

구매자 카르텔, 공동구매 그리고 수요독점시장에 있어서의 공급자 카르텔에 대한 경쟁법적 취급

정종채 | 법무법인 태평양 공정거래팀 변호사

1. 서설

카르텔에 대한 논의가 집중되어 온 공급자 카르텔을 경성 카르텔로 취급해야 하는 점에 대해서는 큰 이견이 없다. 그러나 최종 소비자들에 의한 구매자 카르텔은 소비자가격을 하락시킴으로써, 또한 중간 제조업자들에 의한 구매자 카르텔의 경우에도 제조원가를 하락시키고 그 결과 최종 소비자가격을 하락시킴으로써, 소비자들의 후생을 증진시킬 가능성이 있다. 이 때문에 구매자 카르텔의 경우 공급자 카르텔과 마찬가지로 경성 카르텔에 해당하여 당연위법의 법리에 의해 판단되어야 하는지 혹은 공급자 카르텔과 동일한 기준으로 위법성을 판단해야 하는지에 대해 의문이 제기되고 있다.

한편 수요독점시장에서 수요자의 구매력 남용에 대항하여 이루어지는 공급자들의 가격고정 합의에 경쟁제한적 효과를 상쇄할 정도의 효율성 증대효과가 있다는 이론적 주장이 있다. 만약 이와 같은 주장이 타당하다면, 수요독점시장에서의 공급자 카르텔을 일반적인 카르텔과 같이 경성 카르텔로 보아야 하는지가 새로이 검토되어야 한다.

경성 카르텔과 연성 카르텔의 구분은 미국 판례법상의 당연위법의 법리와 관련하여 의미를 가진다. 이런 점에서 일반적인 구매 카르텔과 수요독점시장에서 이루어지는 공급자 카르텔이 경성 카르텔에 해당하는지를 검토하기에 앞서, 우리 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '독점규제법'이라 함)에서 당연위법의 법리가 어떤 의미를 가지는가를 우선적으로 검토해야 할 필요가 있다.

이하에서 독점규제법 해석에서 당연위법 법리의 적용 문제를 먼저 살펴본 후, 위와 같은 특별한 유형의 카르텔이 경성 카르텔에 해당되는지를 검토하도록 하겠다.

2. 우리 법상 당연위법 법리의 수용

경쟁제한성의 분석은 복잡한 관련시장 분석과 이를 통한 경쟁제한효과 및 효율성 촉진효과의 계량화를 전제로 하는 것이므로 실무상 매우 난해하고도 많은 시간과 비용이 소요되는 작업이다. 모든 유형의 공동행위에 대하여 엄격한 경쟁제한성 유무의 입증을 요할 경우, 사실상 독점규제법의 집행이나 판단이 불가능해질 수 있다. 1898년 Addyston Pipe 사건에서 태프트(William Howard Taft) 판사가 법원이 독점금지법 사건을 다루면서 무엇이 합리적인 가격인지와 같은 보통법(Common Law)상의 논의에 관여하는 것이 “의심의 바다(sea of doubt)”로 뜻을 올리는 것과 같다고 하면서 당연위법의 법리를 지지한 것도 위와 같은 취지였던 것이다.¹⁾

우리 독점규제법에서 경쟁제한성 분석이 미국의 경우와 별반 다를 바 없음을 고려하면, 당연위법의 법리는 우리 독점규제법 해석에서도 받아들여질 필요성이 있다. 그러나 독점규제법 제 19조제1항은 부당한 공동행위의 요건 중 하나로 “부당하게 경쟁을 제한할 것”을 명문으로 규정하고 있다. 또 공정거래위원회나 법원의 실무도 해당 카르텔이 경성인지 연성인지 여부를 크게 따지지 않고 관련시장에서의 시장점유율 등을 고려하여 카르텔로 인해 시장지배력이 형성되는지 여부에 초점을 두어 경쟁제한성 유무를 판단하고 있다. 공동행위심사지침(공정거래위원회 예규 제20호, 2002. 5. 8.)은 당연위법의 법리를 도입하고 있지만, 위 지침은 행정청의 재량행사 지침인 ‘행정규칙’에 해당하여 법규적 구속력이 있다고 보기 어렵다. 이런 점들에 비추어 보면, 미국 판례법상의 당연위법의 원칙이 우리 법 해석에 곧바로 적용될 수 있다고 보기는 어렵다.

