

공정거래법 심결사건 해설 및 명석

California Dental Association v. FTC 사건

서헌제 / 중앙대 법대 교수

최근 수년간 미 독점금지법상의 위법성 심사기준에 있어 가장 큰 반향을 불러일으킨 사건의 하나인 California Dental Association 사건이, 지난해 9월 연방항소법원의 판결로 종료가 되었다. 미 연방 제9항소법원은, 연방대법원의 환송명령에 따라 비영리 치과의사협회의 광고제한행위에 대해 합리의 원칙(the rule of reason)을 적용하여, FTC가 광고제한행위의 경쟁제한성을 입증하는데 실패했다는 결론을 내렸다. California Dental Association v. Federal Trade Commission No. 96-70409(9th Cir. Sep. 5, 2000)

사건의 경위

캘리포니아 치과의사협회(the California Dental Association, 이하 '협회')는 캘리포니아 지역 치과의사들을 회원으로 하는 비영리협회로서, 캘리포니아주에서 개업한 치과의사들 중 4분의 3이 이에 소속되어 있었다. 그런데 동 협회의 윤리강령(Code of Ethics) 제10조는 회원들로 하여금 허위광고나 오도광고행위에 가담하는 것을 금하고 있었다. 동 강령은 오도광고에 대한 정의를 "유리한 결과나 비용에 대하여 허위 혹은 불공정한 기대를 야기할 의도를 가지고 있거나 그럴 우려가 있는", 또는 "특정한 형태의 서비스에 대하여 모든 변수들이나 여타 관련 요소들을 충분히 그리고 구체적으로 공개하지 않고 요금에 관해 행하는" 진술이나 주장이라고 규정하고 있다.

이에 FTC는 동 협회를 상대로 소를 제기하였다. FTC의 주장은, 동 협회가 강령 제10조의 지침을 통해서 사실적이고 비기만적인 광고행위까지 제한하고 있으므로 연방거래위원회법 제5조를 위반하였다는 것이다. 아울러 FTC는 협회가 두 가지 형태의 광고행위, 즉 가격광고-특히 할인요금에 대한 광고-와 치과서비스의 질에 관한 광고행위에 대해 불합리한 제한을 가했다고 주장하였다.

이에 대해 행정법판사(Administrative Law Judge)는 동 협회가 시장지배력을 가지고 있다는



증거는 없지만, 협회가 회원들과 잠재적인 회원들로 하여금 사실적이고 비기만적인 광고행위를 하지 못하도록 불합리하게 방해한 것이 확실한 만큼 본 사건에서 그러한 증거가 꼭 필요한 것은 아니라는 의견을 제시하였다. 행정법판사는 동 협회의 제한조치가 치과의사로 하여금 '저렴'하거나 '합리적'인 가격을 광고하지 못하도록 할 것이고, 치과의사들에게 가격이 인하될 수도 있는 모든 서비스들에 대해 할인되지 않은 가격을 게시하도록 요구함으로써 사실상 전면적으로 가격인하를 금지시키게 될 것이라고 보았다.

연방거래위원회의 위원 대다수는 동 협회가 시장지배력을 가지고 있지 않다는 점을 제외하고, 행정법판사의 위와 같은 사실판단을 그대로 채택하였다. 위원회는 캘리포니아 치과의사협회의 제한조치가 회원들로 하여금 광고를 통한 다음 세 가지 형태의 주장, 즉 ① 치과진료가격을 저렴, 합리적, 혹은 적절한 것으로써 차별화 하는 주장, ② 치과서비스에 대한 전면적인 가격인하, ③ 치과의사들에 의한 서비스 질 등에 대한 주장을 하지 못하도록 금하였다고 보았다. 이에 따라 위원회는 동 협회의 가격인하광고 제한조치는 당연위법이며, 그렇지 않더라도 '약식형 합리의 원칙(quick look rule of reason)' 분석법에 따라 위법이 된다고 결정하였다.

이에 대해 제9항소법원은 본 사건에 대한 FTC의 관할권을 인정하는 한편, FTC의 위와 같은 결정을 대체로 받아들였다. 법원은 FTC가 비록 가격광고제한조치에 대해 당연위법원칙을 적용한 부분에 있어서 오류를 범하긴 했지만, '약식형(quick look)' 합리의 원칙을 적용한 점에 있어서는 적절했다고 보았다. 여기서 이른바 '약식형 합리의 원칙'이라 함은, 당연위법은 아니지만 의견상 경쟁제한성이 충분한 행위에 대해 '정식적인 합리의 원칙(full-blown rule of reason)'에 따라 일일이 시장지배력, 경쟁제한성, 친경쟁적 효과 등의 복잡한 분석단계를 거칠 필요가 없이 일단 경쟁제한적인 것으로 보되, 행위자의 정당성 항변만을 추가로 고려해서 그 위법여부를 판단하는 분석법을 말한다. 제9항소법원은, 캘리포니아 치과의사협회의 시장지배력, 제한조치의 경쟁적 효과, 동 협회의 협약, 그리고 협회의 거래제한의도 등과 관련하여 내린 FTC의 결정들이 구체적인 증거에 의해 뒷받침되고 있다고 판시하였다.

