

가격담합 등 경성카르텔의 위법성 판단요건

- 경쟁제한성에 대한 공정위 심의를 중심으로 -

허 선 | 공정거래위원회 경쟁국장
이 황 | 공정거래위원회 공동행위과 서기관

1. 서설

가격담합을 필두로 한 경성카르텔의 제재에 있어서 최대의 관건이 “합의”의 입증에 있는 것은 이론의 여지가 없다. 일반적으로 경성카르텔의 부당성 내지 경쟁제한성은 충분히 인식되어 있기 때문이다. 그런데 최근 무엇 때문인지 경성카르텔의 합의가 명백히 입증된 이후에도 과도한 수준의 부당성 내지 경쟁제한성의 입증이 추가로 필요하다는 주장이 대두되고 있다. 이에 따라 경성카르텔 규제의 실효성이 저하되고 있는 현실은 매우 유감이다.

이 글에서는 이러한 일부의 주장이 옳은 것인지를 알아보기로 한다. 논의의 대상은 가격담합을 중심으로 한 경성카르텔에 한하고자 하며, “합의”는 이미 완전히 입증된 것을 전제로 한다.¹⁾ 따라서 공정거래법(이하 “법”이라 함) 제19조제1항이 적용되는 것을 전제로 하고 제19조제5항이 적용되는 경우는 원칙적으로 고려하지 않기로 한다. 또한 이러한 주장이 주로 공정위 심의단계에서 제기되고 있기 때문에 공정위 심의를 중심으로 살펴보고자 한다.

논의에 앞서, 우리나라에서 경성카르텔의 위법성 판단기준은 어디까지나 한국의 현행법령과 공정위 심결례 및 법원의 판례라는 사실을 강조하고 싶다. 물론 미국과 EU의 경쟁법이 우리보다 많은 경험에 바탕하고 있기 때문에 우리의 법령이 미비하거나 혼선의 여지가 있을 경우

1) 이 때, 그 입증의 방법은 직접증거에 의한 것이건, 간접증거에 의한 사실상 추정 방법의 의한 것이건 문제되지 않는다. 경성카르텔의 합의가 직접 입증되었느냐 사실상 추정되었느냐의 문제는 “합의”의 존재 여부를 판단하는데 한하여 관련되는 것이고, 그 합의의 “부당한 경쟁제한성”의 문제는 그 후의 문제이기 때문이다. 이는 미국이나 EU에서도 마찬가지이다. 즉, 당연위법 원칙이 적용되느냐 아니면 합리원칙이 적용되느냐를 판단함에 있어서 당해 합의가 어떤 방법을 통해 입증되었는지는 원칙적으로 고려의 대상이 아니다. 다만, 뒤에서 보는 바와 같이 우리나라는 공정거래법 제19조제5항에 “법률상 추정”이라는 독특한 제도를 두면서 그 적용요건으로 “실질적 경쟁제한성”의 입증을 요구하고 있기 때문에 위에서 본 원칙은 법률상 추정의 경우에는 적용되지 않게 된다.

참고가 될 수는 있겠으나, 이는 어디까지나 참고사항에 불과한 것이지 한국의 현행법령 등에 앞서 적용될 수는 없는 것이다.

따라서 지금부터는 우선 현행법상 경성카르텔의 위법성 판단요건이 무엇인지를 살펴보고, 이를 미국과 EU의 관련규정과 비교하고자 한다. 무엇보다, 일부에서 주장하는 이른바 4대 요건의 내용과 의미가 무엇인지, 그리고 그 요건들이 공정위가 경성카르텔 사건을 심의함에 있어서 위법성을 판단하는데 기준으로 삼을 수 있는 것인지를 중점적으로 검토하고자 한다.

2. 현행 공정거래법령, 심결례 및 판례상 경성카르텔의 위법성 판단기준

가. 현행법상 당연위법 원칙의 인정 여부

우리 법 제19조제1항에 위반되는 부당한 공동행위가 성립하기 위해서는 무엇보다 “합의”가 존재하여야 하고 그 합의가 “부당하게 경쟁을 제한하는” 것이어야 한다.

법 제19조제1항 본문은 종래 “일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는” 공동행위를 금지한다고 규정하였으나, 1999년 법 개정을 통하여 “부당하게 경쟁을 제한하는” 공동행위를 금지하는 것으로 수정하였다. 공정위가 이러한 법 개정을 하게 된 당초 취지는 경성카르텔에 대하여 당연위법 원칙을 도입하기 위한 것이었다고 알려져 있다. 그러나 이러한 취지에도 불구하고, 현행법상 경성카르텔에 대하여 미국식의 당연위법 원칙이 적용된다고 보기는 어려울 것으로 생각된다. 왜냐하면 현행법이 명문으로 당해 합의가 “부당하게 경쟁을 제한”할 것을 원고가 입증할 것을 요구하고 있기 때문이다(법률요건 분류설에 입각한 것임).

미국의 당연위법(per se illegal)은 증거법상의 원칙으로서 일단 이 원칙이 적용된다고 판단되면 반증을 허용하지 않고 종국적으로 위법성이 인정된다는데 특징이 있다. 이에 비추어 보면, “부당한 경쟁제한성”을 원고가 입증할 것을 요구하고 있는 현행법의 명문규정상 당초의 입법취지와는 달리 미국식의 당연위법 원칙이 정식으로 도입되었다고 보기는 어렵다고 생각된다. 따라서 비록 경성카르텔이라 하더라도, 제19조제1항을 적용하는 경우 원칙적으로 원고가 당해 합의의 “부당한 경쟁제한성”을 입증하여야 하는 책임을 지게 된다. 다만, 그 정도나 방법은 뒤에서 보는 바와 같이 달라질 수 있을 것이다.

나. 법 제19조제1항의 “부당한 경쟁제한성”²⁾

이미 보았듯이, 법 제19조제1항을 적용하는 경우에 원고(심사관)가 부당한 경쟁제한성을

입증하여야 하는 것은 틀림이 없다고 본다. 그러나 “부당한 경쟁제한성”이 어떻게 입증되어야 하는지, 그리고 법문에도 불구하고 그 요건이 법 제19조제1항 각호에 예시된 모든 행위유형에 동일하게 적용된다고 보아야 하는지에 대하여는 의문의 여지가 있다. 먼저 “부당성”과 “경쟁제한성”을 굳이 구별할 실익이 없기 때문에 양자를 편의에 따라 혼용하여 “부당한 경쟁제한성”을 가리키고자 한다.

공정위와 고등법원은 1999년의 법 개정에도 불구하고, 법 제19조제1항을 적용하면서도 일반적으로 관련시장에서의 시장점유율 등을 고려하여 시장지배력의 형성에 초점을 두어 경쟁제한성의 유무를 판단해 왔으며 이는 해당 카르텔의 성격(경성인지 또는 연성인지)에 따라 크게 다르지 않았다.

그러나 이러한 태도는 1999년의 법 개정 취지를 무색케 함은 물론, 공정위가 내부지침으로 마련한 “공동행위 심사기준”(2002.5.8, 공정위 예규 제20호)을 무시하는 결과를 초래하고 있다. 나아가 공동행위의 종류에 따라 위법성의 판단기준이 달라져야 한다는 세계적인 추세에도 반하고 있다.

“공동행위 심사기준”은 공동행위의 성격상 경쟁제한적 효과만 발생시키는 것이 명백한 경성 카르텔(가격협정, 산출량의 결정·제한 또는 시장·고객의 할당)에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 구체적인 시장상황에 대한 심사 없이 부당한 공동행위로 판단할 수 있다고 규정하고 있다. 반면, 공동행위의 성격상 경쟁제한 효과와 효율성증대 효과를 함께 발생시킬 수 있는 경우(공동생산, 공동마케팅, 공동연구·개발, 공동구매 등)에는 경쟁제한 효과와 효율성증대 효과를 종합적으로 심사하도록 하고 있다.

세계적인 추세는, 가격담합과 같은 경성카르텔에 대하여는 그 경쟁제한성이 명백하다고 보아 원고가 이를 구체적으로 입증할 것을 요구하지 않으나, 연성카르텔에 대하여는 구체적인 경제분석을 통하여 경쟁제한성 유무를 판단하는 것이 사실이다.³⁾

위법성 판단을 함에 있어서 경성카르텔과 연성카르텔을 구별하고자 하는 입장은 법 제19조제1항이 명문으로 각호에 대하여 동일한 구성요건(부당한 경쟁제한성)을 요구한다는 점에 비추어 약간의 무리가 있을 수도 있다. 그러나 “부당성”이란 것이 불확정개념으로서 탄력적 해석

2) 한편, 제19조제1항에서 말하는 “부당한 경쟁제한성”과 제19조제5항에서 말하는 “실질적 경쟁제한성”의 차이에 대하여 알아볼 필요가 있다. 그간의 공정위 심결례와 판례를 살펴보면, 제19조제1항과 제5항이 차별화되지 않은 상태에서 어느 경우나 공정위가 개별적으로 경쟁제한성을 입증하고 있는 실정이다. 그러나 이러한 태도가 정당한 것인지는 의문의 여지가 있다. 무엇보다 제19조제1항과 제5항이 각각 다른 수준의 경쟁제한성을 요구하는 점을 간과하게 되기 때문이다. 따라서 법의 명문규정이나 입법취지, 그리고 외국의 입법례 등을 감안할 때, 제19조제1항과 제5항은 서로 다른 수준의 경쟁제한성을 의미한다고 보는 것이 타당하며, 제5항보다 제1항이 보다 완화된 수준의 경쟁제한성을 요구한다고 보는 것이 상당할 것이다. 이러한 입장은 다음에서 살펴보는 제19조제1항의 해석론에도 영향을 미치게 된다.