그러나 미국 판례법에서 당연위법으로 분류한 가격고정행위와 같은 특정한 행위유형에 경쟁 촉진적인 효과가 거의 없고 경쟁제한적 효과만이 있음이 경험적으로 입증된 것이라면, 우리 독점규제법 해석상으로도 그와 같은 행위유형에 대해서는 경험칙 등을 통하여 “부당하게 경쟁을 제한한다”는 점을 사실상 추정할 수 있다. 특정한 행위유형의 경쟁제한성을 사실상 추정하면, 문제의 행위에 경쟁제한성이 없거나 혹은 이를 상쇄할만큼 큰 경쟁촉진적 효과가 있음을 행위자가 반증을 통하여 입증하여야 할 것이므로, 소송법적으로 사실상 입증책임이 전환될 것이다.

즉, 경험적으로나 이론적으로 경쟁제한적 효과만이 있다고 보이는 특정 유형의 행위에 대해서는 경쟁제한성을 사실상 추정하는 방법으로, 당연위법의 법리는 사실상 우리 독점규제법 해석에 활용될 수 있다. 이런 점에서 각 유형의 공동행위의 법적 성질, 즉 경성 카르텔에 해당하는지 아니면 연성 카르텔에 해당하는지를 밝히는 작업은 우리 독점규제법 체계에서도 의미 있

1) 정영진, 우리 독점규제법상 당연위법 원칙의 법적 지위, 경쟁저널(2005.6월호), 21면 참조.

는 작업이 될 것이다.

3. 구매 카르텔의 법적 성질

가. 다양한 견해들 및 판례와 심결례의 태도

구매 카르텔을 경쟁법적으로 어떻게 취급해야 하는지에 대해서는 대체적으로 ① 효율성 증진효과가 크고 소비자에게 불리하지 않으므로 연성 카르텔로 보아야 한다는 견해(이하 '연성 카르텔설' 이라 함), ② 카르텔에 참가한 수요자들에 의해 시장지배력이 행사되어 자원배분의 왜곡이 초래되므로 수요카르텔과 마찬가지로 모두 경성 카르텔로 보아야 한다는 견해(이하 '경성 카르텔설' 이라 함), ③ 구매 카르텔 중 공동구매는 연성 카르텔, 나머지에 대해서는 경성 카르텔로 보아야 한다는 견해(이하 '절충설' 또는 '행위유형설' 이라 함) 등이 있을 수 있는 것으로 보인다.²⁾

미국 법원은 전통적으로 선의의 공동구매행위(bona fide joint purchasing)에 대해서는 합리의 원칙으로 판단해야 한다고 보고 있음에 반하여, 노골적인 구매자 카르텔에 해당하는 영화상영업자들에 의한 가격고정합의에 대해서는 당연위법으로 판단해야 한다는 태도를 취하고 있다.³⁾ 미국 법무부(Department of Justice)는 「Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors(2000. 4.)」에서 공동구매(buying collaboration)에 대해 공동연구개발·공동마케팅 등과 더불어 합리의 원리가 적용되는 합의라고 규정하고 있다.⁴⁾ 따라서 미국 법원과 실무의 주류적인 입장은 '절충설' 또는 '행위유형설' 인 것으로 생각된다.

한편 우리 공정거래위원회는 공동행위심사지침(2002. 5. 8. 공정거래위원회 예규 제20호)에서 '공동구매'를 '연성 공동행위'의 일종으로 예시하고 있다(동 지침 III.). 또 공정거래위원회는 「11개 고철수요업체와 한국철강협회의 고철구매가격 공동행위 건」(1998. 11. 25. 의결 제98-273호)에서 수요자들에 의한 노골적인 가격고정행위에 대해서는 특별히 효율성 증대 효과를 분석하지 않은 채 실질적으로 경쟁을 제한하였다고 판단한 바 있다.⁵⁾ 따라서 우리 공정

2) 송정원, 해설 카르텔 및 불공정거래행위의 규제, 박영사(2005), 82~84면.

3) Herbert Hovenkamp, Federal Antitrust Policy, 3rd ed.(2005), 158, 159면.

4) 송정원, 전제서 참조.

5) 공정거래위원회는 「11개 고철수요업체와 한국철강협회의 고철구매가격 공동행위 건」(의결 제98-273호(1998. 11. 25.))에서 "국내 고철수요의 상당비율(80% 이상)을 차지하고 있는 고철수요업체들이 수 차례의 구매부서장 모임을 통하여 고철구매가격 가이드라인을 설정하고, 또한 이들을 구성사업자로 하는 한국철강협회가 이러한 회의에 참여하여 이를 조정·관여한 행위는 수요·공급에 의해 결정될 경쟁을 억제하고 고철시장에서의 효율적 자원배분을 어렵게

거래위원회도 '절충설' 또는 '행위유형설'의 입장을 취하고 있다고 여겨진다.