사건은 다시 연방대법원에까지 회부되었으나, 연방대법원은 사건환송명령을 내렸다. 대법원은 FTC의 관할에 관한 이견을 불식시키고 약식형 합리의 원칙 분석법이 적용되는 적절한 경우가 어떠한 경우인가에 대한 논쟁을 해소하기 위해 연방대법원의 입장을 정리하였다. 우선 대법원은 전원일치로 FTC가 캘리포니아 치과의사협회에 대한 관할권을 가지고 있음을 확인하였다. 반면, 제9항소법원이 동 협회의 광고제한조치에 대해 약식형 합리의 원칙 분석법을 적용한 점에 있어서 오류를 범했다고 5대 4의 투표로 결정을 내렸다(526 U.S. 756 (1999)). 대법원은 본 사건에서 반경쟁적 효과의 개연성이 그리 명확하지 않았으며, 따라서 제한조치가 불합리하게 거래를 제한하였는지를 심사하기 위해서는 좀 더 완전한 형태의 '합리의 원칙'을 적용할 필요가 있었다고 판시하였다. 구체적으로 제9항소법원이 당해 제한조치의 친경쟁적 효과를 입증해 낼 수 있는 많은 분석이론들을 고려치 않았음으로 인해 과오를 범했다는 것이다. 연방대법원은 본 사건을 제9항소법원으로 파기환송하는 한편, 본 사건에 합리의 원칙을 적용하여 재심사하든지, 아니면 연방거래

위원회로 사건을 반송하여 좀 더 면밀한 사실판단을 실시하도록 명하였다.

제9항소법원의 결어

제9항소법원은 캘리포니아 치과의사협회의 광고제한조치가 반경쟁적이었다는 FTC의 결론에 충분한 증거가 있었는지 여부를 판단하기 위해 재판기록상의 증거들을 재조사하였다. 법원은 먼저 합리의 원칙 적용과 관련한 연방대법원의 명령을 검토하였다. 제9항소법원은 연방대법원의 의도가 본 사건을 반드시 정식적인 합리의 원칙에 따라 분석할 것을 요한 것이라기 보다는, 종전에 적용된 약식형 합리의 원칙에 비해 좀 더 주의 깊은 분석을 행할 것을 요한 것이라고 판단하였다. 이에 따라 제9항소법원은 정식적인 합리의 원칙에 보다 근접한 분석법을 본 사건에 적용하였으며, 합리의 원칙하에서 위법한 것으로 판단되기 위해 필요한 다음의 세 가지 요소들을 검토하였다. 즉 ① 협정의 주체들이 경쟁을 손상시키거나 제한할 의도를 가지고 있었을 것, ② 경쟁에 대한 실질적인 피해가 발생하였을 것, ③ 당해 거래제한조치가 그로 인한 정당성이나 친경쟁적 효과와 비교형량을 해 보았을 때 불합리할 것 등이 그것이다.

이 가운데 첫 번째 요소와 관련하여 제9항소법원은 행위자들의 의도에 대한 잠재적 증거는 본 사건과 관련이 없다고 보았다. 왜냐하면 동 협회의 의도는 친경쟁적인 해명에 의해 이미 널리 알려져 있기 때문이다. 다음으로 실질적인 피해여부와 관련해서는 문제된 제한조치가 경쟁에 실질적인 피해를 입혔다는 당초의 결론이 구체적인 증거에 의해 뒷받침되고 있다고 보았다. 끝으로 제9항소법원은 제한조치의 친경쟁적인 이익이 반경쟁적인 해악을 능가하는지 여부에 대해 조사하였다. 법원은 이를 위해 협회의 주장과 FTC의 주장을 비교 검토하였다.

법원은 먼저 소비자를 오도광고로부터 보호하는 일이 의료서비스의 가격과 질에 관하여 치과의사와 환자사이에 존재하는 정보의 비대칭문제를 줄일 수 있는지를 검토하였다. 이에 대해 FTC는 광고제한조치가 가격인상의 결과를 낳는지에 관한 실증연구 결과를 제시하였다. 의료서비스와는 다소 차이가 있겠으나 법률서비스 광고에 대한 시간적, 장소적, 방법적 제한조치에 대한 연구결과, 그와 같은 제한조치가 있었던 지역에서의 법률서비스의 가격이 그렇지 않은 지역의 가격에 비해 높았다는 것이다. 하지만 이 연구의 결과는 지역에 따라 다를 수 있으므로 의료서비스에도 일률적으로 적용하는 것에는 문제가 있었다. 아울러 제9항소법원은, 반트러스트 소송에서는 문제된 당해 시장(가령, 본 건에 있어서는 캘리포니아의 치과의료서비스시장)에 대한 관련자료를 원고가 제시해야 한다는 것이 판례법의 원칙이라는 결론을 내렸다. 캘리포니아 치과의사협회는 자신들의 조치가 가지는 친경쟁적 효과를 뒷받침하기 위해서 당해 광고제한조치는 오히려 좀 더 충분한 정보를 제공하도록 도모함으로써 시장의 정보비대칭문제를 시정하는 효과가 있다는 주장을 폈다. 법원은 이에 따라 치과의료시장에서의 광고제한조치가 야기할 수 있는 피해가 다른 시장에서보다 적은지 여부를 심사하였으나, 결국 관련증거를 통해 볼 때 FTC나 치과의사협회 어느

쪽에도 유리한 결과를 찾을 수 없다는 결론에 이르렀다.