3) 외국의 태도에 대하여는 뒤에서 구체적으로 살펴본다.

및 집행의 여지가 충분한 점을 감안해 보면, 공정위 심결과 법원의 판결을 통해 이러한 해석론을 정착시키는 것이 딱히 불가능하다고 볼 수는 없다고 본다.

특히 대법원의 경우, 입찰담합에 있어서는 시장점유율 등을 별도로 검토하지 않고 “이러한 행위로 인하여 입찰에서의 경쟁이 실질적으로 제한되었음은 행위의 성격상 명백하다”고 함으로써 외견상 당연위법 원칙이 적용되는 것처럼 판시하고 있다.⁴⁾ 입찰담합을 제외한 경성카르텔에 대하여 제19조제1항을 적용하는 사건에 대한 대법원의 판결이 거의 없기 때문에 확정적으로 말하기는 어렵지만, 결국은 법원도 행위의 유형에 따라서 부당성의 판단기준이 달라질 수 있다고 보는 것으로 해석할 수 있다고 본다.⁵⁾ 왜냐하면 그 성격과 효과에 비추어 보았을 때 입찰담합과 기타의 경성카르텔을 구별하여 다르게 취급할 이유가 거의 없기 때문이다.

다. 공동행위의 성격별 경쟁제한성 판단기준

위에서 살펴본 바와 같이, 공동행위의 내용과 성격에 따라서 부당성(경쟁제한성) 판단기준이 달리 적용되어야 한다는 점에 대하여는, 일반적으로 이견이 많지 않다고 생각된다. 그렇다면, 어떠한 성격의 공동행위에 어떠한 경쟁제한성의 판단기준을 적용할 것인지가 문제되는데, 현재로서는 공정위 심의단계에 관한 한 앞에서 본 “공동행위 심사기준”이 유일한 기준이 되고 있다. 이 심사기준은 공정위가 법령의 구체적 위임 없이 정한 예규로서 법규적 구속력은 없다고 볼 수 있다. 그러나 최소한 공정위 심사관과 공정거래위원회(좁은 의미의)는 기속한다고 보아야 할 것이다.

4) 서해안고속도로 건설공사 입찰담합 사건, 서울고법 2000.11.9. 선고 99누9287, 대법원 2002.8.27. 선고 2000두 9779 판결. 법 제19조제1항을 적용한 대법원 판례가 거의 없는 형편이기 때문에 가격담합을 비롯한 다른 경성카르텔에 대한 법원의 입장은 확실하지 않으나, 행위의 속성과 효과가 유사하다는 점에서 보면 입찰담합에서의 태도가 유지될 것으로 보는 것이 타당할 것으로 생각한다.

5) 다만, 최근 이에 관하여 다르게 해석될 수 있는 판결이 나왔다. 즉, 대법원은 레미콘 개인사업자협의회의 경쟁제한행위 관련 민사판결을 통해, 법 제19조제1항제1호 및 제2호에서 정한 “부당하게 경쟁을 제한하는 것인지 여부는 사업자단체의 시장점유율, 경쟁자의 수와 공급능력, 대체성 등 여러 사정을 종합하여 판단하여야” 한다고 판시하였다(대법원 2005.1.27. 선고 2002다42605 판결). 이 판결은 경쟁제한 효과와 효율성 증대효과를 비교형량하여야 한다는 취지가 아니므로 미국식 합리의 원칙을 받아들인 것으로 볼 수는 없다. 그러나 일견 공동행위의 합위가 있어 제19조제1항을 적용하는 경우에 공동행위의 성격에 관계없이 경쟁제한성을 원고가 입증하여야 한다는 취지로 볼 여지가 있다. 그러나 이 사건은 사업자단체 금지행위에 관하여 판단한데 불과하고 문제된 사업자단체의 행위가 경성카르텔에 해당하는지 여부도 불확실하다는 점에서, 대법원이 경성카르텔의 경우에도 항상 경쟁제한성이 입증되어야 한다는 입장을 취한 것으로 보기는 어렵다고 생각한다. 또한 민사소송의 재소과정에서 2심까지 원고가 공정거래법에 관한 아무런 주장도 없다가 대법원 단계에서 갑자기 공정거래법 위반 부분을 문제삼고 나왔기 때문에 대법원에서 충분한 심의가 이루어졌다고 보기도 어렵다. 따라서 이 판결을 경성카르텔의 위법성 판단기준에 관한 대법원의 확립된 판례로 받아들이는 것은 온당치 않다고 본다. 결국 앞으로 경성카르텔의 판단기준을 충분히 심의한 대법원 판결을 기다려야 할 것으로 생각된다.

“공동행위 심사기준”은 경성카르텔과 연성카르텔을 구별하여, 경성카르텔의 경우에는 구체적인 경쟁제한성 입증은 하지 않고도 위법성을 인정할 수 있으나 연성카르텔의 경우에 대하여는 구체적 시장분석에 의한 경쟁제한성의 입증이 필요하다고 규정하고 있다. 경성카르텔에 대하여 경쟁제한성 입증은 요구하지 않는 이유에 대하여, 이 심사기준은 다음과 같이 설명하고 있다. 즉, “상기 유형의 공동행위를 수행했다는 사실 그 자체가 관련시장에서 당해 사업자들이 경쟁을 제한하는 시장지배력을 보유하고 있다는 증거가 될 수 있다”는 것이라고 전제하면서, 경쟁제한성, 즉 “시장지배력 형성 여부를 심사하는 것은 결국 해당 공동행위가 관련시장에서의 경쟁을 제한하는지 여부를 판단하기 위한 것”인데 “경성 공동행위는 행위 자체가 직접적으로 경쟁을 제한하여 가격상승·산출량 감소를 초래하기 때문에 구체적인 시장분석이 없더라도 위법한 공동행위로 판단할 수 있는 것”이라는 것이다.⁶⁾

위의 심사기준 내용을 법 제19조제1항의 규정과 연관하여 보면, 공정위의 입장은 다음과 같이 정리할 수 있을 것이다.

- ① 공동행위에 대하여 위법성을 인정하기 위하여는 항상 부당성(경쟁제한성) 판단을 하여야 한다.
- ② 부당성(경쟁제한성)의 판단은 공동행위의 내용과 성격에 따라 달라질 수 있다.
- ③ 즉, 경성카르텔은 구체적 시장분석에 의한 경쟁제한성을 입증하지 않고도 부당성(경쟁제한성)이 인정되며, 이로써 공정위는 입증책임은 다한 것으로 볼 수 있다.
- ④ 연성카르텔은 공정위가 구체적으로 시장분석을 하여 경쟁제한성을 입증하여야 한다.

다만, 법 제19조제1항의 해석상 위 ③과 같은 경성카르텔의 경우에도 피심인은 반증을 통하여 공정위의 입증을 반박할 수 있다고 보아야 하며, 이러한 점에서 반증을 허용하지 않는 미국식의 당연위법 원칙과는 다르다고 보는 것이 타당하다고 생각한다. 그럼에도 불구하고, 경쟁제한성에 대한 입증의 정도와 구체적 입증책임과 그에 따른 위험을 누가 부담하느냐의 문제가 갖는 중요성에 비추어보면 경성카르텔인지 연성카르텔인지를 구별하는 것은 매우 중요하다.

특정 공동행위가 경성카르텔인지 연성카르텔인지를 판단하는 것은, 그 행위의 속성과 시장에 미치는 효과 등을 종합적으로 감안하여 하여야 할 것이다. 이러한 판단에는 장기간의 법 집행 경험이 무엇보다 중요한 것은 물론이다. 다만, 아직까지 우리나라에서는 부당한 공동행위에 대한 규제경험이 상대적으로 길지 않기 때문에 그 구별에 있어서는 불가피하게 미국이나 EU의 법 원리를 참고할 필요가 있을 것이다. 그러한 과정에서 현대 미시경제학의 연구성과가 길잡이가 되는 것은 물론이다.

6) 위와 같은 심사기준의 입장은 뒤에서 보는 바와 같이 미국에서 인정되고 있는 경쟁제한성의 입증방법 중 직접증거에 의한 방법을 그대로 채택한 것으로 보인다.

따라서 아래에서는 미국과 EU에서는 경성카르텔과 연성카르텔을 어떻게 구별하는지에 대하여 살펴본다. 여기에서는 앞에서 언급한 미국에서 논의되는 것으로 알려진 4대 요건이 검토의 중심이 될 것이다.

3. 미국의 당연위법 이론⁷⁾

가. 당연위법 원칙의 내용⁸⁾

비록 서면법 제1조가 거래를 제한하는 모든 합의는 금지된다고 규정하고 있지만, Standard Oil 판결(1911) 이후 금지의 대상은 거래제한이 불합리(unreasonable)한, 즉 시장경쟁에 미치는 부정적 효과가 불합리하게 큰 경우에 한정된다는 판례법이 확고히 자리 잡게 되었다. 따라서 독금법 사건에 있어서 논의의 초점은 어떠한 거래제한이 불합리한가를 판단하는데 놓이게 되었는데, 일반적으로는 크게 두 가지의 위법성 판단기준이 형성되었다.

