

# 공동행위 추정조항의 문제점과 운용방향

양명조

이화여자대학교 법학과 교수

## 머리말

독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 “공정거래법”으로 약칭한다)상의 부당한 공동행위가 성립되기 위하여는 계약, 협정, 결의 기타의 방법으로 사업자간에 공동행위를 하기로 하는 합의 즉 의사의 합치가 있어야 한다(공정거래법 제 19조 제1항). 부당한 공동행위에 대한 제재를 가하거나 부당한 공동행위를 이유로 하는 소송에서 무엇보다 중요한 것은 사업자간 의사의 합치 내지는 의사의 연락을 입증하는 문제이다.

독점금지법에 대한 인식이 높아지면서 카르텔의 참가사업자들은 합의의 증거를 남기지 않으려 할 것이므로 실제 사건에서는 합의를 입증하기가 쉽지 않을 것이다. 우리 나라의 경우 공정거래법 시행이래 15년여의 카르텔 규제의 역사를 가지고 있다. 그 초기에는 사업자들이 합의의 증거를 인멸하는데 세련되지 못하였던 것으로 보인다. 공정거래위원회의 공동행위 심결례 중 대다수가 의사의 연락에 관한 명백한 증거를 확보한 사건이었다. 다만 사건에 따라서는 명시적 합의를 적시하지 못하고 ‘암묵적인’ 방법으로 공동행위가 이루어졌음을 지적하고 그에 기초하여 시정조치를 명한 예도 있었다. 그러나 법집행의 헛수가 경과되면서 업계에서 공정거래법에 의한

규제와 제재를 심각하게 받아들이게 되었고 공동행위의 지하잠적이 이루어지게 되었다.

이러한 입증의 어려움을 해소하고 법집행의 효율성을 높이기 위하여 1986년 신설된 공정거래법 제19조 제3항에서는 합의의 추정조항을 두고 있는데, “2 이상의 사업자가 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 제1항 각호의 1에 해당하는 행위를 하고 있는 경우 동사업자간에 그러한 행위를 할 것을 약정한 명시적인 합의가 없는 경우에도 부당한 공동행위를 하고 있는 것으로 추정한다”고 규정하고 있다.

이러한 추정조항에서 부당한 공동행위를 하고 있는 것으로 추정한다고 하고 있어서 ‘부당성’을 추정하는 것이 아닌가 하는 오해를 불러 일으킬 수 있다. 그러나 이 규정을 카르텔 규제의 전체적인 맥락에서 이해한다면, 그 추정의 대상은 당연히 의사의 연락 즉 합의를 가리키는 것으로 보아야 한다. 따라서 공정거래위원회나 공정거래법의 위반을 이유로 손해배상을 청구하는 원고는 카르텔 참가사업자간의 합의를 입증할 책임을 면하게 되었으며 그 입증책임은 피심인이나 피고측에 전가되었다.

피심인이나 피고가 공정거래법상의 책임을 면하기 위하여는 합의가 없었음을 입증하여야 한다. 외관상 행위의 일치가 있더라도 그것이 개별

사업자의 독자적인 경영판단의 결과임을 입증하는 데 성공하면 책임을 면할 수 있음은 당연하다. 그러나 합의의 추정을 깨뜨리기 위하여는 간접증거에 의하여 반증할 수 밖에 없는데 그것은 합의를 입증하는 것보다도 훨씬 어려운 것이며 경우에 따라서는 그러한 추정을 깨뜨리는 것이 불가능할 수도 있다.

공정거래법의 실효성있는 운용을 위하여 공동행위 추정조항의 필요성과 효용에는 상당한 공감대가 형성되어 있다. 그러나 합의의 입증이 어렵다 하여 공정거래법 제19조 제3항의 예처럼 행위의 일치로부터 막바로 합의를 추정하는 것이 타당한가에 대하여는 얼마든지 반론이 있을 수 있다. 여기에는 의식적병행행위(conscious parallelism)와 관련하여 발전해온 미국의 독점금지법 판례의 이론이 참고가 된다.

간단히 요약하면, 의식적 병행행위는 그것 자체만으로는 거래제한의 공모에 해당하지 않고 다른 요소와 결합하여 합의추정을 가능하게 할 뿐이다. 이 경우에 미국의 판례는 어떠한 다른 요소를 필요로 할 것인가에 대한 기준을 제시해 주고 있다. 본고에서는 합의추정에 관한 현행 공정거래법 규정의 심결례를 하나 예시하고 문제점을 지적한 다음 적정한 운용 방향을 제시하고자 한다.