제9항소법원은 다음으로 광고제한조치가 광고행위에 대한 부분적인 금지인지 전면적인 금지인지를 심사하였다. FTC는 이에 대해 당해 제한조치는 전면적인 금지의 성격을 띠고 있어서, 실질적으로 가격인하를 완전히 금지하고 있다고 주장하였다. 왜냐하면 협회의 강령에 따르면 어떤 치과의사도 치과의료서비스가격에 대해 가격인하 이전과 이후의 가격 목록을 광고하지 않을 것이기 때문이라는 것이다. 그러나 제9항소법원은 동 협회의 관행에 대한 증거에 비추어 볼 때 FTC의 결정은 근거가 희박하며, 광고제한조치는 실질적으로 일부 가격인하관련 광고를 허용하고 있다고 결론을 내렸다.

치과의사협회는 또한, 오도광고가 고객들 즉, 광고에 의해 오도된 소비자들로 하여금 서비스나 가격에 대한 불만족의 탓을 전체 치과의사들에게 전가시키게 될 수도 있으므로 이를 사전에 막기 위해서는 자신들의 제한조치가 불가피했다고 주장하였다. 아울러 협회는 자신들이 소비자들이 잘못 오도되지 못하도록 사전에 방지하였다는 주장을 폈다. 동 협회는 이에 대한 증거로서 한 치과의사가 노인들에 대해 의료서비스가격을 15%인하한다는 광고를 하고 나서 실상은 당해 서비스에 대해 지역에서 가장 높은 가격을 부과하고 있다는 사실을 숨겼던 사례를 들었다. 이에 대해 제9항소법원은 소비자들의 오도 가능성을 경감시키는 한도 내에서는 광고제한조치에도 친경쟁적 이익이 있을 수 있다는 점에 동의하였다.

제9항소법원은 FTC가 다음과 같은 점들을 입증하지 못했다고 결론을 내렸다. 즉 ① 캘리포니아 치과의사협회의 제한조치에 따르지 않고 보다 저렴한 가격을 광고한 치과의사들은 사실상 평균 이하의 가격을 제공하고 있다는 점, ② 자신들의 의료서비스의 품질이 높다고 광고한 치과의사들은 실제로 서비스의 품질에 대한 광고를 하지 않은 치과의사들보다 서비스의 품질면에서 우위에 있다는 점 등이 그것이다. FTC는 동 협회의 제한조치로 인해 초래된 가격의 인상과 치과의료서비스 생산의 감소를 전혀 양적으로 계산해 내지 않았다.

다른 한편, 동 협회는 광고제한조치가 친경쟁적 측면을 가지고 있다는 사실을 뒷받침하기 위해 다음과 같은 증거들 즉, ① 가격을 완전히 공개함으로써 치과의사들과 환자들간에 존재하는 정보 비대칭문제를 시정한다는 점, ② 가격을 완전히 공개함으로써 가격을 알고 있는 소비자들이 좀 더 손쉽게 비교 구매를 하도록 한다는 점, ③ 전면적인 가격인하광고에 대한 금지는 치과의사들이 환자들을 오도하지 못하도록 미연에 방지하는 한편, 자신들의 의료서비스가 더 낫다라는 믿음을 환자들에게 심어준다는 점, ④ 서비스 품질에 대한 광고규제는 치과의사들이 치료서비스의 질에 대한 환자들의 평가를 임의로 조작하는 것을 더 어렵게 만들 수 있다는 점 등을 증거로 제시하였다. 이러한 경험적인 논쟁들은 전문가들의 증언이나 캘리포니아에서 개업중인 치과의사들의 일화를 통해 대체로 그 타당성이 인정되었다. 법원은 이에 따라 합리의 원칙에 따른 분석을 행한 결과, 캘리포니아 치과의사협회의 광고제한조치는 소비자복지를 훼손하고 있지 않기 때문에 FTC는 당해 제한조치가 반경쟁적이라는 구체적 증거를 제시하지 못했다고 판시하였다.

나아가 제9항소법원은 본 사건을 연방거래위원회로 환송하여 증언에 대한 세밀한 심사를 하도

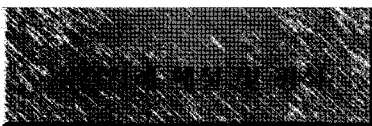
록 해야 할 것인지, 혹은 법원에 제시된 기록들이 필요한 조사를 충분히 마친 것인지 여부에 대해 검토를 하였다. FTC는 보다 세밀한 사실판단을 위해서는 법원이 사건을 환송해야 한다고 주장하였다. 왜냐하면 연방대법원이 본 사건에 대해서는 합리의 원칙이 적용된다는 판결을 내린 만큼 FTC로서는 관련증거를 제시할 수 있는 기회가 필요했기 때문이다. 이에 대해 협회측은 FTC에게 또 다시 기회를 제공해서는 안 된다고 주장하였다. 제9항소법원은 1976년에 있었던 *GTE Sylvania, Inc. v. Continental T.V., Inc.*, 537 F. 2d 980 (9th Cir. 1976) 사건 판결을 들어 협회측의 주장을 수용하였다. FTC는 종래 합리의 원칙 분석법을 적용해 놓고서는, 결국에는 경험적인 증거를 깊이 검증하지 않기로 하는 전략적인 결정을 내려왔던 혐의가 있었던 것이다. 이에 따라 법원은 FTC에게 또 다른 기회를 제공하지 않기로 하여, FTC에 본 사건을 환송시키면서 FTC가 동 협회를 상대로 제기한 사건을 거두어 드릴 것을 명하였다.

