

컨테이너 정기선사의 운임 공동행위에 대한 소고*

이 현 균**

- I. 서론
- II. 한·동남아 항로에 대한 공정거래위원회 결정 검토
- III. 평석 및 연구
- IV. 개선방안
- V. 결론

국문초록

컨테이너 정기선 영업은 정해진 항로를 따라 공표된 선박에 컨테이너 박스를 실어 미리 정해진 입출항 시간을 준수해야 한다. 이러한 정기선 영업을 위해서는 화물을 적재할 컨테이너 박스와 컨테이너 선박이 다량 필요하기 때문에 정기선사들은 비용을 줄이고 이익을 높이기 위해 해운동맹, 컨소시엄, 얼라이언스 등 여러 선사들 간의 협력체계를 구축하고 있다. 예컨대, 한국의 HMM이 참여하고 있는 디얼라이언스, 2M, 오션얼라이언스 등 해운 얼라이언스뿐만 아니라 한국-동남아 항로를 비롯해 한국-일본 항로, 한국-중국 항로 등에서도 다양한 형태의 협력이 이뤄지고 있다.

2022년 4월 11일 공정거래위원회 결정에서는 약 15년간 유지되어 온 한국-동남아 항로 23개 선사의 공동행위를 부당하다고 결정내리고, 시정명령과 과징금 962억을 부과하였다. 공정거래위원회는 이러한 결정을 위해 공정거래법 제116조와 해운법 제29조와의 관계, 그리고 해운 공동행위에 대한 공정거래법 제116조 소정의 부당한 공동행위 심사 기준 적용 등을 검토하였다.

* 이 논문은 고려대학교 교내연구교원 지원사업의 연구비 지원으로 수행되었고, 2022년 4월 28일 진행된 2022년 한국해법학회 봄철 학술발표회 제3주제 “컨테이너 정기선사의 운임 공동행위에 대한 주요 쟁점”에 대한 지정토론 자료를 논문의 형식으로 수정·보완한 것임을 밝힌다. 의견을 주신 여러 분들께 감사드립니다.

** 한국법학원 학술연구부 상사팀 연구위원, 법학박사.

이 논문에서는 2022년 4월 11일에 의결된 공정거래위원회 의결 제2022-090호를 중심으로 공정거래법 제116조와 해운법 제29조의 관계, 해운 공동행위에 대한 공정거래법 제116조 소정의 부당한 공동행위 심사기준 적용 등의 쟁점에 대해서 살펴보고자 한다. 그리고 미국, 일본의 사례를 바탕으로 시사점을 도출하여 이번 결정을 둘러싼 공정거래 위원회와 해양수산부 사이의 갈등을 해결할 수 있는 합리적 해석론 및 개선방안을 도출하고자 하였다.

• 핵심어 정기선해운, 해운법, 공동행위, 미국해운법, 공정거래법, 얼라이언스

I. 들어가는 말

한국은 삼면이 바다로 둘러싸여 있고 육지와 연결된 북쪽마저도 북한에 의해 막혀 있는 사실상의 섬 국가이며, 자원이 부족하기 때문에 필연적으로 무역을 통해서 경제를 성장시킬 수밖에 없었다. 그리고 이러한 무역과정에서 발생하는 수출입화물의 약 99%가 해상운송으로 이뤄질 정도로 해운산업에 대한 의존도가 높다.

해운산업은 기간산업으로써 “해운재건 5개년계획” 등의 정책적인 지원을 받기도 하고, 경쟁법 적용면제 등의 법적 지원을 받기도 한다. 특히, 컨테이너 정기선 영업은 정해진 항로를 따라 공표된 선박에 컨테이너 박스를 실어 미리 정해진 입출항 시간을 준수하기 위해 컨테이너 박스와 컨테이너 선박이 다량 필요하기 때문에 정기선사들은 공급과잉을 피하고 파멸적인 경쟁을 배제하는 한편 비용을 줄여 안정적인 영업을 유지하기 위해서 해운동맹, 컨소시엄, 얼라이언스 등의 공동행위를 해왔다.¹⁾

전 세계적으로도 이러한 공동행위를 허용하는 것이 거대 선사가 독점적으로 시장을 장악하는 것을 막고 소비자인 수출기업에게도 저렴하고 안정적인 서비스를 공급할 수 있다는 후생효과가 높다고 인정하여 1974년 유엔 정기선 헌장(UN Liner Code 1974)을 제정하고, 각 국의 입법에서 해운의 경쟁법 적용면제에 대해 규정한 바 있다. 우리나라도 이러한 국제적인 흐름 속에서 1974년 유엔 정기선헌장을 1978년 비준하고 해운법에 정기선사의 운임공동행위를 허용하는 내용을 포함시켰다.²⁾

1) 김인현·이현균, “정기선해운에 대한 경쟁법 적용과 개선방안”, 「유통법연구」 제7권 제2호, 한국유통법학회, 2020, 186~187면.

그 후 1980년 12월 31일 독점규제 및 공정거래에 관한 법률이 제정되었는데,³⁾ 법률 제 47조 제1항에서는 법령에 따른 정당한 행위의 경우에는 공정거래법을 적용하지 않겠다는 규정을 포함시켰고, 제2항에서는 특별한 법률을 따로 법률로 지정하겠다는 규정을 두었다. 하지만 1986년 개정 당시 제2항의 규정이 삭제되어 현재에 이르고 있는데,⁴⁾ 구체적으로 어떤 법률에 따른 정당한 행위에 대해 공정거래법 적용이 면제되는지 해석이 나뉘고 있다.⁵⁾

이러한 해석논란은 최근 한-동남아 항로 23개선사의 공동행위에 대한 공정위 결정에서 가장 크게 부각되었다.⁶⁾ 2022년 4월 11일 공정거래위원회는 약 15년간 유지되어 온 한-동남아 항로 23개 선사의 공동행위를 부당하다고 결정내리고, 시정명령과 과징금 962억을 부과하였다. 공정거래위원회는 이러한 결정을 위해 공정거래법 제116조와 해운법 제29조와의 관계, 그리고 해운 공동행위에 대한 공정거래법 제116조 소정의 부당한 공동행위 심사기준 적용 등을 검토하였다.

이에 이 논문에서는 2022년 4월 11일에 의결된 공정거래위원회 의결 제2022-090호를 중심으로 공정거래법 제116조와 해운법 제29조의 관계, 해운 공동행위에 대한 공정거래법 제116조 소정의 부당한 공동행위 심사기준 적용 등의 쟁점에 대해서 살펴보고자 한다. 그리고 미국, 일본의 사례에서 시사점을 도출하여 이번 결정을 둘러싼 공정거래위원회와 해양수산부 사이의 갈등을 해결할 수 있는 합리적 개선방안을 도출하고자 하였다.

II. 한-동남아 항로에 대한 공정거래위원회 결정 검토

1. 공정거래위원회가 인정한 사실관계

(1) 공동행위 개요

고려해운, HMM, 장금상선, 동아해운 등 23개 선사는 2003년부터 2018년까지 약 15년간 한-동남아 항로에서 컨테이너를 통해 화물을 운송하는 서비스에 대하여 기본운임 및 각종

2) 최하진, “국제연합정기선 동맹헌장에 관한 일고찰”, 성균관대학교 무역학석사 학위논문, 1985, 86~89면.

3) [법률 제3320호] 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 (1980.12.31. 제정, 1981.4.1. 시행).

4) 이 규정은 공정거래위원회 의결 제2022-090호 판단 당시 법률 제58조에 해당하고 현재 개정된 법률 제116조에 해당한다. 이하에서는 [법률 제17799호] 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2020.12.29. 전부개정, 2021.12.30. 시행)을 기준으로 조문 번호를 작성하였음을 밝힌다.

5) 권오승·서정, 「독점거래법 : 이론과 실무」, 법문사, 2016, 567면.

6) 공정거래위원회 전원회의 의결 제2022-090호.

부대운임 등의 가격을 합의하고 이를 실행하였다.⁷⁾

이러한 합의는 이들 선사가 회원사로 가입되어 있는 한-동남아 항로의 컨테이너 선사들 간 협의체인 동남아정기선사협의회와 아시아역내항로운임협정(Intra Asia Discussion Agreement; IADA) 내 사장단 조찬회, 대표위원회의(운영위원회의), 수출 및 수입영업팀장 회의, IADA KOREA LAC(Intra Asia Discussion Agreement Korea Local Action Committee) 회의, sub-committee 회의, 아주항로 주요선사 회의 등 사장단, 고위급 임원 및 선임관리 자급 임직원 간의 중층적 카르텔 회의가 이루어졌다.⁸⁾

한-동남아 항로의 컨테이너 해상화물운송 서비스의 가격 인상 및 유지를 위하여 세부 항로 및 화물별 최저운임 가이드라인 설정, 각종 부대운임의 도입 및 인상 등을 주기적으로 합의하였고, 상호 간 합의 준수 여부를 상시적으로 점검하였다.⁹⁾

(2) 공동행위의 구체적인 내용

1) 최저운임 가이드라인

이러한 합의는 약 15년의 기간 동안 시장 상황의 변화, 가격 인상의 용이성 등에 대응하여 그 내용이 조금씩 변화하여 왔다. 선사들은 거의 매년 정기적으로 기본운임(순수해상 운임)을 인상시키거나 그 하락을 방지하기 위하여 각 세부 항로 및 화물별 ‘최저운임 가이드라인(Agreed Minimum Rate Guideline)’을 공동으로 결정하고 이를 실행하였다.¹⁰⁾ 이와 함께 동일한 시기에 각 선사의 운임을 일정액만큼 인상하자는 운임 회복의 합의(Rate Restoration)도 이루어졌다.

2) 부대운임 등의 공동 결정 및 실행

유류비 및 인건비 인상, 예상하지 못한 화물 운송 수요의 증가, 수지 개선의 필요성 등으로 인하여 부대운임을 도입하거나 인상할 필요가 있는 경우 선사들은 각종 부대운임 도입 여부나 인상 여부, 부대운임의 수준, 시행 시기 등을 공동으로 결정하고 이를 실행하였다.¹¹⁾

7) 공정거래위원회 전원회의 의결 제2022-090호, 58~59면.

8) 공정거래위원회 전원회의 의결 제2022-090호, 59면.

9) 공정거래위원회 전원회의 의결 제2022-090호, 61면 및 84~87면.

10) 공정거래위원회 전원회의 의결 제2022-090호, 81면.

11) 공정거래위원회 전원회의 의결 제2022-090호, 81~82면.

3) 대형화주에 의한 입찰방식 운임결정 시 투찰가격 합의 및 실행

대형화주들이 입찰 방식을 통하여 운임을 결정하는 경우, 선사들은 입찰이 이루어지는 시기 전후의 회합 및 전자우편 교환 등을 통하여 투찰가격을 합의하고 이를 실행하였다. 이때 투찰가격은 통상 기존에 합의한 최저운임 가이드라인(AMR) 및 운임회복 합의(RR) 등의 형태로 합의 및 실행되었다.¹²⁾

이러한 가격 합의의 이면에는 자신의 기존 거래처와만 거래하고 다른 선사들의 기존 거래처를 침탈하지 않겠다는 선사들 간의 암묵적 인식이 있었다. 다른 선사들의 기존 거래처를 침탈하기 위하여 기존 가격보다 인하된 가격을 제시할 경우 가격 합의를 실행할 수 없었기 때문이었다.

4) 중립위원회 등을 통한 합의 준수 여부 감시

선사들은 합의한 내용이 준수되는지 여부를 면밀하게 감시하였다. 즉, 선사들 중 어느 선사의 물동량이 증가하면 다른 선사들은 그 선사의 가격인상을 의심하고 이에 대해 항의하는 등 합의사항을 불이행할 경우 이에 대하여 비난하거나 보복가능성을 제시하는 방법으로 합의이행을 촉구함으로써 이탈자를 방지·색출·제재하는 기능이 충실하게 작동되었다.¹³⁾

특히, 2016년 이후부터는 인트라아시아 정기선사 사장단 합의에 따라 발족된 ‘중립위원회’를 통하여 합의한 내용의 준수여부를 더욱 강하게 감시하였다. 중립위원회는 감시 대상항로 및 일시 등에 대한 감시 준칙을 정한 후 불시에 피심인 사업장을 방문하여 화주들과의 거래 내역을 확인하였으며, 합의사항을 준수하지 않은 것이 적발될 경우 일련의 소명 절차를 거쳐 벌과금을 부과하기도 하였다.¹⁴⁾

2. 해운업계가 주장한 사실관계

(1) 공동행위 여부

15년 간 18차례에 걸쳐 운임회복(RR)을 위한 운임합의를 공동으로 한 것은 사실이지만,

12) 공정거래위원회 전원회의 의결 제2022-090호, 81면.

13) 공정거래위원회 전원회의 의결 제2022-090호, 61면 및 84~87면.

14) 공정거래위원회 전원회의 의결 제2022-090호, 84~87면.

이는 해운법에 따라 해양수산부장관에게 신고를 하고, 화주단체와의 협의를 거친 정당한 공동행위이다.

또한, 공정거래위원회에서 논의되고 있는 120차례의 운임 합의는 이미 신고된 18차례의 운임회복(RR) 합의의 내용을 구체화하기 위한 세부 협의에 불과하다.¹⁵⁾

심지어 해운법에 따라 해운 공동행위를 감독하는 해양수산부에서 지난 20여 년 동안 적법하다고 인정해 온 사안을 또 다른 정부기관인 공정거래위원회에서 위법하다고 판단하는 것은 수범자인 선사들의 법익을 침해한다.

(2) 입찰가격 담합의 경우

대형화주에 의한 입찰방식으로 운임이 결정되는 경우 공동행위 방식으로 이뤄졌다는 점은 사실이지만, 이러한 가격합의의 이면에서 계절별 물동량의 변화가 심한 동남아 화물량의 변동성 등을 고려하여 선사들 스스로를 보호하려는 의도가 있었다.

대형선사의 경우 화물량이 줄어드는 경우 수익성이 악화될 경우를 경영적자 등을 고려하여 합의된 운임으로 운임을 올리게 된다. 그리고 대형선사가 먼저 운임을 올리게 되면 해당 화물이 중소형선사에게로 저가화물을 중심으로 화물이전이 발생하는데, 이때 중소형 선사들은 선석(Space)이 제한적이기 때문에 오히려 수익성은 더욱 악화되어 결국 앞서 협의한 운임 수준을 준수할 수밖에 없는 상황이 만들어 진다.

그리고 대형화주의 경우 선사보다 우월한 지위에 있기 때문에 운임을 제시받고 선사를 결정한 다음 운임을 낮춰서 요구하는 경우도 많았기 때문에 입찰가격 담합으로 인해 대형화주가 피해를 보았다고 보기도 어렵다고 한다.¹⁶⁾

(3) 중립위원회 등을 통한 합의 준수 여부 감시

인트라아시아 정기선사 사장단 합의에 따라 발족된 ‘중립위원회’를 통하여 합의한 내용의 준수여부를 확인한 것은 인정할 수 있다.

