



묵시적 가격협정 카르텔 규제에 있어서 경제적 증거의 역할



주진열

대법원 사법정책연구실 조사위원

우리나라의 현실 여건을 감안해본다면, 묵시적 가격협정 카르텔의 존재 입증에 있어서 경제적 증거의 역할은 상당히 제약적일 수밖에 없을 것임을 알 수 있다. 특히 상고허가제를 실행함으로써 상고심의 대상이 되는 사건의 수를 사전에 제한하고 이에 따라 사건심리에 충분한 시간을 투자할 수 있는 미국 연방대법원과 달리, 우리나라의 경우 국민의 재판받을 권리를 최대한 보장하기 위하여 대법원이 대부분의 상고사건을 받아들이고 이로 인해 과중한 업무량에 시달리고 있음을 고려한다면, 실무적으로 경제적 증거를 충분히 평가하기란 힘들 것으로 예상된다.

I. 서론

「독점규제및공정거래에관한법률」¹⁾ 제19조제1항제1호에 따르면, “사업자가 다른 사업자와 공동으로 상품이나 용역의 가격을 결정, 유지 또는 변경”하는 가격협정(price fixing)은 부당한 공동행위로서 금지되고 있다. 여기서 “가격”이란 사업자가 제공하는 상품 또는 용역의 대가, 즉 사업자가 거래의 상대방으로부터 반대급부로 받는 일체의 경제적 이익을 의미한다.²⁾ 한편 우리 대법원은 가격협정은 사업자가 다른 사업자와 공동으로 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행

1) 제정 1980. 12. 31. 법률 제3320호; 최근 일부개정 2002. 8. 26. 법률 제6705호.

2) 따라서 상품의 특성, 거래내용 및 방식 등에 비추어 거래의 상대방이 상품 또는 용역의 대가로서 사업자에게 현실적으로 지불하여야 하는 것이라면 그 명칭에 구애됨이 없이 당해 상품 또는 용역의 가격에 포함된다. 대법원 2001. 5. 8. 선고 2000두7872 판결 참조.

위를 할 것을 합의함으로써 성립하는 것이므로, 합의에 따른 행위를 현실적으로 하였을 것을 필요로 하는 것은 아니라고 판시한 바 있다.³⁾

이처럼 명시적 가격협정이 법적으로 금지되면, 기업들은 규제당국으로부터의 적발을 피하기 위하여 명시적인 방법이 아니라 묵시적인 방법을 통하여 가격협정을 은밀히 추진시켜 나가게 된다. 묵시적인 가격협정 또는 담합의 경우, 그 개념 정의상 의사소통 또는 합의에 관한 명시적이면서도 발견가능한 행위를 포함하지 않고 있기 때문에 이러한 행위를 적발하는 것 자체가 매우 힘들다. 설사 이러한 행위가 적발된다고 하더라도 묵시적 가격협정의 존재 여부가 소송절차에서 다투어지는 경우, 이의 구체적인 입증과 관련하여서 많은 어려운 점이 발생하게 될 것이다. 이러한 문제 해결의 기준을 제시해주는 대법원의 판결례는 아직 찾아볼 수 없다.

위와 같은 문제점, 즉 묵시적 가격협정 카르텔의 적발 및 규제에 필요한 입증 문제와 관련하여, 미국의 대표적인 법경제학자이자 연방제7항소법원 판사인 Posner는 소송절차에서 14가지의 “경제적 증거”(economic evidence)를 통해 가격협정을 효과적으로 입증할 수 있으며, 그렇다면 명시적인 가격협정의 존재에 관한 증거 제출이 법리적으로나 실무적으로도 필요 없게 될 것이라고 제안한 바 있다.⁴⁾ 이에 본 논문은 Posner 판사가 제안한 묵시적 가격협정을 추정해 낼 수 있는 경제적 증거의 유형에 대해 소개하고, 이것이 우리나라 독점규제법 제도 운영에 주는 시사

점 및 그 한계에 대해 살펴보고자 한다.

II. 가격협정 규제에 대한 기존의 접근 방식

1. 형사법적 접근: “공모”의 입증 요구

1890년 셔먼법(Sherman Act)⁵⁾이 통과되기 이전에는 카르텔은 미국 경제에 있어서 공공연하게 일어나는 일반적인 현상이었다.⁶⁾ 그러나 셔먼법에 따라 카르텔이 불법으로 규정되자 기업들은 공동모의의 증거를 남기지 않고서도, 즉 규제당국으로부터 적발가능한 의사소통을 통하지 않고서도 가격을 조정할 수 있는 방법을 모색하게 되었다. 이러한 “의식적 병행행위”(conscious parallelism) 또는 “묵시적 담합”(tacit collusion)에 대해서도, 미국 규제당국 및 법원은 명시적 가격협정 카르텔 규제에 적용해오던 방법을 그대로 적용하면서 많은 곤란을 겪게 되었다.

