

## 공정거래법상 부당한 경쟁제한의 의미

- 항공화물 유류할증료 담합사건을 중심으로 -

이창재\*

### 목 차

- I. 들어가며
- II. 대상판결의 개관
- III. 항공화물과 공정거래법
- IV. 유류할증료 담합에 관한 공정거래법의 적용 및 한계
- V. 맺음말

---

\* 성균관대학교 법학연구소 박사후연구원, 법학박사.

## I. 들어가며

공정거래법<sup>1)</sup>에서 규제산업이란 그 산업의 특수성으로 인하여 법령에 따른 정부규제가 경쟁을 전면적으로 혹은 부분적으로 대신하는 산업을 말한다.<sup>2)</sup> 운송업은 에너지산업, 방송통신업, 금융업, 보험업 등과 함께 대표적인 규제산업에 해당한다. 항공운송업도 예외가 아닌데, 특히 항공법에 따르면 항공운송사업을 경영하려는 자는 국토교통부장관의 면허를 받아야 하므로<sup>3)</sup> 이에 따라 항공운송 산업은 원칙적으로 일정한 진입장벽이 존재하는 과점시장이라 할 수 있다.

이러한 항공운송산업에서 공정거래법과 관련하여 최근에 쟁점이 된 것이 항공화물의 유류할증료 담합사건이다. 90년대 말부터 지속적으로 상승하기 시작한 국제유가에 대응하여 각 항공사들이 유류비를 기존에 할인율 경쟁의 대상이었던 기본요금에서 제외하여 할인율을 적용하지 않는 기타요금에 편입하기 시작하였던 것이다. 특히 지난 1997년 IATA에서 다수의 항공사들이 유류할증료를 공동으로 도입 및 시행하기로 결의하였으나<sup>4)</sup> 그러한 결의에 대해 미국 정부가 반독점면제(ATI)를 불허하였고, 이후 유류할증료와 관련된 여러 항공사들의 공동행위에 대해 공정거래법 위반의 문제가 거론되기 시작하였다. 본고는 이와 같은 일련의 과정들을 항공화물의 특징, 유류할증료의 도입배경과 운영상황에 비추어 살펴보았다.

한편, 본고에서 다루는 사안은 원고 항공사가 다수 항공사들과 공동의 합의 하에 일본발 한국행 항공화물에 유류할증료를 도입 및 시행하는 행위가 문제되었다.<sup>5)</sup> 원고는 당해 행위가 항공법이나 항공협정 등 법령에 따른 정당한 행위에 해당하고, 외국에서 발생한 당해 공동행위가 국내시장에 영향을 주지 않으므로 공정거래법의 역외적용이 타당하지 않다고 주장하였다. 이에 대해 법원은 이러

1) '독점규제 및 공정거래에 관한 법률' (법률 제13071호, 2015.1.20., 일부개정). 이하 본고에서는 간략히 '공정거래법'으로 지칭하고자 한다.

2) 권오승, 「경제법(제12판)」 법문사(2015), 143면.

3) 항공법 제112조 제1항.

4) IATA Resolution 116ss.

5) 본 건 이외에도 다수의 항공화물 유류할증료 담합사건이 공정거래위원회와 대법원의 판단을 받았다. 우선 본 사안의 원고가 관련된 사건으로 한국발 일본행 항공화물에 대한 대법원 2014.5.16. 선고 2012두13689 판결이 있고, 그 이외에 태국의 타이항공이 관련된 대법원 2014.5.16. 선고 2012두5237 판결 등이 있다.

한 행위가 없었더라면 소비자들이 보다 저렴한 요금을 지불할 수 있었을 것이라는 가정에서 원고 등의 가격담합행위를 당연위법에 해당하는 경성 공동행위로 해석하여 부당하게 경쟁을 제한하는 공동행위에 해당한다고 판단하였다.

본고는 이러한 원고의 주장과 법원의 판단을 반추해 볼 목적에서 기술되었다. 특히 원고 등의 공동행위가 실질적으로 부당하게 자유경쟁을 제한하는 행위라고 볼 수 있는지 여부와 그러한 행위가 법령에 따른 정당한 행위에 해당하는지 여부를 검토하는데 초점을 맞추었다. 또한 공정거래법상 역외적용 규정의 해석과 그 적용에 관해서도 살펴보았다. 이와 같은 검토를 통하여 규제산업으로서 다른 산업과 차별성을 가질 수밖에 없는 항공운송산업에 대한 공정거래법의 적용 및 한계를 밝히고자 하였다.

## II. 대상판결의 개관

### 1. 사실관계<sup>6)</sup>

피고 대한민국 공정거래위원회(이하 “피고” 혹은 “공정위”라고 지칭함)는 지난 2010년 11월 29일, 원고 전일본공수 주식회사<sup>7)</sup>(이하 “원고” 혹은 “원고 항공사”로 지칭함)가 다른 4개의 국제항공화물 운송사업자들과 함께 2002년 9월 경 일본발 한국행 항공화물 운송운임에 유류할증료를 도입하고 이후 2003년부터 2006년까지 9차례에 걸쳐 유류할증료를 변경하는 부당한 공동행위를 하였다는 이유로 원고에게 시정명령과 과징금납부명령을 하였다. 이에 대해 원고는 아래와 같은 이유로 위 피고의 시정명령과 과징금 납부명령의 취소를 구하는 소송을 제기하였다.

첫째, 원고는 일본항공(JAL)과 동일한 내용으로 유류할증료에 관한 인가신청을 하라는 일본 국토교통성의 행정지도에 따라 일본항공의 유류할증료 도입 및 변경을 보고 그대로 추종한 것일 뿐, 이 사건 공동행위에 참여한 바가 없다.

6) 여기의 사실관계는 원심인 서울고등법원 2012.05.16. 선고 2010누45912 판결 및 공정거래위원회 의결 제2010-145호(2010.11.29)을 바탕으로 필자가 요약한 것임을 밝힌다.

7) 일명 ANA항공(All Nippon Airways Co., Ltd).

둘째, 이 사건 공동행위는 항공법 제117조 및 항공협정 제10조에 근거한 것으로서, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’으로 지칭함) 제58조에서 정하는 법령에 따른 정당한 행위에 해당하므로 공정거래법이 적용되지 않는다.

셋째, 이 사건 공동행위는 일본 항공법 제110조 및 제111조에 따라 일본의 사적독점의 금지 및 공정거래의 확보에 관한 법률의 적용이 배제되는 행위에 해당하고, 또 일본 국토교통성의 행정지도에 따른 행위이어서 우리나라 공정거래법이 적용되어서는 안 된다. 특히, 이 사건 공동행위는 일본에서 이루어진 일본발 한국행 항공화물 운송운임에 관한 것으로서, 일본 내에 있는 운송주선인(forwarder, 운송대리점)을 대상으로 하는 것일 뿐, 국내(한국)시장을 대상으로 한 것이 아니고, 또 국내시장에 영향을 미치는 것도 아니므로 공정거래법이 적용될 수 없다.<sup>8)</sup>

## 2. 대법원 판결의 개요<sup>9)</sup>

위와 같은 원고의 주장에 대해 대법원은 아래와 같은 이유로 그 주장을 기각하였다.

### (1) 원고의 부당한 공동행위 성립여부

원고를 포함한 항공사들의 대표가 2002년 9월경 모여 유류할증료의 도입에 관한 각 항공사들의 상황, 계획 등에 관한 의견을 교환하였고, 그 무렵 원고가 다른 항공사들과 비슷한 시기에 유류할증료를 도입한 사실, 그 이후로도 원고

8) 그 밖에도 원고는 ① 이 사건 공동행위의 대상은 유류할증료이고 유류할증료는 전체운임 중 10% 정도에 불과하므로, 관련매출액은 유류할증료에 한정되어야 하는데, 피고는 유류할증료와 기본운임을 합한 전체운임을 관련매출액으로 하여 과징금을 산정하였으므로 위법하고, ② 원고의 공동행위 참여는 일본 국토교통성의 구체적인 행정지도에 따른 것이고, 매년 국토교통성의 인가를 받았던 점, 기본운임에 관하여는 유효한 경쟁이 이루어졌고 어느 항공운송사업자든지 유류비의 인상을 운임에 반영할 수밖에 없었던 점, 지속적인 유가상승에 따른 실비보전의 측면에서 이루어진 것으로 이 사건 공동행위로 부당이득을 얻은 바가 없는 점 등에서 피고가 이 사건 공동행위를 매우 중대한 위반행위로 보아 부과기준율을 3.5%로 적용한 것은 위법하다는 주장을 하였다. 하지만 본고에서는 원고의 부당한 공동행위 성립여부만을 검토하기로 하여 이 부분에 대한 원고 주장과 법원의 판단은 생략하기로 한다.

9) 대법원 2014.5.16. 선고 2012두13665 판결.

를 포함한 항공사들의 직원들은 여러 차례에 걸쳐 모임을 갖거나 개별적인 접촉을 통하여 항공사들의 유류할증료 인상 시점 등에 관한 의견을 교환하여 왔으며, 원고는 다른 항공사들과 비슷한 시기에 유류할증료를 인상하였고 그 인상의 폭도 다른 항공사들과 동일한 사실 등을 알 수 있다. 따라서 원고의 행위는 부당한 공동행위 성립요건을 충족한다.

## (2) 국외에서 이루어진 부당한 공동행위에 대한 공정거래법 적용여부

① 일본발 국내행 항공화물운송계약이 출발지인 일본에서 운송주선인과 항공사 사이에 체결된다고 하더라도, 운송주선인은 화주의 의뢰에 따라 그 계약을 체결한 것에 불과하므로 항공화물운송계약에서 운임의 부담자는 화주인 일본의 송하인 또는 국내 수하인으로 보아야 하고, 송하인과 수하인 중 누가 운임의 부담자로 될 것인지는 이들 사이의 약정에 따라 정해지는 점, ② 국내 수하인이 도착지불 거래에 의하여 스스로 항공화물운송에 관한 운임을 부담할 것인지 또는 출발지불 거래에 의하여 송하인을 통하여 전가된 운임을 부담할 것인지는 거래 형태에 따라 선택하는 것에 불과하므로, 출발지불 거래에서도 국내 수하인을 항공화물운송의 수요자로 볼 수 있는 점, ③ 일본발 국내행 항공화물운송은 출발지인 일본으로부터 도착지인 국내에 이르기까지 제공되는 일련의 역무의 총합으로서, 도착지인 국내에서도 화물의 하역이나 추적 등 그 역무의 일부가 이루어지는 점 등에 비추어 보면, 일본발 국내행 항공화물운송 중 운임의 지급방식이 도착지불 거래인 경우는 물론 출발지불 거래인 경우에도 이에 대한 국내시장이 존재한다고 볼 것이다.

