

# 공정거래법 심결사례 해설 및 평석

정호열 / 성균관대 법대 교수

## 제주지역 석유판매사업자들의 부당공동행위 사건

1999.7.16. 공정위 제2소회의 의결 제99-113호 / 사건번호 9902광사0170

### I. 사실개요

#### 1. 공동행위의 당사자

이 사건의 공동피심인 삼화석유(주)는 SK정유(주)의 자영대리점이고, 주식회사 한라석유(주)는 쌍용정유의 자영대리점이며, 삼남석유(주)는 LG-Caltex정유(주)의 자영대리점으로서 이들은 석유류제품을 주유소 등에게 공급하는 사업자이고, 나머지 공동피심인인 LG-Caltex정유(주)는 석유제품의 제조, 판매업을 영위하는 사업자이다. 그리고 이들 공동피심인은 제주지역 석유류 도매시장의 시장점유율 합계 100%에 이르는 과점사업자이다.

#### 2. 공동행위의 내용

- 가. 피심인들은 1998년 1월 9일부터 1999년 3월 4일까지의 기간 중 주유소에 공급하는 휘발유 판매가격을 결정함에 있어 정유사들로부터 구입한 휘발유가격이 각각 다름에도 불구하고 1998년 1월 9일부터 같은 해 5월 31일까지의 기간과 같은 해 11월 30일부터 1999년 1월 28일까지의 기간에 걸쳐 휘발유 판매가격을 동일하게 유지하였다.
- 나. 피심인들은 1998년 6월 1일부터 같은 해 11월 29일까지의 기간과 1999년 1월 29일부터 같은 해 3월 4일까지의 기간 중에는 2개사씩 각각 1원의 차이를 두고 동일한 가격으로 휘발유를 판매하였다.

### II. 공정위의 시정조치와 이유

#### 1. 시정조치의 내용

- 가. 피심인들은 휘발유 판매가격을 공동으로 결정, 유지 또는 변경하는 행위를 함으로써 제주지역 석유류 도



매업 분야에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위를 하여서는 아니된다.

나. 피심인들은 위의 행위가 공정거래법에 위배되었다는 사실을 제주지역에서 발행되는 1개 지방일간지에 평일에 1회 연명으로 게재함으로써 이를 공표하여야 한다.

다. 피심인 중 삼화석유는 40,000천원, 한라석유는 20,000천원, 삼남석유는 10,900천원, 그리고 LG-Caltex정유는 25,000천원의 과징금을 국고에 납부하여야 한다.

## 2. 이유

### 가. 부당한 공동행위의 추정

피심인들 사이의 공동의 가격결정에 관한 사전 합의를 인정할만한 직접적인 자료는 발견되지 아니하나, 피심인들의 행위는 제반 정황을 고려할 때 공정거래법 제19조제5항 소정의 부당한 공동행위에 대한 추정의 대상이 된다.

### 나. 경쟁제한성

피심인들은 제주지역 석유류 도매시장을 과점하고 있는 사업자들로서(피심인들의 시장점유율 합계 : 100%) 공동으로 제주지역 석유류 도매업분야에서의 거래조건 등을 좌우할 수 있는 시장지배력을 보유하고 있다는 점에서 피심인들의 행위는 제주지역 석유류 도매업분야에서의 경쟁을 실질적으로 제한한다.

### 다. 공정위의 인가 여부

피심인들은 위의 행위와 관련하여 사전에 공정위의 인가를 받은 사실이 없다.

### 라. 과징금의 산정

피심인들에 대해서는 직전 3개 사업년도 평균 매출액에 100분의 5를 곱한 금액을 초과하지 않는 범위 내에서 이 사건 위반행위 관련 매출액인 1998년 1월 9일부터 1999년 3월 4일까지의 휘발유 매출액을 기준으로 이 사건 부당한 공동행위의 내용과 정도, 위반행위기간, 업계사정, 피심인들의 재무상태, 각각의 시장점유율 등을 고려하여 과징금을 산정하되, 10만원 미만은 절사한다.