하지만 운임을 합의하는 초기에는 물동량 강세로 심한 제재가 없었고, 물동량이 감소한 2016년부터 해운산업의 유지를 위해서 다양한 조치들이 취해졌다.

15) 동아일보 2022년 1월 18일 기사, “운임 담합” 23개 해운사 과징금 8000억-962억 ‘뚝’,
(<https://www.donga.com/news/article/all/20220118/111301449/1>), (최종 검색일 : 22년 6월 28일).

16) 매일경제 2022년 1월 18일 기사, “해운담합 과징금 962억...국내외 선사들 "소송 불사" 반발”,
(<https://www.mk.co.kr/news/economy/view/2022/01/54183/>), (최종 검색일 : 22년 6월 28일).

당시 해운 운임이 최저에 육박하여 예컨대 베트남에서 부산까지 오는 컨테이너 운임은 오히려 화주에게 돈을 주고 선적하는 마이너스 운임에 가까웠고, 대부분의 동남아 항로 등도 이와 크게 다르지 않아 국내 선사들의 채산성이 크게 악화되어 있는 상황이었다.¹⁷⁾ 다시 말해 선사들의 생존이 위협받는 시기였다.

3. 공정거래위원회의 판단¹⁸⁾

(1) 공정거래위원회 결정의 주요내용

공정거래위원회는 23개 선사들¹⁹⁾이 2003년 12월부터 2018년 12월까지 총 541차례의 회합 등을 통하여 한·동남아 수출·수입 항로²⁰⁾에서 총 120차례 운임을 합의한 행위는 공정거래법상 부당한 공동행위에 해당한다고 판단하고, 시정명령과 과징금 962억 원을 부과하였다.

구체적으로 23개 선사들은 2003년부터 2018년까지 15년간 기본운임의 최저수준, 기본운임 인상, 각종 부대 운임 도입 및 인상, 대형화주에 대한 투찰가 등 제반 운임을 총체적·포괄적으로 합의하였다. 또한, 선사들은 자신들의 담합이 공정거래법에 위반된다는 것을 인식하고 다양한 방법으로 공동행위를 은폐하였다. 그리고 이들은 다른 선사들의 화물을 서로 침탈하지 않기로 하고(물량 이동 제한), 합의 운임을 수용하지 않는 화주에 대해서는 공동으로 선적을 거부하였다.

17) 코리아쉬핑가제트 2016년 12월 1일 기사, “마이너스운임에 해운재판까지” 콘솔업계 ‘고민 가중’, (https://www.ksg.co.kr/news/main_newsView.jsp?bbsID=news&bbsCategory=KSG&categoryCode=all&backUrl=main_news&pNum=111255), (최종 검색일 : 22년 6월 28일).

18) 공정거래위원회 의결 원문에 나와 있는 조문을 [법률 제17799호] 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 (2020.12.29. 전부개정, 2021.12.30. 시행)을 기준으로 조문 번호를 바꾸어 작성하였음을 밝힌다.

19) 국적선사 12개사와 외국적선사 11개사, 그리고 동남아정기선사협의회가 그 심사 대상이었다. 국적선사는 ① 고려해운(주), ② 남성해운(주), ③ 동영해운(주), ④ 동진상선(주), ⑤ 범주해운(주), ⑥ 에스엠상선(주), ⑦ 에이치엠엠(주), ⑧ 장금상선(주), ⑨ 천경해운(주), ⑩ 팬오션(주), ⑪ 흥아라인(주), ⑫ 흥아해운(주) 등 12개사였고, 외국적선사는 ① 청리네비게이션씨오엘티디(대만), ② 에버그린마린코퍼레이션엘티디(대만), ③ 완하이라인스엘티디(대만), ④양밍마린트랜스포트코퍼레이션(대만), ⑤ 씨랜드머스크아시아퍼티엘티디(싱가포르), ⑥ 퍼시픽인터내셔널라인스리미티드(싱가포르), ⑦ 뉴폴든씨쉬핑퍼티엘티디(싱가포르), ⑧ 골드스타라인엘티디(홍콩), ⑨ 오리엔트오버씨즈컨테이너라인리미티드(홍콩), ⑩ 에스아이티씨컨테이너라인스컴퍼니리미티드(홍콩), ⑪ 티에스라인스엘티디(홍콩) 등 3개국 11개사였다.

20) 한·동남아 항로는 인트라아시아항로 중 하나로써 대한민국의 항구와 동남아 각국의 항구를 연결하는 항로인데, 대한민국의 주요 항구는 부산, 울산, 평양, 인천 등이 있다. 동남아의 경우 베트남의 호치민과 하이퐁, 태국의 방콕과 람차방, 필리핀의 마닐라, 말레이시아의 포트켈랑과 페낭, 인도네시아의 자카르타와 수라바야, 싱가포르, 대만, 홍콩, 중국 등이 주요 항구라 할 수 있다.

또한, 공정거래위원회는 이러한 운임 합의를 위한 회의를 소집하고 합의된 운임의 준수를 독려한 ‘동남아정기선사협의회’에 대해서도 공정거래법상 사업자단체 금지행위 위반으로 인정하고, 시정명령과 과징금 1억 6,500만 원을 부과하였다.

(2) 공정거래위원회 결정의 주요 논거

1) 공정거래법 제116조 소정의 해운법에 따른 정당한 행위 여부

공정거래위원회는 23개 선사들의 위 운임 담합은 공정거래법 적용을 배제하는 공정거래법 제116조의 ‘다른 법령에 따른 정당한 행위’에 해당하지 아니하여 공정거래법 적용 대상에 해당된다고 판단하였다.

즉, 해운법 제29조는 일정한 절차상·내용상 요건 하에 선사들의 공동행위를 제한적으로 허용하고 있지만, 23개 선사들의 운임 담합은 해수부장관에 대한 신고 및 화주 단체와의 협의 요건을 흠결하였다. 즉, 절차적으로는 해수부장관에 대한 신고, 화주 단체와의 협의가 필요하고, 내용상으로는 공동행위 탈퇴의 부당한 제한 금지, 부당한 운임 인상으로 인한 경쟁의 실질적 제한 금지 등 요건을 충족하여야 하는데 이러한 요건을 흠결한 것이다.

따라서 운임 등 운송조건에 관한 공동행위가 해운법의 범위 내에서 행하는 필요·최소한의 행위에 해당되지 아니할 때에는 이를 해운법에 따라 행하는 정당한 행위로 볼 수 없으므로 이러한 공동행위는 공정거래법의 적용 대상에서 제외되지 않는다.

2) 공정거래법 제40조 제1항 소정의 부당한 공동행위 여부

정기선사로 하여금 운임 등 운송조건에 관하여 공동행위를 할 수 있도록 규정한 해운법 제29조 규정의 내용 등에 비추어 보면, 해운법은 외항 정기 컨테이너 화물운송사업자에 대하여 공정거래법 제40조 제1항에 따라 원칙적으로 금지되고 있는 부당한 공동행위를 예외적으로 인정하고 있는 법률에 해당한다.

따라서 해운법에서 정하는 필요·최소한의 행위에 해당하지 않을 때는 원칙적으로 돌아가 공정거래법 제40조 제1항에 따라 부당한 공동행위 성립에 대해서 검토해야 한다.

공정거래법 제40조 제1항의 부당한 공동행위가 성립하기 위해서는 첫째, 공정거래법 제40조 제1항 각 호의 행위에 대하여 다른 사업자와 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로든 합의를 하고 둘째, 이러한 합의가 부당하게 경쟁을 제한하여야 한다.

먼저, 23개 선사 사이에는 동남아정기선협의회 내 회의 및 아시아역내항로운임협정(IADA) 내 회의를 통하여 한-동남아 항로에서 컨테이너 해상화물 운송 서비스 운임을 공동으로 결정·유지 또는 변경한다는 의사의 합치가 있었음이 인정되고 이러한 의사의 합치는 공정거래법 제40조 제1항 제1호의 합의에 해당한다.

총 120건의 합의는 모두 컨테이너 해상화물운송 서비스 제공에 대한 대가로 화주가 지불하는 가격, 즉 총운임²¹⁾을 인상·유지시키거나 총운임의 하락을 방어하고자 하는 단일한 의사와 목적에 따라 이루어졌고, 합의구조도 동일하며, 15년간 단절됨 없이 합의와 실행이 반복되었고, 구성원도 일부 변동이 있었으나 동남아정기선협의회와 아시아역내항로운임협정(IADA)에 가입한 회원사를 주축으로 하는 동일성을 유지했기 때문에 120건 합의는 하나의 공동행위로 평가된다.

120건의 합의라는 공동행위의 경쟁제한성과 관련한 검토 내용은 다음과 같다.

이 사건 관련시장을 ‘한국출발-동남아도착 컨테이너 해상화물운송 서비스 시장’ 및 ‘동남아출발-한국도착 컨테이너 해상화물운송 서비스 시장’으로 확정한다.

다음의 이유로 한국출발-동남아도착 컨테이너 해상화물운송 서비스 시장 및 동남아출발-한국도착 컨테이너 해상화물운송 서비스 시장에서 부당하게 경쟁을 제한하는 행위로 인정된다.

① 23개 선사들이 행한 120건 합의들은 모두 경쟁관계에 있는 정기선사 간에 운임(가격)을 결정·유지 또는 변경하는 행위로서 그 행위의 성격상 경쟁제한 효과만 발생시키는 것이 명백한 경우에 해당한다.

② 23개 선사들은 적취물량을 기준으로 이 사건 위반행위 기간 동안 80%~90% 수준의 점유율을 유지하고 있었으므로 피심인들 간 합의만으로도 가격 결정 등에 충분한 영향을 미칠 수 있었다.

③ 선사들이 경쟁제한적 의도를 가지고 이 사건 공동행위에 참가하였다는 사실이 확인된다. 선사들은 각종 회합에서 상호 가격경쟁을 하는 것은 모두를 공멸시킬 수 있으므로 자제하여야 한다는 기본적인 인식하에 합의를 도출하였다. 그리고 특정 선사가 단독으로 운임을 인상할 경우 화주의 반발에 부딪혀 실패하거나 자신의 화물을 다른 선사에게 빼앗길 우려가 있었기 때문에 선사들은 독자적인 결정이 아닌 공동의 결정으로 운임을 인상하려는 목적을 가지고 있었다.

21) 순수해상운임(기본운임)과 각종 부대운임이 포함된 운임을 말한다.

이에 따라 공정거래법 제40조 제1항 소정의 부당한 공동행위로 인정된다. 공정거래법 제40조 제1항에 따른 합의가 경쟁제한성이 인정되더라도 동법 제40조 제3항에 따라 사전에 인가를 받았다면 부당한 공동행위로 보지 않을 수 있었으나, 이들 120건의 합의라는 공동행위에 대해 공정거래위원회의 인가를 받은 사실이 없었다.

한편, 동남아정기선협의회는 공정거래법 제51조 소정의 사업자단체로서 법 제40조 제1항 제1호 '가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위'에 대한 협의회 차원의 의사가 존재하였다고 인정되고, 이 의사가 구성사업자에게 영향을 미쳤다고 인정되므로 공정거래법 제51조 제1항 제1호 위반된다.

4. 공정거래위원회 결정의 영향

공정거래위원회는 이번 조치를 통해 지난 15년간 해운시장에서 법이 허용하는 범위를 넘어 불법적으로 이루어진 선사들의 운임 담합 관행을 타파하는 계기를 마련하였고, 정기선사들의 운임 관련 공동행위가 해수부장관에 대한 신고와 화주 단체와의 협의를 거쳐 필요·최소한으로 이루어짐으로써, 해운 당국의 관리가 실질적으로 행해져 수많은 수출입 기업들인 화주들의 피해가 예방될 수 있을 것이라는 입장을 밝힌 바 있다.

또한, 공정거래위원회는 이와 같은 취지에서 한-동남아 수출·수입 항로 운항 23개 정기선사들에 대해 법 위반 결정 이후 한-일 항로, 한-중 항로 참여 주요 정기선사들에 대해서도 동일한 담합행위에 대하여 유사한 근거를 바탕으로 작성된 심사보고서를 2022년 3월 선사들에게 통보하였다.

2022년 6월 9일, 공정거래위원회는 2003년 2월부터 2019년 5월까지 한-일 항로에서 총 76차례 운임 공동행위를 한 15개 선사에 대해 시정명령과 과징금 총 800억 원을 부과한다고 발표하였다. 또한, 2002년 1월부터 2018년 12월까지 한-중 항로에서 총 68차례 운임 공동행위를 한 27개 선사에 대해서 시정명령 조치를 내린다고 발표하였다.²²⁾

22) 뉴시스 2022년 6월 9일 기사, “한일·한중 운임 17년간 담합 해운사 무더기 적발…과징금 800억”, (https://newsis.com/view/?id=NISX20220609_0001901487&cID=10401&pID=10400), (최종 검색일 : 22년 6월 28일).

III. 평석 및 연구

1. 공정거래법 제116조의 해석과 해운법 적용

(1) 공정거래법 제116조의 적용범위

1) 문제의 소재

공정거래법 제116조에서 “다른 법률에 따라 행하는 정당한 행위”에 대해서는 공정거래법 적용을 면제하고 있는데, 해운법 제29조에 따라 외항정기해상운송업자가 행하는 운임·선박 배치, 화물의 적재, 그 밖의 운송조건에 관한 공동행위를 공정거래법 제116조 소정의 “다른 법률에 따라 행하는 정당한 행위”로 볼 수 없는지를 검토해볼 필요성이 있다.

즉, 해운법 제29조 제1항²³⁾에 따라 외항화물(정기)운송사업자가 운임, 선박배치, 화물의 적재, 그 밖의 운송조건에 관하여 행하는 공동행위가 공정거래법 제116조에서 말하는 “정당한 행위”로 보아 공정거래법 적용이 제외된다고 해석할 수는 없는지의 문제이다.²⁴⁾

이와 관련하여, 1980년 제정 당시 공정거래법²⁵⁾ 제47조 제1항에서 법령에 따른 정당한 행위의 경우에는 공정거래법을 적용하지 않겠다는 규정을 포함시켰고, 제2항에서는 특별한 법률을 따로 법률로 지정하겠다는 규정을 두었다.

1980년 제정 공정거래법에 따르면, 제2항에 명시된 특별한 법률의 규정이 있는 경우 공정거래법 적용을 제외하는 것으로 명확하게 해석이 되고, 현재의 논란이 발생하지 않았을 것이다. 하지만 1986년 개정으로 제2항의 규정이 삭제된 것이 현행 법률 제116조로 이어져 오고 있다.

이에 따라 공정거래법 제116조에서 말하는 법령이 구체적으로 어떠한 법령을 의미하는 지가 분명하지 않기 때문에 해석론에 맡겨져 있어 공정거래법 제116조의 적용범위와 관련

23) 해운법 제29조(운임 등의 협약) ① 외항화물운송사업의 등록을 한 자는 다른 외항화물운송사업자와 운임·선박배치, 화물의 적재, 그 밖의 운송조건에 관한 계약이나 공동행위(외항 부정기 화물운송사업을 경영하는 자의 경우에는 운임에 관한 계약이나 공동행위는 제외하며, 이하 “협약”이라 한다)을 할 수 있다. 다만, 협약에 참가하거나 탈퇴하는 것을 부당하게 제한하는 것을 내용으로 하는 협약을 하여서는 아니 된다.