본 건의 분석

반트러스트 소송에 있어서 원고가 단순히 행위의 존재만을 가지고 곧바로 위법성을 주장할 수 있었던 유형의 행위들은 지난 80년대 중반 이후 점차 그 영역을 상실당하고 있다. 가격고정이나 시장분할행위와 같은 명백한 반경쟁적 행위에 대해서 까지도 미 법원은 이제 더 이상 당연위법만을 고집하지 않는 추세이다. 다만 이러한 시각의 변화가 곧바로 당해 행위의 위법성 자체를 좀더 묵인하게 되었다는 의미는 아니어서, 그 실체는 이전과 달리 행위자에게 자신의 행위에 대한 정당성을 주장할 수 있는 기회가 부여된다는 의미에 그친다고 하겠다. 하지만 이는 적어도 표면상으로 볼 때 19세기말 이후 유지되어 오던 전통적인 당연위법원칙의 근본적인 수정을 의미하는 것이어서, 이에 대한 논란과 관심이 끊임없이 제기되어 오고 있다. 본 사건에서도 법원에 의해 거론되었던 이른바 “약식형 합리의 원칙”(Quick look rule of reason 혹은 Abbreviated rule of reason) 등이 그와 같은 변화된 당연위법원칙을 지칭하는 용어들로 알려져 있다.

본 사건은 가격관련 경쟁제한행위에 대해 당연위법원칙의 일률적 적용을 포기한 법원의 시각을 재확인했다는 의미 외에도 약식형 합리의 원칙과 정식적인 합리의 원칙의 경계를 설정하였다는 점에서 커다란 관심을 끌었던 판결이었다. 실제로 연방대법원의 *California Dental Association v. FTC* 판결이 있는 직후부터, 본 사건에 대해 많은 반트러스트 전문가들이 연방대법원이 명한 분석방법에 대해 여러 각도의 논평들을 제시한 바 있다.

연방대법원이 밝힌 바와 같이, 본 사건은 정식적인 “full blown” 합리의 원칙에 따라 분석하기에는 너무 지나치고, 그렇다고 “약식(abbreviated)” 합리의 원칙에 따라 분석하기에는 모자란 감이 있는 사건이었다. 대법원의 판단은 반드시 반경쟁적인 것으로 볼 수 없는 행위에까지 약식의 합리의 원칙을 적용한 것은 지나치게 가혹하다는 것이었다. 이는 약식형 합리의 원칙이 처음부터 당연위법에 해당하는 행위임을 전제로 하여 행위의 정당성을 인정하지는 것이기 때문에, 처음부



터 당연위법여부가 문제되지 않는 행위에 대해서는 약식형 합리의 원칙이 아닌 정식적인 합리의 원칙을 적용해야 한다는 입장이다.

그러한 점에서 연방 제9항소법원이 밝힌 바와 같이, 동 법원의 분석법은 철저하지 못한 오류를 범하였다. 하지만 한 가지, 제9항소법원이 것처럼 정식적인 합리의 원칙에 이르지 못한 채 분석을 중단한 과정을 살펴보면 흥미로운 측면이 발견된다. 본래 합리의 원칙에 충실하려면 FTC는 캘리포니아 치과의사협회의 광고제한조치가 캘리포니아 치과의료서비스시장의 경쟁에 해악을 끼쳤다는 것을 입증하여야만 한다. 특히 동 협회의 정당성 주장을 감안할 때, FTC가 광고제한조치의 해악을 입증하기 위해서는 캘리포니아 치과의료서비스시장의 실질적인 시장조건에 대한 경험적인 증거를 제시할 것이 요구되었을 것이다. 하지만 그와 같은 증거는 재판기록에 나타나 있지 않다. 이에 대해 만일 대법원이 반경쟁적 효과가 친경쟁적 효과보다 크지를 평가하기 위해서 증거제시가 요구된다는 점을 내비쳤다면, 제9항소법원으로는 보다 상세한 사실판단을 위해서 본 건에 대해 반송을 명했을 가능성도 있었다. 이럴 경우 이 사건은 완전한 합리의 원칙의 심사를 받아야 할 사건이 되었을 것이다. 하지만 대법원으로부터 파기, 환송이 있음으로 인해 경험적 증거의 제시는 현실성이 없을 뿐 아니라 필요성도 없는 조치가 되어 버렸다. 따라서, '약식형 합리의 원칙보다는 주의 깊은 분석을 해야 하지만 그렇다고 정식적인 합리의 원칙 분석법으로까지 확대되는 것은 적절하지 않다'는 미 연방대법원의 판단은 소송절차를 위한 측면에서도 적절했던 것으로 보인다.

