

행정지도와 관련 판례의 동향¹⁾

법무법인 올촌 변호사 | 손 금 주

I. 서설

행정지도는 우리나라와 일본에 특유한 행정규제의 형식으로, 피(彼)규제자의 자발적인 참여를 전제로 한다. 일반적으로 “행정기관이 그 소관사무의 범위 안에서 일정한 행정목적의 실현을 위하여, 특정한 개인 또는 법인이나 기타의 단체에 대하여 일정한 행위를 하거나 하지 않도록 지도·권고·조언 등을 하는 행정작용”을 말하는데(행정절차법 제2조 제3호), 이러한 행정지도는 비권력적 사실행위로서 행정조직법상 근거를 찾을 수 있을 뿐 법적 근거가 명확하지 않고, 공권력의 행사로서 처분성(處分性)을 인정할 수 없기 때문에 항고소송의 대상이 되지 않는다.

한편, 행정절차법 제48조는 ① 목적 달성에 필요한 최소한의 범위 내에서 행사되어야 하고 ② 상대방의 의사에 반하는 부당한 강요행위를 금지하며 ③ 행정지도에 따르지 아니한 경우는 불이익조치를 금지하는 것을 행정지도의 적용원칙으로 규정하고 있다. 위와 같은 적용원칙에서 반추해 볼 수 있듯이, 규제당국의 지속적인 규제를 받는 수범자의 입장에서 규제당국의 행정지도가 사실상 권력행위에 준하는 정도로 구속력을 발휘하고 있으며, 규제당국 역시 행정목적의 실현이라는 명목 하에 다양한 형태로 행정지도를 활용하고 있다.

그런데 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 “공정거래법”이라 한다) 제19조 제1항과 관련하여 행정지도가 개입된 부당한 공동행위의 성립 여부가 문제되는 경우, 사업자들은 자신들의 행위가 관련 규제당국의 행정지도에 따른 것으로, 사업자들 사이에 합의가 없었다거나 행정지도에 따라 이루어진 공동행위로서 공정거래법 제58조(법령에 따른 정당한 행위)에 따라 공정거래법이 적용되지 않는다고 주장하는바, 이러한 주장에 관한 공정거래위원회와 판례의 입장에 미묘한 차이가 존재한다. 따라서 본고에서는 행정지도가 개입된 부당한 공동행위 사건에서 사업자간 합의

1) 본고는 필자가 2011년 6월 28일 공정거래위원회 심결판례연구회에서 발표한 내용을 정리한 것이다.

인정의 가능성, 행정지도를 이유로 한 위법성 조각 가능성, 이에 관한 공정거래위원회 및 판례의 입장 등을 살펴보고자 한다.

Ⅱ. 행정지도가 개입된 공동행위에 있어서 합의의 인정

1. 공정거래법상 관련 규정

공정거래법 제19조 제1항은 “사업자는 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의(이하 “부당한 공동행위”라 한다)하거나 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니 된다”라고 규정하고, 동조 제5항은 “2 이상의 사업자가 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 경우로서 해당 거래분야 또는 상품·용역의 특성, 해당 행위의 경제적 이유 및 파급효과, 사업자간 접촉의 횟수·양태 등 제반 사정에 비추어 그 행위를 그 사업자들이 공동으로 한 것으로 볼 수 있는 상당한 개연성이 있는 때에는 그 사업자들 사이에 공동으로 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의한 것으로 추정한다”라고 규정하고 있다.²⁾

2. 합의의 개념 및 입증방법

(1) 합의의 개념

공정거래법상 합의는 둘 이상의 사업자간 의사의 합치(Meeting of Minds)를 의미하는데, 이는 일반적인 계약상 의사의 합치뿐만 아니라 상호 인식이나 이해, 암묵적 요해(了解)까지 포함하는 넓은 개념이다.³⁾ 공정거래법 제19조 제1항은 “계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도”라고 규정하고 있으며, 공동행위 심사기준에서는 “계약, 협정 등과 같은 명시적 합의뿐만 아니라 사업자 간의 양해와 같은 묵시적 합의까지 포함한다”라고 규정하고 있다. 따라서 사업자간 개별적 의사가 존재하고 상호 소통을 통한 인식이 있으면 합의의 형식이나 방법에 상관 없이 합의가 성립하고, 묵시적인 경우에도 합의의 개념에 포함되며 계약관계와 같이 구속력 있는 법률효과를 발생

2) 2007. 8. 3. 법률 제8631호로 개정되기 전의 공정거래법 제19조 제5항은 “2 이상의 사업자가 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 제1항 각호의 1에 해당하는 행위를 하고 있는 경우, 동사업자 간에 그러한 행위를 할 것을 약정한 명시적인 합의가 없는 경우에도 부당한 공동행위를 하고 있는 것으로 추정한다”고 규정하고 있었다.

3) 서울고등법원 2001. 12. 11. 선고 2000누16830 판결 참조.

시킬 필요도 없다.

