

규제연구 2003년 제12권 제2호

# 경쟁사업자간의 협력행위에 대한 규제

차 성 민

(한국전자통신연구원 선임연구원)

공정거래위원회는 공동행위의 경쟁효과를 종합적으로 고려하는 내용의 「공동행위 심사기준」을 제정하였다. 경쟁제한효과와 경쟁촉진효과를 구체적이고 합리적으로 판단하여, 국민 경제전체적 차원에서 경쟁제한성이 없거나 효율성 증대 등 경쟁촉진효과가 크다고 판단되는 공동행위는 허용하기 위한 것이다. 이 지침은 경쟁사업자간의 수평적인 협력행위가 공정거래법상 규제대상인 부당한 공동행위에 해당하는지 여부를 판단하는 데에도 도움을 준다. 이 지침의 목적은 다양한 수평적 공동행위에 대한 분석 틀을 제공하는 것인바, 그 실효성을 높이기 위해서는 경쟁사업자간의 협력행위에 있어서 그 위법성을 심사하는 경우에 당해 공동행위를 쉽게 경성카르텔로 판단해 버리는 태도를 지양해야 할 것이며, 또한 경쟁제한 효과 분석에 있어서 시장점유율이나 시장집중도에 너무 의존해서도 안 될 것이다. 만일 그렇게 된다면, 쉽게 위법성을 인정하는 결론에 이를 수 있기 때문이다. 한편 공동행위 심사기준이 제정된 이상, 법집행의 투명성 제고를 위해서 현행 심사기준상의 내용에 따라 단계별로 심사를 하는 것이 바람직할 것이다.

핵심용어 : 부당한 공동행위, 경쟁자간 협력행위, 전략적 제휴, 수평적 공동행위, 공동행위 심사기준

# I. 서론

사업자들은 시장에서 경쟁을 하기 위해서 때때로 그들간 협력행위를 해야 할 경우가 있다. 협력행위를 통해서 사업자들은 해외 시장의 개척이나 막대한 연구개발비의 조성 또는 생산비용의 절감을 할 수 있기 때문이다. 이러한 경쟁자들간의 협력행위는 과거 법적 판단에 있어서 부정적으로 받아들여지는 경우가 많았다. 그러나 경쟁자간의 협력행위가 경쟁촉진적 효과도 가지고 있다는 것을 인식하게 되었고, 이러한 행위는 허용하는 것이 바람직하기 때문에, 주요국에서는 경쟁자간의 협력행위에 대한 경쟁제한 효과와 경쟁촉진효과를 체계적으로 분석할 수 있도록 가이드라인을 제정하여 운용하고 있다.

공정거래위원회도 사업자들이 경쟁사업자들간의 협력행위에 대해 경쟁제한성 여부를 스스로 판단함으로써 향후 전략적 제휴 등 대내외 경쟁력을 향상시킬 수 있도록 하는 동시에, 공정거래위원회 내부적으로도 공동행위 사건처리의 효율성, 투명성 및 일관성을 높이기 위해 최근에 「공동행위 심사기준」을 제정하였다.

그러나 이 심사기준은 독점규제및공정거래에관한법률(이하 “공정거래법”) 제 19조를 구체화한 것이지만 제정된 지 오래되지 않아 아직 심사기준의 합리성이나 타당성에 관한 논의가 없는 것으로 보인다. 이 논문에서는 경쟁자간의 협력행위에 대한 규제 지침이 되고 있는 미국과 EU의 가이드라인의 내용을 소개하고 우리 공동행위에 대한 공동행위 심사기준의 내용과 분석단계 등을 비교하였다. 또한 공동행위 심사기준 제정 이후에 나온 심결 1건을 검토하여 공동행위 심사기준에 따라 심사가 전개되었는지를 살펴보았다.

## II. 경쟁사업자간 협력행위의 의미

### 1. 의 의

경쟁자간의 협력행위라 함은 경제활동에 종사하고 있는 둘 또는 그 이상의 경쟁자들 사이의 하나 또는 그 이상의 합의 및 이로 인한 경제활동의 총체를 말한다.<sup>1)</sup> 예를 들어 연구·개발, 생산, 마케팅, 유통, 판매 및 구매 등과 같은 사업활동이 경제활동에 포함된다. 그러나 기업결합의 합의는 여기서 제외된다. 여기서 경쟁자라 함은 현실적 경쟁자뿐만 아니라 잠재적 경쟁자도 포함하는 넓은 의미로 사용되므로, 경쟁사업자간의 공동행위에서 일컫는 경쟁사업자는 현실적 경쟁자뿐만 아니라 잠재적 경쟁자를 포괄하는 개념이다.

이 경우 두 회사가 구매자와 판매자의 관계 또는 기타 다른 관계에 해당될 수도 있는데, 그렇다고 하여 아무런 검토 없이 이들간의 관계가 경쟁관계가 아니라고 판단해서는 안 된다. 가령 공동행위의 합의가 없었더라면 A라는 회사의 시장진입이 합리적으로 가능했을 것이라는 증거가 있다면, A회사는 잠재적 경쟁자로 취급될 것이다.

한편 사업자간의 협력행위의 대표적인 예는 전략적 제휴라고 할 수 있다. 따라서 연구·개발, 생산, 마케팅, 유통, 판매 및 구매 등의 사업활동을 위한 경쟁사업자간의 전략적 제휴도 역시 공동행위에 대해 적용되는 분석 틀에 의한 검토대상이 된다고 할 수 있다.<sup>2)</sup>

전략적 제휴라 함은 통상 둘 이상의 기업이 자사 특유의 핵심역량을 바탕으로 하여 경영자원을 공유하거나 협력관계를 유지함으로써 다른 경쟁기업에 비하여 경쟁우위를 확보하고자 하는 경영전략을 말한다.<sup>3)</sup>

### 2. 유형

1) FTC & U.S. DOJ, Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors(이하 '미국 가이드라인'), 2000. 4., Section 1.3.

2) Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Auf., 2001, §1 Rdnr. 427.

3) 한국전자통신연구원, 『정보통신부문에서의 전략적 기술제휴 방안에 관한 연구』, 1999, p.7.

경쟁사업자간의 협력행위는 매우 다양한 형태로 존재하며, 사업활동이나 마케팅 전략의 발전에 따라 계속 새로운 유형이 나타나고 있다. 주로 많이 이용되는 전형적인 유형을 소개하면 다음과 같다.

### (1) 합작투자(Joint Venture)

우리말로써는 합작투자, 합작기업 등으로 번역되고 있는 이 용어는 매우 다양하고 폭넓게 쓰이고 있으나, 통상적으로는 제휴 참가자들의 자본투자로 이루어진 모회사로부터 독립된 기업의 설립을 의미한다. 그러므로 대표적인 자본제휴형태라고 할 수 있다.<sup>4)</sup>

### (2) 업무제휴

연구개발, 판매 또는 광고활동 등과 같이 어느 하나 또는 그 이상의 업무 분야에서의 계약상의 협력을 의미한다. 일반적으로 업무제휴에는 자본참여가 이루어지지 않는다는 점에서 합작투자와 구별된다. 업무제휴에는 통상 기술제휴, 생산제휴 및 마케팅제휴가 포함된다.

### (3) 컨소시엄(consortium)

사업의 내용이 개별사업자가 추진하기에는 어려운 경우, 이 특정 사업을 수행하기 위한 사업자들간의 협력을 말한다. 컨소시엄 참가자들은 특정 사업의 영역 밖에서는 자유롭게 행동할 수 있다. 이러한 컨소시엄은 예컨대 연구개발협정의 경우와 같이 내부적 필요성에 의해서라기보다는 외부적 필요성에 의해 형성된다.

### (4) 지분참여제휴

상대방 제휴참가자의 지분 일부를 취득하는 제휴형태를 말한다. 이와 함께 제휴 참가자들 서로의 장점을 살리기 위한 다양한 업무제휴가 수반되는 것이 일반적이다.

## 3. 기업결합과의 구별

공정거래법상 기업결합은 ① 다른 회사의 주식의 취득 또는 소유, ② 임원 또는 종업원에 의한 다른 회사의 임원 지위의 겸임, ③ 다른 회사와의 합병,

4) 한국전자통신연구원, 앞의 책, p.24.

④ 다른 회사의 영업의 전부 또는 주요 부분의 양수·임차 또는 경영의 수임이나 다른 회사의 영업용 고정자산의 전부 또는 주요 부분의 양수, ⑤ 새로운 회사설립에의 참여 등의 형태로 이루어진다(제7조). 사업자간의 결합이라는 점에서 경쟁사업자간의 협력행위는 기업결합과 유사하며, 현실에서 발생하는 구체적인 경우를 보면 그 경계가 모호한 경우도 많다.

그러나 경쟁사업자간의 협력행위는 기업결합과는 두 가지 점에서 구별된다. 우선, 기업결합을 하는 대부분의 경우 결합당사자간 경쟁은 완전히 소멸되는 반면에, 경쟁사업자간의 협력행위의 경우에는 당사자간의 경쟁이 어떠한 형태로든 남아있는 부분이 있다.<sup>5)</sup>

둘째로, 기업결합은 영속적일 것을 예정하고 있는 반면, 경쟁자간의 협력행위는 한정된 기간 동안에 이루어진다. 그러므로 협력행위의 참가자들은 협력행위 기간 동안 연구·개발 등의 특정 목적을 달성하기 위해 현실적인 경쟁자관계는 아니지만, 여전히 잠재적 경쟁자인 상태로 남아있다. 따라서 협력행위 참가자들의 장래 잠재적 경쟁에 대한 경쟁법상 검토는 기업결합에 대한 그것과는 다르게 취급되어야 할 것이다.

그럼에도 불구하고, 경쟁효과라는 면에서 볼 때 협력행위로 인한 경쟁효과와 기업결합으로 인한 그것이 같을 경우가 있다. 사실상 사업자들이 협력행위를 통해서 달성할 수 있는 효율성은 기업결합을 통해서도 달성할 수 있다. 그래서 미국 경쟁당국은 다음과 같은 요건이 충족되는 협력행위에 대해서는 마치 기업결합과 동일하게 다루어서 『수평적 기업결합 가이드라인(Horizontal Merger Guidelines)』을 적용하여 관련시장을 획정하며 협력행위를 분석하고 있다.<sup>6)</sup>

첫째, 관련시장에서 협력행위 참가자들이 경쟁관계에 있고,  
 둘째, 협력행위가 관련시장에서의 경제활동에 있어서 효율성을 증대시키는 결합형태이며,  
 셋째, 이러한 결합을 통하여 관련시장 내에서 모든 협력행위 참가자들간의 경쟁이 제거되고,  
 넷째, 협력행위가 특정한 조건에 따른 제한된 기한에<sup>7)</sup> 종결되지 않는 경우.

5) 미국가이드라인 Section 1.3.

6) 미국가이드라인 Section 1.3.

7) 미국 경쟁당국은 협력행위가 대략 10년 정도는 유지되어야 기업결합과 유사하다고 보고 있지만, 이 기간은 기술적 라이프사이클 같은 당해 산업의 특수한 상황에 따라 유동적일 수 있다고 한다(미국 가이드라인 각주 10).

