

담합의 존재에 관한 경제적 증거:반독점법과 과점이론의 조화(4)

Gregory J. Werden · 이상승 譯

III. 합의에 관한 셔먼법 제1조 개념과 최신 과점이론의 조화

A. 최신 과점이론에 대한 시각

비협조적 내쉬균형의 개념은 간단하고 전적으로 직관적이다.¹⁹¹⁾ 경쟁기업들은 상대방의 행동을 관찰하고, 만약 자신을 제외한 모든 경쟁기업들의 행동이 주어졌을 때 모든 기업이 자신의 행동이 최적이라고 판단할 때 균형이 성립한다. 산업조직론 전공 경제학자들은 내쉬균형 개념을 제외한 다른 대안은 분석에 거의 사용하지 않는다.

일회게임 과점 모형(one-shot game oligopoly models)은, 비록 경쟁기업들이 반복하여 상호작용하게 되는 실제 현실로부터 추상화 되었다는 비판을 받지만, 경쟁에 있어 최신 경제학적 사고의 주류다.¹⁹²⁾ 경제학자들은 일회게임 과점 모형이 현실 과점의 행동에 대해 완벽하지는 않다 하더라도 유용한 예측을 가능케 해준다고 믿는데, 이러한 모형들은 실제 산업에서 일반적으로 관찰되는 가격 및 이윤 수준을 꽤 잘 설명해 주는 것으로 입증되어 왔다.¹⁹³⁾ 이와 같은 일회게임 과점 모형들은 산업조직론 강좌에서 강의되고 있고, 또한 법정 밖에서는 전문 경제학자들에 의해 널리 사용되

* 본 번역문은 ANTITRUST LAW JOURNAL Volume 71 Issue 3, 2004에 게재된 원문을 기고자로부터 번역 허락을 받아 서울대 이상승 교수에게 번역을 의뢰한 것으로서 경쟁저널 제115호(2005. 3)에 이어지는 글이다.

191) 경제학의 대부분과는 달리, 내쉬균형은 변호사와 판사들도 충분히 이해할 수 있다.

192) 그 예로, Fisher, 상기각주 5, 115쪽 참고.

193) 집중도(concentration)와 이윤 및 가격의 관계는 꾸르노 모형에서 예상된 바와 대략 비슷하다. Micha Gisser & Raymond D. Sauer, The Aggregate Relation Between Profits and Concentration Is Consistent with Cournot Behavior, 16 REV. INDUS. ORG. 229 (2000); Luke M. Froeb & Gregory J. Werden, Endogeneity in the Concentration-Price Relationship: Causes and Consequences 12-13 (U.S. Dep't of Justice, Antitrust

고 있다. 꾸르노 모형과 베르뜨랑 모형은 기업결합분석에서 광범위하게 사용되어 왔다.¹⁹⁴⁾ 경매 모형은 합병분석과 담합의 증거를 찾기 위한 실제 입찰행태에 대한 분석에서 사용되기 시작하고 있다.¹⁹⁵⁾

경제학자들은 경쟁이 일회게임에서보다 장기에 더 치열할 것이라고 기대하지 않는다는 점에서, 일회게임 과점 모형의 비협조적 내쉬균형을 최선의 시나리오(사회적 관점에서 볼 때)로 여긴다.

신상품에 대한 공격적 가격책정(aggressive pricing)이나 또는 약탈적 행위(predatory conduct)의 경우에서와 같이, 일회게임보다 보다 치열한 경쟁이 한정된 기간 동안 일어날 수는 있다. 담합합의가 없다고 해서 완전경쟁하의 성과가 나타나는 것은 아니다. 교과서의 완전경쟁 모형에서와 같이 가격이 단기 한계생산비용과 항상 일치하는 것은 아니다. 이는 우려할 만한 사실도 아니다. 고정비용을 완전히 회수하고 투자에 대한 경쟁적 수익률(competitive rate of return on

Division, Economic Analysis Group Discussion Paper 91-7, July 1, 1991) 참고. 그리고 경매 모형에서의 예상은 실제 경매에서의 입찰과 잘 들어맞는다. Patrick Bajari & Lixin Ye, Deciding Between Competition and Collusion, 85 REV. ECON. & STAT. 971 (2003); Patrick Bajari & Ali Hortacsu, Are Structural Estimates of Auction Models Reasonable? Evidence from Experimental Data (Feb. 24, 2003), available at <http://www.stanford.edu/~bajari/behavioral.pdf> 참고.

- 194) 동질재 산업에 있어서의 합병에 대해 꾸르노 모형을 이용하여 행한 이론적 분석의 경우, Joseph Farrell & Carl Shapiro, Horizontal Mergers: An Equilibrium Analysis, 80 AM. ECON. REV. 107 (1990); Luke M. Froeb & Gregory J. Werden, A Robust Test for Consumer Welfare Enhancing Mergers Among Sellers of a Homogeneous Product, 58 ECON. LETTERS 367 (1998); Stephen W. Salant et al., Losses from Horizontal Merger: The Effects of an Exogenous Change in Industry Structure on Cournot-Nash Equilibrium, 98 Q. J. ECON. 185 (1983); Gregory J. Werden, Horizontal Mergers: Comment, 81 AM. ECON. REV. 1002 (1991) 참고. 차별화된 소비재를 생산하는 산업에 있어서의 합병에 대해 베르뜨랑 모형을 이용하여 행한 이론적 분석의 경우에는, Raymond Deneckere & Carl Davidson, Incentives to Form Coalitions with Bertrand Competition, 16 RAND J. ECON. 473 (1985); Gregory J. Werden, A Robust Test for Consumer Welfare Enhancing Mergers Among Sellers of Differentiated Products, 44 J. INDUS. ECON. 409 (1996) 참고. 차별화된 재화를 생산하는 경우의 실제 합병에 대해 베르뜨랑 모형을 이용해 행한 예측적 분석을 위해서는, Jerry A. Hausman & Gregory K. Leonard, Economic Analysis of Differentiated Products Mergers Using Real World Data, 5 GEO. MASON L. REV. 321 (1997); Aviv Nevo, Mergers with Differentiated Products: The Case of the Ready-to-Eat Cereal Industry, 31 RAND J. ECON. 395 (2000); Gregory J. Werden, Expert Report in United States v. Interstate Bakeries Corp. and Continental Baking Co., 7 INT'L J. ECON. BUS. 139 (2000) 참고.
- 195) 경매시장에서의 합병에 관한 이론적 분석은 Serdar Dalkir et al., Mergers in Symmetric and Asymmetric Noncooperative Auction Markets: The Effects on Prices and Efficiency, 18 INT'L J. INDUS. ORG. 383 (2000); Luke Froeb & Steven Tschantz, Mergers Among Bidders with Correlated Values, in MEASURING MARKET POWER 31 (Daniel J. Slottje ed., 2002); Steven Tschantz et al., Mergers in Sealed Versus Oral Auctions, 7 INT'L J. ECON. BUS. 201 (2000); Keith Waehrer & Martin K. Perry, The Effects of Mergers in Open Auction Markets, 34 RAND J. ECON. 287 (2003) 참고. 산림청목재 경매에의 적용 사례는, Lance Brannman & Luke M. Froeb, Mergers, Cartels, Set-Asides, and Bidding Preferences in Asymmetric Oral Auctions, 82 REV. ECON. STAT. 283 (2000) 참고. 담합 감지(detection of collusion)를 위한 경매 모형의 사용에 대

investment)을 달성하기 위해서는 가격이 단기 한계비용을 훨씬 초과해야 한다.¹⁹⁶⁾

또한 대부분의 경제학자들은 현실에서는 기업들이 가끔은 일회게임에서의 비협조적 내쉬균형보다 더 높은 이윤을 벌 수 있다고 믿는다. 이에 대한 가장 강력한 증거는 법무성이 승소한 형사상 담합사

건들(criminal collusion cases)¹⁹⁷⁾이 많다는 사실과, 기소된 다수의 카르텔이 효과적이었다는 경험적 증거들이다.¹⁹⁸⁾ 정부조달에서의 입찰담합(bid rigging in government procurement)에 대한 많은 연구는 담합이 낙찰가에 상당히 큰 영향을 미쳤다는 사실을 입증하였다.¹⁹⁹⁾ 몇몇 연구는 구매자 공모(buyer conspiracy)가 구입가

한 초보적 설명을 보려면, Patrick Bajari & Garrett Summers, Detecting Collusion in Procurement Auctions, 70 ANTITRUST L.J. 143 (2002)를 참고하라. 이론적 근거와 구체적인 적용에 관해서는, Bajari & Ye, 상기각주 193; Martin Pesendorfer, A Study of Collusion in First Price Auctions, 67 REV. ECON. STUD. 381 (2000) 참고.

196) 그 예로, William J. Baumol & Daniel G. Swanson, The New Economy and Ubiquitous Competitive Price Discrimination: Identifying Defensible Criteria of Market Power, 70 ANTITRUST L.J. 661, 666-68 (2003) 참고.

197) 미국 법무성은 과거 10년간 승소한 서면법 제1조 위반 형사소송이 443건(보다 적은 숫자의 단독 카르텔들을 포함하여) 있었으며, 이로 인해 336명의 개인과 316개의 기업이 유죄판결을 받았다고 밝힌 바 있다. Antitrust Workload Statistics FY 1993-2002, <http://www.usdoj.gov/atr/public/12848.htm>에서 다운로드 가능.

198) 단, 이에 대해 의혹을 품는 학자들은 아직도 존재한다. Michael F. Sproul, Antitrust and Prices, 101 J. POL. ECON. 741 (1993) (기소된 후에 가격인상이 일어난 것을 볼 때 카르텔이 가격을 올린 것이 아니었다고 주장) 참고. 그러나, Gregory J. Werden, The Effect of Antitrust Policy on Consumer Welfare: What Crandall and Winston Overlook (U.S. Dep't of Justice, Antitrust Division, Economic Analysis Group Discussion Paper 03-02, Jan. 2003) (기소된 후의 가격상승과 공모의 가격인상 효과는 전혀 별개의 문제이며, Sproul의 자료는 이를 분석하는데 전혀 유용하지 않음을 주장) 참조. 또한, Howard P. Marvel et al., Price Fixing and Civil Damages: An Economic Analysis, 40 STAN. L. REV. 561 (1988) (기소 이후 피해자들에 의한 손해배상청구소송이 드물었다는 것은 기소된 카르텔이 효과가 없었음을 보여준다고 주장함)도 참고. 반대로, Gregory J. Werden, Price-Fixing and Civil Damages: Setting the Record Straight, 34 ANTITRUST BULL. 307 (1989) (Marvel et al.의 경험적 관찰과 그 결과 모두를 논의함)도 참고.