즉, 수평적 가격고정(horizontal price-fixing)이나 시장분할(market allocation)에 대한 경쟁사업자 간 합의와 같이 경쟁제한성이 명백한 경성카르텔에 대하여는 당연위법 원칙(per se illegal)을 적용하는 한편, 상대적으로 경쟁제한성이 불명확한 연성카르텔에 대하여는 구체적으로 경쟁제한성과 효율성을 비교하는 합리의 원칙(rule of reason)을 적용하는 것이다.⁹⁾

당연위법(per se illegal = illegal by itself)이란 증거법상의 원칙으로서, 일정한 요건사실이 충족되면 그 자체로 불법으로 간주되는 것을 말하며 그 효과는 종국적이다(conclusive or irrebuttable presumption). 따라서 원고가 요건사실의 존재를 입증하면 상대방은 반증을 제시함으로써 이 추정을 번복할 수 없는 것이 원칙이다. 당연위법에의 해당여부는 배심원이 판단하는 사실문제(matter of facts)가 아니라 판사가 스스로 판단하는 법률문제(matter

7) 이 항의 내용은 주로 다음 책을 정리한 것이다. ABA, Antitrust Law Development(5th), 2002, pp. 51~58, 79~91.

8) 일부에서는 당연위법 원칙이 카르텔 규제의 효율성만을 감안한 것이라고 주장하나, 아래에서 보는 바와 같이 이는 사실과 다르다. 이에 대하여 미국 대법원의 공식 설명은 다음과 같다. “가격담합과 집단 보이콧에 대한 당연위법 원칙이 행정적 편의에 기인한 것은 부분적으로는 사실이다. 그러나 연방고등법원이 행정적 편의가 유일한 당연위법 원칙의 근거라고 판시한 것은 오류이다. 당연위법 원칙은 그와 함께 금지된 행위들이 그 속성상 경쟁에 상당한 영향을 미치게 된다는 오랜 법원의 판단을 반영한 것이다”. J. Stevens, in *FTC v. Superior Ct. Trial Lawyers Assn.*, 493 U.S. (1990) 411, 432.

9) 정확하게 말하자면 당연위법 원칙과 합리의 원칙 사이에 이른바 축약된 합리의 원칙(truncated rule of reason 또는 quick look)이라고 불리는 절충적 기준이 존재하지만, 논의의 편의를 위하여 이에 대하여는 생략하기로 한다.

of law)가 되므로 판사는 요건사실이 존재한다고 인정되는 경우에는 사실심(trial)없이 직권으로 불법을 선언하게 된다. 독금법 분야에 이러한 원칙을 적용하는 결과, 당연위법 원칙이 적용되는 경성카르텔 사건에 있어서 원고는 당해 요건사실(예: 가격담합의 존재) 만을 입증하면 되며 그것으로써 더 이상의 논의는 필요하지 않고 판사는 부당성 또는 경쟁제한성에 대한 검토 없이 불법임을 판결하게 되는 것이다.

위와 같이 강력한 효력(sweeping effects)을 갖는 이유로, 당연위법 원칙은 행위의 속성과 효과(nature and effect)에 비추어 그 경쟁제한성이 명백(plain or manifest)하여 심도 있는 분석이 불필요한 경우에 한하여 인정되고 있다. 이러한 판단은 당해 행위유형에 대하여 충분한 법 집행 경험이 쌓임으로써 법원이 위법성에 대한 확신을 갖는 경우에 한하여 이루어지게 된다.

나. 당연위법 원칙의 적용기준

현재 미국 법원과 학계에서 가장 널리 인정되고 있는 당연위법 원칙의 적용기준은, Addyston Pipe 판결(1898)에서 제시되었던 것처럼 당해 공동행위의 경쟁제한성이 노골적이거나(naked restraints) 아니면 부수적(ancillary)이나 인 것으로 보인다.¹⁰⁾ 미국 법무성과 FTC가 마련한 공동행위 지침도 이와 마찬가지로 기준을 채용하고 있다.

이러한 기준을 판례를 통하여 다시 정리하면, 법원은 다음과 같은 경우에 당연위법 원칙에 따라 위법성을 판단하고 있다.

- ① 당해 행위가 “경쟁에 치명적 영향을 미치고 어떠한 상쇄효과도 없는 경우”(pernicious effect on competition and lack...any redeeming virtue), 또는 “적나라한 거래제한으로서 경쟁을 압살하는 것 외의 다른 목적이 없는 경우”(naked restraint of trade with no purpose except stifling of competition)
- ② 법원이 충분한 법 집행경험을 통해 당연위법 원칙을 적용하는데 대한 확신이 있는 경우
반면, 미국 법원이 당연위법 원칙을 적용하지 않으려 하면서 합리의 원칙에 따라 경쟁제한성을 구체적으로 분석하여 위법성을 판단하고자 하는 카르텔의 성격을 예시하면 다음과 같다.¹¹⁾
 - ① 당해 행위를 합리의 원칙에 따라 분석한 결과 경쟁제한적이라는 사실이 경험적으로 충분히 확립되지 않은 경우
 - ② 특정 거래제한이 잠재적으로나마 경쟁촉진적일 가능성이 있는 경우

10) 최소한 Hovenkamp, Kovacic, Areeda 등의 학자들이 이러한 표현을 사용하고 있다.

11) ABA, id. pp.53~57.

- ③ 당해 거래제한이 경쟁에 치명적 영향을 미친다는데 대한 근거가 없는 경우
- ④ 표면적으로는 당연위법 원칙의 적용대상이 되나, 이를 뒷받침하는 경제적 근거가 적용되기 곤란한 경우
- ⑤ 당해 거래제한이 (특히 전문자격사협회의) 수평적 통합에 부수적인 것일 경우
- ⑥ 당해 거래제한에도 불구하고 다른 경쟁상 선택의 여지가 저해되지 않은 경우
- ⑦ 당해 거래제한이 상품의 질에 영향을 미치는 윤리적 또는 산업적 표준에 해당하는 경우
- ⑧ 특정 상품을 생산하기 위하여는 수평적 거래제한이 필요한 산업분야인 경우(이 경우에는 수평적 가격고정이나 산출량 제한 합의를 부수적으로 포함한다 하더라도 마찬가지임)

다. 당연위법 원칙이 적용되는 카르텔 유형

이상에서 본 당연위법 원칙의 적용기준을 적용한 결과를 행위유형별로 다시 정리하면, 적나라한 가격고정(naked price-fixing), 입찰담합(bid-rigging), 경쟁사업자 간의 시장(고객) 분할협정(market allocation agreement)과 같은 경성카르텔 행위들이 당연위법의 대상이 된다.¹²⁾ 이하에서는 가장 중요한 가격고정 카르텔을 중심으로 당연위법 원칙이 적용되는 범위를 간략하게 살펴본다.

1927년 Trenton Potteries 판결 이후, 경쟁사업자들 간에 직접적으로 가격을 고정하는 합의(direct price-fixing agreements among competitors)는 고정된 가격이 합리적(경쟁) 수준인지에 관계없이 당연위법이라는 원칙이 확립되었다.¹³⁾

이후, 법원은 실제가격을 정하는 가격담합 뿐 아니라 가격에 직접 영향을 미치는 다양한 합의에 대하여도 당연위법 원칙을 적용하여 왔다. 예를 들어, Socony-Vacuum Oil 판결(1940)에서 법원은 석유회사들이 석유류 시장가격의 급격한 하락을 저지하기 위해 현물시장에서 잉여 석유제품을 구매하는 협정이 당연위법이라고 하면서 “가격고정을 위해 사용하는 수법은 중요하지 않다”(the machinery employed by a combination for price-fixing is immaterial)고 판시하였다. 이 판결에서 법원은 또한 석유회사들이 “시장을 조작할 수 있는 위치에 있지 않다 하더라도, 그들이 가격을 올리거나 낮추거나 또는 안정시키는 한 시장의 자유로운 경쟁을 직접 제한하는 것”이라고 판시하였다. 즉, 가격담합 당사자들의 실제 경쟁제한

12) Hovenkamp 교수를 비롯한 많은 학자들은 노골적인 거래거절 합의(naked concerted refusals to deal), 재판 매가적 유지(resale price maintenance) 등을 당연위법 원칙의 적용대상에 포함시킨다. 한편, 결합판매(tying arrangements)나 집단보이콧(group boycotts)과 같은 행위유형들은 경영상 상당한 정당성 또는 경쟁촉진적 효과가 있을 수 있으므로 당연위법 원칙이 항상 적용된다고 보기는 어렵다고 한다(다른 의견도 물론 존재한다).

13) United States v. Trenton Potteries Co., 273 U.S. 392 (1927).

성 여부는 고려의 대상이 아니라는 것이다.

