

부당공동행위 추정에 대한 합리적 접근*

이 인 권**

현행 공정거래법상의 부당공동행위 추정조항은 실무상 그리고 법집행상 여러 가지 문제를 내포하고 있다. 부당공동행위 추정시 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위임을 입증하는 데 필요한 여러 가지의 구체적인 정황적 증거를 충분히 고려하지 못하고 있다. 합의에 관한 명백한 증거가 없더라도, 정황증거가 충분한 경우에는 합의가 '사실상' 입증된 것으로 보아 법 제19조 제5항의 법률상 추정규정보다는 제1항의 규정을 적용하여 위법성을 인정하는 것이 합리적인 것으로 여겨진다. 즉, 법해석의 혼선의 여지가 있는 법 제19조 제5항은 삭제하고 암묵적 부당공동행위의 경우 충분한 사실적 정황증거를 기초로 하여 법위반 여부를 제1항의 규정을 적용하여 판단하는 것이 바람직하다. 암묵적 담합의 경우는 합의의 구체적인 물증이 없으므로 여러 가지 시장의 특성을 반영하는 정황증거를 기초로 시장에서 경쟁자 간 행위의 외형상의 일치와 경쟁제한성을 분석하여 실질적인 공모에 해당할 정도의 마음의 만남, 즉 합의가 있었는지를 추정할 필요가 있다. 실질적인 경쟁을 제한하는 묵시적인 합의는 이를 뒷받침하는 정황증거가 충분하면 실질적인 경쟁자 간의 상호 마음의 만남(mutual meeting of minds)이 있고, 이것은 경쟁자 간의 실질적인 의사소통이 있었으며 합의가 이루어진 것으로 판단하고, 그렇지 않은 경우는 부당한 공동행위의 합의에 대한 추정이 복멸되어야 할 것이다. 기업들이 처한 시장환경에 따라 다르기 때문에 일의적으로 판단할 수 없으며, 사례별로 세심한 경제적 분석을 통하여 추정복멸의 가능 유무를 판단하여야 할 것이다. 더불어 부당공동행위의 합의에 대한 추정이나 추정복멸시 이를 뒷받침할 수 있는 보다 다양한 정황적 증거를 고려해야 한다.

핵심주제어: 부당공동행위 추정, 정황증거, 추정복멸

경제학문헌목록 주제분류: L0, L4

* 저자는 한경연 원내세미나에 참석해 준 연구위원들과 자료수집 및 정리를 맡아 준 김소현 연구조원에게 감사의 뜻을 전한다. 또한 저자는 익명의 심사자들의 귀한 논평에 감사의 마음을 전한다.

** 한국경제연구원 기업연구본부 선임연구위원, E-mail: iklee@keri.org
논문투고일: 2007. 2. 15 수정일: 2007. 5. 9 게재확정일: 2007. 5. 9

I. 연구의 목적 및 내용

본 연구에서는 부당공동행위 추정이 법해석과 법집행 측면에서 법률상 추정이 바람직한지 아니면 사실상 추정이 적절한지 이에 대한 논의를 체계적으로 전개하고자 한다. 합의를 추정하기 위하여 입증되어야 하는 경쟁제한성도 ‘합의가 추정되기 이전 상태에서의 경쟁제한성’이라는 견해, 즉 ‘경쟁제한성의 유무는 사업자들의 합의가 없는 상태를 상정하여 판단하여야 한다’는 견해와 ‘합의 내지 암묵적 양해하에 행하여졌을 경우의 경쟁제한성’이라는 견해가 대립되고 있다. 이에 대한 법집행상의 혼선을 줄이는 방안을 모색하고자 한다. 법원은 법제19조 제5항에 따라 부당한 공동행위의 합의가 추정된다고 하더라도, 정당화 사유 등의 반증이 있게 되면 그 추정은 복멸될 수 있는 것으로 보고 있는데, 대법원 판례의 분석을 통하여 추정복멸의 요건 및 한계에 대해서도 면밀히 논의하고자 한다. 이를 통해 부당공동행위 추정에 대한 법해석과 법집행 측면에서의 불확실성을 줄이는 합리적 방안을 제시하고자 한다.

II. 부당공동행위의 법률적 추정 쟁점 및 합리적 접근

부당한 공동행위는 합의를 핵심적인 구성요건으로 하는데, 이를 구체적인 물증으로 입증해 내기란 대단히 어렵다. 이런 측면을 고려하여 명시적 합의를 입증하기 어려우나 부당한 공동행위의 정확한 사실이 설득력이 있는 경우 공동행위의 외형상의 일치로부터 합의를 추정할 수 있도록 하는 제도가 1986년의 제1차 법개정으로 도입되었다. 부당한 공동행위 추정조항은 1992년 개정되어 현재 공정거래법 제19조 제5항에 다음과 같이 규정되어 있다.

“2 이상의 사업자가 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 제1항 각호의 1에 해당하는 행위를 하고 있는 경우 동 사업자 간에 그러한 행위를 할 것을 약정한 명시적인 합의가 없는 경우에도 부당한 공동행위를 하고 있는 것으로 추정한다.”

1. 법률상 추정 VS 사실상 추정

공정거래법 제19조 제5항의 해석론과 관련하여 학계나 실무 차원에서 논란이 많았으나 대법원은 이 조항의 구조에 관하여 다음과 같은 견해를 취하고 있다. 추정의 대상은 부당한 공동행위의 합의사실이며, 본 조항은 공정거래위원회로 하여금 ‘사업자들의 합의’를 입증하는 것에 같음하여 “2 이상의 사업자가 법 제19조 제1항 각호의 1에 해당하는 행위를 하고 있다”는 사실(행위의 외형상 일치)과 그것이 ‘일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위’라는 사실(경쟁제한성)의 두 가지 간접사실만을 입증하면 부당한 공동행위의 합의사실이 추정된다는 것이다. 공정거래법 제19조 제5항은 그 문언의 규정상 추정규정을 적용하여 행하는 추정이고, 일정한 전제사실이 있을 때에 일정한 사실이 있는 것으로 추정하는 규정이므로 법률상의 추정규정이라고 보고 있다. 국내의 주요 산업 대부분이 과점상태에 있고, 명시적인 담합의 발견이 어렵다는 점에서 법률상의 추정규정이 과점시장의 암묵적 담합에 대한 법집행을 용이하게 한다는 측면이 인정되나, 부당공동행위의 합의에 대한 기계적인 법률상 추정은 본 규정의 오용으로 이어질 소지가 있다.¹⁾

부당한 공동행위의 합의 추정에 대한 대표적인 판례가 대법원 2003. 5.27. 선고 2002두4648 철강 판결이다. 공정거래위원회가 “독점규제 및 공정거래에 관한 법률” 제19조 제5항에 따라 “2 이상의 사업자가 법 제19조 제1항 각호의 1에 해당하는 행위를 하고 있다”는 사실과 그것이 ‘일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위’라는 사실을 입증하면, 이에 추가하여 사업자들의 명시적이거나 묵시적인 합의 또는 양해를 추정하게 할 정황사실을 입증할 필요 없이, 그 사업자들이 그러한 공동행위를 할 것을 합의한 것으로 추정된다는 것이다. 원심은 원고들을 포함한 철강회사A, 철강회사B, 철강회사C, 정리회사 철강회사D의 관리인 박태인, 철강회사E(이하 ‘원고들 등’이라 한다)가 2000년 2월 1일부터 2월 7일까지 사이에 철근 수요처인 건설업체와 유통업체에게 가격인상 통보서 또는 견적서를 발송하는 방법으로 철근의 규격별 가격을 동일하게 인상

1) 참조할 수 있는 법률상 추정관련 판례로는 2002. 3. 15. 선고 99두6514, 6521 판결(커피 판결), 대법원 2002. 5. 28. 선고 2000두1386 판결, 2002. 5. 28. 선고 2000두6107 판결, 2002. 7. 12. 선고 2001두854 판결(화장지 판결), 대법원 2002. 8. 27. 선고 2000두9779 판결(입찰 담합 판결), 2003. 5. 27. 선고 2002두4648 판결(철강 판결), 대법원 2003. 2. 28. 선고 2001두946 판결, 2003. 2. 28. 선고 2001두1239 판결, 2003. 3. 14. 선고 2001두939 판결(맥주 판결) 등 다수가 있다.

한 사실을 인정하였다. 이어서 원고들 등이 당시 국내 철근공급시장에서 100%의 시장점유율을 가지므로 원고들 등의 위와 같은 철근판매가격 인상행위는 그 시장에서의 가격결정에 절대적인 영향을 미칠 수 있는 점, 철근은 생산공정이 기술적으로 동일하여 품질의 차별화가 쉽지 않고 주로 가격에 의하여 경쟁이 이루어질 수밖에 없는 점, 또한 원고들 등의 철근생산능력은 당시 연산 1,200만 t에 달하지만 실제 판매량은 864만 8,000t에 그치는 등으로 초과공급상태이고, 이와 같은 철근의 공급초과에 따른 경쟁심화로 인하여 철근가격이 지속적으로 하락하고 있었던 점 등에 비추어 원고들 등의 위와 같은 철근판매가격 인상행위는 국내 철근시장에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위인 사실 등을 인정하였다. 그러므로 철근판매가격 인상행위는 법 제19조 제1항 제1호의 '가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위'에 해당하고, 또 국내 철근공급시장에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위에 해당한다고 판단하고, 이러한 사실이 입증된 이상 그 밖의 추가적 요소나 정황에 관한 별도의 입증이 없더라도 법 제19조 제5항에 따라 부당한 공동행위를 합당한 것으로 추정된다고 판단하였다. 가격인상행위는 의식적 병행행위에 해당할지언정 사전합의에 대한 정황적 요소가 없으므로 위 합의를 추정할 수 없다는 철강회사들의 주장에 대하여, 대법원은 현행 우리 법의 명시적 규정에 반하는 해석론으로서 받아들일 수 없다는 입장을 취하고 있다.