## 동조적 가격인상의 공동행위추정 심결례

### 1. 사건의 개요

공정거래위원회의 사건 중 동조적 가격인상으로부터 부당한 공동행위의 성립을 인정한 모터싸이클 가격인상 사건을 보기로 하자.

피심인 T회사와 H회사는 모터 싸이클의 제조·판매업을 영위하는 사업자들로써 국내 모터 싸이클 시장에서의 피심인들의 점유율합계는

1990년도 매출액을 기준으로 98.6%였다.

H회사는 1991.3.1. 자사에서 생산하는 125cc 모터 싸이클 모델의 가격을 1,495,000원(소비자 가격 이하 같음), 50cc 스쿠터 모델의 가격을 800,000원으로 인상하였고, 한달 후인 1991.4.1. T회사는 125cc모델의 가격을 H사와 같은 1,495,000원, 50cc 모델의 가격은 H사보다 1,000원 싼 799,000원으로 인상하였다. 인상 전에는 10,000원의 차이가 있었다.

### 2. 공정거래위원회의 심결내용

가격인상 행위의 공동수행 여부와 관련하여 공정거래위원회는 피심인들간에 사전에 가격인상에 대한 의사의 연락이 있었을 것이라고 보았다. 이를 뒷받침하는 근거로써 가격인상 전에 피심인들은 각사의 직원들을 통하여 가격인상에 대한 정보를 상호 교환하였다는 점, 가격에 관한 정보가 피심인들의 직원들간에 교환되기는 하였으나 그 직원들은 피심인들의 제품에 대한 가격관리 업무를 담당하는 부서에 근무하며 피심인들의 가격인상 계획의 수립에 관여하는 실무자들이라는 점, 그들이 교환한 정보는 가격인상 계획을 수립하는 데 참고가 되었거나 내부계통을 통하여 보고가 되었으리라는 점, 피심인들의 모터 싸이클 시장은 복점(複占)구조로써 사업장까지 같은 지역에 있기 때문에 상호협조 가능성이 항상 있다는 점, 피심인들의 과거 행태를 보면 1988~1990 수년간 가격인상을 함에 있어서 경쟁기종인 125cc 모델의 가격을 비슷하거나 동일한 시기에 동일한 금액으로 인상해 왔다는 점 등을 위원회는 열거하였다.

아울러 피심인들의 제품 가격인상의 내부적 결정시기와 현실적 인상시기 사이에 3~4개월의 시차가 있던 중 그 동안에 피심인들의 실무직원간에 가격인상 정보가 교환되었다는 점, 피심인

H사는 당초 계획가격보다 인하 조정하여 가격인상을 실시하였다는 점으로부터 교환된 정보가 각 피심인의 가격인상 수준과 실시시기의 결정에 반영되었을 가능성이 크다고 보았다.

아울러 위원회는 피심인 각자의 원가구조가 다르고 수요의 가격탄력성에 대한 판단 및 가격정책이 다를 것이기 때문에 피심인 각각의 제품가격이 차이가 있어야 함에도 불구하고 피심인들간의 주요 경쟁 기종인 125cc 모델과 50cc 스쿠터 모델의 가격인상 시기와 인상된 가격이 동일하거나 극히 유사한 점을 주목하였다.

이상의 제반사정과 정황증거를 바탕으로 위원회는 피심인들간의 사전 의사 연락 및 의사의 합치에 따라 가격이 인상된 것으로 보고 공정거래법 제19조 제3항에 따라 부당한 공동행위를 하고 있는 것으로 추정하였다. 이에 대하여 피심인들은 모터 싸이클 제품의 부품을 동일 외주업체에서 공급받고 있는 데다 제품구조 및 성능이 유사하여 동일수준의 가격이 형성되었고 의사의 합치에 의한 것이 아니라고 항변하였다.

특히 시장경쟁이 치열한 125cc급은 경쟁사와의 경쟁력을 감안한 동일수준의 가격책정이 불가피한 실정이었다고 항변하였다. 이러한 항변에 대하여 위원회는 그 타당성을 인정할 수 없다고 하면서 명시적인 문서에 의한 담합은 아니라 하더라도 피심인들의 이 사건 행위는 일정한 거래분야에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위이고 의사합치에 의하여 가격인상 수준과 인상시기가 결정된 것으로 추정된다고 하였다. 위원회는 본건 행위가 법 제19조 제1항 제1호에 위반되는 것으로 인정하여 그 행위를 금지하고 시정명령을 받은 사실의 종합일간지 공표를 명하였다.

