

과점시장에서의 가격모방과 합의추정의 반복

대상판결 : 대법원 2002. 5. 28. 선고 2000두1386 판결

이 봉 의 | 경북대학교 법대 교수

● ● ● ● ● ● ● I. 사건의 개요

유한킴벌리, 쌍용제지, 모나리자 및 대한펄프는 종래 이들간의 경쟁으로 인하여 대리점 및 유통점에 판매한 두루마리화장지의 공장도가격을 다소 다르게 판매하고 있었다. 그러다가 1995년부터 화장지의 원료인 펄프와 고지(古紙)의 가격이 대폭 인상되자 정부의 행정지도에 따라 1996년 기준 국내 두루마리화장지 시장에서 점유율이 가장 높은 유한킴벌리(27.5%)와 쌍용제지(28.4%)가 각각 그 가격을 8,261원과 8,448원으로 내정하자 원고인 모나리자와 대한펄프는 1996. 6. 1. 화장품의 공장도가격을 쌍용제지와 동일한 8,448원으로 인하하였고("1차인하"), 그 후 쌍용제지가 1997. 3. 1. 신제품을 출시하면서 그 가격을 8,866원으로 정하자 원고 및 대한펄프는 또 다시 기존 제품의 가격을 그와 동일한 8,866원으로 인상하였다("1차인상").

그리고 유한킴벌리는 1997. 7. 16. 기존의 화장지(엠보싱뽀뽀롱)가격을 9,306원으로 책정하였고, 유한킴벌리를 제외한 화장지 3사(쌍용제지, 모나리자 및 대한펄프)는 같은 달 1일 기존의 신제품가격을 9,306원으로 일제히 인상함으로써 화장지 4사의 신제품가격이 처음으로 동일하게 되었다("2차인상"). 이어서 유한킴벌리는 1997. 11. 28. 내부품의를 거쳐 같은 해 12. 24.자로 엠보싱뽀뽀롱과 비바의 가격을 각각 10,494원으로 인상하기로 하였고, 나머지 화장지 3사도 이에 대응하여 같은 달 15, 16일 각기 내부품의를 거쳐 유한킴벌리보다 하루 앞선 같은 달 23일자로 일제히 기존 제품의 가격을 10,494원으로 인상하였다("3차인상").

이에 피고인 공정거래위원회는 화장지 4사의 위 행위의 일치로부터 합의를 추정하는 한편, 그에 따른 공동행위가 경쟁을 실질적으로 제한하는 것으로 보아 이들의 행위를 공정거래법 제19조 제1항제1호 소정의 부당한 공동행위(가격담합)에 해당하는 것으로 판단하여 1998. 4. 10. 위 4개

사에 대하여 시정명령과 함께 과징금납부를 명하였고,¹⁾ 이에 원고는 서울고등법원에 동 시정명령 및 과징금납부명령의 취소를 구하는 소를 제기하였으나 2000. 1. 20. 원심이 ‘1차인하’ 및 ‘1차인상’에 관한 부분을 제외하고 원고의 청구를 기각하자,²⁾ 이에 불복하여 모니리자와 공정위가 모두 대법원에 상고하였다.

● ● ● ● ● ● ● ● II. 대법원판결의 요지

1. 본 건에서 대법원은 종전의 대법원판례(대법원 2002. 3. 15. 선고 99두6514, 6521 병합 판결)를 원용하여 공정거래법 제19조제5항의 합의추정을 위해서는 공정위가 ① “2 이상의 사업자가 법 제19조제1항 각 호의 1에 해당하는 행위를 하고 있다”는 사실과 ② 그것이 “일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위”라는 사실을 입증하면 족하고, 추가적으로 사업자들의 명시적 또는 묵시적인 합의나 기타 양해를 추정할 정황사실을 입증할 필요는 없다는 원심의 판단을 지지하였다. 그리고 이 사건에서 문제된 공장도가격은 실제거래가격의 기준이 되는 가격으로서 공장도가격의 변경은 실제거래가격의 변동을 초래하므로, 2 이상의 사업자가 공장도가격을 결정 유지 또는 변경하는 행위도 법 제19조제1항제1호에 해당된다고 보았다.
2. 그러나 대법원은 과점적 시장구조하에서 시장점유율이 높은 선발업체가 독자적인 판단에 따라 가격을 결정한 뒤 후발업체가 일방적으로 이를 모방하여 가격을 결정하는 경우에는, 선발업체가 종전의 관행 등 시장의 현황에 비추어 가격을 결정하면 후발업체들이 이에 동조하여 가격을 결정할 것으로 예견하고 가격을 결정하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 법 제19조제5항에 따른 공동행위의 합의추정은 반복되고, 다만 이때 후발업체들이 서로간의 명시적이거나 묵시적인 합의 또는 양해에 따라 선발업체의 가격을 모방한 경우에는 그 후발업체들 상호간의 공동행위가 문제될 수 있으나, 후발업체들 상호간의 공동행위 성립여부는 그들의 시장점유율 등 가격결정 영향력 등에 따라 별도로 판단되어야 한다고 판시하였다.