199) 학교급식 우유에 대한 입찰담합은 많이 연구되었다. Robert H. Porter & J. Douglas Zona, Ohio School Milk Markets: An Analysis of Bidding, 30 RAND J. ECON. 263 (1999) (Ohio 공모는 주어진 한 해에 11.3%, 그 전체기간 동안은 평균 6.5% 가격을 상승시켰다); Pesendorfer, 상기각주 195 (Florida와 Texas의 공모는 낙찰가를 담합하지 않은 입찰보다 통계적으로 유의하게 높게 만들었다) Robert F. Lanzillotti, The Great School Milk Conspiracies of the 1980s, 11 REV. INDUS. ORG. 413 (1996) (주 당국이 조사를 시작했을 때 Florida에서 나타난 가격하락은, 카르텔이 가격을 14-21% 올렸음을 암시한다); In K. Lee, Non-Cooperative Tacit Collusion, Complementary Bidding and Incumbency Premium, 15 REV. INDUS. ORG. 115 (1999) (Dallas-Fort Worth에서의 비용이 2% 정도밖에 더 높지 않았음에도 불구하고, Dallas-Fort Worth에서의 담합된 입찰가는 San Antonio에서 담합되지 않은 입찰가보다 18% 높았다) 참고. 건설 입찰담합의 효과에 대한 연구는, 낙찰가(winning bids)와 입찰 전 공학적 비용 추정치(engineering estimates)를 입찰담합이 있는 경매와 없는 경매 간에 비교하였다. 그 예로, Lance E. Brannman & J. Douglass Klein, The Effectiveness and Stability of Highway Bid-Rigging, in EMPIRICAL STUDIES IN INDUSTRIAL ORGANIZATION: ESSAYS IN HONOR OF LEONARD W. WEISS 61 (David B. Audretsch & John J. Siegfried eds., 1992) (North Carolina에서의 고속도로 계약에 대한 입찰담합은 가격을 18% 올렸고, South Dakota에서의 입찰담합은 가격을 6.5% 올렸다); Jeffrey H. Howard & David Kaserman, Proof of Damages in Construction

격을 상당히 낮추었다는 것을 발견했고,²⁰⁰⁾ 또 다른 몇몇 연구는 최근의 국제적 카르텔들이 가격을 상당히 많이 인상시켰다는 사실을 알아냈다.²⁰¹⁾

형사상의 담합사건들은 구두합의(spoken agreements)가 있는 경우에 해당된다. 그런데 암묵적 합의(unspoken agreements)가 중요한 문제인가의 여부는 분명치 않다.²⁰²⁾ 시카고 법

과대학장 Dean Phil C. Neal이 이끌었던 대통령 직속 태스크 포스(Presidential Task Force)는 “현 반독점법에서 가장 중요한 결함이 고착화된 과점기업들(entrenched oligopolies)에 대한 처리인 바, 이들을 다루는” 입법을 제안했던 1960년대에는 많은 사람들이 암묵적 합의가 핵심문제라고 생각했다.²⁰³⁾ 그러나 게임이론과 Stigler의 모형의 영향에 따라 “협조(coordi-

Industry Bid-Rigging Cases, 34 ANTITRUST BULL. 359 (1989) (몇몇 하수도 건설계획사업에 대한 입찰담합으로부터 결과한 평균 가격상승은 적어도 36%였다) 참고. 그리고 국방부 조달(procurement)에 관한 한 흥미로운 연구도 있다. Luke M. Froeb et al., What Is the Effect of Bid-Rigging on Prices?, 42 ECON. LETTERS 419 (1993) (냉동생선을 조달하는 국방부 경매에서 가격은 입찰담합으로 인해 23-30% 상승되었다) 참고.

200) John E. Kwoka, Jr., The Price Effects of Bidding Conspiracies: Evidence from Real Estate Auction “Knockouts,” 42 ANTITRUST BULL. 503 (1997) (부동산 경매에서의 입찰담합으로 인해 가격이 32% 인하됨); Jon P. Nelson, Comparative Antitrust Damages in Bid-Rigging Cases: Some Findings from a Used Vehicle Auction, 38 ANTITRUST BULL. 369 (1993) (중고 경찰차를 대상으로 한 경매에서의 입찰담합으로 인해 가격이 17-28% 하락) 참고.

201) 리신(lysine) 카르텔의 가격효과에 대해서 몇 개의 연구결과가 발표된 바 있다. JOHN M. CONNOR, GLOBAL PRICE FIXING: OUR CUSTOMERS ARE THE ENEMY 264 (2001) (리신 카르텔이 가격을 17% 상승시켰다는 것이 최선의 추정치임); B. Adair Morse & Jeffrey Hyde, Estimation of Cartel Overcharges: The Case of Archer Daniels Midland and the Market for Lysine (Purdue Univ., Department of Agricultural Economics, Staff Paper 08-00, Oct. 2000) (리신 공모는 가격을 34% 상승시킴); John M. Connor, “Our Customers Are Our Enemies”: The Lysine Cartel of 1992-1995, 18 REV. INDUS. ORG. 5 (2001); John M. Connor, The Global Lysine Price-Fixing Conspiracy of 1992-1995, 19 REV. AGRIC. ECON. 412 (1997); Lawrence J. White, Lysine and Price Fixing: How Long? How Severe?, 18 REV. INDUS. ORG. 23 (2001) 참고. 몇몇 다른 카르텔에 대해서도 증거가 있다. CONNOR, 상기, 158쪽 (구연산 카르텔은 가격을 10-25% 상승시킴), 336쪽 (비타민 카르텔은 특정 비타민의 가격을 평균 25-28% 인상시킴).

202) 일부 학술문헌은 “암묵적 담합(tacit collusion)”의 존재를 입증했다고 주장한다. 하지만 관측된 결과가 감지되지 않은 구두합의에 의한 것인지를 판단할 수 있는 근거는 없다. 일정 기간에 걸친 실제가격책정행위에 대해 반복게임 모형을 적용하는 유명한 논문에는 Jonathan B. Baker, Identifying Cartel Policing Under Uncertainty: The U.S. Steel Industry 1933-1939, 32 J.L. & ECON. S47 (1989); Severin Borenstein & Andrea Shepard, Dynamic Pricing in Retail Gasoline Markets, 27 RAND J. ECON. 429 (1996); Glenn Ellison, Theories of Cartel Stability and the Joint Executive Committee, 25 RAND J. ECON. 37 (1994); Robert H. Porter, A Study of Cartel Stability: The Joint Executive Committee, 1880-1886, 14 BELL J. ECON. 301 (1983); Ray Rees, Collusive Equilibrium in the Great Salt Duopoly, 103 ECON. J. 833 (1993); Margaret E. Slade, Interfirm Rivalry in a Repeated Game: An Empirical Test of Tacit Collusion, 35 J. INDUS. ECON. 499 (1987) 이 있다.

203) Report of the White House Task Force on Antitrust Policy 1 (July 5, 1968), 1 J. REPRINTS ANTITRUST L. & ECON. 633 (1969)에 재인쇄. 대통령 직속 태스크 포스의 입법제안은 “집중된 산업법(The Concentrated Industries Act)”이라고 불렸고, 그 내용은 HARVEY J. GOLDSCHMID ET AL., INDUSTRIAL CONCENTRATION: THE

nation)는 순전히 자발적일 수 없으므로” “합의, 협조, 그리고 준수(concurrence, coordination, and compliance)”를 확보하기 위한 피고들의 시도는 유죄판결을 입증할 수 있는 결정적인 증거(smoking-gun-type evidence)를 충분히 남길 것”이라는 견해가 이미 상당기간 동안 주류적 위치를 차지하게 되었다.²⁰⁴⁾

반복게임 과점 모형들이 위와 모순되는 예측을 하는 것은 아니다. 이 모형들이 가격협조(pricing coordination)가 일정한 조건하에서 가능하다는 것을 보여주는 것은 사실이다. 하지만 이러한 결과를 글자 그대로 받아들여, 협조된 가격책정이 아무런 형태의 의사소통도 없이 일어난다는 것을

믿는 경제학자는 거의 없다. 반복게임 모형은 과점상황에서 발생할 가능성이 있는 결과에는 어떤 것들이 있는지를 정확히 파악해 내지만, 이 중 구체적으로 어떤 결과가 실제로 발생할지의 여부는 경쟁기업간 합의를 포함한 모형 밖의 상황에 의해 결정된다는 것이 일반적으로 수용되는 견해이다.²⁰⁵⁾ 이에 보완적인 의견은, 반복게임 과점 모형의 예측이 가격협조를 조장하는 요소(예를 들어, 다른 기업의 행동에 대응하여 재빨리 가격을 바꾸는 능력)들을 파악하는데 도움이 된다는 것이다.²⁰⁶⁾

한편, 반복게임 과점 모형을 반독점법 집행에 있어 심각하게 받아들여서는 안 된다는 다른 견해도 존재한다.²⁰⁷⁾ 반복게임 모형은 많은 면에서 일

NEW LEARNING App. C (1974)에서 찾을 수 있다. 그 내용은 S. 2614, 92d Cong. (1971)로 국회에 소개되었다. 상원 의원 Phillip Hart는 그의 Industrial Reorganization Act, S. 3882, 92d Cong. (1972)를 제안하였다. 118 CONG. REC. 24,925 (1972); S. 1167, 93d Cong. (1973); S. 1959, 94th Cong. (1975), 121 CONG. REC. 19,219 (1975) 참고. 주요 규정들은 PHILLIP E. AREEDA, ANTITRUST ANALYSIS 285-89 (제3판 1981년)에서 논의되었다. 그러나 일년이 채 안 되어, George Stigler가 이관 다른 태스크 포스는 정반대의 권고를 하였다. Report of the Task Force on Productivity and Competition (Feb. 18, 1969), 1 J. REPRINTS ANTITRUST L. & ECON. 827 (1969)에 재인쇄. 물론 Stigler는 암묵적 합의의 중요성을 이미 예전부터 의심했었다. 상기각주 39 참고. 다른 저명한 반독점 학자들은 Stigler의 의견을 지지했다. ROBERT H. BORK, THE ANTITRUST PARADOX: A POLICY AT WAR WITH ITSELF 175 (1978) (“암묵적 합의는 중요한 현상이거나 또는 실제로 일어나는 현상이다”라는 주장에 대해 회의적임); Antitrust in Transition: Crossing the Threshold of Change: Panel Discussion, 54 ANTITRUST L.J. 31, 33 (1985) (William F. Baxter의 논평) (1982년의 합병 가이드라인의 주요 관심사는 “Chamberlin식의 과점이론이 아니었다”) 참고.

204) Kenneth G. Elzinga, New Developments on the Cartel Front, 29 ANTITRUST BULL. 3, 25 (1984).

205) Dennis W. Carlton et al., Communication among Competitors: Game Theory and Antitrust, 5 GEO. MASON L. REV. 423, 430-31 (1997) Robert H. Gertner & Andrew M. Rosenfeld, Agreement Under the Sherman Act, in 1 THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS AND THE LAW 25, 38 (Peter Newman ed., 1998) 참고. 이 저자들은 합법적으로 집행 가능한(legally enforceable) 카르텔 협약이 없으면 비협조적 내쉬균형만이 유일하게 지속될 수 있다고 주장한다. 그런데 카르텔 협약은 서면법이 나오기 이전부터 이미 그 준수 여부의 요구가 불법이었으므로, 서면법이 금지하고자 하는 모든 것은 내쉬균형이라는 논리를 전개한다. 마지막으로 그들은 경쟁기업의 의사소통과 그와 유사한 기타 행위는 내쉬균형이 복수로 존재할 경우 이 중 어떤 균형을 기업들이 선택할지에 영향을 주는 것이라고 결론짓는다.

206) Shapiro, 상기각주 9, 364쪽, 409쪽 참고.

207) Joseph Kattan & William R. Vigdor, Application of Game Theory to Antitrust: Game Theory and the

회게임 모형보다도 더 추상적이고 인위적이다. 정확히 동일한 단계게임(stage game)을 무한 반복하는 것은 현실과 크게 동떨어져 있으며, 반복 게임에서의 균형개념은 일회게임들에서의 균형개념보다 훨씬 덜 직관적이다. 상대 경쟁기업의 현재가격이나 생산량을 관찰하는 것과, 상대 경쟁기업의 복잡하고 또한 매기마다 바뀌는 가격 혹은 생산량 전략을 “관찰(observe)”하는 것에는 큰 차이가 있다. 게다가, 반복게임 모형들은 경쟁의 중요한 동태적 측면들을 포함하지 못한다. 대부분의 모형은 경기자간의 의사소통이나 과거행동으로부터의 학습을 고려하지 않는다.