### 3. 평석

동조적 가격인상으로써 규제당국의 관심을 끄는

것은 동업자들의 가격이 대개 3개월 이내의 기간에 걸쳐 비슷한 인상율로 인상되는 경우이다.

위 사건은 복점시장에서의 의식적 병행행위와 합의추정의 문제를 극명하게 보여주고 있다. 행위의 일치가 있다고 하여 그것만으로 의사의 일치까지 추정하여 부당한 공동행위의 성립을 인정하는 것이 무리함에는 누구나 수긍할 것이다. 행위의 일치 외에 추가적 요인(plus factor)이 있어야 합의추정을 할 수 있는데 어떠한 사정이 플러스 팩터로 기능할 수 있는가는 사안에 따라 다르고 일률적으로 말할 수 없다.

본 사건의 경우 공정거래위원회에서 명시적으로 플러스 팩터라는 용어를 사용하지는 않았으나 해당시장의 복점적 구조, 피심인 쌍방의 사업장이 같은 지역에 위치하고 있다는 점, 과거의 가격인상 관행, 정보교환의 증거 등을 추가적 요인으로 열거하고 있으며 이 사건의 합의추정에 충분한 것으로 생각한다.

합의가 추정되는 것인 만큼 반증으로써 합의 추정을 깨뜨릴 수 있음은 당연하다. 이러한 반증은 간접 증거에 의할 수밖에 없는데 각자의 행위에 경영상의 정당화 사유가 있음을 증명하는 것이 대표적 반증이 될 것이다. 이 사건에서 피심인들은 부품공급업체가 같다는 점, 양사의 제품에 차이가 없다는 점 등을 반증자료로 제출하였으나, 위원회는 각 피심인의 자사 제품에 대한 원가구조가 다르고 각자의 가격정책이나 수요의 가격탄력성에 대한 판단이 다를 것이라는 점을 들어 반증의 효력을 부인하였다.

마지막으로 이 사건의 경우 경쟁제한성의 판단에서 크건 작건 간에 수입물량에 대한 고려가 전혀 배제된 것은 아쉬운 점이다.

### 추정조항의 문제점

공정거래법 제19조 제3항은 카르텔 규제를 위

한 효과적인 수단이 될 수 있으나 여러 가지로 무리한 입법인 동시에 규제 당국에 커다란 부담이 되는 조항이다.

입법적으로는 동조항의 개정을 강력히 권고하고 싶다. 우선 직선적인 합의 추정보다 조건부 합의추정 형식의 입법이 바람직할 것으로 보인다. 그리고 동조항의 범문상 표현이 정리되어야 할 것이다. 현행 범문의 논리상, 표현상의 문제로서 지적되는 것은 무엇보다 경쟁제한 행위를 앞세워 합의를 추정하는 구조를 택하고 있다는 점이다. “경쟁의 실질적 제한”은 합의의 결과일 뿐 합의여부의 판단에 앞서 경쟁제한 여부를 판단하는 것은 선후가 바뀐 느낌이다.

결국 행위의 일치를 내세워야 할 곳에 경쟁제한을 내세운 것이고 이는 시정되어야 한다. 행위의 일치가 있고 합의가 있었다면 경쟁 제한행위로 판단될 수 있다는 구조에서 합의를 추정으로 채워 넣는 방식으로 입법이 되어야 할 것이다. 이는 합의가 입증되는 경우와 비교해 보면 쉽게 이해할 수 있다. 즉 합의가 입증되고 그대로 실행되면 경쟁의 실질적 제한의 결과가 예상되는 경우에 제19조 제1항의 부당한 공동행위가 성립하는 것이다.

다음으로 동조항에서 “동사업자간에 그러한 행위를 할 것을 약정한 명시적 합의가 없는 경우에 도”라고 규정한 부분은 삭제하는 것이 적당할 것이다. 현행 조문대로 하면 “명시적” 합의가 없는 경우에 “묵시적” 합의가 있는 것으로 추정한다고 읽을 수 밖에 없는데 합의를 추정함으로써 족한 것이지 “명시적”, “묵시적”의 구분은 필요 없고 명시적, 묵시적의 구분은 결국 입증에 성공하였는지 여부에 따른 입증의 문제로 귀착될 뿐이므로 그러한 구분과 추정을 연결 지을 필요는 없다 하겠다.

끝으로 동조항의 마지막 부분에서 “부당한 공동행위를 하고 있는 것으로 추정한다”고 진행형

으로 표현되어 있는데 제19조 제1항에 의하면 부당한 공동행위는 합의를 가리키는 바 합의를 “하고 있는 것”으로 추정하는 것은(합의에 따른 행위가 아니고) 합의가 계속 진행되는 것을 추정하는 것이 되어 부당하다.