대법원은 수요지들에 의한 노골적인 가격카르텔행위에 대해서는 특별한 효율성 증대효과의 분석 없이 실질적으로 경쟁을 제한한다고 판단하고 있지만,⁶⁾ 소위 공동구매에 대해서는 명시적으로 판단한 예가 없는 것으로 보인다.

나. 견해의 검토 및 공동구매행위의 취급

1) 구매 카르텔을 연성 카르텔로 보아야 한다는 연성 카르텔설의 근거들은 대체로 아래와 같을 것이다.

① 담합에 참가한 수요자들이 최종 소비자들인 경우 카르텔로 인하여 시장 가격이 하락하여 소비자들의 이익이 증가될 수 있음.⁷⁾

② 담합에 참가한 수요자들이 최종 소비자가 아닌 중간 생산자인 경우에도 카르텔로 인하여 중간 원자재의 가격이 하락하고 원자재 가격 하락이 최종 소비재 시장에서의 가격을 하락시킬 가능성을 배제할 수 없음.

그러나 최종소비자들에 의한 구매자 카르텔도 공급자 카르텔과 마찬가지로 경쟁상태보다 생산량 및 거래량을 감소시켜 경제 전체의 효율성과 후생을 감소시키는 행위이다.⁸⁾ 동 카르텔로

한 행위로서 국내 고철시장에서의 공정한 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위로 인정된다"라고 결정한 바 있다.

6) 대법원은 「11개 고철수요업체와 한국철강협회의 고철구매가격 공동행위 건」과 관련하여 "법 제19조제1항제1호는 사업자가 다른 사업자와 공동으로 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 가격결정 또는 유지·변경행위를 할 것을 합의한 경우에 적용되는 것으로, 그 취지가 부당한 공동행위를 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함에 있으므로 공급자들이 아닌 수요자들이 고철구매가격을 합의하였더라도 그로 인하여 고철구매가격 분야의 경쟁이 실질적으로 제한된 이상 위 조항이 적용된다고 봄이 상당하다"라고 판시하였다(대법원 2002. 7. 12. 선고 2000두10311 판결, 서울고등법원 2000. 11. 16. 선고 99누5919 판결).

7) 물론 최종소비자들이 사업자가 아닌 경우에는 독점규제법상 부당한 공동행위에 해당될 수는 없다.

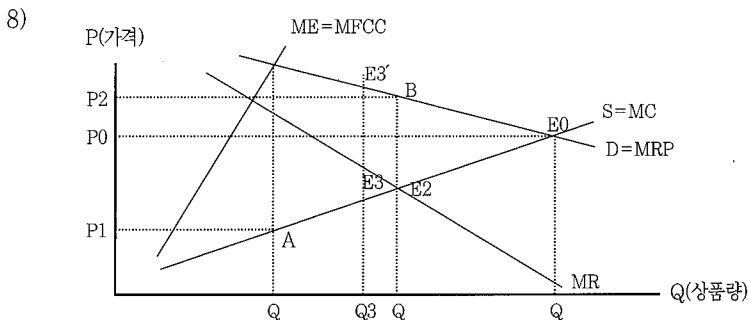


그림 1. 수요독점 및 쌍방독점에서의 거래량 및 가격, 경제적 후생

일반적으로 공급독점자는 자신의 공급곡선을 가지고 있지 않으면서 시장에서 관찰된 수요곡선으로부터 한계수입곡

인하여 최종 가격이 하락하는 경우가 있다고 하더라도, 이는 단순히 생산자 잉여가 소비자들에게 이전되는 소위 분배의 문제에 불과하다. 따라서 최종 소비자에 의한 구매자 카르텔 역시 경제 전체적으로 경쟁을 감소시켜 경제 전체의 자원배분을 왜곡시키지는 바람직하지 않은 행동이다.

중간 생산자들에 의한 수요 카르텔도 원자재 시장에서의 생산량을 하락시켜 경제의 효율성을 감소시킬 우려가 있다. 동 카르텔이 최종 소비재 시장의 독점이나 카르텔과 연결될 경우(구매에 있어서 담합한 사업자들은 공급에 있어서도 담합할 가능성이 높다) 오히려 최종 생산재 시장에서 생산량을 줄이고 가격을 상승시키는 결과를 가져오게 된다. 따라서 중간 생산자에 의한 수요 카르텔도 역시 경제 전체적으로 경쟁을 감소시키는 바람직하지 않은 행동이다.