여기서 제기될 수 있는 첫 번째 쟁점은 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위에 해당하며 합의추정 판단시에 이를 입증하기 위해서는 여러 가지의 구체적인 정황적 증거를 확보해야 하는지에 관한 것이다. 법원의 해석과는 달리 법집행 기관인 공정위가 그 동안 합의추정을 위해서는 행위의 외형상의 일치와 경쟁제한성의 입증 이외에, 합의를 추정하게 할 정황사실이 필요하다는 입장에서 법집행을 해 오고 있는 것은 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위와 합의추정을 뒷받침하는 정황증거를 현실적으로 분리하기 어렵다는 것을 인식하고 있는 것으로 사료된다.

미국의 경우는 판례를 살펴보면 명시적인 담합과는 달리 암묵적 담합의 경우 구체적인 물증을 포착하기 어렵기 때문에 정황적 사실을 통해 이를 입증하고 있다. 전통적으로 담합으로 여겨지는 사실적 또는 통계적 정황들은 경쟁사들의 고정된 시장점유율, 프로젝트 원가와 부합되지 않은 가격, 그리고 비용의 변화를 반영하지 않은 갑작스런 가격의 상승과 하락들을 포함한다. 이러한 징후가 반드시 담합행동의 자연스런 결과가 아니기 때문에 이러한 접근방법은 그 실행

에 있어서 한계가 있다.²⁾ 암묵적 담합의 경우 결정적 증거확보의 어려움 때문에 담합의 감지는 경쟁적 행동에 일치하지 않는 가격책정행위의 포착에 상당부분 의존한다.

여기서 한 가지 논의해야 할 것은 이러한 암묵적 담합을 공정거래 차원에서 규제해야 하는 것인지 말아야 하는 것인지에 대한 것이다. Donald Turner (1962)는 과점시장의 암묵적 담합(tacit collusion)은 명시적 담합(explicit collusion)과 본질적으로 다른 것이며, 가격공모로 처벌할 수 없음을 지적하였다. 과점시장하에서 경쟁사 간 상호의존성에 기초한 가격설정행위는 서면법 제1조에 규정한 법조항을 적용할 수 없다는 주장이다. 반면, Posner(1976)는 암묵적 담합에 대한 구체적인 통계적 증거자료(담합이 행하여지고 있다고 추론할 수 있는 징표)는 경쟁사 간 의식적 평행행위를 통한 실질적인 합의가 있는 것으로 간주할 수 있다고 주장한다. 그는 묵시적인 담합은 경제학으로 보아 명시적인 담합과 동일한 성격의 행위이기 때문에 서면법 제1조의 합의(agreement)라는 용어에 구애됨이 없이 동조에 의하여 명시적 담합과 동일하게 규제하여야 한다고 주장한다. 따라서 암묵적으로 담합이 이루어지더라도 어떤 식으로든 의사의 연락이 있는 경우는 입증의 어려움은 있으나 개념적으로 묵시적 담합이 아니라 명시적 담합에 해당된다는 것이다. 즉, 담합에 대한 충분한 정황증거가 확보되면 사실상 담합추정으로 규제한다는 것이다.

Lee(1999)는 Dallas-Ft. Worth 학교 우유공급업체들의 입찰행동에 대한 주의 깊은 통계적 분석을 통해서 합리성과 게임반복성에 기초한 협조는 일종의 Folk Theorem의 조건을 만족한다는 것을 보여 주었다. 동일 우유공급업체가 일정 기간 되풀이하여 같은 학교 자치구역에서 낙찰자로 선정되는 경향이 뚜렷하게 관찰되었다. 실제로 tit-for-tat 전략은 기업들로 하여금 담합으로부터의 이탈을 막고 장기적으로 우유공급업체 간 시장점유율 분포의 안정성을 유지하게 하였다. 그래서 경쟁적인 수준을 초과하여 더 높게 가격을 올릴 수 있게 되었다. 또한 입찰자료의 통계적 분석을 통해서 모든 주요 우유가공업자들은 소비자들을 지리적으로 분할하기 위하여, 보완입찰을 채택하고 그들의 연고지에서 통계적으

2) 예를 들어, 고정된 시장점유율은 완전경쟁 균형하에서도 자연스럽게 일어나는 결과이다. 예컨대, 입찰경쟁에서 한 기업이 같은 비용이 들어가는 두 프로젝트에 매우 다른 입찰가를 제출한다면 이것은 일견 매우 의심스럽게 보일 것이다. 그러나 최근 게임이론 연구는 경쟁기업들이 실제로 가격공모를 하지 않는 경우에도, 일종의 가격담합으로 여겨지는 입찰행태가 발생할 수 있다는 추론들을 제시하고 있다. 이윤의 수준 또한 입찰담합의 존재를 확인시켜 주기에는 불완전하다.

로 유의한 연고 프리미엄을 누려왔음을 확인하였다. 실제로 관련 소송사건에서 우유공급업체들은 주정부에 \$15,400,000을 지불하고 소송을 종결하였다. 실제로 담합의 명시적이고 구체적인 증거는 확보되지 못하였지만, 원고측인 주정부에서 제시한 여러 가지 암묵적 담합을 뒷받침하는 정황증거를 법원에서 유용한 증거물로 받아들여져 우유회사들이 암묵적 담합으로 인한 손해액을 주정부에 지급하게 된 것이다. 기준시장으로 설정된 경쟁적인 San Antonio 학교 우유급식시장이 1980년대 여러 차례에 걸쳐 명시적 입찰담합이 적발되어 처벌을 받은 Florida 입찰담합에서보다 상당한 비용우위가 있음에도 불구하고 San Antonio의 학교급식 우유가격이 더 높다는 것은 주목할 만한 사실이다.³⁾ 1982년 달러기준 San Antonio 학교 급식우유시장에서의 1980~1989년도 모든 종류의 우유 평균 낙찰가격은 13.51센트였다. 그리고 Florida 학교급식 우유시장에서는 13.26센트였다.

“Some pieces of circumstantial evidence uncovered in this school milk market study may be sufficiently convincing to enable dispensing with evidence of actual communication.”⁴⁾

Lee and Hahn(2002)은 한국의 관급공사 경매에 있어 담합의 통계적 정황증거를 찾고, 낙찰가격에 대한 입찰담합효과들을 측정하는 최초의 엄격한 실증연구를 시도하였다. 개략적인 입찰자료만을 포함하는 제한된 정보하에서 지방의 건설기업들이 그들의 연고지에서 통계적으로 유의한 연고프리미엄을 누려온 것을 통계적으로 확인하였다. 비용과 구조적인 요인들을 반영한 후 계약자들은 그들의 본사가 있는 연고지에서 평균 6.2% 더 높은 가격으로 공공공사계약에서 낙찰된다. 통계분석 결과 지방 건설업체들은 그들의 연고지에서 통계적으로 유의한 연고 프리미엄을 누려왔음을 보이고 있다. 경쟁자들은 한 기업의 연고지에서 의도적으로 높은 입찰가를 제시하고, 연고가 있는 한 계약자는 최저가를 제출하였지만 상대적으로 높은 가격으로 계약에서 낙찰자로 선정되었다. 그러므로 건설업체들은 한 기업을 제외한 모든 입찰자들은 일부러 연고권자에게 양보

3) 생우유 raw milk가 유제품생산 원가의 60~70%를 차지한다. 생우유가격은 기점가격결정(base-point pricing)을 따른다. 즉, 원유생산지로 미국의 중서부 북쪽에 위치한 미네소타·위스콘신으로부터 멀리 떨어질수록 급격히 생우유가격이 올라간다. 같은 기간 동안 마이아미와 샌 안토니아의 원유가격을 비교(1982년 dollar기준)해 보면 두 지역의 가격차는 매우 비슷한 패턴을 따르지만, 마이아미의 원유가격이 약 17% 높은 것으로 나타났다. 이 차이는 미네소타·위스콘신으로부터 훨씬 멀리 떨어진 것에 기인한다.

4) Lee(1999).

하기 위해서 높은 입찰가를 제시하는 보완입찰을 행하였다는 것을 추론할 수 있다.