24) 우리나라 법률체계 하에서 해운동맹 및 유사단체는 해운법의 명시적인 경쟁법 적용배제 규정 없이도 법률 해석을 통해 사실상 경쟁법 적용배제 효과를 누리고 있다고 평가할 수 있다는 견해가 있다. 정진욱, “해운동맹 관련 규제동향과 우리나라에서의 향후 규제방향 연구”, 『한국해법학회지』 제33권 제2호, 2011, 261면.

25) [법률 제3320호] 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 (1980.12.31. 제정, 1981.4.1. 시행).

된 논쟁이 발생하고 있다.²⁶⁾

2) 견해의 대립

공정거래법 제116조에서 말하는 구체적 법률의 해석과 관련하여, 두 가지 학설의 대립이 존재한다.

① 광의설

공정거래법에서 금지하고 있는 행위들 중에서 다른 법령에 근거가 있는 행위는 모두 여기에 해당한다고 넓게 해석하는 견해이다.²⁷⁾ 이에 따르면, 1980년 제정 공정거래법 제47조가 해운 공동행위에 대한 공정거래법 적용 면제를 명시적으로 선언한 것이라고 본다.²⁸⁾ 즉, 다른 법령에서 공정거래법에서 금지하는 행위를 허용하고 있다면 공정거래법 제116조를 적용할 수 있다고 넓게 해석한다.

이 견해에 따르면, 공정거래법의 적용을 면제하는 해운법 등 다른 법령에서 요구하는 요건은 최소한 충족해야 하는데, 이를 충족하지 못하는 경우에도 공정거래법이 아닌 다른 법령에 따른 벌칙이 적용된다. 컨테이너 정기선사의 경우 해운법에서 공동행위를 허용하고 있고, 그 요건으로 화주와 협의하고 해양수산부에 신고할 것을 요구하고 있으므로 이를 충족하면 공정거래법 제116조에 따라 정당한 공동행위라고 평가한다. 그리고 화주와의 협의, 해양수산부 신고 요건을 결여하는 경우 해운법에 따른 벌칙을 받는다고 주장한다.

해운업계는 공정거래법 제116조와 해운법 제29조 두 규정 때문에 해운에서는 모든 운임 공동행위가 허용되는 것을 생각한다.

여기에는 ① 해운법 제29조 제1항에서는 외항화물(정기)운송사업자에게 운임·선박배치, 화물의 적재, 그 밖의 운송조건에 관한 계약이나 공동행위를 할 수 있다는 명확한 법률 근거가 존재하고, ② 해운산업은 해양수산부에서 해운법 제23조부터 제32조 등에 근거하여 사업의 개시, 과정과 종료 전반에 이미 해운산업 특징을 고려한 규제(이른바 “경쟁 대체적

26) 권오승·서정, 앞의 책, 567면.

27) 김인현, “김인현칼럼(77)/공정위 과징금부과는 입법적 불비와 2자 물류회사의 존재 미반영에 있다”, 한국해운신문 2021.7.20. 칼럼, <<http://www.maritimepress.co.kr/news/articleView.html?idxno=305778>>, (최종 검색일 : 22년 6월 15일).

28) 우리나라 법률체계 하에서 해운동맹 및 유사단체는 해운법의 명시적인 경쟁법 적용배제 규정 없이도 법률 해석을 통해 사실상 경쟁법 적용배제 효과를 누리고 있다고 평가할 수 있다는 견해가 있다. 정진욱, 앞의 논문, 261면.

규제”)가 작용하고 있다는 것이 가장 큰 근거이다.

즉, 해운산업의 공동행위는 해운법에 따라 명시적으로 허용되고 있고, 이미 해운법에 따라 해양수산부에서 해운산업에 적합한 규제가 이뤄지고 있으므로 공정거래법 적용을 면제해야 한다는 것이 해양수산부 및 해운업계의 주장이자 이를 옹호하는 학설의 입장이다.

② 협의설

그동안의 정부주도형 경제개발정책을 민간주도형으로 전환하면서 시장경제에 어울리지 않는 기존의 법들을 정비하고 있는 취지를 고려할 때 다른 법령에 규정되어 있다고 무조건 공정거래법 적용 면제가 되는 것이 아니라 합리적인 경우에만 공정거래법이 제외되어야 한다는 견해이다.²⁹⁾

공정거래법 제116조의 취지는 공정거래법 제정 이전에 이미 제정되어 있던 법률을 고려하고, 특별히 경쟁제한을 인정해야 되는 예외적인 경우에 공정거래법을 적용하지 않겠다는 것이지만, 이를 점차 축소해나가야 한다고 한다.³⁰⁾ 즉, 다른 법률에 규정이 있다고 하더라도 항상 공정거래법 제116조가 적용되는 것은 아니고, 특별히 공정거래법이 적용되지 않아야 할 사정이 있는 경우로 한정하여 좁게 적용한다.

이 견해에 따르면, 해운법에서 화주와의 협의, 해양수산부 신고를 전제로 공동행위를 허용하더라도 공정거래법에서 요구하는 경쟁제한성을 준수해야 한다고 한다. 공정거래법에서 요구하는 경쟁제한성을 충족하지 못하는 경우는 물론 해운법에 따른 요건을 충족하지 못하는 경우에도 공정거래법에 따른 과징금 등 처벌을 받을 수 있다.

공정거래위원회는 이 사건 공동행위가 공정거래법 제116조에서 규정하는 “다른 법령에 따라 하는 정당한 행위”에 해당하여 공정거래법 적용을 면제하기 위해서는 해운법 제29조에서 규정하는 필요·최소한의 요건을 충족해야 한다고 살펴보았다. 만약 해운법 제29조의 요건을 충족하지 못하는 경우 공정거래법 제116조가 적용될 수 없고, 공정거래법 제40조가 적용된다고 하였다.

이때, 해양수산부의 유권해석 또는 행정지도 등을 통해 공동행위가 이뤄진 경우라도, 무조건 정당한 공동행위로 인정될 수 있는 것은 아니고, 공정거래법 제116조에 해당하기 위해서는 일정한 요건을 요구하고 있다.

구체적으로 해운 공동행위가 공정거래법 제116조에서 말하는 “법령에 따른 정당한 행

29) 권오승·서정, 앞의 책, 567~568면.

30) 권오승·서정, 앞의 책, 567~578면.

위” 해당하기 위해서는 ① 법령에 구체적인 근거를 두고, ② 그 행정지도의 목적, 수단, 내용, 방법 등이 근거법령에 부합하고, ③ 사업자들이 그 행정지도의 범위 내에서 행위를 한 경우여야 할 것이다.³¹⁾

즉, 행정기관인 해양수산부가 법령상 구체적 근거 없이 사업자들의 합의를 유도하는 행정지도를 한 결과 사업자들이 이를 기화로 공정거래법 제40조 제1항 각호의 1에 해당하는 사항에 관하여 별도의 합의를 한 때에는 부당한 공동행위에 해당하여 위법하다고 평가될 수 있는 여지도 있다.

4) 대법원과 공정거래위원회의 입장

이와 관련하여, 대법원은 해운법 등 다른 법령에서 경쟁제한을 허용하고 있는 모든 경우에 당연히 공정거래법 제116조를 적용하여 공정거래법을 면제하는 것이 아니라 경쟁제한을 인정해야 할 합리적인 이유가 있는 정당한 행위에 대해서만 필요·최소한의 범위에서 공정거래법의 적용을 면제해야 한다고 판시한 바 있다.³²⁾

즉, 두 가지 학설 중에서 협의설의 입장에 가까운 것으로 해석할 수 있다. 다른 법률에 공정거래법에서 금지하는 행위를 허용하는 규정이 있더라도 무조건 공정거래법 적용을 면제하는 것이 아니라 “경쟁제한을 인정해야 할 합리적인 이유가 있는 정당한 행위에 대해서만 필요·최소한의 범위”로 한정하여 해석하고 있다.

대법원은 이러한 입장을 일관되게 유지하고 있고, 공정거래위원회도 이 사건(공정거래위원회 의결 제2022-090호) 등에서 대법원의 입장을 전적으로 따르고 있다.³³⁾

물론 대법원과 공정거래위원회의 견해에 따르더라도, 해운법 소정의 공동행위가 “경쟁제한을 인정해야 할 합리적인 이유가 있는 정당한 행위에 대해서만 필요·최소한의 범위”에 포함되어 공정거래법 제116조 소정의 공정거래법 적용면제 규정이 적용될 수 있는 여지도 충분히 남아있다.

그러나 앞서 소개한 이러한 견해 대립에 따라 공정거래법 제116조에서 말하는 법령의 범위, 그리고 대법원과 공정거래위원회가 요구하는 “경쟁제한을 인정해야 할 합리적인 이

31) 대법원 2009.7.9. 선고 2007두26117 판결.

32) 대법원 1997.5.16. 선고 96누150 판결; 대법원 2005.8.19. 선고 2003두9251판결 등 다수.

33) 판결에 따르면, 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 매우 엄격하게 해석하고 있다고 한다. 이봉의, 「부당공동행위 및 사업자단체금지행위 관련 심결정리 및 분석」, 공정거래위원회 연구용역, 2007, 119~121면.

유가 있는 정당한 행위에 대해서만 필요·최소한의 범위”에 해당하기 위한 구체적인 요건 등이 명확하지 않다. 이러한 점으로 인해 해양수산부 및 해운업계와 공정거래위원회 사이의 논란이 커지고 있다.

(3) 외국의 사례 비교·검토

1) 검토의 필요성

우리나라에서 해운법 제29조와 공정거래법 제116조에서 해운분야에 공정거래법 적용을 배제하는 취지의 규정을 두고 있다. 그럼에도 불구하고 앞서 살펴본 바와 같이 그 적용범위 및 적용요건 등이 명확하게 규정되어 있지 않아 해석상 문제가 발생하고 있다.

미국과 일본도 우리나라와 비슷하게 해운분야의 공정거래법 적용을 배제하는 규정을 두고 있다. 이에 미국과 일본에서는 해운 공동행위에 대해서 어떠한 태도를 지니고 있는지, 우리나라와 같은 문제점은 발생하지 않는지 살펴본 필요성이 있다.

2) 미국

① 현행 미국 해운법의 태도

미국은 1890년 셔먼법(Sherman Act)³⁴⁾, 1914년 클레이턴법(Clayton Act)³⁵⁾, 연방거래위원회법(Federal Trade Commission Act)³⁶⁾ 등 3개 법령과 관련 관례법으로 구성된 반독점법을 두고 있는데, 해운에 관해서는 별도의 법률과 심사기관을 두고 있다.

미국법전 제46편에서는 해운에 관한 규정들을 두고 있는데, 여기서 해상운송 전반에 관해 규정하고 있다. 이 법은 기존의 선박과 해상운송에 관련된 여러 법률을 통합한 법률로 총 8개의 단(Subtitle)으로 구성되어 있는데, 그 중 Subtitle IV "해상운송의 규율"이 종래 "해상운송법(Shipping Act, 1984.03.20. 제정, 1998.10.14. 개정)"을 흡수·대체하도록 2018년 12월 개정되었다.

또한, 미국은 해운에 관한 별도의 독립적인 심사기관인 연방해사위원회(The Federal Maritime Commission; FMC)를 두어 선사들의 공동행위를 규율하고 있다.

34) 15 USC §§ 1-7.

35) 15 USC §§ 12-27, 29 USC. §§ 52-53.

36) 15 USC §§ 41-77.

연방해사위원회(FMC)에 대한 설립근거 및 권한 등에 관해서는 46 USC §301-308에서 규정하고 있으며, 해운에 관한 규제는 46 USC §§40101-44106에서 규정하고 있다. 또한, 해운에 관한 반독점법 위반사항에 대해서는 연방해사위원회에서 심사권한을 가지고 있다.³⁷⁾

미국 해운법 §40301에서 일반적인 해상운임, 총운임은 물론 선박량 및 기타의 서비스 조건(각종 부대비 포함)에 대한 공동논의, 결정, 통제를 허용함으로써 정기선사들이 해상 운송과 관련된 사실상 거의 모든 사안에 대해 공동행위를 할 수 있도록 허용하고 있다.³⁸⁾

국제 해상운임을 공동으로 논의하고 결정하는 것은 물론 일정한 방식으로 통제하는 것도 허용하며, 공동으로 최저운임을 결정·논의하는 행위도 물론 허용된다.

특히 “서비스계약(service contract)”, 즉 계약 화주와 협상을 통해 체결하는 운임 계약에 관해서는 그에 관한 어떠한 합의나 논의도 선박운송법의 대상이 되며, 경쟁법 적용 제외 대상으로 폭넓게 인정하고 있다.

또한, 미국 선박운송법 §40307(Exemption from antitrust law)은 정기선사 간 공동행위에 대한 경쟁법의 적용 면제에 관하여 구체적인 내용과 기준을 아래와 같이 명시적으로 규정하고 있다. §40307에 따르면, 기신고한 협약을 추구하기 위해 공동행위를 하였다고 볼 수 있는 합리적인 근거가 있는 경우에는 그러한 공동행위가 해운법에 의하여 금지되는 경우에도 경쟁법 적용이 면제된다.³⁹⁾

37) 반독점법이란 위에서 언급한 1890년 셔먼법, 1914년 클레이턴법, 연방거래위원회법 등을 모두 포함한다.

38) 미국해운법 §40301. AGREEMENTS WITHIN SCOPE OF ACT.

(a) 해상공동운송인(OCEAN COMMON CARRIERS) - 본 장은 해상공동운송인 사이의 합의에 대하여 적용된다(This part applies to agreements between or among ocean common carriers to-)

- (1) 해상운임에 대하여 공동 논의하고 합의하여 정하는 행위 및 해상운임을 일정한 방식으로 통제하는 행위(해상운임에는 각 운송구간의 운임에 접속비용까지 포함하여 청구하는 통운임도 포함됨), 선박량 및 기타의 서비스 조건에 대한 논의, 결정 및 통제(discuss, fix, or regulate transportation rates, including through rates, cargo space accommodations, and other conditions of service)
- (2) 선사들간 혹은 해운동맹에 의한 공동운영제 운항 또는 수지, 이윤, 손실 공동할당(pool or apportion traffic, revenues, earnings, or losses)
- (3) 기항항구를 할당하는 행위, 항구 간 운항 횟수 혹은 운항의 특성 등에 대한 통제(allot ports or regulate the number and character of voyages between ports)
- (4) 화물 혹은 승객의 특성이나 수량, 인원수에 대한 통제(regulate the volume or character of cargo or passenger traffic to be carried)
- (5) 동맹선사들간 혹은 선사들과 항만업자 사이에 독점적, 우선적 혹은 협조적인 작업 조건을 체결하는 행위(engage in an exclusive, preferential, or cooperative working arrangements between themselves or with a marine terminal operator)
- (6) 국제 해상운송에 있어서 경쟁을 방지하거나 규제하고 통제하는 행위(control, regulate, or prevent competition in international ocean transportation)
- (7) 서비스 계약 이용과 관련된 어떠한 합의나 논의(discuss and agree on any matter related to a service contract).