당연위법 원칙은, 실제가격을 정하는 경우 뿐 아니라 가격에 직접 영향을 미치는 거래조건을 정하는 경우에도 동일하게 적용된다. 이에 대하여 좀 더 살펴보면, 대법원은 경쟁관계에 있는 도매업자들이 구매자들에게 제안하는 신용판매 조건을 표준화하는 협정이 “가격을 인상하는 협정과 마찬가지로 명백히 경쟁제한적”이고 따라서 당연위법 원칙이 적용되는 가격고정에 해당한다고 판시하였다.¹⁴⁾

이와 같이 법원이 당연위법 원칙을 적용한 사례를 예시하면, 물품 보상판매시 적용하는 가격 할인 폭을 통일하는 협정 (agreements to use uniform or standard trade-in allowances), 현금 초기납입금 조건을 통일 (cash down payment requirements) 하는 협정, 할인을 제한 (limit discounts) 협정, 무료 서비스 중단 (discontinue free service) 협정, 기타 가격의 구성요소를 고정하는 (fix any other elements of price) 협정, 나아가 가격제안의 방법을 특정하게 통일하는 (use a specific method of quoting prices) 협정 등과 같다. 또한 비용과 마크업 이윤을 통일하는 (establishing uniform costs and markups) 협정, 연체료 부과를 의무화하는 (imposing mandatory surcharges) 협정, 상품의 등급별 가격차이를 정하는 (specifying price differentials between grades of a product) 협정, 할인을 혜택을 받을 고객 유형을 통일하는 (adopting common classifications of customers entitled to discounts) 협정 등도 마찬가지이다.

나아가 수요공급의 법칙에 따라 산출량을 제한하는 합의도 가격고정과 마찬가지로 때문에, 법원은 생산량 제한 또는 쿼터 배정 (limit production or set quotas), 특정 상품의 공급중단 (discontinue a product), 영업시간 축소 (limit business hours), 상품판매의 최소단위 고정 (fix the minimum quantity of a product sold), 기본적 첨가물의 분량 고정 (fix the amount of a basic ingredient) 등의 합의에 대하여도 가격담합과 같은 것으로 보아 당연위법 원칙을 적용하여 왔다.

라. 당연위법 원칙 적용시 가격담합 사건에서의 경쟁제한성 분석

이미 살펴보았듯이, 일단 당연위법 원칙이 적용되는 가격담합이라고 규정되면, 이에 대하여

14) *Catalano, Inc. v. Target Sales, Inc.*, 446 U.S. 643 (1980), at 645. “It is virtually self-evident that extending interest-free credit for a period of time is equivalent to giving a discount equal to the value of the use of the purchase price for that period time. Thus, credit terms must be characterized as in inseparable part of the price. An agreement to terminate the practice of giving credit is thus tantamount to an agreement to eliminate discounts, and thus falls squarely within the traditional per se rule against price fixing”. *Id.* at 648.

피고가 당해 행위가 경쟁제한성이 없다든가 또는 효율성 제고효과가 더 크다든가 하는 항변을 통해 반증하는 것은 허용되지 않는다.

이에 대하여는 지금까지도 폭넓은 지지를 받고 있는 Socony-Vacuum 판결에서의 유명한 각주(59)를 기억해야 할 것이다. 즉, “가격고정 합의를 하는 사람들은 시장을 조절할만한 지배력이 있을 수도 없을 수도 있다. 그러나 그 합의 당사자들이 시장가격을 조절할 수 없다는 사실이 그 당사자들에게도 아무런 효과가 없다는 뜻은 되지 못한다. 가격담합의 효과는 경쟁상 전략, 산업내 위치, 가격책정의 방식 등 수많은 요소에 따라 달라질 수 있다. 가격담합에 어떠한 경제적 정당성이 주장된다 하더라도, 법률은 그 합리성 유무에 귀 기울이지 않는다. 가격담합은 경제의 중추신경계에 대한 실제 또는 잠재적 위협 때문에 모두 금지된 것이기 때문이다”.

현대적 예를 들어보면, Maricopa 사건(1982)¹⁵⁾에서 피고가 그들의 최고가격 설정행위가 경쟁촉진적인 정당성을 갖기 때문에 당연위법 원칙을 적용하면 안 된다고 주장한데 대하여, 법원은 “이 주장은 당연위법 원칙을 오해한 것이다. 모든 가격담합에는 반경쟁성이 잠재적으로 내재하기 때문에 불법으로 간주되는 것이며, 이는 경쟁촉진적 정당화 사유가 제시되는 경우에도 마찬가지이다. 그러한 주장은 실제로 의미 있는 수준으로 입증될 가능성이 극히 적기 때문이다”라고 판단하면서 이를 배척하였다.¹⁶⁾

마. 당연위법 원칙에 대한 현대적 흐름¹⁷⁾

1970년대 후반 이후, 시장의 자율적 기능을 강조하는 시카고학파의 영향으로 당연위법 원칙과 합리의 원칙 간의 구별이 흐려지는 경향이 나타났다. 이러한 경향은 미국 법원이 수직적

15) Arizona v. Maricopa County Medical Society, 457 U.S. 332 (1982).

16) 당연위법 원칙이 적용되는 경우 경쟁제한성 분석이 필요하지 않다는 점에 대하여 Hovenkamp 교수는 다음과 같이 말한다. 즉, “가격고정 사건에 있어서 카르텔 당사자들이 이윤을 남길 수 있는 수준으로 산출량을 줄일 수 있을만한 시장지배력을 갖고 있지 못하다는 주장은 일반적으로 정당한 항변이 되지 못한다. 만일 10개의 유사한 잡화점이 있는 마을에서 세 잡화점이 동일한 소매가격을 설정하는 신문광고를 게재한다면, 그 합의는 세 개별 잡화점이 각각 광고하는 경우에 비하여 광고비용을 줄일 수 있을 것이다. 더욱이 10개 중 3개의 잡화점들이 효과적으로 가격을 고정할 수는 없을 것이다. 구매자들이 다른 7개의 잡화점에서 구매할 수 있기 때문이다. 이 경우, 그 합의가 비용을 줄인다는 추정은 강하지만, 경쟁제한적인 가격고정에 대한 추정은 약하다. 그럼에도 법원은 당연위법 원칙이 적용되는 결과, 이들 피고들이 시장지배력이 없다든가 그 합의가 비용을 줄이고 따라서 소비자들에게 유리한 결과를 초래한다는 주장을 배척하게 될 것이다. 이러한 결과가 부당한지 여부는 다양한 요소들에 달려있다. 하나는 이 사건에서 시장지배력에 관한 분석을 하는 비용이다. 다른 요소는 이 사건을 비롯한 모든 유사한 사건에서 같은 항변이 제기되는 경우, 또는 이와 같이 시장지배력이 없다는 항변이 제기될 수 있는 경우와 그렇지 않은 경우를 구별하기 위한 일정한 기준을 마련하는데 소요되는 추가비용이다”.

17) 이 항은 주로 Sullivan, The Law of Antitrust: An Integrated Handbook (2000), pp.204~217을 참고하여 작성하였다.

제한(Sylvania 판결, 1974)을 중심으로 표면화하였고, 수평적 카르텔에 대하여도 특히 지적 재산권(BMI 판결, 1979), 전문자격사단체(California Dental Association, 1999), 최신 기술(Microsoft, 2001) 등의 경우 경쟁제한성이 명백하지 않다고 판단되는 일부의 경우에는 축약된 합리의 원칙(truncated rule of reason) 또는 합리의 원칙을 적용한데서 드러났다.

그러나 당연위법 원칙을 종래보다 넓혀 새로운 분야에 확장하는데 대하여 법원이 유보적인 태도를 취한다거나 종래에 비하여 그 적용범위를 축소하는 것과는 별도로, 전통적인 경성카르텔의 핵심에 대하여 당연위법 원칙이 적용된다는 판례법은 전통적인 수평적 카르텔(BRG of Georgia, 1990)뿐 아니라 전문자격사단체(Maricopa, 1981, Superior Court Trial Lawyers Association, 1990) 등에 대하여도 현재까지 확고하다.¹⁸⁾ 나아가 최근에는 오히려 포스트시카고학파의 영향에 따라 당연위법 원칙이 확대되는 경향이 조심스럽게 나타나고 있기도 하다.

결국 당연위법 원칙과 합리의 원칙 간에는 아직도 뚜렷한 구별이 존재한다. 어느 원칙을 적용할 것인지를 판단하는 방법도 법원이나 경쟁당국을 막론하고 여전히 유사한 상태이다.¹⁹⁾ 즉, 최근 20여년간에 걸쳐 종래의 당연위법 원칙이 적용되는 범위가 축소되는 현상은 당연위법 원칙과 합리원칙을 양 극단으로 하는 스펙트럼의 중간 경계선상에 놓여있는 성격의 공동행위에 대하여 나타나는 것에 불과하다. 따라서 대부분의 경우에 있어서 전통적인 당연위법 원칙은 그대로 유지된다고 볼 수 있으며, 그 결과는 이미 앞에서 본 바와 같다.

18) "Despite its wariness about applying the per se rule outside of traditional areas and its development of hybrid tests for certain restraints, the Court has not hesitated to apply the traditional per se test where it believes it appropriate. In *FTC v. Superior Court Trial Lawyers Ass'n*, for example, the Court held that a group boycott engaged in for the purpose of fixing prices was a naked restraint on price warranting per se condemnation", ABA, id. p. 53. 최근에 당연위법을 적용한 판결로서 널리 알려진 사례로 *Toys "R" Us v. FTC*, 221 F.3d 928 (7th Cir. 2000)가 있다.

