

## 담합의 존재에 관한 경제적 증거:반독점법과 과점이론의 조화(2)

Gregory J. Werden · 이상승 譯

### II. 합의의 정의와 입증에 관한 셔먼법 제1조 판례법

셔먼법 제1조는 “계약, 결합 … 공모(contract, combination … or conspiracy)에 의해 초래되는 거래(즉 경쟁)의 불합리한 제한을 규제”하는데,<sup>61)</sup> 이러한 계약, 결합, 공모의 “용어들은 합의(agreement)라는 하나의 개념으로 통합하여 이해”할 수 있다.<sup>62)</sup> 제1조는 다수의 당사자가 “단일한 목적, 공통된 의도와 의견의 일치, 혹은 의사의 합치(meeting of minds)”,<sup>63)</sup> 즉 “공통된 계획

에 대한 의식적 참가(conscious commitment to a common scheme)”<sup>64)</sup>를 합의한 모든 협약을 규제한다. 셔먼법 제1조 위반을 입증하기 위해서는 “일치된 행동이 합의하에서 일어났음을 입증해야 한다. 물론 법원에서의 직접 증언을 통해 공모를 입증하기는 힘들기 때문에, 실제로 행해진 행위에 의해 추론해야 하는 경우가 대부분이다.”<sup>65)</sup> 더욱이 “공식적인 합의가 있어야만 위법한 공모가 발생했다고 하는 것은 아니며, 기업의 행위는 사실관계의 인정에 있어 합의를 추론할 수 있는 증거력 있는 정황증거(admissible circum-

\* 본 번역문은 ANTITRUST LAW JOURNAL Volume 71 Issue 3, 2004에 게재된 원문을 기고자로부터 번역 허락을 받아 서울대 이상승 교수에게 번역을 의뢰한 것으로서 경쟁저널 제113호(2005. 1)에 이어지는 글이다.

61) Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp., 467 U.S. 752, 768 (1984) (생략은 원판결문을 따름) (15 U.S.C. §1 인용).

62) 6 Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, Antitrust Law ¶1400a, 1쪽 (제2판 2003년); 또한 상동 ¶1403, 16-17쪽 참고.

63) Copperweld, 467 U.S. 771쪽 (Am. Tobacco Co. v. United States, 328 U.S. 781, 810 (1946) 인용).

64) Monsanto Co. v. Spray-Rite Serv. Corp., 465 U.S. 752, 768 (1984).

65) E. States Retail Lumber Dealers' Ass'n v. United States, 234 U.S. 600, 612 (1914).

tantial evidence)이다.”<sup>66)</sup>

본 장에서는 주로 유사한 가격책정(parallel pricing)이나 다른 유사한 행위들이 합의에서 기인한 것인가를 추론하는 문제를 다른 판례들의 분석을 통해 위의 논의에 대해 자세히 설명한다. 판례법을 분석하기 전에, 먼저 전문용어를 정리하는 것으로 본 장을 시작한다. 독점가격에 가까운 수준의 과점가격 설정은 “조정되었다(coordinated)”라고 부를 것인데, 단 ‘조정’이라는 용어를 사용한다고 해도 합의가 존재한다는 선입견을 가진다는 것은 아니다. 이에 더하여 합의가 어떤 의사소통(communication)을 통해 이루어졌는지 그 성격에 따라 합의를 두 가지 유형으로 나눈다.

“구두 합의(spoken agreement)”는 언어 또는 이와 유사한 방법의 의사소통의 결과인데, 이러한 구두 합의의 산물이 “전통적 공모(traditional conspiracy)”이다. 각주의 판결문에서 언급된 것처럼, “뜻이 서로 통하는 링크는 말보다 더 많은 의미를 전달할 수 있다.”<sup>67)</sup> 링크나 고개를 끄덕이는 것과 같은 행동으로 언어만큼 많은 의사를 교환할 수 있고, 판례법은 당사자간에 명시적인 약속을 교환하여야 합을 조건으로 하고 있지 않기

때문에,<sup>68)</sup> 의사소통의 언어적 수단들 사이에는 어떠한 중요한 법적 구별도 존재하지 않는다.

“암묵적 합의(unsspoken agreement)”는 순수하게 시장에서의 행동을 통한 의사소통의 결과이다. 시장에서의 행동(예를 들어 경쟁사업자가 어떤 고객에게 어느 가격에 제품을 공급하는지 등)을 관찰할 때 의사소통이 발생한다고 말하는 것은 용어의 의미를 확대 해석하는 것은 아니다. 꾸르노 모형이나 베르뜨랑 모형에서 기업들이 상호간의 생산량이나 가격을 관측할 때 바로 이러한 형태의 의사소통이 일어난다. 특히 Tit-for-Tat와 같은 전략이 사용되는 경우 반복 게임에서 발생하는 의사소통이 가장 흥미롭다. 이러한 암묵적 합의에 관해 서면법을 원용한 판례들에 대한 오랜 기간 지속되어 온 논쟁에 관해서는 제3장에서 다룬다.

판례법과 평석은 “묵시적 합의(tacit agreement)”와 “명시적 합의(express or explicit agreement)”를 구분한다. 그러나 판례들이 위의 용어들을 일관성 있게 구분해 왔는지, 또한 본 논문에서 사용하는 “암묵적 합의”와 “구두 합의”가 같은 의미인지는 의심스럽다.<sup>69)</sup> 논의의 명확성을

66) Norfolk Monument Co. v. Woodlawn Mem'l Gardens, Inc., 394 U.S. 700, 704 (1969) (per curiam) (Am. Tobacco, 328 U.S. 809쪽과 Theatre Enters., Inc. v. Paramount Film Distrib. Corp., 346 U.S. 537, 540 (1954)인용). 또한 United States v. Falstaff Brewing Corp., 410 U.S. 526, 534 n.13 (1973)참고 (“정황증거는 반독점법의 원동력(lifblood)”; Petruzzi's IGA Supermarkets, Inc. v. Darling-Del. Co., 998 F.2d 1224, 1230 n.5 (제3 항소법원 1993년) (“물론, 통속적 견해와 반대로 증인이 총이 발사되는 것을 보지 못했다면 연기가 나고 있는 총은 정황증거에 불과하다”).