### Ⅲ. 사업자간 협력행위의 위법성 판단기준

#### 1. 경쟁제한성

경쟁사업자간 협력행위가 적법한지 여부를 판단하기 위해서는 그 합의가 부당하게 경쟁을 제한하는 것인지 여부의 문제로 귀착된다.<sup>8)</sup> 즉, 경쟁제한성이 존재하는지 여부가 관건이 되는 것이다. 경쟁사업자간의 합의가 반경쟁적인지 친경쟁적인지를 분석하는 공동행위 심사기준상의 내용들은 경쟁제한성을 판단하기 위한 수단에 해당된다.<sup>9)</sup>

부당한 공동행위에 대한 규정인 공정거래법 제19조는 원래 일본 독점금지법을 계수하였기 때문에, 기업결합의 경우와 마찬가지로 일정한 거래 분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 공동행위를 금지하고 있었다. 이는 관련시장에서 유효경쟁을 기대하기 불가능한 상태를 유발하는 공동행위를 금지하는 것으로 해석되었다. 따라서 어떠한 공동행위가 위법한지의 여부를 판단하기 위해서는 우선 공동행위가 이루어지고 있는 관련시장을 확정된 다음, 문제된 공동행위가 그 관련시장 내에서 경쟁을 실질적으로 제한하는지 여부를 심사했다. 그런데 이러한 심사절차는 불필요하다는 비판을 받게 되었다. 왜냐하면 기업결합의 경우에는 그것이 경쟁에 미치는 영향이 부정적일 수도 있고 긍정적일 수도 있으므로, 개별 사건마다 구체적으로 심사할 필요성이 있었다. 반면, 공동행위의 경우에는 경쟁에 미치는 영향이 대개 부정적이고 직접적이기 때문에, 이를 기업결합의 경우와 같이 개별적으로 자세히 판단할 필요가 없다. 공동행위는 사업자들이 상품이나 용역의 가격, 거래량, 거래지역이나 거래처 등과 같이 경쟁의 핵심적 요소에 대하여 서로 경쟁을 하지 않기로 합의하는 경우가 많

8) 현행법상 부당한 공동행위가 성립하기 위해서는, 공정거래법 제19조 제1항에서 정한 유형으로(공동행위의 유형), 사업자가 다른 사업자와 공동으로(공동성), 부당하게 경쟁을 제한하는(경쟁제한성) 합의가 있어야 한다(합의의 존재). 따라서 공동성 및 합의의 존재와 관련하여 법 제19조 제5항의 추정 조항도 중요한 문제이기는 하지만, 이 글에서는 주로 경쟁사업자간의 협력행위에 있어서 경쟁제한성에 초점을 두고 있으므로 이 문제는 다루지 않기로 한다.

9) 권오승, 경제법(제4판), 법문사, 2002, 281면.

기 때문에, 공동행위가 형성되면 경쟁제한적 효과가 나타나는 것이 통상적이라고 할 수 있다. 가령 가격고정, 입찰담합, 출고조절 또는 시장분할 등에 관한 사업자간의 합의인 경우에는 경쟁제한적 효과가 명확하기 때문에 경쟁제한성 판단을 반드시 할 필요가 없으며, 기타의 경우에도 기업결합의 경우처럼 심사절차를 엄격히 할 필요는 없다.

그러나 사업자들간의 경쟁은 가격, 품질, 수량, 거래조건 등 다양한 요소들에 대하여 복합적으로 이루어지기 때문에, 어떠한 요소에 대한 경쟁을 제한하게 되면 다른 요소에 대한 경쟁이 촉진되는 경우도 발생한다. 가령 사업자들이 가격고정의 합의를 하는 경우 품질이나 서비스 면에서의 경쟁이 촉진될 수 있다. 또한 사업자들이 통일된 약관을 사용함으로써 거래조건에 대한 경쟁이 제한되면, 가격이나 품질 면에서 경쟁이 촉진될 수 있다. 그런데 사업자간의 경쟁이 소비자후생의 증진에 기여하기 위해서는 가격이나 품질을 중심으로 한 경쟁이 이루어져야 한다. 따라서 가격이나 품질에 대한 경쟁을 제한하면서 광고나 부수적인 서비스에 대한 경쟁이 촉진되는 현상은 바람직하지 않다. 그러나 가격이나 품질의 경쟁을 촉진시키는 공동행위는 예외적인 경우에 지나지 않기 때문에, 그밖에 경쟁제한을 통하여 소비자 복지를 저해할 우려가 있는 공동행위는 금지되는 것이 타당하다.

따라서 “일정한 거래 분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는” 공동행위만을 규제하던 종래의 입법태도는 정당하지 않은 것으로 보인다. 이러한 문제점을 개선하기 위해 1999년 개정을 통하여 부당한 공동행위의 금지요건을 “부당하게 경쟁을 제한하는”으로 변경하였다. 이러한 현행법의 입장은 “거래나 통상을 제한하는” 합의를 금지하는 미국 셔먼법 제1조, “경쟁의 방해, 제한 또는 왜곡을 목적으로 하거나 그러한 효과를 초래하는” 합의를 금지하는 독일 경쟁제한방지법 제1조 및 “회원국간의 거래에 영향을 미칠 수 있고 역내시장에서 경쟁의 저지, 제한 또는 왜곡을 그 목적으로 하거나 그러한 효과를 초래하는” 사업자간의 합의를 금지하는 EU경쟁법 제85조 제1항의 태도와도 부합한다.

## 2. 경쟁제한의 내용

여기서는 경쟁사업자간 협력행위의 경쟁제한성 판단에 있어서 미국 법원의 태도를 살펴보고자 한다. 협력행위를 유형화하고 그 검토 수준을 차별화하고 있다는 점이나 합리의 원칙에 따라 협력행위를 분석하는 경우 사업자들의 시

장지배력, 배타성, 정보교환이 어떻게 고려되어야 할 것인지에 대해 시사점을 주고 있다.

### (1) 경쟁사업자간 협력행위의 유형화

먼저 당해 합의의 적법성 여부나 이를 판단하기 위하여 필요한 입증의 정도 및 항변 사유들을 결정하기 위해 협력행위를 3분화할 수 있다.<sup>10)</sup> 그 한쪽에는 사회적으로 도움이 되지 못하는 명백한 경쟁제한행위(합의를 포함한다)가 위치하며, 이에 대해서는 당연(per se)의 법리를 적용하기 때문에 시장지배력 또는 반경쟁적 효과에 대한 심사를 구체적으로 할 필요가 없다. 반대편에는 일반적으로 보아 적법하고 공공의 이익에 부합하는 유형이 존재한다. 이러한 행위들에 대해서는 합리의 원칙이 적용되어 시장지배력이나 반경쟁적 효과 등에 관한 요건을 검토하게 된다. 그리고 이들의 중간에는 거의 위법한 행위들이 자리하고 있는데, 일응 위법하다고 의심은 되지만 확신할 수는 없는 행위들이 그것이다. 확실히 위법하다는 결론을 내리기에는 관련 선례나 판례가 축적되어 있지 않거나 아직은 생소하고 특이한 이익을 수반하는 형태의 협력행위들이 여기에 포함된다. 이에 해당되는 유형들을 검토하는 경우에는 사업자들에게 자신들의 행위가 친경쟁적이라는 항변을 할 수 있는 기회를 제공하며, 여기서 적절하게 주장하지 못한 경우에 비로소 위법하다는 결정을 내리게 된다.

그러므로 가격고정에 관한 합의에 대해서는 당연 위법의 법리가 광범위하게 적용되기 때문에, 경쟁사업자들간 합의의 잠재적 효율성이 무시되는 경우가 많다. 가령 가격고정을 합의한 사업자들이 자신들의 수익증대를 위해 생산량을 감소시킬 정도의 시장지배력을 보유하지 않았다는 항변은 일반적으로 인정되지 않는다.<sup>11)</sup>

### (2) 명백한 경쟁제한행위와 효율증진적 협력행위의 구별

경쟁사업자간의 협력행위에 대한 위법성 판단을 함에 있어서, 먼저 문제된 행위를 분류화한다는 점은 앞에서 이미 보았다. 이 분류의 양쪽 끝에는 명백한 경쟁제한행위와 효율증진적 행위가 위치해 있다. 여기서 명백한 경쟁제한행위라 함은 객관적으로 가격 상승 또는 양적·질적 생산량 감소를 목적으로

10) Hovenkamp, Federal Antitrust Policy, 2nd Ed., 1999, p.192..

11) U.S. v. Pittsburgh Area Pontiac Dealers, 1978-2 Trade Cas. 62, 233, 1978 WL 1398 참조.

하거나 것처럼 될 충분한 개연성이 있는 행위를 말한다. 반면에, 효율증진적 행위라 함은 객관적으로 보아 합의의 목적이 가격 인하 또는 생산량의 증가에 있거나 그렇게 될 개연성이 있는 행위를 말한다.

중요한 것은 명백한 경쟁제한행위는 참가사업자들이 시장 전체의 생산과 가격에 영향을 줄 수 있는 공동의 지배력을 가지는 경우에만 의미가 있다는 것이다.<sup>12)</sup> 그러나 효율증진적인 행위는 참가자들이 공동으로 시장을 지배할 수 있는지 여부와는 관계없이 이익을 얻을 수 있으며 따라서 합리적이라고 할 수 있다. 따라서 결정권자는 사업자들이 제시하는 입증가능한 항변을 고려하여야 한다. 그들에게 시장지배력이 없는 상황에서도 그 항변이 이치에 맞는 주장이라면, 이들 사이에 맺어진 합의는 효율증진적일 가능성이 높다. 그렇다고 해서 이들간의 합의가 적법하다는 의미는 아니며, 이때부터 합리의 원칙이 적용된다는 뜻이다.

따라서 어떠한 경쟁사업자간의 협력행위가 경쟁제한적인지 효율증진적인지를 구별할 수 있는 효과적인 방법은 사업자들의 항변을 듣고, 과연 그들이 자신들에게 시장지배력이 없는 상황에서도 항변한 내용대로 협력행위를 할지 여부를 검토해보는 것이다. 가령 어느 대학교 주변에 인쇄소 3곳이 있는데, 이들은 고가의 제본용 기계를 공동으로 구입하여 공동으로 사용하고 있다. 이러한 일종의 합작투자가 가격고정을 유발한다는 문제가 제기되자, 이 인쇄업자들은 이 기계가 매우 비싸기 때문에 공동으로 구입한 것이며 한 대의 기계를 3업소에서 사용하는 데 지장이 없다고 항변했다고 하자. 결정권자는 이러한 사업자들의 항변이 100명의 인쇄업자들이 있는 곳에서도 타당한지를 검토해 보아야 한다. 통상적으로 보아 긍정적인 답변이 나올 것이다. 따라서 이 사례에서는 인쇄업자들이 내심으로는 가격고정의 의사가 있었는지 또는 가격고정의 개연성이 여전히 효율성 증대의 효과를 상회할 것인지 여부와는 관계없이 합리의 원칙의 적용을 받을 것이다.

한편 Engineers 판례에서는 컨설팅 엔지니어 사업자단체의 구성원들이 용역 입찰을 하지 않을 뿐만 아니라 자신이 사업자로 선택되기 전에는 보수에 관한 협상도 하지 않기로 합의했다.<sup>13)</sup> 이들은 자신들이 경쟁적으로 입찰을 할 경우 낙찰을 받기 위해 업무에 충분치 못할 정도로 비용을 인하할 것을 강요받기 때문에 그러한 협력행위를 했다고 항변했다. 그러나 만일 뉴욕시에서 활동하는 전체 컨설팅 엔지니어 중 5명만이 경쟁입찰 방식을 거부하고 나머

12) Hovenkamp, supra, pp.193-194.

13) National Society of Professional Engineers v. U.S., 425 U.S. 679, 98 S.Ct. 1355(1978).

지 2000명 정도의 엔지니어들은 입찰을 한다고 가정한다면, 이들 5명의 입찰 거부 합의는 성공하지 못할 것이 분명하다. 대다수의 고객들은 경쟁입찰을 원하므로, 고객들은 소수의 입찰 거부 합의에 참가한 사업자들을 제외한 다른 입찰 참가사업자들 중에서 선택을 할 것이기 때문이다. 그러므로 컨설팅 엔지니어들의 이러한 협력행위는 경쟁제한적인 성질을 갖는다.

### (3) 배타성

경쟁사업자간의 협력행위가 배타성이 있는 경우에만 경쟁법적으로 의미가 있다. 여기서 배타성이란 두 가지 측면을 말한다. 첫 번째는 참여하는 사업자들의 수를 제한함으로써 그 협력에 참여하기를 원하는 다른 사업자들을 배제시키는 측면이 있다. 두 번째는 협력행위의 이외의 다른 사업활동을 제한하는 측면이 있다. 특히 그 사업이 협력사업과 경쟁관계에 있는 경우에는 더욱 제한된다.