한편 공정거래법은 1992년 개정을 통하여 합의의 존재만으로 부당한 공동행위가 성립하고, 합의의 실행행위까지 요구하지 않고 있다. 대법원 역시 “부당한 공동행위는 사업자가 다른 사업자와 공동으로 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 법 제19조 제1항 각호의 1에 해당하는 행위를 할 것을 합의함으로써 성립하고, 합의에 따른 행위를 현실적으로 하였을 것을 요하는 것은 아니다”라고 판시한 바 있다.⁴⁾ 이와 같이 합의의 형식이나 방법에 제한을 두지 않은 반면, 합의의 존재만으로 부당한 공동행위를 인정함에 따라 실무상 합의사실의 입증이 더욱 중요하게 되었다.

비교법적으로 검토할 때,⁵⁾ 일본의 통설과 판례는 ‘의사의 연락’이란 복수의 사업자 간에 서로 같은 내용 또는 유사한 가격인상을 실시하는 것을 인식 내지 예측하여 그것과 보조를 맞출 의사가 있는 것을 의미하는데, 일방의 가격인상을 타방이 단순히 인식, 인용하는 것으로는 충분하지 않지만, 사업자 상호 간에 구속력이 있다는 것을 명시하여 합의하는 것까지 필요한 것은 아니고, 서로 다른 사업자의 가격인상행위를 인식하여 암묵적으로 인용하는 것으로 족하다고 해석한다. 이와 달리 독일에서는 경쟁자 사이의 결합의 강도에 따라 합의의 유무를 판단하는데 이를 신사협정, 동조적 행위, 병행행위로 구분한 후, 그 중에서 신사협정과 협조적 행위를 규제의 대상으로 하고 있다. 한편, 미국은 셔먼법(Sherman Act) 제1조에서 공모가 실제로 가져온 결과가 아니라 성공했을 경우의 잠재적인 해악에 초점이 있으므로, 합의 내용이 실현 불가능한 것이거나 합의의 실행을 위한 후속행위가 없었다고 하더라도 부당하게 거래를 제한하는 합의라면 금지된다고 한다.

(2) 합의의 입증방법

일반적으로 법률상 요건사실의 입증은 ① 직접증거에 의한 입증 ② 간접증거(정황증거)에 의한 간접사실의 입증과 이를 통한 요건사실의 추정 등의 형식에 의한다. 추정의 방식은 법관의 직업적 양심과 경험적 사고에 의지하여 간접사실로부터 직접사실을 추인하는 사실상 추정과 법률 자체에서 추정의 요건을 규정하는 법률상 추정으로 구분할 수 있다. 한편, 공정거래법은 제19조 제5항에서 합의사실에 대한 법률상 추정에 관하여 규율하고 있는 외에는 공정거래법상 요건사실의 입증에 관하여 별도의 규정을 두고 있지 않으므로, 합의사실의 입증 역시 일반적인 법률 요건사실의 입증방식과 마찬가지로 달리 볼 필요가 없다.

증거는 물적 증거와 인적 증거로 구분할 수 있는바, 부당 공동행위에 있어서 합의사실을 입증하

4) 대법원 2001. 5. 8. 선고 2001두10212 판결 참조.

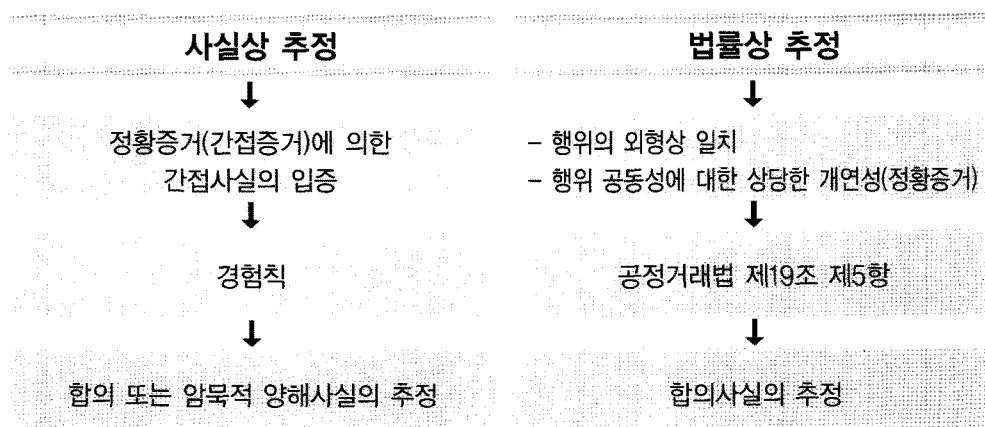
5) 이 부분에 대한 설명은 유혜용, “부당공동행위 추정과 관련된 판례 연구”, 저스티스 제88호(2005. 12.), 118쪽에서 인용.

