다 낮은 이율에 해당하는 금액으로 사무실을 다른 회사에 임대한 경우에는 지원행위에 해당한다고 할 것이고, 이 경우 정상 임대수익률은 부당한지원행위의 심사지침 3. 나항을 준용하여 당해 부동산의 종류, 규모, 위치, 임대시기, 기간 등을 참작하여 유사한 부동산에 대하여 특수관계가 없는 독립된 자간에 형성되었을 임대수익률에 의하여 산정하여야 함.
- 서울신문 소유 본 건 프레스센타 건물의 정상 임대수익률 연 19.77%에 비하여 원고가 스포츠서울21에 대하여 적용한 월세환산 임대수익률 연 7.5%는 현저히 낮은 금리이므로 스포츠서울21에게 그 금리 차이에 해당하는 금액만큼 경제상이익을 제공한 것으로 볼 수 있고, 스포츠서울21은 1999. 12. 30. 원고로부터 물적분할방식을 통하여 분할·설립된 자본금 300억 원 규모의 회사로서, 통상적으로 회사설립 초기에는 막대한 운영자금이 소요되고 제 비용 등이 필요한 시기였음에 비추어 볼 때, 원고의 위와 같은 지원행위로 인하여 스포츠서울21은 사무실 임대보증금만큼의 자금을 차입할 필요성이 없어지므로 그에 따른 금융비용 부담을 완화시키고 경영여건을 개선시킴으로써 스포츠신문시장에 있어서 유력한 사업자로서의 지위를 형성·유지 또는 강화시킬 우려가 있는 행위로서 부당한 자산지원행위에 해당함.

[서울신문사의 스포츠서울21 지원행위 건(서울고법 2004. 7. 15. 선고 2002누1092 판결⁸³⁾]

* 참고: 두산건설 등 4개사의 부당지원행위 건(서울고법 2003. 12. 2. 선고 2002누10560 판결, 대법원 2006. 6. 9. 선고 2004두268 판결)

□ 정상 임대수익률보다 훨씬 낮은 부가가치세법령상 보증금의 월세환산 임대수익률을 따른 것이 법령에 따른 정당한 행위라고 할 수 없음

- 부가가치세법시행령 제49조의2 제1항은 사업자가 부동산임대용역을 공급하고 전세금 또는 임대보증금을 받는 경우에는 부가가치세법 제13조 제1항 제2호에 규정하는 금전 이외의 대가를 받는 것으로 보아 당해 기간의 전세금 또는 임대보증금에 과세대상기간의

83) 상고심(대법원 2004. 11. 12. 선고 2004두9630 판결)은 실리불속행 기각함

일수와 계약기간 1년의 정기예금 이자율을 1일로 환산한 이자율을 곱하여 산정한 금액을 과세표준으로 하도록 규정하고 있으나, 이는 부가가치세를 부과하기 위한 과세표준을 정한 것에 불과하고, 사업자가 보증금을 월세로 전환할 경우의 전환율을 제한하거나 강제하는 규정이 아니어서 사업자는 얼마든지 높은 전환율을 적용할 수 있다 할 것이므로 원고가 정상 임대수익률이 훨씬 높음에도 불구하고 스포츠서울21에 대하여 위 규정에 따라 보증금의 월세환산 임대수익률을 정하였다는 사정만으로는 법 제58조의 범령에 따른 정당한 행위라고 할 수 없음.

[서울신문사의 스포츠서울21 지원행위 건(서울고법 2004. 7. 15. 선고 2002누1092 판결⁸⁴⁾)]

□ 임차한 건물을 자신의 임차가격보다 훨씬 낮은 가격으로 전대한 행위는 현저히 유리한 조건의 거래임

○ 원고는 1999. 4.경 서울 중구 순화동 7 소재 자신의 사옥(이하 '이 사건 건물'이라고 한다)을 산성생명보험 주식회사에게 매각하고 위 건물의 지상 1층 내지 7층 및 지하 1층 내지 3층을 각 층별 보증금 및 임차료를 각기 달리 정하여 임차한 후 같은 해 8.경부터 2001. 2. 28.까지 원고의 계열회사인 주식회사 중앙일보미디어인터내셔널(이하 'JMI'라고 한다)에게 위 건물의 4층 중 115.15평을, 중앙방송 주식회사(이하 '중앙방송'이라고 한다)에게 지하 1층 162.81평을 각 전대한 사실, 원고가 JMI에게 적용한 평당 연간환산 전대료는 756,000원으로 원고가 이 사건 건물을 임차할 당시 4층의 평당 연간환산 임차료 1,326,600원의 57%에 불과하고, 원고가 중앙방송에게 적용한 평당 연간환산 전대료는 324,000원으로 지하 1층의 평당 연간환산 임차료 603,000원의 53.7%에 불과하고 원고의 이 사건 건물에 대한 임차가격에는 원고가 주장하는 각 층별 사무실 환경이 반영된 것으로 보이고, 원고가 보안상의 이유 등으로 전차인의 제한을 받는 것 못지 않게 JMI 및 중앙방송이 이 사건 건물에 입주하여야 할 필요성도 적지 않으므로, 원고가 JMI 및 중앙방송에게 자신의 임차가격보다 훨씬 낮은 가격으로 이 사건 건물을 위와 같이 전대해 준 행위는 현저히 유리한 조건의 거래에 해당하고, 원고가 1999. 9. 1. 소외 월스트리트저널에게 이 사건 건물의 4층 18.52평을 평당 연간환산 전대료 700,204원으로 전대한 바 있다고 하여 달리 볼 것은 아님.

[중앙일보사의 부당지원행위 건(대법원 2005. 5. 13. 선고 2004두2233 판결⁸⁵⁾)]

※ 다만 위 판례에서 대법원은 JMI와 달리 중앙방송에 대한 전대 부분은 부당성이 인정되지 않는다고 판시함

※ 참고: 두산건설 등 4개사의 부당지원행위 건(대법원 2006. 6. 9. 선고 2004두268 판결)

84) 상고심(대법원 2004. 11. 12. 선고 2004두9630 판결)은 심리불속행 기각함

85) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2006. 4. 20. 선고 2005누10547 판결)

□ 지원주체가 당시 상황을 모두 고려하여 결정한 임대보증금 및 관리비는 특별한 사정이 없는 한 정상가격보다 현저히 낮다고 단정할 수 없음

- 원고가 조사하였다는 주변시세란 임지여건이나 크기 및 구조, 건물상태, 이용가능용도 등에서 이 사건 건물보다는 우수한 조건의 건물들을 기준으로 한 것으로, 이 사건 건물의 임대조건이 그 건물들에 비해 열세인이 분명한 이상 임대시세가 그보다 낮을 수밖에 없다고 보이는데, 원고는 이러한 상황에서 이 사건 건물에 대해 주변시세와 같은 수준의 임대보증금 및 관리비를 받으려 한다면 장기간 이를 공실로 비워 두어야 할 염려가 있는데다가 건물의 규모가 커서 마땅한 임차인을 구하기도 어려웠으므로, 제반 여건에 비추어 주변시세의 60% 수준이 이 사건 건물의 적정 임대시세라는 판단 아래 이를 그 가격에 소외 회사에게 임대한 것이라고 주장하고 있으므로, 달리 이 사건 건물과 동등한 조건의 실제 임대시세를 발견할 수 없는 이 사건에서 원고가 책정한 임대보증금 및 관리비는 결국 그 당시의 상황을 모두 고려하여 이루어진 것으로서 특별한 사정이 없는 한 이는 정상가격과 동일하거나 유사하다고 볼 여지가 많다 할 것임. 또한 원심의 감정결과는 원칙적으로 당해 부동산의 기초가격에 기대이율을 곱하는 이론바 적산법에 근거한 것으로서, 투입원가에 대비한 적정 기대가격을 나타내는 것일 뿐 제반 상황을 고려하여 통용되는 현실적인 시세라고 볼 수 없으니 그 감정가격이 바로 정상가격이라고 추단할 수는 없다 할 것임. 따라서 이 사건 건물의 임대보증금 및 관리비가 주변시세의 60% 수준이었다거나 감정가격의 83% 내지 93% 수준에 불과하다고 하여 그러한 점만으로 이 사건 임대행위가 정상가격보다 현저히 저렴한 가격으로 임대한 것이라고 단정할 수는 없는 일이며, 나아가 원고가 이 사건 건물을 주변시세와 유사하게 제3자에게 임대하고자 하는 노력을 기울인 바 없다 하여 이와 달리 볼 것은 아님.

[대한주택공사의 부당지원행위 건(대법원 2008. 2. 14. 선고 2007두1446 판결⁸⁶⁾)]

□ 상업용 건물 1층의 임대차보증금은 통상 다른 층에 비해 높을 개연성이 있으므로 전 층에 대한 임대료를 임대면적으로 나누어 산출한 금액을 단순 비교하여 부당지원 행위라 할 수 없음

- 원고 기아자동차는 원고 현대자동차로부터 이 사건 자동차 전시장을 포함한 이 사건 사옥 1 내지 8층을 함께 임차하였고, 피고가 이 사건 자동차 전시장의 평당 임대차보증금으로 본 5,350,000원은 1 내지 8층에 대한 총 임대차보증금 25,300,000,000원을 그에 대한 총 임대면적으로 나누어 산출한 금액임을 알 수 있는바, 이 사건 사옥과 같은 상업용 건물에 있어서 통상 1층의 임대차보증금이 중간이나 상층에 비하여 높을 개연성이 있는 점,

86) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2008. 5. 15. 선고 2008누6068 판결)

따라서 위 평당 임대차보증금 5,350,000원과 이 사건 사옥 1층의 일부만을 임대 목적으로 하여 약정된 조흥은행의 평당 임대차보증금인 21,000,000원 및 외환은행의 평당 임대차보증금인 23,000,000원을 단순 비교하기 곤란하여 그것반으로는 이 사건 임대행위가 지원행위에 해당한다고 단정할 수 없는 점 등과 같은 제반 사정을 종합하여 보면, 피고가 위 5,350,000원을 기준으로 이 사건 임대행위가 지원행위에 해당함을 전제로 이 부분 과정금 부과처분을 한 것은 위법하다고 할 것임.

[현대자동차 외 6의 부당지원행위 건(대법원 2007. 12. 13. 선고 2005두5963 판결⁸⁷⁾)]

□ 임차한 건물 중 근소한 부분에 대한 것이라면 전대료가 임차료보다 반드시 높아야 한다고 볼 수 없으므로 전대행위가 정상가격에 비하여 현저히 낮은 가격으로 이루어진 것으로 보기는 어려움

○ 원고가 건물주에게 지급한 임차료보다 원고의 자회사인 서치솔루션 주식회사(이하 '서치솔루션')와 엔에이치엔서비스 주식회사(이하 '엔에이치엔서비스')로부터 수취한 전대료가 낮은 것은 사실이나, 서치솔루션에 대한 전대행위는 임차한 건물 중 근소한 부분에 대한 것이어서 전대료가 임차료보다 반드시 높아야 한다고 볼 수 없고, 서치솔루션 및 엔에이치엔서비스에 대한 각 전대료의 정상가격을 원고가 건물주에게 지급한 임차보증금을 연 12%의 비율로 전환하여 산정하여야 한다는 피고의 주장을 인정할 증거가 없는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 전대행위가 정상가격에 비하여 현저히 낮은 가격으로 이루어진 것으로 보기는 어려움.

[엔에이치엔 주식회사의 시장지배적지위 남용행위 등에 대한 건(대법원 2014. 11. 13. 선고 2009두20366 판결)]

□ 임대료 방식이 아닌 현저히 낮은 수준의 영업료 방식으로 철도주차장의 관리·운영을 위탁한 행위는 부당지원행위에 해당함

○ 원고(한국철도공사)가 2009. 10. 21.부터 2013. 12. 31.까지 코레일에 위탁한 철도주차장을 특수관계가 없는 제3자에게 위탁하였을 경우 특별한 사정이 없다면 그 위탁대금은 원고의 자산관리규정에 따른 '임대료'로 산정하였을 것임. 그런데 원고가 2009년 11~12월 코레일에 위탁한 주차장에 대하여 5등급 차등 영업료 방식을 통하여 받은 위탁대금은 2009년 10월까지 자산관리규정에 의하여 받은 임대료의 약 60% 정도에 불과하고, 2011년부터 2013년까지 원고가 코레일에 적용한 영업료율은 코레일이 같은 기간 다른 위탁자에게

87) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2008. 3. 19. 선고 2007누34424 판결)

지급한 영업료 비율의 1/2도 되지 않는 등의 사정에 비추어 보면, 원고가 코레일로부터 받은 위탁대금은 자산관리규정에 의하여 산정되는 임대료와 비교하여 현저히 낮은 수준으로 볼이 상당함.

[상호출자제한기업집단 한국철도공사 소속 2개사의 부당지원행위 등에 대한 건(서울고법 2016. 10. 21. 선고 2015누42628 판결⁸⁸⁾)]

□ 과거 원고의 동일한 계약의 유형에서 정상임대료를 추산하여 볼 수 있음에도 이러한 과정을 전혀 거치지 않고 바로 이와 전혀 다른 유형의 리스계약의 일반정상금리를 기준으로 정상임대료를 산정한 것은 합리적인 정상임대료 산정으로 볼 수 없음

○ 원고 엘에스는 2004. 8. 1. 일성에이엔씨와 생산설비 21개에 대하여 임대차계약을 체결하면서 임대료를 '월상가액 + 금융비용(미상각잔액x3%/12)'의 산식으로 계산하여 월 6,936,000원으로 정하였는데, 위 임대차계약은 이 사건 임대차계약과 목적물, 계약기간을 달리하지만, 이 사건 임대차계약 체결 6개월 전 특수관계 없는 독립된 자에게 원고들 소유의 생산설비를 임대한 것이므로 동일한 유형의 거래에 해당함. 따라서 파고는 두 계약의 목적물, 기간 등의 차이를 내구연한 등에 따른 감가상각, 분기별 임대료 환산 등의 방법으로 합리적으로 조정하여 정상임대료를 추산하여 볼 수 있음에도 이러한 과정을 전혀 거치지 아니하고 바로 이와 전혀 다른 유형의 리스계약의 일반정상금리를 기준으로 정상임대료를 산정하였는데, 이 사건 임대차계약이 위스컨, TSC, 디와이엠솔루션 등 컴파운드 시장의 주요 사업자들과 다른 생산설비의 이용 방식이지만, 그와 같은 사정만으로 이 사건 저가임대가 리스료 상당의 자금지원과 유사하여 리스계약을 기준으로 정상임대료를 산정한 수 있다고 볼 수 있는 것은 아님.

[LS 및 LS산전 부당지원행위에 대한 건(서울고법 2018. 4. 12. 선고 2017누55673 판결)]

□ 임대료 지급기한을 정상 지급기한보다 장기로 설정하거나, 임대료 지급 지연이자를 미수령한 행위는 현저히 유리한 조건으로 지원한 거래에 해당함

○ 원고는 임대료의 정상 지급기한인 30일보다 40배 긴 120일로 지급기한을 정하였는데, 원고가 기계장치나 설비 등을 사업자에게 임대하면서 파운텍 이외에는 임대료 지급기한을 120일 또는 그 이상으로 정한 사례가 없었고, 실질적으로 그 기간만큼 정상임대료에 상당하는 자금을 무이자로 준 것과 같으므로 파운텍에 현저히 유리한 조건으로 지원한 거래에 해당함.

88) 상고심(대법원 2017. 2. 23. 선고 2016두60751 판결)은 심리날속행 기각함

- 원고가 3년 동안 14회에 걸쳐 650일 동안의 지연이자를 전혀 수령하지 않은 행위는 위 지연일수 동안의 지연이자에 상당하는 자금을 무상으로 지원한 것과 같고 이는 파운데이션 협정에 유리한 조건의 거래에 해당함.

[LS 및 LS산전 부당지원행위에 대한 건(서울고법 2018. 4. 12. 선고 2017누55673 판결)]

- 임대인과 임차인 모두 임대목적물의 화재보험에 가입할 유인이 있고 보험료를 누가 부담할 것인지는 원칙적으로 당사자가 자율적으로 정할 문제이므로 보험료 공제를 통한 임대료 감액은 부당지원행위에 해당하지 않음
- 임대인과 임차인은 모두 임대목적물에 대한 화재보험에 가입할 유인이 있으므로 보험료를 누가 부담한 것인지는 당시자간 계약을 통하여 자율적으로 정할 문제이고, 실제로 임대목적물에 대한 직접적 유지·관리 책임이 없는 임대인이나 리스회사도 화재보험에 가입하는 경우도 있어 임대인이 보험료를 부담하는 것이 일반적이 거래 관행에 반하는 것이라 볼 수도 없으므로, 이 사건 보험료 공제를 통한 임대료 감액이 협정에 유리한 조건으로 거래하여 지원하는 행위에 해당하지 않음.

[LS 및 LS산전 부당지원행위에 대한 건(서울고법 2018. 4. 12. 선고 2017누55673 판결⁸⁹⁾)]

라. 상품·용역을 거래한 경우

1) 의의⁹⁰⁾

- 부당지원행위의 규제대상은 포괄적으로 규정되어 있으므로 상품·용역의 제공 또는 거래도 포함됨
- 부당지원행위를 불공정거래행위의 한 유형으로 규정하여 이를 금지하는 입법취지가 공정한 거래질서의 확립과 아울러 경제력집중의 방지에 있는 점, 법 제23조 제1항 제7호가 부당지원행위의 규제대상을 포괄적으로 규정하면서 '가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·무체재산권'을 구체적으로 예시하고 있을 뿐⁹¹⁾ 상품·용역이라는 개념을 별도로 상정하여

89) 상고심(대법원 2018. 8. 16. 선고 2018두42948 판결)은 심리불속행 기각함

90) 부당한 자금지원행위 등으로 규제해오다가 2007. 4. 13. 법률 제8382호로 독점규제 및 공정거래법' 관한 법률 제23조 제1항 제7호를 일부개정하여 '상품·용역'을 명문으로 규정하였음(그 전 판례들은 '자금'지원행위 등으로 표현)

91) 현재는 법 제23조 제1항 제7호에 '가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·상품·용역·무체재산권 등을 제공하거나'라고 하여 상품·용역이 명문으로 규정되어 있음

상품·용역거래와 자금·자산·인력거래를 상호구별하여 대응시키거나 상품·용역거래를 부당지원행위의 규제대상에서 제외하고 있지 아니한 점, 번 제23조 제2항에 따라 불공정거래행위의 유형 및 기준을 정한 법시행령 제36조 제1항 [별표] 제10호도 부당지원행위의 유형 및 기준을 지원내용과 효과에 초점을 두어 자금지원행위, 자산지원행위, 인력지원행위로 나누어 규정한 것이고 지원행위를 거래형식별로 상정하여 그것만을 규제의 대상으로 삼은 것이라거나 상품·용역이라는 개념을 별도로 상정하여 그것을 부당지원행위의 규제대상에서 제외하고 있지 아니한 점, 부당지원행위와 번 제23조 제1항 제1호, 법시행령 제36조 제1항 [별표] 제2호 (다)목 소정의 계열회사를 위한 차별이나 법 제23조 제1항 제2호, 법시행령 제36조 제1항 [별표] 제3호 소정의 경쟁사업자 배제와는 입법 취지, 요건 및 효과가 서로 다른 별개의 제도인 점 등을 종합하면, 상품·용역의 제공 또는 거래라는 이유만으로 부당지원행위의 규제대상에서 제외되는 것은 아니고 그것이 앞에서 본 바와 같은 부당지원행위의 요건을 충족하는 경우에는 부당지원행위의 규제대상이 될 수 있음.

[대우 2차 사건(대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두2935 판결)]

□ 상품·용역의 제공 또는 거래라도 요건을 충족하는 경우에는 ‘부당한 자금지원’ 등에 해당할 수 있음

- 상품·용역의 제공 또는 거래라도 그것이 법 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위의 요건을 충족하는 경우에는 부당지원행위의 규제대상이 될 수 있으므로(대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두2935 판결 등 참조), 원심으로서는 위 원고들의 하인수 수수료 지급행위가 용역에 대한 대가라는 이유만으로 부당지원행위에 해당되지 않는다고 할 것이 아니라, 그 정상적인 거래조건과 실제 거래조건 사이의 차이, 거래규모 및 그로 인한 경제적 이익, 거래기간 및 거래시기, 거래행위 당시 지원업체가 처한 경제적 상황, 거래로 인한 지원업체가 속한 시장에서의 경쟁제한이나 경제력집중의 효과 등을 종합적으로 고려하여 위와 같은 용역에 대한 대가의 지급이 ‘현저히 유리한 조건의 거래’인지, ‘공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위’인지 등을 살펴 ‘부당한 자금지원’ 등에 해당하는지 여부에 관하여 나아가 판단하였어야 할.

[에스케이건설 외 11(에스케이 1차)의 부당지원행위 건(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두1490 판결⁹²⁾)]

92) 파기환송 후 재상고심(대법원 2007. 9. 7. 선고 2007두13142 판결)은 심리불속행 기각함

- 부당한 자산·상품 등 지원행위라 함은 사업자가 부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 자산을 현저히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나, 현저한 규모로 제공 또는 거래하여 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 말함
- 법 제23조 제1항 제7호, 제2항, 법 시행령 제36조 제1항 [별표 1의2] 제10호 (나)목 등의 각 규정을 종합하면, 부당한 자산·상품 등 지원행위라 함은 사업자가 부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 부동산·유가증권·상품·용역·무체재산권 등 자산을 현저히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공함으로써 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 말하는데, 여기서 ‘현저히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공’한 것인지 여부는 급부와 반대급부 사이의 차이는 물론 지원성 거래규모와 지원행위로 인한 경제상 이익, 지원기간, 지원횟수, 지원시기, 지원행위 당시 지원객체가 처한 경제적 상황 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 함.

[웅진씽크빅 등 6개사의 부당지원행위 건(대법원 2014. 6. 12. 선고 2013두4255 판결)]

2) 거래대가 차이로 인한 지원행위

- 급부와 반대급부가 현저히 유리한지 여부를 판단하는 기준이 되는 정상가격이란 유사한 상황에서 특수관계가 없는 독립된 자 간에 이루어졌을 경우 형성되었을 거래가격 등을 말함
- 부당한 자산·상품 등 지원행위에 있어서 급부와 반대급부가 현저히 유리한지 여부를 판단하는 기준이 되는 정상가격이란 지원주체와 지원객체 간에 이루어진 경제적 급부와 동일한 경제적 급부가 시기, 종류, 규모, 기간, 신용상태 등이 유사한 상황에서 특수관계가 없는 독립된 자 간에 이루어졌을 경우 형성되었을 거래가격 등을 말함(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004두11268 판결, 대법원 2012. 10. 25. 선고 2009두15494 판결 등 참조).

[웅진씽크빅 등 6개사의 부당지원행위 건(대법원 2014. 6. 12. 선고 2013두4255 판결)]

□ 정상가격보다 높은 대가를 지급하여 과다한 경제상 이익을 제공한 점은 피고가 증명하여야 함

- 특정 거래행위가 ‘현저히 유리한 조건으로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위’라는 점은 시정명령 등 처분의 적법성을 주장하는 공정거래위원회가 증명하여야 함. 원고 웅진씽크빅, 코웨이, 웅진케미칼, 웅진패스원, 극동건설 등 ‘원고 5개사’가 자사의 각종 소모성 자재(Maintenance, Repair and Operation, 이하 ‘MRO’라고 한다)와 원부자재 구매 업무 외에 출판물 제작 및 기타 여러 가지 업무(이하 ‘이 사건 대행 업무’라고 한다)를 웅진홀딩스에게 대행하도록 하고 그 대가로 MRO 구매 관련 상품별 마진(중간이윤) 외에 이 사건 대행 업무를 위해 자사에서 웅진홀딩스로 전출시킨 인력에 대한 인건비 등 제반 경비에 상당하는 대행 수수료를 지급한 이 사건 각 거래에서, 상품별 마진까지 포함한 이 사건 대행 업무에 대한 총 대가가 정상가격보다 높다는 점을 인정할 만한 증거가 없고, 오히려 웅진홀딩스의 원고 5개사에 대한 이 사건 대행 관련 매출총이익률이 다른 고객사들에 대한 매출총이익률보다 낮은 점, 웅진홀딩스가 다른 고객사들에는 단순한 구매 대행 서비스만을 제공하였으나 원고 5개사에는 상품기획, 발주요청, 전표작성 등 특화된 서비스를 제공한 점 등을 고려하면 이 사건 대행 업무의 총 대가가 과다하였다고 볼 수 있으며, 이 사건 같은 대행 업무의 수수료를 산정하는 데에는 다양한 방법이 있을 수 있으므로 그 일부로 대행 업무를 담당하는 지원의 인건비 상당을 포함하였다고 하여 그것만으로 위 수수료 산정방식이 부당하다고 보기는 어렵다는 점 등의 이유를 들어, 피고가 이와 달리 원고 5개사와 웅진홀딩스 사이 이 사건 대행 업무에 관한 거래가 ‘현저히 유리한 조건으로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위’에 해당한다고 보고 원고 5개사에 대하여 한 이 사건 시정명령과 과징금납부명령은 위법함.

[웅진씽크빅 등 6개사의 부당지원행위 건(대법원 2014. 6. 12. 선고 2013두4255 판결)]

□ 다른 회사의 제품보다 비싸게 구매하였으나, 정상가격의 범주라면 지원행위로 단정할 수는 없음

- 2004년과 2005년에는 열연코일 등의 국제가격이 중국의 철강 수요 폭증으로 인하여 폭등한 반면, 열연코일 등의 국내가격은 포스코의 정책에 따라 국제가격보다 낮게 유지되었고, 그에 따라 열연코일 등의 국제가격과 국내가격 사이에 차이가 발생하게 된 사실, 이로 인하여 열연코일 등을 내부에서 조달하는 포스코가 생산한 자동차용 강판 가격과 열연코일 등을 포스코로부터 50%이상 조달하는 동부제강이 생산한 자동차용 강판 가격 및 열연코일 등의 대부분을 외국 업체로부터 수입하여 조달하는 현대하이스코가

생산한 자동차용 강판 가격 사이에도 차이가 발생하게 된 사실, 자동차용 강판을 지령한 가격에 공급하던 포스코는 수요처로부터의 구매 요청 폭주로 인하여 원고 현대자동차와 기아자동차에게 자동차용 강판의 공급을 대폭 늘려줄 수 없는 상황이었고, 동부제강은 시장점유율이 낮은 업체로서 위 원고들에게 자동차용 강판의 공급을 대폭 늘려줄 수 없는 상황이었던 사실 등에 비추어, 현대하이스코가 생산한 자동차용 강판 가격이 비록 포스코나 동부제강이 생산한 자동차용 강판의 가격보다 비싸다 할지라도 정상가격의 범주를 벗어났다고 보기 어렵고, 위 원고들이 현대하이스코로부터 자동차용 강판을 구매하면서 포스코나 동부제강이 생산한 자동차용 강판의 가격보다 비싼 가격으로 구매하였다고 하더라도, 이를 현대하이스코에 대한 지원행위로 단정할 수는 없음.

[현대자동차 등 부당지원행위 건(대법원 2012. 10. 25. 선고 2009두15494 판결)]

3) 현저한 규모에 의한 지원행위

- '현저한 규모로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 것인지 여부'는 지원성 거래 규모 및 급부와 반대급부의 차이, 지원행위로 인한 경제상 이익, 지원기간, 지원횟수, 지원시기, 지원행위 당시 지원객체가 처한 경제적 상황 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 함
- 법 제23조 제1항 제7호는 '현저히 유리한 조건으로 거래'하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위를 지원행위로 규정하고 있고, 같은 조 제2항의 위임에 기한 시행령 제36조 제1항 [별표] 제10호는 현저히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공함으로써 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위를 지원행위로 규정하고 있는바, 거래의 조건에는 거래되는 상품 또는 역무의 품질, 내용, 규격, 거래수량, 거래횟수, 거래시기, 운송조건, 인도조건, 결제조건, 지불조건, 보증조건 등이 포함되고 그것이 자금, 자산, 인력 거래라고 하여 달리 볼 것은 아니며, 거래규모는 거래수량에 관한 사항으로서 거래조건에 포함된다고 할 수 있고 현실적인 관점에서 경우에 따라서는 유동성의 확보 자체가 긴요한 경우가 적지 않음에 비추어 현저한 규모로 유동성을 확보할 수 있다는 것 자체가 현저히 유리한 조건의 거래가 될 수 있으므로, '현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공'하는 것도 법 제23조 제1항 제7호 소정의 '현저히 유리한 조건의 거래'의 하나라고 볼 수 있을 것이지만, 현저한 규모의 거래라 하여 바로 과다한 경제상 이익을 준 것이라고 할 수 없고 현저한 규모의 거래로 인하여 과다한 경제상 이익을 제공한 것인지 여부는 지원성 거래규모 및 급부와 반대급부의 차이, 지원행위로 인한 경제상

의의, 지원기간, 지원횟수, 지원시기, 지원행위 당시 지원객체가 처한 경제적 상황 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 함.

[현대중공업 외 17개사(현대 3차)의 부당지원행위 건(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004누7610 판결⁹³⁾]

* 참고: 현대자동차 등 부당지원행위 건(대법원 2012. 10. 25. 선고 2009두15494 판결), 한국산업은행 부당지원행위 건(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두11911 판결)

4) 구체적 사안⁹⁴⁾

① 긍정례

□ 이미 발생하였거나 장래 발생할 용역거래로 인한 비용을 무상지원하는 경우는 자금지원행위에 해당함

○ 업무전산관리비가 서울신문이 자신의 실비와 인력을 이용하여 스포츠서울21을 위하여 업무전산관리 용역을 제공해 주고 그에 대한 대가로 수령하는 것이어서 상품 또는 용역의 거래에 해당하고, 상품 또는 용역의 거래가 법 제23조가 규제대상으로 하는 자금, 자산, 인력의 거래에 직접 해당하지 아니한다고 하여도 용역거래시 그 대금을 저가 또는 고가로 책정함으로써 간접적으로 자금지원의 효과를 발생시키는 것이 아니라 이 사건과 같이 이미 발생하였거나 장래 발생할 용역거래로 인한 비용을 무상지원하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 직접적인 자금지원행위에 해당한다고 할 것임.

[서울신문사의 스포츠서울21 지원행위 건(서울고법 2004. 7. 15. 선고 2002누1092 판결⁹⁵⁾)]

□ 무보증회사채 발행시 전량을 계열증권사로 하여금 하인수하도록 하고 용역에 대한 대가 명목으로 하인수수수료를 지급한 행위는 자금지원의 의도로 용역의 거래라는 형식을 취한 자금지원행위임

○ 무보증회사채를 발행할 경우 반행회사와 사이에 동일한 대규모기업집단에 속하는 등 특수관계에 있는 증권회사는 간사회사가 될 수 없도록 하고 있는 유가증권인수업무에 관한규정 제8조를 잠탈하기 위하여 자기 계열회사가 반행하는 무보증회사채에 대하여

93) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2007. 6. 28. 선고 2007누3895 판결)

94) 2007. 4. 13. 법률 제8362호로 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제23조 제1항 제7호를 일부개정하여 명문으로 '상품·용역의 거래'를 추가하기 전까지는 '부당한 자금·자산 등 지원행위'에 해당한다고 판시하였음

95) 상고심(대법원 2004. 11. 12. 선고 2004두9630 판결)은 심리불속행 기각함

대외적으로 상호 다른 증권회사를 간사회사로 선정하여 주되 대내적으로는 계열회사인 증권회사가 당해 무보증회사채 전량을 간사회사로부터 다시 인수(이하 '하인수'라 한다)하여 판매하고, 상호 같은 물량을 하인수시켜 주기로 하는 내용의 이른바 바터(Barter)관행에 따라 발행회사가 형식적으로 간사업무를 담당한 간사회사를 통하여 실제 간사회사에게, 무보증회사채 발행과 관련하여 용역에 대한 대가의 명목으로 하인수수수료를 지급한 행위는 자금지원의 의도로 용역의 거래라는 형식을 취한 데 불과하므로 법 제28조 제1항 제7호, 법시행령 제36조 제1항 [별표] 제10호 (가)목 소정의 자금지원행위에 해당될 수 있음.

- 대우, 대우중공업, 대우전자 등이 1997. 4.부터 1998. 6.까지의 기간 중 무보증회사채를 발행함에 있어 계열회사인 대우증권과의 사전 협의하에 바터관행에 따라 그 판시와 같이 대우증권이 선정한 간사회사인 비계열 증권회사와 사이에 총액인수 및 매출계약을 체결하고 총 32회에 걸쳐 함께 1조 7,907억 7,300만 원의 무보증회사채를 발행하고, 대우증권으로 하여금 각 간사회사로부터 위 원고들 등이 발행한 무보증회사채를 전량 하인수하도록 하면서 비계열 증권회사에게, 위 무보증회사채 발행과 관련하여 용역에 대한 대가의 명목으로 하인수수수료를 지급한 행위는 자금지원행위에 해당함.
- 바터관행에 의한 이 사건 무보증회사채 하인수행위 자체가 주간사회사의 선정에 있어 바터당사자 이외의 경쟁증권회사를 원천적으로 배제한 후 인수수수료를 오로지 계연회사인 대우증권에게 독점시킴으로써 대우증권의 매출액 및 순이익 등 실적의 제고와 함께 관련 경쟁시장에서의 유력한 지위를 유지 또는 강화시킨 것으로서 대규모기업집단에 속하지 않는 증권회사와의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해하는 행위임.

[대우 2차 사건(대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두2935 판결)]

- 지원업체가 하인수기관으로 참가한 경우에만 통상 수준보다 높은 회사채 인수 수수료를 지급한 행위는 그 정상 수수료와의 차액만큼의 자금을 부당하게 지원한 것임
- 회사채 발행사가 회사채 인수회사에 지급하는 인수 수수료의 요율은 통상 회사채 발행액 대비 0.3% 이내이고, 원고 에스케이가 1996. 1. 18.부터 1998. 5. 20. 사이에 회사채를 발행하면서 주간사에 지급한 수수료 또한 에스케이증권이 하인수기관으로 참가한 경우를 제외하면 모두 0.3% 이내이며, 원고들이 이 사건에서와 같이 통상 0.3% 수준인 동일한 발행사의 회사채 인수 수수료를 에스케이증권이 하인수기관으로 참가한 경우에만 0.8%로 정한 것은 정상적인 수수료율보다 크게 높은 것인 점, 이와 같이 하인수 수수료를

정상 수수료보다 더 많이 지급한 행위는 그 궁극적인 효과에 있어서 그 정상 수수료와의 차액만큼 자금을 지원한 것과 같다고 볼 수 있는 점 등에 비추어 볼 때, 원고들은 에스케이증권과 현저히 유리한 조건으로 거래하여 에스케이증권을 부당하게 지원한 것임.

[에스케이건설 외 11(에스케이 1차)의 부당지원행위 건(서울고법 2007. 5. 31. 선고 2007누3888 판결-환송심⁹⁶⁾]

□ 비합리적인 지급기준으로 자회사에게만 특별판매장려금을 제공한 행위는 부당지원 행위에 해당함

- 원고 엘지칼텍스가스가 1997. 2. 12. 그 판시와 같은 조건으로 1997년 특별판매장려금 지급기준을 설정한 뒤 1998. 2. 4. 원전에너지에 대하여 특별판매장려금 19억 6,600만원을 지급한 사실 등 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 특별판매장려금의 지급목적이 대리점들의 판매의욕 촉진이라면 전년대비 6% 이상의 판매량 증기를 달성한 모든 대리점에 대하여 특별판매장려금이 지급될 수 있도록 기준을 합리적으로 설정하여야 하나, 월평균 판매량을 단일 충전소로는 달성이 거의 불가능한 1,500톤 이상으로 제한함으로써 단일충전소로 운영되는 대부분의 대리점과 달리 16개의 충전소로 운영되는 원전에너지에게 절대적으로 유리한 조건을 설정하였을 뿐만 아니라, 대규모 거래처로서 1,500톤 이상의 판매가 가능한 비계열 대리점을 합리적 이유 없이 처음부터 지급대상에서 제외함으로써, 판매의욕 촉진과는 무관한 지급기준을 마련한 전에 비추어 보면, 위 원고의 행위는 특별판매장려금 지급조건을 현저히 유리하게 설정하는 방법으로 계열회사인 원전에너지에 특별판매장려금 상당의 과다한 경제상 이익을 제공하여 지원한 행위라고 인정되고, 원전 에너지는 최근 3년간 연속 적자를 시현한 기본금 잠식업체로서 차입금에 대한 과다한 금융비용으로 자금압박이 심화되어 LPG 판매시장에서의 존립이 위태로운 상황이었던 점을 감안할 때 위 원고가 비계열 대리점을 배제한 상태에서 원전에너지에 대해서만 특별판매장려금 명목으로 19억 6,000만 원을 지급한 행위는 원전에너지의 경쟁조건을 경쟁사업자에 비해 유리하게 함으로써 LPG 판매시장에서의 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 부당지원행위에 해당함.

[엘지 1차 사건 중 엘지반도체 외 18개사의 부당지원행위 건(대법원 2004. 11. 12. 선고 2001두2034 판결)]

96) 파기환송 후 재상고심(대법원 2007. 9. 7. 선고 2007두13142 판결)은 심리불속행 기각한

□ 계열회사와 상호 경쟁관계에 있음에도 광고를 대신해 준 것은 지원할 의도에 기한 것임

- 이 사건 광고의 주된 목적은 원고 현대증권과 원고 현대투자신탁증권이 각자 판매하고 있는 바이코리아 펀드의 판매실적을 올리기 위한 것인데, 원고 현대증권은 이 사건 광고에 바이코리아 펀드의 판매회사로 원고 현대증권 자신뿐만 아니라 원고 현대투자신탁증권도 함께 표시하여 원고 현대투자신탁증권과 공동으로 광고를 하는 것과 같은 외관을 청출한 사실을 알 수 있는바, 원고 현대증권이 광고비 전액을 지불한 행위는 그 자체로 원고 현대증권이 원고 현대투자신탁증권에게 경제적 이익을 제공한 행위라 할 것이고, 원고 현대증권은 바이코리아 펀드 판매에 있어서 원고 현대투자신탁증권과 상호 경쟁관계에 있으므로 이 사건 광고의 광고효과가 양 사에 분산되어 상대적으로 불리한 것이 명백함에도 불구하고 경쟁사의 이름을 광고비 분담 없이 원고 현대증권의 바이코리아 펀드 광고에 판매회사로 원고 현대투자신탁증권을 같이 표시한 것은 영업상의 필요에 의한 것이라기보다는 계열회사인 원고 현대투자신탁증권을 지원할 의도에 기한 것이라고 할 것이고, 이 사건 광고가 원고 현대증권과 원고 현대투자신탁증권 사이의 직접적인 거래관계에 따른 것이 아니라고 하여 원고 현대투자신탁증권에 대한 지원행위가 성립하지 않는다고 할 수 없음(이 사건 광고비 대지급 행위가 지원행위에 해당하기는 하나, 기록에 의하면 피고는 지원객체인 원고 현대투자신탁증권이 바이코리아 펀드의 판매회사로 표시되어 있지 아니한 광고의 광고비까지 포함한 광고비 합계액을 기준으로 지원금액을 산정한 잘못이 있음을 지적해 둔다).

[현대증공업 외 17개사(현대 3자)의 부당지원행위 건(내법원 2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결⁹⁷⁾]

□ 계열회사의 광고를 하고 그 대가를 지급받지 않은 것은 계열회사를 지원한 것이라고 볼 수 있음

- 이 사건 광고는 그 광고형태로 볼 때 원고 조선일보의 소유인 조선닷컴을 알리고 그 인터넷 접속을 유도하려는 데 그 중점이 있는 것이지 디지털조선을 알리고 그 포털사이트의 접속을 유도하려는 데 그 중점이 있다고 볼 수는 없으나, 이러한 광고로 인하여 디지털조선으로서는 그 인지도의 향상 및 포털사이트에 대한 접속의 증가 등 경영여건이 개선되는 효과를 거둘 수 있는 반면, 원고 디지털조선에 대한 위와 같은 광고가 원고 조선일보의 영업상 필요에 의한 것이라고 보기는 어려우므로, 원고 조선일보가 이 사건 광고를 하면서 조선닷컴에 대한 광고 등 자신의 광고에 활용할 광고면을 원고 디지털조선을 위한 광고에 할애하고도 원고 디지털조선으로부터 그 대가를 지급받지 않은 것은 계열회사인 디지털조선을 지원할 의도에 기한 것이라고 할 것이고, 이 사건 광고가 원고

97) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2007. 6. 28. 선고 2007누3895 판결)

조선일보와 원고 디지털조선 사이의 직접적인 거래관계에 따른 것이 아니라 조선일보와 광고대행사 사이의 광고대행계약에 따른 것이라고 하여 디지털조선에 대한 지원행위가 성립하지 않는다고 할 수 없음.

[조선일보사 외 2의 부당지원행위 건(대법원 2005. 9. 15. 선고 2003두12059 판결)]

※ 본 건은 지원행위성은 인정되었으나, 부당성은 인정되지 않았음.

□ 무료광고 게재행위는 그에 따른 지원금액의 규모, 광고의 시기, 횟수 등을 감안하면 과다한 경제상 이익을 제공한 지원행위임

- 실제 거래 시의 최저 광고단가를 적용하더라도, 원고의 무료광고 게재행위에 따른 지원금액의 규모가 상당할 뿐만 아니라, 이를 중앙엠엔비 등의 자산총액 및 당기순이익과 비교할 경우 상당한 수준의 것인 점과 그 밖에 무료광고 게재행위가 이루어진 시기 및 횟수 등에 비추어 보면, 원고는 이와 같은 무료광고 게재행위를 통하여 중앙엠엔비 등에게 과다한 경제상의 이익을 제공하였다고 할 것으로, 이러한 원고의 행위는 지원행위에 해당함. 그리고 지원행위의 성립 여부는 기본적으로 지원객체를 기준으로 그들에게 어느 정도의 경제적인 지원효과가 발생하였는지 여부를 판단하는 것으로서, 비록 원고가 사전에 광고주와 광고계약을 체결한 바 없어 광고비를 청구할 수 없다고 하더라도, 무료광고 게재행위로 인한 경제적 효과와 유료광고 게재행위로 인한 경제적 효과 사이에 특별한 차이가 있다고 할 수 없음. 더구나 중앙엠엔비 등은 광고를 통한 소비자 인지도 제고가 매출에 큰 영향을 미치는 출판업, 문화사업 대행업 및 교육서비스업을 목적으로 하는 회사들임. 또한, 위에서 본 바와 같이, 원고는 자사광고 및 계열회사인 중앙엠엔비 등의 광고를 우선적으로 부여로 게재하고, 비계열회사의 경우에는 예외적인 사정이 있는 경우에만 무료로 게재하는 방법으로, 계열회사와 비계열회사를 차별하였다고 할 것임.

[중앙일보사의 부당지원행위 건(서울고법 2006. 4. 20. 선고 2005누10547 판결-환송심 확정⁹⁸⁾)]

□ 계열회사에게 인쇄비를 과다하게 지급한 것은 부당지원행위에 해당함

- 인쇄비 과다지급행위가 용역의 거래라는 이유만으로 부당지원행위에 해당되지 않는다고 할 것이 아니라, 그 정상적인 거래조건과 실제 거래조건 사이의 차이, 거래규모 및 그로 인한 경제적 이익, 거래기간 및 거래시기, 거래행위 당시 지원객체가 처한 경제적 상황, 거래로 인한 지원객체가 속한 시장에서의 경쟁제한이나 경제력집중의 효과 등을 종합적으로 고려하여 위와 같은 용역의 거래가 '현저히 유리한 조건의 거래'인지, '공정한 거래를

98) 상고심(대법원 2005. 5. 13. 선고 2004두2233 판결)의 파기환송 취지에 따름

저해할 우려가 있는 행위'인지 등을 살펴 '부당한 자금지원' 등에 해당하는지 여부에 관하여 나아가 판단하였어야 함.

[조선일보 외 1의 광고비 과다지급을 통한 계열회사 지원행위 건(대법원 2005. 9. 15. 선고 2003두12059 판결⁹⁹⁾)]

- 인쇄비로 수령한 어음의 지급기일이 도래한 후에도 인쇄비를 수령하지 아니한 행위는 그 지연기간동안 이자의 지급 없이 인쇄비를 사용할 수 있는 금융상의 이익을 제공한 지원행위에 해당함
- 원고가 중앙타운 주식회사(이하 '중앙타운'이라고 한다)로부터 인쇄비로 수령한 어음의 지급기일이 도래한 후에도 인쇄비를 수령하지 아니한 행위(이하 '만기도록 후의 지연수령행위'라고 한다)는 그 지연된 기간 동안 이자의 지급 없이 인쇄비를 사용할 수 있게 하는 금융상의 이익을 제공한 것으로 볼 수 있으므로 '지원행위'에 해당하고, 중앙타운의 생활정보지는 신문과 같은 크기로 제작되어 중앙일보와 함께 배포된다는 점에서 보통신문의 1/2 크기로 제작되어 무인 기판대를 이용하여 배포되는 다른 생활정보지와 그 판형 및 배포방식에 차이가 있으나, 일반 생활에 필요한 각종 광고가 게재된 광고지라는 점에서는 다른 생활정보지와 특별한 차이가 없으므로 중앙타운은 생활정보지 시장에서 다른 생활정보지 발행회사와 경쟁관계에 있음.
- 중앙타운은 1998. 7.경 원고회사의 퇴직자들이 중심이 되어 설립한 회사인 사실, 1998. 10.에서 2001. 2. 사이에 발생한 중앙타운에 대한 인쇄비 총 96억 400만 원 중 원고가 2001. 2. 말까지 수령한 인쇄비는 3억 200만 원에 불과하고 나머지 93억 200만 원 상당을 수령하지 않고 있으며, 만기도록 후의 지연수령행위로 인한 지원금액이 9억 원을 초과할 것으로 보이는 사실, 중앙타운은 설립 이후 2000년까지 3년 연속 당기순손실을 보이고 있고, 2000년을 기준으로 자본잠식상태에 있으며, 매출액은 51억 4,400만 원 정도인 사실, 중앙타운은 시장의 규모가 2,500억 내지 3,000억 원 정도로 추산되는 생활정보지 시장에서 가로수, 벼룩시장, 교차로 등 다른 생활정보지 발행회사와 경쟁하고 있는 사실을 알 수 있는바, 위와 같은 사실관계에 비추어 보면, 중앙타운이 생활정보지 시장에 신규로 진입하는 회사로서 그 신규진입에 따른 잠재적인 경쟁촉진효과가 있는 결과 생활정보지 시장에서 중앙타운의 시장점유율이 낮은 점을 고려하더라도, 이 사건 만기도록 후의 지연수령행위는 심각한 자금난을 겪고 있던 중앙타운에게 위 지원기간 동안 총 96억 400만 원에 달하는 인쇄비의 수령을 상당기간 지연함으로써 9억여 원 상당의 금융상 이익을 제공하는 행위이고, 이로 인하여 중앙타운으로 하여금 생활정보지 시장에서

99) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2006. 4. 13. 선고 2005누23628 판결)

퇴출되지 않고 계속 사업활동을 영위할 수 있게 함으로써 당해 시장에서의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려도 있다고 봄이 상당함.

[중앙일보사의 부당지원행위 건(대법원 2005. 5. 13. 선고 2004두2233 판결¹⁰⁰⁾)]

□ 인쇄비를 6개월 어음으로 수령한 것은 기한의 이익을 더 제공하여 준 것으로, 이는 만기 도래후의 지연수령행위와 결합하여 궁극적으로 동 기간만큼 무이자로 자금을 지원하여 준 것이라 볼 수 있음

- 인쇄비 단가를 비롯한 인쇄비 지급시기와 조건 등과 같은 인쇄계약의 전체적인 내용, 중앙타운이 위 기간 동안 인쇄비 중 대부분을 지급하지 못한 점, 당시 중앙타운의 당기순손실 액수, 자본잠식 규모, 특히 이로 인하여 중앙타운의 자금 사정 및 재무상황이 매우 열악하였던 점 등에 비추어 보면, 6개월 어음 수령행위는 결국 정상적인 거래의 경우보다 거래대금의 결제일을 훨씬 늦은 시점으로 약정하여 그만큼 기한의 이익을 더 준 것이 되고, 이는 만기도래 후의 지연수령행위와 결합하여 궁극적으로는 당해 기간만큼 무이자로 자금을 융통하여 준 것과 같다고 볼 여지가 있음. 따라서 원고는 이와 같은 6개월 어음 수령행위를 통하여 중앙타운에게 과다한 경제상의 이익을 제공하였다고 할 것이므로, 이러한 원고의 행위는 지원행위에 해당함. 또한, 인쇄계약 등에 나타난 인쇄비 지급시기와 조건, 계약 당사자들의 의사 등에 비추어 보면, 6개월 어음 수령행위 및 만기도래 후의 지연수령행위는 인쇄계약을 통한 포괄적인 하나의 지원행위로서의 실질을 가지고 있어 사실상 그 경제적 효과를 분리해서 판단하기는 어려워 보임. 이렇게 볼 경우 위 거래금액은 위 기간 동안의 중앙타운 매출액의 91%에 해당하며, 위 지원금액은 자본금의 149%에 해당하는 금액임. 위에서 본 바와 같이 지원금액은 14억 9,500만 원이 되고, 환송판결에서 본 바와 같이 만기도래 후의 지연수령행위로 인한 지원금액이 9억 원을 초과하므로, 그 차액 중 일부에 해당하는 6개월 어음 수령행위로 인한 지원금액 역시 상당한 것으로 보임.

[중앙일보사의 부당지원행위 건(서울고법 2006. 4. 20. 선고 2005누10547 판결-환송심 확정¹⁰¹⁾)]

□ 분양대금을 미수령하고 자연이자도 징수하지 아니한 것은 사실상 동액 상당의 자금을 무이자로 대여한 것과 같은 경제상 이익을 제공한 지원행위임

- 이 사건 분양계약에 따라 대우정밀공업이 이미 이 사건 부지에 공장을 건축하여 사용승인을 얻어 가동 중에 있었으므로 원고가 이 사건 분양계약에 명시된 대금의 지급기일을

100) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2006. 4. 20. 선고 2005누10547 판결)

101) 산고심(대법원 2005. 5. 13. 선고 2004두2233 판결)의 파기환송 취지에 다름

경과하도록 계약금을 지연하여 수령하거나 현재까지 중도금조차 수령하지 아니하는 행위는 대우정밀공업에게 대금 상당의 자금을 무이자로 대여한 것과 마찬가지의 경제상 이익을 제공한 경우에 해당한다고 보이는 점, 원고가 대우정밀공업에게 공장용지를 분양하여 계약금을 지연수령하고 중도금을 미수령한 기간은 IMF 외환위기에 직면하여 수많은 기업이 부도사태를 맞이하는 등 경제위기가 가중되던 시점으로서 원고 역시 자금상환이 악화되어 계열금융회사 등으로부터 지원을 받고 있었던 만큼, 대우정밀공업이 계열회사가 아니었다면 미수령한 대금에 대한 금융비용을 부담할 이유가 없고 이를 가능한 한 조속히 회수하여야 할 뿐만 아니라 부득이한 사유가 있어 수령이 지연될 경우라도 계약서에 명시된 지연이자를 징수하여야 할 것임에도 불구하고 1999. 4. 30. 현재까지도 그 징수를 유보하고 있는 점, 원고의 이 사건 지원금액은 대우정밀공업의 1998년 말 당기순이익의 10%를 초과하는 금액으로서 대우정밀공업의 자금사정을 현저히 개선시켰을 뿐만 아니라 대우정밀공업이 처한 재무상황을 왜곡함으로써 경쟁사업자에 대해 경쟁조건이 유리하게 되었다고 판단되는 점 등을 종합적으로 고려할 때, 원고가 경영난에 처한 계열회사인 대우정밀공업에게 이 사건 공장용지 분양대금의 징수를 유보한 행위는 그로 인하여 위 지원객체로 하여금 자금력을 제고시키고 경영여건을 개선시켜서 당해 시장에서의 경쟁조건을 경쟁사업자들에 비해 유리하게 하고 그 지위를 유지·강화함으로써 공정한 거래를 저해하였거나 저해할 우려가 있음.

[내우 3차 사건(대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두6012 판결)]

□ 기성공사대금을 지연회수하거나 미수령한 경우 사실상 동액 상당의 자금을 무이자로 대여한 것과 같은 경제상 이익을 제공한 지원행위임

- 원고가 대우통신으로부터 공사를 도급받아 시공하고도 그 기성공사 대금을 지연수령하고 미수령한 기간은 IMF 외환위기에 직면하여 수많은 기업이 부도사태를 맞이하는 등 경제위기가 가중되던 시점으로서 원고 역시 자금상환이 악화되어 계열금융회사 등으로부터 지원을 받고 있었던 만큼, 대우통신이 계열회사가 아니었다면 미수령한 공사대금에 대한 금융비용을 부담할 이유가 없고 이를 가능한 한 조속히 회수하여야 할 뿐만 아니라 부득이한 사유가 있어 수령이 지연될 경우라도 계약서에 명시된 지연이자를 징수하여야 할 것임에도 불구하고 1999. 4. 30. 현재까지도 그 징수를 유보하고 있는 점에 비추어 원고가 기성공사대금을 지연수령하거나 수령하지 아니하는 행위는 대우통신에게 그 대금 상당의 자금을 무이자로 대여한 것과 마찬가지의 경제상 이익을 제공한 경우에 해당한다고 보이는 점, 원고의 이 사건 공사대금 지연수령 또는 미수령행위로 인하여 대우통신의 자금사정이 개선되고 대우통신이 처한 재무상황을 왜곡함으로써 경쟁사업자에 비해 경쟁조건이 유리하게 되었다고 판단되는 점 등을 종합적으로 고려할 때, 원고가

경영난에 처한 계열회사인 대우통신에게 이 사건 공사대금의 징수를 유보한 행위는 그로 인하여 지원업체로 하여금 자금력을 제고시키고 경영여건을 개선시켜서 당해 시장에서의 경쟁조건을 경쟁사업자들에 비해 유리하게 하고 그 지위를 유지·강화함으로써 공정한 거래를 저해하였거나 저해할 우려가 있음.

[대우 3차 사건(대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두6012 판결)]

□ 계열회사 자동차를 구매하는 임직원에게 구매자금을 무이자로 대출해 준 것은 부당한 지원행위임

- 원고 대우, 원고 대우중공업과 대우자판은 동일한 대규모기업집단에 속하는 계열회사 관계에 있는 점, 위 원고들의 자동차구입대금 무이자대출행위 등이 각자의 독자적인 판단에 따라 소속 임직원들에 대한 복리후생적 차원에서 이루어졌다는 1997. 국내 자동차 내수시장이 침체된 가운데 대우자판의 요청에 의하여 위 원고들을 포함한 대규모 기업집단 '대우'의 거의 전 계열회사가 대우자동차의 판매대수를 늘리고 대우자판을 지원하는 차원에서 이루어진 것으로 보이는 점, 그 대출조건이 자동차구입대금 전액을 무이자 36개월 분할상환조건 등으로서 파격적인 점, 위 원고들 등이 자동차구입대금으로 대출하거나 지출한 금액이 524억 6,600만 원이고, 이로써 구입한 대우자동차 대수가 5,711대로서 대규모인 점(위 원고들 이외의 8개 계열회사에 의한 대출까지 더하면 총 금액이 684억 6,800만 원, 구입 대수가 7,508대가 된다.), 위 원고들은 대출에 앞서 자동차구입계약서를 제출받음으로써 대우자동차를 구입하는 경우에만 대출을 한 것으로 보이고, 실제 대우자동차 이외의 다른 경쟁회사 자동차를 구입한 임직원은 없으며, 위 원고들 중 대부분이 대출금 전액을 대우자판에 직접 지급한 점, 원고 대우가 직접 구입한 차량 또한 임직원들에 대한 차량구입비의 대출기간과 동일한 기간 내에 이를 구입하여 즉시 임직원들에게 매각하였고, 매각대수도 전체 구입내수의 93%에 이르는 점 등 여러 사정을 고려하여 볼 때, 위 원고들 등은 대우자판에 대하여 524억 6,600만 원의 이자 상당액인 101억 700만 원의 경제상 이익을 간접적으로 제공한 것이고, 이로 인하여 대우자판으로 하여금 다른 경쟁회사에 비하여 유리한 조건하에서 사업을 영위하게 함으로써 자동차판매시장에서의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있다 할 것이므로, 아는 부당한 자금지원행위에 해당함.

[대우 1차 사건(대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두2881 판결¹⁰²⁾)]

102) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2005. 11. 16. 선고 2004누22765 판결)

□ 계열회사의 자동차 구입대금을 무이자로 대출해준 것은 대출금 이자 상당액을 지원한 것임

- ① 원고 대우중공업과 대우자판은 계열회사 관계에 있는 점, ② 위 원고의 각 그 임직원들에 대한 대출은 대우자판의 요청에 의하여 대우자동차의 판매대수를 늘리고 대우자판을 지원하는 차원에서 이루어진 것으로 보이는 점, ③ 그 대출조건이 과격적인 점, ④ 위 원고 등의 대출금으로 구입된 자동차는 1,797대로서 대규모인 점, ⑤ 위 원고의 임직원들은 대우자동차 외에 다른 경쟁회사의 자동차는 구입하지 아니하였고, 위 대출금은 대부분 대우자판으로 직접 지급된 점, ⑥ 대우자판은 1997년도 시장점유율이 증가하는 등 그 경영실적이 호전된 점 등 여러 사정을 고려하여 볼 때, 위 원고의 위 자동차구입대금 무이자대출행위는 대우자판에게 위 대출금의 이자 상당액의 경제상 이익을 간접적으로 제공한 것으로, 이로 인하여 대우자판으로 하여금 다른 경쟁회사에 비하여 유리한 조건하에서 사업을 영위하게 함으로써 자동차판매시장에서의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있다고 할 것이므로 부당지원행위에 해당함.

[대우 2차 사건(대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두2935 판결)]

□ 부족한 사업운영자금을 보전해 주기 위한 의도로 정산금을 자연회수하여 이자 상당의 수익을 얻게 한 것은 지원행위에 해당함

- 원고가 1998. 9. 28. 자본금 50억 원을 전액 출자하여 자회사인 주식회사 뉴하우징을 설립한 후, 1998. 10. 15. 뉴하우징에게 원고의 목적사업 중 주택관리사업 부분을 위탁·운영하게 함에 있어, 비용이 선투입되어야 하는 주택관리사업의 특성상 뉴하우징이 사업을 개시하게 되면 사업초기에 위 자본금만으로는 선투입 비용을 충당하기에 부족할 것으로 예상되자, 그 부족한 선투입 비용을 보전하여 주기 위한 대책의 하나로 '원고가 뉴하우징에게 지급하여야 할 해당 월의 위탁수수료는 다음달 5.에 지급하되, 뉴하우징이 원고에게 입금하여야 할 해당 월의 정산금(수납 임대보증금과 입내료 등에서 관리비용 등을 정산하고 남은 금원)은 다음날 말일까지 입금토록 한다'는 내용의 '주택임대 및 관리업무 위·수탁약정'을 체결한 사실, 이에 따라 원고는 뉴하우징이 사업을 개시한 달인 1998. 11.분 위탁수수료 약 10억 원을 1998. 12. 5. 뉴하우징에게 지급하였고, 뉴하우징은 1998. 11.분 정산금 약 281억 9,600만 원을 1998. 12. 30. 원고에게 입금한 사실, 원고가 뉴하우징에게 지급하여야 할 위탁수수료는 해당 월의 다음달 5.까지 지급하고 있음에도 뉴하우징으로부터 지급받아야 할 정산금은 해당 월의 다음달 말일까지 입금토록 한 것은 그 입금이 유예된 기간만큼 뉴하우징으로 하여금 정산금을 운용토록 함으로써 그이자 상당의 수익을 얻게 하는 것에 다름 아니라고 할 것인데, 그 의도가 자회사인 뉴하우징의 부족한 사업운영자금을 보전해 주기 위한 데에 있으므로 이는 자회사를 지원하는 행위에 해당함이 분명하고, 나아가 그 지원성 거래 규모(281억 9,600만 원)와 지원금액(2억 2,600만

원)은 뉴하우징의 1998년도 매출액(약 302억 9,100만 원)과 순이익(2억 5,000만 원)에 비추어 현저한 수준이라고 보이는 한편, 1998년 말 현재 전국적으로 약 252개의 주택관리업체가 존재하고 있는데 그 대부분이 자본금 5억 원 미만의 영세업체인 점을 감안하면, 원고의 뉴하우징에 대한 위와 같은 지원행위는 뉴하우징의 자금사정을 개선시켜 영세사업자들만이 존재하는 관련 주택관리시장에서 뉴하우징의 유력한 사업자로서의 지위를 유지·강화시킴으로써 공정한 거래를 저해할 우려가 있다할 것이므로 이는 법 제23조 제1항 제7호 소정의 부당한 지원행위에 해당한다고 할 것임.

[대한주택공사의 부당지원행위 건(대법원 2003. 9. 5. 선고 2001두7411 판결)]

- 지원객체의 임원 구성 및 당시 경제적 상황 등을 종합하면, 공사대금을 미회수한 것은 그 이자 상당의 경제상 이익을 제공함으로써 퇴출위기에 놓인 지원객체를 지원하려는 의도였음을 추단할 수 있음
- 태천개발은 온천장 운영을 목적으로 하는 회사로 임원의 대부분이 원고 또는 주식회사 대우 출신으로서 1997. 4.경부터 1999. 12.경까지 사이에 아산종합온천장 공사를 비롯한 판시와 같은 6개 공사(이하 ‘이 사건 공사’라 한다) 모두를 대우에게 도급 준 사실, 태천개발은 2000. 말 현재 3년 연속 대규모의 순손실을 기록함으로써 자본을 완전 잠식하고 부채가 자산을 훨씬 상회하였고, 아산종합온천장 공사대금에 대한 책임재산으로 이 사건 공사의 부지 및 지상 건물이 유일하나 위 건물은 온천장 영업 이외의 다른 용도의 사용이 불가능하며, 그 밖에 영업수익도 없는 상태였던 점, 대우와 태천개발 사이의 이 사건 각 공사도급계약에 의하면 대우가 기성부분의 검사요청을 하면 태천개발은 특별한 사유가 없는 한 14일 이내에 검사를 하여 검사에 합격한 때에는 공사대금을 대우에게 지급하기로 약정하였을 뿐 검사에 합격한 기성부분에 대한 공사대금의 지급지체시 가산할 지연손해금에 대하여 아무런 약정을 하지 아니한 점, 원고가 2000. 12. 27. 대우로부터 이 사건 온양종합온천장 공사의 공사도급계약상의 수급인의 지위를 승계하여 위 공사를 완공한 약 5개월 후인 2001. 9. 26.에야 비로소 위 공사대금 287억 7,200만 원(인수받은 공사대금 115억 8,900만 원과 자체 공사대금 171억 8,300만 원)을 회수하기 위한 자문용역계약을 체결하였을 뿐 아니라 같은 해 11. 30.까지도 위 공사대금에 대한 지연손해금을 회계장부에 계상하지도 아니하였고, 이 사건 의결 당시인 2002. 1. 11.경까지도 이 사건 공사부지 및 건물에 관한 근저당권을 실행하지 아니한 점 등에 비추어 보면, 원고가 태천개발로부터 아산종합온천장 공사의 공사대금을 수령하지 아니하여 태천개발에게 위 공사대금 상당을 제3자로부터 차용할 경우 부담하게 되었을 이자 상당액의 경제상 이익을 제공함으로써 퇴출위기에 놓인 태천개발을 지원하려는 의도였음을 추단할 수 있다고 할 것임.

[대우건설의 태천개발 부당지원행위 건(대법원 2005. 5. 27. 선고 2004두6099 판결)]

□ 통상적인 부동산 거래조건에 비하여 유리한 조건으로 매매대금 지급조건을 정한 것은 자원행위임

- 계약당일 및 그 2일 후에 매매대금의 90%를 현대건설에 지급하였는데, 이는 계약당일에는 10%의 대금만이 수수되고 나머지는 중도금과 잔금으로 나뉘어 상당기간이 경과한 후에 각 수수되는 통상적인 부동산거래조건에 비하여 매수인인 현대건설에 현저하게 유리한 지급조건이라고 할 것이고, 이로써 현대건설은 유동성을 확보하여 관련시장에서 보다 유리한 지위를 유지 또는 강화할 우려가 있다고 인정되므로 '연수원 매수'는 법 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위에 해당됨.

[현대증권(현대 4차)의 부당지원행위 건(서울고법 2004. 2. 3. 선고 2001누2562 판결¹⁰³⁾]

□ 계열회사에게 전산개발용역을 위탁하면서 그 용역비를 정통부 고시단가보다 15% 높게 지급한 것은 부당한 지원행위에 해당함

- ① 전산용역은 그 사안별로 개발난이도 등에 차이가 있을 수 있으나, 이 경우 각 등급별 기술 인력의 투입량을 조절함으로써 그 차이를 반영할 수 있으므로, 용역의 난이도가 높다는 이유만으로는 정통부 단가보다 높은 별도의 단가를 적용할 이유는 없는 점 ② 이 사건 용역계약들 중 DB 마케팅 시스템 구축계약, 통합자산관리시스템 구축계약은 전체 개발 소요 인력 중 고급 이상의 기술자 비율이 위에서 본 바와 같이 각 26.32%, 14.29%에 불과하고 더구나 특급 인력은 전혀 투입되지 않았는데, 이는 같은 기간 비계열회사인 한국씨엔에이 등 5개 업체가 수행한 용역과 비교하여 큰 차이가 없는 점 ③ 이 사건 개발비 단가는 정통부 단가 중 기술수준을 감안한 최고단가보다 약 15% 정도 높은 단가인데, 개발의 난이도나 용역제공의 긴급성 등을 고려한다고 하더라도 당시 원고가 다른 IT 전문 비계열회사들에 대하여 적용한 단가에 비하여 지나치게 높은 것으로 보이는 점 ④ 삼성에스디에스를 비롯한 유력 IT업체들은 극히 일부의 예외를 제외하고는 대부분 정통부 단가 기준을 적용하고 있는 점 ⑤ 특히 2000.경 국내 SI업체(시스템 통합 및 개발 업체)는 이미 100여개에 달하였고 고도의 기술을 보유한 대기업 계열의 SI업체만 해도 엘지씨엔에스, 포스테이터, 애스케이씨엔씨, 대우정보시스템, 쌍용정보통신, 동양시스템즈 등 10여개가 넘었는데, 이러한 대형 SI업체들은 대부분 이 사건 용역계약들과 같은 수준의 용역을 수행할 수 있는 능력을 가지고 있었던 것으로 보이는 점 ⑥ 삼성에스디에스가 계약을 체결한 회사들 중 케이티에프의 경우에는 개발기간이 2002. 8.~2003. 3.이어서 이 사건 용역계약들과는 비교대상이 될 수 없으며 그나마도 2002년도 정통부 단가와는 비슷한 수준이었던 점, 또한 원고가 계약을 체결한 회사들 중 아이비엠에

103) 위 부분은 신고되지 않아 신고심(대법원 2006. 7. 6. 선고 2004두2998 판결)에서는 판단하지 아니함

적용한 단가는 아이비엠이 미국 알엔지(RNG)사의 리스크 그레이즈(Risk Grades) 제품에 대한 국내 독점판매권과 기술력을 가지고 있었기 때문에 적절한 비교대상이 될 수는 없는 점 ⑦ 계약업체의 선정은 원칙적으로 경쟁입찰의 방법으로 하는 것이 일반적인 거래관행임에도 원고는 수의계약 방식으로 계열회사인 삼성에스디에스를 용역업체로 선정하였을 뿐만 아니라, 가격에서도 삼성에스디에스가 제시한 단가를 충분한 검토 없이 그대로 적용하여 계약을 체결한 점 ⑧삼성에스디에스가 원고의 전산시스템을 다른 업체에 비하여 더 잘 이해하고 있어 신속하고 용역수행이 가능하고, 같은 계열회사여서 보안상의 이점이 있다고 하더라도, 개발원가가 그에 비례하여 반드시 높아야 하는 것은 아닌 점 등을 종합적으로 고려하면, 이 사건 용역계약들의 개발비 단가가 적정하였다는 취지의 원고의 주장은 모두 이유 없음.

[삼성증권의 전산용역계약을 통한 삼성에스디에스 지원행위 건(서울고법 2005. 10. 19. 선고 2004누3856 판결, 고법 확정)]

□ 물품구매 위탁수수료를 과다하게 지급하는 것은 지원행위에 해당함

- 구매자가 기업간 전자상거래를 이용하는 가장 큰 목적이 조달비용의 절감에 있음에도 불구하고, 자기가 직접 구매하는 가격보다 더 비싼 비용을 지불한 원고의 행위를 정상적인 기업의 거래행위로 보기 어려운 점, 조인스닷컴이 기업간 전자상거래 사업 개발과정에서 자체적으로 부담해야 하는 초기비용을 원고가 부담해야 할 아무런 이유가 없어 보이는 점을 비롯한 수수료 지급행위가 이루어진 시기, 규모 및 금액 등에 비추어 보면, 원고는 이와 같은 수수료 지급행위를 통하여 조인스닷컴에게 과다한 경제상의 이익을 제공하였다고 할 것이므로, 이러한 원고의 행위는 지원행위에 해당함. 위 매출채권 지연회수행위로 인한 지원행위가 조인스닷컴의 2000. 매출액 및 당기순이익 신장에 적지 않게 기여한 것으로 보이는 점을 비롯한 지원주체와 지원객체와의 관계, 지원행위의 목적과 의도 등에 비추어 보면, 원고의 이 부분 지원행위는 지원객체인 조인스닷컴으로 하여금 자금력을 제고시키고 경영여건을 개선시켜 당해 시장인 데이터베이스 및 온라인 정보제공업 시장에서 그 지위를 유지·강화함으로써 공정한 거래를 저해하거나 저해할 우려가 있는 행위에 해당함.

[중앙일보사의 부당지원행위 건(서울고법 2006. 4. 20. 선고 2005누10517 판결·환송심 확정¹⁰⁴⁾)]

104) 상고심(대법원 2005. 5. 13. 선고 2004두2233 판결)의 파기환송 취지여파를

□ 자회사에 관리소장 인건비를 지급한 행위 및 위탁수수료의 입금을 유예한 지원행위는 공정한 거래를 저해할 우려가 있음

- 원고가 자신의 100% 자회사인 주식회사 뉴하우징(이하 '뉴하우징'이라 한다)에게 주택관리사업 부분을 위탁·운영하게 하고 '주택임대 및 관리업무 위·수탁약정'을 체결한 후, 이 약정에 따라 원고는 뉴하우징에게 관리소장 인건비 405,000,000원을 지급하고, 뉴하우징은 합계 237,142,127,000원을 7일 내지 30일 지연하여 입금한 사실, 뉴하우징의 관리소 직원이 다른 일반 주택관리업체의 업무에 대하여 수행하는 분양 빛 전세 관리업무가 있다면 그 부분에 대하여 수수료를 지급하면 될 것인에도 원고가 뉴하우징 관리소장의 인건비를 지급한 것은 자회사를 지원하는 행위이고, 원고가 뉴하우징이 지급할 위탁수수료의 입금을 유예한 것은 유예기간동안 뉴하우징이 정산금을 운용하도록 함으로써 그 이자 상당의 수익을 얻게 하는 지원행위로서 그 지원의도 역시 인정되며, 위와 같은 지원성 거래규모와 뉴하우징의 2000년도 추정순이익의 21.1%에 해당하는 지원금액이 현저한 수준이고, 전국적으로 약 252개가 존재하는 주택관리업체의 대부분이 자본금 5억 원 미만의 영세업체인 점을 감안하면 원고의 지원행위는 뉴하우징의 자금사정을 개선시켜 영세업자들만이 존재하는 관련 주택관리시장에서 뉴하우징의 유력한 사업자로서의 지위를 유지·강화 시킴으로써 공정한 거래를 저해할 우려가 있음.

[대한주택공사의 부당지원행위 등 건(대법원 2007. 1. 26. 선고 2005두2773 판결)]

□ 별도의 자회사를 설립하여 직원들의 전출을 유도하는 과정에서 용역수수료 산정 기준이 되는 월노임 단가를 현저히 높게 책정하여 지급한 것은 부당한 지원행위에 해당됨

- 원고 회사가 1997년 5월부터 그 소유의 분당본사사옥 등 11개 사옥(그 중 10개 사옥은 IBS빌딩(Intelligent Building System)이다, 이하 '이 사건 건물'이라 한다)에 대한 관리용역업무를 자회사인 한국통신산업개발 주식회사에 위탁하면서 그 무렵부터 2000년까지 지급한 건물관리 용역수수료는, 한국통신산업개발이 다른 건물을 관리하는 경우의 용역수수료보다 높고, 이 사건 건물과 유사한 IBS빌딩들에 대한 타 건물관리용역업체들의 용역수수료보다 높은 점, 원고 회사가 건물유지관리를 위한 별도의 자회사를 설립하여 원고 회사에 근무하던 건물유지관리 직원들에 대한 전출을 유도하는 과정에서 원고 회사에서의 임금수준을 보장받게 하기 위하여 이 사건 건물관리 용역수수료를 산정하는 기준이 되는 1인당 월노임 단가를 일반적인 시중의 노임보다 현저히 높게 책정한 점 등에 비추어 본다면, 원고 회사의 이 사건 건물관리 용역수수료 지급행위는 원고 회사가 용역수수료의 과다지급을 통하여 한국통신산업개발을 지원한 행위에 해당함이 분명함. 나아가 위 지원행위는 용역수수료의 정상가격을 정확히 산정하는 것이 곤란하여 지원금액을

산정할 수 없는 경우에 해당하고 따라서 관련 규정에 따라 지원성 거래규모인 34,686,000,000원의 10%에 해당하는 금액인 3,468,000,000원의 범위 내에서 과징금을 부과한 피고의 이 부분 처분은 적법함.

[케이티의 부당지원행위건(대법원 2007. 4. 26. 선고 2005두2766 판결)]

□ 특별한 이유 없이 수의계약으로 경쟁입찰에 의한 낙찰률보다 높게 체결한 것은 부당지원행위임

- 원고는 2004년 경쟁입찰에 의해 발주하던 전천 지하구간 조명설비 보수공사를 2005년도에는 특별한 이유 없이 수의계약으로 자회사에 발주한 점, 원고가 지원업체인 한국철도전기와 사이에 단순, 반복 작업인 지하구간 조명설비 보수공사의 내용에 별다른 차이가 없음에도 2004년도 비자회사와의 경쟁입찰 낙찰율인 87.7%보다 9.4% 높은 97.1%로 수의계약을 체결한 점, 원고가 제공한 경제상 이익 규모가 2004. 12. 9. 설립된 한국철도전기의 2005년도 당기순이익의 7.3%에 달하는 점 등을 종합하여 보면, 원고가 한국철도전기에게 제공한 경제상의 이익은 통상적인 거래관행 등을 고려하여 볼 때 과다한 경제상의 이익으로 판단되고, 따라서 이 사건 조명설비계약은 원고의 한국철도전기에 대한 지원행위에 해당함. 한국철도전기는 원고와의 거래의준도가 100%인 점, 원고의 지원행위 후 2005년 당기순이익이 오른 점, 치열한 수주경쟁을 벌이고 있는 상황에서 수도권 소재 4,000여개의 전기공사업자들의 수주기회가 봉쇄된 점 등을 종합하여 보면 부당한 지원행위에 해당함.

[한국철도공사의 부당지원행위 건(서울고법 2007. 5. 16. 선고 2006누24352 판결, 고법 확정)]

□ 높은 임대료를 지급하면서 전용사용계약을 맺었음에도 교육시설임차료를 별도로 지급한 행위는 임대차 형식을 빌린 자금지원행위에 해당됨

- 원고 삼성에스디아이, 삼성전자, 삼성화재, 삼성생명 및 삼성테크윈(이하 위 5개 회사들을 합하여 '원고 삼성에스디아이 등 5개 회사'라 한다)이 원고 삼성중공업 소유의 산청연수원을 공동소유함에도 형식상으로는 이를 원고 삼성중공업의 단독소유 명의로 하고 원고 삼성에스디아이 등 5개 회사가 그 설립·운영 및 관리에 소요되는 비용을 임차료 형식을 빌어 분담하고 있다는 위 원고들의 주장은 이를 인정할 만한 증거가 부족하고, 위 산청연수원 임차행위는 임대차의 형식을 빌린 자금지원행위로서 부당지원행위임.

[삼성에스디아이 외 6(산성 1차)의 부당지원행위 건(대법원 2006. 12. 22. 선고 2004두1483 판결)]

□ 수령지체의 정당한 사유로 볼 수 없는 주관적 사정으로 임대보증금을 지연 수령한 것은 그 지연기간에 해당하는 이자액만큼 부당지원행위에 해당됨

- 원고 삼성중공업이 이 사건 자동차판매장 임대 당시 불보와 사업양수도 협의 중에 있어서 이 사건 임대건물이 양도대상자산에 포함될 가능성이 있었으므로 그 협의과정에서 위 건물이 양도대상에서 제외되는 것으로 확정될 때까지 위 원고 스스로 임대보증금과 월차임의 수령을 보류하였다는 사정은 위 원고의 주관적 사정에 불과하여 이를 수령지체의 정당한 사유라고 볼 수 없으므로 위 원고는 위 지연기간에 해당하는 이자액만큼 낮은 가격으로 부동산을 임대하여 삼성물산을 지원한 것이고, 비록 그 지원금액이 삼성물산의 자산 및 매출액에 비하여 미미한 것이라고 하더라도 달리 볼 수 없음.

[삼성에스디아이 외 6(삼성 1차)의 부당지원행위 건(대법원 2006. 12. 22. 선고 2004두1483 판결)]

□ 특별한 사정없이 물품대금을 지연 수령하고 그 지연이자를 받지 아니한 것은 부당지원 행위임

- 원고가 현대석유화학으로부터 전력 및 스텁 공급대금을 지연 수령하고 그 과정에서 지연이자를 받지 아니한 행위는 당시 계속되는 적자에 시달리고 있던 특수관계인인 현대석유화학을 지원하려는 의도 아래 이루어진 행위로서 법 제23조 제1항 제7호가 금지하고 있는 부당한 자금지원행위에 해당하고, 원고가 현대석유화학의 지배주주라거나 원고 산하 대산발전소와 현대석유화학이 서로 생산품을 공급하는 관계에 있으며 그 공급품의 원가산정 및 대금의 적정성 등에 관하여 다툼이 있어 왔다고 하여 달리 볼 것은 아님.

[현대중공업(현대 4차)의 부당지원행위 건(대법원 2006. 4. 14. 선고 2004두3298 판결)]

□ 용역대금을 지연수령한 것은 정상금리에 따라 산정한 지연이자 상당액의 부당지원 행위임

- 원고 현대상선이 현대물류와 원심판결의 〈별지 8〉 기재와 같은 용역계약을 체결하고 현대물류로부터 그에 따라 지금받아야 할 수수료 등의 금원을 지급받지 않고 방치하여 현대물류로 하여금 이를 그대로 보유, 사용하도록 한 다음 지연수령하는 것은 현대물류로 하여금 수수료 상당액의 자금을 이용할 수 있도록 경제상 이익을 제공한 행위라 할 것인 점, 이 사건 용역계약이 현대물류의 주업종과 무관하다 하더라도 그 당시 현대물류가 3년 연속 적자로 자금사정이 매우 어려운 상황이었던 사정을 감안하면, 원고 현대상선의

지원행위로 인하여 현대물류의 자금력이 제고되고, 경영여건이 개선되어 경쟁조건을 경쟁사업자에 비하여 유리하게 하는 등 소화물일관수송업 시장에서 공정한 거래를 저해하거나 저해할 우려가 있어 보이는 점 등에 비추어 보면, 원고 현대상선의 용역대금 지연수령행위는 법 제23조 제1항 제7호 소정의 부당지원행위에 해당하고, 그 지원금액은 현대불류가 수수료 상당의 자금을 제3자로부터 차입한 경우 정상금리에 따라 산정한 이자 상당액임.

[현대중공업 외 17개사(현대 3자)의 부당지원행위 건(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결¹⁰⁵⁾)]

□ 실제 가격인상 요인이 없었음에도 부품의 가격을 인상하여 지급한 것은 부당지원 행위에 해당함

- ① 원고 현대자동차가 2003. 6. 25. 원고 현대모비스로부터 구매하는 자동차 샤시모듈 부품의 가격을 인상하여 주었는데, 당시 실제 샤시모듈 부품의 원자재인 철판, 특수강 등의 국내외 시세가 인상되지 아니하였음에도 불구하고, 위 원자재들의 시세 인상을 그 이유로 위 샤시모듈 부품의 가격을 인상하여 주었음. ② 원고 현대자동차는 동일한 시기에 덕양산업, 한라공조 등으로부터 모듈 부품을 납품받고 있었는데, 위 업체들에 대하여는 모듈 부품의 가격을 인상하여 주지 아니하였음. ③ 원고 현대모비스에서 근무하던 000과 현대·기아차 구매총괄본부에서 근무하던 △△△, □□□이 2007. 3. 경 작성한 각 확인서(을 제7호증)에는 원고 현대자동차가 원고 현대모비스로부터 납품받는 샤시모듈 제품의 가격을 인상하여 준 실제 이유에 대하여 '원고 현대모비스의 영업이익을 제고'라고 기재되어 있음. ④ 이러한 사정들에 비추어 보면, 이 사건 샤시모듈 부품 가격 인상 행위가 공정거래법 소정의 '지원행위'가 아니라는 원고 현대자동차의 이 부분 주장은 받아들이기 어려움. ⑤ 비록 원고 현대모비스의 모듈 사업이 원고 현대자동차의 샤시모듈 제품 가격 인상 이후에도 타 부품업체 및 다른 모듈 업체들과 비교하여 볼 때 적정 수준보다 낮은 수준의 영업이익률을 내고 있었다고 하더라도, 원고 현대자동차의 이 사건 샤시모듈 부품 가격 인상 행위는 덕양산업, 한라공조 등의 사업자들과 경쟁관계에 있는 원고 현대모비스의 경쟁상 지위를 부당하게 제고하여 자동차 모듈 부품 시장의 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있다고 볼이 상당하므로, 이 사건 샤시모듈 부품 가격 인상 행위가 공정거래법 소정의 '부당한' 지원행위가 아니라는 원고 현대자동차의 이 부분 주장도 받아들이기 어려움.

[현대자동차 등 부당지원행위 건(서울고법 2009. 8. 19. 선고 2007누30903 판결¹⁰⁶⁾)]

105) 파기환승 후 고법 확정(서울고법 2007. 6. 28. 선고 2007누3895 판결)

106) 원고 상고취하로 상고심(대법원 2012. 10. 25. 선고 2009두15494 판결)에서는 이 부분을 판단하지 아니함

□ 지원객체가 지급하여야 할 부품 가격 인상 금액을 대신 지급해 준 것은 부당지원 행위에 해당함

- ① 원고 현대자동차, 기아자동차는 원고 현대모비스가 요청한 임율의 현실화, 가동율 손실보전, 투자상각비 반영 등을 내역별로 검토하고 상호간 협의를 거친 후, 원고 현대자동차는 2.9%(2002년 매입액 기준 인상금액 : 154억 원), 원고 기아자동차는 2.4% (2002년 매입액 기준 인상금액 : 196억 원)의 단가인상을 실행하기로 결정하였음.
② 그럼에도 불구하고, 원고 현대자동차가 2002. 10. 31. 원고 현대모비스에게 원고 기아자동차를 대신하여 원고 기아자동차가 원고 현대모비스에게 지급하여야 할 모듈부품 단가인상 금액 196억 원을 지급하였음. ③ 이러한 사정들에 비추어 보면, 이 사건 모듈 부품 가격 인상 금액을 대신 지급한 행위는 공정거래법 소정의 '지원행위'에 해당하고, 원고 현대자동차의 위 196억 원 지원행위는 다른 자동차 제조·판매 사업자들과 경쟁관계에 있는 원고 기아자동차의 경쟁상 지위를 부당하게 제고하여 자동차 제조·판매 시장의 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있다고 봄이 상당하므로, 이 사건 모듈 부품 가격 인상 금액 대신 지급 행위는 공정거래법 소정의 '부당한' 지원행위에 해당함.

[현대자동차 등 부당지원행위 건(서울고법 2009. 8. 19. 선고 2007누30903 판결¹⁰⁷⁾)]

□ 구매대금의 지급방식을 일괄적으로 계열회사의 법인카드로 변경한 것은 부당지원 행위에 해당함

- ① 원고 현대자동차, 현대모비스, 글로비스는 그 동안 납품업체로부터 상품·용역을 구매함에 있어 법인카드로 대금을 결제한 적이 없음에도 불구하고, 위 원고들은 2003. 4. 23.자 협의 이후 66개 납품업체로부터 상품·용역을 구매함에 있어, 내금결제방식을 종전의 현금, 어음, 기업구매전용카드, 외상매출채권담보대출에서 현대카드가 발급한 법인카드로 변경한 다음, 납품업체에 대한 구매금액 합계 9,183억 7,300만 원을 현대카드로 지급하였음. ② 일괄적으로 대금결제방식을 현대카드가 발급한 법인카드로 변경함으로써, 현대카드는 종래에 얻지 못한 가맹점 수수료라는 경제상 이익을 얻게 되었음. ③ 이러한 사정들에 비추어 보면, 위 원고들의 구매대금 지급방식 변경 행위는 공정거래법 소정의 '지원행위'에 해당하고, 다른 신용카드사들과 경쟁관계에 있는 현대카드의 경쟁상 지위를 부당하게 제고하여 신용카드 시장의 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있다고 봄이 상당하므로, 이 사건 구매대금 지급방식 변경 행위는 공정거래법 소정의 '부당한' 지원행위에 해당함.

[현대자동차 등 부당지원행위 건(서울고법 2009. 8. 19. 선고 2007누30903 판결¹⁰⁸⁾)]

107) 원고 상고취하로 상고심(대법원 2012. 10. 25. 선고 2009두15494 판결)에서는 이 부분을 판단하지 아니함

□ 계열회사와 운송계약을 체결하여 물류업무의 대부분을 몰아준 것은 부당지원행위에 해당함

- ① 원고들은 원고 글로비스가 설립(2001. 2.)된 후 얼마 지나지 아니한 2001. 3.부터 원고 글로비스가 통합물류체계를 완성한 2004. 6.까지 원고 글로비스에게 자사 제품의 생산·판매에 부수하는 완성차 배달택송, 철강운송 등 각종 물류업무를 비경쟁적인 사업양수도 또는 수의계약의 방식을 통하여 대부분 몰아주고(원고 현대자동차, 현대제철은 각 100%, 원고 기아자동차는 82%, 원고 현대모비스는 80%), 원고 글로비스와 함께 5,687억 4,100만 원 상당의 거래를 하였는데, 이는 국내 화물운송주선업 시장의 1위 사업자인 범한 판토스 매출액의 34.6%, 국내 화물운송주선업 시장 전체 매출액의 6.8%에 해당함. ② 위 원고들은 MIP 운송 부분, 물류장비 임대 부분, A/S 부품 운송 부분, 내수 PDI 부분, T/P 부분, 배달택송 부분, 철강운송 부분의 운송단가를 시장가격의 인상률에 비해 상대적으로 높게 인상시켜 주었고, 이로 인하여 원고 글로비스는 비계열회사와의 거래보다 위 원고와의 거래를 통하여 훨씬 높은 매출총이익률을 시현하게 되었음. ③ 위 원고들은 자신들이 원고 글로비스와 운송계약을 체결한 행위는 공정거래법 소정의 '지원행위'에서 말하는 '현저한 규모'의 거래가 아니라는 주장을 하나, 앞서 본 원고 글로비스의 설립 시기 및 통합물류체계의 완성 시기, 운송계약 체결 방식, 거래금액, 물류업무 단가 책정 방식 등을 고려하면, 위 원고들이 원고 글로비스와 운송계약을 체결한 행위는 공정거래법 소정의 '지원행위'에서 말하는 '현저한 규모'의 거래라고 볼이 상당함. ④ 이로 인하여 원고 글로비스는 설립 후 2년만에 국내 화물운송주선업 시장의 2위 사업자로, 4년만에 1위 사업자로 급부상하게 되었음. ⑤ 이러한 사정들에 비추어 보면, 위 원고들이 원고 글로비스와 운송계약을 체결한 행위는 국내 화물운송주선업체들과 경쟁관계에 있는 원고 글로비스의 경쟁상 지위를 부당하게 제고하여 화물운송주선업 시장의 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있다고 볼이 상당함.

[현대자동차 등 부당지원행위 건(서울고법 2009. 8. 19. 선고 2007누30903 판결¹⁰⁹⁾)]

□ 지원주체와 지원객체간의 직접적인 거래관계에 따른 것이 아니라 지원주체와 광고대행사 사이의 광고대행계약에 따른 것이라도 지원행위는 성립됨

- 조선일보가 이 사건 광고를 하면서 조선닷컴에 대한 광고 등 자신의 광고에 활용할 광고면을 디지털조선을 위한 광고에 할애하고도 디지털조선으로부터 그 대가를 지급받지 않은 것은 계열회사인 디지털조선을 지원할 의도에 기한 것이라고 할 것이고, 이 사건

108) 원고 상고취하로 상고심(대법원 2012. 10. 25. 선고 2009두15494 판결)에서는 이 부분을 판단하지 아니함

109) 원고 상고취하로 상고심(대법원 2012. 10. 25. 선고 2009두15494 판결)에서는 이 부분을 판단하지 아니함

광고가 조선일보와 디지털조선 사이의 직접적인 거래관계에 따른 것이 아니라 조선일보와 광고대행사 사이의 광고대행계약에 따른 것이라고 하여 디지털조선에 대한 지원행위가 설립하지 않는다고 할 수 없음.

[조선일보사 외 2의 부당지원행위 건(대법원 2005. 9. 15. 선고 2003두12059 판결)]

□ 최저가 경쟁 입찰방식에 의하여 견적서를 제출받았으나, 더 낮은 견적금액을 제출한 회사가 있었음에도 계열회사와 계약을 체결하여 그 후 계열회사가 시공능력이 있는 회사들에 일괄 하도급 준 경우 부당한 지원행위임

○ 원고 기아자동차는 프레스 및 자동차 운반설비 제작을 최저가 경쟁 입찰방식에 의하여 가장 낮은 견적서를 제출한 업체에게 발주할 목적으로, 프레스와 자동차 운반설비 제작에 대한 시공능력이 있는 위아, 동희 등으로부터 견적서를 제출받았으나, 원고는 계열회사인 로템보다 더 낮은 견적금액을 제출한 회사가 있었음에도 불구하고 로템과 계약을 체결하였고, 그 후 로템은 위 프레스와 자동차 운반설비 제작을 위아 등에게 일괄 하도급 주었고, 특별한 노력 없이 13억 2,000만 원이라는 경제적 이익을 취득하였음. 이러한 사정들에 비추어 보면, 로템과 도급계약을 체결한 행위는 공정거래법 소정의 '지원행위'에 해당하고, 이 사건 지원행위는 다른 플랜트업을 영위하는 회사들과 경쟁관계에 있는 로템의 경쟁상 지위를 부당하게 제고하여 플랜트 시장의 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있다고 볼이 상당하므로, 원고 기아자동차가 로템과 도급계약을 체결한 행위는 공정거래법 소정의 '부당한' 지원행위에 해당함.

[현대자동차 등 부당지원행위 건(서울고법 2009. 8. 19. 선고 2007누30903 판결¹¹⁰⁾)]

□ 수의계약이 허용되는 대상이 아님에도 수의계약 방식으로 계약을 체결한 점, 장기에 걸쳐 큰 규모로 지원이 이루어진 점, 원고의 계약상대방이 특별한 전문성이 있다고 보기는 어려운 점, 감사원의 지적이 없었더라면 이 사건 수의계약 체결이 계속되었을 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 원고가 퇴직자 회사들과 안전순찰 위탁계약을 체결하고 그 변경계약을 체결한 행위는 부당한 지원행위에 해당함

○ 고속도로 안전순찰 업무는 수의계약을 할 수 있는 사유에 해당하지 아니함에도 원고는 퇴직자 회사를 지원하기 위해 정당한 사유가 없음에도 안전순찰 위탁계약을 수의계약 방식으로 체결하였으며, 고속도로 안전순찰 시장에서 사실상 독점적인 발주자의 지위를 갖고 있는 원고가 고속도로 안전순찰 업무를 수의계약 방식으로 자신의 퇴직자들에게만

110) 원고 상고취하로 상고심(대법원 2012. 10. 25. 선고 2009두15494 판결)에서는 이 부분을 판단하지 아니함

위탁함으로써 경쟁사업자 또는 신규사업자들에게 공정한 경쟁을 할 수 있는 기회를
원천적으로 차단하였음.

- 원고의 퇴직자 회사들에 대한 지원기간이 6년 이상으로 장기간인 점, 지원규모인 계약금액 역시 대부분 30억 원 이상이고 총 932억 원에 이르는 큰 규모인 점, 원고가 계약상대방으로 삼은 장기근속 희망퇴직자가 고속도로 안전순찰 업무에 대하여 특별한 전문성을 갖추었다고 보기 어려운 점, 간사원의 지적이 없었더라면 퇴직자 회사와의 수의계약 체결을 계속하였을 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면 이 사건 위탁계약 체결행위는 지원책체인 퇴직자 회사들이 속한 고속도로 안전순찰 용역시장의 공정한 경쟁을 저해할 우려가 있는 지원행위로서 '부당성'이 인정된다고 할 것인바, '상당히 유리한 조건으로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위'에 해당함.

[한국도로공사의 거래상지위남용행위 등에 대한 건(대법원 2018. 1. 25. 선고 2017두58076 판결)]

② 부정례

□ 부당지원행위 금지규정 시행 전 지급한 선급금의 미회수 행위는 부당지원행위에 해당되지 않음

- 법 제23조 제1항 제7호의 규정이 시행되기 이전에 이미 현대중공업과 현대종합금속을 지원할 의도로 선급금 명목으로 지급한 금원을 위 규정이 시행된 이후에도 단순히 회수하지 아니한 행위를 자금지원행위에 해당한다고 판단하였으나, 거기에는 부당지원행위의 성립요건에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있음.

[현대 1차 사건(대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6197 판결¹¹¹⁾)]

□ 임금조사보고서나 표준단가표에 의한 노무비를 기준으로 용역수수료가 과다하다고 본 것은 위법함

- 원고가 한국공중전화 주식회사에 위탁한 이 사건 공중전화 유지·보수업무와 관련하여, 피고는 이 사건 공중전화 유지·보수업무를 수행하는 인력의 대부분을 차지하고 있는 점검원의 노동의 질을 노동부에서 발표하는 '임금구조기본통계조사보고서'(이하 '임금조사 보고서'라 한다)의 '전기·전자장비 정비원 및 설비원' 또는 건축물 유지관리 업무에 종사하는 기술자 중 전기기능사, 통신기능사와 비슷하다고 볼 수 있다는 전제하에, 위 임금조사보고서나 건축물유지관리협회에서 발표하는 '건축물 시설관리비 표준단가표'

¹¹¹⁾ 파기환송 후 재상고심 확정(대법원 2008. 7. 1. 선고 2006두14735 판결)

(이하 ‘표준단가표’라고 한다)상 기술자의 책임자금 임금수준에 근로기준법상의 제수당 및 상여금을 적용한 임율을 이 사건 공중전화 유지·보수 업무에 종사하는 점검원 및 사산원의 임금에 적용하여 1인당 월 직접노무비를 산정한 다음 이와 비교하여 원고가 한국공중전화에 지급한 용역수수료가 과다하다고 보았으나, 건축물 유지관리 업무에 종사하는 인력 중 전기기능사 또는 통신기능사의 직무내용이 공중전화의 유지·보수 업무에 종사하는 인력의 직무내용과 동일하다고는 볼 수 없는 점, 노동부가 발행한 임금조사보고서는, 그 목적이 경제정책과 임금정책을 위한 기초자료를 제공하기 위한 것이고 그 조사방법 또한 성별·연령별·학력별·직종별·경력별·근로일수 등 근로자에 관한 제반사항에 대하여 표본에 의한 자계식 방법을 사용한 것으로서 특정직종에 대한 평균소득개념의 대표치로 활용하기는 어려운 점 등에 비추어 보면, 피고가 들고 있는 임금조사보고서나 표준단가표에 의한 1인당 월 직접노무비를 들어 이 사건 공중전화 유지·보수 용역수수료가 과다하다고 보기 어렵고, 그밖에 피고가 주장하는 사정만으로는 위 용역수수료 지급행위가 지원행위에 해당한다고 보기 어려움.

- 원고가 한국통신진흥 주식회사에 위탁한 종합유선방송(이하 ‘CATV’라고 한다) 전송망 유지·보수업무와 관련하여, 피고는 이 사건 CATV 전송망 유지·보수 업무를 수행하는 인력을 임금조사보고서상의 소분류 기준으로 전기·전자장비 정비원 및 설비원에 해당한다는 전제하에 위 임금조사보고서상의 임금수준을 기초로 하여 1인당 월 직접노무비를 산정한 다음 이와 비교하여 원고가 지급한 용역수수료가 과다하다고 보았으나, 임금조사보고서상의 임금자료가 위 용역수수료에 대한 평가를 함께 있어 기초가 될 수 없음은 이 사건 공중전화 유지·보수 용역수수료에 대한 판단부분에서 살펴본 바와 같고, 또한 피고는 한국통신진흥의 동종업체로서 주식회사 지오넷과 주식회사 대인정보통신을 들고 있으나, 위 각 회사의 직원의 수, 영업 현황 등에 비추어 이를 한국통신진흥과의 비교 대상으로 삼기에 적당하다고 보이지 아니하여 위 각 회사의 월 직접노무비를 들어 이 사건 CATV 전송망 유지·보수 용역수수료가 과다하다고 보기 어렵고, 그 밖에 피고가 주장하는 사정만으로는 위 용역수수료 지급행위가 지원행위에 해당한다고 보기 어려움.

[케이티의 부당지원행위건(대법원 2007. 4. 26. 선고 2005두2766 판결)]

- 투자신탁 운용업무에 관한 양도양수계약의 체결경위, 계약의 내용과 보수배분비율 조정에 관한 약정, 계약 후 사정의 변경 및 보수배분비율 변경정도 등에 비추어 보면, 약정에 따른 보수배분비율의 변경이 원고에게 현저히 유리하다고 보기 어려움
- 원고 현대투자신탁증권은 금융산업의 구조개선에 관한 법률(1999. 5. 24. 법률 제5982호로 개정되기 전의 것) 제9조에 의하여 수익증권 판매업무 및 투자신탁 운용업무 중 투자신탁 운용업무를 분리하여야 할 처지에 놓이게 되어 1998. 2. 23. 원고 현대투자신탁운용을

설립하여 1998. 3. 2. 원고 현대투자신탁운용과 사이에 투자신탁 운용업무에 관한 양도양수계약을 한 사실, 원고 현대투자신탁증권과 원고 현대투자신탁운용은 위 양도양수계약을 체결함에 있어 위탁자보수 중 원고 현대투자신탁증권 둘인 판매보수와 원고 현대투자신탁운용 둘인 운용보수의 배분비율에 따른 영업권 가액에 대하여 삼일회계법인에 평가를 의뢰한 바 있는데, 그 평가를 기초로 하여 판매보수 대 운용보수의 비율을 85:15로 정하고 이에 따른 영업권 가액 1,294억 원을 영업권 양도대금으로 정한 사실, 삼일회계법인은 영업권 가액을 평가함에 있어 그 평가가 주로 예측을 기초로 한 것이므로 환경의 변화로 인하여 실제로는 중대한 차이가 있을 수 있다고 전제한 바가 있어 원고 현대투자신탁운용과 원고 현대투자신탁증권은 1998. 5. 20. 수익증권판매대행계약을 체결하면서 향후 시장상황의 변동에 따라 보수배분비율을 변경하기로 약정한 사실, 그런데 그 후 원고 현대투자신탁운용을 비롯한 투자신탁 운용회사들의 수탁고가 급격히 증가하여 당초 영업권 평가가 잘못되었다는 사실이 드러남에 따라 원고 현대투자신탁운용과 원고 현대투자신탁증권은 1998. 11. 1.부터 전체 영업권 양도가액을 변경하지 아니한 채 판매보수 대 운용보수의 비율만을 90:10으로 변경한 사실, 1998. 11. 1.부터 1999. 4. 30.까지 기간 중 원고 현대투자신탁운용이 원고 현대투자신탁증권에게 지급한 변경된 보수배분비율에 따른 판매보수는 1,618억 원으로서 이는 당초의 보수배분비율에 따른 판매보수 1,528억 원보다 90억 원이 더 많은 사실 등을 종합하면 위 양도양수계약의 체결경위, 계약의 내용과 보수배분비율 조정에 관한 약정, 계약 후 사정의 변경 및 이에 보수배분비율 변경정도 등에 비추어 보면 위 약정에 따른 보수배분비율의 변경이 원고 현대투자신탁증권에게 현저히 유리하다고 보기 어려움.

[현대중공업 외 17개사(현대 3차)의 부당지원행위 건(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결¹¹²⁾]]

□ 당초 연구소로 건축허가를 받았으나 사실상 계열회사들의 연수원으로 사용 중인 건물의 임차보증금 지급을 부당지원행위로 볼 수 없음

- 연수원은 당초 연구소로서 건축허가를 받았으나 실제로는 계열회사 소속 직원들의 연수원으로 이용되어 왔고, 용도가 적법하게 연수원으로 변경되지 않았다고 하더라도 사실상 연수원으로 사용되는 이상, 원고 현대자동차 외 31개사의 임대차보증금 지급을 연구소신축자금의 지원이라 볼 수 없고, 나아가 무려 32개사가 임대차보증금을 지급하고 몇몇 회사의 경우 그 지급액이 현저히 적은 점, 원고 현대자동차 외 31개사가 소속 직원들의 연수를 위하여 위 연수원을 사용할 필요가 있었고 그에 따라 하이너스반도체와 위 연수원 건물에 대한 임대차계약을 체결한 점, 원고 현대자동차 외 31개사의 소속 직원들이 위 연수원에서 연수를 받아왔고 만약 임대차보증금이 지급되지 않았다면

112) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2007. 6. 28. 선고 2007누3895 판결)

오히려 하이닉스반도체가 원고 현대자동차 외 31개사에 부당지원을 하였다고 인정될 여지가 있는 점 등을 고려하여 보면, 이 사건 임대차보증금의 지급을 부당지원행위라 할 수 없고, 그 지급시기가 건물완공 전이라고 하여 달리 볼 것은 아니므로, 이 사건 임대차보증금 지급이 하이닉스반도체의 연구소신축자금을 지원한 것임을 전제로 한 이 부분 처분은 위법함.

[현대 1차 사건(대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6197 판결¹¹³⁾]

□ 전산관리비 미수령이 정당한 대가관계에 기한 것이라면 지원행위에 해당하지 아니함

- 원고는 당시 원고의 업무전산시스템이 오래된 것이어서 사용상의 불편이 있었기 때문에 스포츠서울21이 새로운 시스템을 개발할 때 원고와 공통되는 업무부분을 같이 개발하도록 한 사실, 원고는 2000. 6. 15. 스포츠서울21과 업무전산시스템 공동사용 부분에 대한 비용정산합의서 경영정보시스템 개발에 들어가는 각종 비용을 스포츠서울21이 전액 지출하되, 원고는 그 대가로 위 경영정보시스템을 개발하는 동안에 스포츠서울21이 원고의 업무전산시스템을 사용함으로써 발생하는 업무전산관리비를 무상으로 지원하기로 약정한 사실, 원고는 스포츠서울21과의 2000. 6. 15.자 정산합의서에 스포츠서울21에게 지급할 위 경영정보시스템 개발비용 지급채무와 스포츠서울21로부터 수령할 2000년 기간 중의 업무전산관리비 청구채권이 금액에 있어 대등한 것으로 보고 이를 상계하기로 약정한 것으로 볼 수 있고, 위 경영정보시스템 개발비용 및 개발기간 등에 비추어 보면 원고와 스포츠서울21이 양 채권의 가액을 대등한 것으로 본 것이 상당하다고 인정할 수 있어 위 업무전산관리비의 미수령은 정당한 대가관계에 기한 것으로 지원행위에 해당하지 아니하거나, 지원행위의 부당성을 인정하기 어렵다 할 것이므로 이 사건 시정명령 중 위 업무전산관리비의 미수령이 부당한 지원행위에 해당함을 전제로 한 부분은 위법하다고 할 것임.

[서울신문사의 스포츠서울21 지원행위 건(서울고법 2004. 7. 15. 선고 2002누1092 판결¹¹⁴⁾]

□ 다른 경쟁업체들도 자연손해금을 징수하지 않는 것이 보통이라면 원고의 자연이자 미수령행위는 자금을 지원할 의도에서 비롯된 지원행위라고 할 수 없음

- 원심은 원고가 계열회사인 현대택배로부터 받아야 할 운송대금을 자연수령하면서도 자연손해금을 징수하지 않은 행위는 원고가 자연기간 동안 무이자로 자금을 대여한 것과

113) 파기환송 후 재상고심 확정(대법원 2008. 7. 1. 선고 2006두14735 판결)

114) 상고심(대법원 2004. 11. 12. 선고 2004두9630 판결)은 실리불속행각

마찬가지이므로 이는 공정거래법 제23조 제1항 제7호 소정의 지원행위에 해당하지만, 원고가 다른 거래선에 대하여는 운송대금에 대한 지연손해금을 징수하면서 현대택배에 대하여만 이를 징수하지 않는 등 차별적 취급을 하였다고 볼 수 없는 점, 현대택배로부터의 지연수령액수와 지연수령율이 다른 거래선의 경우에 비하여 다소 많기는 하지만 이는 거래선과의 거래규모 등에 따라 달라질 수 있고 원고 뿐만 아니라 다른 경쟁업체들도 지연손해금을 징수하지 않는 것이 보통이라는 점 등을 고려할 때, 원고의 이 사건 지연이자 미수령 행위는 부당하지 않다고 판단하였음. 관계법령과 원심이 든 위와 같은 사정 및 기록에 비추어 살펴보면, 원고의 이 사건 지연이자 미수령 행위는 현대택배에 대하여 자금을 지원할 의도에서 비롯된 지원행위라고 할 수 없음에도 원심이 이를 지원행위에 해당함을 전제로 하여 부당성이 없다고 설시한 것은 적절하지 아니하나 부당지원행위에 해당하지 않는다고 본 결론은 정당함.

[현대상선(현대 4차)의 부당지원행위 건(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004두2226 판결)]

선급금 지급이 동반도산을 막기 위한 불가피한 조치였다면 부당한 지원행위에 해당하지 아니함

- 정부는 한양 등의 간생을 위해서는 원고가 발주하는 사업을 수의계약 방식으로 한양 등에게 수주케 하는 것이 필요하다고 판단하여 1993. 10. 28. 정부투자기관회계규정 제17조에 의하여 원고의 수의계약특례집행 신청을 승인하였고, 이에 따라 원고는 한양 등과 수의계약을 체결하여 왔는데 한양 등의 자금압박으로 원고가 발주하는 사업에 지장이 초래될 것이 우려되자, 그 경우 계약금액의 70%이내(공사금액이 100억 원 이상인 경우와 물품제조가액이 10억 원 이상인 경우에는 각 20% 이내)에서 선급금을 지급할 수 있도록 규정한 정부투자기관회계규정 제49조에 따라, 1998. 1. 1.부터 1998. 12. 31.까지 사이에 한양목재, 한양산업, 한양공영에 대하여 총 127억 5,400만 원의 선급금을 지급한 사실에 비추어 보면, 원고의 위와 같은 선급금 지급행위는 부실기업인 한양 등의 경영정상화를 촉진시키기 위하여 원고에게 부여한 수의계약집행권한과 전대·지급보증 등 금융지원권한의 범위 내에 속하는 행위로서, 한양 등이 다시 도산하는 경우 야기될 사회적·경제적 불안을 해소하기 위한 공익적 목적이 있을 뿐만 아니라 총 1조 원이 넘는 전대 및 지급보증을 한 원고로서는 자신의 동반 도산을 막기 위한 불가피한 필요도 있었다고 할 것이므로, 이를 들어 법 제23조 제1항 제7호 소정의 부당한 지원행위에 해당한다고 볼 수는 없음.

