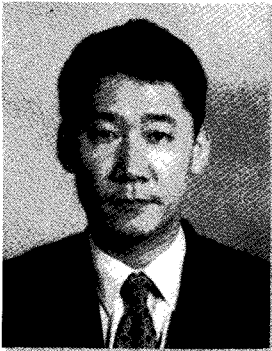


공정거래법상 부당한 공동행위의 요건 중 「합의」에 대한 검토



박 성 엽
김&정 법률사무소 변호사

1. 처음에

부당한 공동행위는 독점후생손실, 기술적 비효율, 기술혁신의 지연 등 다양한 형태의 폐해를 가져오게 되므로 각 국의 경쟁법들은 모두 예외 없이 이를 위법한

것으로 규정하고 있으나(미국 서면법 제1조는 “거래제한(Restraint of trade)”, 독일 경쟁제한금지법 제1조는 “카르텔(Kartelle)”, 일본 독점금지법 제2조제6항은 “부당한 거래제한”, 우리 나라 공정거래법 제19조는 “부당한 공동행위”라는 이름으로 규제를 하고 있음), 내용이 매우 추상적으로 규정되어 있어(예를 들어 서면법 제1조는 ‘주간(州間) 혹은 외국과의 거래 또는 통상을 제한하는 모든 계약, 트러스트나 기타 형태에 의한 결합 또는 공모는 위법이다.’라고만 규정하고 있음) 구체적인 위법성의 기준은 경쟁당국의 조치사례나 판례를 통하여 형성될 수 밖에 없을 것이다.

그러나 우리 나라의 경우 부당한 공동행위의 요건과 관련하여 그 기준으로 삼을 만한 심결례나 판례가 부족한 것이 현실이다. 따라서 이하에서는 부당한 공동행위의 요건 중에서도 가장 핵심이라고 할 수 있는 「합의」와 관련하여 과연 발

생할 수 있는 법률적인 쟁점으로 무엇이 있을 수 있는가에 관하여 문제 제기를 함과 아울러 이러한 법률적인 쟁점들 중에서도 우리 나라에서는 논의의 정도가 미미한 의식적 병행행위(conscious parallelism)와 관련하여 외국의 사례를 중심으로 검토하도록 하겠다.

2. 부당한 공동행위의 요건 중 「합의」에 관한 규정

「합의」는 부당한 공동행위의 성립에 있어서 가장 기본적인 요건이라 할 수 있는 바, 부당한 공동행위에 있어서의 「합의」는 모든 합의를 의미하는 것이 아니라 ‘계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도(합의의 방식), 사업자가 다른 사업자와 공동으로(합의의 주체), 가격의 결정·유지 또는 변경하는 행위 등 공정거래법 제19조제1항의 각 호에서 규정하는 행위(합의의 객체)를 할 것을 합의하는 경우’를 말한다. 그리고 동법 제19조제5항은 공정거래위원회의 입증의 어려움을 해소하고 법집행의 효율성을 높이기 위해 공동행위의 추정조항을 두고 있는 바, 이와 같은 추정조항에 의하여 공정거래위원회로부터 피심인으로 입증책임이 전가된다.

3. 부당한 공동행위의 요건 중 「합의」와 관련된 법률적 쟁점사항

**「합의」와 관련한
 법률적인 쟁점들 중 하나는
 '과점시장에서의 의식적 병행행위만으로
 합의를 인정할 수 있는가 아니면
 이를 뒷받침할 수 있는
 정황증거(소위 'plus factor')가 필요한가.
 정황증거가 필요하다면
 어떠한 증거를 정황증거로
 삼을 수 있는가.' 이다.**

이러한 「합의」와 관련하여서는 아래에서와 같이 여러 가지 법률적인 쟁점이 있을 수 있다.

① 합의의 당사자로서의 사업자는 경쟁관계에 있는 사업자에 한하는가 아니면 경쟁관계가 아닌 사업자도 해당되는가.

② 회합메모, 합의서, 당사자의 증언 등 직접증거가 아닌 회합사실, 가격정보의 교환 등 간접증거(정황증거, 상황증거로도 불리움)만으로 합의를 인정할 수 있는가, 아니면 간접증거만 있는 경우 추정조항을 적용하여야 하는가.

③ 합의의 일방당사자가 법적용 대상이 아닌 경우, 예컨대 외국사업자와 국내사업자간의 합의도 법적용 대상이 되는가.

