공정거래법 심결사례 해설 및 평석

이 기 종
안동대 법학과 교수

전주권역 13개 레미콘사의 부당한 공동행위에 대한 건

(공정거래위원회 2000. 7. 13. 의결(약) 제2001-143호 사건번호 2001 광사 1506))

피심인 : 주식회사 대연콘크리트 외 12사업자

I. 사실개요

피심인들은 전주권역에서 민수용레미콘을 판매함에 있어 건설경기의 침체로 레미콘 수요가 감소함에 따라 덤핑 등 과당경쟁이 일어나자 불황극복 방안을 모색하기 위한 대책모임을 갖고 과당경쟁 방지 및 원가절감 등을 명목으로 레미콘의 판매운송영업을 전담할 2개의 공동회사를 설립하기로 합의한 후 (주)대연콘크리트 등 6개 회사가 자본금 99,370천원 규모의 (주)유니콘을, (주)현대콘크리트 등 7개 회사가 자본금 100,630천원 규모의 (주)모악을 각각 설립하였다. 이어 피심인들은 각 레미콘사를 최근 3년간 평균매출액을 기준으로 3등급으로 구분한 후 각 피심인별로 연간매출액 배분비율을 결정한 사실이 있다.

II. 심결요지

공정거래위원회는 피심인들의 위 행위가 독점규제및공정거래에관한법률(이하 "공정거래법"이라 한다) 제19조제1항제3호(상품의 생산 · 출고 · 수송 또는 거래의 제한이나 용역의 거래를 제한하는 행위) 및 제7호(영업의 주요부문을 공동으로 수행하거나 관리하기 위한 회사 등을 설립하는 행위)에서 규정하고 있는 부당한 공동행위에 해당한다고 보고 동 법 제21조의 규정을 적용, 피심인들에 대하여 민수레미콘 판매운송영업의 주요부문을 공동으로 수행 · 관리하기 위하여 회사 등을 설립하고, 각 피심인별로 연간매출액 배분비율을 결정함으로써 전주권역 민수레미콘 시장에서 부당하게

경쟁을 제한하는 행위를 중지할 것과 법 위반사실을 공표할 것을 명하였다.

해설 및 평석

1. 머리에

사업자들이 공동판매기구를 설립하는 행위와 그 기구를 통해 수행하는 영업활동은 각각 별도로 공정거래법 위반이 될 수 있다. 공동판매기구의 설립은 소위 합작투자(joint ventures)[1]의 결성에 해당되어 그 자체가 경쟁제한적 효과를 가질 수 있으며, 공동판매기구의 운영과 관련한 소위 부수적 제한들(ancillary restraints)이 또한 부당공동행위나 불공정거래행위 등 공정거래법 위반을 내용으로 할 수가 있는 것이다. 이 중 후자의 부수적 제한의 문제에 관하여는 이미 본란의 평석을 통하여 다룬 적이 있으므로[2], 이번 호에서는 후자에 대해서만 고찰하고자 한다. 즉, 이하에서는 먼저 합작투자의 결성 자체가 경쟁에 미치는 영향과 경쟁제한적인 합작투자의 결성에 대한 공정거래법상의 규제방안을 살펴본 뒤, 본 사건에 대해 언급하고자 한다.

2. 경쟁제한적인 합작투자의 설립

가. 합작투자의 결성 자체가 경쟁에 미치는 영향[3]

합작투자의 결성이 경쟁에 미치는 영향에 대한 미국 판례의 입장은 다음과 같이 세 가지 경우로 나누어 살펴볼 수 있다.