[대한주택공사의 부당지원행위 건(대법원 2003. 9. 5. 선고 2001두7411 판결)]

□ 원고들의 자동차 판매장 임대행위는 점포공사 등을 이유로 가계약을 체결한 후 영업을 개시할 무렵 본 계약을 맺으면서 가계약을 임대차 기산일로 하여 임대료를 받은 사실 등에 비추어 부당지원행위가 아님

○ 삼성생명과 삼성화재의 경우에는 자신 소유 건물의 일부를 삼성물산에 임대하면서 우선 가계약을 맺어 삼성물산이 점포 내부시설 공사를 하도록 하고 본격적으로 영업을 개시할 무렵 본계약을 맺으면서 가계약일을 임대차 기산일로 하여 임대료를 받은 사실, 임대료가 고액이고 입주 가능한업체도 제한되어 있는 대형건물의 1층 매장을 위 원고들이 임대할 경우 위와 같은 방식으로 임대차계약을 맺는 사례가 종종 있었던 사실, 특히 위 계약 당시는 IMF 경제위기로 인하여 임차인을 구하는 것이 쉽지 않았던 사실 등이 인정되는바, 위 원고들의 자동차판매장 임대 행위는 경제적으로 합리성이 있는 행위로서 부당성이 없으므로 부당지원행위가 아님.

[삼성에스디아이 외 6(삼성 1차)의 부당지원행위 건(대법원 2006. 12. 22. 선고 2004두1483 판결¹¹⁵⁾)]

□ 원고가 계열회사와 임대차계약을 실제 공장 사용시기보다 늦게 체결한 경우라 하더라도 미지급 임대료까지 감안하여 임대차계약을 체결한 경우라면 현저히 유리한 조건의 거래에 해당하지 아니함

○ 원고 삼성에스디아이가 자신의 천안공장 안에 설치한 TFT-LCD 생산공장을 1998. 1부터 계열회사인 원고 삼성전자에게 사용하도록 하면서 임대차계약을 1998. 4. 15.에 체결하고 임대료를 같은 달 27. 이후에 지급받은 것은 원고 삼성에스디아이와 원고 삼성전자 간에 임대료에 관한 합의가 이루어지지 않아 임대차계약의 체결이 늦어졌기 때문인 사실, 위 원고들은 원고 삼성전자가 위 공장을 이미 3개월간 사용한 점을 감안하여 그에 대한 미지급 임대료까지 감안하여 위 공장에 대한 임대차계약을 체결한 사실을 알 수 있는바, 이러한 사정을 앞서 본 현저히 유리한 조건의 거래에 관한 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 공장임대 행위는 현저히 유리한 조건의 거래에 해당한다고 할 수 없음.

[삼성에스디아이 외 6(삼성 1차)의 부당지원행위 건(대법원 2006. 12. 22. 선고 2004두1483 판결¹¹⁶⁾)]

115) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2007. 5. 17. 선고 2007누315 판결)

116) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2007. 5. 17. 선고 2007누315 판결)

□ 자급의무 없는 판매관리비를 지급한 것이 아니라, 위탁관리에 대한 자신의 관리용역비만 지급한 것으로 볼 수 있다면 지원행위가 아님

- 이 사건 판매관리비 지급행위에 관한 피고의 처분사유는, 하나로개발이 입주업체들과도 건물관리용역계약을 체결하여 입주업체들로부터 판매관리비를 지급받을 수 있는데도 불구하고, 원고가 자신이 하나로개발에게 위탁한 건물관리에 대한 판매관리비는 물론 자급의무가 없는 입주업체들의 건물관리에 대한 판매관리비까지 지급하는 방법으로 하나로개발에게 과다한 경제상 이익을 제공하였다는 것임을 알 수 있으므로 이 부분 처분사유는 지원행위가 될 수 있는 것이고, 따라서 원심이 이 사건 판매관리비 과다지급행위가 피고의 주장 자체로 지원행위가 될 수 없다고 판단한 것은 처분사유의 의미를 오해하거나 지원행위에 관한 법리를 오해한 것으로서 위법함.
- 그러나 을 제3호증의 10 내지 13, 을 제4호증의 9 내지 12, 을 제7호증의 각 기재만으로 원고가 하나로개발에게 건물관리용역비를 지급함에 있어서 하나로개발이 입주업체들의 건물관리용역사업 수행을 위하여 지출한 판매관리비 119백만 원까지 지급한 것이라고 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없으며, 오히려 기록에 의하면, 원고는 하나로개발과 사이에 원고 소유의 통신국건물 및 향후 원고가 매입하여 하나로개발에게 관리를 위탁하는 건물 전체에 대한 관리위탁계약을 체결하되, 그 관리용역비의 지급과 관련하여 원고 소유의 통신국건물의 기준 임차인인 입주업체들과 사이에 입주업체들이 그들의 건물관리비는 하나로개발에게 직접 납부하도록 특약하고, 하나로개발에게는 입주업체들에 대한 건물관리비에 대한 추심권한을 부여함으로써 하나로개발이 입주업체들로부터 추심한 건물관리비를 원고가 하나로개발에게 지급하여야 하는 건물관리용역비의 일부로 충당하기로 약정한 것인 뿐 하나로개발과 입주업체들 사이에 별도의 건물관리위탁계약은 없었던 사실, 하나로개발은 1999. 1.부터 2001. 6.까지 원고로부터 원고가 점유하는 통신국건물의 건물관리비 22,411백만 원, 입주업체들로부터 그들이 점유하는 통신국건물의 건물관리비 1,270백만 원 합계 23,411백만 원을 지급받아 기업회계기준 제35조 제2호, 제43조, 제44조 등에 근거하여 회계연도 결산시 수익계산을 위하여 원고와 입주업체들로부터 받은 전체 건물관리비 23,411백만 원 중 1999년 585백만 원, 2000년 1,247백만 원, 2001년 880백만 원 합계 2,712백만 원을 판매관리비로 회계처리한 사실을 알 수 있는데, 원고는 그 소유의 통신국건물의 위탁관리에 대한 자신의 관리용역비만을 지급하였을 뿐인 이상, 원고가 판매관리비를 과다하게 지급하였음을 이유로 한 공정위의 이 부분 처분은 위법하다고 할 것임.

[하나로통신의 엠커머스 인력지원행위 건(대법원 2005. 10. 28. 선고 2003두13441 판결)]

- 광고게재와 관련하여 발생한 광고비를 이자채권과 상계를 함에 있어 부가가치세를 포함하지 않은 경우에는 부가가치세를 제외한 금액으로 지원금액을 산정하여야 함

- '광고 미게재분'에 대하여도 광고비에 대한 부가가치세를 포함하여 지원금액을 산정한 것과 관련하여, 그 판시 증거에 의하면 원고 주식회사 한화는 부가가치세를 포함하지 아니한 광고비만을 경향신문사에 대한 이자채권과 상계한 사실이 인정되고, 그렇다면 경향신문사도 같은 액수의 채무만을 면하였다라고 볼 것이며, 따라서 피고가 '광고 미게재분'에 대하여 부가가치세를 포함하여 지원금액을 산정한 것은 지원금액을 과다하게 산정한 것으로 위법하고, 일단 지원금액의 산정이 잘못된 이상 이를 기초로 하여 산정된 '광고 미게재분'에 대한 과징금 역시 위법하다고 판단한 것은 정당함.

[한화 외 2의 부당지원행위 건(대법원 2005. 6. 10. 선고 2004두3021 판결¹¹⁷⁾)]

※ 한화 외 2의 경향신문사에 대한 지원행위의 성립은 인정되고, 다만 지원금액 산정이 쟁점이었음

마. 인력을 제공한 경우

- 지원객체에 인력을 파견하면서 퇴직급여충당금을 연도별로 매년 지급받기로 약정 하였다고 보기는 어려우므로 이를 회수하지 아니한 행위가 지원행위라고 할 수 없음

- '제조위탁보수지급관련합의서'에 의하면, 퇴직급여충당금에 대하여는 '퇴직충당금 전입' 이라고만 되어 있어 대우중공업이 장래의 퇴직금지급에 대비하여 파견직원에 대한 퇴직급여충당금을 회계상 별도로 전입하여 둔다는 의미로 해석할 수 있어 반드시 퇴직급여충당금을 연도별로 매년 지급하기로 한 약정이었다고 단정하기 어려운 점 등을 종합하면, 원고 대우가 원고 대우중공업에게 인력파견을 하면서 원고 대우는 파견인력에 대한 퇴직급여충당금을 연도별로 매년 원고 대우중공업으로부터 지급받기로 약정하였다고 보기는 어렵다고 할 것임. 그럼에도 불구하고, 원심이 이와는 달리 원고 대우가 원고 대우중공업에게 인력을 파견하면서 원고 대우가 파견인력에 대한 퇴직급여충당금을 연도별로 매년 대우중공업으로 지급받기로 약정하였음을 전제로 이 사건 퇴직급여충당금을 회수하지 아니한 행위가 부당지원행위에 해당한다고 판단한 것은 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것임.

[대우 1차 사건(대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두2881 판결¹¹⁸⁾)]

117) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2006. 6. 8. 선고 2005누13652 판결)

118) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2005. 11. 16. 선고 2004누22765 판결)

- 인력지원행위로 지급한 지원금액은 지원객체의 매출액의 3%정도에 불과하고, 지원객체의 매출액은 전체 시장규모의 0.62%에 불과하여 결국 지원금액이 전체 시장규모의 0.019%에 불과하다면 부당성이 부정됨
- 시내전화 및 초고속인터넷사업 등의 서비스업자인 원고와 주식회사 에이아이넷의 대표이사 사이에 무선인터넷 정보서비스사업을 목적으로 한 주식회사 엠커머스를 설립하여 원고가 주식 51%를 51억 원에 인수하고, 에이아이넷의 대표이사가 주식 27%를 인수하여 대표이사로서 경영권을 행사하되, 원고가 추천하는 3인의 이사 중 1인은 총괄부사장의 업무를 수행하게 하기로 약정함에 따라 원고로부터 추천을 받은 원고의 직원이 2000. 3. 13.부터 2001. 6. 30.까지 엠커머스의 재무담당 부사장(이사)으로 선임되어 엠커머스의 재무 및 회계업무를 수행한 사실, 위 직원이 엠커머스에서 수행한 재무 및 회계업무는 신설회사인 엠커머스에 대한 투자자인 원고의 투자금에 대한 위험을 관리·감독하는 소극적 차원에서 이루어진 것으로서 당해 인력지원행위로 인한 무선인터넷시장에서의 경쟁제한이나 경제력 집중의 효과가 비교적 간접적으로 나타날 것으로 보이는 점, 엠커머스의 2000. 12. 말을 기준으로 한 재무구조는 자산총액 6,942백만 원, 자본금 71억 원, 부채 3,968백만 원, 매출액 3,152백만 원, 순손실 4,028백만 원이므로, 2000. 3. 13.부터 2001. 6. 30.까지 사이에 원고가 위 직원에게 지급한 급여 95백만 원(지원금액)은 엠커머스의 2000년도 매출액의 3% 정도에 불과한 점(2000. 3. 13.부터 같은 해 12. 31.까지의 지원금액 59백만 원은 2000년도 매출액의 1.87%, 당기순손실의 1.46% 정도에 불과함), 엠커머스가 추진하던 무선인터넷 정보서비스 사업은 거액의 설비투자 및 막대한 기술개발비가 소요되기 때문에 무선인터넷 정보서비스 시장에서의 경쟁조건을 결정짓는 것은 초기설비투자의 규모 및 기술력에 의존하는 측면이 강하므로 원고의 이 사건 인력지원행위가 무선인터넷 정보서비스시장의 경쟁에 미치는 영향은 미미한 것으로 보이는 점, 무선인터넷시장은 SK텔레콤, LG텔레콤, 케이티에프(KTF) 등 대형 이동통신사업자들과 많은 중소업체들이 난립한 상황으로서 그 규모는 1999년 기준 약 5,000억 원 정도에 달하여 엠커머스의 2000년 매출액은 전체시장규모의 0.62%에 불과하고, 지원금액 95백만 원은 전체 시장규모의 0.019%에 불과한 사실 등을 알 수 있으므로, 이러한 사정이라면 원고가 위 직원으로 하여금 엠커머스의 재무 및 회계업무를 수행하게 하면서 급료를 지원한 이 사건 인력지원행위로 인하여 엠커머스가 속한 무선인터넷시장에서 경쟁이 저해되거나 경제력 집중이 야기되는 등으로 공정한 거래가 저해되거나 저해될 우려가 있다고 할 수 없음.

[하나로통신]의 엠커머스 인력지원행위 건(대법원 2005. 10. 28. 선고 2003두13441 판결)]

□ 원고의 이 사건 인력지원행위는 인력을 현저히 또는 상당히 낮은 대가로 제공하여 과다한 경제적 이익을 제공한 것에 해당함

- 원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 원고 하이트진로가 2008. 4. 1부터 2015. 12. 31까지 원고 서영에게 한 인력지원행위에 대하여, 원고 서영은 대규모 차입금 상환, 신용등급 하락 등으로 재무상황이 악화되자 매출액을 늘리기 위하여 원고 하이트진로에 업무 경험이 많은 인력의 지원을 요청하였고, 이에 원고 하이트진로는 원고 서영이 계속 운영되어 경영권이 안정적으로 승계되도록 하기 위하여 인력지원행위를 한 것으로 보이는 점, 원고 서영에 전적·파견된 직원들은 원고 서영이 각종 신사업을 기획하고 실행하는데 핵심 역할을 담당한 점, 약 7년 9개월 동안 위 직원들이 받은 임금 합계 1,507,882,735원 중 1,003,033,505원만 원고 서영이 부담하고 나머지 504,849,230원은 원고 하이트진로가 부담하였는데, 원고 하이트진로가 부담한 금액은 원고 서영의 2008년부터 2015년까지 당기순이익 합계액의 약 3.6%에 이르는 점, 원고 하이트진로가 임금 보전을 하지 않았더라면 직원들은 원고 서영으로의 전적·파견에 응하지 않았을 것으로 보이는 점 등의 이유를 들어, 인력지원행위는 인력을 현저히 또는 상당히 낮은 대가로 제공하여 과다한 경제적 이익을 제공한 것으로서 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호, 2013년 개정 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목의 지원행위에 해당한다는 취지로 판단하였음.
- 위에서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 판단에 상고이유 주장과 같이 부당한 인력지원에서 '현저히 또는 상당히 유리한 조건의 거래'에 관한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없음.
[하이트진로(주) 및 삼광글라스(주)의 부당 지원행위에 대한 건 관련 하이트진로(주)와 1의 판결(대법원 2022. 5. 26. 선고 2020두36267 판결)]

바. 거래단계를 추가하거나 거쳐서 거래한 경우(통행세)¹¹⁹⁾

- 다른 사업자와 상품이나 용역을 직접 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 역할이 없거나 미미한 지원객체를 거래단계에 추가하거나 거쳐서 거래하는 것은 지원행위에 해당함
- 원고가 2009. 9.부터 2012. 5.까지 기업집단 롯데가 보유한 편의점 등 점포에 비치하기 위하여 이 사건 현금자동입출금기를 구매하는 과정에서, 제조사인 네오아이씨피로부터

119) 부당지원행위의 한 유형으로 규제해오던 중, 2013. 8. 13. 법률 제12095호로 별 제23조 제1항 제7호가 일부 개정되어 '나. 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 특수관계인이나 다른 회사를 매개로 거래하는 행위'가 명문으로 추가되었음

직접 구매하지 않고 같은 계열사인 롯데알미늄을 거쳐 구매함으로써 롯데알미늄으로 하여금 판시 매출이익을 실현하게 한 것은 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위에 해당하고, 따라서 이에 대한 피고의 이 사건 시정명령 및 과징금납부명령은 적법함.

[롯데피에스넷의 부당지원행위 건(대법원 2014. 2. 13. 선고 2013두17466 판결)]

- 이 사건 맥주용 알루미늄 캔 거래, 알루미늄 코일 거래, 글라스락 캡 거래는 거래경위, 거래규모 및 경제상 이익 등을 고려할 때 부당지원행위(법 제23조 제1항 제7호)에 해당함
- (맥주용 알루미늄 캔 거래) 원심은 원고 하이트진로가 2008. 4. 1.부터 2012. 12. 31.까지 원고 서영을 통해 맥주용 알루미늄 캔을 구매한 행위에 대하여, 원고 하이트진로는 공캔 제조사로부터 직접 공캔을 매수할 수 있었음에도 불구하고 거래상 실질적인 역할을 담당하지 않는 원고 서영을 거쳐서 공캔을 매수한 점, 당시 원고 서영은 국내 공캔 시장의 대구모 수요자인 원고 하이트진로에 공캔을 전속적으로 판매함에 따라 국내 공캔 시장 점유율이 47%에 이른 점, 원고 서영은 공캔 제조사로부터 공캔을 매수한 다음 그 매수가격에 자신의 이익을 더한 가격으로 원고 하이트진로에 판매하였고, 이로 인하여 원고 서영의 2008년부터 2012년까지의 영업이익의 약 20.8%, 당시순이익의 약 49.8%에 달하는 이익을 얻은 점 등의 이유를 들어, 공캔거래는 현저한 규모의 거래로 인하여 과다한 경제상 이익을 제공한 것으로서 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 지원행위에 해당한다는 취지로 판단함. 원심의 이러한 판단에 부당한 자산상품 등 지원에서 현저히 유리한 조건의 거래 여부를 판단하는 기준인 정상가격에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없음.
- (알루미늄 코일 거래) 원고 하이트진로가 삼광글라스 주식회사로 하여금 2013. 1. 1.부터 2014. 1. 31.까지 알루미늄 코일을 원고 서영을 통해 구매하도록 한 행위에 대하여, 원고 하이트진로는 삼광글라스가 알루미늄 코일 제조사의 전속대리점으로부터 직접 알루미늄 코일을 매수할 수 있었음에도 불구하고 삼광글라스로 하여금 거래상 실질적인 역할을 담당하지 않는 원고 서영을 거쳐서 알루미늄 코일을 매수하도록 한 점, 원고 서영은 국내 알루미늄 코일 시장의 대구모 수요자인 삼광글라스에 알루미늄 코일을 전속적으로 판매함에 따라 그 거래량이 2013년 기준 국내 알루미늄 코일 시장 전체 거래량의 14.47%에 이르렀고, 그 매출액은 해당 거래 기간 동안 원고 서영의 전체 매출액의 약 61.7%에 이른 점, 삼광글라스가 원고 서영으로부터 알루미늄 코일을 매수한 가격은 당시 다른 사업자들이 알루미늄 코일 제조사로부터 매수한 가격보다 최소 1.6% 더 높았던 점 등의 이유를 들어,

알루미늄 코일 거래는 현저한 규모의 거래로 인하여 과다한 경제상 이익을 제공한 것으로서 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 지원행위에 해당한다는 취지로 판단함. 원심의 이러한 판단에 구 공정거래법 제23조 제1항 후단에서 정한 '다른 사업자로 하여금 부당지원 행위를 행하도록 하는 경우'의 성립요건, 부당한 자산상품 등 지원에서 현저히 유리한 조건의 거래 및 이를 판단하는 기준인 정상가격에 관한 법리를 오해하여 판결에 미친 잘못이 없음.

- (글라스락 캡 거래) 원고 하이트진로가 삼광글라스로 하여금 2014. 9. 15.부터 2017. 9. 30.까지 글라스락 캡을 원고 서영을 통해 구매하도록 한 행위에 대하여, 원고 하이트진로는 삼광글라스가 글라스락 캡 제조사로부터 글라스락 캡을 직접 매수하면 상당히 유리함에도 불구하고 삼광글라스로 하여금 거래상 실질적인 역할을 담당하지 않는 원고 서영을 거쳐서 글라스락 캡을 매수하도록 한 점, 이에 따라 원고 서영은 국내 밀폐용기 뚜껑 시장 내 절유율이 높은 삼광글라스에게 글라스락 캡을 전속적으로 판매하였고, 그 매출액은 해당 거래 기간 동안 원고 서영의 전체 매출액의 약 20.2%에 이른 점, 원고 서영은 글라스락 캡 제조사로부터 글라스락 캡을 매수한 다음 그 매수가격에 유통 이윤 5.57%를 더하여 삼광글라스에 판매하였고, 이로 인하여 원고 서영의 영업이익의 약 15.1%, 당기순이익의 약 1,533.8%에 달하는 이익을 얻은 점 등의 이유를 들어, 글라스락 캡 거래는 '다른 사업자와 직접 상품용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 특수관계인이나 다른 회사를 매개로 거래하는 행위'로서 2013년 개정 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목의 지원행위에 해당한다는 취지로 판단함. 원심의 이러한 판단에 구 공정거래법 제23조 제1항 후단에서 정한 '다른 사업자로 하여금 부당지원 행위를 행하도록 하는 경우'의 성립요건, 부당한 거래단계 추가 등에서 다른 사업자와 직접 거래하면 상당히 유리한지 여부 및 이를 판단하는 기준인 정상가격에 관한 법리를 오해하여 판결에 미친 잘못이 없음.

[하이트진로(주) 및 삼광글라스(주)의 부당 지원행위에 대한 건 관련 하이트진로(주)와 1의 판결(대법원 2022. 5. 26. 선고 2020두36267 판결)]

3. 부당성 판단

가. 의의

□ ‘부당하게’는 지원객체가 직접 또는 간접적으로 속한 시장에서 경쟁이 저해되거나 경제력이 집중되는 등으로 공정한 거래를 저해할 우려가 있다는 의미로 해석하여야 함

○ 구 독점규제및공정거래에관한법률(1999. 12. 28. 법률 제6043호로 개정되기 전의 것) 제23조 제1항 제7호는, 불공정거래행위의 한 유형으로서, 사업자가 부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 유가증권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위, 즉 부당지원행위를 금지하고 있는바, 여기에서 말하는 ‘부당하게’는, 사업자의 시장지배적 지위의 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고, 부당한 공동행위 및 불공정거래행위를 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형 있는 발전을 도모한다는 법의 목적(제1조)과 경제력 집중을 억제하고 공정한 거래질서를 확립하고자 하는 부당지원행위 금지규정의 입법 취지 등을 고려하면, 지원객체가 직접 또는 간접적으로 속한 시장에서 경쟁이 저해되거나 경제력이 집중되는 등으로 공정한 거래를 저해할 우려가 있다는 의미로 해석하여야 할 것이며, 이렇게 해석할 경우 지원객체가 일정한 거래분야에서 시장에 직접 참여하고 있는 사업자일 것을 요건으로 하는 것은 아님.

[삼성SDS의 특수관계인 지원행위 건(대법원 2004. 9. 24. 선고 2001두6364 판결)]

□ 지원주체와 객체와의 관계, 지원행위의 목적과 의도, 시장의 구조와 특성, 지원성 거래규모와 기간, 경쟁여건이나 시장점유율 등을 종합적으로 고려하여 공정한 거래가 저해될 우려가 있는지 여부에 따라 부당성 유무를 판단하여야 함

○ 법 제23조 제1항 제7호 소정의 부당지원행위가 성립하기 위하여는 지원주체의 지원객체에 대한 지원행위가 부당하게 이루어져야 하는바, 지원주체의 지원객체에 대한 지원행위가 부당성을 갖는지 유무를 판단함에 있어서는 지원주체와 지원객체와의 관계, 지원행위의 목적과 의도, 지원객체가 속한 시장의 구조와 특성, 지원성 거래규모와 지원행위로 인한 경제상 이익 및 지원기간, 지원행위로 인하여 지원객체가 속한 시장에서의 경쟁제한이나 경제력 집중의 효과 등은 물론 중소기업 및 여타 경쟁사업자의 경쟁능력과 경쟁여건의 변화 정도, 지원행위 전후의 지원객체의 시장점유율의 추이, 시장개방의 정도 등을 종합적으로 고려하여 당해 지원행위로 인하여 지원객체의 관련 시장에서 경쟁이 저해되거나

경제력 집중이 야기되는 등으로 공정한 거래가 저해될 우려가 있는지 여부에 따라 판단하여야 함.

[SKC&C 사건(대법원 2004. 3. 12. 선고 2001두7220 판결¹²⁰⁾]

* 참고: 한국수자원공사 건(대법원 2007. 1. 11. 선고 2004두3304 판결), 한국산업은행 부당지원행위 건(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두11911 판결), 엔에치엔 주식회사의 시장지배적지위 남용행위 등에 대한 건(대법원 2014. 11. 13. 선고 2009두20366 판결)

□ 지원행위의 부당성 판단에 있어 지원객체의 시장점유율 추이는 중요한 판단요소 중의 하나이기는 하나 유일하거나 결정적인 판단요소는 될 수 없음

- 지원행위의 부당성 판단에 있어 지원객체의 시장점유율 추이는 중요한 판단요소 중의 하나이기는 하나 유일하거나 결정적인 판단요소는 될 수 없다. 이 사건에서의 관련시장의 성격에 비추어 보면, 오히려 지원주체와 지원객체와의 관계, 지원행위의 목적과 의도, 지원객체가 속한 시장의 구조와 특성, 지원성 거래규모와 지워행위로 인한 경제상 이익 및 지원기간, 지원행위로 인하여 지원객체가 속한 시장에서의 경쟁제한이나 경제력 집중의 효과 등이 더 결정적인 판단요소가 된다고 할 것임.

[동화첨과(주) 및 (주)팜한농의 (주)동부팜에 대한 부당지원행위에 대한 건(서울고법 2020. 1. 15. 선고 2019누38788 판결, 고법 확정)]

□ '부당한 지원행위의 심사지침'(2014. 4. 7. 피고 예규 제190호로 일부 개정된 것)은 공정거래위원회 내부의 사무처리준칙에 불과하나, 지원행위의 부당성을 판단함에 있어 참작할 요소가 될 수 있음

- '부당한 지원행위의 심사지침'(2014. 4. 7. 피고 예규 제190호로 일부 개정된 것) 중 IV. 부당성 판단기준은, 부당한 지원행위에 해당하는 경우로서, ① 지원객체가 유력한 사업자의 지위를 형성·유지 또는 강화할 우려, ② 경쟁사업자를 배제할 우려, ③ 지원객체의 경쟁조건상 상당한 이점, ④ 지원객체의 퇴출 또는 다른 사업자의 진입 저해 또는 ⑤ 불공정한 방법이나 절차를 통한 지원행위로서 지원객체가 속한 시장에서 경쟁이 저해되거나 경제력집중이 야기될 것 중 어느 하나에 해당될 것을 들고 있음. 위 심사지침은 공정거래위원회 내부의 사무처리준칙에 불과하나, 지원행위의 부당성을 판단함에 있어 참작할 요소가 될 수 있음.

[동화첨과(주) 및 (주)팜한농의 (주)동부팜에 대한 부당지원행위에 대한 건(서울고법 2020. 1. 15. 선고 2019누38788 판결, 고법 확정)]

120) 표기환송 후 고법 확정(서울고법 2004. 11. 4. 선고 2004누8448 판결)

□ 정상금리와 실제적용금리 사이의 차이에 따른 이자도 지원행위의 부당성을 결정하는 중요한 요소임

- 위에서 본 지원행위의 부당성에 관한 법리에 비추어 볼 때, 원고들이 주장하는 위 각 후순위 자금거래의 원금은 지원성 거래규모에 정상금리와 실제적용금리 사이의 차이에 따른 이자는 지원금액에 각 해당한다고 볼 수 있으므로, 위 각 후순위 자금거래의 원금뿐만 아니라 정상금리와 실제적용금리 사이의 차이에 따른 이자도 지원행위의 부당성을 결정하는 중요한 요소라 할 것이고, 따라서 정상금리와 실제적용금리 사이의 차이에 따른 이자가 지원행위의 부당성과 아무런 관련이 없음을 전제로 한 원고들의 이 부분 상고이유도 역시 이유 없음.

[금호산업 외 3의 부당지원행위 건(대법원 2008. 6. 26. 선고 2006두8792 판결121)]

□ 금융감독원의 경영 정상화 취지의 행정지도가 있었다고 하여 지원행위의 부당성이 조각되지는 않음

- 원고들의 주장과 같이 금융감독원이 행정지도로써 금호생명 및 금호종합금융의 대주주들이 원고들로 하여금 위 각 거래행위를 하게 하였고, 금융기관의 후순위 자금거래 조건이 사실상 금융감독원의 관리를 받는다고 하더라도, 이는 부실금융기관의 대주주에게 적용되는 '부실금융기관 대주주의 경제적 책임부단기준'에 따라 재무건전성비율을 개선하라는 등 경영을 정상화하라는 취지에 불과하고, 원고들로 하여금 금호생명 및 금호종합금융에게 정상금리보다 현저히 낮은 금리로 자금을 제공하라는 등의 취지는 아니었으며, 원고들의 위 각 거래행위에 있어서의 이자율 또는 수익률의 결정은 원고들과 금호생명 및 금호종합금융이 스스로 결정한 것이므로, 공정한 거래질서라는 관점에서 볼 때 위와 같은 행정지도로 인하여 지원행위의 부당성이 조각된다고 보기 어려움.

[금호산업 외 3의 부당지원행위 건(대법원 2008. 6. 26. 선고 2006두8792 판결122)]

□ 단순한 사업경영상의 필요 또는 거래상의 합리성 내지 필요성만으로는 부당성이 부정되지 않음

- 자금지원행위가 부당성을 갖는지 유무는 오로지 공정한 거래질서라는 관점에서 평가되어야 하는 것이고, 공익적 목적, 소비자 이익, 사업경영상 또는 거래상의 필요성 내지 합리성 등도 공정한 거래질서와는 관계없는 것이 아닌 이상 부당성을 갖는지 유무를 판단함에

121) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2009. 1. 22. 선고 2008누18399 판결)

122) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2009. 1. 22. 선고 2008누18399 판결)

있어 고려되어야 하는 요인의 하나라고 할 것이나, 단순한 사업경영상의 필요 또는 거래상의 합리성 내지 필요성만으로는 부당지원행위의 성립요건으로서의 부당성 및 공정거래저해성이 부정된다고 할 수는 없음.

[대우 1차 사건(대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두2881 판결¹²³⁾)]

※ 참고: 현대자동차 등 부당지원행위 건(서울고법 2009. 8. 19. 선고 2007누30903 판결¹²⁴⁾)

□ 자신을 위하여 계약상 지위를 승계한 회사를 배려하기 위한 것으로서 단순히 사업 경영상의 필요 등이 있다는 사유만으로는 부당성이나 공정거래저해성이 부정된다고 할 수 없음

○ 디지털조선애드는 IMF 사태 이후 원고 디지털조선이 그 채무를 연대보증하고 있던 레인보우의 리스계약상의 지위를 무리하게 승계함으로써 재무사정의 악화를 초래한 것이고, 이러한 재무사정의 악화가 단기간 내에 회복될 수 있는 일시적인 것이라고 보이지 아니하며, 원고 디지털조선이 위와 같이 전광판사용료의 회수를 지연한 것은 디지털조선애드가 자신을 위하여 무리하게 레인보우의 리스계약상의 지위를 승계함으로써 겪게 된 재무사정의 악화를 보전해 주기 위한 것에 불과하므로, 이러한 전광판사용료 지연회수행위는 자신을 위하여 리스계약상의 지위를 승계한 디지털조선애드를 배려하기 위한 것으로서 결국 단순한 사업경영상의 필요 또는 거래상의 합리성 내지 필요성이 있다는 주장에 불과하여 그러한 사유만으로는 부당성이나 공정거래저해성이 부정된다고 할 수 없음.

[조선일보 외 1의 광고비 과다지급을 통한 계열회사 지원행위 건(대법원 2005. 9. 15. 선고 2003두12059 판결¹²⁵⁾)]

□ 법인세법 제52조 등에 따른 불이익을 피하기 위한 목적으로 주식 매매가격을 결정한 것은 공정거래법 제58조 소정의 정당한 행위에 해당하지 않음

○ 법인세법에 정한 부당행위계산 부인의 법리는 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2007. 4. 13. 법률 제8382호로 개정되기 전의 것) 제23조 제1항 제7호에 정한 지원행위와 그 제도의 취지 및 판단 기준 등을 달리하는 것이고, 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제58조에 정한 정당한 행위는 당해 사업의 특수성으로 경쟁 제한이 합리적이라고 인정되는

123) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2005. 11. 16. 선고 2004누22765 판결)

124) 원고 상고취하부 상고심(대법원 2012. 10. 25. 선고 2009두15494 판결)에서는 이 부분을 판단하지 아니함

125) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2006. 4. 13. 선고 2005누23628 판결)

사업 또는 인가제 등에 의하여 사업자의 독점적 지위가 보장되는 반면, 공공성의 관점에서 고도의 공적규제가 필요한 사업 등에 있어 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률 또는 그 법률에 의한 명령의 범위 내에서 행하는 필요·최소한의 행위를 말하는 것이바, 부당행위계산 부인에 관한 법인세법 제52조 등을 법 제58조가 규정하고 있는 자유경쟁과 관련된 법령으로 볼 수 없는 이상, 설령 사업자가 법인세법 제52조 등에 따른 불이익을 피하기 위한 목적으로 주식의 매매가격 등을 결정하였다고 하더라도, 이러한 주식의 매매가격에 따른 주식매매 행위가 법 제58조 소정의 정당한 행위에 해당하지 않을.

[현대자동차 외 6의 부당지원행위 건(대법원 2007. 12. 13. 선고 2005두5963 판결¹²⁶⁾)]

- 지원주체의 지원객체에 대한 채권을 실제로 회수할 가능성이 없다면 부당성이 있다고 할 수 없으나, 법인세법 소정의 대손충당금을 설정하였다 하여 회수불능으로 확정되는 것은 아님
- 지원주체의 지원객체에 대한 채권을 실제로 회수할 가능성이 없다면 지원주체가 지원객체에 대하여 그 채권의 회수를 위한 조치를 취하지 아니하였다 하더라도 지원객체에게 그 채권액 상당을 제3자로부터 차용할 경우 부담하게 되었을 이자 상당액의 경제상 이익을 제공하여 지원객체가 속한 관련 시장에서의 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 할 수 없어 부당성이 있다고 할 수 없으나, 지원주체의 지원객체에 대한 채권을 실제로 회수할 가능성이 있다면 지원객체에게 그 채권액 상당을 제3자로부터 차용할 경우 부담하게 되었을 이자 상당액의 경제상 이익을 제공함으로써 지원객체가 속한 관련 시장에서의 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 할 수 있어 부당성이 있다고 할 것이고, 헌법 법인세법 소정의 대손충당금을 설정하였다 하여 그 대상이 되는 채권이 소멸한다거나 회수불능으로 확정되는 것은 아니라고 할 것임.

[대우건설의 태천개발 부당지원행위 건(대법원 2005. 5. 27. 선고 2004두6099 판결)]

- 대손충당금이 설정된 사유 이외에 설정 경위, 재무상황의 변화 등 실제로 공사대금 채권을 회수할 가능성이 있는지 여부 등을 감안하여 지원행위의 부당성여부를 판단하여야 함
- 이 사건 공사대금채권 중 운양종합온천장 공사를 제외한 나머지 5개 공사에 대한 공사대금채권만을 부실자산으로 판정하여 대손충당금을 설정하게 된 경위, 이 사건 공사대금채권을 담보하기 위하여 태천개발 소유의 이 사건 공사의 부지 및 건물에 대하여

126) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2008. 3. 19. 선고 2007누34424 판결)

설정된 근저당권의 상호관계, 이 사건 공사대금채권을 인수한 이후 태천개발의 재무상황의 변화 등에 관하여 심리한 후 그에 따라 실제로 위 5개 공사의 공사대금채권을 회수할 가능성이 있는지 여부 등을 감안하여 지원행위의 부당성을 판단하였어야 함.

[대우건설의 태천개발 부당지원행위 건(대법원 2005. 5. 27. 선고 2004누6099 판결)]

□ 특수관계인을 매개로 계열회사를 지원할 의도였는지 여부도 살펴보아야 함

○ 이 사건 행위로 특수관계인(정○○)이 원고 발행의 주식을 취득함으로써 상당한 이익을 얻게 되었을 뿐 아니라 원고의 21.9% 지분을 소유하는 주주로서의 지위를 취득함으로써 대규모 기업집단 '현대'의 계열회사인 원고에 대한 지배력을 갖게 되었음을 알 수 있고, 원고 스스로 이 사건 유상증자와 원고의 대주주인 소외 현대상선이나 현대전자산업의 실권이 모두 주거래은행과의 재무구조 개선약정에 따라 부채비율을 낮추기 위한 것이라고 주장하고 있어 원고의 이 사건 행위가 위 특수관계인을 매개로 당시 경영상 어려움에 처해있는 원고의 계열회사를 지원할 의도에 기한 것으로 볼 여지도 있으므로, 원심으로서는 원고의 이 사건 행위 당시 현대투자신탁증권을 비롯한 계열회사의 재무상태 및 위 특수관계인이 현대투자신탁증권에 현물출자를 하게 된 구체적인 배경과 경위 등을 좀 더 살피하여 이 사건 행위가 위 특수관계인을 매개로 계열회사를 지원할 의도에 기한 것인지 여부를 살펴보았어야 함.

[현대택배의 특수관계인 지원행위 건(대법원 2005. 1. 27. 선고 2004누2219 판결¹²⁷⁾)]

* 그러나 환송심(서울고법 2006. 5. 25. 선고 2005누4924 판결)에서는 지원의도가 없었다고 판시함

- 피고는 정○○이 이 사건 주식을 취득한 후 2000. 11.경 이를 정상가격보다 낮은 가격으로 현대투자신탁증권에 현물출자하였고, 이는 당시 극심한 자금난으로 구조조정의 대상이 되었던 현대투자신탁증권으로 하여금 해당 거래분야에서 경쟁력을 유지·강화하게 하는 등 실질적인 경쟁제한의 효과를 초래하였는바, 이 사건 지원행위의 과정 및 지원행위 후의 사정에 비추어 볼 때 이 사건 신주인수행위는 원고가 정○○을 매개로 계열회사인 현대투자신탁증권을 지원할 의도로 이루어진 것으로써 부당지원행위에 해당한다고 주장하므로 이하 이점에 대하여 살핌.
- 앞서 본 바와 같이, 정○○이 이 사건 신주인수로 취득한 주식 전부를 2000. 11. 27. 현대투자신탁증권에 현물출자하기는 하였으나 이 사건 신주인수행위와 현물출자 사이에 10개월 이상의 시간적 간격이 존재하는 점, 정몽헌의 경우 현대투자신탁증권에 대한 주식 보유지분이 전혀 없었던 상태에서 현대투자신탁증권의 재무구조 개선을 위하여 자발적으로 사재출연할 이유가 없었고, 위 현물출자 후에도 현대투자신탁증권의 주식 지분 1%를

127) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2006. 5. 25. 선고 2005누4924 판결)

취득함에 그친 점, 당시 현대투자신탁증권의 자본잠식 규모는 1조 3,097억 9,900만원에 이른 반면 원고의 순자산 규모는 410억여 원이고 정몽헌의 이 사건 실권주 인수규모 역시 88억 6,555만 5,000원에 불과하여 현대투자신탁증권의 재무구조 개선을 위한 지원으로 보기에는 그 규모가 미미하고 따라서 위 지원행위로 인하여 구조조정 대상인 위 회사로 하여금 해당 거래 분야에서 경쟁력을 유지·강화하게 하는 등 실질적인 경쟁제한의 효과를 초래할 가능성이 거의 없어 보이는 점, 정○○은 정부측의 종용에도 불구하고 현대투자신탁증권에 대한 사채출연을 계속 거절하여 오다가 2000. 6. 16.에 이르러서야 금융감독원과 현대구조조정본부 사이에 체결된 경영개선협약에 따라 위와 같은 내용의 현물출자를 결정하기에 이른 점을 종합하면, 이 사건 신주인수행위가 장차 정○○을 매개로 현대투자신탁증권 또는 그 밖의 계열회사를 지원할 의도에 기한 것이라고 보기는 어렵고, 그밖에 위 지원행위 당시 정○○이 일정한 거래분야에 진입하거나 다른 사업자를 지원할 개연성이 있었다는 점을 인정한 증거도 없음.

나. 입증책임

- 당해 지원행위가 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위라는 점은 공정거래위원회가 입증해야 함
 - 부당지원행위의 부당성을 판단함에 있어서는 지원주체와 지원객체와의 관계, 지원객체 및 지원객체가 속한 관련 시장의 현황과 특성, 지원금액의 규모와 지원된 자금 자산 등의 성격, 지원금액의 용도, 거래행위의 동기와 목적, 정당한 사유의 존부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하며, 위와 같은 요소들을 종합적으로 고려할 때 당해 지원행위가 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위라는 점은 공정거래위원회가 이를 입증하여야 함.
[삼성SDS의 특수관계인 지원행위 건(대법원 2004. 9. 24. 선고 2001두6364 판결)]
- 공정거래위원회의 ‘부당한 지원행위의 심사지침’은 내부 사무처리지침에 불과하므로, 지침상의 부당성 판단 기준에 해당하더라도 별도로 부당성 입증을 하여야 함
 - 부당한 지원행위의 심사지침이 ‘관계 법령을 면탈 또는 회피하여 지원하는 등 지원행위의 방법 또는 절차가 불공정한 경우’를 부당성 판단 기준의 하나로서 규정하고 있기는 하나, 위 심사지침은 법령의 위임에 따른 것이 아니라 법령상 부당지원행위 금지규정의 운영과 관련하여 심사기준을 마련하기 위하여 만든 피고 내부의 사무처리지침에 불과하므로, 지원행위를 둘러싼 일련의 과정 중 관계 법령이 정한 방법이나 절차의 위배가 있다고 하여

바로 부당지원행위에 해당한다고는 할 수 없고, 이러한 관계 법령의 면탈 또는 회피가 지원행위의 부당성에 직접 관련된 것으로서 지원객체가 직접 또는 간접적으로 속한 시장에서 경쟁을 저해하거나 경제력 집중을 야기하는 등으로 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 경우에 비로소 부당지원행위에 해당한다고 할 것임.

[삼성SDS의 특수관계인 지원행위 건(대법원 2004. 9. 24. 선고 2001두6364 판결)]

□ 특수관계인에 대한 부당지원행위도 공정한 거래를 저해할 우려가 있다는 점에 대한 입증이 필요함

- 원고의 이 사건 행위로 인하여 부(富)의 세대간 이전이 가능해지고 특수관계인들을 중심으로 경제력이 집중될 기반이나 여건이 조성될 여지가 있다는 것만으로는 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 단정하기 어렵고, 위 특수관계인들이 지원받은 자산을 계열회사에 투자하는 등으로 관련 시장에서의 공정한 거래를 저해할 우려가 있다는 점이 공지의 사실로서 입증을 필요로 하지 않는 사항이라고도 할 수 있으므로, 기록에 나타난 피고의 주장·입증만으로는 이 사건 행위가 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 할 수 없음.

[삼성SDS의 특수관계인 지원행위 건(대법원 2004. 9. 24. 선고 2001두6364 판결)]

- 원고가 자신이 보유하고 있던 소외 1 주식회사의 주식 498,600주를 특수관계인 소외 2에게 주당 3,000원씩에 양도한 사실은 인정되나, 위 소외 2가 위와 같은 주식 양도를 통하여 일정한 거래분야에 진입하거나 다른 사업자를 지원할 개연성이 있다고 볼 반면 아무런 자료가 없으므로 이 사건 주식 양도는 부당지원행위에 해당한다고 볼 수 없음.

[서울증권의 부당지원행위 건(대법원 2006. 9. 8. 선고 2004두2202 판결)]

- 원고들로 분할되기 전의 구 주식회사 엘지화학이 1999. 6. 29. 자신이 보유하고 있던 엘지석유화학 주식회사의 주식 20,627,000주를 구○○ 등 특수관계인 23인에게 1주당 5,500원씩에 매도한 사실은 인정되나, 피고의 주장·입증만으로는 위 특수관계인들이 위 주식양도로 지원받은 자산을 계열회사에 투자하는 등으로 관련시장에서의 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 인정하기 어려우므로 위 주식양도가 부당지원행위에 해당한다고 볼 수 없음.

[엘지 외 2(엘지 4차)의 부당지원행위 건(대법원 2007. 10. 26. 선고 2005두1862 판결)]

다. 구체적 사안

① 긍정례

□ 이 사건 지원금액은 당기순이익의 10%를 초과하고 지원객체의 재무구조를 현저히 개선시키는 등 공정한 거래를 저해하였거나 저해할 우려가 있음

- 원고가 대우정밀공업에게 공장용지를 분양하여 계약금을 지연수령하고 중도금을 미수령한 기간은 IMF 외환위기에 직면하여 수많은 기업이 부도사태를 맞이하는 등 경제위기가 가중되던 시점으로서 원고 역시 자금상황이 악화되어 계열금융회사 등으로부터 지원을 받고 있었던 만큼, 대우정밀공업이 계열회사가 아니었다면 미수령한 대금에 대한 금융비용을 부담할 이유가 없고 이를 가능한 한 조속히 회수하여야 할 뿐만 아니라 부득이한 사유가 있어 수령이 지연될 경우라도 계약서에 명시된 지연이자를 징수하여야 할 것임에도 불구하고 1999. 4. 30. 현재까지도 그 징수를 유보하고 있는 점, 원고의 이 사건 지원금액은 대우정밀공업의 1998년 말 당기순이익의 10%를 초과하는 금액으로서 대우정밀공업의 자금사정 등 재무구조를 현저히 개선시킴으로써 경쟁사업자에 비해 경쟁조건이 유리하게 되었다고 판단되는 점 등을 종합적으로 고려할 때, 위 지원객체로 하여금 자금력을 제고시키고 경영여건을 개선시켜서 당해 시장에서의 경쟁조건을 경쟁사업자들에 비해 유리하게 하고 그 지위를 유지·강화함으로써 공정한 거래를 저해하였거나 저해할 우려가 있음.

[대우 3차 사건(대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두6012 판결)]

□ 지원행위가 시장점유율 증가나 부채비율의 개선을 초래하였다는 점에서 그 부당성이 인정됨

- 매각대수도 전체 구입대수의 93%에 이르는 점, 대우자판은 다른 경쟁회사와 달리 1997. 국내 자동차 내수시장에서의 판매대수 및 시장점유율이 증가하였고, 특히 승용차 시장점유율은 9.2%나 증가하였으며, 부채비율 또한 대폭 낮아지는 등 자동차 판매시장에서의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있음.

[대우 1차 사건(대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두2881 판결¹²⁸⁾)]

128) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2005. 11. 16. 선고 2004누22765 판결)

□ 대규모 신주인수행위는 자금난을 겪고 있던 지원객체로 하여금 관련사장에서 퇴출을 면하고 사업자로서의 지위를 유지·강화할 수 있게 하는 부당한 지원행위임

- 원고들과 에스케이해운의 관계. 이 사건 신주인수행위는 에스케이해운의 추가신규투자 및 재무구조 개선, 차입금 상환자금 확보 등을 위하여 이루어진 점. 이 사건 신주인수대금은 합계 1,400억 원으로 기준 자본금 224억 원의 6.2배, 1998년 기준 매출액 1조 3,457억 원의 10%를 상회하는 규모인 점, 이 사건 신주인수 당시 에스케이해운은 자본잠식상태에 있는 등 재무사정이 좋지 아니하였던 점, 1998년을 기준으로 에스케이해운은 해운업시장에서 시장점유율 8.3%를 차지하고 있었던 점 등의 여타 사정에 비추어 보면, 이 사건 신주인수행위는 IMF 사태로 인하여 자금난을 겪고 있던 에스케이해운으로 하여금 그가 속한 해운업 관련 시장에서 퇴출을 면하고 사업자로서의 지위를 유지·강화할 수 있게 함으로써 당해 시장에서의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있음.

[SK 4차 사건 중 에스케이네트웍스 외 2의 에스케이해운 부당지원행위 건(대법원 2005. 4. 29. 선고 2004두3281 판결)]

□ 계열회사에게 현저히 낮은 환율로 외환을 매각한 행위는 지원객체의 자금력을 제고시켜 공정한 거래를 저해할 우려가 있음

- 이 사건 현물환거래는 수출대전과 직접적으로 연결이 되지 않는 일반외환거래이므로 당연히 시장환율(매매기준율)로 거래하였어야 함에도 불구하고 거래 당시의 매매기준이 되는 시장환율보다 무려 달러당 11.12~25.90원 낮은 환율로 거래함으로써 지원객체인 대우중공업에게 자본금의 25%, 순이익의 2.8배에 달하는 규모의 자금을 제공하여 대우중공업에게 68억 7,300만 원의 경제상 이익을 준 점, 원고 자신도 1997년 말 IMF 구제금융신청에 따른 경제여건 악화로 차입금이 급증하고 계속된 대외 신인도 하락으로 자금의 장단기 차입이 어려웠을 뿐 아니라 차입금리 또한 매우 높아 자금사정이 매우 어려운 상황에 처해 있어 그 자신도 계연금융회사 등으로부터 지원을 받고 있는 형편이었던 점 등 여러 사정을 고려하여 볼 때, 원고가 경영난에 처한 계열회사인 대우중공업에게 외국환은행을 통하여 현저히 낮은 환율로 외환을 매각한 행위는 그로 인하여 지원객체로 하여금 자금력을 제고시키고 경영여건을 개선시켜서 당해 시장에서의 경쟁조건을 경쟁사업자들에 비해 유리하게 하고 그 지위를 유지·강화함으로써 공정한 거래를 저해하였거나 저해할 우려가 있음.

[대우 3차 사건(대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두6012 판결)]

- 지원객체의 생존 자체가 위협을 받고 있는 상황에서, 그 후순위사채를 현저히 높은 대가로 인수한 것은 대규모의 현금유동성을 제공함과 동시에 BIS비율을 제고시킨 부당지원행위임
- 엘지증금이 후순위사채를 발행할 당시는 금융위기 상황으로서 특히 종합금융회사에 대한 불신이 확산되어 예금인출과 자금조달이 봉쇄되고 정부가 개입하여 부실 종합금융회사를 퇴출시키고 있던 상황이었으며, 엘지증금은 1998. 3. 말 결산시 2,672억 원의 적자를 시현하는 등 여타 종합금융회사와 마찬가지로 생존 자체가 위협을 받는 상황이었으므로, 위 9개 회사들이 후순위사채를 현저히 높은 대가로 인수하는 등으로 엘지증금에게 대규모의 현금유동성을 제공함과 동시에 엘지증금의 BIS기준 자기자본비율을 제고시킨 행위는 엘지증금의 경쟁조건을 경쟁사업자에 비해 유리하게 함으로써 종합금융업 시장에서의 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 부당지원행위에 해당하는 것이라 할 것이고, 당시 엘지증금의 퇴출이 확정적이지 아니하였다는 점이나, 다른 경쟁회사들도 후순위사채를 발행하였으며, 후순위사채의 발행으로 인하여 점유율이 변화하지 않았다는 등의 사정으로 이를 달리 볼 수는 없음.
- [엘지 1차 사건 중 엘지반도체 외 18개사의 부당지원행위 건(대법원 2004. 11. 12. 선고 2001두2034 판결)]
- 증권회사의 위기가 가중된 시장상황에서 대규모로 후순위사채를 인수한 것은 부당성이 인정되며, 위 후순위사채가 1년 후에 상환되었거나 그로 인하여 수익을 얻었다고 하여도 마찬가지임
- 위 14개 회사들은 엘지증권이 발행한 후순위사채를 현저히 높은 대가로 인수하는 등으로 과다한 경제상 이익을 제공함으로써 엘지증권을 지원한 것이라고 할 것이고, 위 후순위 사채가 1년 후에 상환되었고, 위 14개 회사들이 그로 인하여 수익을 얻었다는 사정(이자소득에 대한 세금을 감안하면 수익을 얻었다고 인정하기도 어렵다)만으로 이를 달리 볼 것은 아니며, 위 14개 회사들이 계열회사인 엘지증권의 후순위사채를 매입할 당시는 국내금융시장이 경색되어 일부 증권회사가 퇴출되는 등 증권회사들의 위기가 가중되었던 상황이었음에도 엘지증권의 후순위사채를 대규모로 인수하여 영업용 순자본비율을 획기적으로 제고시켜 준 행위는 엘지증권의 경쟁조건을 경쟁사업자에 비해 유리하게 하거나 또는 유력한 사업자로서의 지위를 유지·강화함으로써 증권거래업 시장에서의 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 부당지원행위에 해당함.

[엘지 1차 사건 중 엘지반도체 외 18개사의 부당지원행위 건(대법원 2004. 11. 12. 선고 2001두2034 판결)]

□ 운용자금을 현저히 저리로 예치한 것은 경쟁력을 제고시켜 공정한 거래를 저해할 부당지원행위임

- 원고가 엘지종금에 예탁금을 집중적으로 저리예치하면 시기는 외환위기에 따른 국내금융 시장의 경색으로 금융회사들의 위기가 가중되던 시점이었고, 엘지종금도 1998. 3. 결산시 2,672억 원의 적자를 시현하는 등 다른 종합금융회사와 마찬가지로 존폐의 기로에 있었는바, 이러한 경제상황에서 운용자금을 현저히 저리로 예치하여 엘지종금의 영업이익을 증대시키고 여신업무 경쟁력을 제고시킨 행위는 엘지종금의 경쟁조건을 경쟁사업자에 비해 유리하게 함으로써 종합금융업 시장에서의 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 부당지원행위에 해당함.

[엘지 1차 사건 중 엘지반도체 외 18개사의 부당지원행위 건(대법원 2004. 11. 12. 선고 2001두2034 판결)]

□ 지원금액이 적다고 하더라도, 당기순이익의 규모를 감안할 때 지원이 없었다면 당기 순이익이 적자로 전환되었을 가능성이 높아졌다는 점에서 이 사건 기업어음 매입행위는 부당지원행위에 해당함

- 비록 위 원고 엘지반도체의 지원금액이 4천만 원 및 1억 2천만 원에 불과하나 희성전선과 희성금속의 1997년도 당기순이익은 각각 1억 원, 4억 원으로서 기업어음 매입당시의 경제여건과 제반 금융비용을 고려할 때 위 원고의 지원이 없었다면 1997년도 당기순이익의 적자로 전환되었을 가능성이 있었던 점 등에 비추어 볼 때, 위 원고의 이 사건 기업어음 매입행위는 친족독립경영회사인 희성전선과 희성금속의 경쟁조건을 경쟁사업자에 비해 유리하게 함으로써 각각 소속 관련시장에서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 부당지원 행위에 해당함.

[엘지 1차 사건 중 엘지반도체 외 18개사의 부당지원행위 건(대법원 2004. 11. 12. 선고 2001두2034 판결)]

□ 최근 3년간 적자를 기록한 자본잠식업체로서 자금압박이 심화되고 있는 회사에 대규모 자금을 제공한 것은 부당지원행위에 해당함

- 원전에너지는 최근 3년간 연속 적자를 시현한 자본금 잠식업체로서 차입금에 대한 과다한 금융비용으로 자금압박이 심화되어 LPG 판매시장에서의 존립이 위태로운 상황이었던 점을 감안할 때 위 원고가 비계열 대리점을 배제한 상태에서 원전에너지에 대해서만 특별판매장려금

법적으로 19억 6,000만 원을 지급한 행위는 원전에너지의 경쟁조건을 경쟁사업자에 비해 유리하게 함으로써 LPG 판매시장에서의 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 부당지원행위에 해당함.

[엘지 1차 사건 중 엘지반도체 외 18개사의 부당지원행위 건(대법원 2004. 11. 12. 선고 2001두2034 판결)]

□ 3년 연속 순손실인업체에 경제상이익이 자산총액의 10.9%, 자본의 9.6배에 달하는 지원행위를 한 경우 그 부당성이 인정됨

○ 태천개발은 2000.말 현재 3년 연속 대규모의 순손실을 기록함으로써 자본을 완전 잠식하고 부채가 자산을 훨씬 상회하였고, 아산종합온천장 공사대금에 대한 책임재산으로 이 사건 공사의 부지 및 지상건물이 유일하나 위 건물은 온천장 영업 이외의 다른 용도의 사용이 불가능하며, 그 밖에 영업수익도 없는 상태였던 점, 원고 및 대우와 태천개발 사이의 관계, 지원행위 당시의 태천개발의 재무현황, 대우와 원고의 지원행위로 인하여 태천개발이 얻게 된 경제상 이익인 72억 5,600만 원(그 중 원고가 온양종합온천장공사를 통하여 지원한 금액은 22억 2,530만 원)은 태천개발 자산총액의 10.9%, 자본금의 9.6배에 달하는 금액인 점, 원고가 기성공사대금 및 그에 대한 지연손해금을 수령하지 아니한 채 공사를 계속하여 마침내 태천개발이 2001. 4. 온천장영업을 시작할 수 있게 된 점 등을 종합적으로 고려하면, 원고가 공사대금을 수령하지 아니하여 태천개발에게 위 공사대금 상당을 제3자로부터 차용할 경우 부담하게 되었을 이자 상당액의 경제상 이익을 제공한 행위는 관련 시장에서 태천개발의 퇴출이 저해되도록 하는 등 공정한 경쟁질서를 저해하거나 저해할 우려가 있는 행위로서 부당성이 인정됨.

[대우건설의 태천개발 부당지원행위 건(대법원 2005. 5. 27. 선고 2004두6099 판결)]

□ 전광판 사용료 지연회수 기간동안 무이자로 사용할 수 있도록 금융상 이익을 무상으로 제공한 것은 그 규모가 적지 아니할 뿐 아니라, 설립 직후부터 계속된 것이므로 그 부당성이 인정됨

○ 원고 디지털조선은 레인보우와 육외전광판을 이용한 광고의 수주 등 영업활동을 공동으로 하기 위하여 레인보우의 육외전광판 리스계약상의 채무를 연대보증하고 있었던 사실, 디조애드는 IMF 사태로 경기가 위축되었을 뿐 아니라 금융경색도 심화된 이후인 1998. 3. 내지 4.경 레인보우의 리스계약상의 지위를 승계하여 합계 300억 원이 훨씬 넘는 리스료 채무를 부담하게 되었고, 이로 인하여 2000. 9.말을 기준으로 3년 연속 대규모 적자를

기록하였을 뿐 아니라 완전자본잠식상태(부채가 자산을 190억 원 정도 초과하였다)에 있었던 사실, 디지털조선은 2001. 2. 28. 현재 1997. 3. 31.부터 2001. 1. 31. 사이에 발생한 전광판사용료 306억 원 상당 중 182억 원 상당을 회수하지 않고 있었던 사실, 이 사건 전광판사용료 지연회수행위는 그 지역된 기간 동안 이자의 지급 없이 전광판사용료를 사용할 수 있게 하는 금융상 이익을 무상으로 제공한 행위이고, 그 사용료의 규모가 적지 아니할 뿐 아니라, 디조애드가 설립된 직후인 1997. 4. 1.부터 2001. 2. 28.까지 계속된 것이므로, IMF 사태 이전에는 그 지역기간이 비교적 짧았다고 하여 그 부분만을 분리하여 현저히 유리한 조건의 거래에 해당하지 않는다고 볼 것은 아님.

[조선일보 외 1의 광고비 과다지급을 통한 계열회사 지원행위 건(대법원 2005. 9. 15. 선고 2003두12059 판결¹²⁹⁾)]

□ 자본잠식상태였던 재무상황 및 치열한 경쟁상태의 시장상황 등을 종합하면 기업어음 매입행위는 부당성이 인정됨

- 원고 SK텔레콤과 SK유통은 대규모기업집단인 에스케이(SK)의 계열회사인 사실, SK텔레콤은 1998. 1. 23.부터 1998. 4. 13.까지 사이에 4회에 걸쳐 SK유통이 발행한 액면 500억 원의 기업어음을 현저히 유리한 조건으로 매입하였고, 그로 인한 지원금액이 4억 5,000만 원 정도인 사실, SK유통은 1997년까지 3년간 지속적인 자본잠식상태였고, 이 사건 기업어음 매입 당시 SK유통이 참여하고 있던 휴대폰단말기 유통시장은 치열한 경쟁상태에 있었던 사실을 알 수 있는바, 위와 같은 사실관계에 비추어 보면, SK텔레콤의 이 사건 기업어음 매입행위는 SK유통의 금융부담을 줄이고 자금사정을 개선시켜 경쟁사업자에 비해 경쟁조건을 유리하게 함으로써 SK유통의 관련시장에서의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있는 부당지원행위에 해당한다고 할 것임.

[SK텔레콤 외 1의 부당지원행위(SK 2차) 건(대법원 2006. 2. 10. 선고 2003두15171 판결)]

□ 이 사건 기업어음 매입행위는 지원객체의 금융부담을 줄이고 자금사정을 개선시키는 등 경쟁사업자에 비해 경쟁조건을 유리하게 함으로써 관련시장에서의 자유롭고 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 부당지원행위에 해당함

- 원고들은 SK의 계열회사인 사실, SK텔레콤은 1998. 1. 14.부터 1998. 6. 30.까지 사이에 8회에 걸쳐 SK건설이 발행한 액면 약 305억 원 내지 532억 원의 기업어음을 유리한 조건으로 직접 매입하거나 특정금전신탁계약을 체결한 조행으로 하여금 매입하도록 하였고, 그로

129) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2006. 4. 13. 선고 2005누23328 판결)

인한 지원금액이 15억 원 정도인 사실, SK건설은 경기침체로 인한 건설업 불황으로 경영상태가 악화되었고, 자금수요가 급증하였던 사실 등을 알 수 있는바, 위와 같은 사실관계에 비추어 보면, 원고 SK텔레콤의 이 사건 기업어음 매입행위는 원고 SK건설의 금융부담을 줄이고 자금사정을 개선시켜 경쟁사업자에 비해 경쟁조건을 유리하게 함으로써 관련시장에서의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있는 부당지원행위에 해당한다고 할 것임.

[SK텔레콤 외 1의 부당지원행위(SK 2차) 건(대법원 2006. 2. 10. 선고 2003두15171 판결)]

□ 저가전대행위는 지원객체로 하여금 관련시장에서 퇴출을 면하게 하는 등 자유롭고 공정한 거래를 저해할 우려가 있음

- JMI는 1999. 7. 회사 설립 이후 그가 번역·발행하는 '뉴스위크'의 구독부수가 급격히 감소하는 등 영업환경이 급격히 악화되었으므로, JMI에 대한 위와 같은 저가전대행위는 JMI로 하여금 그가 속한 시사지 관련 시장에서 퇴출을 면하고 사업자로서의 지위를 유지·강화할 수 있게 함으로써 당해 시장에서의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있다고 봄이 상당함.

[중앙일보사의 부당지원행위 건(대법원 2005. 5. 13. 선고 2004두2233 판결¹³⁰⁾)]

□ 이 사건 주식을 고가 매수한 행위는 자금난을 겪고 있던 현대전자로 하여금 그가 속한 반도체시장에서의 퇴출을 면하는 등 경쟁사업자에 비해 경쟁조건을 유리하게 함으로써 관련시장에서의 자유롭고 공정한 거래를 저해할 우려가 있음

- 원고와 현대전자와의 관계, 현대전자는 1996년 이후 반도체 수출단가 하락 등으로 1997년도 1,835억 원, 1998년도 1,451억 원의 각 당기순손실을 기록하는 등 재무구조가 취약한 상태였던 점, 이 사건 주식매매계약에 의하여 현대전자가 CIBC로부터 받은 대금 1,559억 원은 현대전자의 1997년도 당기순손실액 1,835억 원에 육박하는 규모인 점 등의 여타 사정에 비추어 보면, 원고가 우회적으로 이 사건 주식을 고가 매수한 행위는 자금난을 겪고 있던 현대전자로 하여금 그가 속한 반도체 관련 시장에서 퇴출을 면하고 사업자로서의 지위를 유지·강화할 수 있게 함으로써 당해 시장에서의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있음.

[현대중공업(현대 4차)의 부당지원행위 건(대법원 2006. 7. 13. 선고 2004두3007 판결)]

¹³⁰⁾ 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2006. 4. 20. 선고 2005누10547 판결)

□ 이 사건 후순위사채 매입행위로 인한 지원금액은 당시의 시장상황 등을 고려하면 그 지원효과가 적지 아니하므로 공정거래를 저해할 우려가 있음

- 삼성증권은 1997년 신용등급이 'BBB'였고, 1995년부터 1997년까지 주식시장의 침체와 1997년말 IMF 금융위기에 따른 부실채권의 급증 등 증권업계의 전반적인 부진의 영향으로 358억 원의 당기순손실이 발생한 점, 삼성증권의 영업용순자본비율이 이 사건 후순위사채 발행 전에는 92.4%에 불과하였으나 발행 후에는 141.7%로 49.3% 증가한 점, 이 사건 후순위사채 매입행위로 인한 지원금액은 당시의 시장상황 등을 고려하면 그 지원효과가 적지 아니하므로 공정거래를 저해할 우려가 없다고 보기 어려운 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 후순위사채 매입행위는 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있는 부당한 행위임.

[삼성물산 외 1(삼성 2차)의 부당지원행위 건(대법원 2006. 7. 27. 선고 2004두1186 판결)]

□ 대규모 자금을 현저히 유리한 조건으로 직접 대여하거나 대출받을 수 있도록 담보를 제공한 행위는 지원객체로 하여금 관련시장에서 퇴출되지 않고 계속 사업할 수 있게 함으로써 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있음

- 동산씨엔지는 원고회사가 그 주식 70%를 소유하고 있는 원고회사의 자회사로서 유지제품 등을 제조·판매하는 사업을 영위하고 있는 사실, 원고회사는 1998. 7. 9.부터 1999. 4. 30.까지 사이에 동산씨엔지에게 합계 202억 6,000만 원을 상당기간 동안 현저히 유리한 조건으로 직접 대여하거나 담보제공을 통하여 대출받을 수 있도록 하는 이 사건 각 지원행위를 하였고, 이로 인한 지원금액이 7억 원을 초과할 것으로 보이는 사실, 동산씨엔지는 1984. 2.경 법정관리업체로 지정되었다가 1996. 12. 5. 법정관리가 종료된 업체로서 1997년경까지 자본잠식상태에 있었고, 1998년 현재 2년 연속 당기순이익이 적자를 보이는 등 재무구조가 매우 열악한 사실, 합성세제 시장에서 동산씨엔지가 차지하는 시장점유율은 1% 정도에 불과하나, 화장비누 시장에서는 동산씨엔지가 차지하는 시장점유율이 15%에 이르는 사실 등을 각 알 수 있는바, 이러한 사실관계에 비추어 보면, 합성세제 시장에서 동산씨엔지의 시장점유율이 매우 낮은 점을 고려하더라도, 이 사건 각 지원행위는 재무구조가 매우 열악한 동산씨엔지에게 위 지원기간 동안 합계 202억 6,000만 원에 달하는 자금을 정상금리보다 현저히 낮은 금리로 조달할 수 있게 함으로써 7억여 원 상당의 급증상 이익을 제공하는 행위이고, 이로 인하여 동산씨엔지로 하여금 유지제품 등의 제조·판매시장에서 퇴출되지 않고 계속 사업활동을 영위할 수 있게 함으로써 당해 시장(특히 화장비누 시장)에서의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려도 있음.

[에스케이엠의 동산씨엔지 부당지원행위 건(대법원 2006. 10. 27. 선고 2004두3274 판결)]

□ 개별의 기업어음 매입행위를 일련의 행위로 보아 전체적으로 파악해 보면 규모가 상당하여 공정한 거래를 저해하거나 저해할 우려가 있음

- 원고가 동원캐피탈 주식회사 발행의 기업어음을 매입한 시기는 동원캐피탈을 비롯한 대부분의 여신전문 금융회사들이 자금조달 비용 및 연체율의 상승으로 인하여 수의성이 급격히 악화되는 시기였던 점, 이에 따라 동원캐피탈은 주요상품인 소액신용 대출채권의 부실이 크게 증가하여 경영여건이 어려운 상황에 있었던 점, 특히 위 기업어음 매입행위의 규모가 상당하여 동원캐피탈의 자금난이 크게 개선되었다고 보이는 점, 이로 인하여 동원캐피탈이 처한 재무상황을 왜곡함으로써 경쟁사업자에 비하여 동원캐피탈의 경쟁조건을 유리하게 개선시킨 것으로 보이는 점, 지원주체와 지원객체와의 관계, 지원행위의 목적과 의도 등 여러 사정을 종합하여 보면 원고의 위 기업어음 매입행위는 지원객체인 동원캐피탈로 하여금 당해 시장인 여신전문 금융업시장에서 사업자로서의 지위를 유지·강화하게 함으로써 공정한 거래를 저해하거나 저해할 우려가 있음.

[한국투자증권의 부당지원행위 건(대법원 2008. 6. 12. 선고 2006두7751 판결)]

- 원심 판결 내용 : 실제 지원된 금액을 월 단위 또는 개별지원행위 단위로 보면 공정거래 저해성이 그리 크지 않다고 볼 수도 있으나(13개월간 개별단위로 450만 원, 합계 1억 5,800만 원), 원고는 비교적 일정한 간격으로 동원캐피탈 발행의 기업어음을 매입하였으며 그 기간이 13개월이나 지속된 점, 이러한 원고의 기업어음 매입행위가 전체적으로 결합되어 동원캐피탈에게 상당한 경제적 이익으로 작용한 점 등을 종합하면, 피고가 이 부분 지원행위를 일련의 행위로 보아 전체적으로 파악한 것에 위법이 없음(서울고법 2006. 4. 6. 선고 2005누11236 판결).

□ 원고의 2010년 및 2011년 로엔에 대한 이 사건 지원행위는 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위라고 봄이 타당함

- 원고는 2010년과 2011년에 로엔을 지원할 의도로 로엔과 사이에 직접대행 방식의 휴대폰 결제 수납대행 합의를 맺고 온라인 음원 사업자 중 로엔에 대해서만 수납대행 수수료율을 큰 폭으로 인하해 줌으로써 로엔에 상당한 경제상 이익을 제공하였음. 원고가 로엔에 적용하였던 수수료율은 같은 시기 ① 원고가 다른 디지털 콘텐츠 사업자들에 적용한 수수료율이나 ② 로엔이 다른 이동통신사업자들과의 휴대폰 결제 수납대행 거래에서 적용한 수수료율, 또는 ③ 다른 온라인 음원 사업자가 일반적으로 휴대폰 결제 수납대행 서비스를 제공받음에 있어 적용된 수수료율 중 어느 것에 비추어 보더라도 현저히 낮은 수준이었음. 같은 시기 ① 내지 ③의 수수료율은 대체로 서로 유사한 수준을 보였으나, 유독 원고가

로엔에 대하여 적용한 수수료율만이 눈에 띠게 낮았음. 이는 원고가 로엔을 지원하기 위하여 동일한 서비스에 관하여 로엔에게만 특별한 혜택을 제공한 것으로서, 당시 휴대폰 결제가 온라인 음원시장에서의 결제방식 중 적지 않은 비중을 차지했던 점을 고려하면, 온라인 음원 시장의 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 지원행위라고 보지 않을 수 없음.

- 원고가 로엔에 대하여 휴대폰 결제 수납대행 수수료율을 큰 폭으로 인하해 줄 무렵 로엔은 원고의 자회사였거나 이른바 손자회사였음. 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 입법취지가 주로 대기업집단 내의 계열회사 간의 부당지원행위를 규제대상으로 삼아 경제력의 과도한 집중을 억제하고자 하는 데 있음을 고려하면, 원고의 로엔에 대한 이 사건 지원행위는 구 공정거래법에서 부당지원행위를 금지하는 목적으로 정면으로 반한다고 할 수 있음.
- 원고는 로엔을 인수하고 매각하기 전 단기간에 걸쳐 파격적인 지원행위를 통해 온라인 음원시장에서 로엔의 입지를 확실히 다지기 위하여 이 사건 지원행위를 한 것으로 여겨지는바, 원고의 이 사건 지원행위는 온라인 음원 시장의 공정한 경쟁질서에 이바지하는 면은 거의 없고 오로지 원고의 사적인 이익을 위한 것으로 보임.

[에스케이텔레콤(주)의 (주)로엔엔터테인먼트에 대한 부당한 지원행위에 대한 건 (서울고법 2022. 11. 16. 선고 2021누61019 판결¹³¹⁾)]

② 부정례

- 원고가 내츄럴삼양에게 상품매입액의 11%에 이르는 판매장려금 23억 원을 지급하였고, 이로 인하여 내츄럴삼양의 재무상황이 호전되었다는 사정만으로 공정한 거래가 저해될 우려가 있었음을 인정하기 어려움
- 피고가 주장하는 바와 같이 원고가 약 4년간 내츄럴삼양에게 상품매입액의 11%에 이르는 판매장려금 23억 원을 지급하였고, 이로 인하여 내츄럴삼양의 재무상황이 호전되었다는 사정만으로 원고의 지원행위로 인하여 내츄럴삼양의 경쟁 여건을 경쟁사업자보다 유리하게 하고 내츄럴삼양이 속한 시장에서 경제적 효율에 기초한 기업의 되풀·진입이 저해되며, 이를 통하여 지워客栈의 관련 시장에서 경쟁이 저해되거나 경제력집중이 야기되는 등으로 공정한 거래가 저해될 우려가 있었음을 인정하기 어려움.
- 오히려 피고의 주장과 같이 관련 시장을 천연 및 혼합조제 조미료 시장으로 확정하더라도 원고의 판매장려금 지급이 이루어진 이후인 2011년 기준으로 상위 10개 업체 중 삼조셀텍

¹³¹⁾ 상고심(대법원 2023. 3. 16. 선고 2022두69049 판결)은 심리불속행 기각함

주식회사만이 18.5%의 시장점유율을 가지고 있을 뿐 나머지 9개 업체의 시장점유율이 10% 미만이며, 특히 내츄럴삼양의 시장점유율도 9.3%에 그치는 등 실질적인 경쟁이 이루어지고 있어 원고의 지원행위가 지원객체인 내츄럴삼양의 관련 시장에서 경쟁을 저해하거나 경제력 집중의 효과를 야기하였다고 보기 어려운 사정이 있음. 따라서 원고의 이 부분 주장도 이유 있음(대법원 2005. 10. 28. 선고 2003두13441 판결, 대법원 2008. 6. 12. 선고 2006두7751 판결 등 참조).

[삼양식품의 내츄럴삼양에 대한 부당지원행위 건(서울고법 2015. 10. 16. 선고 2014누5615 판결¹³²⁾]

- IT 서비스 사업자들은 통상적으로 인건비 단가를 일률적으로 동일하게 적용하지 아니하고 제공되는 서비스의 종류나 수준 등에 따라 차등을 두기 때문에 원고들이 에스케이씨앤씨와 체결한 인건비 단가가 현저히 유리한 조건인지를 판단할 때에는 우선 동일하거나 유사한 거래에서의 정상가격이 전제되어야 함
- 피고가 이 사건 처분의 정당성을 뒷받침하기 위하여 들고 있는 거래 사례들은 그에 대하여 적용되는 인건비 단가가 원고들이 에스케이씨앤씨와 체결한 OS계약에서의 인건비 단가보다 낮더라도, 이러한 OS 계약과 동일하거나 유사한 서비스가 제공된다고 인정할 만한 증거가 부족한 이상 이와 같은 거래 사례들을 근거로 삼아 원고들이 에스케이씨앤씨에 정상가격보다 현저히 높은 인건비 단가를 적용하여 산정한 인건비를 지급하였다고 볼 수 없음.
- OS 계약에서의 하드웨어와 소프트웨어 유지보수요율은 IT 서비스 사업자가 OS 계약에 따라 고객에게 제공하는 유지보수 서비스의 종류나 수준 또는 범위 등에 따라 달라질 수 있고 동일한 장비라도 높은 수준의 유지보수 서비스가 요구될 경우에는 유지보수요율 역시 높아지기도 하므로, 원고 에스케이텔레콤 주식회사가 에스케이씨앤씨와의 OS 계약에서 적용한 유지보수요율이 에스케이씨앤씨에 현저히 유리한 조건에 해당하는지를 판단함에 있어서는 이러한 OS 계약과 동일하거나 유사한 유지보수 서비스가 제공되는 거래에서의 정상가격이 전제되어야 하는데, 에스케이씨앤씨가 원고 에스케이텔레콤에 제공한 유지보수 서비스의 수준이나 범위가 오히려 상대적으로 높은 수준이었다고 판단되므로, 원고 에스케이텔레콤이 에스케이씨앤씨에 정상가격보다 현저히 높은 유지보수요율을 적용하여 유지보수비를 지급하였다고 보기 어려움.

[SK기업집단 계열회사의 부당지원행위 건(대법원 2016. 3. 10. 선고 2014두8568 판결)]

¹³²⁾ 상고심(대법원 2016. 3. 10. 선고 2015두56571 판결)은 실리불속행 기각함

□ 지원금액 900만 원은 지원객체인 디지털조선일보의 자산총액, 매출액 등을 종합하여 볼 때 극히 미미한 수준에 불과하여 시장에서의 공정한 거래를 저해하였다고 보기 어려움

- 원고 디지털조선은 인터넷 정보서비스업을 영위하는 원고 조선일보의 계열회사로서, 2000. 9. 말을 기준으로 자산총액이 898억 원, 자본금이 143억 원, 부채가 514억 원, 매출액이 364억 원, 순이익이 36억 원에 이르는 사실, 이 사건 광고는 2000. 5. 내지 2001. 2. 사이에 이루어진 것이고, 그 광고비 총액은 9,600만 원인 사실, 2000. 12. 말 현재 인터넷 정보서비스업의 시장규모는 975억 원으로 추산되고 그 중 원고 디지털조선이 37.4%의 점유율을 차지하고 있는 사실 등을 알 수 있고, 이러한 사실관계에 비추어 보면, 이 사건 무상광고행위로 인한 지원금액은 법 시행령 [별표 2] 제8호에 의하면 지원성 거래규모의 10%인 900만 원이고, 이 사건 광고에서 원고 디지털조선에 대한 광고가 차지하는 비중에 따라 그 지원금액을 추산해 보아도 원고 디지털조선의 자산총액, 매출액 등에 비하여 극히 미미한 수준에 불과하며, 이 사건 광고 당시 원고 디지털조선의 재무상태가 악화된 상태였다고 보이지도 아니하므로, 인터넷 정보서비스업의 시장상황 등 다른 요소를 참작해 보더라도 이러한 정도의 지원행위로 인하여 원고 디지털조선의 관련시장에서의 경쟁조건이 다른 경쟁사업자에 비하여 유리하게 되거나 그 퇴출이 저지될 우려가 있었다고 보기 어려워 이 사건 무상광고행위가 관련시장에서의 공정경쟁을 저해할 우려가 있었다고 할 수 없음.

[조선일보사 외 2의 부당지원행위 건(대법원 2005. 9. 15. 선고 2003두12059 판결¹³³⁾)]

□ 지원금액이 자산총액이나 자본금의 0.5% 남짓이고, 4개월 동안의 매출액의 3% 정도에 불과한 점 등을 종합하여 고려할 때 광고비 대신지급행위가 관련시장에서의 공정경쟁을 저해할 우려가 있다고 보기 어려움

- 소외 주식회사 디지털조선게임(이하 '디조게임'이라고 한다)은 2000. 8. 3. 원고 디지털조선으로부터 분사되어 소프트웨어개발, 온라인정보제공, 게임판매업을 영위하고 있는 회사로서 2000. 12. 말 기준 자산총액이 19억 원, 자본금이 20억 원, 매출액이 3억 7,600만 원, 순손실이 1억 600만 원인 사실, 디지털조선은 2000. 8.부터 2001. 2.까지 7개월 동안 스포츠조선에 디조게임의 광고를 게재하고 광고비를 디조게임 대신 지급하였는데(이하 '광고비 대신지급행위'라고 한다), 그 광고비가 매월 165만 원씩 합계 1,150만 원인 사실, 1999년 말 현재 게임제작 및 판매업의 시장규모는 3,390억 원 정도로 추산되는 사실 등을 알 수 있는바, 이 사건 광고비 대신지급행위로 인한 지원금액이 자산총액이나 자본금의 0.5% 남짓이고, 4개월 동안의 매출액의 3% 정도에 불과한 점, 디조게임이 관련시장에

133) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2006. 4. 13. 선고 2005누23628 판결)

신규로 진입함으로써 관련업계에 대한 잠재적 경쟁촉진효과가 있을 뿐 아니라, 관련시장에서 차지하는 비중도 매우 낮은 점 등을 종합해서 고려해 보면, 위와 같은 정도의 지원행위로 인하여 디조개임의 관련시장에서의 경쟁조건이 다른 경쟁사업자에 비하여 유리하게 되거나 그 퇴출이 저지될 우려가 있었다고 보기 어렵고, 그 지원행위가 관련시장에 미치는 영향 또한 미미한 것으로 보이므로, 이 사건 광고비 대신지급행위가 관련시장에서의 공정경쟁을 저해할 우려가 있다고 보기 어려움.

[조선일보사 외 2의 부당지원행위 건(내법원 2005. 9. 15. 선고 2003두12059 판결¹³⁴⁾)]

- 경제력 집중의 폐해는 지원행위로 직접 발생하는 것이 아니므로, 신주인수권부사채를 특수관계인에게 저가로 매각하였다는 사정만으로는 부당성이 입증되지 않고, 이를 계열회사에 투자하는 등으로 공정한 거래를 저해할 우려가 있다는 점을 피고가 입증하여야 함
- 경제력 집중의 억제가 부당지원행위 규제의 입법 목적에 포함되어 있다고 하더라도, 법상 경제력 집중의 억제와 관련하여서는 제3장에서 지주회사의 제한적 허용, 계열회사 간 상호출자금지 및 대규모기업집단에 속하는 중소기업창업투자회사의 계열회사의 주식취득금지, 금융회사 또는 보험회사의 의결권제한 등에 관하여 규정을 베풀어 대규모기업집단의 일반집중을 규제하면서도 부당지원행위는 제5장의 불공정거래행위의 금지의 한 유형으로서 따로 다루고 있으며, 변칙적인 부의 세대간 이전 등을 통한 소유집중의 직접적인 규제는 법의 목적이 아니고 시장집중과 관련하여 볼 때 기업집단 내에서의 특수관계인 또는 계열회사 간 지원행위를 통하여 발생하는 경제력 집중의 폐해는 지원행위로 인하여 직접적으로 발생하는 것이 아니라 지원을 받은 특수관계인이나 다른 회사가 자신이 속한 관련 시장에서의 경쟁을 저해하게 되는 결과 발생할 수 있는 폐해라고 할 것인 점 등에 비추어 보면, 부당지원행위의 부당성을 판단함에 있어서는 지원주체와 지원객체와의 관계, 지원객체 및 지원객체가 속한 관련 시장의 현황과 특성, 지원금액의 규모와 지원된 자금 자산 등의 성격, 지원금액의 용도, 거래행위의 동기와 목적, 정당한 사유의 존부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하며, 위와 같은 요소들을 종합적으로 고려할 때 당해 지원행위가 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위라는 점은 피고가 이를 입증하여야 할 것임.
- 관계 법령과 위 법리에 비추어 기록을 살펴보건대, 원고의 이 사건 행위로 인하여 부(富)의 세대간 이전이 가능해지고 특수관계인들을 중심으로 경제력이 집중될 기반이나 여건이 조성될 여지가 있다는 것만으로는 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 단정하기 어렵고,

134) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2006. 4. 13. 선고 2005누23628 판결)

위 특수관계인들이 지원받은 자산을 계열회사에 투자하는 능으로 관련 시장에서의 공정한 거래를 저해할 우려가 있다는 점이 공지의 사실로서 입증을 필요로 하지 않는 사항이라고도 할 수 없으므로, 기록에 나타난 피고의 주장·입증만으로는 이 사건 행위가 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 할 수 없음.

[삼성SDS의 특수관계인 지원행위 건(대법원 2004. 9. 24. 선고 2001누6364 판결)]

- 공익적 목적으로 수의계약 집행권한의 범위 내에서 이루어졌고, 책임감리용역 발주 행위의 규모 및 그로 인한 경제상 이익이 크지 아니한 점 등에 비추어, 책임감리용역 발주행위가 공정한 거래를 저해한 것으로 보기 어려움
- 정부는 1998년경 공기업 경영혁신계획에 따라 원고 및 대한주택공사, 한국도로공사, 한국수자원공사의 자회사이던 4개 감리공단을 통합하여 소외 공사를 설립시키고 인력을 감축하는 등 강도 높은 구조조정을 하여 2001년 상반기 중으로 이를 민영화하려고 계획한 사실, 그러나 원고 등 4개 공사가 공기업 경영혁신계획에 따라 소외 공사에게 수의계약을 전면적으로 중단할 경우 입찰참가자격 심사시 평가점수가 낮은 소외 공사로서는 일반경쟁에 의하여 감리용역을 수주하기 어려우므로 그 수지의 급격한 악화로 민영화를 원만히 추진할 수 없게 될 우려가 생기자, 원고 등 4개 공사는 건설교통부장관에게 ‘투자기관은 투자기관의 경영혁신을 위하여 투자기관의 자회사 또는 출자회사를 정리함에 있어서 주무부장관이 불가피하다고 인정하는 경우에 투자기관은 자회사 또는 출자회사와 수의계약을 체결할 수 있다.’는 정부투자기관회계규칙 제15조 제2호 (라)목에 따른 수의계약승인을 신청하였고, 이에 대하여 건설교통부장관은 2000. 4. 4 원고 등 4개 공사가 정부의 공기업 경영혁신계획에 따라 원활한 민영화를 추진하기 위하여 필요하다고 판단하는 경우 소외 공사와 건설공사의 감리 및 설계용역의 일부에 대하여 수의계약에 의할 수 있음을 승인한 사실, 원고는 위와 같은 건설교통부장관의 승인에 따라 2000. 10. 12. 및 같은 해 11. 13. 출자회사인 소외 공사에게 수의계약에 의하여 2건의 책임감리용역 발주행위를 하게 된 사실, 원고가 소외 공사에 발주한 총 용역금액 11억 6,500만 원(예정가격 대비 94.2%)은 소외 공사의 2000년 총 책임감리용역 수주금액의 4.84% 정도이고, 소외 공사의 2000년 추정매출액의 2.25% 정도이며, 지원금액은 추정순이익의 2.42% 정도에 불과한 사실 등을 알 수 있는데, 이 사건 수의계약에 의한 책임감리용역 발주행위가 건설공사의 감리 및 설계용역시장에서의 경쟁을 제한하는 측면이 전혀 없는 것은 아니나, 소외 공사의 인력감축 등 구조조정을 전제로 민영화를 달성하기 위한 공익적 목적으로 원고에게 부여된 수의계약 집행권한의 범위 내에 속하는 행위인 점, 이 사건 책임감리용역 발주행위의 규모 및 그로 인한 경제상 이익이 그다지 크지 아니한 점 등에 비추어, 이 사건 책임감리용역 발주행위가 부당하다고

볼 수는 없다 할 것임.

[한국토지공사의 부당지원행위 등 건(대법원 2006. 5. 26. 선고 2004두3014 판결)]

※ 같은 취지 : 한국도로공사의 부당지원행위 등 건(대법원 2006. 6. 2. 선고 2004두558 판결),
한국수자원공사의 부당지원행위 등 건(대법원 2007. 1. 11. 선고 2004두3304 판결),
대한주택공사의 부당지원행위 등 건(환송심-서울고법 2007. 4. 11. 선고 2007누3091 판결)

□ 이 사건 수의계약 체결행위는 민영화라는 공익적 목적을 달성하기 위한 측면 등을 감안하면 행위의 부당성이 인정되기 어려움

○ 이 사건 수의계약 체결행위가 고속도로관리공단 및 고속도로정보통신이 속한 관련 시장에서의 경쟁을 제한하는 측면이 전혀 없는 것은 아니나 고속도로관리공단 및 고속도로정보통신의 민영화라는 공익적 목적을 달성하기 위하여 원고에게 부여된 수의계약집행권한의 범위 내에서 행하여진 행위인 점, 고속도로관리공단 및 고속도로정보통신의 민영화 과정에서 자생력 확보 및 기업가치 제고, 소속직원의 고용안정, 유지보수 전문회사로서의 육성을 통한 경영합리화 도모 등을 위하여 원고가 고속도로관리공단 및 고속도로정보통신과 이 사건 수의계약을 체결함에 있어서 일정 수준의 낙찰률을 보장해 줄 필요성이 있었던 점과 그 밖에 부당성을 갖는지 유무를 판단함에 있어서 고려되어야 할 여러 사정 등에 비추어 보면, 이 사건 수의계약 체결행위로 인하여 지원객체의 관련 시장에서 경쟁이 저해되거나 경제력 집중이 야기되는 등으로 공정한 거래가 저해될 우려가 있다고는 할 수 없음.

[한국도로공사의 부당지원행위 건(대법원 2007. 3. 29. 선고 2005두3561 판결)]

□ 임대료면제가 공익적 요청 등에 의하여 이루어진 것이고, 이로 인해 지원객체가 얻은 경제상 이익이 없다면 부당성이 인정되기 어려움

○ 원고는 원래 고속도로 휴게시설(휴게소 및 주유소)을 입찰방식에 의하여 가장 높은 임대료를 제시하는 민간업체에게 낙찰하여 일정기간(5년) 운영하도록 해왔는데, 그 중 적자운영으로 운영권을 반납하는 경우와 신설 휴게시설 등 민간업체에게 임대하기 관련한 휴게시설의 경우는 원고의 자회사인 주식회사 고속도로관리공단(이하 '관리공단'이라 한다)으로 하여금 짐작적으로 운영하게 할 목적으로 원고가 관리공단에게 수의계약으로 임대해 온 사실, 원고는 신설 또는 적자운영으로 민간업체로부터 운영권을 반납받은 이 사건 3개 휴게소 및 11개 주유소를 관리공단에게 수의계약으로 임대한 후 1998. 8부터 2000. 12까지 임대료 1,465,000,000원 전액을 면제해 준 사실, 고속도로에 진입한 운전자와 동승자의 생리적 욕구 해소, 차량 정비 및 주유, 기타 응급상황의 해결 등 고속도로 휴게시설의 공익적 성격상

한시라도 그 운영을 중단할 수 없는 실정이어서 원고가 위와 같이 신설 또는 적자 휴게시설을 관리공단으로 하여금 운영하도록 함에 따라 관리공단의 적자발생이 불가피했던 사실, 위와 같은 임대료 전액 면제에도 불구하고 관리공단의 휴게시설 영업으로 인한 누적적자가 1999년까지 2,991,000,000원에 이른 사실, 피고가 위와 같은 임대료 면제가 부당지원행위에 해당한다는 이유로 원고를 고발하였는데 검찰청에서는 임대료 면제가 관리공단의 적자보전책을 마련하라는 감사원의 1997. 8. 6자 지적, 신설 및 반납시설에 대하여는 관리공단에 잠정 운영토록 할 것이지 민간업체에게 운영권을 부여하여서는 아니 된다는 1998. 5. 14자 정기감사시의 지시, 적자인 휴게시설에 대하여는 임대료 조정 및 구조조정 후 민영화하라는 1998. 8. 5자 기획예산처의 지시 등에 따른 정당한 것이고, 만약 반납받은 운영권을 임대료를 감면하는 조건으로 다른 민간업체에 임대한다면 불공정거래행위 및 특혜가 될 수 있다는 점 등을 들어 무혐의처분한 사실, 이 사건 휴게시설에 대한 임대계약을 수의계약으로 체결한 것 자체는 공공시설인 휴게시설을 원활하게 운영하고 궁극적으로는 민영화시키기 위한 것으로서 공익적 요청에 따른 것인 사실, 이 사건 지원성 거래규모와 지원행위로 인하여 관리공단이 받은 경제상의 이익이 없는 사실을 알 수 있는바, 위와 같은 사실관계와 원고와 관리공단의 관계, 고속도로 휴게시설의 구조와 특성 등을 종합하면, 이 사건 휴게시설에 대한 임대료 면제행위는 원고가 관리공단에게 현저히 유리한 조건의 거래행위를 하여 관리공단에게 지원행위를 한 것이라고 보기 어려울 뿐만 아니라, 이 사건 휴게시설에 대한 임대료 면제행위로 인하여 관리공단의 관련 시장에서 경쟁의 저해나 경제력 집중의 우려가 있는 등으로 공정한 거래가 저해될 우려가 있다고 보기 어려워 부당성이 있다고 할 수 없음.

[한국도로공사의 부당지원행위 등 건(대법원 2006. 6. 2. 선고 2004두558 판결)]

□ 지원금액이 적고 관련 시장에 미치는 영향 또한 미미할 것으로 보인다면 이 사건 저가전대행위는 경쟁저해 우려가 있다고 보기 어려움

○ 중앙방송은 1999. 4. 1. 설립되어 프로그램 공급업 및 케이블티비 방송업을 영위하는 원고의 계열회사로서 1999년도에는 회사설립 후 방송사의 인수 및 조직정비 등으로 영업실적이 다소 부진하였으나, 2000년도부터는 케이블티비 가입자 수의 증가 및 광고매출의 증가로 당기순이익이 흑자로 전환되었고, 재무상태도 건실하며, 2000년도를 기준으로 자산총액이 52억 원, 매출액이 100억 원에 이르는 사실, 중앙방송에 대한 이 사건 저가전대행위는 중앙방송 설립 4개월 후인 1999. 8. 26.부터 2001. 2. 28. 사이에 이루어진 것이고, 이로 인한 지원금액은 6,800만 원 정도인 사실, 1999년 매출액을 기준으로 프로그램 공급업을 포함한 방송서비스업의 시장규모는 3조 5,932억 원으로 추산되고, 그 중 중앙방송이 이러한 시장에서 차지하는 비중은 매우 적은 사실 등을 알 수 있고, 이러한 사실관계를 바탕으로

한, 중앙방송에 대한 이 사건 저가전대행위로 인한 지원금액이 중앙방송의 2000년도 자산총액의 1% 남짓 또는 매출액의 1%에도 미치지 못하고, 중앙방송의 재무상태도 양호하였으므로 위와 같은 정도의 지원행위로 인하여 중앙방송의 관련 시장에서의 경쟁조건이 다른 경쟁사업자에 비하여 유리하게 되거나 그 퇴출이 저지될 우려가 있었다고 보기 어려운 점, 중앙방송은 관련 시장에 신규로 진입하는 회사로서 그 신규진입에 따른 잠재적 경쟁촉진효과가 있을 뿐 아니라, 관련 시장에서 차지하는 비중도 매우 낮아서 위와 같은 지원행위가 관련 시장에 미치는 영향 또한 미미할 것으로 보이는 점 등에 바추어 보면, 중앙방송에 대한 이 사건 저가전대행위가 관련 시장에서의 공정경쟁을 저해할 우려가 있다고 보기 어려움.

[중앙일보사의 부당지원행위 건(대법원 2005. 5. 13. 선고 2004두2233 판결¹³⁵⁾)]

- 지원객체의 관련시장점유율이 상당히 적고, 지원금액이 자산총액의 0.4%에도 미치지 못할 만큼 적은 점을 감안하면 지원행위가 관련시장에서 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 보기 어려움
- 부동산 저가 임대행위의 부당성 여부를 판단할 때에는 당해 임대기간 동안의 거래를 일련의 행위로 보아 전체적으로 파악하여야 하고, 이를 원고의 주장과 같이 월 단위 또는 개별지원행위 단위로 파악할 것은 아님. 동원투자신탁운용은 2001. 3.부터 2004. 3.까지의 약 31억 원 내지 약 41억 원 상당의 당기순이익을 내고 있었을 뿐만 아니라 같은 기간 동안의 자산총액이 약 419억 원 내지 480억 원에 이르러 비교적 건실한 재무상태에 있었던 점, 위 지원행위는 2000. 10. 1.부터 2003. 10. 31까지 비교적 장기간 이루어졌으나 이로 인한 지원금액은 1억 5,800만 원 정도로서 동원투자신탁운용의 해당 기간 최저 자산총액의 0.4%에도 미치지 못하는 점, 위 지원행위가 행하여졌던 기간 및 그 직후의 기간에 해당하는 2003. 6. 30.부터 2004. 12. 31까지의 동원투자신탁운용의 시장점유율은 최저 약 1.67% 내지 최대 약 2.50%에 이르러 관련시장에서 동원투자신탁운용이 차지하는 비중이 상당히 적었던 것으로 보이는 점 등 여러 사정을 종합하여 보면, 원고가 동원투자신탁운용에게 위와 같이 부동산을 임대한 행위는 관련 시장에서 공정한 거래를 저해하거나 저해할 우려가 있다고 보기 어려움.

[한국투자증권의 부당지원행위 건(대법원 2008. 6. 12. 선고 2006두7751 판결)]

135) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2006. 4. 20. 선고 2005누10547 판결)

4. 과징금 관련

가. 과징금의 성격

□ 과징금은 '처벌'에 해당한다고 할 수 없으므로, 이중처벌금지원칙이나 무죄추정원칙이 적용되지 않음

○ 과징금은 그 취지와 기능, 부과의 주체와 절차(형사소송절차에 따라 검사의 기소와 법원의 판결에 의하여 부과되는 형사처벌과 달리 과징금은 공정거래위원회라는 행정기관에 의하여 부과되고 이에 대한 불복은 행정쟁송절차에 따라 진행된다) 등을 종합할 때 부당내부거래 억지라는 행정목적을 실현하기 위하여 그 위반행위에 대하여 제재를 가하는 행정상의 제재금으로서의 기본적 성격에 부당이득환수적 요소도 부가되어 있는 것이라 할 것이고, 이를 두고 헌법 제13조 제1항에서 금지하는 국가형벌권 행사로서의 '처벌'에 해당한다고 할 수 없으므로, 공정거래법 형사처벌과 아울러 과징금의 병과를 예정하고 있더라도 이중처벌금지원칙에 위반된다고 볼 수 없음. 무죄추정원칙에 관한 법원의 제청이유는, 오로지 제재적 성격만이 있는 이 사건 과징금에 대하여 행정소송 등에 따른 적법타당성이 확정되기 전에도 공정력과 집행력을 인정하는 것은 무죄추정원칙에 반한다는 것임. 그러나 위에서 분비와 같이 이 사건 법률조항에 의한 과징금은 형사처벌이 아닌 행정상의 제재이고 행정소송에 관한 판결이 확정되기 전에 행정청의 처분에 대하여 공정력과 집행력을 인정하는 것은 이 사건 과징금에 국한되는 것이 아니라 우리 행정법체계에서 일반적으로 채택되고 있는 것이므로, 과징금 부과처분에 대하여 공정력과 집행력을 인정한다고 하여 이를 확정판결 전의 형벌집행과 같은 것으로 보아 무죄추정의 원칙에 위반된다고 할 수 없음.

[부당내부거래 과징금의 위헌제청 건(현재 2003. 7. 24. 선고 2001헌가25 결정)]

□ 부당지원행위에 대한 과징금은 행정상 제재금 성격에 부당이득환수적 요소도 부가되어 있는 것이므로 그 구체적인 액수는 공정위가 재량을 가지고 결정할 수 있음

○ 부당지원행위에 대한 과징금은 행정상 제재금으로서의 기본적 성격에 부당이득환수적 요소도 부가되어 있는 것이므로 그 구체적인 액수는 공정거래법 제24조의2에서 규정하는 과징금 상한액을 초과하지 아니하는 범위 내에서 과징금 부과에 의하여 달성하고자 하는 목적과 법 제55조의3 제1항 소정의 사유 즉, 위반행위의 내용 및 정도, 위반행위의 기간 및 횟수, 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등을 감안하여 피고가 재량을 가지고 결정할 수 있다 할 것이고, 수개의 위반행위에 대하여 하나의 과징금납부명령을 하였으나 수개의

위반행위 중 일부의 위반행위만이 위법하지만, 소송상 그 일부의 위반행위를 기초로 한 과징금액을 산정할 수 있는 자료가 없는 경우에는 하나의 과징금납부명령 전부를 취소할 수밖에 없다고 할 것임.

- 피고 내부의 사무처리준칙인 ‘과징금산정방법및부과지침’(1997. 4. 29. 제정)에 따라 후순위사채인수의 경우는 지원금액을 산정할 수 없는 경우로 보아, 위 원고들의 각 지원성 거래규모의 10%를 각 지원금액으로 하고, 지원금액의 20%를 각 과징금으로 결정한 것은 그 재량범위 내의 행위로 적법함.

[대우 1차 사건(대법원 2004. 10. 14. 선고 2001누2881 판결¹³⁶⁾)]

나. 산정 근거

□ 구체적인 사안에서 공정거래위원회가 제정한 내부 사무처리준칙을 적용하여 과징금을 부과한 결과가 비례의 원칙이나 형평의 원칙에 반하지 아니하는 이상, 위 과징금부과 기준을 무효라고 할 수 없음

- 피고가 제정한 ‘과징금 산정방법 및 부과지침’(1997. 4. 29. 제정) 중 ‘과징금부과기준’은 상위법령에 위임의 근거가 없고, 그 내용은 살펴보아도 특별히 상위법령을 보충할 만한 내용이라고 볼 수 없으므로, 결국 ‘과징금부과기준’은 부당지원행위에 대한 과징금의 구체적인 부과액의 산정을 위한 공정위 내부의 사무처리준칙에 불과하다고 보아야 할 것이지만 (대법원 2002. 9. 24. 선고 2000두1713 판결 참조), 구체적인 사안에서 ‘과징금부과기준’을 적용한 결과가 비례의 원칙이나 형평의 원칙에 반하지 아니하는 이상 ‘과징금부과기준’이 다른 불공정거래행위보다 중한 과징금부과기준을 규정하고 있다는 것만으로는 과징금부과기준이 무효라고 할 수 없음.

[현대 1차 사건(대법원 2004. 4. 9. 선고 2001누6197 판결¹³⁷⁾)]

□ 공정거래위원회가 제정한 내부 심사지침은 대외적으로 법원이나 일반 국민을 기속하는 법규명령으로서의 성질을 가지는 것은 아님

- 피고의 ‘부당한지원행위의심사지침’(1997. 7. 29. 제정되고 1999. 2. 10. 개정되기 전의 것, 이하 ‘이 사건 심사지침’이라 한다)은 상위법령의 위임이 없을 뿐 아니라 그 내용이나 성질 등에 비추어 보더라도 피고 내부의 사무처리준칙에 불과하고 대외적으로 법원이나 일반

136) 파기환송 후 고법 확정(시울고법 2005. 11. 16. 선고 2004누22765 판결)

137) 파기환송 후 재상고심 확정(대법원 2008. 7. 1. 선고 2006두14735 판결)

국민을 기속하는 법규명령으로서의 성질을 가지는 것이라고는 볼 수 없음. 그러나 원고가 그와 계열회사 관계에 있는 지워객체들 발행의 기업여음들을 매입한 행위가 위 법령이 정한 '현저히 유리한 조건'의 거래로서 부당지원행위에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 이 사건 심사지침이 자금지원행위의 기준으로 정한 바와 같은 실제적용금리와 정상금리를 비교한 것은 그 방식의 합리성에 비추어 수긍할 수 있고, 개별정상금리를 정의함에 있어서 이 사건 심사지침의 문언을 원용하고 있다는 이유만으로 위 심사지침이 법규성을 가지는 것을 전제로 하는 것은 아니라고 할 것임.

[현대 계열분리 사건(대법원 2004. 4. 23. 선고 2001두6517 판결¹³⁸⁾]

□ 과징금부과기준을 정하고 있는 공정거래법시행령 시행 이전에 위원회 내부 사무처리 준칙인 과징금산정방법 및 부과지침 중 과징금부과기준에 기하여 이루어진 과징금 부과는 정당함

○ 피고는 이 사건 신주인수 당시에는 아직 시행되지 아니하던 공정거래법시행령(1999. 3. 31. 대통령령 제16221호로 개정되어 같은 해 4. 1부터 시행된 것) 제61조 제1항 [별표2] 제8호에 기하여 과징금 액수를 정한 것이 아니라, 그 시행 이전의 피고 내부의 사무처리준칙인 위 '과징금산정방법 및 부과지침' 중 '과징금 부과기준'에 기하여 그 신주인수대금의 10/100을 지원금액으로 보고, 지원행위의 내용 및 정도, 기간 및 횟수, 지원의 효과 등 여러 사정을 합작하여 과징금 액수를 정한 것이므로, 위와 같은 방법으로 정한 과징금 액수가 비례의 원칙이나 형평의 원칙에 반하지 아니하는 이상 행위 당시 시행되지 아니하던 법령을 적용하여 과징금을 산정한 위법이 있다고 할 수 없음.

[SK 4차 사건 중 에스케이네트웍스 외 2의 에스케이해운 부당지원행위 건(대법원 2005. 4. 29. 선고 2004두3281 판결)]

□ 의결서의 주문에 위반행위별 과징금액을 따로 명시할 필요는 없음

○ 법 제45조가 의결서에 처분이유를 기재하게 한 취지는 행정절차법 소정의 처분의 근거 및 이유제시 제도의 취지와 같이 처분청의 판단의 신중, 적정, 공정, 타당, 합리성 등을 담보하여 자의를 억제하고, 처분이유를 상대방에게 알려주어 상대방을 설득하는 한편, 권리구제신청에 편의를 주고자 함에 있는바, 의결서의 처분이유에서 위반행위별로 과징금 산정의 기초를 명시함으로써 위와 같은 취지를 달성할 수 있는 이상 의결서의 주문에서 위반행위별 과징금액을 따로 명시하지 않았다 하여 위법하다고 까지는 할 수 없음.

[현대 1차 사건(대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6197 판결¹³⁹⁾]

138) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2005. 5. 25. 선고 2004누8455 판결)

다. 전부 취소

- 부과과징금 중 위법한 부분에 대한 구분이 불가능한 경우 과징금납부명령 전부를 취소하여야 함

○ 피고는 동서산업에 대한 지원금액을 합계 6억 8,900만 원(제1어음에 대하여 6억 4,800만 원, 제2어음에 대하여 4,100만 원)으로 계산하여 그 중 4억 8,200만 원을 과징금으로 부과함이 상당하나 부과상한액을 초과한다는 이유로 위 상한액의 범위 내에서 4억 5,500만 원을 부과하고, 주리원에 대하여는 지원금액 1억 6,300만 원 중 1억 1,400만 원을 부과한 것임을 알 수 있음. 그렇다면 이 사건 과징금납부명령 중 주리원 발행의 제3어음(199일물) 매입행위로 인한 부분(1억 1,400만 원)은 나머지 부분과 구분되나, 동서산업 발행의 제2어음(364일물) 매입행위로 인한 부분은 부당지원행위에 해당하는 제1어음(91일물) 매입행위로 인한 부분과 구분할 수 없으므로, 결국 과징금납부명령 전부를 취소할 수밖에 없음.

[현대 계열분리 사건(대법원 2004. 4. 23. 선고 2001두6517 판결¹⁴⁰⁾]

- 수개의 위반행위에 대하여 하나의 과징금납부명령을 하였다면 일부의 위반행위가 위법하더라도 전부를 취소할 수밖에 없음

○ 수개의 위반행위에 대하여 하나의 과징금납부명령을 하였으나 수개의 위반행위 중 일부의 위반행위만이 위법하지만, 소송상 그 일부의 위반행위를 기초로 한 과징금액을 산정할 수 있는 자료가 없는 경우에는 하나의 과징금 납부명령 전부를 취소할 수밖에 없다고 할 것임.

