

의식적 평행행위 (Conscious Parallelism)의 위법성에 관한 미국 대법원판례

서헌제

중앙대 법과대학 교수

의식적 평행행위에 대한 미국 판례의 변화

카르텔이 성립하기 위하여는 경쟁제한에 대한 합의(공모)와 공모(共謀)에 따른 공동행위가 존재할 것의 두가지 요건을 갖추어야 함은 물론이다. 이 중에서 합의의 존재는 객관적으로 입증하기 어려운 경우가 대부분이기 때문에 명시적 합의 뿐 아니라 묵시적 합의의 존재만으로 충분하며, 묵시적 합의는 추정된다. 미국 연방대법원에서 묵시적 카르텔의 적법성 여부가 처음 제기된 것은 *Interstate Circuit v. United - States*(1939) 판결이었다. 이 판결에서 법원은 공모의 직접적인 증거가 없었기 때문에 불법적인 공모가 존재함을 추정하였으며 따라서 공모가 존재하지 않는다는 사실에 대한 입증책임은 피고에게 부과되었다. 이후 묵시적카르텔 문제는 *Theatre Enterprises*(1954)사건 판결에서 다시 제기되었는데 법원은 공모가 정황증거로부터 추정될 수도 있지만, 이러한 추정이 지나쳐서는 안 된다는 입장이었다. 즉 법원은 '의식적인 평행행위(conscious parallelism)는 서면법상 아직은 완전히 공모로 해석되지는 않는다' 라고 함으로써 평행적 거래행위는 그 자체로 서면법 위반에 해당되는 것은 아니라고 보았다.

의식적인 평행행위가 그 자체로 서면법 위반이

아니라도 연방거래위원회법(Federal Trade Commission Act : FTC법)에 위반되는 경쟁제한행위에 해당될 것인가 하는 문제가 *Ethyl Corporation v. Federal Trade Commission*(1984) 사건 판결에서 다루어졌다. 여기에서는 공모이거나 약탈적 행위와 무관한 과점기업의 행동이 '불공정한 경쟁방법'에 해당되어 금지될 것인가 하는 점이 특히 쟁점이 되었다. 과점기업간 경쟁의 특징이라고 할 수 있는 의식적인 평행행위에 대한 경제학적 분석에는 여러 가지 경제이론이 적용되고 있음은 물론이다.

FTC법(Federal Trade Commission Act) 제5조

가) ① 거래에 있어서 또는 거래에 영향을 끼치는 불공정한 경쟁방법 및 불공정하거나 기만적인 행위 또는 관행은 위법이다.

② 위원회는 은행, 거래규제법의 적용을 받는 일반육운회사, 1958년 민간항공법의 적용을 받는 항공회사 및 외국항공회사를 제외한 자·파트너쉽 또는 회사, 그리고 파트너쉽 또는 회사로서 1921년 개정 통조림업 및 가축장법 제406조 제b항에 규정된 경우를 제외하고, 법의 적용을 받는 자가 통상에 있어서 또는 거래에 영향을 미치는 불공정한 경쟁방법 및 불공정하거나 기만적인 행

위 또는 관행을 이용하는 행위를 방지할 권한을 갖는다.

나) 위원회는 개인, 파트너십 또는 주식회사가 거래에 있어서 또는 거래에 영향을 미치는 불공정한 경쟁방법 또는 불공정하거나 기만적인 행위 또는 관행을 사용해 왔거나 또는 현재 사용하고 있다고 믿을 만한 사유가 있고 이것을 심판절차에 부치는 것이 공공의 이익에 부합한다고 인정될 때에는 문제된 사실내용을 기재하고 송달 후 30일 이후 정해지는 심판기일 및 장소를 부기한 심판개시결정서를 행위자, 파트너십, 또는 회사에 송달하여야 한다. 심판개시결정서의 송달을 받은 자, 파트너십, 또는 회사는 정하여진 장소 및 시간에 출두하여 위원회가 동 결정서에서 인정한 범위반행위의 금지를 요구하는 명령을 하여서는 아니되는 사유를 입증할 권리가 있다.