첫째, 합작투자가 없었더라면 그 참가사업자들 중 누구도 시장에 참입하지 않았을 경우이다("none-in" situation). 이 경우 합작투자 없이는 존재하지 않았을 새로운 경쟁자와 생산설비가 추가되는 것이기 때문에, 설사 그 합작투자가 시장지배력을 갖더라도 그 결성 자체는 허용되며, 다만 그 합작투자에의 참가문호는 개방되어 있어야 한다고 본다.[4] 즉, 이 경우 합작투자의 결성은 그 자

1) 여기서 합작투자라 함은 "둘 이상의 기업이 원래는(합작투자가 없었다면) 개별적으로 수행했을 활동들을 공동으로 수행하기 위한 모든 형태의 제휴"를 말한다. See Hovenkamp, Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice 197 (2d ed. 1999). 따라서 합작투자는 참가사업자들이 독립적 존재를 상실하고 하나의 기업으로 결합되는 합병과 구별된다.

2) 이기종, "공정거래법 심결사례 해설 및 평석: 대전 · 충남레미콘협동조합의 경쟁제한행위에 대한 건," 공정경쟁, 2001.2., 56면 이하.

3) 이에 관한 상세는 Gutterman, Innovation and Competition Policy: A Comparative Study of the Regulation of Patent Licensing and Collaborative Research and Development in the United States and the European Community 329ff.(1997) 참조.

4) Associated Press v. United States, 326 U.S. 1 (1945).

체 합법(per se legal)으로 다루어지는 것이다.

둘째, 합작투자의 참가사업자들이 이미 시장에서 수평적 경쟁관계에 있거나 합작투자가 없었더라도 시장에 참입하였을 경우이다("both-in" situation). 이 경우 합작투자는 복수의 경쟁자를 하나의 경쟁자로 대체하는 데 불과하며, 새로운 경쟁자를 추가하는 것이 아니다. 또한 개별적인 참입이 가능하다는 것은 합작투자의 장점으로 흔히 거론되는 참입장벽의 극복이나 최소효율규모(minimum efficient scale)의 달성이 개별적으로도 가능함을 시사하는 것이기 때문에, 그 정당성을 입증하기가 매우 곤란하다. 예컨대, 합작투자의 결성으로 인한 경쟁의 감소를 상쇄할 만한 효율의 증대를 입증하여야 할 것이나, 그러한 가능성이 너무나 낮아 자체성의 원칙을 적용하는 것이 타당하다는 주장도 있다.[5] 그러나 판례는 이러한 경우 자체성의 원칙이 아닌 합리성의 원칙을 적용하는 쪽으로 발전해 왔다.[6] 합작투자는 영향범위가 제한되어 반경쟁적 효과도 크지 않고, 합작투자 사업범위 외에서는 참가자들이 여전히 경쟁하고 있으며, 참가자들이 독립성을 유지하고 있어 사후적인 구체조치가 용이하다는 점과 법원은 실질적인 효율을 가져오는 협정에 대해 그 친경쟁적 효과를 적극적으로 고려하고자 한다는 점 등이 그 원인으로 분석된다.