화장지 담합사건의 서울고법 2000. 6. 20. 98누10839 판결에서는 행위의 일치로부터 의사의 연락을 추정하고 있다. 동 판결에서는 일치된 외형상의 행위라는 표현을 쓰고 있고 커피 담합사건의 대법원 2002. 3. 15. 99두6514, 99두6521 판결에서는 행위의 외형상 일치의 입증을 요구하고 있다. 일반적으로 가격인상의 담합사건에서는 행위의 일치로부터 합의의 추정을 하는 것이 쉽게 연결되므로 문제가 없으나 입찰담합과 같은 경우에는 무엇을 기초로 하여 합의추정을 할 수 있느냐가 쉽지 않은 문제이다. 입찰담합의 경우 합의추정의 계기가 되기에 마땅한 ‘일치된’ 외관이 두드러지게 나타나지 않기 때문이다.⁵⁾ 이러한 문제의 경우에도 앞에서 설명한 사례들과 같이 실증분석을 통하여 얻은 정황적 증거를 기초로 경쟁제한성과 합의를 추정할 수 있다. 예컨대, 가격이 아닌 연고지를 존중하는 보완입찰행위 또는 순환입찰행위 등의 정황적 증거를 통해 행위의 외형상 일치로 합의를 추정할 수 있는 것이다.

독점규제법 제19조 제5항은 그 문언의 규정상 추정규정을 적용하여 행하는 추정이고 일정한 전제사실이 있을 때에 일정한 사실이 있는 것으로 추정하는 규정이므로, 법률상의 추정이라고 보는 대법원의 법해석과 공정위의 실무상 사실상 추정의 원용은 사실상 피규제대상인 기업의 입장에서 혼돈을 야기할 수 있다. 또한 법원 내에서도 동일사건에서 고등법원의 판결에서는 정황사실을 존중하는 사실상의 추정이, 상급법원인 대법원에서는 법률상의 추정이 적용되는 경우도 있었다.

대법원 2002. 3. 15. 선고 99두6514, 99두6521(병합) 커피 판결에서는 “법 제19조 제5항이 ‘2 이상의 사업자가 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 제1항 각호의 1에 해당하는 행위를 하고 있는 경우, 동 사업자 간에 그러한 행위를 할 것을 약정한 명시적인 합의가 없는 경우에도 부당한 공동행위를 하고 있는 것으로 추정한다’고 규정하고 있다. 그 취지는 공정거래위원회가 법 제19조 제1항에서 정하고 있는 부당한 공동행위의 성립을 입증하기 위해서는 무엇보다도 당해 행위가 사업자들의 명시적·묵시적 합의하에 이루어진 것이라는 점을 입증하여야 하는데, 은밀하게 행해지는 부당한 공동행위의 속성상 그러한 합의를 입증한다는 것이 그리 쉬운 일이 아니다. 그러므로 공정거래위원회로 하여금 ‘사업자들의 합의’를 입증하는 것에 같음하여 ‘2 이상의 사업자가

5) 양명조(2002) 참조.

법 제19조 제1항 각호의 1에 해당하는 행위를 하고 있다’는 사실(이하, 편의상 ‘행위의 외형상 일치’라 한다)과 그것이 ‘일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위’라는 사실(이하 편의상 ‘경쟁제한성’이라 한다)의 두 가지 간접사실만을 입증하도록 함으로써 부당한 공동행위에 대한 규제의 실효성을 확보하고자 함에 있다고 할 것이다”라고 밝히고 있다. 따라서 법 제19조 제5항에 기하여 “사업자들의 합의’를 추정하기 위해서는 ‘행위의 외형상 일치’와 ‘경쟁제한성’의 입증만으로서 족한 것이지, 이에 추가하여 사업자들의 합의 내지 암묵적인 양해를 추정하게 할 정황사실이 입증되어야만 하는 것은 아니다”라고 판시하고 있다. 그런데 원심은 법 제19조 제5항에 의하여 원고들의 합의를 추정하기 위해서는 그에 앞서 원고들의 합의 내지 암묵적인 양해를 추정하게 하는 정황사실의 입증이 있어야만 한다는 전제하에서, 그러한 정황사실이 인정됨을 근거로 하여 위 조항에 의한 부당한 공동행위의 추정을 하고 있음이 분명하므로, 원심의 이러한 판단과정에서는 우선 법 제19조 제5항에 의한 추정의 대상이나 그 추정을 위하여 증명되어야 하는 간접사실의 범위에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다고 판결하였다. 추정의 대상이 무엇이 되어야 하는지는 뒤에서 상세히 논의하겠다. 만약 원심이 들고 있는 부당한 공동행위의 합의에 대한 정황사실로써 원고들 간의 합의 내지 암묵적인 양해가 추정된다면 굳이 법 제19조 제5항의 법률상 추정규정을 원용할 필요가 없는 이른바 ‘사실상의 추정’에 해당한다고 할 것인데, 피고(공정위)는 이 사건에서 원고의 합의 내지 암묵적 양해를 사실상 추정하고 있는 것이 아니라 법 제19조 제5항에 의하여 법률상 추정을 하고 있다고 판단하였다. 그러나 공정위는 부당한 공동행위의 합의에 대한 추정시 정황적 증거가 필요하며 이를 실무적으로 일관되게 활용해 왔음을 주장하고 있다. 어쨌든 대법원은 원심로서는 비록 피고가 위와 같은 정황사실들을 내세우고 있다고 하더라도 원고들의 합의 내지 암묵적인 양해가 사실상 추정되는지를 심리할 필요가 없다는 것이다. 더구나 위 정황사실들은 다음과 같은 이유로 그 어느 것이나 원고들 간의 합의 내지 암묵적인 양해를 추정하기에는 부족한 것들이라고 결론짓고 있다. 이 대법원 판결에서 흥미로운 것은 고등법원이 부당한 공동행위의 추정을 뒷받침해 주는 정황적 사실에 대하여 조목 조목 반박하고 있는 내용이다.⁶⁾ 대법원이 고등법원에서 제기한 정황적 증거에

6) 대법원 판결의 논거는 다음과 같다. 첫째, 과점시장에서 사업자는 경쟁사업자가 책정한 가격에 적절히 대처하기 마련이고, 이 때 어느 사업자가 경쟁사업자의 가격을 모방하는 것이 자신의 이익에 부합할 것으로 판단되면 상호간의 합의 내지 암묵적인 양해 없이도 독자적으로 실행에 나갈 수 있을 것이므로, 과점시장에서 경쟁상품의 가격이 동일·유사하다

대하여 법 제19조 제5항은 법문에 충실하게 법률상의 추정이라고 일축하면 될 것을 합의추정을 뒷받침했던 정황사실들에 하나하나 문제점을 지적한 것은 역설적으로 고등법원에서 제기된 정황사실들에 대한 검토의 필요성을 간접적으로 인정한 것으로 여겨진다. 대법원이 법규정에 충실하게 행위의 외관상의 일치 및 경쟁제한성의 유무만 판단하지 아니하고 정황적 사실에 대한 타당성에 대한 검토는 부당한 공동행위의 합의추정시 정황적 사실에 대한 심리의 불가피성을 간접적으로 반증한 것이 아닌가 한다. 이러한 관점에서 합의에 관한 명백한 증

