

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2012두18325 시정명령등취소청구의소  
원고, 상고인 금보개발 주식회사  
소송대리인 법무법인(유한) 율촌 외 1인  
피고, 피상고인 공정거래위원회  
소송대리인 법무법인(유한) 한별  
담당변호사 안병한  
원 심 판 결 서울고등법원 2012. 7. 12. 선고 2011누26505 판결  
판 결 선 고 2015. 9. 10.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)에 대하여 판단한다.

1. 상고이유 제1점에 대하여

가. 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법'이라 한다) 제23조는 제1항에서 "사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(이하 '불공정거래행위'라 한다)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니 된다."고 규정하면서 제4호로 '자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위'를 들고 있고, 제2항에서 "불공정거래행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다."고 규정하고 있다. 이러한 위임에 따라 불공정거래행위의 유형을 정한 구 공정거래법 시행령(2010. 5. 14. 대통령령 제22160호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제36조 제1항의 [별표 1]은 그 제6호 (라)목에서 '거래상 지위의 남용행위'의 하나인 '불이익 제공'을 '(가)목 내지 (다)목(구입 강제, 이익제공 강요, 판매목표 강제)에 해당하는 행위 외의 방법으로 거래상대방에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 주는 행위'로 규정하고 있다.

여기에서 '거래상 지위'는 일방이 상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 상대방과의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위를 가지고 있으면 인정할 수 있고, 거래상 지위가 있는지 여부는 당사자가 처하고 있는 시장의 상황, 당사자 사이의 전체적 사업능력의 격차, 거래의 대상이 되는 상품 또는 용역이나 그 거래관계의 특성 등을 모두 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2011. 5. 13. 선고 2009두24108 판결 등 참조).

나. 원심은 그 채택 증거들을 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ① 원고가 회원의 골프장 이용에 관한 정보와 골프장 이용 배정권한을 사실상 독점하고 있고, 골프장 이용자는 일반적으로 회원권 구입에 소요되는 비용 때문에 회원권을 여러 개 보유하기 어려운데, 원고의 회원이 다른 골프장을 이용할 때에는 우선 이용 및 요금 할

인 등의 혜택이 없어 이용이 곤란하거나 추가비용이 발생하는 점 등에 비추어 볼 때, 평일회원의 원고에 대한 거래의존도가 높고, ② 평일회원들이 ○○CC를 탈퇴하고 반환받는 입회비로 다른 골프장의 평일회원권을 구입할 수는 있지만, 입회 후 수년이 지난 시점에서 탈퇴하고 반환받는 입회비로는 국내 골프장 중 최고가의 정회원권 거래시세를 형성하고 있는 ○○CC에 버금가는 골프장의 평일회원권을 구입하는 것이 쉽지 않을 뿐만 아니라, 그 거래에 드는 비용 또한 적지 않다는 등 그 판시와 같은 이유를 들어, 원고는 평일회원에 대하여 상대적으로 우월한 지위에 있다고 볼 수 있다고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면 이러한 원심의 판단은 앞서 본 법리에 부합하는 것으로서 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 지위남용 불공정거래행위에서 거래상 지위에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

## 2. 상고이유 제2, 3점에 대하여

가. 원심은 그 채택 증거들을 종합하여, ① 원고는 ○○CC가 주주회원제에서 예탁금 회원제로 전환된 무렵인 2003. 4. 1.부터 회원들에게 적용되는 ○○CC 회칙을 그 회칙에서 정한 절차에 따라 개정하여 2008. 3. 21.부터 시행(이하 '이 사건 행위'라 한다)한 사실, ② 이 사건 행위를 통하여 평일회원 자격기간을 종전 5년에서 1년으로 축소하고, 평일회원 자격 연장요건을 종전 탈퇴의사를 서면으로 표시하지 아니하는 한 자동으로 연장되는 방식에서 연장의사를 서면으로 표시하면 심사 후 연장 여부를 결정하는 방식으로 변경하며, 종전과 달리 평일회원에게 소멸성 연회비를 부과할 수 있도록 한 사실, ③ 원고는 평일회원들에게 2008. 4. 1.자로 연회비 300만 원을 징구하면서, 갈수록 급격히 증가되는 골프장 운영관련 제세금 인상 및 각종 원가의 상승으로 인한 경영상 어

려움을 극복하기 위하여 소멸성 연회비를 신설하였다고 안내한 사실 등을 인정하였다.