기 위한 직접증거로는 ① 사업자간 작성한 합의서, 합의각서, 이행각서 등과 ② 합의결과를 보고하는 품의서, 업무보고서 및 ③ 합의사실이 기재된 협조공문, e-메일 자료 등을 물적 증거로 들 수 있고 ④ 당사자 또는 목격자의 진술을 담은 진술서, 녹취록 기타 음성이나 영상 등을 인적 증거로 들 수 있다. 그러나 최근 사업자간 합의방식이 지능화·고도화 됨에 따라 자진신고가 있는 사건을 제외하고는 대부분 직접증거가 존재하는 경우가 드문 실정이다.

이러한 이유로 최근에는 간접증거에 의한 사실상 추정⁶⁾에 의하여 합의사실을 입증하는 사례가 빈번히 발생하고 있는데, 특히 과점시장에서 시장의 구조적 특성 또는 행위유인으로 인하여 사업자간 행위의 외형상 일치가 있는 경우, 간접증거에 의한 정황사실의 입증을 통하여 합의사실을 추정하고 있다. 합의 추정을 위한 간접증거로는 ① 합의 형성의 기회가 있었음을 보여주는 의사 연락증거(Communication Evidence) 또는 접촉증거(Contact Evidence) ② 시장의 행위, 구조, 성과 등을 보여주는 경제적 증거(Economic Evidence)를 들 수 있다.⁶⁾

우리나라는 위와 같은 정황증거(간접증거)에 의한 사실상 추정 외에도 공정거래법 제19조 제5항에 의한 법률상 추정규정을 두고 있는데, 사실상 추정은 정황증거(간접증거)에 의하여 간접사실을 입증한 후 경험칙(經驗則)에 의하여 간접사실에서 합의 또는 암묵적인 양해사실을 추정하는 반면, 법률상 추정은 동 조항이 규정한 추정사유, 즉 행위의 외형상 일치와 행위의 공동성에 대한 상당한 개연성이 있으면 동 조항에 의하여 합의사실이 추정된다는 점에서 차이가 있다.

〈 사실상 추정과 공정거래법 제19조 제5항의 법률상 추정의 비교 〉



6) 이호영, 독점규제법, 홍문사 개정판(2010), 196쪽에서 재인용. OECD Global Forum on Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement(2006), 7~10쪽

(3) 공정거래법 제19조 제5항에 의한 법률상 추정

공정거래법 제19조 제5항은 2007년 개정 이전과 달리 행위의 외형상 일치 외에도 “해당 거래 분야 또는 상품·용역의 특성, 해당 행위의 경제적 이유 및 파급효과, 사업자간 접촉의 횟수·양태 등 제반 사정”을 통하여 상당한 개연성을 입증하도록 규정하고 있다. 이에 따라 사실상 추정에 의하여 공정거래법 제19조 제1항의 합의를 입증하는 방식과 공정거래법 제19조 제5항에 의한 법률상 추정에 의하여 합의를 입증하는 방식이 거의 유사한 구조를 띠게 되었다. 즉, 양자 사이에 간접증거에 의한 정황사실의 입증정도에 다소 간의 차이가 있을 뿐 입증방식은 거의 비슷한 구조를 띠고 있다고 볼 수 있다.⁷⁾

한편 공동행위 심사기준(공정거래위원회 예규 제71호) II. 4.는 상당한 개연성을 입증하기 위한 정황증거들로서 ① 직·간접적인 의사연락이나 정보교환 등의 증거가 있는 경우 ② 공동으로 수행되어야만 당해 사업자들의 이익에 기여할 수 있고, 개별적으로 수행되었다면 당해 사업자 각각의 이익에 반하리라고 인정되는 경우 ③ 당해 사업자들의 행위의 일치를 시장상황의 결과로 설명할 수 없는 경우 ④ 당해 산업구조상 합의가 없이는 행위의 일치가 어려운 경우 등을 열거하고 있다.

2. 행위의 외형상 일치와 합의 추정의 복멸

기존 판결례상 합의의 추정이 문제된 사례들은 사업자간 행위의 외형상 일치를 전제로 구 공정거래법 제19조 제5항이 적용된 사건들이다. 특히 동서식품 및 한국네슬레의 커피가격 공동행위건과 관련하여, 대법원은 최초로 법률상 추정규정에 대한 해석기준을 제시하였는데 ① 사업자간 행위의 외형상 일치와 경쟁제한성이 입증되는 경우, 이에 추가하여 사업자들의 명시적이거나 묵시적인 합의 또는 양해를 추정하게 할 정황사실을 입증할 필요 없이 합의사실이 추정되고 ② 과점적 시장구조 하에서 시장점유율이 높은 선발 업체가 독자적인 판단에 따라 가격을 결정한 뒤 후발 업체가 일방적으로 이를 모방하여 가격을 결정하는 경우는, 선발 업체가 종전의 관행 등 시장의 현황에 비추어 가격을 결정하면 후발 업체들이 이에 동조하여 가격을 결정할 것으로 예견하고 가격결정을 하였다 등의 특별한 사정이 없는 한, 법 제19조 제5항에 따른 공동행위의 합의 추정이 반복된다고 판시하였다(대법원 2002. 3. 15. 선고 99두6514, 6521 판결). 이러한 대법원의 입장은 그 이후 나온 모나리자 등 4개사의 화장지 공장도가격 공동결정행위 건에 관한 판결(대법원 2002. 5. 28. 선고 2002두1386 판결)에서 재확인되었다. 커피시장이나 화장지시장과 같이 과점

7) 공정거래위원회의 실무상, 최근 공정거래법 제19조 제5항에 의하여 합의사실을 추정한 사례가 거의 없는 것은 이러한 점에 기인한다고 볼 수 있다.