만약 암묵적 합의가 존재하고 또한 중요한 영향을 미친다면, 이는 Tit-for-Tat과 같은 전략을 사용하는 반복 상호작용(repeated interaction)에서와 같이 매우 단순한 형태의 협력이 발생할 때나 가능할 것이다. 예를 들어 각각의 고객에 대해 하나의 특정 기업만이 그 수요를 충족시켜 줄 수 있을 때를 상정해 보자. 이러한 사실을 인식한 기업은 다른 기업의 고객을 유치하기 위한 적극적인 경쟁에 나서지 않을 가능성이 높다. 만약 다른 기업들이 이에 반응하여 모두 경쟁을 자제하게 되

면, 암묵적 합의로부터 고객할당(customer allocation)이라는 결과가 야기되는 것이다.²⁰⁸⁾

하급심 법원들은 경제학자들이 경제이론에 대해 말하는 것보다 연방대법원이 경제이론에 대해 말하는 것에 더 많은 관심을 기울이기 때문에, 다음과 같은 대법원의 언급에 대해 꼼꼼이 생각해 보는 것이 중요하다.

목시적 담합(tacit collusion)은 집중된 시장(concentrated market)의 기업들이 공통된 경제적 이해관계와 가격 및 생산량 결정에 있어서의 상호의존성을 인식하고 자신들의 가격을 완전경쟁 이상(supracompetitive) 수준의 이윤극대화 수준으로 설정함으로써, 사실상 독점력을 공유하는 과정을 말한다. 목시적 담합은 과점적 가격협조(oligopolistic price coordination) 또는 의식적 유사행위(conscious parallelism)라고 불리기도 하는데, 그 자체로서는 위법하지 않다.²⁰⁹⁾

자주 인용되는²¹⁰⁾ 이 법언은 과점에 대한 Chamberlin-Fellner식의 견해를 승인했다고 볼 수도

Analysis of Collusion in Conspiracy and Merger Cases, 5 GEO. MASON L. REV. 441, 451-56 (1997) Bruce H. Kobayashi, Game Theory and Antitrust: A Post-Mortem, 5 GEO. MASON L. REV. 411, 411-14 (1997) 참고.

208) 이러한 가능성의 예는 United States v. Champion International Corp., 557 F.2d 1270 (9th Cir. 1977)에서 유죄 증거로 제시된 사건에서 찾을 수 있다. 상가각주 126에 상응하는 본문 참고. 피고 중 한 명은 어떤 한 구역에서 아무도 그에 대항해 입찰하지 않는 것을 보고 놀라, 그 같은 날에 경매에 붙여졌던 다른 구역에 관해서는 입찰하지 않기로 결정했다. 이후 몇 년 동안 피고들은 그들이 가장 선호하는 구역에만 입찰을 했기에, 입찰경쟁은 거의 찾아볼 수 없었다. 법원은 이러한 “입찰 행태는 정상적인 경제적 요인에 의해, 비담합적인 진화과정을 통해 형성되었다”고 판시하였다. 상동 1273쪽.

209) Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209, 227 (1993).

210) 한 예로, Williamson Oil Co. v. Philip Morris USA, 346 F.3d 1287, 1299 (11th Cir. 2003); Blomkest Fertilizer,

있으나,²¹¹⁾ 실제 내용은 과점기업들이 상호의존성을 인식하고 합의에 의존하는 바 없이 완전경쟁 이상의 가격수준을 달성한다는 것이 이 법언의 의미하는 전부이다.²¹²⁾ 이러한 결과는 꾸르노, 베르뜨랑 모형을 포함하여 사실상 모든 과점 모형에서 성립한다.

B. 가격책정 협조 사건 두 가지

1990년대에 동의명령(*consent decree*)에 의해 해결된 법무성 민사소송 두 건은 현실에서의 가격협조에 대한 사례연구를 제공한다. 이 두 사건에서 모두, 경쟁사업자들이 언어와 유사한 수단을 사용하여 의사소통을 하긴 했지만, 서로에게 한번도 직접적으로 말을 건 적이 없었으며, 심지어 그와 같은 용어를 사용하지도 않았다. 하지만 이 두 사건에서의 의사소통은 시장에서 행동을 취하거나 공표하는 것 - 예를 들어 생산설비의 증설, 제품의 생산, 또는 특정 가격의 책정 - 과는 다른 방식으로 이루어졌다.

이 두 사건 중 단연 보다 잘 알려진 사건은 *Airline Tariff Publishing Co.* 사건이다.²¹³⁾ ATP는 주요 항공사들이 소유하고 있는 합작법인이었다. ATP는 각사 항공료 정보의 중앙보관소로 사용되었고, 이러한 정보를 회원 항공사들과 자동예약시스템에 제공하였다. 하루에 한 번씩 업데이트되는 항공료 정보를 통해, 각 항공사는 ATP를 경쟁 항공사의 가격책정을 유심히 관찰하려는 목적으로 이용할 수 있었고, 이는 가격변화에 신속한 대응을 할 수 있게끔 하였다. 그리고 항공사들은 여행자들에게 부과하는 실제 항공료만을 공시하려 ATP를 사용한 것이 아니라, 항공료 변경에 대한 제안이라든가, 그와 같은 제안에 대한 응답도 게시하려는 용도로 또한 ATP를 사용하고 있었다.

항공사들은 ATP에 게시하는 항공료에 각주를 달 수 있었는데, 이를 통해 “시작일(*first-ticket date*)”, 즉 특정 항공료로 티켓이 판매되기 시작하는 날짜와 “종료일(*last-ticket date*)”, 즉 그 항공료가 적용되는 마지막 날짜를 기재할 수 있었

Inc. v. Potash Corp. of Sask., 203 F.3d 1028, 1032 (8th Cir. 2000); *In re Baby Food Antitrust Litig.*, 166 F.3d 112, 121 (3rd Cir. 1999); *City of Tuscaloosa v. Harcros Chems., Inc.*, 158 F.3d 548, 570 (11th Cir. 1998); *In re Disposable Contact Lens Antitrust Litig.*, 2001-1 Trade Cas. (CCH) ¶173쪽, 198쪽, 89쪽, 834쪽 (M.D. Fla. 2001) 참고.

211) 대법원은 2 PHILLIP E. AREEDA & DONALD F. TURNER, *ANTITRUST LAW* ¶404 (1978)를 인용하면서, 과점 하에서의 가격책정 조정에 대해 논의하였는데, 그 논의는 Chamberlin and Fellner의 영향을 많이 반영한 것이었다. 또한 SCHERER & ROSS (상기각주 48) 199-208쪽을 인용하면서 꾸르노, 베르뜨랑, Chamberlin을 포함한 기본 과점 모형을 요약하였다.

212) 제11항소법원은 이 법언의 의미를 과대평가한 듯 하다. 법원은, “가격인하 시도가 일반적으로 어떠한 기업의 시장점유율의 상승도 없이 이윤만 감소시킨다는 사실을 기업들은 깨닫는다”고 처음으로 말했다. *City of Tuscaloosa*, 158 F.3d at 570. 더 최근에 법원은, 과점기업들이 “그들이 속해있는 시장구조에서, 가격경쟁이 아닌 다른 수단으로 가장 쉽게 이윤을 낳을 수 있을 것이라는 합리적인 인식”을 갖고 있다고 말하기도 했다. *Williamson Oil*, 346 F.3d at 1299.

213) *United States v. Airline Tariff Publ'g Co.*, No. 92 2854 (D.D.C. filed Dec. 21, 1992).

다. 시작일과 종료일을 이용하여, 피고 항공사들은 여행자에게 공시되는 항공료를 실제로 바꾸지 않고서도 경쟁 항공사에게 항공료 변경에 관한 의사소통을 할 수 있었다. 시작일을 미리 게시하여, 각 항공사는 특정 노선에 대한 항공료의 인상을 제안할 수 있었으며, 그 노선을 운항하는 경쟁 항공사는 같은 시작일의 게시를 통해 그 제안을 수락하든지, 아니면 다른 대안을 할 수 있었다. 의견의 일치가 신속히 달성되지 않을 경우, 게시된 항공료가 실제로 실행에 옮겨지는 것을 막기 위해 시작일을 늦출 수도 있었다. 종료일의 게시를 통해 특정 노선에서 적용되는 항공료 할인을 언제 끝낼지 논의할 수 있었다.

항공사들은 여러 노선의 항공료 간 연관관계를 표명하는 목적으로도 각주를 사용하였다. 즉 경쟁 항공사가 특정 노선에 대해 항공료를 인하할 경우에 대한 보복으로 다른 노선의 항공료를 인하하겠다고 위협할 수 있었다. 또한 항공사들은 연결되어 있는 노선들에 대한 항공료 인상에 경쟁사들을 동참하게 하려는 하나의 유인으로서 특정 노선의 항공료 인상을 제안할 수도 있었다. 법무성은

이러한 수단들을 사용한 협상이 셔먼법 제1조를 위반하는 가격담합의 결과를 낳았다고 주장하였다.²¹⁴⁾

두 번째 사건은 미국 연방통신위원회(Federal Communication Commission)가 PCS 이동 전화 서비스용 광대역 주파수(broadband radio spectrum) 사용 허가권 판매를 위해 실시한 경매에서 발생하였다.²¹⁵⁾ FCC는 493개 지리적 구역 각각에서의 허가권을 동시에 경매에 붙이는 매우 복잡한 경매를 조직하였다. 이러한 지리적 구역들은 “기초거래지역(Basic Trading Areas)”이라고 불렸고, 각각은 세 자리 코드 하나씩을 배정 받았다. 간단히 설명하자면, 이 경매는 여러 라운드로 진행되었는데, 각각의 라운드에서 입찰자들은 새로운 입찰을 할 수 있을 뿐 아니라 특정 라이선스에 대해 최고가를 입찰한 경우 이를 철회할 수도 있었다. 입찰가는 보통 수 십만 달러에 달했으며, 일반적으로 1,000달러의 정수배가 되었다. 기존의 입찰가보다 더 높은 새로운 입찰가가 나오지 않은 채 한 라운드가 지나면 경매가 종료되었는데, 최종적으로 276개의 라운드가 진행되었다.

214) Proposed Final Judgment and Competitive Impact Statement, 58 Fed. Reg. 3, 971 (Jan. 12, 1993); United States' Response to Public Comments, Apr. 8, 1993; Proposed Final Judgment and Competitive Impact Statement, 59 Fed. Reg. 15,225 (Mar. 31, 1994); Severin Borenstein, Rapid Price Communication and Coordination: The Airline Tariff Publishing Case, in THE ANTITRUST REVOLUTION 233 (John E. Kwoka, Jr. & Lawrence J. White eds., 제4판 2004년) 참고. 이 행위가 당연위법한 가격담합이 아니라는 주장은 Carlton et al., 상기각주 205, 436-39쪽을 참고하라.

215) 법무성은 세 개의 소를 제기하였는데, 서로 다른 특정 지역의 허가권에 대한 합의가 존재했다는 내용이었다. United States v. Omnipoint Corp., No. 1:98CV02750 (D.D.C. Nov. 10, 1998); United States v. Mercury PCS II, L.L.C., No. 1:98CV02751 (D.D.C. Nov. 10, 1998); United States v. 21st Century Bidding Corp., No. 1:98CV02752 (D.D.C. Nov. 10, 1998).