## III. 논평

### 1. 서설

1980년에 공정거래법이 제정된 이래, 카르텔에 관한 규제는 동법 제19조를 중심으로 이루어지고 있다. 카르텔에 대한 규제의 방식도 근본적인 변화를 거쳤다. 제정법이 기본적으로 폐해규제주의를 취하면서 6가지 유형의 카르텔에 대해서는 일률적으로 이를 공정위에 등록하도록 하고, 이 중 부당한 공동행위에 대해서는 등록을 거

부하는 규제방식을 취하였던 반면, 1986년 개정법은 폐해규제주의를 버리고 관련시장에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 카르텔에 대해서는 이를 원인으로 금지하는 원인금지주의의 방식을 취하면서 공정위의 인가를 얻은 경우에는 예외적으로 이를 허용하도록 하였다. 1986년법의 규제방식은 현재에도 카르텔규제의 기본골격을 이루고 있다.

그러나 법리적인 측면에서 본다면, 1992년의 법개정과 금년 1월의 공정거래법이 대단히 큰 함의를 가진다. 우선 관련시장에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 복수 사업자 사이의 공동행위를 요구하였던 것을 '92년의 법개정을 통해 미국 서면법 제1조와 같이 공동행위를 위한 합의 그 자체가 규제의 대상이 되는 것으로 법문언이 수정되었고, 이후의 학설이나 공정위의 실무태도도 이러한 해석에 따르고 있기 때문이다. 그리고 금년 1월의 제7차 개정법도 카르텔금지에 관한 구성요건의 변화를 암시하고 있기 때문이다. 즉 구법 제19조제1항 본문이 '다른 사업자와 공동으로 일정한 거래분야에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는'이라고 규정하고 있던 것을 '다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는'이라는 문언으로 개정된 것이다. 이 개정에 대해 공정위의 자료는 구법이 카르텔에 대한 위법성 판단에 있어 합리의 원칙을 채용하던 것을 당연위법의 법리를 적용할 수 있도록 관련규정을 개정한 것으로 설명하고 있다<sup>1)</sup>.

공정거래법 제19조의 연혁과 카르텔행위의 요건 등에 관한 해석 그리고 제반 문제점에 관해서는 이미 지난 7월호의 평석에서 필자의 소견을 밝힌 바 있다. 그리하여 이하에서는 이 사건에서 뿐만 아니라 다수의 카르텔 사건에서 공정위가 적용하고 있는 공정거래법 제19조제5항의 추정규정의 기능과 성격, 그리고 문제점들을 점검한다. 그리고 이 사건에서 추정과 관련하여 검토한 공정위의 사실들을 살피고 글을 맺는다.

## 2. 공정거래법 제19조제5항에 대한 검토

### 가. 동향의 도입경위

우리 나라는 국민경제의 규모가 작고 산업화의 경험이 일천하며 또한 선도사업자 내지 기업집단의 육성을 중심으로 한 경제발전을 도모해 왔던 까닭에, 주요 공산품시장이 독과점적 구조로 되어 있음은 주지하는 바와 같다. 과점시장의 경우 사업자들이 종전의 시장상태를 현상대로 유지하면서 경쟁을 회피하는 담합의 가능성이 상존하고, 특히 사업자들이 홍보나 제품개발 경쟁을 치열하게 벌이면서 상품의 가격에 있어서는 공동의 이익을 위해 담합하기도 한다<sup>2)</sup>.

무엇보다 과점시장의 경우 경쟁기업의 수가 소수인 까닭에 각각의 사업자가 영업에 관한 의사결정을 내릴 때

1) 공정거래위원회 총괄정책과, 분류기호 RAN13-990124, 발간일자 1999/01/25 자료, 4면. 그러나 현행 규정상으로 카르텔에 대해 당연위법의 법리가 채용될 수 있는지는 대단히 의심스럽다. 당연위법의 원의는 일정한 사실, 예컨대 복수의 사업자 사이에 가격담합 내지 공동행위가 있을 경우 문제의 사업자들의 시장점유율이나 당해 행위의 경제제한적 효과와는 무관하게 이를 '당연히 위법'으로 판단하는 것이고, 우리법 제19조는 명문으로 '부당하게 경쟁을 제한하는'이라는 요건을 달고 있기 때문이다. 그리고 미국 카르텔법의 동향도 전체적으로 당연위법의 퇴조(passing of per se rule)를 알리고 있는 것과 비교할 때 이러한 입법이 과연 바람직한 것인지도 의심스럽다. Schmalensee, "Agreements between Competitors", Antitrust, Innovation and Competitiveness, Oxford, 1992, 104면 이하 참조.

2) 예컨대 하이트맥주(주) 등 맥주제조 3사의 부당공동행위 사건(1999.5.26. 공정위 의결 제99-76호/사건번호 9811부사1890): (주)진로의 부당광고 사건(1999.6.24. 공정위 의결 제99-149호/사건번호 9901기결0126).