나아가 원심은, (1) 불이익 제공 여부에 관하여, ① 원고가 평일회원의 자격기간을 5년에서 1년으로 줄인 것은 자격기간을 5년으로 약정한 일부 평일회원들에 대하여는 구 회칙에서 보장되었던 5년간의 회원자격 유지권을 침해하므로 불이익이라고 볼 수 있고, ② 평일회원들이 원하지 않는 경우를 제외하고는 회원자격이 자동 연장되던 조항을 심사 후 연장되는 것으로 변경한 것도 구 회칙에서 보장되었던 안정적·지속적 골프장 이용권한을 침해하므로 불이익이라고 할 수 있으며, ③ 기존에 없던 소멸성 연회비를 신설한 것도 그 자체로 불이익임이 분명하다고 판단한 다음, (2) 부당성 여부에 관하여, ① 세금 인상 및 원가 상승 요인이 있다고 하더라도, 입회금이 7,500만 원인 평일회원권은 양도가 불가능하여 입회금을 반환받는 것 외에는 환가가 불가능한 점을 고려하면, 평일회원들에 대하여만 소멸성 연회비를 신설하는 데에서 그 해결방안을 찾는 것이 정상적인 거래관행에 맞는 것이라거나 합리적인 이유가 있다고 보기 어렵고, ② 원고가 경영상 어려움을 극복한다는 명목으로 새롭게 받은 연회비 수입의 대부분이 골프장 운영에 사용되지 않고 당기순이익으로 원고에게 귀속되었으므로, 정상적으로 골프장을 유지·보수하는 데 필요한 최소한의 운영경비 조달을 위하여 연회비를 부과하였다는 원고의 주장도 설득력이 없으며, ③ 평일회원들은 입회비 7,500만 원만 납부하면 자신들이 탈회하지 않는 이상 계약이 자동 연장되어 계속 골프장을 이용할 수 있으리라는 기대 하에 회원으로 가입하였고, 매년 소멸성 연회비를 납부하고 재심사를 통해 기간연장 여부가 결정되리라 예상하였다고 보기 어렵고, ④ 심사에 의한 자격연장 여부 결정은 연회비 납부를 강제하는 수단으로 둔 것으로 볼 여지가 많으며, ⑤ 예상할 수 없었던 소멸성 연회비를 새로 부과하려면 이해당사자인 평일회원들에게 사전

에 사정을 설명하고 양해를 구하는 최소한의 절차는 거치는 것이 회원제골프장을 운영하는 원고가 지녀야 할 공정한 태도라고 볼 수 있음에도, 원고는 이러한 사전절차를 거치지 않은 채 회칙에 규정된 절차만을 거쳐 소멸성 연회비를 신설한 다음 일방적으로 통보하였다는 등의 이유를 들어, 원고가 회칙을 변경하여 계약기간 중에 거래 상대방인 평일회원의 사전 동의 없이 일방적으로 평일회원의 자격기간 및 그 연장 관련 거래조건을 불리하게 변경하거나, 소멸성 연회비 신설 등 추가적인 비용을 부담시키는 거래조건을 설정한 이 사건 행위는 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위라고 판단하였다.

나. 그러나 이러한 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

(1) 불공정거래행위의 한 유형으로 거래상 지위의 남용행위를 규정하고 있는 것은, 현실의 거래관계에서 경제력에 차이가 있는 거래주체 사이에도 상호 대등한 지위에서 법이 보장하는 공정한 거래를 할 수 있게 하기 위하여, 사업자가 그 지위를 남용하여 상대방에게 거래상 불이익을 주는 행위를 금지시키고자 하는 데 그 취지가 있다. 나아가 거래상 지위의 남용행위로서 불이익 제공에 해당한다고 하기 위해서는 당해 행위의 내용이 상대방에게 다소 불이익하다는 점만으로는 부족하고, 구입 강제, 이익제공 강요, 판매목표 강제 등과 동일시할 수 있을 정도로 일방 당사자가 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 그 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 준 것으로 인정되어야 한다(대법원 2013. 4. 25. 선고 2010두25909 판결 등 참조).