67) Esco Corp. v. United States, 340 F.2d 1000, 1007 (제9 항소법원 1965년) (가격담합에 대한 형법적 유죄판결을 유지).

68) 6 AREEDA & HOVENKAMP, 상기각주 62, ¶1404, 18-20쪽 Esco, 340 F.2d 1007-08쪽 참고.

위하여, 본 논문에서는 “묵시적(tacit)” 또는 “명시적(express, explicit)”이란 단어를 사용하지 않는다. 또한 “묵시적 담합(tacit collusion)”이라는 용어를 합의가 존재하지 않는 경우를 지칭하기 위해 보통 사용하는데,<sup>70)</sup> “묵시적 담합”이 “묵시적 합의(tacit agreement)”와 상당히 다른 어떤 의미를 가진다고 하는 것은 직관과 배치되므로, 본 논문에서는 이 두 용어 모두 사용하지 않는다.

#### A. 서면법 제1조 상의 합의 추론에 관한 초기 판례

Eastern States 사건은 공동의 거래거절(concerted refusal to deal)을 추론하는 문제에 관한 판결이다.<sup>71)</sup> 피고 목재 소매업자들

(lumber retailers)은 소비자들에게 직접 판매하는 목재 도매업자들(lumber wholesalers)의 이름이 담긴 “블랙리스트”를 유포하였다. 이는 “소매업자들로 하여금 리스트에 오른 도매업자들과 거래하는 것을 억제하는 자연스런 효과를 낳게끔 의도된” 것이었다.<sup>72)</sup> 연방대법원은 소매업자들 간에 블랙리스트에 오른 도매업자들과 거래를 거절하려는 합의가 있었다고 추론했는데, 이는 “소비자에게 직판하는 도매업자가 신고 될 경우, 이 업자가 그 행위를 그만두지 않는 한 소매업자들의 거래거절로 인해 직접적으로 그리고 눈에 떨 정도로 매출 손실을 입었다는 증거가 풍부했기 때문”이었다.<sup>73)</sup>

대법원의 추론이 타당할지는 모르나 그 논리가

69) “묵시적” 합의와 “명시적” 합의 (“tacit” and “express” agreements)가 모두 서면법 제1조에 위반된다고 판시한 판례: United States v. United States Gypsum Co., 438 U.S. 422, 457 (1978) Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp., 346 U.S. 537, 540 (1954) Alvord-Polk, Inc. v. F. Schumacher & Co., 37 F.3d 996, 1013 (제3 항소법원 1994년) In re Coordinated Pretrial Proceedings in Petroleum Products Antitrust Litigation, 906 F.2d 432, 446 (제9 항소법원 1990년). 또한 Apex Oil Co. v. DiMauro, 822 F.2d 246, 253 (제2 항소법원 1987년) 참고 (“묵시적(tacit)”, “명시적(explicit)” 합의 모두 서면법 제1조에 위반된다). (한 관찰자에 의하면, 판례법은 “이러한 용어들을 집단적 행위(collective action)가 발생하였는지의 사실관계를 판단하기 위한 증거 유형들 간의 차이를 인식하기 위해” 사용한다. William E. Kovacic, The Identification and Proof of Horizontal Agreements under the Antitrust Laws, 38 ANTITRUST BULL. 5, 19 (1993).

70) Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209, 227 (1993)참고. (“묵시적 담합”을 “과점적 가격조정(oligopolistic price coordination)이나 의식적 동조(conscious parallelism)”와 동일시하고 그 자체만으로는 위법한 것이 아니라 주장함); Jonathan B. Baker, Two Sherman Act Section 1 Dilemmas: Parallel Pricing, the Oligopoly Problem, and Contemporary Economic Theory, 38 ANTITRUST BULL. 143, 145 (1993) “단순히 … 상호의존성을 인식하고 행동하는 것을 … 묵시적 합의(tacit collusion)라고 한다.”); Blair & Herndon I, 상기각주 2, 817 쪽 (“묵시적 담합은 … 위법이 아니다”); 상동 820쪽 (“묵시적 담합의 경우 … 그 정의상 어떠한 합의도 없다”); Economists’ Roundtable, ANTITRUST, 2003년 봄, 8쪽, 17 (“통상적인 과점적 행동을 … 때때로 경제학자들은 암묵적 담합이라 부른다.”) (Dennis W. Carlton의 논평). 그러나 Kovacic는, 상기각주 69, 20쪽에서 (“묵시적 담합을 문제삼는 대부분의 사건은 원고가 간접적이거나 정황적 증거로 합의의 사실을 확립하려고 시도한 사례들이다”)라고 주장.

71) E. States Retail Lumber Dealers’ Ass’n v. United States, 234 U.S. 600 (1914).

72) 상동 605, 608, 609쪽.

73) 상동 612쪽.

완전한 것은 아니다. 만약 소매업자들이 블랙리스트에 오른 도매업자와의 거래를 끊고 다른 도매업자와 거래하는 것이 용이하다면, 소매업자들이 블랙리스트에 오른 도매업자와 개별적으로 거래를 중단하는 것이 소매업자들간에 합의가 있었다는 것을 의미하는 것은 아니다. 왜냐하면, 이 경우 다른 소매업자들과의 합의가 없고 또한 도매업자들이 우호적인 반응을 보일 것이라는 기대가 없아도, 소매업자들은 자신과 경쟁하지 않는 도매업자와 거래하는 것이 합리적이기 때문이다. 대법원의 추론은 일종의 전환비용(switching cost)이 존재한다고 가정한 것인데, 이러한 가정은 그럴 듯하지만 명백한 것은 아니다.<sup>74)</sup>

American Column 판결은 목재 생산업자들이 시장전망과 생산량 제한에 대한 권고뿐 아니라 생산량, 가격, 판매량, 재고량에 대한 상세한 정보를 교환한 사건을 다루었다.<sup>75)</sup> 연방대법원은 다음과 같이 판시하였다.