시장에서의 가격동조화(價格同調化) 현상이 문제된 경우, 후발 업체들이 시장점유율이 높은 선발 업체의 가격을 일방적으로 모방한 결과로 그 가격이 동일하게 된 경우는 합의 추정이 반복되지 만, 후발 업체들의 선발 업체에 대한 가격동조화 현상이 심화된 결과로 후발업체들의 가격인상결 정을 위한 내부품의 일자가 같은 시기에 이루어지고 실제 가격인상시기도 같은 날로 결정되기까 지 하였다면, 후발 업체의 가격결정행위는 선발업체의 가격결정을 일방적으로 모방한 것으로 보 기는 어렵다는 이유로 합의의 추정을 반복할 수 없다고 판시하였다. 공정거래위원회는 구 공정거 래법 제19조 제5항에 대하여 위 판례들과 마찬가지로 행위의 외형상 일치와 실질적 경쟁제한성을 입증함으로써 합의사실이 법률상 추정된다는 입장을 취하여 왔지만, 다만 합의를 전제로 경쟁제 한성을 판단하거나 기타 정황사실의 존재를 부가적인 근거로 제시하였다.⁸⁾

한편, 과점시장에서 사업자들 간에 상호의존성의 결과로 사업자간 행위에 외형상 일치가 나타 나는 경우, 미국 대법원은 '의식적 병행행위' (Conscious Parallelism)⁹⁾라는 개념을 통하여 그 행 위만으로 바로 위법성을 인정할 수 없고, 여기에 추가하여 사업자 간의 합의 또는 공모를 추정할 수 있는 추가적 요소(이른바 'Plus Factor')가 있는 경우에만 사업자간의 공모를 인정할 수 있다 는 입장을 취하고 있다.¹⁰⁾¹¹⁾ 한편 EU에서는 의식적인 병행행위와 구별되는 개념으로 사업자간 합 의에는 이르지 않았지만 의식적으로 경쟁의 위협을 협력으로 대체하는 사업자간 조정의 경우, 위 법성을 인정하는 동조적 행위(Concerted Practice)를 규정하고 있다.¹²⁾

Ⅲ. 행정지도와 부당공동행위의 성립요건

공정거래법 제19조 제1항의 부당공동행위가 성립하기 위해서는 사업자간 합의의 존재 외에 경 쟁제한성과 부당성의 요건이 충족되어야 한다. 물론 경쟁제한성이나 부당성의 판단기준이 합의의

8) 7개 철근사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(공정거래위원회 2003. 10. 20. 의결 제2003-161호), 13개 골판지원지 제조사업자의 부당한 공 동행위에 대한 건(공정거래위원회 2004. 8. 11. 의결 제2004-255호), 용인시 죽전택지개발지구 내 공동주택 분양 6개 건설사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(공정거래위원회 2004. 7. 31. 의결 제2004-237호).

9) 의식적 병행행위란, 과점시장에서 자주 나타나는 현상으로, 사업자간 경쟁제한에 대한 의사의 연락은 없지만 동일한 행위가 사실상 병행적으 로 이루어지고 있다는 것에 대한 상호 인식이 있는 경우를 말한다.(김성훈, "추정조항 적용 요건으로서 행위의 외형상 일치", 경제법판례연구 제3권, 법문사, 23쪽)

10) Fed. Prescription Serv., Inc. v. Am. Pharm. Ass'n, 663 F.2d 253, 267, 214 U.S. App. D.C. 76 (D.C. Cir. 1981); Petruzzi's IGA Supermarkets, Inc. v. Darling-Delaware Co., Inc., 998 F.2d 1224, 1242-43 (3d Cir. 1993)

11) 대법원은 대한제강 등 7개사의 철근가격 공동결정행위가 문제된 사안에서 "원고의 1차 가격인상행위는 선발 업체들의 가격인상을 단순히 모 방한 행위로서 과점적 시장구조 하에서의 상호의존성에서 비롯된 병행적 가격책정에 해당한다고 보이고, 따라서 이 부분 부당한 공동행위의 합의 추정은 불필요하다고 할 것이다"라고 판시하여(대법원 2008. 9. 25. 선고 2006두14247 판결), 의식적 병행행위에 불과한 경우는 합의를 추정할 수 없다는 입장을 취한바 있다.

12) Case 48/69 ICI v. Commission ('Dyestuffs')[1972] ECR 619; EU 조약 제101조.

내용에서 비롯된다는 점에서 사업자간 합의의 존재가 가장 중요한 성립요건이라고 볼 수 있다.