[내우 1차 사건(대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두2881 판결¹⁴¹⁾]

라. 구체적 사안

- 부당지원행위 및 특수관계인에 대한 부당이익제공행위의 지원주체에게도 부당이득이 발생하므로, 과징금을 부과하는 것은 적법함

○ 공정거래법에 따른 과징금 부과처분은 부당이득환수적 성격도 갖고 있다고 할 것인데,

139) 파기환송 후 재상고심 확정(대법원 2008. 7. 1. 선고 2006두14735 판결)

140) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2005. 5. 25. 선고 2004누8455 판결)

141) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2005. 11. 16. 선고 2004누22765 판결)

부당내부거래로 인하여 발생하는 부당한 이득의 발생구조를 파악함에 있어서는 각 기업을 고립시켜서 고찰하기보다는 지원을 주고받는 대규모 기업집단 소속 계열회사 상호간의 관점에서 파악하는 것이 보다 적절할 것임. 즉, 다수의 계열회사들이 기업집단 전체의 이익을 위해 계속적으로 서로 지원을 주고받으면서 계열의 유지·확장을 위한 수단으로 부당내부 거래를 이용하는 것이므로, 중·장기적으로 볼 때 부당내부거래는 경제력 집중을 통하여 결국 부당지원을 한 기업에게도 상당한 부당이득을 발생시키게 됨을 부인하기 어려움.

[부당내부거래 과징금의 위헌제청 건(현재 2003. 7. 24. 선고 2001헌가25 결정)]

- 과거 3년 동안의 동일한 유형의 법 위반행위로서 과징금산정의 가중사유로 되었던 종전의 동일한 유형의 법 위반행위는 확정판결로 그 시정명령과 과징금납부명령이 모두 취소되어 공정거래법위반행위에 해당하지 아니하는 것으로 밝혀졌다면 피고가 이를 과징금산정의 가중요소로 고려한 것은 위법함
- 행정절차법 규정의 문언과 그 취지에 비추어 행정절차법 제20조에 기초하여 행정청이 정하여 공표한 처분기준은 단순히 행정청의 행정운영상의 편의를 위한 것에 불과한 것이 아니라 불이익 처분을 내리는 판단과정에서 공정성과 투명성을 확보하고 그 상대방의 권리이익을 보호하기 위하여 그러한 기준을 정하여 공표한 것으로 보아야 함. 그러므로 행정청이 정하여 공표한 처분기준에서 법위반행위로 인한 선행 처분을 받았다는 이유로 후행 처분에 관한 처분양정을 가중하는 취지의 불이익한 취급을 정하고 있는 경우에 해당 행정청이 후행 처분에 관하여 해당 처분기준에서 정한 내용과 다르게 취급하게 된다면 특별한 사정이 없는 한 그러한 취급은 재량의 범위를 일탈하거나 그 남용에 해당하게 된다고 해석하여야 함.
- 원고 삼양식품은 이 사건 부당지원행위로 피고로부터 과징금납부명령을 받기 이전에 과거 3년 동안의 동일한 유형의 법 위반행위로서 과징금산정의 가중사유로 되었던 종전의 동일한 유형의 법 위반행위는 확정판결로 그 시정명령과 과징금납부명령이 모두 취소되어 공정거래법 위반행위에 해당하지 아니하는 것으로 밝혀졌음. 따라서 피고가 원고 삼양식품이 동일한 유형의 법 위반행위로 조치 받은 후 3년 이내에 그 위반행위와 동일한 유형의 특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위를 하였다는 이유로 과징금산정의 가중요소로 고려한 것은 과징금산정에 있어서 중대한 사실을 오인하여 재량기준을 위반한 결과가 되어 사회통념에 비추어 현저하게 타당성을 잃어 재량권을 일탈하거나 남용한 것에 해당하여 위법함.

[삼양식품 주식회사의 부당지원행위에 대한 건(서울고법 2016. 10. 14. 선고 2015누70074 판결, 고법 확정)]

□ ‘지원금액이 산출되기 어렵거나 불가능한 경우’에는 당해 지원성 거래규모의 10%를 지원금액으로 하여 과징금을 부과할 수 있음

- 원고 현대중공업은 경영상의 필요에 따라 광고를 반주한 것이 아니라, 문화일보사에게 충정로 사옥 빛 윤전기의 임대료 상당액을 지원하기 위하여 문화일보사로 하여금 광고를 게재하도록 하여 문화일보를 부당지원하였다 할 것임. 다만, 원고 현대중공업의 위와 같은 부당지원행위로 인한 지원금액을 산정함에 있어서는 위 원고가 문화일보에게 광고비 전액을 지원금액으로 볼 것이 아니라 지금광고비와 실제 광고의 ‘정상가격’간의 차액을 지원금액으로 봄이 상당하다고 할 것임. 그런데, 이 사건의 경우 광고의 가격은 게재면, 게재일자, 게재내용, 광고효과 등을 고려하여 책정되는 점에 비추어 위에서 본 ‘정상가격’을 산정하기가 어려운 것으로 보이고, 한편 이러한 사정으로 실제 ‘지원금액이 산출되기 어렵거나 불가능한 경우’에는 당해 지원성 거래규모의 100분의 10 이내에서 과징금을 부과할 수 있다고 규정하고 있으므로(법 시행령 제61조 제1항 [별표 2] 위반행위의 종별 과징금 부과기준 8. 부당한 지원행위 부분 참조) 결국 위 원고의 문화일보에 대한 지원금액을 1,056백만 원(지원총액 10,560백만 원 × 10%)으로 본 피고의 조치는 정당하다고 할 것임.

[현대중공업 외 7의 부당지원행위 건(서울고법 2007. 9. 13. 선고 2007누2519 판결-환송심¹⁴²⁾)]

□ 지원금액을 산정할 수 없는 경우로 보아 지원성 거래규모의 10%를 지원금액으로 하여 이루어진 과징금부과는 타당함

- 원고 해외법인들의 이 사건 옵션계약 체결행위는 에스케이증권이 부담하여야 할 위의 위험제거가치 상당의 급부를 부담함으로써 에스케이증권에 같은 액수 상당의 경제적 급부를 제공한 것이고 위험제거가치의 경제적 가치를 산정할 수 있는 방법이 없어 지원금액을 산정할 수 없으므로 법 시행령 제61조 제1항 별표 2에 따라 지원성거래규모를 기준으로 지원금액을 산정하여야 할 것인데, 피고는 원고 에스케이글로벌에 대하여 법 및 법 시행령의 관련규정에 따라 과징금을 산정·부과하였고 그 금액이 지나치게 과다한 것으로 보이지 않음. [에스케이네트워크 외 2의 부당지원행위 건(대법원 2007. 7. 27. 선고 2005두10866 판결)]
- 후순위사채인수의 경우는 지원금액을 산정할 수 없는 경우로 보아, 위 원고들의 각 지원성 거래규모의 10%를 각 지원금액으로 하고, 지원금액의 20%를 각 과징금으로 결정한 것은 그 재량범위 내의 행위로 적법함.

[대우 1차 사건(대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두2881 판결¹⁴³⁾)]

142) 상고심(대법원 2007. 1. 11. 선고 2004두350 판결)의 파기환송 취지에 따름

□ 지원성 거래규모의 일부를 2분하여 지원금액을 산정한 후, 지원행위 주도자와 소극적 참여자를 구분하여 과징금을 산정한 것은 재량권의 일탈·남용으로 볼 수 없음

- 피고는 이 사건 주식매매계약 체결 당시 이 사건 주식의 정상가격을 산정할 수 없다는 이유로, 관계 법령의 규정에 따라 이 사건 주식매매계약에 의하여 현대전자가 CIBC로부터 받은 155,925,000,000원을 지원성 거래규모로 보아 지원금액은 그 10%인 15,592,000,000원이고 이를 2분하여 원고와 현대중공업이 각 7,796,000,000원을 지원한 것으로 평가한 후, 원고에 대하여는 5,457,000,000원의 과징금을, 현대중공업에 대하여는 1,559,000,000원의 과징금을 각 납부하라는 명령을 하였는바, 관계 법령 및 지원성 거래규모 및 지원금액, 원고가 이 사건 지원행위를 주도하고 현대중공업은 소극적으로 참여한 점 등의 제반 사정에 비추어 보면, 원고에 대한 위 과징금의 액수는 관계 법령에 정하여진 범위 내의 것이고, 특별히 과중하여 재량권의 일탈·남용이라고 볼 수 없음.

[현대증권(현대 4차)의 부당지원행위 건(대법원 2006. 7. 6. 선고 2004두2998 판결)]

□ 지원성거래규모 및 지원 금액의 산정에서 정상적인 거래조건에 의하여도 수수될 수 있는 부분은 제외해야 함

- 피고는 위 매매대금의 90%가 모두 지원성거래규모에 해당한다고 보아 그 10%인 11억 5,900만 원을 지원금액으로 보고 다시 그 20%에 상당하는 2억 3,100만 원을 과징금으로 부과하였음을 알 수 있음. 그러나, 우선 계약당일 계약금으로 10%의 대금이 수수되는 것은 매우 정상적인 거래조건이라고 할 것이므로 '지원성거래규모' 역시 이를 제외한 나머지 80% 상당의 금액만으로 보아야 할 것일 뿐만 아니라, '지원금액'도 계약일로부터 통상적인 중도급기일 및 잔금기일까지의 기간과 원고가 위 계약 후 대금의 80%를 조기에 지급한 기간과의 차이에 상당하는 기간(즉 정상적인 조건과 달리 단축된 기간)을 밝혀 미리 지급한 금액에 대한 단축된 기간에 상응하는 금융이자 상당액만으로 이를 산정할 여지가 있다고 할 것이므로 반연히 지원금액을 산출하기 어렵다는 이유로 지원성거래규모의 10%를 지원금액으로 볼 것이 아님(후자와 같이 '미리 지급한 금액'의 10%를 지원금액으로 보는 경우에는, 전자와 같이 직접 지원금액을 산출하는 경우에 비하여 과다한 지원금액이 산출될 수 있음). 따라서 위 매매대금의 90%가 모두 지원성거래규모에 해당함을 전제로 부과한 '연수원 매수'에 관한 과징금납부명령은 위법하다고 할 것임.

[현대증권(현대 4차)의 부당지원행위 건(서울고법 2004. 2. 3. 선고 2001누2562 판결¹⁴³⁾]

143) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2005. 11. 16. 선고 2004누22765 판결)

144) 이 부분은 참고심(대법원 2006. 7. 6. 선고 2004두2998 판결)에서 판단하지 아니함

- 입회금을 반환받는 조건의 회원권을 고가매입하여 지원한 경우, 경제적 이득은 비계열사가 납부한 금액과의 차액 합계액에 대한 입회금 반환시점까지의 기간동안 정상이율에 의한 이자상당액임

- 원고들의 본도미니엄 회원권 고가매입행위의 지원금액에 대하여, 원고들이 매입한 콘도 회원권은 10년이 경과하면 납부한 입회금 전부를 반환받는 조건으로 원고들의 위 회원권 매입으로 인하여 해비치리조트가 얻는 경제적 이득은 원고들이 일시납으로 납부한 금액과 비계열회사가 일시납으로 납부한 금액과의 차액에 그 해당 구좌수를 곱한 금액 전부(32평형, 49평형의 경우) 혹은 원고 현대자동차가 납부한 입회금과 해비치리조트가 제주도지사에 신고한 입회금과의 차액 전부(130평형의 경우)가 아니라, 그 각 입회금의 차액 합계액에 대한 입회금의 반환시점까지의 기간동안의 정상이율에 의한 이자상당액임.

[현대자동차 외 6의 부당지원행위 건(대법원 2007. 12. 13. 선고 2005두5963 판결¹⁴⁵⁾)]

- 과장금 산정의 당부를 판단함에 있어 공동 이용 부분에 대하여는 다른 입주자가 사용한 만큼의 임대료에 상당하는 가액은 지원금액에서 제외하여야 함

- 원고 현대중공업 주식회사(이하 '원고 현대중공업'이라 한다)가 1998. 4. 1. 주식회사 문화일보(이하 '문화일보'라 한다)와 사이에 충정로 사옥 중 지하 1층 내지 6층 전체 3,905.47평과 지상 3층 내지 7층 전체 1,547.36평을 임대료 월 2억 원(부가가치세 별도)으로 정하여 임대하였음에도 문화일보로 하여금 임대차계약의 목적문로 포함하지 아니한 위 충정로 사옥 중 지상 1층(주차장 263평 및 로비 107평), 지상 2층(사무실 116평 및 주차장 25평), 지상 11층(옥탑 중 엘리베이터 기계실 부분 75.84m²를 제외한 나머지 여유공간 73평) 합계 584평을 사용하도록 해 준 행위는 당해 부동산 부분을 무상으로 사용하도록 제공함으로써 문화일보를 지원하는 행위이고, 그 경위나 지원금액 등의 사정에 비추어 보아 부당성이 인정됨. 다만, 위 충정로 사옥 중 문화일보가 무상으로 사용한 합계 584평의 면적 중에는 원고 현대중공업을 비롯하여 다른 입주자가 공동으로 사용한 부분이 포함되어 있음을 알 수 있으므로 원심으로서는 과장금 산정의 당부를 판단함에 있어 다른 입주자가 사용한 만큼의 임대료에 상당하는 가액은 문화일보에 대한 지원금액에서 제외하여야 할 것임에도 그러하지 아니한 채 위 가액 부분까지 포함하여 지원금액을 산정한 피고의 조치를 수긍하였으나, 이와 같은 원심의 판단에는 과장금 산정의 기초가 되는 지원금액의 산정에 관한 충분한 심리를 다하지 아니하거나 법리를 오해한 위법이 있음.

[현대중공업 외 7의 부당지원행위 건(대법원 2007. 1. 11. 선고 2004두350 판결¹⁴⁶⁾)]

145) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2008. 3. 19. 선고 2007누34424 판결)

146) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2007. 9. 13. 선고 2007누2519 판결)

□ 윤전기 추가임대료를 수령하지 않은 경우 이로 인하여 지원객체가 얻은 경제상 이익은
추가 임대료 전액이 아니라 그에 대한 이자 상당액임

- 원고 현대중공업의 위 지원행위로부터 문화일보가 받은 경제상 이익은, 원고 현대중공업이 문화일보에 대하여 위 윤전기 추가임대료 채권을 면제하거나 포기하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 위 윤전기 추가임대료 전액이 아니라 그에 대한 이자 상당액이라고 보아야 할 것이므로, 원심으로서는 이러한 점을 심리한 후 과징금 산정의 당부를 판단하였어야 함에도 불구하고, 위 추가임대료 전액을 이 사건에서의 지원금액이라고 한 피고의 조치를 수긍하였는바, 이와 같은 원심의 판단에는 과징금 산정의 기초가 되는 지원금액의 산정에 관한 충분한 심리를 다하지 아니하거나 법리를 오해한 위법이 있음.

[현대중공업 외 7의 부당지원행위 건(대법원 2007. 1. 11. 선고 2004두350 판결¹⁴⁷⁾)]

□ 거래방식을 변경하여 증가된 비용을 고려하지 않고 부당지원금액을 산정한 것은 위법함

- 원고들의 부당지원금액을 산정함에 있어서는 광고대행사를 통하지 않을 경우 광고매체(신문사)의 입장에서도 대행사의 역할을 하는 데 따른 비용상승의 부담이 있을 수 있으며(갑 제5호증의 1 기재와 위 각 증언에 의하면, 문화일보에서는 실제로 부장 1명과 사원 1명을 충원하고 추가장비를 구입하였다), 이러한 경우 전체 비용절감분에서 광고주와 광고매체(신문사)의 비용부담 증가액에 안분하여 비용절감 혜택을 나누는 것이 합리적일 것으로 보이는 점, 광고 직거래를 하는 경우에는 광고비를 하향조정하는 것이 일반적인 점 등에 비추어 볼 때, 원고들이 지급한 광고대행수수료 전액을 지원금액으로 볼 것이 아니라 원고들이 직거래 전환으로 문화일보에 요청하였어야 할 '정상가격'을 상정하여 그 가격과 원고들이 실제 지급한 광고금액과의 차액 또는 광고대행수수료 전체가액 중 원고들과 문화일보사 사이에 상호간 비용 상승분에 비례하여 안분한 가액을 지원금액으로 봄이 상당한 것인. 이 사건의 경우, 원고들의 위 직거래 전환으로 인한 '정상가격'의 산정이 쉽지 아니하지만, 원고들이 문화일보에 지급한 광고금액이 합계 1,237,000,000원이고, 문화일보가 광고 직거래를 위하여 추가로 지출한 비용 증가분이 합계 387,000,000원(인건비 107,000,000원 + 장비구입비 280,000,000원)이므로, 피고가 이 부분에 관하여 원고들에게 부과하여야 할 과징금은 아래에서 보는 바와 같이 최초 부과한 과징금의 68.71%[=(1,237,000,000원 - 387,000,000원)/1,237,000,000원}에 해당하는 과징금으로 각 감액·변경되어야 할 것임. 이 부분을 초과하여 납부를 명한 피고의 과징금 부과처분은 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다고 할 것임.

[현대중공업 외 7의 부당지원행위 건(서울고법 2007. 9. 13. 선고 2007누2519 판결-환송심 확정¹⁴⁸⁾)]

147) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2007. 9. 13. 선고 2007누2519 판결)

148) 상고심(대법원 2007. 1. 11. 선고 2004두350 판결)의 파기환송 취지에 따름

□ 과징금 부과비율을 지원주체별, 위반행위유형별로 달리 정하지 않더라도 그것만으로는 과징금 부과처분에 있어서 재량권을 남용한 것이라고 볼 수 없음

- 피고가 지원주체의 수개의 범위반행위에 대하여 지원객체별, 위반유형별로 각각 과징금 산정의 기초가 되는 지원금액을 확정하고 그에 따라 지원객체별, 위반유형별로 법 제55조의3에서 정하는 제반사정을 종합하여 각각 과징금액을 결정한 후 이를 단순 합산하여 지원주체의 매출액의 100분의 2의 한도 안에서 과징금을 부과한 것이므로 이 사건 과징금 부과처분은 적법함.
- 위 무보증전환사채 인수행위로 인한 지원금액 중 30%는 세법상 법인세가 부과된다는 점을 감안하여 지원금액의 70%를 과징금으로 정한 것 자체가 이미 법 제55조의3제1항 소정의 사유를 참작한 것이고, 부당지원행위 자체가 경제적 동일체인 대규모기업집단 소속의 계열회사 상호간에 일사분란하게 이루어질 뿐 아니라 이 사건 위반행위유형에 비추어 특별히 과징금 부과비율을 달리할 필요성이 높은 것도 아닌 점 등에 비추어 보면 지원주체별, 위반행위유형별로 과징금 부과비율을 달리 정하지 아니하였다고 하더라도 그것만으로는 과징금 부과처분에 있어서 재량권을 남용한 것이라고 볼 수 없으므로, 원심이 이 사건 과징금 부과처분에 재량권 남용의 위법이 없다고 본 결론은 정당함.

[현대 1차 사건(대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6197 판결¹⁴⁹⁾)]

□ 원고의 합병은 구조조정의 조기완료라는 취지에 부합하지 아니할 뿐 아니라 과징금을 감면할 필요성이 있는 특별한 경우에 해당하지도 아니하므로, 과징금납부명령을 한 것이 원고의 신뢰나 피고의 내부기준에 반한다고 볼 수 없음

- 공정위는 IMF 사태로 인한 긴박한 상황에서 구조조정을 조기에 완료하기 위하여 1999년 말까지 구조조정이 완료된 기업 또는 구조조정의 구체적인 절차가 진행중인 기업에 대하여는 과징금을 부과하지 아니하였으나, 2000. 1. 1. 이후에 추진된 합병 등의 경우에는 구조조정의 조기완료라는 취지에는 부합하지 아니하므로 구조조정 본래의 취지 등을 종합적으로 고려하여 감면의 필요성이 있는 특별한 경우에 한하여 과징금을 부과하지 않기로 하였는데, 원고 에스케이네트워스 주식회사가 2000. 7. 31. 에스케이에너지판매 주식회사를 합병한 것은 구조조정의 조기완료라는 취지에 부합하지 아니할 뿐 아니라 위 원고에 대한 과징금을 감면할 필요성이 있는 특별한 경우에 해당하지도 아니하므로, 피고가 위 원고에 대하여 과징금납부명령을 하였다고 하여 그것이 위 원고의 신뢰 또는 피고의 내부기준에 반한다거나

149) 파기환송 후 재상고심 확정(대법원 2008. 7. 1. 선고 2006두14735 판결)

형평의 원칙에 어긋난다고 할 수 없음.

[SK 4차 사건 중 에스케이네트웍스 외 2의 에스케이해운 부당지원행위 건(대법원 2005. 4. 29. 선고 2004두3281 판결)]

□ 신주인수행위가 있었던 날로부터 2년 6개월이 지난 후에 처분이 이루어졌다는 사정만으로 재량권을 일탈·남용한 것이라고 할 수 없음

○ 공정위가 이 사건 각 처분 훨씬 전에 이미 위 신주인수행위가 있었다는 점과 그것이 부당지원행위에 해당함을 알면서도 아무런 조치를 취하지 않았다고 보이지는 아니하므로, 이 사건 각 처분이 이 사건 신주인수행위가 있었던 날로부터 2년 6개월(공표명령의 경우에는 3년 9개월)이 지난 후에 이루어졌다는 사정만으로는 위 각 처분이 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이라고 할 수 없음.

[SK 4차 사건 중 에스케이네트웍스 외 2의 에스케이해운 부당지원행위 건(대법원 2005. 4. 29. 선고 2004두3281 판결)]

□ 지원성 거래의 대상이 된 개별 철도주차장의 개수를 특정하지 않고 개별 위탁거래에서 발생한 지원금액을 산정하려고 하지도 아니하고 지원금액의 산출이 어렵거나 불가능한 경우에 해당한다는 전제에서 곧바로 거래금액의 10%를 지원금액으로 보아 이를 기초로 하여 과징금을 산정한 것은 위법함

○ 피고는 계속 운영 주차장에 관하여는 2009. 10. 21. 이전까지의 종전 임대료 수준에 비추어 자산관리규정에 따른 2009. 10. 21. 이후의 임대료를 개별적으로 산정할 수 있고, 나머지 주차장에 관하여도 해당부지의 공시지가, 비준율 적용 여부, 인근지의 공시지가 등을 기초로 하여 자산관리규정 제53조 제2항에 따라 원칙적인 연간 임대료를 “공시지가 × 0.07 × (3 이하의 비준배수)”의 산식을 통해 산출할 수 있으며, 예외적인 사정이 존재하는 경우라고 하더라도 해당 연도에 특수관계인이 아닌 제3자에 위탁한 주차장 가운데 용도와 위치 등이 유사한 주차장에 대한 임대료 산정 현황에 비추어 대략적인 수준을 확인할 수 있을 것으로 보임. 그리고 이러한 산출과정에 필요한 정보는 모두 피고가 이미 원고로부터 제출받아 보유하고 있는 자료이거나 관계기관에 요청하여 어렵지 않게 취득할 수 있는 자료에 해당함.

○ 그러므로 피고는 이러한 과정을 통해 원고의 코레일에 대한 부당한 지원행위에 관한 정상가격에 해당하는 ‘자산관리규정에 따른 임대료 상당액’을 산정할 수 있을 것으로 보이고, 산정된 정상가격과 코레일이 실제로 원고에게 지급한 위탁대금(영업료)의 차액이 원고가

부당하게 제공한 지원금액이 되므로 원고의 코레인에 대한 부당한 지원행위는 공정거래법 시행령이 [별표2]의 '지원금액의 산출이 어렵거나 불가능한 경우 등'에 해당한다고 단정하기 어려움. 따라서 피고로서는 이러한 방식으로 원고가 코레일에 제공한 경제적 이익액을 비교적 정확하게 산출하여 이를 가지고 과징금의 산정기준으로 삼아야 함.

[상호출자제한기업집단 한국철도공사 소속 2개사의 부당지원행위 등에 대한 건(서울고법 2016. 10. 21. 선고 2015누42628 판결:150)]

150) 상고심(대법원 2017. 2. 23. 선고 2016두60751 판결)은 심리불속행 기각함

5. 시정명령 관련

□ 시정명령은 그 본질적인 속성상 다소간의 포괄성·추상성을 떨 수밖에 없음

- 법 제23조 제1항 제7호 소정의 부당지원행위를 이유로 한 법 제24조의2 소정의 시정명령의 내용이 지나치게 구체적인 경우 매일 매일 다소간의 변형을 거치면서 행해지는 수많은 거래에서 정합성이 떨어져 결국 무의미한 시정명령이 되므로 그 본질적인 속성상 다소간의 포괄성·추상성을 떨 수밖에 없음.
- 이 사건 각 처분 중 각 시정명령의 내용은 원고들이 행한 부당지원행위를 확인하고 장래 동일한 유형의 행위의 반복금지를 명한 것으로, 그 각 시정명령에서 지원주체와 지원상대방을 명시하여 앞으로 “기업어음을 발행사에게 현저히 유리한 조건으로 인수하여”, “선급금 명목으로 자금을 무상으로 제공하여”, “후순위사채 인수를 통하여 과다한 경제상의 이익을 제공함으로써” 지원행위를 하여서는 안 된다고 하여 처분상대방인 지원주체와 지원객체, 지원행위의 종류와 유형을 구체적으로 명시하였을 뿐만 아니라, 반복금지를 명한 지원행위의 내용 또한 위 각 시정명령의 근거로 명시된 법령의 규정과 이유 등에 비추어 구체적이고 명확하여 기업어음인수행위나 선급금 미회수행위 및 후순위사채 인수행위를 일반적으로 금지하는 것으로 해석되지 아니하므로 결국 위 각 시정명령은 지원주체와 지원객체, 반복금지를 명한 지원행위의 종류와 유형 및 그 내용 등에 있어서 관계인들이 인식할 수 있는 정도로 구체적이고 명확하다고 할 것임.

[현대 2차 사건(대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6203 판결¹⁵¹⁾)]

□ 지원주체와 지원객체, 지원행위의 종류와 유형 및 그 내용 등에 있어서 관계인들이 인식할 수 있는 정도로 구체적이고 명확하게 명시하였다면 시정명령은 적법함

- 이 사건 각 처분 중 각 시정명령의 내용은 원고들이 행한 부당지원행위를 확인하고 장래 동일한 유형의 행위의 반복금지를 명한 것으로, 그 각 시정명령에서 지원주체와 지원상대방을 명시하여 앞으로 “무보증사보전환사채를 발행사들에게 현저히 유리한 조건으로 인수하여”, “선급금 명목으로 자금을 무상으로 제공하여”, “기업어음을 발행사들에게 현저히 유리한 조건으로 인수하여” 과다한 경제상 이익을 제공함으로써 지원행위를 하여서는 안 된다고 하여 처분상대방인 지원주체와 지원객체, 지원행위의 종류와 유형을 구체적으로 명시하였을 뿐만 아니라, 반복금지를 명한 지원행위의 내용 또한 위 각 시정명령의 근거로 명시된

151) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2006. 8. 9. 선고 2004누8431 판결)

법령의 규정과 이유 등에 비추어 구체적이고 명확하여 부보증사모전환사채인수행위나 선급금미화수행위 및 기업어음인수행위를 인반적으로 금지하는 것으로서 해석되지 아니 하므로 결국, 위 가 시정명령은 지원주체와 지원객체, 반복금지를 명한 지원행위의 종류와 유형 및 그 내용 등에 있어서 관계인들이 인식할 수 있는 정도로 구체적이고 명확하다고 할 것임.

[현대 1차 사건(대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6197 판결¹⁵²⁾]

□ 시정명령의 내용으로 과거의 위반행위에 대한 중지 및 장래 동일 유형 행위의 반복금지까지 명할 수 있음

- 시정명령제도를 둔 취지에 비추어 시정명령의 내용은 과거의 위반행위에 대한 중지는 물론 가까운 장래에 반복될 우려가 있는 동일한 유형의 행위의 반복금지까지 명할 수는 있는 것으로 해석함이 상당함(대법원 2003. 2. 20. 선고 2001두5347 전원합의체 판결 참조).

[현대 2차 사건(대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6203 판결¹⁵³⁾]

152) 파기환송 후 재상고심 확정(대법원 2008. 7. 1. 선고 2006두14735 판결)

153) 파기환송 후 고법 확정(서울고법 2006. 8. 9. 선고 2004누8431 판결)

VII

특수관계인에 대한 부당이익제공행위 (법 제47조, 구법 제23조의2)

VII. 특수관계인에 대한 부당이익제공행위

(법 제47조, 구법 제23조의2)

1. 서설

- 공정거래법이 특수관계인에 대한 부당한 이익제공을 금지한 취지는 공정한 경쟁질서를 유지하는 데 있음
 - 공정거래법이 특수관계인에 대한 부당한 이익제공을 금지한 취지는, 공정한 경쟁 질서를 유지하는데 있으므로 공정거래법 23조 1항 7호에 정해진 '부당하게'라고 함은 사회통념이나 사법적인 관점에서 부당성을 말하는 것이 아니라 공정경쟁의 저해를 말함. 그러므로 사업자의 특수관계인 등에 대한 이익 등 제공행위의 부당성 여부는 공정거래법의 취지에 비추어 지원주체와 지원객체의 관계, 지원행위의 목적과 의도, 지원객체가 속한 시장의 구조와 특성, 지원성 거래규모와 지원행위로 인한 경제상 이익 및 지원기간, 지원행위로 인하여 지원객체가 속한 시장에서의 경쟁제한이나 경제력집중의 효과 등은 물론 중소기업 및 다른 경쟁사업자와 경쟁능력과 경쟁여건의 변화 정도, 지원행위 전후의 지원객체의 시장점유율의 추이, 시장개방의 정도 등을 종합적으로 고려하여 그 지원행위로 인하여 지원객체가 속한 관련 시장에서 경쟁이 저해되거나 경제력 집중이 야기되는 등으로 공정한 거래가 저해될 우려가 있는지를 가지고 판단하여야 함.
 - 그리고 부당한 이익 제공 금지행위가 성립하기 위한 시장효과 요건에 해당하는 공정거래 저해성은 공정한 경쟁을 저해할 우려가 있으면 충분하고 구체적으로 경쟁을 저해하는 효과가 발생하고 있다거나 그러한 고도의 개연성이 있을 것까지 요구하는 것은 아니며 주상적인 위험만으로 충분하고, 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위로 인정될 수 있을 정도까지는 필요하지 아니하고 어느 정도 공정한 자유경쟁을 방해하거나 거래주체의 자유롭고 자주적인 판단에 의하여 거래가 이루어진다는 자유로운 경쟁의 기반을 침해하는 행위로 인정될 수 있을 정도로도 충분하며, 지원주체가 지원객체를 지원하는 행위가 그 사업경영에 필요하고 합리적이라는 사정만으로는 그러한 지원행위가 부당하지 아니하다고 단정할 수는 없음.
- [삼양식품 주식회사의 부당지원행위에 대한 건(서울고법 2016. 10. 14. 선고 2015누70074 판결, 고법 확정)]

- 2013년 공정거래법 개정으로 부당한 지원행위가 현저히 유리한 정도에 미치지 못하거나, 시장에 참여하는 사업자가 아닌 특수관계인 개인을 지원하는 경우에 대해서도 규제가 가능하게 됨
 - 구 공정거래법(2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정되기 전의 것) 제23조 제1항 제7호에 따라 규제의 대상이 되는 부당지원행위는 현저히 유리한 조건의 거래를 통해 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하고 이로써 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 경우로 한정됨. 따라서 그 지원행위가 현저히 유리한 정도에 미치지 못하거나 시장에 참여하고 있는 사업자가 아닌 특수관계인 개인을 지원하는 경우에는 변칙적인 부의 세대간 이전 등을 통한 소유집중의 우려가 있어도 사실상 공정거래 저해성을 입증하는 것이 곤란하여 규제가 어려웠음.
 - 이에 2013. 8. 13. 법률 제12095호로 공정거래법을 개정하면서 부당지원행위의 성립 요건을 완화하는 한편, 공정한 거래를 저해하는지 여부가 아닌 특수관계인에게 부당한 이익을 제공하였는지 여부를 기준으로 위법성을 판단하는 공정거래법 제23조의2를 신설하였음.
[기업집단 한진 소속 계열회사들의 부당지원행위 및 특수관계인에 대한 부당이익제공행위에 대한 건(대법원 2017. 9. 1. 선고 2017두36153 판결¹⁾]
- 대표권 남용행위 또는 배임행위로 이루어진 내부거래의 경우에도, 해당 행위로 행해진 계약 등의 사법상 무효 여부를 떠나 해당 행위를 공정거래법으로 규제할 필요성이 있음
 - 대등한 당사자 사이의 법률관계를 규율하는 사법에 따라 그 법률행위의 효력이 인정되지 않는다고 하더라도, 사업자 및 특수관계인에게 공법상 의무를 부과하고 그 의무 위반행위에 대하여 제재를 부과하도록 규정한 공정거래법에 따라, 피고는 부당한 지원행위 및 부당한 이익제공행위가 성립하는지를 판단하고 그에 따라 제재를 부과할 수 있다고 본이 타당함.
 - 만약 원고 주장과 같이 부당한 지원행위나 부당한 이익제공행위에 관하여 단지 동일인의 형법상 배임행위에 해당하고, 지원주체는 배임죄의 피해자에 분과하며, 지원행위의 효력은 대표권 남용이나 배임행위의 수익자의 적극기담으로 인해 사법상 무효에 해당하여 지원주체에 대해서는 제재할 수 없다고 보게 되는 경우에는, 사실상 총수일가의 배임적 사익편취행위에 대해서는 지원주체를 공정거래법상 부당한 지원행위 또는 부당한 이익제공행위 규정으로 제재할 수 없게 될 수 있음. 이는 입법자가 공정거래법에서 부당한 지원행위 및 이익제공

1) 상고식(대법원 2022. 5. 12. 선고 2017두83993 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

행위에 관한 금지규정을 두고 지원주체에게 공법상 의무를 부과하여 그 의무 위반행위에 대하여 제재를 가함으로써 공정한 거래질서를 확립하고자 하는 입법 목적과 취지에 정면으로 반하는 것일 뿐만 아니라, 위와 유사한 사례에서 지원주체에 대하여 부당한 지원행위나 부당한 이의제공행위의 성립을 인정한 그 동안의 피고의 제재나 법원의 판결례와도 맞지 않음.

- 공정거래법은 부당한 지원행위 및 부당한 이의제공행위에서 지원주체에 대한 과징금 산정의 기준 금액을 문제된 '지원금액'이나 '위반금액'이 아닌 원칙적으로 당해 사업자의 '매출액'으로 규정하고 있음(공정거래법 제24조의2). 위 규정의 내용 및 목적, 취지에 비추어 보면, 설령 이 사건 일괄거래 중 이 사건 기내식 공급계약이 박삼구 등의 대표권 남용행위로서 향후 법적 분쟁을 통해 무효로 확정된다고 하더라도, 이미 지원주체의 지원행위에 따라 공정거래법이 부과한 공법상 의무 위반에 따른 책임은 발생한 것이므로, 민사상 원상회복의 문제는 별론으로 하더라도 공정거래법에 따른 행정적 제재와 책임의 효력까지 좌우된다고 볼 수는 없음.

[기업집단 금호아시아나 소속 계열회사들의 특수관계인에 대한 부당이의제공행위 및 부당지원행위에 대한 건(서울고법 2023. 5. 31. 선고 2020두66475 판결²⁾)]

2) 상고심(대법원 2023. 10. 18. 선고 2023누45750 판결)은 심리불속행 기각됨

2. 행위 유형

가. 상당히 유리한 조건의 거래(제1항 제1호)

□ 공정거래법이 금지하는 사익편취 행위에는 특수관계인이나 계열회사와 간접적인 방법으로 거래하는 행위도 포함됨

○ 구 공정거래법 제23조의2의 규정 내용, 입법 경위 및 입법 취지 등을 고려하면, 구 공정거래법 제23조의2 제1항 제1호에서 금지하는 자금거래를 통한 특수관계인에 대한 이익제공행위는 자금의 제공 또는 거래방법이 직접적이든 간접적이든 문자 아니하므로, 행위주체가 행위객체에게 부당한 이익을 귀속시킬 목적으로 제3자를 매개하여 자금거래행위가 이루어지고 그로 인하여 행위객체에게 실질적으로 이익이 귀속되는 경우에도 행위 요건을 충족함.

[기업집단 효성 소속 계열회사들의 특수관계인에 대한 부당이익제공행위 및 부당지원행위에 대한 건(대법원 2022. 11. 10. 선고 2021두35759 판결)]

* 같은 취지: 하이트진로(주) 및 삼광글라스(주)의 부당지원행위에 대한 건(대법원 2022. 5. 26. 선고 2020두36267 판결)]

□ '정상가격'이란 지원주체와 지원객체 간에 이루어진 경제적 급부와 동일한 경제적 급부가 유사 상황에서 특수관계가 없는 독립된 자 간에 이루어졌을 경우 형성되었을 거래가격을 의미함

○ 이 때 '정상적인 거래에서 적용되는 대가'(이하 '정상가격')란 지원 주체와 지원객체 간에 이루어진 경제적 급부와 동일한 경제적 급부가 시기, 종류, 규모, 기간, 신용상태 등이 유사한 상황에서 특수관계가 없는 독립된 자 간에 이루어졌을 경우 형성되었을 거래가격을 의미함(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004두11268 판결 참조). 공정거래위원회가 당해 거래와 동일한 실제 사례를 찾을 수 없어 부득이 유사한 사례에 의해 정상가격을 추단할 수밖에 없는 경우에는, 먼저 당해 거래와 비교하기에 적합한 유사한 사례를 선정하고 나아가 그 사례와 당해 거래 사이에 가격에 영향을 미칠 수 있는 거래조건 등의 차이가 존재하는지를 살펴 차이가 있다면 이를 합리적으로 조정하는 과정을 거쳐 정상가격을 추단하여야 함(대법원 2015. 1. 29. 선고 2014두36112 판결 참조).

[기업집단 효성 소속 계열회사들의 특수관계인에 대한 부당이익제공행위 및 부당지원행위에 대한 건(대법원 2022. 11. 10. 선고 2021두35759 판결)]

□ 상당한 유리한 조건의 거래 판단 시, 거래 성격 및 대상 등을 고려하여 비교 대상 정상거래를 선택해야 함

- 비록 싸이버스카이숍이 원고 대한항공의 기내면세품만을 취급하고, 원고 대한항공이 싸이버스카이숍을 통한 광고판매에 적극적으로 관여하였다고 하더라도 그러한 사정만으로는 원고 싸이버스카이의 광고매체사로서의 법적 지위가 부인된다고 할 수 없음. 그럼에도 불구하고 피고는 원고 싸이버스카이가 싸이버스카이숍의 형식적 소유자에 불과하고 그 실질적 소유자인 원고 대한항공과 광고주 사이에서 광고판매를 대행하는 역할만을 수행했다고 보아 이 부분 행위와 원고 대한항공이 기내매체를 발행하는 광고매체사로서 원고 싸이버스카이에 광고판매 대행을 위탁한 거래를 비교하였는바, 이는 거래의 성격과 대상이 전혀 다른 2개의 계약을 비교한 것이어서 앞서 본 정상거래의 범리에 비추어 올바른 비교에 해당한다고 볼 수 없음.

[기업집단 한진 소속 계열회사들의 부당지원행위 및 특수관계인에 대한 부당이익제공행위에 대한 건(대법원 2017. 9. 1. 선고 2017두36153 판결³⁾)]

□ 공정위가 특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위 심사지침에 따라 이 사건 김치거래에 관한 단계별 정상가격을 산정한 과정⁴⁾은 적법함

- (제1방법) 원고는 이 사건 골프장 내장객에게 판매한 거래내역을 바탕으로 정상가격을 산정하여야 한다고 주장하였으나, 그 거래규모가 김치거래의 전체규모 중 0.04% 내지 0.3%에 불과한 점, 이 사건 골프장이 회원제로 운영된 이상 그 구매자는 골프장 회원이거나 직원일 것으로 보여 특수관계 없는 제3자로 단정하기 어려움.
- (제2방법) 원고는 위원회가 생산시기, 투입재료, 배합방식, 생산방식 4가지 기준으로 유사한 김치를 판단한 데 대하여 김치의 맛, 김치의 브랜드 및 평판 등도 고려하여야 한다고 주장하였으나, 투입재료, 배합방식 및 생산방식 등은 객관적으로 확인하여 비교할 수 있는 점, 일반적으로 투입되는 재료의 품질이 그 식품의 품질에 상당한 영향을 미치는 점 등을 고려할 때, 위원회의 판단은 적법함.

3) 상고심(대법원 2022. 5. 12. 선고 2017두63993 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

4) 위원회의 이 사건 김치거래에 관한 정상가격 산정 단계는 다음과 같음.

- | |
|---|
| ○ 제1방법: <u>한위의 상대방과 거래한 상품과 농일·유사한 상품에 대하여 특수관계가 없는 제3자와 거래한 사례를 기준으로 정상가격 평가</u> ⇒ 사례 없음 |
| ○ 제2방법: <u>동일·유사한 상품에 대하여 특수관계가 없는 제3자와 거래한 사례를 기준으로 정상가격 평가</u> ⇒ 사례 없음 |
| ○ 제3방법: <u>통상 거래 당사자가 보편적으로 선택하였으리라고 보이는 현실적인 가격을 근거함으로써 정상 가격 추단</u> ⇒ 보다 우위의 조건에서 생산된 김치가격을 기준으로 합리적 조정 |

- (제3방법) 위원회는, 이 사건 김치에 비해 보다 우위의 조건에서 생산된 것으로 인정되는 김치(조선호텔김치) 가격을 합리적으로 조정하여 이 사건 김치 가격과 비교하였음. 이에 대해 원고는 재료조달비용이 가장 높은 김치(조선호텔김치)를 비교대상으로 선정한 것이 적절하지 않다고 주장하였으나, 일반적으로 높은 가격의 식재료가 보다 높은 품질을 가지는 점, 이 사건 김치는 등록되지 않은 생산시설에서 위생인증도 거치지 않은 채 생산된 점 등을 고려할 때 비교대상 선정은 적절함.

- 또한 원고는 가격에 영향을 주는 모든 거래조건에 관하여 합리적인 조정과정을 거쳐야 함에도, 김치의 품질에 영향을 주지 않는 거래조건에 한정하여 조정이 이루어져 위법하다고 주장하나, 조선호텔김치의 판매가에서 추단가를 더 하락시키는 내용으로 조정하는 경우 이 사건 결론에 영향이 없고, 달리 조선호텔김치의 추단가를 상승시킬 만한 요소를 찾아보기 어려운 이상 위원회의 조정과정이 적법함.

[기업집단 한진 소속 계열회사들의 부당지원행위 및 특수관계인에 대한 부당이익제공행위에 대한 건(대법원 2017. 9. 1. 선고 2017두36153 판결⁵⁾)]

□ 특수관계인에 대한 부당한 이익제공 행위 판단과 관련하여 특수관계인에 대한 귀속이익의 크기가 고려될 수 있음

- 이 부분 행위의 거래규모를 살펴보더라도 이 부분 행위가 상당히 유리한 조건의 거래라거나 그로 인한 부당한 이익이 원고 싸이버스카이에 귀속되었다고 보기 어려움. 즉, 원고 싸이버스카이가 2015. 2. 15.부터 2015. 11. 8.까지 이 부분 행위를 통하여 수취한 광고수익은 총 37,193,846원인바, 이는 원고 싸이버스카이의 2015년 총 매출액 6,996,000,000원의 0.5%, 당기순이익 561,000,000원의 6%에 그치는 수준이고, 피고가 주장하는 위반금액(위 총 광고수입의 10%에 해당하는 금액)은 3,719,384원으로 그 규모가 보다 미미하므로 이 정도 규모의 거래를 통하여 원고 대한항공, 싸이버스카이가 사익을 편취하고 경제력의 집중을 도모한 것으로 보기는 어려움.
- 마찬가지로, 2009. 1. 1.부터 2015. 3. 31.까지 이 부분 행위로 면제된 수수료는 총 152,802,000원으로 연간 약 24,448,320원에 그치는 수준임. 위기간(2015. 2. 15. ~ 2015. 3. 31.) 동안 면제된 수수료는 1,614,600원인데 이는 원고 싸이버스카이의 2015년 1개월 환산 매출액 583,000,000원의 약 0.27%에 불과함. 따라서 이 정도 규모의 거래를 통하여 원고 대한항공, 싸이버스카이가 사익을 편취하고 경제력의 집중을 도모한 것으로 보기는 어려움.

[기업집단 한진 소속 계열회사들의 부당지원행위 및 특수관계인에 대한 부당이익제공행위에 대한 건(대법원 2017. 9. 1. 선고 2017두36153 판결⁶⁾)]

5) 삼고심(대법원 2022. 5. 12. 선고 2017두53993 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

- 2015년 인력지원행위는 2013년 개정 공정거래법 제23조의2가 적용되는 것으로, 제23조의2 제1항 제1호에서 정한 ‘정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건보다 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위를 통하여 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위’에 해당함
- 다음과 같은 사정들을 고려하면, 2015년도 인력지원행위는 변칙적인 부의 이전 등을 통해 기업집단 하이트진로의 특수관계인을 중심으로 경제력 집중을 유지·심화시킬 우려가 있음.
 - 원고 서영은 기업집단 하이트진로의 지주회사인 하이트진로홀딩스 주식회사의 지분을 상당 비율 보유한 회사이고, 위 지주회사의 최대주주 박문덕의 2세인 박태영이 2007. 12. 28. 원고 서영의 주식 중 73%를 매수한 이후, 기업집단 하이트진로의 특수관계인이 원고 서영의 지분 대부분을 보유하였음. 이로써 원고 서영은 특수관계인이 기업집단 하이트진로에 대한 지배력을 유지·강화하고 경영권을 승계하는 토대가 되었음.
 - 원고 서영은 사업실적이 저조하고 대규모의 차입금 채무 등으로 재무상태가 열악하였는데, 2015년도 인력지원행위로 원고 서영에 파견된 직원들은 원고 서영이 신사업을 기획하고 실행하는데 핵심 역할을 담당하였음. 이러한 사정 등을 고려하면, 2015년도 인력지원행위의 주된 의도는, 원고들이 주장하는 바와 같이 기업집단 내 조직통합을 위해서라기보다, 원고 서영을 통해 특수관계인에게 이익을 귀속시킴으로써 경제력을 집중시키기 위함으로 보임.
 - 원고 서영은 2015.. 1. 1.부터 2015. 12. 31까지 원고 서영에 파견된 직원들이 받은 임금 중 약 60%만 부담하였고 나머지는 원고 하이트진로가 부담하였음. 원고 서영에 파견된 직원들은 원고 하이트진로에서 근무한 경력이 10년 이상인 인력으로, 만약 원고 하이트진로의 위와 같은 임금 보전이 없었더라면 파견에 응하지 않았을 것으로 보임. 또한 위 파견된 직원들이 원고 서영에서 신사업 구상 및 실행 등을 통하여 매출액을 늘리는 데에 핵심적인 역할을 담당한 점 등을 고려하면, 2015년도 인력지원행위로 인하여 특수관계인에게 귀속된 이익의 규모가 결코 작다고 볼 수 없음.

[하이트진로의 부당지원행위 등에 대한 건(서울고법 2020. 2. 12. 선고 2018누44595 판결⁷⁾)]

6) 상고심(대법원 2022. 5. 12. 선고 2017두63993 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

7) 상고심(대법원 2022. 5. 26. 선고 2020두36267 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

- 피고는 사익편취 행위가 행위객체에게 단순히 유리한 조건임을 넘어, 정상가격 추단 등 합리적 이유 없이 상당한 유리한 조건으로 이루어졌다는 점에 대해 구체적으로 입증이 필요함

- 마진율이 기준 대비 2.86배 수준으로 상승하였다는 것만으로는 이 부분 행위가 정상거래와 비교하여 상당히 유리한 조건의 거래라고 보기 어렵음. 즉, 이 부분 행위는 앞서 본 바와 같이 원고 싸이버스카이의 일반 통신판매 마진율(6%)과 판촉물 판매 마진율(3%)의 차이를 축소시키기 위한 것이었으므로, 종전에 손실을 보고 있던 거래의 마진율을 회복시킨 결과 그 이익률 증가치는 크게 나타날 수밖에 없음. 따라서 이 부분 행위로 인한 마진율 변화의 단순 증가치가 크다는 점 이외에 종전의 판촉물 매입가격이나 그 마진율이 정상적인 수준이었음에도 합리적인 이유 없이 상당히 증가된 것임이 증명되어야 할 것임.
- 그러나 피고는 이 사건 판촉물 거래구조 안에서 최초 거래 당시보다 다소 마진율이 증감할 가능성이 있음은 인정하면서도 그 적절한 증감 수준을 산출해 본 바 없고, 유사 사례를 선정하여 거래조건 등을 합리적으로 조정하는 과정을 거쳐 정상가격을 추단하는 과정도 없이 단순히 마진율이 2.86배나 증가할 가능성은 없다고 주장하고 있을 뿐이므로, 정상거래와 비교하여 상당히 유리한 조건의 거래라는 점이 충분히 증명되었다고 볼 수 없음.

[기업집단 한진 소속 계열회사들의 부당지원행위 및 특수관계인에 대한 부당이익제공행위에 대한 건(대법원 2017. 9. 1. 선고 2017두36153 판결⁸⁾]

나. 합리적 고려나 비교 없는 상당한 규모의 거래(제1항 제4호)

- 위원회가 자원객체의 매출액, 지원객체가 속한 시장의 구조, 해당 시장에 속한 통상적 사업자의 매출액 등을 고려하여 이 사건 거래가 '상당한 규모'임을 판단한 것은 적법함

- 피고가 ① 원고 메르랭이 2014. 7. 1.부터 2016. 9. 29.까지 이 사건 와인거래를 통해 매출액 약 46억 원 상당의 거래를 하였는데, 이는 같은 기간 원고 메르랭의 전체 매출액 약 79억 원 중 약 58%이고, 소매매출액을 기준으로는 약 79%에 이르는 규모로서 그 비중이 상당하며 이는 공정거래법 시행령 제38조 제3항 관련 [별표 1의3] 4. 단서에서 상당한 규모에 해당하지 않는 기준으로 규정하고 있는 행위객체 평균매출액의 12%에 비해 현저히 높은 수준인 점, ② 당시 국내 와인 수입·유통 시장은 500여 개 사업자가 경쟁하고 있는 중소기업 중심의

8) 상고심(대법원 2022. 5. 12. 선고 2017두63993 판결)은 이러한 워싱판결에 위법이 없다고 판시함

시장으로서 다수의 선택 가능성이 존재하였는데 계열회사들이 오로지 舊마르뱅 및 원고 메르뱅으로부터만 와인을 구매한 점은 일반적이라고 보기 어려운 점. ③ 이 사건 와인거래 기간이 2년을 초과하고, 원고 메르뱅이 그 기간 계열회사들에게 판매한 와인 금액 합계가 약 46억 원으로서 2014년 기준 와인 도·소매업종을 영위하는 중위업체의 평균 매출액 이상인 점 등을 고려하여 이 사건 거래가 상당한 규모임을 판단한 것은 적법함. 단, 이와 관련하여 이 사건 와인거래의 규모가 상당한지 여부는 행위주체인 원고 회사들별로 개별적으로 판단하여야 한다는 원고의 주장은 배척함.

[기업집단 태광 소속 계열회사들의 특수관계인에 대한 부당한 이익제공 행위에 대한 건(서울고법 2022. 2. 17. 선고 2019누58706 판결⁹⁾)]

다. 특수관계인의 지시·관여(제4항)

1) 판단기준

- 특수관계인이 부당한 이익제공행위에 '관여'하였는지 여부는, 제반 사정을 종합하여 판단하여야 하며, 특수관계인은 기업집단에 대한 영향력을 이용하여 다양한 방식으로 간접적으로 관여할 수 있음
- 공정거래법은 특수관계인이 기업집단에 대하여 가지는 영향력을 고려하여 특수관계인의 이익제공행위에 대한 '지시'뿐만 아니라 '관여'까지 금지하고 있는데, 위 각 호의 이익제공 행위는 직접적인 제공뿐만 아니라 간접적 제공도 가능하고(대법원 2022. 11. 20. 선고 2021두35759 판결 참조), 특수관계인이 부당한 이익제공행위에 '관여'하는 방법 역시 마찬가지이므로, 특수관계인이 계열회사의 임직원 등에게 부당한 이익제공행위를 장려하는 태도를 보였거나, 특수관계인이 해당 거래의 의사결정 또는 실행과정에서 계열회사의 임직원 등으로부터 부당한 이익제공행위와 관련된 보고를 받고 이를 명시적 또는 묵시적으로 승인하였다면 그 행위에 관여한 것으로 평가할 수 있음.
- 특수관계인이 부당한 이익제공행위에 '관여'하였는지 여부는, 행위주체와 행위 자체 및 특수관계인의 관계, 행위의 동기와 경위, 행위의 내용 및 결과, 해당 행위로 인한 이익의 최종 귀속자가 누구인지, 특수관계인이 부당한 이익제공행위의 의사결정 또는 실행과정에서 법률상 또는 사실상 관여할 수 있는 지위에 있었는지, 특수관계인 외에 실행자가 있는 경우 실행자와 특수관계인의 관계 및 평소 권한 위임 여부, 실행자가 특수관계인의 동의나

9) 상고심(대법원 2023. 3. 16. 선고 2022두38113 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

승인 없이 해당 행위를 하는 것이 법률상 또는 사실상 가능한지, 해당 행위를 할 동기가 있는지 여부 등 제반 사정을 종합하여 판단하여야 함. 이 때 특수관계인은 기업집단에 대한 영향력을 이용하여 다양한 방식으로 간접적으로 관여할 수 있다는 점도 고려할 필요가 있음.

[기업집단 태광 소속 계열회사들의 특수관계인에 대한 부당한 이익제공 행위에 대한 건(대법원 2023. 3. 16. 선고 2022두38113 판결¹⁰⁾)]

2) 구체적 사안

- 기업집단 태광의 의사결정과정, 메르뱅의 이익의 귀속, 이호진의 평소 태도 등을 고려할 때, 원고 이호진은 이 사건 외인거래에 관여하였다고 볼 수 있음
- 다음과 같은 사정을 종합할 때, 원고 이호진은 이 사건 외인거래에 관여하였다고 볼 여지가 많음.
 - 이 사건 외인거래 역시 사실상 기업집단 태광 소속의 전 계열사가 특수관계인 지분이 매우 높은 회사에 장기간에 걸쳐 부당한 이익을 제공한 것인데, 기업집단 태광의 의사결정과정에서 지배적 역할을 한 원고 이호진이 모르는 상황에서 이루어졌다고 보기 어려움. 특히 외인거래를 시작한 지 얼마 되지 않은 원고 메르뱅이 계열회사에 사실상 구매를 강제한 거래이므로, 원고 이호진의 승인 없이 이루어지기 쉽지 않았을 것임.
 - 이 사건 외인거래는 원고 메르뱅에 안정적 이익을 제공하여 원고 이호진 등 특수관계인에 대한 변칙적 부의 이전에 기여하였고, 그 후 특수관계인의 지분이 구 티사스에 증여됨으로써 특수관계인의 기업집단 태광에 대한 지배력 강화, 이현준으로의 경영권 승계에도 기여하였음. 원고 메르뱅의 이익은 원고 이호진 일가의 경제적 이익과 직결되므로, 원고 이호진은 원고 메르뱅의 이익 또는 수익구조에 관심이 많을 수밖에 없음.
 - 이 사건 외인거래로 인하여 원고 메르뱅에 귀속된 이익이 적지 않고, 이 사건 외인거래 매출액이 원고 메르뱅 매출액에서 차지하는 비율 등을 고려하면, 이 사건 외인거래는 원고 네르뱅의 자신증대 및 이를 통한 특수관계인의 자산 증대에 상당히 기여하였다고 볼 수 있음.
 - 원고 이호진이 평소 특수관계인 지분이 높은 회사에 대한 계열회사의 이익제공행위를 장려하는 태도를 보이지 않았다면, 기업집단 태광 소속 임직원들이 원고 이호진 일가

10) 파기환송심(2023누37799) 진행 중

소유회사가 요구하는 사항을 거부할 수 없는 분위기가 조성되지 않았을 것임. 실제 원고 이호진은 '그룹 시너지'가 중요 평가항목으로 포함된 계열회사 및 경영진에 대한 평가기준을 승인함으로써 계연회사 경영진으로 하여금 내부거래 특히 원고 이호진 일가 지분이 높은 원고 메르뱅 등을 지원할 동기를 부여하기도 하였음. 김기유나 경영기획실이 원고 이호진 몰래 이 사건 와인거래를 할 동기를 생각하기 어렵고, 오히려 원고 이호진으로부터 좋은 평가를 받기 위해 이 사건 와인거래의 경과 등을 보고하여 자신들의 성과로 인정받으려 하였을 것임.

[기업집단 태광 소속 계열회사들의 특수관계인에 대한 부당한 이익제공 행위에 대한
건(대법원 2023. 3. 16. 선고 2022두38113 판결¹¹⁾)]

11) 파기환송심(2023누37799) 진행 중

3. 부당성 판단

- 공정거래법 제47조 위반 여부 판단 시 제1항 각 호의 행위 총족 여부와는 별도로 ‘특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는지 여부’에 대한 규범적 평가가 필요함
 - 공정거래법 제23조의2의 규정 내용, 입법 경위 및 입법 취지 등을 고려하면, 공정거래법 제23조의2 제1항 제1호에서 금지하는 특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위에 해당하려면, 제1호의 행위에 해당하는지 여부와는 별도로 그 행위를 통하여 특수관계인에게 귀속된 이익이 ‘부당’한지에 대한 규범적 평가가 아울러 이루어져야 함.
 - 여기에서 말하는 ‘부당성’이란, 이익제공행위를 통하여 그 행위객체가 속한 시장에서 경쟁이 제한되거나 경제력이 집중되는 등으로 공정한 거래를 저해할 우려가 있을 것까지 요구하는 것은 아니고 행위주체와 행위객체 및 특수관계인의 관계, 행위의 목적과 의도, 행위의 경위와 그 당시 행위객체가 처한 경제적 상황, 거래의 규모, 특수관계인에게 귀속되는 이익의 규모, 이익제공행위의 기간 등을 종합적으로 고려하여, 변칙적인 부의 이전 등을 통하여 대기업집단의 특수관계인을 중심으로 경제력 집중이 유지·심화될 우려가 있는지 여부에 따라 판단하여야 함.
[기업집단 현진 소속 계열회사들의 부당지원행위 및 특수관계인에 대한 부당이익제공행위에 대한 건(대법원 2017. 9. 1. 선고 2017두36153 판결¹²⁾]
- * 같은 취지: 하이트진로(주) 및 삼광글拉斯(주)의 부당지원행위에 대한 건(대법원 2022. 5. 26. 선고 2020두36267 판결)]
- 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는지 여부를 판단함에 있어 지원주체와 객체 및 특수관계인의 관계, 거래의 경위·목적·의도·규모뿐만 아니라 특수관계인에게 귀속되는 이익의 규모 등을 종합적으로 고려하여야 함
- 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 경우 지원행위의 부당성이 문제되는 것임에 반하여 구 공정거래법 제23조의2 제1항은 이의 부당성이 문제되는 것이어서 이를 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 위법성 판단기준과 동일한 평면에서 논의할 수는 없음. 부당이라는 개념은 특수관계인에게 귀속되는 이익의 허용 여부에 대한 규범적 가치판단을 가능하게 하는 기능을 수행한다는 점에서 특수관계인에게 귀속되는 이익의 부당성은 특수관계인에 대한 이익의 귀속에 합리적인 이유가 있는지 여부를 기준으로 판단되어야 함. 아울러 이를

¹²⁾ 상고심(대법원 2022. 5. 12. 선고 2017두63993 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

판단함에 있어서 특수관계인에게 귀속되는 이익이 거의 없거나 과소하다고 평가될 수 있는 정도까지 부당한 이익으로 평가하는 것은 과잉금지의 원칙에 위배될 소지가 있나는 점에서 부당한 이익을 판단함에 있어서 이익의 규모도 고려되어야 함.

- 구 공정거래법 제23조 제1항에서 '특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위'인지 여부는 지원주체 및 지원객체와 특수관계인의 관계, 거래 당시 지원객체가 처한 경제적 상황, 거래의 경위, 거래의 목적과 의도, 거래의 규모, 특수관계인에게 귀속되는 이익의 규모 등을 종합적으로 고려하여 특수관계인에 대한 이익의 귀속에 합리적인 이유가 있는지를 기준으로 판단되어야 할 것이고, 특수관계인에게 부당한 이익이 귀속되었다는 점에 대하여는 피고가 증명책임을 부담한다고 보아야 함.

[기업집단 효성 소속 계열회사들의 특수관계인에 대한 부당이익제공행위 및 부당지원행위에 대한 건(서울고법 2021. 1. 28. 선고 2018누52497 판결¹³⁾)]

□ 공정위는 원고의 사익편취 행위가 정상거래에 비추어 얼마나 부당한지 등 구체적으로 입증할 책임이 있음

- 공정거래법 제23조의2 제1항 제1호의 부당한 이익제공 행위가 성립하려면 당해 거래와 동일한 실제 사례를 찾거나 또는 당해 거래와 비교하기에 적합한 유사한 사례를 선정한 후 그 사례와 당해 거래 사이에 가격에 영향을 미칠 수 있는 거래조건 등의 차이가 존재하는지를 살펴 이를 합리적으로 조정하는 과정을 거쳐 정상가격을 추단하여야 하고, 거래의 등기, 거래의 방식, 거래의 규모, 귀속되는 이익의 규모, 거래의 경제적 효과 등을 고려하여 그러한 행위로 인하여 사익 편취를 통한 경제력 집중이 발생할 우려가 있는지를 기초로 부당성 여부를 판단하여야 하며, 이에 관한 증명책임은 어디까지나 시정명령 등 청문의 적법성을 주장하는 공정거래위원회에 있다고 할 것임. (중략)
- 피고는 이 부분 행위에 대하여 원고 대한항공과 원고 싸이버스카이 간의 정상거래가 어느 정도 범위인지를 밝히지 못한 채 단순히 원고 싸이버스카이가 싸이버 스카이숍의 광고수익 전액을 가지는 것은 부당하다고 주장하나, 이는 앞서 본 증명책임의 법리에 반하여 위 원고들에게 증명책임을 전환하는 것이어서 이를 그대로 받아들이기 어려움.

[기업집단 한진 소속 계열회사들의 부당지원행위 및 특수관계인에 대한 부당이익제공행위에 대한 건(대법원 2017. 9. 1. 선고 2017두36153 판결¹⁴⁾)]

13) 상고심(대법원 2022. 11. 10. 선고, 2021두35759 판결)은 원고의 상고를 기각함

14) 상고심(대법원 2022. 5. 12. 선고 2017두63993 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

□ 이 사건 와인거래의 배경, 경위, 규모 등에 비추어 볼 때, 특수관계인에게 부당한 이익이 귀속된 경우에 해당함

- 이 사건 와인거래는 경영기획실의 지시 아래 원고 회사들이 모두 참여하여 이루어졌고, 이는 원고 메르랭의 안정적인 거래처 확보를 통해 영업이익을 증대시키기 위한 것으로 보이는 점, 원고 메르랭을 제외한 원고 회사들은 와인의 품질이나 가격, 거래 조건 등에 관한 합리적인 고려나 검토 없이 이 사건 와인거래를 한 점, 이 사건 와인거래의 규모가 원고 메르랭의 매출 규모에 비추어 상당하여, 이를 극히 미미한 정도에 불과하다고 볼 수 없는 점 등을 종합하여 볼 때, 이 사건 와인거래를 통하여 원고 티시스에게 경제력 집중이 발생할 가능성이 있고, 귀속되는 이익의 규모도 극히 미미하여 ‘특수관계인에게 부당한 이익이 귀속’된 경우에 해당하지 않는다는 원고의 주장은 받아들일 수 없음.

[기업집단 태광 소속 계열회사들의 특수관계인에 대한 부당한 이익제공 행위에 대한 건(서울고법 2022. 2. 17. 선고 2019누58706 판결¹⁵⁾)]

15) 상고심(대법원 2023. 3. 16. 선고 2022두38113 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

VIII**사업자단체금지행위**
(법 제51조, 구법 제26조)

VIII. 사업자단체금지행위(법 제51조, 구법 제26조)

1. 사업자단체 개요

가. 개념

- 사업자단체는 그 형태 여하를 불문하고 2이상의 사업자가 공동의 이익을 증진할 목적으로 조직한 결합체 또는 그 연합체를 말함
 - 독점규제 및 공정거래에 관한 법률은 그 제2조 제4호에서 사업자단체를 그 형태 여하를 불문하고 2 이상의 사업자가 공동의 이익을 증진할 목적으로 조직한 결합체 또는 그 연합체를 말한다고 규정함.
[텐커뮤니티의 기타 불공정거래행위 건(대법원 2008. 2. 14. 선고 2005두1879 판결)]
 - 사업자단체는 반드시 사업자만으로 구성될 것을 요하는 것이라 할 수 없으므로, 원고의 전체 회원 중 약 7%가 사업자가 아닌 약대생 회원이라 하더라도 공정거래법의 적용대상인 사업자단체에 해당함
 - 공정거래법 제2조 제4호 소정의 사업자단체과 같은 그 형태 여하를 불문하고 사업자가 공동의 이익을 목적으로 개별 구성사업자와는 구별되는 단체성, 조직성을 갖춘 결합체 또는 연합체를 의미하는 것으로서, 위와 같은 요건을 충족하는 경우에는 반드시 사업자만으로 구성될 것을 요하는 것이라 할 수는 없으므로, 원고의 주장과 같이 원고의 전체 회원 3,246명 중 약 7%의 해당하는 239명이 사업자가 아닌 약대생 회원이라 하더라도, 이러한 사정이 원고의 공정거래법상 사업자단체 인정에 어떠한 영향을 미친다고 보기는 어려움.
[약사의 미래를 준비하는 모임의 사업자단체금지행위에 대한 건(서울고법 2017. 7. 6. 선고 2017누31516 판결¹⁾]

1) 상고심(대법원 2017. 11. 9. 선고 2017두53972 판결)은 심리불속행 기각함

나. ‘공동의 이익’의 의미

- 사업자단체에서 말하는 공동의 이익이라 함은 구성사업자의 경제활동상의 이익을 말하고 단지 친목, 종교, 학술, 조사, 연구 사회활동만을 목적으로 하는 단체는 이에 해당하지 않음
- 사업자단체에서 말하는 공동의 이익이라 함은 구성사업자의 경제활동상의 이익을 말하고 그 이익이 구성원 전원에 대하여 공동일 필요는 없고, 일부에 대하여만 이익이 되는 것으로 족하고, 단지 친목, 종교, 학술, 조사, 연구 사회활동만을 목적으로 하는 단체는 이에 해당하지 않음. 또한, 사업자단체에 참가하는 개별 구성사업자는 독립된 사업자이어야 하므로, 개별 사업자가 그 단체에 흡수되어 독자적인 활동을 하지 않는 경우에는 사업자단체라고 할 수 없고, 사업자단체로 되기 위해서는 개별 구성사업자와는 구별되는 단체성, 조직성을 갖추어야 함.

[텐커뮤니티의 기타 불공정거래행위 건(대법원 2008. 2. 14. 선고 2005두1879 판결)]

- 경남지역에서 유일한 매매조합인 원고가 신규가입비를 인상하여 비구성사업자의 가입을 어렵게 한 행위는 신규 매매업자의 시장 진입을 제한하여 현재 또는 장래의 사업자 수를 제한하는 행위에 해당함
- ① 매매조합의 비구성사업자는 구성사업자에 비해 자동차거래에 필요한 일련의 정보조회나 행정절차적 사항을 처리하는 데 있어서 매우 불리하고 또한 매매조합을 매번 방문하여 자동차거래와 관련한 각종 업무를 처리해야 하는 불편이 있는 점, ② 한편 원고는 경남지역에서 유일한 매매조합인 점, ③ 이로 인하여 2011년에는 경남지역 전체 자동차 매매업자 329명 중 309명이 원고의 구성사업자로 가입되어 있었고, 2012년에는 경남지역 전체 자동차매매업자 340명 중 308명이 원고의 구성사업자로 가입되어 있었으며, 2013. 4.경에서는 경남지역 전체 자동차매매업자 311명 중 308명이 원고의 구성사업자로 가입되어 있었던 점, ④ 원고는 원고의 비구성사업자가 원고에게 신규로 가입하는 것을 제한하기 위한 목적으로 이사회 및 정기총회에서 신규가입비를 인상하기로 결의하고 이를 구성 사업자에게 통지한 점, ⑤ 원고가 신규가입비를 큰 폭으로 인상시킨 2012년의 경우 신규 구성사업자 수가 전에 비하여 크게 감소하였고 전체 회원수도 309명에서 308명으로 감소한 점 등을 종합하여 보면, 비록 비구성사업자의 원고에 대한 가입이 강제되는 것은 아니라고 하더라도 원고가 신규가입비를 인상하여 비구성사업자의 원고에 대한 가입을 어렵게 한 원고의 행위는 신규 매매업자의 시장 진입을 제한하여 경남지역의 자동차매매업 시장에서 현재 또는 장래의 사업자 수를 제한하는 행위에 해당한다고 볼이 상당함.

- ① 현실적으로 매매업자는 제시·매도신고를 원활하게 수행하기 위해서는 매매사업조합에 가입한 수밖에 없으며 실제로도 경남 지역 대부분의 매매업자가 원고에게 가입되어 있는 점, ② 원고는 회원이 증가하는 상황에서 기존 구성사업자의 기득권을 보호하고 신규회원 가입을 제한할 목적으로 신규가입비를 계속적으로 인상하여 타 시·도 매매사업조합에 비해 상대적으로 높은 수준의 신규가입비 액수까지 인상한 점, ③ 원고의 신규가입비 인상으로 실제로 산구 구성사업자 수가 감소하였고 이와 같이 신규사업자의 시장진출이 제한됨으로써 사업자간 경쟁을 통하여 소비자가 누릴 수 있는 중고자동차 관련 판매가격, 서비스 등에 대한 선택의 폭이 제한되었으며 이로 인하여 기존 원고의 구성사업자가 이익을 취한 것으로 보이는 점, ④ 아래에서 보는 바와 같이 원고의 이 사건 위반행위가 장기간에 걸쳐 이루어진 점, ⑤ 이 사건 처분 이전에 원고 스스로 가입비 인상액을 감액하였다는 사정은 이 사건 위반 행위 이후의 사후적인 사정에 불과할 뿐 아니라 피고는 원고가 2013. 7. 2. 이후 신규가입비를 1,000만 원에서 800만 원으로 인하하였음을 고려하여 2차 조정에서 1차 조정 산정기준의 20%를 감경하고 원고의 부담능력을 감안하여 2차 조정 산정기준의 20%를 감경하는 등 상당한 액수의 과징금을 감경하기도 하였던 점 등을 종합하여 보면, 피고가 원고의 이 사건 행위를 중대한 위반행위로 평가하여 부과기준율 40%를 적용한 것이 부당하다고 할 수는 없음.
- 원고의 비구성사업자가 원고에게 신규로 가입하는 것을 제한할 목적으로 2010년부터 원고의 이사회 및 정기총회에서 신규가입비를 인상하기로 결의한 사실, 2010년의 신규가입비 인상에도 불구하고 신규구성사업자 수가 계속 증가하자 2011년과 2012년, 재차 신규 가입비를 인상한 사실을 인정할 수 있는바, 이러한 행위는 범 제26조 제2호 소정의 현재 또는 장래의 사업자 수를 제한하는 행위에 해당하므로 피고가 위반행위의 기산점이 원고가 2010년 정기총회를 개최하고 확정된 결의사항을 구성사업자에게 통지한 2010. 2. 23.임을 전제로 이 사건 처분을 한 것은 적법함.

[경상남도자동차매매사업조합의 사업자단체금지행위에 대한 건(서울고법 2014. 7. 10. 선고 2014누44658 판결²⁾]

2) 상고심(대법원 2014. 10. 30. 선고 2014두39524 판결)은 심리불속행 기각함

다. 구성사업자와의 관계

- 사업자단체로 되기 위해서는 개별 구성사업자는 구별되는 단체성, 조직성은 갖추어야 하므로 독자적인 명칭, 내부규약, 대표자 등을 가져야 함
- 사업자단체에 참가하는 개별 구성사업자는 독립된 사업자이어야 하므로 개별 사업자가 그 단체에 흡수되어 독자적인 활동을 하지 않는 경우에 사업자단체라고 할 수 없으며, 사업자단체로 되기 위해서는 개별 구성사업자는 구별되는 단체성, 조직성은 갖추어야 하므로 독자적인 명칭, 내부규약, 대표자 등을 가져야 함.
[텐커뮤니티]의 기타 불공정거래행위 건(대법원 2008. 2. 14. 선고 2005두1879 판결]

라. 사업자단체의 판단(행위의 실질적 주도)

- 원고는 법 소정의 사업자단체로서 이 사건 행위를 실질적으로 주도한 것으로 평가되므로, 대표자회의가 아니라 원고가 처분의 상대방임
- 대표자회의 회원과 임원은 모두 원고의 회원으로, 그 조직도상 대표자회는 원고의 하부조직으로 표시되며(을 제9호증 참조), 특히 대표자회의 회장은 원고의 제3부 회장을 겸하고, 그 분담업무를 처리하기 위하여 원고의 임원인 기공이사, 기자재이사, 섭외이사, 체육이사를 그 아래에 두고 있는 점, 원고의 회장단회의에서 기공요금인상안을 발의하여 그 시행일시를 미리 정하였고, 그 인상안 마련에 드는 수가조사비용, 회의개최비용 등 경비를 대표자회의 예산으로 지원하도록 하였으며, 대표자회의 회의 결과 마련된 인상안을 원고의 회장단회의에서 확정하였고, 인상안이 반영된 수가표의 작성 및 회원에 대한 배부가 원고에 의해 행해진 점, 기공요금의 인상이 치과기공소를 영위하는 치과기공사의 이해에만 관련된 문제로는 보기 어려운 점 등의 사정을 종합하여 보면, 원고는 법 소정의 사업자단체로서 이 사건 행위를 실질적으로 주도한 것으로 평가되므로, 대표자회의가 아니라 원고가 처분의 상대방임.

[부산광역시 치과기공사회의 사업자단체금지행위 건(서울고법 2009. 6. 3. 선고 2008누25403 판결³⁾)]

3) 상고심(대법원 2009. 9. 10. 선고 2009누9888 판결)은 심리불속행 기각함

- 사업자단체의 운영위원들이 SNS 등 매체를 통하여 의견을 취합하는 방식으로 의사결정을 하고 공문발송 등의 업무를 처리하여 온 사실이 인정되는바 소속 의사들의 개별적 행위가 아닌 사업자단체인 원고 전국의사총연합의 행위에 해당함
- 원고는 2012. 2.경 한국필의료재단에, 2014. 6. 13. 녹십자의료재단에, 2014. 7. 9. 씨젠의료재단에 각 그 명의의 공문을 발송하였고, 이에 따라 한국필의료재단이 2012. 4. 20. 녹십자의료재단이 2014. 6. 13. 씨젠의료재단이 2014. 7. 10. 각각 원고에게 회신 공문을 보낸 사실이 인정되므로 원고가 아닌 소속 의사들의 개별적 행위에 불과하다는 취지의 원고의 위 주장은 이유 없음.

[전국의사총연합의 사업자단체금지행위에 대한 건(서울고법 2017. 8. 17. 선고 2017누45232 판결⁴⁾]

마. 구체적 사안

- 원고는 자기의 징계관리규정에 대리운전고객에 대한 무료이용 관련 문자발송 등 금지, 고객 소개 업소에 대한 대가지급 제한, 영업번호 등 변동사항에 대한 사전 승인 등 규정을 두고 이를 시행하여 구성사업자의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하였음
- 이 사건 행위로 인한 공정한 경쟁제한의 정도가 미약하거나 구성사업자들의 피해가 경미하다고 보기 어려운 점, 원고가 이미 피고로부터 이 사건 처분과 유사한 내용의 공정거래법 위반행위 금지명령을 받았음에도 징계관리규정을 개정하여 개별 사업자들에 대한 사업내용 및 활동의 제한을 강화한 점, 원고의 연간 예산액 대부분이 대리운전기사 수송버스 운영경비로 지출되고 부채가 자산을 초과한 사정 등이 과징금 부과단계에서 이미 반영되어 과징금이 대폭 감경된 점 등 제반 사정을 종합하여 보면 이 사건 과징금 납부명령에 그 기초가 되는 사실을 오인하거나 바례의 원칙을 위반한 잘못이 있다고 보기 어려움.

[대구대리운전협회의 사업자단체금지행위 건(서울고법 2014. 10. 31. 선고 2014누51182 판결⁵⁾]

4) 상고심(대법원 2017. 12. 27. 선고 2017두60765 판결)은 심리불속행기각

5) 상고심(대법원 2015. 3. 12. 선고 2014두45840 판결)은 심리불속행 기각함

□ 서비스업 기타 사업을 행하는 사업자인 의사들이 구성원이 되어 공동의 이익을 증진할 목적 등을 갖고 의료법에 의하여 조직된 사단법인 대한의사협회는 공정거래법의 적용대상인 사업자단체에 해당함

- 공정거래법 적용대상인 사업자단체과 함은 2이상의 제조업, 서비스업, 기타 사업을 행하는 자가 공동의 이익을 증진할 목적으로 조직한 결합체 또는 연합체를 말한다 할 것인바, 사단법인 대한의사협회는 의료법 제26조 제1항에 의하여 설립된 의사회의 중앙회로서, 그 정관에서 사회복지와 국민건강증진 및 보건향상에 기여하기 위한 의도의(醫道義) 양양, 의학·의술의 발전보급 외에도 '의권 및 회원권의옹호' 등을 그 목적으로 내세우는 한편 의도의 양양과 의권신장에 관한 사항 등을 그 사업내용으로 규정하고 있는 바, 위와 같이 서비스업 기타 사업을 행하는 사업자인 의사들이 구성원이 되어 공동의 이익을 증진할 목적 등을 가지고 의료법에 의하여 조직된 사단법인 대한의사협회는 공정거래법의 적용대상인 사업자단체에 해당함.

[대한의사협회의 사업자단체금지행위 건(대법원 2003. 2. 20. 선고 2001두5347 전원합의체 판결)]

□ 서비스업 기타 사업을 행하는 사업자인 병원의 대표자들이 구성원이 되어 공동의 이익을 증진할 목적 등을 가지고 의료법에 의하여 조직된 사단법인 대한병원협회는 공정거래법의 적용대상인 사업자단체에 해당함

- 사단법인 대한병원협회는 의료법 제30조, 제41조에 의한 병원급 이상 의료기관, 국공립병원 및 군병원의 병원장 또는 그 의료책임자로 구성된 법인으로서 그 정관에서 병원의 권리보호 및 발전에 관한 사항, 관계기관에 대한 건의 및 협의에 관한 사항 등을 그 사업내용으로 규정하고 있는 바, 위와 같이 서비스업 기타 사업을 행하는 사업자인 병원의 대표자들이 구성원이 되어 공동의 이익을 증진할 목적 등을 가지고 의료법에 의하여 조직된 사단법인 대한병원협회는 공정거래법의 적용대상인 사업자단체에 해당함.

[대한병원협회의 사업자단체금지행위 건(대법원 2003. 2. 20. 선고 2001두5057 판결)]

□ 원고 까치회 등은 부동산중개업자들의 결합체로서 독자적 명칭과 조직을 갖추고 의사결정절차 및 강제력을 갖는 윤리규정을 시행한바, 사업자단체에 해당됨

- 원고 까치회 등은 부동산중개업자인 회원 상호간의 친목도모와 부동산거래질서 확립 및 부동산 중개업자 회원의 공동이익 증진 등을 목적으로 하여 성남시 분당구의 동 또는 마을 단위로 1998년 2월경부터 1999년 사이에 설립된 부동산 중개업자들의 결합체로서, (비록

원고 까치회 등의 각 회가 그 내부규약이나 정관을 별도로 갖고 있지 아니하는 경우는 있으나, 각 회는 소유하는 재산이 없음에도 불구하고⁶⁾ 독자적인 명칭을 갖고 있고, 그 대표자로 회장과 그 아래 부회장, 총무 등 조직을 갖추고 있으며, 총회 및 임시총회에서 주요 의사결정을 하는 등 의사결정절차를 두고 있고, 분당지역 13개 부동산중개업자친목회 전·현직 회장 등이 중심이 되어 결성된 점, 원고 친목회들은 그 연합체 성격의 한마음회에서 윤리규정을 제정하고 그 산하단체로 볼 수 있는 원고 까치회 등의 각 회에서 그 회원들에 대한 강제력을 갖는 윤리규정을 시행하고, 그 산하 단체로 볼 수 있는 각 회에서 그 회원들에 대한 강제력을 갖는 윤리규정을 시행한 점, 원고 정자회 등의 경우에는 위 윤리규정 제정 전에 자체 회칙과 윤리규정을 갖추고 있었던 점 등에 비추어 보면 원고 까치회 등이 공정거래법 제2조4호와 제26조 소정의 사업자단체에 해당됨.

[텐커뮤니티의 기타 불공정거래행위 건(대법원 2008. 2. 14. 선고 2005두1879 판결)]

- 원고(대구유치원연합회)가 그 기본적 속성에 비영리적인 점이 있다고 하더라도 입학금 등을 받고 그 대가로 교육에 임하는 기능 및 행위와 관련하여서는 '사업자' 및 '사업자단체'로서의 특성 및 측면이 있다고 보아야 할 것임
- 원고(대구유치원연합회)는 서비스업 기타 사업을 행하는 사업자인 대구지역 사립유치원 운영자(원장 및 설립자)들이 구성원이 되어 공동의 이익을 증진할 목적 등을 가지고 조직된 단체이므로, 법의 적용대상인 사업자단체에 해당한다고 볼 것임. 비록 원고 및 구성사업자들이 관할 교육장 등의 지도, 감독을 받고 있다거나 원고의 구성원들이 유아교육이라는 공익적 임무를 수행하고 원고는 그들이 결성한 단체로서 그 기본적 속성에 비영리적인 점이 있다고 하더라도 입학금 등을 받고 그 대가로 교육에 임하는 기능 및 행위와 관련하여서는 '사업자' 및 '사업자단체'로서의 특성 및 측면이 있다고 보아야 할 것임.

[대구유치원연합회의 사업자단체금지행위건(서울고법 2007. 1. 11. 선고 2006누653 판결⁷⁾)]

6) 원심(서울고법 2004. 10. 21. 선고 2003누12693 판결)에서 판시한 내용임

7) 상고심(대법원 2007. 4. 27. 선고 2007두3985 판결)은 심리불속행 기각함

2. 행위 유형

가. 법 제40조 제1항(구법 제19조 제1항) 각 호의 행위에 의하여 부당하게 경쟁을 제한하는 행위(제1항 제1호)

1) 성립요건 및 판단기준

□ 제26조 제1항 제1호 소정의 '사업자단체의 금지행위'는 사업자단체가 부당하게 경쟁을 제한하는 법 제19조 제1항 각호에 규정된 행위를 할 것을 결정하고 구성원 간에 그 의사결정을 준수하여야 한다는 공동인식이 형성됨으로써 성립함

○ 제26조 제1항 제1호 소정의 '사업자단체의 금지행위'는 사업자단체가 부당하게 경쟁을 제한하는 법 제19조 제1항 각호에 규정된 행위를 할 것을 결정하고 사업자단체의 구성원 간에 그 사업자단체의 의사결정을 준수하여야 한다는 공동인식이 형성됨으로써 성립한다고 할 것이고, 사업자단체의 구성원이 사업자단체의 의사결정에 따른 행위를 현실적으로 하였을 것을 요하는 것은 아님.

[전국학생복발전협의회 외 20의 사업자단체금지행위 건(대법원 2006. 11. 24. 선고 2004두10319 판결)]

□ 사업자단체의 가격 결정·유지·변경 행위 등이 부당하게 경쟁을 제한하는 것인지 여부는 사업자단체의 시장점유율, 경쟁자의 수와 공급여력, 대체성 등 여러 사정을 종합하여 판단하여야 함

○ 법 제26조 제1항 제1호, 제19조 제1항 제1호, 동항 제2호는 사업자단체가 가격을 결정·유지·변경하는 행위를 하거나 상품 또는 용역의 거래조건이나 그 대금 또는 대가의 지급조건을 정하는 행위에 의하여 부당하게 경쟁을 제한하는 행위를 금지하고 있는 바, 여기에서 사업자단체의 위와 같은 행위가 부당하게 경쟁을 제한하는 것인지 여부는 사업자단체의 시장점유율, 경쟁자의 수와 공급여력, 대체성 등 여러 사정을 종합하여 판단하여야 함.

[동양시멘트레미콘 개인사업자협의회가 결의를 통하여 개별적으로 동양시멘트와의 레미콘 운송계약 체결을 금지한 사건에 대한 민사 판결문(대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다42605 판결)]

2) 부당성 배제 사유

- 사업자단체에 의한 가격결정행위가 일정한 거래분야의 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위에 해당하더라도 경쟁의 제한 정도에 비해 법 제19조 제2항 각호에 정해진 목적 등에 이바지하는 효과가 상당히 커서 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모한다는 법의 궁극적인 목적에 실질적으로 반하지 아니하는 예외적인 경우에 해당한다면, 부당한 가격제한행위라고 할 수 없음
- 공정거래법 제19조 제1항은 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 '가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위' 등을 부당한 공동행위로서 금지하고, 제2항은 제1항의 부당한 공동행위에 해당하더라도 일정한 목적을 위하여 행하여지는 경우로서 공정거래위원회의 인가를 받은 경우에는 제1항의 적용을 배제하고 있는 점, 법 제19조 제1항에서 부당한 공동행위를 금지하는 입법취지는 직접적으로는 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진하고, 궁극적으로는 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모하고자 함에 있는 점 등에 비추어 보면, 사업자단체에 의한 가격결정행위가 일정한 거래분야의 경쟁이 감소하여 사업자단체의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태를 초래하는 행위, 즉 법 제26조 제1항 제1호, 제19조 제1항 제1호의 '사업자단체의 가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위에 의하여 일정한 거래분야의 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위에 해당하더라도, 이로 인하여 경쟁이 제한되는 정도에 비하여 법 제19조 제2항 각호에 정해진 목적 등에 이바지하는 효과가 상당히 커서 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모한다는 법의 궁극적인 목적에 실질적으로 반하지 아니하는 예외적인 경우에 해당한다면, 부당한 가격제한행위라고 할 수 없음.

[제주도관광협회의 사업자단체금지행위 건(대법원 2005. 9. 9. 선고 2003두11841 판결)]

3) 사업자단체의 행위에 구성사업자들의 행위가 개입된 경우

- 사업자단체의 경쟁제한행위에 구성사업자들의 적극적인 행위가 개입되는 경우 사업자단체에 대하여는 공정거래법 제26조 제1항의 규정에 의한 사업자단체 금지행위의 책임을, 구성사업자들에 대하여는 공정거래법 제19조 제1항의 규정에 의한 부당공동행위의 책임을 각각 물을 수 있다고 할 것임
- 사업자단체의 경쟁제한행위에 구성사업자들의 적극적인 행위가 개입되는 경우 사업자단체에 대하여는 공정거래법 제26조 제1항의 규정에 의한 사업자단체 금지행위의 책임을, 구성

사업자들에 대하여는 공정거래법 제19조 제1항의 규정에 의한 부당공동행위의 책임을 각각 물을 수 있다고 할 것인데, 위 인정사실에서 알 수 있는 다음과 같은 사정들 즉, 원고 레미콘협회는 이 사건 입찰의 당사자가 아니고 원고 사업자들이 실제 당시자인 점, 원고 레미콘협회가 소외 조합과 수도권지역 관수레미콘 몰링네트워크에 관하여 협의를 하는 과정에서도 원고 레미콘협회가 일방적으로 한 것이 아니라 소속회원사인 원고 사업자들을 참여시켜 회의를 개최하여 합의한 후 그 결과를 소외 조합에 통보한 점, 그 후 원고 레미콘협회는 원고 사업자들과 합의를 통하여 각 사별 투찰물량 및 투찰가격을 정한 점 등에 비추어보면, 원고 사업자들은 이 사건 위반행위에 적극적으로 개입하여 부당공동행위를 한 것으로 보이고, 원고 레미콘협회의 일방적 물량배정 및 투찰가격에 관한 통보를 단지 수용하였을 뿐이라고 할 수는 없음. 따라서 원고 레미콘협회에게 공정거래법상 사업자단체 금지행위의 책임을 물은 것과 별도로 원고 사업자들에게 공정거래법상 부당공동행위의 책임을 물은 이 사건 처분에 어떠한 위법이 있다고 볼 수 없음.

[관수레미콘 구매입찰관련 25개 레미콘 제조·판매사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2010. 10. 27. 선고 2009누33920 판결, 고법 확정)]

- 원고는 이 사건 조합이 구성한 심의위원회에 직접 참여하여 제주도청에 신고할 대여요금에 관한 논의를 하였으므로 이 사건 조합의 경쟁제한행위에 적극적으로 개입하였다고 보지 않을 수 없고, 원고 등 사업자들이 조합의 일방적인 대여요금에 관한 통보를 단지 수용하였을 뿐이라고 할 수는 없으므로 구성사업자들에 대해 제19조 1항 규정을 적용할 수 있음
- 사업자단체의 경쟁제한행위에 구성사업자들의 적극적인 행위가 개입되는 경우 사업자단체에 대하여는 공정거래법 26조 1항의 규정에 의한 사업자단체 금지행위의 책임을, 구성사업자들에 대하여는 공정거래법 19조 1항의 규정에 의한 부당공동행위의 책임을 각각 물을 수 있음.
원고는 이 사건 조합이 구성한 심의위원회에 직접 참여하여 제주도청에 신고할 대여요금에 관한 논의를 하였으므로(원고는 소장에서 심의위원으로서 그 회의에 참석한 사실이 있음을 인정하고 있다.) 이 사건 조합의 경쟁제한행위에 적극적으로 개입하였다고 보지 않을 수 없음. 또한 이 사건 조합은 대여요금 참고안을 일방적으로 작성한 것이 아니라 구성사업자 및 비구성사업자를 참여시킨 심의위원회를 개최하여 논의하도록 한 후 그 결과를 조합원 등 사업자들에 통보하였는바, 비록 조합이 미리 작성한 대여요금(안)을 기재된 회의자료를 위 심의위원들에게 제공하였다고 하더라도 원고 등 사업자들이 조합의 일방적인 대여요금에 관한 통보를 단지 수용하였을 뿐이라고 할 수는 없음.

- 제주도 지역 자동차대여시장에서는 운수사업 조례의 규정에 따라 다른 사업자보다 높은 가격을 책정하면 1년 동안 사실상 영업이 불가능하였기 때문에 가격을 다른 사업자들과 미리 합의하여 시장에서의 퇴출 위험을 방지한 담화의 유인이 컸음. 실제로 2009. 4. 원고 등 7개사는 공동으로 가격의 인상을 결정하고 그대로 실행함으로써 실질적인 이익을 취하였음. 결국 앞서 본 모든 사정을 종합하면 원고 등 7개사에 대하여 이 사건 조합의 강요가 있었다고 볼 근거는 부족한 반면, 원고 등 7개사 사이에는 이 사건 조합의 요구를 수용하는 정도를 넘어서 적극적으로 제주도 지역 자동차대여요금을 공동으로 결정하는 행위가 있었다고 보는 것이 타당함.

[롯데렌탈(구 케이티렌탈)의 제주지역 7개 자동차대여사업자 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 10. 7. 선고 2014누70442 판결, 고법 확정)]

4) 가격 결정·유지 또는 변경하는 행위(제40조 제1항 제1호) 관련

가) 가격 결정 행위

□ 원고가 대가기준을 결정하여 구성사업자들에게 통지한 행위는 사업자단체의 가격결정 행위에 해당함

- 원고가 건축구조기술용역의 최저 또는 적정 단가 등을 내용으로 하는 이 사건 각 대가기준을 결정하여 구성사업자들에게 통지함으로써, 원고의 구성사업자들에게는 이 사건 각 대가기준을 기준으로 하여 건축구조기술용역의 대가를 결정해야 한다는 공동인식이 형성되었다고 인정됨. 따라서 원고의 위 행위는 공정거래법 제26조 제1항 제1호, 제19조 제1항 제1호에서 금지하는 사업자단체의 가격결정행위에 해당함.

[사단법인 한국건축구조기술사회의 사업자단체금지행위에 대한 건(서울고법 2021. 12. 23. 선고 2021누41978 판결⁸⁾)]

□ 사업자단체의 가격 결정 행위가 반드시 당시 형성되어 있던 가격을 인상하는 행위를 요하는 것이라고 볼 수 없으므로, 원고의 주장과 같이 당시 전북 지역에 형성되어 있던 해당 가격의 평균적 수준을 반영한 것이라고 하더라도 사업자단체의 금지행위에 해당한다고 할 것임

- 공정거래법 제26조 제1항 제1호, 제19조 제1항 제1호는 사업자단체가 가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위를 금지하고 있는데 이는 사업자단체가 위와 같은 행위를 함으로써

8) 상고심(대법원 2022. 5. 12. 선고 2022두33002 판결)은 심리불속행 기각함

그 번위 내에서 구성사업자간 가격 경쟁을 부당하게 제한하는 것을 방지하고자 하는 데 그 취지가 있음. 따라서 위 조항에서 금지하는 사업자단체의 가격 결정 행위가 반드시 당시 형성되어 있던 가격을 인상하는 행위를 요하는 것이라고 볼 수 없으므로, 원고의 주장과 같이 원고가 결정한 등록신청대행수수료와 관리비용이 당시 전북 지역에 형성되어 있던 해당 가격의 평균적 수준을 반영한 것이라고 하더라도 원고의 이 사건 행위로 인하여 구성사업자들의 자유로운 가격 선택에 따른 가격 경쟁이 제한된 이상 원고의 이 사건 행위는 위 조항에서 정한 사업자단체의 금지행위에 해당한다고 할 것임.

[(사)전라북도신자동차매매사업조합의 사업자단체 금지행위에 대한 건(서울고법 2016. 6. 15. 선고 2015누51943 판결⁹⁾)]

- 법 제26조 제1항 제1호 소정의 가격결정행위라 함은 최종가격을 결정하는데 필요한 요소를 결정하는 행위를 포함하는 것이며, 최종 결정 가격이 사업자단체에서 결정한 가격과 동일할 필요는 없고, 사업자단체의 가격결정이 요청·권고 등의 형태에 그치는 경우는 물론 구성사업자가 그 이익을 위하여 자발적으로 참여한 경우도 포함됨
- 법 제26조 제1항 제1호 소정의 가격결정행위라 함은 최종거래 가격을 결정하는 행위는 물론 최종가격을 결정하는데 필요한 요소를 결정하는 행위를 포함하는 것으로서 최종가격은 물론 평균가격, 표준가격, 기준가격, 최고·최저가격 등 명칭여하를 불문하고 구성사업자가 최종가격을 결정하는 기준을 제시하는 행위, 가격의 인상 인하율(폭)을 결정하는 행위, 할인율, 이윤율 등 가격의 구성요소에 대해 그 수준이나 한도를 정하거나 일률적인 원가계산방법을 따르도록 함으로써 구성사업자로 하여금 실질적으로 가격을 동일하게 결정케 하는 행위도 모두 포함됨.
- 또한, 구성사업자가 사업자단체에서 결정한 가격의 영향 아래 가격을 결정한 것인 이상 반드시 거래의 단계에서 최종적으로 결정한 가격이 사업자단체에서 결정한 가격과 동일할 필요는 없다할 것이며, 그러한 사업자단체의 가격결정이 구성사업자를 직접적으로 구속할 정도에 이르는 경우뿐만 아니라 그에 이르지 아니하고 요청·권고 등의 형태에 그치는 경우는 물론 구성사업자가 그 이익을 위하여 자발적으로 참여한 경우도 포함됨.

[서울특별시 전세버스운송사업조합 외 9개 조합의 전세버스요금 결정 등 행위 건(서울고법 2000. 10. 10. 선고 2000누1180 판결¹⁰⁾)]

* 같은 취지: 부산광역시 치과기공사회의 사업자단체금지행위에 대한 건(서울고법 2022. 1. 13. 선고 2021누46300 판결, 고법 확정)

9) 상고심(대법원 2016. 10. 27. 선고 2016두45080 판결)은 실리불속행 기각함

10) 상고심(대법원 2002. 6. 14. 선고 2000두8905 판결)은 이 부분에 대하여는 판단하지 않음

□ ‘가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위’는 사업자가 다른 사업자로부터 공급받는 상품·용역의 대가에 관하여도 성립할 수 있다고 할 것임

- 공정거래법 제19조 제1항 제1호의 ‘가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위’는 사업자가 소비자나 다른 사업자에게 공급하는 상품·용역의 대가에 관하여 성립할 수 있음은 물론 사업자가 다른 사업자로부터 공급받는 상품·용역의 대가에 관하여도 성립할 수 있다고 할 것임.

[부산광역시치과의사회의 가격결정행위 건(대법원 2005. 8. 19. 선고 2003두9251 판결)]

나) 성립요건

□ 사업자단체의 가격결정행위, 이를 통한 구성사업자의 가격 및 거래조건의 형성에 경쟁 제한적인 영향, 그 결과 일정 거래분야에서 구성사업자 또는 사업자단체가 그 의사로 어느 정도 자유로이 가격 등 거래 조건을 좌우할 수 있는 시장지배력 형성을 통한 경쟁의 실질적 제한이 각 존재하여야 함

- 첫째, 사업자단체의 가격결정행위가 있어야 하고 둘째, 그와 같은 사업자단체의 가격결정 행위를 통하여 구성사업자의 가격 및 거래조건의 형성에 경쟁제한적인 영향을 미쳐야 하며 셋째, 그 결과 일정한 거래분야에서의 구성사업자 또는 그 사업자단체가 그 의사로 어느 정도 자유로이 가격 기타 거래의 조건을 좌우할 수 있는 시장지배력을 형성함으로써 경쟁을 실질적으로 제한할 수 있어야 함.

[서울특별시 전세버스운송사업조합 외 9개 조합의 전세버스요금 결정 등 행위 건(서울고법 2000. 10. 10. 선고 2000누1180 판결¹¹⁾)]

11) 상고심(대법원 2002. 6. 14. 선고 2000두8905 판결)은 이 부분에 대하여는 판단하지 않음

다) 구체적 사안

① 긍정례

□ 원고들이 전세버스요금을 결정·배포함으로써 그 구성사업자들의 전세버스요금 결정에 있어 경쟁기능의 자유로운 행사가 제한되는 영향을 미쳤다 할 것인바, 원고들의 전세버스요금 결정행위는 법 제26조 제1항 제1호에 해당됨

○ 원고들이 전세버스요금이 자율화된 1995년부터 이 사건 처분시 까지 매년 이사회 등의 결의로 요금을 결정해 온 점, 원고들은 사업계획변경신고의 수리 등 정부위탁업무 처리를 통해 구성사업자에 대하여 상당한 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있으며 구성사업자들의 위법행위를 단속하여 관계당국에 고발하는 등의 수단을 통해 구성사업자를 통제할 수 있는 점, 실제 원고들 중 상당부분의 조합들은 이러한 조치를 통하여 결정요금을 위반한 구성사업자를 제재하기로 결의한 점, 구성사업자들로서도 원고들이 일률적으로 정한 요금을 준수하는 것이 구성사업자 사이의 과당경쟁을 피할 수 있어 사업상 유리할 것이라는 점 등에 비추어 보면 원고들이 전세버스요금을 결정·배포함으로써 그 구성사업자들의 전세버스요금 결정에 있어 경쟁기능의 자유로운 행사가 제한되는 영향을 미쳤다 할 것이며, 한편 거리상의 제약으로 인한 비용문제를 감안할 때 적어도 당해 지역에서는 다른 지역의 전세버스운송사업자들 보다 해당지역의 구성사업자가 보다 경쟁력이 있다할 것인데, 원고들은 해당지역에 소재하는 전세버스운송사업자 거의 대부분을 그 구성사업자로 하고 있음에 따라 원고들의 구성사업자가 전세버스 요금을 동일 또는 유사하게 책정할 경우 해당 지역에서의 전세버스운송사업자간의 요금경쟁이 감소 또는 소멸함으로써 전세버스 운송시장에서의 경쟁을 기대하기 어려운 상태를 초래할 수밖에 없고 그 결과 전세버스 운송사업자 또는 사업자단체인 원고들로 하여금 그 의사로 가격 기타 거래의 조건을 좌우할 수 있는 시장지배력을 형성할 수 있게 함으로써 전세버스운송사업자 상호간의 공정하고 자유로운 경쟁이 실질적으로 제한된다고 할 것이므로 결국 원고들의 전세버스요금 결정행위는 법 제26조 제1항 제1호에 해당됨.

[서울특별시 전세버스운송사업조합 외 9개 조합의 전세버스요금 결정 등 행위 건(서울고법 2000. 10. 10. 선고 2000누1180 판결¹²⁾]

12) 상고심(대법원 2002. 6. 14. 선고 2000두8905 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

- 원고가 소속조합원들에게 판매가격표를 배포한 행위는 단순히 가격표시방법이나 고시가격을 계도·홍보하려는 것이라고 보기 어렵고, 법 제26조 제1항 제1호, 제19조 제1항 제1호 소정의 원고와 별개 사업자들인 소속조합원들의 자유로운 가격결정권을 침해하여 부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 해당함
 - 부산지역의 LPG판매사업자 86.5%가 원고의 구성사업자로서 가입하고 있으며, 허가기준의 완화, 도시가스의 시장확대 등으로 LPG판매사업자간의 거래처 확보경쟁이 치열한 상황에서 원고가 배포한 판매가격표는 구성사업자들이 LPG를 판매함에 있어 그 자체로서 가격결정에 있어 구속력이 있다고 보이고, 실제로 원고 소속 조합원들의 상당수가 원고가 배포한 판매가격표의 가격에 따라 LPG를 판매하고 있으며, 원고가 가격표시제의 홍보이유로 들고 있는 위 가격표시제 실시요령은 권장소비자가격이 폐지됨에 따라 일반소매품에 대한 판매자의 가격표시의무에 관한 것으로 LPG의 가격표시와는 직접적인 관련이 없어 원고가 소속조합원들에게 특별히 가격표시요령을 홍보해야 할 필요성이 보이지 않는 점 등을 고려할 때, 원고가 소속 조합원들에게 판매가격표를 배포한 행위는 단순히 가격표시방법이나, 고시가격을 계도, 홍보하려는 것이라고는 보기 어렵고, 법 제26조 제1항 제1호, 제19조 제1항 제1호 소정의 원고와 별개의 사업자들인 소속조합원들의 자유로운 가격결정권을 침해함으로써 부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 해당함.
- [부산시 가스판매업협동조합이 구성사업자들로 하여금 액화석유가스 판매가격을 표시하도록 한 건(서울고법 2001. 12. 4. 선고 2001누6793 판결13)]
- 사업자 82%가 가입한 사업자단체인 원고가 감리대가기준을 결정한 것은 비록 그 기준이 합리적인 내용의 것이라 하더라도 원고가 원하는 감리대가의 수준을 유지할 목적으로 일정한 감리대가의 기준을 결정함으로써 구성사업자들 사이의 가격경쟁을 제한하는 하였는바 이는 법 제26조 제1항 제1호상의 구성사업자들 사이의 가격 경쟁을 부당하게 제한한 행위에 해당된다고 할 것임
 - 공공기관이 발주하는 책임감리용역의 경우 발주청이 예정가격을 미리 산정하여 입찰에 부치는 방법에 의하고 그 입찰에 있어서 낙찰자는 예정가격 이하로서 최저가 응찰지수으로 일정점수 이상인 자가 되는 것이므로 원고의 주장과 같이 응찰자인 감리업체는 단지 발주자가 정한 감리대가를 수용하는 입장에 있으면서 그 자신이 감리대가를 정하는 입장도 어느 정도 인정된다고 할 것이며 나아가 규제개혁위원회가 감리대가기준을 폐지하도록 한 취지는 민간자율로 시장경제원리에 따라 감리대가기준을 결정하도록 하기 위한 것이고 이러한 시장경제원리에 따른 자율결정은 원고와 같은 단체에 의한 결정이 아니라 원고의

13) 상고심(대법원 2002. 5. 31. 선고 2002두264 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

구성사업자 또는 비구성사업자가 자율적으로 정하는 대가를 의미한다고 볼 것으로 이에 반하여 사업자 82%가 가입한 사업자단체인 원고가 갑리대가기준을 결정한 것은 비록 그 갑리대가기준이 합리적인 내용의 것이라고 하더라도 원고가 원하는 갑리대가의 수준을 유지할 목적으로 인정한 갑리대가의 기준을 결정함으로써 구성사업자들 사이의 가격경쟁을 제한하였는바 이는 법 제26조 제1항 제1호상의 구성사업자들 사이의 가격경쟁을 부당하게 제한한 행위에 해당된다고 할 것임.

[한국건설감리협회의 일방적인 건설감리대가 기준설정행위 건(서울고법 2002. 11. 19. 선고 2002누1313 판결¹⁴⁾)]

- 협동조합이 응찰한 금액이 매번 구성사업자보다 약간 높은 금액으로 일관되어 있고 응찰가격에 관한 협의를 사전에는 물론 입찰당일 입찰현장에서도 이루어진 점에 비추어 입찰에 참가한 구성사업자와 사이에 입찰가격을 담합한 것이라고 할 것이므로 사업자단체가 다른 사업자와 공동으로 가격을 결정·유지·변경하여 부당하게 경쟁을 제한하는 행위를 한 것임
- 위 협동조합이 공동사업으로 수집하는 동물성 잔재물은 생물인 특성상 신속한 처리가 필수적이고 낙찰 받은 물량을 구성사업자들이 배정받기를 거절하면 현실적으로 그 처리가 곤란하다고 보여지므로 입찰에 참가하기 이전에 내부적 절차로서 구성사업자들과 사이에 입찰공고 물량에 대한 종합적인 정보를 토대로 경제성 평가를 거쳐 구매용의가 있는 물량 및 그 가격의 상한가에 대한 협의가 필요하다고 할 것이고 따라서 이 범위 내에서의 협의는 그 자체를 위법하다고 볼 수는 없으나, 그 정도를 넘어서 입찰가격의 담합에까지 나아가게 되는 때에는 부당한 공동행위가 된다고 할 것인데, 위 협동조합이 응찰한 금액이 매번 구성사업자보다 약간 높은 금액으로 일관되어 있고 응찰가격에 관한 협의를 사전에는 물론 입찰당일 입찰현장에서도 이루어진 점에 비추어 볼 때 위 협동조합이 수인우지방 입찰에 참가함에 있어서 구성사업자와 사이에 단순히 입찰을 위한 내부적 절차로서 필요한 협의를 한 것을 넘어 입찰에 참가한 구성사업자와 사이에 입찰가격을 담합한 것이라고 할 것이므로 이는 법 제26조 제1항 제1호, 제19조 제1항 소정의 사업자단체가 다른 사업자와 공동으로 가격을 결정·유지·변경하여 부당하게 경쟁을 제한하는 행위를 한 것임.

[한국재생유지공업협동조합의 사업자단체금지행위에 대한 건(대법원 2002. 9. 24. 선고 2002두5672 판결)]

14) 상고심(대법원 2003. 4. 8. 선고 2002두12779 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

□ 원고가 기공사회와 이 사건 가이드라인에 관하여 합의하고 이를 회원들에게 통보한 이 사건 행위로 인하여 원고의 회원인 치과의사들에게는 위 가이드라인을 기준으로 하여 기공료를 결정하여야 한다는 공동인식이 형성되었다고 봄이 상당한바 이 사건 행위는 사업자단체에 의한 가격결정행위에 해당함

○ 이 사건 이전의 기공료 결정에 관한 관행 및 원고가 피고로부터 시정명령 등을 받은 전력, 원고와 기공사회가 이 사건 가이드라인을 작성한 경위 및 통보과정, 이 사건 안내문에는 위 가이드라인이 기공사회와의 협의에 따른 것이라는 내용 및 가격표가 있는 점, 그 이후의 정황 등 여러 사정에 비추어 보면, 원고가 기공사회와 이 사건 가이드라인에 관하여 합의하고 이를 회원들에게 통보한 이 사건 행위로 인하여 원고의 회원인 치과의사들에게는 위 가이드라인을 기준으로 하여 기공료를 결정하여야 한다는 공동인식이 형성되었다고 봄이 상당하고, 원고가 위 가이드라인에 따르지 않는 회원에 대하여 징계를 하는 등의 제재조치를 취할 것을 예정하거나 실제 제재조치를 취한 바 없다고 하여 달리 볼 것도 아니므로, 이 사건 행위는 사업자단체에 의한 가격결정행위에 해당함.