그렇다면 수요 카르텔은 공급 카르텔과 마찬가지로 시장에서 직접 가격과 수요량을 결정시켜 경제 전체의 효율성을 감소시키고 후생을 악화시키는 행위임이 분명하므로, '경성 공동행위'에 해당한다고 보아야 한다.

2) 수요 카르텔 중 공동구매행위에 대해서는 특별히 '연성 공동행위'로 취급해야 한다는 주장과 관련해서는, 우선 '공동구매행위'가 무엇을 의미하는지 명확하지는 않다.

필자의 생각으로는 '절충설' 또는 '행위유형설'에서 경쟁법상 호의적으로 취급되어야 한다고 주장하는 '공동구매'는 시장지배력이 없는 소비자들이나 소규모 사업자들에 의한 단순한 '공동구매'라고 생각된다.⁹⁾ 왜냐하면 시장지배력이 없는 공동구매는 시장지배력을 형성하지 못하여 가격을 변화 또는 고정시키지 못하므로¹⁰⁾ 그 결과 생산량(거래량)도 변화시키지 못하

선을 도출하여 이것이 한계비용곡선과 교차하는 점에서 이윤을 극대화하는 가격과 산출량을 선택하게 된다. 이에 반하여 수요독점자(monopsony)는 수요의 측면에서 독점력을 행사하고 있으므로 한계지출곡선(marginal expenditure curve; 그림 1.에서 ME)과 수요곡선인 한계수입생산곡선(marginal revenue production curve; 그림 1.에서 MRP)이 교차하는 점(그림 1.에서 E1)에서 구매량(그림 1.에서 Q1)을 결정하고 평균지출곡선인 공급곡선상의 가격(그림 1.에서 P1)으로 구매하게 된다(즉, 그림 1.에서 수요독점자는 ME와 MRP가 만나는 E1에서 P1의 가격으로 Q1의 양만큼 구매하게 된다).

그런데 완전경쟁시장에서는 수요곡선과 공급곡선이 만나는 점(그림 1.에서 E0)에서 구매량(그림 1.에서 Q0)과 가격(그림 1.에서 P0)이 결정되므로, 수요독점적 시장에서는 완전경쟁시장보다 더 적은 양이 구매되어 후생손실이 발생하게 된다(그림 1.에서 E0, E1, A를 잇는 삼각형)(이준구, 제4판 미시경제학(2002), 법문사, 446~455면).

즉, 구매 카르텔의 경우, 다수의 구매자들이 카르텔을 통하여 수요독점자처럼 행동하게 되므로, 구매 카르텔이 이루어지는 경우에는 완전경쟁의 경우보다 더 낮은 가격에 더 작은 양만이 거래된다.

- 9) 공동구매란 구매자들이 모여 하나의 구매자인 것처럼 공급자와 가격과 물량을 협상하여 결정하는 것을 의미하므로, 당연히 구매자들에 의한 가격 및 구매물량 합의를 전제하고 있다.
- 10) 공동구매로 인해 가격이 공동구매로 인한 거래비용 감소에 상당하는 부분만큼 하락하게 되면, 생산자 입장에서 공동구매로 인하여 얻게 되는 수입이 동일하게 된다. 왜냐하면 생산자는 공동구매가 없었을 때 감소된 가격 부분에 상당하는 거래비용을 지출했어야 했지만, 공동구매로 인해 이를 절감하게 되었기 때문이다.

지만(즉 효율성을 감소시키지는 않는다), 시장지배력을 형성하지 못하는 공동구매는 대량구매로 인해 거래비용을 감소시키고 감소된 거래비용만큼 가격을 하락시켜 구매자들의 이익으로 돌아가게 하는 효율성 증대효과를 발생시킬 수 있기 때문이다.

이와 같이 시장지배력을 형성하지 못하는 '공동구매'는 경제 전체의 효율성을 감소시키지 않으면서 거래비용만을 줄여주므로, 이를 연성 카르텔로 취급해야 한다는 '절충설' 또는 '행위유형설'은 설득력이 있다.

이와 마찬가지로 시장지배력이 없는 군소 생산자들에 의한 '공동판매'도 시장에서 가격을 변화·고정시키지 못하여 생산량 감소효과와 같은 효율성 감소를 가져오지 않고, 거래비용만을 감소시키게 된다. 따라서 '공동구매'가 연성 카르텔로 취급되어야 한다면, 동일한 논리로 생산자들에 의한 '공동판매'도 '연성 카르텔'로 취급되어야 하는 것이 아닌가 하는 의문이 제기된다.