상대방 경쟁사업자들의 반응이나 장래의 영업행태에 대해 이를 충분히 예측할 수 있고, 또 자신의 영업에 관한 의사결정도 상대방 사업자의 예측반경 내에서 이루어지기 쉽다. 그 결과로 과점시장의 사업자들은 쉽사리 병행적인 행태를 보이게 된다. 즉 사업자들 사이에 적극적으로거나 명시적인 경쟁제한에 관한 합의 내지 의사의 연락이 존재하는 것은 아니나, 동일 시장내의 사업자들이 상호 일치된 행태를 사실상 보이면서 이러한 일치된 행태에 대해 사업자들의 인식이 있는 경우, 소위 인식있는 병행행위(conscious parrallelism)<sup>3)</sup>를 얼마든지 예상할 수 있다.

문제는 카르텔을 규제하기 위해서는 경쟁당국이 사업자들 상호간에 경쟁제한 내지 거래제한에 관한 합의가 존재한다는 사실을 입증해야 한다는 점에 있다. 사업자단체나 인적 연고 등을 통한 다양한 연락망이 존재한다는 점, 그리고 카르텔에 관한 증거를 남기지 않거나 증거를 은닉하는 기술이 고도로 발전되어 있다는 사실을 고려할 때, 인식있는 병행행위에 대한 규제는 더욱 난관에 부딪히게 된다.

여기에서 1986년의 법개정에서 원인금지주의의 도입과 더불어 카르텔규제의 실효성을 제고하기 위해 부당한 공동행위에 대한 추정규정이 도입된 것이다. 동 추정규정은 법문의 변화 없이 현행법 제19조제5항에 존치되고 있는 바, 동항은 “2 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 정한다. 이 추정규정을 통해 경쟁제한에 관한 묵시적 합의는 물론, 인식있는 공동행위에 대한 규제의 길이 열린 것으로 평가되어 왔다<sup>4)</sup>.

#### 나. 추정의 대상

공정거래법 제19조제5항의 추정의 대상에 관해서는 논란이 있다. 즉 사업자들 사이의 일치된 경쟁제한행위가 있다는 사실로부터 ‘부당한 공동행위’가 추정되는 것인지, 또는 ‘공동행위’가 추정되는 것인지, 아니면 ‘공동행위에 관한 합의’에 대한 추정이 이루어지는지가 문제된다.

우선 ‘부당한 공동행위를 하고 있는 것으로 추정한다’라고 규정하는 법문에 따르면, 추정의 대상은 ‘부당한 공동행위’ 전반, 즉 사업자들 사이의 공동행위의 존재는 물론이고 당해 행위의 부당성 내지 위법성까지 추정하는 듯이 보인다. 그러나 공정거래법 제19조의 구조상 부당한 공동행위의 성립요건이 사업자들 사이에 경쟁제한에 관한 합의가 있을 것, 그리고 관련시장에서의 경쟁을 실질적으로 제한할 것 등의 두 요건으로 정리되어야 함을 고려할 때, 동조 제5항의 추정대상은 공동행위의 존재에 대한 추정에 그치고 위법성 추정에 이르지 않는 것으로 보아야 한다<sup>5)</sup>.

3) 인식있는 병행행위에 관한 법리는 미국 독금법이론에서 전개된 것이다. 독금법이 활성화되어 운용되던 1950년대와 60년대와는 달리, 미국법원도 암묵적 동조행위 그 자체를 더이상 위법한 것으로 보지 않고 여기에 추가적 요소가 필요한 것으로 보고 있다(정경택, “공동행위규제상의 문제점”, 공정거래법강의, 법문사, 1996, 290면). 그리고 이에 대한 규제에 대해서는 시카고학파를 중심으로 이론적 반론이 제기되고 있다. 시카고학파 내에서도 흐름의 차이가 없는 것은 아니나(예컨대 보크 등의 강경파와 포즈너 등의 수정파), 시카고학파는 사업자의 단독행위에 대해서는 독금법 적용의 필요성을 부인하는 것이 보통이고 명시적 가격담합이나 광범위한 수평적 기업결합에 한해 규제의 필요성을 인정한다. 묵시적 담합(tacit collusion)에 대한 규제에 있어서 스티글러는 고도로 집중된 시장에 한해 이의 필요성을 부분적으로 수긍하지만, 규제비용 등의 사정을 고려하여 현실적 조치가 과연 바람직한지 여부에 대해 강한 의문을 제기하고 있다(Richard A. Posner, The Chicago School of Antitrust, University of Pennsylvania Law Review [Vol. 127 : 1979], 933면).