는 사실은 그것만으로 사업자들의 합의 내지 암묵적인 양해를 추정하기에는 부족한 것이다. 둘째, 기록에 의하면 원고 동서식품은 1990년에 77.5%이던 시장점유율이 그 후 줄곧 하락하여 1996년에 56%까지 떨어지자, 그 원인이 자사제품의 가격이 경쟁제품의 가격보다 다소 낮게 책정되어 소비자들에게 저급품으로 인식된 데서 비롯되었다고 보고, 1996년 4월 7일 자사의 대표적인 상품인 ‘맥심 오리지날(이하 ‘맥심’이라 한다) 200g들이 가격을 종전 4,350원에서 4,750원으로 인상하여 경쟁제품인 원고 한국네슬레의 ‘테이스터스 초이스’(이하 ‘초이스’라 한다) 175g들이 가격인 4,450원 보다 300원 높게 책정한 사실, 그러자 원고 동서식품의 시장점유율은 7년 여 만에 상승세로 반전하여 61.1%로 대폭 증가하고, 이에 비하여 줄곧 상승세를 유지하던 원고 한국네슬레의 시장점유율은 하락세로 반전하여 1996년에 44%이던 시장점유율이 38.3%로 감소한 사실, 이에 원고 한국네슬레는 ‘초이스’ 175g들이 가격을 1997년 4월 14일과 1997년 6월 2일 거듭 인상하여 ‘맥심’ 200g들이 가격보다 170원 높은 4,950원으로 책정하였고, 그러자 원고 동서식품은 시장점유율이 다시 하락하는 것을 막기 위하여 1997년 7월 1일 ‘맥심’의 용량을 200g에서 180g으로 줄임과 아울러 g당 가격을 종전 23.9원에서 27.5원으로 대폭 인상함으로써 ‘맥심’ 180g들이 가격을 ‘초이스’ 175g들이 가격과 아예 동일하게 책정한 사실, 그 후 원고 한국네슬레가 ‘초이스’의 가격을 ‘맥심’ 보다 높게 책정하면 뒤따라 원고 동서식품이 ‘맥심’의 가격을 그와 동일하게 책정하는 식으로 경쟁적으로 이 사건 가격인상이 이어진 사실을 알 수 있는 바, 사정이 그러하다면, 원고 한국네슬레의 가격을 그대로 쫓아 가격을 인상하기로 한 원고 동서식품으로서는 인상폭을 정하기 위한 별도의 내부 검토자료나 시장분석자료 등을 작성할 필요가 없다고 할 것이므로, 원고 동서식품이 그러한 자료 등을 제출하지 못하고 있다는 사실로써 원고들 간의 합의 내지 암묵적인 양해를 추정하기도 어렵다. 기록에 의하면, 원고들의 지점 영업직 사이에서 이 사건 가격인상 내용 중 일부에 관한 정보가 팩스로 세 차례 정도 오고간 사실은 알 수 있으나, 그 팩스문건들의 내용을 보면 원고들이 시기를 달리하여 각자 가격인상을 결정한 후 각 그 내용을 각자의 지점을 통하여 거래처에 통보할 목적으로 발신인을 지점, 수신인을 거래처로 하여 작성한 것임을 알 수 있어, 그 목적이 가격담합을 위한 사전 정보교환에 있다고 보이지 아니한 점, 지점직원들이 위 팩스를 주고받은 시점은 모두 가격인상일 내지 인상결정일 이후로서 그 내용이 이미 지점이나 거래처에 공개된 때였던 점, 원고들이 가격담합을 위하여 본사의 담당직원도 아닌 지점의 영업직원을 시켜 정보를 교환하도록 지시하였다고 추단하는 것은 부자연스러운 반면에, 양사의 영업직원이 자신들의 영업상 편의를 위하거나 다른 직원보다 먼저 경쟁사의 인상을 알았다는 것을 상사에 과시하기 위하여 평소의 친분관계를 이용하여 각 지점에 이미 내려와 있던 문건들을 서로 주고받은 것에 불과하다는 원고들의 경위설명이 자연스러운 점 등을 종합하여, 지점 영업직 직원 간의 위와 같은 팩스 교신사실을 가지고 원고들 간의 합의 내지 암묵적인 양해를 추정하기도 어렵다. 그렇다면 원심이 위와 같은 사실들에 근거하여 이 사건 가격인상에 원고들 간의 합의 내지 암묵적인 양해가 있었음을 추정한 데에는 증거가 지니는 의미 내지 가치를 잘못 해석·평가한 채증법칙 위배의 위법도 있다고 할 것이다.

거가 없더라도, 정황증거가 충분한 경우에는 합의가 ‘사실상’ 입증된 것으로 보아, 법 제19조 제5항의 법률상 추정규정보다는 제1항의 규정을 적용하여 위법성을 인정하는 것이 합리적인 것으로 여겨진다. 물론 고등법원의 해석과 대법원의 해석이 다른 경우, 대법원의 해석이 최종적인 법원의 해석임을 인지할 필요가 있으나, 각급 법원에서 법해석의 혼선의 여지가 있는 법 제19조 제5항은 삭제하고 암묵적 부당공동행위의 경우 충분한 사실적 정황증거를 기초로 하여 범위반 여부를 제1항의 규정을 적용하여 판단하는 것이 바람직하다고 사료된다. 국내 커피 판결에서 대법원은 국내커피시장은 가격이 내려가면 수요가 늘어가는 통상의 수요공급의 법칙이 적용되지 아니하는 특수성이 있었고, 커피제품은 가격보다는 맛이나 향, 상표가 주는 이미지 등에 의하여 제품의 차별화가 이루어지는 특성이 있어, 원고들은 위와 같은 시장의 특수성 및 상품의 특성을 시장전략에 반영하여 각자 자사제품이 고급품이라는 인식을 소비자에게 심어주기 위하여 경쟁적으로 이 사건 가격인상에 이르렀으며 그에 따라 원고들의 시장점유율은 즉각적으로 변동하였음을 알 수 있는 바, 그렇다면 원고들의 이 사건 가격인상은 경쟁사보다 값이 다소 싸면 제품이 잘 팔리지 않았던 당시 국내커피시장의 특이한 상황하에서 이루어진 원고들 간의 경쟁이 시장에 그대로 표출된 것으로 보여질 뿐, 그로 인하여 당시 국내커피시장이란 일정한 거래분야에서의 경쟁이 감소되었다고 보기는 어렵다고 판시하며 ‘경쟁제한성’을 결여하였음이 분명한 원고들의 이 사건 가격인상에 대하여 법 제19조 제5항에 의하여 원고들 간의 합의를 추정하여 부당한 공동행위로 규제하는 것은 위법하다고 판결하고 있는데, 경쟁제한성의 유무 판단시 위에서 언급한 내용들은 사실상의 정황증거들로 이해할 수가 있기 때문에 법률상 추정의 한계가 판결내용에서 논정되고 있는 것이 아닌가 하는 조심스러운 결론을 내린다. 합의의 추정에 필요한 경쟁제한성 여부의 판단은 세밀한 경제적 분석을 필요로 하며, 이 과정에서 합의추정의 전제사실인 경쟁제한성의 유무에 대한 판단시 정황사실의 확보 및 검증이 불가피하기 때문이다.

변호사들이나 판사 등 법조인들은 가격에 관한 경제학 이론보다는 공모 및 음모에 관한 법리에 더 친숙하므로, 특정 행위가 경제에 미치는 효과보다는 공모사실을 밝히는 데 초점이 두어진 것이 아닌가 한다. 하지만 이는 효과적인 법집행을 위해서는 바람직하지 않다. 담합규제가 담합이 미치는 경제적 효과보다는 담합의 시도에 중점을 두고 있어, 경제적 효과와 관련된 복잡한 경제적 문제를 처리하는 데 한계가 있다는 것이다. 가격고정의 시도에 법적인 초점이

맞추어지는 가장 중요한 이유는 그 이외의 다른 접근방식을 사용하기 위해서 필요한 카르텔에 대한 경제학적 지식이 충분하지 않다는 것이다. 가격고정에 취약한 특성을 가진 시장을 찾아 내고 그리고 시장가격이 실제로 경쟁가격 수준보다 높은지를 결정하기 위해서 가격고정의 의심이 가는 시장에 일정한 테스트를 적용함으로써 명시적 또는 묵시적 담합으로 인한 심각한 생산량 제한을 알아내는 데 여러 가지의 통계적 증거나 시장의 구조적 특성을 충분히 활용하지 못한 측면이 있었다. 다행스러운 것은 국내법원에서도 가격고정 사건 및 조사에 있어서 경제적 증거를 보다 더 중요하게 다루기 시작하였다는 것이다. 미국의 경우는 의식적 병행행위에 더해 합의의 추정을 가능하게 하는 추가증거가 있는 경우에는 부당한 공동행위의 성립을 인정하는데, 합의를 추정하기 위해 추가될 수 있는 증거들에는 다음과 같은 것들이 포함될 수 있다.

공동행위를 할 합리적인 동기나 이유가 있는지, 공동행위가 아니면 취하지 않았을 자신의 이익에 배치되는 행동이거나 공동행위로밖에 달리 합리적으로 설명할 수 없는 시장현상인가도 고려해야 한다. 여기에 과거 동일법 위반 전례가 있는지, 행위자 간 회의나 직접적인 교신이나 자료교환의 흔적이 있는지 등을 고려해야 한다. 여기에 시장구조 특성상 담합을 쉽게 할 수 있는 환경인지도 검토해야 한다. 위와 같은 합의에 관한 추가증거로 포함될 수 있는 사항 중 행위자 간의 회의나 직접적인 교신의 존재 및 행위자의 자료의 교환 및 가격의 공개 등 편의적 행위의 존재를 제외한 나머지 사항은 정황사실들에 대한 정치한 경제적 분석을 통하여 입증하여야 한다.

2. 경쟁제한성과 추정의 대상

합의를 추정하기 위하여 입증되어야 하는 경쟁제한성은 ‘합의가 추정되기 이전 상태에서의 경쟁제한성’이라는 견해, 즉 ‘경쟁제한성의 유무는 사업자들의 합의가 없는 상태를 상정하여 판단하여야 한다’는 견해와 ‘합의 내지 암묵적 양해하에 행하여졌을 경우의 경쟁제한성’이라는 견해가 대립되고 있다. 경쟁정책 당국은 경쟁제한성을 ‘합의 내지 암묵적 양해하에 행하여졌을 경우의 경쟁제한성’으로 보고 있다.⁷⁾

7) 일부 학자들은 대법원 판결과 같이 경쟁제한성을 이해하게 된다면 추정규정은 거의 활용될 여지가 없을 것이라고 하면서, 경쟁제한성에 관한 대법원의 입장을 비판하고 있다. 가령, 가격인상의 경우 합의의 입증이 가능한 사건에서는 ‘합의’에 의한 가격인상으로 경쟁이 감소하므로 경쟁제한성을 입증하는 데 어려움이 없다. 그러나 합의의 입증이 이루어지