'공동판매'를 '연성 카르텔'로 취급해야 하는지에 대한 검토 없이 '공동구매'만을 '연성 카르텔'로 취급해야 한다고 주장하는 것은 '공동구매'를 '공동판매'보다 더 호의적으로 취급해야 한다는 취지로 오해될 수 있으며, 나아가 구매자 카르텔을 공급자 카르텔보다 더 호의적으로 취급해야 한다고 해석될 소지가 있다. 특히 '공동구매'를 연성 카르텔의 하나로 예시한 공동행위심사기준의 태도는 '공동구매'에 대한 엄밀한 정의가 없어 마치 전체 '수요카르텔'을 연성 카르텔로 보아야 한다고 오해될 소지가 있으며, 더 나아가 명확한 정의 없는 '공동구매'가 일반적인 '구매자 카르텔'과 구별되지 않음으로 인해 '공동구매'와 '구매자 카르텔'을 '공동판매'와 '공급자 카르텔'보다 호의적으로 취급되어야 한다고 해석될 소지가 있다. 이런 점에서 공동행위심사기준의 태도는 재검토¹¹⁾될 필요가 있다.

11) EU 집행위원회는 「Guidelines on the Applicability of Article 81 of the EC Treaty to Horizontal Cooperation Agreement(2001/C3/02)」에서도 공동구매로 인한 경제적 편익, 참가사업자들의 시장지배력 여부, 경쟁자 봉쇄효과(foreclosure), 공동구매의 필수 불가피성(Indispensability), 구매물품으로 생산되는 상품·용역 시장에서의 경쟁제한 등 요소를 고려하여 위법성을 판단하도록 규정하고 있다. 동 가이드라인에서는 절대적이지 않으나 공동구매 참가사업자들의 시장점유율이 15% 이하인 경우에는 시장지배력이 존재하지 않는 것으로 보아 범위 반이 되지 않지만, 15%를 초과할 경우에는 상기 요소들에 대해 보다 정밀한 분석을 행할 것을 규정하고 있다(송정원, 전거서 82~84면). 위와 같은 EU 집행위원회의 가이드라인 규정은 시장점유율 15% 미만의 구매자들에 의한 공동구매는 가격이나 거래량을 변화시키거나 고정시킬 우려가 없다는 취지로 해석될 수 있다. 공정거래위원회도 위와 같은 EU의 가이드라인처럼 일정한 시장점유율을 기준으로 '연성 공동행위'에 해당되는 '공동구매' 또는 '공동판매' 행위를 제시함으로써, 독점규제법 수범자들에게 예측가능성을 제공하고 나아가 법적 안정성을 제고할 필요가 있다.

4. 수요독점시장에서의 공급자 카르텔의 경쟁법적 취급

가. 당연위법의 원칙을 적용하기 위한 요건

위에서 본 바와 같이 당연위법의 원칙을 적용하는 경성 카르텔과 합리의 원칙을 적용하는 연성 카르텔의 행위유형 분류는 경제학 이론에 근거한 것이 아니라 가격고정과 같은 특정한 유형의 공동행위에는 경쟁촉진적 효과가 거의 없다는 경험적 귀납론에 근거한 것일 뿐이다. 특히 당연위법 원칙과 합리의 원칙을 양 극단으로 하는 스펙트럼의 중간 경계선상에 놓여 있는 성격의 다양한 유형의 공동행위가 있을 수 있기 때문에 위 법리를 천편일률적으로 적용할 경우 불합리한 결과가 나올 수 있다. 이러한 이유로 당연위법 이론이 판례법으로 확립된 미국에서도 그 일률적이고 기계적인 적용에 대하여 의문과 비판이 제기되고 있다.¹²⁾ 실제로 미국 경쟁법의 실무는 단순한 이분법적 구별을 고수하지 않고 문제되는 행위유형과 사안의 특수성에 따라 '일견에 의한 당연위법', '완화된 당연위법', '일견에 의한 합리의 원칙', '전면적인 합리의 원칙' 등과 같이 당연위법의 법리를 수정하고 있다.¹³⁾

당연위법과 합리의 원칙이 적용되는 양 극단의 행위유형의 중간 형태의 행위유형들에 대한 분류를 위하여, Goldschmid 교수는 미국 판례들을 종합적으로 분석한 결과 가격카르텔에 당연위법의 원칙을 적용하기 위해서는 아래와 같은 네 가지 원칙이 적용되어야 한다고 주장하고 있다. Goldschmid 교수의 주장은 미국의 학계와 법조계에서 널리 인정되고 있다고 한다.¹⁴⁾

- ① 당해 행위가 현저하고 직접적인 영향을 가격에 미칠 개연성이 있는가?
- ② 문제되는 행위가 가격에 대한 영향에 상응할 정도로 현저한 긍정적 반대급부를 낳을 개연성이 없는가?
- ③ 동일 또는 유사한 반대급부가 보다 폐해가 적고 합리적으로 가능한 대안에 의해서도 발생할 가능성이 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?