법무성은 이 경매에서 위법한 합의가 많이 발생하였다고 주장하였는데, 대표적인 예를 들면 다음과 같다. 피고기업은 기초거래지역(BTA) 444로부터 경쟁입찰자를 탈락시키기 위해 그 경쟁입찰자가 가장 높은 가격을 입찰한 다른 두 BTA에서 더 높은 새로운 가격으로 입찰을 한 후 이를 철회하는 방법을 사용했다. 그런데 피고의 입찰가는 일반적인 경우에서와 같이 1,000달러의 정수배가 아니라 대신 444라는 숫자로 끝났다. 444로 끝난 입찰가는 '하나씩 주고받기 거래(quid pro quo)'를 하자는 신호로 이해되었다. 즉 경쟁입찰자는 BTA 444에서의 입찰을 그만두고 그 대신 피고는 두 개의 다른 BTA에서 경쟁입찰자가 냈던 입찰가보다 낮은 가격을 입찰하였다.²¹⁶⁾

두 사건 모두에서 피고들은 의사소통을 통해 가격에 대한 합의에 도달하였다. 의사소통은 PCS 경매에서보다 ATP 사건에서 보다 분명하였으나, ATP 사건의 경우에서도 협상은 명백한 제안이라든가 수락 없이 이루어졌다. 둘 다 필요없었다. PCS 경매사건에서는 의사소통이 매우 최소한도였으나, 그러함에도 불구하고 효과적이었다. 합의의 추론은 두 사건 모두에서 어렵지 않았고 경제학적 통찰력을 필요로 하지도 않았다. 앞에서 사용한 용어로 표현하자면, 두 사건 모두 구두합의로 이루어진 전통적 공모(traditional conspiracies)사건이었다.

C. '자신의 이익에 반하는 행동' 개념의 적용

Posner 교수는 '자신의 이익에 반하는 행동'의 개념은 "피고들로 하여금 경쟁을 하는 것이 자신의 이익과 합치하지 않았기 때문에 경쟁을 하지 않았다고 주장하게 하는데, 이를 참작사유로 삼기는 매우 힘들다"고 말한 바 있다.²¹⁷⁾ 여기에서 쓰인 자신의 이익이라는 개념은 개개 기업의 개별적 이익과 이를 합친 집단적 이익(collective interest)을 구별하지 않기 때문에 분석에 도움이 되지 않는다. 과점에 대한 Chamberlin의 견해는 개개 기업의 개별적 이익과 이를 합친 집단적 이익 간에는 아무런 차이점이 없다는 것인데, 용의자의 딜레마 게임과 Stigler의 모형은 그와 같은 생각의 오류를 보여준다. 반복게임의 분석결과도 마찬가지이다. 반복게임 모형에서 집단적 이익을 달성하기 위해서는 이탈행위에 대한 제재의 위협이 필수적인데, 그 이유는 바로 각각 기업이 개별적 이익을 추구하는 것이 집단적 이익의 추구하고 합치하지 않기 때문이다. 그러나 판례법은 이를 제대로 반영하지 못해 왔는데, 그 이유는 법원이 최신 과점이론을 무시하거나 오해하였기 때문이다.²¹⁸⁾

Petroleum Products Antitrust Litigation 사건에서 제9항소법원은 피고 승소 약식판결을 파기하였다. 그러나 법원은 "상호의존성(interdependence)" 만으로도 자신들의 가격책정을

216) Proposed Final Judgments and Competitive Impact Statements, 63 Fed. Reg. 65, 228 (Nov. 25, 1998) 참고.

217) POSNER, 상기각주 98, 100쪽.

218) Id. ("대부분의 법원은 암묵적 담합행위를 독립적인 행위로 잘못 파악한다. 그 결과 Monsanto 판결의 법언으로부터, 명시적인 합의 없이 완전경쟁 이상 수준의 가격책정이 이루어졌다는 가능성을 원고가 부정해야 한다고 추론한다") 참조.

설명할 수 있다는 피고들의 주장을 받아들였는데, 이는 “상호의존적인 가격책정(interdependent pricing)은 종종 전형적인 카르텔의 경제적 결과와 견줄 수 있는 결과를 낳을 수 있다”고 하는 Chamberlin-Fellner의 과점에 관한 견해를 명백히 적용한 것이다.²¹⁹⁾ 법원은 다음과 같이 논리를 펼쳤다:

상대적으로 집중도가 높은 시장의 기업은, 특정 경쟁사업자에 의한 단독가격인상(unilateral price increase)에 따라갈 것인가를 결정하는데 있어, 자신의 가격책정과 산출량 결정이 시장상황에 영향을 미칠 것이고, 이것은 일반적으로 경쟁기업들에 의해 관찰될 것이기 때문에, 미세한 가격차이가 들키지 않거나 무시될 가능성이 적다는 사실을 깨달을 것이다. 그러기에 그 기업은 만약 자신이 가격의 변화에 따라가지 않을 경우 그 가격변화를 주도했던 기업이 재빨리 이전의 수준으로 가격을 인하할 것임을 안다. 한편, 그 기업은 높은 가격이 더 높은 이윤을 창출하리라는 사실을 인식할 수 있다. 또한 그 기업은 다른 기업들도 자신과 똑같은 시각에서 상황을 파악할 것이고 시장점유율의 상당한 손실이 있기 전에 어떠한 가격인하 조짐도 감지해 낼 개연성이 크다는 것도 인식할 수 있다. 따라서 그 기업은 가격인상을 따라가기로 결정

할 수 있다.²²⁰⁾

이 사건에서의 가격책정 증거만을 볼 때 합의가 있었을 가능성이 특별히 높다고는 볼 수 없지만, 법원의 논증은 잘못되었다. 용의자의 딜레마 게임에서와 같이 한 경쟁기업의 단독 이익추구는, 가격인상에 따라가지 않는 것을 종종 의미하는데, 이는 공동이익에 반하게 되는 것이다.

Reserve Supply 사건에서 제7항소법원은 단열재 생산업자들이 가격담합을 했다는 주장에 대해 피고 승소 약식판결을 유지하였다.²²¹⁾ 합의의 추론에 대한 근거로서 원고가 인용한 사실 중에는 수요가 낮은 기간에 발생한 일련의 유사한 가격인상이 포함되었다. 법원에 의하면, 피고들은 “낮은 가격을 유지함으로써 판매 증가를 시도하는 것은 비합리적인데, 그 이유는 경쟁기업도 낮은 가격을 유지하게 될 것이므로 시장점유율은 증가하지 않고 이윤만 하락시키기 때문”이라고 주장하였다.²²²⁾ 수요가 비탄력적(inelastic)이라는 사실을 인용하면서, 법원은 낮은 가격을 유지하는 피고가 새로 확보하는 고객은 “현재 다른 기업에 의해 제품을 공급 받고 있는 이들”이라고 추론했다.²²³⁾ 그러므로 보다 낮은 가격을 유지하지 않은 것은 “(피고들이) ‘공동행위(joint action)의 가설 하가 아니고서는, (그들) 자신의 이익과 합치되지 않을

219) In re Coordinated Pretrial Proceedings in Petroleum Prods. Antitrust Litig., 906 F.2d 432, 444 (9th Cir. 1990).

220) 상동 443쪽 (인용 생략).

221) Reserve Supply Corp. v. Owens-Corning Fiberglass Corp., 971 F.2d 37 (7th Cir. 1992).

222) 상동 52쪽.

223) Id.

행동을 했음'을 보여주지 않는다"고 법원은 결론 지었다.²²⁴⁾ 이와 같은 법원의 논증은 역시 잘못되었는데, 그 이유는 기업들이 단독 이익을 추구하면 독점가격보다 낮은 수준에서 가격이 형성된다는 사실을 잊었기 때문이다.

입찰담합 사건인 *Petruzzi's IGA*에서 제3항소법원은 피고 승소 판결을 파기하였다.²²⁵⁾ 제3항소법원은 제9항소법원과 제7항소법원과 같은 문제 접근법을 사용하여, "법원은 가격인하를 하지 않는 것이나 가격인상을 시작하는 것이 자신의 이익에 반하는 행동으로 보지 않는데, 그 이유는 이러한 행동이 해당 산업의 상호의존성을 반영하는 것일 수도 있기 때문이다"²²⁶⁾ 이 사건에서 원고는 피고들이 가격담합을 한 것이 아니라 상대방의 기존 고객에 대해서는 서로 입찰하지 않기로 한 합의를 했다고 주장하였다. "상대방의 기존 고객에 대해 입찰하는 것이 가격전쟁을 일으킬 가능성이 새로운 고객에 대한 입찰이 가격전쟁을 일으킬 가능성보다 높을 이유가 없기 때문에" 그와 같은 행위는 "피고 자신의 이익에 반한다"고

제3항소법원은 판시하였다.²²⁷⁾ 그러나 이 판결과 이와 반대되는 법언이 둘 다 성립할 수 있는 자기 이익(self-interest)의 합리적 정의는 존재하지 않는다. 만약 가격경쟁을 하지 않는 것이 기업들의 개별적 이익과 부합한다면 상대방의 고객을 빼앗아가지 않는 것도 개별적 이익과 부합한다. 제3항소법원의 판결과는 달리, 둘 다 올바르게 정의된 개별적 이익이라는 개념과 부합하지 않는다.

Petroleum Products 사건과 *Reserve Supply* 사건은, 다른 몇 사건과 마찬가지로 *Clamp-All* 판결에서의 Breyer 판사의 분석에 의존한다.²²⁸⁾ 이 사건에서 원고는 피고들은 자신에게 약탈적 행위를 했을 뿐 아니라, 가격담합을 했다는 주장을 펼쳤다. 가격담합에 대한 증거는 피고들이 여러 종류의 상품에 대해 동일한 정가(list prices)를 공표했다는 것이다. Breyer 판사는 다음과 같이 설명하며 지방법원의 약식판결을 유지했는데, 이는 상당히 합리적이다.

법원은 서면법이 합의를 금한다는 사실을 숙

224) 상동 53쪽 (두 번째의 괄호안 내용은 원판결문에서 삽입) (*Ill. Corporate Travel, Inc. v. Am. Airlines, Inc.*, 806 F.2d 722, 726 (7th Cir. 1986) 인용).

225) *Petruzzi's IGA Supermarkets, Inc. v. Darling-Del. Co.*, 998 F.2d 1224 (3rd Cir. 1993).

226) 상동 1244쪽. 제3항소법원은 보다 최근 이 법언에 찬성하였다. *In re Baby Food Antitrust Litig.*, 166 F.3d 112, 122, 135 (3d Cir. 1999년) ("경쟁기업이 똑같이 하지 않는 한 가격인상 또는 인하를 거부하는 것은 기업 자신의 이익에 반할 수 있으나, 그것은 단순한 상호의존성을 구성할 뿐이다. 공모의 조건을 만족하려면 자신의 이익에 반하는 행동은 "단순한 상호의존성을 넘어서야만" 한다) (*Coleman v. Cannon Oil Co.*, 849 F. Supp. 1458, 1467 (M.D. Ala. 1993) 인용) 참고.

227) *Petruzzi's IGA*, 998 F.2d at 1245.

228) *Clamp-All Corp. v. Cast Iron Soil Pipe Inst.*, 851 F.2d 478 (1st Cir. 1988). *Clamp-All* 판결에 의존하는 판결들은 이와 같다: *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 651, 654 (7th Cir. 2002); cert. denied, 123 S. Ct. 1251, and cert. denied, 123 S. Ct. 1253, and cert. denied, 123 S. Ct. 1254 (2003); *Baby Food*, 166 F.3d at 128; *Reserve Supply*, 971 F.2d at 50; *Petroleum Products*, 906 F.2d at 444.