이러한 혼선은 명시적 담합과 암묵적 담합의 특성을 이해하면 충분히 해결될 수 있다. 명시적 담합의 경우는 담합의 구체적 물증이 확보된 경우 실행되지 않더라도 그 사실 자체로서 규제가 가능하다. 대법원 1999. 2. 23. 98두15849 건설입찰 판결에서 제19조 제1항의 부당한 공동행위는 사업자가 다른 사업자와 공동으로 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 같은 항 각호의 1에 해당하는 행위를 할 것을 합의함으로써 성립하는 것이므로, 합의에 따른 행위를 현실적으로 하였을 것을 요하는 것이 아니고, 또 어느 한쪽의 사업자가 당초부터 합의에 따를 의사도 없이 진의 아닌 의사표시에 의하여 합의한 경우라고 하더라도 다른 쪽 사업자는 당해 사업자가 합의에 따를 것으로 신뢰하고 당해 사업자는 다른 사업자가 합의를 위와 같이 신뢰하고 행동할 것이라는 점을 이용함으로써 경쟁을 제한하는 행위가 되는 것은 마찬가지이므로 부당한 공동행위의 성립에 방해가 되지 않는다고 할 것이다.⁸⁾ 위와 같은 합의는 어떠한

지 않는 가운데, ‘합의’를 빼고 개별 사업자의 가격인상행위만으로 경쟁이 감소하는지를 따져 본다면, 도대체 경쟁감소를 유발하는 가격인상이라는 것은 있을 수 없다는 것이다. 즉, 개별 사업자의 가격인상에서 곧바로 경쟁감소로 연결되는 경우는 애당초 생각할 수 없다는 것이다. 또한 경쟁제한성은 공동행위의 효과나 영향에 대한 예측으로서 논의되는 것이지, 경쟁제한성을 전제로 공동행위를 인정하려는 것은 카르텔 규제의 기본구조에 어긋난다는 것이며, 경쟁제한성을 ‘합의가 추정되기 이전 상태에서의 경쟁제한성’으로 보는 견해는 경쟁제한성이 발견되어야 합의의 존재를 추정할 수 있다는 견해로서, 이는 법 제 19조 제5항의 입법취지를 무시하는 해석이고, 암묵적 가격담합에 대한 규제를 포기하는 결과로 이어질 수 있다고 지적하고 있다.

- 8) 양명조(2002) 참조. 우리 나라의 독점규제법은 제정 당시에는 부당한 공동행위의 성립에 행위의 실행을 요건으로 규정하고 있었으나 1992년 개정에서 합의와 경쟁제한성 두 가지 요건만 갖추면 부당한 공동행위의 성립을 인정할 수 있도록 하였다. 이로써 공동행위의 합의사실이 인지되는 경우 실행에 옮기지 못하도록 사전에 제재를 가할 수 있게 되어 부당한 공동행위를 보다 효율적으로 방지할 수 있게 되었다고 설명된다. 실행행위까지 요구하지 않고 ‘합의’단계에서 규제할 수 있도록 한 데 대하여는 다음과 같은 설명이 공감을 얻고 있다. 첫째, 거의 모든 공동행위의 합의는 실행으로 나아간다는 점, 즉 실행단계로 나아가지 않는 공동행위의 합의는 현실적으로 생각해 볼 수 없다는 점이다. 둘째, 실행행위를 공동행위의 요건으로 삼게 되면 규제당국이 합의를 적발하더라도 실행행위가 있을 때까지 기다려 규제할 수밖에 없게 되는데, 이는 경쟁제한의 효과를 눈앞에 예상하면서도 금지시킬 수 없어 규제의 실효성을 훼손하게 된다는 점, 이는 부당한 공동행위의 원칙적 금지라는 제19조의 입법의도를 살릴 수 없게 한다는 점. 다른 나라의 독점금지 입법에서도 대부분 합의단계에서 공동행위를 위법으로 선언하여 금지하고 있다. 미국의 서면법 제 2조는 “거래 또는 통상을 제한하는 모든 계약, 트러스트나 기타 형태에 의한 결함 또는 공모”를 위법으로 선언하고 있고, 독일의 경쟁제한금지법 제1조는 “공동의 목적을 위하여 체결하는 계약과 협정이 경쟁을 제한함으로써 생산 또는 상품이나 용역의 거래를 위한 시장상태에 영향을 미치게 되는 경우 무효이다”라고 규정하고 있다. 일본의 독점금지법 제2조 제6항과 제3조는 “사업자가 계약, 협정, 기타 어떤 명칭을 가지고 하든지 다른 사업자와 공동하여 대가를 결정, 유지, 인상하거나 또는 수량, 기술, 제품, 설비 또는 거래의 상

거래분야나 특정한 입찰에 참여하는 모든 사업자들 사이에서 이루어질 필요는 없고, 일부의 사업자들 사이에서만 이루어진 경우에도 그것이 경쟁을 제한하는 행위로 평가되는 한 부당한 공동행위가 성립한다고 보아야 할 것이다.

명시적 담합이 있었으나 구체적인 물증이 없는 경우나 본질적으로 구체적 담합물증이 존재하지 않는 암묵적 담합의 경우는 시장에서 경쟁자 간 행위의 외형상의 일치와 경쟁제한성을 분석하여 실질적인 공모에 해당할 정도의 마음의 만남, 즉 합의가 있었는지를 추정해야 한다는 것이다. 대법원은 법 제19조 제5항에 기하여 “사업자들의 합의를 추정하기 위하여 입증되어야 하는 당해 행위의 ‘경쟁제한성’은 합의가 추정되기 이전의 상태에서의 ‘경쟁제한성’을 가리키는 것이므로, 그 ‘경쟁제한성’ 유무는 사업자들의 합의가 없는 상태를 상정하여 판정하여야 할 것이고, 구체적으로 당해 행위가 그 자체로 ‘경쟁제한성’을 가지는지 여부는 당해 상품의 특성, 소비자의 제품선택 기준, 당해 행위가 시장 및 사업자들의 경쟁에 미치는 영향 등 여러 사정을 고려하여, 당해 행위로 인하여 일정한 거래분야에서의 경쟁이 감소하여 특정 사업자 또는 사업자단체의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격·수량·품질 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는지를 살펴 개별적으로 판단하여야 할 것이다”라고 판시하고 있다. 이는 올바른 법적 판단이라고 사료된다.

법원의 경우에 동일사건에 대하여 고등법원과 대법원의 판결이 상충된 사례가 있다. 고등법원의 커피 판결시 원고들 간의 합의 내지는 암묵적인 양해를 추정하고 나서 이 사건 가격인상이 원고들 간의 합의 내지 암묵적인 양해하에 행하여졌음을 전제로 ‘경쟁제한성’을 가진다고 보았다. 추정대상도 합의가 아닌 부당한 공동행위임을 밝히고 있다. 이에 대하여 대법원은 법 제19조 제5항의 합의를 추정하기 위하여 입증되어야 할 당해 행위의 경쟁제한성은 합의가 추정되기 이전의 상태에서의 경쟁제한성을 가리키는 것이며, 그 경쟁제한성의 유무는 사업자들의 합의가 없는 상태를 상정하여 판단하여야 할 것임을 판시하였다. 원심은 당시 시장의 상황이나 제품의 특성, 이 사건 가격인상이 시장 및 원고들 간의 경쟁에 미치는 영향 등을 전혀 고려하지 아니한 채, 합당한 근거 없

대방을 제한하는 등 상호 그 사업활동을 구속하거나 또는 수행함으로써 공공의 이익에 반하여 일정한 거래분야에 있어서의 경쟁을 실질적으로 제한하는” ‘부당한 거래제한’을 금지하고 있다. 유럽연합의 로마조약 제85조 제1항은 “사업자 간의 모든 협정, 사업자단체의 모든 결정 및 협조행위(concerted practices)로서 회원국 간의 거래에 영향을 미칠 수 있고 공동시장 내에서 경쟁의 저지, 제한 또는 왜곡을 그 목적 또는 효과로 하는 것”을 금지하고 있다.

이 원고들 간의 합의 내지는 암묵적인 양해를 추정하고 나서, 이 사건 가격인상이 원고들 간의 합의 내지 암묵적인 양해하에 행하여졌음을 전제로 ‘경쟁제한성’을 가진다고 보아, 법 제19조 제5항에 의하여 원고들이 부당한 공동행위를 한 것으로 추정된다고 판단하였고, 이러한 원심판단에는 법 제19조 제5항에서 규정하는 ‘경쟁제한성’에 관한 법리를 오해한 위법이 있음을 지적하였다.