그러한 “계획”의 기본 목적은 자연스럽게 경쟁하는 많은 사업자들 간에 구체적인 합의 없이 가격 및 생산량에 관해 “조화로운(harmonious)” 개

별 행동을 확보하고, 일치된 행동의 유지를 위해 사업가로서의 명예와 사회적 제재라는 강력하고 신뢰할 만한 억제수단에 의지하는 것이었다.<sup>76)</sup>

“많은 수의 영향력 있는 사업자들간의 일치된 행동이 현저한 가격인상에 크게 기여했다”는 이유를 들어, 연방대법원은 위의 합의가 셔먼법 제1조 위반이라고 판시하였다.<sup>77)</sup>

연방대법원은 시장상황에 기반해서는 만족할만 할 설명이 불가능한 현저한 가격인상이 일어났다고 판단한 것으로 보인다. 동 사건의 상황에서 합의를 추론한 것은 간단한 것이었다. 합의를 수반하지 않는 가격조정의 한 형태를 통해 생산량이 제한되었을 가능성을 대법원이 고려하지 않았다는 사실은 중요하다. 당시 Chamberlin의 과점이론이 아직 출판되지 않았다는 것이 대법원이 이러한 가능성을 인지하지 못한 이유가 될 수 있다.

일반적으로 지금 이 논의에서 중요한 것은 아니지만, “어떤 기업이 스스로의 독자적 판단으로 다른 기업의 가격을 따르는 것이 적절하다고 판단한 사실”만으로는 셔먼법 제1조 위반으로 추정되지

74) 최근 논문은 “연합의 구성원들이 블랙리스트에 대해 일률적으로 반응할 때만 이익을 얻을 수 있는지의 여부”가 중요한 요소라고 주장한다. Joseph P. Bauer & William H. Page, Kintner: Federal Antitrust Law §11.5, 60쪽 (2002). 그런데 대법원은 소매업자들의 반응이 얼마나 일률적이었는지 명확히 밝히지 않았을 뿐 아니라, 비록 소매업자들의 반응이 일률적이지 않다고 해도 블랙리스트에 오른 도매업자들의 이익은 크게 감소할 수 있었다. 만약 위 논문이 동 사건의 사실관계를 바로 파악했다고 가정하면, 위의 주장은 공모의 동기에 관해서만 통찰력을 제시한 것인 바, 동기만으로 공모를 추론할 수는 없다. 하단 각주 137-39와 관련 본문 참고.

75) Am. Column & Lumber Co. v. United States, 257 U.S. 377, 394-99, 402-09 (1921).

76) 상동 411쪽.

77) 상동 409, 411-12쪽.

않는다는 자주 인용되는<sup>78)</sup> 법언을 남긴 International Harvester의 판결은 의미가 크다.<sup>79)</sup> 이 법언은 또한 Chamberlin의 과점이론보다 시기적으로 앞선 것이고, 다른 추가적 행위가 없는 유사한 가격책정으로는 합의를 추정할 수 없다는 데에 관한 대법원의 가장 중요한 초기 판결이다.<sup>80)</sup>

지금의 논의에서 가장 흥미로운 사건은 영화배급업자와 상영업자 사이의 거래 분쟁에 관련되는 여러 사건 중 하나인 Interstate Circuit 사건이다.<sup>81)</sup>

Interstate는 Texas 주의 대부분 지역에서 유일한 개봉관이었다. Interstate는, 8개 배급업자들에게 전부를 수신인으로 기재한 서면을 발송하여, 상영계약에 몇 개의 특정 조항을 포함할 것을 요구하였다. 첫 번째 조항은 그 당시 재상영관이 받던 가격보다 더 높은 최저가격을 정하였다. 두 번째 조항은 재상영관에서 흔했던 2편 동시상영을 금지하였다. 이후 Interstate는 8개 배급업자들 각각과 개별적으로 계약을 맺었다. Texas 주 4개의 도시에서는 위의 두 조항이 계약에 삽입되

었으며, 이 4개의 도시를 제외한 Texas 주의 다른 도시들은 어느 조항도 추가되지 않았다.<sup>82)</sup>

이러한 사실에 대해 지방법원은, Interstate와 배급업자들 간의 8개의 수직적 합의(vertical agreements)뿐 아니라 배급업자들 간의 수평적 합의(horizontal agreement)도 있었다고 판시하였다. 연방대법원은, “행동의 일치에 관한 합의(agreed concert of action)가 없었다면 배급업자들의 … 행동의 완전한 일치(singular unanimity of action)에 대한 설득력 있는 설명이 없고”, 배급업자들은 “모든 이가 동참할 것이라는 이해 없이는, 그들의 사업방식에서 것처럼 광범위한 변화를 만장일치로 동의하고 실행에 옮기지 않았을 것”이라고 지방법원의 판결을 유지했다.<sup>83)</sup>

Interstate가 상영시장에서의 경쟁을 배제할 목적으로 배급업자들을 이용하였고, 더 큰 배급수입을 지급하여 보상했다는 것이 이 사건에 대한 통설이다. 이 사건에서 그렇게 명백하지 않은 것은 배급업자들 간의 공동 이익과 단독 이익이 얼마나 달라서 그들 사이에 합의의 필요성을 제기하

78) 예를 들어, Rebel Oil Co. v. Atl. Richfield Co., 51 F.3d 1421, 1442-43 (제9 항소법원 1995년) In re Coordinated Pretrial Proceedings in Petroleum Prods. Antitrust Litig., 906 F.2d 432, 444 (제9 항소법원 1990년) Cont'l Cablevision of Ohio, Inc. v. Am. Elec. Power Co., 715 F.2d 1115, 1119 (제6 항소법원 1983년).