E. I. Du Pont De Nemours & Company v. Federal Trade Commission 및 Ethyle Corporation v. Federal Trade Commission(1984)

사안의 개요

미국에서 노킹방지 가솔린 첨가제를 생산하는 가장 큰 두 개 회사인 Du Pont De Nemours & Company("du Pont")과 Ethyle Corporation(이하 "Ethyle")은 FTC법 제5조에 의거하여 FTC가 1983년 4월 1일에 내린 명령을 철저히 준수할 것을 법원에 청구하였다.

납을 주성분으로 한 노킹방지 합성물은 1920년대 이래 가솔린을 정제하는 데 사용되어 왔다. 이 합성물은 tetraethyl lead(TEL)을 원료로 한 것으로서 1920년대부터 생산된 것과 1960년대에 처음으로 생산된 tetramethyl lead(TML)과

같은 종류의 것이다. 이 합성물은 엔진의 실린더 안에서 미리 폭발하여 노킹을 방지하기 위해 가솔린에 첨가된다.

1920년대부터 1948년까지 Ethyle은 미국내에서 노킹방지제를 생산하는 유일한 업체였다. 그런데 가솔린의 사용증가와 함께 방지제의 사용에 대한 수요도 증가하였으므로, du Pont이 시장에 진입하였고 이에 따라 시장분할이 일어났다. 1961년에는 PPG가 방지제 생산과 판매를 시작하였고, 1964년에는 Nalco도 이에 따랐다. 1974년까지 du Pont은 시장의 38.4%를 점유하였고, Ethyle은 35.5%, PPG는 16.2%, Nalco는 11.8%를 점유하였다. 이와 같이 1970년대말에 이르기까지 미국 내에서 방지제생산·판매는 상위 4개사에 과점되었기 때문에 이 산업은 경제력 집중이 매우 높은 분야이었지만 신규진입을 막는 기술적, 재정적인 장벽은 존재하지 아니하였다.

그러나 1971년 8월부터 1974년 1월까지 제품에 대한 가격동결 조치가 있었고, 이어 1973년 초반에는 연방정부가 방지제의 수요를 감소시키려는 조치를 취하기 시작하였다. 즉 당시 미국 환경보호국("EPA")에서는 1975년부터 미국에서 생산되는 모든 자동차에 정화장치(catalytic converter)를 장착할 것을 요구하였는데, 노킹방지제 안에 들어있는 납성분은 이러한 장치에는 맞지 않았기 때문에 1975년 이후에 생산된 거의 모든 자동차에는 무연가솔린이 사용되게 되었다. 동시에 대기중 납의 양을 줄이기 위해 EPA는 가솔린에서 사용될 수 있는 납의 양에 대해 상당한 제한을 부과하였다.

이러한 미국정부의 가격규제와 환경규제에 따라 노킹방지제의 수요는 감소하게 되었다. 그러나 노킹방지제시장은 대단히 비탄력적이었기 때문에 수요의 감소에 따라 가격이 하락해도 전체 판매량을 증가시키지는 못하였으며 마찬가지로

가격상승도 전체 판매량을 감소시키지 못하였다. 높은 가격하에서도 납 노킹방지제는 가솔린의 옥탄가를 높이기 위한 다른 어떤 수단들보다 여전히 효과적이고 경제적이었다. 이와 같은 높은 경제력 집중률과 신규참입가능성의 희박, 비탄력적인 수요, 생산품의 동질성 등은 이 산업을 자연과점이 되도록 하였다.