셋째, 합작투자가 없었더라도 일부 참가자는 시장에 참입하였을 것이지만 다른 참가자들은 시장에 참입하지 않았으리라고 예상되는 경우이다("one-in, one-out" situation). 소위 "일부참입상황"으로서 가장 논란이 심한 경우이며, 이에 관한 지도적 판례가 Penn-Olin 사건[7]이다. 이 사건에서 연방대법원은 잠재적 경쟁에 관한 2단계의 심사를 요구하고 있다. 첫 단계는 합작투자가 없었을 경우 그 참가자들 중 하나라도 시장에 참입하였을 것인지에 관한 심사이다[8]. 이에 대한 대답이 부정이라면 이러한 합작투자는 경쟁제한적이 아닌 것으로 볼 수 있어 더 이상의 심사가 요구되지 않는다. 그러나 참가자들 중 하나라도 시장에 참입하였을 것으로 예상되는 경우에는 합작투자의 경쟁제한성 여부에 대한 면밀한 합리성 심사가 요구된다. 즉, 합작투자의 참가자들 모두가 시장에 참입하였으리라고 예상되는 경우 뿐 아니라 일부는 참입하고 일부는 참입하지 않은 채 시장외곽에 잠재적 경쟁자로 남아있을 경우까지도 경쟁제한성의 심사가 요구된다고 보는 것이다. 이와 같은 유형의 잠재적 경쟁자만 있어도 시장은 훨씬 경쟁적이 될 수 있기 때문이다. Penn-Olin 사건 이후 소위 일부참입상황에서의 합작투자의 반경쟁성의 증거로서 법원이 요구해온 것들을 요약해 보면 다음과 같다. 첫째, 합작투자가 활동할 시장이 비경쟁적임을 입증해야 한다. 둘째, 시장내의 다른 경쟁기업들이 시장에 참입하지 않은 합작투자의 모기업을 잠재적 경쟁자로 인식하고 있음을 입증해야 한다. 셋째, 시장에 참입하지 않은 모기업이 참입가능성이 매우 높은 기업이었기 때문에 이러한 잠재적 경쟁자가 사라지는 것이 경쟁에 상당한 손실을 초래함을 입증하여야 한다. 넷째, 소위 대기중인 잠재적 참입자로

5) 예컨대, Pitofsky, "Joint Ventures Under the Antitrust Laws: Some Reflections on the Significance of Penn-Olin," 82 Harvard Law Review 1007, 1042-5 (1969) 참조.
6) Virginia Excelsior Mills v. FTC, 256 F.2d 538 (4th Cir. 1958).
7) United States v. Penn-Olin Chemical Co., 378 U.S. 158(1964).
8) 이를 "잠재적 경쟁의 원칙(potential competition doctrine)"이라고 부르기도 한다.

인해 합작투자가 활동하는 시장에서 반경쟁적 행위가 경감되고 있었음을 입증하여야 한다.

나. 경쟁제한적 합작투자의 결성 자체에 대한 공정거래법상의 규제방안

경쟁제한적 합작투자의 결성 자체에 적용될 수 있는 공정거래법의 조항은 두 가지이다. 기업결합의 제한에 관한 동 법 제7조제1항제5호(새로운 회사설립에의 참여)와 부당한 공동행위의 금지에 관한 동 법 제19조제1항제7호(영업의 주요부문을 공동으로 수행하거나 관리하기 위한 회사 등을 설립하는 행위)가 그것이다. 양자는 몇 가지 점에서 차이를 보여주고 있다.

첫째, 전자는 회사형태를 취하는 합작투자의 결성만을 규제할 수 있는 데 반해, 후자는 회사 이외의 형태(예컨대, 조합이나 사업자단체)를 취하는 경우도 규제가 가능하다. 따라서 다양한 형태의 합작투자를 규제한다는 관점에서는 후자가 더 유용한 규정이라 할 것이다.

둘째, 양자는 그 위반에 대한 제재에 상당한 차이가 있다. 전자의 위반에 대하여는 설립무효의 소를 제기할 수 있고(동 법 제16조제2항) 일정기간내에 시정조치를 이행하지 않는 경우 이행강제금을 부과할 수 있는 데 반하여(동 법 제17조의2) 후자의 경우에는 이와 같은 제도가 없고, 반면 후자에 대하여는 과징금의 부과가 인정되고 있다(동 법 제22조). 따라서 회사형태의 합작투자의 결성 자체가 경쟁제한적인 것으로 판명된 경우에는 설립무효의 소를 통해 이를 퇴출시킬 수 있는 전자의 제재가 더욱 강력한 것이라 할 수 있다. 입법론으로서는 후자의 경우에도 설립무효의 소권을 고려할 필요성이 주장되고 있다.[9]

셋째, 전자의 경우 일정규모 이상의 회사가 관계된 경우에는 신고의무가 인정되고 있으며(동 법 제12조) 그 위반에 대하여는 과태료가 인정되고 있으나(동 법 제69조의2제2호), 후자의 경우는 신고의무는 없고 다만 일정한 목적을 위하여 행해지는 공동행위로서 부당공동행위금지의 예외를 인정받기 위해서는 공정거래위원회의 인가를 요하도록 하고 있다(동 법 제19조제2항).