79) United States v. Int'l Harvester Co., 274 U.S. 693, 708-09 (1927).

80) EDWARD P. HODGES, THE ANTITRUST ACT AND THE SUPREME COURT 45-47 (1941) 참고. United States v. United States Steel Corp., 251 U.S. 417, 448-49 (1920).

81) Interstate Circuit, Inc. v. United States, 306 U.S. 208 (1939) 사건에서의 대법원의 분석은 같은 결과를 도출하지만 분석내용은 훨씬 복잡하다.

82) 상동 214-20쪽.

83) 상동 223쪽.

였는가와 여부이다. 위의 대법원 판결을 보면, 대법원은 Interstate가 제시한 조건들을 모든 배급업자들이 받아들일 경우에만 배급업자들에게 이익이 된다고 보았음이 명백하다.<sup>84)</sup> Interstate의 조건을 수락한 배급업자는, 조건을 수락하지 않는 배급업자들이 존재하는 한, 개봉관 수입의 상당부분을 조건을 수락하지 않는 배급업자들의 재상영관에게 잃었을 것으로 예상했을 것<sup>85)</sup>이라는 이유를 대법원은 밝히지는 않았다.

## B. 행위 일치의 거품(THE “CONCERT OF ACTION” BUBBLE)

Interstate Circuit 사건에서 American Tobacco 사건<sup>86)</sup>으로 이어지는 연방대법원의 일련의 판결은 합의가 없더라도 서면법 제1조의 위반이 성립하는 것으로 일부에서 해석하였다. 이와 같은 이해에 기여한 것은 다음과

같은 주장을 한 Interstate Circuit 사건에서의 또 다른 판례였다.

재상영관에 대한 제약을 부과하는 합의가 위법한 공모의 전제조건은 아니었다. 배급업자들이 공모행위가 계획되고 요청되었다는 사실을 인지하면서, 그 계획을 지지하며 참여하였다는 것으로 충분했다. 각 배급업자에게는 나머지 배급업자들에게도 참여 요청을 했다는 사실이 통지되었다. 이들은 계획을 성공적으로 수행함에 있어 협조가 필수적이라는 것을 알았다. 이들은 계획이 실행된다면 상거래의 제한을 야기할 것임을 알고 있었고, ... 이 사실을 알면서 모두가 그 계획에 참여하였다. 각 배급업자가 다른 배급업자들도 참여했다는 사실을 처음부터 알고 있었다는 증거는 충분하다. 이러한 사실을 알면서 이들은 위의 협약을 갱신하여 이를 2년 연속 실행에 옮겼다... 만약 실행에 옮겨질 경우 주 간의 상거래(interstate commerce)를 제

84) 30년 후, 대법원은 이에 대해 자세히 설명하였다.

배급업자들이 서로 합의하여 동일한 조건을 부과하기로 하였다는 것을 입증할만한 직접적인 증거는 없지만, 배급업자 각각은 Interstate가 모든 배급업자들에게 같은 제안을 했다는 사실과 모든 배급업자들이 이를 준수할 때만 의미가 있다는 사실을 인지하고 있었음이 입증되었다...

... Interstate Circuit 사건에서 합의의 직접적인 증거가 없음은 중요하지 않다고 판결한 근거는 배급업자들 모두가 묵시적 합의를 하기 위한 동일한 동기를 가졌기 때문이다. 그러한 합의를 따르므로써 배급업자들은 유사한 조건을 거절한 경쟁자들이 재상영관 시장에서 자신의 영향력을 확대할 수 있다는 위협부담 없이 입장료를 인상시킴으로써 수입을 증가시킬 수 있다.

First Nat'l Bank of Ariz. v. Cities Serv. Co., 391 U.S. 253, 286-87 (1968). 또한 6 AREEDA & HOVENKAMP, 상기각주 62, ¶1426a, 188-89쪽 참고. James A. Rahl, Conspiracy and the Anti-Trust Laws, 44 ILL. L. REV. 743, 759 n.59 (1950). 대법원의 믿음이 잘못되었다고 주장하는 판례평석은 다음 참조. David A. Butz & Andrew N. Kleit, Are Vertical Restraints Pro- or Anticompetitive? Lessons from Interstate Circuit, 44 J.L. & ECON. 131, 135-44 (2001).

85) 이는 원고인 미국 법무성의 주장이다. Interstate Circuit, Inc. v. United States, 306 U.S. 208 (1939) Brief for the United States 45쪽 참고 (Nos. 38-269, 38-270). 이 이론의 한 변형은 상당수의 배급업자들이 Interstate의 조건을 수락하는 것이 Interstate의 경쟁사들을 시장에서 축출한다는 것을 전제로 한다. 이 경우 Interstate의 조건을 많은 배급업자들이 수락하면 Interstate가 재상영관에게 수입을 잃는 것을 방지했을 것이다.

86) Am. Tobacco Co. v. United States, 328 U.S. 781 (1946).

한하는 필연적 결과가 나올 것인 계획에의 참여요청을 경쟁사들이 받아들이는 것은 비록 사전 합의가 없다고 하더라도 서면법 하의 위법한 공모가 되기에 충분하다.<sup>87)</sup>

위 문단의 첫 번째 문장을, 합의 없이도 공모가 가능함을 주장하는 것으로 해석할 수도 있으나,<sup>88)</sup> 어떻게 Interstate의 요구에 대응하느냐에 있어 배급업자들 사이에서 공모에 필요한 합의(pre-requisite agreement)가 반드시 그들 간의 사전적 합의(prior agreement)가 되어야 하는 것이 아니라는 게 법원의 요지였다.<sup>89)</sup> 문단의 나머지는 이와는 다른 합의(some other agreement)의 추론에 대해 설명하는데, 물론 이 설명이 명백하거나 설득력이 있지는 않다.