따라서 일본발 국내행 항공화물운송에 유류할증료를 도입·변경하기로 하는 이 사건 합의의 대상에 국내시장이 포함되어 있다고 할 것이어서 이 사건 합의가 국내시장에 영향을 미치는 경우에 해당하므로, 이에 대하여는 공정거래법 제19조 제1항 등을 적용할 수 있다.

## (3) 법령에 따른 정당한 행위 해당여부

항공화물운임을 해당 노선의 지정항공사들 사이의 합의에 의하여 정하고 항공당국의 인가를 받도록 규정한 구 항공법 제117조 제1항과 항공협정은 운임

에 대한 가격경쟁 자체를 배제하는 것이 아니라 인가받은 운임을 기준으로 그 정도가 과도하지 아니한 범위 내에서 가격경쟁을 예정하고 있는 것이라고 보아야 한다. 따라서 지정항공사들 사이의 운임 등에 관한 합의내용이 단순히 운임의 체계에 관한 사항을 변경하는 것을 넘어 일정한 항목에 대한 할인을 제한하는 내용까지 포함하고 있다면, 이러한 합의는 구 항공법과 항공협정이 허용하는 범위를 벗어나는 것으로서 ‘자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률 또는 그 법률에 의한 명령의 범위 내에서 행하는 필요·최소한의 행위’에 해당하지 아니한다.

유류할증료 도입 이전에 항공화물운임은 기본운임과 기타운임으로만 구성되었는데, 유류비용은 인건비, 보험료 등과 함께 기본운임의 일부를 구성하는 것으로서 항공화물의 중량에 비례하여 징수된 사실, 국제항공화물운송은 각 항공사가 제공하는 역무의 내용이 동질적이어서 수요의 가격탄력성이 높기 때문에 항공사들은 인가받은 운임을 상한으로 하여 시장 상황에 따라 상시적으로 가격할인을 해 온 사실, 이 사건 합의는 유류할증료의 도입과 변경에 관한 것으로서 이와 같이 기본운임에 대한 상시적인 가격할인으로 인하여 유가 상승 시 유류비용 보전이 어려워질 것을 우려한 항공사들이 기본운임 중 유류비용을 별도의 항목으로 책정하여 이 부분을 할인 대상에서 제외하기로 한 사실, 원고 등은 이와 같은 내용의 유류할증료를 도입하기로 합의하고 구 항공법 제117조에 따라 건설교통부장관으로부터 인가를 받은 사실 등을 알 수 있다. 따라서 이 사건 합의는 단순히 전체 운임 중 유류비용 부분을 별도의 항목으로 책정하여 항공화물운임의 체계만을 변경한 것에 그치지 아니하고 종래 기본운임의 일부에 포함되어 상시적인 할인의 대상이 된 유류비용 부분에 대한 할인을 제한하는 행위로서, ‘자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률 또는 법률에 따른 명령의 범위 내에서 행하는 필요·최소한의 행위’에 해당하지 아니하므로, 그에 대하여 공정거래법의 적용이 제외된다고 볼 수 없다.

#### (4) 일본국 법률에 따른 행위로서 공정거래법의 적용이 제한되는지 여부

일본국 항공법 제110조는 ‘국내의 지점과 국외의 지점 간의 노선 또는 국외의 각지 간의 노선에서 공중의 편의의 증진을 위하여 국내항공사업자가 다른

항공운송사업자와 행하는 연락운수에 관한 계약, 운임협정 기타 운수에 관한 협정의 체결에 대하여는 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하게 되어 이용자의 이익을 부당하게 해하는 경우에 해당하지 아니하는 한 「사적독점의 금지 및 공정거래의 확보에 관한 법률」(‘일본국 독점금지법’)의 적용이 배제된다.’고 규정하고 있는 사실, 원고 등은 이 사건 합의에 의한 유류할증료 도입에 관하여 일본국 항공법에 따라 일본국 국토교통성의 인가를 받았고, 일본국 국토교통성은 이 사건 합의에 대하여 일본국 항공법 제110조에 의하여 일본국 독점금지법의 적용이 제외된다는 견해를 밝힌 사실, 원고 등 이 사건 합의에 가담한 항공사들의 일본발 국내행 항공화물운송시장에서 점유율이 연도별로 76% 내지 88%에 이르는 사실 등을 알 수 있다.

위와 같은 사실관계에 의하여 ① 일본발 국내행 항공화물운송운임의 체계를 변경하고 그 운임 중 주요 구성 부분에 관한 할인을 제한하는 내용의 이 사건 합의가 국내시장에 미치는 영향이 작다고 볼 수 없는 점, ② 이 사건 합의에 관하여 일본국 정부는 원고 등의 신청에 따라 그 결과를 인가하였을 뿐이어서 합의에 대한 관여 정도가 높다고 볼 수 없는 점, ③ 일본국 항공법 제110조가 국토교통성의 인가를 받은 운임협정 등에 대하여 일본국 독점금지법의 적용을 제외하고 있으나, 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 경우는 그 예외로 규정하고 있으므로 일본국 법률과 국내 법률 자체가 서로 충돌된다고 보기 어렵고, 원고가 일본국 법률과 국내 법률을 동시에 준수하는 것이 불가능하다고 볼 수도 없는 점 등을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 이 사건 합의가 공정거래법의 적용이 제한되어야 하는 경우에 해당한다고 볼 수 없다.<sup>10)</sup>

10) 이 밖에도 본 사안에서는 법원은 관련매출액의 산정기준, 과징금 산정의 제량권 일탈·남용 여부 등에 관해서도 판단하였지만, 이러한 부분은 부당한 공동행위의 인정 이후의 문제라고 생각하여 이를 생략하고, 나머지 논점으로 원고의 부당한 공동행위 성립여부에 관해서만 다루기로 한다.

### Ⅲ. 항공화물과 공정거래법

#### 1. 항공화물의 특성

국제물품거래에 있어서 항공운송은 전통적인 국제화물 운송수단인 해상운송과 비교하여 상대적으로 소형, 경량, 고부가가치 화물을 대상으로 한다.<sup>11)</sup> 항공화물이 전체 국제운송에서 차지하는 비중은 해상운송과 비교할 수 없을 정도로 적은 수준이지만,<sup>12)</sup> 유행에 민감한 계절상품, 납기가 촉박한 상품, 신문, 잡지, 생선, 식료품, 생화, 동물 등과 같이 시의성(時宜性)이 높은 물품의 수송에 적합하여<sup>13)</sup> 오늘날 다양한 운송수요에 부합하는 측면이 있다. 항공화물은 여객의 수하물과 달리 항공화물운송장(Air Waybill)<sup>14)</sup>과 같은 운송서류에 의해 송하인 혹은 수하인과의 운송계약 하에 운송이 개시된다.<sup>15)</sup> 다만 운송방식에 있어서는 여객의 수하물과 같이 여객기의 화물실(lower deck compartment, belly compartment)에 탑재되어 운송되기도 하고, 화물전용기에 탑재되어 운송되기도 한다.

항공화물서비스를 제공하고 수취되는 요금은 크게 기본요금(basic rate)과 기타요금(other charge)으로 분류된다.<sup>16)</sup> 기본요금은 항공사들이 기본적으로 부담해야 하는 인건비, 항공기 유지비 등의 비용보전을 위한 것으로 탑재되는 화물

11) 2012년 한국무역협회 통계자료에 따르면 우리나라에서 일 년 동안 항공운송으로 수출된 화물의 총 중량은 53만 톤인데 반해 해상수출화물은 무려 1억8천만 톤에 달한다. 그런데 수출화물의 세 관신고 가격을 비교해보면 해상화물은 약 4천3백억 달러이고, 항공화물은 약 1천2백억 달러로 해상화물의 점유율이 77%를 조금 넘는 수준이다. 요컨대 해상수출화물 1톤의 평균가격은 3천불인데 반해, 항공수출화물 1톤의 평균가격은 22만 불인 것이다. 이는 고가의 경량화물이 주종을 이루는 항공운송의 특징을 잘 나타내 주는 자료라고 하겠다. (출처: <http://stat.kita.net>)

12) 위 한국무역협회 통계자료에 따르면 우리나라 총 수출화물의 약 99%가 해상운송으로 이루어진 것을 알 수 있다.

13) 공정거래위원회 의결 제2010-145호, 2010. 11. 29., 7면.

14) 항공화물운송장은 항공화물운송을 위한 기본 운송서류로서, 화주의 서면의뢰서, 신용장, 상업서류 등 선적서류와 일치되도록 작성된다. 운송계약 체결의 증거서류, 운임청구서, 항공사의 책임범위 및 배상한도의 근거서류, 항공사의 화물 취급·발송·인도에 관한 서류 등의 기능을 한다. 위 의결서 11면.

15) 항공운송장에 관한 사법적 쟁점에 관해서는 문준조, “국제항공법상 화물·수하물에 대한 운송인의 책임상한제도 - 미국의 판례 분석을 중심으로 -”, 한국항공우주정책·법학회지 제11권 3호(2003), 14면; 이강빈, “국제항공화물운송에 관한 운송증서의 요건 및 효력”, 한국항공우주정책·법학회지 제23권 2호(2008) 참고.

16) 위 의결서 17면.



중량에 비례하여 징수된다. 반면, 기타요금은 항공사가 기본적인 운송서비스 이외에 추가적으로 제공하는 서비스에 대해서 징수하는 정액요금이다. 선하증권과 달리 송하인에 의해 발행되는 항공화물운송장의 작성을 항공사가 대행해 줄 때 징수되는 ‘운송장작성 수수료’<sup>17)</sup>나, 예외적으로 도착지에서 운임을 수하인이 후불할 때 이를 담보하기 위해 징수되는 ‘착지불 수수료’<sup>18)</sup>가 기타요금의 대표적인 예이다.

기본요금의 적용에 있어서는 요율표(tariff)<sup>19)</sup>에 기재된 기준운임이 존재하는데, 이러한 기준운임은 통상 정부로부터 인가를 받거나 정부에 신고한 운임으로서 각 항공사들은 이러한 기준운임에 대한 할인율을 달리하는 방식으로 사업자간 가격경쟁을 하게 된다. 즉, 요율표상의 기준운임은 공시운임(published rate)이 되고, 실제 시장에서 거래되는 시장운임(market rate)은 공시운임을 상한으로 거래사정에 맞는 할인율의 결정이 소비자와 항공사 간에 협상의 대상이 되는 것이다.