39) 2007년 미국 하원의 독점금지현대화위원회(Antitrust Modernization Commission)에서 제출한 보고서에서 해운의 경쟁법 제외를 주장하였고, 이후 지속적으로 해운의 공동행위 폐지 법률안이 발의된 바 있다. 김

이는 해운법의 전체적인 취지를 고려함과 동시에 정기선 서비스의 안정적인 제공을 위하여 공동행위가 필수적이라는 현실을 반영한 것인데, 어떠한 공동행위가 법 위반에 해당하더라도 경쟁법 적용 면제를 배제하는 연방해사위원회 또는 법원의 결정이 소급되지 않고 장래에 대해서만 효력을 미치게 된다.

② 최근 동향

해운에 대해 경쟁법 적용을 면제하는 미국 해운법의 태도는 최근 변화의 움직임이 있다. 미국의 해상운송법은 아직 입법과정이 완전히 끝나지 않았지만 최근 바이든 대통령이 당선된 이후 많은 변화가 생겼다.⁴⁰⁾

구체적으로 2021년 하원에서 발의한 2021년 해상운송개혁법(Ocean Shipping Reform Act of 2021; OSRA 2021)(H.R.4996)과 상원에서 발의한 2022년 해상운송개혁법(Ocean Shipping Reform Act of 2022; OSRA 2022)(S.3580)을 살펴볼 필요가 있다.⁴¹⁾

먼저, 상원에서 발의하여 2022년 6월 16일 입법된 2022년 해상운송개혁법(S.3580)은 ① 지체료와 체화료에 대한 조사 ② 지체료와 체화료에 대한 합리성 판단 ③ 불합리한 요금에 대한 반환 명령 등 FMC의 권한을 확대하는 것을 포함하고 있다. 그리고 정기선사, 해상터미널운행사 등에게 부당하게 화물공간을 거부하거나 차별하는 것을 금지하고 있다.

하원에서 발의한 2021년 해상운송개혁법(H.R.4996)에서도 FMC의 보고 및 긴급명령 등의 내용들이 포함되어 있다.

또한, 하원에서는 해운반독점강화법(Ocean Shipping Antitrust Enforcement Act; OSAE)(H.R. 6864)이 2022년 3월 1일 제출되었는데, 해운법상의 경쟁법 면제조항인 §40307을 삭제하는 것을 주된 내용으로 하고 있다. 그리고 이와 관련되어 하원 특별위원회는 2022년 3월 2일 머스크, CMA-CGM, 하파크로이드 등 3개 대형선사에게 운임인상, 부가운임 인상 등 관련 자료의 제출을 요청한 바 있다.⁴²⁾

인현·이현균, 앞의 논문, 197면.

40) 이에 대한 자세한 내용은 김인현, “김인현칼럼(83)/화주보호목적으로 반독점법 적용 및 해운법 개정하는 미국 동향”, 한국해운신문 2022년 4월 18일 기사, <<http://www.maritimepress.co.kr/news/articleView.html?idxno=309530>>, (최종 검색일 : 22년 4월 24일) 및 김인현·이정옥, “정기선 운항자에 대한 미국 경쟁법 적용 강화 동향에 대한 연구”, 「국제거래법연구」 제31권 제1호, 한국국제거래법학회, 2022, 547~571면 참조.

41) 하원에서 발의한 OSRA 2021은 2021년 12월 8일 하원을 통과하여 상원에 회부되었고, 상원에서 발의한 OSRA 2022는 2022년 3월 31일 상원을 통과한 상태이다.

42) 김인현·이정옥, 앞의 논문, 547~548면.

미국 내에서도 해운계의 반대가 있고, 상원과 하원을 통과하는 과정에서 법안의 수정이 있겠지만 미국이 정기선 해운에 대해서 경쟁법 적용을 면제하고 공동행위를 허용하였던 기존의 태도에 상당한 변화가 있다는 점은 분명해 보인다.

3) 일본

일본은 1949년 해상운송법(海上運送法) 제정 당시부터 정기선 해운 공동행위에 대하여 독점금지법 적용을 제외해오고 있다(해상운송법 제28조).⁴³⁾⁴⁴⁾ 일본 해상운송법에서는 정기선 해운 공동행위에 대한 독점금지법 적용 면제의 조건으로 국토교통대신에게 신고(해상운송법 제28조), 운임 공시(해상운송법 제19조의6), 불공정거래행위 등의 금지(해상운송법 제30조)⁴⁵⁾ 등을 제시하고 있다.⁴⁶⁾

또한, 불공정한 거래행위, 일정한 거래분야에서 실질적으로 경쟁을 제한하는 행위 등을 규제해 이용자의 이익을 해하는 것을 금지하고 있다. 이 경우 국토교통대신은 해상운송법

43) Yosuke Tanaka, "Maritime Competition Law", 「12th East Asia Maritime Law Forum」, Korea University Maritime Law Centre, 2019, p.121.

44) 일본 해상운송법 제28조(사적 독점의 금지 및 공정 거래의 확보에 관한 법률의 적용 제외)사적 독점의 금지 및 공정 거래의 확보에 관한 법률의 규정은 다음 조 제1항의 인가를 받아 실시하는 제1호부터 제3호까지의 행위 또는 제29조의2 제1항의 규정에 의한 신고를 하고 실시하는 제4호에 열거된 행위에는 적용하지 않는다. 다만, 불공정한 거래방법을 이용할 때, 또는 일정한 거래 분야에서 경쟁을 실질적으로 제한함으로써 이용자의 이익을 부당하게 해치게 되는 때, 또는 제29조의3 제4항(제29조의4 제3항에서 준용하는 경우를 포함한다)의 규정에 의한 공시가 있는 후 한 달이 경과한 때(제29조의3 제3항 또는 제29조의4 제2항의 정구에 따라 국토교통대신이 다음 조 제3항 또는 제29조의2 제2항의 규정에 의한 처분을 한 경우를 제외한다)는 그러하지 아니하다.

1. 운송수요의 감소로 인해 사업의 계속이 곤란하다고 예상되는 일본의 각 항구 간의 항로에서 지역 주민의 생활에 필요한 여객 수송을 확보하기 위해 해당 항로에서 사업을 경영하는 둘 이상의 일반여객 정기항로 사업자가 실시하는 공동 경영에 관한 협정의 체결
2. 일본 각 항구 간의 항로에서 여객의 편의를 증진하는 적절한 운항 일정 또는 운항 시각을 설정하기 위해 동일한 항로에서 사업을 경영하는 둘 이상의 일반여객 정기항로 사업자가 실시하는 공동 경영에 관한 협정의 체결
3. 일본의 각 항구 간의 항로에서 화물 운송의 이용자의 편의를 증진하는 적절한 운항 일정을 설정하기 위해 동일한 항로에서 사업을 경영하는 둘 이상의 일반여객 정기항로 사업자 또는 화물 정기항로 사업자가 실시하는 공동 경영에 관한 협정의 체결
4. 일본의 항구와 일본 이외의 지역의 항구 간의 항로에서 선박운항 사업자가 다른 선박운항 사업자와 맺는 운임 및 요금 기타 운송 조건, 항로, 배선 및 적재에 관한 사항을 내용으로 하는 협정 또는 계약의 체결 또는 공동행위.

45) 일본 해상운송법 제30조에서는 화주들의 이익을 보호하기 위해 선사에게 금지되는 행위를 구체적으로 규정하고 있는데, ① 화물량에 따라 화주를 차별하는 행위 ② 특정인, 지역, 운송방법을 부당하게 대우하는 행위 ③ 부당한 방법으로 공시된 운임률표에 따른 운임 또는 요금을 변경하는 행위 ④ 가입 신청에서 다른 가맹자와 부당하게 차별하는 행위 ⑤ 일본의 수출업자에게 외국의 경쟁자에 비해 부당한 운임 또는 요금을 설정하는 행위 ⑥ 운임환불제를 통해 화주에게 불이익을 주는 행위 등의 6가지가 금지된다. 김인현·이현균, 앞의 논문, 201면 참조.

46) 김인현·이현균, 앞의 논문, 200~201면.

제29조의2 제2항에 따라, 그 선박운항사업자에 대하여 그 행위를 변경하도록 명령하거나 금지해야 한다.⁴⁷⁾

국토교통대신이 해상운송법 제29조의2 제2항에 따른 조치를 하지 않는 경우, 공정거래위원회는 국토교통대신에게 시정조치 또는 금지를 청구할 수 있다(일본 해상운송법 제29조의4 제2항). 그리고 이러한 요청을 청구할 때는 이를 관보에 공시해야 한다(일본 해상운송법 제29조의4 제3항).⁴⁸⁾

4) 시사점

과거 전 세계적으로 경쟁법 적용배제 규정을 통하여 영향력을 발휘하였던 해운동맹은 1998년 미국 외항개혁법과 2006년 EU의 일괄면제규정 폐지로 인해 완전히 쇠퇴하였다. 그 이후 해운 얼라이언스의 형태로 해운선사 간의 협력형태가 유지되고 있지만, 세계적인 추세는 해운 공동행위에 대하여 더 이상 전면적인 경쟁법 적용 면제를 인정하지 않는다.⁴⁹⁾

즉, 국제적인 흐름을 고려할 때 해운분야도 더 이상 경쟁법 적용면제가 무제한적으로 인정되는 분야에 해당하지 않는다고 보아야 할 것이다.

미국과 일본은 여전히 해운 분야에 대한 경쟁법 적용을 면제하는 규정을 두고 있는데, 이들 국가도 해상운송법에 따라 연방해사위원회(FMC) 또는 국토교통대신에 의해 해운 공동행위를 엄격히 규제하고 있다.

먼저, 미국의 경우 연방해사위원회(FMC)에 의해 독점금지법 적용이 배제되는 것은 미국 해운법에서 보고 및 감시 그리고 처벌규정이 엄격히 이루어지고 있기 때문이다. 일본의 경우도 미국의 해운법과 같이 해운동맹 및 유사체제를 인정하면서도 그 내용에서는 실질적으로 해운동맹 및 유사체제를 제한하는 입장을 취하고 있다고 볼 수 있다. 게다가 국토

47) 일본 해상운송법 제29조의2 ① 선박운항 사업자는 제28조 제4호에 열거한 행위를 하거나 그 내용을 변경하고자 하는 때에는 미리 국토교통대신에게 신고하여야 한다.

② 국토교통대신은 전항의 규정에 의한 신고와 관련되는 행위의 내용이 전조 제2항 각호에 적합한 것이 아니라고 인정할 때에는 그 선박운항 사업자에 대하여 그 행위의 내용을 변경하도록 할 것을 명하거나 그 행위를 금지하여야 한다.

48) 일본 해상운송법 제29조의4 ① 국토교통대신은 제29조의2 제1항의 규정에 의한 신고를 수리하거나 동조 제2항의 규정에 의한 처분을 한 때에는 지체 없이 그 취지를 공정거래위원회에 통지하여야 한다.

② 공정거래위원회는 제29조의2 제1항의 규정에 의한 신고와 관련되는 행위의 내용이 제29조 제2항 각호에 적합한 것이 아니라고 인정하는 때에는 국토교통대신에게 제29조의2 제2항의 규정에 의한 처분을 할 것을 청구할 수 있다.

③ 전조 제4항의 규정은 전항의 청구에 대해 준용한다(공정거래위원회는 전항의 규정에 의한 청구를 한 때에는 그 취지를 관보에 공시하여야 한다).

49) 김인현·이현균, 앞의 논문, 204면.

교통대신이 해운 공동행위에 대하여 적절한 조치를 취하지 않는 경우 공정거래위원회가 시정조치 또는 금지 등의 조치를 요청할 수 있고, 1개월 동안 아무런 조치가 이뤄지지 않으면 직접 개입할 수 있는 규정을 두고 있다.

이처럼 미국과 일본은 해운 공동행위에 대해 일반 산업에 상응한 조치가 이뤄지기 때문에 경쟁법 면제 규정을 유지하는 정당성이 인정된다고 판단된다.⁵⁰⁾

그럼에도 불구하고, 미국 하원에서는 해운반독점강화법(Ocean Shipping Antitrust Enforcement Act ; OSAE)(HR 6864)이 2022년 3월 1일 제출되었고, 일본에서도 2008년 EU의 해운동맹에 대한 일괄면제 규정 폐지 이후 해운동맹 및 유사체제에 대한 독점금지법 적용면제 규정에 대한 유지 여부를 지속해서 심도 깊게 검토하고 있다.⁵¹⁾

(4) 공정거래법 제116조 적용에 대한 사건

공정거래법 제116조에 따라 해운에서 발생하는 모든 공동행위가 정당하기 때문에 해운 공동행위에 대해서 공정거래법 적용을 전면 배제해야 한다는 주장은 앞서 EU, 미국, 일본 등의 사례를 통해서 살펴보았듯이 국제적인 추세에서도 역행하는 주장이라고 생각된다.

EU에서는 2008년 정기선사 운임담합에 대한 경쟁법 일괄면제(Block Exemption)를 폐지하였다. 또한, 해운에 대해 경쟁법 적용을 면제했던 미국의 경우도 연방해사위원회라는 전담조직을 통해 일반 산업의 경쟁법과 유사한 제재를 가하고 있었다.⁵²⁾ 일본의 경우는 국토교통부에서 해운 공동행위를 허용하되, 국토교통대신이 해상운송법 제30조 등의 행위에 해당하여 경쟁을 제한하는지 또는 화주에게 피해를 주는지 등을 실질적으로 심사하고 시정조치, 금지 등을 명령할 수 있도록 하고 있다. 또한, 공정거래위원회가 국토교통대신에게 이러한 행위를 청구하고, 1개월 이상 아무런 조치가 없는 경우 직접 개입할 수 있는 규정을 두어 해운 공동행위를 규율하고 있다(일본 해상운송법 제29조의4). 심지어 미국과 일본에서도 이미 경쟁법 적용면제조항을 폐지한 EU의 경우와 같이 해운산업에 대한 경쟁법 적용면제 조항을 삭제하는 논의가 심도 깊게 진행되고 있다.

우리나라 공정거래위원회 입장에서도 특정산업에 대해서 무제한적으로 혜택을 주는 것은 부담스러운 것이 사실이다. 시장경제를 경제 질서의 기본으로 삼고 공정거래법을 통해서 경쟁원리를 확립해야 하는데, 합리적인 이유나 근거가 없이 기간산업이라는 이유만으로 해운산

50) 김인현·이현균, 앞의 논문, 209면.

51) 일본의 해운경쟁법에 대하여는 小塚, “海運同盟と競争政策”, 『海法大系(商事法務)』, 2003, 698면 이하 참조.

52) 김인현·이현균, 앞의 논문, 209면.