넷째, 양자는 금지의 예외사유에도 차이가 있다. 전자의 경우 ① 효율성 증대를 위한 기업결합과, ② 도산기업의 구제를 위한 기업결합이 금지의 예외로 규정되어 있으나(동 법 제7조제2항), 후자의 경우 ① 산업합리화, ② 연구 · 기술개발, ③ 불황의 극복 및 ④ 산업구조의 조정을 목적으로 하는 공동행위가 일정요건에 해당할 경우 금지의 예외로 하고 있다(동 법 제19조제2항).

다섯째, 형식적으로 볼 때 전자는 일정한 거래분야에서의 경쟁의 실질적 제한을 요건으로 하고 있으나, 후자는 부당한 경쟁제한을 요건으로 하고 있다는 점에서 차이가 있다. 그러나 "부당하게 경쟁을 제한하는"이라는 표현을 쓴 것이 곧 공동행위에 대해 당연위법의 원칙을 채택한 것은 아니며, 공정거래위원회의 실제 사건처리에 있어서도 공동행위 내용과 관계없이 경쟁제한성 검토를 거치고 있다는 점에서 볼 때[10], 양자는 실질적으로는 차이가 없다 할 것이다.

이와 같이 양자는 여러 가지 차이점이 있으나, 경우에 따라서는 양 조항이 함께 적용될 수도 있을

9) 손주찬, 경제법, 192면 (1993).
10) 손인옥, "부당공동행위 규제에 관한 해설" 공정경쟁, 2001.6., 73면.

것이다.[11]

3. 본 사건의 경우

본 심결에서 공정거래위원회는 피심인들의 합작회사설립에 대하여 기업결합에 관한 규정은 적용하지 않고, 부당공동행위에 관한 규정만을 적용하고 있다. 이는 피심인들이 생산제한이라는 공동행위를 부수협정으로 시행하였기 때문에 합작회사의 설립과 그 운영을 일괄하여 부당공동행위로서 규제하고자 하였기 때문인 듯 하다.

본 사건에 국한해서만 말한다면 이러한 조치는 결과적으로 문제가 없을 수도 있다. 비록 본 사건의 합작회사가 기존 경쟁자간의 합작투자이고 명백히 관련시장에서 시장지배력을 갖기는 하지만, 불황극복을 위한 비용절감이 그 목적의 하나로 되어 있고, 실제로도 각 피심인들이 81만원부터 225만 1천원까지 출자하여 자본금 1억 규모의 회사 둘을 설립한 것이기 때문에 통합으로 인한 상당한 효율이 발생할 가능성이 있기 때문이다. 즉, 굳이 본 사건의 합작회사들을 퇴출시켜야 할 필요성이 없을 수도 있다는 것이다.

그러나 만약 문제된 합작투자가 명백히 참가자들간의 경쟁을 제거하면서도 실질적인 효율을 가져오지 못하는 것이어서 불가피하게 이를 해체시켜야 한다고 판단될 경우에는 설립무효의 소가 명문으로 인정되고 있는 기업결합에 관한 규정을 적용할 필요가 있을 것이다.

그런데 문제는 이처럼 법 위반행위에 대한 제재조치의 필요에 따라 적용 법조를 결정하는 것이 법리적으로 최선의 방법은 아니라는 것이다. 따라서 장기적으로는 동일한 현상에 대하여 중복적으로 규정하고 있는 양 조문의 관계를 정돈하기 위한 입법적 조치가 필요하지 않을까 생각된다. 공정

11) 정경택, "공동행위 규제상의 문제점" 공정거래법강의, 278면, 285면 (권오승 편, 1996).