사안에서 문제된 유류할증료(fuel surcharge)는 화물중량에 비례하여 부과되는 점에서 기본요금으로서의 성격을 가지지만, 할인이 되지 않는 기타요금으로 운영되었다. 유류할증료가 도입되기 이전에는 각 항공사들이 운항비용 중 하나인 연료비를 기본요금으로부터 보전 받았지만, 유류할증료를 도입한 이후에는 기타요금으로 분류하여 급격한 유가 상승에도 불구하고 항공사의 연료비 지출이 안정적으로 보전되었던 것이다. 이점에서 법원은 유류할증료를 도입한 원고의 행위가 단순히 전체 운임 중 유류비용 부분을 별도의 항목으로 책정하여 항공화물운임의 체계만을 변경한 행위가 아니라, 종래 기본운임의 일부에 포함되어 상시적인 할인의 대상이 된 유류비용 부분에 대한 할인을 제한하는 행위로 파악하였던 것이다.

17) 대한항공의 경우, 운송장작성 수수료는 운송장(AWB) 1장당 3,100원이다.

(출처: <http://cargo.koreanair.com>)

18) 대한항공의 경우, 대한민국 도착 화물에 대한 착지불 수수료는 운임과 증가요금을 합한 금액의 5%에 상당하는 금액이며 최저요금은 12,900원에 상당하는 금액이다. (출처: <http://cargo.koreanair.com>)

19) IATA는 전 세계 운송구간별로 적용될 공시운임을 항공사들 간의 사전협의 하에 TACT (The Air Cargo Tariff and Rules)라는 이름으로 공시 및 출판하고 있다. <http://www.iata.org/publications/> 참고.

## 2. 유류할증료의 도입배경과 운영

1990년대 이후 국제유가는 지속적으로 상승세를 나타내고 있는데, 걸프전쟁 이후 원유생산에 대한 투자 감소와 중국의 산업성장에 따른 원유수요 급등이 그 주요원인으로 분석된다.<sup>20)</sup> 이와 같은 국제유가의 상승은 산업 전반에 걸쳐 큰 파급효과를 미치고 있는데, 화석연료를 사용할 수밖에 없는 항공운송산업도 예외가 아니다. 과거에는 항공사의 운항비용 중에서 가장 많은 부분을 차지하던 것이 조종사 등의 인건비였지만 오늘날에는 연료비(fuel cost)의 비중이 가장 높게 나타나고 있다.<sup>21)</sup>

90년대 말부터 몇몇 항공사들은 치솟는 국제유가에 따른 손실을 보전하기 위하여 여객 및 화물 소비자들로부터 일종의 추가요금(surcharge)을 징수하기 시작하였고, 그러한 관행은 거의 대부분의 항공사들로 확대되어 갔다.<sup>22)</sup> 유가인상에 따른 연료비 부담은 운항비용이 여러 가지 다양한 요소로<sup>23)</sup> 구성되는 항공여객운송 보다 비교적 단순한 운항비용 구조를 가지고 있는 항공화물운송에서 더욱 큰 의미를 가지는데, 유류비용에 관한 항공사들의 집단적인 움직임도 항공화물 부분에서 처음으로 나타나게 되었다. 1997년 IATA<sup>24)</sup> 화물운임회의(Cargo Tariff Conference)에서 다수의 항공사들이 IATA 결의(IATA Resolution 116ss)를 통하여 유류비용 변동에 대응하기 위하여 기본운임과 별도로 국제항공유가에 연동하는<sup>25)</sup> 유류할증료의 도입을 합의하기에 이르렀던 것이다.<sup>26)</sup>

20) 김학균, “국제유가 변동이 한국 자본시장에 미치는 영향”, KRX Market (2015년 4월), 39면.

21) 2007년을 기준으로 항공사들의 운항비용 분석을 살펴보면 연료비가 30%로 가장 높은 비중을 차지하고 있다. 출처: International Air Transport Association, Economic Briefing: Airline Fuel and Labour Costs Share (June 2007), <http://www.iata.org>

22) Dustin Appel, Air Cargo Fuel Surcharges and Tacit Collusion under the Sherman Act: What Good Is Catching A Few Bad Guys If Consumers Still Get Robbed?, 73 J. Air L. & Com. 375(Spring, 2008), at 392.

23) 예컨대 항공여객운송에 있어서는 승객에 대한 기내식 제공, 기내면세품의 판매 등 화물운송에서는 제공되지 않는 서비스들이 존재하므로 상대적으로 항공여객운송의 운항비용을 구성하는 요소는 화물운송의 그것보다 다양한 측면이 있다.

24) 국제항공운송협회(International Air Transport Association).

25) 한편, 유류할증료를 산정하는 방식은 대체로 동일한데, 항공사들이 기준이 되는 “유가지수(fuel price index, FPI)”를 정하고 그 수준에 상응하는 “유류할증료 금액(amount)”으로 구성된 “유류할증료 계산체계(methodology)”에 의하여 자신의 유류할증료를 결정하는 경우가 일반적이었다. 일례로 2015년 5월 현재 국내 양대 항공사인 대한항공과 아시아나항공에서 유류할증료를 산출하는 방법을 살펴보면 다음과 같이 동일하다. 즉, 싱가포르 현물시장 항공유가를 기초로, 기준거래

유류할증료를 도입하여 공동으로 운영하기 위한 IATA Resolution 116ss에서 채택된 유류할증료 산정방식은 동일한 국제유가상승이라는 사실에 대하여 다수의 항공사들이 공통의 지수(index)를 사용하고, 또 유사한 수준의 할증료를 책정한다는 측면에서 공정거래법 위반의 소지가 있었다. 이러한 우려는 현실로 나타나서 2000년 미국 교통부(Department of Transportation)는 위 IATA결의에 대한 반독점면제(ATI)<sup>27)</sup>신청을 불허하였다.<sup>28)</sup> IATA결의안에 따르면 유가상승이라는 사실로 인해 자동적으로 요금인상이라는 결과가 수반되는데 이는 근본적으로 결합이 있는 가격구조이며 소비자인 송하인에게 불공정하여 공익에 반한다고 판단하였던 것이다.<sup>29)</sup> 결국 IATA는 위 결의에 따른 유류할증료 설정방식을 일괄적으로 채택하였던 항공사들에게 동 체계를 따르지 말 것을 통보하기에 이르렀고, 오늘날 유류할증료 운영은 각 항공사들의 자율적인 결정 하에 이루어지고 있다.

그런데 이와 같은 유류할증료를 각 항공사들이 다른 사업자와 공동으로 일정한 합의 하에서 도입하고 시행하였다면 이러한 행위는 공정한 경쟁을 저해하는 행위로서 공정거래법 위반의 문제가 된다. 본고에서 살펴보는 사안에서 법원은 항공사들의 유류할증료에 관한 담합이 없었다면 소비자들이 더 낮은 가격을 화물운임으로 지불하였을 것이라는 피고 공정거래위원회의 판단을 존중하였다. 아래에서는 이러한 법원의 판단을 구체적으로 검토해 보고자 한다.

액인 1.40 USD/Gallon(즉, 1갤런당 미화 1.40달러)에서 항공유가가 상승할 때 마다 그 상승폭 0.10 USD/Gallon 단위마다 국토부로부터 승인된 요율을 적용하게 된다. 이때 적용되는 싱가포르 항공유가는 전월 1일에서 말일까지의 평균가격을 말한다.

출처: 아시아나항공(<https://www.asianacargo.com>) 및 대한항공(<http://cargo.koreanair.com>) 웹사이트.

26) 위 의결서 20면.

27) Anti-Trust Immunity. 미국에서는 시장에서의 경쟁을 저해하는 기업 활동에 대하여 독점금지법을 엄격히 적용하기도 하지만, 기업 간 공동행위가 공공의 이익에 반하지 않고 실질적으로 경쟁을 저해하지 않는 것으로 판단되는 경우에는 독점금지법의 적용을 면제시켜 주기도 한다. ATI 승인을 받게 되면 경쟁저해행위에 따른 법적 제소가 면제된다(시사상식사전, 박문각).

28) Docket OST-2000-6837-2 ; Order 2000-3-7.

29) 위 결정문 본문 참고.

## IV. 유류할증료 담합에 관한 공정거래법의 적용 및 한계

### 1. 부당한 공동행위의 금지

공동행위(카르텔, cartel) 혹은 담합이란 사업자가 다른 사업자와 공동으로 상품 또는 용역의 가격, 거래조건, 거래량, 거래상대방 또는 거래지역 등을 제한하는 행위를 말한다.<sup>30)</sup> 부당한 공동행위는 참여 사업자 사이의 경쟁을 실질적으로 제한하는 것으로서 그 부정적 효과가 직접적이면서도 명백하여 각국의 경쟁법에서 규제하는 가장 대표적인 행위라고 할 수 있다.<sup>31)</sup> 우리 공정거래법은 제19조에서 사업자는 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 행위를 할 것을 합의하거나 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니 된다고 규정하면서, 행위의 유형을 각 호에서 예시하고 있다. 다만 경쟁을 제한하는 공동행위라고 하더라도 일정한 공익적 목적 즉, 산업합리화, 연구·기술개발, 불황의 극복, 산업구조의 조정, 거래조건의 합리화, 중소기업의 경쟁력향상과 같은 목적을 위하여 행하여지는 경우로서 공정거래위원회의 인가를 받은 때에는 예외적으로 허용된다.<sup>32)</sup>

특이한 점은 우리 법이 독일이나 유럽과 달리 동조적 행위(concerted practices)를 공동행위의 유형으로 제시하지 않고 있기 때문에, 공동행위를 규제하기 위한 전제로서 당사자들 간의 합의가 입증되어야 한다는 것이다.<sup>33)</sup> 이때 합의는 사업자들 간에 인위적으로 형성된 의사의 연락을 말하는 것으로서, 이러한 의사연락은 명시적인 합의는 물론이고 묵시적인 합의 내지 암묵의 요해도 포함된다.<sup>34)</sup>

나아가 우리 공정거래법은 제19조 제5항에서 합의에 관한 추정제도를 규정하고 있다. 즉, 둘 이상의 사업자가 제1항에 규정된 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 경우로서(외형상 일치되는 행위의 존재), 해당 거래분야 또는 상품·용역의 특성, 해당 행위의 경제적 이유 및 파급효과, 사업자 간 접촉의 횟수·양태 등 제

30) 권오승, 앞의 책, 269면.

31) 이호영, 「독점규제법(제4판)」, 홍문사(2013), 181면.

32) 공정거래법 제19조 제2항.

33) 권오승, 앞의 책, 270면.