고등법원과 대법원의 판결의 상충은 철강 판결에서도 확인할 수 있다. 대법원은 원심에서 사업자들의 합의를 전제로 한 경쟁제한성을 근거로 공동행위에 대한 합의 및 부당성을 추정한 것은 심리미진 및 법리오해의 위법이 있음을 밝히고 있다. 이러한 법해석의 혼선은 법률상 추정이든 사실상 추정이든 추정대상이 원칙적으로 공동행위가 아니라 합의가 추정대상임을 인식하지 못한 데서 나오는 결과로 이해한다. 암묵적 담합의 경우는 구체적인 물증을 포착하기 어렵기 때문에 외관상 행위의 일치 및 실질적인 경쟁제한성 유무를 정황적 사실을 통해 판단하고, 이러한 사실전제와 정황적 증거들을 근거로 하여 경쟁자들이 구체적으로 만나고 의견교환을 하여 합의한 사실이 없더라도 경쟁자 간의 마음이 의식적 평행행위로 만났으며, 이는 실질적인 만남에 해당할 수 있는지 없는지가 판결의 요체가 되어야 할 것이다.⁹⁾ 이러한 경우 법률상 추정에 의존

9) 서울고등법원 94구36751(PC입찰담합) 판결은 부당한 공동행위가 성립하려면 복수의 사업자들 사이에 각자의 사업활동을 제한하기로 하는 의사의 연락이 있고, 이에 기하여 행동의 일치가 이루어져야 하며, 이러한 의사의 연락에는 암묵의 요해에 그치는 경우도 포함된다고 볼 것이다. 그러나 이 사건 단가입찰과정에서 원고들이 입찰할 때마다 매번 입찰가격이 동일하거나 근사하였고, 그 입찰수량까지 낙찰 당시 동일하였으며, 그 입찰수량의 합계가 구매예정수량과 일치하였던 점에 비추어 볼 때, 원고들이 행정전산망 PC시장에서 외관상 경쟁을 실질적으로 제한하는 법 제19조 제1항 제1호 소정의 가격결정 및 같은 항 제3호 소정의 판매제한행위를 하였다고 할 것이고, 이러한 경우 법 제19조 제3항의 규정에 의하여 원고들 간에 부당한 공동행위를 할 것을 약정한 명시적인 계약이 없는 경우에도 상호 의사의 연락에 의하여 부당한 공동행위를 하고 있는 것으로 추정되고, 이로써 원고들은 부당한 공동행위에 대한 책임을 면하기 위해서는 원고들 사이에 의사의 연락이 없었음을 입증할 책임이 있다고 할 것이다. 이에 대하여 원고들은 그들 사이에서 원가정보가 교환된 적이 없이 입찰가격을 독자적으로 결정하였음에도 그 전년도까지 소의 한국전자공업협동조합이 조달청과 사이에서 행정전산망 PC에 관하여 단체수의계약을 체결한 다음 이를 조합원인 원고들에게 그 계약물량의 80% 가량을 배정하여 왔기 때문에 종전의 계약단가와 공급수량을 기준으로 하는 한편, 원고들 나름대로 여러 경로를 통하여 예정가격의 수준을 파악하려고 노력한 탓에 결과적으로 유사한 가격으로 입찰하게 되었던 것이나, 이는 단지 동일한 행위가 사실상 평행적(平行的)으로 이루어진 것에 불과할 뿐이고 이 사건 단가입찰의 과정에서 가격이나 수량에 관한 사전 회합이나 의사의 연락이 있었던 것이 아니므로 원고들의 이러한 평행적 행위(parallel behavior)만으로는 부당한 공동행위에 해당하지 않는다고 주장한다. 그러나 법원은 간접증거 내지는 정황증거에 의하여 이 사건 단가입찰과정에서 원고들 사이에 단순히 의식적인 병행행위(conscious parallelism)가 있었던 것에 그치지 아니하고 적어도 상호간에 암묵적인 요해가 있었음을 추단할 수 있으므로

하는 경우 법률상의 사실추정을 다투어 그 추정을 복멸 또는 추정규정의 작용을 면하려고 하는 상대방은 추정사실이 존재하지 않는 사실(추정사실의 반대사실)의 증명책임을 지며, 이는 본증이므로 법관에게 확신을 심어줄 것이 요구되는데 이러한 부존재 사실의 입증은 이론적으로나 실제적으로나 불가능에 가깝다는 문제가 있다.

위 서울고등법원 94구36751 PC입찰 판결은 “원고들 간에 상호 의사의 연락에 의하여 부당한 공동행위를 할 것을 약정한 명시적인 계약이 없는 경우에도 상호 의사의 연락에 의하여 부당한 공동행위를 하고 있는 것으로 추정되고, 이로써 원고들은 부당한 공동행위에 대한 책임을 면하기 위하여서는 ‘원고들 사이에 의사의 연락이 없었음을 입증할 책임이 있다’고 할 것이다”라고 판시하여, 독점규제법 제19조 제5항이 법률상의 추정규정임을 전제로 한 후 사업자들이 독점규제법 제19조 제5항에 의한 추정에 따른 책임을 면하기 위해서는 사업자 사이에 의사의 연락이 없었음을 입증할 것을 요구하였던 바, 이러한 추정사실이 존재하지 않는 사실의 입증은 논리적으로나 실제적으로 불가능에 가깝다.¹⁰⁾ 위와 같이 해석하는 경우 추정을 깨뜨리기 위해서는 피심인이 합의의 부존재를 입증해야 하는데, 이는 대단히 어려운 일이어서 자칫 피심인이 억울하게 처벌을 받는 경우가 발생할 우려가 있음을 고려하여, 합의를 추정함에 있어 추가적 요소를 처음부터 도외시하는 태도보다는 추가적 요소에 의하여 추정의 합리성을 뒷받침하는 것이 더 바람직하다. 법 제19조 제5항의 부당한 공동행위의 합의추정의 경우에는, 행위의 외형상 일치만에 의한 부당한 공동행위의 합의추정을 하게 됨으로써 사업자에게 주어지는 불리함을 일부나마 배제한다는 측면에서 “부당하게 경쟁을 제한하는 것”만으로는 부족하고, “일정한 거래분에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 것” 정도가 필요하다는 관점에서 제19조 제5항의 경우는 종래와 같이 “경쟁의 실질적 제한”이라는 문구를 그대로 두고 있는 것으로 이해하나 피규제자의 입장에서는 여전히 큰 부담을 안고 있다.

공정거래법은 공법으로 원칙적으로 주무부처인 공정위가 부당한 공동행위의 합의에 대한 추정을 실질적인 경쟁을 제한한다고 판단할 수 있는 정황사실을

원고들의 위 주장을 받아들일 수 없다고 판시하였다.

- 10) 본 논문의 한 심사자는 “공동행위가 소비자 후생에 미치는 부정적인 영향과 과점적 시장에서는 경쟁자 간 의사소통이 없어도 높은 수준의 가격을 유지할 수 있음을 고려할 때, 행정지도 등과 같이 기업의 통제영역 밖에서 발생하는 객관적인 이유가 존재하지 않는 한 외형상의 일치와 경쟁제한성이 발견된 경우 부당공동행위에서 벗어날 수 있는 입증책임은 기업에게 지우는 것이 사회적 비용 측면에서 더 효율적일 수 있다”라는 의견을 제시하였다.

통해서 입증해야 할 책임이 있다. 이러한 경쟁법적인 관점에서의 문제 이외에 독점규제법 제19조 제5항의 법률적 성격을 법률상의 추정규정으로 해석할 경우, 부당한 공동행위의 경우 형사소추대상이 되는 범죄행위로 되어 있어 그에 대해서는 죄형법정주의가 적용되어야 한다는 점에서 독점규제법 제19조 제5항의 법률상의 추정규정이 형사사법체계와 부조화되거나 또는 실질적 죄형법정주의에 반하는 측면이 있는 것은 아닌지가 문제될 수 있는 것으로 생각된다. 즉, 형사소추의 대상이 되는 범죄행위인 부당한 공동행위의 불법의 핵심적 요소인 행위불법(사업자 간의 합의)에 대하여 국가기관이 이를 직·간접적으로 입증하지 아니하고 일치된 외형상의 행위의 존재를 통해 법률상 추정이 이루어지게 되면 부당한 공동행위에 대한 규제를 용이하게 한다는 법규정의 취지에도 불구하고, 그러한 법률상 추정이 과연 실질적 죄형법정주의에 부합한다고 볼 수 있는지가 의문이다. 실질적 죄형법정주의의 가장 본질적이고 핵심적인 요소는 ‘불법이 없으면 형벌이 없다’는 것으로 이는 불법의 핵심적인 요소에 대한 입증은 국가기관에 지우는 한편, 이를 통해 법관의 자의와 입법권의 자의로부터 국민의 자유를 보호하는 최종적 보장기능을 수행한다는 것인데, 국가의 행위불법에 대한 입증책임을 완화하는 정도가 아니라 그 반대사실의 입증책임을 사인에게 부담시키고 사인의 그에 대한 입증 여하에 따라 국가형벌권을 발동할 수 있게 한다면 이는 실질적 죄형법정주의에 부합한다고 보기 어려운 것으로 생각된다.¹¹⁾ 동백지구 건설업체들의 분양가 담합관련 형사소송에서 2005년 12월 1심 판결에서 법원은 “독점규제 및 공정거래에 관한 법률은 부당한 공동행위를 추정할 수 있도록 하고 있으나 이러한 추정규정은 과징금을 부과하는 경우에만 가능하고 형벌을 부과하는 절차에 있어서는 적용할 수 없다”고 분명히 밝히고 있다.

3. 추정의 복멸요건

법원은 법 제19조 제5항에 따라 부당한 공동행위의 합의가 추정된다고 하더라도, 정당화 사유 등의 반증이 있게 되면 그 추정은 복멸될 수 있는 것으로 보고 있는데, 다음과 같은 사정이 밝혀진다면 그 추정은 번복될 수 있는 것으로 판시하고 있다. 첫째, 외부적으로 드러난 동일 유사한 가격정책행위가 실제로는 아무런 명시적·묵시적 합의나 상호간의 요해 없이 각자의 경영판단에 따

11) 윤성운(2002) 참조.