이러한 배타성은 통상 사업 활동시에 발생하는 거래비용을 감당하기 위해 불가결한 것으로 여겨진다.<sup>14)</sup> 가령 10개 정도의 팀으로 구성된 스포츠협회에서는 시즌 스케줄이나 플레이오프전 개최 등에 관한 계획을 수립하고 추진할 수 있다. 그러나 구성팀이 200개 정도가 되는 경우에는 이러한 업무가 불가능해질 것이다. 따라서 스포츠협회는 참여자의 수를 제한하고 신규참가자들의 진입시 일정한 기준을 적용한다. 이와는 달리 구성원들의 수가 증가할수록 더욱 수익적인 협력들도 있다. 이 경우에는 개방형 회원제를 적용할 것이다.

또한 배타성은 무임승차의 문제를 해결해 준다. 가령 연구개발을 위한 합작 투자를 하는 경우 초기 단계에서는 성공의 확률이 적으면서 투자위험 확률은 높을 수밖에 없다. 그러나 투자가 계속되면서 시간이 흐를수록 성공의 확률이 높아지면, 이 연구개발 합작투자에 참여를 희망하는 사업자들이 나타난다. 그러나 이때 이들의 참여를 허용하게 되면, 대부분의 경우 초기 단계에는 관망하다가 그 연구개발이 사업성을 띠게 되고 투자위험이 적어지는 시점에서 투자를 하려고 할 것이다. 즉, 합작 투자가 진행됨에 따라 위험 대비 수익의 비율이 변하는데, 이 경우 배타성은 협력 참여사업자들의 투자와 위험부담을 곤란하게 하는 무임승차의 문제를 해결하는데 중요한 역할을 한다.

배타성은 이러한 순기능도 가지고 있는 반면 역기능도 내포하고 있다. 협력행위로 인해 참여사업자들이 시장지배력을 갖는 경우에는 경쟁제한적 결과가

14) Hovenkamp, supra, pp.201-202.

나타날 수 있다는 점이다. 독과점은 시장에서 생산량을 감소시킴으로써 성공할 수 있는데, 협력행위가 시장지배력을 가질 때 시장전반에 걸친 생산량 감소를 가져올 수 있다. 그런데 생산량의 감소는 배타성이 없이는 불가능하다. 여기서의 배타성은 이로 인해 질적·양적으로 협력행위에 참가한 사업자 내부의 생산량이 감소하며, 동일시장에서 당해 비협력행위 생산량을 감소시키려는 전제에 서있다. 결국 시장지배력과 배타성이 결합되면 반경쟁적 효과가 발생할 개연성이 높아진다. 따라서 배타성이 협력행위의 적절한 운영을 위한 필수적인 동기부여 요소는 된다고 할지라도, 이 협력행위로 인해 시장지배력이 나타났다면 배타성을 정당화할 수 있는 사유가 있어야만 허용될 수 있다. 시장지배력을 발생시키는 협력행위가 배타성을 가져서는 안 된다는 것은 아니지만, 이 경우 경쟁제한의 가능성이 많기 때문에 참여사업자들은 배타성에 대해 항변을 할 준비를 해야 한다는 의미이다.

#### (4) 경쟁사업자간의 가격 또는 생산량 정보의 교환

경쟁사업자간의 정보 교환은 사업자단체에 의한 정보 교환과 직접적인 경쟁사업자간의 정보 교환으로 나누어 생각해 볼 수 있다.

American Column 사건은<sup>15)</sup> 산업 전반에 걸친 정보 교환에 관한 사례이다. 활엽수와 같은 재질의 경목재硬木材를 생산하는 365명의 사업자로 구성된 사업자단체가 있었다. 이 사업자단체는 구성사업자들로부터 판매가격, 생산비용, 현재의 재고와 향후 생산예정량 및 고객의 이름 등을 기재한 보고서를 제출 받았다. 이러한 정보들은 경목재의 크기와 형태 등에 따라 사업자단체에서 정한 통일적인 분류방식에 의해 정리되었다. 사업자단체는 과잉생산을 우려하여 경우에 따라서는 구성사업자들에게 생산량을 감소시킬 것을 주문하기도 했다. 사업자단체의 이러한 행위에 대해 연방대법원은 정보교환이 사실상 가격 인상을 위한 것이라고 인정하고 유죄를 선고하였다.

그러나 이에 대해서 비판이 제기되었다. 사업자단체의 구성사업자들은 365명의 경목재 생산자들의 생산량은 전미 경목재 생산의 1/3 정도를 차지하고 있었다. 이러한 상황에서 이들간에 이루어진 가격 고정의 합의가 있었다고 하더라도, 그 합의가 시장에서의 가격에 상당한 영향을 미쳤다고 보기는 어렵다는 것이다.<sup>16)</sup> 어느 지역 생산자들이 가격이나 생산량에 대한 정보교환이 이루어지고 있다고 해도, 그 상품이 전국적으로 판매된다면 일부 지역에서

15) American Column & Lumber Co. v. U.S., 257 U.S. 377, 42 S.Ct. 114 (1921).

16) Posner, Antitrust Law: An Economic Perspective, 1976, pp.135-144.

교환되는 가격 정보 등은 가격 고정이나 인상을 촉진시키지는 않을 것이다. 따라서 정보가 교환되는 범위와 관련시장의 범위와의 관련성에 유의해야 한다.

우리 공정거래법에서는 ‘일정한 거래 분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는’ 공동행위를 금지하는 것이 아니라, ‘부당하게 경쟁을 제한하는’ 공동행위를 금지하고 있기 때문에 정보교환의 범위와 관련시장의 관계를 검토할 필요가 없다고 생각할 수가 있다. 그러나 현행 규정상 부당성을 판단함에 있어서는 정보가 교환되는 범위는 여전히 의미가 있다고 할 수 있다.

한편 경쟁사업자간 직접 가격이나 생산량에 관한 정보교환을 하기도 한다. 골판지 상자 제조업자인 A사와 B사는 고객과 계약을 체결하거나 입찰에 참가하는 경우 서로 연락을 하여 가격 정보를 교환하기로 합의하였다.<sup>17)</sup> 이 합의에 의해 A사는 입찰에 참가하기 전에 B사에 전화를 걸어 자신과 동일한 고객에게 제공하는 동일한 제품을 얼마의 가격에 제공할 것인지를 문의할 수 있었다. 그 당시 요구받은 정보를 제공하는 것이 그 산업 전반에 걸친 관례이기는 하지만, 그렇다고 이러한 사실이 사업자단체에 의한 산업 전반에 걸친 정보의 공유와 동일하게 다루어져서는 안 된다. 경쟁자간의 직접적인 가격정보교환은 산업 전반에 걸친 공유로 얻을 수 있는 정보교환으로 인한 이점을 전혀 제공하지 못하기 때문이다.<sup>18)</sup> 사실상 직접적인 경쟁자간의 가격정보교환의 유일한 목적은 가격고정인 경우가 대부분이다. Container Corp. 사건에서 피고 Container Corp.는 경쟁시장에서 이루어지는 경쟁자간의 직접적인 가격정보교환은 무해하다고 주장했다. 그러나 시장집중도가 높은 경우에는 정보의 교환이 가격에 영향을 미칠 수 있다. 그리고 이를 통해 자유로운 시장의 힘에 의해 가격이 결정되는 것에 개입을 하는 것은 어떠한 경우라도 위법하기 때문에, 연방대법원은 이 사건에서 정보교환은 가격을 고정시켰다고 판결했다.

이 사건에서 미국 연방대법원은 가격정보교환이 이루어진 시장이 집중되어

17) U.S. v. Container Corp. of America, 393 U.S. 333, 89 S.Ct. 510 (1969).

18) 가령 앞의 American Column 사례에서 경목재 생산자들은 통상 숲속에 고립되어 있는 소규모 사업자들이었다. 또한 어떤 관청에서도 그 산업의 생산에 관한 자료를 수집·정리하지 않았으며, 따라서 고립되어 있는 생산자들은 시장상황을 알 수 없었다. 반대로, 이들의 고객인 구매자들은 대규모 사업자들이 많았으며 수요에 관한 정보도 상당히 가지고 있었을 것이다. 이러한 상황에서 사업자단체 의해 정리된 정보는 경목재 생산자들이 시장에서 활동하는 데 도움이 된다. 또한 이미 성장한 나무를 벌목하고 가공하여 생산하는 만큼 나무를 심고 키우기 위해서는 많은 비용과 시간이 소요되어 중장기적인 계획이 어느 정도 필요한데, 정보의 교환은 이러한 경우 이점이 되었다.

있고, 상품이 대체가능한 성질이 있어서 가격이 경쟁의 주된 요소이며, 가격 경쟁에서 수요가 비탄력적이고, 가격정보교환과 시장 가격간에 연관성이 있음이 인정된다면, 그 가격정보교환은 위법하다는 합리의 원칙에 따른 법리를 제시했다. 연방대법원은 Gypsum 사건에서도 경쟁자간의 직접적인 정보교환이 반경쟁적 효과를 발생시킬 잠재력을 많이 가지고 있으며, 이는 당연 위법은 아니더라도 중국적으로는 셔먼법 위반이 될 것이라고 하면서 직접적인 가격 정보의 교환을 부정적으로 보았다.<sup>19)</sup>

그러나 정보교환의 대상이 가격이나 생산량이 아닌 경우에는 위법의 가능성이 적다. 가령 고객 신용정보나 고객의 거래에 관한 정보의 교환은 일반적으로 적법하다.<sup>20)</sup> 이러한 정보는 그 자체가 가치 있는 지적재산이기는 하지만 이를 생산하는 데 많은 비용이 소요되는 사항이므로, 공동 활용을 통해 상당한 효율성을 거둘 수 있다. 그러므로 일반적으로 가격이나 생산량과 관계없는 정보의 교환은 경쟁제한의 문제를 발생시키지 않을 것으로 미국 법원은 보고 있다.

### 3. 경쟁제한의 효과

합작투자 등을 비롯한 여러 가지 명칭으로 이루어지는 경쟁사업자간의 합의가 전체적으로 반경쟁적이지는 않지만, 그 일부가 위법인 경우가 있다. 이때 합의 전체를 무효로 할 것인지 반경쟁적인 내용만을 금지할 것이냐가 문제된다.

미국의 경우 전체 합의 중에서 반경쟁적인 내용만을 금지하여도 전체 합의 또는 협력행위가 무의미하게 되지 않는 경우 일부 무효의 법리를 적용하고 있다. 미연방법원은 스포츠협회가 특정 팀의 축구경기에 대한 TV중계 횟수를 제한하기로 하는 합의내용은 무효로 선언했지만 협회 자체를 해산할 것을 명하지는 않았다.<sup>21)</sup> 이는 그 협회의 구성사업자들간의 합의 중 다른 부분의 효력은 인정한다는 의미가 된다. 이미 앞에서 살펴본 Engineer 사례에서도 구성사업자들인 컨설팅 엔지니어들이 경쟁입찰에 응하지 않기로 한 합의는

19) U.S. v. United States Gypsum Co., 438 U.S. 422, 98 S.Ct. 2864 (1986).

20) Zoslaw v. MCA Distrib. Corp., 693 F.2nd 870 (9th Cir. 1982), cert. denied, 460 U.S. 1085, 103 S.Ct. 1777 (1983).

21) National Collegiate Athletic Association(NCAA) v. Board of Regents of the Univ. of Oklahoma, 468 U.S. 85, 104 S.Ct. 2948 (1984).

금지했으나 이들의 단체를 해산시키지는 않았다.