19) 미국 경쟁당국에서의 실무는 미국 법무성과 FTC의 "Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors" (2000)에 자세히 나타나 있다. 이러한 태도는 다음과 같은 사례에서 명백하며(FTC의 실제 심사보고서에서 인용하는 것임), 당연위법 원칙의 대상이 될 경우에는 합의의 존재사실만 입증하는 것으로 충분하다는 전제하에 독금법을 운용하고 있다. "Because 000 appears to operate without financial or material clinical integration, its collective price negotiations are per se illegal. See, e.g., *Arizona v. Maricopa County Med. Soc'y*, 457 U.S. 332, 344-48 (1982); *United States v. Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392, 397 (1927). Price-setting conduct of physician networks qualifies for rule of reason treatment only if the "providers' integration through a network is likely to produce significant efficiencies" and the agreement on price is "reasonably necessary to realize those efficiencies." See 1996 Statements of Antitrust Enforcement Policy in Health Care at 108. We have uncovered no evidence of any efficiency that would justify joint fee-setting by 000. As detailed subsequently, 000's own documents and (payor interviews) provide substantial evidence of unlawful joint price-setting by 000. (Payor interview outcomes to be added).

바. “목적”의 필요성 여부²⁰⁾

카르텔의 위법성을 인정하기 위하여 담합 당사자들의 목적이나 의도(purpose or intent)가 필요한지 여부는 민사사건인지 또는 형사사건인지, 그리고 당연위법 원칙이 적용되는지 아니면 합리원칙이 적용되는지에 따라 달라진다.

형사사건에서는 당해 카르텔이 당연위법 원칙의 적용대상인 경우에는 당사자들의 목적이나 의도는 요구되지 않으며, 반경쟁적 효과를 입증하는 것으로 유죄인정에 충분하다. 즉, 행위의 고의성 요건은 “합의”에 대한 고의를 입증하는 것으로 충족된다. 그러나 합리의 원칙이 적용되는 사건에 있어서는, 반경쟁적 효과 외에도 목적이나 의도와 같이 보다 강화된 형태의 고의성 요건이 요구된다. 즉, 고의적으로 당해 담합을 하였다 하더라도 이러한 사실에서 고의성이 추정되지는 않으며 당사자들이 “그 담합행위의 결과에 대한 인식”(knowledge of probable consequences of an act)을 갖고 있었음을 요구하는 것이다.²¹⁾ 그러나 실제로는 배심원들이 가격담합의 사실에서 그 결과를 인식하였음을 인정하는 것이 보통이기 때문에, 이러한 고의성 요건이 유죄인정에 커다란 장애요소가 되지는 않고 있다.

한편, 민사사건에 있어서는 일반적으로 고의성(intent)은 요구되지 않고 경쟁제한적 효과의 입증으로 위법성을 인정하는데 충분하다. 다만, 이러한 경우에도 원고가 담합 당사자들의 고의성을 추가로 입증하는 경우 경쟁제한 효과의 입증에 도움이 되는 것은 물론이다.²²⁾

4. 미국 판례법상 당연위법 원칙을 적용하기 위한 이른바 “4대 요건”

가. Goldschmid 교수의 견해

미국의 저명한 독금법 학자인 Columbia Law School의 Goldschmid 교수는 당연위법 원칙이 적용되는 가격담합에 대하여 종래의 판례와 이론을 종합하여 다음과 같은 견해를 피력하고 있다.²³⁾

20) Milton Handler, et. al., Trade Regulation, p. 278. 이 저서는 2002년말 제5권이 출판되었으나, 카르텔의 분석에서는 4판과 5판에 큰 차이가 없기 때문에, 여기에서는 논의의 편의상 1997년 출판된 제4판을 기준으로 설명하고자 한다.

21) United States v. United States Gypsum Co., 438 U.S. 422 (1978).

22) Areeda, Antitrust Law VII, ¶1506도 같은 의견이다.

23) Milton Handler, Id. p. 259. 이 책은 3인의 공동저술로 되어 있으나, 카르텔에 관한 부분은 Goldschmid 교수가 전담하였다.

즉, “당연위법 원칙이 단순한 가격고정 상황에서는 충분히 유효하지만, 당해 행위가 가격구조에 영향을 미칠 수 있다 하더라도 가격에는 상대적으로 적은 영향을 미치거나 또는 효율성 향변이 상당한 근거가 있는 경우가 많이 있을 수 있다. 이러한 경우에는 충분한 분석 없이 그러한 거래제한 행위가 사회적으로 소망스럽지 못하다고 결론짓기가 불가능하다”라는 것이다. 그러면서 그 예로써, Chicago Board of Trade 사건(1918)에서 입찰시간의 제한을 통해 “새로운 시장”이 형성되었다는 상당한 근거가 있는 주장이 제기되었고 이 주장은 그 행위가 시장 운영시간 동안 유효한 경쟁을 창출하는 효과를 낳았으며, 보다 덜 경쟁제한적인 수단을 통해 같은 결과를 가져오기 어렵다는 점을 들고 있다.

따라서 가격담합 사건에 종래부터 법원 판례를 통하여 형성되어 온 당연위법 원칙을 적용하기 위해서는 과연 어떠한 행위가 당연위법 원칙이 적용되는 “가격담합”에 해당하는지를 판단해야 한다는 것이다(characterization의 문제).

결론적으로, Goldschmid 교수는 가격담합에 당연위법 원칙을 적용하기 위해서는 당해 행위가 다음과 같은 요건을 충족시켜야 한다고 한다.

- ① 당해 행위가 현저하고 직접적인(substantial and direct) 영향을 가격에 미칠 개연성이 있는가? 그 영향은 “합의”에 반드시 수반되는 종류의 것인가?
- ② 문제되는 행위가 가격에 대한 영향에 상응할 정도로 현저한 긍정적 반대급부(substantial redeeming virtues)를 낳을 개연성이 있는가?
- ③ 동일 또는 유사한 반대급부가 보다 폐해가 적고 합리적으로 가능한 대안에 의해서도 발생할 수 있는가?
- ④ 관련된 고려요소들을 검토하는 것이 얼마나 어려운가? 다시 말하면, 다양한 요소들을 고려할 경우에 특정 종류의 기업행위가 합법적이라는 예측가능성을 제공한다는 점에서 당연위법 원칙이 갖는 유효성이 얼마나 훼손되는가?

Goldschmid 교수가 제시한 위의 4가지 기준들은 미국의 판례들을 종합적으로 분석한 것으로서 충분한 근거를 갖춘 것들이며, 미국의 학계와 법조계에서 널리 인정되는 내용이다. 이러한 태도가 앞에서 말한 1970년대 이후의 당연위법 원칙의 축소경향을 반영한 것임은 물론이다. 이하에서는 구체적으로 위 4가지 기준의 의미를 알아보기로 한다.

나. 가격에의 영향

이에 대하여는 앞의 일반 이론에서 본 바와 같다. 즉, 당연위법 원칙의 적용범위에는 가격 자체를 고정하는 고전적 행위 외에 가격 형성에 영향을 미치는 가격의 구성요소 또는 기타 거래 조건의 합의도 포함되기 때문에, 그러한 경우에는 그 합의가 과연 가격에 어느 정도나, 그리고

어떻게 영향을 미쳤는지를 판단하여야 한다는 것이다.

따라서 가격 자체를 고정하는 합의가 이 기준을 당연히 충족한다는 점은 의문의 여지가 없다.

다. 긍정적 반대급부(redeeming virtues)

위 ②에서 말하는 긍정적 반대급부(redeeming virtues)란 주로 효율성 제고효과를 말하는 것이다. 예를 들어 BMI 판결(1979)²⁴⁾에서는 “license 판매에 수반되는 비용을 절감시키는 등 다른 방법으로는 실현 불가능한 경제적 효율”이 반대급부로 인용되었다. 결국 이 사건은 합리의 원칙이 적용된 파기환송 2심판결에서 반경쟁적 효과가 없는 것으로 결론지어졌다.

노골적인 가격담합의 경우, 효율성과 같은 어떠한 긍정적 반대급부도 이를 통하여 창출되기 어려운 것이 보통이기 때문에, 이 기준이 적용될 여지는 거의 없다고 할 수 있다.

한편, 이 redeeming virtues를 담합행위자들이 가격담합을 통해 얻은 부당이득 또는 초과이윤이라고 해석하는 것은 미국을 포함한 어느 나라의 경쟁법에서도 근거를 찾아볼 수 없는 것이며, 담합참가자들의 부당이득의 유무는 위법성 판단에 있어서 고려의 대상이 되지 못하는 것이 보통이다. 다만, 위법성 판단 이후의 단계에서 시정조치의 수준을 정할 때에는 EU의 경우와 같이 고려요소가 될 수 있을 것이며, 이러한 점은 공정위의 과징금 부과기준 고시(공정위 고시 제2005-3호)에 이미 충분히 반영되어 있다.

라. 덜 경쟁제한적이고 합리적으로 얻을 수 있는 대안

이 기준은, 피고가 가격담합에 의하여 일정한 긍정적 반대급부(redeeming virtues)를 창출하였다고 주장하는 경우에, 그러한 효과가 당해 가격담합이 아닌 다른 덜 경쟁제한적인 방법을 통하여서도 동일하게 달성될 수 있다면 이는 적절한 항변이 될 수 없으며, 따라서 여전히 당연위법 원칙의 적용대상이 된다는 것이다.

즉, 앞에서 본 Chicago Board of Trade 사건(1918)에서는 새로운 시장의 창출과 영업시간중의 경쟁촉진 효과가 다른 방법에 의해서는 동일하게 달성될 수 없었던 것으로 판단되었다. BMI 사건(1979)에서는 blanket licensing이 새로운 상품을 형성하였고, 이 신상품이 창출하는 비용절감 등의 효율성 제고효과는 다른 방법에 의하여 동일하게 달성될 수 없다고 법원은 판단하였다. 또한 Maricopa 사건(1982)에서 대법원은 만일 진료비 기준이 필요하다 하더라도 이를 반드시 의사들이 가격담합을 통해서 정할 필요는 없으며, 종래부터도 주 감독기관이

24) Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc., 441 U.S. 1 (1979).