미국 독점규제법은 명시적 담합의 경우 가격협정을 범죄로 취급함으로써 독점규제 분야가 아닌 다른 분야에서의 음모를 처벌하기 위한 형사법을 가격협정에도 그대로 적용하였던 바, 그 결과 명시적 담합에 대한 음모의 존재가 법정에서 인정되어야만 가격담합을 처벌할 수 있게 되었다. 반면에 묵시적 담합의 경우 그 개념 정의상 의사소통 또는 합의에 관한 명시적이면서도 발견가능한 행위를 포함하지 않고 있기 때문에 독점규제법으로 처벌하기가 무척 힘들었다.⁷⁾ 즉 가

3) 대법원 1999. 2. 23. 선고 98두15849 판결.

4) Richard Posner, *Antitrust Law*, 2nd ed. (Chicago & London: The University of Chicago Press, 2001), p. 94.

5) 15 USC. §§ 1 et seq.

6) Posner, *supra* note 4, p. 51.

가격협정 카르텔의 존재를 입증하기 위해 요구되는 증거는 피고인측 기업들이 음모를 행하였다는 증거였고, 이에 따라 생산량의 실제적인 감소와 같은 기수(既遂)행위는 단지 부수적인 것으로 취급될 뿐이었다. 따라서 음모에 관한 증거를 남기지 않는 방법으로 이루어진 주목할만한 생산량 감소는 독점규제법상 처벌 대상이 아니었다.⁸⁾

이처럼 가격협정 처벌법규가 가격협정이 미치는 경제적 효과, 즉 기수행위보다는 가격협정의 시도에 중점을 두고 있는 이유에 대해, Posner 판사는 (i) 법률가들이 가격에 관한 경제학 이론보다는 음모에 관한 형사법에 더 친숙하므로, 특정 행위가 경제에 미치는 효과보다는 음모 사실을 밝혀내는데 치중하게 되었고⁹⁾, (ii) 소송 방식이 가격협정의 경제적 효과와 관련된 복잡한 경제학적 문제를 처리하는데 적합하지 않다는 의식이 법률가들 사이에 팽배해 있었다는 점을 들었다.¹⁰⁾

2. 과점가격의 상호의존성이론

한편 과점하의 가격책정에 관한 상호의존성이론을 논거로 Tuner는 묵시적 가격협정은 근본적으로 명시적 공모와는 다른 것이며, 따라서 이를 가격협정으로 보아 처벌할 수 없다고 주장한 바 있다.¹¹⁾ 즉 판매자가 다수인 시장인 경우, 개별 판매자는 가격책정 및 생산량 결정에 있어서 그 규모가 너무 작기 때문에 시장가격에 영향을 미

칠 수 없으므로, 과점에 있어서의 상호의존성을 서면법 제1조 위반인 가격협정으로 볼 수 없다는 것이다. 이에 대해 Posner 판사는 다음과 같이 비판하고 있다. 집중된 시장(concentrated market)에 있는 판매자는 가격인하가 다른 경쟁자들에 의하여 즉각 조정 받을 것이라는 것을 알고 있기 때문에 가격인하를 하려고 하지 않을 것이라는 Tuner의 분석은 최초의 가격인하와 이에 대한 다른 경쟁자들의 반응간에 거의 시간적인 격차가 없음을 전제로 한 것이다. 그런데 만약 그러한 시간적 격차가 실제로 존재한다면, Tuner의 주장과는 달리 가격을 인하한 판매자는 자신의 가격인하로 인하여 일시적으로나마 상당한 이익을 얻을 수 있을 것이다. 더욱이 상호의존성이론은 과점기업의 가격인하가 다른 경쟁자들의 판매량에 대해 미치는 영향을 과대평가 함으로써 다른 경쟁자들이 가격인하에 대하여 즉각적으로 반응하고자 하는 유인 역시 과대평가하고 있다는 것이다.¹²⁾

III. 묵시적 가격협정의 적발

Posner 판사는 현재 미국의 규제당국 및 법원은 묵시적 가격협정 카르텔과 관련한 사건을 처리함에 있어서 무능하다고 비판하면서,¹³⁾ 이상에서 나타난 문제점을 해결하기 위하여 다음과 같

7) *Id.*, p. 53.

8) *Id.*

9) *Id.*

10) *Id.*, p.55.

11) 다음 논문을 참조. Donard F. Turner, "The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal", 75 *Harvard Law Review* 655.

12) Posner, *supra* note 4, p.57.

13) *Id.*, p.43.

은 경제학적 접근방법을 제시하였는데, 이에 따르면 먼저 가격협정이 일어나기 쉬운 조건을 갖추고 있는 시장을 찾아내고, 그 다음 단계로 그러한 시장에서 실제로 가격담합이 있는지 여부를 경제적 증거를 통해 결정하는 것이 바람직하다는 것이다.¹⁴⁾ 첫 번째 단계와 관련하여, Posner 판사는 아래와 같이 허핀달지수 등을 포함한 17가지의 판단기준들을 이용하여 규제당국이 가격협정에 취약한 시장을 특정하고 나서, 두 번째 단계인 가격협정의 증거를 효과적으로 찾아낼 수 있다고 제안한다.¹⁵⁾ 두 번째 단계인 가격협정의 증거에 대해 살펴보기에 앞서, 이하에서는 가격협정의 적발에 유용하게 쓰일 수 있는 판단기준들에 대해 상세하게 알아보기로 한다.