그리고 공정거래법은 불공정거래행위를 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모함을 목적으로 하고(제1조 참조), 불공정거래행위에서의 '거래'란 통상의 매

매와 같은 개별적인 계약 자체를 가리키는 것이 아니라 그보다 넓은 의미로서 사업활동을 위한 수단 일반 또는 거래질서를 뜻하는 것으로 보아야 하는 점(대법원 2010. 1. 14. 선고 2008두14739 판결 참조)을 고려할 때, 공정거래법 제23조 제1항은 단순히 불공정한 계약내용이나 사법상 권리의무를 조정하기 위한 것이 아니라 공정한 거래질서 또는 경쟁질서의 확립을 위하여 경제에 관한 규제와 조정이라는 공법적 관점에서 불공정한 거래행위를 금지하는 규정이라고 보아야 한다.

또한 공정거래법 제23조 제1항 각 호 중 이 사건 처분의 근거가 된 제4호를 제외한 나머지 규정이 금지하고 있는 불공정거래행위의 구체적인 유형은, '부당하게 거래를 거절하거나 거래의 상대방을 차별하여 취급하는 행위'(제1호), '부당하게 경쟁자를 배제하는 행위'(제2호), '부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하거나 강제하는 행위'(제3호), '거래의 상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하거나 다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위'(제5호), '부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·상품·용역·무체재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위'(제7호) 등이고, 구 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표 1]은 위와 같은 불공정거래행위를 거래 거절(제1호), 차별적 취급(제2호), 경쟁사업자 배제(제3호), 부당한 고객유인(제4호), 거래 강제(제5호), 구속조건부 거래(제7호), 사업활동 방해(제8호), 부당한 지원행위(제10호) 등으로 세부적으로 유형화하고 있다. 이와 같은 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 한다.

이상과 같은 여러 사정을 종합하여 보면, 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 타당하다고 할 것이다.

(2) 이러한 법리에 비추어 보면, 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 것이다.

그런데 원심이 이 사건 행위의 부당성을 인정하는 근거로 든 판시의 사정들은, 이 사건 행위의 내용이 평일회원들에게 불이익하고 그 행위가 일방적으로 이루어졌다는 점을 뒷받침하는 것으로서 원고가 특정 회원들과 사적 거래관계를 개별적으로 형성하는 과정의 잘못을 지적하는 측면이 크므로, 이 사건 행위가 널리 거래질서와 관련성이 있는 것으로서 공정거래 저해성이 인정된다는 근거로 삼기에는 부족하다. 나아가 기록을 살펴봐도, 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 거래 질서와의 관련성을 인정할 만한 뚜렷한 자료도 없다.

뿐만 아니라 체육시설의 설치·이용에 관한 법률 제18조, 위 법 시행령 제19조 제2호는 체육시설의 회원으로 가입한 이후 회원 권익에 관한 약정이 변경되는 경우에는 기존 회원은 탈퇴할 수 있으며, 탈퇴자가 입회금의 반환을 요구하는 경우에는 체육시설업자 등은 지체 없이 이를 반환하여야 한다고 규정하고 있어, 평일회원들은 이 사건 행위로 인하여 회원 권익에 관한 약정이 변경되었음을 들어 자유로이 탈퇴하고 입회금을 반환받을 수 있으므로, 평일회원들의 권리에 대한 사법적 보호도 불충분하다고 할 수 없다.

이와 같은 제반 사정을 종합하여 보면, 이 사건 행위는 외형상 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표 1] 제6호 (라)목이 규정하는 거래상 지위 남용행위의 형식적 요건을 갖추었다고 볼 여지는 있지만, 거래질서와의 관련성이 인정되지 아니하므로 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 것으로 보기는 어렵다.

다. 그럼에도 원심은 그 판시와 같은 이유만을 들어 이 사건 행위가 거래상 지위의 남용행위로서 부당한 불이익 제공에 해당한다고 보아 이 사건 처분이 적법하다고 판단하였으므로, 이러한 원심판결에는 거래상 지위 남용행위의 성립요건에 관한 법리를 오해한 나머지 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있고, 이를 지적하는 상고이유 주장에는 정당한 이유가 있다.

### 3. 결론

그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로

주문과 같이 판결한다.

재판장      대법관      고영한

주    심      대법관      이인복

                  대법관      김용덕

                  대법관      김소영