지해왔고, 또한 적어도 가격문제에 있어서는 개별적인 가격책정 결정이 (비록 경쟁기업들이 똑같이 할 것이라는 믿음 위에서 그 결정을 내리는 경우에서조차도) 셔먼법 제1조상의 위법한 합의에 해당하지 않는다고 거의 일관되게 판시해 왔다. 그 이유는 이와 같은 가격책정이 바람직하기 때문이 아니라 (실은 바람직하지 않다), “상호의존적” 가격책정에 대해 법적으로 집행할 수 있는 시정조치를 고안하는 것이 불가능에 가깝기 때문이다. 경쟁기업들이 어떻게 반응할지를 고려하지 않고 가격을 정하라고 기업에게 명령한다는 것이 가능하겠는가?²²⁹⁾

몇몇 법원은 Breyer 판사의 분석에서 Chamberlin식 견해를 발견하는 것처럼 보인다. 하지만, 실제로 Breyer 판사는 단순히 상호의존적인 과점 행동은 설혹 완전경쟁 이상의 가격책정 결과를 낳는다고 하더라도 셔먼법 제1조를 위반하는 것은 아니라고 지적했을 뿐이다. 이러한 결론에 도달하는 것은 어떤 특정한 과점 모형의 적용을 필요로 하지 않으며, Breyer 판사가 Chamberlin-Fellner의 과점에 관한 견해라든가 아니면 다른 어떤 특정한 모형의 견해를 수용하였는가의 위의 인용에서 알기 힘들다.

일회게임의 분석은 자신의 이익에 대한 명백한 정의를 제공하는데, 이를 원용하면 합의의 존재를

추론하는 데 있어 유용한 역할을 할 수 있는 증거를 발견하는데 도움이 된다. 만약 일회 과점 모형에서처럼 어떤 게임의 비협조적 내쉬균형이 유일하게 존재한다면, 경기자들이 상대방과 협조행위를 하지 않는 한 각 경기자가 취할 유일한 행동이 있다는 것을 의미한다. 이러한 균형에서의 행동은 자기이익과 상치하며 다른 행동들은 그렇지 않다.

그러나 일회게임 분석으로부터 얻을 수 있는 통찰력에는 심각한 한계가 있는데, 그 이유는 게임 규칙에 따라 균형행동이 바뀌기 때문이다. 자기이익을 추구하기 위해 현실의 기업들이 취할 정확한 행동들에 대한 신빙성 있는 예측을 과점이론이 항상 충분히 많이 제공할 수 있는 건 아니다. 그러나 일부 명백한 결과들도 존재하는데, 그 중에서 중요한 점은 가격인상에 동참하는 것이 자기이익과 항상 합치되지 않는다는 점이다. 일회게임 모형에서 독점적 가격책정은 독점상황이 아닌 한 균형이 아니다.²³⁰⁾ 특정 기업의 가격인하에 대해 경쟁사업자들이 곧바로 대응하는 것이 확실하더라도 자신의 이익을 추구한다면 가격인하를 해야 한다고 게임이론은 가르친다. 이것은 꾸르노, 베르뜨랑, 스티글러의 모형 뿐 아니라 용의자의 딜레마 게임에서 얻을 수 있는 중요한 통찰이다.²³¹⁾

Posner 판사는 Name Brand Prescription Drugs 판결에서 올바른 접근을 하였다. 그는 피

229) *Clamp-All*, 851 F.2d at 484 (인용 생략).

230) 가용생산설비가 독점생산량 이상 생산하기에 부족하다면, 경쟁기업의 수는 아무런 의미가 없다. 그러나 이와 같은 가능성은 고려하지 않는다.

231) 합의에 따른 행동과 개별이익의 추구에 따른 행동을 구분하는 데 있어 과점이론은 확실한 이론적 기반은 제공해 주지만, 신빙성 있는 실증적 입증은 보다 어렵다. 일부 사건의 경우 독점가격과 꾸르노, 또는 베르뜨랑 가격을 구분하는 것은, 가격 및 비용에 대

고들이 특정 약에 대한 특허권을 보유하고 있었고, 이에 따라 모두 상당한 단독 시장지배력을 갖고 있었다고 설명했다. 피고들이 베르뜨랑 모형의 예측과 달리 단기한계비용을 훨씬 넘어서는 가격을 책정하며 시장지배력을 행사한 것은 개별적 이익의 추구와 합치했다. 이 사건에서 각 피고들이 개별적 이익을 추구한 결과 각자의 고객들에게 그들의 지불용의에 따라 서로 다른 가격을 책정했다는 사실이 매우 중요했다. 피고들이 가격차별을 했다는 사실은 그들 사이에 합의가 존재했다는 증거가 아니다. 가격차별의 사실은 “피고들이 공동 행동방침을 따른 것이 아니라 개별적으로 행동했다는, 즉 상대방과 경쟁하지 않겠다고 하는 합의를 통해 시장지배력을 창출하거나 확대하는 것보다는 순전히 각자의 시장지배력을 사용하고 있었다”는 가능성을 조금도 배제하지 않았다.²³²⁾

꾸르노 모형과 베르뜨랑 모형은 가격담합 관련 사건에서 기업의 개별적 자기이익을 정의하는 데

에는 유용할 수 있으나, Interstate Circuit 사건이나 Toys “R” Us 사건과 같이 공동의 거래거절 사건에서는 다소 다른 상황이 나타날 수 있다. 이러한 사건들의 사실관계를 파악하는 전통적인 방법은 거래하는 모든 이들이 동조할 때에만 거래거절이 피고들의 개별적 자기이익과 합치한다고 이해하는 것이다.²³³⁾ 만약 그렇다면, 비협조적 내쉬균형은 두 개 존재한다. 첫째, 모든 피고가 거래거절하는 경우, 둘째, 어느 피고도 거래거절을 하지 않는 경우이다.²³⁴⁾ 만약 다른 경쟁사업자들 중 일부가 거래거절을 하지 않음을 한 기업이 관찰한다면 그 기업의 최선의 행동은 거래거절을 하지 않는 것이다. 그러나 모든 경쟁사업자들이 거래를 거절함을 관찰한다면 최선의 행동은 마찬가지로 거래를 거절하는 것이 된다. 기업들이 상대방의 행동을 관찰한 메커니즘은 소장에 적시된 피고들을 통한 의사소통이었는데, 만약 다른 의사소통수단이 없었다면 모두가 거래거절했다는 사실은 합의의 추론을 뒷받침하기에는 부족했다.²³⁵⁾ 그러

해 실제 가능한 정도보다 더욱 정확한 추정을 요구할 수도 있다. PHILIPS, 상기각주 41, 제8장: APPLIED INDUSTRIAL ECONOMICS 269 (Louis Philips ed., 1998)로 재인쇄된, Louis Philips, On the Detection of Collusion and Predation, 40 EUR. ECON. REV. 495 (1996) 참고.

232) In re Brand Name Prescription Drugs Antitrust Litig., 186 F.3d 781, 785 (7th Cir. 1999). 위의 내용을 과연 시장지배력의 행사라고 볼 수 있는가에 관해서는 논란의 여지가 있다. Benjamin Klein & John Shepard Wiley, Jr., Competitive Price Discrimination as an Antitrust Justification for Intellectual Property Refusals to Deal, 70 ANTITRUST L.J. 599, 624-33 (2003); Jonathan B. Baker, Competitive Price Discrimination: The Exercise of Market Power Without Anticompetitive Effects (Comment on Klein and Wiley), 70 ANTITRUST L.J. 643, 645, 649 & n.19 (2003); Benjamin Klein & John Shepard Wiley, Jr., Market Power in Economics and in Antitrust: Reply to Baker, 70 ANTITRUST L.J. 655, 657-58 (2003) 참고. 이 논쟁은 그 열기는 뜨거웠으나 특별한 성과를 올리는 못했다. “시장지배력(market power)”과 “독점력(monopoly power)”의 의미에 관한 저자의 의견을 보려면, Gregory J. Werden, Demand Elasticities in Antitrust Analysis, 66 ANTITRUST L.J. 363, 367-80 (1998)를 참고하라.

233) 상기각주 135-36과 상응하는 본문 참고.

234) 이러한 결과는 Butz & Kleit, 142-44쪽의 상기각주 84에도 나와 있다.

235) Areeda와 Hovenkamp는, 자신의 이익이 경쟁기업의 행동에 의존한다는 사실을 이해해야 한다는 것에 동의한다. “유사한 행동

므로 게임이론은 합의의 추론을 위해 이 두 사건에 적용된 통상적인 논리에 대해 상당한 의문을 제기한다(단, 이 두 사건에서의 합의의 추론은 다른 증거에 의해 충분히 정당화 된다고도 볼 수 있다).

D. Turner와 Posner의 분석의 재평가

Donald Turner는 널리 알려진 바와 같이 최초로 과점이론과 셔먼법 제1조를 학문적으로 조화시켰다.²³⁶⁾ 그는 Chamberlin이 가르쳤던 하버드에서 경제학 박사학위를 취득하였는데, Chamberlin의 과점이론에 정통했음에 틀림없다.²³⁷⁾ 이는 그의 논문 첫머리에서 Chamberlin의 과점이론을 자세히 설명하는 것에서 알 수 있다.²³⁸⁾ 그러나 Turner 교수는 Chamberlin의 분석은 이론적인 모형에 불과하다고 보았다. 그는 “안정적 수요조건 하에서 두 세 개의 동등한 기업들이 동질재를 생산하는, 현실과 배치되는 가설적인 경우”에는 “각 판매자가 자신에게 ‘최선의’ 가

격을 책정하는 것에는 ‘합의’라고 부를만한 어떠한 요소도 존재하지 않는다”고 논평하였다.²³⁹⁾ 과점에 대한 Turner의 견해는, 과점에서 독점적 결과가 나타나는 경향이 있긴 하나, 이는 많은 조건들이 충족될 때만 가능하다는 Fellner의 견해에 보다 가까웠다.²⁴⁰⁾ Turner는, 가설적인 경우에는 존재하지 않는 현실에서의 복잡함을 고려할 때, “비경쟁적 가격책정의 형태가 나오려면 ... ‘의사의 합치(meeting of minds)’라고 적절히 일컬을 수 있는 무언가를 필요로 한다”고 주장했다.²⁴¹⁾

Turner 교수는 본 논문에서 암묵적 합의(spoken agreement)라고 지칭하는 행위가 셔먼법 제1조의 규율 대상이 된다는 주장에는 문제가 없다고 보지 않았다. 그는 “단순히 어학상 정의의 문제로 볼 때, 말(speech)을 하지 않고도 의사소통을 하는 것이 가능한 상황이라 하더라도 과점적 행동을 합의라는 용어의 범위로부터 제외할 이유가 없다”고 주장했다. 그러나 그는 “과점적 가격책정 행동은 개인적 행

(parallel action)이 없는 경우 도전된 행동 또는 행동하지 않는 것(challenged act or inaction)이 경기자에게 위협할 때와 같은 상황에서만, 순전히 병행적 행동으로부터 합의를 추론해 낸다. 6 AREEDA & HOVENKAMP, 상기각주 62, ¶1415c, 96쪽. 그러나 그 무리(herd)가 어디를 향하건 간에 무리에서 벗어나는 것에는 위험이 따르고, 이러한 것은 Interstate Circuit 사건과 Toys “R” Us 사건에서도 마찬가지였다.