○ 이 사건 행위는 부산지역의 기공률 거래분야에서 기공료의 결정에 관한 기준가격을 정한 행위로서, 사업자단체에 의한 가격결정행위에 해당되며 이로 인하여 회원인 치과의사들에게 위와 같이 설정된 가격을 기준으로 기공료를 결정하도록 제한함으로써 경쟁이 감소하여 원고의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태를 초래하는 행위에 해당한다고 할 것이고, 원고와 기공사회 사이의 합의에 의하여 기공료의 가이드라인을 설정하는 방법으로 가격경쟁을 제한함으로써 국민구강보건의 향상 등에 이바지하는 효과가 상당히 커서 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모한다는 법의 궁극적인 목적에 실질적으로 반하지 아니하는 예외적인 경우에 해당한다고 할 수 없어 부당하다고 볼 수밖에 없으며, 이 사건 행위가 기공사회의 적극적인 요구에 따른 행위라거나 회원들의 경영상 어려움을 덜어 주기 위하여 행하여진 행위라고 하여 달리 볼 것도 아님.

[부산광역시치과의사회의 가격결정행위 건(대법원 2005. 8. 19. 선고 2003두9251 판결)]

□ 원고 중앙협의회가 3사와 나머지 원고들이 참석한 가운데 수차례의 회의를 개최하여 학생복 판매가격의 결정방법이나 기준 등을 제시하는 방법으로 지역별 특성에 따라 학생복 가격을 일정수준으로 유지하기로 결의하는 등에 비추어 위와 같은 행위는 ‘사업자단체의 금지행위’에 해당함

○ 원고 중앙협의회가 3사와 나머지 원고들이 참석한 가운데 수차례의 회의를 개최하여 학생복 판매가격의 결정방법이나 기준 등을 제시하는 방법으로 지역별 특성에 따라 학생복 가격을

일정수준으로 유지하기로 결의하는 한편, 그 결의 내용의 이행을 위하여 수시로 지역별협의회의 상황 및 성과를 점검하였고, 유통업체별·지역별로 안배된 대표 20명의 반기인등에 의하여 창립된 원고 중앙협의회가 2000년 기준으로 시장점유율이 50%를 넘는 학생복 3사와 공동으로 위와 같은 행위를 한 점에 비추어 보면, 원고 중앙협의회의 위와 같은 행위는 학생복 판매시장에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위로서 법 제26조 제1항 제1호 소정의 '사업자단체의 금지행위'에 해당함.

[전국학생복발전협의회 외 20의 사업자단체금지행위 건(대법원 2006. 11. 24. 선고 2004누10319 판결)]

- 원고가 대행수수료를 결정하고 이를 회원들인 대행사업자 등에 통보한 행위로 인하여 대행사업자 등에게는 원고가 결정한 대행수수료 수준을 기준으로 대행수수료를 정하여야 한다는 공동인식이 형성되었다고 봄이 상당하고, 불이행에 대한 제재조치나 이를 강제하기 위한 수단이 없다고 하여 달리 볼 것도 아니므로, 이 사건 행위는 사업자단체에 의한 가격결정행위에 해당함
- 대행수수료 결정 및 통보과정, 대행사업자 등이 작성한 전기안전관리대행계약서상의 대행수수료에 대한 내용 등 제반 사정에 비추어 보면, 원고가 대행수수료를 결정하고 이를 회원들인 대행사업자 등에 통보한 이 사건 행위로 인하여 원고의 회원인 대행사업자 등에게는 원고가 결정한 대행수수료 수준을 기준으로 대행수수료를 정하여야 한다는 공동인식이 형성되었다고 봄이 상당하고, 불이행에 대한 제재조치나 이를 강제하기 위한 수단이 없다고 하여 달리 볼 것도 아니므로, 이 사건 행위는 사업자단체에 의한 가격결정행위에 해당한다고 할 것임.
- 회원인 대행사업자 등에게 위와 같이 설정된 대행수수료 수준을 기준으로 대행수수료를 정하도록 제한함으로써 경쟁이 감소하여 원고의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태를 초래하는 행위에 해당한다고 할 것이고, 원고가 대행수수료 수준을 설정하는 방법으로 가격경쟁을 제한함으로써 전기안전관리대행업 분야에서 과다수수료 책정이나 부실점검을 야기할 수 있는 이른바 덤핑행위를 방지하는 등의 효과가 상당히 커서 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형 있는 발전을 도모한다는 법의 궁극적인 목적에 실질적으로 반하지 아니하는 예외적인 경우에 해당한다고 할 수 없어 부당하다고 볼 수밖에 없음.

[한국전력기술인협회의 사업자단체금지행위 건(대법원 2006. 9. 22. 선고 2004누14588 판결)]

- 사단법인 한국계육협회가 협회 내부기구를 통하여 사업자들과 공동으로 도계육 및 삼계육 시세를 결정 또는 인상하기로 합의한 것은 사업자간 경쟁을 부당하게 제한하는 행위에 해당됨
- 원고 계육협회가 농림부장관을 대신하여 농안법상의 예시가격제도를 시행할 권한을 행사할 수 있는 법률적인 근거를 찾을 수 없음.
[한국계육협회의 사업자단체금지행위 건(서울고법 2008. 7. 24. 선고 2007누26563 판결, 고법 확정)]
- 부산지역 치과기공사 중 92~94% 가량이 원고의 회원이고, 상당수가 원고가 정한 기공요금을 준수한 것으로 드러난바 원고의 행위로 인해 원고 회원인 사업자 사이에 가격경쟁이 감소함으로써 기공요금의 가격결정에 영향을 미칠 우려가 있는 상태가 이미 초래되었고, 실제로도 가격이 인상되었으므로, 경쟁제한성이 있다 할 것임
- 부산지역의 치과기공사 중 92~94% 가량이 원고의 회원이고, 상당수가 원고가 정한 기공요금을 준수한 것으로 드러난 점에 비추어 볼 때, 원고의 이 사건 행위로 인해 원고의 회원인 사업자 사이에 가격경쟁이 감소함으로써 기공요금의 가격결정에 영향을 미칠 우려가 있는 상태가 이미 초래되었고, 실제로도 가격이 인상되었으므로, 경쟁제한성이 있다 할 것이며, 현행 지도치과의사제도로 인해 치과기공사가 경제적으로 불리한 지위에 있어 공동대응의 유인이 있다고 하더라도, 그와 같은 사정만으로 이 사건 행위로 인해 오히려 소비자의 후생이 증가하는 등으로 법의 궁극적 목적에 실질적으로 반하지 아니하는 것으로는 보이지 아니함.
[부산광역시 치과기공사회의 사업자단체금지행위 건(서울고법 2009. 6. 3. 선고 2008누25403 판결¹⁵⁾]]
- 원고는 특별검사제도를 주로 구성사업자인 아스콘제조업자들이 자신의 독자적 판단에 따라 결정해야 할 민수 아스콘 판매가격 또는 거래지역에 관하여 일정한 제한을 사실상 강요하는 수단으로 활용함
- 원고는 아스콘 품질관리라는 취지에서 도입된 특별검사제도를 주로 구성사업자인 아스콘제조업자들이 자신의 독자적인 판단에 따라 결정해야 한 민수 아스콘 판매가격

15) 상고심(대법원 2009. 9. 10. 선고 2009두9888 판결)은 심리불속행 기각함

또는 거래지역에 관하여 일정한 제한을 사실상 강요하는 수단으로 활용함으로써 국내 아스콘 민수시장에서 자유로운 경쟁을 부당하게 제한함.

- 서울고법은 원고가 가격투매행위에 대하여 검사를 실시하여 구성사업자의 저가판매에 대한 제재로 활용하는 것은 판매가격 공동 결정 유통행위에 해당되고, 타 조합 업무구역을 침범하는 구성사업자에 대하여 검사를 실시하여 구성사업자의 거래지역을 유지하기 위한 수단으로 활용하는 것은 판매지역을 제한하는 행위에 해당한다고 전제하고 피고가 정한 과징금(연간 예산액 15%)이 사회통념상 현저하게 타당성을 잃었다거나 타 사건에 비하여 너무 과중한 것이 아니라고 판단함.

[한국아스콘공업협동조합연합회의 사업자단체금지행위 건(서울고법 2007. 4. 25. 선고 2006누21650 판결, 고번 확정)]

□ 폐차업계의 유일한 사업자단체인 원고가 '폐차가격 신문광고', '폐차권장가격 결정'의 이사회 결의사항을 구성사업자에게 전달하는 행위는 구성사업자에게 사실상 원고의 폐차가격 결정을 통보함과 아울러 그 결정을 따르도록 촉구하는 것에 해당함

- 제1, 2, 3차 광고의 폐차가격 또는 가격은 당시의 폐차가격 시세보다 낮았고 게다가 제1차 광고의 내용은 소비자에게 무료로 폐차 서비스를 해 주고 "고철 가격"도 지급한다는 광고문구만이 아니라 구체적 "폐차가격"도 기재되어 있었음. 이 폐차가격이 고철 가격인지 여부를 소비자는 알기 어렵고, 폐차업자만이 이를 제대로 알 수 있음은 물론 그 폐차가격의 액수는 원고 산하 경기 지부가 1개월 전에 신문광고에서 '공식적인 폐차가격'으로 제시한 액수보다 5만 원씩 낮았으며 제2차 광고에서는 "제값 받고 폐차"라는 광고문구와 함께 가격을 내용으로 하면서도, 그 가격이 무엇을 의미하는지 아무런 설명도 하지 않았음.
- 이는 소비자에게는 그 가격이 폐차할 때의 제값이라는 인상을 주기에 충분하고 폐차업자에게는 그 값이 제값이니 그 이상으로 지급할 필요도 없고 지급하지도 말라는 의미로 읽힐은 물론 제3차 광고에서는 제1, 2차 광고와 달리 "폐차가격"의 기준이 완전히 변경된바 폐차업자가 아니라 소비자의 측면에서 본다면, 그와 같이 가격 기준이 달라질 합리적 이유가 없어 보이는 사정 등을 종합하면, 원고는 소비자가 폐차 값을 제대로 받을 수 있도록 폐차가격 정보를 제공하려는 의도보다는 폐차업자들이 서로 경쟁하여 폐차가격을 너 높게 지급하는 것을 막고자 폐차업자에게 폐차가격의 상한을 사실상 설정하려는 의도에서 주로 폐차업자를 상대로 제1, 2, 3차 공고를 했다고 봄이 자연스러우며 설령 소비자가 폐차할 때 폐차 값을 밎을 수 있다는 사실 자체와 그 액수를 알려주려는 의도가 원고에게 일부 있었더라도 이와 달리 볼 것은 아님.

- 원고는 폐차업계의 유일한 사업자단체로 원고의 구성사업자는 원고의 회원으로서 원고총회와 이사회와 각 의견사항을 준수할 의무가 있고, 이를 준수하지 않을 경우 회원자격을 박탈당할 수도 있는바(원고 정관 제10조 제2항 제1호, 제11조, 제12조 제1항, 제4항) 원고가 '폐차가격 신문광고', '폐차권장가격 결정'의 이사회 결의사항을 각 시·도 지부를 통해 구성사업자에게 전달하는 행위는 구성사업자에게 사실상 원고의 폐차가격 결정을 통보함과 아울러 그 결정을 따르도록 촉구하는 것에 해당함.

[한국자동차해체재활용업협회의 사업자단체금지행위에 대한 건(서울고법 2019. 6. 5. 선고 2018누68041 판결¹⁶⁾)]

② 부정례

- 원고가 내츄럴삼양에게 상품매입액의 11%에 이르는 판매장려금 23억 원을 지급하였고, 이로 인하여 내츄럴삼양의 재무상황이 호전되었다는 사정만으로 공정한 거래가 저해될 우려가 있었음을 인정하기 어려움
- 피고가 주장하는 바와 같이 원고가 약 4년간 내츄럴삼양에게 상품매입액의 11%에 이르는 판매장려금 23억 원을 지급하였고, 이로 인하여 내츄럴삼양의 재무상황이 호전되었다는 사정만으로 원고의 지원행위로 인하여 내츄럴삼양의 경쟁 여건을 경쟁사업자보다 유리하게 하고 내츄럴삼양이 속한 시장에서 경제적 효율에 기초한 기업의 퇴출·진입이 저해되며, 이를 통하여 지원객체의 관련 시장에서 경쟁이 저해되거나 경제력집중이 야기되는 등으로 공정한 거래가 저해될 우려가 있었음을 인정하기 어려움.
- 오히려 피고의 주장과 같이 관련 시장을 천연 및 혼합조제 조미료 시장으로 획성하더라도 원고의 판매장려금 지급이 이루어진 이후인 2011년 기준으로 삼위 10개 업체 중 삼조셀텍 주식회사만이 18.5%의 시장점유율을 가지고 있을 뿐 나머지 9개 업체의 시장점유율이 10% 미만이며, 특히 내츄럴삼양의 시장점유율도 9.3%에 그치는 등 신질적인 경쟁이 이루어지고 있어 원고의 지원행위가 지원객체인 내츄럴삼양의 관련 시장에서 경쟁을 저해하거나 경제력 집중의 효과를 야기하였다고 보기 어려운 사정이 있음. 따라서 원고의 이 부분 주장도 이유 있음(대법원 2005. 10. 28. 선고 2003두13441 판결, 대법원 2008. 6. 12. 선고 2006두7751 판결 등 참조).

[삼양식품의 내츄럴삼양에 대한 부당지원행위 건(서울고법 2015. 10. 16. 선고 2014누5615 판결¹⁷⁾)]

16) 상고심(대법원 2019. 10. 17. 선고 2019두44118 판결)은 심리불속형 기각함

17) 상고심(대법원 2016. 3. 10. 선고 2016두56571 판결)은 심리불속형 기각함

□ IT 서비스 사업자들은 통상적으로 인건비 단가를 일률적으로 동일하게 적용하지 아니하고 제공되는 서비스의 종류나 수준 등에 따라 차등을 두기 때문에 원고들이 에스케이씨앤씨와 체결한 인건비 단가가 현저히 유리한 조건인지를 판단할 때에는 우선 동일하거나 유사한 거래에서의 정상가격이 전제되어야 함

- 피고가 이 사건 처분의 정당성을 뒷받침하기 위하여 들고 있는 거래 사례들은 그에 대하여 적용되는 인건비 단가가 원고들이 에스케이씨앤씨와 체결한 OS계약에서의 인건비 단가보다 낮더라도, 이러한 OS 계약과 동일하거나 유사한 서비스가 제공된다고 인정할 만한 증거가 부족한 이상 이와 같은 거래 사례들을 근거로 삼아 원고들이 에스케이씨앤씨에 정상가격보다 현저히 높은 인건비 단가를 적용하여 산정한 인건비를 지급하였다고 볼 수 없음.
- OS 계약에서의 하드웨어와 소프트웨어 유지보수요율은 IT 서비스 사업자가 OS 계약에 따라 고객에게 제공하는 유지보수 서비스의 종류나 수준 또는 범위 등에 따라 달라질 수 있고 동일한 장비라도 높은 수준의 유지보수 서비스가 요구될 경우에는 유지보수요율 역시 높아지기도 하므로, 원고 에스케이텔레콤 주식회사가 에스케이씨앤씨와의 OS 계약에서 적용한 유지보수요율이 에스케이씨앤씨에 현저히 유리한 조건에 해당하는지를 판단함에 있어서는 이러한 OS 계약과 동일하거나 유사한 유지보수 서비스가 제공되는 거래에서의 정상가격이 전제되어야 하는데, 에스케이씨앤씨가 원고 에스케이텔레콤에 제공한 유지보수 서비스의 수준이나 범위가 오히려 상대적으로 높은 수준이었다고 판단되므로, 원고 에스케이텔레콤이 에스케이씨앤씨에 정상가격보다 현저히 높은 유지보수요율을 적용하여 유지보수비를 지급하였다고 보기 어려움.

[SK기업집단 계열회사의 부당지원행위 건(대법원 2016. 3. 10. 선고 2014두8568 판결)]

□ 개인적으로 운송계약을 체결하지 못하게 하는 이 사건 결의가 레미콘 운송가격 기타 운송조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있다고 볼 수 없어 부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 해당한다거나 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위에도 해당되지 아니함

- 위와 같이 개인적으로 운송계약을 체결하지 못하게 하는 결의를 한 것은 협회가 개인 사업자들에게 레미콘운송가격 기타 운송조건에 관한 공동의 인식을 형성하는 행위라고 할 것이지만, 레미콘운송시장의 특수성과 협회와 동양시멘트 사이의 단체협상의 내용 및 구성사업자들과 동양시멘트와의 운송계약내용에 비주어 볼 때 협회의 레미콘운송시장에서의 시장점유율은 극히 미미한 것으로 보이는 점, 협회소속 개인사업자들도 자유롭게 협회를 탈퇴하여 협회와 관계없이 개인적으로 동양시멘트와 운송계약을 체결할 수 있는 점, 레미콘운송시장의 경우 레미콘운송개인사업자들이 다수 존재하여 공급여력이 상당한

것으로 보이는 점 등 여러 사정을 종합하면 위 결의가 레미콘 운송가격 기타 운송조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있다고 볼 수 없어 부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 해당한다고 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위에도 해당되지 아니하므로 법 제26조 제1항 제1호상의 사업자단체의 부당한 공동행위에 해당되지 아니함.

[동양시멘트레미콘 개인사업자협의회가 결의를 통하여 개별적으로 동양시멘트와의 레미콘 운송계약 체결을 금지한 행위 건(민사사건)(대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다42605 판결)]

- 이 사건 가격결정행위는 위와 같이 설정된 가격보다 높은 가격으로 관광객 유치용역의 대가를 지급하거나 관광상품을 판매하지 못하도록 제한하나 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모한다는 법의 궁극적인 목적에 실질적으로 반하지 아니하는 예외적인 경우에 해당한다고 볼 수 있어 부당한 가격제한행위라고 할 수 없음
- (1) 이 사건 가격결정행위는 제주지역의 관광객을 관광사업자에게 유치·안내해 주는 용역을 제공하고 그 대가를 지급받는 거래분야 및 관광상품을 판매하는 거래분야에서 구성사업자들에게 위와 같이 설정된 가격보다 높은 가격으로 관광객 유치용역의 대가를 지급하거나 관광상품을 판매하지 못하도록 제한함으로써 관광객 유치시장 및 관광상품 판매시장에서 경쟁이 감소하여 원고의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태를 초래하는 행위에 해당하지만, (2) 원고는 관광진흥법 제43조에 근거하여 제주지역의 450개 관광사업자로 구성된 단체로서 구성사업자가 제주지역 내의 전체 관광산업(2,000여 사업자)에서 차지하는 비중이 높지 아니할 뿐 아니라, 구성사업자의 탈퇴에 제한이 없고, 구성사업자가 원고의 결의사항을 위반하더라도 효과적인 제재수단이 없는 점 등에 비추어 보면, 관련시장에서 경쟁이 제한되는 정도가 그리 크다고 볼 수 없고, (3) 위 가격결정행위는 제주지방경찰청 및 경찰청, 제주도와 제주시 등 지방자치단체 및 원고의 관계자들로 구성된 제주도 관광시범수사지도협의회의 수수료 지급실태에 대한 조사 및 협의에 따라 지나치게 과다한 송객수수료의 지급으로 인한 관광의 부실화 및 바가지요금, 물품강매 등 관광부조리를 방지하고 관광상품 판매가격의 인하를 유도하기 위하여 행하여진 행위로서, 과다한 송객수수료의 인하를 통하여 거래조건을 합리화함으로써 관광부조리를 방지하여 관광질서를 확립하고 관광상품 판매가격이 인하되도록 유도하는 등이 효과가 적지 아니하고, 그로 인한 혜택이 최종소비자인 관광객들에게 귀속될 뿐 아니라 제주도의 관광산업 발전에도 이바지하는 것이므로, 결국 이 사건 가격결정행위는 경쟁제한 행위에 해당하지만 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모한다는 법의 궁극적인 목적에 실질적으로 반하지 아니하는 예외적인 경우에 해당한다고 볼 수 있어 부당한 가격제한행위라고 할 수 없음.

[제주도관광협의회의 사업자단체금지행위 건(대법원 2005. 9. 9. 선고 2003두11841 판결)]

- 원고가 최소감사시간을 결정·통지하는 행위를 하였다는 사실만으로 원고가 공동주택 외부회계감사의 가격결정의 기준을 제시하였다거나, 원고의 구성사업자들 사이에 원고가 정한 기준을 준수하여 가격을 결정하여야 한다는 공동인식이 형성되어 원고의 위 행위가 구성사업자들의 가격결정에 영향을 미쳤다고 단정하기 어려움
- 공동주택 TF는 2014. 12. 15. 마지막 회의의 최종 의결과정에서 감사보수에 관련된 사항은 공정거래법 위반 소지가 있다는 이유로 이를 모두 삭제하기로 결정하였고, 이후 원고가 구성사업자들에게 한 이 사건 통지에도 감사보수 산정방식이나 시간당 임률에 관한 사항은 없었으므로, 원고가 공동주택 TF의 결정 및 이 사건 통지를 통하여 최소 감사시간을 결정·통지한 것을 넘어 감사보수 산정방식(타임차지 방식)까지 결정·통지하였다고 보기 어려움.
 - 2015. 1. 8자 간담회 회의자료에는 ‘평균 임률은 55,000~95,000원’이라고만 기재되어 있을 뿐 위 시간당 평균 임률을 준수해야 한다는 취지의 기재는 없으며, ‘외부감사계약서(예시)’가 구속력이 없음이 공문에 기재되어 있고, 별지 서식에도 감사시간, 평균임률 및 감사보수 등의 기재란이 모두 공란으로 되어 있어 특정 수준의 감사보수를 강제한 취지로 보기 어려움
- 이러한 상황에서 구성사업자들에게 최소감사시간을 결정·통지한 것만으로는 어느 수준으로 가격을 결정하여야 하는지 알지 어려우므로, 이를 통하여 실질적으로 동일한 수준의 가격을 결정하여야 한다는 공동 인식을 형성할 수 없었을 것으로 보임
 - 평균 보수증가는 공동주택 외부회계 감사의무화에 따른 수요증기가 영향을 미쳤을 가능성도 있는 점, 2015년에 체결된 공동주택 회계감사계약의 상당수는 2015. 4. 20. 통지 철회 취지의 공문 발송 이후에 체결된 점, 철회 공문 발송 이후에도 평균 보수는 의무화 이전보다 상당히 증가된 상태로 유지되고 있는 점 등을 종합하면, 최소감사시간 통지에 의하여 원고의 구성사업자들이 실질적으로 동일한 수준의 가격을 결정함으로써 발생한 결과라고까지 단정하기 어려움.

[한국공인회계사회의 사업자단체금지행위 건(서울고법 2019. 8. 22. 선고 2018누63855 판결¹⁸⁾)]

18) 상고신(대법원 2020. 1. 16. 선고 2019드52058 판결)은 심리불속행 기각함

5) 상품·용역의 생산·출고·거래 등을 제한하는 행위(제40조 제1항 제3호) 관련

- 원고들이 건축사 자신이 설계한 건축물에 대한 감리수주를 제한한 행위와 지역감리사무소 또는 감리회사의 설립 행위는 법 제26조 제1항 제1호, 제19조 제1항 제3호상의 상품의 생산·출고 또는 거래의 제한이나 용역의 거래를 제한하는 행위, 또는 제19조 제1항 제7호에서 규정하고 있는 영업의 주요부문을 공동으로 수행하거나 관리하기 위한 회사 등을 설립하는 행위임
- 원고들은 각각 일정규모 이하 건축물에 대하여 설계업무와 감리업무를 분리하기로 결정하고 이를 위해 설계를 담당한 건축사로 하여금 자신이 설계한 건축물에 대해서는 감리업무를 담당하지 못하도록 제한하였을 뿐만 아니라 나아가 원고들은 각각 지역별로 일정규모 이하 건축물에 대한 감리업무를 공동으로 수행하기 위하여 비법인 형태의 지역감리사무소 또는 법인형태의 감리회사를 설립하기로 하거나 또는 설립하였는바, 각각 해당지역의 건축사 전원을 구성사업자로 하고 있어 해당지역의 감리용역 제공과 관련한 제반거래조건의 결정에 있어 독점적 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있는 원고들이 건축사 자신이 설계한 건축물에 대한 감리수주를 제한한 것은 설계를 담당한 건축사의 자유의사를 침해하고 시장에서의 감리용역 공급을 제한해 경쟁의 갑소를 초래하는 행위에 해당되며, 일정지역의 감리업무를 공동으로 수행하기 위한 지역감리사무소 또는 감리회사의 설립은 사실상 해당지역에서 감리용역에 대한 독점적 공급체계를 형성하는 행위라는 점 등을 감안할 때 위와 같은 원고들의 행위는 법 제26조 제1항 제1호, 제19조 제1항 제3호상의 상품의 생산·출고 또는 거래의 제한이나 용역의 거래를 제한하는 행위, 또는 제19조 제1항 제7호에서 규정하고 있는 영업의 주요부문을 공동으로 수행하거나 관리하기 위한 회사 등을 설립하는 행위로서 각각 해당지역 감리용역거래분야에서의 사업자간 경쟁을 신질적으로 제한하는 행위에 해당됨.
[12개 시도건축사회 및 건축사복지회의 경쟁제한행위 건(서울고법 2000. 1. 27. 선고 98누12620 판결¹⁹⁾)]
- 대한약사회 대구지부가 집단폐문을 결정·시행한 행위는 대구직할시 지역 약국업분야에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위로 법 제26조 제1항 제1호, 제19조 제3호의 “판매를 제한하는 행위”에 해당하고, 법 제26조 제1항 제3호의 “구성사업자의 사업내용 또는 활동을 부당히 제한하는 행위”에 해당됨
- 구성사업자들의 약국폐문여부는 자유로운 의사에 따라 구성사업자들이 개별적으로 결정하여야

19) 상고심(대법원 2002. 9. 24. 선고 2000두1713 판결)은 이 부분에 대하여 특별히 판단하지 않음

하나, 동 지부장의 주도하에 대구지부가 집단폐문을 결정하여 시행함으로써 폐문에 반대하는 구성사업자에게 결과적으로 자기의 의사에 반하여 전단폐문에 따를 수밖에 없도록 하였고 이로 말미암아 이를 구성사업자에게 집단폐문기간 중 의약품을 판매할 수 없도록 제한하였고 대구직할시 지역에서 약국업을 영위하는 모든 사업자들이 원고지부의 구성사업자인 점을 감안할 때 위와 같은 행위는 대구직할시 지역에서 약국업 분야에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위로서 법 제26조 제1항 제1호, 제19조 제3호의 “판매를 제한하는 행위”에 해당하고, 또 이는 법 제26조 제1항 제3호 소정의 구성사업자의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위에 해당한다고 할 것임.

[대한약사회 대구지부의 약국폐쇄결의 건(서울고법 1994. 9. 28. 선고 93구28166 판결²⁰⁾)]

* 참고: 대한약사회 및 서울지부의 약국폐쇄결의 건(서울고법 1994. 9. 28. 선고 93구34369 판결, 대법원 1995. 5. 12. 선고 94누13794 판결)

□ 대한의사협회가 소속 의사들로 하여금 2014. 3. 10. 휴업을 하도록 결의·실행한 행위는 법 제26조 제1항 제1호, 제19조 제1항 제3호에서 금지하는 “부당하게 경쟁을 제한하는 행위”에 해당한다고 볼 수 없음

○ 원고가 결의한 이 사건 휴업은 의료수가 인상 등 구성사업자들의 경제적인 이익을 직접적으로 추구하거나 구성사업자들 사이의 경쟁을 제한하여 의료서비스의 가격·수량·품질 기타 거래조건 등의 영향을 미치기 위한 목적에서 이루어진 것이라기 보다는 헌법상 결사의 자유를 향유하는 원고가 구성사업자들을 대표하여 정부의 의료정책인 원격의료제나 열린병원제 도입 관련 정부에 의견을 전달하고 교섭하는 과정에서 정부 정책에 반대하기 위한 목적에서 이루어진 것인 점, 이 사건 휴업기간(단 하루), 높지 않은 참여율(개원의 20.9%, 전공의 30%), 구체적인 범위와 내용(응급실 등 필수 진료기관은 휴업에서 제외) 등에 비추어 보면 비록 이 사건 휴업 당일 의료서비스 공급량이 일부 감소하였더라도 이 사건 휴업으로 의료소비자의 서비스 이용에 있어서의 대체가능성에 영향을 미쳤다고 볼 정도에 이르지 아니하였고, 달리 의료서비스 품질 기타 거래조건 등에 영향을 미쳐 의료서비스 시장에서 경쟁제한성이 인정될 정도라고 단정하기 어려운 점, 이 사건 행위의 목적이나 경위, 경쟁제한성 정도 등을 고려할 때 이 사건 행위가 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모한다는 공정거래법의 궁극적인 목적에 실질적으로 반하는 행위라고 볼 수 없으므로 부당성도 인정되지 않는 점 등을 고려하면, 원고의 이 사건 행위는 공정거래법 제26조 제1항 제1호, 제19조 제1항 제3호에서 금지하는 ‘부당하게 경쟁을 제한하는 행위’에 해당한다고 볼 수 없음. 한편, 피고가 상고이유로 들고 있는 대법원

20) 상고심(대법원 1995. 5. 12. 선고 94누13909 판결)도 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

2003.2.20. 선고 2001누5347 전원합의체 판결은 원고의 휴업 견의의 목적이나 태양, 휴업 참여율 등에서 구체적인 사실관계가 다르고, 처분의 근거 법령이 공정거래법 제26조 제1항 제3호인 사안으로 이 부분과 처분사유가 다르므로 원심의 판단이 위 대법원 전원합의체 판결에 배치된다고 볼 수 없음.

[대한의사협회의 사업자단체금지행위에 대한 건(대법원 2021. 9. 9. 선고 2016두36345 판결)]

- 공정거래법에서 금지하는 '용역의 거래를 제한하는 행위'에 해당하려면 용역의 제공이나 구매 등 거래를 일부 또는 전부 제한하는 행위이면 족하고, 일정한 거래분야에서 제한의 대상이 되는 용역과 대체 가능한 용역이 존재하는지 등을 고려할 필요는 없음
- 원심은 ① 법 제26조 제1항 제1호, 제19조 제1항 제3호에서 정한 '용역의 거래를 제한하는 행위'란 관련시장에서 용역의 거래를 전면적으로 제한함으로써 용역의 공급량에 직접 영향을 미치는 행위를 의미하는 것이지, 특정한 거래의 방식이나 용역의 종류만 제한하는 행위까지 포함하는 것은 아니고, ② 이 사건 행위는, 「감정평가 및 감정평가사에 관한 법률」에 따라 감정평가사의 품위 유지와 직무의 개선·발전을 도모하고 회원의 관리 및 지도에 관한 사무를 수행함을 목적으로 하는 사업자단체인 원고가 자신의 구성사업자들에 대하여 문서탁상자문의 제공 금지 등을 결정, 통보한 행위이고, 그 관련시장은 문서탁상자문과 구두탁상자문을 포함한 탁상자문 시장으로 보아야 하며, ③ 이 사건 행위는 탁상자문 거래 전체를 제한하는 것이 아니라 그중 문서탁상자문 거래만 제한하는 이상, 법 제26조 제1항 제1호, 제19조 제1항 제3호의 행위유형에 해당하지 않는다고 판단하였음.
- 그러나 원심 판단은 그대로 수긍하기 어려우며, 원고의 이 사건 행위는 구성사업자들의 문서탁상자문 제공을 금지하는 행위로서 법 제26조 제1항 제1호, 제19조 제1항 제3호에서 정한 '용역의 거래를 제한하는 행위'의 행위유형에 해당함. 따라서 원심으로서는 이 사건 행위가 법 제26조 제1항 제1호, 제19조 제1항 제3호의 행위유형에 해당함을 전제로, 관련시장인 탁상자문 시장에서 부당하게 경쟁을 제한하는지 여부를 심사하여 그 위법성을 판단하였어야 함. 그런데도 원심은 이 사건 행위가 법 제26조 제1항 제1호, 제19조 제1항 제3호의 행위유형에 해당하지 않는다는 이유로 곧바로 이 사건 처분이 위법하다고 판단하였음. 이러한 원심 판단에는 법 제19조 제1항 제3호의 적용범위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있음.

[한국감정평가사협회의 사업자단체 금지행위 건(2022. 9. 29. 선고 2021두33722 판결²¹⁾)]

21) 파기환송심(서울고법 2022누61412) 진행 중

6) 거래지역 또는 거래상대방을 제한하는 행위(제40조 제1항 제4호) 관련

- 원고들이 전세버스요금을 결정·배포함으로써 그 구성사업자들의 전세버스요금 결정에 있어 경쟁기능의 자유로운 행사가 제한되는 영향을 미쳤다 할 것이며 해당지역에서의 전세버스운송사업자 또는 그 사업자단체인 위 원고들로 하여금 거래의 조건을 좌우할 수 있는 시장지배력을 형성할 수 있게 되어 공정하고 자유로운 경쟁을 부당하게 실질적으로 제한하게 됨
- 원고 조합들은 그 구성사업자들에게 상당한 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있고 위와 같은 결의과정에서 구성사업자가 원고조합들의 결의내용을 위반한 경우 이를 제재하기로 결의한 점, 구성사업자들로서도 원고들이 일률적으로 정한 요금을 준수하는 것이 구성사업자 사이의 과당경쟁을 피할 수 있어 사업상 유리할 것이라는 점 등에 비추어 보면 원고들이 전세버스요금을 결정·배포함으로써 그 구성사업자들의 전세버스요금 결정에 있어 경쟁기능의 자유로운 행사가 제한되는 영향을 미쳤다 할 것이며, 해당지역에 소재하는 전세버스운송사업자 거의 전부를 그 구성사업자로 하고 있는 위 원고 조합들의 구성사업자 사이에 거래상대방 선택에 제한이 있을 경우 해당지역에서의 전세버스운송사업자 또는 그 사업자단체인 위 원고들로 하여금 거래의 조건을 좌우할 수 있는 시장지배력을 형성할 수 있게 되어 전세버스운송업계에서의 공정하고 자유로운 경쟁을 부당하게 실질적으로 제한하게 된다 할 것이므로 원고들의 거래상대방 제한행위는 법 제26조 제1항 제1호, 제19조 제1항 제4호에 위반된다고 할 것임.

[서울특별시 전세버스운송사업조합 외 9개 조합의 전세버스요금 결정 등 행위 건(서울고법 2000. 10. 10. 선고 2000누1180 판결²²⁾)]

7) 다른 사업자의 사업활동 방해 등(제40조 제1항 제9호) 관련

- 한국원심력콘크리트공업협동조합은 단순히 경쟁업체의 기술상 안전성이 의심된다는 이유만으로 볼트체결식 이음시공법을 사용하는 건설업체 등에 대하여 PHC파일 공급제한 행위를 하였는바, 법 제26조 제1항 제1호, 제19조 제1항 제9호에 해당하는 사업자단체 금지행위에 해당함
- 원고의 구성사업자들 사이에는 원고의 PHC 파일 공급제한 행위에 대한 결정을 준수하여야 한다는 공동인식이 형성되어 있었고, 원고의 행위는 구성사업자가 아닌 다른 사업자, 즉 건설업체들 및 볼트체결식 파일이음공법을 제공하는 사업자의 사업활동 또는 사업내용을

22) 삼고심(대법원 2002. 6. 14. 선고 2000누8905 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

방해하거나 제한하였으며, PHC 파일 이음시공 시장에서의 경쟁을 부당하게 제한하였음.

[한국원심력콘크리트공업협동조합의 사업자단체금지행위 건(서울고법 2017. 6. 15. 2016누42472 판결23))]

□ 한국원심력콘크리트공업협동조합의 PHC파일 단부 폐쇄조치는 PHC강봉의 단부를 보호하기 위한 조치로 건설기술관리법에 근거한 표준시방서 규정에 부합하므로 잘못된 것이라고 할 수 없음

○ 원고의 구성사업자인 PHC파일 제조업체들에게 위험(손해배상의무나 하자보수의무를 부담할 가능성)을 감수하고서 위 표준시방서 규정에도 불구하고 이전과 같이 PC너트 구멍을 마감하지 아니한 상태로 PHC파일을 공급할 것을 강제할 수 없고, PHC파일의 PC너트 구멍을 마감하는 것은 PHC파일 제조업체들이 선택할 수 있는 고유한 업무영역에 해당하며, 볼트체결식 파인아음공법을 적용한 업체들이 PHC파일 제조업체에 대하여 PC너트 구멍에 마감조치를 하지 않은 PHC파일의 공급을 요구하는 것이 이들의 정당한 권리이거나 당연히 접근할 수 있었던 요소에 해당한다고 할 수 있으므로, 원고의 PHC파일 단부 폐쇄조치행위는 구성사업자가 아닌 다른 사업자, 즉 건설업체들 또는 볼트체결식 파일아음공법을 제공하는 사업자들의 사업활동을 방해하여 PHC파일 이음시공 시장에서의 경쟁을 부당하게 제한하였다고 볼 수 있음.

[한국원심력콘크리트공업협동조합의 사업자단체금지행위 건(서울고법 2017. 6. 15. 2016누42472 판결24))]

□ 국산경주마 조달방법도 공동구입추첨·분배방식과 개별구입등록방식이 허용되었음에도 불구하고 경주마 생산자인 제주축산이 개별마주에게 경주마를 판매하려고 하자 마주협회가 이를 방해하였는바, 이는 법 제19조 제1항 제8호에서 규정하는 다른 사업자인 위 제주축산의 사업활동을 방해하는 행위로 같은 법 제26조 제1항 제1호 소정의 국내경주마 매매거래분야의 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위에 해당됨

○ 국내 경마에 관하여 종전에는 마사회 단일마주제로 운영되다가 1993.8.14.부터 다수의 개인마주제로 바뀜에 따라 국산경주마 조달방법도 공동구입추첨·분배방식과 개별구입등록방식이 허용되었음에도 불구하고 경주마 생산자인 위 제주축산이 개별마주에게 경주마를 판매하려고 하자 마주협회가 이를 방해하였는바, 이는 법 제19조 제1항 제8호에서 규정하는 다른 사업자인 위 제주축산의 사업활동을 방해하는 행위로서 같은 법 제26조 제1항 제1호 소정의

23) 상고심(대법원 2017. 10. 26. 선고 2017두52535 판결)은 심리불속행 기각함

24) 상고심(대법원 2017. 10. 26. 선고 2017두52535 판결)은 심리불속행 기각함

국내경주마 배매거래분야의 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위에 해당된다고 할 것이며, 또 위 제주축산이 생산자 마주로서 조교사들과 위탁관리계약을 체결하고 경주에 출주하려고 하자 원고가 조기협회에 개별구매를 할 수 없다는 내용을 통보하여 공지하게 함으로써 다른 경주마 위탁관리계약에서 제외되는 등의 불이익을 우려한 조교사들로 하여금 위 제주축산과의 위탁관리계약을 파기하게끔 유도한 행위는 법 제19조 제1항 제8호에서 규정하는 다른 사업자인 위 제주축산의 사업활동을 방해하는 행위로서 같은 법 제26조 제1항 제1호 소정의 국내경주마 위탁관리거래분야의 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위에 해당되고, 또한, 법 제26조 제1항 제3호 소정의 생산자마주로서 원고 협회의 구성사업자인 위 제주축산의 사업활동을 부당하게 제한하는 행위에 해당됨.

[마주협회의 경주마구입방해 등 행위 건(서울고법 1996. 7. 9. 선고 95구32169 판결²⁵⁾)]

- 구입가격 그대로 다시 판매하는 보건소를 통하여 도매업자가 최종소비자들에게 약품을 공급하는 이 사건에 있어서는 대구지부의 내부적인 의사결정을 거쳐 약국위원회에 약품가 인상을 권고하고 협회가 이를 수락하여 가격인상이 이루어진 이상 원고들의 행위는 법 제26조 제1항 제1호, 법제19조 제1항 제8호상의 공동으로 사업활동이나 사업내용을 방해하거나 제한하는 행위에 해당됨
- 의약품 도매업자는 비록 통상적으로는 소매업자인 약국들과 직접적인 경쟁관계에 있지는 않다고 하더라도 약국들과 동일한 품목을 공급하는 업자로서 이 사건에 있어서는 구입가격 그대로 다시 판매하는 보건소를 통하여 도매업자가 최종소비자들에게 약품을 공급함으로써 그들 간의 합의여하에 따라 소비자 가격결정을 지배하여 공정하고 자유로운 경쟁을 제한함으로써 소비자보호에 역행할 수 있는 이상 도매업자도 법 제19조 제1항 제8호에서 말하는 다른 사업자에 해당한다고 볼 것이고, 따라서 대구지부의 내부적인 의사결정을 거쳐 약국위원회가 이에 따라 도매협회에 약품가 인상을 권고하고 도매협회가 이를 수락하여 가격인상이 이루어진 이상 원고들의 행위는 법 제26조 제1항 제1호, 법 제19조 제1항 제8호상의 공동으로 사업활동이나 사업내용을 방해하거나 제한하는 행위에 해당된다고 할 것임.

[대한약사회 대구지부의 약국폐쇄결의 건(서울고법 1994. 9. 28. 선고 93구28166 판결²⁶⁾)]

25) 상고심(대법원 1996. 10. 1. 선고 96누11839 판결)은 법정기간 내 상고이유서 미제출로 기각됨

26) 상고심(대법원 1995. 5. 12. 선고 94누13909 판결)도 이러한 원심판결에 의법이 없다고 판시함

- 원고가 구성사업자인 이 사건 회사들로부터 요청을 받고 아주산업과 유진레미콘에게 슬래그분말 사업추진의 중단 제한 등을 요청하였고, 이를 이행하지 아니하자 아주산업과 유진레미콘에 대하여 이 사건 회사들이 시멘트공급을 제한한바, 법 제26조 제1항 제1호에서 정하는 사업자단체가 법 제19조 제1항 제8호의 부당한 공동행위를 한 것에 해당함
 - 원고가 구성사업자인 이 사건 회사들로부터 아주산업 등의 슬래그분말사업에 대한 확인 및 재고권유 요청을 받고 아주산업과 유진레미콘에게 슬래그분말 사업추진의 중단 제한 등을 요청하였고, 이를 이행하지 아니하자 아주산업과 유진레미콘에 대하여 이 사건 회사들이 시멘트공급을 제한하였으며, 그 후 아주산업이 실제로 2002년 11월 슬래그분말사업을 철회하고 유진레미콘도 2003. 5. 28. 슬래그분말 사업을 축소, 제한하기로 하자, 아주산업, 유진레미콘에 대하여 이 사건 회사들의 시멘트공급이 다시 이루어지게 된 사실이 인정되는바, 원고 협회의 이와 같은 행위는 자신들의 구성사업자인 이 사건 회사들의 시멘트시장에서의 시장점유율이 90%에 달하여 아주산업, 유진레미콘이 이 사건 회사들을 통해서 시멘트를 공급받을 수밖에 없음을 기화로 단체의 힘을 빌어 아주산업, 유진레미콘으로 하여금 원고 협회의 슬래그분말사업 추진의 중단, 제한요구에 따르게 한 행위이므로 비록 원고 협회의 정관에 따른 의결절차에 부합하지 아니하고 원고 협회의 법률상 대표자가 아닌 부회장을 통하여 아주산업, 유진레미콘에게 요청 또는 종용을 하였다고 하더라도, 그 실질은 법 제26조 제1항 제1호에서 정하는 사업자단체가 법 제19조 제1항 제8호의 부당한 공동행위를 한 것에 해당함.
- [한국양회공업협회의 사업자단체금지행위건(대법원 2008. 2. 29. 선고 2006두10443 판결)]
- 이 사건 공동이용망과 같은 필수설비적 성격을 가진 시설의 보유자들에게 경쟁상대방도 그 시설을 이용할 수 있도록 강제하는 것은 독점적 이익이 배제된 적정한 가격에 이용할 수 있도록 해 줄 필요가 있기 때문인바, 그 판단과 관련하여 신한은행이 이 사건 공동이용망 내의 가맹점망과 유사한 가맹점망을 구축하는 데 소요되는 비용 자체로 가입비를 산정한 방법은 적절한 산정방법이라고 할 수 없음
 - 이 사건 공동이용망과 같은 필수설비적 성격을 가진 시설의 보유자들에게 경쟁상대방도 그 시설을 이용할 수 있도록 강제하는 것은 그 거래분야에서의 공정한 경쟁을 촉진하고 그러한 시설에 대한 불필요한 중복투자를 방지하여 소비자후생을 기하고 국민경제의 균형 있는 발전을 도모하고자 함에 있는 것이므로 이러한 시설은 그 독점적 이익이 배제된 적정한 가격에 이용할 수 있도록 해 줄 필요가 있기 때문이고, 따라서 가입신청자가 그 시설을 구축한 사업자들과 같은 조건으로 이용하기 위하여 지급하여야 할 적정한 가입비는, (1) 신용카드 가맹점을 상호 공동으로 이용할 수 있도록 하는 시스템 자체를 구축하는 데 소요된

비용과 그 시설 내의 가맹점 방과 유사한 가맹점 망을 구축하고자 할 경우 소요되는 비용을 합한 금액에 신청인의 그 시설에 대한 이용의 정도, 신청인의 자체 가맹점이 그 시설 내의 가맹점 방 형성에 기여할 것으로 예상되는 정도 등을 고려한 적정한 분담비율을 곱하여 산정한 금액과 (2) 신청인도 그 시설을 구축한 사업자들과 공동으로 시설을 이용할 수 있도록 하는 데 소요되는 추가비용을 합산한 금액이 일정의 기준이 될 수 있을 것임.

- (1) 이 사건 공동이용망은 신한은행이 이를 직접 이용한다고 하여 나머지 원고들이 이를 이용할 수 없게 되거나 그 이용에 지장을 받는 것이 아닌 점에 비추어 신한은행이 나머지 원고들과 공동으로 이를 이용하기 위하여 부담하여야 하는 적정한 가입비를 위 공동이용망 내의 가맹점망과 이와 유사한 가맹점망을 구축하는 데 소요되는 비용 전액으로 볼 수는 없는 점, (2) 나머지 원고들 사이에서는 그 자체 가맹점 수의 차이 등을 고려한 정산절차를 거친 바 없고, 뒤늦게 참가한 원고 롯데카드에게도 가입비를 요구하지 아니한 점, (3) 신한은행이 이 사건 공동이용망을 직접 이용하게 되어도 자체 가맹점이 아닌 다른 카드회사의 가맹점을 이용할 경우 여전히 그 가맹점수수료의 10%에 상당한 금액을 가맹점 이용수수료로 부담하여야 하는 점, (4) 신한은행이 가입하면 신한은행의 자체 가맹점을 나머지 원고들도 이용할 수 있게 되는 점, 기타 이 사건 공동이용망의 구축과정, 신용카드업 거래분야에서의 경쟁촉진의 측면 등 여러 사정에 비추어 보면, 신한은행이 이 사건 공동이용망 내의 가맹점망과 유사한 가맹점망을 구축하는 데 소요되는 내용 자체로 가입비를 산정한 안전회계법인의 가입비 산정방법은 적절한 산정방법이라고 할 수 있으므로, 원심은 신한은행이 부담하여야 할 적정한 가입비의 액수에 관하여 심리한 다음, 이 사건 행위가 사업활동방해 공동행위에 해당하는지 여부에 관하여 판단하였어야 함.

[한국여신전문금융협회 및 7개 신용카드회사들의 사업활동방해 공동행위 건(내법원 2005. 8. 19. 선고 2003두5709 판결)]

나. 구성사업자의 사업활동방해행위(제1항 제3호)

1) 동 조항의 취지 및 고려요소

- 동 조항의 취지는 단체의 의사결정에 의하여 구성사업자의 사업활동에 대해 일정 범위의 제한을 하는 것이 어느 정도 예정되어 있더라도 그 내용이 구성사업자의 사업 내용이나 활동을 과도하게 제한하여 그들 사이의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 정도에 이른 경우 이를 허용하지 않겠다는 데에 있음

- 구성사업자의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 동 조항의 취지는 원래 사업자단체는

구성사업자의 공동의 이익을 증진하는 것을 목적으로 하는 단체이므로 그 목적 달성을 위하여 단체의 의사결정에 의하여 구성사업자의 사업활동에 대하여 일정한 범위의 제한을 하는 것이 어느 정도 예정되어 있다고 하더라도 그 결의의 내용이 구성사업자의 사업내용이나 활동을 과도하게 제한하여 구성사업자 사이의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 정도에 이를 경우에는 이를 허용하지 않겠다는 데에 있다고 할 것임.

[한국관세사회의 사업활동방해행위 건(대법원 2001. 6. 15. 선고 2001두175 판결)]

□ 경쟁자들의 시장진입제한, 사업자들의 시장점유율 증대, 이윤획득의 동기 등이 요건은 아님

- 동 규정의 구성요건을 판단함에 있어서 경쟁자들의 시장진입제한, 사업자들의 시장점유율 증대, 이윤획득의 동기 등이 요건은 아님.

[대한약사회 및 서울지부의 약국폐쇄결의 건(서울고법 1994. 9. 28. 선고 93구34369 판결²⁷⁾)]

2) “구성사업자의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위”의 의미

□ 사업자단체의 결의가 구성사업자의 사업활동에 있어서 공정하고 자유로운 경쟁을 저해하는 경우에는 “구성사업자의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위”에 해당함

- 원래 사업자단체는 구성사업자의 공동의 이익을 증진하는 것을 목적으로 하는 단체로서, 그 목적 달성을 위하여 단체의 의사결정에 의하여 구성사업자의 사업활동에 대하여 일정한 범위의 제한을 하는 것은 예정되어 있다고 할 것이나, 그 결의가 구성사업자의 사업활동에 있어서 공정하고 자유로운 경쟁을 저해하는 경우에는 공정거래법 제26조 제1항 제3호에 규정된 “구성사업자의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위”에 해당함.

[대한의사협회의 사업자단체금지행위 건(대법원 2003. 2. 20. 선고 2001두5347 전원합의체 판결)]

27) 상고심(대법원 1995. 5. 12. 선고 94누13794 판결)은 원심판결에 위법이 없다고 판시함

3) 구체적 사안

① 긍정례

- 건축법 제19조의3 제2항에 따라 제정된 고시는 감리비 산정을 위한 참고사항에 불과하고 법규범으로서의 효력이 있다거나 건축사가 이를 의무적으로 적용하거나 준수하여야 하는 것은 아니므로, 원고의 감리비 결정행위는 구성사업자들의 자유로운 감리비 가격 결정권을 침해함으로써 부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 해당한다고 봄이 상당함
- 원고는 2012. 2. 29. 창립총회에서 회칙 및 운영세칙을 제정하면서 ①건축주로부터 설계용역을 의뢰받은 구성사업자는 해당 건축물의 감리용역을 동시에 수행할 수 없도록 하고, ②원고의 감리자 선정 프로그램을 통해 감리자로 선정되도록 하는 조항과 ③구성사업자가 건축주로부터 받을 감리비를 자신의 계좌로 납부하도록 하는 조항 및 ④자신이 직접 수령한 감리비를 다시 일정한 비율에 따라 감리자·설계자·원고에게 지급하도록 하는 조항을 규정하였음.
- 원고의 감리비 결정행위는 구성사업자들의 자유로운 감리비 가격 결정권을 침해함으로써 부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 해당한다고 봄이 상당함.
[대전광역시건축공사감리위원회의 사업자단체금지행위에 대한 건(서울고법 2017. 4. 26. 선고 2016누31243 판결, 고법 확정)]
* 같은 취지: 김천지역건축사회의 사업자단체금지행위에 대한 건(서울고법 2018. 2. 2. 선고 2017누58627 판결), 고령성주지역건축사회의 사업자단체금지행위에 대한 건(서울고법 2018. 2. 2. 선고 2017누58610 판결), 영천지역건축사회의 사업자단체금지행위에 대한 건(서울고법 2018. 2. 2. 선고 2017누58597 판결)
- 가사 감리비 수령 및 분배행위가 원고 주장과 같이 건축주가 원고에게 감리자 지정을 요청해온 경우에만 적용된다고 하더라도, 원고의 감리비 수령 및 분배행위는 공정거래법 제26조 제1항 제3호에 규정된 '구성사업자의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위'에 해당함
- 위 인정 사실에다가 앞서 든 증거에 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 아래의 각 사정을 종합하여 앞서 본 법리에 비추어 보면, 가사 감리비 수령 및 분배행위가 원고 주장과 같이 건축주가 원고에게 감리자 지정을 요청해온 경우에만 적용된다고 하더라도, 감리비 수령

및 분배행위는 공정거래법 제26조 제1항 제3호에 규정된 ‘구성사업자의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위’에 해당한다고 봄이 상당함.

- 감리비 수령 및 분배 등의 결정 역시 구성사업자가 자신의 판단에 의해 독자적으로 결정하여야 할 사항이라고 봄이 상당한데, 원고는 감리비 수령 및 분배행위에 의해 구성사업자가 체결한 설계용역감리계약의 대가를 원고가 직접 수령한 이후에 정해진 비율에 의한 일부만을 구성사업자에게 분배하도록 하여 구성사업자로 하여금 시장상황 및 자신의 영업여건 등을 고려하여 감리비의 운영을 자율적으로 결정할 수 없도록 하고 있는바, 감리비 수령 및 분배행위는 구성사업자의 자유로운 감리업무 수행을 제한함으로써 공정하고 자유로운 경쟁을 저해하는 결과를 가져옴.
- 원고의 주장과 같이 전라북도 지역의 건축사들은 구성사업자가 된 이후에도 자발적인 의사에 따라 원고로부터 탈퇴할 수 있기는 하나 앞서 본 바와 같이 원고는 전라북도 지역 건축사의 약 88.6%를 구성사업자로 두고 있는 등 전라북도 지역의 건축사 용역제공과 관련하여 건축감리 시장에서 상당한 영향력을 가지고 있음.
- 또한 원고는 전라북도 지역의 건축사들이 공동이익의 증진을 도모하기 위하여 자발적으로 구성한 사업자단체인바, 감리비 수령 및 분배행위가 부실감리 방지를 통해 소비자의 후생을 도모하고 국민경제의 건강한 발전을 위한 취지·목적에서 이루어진 것으로도 보이지 아니함.
[전라북도 건축공사감리업무 운영위원회의 사업자단체금지행위에 대한 건(서울고법 2016. 6. 16. 선고 2016누31861 판결²⁸⁾]]
- * 같은 취지: 충청북도 건축공사감리업무 운영위원회의 사업자단체금지행위에 대한 건(서울고법 2016. 6. 16. 선고 2016누31250 판결²⁹⁾)

- 교체감리협약제도는 감리용역 수주에 있어 원고의 구성사업자를 다른 사업자에 비하여 상대적으로 유리한 위치에 놓이게 함으로써 다른 사업자의 영업을 부당하게 제한하고 있고, 이로 인하여 대구 지역의 건축감리시장에서의 공정하고 자유로운 경쟁이 실질적으로 저해되었다고 할 것임

- ① 교체감리협약으로 인하여 경북협의회에 소속된 다른 사업자는 대구 지역에서 감리용역을 수행할 수 없게 된 점, ② 원고는 대구 지역 건축물에 대한 설계·감리용역 분리수행제도의 시행을 알리면서 원고의 감리자 선정프로그램을 통해서만 감리용역 수행자가 선정된다고 알려 원고의 구성사업자가 아닌 다른 사업자가 감리용역 수행자로 선정되는 것을 사실상

28) 상고심(대법원 2016. 10. 13. 선고 2016두44377 판결)은 심리불속행 기각함

29) 상고심(대법원 2016. 10. 13. 선고 2016두44360 판결)은 심리불속행 기각함

어렵게 한 점 등에 비추어 볼 때, 교체감리협약제도는 감리용역 수주에 있어 원고의 구성사업자를 다른 사업자에 비하여 상대적으로 유리한 위치에 놓이게 함으로써 다른 사업자의 영업을 부당하게 제한하고 있고, 이로 인하여 대구 지역의 건축감리시장에서의 공정하고 자유로운 경쟁이 실질적으로 저해되었다고 할 것임.

- 건축법 25조 2항이 2016. 2. 3. 법률 제14016호로 개정(2016. 8. 4.부터 시행)되면서 소규모건축물로서 건축주가 직접 시공하는 건축물 및 분양을 목적으로 하는 건축물 등의 경우에 한하여 설계·감리용역 분리수행제도가 도입되었음. 그러나 위 개정 법률은 설계·감리용역 분리수행제도를 시행함에 있어 공사감리자를 지정하는 권한을 공정성과 중립성이 요구되는 '허가권자'로 특정하고, 감리비용에 관한 기준도 '지방자치단체의 조례'로써 정하도록 함으로써(건축법 25조 12항) 그 객관성을 담보하고 있음. 따라서 위 제도는 일정 지역 건축사들의 사적 이익단체인 원고가 공사감리자를 선정하는 이 사건 교체감리협약과 그 공공성, 객관성 등에 있어 본질적 차이가 있으므로, 위 개정 법률로 인하여 원고가 이미 시행하고 있는 교체감리제도가 정당화된다고 보기 어려움.

[대구 건축공사감리운영협의회의 사업자단체금지행위 및 시정조치 불이행에 대한 건(서울고법 2016. 11. 4. 선고 2016누31403 판결, 고법 확정)]

- 비대위의 의결기구인 중앙비대위와 전국비대위를 통하여 이 사건 결기대회 당일 휴전할 것과 불참 회원에게 투쟁격려금 명목으로 30만 원을 부과하기로 결의한 행위는, '구성사업자의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위'에 해당한다고 볼이 상당함.
- 비대위의 의결기구인 중앙비대위와 전국비대위를 통하여 이 사건 결기대회 당일 휴전할 것과 불참 회원에게 투쟁격려금 명목으로 30만 원을 부과하기로 결의하고, 그 결의내용을 문서·문자·인터넷 홈페이지 등을 통해 원고의 구성사업자들에게 통보하여 이 사건 결기대회 당일 휴업·휴전하도록 한 행위는, 이른바 단체적 구속으로서 내심으로나마 휴업·휴전에 반대하는 구성사업자들에게 자기의 의사에 반하여 휴업·휴전하도록 강요함으로써 구성사업자들의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해하는 결과를 가져오게 되고, 이는 공정거래법 제26조 제1항 제3호에 규정된 '구성사업자의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위'에 해당한다고 볼이 상당함.
- 한편 원고가 구성사업자들로부터 실제로 투쟁격려금을 징수하지 않았다고 하더라도, 앞서 본 것처럼 이 사건 결기대회의 불참회원에게 투쟁격려금을 부과할 것을 고지한 이상 그 징수 여부는 '구성사업자의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위'의 성립 여부에 영향을 주지 않음.

- 이 사건 월기대회가 헌법이나 관련 법률에서 정한 적법하고 정당한 집회인지 여부는 공정거래법을 위반하였는지의 문제와는 별개의 문제임.

[(사)대한한의사협회와 사업자단체금지행위 건(서울고법 2015. 10. 8. 선고 2015누1115 판결)]

- 원고가 정기이사회에서 세미나리뷰 발행 사업자를 대상으로 유디치과의 구인광고를 게재하였다는 이유를 들어 ‘원고에 대한 출입금지 및 취재금지’를 의결하고 이를 대한치과기공사협회, 대한치과기자재협회 등에 통보하는 등 구성사업자인 네트워크 치과 소속 치과의사들의 사업활동을 과도하게 제한하여 구성사업자들 사이의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 정도에 이른 경우에 해당함
- ① 원고가 유디치과의 구인광고를 치과전문 주간지인 ‘세미나리뷰’에 게재하지 못하도록 하기 위하여 2011. 3. 15. 정기이사회에서 세미나리뷰 발행 사업자를 대상으로 유디치과의 구인광고를 게재하였다는 이유를 들어 ‘원고에 대한 출입금지 및 취재금지’를 의결하고 이를 대한치과기공사협회, 대한치과기자재협회 등에 통보한 사실, ② 원고는 유디치과 소속 구성사업자들의 원고 홈페이지 이용을 제한하기 위하여 2011. 3. 18. 그들에게 ‘치협 홈페이지 덴탈샵 이용불가’라는 제목으로 “대회원 정서 및 치과계에 미치는 영향 등을 고려하여 유디치과 아이디 등에 대해서는 치협 홈페이지인 덴탈샵 이용권한을 제한한다”는 취지의 이메일을 발송하고 이를 그대로 실행한 사실, ③ 원고가 2011. 7. 3. 치과기자재 공급업체인 주식회사 메가젠임플란트의 이사에게 네트워크 치과에 대한 원고의 제재방침에 동참해 줄 것을 전화로 요청한 사실, ④ 원고가 2011. 7. 5. 대한치과기공사협회 대외이사 등과 간담회를 가져 불법 네트워크 치과기공소에 근무하였던 경력자는 다른 치과기공소에서 채용하지 아니하는 등으로 상호협조할 것을 협의한 사실, ⑤ 원고의 회장이 2011. 8. 18. 치과기자재 관련 15여 개 업체 대표를 초대한 자리에서 “원고는 치과의사들의 권익을 대변하는 단체인데 불법 네트워크 치과들이 치과계 전체의 이미지를 나쁘게 하고 있어 시정할 필요가 있다. 현재 원고와 유디치과가 싸우고 있는 것을 업계에서도 다들 잘 알고 있으리라 생각하며 여기 모인 업체 대표들께서 원고의 방침에 많이 협조해 달라”는 이야기를 한 사실 등을 종합하면 원고의 행위들이 구성사업자인 네트워크 치과 소속 치과의사들의 사업활동을 과도하게 제한하여 구성사업자들 사이의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 정도에 이른 경우에 해당함.

[대한치과의사협회와 사업자단체금지행위 건(대법원 2014. 7. 24. 선고 2013누16906 판결)]

□ 원고 경기도자동차매매사업조합의 직원채용 제한행위는 부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 해당함

- 직원채용은 사업자들의 경쟁에 영향을 미치는 중요한 요소이므로 구성사업자가 경영사정 및 시장상황 등을 감안하여 자유롭게 직원을 채용할 수 있어야 함에도 원고가 공문으로 직원의 해고를 요구하고 이에 따르지 않을 경우 벌금을 부과하는 방식으로 직원의 채용을 실질적으로 제한한 점 등 제반 사정을 종합하면, 원고의 직원채용 제한행위는 부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 해당한다고 할 것임(원고가 위반사업자에게 벌금을 환급한 것은 사후적인 사정에 불과하여 위와 같은 판단에 영향을 미치지 않음).

[경기도자동차매매사업조합의 사업자단체금지행위 건(서울고법 2013. 5. 31. 선고 2012누30884 판결³⁰⁾)]

□ 원고 부산주류도매업협의회가 주류제조사인 원고 대선주조 등에 대하여 자신들의 구성사업자들의 기준 도매가격보다 낮게 판매하는 청해의 주류공급요청을 거절하여 줄 것을 요구하고, 이에 불응할 경우 불매운동을 하겠다고 통보한 행위는 주류제조사들의 거래처 선택의 자유를 제한하고 청해의 주류도매업 시장에서의 사업활동을 방해한 것임

- 원고 부산주류도매업협의회가 주류제조사인 원고 대선주조 등에 대하여 자신들의 구성사업자들의 기준 도매가격보다 낮게 판매하는 청해의 주류공급요청을 거절하여 줄 것을 요구하고, 이에 불응할 경우 불매운동을 하겠다고 통보한 행위는, 주류제조사들로 하여금 원고 협의회의 공급중단요구에 따르게 함으로써 주류제조사들의 거래처 선택의 자유를 제한하고 청해의 주류도매업 시장에서의 사업활동을 방해한 것으로서, 주류제조사들로 하여금 공정거래법 제23조 제1항 제1호 소정의 불공정거래행위(거래거절)를 하게 한 행위에 해당됨.

[부산주류도매업협의회 외 1의 사업자단체금지행위 건(대법원 2006. 6. 29. 선고 2006두3414 판결)]

* 참고: 부산청지방주류도매업협회경남율산지회의 사업자단체금지행위 건(서울고법 2005. 8. 25. 선고 2004누17657 판결, 대법원 2006. 6. 27. 선고 2005두11531 판결)

30) 상고심(대법원 2013. 10. 11. 선고 2013두12621 판결)은 심리불속행 기각함

- 법무사회가 집단등기사건의 수임처리에 있어 법무사 개개인의 수임활동을 제한하는 집단등기사건수임업무처리규정을 제정하여 시행하고, 집단등기사건을 수임하는 법무사로부터 특별회비를 징수하는 것은 구성사업자인 법무사의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위에 해당됨
- 원고 협회는 집단등기사건의 범위를 정해 두고서 집단등기사건의 위촉기관과 협의를 거쳐 위촉기관의 추천의뢰에 따라 소속 법무사로 하여금 순차적으로 집단등기사건을 수임하도록 할 뿐만 아니라, 원고 협회와 협회를 거치지 아니한 입주자대표회 등의 단체에서 자체 법무사 선임을 원하는 경우에도 소속 법무사가 이를 입의로 수임할 수 있도록 하고, 더욱이 지방법무사회가 운영경비 조달의 범위를 넘어서 집단등기사건의 보수액 중 일부를 징수하여 공동분배하도록 한 것은 소속 법무사들의 집단등기사건의 자유로운 수임을 제한함으로써 공정하고 자유로운 경쟁을 저해하는 결과를 가져온다고 할 것이므로, 원고 협회가 단체의 의사결정으로 위 규정을 제정하고 소속 지방법무사회로 하여금 그 운영세칙을 제정하여 시행하도록 한 것은 독점규제법 제26조 제1항 제3호에 규정된 '구성사업자의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위'에 해당한다고 할 것임.
- 이는 위 규정의 제정 목적이 법무사들의 집단등기사건 수임 과정에서 발생하는 부조리를 없애기 위한 것이라거나, 위 규정이 원고 협회의 회칙에 따라 적법한 절차에 따라 제정되었고, 그 적용범위가 법무사의 수임업무 중 집단등기사건에 한한다고 하더라도 마찬가지라고 할 것임.

[법무사회의 구성사업자에 대한 사업활동방해행위 건(대법원 1997. 5. 19. 선고 96누150 판결)]

※ 참고: 경남지방법무사회의 사업자단체 금지행위 건(서울고법 2016. 9. 29. 선고 2016누45792 판결³¹⁾)
- 집단휴업조치는 이른바 단체적 구속으로서, 내심으로나마 휴업·휴진에 반대하는 구성사업자들에게 자기의 의사에 반하여 휴업·휴진하도록 사실상 강요함으로써 구성사업자들 사이의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해하는 결과를 가져옴
- 의사면허를 취득한 자는 의료법의 규정에 따라 관련 사업자단체인 원고(대한의사협회)의 당연 회원으로 가입되고 그 정관을 준수하여야 하며, 원고는 그 회원이 '정관위배 및 본회 질서문란행위'를 한 때에는 회원권리정지 등의 징계를 할 수 있는 권한이 있는데다가, 사업자단체의 구성사업자들은 단체의 구성원으로서 그 단체의 의사결정에 따라야 하는 것이 일반적인 조직체의 속성인 점에 비추어 볼 때, 원고는 그 구성사업자들에 대하여

31) 상고심(대법원 2017. 2. 15. 선고 2016누55902 판결)은 심리불속행 기각함

상당한 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있다고 할 것이며, 위와 같은 지위에 있는 원고가 이 사건 의사대회와 관련하여 특별기구로 설치한 의쟁부 등에 전권을 위임하고, 그들이 수차의 회의를 통해 대회 당일 휴업·휴진 할 것과 참석서명 및 불참자에 대한 불참사유서를 징구할 것을 결의하고, 그 결의내용을 문서, 인터넷 홈페이지 및 신문광고 등을 통해 자신의 구성사업자들에게 통보하여 대회 당일 휴업·휴진을 하도록 한 행위는, 원고가 비록 구성사업자인 의사들 모두의 이익을 증진하기 위한 목적에서라고 하더라도 구성사업자들에게 본인의 의사 여하를 불문하고 일제히 휴업하도록 요구하였고 그 요구에 어느 정도 강제성이 있었다고 한다면, 이는 구성사업자인 의사들의 자유의 영역에 속하는 휴업 여부 판단에 사업자단체가 간섭한 것이고, 그 결과 사업자 각자의 판단에 의하지 아니한 사유로 집단휴업 사태를 발생시키고 소비자 입장에 있는 일반 국민들의 의료기관 이용에 큰 지장을 초래하였으니, 그와 같은 집단휴업조치는 이른바 단체적 구속으로서, 내심으로나마 휴업·휴진에 반대하는 구성사업자들에게 자기의 의사에 반하여 휴업·휴진하도록 사실상 강요함으로써 구성사업자들 사이의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해하는 결과를 가져온다고 할 것이므로, 이는 공정거래법 제26조 제1항 제3호에 규정된 “구성사업자의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위”에 해당된다고 할 것임.

[대한의사협회의 사업자단체금지행위 건(대법원 2003. 2. 20. 선고 2001두5347 전원합의체 판결)]

- 자신의 구성사업자들에게 통보하여 대회 당일에 병·의원들이 위와 같이 휴업·휴진을 하도록 한 행위는 이른바 단체적 구속으로서 공정거래법 제26조 제1항 제3호에 규정된 “구성사업자의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위”에 해당함
- 원고가 회원의 가입을 임의가입으로 하고 있기는 하지만 회원의 정관 및 제 규칙 준수의무와 회원이 ‘정관위배 및 본회 진서문란행위’를 한 때에는 회원권리정지 등의 징계를 할 수 있도록 정관에서 규정하고 있고, 원고의 회원인 병원장 또는 의료책임자는 소속 의료인 및 의료종사자에 대한 인사권을 갖고 있는 점과 사업자단체의 구성사업자들은 단체의 구성원으로서 그 단체의 의사결정에 따라야 하는 것이 일반적인 조직체의 속성인 점에 비추어 볼 때, 원고는 그 구성사업자들에 대하여 상당한 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있는 것으로 보이는바, 원고가 이 사건 의사대회와 관련하여 그 인원 등을 의사협회에 보내어 원고를 대표하여 그 의사결정에 참여하게 하고 수차의 회의를 통하여 위 의사대회에 적극 참여하기로 결의하고 구성원인 회원들에게 필수 진료를 위한 최소한의 인력을 제외하고 최대한 많은 인원이 의사대회에 참석하도록 할 것을 문서, 인터넷 홈페이지 및 신문광고 등을 통해 자신의 구성사업자들에게 통보하여 대회 당일에 병·의원들이 위와 같이 휴업·휴진을 하도록 한 행위는 이른바 단체적 구속으로서, 내심으로나마 휴업·휴진에 반대하는 구성사업자들에게 자기의 의사에 반하여 휴업·휴진하도록 사실상 강요함으로써

구성사업자들의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해하는 결과를 가져온다고 할 것이므로, 이는 공정거래법 제26조 제1항 제3호에 규정된 “구성사업자의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위”에 해당함.

- 원고가 비록 구성사업자인 병원장이나 의료책임자들이 운영하는 병원 모두의 이익을 증진하기 위한 목적에서라고 하더라도 구성사업자들에게 본인의 의사 여하를 불문하고 필수 진료를 위한 최소한의 인력을 제외하고 최대한 의사대회에 참석하도록 할 것을 요구하였고, 그 요구에 어느 정도 강제성이 있었다고 한다면, 이는 구성사업자인 병원장이나 의료책임자들의 자유의 영역에 속하는 휴업 또는 병원 업무의 부분적 중단 여부 판단에 사업자단체가 간섭한 것이고, 그 결과 사업자 각자의 판단에 의하지 아니한 사유로 집단휴업 또는 부분적 중단사태를 발생시키고 소비자 입장에 있는 일반 국민들의 의료기관 이용에 큰 지장을 초래하였으니, 그와 같은 업무중단 등의 조치는 병원들 사이의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해하는 것이라고 보지 않을 수 없고, 따라서 그러한 행위는 위 법 제26조 제1항 제3조 소정의 ‘부당한 제한행위’에 해당한다고 할 것임.

[대한병원협회의 소속병원에 대한 휴업강요행위 건(대법원 2003. 2. 20. 선고 2001두5057 판결)]

- 원고 약사회가 집단폐문 결의내용을 그 구성사업자들에게 통보하여 그들의 자유의사에 불문하고 폐문을 실행하도록 한 행위는 이를바 단체적 구속으로서 개별 구성사업자의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위에 해당함
- 일정한 거래분야에 해당하는 약국업 분야에서 사업자단체인 원고 약사회가 보건사회부의 약사법 개정안에 반대하여 전국의 약국을 무기한 폐문하기로 결의하고 이를 시·노지부에 통보하여 그 구성사업자(약국)들로 하여금 폐문실행에 들어가도록 함으로써, 내심으로나마 폐문에 반대하는 구성사업자들에게 결과적으로 자기의 의사에 반하여 집단폐문에 떠를 수 밖에 없도록 하여 구성사업자들에게 집단폐문기간 중 의약품을 판매할 수 없도록 제한한 이상, 이러한 행위는 법 제19조 제1항 제3호 소정의 ‘판매를 제한하는 행위’에 해당되고, 한편 위와 같은 집단폐문결의가 당초 정부의 약사법개정안에 반대하여 그 항의의 표시로써 나온 행위라고 하더라도 모든 약사들이 원고 약社会의 구성사업자이어서 위 결의에 반대하는 사업자들에 대하여까지 약국의 폐문을 강제하여 의약품의 판매를 제한한 결과 의약품판매 시장인 약국업 분야에서 사업자단체인 원고 약사회가 그 의사대로 시장지배력을 형성한 것으로 보이므로 원고 약사회의 위와 같은 행위는 약국업 분야에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위에 해당한다고 할 것인.
- 원고 약사회가 집단폐문 결의내용을 그 구성사업자들에게 통보하여 그들의 자유의사에 불문하고 폐문을 실행하도록 한 행위는 이를바 단체적 구속으로서 개별 구성사업자의

사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위에 해당함.

[대한약사회 및 서울지부의 약국폐쇄결의 건(대법원 1995. 5. 12. 선고 94누13794 판결)]

* 참고: 대한약사회 대구지부의 약국폐쇄결의 건(서울고법 1994. 9. 28. 선고 93구28166 판결, 대법원 1995. 5. 12. 선고 94누13909 판결)

□ 구성사업자인 신영산업의 거래 상대방에게 신영산업과의 거래를 중지해 줄 것을 요청하는 내용의 호소문을 발송하는 행위는 재생유지원료의 가격경쟁을 제한할 목적으로 행한 법 제26조 제1항 제3호 소정의 행위에 해당됨

○ 원고 호소문의 내용에 비추어 볼 때 그 주된 취지가 강정우가 원고의 공동구매사업에 참여하지 않고 독자적으로 원고가 원하는 가격보다 높은 가격으로 원료를 구입하여 음으로써 원료가격이 높아져 원고가 의도하는 바에 따라 원료가격을 그보다 낮게 형성할 수 없기 때문에 구성사업자들의 채산성이 악화되었다는데 있는 것으로서 그 자체가 원료시장에서의 가격경쟁을 제한하는 내용의 것으로 이를 정당하다고 할 수 없고, 호소문의 나머지 기재부분은, 원고가 주장하는 바와 같이 신영산업이 비식용유지를 식용유자로 불법전용한 데에 대한 강한 의심이 들고 이를 방지할 필요성을 느낀다면 비록 구체적 사실을 파악, 입증할 수 없다고 하더라도 상당한 혐의사실을 적시하여 관계당국에 신고함으로써 이에 대한 조사와 그 행위에 상응한 조치를 받도록 함이 원칙인 점에 비추어 볼 때 원고 자신의 주장을 정당화하기 위한 방법으로 신영산업의 영업장소, 그 대표이사의 과거전력 등 약점을 들어 신영산업을 부도덕한 업체로 매도한 것에 불과하다고 보여지므로, 구성사업자인 신영산업의 거래 상대방에게 신영산업과의 거래를 중지해 줄 것을 요청하는 내용의 호소문을 발송하는 행위는 재생유지원료의 가격경쟁을 제한할 목적으로 행한 법 제26조 제1항 제3호 소정의 구성사업자인 신영산업의 사업활동을 부당하게 제한하는 행위에 해당됨.

[한국재생유지공업협동조합의 사업자단체금지행위 건(대법원 2002. 9. 24. 선고 2002두5672 판결)]

□ 원고 충남 조합이 공동계약 및 공동배차방식의 합동사무실을 개설·운영하도록 독려하는 한편 실효를 위해 타 지역 구성사업자들에게 사무실이 설치된 지역을 침범하지 말도록 하였다면 각 구성사업자의 영업전략, 경영방침 등에 따라 개별적으로 이루어져야 할 자유로운 경쟁을 저해하는 행위에 해당함

○ 구성사업자들에게 상당한 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있는 원고 충남 조합이 그 구성사업자들로 하여금 상호가격경쟁을 피하고 조합이 정한 협정요금을 준수하도록 하기

위하여 공동계약 및 공동배차방식의 합동사무실을 개설·운영하도록 독려하는 한편 위와 같은 공동계약·배차방식이 실효를 거둘 수 있도록 타 지역 구성사업자들의 경우는 합동사무실이 설치된 지역을 침범하지 말도록 하였다면 이는 각 구성사업자의 영업전략, 경영방침 등에 따라 개별적으로 이루어져야 할 자유로운 경쟁을 저해하는 행위에 해당한다 할 것이므로 위 원고 조합의 행위는 법 제26조 제1항 제3호에 위반된다고 할 것임.

[서울특별시 전세버스운송사업조합 외 9개 조합의 전세버스요금 결정 등 행위 건(서울고법 2000. 10. 10. 선고 2000누1180 판결³²⁾)]

□ 원고 서울특별시·경기도 및 전북건축사회가 감리보수액의 기준을 정하여 구성사업자들로 하여금 이를 준수하도록 하는 등의 행위는 법 제26조 제1항 제3호상의 구성사업자의 사업내용이나 사업활동을 부당하게 제한하는 행위에 해당됨

○ 원고 서울특별시·경기도 및 전북건축사회는 감리보수액의 기준을 정하여 구성사업자들로 하여금 이를 준수하도록 하고 또한 구성사업자가 받은 감리보수액을 특정은행계좌 등에 예탁하도록 하거나 그 중 일정액을 상조회비 및 사무소 운영경비 등으로 공제하였는바 감리보수액 및 그 운용방법 등의 결정은 구성사업자가 자신의 판단에 독자적으로 결정하여야 할 사항임을 갑안할 때 위 원고들의 행위는 법 제26조 제1항 제3호상의 구성사업자의 사업내용이나 사업활동을 부당하게 제한하는 행위에 해당됨.

[12개 시도건축사회 및 건축사복지회의 경쟁제한행위 건(서울고법 2000. 1. 27. 선고 98누12620 판결³³⁾)]

□ 원고가 ‘업계 질서문란행위 근절’이란 명목의 공문을 통하여 월 20,000원 이상의 관리료를 받도록 하는 방법으로 연명신고자 영입경쟁을 제한하는 것은 공정거래법 제26조 제1항 제3호 소정의 구성사업자의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위에 해당됨

○ 원고가 2001. 6. 5. 전야종기 등 7개 업체와 원고 산하 각 시·도지회장에게 “업계질서문란행위 근절을 위한 협조”란 공문을 보내 관리료 덤팡 및 연명신고장 영입경쟁을 자제하도록 한 행위와 관련하여 연명신고자 영입여부는 사업자가 시장상황 및 자신의 영업여건 등을 고려하여 자율적으로 결정할 사항이며, 영세한 연명신고자의 입장에서는 보다 저렴한 관리료를 제시하는 사업자를 자유롭게 선택할 수 있어야 사업자간의 자유롭고 공정한 경쟁이 촉진될 수 있다 할 것인바, 일부 회사들이 허위세금계산서를 발급하고, 융자를 알선하는

32) 상고심(대법원 2002. 6. 14. 선고 2000누8905 판결)은 이러한 위법에 위법이 없다고 판시함

33) 상고심(대법원 2002. 9. 24. 선고 2000누1713 판결)은 이 부분에 대하여 특별히 판단하지 않음

등의 비정상적이고 불법적인 방법으로 타 회사 소속 연맹신고자의 영업을 도모하고 있음을 알게 되었다는 점을 인정한 아무런 증거가 없는 이 사건의 경우, 원고는 건설기계내여 사업자들에게 상당한 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있을 뿐만 아니라, 법률에 특별한 규정이나 명백한 근거가 없음에도 불구하고 월 20,000원 내외의 관리료를 업계질서를 문란하게 하는 덤핑가격으로 보고 '업계 질서문란행위 근절'이란 명목의 공문을 통하여 그 이상의 관리료를 반도록 하는 방법으로 연맹신고자 영입경쟁을 제한하는 것은 연명신고를 하려는 구성사업자로 하여금 보다 저렴한 관리료를 제시하는 사업자를 선택할 수 없게 한 것이라 할 것이고, 이는 구성사업자의 사업내용이나 활동을 과도하게 제한하여 구성사업자 사이의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 정도에 이른 경우로써 공정거래법 제26조 제1항 제3호 소정의 구성사업자의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위에 해당된다고 할 것임.

[대한건설기계협회의 관리료덤핑 등의 통제를 통한 구성사업자 사업활동방해행위 건(서울고법 2004. 7. 14. 선고 2003누7806 판결³⁴⁾)]

※ 참고: 한국철스크랩공업협회의 경쟁제한행위 건(서울고법 1999. 10. 29. 선고 99누6332 판결, 대법원 2000. 3. 15. 선고 99두11639 판결)

- 원고 중앙협의회가 학생복 제조·유통업체들이 교복 공동구매 활동에 참여하는 것을 학생복 3사 공동으로 대응하여 방해하였고, 이는 구성사업자인 3사의 총판 또는 대리점 사업자뿐 아니라 이에 참여하려는, 3사 제품을 취급하지 않는 일반 학생복 생산·판매업자의 자유로운 사업내용 또는 활동을 방해 또는 제한하는 행위에 해당함
- 유통업체별·지역별로 안내된 대표 20명의 발기인들에 의하여 창립된 원고 중앙협의회가 학생복 제조·유통업체들이 학부모회 등에서 추진하는 교복 공동구매 활동에 참여하는 것을 2000년 기준으로 시장점유율이 50%를 넘는 학생복 3사 공동으로 대응하여 방해하였고, 이는 구성사업자인 3사의 총판 또는 대리점 사업자뿐만 아니라 공동구매에 참여하려는, 3사 제품을 취급하지 아니하는 일반 학생복 생산·판매업자의 자유로운 사업내용 또는 활동을 방해 또는 제한하는 행위에 해당한다 할 것이며, 또한 원고 중앙협의회가 대리점들의 사은품·판촉물 제공 및 백화점 입점 여부 등을 금지 또는 제한하도록 결의하고 그 결의 내용을 지역별협의회를 통하여 실행시킨 행위는 원고의 구성사업자인 3사의 총판·대리점 사업자와 지역별협의회 소속 비구성사업자의 자유로운 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위에 해당한다 할 것임.

[전국학생복발전협의회 외 20의 사업자단체금지행위 건(서울고법 2004. 8. 18. 선고 2001누17717 판결³⁵⁾)]

34) 상고심(대법원 2005. 6. 24. 선고 2004두8569 판결)은 이 부분에 대하여는 특별히 판단하지 않음

- 원고 친목회들은 2000년 12월경 한마음회 모임을 통하여 비회원 명단의 작성 및 회원들에 대한 명단 배포를 함으로써 회원들로 하여금 비회원에 대하여 부동산거래 정보를 차단하도록 한바 이는 구성사업자인 회원들의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위 및 회원들에 대하여 표시·광고를 제한하는 행위임
- 원고 친목회들은 한마음회를 결성하여 짹수 달 둘째 목요일에 정기모임과 수시 모임을 통해 업권보호와 친목도모 및 복지증진을 위하여 온 사실, 원고 친목회들은 2001년 3월 내지 같은 해 4월경에 한마음회 모임을 통해 비회원과의 거래금지, 일요일 영업금지, 광고제한 등 구성사업자의 사업내용 또는 활동을 제한하는 내용이 포함된 「건전질서 확립을 위한 윤리규정」을 제정하고 이를 분당지역 각 부동산중개업자 친목회가 공통적으로 시행할 것을 결의하였으며, 위 윤리규정을 각 회원들에게 배포한 사실, 부동산중개업자 상호간에 중개대상물의 증가에 관한 정보를 교환하는 부동산거래정보망을 운영하는 사업자인 원고 텐커뮤니티는 2000년 11월경 원고 친목회들의 회장단의 모임에 참석하여 자신이 개발한 시스템에 대한 설명을 하면서, 다른 부동산거래정보망 운영업체인 주식회사 까치라인과는 달리 자신들이 운용하는 부동산거래정보망을 이용할 경우 비회원에 대하여 정보를 차단할 수 있으므로 부당한 거래거절 등의 공정거래법 위반을 회피하면서 비회원을 부동산거래정보망에서 배제할 수 있다고 흥보한 사실, 이에 원고 친목회들은 2000년 12월경 한마음회 모임을 통하여 기존에 이용하고 있던 위 까치라인의 부동산거래정보망 대신 정보차단장치가 설치되어 있는 원고 텐커뮤니티의 부동산거래정보망을 이용하기로 한 후, 비회원 명단의 작성 및 회원들에 대한 명단 배포를 함으로써 회원들로 하여금 비회원에 대하여 부동산거래정보를 차단하도록 하였으며, 원고 친목회들의 회원들은 원고 텐커뮤니티의 부동산거래정보망을 이용하여 비회원에 대하여 부동산거래정보를 차단한 사실 등이 인정되는바, 사업자단체인 원고 까치회 등의 위와 같은 행위는 구성사업자인 회원들의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위 및 회원들에 대하여 표시·광고를 제한하는 행위이므로, 이를 이유로 한 피고의 원고 까치회 등에 대한 이 사건 처분은 적법함.

[텐커뮤니티의 기타 불공정거래행위 건(대법원 2008. 2. 14. 선고 2005두1879 판결)]

※ 참고: 군포회의 비회원과의 공동중개 제한행위, 일요일 영업활동 제한행위, 중개수수료 할인금지행위 건(서울고법 2007. 5. 16. 선고 2006누22998 판결³⁶⁾), 평촌신도시부동산중개업친목회의 비회원과의 공동중개 제한행위, 휴무강제를 통한 영업활동 제한행위 건(서울고법 2007. 12. 5. 선고 2007누19579 판결, 고법 확정)

³⁵⁾ 상고심(대법원 2006. 1. 24. 선고 2004두10319 판결)은 이 부분에 대하여는 특별히 판단하지 않음

³⁶⁾ 상고심(대법원 2007. 8. 23. 선고 2007두11443 판결)은 심리불속행 기각함

② 부정례

- 설계·감리 분리는 개정 건축법 제25조의 입법취지에 부합하는 내용인 점을 고려하면 원고의 이 사건 설계·감리 분리가 구성사업자의 사업내용이나 활동을 과도하게 제한하여 구성사업자 사이의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 정도에 이르렀다고 볼 수 없음
- 을 제3, 5, 6호증, 을 제4호증의 1, 2의 각 기재와 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음 사정, 즉 개정 건축법 제25조 제2항은 '건설산업기본법 제41조 제1항 각 호에 해당하지 아니하는 소규모 건축물로서 건축주가 직접 시공하는 건축물 및 분양을 목적으로 하는 건축물 중 대통령령으로 정하는 건축물의 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 허가권자가 해당 건축물의 설계에 참여하지 아니한 자 중에서 공사감리자를 지정'하도록 규정하고 있는데, 이는 위와 같은 소규모 건축물에 관하여 설계와 감리를 동시에 계약하는 경우에는 감리비 없이 계약하거나 실 계약대가의 50% 정도로 감리대가를 책정하는 불공정계약이 관행화되어 있어 부실감리 및 위법·부실시공의 우려가 있으므로 이를 방지하기 위하여는 위와 같은 규정이 필요하다는 의견이 국회에서 받아들여져 입법화된 것으로 보이는바, 비록 개정 건축법의 시행일이 이 사건 처분 이후이기는 하지만 위와 같은 개정 건축법 제25조의 입법취지는 이 사건에서도 고려함이 상당한 점, 이에 비추어 볼 때 이 사건 설계·감리 분리 역시 개정 건축법 제25조의 입법취지에 부합하는 내용인 것으로 보이는 점, 또한 동일한 건축사에 의해 건축물이 설계되고 감리가 이루어질 경우 건축주의 무리한 요구를 거절하지 못하여 실질적인 감리가 이루어지지 못하는 문제가 발생할 수 있는 점, 설계와 감리가 분리되지 않을 경우 건축 과정의 위법과 부실에 대한 감리가 사실상 방치되고 부실시공이 은폐될 수 있는데, 이 사건 설계·감리의 분리로 인해 이러한 문제가 완화될 가능성이 있는 점 등을 위 법리에 비추어 보면, 원고의 이 사건 설계·감리 분리는 구성사업자의 사업내용이나 활동을 과도하게 제한하여 구성사업자 사이의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해한 정도에 이르렀다고 볼 수 없어 공정거래법 제26조 제1항 제3호의 구성사업자의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위에 해당하지 않음.

[충청북도 건축공사감리업무 운영위원회의 사업자단체금지행위에 대한 건(서울고법 2016. 6. 16. 선고 2016누31250 판결³⁷⁾)]

37) 심고심(대법원 2016. 10. 13. 선고 2016두44360 판결)은 심판불속행 기각함

- 원고가 비회원들에게 장비검사시 회비를 납부하지 아니하면 검사와 관련하여 불이익을 가하는 등 영향력을 행사하였다고 보기 어렵고, 달리 원고가 비회원들로부터 회비를 사실상 강제로 징수하였다는 점을 인정할 증거가 없는바 원고의 위 행위는 비회원 건설기계대여사업자의 사업활동 또는 사업내용을 방해하거나 제한하였다고 보기 어려움
- 원고 정관 제8조 제1항에 따라 건설기계대여업 신고를 마치고 회원등록 신청 후 30일 이내에 입회비를 납부하여야만 원고의 회원이 되는 것이므로, 정관 제7조 제1호는 건설교통부령이 정한 바에 따라 건설기계대여업 신고를 필한 자만이 원고의 정회원이 될 수 있다는 회원의 자격에 관한 규정일 뿐, 이를 정회원의 가입을 강제하는 조항으로 볼 수는 없다 할 것임.
- 다만 원고가 비회원들로부터 회비를 강제로 징수하여 정회원이 되게 한 사실이 인정된다면 정관 제7조 제1호가 강제징수의 근거조항으로 볼 여지는 있으나 이를 인정할 증거는 없음.
- 한편, 원고가 전국 16개 시·도, 17개 검사소에 회비 징수직원을 파견하여 비회원 수검자들로부터 회비를 징수하였다 하더라도, 이는 검사장비의 경우 검사를 받으러 갔다가 회비를 쉽게 납부할 기회가 있었기 때문에 검사장비의 징수율이 높은 것으로 보아야지, 원고가 수검자들에게 검사를 받을 때 회비를 납부하도록 강요한 것에 기인한 것으로 보기는 어렵고, 원고가 회비를 강제로 징수한 것이 아니라 하더라도, 회원 또는 비회원들로부터의 회비납부와 관련된 민원은 제기될 수 있으며, 원고가 공정위 지적에 따라 회비 징수직원을 철수하였다 하여 그 동안 회비를 강제로 징수하였다고 볼 수는 없는 점 등을 종합하면, 원고가 비회원들에게 장비검사시 회비를 납부하지 아니하면 검사와 관련하여 불이익을 가하는 등의 영향력을 행사하였다고 보기 어렵고, 달리 원고가 비회원들로부터 회비를 사실상 강제로 징수하였다는 점을 인정할 증거가 없는 바 결국, 원고의 위 행위는 비회원 건설기계대여사업자의 사업활동 또는 사업내용을 방해하거나 제한하였다고 보기 어려움.

[대한건설기계협회의 구성사업자 사업활동방해행위 건(서울고법 2004. 7. 14. 선고 2003누7806 판결³⁸⁾)]

- 원고가 비조합원에게 신고수리업무 제공 또는 양도증명서의 제공을 거부하기로 결의 하였거나 실제 거부행위를 하였다는 점을 인정할만한 자료도 없어 원고 조합이 법 제26조 제1항 제3호상의 구성사업자의 사업활동 또는 사업내용을 부당하게 제한하는 행위를 하였다고 볼 수 없음

- 원고 조합이 가입비로 6백만 원을 책정하고 있기는 하나 경기도 지역에서 중고차 매매업을

38) 상고심(대법원 2005. 6. 24. 선고 2004두8569 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

영위하는 사업자로서 원고조합에 가입하지 아니한 자가 있는지 파악된 바도 없고, 실제 비조합원이 원고에게 신고수리업무 또는 양도증명서의 교부요청을 한 예도 없고 원고가 비조합원에게 신고수리업무 제공 또는 양도증명서의 제공을 거부하기로 결의하였거나 실제 거부행위를 하였다는 점을 인정할만한 자료도 없어 원고 조합이 법 제26조 제1항 제3호상의 구성사업자의 사업활동 또는 사업내용을 부당하게 제한하는 행위를 하였다고 볼 수 없음.

[경기도자동차사업조합 등 4개 사업자단체의 구성사업자 사업활동방해행위 건(서울고법 2001. 8. 21. 선고 2000누8617 판결³⁹⁾)]

□ 원고가 회비미납 조합원에 대해 전산을 통한 신고수리를 제한 또는 중단하기로 결의 하였다 하더라도 수작업에 의한 신고수리의 여지를 남김으로써 법령의 위임에 의한 신고수리업무자체를 거부한 것이라고 볼 수 없는바 이는 구성사업자의 사업내용이나 활동에 간접적인 불편을 초래하는 정도에 불과함

○ 원고는 위 결의당시 수작업에 의한 신고수리 즉 사업자의 방문신고를 통한 신고수리까지 제한하거나 중단하기로 한 것은 아니었던 사실을 인정할 수 있는 바, 원래 사업자단체는 구성사업자의 공동의 이익 증진을 목적으로 하는 단체이므로 구성사업자의 사업내용이나 활동을 과도하게 제한하는 것이 아닌 한, 그 목적 달성을 위하여 단체의 자율적인 의사결정에 의하여 구성사업자의 사업활동에 대하여 일정한 범위의 제한을 하는 것도 어느 정도 허용된다고 할 것인데, 이 사건의 경우 원고가 회비미납의 조합원에 대하여 전산을 통한 신고수리를 제한 또는 중단하기로 결의하였다고 하더라도 수작업에 의한 신고수리의 여지를 남겨둠으로써 법령의 위임에 의한 신고수리업무자체를 거부한 것이라고 볼 수 없는 이상, 그 결의내용은 관련 구성사업자의 사업내용이나 활동에 간접적으로 불편을 초래하는 정도에 불과하고 법 제26조 제1항 제3호상의 구성사업자의 사업내용이나 활동을 부당하게 제한한 것은 아님.

[경기도자동차사업조합 등 4개 사업자단체의 구성사업자 사업활동방해행위 건(서울고법 2001. 8. 21. 선고 2000누8617 판결⁴⁰⁾)]

39) 상고심(대법원 2001. 11. 4 선고 2001두7428 판결)은 심리불속행 기각함

40) 상고심(대법원 2001. 11. 4 선고 2001두7428 판결)은 심리불속행 기각함

- 관세사 및 직무보조자직무규정 제11조 제3항⁴¹⁾은 건전한 통관질서를 확립하고 직무보조자의 부조리를 방지하여 불공정한 거래행위를 예방하고자 하는 것으로 법 제26조 제1항 제3호를 위반하였다고 볼 수 없음
- 관세사와 관세사 직무보조자의 직무내용, 관세사 업무의 특성, 관세사 업계의 현실, 위 복무규정의 제정경위 및 위 복무규정은 다른 관세사 사무소로 소속을 옮긴 직무보조자의 활동 중 일부를 제한하는 것일 뿐 그를 고용한 관세사의 활동에 의한 사건유치까지 금지하는 것은 아니어서 관세사의 사업활동에 대한 직접적인 제한이 아닌 점, 기존의 거래업소에 대하여 이러한 방식에 의하여 사건을 유인·유치하는 행위가 금지되면 소속을 옮긴 직무보조자의 능력이나 활동에 의하여서가 아니라 그를 고용한 관세사 자신의 능력이나 활동에 의하여 통관사건을 수임할 수 있게 되므로 오히려 관세사들 사이의 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진하는 면이 있는 점 등을 고려하여 보면, 위 복무규정은 건전한 통관질서를 확립하고 직무보조자의 부조리를 방지하여 불공정한 거래행위를 예방하고자 하는 것으로 이는 관세사의 사업내용 또는 활동을 과도하게 제한하여 관세사들 사이의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해하는 것이라고는 할 수 없어 법 제26조 제1항 제3호를 위반하였다고 볼 수 없음.

[한국관세사회의 사업활동방해행위 건(대법원 2001. 6. 15. 선고 2001두175 판결)]

- 회비를 납부하지 아니한 조합원에게 단체유지의 목적으로 자율적인 의사결정에 따라 편의제공을 거부한 것이 법 제26조 제1항 제3호 소정의 구성사업자의 사업내용 또는 활동을 과도하게 제한한 행위에 해당된다고 보기 어려움
- 원고가 양도증명서의 소요량을 파악하여 연합회에 통보하면 연합회가 각 지역협의회에 양도증명서를 배부하는 체계가 형성되어 있고, 연합회는 원고와 같은 지역조합 이외에는 양도증명서를 배부하지 아니한 관행이 있었고 이를 연합회 결의도서 확인까지 하였다고 하더라도 개별사업자들이 연합회에 양도증명서의 배부를 요청하는 경우 연합회가 이를 거부할 수는 없다고 할 것이어서 개별사업자들이 반드시 원고를 통하여 양도증명서를 구해야 하는 것도 아니고 원고가 양도증명서의 소요량을 파악하여 이를 지역 협의회에 배부도록 하는 배부체계를 유지하고 있더라도 양도증명서의 교부가 법령의 위임에 따른 원고의 사무도 아니고 단지 조합원들에 대한 편의제공 차원의 행위에 불과한 이상 회비를 납부하지 아니한 조합원에게 단체유지의 목적으로 자율적인 의사결정에 따라 그와 같은

41) 직무보조자는 다른 관세사무소의 소속으로 채용되어 옮겨갈 때에는 옮기기 전에 근무한 관세사무소의 거래처의 통관업무를 가지고 가거나, 유인하거나, 자기가 사무소를 옮긴 것을 알려서 그 사무소로 유치하는 행위를 하여서는 아니 됨

편의제공을 거부한 것이 법 제26조 제1항 제3호 소정의 구성사업자의 사업내용 또는 활동을
과도하게 제한한 행위에 해당된다고 보기 어려움.

[경기도자동차사업조합 등 4개 사업자단체의 구성사업자 사업활동방해행위 건(서울고법 2001. 8. 21. 선고 2000누8617 판결⁴²⁾)]

다. 불공정거래행위 등을 하게 하는 행위(제1항 제4호)

1) ‘불공정거래행위 등을 하게 하는 행위’의 의미

- 공정거래법 제26조 제1항 제4호에서 정하는 사업자단체가 법 제23조 제1항 제1호의 불공정거래행위를 하게 하는 행위는 단순히 물리적으로 이를 강요하는 것만을 의미하는 것이 아니라 어떠한 방법으로든 이를 사실상 강요하는 결과를 가져오는 모든 행위를 말하는 것임
- 공정거래법 제26조 제1항 제4호는 사업자단체가 사업자에게 공정거래법 제23조 제1항 각 호의 1의 규정에 의한 불공정거래행위를 하게 하는 행위를 금하고 있는데, 이것은 사업자단체가 개별사업자에게 상당한 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있음을 고려하여 사업자단체가 개별사업자에게 부당한 농농행위 또는 경쟁제한행위를 하게 하는 것을 막고자 하는 것임. 이러한 입법 취지에 비추어 볼 때 위 규정상의 “사업자에게 불공정거래행위를 하게 하는 행위”的 의미는 단순히 물리적으로 이를 강요하는 것만을 의미하는 것이 아니라 그러한 지위를 이용하여 불공정거래행위를 권장하거나 협조를 요청하는 등 어떠한 방법으로든 이를 사실상 강요하는 결과를 가져오는 모든 행위를 말하는 것임.

- 원고는 제약회사에 대하여 부당하게 한약사 개설 약국에 대한 일반의약품 공급 거래를 중단하게 하는 불공정거래행위를 강요하여, 다수 제약회사의 거래처 및 거래상대방을 선택할 수 있는 자유를 제한하고 침해하였음.

[약사의 미래를 준비하는 모인의 사업자단체금지행위에 대한 건(서울고법 2017. 7. 6. 선고 2017누31516 판결⁴³⁾)]

* 참고: 대한출판문화협회의 재판매가격유지행위 건(서울고법 1996. 3. 19. 선고 95구24779 판결, 대법원 1997. 6. 13. 선고 96누5834 판결), 한국출판인회 외 1 건(서울고법 2002. 9. 3. 선고 2001누14046 판결⁴⁴⁾)

(42) 상고심(대법원 2001. 11. 4. 선고 2001두7428 판결)은 심리불속행 기각함

(43) 상고심(대법원 2017. 11. 9. 선고 2017두53972 판결)은 심리불속행 기각함

2) 구체적 사안

① 긍정례

- 도서정가제 합의에 참여하지 않은 온라인 서점에 대해 도서공급을 중단하도록 도매상에 대해 압력을 행사하는 등 행위는 비록 합의 또는 협조를 구하는 형식을 취하였지만 그 실질은 법 제26조 제1항 제4호에서 말하는 불공정거래행위 또는 재판매가격유지행위를 하게 하는 행위로 인정된다고 할 것임
- 원고법인이 임시총회를 개최하여 할인서점에 대하여 도서공급을 중단하기로 결의하고 이를 회원사 및 도매서점에 통보함으로써 할인서점에 대한 도서공급이 중단된 사실, 그 후 도서정가제 준수의사를 밝힌 3개 온라인 서점에 대한 도서공급이 재개된 사실, 서울지역의 주요 도서유통업체에 대하여 감찰위원 파견 및 위반시 제재한다는 확인서를 받은 사실, 원고법인의 회원사들과 합의각서에 서명한 4개 온라인 서점 간에 사후적으로 재판매가격 유지계약을 맺도록 주선한 사실, 합의에 참여하지 않은 온라인 서점에 대해 도서공급을 중단하도록 도매상에 대해 압력을 행사한 사실, 원고 상조회가 할인서점에 도서를 공급하는 문학수첩 등 2개 출판사와의 거래를 중단하라고 합의하고 일제히 이를 실행한 사실 등에 비추어 볼 때, 원고들은 단체의 힘을 빌려 개별사업자에게 상당한 영향력을 행사하고 있음이 인정되고 만일 원고들의 요구에 불응할 경우 도서공급중단이나 판매망의 봉쇄 등으로 영업상 막대한 타격을 입게 되어 업계에서 도태되는 등의 불이익을 감수하여야 함에 따라 그 요구에 따를 수밖에 없는 상황이라 할 것이므로 원고들의 각 행위는 비록 합의 또는 협조를 구하는 형식을 취하였지만 그 실질은 법 제26조 제1항 제4호에서 말하는 불공정거래행위 또는 재판매가격유지행위를 하게 하는 행위로 인정된다고 할 것임.

【한국출판인회 외 1 건(서울고법 2002. 9. 3. 선고 2001누14046 판결⁴⁴⁾】

- 원고의 협조통보는 문언상 협조를 구하는 형식을 취하였지만 그 실질은 독점규제법 제26조 제1항 제4호 소정의 재판매가격 유지행위를 하게 하는 행위에 해당함
- 서적상연학회와 원고 단체가 정가제를 위반하는 경우 단체의 힘을 빌어 개별사업자에게 상당한 영향력을 행사하고 있다고 보이고, 만일 원고의 요구에 불응하는 경우 판매망의 봉쇄 등으로 종국에 가서는 업계에서 도태되는 등의 불이익을 감수하여야 함에 따라 그 요구에 따를 수밖에 없는 사정이 엿보이는 원고의 협조통보는 문언상 협조를 구하는

44) 상고심(대법원 2003. 1. 11. 선고 2002두9346 판결)은 심리불속행 기각함.

45) 상고심(대법원 2003. 1. 11. 선고 2002두9346 판결)은 심리불속행 기각함.

형식을 취하였지만 그 실질은 독점규제법 제26조 제1항 제4호 소정의 재판매가격 유지행위를 하게 하는 행위에 해당한다고 볼이 상당함,

[대한출판문화협회의 재판매가격유지행위 건(서울고법 1996. 3. 19. 선고 95구24779 판결⁴⁶⁾)]

② 부정례

- 서울 노원지역 부동산중개업자들이 원고 한국부동산정보통신의 부동산거래정보망에 가입하지 않더라도 다른 사업자의 부동산거래정보망에 가입하여 부동산중개업을 수행할 수 있는 등 사정에 비추어 원고들의 이 사건 거래거절강요 내지는 거래거절 행위는 법 제26조 제1항 제4호에 정해진 사업자단체가 사업자에게 불공정거래행위를 하게 하는 행위에 해당되지 않음
- 서울 노원지역 부동산중개업자들이 원고 한국부동산정보통신의 부동산거래정보망에 가입하지 않더라도 다른 사업자의 부동산거래정보망에 가입하여 부동산중개업을 수행할 수 있다 할 것이므로, 원고 부동산정보통신의 부동산거래정보망은 이 사건 거래거절을 당한 자들이 부동산중개업을 영위하기 위하여 반드시 이용하여야 하는 필수설비라고는 할 수 없는 점, 원고 서울동북지역정보운영위원회는 사단법인 전국부동산중개업협회 노원지회 15개 분회의 대표자 등이 주축이 되어 설립된 사업자단체인데, 원고 서울동북지역 정보운영위원회는 종전 위 노원지회의 지회장이 사단법인 대한공인중개사협회를 설립하는 등으로 사단법인 전국부동산중개업협회 회원들의 이익을 침해하는 행위를 하였고, 위 지회장의 사단법인 전국부동산중개업협회에 대한 계속적인 이익침해 행위와 위 사단법인 대한공인중개사협회의 성장으로 사단법인 전국부동산중개업협회 회원들의 이익을 침해할 우려가 있다고 인정하여 그 소속 회원들의 원고 부동산정보통신의 부동산거래정보망 가입신청을 거절하기에 이른 점, 원고들로부터 거래거절을 당한 자들이 다른 부동산 거래정보망에 가입하여 정상적인 영업을 영위하고 있는 점, 회원 간의 거래질서 확립의 요청에 의한 회원 규제의 필요성이 있는 점 등을 종합적으로 고려할 때, 원고들의 이 사건 거래거절강요 내지는 거래거절행위가 다른 부동산중개업자들의 거래기회를 배제하여 그 사업활동을 곤란하게 할 우려가 있거나 법이 금지하고 있는 거래강제 등의 목적 달성을 위하여 그 실효성을 확보하기 위한 수단으로 부당하게 행하여진 경우로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 거래거절행위에 해당한다고 단정하기 어려우므로, 결국 원고 서울동북지역정보운영위원회의 이 사건 거래거절강요행위는 법 제26조 제1항 제4호에 정해진 사업자단체가 사업자에게 불공정거래행위를 하게 하는 행위에 해당되지 않음.