34) 대법원 2002.3.15. 선고 99두6514, 99두6521 (병합) 판결.

반사정에 비추어(정황사실의 존재)<sup>35)</sup> 그 행위를 그 사업자들이 공동으로 한 것으로 볼 수 있는 상당한 개연성이 있는 때에는 그 사업자들 사이에 공동으로 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의한 것으로 추정이 가능하다. 다만 추정의 대상이 되는 것은 어디까지나 행위자들 사이에 공동행위가 있었다는 점에 관한 것일 뿐 그 행위의 부당성까지 추정<sup>36)</sup>하는 것은 아니라고 보는 것이 통설이다.<sup>37)</sup> 그리고 동 규정에 따른 추정은 ‘민법상의 추정’이 아니라 ‘행정법상의 추정’이라고 한다. 즉, 추정의 요건이 충족된 이후 공정거래위원회가 그에 대한 규제절차를 착수해야 한다는 의미가 있을 뿐이고, 법상 추정요건이 충족되었다고 하여 곧바로 합의의 존재가 추정되고 당사자들이 반증을 제시하지 않는 한 부당한 공동행위로서 규제를 받게 되는 것은 아니다.<sup>38)</sup>

합의의 추정과 관련하여 논의되는 개념으로 의식적 병행행위(*conscious parallelism*)가 있다. 이는 흔히 소수의 사업자만이 시장에 존재하는 과점시장에서 주로 나타나는 현상으로, 당해 사업자간에 상호 의사연락은 없었지만 동일한 행위가 병행적으로 이루어지고 있다는 점에 대해 상호 인식이 있는 경우를 말한다.<sup>39)</sup> 이러한 의식적 병행행위에 대해 공정거래법 위반이 적용되기 위해서는 경쟁사업자 간의 정보교환행위와 같은 관련 정황증거를 통하여 추가로 합의의 추정을 가능하게 하는 요소가 필요할 것이다.

사안에서 법원은 원고 항공사를 비롯하여 일본발 한국행 화물운송서비스를 제공하는 주요 항공사들의 업무 담당자들이 수회에 걸쳐 회의와 개별적인 접촉을 가지면서 관련정보를 수시로 교환하였던 점을 근거로 법 제19조 제5항에 따른 부당한 공동행위 성립을 추정하였다. 게다가 원고를 비롯한 관련 항공사들이 일본발 한국행 항공화물운임에 대해 유사한 시기에 동일한 유통할증료를 도입하였다는 점에서도 그러한 합의의 추정은 추인된다고 판단하였다.

35) 합의 추정조항이 맨 처음 도입된 1992년에는 “둘 이상의 사업자가 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 제1항 각호의 1에 해당하는 행위를 하고 있는 경우 동 사업자간에 그러한 행위를 할 것을 약정한 명시적인 합의가 없는 경우에도 부당한 공동행위를 하고 있는 것으로 추정한다.”라고 규정하여 외형상 행위의 일치 이외에 정황사실의 존재는 요건이 아니었다.

36) 부당성까지 추정하는 입장을 취한 판결로는 서울고법 2000.6.20. 선고 98누10839 판결.

37) 권오승, 앞의 책, 273면; 양명조, “부당한 공동행위에 있어서 ‘부당성’ 판단기준”, 공정거래법강의, 법문사(1996), 268면.

38) 권오승, 앞의 책, 274면.

39) 권오승, 앞의 책, 275면.

생각건대 사실관계에서 확인된 원고 등의 의사연락 행위는 우리 공정거래법에 따른 합의추정 규정의 적용대상이었고, 그 결과 당해 항공사들이 합의의 존재 자체를 부인하기는 어려웠을 것으로 보인다. 또한, 원고 등의 행위가 동조 제1항 제1호에 규정된 가격고정 협정으로서, 이는 경쟁 제한적 효과가 가장 뚜렷하고 직접적이며 이를 상쇄할 만한 경쟁 촉진적 효과가 기대하기 어려운 이른바 경성 공동행위(hardcore cartel)이었던 점에서 그러한 추정은 반증하기가 용이하지 않았을 것으로 생각된다. 하지만 진술한 바와 같이 우리 법에 따른 합의의 추정은 어디까지나 ‘공동행위의 존재’에 관한 추정일 뿐, 그 부당성까지 추정되는 것은 아니다. 이점에서 원고는 자신의 행위가 공동행위에 해당하지는 않지만 아래에서 살펴보는 바와 같은 이유로 ‘부당한’ 공동행위는 아니라고 주장하였던 것이다.

## 2. 법령에 따른 정당한 행위

### (1) 개관

우리 공정거래법 제58조는 ‘법령에 따른 정당한 행위’를 규제하고 있는데, 이에 따라 사업자 또는 사업자단체가 다른 법률 또는 그 법률에 의한 명령에 따라 행하는 정당한 행위에 대해서는 공정거래법의 적용이 제외된다. 여기서 ‘법률 또는 그 법률에 의한 명령에 따라 행하는 정당한 행위’란 당해 사업의 특수성으로 경쟁제한이 합리적이라고 인정되는 사업 또는 인가제 등에 의하여 사업자의 독점적 지위가 보장되는 반면 공공성의 관점에서 고도의 공적 규제가 필요한 사업 등에서 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률 또는 그 법률에 의한 명령의 범위 내에서 행하는 필요·최소한의 행위를 말한다.<sup>40)</sup> 이러한 법령에 따른 정당한 행위는 주로 국가에 의해 엄격한 자격이 요구되는 사업<sup>41)</sup>이나 금융, 방송, 통신, 운송, 식품 분야 등 전통적으로 국가가 광범위한 규제를 행하는 규제산업(regulated industries)에서 문제가 된다.<sup>42)</sup> 항공 운송에 관한 본 사안

40) 대법원 2011. 4. 14. 선고 2009두7912 판결.

41) 대표적인 예로 관세사 업이나 법무사 업을 들 수 있다. 이호영, 앞의 책, 28면.

42) 이호영, 위의 책, 28면.

에서 공정거래법 적용면제와 관련하여 쟁점이 되는 법률은 우리 항공법(2007. 12. 21. 법률 제8787호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 항공법’으로 지칭함), 대한민국 정부와 일본국 정부 간의 항공업무에 관한 협정(‘항공협정’)이다.

구 항공법 제117조 제1항은 “국제항공노선을 운항하는 정기항공운송사업자는 당해 국제항공노선에 관련된 항공협정이 정하는 바에 따라 국제항공노선의 여객 또는 화물의 운임 및 요금을 정하여 건설교통부장관의 인가를 받거나 건설교통부장관에게 신고하여야 한다.”<sup>43)</sup>고 규정하고 있고, 항공협정 제7조 제2항은 “대한민국과 일본 간 운송을 위하여 계약당사자의 지정항공사가 부과하는 운임은 양 계약당사자의 항공당국에 의하여 승인되어야 하며, 합의된 업무의 운영비용·승객의 이익·적정이윤 및 동일노선의 전부 또는 일부 구간에서의 다른 항공사의 운임 등을 포함한 모든 관련 요소를 적절히 고려하여 합리적 수준에서 결정된다.”라고 규정하고 있으며, 동조 제3항 전문은 “이 조 2항에 규정된 운임은 동 운임의 승인을 청구하는 계약당사자의 지정항공사에 의하여 합의될 수 있으며, 동 지정항공사는 동 운임을 제의하기 전에 동일 노선의 전부 또는 일부 구간에 운항 중인 다른 항공사와 협의할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

한편 구 항공법 제121조 제1항 본문은 “정기항공운송사업자가 다른 항공운송사업자(외국인 항공운송사업자 포함)와 공동운항협정 등 운수에 관한 협정을 체결하거나 운항일정·운임·홍보·판매에 관한 영업협력 등 제휴에 관한 협정을 체결하는 경우에는 건설교통부령이 정하는 바에 의하여 건설교통부장관의 인가를 받아야 한다.”고 규정하면서, 제2항에서 그 인가요건으로 협정 내용이 ‘항공운송사업자 간 경쟁을 실질적으로 제한하는 내용’에 해당되어서는 아니 된다고 규정하고 있고, 구 항공법 제129조 제1항은 ‘정당한 사유 없이 제117조의 규정에 의하여 인가받은 운임에 관한 사항을 이행하지 아니한 때’(제3호)와 별도로 ‘운임 등을 과도하게 할인하는 등으로 국익에 반하는 과당경쟁행위를 한 때’(제7호)<sup>44)</sup>를 정기항공운송사업자에 대한 면허의 취소·정지사유로 규정하고 있으며, 구 항공법 제150조 제1항은 ‘정당한 사유 없이 인가받은 사항을 이행하

43) 자유로운 경쟁의 촉진이라는 관점에서 보면 항공운임은 운임 인가 등의 규제로 환경변화에 대해 비탄력적이며 가격경쟁도 활발하지 못하다는 비판이 가능하다. 공정거래위원회, “항공운송산업과 경쟁정책”, 주요산업 경쟁정책보고서 시리즈 2008-1.

44) 본 호는 현행 항공법 하에서는 삭제되어 있다.

지 아니한 때’(제3호)를 외국인 국제항공운송사업자에 대한 허가의 취소·정지 사유로 규정하고 있고, 구 항공법 제152조는 제117조 제1항이 외국인 국제항공 운송사업자에게도 준용되도록 규정하고 있다.

위와 같은 규정의 내용을 종합해 보면, ① 법률에 따라 해당 구간의 지정 항공사들은 운임에 관한 내용을 서로 합의(담합)할 수 있고, ② 나아가 그렇게 합의된 운임은 정부기관으로부터 인가를 받거나 신고를 하게 되어 공정거래법의 적용이 배제되지만, ③ 그와 같은 합의와 인가 및 신고는 어디까지나 자유경쟁을 실질적으로 저해하지 말아야 한다는 것이다. 아래에서는 각 항목에 대해 자세히 살펴보기로 한다.

## (2) 법령에 의한 가격합의

본 사안에서 항공법, 항공협정 등의 규정에 따라 원고 항공사는 다른 경쟁사업자와 함께 운임에 관한 공동행위를 하였다. 더욱이 원고가 우리나라가 아닌 일본 항공사였던 점에서 원고는 일본국 법률에 따른 공정거래법 적용배제도 함께 주장하였다.