업에 대해 무제한적인 면제를 제공하는 것은 합당하지 않다는 비판을 받을 수 있다.⁵³⁾

물론 해운법 제29조가 공정거래법 제116조에서 말하는 “다른 법령에 따라 하는 정당한 행위”에 해당할 수 있다는 것은 분명히 타당한 주장이다. 그 근거는 1999년 2월 5일 시행된 「독점규제및공정거래에관한법률의적용이제외되는부당한공동행위등의정비에관한법률」의 내용을 통해서 추론할 수 있다. 이는 카르텔 규제에 대한 OECD의 요구에 따른 것인데, 앞서 언급한 EU, 미국, 일본 등의 공동행위에 대한 규제강화와 맥락을 같이 한다.⁵⁴⁾ 「독점규제및공정거래에관한법률의적용이제외되는부당한공동행위등의정비에관한법률」 제정 이전 다른 법령에서 허용하는 공동행위는 59개였는데, 이중 37개가 「독점규제및공정거래에관한법률의적용이제외되는부당한공동행위등의정비에관한법률」에 의해 일괄적으로 폐지되어 22개만이 남게 되었다.⁵⁵⁾ 이때, 해운법에 따른 공동행위의 허용은 그대로 유지되었기 때문에 공정거래법 제116조에서 말하는 ‘다른 법령’에 해당한다고 해석할 수 있을 것이다.

그렇다고 하더라도 해운법 제29조에서 말하는 모든 공동행위가 공정거래법 제116조에 따라서 정당하다고 할 수는 없고, 앞서 대법원과 공정거래위원회의 입장을 고려하여 해운 공동행위가 “경쟁제한을 인정해야 할 합리적인 이유가 있는 정당한 행위에 대해서만 필요·최소한의 범위”에 해당해야 할 것이다. 이는 항공과 보험 등 다른 산업영역에서도 산업의 특수성을 고려하여 제한적으로 공동행위를 허용하되 필요·최소한을 넘어서는 부당한 공동행위에 대해서 공정거래법을 적용하는 것이 공정거래법과 대법원의 일관된 입장이라는 점을 고려하면 더욱 명확해진다.⁵⁶⁾

따라서 현행 해운법 제23조 내지 제32조에 따라 사업의 개시, 과정과 종료 전반에 대해 해양수산부의 행정지도가 있었다는 이유로 경쟁제한을 인정해야 할 합리적인 이유가 있다는 해양수산부와 해운업계의 주장은 인정되기 어렵다고 생각된다.

해양수산부의 행정지도가 경쟁제한을 인정해야 할 합리적인 이유가 있다고 인정되기 위해서는 실질적으로 해양수산부가 해운 공동행위를 미국 연방해사위원회(FMC) 또는 일본 국토교통대신의 경우처럼 형식적인 측면과 함께 경쟁제한성 등 실질적으로 내용적인 측면

53) 동지 : 권오승·서정, 앞의 책, 567~578면.

54) OECD Document No. C (1998) 35/FINAL §I. A. 이에 대한 자세한 내용은 김원기, “경성카르텔(Hard Core Cartel)규제의 최근 동향”, 「통상법률」 통권 제39권, 법무부 국제법무과, 2001, 202면 이하 참조.

55) 김원기, “국제카르텔과 독점규제법”, 「기업법연구」 제19권 제1호, 한국기업법학회, 2005, 36면.

56) 항공사들의 항공화물운임 담합에 관한 대표적인 판결로는 대법원 2014.5.29. 선고 2012두25132 판결 등이 있고, 손해보험회사의 특약상품 등 공동행위에 관한 대표적인 판결로는 대법원 2006.11.23. 선고 2004두 8323 판결 등이 있다. 대법원은 일관되게 필요·최소한의 행위에 해당하지 않는 공동행위는 공정거래법 제116조(판결 당시 제58조)에서 말하는 ‘정당한 행위’에 해당하지 않는다고 공정거래법을 적용한 공정거래위원회의 승소를 선고하였다.

도 함께 규제해야 할 것이다.

요약컨대, 공정거래법 제116조는 해운법에 따른 절차적인 요소뿐만 아니라 실질적으로 경쟁제한을 인정해야 할 합리적인 이유가 있는 경우에 적용될 수 있다고 생각된다.

2. 해운 공동행위에 대한 부당한 공동행위 심사

(1) 문제의 소재

공정거래위원회 의결 제2022-090호에서는 해운 공동행위에 대하여 공정거래법 제116조 소정의 “다른 법령에 따른 정당한 행위”에 따른 정당한 행위로 평가되어 해운법이 아닌 공정거래법 제40조에 따른 부당한 공동행위 심사기준이 적용되었다.

이 경우에 공정거래위원회는 이번 해운 공동행위가 경성카르텔에 해당하는 가격담합에 해당하기 때문에 부당한 공동행위 심사기준 4단계 중에서 1단계에서 심사를 마쳤다. 이에 대해 해양수산부 및 해운업계는 경쟁제한성이 인정된다고 하더라도 해운의 특성을 고려하여 효율성증대 효과에 대한 판단이 제대로 이뤄지지 않았다고 비판하고 있다. 이하에서는 이에 대해서 살펴보고자 한다.

(2) 해석의 대립

1) 공정거래위원회의 입장

공정거래법 제40조 소정의 부당한 공동행위인지를 심사하기 위해서 공동행위 심사기준을 마련하고 있는데, 공동행위 심사기준은 위법성 심사를 1단계(공동행위의 성격 및 시장 분석), 2단계(경쟁제한 효과 분석), 3단계(효율성증대 효과 분석), 4단계(경쟁제한 효과와 효율성증대 효과의 비교형량)로 나뉘어 검토하고 있다.⁵⁷⁾

이때, 공정거래위원회는 경성 공동행위와 연성 공동행위를 구분하여 심사를 하고 있다. 경성 공동행위의 경우에는 공동행위 심사기준 1~4단계 중 1단계에서 심사를 마치고, 연성 공동행위의 경우에만 1~4단계 심사를 모두 거치고 있다. 이는 가격담합 등 경성 공동행위와 공동행위의 성격상 경쟁제한 효과만 발생시키는 것이 명백하다는 것을 전제하고 있다.⁵⁸⁾⁵⁹⁾

57) 이기수·유진희, 「경제법」 제9판, 세창출판사, 2012, 157면.

58) 이기수·유진희, 위의 책, 157면.

즉, 가격담합 등 경성 공동행위의 경우에는 경쟁제한성이 인정되는 경우 예외적으로 또는 특별한 사정이 있어야만 부당성을 부정할 수 있다는 것이다.⁶⁰⁾

2) 해양수산부의 입장

해운업계에서는 이번 공정거래위원회 의결이 공정거래법 제40조를 적용하여 부당한 공동행위 여부를 평가하면서 경쟁제한성만을 평가하고, 효율성 증대 효과에 대한 검토 및 판단을 하지 않았다는 점에 주목하였다. 이에 대해 해운법의 입법 목적을 고려할 때, 해상운임 공동행위로 인한 효율성 증대 효과를 해운산업과 정기선 서비스의 특성을 고려해서 판단했어야 한다는 비판도 다수 존재한다.⁶¹⁾

이러한 비판은 해운업계뿐만 아니라 일반적인 공정거래법학계에서도 제기되고 있다.⁶²⁾ 즉, 부당한 공동행위에 대해 경쟁제한성만을 평가할 것이 아니라 산업정책적, 공익적 요소도 고려하여 판단해야 한다는 것이다.⁶³⁾

(3) 부당한 공동행위 심사지침 판단에 대한 사건

이번 공정위 결정에서는 한-동남아 항로의 공동행위를 경성 공동행위에 해당하는 가격담합으로 단정하고 공동행위의 성격 및 시장 분석, 경쟁제한 효과 분석으로 위법성 심사를 마친 것으로 평가할 수 있다.

다만, 경성 공동행위 중에서도 효율성을 증대시키는 경제적 통합과 합리적으로 연관되어 추진되고, 효율성 증대 효과의 목적을 달성하기 위해 합리적으로 필요하다고 인정되는 경우에는 경제제한 효과와 효율성증대 효과 등을 종합적으로 고려하여 위법성 심사를 판단할 수 있다고 규정하고 있다.⁶⁴⁾

59) 경쟁제한만을 목적으로 하는 경성 공동행위의 경우에는 시장에 미치는 실제 효과나 관련시장의 획정을 거치지 않고도 규제하는 것이 세계적인 추세라는 견해가 있다. 이에 대한 자세한 내용은 한도율, “부당한 공동행위의 경쟁제한성과 일정한 거래분야”, 「강원법학」 제64권, 강원대학교 비교법학연구소, 2021, 415~458면 참조.

60) 정재훈, 「공정거래법 소송실무」 제2판, 육법사, 2017, 168면.

61) 김상만, “컨테이너 정기선사의 운임 공동행위에 대한 주요 쟁점”, 「2022년 봄철 한국해법학회 학술발표회 자료집」, 한국해법학회, 2022, 95~103면.

62) 이호선, “공정거래법 제19조상의 부당공동행위심사기준에 대한 비교법적 해석보완을 위한 연구”, 「저스티스」 통권 제105호, 한국법학원, 2008, 38면; 이승진, “부당성을 중심으로 한 공동행위 규제의 재검토”, 「경제법연구」 제14권 제2호, 한국경제법학회, 2015, 53~59면.

63) 이민호, “공동행위의 위법성 판단에 관한 판례상 법리 고찰”, 「사법」 제1권 제39호, 사법발전재단, 2017, 92면.

특히, 해운 산업의 경우는 가격 담합이라도 할지라도 위법성 심사 중 3단계에 해당하는 효율성증대 효과를 충분히 주장할 수 있는 여지가 있다고 생각한다. 특히, 정기선 해운의 경우 다수의 선박 및 컨테이너를 중복 또는 과잉 투자하여 선사들이 공멸하는 경우 소비자인 수출입업자에게도 큰 피해가 된다.⁶⁵⁾ 이는 최근 COVID-19로 인한 물류대란에서도 쉽게 알 수 있다. 이렇듯 중복비용을 제거하고 공동영업을 통해서 양질의 서비스를 수출입업자에게 제공하는 것도 효율성증대 효과로 볼 수 있지 않을까 생각된다.

물론, 이러한 효율성 증대 효과가 인정된다고 하더라도 경쟁제한성과 비교형량을 통해서 효율성 증대 효과가 더 높다고 평가되어야만 부당하지 않은 공동행위가 될 것이다.

한편, 공정거래위원회에서 판단하지 않은 쟁점이지만, 23개 선사들이 공동으로 합의 운임을 정하여 두고 이에 미치지 못하는 운임의 화주에 대해서는 그들의 화물의 선적을 거부하고, 심지어 특정 화주에 대해서는 합의 수준의 운임임에도 불구하고 본인들의 선적 부족을 이유로 운송을 거부한 행위도 살펴볼 필요가 있다. 이는 결과적으로 본인들의 합의에 반하는 화주단체에 대해 공동의 힘을 과시했고 이로 인해 화주에게 피해가 발생했다고 볼 수 있기에 해운법 제29조 제5항⁶⁶⁾ 제2호 또는 제3호를 위반한 것으로 볼 여지도 있지 않을까 생각된다.⁶⁷⁾

3. 과징금 확정 이후 주주대표소송 등의 책임추궁

공동행위로 인한 공정거래위원회의 과징금 또는 시정조치 등의 제재는 단순히 공정거래위원회 차원에서 끝나는 것은 아니고, 주주대표소송에 의한 책임추궁 등 회사법적인 문제

64) 이봉의, 앞의 보고서, 8면.

65) 공동행위를 통한 규모의 경제, 범위의 경제, 위험 배분, 지식·경험의 공동 활용에 의한 혁신 속도 증가, 중복 비용 감소 등 경제적 효율성을 통해서 상품 가격 하락, 품질·유통 속도의 제고 등 소비자 편익의 증가로 이어지는 경우 효율성증대 효과로 주장할 수 있다. 신동권, 「독점규제법」 제2관, 박영사, 2016, 492면.

66) 해운법 제29조(운임 등의 협약) ⑤ 해양수산부장관은 제2항에 따라 신고된 협약의 내용이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그 협약의 시행 중지, 내용의 변경이나 조정 등 필요한 조치를 명할 수 있다. 다만, 제3호에 해당하는 경우에 대한 조치인 때에는 그 내용을 공정거래위원회에 통보하여야 한다. <개정 2008. 2. 29., 2013. 3. 23., 2017. 3. 21.>.

1. 제1항 단서 또는 국제협약을 위반하는 경우

2. 선박의 배치, 화물적재, 그 밖의 운송조건 등을 부당하게 정하여 해상화물운송질서를 문란하게 하는 경우

3. 부당하게 운임이나 요금을 인상하거나 운항 횟수를 줄여 경쟁을 실질적으로 제한하는 경우.

67) 이현균, “컨테이너 정기선사의 운임 공동행위에 대한 주요 쟁점에 대한 토론문”, 「2022년 봄철 한국해법학회 학술발표회 자료집」, 한국해법학회, 2022, 110면.

들도 발생시킨다. 최근 대법원에서는 철강 산업의 가격 담합과 관련된 공정거래위원회 과징금 부과와 관련하여 담합을 방지할 수 있는 내부통제시스템을 구축해야 하는 것이 대표 이사의 감시의무의 내용에 포함되는지에 대하여 논의되었다. 이하에서는 대법원 2021.11.11. 선고 2017다222368 판결을 중심으로 담합행위와 관련된 회사법적 문제를 살펴보고자 한다.

철강제조 및 가공업을 하는 유니온스틸이 가격 담합과 관련하여 공정거래위원회에서 320억 상당의 과징금을 부과 받은 처분과 관련하여 주주가 대표이사에 대해 주주대표소송을 제기하였다.

대법원은 대표이사가 “4~5개의 사업자가 과점하는 철강 산업의 특성상 해당 업체들 사이에 담합의 형성 및 유지가 용이할 뿐 아니라 그 합의를 통하여 얻는 경제적 이익이 크므로 담합의 유인이 높다...(중략)...그럼에도 높은 법적 위험이 있는 가격담합 등 위법행위를 방지하기 위하여 합리적인 내부통제시스템을 갖추지 못했다.”고 하여 감시의무 위반으로 인해 회사에 대해 손해배상책임을 인정하였다.⁶⁸⁾

또한, 대법원 2022.5.12. 선고 2021다279347 판결에서는 이러한 준법감시를 위한 내부통제시스템을 구축하고 작동할 의무를 대표이사뿐만 아니라 비상임이사 및 사외이사에게도 확장하는 판결을 내린바 있다.⁶⁹⁾

한편, 주주대표소송은 발행주식의 총수의 1%를 보유한 주주(상법 제403조 제1항) 또는 상장회사의 경우 0.01%를 6개월 이상 보유한 주주(상법 제542조의6 제6항)가 제소할 수 있다.⁷⁰⁾ 그리고 2020년 12월 28일 시행된 개정상법에 따라 모회사 발행주식의 총수의 1%를 보유한 주주(상법 제406조의2) 또는 상장회사의 경우 0.05%를 6개월 이상 보유한 주주(상법 제542조의6 제7항)는 자회사에 대해서 다중대표소송을 제기할 수 있다.⁷¹⁾

앞에서 살펴보았듯이 공정거래위원회의 결정은 단순히 과징금 부과에서 그치는 것이 아니라 주주에 의해 주주대표소송 또는 다중대표소송을 통해서 대표이사를 비롯한 사외이사

68) 이 판결에 대한 자세한 평석으로는 최준선, “주식회사 이사의 감시의무와 이사회 의 중요성”, 「KLCA Issue Paper」 Vol.72, 한국상장회사협의회, 2022; 황현영, “이사의 감시의무와 내부통제시스템에 관한 연구”, 「법조」 제70권 제6호, 법조협회, 2021 참조.