(주)대한항공 및 아시아나항공(주)의 부당한 공동행위에 대한 건

김석호 / 공정위 심판관리관실 서기관

본 심결사례는 공정거래위원회가 대한항공 및 아시아나항공 등 2개사의 국내선 단체합인운임과 관련하여 이들 양 항공사의 부당한 공동행위를 적발하고 시정명령과 함께 27억원의 과징금을 부과한 사건임(사건번호 2001단체0428, 2001. 6. 11. 의결 제2001-084호)

부당한 공동행위의 금지 내용 및 근거

공동행위(담합, cartel)란 시장에서 경쟁을 통해 정해져야 할 상품·용역의 가격 등의 경쟁조건을 사업자들끼리 공동으로 제한하는 행위를 말한다. 독점규제및공정거래에관한법률(이하 '법' 이라 함) 제19조에는 '사업자가 계약·협정·협의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 행위를 할 것을 합의해서는 아니 된다' 라고 되어 있다. '사업자'란 경제적 이익획득 활동을 반복적·계속적 의사를 가지고 행하는 자로서, 제조업, 서비스업, 기타 사업을 행하는 자를 말하고(법 제2조), '계약·협정·협의 기타 어떠한 방법'이란 부당한 공동행위의 합의에 이르게 되는 의사적 연락방법을 나타내며, '공동으로'라고 하는 것은 그러한 의사

연락으로 인하여 외견상 행동이 일치되는 것을 말하고, '합의'는 의사의 합치로서 반드시 명시적인 형태가 아니더라도 묵시적으로도 성립된다. 이에 따라 명시적인 합의가 없더라도 그 행위가 인정되는 경우에는 부당한 공동행위를 하고 있는 것(즉, 합의가 있었던 것)으로 추정하고 있다(법 제19조제5항). 또한 이러한 계약 등은 사업자간에 있어서는 무효가 된다(법 제19조제3항).

법 제19조제1항에 명시된 경쟁을 제한하는 부당한 공동행위의 유형을 보면, 가격을 결정·유지·변경하는 행위(제1호), 상품 또는 용역의 거래조건이나 그 대금 또는 대가의 지급조건을 정하는 행위(제2호), 상품의 생산·출고·수송 또는 거래의 제한이나 용역의 거래를 제한하는 행위(제3호), 거래지역 또는 거래상대방을 제한하는 행위(제4호), 생산 또는 용역의 거래를 위한 설비의 신설 또는 증설이나 장비의 도입을 방해하거나 제한하는 행위(제5호), 상품의 생산 또는 거래시에 그 상품의 종류 또는 규격을 제한하는 행위(제6호), 영업의 주요부분을 공동으로 수행하거나 관리하기 위한 회사 등을 설립하는 행위(제7호), 기타 다른 사업자의 사업활동 또는 사업내용을 방해하거나 제한함으로써 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위(제8호)로 되어 있다.

다만, 산업합리화, 연구·기술개발, 불황의 극복, 산업구조조정, 거래조건 합리화, 중소기업의 경쟁력 향상을 위해 공정거래위원회의 인가를 받은 경우에는 예외로서 정당한 행위로 인정하고 있다(법 제19조제2항).

부당한 공동행위는 부당이득의 발생은 물론 경쟁제한성이 가장 명백하고, 사회·경제적으로도 비효율을 초래한다¹⁾는 점에서 엄격한 규제가 필요하며, 이에 따라 위반시 과징금도 다른 위반행위(매출액의 2~3% 이내)에 비해 높은 매출액의 5% 이내로 정하고 있다. 또한 그 죄질의 중대성으로 인해 위반사업자는 물론 관련 행위자까지 검찰에 고발하여 형사처벌(3년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금)²⁾을 받도록 하는 경우가 많은 편이다.

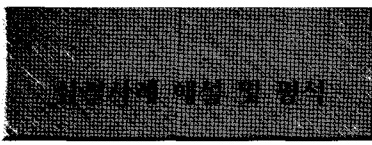
사건의 개요

(1) 위반행위의 내용

양사 서울여객지점 부장들은 1999. 1. 7. 서울 북창동 소재 일식집 '우전'에서 회합을 갖고 1999년도 단체우임 할인율과 관련, 『99. 1월 성수기에는 10명 이상 20% 할인, 20명 이상 30%

1) 단기적으로는 산출량의 제한 및 가격의 고정, 장기적으로는 한계사업자의 퇴출 저해로 자원배분의 비효율성을 초래하고, 부당한 초과이득의 발생은 물론 은밀한 공모를 통한 행위라는 점에서 윤리적 비난의 대상이 되기도 함(이동규, '97, 독점규제및 공정거래에관한법률 개론, p 262~263)

2) 미국의 경우 '74년 서먼법 개정으로 카르텔행위가 중죄에 해당되어 형사벌 적용을 원칙으로 하고 있고, 일본도 '90.6월 카르텔행위에 대해서는 적극 형사처벌한다는 방침 발표 후 실제 입찰담합, 가격담합에 대해서는 형사고발을 하고 있다(전제서, p263~264).



할인, '99. 2월부터는 운임표상의 가격만 인정, Agent(대리점)의 가격문제 발생시 상호 확인창구를 준비(연락채널 확보, Malpractice 사전방지 노력), 최종 가격운용 협의는 본사 차원에서 상호 합의 요망할 것 등』을 논의(합의)하였다.