236) Donald F. Turner, The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal, 75 HARV. L. REV. 655 (1962).

237) 상기각주 20-24와 상응하는 본문을 참고하라.

238) Turner, 상기각주 236, 661쪽(“경제이론은 ... ‘과점’ 상황에서는 각 기업이 자신의 가격결정이 어떤 결과를 낳을지에 대해 합리적 계산을 하기 때문에, 특히 경쟁자들의 반응이 어떤 식으로 나올 개연성이 있는지 또는 거의 확실할지를 염두에 두고 행동하기 때문에 ... 명시적 의사소통이나 합의가 없더라도, 비경쟁적 행동이 나올 수 있다는 것을 보인다”).

239) 상동 663-64쪽.

240) 상기각주 25-30과 상응하는 본문을 참고하라.

241) Turner, 상기각주 236, 664쪽. Turner는 현실에서의 과점적 상호작용은 일정한 유형의 의사의 합치를 수반한다고 주장하며 (Turner, 상기각주 236, 664-65쪽) Carl Kaysen의 분석을 길게 인용했다 (상기각주 32, at 268-69).

동으로 묘사될 수 있다는 주장에 관해서는 꽤
정당한 근거가 있다”고 덧붙였다.²⁴²⁾

궁극적으로는, Turner 교수는 가장 분별력 있는 접근방식은 암묵적 합의가 “위법한 합의”가 아니라고 언명하는 것이라고 결론지었는데,²⁴³⁾ 그 근거로 세 가지 논점을 제시하였다. 첫째, 그는 Chamberlin-Fellner적 “과점적 행동은 본질적으로는 완전경쟁 산업에서 기업들의 행동과 동일하다”고 보았다.²⁴⁴⁾ 둘째, 독점적 가격책정은 서면법 위반이 아니라는 사실에 비추어 볼 때, 통상적인 과점행동으로부터 합의를 추론한다는 것은, 과점적 가격책정 그 자체를 위법하다고 공표하는 의미를 갖는 것으로 그는 이해했다.²⁴⁵⁾ 마지막으로, 그는 문제되는 행위가 순전히 경쟁자들이 취할 수 있는 반응을 합리적으로 고려한 결과이기 때문에, 의미 있는 금지명령(injunctive relief)이 불가능함을 깨달았다.²⁴⁶⁾ Turner는 오늘날 담

합 조장행위(facilitating practices)라고 부를 수 있는 행위들에 대한 논의로 그의 분석을 진행하였다. 그는 아무런 의사소통이 없었다라도 만약 경쟁사업자들이 특정한 반경쟁적 가격책정 전략을 쓴다면 이는 서면법 제1조 위반을 한 합의라 볼 수 있다고 주장하였는데, 그 이유는 그러한 행위를 금지시키는 데는 아무런 집행상의 문제가 없기 때문이었다.²⁴⁷⁾

Turner 교수가 오늘날 살아있었다라면, 암묵적 합의가 서면법 제1조 위반이 아니라는 주장을 아마 견지했을 것이다. 하지만 그가 원래 근거로 내세운 논리는 과점이론에서의 발전에 의해 상당히 타당하지 않음이 밝혀졌다. 일회게임 모형에서의 과점적 행동은 경쟁산업 기업들의 행동과 비슷하다. 그러나 제재 메커니즘의 사용을 통해 달성된 조정된 가격책정에는 이러한 논리는 적용되지 않는다. 따라서 암묵적 합의가 서면법 위반이라는 논리가 모든 과점가격 책정이 위반이라고 주장하

242) Turner, 상기각주 236, 665-66쪽.

243) 상동 671-72쪽; 또한, 상동 683쪽 (“이미 따르지 오래되었고 벗어나는 것이 불가능해진 공통의 행동방침에 대한 명시적이고 말을 통한 의사소통의 경계를 벗어날 경우, (합의개념에 관해) 상호의존성을 벗어나는 그럴듯한 한도를 정의하기는 불가능하지는 않더라도 매우 어렵다”); 상동 705쪽 (“결정의 상호의존성은 경쟁자들 간의 수평적 합의를 성립하는 데에 충분할 것이다”).

244) 상동 666쪽.

245) 상동 667-68쪽; 한 예로, Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, 124 S. Ct. 872, 879 (2004) (“단순히 독점력을 보유하고 있고 이를 이용하여 독점가격을 책정하는 것 자체는 위법하지 않을 뿐 아니라, 또한 자유시장경제체제의 중요한 요소이다”); Blue Cross & Blue Shield of Wis. United v. Marshfield Clinic, 65 F.3d 1406, 1413 (7th Cir. 1995) (Posner, C.J.) (“적법한 독점기업은 자신이 원하는 어떠한 가격도 책정할 수 있는데, 그 이유는 반독점법이 가격규제법이나 (수도, 전기, 가스과 같은) 공익사업규제법 또는 전화요금규제법이 아니기 때문이다”) (인용 생략) Kartell v. Blue Shield of Mass., Inc., 749 F.2d 922, 927 (1st Cir. 1984) (Breyer, J.) (“독점기업이라 할지라도, 비경쟁적 가격책정의 형태를 띠는 시장지배력의 사용은 자유롭게 할 수 있다”) 참고.

246) Turner, 상기각주 236, 669-70쪽. 시정조치에 관한 Turner의 발언은 종종 인용되지만, 이미 경제학자들이 이전에 그러한 조치의 주장을 한 적이 있다. 상기각주 30, 32, 34, 그리고 108과 상응하는 본문 참고.

247) Turner, 상기각주 236, 673-77, 681.

는 것은 아니며, 독점가격에 대한 서면법의 태도와 불일치하는 것도 아니다. 또한 Posner 교수는 주장했듯이, “어떠한 시정조치를 내릴 수 있는지가 문제이다 … 그러나 이는 Turner가 생각했던 것과는 달리, 과점기업들에게 비합리적으로 행동할 것을 요구하기 때문은 아니다.”²⁴⁸⁾ 암묵적 합의에 어떠한 시정조치를 내릴 수 있는지의 문제 때문에 암묵적 합의를 서면법 제1조 위반으로 다루는 것이 덜 매력적이긴 하다. 그러나 암묵적 합의에 도달하려면 경쟁자들의 반응에 대한 단순한 합리적 계산을 넘어서는 무언가가 필요하다. 마지막으로, Turner 교수는 애초에 그의 분석을 촉발시킨 심각한 “과점 문제(oligopoly problem)”를 현재에는 인지하지 않을 가능성이 크다.²⁴⁹⁾

Richard Posner는 학자로서 (이하에서는 Posner 교수라 지칭) 또한 판사로서(Posner 판사라 지칭) 과점이론과 서면법 제1조의 조화에 관한 글을 써왔다. Posner 교수는 과점이 서면법 제1조 위반일 수 있는 암묵적 합의를 야기한다는 Turner 교수의 결론에는 동의했지만, 암묵적 합의가 서면법 제1조 위반으로 조사되어서는 안 된다는 Turner 교수의 결론에는 반대했다.

Posner 교수는 과점이 법적으로 인지 가능한

암묵적 합의를 야기할 수 있다고 일관성 있게 주장해왔다. 바로 몇 년 전에 출판된 가장 최근 논문에서 그는 다음과 같이 설명했다: “판매자 A가, B도 마찬가지로 할 것이라는 기대 하에 자신의 생산량을 제한하고 B 또한 마찬가지로의 기대 하에 똑 같이 한다면, 비록 어떠한 명시적인 의사소통도 없었지만 말 그대로 의사의 합치-상호 이해-가 있는 것이다.”²⁵⁰⁾ 그는 이러한 상황에서 “한 판매자가 자신의 생산량을 제한함으로써 ‘제안(offer)’ 의사를 전달하고, 경쟁자도 생산량을 제한하는 행동을 통해 그 제안이 ‘받아들여진다(accepted)’”고 주장했다.²⁵¹⁾

Turner에 대해 Posner 교수가 반대한 이론적 이유는 이 주제에 관해 Posner가 30여년 전 출판한 초기 분석에서 가장 분명하게 드러난다.²⁵²⁾ Turner 교수가 그의 논문을 썼을 당시에는 과점에 대한 Chamberlin-Fellner식의 견해가 경제학적 사고를 지배하였지만, Posner 교수가 논문을 작성한 당시에는 Stigler의 모형이 등장한 후였다. 따라서 Posner는 Turner가 의존했던 과점이론이 “중요한 면에서 불만족스럽고”, 실제로 과점기업들은 독점수준 이하로 가격을 내릴 유인이 있다고 주장했다.²⁵³⁾

248) POSNER, 상기가주 98, 98쪽.

249) 40여년 전 Turner가 그러한 문제를 인지했다는 것은 KAYSEN & TURNER, 상기가주 24, 110-11쪽에서 분명하다.

250) POSNER, 상기가주 98, 94쪽.

251) Id: 또한 In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litig., 295 F.3d 651, 654 (7th Cir. 2002)(Posner, C.J.), cert. denied, 123 S. Ct. 1251, and cert. denied, 123 S. Ct. 1253, and cert. denied, 123 S. Ct. 1254 (2003)참고.

252) 그는 이 문제에 관해 Posner, 상기가주 98에서 처음 언급했다. 그는 보다 정제된 분석을 RICHARD A. POSNER, ANTITRUST LAW: AN ECONOMIC PERSPECTIVE 제4장 (1976)에서 하였다.

Posner 교수는 과점을 “카르텔 이론의 관점에서” 분석하기를 제안했다.²⁵⁴⁾ 그는 Stigler의 모형을 여러 차례 인용하면서, 동 모형을 개략적으로 설명하였다.²⁵⁵⁾ 그는 이러한 맥락에서 가격조정(coordination)의 조건에 관해 효과적인 협상을 하기 위해서는 경쟁자의 수가 소수이어야 한다고 주장하였다. 그러나 동시에 합의된 가격조정 조건을 준수하지 않는 기업을 감지하는 메커니즘이 고안하는 것만으로는 효과적인 협상을 달성하기에 충분하지 않다고 주장하였다. 이 주제에 대한 그의 가장 최근 연구에서 Posner 교수는, 과

점이 독점과 유사한 결과를 낳는 것이 “불가피”하지 않다고 주장했으며, 또한 가격조정은 “무의식적인 상태가 아니며” 경쟁자들이 가격을 조정하지 않기로 결정할 수도 있다고 강조했다.²⁵⁶⁾

Posner 교수의 분석은 한 가지 중요한 점에서 최신 과점이론과 위배된다.²⁵⁷⁾ 그는 완전경쟁균형에서 이루어지는 한계비용 수준의 가격설정으로부터 조금이라도 이탈하는 것은 서면법 제1조 위반이 될 수 있는 조정을 전제로 한다고 주장해 왔다.²⁵⁸⁾ 또한 그는 특히 꾸르노적 행동이 위법한 합

253) Posner, 상각각주 98, 1566-69쪽. Posner는, 독점과 과점을 일관성있게 처리하는 것에 관한 Turner의 논점에 대해서는 직접적으로 대응하지 않았다.

254) 상동 1569-75쪽.

255) 상동 1569쪽 n.24, 1572 n.31, 1572 n.33, 1574 nn.36-37 (모두 Stigler의 모형을 인용).

256) POSNER, 상각각주 98, 95-98쪽.