1. 허핀달지수

효과적인 담합을 위해서는 가격에 대한 합의만으로는 불충분하다. 카르텔을 만들기 위해서는 당사자들간에 은밀한 협상이 필요한데, 기업의 수가 많은 경우에는 음모와 관련한 증거를 남기지 않고 가격을 효과적으로 고정시키는 것이 매우 힘들다. 따라서 기업의 수가 적을수록, 즉 시장집중도가 높을수록 은밀한 가격협정의 성공 가능성이 높아짐을 알 수 있다. 상위 4대 기업 또는 상위 8대 기업의 전체 시장점유율이 일반적으로 이용되고 있지만, 각 기업의 시장점유율에 1000을 곱한 수치의 제곱 값인 허핀달지수(Hirfindahl-Hirshman Index)는 상위 4대 또는 8대 기업 뿐

만 아니라 시장에 있는 모든 기업의 정보를 담고 있기 때문에, 가격협정이 일어나기 쉬운 시장을 특정함에 있어서 더 유용하게 쓰일 수 있다.¹⁶⁾

2. 소기업 전체의 시장점유율

소규모 기업들이 담합기업들의 생산량 감소분을 상쇄시키기 위해 재빨리 생산량을 단기간에 즉시 늘릴 수 없고, 설사 효과적인 담합을 이루기 위해서 소규모 기업들의 참여가 필요없다고 하더라도, 담합에 참여하지 않은 소규모 기업들은 여전히 담합기업들의 시장가격 지배력에 일정한 제한을 가할 수 있다.¹⁷⁾ 즉, 대기업을 제외한 소기업들의 전체 시장점유율이 높을수록 가격협정의 가능성은 낮아진다.

3. 경쟁가격 수준에서의 비탄력적 수요

시장가격 수준에서 수요가 비탄력적이라면, 가격상승을 위한 담합이 일어날 가능성이 커진다. 여기서 수요탄력성을 직접 측정하는 것이 매우 어렵긴 하나, 이를 간접적으로 측정할 수는 있다.¹⁸⁾ 예를 들어, 현재 가격수준에서 어떤 제품에 대한 대체재가 없다면, 이는 동 제품에 대한 수요는 동 가격수준에서 비탄력적이라는 증거가 될 수 있다. 반면에, 만약 현재 가격수준에서 어떤 제품에 대한 대체재가 있기는 하지만 이를 생산함에 있어서 더 많은 비용이 소요된다면, 이는 사실상 동 제품이 독점가격에서 판매되고 있다는 증거가 될 수 있다.¹⁹⁾

14) *Id.*, p.69.

15) *Id.*

16) *Id.*, pp.69-70.

17) *Id.*, pp.70-71.

18) *Id.*, p.71.

19) *Id.*, p.72.

4. 시장진입에 소요되는 시간

시장가격이 생산원가보다 높다면 시장진입을 하고자 하는 기업들은 시장진입을 서두르게 될 것이다. 따라서 새로운 시장진입이 빠른 속도로 자주 발생한다면, 이는 가격협정이 저지되고 있다기보다는 오히려 가격협정이 이루어지고 있다는 증거일 수 있다.²⁰⁾

5. 구매자의 집중도

시장에 있어서 구매자 측면에 있어서의 집중도가 높을수록, 판매자는 가격협정을 유지하기가 힘들게 된다.

6. 생산품의 규격화 여부

생산품이 덜 규격화된 것일수록, 즉 주문생산에 보다 더 의존하는 것일수록, 가격협정이 일어나기가 힘들다. 왜냐하면 서로 다른 성격을 지닌 상품주문 때문에, 판매자들이 모든 주문에 단일한 가격을 부과하기로 합의하기란 거의 불가능하기 때문이다.²¹⁾ 고객의 주문내용은 개별 고객마다 각자 다르므로, 생산자는 고객이 재고품목 중 어떤 것을 원할 수도 있다는 기대감 때문에 재고를 유지하지는 않는다. 가격협정의 용이성과 관련한 의미에서, 중고품 현물시장이 없다거나 또는 가격표가 존재하지 않는다는 것은 특정 산업이 주문생산품만을 생산한다는 증거가 될 수 있다.²²⁾

7. 상품의 내구성 여부

내구재란 경제적으로 이용 가능한 수명에 걸쳐 판매되는 일련의 재화 또는 용역을 말한다. 예를 들어, 수확용 농기계의 예상수명이 10년이라고 한다면, 구매자는 10년에 걸쳐 농기계를 구입하는 것과 같다. 따라서 농기계가 내구성을 가지고 있다는 것은 농기계 판매자가 한 대의 농기계를 판매함으로써 사실은 10단위의 판매를 하는 것을 의미한다. 만약 판매자가 한 대의 농기계를 판매할 기회를 잃는다면, 이는 10단위의 판매를 잃어버리는 것과 동일하다. 이러한 연속적인 판매를 하지 못함으로써 잃어버리게 되는 이익 때문에, 내구재 제조업 카르텔의 구성원은 다른 구성원들을 속이려고 하는 유혹이 커지게 마련이다. 따라서, 시장에서 판매되는 제품이 비내구재인 경우보다 내구재인 경우가 가격협정이 만들어지기가 더욱 힘들다.²³⁾