[서울동북지역정보운영위원회 외 1의 거래거절강요행위 건(대법원 2007. 3. 30. 선고 2004두8514 판결)]

46) 상고심(대법원 1997. 6. 13. 선고 96누5834 판결)은 이 부분에 대하여는 특별히 판단하지 않음

3. 시정명령 및 과징금 관련

가. 과징금

1) 과징금 부과시 재량권의 일탈·남용 판단기준

- 과징금산정방법 및 부과지침이 비록 피고 내부의 사무처리준칙에 불과하더라도 이는 법령에서 정한 금액의 범위 내에서 적정한 과징금산정기준을 마련하기 위하여 제정된 것이어서 공정위는 과징금액을 산출함에 있어 위 지침상 기준 및 법에서 정한 참작사유를 고려한 적절한 액수로 정하여야 할 것임
- 과징금부과의 구체적 기준은 공정위가 내부적으로 제정하여 시행하는 과징금산정방법 및 부과지침이 아닌 공정거래법 제55조의3 제1항에 규정된 참작사유를 고려하여 대통령령으로 정하여야 할 것으로 보여지나 대통령령에는 이에 관한 규정이 없으므로 위 지침이 비록 피고 내부의 사무처리준칙에 불과한 것이라고 해도 이는 위 법령에서 정한 금액의 범위 내에서 적정한 과징금산정기준을 마련하기 위하여 제정된 것이어서 공정위는 과징금액을 산출함에 있어서 위 지침상의 기준 및 위 법에서 정한 참작사유를 고려한 적절한 액수로 정하여야 할 것이고, 이러한 과징금 부과의 재량행사에 있어서 사실오인, 비례·평등의 원칙 위배, 당해 행위의 목적위반이나 동기의 부정 등의 사유가 있다면 재량권의 일탈·남용으로서 위법하다고 할 것임.

[12개 시도건축사회 및 건축사복지회의 경쟁제한행위 건(대법원 2002. 9. 24. 선고 2000두1713 판결)]

2) 과징금 산정 기준 및 처분이유 기재 관련

- 위반행위의 형태가 원고 내부의 구성사업자에게 알리는 행위와 외부 관련 사업자에게 문서로 알리는 행위로 구별되고, 또한 사업활동이 제한되거나 방해되는 대상이 원고 구성사업자와 비구성사업자로 서로 다른 별개의 독립적인 위반행위라면 원고의 위반행위로 인한 경쟁제한 효과가 미치는 거래분야가 모두 펌프카 임대 시장으로서 같다고 하더라도 이를 포괄하여 하나의 위반행위로 볼 수는 없음
- 공정거래법 제26조 제1항 4호에서 사업자단체가 사업자에게 공정거래법 제23조 제1항에 의한 불공정거래행위를 하게 하는 행위를 금지하는 취지는 사업자의 불공정거래행위 규제하는 공정거래법 제23조 제1항과 별도이고, 피고가 과징금부과명령의 대상으로 삼은

위반행위는 그 행위의 형태가 원고 내부의 구성사업자에게 알리는 행위와 외부 관련 사업자에게 문서로 알리는 행위로 구별되고, 또한 사업활동이 제한되거나 방해되는 대상이 원고 구성사업자와 비구성사업자로 서로 다른 별개의 독립적인 위반행위임. 또한 과징금고시 IV.4.다.는 '하나의 사업자가 행한 여러 개의 위반행위'에 관하여 규정하면서 '각각의 위반행위로 인한 효과가 동일한 거래분야에 미치는 경우'도 이에 포함되는 것으로 규정하고 있음. 그러므로 원고의 위반행위로 인한 경쟁제한 효과가 미치는 거래분야가 모두 펌프카 임대 시장으로서 같다고 하더라도 이를 포괄하여 하나의 위반행위로 볼 수는 없음.

[대한펌프카협회의 사업자단체금지행위에 대한 건(서울고법 2016. 11. 9. 선고 2016누40414 판결, 고법 확정)]

- 원고들의 위반행위의 내용 및 정도, 위반행위에 따른 경위, 위반행위의 기간 및 원고조합들의 예산액 및 그밖에 제반사정에 비추어 보면 피고가 원고들에게 납부를 명한 과징금액이 심히 부당하여 재량권을 일탈 한 것이라고 여겨지지 않고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로 원고의 주장은 이유 없음
- 법 제26조의 위반행위에 대하여 부과하는 과징금은 사업자단체의 불공정거래행위에 대한 행정적 제재이므로 그 구체적인 수액은 법 제28조에서 규정하는 과징금 상한액 5억원(1999. 2. 5. 법률 제5813호로 개정된 법 제55조의 3 제3항 및 그에 따른 시행령 제61조 별표2에서는 사업자단체의 위반행위 종료일이 속한 연도 예산액의 100분의 5이내에서 부과하도록 하고 있다)의 범위 내에서 과징금부과에 의하여 달성하고자 하는 목적과 법 제55조의 3 제1항 소정의 사유 즉, 위반행위의 내용 및 정도, 위반행위의 기간 및 회수, 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등을 감안하여 피고가 재량을 가지고 결정할 수 있다 할 것인바, 앞서 본 원고들의 위반행위의 내용 및 정도, 위반행위에 따른 경위, 위반행위의 기간 및 원고조합들의 예산액 및 그밖에 제반사정에 비추어 보면 원고들 주장과 같은 원고들의 재정 상황을 감안한다 하더라도 피고가 원고들에게 납부를 명한 과징금액이 심히 부당하여 재량권을 일탈한 것이라고 여겨지지 않고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로 원고의 위 주장은 이유 없음.

- 원고들은 “원고들은 전세버스영업의 부진으로 인하여 원고들의 구성사업자들의 조합비 체납액이 각 원고들별로 수천만 원에 이르러 원고들 조합 직원들의 월급여마저도 지급하지 못하고 있음에도 원고들 조합의 예산액의 100분의 2.5에 해당하는 과징금을 부과한 것은 재량권을 일탈한 것으로서 위법하며, 예산액의 100분의 2.5에 해당하는 액을 부과하는 경우에도 그 때의 예산액은 실제 집행예산액을 기준으로 산정하여야 함에도 편성된 예산액을 기준으로 산정한 것이어서 위법하다”고 주장함.

[서울특별시 전세버스운송사업조합 외 9개 조합의 전세버스요금 결정 등 행위 건(서울고법 2000. 10. 10. 선고 2000누1180 판결⁴⁷⁾)]

□ 사업자단체에 대한 과징금 산정기준이 되는 연간예산액은 해당 사업자단체의 연간예산액 전액을 의미한다고 봄이 타당함

- 시행령은 과징금 부과기준을 규정하기 시작한 1999년부터 현재까지 사업자는 매출액을 사업자단체는 예산액을 산정기준으로 명확히 구분하고 있는데, 연간예산액을 위반행위가 발생한 상품과 관련된 예산액으로 한정하는 것은 옳지 않음. 공정거래법 제22조는 사업자에 대해 원칙적으로 매출액, 그 시행령에서 관련매출액이라는 용어를 산정기준으로 삼고 있는 반면, 사업자단체에 대해서는 법 제28조에서는 사업자단체에 대해 5억 원 범위 내에서 과징금을 부과하도록 규정하고 시행령에서 연간예산액이라는 용어를 기준으로 삼고 있음.
- 원심 판결처럼 사업자단체에 대한 과징금 산정기준에 사업자에 대한 것과 동일할 정도로 위반행위와의 관련성이 고려되어야 한다면 '위반행위의 종료일이 속한 연도'의 연간예산액이 아니라 '위반행위가 일어난 연도의 연간예산액 총액'으로 규정되었을 것임. 원심 판결처럼 사업자단체 내 구성사업자가 부당한 공동행위가 발생한 상품 등을 제공하는지 등을 기준으로 과징금 부과 범위를 확정한다면 과징금의 구체적 타당성을 기하기보다는 과징금 부과의 범위에 관한 불명확성을 초래하는 측면이 큼.

[한국방송통신산업협동조합의 사업자단체금지행위 건(대법원 2020. 6. 25. 선고 2019두61601 판결⁴⁷⁾)]

□ 전기 이월금액과 당기수입을 구분하여 관리하지 아니하였으므로 원고의 2010년 예산액은 2009년 이월된 금액과 2010년 수입액을 합한 것으로 보는 것이 상당함

- 원고는 2009년 하반기에 이월된 금액과 2010년 상반기 수입을 합한 금액에서 지출을 하고 남은 잔액을 2011년 하반기로 이월하여 사용하였고, 전기 이월금액과 당기수입을 구분하여 관리하지 아니하였으므로 원고의 2010년 예산액은 2009년 이월된 금액과 2010년 수입액을 합한 것으로 보는 것이 상당함.

[평촌신도시부동산중개업진목회의 사업자단체금지행위 건(서울고법 2012. 2. 9. 선고 2011누28990 판결, 고법 확정)]

47) 상고신(대법원 2002. 6. 14. 선고 2000두8905 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

48) 파기환송심(서울고법 2020. 11. 19. 선고 2020누45713 판결)은 위원회 승소함

- 과징금부과 여부를 결정하면서 여러 사정을 고려한바 부과기준율을 결정하면서 단순히 '이 사건 위반행위가 그 내용 및 정도를 고려할 때 '중대한 위반행위'에 해당한다'라고만 의결서에 기재하였다고 할지라도 그것이 처분이유의 기재가 없는 경우라고 보기 어려움
- 이 사건 위반행위의 위법성과 책임성을 판단하고 과징금부과 여부를 결정하면서 원고의 회원이 평촌신도시 지역에서 영업 중인 약 300개의 부동산중개업소 중 217개 업소가 가입되어 있어 원고의 영향력이 상당한 점, 일반적으로 고객이 매물 인근에 위치한 부동산 중개업자의 서비스를 이용하는 점, 따라서 원고가 이러한 영향력을 이용하여 한 이 사건 위반행위는 자유롭고 공정한 경쟁을 저해하는 효과가 큰 점 등의 사정을 고려하였으므로, 부과기준율을 결정하면서 단순히 '이 사건 위반행위가 그 내용 및 정도를 고려할 때 '중대한 위반행위'에 해당한다'라고만 의결서에 기재하였다고 할지라도 그것이 처분이유의 기재가 없는 경우라고 보기 어려움.

[평촌신도시부동산중개업친목회의 사업자단체금지행위 건(서울고법 2012. 2. 9. 선고 2011누28990 판결, 고법 확정)]

3) 구체적 사안

① 재량권 일탈·남용이 없다고 본 사례

- 법 시행령 제61조 제1항 관련 별표 2 '위반행위의 종별 과징금 부과기준' 제9호에 따르면 사업자단체 금지행위에 대한 과징금 부과기준을 '사업자단체의 위반행위 종료일이 속한 연도 예산액의 범위 이내'라고 규정되어 있을 뿐이어서 피고가 위반행위 종료일인 2002년도 원고의 예산액을 기준으로 과징금을 산정한 것이 부당하다고 할 수 없음
- 법 제28조에 의한 과징금의 주된 성격은 사업자단체의 법 위반행위에 대한 행정적 제재로서 부과하는 것으로 위반행위와 직접 관련된 부분에 한정하여야 하는 것은 아니고, 법 시행령(2004. 4. 1. 대통령령 제18356호로 개정되기 전의 것) 제61조 제1항 관련 별표 2 '위반행위의 종별 과징금 부과기준' 제9호에 따르면 사업자단체의 금지행위에 대한 과징금 부과기준을 '사업자단체의 위반행위 종료일이 속한 연도 예산액의 범위 이내'라고 규정되어 있을 뿐이어서, 피고가 위반행위 종료일인 2002년도 원고의 예산액을 기준으로 과징금을 산정한 것이 부당하다고 할 수 없으며, 원고가 1999년부터 2001년까지 매년 다음 연도의 대행수수료 가격을 결정하는 등 위반행위기간이 장기이고, 대행사업자 등이 실제 대행수수료를 정함에 있어 원고가 결정하여 통보한 대행수수료 기준단가를 활용한 점,

전기안전관리대행사업자의 경우 전체의 93%, 개인대행자의 경우 전체의 75%가 원고의 회원으로서 원고의 이 사건 행위가 전기안전관리대행업 분야에서 부당하게 경쟁을 제한하는 행위로 작용될 가능성이 큰 점 등을 볼 때 과징금이 과다하다고 보이지도 않음.

[한국전력기술인협회의 사업자단체금지행위 건(대법원 2006. 9. 22. 선고 2004두14588 판결)]

- * 같은 취지 : 문경지역건축사회와 사업자단체금지행위에 대한 건(서울고법 2017. 9. 28. 선고 2017누58603 판결), 김천지역건축사회와 사업자단체금지행위에 대한 건(서울고법 2018. 2. 2. 선고 2017누58627 판결), 고령지역건축사회와 사업자단체금지행위에 대한 건(서울고법 2018. 2. 2. 선고 2017누58610 판결), 영천지역건축사회와 사업자단체금지행위에 대한 건(서울고법 2018. 2. 2. 선고 2017누58597 판결)

② 재량권 일탈·남용이 있다고 본 사례

- 이 사건 행위의 경쟁제한성이 지침상의 부과기준액의 2배에 해당하는 과징금을 일률적으로 부과하는 것을 용인할 수 있을 정도로 크다고 할 수 없는 것으로 보이므로 과징금 납부명령은 재량권을 일탈·남용하였음
- 과징금부과지침상의 과징금 부과기준은 하나의 기준에 불과하므로 사안에 따라서 의무적 참작사유 등을 고려하여 경쟁제한성이 크다고 인정되는 경우 위 기준에 언격히 기속되지 아니하고 과징금을 부과할 수 있도록 지침 자체에서 규정하고 있고, 건축사회 등이 소속 건축사들로 하여금 의무적으로 공동감리사무소 등에 참여하도록 강제한 것은 아니어서 공동감리사무소 등에 대한 실제 참여율이 높지 않은 지역도 있고, 공동감리사무소 등에 참여한 건축사보다는 참여하지 아니한 건축사의 수주비율이 높은 지역이 있는 등 경쟁 제한성을 완화시키는 사정이 있음을 알 수 있어 그 경쟁제한성이 위 지침상의 부과기준액의 2배에 해당하는 과징금을 일률적으로 부과하는 것을 용인할 수 있을 정도로 크다고는 할 수 없는 것으로 보이므로 이러한 사정과 관련법령의 규정 및 위 법리에 비추어 보면 이 사건 과징금 납부명령을 재량권의 일탈·남용으로 본 결론은 정당하다고 볼 수 있음.
[12개 시도건축사회 및 건축사복지회의 경쟁제한행위 건(대법원 2002. 9. 24. 선고 2000두1713 판결)]
- 피고는 가격결정 제한 행위의 시기가 조합규약이 제정된 2012. 6. 경이라고 보고 위반행위기간이 3년을 초과하였다는 이유로 과징금을 50% 가산하였는데, 제재적 행정처분인 과징금납부명령의 요건사실에 대하여 증명책임을 지는 피고가 제출한 증거만으로는 조합규약이 2012. 6. 경에 제정되었다고 인정하기에 부족한바 이를 이유로 과징금을 가산한 과징금처분은 재량권을 일탈·남용한 위법이 있음
[충북급식재료공급업협동조합의 사업자단체금지행위에 대한 건(서울고법 2019. 6. 13. 선고 2018누49842 판결⁴⁹⁾)]

4) 형사별과의 관계

- 과징금은 형사처벌이나 행정별과는 그 성격을 달리하고, 원고가 과거 시정명령을 받고도 이행하지 아니하였다는 점까지 감안하여 고발한바 과징금과 별도로 피고에 의해 고발되어 별금형을 부담하게 되더라도 그것이 과잉·이중처벌이라고 볼 수 없음
- 공정거래법상 과징금이 비록 제재적 성격을 가지고 있기는 하나 부당이득 환수의 성격을 겸유하고 있고 형사처벌이나 행정별과는 그 성격을 달리하는 것이며, 원고가 이 사건 위반행위 외에도 과거 시정명령을 받고서도 그 시정명령을 이행하지 아니하였다는 전까지 감안하여 원고를 고발한 것이므로, 원고가 이 사건 과징금과 별도로 피고에 의해 고발되어 별금형을 부담하게 되더라도 그것이 과잉·이중처벌이라고 볼 수 없음.

[평촌신도시부동산중개업친목회의 사업자단체금지행위 건(서울고법 2012. 2. 9. 선고 2011누28990 판결, 고법 확정)]

나. 그 밖의 처분

- 이 사건 위반행위로 인한 경쟁 제한 정도, 내용 등을 종합하면 피고가 이 사건 공표명령 외에 과징금 납부명령까지 하였다고 하여 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다고 할 수 없음
- 이 사건 행위로 인하여 부산지역 기공물 거래분야에서의 경쟁이 제한되는 정도가 적지 아니한 점, 원고와 기공사회는 1995. 8. 30. 공동으로 기공료를 결정하였다는 이유로 피고로부터 시정명령 등을 받은 사실이 있음에도 또다시 이 사건 행위를 한 점, 기타 이 사건 위반행위의 내용 및 정도, 기간 및 회수 등을 종합하면, 피고가 이 사건 공표명령 외에 과징금 납부명령까지 하였다고 하여 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다고 할 수 없음.

[부산광역시치과의사회의 가격결정행위 건(대법원 2005. 8. 19. 선고 2003두9251 판결)]

49) 상고심(대법원 2019. 10. 18. 선고 2019두45364 판결)은 심리불속행 기각함

- 원고 조합들로 하여금 다른 원고 조합들과 연명으로 중앙일간지에 공표할 것도 명하고 있는바, 원고 대구조합과 원고 경북조합을 제외하고는 원고들 조합이 모두 독자적으로 전세버스요금을 결정한 것이므로 위 공표는 원고들이 상호 의사연락 아래 공동으로 위와 같은 불공정거래행위를 한 것으로 오인될 우려가 있어 비례의 원칙에 벗어나 위법함
 - 피고는 원고 조합들로 하여금 해당 조합이 소재하는 지역의 일간지에 공표함은 물론 이에서 더 나아가 다른 원고 조합들과 연명으로 중앙일간지에 공표할 것도 명하고 있는바, 앞서 본 바와 같이 원고 대구조합과 원고 경북조합을 제외하고는 원고들 조합이 전세버스요금을 결정하는 과정에서 상호 의사의 연락을 하거나 협의한 바 없고 모두 독자적으로 전세버스요금을 결정한 것인데 만일 원고들이 피고가 명한 것처럼 연명으로 중앙일간지에 불공정거래행위를 한 것으로 게재하여 공표하면 원고들이 상호 의사연락 아래 공동으로 위와 같은 불공정거래행위를 한 것으로 오인될 우려가 있고, 이는 원고들로 하여금 자신들이 행한 위반행위 이상의 신용 및 명예상의 불이익을 주는 것으로서 비례의 원칙에 벗어나 위법하다 할 것이므로 피고가 명한 공표명령 중 원고조합들이 연명으로 공표하도록 한 부분은 위법함.
- [서울특별시 전세버스운송사업조합 외 9개 조합의 전세버스요금 결정 등 행위 건(서울고법 2000. 10. 10. 선고 2000누1180 판결⁵⁰⁾)]
- “법위반사실의 공표”를 명할 수 있도록 한 독점규제및공정거래법 제27조는 양심의 자유를 침해하지는 않으나, 일반적 행동의 자유 및 명예권을 침해하고, 무죄추정의 원칙에 반하여 헌법에 위반됨
 - (양심의 자유 침해 여부) 헌법 제19조에서 보호하는 양심은 인간의 윤리적 내심영역을 말하며, 단순한 사실관계의 확인이나 법률해석에 의하여 여러 견해가 갈리는 경우는 개인의 인격형성과는 관계없는 사사로운 사유나 의견 등은 대상이 아니라고 할 것인 바, 본 건 공정거래법 위반여부에 있어서도 다소의 윤리적·도덕적 관련성을 가질 수도 있으나, 법률판단의 문제는 개인의 인격형성과는 무관하며, 대화와 토론을 통하여 가장 합리적인 것으로 그 내용이 동화되거나 수렴될 수 있는 포용성을 가지는 분야에 속한다고 할 것이므로 헌법 제19조에 의하여 보장되는 양심의 영역에 포함되지 아니하여 법위반사실의 공표명령이 헌법 제19조의 양심의 자유를 침해하는 것은 아님.

50) 상고심(대법원 2002. 6. 14. 선고 2000두8905 판결)은 이 부분에 대하여는 특별히 판단하지 않음

- (일반적 행동의 자유 및 명예권 침해 여부) 법위반으로 공정거래위원회로부터 시정명령을 받은 사실의 공표로서도 입법목적을 충분히 달성할 수 있음에도 불구하고 굳이 나아가 공정거래법을 위반하였다는 사실을 인정하여 공표하라는 의미의 법위반사실의 공표 부분은 기본권 제한 법률이 갖추어야 할 수단의 적합성 및 침해의 최소성 원칙과 법익균형성의 원칙을 지키지 아니한 것이어서 결국 헌법 제37조 제2항의 과잉입법금지원칙에 위반하여 행위자의 일반적 행동의 자유 및 명예를 지나치게 침해하고 있음.
- (무죄추정원칙 위배 여부) 공정거래위원회의 고발조치 등으로 장차 형사절차 내에서 진술을 해야 할 행위자에게 사전에 이와 같은 법 위반사실의 공표를 하게 하는 것은 형사절차 내에서 법 위반사실을 부인하고자 하는 행위자의 입장을 모순에 빠뜨려 소송수행을 심리적으로 위축시키거나 법원으로 하여금 공정거래위원회 조사결과의 신뢰성 여부에 대한 불합리한 예단을 촉발할 소지가 있고 이는 장차 진행될 형사절차에도 영향을 미칠 수 있는바, 위 공표명령은 공소제기조차 되지 아니하고 단지 고발만 이루어진 수사의 초기단계에서 아직 법원의 유·무죄에 대한 판단이 기র지지 아니하였는데도 관련 행위자를 유죄로 추정하는 불이익한 처분으로 헌법 제27조 제4항에 위반됨.

[대한병원협회의 사업자단체금지행위 위반과 관련한 헌법소원 건(현재 2002. 1. 31. 선고 2001헌바43 결정)]

IX

재판매가격유지행위 (법 제46조, 구법 제29조)

IX. 재판매가격유지행위(법 제46조, 구법 제29조)

1. 재판매가격유지행위의 의미

- 재판매가격유지행위라 함은 사업자가 상품을 판매함에 있어서 재판매 사업자에게 거래단계별 가격을 미리 정하여 그 가격대로 판매할 것을 강제하거나 이를 위해 규약 기타 구속조건을 붙여 거래하는 행위를 말함
- 공정거래법 제2조 제6호상의 재판매가격유지행위라 함은 사업자가 상품을 판매함에 있어서 재판매하는 사업자에게 거래단계별 가격을 미리 정하여 그 가격대로 판매할 것을 강제하거나 이를 위하여 규약 기타 구속조건을 붙여 거래하는 행위를 말한다고 할 것임.

[내일유업의 재판매가격유지행위 건(서울고법 2000. 1. 28. 선고 98누14947 판결¹⁾]

1) 상고심(대법원 2002. 5. 31. 선고 2000누1829 판결)은 이 부분에 대하여 구체적으로 선시하지 않음

2. 성립요건

가. 구속력

1) 판단기준

- 사업자가 거래중단을 시사하였거나 사업자의 행위가 가격유지의 권장 또는 협조요청의 형식을 취하였다고 하더라도 재판매가격의 유지가 실효성이 확보된 수단을 통해 이루어지는 경우에는 가격을 통제하는 행위로서 재판매사업자 사이의 자유로운 가격경쟁을 저해하는 재판매가격유지행위에 해당함
- 재판매가격유지행위에 사업자가 상품을 판매함에 있어 미리 정한 가격대로 판매하지 않는 경우 거래를 중단하거나 또는 공급량을 줄이거나 공급조건을 불리하게 하는 등의 물리적 강요행위가 포함됨은 물론, 단지 사업자가 거래중단을 시사하였거나 혹은 사업자의 행위가 가격유지의 권장 또는 협조요청의 형식을 취하였다고 하더라도 재판매가격의 유지가 실효성이 확보된 수단을 통하여 이루어지는 경우에는 이는 가격을 통제하는 행위로서 재판매사업자 사이의 자유로운 가격경쟁을 저해하는 재판매가격유지행위에 해당함.
[매일유업의 재판매가격유지행위 건(서울고법 2000. 1. 28. 선고 98누14947 판결²⁾]
- 재판매가격유지행위에 해당하려면 사업자가 미리 정한 가격대로 판매하지 않는 경우 불이익을 주는 방법으로 가격을 통제하는 행위로서 재판매사업자 사이의 자유로운 가격경쟁을 저해하는 것이어야 함
- 재판매가격유지행위에 해당하려면 사업자가 미리 정한 가격대로 판매하지 않는 경우 재판매 사업자와의 거래를 중단하거나 공급량을 줄이거나 공급조건을 불리하게 하는 등의 불이익을 주는 방법으로 가격을 통제하는 행위로서 재판매사업자 사이의 자유로운 가격경쟁을 저해하는 것이어야 함.
[남양유업의 출고조절행위 건(서울고법 1999. 10. 7. 선고 99누13 판결³⁾]

2) 상고심(대법원 2002. 5. 31. 선고 2000두1829 판결)은 이 부분에 대하여 구체적으로 설시하지 않음

3) 상고심(대법원 2001. 12. 24. 선고 99두11141 판결)은 이 부분에 대하여 구체적으로 설시하지 않음

2) 구체적 사안

① 긍정례

- 원고가 소속 다단계판매원에게 판매금지 기준가격으로 지정한 원고로부터의 구입 가격은 공정거래법 제29조 제1항의 적용대상인 거래가격에 해당하며, 원고가 윤리 강령 및 행동지침을 통하여 다단계판매원에게 위 구입가격 이하로 판매하지 말 것을 강제한 사실이 인정됨
- 원고가 소속 다단계판매원에게 판매금지 기준가격으로 지정한 원고로부터의 구입가격은 공정거래법 제29조 제1항의 적용대상인 거래가격에 해당하며, 원고가 윤리강령 및 행동지침을 통하여 다단계판매원에게 위 구입가격 이하로 판매하지 말 것을 강제한 사실이 인정됨. 나아가 원고와 소속 다단계판매원의 관계를 위탁관계에 준하는 관계로 볼 수는 없음. 이에 의하면 원고가 내세우는 사유들을 감안하더라도 이 사건 행위는 공정거래법 제2조 제6호, 제29조 제1항에 정해진 재판매가격유지행위의 1차적 요건을 갖추었다고 하겠음.
- 가) 거래가격을 정하였는지 - 관련 법규의 입법목적과 내용, 재판매가격유지행위를 금지하는 취지 등에 비추어 볼 때, 사업자가 일정한 기격 또는 일정한 기준에 의한 가격을 지정함으로써 가격경쟁을 제한하여 소비자 후생을 저해할 우려를 야기한 경우에는 공정거래법 제29조 제1항이 정하고 있는 '거래가격을 정한 행위'에 해당한다고 보아야 함. 원고가 내세우는 바와 같이 지정된 가격이 권장 소비자가격이 아니라거나 거래상대방의 수익을 보장하는 것은 아니라는 등의 사정은 판단에 영향을 미치지 않음.
- 나) 강제성 여부 - 원고는 윤리강령 및 행동지침에 근거하여 재판매가격유지 조치에 반하는 행위를 하였다는 이유를 들어 소속 다단계판매원에게 자격해지 및 자격정지, 자격제한의 조치를 통하여 일정 기간 후원수당을 받을 수 있는 자격을 박탈하는 등의 불이익을 가할 수 있고, 앞서 살핀 바와 같이 제재를 가한 사례가 실제로 존재함. 이에 의하면 원고의 행위는 강제성이 수반되는 재판매가격유지행위에 해당하고, 원고가 들고 있는 사유만으로 강제성에 관한 피고의 판단에 어떠한 잘못이 있다고 볼 수 없음.
- 다) 위탁관계에 준하는 관계인지 - 이른바 피라미드 판매조직(Pyramid Sales Company)은 판매조직에 가입하기 위하여 일정한 금품을 납입하거나 고가의 상품을 인수하여야 하고, 그 납입한 금전이나 인수한 상품의 반환을 제한하며, 판매원의 수입은 주로 하위 판매원을

모집하는 것 자체에서 발생하므로 다른 판매원을 모집하기만 하면 자신의 판매활동과 무관하게 하위 판매원의 활동에 의하여 막대한 이익을 얻을 수 있다고 권유하여 조직을 확산시켜 가는 형태로서 일단 조직에 가입한 자는 상품의 판매보다는 조직원의 모집에만 주력하게 되어 결국은 조직 자체가 와해되어 최종 가입자인 소비자의 피해를 유발하게 됨. 따라서 원고의 주장과 같이 방문판매법상 다단계판매원의 활동에 대하여 다단계 판매업자가 일정한 경우 관리·감독 의무가 있거나 배상책임을 지는 경우가 있고, 다단계판매에게 3개월 내 청약철회를 인정하고 있는 등의 사정이 있다고 하더라도 이는 다단계판매의 건전성을 확보하기 위한 입법적 조치의 결과일 뿐 이를 들어 곧바로 다단계판매업자와 다단계판매원의 관계를 위탁관계 또는 그에 준하는 관계로 볼 수는 없음.

[한국암웨이의 재판매가격 유지행위에 대한 건(서울고법 2016. 10. 19. 선고 2014누65471 판결, 고법 확정)]

□ 원고 회사(매일유업)는 공급중단이나 물량조절 혹은 그 예정통지 및 직원들의 감시·감독활동 등의 수단을 통하여 조제분유제품의 소비자가격을 일정한 수준으로 유지하여 온 것으로 인정됨

○ 조제분유 등을 생산·판매하는 구 독점규제및공정거래에관한법률(1999. 2. 5. 법률 제5813호로 개정되기 전의 것, 이하 '법'이라 한다) 제2조 제1호 소정의 사업자에 해당하는 원고 회사가, 그 판시와 같이 조제분유 제품가격을 인상할 때마다 출고가격 외에 별도로 소비자가격을 정하여 각 지점에 통보하고, 이에 따라 각 지점은 관내 대형할인점에 대하여는 직접, 관내 일반소매점에 대하여는 특약점(또는 대리점)을 통하여 그 가격을 각 통보하여 온 사실, 그런데 원고 회사 각 지점은 사원교육, 사원간의 분임토의 등을 통하여 소속 영업사원 등으로 하여금 거래처의 소비자가격 준수 여부를 점검·관리하도록 하고 있고, 이에 따라 각 지점 소속 영업사원 등은 거래처 방문과 매장관리 등의 방법으로 소비자가격 준수 여부를 수시로 확인하고 있으나, 각 지점에서는 직원들의 사내교육, 분임토의 결과, 거래처 방문결과 등을 정기적으로 본사에 보고하여 오고 있는 사실, 그리하여 ① 원고 회사 대구지점(원심판결의 김천지점은 오기임)은, 관내 대형할인점인 E마트 김천점이 개점하면서 그와 경쟁관계에 있는 김천농협과 서로 조제분유 판매가격 인하경쟁을 하자 위 양 매장에 대하여 판매가격 인상을 종용하였고, 그 결과 E마트 김천점은 이에 응한 반면에 김천농협은 이에 불응하자 1998. 1. 8. 원고 회사 본사에 김천농협에 대한 공급을 중지할 것을 요청하였으며, ② 원고 회사 부산지점은 E마트 부산점에 대하여 판매 및 공급을 담당하고 있는데, E마트 부산점이 원고 회사 제품을 공급가격 이하로 판매하자 1997. 10. 15. E마트 부산점에 대하여 제품별로 구체적인 가격을 지정하여 주면서 그 가격대로 인상하지 아니하면 공급을 중단할 예정이라고 통보하여, 이에 E마트 부산점은 지정된 가격보다 단지 10원 낮은 가격으로

판매가격을 인상하기에 이르렀으며, ③ 원고 회사 대구지점은, 1997. 12. 3. 동아유통 포항점에 대하여 원고 회사의 조제분유제품인 'D&A 800g 1, 2, 3 단계'의 포항지역 소비자가격이 해당 금 9,500원으로 정하여져 있는데도 위 점포에서 해당 금 8,400원으로 판매하여 유통질서를 어지럽히고 있다면서 위 금 9,500원의 가격을 준수하기를 바란다는 내용의 공문을 보낸 바 있고, ④ 원고 회사 대전지점은, 서산특약점 관내의 소매점들이 1998. 2. 7자로 인상된 소비자가격을 준수하지 아니하자, 소속 직원을 직접 보내어 가격을 인상하도록 독려하였으며, ⑤ 원고 회사 광주지점 직원들은 1998. 2. 16. 분임토의에서 거래처가 소비자가격을 준수하지 아니할 경우 해당 특약점에 대하여 제품출고를 정지할 계획임을 토의한 바 있다는 사실을 인정한 다음, 위 인정 사실을 종합하여 볼 때, 원고 회사는 공급중단이나 물량조절 혹은 그 예정통지 및 직원들의 감시·감독활동 등의 수단을 통하여 조제분유제품의 소비자가격을 일정한 수준으로 유지하여 온 것으로 인정됨.

[매일유업의 재판매가격유지행위 건(대법원 2002. 5. 31. 선고 2000두1829 판결)]

- 원고(롯데칠성음료)의 거래처에 대한 소비자가격 통보는 단지 참고가격 내지 희망 가격을 통보하는 데 그치는 것이 아니라 거래처로 하여금 원고가 지정한 가격대로 판매하도록 사실상 강제력을 행사함으로 실효성을 확보할 수 있는 수단이 부수되어 있었는바 법 제2조 제6호 소정의 재판매가격유지행위에 해당함
- ④ 원고가 납품가격이 안정화되도록 유통가격을 점검·관리한다는 사업계획을 수립한 후 가격 안정화를 위해 시장조사 및 조정작업을 시행하였고, 이에 따라 자신의 음료제품에 대한 할인점 소비자가격을 책정하여 이를 거래처에 공급가와 함께 할인점 소비자가격을 고지하면서 위 소비자가격 이상으로 판매해 줄 것을 요청하고, 할인점이 위 소비자가격 이하로 판매하는 것을 정상가격 이하로 판매하는 것이라고 보아 해당 할인점에게 원고가 책정한 소비자가격으로 인상하여 판매할 것을 요구하거나 가격조정협의를 통해 정상가격으로 인상시켜 온 점, ④ 원고는 자사 제품의 소비자가격의 안정을 위하여 정기적으로 시장가격 모니터링을 실시하고 소비자가격 이하로 판매하는 할인점에게는 강력히 항의하고 불이익을 시사하면서 정상적으로 판매하고 있는 다른 매장의 영수증을 제시하면서 판매가격을 인상해 줄 것을 요구하였고, 원고와 계속적 거래관계를 유지할 수밖에 없는 할인점들로서는 원고의 요구를 대부분 받아들일 수밖에 없었던 점, ④ 원고는 실제로 대형할인점인 홈플러스의 기획특가 행사에서 당초 협의내용보다 큰 폭으로 할인판매하였다는 이유로 공급중단, 매대 철수 및 전량 공급 등을 경고하였고 원고 직원들로 하여금 매대에 진열된 기획특가 제품 합계 500만 원 정도를 직접 구매하였고, 농협마트 등에서 캔커피가 원고가 책정한 소비자가격보다 낮게 판매된다는 이유로 해당 점포로 하여금 곧바로 가격을 인상하도록 하였는바, 위 거래처 행사제품의 직접 구매행위는 거래상대방에 대하여 공급중단 못지않은

사실상의 강제력을 가지고, 위 캔커피 가격을 인상하게 된 것도 해당 점포의 자발적인 협조나 결정이라기보다는 원고의 불이익 시사에 따라 어쩔 수 없이 이루어진 결정으로 보이는 전, ④ 할인점 등 신유통채널은 전국적으로 상당한 수의 점포를 운영하는 판매망을 가지고 있고 원고 회사의 매출에서 차지하는 비중도 적지 않으나, 이러한 사정만으로 원고 회사에 대하여 거래상 우월적 지위를 가진다고 단정할 수 없고, 이에 대하여 원고는 2008년도 기준으로 전체 음료시장에서 시장점유율이 36.7%를 차지하는 1위 사업자이고, 그 점유율이 과실음료 시장에서는 45.1%, 탄산음료 시장에서는 45.7%에 이르는 등 음료시장에서 마강한 영향력을 행사할 수 있는 지위를 가지는 점 등에 비추어 볼 때, 원고의 거래처에 대한 소비자가격의 통보는 단지 참고가격 내지 희망가격을 통보하는 데에 그치는 것이 아니라 거래처로 하여금 원고가 지정한 소비자가격대로 판매하도록 조직적인 간시·감독활동, 불이익의 시사 내지 행사제품의 직접 구매 등과 같이 사실상의 강제력을 행사함으로써 그 실효성을 확보할 수 있는 수단이 부수되어 있었다고 볼 것이므로, 이는 공정거래법 제2조 제6호 소정의 재판매가격유지행위에 해당함.

[롯데칠성음료의 재판매가격유지행위 건(서울고법 2010. 12. 2. 선고 2010누5419 판결, 고법 확정)]

- 원고(녹십자)와 의약품도매업체 사이의 공급계약에 재판매가격을 지정하는 조항이 포함되어 있었으므로 재판매가격유지행위에 해당되고, 이를 준수하지 아니하는 경우 원고가 통고 없이 임의로 약정을 해약할 수 있는 등 조항을 두었던 이상 실효성을 확보할 수 있는 수단이 부수되어 있었다고 봄이 타당함
- 원고의 주장대로 인터넷쇼핑업체와 의약품도매업체가 판매가격을 협상한 결과 권장소비자가격이 결정되었고, 이후 의약품도매업체가 원고와 공급계약을 체결하면서 계약서에 위와 같이 결정된 가격이 반영된 것이라 하더라도, 원고와 의약품도매업체 사이의 공급계약에 재판매가격을 지정하는 조항이 포함되어 있었던 이상 재판매가격유지행위에 해당됨에는 의문이 있을 수 없고, 원고와 의약품도매업체 사이의 공급계약상 의약품도매업체가 소비자가격을 준수하지 아니하는 경우 원고가 통고 없이 임의로 약정을 해약할 수 있고 선정된 근서당권이나 보증보험 또는 보증여유에 대한 채권자로서의 권리를 실행할 수 있다는 취지의 조항을 두었던 이상, 현실적으로 그 실효성을 확보할 수 있는 수단이 부수되어 있었다고 봄이 타당함.

[녹십자의 재판매가격유지행위 등 건(서울고법 2009. 1. 22. 선고 2008누2875 판결⁴⁾)]

4) 상고심(대법원 2010. 12. 9. 선고 2009누3507 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시하였으나, 다만 다른 부분을 이유로 파기환송 후 확정됨(서울고법 2011. 5. 18. 선고 2010누44230 판결)

□ 원고(한국오츠카제약)는 도매상에게 자신의 의약품을 의료기관에 기준약가로 재판매할 것을 통지하면서 위반시 거래중단과 금전적 배상책임을 물겠다는 내용의 이행확보 수단까지 강구하였고, 그 뒤 그와 같은 내용의 계약까지 체결하였으므로 이는 재판매가격유지행위에 해당함

- 원고는 도매상에게 자신의 의약품을 의료기관에 기준약가로 재판매할 것을 통지하면서 위반시 거래중단과 금전적 배상책임을 물겠다는 내용의 이행확보 수단까지 강구하였고, 그 뒤 그와 같은 내용의 계약까지 체결하였으므로 이는 재판매가격유지행위에 해당함.
- 원고로부터 공급받는 의약품 가격에 일정한 이윤을 더하여 의료기관에 재판매하면서 다른 도매상들과 가격경쟁을 해야 할 상황에 있는 도매상들이 자신뿐 아니라 원고와 거래하는 다른 도매상들도 기준약가를 준수하라는 내용으로 원고와 거래약정을 체결한 사실을 알고 있었을 것으로 보이므로 그와 같은 가격경쟁의 압박에서 벗어나 안정적인 이윤을 얻을 수 있는 상황에 있었던 이상 원고가 약정 위반시 신진작 제재행위를 하였는지와 관계없이 사실상 원고와의 약정에 구속되었을 것으로 보임.

[한국오츠카제약의 재판매가격유지행위 건(서울고법 2011. 4. 14. 선고 2009누15236, 고법 확정)]

□ 원고(테일러메이드코리아)가 대리점들과 체결한 상품거래계약서 자체에는 최저판매 가격을 명시하여 정하지 않았지만, 원고는 위 계약서에 가격교란 시 계약해지 조항을 포함하였고, 이를 지키지 않는 대리점들에 대하여는 출고정지 등 강제적 방법을 취함으로써 재판매가격 유지행위를 하였다고 볼 수 있음

- 비록 원고가 대리점들과 체결한 상품거래계약서 자체에는 최저판매가격을 명시하여 정하지 않았지만, 원고는 상품거래계약서에 가격교란 시 계약해지 조항을 포함하였고, 대리점에 자신이 정한 최저판매가격을 통보한 다음 위 최저판매가격이 잘 지켜지고 있는지 주기적으로 확인하였으며, 이를 지키지 않는 대리점들에 대하여는 출고정지 등의 강제적 방법을 취함으로써 재판매가격 유지행위를 하였다고 볼 수 있음.

[테일러메이드코리아의 재판매가격유지행위 및 구속조건부거래행위에 대한 건(서울고법 2012. 4. 19. 2011누24141 판결-환송심5)]

5) 재상고심(대법원 2012. 8. 30. 선고 2012두9901 판결)은 심리불속행 기각함

- 원고는 2014. 1. 1부터 2016. 7. 20.경까지 온라인 판매 대리점에 대하여 온라인 최저판매가격 기준을 정하고 미준수 시 불이익을 부과하는 방안을 통지하고 모니터링 실시, 가격인상 요청, 불이익 부과 고지 및 실행 등 수단을 통하여 온라인 최저판매 가격을 준수하도록 강제하는 이 사건 재판매가격 유지행위를 하였다고 볼 수 있음
- 원고는 2013. 12. 6. 개최된 지점장 회의에서 온라인 최저판매가격 기준을 설정하고, 이를 위반하는 온라인 저가판매업체에 대해서 불이익을 부과하겠다는 내용을 발표하였으며, 이러한 내용은 지점을 통해 대리점에 통보되었다고 봄이 상당함.
- 원고 대리점이 원고가 제시한 최저판매가격 기준대로 타이어 제품을 판매하도록 정책을 추진하는 것에 대하여 조직적인 감시·감독활동, 불이익 부과의 통지·시사라는 실효성이 확보된 수단이 부수되어 있었다고 봄이 상당함.
- 위와 같이 원고는 2014. 1. 1부터 2015. 1. 31.까지의 기간에도 이 사건 재판매가격 유지행위를 하였고, 이로 인해 원고의 대리점 사이 경쟁이 직접적으로 제한되었으며, 온라인 판매가격이 인위적으로 상승하는 등 소비자 이익을 상당 수준 저해하는 효과가 발생하였음.
[(주)금호타이어의 재판매가격유지행위 및 구속조건부거래행위에 대한 건(서울고법 2020. 8. 26. 2019누53442 판결⁶⁾]

② 부정례

- ‘권장소비자가격’을 통보한 사실은 인정되나, 이는 각 거래처가 적정한 소비자가격을 산정하는 데 필요한 기준을 제시하기 위한 것으로 거래처의 요청에 의한 것일 뿐 아니라, 그보다 저렴한 가격으로 판매하였다고 제품공급을 중단하거나 다른 불이익을 준 바 없으므로, 원고 회사(남양유업)가 각 거래처로 하여금 ‘권장소비자가격’대로 판매할 것을 강제하였다고 보기 어려움
- ① 원고 회사가 제품가격을 인상할 때마다 각 거래처에 인상된 공급가격을 통보하면서 공급가격에 13~15%의 이윤을 가산하여 산출한 ‘권장소비자가격’을 함께 통보한 사실은 인정되나, 이는 각 거래처가 적정한 소비자가격을 산정하는 데 필요한 기준을 제시하기 위한 것으로서 거래처의 요청에 의한 것일 뿐만 아니라, 거래처가 그보다 저렴한 가격으로 판매하였다고 하여 제품공급을 중단하거나 다른 불이익을 준 바 없으므로, 원고 회사가 각 거래처로 하여금 ‘권장소비자가격’대로 판매할 것을 강제하였다고 보기 어렵고, ② 위

6) 상고심(대법원 2020. 12. 30. 선고 2020두43987 판결)은 실리불속행 기각함

지점장회의에서 영업1담당이사가 거래처의 권장소비자가격 준수 여부를 조사하여 보고하도록 지시함에 따라, 각 지점의 영업사원과 본사의 영업관리부가 각 그 거래처를 방문하여 그 준수 여부를 조사하여 보고한 사실은 인정되나, 위 회의에서의 논의내용, 지시공문에 기재된 조사목적과 조사내용, IMF체제로 들어서는 당시의 우리나라 경제상황 및 1998. 1. 1자 가격인상에 따른 원고 회사의 시장동향파악 필요성 등 여러 사정에 비추어 볼 때, 원고 회사의 위와 같은 지시 및 조사행위는 거래처에 가격인상을 적극 종용하기 위한 것이라기보다는 마켓팅전략수립 및 시장동향파악을 위한 통상적이고 일상적인 영업활동으로 보여질 뿐이고, ③ 원고 회사 충청지점 영업사원이 작성한 일일활동보고서에 의하면, 동 영업사원이 1998. 1. 6. 조치원시 소재 하나로마트에 대하여 가격인상을 조건으로 조제분유를 납품하고, 같은 해 2월 11일부터 같은 해 3월 12일까지 5차례에 걸쳐 한국마크로 대전지점 및 한국까르푸 대전지점에 대하여 가격인상을 요청하여, 한국까르푸 대전지점은 같은 해 3월 12일 가격인상을 하였으나, 한국마크로 대전지점은 본점에서 조정되어야 한다는 이유로 가격인상을 거절하여, 이에 동 영업사원이 한국마크로 대전지점에 대하여 가격을 인상할 때까지 제품공급을 중단할 예정이라고 본사에 보고한 사실은 인정되나, 하나로마트, 한국마크로, 한국까르푸와 같은 대형할인매장에 대한 제품공급은 원고 회사 본사와 대형할인매장 본사 사이에 체결되는 제품공급계약에 기하여 이루어지는데, 그에 의하면 원고 회사 본사나 지점은 대형할인매장의 판매가격을 통제하거나 이에 관여할 수 없도록 되어 있는 점, 조치원시 소재 하나로마트와 한국마크로 대전지점은 그 후에도 가격을 인상하지 않았으나 원고 회사로부터 제품공급을 중단당한 사실이 없는 점 등에 비추어 볼 때, 지점의 한 영업사원이 위와 같이 가격인상을 요구하였다 하여 원고 회사가 위 각 대형할인매장에 대하여 가격인상을 강제하였다고 볼 수 없음.

[남양유업의 출고조절을 통한 시장지배적지위 남용행위 건(대법원 2001. 12. 24. 선고 99두11141 판결)]

- 거래계약서에는 도매업체들이 과도하고 비정상적인 수준으로 할인 판매함으로써 원고에게 영업상 손실을 초래한 경우 손해배상책임이 있다고만 규정하고 있을 뿐이며, 할인판매를 계속하여 왔음에도 손해배상청구나 계약해지 등을 한 적이 없고, 나아가 공급중단이나 물량조절 또는 그 예정 통지 등을 통하여 의약품의 판매가격을 일정한 수준으로 유지하려고 하였다고 볼 만한 사정도 없음
- 원고(글락소스미스클라인)와 도매업체들 간의 거래계약서에서 도매업체들이 과도하고 비정상적인 수준으로 할인하여 판매함으로써 원고에게 직접적 또는 간접적으로 영업상 손실을 초래한 경우에 손해배상책임이 있다고만 규정하고 있을 뿐이고, 나아가 도매업체들이

기준약가대로 판매하지 아니하거나 일정 비율 내의 할인폭 내에서 판매하지 아니한 경우에 손해배상의무가 있다거나 거래계약을 해지하기로 하는 등의 약정을 체결한 적은 없으며, 실제로 거래계약기간 동안 또는 협조공문을 발송한 이후에도 도매업체들이 기준약가 이하로 어느 정도 할인판매를 계속하여 왔음에도 원고가 이를 문제 삼아 손해배상청구나 계약해지에 이르거나 그 예정통지를 한 적이 없고, 나아가 그와 같은 할인판매행위에 대하여 공급중단이나 물량조절 또는 그 예정 통지, 계약갱신 거부 및 직원들의 감시·감독활동의 수단을 통하여 의약품의 판매가격을 일정한 수준으로 유지하려고 하였다고 볼 만한 사정도 없는 점 등을 종합하면, 원고가 도매업체들에 의약품 판매가격을 지정하였다고 보기 어렵고, 설령 판매가격 지정행위가 있었다고 하더라도 이는 단지 참고가격 또는 희망가격을 통보하는 것에 그치는 것에 불과할 뿐 나아가 거래처로 하여금 원고가 지정한 판매가격대로 판매하게끔 하는 것에 대하여 그와 같이 제시한 참고가격 또는 희망가격의 실효성을 확보할 수 있는 수단이 부수되어 있었다고 할 수 없으므로 원고가 재판매가격유지행위를 하였다고 할 수 없음.

[글락소스미스클라인의 재판매가격유지행위 건(대법원 2011. 5. 13. 선고 2010두28120 판결)]

- 벤츠코리아와 딜러사들 사이에 수직적 거래관계나 재판매 구조가 성립한다고 볼 수 없고, 벤츠코리아에 시간당 권장 공임을 따르도록 할 수 있는 실효성 확보수단이 부수되어 있다고 보기 어려운 점, 이 사건 공동행위가 딜러사들의 입장에서 불이익에 해당한다고 보기 어려운 점 등을 고려할 때 이 사건 공동행위가 재판매가격 유지행위 등에 해당한다고 보기 어려움.

[8개 메르세데스벤츠 승용차 딜러사들의 부당한 공동행위 및 메르세데스벤츠코리아의 부당한 공동행위를 하게 한 행위에 대한 건(더클래스효성 외1, 대법원 2019. 3. 14. 선고 2018두60984 판결)]

나. 정당한 이유

1) 정당한 이유의 허용 및 판단기준

- 최저재판매가격유지행위가 관련 상품시장에서의 상표 간 경쟁을 촉진하여 결과적으로 소비자후생을 증대하는 등 정당한 이유가 있는 경우에는 예외적으로 허용하여야 할 필요가 있는바 이는 관련시장에서 상표 간 경쟁이 활성화되어 있는지 여부, 그 행위로 인하여 유통업자들의 소비자에 대한 가격 이외의 서비스 경쟁이 촉진되는지 여부 등을 종합적으로 고려하여야 하며, 증명책임은 사업자에게 있음
 - 이러한 공정거래법의 입법목적과 재판매가격유지행위를 금지하는 취지에 비추어 볼 때, 최저재판매가격유지행위가 당해 상표 내의 경쟁을 제한하는 것으로 보이는 경우라 할지라도, 시장의 구체적 상황에 따라 그 행위가 관련 상품시장에서의 상표 간 경쟁을 촉진하여 결과적으로 소비자후생을 증대하는 등 정당한 이유가 있는 경우에는 이를 예외적으로 허용하여야 할 필요가 있음.
 - 그리고 그와 같은 정당한 이유가 있는지 여부는 관련시장에서 상표 간 경쟁이 활성화되어 있는지 여부, 그 행위로 인하여 유통업자들의 소비자에 대한 가격 이외의 서비스 경쟁이 촉진되는지 여부, 소비자의 상품 선택이 다양화되는지 여부, 신규사업자로 하여금 유통망을 위활히 확보함으로써 관련 상품시장에 쉽게 진입할 수 있도록 하는지 여부 등을 종합적으로 고려하여야 할 것이며, 이에 관한 증명책임은 관련 규정의 주지상 사업자에게 있다고 보아야 함.
[한미약품의 부당한 고객유인행위 등 건(대법원 2010. 11. 25. 선고 2009두9543 판결⁷⁾)]
- * 같은 취지: 한국캘러웨이골프(유)의 재판매가격유지행위 및 구속조건부거래행위에 대한 건(서울고법 2010. 4. 21. 선고 2009누5482 판결, 대법원 2011. 3. 10. 2010두9976, 서울고법 2012. 4. 19. 선고 2011누10777 판결-환송심 확정), (유)테일러메이드코리아의 재판매가격유지행위 및 구속조건부거래행위에 대한 건(서울고법 2010. 6. 9. 선고 2009누12596 판결, 대법원 2011. 7. 14. 선고 2010두13753 판결, 서울고법 2012. 4. 19. 2011누24141 판결, 대법원 2012. 8. 30. 선고 2012두9901 판결-재상고심 심리불속행 기각함으로 확정)

7) 환송심(서울고법 2011. 4. 27. 선고 2010누42050 판결)에서 확정됨

2) 구체적 사안

- 원고가 내세우는 사유들만으로 이 사건 행위가 원고가 취급하는 관련 상품시장에서 상표 간 경쟁과 다단계판매원 간 서비스경쟁을 더욱 촉진하여 소비자 후생이 증대되었다거나 이 사건 행위로 말미암아 늘어난 소비자 후생이 이 사건 행위로 인하여 감소한 소비자 후생을 상쇄하기에 충분하다고 보기에 부족함
- 원고가 내세우는 사유들만으로 이 사건 행위가 원고가 취급하는 관련 상품시장에서 상표 간 경쟁과 다단계판매원 간 서비스경쟁을 더욱 촉진하여 소비자 후생이 증대되었다거나 이 사건 행위로 말미암아 늘어난 소비자 후생이 이 사건 행위로 인하여 감소한 소비자 후생을 상쇄하기에 충분하다고 보기에 부족함, 따라서 이 사건 행위에 정당한 이유가 존재한다고 볼 수 없음.
- 가) 관련 시장에서 상표 간 경쟁 상황 - 앞서 살핀 다단계판매 시장 및 건강기능식품 시장의 규모와 구조, 원고의 시장점유율, 원고가 판매하는 제품들의 성격 및 원고의 영업 방식 등 여러 정황에 비추어 보면 제출된 자료만으로 원고가 다단계판매를 통하여 취급하는 상품시장에서 상표 간 경쟁이 이 사건 행위로 인하여 제한되거나 왜곡되지 않을 정도로 충분히 이루어지고 있다고 단정하기에 부족하고, 원고가 관련 시장에서 확보하고 있는 시장점유율이 낮아 원고의 행위가 소비자 후생을 저해하는 효과가 극히 미미하다고 볼 수 없음.
- 나) 가격 외의 서비스경쟁 등 촉진 여부 - 다단계판매는 원칙적으로 판매자가 소비자를 직접 대면하여 상품에 대한 정보와 서비스를 제공하는 판매방식을 사용함. 다단계판매원은 소비자를 방문하여 상품에 대한 정보를 제공하고, 소비자의 기호와 사용 목적에 적합한 제품을 추천하거나 실제 사용법의 시연, 샘플 제공, 사후 관리 등 직접판매방식의 장점을 활용한 서비스를 제공함. 원고 역시 직접판매방식의 특성에 맞는 제품들을 주된 제품군으로 구성하고 있음. 특히 원고가 판매에 주력하는 건강기능식품, 화장품, 생활용품 등은 그 효능 및 사용방법 등에 대한 설명이 동반될 경우 효율적인 마케팅이 가능한 제품군임. 이와 같이 원고 소속 다단계판매원의 소비자와의 대면을 통한 서비스 제공은 가격 이외의 경쟁 수단이 될 수 있으나, 원고가 판매하는 제품의 특성과 직접판매방식의 본질 등을 고려할 때 이는 이 사건 행위와는 무관하게 제공되는 것이라고 보아야 함.
- 다) 신규사업자의 시장 진입의 용이 여부 - 을 제10호증의 5 내지 8의 각 기재에 의하면 국내 상위 다단계업체들인 한국허벌라이브, 뉴스킨코리아, 유니시티코리아 등의 각 윤리강령이나 미국 암웨이의 행동지침에서 소속 다단계판매원들에게 구입가격 미만의

판매를 금지하는 규정을 두고 있지 않음을 알 수 있음. 1963년에 발행된 미국 암웨이의 행동지침에는 “판매자는 상업적 할인을 승인받은 경우를 제외하고 암웨이 제품을 일반인들에게 판매할 때 지정된 소매가격보다 낮은 가격으로 판매하여서는 아니 된다(No distributor shall sell products sold under the Amway label for less than the specified retail price, when making sales to persons who are not distributors, except where commercial discounts are authorized to be given).”라는 규정을 두었으나 미국 연방거래위원회(Federal Trade Commission)가 1979. 5. 8자 미국 암웨이에 대한 결정(93 F.T.C. 618, 1979 WL 198944)에서 위와 같은 재판매가격유지행위를 금지하도록 명하였고, 이후 미국 암웨이는 소속 다단계판매원들에 대하여 어떠한 가격 통제도 실시하지 않고 있음. 뿐만 아니라 프랑스, 독일, 캐나다, 호주, 뉴질랜드, 인도, 남아프리카공화국, 우크라이나, 대만, 말레이시아 등 다른 국가의 암웨이도 이 사건 행위와 같은 가격 통제를 실시하고 있지 않는 것으로 보임. 위와 같은 사정을 고려하면 이 사건 행위가 원고와 같은 다단계판매조직의 특성상 요구되는 필수적인 가격 정책에 속한다고 볼 수는 없음.

- 원고는 이 사건 행위가 후원수당 제도를 운용하여 다단계판매조직을 영위하는 원고의 존립 및 발전을 위한 필요최소한의 장치이고, 이를 통하여 원고 조직이 건전하게 발전함으로써 소비자들에게 대형 마트나 백화점 등 기존의 유통경로 외에 새로운 유통경로를 제공할 수 있어 신규사업자의 시장 진입이 활성화될 것이라고 주장함. 그러나 이 사건 행위가 원고의 판매조직 유지에 필수적인 제도라고 볼 수 없음은 위에서 본 바와 같고, 원고의 다단계판매활동으로 인하여 신규사업자에게 유통경로가 제공되는 측면이 있다고 하더라도 이는 암웨이 사업이 시장에 미치는 긍정적 효과인 뿐이므로 그러한 점을 부각하여 이 사건 행위가 곧바로 신규사업자의 시장 진입을 용이하게 한다고 단정하기는 어려움.
- 과) 소비자의 상품 선택 다양화 여부 - 이 사건 행위를 통하여 원고 조직이 반전함으로써 소비자의 상품 선택권이 보다 다양해질 것이라는 원고 주장도 이 사건 행위가 원고가 영위하는 다단계판매조직의 발전 및 유지를 위해 필수적으로 요구된다고 볼 수 없는 이상 받아들이기 어려움.

[한국암웨이의 재판매가격 유지행위에 대한 건(서울고법 2016. 10. 19. 선고 2014누65471 판결, 고법 확정)]

□ 원고가 안경원에게 공급하는 소프트렌즈의 최저 소비자 판매가격을 사전에 정해주고, 이를 위반하는 안경원에 대하여는 공급을 중단하는 방식으로 재판매가격유지행위를 한 것에 정당한 이유가 있다고 보기 어려움

- 원고가 2007. 1. 16.부터 2010. 4. 2.까지 판시 소프트렌즈 제품에 관하여 원고가 정한 최저 소비자 판매가격을 원고의 거래 안경원에게 알려주고 원고의 직원 등으로 하여금 거래 안경원의 실제 판매가격을 조사하여 거래안경원이 위 가격을 준수하는지 점검한 후 위 가격보다 할인된 가격에 판매하는 거래 안경원에 대하여 제품의 공급을 중단하는 조치를 하였다고 인정하고, 원고의 행위는 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2012. 3. 21. 법률 제11406호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘공정거래법’이라 한다) 제29조 제1항에 의하여 금지되는 ‘재판매가격유지행위’에 해당한다고 판단한 다음.
- 원고의 재판매가격유지행위가 원고의 거래 안경원 사이에 해당 제품에 관한 경쟁을 제한하는 효과를 발생시켰다고 인정하는 한편, 원고의 재판매가격유지행위로 인한 경쟁축진적 효과가 크다거나 그 효과가 경쟁제한 효과를 상회한다고 볼 수 없으므로, 원고의 재판매가격 유지행위에 정당한 이유가 있다고 보기 어려움.

[한국존슨앤드존슨의 재판매가격유지행위 및 구속조건부거래행위에 대한 건(대법원 2015. 11. 12. 선고 2015두44066 판결)]

□ 소속 방문판매원에게 소비자 판매가격을 정해주고 이를 위반하면 경고조치를 하는 등 재판매가격을 유지한 행위가 정당하다고 인정하기 어려움

- 아래 사정 등에 비추어 보면, 원고(아모레퍼시픽)의 이 사건 행위가 관련 시장인 국내 화장품 시장에서 상표 간 경쟁과 방문판매원 간 서비스경쟁을 더욱 촉진하여 소비자 후생을 증대하였다거나 이 사건 행위 녘분에 증대한 소비자 후생이 이 사건 행위 때문에 감소한 소비자 후생을 상쇄하기에 충분하였다는 등 이 사건 행위에 정당한 이유가 있었다고 인정하기 부족함.
- 가) 이 사건 행위로 달미암은 경쟁제한과 소비자 후생 감소
원고의 방문판매원은 이 사건 행위 녘분에 이 사건 화장품에 관하여 다른 방문판매원뿐만 아니라, 같은 제품을 판매하는 원고 직영의 백화점 매장과 가격경쟁을 벌일 염려가 없어졌음. 이 사건 행위 때문에 또한 소비자는 가격할인이 없지만 부가서비스 수준이 높은 이 사건 화장품과 가격할인이 있으나 부가서비스 수준이 낮은 이 사건 화장품 중에서 선택할 수 있는 기회를 상실하게 되었음. 따라서 이 사건 행위 때문에 소비자 후생이 감소한 측면이 있음은 명백함.

○ 나) 관련 시장에서 상표 간 경쟁 상황

화장품 업계에서는 화장품을 방문판매원, 백화점 매장에서 판매하는 화장품(통상 '고급 화장품'으로 불린다)과 특정 상표 전문 매장, 할인점 등에서 판매하는 화장품(통상 '중저가 화장품'으로 불린다)으로 분류하기도 함. 고급 화장품과 중저가 화장품 사이에는 수요 대체성이 있다고 볼이 옳으므로 이 사건 행위의 관련 시장은 국내 화장품 시장으로 볼이 타당함. 원고의 시장 점유율은 2009년도 매출액 기준 국내 화장품 전시장 전체에서 35.1%, 방문판매 시장에서 약 55%, 2010년도 매출액 기준 백화점 판매시장에서 15%임. 이러한 사정 등에 비추어 볼 때, 국내 화장품 시장에서 화장품 상표 간 경쟁이 이 사건 행위 때문에 제한 또는 왜곡되지 않을 정도로 충분히 이루어지고 있었다고 단정하기 부족함.

○ 다) 방문판매원 간 서비스경쟁의 촉진

"편의성(방문)"은 방문판매에서는 제품가격에 최저판매가격제한이 있는지와 무관하게 항상 제공되는 것이므로, 이 사건 행위 때문에 방문판매원간 서비스경쟁이 얼마나 더 촉진되었는지를 판단하는 데에서는 주요하게 고려하여야 할 요소로 볼 수 없음. 방문판매원 간 서비스경쟁은 이 사건 행위가 없었더라도 결국 이루어질 수밖에 없었다고 보임. 방문판매원이 소비자에게 제공하는 시연 등 부가서비스는 이 사건 행위와 무관하게 방문판매 자체의 특성 또는 화장품이라는 상품의 고유한 특성에서 기인한다고 보는 것이 합리적임. 방문판매원 간에 이 사건 화장품에 관한 가격할인경쟁이 사실상 불가피하게 이루어지고 있었다고 볼 여지도 충분함.

○ 라) 상표 간 선택의 다양화

화장품 방문판매는 반드시 최저판매가격의 제한, 즉 재판매가격유지조건이 불여야만 가능하다고 인정할 만한 객관적인 경제적 이유는 보이지 않음. 그리고 화장품은 미용과 미백, 노화방지, 주름개선, 자외선 차단 등 기능과 효과가 있고, 재료에 따라 효능이나 기능에서 차이가 있으며, 용기에 담겨 있을 때에는 상표를 알 수 있으나 그 용법에 따라 사용한 후에는 상표를 알 수 없고, 이는 이 사건 화장품도 마찬가지임. 따라서 이 사건 화장품을 소비자가 자신을 현시하기 위하여 구매하는 이른바 '베블렌 재화'로 볼 수는 없음.

○ 마) 신규 사업자의 시장 진입

이 사건 행위가 없어 방문판매원 간에 가격경쟁이 자유롭게 일어난다면 방문판매원 중 일부는 원고에게서 이탈할 것이고, 국내 화장품 시장에 신규로 진입하려는 사업자나 기존 사업자는 그 이탈 방문판매원을 영입함으로써 유통망을 더 쉽게 확보하여 시장에 진입하거나 기존 유통망을 확대할 수 있을 것으로 충분히 예측할 수 있음. 따라서 이 사건 행위에는 새로운 화장품 사업자가 방문판매원을 확보하여 국내 화장품시장에 진입하는 것을 봉쇄하려는 의도가 있었다고 보임.

○ 바) 그 밖의 사유

원고 직영의 백화점 매장에서도 방문판매원이 제공하는 것과 같거나 비슷한 수준의 부가서비스를 제공하므로, 원고가 주장하는 '무임승차'는 방문판매원 사이에서만 발생하는 문제가 아님. 그리고 원고가 주장하는 '무임승차' 문제는 비단 이 사건 화장품에서만 발생하는 것이 아니라 상품을 인터넷 온라인과 오프라인에서 동시에 판매하는 경우에는 발생할 수 있다고 보임. 이러한 사정 등에 비추어 볼 때, '무임승차' 문제를 해결하기 위해 최저판매 가격을 제한하는 이 사건 행위가 필요하였다고 인정하기 어려움.

[아모레퍼시픽의 재판매가격유지행위 건(서울고법 2012. 8. 22. 선고 2011누12728 판결⁸⁾)]

□ 원고는 도매상들에게 보험약가 수준으로 재판매가격을 유지하도록 한바 보험약가 범위 안에서 요양기관이 실제 구입한 가격으로 약제비를 상환하는 실거래가상환제도가 적용된다 하더라도 그러한 사정만으로 원고의 재판매가격유지행위를 허용할 정당한 이유가 있다고 보기 어려움

○ 원고는 도매상들로 하여금 보험약가 수준으로 재판매가격을 유지하도록 하였고, 그와 같은 행위는 경쟁을 통한 보험약가의 인하를 막는 결과로 이어지며, 그로 인한 부담은 결국 최종 소비자에게 전가되는 점 등을 알 수 있고, 이러한 사정 및 앞서 본 법리에 비추어 보면, 원고 주장과 같이 보험약가 범위 안에서 요양기관이 실제 구입한 가격으로 약제비를 상환하는 실거래가상환제도가 적용된다 하더라도 그러한 사정만으로 원고의 재판매가격 유지행위를 허용할 정당한 이유가 있다고 보기 어려움.

[한비약품의 부당한 고객유인행위 등 건(대법원 2010. 11. 25. 선고 2009두9543 판결⁹⁾)]

□ 골프채 시장은 상표간 경쟁이 활성화되어 있는 시장임이 인정되나 원고의 이 사건 재판매가격유지행위가 소비자 후생을 증대시켰다고 인정하기 부족하고, 설령 긍정적 효과를 발생시킨 측면이 있다고 하더라도, 이러한 경쟁촉진 효과 및 소비자 후생증대 효과가 재판매가격 유지행위가 가져오는 대리점 사이의 가격인하 제한효과나 대리점의 자율성을 침해하는 효과를 상회한다고 인정하기 부족함

○ 원고가 제출한 골프소비자 설문조사결과 등의 증거에 의하면 이 사건 골프채 시장은 상표간 경쟁이 활성화되어 있는 시장임이 인정되나, 나머지 증거만으로는 원고의 이 사건 재판매가격유지행위가 원고 대리점의 판매전 서비스를 활성화하는 등 가격 이외의 서비스

8) 상고심(대법원 2013. 1. 10. 선고 2012두21284 판결)은 심리불속종 기각함

9) 환송심(서울고법 2011. 4. 27. 선고 2010누42050 판결)에서도 같은 취지로 판시함

경쟁을 촉진하였고, 소비자의 다양한 상품 선택을 촉진하였으며, 신규 상표의 시장진입을 쉽게 하여, 결과적으로 상표가 경쟁을 촉진함으로써 소비자 후생을 증대시켰다고 인정하기 부족하고, 설령 이러한 긍정적 효과를 발생시킨 측면이 있다고 하더라도, 이러한 경쟁촉진 효과 및 소비자 후생증대 효과가 이 사건 재판매가격 유지행위가 가져오는 대리점 사이의 가격인하 제한효과나 대리점의 자율성을 침해하는 효과를 상회한다고 인정하기 부족한바 이 사건 재판매가격유지행위에는 정당한 이유가 없음.

[테일러메이드코리아의 재판매가격유지행위 및 구속조건부거래행위에 대한 건(서울고법 2012. 4. 19. 선고 2011누24141 판결-환송심¹⁰⁾)]

※ 같은 취지: 한국캘러웨이골프(유)의 재판매가격유지행위 및 구속조건부거래행위에 대한 건(서울고법 2012. 4. 19. 선고 2011누10777 판결-환송심 확정)

- 이 사건 재판매가격 유지행위가 원고의 대리점으로 하여금 가격 이외의 서비스 경쟁을 촉진시키고, 소비자의 다양한 상품 선택을 촉진하였으며, 신규 상표의 시장 진입을 쉽게 하여 결과적으로 상표 간 경쟁을 촉진함으로써 소비자 후생을 증대시켰다고 인정하기에 부족하고, 원고가 대리점 간 서비스 경쟁을 유도하기 위한 목적에서 이 사건 재판매가격 유지행위를 하였다고 보기 어려움
 - 설령 긍정적 효과를 발생시킨 측면이 있다고 하더라도, 이러한 경쟁촉진 효과 및 소비자 후생 증대 효과가 이 사건 재판매가격 유지행위가 가져오는 대리점 사이의 가격 인하 제한효과나 대리점의 자율성을 침해하는 효과를 상회한다고 인정하기에 부족하고, 온라인과 오프라인 대리점 사이의 경쟁으로 인하여 영세한 오프라인 대리점이 폐업하는 등으로 그 수가 감소할 우려가 있다 하더라도 이는 시장에서의 경쟁에 따른 결과이고, 대리점의 가격 결정에 대한 자율성을 침해하고 가격경쟁 제한으로 인해 소비자 후생이 감소하는 것을 감수하면서까지 영세한 오프라인 대리점을 보호할 필요성도 인정되지 않음.
- [(주)금호타이어의 재판매가격유지행위 및 구속조건부거래행위에 대한 건(서울고법 2020. 8. 26. 선고 2019누53442 판결¹¹⁾)]

10) 재상고심(대법원 2012. 8. 30. 선고 2012두9901 판결)은 심리불속행 기각함

11) 삼고심(대법원 2020. 12. 30. 선고 2020두48987 판결)은 심리불속행 기각함

3. 사업자단체금지행위와의 관계

- 법 제26조 제1항 제4호의 취지는 사업자의 재판매가격유지행위를 규제하는 법 제29조의 그것과는 전혀 별개의 것인바 개개 사업자 사이에 저작물에 관한 재판매 가격유지행위를 할 수 있다고 하더라도 사업자단체가 자유경쟁가격제도를 택하려는 사업자에게 재판매가격유지행위를 하게 하는 행위는 법 제26조 제1항 제4호에 위반되는 것임
- 출판사들의 사업자단체인 원고가 도서정가제를 준수하지 아니하고 할인판매를 한 출판사들에 대하여 도서정가제가 더욱 공고히 확립될 수 있도록 최대한 협조하여 줄 것을 요청하는 공문을 발송한 이 사건에서, 독점규제및공정거래에관한법률(이하 '법'이라 한다) 제29조 제2항에 의하여 저작물에 대한 재판매가격유지행위가 허용되는 사업자는 반드시 재판매가격유지행위를 하여야만 하는 것은 아니고 자유경쟁가격제도를 택할 수도 있는 것이며, 한편 법은 사업자의 부당한 공동행위 및 불공정행위 등에 대하여 규제하면서 이외는 별도로 사업자단체에 대하여 제6장에서 설립신고, 금지행위, 시정조치 등에 관한 규정을 따로 두어 사업자와 사업자단체를 명확히 구분하고 있는 점에 비추어, 법 제26조 제1항 제4호에서 사업자단체가 사업자에게 법 제29조에 의한 재판매가격유지행위를 하게 하는 행위를 금지하는 취지는 사업자의 재판매가격유지행위를 규제하는 법 제29조의 그것과는 전혀 별개의 것이므로, 개개의 사업자 사이에 저작물에 관한 재판매가격유지행위를 할 수 있다고 하더라도 사업자단체가 자유경쟁가격제도를 택하려는 사업자에게 재판매가격유지행위를 하게 하는 행위는 법 제26조 제1항 제4호에 위반되는 것이고, 따라서 출판물의 재판매가격유지계약 체결권한을 위임하지 아니한 출판사들에 대한 원고의 위 공문발송행위는 위법한 것이어서 피고가 원고에 대하여 판시와 같은 내용의 시정명령 등을 한 조치는 적법함.

[대한출판문화협회의 재판매가격유지행위 건(대법원 1997. 6. 13. 선고 96누5834 판결)]

4. 기타

□ 원고가 5개 전문점에 준수를 요구한 유통가격은 최고가격이 아니라 최저가격이라고 봄이 타당하므로, 법 제29조 제1항의 재판매가격유지행위에 해당됨

- ① 원고가 2003. 10. 13경 5개 전문점에 보낸 'Bumper 전문점의 당사 Network와의 거래시 가격준수'라는 문서에 가격 미준수로 인해 범퍼전문점의 채산성이 악화되고 있다고 기재되어 있다는 사실, ② 원고가 2004. 5. 13경 5개 전문점에 보낸 '전문점 판매권역제 실시통보'라는 문서에 전문점의 가격축소경쟁 방지를 위해서 유통가격을 준수해 달라는 내용이 기재되어 있는 사실, ③ 원고의 국내부품 판매관리팀의 차장은 전문점의 가격축소경쟁 방지 등을 위해서 종전 범퍼전문점계약 내신 이 사건 계약을 체결하게 되었다고 진술한 사실이 인정됨. 위 인정사실에 비추어 보면, 원고가 5개 전문점에 준수를 요구한 유통가격은 최고가격이 아니라 최저가격이라고 봄이 타당하므로, 원고가 5개 전문점에 준수를 요구한 유통가격이 최고가격임을 전제로 한 원고의 위 주장도 이유 없음.

[지엠대우오토앤테크놀로지의 재판매가격유지행위등 건(서울고법 2008. 10. 23. 선고 2007누26324 판결, 고법 확정)]

□ 법 제29조 제2항은 예외적으로 재판매가격 유지행위도 허용한다는 취지로 저작물에 관하여는 오로지 재판매가격 유지행위만이 허용된다는 취지는 아님

- 원고법인의 구성 사업자인 출판사나 원고 상조회의 구성원인 서점은 같은 법 제29조 제2항에 정한 저작물의 사업자에 해당한다 할 것이니 출판사들 및 서점들에게 위 조항이 적용되는 것은 당연하다 할 것이나, 이는 어디까지나 저작물에 관하여도 자유경쟁가격제도를 원칙으로 하되 그 사업자에 대하여 예외적으로 재판매가격 유지행위도 허용한다는 취지이지, 저작물에 관하여는 오로지 재판매가격 유지행위만이 허용된다는 취지는 아니라고 할 것임.

[한국출판인회 외 1 건(서울고법 2002. 9. 3. 선고 2001누14046 판결¹²⁾)]

* 참고: 대한출판문화협회의 재판매가격유지행위 건(서울고법 1996. 3. 19. 선고 95구24779 판결, 대법원 1997. 6. 13. 선고 96누5834 판결)

12) 상고심(대법원 2003. 1. 11. 선고 2002두9346 판결)은 식리불속행 기각함

من این سرمهای دارویی میتوان برخی از علائم را کنترل نمود اما در این مورد نیز باید توجه داشت که این داروهای ممکن است از آن علائم خوبی داشته باشند و همچنانکه از آن علائم بدی داشته باشند.

X

**피심인 적격성, 처분시효,
방어권 보장**

X. 피심인 적격성, 처분시효, 방어권 보장

1. 피심인 적격성

가. 흡수합병 관련 피심인 적격

- 법적 근거가 없다고 하더라도 합병 전 회사의 법 위반행위를 이유로 흡수합병 후 존속하는 법인에게 시정명령을 할 수 있음
- 공정거래법 제55조의3 제2항에서 법 위반 사업자의 합병이 있는 경우 당해회사가 행한 위반행위를 합병 후 존속회사의 행위로 보아 과징금을 부과할 수 있다고 규정하면서도 시정조치에 관하여는 위와 같은 규정을 두고 있지 않음. 그러나, ①상법 제530조 제2항, 제235조는 합병 후 존속한 회사는 합병으로 인하여 소멸된 회사의 권리의무를 승계한다고 규정하고, 회사합병이 있는 경우 피합병회사의 권리·의무는 사법상의 관계나 공법상의 관계를 불문하고, 그의 성질상 이전을 허용하지 않는 것을 제외하고는 모두 합병으로 인하여 존속한 회사에게 승계되는 것으로 보아야 하는 점(대법원 2004. 7. 8. 선고 2002두1946 판결 참조), ②청정원종이 이 사건 공동행위를 함으로써 공정거래법상 제재처분을 받을 지위도 그대로 존속법인에 이전되고, 그 지위가 이전을 허용하지 않는 원신전속적인 것이라고 볼 수 없는 점. ③과거 법 위반행위로 인하여 공법상 제재처분을 받을 합병 전 회사의 지위가 합병 후 존속회사에 승계되지 않는다고 본다면 법 위반행위를 한 회사가 흡수합병을 통해 제재처분을 회피할 여지가 있는 점, ④2021. 12. 30. 시행을 앞두고 있는 개정 공정거래법(2020. 12. 29. 법률 제17799호로 전부개정된 것) 제42조 제2항, 제7조 제2항에서 시정조치에 관하여도 합병 후 존속하거나 합병에 따라 설립된 회사에 대하여 시정조치를 명할 수 있도록 근거 규정을 신설한 것은 기존에 행정관행 등으로 인정되고 있던 흡수합병에 관한 법리를 확인하는 선언적 의미로 볼 수 있으므로 규정을 신설하였다고 하여 위 규정이 신설되기 이전에는 합병 후 존속하는 회사에 대하여 시정조치를 명할 수 없는 것이라고 해석하여야 하는 것은 아닌 점 등을 종합하면, 청정원종의 이 사건 공동행위를 이유로 청정원종을 흡수합병한 원고(사조원)에 대하여 시정명령을 할 수 있다고 볼이 더당함.
[4개 종계 판매사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2021. 9. 15. 선고 2020누40329 판결, 고법 확정)]

나. 분할되는 회사의 분할 전 법 위반행위에 대한 피심인 적격

(법 제10조 제3항, 구법 제55조의3 제3항)

□ 피고는 분할 전의 위반행위에 대하여 존속회사, 새로 설립된 회사 중 어느 회사를 대상으로 과징금을 부과할 것인지 제반 사정을 고려하여 선택할 재량이 있음

- 구 공정거래법(2012. 3. 21. 법률 제11406호로 일부 개정되기 전의 건)은 공정거래법을 위반한 회사이 사업자가 해당 위반행위로 인한 과징금 부과처분을 받기 전 회사를 분할하거나 분할합병하는 경우에 그 책임의 귀속주체에 관하여 명시적 규정을 두고 있지 않았는데, 이러한 구 공정거래법 하에서 대법원은, 특별한 규정이 없는 한 신설회사에 대하여 분할하는 회사의 분할 전 법 위반행위를 이유로 과징금을 부과하는 것은 허용되지 않는다(대법원 2007. 11. 29. 선고 2006두18928 판결 참조)는 입장을 취해왔음.
- 이에 공정거래법은 2012. 3. 21. 법률 제11406호로 개정되면서 신설된 제55조의3의 제3항에서 “공정거래위원회는 이 법을 위반한 회사인 사업자가 분할되거나 분할합병되는 경우 분할되는 사업자의 분할일 또는 분할합병일 이전의 위반행위를 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 회사의 행위로 보고 과징금을 부과·징수할 수 있다.”라고 규정하면서 각 호로 분할되는 회사(제1호), 분할 또는 분할합병으로 설립되는 새로운 회사(제2호), 분할되는 회사의 일부가 다른 회사에 합병된 후 그 다른 회사가 존속하는 경우 그 다른 회사(제3호)를 규정함으로써 피고가 분할 전 위반행위에 대하여 분할되는 회사 또는 분할로 신설되는 회사 어느 한 회사에 대하여 과징금납부명령을 할 수 있는 법적 근거를 명확히 하였음.
- 위와 같은 규정의 신설 취지 및 문언을 고려하면, 피고는 분할 전의 위반행위에 대하여 공정거래법 제55조의3의 제3항 각 호 중 어느 한 회사를 대상으로 과징금을 부과할 수 있는 것이고, 이때 어느 회사를 대상으로 과징금을 부과할 것인지는 피고가 공동행위의 내용, 회사 분할의 경위나 분할 전·후의 상황 등 제반 사정을 고려하여 선택할 재량이 있다고 봄이 타당하며, 원고의 주장과 같이 분할일 이전의 위반행위에 관련된 사업 목적을 승계한 법인에 과징금을 부과해야 한다고 제한적으로 해석할 근거가 없음.

[디알비동일, 동일고무벨트 등 3개 크롤러 제조 판매사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2017. 1. 11. 선고 2015누64703 판결, 고법 확정)]

□ 피고는 현재 당해 사업부문을 영위하고 있지 않은 존속회사에 대하여도 분할 전 위반행위를 이유로 하여 시정명령 및 과징금납부명령을 할 수 있음

- 피고가 분할 전 위반행위에 대하여는 존속회사인 원고 디알비동일에 대하여, 분할 후 위반행위에 대하여는 분할로 설립되어 이 사건 공동행위의 대상인 농기계용 크롤러 사업부문을 승계한 원고 동일고무벨트에 대하여 이 사건 처분을 한 것은 위 법령에서 정한 바에 따른 재량권 내의 행위로 적법하다고 할 것임.
- 원고 디알비동일이 현재 농기계용 크롤러 사업을 하지 않는다고 하더라도 회사분할 전 위 사업을 영위하면서 위반행위를 하여 이득을 누린 주체라 할 것이므로 이에 대하여 시정명령 및 과징금납부명령을 하는 것은 자기책임 원칙상 타당하다고 할 것이고, 현재 당해 사업부문을 영위하고 있지 않다는 사정만으로 과거 위반행위에 대한 이 사건 처분이 부당하다고 보기 어려움. 나아가 법인등기부상 원고 디알비동일은 여전히 각종 고무벨트 제조 및 판매 등을 그 사업목적으로 하고 있고, 이 사건 공동행위 후 회사분할을 통하여 원고 동일고무벨트를 신설한 것과 마찬가지로 향후 원고 동일고무벨트를 합병하는 등으로 법 위반 가능성이 없다고 볼 수도 없음.

[디알비동일, 동일고무벨트 등 3개 크롤러 제조 판매사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2017. 1. 11. 선고 2015누64703 판결, 고법 확정)]

□ 회사 분할 시 특별한 규정이 없는 한 신설회사에 대하여 분할하는 회사의 분할 전 하도급법 위반행위를 이유로 시정조치를 명하는 것은 허용되지 않음

- 대법원은 2007. 11. 29. 선고 2006두18928 판결에서 법률 규정이 없는 이상 분할하는 회사의 분할 전 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 '공정거래법'이라고 한다) 위반행위를 이유로 신설회사에 대하여 과징금을 부과하는 것은 허용되지 않는다고 판시하였음. 공정거래법에 따른 과징금 부과처분과 「하도급거래 공정화에 관한 법률」(2022. 1. 11. 법률 제18757호로 개정되기 전의 것, 이하 '하도급법'이라고 한다) 제25조 제1항에 따른 시정조치 명령 모두 해당 법 규정을 위반한 사업자를 처분 상대방으로 하는 점, 회사분할 전에 공정거래법 위반이나 하도급법 위반이 있는 경우 시정조치의 제재사유는 이미 발생하였고 신설회사로서는 제재사유를 제거할 수 있는 지위에 있지 않는 점(예를 들어 분할하는 회사가 목적물 등의 수령일부터 60일 이내에 하도급대금을 지급하지 않았다면 그 사실만으로 하도급법상 시정조치의 제재사유가 발생하고, 이후 신설회사가 이를 지급하였다고 하여 위 제재사유가 소멸하지는 않는다. 신설회사가 하도급대금 지급채무를 승계하였음에도 그로부터 일정 기한 내에 이를 지급하지 아니하는 경우 이것이 별도의 위반사실이 될 여지가

있을 뿐이다), 공정거래위원회는 사업자에게 하도급법 위반 제재사유가 있는 경우 시정조치 또는 과징금을 선택적으로 부과할 수 있고 그 과징금 부과처분의 성격이 공정거래법상의 그것과 다르지 않은 바, 제재사유 승계에 관한 특별한 규정이 없음에도 법 위반사유에 대한 처분의 선택에 따라 제재사유의 승계 여부가 달라지는 결과를 초래하는 것은 형평에 맞지 않은 점 등에 비추어 볼 때, 공정거래법상 과징금 부과처분에 관한 위 법리는 아래에서 보는 바와 같이 제재사유의 승계에 관하여 법률 규정을 두고 있지 않은 하도급법상 시정조치명령의 경우에도 그대로 적용되어야 함.

- 현행 공정거래법은 분할하는 회사의 분할 전 공정거래법 위반행위를 이유로 신설회사에게 과징금 부과 또는 시정조치를 할 수 있도록 규정을 신설하였음. 현행 하도급법은 과징금 부과처분에 관하여는 신설회사에게 제재사유를 승계시키는 공정거래법 규정을 준용하고 있으나 시정조치에 관하여는 이러한 규정을 두고 있지 않음. 이와 같이 공정거래법과 하도급법이 회사분할 전 법 위반행위에 관하여 신설회사에게 과징금 부과 또는 시정조치의 제재사유를 승계시킬 수 있는 경우를 따로 규정하고 있는 이상, 그와 같은 규정을 두고 있지 아니하는 이 사건 사안, 즉 회사분할 전 법 위반행위에 관하여 신설회사에게 시정조치의 제재사유가 승계되는지 여부가 쟁점이 되는 사안에서는 이를 소극적으로 보는 것이 자연스러움.

[한국조선해양 및 현대중공업의 불공정하도급거래행위에 대한 건(대법원 2023. 6. 15. 선고 2021두55159 판결)]

2. 역외적용

- 외국사업자가 외국에서 다른 사업자와 공동으로 경쟁을 제한하는 합의를 하였더라도, 그 합의의 대상에 국내시장이 포함되어 있어서 그로 인한 영향이 국내시장에 미쳤다면 그 합의가 국내시장에 영향을 미친 한도 내에서 공정거래법이 적용된다고 할 것임
- 공정거래법은 사업자의 부당한 공동행위 등을 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업 활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형 있는 발전을 도모함을 그 목적으로 하고 있고(제1조), 부당한 공동행위의 주체인 사업자를 '제조업, 서비스업, 기타 사업을 행하는 자'로 규정하고 있을 뿐 내국사업자로 한정하고 있지 않는 점(제2조), 외국사업자가 외국에서 부당한 공동행위를 함으로 인한 영향이 국내시장에 미치는 경우에도 공정거래법의 목적을 달성하기 위하여 이를 공정거래법의 적용대상으로 삼을 필요성이 있는 점 등을 고려해 보면, 외국사업자가 외국에서 다른 사업자와 공동으로 경쟁을 제한하는 합의를 하였더라도, 그 합의의 대상에 국내시장이 포함되어 있어서 그로 인한 영향이 국내시장에 미쳤다면 그 합의가 국내시장에 영향을 미친 한도 내에서 공정거래법이 적용된다고 할 것임.

[쇼와테코 등 6개 사업자의 흑연전극봉 가격공동결정행위 건(대법원 2006. 3. 24. 선고 2004두11275 판결)]

* 참고: 토키이 카본 건(서울고법 2003. 8. 26. 선고 2002누6127 판결, 대법원 2006. 3. 23. 선고 2003두11124 판결), 에스지엘 카본 악린게젤샤프트 건(서울고법 2003. 8. 26. 선고 2002누15015 판결, 대법원 2006. 3. 23. 선고 2003두11155 판결), 에스이씨 코퍼레이션 건(서울고법 2003. 8. 26. 선고 2002누14647 판결, 대법원 2006. 3. 24. 선고 2003두11148 판결)

- 일본발 국내행 항공화물운송 중 운임의 자급방식이 도착지불 거래인 경우는 물론 출발지불 거래인 경우에도 이에 대한 국내시장이 존재한다고 볼 것이므로 일본발 국내행 항공화물운송에 유류할증료를 도입·변경하기로 하는 이 사건 합의의 대상에 국내시장이 포함되어 있다고 할 것인바 국내시장에 영향을 미치는 경우에 해당하므로, 이에 대하여는 공정거래법 제19조 제1항 등을 적용할 수 있다고 할 것임
- 공정거래법 제2조의2에서 말하는 '국내시장에 영향을 미치는 경우'는 문제된 국외행위로 인하여 국내시장에 직접적이고 상당하며 합리적으로 예측 가능한 영향을 미치는 경우로 제한 해석해야 하고, 그 해당 여부는 문제된 행위의 내용·의도, 행위의 대상인 재화 또는 용역의 특성, 거래 구조 및 그로 인하여 국내시장에 미치는 영향의 내용과 정도 등을

종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 할 것임. 다만 국외에서 사업자들이 공동으로 한 경쟁을 제한하는 합의의 내용에 국내시장이 포함되어 있다면, 특별한 사정이 없는 한 그 합의가 국내시장에 영향을 미친다고 할 것이어서 이러한 국외행위에 대하여는 공정거래법 제19조 제1항 등을 적용할 수 있음(대법원 2006. 3. 24. 선고 2004두11275 판결 등).

- ① 일본발 국내행 항공화물운송계약이 출발지인 일본에서 운송주선인과 항공사 사이에 체결된다고 하더라도, 운송주선인은 화주의 의뢰에 따라 그 계약을 체결한 것에 불과하므로 항공화물운송계약에서 운임의 부담자는 화주인 일본의 송하인 또는 국내 수하인으로 보아야 하고, 송하인과 수하인 중 누가 운임의 부담자로 될 것인지는 이들 사이의 약정에 따라 정해지는 점, ② 국내 수하인이 도착지불 거래에 의하여 스스로 항공화물운송에 관한 운임을 부담할 것인지는 거래 형태에 따라 선택하는 것에 불과하므로, 출발지불 거래에서도 국내 수하인을 항공화물운송의 수요자로 볼 수 있는 점, ③ 일본발 국내행 항공화물운송은 출발지인 일본으로부터 도착지인 국내에 이르기까지 제공되는 일련의 역무의 총합으로서, 도착지인 국내에서도 화물의 하역이나 추적 등 그 역무의 일부가 이루어지는 점 등에 비추어 보면, 일본발 국내행 항공화물운송 중 운임의 지급방식이 도착지불 거래인 경우는 물론 출발지불 거래인 경우에도 이에 대한 국내시장이 존재한다고 볼 것임.
- 따라서 일본발 국내행 항공화물운송에 유류할증료를 도입·변경하기로 하는 이 사건 합의의 대상에 국내시장이 포함되어 있다고 할 것이어서 이 사건 합의가 국내시장에 영향을 미치는 경우에 해당하므로, 이에 대하여는 공정거래법 제19조 제1항 등을 적용할 수 있다고 할 것임.
[인본화물항공(일본발) 등 21개 항공사의 유류할증료 담합 건(대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두13269 판결)]
- * 관련: 아시아나항공 건(대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두5466 판결), 전일본공수 건(2014. 5. 16. 선고 2012두13665 판결), 일본항공인터내셔널 건(대법원 2015. 5. 29. 선고 2012두25132 판결) 등
- 공동행위 합의내용에 포함되어 있지 않았던 시장영역(한국시장) 및 공동행위 당시 합리적으로 예측할 수 없었던 거래인 2011년 계약을 처분 대상으로 한 시정명령 및 과징금 납부명령은 공정거래법의 역외적용에 관한 공정거래법 제2조의2에서 말하는 ‘국내시장에 영향을 미치는 경우’에 해당하지 않아 위법함
- 이 사건 공동행위 당시 덴소는 RFQ에 기재된 지역 중 미국 및 중국 물량을 기준부터

GM에 공급하고 있었는데, 한국에서는 L850 엔진이 전혀 생산 또는 수입되지 않고 있었고,
이 사건 공동행위 대상에는 한국 시장이 포함되어 있지 않았음

- 이 사건 공동행위 당시 한국에서는 L850 엔진이 생산되지도 않았으므로, 원고 등은 추후에 한국GM이 L850 엔진용 점화코일을 필요로 할지 알 수 없었고, GM은 특정 업체로부터 특정 엔진용 점화코일을 공급받았더라도 추후 다른 GM지사에서 같은 엔진용 점화코일을 공급받기로 할 경우 기존 공급업체가 아니라 다른 공급업체로부터 오픈 소싱이나 타겟 소싱을 하기도 하였으므로, 원고로서는 한국GM이 당연히 덴소로부터 봄 리유즈 방식에 의하여 점화코일을 공급받을 것이라고 예측할 수도 없었을 것이며, 따라서 이 사건 공동행위가 한국시장에 합리적으로 예측 가능한 영향을 미친 것이라고 볼 수 없음.

[3개 자동차 점화코일 제조·판매업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2020. 10. 29. 선고 2019누60006 판결¹⁾)]

1) 상고심(대법원 2021. 2. 25. 선고 2020두53392 판결)은 심리불속행 기각함

3. 신고(법 제80조 제2항, 구법 제49조 제2항)

- 이 사건 신고가 시행령 제54조 제1항 제1 내지 3호의 요건을 충족함은 명백하고, 신고의 주체가 서울시로서 공신력이 높고, 신고내용이 구체적인 점, 신고내용을 뒷받침하는 근거들을 적시하고 있는 점, 피고의 인정사실이 신고내용과 크게 다르지 않는 점 등에 비추어 볼 때 명백성의 요건 또한 충족하므로 이 사건 신고는 공정거래법상 신고 요건을 갖춘 신고에 해당함
- 이 사건 신고의 내용에 비추어볼 때 시행령 제54조 제1항 제1 내지 3호의 요건을 충족함은 명백하고 신고의 주체가 서울시로서 공신력이 높고, 신고내용이 구체적인 점, 신고내용을 뒷받침하는 근거들을 신고에서 적시하고 있는 점, 피고의 인정 사실이 이 사건 신고내용과 크게 다르지 않는 점, 피고가 신고를 접수한 후부터 현장조사를 개시할 때까지 다른 단서를 확보하였다고 보이지 않는 점을 볼 때 이 사건 신고는 제4호 명백성 요건 또한 충족하는바 결국 서울시의 이 사건 신고는 공정거래법상의 신고 요건을 갖춘 신고에 해당함.
[서울시 밭주 상수도 지리정보시스템 데이터베이스 정확도 개선사업 입찰관련 9개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 진(서울고법 2018. 12. 7. 선고 2018누38149 판결²⁾]
- 한국가스공사의 이 사건 공문은 단순히 국회 국정감사에서의 자리를 이유로 입찰의 내역에 관한 객관적 자료만을 가지고 공정거래법 위반행위에 관한 조사를 의뢰하는 신고를 할 수 있는지를 문의한 것으로서, 부당한 공동행위에 해당하는 합의에 관한 사실, 즉 위반행위자(피신고인), 입찰담합행위의 구체적인 내용이 전혀 포함되어 있지 않고, 입찰담합의 정황을 뒷받침할 만한 자료도 첨부되어 있지 않아, 이것만으로는 공정거래법 제49조 제2항의 위반행위의 신고로서 갖추어야 할 최소한의 내용이 특정되었다고 볼 수 없음
[두산중공업(주)의 한국가스공사 밭주 천연가스 주배관 및 관리소 건설공사 입찰 관련 23개 사업자의 부당한 공동행위(서울고법 2018. 8. 17. 선고 2016누31427 판결³⁾]

2) 상고심(대법원 2019. 4. 25. 선고 2018누67589 판결)은 심리불속행 기각함

3) 상고심(대법원 2019. 1. 17. 선고 2018누58691 판결)은 심리불속행 기각함

- 공정거래법의 규정에 위반되는 사실이 있다는 신고는 공정거래위원회의 조사절차 개시의 직권발동을 촉구하는 단서에 불과하므로 신고를 수리한 공정거래위원회가 수리한 신고내용을 정확하게 분석하여 합리적인 재량으로 공정거래법 위반사건의 조사의 단서로 처리하는 경우에 한하여 그 신고의 접수일이 조사개시일이 된다고 보아야 함
- 공정거래법 49조 2항은 공정거래위원회의 조사절차 개시의 직권발동을 촉구하는 단서(端緒)에 관한 규정임에 그치고 신고자에 대하여 공정거래위원회가 적당한 조치를 밟도록 요구하는 구체적인 청구권을 부여한 것으로 해석되지 아니함. 따라서 공정거래법 49조 2항에 정해진 공정거래법의 규정에 위반되는 사실이 있다는 신고는 공정거래위원회의 조사절차 개시의 직권발동을 촉구하는 단서에 관한 규정에 불과하므로 공정거래위원회가 수리한 신고내용에 대하여 재량권을 일탈하거나 남용하여 공정거래법 위반사건 조사의 단서로 처리하지 아니하였다는 등의 특별한 사정이 없다면 신고를 수리한 공정거래위원회가 수리한 신고내용을 정확하게 분석하여 합리적인 재량으로 공정거래법 위반사건의 조사의 단서로 처리하는 경우에 한하여 그 신고의 접수일이 조사개시일이 된다고 보아야 함.
- 그러하지 아니하고 공정거래위원회가 수리한 신고내용을 분석하여 합리적인 재량으로 판단한 결과 위반행위자나 위반행위의 내용이 특정되지 아니하였다는 등의 사유로 말미암아 공정거래법 위반사건의 조사의 단서로 처리할 수 없는 경우에는 그러한 내용의 신고 접수일을 곧바로 조사개시일로 볼 수는 없다고 해석하는 것이 공정거래법 49조 2항의 취지에 맞음. 결국 피고는 한국가스공사의 분의 내용을 정확하게 분석하여 합리적인 재량으로 공정거래법 위반 사건 조사의 단서로서 처리하지도 않았으므로 이를 가지고 신고사건의 제척기간의 기산일인 조사개시일에 해당한다고 볼 수 없으므로 이 사건 쳐분은 그 제척기간을 도과하지 않았음.
[대림산업 등 7개 한국가스공사 반주 천연가스 주배관 및 관리소 건설공사 입찰 관련 23개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 10. 21. 선고 2016누31892 판결⁴⁾)]

* 같은 취지: 지에스건설 건(서울고법 2017. 4. 27. 선고 2016누31441 판결⁵⁾)

4) 상고심(대법원 2017. 3. 9. 선고 2016두59881 판결)은 심리불속행 기각함

5) 상고심(대법원 2017. 9. 14. 선고 2017두47151 판결)은 심리불속행 기각함

□ 국민신문고에 부당한 공동행위 신고 명목으로 민원이 접수되었다고 하더라도, 행위 주체 및 내용에 대한 구체적 언급이 없다면 현장조사의 단서가 될 수 있을 뿐 공정거래법령상 적법한 신고로 인정될 수 없음

- 위 민원신고 내용은 하수관 사업자들의 공동행위에 관한 것이고 이 사건은 사업자단체인 원고가 담합에 관여한 사업자단체금지행위에 관한 것으로 서로 구별되며, 피고는 위 민원을 단서로 2016. 6. 9. 현장조사를 나가서야 비로소 이 사건 행위와 관련한 원고의 혐의를 인지하게 된 사실을 인정할 수 있음.
- 민원신고를 공정거래법령상의 신고로 본다고 하더라도 그 민원내용에 사업자단체인 원고 및 원고의 위반행위에 대한 언급이 전혀 없는 점, 위 민원신고를 이 사건 행위에 대한 신고로 보기 어려운 점 등에 비추어 이 사건 행위에 대한 피고의 조사개시일은 2016. 6. 9.로 봄이 상당하고, 2021. 4. 29. 이루어진 이 사건 과징금납부명령은 그로부터 5년이 경과하지 않았음이 역수상 분명하므로 이 사건 과징금납부명령이 그 처분시효 기간을 도과하였다고 볼 수 없음.

[한국원심력콘크리트공업협동조합이 사업자단체 금지행위에 대한 건(서울고법 2022. 8. 31. 선고 2021누45727 판결, 고법 확정)]

4. 처분시효(법 제80조 제4항, 구법 제49조 제4항)

가. 조사개시일

- 처분시효의 기산점을 피고의 조사개시일로 규정한 공정거래법 제49조 제4항 제1호는 명확성 원칙, 실질적 법치주의, 법률유보의 원칙에 위배되지 않음
 - 공정거래법 제49조 제1항에 따라 직권으로 조사가 개시된 경우(인지사건)에는 피고가 직권에 의해 공정거래법 제50조에서 규정하고 있는 조사에 관한 처분권한 등을 행사함으로써 비로소 대외적으로 피고가 조사를 개시하였음을 표시되므로, 피고가 같은 법 제50조에 정한 조사에 관한 권한을 대외적으로 행사하여 조사절차를 진행한 최초의 날이 일용 공정거래법 제49조 제4항 제1호의 '조사개시일'을 의미하는 것으로 해석하는 것이 타당함.
 - 입법기술상 법의 집행에 있어 구체적인 사정을 고려하여 입법목적이나 취지를 실현하기 위하여 불확정 개념을 사용하는 것이 어느 정도는 불가피하고 또한 필요한데, 공정거래법 제49조 제4항 제1호에 정해진 '조사개시일'의 개념은 공정거래법의 취지와 목적에 비추어 그 의의를 명확하게 할 수 있고, 그것은 피고에 자유재량을 인정하는 것이 아니며 어떤 구체적인 경우가 그것에 해당하는지 여부는 법의 해석의 문제이고 당연하게 법원의 심사대상에 속하는 것으로, 그 필요성과 합리성이 인정됨. 또한 '조사개시일'의 개념이 입법자가 형식적인 법률로 스스로 규율하여야 하는 본질적인 사항에 해당한다고 보기 어렵고, 공정거래법 제49조 제4항 제1호는 과징금 부과요건을 명확하게 정한 것으로 볼 수 있으므로, 위 규정은 명확성원칙, 실질적 법치주의, 법률유보의 원칙에 위배되지 않음.
- [(주)포스코엔지니어링의 한국가스공사 발주 천연가스 주배관 및 관리소 건설공사 임찰 관련 23개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 10. 5. 선고 2016누31878 판결, 고법 확정)]
- 감사원 통보 또는 감사원 통보에 대한 회신 시점을 조사개시일로 볼 수 있고, 이 사건 공동행위 조사개시일은 개정 공정거래법 시행일 이전이어서 구 공정거래법이 적용되므로, 조사개시일로부터 5년이 경과하여 이 사건 처분은 위법함
 - 이 사건 통보에 의해서 이 사건 공동행위의 위반행위자나 위반행위의 내용이 대체로 특정되었고 이후 피고가 이 사건통보 내용을 정확하게 분석하여 세부적인 조사활동을 통해 이 사건 처분에까지 이르게 된 이상 이 사건 통보일을 이 사건 공동행위의 조사개시일로 볼 수 있음.

- 가사 이 사건 통보일을 조사개시일로 볼 수 없다고 하더라도 피고가 감사원 앞으로 '통보된 입찰 및 업체에 대한 자료 분석 및 현장조사 여부 검토 중임. 사건처리가 완료되는 즉시 결과를 통보하겠음'이라는 내용의 이 사건 회신을 발송한 이상, 이 사건 회신을 발송한 2011. 5. 24.에는 이 사건 공동행위에 대한 조사가 개시되었음을 객관적으로 확정할 수 있어 적어도 그 무렵에는 조사가 개시된 것으로 봄이 상당함.

- 따라서 이 사건 공동행위의 조사개시일은 개정 공정거래법의 시행일 이전이어서 구 공정거래법 제49조 제4항이 적용되고, 이 사건 처분은 조사개시일인 2011. 4. 29. 또는 2011. 5. 24.부터 5년이 경과한 이후인 2019. 3. 9. 이루어졌으므로 위법함.

[국립환경과학원 등 12개 공공기관 발주 대기오염측정장비 구매 입찰 관련 5개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2020. 1. 22. 선고 2019누40309 판결⁶⁾, 2020. 9. 10. 선고 2020누40354 판결⁷⁾]

□ 개정규정 및 개정규정 부칙의 '조사개시일'을 해석함에 있어서 자진신고로 조사가 개시된 사건은 공정거래법 제49조 제2항에 따라 신고에 의하여 조사가 개시된 사건 중 하나로서 자진신고 이외의 신고로 조사가 개시된 사건과 달리 볼 것이 아님

- 공정거래법 제49조 제2항은 "누구든지" 이 법의 규정에 위반되는 사실이 있다고 인정할 때에는 그 사실을 공정거래위원회에 신고할 수 있다고 하여 피고의 조사개시의 단서가 되는 "신고"의 주체를 제한하지 않고 있으므로 여기의 "신고"에서 당해 위반행위(부당한 공동행위)의 주체가 하는 신고인 자진신고가 제외된다고 해석할 수 없음.

- 공정거래법은 내부자의 협조를 유인하여 부당한 공동행위의 적발 효과를 도모하고자 제22조의2에 부당한 공동행위의 자진신고자 등에 대한 감면조항을 별도로 두어 자진신고제도를 운영하는 것일 뿐 자진신고도 공정거래법 제49조 제2항의 신고와 그 성격 자체는 동일하고, 자진신고는 자진신고에 참여하지 않은 공동행위 가담자에게는 제3자 신고의 성격도 겹하고 있으므로, 자진신고제도와 별도의 입법목적을 가진 제도인 처분시한에 관한 해석에서 공정거래법 제22조의2 및 관련 규정을 근거로 자진신고를 그 외의 신고와 다르게 취급할 것도 아님.

[세풀러코리아(유)의 4개 자동차용 베어링 제조·판매사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 10. 12. 선고 2017누62381 판결⁸⁾)]

6) 상고심(대법원 2020. 6. 4. 선고 2020누34094 판결)은 실리불속행 기각함

7) 상고심(대법원 2021. 1. 14. 선고 2020누50517 판결)은 실리불속행 기각함

8) 상고심(대법원 2018. 2. 28. 선고 2018누62430 판결)은 실리불속행 기각함

□ 자진신고 이후 보정과정에서 공동행위의 존재를 피고가 인식할 수 있을 정도로 구체적으로 특정하여 자진신고 범위에 포함시킨 것으로 보이지 아니한 경우는 자진신고일을 조사개시일로 볼 수 없음

○ 원고의 이 사건 제1합의는 일본정공, 한국엔에스케이 및 제이텍트의 각 자진신고 이후 보정과정에서 위 자진신고자들이 원고와의 이 사건 공동행위의 존재를 피고가 인식할 수 있을 정도로 구체적으로 특정하여 자진신고 범위에 포함시킨 것으로 보이지 않고 피고가 2012. 7. 4. 원고에 대한 현장조사를 통해 비로소 이에 관하여 인식하고 조사를 개시한 것으로 보임. 따라서 이 사건 제1합의에 대한 조사개시일(2012. 7. 4.)은 2012. 6. 22 이후이므로 이에 대하여는 개정규정 부칙에 의하여 개정규정이 적용되고, 조사개시일로부터 5년 이내인 2017. 6. 27. 이 사건 처분이 발령되었으므로 이 사건 제1합의에 대한 이 사건 처분에는 처분시한을 도과한 위법이 없음.