그러므로 경쟁사업자간 합의 내용 중에서 경쟁제한적인 내용이 포함되어 있는 경우에는 이를 전체 합의로부터 분리한 다음 경쟁제한성이 보다 적은 다른 대안이 존재하는 경우에는 이를 금지시켜야 할 것이다. 그러나 이러한 다른 대안의 존재 유무에 대한 입증책임이 어느 편에 있는지에 대해서는 견해가 나뉘어져 있다.<sup>22)</sup>

## IV. 경쟁제한성 판단을 위한 가이드라인

### 1. 미국

#### (1) 개요

미국 연방거래위원회와 연방법무부(이하 '경쟁당국')는 지난 20여 년 동안 경쟁자간의 협력행위에 대해서는 민사 소송을 거의 제기해본 적이 없다. 그럼에도 불구하고, 독점금지법은 현실적 또는 잠재적 경쟁자간의 합의에 대해서 부정적인 시각을 가지고 있다는 관념이 경쟁자간의 협력이 가지고 있는 친경쟁적 효과를 막는 요소로 작용해왔다. 이러한 상황에서 미국 경쟁당국은 사업자들에게 경쟁자간의 협력행위에 대한 지침을 제공하기 위하여, 공동으로 『경쟁자간의 협력에 관한 독점금지 가이드라인』을<sup>23)</sup> 지난 2000년 4월 발표했다.

미국의 경쟁당국은 이 가이드라인에서 일반원칙을 정해 놓고 있다. 즉, 협력행위와 이에 포함되어 있는 사업자들간의 개별 합의들 또는 합의 전체를 전반적으로 검토한다. 협력행위와 이를 위한 참가자들의 합의에는 경쟁촉진적

22) 입증책임을 원고에게 부담시킨 사례로는 *Hairston v. Pacific 10 Conference*, 101 F.3d 1315, 1319 (9th Cir. 1996), *U.S. v. Brown University*, 5 F.3d 658, 668 (3d Cir. 1993) 등이 있으며, 반대로 피고가 입증책임을 부담한 사례로는 *Kreuzer v. American Acad. of Periodontology*, 735 F.2d 1479, 1495 (D.C.Cir. 1984), *North American Soccer League v. NFL*, 670 F.2d 1249, 1259 (2d Cir.), cert. denied, 459 U.S. 1074, 103 S.Ct. 499 (1982) 등이 있다.

23) FTC & U.S. Department of Justice, *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, April 2000.

요소와 반경쟁적 요소가 모두 포함되어 있을 수 있는데, 이러한 요소들이 개별 합의들 속에 혼재되어 있어서 이를 분리하는 것이 불가능하거나 무의미한 경우에는 둘 또는 그 이상의 합의들을 함께 검토하도록 하고 있다.

이 경우 경쟁효과의 조사시점도 중요하다. 협력행위에 대한 합의의 경쟁 효과는 내부조직 개편, 협력행위의 일환으로서의 새로운 합의의 체결, 합의 참가자의 추가적 참여나 탈퇴, 신규 시장의 상황, 시장점유율의 변화 등과 같은 여러 변수들에 따라서 시시때때로 변할 수 있기 때문이다. 미국 경쟁당국은 경쟁제한의 가능성이 있는 시점에서 경쟁효과를 검토한다. 협력행위가 형성되고 있는지 아니면 그 이후의 시점인지는 문제 삼지 않는다. 그러나 협력행위가 형성된 이후의 시점에서 경쟁당국이 조사를 하는 경우에는, 협력행위의 합의에 의한 반경쟁적 효과가 발생되기 전에 이미 형성된 참가자들의 합리적인 기대, 즉 그 합의에 기초하여 투자한 막대한 매몰비용을 회수할 수 있을 것이라는 기대를 무시하기가 쉽지 않을 것으로 보인다.

## (2) 구체적 내용

### 1) 당연 위법과 합리적 원칙의 적용

어떤 형태의 합의가 경쟁제한적 효과가 있거나 또는 경쟁촉진적 효과가 없으며 이를 조사하기 위하여 특별히 시간이나 비용을 들일 필요가 없을 정도이면, 이러한 합의는 당연 위법으로 본다. 가격 인상이나 생산량 제한을 의도하는 합의는 거의 대부분 당연 위법으로 다루어진다.

이처럼 당연 위법으로 간주될 수 없는 것은 합리의 원칙에 의해 판단한다. 이때에는 합의가 존재하는 경우와 없었을 경우의 경쟁의 상태를 비교하는 데 초점을 둔다. 따라서 합의를 통하여 가격인상 또는 생산량, 품질, 서비스, 혁신을 감소시킬 수 있는 힘이 증가함으로써, 그러한 합의가 없었을 경우보다 경쟁제한성이 많은지 여부가 중요한 문제로 된다. 또한 그러한 합의가 독점력을 행사할 수 있는 가능성을 증가시킬 수 있는지도 관심사가 된다.

합리의 원칙에 의한 분석은 유연성 있는 조사를 수반하고, 초점을 다양화하며, 협력행위를 위한 합의의 성격이나 시장상황을 세부적으로 검토해야 한다. 이러한 검토의 일환으로서 미국 경쟁당국은 합의의 사업상 목적, 그리고 협력행위가 이미 실행된 경우 그 합의의 결과로 반경쟁적 효과가 발생했는지 여부를 조사한다. 합의의 성격이 반경쟁적이지 아니며 또한 시장지배력이 존재하지 않는다면, 경쟁당국은 이러한 합의에 시정조치를 취할 수 없다. 그러나

합의의 성격에서 반경쟁적 폐해의 가능성이 보이거나 또는 합의의 실행의 결과로 발생된 반경쟁적 효과가 친경쟁적 효과보다 큰 경우, 미국 경쟁당국은 더 이상의 자세한 시장분석 없이 그 합의에 대해서 시정조치를 취한다.

다음에서는 합의의 원칙에 의한 분석을 하는 경우에 검토대상이 되는 합의의 성격, 관련시장, 시장점유율과 시장집중도, 협력행위 참가자와 관련된 요소들, 진입장벽, 협력행위가 지니고 있는 경쟁촉진적 효과, 그리고 전체적인 경쟁효과를 어떻게 판단할 것인지에 대해 살펴본다.

## 2) 합의의 성격

합의의 성격을 검토하는 이유는 그것이 반경쟁적 폐해를 유발할지 모른다는 점 때문이다. 예를 들어 생산과정에서의 재정적인 문제들 또는 공동의 통제 combine control 등을 통하여 개별 사업자의 독자적인 의사결정을 제한하거나 가격이나 생산량 등과 같은 경쟁에서 예민한 요소들을 통제하는 합의를 함으로써, 시장지배력을 형성하거나 합의참가자들간의 공동행위를 조장할 수가 있다. 또한 경쟁에 민감한 정보를 교환하거나 시장집중도를 증가시키는 합의를 통해서 명시적·암묵적 공동행위를 조장함으로써 시장지배력을 남용할 가능성도 발생할 수 있다.

합의의 성격을 검토함에 있어서, 미국 경쟁당국은 객관적 사실로부터 추론할 수 있는 합의의 사업목적은 주로 고려하지만, 경쟁효과를 분석하기 위한 한도 내에서 합의참가자들의 주관적 의도도 고려한다. 따라서 이러한 반경쟁 또는 경쟁촉진을 위한 주관적 의도만으로 이를 경쟁법 위반으로 보거나 경쟁법 위반이 아닌 것으로 판단해서는 안 된다. 그러나 이것들이 시장지배력이나 반경쟁적 폐해 발생 가능성을 평가하는 간접증거는 될 수 있다.

경쟁자간의 협력행위의 특수한 형태들을 유형화해 보면 다음과 같다.

### (i) 생산 협력행위

생산 협력행위란 판매목적 또는 참가자들이 원료로 쓰기 위하여 함께 제품을 생산하는 합의를 말한다. 참가자들이 혼자서는 생산할 수 없는 경우나 보다 효율적으로 생산하기 위해 각자가 가지고 있는 기술이나 노하우 또는 기타 자산을 결합하여 상호보완을 할 수 있으며, 이런 합의는 주로 경쟁촉진적인 것으로 다루어진다. 그러나 협력행위 중 생산량의 정도, 필수자산의 사용정도, 상품의 가격, 그리고 제품의 질, 서비스, 판매전략 등 경쟁에 있어서 주요

한 요소들에 관한 합의는 반경쟁적인 피해를 가져올 수 있다.

(ii) 마케팅 협력행위

마케팅 협력행위란 상품의 판매, 유통, 판촉 또는 서비스를 공동으로 하는 합의를 말한다. 이러한 합의는 상호 보완적인 결합을 통해서 제품을 보다 빠르고 효율적으로 시장에 내놓을 수 있다는 점에서는 경쟁촉진적이라고 할 수 있다. 그러나 가격, 생산량 및 기타 경쟁에 있어서 중요한 요소들에 관한 어떤 합의를 하거나 유통망의 광범위한 부분에 관하여 합의를 하는 경우에는 반경쟁적 피해가 발생할 수 있다.

(iii) 구매 협력행위

구매 협력행위란 필요한 자원을 공동으로 구매하기로 하는 합의를 말한다. 이러한 합의는 대체로 경쟁법상의 문제를 발생시키지 않으며 경쟁촉진적인 경우가 많다. 예를 들어, 구매 협력행위는 협력행위 참가자들로 하여금 주문을 집중화하게 하거나 창고 또는 유통기능을 공동으로 하게 하여 효율성을 높이는 등의 이점이 나타난다.

그러나 이러한 합의는 수요독점이라는 측면에서 시장지배력을 형성하거나 강화시킬 수 있으며, 그러한 합의가 없었더라면 성립되었을 가격 이하로 구매상품의 가격을 형성케 하여 결국 생산량의 감소를 불러올 수도 있다. 또한 합의참가자들간의 비용을 규격화시키거나 원재료 구매에 관한 정보를 통해서 사업자들간 상대방의 생산량을 예측하거나 감시할 수 있는 가능성이 증대되어 결국 담합으로 이어질 가능성도 배제할 수 없다.

(iv) 연구·개발 협력행위

연구·개발 협력행위란 공동으로 연구 및 개발을하기로 하는 합의를 말한다. 통상 이러한 대부분의 합의들은 경쟁촉진적이라고 보고 있으며, 경쟁당국에서 검토를 하는 경우에도 합리의 원칙에 의해 분석된다. 자산, 기술 또는 노하우를 상호 보완하는 연구·개발 협력행위는 참가자들의 연구개발 활동을 촉진시키며, 상품, 서비스 및 생산 공정 등을 향상시키기 때문이다. 그러나 경쟁에 있어서 중요한 자산이나 연구개발을 위한 개별참가자들의 성과를 통제함으로써 시장지배적 지위를 형성·강화시키거나 남용을 유발할 수 있다. 또한 연구개발 협력행위는 연구개발의 성과, 목표달성, 모니터링에 있어서 암묵적인 담합을 조장할 수도 있다. 그러나 연구·개발이라는 맥락에서 본다면 이를 처벌하기란 어려울 것이다.

(v) 정보의 공유

정보의 교환이나 공개를 내용으로 하는 합의는 때때로 담합을 조장하기도 한다. 이는 공유되는 정보의 성격에 달려있다. 다른 조건이 동일하다면, 가격이나 산출량, 비용, 전략적 계획과 관련된 정보의 공유는 이보다 덜 경쟁적으로 민감한 요소들과 관련된 정보의 공유보다 경쟁법상 문제될 것이며, 현재 또는 미래의 사업운영계획에 대한 정보공유가 과거의 정보를 공유할 때보다 문제될 가능성이 더 크다. 또한 다른 조건이 동일하다면, 개별 회사의 데이터를 공유하는 것이 개별 회사의 상황을 파악할 수 없게 만들어진 통합 데이터를 공유하는 것보다 더 문제될 소지가 많다고 할 수 있다.

### 3) 경쟁효과 분석을 위한 관련시장의 확정

미국 경쟁당국은 관련시장을 확정하지 않고 직접적으로 분석하는 경우도 있지만, 대체로 경쟁자간의 협력행위에 의하여 영향을 받는 경쟁이 존재하는 상품시장과 지역시장을 확정하고 그 안에서 경쟁효과를 분석한다. 경쟁자간의 협력행위에 의하여 영향을 받는 시장은 참가자들의 활동으로 경제적 통합이 일어나는 시장, 협력행위가 이루어지고 있거나 이루어질 시장, 참가자들이 현실적 경쟁관계에 있거나 잠재적 경쟁관계에 있는 시장을 모두 포함한다. 가령 생산을 위한 조인트벤처에서 상품을 만들어서 후방시장에 판매하기 위하여 전방시장으로부터 원료를 사는 경우, 전방시장과 후방시장은 모두 경쟁자간의 협력행위에 의해 영향을 받는 시장에 포함된다.

