

규제연구 제19권 제2호 2010년 12월

공정거래법상 카르텔 규제의 쟁점

-실체법적 쟁점을 중심으로-

홍대식*

본 연구는 공정거래법상 카르텔 규제의 법적 쟁점을 카르텔 규정의 해석 및 적용과 관련된 실체법적 쟁점을 중심으로 살펴보는 것을 목적으로 한다. 첫째, 합의 요건에 관하여, 대법원은 합의 요건을 형식적으로 해석하는 경향을 보이면서도, 합의의 의미와 범위를 명확히 하고 정황증거에 의하여 합의의 존부를 판단하기 위한 기준으로서의 법리 개발은 충분히 이루지 못했다. 둘째, 위법성 요건과 관련해서, 대법원은 최근 들어 경쟁제한성 요소의 의미와 판단기준을 보다 명확히 하고 부당성을 별개의 요소로 인식함으로써 예외적 사정, 특별한 사정이 있는 사안에 대한 구체적 타당성 있는 법리를 찾아가는 노력을 보여주고 있다.

이러한 법원의 판단 방식은 그동안 합의의 도그마의 문제 또는 부당성 판단의 체계상의 혼란 문제를 야기한다는 이유로 학계 일부로부터 공격을 받아 왔다. 그러나 현재까지 나타난 판례들을 종합할 때, 카르텔 규제 법리의 발전이 일정한 방향성을 보이고 있다는 점이 점점 명확해지고 있다. 따라서 법원의 판례를 부정하고 극복하려고만 하기보다는 그 취지를 존중하면서 좀 더 타당성 있는 법리가 개발될 수 있도록 카르텔 규제와 관련된 당사자 및 이해관계자들의 배전의 노력이 필요한 시점이라고 생각된다.

핵심용어: 카르텔, 부당한 공동행위, 합의, 의식적 병행행위, 동조적 행위, 경쟁제한성, 부당성

* 서강대학교 법학전문대학원, 서울특별시 마포구 신수동 1 다산관 344호(dshong@sogang.ac.kr)

본 연구는 필자가 2009년 10월 20일에 개최된 서울대학교 경쟁법센터, 법무법인 충정 공동 주최의 세미나에서 발표한 자료에 토대를 둔 것으로서, 2009년 서강대학교 법학전문대학원 교내연구비 지원사업의 연구비 지원을 받아 작성되었다.

접수일: 5/17, 게재확정일: 7/1

I. 들어가며

시장에서 활동하는 사업자들은 주어진 시장구조와 제도적 여건하에서 가능한 방법으로 자신의 이익을 극대화할 수 있는 전략적 행동을 하기 마련이다. 그와 같은 전략적 행동 가운데 시장의 핵심적인 기능인 경쟁의 요소인 가격, 생산량, 상품의 다양성과 선택의 범위 등과 관련되거나 경쟁 기능 그 자체와 관련된 사업자의 행동은 일반 경쟁법인 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 ‘공정거래법’이라 한다)에 정한 규제의 적용을 받는다. 특히 독점적 경쟁시장(monopolistically competitive market)¹⁾이나 과점시장(oligopolistic market)²⁾의 특징을 많이 갖고 있는 우리나라 시장 현실에서, 시장구조에 따른 상호의존성(interdependence)의 영향을 받는 사업자들은 경쟁사업자들의 행동을 예측하고 자신의 행동에 대한 경쟁사업자들의 반응을 염두에 두면서 가격결정과 같은 중요한 전략적 의사결정을 행하고 그 실행에 옮기는 경우가 많은데, 이러한 행위는 외형상 카르텔과 유사한 모습으로 나타나 경쟁당국인 공정거래위원회(이하 ‘공정위’라 한다)의 주목을 받는 경우가 적지 않다.

이러한 문제는 시장의 구조적 요인과 그 제약을 받는 사업자들의 행동 방식 사이의 상호작용이 양면성을 갖고 있기 때문에 나타난다. 즉 독점적 경쟁시장이나 과점시장에서는 시장에서의 거래와 관련된 사업자의 의사결정과 전략적 행동이 구조적인 상호의존성에서 비롯되어 경쟁사업자와 일정한 관련을 갖는 의식적 요소를 수반하여 나타나는 측면이 있기도 하지만, 한편으로는 그러한 구조적인 여건을 경쟁사업자 간에 적극적으로 이용할 유인과 능력

1) 독점과 완전경쟁의 극단의 중간에 자리 잡은 시장구조로서, 많은 판매자와 구매자가 있고, 각 사업자가 차별화된 상품을 구매하면서, 진입과 퇴출이 비교적 자유로운 시장을 말한다. Baye(2009).

2) 소수의 사업자만이 존재하고 각 사업자는 전체 산업에 비하여 상대적으로 큰 규모인 시장구조를 말한다. Baye(2009).

역시 적지 않게 존재한다. 이런 상황에서 공정거래법상 카르텔 규제는 경쟁을 제한하는 행위를 사후적으로 교정 또는 제재하는 수단이 되기도 하지만, 특정한 시장구조하에 있는 사업자들에게 시장구조에 순응하거나 이용하는 것에 그치지 않고 규제의 강도와 범위라는 제도적 요인을 고려하여 행동하도록 유도하는 사전적인 유인구조(incentive)로서도 작용한다. 따라서 카르텔이 무엇이고 어떤 경우에 규제되는가 하는 점은 사업자의 의사결정과 전략적 행동에 중대한 영향을 미치는 문제이다.

이 글에서는 이런 문제의식하에 공정거래법상 카르텔 규제의 법적 쟁점을 카르텔 규정의 해석 및 적용과 관련된 실체법적 쟁점을 중심으로 살펴보기로 한다. 카르텔 합의의 내용이 되는 사업자의 의사결정과 전략적 행동은 가격에 관한 것과 가격 외의 거래조건에 관한 것, 그리고 그에 영향을 미치는 것으로 나눌 수 있는데, 여기서는 가격결정행위에 관한 카르텔 위주로 설명하기로 한다. 그 이유는 지면상의 제약도 있지만 카르텔의 경우 공정위가 가격에 기초한(price-based) 행위와 가격 아닌 다른 요소에 기초한(nonprice-based) 행위 가운데 가격결정행위에 관한 카르텔을 주로 규제하고 있을 뿐만 아니라 가격이 아닌 다른 요소가 보다 직접적인 합의의 내용이라고 할 수 있음에도 가격에 기초한 행위로 구성하여 규제하는 경향이 있기 때문이다. 또한 가장 중요한 경쟁요소인 가격을 대상으로 한 카르텔에 대한 효과적인 규제는 시장을 정상적으로 작동하도록 하는 중요한 기능인 ‘가격기구의 정립’³⁾을 목적으로 한다는 점에서 특별히 논의할 가치가 있다.

II. 실체법의 구조와 요건상의 특징

공정거래법은 제4장으로 ‘부당한 공동행위의 제한’에 관한 장을 두고 그 장 아래 제19조부터 제22조의2까지 5개의 조문을 두고 있다. 이 중 어떠한 행위가 카르텔에 해당하는지 여부를 판단하는 데 필요한 내용을 규정하고 있는 조항은 제19조이다. 제19조는 제1항부터 제6항까지 있고 제1항은 카르텔의 성립요건과 행위 유형, 제2항은 카르텔의 인가요건, 제3항은 인가기준 등에 관한 시행령 위임근거, 제4항은 카르텔의 사법상 효력, 제5항은 카르텔의

3) Oliver Williamson의 문헌을 인용하여 공정위의 역할을 “가격의 정립”과 “제도의 정립”으로 구분한 후, 공정위가 카르텔의 규제와 같은 “가격의 정립” 임무에 더 충실해야 한다는 견해로는 이재우(2004), p.144.

법률상 추정, 제6항은 카르텔 심사기준 고시 제정근거를 규정하고 있다.

공정거래법 제19조 제1항 본문은 카르텔에 관하여 “사업자는 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의(이하 “부당한 공동행위”라 한다)하거나 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니 된다.”고 규정하고, 같은 항 각 호는 합의의 내용이 되는 실행행위로서 가격결정행위, 거래조건 결정행위, 상품의 생산 또는 거래량 제한행위, 거래지역 또는 거래상대방 제한행위, 설비 제한행위, 상품 또는 용역의 종류·규격 제한행위, 영업의 주요 부문 공동수행·관리 또는 이를 위한 회사 등의 설립 행위, 낙찰자 또는 낙찰가격 결정행위, 기타 사업활동 또는 사업내용 제한행위를 열거하고 있다. 이처럼 법 제19조 제1항은 본문과 각 호로 나누어지고, 본문에서는 ‘합의’ 요건을 중심으로 금지행위의 성립요건을 규정하고 각 호에서는 합의의 대상이 되는 일정한 행위를 유형별로 구분하는 구조로 되어 있다.

제19조 제1항 본문 전단은 “사업자가”, “다른 사업자와 공동으로”, “부당하게 경쟁을 제한하는”, “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의”하는 것을 금지하고 있는데, 둘 이상의 사업자 사이에 이루어진 합의가 존재하고 그 합의의 목적과 내용이 부당하게 경쟁을 제한한다는 평가가 내려지면 합의의 목적이 달성되거나 그 내용이 되는 행위가 실행되지 않더라도 금지된다는 데에 특징이 있다. 이 중 “사업자가”라는 부분과 “다른 사업자와 공동으로”라는 부분은 행위자 요건으로, “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의”라는 부분은 행위 요건으로, 그리고 “부당하게 경쟁을 제한하는”이라는 부분은 위법성 요건으로 나누어 볼 수 있다.

한편 제19조 제1항 본문 후단에서는 사업자가 다른 사업자로 하여금 카르텔을 행하도록 하는 것을 금지하고 있는데, 이는 카르텔에 참가한 당사자는 아니지만 이를 교사한 사업자에게도 법적 책임을 지우기 위한 근거를 규정한 것이다. 다만 교사행위의 인정 범위는 명확하게 한정할 필요가 있다.⁴⁾

4) 이와 관련하여 대법원 2009. 5. 14. 선고 2009두1556 판결은 법 제19조 제1항 후단의 ‘다른 사업자로 하여금 부당한 공동행위를 행하도록 하는 행위’는 다른 사업자로 하여금 부당한 공동행위를 하도록 교사하는 행위 또는 이에 준하는 행위를 의미하고, 다른 사업자의 부당한 공동행위를 단순히 방조하는 행위는 여기에 포함되지 않는다고 판시하였다.

III. 행위 요건과 주요 쟁점

1. 행위 요건으로서의 합의와 그 내용으로서의 실행행위의 유형

행위 요건에 해당하는 부분인 “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의”라는 부분은 합의와 그 내용으로서의 실행행위로 구분해 볼 수 있다. 여기서 핵심이 되는 것은 ‘합의’라는 의식적인 요소의 존재이다. 합의는 실행행위를 예정하는 것이지만, 실행행위는 그 자체가 행위 요건이 아니라 합의의 내용을 구성하는 합의의 요소로서 구별된다.⁵⁾ 이처럼 카르텔에서는 공정거래법상 다른 행위 유형과 다르게 주관적 요건에 해당하는 합의가 행위 요건에 대하여 보조적인 지위에 머물러 있는 것이 아니라 그 자체가 주된 행위 요건이라는 점에 주목할 필요가 있다. 따라서 합의를 인정함에 있어서는 참여 사업자들이 개별적으로 내심의 의사나 계획이 있다는 것만으로는 부족하고 그러한 개별 의사가 어느 정도 외부에서 인식하거나 미루어 알 수 있는 표현행위의 형태로 나타나 합치되었다는 점을 입증할 필요가 있다. 이와 관련하여 법문에서 “계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도”라고 표현한 부분은 그 법적 형식은 중요하지 않지만 합의를 인정하기 위해서는 적어도 외부에서 합의라고 인식하거나 미루어 알 수 있는 합치된 표현행위의 형태가 필요하다는 점을 나타내는 것이라고 볼 수 있다.