257) 이와 같은 논점은 Richard S. Markovits가 대략적으로 지적한 바 있다. Richard S. Markovits, Oligopolistic Pricing Suits, the Sherman Act, and Economic Welfare: Part I, Oligopolistic Price and Oligopolistic Pricing: Their Conventional and Operational Definition, 26 STAN. L. REV. 493, 494, 498-99, 508-10 (1974); Richard S. Markovits, A Response to Professor Posner, 28 STAN. L. REV. 919, 920-21, 936-38 (1976). 그러나 Markovits 교수는 과점이론을 원점에서 다시 구성하려는 시도를 했는데, 그 결과는 변호사와 경제학자들 다에게 매우 낮은 것이었다. 그의 기본 모형은 공간적으로 차별화된 재화 하의 베르뜨랑 경쟁과 흡사했는데, 거기에서 그는 가격조정과 이에 대한 서면법 제1조의 제재를 고려했다. 그의 분석은 Richard S. Markovits, Oligopolistic Pricing Suits, the Sherman Act, and Economic Welfare: Part II, Injurious Oligopolistic Pricing Sequences: Their Description, Interpretation and Legality Under the Sherman Act, 26 STAN. L. REV. 717 (1974); Richard S. Markovits, Oligopolistic Pricing Suits, the Sherman Act, and Economic Welfare: Part III, Proving (Illegal) Oligopolistic Pricing: A Description of the Necessary Evidence and a Critique of the Received Wisdom About Its Character and Cost, 27 STAN. L. REV. 307 (1975); Richard S. Markovits, Oligopolistic Pricing Suits, the Sherman Act, and Economic Welfare: Part IV, The Allocative Efficiency and Overall Desirability of Oligopolistic Pricing Suits, 28 STAN. L. REV. 45 (1976)에서 계속되었다.

258) POSNER, 상각각주 98, 95쪽 (완전경쟁수준 이상의 가격을 책정하는 것은 문제가 될 수 있다); 상동 96-97쪽 (법 위반이 되는 행위는 “한계비용보다 높은 가격에 판매하는 것”이다); 상동 98쪽 (“완전경쟁수준을 상회하는 가격책정에 대한 손해배상 판결”의 가능성); Richard A. Posner, Oligopolistic Pricing Suits, the Sherman Act, and Economic Welfare: A Reply to Professor Markovits, 28 STAN. L. REV. 903, 905 (1976) (과점상황에서는 “각각의 판매자가 자신의 가격이 한계비용과 일치할 때까지 생산량을 늘릴 경쟁적인 압력이 있기” 때문에 “과점기업이 완전경쟁기업처럼 행동하는 것이 비합리적이 아니다”) 참고.

의의 산물로서 다루어져야 한다고 구체적으로 지적했다.²⁵⁹⁾ 이러한 견해는 일회게임 과점 모형에서의 비협조적 내쉬균형이 합의의 산물이어야 함을 의미하는데, 이와 같은 주장은 최신 과점이론과 완전히 배치되는 것이다. 또한 주목할 만한 것은, Posner 판사가 High Fructose Corn Syrup 사건에서 공모에 대한 유일한 가설적 대안으로서 완전경쟁 모형을 사용했다는 사실이다.²⁶⁰⁾ 그렇게 하면 꾸르노적 행동을 쉽게 담합으로 판정할 수 있다. 반면 Brand Name Prescription Drugs 판결에서 Posner 판사는 공모에 대한 대안으로서 매우 차별화된 재화 하의 베르트랑 경쟁이라 볼 수 있는 모형을 사용한 적이 있다.²⁶¹⁾

Posner 교수는 “공모의 입증(proof of conspiracy)”에서 벗어나 “담합이 발생하기에 호의적인 상황을 가진 시장을 분별해 내는 것”과 “담합적 가격책정이 정말 있었느냐를 판단하는 것”을 포함하는 “경제적 접근”을 취하는 것을 주창했다.²⁶²⁾ 전자에 대해서 그는 담합의 성공에 도움이 되는

17가지 조건을 제시하면서, 동시에 이 대부분의 조건을 명확히 정의하는 것이 힘들다는 것을 강조했다. 또한 담합을 의심케 하는 “14가지 유형의 경제적 증거”를 열거했다.²⁶³⁾ 시정조치 문제에 관한 Posner 교수의 해결책은 경쟁사업자 간의 가격조정을 원활하게 하는 관행들을 금하고 범무성으로 하여금 소비자들을 대신해 손해배상소송을 청구하도록 하는 것이었다.²⁶⁴⁾ 물론 현행법 하에서는 이러한 손해배상소송은 불가능하다.

Posner 판사는 Posner 교수가 논의를 이어 받아, 셔먼법 제1조의 “문언(language)은 가격 담합을 위한 순전히 암묵적인 합의, 다시 말하자면, 합의의 당사자들 간에 어떠한 실제 의사소통도 일어나지 않은 합의를 포함할 정도로 광범위하다”고 주장한다.²⁶⁵⁾ 그러나 그는 셔먼법 제1조에 대한 사법적 통설은 “명시적으로 적시된 합의, 즉 실제적인 구두의사소통(actual verbalized communication)이 있는 합의를 입증해야만 가격담합 공모가 셔먼법 하에서 기소가능하다”는 것

259) POSNER, 상기각주 98, 98쪽 (만약 “독점기업이 신규진입기업에 대해 꾸르노 과점 모형에서처럼 대응한다면, 이 두 기업은 “암묵적으로 담합하였다”); 또한 상동 91쪽 참고 (담합 증거 중 하나는 “기업의 수 혹은 수요탄력성과 가격이 음의 상관관계를 갖는 것이다”. 그러나 이러한 결과는 꾸르노균형과 베르트랑균형에서 성립한다).

260) 상기각주 181-82에 상응하는 본문 참고.

261) 상기각주 169-71에 상응하는 본문 참고. Posner 판사는 특허권 보호와 특정 상표에 대한 소비자 선호의 결과 “유명 제약회사들 모두가 일정한 시장지배력을 갖고 있다 해도...놀라운 일은 전혀 아니다”고 하며, 그러므로 완전경쟁 수준을 초과하는 가격책정 관행은 “생산업자에 의한 단독 이윤극대화행위와 일치하고” 그러므로 합법적이라고 설명하였다. In re Brand Name Prescription Drugs Antitrust Litig., 186 F.3d 781, 787 (7th Cir. 1999) (강조사항은 원문을 따름).

262) POSNER, 상기각주 98, 69쪽.

263) 상동 69-93쪽.

264) 상동 98-99쪽.

265) In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litig., 295 F.3d 651, 654 (7th Cir. 2002), cert. denied, 123 S. Ct. 1251, and cert. denied, 123 S. Ct. 1253, and cert. denied, 123 S. Ct. 1254 (2003). Posner 판사는 다음과 같이 주장했다.

임을 인정했다.²⁶⁶⁾ 본 논문에서 사용된 용어를 쓰자면, Posner 판사는 암묵적 합의(unsspoken agreement)가 셔먼법 제1조 위반이 될 수 있다고 판단하지만 지금까지 판례법은 그렇게 하기를 거부했다고 보는 것이다.²⁶⁷⁾

비록 “공모의 입증”을 분석대상에서 없애지는 못했지만, Posner 판사는 합의의 존재에 관한 경제적 증거를 평가할 때 근본적으로 Posner 교수가 주창한 분석을 따른다. 이는 그의 High Fructose Corn Syrup 판결에서 가장 잘 드러난다. 동 판결은 먼저 “시장구조가 은밀한 가격담

합을 가능케 했다는 증거”를 고려하고,²⁶⁸⁾ 그 다음 “비경쟁적인(noncompetitive) 행위의 증거”에 대해 논했다.²⁶⁹⁾

E. 합의의 추론에 관한 경제원리

본 논문 제2장의 서두에서 셔먼법 제1조 하의 합의에 관한 통상적인 표현을 인용한 바 있다. 몇몇 사건에서는 “의사의 합치(meeting of minds)”를 이용하였지만,²⁷⁰⁾ 최근 가장 자주 사용되는 것은 “공통된 계획에 대한 의식적 참가(conscious commitment to a common scheme)”²⁷¹⁾인

만약 한 기업이 경쟁사업자들도 자신과 똑같이 할 것이라는 예상 하에 가격을 인상하고 또한 실제로 다른 기업들도 인상에 따라갈 경우, 그 기업의 행동은 상대가 가격인상을 통해 동의하게끔 하는 편무 계약(unilateral contract)의 제안으로 개념화할 수 있다. 또는 사실상 함축된 계약(contract implied in fact)을 제안한 것으로 해석 가능하다. “한 사람이 가게 안으로 걸어 들어가, 가격을 지불하려는 의도와 함께 신문을 집어 든다고 생각해보자. (비록 가게주인과 그 사람간의 어떠한 의사소통도 없었지만,) 그러한 상황은 사실상 함축된 의미의 계약이라는 것을 만들어냈다.

상동 654쪽 (A.E.I. Music Network, Inc. v. Bus. Computers, Inc., 290 F.3d 952, 956-57 (7th Cir. 2002) (Posner, C.J.) 인용). 그러나 또한 Hovenkamp, 상기각주 153, 922-23쪽 (Posner의 분석은 “관습법에서 상당히 더 나아간 것처럼 보인다”)도 참고.

266) 상동 654쪽. 또한 POSNER, 상기각주: 98, 93쪽 (“대부분의 법원은 ... 셔먼법 위반 판결을 내리는데는 명시적인 합의(overt agreement)가 필수적이라는 ... 입장이다”); 상동 94쪽 참고 (이 판례들은 “당사자들간 실제 의사소통에 기반한 명시적인 합의가 있어야 함”을 의미한다).

267) Posner 판사는, 물론, “암묵적 합의”라는 용어도 사용하지 않았고, 의사소통이 무엇을 의미하는지도 정확히 밝히지도 않는다. 판례는 말 그대로의 “구두 의사소통”을 요구하지 않으며, 또한 “당사자들간 어떠한 실제 의사소통도 없이는” 합의를 한다는 것은 가능하지도 않다.

268) High Fructose Corn Syrup, 295 F.3d at 655; 상동 656-58쪽 JTC Petroleum Co. v. Piasa Motor Fuels, Inc, 190 F.3d 775, 777 (7th Cir. 1999) 참고(아스팔트 포장 산업에서 “효과적인 담합이 일어날 수 있는” 조건들이 있음을 발견).

269) High Fructose Corn Syrup, 295 F.3d at 658; 상동 658-61쪽.

270) Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp., 467 U.S. 752, 771 (1984) (Am. Tobacco Co. v. United States, 328 U.S. 781, 810 (1946) 인용); 그 예로, Baby Food, 166 F.3d at 117; Rossi v. Standard Roofing, Inc., 156 F.3d 452, 465 (3rd Cir. 1998); Systemcare, Inc. v. Wang Labs. Corp., 117 F.3d 1137, 1143 (10th Cir. 1997) (재판부 전원판결); Wallace v. Bank of Bartlett, 55 F.3d 1166, 1168 (6th Cir. 1995) Apex Oil Co. v. DiMauro, 822 F.2d 246, 257 (2nd Cir. 1987) 참고.

271) Monsanto Co. v. Spray-Rite Serv. Corp., 465 U.S. 752, 768 (1984) (Edward J. Sweeney & Sons, Inc. v. Texaco, Inc., 637 F.2d 105, 111 (3rd. Cir. 1980) 인용); 그 예로, Va. Vermiculite, Ltd. v. Historic Green Springs, Inc., 307 F.3d 277, 281 (4th Cir. 2002), cert. denied, 123 S. Ct. 1900 (2003); Toscano v. Prof'l

듯 하다. 그러나 양자 모두 실제 적용에 유용한 정의(operational definition)가 되기에는 그 정확도가 떨어진다. 모든 과점 모형의 균형에서 “의사의 합치” 혹은 “공통된 계획에 대한 의식적 참가”를 타당하게 찾을 수 있다. 예를 들어, 비협조적 내쉬균형에서 기업의 행동은 상대기업들의 관측된 행동에 의존한다.