1) 공정위 의결 제98-63호, 사건번호 9802단체0713.

2) 서울고법 2000. 1. 20. 선고 98누10822 판결.

3. 이에 따라 대법원은 “1차인하”에서 화장지 3사의 공장도가격 결정이 동일하게 된 것은 후발 업체인 모나리자와 대한펄프가 선발업체인 쌍용제지의 가격결정을 일방적으로 모방하였기 때문이고, “1차인상”의 경우에도 쌍용제지가 신제품의 가격을 인상하자 모나리자와 대한펄프가 2개월의 간격을 두고 다시 일방적으로 그 가격을 모방함으로써 화장지 3사가 부당한 공동행위를 한 것과 같은 외관이 만들어진 것일 뿐만 아니라, 이 사건에서 화장지 공급시장의 특성이나 유통구조 등을 종합적으로 고려할 때 이는 단순한 가격모방행위에 불과하므로, 이 부분 화장지 3사의 공동행위 합의의 추정은 반복되었다고 보아야 한다고 판시하였다. 또한 대법원은 이때 후발업체인 모나리자와 대한펄프는 동일한 가격을 유지하기는 하였으나 이를 합의하였다고 보기 어렵고, 이들의 시장점유율(각각 17.3%, 12%) 등을 감안할 때 이들의 가격일치행위가 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위에 이른다고 볼 수 없으므로, 이들간에 합의를 추정할 수도 없다고 보았다.

4. 반면 대법원은 1997년에 있는 “2차인상” 및 “3차인상”의 경우 이미 1차인하와 1차인상에서의 가격모방에 따라 가격동조화현상의 경험이 누적된 상태에서 이루어진 것으로서, 그 전과 달리 화장지 3사의 가격인상 결정을 위한 내부품의가 같은 시기에 이루어지고 실제 가격인상 시기도 같은 날로 결정되는 등 가격동조화현상이 더욱 심화되었고, 이러한 현상은 화장지 제조업체가 가격변동정보를 유통업체에 미리 통지하여 주는 유통구조의 특성에 기인한 것으로 보인다는 사정을 고려하여, 이들 인상은 후발업체인 모나리자나 대한펄프가 선발업체인 쌍용제지나 유한김벌리의 가격결정을 일방적으로 모방한 것으로는 보기 어렵기 때문에 이에 관한 한 공동행위의 추정을 반복할 수 없다고 판시하였다.

● ● ● ● ● ● ● ● III. 평석

동 판결은 합의추정요건에 관한 최초의 대법원판결인 2002. 3. 15.자 판결에 이어서 법 제19조 제5항에 따라 합의가 추정된 경우 이를 반복하기 위한 사유를 다루고 있다. 합의추정요건에 관한 위의 대법원판결에 대해서는 이미 다른 지면에서 언급한 바 있으므로³⁾ 아래에서는 특히 과점시장

3) 이봉의, 부당한 공동행위에 있어서 합의의 추정, *슈리스트* (2002. 5.), 73면 이하.

에서 흔히 나타나는 가격모방과 추정의 번복사유를 중심으로 판례의 의미 및 문제점을 살펴보기로 한다.