합의의 내용이 되는 실행행위의 유형은 법 제19조 제1항 각 호에 열거되어 있다. 카르텔의 요건은 실행행위가 아니라 합의 그 자체지만 합의는 다른 사업자와 공동으로 하는 특성의 실행행위를 그 내용으로 하여야 하므로 실행행위의 유형에 관한 열거주의는 카르텔로 포착될 수 있는 사업자 간 합의의 범위를 한정하는 의미를 갖는다. 열거주의로 인하여 새롭게 발생하는 공동행위를 효과적으로 제재하지 못하는 문제가 있어 포괄주의 방식으로 전환하여야 한다는 주장⁶⁾도 있으나, 우리 법상 열거된 실행행위의 유형은 매우 다양하고 특히 법 제19조 제1항 제9호는 “다른 사업자(그 행위를 한 사업자를 포함한다)의 사업활동 또는 사업내용을 방해하거나 제한함으로써 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위”라

5) 실행행위는 합의의 존재가 직접적으로 입증되지 않는 사건에서는 이를 인정하는 데 필요한 정황증거로서의 역할을 하기도 한다.

6) 권오승(2008), 이재우(2004)

는 일반조항적 성격을 갖고 있는 규정도 두고 있으므로, 열거주의임에도 그 포섭 범위는 상당히 넓다고 생각된다. 특히 2007년 8월의 법 개정으로 종전의 제8호가 제9호로 변경되면서 괄호 안의 문구가 추가되었는데, 그로 인하여 종전과 달리 카르텔 참가 사업자 간의 상호구속을 초래하는 다양한 방해 또는 제한행위에 대한 합의도 카르텔 요건에 해당할 수 있게 되었다. 예컨대, 가격결정에 대한 합의와의 관계에서 이른바 조장적 관행(facilitating practice)의 존재는 그 자체로는 정황증거의 하나에 불과하나 조장적 관행이 다른 사업자의 사업활동을 제한하는 행위라는 요건을 충족할 경우 그에 대한 합의가 가격결정에 대한 합의와 별개의 카르텔로 인정될 가능성도 있다.⁷⁾

2. 합의 인정의 쟁점

학계에서는 카르텔 요건으로서의 합의에 관하여, 이는 통상적으로 ‘의사의 합치’를 말하지만 반드시 청약·승낙으로 이루어지는 법률적으로 유효한 계약일 필요는 없고 의사의 연락 또는 일치가 있었다는 상호 인식이나 이해 또는 암묵적 양해, 즉 묵시적 합의까지 포함하는 넓은 개념이라고 보는 것이 일반적이다.⁸⁾ 대법원 판례의 입장⁹⁾도 같은 것으로 보인다. 따라서 합치의 대상이 되는 당사자들의 의사는 계약의 성립요건인 청약 또는 승낙의 의사표시와 같이 표현된 내용이 정확히 일치하는 구체적 의사표시일 필요가 없으며, 합치의 정도도 구속력 있는 법률효과를 발생시키는 정도에 이르지 않고 각자의 개별 의사가 하나의 일반적 의사로 모아지고(meeting of minds)¹⁰⁾ 그와 같이 하나의 일반적 의사로 모아진 것에 대한

7) 그런 점에서 법 제19조 제1항 제9호가 조장적 관행 자체를 규제하는 근거는 되지는 않지만 조장적 관행에 대한 합의를 규제하는 근거가 된다는 명제가 성립할 수 있다. 조장적 관행을 포섭하기 위해 이 조항을 활용할 가능성을 논의하는 문헌으로서 이기중(2001), 이재우(2004)가 있다. 다만 이 조항은 다른 사업자의 사업활동 방해 또는 제한행위라는 요건 외에 그 행위가 ‘일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위’일 것을 요하므로, 조장적 관행에 대한 합의를 이 요건에 포섭시키기 위해서는 그 조장적 관행이 경쟁을 실질적으로 제한하는 성격 또는 효과를 갖고 있다는 점까지 입증되어야 할 것이다.

8) 권오승(2008) 등. 대법원 판결은 아직 합의의 개념에 대하여 정의하고 있지 않으나, 이 점을 명시적으로 밝힌 하급심판결은 다수 있다. 예컨대, 서울고법 1996. 2. 13. 선고 94구36751 판결, 서울고법 2001. 12. 11. 선고 2000누16830 판결(유영상사 등 입찰담합 사건).

9) 들러리를 서 주는 형태로 입찰합의의 실행을 묵시적으로 동의한 경우를 합의한 경우로 인정한 원심판결을 긍정한 사례로서 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007두2852 판결 참조.

10) 국내의 문헌 중에는 ‘meeting of minds’를 의사의 연락으로 번역하고 의사의 연락이 있는 경우 합의가 존재

상호 인식(consensus, understanding)에 이르는 것으로 충분한 것으로 본다. 여기서 상호 인식은 합의가 성립하고 있다는 것을 다른 당사자도 알고 있다는 사실을 이쪽에서도 알고 있는 관계가 성립하는 정도로 충분한 것으로 본다. 공정위 심결례 중에는 합의가 ‘의사의 연락 + 상호 인식’으로 구성되는 것으로 보아 정황증거에 속하는 의사연락증거와 시장행위증거를 종합하여 합의를 인정한 사례도 있다.¹¹⁾

문제가 되는 것은 합의가 명시적으로 이루어지더라도 이를 입증할 직접증거를 찾을 수 없거나 묵시적으로 이루어진 경우이다. 이런 경우에는 외관상 합의의 실행으로 볼 수 있는 행위가 존재해야 비로소 그에 선행하여 합의가 존재하였는지 여부가 문제될 수 있다.¹²⁾ 그런데 외관상 합의의 실행으로 볼 수 있는 행위가 존재하더라도 그것은 합의의 실행이 아니라 사업자들이 독자적으로 행동한 결과가 우연히 합치한 경우일 수도 있고 의식적인 요소가 개입되었지만 그것이 합의에는 이르지 않는 경우도 있을 수 있다. 따라서 외관상 합의의 실행으로 볼 수 있는 행위가 존재하는 경우 그 행위에 근거하여 카르텔을 인정하기 위해서는 각 당사자의 행위가 외형상 일치하는 것만으로는 부족하고, 그 배후에 인위적으로 형성된 의사의 연락 또는 일치가 있고, 그것에 의하여 당사자들 사이에 경쟁제한에 대한 공동인식이 형성되는 것을 통하여 행위의 일치를 초래하는 관계가 성립¹³⁾한다는 점이 경험칙의 작용을 통하여 합리적으로 추정될 수 있어야 한다. 이에 반하여 의식적 요소가 개입되었다고 하더라도 그것이 합의에 이르지 않는다고 단순히 시장에서 수집되는 정보에 의하여 다른 경쟁사업자의 행동 과정과 방식을 인식하는 정도에 불과하거나 시장의 구조적 요인에 의한 상호의 존성으로 인하여 시장행위가 동조화되는 경우에는 합의의 실행으로서의 행위와 유사한 행

하는 것으로 설명하는 경우가 적지 않다. 권오승(2008), 양명조(2008), 이기수·유진희(2004); 이 문구는 미국 연방 대법원 판결에서 미국 서민법 제1조의 “Contract, combination ... or conspiracy”의 의미에 대하여 “unity of purpose or common design and understanding, or a meeting of minds in an unlawful arrangement”[American Tobacco Co. v. United States, 328 U.S. 781 (1946)]로 해석한 것에서 비롯된 것으로 보인다고 한다. 이호영(2005); 합의의 개념요소를 ‘의사의 연락 + 상호 인식’으로 보는 견해에서는 합의를 설명하면서 의사의 연락만을 강조하는 것은 문제가 있다고 지적하기도 한다[박도하(2007)]. 그러나 합의의 의미를 설명하는 대부분의 견해가 의사의 연락과 상호 인식을 명백히 구별하여 상호 인식이 없는 의사의 연락만으로 합의가 성립하는 것으로 인정하는 것 같지는 않다.

11) 공정위 2006. 11. 2. 제2006-253호 의결(2개 이동통신사업자 사건). 이에 대한 해설은 박도하(2007) 참조.

12) 따라서, 실행행위가 없더라도 합의의 존재만으로도 카르텔의 행위 요건을 충족할 수 있다는 명제는 실제적으로는 합의의 존재가 직접적으로 입증되는 사건에 한하여 타당한 것이라고 할 수 있다.

13) 권오승(2008)

위가 시장에서 관찰된다고 하더라도 이를 반드시 합의의 결과라고 볼 수 없으므로, 이러한 행위가 존재한다는 증거만으로는 합의의 존재가 입증되었다고 볼 수 없을 것이다.

결국 합의 인정과 관련하여 실제로 많은 문제를 야기하는 것은 외관상 합의의 실행으로 볼 수 있는 행위가 존재할 때 이를 어떻게 취급할 것인가 하는 문제이다. 그것을 ① 합의가 존재하는 경우, ② 합의에 이르지 않는 의식적 요소만이 존재하는 경우, ③ 의식적 요소조차 없는 경우로 구분할 경우, 합의 개념의 포섭 범위와 관련하여 ①과 ②의 개념 구분을 어떻게 할 것인가, 합의를 입증할 직접증거가 없는 경우 합의를 인정할 수 있는 증거가 되는 것으로는 어떤 것이 있는가, 또한 어느 정도의 증거를 종합적으로 고려할 때 합의가 인정된다고 볼 수 있는가 하는 문제가 대두된다. 이런 문제에 대하여 어떻게 접근하는가에 따라 특히 사업자의 가격에 관한 의사결정과 관련하여 그러한 의사결정을 위하여 사업자에게 허용되는 행동의 범위는 어디까지인가, 사업자가 영업구조를 수립하거나 변경하면서 이에 수반하여 가격에 관한 의사결정을 하는 경우 이를 어떻게 평가하여야 할 것인가 하는 문제에 대한 접근방법에도 차이가 발생하게 된다.

(1) 합의 개념의 포섭 범위는 어디까지인가?

카르텔의 요건으로서의 합의는 명시적 합의와 묵시적 합의를 포함한다. 합의는 실행행위를 그 내용으로 하는 것이고 대체로 위반행위로서 문제가 되는 것은 그 실행으로 볼 수 있는 행위를 수반하는 경우이지만, 순수한 의사의 표현행위로서 합의를 파악할 때 명시적 합의는 언어적 수단으로 표현된 경우이고 묵시적 합의는 비언어적 수단, 특히 시장에서의 행위를 통하여 구현된 경우를 말한다고 할 수 있다. 따라서 통상적으로는 그 실행으로 볼 수 있는 행위를 포함하지 않는 합의(agreement) 또는 담합(collusion) 그 자체와 외관상 합의의 실행으로 볼 수 있는 행위를 가리키는 병행행위(parallelism, parallel behavior), 동조적 행위(concerted action), 동조화(concertation), 사업조정(coordination), 조장적 관행(facilitating practice, facilitator)은 구별되는 개념이지만, 묵시적 합의의 경우에는 묵시적 합의와 그 실행으로서의 행위를 구별할 실익이 별로 없다. 여기서는 묵시적 합의의 실행으로서의 행위와 구별되는 여러 개념들을 묵시적 합의와 교환적으로 사용하여 설명하기로 한다.

묵시적 합의(tacit agreement) 또는 묵시적 담합(tacit collusion)과 구별되는 개념으로서 주로 외국에서 사용되는 것이지만 국내에서도 학자들을 통해 소개되어 혼용되고 있는 대표적인 개

념으로는 의식적 병행행위와 동조적 행위, 묵시적 사업조정, 조장적 관행을 들 수 있다. 이 중 동조적 행위만이 유럽연합(EU) 경쟁법에서 사용되는 법문상의 용어이고 그 밖의 다른 용어들은 판례법상 개발되거나 학문적 목적으로 사용되는 개념이다. 다만 이런 개념을 사용하는 외국의 학자들 중에는 묵시적 합의 또는 묵시적 담합과 의식적 병행행위 등과 같은 다른 개념을 명확히 구별하는 경우도 있고 묵시적 합의 또는 묵시적 담합을 의식적 병행행위 등과 같은 다른 개념을 포함하는 것으로 넓게 보면서 굳이 구별할 경우 ‘순수한’(pure) 또는 ‘단순한’(mere) 묵시적 담합으로 표현하는 경우¹⁴⁾도 있다.¹⁵⁾ 여기서는 묵시적 합의 또는 묵시적 담합이 곧 우리 법상 카르텔의 요건인 합의의 일종이라는 점에서 의식적 병행행위 등 다른 개념을 제외하는 것으로 이해하기로 하고, 이 중 의식적 병행행위와 동조적 행위에 대하여 좀 더 자세히 살펴본다.