69) 이현균, “2020년 개정상법상 다중대표소송에 대한 사후적 입법영향평가”, 「기업법연구」 제36권 제1호(통권 제88호), 한국기업법학회, 2022, 153면.

70) 이현균, “2020년 개정상법의 실무상 영향 검토 및 개선방안”, 「선진상사법률연구」 통권 제98호, 법무부 상사법무과, 2022, 65~66면.

71) 일반규정인 상법 제403조 및 상법 제405조의2와 상장회사 특례규정인 상법 제542조의6은 선택적으로 적용된다는 것이 2020년 상법 개정에서 명문화되었다. 이에 대해서는 6개월 보유기간 없이 자금이 풍부한 펀드들에 의해 이용당할 수 있다는 비판이 있다. 최준선, “최근 상법 개정안에 부쳐”, 「KEF e매거진」, 2020년 봄호(통권 제72호), 한국경영자총협회, 2020, 2~3면.

및 비상임이사 등 이사회 전체가 책임 추궁을 당할 여지도 있음을 의미한다.⁷²⁾

한-동남아 항로, 한-중 항로, 한-일 항로 등에서 이뤄지는 해운 공동행위가 공정거래법 제40조의 위반으로 평가되는 경우, 해운산업도 철강 산업과 마찬가지로 담합이 빈번하게 발생하는 산업으로 평가될 수 있기 때문에 대표이사는 이러한 해운 공동행위가 발생하지 않도록 내부통제시스템을 갖춰야 할 것이다. 이러한 내부통제시스템을 갖추지 않거나, 심지어 이번 사례와 마찬가지로 사장단회의 등에 직접 참여하여 해운 공동행위를 하는 경우에는 주주대표소송 내지는 다중대표소송에 의해 회사에 대한 손해배상책임을 부담하게 될 수도 있다.

또한, 과징금 부과는 국민연금에 의해 “비공개 대화 대상 기업”으로 지정되고 임원 선임 안전에 반대 의결권을 행사하는 등의 조치가 있을 수 있고, 소송 진행과정에서 회사 이미지가 추락 및 주가 하락 등의 불이익이 있을 수 있다.⁷³⁾

이에 대한 해운선사들의 대비가 필요할 것이다. 해운선사들도 단순히 해운 공동행위가 공정거래위원회의 과징금 부과 대상이 되는지에만 대응할 것이 아니라 ESG경영이 강조되는 최근의 추세 속에서 기업지배구조에 대한 개선 특히, 내부통제시스템 등에 대해서도 관심을 가져야 할 것이다.⁷⁴⁾

IV. 개선방안

1. 해운법 제29조에 따른 공동행위에 대한 합리적인 규율

(1) 검토의 배경

컨테이너 정기선 영업은 정해진 항로를 따라 공표된 선박에 컨테이너 박스를 실어 미리 정해진 입출항 시간을 준수하기 위해 컨테이너 박스와 컨테이너 선박이 다량 필요하기 때

72) 물론 공정거래위원회의 담합으로 인한 과징금 부과가 이사의 감시의무 위반으로 직접 이어지는 것은 아니다. 이에 대한 판단기준으로는 합리적인 정보 및 보고시스템과 내부통제시스템의 구축을 요구하는 Caremark 기준, 위법을 의심할 만한 사유, 회사의 영업상 가장 중요한 범규인지(mission critical) 등이 논의된다. 자세한 내용은 송옥렬, “이사의 감시의무와 내부통제시스템 구축의무”, 『기업법연구』 제36권 제1호(통권 제88호), 한국기업법학회, 2022, 9~42면; 최준선, 앞의 보고서, 11~14면 참조.

73) 최준선, 앞의 보고서, 19면.

74) 이에 대한 구체적인 논의로는 이현균, 「기업 컴플라이언스와 이사의 감시의무에 대한 연구」, 한국법학원 연구보고서 22-상-①, 한국법학원, 2022 참조.

문에 안정적인 영업을 위해 공동행위를 관행적으로 해왔고, 우리나라를 포함한 세계 각국은 이러한 해운 공동행위에 대해 경쟁법 적용면제를 부여해왔다.

하지만 최근 들어 EU에서 경쟁법 적용면제 규정을 폐지하였고, 미국에서도 해운산업에 대한 경쟁법 면제규정을 폐지하는 법률인 해운반독점강화법(OSAE)(HR 6864)이 하원에서 제출되었다. 그리고 일본에서도 독점금지법 면제규정의 유지 여부를 심도 깊게 논의하고 있다.

공정거래법 제116조 규정의 해석에 관하여, 해운법 제29조의 규정만으로 모든 해운 공동행위에 대해 공정거래법 적용이 면제된다는 견해⁷⁵⁾와 합리적인 근거가 있는 경우에만 공정거래법 적용이 제외된다는 견해⁷⁶⁾가 대립한다. 이러한 견해의 대립은 단순히 학설대립으로 그치는 것이 아니라 공정거래위원회와 해양수산부 양 부처 간 갈등 내지는 해운업계와 정부(공정거래위원회) 간의 갈등으로 심화되고 있다.

공정거래위원회 입장에서는 해양수산부와 해운계의 목소리를 완전히 무시하기도 어렵고, 그렇다고 특정산업에 대해서 무제한적으로 혜택을 주는 것은 부담스러운 것이 사실이다. 반면에 해운업계 입장에서도 최근 국제적인 추세가 바뀌고 있다고 하더라도 그동안 인정되어 온 해운 공동행위가 모두 부당한 것으로 인정되어서는 안 될 것이고, 해양수산부 입장에서도 해운법 제정목적에 고려하여 소관법률에 대한 권한을 적절히 행사해야 할 것이다.

(2) 해운법 제29조가 공정거래법 제116조의 적용대상인지 여부

앞서 살펴보았듯이 「독점규제및공정거래에관한법률의적용이제외되는부당한공동행위등의정비에관한법률」에서 해운법이 일괄폐지대상에서 제외되었기 때문에 여전히 공정거래법 제116조 소정의 “다른 법령”에 해당할 수 있다.

하지만 대법원과 공정거래위원회의 입장을 고려하여 해운 공동행위가 공정거래법 제116조 소정의 “다른 법령에 따른 정당한 행위”가 되기 위해서는 “경쟁제한을 인정해야 할 합리적인 이유가 있는 정당한 행위에 대해서만 필요·최소한의 범위”에 해당해야 할 것이다. 이는 항공, 보험 등 다른 산업에 대해서도 일관되게 유지되고 있다.

즉, 해운법 제29조에 따른 해운 공동행위는 공정거래법 제116조 소정의 ‘다른 법령에 따른 정당한 행위’에 해당할 수 있지만 경쟁제한을 인정해야 할 합리적인 이유가 있는 필요·최소한의 범위 내에서 행해지는 경우에 한하여 공정거래법 적용이 면제될 수 있다.

75) 김인현, 앞의 해운신문 칼럼, 2021.7.20.

76) 권오승·서정, 앞의 책, 567~568면.

(3) 필요·최소한의 행위에 대한 해석

이번 공정거래위원회 2022-090호 의결에서는 해운법에 따른 신고여부를 ‘필요·최소한의 행위’로 보았는데, 해운법 제29조의 규정을 살펴보면 해양수산부는 해운 공동행위 신고에 대한 실질적인 심사를 할 수 있는 절차 및 규정이 마련되어 있지 않다.

먼저, 신고수리기간을 단 2일로 규정하고 있고 수리 간주 규정을 두고 있기 때문에 해양수산부가 해운 공동행위에 대한 실질적인 검토를 하기는 매우 어렵다. 구체적으로 해양수산부는 신고를 받은 날로부터 2일 이내에 신고수리 여부를 신고인에게 통지해야 하고(해운법 제29조 제3항), 기한 내 신고수리 여부 또는 처리기간 연장 여부를 신고인에게 통지하지 않으면 다음 날에 신고를 수리한 것으로 본다(해운법 제29조 제4항). 또한, 해양수산부는 신고된 공동행위에 대해서 시행중지, 내용 변경, 조정 등 필요한 조치를 할 수 있는 권한을 가지고 있는데(해운법 제29조 제5항), 이에 대한 구체적인 검토 기준 또는 신고수리에 관한 절차 및 기준이 마련되어 있지 않아 형식적인 신고수리만이 이뤄질 수밖에 없는 것이 현실이다.

현행 해운법과 같이 해운 공동행위에 대해 해양수산부가 신고를 수리하는 과정에서 실질적으로 공동행위의 정당성을 평가할 수 있는 제도가 갖추어진 상태가 아니라면 앞으로도 공정거래위원회에서 공정거래법을 적용하여 해운 공동행위를 심사하는 경우가 지속적으로 발생할 수밖에 없을 것이다.⁷⁷⁾

한편, 공정거래위원회의 입장에서도 해운법 제29조에 따라 명시적으로 허용되는 외항 정기선 화물운송사업자에 대해 운임·선박배치·화물의 적재·그 밖의 운송조건에 관한 계약을 일반적인 공동행위와 동일하게 심사하는 것은 타당하지 않다.

실제로 공정거래위원회 2022-090호 결정에서는 해운 공동행위에 대하여 공정거래법 제116조 규정에도 불구하고 해운법이 아닌 공정거래법 제40조를 적용하여 부당한 공동행위 인지를 판단하였고, 공정거래법 제40조에 따른 부당한 공동행위 심사지침을 적용하면서 경성카르텔에 해당한다는 이유로 4단계 심사 중 1단계 심사로 판단을 종결하였다.

이에 해운업계 및 해양수산부에서는 공정거래법 제116조와 해운법 제29조에 따라서 해

77) 공정거래위원회 2014.11.25. 결정 2013구사2602(2014-259호)에서는 울릉도, 독도를 운항하는 여객운송사업자들이 사전회의를 통해 겨울철 비수기에 여객선의 운항회수를 줄이는 등 경쟁을 제한하는 행위를 했다는 이유로 과징금 부과 결정을 받은 바 있다. 이들은 해운법의 적용을 받는 여객운송사업자였지만 공정거래법(현행법률) 제40조 제1항에 따라 부당한 공동행위 여부를 판단받은 바 있다. 김인현·이현균, 앞의 논문, 210면.

양수산부가 해운 공동행위를 심사해야 하고, 공정거래법 제40조에 따라 부당한 공동행위를 판단하더라도 해운의 특성을 고려하여 3단계(효율성)와 4단계(경쟁제한성과 효율성의 비교·형량) 심사까지 했어야 한다고 주장하고 있다.

결국 공정거래위원회 2022-090호 의결 등 현재 발생하는 해운법과 공정거래법의 해석문제는 해운법 제29조 등에서 경쟁제한을 인정해야 할 합리적인 이유가 있는 해운 공동행위를 제대로 한정하지 못하고 있다는 입법의 미비, 공정거래위원회에서 공동행위 심사기준을 적용하면서 해운 공동행위를 일반적인 경성 공동행위와 동일하게 효율성 증대 효과에 심사를 거치지 않는 등 해운의 특성을 고려하지 않은 심사절차상의 문제가 주된 원인인 것이라고 생각된다.

(4) 해운 공동행위에 대한 합리적인 규율을 위한 개선방안

해운법과 공정거래법의 관계, 특히 해운법 제29조와 공정거래법 제116조의 관계에 대해서 서로의 해석이 다르고 불명확하기 때문에 혼란이 발생하고 있기 때문에 차라리 해양수산부와 공정거래위원회와 협의하여 해운산업과 정기선 서비스의 특성이 반영되는 동시에 전체 공정거래질서가 유지될 수 있도록 합리적인 규율방안이 마련되어야 할 것이다.

현행 해운법과 공정거래법 체계 내에서 이러한 문제를 해결하기 위해서는 해양수산부가 해운 공동행위를 미국 연방해사위원회(FMC) 또는 일본 국토교통성의 경우처럼 형식적인 측면과 함께 경쟁제한성 등 실질적으로 내용적인 측면도 함께 고려하여 해양수산부가 해운법에 따라 허용되는 해운 공동행위를 필요·최소한의 범위로 한정하는 것이 타당할 것이다.⁷⁸⁾

이를 위해서는 다음의 세 가지 방안 정도를 고려해볼 수 있다.⁷⁹⁾

① 미국과 같이 해양수산부 산하에 해운시장질서위원회를 두고 해운 공동행위에 대해서는 해양수산부가 관할하는 방안

② 일본과 같이 해운법에 구체적인 해운 공동행위의 제한사항 및 규제절차를 두어 해양

78) 형식적인 절차인 화주와의 협의, 해양수산부 신고 등에 대해서도 개선이 필요한데, 이에 대해서는 도선료를 결정하는 도선운영협의회의 사례를 참고하여 화주대표 3인, 운송인대표 3인, 관련전문가 3인 등 9인의 위원회를 만드는 방안 등을 고려할 수 있을 것이다. 김인현·이현균, 앞의 논문, 216~217면; 이현균·강동화, “도선선의 법률관계에 관한 고찰- 도선선 선원의 과실로 발생한 사고에 대한 배상책임을 중심으로 -”, 「한국해법학회지」 제41권 제1호, 2019, 230~231면 참조.

79) 김인현·이현균, 앞의 논문, 215면; 황진희 외, 「해상운임시장의 공정성 및 투명성 제고방안 연구」, 국토해양부 용역보고서, 2011, 144면; 박광서, “선화주 균형발전을 위한 해운법 및 독점규제법의 개정방향에 관한 연구”, 「무역상무연구」 제49호, 한국무역상무학회, 2011, 228~230면 등

수산부장관이 해운 공동행위를 규제하되, 공정거래위원회가 개입할 수 있는 경우를 명시하는 방안

③ 공정거래위원회 산업별 불공정위반 유형고시에 ‘해운분야’를 별도로 명시하여 모든 해운 공동행위에 대해서도 공정거래위원회가 규제하는 방안

세 가지 방안에 대해서 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

먼저, ①의 방안과 관련해서는 우리나라 공정거래위원회의 강력한 반대가 예상된다는 점, 그리고 해양수산부가 그동안 해운 공동행위를 산업정책 측면에서 허용해왔기 때문에 미국 연방해사위원회(FMC)와 같이 실질적인 경쟁제한성 등을 판단할 인력과 역량을 단기간으로 갖추기 어렵기 때문에 현실적으로 어렵다고 생각된다.