4) 황적인/권오승, 신고관 경제법, 1994, 159면.

5) 양명조, “부당한 공동행위에 있어서 부당성의 판단기준”, 공정거래법강의, 268면 참조.

만일 위법성까지 추정된다면, 공동행위에 관한 명시적 합의의 경우에는 당해 합의가 부당하게 경쟁을 제한할 때 비로소 규제의 대상이 됨에 비해, 암묵적 동조나 의식적 병행행위에 대해서는 이 요건이 필요하지 않는 결과가 되어 균형이 무너지기 때문이다. 물론 수평적 카르텔의 경우 관련시장의 범위확정은 이미 전제가 된 것이고 또 이들 담합행위는 기업결합과는 달리 당해 시장에서의 경쟁을 직접적으로 제한하는 결과를 가져온다. 그 결과 관련시장에서의 경쟁의 실질적 제한이라는 요건은 카르텔규제에 있어서 실제적 의미를 상실하는 것이지만, 카르텔에 대해 문자 그대로 당연위법의 법리를 채택하지 않는 한 담합행위 이외에 당해 행위가 관련시장에서의 경쟁을 실질적으로 제한할 때 비로소 규제의 대상이 되는 것으로 보아야 하는 것이다.

그리고 이 추정이 공동행위에 대한 추정인지 혹은 공동행위를 위한 합의의 추정인지가 문제된다. 이 문제는 부당카르텔의 성립요건에 있어 공동행위의 합의로 족하고 결과로서의 행위의 일치가 필요하지 않은지, 아니면 현행 법문하에서도 여전히 담합에 터잡아 사업자들이 객관적 실행행위로 나아가야 하는지의 여부와 관련되어 있다. 학설이나 공정위의 실무태도는 1992년의 법문 변화를 반영하여 전자의 견해를 따르고 있는 바<sup>6)</sup>, 이러한 입장에 의하면 공동행위를 위한 합의 자체가 공공행위로 되어 이 논의는 불필요하게 된다.

다만 제19조제5항의 '일정한 거래분야에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 다음 각호의 1에 해당하는 행위'에 대한 해석에 있어서 '일정한 거래분야에서의 경쟁을 실질적으로 제한할 가능성이 있는'으로 읽어야 함은 물론이다. 이 문제는 제19조제1항에 있어서도 동일하게 보아야 할 것이고, 결국 공정거래법 제19조의 카르텔규정에 대한 1992년과 금년의 개정작업에 있어 법문 전반에 대한 치밀한 검토가 이루어지지 않았음을 반영하는 것으로 보인다.

#### 다. 추정의 성격

공정거래법 제19조제5항의 추정의 성격에 대해서도 큰 논란이 있다. 즉 이를 입증책임의 전환을 가져오는 사실의 추정으로 볼 것인지<sup>7)</sup>, 아니면 입증책임의 전환을 가져오는 추정이 아니라 오로지 실질적인 입증책임에만 관련되는 것으로서 그러한 요건이 충족되는 경우 공정위가 규제절차에 착수하여야 한다는 소위 행정법상의 추정규정으로 보아야 하는지<sup>8)</sup>에 관한 논의가 그것이다.

이 논의는 담합의 혐의로 공정위나 사법부의 절차에 회부된 사업자들이 실제로 담합을 하지 않았고 자신들의 영업에 관한 결정이 단독으로 이루어졌으며 다른 사업자와 무관하다는 사실을 입증하는 것이 현실적으로 불가능할 수 있다는 사정에서 비롯된 것이다. 추정규정이 없었다면 공정위가 사업자들 사이에 '있는 사실', 즉 담합의 존재를 입증하여야 하는 데 비해, 거꾸로 사업자들이 '없는 사실', 즉 담합한 사실이 없었다는 사실을 입증하여 규제를 면하기가 대단히 어렵기 때문이다.