의식적 병행행위(conscious parallelism)는 과점시장에서 흔히 볼 수 있는 사업조정의 형태로서 사업자들 사이에 의사적 연락은 없지만 병행적으로 행해지는 사업활동에 대한 상호 인식이 있는 경우를 말하며, 미국의 판례법상 개발된 개념이다. 의식적 병행행위는 그 자체로 합의로 볼 수는 없다. 의식적 병행행위는 경제사정의 변화에 직면하여 각 사업자들이 독자적으로 대처한 결과가 우연히 일치하는 경우에 해당하는 단순한 병행행위¹⁶⁾에 비하여 사업자들이 의식적으로 병행행위에 참가하였다는 점에서 차이가 있다. 그러나 과점시장에서는 구조적인 요인에 의한 사업자 간의 상호의존성(interdependence)이 존재하는데, 사업자들이 상호간에 의사적 연락 없이 상호의존성에 대한 인식만으로 동일한 행위가 병행하여 발생할 경우

14) 예컨대, Posner는 묵시적 담합의 범위를 더욱 넓게 파악하여 과점기업이 명시적 의사소통 없이 행하는 비경쟁적인 가격책정을 ‘묵시적 담합’(tacit collusion)이라고 하고, 이때 직접적이든 간접적이든 의사소통이 전혀 없는 경우를 순수한 묵시적 담합(pure case of tacit collusion)이라고 하였다[Posner(1969)].

15) 묵시적 합의 또는 묵시적 담합의 개념 범위를 어떻게 이해하는가 하는 점이 의식적 병행행위나 묵시적 사업 조정에 대하여 경제학적으로 어떻게 접근할 것인가 하는 시각과도 연결된다는 점은 흥미로운 점이다. 예컨대, 개념 범위를 넓게 보는 Posner는 과거 병행적 가격결정행위에 사업자들의 의식적인 요소가 개입될 경우는 경제학적으로 과점시장의 조건을 이용하여 반경쟁적 가격결정을 행하는 것으로 볼 수 있다는 시각을 갖고 과점시장의 특수성을 주장하는 이론에 반대하는 입장을 보인 바 있다.

16) 시장에서 합의의 실행으로 볼 수 있는 행위의 외관이 존재하더라도 의식적인 요소를 전혀 발견할 수 없다면 문제 삼을 수 없는 것이 원칙일 것이다. 미국에서 ‘의식적인’ 병행행위만이 문제되는 것도 그 때문이다. 이에 반하여 2007년 개정 전 공정거래법 제19조 제5항은 의식적인 병행행위뿐만 아니라 단순한 병행행위도 포함하는 ‘행위의 외형상 일치’라는 요건이 합의의 법률상 추정에서 결정적인 역할을 하였다는 점에서 구조적인 문제를 안고 있는 조항이었다.

이를 합의가 있는 경우와 동등하게 취급하는 것은 무리가 있다.¹⁷⁾ 미국에서는 서면법 제1조에 규정된 공모(conspiracy)라는 개념에 의식적 병행행위가 포섭된다고 보는 견해도 있었으나, 판례는 명백히 부인하고 있다.¹⁸⁾ 따라서, 의식적 병행행위가 존재한다는 것만으로 합의가 인정되는 것은 아니며, 더 나아가 병행적인 사업활동에 관한 의사의 연락을 나타내는 정황 증거들을 가리키는 이른바 ‘추가적 요소’(plus factors)가 충분히 존재하여야 한다. 이를 병행행위 플러스(Parallelism Plus) 원칙이라고 한다.

미국 판례법상 묵시적 합의를 인정하기 위한 판단기준이 정립되는 과정은 의식적 병행행위가 존재하는 경우 그에 더하여 묵시적 합의를 인정하는 데 필요한 추가적 요소를 다양하게 식별하고 어떤 상황에서 어느 정도의 추가적 요소가 존재하여야 묵시적 합의를 인정할 수 있는지를 판단하는 법원 입장의 변천 과정을 보여준다. 여기에는 판례가 나올 당시에 우세하던 과점시장에서의 기업 행위에 대한 경제학적 이론의 발전과 이를 법정책적으로 반영하는 방법론에 대한 학자들의 논쟁¹⁹⁾의 성과가 반영되어 있다. 판례는 초기부터 의식적 병행행위만으로 합의를 인정하기에 부족하고 추가적 요소 또는 추가적 정황증거가 필요하다고 보았으나, 초기에는 추가적 요소의 비중을 완화하여 의식적 병행행위의 추정력을 높게 보다가²⁰⁾ 점차로 추가적 요소의 비중을 강화하여 의식적 병행행위의 추정력을 약화시키는

17) 예컨대, Turner는 상호의존성 이론을 기초로 하여, 과점사업자들이 단순히 상호의존성을 인식한 결과로써 비경쟁 가격(non-competitive price)이 형성되는 것을 의미하는 과점적 가격책정은 사업자 간에 명백한 의사 연락이 없이도 발생하는 것으로서 각 공급자들이 자신의 가격결정에 대해 경쟁자가 보이게 될 반응을 고려하여 합리적인 계산을 하는 과정에서 일어나는 것으로 판단했다.

18) Theatre Enterprises Inc. v. Paramount Film Distributing Corp., 346 U.S. 537(1954). “Conscious parallelism has not yet read conspiracy out of the Sherman Act entirely.”

19) 대표적인 것으로는 Turner와 Posner 간의 유명한 논쟁을 들 수 있다. Turner의 견해는 Turner(1962)에, Posner의 견해는 Posner(1969)에 나타나 있으며, 대부분의 미국 반독점법 교과서에는 이 논쟁을 잘 소개하고 있다. 국내에서도 이 논쟁을 소개한 문헌이 적지 않으나, 특히 참조할 만한 것으로는 Turner-Posner 논쟁의 내용에 대한 소개와 평가를 일목요연하게 담고 있는 Vaska(1985) 등에 토대를 둔 신영수(2004)를 들 수 있다.

20) 대표적인 판례로 Interstate Circuit v. United States 사건[306. U.S. 208(1939)]과 United States v. Masonite Corp. 사건[316 U.S. 265(1942)]에 대한 판결을 들 수 있다. 전자의 사건에서는 8개 영화배급업자들이 Interstate Circuit이라는 영화상영업자를 대신하여 입장료와 상영조건에 대해 거의 동일한 제한을 부과한 행위가 문제가 되었고, Interstate Circuit가 배급업자들에게 극장들과 배급계약을 체결함에 있어 일정한 가격규제를 할 것을 요구하는 내용의 편지를 보낸 사실이 정황증거로서 제시되었다. 이에 대하여 법원은 배급업자들이 그 요구를 수용하였다는 증거가 없음에도 합의가 추정된다고 인정하였다. 후자의 사건에서는 Masonite가 다수의 경쟁자들 자신의 대리점으로서 자신이 제작한 벽판을 판매했고, 제품에는 판매자의 상호를 표기하고 가격은 자신이 책정한 대로 받기로 하는 협약을 체결한 행위가 문제가 되었는데, Masonite와 협약을

방향으로 발전²¹⁾하였다.

과점시장에서 많이 나타나는 의식적 병행행위라는 사업자들의 행태가 어떤 성격을 갖는 것인가에 대한 경제적 분석과 평가들 중에 어떤 쪽을 중시할 것인가 하는 점은 의식적 병행행위의 규범적 정당성에 대한 가치 판단과 함께 의식적 병행행위가 존재할 경우 합의를 인정하는 증거 판단기준에도 많은 영향을 준다. 미국에서의 논의는 첫째, 서면법 제1조의 요건인 합의를 관대하게 해석하여 의식적 병행행위는 그 실행으로 나타나는 경향이 있으므로 이를 카르텔을 인정할 유력한 정황증거로 보아야 한다는 견해와 둘째, 서면법 제1조의 요건인 합의를 엄격하게 해석하여 의식적 병행행위가 존재한다고 하더라도 이는 합의와 구별되는 상호의존성에 대한 인식의 결과인 경우가 보통이므로 다양한 추가적 요소를 고려하여 신중하게 판단해야 한다는 견해로 나눌 수 있을 것이다. 이렇게 볼 때, Posner가 전자의 입장을 대표한다면 Turner가 후자의 입장을 대표하고, 미국 연방대법원 판례는 전자의 입장에서 후자의 입장으로 이행된 것이라고 할 수 있다.

우리 법에서도 합의 개념은 의식적 병행행위와는 명백히 구별되고, 의식적 병행행위가 합의의 개념에 포섭될 수는 없다고 보아야 한다. 이에 대하여 화장지 제조 4사 사건²²⁾에서의 대법원의 판시사항 중 “선발업체가 종전의 관행 등 시장의 현황에 비추어 가격을 결정하면 후발업체들이 이에 동조하여 가격을 결정할 것으로 예견하고 가격결정을 하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한” 추정은 반복된다고 한 부분과 관련하여, 이는 선발업체의 가격선도 및 후발업체의 가격모방(price leadership)도 ‘특별한 사정’이 존재한다면 카르텔로 인정할 수 있다는 것이므로, 이를 근거로 ‘단순한’²³⁾ 의식적 병행행위로 볼 수 있는 행위, 즉 과점기업

체결한 경쟁사업자들이 자신 말고도 다른 사업자들도 유사한 대리점계약을 체결하였으리라는 것을 인식하고 있다는 점 외에 특별한 추가적 요소가 제시되지 않았음에도 합의가 추정되었다.

21) 그 계기가 된 판결은 Theatre Enterprise, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp. 사건[346 U.S. 537 (1954)]에 대한 판결이다. 이 사건에서는 피고 영화사들이 원고에게 배급권을 거절하는 행위를 하였다는 의식적 병행행위에 관한 증거만이 제출되었는데, 법원은 그것만으로는 합의가 추정되지 않고 추가적 요소가 필요하다고 보았다. 다만 이 사건에서는 원고로부터 추가적 요소가 제시되지 않았기 때문에 합의 추정에 필요한 추가적 요소가 무엇인지는 이 판결만으로는 확인되지 않는다. 주의할 것은 원고가 추가적 요소에 대한 입증을 하지 못한 반면에, 피고들은 원고에게 신작영화를 배급하지 않기로 한 데에는 합법적인 정당화사유가 있음을 보여주는 증거를 제시하였다는 점이다.