8. 주요기업들이 동일한 가격수준에서 제품을 판매하는 경우

카르텔의 몇몇 구성기업들이 유통망을 통하여 다른 구성원들보다 더 낮은 가격에 상품을 판매하는 경우에는, 가격협정의 이행가능성은 그 만큼 줄어든다.²⁴⁾

9. 가격경쟁의 상대적 중요성

어떤 제품이 다른 제품과 대체될 수 있는 경우에는 가격인하가 경쟁기업을 몰아내기 위한 유일한 방법일 수도 있다. 이러한 경우에는 가격협

20) *Id.*

21) *Id.*, p.75.

22) *Id.*, p.76.

23) *Id.*

24) *Id.*

정을 통해서도 보다 많은 이익을 얻을 수 있다. 하지만 가격경쟁이 아니라, 신속배달, 품질개선, 품질보증, 소비자 불만에 대한 신속한 처리, 고급스러운 매장 등과 같은 비가격경쟁이 중요하다면, 가격협정이 존재한다고 하더라도, 다른 형태의 비가격경쟁이 일어날 수밖에 없다. 이 때 기업들은 가격협정을 통해 얻을 수 있을 것이라고 기대한 이익 모두를 비가격경쟁 과정에서 모두 다 소모하게 된다.²⁵⁾

10. 높은 수준의 고정비용 대 가변비용 비율

총비용 중에서 고정비용이 차지하는 비율이 높은 시장의 경우, 기업간의 과다한 경쟁은 경영의 불안정뿐만 아니라 심지어 파산까지도 초래할 수도 있다. 경제침체기나 또는 생산량 감소와 같은 상황하에서는, 높은 수준의 고정비용구조를 가진 기업의 수익은 비용보다 더 빨리 감소한다. 만약 기업경영에 있어서 파산의 경우가 경쟁가격에서 얻을 수 있는 수익율과 독점가격에서 얻을 수 있는 수익율간의 차이를 얻을 수 없는 경우보다 더 비용이 많이 든다면, 그 기업은 경쟁가격 설정이 있더라도 기업의 파산위험이 발생하지 않는 산업에 있어서의 이익보다 독점가격설정으로 인해 얻을 수 있는 이익을 더 크게 여길 것이다.²⁶⁾ 따라서 그만큼 가격협정이 발생할 수 있는 위험이 높아지게 된다.

11. 유사한 비용구조 및 유사한 생산공정

특정 시장에 있는 기업들이 비용구조 및 생산 방식의 측면에서 서로 비슷할수록 가격협정이

일어나기가 더욱 쉬워진다. 적정 카르텔 가격은 기업비용과 함수관계에 있으므로, 만약 기업들이 서로 다른 비용구조를 가지고 있다면 각 기업에 있어서 적정 카르텔 가격 또한 서로 달라지기 때문이다.²⁷⁾

12. 수요 불변 또는 감소

수요가 불변이거나 감소하고 있는 시장의 경우보다 수요가 증가하고 있는 시장의 경우가 가격협정이 일어나기가 더욱 어려운데, 후자의 경우 카르텔의 다른 구성원에 의한 속임수의 대상이 된 기업은 기존의 고객을 잃게 될 뿐만 아니라 신규고객도 확보하지 못하게 될 지도 모르기 때문이다. 그리고 어떤 기업이 타방 경쟁기업의 성장을만큼 빨리 성장하지 못했다는 것은 속임수가 있었다는 증거라기보다는 오히려 신규고객을 잃었다는 증거가 될 수 있다. 더욱이, 지속적인 수요감소는 높은 수준의 고정비용을 가지고 있는 기업의 경우 파산위험을 증가시키는데, 왜냐하면 수익이 감소하는 경우에는 그 수익으로 고정비용을 충분히 회수할 수 없기 때문이다. 따라서 높은 수준의 고정비용을 가지고 있는 기업이 수요 감소에 직면하게 되는 경우, 신규 시장진입에 대한 매력은 떨어지게 되고 가격협정의 가능성은 더 높아지게 된다.²⁸⁾

13. 가격의 급변 가능성

경쟁기업의 가격인하에 대한 판매자의 대응이 빠를수록, 가격인하로부터 얻을 수 있는 이익은 작아진다. 가격을 인하시킨 기업이 이익을 얻을

25) *Id.*, pp.76-77.

26) *Id.*, p.77.

27) *Id.*

28) *Id.*, p.77.

수 있기 이전에, 판매자도 가격을 인하시키기 때문이다.²⁹⁾ 따라서, 가격급변 가능성이 있는 시장에서는 가격협정이 일어나기 힘들게 된다.