○ 일본정공과 한국엔에스케이는 2011. 8. 26.자 자진신고 이후 2012. 2. 6.자 보정서에서 처음으로 원고와의 이 사건 제2합의에 관하여 피고가 이를 인식할 수 있을 정도로 구체적으로 특정하여 언급함으로써 이를 자진신고의 범위에 포함시킨 사실을 인정할 수 있음. 이 사건 제2합의에 대한 조사개시일(2012. 2. 6.)은 2012. 6. 22. 이전이므로 이에 대하여는 개정 전 규정이 적용되고, 이 사건 제2합의의 행위종료일인 2011. 8. 25.로부터 처분시한 5년이 경과한 후인 2017. 6. 27. 이 사건 처분이 발령되었으므로 이 사건 처분 중 이 사건 제2합의에 관련된 부분은 처분시한 도과 후의 것으로서 위법함.

[세플러코리아(유)의 4개 자동차용 베어링 제조·판매사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 10. 12. 선고 2017누62381 판결⁹⁾]

* 같은 취지: 현담산업(주)의 3개 자동차용 연료펌프 제조판매 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(2018. 10. 17. 선고 2017누85049 판결¹⁰⁾)

□ 자진신고도 일반적인 신고의 경우와 그 성격이 동일하며, 달리 취급할 것도 아니므로 자진신고의 조사개시일은 이 사건 자진신고일인 2012. 5. 7.이고 이 사건 공동행위의 종료일인 2012. 5. 7.로부터 처분시한 5년이 경과한 후 발령한 처분은 위법함

○ 위원회는 자진신고사건의 임행성 및 자진신고 사건을 직권인지사건으로 취급하여 온 관행 등을 근거로 인지사건과 마찬가지로 자진신고사건의 조사개시일은 '자료제출 요청일, 당사자

9) 상고심(대법원 2018.2.28. 선고 2018두62430 판결)은 심리불속행 기각함

10) 상고심(대법원 2019.2.28. 선고 2018두63631 판결)은 심리불속행 기각함

또는 이해관계인에 대한 출석요청일, 현장조사일 중 가장 빠른 날로 보아야 한다고 주장하나, 침의적 행정처분의 근거가 되는 법규는 엄격하게 해석하여야 하고 처분의 상대방에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하여서는 아니됨.

- 내부자의 협조를 유인하여 부당한 공동행위의 적발 효과를 도모하고자 제22조의2에 부당한 공동행위의 자진신고자 등에 대한 감면조항을 별도로 두어 자진신고제도를 운영하는 것일 뿐, 자진신고도 공정거래법 제49조 제2항의 신고와 그 성격 자체는 동일하며, 자진신고에 참여하지 않은 공동행위 가담자에게는 제3자 신고의 성격도 겹하고 있으므로, 자진신고를 그 외의 신고와 다르게 취급할 것도 아님.
- 개정규정 및 개정규정 부칙 상 조사개시일은 덴소코리아의 자진신고일인 2012. 5. 7.이고, 이는 2012. 6. 22. 이전이므로 이에 대하여 개정전 규정이 적용되고, 이 사건 공동행위의 종료일인 2012. 5. 7.로부터 처분시한 5년이 경과한 후인 2017. 10. 30. 이 사건 처분이 발령되었으므로 이 사건 처분은 처분시한 도과 후의 것으로서 위법함.
[3개 가변밸브타이밍 제조판매 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(델파이파워트레인, 서울고법 2018. 11. 16. 선고 2017누85377 판결1.)]

- 자진신고 사건의 조사개시일은 자진신고일이며, 신법 시행 이전에 최초 조사가 개시(자진신고)되었음에도 구법이 아닌 신법을 적용하여 내린 시정명령 등 처분은 진정 소급효 금지의 원칙에 반하여 위법함
- 2012. 3. 21. 법률 제11406호로 개정되어 2012. 6. 22.부터 시행되고 있는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 '현행법'이라고 한다) 부칙 제3조에 의하면, 이 사건 공동행위에 현행법 제49조 제4항이 적용되기 위해서는 이 사건 공동행위에 대한 최초 조사가 현행법의 시행일인 2012. 6. 22. 이후에 비로소 개시되었어야 하는데, 미즈비시중공업 주식회사가 피고에게 이 사건 공동행위를 자진신고한 2011. 12. 26.을 원고의 이 사건 공동행위에 대한 조사개시일로 볼 수 있으므로, 이 사건 공동행위에는 구 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(현행법으로 개정되기 전의 것, 이하 '구법'이라고 한다) 제49조 제4항 본문이 적용되어야 함.
[자동차용 콤프레서(Compressor) 구매 입찰 관련 2개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2021. 2. 25. 선고 2018두61215 판결)]

11) 상고심(대법원 2019. 3. 14. 선고 2018두66180 판결)은 식리불속행 기각함

□ 일부 공동행위자에 대하여 조사개시가 되었다고 해서 그 조사개시일을 그 자체로 다른 공동행위자에 대한 조사개시일로 해석할 수는 없음

- 피고는 동방, 세방, 씨제이대한통운, 한진에 대한 최초 현장조사일인 2016. 1. 20.이 이 사건 공동행위의 조사개시일이라고 주장하나, 설령 피고가 2016. 1. 20. 한진 등에 대하여 어떠한 조사를 하였다 하더라도, 그 조사내용이나 조사대상 등에 관하여 아무런 객관적 증거가 없으므로, 이때를 이 사건 공동행위에 대한 조사가 개시되었음을 객관적으로 확정할 수 있는 때라고 볼 수 없음. 더욱이 피고가, 원고가 조사대상임을 전제로 조사를 하였다고 볼 증거가 없는 이상, 위 조사일을 원고에 대한 조사개시일로 평가할 수는 없음.
- 만약 일부 공동행위자에 대하여 조사개시가 되었다고 해서 그 조사개시일을 그 자체로 다른 공동행위자에 대한 조사개시일로 해석한다면, 피고가 일부 공동행위자에 대하여 처분시한 내에 조사를 개시하기만 하면 다른 공동행위자에 대하여는 처분시한 내에 조사를 개시하지 않고서도 처분시한이 도과하지 않은 것과 같이 처분을 할 수 있게 되어 개정규정은 그 다른 공동행위자에게 불리한 방향으로 유추 또는 확대 해석하게 되는 결과가 되며, 일부 공동행위자에 대하여 처분시한 이내에 시정명령 등의 처분을 하기만 하면 다른 공동행위자에 대하여는 처분시한이 지나더라도 처분을 할 수 있다는 결과가 되는데, 이러한 결과를 받아들일 수 없음은 당연함.

[8개 지자체 및 한국농수산식품유통공사 밭주 수입현미 운송용역 입찰 관련 7개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2021. 1. 14. 선고 2019누66523 판결¹²⁾)]

※ 같은 취지: 한국농수산식품유통공사 밭주 수입쌀 등 수입농산물 운송용역 입찰 관련 12개 사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2021. 7. 1. 선고 2021누32325 판결)

□ 유사 사건인 원고들의 관수 입찰담합에 대해 위원회의 조사가 이루어졌다고 하더라도, 관련시장, 담합의 당사자, 합의 대상과 내용, 피해자 등이 다른 이 사건 민수 입찰 담합에 대해 직권으로 인지했다거나 조사를 개시했다고 볼 수 없음

- 원고들은 피고가 2015. 6. 3. 이 사건 공동행위를 인지하고 그에 대한 조사를 개시하여 이 사건 공동행위에 대한 처분시효가 도과되었다고 주장하나, ① 위 2015. 6. 13.은 피고가 원고들의 관수 입찰담합 사건에 관하여 직권으로 인지한 시점일 뿐이고, 피고가 그 무렵 민수 분야인 담합사건인 이 사건 공동행위를 인지하였다거나 이에 더 나아가 그에 대한 조사를 개시하였다고 볼 만한 증거가 부족한 점, ② 검찰이 2016. 7. 7. 피고에게 보내 준 관수 입찰담합 사건의 공소장이나 그밖에 수사기록 등에 일부 이 사건 공동행위를 알

12) 상고심(대법원 2021. 5. 13. 선고 2021두32825 판결)은 심리불속행 기각함

수 있는 사실이 기재되어 있다고 하더라도 그러한 사정만으로 그 무렵 피고가 이 사건 공동행위를 바로 인지하였다고 보기도 어려운 점. ③ 관수 입찰담합 사건과 이 사건 공동행위는 관련 시장을 비롯하여 담합의 당사자, 담합기간, 합의 내용과 피해자 등이 달라 동일한 사건으로 보기 어렵고, 2016. 9. 5. PHC파일 민수 분야 담합 신고로 인해 비로소 이 사건 공동행위에 대한 피고의 조사가 개시된 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 공동행위에 대한 조사개시일은 2016. 9. 5.로 보아야 하고, 그로부터 5년의 처분시효가 도과하기 전인 2021. 8. 19. 내려진 이 사건 처분은 적법하다고 볼이 타당함.

[24개 원심력콘크리트(PHC)파일 제조·판매사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2023. 8. 31. 선고 2021누75124 판결, 고법 확정¹³⁾)]

나. 법령 적용 여부 판단

- 공정거래위원회가 해당 위반행위에 대하여 조사를 개시하여 공정거래법 제49조 제4항 제1호가 적용되는 경우 공정거래위원회가 조사를 개시한 시점 전후에 걸쳐 계속된 부당한 공동행위가 조사개시 시점 이후에 종료된 경우에는 ‘부당한 공동행위의 종료일’을 처분시효의 기산점인 “조사개시일”로 보아야 하고, 그 처분시효의 기간은 위 조항에서 정한 5년이 됨
- 처분시효 제도의 도입 취지 및 법적 성격에 비추어 보면 공정거래법 제49조 제4항에서 정한 처분시효는 특별한 사정이 없는 한 공정거래법 위반행위가 종료되어야 비로소 진행하기 시작하고, 이는 공정거래위원회가 조사를 개시한 경우의 처분시효를 정한 제49조 제4항 제1호가 적용되는 경우에도 마찬가지임.
- 공정거래위원회가 부당한 공동행위에 대해서 조사를 개시하였다고 하더라도 조사개시일을 기준으로 종료되지 아니하고 그 후에도 계속된 위반행위에 대해서는, 조사개시 시점을 기준으로 보면 조사개시 시점 이후에 행해진 법 위반행위 부분은 아직 현실적으로 존재하지 않았으므로 조사의 대상에 포함되었다고 볼 수 없음.
 - 따라서 공정거래위원회가 조사를 개시한 시점에 조사개시 시점 이후 종료된 부당한 공동행위 전체에 대해서 시정조치나 과징금 부과 등 제재처분의 권한을 행사할 것을 기대하기도 어려울 뿐만 아니라 처분시효의 취지 및 성질에 비추어 보아도 공정거래위원회가 조사를 개시한 시점을 처분시효의 기산점으로 보는 것은 타당하지 않음.

13) 원고 상고장 각하명령(2023. 10. 16.)으로 확정됨

[6개 알루미늄 혼덴서 제조·판매업체의 부당한 공동행위에 대한 건 및 7개 탄탈 혼덴서 제조·판매업체의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2021. 1. 14. 선고 2020두30559 판결, 대법원 2021. 1. 14. 선고 2019두59639 판결)]

- 개정 공정거래법 제49조 제4항은 부칙 규정에 의하여 법 시행 후 최초로 조사하는 사건부터 적용되므로, 법 시행 전에 이미 처분시효를 도과한 위법행위에 대해서까지 개정 공정거래법 제49조 제4항이 적용된다고 해석하지 않는 한, 진정소급입법에 해당하지 않음
- 행정처분은 그 근거 법령이 개정된 경우에도 경과 규정에서 달리 정함이 없는 한 처분 당시 시행되는 개정 법령과 그에서 정한 기준에 의하는 것이 원칙이고, 그 개정 법령이 기준의 사실 또는 법률관계를 적용대상으로 하면서 종전보다 불리한 법률효과를 규정하고 있는 경우에도 그러한 사실 또는 법률관계가 개정 법률이 시행되기 이전에 이미 종결된 것이 아니라면 이를 현법상 금지되는 소급입법이라고 할 수는 없으며, 그러한 개정 법률의 적용과 관련하여서는 개정 전 법령의 존속에 대한 국민의 신뢰가 개정 법령의 적용에 관한 공익상의 요구보다 더 보호가치가 있다고 인정되는 경우에 그러한 국민의 신뢰보호를 보호하기 위하여 그 적용이 제한될 수 있는 여지가 있을 때임(대법원 2001. 10. 12. 선고 2001두274 판결, 대법원 2010. 3. 11. 선고 2008두15169 판결 참조).
- 구 공정거래법 제49조 제4항은 '피고는 공정거래법의 규정에 위반하는 행위가 종료한 날부터 5년을 경과한 경우에는 당해 위반행위에 대하여 공정거래법에 의한 시정조치를 명하지 아니하거나 과징금 등을 부과하지 아니한다.'고 규정하고 있었음. 그런데 개정 공정거래법 제49조 제4항은 '피고는 공정거래법 위반행위에 대하여 조사를 개시한 경우 조사개시일부터 5년, 조사를 개시하지 아니한 경우 해당 위반행위의 종료일부터 7년이 경과한 경우 공정거래법 위반행위에 대하여 시정조치를 명하지 아니하거나 과징금을 부과하지 아니한다.'고 규정함으로써 기존의 처분시효를 연장하였음. 그러면서 부칙 제3조에서 '제49조 제4항의 개정규정은 이 법 시행 후 같은 조 제1항 또는 제2항에 따라 최초로 조사하는 사건부터 적용한다.'는 경과규정을 두었음. 살피건대, 아래와 같은 사정을 종합하여 보면 피고의 이 사건 처분이 원고의 공정거래법 위반행위 종료일인 2008. 8. 6.로부터 5년이 경과한 이후에 이루어졌다고 하더라도 원고에게는 구 공정거래법이 아닌 개정 공정거래법이 적용된다고 봄이 상당하므로 위반행위의 종료일부터 7년이 경과하지 않고, 조사개시일로부터 5년이 경과하지 않아서 이루어진 이 사건 처분은 적법함.

- ① 2012. 6. 22. 시행된 개정 공정거래법의 부칙 제3조는, 제49조 제4항의 개정규정은 법 시행 후 최초로 조사하는 사건부터 적용한다고 규정하고 있는데 피고가 원고에 대하여 최초로 조사한 것은 법 시행 후인 2013. 10. 7. 또는 2015. 4.경이므로 위 부칙 규정에 의하면 원고에게는 개정 공정거래법 제49조 제4항이 적용되는 것이 원칙임. 원고의 경우에는 개정 공정거래법이 시행된 2012. 6. 22. 당시 구 공정거래법 제49조 제4항에 따른 처분시효 5년이 도과하지 않은 상태였으므로, 개정 규정의 적용이 배제되지 않음.
- ② 이에 대하여 원고는 피고의 조사개시시점을 기준으로 구 공정거래법상 5년의 처분시효가 도과된 위법행위에 대해서까지 개정 공정거래법이 적용되는 것은 진정소급입법에 해당하여 부당하다는 취지로 주장함. 개정 공정거래법 제49조 제4항은 부칙 규정에 의하여 법 시행 후 최초로 조사하는 사건부터 적용되므로, 법 시행 전에 이미 처분시효를 도과한 위법행위에 대해서까지 개정 공정거래법 제49조 제4항이 적용된다고 해석하지 않는 한, 진정소급입법에 해당하지 않음.
- ③ 공정거래법 제49조 제4항을 개정하게 된 것은, 사업자나 사업자단체에 의한 현행법 위반행위는 날이 갈수록 점점 더 치밀하고 은밀하게 이루어져 이를 피고가 인지하기까지 많은 시간이 소요되고, 게다가 위반행위의 입증마저 어렵기 때문에 처분가능 시한인 5년을 넘겨 피고가 사건을 종결짓는 경우가 발생함에 따라 기존의 처분시효를 연장하여 엄정한 법 집행을 도모하고자 하는 데에 그 취지가 있음. 한편 원고의 구 공정거래법 제49조 제4항의 존속에 대한 신뢰가 위와 같은 취지의 개정 공정거래법 제49조 제4항의 적용에 관한 공익상의 요구보다 보호가치가 크다고 볼 수는 없으므로, 원고에게 개정 공정거래법의 적용이 제한된다고 할 수 없음.

[대림산업 등 호남고속철도 3-2공구 건설공사 입찰 관련 5개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 7. 20. 선고 2015누55303 판결14))]

- 원고 한솔아트원제지가 참여한 이 사건 공동행위는 제척기간을 연장한 개정법이 시행된 2012. 6. 22. 이후에 최초로 조사가 이루어진 사건에 해당하므로 개정된 공정거래법 49조 4항의 제척기간의 적용을 받게 됨
- 공정거래법은 49조 4항을 개정하면서 제척기간을 구분하여 공정거래위원회가 법 위반행위에 대하여 조사를 개시한 경우에는 조사개시일로부터 5년(1호)으로, 공정거래위원회가 법

14) 상고심(대법원 2016. 12. 1. 선고 2016두49440 판결)은 신리불속형 기각함

위반행위에 대하여 조사를 개시하지 아니한 경우에는 해당 위반행위의 종료일로부터 7년(2호)으로 정한 다음, 이러한 개정규정은 개정법 시행(2012. 6. 22.) 후 개정 법률에 따라 최초로 조사하는 사건부터 적용한다고 규정하였음(부칙 1, 3조).

- 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 원고 한솔아트원제지가 참여한 이 사건 공동행위는 제척기간을 연장한 개정법이 시행된 2012. 6. 22. 이후에 최초로 조사가 이루어진 사건에 해당하므로 개정된 공정거래법 49조 4항의 제척기간의 적용을 받게 됨. 따라서 원고 한솔아트원제지에 대한 시정명령과 과징금납부명령이 그 제척기간을 도과하여 위법하다는 위 원고의 주장은 이유 없음.
- 컵원지는 재료, 제조사, 용도 및 유통구조 등에서 백판지와 뚜렷하게 구분되는 별개의 상품으로서 별도의 시장을 형성하고 있다고 판단됨. 백판지에 관한 담합행위의 조사과정에서 그 조사 대상 사업자들 중 깨끗한나라가 2012. 8. 13. 컵원지를 포함한 기타 용지에 대한 담합사실을 처음으로 자진신고하였고, 이에 따라 피고가 2012. 8. 29.에야 비로소 컵원지의 담합사실에 관한 조사에 착수한 사실이 인정됨.

[한솔제지 외 1 등 7개 컵원지 제조·판매사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 12. 14. 선고 2014누74635 판결, 고법 확정)]

- 현행법 시행 이후 피고가 현행법 제49조 제1항 또는 제2항에 따라 “최초로 조사하는 사건”에 대해서는 현행법 시행(2012. 6. 22.) 당시 구법 제49조 제4항의 ‘위반행위가 종료한 날부터 5년’의 처분시효가 경과하지 않은 이상, 처분 당시의 법령인 현행법 제49조 제4항이 적용됨
- 법 개정의 취지는 공정거래법 위반행위가 점차 복잡하고 치밀해짐에 따라 보다 충실히 엄정한 법집행을 도모하기 위하여 공정거래위원회가 시정조치나 과징금 부과 등의 제재처분을 할 수 있는 제척기간(대법원 2019. 2. 14. 선고 2017두68103 판결 참조)인 처분시효를 연장하기 위한 것임.
- 현행법 제49조 제4항의 내용과 개정 취지, 현행법 제49조 제4항의 개정 규정의 적용례를 정한 이 사건 부칙조항의 문언과 체계 등을 종합하면, 변 위반행위가 종료된 이후 현행법 제49조 제4항이 위와 같이 구법의 처분시효를 연장하는 내용으로 개정된 경우, 현행법 시행 이후 공정거래위원회가 현행법 제49조 제1항 또는 제2항에 따라 “최초로 조사하는 사건”에 대해서는 현행법 시행(2012. 6. 22.) 당시 구법 제49조 제4항의 ‘위반행위가 종료한

날부터 5년'의 처분시효 기간이 지나지 않은 이상, 처분 당시의 법령인 현행법 제49조 제4항이 적용됨.

- 현행법이 시행된 이후 공정거래위원회가 최초로 조사를 개시하기 전에 구법 제49조 제4항이 정한 '위반행위가 종료한 날부터 5년'이 경과되는 경우에도, 현행법은 그 시행과 동시에 효력이 발생하고, 마찬가지로 현행법 제49조 제4항이 적용되며, 현행법 제49조 제4항의 개정 취지에 비추어 이를 적용할 공익상 요구가 중대함에 비하여 구법에 따른 처분시효 기간이 지나지 않은 상태에서 공정거래위원회의 조사가 개시되지 않았다는 사정만으로는 구법의 존속에 대한 신뢰를 보호할 가치가 크지 않음.

[국토지리정보원 발주 항공촬영 용역입찰 관련 14개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2020. 12. 24. 선고 2018두67145 판결, 2019두34319 판결, 2019두36261 판결, 2020. 12. 30. 선고 2018두67664 판결, 2019두37776 판결 등¹⁵⁾)]

15) 파기환송심에서 위원회 전부승소 확정

5. 방어권 보장

가. 심결단계와 다르게 의결된 경우

- 심사보고서의 내용과 완전히 일치하지 않는 사유로 의결을 하게 된다고 하여 이를 절차상 위법하다거나 원고의 방어권 침해로 볼 수 없음
 - 심사보고서상 담합행위와 피고의 전원회의 의결의 바탕이 된 담합행위는 그 사실관계가 동일하고, 나아가 을 제17호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면 피고는 새로이 산정되는 관련매출액에 관한 자료를 원고들에게 제공하여 확인을 받은 사실이 인정되는 점 등에 비추어 보면, 원고들의 주장과 같이 심사보고서를 경정하거나 의결 과정에서 원고들의 의견을 청취한 사실이 없다고 하여 이를 절차상 위법하다거나 원고들의 방어권이 침해되었다고 보기 어려움.
 - 피고의 심사관이 작성한 심사보고서는 피고의 심의 및 의결에 앞서 피고 소속 공무원이 작성하게 되는 보고서에 불과하고, 피고는 이를 바탕으로 적법한 심의 절차를 거쳐 사실관계를 보다 구체적으로 파악하여 의결하게 되므로, 처음 심사 및 심의 단계에서 문제 삼았던 행위와 최종 의결에서 인정되는 행위 내용이 정확히 일치하지 않을 수 있음.
 - 심사보고서 이후 최종 의결에 이르기까지 위반 행위자는 심의단계에서 자신의 입장을 전술하고 방어권을 행사할 기회를 갖게 되므로, 심사보고서의 내용과 완전히 일치하지 않는 사유로 의결을 하게 된다고 하여 방어권을 침해한다고 볼 수는 없음.
[서울지방조달청 및 인천지방조달청 반주 관수레미콘 구매 입찰 관련 17개 레미콘사업자의 부당한 공동행위에 대한 건 및 한국레미콘공업협회의 사업자단체 금지행위에 대한 건(서울고법 2022. 6. 8. 선고 2020누50814 판결, 고법 확정)]
- 피고가 이 사건 심결절차에서 피고의 심사관이 주장한 것과 다른 조문을 적용하여 이 사건 처분을 하였다고 하더라도 이 사건 심결절차에서 원고들의 방어권이 침해되었다고 볼 수 없음
 - 원고는 피고가 이 사건 처분을 한 심결절차에서 피고의 심사관은 이 사건 담합이 법 제19조 제1항 제8호에서 정한 다른 사업자의 사업활동을 방해한 것에 해당한다고 주장했고 원고들은 이 주장에 대하여 방어했는데, 피고는 아무런 석명도 없이 법 제19조 제1항 제1호를

적용하여 이 사건 처분을 하였는바, 피고의 처분에 대해서는 서울고법에 행정소송을 제기해야 하므로 피고의 심결절차는 사법부의 제1심 재판에 준한다고 보아야 하는 점을 고려하면, 이 사건 심결절차에서 원고들의 방어권이 침해되었으므로 이 사건 처분은 위법하다고 주장하나.

- 피고의 심결절차가 준사법절차의 성격을 갖고 있다고 하더라도 기본적으로 행정절차인 점, 법은 피고의 심결절차에서 피신인들의 방어권을 보장하기 위하여 불고불리의 원칙을 채택하고 있다고 보이지 않는 점 등에 비추어 보면, 피고가 이 사건 심결절차에서 피고의 심사관이 주장한 것과 다른 조문을 적용하여 이 사건 처분을 하였다고 하더라도 이 사건 심결절차에서 원고들의 방어권이 침해되었다고 볼 수 없음.

[괴산증평산림조합 외 9의 부당한 공동행위 건(서울고법 2008. 10. 23. 선고 2008누-3465 판결¹⁶⁾)]

나. 절차상 위법 관련

1) 처분의 이유제시 관련

- 원고는 이 사건 처분 이전부터 신고 내용을 고지받고 그에 대하여 소명할 수 있는 기회를 부여 받아 이 사건 처분 당시 어떠한 근거와 이유로 이 사건 처분이 이루어진 것인지 충분히 알 수 있었으므로 이 사건 처분은 행정절차법 제23조 제1항 규정을 위반한 것이 아님¹⁷⁾
- 행정절차법 제23조 제1항은 행정청이 처분을 하는 때에는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하도록 규정하고 있는데, 이는 행정청의 자의적 결정을 배제하고 당사자로 하여금 행정구제절차에서 적절히 대처할 수 있도록 하는 데 그 취지가 있는 것이므로, 처분서에 기재된 내용과 관계 법령 및 당해 처분에 이르기까지의 전체적인 과정 등을 종합적으로 고려하여, 처분 당시 당사자가 어떠한 근거와 이유로 처분이 이루어진 것인지를 충분히 알 수 있어서 그에 불복하여 행정구제절차로 나아가는 데에 별다른 지장이 없었던 것으로 인정되는 경우에는 처분서에 처분의 근거와 이유가 구체적으로 명시되어 있지 않았다

16) 상고심(대법원 2009. 2. 12. 선고 2008두21348 판결)은 심리분석을 기각함

17) 원고는 피고가 이 사건 처분을 하면서 처분서에 원고의 위반내용을 간단히 기재하였을 뿐 구체적인 위반 사유와 경고가 내려진 경위를 정확하게 특정하지 않았으므로 행정절차법 제23조 제1항 이유제시 의무를 위반하였다고 주장하였으나, 사건처리 과정에서 원고에게 처분 사유가 충분히 고지되었으므로, 절차상 위법이 없다고 본 사례

하더라도 그로 말미암아 그 처분이 위법한 것으로 된다고 할 수는 없음(대법원 2009. 12. 10. 선고 2007두20348 판결 등 참조).

[(주)더기빙트리의 가맹사업법 위반행위 건(서울고법 2021. 6. 3. 선고 2020누58481 판결, 고법 확정)]

□ 상습법위반사업자 선정 통지서(처분서)에 원고의 경감점수 신청에 대한 인정 여부 및 누산점수 내역을 포함하지 않은 것은 처분의 이유제시의무에 위반되어 위법함

○ 이 사건 처분서에는 '원고의 누산점수가 4점을 초과한다'는 점 외에 아무런 실질적 내용의 기재가 없는바, 이는 사실상 '원고는 상습법위반사업자에 해당한다'는 최종 결론을 단순 반복한 것에 불과함. 상습법위반사업자 명단공표를 위한 누산점수의 산정은 별점에 경감점수를 빼고 가중점수를 더하는 방식으로 이루어지고, 이 사건에서 원고는 방내한 소명자료와 함께 합계 3.5점의 경감점수를 신청하였으므로, 설령 원고가 신청한 각각의 경감점수에 대하여 그 구체적 판단내역까지 모두 상세히 기재할 필요까지는 없다 하더라도, 적어도 피고로서는 어떤 경감점수는 인정되고 어떤 경감점수는 인정되지 않는지, 그래서 원고의 누산점수는 결국 몇 점인지에 관한 한 그 산정내역을 분명히 제시하였어야 할 것임.

[동호건설의 상습법위반사업자 명단공표 처분 취소소송 건(서울고법 2023. 6. 8. 선고 2022누51286 판결¹⁸⁾)]

□ 피고가 이 사건 처분을 함에 있어 원고의 처분시한 경과 주장에 관한 판단을 명시하지 않았다고 하더라도 그러한 사정만으로 이 사건 처분이 위법하다고 보기는 어려움

○ 공정거래법과 사건절차규칙은 의결서에 의결내용과 그러한 의결에 이르게 된 이유를 명시하도록 하고 있을 뿐 당사자의 주장이나 그 밖의 공격·방어방법에 관한 판단을 표시하도록 정하고 있지 아니하므로, 이 사건 공동행위에 대한 공정거래위원회의 의결 당시 원고가 제기한 주장에 대한 판단을 명시하지 아니하였다고 하여 의결서상 처분에 어떠한 하자가 있다고 보기는 어려움. 나아가 이 사건 처분이 담긴 의결서에서 원고의 처분시한 경과 주장에 관하여 명시적으로 판단하지 않았다고 하더라도, 피고가 이 사건 처분을 함으로써 원고의 위 주장을 배척하였음을 충분히 알 수 있음.

[국립환경과학원 등 12개 공공기관 발주 대기오염측정장비 구매 입찰 관련 5개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2020. 9. 10. 선고 2019누40354 판결¹⁹⁾)]

18) 상고심(대법원 2023. 10. 18. 선고 2023두45101 판결)은 심리불속행 기각함

2) 의견제출 관련

- 공정위가 원고에게 심사보고서를 송부하면서 3주가 아닌 2주의 의견제출 기간만 부여하였더라도 절차규칙 위반은 아님

○ 절차규칙 제29조 제10항 본문은 '전원회의 의결 사건의 경우 원칙적으로 피고 심사관은 피심인에게 첨부자료 등을 송부하고 이에 대하여 3주의 의견제출 기한을 통지'하도록 규정하고 있으나, 같은 항 단서는 '긴급히 심의에 부의하여야 하는 경우, 피심인의 모기업이 외국에 소재하거나 사건의 내용이 복잡하여 의견제출에 3주 이상의 시간이 소요된다고 인정되는 경우 및 기타 이에 준하는 사유가 있을 경우에는 피심인 의견서 제출기간을 달리 정할 수 있다.'고 규정하고 있는바, 공촌 건 공사 합의와 관련한 처분시효 만료일은 2014. 4. 9.로 심사보고서 송부 당시 처분시효까지 약 2개월 남짓의 시간밖에 남지 않은 상태여서 피고로서는 위 사건을 긴급히 심의에 부의하여야 할 필요성이 있었다는 점에 비추어 볼 때 피고가 원고에게 심사보고서를 송부하면서 2주의 의견제출 기간만을 부여하였다고 하여 절차규칙 제29조 제10항을 위반하였다고 볼 수는 없음.

[포스코건설 등 공촌하수처리시설 증설·고도처리시설공사 부당공동행위 건(서울고법 2015. 3. 19. 선고 2014누48773 판결²⁰⁾]

- 피고의 이 사건 '판매가격 합의' 부분에 대한 시정조치 및 과징금납부명령은 피고가 그 부분에 대하여 조사결과를 서면으로 원고에게 통지한 바도 없고, 사전에 의견진술의 기회를 부여한 바도 없으므로 위법하여 취소를 면할 수 없다고 판단하였는바, 이는 앞서 본 법리에 따른 것으로서 정당함

○ 법 제49조 제3항은 공정거래위원회로 하여금 법 위반사실에 대한 조사결과를 서면으로 당해 사건의 당사자에게 통지하도록 규정하고, 법 제52조 제1항에 의하면 공정거래위원회가 법 위반사항에 대하여 시정조치 또는 과징금납부명령을 하기 전에 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 하고, 같은 조 제2항은 당사자는 공정거래위원회 회의에 출석하여 그 의견을 전달하거나 필요한 자료를 제출할 수 있다고 규정하고 있는 한편, 법 제55조의2의 위임에 따라 공정거래위원회가 법 위반사건의 처리절차를 정하여 고시한 '공정거래위원회의 운영 및 사건절차 등에 관한 규칙'(1998. 10. 1. 공정거래위원회 고시 제1998-10호)은 위 각 규정을 반영하여, 위반사항의 조사 및 심사를 담당하는 심사관은 피조사인에게 심사보고서상의 행위사실 및 심사관의 조치의견을 수락하는지 여부에 대하여 문서로 의견을

19) 상고심(대법원 2021. 1. 14. 선고 2020두50157 판결)은 심리불속형 기각함

20) 상고심(대법원 2015. 7. 23. 선고 2015두40880 판결)은 심리불속행 기각함

구하여야 하고(제28조 제1항), 사건이 회의에 상정되면, 피심인에게 심사보고서(조치의견은 제외)를 송부하면서 상당한 기간을 정하여 이에 대한 의견을 문서로 제출할 것을 통지하여야 하고(제29조 제6항). 심사보고서에 위반사실 등과 함께 피심인이 심사관의 조치의견을 수락하는지 여부를 기재하여 이를 회의에 제출하여야 하며(제26조, 제29조 제1항), 회의의 의장은 피신인의 의견서가 제출된 것을 원칙으로 하여 사건을 심의에 부의하고(제31조), 회의 개최 5일 전까지 피심인에게 서면으로 회의개최를 통지하여야 하며(제33조 제1항), 피심인은 회의에 출석하여 심사관의 심사보고서에 의한 심사결과 진술에 대하여 자신의 의견을 진술할 수 있고(제38조), 심의절차에서 질문권(제39조 제2항), 증거신청권(제41조 제1항)을 행사할 수 있으며, 의장은 심의를 종결하기 전에 피심인에게 최후진술권을 주어야 하는바(제43조 제2항), 이를 규정의 취지는 공정거래위원회의 시정조치 또는 과징금납부 명령으로 말미안아 불측의 피해를 받을 수 있는 당사자로 하여금 공정거래위원회의 심의에 출석하여 심사관의 심사결과에 대하여 방어권을 행사하는 것을 보장함으로써 심사절차의 적정을 기함과 아울러, 공정거래위원회로 하여금 적법한 심사절차를 거쳐 사실관계를 보다 구체적으로 파악하게 하여 신중하게 처분을 하게 하는 데 있다 할 것이므로, 법 제49조 제3항, 제52조 제1항이 정하고 있는 절차적 요건을 갖추지 못한 공정거래위원회의 시정조치 또는 과징금납부명령은 설령 실체법적 사유를 갖추고 있다고 하더라도 위법하여 취소를 면할 수 없다고 보아야 함.

- 원심은 피고가 1998년 4월경 원고 등 위 사업자들의 법 위반 여부에 대한 실태조사에 들어가, 1998. 10. 22경 원고의 위반사실을 인지하고 사건을 피고 전원회의에 상정하기에 앞서, 원고에게 심사보고서를 송부하면서 그에 대한 의견제출을 요구하였는데, 그 심사보고서에는 원고의 위반사실로 '운송비 합의'와 '시장점유율 합의'만이 적시되어 있었을 뿐이었고, '1998년 4월 이후 석도강판의 판매가격을 동일하게 정하기로 합의하였다(이하 이러한 합의를 '판매가격 합의라 한다)'는 위반사실은 원고를 제외한 나머지 3개 사업자들의 위반사실로만 적시되어 있었던 사실, 그리하여 원고는 '판매가격 합의'에 대하여는 아무런 의견을 제출하지 아니하고 '운송비 합의'와 '시장점유율 합의'에 대하여만 그 사실을 부인하거나 선처를 바라는 내용의 의견을 피고에게 제출하였던 사실, 당초 피고의 심사관은 원고의 '판매가격 합의'를 인정할 뚜렷한 증거가 없어 위와 같은 내용으로 심사보고서를 작성하였던 것이고, 그리하여 피고 전원회의에서도 원고의 '판매가격 합의'는 그 심의대상에서 제외되었던 것인데, 1998. 11. 25. 피고 전원회의 의결과정에서 상임위원 1인이 여러 정황에 의하여 원고의 '판매가격 합의'를 추정할 수 있다면서 심사보고서에 이의를 제기하자, 피고 전원회의는 종결된 심의를 재개함이 없이 원고의 위반사실에 '판매가격 합의'를 추가하여 이 부분에 대하여도 시정조치 및 과징금납부명령을 하기로 의결한 사실을 인정한 다음, 피고의 이 사건 '판매가격 합의' 부분에 대한 시정조치 및 과징금납부명령은 피고가 그 부분에 대하여 조사결과를 서면으로 원고에게 통지한 바도 없고, 사전에 의견진술의 기회를

부여한 바도 없으므로 위법하여 취소를 면할 수 없다고 판단하였는바, 이는 앞서 본 법리에 따른 것으로서 정당함.

- 행정절차법 제3조 제2항, 같은 법시행령 제2조 제6호에 의하면 공정거래위원회의 의견·결정을 거쳐 행하는 사항에는 행정절차법의 적용이 제외되게 되어 있으므로, 선사 피고의 '판매가격 합의' 부분에 대한 시정조치 및 과징금납부명령에 행정절차법 소정의 의견청취절차 생략사유가 존재한다고 하더라도, 공정거래위원회는 행정절차법을 적용하여 의견청취절차를 생략할 수는 없다고 할 것임.
- 그리고 원고가 위 시정조치 및 과징금납부명령에 불복하여 피고에게 이의신청을 하면서 뒤늦게나마 '판매가격 합의' 부분에 대한 의견을 제출하였다고 하더라도, 이로써 그 처분 전에 발생한 절차상 하자가 치유된다고 볼 수도 없음.

[포스틸 등 4개 강판제조업체의 부당한 공동행위 건(대법원 2001. 5. 8. 선고 2000두10212 판결)]

□ 피고는 원고에 대해 사전통지 및 의견제출 기회를 거치지 않고, 전원회의에서 제외한 심의대상을 원고들의 위반사실에 추가하여 처분하기로 의결한 것은 절차적으로 위법함

- 피고 전원회의는 투찰가격 합의를 심의대상에서 제외하였음에도, 종결된 심의를 재개함이 없이 심사보고서 송부 및 이에 대한 의견진술의 단계에서와 다른 사유인 투찰가격 합의를 원고들의 위반사실에 추가하여 이 부분에 대하여도 시정명령, 통지명령 및 과징금납부명령을 하기로 의결하였는바, 피고가 그와 같은 의결에 앞서 투찰가격 합의 부분에 대하여 조사결과를 원고들에게 서면으로 통지하거나 사전에 의견진술의 기회를 부여한 바도 없음.

[충북레미콘공업협동조합 외 2의 관수레미콘 구매입찰 관련 충북지역 3개 레미콘조합의 부당한공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 12. 27. 선고 2018누40531 판결, 고법 확정)]

□ 행위사실 인정여부, 심사관 조치의견 수락 여부를 넘어서는 법해석이나 법적용에 관한 부분까지 사전에 통지하거나 의견진술의 기회를 부여하여야 한다고는 보기 어려움

- 피고가 당사자에게 서면으로 통지하고 당사자에게 의견진술의 기회를 부여하여야 할 대상은 행위사실의 인정 여부(사실행위 자체 및 그 사실행위가 공정거래법 특정 조항 위반을 인정하는지 여부가 이에 해당한다 할 것이다) 및 심사관의 조치의견 수락 여부라고 할 것이고, 이를 넘어서는 법해석이나 법적용에 관한 부분까지 사전에 통지하거나 의견진술의 기회를 부여하여야 한다고는 보기 어려움.

- 조사협조자 감면신청의 경우 감면신청 사실 및 그 내용, 제출된 증거 및 조치의견(감면신청 인용 여부)은 사전통지 및 의견진술 기회부여의 대상이 되므로, 감면신청 기각의 조치의견 등을 서면으로 통지하고 그에 대한 의견 진술의 기회를 부여하였다면, 기각의 전제가 되는 법적 판단에 대하여까지 의견진술의 기회가 부여되어야 한다고 보기는 어려움.
- 피고는 아 사건 공동행위의 행위사실 및 조치의견에 관하여 원고에게 서면으로 통지하였는바, 원고는 행위사실 자체 및 그와 같은 행위가 공정거래법 위반이라는 점은 다투지 아니하였고, 피고는 원고의 조사협조자 감면신청 당시 원고가 '3순위'임을 명시하였는데, 이에 대하여 원고는 20인치 강관 시장과 30인치 강관은 별도의 관련시장에 속하므로 별개의 공동행위가 성립한다고 주장하며 보충자료를 제출하는 등 20인치 강관과 30인치 강관이 별도의 관련시장에 속한다는 점에 대하여 충분한 의견진술의 기회를 가졌다고 볼이 타당함.
- 따라서 비록 피고가 심의를 재개함이 없이 심사보고서 송부 및 이에 대한 의견진술의 단계에서와 다른 사유로 이 사건 감면신청 기각처분을 하였다 하더라도 원고의 방어권이 침해되었다고 보기 어려움.

[한국가스공사 발주 강관구매입찰 관련 8개 사업자의 부당한 공동행위 건(휴스틸, 서울고법 2018. 11. 21. 선고 2018누35263 판결²¹⁾)]

- 심의·의결 단계에서 어떠한 사실관계 및 그 위법성에 관하여 심리되었고 이에 대하여 피심인이 자신의 의견을 진술하였다면, 심의·의결 단계에서 심사보고서에 없던 처분사유를 추가로 인정하였다는 점만으로 이를 위법하다고 할 수 없음
- 피고의 '공정거래위원회 회의 운영 및 사전절차 등에 관한 규칙' 제29조, 제30조의2, 제43조에 의하면, 먼저 피고 소속 심사관이 위반행위 혐의가 있다고 보이는 사건에 대하여 조사 및 심사를 하고, 그 결과 법 위반 사실이 인정되면 심사관이 심사보고서를 작성하여 위원회에 이를 상정하며, 위원회는 그에 따라 심사관과 피심인을 회의에 출석하게 하여 사실관계를 파악하고 심사관과 피심인의 의견진술을 듣는 등의 심의과정을 거쳐 의결하게 되므로 심사관이 작성한 심사보고서는 심의 및 의결 절차에 앞서 피고 소속 공무원이 작성하게 되는 보고서에 불과하고, 피고는 이를 바탕으로 적법한 심의 절차를 거쳐 사실관계를 보다 구체적으로 파악하여 의결하게 되므로, 처음 심사보고서상 및 심의단계에서 문제 삼았던 행위와 최종 의결에서 인정되는 행위 내용이 정확히 일치하지 않을 수도 있음.
- 심사보고서 이후 심의·의결단계에서 피심인에게 자신의 의견을 진술하는 등 방어권을 행사할 기회가 충분히 부여되므로, 심의·의결 단계에서 어떠한 사실관계 및 그 위법성에

21) 상고선(대법원 2019. 4. 25. 선고 2019두31143 판결)은 심리불속행 기각됨

본하여 심리되었고 이에 대하여 피심인이 자신의 의견을 진술하였다며, 심의·의결 단계에서 심사보고서에 없던 처분사유를 추가로 인정하였다는 점만으로 이를 위법하다고 할 수 없음.

- 피고의 심의단계에서 대규모유통업법 제14조 제1항뿐만 아니라 같은 조 제2항도 위반 하였다는 일부 위원의 의견이 제시되었고 이에 대해 심사관과 원고 측 대리인은 이러한 의견에 동의한다는 취지의 진술을 한 점에 비추어 보면 심의·의결 단계에서 원고의 방어권이 충분히 보장되었다고 보이고 각 위반행위의 내용에 비추어 볼 때 기본적인 사실관계가 서로 동일하므로, 심의·의결 단계에서 처분사유를 추가한 것이 원고에게 불리하다고 볼 수 없음.
- 나아가 피고의 심의·의결 절차는 일부 준사법절차의 성격을 가지고 있다고 하더라도 기본적으로 행정절차이고, 위 절차에 형사법상의 불고불리의 원칙이 적용된다고 볼 수도 없음.

[(주)신세계의 대규모유통업법 위반행위에 대한 건(서울고법 2018. 4. 19. 선고 2017누60071 판결²²⁾]

3) 자료의 열람·복사 관련

가) 판단기준

- 조사 개시·진행 중인 경우에 비해 심의·의결 과정에서 피심인의 절차적 권리는 한층 더 보장되어야 하므로, 적어도 심리·의결과정에서는 다른 법령에 따라 공개가 제한 되는 경우 등 특별한 사정이 없는 한 피고가 피심인의 이러한 요구를 거부할 수 없음이 원칙임
- 공정거래법 제52조의2의 규정 취지를 헌법상 적법절차 원칙을 고려하여 체계적으로 살펴보면, 당사자인 피심인은 피고에 대하여 공정거래법 규정에 의한 처분과 관련된 자료의 열람 또는 복사를 요구할 수 있고, 적어도 피고의 심리·의결과정에서는 다른 법령에 따라 공개가 제한되는 경우 등 특별한 사정이 없는 한 피고가 피심인의 이러한 요구를 거부할 수 없음이 원칙임. 공정거래법 제55조의2는 이러한 전제에서 공정거래법 규정 위반사건의 처리절차 등에 관하여 필요한 사항을 공정거래위원회가 정하여 고시하도록 규정한 것으로 볼 수 있고, 이에 따라 그 내용 역시 이러한 한계 범위 내에서 설정되어야 함.
- 공정거래법 제55조의2에 근거한 절차규칙 제29조, 제29조의2의 심사보고서 첨부자료의 송부 및 자료 열람 등을 규정들을 공정거래법상 당사자에게 부여된 연락·복사 요구권의

22) 상고심(대법원 2018. 8. 30. 선고 2018두42573 판결)은 심리불속행 기각됨

내용과 한계에 비추어 살펴보면, 요구된 대상이 영업비밀, 사생활의 비밀 등 기타 법령 규정이 정한 비공개 자료에 해당하거나 자진신고와 관련된 자료로서 자진신고자 등의 신상 등 사적인 정보가 드러나는 부분 등에 관하여는, 첨부자료의 열람·복사 요구를 거부할 수도 있으나, 이 경우에도 일률적으로 거부할 수는 없고 첨부자료의 열람·복사를 거부함으로써 보호되는 이익과 그로 인하여 침해되는 피침인의 방어권의 내용과 정도를 비교·형량하여 신중하게 판단하여야 함.

[(주)포스코 건설의 대구 서부하수처리장 총인시설 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2018. 12. 27. 선고 2015두44028 판결)]

- 열람·복사가 요구된 대상이 영업비밀, 사생활의 비밀 등 기타 법령 규정이 정한 비공개 자료에 해당하거나 자진신고와 관련된 자료로서 자진신고자 등의 신상 등 사적인 정보가 드러나는 부분 등에 관하여는, 첨부자료의 열람·복사 요구를 거부할 수도 있으나 이 경우에도 일률적으로 거부할 수는 없고 첨부자료의 열람·복사를 거부함으로써 보호되는 이익과 그로 인하여 침해되는 피침인의 방어권의 내용과 정도를 비교·형량하여 신중하게 판단하여야 함
 - 앞서 관련 법령과 법리 및 공정거래법 제52조의2의 문언을 종합하면, 이 사건 신사보고서상 피침인인 원고들은 원칙적으로 피고에 대하여 이 사건 심사보고서에 첨부된 자료인 이 사건 비공개 자료에 대하여 열람 또는 복사를 요구할 수 있고, 다만 피고는 자료를 제출한자의 동의가 없고 공익상 필요가 없는 경우 이를 거절할 수 있는바 피고가 이를 거부하려면 공정거래법 제52조의2 후문의 논리적 구조에 따라 자료제출자의 부동의와 공익상 필요가 없음을 증명하여야 함. 이러한 해석은 증거접근 및 제출 가능성의 측면에서 살펴보더라도, 열람·복사의 대상 자료의 존재나 제출자 등에 관하여 아무런 정보가 없는 원고들에게 자료제출자 동의 요건의 중병을 요구할 수 없고, 오히려 대상 자료를 이미 보유하고 있는 피고에게 그 부동의를 증명하도록 하는 것이 합리적이고 공평함.
 - 공익상 필요 요건의 경우, 피고는 대상 자료가 영업비밀, 사생활 비밀, 자진신고 관련 자료 등의 이유로 열람·복사를 거부함으로써 보호되는 법령상 이익이 열람·복사로 인한 원고들의 방어권 보호 필요성보다 크다는 사실을 증명함으로써 거절할 수 있고 이때 원고들은 그 반대의 사실을 주장하고 증명할 것인데, 법원은 열람·복사를 거부함으로써 보호되는 이익과 그로 인하여 침해되는 원고들의 방어권의 내용과 정도를 비교·형량하여 판단하여야 함.
- [(주)팜스코 외 10의 열람복사 거부처분취소청구에 대한 건(서울고법 2019. 5. 16. 선고 2019누30500 판결²³⁾)]

23) 상고심(대법원 2019. 10. 17. 선고 2019두44736 판결)은 신리불속행 기각함

- '공익상 필요'가 있는 경우란 원고들의 방어권 행사와 심사절차의 적정을 위해 열람·복사를 허용할 필요성이 있고 '영업비밀 보호, 사생활의 비밀보호, 자진신고와 관련된 자료, 기타 법령의 규정에 의한 비공개 자료'에 해당하지 않으며, 자료의 열람·복사로 얻게 되는 이익이 열람·복사를 거부함으로써 보호되는 이익보다 큰 경우를 말한다고 봄이 타당
- 피고는 공정거래법 제52조의2에 따라 원고들이 열람·복사를 요구한 자료가 처분과 관련이 없거나, 처분과 관련이 있더라도 자료를 제출한 자의 동의가 없고 공익상 필요가 없는 경우에는 이를 거부할 수 있음.
- 공정거래법 제52조의2의 규정 취지, 절차규칙 제29조 제12항과의 연계성, 자료제출자의 의사와 공개로 얻는 불이익, 피고의 업무수행에 지장을 초래할 수 있는지 여부 및 그 정도 등을 고려해 볼 때 공정거래법 제52조의2가 규정한 거부 사유인 '공익상 필요'가 있는 경우란 원고들의 방어권 행사와 심사절차의 적정을 위해 열람·복사를 허용할 필요성이 있고 '영업비밀 보호, 사생활의 비밀보호, 자진신고와 관련된 자료, 기타 법령의 규정에 의한 비공개 자료'에 해당하지 않으며 자료의 열람·복사로 얻게 되는 이익이 열람·복사를 거부함으로써 보호되는 이익보다 큰 경우를 말한다고 봄이 타당함.
[㈜팜스코 외 10의 열람복사거부처분 취소에 대한 건(서울고법 2021. 1. 13. 선고 2020누31035 판결)]

- 법 제52조의2에 규정된 '처분과 관련된 자료'가 사건절차규칙 제29조 제10항의 심사보고서와 그 첨부자료 목록 및 첨부자료에 한정되는 것은 아니므로 미첨부자료에 대해서도 열람복사를 신청할 수 있음
- 공정거래법 52조의2가 규정한 '이 법원의 규정에 의한 처분과 관련된 자료'가 절차규칙 제29조 제10항이 규정한 '심사보고서와 그 첨부자료의 목록 및 첨부자료'에 한정된다고 보기는 어려움. 이 사건의 경우 원고들이 열람·복사를 요구하는 대상은 심사보고서와 그 첨부자료에 포함되지 않는 별지1 기재 자료이므로, 열람·복사를 요구하는 근거는 공정거래법 제52조의2에 한정되고 절차규칙이 직접적으로 적용되지 아니하며, 별지1 기재 자료가 형사기록도 아니므로 형사소송법 제266조의3, 제266조의4 규정이 적용되지도 아니함.
[금호고속㈜ 외 4의 열람복사거부처분 취소에 대한 건(서울고법 2020. 8. 19. 선고 2020누34010 판결, 고법 확정)]

- 공정거래법의 적용을 받는 당사자에게 일반 행정절차보다 강화된 절차적 보장을 제공하려는 관련 법령의 취지, 행정절차법 제37조 제4항, 같은 법 시행령 제20조 제3항, 행정 효율과 협업 촉진에 관한 규정 제3조 제1호는 행정절차법 제37조 제1항에 따라 열람 또는 복사를 요청할 수 있는 문서와 범위를 행정기관이 접수한 모든 문서라고 규정하고 있는 점 등을 고려하면, 공정거래법 제52조의2에서 정한 열람·복사 요구의 대상이 되는 '처분과 관련된 자료'는 심사보고서의 첨부자료에 포함된 자료에 한정된다고 할 수 없음.²⁴⁾

[한화솔루션(주)의 열람복사거부처분 취소에 대한 건(서울고법 2020. 8. 27. 선고 2020누37644 판결)]

나) 공정례

- '자료 제출자의 부동의'에 따른 자료 열람·복사 요구에 응하지 않은 것은 절차적 하자에 해당하지 아니하며, 설령 절차적 하자라 하더라도 당해 사건의 처분 자체를 취소할 정도에 이르지는 아니함
- 공정거래법 제52조의2에서는 "당사자 또는 이해관계인은 공정거래위원회에 대하여 이 법의 규정에 의한 처분과 관련된 자료의 열람 또는 복사를 요구할 수 있다. 이 경우 공정거래 위원회는 자료를 제출한 자의 동의가 있거나 공익상 필요하다고 인정할 때에는 이에 응하여야 한다."고 규정함으로써 당사자 또는 이해관계인의 피고에 대한 자료 열람·복사 요구권을 인정하면서도, 피고가 자료 열람·복사 요구에 반드시 응하여야 할 의무를 부담하는 것이 아니라 자료 제출자가 열람·복사에 부동의하고, 열람·복사의 공익상 필요성이 인정되지 않는 경우에는 자료 열람·복사에 응하지 않을 수 있도록 하고 있고, 또 피고는 이 사건 처분을 하기 전에 공정거래법 제49조 제3항에 따라 원고의 공정거래법 위반행위의 구체적 내용과 이를 증명하는 주요 자료 및 정황이 상세히 정리된 심사보고서를 원고 측에 보냈을 뿐 아니라 공정거래법 제52조에 따라 원고로 하여금 의견을 진술할 기회를 줌으로써 원고의 방어권 행사에 필요한 상당한 조치를 취하였음.
- 이러한 사정들을 종합할 때, 피고가 '자료 제출자의 부동의'를 이유로 원고의 자료 열람·복사 요구에 응하지 않은 채 이 사건 처분을 한 것을 두고 절차적 하자에 해당한다고 보기는 어렵고, 설령 절차적 하자에 해당한다고 하더라도 이 사건 처분 자체를 취소할 정도에 이르렀다고 판단되지 아니함.

[한진중공업의 부산지하철 1호선 연장(다대구간) 2공구 터키공사 입찰 담합 건(서울고법 2015. 8. 19. 선고 2014누50790 판결, 고법 확정)]

24) 특정 참고인이 제출한 자료 중 경쟁업체의 적정한 비교대상거래의 가격자료는 정상가격을 적극적으로 산출하기 위한 자료일 뿐만 아니라 피고가 산정한 정상가격의 적정성을 검증하는 자료로서 의미를 가지므로 이 부분에 대한 열람·복사 거부처분은 위법하다고 본 사례

□ 원고가 송부 받은 심사보고서에 관계자의 진술 중 합의 인정에 관한 주요 부분이 기재되어 있는바, 피고가 원고에게 그 복사신청을 허가하지 않았다는 사정만으로는 피고가 원고의 실질적 방어권 행사를 침해하였다고 볼 수 없음

- 원고는, 이 사건 합의의 직접 증거가 대상 관계자의 진술뿐인 상황에서 원고가 방어권 행사에 꼭 필요하여 피고에게 심사보고서의 첨부자료인 “대상의 상무 000 진술 내용” 등 3건의 복사를 신청하였는데 피고가 이를 거부함으로써 원고의 실질적 방어권 행사를 침해하였으므로, 이 사건 처분에는 중대한 절차상의 위법이 있다고 주장하나,
- 원고는 2011. 4. 26. 피고로부터 이 사건 합의에 관한 심사보고서를 송부 받았는데, 그 심사보고서에는 대상의 상무 000과 팀장 000의 진술 중 이 사건 합의의 인정에 관한 주요 부분이 기재되어 있는 사실을 인정할 수 있으므로, 피고가 원고에게 그 복사신청을 허가하지 않았다는 사정만으로는 피고가 원고의 실질적 방어권 행사를 침해하였다고 볼 수 없음.

[씨제이제일제당의 고추장 행사할인율 공동결정행위 건(서울고법 2012. 4. 18. 선고 2011누29276 판결²⁵⁾)]

□ 공정위는 심사보고서에 해당 내용을 구체적인 수치까지 포함하여 필요한 한도 내에서 상세히 원용하여 방어권을 보장하였고, 비공개자료의 공개에 대해 자료제공자의 동의가 없을 뿐 아니라 달리 공익상 필요가 인정된다고 보기도 어려우므로 열람복사 거부처분은 정당함

- 공정거래법 제52조의2는 ‘당사자 또는 이해관계인은 공정거래위원회에 대하여 이 법의 규정에 의한 처분과 관련된 자료의 열람 또는 복사를 요구할 수 있고, 이 경우 공정거래위원회는 자료를 제출한 자의 농의가 있거나 공이상 필요하다고 인정할 때에는 이에 응하여야 한다.’고 규정하고 있음.
- 이 사건 비공개자료는 모두 이동통신사들이나 타 휴대폰 제조사가 제출한 자료인 사실, 각 자료 제공자들은 공정위에게 ‘영업비밀 등에 해당하는 자료가 포함되어 있다’거나 ‘일부 내용이 타사 간에 기밀유지협약이 체결되어 있는 내용이고, 당사의 영업비밀에 해당한다.’는 내용으로 비공개의 의사를 명확히 한 사실이 인정되며 나아가 원고는 방어권 보장 이외에 별다른 공익상 필요를 주장하고 있지 아니함.

25) 상고심(대법원 2012. 9. 13. 선고 2012누11485 판결)은 심리불속행 기각함

- 이 법원의 비공개열람심사 결과에 의하면, 공정위는 이 사건 비공개 자료 중 위 자료제공자들의 제보와 관련된 사항 등이 문제된 경우 이들의 특정이 가능한 부분 이외에는 모두 공개하였고, 영업비밀에 해당하는 자료의 경우에는 가능한 한 자료제공자들의 동의를 추가로 얻어 그 해당 부분을 공개하거나 동의를 얻지 못한 경우라 하더라도 심사보고서에 해당 자료에서 제시된 구체적인 수치까지를 포함하여 필요한 한도 내에서 그 내용을 상세히 원용하여 설명하는 등 원고에 대한 소송절차 이전의 심의 단계에서 관련 법령에서 정하는 바에 따라 원고에게 부여된 심의절차에서의 방어권을 보장하기 위한 조치를 한 것으로 보이고 이 사건 비공개 자료의 공개에 대하여 자료 제공자의 동의가 없을 뿐 아니라 달리 공익상 필요가 인정된다고 보기도 어려움.
- 절차규칙 제29조의2 제1항에서 ‘피심인은 심사관이 공개하지 아니한 첨부자료를 특정하여 공정거래위원회에 열람·복사를 신청할 수 있다.’고 규정한 후, 제2항에서 ‘주심위원은 제1항의 규정에 의한 열람·복사 신청이 있는 때에는 피심인이 특정한 첨부자료가 제29조 제12항에 해당하는지 여부를 판단하여 열람·복사 허용여부를 결정하여야 한다’고 규정하고 있음.
- 이 법원 비공개열람심사 결과에 의하면, 이 사건 비공개 자료 중 A, B, C, D 첨부자료에 기재된 내용은 각 이동통신사의 연도별 각 제조사별 무선단말 구매대금액이거나, 각 이동통신사의 내부자료로서 iOS 전용 앱 개발 및 운용 비용, 단말기 및 무선서비스 매출액 등인데, 이러한 자료들은 자료제공자들로서 원고의 거래상대방인 이동통신사이거나 경쟁업체인 타 휴대폰 제조사의 사업계획과 전략, 의사결정시스템, 회계정보 등이 담겨있는 영업상 비밀에 해당하며, 절차규칙 제29조의2 제2항이 정하는 제29조 제12항 제1호의 사유에 해당함. 이 사건 비공개 자료 중 나머지 E, F 첨부자료는 이 사건과 관련된 자료제공자들의 특정이 가능한 부분을 비공개한 것으로, 절차규칙 제29조의2 제2항이 정하는 제29조 제12항 제4호의 ‘기타 법령의 규정(공정거래법 제22조의2 제3항과 동법 시행령 제35조 제2항, 제3항 및 같은 조 제4항)에 의한 비공개 자료’에 해당함.
- 결국 공정위가 이 사건 비공개 자료를 공정거래법 제52조의2 및 공정거래법 제55조의2에 의한 절차규칙 제29조의2 제2항에 근거하여 비공개하기로 한 이 사건 거부처분은 적법함.
[애플의 열람복사거부처분 취소소송에 대한 건(서울고법 2018. 10. 4. 선고 2018누47457 판결²⁶⁾]]

26) 상고심(대법원 2019. 2. 14. 선고 2018두61840 판결)은 신리불속행 기각함

□ 피심인의 방어권 행사에 실질적으로 지장이 초래되었다고 볼 수 없는 경우에는, 공정위가 심사보고서 첨부자료의 제공 또는 열람·복사를 거부하였다고 해도 절차적 정당성이 상실되었다고 볼 수 없음

- 의견서 제출기한이 종료된 이후이기는 하나, 원고의 열람·복사 신청에 따라 피고는 2014. 4. 4. 원고에게 이 사건 자료들 중 일부 자료를 제공하였고, 그때부터 전원회의 심의일인 2014. 4. 30.까지 원고는 그 자료들을 검토할 충분한 시간이 있었던 것으로 볼 수 있음. 이에 따라 원고는 전원회의일까지 추가 서면을 제출할 수도 있었고 전원회의에서 이에 대한 의견을 진술하거나 필요한 자료를 제출할 수 있었음. 그럼에도 불구하고 원고는 심사보고서를 받은 후 전원회의 심의일까지 피고에게 2014. 3. 14자 의견서를 제출하고 전원회의 심의일에 출석한 원고의 대리인 및 직원 등이 이 사건 공동행위에 관한 의견을 개진한 이외에 전원회의 당시 피고가 원고에게 한솔이엠이 등 직원들의 진술이 담긴 자료들을 송부하지 않은 사실에 대한 별도의 이의를 제기하지는 않았음.

[(주)포스코 건설의 대구 서부하수처리장 총인시설 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2018. 12. 27. 선고 2015두44028 판결)]

□ 영업비밀 또는 조사에 협조한자의 신원과 제보내용 등에 관련된 자료로서 비공개로 인한 법령상 이익이 원고들의 방어권 보장의 필요보다 크다고 판단되는 자료에 대하여 원고들의 자료열람요구를 거부할 수 있다고 봄이 타당함

- 이 법원의 비공개열람심사 결과에 의하면, 동물약품 대리점 또는 사료첨가제 공급업체들이 공개거부 의사를 밝힌 자료의 내용은 각 동물약품 대리점 또는 사료첨가제 공급업체들의 물품 공급가격이거나, 거래처별 물품 구매 및 판매기간, 거래량, 가격 등 정보이거나, 피고의 심의 대상인 원고들의 행위 관련이 있는 거래내용 등에 관한 진술로서 영업비밀 또는 조사에 협조한자의 신원과 제보내용 등에 관련되어 비공개로 인한 법령상 이익이 원고들의 방어권 보장의 필요성보다 크다고 판단되므로, 피고는 공정거래법 제52조의2와 절차규칙 제29조의2에 따라 해당 자료에 대하여 원고들의 자료열람요구를 거부할 수 있다고 봄이 타당함.

[(주)팜스코 외 10의 열람복사 거부처분취소청구에 대한 건(서울고법 2019. 5. 16. 선고 2019누30500 판결²⁷⁾)]

27) 상고심(대법원 2019. 10. 17. 선고 2019누44736 판결)은 신리불속행 기각함

□ 원고가 청구하고 있는 자료의 대부분은 본안 처분과 관련이 없고 영업비밀에 해당하며 자료제출자의 부동의가 인정되어 열람복사 거부가 정당함

- 원고들은 자료가 공개되지 않더라도 이미 공개된 심사보고서 및 그 첨부자료 등을 가지고 이 사건 위반행위를 다투는 데 어려움이 없어 보이므로 이 사건 처분으로 인해 원고들의 방어권이 실질적으로 침해된다고 보기 어렵고, 위 자료는 영업비밀을 포함하고 자료제출자와 원고 사이에 국제중재절차가 진행 중인 점 등에 비추어 공익상 필요가 있다고도 볼 수 없음.

[급호고속(주) 외 4의 열람복사거부처분 취소에 대한 건(서울고법 2020. 8. 19. 선고 2020누34010 판결, 고법 확정)]

□ 피고는 심사보고서의 해당 자료에서 대략적인 수치 등을 표와 도표 등을 이용하여 표시함으로써 필요한 한도 내에서 설명하는 등 원고들에 대한 소송절차 이전의 심의 단계에서 관련 법령에서 허용하는 바에 따라 원고들에게 부여된 심의절차에서의 방어권을 보장하기 위한 조치를 한 것으로 여겨지므로 이 사건 비공개 자료에 대하여 피고에게 원고들의 열람·복사 요구에 응하여야 할 의무가 없음

- 이 사건 비공개 자료는 자료 제출자들이 비공개 의사를 명확히 함으로써 이에 대한 열람·복사에 동의하지 않았고, 그 성질상 영업비밀 등으로서 비공개 자료에 해당할 뿐 아니라, 피고는 심사보고서의 해당 자료에서 대략적인 수치 등을 표와 도표 등을 이용하여 표시함으로써 필요한 한도 내에서 설명하는 등 원고들에 대한 소송절차 이전의 심의 단계에서 관련 법령에서 허용하는 바에 따라 원고들에게 부여된 심의절차에서의 방어권을 보장하기 위한 조치를 한 것으로 여겨지므로, 결국 이 사건 비공개 자료의 열람·복사로 인해 되는 이익이 열람·복사를 거부함으로써 보호되는 이익보다 크다고 보기 어려워 구 공정거래법 제52조의2의 ‘공익상 필요’가 있는 경우에 해당한다고 할 수 없음.

- 원가 및 가격 데이터, 판매 데이터, 마진, 시장점유율, 고객 목록, 판매전략과 관련된 재무적 또는 기술적 정보 등은 이를 공개할 경우 해당 기업에 심각한 해를 초래할 수 있는 정보로서 그 성질상 영업비밀에 해당한다고 할 것인바, 이 사건 비공개 자료는 매출자료 또는 내부전략 정보나 시장점유율 등에 관계된 것이므로 공공연히 알려져 있지 아니한 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로 그 주체에 의하여 관리되는 영업활동에 유용한 경영상 정보 등으로서 부정경쟁방지법 제2조 제2호에 정한 영업비밀에 해당하거나, 그렇지 않다고 하더라도 법인 등의 경영상·영업상 비밀에 관한 사항으로서 공개될 경우 법인 등의 정당한 이익을 현저히 해칠 우려가 있다고 인정되는 정보로서 정보공개법 제9조 제1항 제7호에 정한 비공개 대상 정보에 해당한다고 볼이 타당함.

- 원고들이 이 사건 비공개 자료 열람·복사의 목적으로 들고 있는 사정들을 보면, 해당 자료들이 정확한지 비교·분석해본다는 것이고, 그 자료도 대부분 단순 수치에 관한 것으로 그 내용이 이해하기 어려울 정도로 복잡하다고 할 수 없어 굳이 열람·복사까지 필요한 정도로 보이지 않는 점, 나아가 심사보고서 본문에 대략적인 수치와 내용 등을 표나 도표 등을 이용하여 표시함으로써 그 흐름까지 포함하여 이를 알 수 있도록 한 점 등 이 사건 비공개 자료의 내용과 분량, 원고들이 이 사건 비공개 자료를 통해 단성하려는 목적을 고려하면, 피고가 피심인의 방어권 보장과 자료제출자의 영업비밀 보호 간의 조화를 도모하기 위하여 도입한 제한적 자료열람 제도의 이용만으로도 원고들의 방어권이 충분히 보장될 수 있을 것으로 보임(피고는 원고들에게 이 사건 비공개 자료에 대하여 제한적 자료열람이 가능하다고 통지하였음).

[구글엘엘씨 등의 열람·복사거부처분에 대한 건(서울고법 2022. 10. 19. 선고 2021누48573 판결²⁸⁾)]

- 제한적 자료열람자를 1인으로 제한한 처분을 통해 얻을 수 있는 영업비밀 보호의 실효성 확보라는 공익적 필요성이 원고들의 방어권 보장에 비해 작다고 할 수 없으므로 이 사건 인원제한처분이 원고들의 위 주장과 같이 재량권을 일탈남용하였다고 볼 수 없음
- 다음과 같은 사정들을 종합하면, 이 사건 인원제한처분을 통해 얻을 수 있는 영업비밀 보호의 실효성 확보라는 공익적 필요성이 원고들의 방어권 보장에 비해 작다고 할 수 없으므로 이 사건 인원제한처분이 원고들의 위 주장과 같이 재량권을 일탈·남용하였다고 볼 수 없음.
- ① 제한적 자료열람 제도는 피고가 2020. 12.경 피심인의 방어권 보장과 자료제출자의 영업비밀 보호 간의 조화를 도모하기 위하여 도입한 것으로, 절차규칙 제29조 제12항 제1호의 '영업비밀'에 해당하여 열람·복사가 허용되지 않던 상황에서 위 제도의 도입으로 피심인의 방어권이 최대한 보장될 수 있도록 해당 자료의 제한적 열람이 가능하게 된 점 등을 고려하면 피고는 제한적 자료열람 허용 여부에 대해 어느 정도 재량권을 가지고 있음.
- ② 이 사건 제한적 자료열람 대상 자료는 영업비밀에 해당하는 부분만 특정하여 비공개하고 있어 양이 방대하다거나 그 내용이 지나치게 복잡하여 제한적 자료열람자로 지정된 1인이 2주의 기간 동안 분석하기 어렵다고 보이지 않으므로, 원고들의 대리인 1인이 이 사건 제한적 자료열람 대상 자료를 열람하더라도 원고들이 방어권을 행사하는데 별 어려움이 없을 것으로 보임.

28) 상고심(대법원 2023. 3. 16. 선고 2022누65863 판결)은 심리불속행 기각함

- ③ 제한적 자료열람자를 2인 이상으로 지정하면 자료 유출 시 책임소재 파악이 어려워지는 등 자료 제출자의 영업비밀 보호 측면에서 바람직하지 않은 결과를 야기할 수 있음.
- ④ 제한적 자료열람자의 비밀유지의무 및 그 위반에 대한 제재나 제한적 자료열람실 이용규칙 등은 제한적 자료열람이 허용된 경우 제한적 자료열람자가 준수하여야 할 의무 사항과 그 의무 위반에 대한 제재 내용 등을 정하고 있는 것인바, 이러한 규정을 들어 이 사건 인원제한처분이 그 자체로 부당하다고 보기 어려움. 오히려 영업비밀은 일단 유출되면 사후적인 조치를 통하여 그 손해를 회복하기 어려우므로 예방적으로 그 준수의무를 강화하는 것이 중요할 뿐 아니라, 이 사건 인원제한처분은 위에서 본 바와 같이 이 사건 제한적 자료열람 대상 자료의 분량, 내용 및 열람 필요성 등과 영업비밀 보호의 이익 등을 균형적으로 고려하여 업무지침에 따라 2주 간의 기간을 부여하면서 그 자료열람자를 1인으로 한정한 것으로 보이므로 원고들의 위 주장은 받아들일 수 없음.

[구글엔엘씨 등의 열람·복사거부처분에 대한 건(서울고법 2022. 10. 19. 선고 2021누48573 판결²⁹⁾]

다) 부정례

- 자료제출자가 열람·복사에 대하여 동의하지 아니하고 영업비밀 등 비공개 대상 자료에 해당하는 등 원고들의 자료열람요구를 거부할 수 있는 특별한 사정이 있다고 인정되지 아니한 경우 해당 자료에 대한 원고들의 자료열람요구에 응할 의무가 있다고 봄이 타당함
- 을 제13 내지 22호증의 각 기재에 의하면 각 공급업체가 원고들의 열람·복사에 대하여 부동의한다는 내용이 기재되어 있으나, 그 공급업체명을 식별할 수 없어 실제 어떤 업체가 부동의 의사를 밝힌 것인지 확인할 수 없는바 민사소송법 제355조 제1항은 '법원에 문서를 제출하거나 보낼 때에는 원본, 정본 또는 인증이 있는 등본으로 하여야 한다'고 규정하고 있고, 민사소송법 제357조는 '사문서는 그것이 진정한 것임을 증명하여야 한다'고 규정하고 있는데, 원고들이 작성자 명의가 없는 을 제13 내지 22호증의 진정성립을 다투고 작성자 표시가 포함된 원본의 제출을 요구하고 있는 이상 피고는 이 사건 비공개 자료의 제출자들이 원고들의 열람·복사에 부동의하였다는 사실을 입증하기 위하여 그 서증의 원본 또는 이와 동일한 사본을 법원에 제출하고 그 진정성립을 입증하여야 함.
- 법원은 민사소송법 제347조 제4항에 따라 문서제출명령의 대상 문서가 민사소송법 제344조에 해당하는지를 판단하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 그 문서를 가지고 있는 사람에게 그 문서를 제시를 명하고 제시된 문서를 비공개로 심리할 수 있으나,

29) 상고심(대법원 2023. 3. 16. 선고 2022두65863 판결)은 심리불속행 기각함

열람·복사를 구하는 대상의 공개가능 여부에 관한 본안판단의 전제가 되는 사실을 입증하기 위하여 당사자가 제출한 서증에 대하여도 비공개로 심리할 수 있다고 볼 수는 없고 자칫 이를 확대할 경우, 상대방 당사자가 제출한 서증의 진정성립을 다툴 권리나 원본 등을 확인할 수 있는 권리를 부당하게 제한하게 되고, 이러한 증거조사방법을 민사소송법이 예정한 서증조사방법이라 볼 수 없음.

- 을 제13 내지 22호증 중 공개되지 않은 부분은 원고들의 열람·복사에 대하여 비공개 의사를 표시한 사료첨가제 공급업체의 이름이나 담당자인데, 그 업체명이나 담당자가 공개될 경우 자료를 제공한 업체들이 향후 원고들과의 거래관계에서 불이익을 받을 우려가 있을 수 있다고 하더라도 그 구체적 불이익이 구체적으로 밝혀진 바 없고, 그 업체명이나 담당자의 공개만으로 원고들이 이를 통하여 경쟁 관계에 따른 부당한 이익을 얻을 수 있다거나 대상 공급업체가 상당한 비용이나 노력을 들인 정보라거나 절차규칙에서 첨부자료의 열람·복사의 제한사유로 든 영업비밀이라 인정하기 부족함.
- 설령 이를 영업비밀에 해당한다고 하더라도, 비공개자료에 대한 열람·복사에 동의하지 않은 업체명이 공개되지 않으면, 원고들은 열람·복사를 구하는 자료에 관한 자료제공자의 동의 여부에 관하여 다툴 기회가 처음부터 봉쇄되고, 나아가 이 사건 심사보고서에 첨부된 사료첨가제 공급업체들과의 거래에 관한 기초자료에 대하여 실질적으로 다투기 어려운 상황도 발생할 수 있는바 원고들의 열람·복사를 거부함으로써 보호되는 공급업체들의 이익과 그로 인하여 침해되는 원고들의 방어권 내용과 정도를 비교·형량하더라도, 입체나 담당자의 동일성 정보는 원고들이 열람·복사의 대상으로서 구하는 대상 정보와 달라 그 원본 제출을 거부함으로써 보호되는 이익이 원고들의 불이익보다 크다고 볼 수도 없음.

[(주)팜스코 외 10의 열람복사 거부처분취소청구에 대한 건(서울고법 2019. 5. 16. 선고 2019누30500 판결)]

4) 기타

- 원고가 환송 전 당심에서 이 사건 처분에 절차적 하자를 주장한 사실이 없고, 뒤늦게 이러한 공격방법을 제출한 사정 등을 고려할 때 이 사건 처분에 절차상 하자가 있다는 원고 주장은 실기한 공격방법에 해당함
- 원고는 환송 전 당심에서 3회에 걸친 변론기일 동안 이 사건 처분사유의 부존재, 이 사건 시정명령 및 이 사건 과징금납부명령의 위법을 주장하였을 뿐, 이 사건 소가 제기된 2017. 7. 7.부터 그 변론종결일인 2018. 3. 8.까지 이 사건 처분에 절차상 하자가 있다는 취지의 주장을 한 바 없음. 원고는 환송 후 당신인 이 법원에 이르러 소 제기 후 약 4년 5개월이

지난 2022. 1. 27. 4회 변론기일에 진술된 2022. 1. 26.자 준비서면에서 비로소 위와 같은 주장을 하였음.

- 위와 같은 소송의 경과 및 헌법 제27조 제3항 전문, 민사소송법 제1조의 취지 등을 종합하여 볼 때, 원고는 약 8개월간 진행된 환송 전 당시 변론에서 위와 같은 주장을 충분히 할 수 있었을 것으로 보이고, 대법원에서 이 사건이 환송된 이후 이 법원에 이르러서야 뒤늦게 위와 같은 공격방법을 제출한 것은 고의 또는 중대한 과실에서 비롯된 것이라고 할 수 있음.
- 원고는 2022. 3. 25. 문서제출명령신청서를 제출하면서 이 부분 주장사실을 입증하기 위하여 피고의 조사공문, 수집제출자료 목록, 사건심사기록목록 등의 제출명령을 신청하였는데, 원고의 위 주장에 관한 충분한 심리를 위하여 추가 변론이나 증거조사를 실시할 경우 소송의 완결이 지연될 수밖에 없음. 더구나 아래에서 가정적으로 살펴보는 바와 같이 이 사건 처분에 절차상 하자가 존재한다고 보기 어려운 점에 비추어 보더라도 위 문서제출명령 등을 채택하여 추가적으로 심리할 필요가 있다고 보기 어려움. 따라서 원고의 이 부분 주장은 실기한 공격방법에 해당하여 받아들일 수 없음.

[대한소아청소년과의사회의 사업자단체금지행위에 대한 건(서울고법 2022. 9. 15. 선고 2021누59405 판결³⁰⁾)]

※ 참고 : 대법원 2000. 4. 7. 선고 99다53742 판결, 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009다55808 판결

- 확인서를 심사보고서와 별도로 송부하고 이를 뒤에 소회의 심의기일이 개최되었더라도, 원고들은 심의기일에서 적절한 방어권을 행사하기에 필요한 시간이 주어진 것으로 볼 수 있으며, 확인서에 일련의 증거번호를 부여하지 않고 심사보고서와 별도로 교부 하였다는 사정만으로 원고들의 방어권이 충분히 보장되지 않았다고 할 수는 없음
- 2016. 8. 30.자 한덕산업 확인서는 심사보고서에 포함되어 있지 않았고, 피고는 원고들에 대하여 2018. 6. 12. 위 확인서를 심사보고서와 별도로 송부하였으며, 2018. 6. 14. 소회의 심의기일이 개최된 사실은 인정되나 위 확인서가 심사보고서와 함께 송부되지 않았다고 하더라도 원고들은 소회의 심의기일 이를 전에 위 확인서를 송부 받음으로써 심의기일에서 적절한 방어권을 행사하기에 필요한 시간이 주어졌다고 볼 수 있는데바 위 확인서에 일련의 증거번호를 부여하지 않고 심사보고서와 별도로 교부하였다는 사정만으로 이 사건 처분을 위한 조사절차 및 심결절차에서 원고들의 방어권이 충분히 보장되지 않았다고 할 수는 없음.

[고려그린미스(주) 외 9의 천안·아산지역 17개 레미콘제조사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2019. 9. 19. 선고 2019누32117 판결³¹⁾)]

30) 재상고심(대법원 2023. 1. 12. 선고 2022두58766 판결)은 심리불속행 기각함

- 원고에게 통지된 심사보고서에서는 이 사건 공동행위와 관련하여 실제 배분받은 물량만을 근거로 관련매출액을 산정하였으나, 피고는 심의 및 의결 과정에서 관련 입찰에서 투찰금액 합의가 있었음을 전제로 입찰 금액 전액을 관련매출액으로 산정 하였다고 하더라도 구 공정거래법 제49조 제3항, 제52조 제1항 등에서 정한 원고의 의견진술권과 방어권을 본질적으로 침해한 절차적 위법이 있다고 볼 수 없음
- 피고 소속 심사관이 작성한 심사보고서에 2014년 이후 이 사건 공동행위의 내용이 입찰단합 합의 및 물량배분 합의에 모두 해당된다는 취지로 기재되어 있고 근거 법령으로 구 공정거래법 제19조 제1항 제8호 및 제3호가 모두 명시되어 있으며, 피고의 소회와 과정에서도 2014년 이후 이 사건 공동행위의 내용이 입찰단합 합의에 해당되는지 여부 및 그에 따른 관련매출액 산정 방식에 관하여 원고를 비롯한 피심인들과 피고 측 심사관의 의견진술이 있었던 점, 한편 피고의 심의·의결 절차는 일부 준사법절차의 성격을 가지고 있다고 하더라도 기본적으로 행정절차에 해당하여 위 절차에 사법절차에서 보장되는 수준의 엄격한 방어권 보장 등의 법리가 그대로 적용된다고 보기는 어려운 점 등에 비추어, 피고가 이 사건 처분을 함에 있어 2014년 이후의 이 사건 공동행위의 내용이 입찰단합 합의에 해당된다고 보아 입찰 금액 전액을 대상으로 하여 관련매출액을 산정한 것이 새로운 사실관계 또는 처분사유를 추가한 것이라고 할 수 없음. 그렇다면 이 사건 처분에 구 공정거래법 제49조 제3항, 제52조 제1항 등에서 정한 원고의 의견진술권과 방어권을 본질적으로 침해한 절차적 위법이 있다고 볼 수 없으므로, 이에 반하는 원고의 이 부분 주장은 이유 없음.

[한국농수산식품유통공사 발주 수입쌀 등 수입농산물 운송용역 입찰 관련 12개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2022. 9. 21. 선고 2021누32127 판결), 고법 확정]

- 확인서의 내용과 똑같은 무삭제 원본이 존재하고 그 무삭제 원본이 진정하게 성립했다는 점을 증명할 증거가 없는바, 피고가 사본이라고 주장하는 이 사건 각 확인서로써 그 무삭제 원본을 대신할 수는 없고, 단지 사본인 이 사건 각 확인서가 존재한다는 것 이상의 증거가치를 부여할 수도 없으므로, 이 사건 각 확인서를 사실인정의 증거로 쓸 수 없음
- 문서의 제출 또는 송부는 원본, 정본 또는 인증등본으로 하여야 하므로, 원본, 정본 또는 인증등본이 아닌 단순한 사본을 서증으로 제출하는 것은 그 정확성의 보증이 없어 원칙적으로 적법하지 않으나 이러한 사본도 그 원본의 존재와 성립의 진정에서 다토이

31) 원고 참고포기로 확정됨

없고 그 사본을 원본의 대용으로 하는 데에 상대방이 이의를 하지 않은 때에만 사본만의 제출도 증거의 신청으로 허용되고, 그렇지 않은 경우라면 사본으로써 원본을 대신할 수 없으며 사본을 원본으로 제출하는 경우에는 그 사본이 독립한 서증이 되나 그 대신 이에 의하여 원본이 제출된 것으로 되지는 않고, 증거에 의하여 사본과 같은 원본이 존재하고 또 그 원본이 진정하게 성립하였음이 인정되지 않는 한 그와 같은 내용의 사본이 존재한다는 것 이상의 증거가치는 없음.

- 피고는, 피고가 재판부에 한하여 작성 명의인의 인적사항이 기재된 무삭제 원본을 제시함으로써 무삭제 원본의 존재와 진정성임을 증명할 수 있다는 취지로 주장하나 이 사건 각 확인서의 원본이라고 피고가 주장하는 무삭제 원본은 피고가 일방적으로 주제한 가운데 작성 명의인이 작성했다는 것으로 보이는데 피고가 이 사건 처분 사유의 존재를 증명하고자 이 법원에 그 사본이라고 이미 제출한 문서의 원본에까지 민사소송법 제347조 제4항에 규정된 비공개열람심사를 적용한다면, 원고는 무삭제 원본을 확인할 기회를 충분히 보장받지 못하여 그 진정성임이나 내용의 진실성을 탄핵할 권리를 부당하게 침해당하는 결과가 발생하므로 피고의 주장은 이유 없음.

[현대모비스(주)의 거래상지위 남용행위에 대한 건(서울고법 2019. 6. 12. 선고 2018누47631 판결³²⁾]

- 연명확인서의 작성과정, 기재내용 등에 비추어 볼 때, 이는 원고들이 임의로 서명·날인하여 피고에게 제출한 것으로서 진술조서라고 볼 수 없으므로 피고가 이 사건 처분을 함에 있어 지켜야 할 절차를 제대로 지키지 않았다는 원고의 주장은 이유 없음
- 원고는 연명확인서 작성 과정에서 피고가 출석요구서를 발부하지 않았음을 들어 이 사건 처분에 절차적 하자가 있다고 주장하나, 구 공정거래법이 피고의 의무가 아니라 조사권한으로서 당사자 등에 대한 출석 요구 및 의견 청취 권한을 규정하고 있는 이상, 피고가 법 위반 혐의를 확인하고 그 위법성 여부를 조사·판단함에 있어 당사자 등의 협조를 받아 면담하거나 그 과정에서 자료를 교부 받는 것은 출석요구서 발부가 없더라도 적법함.
- 공정거래위원회 회의 운영 및 사건절차 등에 관한 규칙 제15조는 ‘심사관 또는 조사공무원이 당사자 등의 의견을 들은 때에는 필요한 경우 진술조서를 작성하여야 하며, 진술조서에는 진술자의 성명, 전화번호, 진술일시, 진술장소 및 진술내용을 기재하고, 이를 진술자에게 읽어주거나 열람하게 하여 기재내용의 정확 여부를 물고 진술자가 증감·변경의 청구를 하거나 서명·날인을 거부한 때에는 그 내용을 기재하여야 한다’고 규정하고 있음. 원고는

32) 상고심(대법원 2019. 10. 17. 선고 2019두46060 판결)은 심리불속행 기각함

연명확인서가 실질적으로 진술조서에 해당함을 전제로 그 기재내용을 열람, 확인하는 과정을 거치지 않은 위법을 주장하나, 연명확인서의 작성 과정, 기재내용 등에 비추어 볼 때 이는 원고 등 17개사가 임의로 서명·날인하여 피고에게 제출한 것으로서 진술조서라고 볼 수 없으므로, 이와 다른 전제에 선 원고의 주장 또한 이유 없음.

[천안·아산지역 17개 레미콘 제조사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2020. 1. 9. 선고 2019누40095 판결, 고법 확정)]

다. 송달 관련

□ 공정거래위원회는 국내에 주소·거소·영업소 또는 사무소가 없는 외국사업자에 대하여도 우편송달의 방법으로 문서를 송달할 수 있음

- ‘구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률’(2004. 12. 31. 법률 제7315호로 개정되기 전의 것) 제55조의2 및 이에 근거한 ‘공정거래위원회 회의운영 및 사건절차 등에 관한 규칙’(공정거래위원회 고시 제2001-8호) 제3조 제2항에 의하여 준용되는 구 행정절차법(2002. 12. 30. 법률 제6839호로 개정되기 전의 것) 제14조 제1항은 문서의 송달방법의 하나로 우편송달을 규정하고 있고, 행정절차법 제16조 제2항은 외국에 거주 또는 체류하는 자에 대한 기간 및 기한은 행정청이 그 우편이나 통신에 소요되는 일수를 감안하여 정하여야 한다고 규정하고 있는 점 등에 비추어 보면, 피고는 국내에 주소·거소·영업소 또는 사무소가 없는 외국사업자에 대하여도 우편송달의 방법으로 문서를 송달할 수 있다고 할 것임.
- 그럼에도 불구하고 원심이 이와는 달리 국내에 주소 등이 없는 외국사업자에 대하여는 행정절차법 제14조 제1항의 우편송달을 할 수 없고, 달리 송달할 방법이 없어 같은 조 제4항 제2호 소정의 ‘송달이 불가능한 경우’에 해당하므로 공시송달의 방법을 취할 수밖에 없다고 한 것은 잘못이라고 한 것이나, 기록에 의하면, 피고는 국내에 주소 등이 없는 외국사업자인 원고에게 ‘심사보고서에 대한 의견제출요구 및 전원회의 개최통지서’ 및 ‘의결서 정본’을 등기우편으로 송달하였음을 알 수 있고, 이는 행정절차법 제14조 제1항의 규정에 따른 우편송달로서 적법하다 할 것임.

[쇼와덴코 등 6개 사업자의 특연전극봉 가격공동결정행위 건(대법원 2006. 3. 24. 선고 2004두11275 판결)]

□ 원고가 국외에 주소를 두고 있는 사업자로서 국내에 이 사건 처분과 관련하여 피고의 의결을 수령할 대리인을 지정하지 아니하였고, 이에 피고가 2006. 11. 6.자로 이 사건 처분이 담긴 의결서를 게시판 및 인터넷에 공고한 것은 신설된 규정에 따른 송달로서 적법함

- 2004. 12. 31. 신설되어 2005. 4. 1.부터 시행된 공정거래법 제53조의2 제1항에서는 “문서의 송달은 행정절차법 제14조 내지 제16조의 규정을 준용한다”고 규정하고, 제2항에서는 “제1항의 규정에 불구하고 국외에 주소를 두고 있는 사업자 또는 사업자단체에 대해서는 국내에 대리인을 지정하도록 하여 동 대리인에게 송달하고, 해당 사업자 또는 사업자단체가 국내 대리인을 지정하지 아니한 경우에는 관보·공보·게시판·일간신문 중 하나 이상에 공고하고 인터넷에도 공고하여야 한다”고 규정하고 있는바, 원고가 국외에 주소를 두고 있는 사업자로서 국내에 이 사건 처분과 관련하여 피고의 의결을 수령할 대리인을 지정하지 아니하였고, 이에 피고가 2006. 11. 6.자로 이 사건 처분이 담긴 의결서를 게시판 및 인터넷에 공고한 사실은 앞에서 본 바와 같으므로 이는 이와 같이 신설된 규정에 따른 송달(2004. 12. 31. 신설되어 2005. 4. 1. 시행된 공정거래법 제53조의3 제1항)로서 적법함.

[쇼와넨코의 흑연전극봉가격 공동결정행위 재산정 건(서울고법 2007. 9. 19. 선고 2006누29692 판결³³⁾]

□ “외국사업자의 공정거래법 위반행위에 대한 조사 및 처리지침”에서 “의결의 통지를 영어 또는 외국사업자의 본국어를 사용하여 전달한다”라는 의미는 어떠한 내용의 의결이 있었는지를 영어 또는 외국사업자의 본국어로 작성하여 전달한다는 의미이지 반드시 의결서 전문을 번역하여 송부하여야 한다는 의미로 볼 수 없음

- 외국사업자에 대한 조사 및 처리의 일관성 및 통일성을 유지하기 위한 피고의 내부규정인 “외국사업자의 공정거래법 위반행위에 대한 조사 및 처리지침”에는, 국내 영업기�이 없는 외국사업자에 대한 문서의 전달방법으로 “심사절차 개시의 통지, 결정 또는 의결의 통지 등은 영어 또는 외국사업자의 본국어를 사용하여 그 외국사업자의 주소, 거소 또는 그 사무소에 등기우편 또는 팩스 전신 등으로 전달한다”라고 규정(IV. 1. 나항 참조)되어 있는데, 위 처리지침에 의하더라도 심사보고서를 영어나 본국어로 번역하여 송부하여야 한다는 것은 아니고, 다만 공정거래법 제49조 제3항에 의하면 그 조사결과를 통지하도록 규정되어 있을 뿐이며, 위 처리지침에서 “의결의 통지를 영어 또는 외국사업자의 본국어를 사용하여 전달한다”라는 의미는 어떠한 내용의 의결이 있었는지를 영어 또는 외국사업자의 본국어로

33) 상고심(대법원 2008. 4. 10. 선고 2007누22054 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

작성하여 전달한다는 의미이지 반드시 의결서 전문을 번역하여 송부하여야 한다는 의미로 볼 수 없음.

- 따라서 공정위가 원고 등의 부당한 공동행위에 대하여 조사한 후 전원회의에 상정하면서 원고에게 심사보고서에 대한 의견요구와 위 회의개최를 일리는 내용의 영문으로 작성된 통지서와 한국어로 작성된 심사보고서를 원고에게 등기우편으로 발송하였고, 의결의 요지를 발췌하여 영문으로 번역한 의결 요지서에 의결서 정본을 첨부하여 원고에게 송달한 것은 공정거래법 규정이나 내부지침을 위반한 것이라 할 수 없을 뿐 아니라, 원고는 국내 대리인을 선임하고 그가 위 회의에 출석하여 의견을 진술하였음은 위에서 인정한 바와 같으므로, 원고로서는 위와 같이 국문으로 된 심사보고서나 의결서 정본이 영어 또는 본국어로 번역되지 않은 상태로 송달됨으로써 그 내용을 알 수 없어 방어권을 제대로 행사할 수 없었다고 볼 수도 있으므로 원고의 방어권 행사의 기회가 침해당하였다고 보기 곤란함.

[에프 호프만 라 로슈 등 6개사의 비타민 가격 등 공동결정행위 건(서울고법 2004. 11. 24. 선고 2003누9000 판결, 고법 확정)]

6. 처분 사유의 특정

- 처분서에 기재된 내용과 관계 법령 및 당해 처분에 이르기까지의 전체적인 과정 등을 종합적으로 고려하여 처분 당시 당사자가 어떠한 근거와 이유로 처분이 이루어진 것인지를 충분히 알 수 있어서 행정구제절차로 나아가는 데에 별다른 지장이 없었던 것으로 인정되는 경우에는 처분서에 처분의 근거와 이유가 구체적으로 명시되어 있지 않더라도 그 처분이 위법한 것으로 볼 수 없음

- 피고는 위반행위를 명시하고 위반행위의 시기와 종기, 위반행위의 상대방, 위반행위의 내용과 방법을 특정하여 이 사건 처분을 한 점, 특히 위반행위의 상대방은 원고가 정한 온라인 최저판매가격기준 이하로 원고 타이어를 판매하는 원고의 대리점 등으로 특정할 수 있는 점, 이 사건 행위가 다수 대리점을 대상으로 장기간 이루어져 그 성격상 개괄적인 표시가 부득이한 점 등을 고려하면, 원고는 이 사건 처분 당시 어떠한 근거와 이유로 처분이 이루어진 것인지를 충분히 알 수 있어서 그에 불복하여 행정구제절차로 나아가는 데에 별다른 지장이 없었다고 볼이 상당함.

[(주)금호타이어의 재판매가격유지행위 및 구속조건부거래행위 건(서울고법 2020. 8. 26. 선고 2019누53442 판결³⁴⁾)]

- 이 사건 처분의 대상은 원고가 2011. 1. 1.부터 2016. 12. 31.까지 이 사건 이온식 공기청정 제품에 대하여 인터넷 홈페이지, 홈쇼핑, 카탈로그, 잡지 등을 통하여 홍보한 광고 전부로 특정될 수 있음
- 이 사건 의결서(갑 제1호증)에는, “원고가 2011. 1. 1.부터 2016. 12. 31.까지 원고의 인터넷 홈페이지(www.samsung.com)의 개별 제품 설명란(을 제6호증의 1 내지 6), 홈쇼핑(을 제7호증), 카탈로그(을 제8호증의 1 내지 6) 및 잡지(을 제9호증)를 통하여 별지 3 기재와 같이 플라즈마 이온발생장치인 바이러스 닉터 장치를 탑재한 공기청정 제품에 관한 이 사건 광고를 하였다”는 점이 이 사건 광고행위로 적시되어 있으므로, 이 사건 광고행위는 별지 3 기재 광고에 한정되는 것이 아니라 별지 3 기재 광고에서 사용된 문구를 사용한 인터넷 홈페이지, 홈쇼핑, 카탈로그, 잡지를 통한 공기청정제품 전체에 관한 광고행위임.
- 또한 피고 심사보고서에는 바이러스 닉터가 장착된 공기청정기, 자연가습청정기, 제습기 제품의 각 모델명이 모두 기재되어 있고, 의결서에 기재된 광고뿐만 아니라 바이러스 닉터가 장착된 다른 제품에 관한 광고 내용이 함께 기재되어 있음.

[삼성전자(주)의 부당한 광고행위 건(서울고법 2019. 10. 31. 선고 2018누69945 판결³⁵⁾)]

34) 상고심(대법원 2020. 12. 30. 선고 2020두48987 판결)은 심리불속행기각함

7. 처분사유 추가·변경

- 공정위는 소송계속 중 비로소 제5호의 사유를 이 사건 처분사유로 추가하여 주장하고 있으나, 당초의 처분사유인 같은 항 제1호, 제6호, 제7호와는 기본적인 사실관계가 동일하다고 할 수 없으므로 허용되지 아니함
 - 정보공개법 제9조 제1항 제1호, 제6호, 제7호와 같은 항 제5호는 서로 비공개대상정보로 한 근거와 입법취지가 다를 뿐만 아니라 그 내용과 범위 및 요건이 다르다는 점을 종합해 보면, 피고가 이 사건 소송계속 중 처분사유로 추가한 정보공개법 제9조 제1항 제5호의 사유는 당초의 처분사유인 같은 항 제1호, 제6호, 제7호의 사유와는 기본적인 사실관계가 동일하다고 할 수 없고, 같은 항 제5호의 사유가 이 사건 처분 후에 새로 발생한 사실을 토대로 한 것이 아니라 이 사건 처분 당시에 이미 존재한 사실에 기초한 것이라 하여 달리 볼 것은 아니므로, 위와 같은 처분사유의 추가는 허용되지 않음.

[경제개혁연대의 정보공개청구 거부처분 취소소송 건(서울고법 2012. 9. 6. 선고 2012누1138 판결³⁵⁾]
- 이 사건 소송계속 중 이 사건 처분의 대상이 된 위 13건의 입찰담합 외 다른 업체들과의 입찰까지 포함하여 21건 등을 하나의 공동행위에 해당한다면서 처분사유를 추가하는 것은 처분의 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일하다고 볼 수 없으므로 허용될 수 없음
 - 13건의 입찰담합이 개별 입찰담합인지, 아니면 하나의 부당한 공동행위에 해당하는지는 원고와 에이피엠 사이 또는 원고, 에이피엠 및 이앤 사이의 총 13건의 입찰단합이 있었다는 객관적 사실관계에 대하여 법적 평가를 달리하는 것일 뿐 법적 평가의 기초가 되는 사회적 사실관계를 달리하는 것은 아니므로, 피고가 이 사건 소송계속 중 13건의 입찰담합이 하나의 공동행위라고 주장하는 것은 처분의 동일성이 유지되는 범위 내에서 이루어진 처분사유의 추가·변경에 해당하여 허용됨.
 - 다만, 피고는 이 사건 소송계속 중 이 사건 처분의 대상이 된 위 13건의 입찰담합 외에 에이피엠과 이앤 사이의 입찰담합 3건을 포함하여 16건의 입찰담합이 하나의 공동행위에 해당한다거나 위 13건의 입찰담합 외 에이피엠과 이앤 사이의 입찰담합 3건, 에이피엠과

35) 상고심(대법원 2021. 3. 11. 선고 2019두60646 판결)은 원심 판결을 그대로 인정함

36) 상고심(대법원 2015. 3. 26. 선고 2012두22614 판결)은 심리불속행 기각함

아산엔텍 사이의 입찰단합 3건, 에이피엠과 제이에스 간 입찰단합 2건을 포함하여 총 21건의 입찰단합이 하나의 공동행위에 해당하면서 처분사유를 추가하고 있음.

- 그러나 이 사건 처분의 대상이 된 위 13건의 입찰단합과 에이피엠과 이앤 사이, 에이피엠과 아산엔텍 사이, 에이피엠과 제이에스 사이의 각 입찰단합은 처분의 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일하다고 볼 수 없으므로, 이러한 처분사유의 추가·변경은 위법한 처분사유의 추가·변경에 해당하여 허용될 수 없음.

[국립환경과학원 등 12개 공공기관 발주 대기오염측정장비 구매 입찰 관련 5개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2020. 9. 10. 선고 2019누40354 판결³⁷⁾]

□ 공정거래법 제23조 제1항 제4호(거래상지위남용)에 근거한 처분에 대하여 행정소송을 진행하던 중 예비적으로 제1호(가격차별)를 처분사유로 추가할 수 없음

- 법 제23조 제1항 제4호, 제2항, 법시행령 제36조 제1항 [별표1] 제6호 (라)목, 제2항은 자기의 거래상 지위를 부당하게 이용하여 구입강제, 이익제공강요, 판매목표강제에 해당하는 행위외의 방법으로 거래상대방에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 주는 행위를 불공정거래행위 중 하나인 불이익제공행위로 규정하고 있고, 법 제23조 제1항 제1호, 제2항, 법시행령 제36조 제1항 [별표1] 제2호 (가)목, 제2항은 부당하게 거래지역 또는 거래상대방에 따라 현저하게 유리하거나 불리한 가격으로 거래하는 행위를 불공정거래행위 중의 하나인 가격차별로 규정하고 있어 각 불공정거래행위의 요건이 되는 사실이 다르고, 불이익제공은 불공정거래행위로 규정하고 있는 것은 거래과정에서 거래상의 지위를 이용하여 일방당사자가 그보다 열등한 지위에 있는 타방당사자의 자유의사를 구속하여 일방적으로 상대방에게만 불이익이 되도록 거래조건을 설정하거나 변경하는 등 상대방에게 일방적으로 불이익을 주게 되는 경우에는 공정한 경쟁의 기반을 침해할 우려가 있기 때문에 이를 규제하고자 함에 그 취지가 있는 반면, 가격차별을 불공정거래행위로 규정하고 있는 것은 가격차별로 인하여 차별취급을 받는 자들의 경쟁력에 영향을 미치고, 경쟁자의 고객에게 유리한 조건을 제시하여 경쟁자의 고객을 빼앗는 등 경쟁자의 사업활동을 곤란하게 하거나 거래상대방을 현저하게 불리 또는 유리하게 하는 등 경쟁질서를 저해하는 것을 방지하고자 함에 그 취지가 있어 불이익제공과 가격차별을 불공정거래행위로 규정한 근거와 입법취지, 요건 및 처분의 내용이 다른 점 등 여러 사정을 합목적적으로 고려하여 보면, 가격차별을 사유로 하는 시정조치와 불이익 제공을 사유로 하는 이 사건 시정조치는 별개의 처분이라 할 것이므로, 가격차별의 사유를 이 사건 처분의 적법성의 근거로 삼을 수 없다고 할 것임.

[한국공항공사의 거래상 지위남용행위 건(대법원 2005. 12. 8. 선고 2003두5327 판결)]

37) 상고심(대법원 2021. 1. 14. 선고 2020두50157 판결)은 심리불속행 기각함

- 행정처분의 취소를 구하는 항고소송에서 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서만 다른 사유를 추가하거나 변경할 수 있음
 - 행정처분의 취소를 구하는 항고소송에서 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서만 다른 사유를 추가하거나 변경할 수 있고, 여기서 기본적 사실관계가 동일하다는 것은 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 초안하여 그 기초적인 사회적 법률관계가 기본적인 점에서 동일한 것을 말함.
 - 원고가 1995. 12. 4. 친족독립경영회사인 현대종합금속으로부터 특정 거래사실과 관련 없이 시설투자에 소요될 자금 충당을 위하여 선급금 명목으로 100억 원을 지급하여 줄 것을 요청받고 같은 달 6. 100억 원을 무이자로 지급한 사실이 인정되는바, 위 선급금의 미회수행위는 그 기초되는 자금의 제공이 부당지원행위에 관한 규정이 시행되기 이전에 있었고, 부당지원행위에 관한 규정이 시행된 이후에 자금을 단순히 회수하지 아니한 데 불과한 경우에 해당하므로, 법이 규제하는 자금지원행위에 해당한다고 볼 수 없고 피고가 환송판결 이후 처분사유로 주장하는 원고의 1997. 12. 5. 현대종합금속에 대한 선급금 100억 원의 변제기 연장에 의한 새로운 자금지원행위는 당초 처분사유와는 기본적 사실관계에 있어 동일성이 인정되지 않는 별개의 사실관계이므로 위 사실을 이 사건 처분의 적법성을 뒷받침하는 사유로서 추가하여 주장하는 것은 허용되지 않음.
[현대자동차 외 28(현대 1차)의 부당지원행위 건(대법원 2008. 7. 10. 선고 2006두14735 판결)]
- 기본적 사실관계가 동일하다고 하더라도, 부당공동행위의 시기, 종기, 합의의 내용과 방식, 참가자의 수 등 다수의 관련 사실이 변경되는 경우에는 법원이 직권으로 당초의 처분사유에서 상당 부분 변경된 다른 사실을 처분사유로 인정할 수는 없음
 - 기본적 사실관계가 동일하다고 하더라도, 부당공동행위의 시기, 종기, 합의의 내용과 방식, 참가자의 수 등 다수의 관련 사실이 변경되는 경우에는, 단순한 처분사유의 정정에 그치는 것이라고 보기 어렵고, 당사자의 방어권 행사에 실질적인 불이익이 초래될 우려도 있으므로, 이러한 경우에는 처분사유의 추가·변경 없이, 법원이 직권으로 당초의 처분사유에서 상당 부분 변경된 다른 사실을 처분사유로 인정할 수는 없음.
[16개 생명보험사의 부당한 공동행위 건(대법원 2014. 7. 24. 선고 2013두16951 판결)]

- 처분사유를 구체적으로 보충하거나 설명하는 사정에 불과한 것은 처분사유의 추가·변경이라 볼 수 없음

- 피고가 주장하는 처분사유는 이 사건 제1 경고처분 당시부터 일관되게 '원고가 이 사건 아울렛점 중간관리자들에게 정상상품으로 분류한 상품을 공급하고 이에 대하여 정상상품에 해당하는 수수료를 지급한 후, 사후적으로 이를 '행사상품'으로 분류를 변경하여 기지급 수수료를 환수한 행위'이고, 원고가 새로운 처분사유라고 주장하는 사유들은 위 처분사유를 구체적으로 보충하거나 설명하는 사정에 불과하다고 봄이 타당함
- 따라서 피고의 이 소송에서의 주장은 처분서에 기재된 처분사유를 구체적으로 표시하는 것에 불과하다고 할 것이므로, 새로운 처분사유의 추가·변경이라고 할 수 없으므로 원고의 이 부분 주장을 이유 없음.

[리앤한의 거래상지위남용행위에 대한 건(서울고법 2018. 6. 29. 선고 2017누57464 판결³⁸⁾)]

- '거래상대방에 휴지기간 중 공사현장의 유지·관리의무를 부담하게 하고 그 비용 청구를 금지한 행위'와 '연장된 기간 동안의 추가공사비용을 청구하지 못하게 하는 행위'는 그 기본적 사실관계가 동일한 것으로 보기 어렵다고 할 것이므로, 피고의 위 처분사유 추가의 주장은 받아들일 수 없음

[한국도로공사의 거래상지위남용행위 등에 대한 건(대법원 2018. 1. 25. 선고 2017두58076 판결)]

- 관련상품시장을 음료시장 전체에서 과실, 탄산, 기타음료시장으로 변경한 것은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계의 동일성이 있다고 인정되므로 적법함

- 행정처분의 취소를 구하는 항고소송에 있어서, 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서만 다른 사유를 추가하거나 변경할 수 있고, 여기서 기본적 사실관계의 동일성 유무는 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실에 착안하여 그 기초인 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일한지 여부에 따라 결정됨. 이와 같이 해석하는 이유는 행정처분 상대방의 방어권을 보장함으로써 실질적 법치주의를 구현하고 행정처분의 상대방에 대한 신뢰를 보호하고자 함에 그 취지가 있음(대법원 2003. 12. 11. 선고 2001두8827 판결 등 참조).