이를 정해왔으며 동시에 보험회사와 의사들 간의 계약으로도 정할 수 있다고 지적하면서, 의사들의 진료비 담합은 당연위법에 해당한다고 판결하였다.

이 기준은 효율성 제고와 같은 긍정적 반대급부가 일반적으로 존재하지 않는 노골적인 가격담합과 같은 경성카르텔에 대하여는 적용될 여지가 크지 않다고 할 수 있다.

마. 예측가능성

앞에서 보았듯이, 미국 법원은 충분한 법 집행 경험을 통해 당해 행위유형의 반경쟁성이 확립된 경우에 한하여 당연위법 원칙을 적용하고 있다. 이는 당연위법 원칙의 강력한 효과를 의식하여 그 적용범위를 가능한 한 축소함으로써 오판의 위험을 줄이고자 하는데 주된 목적이 있지만, 다른 한편으로는 이를 통해 법원과 기업들에게 충분한 예측가능성을 부여하고자 하는 것이다.

예를 들어 White Motor 판결(1963)에서 대법원은 “법원이 특정 행위유형을 당연위법으로 규정하는 것은 상당한 경험이 쌓인 후에야 가능”하다고 전제하면서, “이 사건은 수직적 합의를 통한 지역제한에 관한 첫 사건이기 때문에 그 거래제한의 실제 효과에 대하여 아는 것이 거의 없다”고 한 후, 따라서 이 사건은 합리의 원칙에 따라 판단되어야 한다고 결론지었다. 이후 BMI 판결에서도 같은 태도가 유지되고 최근의 Microsoft 사건에서도 마찬가지였다.

이러한 입장에 따라 기업들은 과거부터 당연위법으로 규정되지 않은 행위를 하는 경우에는 스스로 당해 행위의 경쟁제한 효과를 충분히 감안하여 실제 실행 여부를 판단할 수 있게 되고 만일 당연위법으로 규정된 행위라면 당연히 적발의 위험을 감안하여 실행 여부를 결정할 수 있게 된다. 따라서 예측가능성의 면에서 당연위법 원칙이 갖는 의미는 매우 큰 것이다.

이에 대하여 Kovacic 교수는 다음과 같이 설명하고 있다. 즉, “당연위법 원칙은 법원과 기업들에게 명확한 기준을 제시하게 된다. 명확한 기준은, 그것이 좋은 것이건 나쁜 것이건, 법이 확실하고 이를 준수하는 것이 쉽다는 것을 의미한다.”²⁵⁾

그러나 노골적인 가격담합의 경우에는 예측가능성이라는 측면에서 이미 더할 수 없을 만큼 그 위법성이 널리 알려져 있기 때문에 이러한 기준에 의할 때에도 재론의 여지가 없게 된다.

25) Gavil, etl al., Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy (2002), p. 96.

5. EU 경쟁법에서의 경성카르텔 판단기준²⁶⁾

가. 일반적 판단기준

로마조약 제81(1)은 당해 행위의 목적(object)이나 효과(effect)가 경쟁을 제한하는지 여부를 위법성 판단의 기준으로 하고 있다. 위법성 판단에 있어서, 일반적으로 EU 경쟁법은 미국 독점법과 상당히 다르기 때문에 미국식의 당연위법 원칙이나 합리의 원칙이 그대로 적용되지는 못한다는 것이 일반론이며, 대부분의 학자들이나 CFI 또는 ECJ의 판결에서 지속적으로 확인되고 있다.²⁷⁾

그러나 실제로는 EU도 미국에서의 당연위법 원칙과 유사한 방법에 의하여 가격담합을 비롯한 경성카르텔을 규율하고 있는 것이 현실이다. 즉, 당해 가격담합의 목적(object)이 경쟁제한적인 경우에는 법원이 그 행위의 경쟁제한성을 분석·입증할 필요 없이 위법한 것으로 일관하여 인정하고 있기 때문이다.²⁸⁾ 여기에서 목적이란 당해 합의를 할 당시 당사자들의 주관적 의도를 말하는 것이 아니라, 당해 합의를 경제적 의미에서 평가할 경우에 발견되는 객관적 의미와 목적을 종합한 것이다.

가격담합과 같이 특정 합의의 목적이 경쟁제한에 있는 것으로 판단되는 경우, 극히 예외적인 경우를 제외하고는 합의의 당사자들은 당해 합의가 경쟁제한성이 없다는 반증을 하는 것이 허용되지 않는다. 이는 경쟁제한성이 법률문제(matter of law)로서 종국적으로(conclusively) 인정되어 있기 때문이다. 따라서 당사자들은 오직 제81(3)의 적용제외(exemption)에 해당한다는 점을 입증하여서만 위법성에서 벗어날 수 있다. 이를 미국의 당연위법 원칙과 비교하여 보면, 합의의 목적이 경쟁제한적이라는 이유로 당연히(per se) 제81(1)을 위반한 것으로 간주된 경우에도 제81(3)에 의한 적용제외에 해당함을 입증하는 경우에는 위법성 판단에서 벗어날 수 있다는 점이 큰 차이점이다(미국에는 이에 상응하는 제도가 없다).

적용제외에 해당함을 입증하는 방법에는 두 가지가 있을 수 있다. 즉, 사전에 집단면제(block exemption)로서 승인을 얻었다는 사실을 입증하는 것과 당해 행위가 경쟁제한성이

26) 이 항의 내용은 주로 Richard Whish, *Competition Law* (4th ed.) (2001)의 제3, 13, 15장과 Jones and Brenda Sufirin, *EC Competition Law* (2001)의 제3, 4, 11장의 내용을 정리한 것이다.

27) 다만 2004.5.1.부터 시행된 현대화(Modernization) 조치에 의하여 미국식의 합리의 원칙이 도입되었다는 주장이 제기되고 있는 것은 사실이다. See Hwang Lee, *Influencing a Global Agenda : Implications of the Modernization of European Competition Law for the WTO*, *Erasmus Law and Economics Review* vol. 2 (2004), p. 22.

28) 예컨대 *Consten and Grundig v. Commission*, cases 56 and 58/64 (1966)과 같다.

없다는 사실을 입증하는 것이다.²⁹⁾ 전자의 경우는 사전에 EC가 승인한 경우에 한하여 적용되는 것이므로 큰 문제가 되지 않는다. 후자 역시 이론적으로는 가능하나 실제로는 성공하는 사례가 드문 것이 현실이다. 결국, EU에서도 미국의 당연위법 원칙과 유사한 원리가 확립되어 있다고 할 수 있다.

한편, 당해 합의의 목적이 경쟁제한에 있지 않다고 판단되는 경우에도, EC는 그 합의의 효과(effect)가 경쟁제한적이라는 점을 입증하여 위법성을 주장할 수 있다. 경쟁제한 효과는 경쟁제한성과 효율성 제고효과 등을 면밀하게 분석하여 입증하도록 하고 있다. 2004.5.1.부터 시행된 현대화 조치(Modernization)에 의하여 사전적인 개별적 면제제도가 폐지된 이후, 효과면에서의 경쟁제한성을 입증하는 방법은 미국식의 합리의 원칙(rule of reason)에 크게 접근한 것으로 인정되고 있다.³⁰⁾

나. 합의의 목적이 경쟁제한적인 행위유형

그렇다면, 어떠한 행위들이 그 목적상 명백히 경쟁제한적인 경우에 해당하는 것인지가 중요한 문제가 된다. 유럽 법원은 전통적으로 수평적인 합의들 중에서 가격담합(price-fixing), 시장분할(market sharing), 산출량 제한(limit output), 판매제한(limit sales), 가격정보의 교환(exchange price information), 그리고 공동의 배타적 거래(collective exclusive dealing) 등이 이에 해당하는 것으로 판결하여 왔다. 다만, 이상의 행위유형에 해당하는 경우라도 개별 사안별로는 과연 목적상 당연위법인 경우에 해당하는지 여부를 구체적으로 판단하여야 하는 경우가 일부 있을 수 있다. 이를 categorization 또는 recategorization의 문제로 일컫는데, 미국식의 characterization의 문제와 유사한 과정이라고 할 수 있을 것이다.

가격담합의 경우에 대하여 위의 내용을 구체적으로 살펴보기로 한다. 먼저 가격 자체를 고정하는 합의는 물론, 직·간접적으로 가격경쟁을 제한하는 합의는 어떠한 것이라도 제81(1)의 금지대상에 포함된다.³¹⁾ 판례상의 사례를 들어보면, 가격할인 금지협정(obligation not to offer discounts), 배달비를 통일하는 협정(a term providing for the charging of uniform delivered prices), 공표된 가격에서 할인하지 않기로 한 합의(agreement not to discount off published prices), 최대 할인을과 신용판매 조건을 동일하게 유지하기로

29) EU 경쟁법의 현대화 조치에 의하여 사전적인 개별면제 시스템은 2004.5.1.부터 폐지되었으므로 현재에는 집단적 면제(block exemption) 제도만이 남아있다.

30) 현대화 조치와 유럽에서의 합리의 원칙 도입에 대한 구체적 내용은 Hwang Lee, id. 참조.