부당공동행위의 성립과 관련하여 행정지도가 문제되는 경우로는 ① 합의의 존재와 관련하여 사업자가 행정지도를 이유로 합의사실을 부인하거나 합의사실의 추정을 복멸(覆滅)하는 항변을 하는 경우 ② 경쟁제한성과 관련하여 공정거래법 제58조에 따른 정당한 행위의 항변을 하는 경우 ③ 부당성과 관련하여 사실상 행정청의 구속력 있는 행정지도에 의하여 다른 행위를 선택할 기대 가능성이 없다는 항변을 하는 경우를 들 수 있다. 소송법상 공정거래위원회가 합의의 존재, 경쟁제한성, 부당성에 대하여 입증책임을 부담하지만, 위와 같은 항변사항에 대해서는 사업자인 원고가 주장 및 입증책임을 부담한다.

공정거래위원회는 「행정지도가 개입된 공동행위에 대한 심사지침」(공정거래위원회 예규 제75호)에서, 행정지도가 부당한 공동행위의 원인이 되었다고 하더라도 당해 공동행위는 원칙적으로 위법하다는 입장을 취하고 있다. 즉, 행정지도의 전후를 불문하고 행정기관이 사업자간 합의를 유도하였는지와 상관 없이 사업자 간에 합의가 존재하는 한 부당한 공동행위가 성립한다는 입장이다. 또한 사실상 구속력 있는 행정지도가 부당한 공동행위의 동인(動因)이 된 경우도 과징금 감경사유가 될 수 있다고만 규정하고 있다.

이하에서는 대법원 판례를 중심으로 행정지도가 개입된 부당한 공동행위 사건 중에서 합의의 추정이 쟁점이 되었거나, 공정거래법 제58조의 정당화 사유 또는 부당성이 쟁점이 된 사례들을 살펴보고자 한다.

IV. 행정지도가 개입된 사례들에 대한 분석

1. 합의 추정의 복멸 사례

행정지도에 의한 행위라고 하더라도 공정거래법 제19조의 부당한 공동행위 규정이 배제되는 것은 아니지만, 우리 법원은 행정지도에 의한 행위에 대하여 구 공정거래법 제19조 제5항에 의한 합의 추정의 복멸을 적극적으로 인정하는 모습을 보여 왔다. 즉, 공동행위의 합의가 존재함을 입증할 만한 직접증거가 없고, 다만 행위의 외형상 일치와 경쟁제한성을 전제로 구 공정거래법 제19조 제5항에 의하여 합의가 법률상 추정되는 경우도 행정지도에 의하여 행위의 외형상 일치가 형성된 사정 등을 근거로 합의의 추정이 복멸된다고 판시하여 왔다.¹³⁾

먼저 사업자간 가격결정에 행정지도가 개입하였음을 인정한 첫 번째 사례로 맥주 3사의 맥주가

13) 대법원 2003. 2. 28. 선고 2001두946 판결, 대법원 2005. 1. 28. 선고 2002두12052 판결 등.

격 공동인상행위 건(이하 “맥주사건”이라 한다)을 들 수 있는데, 대법원은 “① 맥주회사가 맥주가격을 인상하는 경우 재정경제원이나 국세청과 사전협의를 하거나 사전승인을 받도록 하는 법령상의 명문의 규정은 없으나 재정경제원은 물가지수에 미치는 영향이 크다는 이유로, 국세청은 주세법 등에 따른 국세청장의 가격에 관한 명령권 등에 의하여, 재정경제원과 국세청은 맥주 3사의 가격인상요구에 훨씬 미치지 못하는 인상률만을 허용함으로써 맥주 3사는 허용된 인상률 전부를 가격인상에 반영할 수밖에 없게 되어 맥주 3사의 맥주가격 인상률이 동일해질 수밖에 없었던 점 ② 국세청은 가격 선도업체와 협의된 종류별, 용량별 구체적인 가격인상내역을 다른 맥주제조업체에 제공하고, 다른 업체가 이를 모방한 인상안을 제시하면 그대로 승인하여 왔고, 그 인상시점 또한 국세청의 지도에 따라 결정되는데 이 사건 가격인상도 마찬가지로 이루어진 점 등에 비추어” 이 사건 가격인상과 관련하여 맥주 3사 사이에 별도의 합의가 있었다는 추정이 복멸된다고 판시하였다(대법원 2003. 2. 28. 선고 2001두946, 2001두1239 판결).