### 4) 시장점유율과 시장집중도

시장점유율과 시장집중도는 협력행위 참가자들간의 합의가 시장지배력을 형성·강화 또는 그 남용을 조장할 개연성을 제공한다. 시장지배력의 형성·강화·남용 조장은 그러한 합의가 없었을 때보다 가격을 인상하거나 생산량, 품질, 서비스 또는 혁신을 저하시킨다.

다른 조건이 동일하다면, 시장점유율은 관련시장에서 경쟁제한을 하기 위해 합의한 참가자들이 협력행위를 통해서 자신들의 생산량을 제한해야 하는 정도에 영향을 받는다. 또한 시장집중도는 관련시장에서 담합을 실행하기 위해 소요되는 비용과 담합의 실행 가능성에 영향을 받는다. 따라서 어느 합의가 담합의 개연성을 증가시킬지 여부를 조사하는 경우에 경쟁당국은 시장집중도를 산정한다.

합의의 성격, 시장점유율 및 시장집중도 등의 데이터를 통해 반경쟁적 폐해가 있다는 징후가 나타나면, 보다 자세한 검토에 들어간다. 이 경우 경쟁당국

은 배타성, 자산통제, 협력행위 또는 기타 참가자들에 있어서 재무적 이해관계, 협력행위에 있어서 경쟁적으로 주요한 의사결정의 통제, 반경쟁적 정보공유의 개연성, 협력행위의 지속성의 여섯 가지 요소에 초점을 맞추어 분석을 시도한다.

#### 5) 진입장벽

진입장벽이 낮으면 가격 인상이나 생산량, 품질, 서비스 또는 혁신이 저하되는 것을 방지할 수 있다. 합의의 성격, 시장점유율 및 시장집중도 등의 데이터를 통해 반경쟁적 폐해가 있다는 징후가 나타나면, 경쟁당국은 진입장벽이 반경쟁적 폐해를 방지하거나 상쇄할 정도로 진입장벽의 규모, 성격 및 범위 면에서 시기적절하고, 가능하고, 충분한지 여부를 검토한다. 만일 그렇다면 통상적으로 참가자들간의 합의에 대해서 더 이상의 검토를 하지 않는다.

대체로 경쟁당국은 수평적 기업결합 가이드라인 Section 3에 따라서 진입의 적절성, 개연성, 충분성을 검토한다. 그러나 기업결합과는 달리, 협력행위는 참가자들의 특정 사업활동만을 통제하고 그 밖의 측면에서는 경쟁을 유지한다. 또한 일정한 기간이 경과하면 그러한 협력행위는 종료된다. 따라서 어떠한 합의가 반경쟁적 폐해를 상쇄할 정도의 용이한 진입을 유발하는 것으로 볼 것인지의 문제는 기업결합의 경우보다 매우 복잡하고 간접적이며, 합의의 성격에 따라 차이가 있을 수 있다.

#### 6) 효율성 분석

경쟁자간의 협력행위는 다양한 방법으로 소비자 이익을 발생케 해줄 잠재성을 가지고 있다. 경쟁자간의 협력행위를 통해서 서로 다른 능력이나 자원을 결합함으로써 효율성이 발생하기 때문이다. 경쟁자간의 협력행위를 통해서 발생하는 효율성은 특정 협력행위 및 그 참가자들에게 경쟁할 능력과 동기를 자극하여 보다 낮은 가격, 개선된 품질, 향상된 서비스, 신상품 개발 등의 결과로 나타나기도 한다.

그러나 경쟁자간의 협력행위로 인해 경쟁을 감소시키는 효과도 나타날 수 있고, 이로 인해 참가자들의 합의가 반경쟁적인 것으로 판단되는 경우도 있다. 이러한 합의에 대해 경쟁당국이 반경쟁적 폐해를 유발하거나 유발할 것으로 추정된다고 결론을 내리기 위해서는, 그 합의가 “인식가능한 효율성”을 달성하는 데 합리적으로 필요한지 여부를 고려해야 한다.

인식가능한 효율성은 증명될 수 있어야 하고 잠재적으로 경쟁촉진적이어야 한다. 효율성은 증명하거나 계량화하기가 매우 어렵다. 협력행위 참가자들만

이 이에 관한 정보를 가지고 있기 때문이다. 따라서 경쟁당국이 각각의 효율성 달성가능성과 정도, 달성될 시점과 소요비용, 그리고 각각의 효율성이 협력행위나 참가자들의 경쟁능력과 유인을 어떻게 제고할 것인지를 합리적인 수단을 가지고 밝혀낼 수 있도록 참가자들은 자신들의 효율성 주장을 증명하여야 한다. 효율성 주장이 모호하거나 추측에 불과하거나 또는 합리적 수단으로 증명할 수 없으면 고려되지 않는다.

또한 경쟁당국은 참가자들간의 합의가 합리적으로 필요한 효율성만을 고려한다. 이 합의는 필수적은 아니지만 합리적으로 필요하면 된다. 만일 참가자가 실제적이고 덜 제한적인 수단으로써 유사한 효율성을 달성할 수 있을 것으로 보이면, 경쟁당국은 그 합의가 효율성을 달성하는 데 합리적으로 불가결하다는 결정을 내리지 않는다. 이러한 결정을 함에 있어서, 경쟁당국은 참여자가 직면한 사업환경에서 실천가능한 대안만을 고려한다. 그리고 합의의 합리적 필요성은 시장정황 및 그 협약의 지속성과 관련하여 판단한다.

#### 7) 경쟁의 전반적 효과 분석

인식가능한 효율성을 달성하기 위하여 참가자들의 합의가 합리적으로 필요하다면, 경쟁당국은 인식가능한 효율성과 반경쟁적 폐해 모두의 개연성 및 정도를 평가해서 관련시장에서 그 합의가 경쟁에 미치는 효과를 전반적으로 결정한다. 경쟁당국의 인식가능한 효율성과 반경쟁적 폐해의 비교는 반드시 개략적인 판단에 그쳐야 한다.

#### (3) 안전지대제도

경쟁자간의 협력행위가 경쟁촉진적인 경우도 흔히 볼 수 있기 때문에, 미국 경쟁당국은 사업자간의 이러한 활동을 권장하기 위해 이른바 “안전지대(Safety Zones)” 제도를 마련하였다. 안전지대는 사업자간 협력이 합법이라고 추정할 만큼의 반경쟁적 효과가 없는 경우에는 경쟁당국에 의한 특별한 환경에 대한 조사 없이 그러한 협력행위를 인정해 주기 위해 만들어졌다. 그렇다고 해서 안전지대에 속하지 않는 협력행위에 대해서는 이를 모두 금지하려는 것은 아니다. 안전지대에 속하지 않는 협력행위라고 해서 반경쟁적이라고 할 수는 없다고 경쟁당국은 강조하고 있다. 실제로 안전지대에 포함되지 않는 협력행위들이 경쟁촉진적이거나 경쟁중립적인 경우도 많다. 이러한 경우에는 이미 앞에서 기술한 분석 틀에 기초해서 검토를 한다.

미국 경쟁당국은 두 가지 종류의 안전지대를 예정하고 있다. 첫 번째는 모든

협력행위에 적용될 수 있는 일반적인 안전지대이다. 두 번째는 연구·개발 협력행위에 대해서만 적용되는 안전지대이다. 이 안전지대들은 경쟁당국의 다른 가이드라인들과 정책집행 성명서상의 안전지대를 보완하는 역할을 한다.

#### 1) 모든 협력행위에 일반적으로 적용되는 안전지대

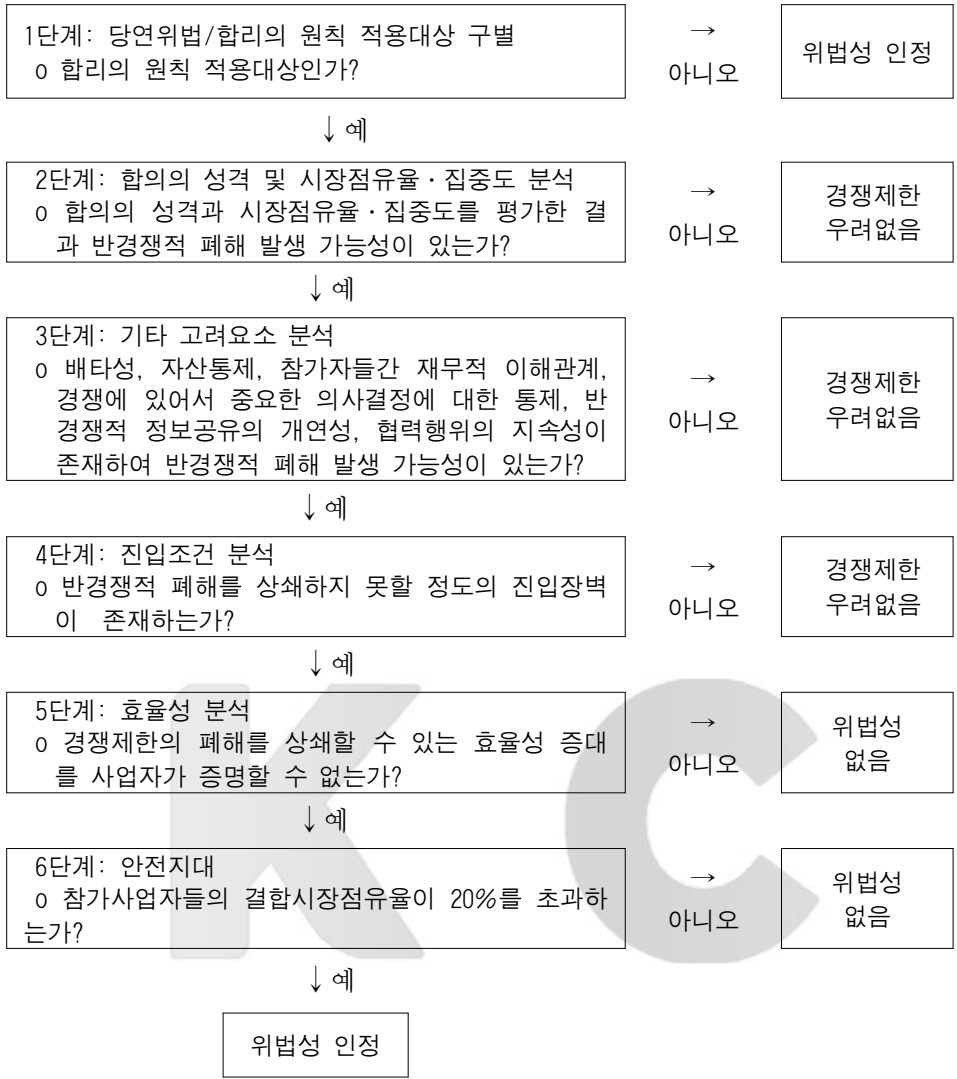
특별한 사정이 없다면, 협력행위로 인한 시장점유율과 그 참가자들의 시장점유율의 합이 개별 관련시장에서 20%를 넘지 않는 경우, 경쟁당국은 이러한 협력행위를 문제 삼지 않는다. 그러나 합의가 당연 위법에 해당하거나, 자세한 시장분석 없이도 위법하거나, 또는 기업결합 분석 틀이 적용되는 협력행위인 경우에는 그렇지 아니다. 안전지대제도의 목적을 달성하기 위해 경쟁당국은 참가자들 또는 협력행위의 결합시장점유율을 고려하고 있다. 예를 들어 각각 6%의 시장점유율을 보유하고 있는 두 경쟁자가 협력행위를 하고, 이 협력행위는 3%의 별도의 시장점유율을 가지고 있다면, 안전지대제도의 목적을 달성하기 위한 관련시장에서의 결합시장점유율은 15%가 된다. 따라서 이 협력행위는 안전지대의 범위에 포함된다. 그러나 만일 관련시장에서 각각 6%의 시장점유율을 가지고 있는 제3사업자가 협력행위를 하는 경우에는 결합시장점유율은 21%가 되므로, 안전지대의 범위에 속하지 않을 수 있다.