Interstate Circuit 판결에서 배급업자들 간 합의에 대한 대안적 이론은, Masonite 판결에서 시작된 일련의 판결에 채택되고 적용되었다는 사실이 아니라면 별로 중요하지 않을 것이다.<sup>90)</sup> Masonite는 동명의 이름으로 불리는 하드보드(hardboard) 제품에 대한 몇 개의 특허권을 갖

고 있었고, 특허권 침해로 경쟁 하드보드 생산업자들을 고소했다. 항소법원이 특허권 침해 판결을 유지한 후, Masonite는 경쟁사들이 Masonite 특허권의 유효성을 인정하고, Masonite가 책정한 가격으로 메소나이트 보드를 판매하는 대리점이 되기로 한 협약을 체결하기 시작했다.<sup>91)</sup> 명백하지는 않지만, 연방대법원은 Masonite의 대리점들이 각각 따로 Masonite와 협약을 체결한 것뿐 아니라, 또한 모든 대리점들을 포함하는 보다 큰 협약에도 참여하였다고 판시한 듯 하다.<sup>92)</sup>

첫 번째 합의(agreement)를 협상하고 체결함에 있어, Masonite를 제외한 각각의 피항소인들은 독립적으로 행동하였고, Masonite와만 협상하였으며, 다른 업체들이 어떤 행동을 취할 수 있는가와 관계없이 합의의 체결을 원했고, 수락하는 조건으로 Masonite가 다른 대리점들과 그러한 합의를 체결할 것도 요구하지 않았으며, 다른 어떤 대리점들과도 어떠한 논의도 하지 않았다. 각 피항소인이 정확히 언제 그들의 계약이 개별적 거래가 아니라 보다 큰 협약(arrangement)의 일부분이라는 사실을 알게 되었는지는 명확하지 않

87) Interstate Circuit, 306 U.S. 226-27쪽.

88) 당시의 몇몇 논평가들은 대법원이 합의가 필요 없다고 한 것이 아니라고 주장했다. Rahl, 상기각주 84, 759쪽. Note, Conscious Parallelism - Fact or Fancy, 3 STAN. L. REV. 679, 683-84 & n.29 (1951) 참고.

89) 미국 법무성은 영화배급자들이 개별적으로 Interstate와 합의한 것이 바로 상호간의 합의를 의미한다고 주장했다. 그리하여, 비록 배급업자들 사이에 Interstate의 조건들을 수락할지의 여부에 대한 사전 합의는 없더라도, 배급업자들이 그 조건을 수락했다는 사실이 바로 조건에 대한 배급업자들의 합의를 의미한다고 주장하였다. Brief of the United States, 상기각주 85, 54-58쪽.

90) United States v. Masonite Corp., 316 U.S. 265 (1942).

91) 상동 267-73쪽.

92) 그러나 6 AREEDA & HOVENKAMP, 상기각주 62, ¶1427d, 203-04쪽 참고 (어떠한 공모의 동기도 없기 때문에 이러한 대법원의 해석은 잘못이라는 주장).

다. 그러나 협약이 계속되면서 각 피항소인이 협약의 목적과 의도를 알게 되었음은 분명하다. 여기에서도 이 Interstate Circuit 사건에서처럼 ... “배급업자들이 공조행위가 계획되고 요청되었다는 사실을 인지하면서, 그 계획을 지지하며 참여하였다는 것으로 충분했다”는 논리가 적용된다.<sup>93)</sup>

대법원의 판결은, Masonite가 다른 대리점과도 거래를 했다는 사실의 단순 인지가 모든 대리점 간의 위법한 공조행위(concert of action)를 야기했다고 보는 듯 하다.<sup>94)</sup>

대법원은 6년 후 있는 두 사건에서도 유사한 판결을 내렸다. Paramount Pictures 사건에서 대법원은 “공모를 찾으려면 ... 공조행위가 계획되고 피고들이 합의 사항을 준수했다는 것만으로 충

분하다”고 판시하였다.<sup>95)</sup> Cement Institute 사건에서 대법원은, “만약 공조행위가 계획되었고 요청되었다는 사실을 인지하는 사람들이 그 계획에 지지하고 참여했다는 증거가 있다면, 서면법적 의미의 ‘결합(combination)’이라는 사실을 입증하는 것으로 충분하다”고 판시하였다.<sup>96)</sup>

American Tobacco 판결에서 미국대법원은 담배 잎의 구매와 담배의 판매에 있어 상위 3개 담배회사들 간의 공모에 대한 형법 유죄판결을 유지했다.<sup>97)</sup> 후자에 대해, 대법원은 1930년대 담배산업에서 “담배 가격의 변화기록”은 “공모의 존재에 대한 정황증거”라고 판시하였다. 경제대공황이 한 참이었던 1931년 6월 23일, 상위 3개 담배회사들은 주력상품의 가격을 모두 같은 수준으로 인상하였고, “이러한 가격인상에 대해 어떠한 경제적 정당화도 제시되지 않았다.”<sup>98)</sup> 그 후 몇 년간 또

93) *Masonite*, 316 U.S. 275쪽 (*Interstate Circuit, Inc. v. United States*, 306 U.S. 208, 226 (1939)인용).

94) 예를 들어, *Morris A. Adelman, Effective Competition and the Antitrust Laws*, 61 HARV. L. REV. 1289, 1325 (1948) 참고 (“동이가 다른 시간에 일어났다는 사실이 바로 ‘공모’를 의미한다”).