22) 대법원 2002. 5. 28. 선고 2000두1386 판결

23) 이는 추가적 요소와 결합하여 묵시적 합의로 인정될 수 있는 의식적 병행행위와 구별하기 위하여 사용한 수식으로 보이나, 필자와 같이 묵시적 합의와 의식적 병행행위를 구별하는 입장에 서게 되면 굳이 그렇게

사이의 누적된 상호의존성을 근거로 한 묵시적 사업조정을 부당한 공동행위로 의율할 수 있다는 의미라고 해석하여야 한다는 견해²⁴⁾가 있다. 그러나 이 판례는 합의가 법률상 추정된 상태에서 추정의 반복사유가 되는 정황증거에 대한 판단에 관한 판례이므로, 이를 그대로 합의를 인정하는 근거가 되는 정황증거에 대한 판단에 관한 판례로 평가할 수는 없다고 할 것이다. 오히려 위 사건의 판시사항을 원용한 최근의 대법원 판결²⁵⁾은 추정이 반복되는 행위의 경우 선발업체들의 가격인상을 단순히 모방한 행위로서 “과점적 시장구조하에서의 상호의존성에서 비롯된 병행적 가격책정”에 해당한다고 판단하여 의식적 병행행위는 합의의 개념에 포섭되지 않는다는 점을 명백히 하고 있다.²⁶⁾

이에 대하여 동조적 행위(*concerted practice*)는 EU 조약 제81조 제1항에 합의와 대등한 요건으로 규정되어 있는 법적인 개념이라는 점에서 그 자체로는 합의 개념에 포섭되지 않는 강학상 개념인 의식적 병행행위와 구별된다. 이런 점에서 법문상으로는 EU의 경우 합의만을 요건으로 하는 우리 법이나 미국보다는 카르텔의 적용범위가 넓은 것으로 이해될 수 있다. 동조적 행위는 통상적으로 비록 사업자들 간에 합의에까지는 이르지 못했지만 일정한 병행행위가 존재하고 그 병행행위를 통하여 의식적으로 경쟁의 위험을 실제적인 협력으로 대체하는 사업자들 간의 조정이라고 해석되고 있다.²⁷⁾ 따라서 동조적 행위 요건을 통하여 합의 수준의 의사합치에 이르지 않더라도 경쟁행위의 조정에 관한 의식적인 요소로서의 묵시적 양해가 있고 그에 따라 참가 사업자들이 실제로 양해한 바에 따라 행위를 하는 경우도 카르텔에 포섭되고 있다. EU에서는 이처럼 합의와 동조적 행위가 대등한 요건으로 되어 있기 때문에, 직접적인 증거에 의하여 합의가 명백히 입증되지 않고 정황증거에 의하여 카르텔이 인정되는 경우 “합의 또는 동조적 행위가 존재한다.”는 정도로 표현하는 방식이 허용되고 있기도 하다.

구별할 실익은 없게 된다.

24) 이호영(2005)

25) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2006두14247 판결(철근 제조회사 사건)

26) 윤인성(2009)에서는 이 판례가 종래의 판례보다 부당한 공동행위의 추정 복벌의 범위를 다소 확대한 것으로 보면서, 다만 판단의 전제가 된 이 사건 사실관계의 특수성이 존재한다는 점에서 다른 유사 사건에서의 대법원의 판단을 지켜볼 필요가 있다고 한다.

27) Case 48/69 ICI v. Commission(‘*Dyestuffs*’) [1972] ECR 619; Case T-1/89 Rhone-Poulenc v. Commission [1991] ECR II-867; Cases C-89/85 etc Ahlström v. Commission(‘*Woodpulp II*’) [1993] ECR I-1307

다만 동조적 행위는 합의의 경우와 달리 요건의 내용이 명확하지 않기 때문에 EU 법원은 여러 가지 정황증거들을 종합적으로 고려하여 동조적 행위의 존재를 사실상 추정하도록 하면서 상당히 높은 수준의 입증책임을 부과하고 있다. 우리 법상 요건인 합의는 EU 경쟁법상 동조적 행위 요건보다는 더 좁은 의미를 갖고 있으므로, 합의 요건을 충족하는지 여부의 판단은 EU 경쟁법상 동조적 행위 요건 판단에 비하여 보다 엄격한 기준에 의하여 이루어져야 할 것이다.

(2) 합의는 극복되어야 할 도그마인가?

공정거래법상 합의 개념이 민사상의 합의 개념과는 구별되고 그보다 유연하게 해석되어야 한다는 데 대하여는 대부분의 경쟁법학자들이 동의하는 것으로 보인다. 다만 법 제19조 제1항이 카르텔의 수단 내지 형식을 합의에 한정하고 있는 데 대하여는 ‘합의의 도그마’라는 표현을 사용하여 비판적으로 접근하는 견해²⁸⁾가 있다. 이러한 견해에는 입법론적으로 문제를 제기하는 것²⁹⁾에 그치지 않고, 더 나아가 해석론으로 합의 개념에 합의에 이르지 않는 동조적 행위를 포섭하고자 하는 견해³⁰⁾도 발견된다.

합의를 해석론상 또는 입법론상 극복해야 할 도그마로 보는 비판적 견해에 대하여는 신중히 검토할 필요가 있다. 이러한 견해는 카르텔 규정의 집행이 과점시장에서 합의의 실행으로 볼 수 있는 행위가 초래하는 비효율적인 경제적 성과에 주목하기보다 그러한 행위가 합의라는 개념에 포섭될 수 있는 의사 표현행위에 따라 수행되는 것인지에 집중하는 현상에 비판의 초점을 두고 있다. 이 문제에 어떻게 접근할 것인가 하는 점은 단순히 합의 요건을 어떻게 판단할 것인가 하는 문제에 그치지 않고, 과점시장에서의 사업자들 간의 묵시적 사업조정을 특별한 사정이 없으면 주어진 상황에서 가격 메커니즘에 부합하는 것으로 보고 그에 따른 시장성과도 긍정적인 것으로 볼 것인가, 아니면 반대로 특별한 사정이 없으면 그것이 주어진 상황을 이용하여 가격 메커니즘을 거스르는 것으로 보고 그에 따른 시장성과도 부정적인 것으로 볼 것인가의 문제와 연결된다. 또한 시장의 상황에 따라 다양하게 형성, 변

28) 이호영(2005), 이봉의(2005a)

29) 이봉의(2007b), pp.273-275에서는 합의 없이 이루어지는 동조적 행위를 법 제19조 제1항의 카르텔 형식의 하나로 합의와 병렬적으로 규정하는 방안을 입법론으로 제시한다.

30) 이호영(2005), pp.57-59의 입장으로 보인다.

화될 수 있는 가격 메커니즘에 대한 사후적 판단을 통해 기업의 보다 합리적인 가격 의사결정과 덜 합리적인 가격 의사결정을 구별하여 그 사이에 규범적인 가치판단을 하는 것이 가능할 것인가의 문제와도 맞닿아 있다.

이 문제에 대하여 필자는 입법론은 별도로 하고 합의 요건을 두고 있는 현행법의 해석론으로는 합의 개념에 동조적 행위를 포함하거나 합의 개념이 갖는 본질적인 요소, 즉 의사의 연락과 상호 인식이라는 요소를 형해화하는 확장해석은 바람직하지 않다고 생각한다. 합의, 특히 묵시적 합의와 의식적 병행행위 또는 동조적 행위는 구별되어야 하고, 의식적 병행행위 또는 동조적 행위가 존재하더라도 이는 묵시적 합의를 사실상 추정하게 할 수도 있는 정황증거 정도로 취급할 필요가 있다. 이렇게 접근할 때, 구조적인 여건에 따른 상호의존성이 존재하는 과점시장에서 활동하는 사업자 입장에서는 합의 요건이라는 것이 법에 의하여 허용되는 행위와 위법한 행위를 사전에 인식하고 예방적으로 행동 방식을 조정하기 위하여 부득이하게 존재하여야 할 규범적 안전판으로 작용할 것이다. 합의에 이르지지는 않지만 과점시장하에서의 사업자간의 상호의존성에서 비롯된 병행적 행위 또는 동조적 행위에 대한 정책적인 대응이 필요하다고 판단된다면, 이것은 개별 사업자에게 부담이 돌아갈 법 집행의 문제가 아니라 정책적, 제도적으로 풀어가야 할 문제로 인식될 필요가 있다.

(3) 정황증거에 의한 합의 인정은 어떻게 이루어져야 하는가?

정황증거는 직접증거와 달리 어느 하나만으로 합의를 입증하는 증명력을 갖지 못하므로 증명력이 상대적으로 높은 정황증거를 포함한 여러 증거를 종합하여 경험칙을 적용할 때 합의를 사실상 추정할 수 있는 정도에 이르러야 한다. 예컨대, 의식적 병행행위는 우리 법상 합의 추정의 단서가 되는 시장행위증거로 볼 수 있는데, 그것만으로는 합의를 사실상 추정하는 능력을 갖지 못하므로 합의를 인정함에 있어서는 추가적 요소가 되는 다른 정황증거와 함께 종합적으로 고려되어야 할 것이다.

대법원 판례에서 미국의 판례이론인 의식적 병행행위와 추가적 요소 이론을 유추할 수 있는 판시 내용을 발견하기는 어렵다. 그 이유는 합의 인정 여부가 다투어진 대부분의 사건이 개정 전 법 제19조 제5항이 적용된 사건이라는 점에서 찾을 수 있다. 위 조항이 의식적 병행행위를 포함하는 행위의 외형상 일치라는 요건을 두고 있으나, 대법원은 위 조항의 법문의 형식에 충실하여 법률상 추정 단계에서는 추가적 요소를 요구하지 않고 추정의 반복사

유 판단 단계에서 비로소 번복사유를 뒷받침하는 증거로서 정황증거를 고려하였기 때문이다.

법률상 추정 사건의 경우에는 공정위가 법률상 추정을 보완하기 위하여 제시한 정황증거든 법률상 추정 규정이 적용된 사건에서 사업자들이 추정 번복사유를 입증하기 위한 증거로서 제시한 정황증거든 미국 판례이론에서 말하는 합의 인정의 정황증거로서의 추가적 요소와는 다소 거리가 있다. 따라서 법률상 추정 규정이 적용된 사건에서 검토된 정황증거들에 근거하여 우리 법상 묵시적 합의를 인정할 증거의 유형이나 입증의 정도에 관한 법리를 정립하기에는 일정한 한계가 있다. 특히 공정위가 법률상 추정을 보완하기 위하여 제시한 정황증거에 대하여는 대법원에서 그 증거로서의 타당성이나 증명력에 관하여 판단이 이루어진 경우가 거의 없으므로, 공정위가 종전의 판단 방식을 답습하여 법률상 추정을 할 때 근거하였던 증거만으로 사실상 추정을 하게 될 경우 문제가 발생할 수 있다.

법률상 추정 규정이 적용된 사건에서 사업자들이 추정 번복사유를 입증하기 위한 증거로서 제시한 정황증거에 대하여는 그 증거가치나 증명력에 관하여 대법원에서 판단이 이루어진 경우가 종종 있으나, 이러한 사례를 정황증거에 의한 사실상 추정 법리에 활용하는 데에는 신중을 기하여야 한다. 예컨대, 화장지 제조 4사 사건과 철근 제조회사 사건에서 공통적으로 대법원은 추정 번복사유로서의 단순한 가격모방 행위와 가격동조화 현상에 의존한 가격책정 행위를 구별하여 전자에 대하여만 추정 번복을 허용하고 후자에 대하여는 추정 번복을 허용하지 않았는데, 그렇다고 하여 후자가 바로 합의를 인정할 유력한 증거가 되는 것으로 볼 것인지 여부는 명백하지 않다. 즉 가격동조화 현상에 의존한 가격책정행위, 보다 구체적으로 조장적 관행을 가리키는 것으로 해석될 수 있는 “종전의 관행 등 시장의 현황”이 존재하고 선발업체가 그에 의존하여 후발업체들의 동조를 예견하고 가격결정을 한 것으로 볼 수 있는 행위가 존재할 경우, 선발업체와 후발업체들 간의 의사의 연락에 관한 증거가 없더라도 그 자체로 의식적 병행행위를 넘어 합의를 ‘사실상’ 추정하는 증거가 되는 것으로 판단할 수 있는지에 관하여 판례가 어떤 입장인지는 현재로서는 분명히 말할 수 없다고 할 것이다.

법률상 추정 규정이 적용된 사건임에도 대법원이 공정위가 제시한 정황증거들이 합의를 사실상 추정하기에 충분한 것인지를 명시적으로 판단한 사례는 커피 제조 2사 사건이 유일하다. 이 사건에서 대법원은 공정위가 제시한 정황증거에 의하여 다음과 같은 사실들, 즉 ①

과점시장에서 경쟁상품의 가격이 동일·유사하다는 사실, ② 사업자가 가격 인상폭을 정하기 위한 별도의 내부 검토자료나 시장분석자료를 제출하지 못하고 있다는 사실, ③ 사업자들의 지점 영업직 사원들 사이에 가격정보의 팩스 교환이 있었던 사실이 인정된다고 하더라도 그러한 사실들은 합의를 사실상 추정하도록 하기에는 부족한 것들이라고 판단하였다.