#### 2) 연구·개발 협력에 있어서의 안전지대

특별한 사정이 없다면, 혁신시장에서는 협력행위를 문제 삼지 않는다. 여기서 혁신시장innovation market이란 협력행위를 통한 연구성과 이외에도 셋 또는 그 이상의 독립적으로 운영되는 연구성과들이 특별한 필수자산이나 특성을 소유하고 있고, 협력행위를 통한 연구·개발활동을 거의 대체할 수 있는 연구·개발을 독자적으로 할 유인이 존재하는 시장을 말한다.

독립적으로 운영되는 연구·개발 성과들이 거의 흡사하여 대체 가능한지 여부를 결정함에 있어서, 무엇보다도 연구·개발 성과의 성질, 범위 및 규모 등을 고려하여 결정한다. 즉, 재정적 지원의 가능성, 지적재산권의 획득 가능성, 기술자의 숙련성이나 그밖에 요구되는 특수성, 시기, 효력, 단독작업이 가능한지 혹은 다른 사업자와 공동작업을 요하는지 여부, 마케팅의 성공 여부 등이 고려된다. 그러나 이러한 안전지대 역시 당연 위법이 적용되는 합의 또는 기업결합 분석 틀이 적용되는 협력행위에 대해서는 적용되지 않는다.

〈표 1〉 미국 가이드라인상 경쟁제한성 분석단계



## 2. EU

### (1) 개요

유럽연합의 경쟁규범의 근간은 EU조약 제81조와 제82조이다. 제81조는 카르텔을 규제하는 규정이며, 제82조에서는 시장지배적 사업자의 지위남용행위를 규제하고 있다. 전략적 제휴와 같은 사업자간의 공동행위를 합리적으로 규율하기 위하여, 카르텔을 규제하는 제81조에 기초하여 「EU조약 제81조의 수평적 협력 합의에 대한 적용가능성에 관한 가이드라인(이하 “가이드라인”)」<sup>24)</sup> 2001년에 제정되었다. 이 가이드라인은 EU조약 제81조하의 수평적 협력행위를 위한 합의에 관한 검토 기준으로 마련되었다. “수평적 성격”을 지닌 합의는 동일한 단계에서 활동하는 경쟁자간에 이루어지는데, 연구개발, 생산, 구매, 마케팅을 위한 합의가 이에 포함된다.

이 가이드라인은 수평적 협력행위의 일반 유형들을 분석하기 위한 틀 framework을 제공한다. 당사자들의 시장지배력, 시장구조와 관련된 요소들과 협력행위에 의해 초래될 수 있는 시장 상황 분석을 위한 주요 요소들과 같은 경제적 기준들은 유럽협약 제81조에 의한 분석을 하는 데 도움을 주고 있다.

### (2) EU조약 제81조하에서의 검토를 위한 기본원칙

#### 1) 제81조 제1항

EU조약 제81조 제1항은 경쟁을 방지·제한·왜곡(이하 “경쟁 제한”이라 약칭함)하는 효과나 의도를 가지고 있는 수평적 협력을 위한 합의에 적용된다. 이러한 합의의 본질은 유럽 협약 제81조 제1항을 적용할 수 있을지에 대한 검토에 착수하면서 밝혀진다. 가격 고정, 생산량 제한 또는 시장이나 고객 분할에 관한 합의는 경쟁제한적 효과를 가져오므로, 이로 인한 경쟁의 효과나 시장 상황을 검토할 필요가 없다.

그러나 많은 수평적 협력행위는 경쟁제한을 목적으로 하고 있지 않기 때문에, 합의의 효과에 대한 분석이 필요하게 된다. 이러한 분석을 하는 경우에는, 합의를 통해 단지 당사자간의 경쟁이 제한되는 것만으로는 부족하며, 가격, 생산량, 서비스, 혁신 등의 면에서 볼 때 시장에서 부정적 효과가 발생해

24) Guidelines on the applicability of Article 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreements(2001/C 3/02).

야 한다. 어떠한 합의가 시장에 부정적 효과가 미치는지 여부를 결정함에 있어서는, 합의의 본질과 당사자들의 시장지배력의 합을 모두 고려하여 판단한다.

(i) 합의의 본질

합의의 본질은 협력행위의 분야와 목적, 당사자간의 경쟁관계 및 협력행위의 결합 정도와 같은 요소들과 관련이 있다. 이런 요소들은 시장에서 당사자들의 활동을 조정할 개연성을 나타내준다.

예를 들어, 대부분의 연구·개발 합의, 표준화를 위한 협력행위 또는 환경보호를 위한 합의는 가격이나 산출량의 측면에서 경쟁을 제한할 우려가 없을 것이다. 그러나 이러한 유형의 합의들도 혁신이나 다양한 상품과 관련해서는 반경쟁적 효과가 나타날 수 있다. 한편 생산이나 구매에 관한 합의와 같은 협력행위의 유형에서는 전형적으로 (총)비용 측면에서 어느 정도 공통성을 유발한다. 만일 공통성이 의미 있는 정도라면, 당사자들은 시장에서 가격이나 생산량에 관해 보다 쉽게 자신들의 행동을 조정하거나 일치시킬 수 있을 것이다. 비용 측면에 있어서 공통성이 의미 있는 정도가 되려면 다음의 조건들이 충족되어야 한다. 첫째, 협력행위 분야(가령 판매 또는 구매)가 주어진 시장에서 총비용 중 상당한 비율을 차지하고 있을 것. 둘째, 당사자들은 협력행위의 분야에서 의미 있는 정도로 결합할 필요가 있을 것. 예를 들면, 당사자들이 중간 생산물이나 최종생산물의 총 산출량 중 상당한 비율을 공동으로 제조 또는 구매하는 경우가 이에 해당한다.

한편, 협력행위 중에서도 ① 비경쟁자간의 협력행위, ② 독립적으로 사업활동을 수행하지 못하거나 협력관계에 종속하여 활동하는 경쟁기업들간의 협력행위, ③ 경쟁과 관련된 변수들에 영향을 미치지 않는 활동을 하는 협력행위는 유럽협약 제81조 제1항에 해당되지 않는다.

(ii) 시장지배력과 시장구조

시장지배력은 협력행위가 시장에 미치는 효과를 분석하는 출발점 중의 하나이다. 이러한 분석을 하기 위해서는 먼저 위원회가 제정한 시장획정 고시에서<sup>25)</sup> 정한 방법으로 관련시장을 확정하여야 한다.

만일 협력행위의 당사자들 모두의 결합시장점유율이 낮다면, 그 협력행위는 경쟁제한적 효과가 적을 것이고 더 이상의 분석은 필요치 않을 것이다. 만일 하나 또는 두 사업자가 적은 시장점유율을 가지고 있고 중요한 자원도 소유

25) Commission Notice on the definition of the relevant market for the purpose of Community competition law(OJ C 372, 9. 12. 1997, p.5).

하고 있지 못하다면, 높은 결합시장점유율에도 불구하고 시장에서 경쟁제한적 효과를 발생시키기는 어려울 것이다. 그러나 협력형태가 다양하고 상이한 시장상황에서는 나타나는 효과도 다르기 때문에, 일반적인 시장점유율로 모든 경쟁제한적 상황을 예단하는 것은 불가능하다. 시장집중도를 조사하기 위해서는 허핀달-허쉬만 지수가 사용되는데, 1000 이하는 시장집중적 성격이 낮은 것으로, 1000~1800 사이는 보통이고, 1800 이상은 집중도가 높은 것으로 보고 있다.

## 2) 제81조 제3항

EU조약 제81조 제1항에 속하는 합의라고 할지라도 동조 제3항의 요건을 충족시키는 경우에는 적용이 제외될 수 있다. 이러한 경우에 속하는 합의로는 다음과 같은 것들이 있다.

- 첫째, 상품의 생산이나 유통을 향상시키거나 기술적·경제적 진보에 기여하는 합의,
- 둘째, 고객에게로의 분배를 공정하게 하여 그 결과 이익이 되는 합의,
- 셋째, 위의 목적을 달성하기 위하여 꼭 필요한 제한만을 하는 합의,
- 넷째, 상품의 본질적 부분과 관련하여 경쟁을 제한할 가능성이 없는 합의.

### (i) 경제적 이익

위의 첫 번째 경우의 합의에서 나타나는 정태적·동태적 효율성을 경제적 이익이라고 한다. 합의를 통하여 경제적 이익이 경쟁제한적 효과를 압도해야 한다. 가령 협력행위를 통해서 가격이 저렴해지고 서비스와 품질이 향상되며 혁신이 가속화되는 경우가 이에 해당된다. 대부분의 효율성은 서로 다른 기술이나 자원의 결합을 통해 이루어진다. 당사자들은 협력행위를 이러한 효율성이 발생한다는 것과 이보다 덜 제한적인 수단으로는 그러한 효율성을 달성할 수 없다는 것을 밝혀야 한다. 즉, 효율성 주장은 증명되어야 하고, 일반적인 진술이나 기대 정도로는 부족하다.

### (ii) 소비자에게로의 공정한 분배

경제적 이익은 합의의 참가자들뿐만 아니라 소비자들에게도 유리하다. 일반적으로, 소비자에게로의 이익의 전달은 관련시장 내에서 경쟁의 정도와 연관이 있다. 경쟁의 압력은 비용을 절감시키게 할 것이고 이는 가격인하로 연결될 것이며, 또한 사업자들로 하여금 가능한 한 빨리 신제품을 출시하도록 만들 것이다. 그러므로 합의 참가자들을 효과적으로 강제하기에 충분한 경쟁이 시장에서 유지된다면, 경쟁과정을 통하여 경제적 이익이 소비자에게 공평하게 돌아갈 것이다.

(iii) 필수불가결

경쟁의 제한은 반드시 경제적 이익의 달성을 필수적으로 요구한다. 만일 덜 제한적인 수단으로 유사한 이익을 이룰 수 있다면, 주장된 효율성은 정당성을 잃게 된다.

(iv) 경쟁의 불소멸

상품의 본질적 부분에 있어서 경쟁의 소멸에 관한 마지막 척도는 시장지배의 문제와 관련이 있다. 사업자가 수평적 합의의 결과로서 지배적 지위를 갖는지 지배적이 될 것이라면, 그 합의는 반경쟁적인 합의이기 때문에 적용 제외되지 않는다.

(3) 협력행위의 유형별 적용제외 기준

이 가이드라인에서는 협력행위를 위한 합의를 연구·개발 합의, 생산 합의, 구매 합의, 마케팅 합의, 표준화 합의 및 환경에 관한 합의의 6가지 유형별로 분류하여 앞에서 언급한 유럽 협약 제81조의 분석 틀에 맞추어 설명하고 있다. 그런데 이 유형별 경쟁제한성에 관한 설명은 미국의 가이드라인에서 설명하고 있는 것과 유사하거나 중복되는 부분이 많다.

그러나 미국의 가이드라인에서는 구체적 조사 없이 합법성을 인정해 주는 결합시장점유율인 이른바 안전지대의 상한성을 합의 유형에 관계없이 일률적으로 20%라고 규정하고 있는 반면에, 유럽 가이드라인에서는 그 상한성을 협력행위의 유형에 따라 다르게 규정해 놓고 있다. 즉, 연구·개발 합의의 경우는 25%, 생산 합의(특화의 합의 포함)는 20%, 구매 합의의 경우는 구매시장 및 판매시장에서 15%, 마케팅 합의도 15%의 결합시장점유율 상한성을 넘지 않는 한, 유럽협약 제81조상의 구체적 조사 없이 합법적인 협력행위로 인정된다.