31) 이 부분과 사례의 내용은 Richard Whish, id. pp 426~432에 제시된 판례에 근거한 것이다.

하는 합의(agreement to observe maximum discounts and to offer the same credit terms), 가격표에 대하여 사전 협의하기로 하고 그 협의 전에는 오퍼를 내지 않기로 한 합의(prior consultation on price lists, with a commitment not to submit quotations before such consultation), 가격경쟁을 제한하는 거래조건의 합의(agreements on terms and conditions which limit price competition), 권장가격의 합의(agreements on recommended prices) 등이 이에 해당한다.

다. 최소기준의 원칙(de minimis doctrine)

제81(1)에 의하여 경쟁제한적인 합의에 해당하더라도 일부의 경우에는 시장에 경쟁상 의미 있는 수준의 영향을 미치지 못하거나 회원국간의 교역에 큰 영향이 없다는 이유로(requirement of an effect on trade between Member States) 위법성이 인정되지 않을 수 있다. 이는 당해 합의의 목적이 경쟁제한적이라는 이유로 법률문제로서 위법하게 된 노골적인 가격담합의 경우에도 동일하게 적용된다. 후자는 우리 공정거래법에 있어서는 큰 의미가 없으므로 아래에서는 최소기준의 원칙에 대하여만 알아보기로 한다.

2001. 12. 22. 개정된 새로운 고시(Notice on agreements of minor importance = de minimis Notice)에 의하면, 수평적 합의에 참여하는 모든 경쟁사업자들의 시장점유율 합계가 10%(수직적 합의의 경우에는 15%, 개정 전에는 각각 5% 및 10%) 이하인 경우에는 EC가 위법성을 인정하지 않는 것을 원칙으로 한다. 이 고시는 비록 법규적 효력이 없기 때문에 법원을 기속하지는 않으나 이 기준에 해당하는 경우에는 EC가 원칙적으로 법 집행을 하지 않기 때문에 실제로는 커다란 의미를 갖고 있다. 이러한 경우에는 참여사업자들이 시장지배력을 갖는다고 보기 어렵고, 따라서 시장경쟁에 미치는 경쟁제한적 효과가 크다고 보기 어렵기 때문에 법 집행 대상에서 제외한다는 것이다. 앞에서 보았지만, 이러한 입장은 당연위법 원칙의 적용대상인 경우에는 시장점유율 또는 시장지배력 유무는 분석하지 않는 것을 원칙으로 하고 있는 미국 법원의 태도와는 상반되는 것이다. 그러나 이 기준이 제시하는 시장점유율 하한선이 매우 낮기 때문에 실제적으로는 큰 차이가 없다.

다만, 이 고시가 절대적으로 적용되는 것은 아니다. 즉, 이 고시는 가격고정, 생산량 또는 판매량 쿼터, 또는 시장분할과 같이 그 목적(object)이 경쟁제한적인 경우에 있어서는(즉, 미국 식의 당연위법에 해당하는 경우에는) 이 최소기준에 미달하는 경우에 있어도 위법성이 인정될 수 있다는 점을 명시하고 있다. 또한 EC 스스로도 시장집중도가 매우 높은 과점시장에서는 이미 경쟁이 크게 제약되어 있는 상태이므로 이러한 시장에서의 합의에 대하여는 이 최소기준을 적용하지 않을 수 있다는 입장이다. 나아가 ECJ는 소규모 사업자들로만 구성된 시장에서

는 합의 참여자들의 시장점유율이 이 최소기준에 미달한다 하여도 그들의 시장점유율이 경쟁 사업자들보다 크고 매출액 규모가 큰 경우에는 이 최소기준이 적용되지 않는다고 판시한바 있다.³²⁾

라. 경쟁사업자간의 협력협정의 경우³³⁾

일반적인 수평적 카르텔에 대하여는 위에서 본 바와 같은 원칙이 적용되게 된다. 그러나 R&D 협정과 같이 경쟁사업자 간의 협력이 필요한 경우에 있어서는 일반적인 카르텔에 비하여 그 경쟁상 효율성 제고효과가 큰 경우가 많기 때문에, 이를 감안한 구체적 위법성 판단기준이 필요하게 된다. EU 경쟁법상으로는 경쟁사업자간 협력협정에 대하여도 앞에서 보았던 카르텔에 대한 일반원칙이 그대로 적용되는 것은 물론이다. 다만, 그러한 판단을 함에 있어서 감안해야 할 요소들이 “수평적 협력협정에 대한 제81조의 적용가능성에 대한 지침”(Guidelines on the Applicability of Article 81 of the EC Treaty to Horizontal Cooperation Agreements)으로 2000년말 개정되어 2001. 1. 6. 공표되었다.³⁴⁾

앞에서 보았듯이 제81조의 위법성 판단은, 당해 합의의 목적이 명백히 경쟁제한적인 경우에는 효율성 반증이 일반적으로 허용되지 않으나, 그렇지 않은 경우에는 그 경쟁상 효과를 면밀히 분석하여야 한다. 경쟁사업자 간의 협력협정은 보통은 후자에 해당하는 것이다(즉, 합리의 원칙이 적용되는 경우에 대하여 정한 것이다).

이 지침은 R&D, 생산 협정(production agreements), 전문화 협정(specialization agreements 포함), 구매 협정(purchasing agreements), 상거래 협정(commercialisation agreements), 표준화 협정(agreements on standards), 그리고 환경 협정(environmental agreements) 등 6가지 협력협정에 대하여 적용된다. 즉, 그 외의 합의는 일반원칙에 의하여 규율된다.

32) Musique Diffusion Francaise v. Commission, Cases 100/80 etc (1983), ECR 1825.

33) 이 항에서 언급하는 사업자간의 협력협정은 카르텔 중에서도 특수한 경우에 한하여 적용되는 것이기 때문에 일반적인 카르텔의 논의에서는 제외하는 것이 보통이다. 그러나 일부에서 이러한 특수한 경우에만 해당하는 원리가 카르텔 분석의 일반원리인 것처럼 오해하는 경우가 있어 이에 대해 논의하는 것이다. 한편 미국 법무성과 FTC는 “Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors” (2000)를 마련하여 일반적인 수평적 카르텔에 대한 논의의 일부로서 Joint Ventures에 대한 고려를 함께 하고 있다.

34) EC가 수평적 협력협정에 대한 가이드라인을 개정·공표하게 된 것은, 기존의 법 집행이 지나치게 단순하고 규제에 치우쳐있다는 비판을 수용하여 이러한 유형의 합의에 대하여는 추가적 요소들을 고려함으로써 반경쟁적 효과에 유의하면서도 그 긍정적 효과를 객관적으로 평가하고자 한 것이다. 다만, 이들 경쟁사업자들이 조인트벤처를 설립하는 경우에는 제81조가 아닌 합병규칙(EC Merger Regulation)의 적용을 받게 된다.

이 중 상거래 협정에 대하여 좀 더 자세히 알아보면 다음과 같다. 상거래 협정이란 경쟁사업자들이 상품의 판매, 배급 및 마케팅을 협력하여 하기로 합의하는 것을 말한다. 경쟁관계에 있지 않은 사업자간의 상거래 협력협정은 제81(1)의 적용대상이 아니다. 상거래 협력협정은 그 목적과 효과가 가격담합(price-fixing)의 문제를 야기할 우려가 매우 크기 때문에 특별한 주의가 필요하게 되며, 종래부터 제81(1) 위반으로 판단된 사례가 다수 있다. 상거래 협력협정이 가격담합에 이르지 않는 한, 협정 당사자들의 시장점유율 합계가 15% 미만인 경우에는 제81(1)의 위반일 가능성이 매우 낮은 것으로 여겨진다. 만일 상거래 협력협정이 가격담합에 해당하는 경우라면, 그 가격담합이 다른 마케팅 기능의 통합(integration)에 필수불가결하고 그 통합으로 인해 상당한 효율성(substantial efficiencies)이 창출되지 않는 한 위법성이 인정되게 된다.

6. 경성카르텔에 대한 이른바 4대 기준의 적용가치

가격담합을 비롯한 경성카르텔은 그 성격과 효과에 따라 당연위법 원칙이 적용되는 노골적인 것(naked)과 합리원칙이 적용되는 부수적인 것(ancillary)을 스펙트럼의 양 극단으로 하여 중간지대 중 어느 곳에 위치한 것인지에 따라 적용되는 위법성 판단기준이 달라지게 된다. Goldschmid 교수가 말하는 4대 기준은 어느 극단이 아닌 중간지대에 놓인 가격담합에 대하여 둘(당연위법과 합리원칙) 중에 어느 기준을 적용할 것인지를 판단하는데 필요한 것이다.

앞에서 보았던 공정위의 “공동행위 심사기준”을 살펴보면, 공동행위를 성격에 따라 경성과 연성으로 2분하여 위법성 판단기준을 제시하고 있다. 이는 공동행위 스펙트럼의 양 극단만을 대상으로 한 것으로서 그 중간지대에 놓인 공동행위에 대하여는 별다른 기준을 제시하지 못한 것이다. 따라서 공정위 심의시 이러한 행위에 대하여 공정위 심사관이 어느 정도의 경쟁제한성을 입증하여야 할 것인지를 판단함에 있어서 이른바 4대 기준이 중요한 적용기준이 될 수 있을 것이다.