이 논의는 비록 양사 서울여객지점 부장들간 이루어진 것이기는 하나, 단체할인운임 등에 관해서는 통상 지점에서 가격을 정하여 본사에 승인을 요청하면 본사 담당자와의 협의 내지 조율을 통해 80~90% 이상이 승인되는 점(진술내용)에 비추어 양 항공사 본사 사이의 합의로 간주할 수 있는 것이다³⁾. 양사는 또한 1999. 6월 제45회 전국 남녀탁구선수권대회에 참석하는 단체고객 유치과정에서도 가격정보를 교환한 사실이 있으며, 제23차 한국 JC 특우회 우정의 날 행사(1999. 9. 3.~9. 5.)에 참석하는 5천명의 항공권에 대하여 호남노선은 20%, 비호남노선은 35~40%의 할인율을 적용하기로 합의하고 이를 실행하였다. 양사의 서울여객지점 부장들은 단체운임할인율 등에 관한 1999. 1. 7. 회합 이후에도 지속적으로 회합을 가져 왔으며(1999. 10, 2000. 3, 2000. 9. 등), 매일 1회 이상 유선으로 단체할인운임에 관한 정보를 교환하고 경쟁 자제를 논의(양사 담당직원들의 진술에 의해 확인)하는 등 공동행위를 일삼아 왔다.

(2) 국내 항공여객 운송시장 현황

국내 항공여객 운송시장은 대한항공과 아시아나항공이 각각 63%, 37%(2000년 기준)를 점유하는 독점시장이며, 양사 모두 적자상태가 지속되고 있다.

국내선 항공운임은 정상운임과 할인운임으로, 할인운임은 다시 우대운임과 단체운임으로 구분할 수 있는데, 우대운임은 승객의 신분, 즉 학생, 국가유공자, 장애인 등에 의한 할인운임으로 양사가 모두 동일한 할인조건과 할인율을 적용하고 있다. 단체운임은 단체고객 유치를 위해 10인 이상의 단체고객에 대해 일정률을 할인해 주는 운임으로서 단체의 규모, 이용 구간 및 시간대 등을 고려하여 유형별로 할인율을 공시하고 있다.

항공권 판매는 각 사의 지점망을 통해 이루어지는데, 대한항공과 아시아나항공은 각각 30개, 25개의 국내지점을 두고 있으며, 각 지점은 대표업무를 대행하는 여행사들을 대리점으로 두어 이들과 거래하고 있고, 대부분의 대리점들은 양사의 지점과 복수거래형태를 취하고 있다.

국내 항공여객시장에서 항공편을 선택할 때에 개인의 경우는 스케줄, 마일리지 등에 영향을 많이 받으나, 단체항공여행을 하는 고객들의 경우에는 스케줄보다는 가격요소를 중시하는 경향이 큰 것으로 분석된다. 이에 따라, 개인운임의 경우 대부분 공시된 운임대로 판매가 되고 있으나, 단체운임의 경우에는 통상 여행사를 통한 가격협상이 이루어지며, 관광노선인 제주노선을 중심으로 탑승률이 낮은 주중 및 비선호 시간대에 단체고객유치를 위해 양 항공사 사이의 경쟁이 치

3) 사업자의 공식적 의사결정에 따른 행위가 아닌 경우로서 임직원 또는 지점 등이 독자적으로 행한 공동행위가 본사의 공동행위로 인정될 수 있는지에 대해서 의문이 있을 수 있으나, 비록 사업자의 하부조직이나 구성원의 행위라도 사업자의 행위로 인정됨은 민법상의 대리이론에 따라 당연하다 할 것이다(공정경쟁 2001. 6. 29, p 71~72, 손인옥의 부당공동행위 규제에 관한 해설).

열하여 실제 판매는 공시된 할인운임보다 높은 수준의 할인이 적용되고 있다. 양 항공사는 각 지점에 단체운임할인율에 관해 일정한 재량권을 부여하고 있으며, 재량권의 범위를 넘는 사항에 대해서만 본사의 승인을 받도록 하고 있다.

부당한 공동행위의 판단

부당한 공동행위는 사업자간에 공동으로 경쟁을 제한하는 행위를 하는 것을 말한다. 따라서, 이에 해당되는지 여부를 판단하는 실무적인 잣대는 첫째, 공동행위에 참여한 사업자들간에 의사적 연락체계에 의한 합의가 있었는지 여부와 그러한 합의에 의한 공동의 행위가 공정거래위원회의 인가를 받은 후에 이루어졌는가 하는 것이고, 둘째, 당해 공동행위가 시장에서의 경쟁을 제한하거나 축소하는 효과가 있는 행위인지 여부⁴⁾이다.

(1) 행위의 공동성(합의)

여기서 '합의'⁵⁾란 반드시 명시적 형태를 띠 필요는 없으며, 공동행위 참여자들간에 '암묵적 양해'의 정도만 있어도 해당된다(서울고법, '96. 2. 13. 94구36751)⁶⁾. 그리고 합의에 이르게 되는 의사적 연락방법(계약·협정·협의 등)에 대해서도 형태여하를 불문하고 있다. 그런데, 보통 공동행위 참가자들이 그 행위를 입증하는 '합의'의 증거를 파기 또는 인멸하는 것이 대부분이기 때문에 '합의'가 있었는지 여부를 파악하여 공동행위가 있었음을 입증한다는 것은 실제로는 대단히 어려운 일이다. 따라서, 공정거래법(제19조제5항)은 실제적인 '합의'의 증거를 발견치 못해도 '행위'의 결과나 정황⁷⁾으로도 공동행위의 합의가 있었음을 추정할 수 있도록 하고 있다.