한편 공정위는 예전에 합의를 인정할 직접증거가 없는 사건에 대하여 법률상 추정 규정을 많이 적용하였으나, 최근 들어서는 정황증거를 종합하여 합의를 사실상 추정하는 방식으로 법 제19조 제1항을 적용한 사례가 늘고 있다. 이와 같은 사례로서 2개 이동통신사 사건³¹⁾과 가성소다 4사 사건³²⁾의 경우를 들 수 있다. 특히 가성소다 4사 사건에 대하여는 비록 합의 인정 과정에 대한 자세한 판단은 없지만 대법원의 판단³³⁾까지 내려졌다는 점에서 의미가 있다. 이러한 사례들의 축적을 통하여 우리나라에서도 정황증거에 의하여 합의를 인정하는 법리가 정립되어 가면서 법 적용의 합리성과 수범자들의 예측가능성이 높아질 것으로 기대된다.

3. 합의 추정 요건의 독자적 의미?

경쟁관계에 있는 사업자들의 가격결정이 동시에 또는 순차적으로 동일 또는 유사한 수준으로 이루어진 경우와 같이 경쟁적으로 이루어져야 할 시장행위가 합의에 의하여 이루어진 것과 같은 외관을 형성하고 있으나, 합의가 직접증거에 의하여 입증되지 않거나 의식적 요소의 수준이 합의에 이르렀다고는 볼 수 없는 경우에 대하여도 어느 정도는 규제하는 것이 각국 경쟁법의 태도이다. 다만 그 규제 방식과 강도는 각국 경쟁법에 따라 다소 차이가 있

31) 공정위 2006. 11. 2. 제2006-253호 의결. 이 사건에서 공정위는 PCS 사업자들 간에 요금 조정안을 상호 교환한 증거(의사연락증거), 상호 교환한 요금 조정안을 정보통신부에 제출하고 시행에 이른 경위(시장행위증거)와 같은 정황증거를 종합하여, 사업자들 간에 구체적 가격조정 내용에 대한 ‘의사의 연락 + 상호 인식’, 즉 합의가 성립하였다고 인정하였다.

32) 공정위 2005. 11. 22. 제2005-232호 의결. 이 사건에서 공정위는 회사 내부 문건을 직접증거로 제시하기도 하였지만, 가성소다 제조사업자들 사이에 가격정보를 교환한 증거(의사연락증거), 병행적 가격책정 행위의 존재(시장행위증거), 공급과잉 상황에서 제조사별 상품차별화가 안 되어 있고 시장집중도가 높은 시장구조(시장구조증거), 단독으로 가격을 인상하기 어려워 담합의 유인성이 높아 가격인상의 성과를 달리 설명할 수 없는 점(시장성과증거)과 같은 정황증거를 종합하여, 합의가 사실상 추정된다고 판단하였다.

33) 대법원 2008. 10. 23. 선고 2007두12774 판결. 원심판결은 서울고법 2007. 5. 16. 선고 2005누29411 판결

다. 앞서 본 바와 같이 미국에서는 병행행위 플러스 원칙이라는 해석론에 의하는 반면에, EU에서는 합의의 요건과 나란히 의식적 요소의 수준이 합의에 이르렀다고 볼 수 없는 상태에서 행해진 ‘동조적 행위’도 카르텔의 행위 형식으로 규정하여 규제하는 방식을 채택하고 있다.

공정거래법에서는 법률상 추정조항인 제19조 제5항이 이러한 경우를 규제하는 법적 수단으로 활용되어 왔다. 다만 2007년 개정 전의 추정규정은 “일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 제1항 각 호의 1에 해당하는 행위를 하고 있는 경우”라고 규정하고 있었는데, 법원에서 “일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는”이라는 부분을 공정위와 달리 ‘실질적 경쟁제한성’이라는 별도의 요건을 요구하고 있는 것으로 해석함으로써 공정위가 법률상 추정조항을 적용한 사건들에서 술한 법적 쟁점을 야기한 바 있다. 또한 법원 판례에 따를 때 “제1항 각 호의 1에 해당하는 행위를 하고 있다”는 사실은 ‘행위의 외형상 일치’라는 요건으로 해석되어 사업자들의 행위가 어느 정도 동일 또는 유사하여야 이 요건을 충족하는 것인지에 대한 논란도 심하였다.

2007년 개정법은 “일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는”이라는 부분을 삭제하는 대신 “해당 거래분야 또는 상품·특성, 해당 행위의 경제적 이유 및 파급효과, 사업자 간 접촉의 횟수·양태 등 제반사정에 비추어 그 행위를 그 사업자들이 공동으로 한 것으로 볼 수 있는 상당한 개연성이 있는 때”라는 요건을 추가하였다. 이 요건은 ‘행위공동성에 관한 상당한 개연성’이라는 요건으로 이해할 수 있는데, 향후 개정 규정의 해석과 적용은 이 요건을 입증할 정황증거를 식별하고 입증의 정도를 판단하는 작업에 초점을 맞추게 될 것으로 예상된다.

그러나 이러한 개정에도 불구하고 이 조항이 과연 독자적 의미를 가질 수 있는지에 대하여는 의문이 제기되고 있다.³⁴⁾ 더욱이 그 규정 형식의 타당성은 접어두더라도 법 제19조 제1항과는 접근방법이 다른 요건 구성 때문에 독특한 법리를 낳았던 개정 전 법 규정과 달리, 현행 법 규정은 합의를 입증할 직접증거가 없는 상태에서 합의의 실행으로 볼 수 있는 병행행위를 포함하여 여러 정황증거를 종합하여 합의를 사실상 추정하는 경우와 구조적인 차이

34) 이봉의(2007b), 변동열(2009), 이호영(2010). 이호영(2010), p.192에서는 이 조항이 단지 법 집행상 합의의 입증근거에 비추어 정황증거 등을 근거로 합의를 추정할 수 있다는 사실에 주의를 환기시키고 이를 입법적으로 확인하는 의미를 가질 뿐이라고 설명한다.

가 별로 발견되지 않는다. 그렇다면, 이런 법 규정을 굳이 존치할 필요가 있을까? 만일 이 법 규정이 독자적인 의미를 가지려면 그 목적의 정당성을 분명히 하여 그에 부합하는 해석 법리가 개발되어야 할 것이다.³⁵⁾ 그렇지 않을 경우에는 공정위가 동일한 사실관계를 두고 법 제19조 제1항과 제5항을 선택적으로 적용하도록 허용하면서, 법 제19조 제1항이 적용된 경우에는 사실상 추정에 그치는 대신에 형사처벌이 가능한 데 반하여, 법 제19조 제5항이 적용될 경우에는 법률상 추정이 되어 사업자에게 그 추정을 번복하기 위한 입증책임이 전환 되는 효과가 발생하는 대신에 형사처벌을 할 수 없는³⁶⁾ 실무적인 차이만 있게 될 것이다.

IV. 위법성 요건과 주요 쟁점

1. 요건의 분석

법 제19조 제1항에 위반되는 카르텔이 성립하기 위해서는 무엇보다 각 호에 해당하는 행위를 할 것을 ‘합의’하였다는 사실이 인정되고 그 합의가 ‘부당하게 경쟁을 제한하는’ 것이라는 평가가 이루어져야 한다. 카르텔에 대하여는 ‘경쟁제한성’이 위법성의 표지로 설정되어 있는데, 공정거래법상 규제되는 행위의 위법성 요건으로 가장 기본이 되는 것은 ‘경쟁제한성’이고, 카르텔은 기업결합의 제한, 시장지배적 지위 남용행위와 함께 공정거래법상 규제되는 행위 유형 중 시장의 영역에서의 경쟁 기능에 대한 법·제도적 규제라는 법적 관점에 충실한 성격을 가진 행위 유형³⁷⁾이라는 점에서 적절한 입법이라고 할 것이다.

경쟁제한성은 그 자체로 의미를 파악하기 어려운 불확정개념인데, 법 제2조 제8의2호는

35) 생각해 볼 수 있는 해석법리로서 합의를 구성하는 의사의 연락 또는 상호 인식과 같은 의식적 요소를 직접적으로 인정할 증거가 없는 경우 경제적 접근법에 의하여 시장구조나 시장행태에 대한 분석을 하여 이를 합의 추정의 근거로 하는 방법, 우리 법상 합의로 인정할 수 없는 동조적 행위의 수준에 이른 행위를 규제하는 근거로 사용하는 방법을 들 수 있다.

36) 법 제19조 제5항은 그 자체가 형벌규정이 아닌데다가 법 제19조 제5항을 위반하였다고 하여 형사처벌을 한다는 규정도 찾아볼 수 없으므로 형사처벌의 근거 규정이 될 수 없다는 것이 판례의 입장이다(대법원 2004. 10. 28. 선고 2002두7456 판결).

37) 필자는 이와 같은 행위 유형을 포괄하는 용어로 경쟁법(competition law)을 사용하고, 이를 불공정경쟁법 또는 불공정거래법, 소비자법과 구별하는 분류법을 선호한다[홍대식(2008b)].

‘경쟁의 실질적 제한’이라는 표현의 의미에 대하여 “일정한 거래분야의 경쟁이 감소하여 특정 사업자 또는 사업자단체의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격·수량·품질 기타 거래 조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태를 초래하는” 것이라고 정의하여 그 의미 범위를 포괄적, 추상적이거나 어느 정도는 합리적으로 설정하고 있다고 할 수 있다. 그런데 이러한 정의는 경쟁제한성이 아니라 ‘실질적’ 경쟁제한성을 가리킨다는 점에서, 카르텔의 위법성 요건인 ‘부당한’ 경쟁제한성 또는 그 구성요소인 경쟁제한성과는 정확하게 부합하지는 않는다.

2. 위법성 판단의 쟁점

카르텔을 인정하기 위해서는 일정한 유형의 실행행위를 할 것을 내용으로 하는 합의가 존재하는지를 먼저 확인한 후 그와 같은 합의가 위법성, 즉 부당한 경쟁제한성을 갖는지가 평가되어야 한다. 부당한 경쟁제한성 판단의 대상은 합의 그 자체이지 그 합의의 실행행위가 아니다. 다만 합의가 내용으로 하는 실행행위 유형에 따라서는 행위 실행 여부와 관계없이 그 합의가 갖는 성격 자체가 위법성 판단에 영향을 주는 경우도 있고 합의의 성격만으로는 위법성을 판단하기가 어렵기 때문에 합의의 실행으로 행해진 행위가 시장에 미친 다양한 영향을 종합적으로 평가하여 위법성을 판단해야 하는 경우도 있을 것이다.

그런데 우리 법상 카르텔 규정은 법에서 정의한 실질적 경쟁제한성과 다르게 부당한 경쟁제한성이라는 표현을 사용하고 있기 때문에, 부당한 경쟁제한성과 실질적 경쟁제한성이 다른 것인가, 그에 따라 부당한 경쟁제한성에 어떤 독자적인 의미가 있는가 하는 점이 논의될 필요가 있다. 만일 부당한 경쟁제한성이 실질적 경쟁제한성과 다른 것이라고 본다면, 그 차이점을 가져오는 ‘부당성’과 경쟁제한성의 관계는 무엇인지, 경쟁제한성을 실질적 경쟁제한성과 같은 것으로 보아야 하는지, 아니면 다른 것으로 보아야 하는지, 부당한 경쟁제한성에서의 ‘부당성’은 실질적 경쟁제한성에서의 ‘실질성’과 어떤 차이가 있는 것인지와 같은 관련 문제들이 떠오르게 된다.

또한 합의의 내용이 되는 실행행위 유형에 따라 위법성 판단기준이 달라질 수 있다고 전제하더라도, 동일한 행위 유형, 예컨대 가격결정행위를 내용으로 하는 합의의 경우에는 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 위법한 것으로 볼 것인가, 아니면 다른 사유, 예컨대 합의 과정에 정부의 행정지도가 관여되었다든지 합의의 전체적인 목적이 정당하고 가격결정행위는 그 목적에 필요한 부수적인 제한에 불과한 경우에는 가격결정행위를 내용으로 하는 합의라도 보다 폭넓은 이익 및 가치 향량의 대상이 될 수 있는가 하는 쟁점을 생각해 볼 수 있다.