④ 최고가격(maximum price)의 합의도 소위 가격카르텔(공정거래법 제19조제1항제1호)로서 규제의 대상이 되는가.

⑤ 구매자들간의 합의도 소위 수량카르텔(동행

제3호)로서 규제의 대상이 되는가.

⑥ 부당한 공동행위가 성립하기 위하여는 단순한 합의뿐만 아니라 합의의 이행을 요하는가, 의사의 일치에 추가하여 행위의 일치까지 필요로 하는가.

⑦ 추정조항과 관련하여 이는 「합의」가 있었다는 점의 추정인가 아니면 「공동행위」가 있다는 추정인가, 아니면 더 나아가 그러한 합의가 부당한 것이어서 「부당한」 공동행위가 있다는 추정인가.

⑧ 과점시장에서의 의식적 병행행위만으로 합의를 인정할 수 있는가 아니면 이를 뒷받침할 수 있는 정황증거(소위 'plus factor')가 필요한가. 정황증거가 필요하다면 어떠한 증거를 정황증거로 삼을 수 있는가.

4. 의식적 병행행위에 관한 검토

위에서 살펴본 여러 가지 법률적인 쟁점 중 지면 관계상 ⑧의 의식적 병행행위에 대하여 미국과 EU의 판례의 입장을 중심으로 살펴보기로 하겠다.

기업수가 적고 신규진입이 어려운 과점시장에서는 합의가 없더라도 병행적 가격인상이 실현되기 쉬운 바, 이는 각 기업이 자기의 이익에 대한 판단에 입각하여 독립하여 동조적인 가격행동을 취하기 때문이다. 이러한 의식적 병행행위만으로는 부당한 공동행위가 성립되지 않는다는 것이 미국, EC의 법원의 입장으로서, 이 점에 대하여 EC법원은 목재펠프 사건(1993년)에서 「(경쟁법은) 경쟁상대의 예측되는 행동에 현명하게 대응할 권리를 기업으로부터 빼앗지는 않는다」라고 설명하고 있다. 그러나 의식적 병행행위가 순수한 형태로 성립하는 경우는 드물고, 많은 경우는 이러한 동조행위를 유인하기 위한 어떠한 작위가

개입되기 마련이므로(이러한 동조를 돕는 행위를 미국에서는 plus factor라고 함), 이러한 plus factor가 존재하는 경우에는 부당한 공동행위가 성립된다는 것이 미국과 EU의 입장인 것 같다.

EC법원은 위 목재펠트 사건의 판결에서 “가격 공표의 시스템, 공표의 동시성(同時性), 공표된 가격의 병행성 등으로부터 공동행위를 추정하기 위하여는 병행행위가 오로지 합의의 존재에 의해서만 합리적으로 설명되어질 수 있는 경우이어야 하며, EC조약 제85조는 경제주체가 경쟁자의 현재 또는 장래의 행위에 합리적으로 적용할 권리를 박탈하는 것이 아니라는 점에 주의하여야 한다. 본 건에서 매 4분기의 사전 가격공표제도는 수요자의 정당한 요구에 대응한 것이었을 뿐 시장의 불확실성을 감소시키기 위한 것은 아니었고, 공표의 동시성은 합의와 무관하게 나타날 수 있는 현상이며, 공표된 가격의 병행성도 시장의 투명성과 과점시장에서의 상호의존성에 의하여 설명될 수 있는 것이다.”라고 판결하고 있다.

그리고 미국 연방대법원 판례 중 1993년의 브루크 그룹 대 브라운 앤드 윌리엄슨 담배회사 사건(Brook Group LTD. v. Brown & Williamson Tobacco Corporation, 509 U.S. 209)에서, 담배제조회사인 원고는 경쟁업체인 피고가 다른 담배제조회사들과 담배가격에 관한 암묵적 공모(tacit collusion)를 함으로써 독점적 이윤을 추구하였다고 주장하였으나, 법원은 이와 같은 주장에 대하여, 암묵적 공모 또는 의식적 병행행위(conscious parallelism)는 그 자체로 위법한 것이 아니라고 판시하면서, 독점적 이윤추구 방법으로서의 암묵적 공모의 성공가능성에 대하여 의문을 제기하였고, 최종적으로 원고의 청구를 기각하였는 바, 판결이유를 발췌 인용하면 다음과 같다.