여기에서 법 제19조제5항의 추정규정이 공정위로 하여금 시정절차를 착수케 하는 요건으로서 그 성질을 형식적인 입증책임의 전환을 가져오지 아니하는 행정법상의 추정규정으로 보는 것은 충분히 설득력이 있다. 그러나 1986년에 추정규정을 도입한 경위, 그리고 그간의 실무의 형성, 그리고 추정규정의 문언이 민상법상의 추정규정과 동일한 점을 생각할 때, 법 제19조제5항의 추정의 성격을 특별하게 다루는 것은 해석론의 범주 밖이 아닌가

6) 대법원 1999.2.23. 선고, 98두15849 판결도 같은 입장.

7) 이남기, 경제법, 박영사, 1998, 160면; 서울고등법원 1996.12.13. 선고, 94구36761 판결.

8) 권오승, 경제법, 법문사, 1998, 258면; 1973.6.13. 독일 연방의회 경제위원회 보고서(BTDrucks. 7/765).

생각된다. 특히 직권주의적으로 운용되는 심결절차에서 공정거래위원회는 이 조항의 원용과 증거의 취사선택에 있어 공정위는 사려깊고 절제된 태도를 보일 필요가 있다<sup>9)</sup>. 그리고 가격담합 등 카르텔에 대한 당연위법의 범리가 퇴조하고, 인식있는 병행행위를 포함한 암묵적 동조행위 등에 관한 범리가 변하고 있는 점을 감안할 때, 법 제19조제5항은 어차피 입법적 재검토의 대상이 되어야 한다고 생각된다.

### 3. 이 사건 심결에 대한 총평

이 사건 심결에서 공정거래위원회는 사업자들 사이의 가격결정 합의를 뒷받침하는 직접적인 증거가 없음을 전제로 하여, 제주지역 석유판매사업자들 사이의 일치된 가격결정행태를 뒷받침하는 3개의 사실에 근거하여 제 19조제5항의 추정규정을 적용하여 가격결정에 관한 사전합의를 추정하고 있다.

추정을 직접적으로 뒷받침하는 사실로서 공정위가 거론한 것으로는, 첫째 피심인들이 정부의 유가자유화 조치로 인해 일정한 기간 동안 각사가 주유소에 공급하는 휘발유 판매가격을 달리 하다가 1998.1.9.부터 1999.3.4.까지의 기간 동안에는 가격을 거의 동일하게 유지해 왔으며, 둘째 피심인 중 삼화석유는 독자적인 가격인하요인이 발생했음에도 불구하고 가격을 인하하지 않고 다른 경쟁사와 가격을 동일하게 유지해 왔고, 셋째 엘지정유가 직영대리점에 일률적으로 통보한 휘발유 판매가격과는 달리 동사의 직영대리점인 삼남석유는 제주지역 타 경쟁사와 같은 가격으로 휘발유를 판매해 온 사실 등이다. 이 밖에 1998년 중 제주지역 휘발유 수요가 전년 대비 9% 감소했음에도 불구하고, 석유판매사업자들의 휘발유판매 마진폭은 리터당 34% 증대하였다는 사실, 휘발유를 제외한 석유류 가격은 차별화되어 있는 데 비해 유독 휘발유 판매가격이 동일하다는 사정이 추가적으로 고려되고 있다.

이 사건 심결내용을 살펴 볼 때, 법 제19조제5항의 성격과 관련된 논쟁에 대한 공정위의 태도는 명확하게 알 수 없다. 그러나 법 제19조제5항이 입법적으로 문제가 있다고 할 때, 추정조항의 원용에 있어 공정위는 가능한 다양한 정황을 참작하여 피심들의 항변을 섬세하게 검토할 필요가 있으며, 특히 추정조항의 원용 하에 엄격한 조치를 구사하는 일에는 신중을 기할 필요가 있다고 할 것이다. 공정거래위원회의 심결절차는 직권주의적 요소가 대단히 강하다. 독점이나 카르텔로 인한 피해사업자는 자신의 피해를 공정위에 원칙적으로 '신고' 할 수 있을 따름이고(법 제49조제2항), 절차의 개시와 진행, 증거의 취사선택과 위법성의 판단, 시정수단의 선택 등에 관해서는 공정위의 광범한 재량에 맡겨져 있는 것이 사실이다. 게다가 공정위의 시정조치에 대해 사법부에 제소하는 일은 흔하지 아니한 정황으로 공정위가 경쟁정책의 실질적이고 궁극적인 결정권자가 되는 결과를 가져온다. 결국 법 제19조의 합리적 운영은 공정위의 몫이 되는 셈이다. **공정**

9) 양명조, 앞의 글, 271면 이하.