## 추정조항의 합리적 운용방안

### 1. 합의 추정사건에서의 경쟁 제한성 요건의 엄격화

우리 나라의 공정거래법 제19조 제3항에 따라 의식적 병행행위가 위법한 것이 되기 위하여는 그 행위로 인하여 경쟁이 제한되었어야 한다. 바꾸어 말하면 의식적 병행행위로부터 합의나 공모(공정거래법상의 표현으로는 계약, 협정, 결의 등)가 추정되더라도 반경쟁적 효과가 입증되지 않는 한, 공정거래법 제19조 제3항의 요건을 충족시키지 못한다.

일반적으로 독점규제법 제19조의 부당한 공동행위 사건에서는 합의만 입증되면 그 경쟁제한성은 당연히 인정될 수 있는 것으로 생각되고 있다. 그러나 제19조 제3항을 원용하여 합의를 추정하는 경우에는 경쟁제한성을 당연한 것으로 간주할 것이 아니라 합의의 입증이 가능한 사건에 비하여 보다 엄격한 경쟁제한성의 심사를 거쳐야 할 것이다.

### 2. 합의추정 기준

현재의 범문 표현으로는 행위의 일치로 무조건 합의가 추정되고 피심인이나 피고가 추정을 깨뜨릴 수 있는 증거(반증)를 제시하여야 할 입증 책임을 부담하는 것으로 되어 있다. 그러나 이러한 식의 범문용은 무리하고 저항을 받을 여지가 많으므로 입법적 개선이 필요하다. 그러한 법개정

이 이루어지기 전이라도 공정거래위원회나 소송에 있어서의 원고가 합의를 추정할 수 있는 자료(증거라고 부르기에 미달하는 것이라도)를 제시하여야 하는 것을 원칙으로 삼아야 할 것이다. 위의 모터 싸이클사건에서도 위원회는 합의를 직접 추정하지 않고 여러가지 추정근거를 열거하고 있다.

그밖에 공정거래위원회의 5개 철근 제조업체 사건, 축전지 5개사 사건 심결례 등 합의추정 사례들에서 사건별로 타당한 합의추정기준이 제시된 바 있다. 그밖에 직접적인 합의 추정사건은 아니었지만 백제교 사건 역시 의결이유 부분에서 합의 추정기준으로 사용할 수 있는 훌륭한 기준을 제시하였다.

이하에서는 우리 나라의 심결례와 외국의 판결, 심결례 그리고 이 분야의 논문에서 논의되었던 합의 추정기준을 몇 가지 묶음으로 나누어 각각의 세부기준을 제시해 보고자 한다.

(1) 당해사업자 각각의 이익에 반하는 행위일 경우

〈예1〉 집단 거래거절의 경우가 개별사업자 각각의 이익에 반하는 행위로써 가장 쉬운 예에 속한다. 그러나 개별사업자 각각의 이익에 반한다 하더라도 거절의 상대방이 거래거절을 당할 만한 합리적 이유(예를 들어 영업의 경험부족, 재정능력 부족 등)가 있다면 합의추정이 배제된다.

〈예2〉 당해 거래분야에 재고가 누적되어 있음에도 불구하고 가격이 동시에 동률로 인상된 경우 합의가 추정된다.

〈예3〉 건설공사 입찰에서 낙찰 가능성이 없는 정도로 높은 입찰가격으로 응찰한 경우 합의가 추정된다.

(2) 문제의 합의 이외에(무관한) 직접적 의사 연락의 증거

〈예1〉 단순히 회합에 참석한 것만으로는 합의 추정에 부족하다.

〈예2〉 사업자간의 사교적 접촉이나 비공식적 의사연락만으로는 합의추정에 부족하다.

〈예3〉 합법적 활동을 위한 은행간의 회합은 합의추정에 부족하다.

〈예4〉 기술적 규격을 논의하기 위한 모임에 참석한 사실로부터 합의추정이 허용된다.

〈예5〉 해당사업자간의 비망록 기입내용이 일치하는 경우 합의추정이 허용된다.

〈예6〉 저녁식사 모임에서 부동산 중개업자 일인이 수수료 인상 계획을 발표하고 다른 중개업자들이 그 계획에 따를 듯한 인상을 표명한 경우 합의추정이 허용된다.

(3) 부당한 공동행위의 전력

이 기준은 예시가 필요없을 정도로 중요한 합의추정의 증거자료가 될 수 있다.