1. 과점시장의 특성과 합의추정

본 사건에서 문제된 화장지시장과 같은 과점시장에서는 제조업자가 판매업자에게 사전에 가격에 관한 정보를 통지하는 등의 관례가 없더라도 경쟁사업자들의 시장행위는 비교적 투명하게 나타나고 그 결과 당해 시장에서 그 수가 얼마 되지 않는 경쟁사업자들은 다른 경쟁사업자에 관한 정보를 비교적 충분히 얻게 마련이다. 그 결과 경쟁사업자들은 완전히 독자적으로 가격이나 마케팅 등 시장전략을 결정하기보다는, 다른 경쟁사업자의 결정을 보아 이에 어떤 식으로든 대응하는 방법으로 시장전략을 짜는 경우가 많고, 이 같은 과점사업자들간의 '상호의존성'은 특히 후발업체가 선발업체의 가격결정 등을 따라가는 경우에 전형적으로 나타난다. 즉, 집중된 시장에서 과점사업자들로서는 담합에 소요되는 비용이 상대적으로 낮고, 담합행위의 과정이 외부에 잘 드러나지도 않으며, 담합을 위한 사전접촉이 없이도 곧바로 시장행위를 일치시킬 수 있다.⁴⁾

여기서 문제는 무엇보다 ① 이러한 상호의존성의 결과 나타나는 동조화현상을 공정거래법상 어떻게 취급할 것인지, ② 모방에 따른 시장행위의 일치는 과연 경쟁상 아무런 위협이 없는 것인지의 여부이다.

첫 번째 문제와 관련하여 공정거래법 제19조제5항은 일단 과점시장의 특성을 따로 고려하지 않고 "행위의 일치"와 "경쟁제한성"이라는 사실만 인정되면 합의의 존재를 추정함으로써 이를 금지할 수 있도록 하고 있을 뿐, 그 밖의 문제에 대해서는 별다른 언급을 하지 않고 있다. 이때의 "행위의 일치"란 법 제19조제1항 각 호의 규정상 '시장행위의 일치'를 의미하며, 합의추정에 있어서는 사전접촉이나 정보교환 등 별도의 행위를 요하지 않는다. 따라서 법률상 '합의추정단계'에서는 행위의 일치가 일방적인 모방의 결과인지 아니면 화장지 유통시장의 특성에 따른 동조화현상의 결과인지는 전혀 중요하지 않다. 그 결과 사업자의 수가 적은 과점시장의 경우 행위의 일치를 보이는 사업자들의 시장점유율만으로도 경쟁의 실질적 제한을 인정하는데 어려움이 없을 것이기 때문에, 과점시장에서 나타나는 경쟁사업자들간의 상호의존성에 따른 가격의 일치는 쉽게 합의추정이라는 법률효과를 가져오게 되며, 그 만큼 합의추정의 범위가 넓어지게 된다.

4) Heuss, Aufeinander abgestimmtes Verhalten -Sackgasse und Ausweg, WuW 1974, 373면 이하.

2. 반증사유로서의 일방적인 가격모방

대법원은 “1차인하”, “1차인상”에 대해서는 합의추정을 반복하는 한편, “2차인상”과 “3차인상”에 대해서는 합의추정의 반복을 부인하면서, 그 근거로서 전자의 경우에는 후발업체가 단순히 선발업체의 가격을 모방한 것으로, 후자의 경우에는 가격동조화가 매우 심화된 결과라고 설명하고 있다. 아마도 대법원은 단순한 모방행위란 각 사업자의 독자적인 판단에 기한 것으로서 처음부터 공동행위와는 그 성질이 다르고, 따라서 ‘상호 의사연락을 통하여’ 모방을 한 경우를 제외하고 일방적인 모방행위에 불과한 경우에는 이를 금지할 수 없는 것으로 이해하고 있는 듯하다. 이는 “1차인하” 및 “1차인상”과 관련하여 대법원이 선발업체가 독자적으로 가격을 결정한 이후 후발업체가 일방적으로 이를 모방하여 가격을 결정하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 법 제19조제5항에 따른 합의추정은 반복된다거나 후발업체들이 서로간의 명시적이거나 묵시적인 합의 또는 양해에 따라 선발업체의 가격을 모방한 경우에는 그 후발업체들 상호간의 공동행위만이 문제될 수 있다고 언급하고 있는 데에서도 알 수 있다.

대법원의 이러한 해석은 다음과 같이 정리할 수 있다.

- ① 법률상 합의추정을 위해서는 “행위의 일치”와 “경쟁제한성”을 입증하면 족하고 추가적으로 합의를 입증할 정황증거를 요하지 않는다.
- ② 그러나 위 “행위의 일치”가 단순한 일방적 모방의 결과인 경우에 합의추정은 반복되며, 단순한 모방인지 가격동조화의 결과인지는 결국 당시의 시장상황 등 각종 정황증거에 의해서 입증된다.