(1) 부당한 경쟁제한성은 실질적 경쟁제한성과 구별되는 독자적 요건인가?

1999년 법 개정 전에는 카르텔의 경우에도 “일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는”이라는 위법성 요건을 두고 있었는데, 개정 전의 법이 적용된 사건에 대한 대법원 판례 중에는 그 의미를 해석한 판례가 있었다. 즉 대한약사회 사건 판결³⁸⁾에서 대법원은

“경쟁을 실질적으로 제한한다는 것은 시장에서의 유효한 경쟁을 기대하기 어려운 상태를 초래하는 행위, 즉 일정한 거래 분야의 경쟁상태가 감소하여 특정 사업자 또는 사업자단체가 그 의사로 어느 정도 자유로이 가격·수량·품질 및 기타 조건을 좌우할 수 있는 시장지배력의 형성을 의미하고, 시장에서 실질적으로 시장지배력이 형성되었는지 여부는 해당 업종의 생산구조, 시장구조, 경쟁상태 등을 고려하여 개별적으로 판단하여야 한다.”고 판시하여, 독일 및 유럽연합에서 경쟁제한행위의 위법성 판단을 위하여 사용하는 ‘유효경쟁’(effective competition)이나 ‘시장지배력’(market power)과 같은 개념을 경쟁제한의 정도를 판단하는 기준으로 제시한 바 있다.

2007년 법 개정 전에는 카르텔의 합의를 추정하는 조항인 법 제19조 제5항에서 추정 요건을 “일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 제1항 각 호의 1에 해당하는 행위를 하고 있는 경우”라고 규정하고 있었는데, 대법원은 커피 2사 사건 판결³⁹⁾에서 “일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는”이라는 부분을 공정위와 달리 ‘(실질적) 경쟁제한성’이라는 별도의 요건을 요구하고 있는 것으로 해석하면서 그 의미를 분명히 밝히고 경쟁제한성을 합의가 추정되기 이전의 상태, 즉 합의의 존재를 상정하지 않은 상태에서 판단한다고 하여 그 요건 충족 여부를 신중히 판단하려는 입장을 취하였다. 그러나 그 후의 대법원 판결들은 명시적으로 위 판결의 판시사항을 변경한 것은 아니지만 묵시적으로 합의의 존재를 전제로 하여 문제가 된 행위의 경쟁제한성을 판단함에 따라 합의 추정 성립 요건으로서의 경쟁제한성 요건을 보다 쉽게 인정하는 경향을 보였다.

또한 분명히 법 제19조 제5항의 합의 추정 요건은 ‘실질적 경쟁제한성’으로서 법 제19조 제1항에서 부당한 공동행위를 인정하기 위한 요건으로서의 ‘부당한 경쟁제한성’과 표현 형식이 다름에도 판례는 그 둘을 명확히 구별하지 않는 것처럼 보인다. 이러한 문제는 법 제19조 제1항 제9호에 규정된 사업활동 방해행위 카르텔의 경우에 더 크게 나타나는데, 일반조항적 성격을 가진 이 조항에는 “일정한 거래분야에서 실질적으로 경쟁을 제한하는”이라는 표현을 포함하고 있어 카르텔의 위법성 요건인 ‘부당한 경쟁제한성’과 의견상 충돌이 발생

38) 대법원 1995. 5. 12. 선고 94누13794 판결. 이 판결은 사업자단체금지행위이지만, 대법원이 사업자단체 카르텔 행위를 규정하는 법 제26조 제1항 제1호의 해석론을 판시한 것이므로 사업자 카르텔에 대하여도 적용될 수 있을 것이다.

39) 대법원 2002. 3. 15. 선고 99두6514, 99두6521(병합) 판결

하고 있다. 대법원 판례 중에도 이 조항의 적용이 문제된 사건에서는 ‘부당한 경쟁제한성’과 ‘실질적 경쟁제한성’이 혼재되어 나타나고 있다.⁴⁰⁾

여기에는 카르텔의 경우 합의가 인정되는 경우이든 추정되는 경우이든 위법성 요건이 법 위반 여부 판단에 실질적인 기능을 하지 못해 온 것도 하나의 원인으로 작용하는 것으로 보인다. 먼저 카르텔의 합의 요건이 인정될 경우 대체로 위법성 요건으로서의 ‘부당한 경쟁제한성’도 인정되는 경향이 있었다. 특히 카르텔의 합의 추정 규정이 적용된 사건에서는 추정 요건인 ‘행위의 외형상 일치’가 인정되면 대체로 시장점유율 합계에 기초하여 2007년 개정 전 법상 또 다른 합의 추정 요건이었던 ‘실질적 경쟁제한성’ 요건도 충족되는 것으로 보고 합의 추정의 번복사유를 밝히는 것이 주된 쟁점이 되었다.

그런데 최근에 카르텔의 합의 요건이 인정됨에도 불구하고 대법원이 위법성을 부인하는 사례가 나오고 있어 주목된다. 대표적인 사례가 사업자단체의 가격제한행위의 위법성 요건의 평가·해석과 관련된 동양시멘트레미콘 개인사업자협의회 사건 판결⁴¹⁾과 제주도관광협회 사건 판결⁴²⁾이다. 전자의 경우 구성사업자들의 거래를 제한하는 사업자단체의 결의가 문 제되었음에도 구성사업자들의 시장점유율 합계, 경쟁자의 수와 공급 여력, 대체성 등의 여러 사정을 종합할 때 그 결의가 레미콘 운송가격 기타 운송조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있다고 볼 수 없다고 하여 부당한 경쟁제한성 요건에 해당하지 않는다고 보았다. 후자의 경우 1999년 개정 전의 법이 적용된 사건이라서 ‘실질적 경쟁제한성’ 요건이 판단기준이 되었는데, 경쟁제한행위에 해당한다고 보면서도 소비자를 보호함과 아울러 국민 경제의 균형 있는 발전을 도모한다는 법의 궁극적인 목적에 실질적으로 반하지 아니하는 예외적인 경우에 해당한다고 볼 수 있다는 이유로 부당한 경쟁제한행위에 해당하지 않는다고 판단하였다. 제주도관광협회 사건 판결의 해석 방식은 사업자 카르텔 사건인 시외전화사업자 사건 판결⁴³⁾에도 원용되고 있다. 이러한 대법원 판결의 태도는 카르텔의 위법성 판단에

40) 대법원 2006. 11. 9. 선고 2004두14564 판결. 법 제19조 제1항이 적용된 이 사건에서 대법원은 ‘부당한 경쟁 제한’을 ‘경쟁의 실질적 제한’과 동일한 의미로 해석하고 있다.

41) 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다42605 판결

42) 대법원 2005. 9. 9. 선고 2003두11841 판결. 대법원 2005. 8. 19. 선고 2003두9251 판결(부산광역시치과의사 협회 사건)도 취지는 같으나, 제주도관광협회 사건과 달리 예외적인 경우에 해당하지 않아 부당하다고 본 경우이다.

43) 대법원 2008. 12. 24. 선고 2007두19584 판결

있어서 경쟁 과정 그 자체 이외의 다른 경제적 가치도 고려하여 위법성 요건에 독자적인 의미를 부여한다는 점에 큰 의의가 있다고 하겠다.⁴⁴⁾

(2) 부당한 경쟁제한성은 하나의 기준인가? 아니면, 부당성과 경쟁제한성으로 구별될 수 있는가?

다음의 쟁점은 부당한 경쟁제한성으로 표현된 위법성 기준을 하나의 기준으로 볼 것인가, 아니면 부당성과 경쟁제한성으로 구별되는 기준으로 볼 것인가 하는 점이다. 이는 위법성 판단에서 부당성에 독자적인 지위를 부여할 것인가 하는 점과 연결된다.

이 점에 관하여 종래 다수설이나 공정위 심결례는 물론 법원의 판례도 부당성에 주목하지 않고 부당한 경쟁제한성을 하나의 기준으로 인식했던 것으로 보인다. 종전의 다수설이나 공정위 심결례는 1999년 법 개정 시 실질적 경쟁제한성을 부당한 경쟁제한성으로 바꾼 입법취지가 경성 카르텔(hardcore cartel)의 경우 완화된 경쟁제한성 기준을 적용하는 데 있다고 이해하여, 부당한 경쟁제한성은 경성 카르텔에 대하여 경쟁제한성을 엄밀하게 분석하지 않고 원칙적으로 위법성을 인정할 수 있다는 의미라고 해석하였다.⁴⁵⁾ 부당한 경쟁제한성을 실질적 경쟁제한성과 동일한 의미로 해석하는 견해⁴⁶⁾나 부당한 경쟁제한성이란 시장지배력을 갖추지 못했거나 그 형성 가능성이 없는 카르텔을 소극적으로 금지 대상에서 제외하는 의미로 이해하는 견해⁴⁷⁾도 부당성에 독자적인 의미를 부여하지 않는다는 점에서는 마찬가지이다.

이에 대하여 부당성에 독자적인 의미를 부여하는 견해⁴⁸⁾이 최근에 주장되고 있는데, 이러한 견해들은 부당성을 시장에 미치는 다른 효과로서 긍정적인 효과로 인식되는 경쟁촉진적 효과, 효율성 증대효과 기타 정당화 요소와 경쟁제한성 간의 비교형량이 이루어지도록 하는 요건으로 본다는 공통점을 갖고 있다. 대법원 역시 부당한 경쟁제한성을 하나의 기준

44) 기본적으로 대법원 판례의 태도를 긍정적으로 평가하면서도 해석론적 입장에서 공정거래법 제1조의 목적 조항과 결부시키는 방법에는 의문을 제기하고, 법 제19조의 체계 내에서 ‘부당한 경쟁제한성’에서 ‘부당성’에 독자적 의미를 부여하여야 한다는 견해로는 이봉의(2007b), pp.138-143.

45) 권오승(2008), 신현윤(2008), 이남기(2000), 홍명수(2005) 등

46) 이호영(2010), p.215.

47) 양명조(2007), pp.154-155. 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다42605 판결(동양시멘트레미콘 개인사업자협의회 사건)은 여러 사정을 종합할 때 소속 개인사업자의 개별적인 레미콘 운송계약 내용과 방식에 관한 사업자단체의 결의가 레미콘운송가격 기타 운송조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있다고 볼 수 없어 부당한 경쟁제한성이 없다고 판단하였는데, 이 견해는 이 판시 내용에 가깝다.

48) 정호열(2008), 이봉의(2007b), 황태희(2009)

으로 보지 않고 부당성과 경쟁제한성을 구별하여 부당성을 독자적인 요건으로 보고 있다. 다만 뒤에서 보듯이 부당성의 판단요소에 대하여는 기존의 학설과 많은 차이를 보이고 있다.

(3) 경쟁제한성의 의미는 무엇이고 어떻게 판단하는가?

제주도관광협회 사건 판결이 선고되기 전에는 대법원 판결에서도 위법성 요건 중 부당성에 대하여 별도의 의미를 부여한 판결을 찾아보기 어려우므로, 그 전에 선고된 판결에서는 주로 경쟁제한성의 판단 기준과 방식이 문제가 되었다. 그런데 경쟁제한성은 단순히 위법성 요건일 뿐만 아니라 2007년 개정 전 법 제19조 제5항에서는 합의 추정의 요건도 되었고, 법 제19조 제1항 제9호의 경우에는 합의의 대상이 되는 실행행위의 요건도 되기 때문에, 서로 다른 맥락에서 언급되는 경쟁제한성의 판단을 체계적으로 이해하는 것은 쉽지 않다. 특히 비교적 사례가 많이 축적된 사건이 개정 전 법 제19조 제5항의 합의 추정 규정이 적용된 사건인데, 이들 사건에서 합의 추정의 요건으로서의 ‘실질적 경쟁제한성’이 판단된 판례를 위법성 요건으로서의 경쟁제한성 판단의 선례로서 원용하는 것 역시 쉽지 않은 일이다. 다만 대법원 판례가 합의 추정 사건을 판단할 때 경쟁제한성을 하나의 추정 요건으로 하여 합의를 추정한 후 추정된 합의의 위법성 요건에 대하여는 별도로 판단하지 않는 방식을 취하여⁴⁹⁾ 사실상 통합된 판단을 해온 것으로 보이므로, 합의 추정 사건에서의 경쟁제한성 판단이라고 하더라도 위법성 요건으로서의 경쟁제한성 판단에 시사점을 줄 수 있을 것이다.