비탄력적이고 감소추세에 있는 시장내에서 가격할인의 무익함을 인식한 Ethyle과 du Pont은 각각 개별적으로 PPG와 Nalco측의 가격경쟁에 대하여 가격할인이 아니라 여러 가지 형태의 비가격경쟁으로 대응하기로 정하였다. 이는 '後청구서발송' 및 '先구매'를 내용으로 하고 있는데, 선구매는 고개들이 가격인상의 효과가 나타나기 전에 종전의 가격으로 여분의 물량을 주문할 수 있도록 해주었다. 또한 du Pont과 Ethyle은 "무상" 서비스를 제공하였는데, 이에 ① 무료설치 조항, ② 상품을 보다 효율적으로 사용할 수 있는 방법의 교육, ③ 노킹방지제의 저장과 배합에 관한 조언 및 모니터링, ④ 컴퓨터 프로그램의 지원, ⑤ 정제근로자에 대한 훈련, ⑥ 상담서비스의 실시, ⑦ 유리한 신용기간 등의 내용을 포함하고 있다. 이러한 인센티브의 부여는 "노킹방지 공급업자간의 경쟁에 있어서 중요한 역할"을 하였으며, 이에 힘입어 1975년에는 전년도에 비하여 du Pont과 Ethyle은 각각 35%정도의 판매신장을 이룩하였다.

연방거래위원회(FTC)의 판정

1979년 5월 FTC는 각 제조업자들이 "경쟁에 있어서 불공정한 방법"과 "불공정한 행위"로 연방거래위원회법 제5조를 위반하였다는 이유로 du Pont과 Ethyle를 제소하였다. 소장(訴狀)에서 문제삼고 있는 비공모행위(non-collusive practices)는 ① 운송비용이 포함된 인도가격을

근거로 개별 피고들이 납 노킹방지첨가제를 판매한 행위, ② 표준형식에 의한 매매계약에 있어서 du Pont과 Ethyle에 의한 "최혜국" 조항의 이용과 매매계약에 있어서 Nalco가 그런 조항을 빈번하게 이용한 행위, ③ 각 회사가 가격변화가 있는 경우 적어도 30일 이내에 고객에게 이를 알려주기로 하는 조항을 이용한 행위, 그리고 ④ 미리 언론기관에 대해 가격인상에 대한 정보를 제공한 행위의 네가지였다. 소장에서는 그러한 행위들이 제조업자간의 명시적 또는 묵시적 합의의 결과라거나 그 행위는 합법적인 사업목적이 아닌 다른 목적을 위해 수행된 것이라고 주장하지 않았다.

다만 그 행위들은 개별적으로 또한 협력하여 납 노킹방지 혼합물에 대한 경쟁자의 가격에 관한 불확실성을 감소시키는 효과를 가지고 있고, 그러한 감소된 불확실성은 납 노킹방지제 시장에서 불공정하게 실질적이고 통일된 가격수준의 유지와 가격경쟁의 감소 내지 소멸을 촉진한다고 하였다.

이어 FTC는 FTC법 제5조의 책임은 적어도 묵시적 합의를 요구한다는 원고측 주장을 거부하면서, 만일 산업구조가 비경쟁가격체제로 유지되는 경우에는, 비경쟁가격에 대한 실질적인 증거가 있고 경쟁촉진의 정당화가 행위의 경쟁제한적 효과를 상쇄할 수 없다면, 일방적인 거래관행이 동법을 위반하는지에 대하여는 "합리성의 원칙(rule of reason)"에 따라 심사해야 한다고 보았다.

FTC는 높은 집중도와 진입장벽, 동질적인 제품, 비탄력적인 수요 등 노킹방지산업의 구조에 관한 기록을 검토한 후 경쟁을 제한하는 일방적이고 상호독립적인 행위(의식적 평행행위)가 존재한다고 보았다. 즉 노킹방지제의 가격이 매우 균일하며 양회사가 제한적인 가격할인을 실시하고 있을 뿐 아니라, 안정적인 시장분할로 인해 상대적으로 높은 이윤이 확보되고 있으며 한계비용을 초과하는 가격유지 및 초과공급능력과 완만한 수요에도 불구하고 지속적인 가격 상승이 이루어

지는 등의 상황을 고려할 때, 양회사의 의식적인 평행행위는 경쟁자에 의한 불공정한 경쟁수단에 해당함으로써 FTC법 제5조를 위반한 것이라고 판단하였다. 즉 그러한 관행 자체만로는 불공정한 경쟁수단이 되지 않고, 또한 그러한 관행이 다른 제조업자와의 합의에 의한 것이 아니라고 할지라도, FTC는 그 효과가 누적되어 경쟁이 감소하게 되고, 그러므로 그러한 관행은 동법에 반하는 위법한 불공정 경쟁수단이 된다고 결론지었다.