다음으로 11개 손해보험회사의 공동행위가 문제된 사안에서, 공정거래위원회는 손해보험사들의 2000년 4월 1일자 보험료결정행위와 2000년 8월 1일자 보험료결정행위가 모두 부당한 공동행위에 해당한다고 주장하면서 전자에 대해서는 구 공정거래법 제19조 제5항에 의하여 법률상 추정된 반면, 후자에 대해서는 공정거래법 제19조 제1항을 적용하여 사실상 추정을 하였다. 이에 대하여 대법원은 전자에 대해서는 “보험사업자의 위 신고(보험료산출방법서 변경신고)에 대한 심사과정에서 금융감독원장이 행정지도를 통하여 사실상 보험료결정에 관여하였고 그 결과 보험료가 동일하게 유지되었다면, 위와 같은 사정은 공동행위의 합의 추정을 복멸시킬 수 있는 정황으로서 참작될 수 있다”거나 “금융감독원장이 원고들에게는 보험개발원이 제시하는 참조순보험요율에 따른 순보험료와 종전 예정사업비율에 따른 부가보험료를 책정하여 이를 합산한 금액을 기본보험료로 신고하도록 행정지도한 사실을 알 수 있으며, 달리 위 행정지도에 앞서 원고들 사이에 기본보험료에 대한 별도의 합의를 하였다거나 또는 위 행정지도를 기화로 기본보험료를 동일하게 유지하기로 하는 별도의 합의를 하였다고 볼 자료도 없으므로, 원고들의 판시행위는 원고들 사이의 의사연락에 의한 것이 아니라”는 이유로 사업자간 외형상 행위의 일치가 행정지도에 의하여 형성된 점을 인정하고 합의 추정이 복멸되었다고 판시하였다. 한편, 후자에 대해서는 행정지도에 앞서 사업자들 사이에 인상률에 대한 별도의 합의를 하였다거나 또는 행정지도를 기화로 인상률을 동일하게 하기로 하는 별도의 합의를 하였음을 입증하지 못하였고, 오히려 행정지도에 의하여 외형상 행위의 일치가 있었다고 판단된다는 이유로 부당한 공동행위를 인정하지 않았다(대법원 2005. 1. 28. 선고 2002두12052 판결). 대법원은 법률상 추정과 관련된 사안에서 행정지도에 의한 합의 추정의 복멸을 인정하였지만, 위 사례에서는 공정거래법 제19조 제1항을 적용하여 합의

사실을 입증한 사안에 대하여 행정지도가 있었음을 이유로 합의사실에 대한 입증이 부족하다고 판단하였다.

한편, 대한손해보험협회 외 10개 손해보험사가 기타 응급조치 서비스를 전면 폐지하기로 합의한 사안에서, 대법원은 보험감독원장이 구 보험업법 제181조의 명령권에 의거하여 무료 긴급출동 서비스의 수준이 과다하게 증가하는 것을 우려하면서 대한손해보험협회가 업계 자율로 보험계약자 서비스와 특별이익 제공행위를 구분할 수 있는 기준을 설정할 필요가 있다고 지적한 것에 불과하고, 보험감독원장의 이러한 조치와 위 기타 응급조치 서비스의 폐지 합의 사이에 관련성을 인정할 수 없다는 이유로 합의 추정의 복멸을 인정하지 않았다(대법원 2006. 11. 23. 선고 2004두8323 판결).

대법원은 사업자간 행위의 외형상 일치가 행정지도에 의하여 형성된 경우는 합의의 추정이 복멸된다는 입장으로, 이는 법률상 추정뿐만 아니라 사실상 추정에 의하여 공정거래법 제19조 제1항이 적용된 경우도 마찬가지로 해석되어야 할 것이다. 특히 공정거래법 제19조 제5항이 개정된 이후부터 공정거래위원회가 법률상 추정규정을 거의 이용하지 않고 사실상 추정에 의하여 합의의 존재를 입증하는 경향을 보이고 있는바, 사업자간 행위의 외형상 일치 외에 사실상 추정을 위한 추가적인 요소로서 정황사실의 존재 및 합의의 추정 등이 증거법칙이나 경험칙에 합당한지에 대한 검토가 필요하다.

2. 행정지도가 있었던 사정 등을 이유로 부당성을 부정한 사례

공정거래법 제19조 제1항은 부당한 공동행위의 성립요건으로 합의사실의 존재 외에 경쟁제한성 및 부당성을 규정하고 있다. 따라서 가격인상의 합의사실이 인정된 경우에도 경쟁제한성이 인정되지 않으면 부당한 공동행위에 해당하지 않는다. 12개 컨테이너 전용하치장 보유 운송사들의 공동행위사건은, 정부의 행정지도가 있었지만 위 운송사들이 컨테이너 운임적용을 인상을 별도로 합의하였으므로, 합의사실의 입증 자체가 문제되지 않았다.

그러나 대법원은 사업자들이 공동으로 가격을 결정하거나 변경하는 행위는 그 범위 내에서 가격경쟁을 감소시킴으로써 그들의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태를 초래하게 되므로 원칙적으로 부당하고, 다만 그 공동행위가 법령에 근거한 정부기관의 행정지도에 따라 적합하게 이루어진 경우라든지 또는 경제 전반의 효율성 증대로 인하여 친(親)경쟁적 효과가 매우 큰 경우와 같이 특별한 사정이 있는 경우는 부당하다고 할 수 없다는 전제 아래, 위 운송사들이 화주(貨主)로부터 지급받는 컨테이너 운임의 적용률을 인상하는

내용의 합의 부분은 화물연대 파업사태를 해결하는 과정에서 정부의 행정지도가 있었다고 볼 여지가 있고, 화물연대의 요구사항 중 하나인 하불료를 인상해주기 위해서는 화물운수회사들이 화주들로부터 받는 운송료가 인상되어야 하는 등 어느 정도의 수익 증가가 화물운수회사들에게 필요하다고 보이는 점 등에 비추어, 친경쟁적 효과가 매우 커 공동행위의 부당성이 인정되지 않을 여지가 있다고 판시하였다(대법원 2009.7.9. 선고 2007두26117 판결).