이 전에서는 단체할인운임과 관련하여 양사가 명시적으로 '합의' 하였음을 나타내주는 명백한 증거가 발견된 것은 아니다. 그러나, 양사가 수시로 회합하여 단체할인운임에 관한 정보를 교환⁸⁾하고 논의한 사실, 양사 지점장들이 가격운용과 관련하여 합의한 내용을 본사에 보고한 사실, 양

4) 보험회사들이 교통사고 예방캠페인을 공동으로 하는 경우, 벤처기업간의 공동연구, 중소소매점간의 운송차량 공동활용 등은 경쟁제한성이 있는 부당한 공동행위로 보기 곤란(전게서, p 72).

5) 합의가 꼭 문서로 되어야 하는 것은 아니며, 구두합의, 전화통화, 식사 또는 운동을 겸한 의견교환 등도 경우에 따라서는 합의로 인정될 수 있다(전게서, p 72).

6) PC제조 5개 업체의 공동행위와 관련하여 "의사의 연락에는 암묵의 요해에 그치는 경우도 포함된다"고 판시하고 있다.

7) 과점시장에서의 가격일치는 흔히 의식적 병행행위(conscious parallelism, 선도기업의 단독행위와 추종기업의 모방을 통해 시장에서의 행동이 통일되는 현상)를 통해 이루어지고 있는데, 이 경우 명시적 합의가 없어도 가격의 동일한 인상 등 외형의 일치가 나타나게 됨. 따라서, 의식적 병행행위를 부당한 공동행위로 볼 것인가가 문제되는데, 외국의 사례는 단순한 의식적 병행행위를 위법으로 보지 않고, 외관상 일치 외에 합의를 추정할 만한 정황증거(plus factor)가 있어야 위법성을 인정함. 그러나, 우리나라의 경우 합의의 추정에 있어 반드시 정황증거가 있어야 하는 것은 아님. 다만, 정황증거를 채택하는 것이 최근의 일 반적인 경향임(전게서, p 71~76 참조)



시간에 주고 받은 침수차례의 통화, 관련자들의 진술, 공동행위를 유인할 만한 단체할인운임시장의 특성(단체항공여행을 하는 고객들은 항공편 선택시 가격요소를 중시하는 경향이 있는 점, 여행사들은 이러한 고객들의 수요에 맞추어 항공사와 요금을 협상하여 되도록이면 저렴한 여행상품을 판매하는 영업관행을 보이고 있는 점, 양 항공사의 입장에서는 탑승률이 비교적 낮은 주중 및 비선호 시간대에 탑승률을 높이기 위해서는 고객유치를 위한 판촉 활동이 필요한 점 등 단체할인운임시장의 특성에 비추어 양사가 가격경쟁을 회피하고 손쉽게 수익을 취하기 위해 공동으로 할인율을 책정하는 등의 공동행위 유인동기가 충분히 인정되는 점), 과거에도 부당한 공동행위를 행한 사실이 있는 점 등을 감안할 때 공동행위가 있었음이 충분히 추정되는 것이다. 즉, 행위결과는 물론 여러 가지 정황증거로서 '합의'가 있었음을 추정한 것이다. 공정거래위원회의는 법 제19조제2항에 따라 산업합리화, 연구·기술개발, 불황의 극복, 산업구조조정, 거래조건 합리화, 중소기업의 경쟁력 향상을 위해 공동행위를 예외로 인가하고 있는 바, 이 건의 경우 그러한 인가를 받은 사실이 없다. 따라서, 공정거래위원회는 국내 양 항공사들의 이와 같은 행위를 법 제19조제5항(추정조항)에 따라 법 제19조제1항제1호에 규정되어 있는 부당한 공동행위로 판단한 것이다.

(2) 경쟁제한성 여부

공동행위가 위법성이 있으려면 위 (1)의 '합의' 이외에 '경쟁제한성'이 있어야 하는 바, 이 건의 경우 양사가 국내 항공여행시장을 복잡하고 있는 상황에서 단체할인운임을 공동으로 결정·유지 또는 변경한 행위로서 그 자체가 국내 항공여행 운송시장의 경쟁을 제한하는 행위이므로, 시장분석이나 그러한 행위의 합리적인 이유를 구체적으로 따질 것도 없이 당연히 위법⁹⁾한 행위로