즉, 일본 항공법 제110조는 “국내의 지점과 국외의 지점 간의 노선 또는 국외의 각지 간의 노선에서 공중의 편의의 증진을 위하여 국내항공사업자가 다른 항공운송사업자와 행하는 연락운수에 관한 계약, 운임협정 기타 운수에 관한 협정의 체결에 대하여는 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하게 되어 이용자의 이익을 부당하게 해하는 경우에 해당하지 아니하는 한 「사적독점의 금지 및 공정거래의 확보에 관한 법률」(이하 ‘일본국 독점금지법’이라고 지칭함)의 적용이 배제된다.”라고 규정하고 있다. 따라서 원고는 이 사건 합의에 의한 유류할증료의 도입에 관하여 일본국 항공법에 따라 일본국 국토교통성의 인가를 받았고, 일본국 국토교통성은 이 사건 합의에 대하여 일본국 항공법 제110조에 의하여 일본국 독점금지법의 적용이 제외된다는 견해를 밝힌 바가 있으므로 자신의 행위에 대해 공정거래법 적용은 부당하다고 주장하였다. 이에 대해 법원은 일본국 정부가 원고 등의 신청을 단순히 인가하였을 뿐 가격합의에 관여한 정도가 높지 않고, 원고의 행위가 경쟁을 실질적으로 제한하였으므로 공정거래법의 적용이 배제되지 않는다고 판단하였다.



생각건대 이러한 법원의 판단은 원고의 행위가 법령에 따라 이루어진 행위였는지 여부와 경쟁을 부당하게 제한하였는지 여부에 대한 부분으로 나누어 볼 수 있다. 우리나라와 일본국 어느 나라의 법률에 의하더라도 원고 등의 가격담합행위 그 자체는 관련 법률에 근거를 두고 이루어진 것으로 볼 수 있다. 이 점에서 원고의 행위는 법령에 따른 행위가 된다. 문제는 원고의 행위가 법령에 의한 ‘정당한’ 행위가 될 수 있는지 여부로 귀결된다. 즉, 법령에 따른 행위를 함에 있어서도 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위는 정당한 행위가 될 수 없는 바, 결국 원고의 행위는 후술하는 ‘부당한’ 공동행위의 성립 즉, 부당한 경쟁제한성의 문제로 판단되어야 할 것으로 본다.

### (3) 신고요금 이론

사업자 간의 가격합의가 법령에 따른 행위였을 때 정당한 행위로서 공정거래법 적용을 배제할 수 있는 것과 별도로, 미국의 경우 정부에 신고 되었거나 정부로부터 인가된 요금에 대해서는 그 신고나 인가 자체만으로 정당성이 부여되는 경우도 있다. 그 이론적 근거가 이른바 신고요금 이론( filed rate doctrine)<sup>45)</sup>이다.<sup>46)</sup>

미국 연방대법원이 신고요금 이론을 반독점사건에 최초로 적용한 판례는 1922년의 *Keogh v. Chicago & Northwestern Railway Co.* 사건<sup>47)</sup>이다.<sup>48)</sup> 다만 신고요금이론의 원류는 *Keogh* 사건 보다 훨씬 이전인 19세기 후반 주간통상법 (*Interstate Commerce Act*, 이하에서는 ‘ICA’로 지칭함)<sup>49)</sup> 제정된 시점으로 거슬러 올라간다.<sup>50)</sup> 즉, 1887년 미국 의회는 당시 미국 전역에서 독점적인 시장

45) 다른 용어로는 *filed tariff doctrine* 혹은 *Keogh doctrine*이라고 부르기도 한다. *McCray v. Fid. Nat'l Title Ins. Co.*, 636 F. Supp. 2d 322, 326 (D. Del. 2009).

46) 이문지, “미국의 경제규제와 반트러스트법의 적용제외 - 통신산업의 경우를 중심으로 -”, *상사법연구* 제20권 1호(2001), 709면.

47) *Keogh v. Chicago & Northwestern Railway Co.*, 260 U.S. 156 (1922).

48) 하지만 후술하는 바와 같이 *Keogh* 사건 이전에도 미국에서는 신고요금이론에 의한 공정거래법 위반에 관한 적용배제가 일반화 되어 있었고, 대법원은 그 사실을 단순히 확인해 준 것으로 해석하는 것이 타당할 것이다. *Vonda Mallicoat Laughlin, The Filed Rate Doctrine And The Insurance Arena*, 18 Conn. Ins. L.J.373 (2011); *Thorne Bledsoe Mccallister, The Filed Rate Doctrine Under The Interstate Commerce Act And The Shipping Acts*, 19 Tul. Mar. L.J. 81 (1994).

49) *Interstate Commerce Act of Feb. 4, 1887, Ch. 104, 24 Stat. 379* (codified as amended in scattered sections of 49 U.S.C.).

50) Kevin M. Decker, *The Filed-Rate Doctrine: Leaving Regulation to the Regulators*, 34 Wm. Mitchell L. Rev. 1351, 1353-56 (2008).

지배적 지위를 가지고 있었던 철도회사들이 부당하게 차별적인 요금을 자의적으로 소비자들에게 적용하는 것을 금지하기 위하여 해당 회사들로 하여금 소비자에게 부과할 요금을 정부기관에 사전 신고하도록 하였다.<sup>51)</sup> 이는 소비자에게 부과될 요금은 사업자의 생산비가 반영된 합리적인 수준이어야 한다는 관념에서 도출된 것이었다. 이에 따라 운송인은 신고된 요금을 준수하여 그 보다 높거나 낮은 운임을 자의적으로 적용할 수 없게 되었고, 송하인 등의 소비자들도 이러한 신고요금을 준수할 의무를 부담하게 되었다.<sup>52)</sup>

연방대법원의 **Keogh** 사건을 살펴보면, 원고는 피고 철도사업자들이 제공하는 철도운송서비스로 화물을 미국 전역으로 배송하던 개인 사업자인데, 자신이 지불한 운송요금이 철도운송 사업자들 간의 부당한 공동행위의 결과로 고액이었고, 만약 사업자들 간의 그러한 합의가 없었고 공정하고 자유로운 경쟁이 있었다면 더 저렴한 운임을 지급할 수 있었을 것이라고 주장하였다. 이에 대해 법원은 철도운송 사업자들 간의 합의가 있었던 것은 사실이지만 그러한 운임은 정부기관(주간통상위원회, **Inter Commerce Commission**)에 신고(**filed**) 되었으므로, 원고가 개인적인 소비자의 지위에서 해당 요금의 부당성에 이의를 제기할 수는 없고 따라서 소송상 청구원인(**cause of action**)이 결여되어 있다고 판단하였다.<sup>53)</sup> 즉, 정부기관에 신고되어 인가된 요금에 대해서는 그 요금의 반경쟁적 요소에 관한 판단은 이를 인가한 행정기관에 의해 이루어져야 하는 것이고, 단순히 보다 저렴한 운임지급이 가능하였을 것이라는 예단에서 개인 소비자가 신고요금의 부당성을 다룰 수는 없다고 판단하였던 것이다.

오늘날 신고요금이론은 운송 산업에 적용되는 원칙으로서,<sup>54)</sup> 운송인에 의한 차별적인 요금부과를 방지할 수 있는 주요한 수단으로 인정되고 있다.<sup>55)</sup> 본고에서 살펴보는 사안에서 이러한 신고요금 이론이 적용될 수 있을 것인가를 항공화물 요금체계에 따라 나누어 살펴보면 다음과 같다.

51) Julia Gorodetsky, *Analogy by Necessity: The Filed Rate Doctrine and Judicial Review of Agency Inaction*, 23 *Tul. Envtl. L.J.* 1 (winter 2008) at 11.

52) *Louisville & Nash. R.R. v. Maxwell*, 237 U.S. 94, 97 (1915).

53) 260 U.S. 161.

54) 신고요금이론은 운송업과 함께 대표적인 규제산업인 보험산업에서 공정거래법 적용이 제외되는 법리로 많이 소개되고 있다. 이황, “보험사업에 대한 독점규제법의 집행과 그 한계 : 보험사업에 대한 공정거래법 적용의 범위와 한계 -대법원 2006. 11. 23. 선고 2004두8323 판결을 중심으로-”, *경쟁법연구* 제18권(2008). 371면.

55) *Thorne Bledsoe Mccallister*, *supra* at 111.

첫째, 중량에 비례하고 요율표에 근거하여 부과되는 기본요금에 대해서는 신고요금 이론이 적용될 여지가 적을 것으로 본다. 기본요금은 신고된 요율표에 기재된 요금 즉, 공시운임을 상한으로 상시적인 할인율이 적용되고 따라서 공시운임과 달리 시장운임이 소비자와 항공사 간의 협의에 의해 가격이 결정되기 때문이다. 따라서 특별한 사정으로 공시운임을 초과하는 운임이 수요자와 공급자 간에 체결되지 않는 한, 공시운임이 정부기관에 신고 되었다는 사실 자체만으로 이에 대해 공정거래법 적용 제외를 논의하는 것은 부당하다고 생각된다.

둘째, 본 사안에서 문제된 유류할증료와 같은 기타요금에 대해서는 신고요금 이론이 중요한 의의를 가진다고 본다. 신고요금 이론에 따르면, 사전에 정부기관에 신고 되어 인가된 운임부과기준에 따라 그대로 사업자가 소비자에게 요금을 부과하였다면, 해당 요금을 인가한 정부기관에 의한 사후 관리와 통제는 별론으로 하더라도, 우선은 그 정당성이 인정되어 공정거래법 적용이 배제될 수 있다고 해석되기 때문이다.

하지만 우리 법원은 이러한 신고요금 이론을 적용하지 않음은 물론이고, 원고의 공동행위가 법령에 의한 정당행위인지 여부에 대한 판단을 부당한 경쟁제한성으로 판단하였다.

#### (4) 소결

사안에서 원고는 우리 항공법 및 항공협정에 따라 다른 항공사들과 운임에 관한 공동행위를 할 수 있는 지위에 있었다. 따라서 가격합의라는 공동행위 자체만으로는 공정거래법 위반이 될 수 없다. 특히 원고는 다른 지정항공사와 동일한 내용으로 유류할증료에 관한 인가신청을 하라는 일본 국토교통성의 행정 지도에 따라 다른 항공사의 유류할증료 제도를 추종하였고,<sup>56)</sup> 그러한 합의에 따른 유류할증료의 도입에 관하여 일본국 항공법에 따라 일본국 국토교통성의 인가를 받았으며, 일본국 국토교통성은 이 사건 합의에 대하여 일본국 항공법 제110조에 의하여 일본국 독점금지법의 적용이 제외된다는 견해를 밝힌 사실이 인정된다.<sup>57)</sup>

56) 본 사안 고등법원 판결 2012.5.16. 선고 2010누45912 판결 참고.

57) 본 사안의 대법원 판결문 참고.