이 판결은 가격인상이 문제된 경성카르텔에 있어서 행정지도 등을 사유로 부당성을 부인하였다는 점에서, 미국 판례법 상의 당연위법의 원칙이 우리 판례에서 일의적(一義的)으로 적용되는 것은 아니라는 점을 확인시켜 준다고 볼 수 있다.

3. 공정거래법 제58조에 의한 적용제외 사례

(1) 공정거래법 제58조의 요건 및 효력

공정거래법 제58조는 “이 법의 규정은 사업자 또는 사업자단체가 다른 법률 또는 그 법률에 의한 명령에 따라 행하는 정당한 행위에 대하여는 이를 적용하지 아니 한다”고 규정하고 있다. 대법원은 법무사회의 사업제한행위 사건에서 “당해 사업의 특수성으로 경쟁제한이 합리적이라고 인정되는 사업 또는 인가제 등에 의하여 사업자의 독점적 지위가 보장되는 반면, 공공성의 관점에서 고도의 공적 규제가 필요한 사업 등에 있어서 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률 또는 그 법률에 의한 명령의 범위 내에서 행하는 필요최소한의 행위”라고 판시하였는데(대법원 1997. 5. 16. 선고 96누150 판결), 위 판례에 의하면 공정거래법 제58조의 적용요건은 ① 법률 또는 그 법률에 의한 명령의 범위 내일 것 ② 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률일 것 ③ 필요최소한의 행위일 것을 들 수 있다.

공정거래법 제58조의 효력에 관하여 공정거래법 적용 자체를 배제한다고 볼 것인지, 단순히 위법성이 조각된다고 볼 것이냐가 문제된다. 전자로 해석하는 경우, 적용대상이 지나치게 축소되고 개별 법률이나 그 명령에 따른 행위의 경우는 법규간 충돌의 문제로 해결할 수 있으므로 동 규정을 둔 취지가 몰각(沒却)될 우려가 있다는 비판이 제기될 수 있다. 그러나 문리해석(文理解釋)의 한계상 위법성 판단 이전에 구성요건단계에서 이미 법 적용이 배제될 것이므로 적어도 현행 규정 아래에서는 전자의 견해가 타당하고, 동 규정의 효력을 위법성 조각사유로 해석하거나 법 적용범위를 넓히는데 한계가 있다. 한편, 미국의 경우는 경쟁법 적용을 제외하거나 그 위법성을 조각시키는 사유로 묵시적 적용제외(Implied Exemptions), 신고요금(Filed Rate Doctrine), 노어면제

(Noerr Immunity), 주행위면책(State-action Immunity), 우선적 관할이론(Doctrine of Primary Jurisdiction) 등의 판례이론이 있다.¹⁴⁾

(2) 행정지도와 공정거래법 제58조

행정지도에 의하여 공동행위가 이루어진 경우, 과연 공정거래법 제58조의 '다른 법률 또는 그 법률에 의한 명령에 따라 행하는 정당한 행위'로서 공정거래법의 적용이 제외되는지가 문제된다. 종래 법원은 "행정지도는 비권력적 사실행위에 불과한 것이어서 그에 따름이 강제되는 것이 아니므로 사업자단체로서는 독자적으로 공정거래법 위반 여부를 판단하여 행동하여야 할 것이고, 공정거래법 운영은 행정부 내부에서 독립된 지위를 가진 공정거래위원회의 권한으로 되어 있으므로, 가사 원고와 소외회사 간의 위 합의가 상공부의 행정지도에 의한 것이라 하더라도 그것만으로는 위법성이 조각된다거나 또는 그 시정을 명함이 금반언(禁反言)의 원칙에 반하여 허용될 수 있다고 할 수 없다"(서울고등법원 1992. 1. 29. 선고 91구2030 판결)고 판시하거나, "교육부장관이 한국 2중 교과서협회 이사장에게 학습자로 발행을 위한 공동사업체의 구성을 주관하여 추진하고 그 결과를 보고하라고 지시하였다 하더라도 이러한 지시가 공정거래법 제58조에서 규정한 법률 또는 그 법률에 의한 명령에 해당하지 않는다"(서울고등법원 1992. 4. 22. 선고 91구3248 판결)라고 판시한바 있다.