- 8) '정보교환활동'이 위법한 행위인가가 문제될 수 있는데, 모든 정보교환활동이 위법하다고는 할 수 없으나(당연위법원칙 배제), 『가격, 수량 등에 관하여 암묵적인 양해 또는 공통의 의사가 형성될 정도의 영향을 미치는 정보교환』은 위법의 소지가 있음. 다만, 이러한 판단은 산업 및 시장구조의 특성, 진입장벽의 정도, 당해 정보교환활동이 경쟁활동에 얼마나 유용성이 있는 지 여부 등을 종합적으로 고려하여 결정할 사항임(합리원칙의 적용). 판례(미국)의 입장은 서로 다르나 합리원칙의 입장에서 판단하는 것이 주류임. 이 건에서와 같은 '가격에 관한 정보교환'은 과거 데이터의 통계적 정보가 아닌, 개별사업자의 현재 또는 장래의 가격결정에 영향을 주는 구체적인 정보교환활동이라면 위법의 가능성이 큼. 전자에 관한 대표적인 판례가 Maple Flooring Manufactures Association 사건(1925)이고, 후자에 관한 대표적인 판례는 American Column & Lumber Co. 사건(1921)임. 일본의 심결도 대체로 이와 유사한 입장을 보이고 있음
- 9) 당연위법원칙(per se illegal)은 사업자가 법에서 금지하고 있는 특정한 행위를 하면 당연히 경쟁을 제한하는 것으로 보아 위법성을 인정하는 원칙. 이에 반해 합리의 원칙(rule of reason)은 행위의 경쟁제한효과와 경쟁촉진효과 등을 비교·평가하여 당해 행위의 위법성 여부를 판단하는 원칙(권오승, '99 경제법 제2판, p 301). 주로 가격 또는 생산량 담합 등 경성카르텔의 경우 당연위법원칙을 적용하고, 기타 카르텔은 합리원칙을 적용해 온 것이 종전의 경향이었으나, 경성카르텔에 대해서도 합리원칙이 적용되는 등 당연위법의 원칙이 축소되는 경향이 있음. 이 원칙은 위법성에 대한 입증책임의 부담과 관련, 미국에서 절차 및 판례상으로 인정된 것이지 실제법적으로 인정되는 것은 아님. 우리 나라와 같이 행정관청에 입증책임의 부담이 있는 것이 원칙이고 법 명문상으로도 '경쟁제한성'이 있는 공동행위를 위법한 것으로 보고 있는 경우에 있어서는 경쟁당국이 무조건 이 원칙을 그대로 인용하여 경쟁제한성 여부에 관계없이 그 행위의 존재만으로 위법성을 바로 인정해야 하는 것은 아님. 본 사례(의결서)의 경우 어느 정도까지 경쟁제한성이 있는지 공정거래위원회가 구체적으로 따지지 않았다는 점에서는 당연위법원칙의 입장에서 있는 것으로 보이나, 위법성 인정의 요건으로서 경쟁제한성의 판단을 완전히 배제하고 있지는 않음

인정된 것이다. 공동행위 중에서도 특히 가격담합¹⁰⁾ 등과 같은 경성카르텔(hardcore cartel)¹¹⁾은 그 자체가 경쟁제한성이 크고, 사회·경제적으로 미치는 폐해 또한 크기 때문에 다른 불공정행위와 같이 당해 시장에서의 경쟁저해성 여부, 즉 합리원칙(rule of reason)¹²⁾에 나타나는 바와 같이 경쟁제한효과와 경쟁촉진효과 등을 비교·평가하여 위법성을 일일이 따지지 않고 바로 위법한 행위로 판단한 것으로 보인다.

의의 및 시사점

이 건과 같은 담합행위의 발생은 국내 항공여객 운송시장이 복잡이라는 시장적 환경과 더불어 양 항공사의 담합적 관행에도 그 이유가 있겠지만, 이러한 담합적 행위를 조장시키는 잘못된 제도에 더 큰 문제가 있는 것으로 보인다. 현행 항공운임결정(변동)은 항공법 제117조제2항¹³⁾에 의거 20일 전에 사전예고하도록 되어 있는데, 이러한 사전예고는 소비자에 대한 운임안내효과보다 경쟁사간에 운임인상안을 자연스럽게 인지할 수 있게 하여 결과적으로 동조적 가격인상을 조장하는 문제점을 내포하고 있다. 이러한 제도는 원래 그 취지와는 다르게 결국 부당한 공동행위를 일으키는 원인을 제공하고 결과적으로 소비자의 이익을 저해하게 되는 가격협정적 효과를 발생시킨다.

따라서, 이 건과 같은 부당한 공동행위의 사전적 발생 억제 등 문제의 근본적인 해결을 위해서는 위반행위에 대한 처벌도 중요하지만 복잡시장인 국내 항공여객 운송시장을 보다 경쟁적으로 만드는 동시에 공동행위 발생의 원인을 제공하고 있는 현행 항공운임결정의 '사전예고제'에 대한 근본적인 제도개선이 필요한 것으로 판단된다. **공정**

10) '가격담합'은 시장원리에 입각한 유효경쟁에 대한 직접적인 제약이기 때문에, 이를 엄격히 규제하는 것이 세계적인 입법추세. 미국의 판례는 서먼법 제1조의 거래제한을 해석함에 있어서, 가격에 관한 공동행위는 그 제한된 가격의 당부를 묻지 않고, 그 자체가 당연위법이라고 함. 독일의 경쟁제한방지법(GWB)도 공동행위에 대한 일반적인 금지(GWB§1) 외에 가격제한행위에 대한 특칙(GWB§14)으로서 수직적인 가격제한을 금지하고 있음(권오승, 전제서). 가격담합의 유형으로는 가격인상 및 유지, 표준가격·목표가격·기준가격의 설정, 최고가격, 입찰가격 등의 담합 등이 있음

11) 공동행위가 가져오는 효율성 증대 등 긍정적 효과는 거의 없으면서 시장에서의 경쟁을 제한하는 효과가 큰 공동행위를 말하는데, 가격카르텔, 생산량 할당 카르텔, 입찰담합 등이 그 대표적인 예임(손인옥, 전제서)

12) 주 9)의 내용 참조

13) 항공법 제117조(운임 및 요금의 인가 등) ② 국내항공노선을 운항하는 정기항공운송사업자는 국내항공노선의 여객 또는 화물의 운임 및 요금을 정하거나 변경하고자 하는 때에는 20일 이상 이를 예고하여야 한다.