이러한 점들을 고려할 때, 앞서 살펴본 바와 같이 원고의 행위는 법령에 따른 정당한 행위 혹은 신고요금 이론에 따라 공정거래법 위반이 적용되지 않는 ‘법률에 따른 정당한 행위’로 인정될 여지가 있었다.

하지만 우리 원심과 대법원은 일본국 법률에 따른 공동행위도 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하지 않아야 된다는 일본국 법률 및 우리나라 공정거래법 규정을 근거로 원고의 행위가 우리나라 공정거래법 위반에 해당한다고 판단하였다. 결국 법원은 법령에 따른 정당한 행위 및 인가요금의 정당성의 인정여부를 유류할증료의 도입과 운영에 관한 당해 행위의 부당한 경쟁제한성이라는 요소로 판단하였던 것이다.

### 3. 부당한 경쟁 제한성

#### (1) 부당한 경쟁의 제한

모든 공동행위가 공정거래법 위반에 해당하는 것은 아니다. 다른 사업자와 부당하게 경쟁을 제한하는 공동행위만이<sup>58)</sup> 공정거래법상 금지의 대상이 될 뿐이다. 종래 우리 공정거래법은 일정한 거래분야에서 경쟁을 ‘실질적으로 제한하는’ 공동행위를 금지하고 있었지만, 1999년 법 개정으로 현재는 ‘부당하게 경쟁을 제한하는’ 합의가 금지의 대상이 되고 있다. 이는 일반적으로 가격담합이나 입찰담합과 같은 경성 공동행위(hard core cartel)는 공동생산, 공동연구개발 등 경쟁 제한적 효과와 효율성 증대를 동시에 발생시키는 연성 공동행위(soft core cartel)<sup>59)</sup>와 달리 비교적 경쟁에 미치는 영향이 크고 명백하므로 미국과 같이 당연위법(per se rule)으로 간주하여 규제하기 위한 목적이 있었다.<sup>60)</sup> 미국의 경우 공동행위의 위법성을 심사함에 있어서 어떤 유형의 합의가 경쟁을 저해할 위험성이 현저한 경우에는 이를 당연위법으로 간주하고, 그렇지 않은 유형의 합의에 대해서는 합리성의 법리(rule of reason)에 따라 당해 합의가 경쟁에 미치는 전반적인 효과에 대하여 세부적인 조사를 실시하여 위법성 여부를 판단하

58) 공정거래법 제19조 제1항.

59) 권오승, 앞의 책, 279면.

60) 공정거래위원회, 「공정거래위원회 20년사 - 시장경제 창달의 발자취」(2001), 174면.

고 있다.<sup>61)</sup> 하지만 우리 법이 부당공동행위의 기본 요건으로 경쟁제한성을 여전히 제시하고 있으면서 법 규정 자체에서 경성 공동행위와 연성 공동행위를 명시적으로 구별하고 있지 않다.<sup>62)</sup> 1999년 개정 이후 우리 법원도 실제에 있어서 부당한 공동행위를 판단하는 기준으로 해당 행위가 실질적으로 경쟁을 제한하였는지 여부에 초점을 맞추고 있어서 사실상 개정 전과 동일한 판단기준을 적용하고 있다.<sup>63)</sup>

사안에서 원고는 유류할증료에 관하여 다른 항공사들과 합의를 하였고 이는 경성 공동행위에 해당하는 것으로 우리 법 제19조 1항 1호의 가격카르텔에 해당한다. 이점에서 법원은 원고의 행위를 실질적으로 경쟁을 제한하는 중대한 위반행위로 간주하였고, 그러한 시각은 당해 행위가 법령에 따른 정당한 공동행위에 해당하는지 여부를 판단하는 부분에도 영향을 준 것으로 보인다. 즉, 법원은 ① 원고가 적극적으로 다른 항공사들과 공동으로 유류할증료를 도입, 운영하기로 합의하였고, ② 유류할증료를 운영하는 방식이 기존에 기본요금에 포함되어 상시 할인대상이던 항목을 기타요금으로 변경함으로써 그 할인을 제한하였고 그 결과 시장에서 유류할증료에 관한 사업자들 간의 경쟁이 실질적으로 제한되었는데, ③ 그러한 제한은 항공법 및 항공협정의 규정내용 및 취지에 비추어 자유경쟁의 예외를 인정할 수 있는 정당한 행위로 판단되지 않으며, ④ 특히 일본국의 관련 법률에 따르더라도 경쟁을 실질적으로 제한한 행위에 해당되므로 부당한 공동행위에 해당한다고 판단하였던 것이다. 결국 사안의 핵심은 원고의 행위가 부당한 경쟁제한효과를 가져왔는지 여부라고 하겠다.

## (2) 부당성의 판단

원고의 행위가 부당한 공동행위에 해당되는지 여부와 관련하여 다음과 같은 점들을 고려해 볼 수 있다.

첫째, 사안에서 인정된 사실에 따르면 원고를 비롯한 지정항공사들은 기타요금의 일종인 유류할증료를 도입함에 있어서 공동행위를 하였다. 그런데 소비자

61) 이호영, 앞의 책, 219면 참고.

62) 정호열, 「경제법(제4판)」(2013), 345면.

63) 이호영, 위의 책, 223면.

가 항공사에게 지급하는 운임은 유류할증료가 포함된 기타요금과 기본요금으로 구성된다. 기본요금은 중량에 비례하여 책정되고, 시장에서 공시운임을 상한으로 상시적인 할인율이 적용되어 왔다. 사안에서 원고 주장에 따르면 기본요금은 전체운임의 약 90% 정도를 차지하는데,<sup>64)</sup> 기본요금 부분에 관하여 원고를 비롯한 여타의 항공사들이 가격담합을 한 흔적을 찾아볼 수 없다. 그렇다면 과연 소비자가 지불하는 전체운임 중에서 10% 이하에 해당하는<sup>65)</sup> 기타요금 중 한 요소에 불과한 유류할증료를 사업자들이, 그것도 법률상 근거에 따라, 담합하였을 뿐이고 나머지 90%에 해당하는 부분에서는 서로 치열한 경쟁이 이루어졌다면 그럼에도 불구하고 이러한 행위가 자유로운 경쟁을 저해하는 부당한 공동행위에 해당할 것인가가 문제된다.

담합기간 중에 전 세계 항공화물 시장에서 많은 항공사들이 적자누적으로 심각한 경영위기를 겪었고, 실제 파산한 항공사들도 다수 존재하였다. 이는 당시 시장에서 활발한 경쟁이 존재하였음을 반증하는 결과라고 하겠다.<sup>66)</sup> 최종가격이 복수의 요소로 구성되어 있는 경우에 한 요소에 대한 담합이 있었고 그에 따라 해당 요소의 가격상승이 있었다고 하더라도 최종가격에 대한 사업자들 간의 합의가 없는 한 그 효과는 완전한 가격경쟁이 있었던 나머지 요소들의 가격하락으로 충분히 상충될 수도 있기 때문이다.<sup>67)</sup>

둘째, 원고 등 해당노선을 운항하는 지정 항공사들 간에 유류할증료에 관한 합의가 이루어지고 유류할증료가 운영되던 시점인 2003년에서 2008년 사이에는 국제유가가 5배 가까이 상승하였다.<sup>68)</sup> 만약 법령에 따라 항공사들이 유류할증료에 관한 합의를 하지 않고 유류할증료가 도입되지 않았다면, 국제유가 상승에 따른 손실보전이 유류할증료가 포함된 기타요금이 아닌 기본요금에 연동되었을 것이다. 이때 항공사는 손실보전과 수익극대를 위해 실제 소비자가 지

64) 본 사안의 원심에서 후술하는 과징금 산정 기준과 관련하여 원고는 유류할증료가 전체운임에서 차지하는 비중이 약 10% 정도일 뿐이라고 주장하였다. 서울고등법원 2012.5.16. 선고 2010누45912 판결.

65) 전술한 바와 같이 기타요금에는 유류할증료 이외에 운송장 작성 수수료나 착지불 수수료와 같은 여러 가지 요금이 포함된다. 따라서 유류할증료에 대해 담합을 하였다고 하더라도 전체 운임의 10%에 상당하는 담합을 한 것으로 보기는 어려울 것이다.

66) 손양훈·정진욱, “항공화물 유류할증료 담합의 가격효과에 대한 실증분석”, 자원·환경연구 제22권 제4호(2013), 731면.

67) 손양훈·정진욱, 위의 논문, 730면.

68) 손양훈·정진욱, 위의 논문, 731면.

불하였을 운임을 정부기관에 신고한 유류할증료 보다 더 고액으로 책정했을 수도 있다. 즉, 당시 국제유가의 급격한 상승을 고려할 때 동일한 기간 동안 사업자들 간의 유류할증료 담합이 없었더라면 소비자들이 더 저렴한 운임을 지불하였을 것이라는 가정은 설득력이 떨어지게 되는 것이다.<sup>69)</sup>

셋째, 항공운송산업의 특성상 공정거래법 적용에 있어서 특별한 고려가 요구된다. 항공운송산업은 공공적 성격을 가지는 대표적인 경제적 규제산업이기 때문이다.<sup>70)</sup> 경제적 규제산업에서는 자원배분이나 소비자 후생의 증대와 같은 경제적 목표달성을 위하여 국가가 독점적 시장구조를 부분적으로 인정한다는 특징이 있다. 그리고 항공사도 일반기업과 마찬가지로 자신의 이윤확대를 위하여 시장에서 서비스를 제공하지만, 그 기저에는 각종의 정부규제와 고도의 정책적 배경이 존재한다. 항공운송시장은 항공기 도입에 대규모의 자본투자가 필요하고 사업수행에 고도의 기술적 노하우를 요하는 점에서, 신규 시장참여자들에게 높은 진입장벽이 존재한다.<sup>71)</sup> 또한 유류비용의 비중이 높아 국제유가의 변동에 민감하게 반응한다는 점도 경쟁자의 신규 시장참여의 제약요인이 된다. 또한 항공운송시장에서 각국 정부는 자국의 이익을 위하여 항공운송산업에 대한 정책적 지원과 동시에 항공안전 및 산업의 공공성을 위한 규제를 통해 시장에 직접 개입하는 경우가 빈번하다. 항공법 제112조<sup>72)</sup>가 항공운송사업에 관한 면허제를 규정하고 있는 것이 대표적인 예라고 할 수 있는데, 이는 새로운 시장진입을 시도하는 경쟁자에 대해 높은 진입장벽으로 작용하게 된다.