라 독자적으로 이루어졌음에도 마침 우연한 일치를 보게 된 경우이다.

둘째, 상대방 사업자와 공통적으로 관련된 외부적 요인이 각자의 가격결정 판단에 같은 정도의 영향을 미침으로써 부득이 동일 유사한 시기에 동일 유사한 행동을 할 수밖에 없었던 경우, 그 외부적 요인이 각 사업자에게 미치는 영향은 다소간의 차이가 있음에도 불구하고 그 요인에 영향을 받은 사업자 상호간에 유사한 행동을 할 것이라는 암묵적 요해가 이루어져, 그러한 기회를 이용하여 동일 유사한 공동행위로 나아간 것이라면 여기서 제외된다.

셋째, 과점시장의 경우 가격선도업체가 독자적인 판단에 따라 가격결정을 하자 후발업체가 이에 동조하여 일방적으로 선도업체의 가격을 단순히 모방한 경우에도, 선도업체가 종전의 관행 등 시장현황에 비추어 가격선도를 하면 이어 후발업체들이 이에 동조할 것이라고 예견하고 가격선도를 하였다고 보이는 때에는 당연히 이 범위에서 제외되어야 할 것이고, 후발업체들 상호간의 명시·묵시의 합의나 요해에 따라 선도업체의 가격을 모방한 경우에는 그 후발업체들 상호간의 공동행위만이 문제로 될 것이며, 이 때 후발업체 상호간의 공동행위는 그들의 시장점유율 등 가격결정 영향력을 기초로 한 실질적인 경쟁제한성 유무에 따라 그 판단이 달라질 것이다.

법원은 부당한 공동행위의 합의의 추정을 복멸시킬 수 있는 사정을 판단함에 있어서는 당해 상품거래분야 시장의 특성과 현황, 상품의 속성과 태양, 유통구조, 가격결정구조, 시장가격에 영향을 미치는 제반 내·외부적 영향, 개별 업체가 동종 거래분야 시장에서 차지하고 있는 지위, 가격의 변화가 개별 사업자의 영업이익과 시장점유율 등에 미치는 영향, 사업자의 개별적 사업여건에 비추어 본 경영판단의 정당성, 사업자 상호간의 회합 등 직접적 의사교환의 실태, 협회가 없었더라도 우연의 일치가 이루어질 수도 있는 개연성의 정도, 가격모방의 경험과 범위반 전력, 당시의 경제정책적 배경 등을 종합적으로 고려하여 거래통념에 따라 합리적으로 판단하여야 함을 밝히고 있다. 법 제19조 제5항의 추정을 받는 사업자들로서는 공동행위의 합의가 없었다는 사실을 입증하기가 사실상 어렵기 때문에 추정복멸을 하기 위해서는 위 일치된 행위가 합의에 따른 공동행위가 아니라는 점을 수증할 수 있는 정황을 입증하여야 한다. 대법원은 2003. 5. 27. 선고 2002두4648(철강 판결)에서 법 제19조 제5항은 “2 이상의 사업자 간에 일정한 거래분야에서 법 제19조 제1항 각호에 해당하는 일치된 외형상의 행위유형이 존재한다는 사실”과, “경쟁제한성”을 입증하면 “부당한 공동행위”가 추정되고 이에 대하여 부당한 공동행위라는 비난을 면하기 위한 사업

자는 위 일치된 행위가 그들 사이의 합의에 따른 공동행위가 아니라는 점을 수긍할 수 있는 정황을 밝혀 이상의 추정을 복멸시켜야 할 것으로 해석하고 있다. 대법원은 원고들이 철강회사들의 가격인상행위는 ‘인식 있는 병행행위’에 해당할지언정 사전합의에 대한 정황적 요소가 없으므로 위 “합의”를 추정할 수 없다는 주장에 대하여, “정황적 사실추정 주장은 현행 우리 법의 명시적 규정 에 반하는 해석론으로서 받아들일 수 없다 할 것이므로 나머지 점에 대하여는 더 나아가 판단할 필요 없이 위 주장은 이유 없다”고 일축하면서, “추정복멸을 위해서는 일치된 행위가 합의에 따른 공동행위가 아니라는 점을 수긍할 수 있는 정황을 입증하여야 한다”고 판시한 것은 정황증거의 필요성에 대한 일관성에 있어서 다소의 문제가 있는 것으로 사료된다.

법원의 추정복멸과 관련한 앞에서 제시한 대법원 가이드라인은 적용시 신중을 기울여야 한다. 묵시적 합의가 있는 경우에 그들의 외형상의 일치된 행위가 어느 정도 경쟁을 제한하는지가 관건이다. 실질적인 경쟁을 제한하는 묵시적인 합의는 이를 뒷받침하는 정황증거가 충분하면 실질적인 경쟁자 간의 상호 마음의 만남(mutual meeting of minds)이 있고, 이것은 경쟁자 간의 실질적인 의사소통이 있었으며 합의가 이루어진 것으로 판단하고, 그렇지 않은 경우는 부당한 공동행위의 합의에 대한 추정이 복멸되어야 할 것이다. 상대방 사업자와 공통적으로 관련된 외부적 요인이 각자의 가격결정 판단에 같은 정도의 영향을 미침으로써 부득이 동일 유사한 시기에 동일 유사한 행동을 할 수밖에 없었던 경우도 정부의 행정지도 등 이종규제로 인한 것인지 아닌지,¹²⁾ 명시적 담합의 물증이 있는지 없는지, 정황사실들에 기초한 실질적인 경쟁제한성이 있는지를 종합적으로 판단하여야 한다. 가격선도의 경우도 신중히 접근해야 한다. 선도기업들 중 어느 한 기업이 자신의 가격을 독점적 수준으로 올렸다고 하자. 만약 가격을 인상시킨 기업의 경쟁기업들이 인상된 가격을 따라서 가격을 올리지 않는다면 가격인상자는 자신의 가격을 독점가격 수준으로 유지할 수 없을 것이다. 하지만 나머지 기업들도 보다 높은 가격이 형성되면 자기들에게도 유리하다는 것을 잘 알기 때문에 독점가격 유지가 가능하다고 상호의존성 이론은 설명하고

12) 공정위는 2005년 시내전화, 시외전화, 국제전화, PC방 인터넷전용회선, 초고속인터넷 등 유선통신 5개 분야에서 6개 사업자가 요금 등을 담합사실에 대하여 1,400억 원 상당의 과징금을 부과했다. 공정위는 2006년에는 음성통화 요금, 문자메시지(SMS) 요금, 무제한요금제 등의 이동통신업체의 담합에 대하여 거액의 과징금을 검토했고 있다. 이동통신업체들은 정보통신부 등의 행정지도에 따른 가격조정이라고 주장하고 있어 유선통신업체의 담합사건에 이어 이번에도 이종규제 논란이 일어날 것으로 예측된다.

있다. 이러한 추론이 설득력을 가지기 위해서는 과점기업들이 가격인하를 꺼린다는 전제가 받아들여지지 않아야 한다. 이러한 전제는 각 과점기업들이 자신의 가격인하에 대응하여 나머지 모든 경쟁자들도 가격을 인하할 것이고 그렇게 되면 결국 모두가 낮은 가격에 직면하게 됨으로써 이전보다 사정이 더 나빠지게 되리라고 생각하는 경우에만 설득력이 있다. 각 과점기업들은 만약 자신이 가격을 올리게 되면 다른 기업들은 가격을 보다 천천히 올림으로써 자신의 회생에 근거하여 단기적 이익을 얻을 수 있다고 생각하고 있음을 알고 있기 때문에 가격선도력의 행사를 꺼릴 수도 있다. 이는 시장별로 특성이 다르기 때문에 일의적으로 판단할 수 없으며, 사례별로 세심한 경제적 분석을 통하여 추정복멸의 가능 유무를 판단하여야 할 것이다.