〈표 2〉 EU 가이드라인상 경쟁제한성 분석단계

<p>1단계: 합의의 성격 분석                  ○ 연구·개발, 표준화, 환경보호 등 경쟁제한의 우려가 없는 합의인가?</p>	<p>→ 예</p>	<p>경쟁제한 우려없음</p>
<p>↓아니오</p>		
<p>2단계: 시장구조 분석                  ○ 참가자들의 결합시장점유율이 낮거나, 핵심자원을 소유하고 있지 못한가?</p>	<p>→ 예</p>	<p>경쟁제한 우려없음</p>
<p>↓아니오</p>		
<p>3단계: 적용제외                  ○ EU조약 제81조 제3항에 의한 적용제외 대상인가?</p>	<p>→ 예</p>	<p>위법성 없음</p>
<p>↓아니오</p>		
<p>4단계: 안전지대                  ○ 각 유형별로 정한 안전지대에 해당되는가?</p>	<p>→ 예</p>	<p>위법성 없음</p>
<p>↓아니오</p>		
<p>위법성 인정</p>		



### 3. 우리나라

공정거래위원회에서 제정·시행중인 공동행위 심사기준은 미국과 유럽의 가이드라인의 영향을 많이 받은 것으로 보인다. 심사기준은 공동행위의 성격상 경쟁을 직접 제한하는 경성카르텔(가격이나 산출량 제한 및 시장분할 등)에 대해서는 공동행위 사실만 확인되면 추가적인 심사 없이 위법성을 인정하며 공동연구개발·공동구매 등 연성카르텔에 대해서는 경쟁제한효과 및 경쟁촉진효과 등을 종합적으로 분석하여 위법성 여부를 판단하는 것을 골격으로 하고 있다.

## (1) 주요 내용

### 1) 합의의 의의 및 합의추정

부당한 공동행위의 핵심적인 요소인 합의는 계약, 협정 등과 같은 명시적인 합의뿐만 아니라, 학설·판례·심결 등에 의해 인정되어 온 묵시적 합의까지 포함됨을 심사기준에서 명시하고 있다. 또한 사업자간에 가격이나 생산량에 관한 정보를 교환하거나 정기적으로 정보를 교환하는 모임을 갖는 경우 등을 정황증거로 예시하여, 합의추정을 더욱 보장할 수 있도록 하였다.

### 2) 공동행위의 위법성 판단

먼저, 공동행위의 성격을 분석하여 ① 경쟁제한성이 없는 경우, ② 경쟁제한성이 있는 경우, ③ 경쟁제한성이 있을 수 있는 경우로 구분하여 위법성 여부를 판단한다. 이 경우 EU 가이드라인과 마찬가지로, 비경쟁사업자간의 공동행위 등은 원칙적으로 경쟁제한성이 없는 것으로 보며, 가격, 생산량 및 시장·고객 분할 등에 관한 공동행위는 원칙적으로 경쟁제한성이 있는 것으로 보아 이를 금지한다. 그리고 기타 공동연구개발 등에 대해서는 당사자의 시장 지배력, 시장구조 등에 관한 추가적인 분석을 통해 경쟁제한성 등을 판단한다.

그리고 경쟁제한효과를 검토한다. 공동행위의 경쟁제한성 존재 여부를 쉽게 판단할 수 없는 위 ③에 해당되는 경우 공동행위 참여사업자의 시장점유율, 시장집중도, 해외경쟁의 도입수준, 신규진입 가능성 등을 종합적으로 고려하여 시장지배력을 심사한다. 또한 공동행위의 존속기간, 자산에 대한 공동사용·통제 수준 등을 고려하여 공동행위 참여사업자간의 결속력의 정도도 심사한다. 그러나 연성카르텔의 경우, 공동행위 참여사업자들의 시장점유율의 합이 20% 이하이면 경쟁제한효과가 없는 것으로 판단하여 더 이상의 위법성

검토를 하지 않는다.

다음으로 공동행위를 통한 규모의 경제, 지식·경험의 공동 활용에 의한 혁신의 가속화 정도, 중복비용 감소 등의 경쟁촉진효과를 분석한다. 만일 당해 공동행위가 경쟁제한효과와 경쟁촉진효과를 동시에 발생시키는 경우에는 양 효과의 비교형량을 통해 위법성을 판단한다.

## (2) 공동행위 심사기준의 특징

공정거래위원회가 제정한 공동행위 심사기준은 시기적으로 최근에 제정되었으며 외국의 가이드라인과 비교하면 단순·명확하다는 장점이 있다.<sup>26)</sup> 이밖에도 공동행위 심사기준은 다음과 같은 점에서 몇 가지 특징이 있는 것으로 보인다.

첫째, 공동행위 심사기준은 주로 미국의 가이드라인을 공정거래법의 체계에 맞도록 수용한 것으로 보인다. 가령 합의 성격을 분석함에 있어서 합의를 유형화하지 않고 있거나, 안전지대에 있어서 그 상한선을 일률적으로 정하고 있는 것은 미국의 경우와 유사하다. 또한 EU의 경우 EU조약 제81조 제3항에 규정된 일괄예외 조항에 따라 경쟁사업자간의 협력행위에 대해서도 적용제외를 하고 있지만, 미국이나 우리의 경우에는 이러한 조항이 없기 때문에 안전지대 이외의 별도의 적용제외 조항을 두고 있지 않다.

둘째, 다른 가이드라인과는 달리, 현행 공동행위 심사기준은 협력행위에 있어서 합의의 추정과 관련하여 많은 설명을 하고 있으며, 합의가 추정되는 정황 증거에 대해 예시를 포함하여 구체적으로 서술하고 있는 것이 특징적이다. 공정거래법 제19조 제5항에서는 부당한 공동행위에 대한 추정을 하고 있는데, 그 의미가 구체적으로 무엇인지에 대해 해석론·입법론적으로 많은 논의가 이루어지고 있다. 공동행위 심사기준에서 합의의 추정에 대해 자세하게 설명하고 있는 것도 합의가 추정되는 요건을 명확히 하고자 하는 노력에서 나온 것으로 보인다.

셋째, 이른바 안전지대를 위한 상한선이 우리 경제의 현실과 부합하는지 검토해 볼 필요가 있다. 현행 공동행위 심사기준에는 공동행위에 참여한 사업자(공동행위를 수행하기 위한 회사가 설립되는 경우 이 회사의 시장점유율을

26) 일본의 경우 사업자간의 공동연구개발과 관련하여 1993년 「공동연구개발에 관한 독점금지법상의 지침」을 제정한 바 있다. 공동연구개발의 원활한 실시를 위해 합리적으로 필요한 범위 내의 비밀 유지, 기술유통에 관한 제한이나 연구개발에 수반하는 비용·작업분담 등은 위법성이 적은 반면, 공동연구개발의 성과인 기술을 이용한 추가적인 연구개발 활동을 제한하거나 성과의 개발발명을 일부 참가사업자에게만 허용하는 것은 위법성의 우려가 높다는 내용 등을 담고 있다.

포함)들의 시장점유율의 합계가 20% 이하인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 당해 연성 공동행위가 경쟁에 미치는 영향이 미미하기 때문에 당해 공동행위는 경쟁제한 효과를 발생시키지 않는 것으로 판단한다. 즉, 연성 공동행위(공동생산, 공동연구·개발, 공동마케팅, 공동구매 등)는 참여사업자들의 시장점유율의 합계가 20%를 초과하는 경우에만 다음 단계의 심사절차를 거쳐 경쟁제한 효과를 판단하게 된다. 이러한 안전지대제도를 통하여 경쟁당국은 업무의 부담을 덜 수 있고, 사업자들은 자신들의 협력행위가 적법한지 여부를 판단하는 데 예측가능성을 제공한다는 점에서 의미가 있다. 현행 심사기준상 안전지대의 한계인 시장점유율 20%는 미국가이드라인상의 그것과 동일하다. 이는 카르텔규범의 국제화라는 측면에서 이해될 수도 있다. 그러나 시장규모가 다른 상황에서 이를 그대로 도입하는 것이 국내의 현실과 부합하는지, 특히 우리나라의 경우 주요 산업 분야는 과점에 가까운 시장이거나 사업자의 수가 많지 않은 경우가 많기 때문에, 2~3 사업자가 협력행위를 하는 경우 이들의 시장점유율의 합은 20%를 쉽게 초과할 것이다. 이렇게 되면 공동행위 심사기준에 안전지대제도를 두는 의미가 감소될 것이므로, 제도의 실효성을 높이기 위해서는 그 한도를 어느 정도 현실화하는 것이 바람직할 것이다.

## V. 사례연구

### 1. 개관

공동행위 심사기준은 미국이나 EU의 가이드라인과 비교하여 그 내용이나 분석절차의 면에서 잘 정비되어 있다고 할지라도, 현실 시장에서 유효경쟁을

유지·촉진하는 데 실질적으로 도움이 되기 위해서는 실무에서 이 기준을 적극적으로 활용하는 것 또한 매우 중요하다. 공정거래위원회에서 공동행위 심사 기준을 제정·시행하기 시작한 2002년 5월부터 2003년 4월 말 현재 공동행위에 관한 심결은 10건의 이의신청에 대한 재결을 포함하여 모두 38건에 이른다. 위반유형별로는 부당한 가격 결정·유지가 30건으로 압도적으로 많았으며, 부당한 판매조건 결정이 3건, 부당한 거래상대방 제한과 공동회사설립이 각각 2건이었으며, 부당한 사업활동제한이 1건이었다. 조사의 대상이 된 사건들을 살펴보면, 입찰참가자간에 낙찰자, 투찰가격 및 낙찰 수량에 관한 합의로 적발된 사례가 많이 발견되었다. 또한 공정거래위원회는 사건을 조사함에 있어서 전반적으로 경쟁제한성 판단기준으로서 시장지배력 또는 시장에서의 우월한 지위를 보유하고 있는지 여부를 일차적으로 검토하였다.

한편 부당한 공동행위와 관련된 법원의 판례를 살펴보면, 부당한 공동행위가 성립하기 위하여 합의에 따른 현실적 행위를 요하는지 여부와<sup>27)</sup> 부당한 공동행위에 있어서 추정의 의미와 그 입증책임을 누가 부담하는지가 주로 문제되었다.<sup>28)</sup> 따라서 경쟁사업자간에 협력행위가 이루어지는 경우 경쟁제한성의 판단기준이나 절차를 살펴보기 위해서는 공정거래위원회의 관련 심결을 살펴볼 수밖에 없다.

그런데 부당한 공동행위로 공정거래위원회의 조사를 받은 사건들은 가격의 결정·유지에 관한 사례들이 대부분이기 때문에, 경쟁제한성이나 위법성을 인정하기가 비교적 용이했을 것으로 보인다. 부당한 판매조건의 결정에 관한 사례들도 실제로는 가격과 직접적으로 연관된 조건에 관한 합의이거나<sup>29)</sup> 기준에 제공되던 서비스를 제한하는 합의였기 때문에,<sup>30)</sup> 경쟁제한성을 판단하기가 어렵지 않았을 것이다.

27) 대법원 1999.2.23. 선고 98두15849 판결.

28) 서울고법 1999.4.28. 선고 98누10686, 98누11214(병합) 판결; 서울고법 2000.6.20. 선고 98누10839 판결 등.

29) 서울시 가락동 농수산물도매시장 6개 도매법인은 농산물위탁도매업을 영위하면서 자신과 거래하는 농산물 출하자와 중도매인에게 지급하는 위탁상장수수료 및 장려금의 요율 등 상품 또는 용역의 거래조건이나 대금 또는 대가의 지급조건을 공동으로 합의 결정·시행하는 행위를 하였다(공정위의결 제2002-289호).

30) 4개 패스트푸드 사업자들은 탄산음료 리필서비스 중단을 공동으로 결정하여 실행하였다(공정위의결 제2003-020호); 대한 손해보험협회와 손해보험회사는 보험가입자에게 무료로 제공하던 긴급출동서비스 중 '기타 응급조치' 서비스의 폐지를 결정하고, 긴급견인 등 5개 주요 긴급출동서비스를 폐지하고 유료화하기로 하였다(공정위의결 제2002-209호).

여기서는 경쟁사업자간 공동판매점을 설립하기로 합의하고 이를 시행한 사례에 대한 공정거래위원회의 의결 내용을 소개하고 그 정당성 여부를 검토하고자 한다.