14. 비공개 입찰

어떤 사업의 기회가 비공개 입찰에 근거하여 이루어지는 시장에 있어서는 담합에 참여한 판매자들은 구성원 기업의 속임수를 적발하기가 쉬워진다. 만약 카르텔이 최저입찰가를 제시하도록 사전에 지시한 기업이 아닌 다른 기업이 계약을 수주하는데 성공하였다면, 이는 그 판매자가 카르텔이 사전에 합의한 입찰가보다 더 낮은 입찰가를 제시하였으므로 가능했기 때문이다.³⁰⁾ 따라서 비공개 입찰의 경우 가격협정이 일어나기가 쉽다.

15. 시장의 국지성

시장이 보다 국지적인 성격을 띠수록 규제당국으로부터 적발되지 않고서도 서로 담합을 위한 의사소통을 할 수 있는데 소요되는 비용이 작아진다. 이러한 상황에 있는 기업들은 담합과 관련한 문서적 증거를 남기지 않고서도, 일상적인 상호간의 대면을 통하여 서로 의사소통을 할 수 있다. 더욱이 같은 지역사회에 있는 구성원들은 효과적인 합의를 이루기가 매우 쉬운데, 왜냐하면 그러한 합의를 위반하게 되면 구성원들로부터 배척당하게 되기가 쉽기 때문이다.³¹⁾ 따라서 시장이 국지적인 경우에는, 가격협정이 일어날 가능성이 높아진다.

16. 상호협력 관행

경쟁기업들이 반트러스트법에 의해 금지되지 않는 방식으로 상호간에 협력할 수 있는 정도는 산업에 따라 크게 달라진다. 기업들이 국회나 규제당국에 로비를 하기 위하여 서로 협력을 하는 규제산업의 경우나, 또는 대부분의 기업들이 수직적으로 결합되어 있어 각 기업의 고객들이나 공급업자들 역시 서로 경쟁자인 산업의 경우에 있어서는, 이들 경쟁기업들의 최고경영자들은 상호 신뢰를 바탕으로 아무런 의혹을 유발함이 없이도 가격책정에 관하여 논의할 수 있는 기회를 갖게 된다. 개인적 친분관계가 형성되고 따라서 서로 의사소통 할 기회가 만들어지면 자연스럽게 가격협정에 드는 비용은 줄어들게 되므로,³²⁾ 가격협정이 일어날 가능성도 높아진다.

17. 특정산업부문에 있어서의 독점규제에 관한 기록

가격협정이 일어나기 쉬운 시장의 경우, 명시적 가격협정의 시도에 관한 일련의 역사가 있기 마련인데, 그 역사를 살펴보면 규제당국에 의해 적발된 담합의 시도를 찾을 수 있다. 따라서 가격협정에 대한 기록은 특정 시장구조가 가격협정에 유리하다는 증거가 될 수도 있다. 그러나 독점규제법 위반 기록이 없다고 해서 가격협정이 없다고 판단할 수 없는데, 왜냐하면 오히려 가격협정이 너무 쉬워서 기업들이 지금까지 적발되지 않고 담합을 유지하고 있다고 볼 수도 있기 때문이다.³³⁾

29) *Id.*, p.78.

30) *Id.*

31) *Id.*

32) *Id.*

33) *Id.*, p.79.

IV. 목시적 가격협정의 경제적 증거의 이용

그 다음 Posner 판사는 규제당국이 설사 명시적인 가격협정을 적발하지 못하였다고 하더라도, 다음과 같은 14가지의 경제적 증거를 통하여 소송절차에서 가격협정의 존재를 입증할 수 있다고 한다. 이하에서는 이에 대해 살펴보고자 한다.

1. 상대적 시장점유율의 고정

시장에 있는 주요기업들이 상당기간에 걸쳐 각자 동일한 또는 거의 동일한 시장점유율을 유지하고 있다는 것은 그들이 판매지역의 고정이나 판매량 할당 또는 소비자 할당 등에 의하여 시장을 분할함으로써 경쟁을 제거시켰다는 단서가 된다. 경쟁하에서는 판매자가 고객유치 및 판매에 최선을 다하게 됨으로써 시장점유율이 언제든지 격변할 수 있다. 하지만 시장점유율이 비정상적일 만큼 안정적이라는 것만으로는 동 시장이 분할되었다는 증거가 될 수 없다는 것이 항상 인정된 것만은 아니다. 경쟁적 시장가격보다 높은 가격으로 인해 카르텔에 참여하지 않았던 경쟁기업들도 시장에 진입하여 생산량을 늘리게 되면, 카르텔의 전체 시장점유율은 감소하게 된다. 하지만 이러한 경우에 있어서도 카르텔의 상대적 시장점유율이 고정적이라면, 이는 사실상 그들간에는 경쟁이 존재하지 않는다는 증거가 될 수 있다.³⁴⁾

2. 가격차별

가격차별이란 판매비용이 동일함에도 불구하고 서로 다른 소비자에게 서로 다른 가격으로 동일한 제품을 판매하는 관행을 말한다. 영구적 또는 조직적인 가격차별은 독점 또는 카르텔의 증거가 될 수 있으나, 일시적 또는 우발적인 가격차별은 카르텔의 증거가 될 수 없다. 후자의 경우, 경쟁적 시장에서의 균형 이동이나 또는 카르텔 가격으로부터 차별적 가격할인의 모습을 띄는 속임수의 결과 카르텔이 해체되거나 손상을 입게 되는 과정에서 발생하기 때문이다.³⁵⁾