그런데 지금까지 공정위가 통상적으로 문제 삼는 가격담합 사건은 그 성격과 내용상 대부분 노골적인 가격담합(naked price-fixing)에 해당하는 것들로서 스펙트럼의 한 극단(당연위법 원칙이 적용되는 쪽)에 놓이는 것들이다. 즉, 최근의 용접봉 공동행위 건이나 굴삭기·지게차 공동행위 건의 경우, 재론의 여지가 없이 4대 기준을 충분히 만족시키는 것이었다. 따라서 이들은 미국에서라면 당연히 당연위법 원칙의 적용대상이 될 것이다.

이 시점에서 우리가 생각해 보아야 할 것은, 현재 공정위가 문제 삼고 있는 경성카르텔의 범위가 지나치게 좁아 사회적으로 경쟁제한성이 큰 카르텔을 사실상 방치하는 결과를 낳고 있지

않나 하는 것이다. 앞에서 본 바와 같이 미국에서는 지난 100여년간의 왕성한 카르텔 규제의 결과, 이미 노골적인 경성카르텔은 자취를 감춘 지 오래이고 미국에서는 독금법의 집행에 부정적 견해를 보이는 인사들조차도 지난 100여년간의 미국 독금법 집행의 최대성공과 노골적인 경성카르텔의 근절을 꼽는데 주저하지 않고 있다.

오래 전부터 양 스펙트럼의 중간지대에 놓인 카르텔의 부당성을 심도 있게 논의하고 있다. 그 결과 Goldschmid 교수가 언급하는 4대기준이 제시되는 것이다. 이러한 현상은 EU에서도 마찬가지로서, 앞의 사례에서 보았듯이 우리나라에 비하여 당연위법에 가깝게 규제하는 범위가 훨씬 넓은 형편이다. 그런데 공정위와 우리 법원은 사실상 아주 극단적으로 경쟁제한적인 카르텔만을 규제대상으로 삼고 있기 때문에 시장경제원리가 왜곡되는 현상을 상당부분 방치하고 있는 실정이다. 앞으로 실무적으로 깊이 검토해야 할 문제라고 생각한다.

7. 가격담합 사건에서의 경쟁제한성 분석

마지막으로, 가격담합 사건에서 경쟁제한성 분석을 어떻게 해야 할 것인지에 대하여 생각해 본다. 결론부터 말하자면, 미국이나 EU에서라면 당연히 당연위법으로 취급되는 노골적인 가격담합을 심의하는 것이 보통인 우리의 현실에서는, 이들 국가와 마찬가지로 공정위 심사관의 깊이 있는 경쟁제한성 분석은 필요하지 않다고 생각된다. 즉, 노골적인 가격담합의 경우 그 자체가 경쟁제한성에 대한 직접증거가 되기 때문에 합의만 입증되면 “부당한 경쟁제한성”은 그 속성으로서 이미 심사관이 입증한 것으로 간주하는 것이 마땅하다고 생각한다. 따라서 시장 점유율 등을 통해 경쟁제한성을 간접적으로 추가 입증하기 위한 노력은 필요하지 않다는 것이다. 물론 이는 당해 가격담합에 법 제19조제1항이 적용된다는 점을 전제한 것이다.³⁶⁾

일반적으로 시장지배력을 입증하는 수단으로는 직접증거(direct evidencd)와 간접(정황) 증거(circumstantial evidence)가 있다. 직접증거란 피심인이 실제로 정상적인 경쟁방법 외의 수단을 통해 가격을 조절하거나 경쟁사업자를 축출하는 등의 행위를 하였다는 것이며, 이러한 행위는 시장지배력을 갖는 자만이 할 수 있는 것이라는 점에서 시장지배력을 입증하게 된다. 반면, 간접증거란 시장획정을 통해 피심인의 시장점유율을 산출하는 방법 등을 말하는 것

36) 법 제19조제5항이 적용되는 경우에는 법상 명문규정이 “실질적 경쟁제한성”을 원고가 입증하도록 하고 있기 때문에, 그 가격담합이 성격상 당연위법 원칙의 적용대상이건 합리원칙의 적용대상이건 원고가 경제분석을 통해 경쟁제한성을 입증하여야 할 것이다. 그 결과, 앞에서 보았던 이른바 4대기준은 당연위법 원칙을 적용하기 위한 기준이라는 점에서, 제19조제5항이 적용되는 사건에 대하여는 고려대상이 되지 못한다고 할 수 있다. 다만, 그 4대기준은 경쟁제한성 분석시 필요한 분석대상이 될 것이다(단, 마지막 예측가능성 부분은 제외).

이며, 이를 통해 시장지배력이 있음을 보이게 된다. 현재까지 간접증거의 방법이 널리 이용되어 왔음은 주지의 사실이다.

그런데 가격담합의 경우에는 피심인의 가격담합이 합의되고 실행되었으며 계속 유지되었다는 사실 자체가 그들이 시장에서 지배력을 갖고 있다는 직접증거가 된다. 따라서 시장점유율을 통해서 시장지배력을 부정하고자 하는 항변은 보통은 배척되어야 할 것이다. 시장지배력의 측정에는 수많은 고려요소가 있고 만일 시장점유율을 통한 분석결과 피심인들의 시장지배력이 부정된다는 것은, 이들이 가격을 인상할 능력이 있고 실제로 그렇게 하였다는 사실과 상충되는 것이기 때문에 직접증거가 보다 우월한 증명력을 갖는다고 보는 것이 일반적으로 타당하기 때문이다.³⁷⁾

다만 앞에서 본 바와 같이 현행법 제19조제1항의 해석상 미국식의 당연위법 원칙을 그대로 공정거래법 위반사건에 적용할 수는 없기 때문에, 현행법 아래서 피심인이 경쟁제한성이 없다는 사실을 입증하여 부당한 경쟁제한성이 없다는 주장을 할 수는 있을 것이다. 이 경우에는 공정위 심사관이 다시 그 반증사실을 반박하여야 할 책임을 부담하게 될 것으로 생각한다. 그러나 가격담합행위의 경쟁제한적 속성과 직접증거에 비추어 볼 때, 피심인이 경쟁제한성이 없다는 점을 실제로 반증하는 것은 극히 어렵다고 본다.

결국, 공정위와 법원이 입찰담합을 제외한 다른 경성카르텔 사건에서 법 제19조제1항을 적용하면서도, (형식적으로나마) 시장점유율을 중심으로 시장지배력을 형성했는지 여부를 판단하고 이에 따라 경쟁제한성을 분석하고 있는 것은 바람직하지 않다고 생각된다. 경쟁상의 폐해가 명백하고 긍정적 효과가 거의 존재하지 않는다는 측면에서 입찰담합과 다른 노골적 경성카르텔을 구별할 이유가 없기 때문이다.³⁸⁾ 다만, 현행법의 규정상 피심인이 경쟁제한성이 없다는 반증에 성공하면 이를 반박할 책임은 심사관에게로 넘어갈 것이나 앞에서 본 바와 같이 실제로 이러한 반증에 성공할 가능성은 거의 없을 것으로 생각한다. 이러한 입장은 앞에서 보았

37) 미국에서는 최근 피고가 가격을 올리거나 경쟁사업자를 배제할 수 있는 능력을 갖고 있다는 사실을 직접증거를 통해 입증하는 사례가 늘어나고 있다(이하의 부분은 Gavil, id. pp.582~593에서 발췌한 것이다). 대표적인 사례가 Kodak 사건(1992)이다. Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., 504 U.S. 451 (1992). 포스트 시카고학파의 견해를 받아들여 시카고학파의 견해보다 더욱 넓은 범위를 규제대상으로 삼는 계기가 되었다는 평가를 받는 이 사건에서, 법원은 단순한 시장점유율 증거 뿐 아니라 시장에서의 현실을 종합적으로 평가하고자 하였다. 그 결과, 보다 양질의 서비스를 저가에 제공하는 ISO들에게 부품공급을 중단하여 시장으로부터 퇴출시켰다는 증거는 Kodak의 시장지배력의 존재와 행사를 충분히 확립하였다고 결론지었다.

38) 이를 공정위 입장에서 다시 말하면, 제19조제1항에 의하여 명백히 당연위법 원칙에 해당하는 경성카르텔 사건의 경우에는 심사관이 심사보고서에서 먼저 경쟁제한성을 분석할 필요가 없을 것으로 생각된다. 다만, 아직까지는 법원의 입장이 명확하지 않기 때문에 실제 사건에서 이와 같이 경쟁제한성의 입증을 생략하는 데에는 위험부담이 따를 것이다. 따라서 현재로서는 심사관이 원칙적으로는 경쟁제한성의 구체적 입증을 생략하되, 예비적으로는 현재와 같이 이를 행하는 방법을 취하는 것이 바람직하다고 생각한다.

던 법 제19조제1항이 적용되는 입찰담합 사건에 대한 대법원의 판결에 비추어 보아도 충분한 타당성이 있다고 본다.

8. 결론

가격담합을 비롯한 경성카르텔의 폐해는 이미 이론의 여지가 없는 형편이기 때문에, 가장 효과적인 적발 및 시정수단이 무엇인지에 대하여 논의가 집중되는 것이 세계적인 추세이다. 이러한 상황에서 금지대상을 확정하는 위법성 판단기준을 정립하는 것은 무엇보다 중요한 일이라 할 수 있다. 앞으로 이에 관한 건설적 논의를 통해 우리의 경제현실에 적합한 기준이 마련되기를 기대한다. **경쟁저널**