95) *United States v. Paramount Pictures, Inc.*, 334 U.S. 131, 142 (1948) (*Interstate Circuit*, 306 U.S. 226-27쪽 인용 *Masonite*, 316 U.S. 275쪽). 연방대법원은 영화배급업자들이 그들의 상영관업자들에게 입장권 최저가격을 강제하는 공모를 하였다는 사실을 포함하여 반독점법을 위반하였다는 하급심의 판결을 유지하였다. 이에 대한 설명으로 대법원은 공모는 “기록에 나타난 가격책정 패턴으로부터 추론”할 수 있다는 것만을 지적했다. *Paramount Pictures*, 334 U.S. 141- 42쪽. 또한 *United States v. Bausch & Lomb Optical Co.*, 321 U.S. 707, 723 (1944) 참고 (피고의 재판매가 가격 유지 계획이 “합의에 의해 달성된 것인지 혹은 도매업자들의 동의가 피고의 목적 달성에 결부된 것인지는 중요하지 않다”).

96) *FTC v. Cement Inst.*, 333 U.S. 683, 716 n.17 (1948). 이 사건은 FTC법 제5조에 의해 제기된 것으로, 최종가격이 동일할 복수 출발지 가격 체계가 반독점법 위반이라고 FTC는 주장하였다. 이와 유사한 것이 *Triangle Conduit* 사건이다. *Triangle Conduit & Cable Co. v. FTC*, 168 F.2d 175 (제7 항소법원 1948년), *aff’d per curiam* by an equally divided Court sub nom. *Clayton Mark & Co. v. FTC*, 336 U.S. 956 (1949). 1948년의 FTC 보도자료는 “의식적 동조행위”라는 용어를 최초로 소개하였다. *Milton Handler, Contract, Combination or Conspiracy*, 3 ABA ANTITRUST SECTION REPORT 38, 42 & n.10 (1953)참고.

97) *Am. Tobacco Co. v. United States*, 328 U.S. 781, 800-08 (1946). 서면법 1조하의 공모에 대한 유죄판결을 대법원이 다른 것은 아니지만, 대법원이 다른 2조 유죄판결은 공모의 존재를 전제조건으로 하였다. 상동 783-86쪽.



다른 유사한 가격변화(parallel price changes)가 일어났으며, 대법원은 이러한 증거가 공모가 있었다는 배심원 평결을 유지하기에 충분하다고 판시하며, 다음과 같이 설명하였다.

형식적 합의가 있어야만 위법한 공모가 성립하는 것은 아니다. 보통 범죄행위란, 기소된 사람이 범행동기를 따라 실행에 옮긴 행동으로부터 유추되는 추론의 문제이다. 서면법 위반에 필요한 결합 또는 공모는 대화(exchange of words)뿐 아니라 거래과정 혹은 다른 정황에서도 찾을 수 있다. 공모자들 사이에 공통의 목적이나 일련된 계획과 이해, 혹은 위법한 합의를 함에 있어서의 의사의 합치가 있었음을 입증할 만한 정황이 있다면, 공모가 있었다는 배심원들의 결론은 정당화된다.<sup>99)</sup>

대법원은 합의 없이 동시적이고 동일한 가격변화가 일어나기는 힘들다고 판단한 듯 하다. 하지만, 과점에 대한 Chamberlin의 의견을 받아들인 당시 몇몇 논평가들은 대법원이 합의조건을 폐기한 것으로 해석하였다.<sup>100)</sup>

당시에 있었던 두 하급심 판결은 주목할 만한 가치가 있다. Pevely Dairy 사건에서 제8 항소법원은 정황증거에 입각하여 가격담합(price fixing)에 대한 형사적 유죄판결을 내린 1심 판결을 파기하였다. 동 법원은 가격인상이 담합이 아닌 다른 요인에 의해 적절히 설명할 수 있다고 판시하였으며, Chamberlin의 과점이론을 명시적으로 수용하였다.<sup>101)</sup> Milgram 사건에서 제3 항소법원은, 영화배급업자들이 공모하여 원고의 자동차 영화극장(drive-in theater)에 개봉작을

98) 상동 804-05쪽. 요즘의 논평가들은 독점기업, 따라서 카르텔은 그러한 상황에서 가격을 인하하였을 것이라고 주장한다., RICHARD A. POSNER, ANTITRUST LAW 90 (제2판 2001년) 참고; HERBERT HOVENKAMP, FEDERAL ANTITRUST POLICY 173 (제2판 1999년); Richard A. Posner, Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach, 21 STAN. L. REV. 1562, 1585-87 (1969).

99) Am. Tobacco, 328 U.S. 809-10쪽 (United States v. A. Schrader's Son, Inc., 252 U.S. 85 (1920) 인용). A. Schrader's Son, 252 U.S. (99쪽)는 합의는 "거래과정에서 추론될 수" 있다고 지적했다.

100) 예를 들어, Mason, 상기각주 34, 1278-79쪽 (관찰된 가격책정 형태는 "기업들 측에서는 개별 행동과 꽤 모순되지 않았으므로", 그러한 결정은 "공모의 법적 의미의 범위를 넓히는 결과를 가져왔을 수 있다"); Nicholls, 상기각주 34, 288쪽 ("법원은 과점적 시장구조의 자연적이고 정상적이며 합리적인 결과에 대해 실질적인 위법판결을 내린 것이다"); Eugene V. Rostow, The New Sherman Act: A Positive Instrument of Progress, 14 U. CHI. L. REV. 567, 584 (1947) ("정의된 시장구조내에서 자기 이익을 인지하고 이를 바탕으로 취한 동조행위는 위법한 행위의 증거가 되기에 충분하다") 참고. 그러나 Adelman, 상기각주 94, 1326-27쪽 (이 결정은 "경제적 자료와 통계"에 근거하였다는 점 하나에서만 새로운 뿐이었고 그 중요성은 "과장되어서는 안 될 것이다"); Rahl, 상기각주 84, 758쪽 n.58 ("일반적 예상에서 너무나도 벗어났다는 증거가 있었으므로 실제 합의가 있었다는 것은 쉽게 추론될 수 있었다") 참고.