(4) 원가 변동, 시장 상황의 결과로 설명할 수 없는 경우

〈예1〉 유제품의 가격이 동시에 균일하게 인상되었다 하더라도 원유의 가격이 행정규제로 지정되어 있고 노동비용이 노동조합에 의해 설정되어 있으며 지방보건 조례에서 유제품의 규격을 제한하고 있는 등 가격변동의 경제적 요인이 해당사업자 전원에게 공통되는 경우에는 가격담합의 공모를 추정할 수 없다.

〈예2〉 해당 사업자간의 회합 및 가격에 대한 의견교환의 증거가 있다 하더라도 해당사업자에 대하여 공통적 비용요소에 관한 입증기회를 박탈한 경우에는 합의추정이 허용되지 아니한다.

〈예3〉 소크백신의 가격 경직성이, 다른 어떤 수요처에 제공된 혜택이든, 공공수요

기관에게도 그러한 혜택이 부여되도록 강제하겠다는 정부조달 정책에 기인한 경우 합의추정이 허용되지 아니한다.

〈예4〉 수요공급 조건의 변동과 공급원의 차이, 공급자, 수요자의 지리적 위치 등의 차이에도 불구하고 가격이 동일하고 경직되어 있는 경우 합의가 추정된다.

(5) 당해 산업구조상 합의 없이는 행위의 일치가 어려운 경우

〈예1〉 제품차별화가 상당한 정도 이루어진 경우에는 행위의 일치만으로 합의추정이 가능하다. 반대로 각사의 제품간에 품질, 규격상의 차이가 없는 경우에는 합의추정이 허용되기 어렵다.

〈예2〉 거래빈도가 낮은 경우 또는 수요자가 소수이고 전문적 지식을 갖춘 경우 가격의 동일성으로부터 합의추정이 가능하다.

〈예3〉 공급자가 다수인 경우에는 가격의 동일성만으로 합의가 추정된다.

### 3. 정당화사유의 반증

공정거래위원회나 원고가 추가요인을 증거로 제시하여 합의를 추정받겠다고 하더라도 피심인이나 피고측에서 문제의 행위가 사업상의 정당화사유에 기인한 것이라는 증거를 제출함으로써 그러한 추정을 깨뜨릴 수 있다. 미국판례에서 법원을 납득시킨 정당화 사유는 보통 소추된 행위가 경쟁촉진적이거나 또는 반경쟁적이지 아닌 어떤 다른 목적을 달성시키고자 한 것이므로 병행행위가 독자적 의사결정의 결과라는 것을 입증하는 것이었다.

경영상의 정당화 사유가 있으면 의식적 병행행위로부터 합의를 추정할 수 없다는 이론이 가지는 난점을 보면, 기업이 병행행위에 참가함으

로써 가격을 인상하는 행위는 이윤을 증가시키므로 그것은 경영상의 정당화 사유에 해당하고 독점금지법 위반책임도 물을 수 없지 않느냐 하는 점이다.

이상의 난점을 피하기 위하여 미국의 여러 법원에서 채택한 보다 유용한 이론은 “개별기업이 독자적으로 행위함으로써 얻을 수 있는 자신의 이익과 모순되는 행위가 행해진 경우에 한해서” 합의의 추정을 허용하는 것이다. 이러한 심사기준은 카르텔의 일반이론 즉 독점가격을 성취하기 위해서는 개별기업의 독자적 이윤극대화 행위와 상충되는 집단행위가 필요하다는 시사와 잘 조화될 수 있다.

### 맺는말

공동행위 추정조항이 가지는 위력을 감안할 때 동규정을 전가의 보도로 활용하여서는 안될 것이다. 그렇다고 하여 점점 지능화되고 교묘하게 이루어지는 공동행위에 대하여 유일한 법집행 수단이라고 할 수 있는 추정조항의 활용에 너무 소극적으로 임하는 것도 입법의 취지를 살리지 못하는 것이 될 것이다. 추가요인의 충분한 뒷받침만 있다면 추정조항의 적극적 활용이 바람직할 것이다. 다만 피심인측에 간접증거에 의한 반증의 기회를 충분히 보장하여야 법집행에 대한 공감을 얻어낼 수 있을 것이다.

부당한 공동행위를 이유로 한 형사처벌의 경우에도 헌법상의 무죄추정의 원칙은 지켜져야 할 것이다. 따라서 공정거래위원회가 공동행위 추정조항에 의하여 시정조치나 과징금을 부과할 경우에 형사처벌을 위한 고발은 하지 않는 것이 적당하다고 생각한다. ■