그리고, ③의 방안은 해운법 제29조에 따라 명시적으로 허용되는 해운 공동행위 및 이에 대한 해양수산부의 권한을 무시한다는 비판을 받기 쉽다. 결국 이는 해운법 제29조의 규정을 개정 또는 삭제하지 않는 이상 현재의 논란을 그대로 답습한다는 문제점이 있다. 다만, 현행과 달리 최소한 공정거래위원회가 공정거래법에 따라서 해운 공동행위를 심사하는 과정에서 해운의 특성을 반영하는 정도의 실익이 있을 것이다. 하지만 ③의 방안도 궁극적인 해결방안이 되지는 못할 것이라 생각된다.

①의 방안이든 ③의 방안이든 해운 공동행위에 대해 해운의 특성을 고려하여 공동행위의 경쟁제한성 내지는 부당성 심사가 이뤄질 수 있다는 점에서 고려 가능한 방안이기는 하지만, ①은 지나치게 해양수산부의 입장을, 반대로 ③은 지나치게 공정거래위원회의 입장을 고려하고 있다는 한계가 있다. 따라서 해운법과 공정거래법의 규정들을 모두 고려하여 해석하는 방안은 ②의 방안이라고 생각된다.

물론 ②의 방안에서도 공정거래위원회와 해양수산부의 권한 배분, 즉, 공정거래위원회가 개입할 수 경우 또는 방법을 어떻게 규정하는지, 그리고 해운 공동행위 심사를 어느 부처가 어떤 기준에 따라서 하는지에 따라서 여러 가지 방안이 파생될 수 있다.

이와 관련하여 2021년 7월 22일 발의된 해운법 일부개정법률안(위성곤의원 대표발의)이 발의된 바 있다.⁸⁰⁾ 위성곤 의원안에서는 해운 공동행위에 대하여 공정거래법 적용을 면제하고(위성곤 의원안 제29조 제7항), 공정거래위원회는 해운 공동행위가 공정거래법에 저촉된다고 판단하는 경우 해양수산부에 통보하고 필요한 조치를 요청할 수 있다고 규정하고 있다(위성곤 의원안 제29조 제8항). 즉, 이는 해운 공동행위에 대해서 해양수산부가 1차적

80) [의안번호 2111635] 해운법 일부개정법률안(2021.7.22. 위성곤의원 대표발의).

인 심사권한을 가지고 공정거래위원회는 경쟁당국으로서 공정거래법 저촉여부를 판단하되 해양수산부에 통보 및 필요한 조치 요청 등 부수적인 권한만 행사할 수 있도록 하는 것이 위성곤 의원안의 주된 내용이다.

하지만 이는 해양수산부가 신고여부에 대한 실질적인 판단을 할 수 있는 규정과 절차를 마련되지 않은 상황에서 실효성이 없다. 특히, 위성곤 의원안 제29조 제7항은 앞서 살펴본 바와 같이 EU 등 국제적인 추세에 역행하는 것이며 앞서 살펴본 ①의 방안과 같이 해양수산부의 입장에 치우쳐 공정거래위원회의 반발로 현실적으로 실현되기 어렵다고 생각된다.

그리고 위성곤 의원안 제29조 제8항에 따라 해양수산부가 공정거래위원회의 요청을 받고 필요한 조치를 하기 위해서는 최소한 공정거래법에 따른 공동행위 심사기준에 상응하는 판단기준이 있어야 할 것인데, 해운법 제29조에 따른 해운 공동행위 심사기준을 마련하는 것은 경쟁당국인 공정거래위원회와 해양수산부가 별도의 공동행위 심사기준을 운영하여 기관의 분화에 따른 혼란을 발생하게 할 우려가 있다.

이에 필자가 제안하고자 하는 구체적인 방안은 다음과 같다. 해양수산부는 해운 공동행위에 대해 해운법에 따른 권한을 행사하여 실질적으로 해당 공동행위가 해운법 제29조 제5항에 따라 정당한 행위인지를 심사하여 해운 공동행위를 수리 또는 시행중지, 내용 변경, 조정 등 필요한 조치해야 할 것이다. 이러한 실질적인 권한행사를 위하여 '해운법 제29조에 따른 해운 공동행위 신고요령'을 제정하는 것이 타당할 것이다. 그리고 공정거래위원회는 이러한 해양수산부의 1차적인 권한행사를 존중하되 해양수산부가 적절한 조치를 하지 않거나 부적절한 조치를 한 경우에만 공정거래법을 적용하여 개입하도록 하는 것이 타당할 것이라고 생각된다.

즉, 해운법 제29조 해운 공동행위에 대한 신고절차에서 수리 또는 시행중지, 내용 변경, 조정 등 필요한 조치를 할 수 있는 사전적인 심사권한은 해양수산부가 가지고, 공정거래위원회는 해양수산부의 권한을 존중하되 사후적으로 공정거래법 제116조 및 제40조, 그리고 공동행위 심사기준에 따라 해당 공동행위가 공정거래법에 따른 부당한 공동행위인지 여부를 판단하는 사후적인 심사권한을 가지는 것이 타당하다고 생각된다.

이를 보다 명확히 하기 위하여 일본의 사례와 위성곤 의원안 등을 참조하여 아래 <표-1> 해운법 제29조 개정(안)을 제시하였다.

〈표 1〉 해운법 제29조 개정(안)

현행	개정안
제29조(운임 등의 협약) ①·②(생략)	제29조(운임 등의 협약) ①·②(현행과 같음)
③ 해양수산부장관은 제2항에 따른 신고 또는 변경신고를 받은 날부터 2일 이내에 신고수리 여부를 <u>신고인</u> 에게 통지하여야 한다	③ ----- ----- 7일 ----- ----- <u>해양수산부 고시(해운 공동행위 신고요령)</u> 에 따라 검토하여 신고인과 공정거래위원회에 -----.
④ ~ ⑥(생략)	④ ~ ⑥(현행과 같음)
〈신설〉	⑦ 공정거래위원회는 제3항에 따라 통보받은 협약의 내용이 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」에 저촉된다고 판단되는 경우에는 해양수산부장관에게 그 사실을 통보하고 필요한 조치를 하도록 요청할 수 있다. 이때, 공정거래위원회는 해양수산부장관이 1개월 이상 필요한 조치를 하지 않는 경우 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」을 적용할 수 있다.

〈표 1〉에서 제시한 해운법 제29조의 개정과 함께 해운법 제29조 제3항에서 규정하는 해양수산부 고시 “해운 공동행위 신고요령”도 제정되어야 할 것이다. 이에 대한 내용은 아래 항을 바꾸어 서술하였다.

2. 해운법에 따른 공동행위 심사요령 제정

미국과 일본의 사례를 검토하면서 미국과 일본은 해운의 공동행위를 허용하면서 해운법에 따라서 해운 공동행위를 실질적으로 규제하고 있다고 언급하였는데, 우리나라 해운법 제29조에 따르더라도 해운 공동행위는 무제한으로 인정되는 것은 아니다.

우리나라 해운법 제29조 제5항에서 금지되는 해운 공동행위의 유형을 다음과 같이 나열하고 있다.

- ① 협약에 참가하거나 탈퇴하는 것을 부당하게 제한하는 행위(해운법 제29조 제1항 단서 및 제29조 제5항 제1호)
- ② 국제협약을 위반하는 경우(해운법 제29조 제5항 제1호)
- ③ 선박의 배치, 화물적재, 그 밖의 운송조건 등을 부당하게 정하여 해상화물물질을 문란하게 하는 경우(해운법 제29조 제5항 제2호)
- ④ 부당하게 운임이나 요금을 인상하거나 운항 횟수를 줄여 경쟁을 실질적으로 제한하

는 경우(해운법 제29조 제5항 제3호)

그리고 해운법 제29조 제5항을 위반하는 경우 해양수산부는 신고된 공동행위에 대해서 시행중지, 내용 변경, 조정 등 필요한 조치를 할 수 있는 권한을 가지고 있다(해운법 제29조 제5항).

하지만 이러한 금지되는 해운 공동행위에 대한 구체적인 판단기준 및 절차가 마련되어 있지 않아 실질적으로 해양수산부가 형식적인 공동행위 신고수리를 하고 있으므로 해양수산부 고시로 이러한 네 가지 금지되는 해운 공동행위에 대해 사전적인 심사를 할 수 있도록 해운 공동행위 심사요령이 마련되어야 할 것이다.

공동행위 심사요령에 포함되어야 할 대략적인 내용은 다음과 같다.

①의 경우는 이번 공정거래위원회 2022-090호 의결에서도 해운법에 따른 “필요·최소한의 행위”의 요건으로 검토된 바 있는데, 이에 대해서는 해양수산부가 협약서의 내용을 검토하여 공동행위 신고를 수리 또는 반려하는 과정에서 별도의 심사기준 없이 탈퇴금지 또는 탈퇴제한 규정 여부를 심사하면 될 것이다.

또한, ②의 경우는 앞서 언급한 “1974년 유엔 정기선 현장(UN Liner Code 1974)” 등의 국제협약의 내용을 반영하여 그 위반여부를 판단하면 될 것이다.

필자가 특별히 주목하고 싶은 것은 ③과 ④의 경우인데, 해상화물운송질서를 문란하게 하는 경우 또는 경쟁을 실질적으로 제한하는 경우를 해운 공동행위 신고과정에서 사전에 확인하는 것은 매우 어려울 것이다.

하지만 해양수산부가 다수의 해운 공동행위 신고사항을 접수하고 수리여부를 판단하면서 통상적인 수준을 벗어나는 경우 또는 화주협회 등 이해관계인의 민원 접수 등 표면적으로 문제가 발생하는 경우 등은 사전에 파악할 수 있을 것이다. 이와 관련하여 해운법 시행령 제14조에서는 운임공표 등에 관한 조치로써 이해관계인들에 대한 의견청취를 규정하고 있다.⁸¹⁾ 이러한 의견청취 등을 통해서 사전검토를 할 수 있을 것이다.

사후적으로 해운 공동행위가 실질적으로 경쟁을 제한하는지는 앞서 언급했듯이 공정거래위원회에서 판단하게 될 것이고 이때 구체적인 사실관계에 대한 조사가 진행될 것이므로 신고처리과정에서는 통상적인 수준을 일탈하거나 표면적인 문제가 있는 경우 정도를 파악하는 정도로도 충분할 것이다.

81) 해운법 시행령 제14조에서 “해양수산부장관이 사전에 이해관계인들의 의견을 들어야 한다.”라고 규정하고 있는데, 운임 및 요금의 공표 위반에 대한 대응조치도 마련되어야 할 것이다. 이종덕, “해운법 개정에 관한 국제물류주선업자의 법적지위”, 「안암법학」 제59호, 안암법학회, 2019, 216면.

중요한 것은 해양수산부가 해운법 제29조에 따라 실질적으로 해운 공동행위 신고에 대한 사전적인 판단을 통해 해운 공동행위에 대한 사전적인 규제권한을 행사하여 해운 공동행위가 필요·최소한으로 이뤄지도록 하는 것이다.

그리고 해양수산부가 해운법 및 해운 공동행위 신고요령에 따라서 해운 공동행위를 사전에 심사하는 과정에서 의심스러운 경우 또는 공정거래위원회 전문적인 판단이 필요한 경우에는 개정안 제29조 제3항에 따라 공정거래위원회에 통보하는 과정에서 이를 함께 통보할 수 있을 것이다. 이 경우 개정안 제29조 제7항에서 규정한 1개월의 기간이 경과하지 않더라도 공정거래위원회가 개입할 수 있도록 하는 방안도 검토해볼 수 있을 것이다. 이는 경쟁당국인 공정거래위원회의 권한을 인정하되 해운법을 「독점규제및공정거래에관한법률의적용이제외되는부당한공동행위등의정비에관한법률」의 일괄폐지 카르텔에 포함하지 않았던 취지를 모두 반영할 수 있는 방안이라고 생각된다.

3. 해운의 특성을 고려한 공동행위 심사기준 적용

공정거래위원회는 가격담합 등 경성 공동행위의 경우 1단계 심사로 심사를 종결할 수 있다고 나와 있다.⁸²⁾ 이는 경성 공동행위는 친경쟁적 효과 또는 효율성 증대 효과가 전혀 없으므로 면밀한 경제적 효과 분석이 필요 없다는 미국의 ‘당연위법의 법리(Per se illegal)’가 적용된 결과이다.⁸³⁾ 이러한 심사로써는 컨테이너 정기선운송사업 등 해운의 특성을 제대로 고려하지 못할 가능성이 크다.

한편, 경성 공동행위에 대해서 당연위법의 법리를 그대로 적용해야 하는가에 대해서 공정거래법학계에서도 많은 논의가 있었고, 공정거래위원회와 대법원은 연성 공동행위와 경성 공동행위를 구분하지 않고 경쟁제한성을 판단하기 위한 전제로 관련 시장의 획정을 요구하고 있다.⁸⁴⁾⁸⁵⁾ 또한, 공동행위 심사기준⁸⁶⁾에 따라서도 경성 공동행위 중에서도 효율성을 증대시키는 경제적 통합과 합리적으로 연관되어 추진되고, 효율성 증대 효과의 목적을 달성하기 위해 합리적으로 필요하다고 인정되는 경우에는 경제제한 효과와 효율성증대 효

82) 공동행위 심사기준 IV.

83) 이황, 「공동행위 심사기준 개선방안 연구」, 공정거래위원회 연구용역 보고서, 2008, 58면.

84) 심재한, “부당한 공동행위와 관련시장의 획정”, 「고려법학」 제74호, 고려대학교 법학연구원, 2014, 495~496면.

85) 가격담합과 같이 경쟁을 제한하는 본질을 가지고 있는 경성 공동행위의 경우 관련 시장의 획정 또는 산업적 특성 등을 고려하는 것이 반드시 필요한 것은 아니라는 반대견해도 있다. 황태희, “부당한 공동행위에서의 관련시장 획정 - 유료 담합사건을 중심으로 -”, 「안암법학」 제43권, 안암법학회, 2013, 1013~1014면.

86) 공동행위 심사기준 V. 1. 가. (5).

과 등을 종합적으로 고려하여 위법성 심사를 판단할 수 있다고 규정하고 있다.⁸⁷⁾

사후적으로 공정거래위원회 공정거래법에 따른 공동 행위심사기준을 적용하여 해운 공동행위의 경쟁제한성을 평가한다면 해운 정기선 시장의 특징을 고려하여 운임 공동행위 즉, 경성 공동행위에 해당하더라도 반드시 4단계 심사를 거치도록 해야 할 것이다.⁸⁸⁾

그리고 특별히 해운 공동행위를 심시할 때 가장 고려할 점은 3단계 효율성 증대효과를 검토할 때 가격안정성 효과 등 소비자 후생효과에 대한 검토가 실질적으로 이뤄져야 할 것이다.⁸⁹⁾ 구체적으로 3단계 효율성 증대 효과를 고려할 때 공동행위를 통해 수출입화물 운송가격 안정화 효과가 있었는지, 그리고 이로 인해 소비자인 수출입업자들이 얼마나 수혜를 받는지가 2단계 경쟁제한성과 비교·형량하여 판단될 수 있어야 할 것이다.