판례를 보다 깊이 연구해도 여기서 요구되는 정확도를 찾을 수는 없다. 반독점법에서의 합의란 범위가 넓고 분명치 않는 개념이다.²⁷²⁾ 한 지방법원이 한탄했듯이, “어떤 경우에 (합의의) 추론이 합리적인가를 결정하는 데 있어 판례법은 거의 아무 도움도 주지 못한 채 진행되어 왔다 … 추론을 할 수 있는 기준은 계속 변해왔다.”²⁷³⁾ 마치 Stewart 판사가 자신이 직접 본다면 음란물인지 아닌지를

구분할 수 있다고 말한 것과 같이, 법원들은 서면 법 제1조 위반 합의인지 아닌지 보면 알 수 있다는 태도를 취하는 듯 하다.²⁷⁴⁾ 그 결과 합의를 추론하는 것이 어떤 경우에 합리적인지에 관한 기준을 마련하는 것은 어려운 문제로 남아 있다.

본 논문에서 고려하는 합의의 형태-가격담합, 입찰담합, 그리고 시장 분할-와 관련하여, 위의 문제는 합의 자체가 불법이라는 사실에 의해 더 어려워진다.²⁷⁵⁾ 합의 당사자들이 그들의 목적을 달성했는지, 혹은 그 합의가 효과적으로 이행되도록 어떤 조치를 취했는지는 상관없다. 합의는 어떤 흔적을 꼭 남기는 것이 아니기 때문에 합의의 부재를 입증하는 것이 본질적으로 불가능하다는 것은 명백하다.²⁷⁶⁾ 그러나 본 논문은 손해배상을 요구하는 사소를 제기한 원고들이 효과적인 합의

Golfers Ass’n, 258 F.3d 978, 983 (9th Cir. 2001); Spectators’ Communication Network Inc. v. Colonial Country Club, 253 F.3d 215, 220 (5th Cir. 2001); Blomkest Fertilizer, Inc. v. Potash Corp. of Sask., 203 F.3d 1028, 1039 (8th Cir. 2000) (Gibson, J., 소수의견); In re Baby Food Antitrust Litig., 166 F.3d 112, 117 (3rd Cir. 1999) 참고.

272) 계약법도 동일하다. Restatement (Second) of Contracts §3 (1979); 1 Samuel Williston & Richard A. Lord, A Treatise on the Law of Contracts §1:3 (제4판 1990년) 참고.

273) Holiday Wholesale Grocery Co. v. Philip Morris, Inc., 231 F. Supp. 2d 1253, 1270 (N.D. Ga. 2002), aff’d sub nom. Williamson Oil Co. v. Philip Morris USA, 346 F.3d 1287 (11th Cir. 2003).

274) Jacobellis v. Ohio, 378 U.S. 184, 197 (1964) (Stewart, J., concurring) (노골적인 음란물을 “명료하게(intelligibly)” 정의할 수 없던 Stewart 대법관은 “보면 알 수 있다(I know it when I see it …)”고 말함).

275) United States v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150, 225 n.59 (1940) (“명시적 행위가 보여지지 않더라도, 공모자들이 그들의 목적 달성을 위해 쓸 수 있는 수단을 보유했다는 것이 확증되지 않았더라도 … 가격담합 공모는 서면법 제1조 위반이다”) 참고.

276) 정반대의 입장을 상기각주 2의 Blair & Herndon II(19쪽)가 취하고 있다 (“경제전문가의 증언은 부정적 추론(negative inferences)을 하는데, 즉 담합과 일치하지 않는 경제적 증거를 제공하는 데 가장 유익할 수 있다”). 자신들의 주장의 한 예로 Blair & Herndon은 “안정적인 시장점유율은 비담합 균형(noncollusive equilibrium) 하에서 뿐 아니라 담합협의(collusive arrangement)하에서도 나타난다. 하지만 불안정적인 시장점유율은 담합의 부재를 의미한다”고 주장하였다. 상동 18쪽. 그러나 이와 같은 주장은 불안정한 시장점유율의 중요성을 과장한다 (하기각주 358에 상응하는 본문 참고). 또한 “공모가

가 경제적인 흔적을 남겼다고 주장하는 사건에서 합의의 존재를 추론하는 문제만을 다루고 있다. 이러한 사건에서는 원고들에게 입증책임(burden of proof)이 있는 바, 본 논문의 주요 관심은 그러한 입증에 함이 있어 경제적 분석의 역할을 규명하는 데 있다.

최신 과점이론과 판례를 종합해보면, 합의가 존재하는지를 추론하는 문제에 관해 경제학자가 도출할 수 있고 법원이 도출해야 하는 네 가지 일반적인 원칙을 발견할 수 있다.

- (1) 합의가 추론되기 위해서는 상호의존성을 넘는 무언가가 먼저 제시되어야 한다. 상호의존성은 과점 상황에서 정상적으로 발생하며 법 위반과 무관하다.²⁷⁷⁾ 합리적인 과

점기업은 일반적으로 경쟁사업자들을 유심히 관찰하고 경쟁기업들의 가격변화 혹은 기타 전략적 조치에 대응조치를 취한다. 그러한 행동에서 위법성을 발견할 수 있는 근거는 전혀 없다.

- (2) 합의의 존재는 일회게임 과점 모형에서의 비협조적 내쉬균형과 일치하는 행동으로부터는 추론될 수 없다. 그와 같은 모형의 예측과 합치하는 행동을 하는 기업은 자신의 개별적 이익에 반하여 행동했다고 볼 수 없다.²⁷⁸⁾ 개별적 자기이익에 반하는 행동만이 합의를 추론함에 있어 과점이론에 기반한 근거를 제공한다.²⁷⁹⁾

존재하는지의 여부와 공모가 실제로 효력이 있었는지의 여부를 분별"하지 못한다. In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litig., 295 F.3d 651, 656 (7th Cir. 2002) (Posner, C.J.), cert. denied, 123 S. Ct. 1251, and cert. denied, 123 S. Ct. 1253, and cert. denied, 123 S. Ct. 1254 (2003).

277) 판례법은 어떤 행위가 "단순히 상호의존적"인지의 여부에 대해서는 가끔씩 모호한 태도를 취하지만, 그와 같은 행위가 셔먼법 제1조를 위반하지 않는다는 것에 관해서는 언제나 분명한 입장을 표명한다. 그 예로, Williamson Oil, 346 F.3d at 1299 ("의식적 동조행위는 과점시장에서 상호의존적인 가격책정을 하는 행위"인 바 "그 자체로는 위법하지 않다") (첫 구절은 City of Tuscaloosa v. Harcros Chems., Inc., 158 F.3d 548, 570 (11th Cir. 1998)에서 인용; 두 번째 구절은 Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209, 227 (1993)에서 인용); Blomkest Fertilizer, Inc. v. Potash Corp. of Sask., 203 F.3d 1028, 1042 (8th Cir. 2000) (Gibson, J., dissenting) ("비록 과점적 가격책정이 독점과 마찬가지로 소비자에게 손해를 끼치긴 하나, 실제적인 합의 없이(with no actual agreement) 발생한 상호의존적 가격책정은 셔먼법을 위반하지 않는다...") In re Coordinated Pretrial Proceedings in Petroleum Prods. Antitrust Litig., 906 F.2d 432, 444 (9th Cir. 1990) ("상호의존적 가격책정은... 그 자체만으로는 셔먼법 위반이라고 하기에 부족하다는 것이 일반적인 견해이다") 참고.

278) 만약 행위가 어떤 모형들과는 합치하고 다른 어떤 모형들과는 합치하지 않는다면, 원고는 해당 사건의 사실들과 모형 간의 적합성 부족을 이유로, 행위와 일치하지 않는 모형을 기각해야 한다는 주장을 펼칠 근거를 확보할 수도 있다. 그러나, 모형은 추상적 개념, 즉 실제 세계를 절대로 완벽하게는 묘사할 수 없는 단순화라는 점을 명심해야 한다.

279) 이와 관련있는 판결은 FTC v. Abbott Laboratories, 853 F. Supp. 526 (D.D.C. 1994)이다. 이 사건은 피고가 입찰담합을 했다는 주장에 관한 것인데, 법원은 원고 패소 판결을 내렸다. FTC의 경제전문가는 피고의 입찰이 "공모가 없다면 경제적인 근거가 없다"라고 증언했다. 상동 534쪽. 그러나 피고측 게임이론 전문가는 피고의 입찰이 그 "단독적이고 독립적인 자기이익에 기초하고 있었다"는 주장으로 법원을 설득했다. 상동 534-35쪽.

(3) 합의의 존재는, 비록 무한반복 과점게임에서의 비협조적 내쉬균형(혹은 Chamberlin-Fellner식의 과점)과는 일치하더라도, 일회게임 과점 모형에서의 비협조적 내쉬균형과 일치하지 않는 행동으로부터 추론될 수 있다. 자신의 이익과 반대되는 행동은 합의에 대해 경제적 추론을 하는 데 사용되는 중요한 “추가요소”이다. 하지만 무한반복게임에서는 자신의 이익에 반하는 행동이란 사실상 존재하지 않는다.

(4) 피고들 간에 합의를 달성하기 위한 협상 수단으로 작용할 수 있었던 의사소통에 대한 증거가 없으면 합의의 존재는 추론되어서는 안 된다.²⁸⁰⁾ 달리 말하자면, 구두합의(spoken agreement)의 존재를 뒷받침해 주는 증거가 있어야만 한다. 위의 세 가지 원칙이 최신 과점이론에서 바로 도출되는 반면, 이 원칙은 기본적으로 정책적이고 실용적인 고려에 기반을 둔 것이다. 첫째, 암묵적 합의(unspoken agreement)가 중요한 현상이라는 것을 믿을만한 이유가 별로 없다. 둘째, 배심원들로 하여금 암묵

적 합의가 셔먼법 제1조 위반이라는 평결을 내리게 허용하면, 합의가 전혀 없을 때에도 제1조 위반이라는 평결을 내릴 수 있도록 허가하는 결과를 가져온다. 셋째, 실제 집행가능한 시정조치가 있지 않는 한, 법 위반 판결을 내려서는 안 되는데, 암묵적 합의에 대해서는 집행가능한 시정조치가 있어 보이지 않는다. 마지막으로, 판례법은 구두합의를 요구한다는 Posner 판사의 견해가 아마도 옳을 것이다.²⁸¹⁾

이와 같은 원칙을 적용하는 것에 어려움이 없는 것은 아니지만, Chamberlin의 혼령을 쫓아내는 것(exorcising Chamberlin's ghost)만으로도 엄청난 발전이 일어날 수 있다. 합의가 존재하지 않을 경우 과점상황에서 독점가격이 책정될 것이라고 예상할 수는 없다는 사실을 법원이 단순히 인식하는 것만으로도 가장 위험한 실수는 피할 수 있을 것이다. 다음 장에서 논의하듯이, 경제전문가들이 최신 과점이론과 위에서 열거한 원칙들을 엄격히 적용하면 재판과정에 있어 상당히 많은 추가적 향상이 있을 것이다. **경쟁저널**

280) Cf. Baker, 상기각주 120, 48쪽 (합의가 존재하느냐의 여부를 판단함에 있어 “협상(negotiations)”의 증거에 초점을 둠).

281) 상기각주 266-67과 상응하는 본문 참고.