## 2. 7개 액화석유가스 통합판매점들의 공동판매점 설립<sup>31)</sup>

### (1) 사실관계

피심인들은 서울특별시 강서구에 각각 액화석유가스(이하 “LPG”) 판매점을 두고 소매업을 영위하는 사업자들이다. 강서구 LPG 소매시장은 7개 통합판매점들이 약 48.5%, 비통합 판매점들이 약 20.6%, 인근 양천구 판매점들이 약 30.9%를 각 점유하고 있는 것으로 추산된다. 피심인들이 운영하는 7개 통합판매점은 연간매출액이 3,442백만 원으로서 공동관리기구를 운영하여 임차료, 급여, 제세공과금 등을 공제한 후 이익배당금은 연간 총 176백만 원(1개소당 평균 25백만 원, 지분소유자 1인당 8백만 원)을 시현한 영세사업자들이다.

한편 산업자원부는 1996년부터 판매공동화시책을 추진하여 2002년 6월 말 현재 서울지역 25개 구區 중 18개 구에서 LPG 판매업자들이 통합판매점을 운영하고 있다. 이러한 시책은 합병을 통해 3~4개 정도로 대형화를 유도하여 용기보관장소를 충분히 확보하고 상호경쟁을 통해 유통효율화와 소비자 후생을 증진하기 위해 시행되었다. 서울지역 판매업자의 수는 2002년 6월 말 현재 269개로서 이들은 구 단위로 설립된 서울특별시 LPG가스판매업협동조합 구區지회에 소속되어 있으며, 이 중 통합 운영하는 판매업자 수는 124개, 종전대로 운영하는 비통합 판매업자는 145개이다.

이 사건 피심인들은 LPG 판매점을 서울특별시 강서구에 두고 이 지역 주택과 식당 등에 대하여 LPG를 판매하는 사업자들로서, 정부가 판매공동화시책에 의해 영세판매업자의 통합을 추진하자, 1997년 4월부터 공동관리기구형태의 ‘강서가스산업상사’를 구성하여 운영해 오고 있다. 1997년 3월경에는 강서구의 기존 판매점(총 27개) 중 22개 판매점이 지분소유자로서 7개로 통합하면서 각자 균등지분을 유지한 채 영구히 동업을 하기로 하고, 이익금은 월말 결산하여 균등배당을 한다는 등의 내용으로 동업계약을 체결하였으며, 같은 해 4월, 삼표가스 공동대표 000과 공항가스 공동대표 000 등의 주도하에 7개 통합판매점 대표 등이 통합판매점들을 공동관리하기로 합의하고, 본사

31) 공정위 의결 제2002-226호.

(강서가스산업상사)는 총괄업무를, 통합판매점은 각기 판매활동을 하는 등의 운영방침을 결정하였으며 운영자금을 마련하기 위하여 지분소유자 1인당 5백만 원씩을 균등 각출하였다.

이들의 실제 운영상황을 보면, 사업자 등록을 하지 아니한 채 7개 통합판매점을 공동관리하는 형태인데, 회장, 감사, 경리 및 본부장을 두고, 본부장 아래에 피심인 7개 통합판매점을 통합관리해 왔으며, 특히 7개 통합판매점들이 매월 적용할 판매가격을 회장이 지정하여 전화 또는 회의를 통하여 이들에게 통보하여 왔다. 이에 따라 각 통합판매점에서는 대부분의 물량(약 60%)을 지정한 가격대로 판매하고 있다. 판매가격 지정업무 외에도 7개 통합판매점의 가스구입, 세무, 이익배당 등의 업무를 총괄적으로 수행하고 있다.

## (2) 공정거래위원회의 판단

공정거래위원회는 피심인 7개 통합판매점 대표들이 통합판매점들을 공동으로 관리하기로 합의하고, 7개 통합판매점을 공동관리하는 본부로서 강서가스산업상사를 설립·운영한 행위는, 사업자들이 영업의 주요부분을 공동으로 수행하기 위한 관리기구의 설립·운영행위에 해당되는 것으로 보았다.

서울특별시 25개 구 중에서 강서구는 판매경쟁이 치열하기 때문에 공동관리기구에서 가격을 지정할 수가 없고, 설사 가격을 지정한다고 하더라도 실효성이 없다고 주장한 피심인의 주장에 대해서, 공정거래위원회는 공동관리기구에서 각 통합판매점에 통보한 가격이 모두 동일하며(2002년 3월의 경우 1kg당 850원), 지정가격 준수율이 높은 것으로 조사되었으므로 피심인의 주장은 이유 없다고 판단했다.

또한 다음의 점들을 고려하여 피심인들이 서울특별시 강서구 LPG 판매업 분야에서 부당하게 경쟁을 제한하는 행위를 했다고 인정했다.

- ① 서울특별시 강서구 LPG 판매업자 27명 중 22명이 통합됨으로써 이 지역 판매업자의 80%가 참여한 점
- ② 2002년 3월 기준 피심인들의 판매량(9,274개 용기) 중 공동관리기구에서 지정한 가격으로 판매한 비율이 60% 이상에 달하는 점
- ③ 7개 통합판매점에서 적용한 지정가격(kg당 850원) 수준이 종전 정부 고시가격체제하에서의 소매점 유통마진(784원) 적용시보다 높게 결정된 점
- ④ 정부가 추진하고 있는 LPG 안전공급계약 제도에 의거 체결된 피심인들의 계약체결 건수 비율이 서울특별시 강서구 지역에서 48% 이상을 차

지한 점.

이러한 판단에 따라, 공정거래위원회는 위법사실의 공표와 함께, 피심인들이 LPG 판매업을 영위하면서 영업의 주요 부분을 공동으로 관리하기 위한 기구를 설립·운영함으로써 서울시 강서구 LPG 판매업 분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 부당한 공동행위를 다시는 하여서는 안 된다는 결정을 하였다.

### (3) 평가

공정거래위원회는 이 사건을 경쟁사업자간의 가격 결정을 위한 공동행위로 보고 조사절차를 진행한 것으로 보인다. 이러한 관점에 서는 경우 이 사건 경쟁사업자간의 협력행위는 경성硬性공동행위에 해당되는데, 경성공동행위는 행위 자체가 직접적으로 경쟁을 제한하여 가격 상승·산출량 감소를 초래하기 때문에 구체적인 시장분석이 없더라도 위법한 공동행위로 쉽게 판단되어 버린다.<sup>32)</sup>

그러나 사실관계를 보건대, 이들 사업자간의 공동판매점 설립행위는 LPG용기 보관상의 편의성, 유통효율화, 세무 등 관련업무의 통합관리를 통한 효율성 추구 및 공동의 LPG 구입이라는 점에서 구매 또는 마케팅을 위한 협력행위로 볼 수도 있다. 그럼에도 불구하고 조사절차에서 가격 결정을 위한 공동행위라고 판단하는 경우 피심인이 공동행위 심사기준상의 단계별 분석을 받을 기회를 박탈하는 결과가 되고 만다. 그러므로 가격 결정이나 생산량 감소 등 경성카르텔이 객관적으로 명백한 경우 이외에는 공정거래위원회가 심사기준상에서 정한 분석단계에 따라 심사를 해야 할 것이다.

공정거래위원회는 이 사건에서 공동판매장 설립이라는 경쟁사업자간 협력의 경쟁제한효과와 더불어 이로 인한 효율성 증대효과도 분석했어야 했을 것이다. 이 경우 공동행위의 존속기간, 자산에 대한 공동사용·통제 수준, 재무적 이해관계 수준, 참여사업자간 경쟁허용 수준 및 가격·산출량 등에 대한 정보의 교환 수준 등을 고려해야 한다.<sup>33)</sup> 이와 함께 공동판매장 설립을 한 사업자들이 시장지배력을 획득할 수 없는 경우에도 그러한 협력행위를 하였을지 여부도 검토해 보아야 한다. 유통효율성 증대나 위험물질인 LPG 관리의 안정성 확보 등을 위해 시장지배력을 획득할 것을 기대할 수 없는 상황에서도 그러한 협력을 하였다면 위법성을 쉽게 인정하기는 어려울 것이기 때문이다. 결국 공정거래위원회는 사건의 처리에 있어서 가격인상 등 객관적으로 보아

32) 공동행위 심사기준 III 1. 가. (4) 참조.

33) 공동행위 심사기준 III 2. 나. (5) 참조.

명백한 경성카르텔이 아닌 경우에는 경쟁제한성을 판단함에 있어서 여러 가지 요소들을 종합적으로 고려하여 판단하려는 노력이 필요하다고 본다. 결과의 타당성도 중요하지만 절차의 정당성도 그에 못지않게 중요하기 때문이다.

## IV. 결 론

경쟁사업자간의 협력행위는 양면적인 성질을 가지고 있으며, 협력의 내용이 무엇인지에 따라 경쟁제한적인 측면이 강하게 나타나기도 하고 효율성 증대의 측면이 두드러지기도 한다. 종래 공정거래정책에서 문제되었던 사례들은 경쟁사업자간 가격이나 생산량의 결정·변경이나 거래상대방 또는 거래지역 제한 등이 문제되었으므로, 이들에 대해 경쟁제한성 여부를 판단하기가 비교적 용이했다. 그러나 이제는 이러한 경쟁제한적인 이유들 이외의 여러 가지 또는 복합적인 목적으로 경쟁사업자간 협력행위가 빈번하게 일어나고 있다. 이러한 경우에는 공정거래법상 부당한 공동행위에 해당되는지 여부를 판단하기란 쉽지 않다.

이에 공정거래위원회는 공동행위의 경쟁효과를 종합적으로 고려하는 내용의 「공동행위 심사기준」을 제정하였다. 국민 경제전체적 차원에서 경쟁제한성이 없거나 효율성 증대 등 경쟁촉진효과가 크다고 판단되는 공동행위는 허용하는 것이 바람직하므로, 경쟁제한효과와 경쟁촉진효과를 구체적이고 합리적으로 판단할 수 있는 기준을 마련하기 위한 것이다. 그러나 공동행위 심사기준은 최근에 제정되었기 때문인지 아직은 그 활용도가 높지 않은 것으로 보인다. 공동행위 심사기준을 제정한 이상, 공정거래위원회는 이를 적극적으로 활용하여야 할 것이며, 당연위법으로 다루어지는 공동행위를 제외하고는 심사단계에서 경쟁사업자간의 협력행위라고 하여 쉽게 경성카르텔로 판단해버리는 것은 지양해야 할 것이다.

## 참 고 문 헌

- 공정거래위원회, 「공동행위 심사기준」, 2002. 5.  
권오승, 『경제법(제4판)』, 법문사, 2002.  
한국전자통신연구원, 『정보통신부문에서의 전략적 기술제휴 방안에 관한 연구』, 1999. 7.
- EU commission, *Guidelines on the applicability of Article 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreements*(2001, C 3, 02).  
FTC & U.S. DOJ, *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, 2000. 4.  
Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, 2nd Ed., 1999.  
Immenga, Mestmäcker, *GWB Kommentar zum Kartellgesetz*, 3. Aulf., 2001.  
Posner, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, 1976.

Journal of Regulation Studies Vol.12 No.2 2003

## Regulation on Collaboration among Competitors

Cha, Seong-Min

Changing markets have generated an increasing variety and use of horizontal cooperation. More complete and updated guidance is need to improve transparency regarding the applicability of Article 19 Korean Fair Trade Act in this area.

Like U.S.A. and EU competition agencies, Korean Fair Trade Commission(KFTC) made 「Guidelines for Collaborative Acts」 including

analytical framework for collaborative acts. According to the Guidelines, KFTC can analyse anti-competitive effects and pro-competitive benefits. Moreover the Guidelines help to analyse if a certain cooperation among competitors is illegal or not. Because horizontal cooperation can lead to substantial economic benefits.

Therefore it may not regard cooperation among competitors as hardcore cartel in applying to the Guidelines. In anti-trust analysis, Market share and market concentration may also not be considered excessively. On the other hand, KFTC has to endeavor after applying for the Guidelines step by step under the anti-trust process.

Key words : collaborative acts, collaboration among competitors, strategic alliance, horizontal cooperation