V. 결론

컨테이너 정기선 영업은 정해진 항로를 따라 공표된 선박에 컨테이너 박스를 실어 미리 정해진 입출항 시간을 준수하기 위해 컨테이너 박스와 컨테이너 선박이 다량 필요하기 때문에 안정적인 영업을 위해 공동행위를 관행적으로 해왔고, 우리나라를 포함한 세계 각 국은 이러한 해운 공동행위에 대해 경쟁법 적용면제를 부여해왔다. 우리나라도 공정거래법 제116조와 해운법 제29조의 규정을 두어 해운 공동행위에 공정거래법 적용을 면제할 수 있는 취지의 규정을 두고 있었다.

하지만 최근 들어 EU, 미국, 일본 등에서는 이러한 흐름의 변화가 있었다. 또한, 우리나라 공정거래위원회 2022-090호 의결 등에서 보듯이 모든 해운 공동행위가 허용된다고 보기는 어려운 것이다.

따라서 현재의 문제를 해결하기 위해서는 대법원과 공정거래위원회의 일관된 입장과 같이 해운법 제29조에 따른 필요·최소한의 해운 공동행위가 무엇인지를 명확하게 규정하는

87) 이봉의, 앞의 보고서, 8면.

88) 물론 소비자 후생 효과가 전혀 없는 노골적 경쟁제한 합의 등의 경성 공동행위는 효율성 증대를 비교·형량하여 허용되는 문제가 발생되어서는 안되므로 1단계 심사로 종료되어야 할 것이다. 오승한, “독점규제법상 공동행위에 대한 위법성 판단 방법의 문제”, 『경쟁법연구』 제20권, 한국경쟁법학회, 2009, 227~231면.

89) 해운에서의 운임 공동행위는 경쟁제한효과에도 불구하고 정기선 시장의 안정적 운영, 특히 서비스 제공의 안정성 및 가격의 안정성을 통해 수출입업자들에게 주는 혜택도 크다고 한다. 공정거래위원회 제재 이후 글로벌 얼라이언스 소속 해운선사들이 한국 기항을 축소하는 등의 사태가 발생하는 경우 오히려 수출입업자들에게 큰 피해가 될 수 있다는 주장도 존재한다. 고병욱, 「컨테이너 해운시장의 안전적 발전을 위한 정기선사 공동행위에 대한 이해 및 정책 제언」, KMI Position Paper, 한국해양수산개발원, 2021, 28면.

것이 필요할 것이다. 이번 공정거래위원회 2022-090호 의결에서는 필요·최소한의 행위를 단순히 해양수산부에 신고했는지 여부로 판단했으나, 실질적으로 해양수산부가 권한을 행사하기 위해서는 해양수산부 고시인 해운 공동행위 신고요령을 제정하여 해운법 제29조 제5항에서 금지하는 해운 공동행위에 대한 사전규제를 해야 할 것이다. 그리고 공정거래위원회는 경쟁당국으로 사후적으로 해운 공동행위를 규제함에 있어서 공정거래법 제116조에 따라 필요·최소한의 행위인지 여부를 판단함에 있어서 해양수산부의 권한을 존중하되 공정거래법에 저촉되는 경우에는 공정거래법 제40조 및 공동행위심사기준을 적용하여 사후적으로 규제해야 할 것이다. 다만, 이때 특별히 해운 공동행위를 심사함에 있어서 공동행위 심사기준에 따른 4단계의 위법성 심사기준을 모두 판단하되 3단계 효율성 증대 효과를 검토할 때 해운의 특성을 충분히 반영될 수 있도록 해야 할 것이다.

한편, 해운선사들도 단순히 해운 공동행위가 공정거래위원회의 과징금 부과 대상이 되는지에만 관심을 가질 것이 아니라 ESG경영이 강조되는 최근의 추세 속에서 기업지배구조에 대한 개선 특히, 내부통제시스템 등에 대해서도 관심을 가져야 한다. 최근 대법원 2021.11.11. 선고 2017다222368 판결과 대법원 2022.5.12. 선고 2021다279347 판결에서는 가격 담합으로 공정거래위원회로부터 과징금을 부과받은 것이 사전에 이를 방지하기 위한 내부통제시스템을 갖추지 못한 대표이사의 감시의무 위반이라는 판결을 내린 바 있다. 그리고 그러한 내부통제시스템 구축은 대표이사뿐만 아니라 평이사, 사외이사까지도 책임을 져야한다는 판시가 내려졌다. 또한, 과징금 부과는 국민연금에 의해 “비공개 대화 대상 기업”으로 지정되고 임원 선임안건에 반대 의결권 행사 등의 조치, 소송 진행과정에서 회사 이미지 및 주가 하락 등의 불이익이 있을 수 있다.⁹⁰⁾

이처럼 해운산업도 더 이상 경쟁법 적용이 완전히 면제되는 산업이 아니라는 것은 국제적으로도, 국내적으로도 거스를 수 없는 추세이며, 해운기업들도 ESG경영, 기업지배구조 개선 등의 규제에서 자유로울 수 없다.

해운산업은 우리나라 기간산업으로 그 중요성은 여러 번 강조해도 지나치지 않을 것이다. 하지만 해운산업에 대한 보호 및 육성을 위한 정부의 정책이 선사에게만 혜택을 주는 방향으로서는 이뤄지는 것은 타당하지 않다. 단순히 선사가 자신의 이익을 보존하기 위한 방법으로 행하는 공동행위는 국제적인 추세는 물론 우리나라 사정을 고려할 때도 더 이상 받아들이기 힘들다. 공정한 경쟁질서 속에서 화주와 선사가 상생하고, 변화하는 흐름에 선

90) 최준선, 앞의 보고서, 19면.

제적으로 대응하는 해운기업만이 세계 해운시장에서는 물론 국내 해운시장에서 생존할 수 있을 것이다.

해양수산부 또한 국내 해운선사들을 위해 법·제도적 지원방안을 면밀하게 검토하여 합리적인 방향의 지원 및 법적 개선이 이뤄져야 할 것이다. 또한, 해운 공동행위와 관련된 연구가 지속적으로 이뤄져 이에 대한 합리적인 개선에 도움이 되길 바란다.

■ 참고문헌

1. 단행본

- 권오승·서정, 「독점규제법 : 이론과 실무」, 법문사, 2016.
신동권, 「독점규제법」 제2판, 박영사, 2016.
이기수·유진희, 「경제법」 제9판, 세창출판사, 2012.
정재훈, 「공정거래법 소송실무」 제2판, 육법사, 2017.

2. 연구논문 및 보고서

- 고병욱, 「컨테이너 해운시장의 안전적 발전을 위한 정기선사 공동행위에 대한 이해 및 정책 제언」, KMI Position Paper, 한국해양수산개발원, 2021.
김상만, “컨테이너 정기선사의 운임 공동행위에 대한 주요 쟁점”, 「2022년 봄철 한국해법학회 학술발표회 자료집」, 한국해법학회, 2022.
김원기, “경성카르텔(Hard Core Cartel)규제의 최근 동향”, 「통상법률」 통권 제39권, 법무부 국제법무과, 2001.
김원기, “국제카르텔과 독점규제법”, 「기업법연구」 제19권 제1호, 한국기업법학회, 2005.
김인현, “김인현칼럼(77)/공정위 과징금부과는 입법적 불비와 2자물류회사의 존재 미반영에 있다”, 한국해운신문 2021.7.20. 칼럼,
<<http://www.maritimepress.co.kr/news/articleView.html?idxno=305778>>.
김인현, “김인현칼럼(83)/화주보호목적으로 반독점법 적용 및 해운법 개정하는 미국 동향”, 한국해운신문 2022년 4월 18일 기사,
<<http://www.maritimepress.co.kr/news/articleView.html?idxno=309530>>.
김인현·이정옥, “정기선 운항자에 대한 미국 경쟁법 적용 강화 동향에 대한 연구”, 「국제거래법연구」 제31권 제1호, 한국국제거래법학회, 2022.
김인현·이현균, “정기선해운에 대한 경쟁법 적용과 개선방안”, 「유통법연구」 제7권 제2호, 한국유통법학회, 2020.
박광서, “선화주 균형발전을 위한 해운법 및 독점규제법의 개정방향에 관한 연구”, 「무역상무연구」 제49호, 한국무역상무학회, 2011.
송옥렬, “이사의 감시의무와 내부통제시스템 구축의무”, 「기업법연구」 제36권 제1호(통권 제88호), 한국기업법학회, 2022.
심재한, “부당한 공동행위와 관련시장의 획정”, 「고려법학」 제74호, 고려대학교 법학연구원, 2014.
오승한, “독점규제법상 공동행위에 대한 위법성 판단 방법의 문제”, 「경쟁법연구」 제20권, 한국경쟁법학회, 2009.
이민호, “공동행위의 위법성 판단에 관한 관례상 법리 고찰”, 「사법」 제1권 제39호, 사법발전

- 재단, 2017.
- 이봉익, 「부당공동행위 및 사업자단체금지행위 관련 심결정리 및 분석」, 공정거래위원회 연구용역, 2007.
- 이종덕, “해운법 개정에 관한 국제물류주선업자의 법적지위”, 「안암법학」 제59호, 안암법학회, 2019.
- 이현균, “2020년 개정상법상 다중대표소송에 대한 사후적 입법영향평가”, 「기업법연구」 제36권 제1호(통권 제88호), 한국기업법학회, 2022.
- 이현균, “2020년 개정상법의 실무상 영향 검토 및 개선방안”, 「선진상사법률연구」 통권 제98호, 법무부 상사법무과, 2022.
- 이현균, 「기업 컴플라이언스와 이사의 감시의무에 대한 연구」, 한국법학원 연구보고서 22-상-①, 한국법학원, 2022.
- 이현균, “컨테이너 정기선사의 운임 공동행위에 대한 주요 쟁점에 대한 토론문”, 「2022년 봄철 한국해법학회 학술발표회 자료집」, 한국해법학회, 2022.
- 이현균·강동화, “도선선의 법률관계에 관한 고찰- 도선선 선원의 과실로 발생한 사고에 대한 배상책임을 중심으로 -”, 「한국해법학회지」 제41권 제1호, 2019.
- 이호선, “공정거래법 제19조상의 부당공동행위심사기준에 대한 비교법적 해석보완을 위한 연구”, 「저스티스」 통권 제105호, 한국법학원, 2008, 38면; 이승진, “부당성을 중심으로 한 공동행위 규제의 재검토”, 「경제법연구」 제14권 제2호, 한국경제법학회, 2015.
- 이 황, 「공동행위 심사기준 개선방안 연구」, 공정거래위원회 연구용역 보고서, 2008.
- 정진욱, “해운동맹 관련 규제동향과 우리나라에서의 향후 규제방향 연구”, 「한국해법학회지」 제33권 제2호, 2011.
- 최준선, “주식회사 이사의 감시의무와 이사회의 중요성”, 「KLCA Issue Paper」 Vol.72, 한국상장회사협의회, 2022.
- 최준선, “최근 상법 개정안에 부쳐”, 「KEF e매거진」, 2020년 봄호(통권 제72호), 한국경영자총협회, 2020.
- 최하진, “국제연합정기선 동맹헌장에 관한 일고찰”, 성균관대학교 무역학석사 학위논문, 1985.
- 한도율, “부당한 공동행위의 경쟁제한성과 일정한 거래분야”, 「강원법학」 제64권, 강원대학교 비교법학연구소, 2021.
- 황진희 외, 「해상운임시장의 공정성 및 투명성 제고방안 연구」, 국토해양부 용역보고서, 2011.
- 황태희, “부당한 공동행위에서의 관련시장 확정 - 음료 담합사건을 중심으로 -”, 「안암법학」 제43권, 안암법학회, 2013.
- 황현영, “이사의 감시의무와 내부통제시스템에 관한 연구”, 「법조」 제70권 제6호, 법조협회, 2021.
- Yosuke Tanaka, “Maritime Competition Law”, 「12th East Asia Maritime Law Forum」, Korea

University Maritime Law Centre, 2019.

小塚, “海運同盟と競争政策”, 「海法大系(商事法務)」, 2003.

3. 기타 자료

뉴시스 2022년 6월 9일 기사, “한일·한중 운임 17년간 담합 해운사 무더기 적발…과징금 800억”,

〈https://newsis.com/view/?id=NISX20220609_0001901487&cID=10401&pID=10400〉

동아일보 2022년 1월 18일 기사, “‘운임 담합’ 23개 해운사 과징금 8000억→962억 ‘뚝’”,

〈<https://www.donga.com/news/article/all/20220118/111301449/1>〉.

매일경제 2022년 1월 18일 기사, “해운담합 과징금 962억…국내외 선사들 “소송 불사” 반발”,

〈<https://www.mk.co.kr/news/economy/view/2022/01/54183/>〉.

코리아슈핑가제트 2016년 12월 1일 기사, “마이너스운임에 해운재판까지 콘솔업체 ‘고민 가중’”,

〈https://www.ksg.co.kr/news/main_newsView.jsp?bbsID=news&bbsCategory=KSG&categoryCode=all&backUrl=main_news&pNum=111255〉.

OECD Document No. C (1998) 35/FINAL.

■ Abstract

A Study on Price Cartel of Container Liner Shipping Company*

Lee, Hyeon Kyun**

Companies operating in the liner shipping industry must adhere to a fixed route, load containers onto predetermined ships, and observe predetermined arrival and departure times. To load the cargo onto the ocean liner, a large number of container boxes and container ships are required. Consequently, liner shipping companies have developed various cooperative systems such as shipping alliances, consortiums, and alliances among themselves to reduce costs and increase profits.

HMM in Korea, for example, participates in various types of shipping alliances, including THE Alliance, 2M, Ocean Alliance, etc. Moreover, a variety of forms of cooperation are currently taking place along the Korea-Southeast Asian route, Korea-Japan route, and Korea-China route.

It was decided by the Fair Trade Commission on April 11, 2022, that the joint action of 23 shipping companies on the Korea-Southeast Asia route which had been maintained for about fifteen years was unfair, ordered its correction, and imposed a penalty of 96.2 billion won. In reaching this decision, the Fair Trade Commission examined the relationship between Article 116 of the 『Monopoly Regulation and Fair Trade Act』 and Article 29 of the 『Marine Transportation Act』. As part of its review, the Fair Trade Commission examined the application of Article 116 of the 『Monopoly Regulation and Fair Trade Act』 relative to the unfair joint conduct examination standards for shipping joint actions.

A discussion of the legal issues relating to the above decision of the Fair Trade Commission of 11 April 2022, no. 2022-090, was presented in this article. Additionally,

* Supported by a Korea University Grant.

** Senior Research Fellow, Korean Society of Law Inc. Commercial Law Team / Ph.D in Law.

this article offers implications based on the U.S. and Japan case and provides a rational interpreting method to resolve the dispute between the Fair Trade Commission and the Ministry of Oceans and Fisheries that has been revealed by this decision.