위법성 요건으로서의 경쟁제한성의 판단기준은 법 제19조 제1항이 적용된 사건에서 본격적으로 나타난다. 그 한 사례가 학생복 3사 사건에 대한 대법원 판결⁵⁰⁾이다. 여기서 대법원은 “구체적으로 당해 공동행위가 ‘경쟁제한성’을 가지는지 여부는 당해 상품의 특성, 소비자의 제품선택 기준, 당해 행위가 시장 및 사업자들의 경쟁에 미치는 영향 등 여러 사정을 고려하여, 당해 공동행위로 인하여 일정한 거래분야에서의 경쟁이 감소하여 가격·수량·품질 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는지를 살펴, 개별적으로 판단하여야 할 것”이라고 판시하고 있다. 이 판결에서 말하는 경쟁제한성은 법 제2조 제8의2호에서 말하는 실질적 경쟁제한성과 결국 같은 의미이다. 다만 이 사건의 경우 실질적 경쟁제

49) 사업자들 간의 합의가 존재한다고 하여 바로 위법성이 인정되는 것이 아니고 그 합의가 ‘부당하게 경쟁을 제한하는’ 것이어야 위법성이 인정되는 것이며, 위법성 요건으로서의 경쟁제한성 심사는 합의의 추정을 전제로 한 부당한 경쟁제한성 심사인 반면에 추정 요건으로서 경쟁제한성 심사는 합의가 없는 상태를 상정한 실질적 경쟁제한성 심사와는 내용을 달리하는 것이므로, 합의가 추정되더라도 다시 위법성 심사를 거쳐야 하는 것인지가 이론적으로 문제될 수 있다[홍대식(2004)]. 그러나 실제적으로는 커피 사건 판결을 제외한 다른 판결들의 경우 합의 추정 요건으로서의 경쟁제한성과 위법성 요건으로서의 경쟁제한성을 구별하여야 한다는 인식을 하고 있는 것 같지 않다.

50) 대법원 2006. 11. 9. 선고 2004두14564 판결

한성이 합의의 내용이 되는 실행행위의 요건에 들어 있는 법 제19조 제1항 제9호(2007년 법 개정 전의 제8호)가 적용된 사건이므로, 반드시 위법성 요건으로서의 경쟁제한성만을 판단한 것이 아니라고 볼 여지가 있었다.

그러나 대법원은 가격결정행위에 관한 법 제19조 제1항 제1호가 적용된 사건에서도 동일한 판단을 함으로써 ‘경쟁제한성 = 실질적 경쟁제한성’이라는 법리는 거의 굳어져 가는 것으로 보인다. 즉 대법원은 법 제19조 제1항이 정하고 있는 경쟁제한성이 “당해 공동행위로 인하여 일정한 거래분야에서의 경쟁이 감소하여 가격·수량·품질 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려”를 의미하는 것이라는 점을 반복적으로 판시함으로써,⁵¹⁾ 경쟁제한성과 실질적 경쟁제한성을 구별하지 않고 있다.

여기서 주의할 것은 대법원은 경쟁제한성을 실질적 경쟁제한성으로 이해하는 동시에 부당성에 대하여도 독자적인 의미를 부여하는 방향으로 나아가고 있다는 점이다. 이러한 대법원의 판단은 법문의 구조에 부합하지 않는 것처럼 보일 수 있지만, 법 제2조 제8의2호의 정의 규정이 ‘경쟁의 감소’나 ‘시장지배력 행사의 가능성’과 같이 경쟁제한성의 핵심이 되는 내용을 지시하면서 특별히 경쟁제한성의 ‘실질성’에 대한 언급은 없다는 점, 경쟁제한성의 ‘실질성’은 경쟁제한성과 질적으로 다르지 않으면서 그 의미를 보다 한정하는 요소로서 이 기준을 명시적으로 사용하는 경쟁제한적인 기업결합 규정(법 제7조 제1항)의 적용에서 특별히 고려될 수 있는 것으로 이해할 수 있다는 점에서, 긍정적으로 평가할 수 있을 것이다.⁵²⁾

(4) 부당성은 어떻게 판단하는가?

대법원이 경쟁제한성과 구별되는 부당성을 독자적인 의미를 갖는 것으로 이해한다는 점은 이미 잘 나타나 있으나, 부당성의 의미는 물론 이를 어떻게 판단하여야 하는지 하는 점에 관해서는 아직 법리가 형성되는 과정에 있는 것으로 보인다. 한 가지 분명한 것은, 대법원은 이 문제를 다루고 있는 국내 어떤 학자들도 주장하지 않았던 독자적인 논리로 이 문제에 접근하고 있다는 점이다.⁵³⁾ 즉 시외전화사업자 사건의 판결에 나타난 바와 같이 대법원은 부

51) 대법원 2008. 12. 24. 선고 2007두19584 판결(시외전화사업자 사건), 대법원 2009. 3. 26. 선고 2008두21058 판결(7개 신용카드사 VAN 수수료 사건) 등

52) 이에 대하여 판례의 태도를 비판하면서 실질적 경쟁제한성과 구별되는 일반적 경쟁제한성 개념을 사용하는 견해로는 황태희(2009) 참조.

53) 개정 전 법 제19조 제5항의 해석론에서도 같은 현상이 발생한 바 있다. 공정거래법 영역에서 왜 이런 일이

당성 요건을 통하여 법 제19조 제2항은 물론 법 제1조의 목적 조항도 참조하여 보다 폭넓은 관점에서 카르텔의 위법성을 규범적으로 판단하려는 시도를 하고 있다.

구체적으로 볼 때, 대법원은 우선 카르텔의 인가요건을 규정하고 있는 법 제19조 제2항 각 호에 정해진 목적, 즉 산업합리화, 연구·기술개발, 불황의 극복, 산업구조의 조정, 거래 조건의 합리화, 중소기업의 경쟁력 향상에 이바지하는 효과가 경쟁을 제한하는 정도와 비교형량의 대상이 된다고 판단하고 있다. 이는 기존의 경쟁법 논의에서 시장 및 경쟁에 미치는 효과로 주로 논의되는 경쟁촉진적 효과, 효율성 증대 효과, 소비자 후생 증대 효과보다도 더 넓은 범위에서 개별 시장뿐만 아니라 시장을 넘은 산업 전체에 미치는 효과까지도 고려하는 입장이 된다. 또한 대법원은 ‘소비자의 보호’, ‘국민경제의 균형 있는 발전’과 같은 다른 경제적 가치를 공정거래법의 직접적 목적인 ‘경쟁의 보호’와 구별하여 공정거래법의 궁극적 목적으로 인식하고 있을 뿐만 아니라 공정거래법의 실체법적 조항의 위법성 요건을 평가·해석함에 있어 이러한 경제적 가치를 실질적인 판단기준으로 사용하고 있음을 분명하게 보여준다.

대법원이 부당성의 판단요소를 법 제19조 제1항이 아니라 다른 조항에서 찾고 있기 때문에 경쟁제한적 효과와 시장 및 경쟁에 미치는 효과로 주로 논의되는 경쟁촉진적 효과, 효율성 증대 효과, 소비자 후생 증대효과 사이의 비교형량은 부당성이 아니라 경쟁제한성 요건에 대한 판단에서 이루어지는 것으로 볼 수 있다. 그런데 최근에 선고된 화물운송회사 사건 판결⁵⁴⁾을 보면, 대법원이 반드시 판단 단계를 그와 같이 구별하는 것으로 인식하고 있는 것도 아닌 것처럼 보여 다소 혼란스럽게 느껴진다. 화물운송회사 사건 판결에서는 부당성이 인정되지 않는 특별한 사정이 있는 경우로서 그 공동행위가 법령에 근거한 정부기관의 행정 지도에 따라 적합하게 이루어진 경우와 함께 경제 전반의 효율성 증대로 인하여 친경쟁적 효과가 매우 큰 경우를 들고 있다. 여기서 친경쟁적 효과는 원래 경쟁제한적 효과가 발생하거나 그 우려가 있는 개별시장 내에서 비교형량 대상이 되는 판단요소로서 이를 부당성 단계가 아니라 경쟁제한성 단계의 판단요소로 보는 것이 체계적이므로, 부당성 판단에서 친경쟁적 효과를 언급하는 것은 적절하지 않은 것으로 보일 수 있다. 다만 대법원이 ‘경제 전반의 효율성 증대로 인한 친경쟁적 효과’라는 표현을 사용한 것을 보면 경쟁의 의미를 시장에

중중 발생하는지는 학계와 실무계가 머리를 맞대고 진지하게 고민해 보아야 할 문제라고 생각한다.

54) 대법원 2009. 7. 9. 선고 2007두26117 판결

서의 경쟁(competition)이 아니라 경쟁력(competitiveness)의 의미로 사용한 것이 아닌가 하는 의문이 든다.⁵⁵⁾ 한편 법령에 근거한 정부기관의 행정지도에 따라 적합하게 이루어진 경우를 부당성 판단의 한 요소로 든 점도 행정지도가 관여된 가격결정행위에 대한 합의를 규범적으로 평가하는 새로운 방식을 보여준다.

다만 대법원이 부당성 판단기준을 제시한 판결들은 대부분 가격결정행위에 대한 합의 사건인데, 가격결정행위에 대한 합의에 관하여는 대법원이 경쟁제한성과 부당성의 관계에 있어 경쟁제한성이 인정될 경우 원칙적으로 부당하고 예외적인 경우이거나 특별한 사정이 있는 경우에만 부당성을 부정하는 입장인 것으로 이해된다. 즉 대법원은 사업자들이 공동으로 가격을 결정하거나 변경하는 행위는 그 범위 내에서 가격경쟁을 감소시킴으로써 그들의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태를 초래하게 되므로 원칙적으로 부당하고 특별한 사정이 있는 경우에만 부당성이 부정된다는 점을 반복적으로 판시하고 있다.⁵⁶⁾ 이는 경쟁제한성이 인정되는 가격결정행위에 대한 합의에 대하여는 부당성을 사실상 추정하고 해당 사업자들에게 이를 정당화할 수 있는 사유를 주장, 입증하도록 하는 것이다.

부당성의 독자적 의미를 인정하고 그 판단기준을 구체화하는 대법원의 입장은 그 성격상 경쟁제한성이 높은 것으로 인식되고 있는 가격결정행위에 대한 합의의 경우 경쟁제한성이 비교적 쉽게 인정될 수 있지만 경쟁제한성만을 이유로 하여 위법하다고 판단하기에는 불합리한 예외적인 사안이 발생할 필요가 있으므로 부당성 판단을 통하여 합리적인 조정을 할 여지를 열어주기 위한 것으로 볼 수 있다. 다만 부당성을 원칙적으로 인정하고 예외적으로만 부정할 수 있도록 하는 방식은 가격결정행위와 같은 경성 카르텔에 한정하여 적용하는 것으로 해석하는 것이 바람직할 것이다. 또한 위법성 판단에 있어 부당성 요건에 초점을 맞

55) 그렇게 볼 때 시장에서의 친경쟁적 효과라는 표현보다는 사업자들의 경쟁력 강화 효과라고 표현하는 것이 더 정확할 수 있다. 또한 판결이 법리를 구체적으로 적용한 부분을 보면, 육상화물 운송시장에서 출혈가격경쟁으로 발생한 문제를 해결하기 위하여 추가된 사회적 비용이 가격경쟁으로 인한 소비자 후생 증대효과에 비하여 적다고 볼 수 없는 점을 부당성 판단에서 고려하고 이를 친경쟁적 효과와 연결시키고 있는데, 이는 경쟁의 촉진과 관련 없는 요소이므로 ‘친경쟁적 효과’라는 표현보다는 ‘공익 증진 효과’와 같이 경쟁 중립적인 표현으로 바꾸는 것이 더 나을 수 있다. 토론 과정에서 이 쟁점을 일깨워 주신 부산대학교 법학전문대학원 주진열 교수님께 이 지면을 빌어 감사를 드린다.