공정거래위원회의 행정지도가 개입된 부당한 공동행위에 대한 심사지침 Ⅲ. 2. (2)는 "다른 법령에서 행정기관이 사업자로 하여금 법 제19조 제1항 각호의 1에 해당하는 행위를 하는 것을 행정지도할 수 있도록 규정하고 있는 경우로서 1) 그 행정지도의 목적, 수단, 내용, 방법 등이 근거법령에 부합하고 2) 사업자들이 그 행정지도의 범위 내에서 행위를 한 경우"에는 공정거래법 제58조에 해당한다고 규정하고 있지만, 공정거래위원회가 행정지도를 사유로 동 규정을 적용한 사례는 거의 없다.

행정지도와 관련하여 공정거래법 제58조가 쟁점이 된 사례로, 공정거래위원회는 2개 시내전화 사업자의 부당한 공동행위 건(공정거래위원회 2005. 8. 18. 의결 제2005-13호¹⁵⁾)에서, 구 정보통신부의 행정지도 자체가 법령상 근거가 없고 행정지도와 합의 사이에 인과관계가 인정되지 않으며 행정지도에 사실상 구속력이 없다는 이유로, 피심인들의 법령에 따른 정당한 행위 주장을 배척하였다. 또한 서울고등법원은 서울청과 등 6개 사업자의 판매수수료율 등 공동결정행위 건(서울고등법원 2004. 5. 12. 선고 2003누5817 판결)에서, 관련 법령상 농수산물공사에게 행정지도의 권한이 없는 사항이라는 이유로 공정거래법 제58조의 적용대상이 아니라고 판시한바 있다.¹⁶⁾


14) 본고에서는 논의의 편의상 미국의 적용제외이론에 대해서는 자세한 설명을 생략한다.

15) 유사한 심결로 공정거래위원회 2006. 9. 28. 의결 제2006-217호 참조.

V. 결론

이상과 같이 행정지도가 개입된 부당한 공동행위에서 발생할 수 있는 여러 쟁점들을 합의의 존재, 경쟁제한성 및 부당성의 구성요건 별로 사례와 함께 살펴보았다.

최근 6개 LPG 사업자들의 부당공동행위 사건과 관련하여, 사업자간 행위의 외형상 일치가 있는 경우에 사업자간 공감대 형성 등의 묵시적 합의를 인정하기 위하여 어느 정도 간접사실에 대한 입증이 필요한지, 사전적인 가격정보의 교환이 없는 상황에서 1~2차례의 비정기적 만남만으로 합의사실의 추정이 가능한지 등이 관련 행정소송 등에서 첨예하게 다투어지고 있다. 또한 최근 소주가격 담합사건에 대한 서울고등법원 판결(서울고등법원 2011. 6. 2. 선고 2010누21718 판결)에서는 국세청의 강력한 가격통제와 적법한 법령에 의한 행정지도가 있었음을 인정하면서도, 각 사업자들에게 가격결정권 및 가격경쟁의 유인이 존재하였다는 이유로 합의사실을 인정한 후, 위 행정지도에 대하여 합의사실과의 인과관계가 없고 근거법령이 자유경쟁의 예외를 인정하는 취지의 규정이라거나 그에 터잡은 명령의 범위 내에서 필요 최소한의 행위라고 볼 수 없다는 이유로 공정거래법 제58조의 적용을 배제하였다. 특히 위 판결에서는 합의사실을 인정하면서도 사업자간 느슨한 가격담합의 형태에 불과하고 사업자들의 부당이득이 명확하지 않다는 이유를 들어, 공정거래위원회의 과징금부과처분이 재량권을 일탈, 남용한 위법이 있다고 판시하였다.

위와 같이 여전히 규제기관의 행정지도가 존재하는 상황에서 합의사실에 대한 직접증거가 없는 경우, 합의 추정이 어느 정도 인정될 수 있는지는 공정거래위원회나 피수범자인 사업자간 참여한 이해대립이 있을 수 밖에 없고, 종국적으로 법원의 판결에 의하여 좀더 구체적인 기준이 제시되어야 한다. 또한 비권력적 사실행위에 불과하다고 하더라도 실질적으로 상당한 구속력을 갖고 있다는 점에서, 규제기관 스스로 개별 사업자들의 사업활동에 대한 개입을 원칙적으로 금지하고 법령에 직접적인 근거가 있는 경우에도 불가피한 경우는 최소한의 범위 내에서 행정지도를 시행하는 등의 노력이 필요하고, 행정기관간 모순된 지침에 의한 불합리한 결과가 발생하지 않도록 사전조정절차를 거칠 필요가 있다. 나아가 사업자들 역시 행정지도가 있는 경우에 경쟁사업자와 협의를 하거나 의사연락을 취하는 대신, 독자적인 경영상의 판단에 기초하여 행위를 결정하고 그 근거를 마련해 둘 필요가 있다. 또한 공정거래위원회 스스로도 규제기관의 행정지도에 대하여 각 사업자들의 수범 가능 여부에 대한 확인절차를 마련해두는 것도 고려하여 볼 수 있겠다. 

16) 유사판결로서 서울고등법원 2007. 1. 11. 선고 2006누633판결 참조.