부당공동행위의 합의에 대한 추정이나 추정복멸시 이를 뒷받침할 수 있는 다양한 정황적 증거를 고려해야 한다. 과점시장에서 부당공동행위에 대한 합의가 실질적으로 이루어질 수 있는 환경인지를 면밀히 검토해야 한다. 담합기업 간 이익금 배분이 실질적으로 가능한지와 기업 간 비대칭성도 고려해야 한다. 경쟁상품의 이질성, 기업 간 비용구조의 차이, 담합이익에 대한 기업 간 미래 선호도의 차이, 법준수에 대한 기업주의 윤리적 태도 차이 등 여러 가지 요소가 있다. 이러한 기업 간 이질성, 격차가 커지면 커질수록 부당공동행위에 이르는 합의가 더욱 힘들어진다. 제품차별화가 극심할수록 상품단위와 품목수가 서로 달라 공동행위를 위해 합의해야 할 변수 등이 너무 복잡해진다는 것이다. 또한 기업 간 생산이나 서비스 제공의 비용차이가 심한 경우도 공동행위의 장애요인이 된다. 기업 간 시점에 대한 선호의 차이가 존재하는 경우 명시적이든 묵시적이든 합의가 어렵다. 우선 기업들은 대개 미래기간에 대한 중요성, 즉 할인율에 대한 선호가 다르다. 예를 들어, 기업의 현재 여건에 따라 당장의 단기수익이 급한 기업이 있는가 하면 단기수익보다는 장기적으로 더 큰 수익을 선호하는 기업도 있다. 이 경우 단기수익을 원하는 전자 기업은 후자 기업보다 단기수익에 급급할 가능성이 높아 공동행위를 깰 가능성이 크다. 만약 도산직전에 있는 기업은 자금회전이 급하기 때문에 단기이윤에 대한 선호도 매우 높다. 미래에 대한 불확실성이 존재하는 경우에도 기업 간 공동행위는 더욱 어렵게 된다. 수요 및 생산조건의 변화, 진입여건 등이 변화하는 경우 카르텔에 소속된 기업 간 협상이 수시로 이루어져야 하며 이에 따른 제반 비용도 증가하기 마련이다. 상품에 대한 수요변동이 심한 경우 담합을 유지하기가 어렵다. 기업들이 행동을 합치시킬 수 있는 의사의 초점(focal point)이나 기준이 없을수록 담합은

어려워진다. 각종 가격규제, 품질규제, 기준 등이 바로 기업들이 공동행위에 쉽게 합의하도록 만드는 초점이 된다. 즉, 비용과 상품의 이질성, 각종 불확실성 애로들을 정부규제가 해결해 줌으로써 역설적으로 정부가 기업의 공동행위를 도와 주는 셈이다. 비가격경쟁의 정도도 카르텔 성사를 결정하는 주요한 요인이 된다. 기업의 경쟁이 가격만을 중심으로 이루어지는 경우는 매우 단순하고 표준화된 상품거래를 제외하고는 예외적이다. 오히려 가격보다는 품질이나 서비스분야에서 더욱 치열하게 경쟁하는 경우가 많으며 대표적인 비가격경쟁변수는 광고, 품질, 생산설비, 연구개발투자, 서비스 등을 들 수 있다. 이들 비가격경쟁은 기업들의 담합형성 및 유지에 대한 강력한 억제수단이 될 수 있다. 이러한 요인들은 부당공동행위 추정 및 추정복멸시 면밀히 검토되어야 할 사안이다.

Ⅲ. 결론 및 시사점

현재의 부당공동행위 추정조항은 실무상 그리고 법집행상 여러 가지 문제를 내포하고 있다. 무엇보다도 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위에 해당하는지, 그리고 이를 기초로 합의추정 판단시에 이를 입증하기 위해서는 여러 가지의 구체적인 정황적 증거를 고려하여야 한다는 것이다. 즉, 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위 및 합의추정을 뒷받침하는 정황증거와는 현실적으로 분리하기가 어렵다는 것이다. 법집행기관인 공정위도 그 동안 합의추정을 위해서는 행위의 외형상의 일치와 경쟁제한성의 입증 이외에, 합의를 추정하게 할 정황사실이 필요하다는 입장에서 법집행을 해 오고 있는 것도 이러한 문제를 해결하기 위한 방안으로 이해가 된다. 합의에 관한 명백한 증거가 없더라도 정황증거가 충분한 경우에는 합의가 '사실상' 입증된 것으로 보아, 법 제19조 제5항의 법률상 추정규정보다는 제1항의 규정을 적용하여 위법성을 인정하는 것이 합리적인 것으로 여겨진다. 즉, 법해석의 혼선의 여지가 있는 법 제19조 제5항은 삭제하고 암묵적 부당공동행위의 경우 충분한 사실적 정황증거를 기초로 하여 범위만 여부를 제1항의 규정을 적용하여 판단하는 것이 바람직하다. 암묵적 담합의 경우는 합의의 구체적인 물증이 없으므로 여러 가지 시장의 특성을 반영하는 정황증거를 기초로 시장에서 경쟁자 간 행위의 외형상의 일치와 경쟁제한성을 분석하여 실질적인 공모에 해당할 정도의 마음의 만남, 즉 합의가 있었는지를 추정

해야 한다는 것이다. 대법원은 법 제19조 제5항에 기하여 사업자들의 합의를 추정하기 위하여 입증되어야 하는 당해 행위의 ‘경쟁제한성’은 합의가 추정되기 이전의 상태에서의 ‘경쟁제한성’을 가리키는 것이므로, 그 ‘경쟁제한성’ 유무는 사업자들의 합의가 없는 상태를 상정하여 판정하여야 할 것이고, 구체적으로 당해 행위가 그 자체로 ‘경쟁제한성’을 가지는지 여부는 당해 상품의 특성, 소비자의 제품선택 기준, 당해 행위가 시장 및 사업자들의 경쟁에 미치는 영향 등 여러 사정을 고려하여, 당해 행위로 인하여 일정한 거래분야에서의 경쟁이 감소하여 특정 사업자 또는 사업자단체의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격·수량·품질 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는지를 살펴 개별적으로 판단하여야 한다고 거듭 판시하고 있다. 이는 올바른 법적 판단이라고 사료되며, 공정위의 합의를 전제로 한 부당공동행위 추정은 지양되어야 한다. 추정복벌과 관련하여 대법원에서 제시한 가이드라인은 적용시 신중을 기울여야 한다. 묵시적 합의가 있는 경우에 그들의 외형상의 일치된 행위가 어느 정도 경쟁을 제한하는지가 관건이다. 실질적인 경쟁을 제한하는 묵시적인 합의는 이를 뒷받침하는 정황증거가 충분하면 실질적인 경쟁자 간의 상호 마음의 만남이 있고, 이것은 경쟁자 간의 실질적인 의사소통이 있었으며 합의가 이루어진 것으로 판단하고, 그렇지 않은 경우는 부당한 공동행위의 합의에 대한 추정이 복벌되어야 할 것이다. 부당공동행위의 합의에 대한 추정이나 추정복벌시 이를 뒷받침할 수 있는 다양한 정황적 증거를 고려해야 한다. 과점 시장에서 부당공동행위에 대한 합의가 실질적으로 이루어질 수 있는 환경인지를 면밀히 검토할 필요가 있다.

참 고 문 헌

- 양명조, 「부당한 공동행위에 관한 판례」, 권오승 편, 『자유경쟁과 공정거래』, 법문사, 2002.
- 윤성운, 「부당한 공동행위의 추정조항」, 권오승 편, 『자유경쟁과 공정거래』, 법문사, 2002.
- 이인권, 「담합에 관한 경제학적 검토」, 권오승 편, 『공정거래와 법치』, 법문사, 2004.
- Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, 2nd ed., 1999.

Judgement of the Court of First Instance (Third Chamber) of 19 March 2003, Case T213/00, CMA CGM and Others v Commission of the European Communities.

Kerse, C. S., *E.C. Antitrust Procedure*, 3rd ed., London: Sweet & Maxwell, 1994.

Lee, I. K., "Non-cooperative Tacit Collusion, Complementary Bidding, and Incumbency Premium," *Review of Industrial Organization*, Vol. 15, 1999, 115~134.

Lee, I. K. and K. Hahn, "Bid-rigging in Auction for Korean Public-Works Contract and Potential Damage," *Review of Industrial Organization*, Vol. 21, 2002.

Posner, Richard A., *Antitrust Law: An Economic Perspective*, The University of Chicago Press, 1976.

R. Richardson, "Guidance Without Guidance—A European Revolution in Fining Policy? The Commission's New Guidelines on Fines," *European Competition Law Review*, Vol. 20, No. 7, 1999.

The American Bar Association, *Antitrust Law Developments*, Vol. I, 5th ed., 2002.

Turner, D., "The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal," *Harvard Law Review*, 75, 1962, 655~706.

[판례 Reading List]

대법원 2002. 3. 15. 선고 99두6514, 6521 판결.

대법원 2002. 5. 28. 선고 2000두1386 판결.

대법원 2002. 5. 28. 선고 2000두6107 판결.

대법원 2002. 7. 12. 선고 2001두854 판결.

대법원 2002. 8. 27. 선고 2000두9779 판결.

대법원 2003. 2. 28. 선고 2001두 946 판결.

대법원 2003. 2. 28. 선고 2001두1239 판결.

대법원 2003. 3. 14. 선고 2001두939 판결.

대법원 2003. 5. 27. 선고 2002두4648 판결.

서울고법 2000. 6. 20. 선고 98누10839 판결.

(대법원 2002. 5. 28. 선고 2000두6121 판결의 원심판결).

서울고등법원 94구36751.

[Abstract]

Reasonable Approach on Collusion Inference

In Kwon Lee

This paper illustrates the effects of limits of current legal enforcement in relation with collusion inference at the levels of Fair Trade Commission and Courts. This research strongly suggest that competition agency delete the unfair collusion inference code of Antitrust Law and adopt the actual inference based on solid circumstantial evidence. And Also, It provides that reasonable approach for the relevant refusal of collusion inference.

Keywords: collusion inference, circumstantial evidence, reversal of collusion inference

JEL Classification: L0, L4