56) 이러한 판단 방식은 부당성 판단기준에 관한 법리를 밝힌 시외전화서비스사업자 사건, 신용카드사 VAN 수수료 사건, 화물차주 사건에서 공통적으로 나타난다.

취지는 것은 경쟁제한성이 비교적 쉽게 인정되는 가격결정행위에 대한 합의에 특유한 문제일 수 있으므로, 이른바 연성 카르텔에 속하는 행위 유형에서는 경쟁제한성 판단 단계에서부터 신중한 판단이 요구된다.

V. 글을 맺으며

이 글에서의 필자의 논의는 정책적인 법 적용이나 입법론에 대한 주장보다는 실체법 규정에 대한 실무적 분석을 토대로 한 규범적 해석론을 정립하는 것을 주된 목적으로 한 것이었다. 그런 만큼 실체법 요건에 대한 대법원 판례의 내용과 발전 과정을 정확히 소개하고 이해하는 데 많은 지면을 할애하였다. 다른 법 영역에도 그런 문제가 없는 것은 아니지만, 필자는 많은 부분에서 법리가 새로 형성되어가는 과정에 있는 공정거래법 영역에서 오히려 학자 및 공정위 실무자들과 판사를 비롯한 법률 실무자들 사이의 논의의 괴리가 적지 않게 발생하고 있다는 생각을 갖고 있다. 또한 공정거래법이 사업자들의 경제적 활동을 그 규제 대상으로 한다는 점에서 그런 현상은 그다지 바람직하지 않다는 문제의식을 갖고 있다. 따라서 판례를 있는 그대로 이해하고 그 발전 과정을 추적하여 판례가 갖는 한계 내에서 가능한 경로에 따라 향후의 발전 방향을 제시해 보는 것은, 공정거래법의 규범력을 높이고 법 집행자나 사업자 모두에게 예측 가능한 이론을 정립하기 위하여 필요한 과정이라고 생각한다.

또한 이 글에서 필자가 주로 관심을 가진 영역은, 합의의 실행으로 볼 수도 있고 과점적 시장구조하에서의 상호의존성에서 비롯된 병행행위일 수도 있는 가격결정행위가 존재하지만 직접증거에 의해서는 합의가 인정될 수 없는 사안이나, 비록 가격결정행위에 대한 합의가 인정되기는 하지만 합의의 형성 과정이나 합의를 하는 경제적 이유에 대하여 보다 다양한 규범적 고려가 필요한 사안에 관한 것이다. 이에 대한 공정위 및 법원의 판단기준이 주어진 시장구조와 제도적 여건을 고려하여 전략적 의사결정으로서의 가격결정을 해야 하는 사업자에게 합리적이고 참작 가능한 행동의 범위를 제시할 수 있을 만큼 충분히 명확하고 예견가능하지 못한 것이 아닌가 하는 문제의식에서 출발하여 논의를 전개해 본 것이다.

이상에서의 논의를 요약하면 다음과 같다.

첫째, 합의 요건에 관하여, 대법원은 합의 요건을 형식적으로 해석하는 경향을 보이면서도, 공정위가 처리한 사건에 대한 불복소송의 해결을 주로 담당하는 한계와 개정 전 법상 추정 규정 해석에 치중한 한계 때문에 합의의 의미와 범위를 명확히 하고 정황증거에 의하여 합의의 존부를 판단하기 위한 기준으로서의 법리 개발은 충분히 이루지 못했다.

둘째, 위법성 요건과 관련해서, 대법원은 최근 들어 경쟁제한성 요소의 의미와 판단기준을 보다 명확히 하고 부당성을 별개의 요소로 인식함으로써 공정위가 걸러내지 못한 예외적 사정, 특별한 사정이 있는 사안에 대한 구체적 타당성 있는 법리를 찾아가는 노력을 보여주고 있다.

이러한 법원의 판단 방식은 그동안 합의의 도그마의 문제 또는 부당성 판단의 체계상의 혼란 문제를 야기한다는 이유로 학계 일부로부터 공격을 받아 왔다. 법원은 학계의 근본적인 비판에도 겹쳐히 귀를 기울여야 할 것이나, 현재까지 나타난 판례들을 종합할 때 카르텔 규제 법리의 발전이 일정한 방향성을 보이고 있다는 점이 점점 명확해지고 있다. 따라서 법원의 판례의 취지를 존중하면서 보다 더 타당성 있는 법리가 개발될 수 있도록 카르텔 규제와 관련된 당사자 및 이해관계자들의 배전의 노력이 필요한 시점이라고 생각된다.

참고문헌

- 권오승, 『경제법(제6판)』, 법문사, 2008.
- 권오승·이원우 편, 『공정거래법과 규제산업』, 법문사, 2007.
- 박도하, 「2개 이동통신사업자의 부당한 공동행위에 대한 건」, 공정거래위원회 심결판례연구회 발표자료, 2007.
- 박상용·엄기섭, 『(개정판)경제법원론』, 박영사, 2006.
- 변동열, 「공정거래법상 부당한 공동행위의 사법적 효력」, 민사판례연구회 편, 『민사판례연구』 제31권, 박영사, 2009.
- 신영수, 「의식적 병행행위의 규제 논거」, 『경쟁법연구』 제11권, 한국경쟁법학회, 2005.
- 신현윤, 『(제2판)경제법』, 법문사, 2007.
- 양명조, 『경제법강의(제5판)』, 신조사, 2007.
- _____, 「부당한 공동행위에 관한 판례」, 권오승 편, 『자유경쟁과 공정거래』, 법문사, 2002
- _____, 「대법원의 부당한 공동행위에 대한 이해: 2005년 판결 평석」, 한국경쟁법학회 편, 『경쟁법연구』 제14권, 법문사, 2006.
- 윤인성, 「독점규제법 관련 2008년 대법원 판례의 개관」, 한국경쟁법학회 편, 『경쟁법연구』 제19권, 법문사, 2009.
- 이기수·유진희, 『경제법(제6판)』, 세창출판사, 2004.
- 이기종, 「카르텔 조장수단에 대한 공정거래법상의 규제」, 『연세법학연구』 제8집 제1권, 연세대학교 법과대학 법률문제연구소, 2001.
- 이봉의, 『부당공동행위 및 사업자단체금지행위 관련 심결정리 및 분석』, 공정거래위원회 용역보고서, 2007a.
- _____, 「과점시장에서의 가격모방과 합의 추정의 번복」, 『공정경쟁』 제86호, 2002.
- _____, 「부당한 공동행위와 ‘합의’ 도그마의 문제점」, 『경제법판례연구』 제2권, 경제법판례연구회, 2005a.
- _____, 「통신요금 카르텔의 위법성 판단에 관한 고찰」, 『행정법연구』 제13호(2005 상반기), 행정법이론실무학회, 2005b.
- _____, 「공정거래법상 카르텔의 부당성 판단」, 『사법』 제2호, 사법연구지원재단, 2007b.

- 이인권, 「부당공동행위의 합리적 규제에 대한 일고」, 『규제연구』 제16권 제11호, 2007.
- 이재우, 「부당 공동행위와 적정 억지력 확보」, 『산업조직연구』 제12집 제4호, 2004.
- 이호영, 「독점규제법상 과점기업의 묵시적 사업조정(tacit coordination)의 규제」, 『인권과 정의』 제348호, 대한변호사협회, 2005.
- _____, 「2008년 공동행위 관련 판례의 동향」, 『경쟁법연구』 제19권, 한국경쟁법학회, 2009.
- _____, 『(개정판)독점규제법』, 홍문사, 2010.
- 이호영·이봉의, 『합의의 입증과 추정을 위한 증거 수준 분석』, 공정거래위원회 용역보고서, 2006.
- 임영철, 『공정거래법: 해설과 논점』, 법문사, 2007.
- 정호열, 『(제2판)경제법』, 박영사, 2008.
- 홍대식, 「과점시장에서의 합의의 추정과 그 번복」, 『경제법판례연구』 제1권, 법문사, 2004.
- _____, 「부당한 공동행위의 성립: 사례연구」, 『서강법학연구』 제10권 제1호, 서강대학교 법학연구소, 2008a.
- _____, 「사법적 관점에서 본 불공정거래행위」, 『경쟁법연구』 제18권, 한국경쟁법학회, 2008b.
- 홍명수, 『경제법론 I』, 경인문화사, 2008.
- _____, 「카르텔 규제의 문제점과 개선방안에 관한 고찰」, 『경쟁법연구』 제11권, 한국경쟁법학회, 2005.
- _____, 「정보교환과 카르텔 규제」, 『법과 사회』 제36권, 법과사회이론학회, 2009.
- 황도수 외 41, 『2007년판 분야별 중요판례분석』, 법률신문사, 2007.
- 황태희, 「부당한 공동행위의 위법성 판단기준에 관한 연구」, 경제법판례연구회 발표자료, 2009.
- ABA Section of Antitrust, *Antitrust Law Developments* (6th Ed.) Vol.1., 2007.
- Baye, Michael R., *Managerial Economics and Business Strategy* (6th Ed.), McGraw Hill, 2009.
- Hovenkamp, Herbert, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice* (3rd Ed.), West Group, 2005.

- Jones, Alison & Sufrin, Brenda, *EC Competition Law* (3rd Ed.), Oxford University Press, 2008.
- Kovacic, W., “The Identification and Proof of Horizontal Agreements under the Antitrust Laws,” 38 *Antitrust Bulletin* 5, 1993.
- OECD, *Global Forum on Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement*, 2006.
- Posner, Richard A., *Antitrust Law* (2nd ed.), Chicago University Press, 2001.
- _____, “Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach,” 21 *Stanford Law Review*, 1969.
- Turner, Donald F., “The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals To Deal,” 75 *Harvard Law Review* 655, 1962.
- Vaska, Michael K., “Conscious Parallelism and Price Fixing: Defining the Boundary,” 52 *University of Chicago Law Review*, 1985.
- Whish, Richard, *Competition Law* (6th Ed.), Oxford, 2009.

Journal of Regulation Studies Vol.19 No.2 December 2010

Issues on Cartel Regulation under the Korean Competition Law - Focused on Substantive Law Issues -

Hong, Dae Sik

This article aims to examine legal issues on cartel regulation under the Korean Competition Law focusing on substantive law issues relating to the interpretation and application of the cartel provision. Firstly, regarding the agreement requirement, the Supreme Court has yet to achieve sufficient development of the legal doctrines as standards for clarifying the meaning and scope of the agreement and deciding whether the agreement exists based on circumstantial evidence while it tends to interpret the agreement requirement formally. Secondly, in relation to the illegality requirement, it shows its endeavor to seek concrete and reasonable legal doctrines fit for cases with exceptional or special circumstances by making clear the meaning and standard of anti-competitiveness element and perceiving unreasonableness as separate element.

This way of judgment adopted by the court has been attacked from some of the academic world for the reasons of causing the problems of dogmatic approach to the agreement or systemic confusion on the unreasonableness element. However, it is increasingly clearer that the development of legal doctrines on cartel regulation has a certain direction from the standpoint of comprehensive understanding of court cases so far. Therefore, it is regarded that it is time for the parties and interested persons concerned with the cartel regulation to make redoubled efforts to develop more reasonable legal doctrines respecting the purpose of court cases.

Key words: Cartel, Unreasonable Collaborative Acts, Agreement, Conscious Parallelism, Concerted Practice, Anti-competitiveness, Unreasonableness