3. 가격정보 교환

특정 산업에 종사하는 기업가들이 동 산업을 유지하기 위해 필요한 “적정한” 가격수준에 대해 공개적으로 논의하고, 그러한 가격수준을 실제로 유지하기 훨씬 이전에 가격인상을 공포하였다면, 카르텔 협정의 형성 내지 실행단계에 있다고 볼 수 있다.³⁶⁾

4. 지역에 따른 가격의 차이

만약 어떤 상품이 시멘트 시장과 같이 지리적으로 분리된 시장에서 판매되고, 가격이 어떤 시장에서는 고정되어 있고 나머지 다른 시장에서는 고정되어 있지 않은 경우, 지역에 따라 가격이 달라짐을 알 수 있다. 이러한 가격의 차이는 가격협정이 아닌 다른 어떤 요인으로부터 연유하는 것일 수 있는데, 지역에 따라 생산원가가 달라지는 경우가 예가 될 수 있다. 하지만 이러한 차이를 없애야 하는 경우도 있을 수 있다. 그러한 차이를

34) *Id.*, p.79.

35) *Id.*, pp.80-81.

36) *Id.*, p.87.

없애기란, 상품 시장이 국제적 규모인 경우에 비해서는 쉽겠지만 전국적 규모인 경우에 있어서 여전히 힘들다. 하지만, 시장이 작을수록 판매자의 수도 적으므로 가격협정 음모는 전국적 규모라기보다는 지방단위 규모로 일어나는 경우가 대부분이기 때문에, 이러한 경우에는 그러한 차이를 없앨 수 있는 유용한 방법이 있을 것이다.³⁷⁾

5. 동일 입찰가

비규격품인 상품의 공급계약에 있어서 동일한 비공개 입찰가가 제시된 경우, 가격협정이 존재한다고 추정할 수 있다.³⁸⁾

6. 카르텔 형성 시점에 있어서의 가격, 산출량 및 생산능력의 변화

카르텔의 형성은 일반적으로 가격인상과 생산량 감소를 통해 이루어지므로, 비용상승에 의하지 않은 가격인상과 생산량 감소는 가격협정이 시도되고 있다는 증거가 될 수 있으며, 반면에 가격 인하와 생산량 증가는 카르텔이 붕괴되었다는 증거가 될 수 있다.

한편 합리적으로 설명될 수 없을 정도로 주목할 만한 수준의 과잉 생산설비가 있는 경우, 가격협정이 시작되고 있음을 추정할 수 있다. 기업들이 가격협정 계획에 따라 생산량을 제한하는 경우, 경제적 생산량을 만들어내기 위한 이전의 생산설비의 일부는 과잉 생산설비가 된다. 수요량 변화나 또는 생산계획상의 실수로 설명될 수 없는 급작스런 과잉 생산설비는 가격고정의 증거가 된다. 만약 카르텔이 안정적이라면 생산능력

은 감소된 생산량에 적합한 수준의 생산능력만큼 점진적으로 감소할 것이다. 반면에 카르텔이 불안정해서 참여기업들이 카르텔이 곧 붕괴될 것이라고 믿는 경우에는, 카르텔 참여기업들은 계속해서 과잉 생산설비를 유지할 것이다. 또는 카르텔 내에서의 협상력을 높이기 위해서 과잉 생산설비를 계속 유지할 수도 있을 것이다. 이 두 경우에 있어서는 생산설비의 지속적인 과잉현상이 관찰될 것이며, 이는 가격협정에 대한 추가적인 증거가 될 수 있다. 특히 생산설비의 지속적인 과잉현상과 함께 매우 잦은 시장진입 현상은 가격협정이 존재한다는 가장 강력한 증거가 될 수 있다.³⁹⁾

7. 산업전반에 걸친 재판매가격유지

재판매가격유지는 통상적으로 딜러들이 매장을 보다 정성들여 운영하는 것처럼 보다 값비싼 서비스를 제공하면서 제품을 판매하는 경우에 발생한다. 딜러는 고객에 대한 서비스의 제공 없이 가격을 낮춤으로써 서비스를 계속 제공하는 딜러로부터 고객을 끌어들이는데, 이렇게 되면 결국에는 딜러들이 제공하는 서비스는 없어지게 된다. 이처럼 재판매가격유지는 딜러가 제공하는 서비스가 없어지는 것을 방지하기 위한 방법이다. 따라서 특정 제품이 통상적으로 서비스의 제공이 없이 판매되고 있다면, 이 경우 산업전반에 걸친 재판매가격유지의 목적은 판매자들간의 가격고정을 용이하게 하기 위한 것이라고 추정할 수 있다.⁴⁰⁾

37) *Id.*

38) *Id.*

39) *Id.*, p.88.

40) *Id.*, p.89.