판결의 내용

FTC가, 노킹방지사업의 특성상 제조업자들이 단순히 동일한 수준에서 평행적인 가격을 의식적으로 조작하였기 때문에, 문제된 거래관행을 법 제5조에 위반되는 “불공정한 경쟁수단”이라고 한 것이 타당한지는 의문이다. 이러한 의문은 위원회의 권한범위와 관련된다. 즉 동법 제5조에 대한 위원회의 해석에 큰 비중이 주어진다고 하더라도 위원회의 관할을 뒷받침해 줄 법령의 해석은 궁극적으로 법원의 권한에 속한다.

동일제품에 대한 의식적인 평행가격설정에 제조업자중 일부가 참가하는 과점적인 시장구조가 단순히 존재한다는 것만으로 반트러스트법 위반이 되는 것은 아니다(Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp. 사건 참조). 과점시장내에서의 일정한 거래관행을 제5조의 의미에서 “불공정”하다고 하기 위하여는 생산자측의 반경쟁적 의도나 목적에 관한 증거가 명백하거나 행위에 있어서 합법적인 사업동기의 결여와 같은 강압이나 강제의 표시가 있어야 한다.

만일 판매자의 행위가, 경쟁자측의 동일한 행위가 없다고 하더라도, 자신의 독자적인 이익에 반대가 된다면, 그러한 상황은 사업행위가 제5소에서 말하는 “불공정”에 해당한다고 할 것이다.

다시 말하면 반트러스트법 위반이나 공모적, 강제적, 약탈적, 배타적 행위에 대한 증거가 부족할 경우에는, 그러한 행위가 반경쟁적 목적을 가지거나 독자적인 합법적 근거에 의해 지지될 수 없는 경우를 제외하고는 제5조에 반하는 “불공정”한 행위라고 할 수 없다. 이 사례에서 FTC는 청원자들이 합의나 공모를 통하여 문제된 행위를 하지 않았다는 것을 인정한다. 그들 각자는 독자적이고 일방적으로 행동하였다. 강제나 약탈적인 행위가 있었다는 증거는 없다.

문제된 행위가 “불공정”하다는 FTC의 결정이 드문 것은 그러한 행위가 불법이 되는 시점이 명확하지 않다는 점에 의해서도 뒷받침된다. 가령 Ethyle이 의식적인 평행행위를 한 시점으로서 생각해 볼 수 있는 것으로는 첫째, Ethyle이 노킹방지제의 유일한 생산자였을 때, 둘째, 1948년 du Pont이 시장에 참가하였을 때, 셋째, 1961년 PPG가 참가하였을 때와 같이 여러 시점이 문제된다.

1948년(du Pont이 시장에 진입하였을 때)부터 1974년까지의 기간에 Ethyle의 시장점유율은 100%에서 33%로 떨어졌다. 마찬가지로 du Pont의 시장점유율도 1961년 50%에서 PPG가 참가한 1974년에는 38%가 되었다. 그 동안에 PPG와 Nalco는 적극적인 공략으로 실질적인 시장의 점유를 넓혀왔다. 만일 1974~1979년 까지 4개 업체에 의한 문제된 행위가 “불법”이라면, 1960년대에 그들이 불공정하였다고 예상할 수 있을 것이다. 그러나 그 시점에서는 그들은 의식적인 가격평행행위를 “촉진”하지 않았다는 것은 분명하다.

법원은 이 기록에서 문제된 행위가 노킹방지제 산업내에서 심각할 정도로 경쟁을 감소시켰거나 그러한 행위를 제거함으로써 경쟁이 향상될 것이라는 실질적인 증거를 찾지 못하였다. 이에 따라 법원은 FTC의 명령을 취소한다. ■