- 피고는 이 사건 선행처분에서 이 사건 공동행위의 관련상품시장이 음료시장 전체라고

38) 상고심(대법원 2018. 11. 15. 선고 2018두53511 판결)은 심리불속행 기각함

하였다가, 당시에서 이 사건 공동행위의 관련상품시장이 과실음료, 탄산음료, 기타음료시장이라고 주장하여 처분사유로 추가 내지 변경하였음. 기본적 사실관계의 동일성 유무는 처분사유를 법률적으로 평가하기 이전의 구체적인 사실을 바탕으로 판단하여야 하는데, 관련상품시장을 어떻게 확정할 것인지의 문제는 이 사건 공동행위의 존부를 판단하기 위한 전제로서 평가의 문제에 해당하고 구체적인 사실에 있어서는 기존의 처분사유와 추가·변경된 처분사유 사이에 어떠한 차이가 있다고 볼 수 없음.

- 원고(해태음료)는 이 사건 선행처분의 취소를 다투면서부터 피고의 관련상품시장 확정이 잘못되었음을 주장하였으나, 피고의 처분사유의 추가·변경을 예상할 수 있었을 것으로 보임. 나아가 원고는 과실음료에 대하여만 롯데와 담합한 사실이 있을 뿐 그 외의 음료에 대하여는 담합한 사실이 없다고 주장하고 있는데, 관련상품시장을 음료시장 전체가 아니라 과실음료, 탄산음료, 기타음료시장으로 나누어 본다고 하더라도 원고의 위 주장은 그대로 유지될 수 있으므로, 피고의 처분사유 추가·변경으로 인하여 원고의 방어권 행사에 실질적인 지장이 초래되었다고 볼 수도 없음.

[해태음료 등 5개 음료 제조·판매사업자의 부당공동행위 건(서울고법 2016. 11. 23. 선고 2013누8037 판결³⁹⁾)]

- 기본적 사실관계가 동일하지 않은 처분사유의 추가는 허용되지 않으므로, 처분청은 당초 처분의 근거로 삼은 사유와 기본적 사실관계가 동일성이 있다고 인정되는 한도 내에서만 다른 사유를 추가하거나 변경할 수 있음
- '원고1과 원고2 사이의 주식 소유관계, 임원 겸임 및 업무협의체 운영 등의 사정을 근거로 원고1이 원고2를 실질적으로 지배하였으므로 원고2의 실행행위를 원고 1의 실행행위와 동일시할 수 있다.'는 취지의 이 사건 당초 처분 사유와 '원고1이 원고2에 대하여 위반행위를 교사했다'는 새로운 사유의 기본적 사실관계가 동일하지 아니하므로 그 처분사유의 추가는 허용되지 않음.
- 원심이 원고1의 실행행위가 영업양도 시점에 종료되었다고 보아, 영업양도 시점 이후 원고1의 실행행위가 계속되었다는 주장을 배척한 데에는, 원고1이 원고2를 적극적으로 방조했다는 주장을 배척하는 취지도 포함되었다고 봄이 상당하므로, 원심판결에 판단누락 등의 잘못이 없음.

[항공화물 담합 건(대법원 2014. 12. 24. 선고 2012두6216, 2012두13412 판결)]

39) 재상고심(대법원 2017. 3. 30. 선고 2016두1202 판결)은 심리불속형 기각함

- 양자 사이의 기본적 사실관계가 동일하다고 하더라도, 부당공동행위의 시기, 종기, 합의의 내용과 방식, 참가자의 수 등 다수의 관련 사실이 변경되는 경우 처분사유의 추가·변경 없이, 법원이 직권으로 당초의 처분사유에서 상당 부분 변경된 다른 사실을 처분사유로 인정할 수는 없음

- 원심판결의 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단 중 위와 같은 ‘묵시적 양해’에 관한 사실과 이 사건 처분사유의 기본적 사실관계가 다르다고 본 것에는 다소 적절하지 않은 점이 있으나, 양자 사이의 기본적 사실관계가 동일하다고 하더라도, 부당공동행위의 시기, 종기, 합의의 내용과 방식, 참가자의 수 등 다수의 관련 사실이 변경되는 경우에는, 단순한 처분사유의 정정에 그치는 것이라고 보기 어렵고, 당사자의 방어권 행사에 실질적인 불이익이 초래될 우려도 있으므로, 이러한 경우에는 처분사유의 추가·변경 없이, 법원이 직권으로 당초의 처분사유에서 상당 부분 변경된 다른 사실을 처분사유로 인정할 수는 없는바, 위와 같은 ‘묵시적 양해’에 관한 사실을 이 사건 처분의 적법사유로 삼을 수 없다고 판단한 원심의 결론은 정당함.

[16개 생명보험사의 부당한 공동행위 건, 한화생명보험(대법원 2014. 7. 24. 선고 2013두16951 판결)]

- 원심은, 그 판시 증거를 종합하여 원고와 삼성생명보험 주식회사 및 교보생명주식회사가 정보교환 및 예정이율 등에 관한 결정 과정을 바탕으로 어느 시기부터는 시장점유율 1위인 삼성생명보험 주식회사가 예정이율 등을 결정하면 교보생명보험 주식회사와 원고가 그보다는 조금 높지만 그 두 사업자 사이에서는 같은 수준으로 예정이율 등을 결정하기로 하는 묵시적 양해를 한 것으로 볼 여지가 있다고 보면서도, 이는 이 사건 처분사유와 부당공동행위의 참가자, 합의내용, 합의방식, 합의의 시기 및 종기 등을 달리하는 것이어서 기본적 사실관계가 같다고 할 수 없어 이 사건 처분의 적법사유로 삼을 수 없다고 판단함(서울고법 2013. 7. 17. 선고 2012누2346 판결)

- 하나의 의결을 통해 부당 공동행위에 대한 처분이 이루어졌다고 하더라도 각 당사자가 제기한 소송에서 당사자별로 기본적인 사실관계를 서로 다르게 인정할 수 있고, 위원회는 그러한 판결에 따라 (재)처분을 할 수 있음

- 위 인정사실에 의하면, 관련 판결은 하림이 피고를 상대로 한 관련 사건에서 하림이 원고와 이앤 간 3건의 입찰담합을 인식하거나 용인하였다고 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 이를 원고와 하림 및 이앤 간 공동행위에 포함하지 않은 것인 반면, 선행판결은 원고가 피고를 상대로 한 선행 사건에서 그 증거에 의하여 원고와 이앤 간 3건의 입찰담합을 포함한

원고와 하림 및 이앤 간 입찰담합 총 16건을 하나의 공동행위로 인정한 사실을 알 수 있음. 그렇다면 관련 사건과 선행 사건은 그 당사자가 달라 동일한 사건이라고 보기 어려울 뿐 아니라, 위와 같은 판결 내용 등에 비추어 원고와 하림 및 이앤 사이의 일련의 합의를 원고 입장에서 하나의 공동행위로 평가하는 것과 하림의 입장에서 별개의 공동행위로 평가하는 것 사이에 모순이 있다고 단정하기 어려우므로 선행 판결에 따라 이루어진 이 사건 과정금납부명령이 기본적인 사실관계를 위법하게 인정하였다고 볼 수 없음.

[국립환경과학원 등 12개 공공기관 발주 대기오염측정장비 구매 입찰 관련 5개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건 관련 (주)에이피엠엔지니어링에 대한 과정금 재산정 및 부과에 대한 건(서울고법 2022. 7. 20. 선고 2021누63435 판결⁴⁰⁾)]

40) 참고삼(대법원 2022. 12. 1. 선고 2022두53853 판결)은 심리불속행 기각함

XI

공정거래법 적용제외

XI. 공정거래법 적용제외

1. 공정거래법 제116조(구법 제58조)의 법령에 따른 정당한 행위

가. 법령에 따른 정당한 행위의 의미

- 법 제58조에 규정된 ‘법률’은 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률 또는 그 법률에 의한 명령을 의미하며, ‘법령에 따른 정당한 행위’란 위 법령의 범위 내에서 행하는 필요최소한의 행위를 의미한다고 봄
- 위 조항에서 말하는 법률은 당해 사업의 특수성으로 경쟁제한이 합리적이라고 인정되는 사업 또는 인가제 등에 의하여 사업자의 독점적 지위가 보장되는 밖에 공공성의 관점에서 고도의 공적규제가 필요한 사업 등에 있어서 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률 또는 그 법률에 의한 명령을 말하며 위 법령의 범위 내에서 행하는 필요최소한의 행위를 법령에 따른 정당한 행위라고 할 것임.

[법무사회]의 구성사업자에 대한 사업활동제한행위 건(대법원 1997. 5. 19. 선고 96누150 판결)]

※ 같은 취지: 5개 은행의 수출환어음 매입수수료 관련 부당한 공동행위 건(서울고법 2009. 2. 5. 선고 2008누16997 판결, 대법원 2011. 4. 28. 선고 2009두4661 판결), 10개 손해보험사의 부당한 공동행위 건(대법원 2011. 5. 26. 선고 2008두23979 판결, 대법원 2011. 5. 26. 선고 2008두20741 판결, 대법원 2011. 5. 26. 선고 2008두20376 판결, 대법원 2011. 5. 26. 선고 2008두20352 판결, 대법원 2011. 6. 9. 선고 2008두22020 판결, 대법원 2011. 6. 9. 선고 2008두22068 판결, 대법원 2011. 6. 10. 선고 2008두21416 판결, 대법원 2011. 9. 8. 선고 2008두23894 판결), 14개 생명보험사 및 10개 손해보험사의 부당한 공동행위 건(대법원 2012. 5. 24. 선고 2010두399 판결, 대법원 2012. 6. 14. 선고 2010두10471 판결, 대법원 2012. 6. 14. 선고 2010두405 판결, 대법원 2012. 5. 24. 선고 2010두399 판결, 대법원 2012. 5. 24. 선고 2010두375 판결), 한국신용정보 외 1의 부당한 공동행위 건(서울고법 2011. 5. 25. 선고 2010누13083 판결, 고법 확정)

나. 구체적 사안

1) 행정지도 관련

- 농수산물공사가 실제로 원고들에게 위탁수수료 내지 장려금에 대한 가격이나 거래조건을 직접 결정하거나 공동으로 결정하도록 지시하였다고 하더라도, 이는 공정거래법 제58조 소정의 법률에 의한 명령으로 볼 수 없음
- ① 농안법 제42조 제1항 제3호, 제2항 및 같은 법 시행규칙 제39조 제3항 제2호 및 그 위임에 따른 서울특별시가락동농수산물종합도매시장업무규정 제50조에 의하면, 청과부류 위탁수수료에 대하여는 그 최고한도만 거래금액의 1,000분의 60으로 규정하고 있어, 도매시장법인이 그 범위 내에서 자율적으로 위탁수수료를 결정할 수 있는 것으로 보이고, 장려금에 대하여도 서울특별시농수산물시장조례 제3조의2 제1항에서 도매시장법인은 출하자 및 중도매인에게 각각 위탁수수료 수입의 1,000분의 150 범위 안에서 장려금을 지급할 수 있는 것으로 규정하여, 도매시장법인의 판단에 따라 인의적으로 장려금 지급이 가능하도록 정하고 있으며, ② 농안법 제21조 제2항, 제81조 제1항, 제2항, 제85조 제2항 등에 의하면 시장관리자에게 대통령령이 정하는 바에 따라 “산지유통인의 등록·도매 시장에의 출입금지 및 제한 기타 필요한 조치, 도매시장법인 등의 업무집행상황 보고 명령”에 관한 권한을 위탁할 수 있도록 규정함에 따라, 도매시장의 개설자는 도매시장법인에 대하여 “업무처리의 개선 및 시장질서의 유지”를 위하여만 필요한 조치를 명할 수 있고, 시장관리자는 “시설물관리·거래질서유지·유통종사자의 지도 및 감독 등에 관한 업무”만을 행하거나 도매시장의 개설자로부터 권한을 위탁받은 업무만을 행할 수 있을 뿐이지, 도매시장관리자인 농수산물공사가 도매시장법인의 권한에 속하는 사항인 위탁수수료 내지 장려금의 요율을 직접 결정하거나 그에 대하여 지시할 수는 없다 할 것임.
- 따라서, 원고들의 주장과 같이 농수산물공사가 실제로 원고들에게 위탁수수료 내지 장려금에 대한 가격이나 거래조건을 직접 결정하거나 공동으로 결정하도록 지시하였다고 하더라도, 이는 공정거래법 제58조 소정의 법률에 의한 명령으로 볼 수 없으므로, 원고들의 위 주장은 이유 없음.

[서울청과 등 6개 사업자의 판매수수료율 등 공동결정행위 건(서울고법 2004. 5. 12. 선고 2003누5817 판결, 고법 확정)]

- 원고는 정보통신부 담당공무원으로부터 접속료 부담문제에 관한 행정지도를 받게 되자 이를 이용하여 위 행정지도의 범위를 벗어나는 별도의 내용으로 이 사건 2002년 합의를 한 점 등에 비추어 이 사건 합의는 공정거래법 제58조의 정당한 행위에 해당하지 않음
- 이 사건 시외전화 사업이 그 특수성으로 인하여 경쟁제한이 합리적이라고 인정되는 사업 또는 인가제 등에 의하여 사업자의 독점적 지위가 보장되는 사업이라고 할 수 없는 점, 원고가 행정지도의 근거로 들고 있는 전기통신사업법 제34조 제2항이 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률에 해당한다고 볼 수 없는 점, 원고는 정보통신부 담당 공무원으로부터 접속료 부담문제에 관한 행정지도를 받게 되자 이를 이용하여 위 행정지도의 범위를 벗어나는 별도의 내용으로 이 사건 2002년 합의를 한 점 등을 볼 때, 이 사건 합의가 공정거래법 제58조의 정당한 행위에 해당하지 않는다고 판단함.
[케이티 등 4개사의 시외전화요금 공동결정행위 건(대법원 2008. 12. 24. 선고 2007두19584 판결)]
- * 참고: 케이티 등 2개 사업자의 시내전화요금 공동결정행위 건(서울고법 2007. 7. 11. 선고 2005누20230 판결, 대법원 2009. 6. 23. 선고 2007두19416 판결)
- 금융감독원의 '일반손해보험 가격자유화에 따른 감독정책' 및 '일반손해보험의 개별계약할인·할증제도 개선방안 통보' 등은 보험료율의 수준을 결정하는 순율, 부가율, 할인할증률을 공동으로 결정하도록 직접적이고 구체적인 지시를 한 것이라고 볼 수 없음
- 보험회사로서는 보험산업의 특성에 따른 각종 규제를 벗어나지 아니하는 범위 내에서 시장경쟁의 원리에 따라 충분히 경쟁할 수 있음에도 이 사건 8개 일반손해보험의 보험료에 관한 경쟁을 전적으로 배제하고 그 수준을 일정한 범위 내로 유지하기 위하여 다른 손해보험회사들과 보험요율을 인위적으로 합의하고 이를 실행한 행위는 구 공정거래법 제19조 제1항 제1호에 규정된 '부당한 공동행위'에 해당함.
- 금융감독원의 '일반손해보험 가격자유화에 따른 감독정책' 및 '일반손해보험의 개별계약할인·할증제도 개선방안 통보' 등은 보험가격 자유화 정책의 추진과 관련하여 보험계약자의 보호, 보험회사의 재무건전성 유지를 위하여 보험료율에 대한 바람직한 방향을 제시한 것에 불과할 뿐 보험료율의 수준을 결정하는 순율, 부가율, 할인할증률을 공동으로 결정하도록 직접적이고 구체적인 지시를 한 것이라고 볼 수 없으므로 이 사건 공동행위가 금융감독국의 행정지도에 따른 것으로 구 공정거래법 제58조에 규정된 법령에 따른 정당한 행위에 해당한다는 원고의 주장은 배척함.

[10개 손해보험회사의 부당한 공동행위 건(대법원 2011. 5. 26. 선고 2008두20741 판결)]

□ 금융감독원이 의견 청취 등 절차를 통하여 이 사건 합의에 관여하기는 하였으나 합의를 할 것을 지시하였다고 할 수 없고 보험업법의 해당 규정들이 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률 등에 해당한다고 볼 수도 없으므로 이 사건 합의는 법령에 따른 정당행위에 해당하지 아니함¹⁾

○ 금융감독원이 단체보험 시장에서의 보험료율 적용방식이나 과도한 할인·환급 등으로 인한 문제점을 인식하고서 대책을 마련하기 위하여 보험사들의 의견을 청취하는 등의 절차를 통하여 이 사건 합의에 관여하기는 하였으나 보험사들로 하여금 이 사건 합의를 할 것을 지시하였다고 할 수 없고, 금융감독원의 보험사들에 대한 감독의 근거가 되는 보험업법의 해당 규정들이 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률 등에 해당한다고 볼 수도 없으므로, 이 사건 합의는 공정거래법 제58조에 규정된 법령에 따른 정당한 행위에 해당하지 아니함.

[14개 생명보험사 및 10개 손해보험사의 부당한 공동행위 건(대법원 2012. 5. 24. 선고 2010두399 판결)]

* 참고: 현대해상화재보험의 부당한 공동행위 건(서울고법 2009. 11. 18. 선고 2008누34476 판결, 대법원 2012. 6. 14. 선고 2010두405 판결), 삼성생명보험의 부당한 공동행위 건(서울고법 2010. 4. 22. 선고 2008누33916 판결, 대법원 2012. 6. 14. 선고 2010두10471 판결), 삼성화재해상보험의 부당한 공동행위 건(서울고법 2009. 11. 18. 선고 2008누34445 판결, 대법원 2012. 5. 24. 선고 2010두375 판결)

□ 제주도청이 제주도 지역 자동차대여요금의 안정화를 위하여 원고 등 자동차대여사업자들로 하여금 조합으로부터 '원가계산 내역'을 검토받도록 협조요청한 것이 결과적으로 가격담합에 이를 정도로 대여요금을 공동으로 결정하도록 지시를 하였던 것으로 보이지 아니함

○ 제주도청이 원고 등의 자동차대여사업자에 대하여 한 협조요청은 운수사업 조례의 운영과 관련하여 제주도지사에 대한 사업자의 대여약관의 신고를 조합을 경유하도록 하고, 조합으로 하여금 대여요금의 원가산정이 객관성을 유지하고 있는지 검토를 할 것을 요청하기 위한 것이지, 그에서 더 나아가 대여요금을 공동으로 결정하도록 하여 결과적으로 가격담합에 이를 정도로 가격의 결정에 관하여 직접적이고 구체적인 지시를 하였던 것으로 보이지 아니함.

1) 14개 생명보험사 및 10개 손해보험사가 단체상해보험상품의 영업보험료 할인, 환급률 축소·폐지, 공동위원회를 산출·적용 등을 핵심으로 한 사업에서 영업보험료 할인 등 담합은 금융감독원의 지시에 따른 것으로 볼 수 없고, 감독의 근거가 되는 보험업법 규정들이 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률에 해당한다고 볼 수 없다고 한 사례임

- 특히 제주도지사가 이 사건 조합에 대하여 2010. 5. 10. 보낸 공문(갑11)의 문언에 의하면, 업체들 사이에 인건비 등 관리비용의 차이가 대여요금의 차이로 적정하게 반영될 수 있도록 하여 담합에 대한 오해의 소지가 없도록 할 것을 분명히 하고 있음. 또한 제주도지사가 조합에 대하여 요청한 원가산정 검토란 '개별 사업자가 제출한 원가계산서가 그 자체로서 적정하게 작성되었는지'를 검토하는 것을 말하는 것으로 보이는바, 이를 두고 '조합이 미리 산정한 금액에 비추어 볼 때 가격수준이 상이한지'를 검토하여 신고를 반려하거나 수정을 요청하도록 행정지도한 것이라고 보기는 어려움.

[롯데렌탈(구 케이티렌탈)의 제주지역 7개 자동차대여사업자 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016. 10. 7. 선고 2014누70442 판결, 고법 확정)]

- 원고는 행정지도에 따르기 위해서는 소액채권업무의 특성상 인터넷 메신저 대화방 등을 통한 매도대행증권사들 사이의 협의가 불가피하였다고 주장하나 매도대행 업무연락 및 실무협의를 위해 대화방 참여가 필수적이었다고 보기 어렵다는 등에 비추어 협의가 불가피하였다거나 경쟁제한성 또는 부당성이 없다고 보기 어려움
- 구 건설교통부가 채권매출대행기관인 국민은행과 함께 원고를 포함한 매도대행증권사들에 대하여 제1종 국민주택채권의 수익률 스프레드를 국고채 내지 민평수익률 대비 10bp 내외로 축소해 줄 것을 권고하였고, 이러한 행정지도가 원고를 포함한 I 그룹이 신고수익률을 제출할 때에 영향력을 미쳤으리라는 점에 관하여는 별다른 의문의 여지가 없음.
- 그러나 행정지도는 본질적으로 비권력적 사실행위이어서 법상으로 행정지도의 상대방은 행정지도에 따르지 않을 수 있는바, 비록 이 부분 공동행위 당시 개별 매수전담증권사가 신고수익률을 유달리 높게 제출할 경우 한국거래소가 운용하는 퇴출 평가제도에 의해 연말에 시장에서 퇴출된 가능성이 있기는 하였지만, 원고를 포함한 I 그룹이 위와 같은 행정지도에 반드시 따라야 할 의무는 없었다는 점, 행정지도의 내용은 각 매도대행증권사가 한국거래소에 신고수익률을 제출할 때 스프레드를 축소해 줄 것에 그쳤고, 그러한 행위가 매도대행증권사들에 의하여 '공동으로' 이루어질 것을 요구하지는 않았으므로, 각 매도대행 증권사는 독자적으로 정한 신고수익률을 제출할 수 있었다는 점(대법원 2011. 4. 14. 선고 2009두4852 판결 등 참조), 원고는 행정지도에 따르기 위해서는 소액채권업무의 특성상 인터넷 메신저 대화방 등을 통한 매도대행증권사들 사이의 협의가 불가피하였다고 주장하나, 위 대화방은 주로 신고수익률을 정하는 15:30경 개설되었다가 그에 관한 협의가 끝나면 바로 종료되기도 하였으므로 매도대행 업무연락 및 실무협의를 위해 대화방 참여가 필수적이었다고 보기 어렵다는 점(현재는 원고 등이 인터넷 메신저 대화방 등을 통한 사전 협의 없이 소액채권 시장에 참여하고 있는 것으로 보임) 등을 고려하면 위와 같은 행정지도를

따르기 위하여 I 그룹 사이의 합의가 불가피하였다거나 이 부분 공동행위(2008. 11. 이전 공동행위)의 경쟁제한성 또는 부당성이 없다고 보기 어려움.

[20기] 증권사의 부당한 공동행위에 대한 건 중 삼성증권 주식회사(서울고법 2014. 5. 23. 선고 2013누45012 판결²⁾]

* 같은 취지: 소액채권 수익률 담합 관련 건(대법원 2015. 1. 15. 선고 2014두41886, 2014두41794 판결, 대법원 2015. 2. 12. 2014두44298 판결)

- 제출된 모든 증거에 의하더라도 원고 등 생명보험사들이 금융당국의 행정지도 하에 이 사건 각 수수료율에 관한 의견 교환 및 정보를 공유한 사실만이 인정될 뿐, 나아가 이 사건 각 수수료율을 공동으로 책정하기로 합의하였다는 점까지는 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없음
- (보험개발원 등의 주도하에 회의) 원고 등 4개사 직원들로 구성된 작업반 회의는 모두 보험개발원에서 열렸고 보험개발원 담당 직원이 항상 회의에 참석하였는데, 즉 금융감독원과 보험개발원의 주도하에 보험개발원 사무실에서 개최되었는데, 당시 보험개발원들이 참석한 상태에서 진행된 회의에서 원고 등 4개사 직원들간 담합이 이루어졌다는 것을 쉽게 납득하기 어려움.
 - 다시 말해, 이 회의는 원고 등 9개사에 의하여 은밀하게 구성된 것이 아니라 금융감독원의 업무계획에 따라 보험개발원이 주도하여 구성된 것으로 금융감독원은 보험개발원으로부터 작업반 회의 결과를 보고 받고 4차 회의가 열릴 때에는 금융감독원의 담당 직원으로 하여금 직접 참여하여 변액연금보험을 우선 도입한다는 금융감독원의 정책 결정 사항을 통보하도록 하는 등 작업반 운영에 직·간접적으로 관여한 것으로 보임.
- (금융감독원의 적극적인 행정지도 인정) 변액보험상품은 2001년경부터 국내에 도입된 것으로, 금융감독원은 일본의 실패 사례를 거울삼아 우리나라 실정에 맞고 소비자를 최대한 보호할 수 있는 변액보험상품이 판매되도록 하기 위해 적극적인 행정지도를 하였으므로, 이와 같은 금융감독원의 적극적인 개입으로 말미암아 원고 등 보험사들은 상품 판매 인기를 보다 쉽게 받기 위해 금융감독원의 종전 인가 기준에 최대한 들어맞는 변액연금보험상품을 개발·판매하였을 개연성이 있음.
- (행정지도를 한 사실이 없다는 금융감독원에 대한 사실조회 결과) 위 사실조회 결과는 금융감독원이 원고 등 생명보험사들에게 변액종신보험의 GMDB수수료율이나 변액연금보험의

2) 상고심(대법원 2014. 10. 15. 선고 2014두38125 판결)은 실리를 속행 기각함

GMDB 및 GMAB 수수료율을 동일하게 책정하라는 행정지도를 한 사실이 없다는 취지에 불과함.

- (금융감독원의 인가 기준을 따르지 않을 경우 재무 건전성 악화 우려) 금융감독원의 인가 기준보다 낮은 GMDB 및 GMAB 수수료율을 적용한 변액연금보험상품을 판매할 경우 자칫 보험사의 재무 건전성 자체가 악화될 우려가 있었으므로, 원고 등 보험사들은 재무 건전성을 고려하여 금융감독원 인가 기준에 최대한 근접한 범위에서 GMDB 및 GMAB 수수료율을 정하였을 개연성이 있음.

[9개 생명보험사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2014. 10. 31. 선고 2013누45128³⁾, 2013누11804⁴⁾, 2013누45135⁵⁾, 2014. 11. 19. 선고 2013누12098⁶⁾, 2013누45104⁷⁾, 2013누45111⁸⁾, 2015. 3. 26. 선고 2013누11903 판결, 고법 확정)]

- 금융감독원이 구체적인 지시나 권고를 한 사실을 인정할 증거가 없으므로 이 사건 공동행위가 금융감독원의 행정지도에 따른 행위라고 볼 수 없음

- 금융감독원은 수출환어음 매입이자 기간계산방식을 '양편 넣기'에서 '한편 넣기'로 개선할 것을 요청하였을 뿐 그로 인한 매입수수료의 신설이나 그 수수료율에 관하여 구체적인 지시나 권고를 한 사실을 인정할 증거가 없으므로 이 사건 공동행위가 금융감독원의 행정지도에 따른 행위라고 볼 수 없고, 또한 이 사건 공동행위는 금융감독원의 정책이나 시행방침이 확정된 후에 이루어진 것인 뿐 그와 같은 정책에 영향을 끼치려는 의도로 한 것이 아니므로 청원권을 행사한 행위에도 해당하지 않는다는 이유로, 이 사건 공동행위가 정당행위이거나 또는 그 위법성이 조각된다는 원고의 주장을 배척한 원심 판단은 정당함.

[5개 은행의 수출환어음 매입수수료 관련 부당한 공동행위 건(대법원 2011. 4. 28. 선고 2009두4661 판결)]

* 참고: 신한은행의 수출환어음 매입수수료 관련 부당한 공동행위 건(서울고법 2009. 4. 16. 선고 2008누17006 판결, 대법원 2011. 4. 14. 선고 2009누7844 판결), 국민은행의 수출환어음 매입수수료 관련 부당한 공동행위 건(서울고법 2009. 4. 30. 선고 2008누16362 판결, 대법원 2011. 4. 14. 선고 2009누8564 판결)

3) 상고심(2015. 3. 12. 선고 2014두45802 판결)은 심리불속행 기각함

4) 상고심(2015. 3. 12. 선고 2014두45796 판결)은 심리불속행 기각함

5) 상고심(2015. 3. 12. 선고 2014두45819 판결)은 심리불속행 기각함

6) 상고심(2015. 3. 12. 선고 2014두46706 판결)은 심리불속행 기각함

7) 상고심(2015. 3. 12. 선고 2014두46713 판결)은 심리불속행 기각함

8) 상고심(2015. 3. 12. 선고 2014두46720 판결)은 심리불속행 기각함

□ 피고가 합의의 증거로 내세운 증거들은 행정지도에 앞서 원고들 사이에 위 인상을에 대한 별도의 합의를 하였다거나 또는 행정지도를 기화로 인상을 동일하게 하기로 하는 별도의 합의를 하였음을 입증하기에는 부족함

- 피고가 합의의 증거로 내세운 위 증거들은 원고들이 금융감독원장으로부터 물가 및 소비자보호 등을 이유로 부가보험료산정과 관련하여 예정사업지율을 초과하는 사업자를 감축하라는 행정지도를 받고 이를 이행하는 과정에서 실무자인 자동차업무부장들 사이에 세부적인 사항에 관한 의견을 교환한 사실을 뒷받침할 뿐 위 행정지도에 앞서 원고들 사이에 위 인상을에 대한 별도의 합의를 하였다거나 또는 위 행정지도를 기화로 위 인상을 동일하게 하기로 하는 별도의 합의를 하였음을 입증하기에는 부족한 반면, 기록에 의하면 금융감독원장은 당초 보험개발원이 원고들의 손해율 등 통계자료에 기하여 인상요인 5.4%를 반영한 참조순보험요율을 작성하였음에도 불구하고 물가 및 소비자보호 등을 이유로 이를 평균 3.8%로 어제하도록 하였고 원고들에게도 앞서 본 바와 같은 행정지도를 하여, 원고들은 보험개발원이 재작성한 평균 3.8% 인상된 참조순보험요율에 회사별 수정계수를 곱하여 순보험료를 산출하였고 부가보험료는 각 회사의 가입자특성, 판매비, 보험모집원 수당 등을 반영한 실적사업비율을 적용하지 아니한 채 부가보험료자유와 이전의 예정사업비율에 따른 LCM계수를 적용하여 기본보험료를 평균 3.8%수준으로 인상하게 된 것임을 알 수 있으므로, 결국 원고들의 판시 행위는 공동행위에 대한 합의의 입증이 부족하여 법 제19조 제1항이 정한 부당한 공동행위에 해당된다고 볼 수 없음.

[11개 손해보험사의 보험료 공동결정행위 건(대법원 2005. 1. 28. 선고 2002두12052 판결)]

□ 2003. 5. 경 화물연대의 전면 파업에 정부가 강력한 행정지도를 펼친 사실이 인정되며 그 과정에서 컨테이너 운임의 적용률을 인상하는 이 사건 합의에 대하여도 위와 같은 행정지도가 있었다고 볼 여지가 있는 점 등에 비추어 친경쟁적 효과가 매우 커 공동행위의 부당성이 인정되지 않을 여지가 있음

- 이 사건 합의 중 컨테이너 운임적용률에 관한 부분은 이 사건 기록에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 2003. 5. 경 화물연대가 전면 파업에 돌입하자 정부가 이를 수습할 목적으로 2003. 5. 15 화물연대의 주요 요구안을 수용하여 '화물 운송노동자 단체와 운수업 사업자단체간에 중앙교섭이 원만히 이루어질 수 있도록 적극 지원하고, 화주업체의 협조가 필요한 부분이 있는 경우에는 적극 참여하도록 지원한다'는 내용의 '노·정합의문'을 발표한 네 이어, 2003. 8. 22에는 원고들 및 소외 회사 임원들로 하여금 '화물연대 관련 컨테이너운송업자 임원 대책회의'를 개최하게 하였고, 2003. 8. 25에는 '하불료 13% 인상'

등의 후속조치를 취하도록 촉구하는 등 강력한 행정지도를 펼친 사실이 인정되는바, 그 과정에서 원고들 및 소외 회사들이 화주로부터 지급받는 컨테이너 운임의 적용률을 인상하는 내용의 이 사건 합의에 대하여도 위와 같은 정부의 행정지도가 있었다고 볼 여지가 있는 점, ② 화물연대의 요구사항 중의 하나인 하불료를 인상해 주기 위하여는 원고들이 화주들로부터 받는 운송료가 인상되어야하는 등 어느 정도의 수익 증가가 원고들에게 필요하다고 보이는 점, ③ 피고는 원고들이 화주들로부터 지급받는 운임적용률을 공동으로 결정한 행위만을 문제 삼고 있고, 화물차주들에게 지급한 하불료를 공동으로 결정한 행위에 대하여는 아무런 문제를 제기하고 있지 아니한 점, ④ 원고들 및 소외 회사들이 이 사건 합의를 하게 된 경위는 위와 같이 하불료를 인상하는 데 필요한 재원 마련에 있었는데, 우리나라 육상화물 운송시장의 특성상 하불료는 지입차주들의 소득과 직결되어 있어 정부가 컨테이너 운임의 덤핑을 방지할 경우 출혈가격경쟁이 발생하여 이로 인한 전국적인 산업 분규, 물류의 차질 및 교통안전 위해 등의 문제가 발생할 수 있고, 이를 해결하기 위하여 추가되는 사회적 비용은 육상화물 운송시장에서의 가격경쟁으로 인한 소비자 후생 증대효과에 비교하여 적다고 볼 수 없는 점 등에 비추어 볼 때, 친경쟁적 효과가 매우 커 공동행위의 부당성이 인정되지 않을 여지가 있음.

- 이에 따라 원심으로서는 ① 정부기관의 위와 같은 행정지도가 이 사건 합의 중 컨테이너 운임적용률을 인상한 부분에 대하여도 있었는지 여부, ② 원고들이 화물연대에게 하불료를 인상해 주기 위하여는 화주들로부터 받는 운송료가 얼마만큼 인상되었어야 하는지, ③ 원고들이 이 사건 합의로 인상한 운송료에 비하여 화물차주들에게는 실제로 얼마만큼 하불료를 인상해 주었는지 등을 심리한 다음 공동행위의 부당성 부분을 판단하였어야 할 것임에도 이를 하지 아니한 위법이 있음.

[국보 외 9의 부당 공동행위 건(대법원 2009. 7. 9. 선고 2007두26117 판결)]

- (파기환송심) 화물자동차운수사업법은 공정거래법 제58조에서 말하는 법률에 해당하지 아니하고, 정부가 원고들이 컨테이너 운임 적용률을 인상 합의에 이르도록 행정지도를 하였다고 볼 수 없으며, 운임 인상이 하불료 인상으로 이어진 것도 아니어서 소비자후생 증대효과도 인정할 수 없음
- 공정거래법 제58조에서 말하는 법률은 당해 사업의 특수성으로 경쟁제한이 합리적이라고 인정되는 사업 또는 인가제 등에 의하여 사업자의 독점적 지위가 보장되는 반면 공공성의 관점에서 고도의 공적 규제가 필요한 사업 등에 있어서 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률 또는 그 법률에 의한 명령의 범위 내에서 행하는 필요최소한의 행위를 말하는 것임(대법원 2006. 11. 23. 선고 2004두8323 판결 등 참조).

- (법령에 따른 정당한 행위 여부) 원고들이 이 사건 공동행위의 근거법령으로 들고 있는 화물자동차운수사업법 제12조는 건교부장관이 안전운행의 확보, 운송질서의 확립 및 화주의 편의를 도모하기 위하여 필요한 경우에 운송사업자에게 운송약관의 변경, 화물자동차의 구조변경 및 운송시설의 개선, 화물의 안전운송을 위한 조치, 보험·공제에의 가입 등 개선명령을 할 수 있다는 규정이고 같은 법 제27조는 건교부장관이 화물자동차운수사업의 경영개선 또는 운송서비스의 향상을 위하여 필요한 경우에 운송사업자의 경영에 관한 지도를 할 수 있는 경영지도를 할 수 있다는 규정으로, 이들 규정들은 공정거래법 제58조에서 말하는 법률이라고 볼 수 없음.
 - 이 사건 공동행위는 정부의 하불료 인상 요청에 따라 화물연대와 하불료의 인상에 관하여 합의한 것이 아니라, 이를 기화로 원고들이 화주들로부터 받는 운송료 및 자가운송업자로부터 받는 운송관리비에 관하여 합의한 것이며, 정부가 원고들에 대하여 컨테이너 운임 적용률을 인상하는 합의에 이르도록 요청하거나 행정지도를 하였다고 볼 수 없으므로, 공정거래법 제58조 소정의 법령에 따른 정당행위라고 할 수 없음.
 - (이 사건 운임인상과 하불료 인상) 원고들이 정부가 제시한 대로 하불료를 최대 13% 인상해 주기 위해서는 컨테이너운임 적용률을 어느 정도 인상할 필요가 있었다고 보이나, 그 인상폭은 운송회사별, 노선별 비용·수익의 차이로 인하여 일률적으로 정할 수 없고, 개별 회사의 구체적 사정을 고려하여 정해야 할 것임.
 - 실제 하불료 인상률(5% 내외)은 당초 정부가 제시한 최대 13%의 하불료 인상률에 크게 미치지 못한 뿐 아니라 원고들이 이 사건 공동행위에 의하여 실행한 평균 운임 인상률에도 미치지 못하는바, 원고들이 컨테이너 운임적용률의 인상을 통하여 하불료를 인상해 줌으로써 국내 화물운송시장의 안정을 통한 소비자 후생이 현저하게 증가하였다고 보기 어려움.
- [국보 외 9의 부당 공동행위 건(서울고법 2010. 4. 29. 선고 2009누21019 판결)]
- 금융감독원이 환가료의 기간계산방법을 '양면 넣기'에서 '한면 넣기'로 변경하도록 하는 방침이 있었더라도 정부의 시책 또는 구속력이 있는 행정지도가 동인이 되어 이 사건 공동행위가 이루어진 것으로 볼 수는 없음
 - 과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시(2007. 12. 31. 공정거래위원회 고시 제2007-15호) IV. 3. 다 (4)항은 정부의 시책(구속력이 있는 행정지도 포함)이 동인이 되어 위반행위가 이루어진 것으로 인정되는 경우에는 임의적 조정과징금의 산정에 있어서 100분의 20

이내에서 감경할 수 있도록 규정하고 있으나, 금융감독원이 환가료의 기간계산방법을 '양편 넣기'에서 '한편 넣기'로 변경하도록 하는 방침을 가지고 있었고, '한편 넣기'로 인해 발생할 환가료 수입의 감소를 보전하기 위하여 원고 등이 수출환어음 매입수수료를 신설할 필요를 느꼈다고 하더라도, 그 신설 여부 및 구체적인 수수료율은 각자의 영업여건, 고객의 동향, 원가 요인, 경쟁사의 수수료 등 제반 사정을 감안하여 독자적으로 결정할 문제이므로, 정부의 시책 또는 구속력이 있는 행정지도가 동인이 되어 이 사건 공동행위가 이루어진 것으로 볼 수는 없음.

[5개 은행의 수출환어음 매입수수료 신설합의 건(대법원 2011. 4. 14. 선고 2009두4852 판결)]

□ 입찰 수요기관의 담당자가 '이 사건 각 입찰에서 원고 씨아이씨라이프의 단독응찰로 유찰되지 않도록 들러리라도 세우는 등의 방법으로 최선을 다해 달라'는 의견을 나타낸 바 있더라도 이 사건 공동행위가 법령에 근거한 정부기관의 행정지도에 따라 적합하게 이루어진 경우로 볼 수 없음

- 이 사건 각 입찰의 수요기관의 담당자가 '이 사건 각 입찰에서 원고 씨아이씨라이프의 단독응찰로 유찰되지 않도록 들러리라도 세우는 등의 방법으로 최선을 다해 달라는 의견을 나타낸 바 있다'는 취지의 확인서를 작성하여 제출하였고, 그 내용이 사실로 인정되기는 함.
- 그러나 행정지도가 부당한 공동행위의 원인이 된 경우에도 그 부당한 공동행위는 원칙적으로 위법한 것이고 다만 그 부당한 공동행위가 공정거래법 제58조의 법령에 따른 행위에 해당하는 경우 공정거래법의 적용이 제외될 뿐인데, 이 사건 각 입찰의 수요기관의 담당자가 법령상 구체적 근거 없이 원고들에게 위와 같이 이 사건 공동행위를 유도하였다는 사정만으로 이 사건 공동행위가 사전 인가를 받은 행위라거나 법령에 근거한 정부기관의 행정지도에 따라 적합하게 이루어진 경우에 해당하여 공정거래법의 적용에서 제외되거나 부당한 경쟁제한성이 인정되지 않는다고 볼 수는 없음.

[전북대학교 등 4개 기관 벌주 교육콘텐츠 입찰 참가 2개사의 부당한 공동행위 건(서울고법 2017. 1. 18. 선고 2016누39445 판결⁹⁾)]

9) 상고심(2017. 5. 26. 선고 2017두36014 판결)은 심리불속행 기각함

□ 국고채와의 스프레드를 축소해 달라는 정부의 행정지도를 이행하기 위하여 반드시 신고수익률 공동 결정 제출행위가 전제되어야 하는 것이 아니라면, 정부의 행정지도에 따른 정당한 행위로 볼 수 없음

- 원고는 이 사건 공동행위는 2004. 4. 스프레드 축소를 요구하는 정부의 행정지도에 따른 것이어서 정당한 행위에 해당한다는 취지로 주장함. 그러나 2004. 4. 있었던 정부의 행정지도는 제1종 국민주택채권에 국한된 것이었을 뿐 아니라, 그 내용도 단지 국고채와의 스프레드를 10bp 내외로 축소해 달라는 것이었을 뿐, 증권사들이 신고수익률을 공동으로 결정하여 제출하라는 것은 아니었음은 앞서 본 바와 같음. 그리고 증권사들이 위와 같은 행정지도를 이행하기 위해 반드시 이 사건 공동행위가 전제되어야 한다고 볼 자료도 없음. 이러한 점에서 이 사건 공동행위가 정부의 행정지도에 따른 것이라고 볼 수는 없음.

[20개 증권사의 부당한 공동행위 건 중 대우증권(서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누45005 판결¹⁰⁾)]

* 같은 취지: 20개 증권사의 부당한 공동행위 건(서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누3520 판결¹¹⁾, 서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누10061 판결¹²⁾, 서울고법 2014. 5. 23. 선고 2013누3513 판결¹³⁾, 서울고법 2014. 5. 23. 선고 2013누45012 판결¹⁴⁾, 서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누3483 판결¹⁵⁾, 서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누3551 판결¹⁶⁾, 서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누3490 판결¹⁷⁾, 서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누3148 판결¹⁸⁾, 서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누3452 판결¹⁹⁾)

□ 원고는 행정지도에 따르기 위해서는 소액채권업무의 특성상 인터넷 메신저 대화방 등을 통한 매도대행증권사들 사이의 협의가 불가피하였다고 주장하나 매도대행업무연락 및 실무협의를 위해 대화방 참여가 필수적이었다고 보기 어렵다는 등에 비추어 협의가 불가피하였다거나 경쟁제한성 또는 부당성이 없다고 보기 어려움

- 구 건설교통부가 채권매출대행기관인 국민은행과 함께 원고를 포함한 매도대행증권사들에 대하여 제1종 국민주택채권의 수익률 스프레드를 국고채 내자 낸평수익률 대비 10bp 내외로

10) 상고심(대법원 2014. 10. 30. 선고 2014두39654 판결)은 심리불속행 기각함

11) 상고심(대법원 2014. 10. 15. 선고 2014두38217 판결)은 심리불속행 기각함

12) 상고심(대법원 2014. 10. 15. 선고 2014두38361 판결)은 심리불속행 기각함

13) 상고심(대법원 2014. 10. 15. 선고 2014두38200 판결)은 심리불속행 기각함

14) 상고심(대법원 2014. 10. 15. 선고 2014두38125 판결)은 심리불속행 기각함

15) 상고심(대법원 2014. 10. 15. 선고 2014두38316 판결)은 심리불속행 기각함

16) 상고심(대법원 2014. 10. 16. 선고 2014두38941 판결)은 심리불속행 기각함

17) 상고심(대법원 2014. 10. 27. 선고 2014두38651 판결)은 심리불속행 기각함

18) 상고심(대법원 2014. 10. 27. 선고 2014두38934 판결)은 심리불속행 기각함

19) 상고심(대법원 2014. 10. 15. 선고 2014두38309 판결)은 심리불속행 기각함

축소해 줄 것을 권고하였고, 이러한 행정지도가 원고를 포함한 I 그룹이 신고수익률을 제출할 때에 영향력을 미쳤으리라는 점에 관하여는 별다른 의문의 여지가 없음.

- 그러나 아래와 같은 사정에 비추어 보면, 위와 같은 행정지도를 따르기 위하여 I 그룹 사이의 합의가 불가피하였다거나 이 부분 공동행위(2008. 11. 이전 공동행위)의 경쟁제한성 또는 부당성이 없다고 보기 어려움.

- 행정지도는 본질적으로 비권력적 사실행위이어서 법상으로 행정지도의 상대방은 행정지도에 따르지 않을 수 있는바, 비록 이 부분 공동행위 당시 개별 매수전담증권사가 신고수익률을 유달리 높게 제출할 경우 한국거래소가 운용하는 퇴출 평가제도에 의해 연말에 시장에서 퇴출된 가능성이 있기는 하였지만, 원고를 포함한 I 그룹이 위와 같은 행정지도에 반드시 따라야 할 의무는 없었음.

- 행정지도의 내용은 각 매도대행증권사가 한국거래소에 신고수익률을 제출할 때 스프레드를 축소해 줄 것에 그쳤고, 그러한 행위가 매도대행증권사들에 의하여 ‘공동으로’ 이루어질 것을 요구하지는 않았으므로, 각 매도대행증권사는 독자적으로 정한 신고수익률을 제출할 수 있었음(대법원 2011. 4. 14. 선고 2009두4852 판결 등 참조).

- 원고는 행정지도에 따르기 위해서는 소액채권업무의 특성상 인터넷 메신저 대화방 등을 통한 매도대행증권사들 사이의 협의가 불가피하였다고 주장하나, 위 대화방은 주로 신고수익률을 정하는 15:30경 개설되었다가 그에 관한 합의가 끝나면 바로 종료되기도 하였으므로 매도대행 업무연락 및 실무협의를 위해 대화방 참여가 필수적이었다고 보기 어려움(현재는 원고 등이 인터넷 메신저 대화방 등을 통한 사전 협의 없이 소액채권 시장에 참여하고 있는 것으로 보임).

[20개 증권사의 부당한 공동행위에 대한 건 중 삼성증권 주식회사(서울고법 2014. 5. 23. 선고 2013누45012 판결²⁰⁾]

- 교육부의 지시라 하더라도 공정거래법 제58조에서 규정한 법률 또는 그 법률에 의한 명령이 아님

- 교육부의 지시라 하더라도 공정거래법 제58조에서 규정한 법률 또는 그 법률에 의한 명령이 아니므로 위법성조각사유가 아님.

[동아출판사 등 6개 출판사의 학습부교재 생산규격·판매조건 공동결정행위 건(서울고법 1992. 4. 22. 선고 91구3248 판결²¹⁾)]

20) 상고심(2014. 10. 15. 선고 2014두38125 판결)은 심리불속행 기각함

- 사립유치원의 수업료와 입학금의 과도한 인상, 원아모집과 관련된 허위·과장광고 등으로 초래될 폐단을 방지하기 위한 관할 교육장의 협조요청에 따라 이루어진 지역 유치원연합회의 입학금 공동결정행위 및 홍보방법 제한행위 등이 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제58조에서 정한 '법률상 정당한 행위'에 해당하지 아니한다고 봄
- 법 제58조에서 말하는 정당한 행위라 함은 당해 사업의 특수성으로 경쟁제한이 합리적으로 인정되는 사업 또는 인가제 등에 의하여 사업자의 독점적 지위가 보장되는 반면, 공공성의 관점에서 고도의 공적 규제가 필요한 사업 등에 있어서 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률 또는 그 법률에 의한 명령의 범위 내에서 행하는 필요 최소한의 행위를 말함(대법원 2006. 6. 2. 선고 2004두558 판결 등 참조). 살피건대, 갑 제13 내지 57호증(각 가지번호 포함)의 각 기재 및 이 법원의 대구광역시 교육감에 대한 각 사실조회결과에 의하면, 관할 교육장 등이 사립유치원의 수업료와 입학금의 과도한 인상, 원아모집과 관련된 허위·과장광고 등으로 초래될 폐단을 방지하기 위하여 원고의 구성사업자들에게 협조를 요청한 사실이 인정될 뿐, 더 나아가 위와 같은 입학금 공동결정행위 및 홍보방법 등 제한행위에 관하여 직접적인 행정지도를 한 사실을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없음. 또한, 설령 원고가 그 주장과 같이 관할 교육장 등의 행정지도에 따라 위와 같은 입학금 공동결정행위 및 홍보방법 등 제한행위를 하였다고 하더라도, 원고의 구성사업자들의 독자적인 권한에 속하는 위와 같은 행위에 대하여 관계 법령상 관할 교육장 등에게 이에 관한 지시 권한을 부여하는 근거가 없는 이상 이러한 행정지도를 법 제58조 소정의 법률에 의한 명령으로 볼 수 없을 뿐만 아니라, 위와 같은 원고의 행위를 공공성의 관점에서 고도의 공적 규제가 필요한 사업 등에 있어 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률 또는 그 법률에 의한 명령의 범위 내에서 행하는 필요 최소한의 행위라고 볼 수도 없으므로, 원고의 위 주장도 이유 없음.

[대구유치원연합회의 사업자단체금지행위 건(서울고법 2007. 1. 11. 선고 2006누653 판결²¹⁾)]

- 금융감독원의 '일반손해보험 가격자유화에 따른 감독정책' 및 '일반손해보험의 개별계약 할인·할증제도 개선방안 통보' 등은 보험료율의 수준에 관하여 직접적이고 구체적인 지시를 한 것이라고 보기 어려움
- 원고가 주장하는 금융감독원의 2002. 2. 22자 '일반손해보험 가격자유화에 따른 감독정책' 및 2004. 8. 30자 '일반손해보험의 개별계약 할인·할증제도 개선방안 통보' 등은 보험가격 자유화 정책의 추진과 관련하여 보험계약자의 보호, 보험회사의 재무건전성 유지를 위하여

21) 삼고심(대법원 1992. 11. 13. 선고 92누8040 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판단함

22) 삼고심(대법원 2007. 4. 27. 선고 2007누3985 판결)은 신리불속행 기각함

보험료율에 대한 바람직한 방향을 제시한 것에 불과하여 이를 보험료율의 수준에 관하여 직접적이고 구체적인 지시를 한 것이라고 보기 어려우므로, 이 사건 공동행위는 금융감독당국의 행정지도에 따른 것으로 구 공정거래법 제58조에 규정된 법령에 따른 정당한 행위에 해당하지 아니함.

[10개 손해보험사의 부당한 공동행위 건(대법원 2011. 5. 26. 선고 2008두23879 판결)]

* 참고: 현대해상화재보험의 부당한 공동행위 건(서울고법 2008. 10. 8. 선고 2007누26553 판결, 대법원 2011. 5. 26. 선고 2008두20741 판결), 그린손해보험의 부당한 공동행위 건(서울고법 2008. 10. 9. 선고 2007누26546 판결, 대법원 2011. 5. 26. 선고 2008두20376 판결), 엘아이지손해보험의 부당한 공동행위 건(서울고법 2008. 10. 9. 선고 2007누26560 판결, 대법원 2011. 5. 26. 선고 2008두20352 판결), 메리츠화재해상보험의 부당한 공동행위 건(서울고법 2008. 10. 22. 선고 2007누26539 판결, 대법원 2011. 6. 9. 선고 2008두22068 판결), 삼성화재해상보험의 부당한 공동행위 건(서울고법 2008. 10. 22. 선고 2007누26515 판결, 대법원 2011. 6. 10. 선고 2008두21416 판결), 제일화재해상보험의 부당한 공동행위 건(서울고법 2008. 11. 20. 선고 2007누26522 판결, 대법원 2011. 9. 8. 선고 2008두23894 판결)

- 구 “신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률” 규정은 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률이라고 볼 근거가 없음
- 금융감독원이 신용평가 3사에 행정지도를 한 법적 근거로 원고들이 제시하고 있는 구 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률 규정은 신용평가의 공정성과 신용평가수수료의 적정성을 도모하기 위한 규제로 봄이 타당하고, 위 각 규정이 신용평가 사업의 특수성으로 경쟁제한이 합리적이라고 인정되는 사업 또는 인가제 등에 의하여 사업자의 독점적 지위가 보장되는 반면 공공성의 관점에서 고도의 공격규제가 필요한 사업 등에서 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률이라고 볼 근거가 없으며, 신용평가 3사는 금융감독원이 2002년 6월경 행정지도를 하기 이전인 2002년 4월경 이니 수수료 인상에 관한 협의를 하고 그 연장선상에서 2002년, 2004년 담합을 실행하였고, 금융감독원이 직접적인 지시 또는 유도를 하였음을 인정할 증거가 없음.
- 금감원 담당자와 신용평가 3사는 공정거래법에 위반될 것을 인지하고 있었으며, 법령에 근거한 행정지도로 불가피하게 이루어지는 공동행위라는 인식이 있었다고 보이지 아니함.
[한국신용정보 외 1의 부당한 공동행위 건(서울고법 2011. 5. 25. 선고 2010누13083 판결, 고법 확정)]

□ 사전에 원종계 감축에 관한 합의를 마친 후 그 합의내용이 농림부의 행정지도에 따라 이루어진 것 같은 외관을 갖추기 위해 농림부 공문을 받게 된 것으로 보이는 점 등을 고려하면, 이 사건 합의는 공정거래법 제58조의 ‘법령에 따른 정당한 행위’에 해당한다고 볼 수 없음

○ 농림부의 2013. 1. 21자 및 2013. 2. 25자 공문은 원고(한국원종)의 주장처럼 농수산물 유통 및 가격안정에 관한 법률이나 축산계열화사업에 관한 법률에 근거한 행정지도가 아님. 또한, 원고 등 4개사가 2013. 1. 21자 농림부의 행정지도가 있기 훨씬 전부터 종계판매시장의 공급과잉에 관한 대책을 논의해 왔고, 공정거래법위반의 소지가 있음을 인지하고 있었던 것으로 보이는 점. 원고 등 4개사가 2013. 1. 8. 농림부에 종계 생산조정 시행을 건의하였고, 농림부로부터 공문을 받게 되자 원종계 감축물량 및 도태 실행시기 등을 구체적으로 합의[2013. 2. 18. 3개사(원고, 삼화원종, 하림) 합의서에 서명, 2013. 2. 26. 4개사(3개사+청정원종) 합의서에 서명]한 후 곧바로 실행에 착수한 점 등에 비추어 보면, 원고 등 4개사는 사전에 원종계 감축에 관한 합의를 마친 후 그 합의내용이 농림부의 행정지도에 따라 이루어진 것과 같은 외관을 갖추기 위해 농림부로부터 위와 같은 공문을 받게 된 것으로 보임. 사실조회 결과, 농림부는 이 사건 행정지도가 구 정부조직법 제31조 제1항 등에 근거하여 이루어졌다고 회신하였는데, 구 정부조직법이 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률에 해당한다고 보기는 어려움. 따라서 원고 등 4개사가 농림부의 행정지도에 따른 것이라고 하더라도 그러한 사정만으로 이 사건 종계 생산량 제한 합의가 공정거래법 제58조의 정당한 행위에 해당한다고 할 수 없음.

[4개 종계 판매사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2021. 1. 28. 선고 2020누34003 판결²³⁾)]

2) 기타

□ 원고들은 모두 개별 사업자 명의로 계약을 체결한바 중소기업협동조합법에 따른 단체적 계약이라고 할 수 없고, 같은 법을 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하는 법률이라고 할 수도 없음

○ 원고들은 농협중앙회와의 계통계약과 단위농협과의 추가약정을 체결함에 있어서 모두 개별 사업자 명의로 계약을 체결하였는바, 이를 중소기업협동조합법에 따른 단체적 계약이라고 할 수 없고, 중소기업협동조합법이 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률이라고도 할 수 없으므로, 이 사건 공동행위가 중소기업협동조합법에 따른 단체적 계약의 체결 및 이에 수반되는 행위로서 정당하다는 원고들의 주장은 이유 없음.

[경농산업 외 6명의 부당한 공동행위 건(서울고법 2012. 9. 19. 선고 2011누29641 판결²⁴⁾)]

23) 상고심(대법원 2021. 6. 24. 선고 2021두35421 판결)은 심리불속행 기각함

- 일정한 항목에 대한 할인을 제한하는 내용까지 포함하는 이 사건 합의는 필요·최소한의 행위에 해당하지 아니하며, 일본국 법률과 국내법이 서로 충돌된다고 보기 어려워 동시에 준수하는 것이 불가능하지 않은 점 등에 비추어 공정거래법의 적용이 제한되어야 하는 경우로 볼 수 없음
- (공정거래법 제58조의 적용여부) 항공화물운임을 해당 노선의 지정항공사들 사이의 합의에 의하여 정하고 항공당국의 인가를 받도록 규정한 구 항공법 제117조 제1항과 항공협정은 운임에 대한 가격경쟁 자체를 배제하는 것이 아니라 인가받은 운임을 기준으로 그 정도가 과도하지 아니한 범위 내에서 가격경쟁을 예정하고 있는 것이라고 보아야 하는바, 따라서 지정항공사들 사이의 운임 등에 대한 합의내용이 단순히 운임의 체계에 관한 사항을 변경하는 것을 넘어 일정한 항목에 대한 할인을 제한하는 내용까지 포함하고 있다면, 이러한 합의는 구 항공법과 항공협정이 허용하는 범위를 벗어나는 것으로서 '자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률 또는 그 법률에 의한 명령의 범위 내에서 행하는 필요·최소한의 행위'에 해당하지 아니함.
- (외국 법률에 따른 행위로서 공정거래법 적용이 제한되는지 여부) 국외에서 이루어진 외국 사업자의 행위가 국내시장에 영향을 미치는 경우에는 공정거래법 제2조의2의 요건을 충족하므로, 당해 행위에 대한 외국 법률 또는 외국 정부의 정책이 국내 법률과 상이하여 외국 법률 등에 따라 허용되는 행위라고 하더라도 그러한 사정만으로 당연히 공정거래법의 적용이 제한된다고 볼 수는 없고, 다만 동일한 행위에 대하여 국내 법률과 외국의 법률 등이 충돌되어 사업자에게 적법한 행위를 선택할 수 없게 하는 정도에 이른다면 그러한 경우에도 국내 법률의 적용만을 강제할 수는 없으므로, 당해 행위에 대하여 공정거래법 적용에 의한 규제의 요청에 비하여 외국 법률 등을 존중해야 할 요청이 현저히 우월한 경우에는 공정거래법의 적용이 제한될 수 있다고 보아야 할 것이고, 그러한 경우에 해당하는지는 당해 행위가 국내시장에 미치는 영향, 당해 행위에 대한 외국 정부의 관여 정도, 국내 법률과 외국 법률 등이 상충되는 정도, 이로 인하여 당해 행위에 대하여 국내 법률을 적용할 경우 외국 사업자에게 미치는 불이익 및 외국 정부가 가지는 정당한 이익을 저해하는 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 함.

[전일본공수(한국발) 등 21개 항공사의 유류할증료 담합 건(대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두13689 판결)]

* 관련: 아시아나항공 건(대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두5466 판결), 전일본공수(일본발) 건(2014. 5. 16. 선고 2012두13665 판결), 일본항공인터내셔널 건(대법원 2015. 5. 29. 선고 2012두25132 판결)

24) 상고심(대법원 2013. 1. 24. 선고 2012두24207 판결)은 심리불속행 기각함

□ 부가가치세법시행령 제49조의2 제1항은 과세표준을 정한 것에 불과하여 이에 따라 보증금의 월세환산 임대수익률을 정하였다는 사정만으로는 공정거래법 제58조 법령에 따른 정당한 행위라고 할 수 없음

○ 부가가치세법시행령 제49조의2 제1항은 부가가치세를 부과하기 위한 과세표준을 정한 것에 불과하고, 사업자가 보증금을 월세로 전환할 경우의 전환율을 제한하거나 강제하는 규정이 아니어서 원고가 정상 임대수익률이 훨씬 높음에도 불구하고 스포츠서울21에 대하여 위 규정에 따라 보증금의 월세환산 임대수익률을 정하였다는 사정만으로는 법령에 따른 정당한 행위라고 할 수 없음.

[서울신문사의 스포츠서울21 지원행위 건(서울고법 2004. 7. 15. 선고 2002누1092 판결²⁵⁾)]

□ 대한건설감리협회의 정관이 감독관청인 건설교통부 장관의 인가를 받은 것이라고 하더라도 그러한 사정만으로 정관의 규정내용이나 정관의 규정에 따른 행위가 정당하게 되는 것은 아님

○ 건설교통부는 제정·고시하여 운용해 오던 건설공사감리대가기준을 1994년부터 폐지하였는바, 대한건설감리협회가 폐지된 건설교통부 고시를 내용으로 하여 위 협회의 감리대가기준을 정하였다고 하더라도 위 건설교통부 고시는 이미 폐지된 것이므로 협회의 감리대가기준 제정에 대하여 별도로 건설교통부와의 협의나 승인을 거치지 아니한 이상, 협회 임의로 이를 정한 것이라고 할 것이나, 이를 두고 수요자측의 대표자인 건설교통부와의 사실상의 협의를 거쳐 정한 것이라고 할 수는 없으며, 협회의 정관 제5조 제10호에 협회의 사업활동의 하나로 대가기준의 제정이 정해져 있고 협회는 위 정관규정에서 정해진 바에 따라 감리대가기준을 정한 것이며 위 정관은 감독관청인 건설교통부 장관의 인기를 받은 것이라고 하더라도 정관이 감독관청의 인가를 받은 사정만으로 정관의 규정내용이나 정관의 규정에 따른 행위가 정당하게 되는 것은 아닌.

[한국건설감리협회의 일방적인 건설감리대가 기준설정행위 건(서울고법 2002. 11. 19. 선고 2002누1313 판결²⁶⁾)]

25) 상고심(대법원 2004. 11. 12. 선고 2004두9630 판결)은 심리불속행 기각함

26) 상고심(대법원 2003. 4. 8. 선고 2002두12779 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판단함

- “집단등기사건수임업무처리규정”의 제정과 시행이 공정거래법 제58조에 규정된 정당한 행위에 해당된다고 볼 수 없음
 - 법무사법이 부당한 사건유족의 유치금지, 성실의무, 품위보전의무, 회칙준수의무, 회비분담의무 등에 관하여 규정하고 있다고 하여도 집단등기사건을 자유롭게 수임하는 것을 제한함으로써 자유로운 경쟁을 저해하고 있음이 분명한 이 사건 “집단등기사건수임업무처리규정”的 제정과 시행이 공정거래법 제58조에 규정된 정당한 행위에 해당된다고 볼 수 없음.
[법무사회의 구성사업자에 대한 사업활동제한행위 건(대법원 1997. 5. 19. 선고 96누150 판결)]
- 의료기사 등에 관한 법률 제3조, 제22조 및 그 시행령 제2조, 제13조 등은 의료기사 등의 업무범위와 함께, 품위를 현저히 손상시키는 행위 등에 대한 자격정지에 관한 규정일 뿐 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률이라고 볼 수 없음
 - 의료기사 등에 관한 법률 제3조, 제22조 및 그 시행령 제2조, 제13조 등은 의료기사 등의 업무범위와 함께, 품위를 현저히 손상시키는 행위 등에 대한 자격정지에 관한 규정일 뿐 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률이라고 볼 수 없으므로, 이 사건 행위가 법령에 따른 정당한 행위에 해당한다고 할 수 없음.
[부산광역시치과의사회의 가격결정행위 건(대법원 2005. 8. 19. 선고 2003두9251 판결)]
- 무료 긴급출동 서비스가 보험업법에서 금지하는 특별이익 제공에 해당하지 않는 이상, 무료 긴급출동 서비스의 하나인 ‘기타 응급조치’ 서비스 폐지 합의가 공정거래법 제58조의 정당한 행위에 해당한다고 할 수 없음
 - 무료 긴급출동 서비스가 위 보험업법 제156조 제1항 제4호에서 금지하는 특별이익 제공에 해당하지 않는 이상, 무료 긴급출동 서비스의 하나인 ‘기타 응급조치’ 서비스를 폐지한 행위가 위법행위를 시정하기 위하여 행한 행위로 볼 수 없고, 보험감독원장은 1997. 9. 19. 원고 손해보험협회에 업계자율로 보험계약자 서비스와 특별이익 제공행위를 구분할 수 있는 기준을 설정할 필요가 있다고 지적한 것이지 구 보험업법(1998. 1. 13. 법률 제5500호로 개정되기 전의 것) 제181조에 기하여 무료 긴급출동 서비스가 특별이익 제공에 해당하여 폐지하도록 명령하거나 행정지도를 한 것이 아니므로 원고들의 ‘기타 응급조치’ 서비스 폐지 합의가 법 제58조에 의한 ‘사업자 또는 사업자단체가 다른 법률 또는 그 법률에 의한 명령에 따라 행하는 정당한 행위’에 해당한다고 할 수 없다고 보고, 나아가 위 보험업법 제17조가 보험사업자에게 그 사업에 관한 공동행위를 하기 위한 상호협정을 허용한 취지는

보험사업자가 자율적으로 건전한 보험거래질서를 확립할 수 있도록 하기 위함이므로 위 상호협정의 특별이익 제공금지에 관한 세부적용기준에 의거한 공동행위라 하더라도 이러한 보험업법의 취지에 부합하지 않는 공동행위는 허용되지 않는다 한 것이므로, 원고들의 '기타 응급조치' 서비스 폐지의 합의가 특별이익 제공에 해당하지 않는 보험계약의 거래조건에 관한 것으로서 자동차손해보험의 거래조건에 관한 경쟁을 제한하는 행위에 해당하는 이상 위 보험업법 제17조에 따라 행하는 정당한 행위로서 법 제58조에 해당하는 것으로 볼 수 없음.

[대한손해보험협회 외 10의 부당한 공동행위 건(대법원 2006. 11. 23. 선고 2004두8323 판결)]

□ 한국도로공사가 한국건설관리공사에 책임감리용역을 수의계약방식으로 위탁한 사안에서 정부투자기관관리기본법 제20조가 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률이라고 보기 어렵다고 봄

○ 정부투자기관관리기본법 제20조가 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률이라고 불반한 사정이 없는 이상 위 법 제20조의 위임에 따른 재정경제부령인 정부투자기관 회계규칙 제15조 제2호 (예)목의 규정에 의하여 건설교통부장관의 승인에 따른 이 사건 수의계약에 의한 감리용역 발주행위가 법 제58조에서 말하는 법률 또는 그 법률에 의한 명령에 따른 정당한 행위에 해당한다고 할 수 없음.

[한국도로공사의 부당지원행위 등 건(대법원 2006. 6. 2. 선고 2004두558 판결)]

※ 같은 취지: 한국수자원공사의 부당지원행위 건(서울고법 2004. 2. 3. 선고 2001누15865 판결, 대법원 2007. 1. 11. 선고 2004두3304 판결)

□ 농시적 적용제외 이론에 따라 농수산물 및 축산물 시장에 대해서는 공정거래법의 적용이 배제 또는 자제되어야 한다는 주장은 받아들일 수 없음

○ 원고들이 주장하고 있는 농시적 적용제외 이론은 미국의 판례에서 비롯된 것으로서 그와 법제가 서로 다른 우리나라의 공정거래법의 해석에 이를 그대로 원용하기는 어려움. 원고들이 우리 판례가 농시적 적용제외 이론을 확립된 판례로서 인정하고 있다고 주장하는 제주도관광협회사건(대법원 2005. 9. 9. 선고 2003두11841 판결)은 어떠한 '특정한 산업 자체'에 대하여 공정거래법의 적용을 배제하거나 자제하는 것을 인정하는 취지가 아니라, 다만 '개개의 행위'의 내용, 효과 등을 구체적으로 살펴서 부당한 공동행위에 해당되는지 여부를 개별적으로 살펴보아야 한다는 취지에 불과하므로, 농시적 적용제외 이론이 확립된 판례로서 인정되고 있다는 원고들의 주장은 받아들이기 어려움. 우리 공정거래법은 제58조에 일반적인 적용제외사유를 규정하고 있으므로, 농시적 적용제외 이론은 공정거래법 적용에 있어서는 제58조의 적용 여부라는 측면에서 접근하는 것이 타당함. 원고들이 들고

있는 농안법 및 축산법의 규정들이 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률이라고 보기 어려움.

[하림 외 14의 도계육 등 가격공동결정행위 건(서울고법 2008. 7. 24. 선고 2006누26563 판결, 고법 확정)]

- 관련 법령이 사업자단체인 원고에게 의료법 위반을 이유로 이 사건 행위를 할 수 있는 권한을 부여하였다고 볼 수 없으며, 원고의 요구를 따르지 아니하면 다수의 의사들이 거래를 중단할 것이라는 사실을 알려 이를 따를 수 밖에 없도록 하는 행위를 '정당한 행위'라고 볼 수도 없음.

- 원고의 주장처럼 한방 병·의원이 혈액검사 등 진단검사를 전문수탁기관에 위탁하는 것이 위법하다고 하더라도, 의료법 등 관련 법령이 사업자단체인 원고에게 의료법 위반을 이유로 이 사건 행위를 할 수 있는 권한을 부여하였다고 볼 수 없어 이를 사업자단체가 '법률 또는 그 법률에 의한 명령에 따라 행하는' 행위라고 볼 수 없음.

- 원고가 소관 행정기관에 의료법 위반 사실을 신고하는 등 행정권 발동을 촉구하거나 해당 전문수탁기관에 의료법 위반 주장을 전달하는 것을 넘어 원고의 요구를 따르지 아니하면 다수의 의사들이 거래를 중단할 것이라는 사실을 알려 이를 따를 수 밖에 없도록 하는 행위를 '정당한 행위'라고 볼 수도 없음.

[전국의사총연합의 사업자단체금지행위에 대한 건(서울고법 2017. 8. 17. 선고 2017누45232 판결²⁷⁾)]

- 이 사건 처분의 규제 대상은 원고가 GE 및 진단검사 전문수탁기관으로 하여금 한방 병·의원과의 거래를 중단 또는 개시하지 않도록 하는 행위인바 의료법 위반여부와 별개로 공정거래법 위반여부에 대한 적용이 가능함

- 초음파영상진단장치를 활용한 진료행위 및 혈액채취를 통한 진단검사 행위가 한의사의 면허 범위 밖의 행위로 의료법 위반에 해당하는지 여부와, GE로 하여금 한방 병·의원에 대한 초음파영상진단장치의 판매를 중단하도록 하거나 개시하지 않도록 하게 하는 행위 및 진단검사 전문수탁기관으로 하여금 한방 병·의원과의 거래를 중단하도록 하거나 개시하지 않도록 하게 하는 행위가 공정거래법 위반행위에 해당하는지 여부는 별개의 문제로 각각의 행위에 대하여 그 입법취지 및 내용과 요건이 다른 각기의 법률이 적용될 뿐임.

27) 상고심(대법원 2017. 12. 27. 선고 2017누60765 판결)은 심리불속행 기각함

- 원고가 의료법 위반행위라고 주장하는 것은 한방 병·의원의 초음파영상 진단장치를 활용한 진료행위 빛 혈액채취를 통한 혈액검사 행위이 사건 처분의 규제대상은 원고가 GE 및 진단검사 전문수탁기관으로 하여금 한방 병·의원과의 거래를 중단 또는 개시하지 않도록 하는 행위로 양 행위는 그 행위의 주체 및 태양 등이 다른 별개의 행위에 해당하므로, 전자의 위법성 여부가 후자에 대한 공정거래법 적용을 배제하는 관계에 있다고 볼 수 없음.

[대한의사협회의 사업자단체금지행위에 대한 건(서울고법 2018. 2. 7. 선고 2017누37057 판결²⁸⁾)]

28) 상고심(대법원 2018. 7. 12. 선고 2018누39096 판결)은 심리불속행 기각함

2. 공정거래법 제117조(구법 제59조)의 무체재산권의 행사 행위

- 특허권자가 특허권 침해 가능성이 있는 의약품의 제조·판매를 시도하며 그 특허의 효력 등을 다투는 자에게 그 행위를 포기 또는 연기하는 대가로 일정한 경제적 이익을 제공하기로 하고 관련 분쟁을 종결하는 합의를 한 경우, 그 합의가 '특허권의 정당한 행사라고 인정되지 아니하는 행위'에 해당하는지는 특허권자가 그 합의로 자신의 독점적 이익의 일부를 상대방에게 제공하는 대신 자신의 독점적 지위를 유지함으로써 공정하고 자유로운 경쟁에 영향을 미치는지에 따라 개별적으로 판단하여야 함
- '특허권의 정당한 행사라고 인정되지 아니하는 행위'에 대하여는 공정거래법이 적용되는바, '특허권의 정당한 행사라고 인정되지 아니하는 행위'란 행위의 외형상 특허권의 행사라 보이더라도 그 실질이 특허제도의 취지를 벗어나 제도의 본질적 목적에 반하는 경우를 의미하고, 여기에 해당하는지는 특허법의 목적과 취지, 당해 특허권의 내용과 아울러 당해 행위가 공정하고 자유로운 경쟁에 미치는 영향 등 제반 사정을 함께 고려하여 판단하여야 함.
- 따라서 의약품의 특허권자가 자신의 특허권을 침해할 가능성이 있는 의약품의 제조·판매를 시도하면서 그 특허의 효력이나 권리범위를 다투는 자에게 그 행위를 포기 또는 연기하는 대가로 일정한 경제적 이익을 제공하기로 하고 특히 관련 분쟁을 종결하는 합의를 한 경우, 그 합의가 '특허권의 정당한 행사라고 인정되지 아니하는 행위'에 해당하는지는 특허권자가 그 합의를 통하여 자신의 독점적 이익의 일부를 상대방에게 제공하는 대신 자신의 독점적 지위를 유지함으로써 공정하고 자유로운 경쟁에 영향을 미치는지에 따라 개별적으로 판단하여야 하고, 이를 위하여는 합의의 경위와 내용, 합의의 대상이 된 기간, 합의에서 대가로 제공하기로 한 경제적 이익의 규모, 특허분쟁에 관련된 비용이나 예상이익, 그 밖에 합의에서 정한 대가를 정당화 할 수 있는 사유의 유무 등을 종합적으로 고려하여야 함.
- 이 사건 합의는 원고들이 자신들의 특허권을 다루면서 경쟁제품을 출시한 동아제약에게 특히 관련 소송비용보다 훨씬 큰 규모의 경제적 이익을 제공하면서 그 대가로 경쟁제품을 시장에서 철수하고 특허기간보다 장기간 그 출시 등을 제한하기로 한 것으로서 특허권자인 원고들이 이 사건 합의를 통하여 자신의 독점적 이익의 일부를 동아제약에게 제공하는 대신 자신들의 독점력을 유지함으로써 공정하고 자유로운 경쟁에 영향을 미친 것이라고 할 수 있으므로, 이는 '특허권의 정당한 행사라고 인정되지 아니하는 행위'에 해당하여 공정거래법의 적용대상이 될.

[글락소스미스클라린 및 동아제약의 부당한 공동행위 건(대법원 2014. 2. 27. 선고 2012두24498 판결)]

□ 상표법상 권리자가 상표법에 의한 권리의 행사로서 그 권리침해를 저지하는 행위는 불공정거래행위에 해당되지 않으나, 상표권 침해행위에 해당하지 않는 진정상품 병행수입행위에 대한 병행수입저지행위는 불공정거래행위에 해당할 여지가 있다고 봄

○ 법 제59조는 상표법에 의한 권리의 행사라고 인정되는 행위에 대하여 이 법을 적용하지 아니한다고 규정하고 있으므로 다른 사업자가 상품을 병행수입한 행위가 상표권자의 상표권을 침해한 것이라면 권리자로서는 상표권의 행사로서 병행수입행위를 저지할 수 있고 이러한 병행수입저지행위는 불공정거래행위가 되지 않음.

○ 한성자동차가 국내 소재 벤츠사로부터 벤츠 상표전용권을 획득한 상황에서 오토월드가 캐나다판매법인으로부터 벤츠차량을 수입하였으나, 동 벤츠차량은 국내의 벤츠 상표권자인 벤츠사와 동일시할 수 있는 벤츠 캐나다사에 의하여 적법하게 생산, 판매된 진정상품으로서 위와 같은 오토월드의 진정상품 병행수입행위가 국내 벤츠 상표권자인 한성자동차의 상표전용사용권을 침해하는 것으로 볼 수는 없음.

[한성자동차의 오토월드에 대한 병행수입저지행위 건(서울고법 2000. 4. 6. 선고 99누389 판결²⁹⁾)]

□ 조선업체들에게 LNG 화물창 기술 라이선스를 허여하면서도 해당 기술 라이선스의 내용에 포함되지 않은 엔지니어링 서비스까지 원고로부터 구매하도록 강제한 행위는 실시권의 범위를 부당하게 제한하는 행위로서 특허권의 정당한 권리범위를 벗어난 것으로 봄이 타당함

○ 원고의 이 사건 끼워팔기 행위는 특허법의 목적, 취지, 내용 등에 부합한다거나, 합리적인 범위 내의 실시범위 제한에 해당한다고 보기 어렵고, 특허권의 정당한 권리행사 범위를 벗어난 것으로 봄이 타당함.

- ① 특허법의 목적은 발명을 보호·장려하고 그 이용을 도모함으로써 기술의 발전을 촉진시켜 산업발전에 이바지 하는 데 있는데(특허법 제1조 참조), 원고가 LNG 화물창 기술 라이선스와 엔지니어링 서비스를 통합 판매한 행위는 엔지니어링 서비스 시장의 진입을 봉쇄하여 혁신을 저해하므로 위 특허법의 목적에 부합한다고 볼 수 없음.

- ② 원고가 조선업체들과 체결한 TALA 계약을 통하여 실시허락을 한 특허권의 내용은 별첨 A 기재와 같은데, 해당 특허권들을 모두 살펴보더라도 원고가 주장하는 바와 같이 해당 특허권에 기하여 제작되는 물건을 설계·감리하는 방법에 관한 특허가 포함되어 있다고 보이지는 않음.

29) 상고심(대법원 2002. 2. 5. 선고 2000두3184 판결)은 이 부분에 대하여는 특별히 판단하지 않음

- ③ 원고는 조선업체들에게 LNG 화물창 기술 라이선스를 허여하면서도 해당 기술 라이선스의 내용에 포함되지 않은 엔지니어링 서비스까지 원고로부터 구매하도록 강제하였는바, 이는 실시권의 범위를 부당하게 제한하는 행위로서 특허권의 정당한 권리범위를 벗어난 것으로 볼이 타당한.
- ④ 위와 같은 실시권 범위의 제한이 원고와 조선업체들 사이의 계약에 의하여 이루어지기는 하였으나, 이는 원고의 부당한 엔지니어링 서비스 구매 강제행위로 인한 것이라 할 것이므로 계약의 형식을 통하여 설정되었다는 사정만으로 정당하다고 볼 수는 없음.
- ⑤ 원고로 하여금 LNG 화물창 기술 라이선스를 엔지니어링 서비스와 분리하여 거래하도록 하더라도 조선업체들이 원고로부터 LNG 화물 기술 라이선스의 구매를 주저하게 되는 등으로 위 기술 라이선스의 거래가 위축될 것이라고 단정하기는 어려움. 나아가 원고가 조선업체들의 엔지니어링 서비스 분리거래 요구를 거절하고 계속하여 기술 라이선스와 통합하여 제공함으로써 엔지니어링 서비스 시장에 잠재적 경쟁자가 존재함에도 불구하고 신규 진입이 봉쇄되어 경쟁이 원천적으로 제한되었는바, 이 사건 끼워팔기 행위가 친경쟁적인 효과를 발생시켰다고 보기도 어려움.

[가즈트랑스포르 예 페꼬니가즈의 시장지배적지위 남용행위 등에 대한 건(서울고법 2022. 12. 1. 선고 2020누69221 판결³⁰⁾)]

30) 상고심(대법원 2023. 4. 13. 선고 2023두30147 판결)은 삼리날속행 기각함

3. 공정거래법 제118조(구법 제60조)의 일정한 조합의 행위

가. 적용 제외 조합의 의의

- 사업자조합이 법 제60조 소정의 법 적용제외조합에 해당하기 위하여는 소규모의 사업자들만으로 구성되어야 하며, 소규모 사업자는 대기업과 대등하게 교섭할 수 있도록 상호 단결할 필요성이 있는 규모의 사업자여야 할 것임
- 사업자조합이 법 제60조 소정의 법 적용제외조합에 해당하기 위하여는 소규모의 사업자들만으로 구성되어야 하고 소규모 사업자 이외의 자가 가입되어 있어서는 아니 된다고 할 것이며, 또한, 법 제60조 소정의 소규모 사업자는 대기업과 대등하게 교섭할 수 있도록 상호 단결할 필요성이 있는 규모의 사업자여야 할 것임.

[한국재생유지공업협동조합의 사업자단체금지행위에 대한 건(대법원 2002. 9. 24. 선고 2002누5672 판결)]

나. 구체적 사안

- 한국재생유지공업협동조합의 구성사업자들은 각각의 규모를 가지고 국내재생유지업계의 전체시장 대부분을 나누어 갖고 있어 위 사업자 모두를 소규모사업자로 볼 수 없음
- 한국재생유지공업협동조합의 구성사업자들은 각각의 규모를 가지고 국내재생유지업계의 전체시장 대부분을 나누어 갖고 있어 위 사업자 모두를 소규모사업자로 볼 수 없다고 할 것이므로 이들을 구성사업자로 하는 원고를 법 제60조 소정의 법적용제외조합에 해당하는 소규모 사업자들로 구성된 조합이라고 보기는 곤란하다고 할 것임.

[한국재생유지공업협동조합의 사업자단체금지행위에 대한 건(대법원 2002. 9. 24. 선고 2002누5672 판결)]

□ 부산치과의사회의 회원인 치과의사들에 의하여 운영되는 치과 병·의원의 규모, 운영형태, 매출액 등 여러 사정에 비추어 부산치과의사회는 법 제60조 소정의 조합에 해당한다고 할 수 없음

○ 부산치과의사회의 회원인 치과의사들에 의하여 운영되는 치과병·의원의 규모, 운영형태, 매출액 등 여러 사정에 비추어 동 의사회가 법 제60조 소정의 소규모 사업자의 상호부조를 목적으로 하는 조합에 해당한다고 할 수 없을 뿐 아니라, 이 사건 행위는 부당하게 경쟁을 제한하는 가격을 인상하는 행위에 해당하여 법 제60조 단서에 의하여 이 법의 적용이 배제되는 것도 아님.

[부산광역시치과의사회의 가격결정행위 건(대법원 2005. 8. 19. 선고 2003두9251 판결)]

□ 원고들 중 일부는 매출액이 커 원고 중앙협의회의 구성사업자 모두가 법 제60조 제1호 소정의 소규모 사업자인 경우에 해당되지 아니하므로 원고 중앙협의회는 법 제60조 소정의 조합에 해당되지 아니함

○ 원고들 중 일부는 매출액이 커서 원고 중앙협의회의 구성사업자 모두가 법 제60조 제1호 소정의 소규모 사업자인 경우에 해당되지 아니하므로 원고 중앙협의회가 법 제60조 소정의 조합에 해당되지 아니할 뿐 아니라, 원고 중앙협의회가 학생복 가격의 인하율 등을 일정수준으로 유지하기로 결의한 것은 당시의 경제상황에서 당해 행위가 없다면 인하될 수 있는 가격을 인하될 수 없게 하는 행위로서 실질적으로 가격을 인상하게 되는 경우에 해당되므로, 원고 중앙협의회의 판매가격 결정 등의 행위에 대하여 법 제60조에 따라 법 적용을 제외할 수 없음.

[전국학생복발전협의회 와 20의 사업자단체금지행위 건(대법원 2006. 11. 24. 선고 2004두10319 판결)]

□ 농업협동조합중앙회를 법 제60조에 정한 ‘조합’에 해당한다고 볼 수 없음

○ 사업자조합이 법 제60조에 정한 법 적용제외 조합에 해당하기 위하여는 소규모의 사업자들만으로 구성되어야 하고 소규모 사업자 이외의 자가 가입되어 있어서는 안 되며, 법 제60조에 정한 소규모사업자는 대기업과 대등하게 교섭할 수 있게 하기 위하여 단결할 필요성이 있는 규모의 사업자라야 할 것인데, 이 사건의 경우 농업협동조합중앙회의 회원은 지역조합, 품목조합 및 품목조합연합회로 이루어져 있어 소규모의 사업자 또는 소비자에

해당하지 않고, 원고인 농업협동조합중앙회는 농업협동조합법에 의하여 설립된 법인으로서 그 단결을 촉진하여야 할 필요성이 있는 임의로 설립된 조합에 해당되지 아니하므로, 법 제60조의 적용대상인 조합에 해당하지 않음.

[농업협동조합중앙회의 배타조건부거래행위 건(대법원 2009. 7. 9. 선고 2007두22078 판결)]

※ 같은 취지: 한국비철금속공업협동조합연합회의 부당공동행위 건(서울고법 1992. 1. 29. 선고 91구2030 판결)

- 조합정관에 따르면 중기업 또는 중소기업 이외의 사업자도 조합원 가입을 허용하고 있는 점, 원고는 공동사업을 수행할 수 있고 실제로 친환경 학교 급식 배송 지원사업 등을 수행한 바 있는 점 등을 종합하면, 공정거래법 제60조가 규정하고 있는 상호부조를 목적으로 한 소규모사업자로 구성된 조합으로 볼 수 없음

[충북급식재료농급업협동조합의 사업자단체금지행위에 대한 건(서울고법 2019. 6. 13. 선고 2018누49842 판결³¹⁾)]

31) 상고심(대법원 2019. 10. 18. 선고 2019두45364 판결)은 심리불속행 기각함

4. 헌법상 권리 행사³²⁾

- 정부의 정책 또는 법집행에 영향력을 행사하기 위한 사업자의 행위가 헌법상의 표현의 자유 및 청원권의 행사로 인정된다는 이유만으로 공정거래법의 적용이 배제될 수 없음
- 정부의 정책 또는 법집행에 영향력을 행사하기 위한 사업자의 행위가 헌법상의 표현의 자유 및 청원권의 행사로 인정된다는 이유만으로 공정거래법의 적용이 배제될 수 없으며, 이 사건 합의가 금융감독원의 정책에 영향을 끼치려는 의도 아래 이루어진 것이라고 볼 수도 없음.

[14개 생명보험사 및 10개 손해보험사의 부당한 공동행위 건(대법원 2012. 5. 24. 선고 2010두375 판결)]

* 참고: 엘아이지손해보험의 부당한 공동행위 건(서울고법 2009. 5. 24. 선고 2008누34452 판결, 대법원 2012. 5. 24. 선고 2010두399 판결)

32) 헌법상 청원권 행사에 따른 공정거래법 적용 배제 여부 관련

XII

소송요건, 헌법소원 등

XII. 소송요건, 헌법소원 등

1. 항고소송의 대상적격

① 궁정례

- 공정위의 경고의결은 사업자가 장래 다시 표시광고법 위반행위를 할 경우 위반행위의 횟수에 참작되어, 과징금 부과 여부나 그 정도에 영향을 주는 고려사항이 되므로 행정소송의 대상이 되는 처분에 해당함
- 헌법상 법치국가 원리에서 비롯된 법률유보의 원칙은 행정이 법률에 근거하여 이루어져야 한다는 것이고, 헌법 제37조 제2항은 국민의 모든 자유와 권리의 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다고 규정하고 있으므로 국민의 자유와 권리를 제한하는 행정처분은 법률에 근거하여야만 함. 구 표시·광고의 공정화에 관한 법률(2011. 9. 15. 법률 제11050호)로 개정되기 전의 것, 이하 '구 표시광고법'이라고 함) 위반을 이유로 한 공정거래위원회의 경고의결은 당해 표시·광고의 위법을 확인하되 구체적인 조치까지는 명하지 아니하는 것으로 사업자가 장래 다시 표시광고법 위반행위를 할 경우 과징금 부과 여부나 그 정도에 영향을 주는 고려사항이 되어 사업자의 자유와 권리를 제한하는 행정처분에 해당함.
- 구 표시광고법 제7조에 따르면, 공정거래위원회는 사업자 등이 부당한 표시·광고행위를 하는 때에는 그 시정을 위하여 '당해 위반행위의 중지(제1호), 시정명령을 받은 사실의 공표(제2호), 정정광고(제3호), 기타 위반행위의 시정을 위하여 필요한 조치(제4호)'를 명할 수 있다. 여기서 '기타 위반행위의 시정을 위하여 필요한 조치'란 '당해 위반행위의 종지 명령' 등 제1호에서 제3호까지 규정한 시정조치 외에 위반행위를 시정하기 위하여 필요하고 적절하다고 인정되는 제반 조치를 말하는 것이고, 표시광고법 위반행위에 따른 과징금 부과 여부나 그 정도에 영향을 미칠 수 있는 경고처분도 이에 해당한다고 볼 수 있음.

[청원건설의 부당한 광고행위 건(대법원 2013. 12. 26. 선고 2011두4930 판결)]

* 청원건설의 경고의결 처분 취소 건(현재 2012. 6. 27. 선고 2010헌마508 결정): 이 사건 경고는 준사법기관이라 할 수 있는 피청구인이 '독점규제 및 공정거래에 관한 법률' 제55조의2에 따라 제정된 '공정거래위원회 회의운영 및 사건절차 등에 관한 규칙' 제50조에 의거하여 행한 의결인 점, 청구인들이 제기한 이 사건 경고의 취소청구 소송에서 서울고법 역시 이 사건 경고를 행정소송의 대상이 되는 처분으로 보고 청구기각판결을 선고한 점 등을 종합하여 볼 때, 이 사건 경고는 청구인들의 권리의무에 직접 영향을 미치는 처분으로서 행정소송의 대상이 된다고 볼이 상당함.

□ 하도급법상 입찰참가자격제한요청 결정은 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당함

- 피고로부터 입찰참가자격제한 요청을 받은 관계 행정기관의 장은 원칙적으로 그 사업자에 대하여 입찰참가자격을 제한하여야 하므로 이 사건 입찰참가자격제한 요청 결정에 따라 원고에게 후속 제재처분인 입찰참가자격제한을 받을 구체적·현실적 위험이 발생하여 법률상 불이익이 존재한다고 볼 수 있는 점, 원고로 하여금 입찰참가자격제한 처분만 다룰 수 있도록 하는 것보다는 그에 앞서 이 사건 입찰참가자격제한 요청 결정의 적법성을 항고소송으로 다룰 수 있도록 함으로써 관련 법적 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있게 할 필요가 있는 점 등을 고려하면, 이 사건 입찰참가자격제한요청 결정은 국민의 권리의무에 직접적으로 영향을 미치는 행위라고 볼 수 있으므로, 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당함.

[삼강엠앤티(주)의 입찰참가자격제한 요청에 대한 건(서울고법 2020. 10. 21. 선고 2019누41517 판결, 고법 확정)]

* 같은 취지: 지에스건설 입찰참가자격제한 요청에 대한 건(서울고법 2020. 8. 13. 선고 2019누41906판결¹⁾)

□ 명단공표는 누구나 접속이 가능한 인터넷 홈페이지에 이루어지므로 행정권 내부에서의 행위나 사실상의 통지라고 보기 어렵고, 국민의 구체적 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 공법상 행위로서 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당함

- 이 사건 명단공표는 누구나 접속이 가능한 인터넷 홈페이지에 이루어지므로 행정권 내부에서의 행위나 사실상의 통지라고 보기 어렵고, 공표로 인하여 회사의 명예, 신용 등이 타격을 받을 것이 분명하며, 공개처분이 일회적이 아니라 1년간 그 공표의 상태가 지속되고, 공표대상이 된 사업자를 심의위원회를 거쳐 공표대상자로 선정한다는 점에서 행정청의 행위가 개입되며, 사업자는 명단공표에 이의가 있을 때 그 명단공표를 선정한 심의위원회에게 소명하여 재심의를 받도록 되어 있으므로 사업자의 권리구제를 위하여 다른 구제절차가 필요함.
- 원고는 이 사건 명단공표로 인하여 조달청 입찰자격사전심사 기준의 신인도평가에서 '-7'을 받는바, 조달청이 집행하는 시설공사의 입찰에 참가하는 것이 사실상 불가능하여 시설공사 입찰참가자격에 직접적인 불이익을 받으므로, 이 사건 명단공표로 인하여 원고가 입게 되는 불이익은 단순한 사실상의 불이익에 그친다고 보기는 어려움.

[삼부토건의 하도급거래 상습법위반사업자명단공표 취소 건(서울고법 2017. 5. 17. 선고 2016누56594 판결²⁾)]

1) 상고심(대법원 2023. 2. 2. 선고 2020두148260 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

- 시정조치 및 과징금 부과처분에 불복하여 취소소송을 제기하는 경우에 그러한 시정조치와 과징금 부과처분에 대한 이의신청을 거친 때에도 이의신청에 대한 재결 자체에 고유한 위법이 있다면 그 이의재결의 취소를 구할 수 있지만, 그와 같은 특별한 사정이 없다면 공정거래위원회를 피고로 하여 원처분인 시정조치와 과징금 부과처분의 취소를 구하여야 함
- 원고는 이 사건 공동행위가 경쟁제한성이 없어 공정거래법 19조 1항 8호에 위반되지 아니하고, 설령 그에 위반된다고 하더라도 원고에 대한 과징금의 산정에는 재량권을 일탈·남용한 잘못이 있다고 주장하면서, 3항과 같이 이 사건 과징금 부과처분의 취소를 구하는 외에 선택적으로 같은 이유를 원인으로 하여 이 사건 이의재결의 취소까지 구하고 있음.
- 공정거래법 54조 1항은 공정거래법에 의한 공정거래위원회의 처분에 대하여 불복의 소를 제기하고자 할 때에는 처분의 통지를 받은 날 또는 이의신청에 대한 재결서의 정본을 송달받는 날부터 30일 이내에 이를 제기하여야 한다고 규정하면서, 공정거래법 53조는 공정거래위원회에 대한 이의신청을 임의적 절차로 규정하고 있음. 한편, 행정소송법 19조 단서는 재결취소소송은 재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 경우에 한하여 제기할 수 있도록 규정함으로써 재결취소소송에서는 처분의 위법을 그 취소의 이유로 주장할 수 없게 하여 이른바 원처분 중심주의를 취하고 있음. 이러한 규정내용에 비추어 보면, 공정거래위원회의 공정거래법 21조와 22조에 기초한 시정조치 및 과징금 부과처분에 불복하여 취소소송을 제기하는 경우에 그러한 시정조치와 과징금 부과처분에 대한 이의신청을 거친 때에도 이의신청에 대한 재결 자체에 고유한 위법이 있다면 그 이의재결의 취소를 구할 수 있지만, 그와 같은 특별한 사정이 없다면 공정거래위원회를 피고로 하여 원처분인 시정조치와 과징금 부과처분의 취소를 구하여야 한다고 해석하여야 함.
- 이 사건에서 원고가 이의재결의 취소를 구하는 위 기재 사유는 이 사건 이의재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 것이 아니고, 달리 피고의 이 사건 이의재결 자체에 고유한 위법사유가 있다고 인정할 만한 사정도 없으므로 원고의 이 부분 청구는 나아가 살필 필요 없이 이유 없음.

[태영건설의 청주하수처리장 여과시설 설치 및 소가로 증설공사 입찰 관련 부당공동행위 건(서울고법 2016. 6. 3. 선고 2015누45191 판결, 고법 확정)]
- * 같은 취지: 지에스건설 등 한국가스공사 발주 천연가스 주배관 및 관리소 건설공사 입찰 관련 23개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2017. 4. 27. 선고 2016누31441 판결³⁾)

2) 상고심(대법원 2017. 10. 12. 선고 2017두50065 판결)은 심리불속행 기각함

3) 상고심(대법원 2017. 9. 14. 선고 2017두47151 판결)은 심리불속행 기각함

□ 이의재결은 양적으로 가분인 과징금납부명령의 일부를 취소하고 나머지 과징금납부명령 부분과 시정명령 부분에 대한 이의신청을 기각하는 내용으로, 이 경우에도 이의재결의 기각 부분에 의하여 유지되는 나머지 원처분 의결은 그대로 존속하고 있으므로 일부취소 후의 원처분의 위법은 원처분에 대한 취소소송에서 주장하여야 함(기각)

○ 이의재결은 양적으로 가분인 과징금납부명령의 일부를 취소하고 나머지 과징금납부명령 부분과 시정명령 부분에 대한 이의신청을 기각하는 내용으로, 이 경우에도 이의재결의 기각 부분에 의하여 유지되는 나머지 원처분 의결은 그대로 존속하고 있으므로 일부취소 후의 원처분의 위법은 원처분에 대한 취소소송에서 주장하여야 하고 재결취소의 소에서 이를 주장할 수 없음. 즉, 원고가 이의재결의 취소를 구하는 위와 같은 사유는 원처분에 대한 사유일 뿐 이 사건 이의재결 자체에 고유한 위법이 있음을 이유로 하는 것이 아니고, 달리 피고의 이 사건 이의재결 자체에 고유한 위법사유가 있다고 인정할 반한 사정도 없으므로 원고의 이 부분 청구는 이유 없음(기각).

[한양의 불공정하도급거래행위에 대한 건 관련 과징금 납부기한 연장 및 분활납부 변경처분에 대한 건(서울고법 2016. 5. 27. 선고 2014누67705 판결⁴⁾]

□ 선행처분인 직권취소 의결의 하자를 이유로 후행처분인 재처분 의결의 효력을 다툴 수 있음

○ 이 사건 재처분 의결은 이 사건 직권취소 의결만으로 원심결의 과징금납부명령을 회복시킬 수 없어 원고에게 적법한 과징금을 부과하기 위하여 이 사건 직권취소 의결에 터 잡아 이루어진 후속처분으로, 이 사건 직권취소 의결에 대하여 원고가 제소기간 내에 행정소송을 제기함으로써 불가쟁력이 발생하지 않은 이 사건의 경우 선행처분인 이 사건 직권취소 의결의 하자를 이유로(그 하자의 정도와 관계없이) 후행처분인 이 사건 재처분 의결의 효력을 다툴 수 있다고 봄이 타당함.

[7개 시멘트 제조사의 부당한 공동행위에 대한 건 관련 성신양회(주)에 대한 과징금 재부과의 건(서울고법 2017. 10. 25. 선고 2017누48415 판결⁵⁾]

4) 상고심(대법원 2016. 10. 27. 선고 2016두45462 판결)은 심리불속행 기각함

5) 상고심(대법원 2018. 3. 15. 선고 2017두71994 판결)은 심리불속행 기각함

② 부정례

□ 하도급법상 벌점 부과행위는 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하지 않음

- 이 사건 각 벌점 부과행위는 향후 입찰참가자격제한 등 요청의 기초자료로 사용하기 위하여 확인하는 내부적 행위에 불과하고, 피고가 법위반사업자에 대하여 누산 벌점이 일정 기준을 초과한다고 보아 관계 행정기관의 장 등에게 입찰참가자격제한이나 영업정지 요청을 하고, 그 관계 행정기관의 장 등이 그 사업자에 대하여 입찰참가자격제한이나 영업정지를 하면 비로소 위 사업자는 입찰참가자격을 상실하거나 영업정지를 당하게 되므로 그 이전 단계에서 이루어지는 이 사건 각 벌점 부과행위만으로 위 사업자의 권리의무에 직접적 변동이 발생한다고 볼 수 없음. 따라서 벌점 부과행위는 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하지 않음.

[삼강엠앤티(주)의 입찰참가자격제한 요청에 대한 건(서울고법 2020. 10. 21. 선고 2019누41517 판결, 고법 확정)]

- ※ 같은 취지: 지에스건설의 벌점부과처분 부존재확인 등에 대한 건(서울고법 2020. 10. 21. 선고 2019누43186 판결⁶⁾), 한화에스엔씨의 불공정하도급거래행위에 대한 건(서울고법 2020. 8. 13. 2019누53626 판결⁷⁾), 대림산업의 벌점부과처분 부존재 확인 등에 대한 건(서울고법 2020. 8. 13. 2019누58928 판결⁸⁾)

□ 원고가 감면신청 기각결정에 대하여 그 취소를 구하는 것은 그 소의 이익이 없음 (각하)

- 부당한 공동행위와 관련하여 사업자의 자진신고에 의한 과징금 등 감면신청에 대하여 피고가 기각처분을 한 것은 종국적으로 자진신고 등에 따른 시정조치 또는 과징금 부과에 대한 감면 여부를 결정하기 위한 하나의 절차로서 행하여지는 것인데, 다만 피고는 자진신고자의 신원이 공개되지 아니하도록 사업자의 감면신청에 관하여 분리하여 의결할 수 있을 뿐임.
- 그런데 사업자의 감면신청에 대하여 피고가 최종적 판단으로서 이를 기각하는 결정을 하였더라도 피고가 그 부령 사업자의 위반행위에 대하여 별도로 시정명령 또는 과징금 부과처분을 하였다면, 위와 같이 분리된 의결을 별개의 처분으로 볼 수밖에 없는 이상, 사업자가 위 감면신청 기각결정의 취소를 다투어 그 감면신청 기각결정이 취소된다고 하더라도 그러한 사정만으로 이미 사업자에게 내려진 시정명령 또는 과징금부과를 명한 종국의결의 효력이 부인될 수는 없고 사업자로서는 감면신청 기각결정의 취소와는 별개로 종국의결의 위법 여부를 다투어 그 취소를 구하여야 함.

6) 상고심(대법원 2023. 1. 12. 선고 2020두54890 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

7) 상고심(대법원 2023. 1. 12. 선고 2020두50683 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

8) 상고심(대법원 2023. 1. 12. 선고 2020누50690 판결)은 이러한 원심판결에 위법이 없다고 판시함

- 그리고 사업자의 감면신청에 대한 피고의 감면신청 기각의결과 시정명령 또는 과징금부과에 관한 종국의결은 서로 결합하여 한 개의 법률효과를 발생시키기 위하여 난계적인 일련의 절차로 행하여지므로, 사업자는 종국의결에 대한 취소소송에서 감면신청 기각결정의 위법을 주장하여 종국의결의 취소를 구할 수 있고, 달리 감면신청에 대한 기각결정을 시정명령 및 과징금부과처분과 별도로 다루어야 할 특별한 사정을 인정할 수 없는 한, 시정명령 및 과징금부과처분의 취소소송과 별개로 감면신청 기각결정을 취소하는 소송을 허용하는 것은 사업자로 하여금 무용한 소송절차의 반복에 이르게 하는 것으로서 부당함(대법원 2015. 5. 28. 선고 2012두13252 판결, 대법원 2015. 9. 10. 선고 2013두13815 판결 등 참조).
- 이러한 점들을 모두 종합하면, 자진신고 등에 따른 감면신청에 대한 기각의결이 있더라도 이와 별개로 시정조치 또는 과징금부과에 관한 종국의결이 있는 경우에는 직접 종국의결의 위법 여부를 다루어 그 취소를 구하는 것이 당해 사업자에게 가장 유효·적절한 권리구제 수단이 됨. 따라서 이 경우 감면신청 기각결정에 대하여 그 취소를 구하는 것은 그 소의 이익이 없음.

[고양 바이오매스 에너지시설 설치사업 공사 입찰 관련 코오롱글로벌의 부당한 공동행위
감면신청에 대한 건(서울고법 2015. 12. 3. 선고 2015누39370 판결, 고법 확정)]

- * 같은 취지: 한라산업개발의 새만금유역 합류식하수도월류수(CSOs) 및 초기우수처리시설 설치사업(2권역) 입찰담합에 대한 건(서울고법 2015. 12. 10. 선고 2015누53192 판결), 에스케이건설의 호남고속철도 제2-1공구 등 최저가낙찰제 참가 28개 사업자 부당공동행위 건(서울고법 2016. 6. 30. 선고 2015누33617 판결⁹⁾)

□ 원고가 이 사건 재결의 취소를 구하는 부분은 항고소송의 대상이 되지 아니하는 처분의 취소를 구하는 것으로서 부적법함(각하)

- 선행처분이 자진신고 등을 이유로 한 감면 등의 종국적인 후행처분을 예정하고 있는 잠정적 처분이 아니라 종국적인 처분으로 이루어진 것인데, 행정청이 스스로의 판단에 의하여 선행처분에서 부과된 과징금을 감액하는 처분을 한 경우 그 감액처분은 당초 과징금부과처분과 별개인 독립의 과징금부과처분이 아니라 그 실질은 당초 과징금부과처분의 변경이고, 그에 의하여 과징금의 일부취소라는 납부의무자에게 유리한 결과를 가져오는 처분이라 할 것이어서 그 감액처분으로도 아직 취소되지 않고 남아 있는 부분이 위법하다고 하여 다투는 경우, 항고소송의 대상은 당초의 과징금부과처분 중 취소되지 않고 남은 부분이고, 과징금감액처분 자체가 항고소송의 대상이 되는 것은 아니라 할 것이다(대법원 1991. 9. 13. 선고 91누391 판결, 1998. 5. 26. 선고 98두3211 판결 등 참조).

9) 상고심(대법원 2016. 10. 27. 선고 2016두46441 판결)은 심리불속행 기각함

- 따라서 피고가 2015. 4. 10. 이 사건 공동행위를 이유로 원고에 대하여 1,629,000,000원의 과징금 납부를 명하였다가 원고의 이의신청을 받아들여 같은 해 6. 5. 위 과징금액을 844,000,000원으로 변경한 사실, 피고의 이 사건 재결은 최초의 과징금부과처분이 이루어진 당시부터 원고의 자진신고를 이유로 예정된 것이 아니라 심의일 기준 적전 원고의 3년간 당기순이익 기준평균이 적자인 점을 고려하지 않았다는 원고의 이의신청에 의하여 이루어진 것임은 앞서 본 바와 같으므로, 이 사건 소 종 원고가 이 사건 재결의 취소를 구하는 부분은 항고소송의 대상이 되지 아니하는 처분의 취소를 구하는 것으로서 부적법하다고 할 것임.

[태영건설의 충남도청 이전신도시 하수처리시설 건설 공사 입찰 부당공동행위 건(서울고법 2016. 3. 17. 선고 2015누48763 판결, 고법 확정)]

- 행정소송법 제4조에서 인정하고 있는 취소소송, 무효등확인소송, 부작위위법확인소송 이외의 항고소송은 부적법한 소송이고 현행 행정소송법상 의무이행소송이나 의무확인 소송은 허용되지 않음

- 원고는 피고 공정거래위원회를 상대로 이 사건 경고 조치를 표시광고법 제7조 제1항 각 호에서 정한 시정조치, 즉 '해당 위반행위의 중지'(제1호), '시정명령을 받은 사실의 공표'(제2호), '정정광고'(제3호), '그 밖에 위반행위의 시정을 위하여 필요한 조치'(제4호)로 변경하여 명할 것을 구하고 있는데, 이는 의무이행소송으로서 현행 행정소송법상 허용되지 아니하여 원고의 피고 공정거래위원회에 대한 소는 부적법함.

[쉬즈의원의 부당한 광고행위에 대한 건(서울고법 2023. 6. 1. 선고 2023누33902 판결¹⁰⁾)]

- 공정거래위원회가 신고 내용에 따른 조치를 취하지 아니하고 이를 거부하는 취지로 무혐의 또는 각하 처리한다는 내용의 회시를 하였다 하더라도 이는 그 신고인의 권리의무에 아무런 영향을 미치지 아니하는 것이어서 그러한 조치를 가리켜 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고는 할 수 없음(각하)

- 신고는 공정거래위원회에 대하여 같은 법에 위반되는 사실에 관한 조사의 직권발동을 촉구하는 단서를 제공하는 것에 불과하고 신고인에게 그 신고 내용에 따른 적당한 조치를 취하여 줄 것을 요구할 수 있는 구체적인 청구권까지 있다고 할 수는 없음.
- 따라서 이 사건 조치가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 할 수 없고, 공정거래법 제49조 제2항에 규정된 신고자에 불과한 원고에게 피고가 원고의 신고에 대하여

10) 상고심(대법원 2023. 9. 14. 선고 2023누44405 판결)은 신리불속행 기각함

조사 등 필요한 조치를 취하지 않았다는 이유로 이 사건 조치의 취소를 구할 원고 적격이 인정된다고도 볼 수 없음.