101) Pevely Dairy Co. v. United States, 178 F.2d 363 (제8 항소법원 1949년). "유죄판결을 내림에 있어 사용된 정황증거는 항소인들이 A급 우유를 팔면서 책정한 가격이 동일했다는 것과 가격변화가 있던 시기가 근접했다는 것이다" 상동 367쪽. 그러나 법원은, 가격변화는 "제조 및 유통 비용의 인상을 가져온 경제적 조건에서 기인되었다는 것이 합리적으로 설명되고 증명되었다"고 판시했다. 상동 368쪽. 또한 법원은 제품이 동질적이었기 때문에 "가격이 사실상 동일할 것으로 기대했어야 한다"는 의견을 제시한 경제전문가의 증언을 인용하였다. 상동. 법원은 그다음 CHAMBERLIN, 상기각주 4를 언급하면서, 관련된 본문의

공급거절 했다는 하급심의 사실심 평결을 유지하였다.<sup>102)</sup> 다수 의견은 합의에 대한 증거가 충분히 제시되었다고 판단한다고 해석될 수 있으나,<sup>103)</sup> 반대 의견을 표명한 판사는 다수 의견에 대해 다음과 같이 설명하였다.

다수 의견을 제시한 판사들은, 기소된 공모자들 간의 협력(collaboration)을 통해 달성된 공동의 행동계획(common course of action)에 기반한 합의라는 의미를 지닌 “의사의 합치(meeting of minds)”에 대한 어떠한 입증도 없이, “의식적 동조행위(conscious parallel action)”라는 사실 관계의 입증에서 거래제한의 공모라는 법적 결론으로 진행되는 것이 허용된다고 논증한 것이다. 피고 배급업자들 사이에서 가장 비공식적인 협력행위조차 있었는지도 증거만으로는 결론 내릴 수 없었기 때문에, 이러한 논증은 결정적인 것이었다.

연방대법원과 우리 법원이 그러한 논리 전개를 허용한다고 믿으며, 다수 의견은 협력행위의 입증 단계를 거치지 않고, 의식적 유사(conscious parallelism)를 결정적 사실관계로 이용하여 공모라는 법적 결론으로 진행하였다.

... 그러나 나는 피고 간에 비록 비공식적이더라도 실제적인 합의가 있음이 입증되고 또한 의식적 동조행위 이론으로 이러한 합의를 설명할 수 있을 때에만, 이러한 종류의 사건에서 반독점법 위반인 결함이 일어났다고 보아야 한다고 생각한다.<sup>104)</sup>

당시의 한 논평가는 위의 판결들은 “공모 또는 합의의 고전적 필요조건이 존재하지는 않지만, 과점시장에서 기업들의 유사한 마케팅 정책을 거래를 부당하게 제한할 경우 위법이라는” “의식적 동조행위의 법적 원칙”을 확립하였다고 결론지었다.<sup>105)</sup> 다른 논평가는 ‘행위의 동조(concert of

상기각주 23에 있는 합의 관련 문단을 인용했다. Pevely Dairy, 178 F.2d 368쪽. 마지막으로, 법원은 “가변변화는 동시적인 것이 아니었다”고 말했다. 상동 369쪽.

102) *Milgram v. Loew's, Inc.*, 192 F.2d 579 (제3 항소법원 1951년). 같은 법원의 유사한 사건이었던 *William Goldman Theatres, Inc. v. Loew's, Inc.*, 150 F.2d 738 (제3 항소법원 1945년) 사건에서, 법원은 공모가 없었다는 지방법원의 판결을 파기하였다. 법원은 그러한 일률적 행동이 “단순한 일치일 수 없고” 피고들은 자신들이 원고에게 개봉영화 상영을 거절한 것에 대해 어떠한 설명도 하지 않았기 때문에, 개봉영화를 원고에게 제공하지 않았던 피고들의 일률적 행동 뒤에는 “어떤 비공식적 형태의 이해가 있었음이 틀림없다”고 판시하였다. 상동 743쪽. 그러나 법원은 매우 포괄적인 용어로 다음과 같이 요약하였다: “각자가 상대의 행동을 인지하면서, 주간 상거래를 제한하는 결과를 낳는 특정한 사업방식에 똑같이 참여한 것은 위법한 공모로 입증되기에 충분하다...” 상동 745쪽.

103) *Milgram*, 192 F.2d 586쪽 참고. (“우리가 이 사건의 증거에 대해 살펴본 결과 서면법 제1조 위반인 공모가 있었다는 1심 판사의 결정이 기록에 의해 적절히 뒷받침됨을 확신하게 되었다”). 그러나 상동 582쪽 (원고의 자동차 극장에 개봉영화 공급을 거절한 이유로 피고들이 제시한 사업상의 정당한 이유를 그대로 받아들임) 참고.

104) 상동 590-91쪽 (Hastie, J., 소수의견) (각주 생략). Note는 다수의견에 대한 Hastie 판사의 해석에 동의하였다. 상기각주 88, 681쪽.