“집중된 시장에 있어서조차, 가격인상이 일어난

기업수가 적고 신규진입이 어려운 과점 시장에서는 각 기업이 독립하여 동조적인 가격행동을 취하기 때문에 합의가 없더라도 병행적 가격인상이 실현되기 쉬운 바, 이러한 의식적 병행행위만으로는 부당한 공동행위가 성립되지 않는다. 그러나 의식적 병행행위가 순수한 형태로 성립하는 경우는 드물고, 많은 경우는 이러한 동조행위를 유인하기 위한 어떠한 작위가 개입되기 마련이므로 이러한 plus factor가 존재하는 경우에는 부당한 공동행위가 성립된다는 것이 미국과 EU의 입장이다.

그 자체만으로는 의식적 병행행위 또는 독점적 가격설정의 합리적인 추론을 허용하지 않는다. 이 사건에서처럼 출고량이 증가함과 동시에 가격이 상승하는 경우에는 가격인상은 증가되는 제품수요에 비례하는 것이다. 이러한 상황에서, 배심은 출고량이 제한되었다거나 가격이 경쟁적 수준을 초과하고 있다는 점을 입증하는 증거 없이는 가격과 출고량 정보만을 가지고 경쟁이 침해되었다고 추론하여서는 안된다.”

“Even in a concentrated market, the occurrence of a price increase does not in itself permit a rational inference of conscious parallelism or supracompetitive pricing. Where, as here, output is expanding at the same time prices are increasing, rising prices are equally consistent with growing product demand. Under these conditions, a jury

**외국의 판례 및 경제적인 측면
 등을 종합하여 볼 때
 우리 공정거래법을 운용함에 있어서도
 의식적 병행행위와
 상호간의 사전 합의에 따른
 의도적인 공동행위와는
 명백히 구별되어야
 할 것으로 보인다.**

may not infer competitive injury from price and output data absent some evidence that tends to prove that output was restricted or prices were above a competitive level.” (509 U.S. 209, 237)

이 사건과 유사한 다른 사례는 1954년의 씨어터 엔터프라이즈 대 파라마운트 필름배급사 사건 (Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp., 346 U.S. 537)인 바, 이 사건에서, 법원은 “사업행동(business behavior)은 사실 관계를 인정함에 있어 독점금지법에 위반하는 합의를 추론하는 정황증거로 사용할 수 있지만, 단순한 병행적 사업행동은 공모 또는 독점금지법 위반의 결정적 자료가 될 수 없다”고 판시하였다.

그리고 항소법원의 판례들도 대법원의 결정내용과 일치하고 있는 바, 1961년의 텔라웨어 벨 마

린 서플라이 대 아메리칸 담배회사 사건 (Delaware Val. Marine Supply Co. v. American Tobacco Co., 297 F. 2d 199)에서, 법원은 “의식적 병행행위는 아직 공모의 증거를 대신할 만한 결정적 자료라고 할 수 없다. 그것[결정적 자료]은 정황증거이며, 그 증명력은 병행행위의 종류나 그 행하여진 사실관계에 따라 필연적으로 다양하다”라고 판시하였고, 이같은 원칙을 실시하고 있는 다른 사례들로는, 1951년의 밀그랜 대 로웬스 사건 (Milgran v. Loew’s Inc., 192 F. 2d 579), 1981년의 토즈 대 퍼스트 펜실베이니아 은행 사건 (Toose v. First Pennsylvania Bank, N.A., 648 F. 2d 879), 1980년의 쉐코프 대 브라운 앤드 윌리엄슨 담배회사 사건 (Schoenkopf v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 637 F. 2d 205) 등이 있다.

이러한 판례 및 경제적인 측면 등을 종합하여 볼 때 우리 공정거래법을 운용함에 있어서도 의식적 병행행위와 상호간의 사전 합의에 따른 의도적인 공동행위와는 명백히 구별되어야 할 것으로 보인다.

5. 결론

본 고에서는 일단 부당한 공동행위의 요건 중 「합의」와 관련하여 어떠한 사항이 쟁점이 될 수 있는가에 대하여 주안점을 두었고, 이러한 쟁점들 중에서도 먼저 의식적 병행행위와 관련된 부분만을 검토하여 보았다. 향후 필자가 제기한 쟁점 사항들이 외국의 경우에서와 같이 우리 나라에서도 심도깊게 논의되기를 기대한다. **중정**