8. 시장선도기업의 시장점유율 하락

가격협정으로 인해 비정상적인 가격인상이 일어나면 새로운 경쟁자들이 시장에 진입하고자 하는 유인을 갖게 된다. 이 때 기존기업들은 가격을 경쟁적 수준으로 다시 낮춤으로써 새로운 시장진입을 막을 수도 있겠지만, 그렇게 되면 카르텔의 목적을 달성할 수 없으므로, 카르텔 구성원들은 가격을 경쟁적 수준 이상으로 계속 유지시키면서, 자신들의 시장점유율을 조금씩 양보하는 쪽으로 행동할 수 있다. 따라서 선도기업들의 장기적인 시장점유율 하락은 가격협정이 존재하는 것으로 추정될 수 있다.⁴¹⁾

9. 가격변동폭의 크기

카르텔 가격의 재조정은 규제당국에 의해 적발될 위험이 크기 때문에, 카르텔은 완전경쟁시장에 있는 판매자에 비해 비용 또는 수요변동에 맞서 가격을 보다 작은 폭으로 변동시키고 가격변동 횟수도 적을 수 있다.⁴²⁾ 따라서, 수요 및 비용의 감소에 직면한 기업이 가격을 인상시킨 행위로부터 담합 음모가 있었음을 추정할 수는 없다.⁴³⁾

10. 시장가격 수준에서의 수요 탄력성

독점기업은 수요곡선이 탄력적인 구간에서는 단지 생산량을 줄임으로써 총수익을 증대시키고 총비용을 감소시킬 수 있기 때문에 수요곡선이

비탄력적인 구간에서의 가격에서는 자신의 생산품을 판매하지 않는다. 따라서 만약 수요곡선이 현재의 시장가격 수준에서 비탄력적인 경우, 그 가격을 독점가격으로 볼 수 없다. 반면에 상대적 가격이 아니라 상대적 비용으로 측정하였을 때, 특정 상품의 수요곡선이 현재 가격수준에서 탄력적이고 그 상품의 적당한 대체품도 없는 경우라면 그 가격은 독점가격이라고 추정할 수 있다.⁴⁴⁾

11. 기업수익율

기업의 수익율이 비정상적으로 높거나 또는 높아지는 경향이 있는 경우에는 이로부터 담합이 있음을 추정해낼 수 있다.⁴⁵⁾ 그런데 비정상적일 만큼의 높은 수익율이 담합이 아니라 월등한 효율성에 기인한 것일 수도 있고, 카르텔 구성원들이 자신들의 독점 이익을 여러 가지 형태의 비가격 경쟁을 하면서 다 써버릴 수도 있으므로 비정상적으로 높은 이익이 없다고 해서 반드시 담합이 없다고 볼 수 없는 경우가 있을 수 있다는 문제가 발생한다. 이러한 경우에는, 합병발표와 같은 사건에 대한 주식시장의 반응을 통계적 방법을 이용하여 동 사건에 관계된 기업들의 시장가치에 영향을 미칠 수 있는 같은 시간대의 다른 사건들로부터 분리시키는 방법인 주가(株價)에 관한 “사건조사연구”(event studies)⁴⁶⁾를 통하여 문제된 기업의 주가가 설명할 수 없을 만큼 올랐음

41) *Id.*

42) *Id.*

43) 이러한 이유로 Posner판사는 *America Tobacco Co. v. United States*, 328 US 781 (1946) 사건에서, 위 경우에 있어서 담합이 존재한다고 추정할 연방대법원의 결정은 잘못된 것이라고 지적하였다. *Id.* 이에 대해 보다 상세한 논의는 다음을 참조. Richard Posner and Frank Easrerbrook, *Antitrust: Cases, Economic Notes, and Other Materials*, 2nd ed. (St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1981), pp.317-319.

44) Posner, *supra* note 4, p.10.

45) *Id.*, p.90.

46) *Id.*, p.135.

이 밝혀진다면, 이는 담합의 증거가 될 수 있다.⁴⁷⁾

12. 시장가격과 수요탄력성간의 관계

시장가격이 수요탄력성에 영향을 미치는 시장의 특징이 변화함에 따라 예측된 방향으로 변한다면, 예를 들어 시장가격이 기업집중과 정비례의 관계에 있다면, 이는 시장이 경쟁적이지 않다는 증거가 될 수 있다.⁴⁸⁾ 다만, 시장전체의 비용 상승으로 인하여 가격이 올라가고 동시에 비효율적인 기업이 도태되어 기업의 집중도가 올라갈 수도 있기 때문에, 이것이 결정적인 증거는 될 수 없다.⁴⁹⁾

13. 기준지점가격제

기준지점가격제(Basing-point price system)란 판매자가 인도가격(즉, 구매자에 대한 상품운송비용을 포함한 가격)을 산정함에 있어서, 운송비용을 판매자의 공장이 아니라 그 공장보다 더 먼 곳일 수도 있는 일정한 기준지점으로부터 계산하는 것을 말한다. 예를 들어, 철강산업의 경우 만약 A가 기준지점이라 한다면, B에 위치한 철강회사는 C에 있는 구매자에게 인도가격을 전적함에 있어서, B에서 C까지의 실제 화물운송비가 아니라 A에서 C까지의 화물운송비를 청구하게 된다. 만약 기준지점이 판매자의 공장보다 소비자보다 더 가까운 곳에 있다면, 인도가격에 포함된 운임은 실제 운임보다 더 낮을 것이다. 이 경우 판매자가 차액을 부담하는 결과가 되는데, 이를