105) Michael Conant, *Consciously Parallel Action in Restraint of Trade*, 38 MINN. L. REV. 797, 797 (1954). Conant는 과점에 대한 Chamberlin-Fellner의 견해를 받아들였고, 상동 799-800쪽, 과점적 상호의존성은 서면법 제1조 위반에 필요한 의사의 합치를 수반하므로, 과점시장에서 독점적 결과가 나온다면 이는 필연적으로 제1조 위반이라고 주장하였다. 상동 816쪽.

action)’라는 말이 합의의 개념(agreement concept)을 대체하게 되었다고 언급하였다.<sup>106)</sup>

일부 논평가들은 위의 법원이 당시 유력이론이었던 Chamberlin의 과점이론이 합의의 산물이 아니라 정상적인 것이라고 설명하였던 행위를 위법이라 판결했다고 주장했다.<sup>107)</sup> 특히 경제학자들을 포함한 논평가들은, 합의의 산물이 아닌 상호의존적 행위를 위법이라고 판결하는 것은 어떠한 실질적 시정조치도 가능하지 않다는 점에서 의미 없다고 주장했다.<sup>108)</sup>

이와 같은 논란은 Theatre Enterprises 판결의 토대를 마련하였다.<sup>109)</sup> 이 사건에서 피고(영화배급업자)들은 교외영화관에서 개봉영화를 상영하게 해달라는 원고(영화상영업자)들의 요청을 모두 거절하였다. 영화배급업자들이 공모하지 않았다는 배심의 판결은 항소법원에서도 유지되었고, 그 후 원고는 연방대법원의 지시 판결(directed verdict)을 요청하였다. 연방대법원의 최근 결정

에 의거하여 원고는 다음과 같이 주장했다.

각 피고는 다른 모든 피고들도 같은 수법을 따를 것이라는 사실을 인식하면서 동일한 배타적 배급정책(exclusionary policy)을 채택하였다. 피고들은 그들 전체의 공동행위 없이는 개봉영화를 도심지역에서만 상영하도록 제한하는 것이 지속될 수 없다는 것을 알고 있었다. 각 피고는 수년 동안 원고뿐 아니라 원고와 유사한 상황에 처해있는 상영업자들을 배제하기 위한 목적 및 의도를 가지고 행동하였다. 대법원은 이와 같은 사실적 상황이 셔먼법을 위반하는 공모를 구성하기에 충분하다는 판결을 여러 차례 내려왔다.<sup>110)</sup>

원고는 자신의 준비서면에서 위 문단에 이어 곧 바로 다섯 개의 연방대법원 판결을 인용했다.<sup>111)</sup>

“배급업자들 모두의 공동행위가 없을 경우”, 배급업자들이 전부 시내 영화관에서만 개봉영화를 상영하지는 않을 것이라는 주장은 의심스럽다. 배

106) Edward H. Levi, *The Antitrust Laws and Monopoly*, 14 U. CHI. L. REV. 153, 177-78 (1947). Levi는 반독점국에서 근무한 경력도 있는 유력한 논평가였다. 반면, 아마도 당대의 가장 영향력 있는 논평가였던 Milton Handler는 이러한 견해에 열렬히 반대하였을 것이다. Handler, 상기각주 96, 42-45쪽 참고.

107) Nicholls, 상기각주 34; Rahl, 상기각주 84, 760-61쪽 Note, 상기각주 88, 683-84쪽.

108) 그 예로, Mason, 상기각주 34, 1277-80쪽 (“만약 그 행동이 합의의 결과라는 것이 사실이라면, 합의를 요구하는 것은 독립된 행동을 보장함으로써 시장에서의 행동을 변화시킬지 모른다. 그러나 기업들의 행동이 이미 독립적이라면, 이러한 시정조치는 소용없다”); *The Effectiveness of the Federal Antitrust Laws: A Symposium*, 39 AM. ECON. REV. 691, 693-94 (1949) (statement of Arthur R. Burns); Kaysen, 상기각주 32, at 299-70; Nicholls, 상기각주 34; Note, 상기각주 88, 684쪽 참고.

109) *Theatre Enters., Inc. v. Paramount Film Distrib. Corp.*, 346 U.S. 537 (1954).

110) Brief for the Petitioner 36쪽, *Theatre Enters., Inc. v. Paramount Film Distrib. Corp.*, 346 U.S. 537 (1954) (No. 53-19).

111) 상동.

급업자들은, 시내영화관의 수입이 더 많고 시내영화관이 교외영화관과 상당한 경쟁관계에 있다는 이유로 교외영화관에서의 개봉영화 상영을 거절했다고 설명했다.<sup>112)</sup> 위의 의심스러운 주장을 제외한다면, 원고의 주장은 그 당시 법의 상태를 볼 때 타당성이 없는 것은 아니었다.

원고가 인용한 기존 판결들에도 불구하고, 연방 대법원은 다음과 같이 유명한 판결을 내렸다:

물론, 사업행위(business behavior)는 법원이 합의를 추론하는 데 있어서 증명력을 가지는 정황증거이다. 그러나 우리는 기업들의 동조행위

(parallel business behavior)의 입증이 합의에 대한 결정적 증거가 된다고, 다르게 표현하자면 그와 같은 행위 자체가 셔먼법 위반을 성립시킨다고 판시한 적은 결코 없다. 의식적 동조행위에 대한 정황증거가 공모에 대한 법원의 전통적 견해에 상당한 변화를 초래했을 수는 있으나, 의식적 동조행위의 원칙이 셔먼법에서 공모의 중요성을 무효화시킨 것은 아니다.<sup>113)</sup>

법원은, “의식적 동조행위에 대한 정황증거가 공모에 대한 법원의 전통적 견해에 상당한 변화를 초래했을 수는 있다”라는 한정적인 요지로만 원고가 인용한 다섯 판결을 나열했다.<sup>114)</sup> **경쟁자들**

112) Theatre Enters., Inc. v. Paramount Film Distrib. Corp., 201 F.2d 306, 309, 313 (제4 항소법원 1953년).

113) Theatre Enters., 346 U.S. 540-41쪽 (인용과 각주 생략). “heavy inroads” (의식적 동조행위에 대한 정황증거가 공모에 대한 법원의 전통적 견해를 “크게 침해했다”)는 구절에 덧붙여 Rahl, 상기각주 84가 인용되었다.

114) Theater Enters., 346 U.S. 541쪽.