물론 Goldschmid 교수가 제시한 판례법상 기준은 노골적인 가격고정합의(naked price-fixing agreement) 이외에 가격고정을 목적으로 한 행위들에 대한 것이기는 하다. 그러나 특별한 행위유형의 경우에는 경쟁제한적 효과보다는 경쟁촉진적 효과가 더 클 가능성을 배제

12) Herbert Hovenkamp, 전거서, 255~259면.

13) 佐藤一雄, 미국독점금지법해설(II), 111, 112면.

14) 허선·이항, 가격카르텔 등 경성 카르텔의 위법성 판단요건, 경쟁저널(2005.5월호), 41면.

할 수 없기 때문에, 가격고정과 관련된 합의도 역시 위 기준에 따라 분류할 수 있을 것이다.

그러한 한 예로 아래에서 보는 바와 같이 수요독점시장에서 공급자들이 수요독점자의 구매력 남용에 대항하여 공동행위를 할 경우, 시장이 수요독점에서 쌍방독점으로 변모하게 되어 오히려 경제의 효율성이 증진될 수도 있음이 경제학 이론에 의해 제시되고 있다. 이런 점에서 위에서 본 기준에 따라 위와 같은 공동행위를 분류할 경우, 동 카르텔이 가격고정행위를 내포하고 있다는 이유만으로 반드시 당연위법의 원칙이 적용되는 경성 카르텔에 해당하는지에 대해서는 의문이 있다. 이하에서 이에 대해서 검토한다.

나. 수요독점시장에서의 공급자 카르텔의 경제학적 분석

경제학 이론에 의하면 수요독점시장에서 쌍방독점시장으로 변화하게 되면, 그 생산량은 수요독점시장에서의 생산량과 완전경쟁시장에서의 생산량 사이에서 수요독점자와 공급독점자의 협상에 의해 결정될 것이며 그 결과 생산량은 오히려 증가할 것이다. 따라서 쌍방독점시장에서의 후생손실이 수요독점시장에서의 그것보다 적게 된다.¹⁵⁾

특히, 수요독점시장에서 거래되는 재화가 최종 소비재가 아닌 원자재(중간재)이면서 그 수요독점자가 수요독점 재화를 투입하여 생산하는 생산재 시장에서 공급독점자의 지위를 점유하는 경우가 문제된다. 이 경우, 그 수요독점자가 중간재 시장에서 수요독점력을 행사하여 생산요소를 더 낮은 가격에 구입한다고 하더라도, 그 절감액이 소비재 시장에서 가격을 낮추는 것

15) 각주 9)의 그림 1.에서 수요독점시장에서 다수의 공급자들이 카르텔을 형성하여 독점자처럼 행동할 경우에는, 공급자들은 자신들의 공급곡선인 한계비용곡선(그림 1.에서 MC)과 한계수입곡선(그림 1.에서 MR)이 만나는 점(그림 1.에서 E2)에서 생산량 또는 판매량(그림 1.에서 Q2)을 결정하고 수요곡선인 한계수입생산곡선(그림 1.에서 MRP)상에서 가격(그림 1.에서 P2)을 결정하여 이윤극대화를 꾀하게 된다(이 경우 후생손실은 그림 1.에서 E0, E2, B를 잇는 삼각형이 된다).

이와 같이 수요독점시장에서 다수의 공급자들이 카르텔을 형성하게 되면, 그 시장은 수요독점과 공급독점이 공존하는 쌍방독점(bilateral monopoly) 시장으로 변모하게 되는데, 쌍방독점시장에서 수요자와 공급자가 자신에게 유리한 상황만을 고집하게 될 경우에는 거래량은 수요독점시의 거래량(그림 1.에서 Q1)과 공급독점에서의 거래량(그림 1.에서 Q2) 사이에서 결정될 것이다.