이와 같은 배경에서 유류할증료도 항공사가 신고한 요금체계를 정부가 인가하는 형태로 정부의 적극적인 개입 하에 시행되었던 것이다. 더욱이 이와 같은 유류할증료의 인가는 성문법규범에 근거한 것이어서 구체적인 법적 근거 없이

69) 실제로 경제학적 방법으로 해당 기간 동안 유류할증료의 담합에도 불구하고 소비자가 최종적으로 지불하는 총 운임은 상승되지 않았음을 보여주는 연구도 존재한다. 특히, 이 연구에 따르면 담합기간 동안 급격한 유가상승은 모두 항공운임에 반영되었을 것이므로, 이러한 but-for price(할증료가 없던 종전 운임체계 하에서 형성되었을 가격)는 담합기간 동안 실제 부과된 최종운임(유류할증료가 적용된 운임)보다 높을 수 있었음을 보여준다. 손양훈·정진욱, 위의 논문, 748면.

70) 대표적인 경제적 규제산업으로는 운송업 이외에 방송, 통신, 전기 및 에너지, 금융 산업을 들 수 있다. 이호영, “산업규제와 경쟁법의 관계에 관한 연구”, 경영법률 제20권 1호(2009), 547면.

71) 공정거래위원회, “항공운송산업과 경쟁정책”, 주요산업 경쟁정책보고서 시리즈 2008-1 (2008년), 3면.

72) 항공법 제112조(국내항공운송사업 및 국제항공운송사업) ① 국내항공운송사업 또는 국제 항공운송사업을 경영하려는 자는 국토교통부장관의 면허를 받아야 한다.

일반적인 감독권한을 근거로 이루어진 행정지도<sup>73)</sup>라고 볼 수도 없다. 따라서 이러한 특수성을 무시하고 법령에 따른 정당한 행위에 해당하는지 여부를 경쟁의 실질적 제한이라는 측면의 연장선에서 기계적으로 판단하는 것은 재고될 필요가 있을 것으로 생각된다.

### (3) 소결

원고의 유류할증료 도입 및 운영 행위가 다른 항공사들과 일정한 합의하에 이루어졌다는 점은 사실관계에서 확인된 바이다. 이점에서 법원은 경쟁 공동행위에 해당하는 가격합의가 있었음을 이유로 부당한 공동행위로 판단하였고, 특히 유류할증료가 기존에 항공사들 간에 할인을 경쟁이 이루어지던 기본요금 부분에 있던 유류비 보전 부분을 경쟁이 존재하지 않는 기타요금으로 개편하여 운영한 점을 들어 결과적으로 경쟁이 실질적으로 제한되었다고 판단하였다. 또한 법령에 의한 정당한 행위에 해당하는지 여부에 대한 판단에 있어서도 당해 행위를 허용하는 항공법, 항공협정 및 일본국의 공정거래법에서 자유로운 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위를 금지하고 있는 점에서 원고의 부당한 공동행위 성립을 인정하였다.

하지만 원고를 비롯한 관련 항공사의 담합 행위는 어디까지나 전체 운임에서 10% 이하를 차지하는 유류할증료에 관한 것이었고, 나머지 기본요금에 관해서는 서로 간에 가격합의가 존재한 바 없으며, 오히려 자유로운 경쟁을 한 것으로 인정된다. 따라서 유류할증료 부분에 관한 담합을 전체 항공시장에서의 경쟁제한으로 판단하기에는 다소 불충분한 면이 있어 보인다. 해당 노선에서 유류할증료가 차지하는 비율이나 전체 운임과의 상관관계 등을 고려하여 실질적인 측면에서 경쟁이 부당하게 제한되었는지 여부를 판단하는 것이 더욱 설득력이 있을 것으로 생각된다.

또한 담합행위 기간 동안에 급격한 국제유가 상승이 있었던 점에서, 원고를

73) 행정지도는 비권력적 사실행위에 지나지 않고 이를 위해 법적 근거가 반드시 필요한 것도 아니다. 또한 수범자의 임의적 협력과 순응을 기대하는 사실행위에 지나지 않으므로, 행정지도는 법적 구속력이 없고 또 사업자가 이에 따르지 않더라도 법적 제재가 가해지지 아니한다. 정호열, 앞의 책, 93면. 따라서 단순한 행정지도에 따른 담합행위는 법령에 따른 정당한 행위로 인정되지 않는 것이 일반적이다.



비슷한 항공사들이 가격담합이 없었다면 소비자들이 더 저렴한 비용을 지출하였을 것이라는 추정은 설득력이 약하다. 영리를 추구하는 기업으로서 항공사들은 상승하는 유가에 따른 수익보전을 위해 어떠한 방법을 써서라도 항공운임을 인상하였을 것이기 때문이다. 오히려 공공적 성격을 가지는 항공운송업의 규제 산업으로서의 성격을 고려할 때, 정부의 엄격한 관리 하에 유류할증료의 신고와 인가를 통한 유류비 보전 및 급격한 운임상승을 억제하는 것이 당시의 시장 상황과 항공운송산업의 공공적 성격에 더욱 적절하였을 것으로 보인다. 이점에서 유류할증료의 도입과 운영은 법률에 따른 정당한 행위로 해석될 여지가 크다고 본다.

#### 4. 공정거래법의 역외적용

공정거래법의 역외적용(extraterritorial application)이란 자국의 공정거래법을 자국의 주권이 미치는 영역을 넘어 외국인이 외국에서 행한 공정거래법 위반행위에 대해서까지 확장하여 적용하는 것을 말한다.<sup>74)</sup> 2004년에 개정된 우리 공정거래법은 국외에서 이루어진 행위라도 국내시장에 영향을 미치는 경우에는 공정거래법을 적용하도록 규정하고 있다.<sup>75)</sup> 하지만 이러한 역외적용에는 신중한 검토가 선행되어야 한다. 자칫 역외적용의 확대는 다른 나라의 경쟁당국과의 관할권 충돌이나 갈등이 발생할 수도 있기 때문이다.<sup>76)</sup> 따라서 공정거래법의 역외적용은 외국에서 이루어진 행위의 영향이 국내시장에 미치는 경우에 한하여 공정거래법의 목적 달성을 위하여 필요한 경우에만 예외적으로 인정되어야 한다.

사안에서 원고는 자신의 행위가 일본에서 이루어진 일본발 한국행 항공화물 운임에 관한 것으로서 국내시장을 대상으로 한 것이 아니어서 국내시장에 영향을 미치지 않으므로 공정거래법 적용대상이 아니라고 주장하였다. 이에 대해 법원은 ① 화물운임은 송하인이 부담하는 출발지불과 수하인이 부담하는 도착지불로 나눌 수 있는데 도착지불의 경우 국내에 있는 수하인이 직접적으로 운

74) 권오승, 앞의 책, 150면.

75) 공정거래법 제2조의 2.

76) 권오승, “한국 독점규제법의 역외적용 - 항공화물 국제카르텔 사건을 중심으로”, 경쟁법 연구 제24권(2011), 149면.

임을 부담하고, 출발지불 거래에서도 국내 수하인이 송하인에게 전가한 운임이 운송인에게 지급되므로 국내 수하인을 항공화물운송의 수요자로 볼 수 있고, ② 도착지인 국내에서도 화물의 하역이나 추적 등 그 역무의 일부가 이루어지는 점에서 일본발 국내행 항공화물의 가격에 그러한 역무의 대가가 포함되어 있으므로, 결국 일본발 국내행 항공화물에 관한 담합은 국내시장에 영향을 미친다고 판단하였다.<sup>77)</sup>

이와 같은 법원의 판단은 공정거래법의 역외적용이 예외적인 경우에 최소한으로 인정되어야 한다는 측면에서 재고될 필요가 있을 것으로 본다. 즉, 도착지불의 경우 출발지불이 일반적인 항공화물에서 예외적으로 인정되는 제도인 점에서<sup>78)</sup> 당해 행위가 있었던 기간 동안 일본발 한국행 항공화물에서 도착지불이 차지하는 비중에 대한 검토 없이 공정거래법의 역외적용을 인정할 만큼 당연히 국내시장에 영향을 미쳤다고 해석하는 것은 무리가 있어 보인다. 뿐만 아니라, 항공화물로 운송되는 상품가격에 국내에서 이루어지는 화물운송 서비스의 가치가 포함되어 있으므로 운임지급 형태에 상관없이 어떠한 경우에도 국내시장에 영향을 미친다고 해석하는 것은 국내시장의 공정한 경쟁질서 보호와는 상당한 거리가 있어 보이므로 다소 확대된 해석이 아닌가 생각된다. 더욱이 원고는 당해 행위를 함에 있어서 일본국 국토교통성의 인가를 받았고, 일본국 국토교통성은 이 사건 합의에 대하여 일본국 항공법 제110조에 의하여 일본국 독점금지법의 적용이 제외된다는 견해를 밝힌 사실을 고려할 때, 우리 법원의 적극적인 공정거래법 역외적용이 다른 나라의 주권을 침해하거나 관할권에 관한 충돌이 발생할 우려도 적지 않다.

따라서 본 사안에서 같이 외국에서 행해진 담합행위에 대해 우리나라 공정거래법이 적용되기 위해서는 국내시장의 자유로운 경쟁을 보호하기 위한 필요최소한의 범위 내에서만 역외적용이 허용되어야 할 것으로 본다.

77) 참고로 동일한 원고와 피고 간의 다른 사건으로 대법원 2014.5.16. 선고 2012두13689 판결이 있다. 본 사안은 일본 항공사인 원고와 국내 항공사들 간에 한국발 일본행 항공화물에 관한 유류할증료 담합이 문제되었다. 이 사안에서 대법원은 단순히 원고를 포함하여 해당 공동행위를 하였던 항공사들의 한국발 전 세계행 항공화물 운송서비스의 시장점유율이 목적지에 따라 연도별로 51%내지 99% 정도인 사실을 들어 국내시장에 영향이 미친다고 판단하였다.

78) 항공사가 수취하는 기타요금 중에서 출발지불이 아닌 도착지불일 경우 소비자는 착지불 수수료를 납부하여야 한다. 이러한 점은 항공화물시장에서 출발지불이 일반적임을 알 수 있다.