[소프트온넷의 거래거절 행위 등에 대한 건(서울고법 2016. 1. 27. 선고 2015누42611 판결, 고법 확정)]

□ 당사자가 아닌 신고인에 대한 공정위의 무혐의 또는 각하 처리 회신은 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당되지 아니함

- 공정거래법상 신고는 공정거래위원회에 대하여 같은 법에 위반되는 사실에 관한 조사의 직권발동을 촉구하는 단서를 제공하는 것에 불과하고 신고인에게 그 신고 내용에 따른 적당한 조치를 취하여 줄 것을 요구할 수 있는 구체적인 청구권까지 있다고 할 수는 없고(대법원 1989. 5. 9. 선고 88누4515 판결), 법 제49조 제3항에서 “공정거래위원회는 제1항 또는 제2항의 규정에 의하여 조사를 한 경우에는 그 결과를 서면으로 당해 사건의 당사자에게 통지하여야 한다.”라고 규정하고 있다 하더라도 이는 신고인이 아닌 당사자에 대한 통지의무를 규정한 것으로서 신고인에 대한 통지와는 그 근거나 성질을 달리하는 것이므로 이러한 규정이 있다고 하여 달리 볼 수도 없음. 따라서 공정위가 신고 내용에 따른 조치를 취하지 아니하고 이를 거부하는 취지로 무혐의 또는 각하 처리한다는 내용의 회신을 하였다 하더라도 이는 그 신고인의 권리의무에 아무런 영향을 미치지 아니하는 것이어서 그러한 조치를 기리켜 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고는 할 수 없음.

[불공정거래행위 무혐의처분 취소 건(대법원 2000. 4. 11. 선고 98두5682 판결)]

□ 공정위의 고발조치 및 고발 의결은 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라 할 수 없음

- 이른바 고발은 수사의 단서에 불과할 뿐 그 자체 국민의 권리의무에 어떤 영향을 미치는 것이 아니고 특히 독점규제및공정거래에관한법률 제71조는 공정거래위원회의 고발을 위법률위반죄의 소추요건으로 규정하고 있어 공정거래위원회의 고발조치는 사직 당국에 대하여 형벌권 행사를 요구하는 행정기관 상호간의 행위에 불과하여 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 할 수 없으며, 더욱이 공정거래위원회의 고발 의결은 행정청 내부의 의사결정에 불과할 뿐 최종적인 처분은 아닌 것이므로 이 역시 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 되지 못함.

[내한약사회 및 서울지부의 경쟁제한행위 건(대법원 1995. 5. 12. 선고 94누13794 판결)]

- 이의신청 재결(과징금 감경)에 대한 직권취소 의결에 의하여 감액 부분 과징금납부 명령의 효력이 소급적으로 살아난다고 볼 수 없으므로 감액된 부분의 과징금납부 명령의 취소를 구하는 청구는 부적법함
 - 이 사건 이의신청 재결에 하자가 있고 이 사건 직권취소 의결이 적법하다 하더라도 이 사건 이의신청 재결이 당연무효가 아닌 한 이 사건 이의신청 재결은 일단 유효하게 성립하여 이 사건 감액 부분 과징금납부명령의 효력을 확정적으로 상실시키는 것이므로, 이 사건 직권취소 의결에 의하여 이 사건 감액 부분 과징금납부명령의 효력이 소급적으로 살아난다고 볼 수는 없고, 피고가 원고에 대하여 이 사건 감액 부분에 대한 과징금납부의무를 다시 지우려면 다시 법률에서 정한 과징금부과절차를 거쳐 동일한 내용의 새로운 처분을 하는 수밖에 없음.(‘조세 부과처분의 취소처분을 다시 취소한 사안’에 관한 대법원 1995. 3. 10. 선고 94누7027 판결 참조) 그러므로 이 사건 소 중 감액 부분 과징금납부명령의 취소를 구하는 청구 부분은 존재하지 않는 처분에 대한 청구여서 소의 이익이 없어 부적법함.
[7개 시멘트제조사의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2017. 10. 25. 선고 2016누53748 판결11))]
 - 행정청인 피고로 하여금 고발조치라는 일정한 행정처분을 하도록 명하는 이행판결을 구하는 것은 행정소송법에 의하여 허용되지 않는 소송이므로 부적법하다고 할 것임
 - 현행 행정소송법상 행정청으로 하여금 일정한 행정처분을 하도록 명하는 이행판결을 구하는 소송이나 법원으로 하여금 행정청이 일정한 행정처분을 행한 것과 같은 효과가 있는 행정처분을 직접 행하도록 하는 형성판결을 구하는 소송은 허용되지 아니함(대법원 1997. 9. 30. 선고 97누3200 판결 참조).
 - 그런데, 원고는 이 사건 소로써 피고에 대하여 원고 주장과 같은 사유를 들어 동일건설을 수사기관에 하도급법위반으로 고발할 것을 구하고 있는바, 이는 행정청인 피고로 하여금 고발조치라는 일정한 행정처분을 하도록 명하는 이행판결을 구하는 것으로써 결국 행정소송법에 의하여 허용되지 않는 소송이므로 부적법하다고 할 것임.
[정음건설의 동일건설 하도급법 위반혐의 사실 고발 요청 건(서울고법 2016. 5. 26. 선고 2016누33003 판결)]
- * 같은 취지: (주)맛독의 허위광고사례에 대한 과징금부과청구에 대한 건(서울행정법원 2019. 10. 8. 선고 2019구합3537)12)

11) 상고심(대법원 2018. 3. 15. 선고 2017두72003 판결)은 심리불속행 기각함

12) 원고 항소포기로 확정됨

□ 이 사건 과징금변경처분은 과징금후행처분에 흡수되어 소멸하였으므로, 이 사건 소의 적법한 대상은 이 사건 과징금후행처분이고 원고가 이미 효력을 잃은 이 사건 과징금변경처분의 취소를 구하는 것은 부적법함

○ 이 사건 과징금변경처분은 원고의 다른 공동행위에 대한 자진신고 사실이 공개되지 아니하도록 하기 위한 것이고, 피고는 2017.10.23. 다른 공동행위에 관한 조사가 종료된 후 이 과징금변경처분과 별개로 공정거래법 시행령 제35조 제3항에 근거하여 이 사건 과징금후행처분을 분리하여 의결하였음. 따라서 이 사건 과징금후행처분은 원고의 자진신고자로서의 지위를 인정하여 감액하는 처분으로서 추가감면 자진신고자가 이 사건 공동행위와 관련하여 실제로 납부하여야 하는 최종적인 과징금액을 결정한 종국적 처분에 해당하고, 이 사건 과징금변경처분은 이러한 감액 처분을 예정한 잠정적 처분에 불과함.

[두산중공업(주)의 원주~강릉 철도건설 노반시설 기타공사 4개 공구 입찰 관련 4개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 5. 30. 선고 2017누62374 판결¹³⁾]

※ 같은 취지: 두산중공업(주)의 한국가스공사 발주 천연가스 주배관 및 관리소 건설공사 입찰 관련 23개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 8. 17. 선고 2016누31427 판결¹⁴⁾)

□ 당초 처분은 이 사건 처분에 흡수되어 소멸하였으므로, 원고가 이미 효력을 잃은 이 사건 당초 처분의 취소를 구하는 것은 부적법함

○ 자진신고자 등에 대한 사건을 분리하여 자진신고 등을 이유로 다시 과징금 감면처분을 하였다면, 그 후행처분은 자진신고 감면까지 포함하여 자진신고자가 실제로 납부하여야 할 최종적인 과징금액을 결정한 종국적 처분이고, 선행처분은 이러한 종국적 처분을 예정한 일종의 잠정적 처분으로서 후행처분에 흡수되어 소멸하였으므로 당초 처분의 취소를 구하는 것은 부적법함.

[(주)세아제강의 한국가스공사 발주 강관 구매입찰 관련 6개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 10. 25. 선고 2018누34963 판결¹⁵⁾)]

13) 상고심(대법원 2018. 10. 25. 선고 2018두50314 판결)은 심리불속행 기각함

14) 상고심(대법원 2019. 1. 17. 선고 2018두58691 판결)은 심리불속행 기각함

15) 상고심(대법원 2019. 3. 14. 선고 2018두63594 판결)은 심리불속행 기각함

2. 소의 이익

□ 원고에 대한 회생계획인가가 있는 경우 회생채권자표에 기재된 부분과 기재되지 아니한 부분 모두 과징금 취소를 구할 소의 이익이 있음

- 피고의 이 사건 과징금납부명령 이후 원고(경남기업)에 대한 회생절차가 개시되었고 이 사건 과징금납부명령에 의한 2,245,000,000원 중 1,870,000,000원이 회생채권자표에 기재되어 이를 포함한 회생계획인가 결정이 있었음은 앞서 본 바와 같음. 위 1,870,000,000원이 회생채권자표에 기재되어 이를 포함한 회생계획이 인가됨으로써 채무자회생법 제255조 제1항에 의한 불가쟁력이 발생하였다고 하더라도, 원고로서는 이 사건 과징금납부명령의 위법 여부를 나누어 그 과징금 채무의 실질적 존부를 다룰 수 있다 할 것임. 따라서 과징금납부명령 중 전부 또는 일부가 회생채권자표에 기재되어 그에 대한 회생계획이 인가되었다고 하더라도 그 과징금납부명령의 위법 여부를 다룰 소의 이익이 인정됨.
- (회생채권자표에 기재되지 않은 375,000,000원 부분) 한편 피고는, 이 사건 과징금납부명령에 의한 2,245,000,000원 중 원고가 선납한 375,000,000원 부분은 회생채권으로 신고되지 않았고 이에 따라 원고에 대하여 인가된 회생계획에는 이 부분 채권이 포함되지 않아 결국 이 사건 과징금납부명령 중 위 금액 상당 부분은 효력이 소멸된 처분이라 할 것이어서 그 처분의 취소를 구할 소의 이익이 없다고 주장함. 그러나 과징금 고시에서 선행 과징금납부명령의 존재를 후행 과징금납부명령시 과징금 가중의 사유로 정하고 있고 피고가 그 규칙에 정해진 바에 따라 행정작용을 할 것이 당연히 예견되므로, 선행 처분의 존재로 인하여 원고가 장래에 받을 불이익은 구체적이고 현실적인 것이라 할 것임. 따라서 과징금납부명령에 의한 채무의 전부 또는 일부가 채무자회생법에 의하여 사후적으로 면책되어 피고가 그 이행을 강제할 수 없게 되었다고 하더라도, 원고는 이 사건 과징금 납부명령을 그대로 방치하여 둘으로써 장래 가중된 제재처분을 받게 될 우려가 있으므로 법률상 지위에 대한 위험이나 불안을 제거하기 위하여 이 사건 과징금납부명령의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 봄이 타당함.

[경남기업 능 호남고속철도 제1-2공구 노반시설 기타공사 입찰관련 13개 건설업자의 부당공동행위 건(서울고법 2016. 11. 9. 선고 2015누33600 판결¹⁶⁾)]

16) 상고심(대법원 2017. 3. 16. 선고 2016두62412 판결)은 심리불속행 기각함

□ 선납한 과정금납부명령에 대하여도, 정산이나 부당이득 등이 문제될 수 있으므로 이 부분에 관하여 다를 소의 이익이 있음

- 원고가 이의신청을 하고 과정금납부명령이 적법하다고 인정될 것을 전제로 선납한 부분에 관하여는 과정금납부명령이 유효한지, 면책되었는지 여부 등에 따라 정산이나 부당이득 등이 문제될 수 있으므로, 과정금납부명령에 대하여 이의신청을 하여 다투는 중 일부를 선납하였다고 하여 이 부분 과정금납부명령에 관하여 다를 이익이 없다고는 할 수 없음.

[경남기업 등 호남고속철도 제1-2공구 노반시설 기타공사 입찰관련 13개 건설업자의 부당공동행위 건(서울고법 2016. 11. 9. 선고 2015누33600 판결¹⁷⁾)]

17) 상고심(대법원 2017. 3. 16. 선고 2016두62412 판결)은 심리불속행 기각함

3. 제소기간(법 제99조, 구법 제54조)

- 공정거래법 제54조 제1항에 의하면, 이 법에 의한 피고의 처분에 대하여 불복의 소를 제기하고자 할 때는 처분의 통지를 받은 날 또는 이의신청에 대한 재결서의 정본을 송달받은 날부터 30일 이내에 이를 제기하여야 함
- 원고 동일고무벨트는 2015. 7. 8. 피고로부터 의결서를 송달받은 후 2015. 8. 7. 야 사건 과정금납부명령에 대하여만 이의신청을 하면서 과정금 부과 기준 등에 관해서만 다루었을 뿐 이 사건 시정명령에 대해서는 다루지 않은 사실, 피고가 2014. 10. 7. 전원회의 재결 제2015-044호로 원고 동일고무벤트의 위 이의신청을 기각하여 원고 동일고무벨트는 2015. 10. 8. 그 재결서를 송달받은 후 2015. 11. 6. 이 사건 시정명령 및 과정금납부명령의 취소를 구하는 이 사건 소를 제기한 사실이 인정됨.
- 공정거래법 제54조 제1항에 의하면, 이 법에 의한 피고의 처분에 대하여 불복의 소를 제기하고자 할 때는 처분의 통지를 받은 날 또는 이의신청에 대한 재결서의 정본을 송달받은 날부터 30일 이내에 이를 제기하여야 함. 그런데 원고 동일고무벨트가 이의신청을 하지 않은 이 사건 시정명령에 대하여는 이 사건 소를 제기한 2015. 11. 6. 이미 처분서를 송달받은 날로부터 30일이 지났음이 역수상 명백하므로, 원고 동일고무벨트의 이 사건 소 중 이 사건 시정명령의 취소를 구하는 부분은 제소기간이 도과하여 부적법함.
[디알비동일, 동일고무벤트 등 3개 크롤러 제조 판매사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2017. 1. 11. 선고 2015누64703 판결, 고법 확정)]
- * 같은 취지: (주)알림시스템의 민방위 및 재난재해 경보시스템 구매설치 입찰 관련 2개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2017. 8. 17. 선고 2017누40480 판결, 고법 확정), 씨제이씨지브이의 부당지원행위 건(서울고법 2017. 10. 25. 선고 2017누37653 판결, 고법 확정)
- 선행처분('당초 정한 과정금납부명령')의 취소를 구하는 소를 제기하였다가 이 사건 처분('당초 정한 과정금 감액')의 취소를 구하는 청구를 추가하는 내용으로 청구취지를 변경한 경우 제소기간의 준수 여부를 판단함에 있어서는 청구취지 변경시가 아닌 최초의 소가 제기된 때를 기준으로 하는 것이 타당함
- 행정소송의 원고는 행정소송법 제8조 제2항에 의하여 준용되는 민사소송법 제262조에 따라 청구의 기초에 변경이 없는 한도에서 청구의 취지 또는 원인을 변경할 수 있고(대법원 1999. 11. 26. 선고 99두9407 판결 참조), 민사소송법 제265조에 따라 변경 후 새로운 청구에 관한 법률상 기간 준수의 효력은 원칙적으로 청구 변경 시, 즉 청구변경 서면을

법원에 제출한 때에 생김. 그런데 이에 대한 예외로서 선행처분의 취소를 구하는 소를 제기하였다가 후행처분의 취소를 구하는 청구취지를 추가하는 경우, 선행처분과 후행처분이 일련의 절차로 이루어진 것으로서 서로 밀접한 관계가 있고, 선행처분의 취소를 구하는 소에 후행처분의 취소를 구하는 취지가 포함되어 있다고 볼 수 있다면 후행처분의 취소를 구하는 소의 제소기간은 최초의 소가 제기된 때를 기준으로 정할 수 있다고 할 것임.

- 이 사건 선행처분은 이 사건 처분을 예정하고 있는 일종의 잠정적 처분으로 이 사건 처분에 흡수되는 것이므로 이 사건 선행처분의 위법성은 이 사건 선행처분이 흡수된 이 사건 처분에도 그대로 존재하는 것이어서 이 사건 선행처분의 위법성을 다투는 것은 결국 이 사건 선행처분이 흡수된 이 사건 처분의 위법성을 다투는 것과 다를 바가 없음.
- 그러므로 이 사건 선행처분의 취소를 구하는 소가 먼저 제기되었다가 이 사건 처분의 취소를 구하는 청구취지의 변경이 있는 경우 이 사건 처분에 대한 제소기간의 준수 여부를 판단함에 있어서는 청구취지 변경 시가 아닌 이 사건 선행처분의 취소를 구하는 소를 제기한 때를 기준으로 하는 것이 타당함. 따라서 이 사건 소 중 이 사건 처분의 취소를 구하는 부분은 제소기간을 준수하여 적법하므로 이를 나누는 피고의 본안전 항변은 받아들이지 아니함.

[케이씨씨건설의 호남고속철도 제2-1공구 등 최저가낙찰제 참가 28개 사업자의 부당공동행위 건(서울고법 2016. 6. 30. 선고 2015누35088 판결, 고법 확정)]

※ 같은 취지: 대림산업 등 호남고속철도 제2-1공구 노반신설 기타공사 등 13개 공구 최저가 낙찰제 공사 입찰참가 28개 사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2016. 10. 28. 선고 2014누65945 판결¹⁸⁾)

- 선행 처분의 취소를 구하는 소에 후행 처분의 취소를 구하는 취지도 포함되어 있다고 볼 수 있다면, 후행 처분의 취소를 구하는 소의 제소기간은 선행 처분의 취소를 구하는 최초의 소가 제기된 때를 기준으로 정하여야 할 것임
- 피고는 2014. 9. 15. 원고에게 과징금 44억 9,100만 원을 부과하는 선행 과징금납부명령을 하고, 같은 날 원고가 2순위 조사 협조자에 해당함을 이유로 과징금을 27억 4,400만 원으로 감액하는 후행 과징금납부명령을 하였으며, 원고는 위 각 과정금납부명령을 통지받은 날부터 30일 이내인 2014. 10. 17. 피고를 상대로 선행 과징금납부명령의 취소를 구하는 소를 제기하였다가 2015. 6. 8.에 이르러 주워적으로 이 사건 후행 처분의 무효확인을 구하고, 예비적으로 그 취소를 구하는 청구취지를 추가하였음.

18) 상고심(대법원 2017. 3. 30. 선고 2016두62658 판결)은 심리불속행 기각함

- 선행 과정금납부명령과 이 사건 후행 처분은 원고에 대한 최종적인 과정금을 결정하기 위한 일련의 절차를 통해 이루어졌는데, 원고는 이 사건 후행 처분의 취소를 구하는 청구취지를 추가한 이후에도 선행 과정금납부명령과 이 사건 후행 처분에 공통되는 위법사유를 계속하여 주장하였으며, 선행 과정금납부명령의 처분서에는 시정명령과 과정금납부명령의 내용이 구체적으로 명시되어 있는 반면, 이 사건 후행 처분의 처분서에는 “…… 원고에 대한 과정금을 44억 9,100만 원에서 27억 4,400만 원으로 변경한다.” 정도만이 기재되어 있어, 원고로서는 이 사건 후행 처분이 종국적 처분으로서 소송의 대상이 된다는 점을 쉽게 알 수 없었을 것으로 보이므로, 선행 과정금납부명령의 취소를 구하는 소에 피고의 종국처분인 이 사건 후행 처분의 취소를 구하는 취지가 포함되어 있다고 볼이 타당함.
 - 청구취지를 추가하는 경우, 청구취지가 추가된 때에 새로운 소를 제기한 것으로 보므로, 추가된 청구취지에 대한 제소기간 준수 등은 원칙적으로 청구취지의 추가·변경신청이 있는 때를 기준으로 판단하여야 함(대법원 2004. 11. 25. 선고 2004두7023판결 참조)
 - 그러나 선행 처분의 취소를 구하는 소를 제기하였다가 이후 후행 처분의 취소를 구하는 청구취지를 추가한 경우에도, 선행 처분이 종국적 처분을 예정하고 있는 일종의 잠정적 처분으로서 후행 처분이 있을 경우 선행 처분은 후행 처분에 흡수되어 소멸되는 관계에 있고, 당초 선행 처분에 존재한다고 주장되는 위법사유가 후행 처분에도 마찬가지로 존재할 수 있는 관계여서 선행 처분의 취소를 구하는 소에 후행 처분의 취소를 구하는 취지도 포함되어 있다고 볼 수 있다면, 후행 처분의 취소를 구하는 소의 제소기간은 선행 처분의 취소를 구하는 최초의 소가 제기된 때를 기준으로 정하여야 할 것임(내법원 2012. 11. 29. 선고 2010두7796 판결, 대법원 2013. 7. 11. 선고 2011두27544 판결, 대법원 2016. 7. 27. 선고 2015두45953 판결 참조).
- [에스케어건설(주)의 호남고속철도 건설공사 입찰참가 28개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(대법원 2018. 11. 15. 선고 2016두48737 판결)]

4. 관할권

□ 원고의 청구원인사실을 기초로 하여 관할권의 유무를 판단하여야 하는바, 청구원인 사실이 ‘공정거래법에 의한 공정거래위원회의 처분’에 해당하면 (회의체가 아닌 기관 또는 기관장이 한 처분도) 서울고법의 전속관할에 속함

- 관할권은 법원이 사건에 관하여 재판권을 행사할 권한으로서 청구의 당부에 관하여 본안판결을 할 수 있는 전제요건을 이루는 것이므로 법원은 우선 사건에 관하여 관할권의 유무를 확인한 후에 본안심리에 들어가야 하는 것이고, 관할의 원인이 동시에 본안의 내용과 관련이 있는 때에는 원고의 청구원인사실을 기초로 하여 관할권의 유무를 판단할 것이지, 본안의 심리를 한 후에 관할의 유무를 결정할 것은 아니라 할 것인바(대법원 1965. 1. 5. 선고 65마998 판결 참조), 이 사건 청구원인은 공정위가 2003. 2. 15. 원고에 대하여 대우의 부당지원행위에 대한 과징금이 체납되었음을 이유로 공정거래법 제55조의5 제2항 및 국세징수법에 의하여 위 과징금 및 가산금의 납부를 독촉한 처분의 취소를 구하는 것으로서 그 본안의 내용이 동시에 공정거래법 제55조, 제54조 제1항 소정의 전속관할의 원인사실이 되는 경우로서, 그 관할권의 유무는 원고의 청구원인사실을 기초로 정하여야 할 것인데, 이 사건 고지처분의 성격이 공정거래법 제55조의5 제2항 및 국세징수법에 기초한 과징금 및 가산금의 납부를 독촉한 처분으로서 원고가 공정위에 의한 위 고지처분의 취소를 구하고 있는 이상, 그 청구원인사실은 공정거래법 제55조, 제54조 제1항 소정의 ‘이 법에 의한 공정거래위원회의 처분’에 해당하여 원심법원(서울고법)의 전속관할에 속한다 할 것임(덧붙여, 기록에 의하면 이 사건 고지처분은 체납처분의 전제요건으로서 독촉처분에 불과하다고 보아야 할 것이므로 원심이 이 사건 고지처분은 공정거래법 제55조의5 제2항 및 국세기본법 제25조 제2항을 근거로 내려진 원고의 위 과징금 연대납부의무를 구체적으로 확정시키는 효력을 가지는 과징금 부과처분으로서의 성격을 가지는 것으로 본 것은 잘못이라는 점을 특히 부기하여 둠).

[분할된 회사인 대우건설의 과징금독촉고지처분 취소소송(대법원 2004. 7. 14자 2004무20 결정)]

- * 이에 반해 원심은 ‘① 공정거래법은 그 사무를 독립적으로 수행하기 위하여 공정거래위원회를 두고, 그 안에 전원회의와 소회의의 광장사항을 나누어 그에 따른 의사진행 및 의결방법을 정하며, 위원장은 위와 같은 공정거래위원회의를 대표하는 것으로 규정하고 있을 뿐 위원장이 독자적으로 일정한 처분을 할 수 있도록 하는 규정은 없고, ② 공정거래법 제55조가 “이 법에 의한 공정거래위원회의 처분”에 대한 불복의 소의 관할을 서울고법으로 한 것은 공정위가 합의제 행정기관으로서 그 구성에 있어 상당한 정도의 독립성이 보장되어 있고, 의견진술의 기회 등 당사자의 절차적 참여권이 인정되는 등 법원의 제1심 절차에 준하는 절차를 거친다는 점도 고려한 것으로 보이는바, 이러한 점에 비추어 볼 때, 공정거래법 제54조 제1항의 “이 법에 의한 공정거래위원회의 처분”이라 함은 “공정거래위원회가 회의체로서 한 처분”만을 의미하는 것이지 회의체가 아닌 기관 또는 기관장이 한 처분까지도 포함하는 의미로 볼 수 없으며, 이 사건 고지처분은 공정거래위원장이 전체회의 또는 소회의 의결을 거치지 아니하고 단독으로 행한 처분이므로 전속관할규정의 적용을 받지 않는다’라고 판단한 바 있음(서울고법 2004. 2. 4. 자 2003루156 결정).

5. 공정위 처분과 타 기관 처분과의 관계

□ 이 사건 시정명령은 입법취지와 규제영역, 규제방식이 상이한 근거법령에 기초한 것으로서 조달청장의 제재처분과의 관계에서 신뢰보호원칙이나 이중위험금지원칙에 위반되는 처분이라고 보기 어려움¹⁹⁾

○ 조달청장이 원고(두우종합기술단)에게 이 사건 시정명령에 앞서 적격심사서류 제출의무의 불이행을 사유로 부정당업자 제재처분을 하였지만 이 사건 시정명령은 입법취지와 규제영역, 규제방식이 상이한 근거법령에 기초한 것으로서 위와 같은 조달청장의 제재처분과의 관계에서 신뢰보호의 원칙이나 이중위험금지의 원칙에 위반되는 처분이라고 보기 어렵다고 할 것임.

[두우종합기술단 등 2개사의 냉난방기 구매입찰 담합행위 건(서울고법 2006. 1. 11. 선고 2005누6289 판결, 고법 확정)]

□ 공정거래법 위반자가 이미 타국에서 행정상 제재를 받았다고 해서 이를 이중제재로서의 위헌·위법으로 볼 여지는 없음

○ 국외에서 이루어진 행위가 국내시장에 영향을 미치는 경우 공정거래법에 따라 법 위반 행위자에게 행정상 제재를 하는 것은 헌법과 공정거래법에 따른 것으로서 정당하고, 그 행위와 관련하여 법 위반행위자가 이미 타국에서 행정상 제재를 받았다는 사정은 공정 거래법에 따른 제재의 여부 및 그 정도를 정할 때 고려하는 것으로 충분하며, 이를 두고 이중제재로서 위헌·위법이라고 볼 수는 없음.

[카와사키키센(주)의 9개 자동차 해상운송사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 6. 27. 선고 2017누74018 판결²⁰⁾]

19) 두우종합기술단 등 2개사가 논산교육청 냉난방기 구매설치 입찰에 참여함에 있어 응찰가격을 학의한 사안

20) 삼고심(대법원 2018. 10. 12. 선고 2018누52396 판결)은 쉬리불속행 기각함

6. 재판 진행 중 처분의 변경

□ 행정처분이 취소되면 그 처분은 효력을 상실하여 더 이상 존재하지 않는 것이고, 존재하지 않는 행정처분을 대상으로 한 취소소송은 소의 이익이 없어 부적법함(각하)

- 행정처분이 취소되면 그 처분은 효력을 상실하여 더 이상 존재하지 않는 것이고, 존재하지 않는 행정처분을 대상으로 한 취소소송은 소의 이익이 없어 부적법함(대법원 2006. 9. 28. 선고 2004두5317 판결 참조). 피고는 2016. 3. 14. 이 사건 처분 이전에 원고의 중앙엘리베이터에 대한 상계의 의사표시로 이 사건 처분에서 지급을 명한 지연손해금의 대부분이 소멸된 것을 이유로 이 사건 처분을 직권으로 취소하였음. 따라서 이 사건 처분은 이미 효력을 상실하였고, 이 사건 소는 더 이상 존재하지 않는 처분에 대한 것으로서 소의 이익이 없어 부적법하게 되었음.
- (결론) 이 사건 소를 각하하고, 소송종비용의 부담에 관하여는 행정소송법 32조를 적용하여 피고가 부담함.

[선경이엔씨의 하도급법 위반행위에 대한 건(서울고법 2016. 4. 22. 선고 2015누70913 판결, 고법 확정)]

* 같은 취지: 풍림산업 등 한국가스공사 발주 천연가스 주배관 및 관리소 건설공사 입찰 관련 23개 사업자의 부당한 공동행위 건(서울고법 2017. 2. 3. 선고 2015누1658 판결, 고법 확정)

□ 공정위가 대법원 판결 취지에 따라 파기환송심(고법) 단계에서 과징금을 일부 감액처분한 경우 감액된 부분에 대한 청구는 부적법하여 각하되어야 함

- 행정처분을 한 처분청은 그 처분에 하자가 있는 경우에는 별도의 법적 근거가 없더라도 스스로 이를 취소하거나 변경할 수 있다고 할 것인바, 과징금 부과처분에 있어 행정청이 납부의무자에 대하여 부과처분을 한 후 그 부과처분의 하자를 이유로 과징금의 액수를 감액하는 경우에 그 감액처분은 감액된 과징금 부분에 관하여만 법적 효과가 미치는 것으로서 당초 부과처분과 별개 독립의 과징금 부과처분이 아니라 그 실질은 당초 부과처분의 변경이고, 그에 의하여 과징금의 일부취소라는 납부의무자에게 유리한 결과를 가져오는 처분이므로 당초 부과처분이 전부 실효되는 것은 아님.
- 따라서 그 감액처분에 의하여 감액된 부분에 대한 부과처분 취소청구는 이미 소멸하고 없는 부분에 대한 것으로서 그 소의 이익이 없어 부적법함. 원심이 이와 같은 취지에서, 당초

17,820,000,000원의 과징금 부과처분 중 일부취소되지 않고 남은 부분인 14,369,000,000원의 과징금 부과처분을 초과하는 부분에 관한 소는 그 취소를 구할 소의 이익이 없어 부적법하다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유와 같은 과징금 일부 감액처분에 있어서의 소송률에 관한 법리오해의 위법이 없음.

[에쓰대시오일 등 5개 정유사들의 군납유류 입찰담합 건(대법원 2008. 2. 15. 선고 2006두4226 판결)]

□ 공정위가 파기환송심(고법) 단계에서 과징금을 일부 감액처분한 경우 감액처분에 대한 별도의 소제기는 중복제소에 해당하여 부적법함

- 감액처분으로도 아직 취소되지 않고 남아있는 부분이 위법하다 하여 다투는 경우, 항고소송의 대상은 당초 부과처분 중 감액처분에 의하여 취소되지 않고 남은 부분이고, 감액처분이 항고소송의 대상이 되는 것은 아님. 이러한 법리는 감액처분 자체에 위법사유가 존재하는 경우에도, 그에 대한 별도의 행송수단을 인정하여야 할 특별한 사정이 없는 한 마찬가지임.
- 당초 과징금 부과처분 중 취소되지 않고 남은 부분의 과징금부과처분에 대한 항고소송이 서울고법에 소송 계속 중인 사정 등을 감안하면, 이와 별도로 감액처분 자체의 무효확인 내지 취소를 구하는 취지의 이 사건 소를 인정할 특별한 사정이 없다고 할 수 있으므로, 원고의 이 사건 주위적, 예비적 청구는 부적법함.

[에쓰대시오일의 군납유 입찰담합 과징금 재산정건(대법원 2008. 2. 15. 선고 2006두3957 판결)]

* 참고: 삼성카드 등 4개사 건(서울고법 2007. 4. 19. 선고 2006누26372 판결, 서울고법 2007. 7. 25. 선고 2007누4430 판결)

* 같은 취지: 진흥기업의 주공 입찰담합 건(서울고법 2011. 12. 1. 선고 2011누17754 판결²¹⁾)

□ 공정위가 파기환송심(고법) 단계에서 과징금을 일부 감액처분한 경우에 공정거래법 제49조 제4항 단서 제척기간의 적용이 배제됨

- 공정거래법 제49조 제4항에 의하면, 행정청은 법의 규정에 위반하는 행위가 종료한 날로부터 5년을 경과한 경우에는 새로운 과징금 부과처분이나 증액경정결정은 물론 감액경정결정 등 어떠한 처분도 할 수 없음이 원칙이라고 할 것임. 그러나 행정청이 납부의무자에 대하여 과징금 부과처분을 한 후 납부의무자가 항고소송 등 불복절차를 통하여 당초의 과징금

21) 상고심(대법원 2012. 5. 10. 선고 2012누2030 판결)은 신뢰불속행 기각함

부과처분을 다투어서 남부의무자의 불복내용의 전부 또는 일부를 받아들여 당초의 과징금 부과처분을 감액경정하거나 취소하는 것은 그 불복절차의 계속 중 언제든지 가능하며, 부과 제척기간이 만료되었다는 이유 때문에 그러한 처분이 불가능하거나 위법하다고 해석할 것은 아님(대법원 2002. 9. 24. 선고 2000두6657 판결 참조).

- 원고의 이 사건 부당한 공동행위는 1999. 3. 30. 종료되었고, 피고가 이 사건 처분을 한 2002. 5. 17.은 위 행위로부터 5년이 경과하지 아니하였음은 역수상 명백한바, 원고의 주장, 즉 이 사건 감액처분은 행위로부터 5년을 경과한 2007. 1. 4. 이루어졌으므로 위법하다는 주장을 배척한 원심은 정당함.

[삼성카드의 현금서비스 수수료율 등의 인상행위 재산정 건(대법원 2008. 11. 27. 선고 2007두10181 판결)]

□ 피고가 사실심 변론종결 이후 상고심에 이르러 감액처분을 하여도 원심판결의 당부에는 영향이 없음

- 행정청인 피고는 공정거래법상 과징금 부과처분에 대한 항고소송 등 불복절차 계속 중에도 적권으로 과징금에 대한 감액처분을 할 수 있지만, 사실심 변론종결 이후 상고심에 이르러 이루어진 이 사건 감액처분을 이유로 원심판결의 당부를 다시 판단해야 한다고 주장하는 것은 허용되지 아니하므로, 피고의 나머지 상고이유 주장도 받아들이지 않음.

[9개 렉서스자동차 딜러 담합 건(대법원 2017. 1. 12. 선고 2015두2352 판결)]

7. 취소의 범위

- 청주권역 입찰에서 투찰가격 합의를 한 부분에 절차적 위법이 존재하나, 피고는 4개 권역을 아우르는 합의를 하나의 공동행위로 판단하여 이 사건 처분을 하여 그 성격상 청주권역만 분리할 수 없으므로 이 사건 시정명령 및 과징금납부명령은 전부 취소되어야 함
- 청주권역 입찰에서의 투찰수량 합의만을 인정하는 경우에도 관련매출액은 투찰가격 및 수량에 대한 합의 모두를 인정하는 경우와 같으나, 부과기준율 등까지 동일하다고 단정할 수는 없으므로 과징금납부명령 역시 전부를 취소함이 타당함.

[충북레미콘공업협동조합 외 2의 관수레미콘 구매입찰 관련 충북지역 3개 레미콘조합의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2018. 12. 27. 선고 2018누40531 판결, 고법 확정)]

8. 헌법소원

가. 헌법소원의 대상적격

□ 공정위의 무혐의 조치는 ‘공권력의 행사’에 해당하고 헌법소원의 대상이 됨

- 불공정거래협의에 대한 공정거래위원회의 무혐의 조치는 협의가 인정될 경우에 행하여지는 중지명령 등 시정조치에 대응되는 조치로서 공정거래위원회의 공권력 행사의 한 태양에 속하여 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 ‘공권력의 행사’에 해당하고 따라서 공정거래위원회의 자의적인 조사 또는 판단에 의하여 결과된 무혐의 조치는 헌법 제11조의 법 앞에서의 평등권을 침해하게 되므로 헌법소원의 대상이 됨.

[불공정거래행위 무혐의 처분 취소 건(현재 2002. 6. 27. 선고 2001헌마381 결정)]

□ 자의적인 무혐의 처분은, 피해자(신고인)의 평등권과 재판절차상의 진술권을 침해하는 공권력 행사임

- 현대오일뱅크가 2000년 이후로 큰 영업손실을 본 것은 자회사인 인천정유에 대한 지원 또는 인천정유와의 거래관계 지속 때문이라기보다는 주로 국제유가의 급등, 원화의 약세로 인한 환차손, 과당경쟁 등 시장상황의 악화, 과도한 금융비용 부담 등 내부적 경영악화 및 기업환경의 변화에 기인하였던 점, 이 사건 거래거절은 고도의 경쟁 제약·배제효과를 초래하고 있음이 명백하므로 위법성 판단요소들 상호간의 비교형량을 함께 있어 이른바 사업경영상의 필요성을 참작한다고 하더라도 그것은 적어도 현대오일뱅크가 인천정유와의 이 사건 판매대리점계약을 종료하지 않으면 곧 도산에 이를 것임이 확실하다는 등의 긴급한 사정이 명백히 인정될 정도는 되어야만 위와 같은 경쟁제한적 효과를 상쇄할 여지가 있다고 할 것인바, 위 사실관계에 비추어 보면 이 사건 거래거절 당시 현대오일뱅크는 2000년과 2001년의 2년간에 걸쳐 계속된 대규모 적자국면과 유동성위기를 타개하고 경영상태를 호전시키기 위하여 내수시장의 점유율을 확대함으로써 영업이익을 증대시킬 필요성에 당면해 있었다고 보이기는 하지만 나아가 인천정유와의 거래관계를 당장 종료하지 않으면 곧 도산에 이를 것임이 확실하게 예측되는 등의 긴밀한 필요성을 갖고 있었다고 보기는 어렵다 할 것임.

- 이 사건 거래거절을 불공정거래행위에 해당되지 아니한다고 판단하여 내린 이 사건 무혐의

결정은 현저히 정의와 협평에 반하는 조사 또는 잘못된 법률의 적용이나 증거판단에 따른 자의적 처분으로서, 인천정유의 평등권과 재판절차상의 진술권을 침해한 공권력 행사라고 할 것임.

[현대오일뱅크의 인천정유에 대한 석유판매대리점계약 해지 건(현재 2004. 6. 24. 선고 2002헌마496 결정)]

※ 위 현재결정 후 공정위는 현재결정의 취지에 따른 추가조사 및 증거보완을 한 후 다시 무혐의 처분을 하였으며, 대법원은 동일한 사안과 관련하여 인천정유가 현대오일뱅크를 상대로 제기한 판매대리점계약 존속확인소송에서 현재결정과 달리 부당한 거래거절에 해당하지 않는다는 상반된 판단을 하였음.

- 공정위의 심사불개시결정 및 심의절차종료결정 역시 공권력의 행사에 해당되고, 그것이 자의적일 경우 피해자(신고인)의 평등권을 침해할 수 있으므로, 헌법소원의 대상이 됨
- 공정거래위원회의 무혐의 조치는 협의가 인정될 경우에 행하여지는 시정조치에 대응되는 조치로서 공정거래위원회의 공권력 행사의 한 태양에 속하여 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 '공권력의 행사'에 해당하고, 따라서 공정거래위원회의 자의적인 조사 또는 판단에 의하여 결과된 무혐의 조치는 헌법 제11조의 법 앞에서의 평등권을 침해하게 되므로 헌법소원의 대상이 되며, 공정거래위원회의 심사불개시결정 및 심의절차종료결정 역시 공권력의 행사에 해당되고, 그것이 자의적일 경우 피해자(신고인)의 평등권을 침해할 수 있으므로, 헌법소원의 대상이 됨.

[하도급법위반 신고에 대한 심의절차종료결정 취소 건(현재 2011. 12. 29. 선고 2011헌마100 결정)]

나. 헌법소원의 청구인적격

- 청구인은 무혐의 결정으로 청구인이 아니라 그 구성원인 점주들의 기본권이 침해되었다고 주장하는 것이므로 무혐의 결정부분에 대해서는 청구인적격을 갖추지 못하였음
- 결국 청구인의 위 각 행위에 대한 신고는 직접 당사자가 아닌 제3자의 지위에서 피청구인에게 골프존의 공정거래법 위반사실에 관한 조사의 직권발동을 촉구하는 단서를 제공한 것에

불과하고, 위 무혐의 결정으로 인하여 청구인이 아니라 그 구성원인 접주들의 기본권이 침해되었다고 주장하는 것이므로, 청구인은 위 무혐의 결정부분에 대하여 기본권 침해의 자기관련성 요건을 갖추지 못하였음.

[골프존사업자협동조합의 헌법소원 신판청구 건(현재 2022. 2. 24. 선고 2019헌마453결정)]

다. 구체적 사안

1) 포괄위임금지 원칙, 명확성 원칙 등 위반 여부

- 구 방문판매 등에 관한 법률¹⁾상의 정의 조항이 규정하고 있는 '다단계판매' 또는 '다단계판매조직' 등의 개념들은 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위반되지 아니함
- 방문판매법상의 다단계판매에 해당하기 위해서는 ① 판매원의 가입이 단계적으로 이루어져 가입한 판매원의 단계가 3단계 이상일 것, ② 하위단계의 판매원은 그 상위단계 판매원으로부터 재화 등을 구입한 소비자일 것, ③ 판매원을 단계적으로 가입하도록 권유하는 데 있어 판매 및 가입유치 활동에 대한 경제적 이익(소매이익과 후원수당)의 부여가 유인으로 활용될 것이란 요건을 갖추어야 함을 알 수 있고, 대법원 역시 같은 취지로 판시(대법원 2009. 4. 9. 선고 2008두17424 판결)하고 있는 바, 결국 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 수범자는 어떠한 행위가 이 사건 법률조항의 구성요건에 해당되는지 여부를 충분히 파악할 수 있으며, 법집행기관 역시 이 사건 법률조항을 자의적으로 확대하여 해석할 염려도 없으므로, 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 아니함.

[류창열의 구 방문판매법 위헌소원(현재 2015. 7. 30. 선고 2013헌바275 결정)]

- 불공정거래행위의 유형과 기준을 미리 법률로서 자세히 정하지 아니하고 이를 명령에 위임하고, 다시 세부기준만을 하위 법령인 고시에 재위임할 수 있음
- 불공정거래행위는 각종의 경쟁적 거래에서 복잡다양하게 이루어지며 또한 그 형태도 부단히 변동되고 있음에 비추어 그 행위 형태와 기준에 관한 규정도 이에 맞추어 시기적절하게 효과적으로 대처할 수 있어야 할 것임. 그런데 국회가 모든 분야의 경쟁적 거래와 곤혹상들을 그때그때 예측하거나 파악할 수 없고, 그러한 상황에 즉응하여 그때마다 법률을 개정하는

1) 구 방문판매등에 관한 법률 제6688호로 전부 개정되고, 2012. 2. 17. 법률 제11324호로 전부 개정되기 전의 것

것도 용이하지 아니함. 따라서 불공정거래행위의 유형과 기준을 미리 법률로서 자세히 정하지 아니하고 이를 명령에 위임한 것은 부득이한 것으로 인정됨.

- 이 사건의 경우 앞서 본 바와 같이 법률의 위임을 받은 대통령령에서는 불공정행위의 유형과 기준을 위 별표의 내용에 의하여 상세히 구체화하였고, 다시 특정행위나 특정 분야의 불공정행위의 유형과 기준을 정하기 위한 세부기준만을 하위 법령인 공정거래위원회 고시에 재위임하고 있을 뿐이어서 우리 재판소에서 요구하는 재위임의 헌법적 한계를 준수하고 있음이 명백함.

[신문고시 위헌신청 건(현재 2002. 7. 18. 선고 2001헌마605 결정)]

- 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 수법자 및 법집행기관이 어떠한 행위가 구성요건에 해당되는지 여부를 파악할 수 있다면 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 아니함
- “재화 등의 거래 없이 금전거래만을 하거나 재화 등의 거래를 가장하여 사실상 금전거래만을 하는 행위”란 재화 등의 주고받음이 없이 오로지 금전수수만을 하거나, 재화 등의 거래를 빙자하여 외형상으로는 재화 등의 거래가 있는 것처럼 보이나 실제로는 재화 등의 거래가 없거나 매우 미미한 정도로만 이루어져 그 실질적 목적은 금전의 수수에만 있는 경우를 의미한다 할 것임. 결국 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 수법자는 어떠한 행위가 이 사건 법률조항의 구성요건에 해당되는지 여부를 충분히 파악할 수 있으며, 법집행기관 역시 이 사건 법률조항을 자의적으로 확대하여 해석할 염려도 없으므로, 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 아니함.
- 다단계판매의 영업방식은 예측하기 어려울 정도로 다양하고 빠르게 변화하며 탈법 유형도 점점 진화 내지 지능화되고 있으므로, ‘재화 등의 거래를 가장하여 사실상 금전거래만을 하는 행위’를 규제하고 법의 공백을 메우기 위해서는 사회적·경제적 상황 변동에 탄력적으로 대응할 수 있는 전문성을 갖춘 행정부가 그 구체적·세부적 사항을 정하도록 할 필요성이 인정됨. 결국 이 사건 법률조항은 그 자체에서 위임대상의 기준과 한계를 명확히 규정하고 있으며, 방문판매법 시행령 제32조의2가 그 구체적인 행위 태양들을 구체화하고 있는 것이라 할 수 있음. 따라서, 이 사건 법률조항은 위와 같이 위임입법의 한계를 준수하고 있으므로 포괄위임금지원칙에 위배되지 아니함.

[방문판매법 위헌신청 건(현재 2012. 4. 24. 선고 2009헌바329 결정)]

□ 위임명령에 규정될 내용은 상위법령의 전반적인 체계와 취지·목적, 당해 위임조항의 규정형식과 내용 및 관련 법규를 유기적·체계적으로 종합 판단하여 예측가능성이 있는 범위 내에서 규율되어야 함

- 위임명령은 법률이나 상위명령에서 구체적으로 범위를 정한 개별적인 위임이 있을 때에 가능하고, 여기에서 구체적인 위임의 범위는 규제하고자 하는 대상의 종류와 성격에 따라 달라지는 것이어서 일률적 기준을 정한 수는 없지만, 적어도 위임명령에 규정될 내용 및 범위에 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률이나 상위명령으로부터 위임명령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 하다, 이 경우 그 예측가능성의 유무는 당해 위임조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니라 그 위임조항이 속한 법률이나 상위명령의 전반적인 체계와 취지·목적, 당해 위임조항의 규정형식과 내용 및 관련 법규를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하고, 나아가 각 규제대상의 성질에 따라 구체적·개별적으로 겸토함을 요하니(대법원 2002. 8. 23. 선고 2001두5651 판결), 모번이 예정하고 있는 것을 그 범위 내에서 구체화한 것이거나, 국민에게 불리하게 변경하는 규정이 아니라면 무효의 규정이라고 할 수 없음(대법원 2002. 2. 8. 선고 2001두7121 판결).

[예쓰오일의 군납유 입찰담합 건(대법원 2004. 11. 12. 선고 2002두5627 판결²⁾]

* 참고: 토지수용 이의재결처분 취소 판결(대법원 2002. 2. 8. 선고 2001두7121 판결), 현대오일뱅크 및 인천정유의 군납유류 담합행위 건(서울고법 2002. 6. 20. 선고 2000누15028 판결, 대법원 2004. 10. 27. 선고 2002두6842 판결)

□ 입찰둘러리에 대해서 과징금을 부과함에 있어 공정거래법시행령 [별표 2] 제6호 단서 중 “입찰담합에 있어서 입찰계약이 체결된 경우에는 계약금액의 5/100 이내”라는 기준을 적용하더라도 위임입법의 한계를 넘은 것은 아님

- 법 제22조, 제55조의3 제1항, 제3항, 법 시행령 제9조, 제61조, [별표 2] 등 관계법령의 전반적인 체계와 취지·목적, 연혁 등을 종합해 보면, 법 시행령 [별표 2] 제6호 단서는 법 제22조 및 제55조의3 제1항, 제3항의 위임에 따라 법 제22조의 과징금 부과한도액을 초과하지 않음을 전제로 하여 입찰담합에 대하여 “계약금액”이라는 별도의 과징금 부과기준을 둔 것으로서 그 부과기준에 의하여 산정된 과징금의 최고액이 법 제22조의 과징금 부과한도액을 초과한다고 하여 그 한도액을 초과하는 액수의 과징금을 부과할 수는 없다고 할 것이고, 입찰담합에 있어서 계약을 체결한 사업자 이외의 담합에 가담하였을 뿐 낙찰을 받지 못한 사업자(이하 ‘참여자’라고 한다)의 경우 그 담합으로 직접적인 이익을

2) 폐기환송 후 재상고심(대법원 2008. 2. 15. 선고 2006두4226 판결)

얻는 것은 아니지만 그로 인한 경제적 이익이 없다고 할 수 없을 뿐 아니라 입찰단합의 억지라는 행정목적을 실현하기 위해서는 이러한 참여자에 대하여도 과징금을 부과할 필요가 있는 것이며, 참여자에 대한 과징금 부과기준을 위반행위의 대상이 된 당해 입찰의 규모를 반영하는 것으로 볼 수 있는 “계약금액”으로 한다고 하여 타당성이 없는 부당한 것이라고 할 수도 없으므로, 법 시행령 [별표 2] 제6호 단서 중 “입찰담합에 있어서 입찰계약이 체결된 경우에는 계약금액의 5/100 이내”라는 부분은 입찰담합의 특수성을 고려하여 당해 입찰에서 낙찰받아 계약을 체결한 사업자의 “계약금액”을 과징금 부과기준으로 한 것으로서, 참여자에 대해서도 이러한 기준이 적용된다고 하더라도, 도법의 위임 없이 법이 예정하고 있지 아니한 과징금 부과기준을 국민에게 불리하게 변경하는 규정이라고 할 수 없음.

[에쓰오일의 군납유 입찰담합 건(대법원 2004. 11. 12. 선고 2002두5627 판결)]

□ 구 공정거래법 제55조의2³⁾ 후문은 과잉금지원칙에 위반되어 알 권리를 침해한다고 볼 수 있음

- 심판대상조항은 당사자의 열람·복사 요구가 있는 경우 공정위로 하여금 자료를 제출한 자의 동의가 있거나 공익상 필요하다고 인정할 때에는 열람·복사 요구에 응하도록 하고 있는데, 이는 공정위의 처분에 관련된 자료를 제출한 자의 개인정보, 영업비밀 또는 사생활을 보호하는 한편, 자료제출자와의 신뢰·협력관계를 유지하여 불공정거래행위의 효과적인 규제를 노모하기 위한 것이므로 심판대상조항의 이러한 입법목적은 정당하고, 위와 같은 사유가 없다고 인정할 때에는 당사자의 열람·복사 요구를 거부할 수 있도록 한 것은 임법목적의 달성을 위해 적합한 수단이 됨.
- 다음과 같은 내용을 종합하면, 심판대상조항이 침해의 최소성에 위반된다고 볼 수 있음.
 - ① 심판대상조항은 당사자의 자료열람·복사 요구에 대하여 선택적 또는 자의적으로 거부할 수 있도록 한 것이 아니라, 자료제출자의 동의가 있거나 공익상 필요하다고 인정될 때에는 열람·복사에 응하도록 하고 있으므로 당사자의 방어권 보장 또는 그 행사를 위한 알 권리의 보장은 자료열람·복사 요구에 대하여 심판대상조항에 해당하는 시유가 있는지를 공정위가 판단하는 과정에서 충분히 보장될 수 있음.
 - ② 공정위가 정당한 거부사유 없이 자료열람·복사 요구에 응하지 아니하였다면, 당사자로서는 거부처분에 대해 그 취소를 구하는 항고소송을 제기할 수 있고, 공정위가 자료열람·복사

3) 제52조의2(자료열람요구 등) 당사자 또는 이해관계인은 공정거래위원회에 대하여 이 법의 규정에 의한 처분과 관련된 자료의 열람 또는 복사를 요구할 수 있다. 이 경우 공정거래위원회는 자료를 제출한 자의 동의가 있거나 공익상 필요하다고 인정할 때에는 이에 응하여야 한다.

요구에 대하여 정당한 사유 없이 응하지 않았나면 당사자의 방어권 행사에 신진적으로 지장이 초래되었다고 볼 수 없는 예외적인 경우가 아닌 한 그 자체로 공정위의 심의·의견은 절차적 정당성을 결여하여 공정위의 제재처분은 절차적 하자로 인하여 취소되어야 하므로 자료열람·복사 요구에 대한 공정위의 거부처분이 자의적으로 집행될 가능성은 그 거부처분의 위법을 다투는 재판뿐만 아니라 공정위 제재처분의 위법을 다투는 재판을 통해서는 적절히 통제될 수 있음.

- 공정위는 당사자의 자료열람·복사 요구에 대하여 원칙적으로 응하여야 하는 점, 공정위가 정당한 사유 없이 자료열람·복사 요구를 거부한 경우에는 예외적인 사정이 없는 한 당사자의 방어권 행사를 침해한 것이어서 공정위의 심의·의결이 위법하게 되는 점 등을 종합하면, 심판대상조항에 의한 사의 제한이 중대하다고 보기 어려움. 반면, 자료를 제출한 자의 개인정보, 영업비밀 또는 사생활 보호 및 불공정거래행위의 효과적인 규제 도모라는 공익은 당사자들이 입게 되는 위와 같은 불이익보다 더 크다고 할 것이므로 심판대상조항은 법의 균형성에도 위반되지 않음.

[공정거래법 위헌신청 건(현재 2023. 7. 20. 선고 2019헌바417 결정)]

- 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 수변자 및 법집행기관이 어떠한 행위가 구성요건에 해당되는지 여부를 파악할 수 있다면 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 아니함
- ‘재화 등의 거래 없이 금전거래만을 하거나 재화 등의 거래를 가장하여 사실상 금전거래만을 하는 행위’란 재화 등의 주고받음이 없이 오로지 금전수수만을 하거나, 재화 등의 거래를 빙자하여 외형상으로는 재화 등의 거래가 있는 것처럼 보이나 실제로는 재화 등의 거래가 없거나 매우 미미한 정도로만 이루어져 그 실질적 목적은 금전의 수수에만 있는 경우를 의미한다 할 것임. 결국 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 수변자는 어떠한 행위가 이 사건 법률조항의 구성요건에 해당되는지 여부를 충분히 파악할 수 있으며, 법집행기관 역시 이 사건 법률조항을 자의적으로 확대하여 해석할 염려도 없으므로, 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 아니함.
- 다단계판매의 영업방식은 예측하기 어려울 정도로 다양하고 빠르게 변화하며 탈법 유형도 점점 진화 내지 지능화되고 있으므로, ‘재화 등의 거래를 가장하여 사실상 금전거래만을 하는 행위’를 규제하고 법의 공백을 메우기 위해서는 사회적·경제적 상황 변동에 탄력적으로 대응할 수 있는 전문성을 갖춘 행정부가 그 구체적·세부적 사항을 정하도록 할 필요성이 인정됨. 결국 이 사건 법률조항은 그 자체에서 위임대상의 기준과 한계를 명확히 규정하고 있으며, 방문판매법 시행령 제32조의2가 그 구체적인 행위 태양들을 구체화하고 있는 것이라

할 수 있음. 따라서, 이 사건 법률조항은 위와 같이 위임입법의 한계를 준수하고 있으므로 포괄위임금지원칙에 위배되지 아니함.

[방문판매법 위헌신청 건(현재 2012. 4. 24. 선고 2009헌바329 결정)]

2) 평등권, 재판절차진술권 침해 여부

- 기업이 배포한 보도자료를 근거로 작성된 가습기 살균제 신문기사에 대하여 공소시효가 남아있을 것으로 판단됨에도 표시광고법 심사대상에서 제외한 행위는 청구인의 평등권과 재판절차 진술권을 침해한 것이므로 위헌임
- 신문기사 형식이라 하더라도 피신인들이 언론사에 의뢰하여 게시된 것이라면 표시광고법상 광고에 해당할 수 있으므로 신문기사라는 이유만으로 광고가 아니라고 단정한 판단은 수긍하기 어려움. 애경산업 의사에 의한 광고에 해당한다고 볼 정황들이 존재하였으므로 이에 대한 심사필요성이 있었음에도 피청구인은 피신인들이 인체무해라는 문구를 직접 사용하도록 한 것인지 불분명하다고 설불리 단정하였는바, 충분한 정도의 조사를 하였다고 볼 수 없음. (중략) 공소시효 및 처분시효가 만료되지 않았다고 볼 여지가 있음에도 피청구인은 인체무해를 언급한 인터넷 신문기사가 2005. 10.경에 집중되어 있다는 사실만으로 설불리 시효가 도과하였다고 단정한 잘못이 있음.
- 이 부분 표시·광고는 '거짓·과장의 광고'에 해당하는지 여부가 문제되므로 기업에게 실증책임이 있으므로 심사절차에 나아갔다면 시정명령 등의 행정처분을 부과할 가능성이 있었고, 고발가능성이 높음에도 심사대상에서 제외함에 따라 공소제기의 기회를 차단한 것은 청구인의 재판절차진술권을 침해한 것임.

[가습기살균제 표시광고법 위반행위 신고인의 헌법소원 심판청구 건(현재 2022. 9. 29. 선고 2016헌마773 결정)]

- 이 사건 거래를 하도급법상 하도급거래로 볼 수 없다고 판단한 결정이 중대한 잘못으로 보기 어려워 청구인의 평등권 및 재판절차진술권을 침해하였다고 보기 어려움
- 하도급법은 '건설위탁'과 '용역위탁'으로 구분하여 규정하면서 '건축법에 따라 건축물의 유지·관리하는 활동'을 용역위탁의 대상인 '역무'로 규정하고 있으며, 여기에는 건축물의 소유자나 관리자가 건축물에 관한 점검 및 수시점검 등에 관한 것이 포함될 뿐 건축물의 하자보수공사에 관한 것은 규정하고 있지 않으므로 따라서 하도급법상 '용역위탁'대상인 '역무'중 '건축법에 따라 건축물을 유지·관리하는 활동'은 소유자나 관리자가 그 건물의

구조 및 기능을 보존하기 위한 청소, 조경 등과 같은 행위를 의미하는 것으로 해석함이 타당하고, '건설위탁'의 대상이 되는 하자보수공사는 '역무'에 포함된다고 보기 어려움.

- 또한 '건설위탁'에 해당하기 위해서는 건설업자 등록한 자여야 하는데 청구인은 미등록자이며, 하도급법상 '역무' 중 하나인 건축법에 따라 건축물 유지·관리하는 활동의 주체는 건축물의 소유자나 관리자에 한정된다고 해석되며, 건축물의 소유자 또는 관리자의 청구에 따라 하자보수공사가 이루어진다고 하더라도 건축물의 소유자나 관리자가 하자보수공사의 주체가 되어 시공사에게 이를 도급을 준 것으로 보기 어려워 이 사건 하자보수공사는 하도급법이 정한 '역무'의 개념에 포함되었다고 보기 어려움.

[심사불개시 결정 취소 건(현재 2023. 7. 20. 선고 2020헌마295 결정)]

3) 헌법상 경제질서조항 위반 여부

- 신문판매업자가 거래상대방에게 제공할 수 있는 무가지와 경품의 범위를 제한하는 경제적 규제는 헌법 제119조 제2항에 의하여 정당화될 수 있는 정도의 것이므로 우리 헌법의 경제질서조항에 위반되지 아니함
- 이 사건 조항은 신문판매업자가 거래상대방에게 제공할 수 있는 무가지와 경품의 범위를 유료신문대금의 20% 이하로 제한하는 것을 내용으로 하고 있으므로 신문판매업자의 사업활동의 자유와 재산권 행사의 자유를 제한하는 측면이 있기는 하나, 앞서 본 바와 같이 신문판매업자에 대한 이러한 행위제한은 무가지와 경품등의 과다한 살포를 통하여 경쟁상대 신문의 구독자들을 탈취하고자 하는 신문업계의 과당경쟁상황을 완화시키고 신문판매·구독시장의 경쟁질서를 정상화하여 민주사회에서 신속·정확한 정보제공과 을 바른 여론형성을 주도하여야 하는 신문의 공적 기능을 유지하고자 하는데 주 목적이 있다고 할 것이며, 나아가 부가지 살포와 경품 제공은 결국 신문의 구독강요에 흐를 위험이 큰 적을 고려할 때 일반 국민인 신문구독자가 내용상 자신이 선호하는 신문을 자유로이 선택할 권리를 침해당하는 것을 억지하고자 하는 목적도 아울러 가지고 있다고 할 것으로 이러한 사정을 종합하면 이 사건 고시 내용에 의한 신문판매업자에 대한 규제는 신문업에 있어서의 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하기 위한 경제적 규제로서 헌법 제119조 제2항에 의하여 정당화될 수 있는 정도의 것이며, 따라서 결국 이는 헌법 제119조 제1항을 포함한 우리 헌법의 경제질서조항에 위반되지 아니한다고 할 것임.

[신문고시 위헌신청 건(현재 2002. 7. 18. 선고 2001헌마605 결정)]

9. 정보공개청구소송

□ 하도급거래 서면실태조사 결과는 정보공개법상 “비공개 대상 정보”라고 볼 수 없음

- 공무원은 직무상 알게 된 비밀을 엄수하여야 할 의무가 있는데(국가공무원법 제60조 참조), 이를 근거로 하여 공무원이 직무상 알게 된 사항을 일반적으로 비공개대상정보로 할 경우, 정보공개법의 취지는 형해화 될 것으로 보이는 점, 정보공개법 제9조 제1항 제2호 내지 제8호는 비공개대상정보의 내용에 관하여 구체적·개별적으로 열거하여 규정하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 같은 항 제1호 소정의 비공개대상 정보인 ‘다른 법률에 의하여 비밀 또는 비공개사항으로 규정된 정보’는 적어도 비공개로 해야 하는 정보의 내용과 범위 및 구별기준이 구체적으로 특정되어 있는 경우를 의미한다고 보아야 하고, 하도급거래 공정화에 관한 법률 제27조 제3항 제1호, 공정거래법 제62조와 같이 일반적인 비밀준수 의무를 규정한 법률은 정보공개법 제9조 제1항 제1호 소정의 법률로 볼 수 없음.
- 이 사건 정보는 하도급 실태조사에 응한 업체의 답변 내용을 항목별로 정리한 것이거나 그에 기하여 수립한 향후 계획으로서 그것만으로는 하도급 실태조사에 응한 업체가 구체적으로 어떠한 답변을 하였는지 알 수 없는 점 등 제1심 판결이 들고 있는 사정을 종합하여 보면, 이 사건 정보가 정보공개법 제9조 제1항 제7호 소정의 ‘법인·단체 또는 개인의 경영·영업상 비밀에 관한 사항으로서 공개될 경우 법인 등의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보’에 해당한다고 할 수도 없음.
[경제개혁연대의 정보공개청구 거부처분 취소소송 건(서울고법 2012. 9. 6. 선고 2012누1138 판결⁴⁾]

□ 공정거래위원회의 과징금납부명령 직권취소 관련 전원회의 회의록은 비공개대상 정보에 해당함

- 독점규제 및 공정거래에 관한 법률에 의하면, 공정거래위원회의 회의는 위원 전원으로 구성되는 전원회의와 상임위원 1인을 포함한 위원 3인으로 구성되는 소회의로 구분되고, 위원회의 관장사항 가운데 ‘경제적 파급효과가 중대한 사항’은 전원회의에서 심의·의결하도록 되어 있으며(제37조의 2, 제37조의 3), 공정거래위원회의 사건에 관한 의견의 합의는 공개하지 아니하나(제43조 제2항), 공정거래위원회 위원은 직무상 알게 된 사업자 또는 사업자단체의 비밀을 누설하여서는 안 될 의무를 부담하도록 되어 있음(제63조).

4) 삼고신(대법원 2015. 3. 26. 선고 2012누22614 판결)은 심리불속행 기각함

- 이러한 법령의 취지에 비추어 볼 때, 공정거래위원회 회의록을 공개하도록 강제한다면 공정거래위원회 회의에 참석하는 위원, 공무원 등은 자신의 발언 내용이 공개되는 것에 대한 부담으로 인한 심리적 압박 때문에 솔직하고 자유로운 의사교환을 할 수 없고, 심지어는 당사자나 외부의 의사에 영향하는 발언을 하거나 침묵으로 일관할 우려마저 있으므로 공정거래위원회의 업무수행에 현저한 지장을 초래할 수 있음.
- 그런데 이러한 우려는 회의록에 기재된 진술을 한 전술자들의 인적사항을 삭제하더라도 여전히 불식하기 어려울 뿐만 아니라 공정거래위원회는 법령에 정한 직무를 독립적으로 수행하기 위하여 설치된 합의제기관으로서 위원회의 회의록 작성이 법령상 강제되어 있지 않음에도 불구하고 심의의 객관성과 공정성을 높이기 위하여 회의록을 작성·비치하고 있다는 것인데 법원이 이를 공개하도록 명할 경우 오히려 공정거래위원회의 위와 같은 노력에 지장을 줄 우려가 있다는 점 등을 감안하여 보면, 이 사건 회의록을 공개하지 않음으로써 얻어지는 업무수행의 공정성 확보라는 공익은 이를 공개함으로써 얻어지는 국정운영의 투명성 등의 이익에 비하여 크다고 판단됨.
- 따라서 이 사건 회의록은 ‘의사결정과정에 준하는 사항으로서 공개될 경우 공정거래위원회 업무의 공정한 수행에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보’로서 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제7조 제1항 제5호 소정의 비공개대상에 해당한다고 보아야 하므로 이를 이유로 한 이 사건 회의록 비공개 처분은 적법함.

[정보비공개결정처분취소(서울행정법원 2004. 4. 22. 선고 2003구합16648 판결5)]

5) 항소심(서울고법 2005. 3. 25. 선고 2004년 9229 판결, 고법 확정)도 같은 취지로 판시함

판례색인

(선고일자 순)

[대법원]

대법원	1990. 11. 23. 선고 90다카3659 판결	619
대법원	1993. 7. 27. 선고 93누4984 판결	682
대법원	1995. 5. 12. 선고 94누13794 판결	932, 948, 1084
대법원	1995. 5. 12. 선고 94누13909 판결	948
대법원	1996. 6. 25. 선고 96누2019 판결	576
대법원	1996. 10. 1. 선고 96누11839 판결	936
대법원	1997. 5. 19. 선고 96누150 판결	945, 1045, 1063
대법원	1997. 6. 13. 선고 96누5834 판결	956, 986, 987
대법원	1997. 8. 26. 선고 96누20 판결	630, 664, 673
대법원	1998. 3. 24. 선고 96누11280 판결	661
대법원	1998. 3. 27. 선고 96누18489 판결	615, 616
대법원	1998. 5. 12. 선고 97누14125 판결	617
대법원	1998. 9. 8. 선고 96누9003 판결	579, 709
대법원	1999. 5. 28. 선고 99누1571 판결	723
대법원	2000. 3. 15. 선고 99누11639 판결	950
대법원	2000. 4. 11. 선고 98누5682 판결	1084
대법원	2000. 6. 9. 선고 97누19427 판결	657, 672
대법원	2000. 6. 9. 선고 99누2314 판결	630, 684
대법원	2000. 9. 30. 선고 2000누4415 판결	630
대법원	2001. 1. 5. 선고 98누17869 판결	578
대법원	2001. 2. 9. 선고 2000누6206 판결	615, 616
대법원	2001. 5. 8. 선고 2000누10212 판결	1016
대법원	2001. 6. 12. 선고 99누4686 판결	599, 600, 601
대법원	2001. 6. 12. 선고 2001누1628 판결	579
대법원	2001. 6. 15. 선고 2001누175 판결	939, 955

대법원 2001. 9. 28. 선고 2001도3191 판결	777
대법원 2001. 10. 12. 선고 2001두274 판결	1007
대법원 2001. 12. 11. 선고 2000두833 판결	594, 597, 686
대법원 2001. 12. 24. 선고 99두11141 판결	977
대법원 2002. 1. 25. 선고 2000두9359 판결	639, 640, 646
대법원 2002. 2. 5. 선고 2000두3184 판결	710
대법원 2002. 2. 8. 선고 2001두7121 판결	1102
대법원 2002. 5. 31. 선고 2000두1829 판결	973
대법원 2002. 5. 31. 선고 2000두6213 판결	655, 657, 664, 672, 684, 688
대법원 2002. 9. 24. 선고 2000두1713 판결	959, 963
대법원 2002. 9. 24. 선고 2002두5672 판결	922, 948, 1070
대법원 2002. 10. 25. 선고 2001두1444 판결	623, 629, 672
대법원 2002. 12. 26. 선고 2001두4306 판결	606, 607, 608
대법원 2003. 2. 20. 선고 2001두5057 판결	912, 947
대법원 2003. 2. 20. 선고 2001두5347 전원합의체 판결	912, 939, 946
대법원 2003. 9. 5. 선고 2001두7411 판결	828, 842
대법원 2003. 11. 27. 선고 2003두10299 판결	619, 657
대법원 2003. 12. 11. 선고 2001두8827 판결	1039
대법원 2003. 12. 26. 선고 2001두9646 판결	639, 657, 683
대법원 2003. 12. 27. 선고 2001두9646 판결	655
대법원 2004. 1. 16. 선고 2003두11537 판결	632
대법원 2004. 3. 12. 선고 2001두7220 판결	743, 851
대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6197 판결	739, 740, 742, 746, 759, 762, 765 772, 773, 775, 782, 804, 838, 841 876, 877, 884, 888
대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6203 판결	741, 746, 759, 766, 769, 773, 775, 780 804, 887, 888
대법원 2004. 4. 23. 선고 2001두6517 판	771, 877, 878
대법원 2004. 5. 27. 선고 2004재두34 판결	623, 628
대법원 2004. 7. 9. 선고 2002두11059 판결	571, 579, 655, 657, 664
대법원 2004. 7. 14자 2004무20 결정	1092
대법원 2004. 9. 24. 선고 2001두6364 판결	733, 850, 856, 857, 871

대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두2881 판결	731, 734, 739, 740, 741, 751, 762, 803 826, 845, 853, 858, 876, 878, 880
대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두2935 판결	742, 768, 775, 780, 814, 819, 827
대법원 2004. 10. 14. 선고 2001두6012 판결	751, 753, 825, 826, 858, 859
대법원 2004. 10. 27. 선고 2002두6842 판결	1102
대법원 2004. 11. 12. 선고 2001두2034 판결	735, 747, 754, 759, 781, 800, 802 820, 860, 861, 862
대법원 2004. 11. 12. 선고 2002두5627 판결	1102, 1103
대법원 2004. 12. 9. 선고 2002두12076 판결	591, 592, 593
대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다42605 판결	914, 929
대법원 2005. 1. 27. 선고 2004두2219 판결	855
대법원 2005. 1. 28. 선고 2002두9940 판결	686
대법원 2005. 1. 28. 선고 2002두12052 판결	1052
대법원 2005. 4. 29. 선고 2004두3281 판결	763, 791, 859, 877, 885
대법원 2005. 5. 13. 선고 2004두2233 판결	753, 809, 824, 864, 874
대법원 2005. 5. 26. 선고 2004두3038 판결	580
대법원 2005. 5. 27. 선고 2004두6099 판결	734, 738, 828, 854, 855, 862
대법원 2005. 6. 9. 선고 2003두7484 판결	583, 584, 631, 643, 660
대법원 2005. 6. 9. 선고 2004두7153 판결	777, 778
대법원 2005. 6. 10. 선고 2004두3021 판결	845
대법원 2005. 8. 19. 선고 2003두5709 판결	938
대법원 2005. 8. 19. 선고 2003두9251 판결	919, 923, 964, 1063, 1071
대법원 2005. 9. 9. 선고 2003두11841 판결	915, 929
대법원 2005. 9. 15. 선고 2003두12059 판결	822, 823, 837, 853, 863, 869, 870
대법원 2005. 10. 28. 선고 2003다69638 판결	777
대법원 2005. 10. 28. 선고 2003두13441 판결	844, 846, 927
대법원 2005. 11. 10. 선고 2005두5987 판결	631, 662
대법원 2005. 12. 8. 선고 2003두5327 판결	585, 656, 658, 659, 685, 1037
대법원 2006. 1. 13. 선고 2004두2264 판결	580
대법원 2006. 2. 10. 선고 2003두15171 판결	786, 787, 863, 864
대법원 2006. 3. 10. 선고 2002두332 판결	584, 642, 643, 644, 645, 659, 661
대법원 2006. 3. 23. 선고 2003두11124 판결	995

대법원 2006. 3. 23. 선고 2003두11155 판결	995
대법원 2006. 3. 24. 선고 2003두11148 판결	995
대법원 2006. 3. 24. 선고 2004두11275 판결	995, 996, 1032
대법원 2006. 4. 14. 선고 2004두3298 판결	735, 750, 752, 754, 767, 801, 833
대법원 2006. 5. 12. 선고 2003두14253 판결	571
대법원 2006. 5. 12. 선고 2004두12315 판결	755
대법원 2006. 5. 26. 선고 2004두3014 판결	590, 611, 612, 687, 872
대법원 2006. 6. 2. 선고 2004두558 판결	872, 873, 1064
대법원 2006. 6. 2. 선고 2004두588 판결	695
대법원 2006. 6. 9. 선고 2004두268 판결	808
대법원 2006. 6. 27. 선고 2005두11531 판결	576, 944
대법원 2006. 6. 29. 선고 2003두1646 판결	633, 674
대법원 2006. 6. 29. 선고 2006두3414 판결	576, 944
대법원 2006. 7. 6. 선고 2004두2998 판결	790, 881
대법원 2006. 7. 13. 선고 2004두3007 판결	790, 864
대법원 2006. 7. 27. 선고 2004두1186 판결	771, 783, 784, 801, 865
대법원 2006. 9. 8. 선고 2003두7859 판결	633
대법원 2006. 9. 8. 선고 2004두2202 판결	857
대법원 2006. 9. 14. 선고 2004두3267 판결	770
대법원 2006. 9. 22. 선고 2004두3250 판결	772, 788
대법원 2006. 9. 22. 선고 2004두14588 판결	924, 963
대법원 2006. 10. 27. 선고 2004두3274 판결	742, 744, 752, 865
대법원 2006. 11. 9. 선고 2003두15225 판결	620, 632, 665
대법원 2006. 11. 9. 선고 2004두12049 판결	772, 788
대법원 2006. 11. 23. 선고 2004두8323 판결	1064
대법원 2006. 11. 24. 선고 2004두10319 판결	914, 924, 1071
대법원 2006. 12. 7. 선고 2004두2226 판결	842
대법원 2006. 12. 7. 선고 2004두4703 판결	586, 587
대법원 2006. 12. 7. 선고 2004두9388 판결	587
대법원 2006. 12. 7. 선고 2004두11268 판결	794
대법원 2006. 12. 8. 선고 2004두4697 판결	587
대법원 2006. 12. 21. 선고 2004두5119 판결	685

대법원	2006. 12. 22. 선고 2004두1483 판결	740, 784, 787, 807, 832, 833, 843
대법원	2007. 1. 11. 선고 2004두350 판결	882, 883
대법원	2007. 1. 11. 선고 2004두3304 판결	655, 687, 695, 851, 872, 1064
대법원	2007. 1. 12. 선고 2004두7139 판결	683
대법원	2007. 1. 12. 선고 2004두7146 판결	648, 655, 683
대법원	2007. 1. 25. 선고 2004두1490 판결	756, 793, 800, 814
대법원	2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결	740, 744, 755, 760, 761, 764, 767 773, 774, 775, 776, 779, 791, 792 795, 805, 818, 821, 834, 840
대법원	2007. 1. 26. 선고 2005두2773 판결	594, 677, 831
대법원	2007. 2. 23. 선고 2004두14052 판결	591, 595, 596, 726
대법원	2007. 3. 29. 선고 2005두3561 판결	663, 762, 872
대법원	2007. 3. 30. 선고 2004두8514 판결	581, 958
대법원	2007. 4. 26. 선고 2005두2766 판결	832, 839
대법원	2007. 7. 27. 선고 2005두10866 판결	758, 880
대법원	2007. 9. 7. 선고 2007두13142 판결	800
대법원	2007. 10. 26. 선고 2005두1862 판결	857
대법원	2007. 10. 26. 선고 2005두3172 판결	768, 770, 794, 796, 797, 798, 799
대법원	2007. 12. 13. 선고 2005두5963 판결	756, 763, 807, 811, 854, 882
대법원	2008. 2. 14. 선고 2005두1879 판결	712, 713, 907, 908, 910, 913, 951
대법원	2008. 2. 14. 선고 2007두1446 판결	749, 810
대법원	2008. 2. 15. 선고 2006두3957 판결	1095
대법원	2008. 2. 15. 선고 2006두4226 판결	1095
대법원	2008. 2. 29. 선고 2006두10443 판결	937
대법원	2008. 3. 27. 선고 2005두9972 판결	748
대법원	2008. 6. 12. 선고 2006두7751 판결	866, 874, 927
대법원	2008. 6. 26. 선고 2006두8792 판결	748, 749, 773, 852
대법원	2008. 7. 10. 선고 2006두14735 판결	1038
대법원	2008. 11. 27. 선고 2007두10181 판결	1096
대법원	2008. 12. 24. 선고 2007두19584 판결	1047
대법원	2009. 5. 28. 선고 2008두7885 판결	745, 747
대법원	2009. 6. 23. 선고 2007두19416 판결	1047
대법원	2009. 7. 9. 선고 2007두22078 판결	1072

대법원 2009. 7. 9. 선고 2007두26117 판결	1053
대법원 2009. 9. 10. 선고 2009두9888 판결	868
대법원 2009. 9. 24. 선고 2008두9485 판결	786
대법원 2009. 10. 29. 선고 2007두20812 판결	621, 635
대법원 2010. 1. 14. 선고 2008두14739 판결	620
대법원 2010. 3. 11. 선고 2008두4695 판결	678, 679
대법원 2010. 3. 11. 선고 2008두15169 판결	1007
대법원 2010. 6. 24. 선고 2008두18588 판결	604
대법원 2010. 11. 25. 선고 2008두23177 판결	715
대법원 2010. 11. 25. 선고 2009두3286 판결	602, 719
대법원 2010. 11. 25. 선고 2009두9543 판결	604, 702, 719, 979, 984
대법원 2010. 12. 9. 선고 2009두3507 판결	715, 718, 719
대법원 2011. 3. 10. 선고 2010두9976 판결	979
대법원 2011. 4. 14. 선고 2009두4852 판결	1055
대법원 2011. 4. 14. 선고 2009두7844 판결	1051
대법원 2011. 4. 14. 선고 2009두8564 판결	1051
대법원 2011. 4. 28. 선고 2009두4661 판결	1045, 1051
대법원 2011. 5. 13. 선고 2009두24108 판결	629, 651
대법원 2011. 5. 13. 선고 2010두28120 판결	719, 978
대법원 2011. 5. 26. 선고 2008두20352 판결	1045, 1059
대법원 2011. 5. 26. 선고 2008두20376 판결	1045, 1059
대법원 2011. 5. 26. 선고 2008두20741 판결	1045, 1047, 1059
대법원 2011. 5. 26. 선고 2008두23979 판결	1045, 1059
대법원 2011. 6. 9. 선고 2008두22020 판결	1045
대법원 2011. 6. 9. 선고 2008두22068 판결	1045, 1059
대법원 2011. 6. 10. 선고 2008두21416 판결	1045, 1059
대법원 2011. 7. 14. 선고 2010두13753 판결	979
대법원 2011. 8. 7. 선고 2009두11911 판결	762
재상고심-대법원 2011. 8. 19. 선고 2011두11143 판결	719
대법원 2011. 9. 8. 선고 2008두23894 판결	1045, 1059
대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두11911 판결	735, 742, 748, 749, 797, 818, 851
대법원 2011. 10. 13. 선고 2008두1832 판결	737

대법원 2011. 10. 13. 선고 2010두8522 판결	693, 694
대법원 2011. 10. 13. 선고 2010두10464 판결	633
대법원 2012. 4. 26. 선고 2010두4858 판결	710
대법원 2012. 5. 9. 선고 2010두24098 판결	577
대법원 2012. 5. 24. 선고 2010두375 판결	1045, 1048, 1073
대법원 2012. 5. 24. 선고 2010두399 판결	1045, 1048, 1073
대법원 2012. 6. 14. 선고 2010두405 판결	1045, 1048
대법원 2012. 6. 14. 선고 2010두10471 판결	1045, 1048
대법원 2012. 8. 30. 선고 2012두9901 판결	979
대법원 2012. 10. 25. 선고 2009두15494 판결	737, 817, 818
대법원 2013. 1. 10. 선고 2011두7854 판결	666
대법원 2013. 1. 10. 선고 2011두7885 판결	666, 670
대법원 2013. 1. 31. 선고 2011두18113 판결	666
대법원 2013. 2. 14. 선고 2011두17950 판결	666
대법원 2013. 4. 25. 선고 2010두25909 판결	657, 689, 696, 697, 698, 699, 714
대법원 2013. 6. 13. 선고 2010두7861 판결	669, 670
대법원 2013. 6. 13. 선고 2011두7861 판결	666
대법원 2013. 6. 13. 선고 2011두18137 판결	669, 670
대법원 2013. 6. 28. 선고 2011두18151 판결	666, 669, 670
대법원 2013. 11. 14. 선고 2011두16667 판결	603
대법원 2013. 12. 26. 선고 2011두4930 판결	1077
대법원 2014. 2. 13. 선고 2012두10772 판결	647
대법원 2014. 2. 13. 선고 2013두17466 판결	848
대법원 2014. 2. 27. 선고 2012두24498 판결	1067
대법원 2014. 3. 27. 선고 2012두5589 판결	648
대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두5466 판결	996, 1061
대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두13269 판결	996
대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두13689 판결	1061
대법원 2014. 6. 12. 선고 2013두4255 판결	743, 815, 816
대법원 2014. 7. 24. 선고 2013두16906 판결	943
대법원 2014. 7. 24. 선고 2013두16951 판결	1038, 1041
대법원 2014. 11. 13. 선고 2009두20366 판결	749, 811, 851

대법원 2014. 12. 24. 선고 2012두6216, 2012누13412 판결	1040
대법원 2015. 1. 15. 선고 2014두41886, 2014누41794 판결	1050
대법원 2015. 1. 29. 선고 2014두36112 판결	737
대법원 2015. 1. 30. 선고 2014누1910 판결	649
대법원 2015. 2. 12. 선고 2014두44298 판결	1050
대법원 2015. 5. 29. 선고 2012두25132 판결	996, 1061
대법원 2015. 9. 10. 선고 2012두18325판결	628, 654
대법원 2015. 11. 12. 선고 2015두44066 판결	982
대법원 2016. 3. 10. 선고 2014두8568 판결	868, 928
대법원 2016. 5. 27. 선고 2013두35020 판결	669
대법원 2017. 1. 12. 선고 2015두2352 판결	1096
대법원 2017. 5. 31. 선고 2014두4689 판결	703
대법원 2017. 6. 19. 선고 2013누17435 판결	706
대법원 2017. 6. 19. 선고 2013두17435 판결	704
대법원 2017. 9. 1. 선고 2017두36153 판결	892, 895, 896, 898, 902, 903
대법원 2017. 12. 27. 선고 2017두60765 판결	1065
대법원 2018. 1. 25. 선고 2017두58076 판결	668, 838, 1039
대법원 2018. 3. 15. 선고 2017두72003 판결	1085
대법원 2018. 7. 11. 선고 2014두40227 판결	708
대법원 2018. 11. 15. 선고 2016두48737 판결	1091
대법원 2018. 12. 27. 선고 2015두44028 판결	1019, 1024
대법원 2019. 2. 14. 선고 2017두68103 판결	1009
대법원 2019. 3. 14. 선고 2018두60984 판결	978
대법원 2019. 9. 26. 선고 2014두15047 판결	607, 609, 610
대법원 2019. 9. 26. 선고 2014두15740 판결	607, 609, 610
대법원 2019. 9. 26. 선고 2015두59 판결	607, 609, 610
대법원 2019. 10. 17. 선고 2019두44736 판결	1019
대법원 2019. 10. 18. 선고 2019두45364 판결	1072
대법원 2020. 6. 25. 선고 2019두61601 판결	961
대법원 2020. 12. 24. 선고 2018두67145 판결	1010
대법원 2020. 12. 24. 선고 2019두34319 판결	1010
대법원 2020. 12. 24. 선고 2019두36261 판결	1010

대법원 2020. 12. 30. 선고 2018두67664 판결	1010
대법원 2020. 12. 30. 선고 2019두37776 판결	1010
대법원 2021. 1. 14. 선고 2019두59639 판결	1007
대법원 2021. 1. 14. 선고 2020두30559 판결	1007
대법원 2021. 2. 25. 선고 2018두61215 판결	1004
대법원 2021. 9. 9. 선고 2016두36345 판결	933
대법원 2022. 5. 12. 선고 2022두31433 판결	716
대법원 2022. 5. 26. 선고 2020두36267 판결	806, 847, 849, 894, 902
대법원 2022. 8. 25. 선고 2020두35219 판결	706
대법원 2022. 11. 10. 선고 2021두35759 판결	894
대법원 2023. 3. 16. 선고 2022두38113 판결	900, 901
대법원 2023. 6. 15. 선고 2021두55159 판결	994
대법원 2023. 7. 13. 선고 2022두62888 판결	707, 711

[서울고등법원]

서울고법 1992. 1. 29. 선고 91구2030 판결	1072
서울고법 1992. 4. 22. 선고 91구3248 판결	1057
서울고법 1993. 6. 24. 선고 92구20257 판결	613
서울고법 1994. 9. 28. 선고 93구28166 판결	932, 936, 948
서울고법 1994. 9. 28. 선고 93구34369 판결	932, 939
서울고법 1996. 3. 19. 선고 95구24779 판결	956, 958, 987
서울고법 1996. 7. 9. 선고 95구32169 판결	936
서울고법 1996. 11. 14. 선고 95구28993 판결	666, 725, 726
서울고법 1998. 7. 28. 선고 98누8775 판결	630
서울고법 1999. 10. 7. 선고 99누13 판결	970
서울고법 1999. 10. 29. 선고 99누6332 판결	950
서울고법 2000. 1. 27. 선고 98누12620 판결	931, 949
서울고법 2000. 1. 28. 선고 98누14947 판결	969, 970
서울고법 2000. 4. 6. 선고 99누389 판결	1068
서울고법 2000. 5. 9. 선고 99누9614 판결	682
서울고법 2000. 6. 13. 선고 99누1238 판결	655, 657
서울고법 2000. 10. 10. 선고 2000누1180 판결	918, 919, 920, 934, 949, 960, 965

서울고법 2001. 1. 30. 선고 2000누1494 판결	572
서울고법 2001. 3. 15. 선고 99누8901 판결	671
서울고법 2001. 6. 28. 선고 2000누9221 판결	630
서울고법 2001. 8. 21. 선고 2000누8617 판결	954, 956
서울고법 2001. 12. 4. 선고 2001누6793 판결	921
서울고법 2002. 5. 9. 선고 2001누3053 판결	723
서울고법 2002. 6. 20. 선고 2000누15028 판결	1102
서울고법 2002. 9. 3. 선고 2001누14046 판결	956, 957, 987
서울고법 2002. 11. 19. 선고 2002누1313 판결	922, 1062
서울고법 2003. 6. 3. 선고 2002누10768 판결	619, 623, 628, 657
서울고법 2003. 7. 24. 선고 2002누10768 판결	687
서울고법 2003. 8. 26. 선고 2002누6127 판결	995
서울고법 2003. 8. 26. 선고 2002누14647 판결	995
서울고법 2003. 8. 26. 선고 2002누15015 판결	995
서울고법 2003. 9. 2. 선고 2002누19758 판결	649
서울고법 2003. 9. 23. 선고 2002누19079 판결	681
서울고법 2003. 10. 23. 선고 2002누1641 판결	569
서울고법 2003. 11. 25. 선고 2002누17196 판결	662
서울고법 2003. 11. 25. 선고 2002누18878 판결	670
서울고법 2003. 12. 2. 선고 2002누10560 판결	808
서울고법 2004. 2. 3. 선고 2001누2562 판결	829, 881
서울고법 2004. 2. 3. 선고 2001누15865 판결	1064
서울고법 2004. 4. 7. 선고 2003누195 판결	587
서울고법 2004. 5. 12. 선고 2003누5817 판결	1046
서울고법 2004. 6. 3. 선고 2003누249 판결	587
서울고법 2004. 7. 14. 선고 2003누7806 판결	950, 953
서울고법 2004. 7. 15. 선고 2002누1092 판결	735, 750, 808, 809, 818, 841, 1062
서울고법 2004. 8. 18. 선고 2001누17717 판결	950
서울고법 2004. 11. 24. 선고 2003누9000 판결	1034
서울고법 2004. 11. 25. 선고 2003누1709 판결	574
서울고법 2005. 1. 27. 선고 2000누4783 판결	774
서울고법 2005. 5. 18. 선고 2004누3849 판결	663, 724

서울고법 2005. 5. 25. 선고 2004누8455 판결	781
서울고법 2005. 8. 25. 선고 2004누17657 판결	576, 944
서울고법 2005. 9. 28. 선고 2004누22765 판결	740
서울고법 2005. 10. 19. 선고 2004누3856 판결	830
서울고법 2006. 1. 11. 선고 2005누6289 판결	1093
서울고법 2006. 1. 25. 선고 2005누2737 판결	576
서울고법 2006. 4. 6. 선고 2005누11236 판결	866
서울고법 2006. 4. 20. 선고 2005누10547 판결	822, 824, 830
서울고법 2006. 4. 27. 선고 2005누2744 판결	573, 576
서울고법 2006. 5. 25. 선고 2005누4924 판결	855
서울고법 2007. 1. 11. 선고 2006누653 판결	913, 1058
환송심-서울고법 2007. 4. 11. 선고 2007누3091 판결	872
서울고법 2007. 4. 19. 선고 2006누26372 판결	1095
서울고법 2007. 4. 25. 선고 2006누21650 판결	926
서울고법 2007. 5. 16. 선고 2006누22998 판결	951
서울고법 2007. 5. 16. 선고 2006누24352 판결	832
서울고법 2007. 5. 31. 선고 2007누3888 판결	820
서울고법 2007. 7. 11. 선고 2005누20230 판결	1047
서울고법 2007. 7. 11. 선고 2006누10223 판결	773, 793
서울고법 2007. 7. 11. 선고 2007누2298 판결	724
서울고법 2007. 7. 25. 선고 2007누4430 판결	1095
서울고법 2007. 8. 16. 선고 2006누16207 판결	675, 688
서울고법 2007. 9. 5. 선고 2007누9046 판결	621, 675
서울고법 2007. 9. 13. 선고 2006누27900 판결	617
서울고법 2007. 9. 13. 선고 2007누2519 판결	880, 883
서울고법 2007. 9. 19. 선고 2006누29692 판결	1033
서울고법 2007. 12. 5. 선고 2007누5976 판결	676
서울고법 2007. 12. 5. 선고 2007누19579 판결	951
서울고법 2007. 12. 20. 선고 2006누30777 판결	575
서울고법 2008. 1. 24. 선고 2006누29142 판결	770
서울고법 2008. 7. 10. 선고 2008누596 판결	636, 653
서울고법 2008. 7. 24. 선고 2006누26563 판결	1065

서울고법 2008. 7. 24. 선고 2007누26553 판결	925
서울고법 2008. 8. 20. 선고 2008누5713 판결	674, 676
서울고법 2008. 10. 8. 선고 2007누26553 판결	1059
서울고법 2008. 10. 9. 선고 2007누26546 판결	1059
서울고법 2008. 10. 9. 선고 2007누26560 판결	1059
서울고법 2008. 10. 22. 선고 2007누26515 판결	1059
서울고법 2008. 10. 22. 선고 2007누26539 판결	1059
서울고법 2008. 10. 23. 선고 2007누26324 판결	987
서울고법 2008. 10. 23. 선고 2008누3465 판결	1012
서울고법 2008. 11. 20. 선고 2007누26522 판결	1059
서울고법 2009. 1. 22. 선고 2008누2875 판결	974
서울고법 2009. 2. 5. 선고 2008누16997 판결	1045
서울고법 2009. 4. 16. 선고 2008누17006 판결	1051
서울고법 2009. 4. 30. 선고 2008누16362 판결	1051
서울고법 2009. 5. 14. 선고 2008누2530 판결	719
서울고법 2009. 5. 24. 선고 2008누34452 판결	1073
서울고법 2009. 6. 3. 선고 2008누25403 판결	910, 925
서울고법 2009. 8. 19. 선고 2007누30903 판결	731, 834, 835, 836, 837, 853
서울고법 2009. 11. 12. 선고 2009누4748 판결	653
서울고법 2009. 11. 12. 선고 2009누5635 판결	613, 725
서울고법 2009. 11. 18. 선고 2008누34445 판결	1048
서울고법 2009. 11. 18. 선고 2008누34476 판결	1048
서울고법 2009. 12. 4. 선고 2008누20118 판결	691
서울고법 2010. 1. 27. 선고 2008누21333 판결	710
서울고법 2010. 1. 27. 선고 2008누30429 판결	710
서울고법 2010. 4. 8. 선고 2009누548 판결	634, 692, 693, 694
서울고법 2010. 4. 21. 선고 2009누5482 판결	979
서울고법 2010. 4. 22. 선고 2008누33916 판결	1048
서울고법 2010. 4. 29. 선고 2009누21019 판결	1054
서울고법 2010. 5. 18. 선고 2009누28546 판결	634
서울고법 2010. 6. 9. 선고 2009누12596 판결	979
서울고법 2010. 7. 7. 선고 2010누3598 판결	633, 678

서울고법 2010. 10. 27. 선고 2009누33920 판결	916
서울고법 2010. 12. 2. 선고 2010누5419 판결	974
서울고법 2010. 12. 15. 선고 2009누39065 판결	636, 646, 650
서울고법 2011. 1. 12. 선고 2009누37366 판결	703, 728
서울고법 2011. 1. 26. 선고 2009누15229 판결	602, 718
서울고법 2011. 4. 14. 선고 2009누15236 판결	602, 975
서울고법 2011. 4. 21. 선고 2009누14516 판결	602, 715
파기환송심-서울고법 2011. 4. 27. 선고 2010누42050 판결	719
서울고법 2011. 5. 25. 선고 2010누13083 판결	1045, 1059
서울고법 2011. 6. 2. 선고 2009누15557 판결	707, 708, 709
서울고법 2011. 8. 18. 선고 2010누34707 판결	635, 671, 724
서울고법 2011. 12. 1. 선고 2011누17754 판결	1095
서울고법 2012. 2. 9. 선고 2011누28990 판결	961, 962, 964
서울고법 2012. 4. 18. 선고 2011누29276 판결	1022
서울고법 2012. 4. 19. 선고 2011누10777 판결	979, 985
서울고법 2012. 4. 19. 선고 2011누24141 판결	975, 979, 985
서울고법 2012. 4. 25. 선고 2011누26727 판결	631, 659, 717
서울고법 2012. 8. 22. 선고 2011누12728 판결	984
서울고법 2012. 9. 6. 선고 2012누1138 판결	1036, 1107
서울고법 2012. 9. 19. 선고 2011누29641 판결	1060
서울고법 2012. 12. 12. 선고 2011누36106 판결	757
서울고법 2013. 1. 9. 선고 2012누9538 판결	689
서울고법 2013. 5. 31. 선고 2012누30884 판결	944
서울고법 2014. 5. 23. 선고 2013누3513 판결	1056
서울고법 2014. 5. 23. 선고 2013누45012 판결	1050, 1056, 1057
서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누3148 판결	1056
서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누3452 판결	1056
서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누3483 판결	1056
서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누3490 판결	1056
서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누3520 판결	1056
서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누3551 판결	1056
서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누10061 판결	1056

서울고법 2014. 6. 11. 선고 2013누45005 판결	1056
서울고법 2014. 7. 10. 선고 2014누44658 판결	909
서울고법 2014. 8. 21. 선고 2013누32511 판결	627, 640, 645
서울고법 2014. 10. 31. 선고 2013누11804 판결	1051
서울고법 2014. 10. 31. 선고 2013누45128 판결	1051
서울고법 2014. 10. 31. 선고 2013누45135 판결	1051
서울고법 2014. 10. 31. 선고 2014누51182 판결	911
서울고법 2014. 11. 19. 선고 2013누12098 판결	1051
서울고법 2014. 11. 19. 선고 2013누45111 판결	1051
서울고법 2015. 1. 30. 선고 2014누1910 판결	717
서울고법 2015. 3. 19. 선고 2014누48773 판결	1014
서울고법 2015. 3. 26. 선고 2013누11903 판결	1051
서울고법 2015. 8. 19. 선고 2014누50790 판결	1021
서울고법 2015. 10. 8. 선고 2015누1115 판결	943
서울고법 2015. 10. 16. 선고 2014누5615 판결	868, 927
서울고법 2015. 10. 21. 선고 2014누49790 판결	627
서울고법 2015. 12. 3. 선고 2015누39370 판결	1082
서울고법 2015. 12. 3. 선고 2015누40356 판결	736
서울고법 2015. 12. 10. 선고 2015누53192 판결	1082
서울고법 2016. 1. 22. 선고 2015누40585 판결	736
서울고법 2016. 1. 27. 선고 2015누42611 판결	1084
서울고법 2016. 3. 17. 선고 2015누48763 판결	1083
서울고법 2016. 4. 22. 선고 2015누70913 판결	1094
서울고법 2016. 5. 26. 선고 2016누33003 판결	1085
서울고법 2016. 5. 27. 선고 2014누67705 판결	1080
서울고법 2016. 6. 3. 선고 2015누45191 판결	1079
서울고법 2016. 6. 15. 선고 2015누51943 판결	918
서울고법 2016. 6. 16. 선고 2016누31250 판결	941, 952
서울고법 2016. 6. 16. 선고 2016누31861 판결	941
서울고법 2016. 6. 30. 선고 2015누33617 판결	1082
서울고법 2016. 6. 30. 선고 2015누35088 판결	1090
서울고법 2016. 7. 20. 선고 2015누55303 판결	1008

서울고법 2016. 8. 26. 선고 2015누45931 판결	700, 702, 717, 722
서울고법 2016. 9. 2. 선고 2015누51547 판결	626, 637
서울고법 2016. 9. 28. 선고 2016누34563 판결	624
서울고법 2016. 9. 29. 선고 2016누45792 판결	945
서울고법 2016. 10. 7. 선고 2014누70442 판결	917, 1049
서울고법 2016. 10. 14. 선고 2015누70074 판결	879, 891
서울고법 2016. 10. 19. 선고 2014누65471 판결	972, 981
서울고법 2016. 10. 21. 선고 2015누42628 판결	812, 886
서울고법 2016. 10. 21. 선고 2016누31892 판결	999
서울고법 2016. 10. 28. 선고 2014누65945 판결	1090
서울고법 2016. 11. 4. 선고 2016누31403 판결	942
서울고법 2016. 11. 9. 선고 2015누33600 판결	1087, 1088
서울고법 2016. 11. 9. 선고 2016누40414 판결	960
서울고법 2016. 11. 23. 선고 2013누8037 판결	1040
서울고법 2016. 11. 23. 선고 2014누62052 판결	614, 638
서울고법 2016. 11. 30. 선고 2016누44744 판결	618
서울고법 2016. 12. 14. 선고 2014누74635 판결	1009
서울고법 2017. 1. 11. 선고 2015누64703 판결	992, 993, 1089
서울고법 2017. 1. 18. 선고 2016누37241 판결	679, 720
서울고법 2017. 1. 18. 선고 2016누39445 판결	1055
서울고법 2017. 2. 3. 선고 2015누1658 판결	1094
서울고법 2017. 2. 15. 선고 2015누39165 판결	587, 588, 589, 636, 692
서울고법 2017. 2. 15. 선고 2015누44280 판결	590, 598, 692
서울고법 2017. 4. 26. 선고 2016누31243 판결	940
서울고법 2017. 4. 27. 선고 2016누31441 판결	999, 1079
서울고법 2017. 5. 17. 선고 2016누56594 판결	1078
서울고법 2017. 6. 9. 선고 2014누8409 판결	638
서울고법 2017. 6. 15. 선고 2016누42472 판결	935
서울고법 2017. 7. 6. 선고 2017누31516 판결	907, 956
서울고법 2017. 8. 16. 선고 2016누41967 판결	667, 695
서울고법 2017. 8. 17. 선고 2017누40480 판결	1089
서울고법 2017. 8. 17. 선고 2017누45232 판결	911, 1065

서울고법 2017. 8. 18. 선고 2015누778 판결	572, 582
서울고법 2017. 8. 18. 선고 2015누45528 판결	636, 647
서울고법 2017. 9. 28. 선고 2017누58603 판결	963
서울고법 2017. 10. 25. 선고 2016누53748 판결	1085
서울고법 2017. 10. 25. 선고 2017누37653 판결	738, 1089
서울고법 2017. 10. 25. 선고 2017누48415 판결	1080
서울고법 2018. 1. 19. 선고 2017누39862판결	583
서울고법 2018. 2. 2. 선고 2017누58597 판결	940, 963
서울고법 2018. 2. 2. 선고 2017누58610 판결	940, 963
서울고법 2018. 2. 2. 선고 2017누58627 판결	940, 963
서울고법 2018. 2. 7. 선고 2017누37057 판결	1066
서울고법 2018. 4. 12. 선고 2017누55673 판결	812, 813
서울고법 2018. 4. 19. 선고 2017누60071 판결	1018
서울고법 2018. 5. 30. 선고 2017누62374 판결	1086
서울고법 2018. 6. 27. 선고 2017누74018 판결	1093
서울고법 2018. 6. 29. 선고 2017누57464 판결	680, 1039
서울고법 2018. 8. 17. 선고 2016누31427 판결	998, 1086
서울고법 2018. 8. 23. 선고 2018누38583 판결	642
서울고법 2018. 9. 19. 선고 2017누45768 판결	721
서울고법 2018. 10. 4. 선고 2018누47457 판결	1023
서울고법 2018. 10. 5. 선고 2016누31878 판결	1001
서울고법 2018. 10. 12. 선고 2017누62381 판결	1002, 1003
서울고법 2018. 10. 25. 선고 2018누34963 판결	1086
서울고법 2018. 11. 9. 선고 2017누68471 판결	721
서울고법 2018. 11. 16. 선고 2017누85377 판결	1004
서울고법 2018. 11. 21. 선고 2018누35263 판결	1017
서울고법 2018. 11. 22. 선고 2018누54899판결	603, 605
서울고법 2018. 12. 7. 선고 2018누38149 판결	998
서울고법 2018. 12. 27. 선고 2018누40531 판결	1016, 1097
서울고법 2019. 5. 16. 선고 2019누30500 판결	1019, 1024, 1028
서울고법 2019. 6. 5. 선고 2018누68041 판결	927
서울고법 2019. 6. 12. 선고 2018누47631 판결	641, 1031

서울고법 2019. 6. 13. 선고 2018누49842 판결	963, 1072
서울고법 2019. 8. 22. 선고 2018누63855 판결	930
서울고법 2019. 9. 19. 선고 2019누32117 판결	1029
서울고법 2019. 10. 31. 선고 2018누69945 판결	1035
서울고법 2020. 1. 9. 선고 2019누40095 판결	1032
서울고법 2020. 1. 15. 선고 2019누38788 판결	771, 851
서울고법 2020. 1. 22. 선고 2019누40309 판결	1002
서울고법 2020. 2. 12. 선고 2018누44595 판결	897
서울고법 2020. 7. 2. 선고 2019누57369 판결	728
서울고법 2020. 8. 13. 선고 2019누41906판결	1078
서울고법 2020. 8. 13. 선고 2019누53626 판결	1081
서울고법 2020. 8. 13. 선고 2019누58928 판결	1081
서울고법 2020. 8. 19. 선고 2020누34010 판결	1020, 1025
서울고법 2020. 8. 26. 선고 2019누53442 판결	704, 976, 985, 1035
서울고법 2020. 8. 27. 선고 2020누37644 판결	1021
서울고법 2020. 9. 10. 선고 2019누40354 판결	1013, 1037
서울고법 2020. 9. 10. 선고 2020누40354 판결	1002
서울고법 2020. 10. 21. 선고 2019누41517 판결	1078, 1081
서울고법 2020. 10. 21. 선고 2019누43186판결	1081
서울고법 2020. 10. 29. 선고 2019누60006 판결	997
서울고법 2021. 1. 13. 선고 2020누31035 판결	1020
서울고법 2021. 1. 14. 선고 2019누66523 판결	1005
서울고법 2021. 1. 28. 선고 2018누52497 판결	903
서울고법 2021. 1. 28. 선고 2020누34003 판결	1060
서울고법 2021. 6. 3. 선고 2020누58481 판결	1013
서울고법 2021. 7. 1. 선고 2021누32325 판결	1005
서울고법 2021. 8. 25. 선고 2020누53264 판결	705
서울고법 2021. 9. 15. 선고 2020누40329 판결	991
서울고법 2021. 12. 23. 선고 2021누41978 판결	917
서울고법 2022. 1. 13. 선고 2021누46300 판결	918
서울고법 2022. 2. 17. 선고 2019누58706 판결	899, 904
서울고법 2022. 7. 20. 선고 2021누63435 판결	1042

서울고법 2022. 8. 31. 선고 2021누45727 판결	1000
서울고법 2022. 9. 15. 선고 2021누59405 판결	1029
서울고법 2022. 9. 21. 선고 2021누32127 판결	1030
서울고법 2022. 9. 28. 선고 2021누60719 판결	625
서울고법 2022. 10. 19. 선고 2021누48573 판결	1026, 1027
서울고법 2022. 11. 16. 선고 2021누61019 판결	867
서울고법 2022. 12. 1. 선고 2020누69221 판결	1069
서울고법 2023. 2. 2. 선고 2021누75926 판결	606
서울고법 2023. 2. 8. 선고 2022누36744 판결	622, 681
서울고법 2023. 5. 31. 선고 2020누66475 판결	733, 893
서울고법 2023. 6. 1. 선고 2023누33902 판결	1083
서울고법 2023. 6. 8. 선고 2022누51286 판결	1013
서울고법 2023. 7. 20. 선고 2022누32971 판결	746
서울고법 2023. 8. 31. 선고 2021누75124 판결	1006

[현법재판소]

현재 2002. 1. 31. 선고 2001헌바43 결정	966
현재 2002. 6. 27. 선고 2001헌마381 결정	1098
현재 2002. 7. 18. 선고 2001헌마605 결정	1101, 1106
현재 2003. 7. 24. 선고 2001헌가25 결정	875, 879
현재 2004. 6. 24. 선고 2002헌마496 결정	572, 573, 577, 1099
현재 2011. 12. 29. 선고 2011헌마100 결정	1099
현재 2012. 4. 24. 선고 2009헌바329 결정	1101, 1105
현재 2012. 6. 27. 선고 2010헌마508 결정	1077
현재 2015. 7. 30. 선고 2013헌바275 결정	1100
현재 2022. 9. 29. 선고 2016헌마773 결정	1105
현재 2023. 7. 20. 선고 2019헌바417 결정	1104
현재 2023. 7. 20. 선고 2020헌마295 결정	1106

[기타]

서울행정법원 2004. 4. 22. 선고 2003구합16648 판결	1108
---------------------------------------	------

내부업무용

발간등록번호

11-1130000-000271-11

#공정거래 판례요지집 (2권)

인쇄 2024년 2월

발행 2024년 2월

발행 및 공정거래위원회

편집 송무담당관실

(044) 200-4154~66

이상협, 유해경, 전병화, 원성연

이주옥, 박소현, 성형석, 이진영

김도형, 신예지, 김이영

인쇄 (주)삼일기획

(044) 866-3011~4