이 경우 어떠한 거래량이 결정된다고 하더라도 수요독점상태보다는 많은 양이 거래될 것이기 때문에, 쌍방독점이 이루어질 경우 수요독점상태보다는 시장에서의 배분적 효율성이 개선되어(경쟁이 촉진되어) 후생이 개선될 것임에는 의문이 없다(그림 1.에서 Q1과 Q2 사이의 Q3(E3' 점)이 선택된다고 하더라도 그 후생손실은 삼각형 EOE3E3' 가 될 것이므로 수요독점상태의 후생손실인 삼각형 EOE1A보다는 작게 될 것이다).

수요자와 공급자가 협상을 통하여 공동의 이익을 극대화하려고 할 경우에는 완전경쟁시장과 마찬가지로 수요곡선인 한계수입생산곡선(그림 1.에서 MRP)과 비용곡선인 한계비용곡선(그림 1.에서 MC)이 교차하는 점(그림 1.에서 E0)에서의 거래량(그림 1.에서 Q0)이 결정될 것이다. 물론 어느 경우나 가격의 결정은 양자간의 협상에 의해 결정될 수밖에 없다(이준구, 전게서, 446~455면).

이 아니라 오히려 높게 된다. 이는 소비재 시장에서 후생의 손실마저 가져오게 된다.¹⁶⁾ 즉 중간재 시장에서 후생손실이 발생하고 소비재 시장에서도 후생손실이 발생하여 경제 전체적으로 2중의 후생손실이 발생하게 된다. 또 수요독점자이자 공급독점자는 중간재 시장의 공급자들로 부터 공급자잉여를 착취하고 소비재 시장의 최종 소비자들로부터도 소비자잉여를 착취하여 이중적인 착취를 하게 된다.

즉, 수요독점자와 다수의 공급자들이 존재하는 수요독점상태보다는 공급자들이 카르텔을 형성하여 독점자처럼 행동하는 쌍방독점상태에서 훨씬 더 많은 재화가 생산되어 거래되고, 소비재 시장에서도 더 많은 재화가 생산·거래될 뿐 아니라, 최종 소비자들의 후생도 높아지게 된다.

물론 이와 같은 경제학적 결론은 하나의 가변생산요소만이 존재하고 거래비용이 없다는 가정 아래에서 이루어진 부분균형분석(partial equilibrium analysis)에 의한 것이므로, '복잡계의 경제학(economics of complexity system)'이 지배하는 현실에서 반드시 적용된다고 단언할 수는 없다. 그러나 최소한 수요독점시장에서 쌍방독점시장으로 변모하면 효율성이 개선되는 경쟁촉진적 효과가 있을 수 있다는 점은 부인할 수 없다.

다. 수요독점시장(monopsony)에서의 공급자 카르텔의 행위유형 분류

수요독점시장에서 공급자들이 카르텔을 구성하여 공급독점자처럼 행동하게 되면, 시장은 수요독점시장에서 쌍방독점(bilateral monopoly)으로 변모하게 되고, 그 결과 생산량이 오히려 증가하여 경제의 효율성(정확히 표현하면 배분적 효율성(allocative efficiency))이 개선될 가능성이 있다. 게다가 수요독점이 합법적 방법에 의해 형성된 경우라면 이와 같은 수요독점상태를 깰 수 있는 수단이 우리 독점규제법이나 제도상으로는 존재하지 않으므로, 이와 같은 효율성 개선효과는 공급자들에 의한 카르텔을 통하지 않고는 획득되기 어렵다.

따라서 수요독점시장에서의 공급자 카르텔은 Goldschmid 교수가 제시한 당연위법의 원칙을 적용하기 위한 네 가지 요건 중 ②, ③의 요건, 즉 '문제되는 행위가 가격에 대한 영향에 상응할 정도로 현저한 긍정적 반대급부를 낳을 개연성이 없는가'(② 요건)와 '동일 또는 유사한 반대급부가 폐해가 적고 합리적인 대안에 의해서도 발생할 수 있는가'(③ 요건)의 요건을 충족시키지 못할 가능성이 높다.

게다가 수요독점시장에서 공급자들의 가격고정 등의 카르텔행위에 대한 공정거래위원회의 심결례¹⁷⁾나 법원의 판례가 축적되어 있지 않으므로, 경험적으로 이와 같은 행위에는 경쟁제한

16) Herbert Hovenkamp, 전계서 14~16면.

적 효과만이 있다고 확신할 수도 없는 상황이다.