## V. 맺음말

사안에서 원고는 일본발 한국행 항공화물노선을 운영하는 다른 항공사들과 공동으로 유류할증료를 도입 및 운영하는 합의를 하였다. 하지만 이러한 합의는 관련 법률과 항공협정에 따라 이루어진 것으로 원고의 공동행위 자체에는 문제가 없었던 것으로 볼 수 있다. 다만 그러한 공동행위가 공정하고 자유로운 경쟁을 제한하는 부당한 공동행위에 해당하는지 여부는 문제될 수 있다. 이와 관련하여 우리 법원은 원고 등이 유류할증료를 도입하면서 기존에 상시 할인율을 통한 경쟁이 이루어지던 기본요금에 포함되었던 부분을 할인율 경쟁이 이루어지지 않는 기타요금으로 책정하였던 점에 주목하였다. 즉, 이러한 합의가 운임의 체계에 관한 사항을 변경하는 것을 넘어 일정한 항목에 대한 할인을 제한하는 내용까지 포함하였고, 그에 따라 부당하게 경쟁을 제한한 것으로 판단하였던 것이다. 나아가 우리나라 항공법, 항공협정, 일본국 법령에 의한 정당한 행위에 해당하는지에 관한 판단도 결과적으로 당해 행위로 인해 경쟁이 실질적으로 제한되었는지 여부로 귀결시키고 있다.

하지만 다음과 같은 점에서 원고의 행위가 자유경쟁을 실질적으로 제한하는 부당한 공동행위라고 판단하기에는 무리가 있어 보인다.

첫째, 원고를 비롯한 관련 항공사의 담합 행위는 어디까지나 전체 운임에서 10% 이하를 차지하는 유류할증료에 관한 것이었고, 나머지 기본요금에 관해서는 서로 간에 가격합의가 전혀 존재하지 않았고 자유로운 경쟁을 한 것으로 인정된다.

둘째, 담합행위 기간 동안 급격한 국제유가 상승이 있었던 점을 고려할 때, 원고를 비롯한 항공사들의 가격담합이 없었다면 소비자들이 더 저렴한 비용을 지출하였을 것이라는 추정은 설득력이 약하다.

셋째, 공공적 성격을 가지는 항공운송산업의 규제산업으로서의 성격이 반영된 유류할증료의 신고와 인가에 정부기관이 적극적으로 개입한 것으로 볼 수 있고, 그러한 정부의 행위는 단순한 행정지도라고 볼 수 없다.

이상과 같은 점에서 항공운송산업에 관한 공정거래법 적용에 있어서 부당경

쟁제한성의 판단은 당해 산업에서 자유로운 경쟁이 부당하게 침해되었는지 여부를 기준으로 판단되어야 할 것이며, 이때 항공운송업의 규제산업으로서의 성격도 함께 고려되어야 할 것이다.

마지막으로 공정거래법 역외적용의 소극적 성격을 고려할 때, 외국에서 외국 사업자에 의한 행위로서 국내 경쟁시장에 미치는 영향이 직접적이고 강력하지 않은 본 사안의 행위와 같은 경우에는 역외적용에 신중을 기할 필요가 있을 것으로 본다.

## 참고문헌

### [국내문헌]

- 공정거래위원회, “항공운송산업과 경쟁정책”, 주요산업 경쟁정책보고서 시리즈 (2008)
- 공정거래위원회, 「공정거래위원회 20년사 - 시장경제 창달의 발자취」(2001)
- 권오승, 「경제법(제12판)」법문사 (2015)
- 이호영, 「독점규제법(제4판)」홍문사 (2013)
- 정호열, 「경제법(제4판)」박영사 (2013)
- 권오승, “한국 독점규제법의 역외적용 - 항공화물 국제카르텔 사건을 중심으로”, 경쟁법 연구 제24권(2011)
- 김학균, “국제유가 변동이 한국 자본시장에 미치는 영향”, KRX Market (2015)
- 문준조, “국제항공법상 화물·수하물에 대한 운송인의 책임상한제도 - 미국의 판례 분석을 중심으로 -”, 한국항공우주정책·법학회지 제11권 3호(2003)
- 손양훈·정진욱, “항공화물 유류할증료 담합의 가격효과에 대한 실증분석”, 자원·환경연구 제22권 제4호(2013)
- 양명조, “부당한 공동행위에 있어서 '부당성' 판단기준”, 공정거래법강의, 법문사(1996)
- 이강빈, “국제항공화물운송에 관한 운송증서의 요건 및 효력”, 한국항공우주정책·법학회지 제23권 2호(2008)

- 이문지, “미국의 경제규제와 반트러스트법의 적용제외 - 통신산업의 경우를 중심으로 -”, 상사법연구 제20권 1호 (2001)
- 이호영, “산업규제와 경쟁법의 관계에 관한 연구”, 경영법률 제20권 1호 (2009)
- 이황, “보험사업에 대한 독점규제법의 집행과 그 한계 : 보험산업에 대한 공정거래법 적용의 범위와 한계 -대법원 2006. 11. 23. 선고 2004두8323 판결을 중심으로-”, 경쟁법연구 제18권(2008)

[해외문헌]

- Dustin Appel, Air Cargo Fuel Surcharges and Tacit Collusion under the Sherman Act: What Good Is Catching A Few Bad Guys If Consumers Still Get Robbed?, 73 J. Air L. & Com. 375 (Spring, 2008)
- Julia Gorodetsky, Analogy by Necessity: The Filed Rate Doctrine and Judicial Review of Agency Inaction, 23 Tul. Envtl. L.J. 1 (winter 2008)
- Kevin M. Decker, The Filed-Rate Doctrine: Leaving Regulation to the Regulators, 34 Wm. Mitchell L. Rev. 1351, 1353-56 (2008)
- Thorne Bledsoe McCallister, The Filed Rate Doctrine Under The Interstate Commerce Act And The Shipping Acts, 19 Tul. Mar. L.J. 81 (1994)
- Vonda Mallicoat Laughlin, The Filed Rate Doctrine And The Insurance Arena, 18 Conn. Ins. L.J.373 (2011)

## 초 록

공정거래법상 대표적인 규제산업인 항공산업은 그 공공적 성격으로 인하여 정부기관의 개입이 다른 산업과 비교하여 다양하게 이루어지고 있다. 사안에서 일본발 한국행 항공화물운임에 유류할증료를 도입함에 있어서 원고는 해당 노선을 운영하는 다른 항공사들과 공동의 합의를 하고 이를 실행에 옮겼다. 하지만 이는 항공법, 항공협정 및 일본국 법률에 따른 정당한 행위로 인정될 여지가 크다. 다만 그러한 합의 자체가 정당성을 갖는다고 하더라도 이는 어디까지나 자유경쟁을 저해하지 않는 범위 내에서만 유효하다.

법원은 경성 공동행위에 해당하는 가격합의가 있었음을 이유로 사안의 항공사들의 행위를 부당한 공동행위로 판단하였고, 특히 유류할증료가 기존에 항공사들 간에 할인을 경쟁이 이루어지던 기본요금 부분에 있던 것을 경쟁이 존재하지 않는 기타요금으로 재편성하여 운영한 점을 들어 경쟁이 실질적으로 제한되었다고 판단하였다. 또한 법령에 의한 정당한 행위에 해당하는지 여부에 대한 판단에 있어서도 당해 행위를 허용하는 항공법, 항공협정 및 일본국의 공정거래법에서 자유로운 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위를 금지하고 있는 점에서 원고의 부당한 공동행위 성립을 인정하였다.

본고는 이러한 법원의 판단에 대해 원고 등의 행위에 실질적인 경쟁제한성이 존재하였는지 여부, 그리고 그러한 행위가 법령에 따른 정당한 행위에 해당되는지 여부, 마지막으로 우리 공정거래법의 역외적용에 있어서 고려될 사항 등을 중심으로 다음과 같이 검토해 보았다.

첫째, 원고를 비롯한 관련 항공사의 담합 행위는 어디까지나 전체 운임에서 10% 이하를 차지하는 유류할증료에 관한 것이었고, 나머지 기본요금에 관해서는 서로 간에 가격합의가 존재하지 않았고 자유로운 경쟁을 한 것으로 인정된다.

둘째, 담합행위 기간 동안 급격한 국제유가 상승이 있었던 점을 고려할 때, 원고를 비롯한 항공사들의 가격담합이 없었다면 소비자들이 더 저렴한 비용을 지출하였을 것이라는 추정은 설득력이 약하다.

셋째, 공공적 성격을 가지는 항공운송산업의 규제산업으로서의 성격이 반영된 유류할증료의 신고와 인가에 정부기관이 적극적으로 개입한 것으로 볼 수 있고, 그러한 정부의 행위는 단순한 행정지도라고 볼 수 없다.

마지막으로 공정거래법 역외적용의 소극적 성격을 고려할 때, 외국에서 외국 사업자에 의한 행위로서 국내 경쟁시장에 미치는 영향이 직접적이고 강력하지 않는 한, 본 사안의 행위와 같은 경우에는 그 역외적용에 신중을 기할 필요가 있을 것으로 본다.

**주제어** : 공정거래법, 카르텔, 부당한 공동행위, 유류할증료, 신고요금이론, 항  
공화물

## Abstract

### Unfair Restrain on Competition in Air Cargo Fuel Surcharge Case

Lee, Chang Jae\*

On May 16, 2014 the Supreme Court of Korea rendered its decision with respect to litigation filed by All Nippon Airways Co., Ltd. (“ANA”) for revocation of an order of correction and payment of a penalty imposed by the Korea Fair Trade Commission (“KFTC”). On or around September 2002, ANA and various airlines operating air cargo service from Japan to Korea were allegedly to have agree to introduce of fuel surcharge into their rates on cargo fares in an attempt to recoup falling profits from rising of oil price. As this hard core cartel was per se prohibited under Korean competition law (The Monopoly Regulation And Fair Trade Act), KFTC began an investigation and consequently with fruitful results imposed an amount of penalty and issued an order of prohibition.

ANA protested against this imposition by filing suit against KFTC under the reasons that (1) their agreement was simply pursuant to the relevant laws and regulations including Air Transport Agreement between Korea and Japan, (2) there was an administrative guidance from Japanese government to allow this agreement, (3) extraterritorial application of Korean competition law to the agreement in this matter was improper as it was made within Japan and targeted only for the shipment from Japan to Korea: accordingly there is not a direct and serious effect between the agreement and any result of anti-competitive.

This article aims to review ANA’s allegation and the judgement delivered by Korean court under some issues respectively; (1) whether there is an effectively actual anti-competitive cartel between airlines including plaintiff, (2) whether

---

\* Ph.D.; Postdoctoral Researcher at Law Institute, Sungkyunkwan University.



filed rate doctrine is reasonable and applicable in this case for precluding wrongfulness, (3) what is the reasonable limitation of boundaries in extraterritorial application of Korean competition law. Additionally, this article also suggests to concern particular features of air transport business as an regulated industry in judging the unfair restrain on competition.

**Key words** : Antitrust, Cartel, Fuel surcharge, Filed rate doctrine, Air cargo