“판매자 부담 운임”(freight absorption)이라 한다. 만약 기준지점이 판매자의 공장보다 소비자로부터 더 먼 곳에 있다면, 판매자의 실제 운임은 그가 인도가격을 산정함에 있어서 공장도가격에 더하는 운임보다 더 낮을 것이다. 여기서 그 차액 운임을 “유령운임”(phantom freight)이라고 한다. 이와 같이 기준지점 가격은 “판매자 부담 운임”과 “유령운임” 모두를 포함하는데, 판매자 부담 운임이 단지 고객과 보다 근접한 지역에 위치한 다른 판매자와 경쟁하기 위한 것이라면 이는 가격담합의 증거가 될 수 없다.⁵⁰⁾

14. 배타적 관행

배타적 관행이란 독점적 지위를 가진 기업이 자신의 경쟁상대인 다른 판매자들이 이윤을 얻을 수 없도록 하기 위하여 자신의 독점이윤의 일부를 투자함으로써 독점을 영속화시키려는 방법을 의미한다.⁵¹⁾ 이러한 배타적 관행이 1개 이상의 주요 기업이 있는 시장에서 행하여진다면, 이는 시장이 카르텔화되어 있다고 볼 수 있다. 즉, 배타적 관행의 증거와 함께 시장이 단일 기업에 의해 독점화되지는 않았다는 사실로부터 카르텔의 존재가 추정될 수 있다.⁵²⁾

V. 평가

Posner 판사는 위와 같은 자신의 제안에 대하

47) *Id.*, p.91.

48) *Id.*

49) *Id.*

50) *Id.*, p. 92.


51) *Id.*, p.41.

52) *Id.*, p.41.

여, 경제적 증거는 매우 복잡하고, 기술적이며, 확정적이지 못하고, 다의적인 성질을 가지고 있다는 점에 비추어 이러한 증거에 근거하여 담합적 가격을 입증하기란 어렵다는 반론도 제기되고 있음을 스스로 인정하고 있다.⁵³⁾ 실제로는 가격협정이 존재하지 않는 경우에도 경제적 증거가 가격협정의 존재를 나타낼 수도 있는데, Posner 판사는 이러한 문제는 가격협정 카르텔에 관한 증거가 오로지 경제적 증거인 경우에는 규제당국에게 보다 더 높은 입증책임의 부담을 지우는 것과 같은 다양한 방법에 의하여 해결될 수 있다고 본다.⁵⁴⁾

이상과 같이 경제적 증거를 적극적으로 활용하지는 Posner 판사의 주장은 분명 목시적 가격협정 카르텔의 존재의 입증과 관련한 증거법 차원에서 한정해서 본다면, 우리나라 규제당국이나 법원에게 많은 시사점을 준다는 것은 부인하기 힘들다. 그렇지만 다른 한편으로는, 가격협정과 관련하여 경제적 증거가 미국 법정에서 항상 적절하게 다루어지지 못하는 못하였다는 Posner 판사의 지적⁵⁵⁾을 뒤집어 생각해 볼 필요가 있다. 이는 100년이 넘는 기간 동안 독점규제법 제도를 운영해오, 독점규제법의 경제학적 분석이 고도로 발달하고, 독점규제법 분야의 인적자원이 풍부한 미국에서조차도 경제적 증거를 다루는 것

이 쉽지 않다는 것을 말해준다.

그렇다면 우리나라의 현실 여건을 감안해본다면, 목시적 가격협정 카르텔의 존재 입증에 있어서 경제적 증거의 역할은 상당히 제약적일 수밖에 없음을 알 수 있다. 특히 상고허가제를 실행함으로써 상고심의 대상이 되는 사건의 수를 사전에 제한하고 이에 따라 사건심리에 충분한 시간을 투자할 수 있는 미국 연방대법원과는 달리, 우리나라의 경우 국민의 재판받을 권리를 최대한 보장하기 위하여 대법원이 대부분의 상고사건을 받아들이고 이로 인해 과중한 업무량에 시달리고 있음을 고려한다면, 실무적으로 경제적 증거를 충분히 평가하기란 힘들 것으로 예상된다. 다만 2003년 10월에 제정된 「대법원에서의 변론에 관한 규칙」⁵⁶⁾ 제4조에 따르면, 대법원은 전문적 식견을 가지고 있다고 인정되는 사람 중에서 참고인을 직권으로 지정하여 그 진술을 요청할 수 있으므로, 목시적 가격협정 카르텔의 존재 여부에 관한 사건에 있어서는 경제학자와 같은 전문가를 참고인으로 지정하여 그 의견을 들을 수 있다는 제도적 장치가 마련되어 있다는 차원에서 소송절차에서 경제적 증거가 정확하게 평가할 수 있는 여지가 남아있음을 끝으로 지적하고자 한다. 

53) *Id.*, p.98.

54) *Id.*, p.99.

55) *Id.*, p.93.

56) 제정 2003.10.24. 대법원규칙 제1849호.