중간재 시장에서 수요독점상태를 쌍방독점상태로 변모시키는 공급자들의 카르텔이 이론적으로 연성 카르텔이 될 가능성이 높은 반면에 경험적으로 경성 카르텔로 분류되어야 하는 사정이 입증되지 않고 있다면, 이와 같은 카르텔이 '경성 카르텔'에 해당한다고 단정할 수 없다. 경성 카르텔에 해당한다고 단정할 수 없으면 일응 연성 카르텔로 보고 그 위법성 여부를 따져야 한다. 따라서 경쟁당국과 법원은 중간재 시장에서 수요독점상태를 쌍방독점상태로 변모시키는 공급자들의 카르텔에 대해서는 나머지 수요 카르텔과는 달리 '경쟁촉진효과'를 충분히 조사·검토하여 그 위법성을 판단할 필요가 있다.

5. 결론

이상과 같이 일반적인 구매자 카르텔은 경성 카르텔에 해당되므로, 우리 독점규제법 적용에 있어서도 구매 카르텔에 대한 위법성이 추정되어야 할 것이다. 다만 시장지배력을 가지지 못하는 구매 카르텔, 즉 소위 '공동구매'에 대해서는 추가적인 검토가 필요하지만, 그러한 추가 검토는 '공동판매'에 대한 검토와 함께 이루어져야 한다.

이에 반하여, 수요독점시장에서 이루어진 공급자 카르텔의 경우 이론적으로 순수한 수요독점상태에 비하여 배분적 효율성(allocative efficiency)을 증진시킬 가능성이 크다. 이런 점

17) 공정거래위원회는 「한국전력공사 발주 컷아웃스위치 구매입찰 참가 11개 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건」(의결 제2004-252호(2004. 8. 27.))에서 한국전력공사가 수요독점적 지위를 점유하고 있는 컷아웃스위치 구매시장에서 한국전력공사의 수요독점적 지위 남용행위에 대항한 11개 컷아웃스위치 사업자들의 입찰담합행위에 대해서 별도의 경제분석 없이 당연히 위법하다는 취지의 판단을 한 바 있다. 이 사건에서 한국전력공사는 수요독점적 지위를 남용하여 컷아웃스위치의 제조원가에도 미치지 못하는 수준으로 입찰예정가를 설정함으로써 제조원가 이하의 가격으로 낙찰되도록 유도하였다. 감독기관에 의해 한국전력공사의 전력 생산량과 가격이 어느 정도 통제되므로, 한국전력공사가 상방시장인 컷아웃스위치 시장에서 수요독점적 지위를 남용하더라도 곧바로 하방시장인 전력시장에서의 생산량 감소나 가격 상승으로 이어지지 않는다고 볼 여지가 없는 것은 아니다. 그러나 한국전력공사의 수요독점적 지위 남용으로 컷아웃스위치의 가격이 하락할 경우, 전력의 원재료가 되는 컷아웃스위치의 생산량이 줄거나 그 품질이 저하된다면, 그것이 다시 한국전력공사의 전력 생산에 차질을 주거나 그 품질을 저하시킬 가능성이 있다. 실제로 공정거래위원회의 시정명령 및 과징금납부명령이 있는 후에 컷아웃스위치 사업자 중 한계적 지위에 있던 사업자들은 도산의 위기에 내몰리고 있을 뿐만 아니라, 컷아웃스위치 사업 외에도 다른 수익성 높은 사업을 영위하고 있는 기술력이 높고 재무구조가 탄탄한 사업자들은 컷아웃스위치 사업을 정리하고 다른 사업영역에 역량을 집중할 것을 고려하고 있다고 한다. 한계사업자의 도산과 기술력 높은 사업자들의 사업 정리가 이루어질 경우 컷아웃스위치 시장에서 생산량이 감소되고 생산되는 제품의 품질이 전반적으로 저하되게 될 가능성이 높은 바, 이는 다시 전력생산에 악영향을 미치고 결과적으로 최종 소비자들의 후생마저도 악화시킬 가능성이 있다. 이런 점에서 한국전력공사의 수요독점적 지위 남용에 대항한 컷아웃스위치 사업자들의 입찰담합행위가 가져오는 효율성 증진효과를 경쟁제한효과와 비교형량하여 그 위법성 여부를 판단하지 않은 공정거래위원회의 위 심결은 타당하지 않다.

에서 이와 같은 공급자 카르텔에 대해서는 최소한 엄밀한 경제분석을 거친 심결이나 판결을 통해서 경성 카르텔이라는 확신을 주는 경험이 축적되기 전까지는 막연히 경성 카르텔로 보아 위법성을 추정해서는 안 될 것이므로, 연성 카르텔로 보고 경쟁촉진적 효과와 경쟁제한적 효과를 비교형량하여 그 위법성을 판단해야 할 것이다. **경쟁저널**