이러한 해석을 통하여 대법원은 앞서 지적한 바와 같이 제19조제5항의 합의추정범위가 지나치게 넓고, 그 결과 과점시장의 특성상 종종 나타날 수 있는 단순한 모방까지 금지되는 문제를 합의추정의 반복으로 해결하고자 한 듯하다. 그리고 이는 법 제19조제1항이 공동행위의 본질을 ‘합의’의 존재에서만 규정하고 있는 데에 따른 불가피한 결과이기도 하다. 그러나 일방적인 모방과 동조화현상을 엄밀하게 구분함에 있어서 예상되는 기술상의 난점을 차치하고라도, 이러한 해석론이 법 제19조제5항이 안고 있는 근본적인 문제를 해결할 수 있는지는 적지 않게 의문이다.

우선, 대법원이 실시하고 있는 바에 따르자면 후발업체의 동조를 ‘예견’하고 행한 선발업체의 행위 및 결과적으로 후발업체들이 이에 동조한 행위와 일방적인 모방행위와의 구분이 모호해진다. 본 건과 같이 화장지 제조업체들의 가격인상결정을 위한 내부품의 일자가 같은 시기이거나 실제 가격인상시기도 같은 날로 결정되는 등 지극히 예외적인 사정이 있는 경우를 제외하고는, 과점시장의 경우 선발업체와 후발업체간에 의사의 연락을 보일만한 사정을 찾을 수 없을 것이고, 사업자가 정황증거를 통하여 합의의 부존재를 입증하는 경우에는 추정이 반복됨으로써 의사의 연락 없이 단순히 ‘시장행위’를 통한 담합, 예컨대 일방적인 모방행위를 적절히 규제할 수 없게 된다. 또한 선발업체의 동조예견과 후발업체의 동조가 인정될 경우에 합의추정이 반복되지 않는다면,

선발업체의 동조예견이 적중하였는지의 여부 내지 후발업체의 동조 여부에 따라서 이들의 공동 행위 성립이 좌우되는 다소 어이없는 결과를 가져올 것이다.

또한 본 건 대법원판결의 논지를 종합하자면 일방적인 모방의 경우에 과점시장에서의 '가격선도자(price leader)'에 대해서는 원칙적으로 합의추정이 반복되는 것이 논리적으로 타당하게 되고, 후발업체들이 아무런 경쟁상의 위험부담 없이 선도자의 가격책정을 일방적으로 따라가는 행태 역시 규제에서 벗어나며, 그 결과 경쟁보호에 적지 않은 흠결이 생기게 된다. 이러한 문제는 모방과 동조를 다분히 형식적으로 구분할 수 있다는 관념에서 비롯된 것으로 보이며, 나아가 법 제 19조제5항의 합의추정이 과점시장의 특성을 제대로 고려하지 못하고 있다는 데에서 근본적인 원인을 찾을 수 있을 것이다.

과점시장에서의 이윤극대화이론에 따르면 시장이 투명하고 사업자의 수가 적을 경우 경쟁사업자들간에 아무런 사전접촉이나 정보교환이 없이도 바로 가격책정과 같은 시장행위를 통한 동조적 행태가 가능하고, 이러한 행위의 일치가 일견 일방적인 모방에 해당하는 경우에도 그것이 후발업체가 '경쟁에 따른 아무런 위험부담 없이' 이루어지는 경우에는 경쟁정책상 허용되어서는 안 된다.⁵⁾ 즉, 고도로 집중된 시장의 경우 합의에 따른 시장행위의 일치나 합의가 없는 상태에서 이루어지는 시장행위의 일치나 모두 경쟁상의 위험, 이를테면 후발업체가 선발업체의 가격인상을 모방하여 가격을 인상할 경우 자칫 자신의 매출액이 감소할지도 모를 위험이 인위적으로 제거된 상태에서 행해진 경우에는 모두 담합으로 보아야 하는 것이다.

이러한 맥락에서 1998년 개정된 독일 경쟁제한방지법 제1조는 구법 제15조에서 따로 금지하던 '동조적 행위(aufeinander abgestimmtes Verhalten)'를 합의나 결의 등과 함께 병렬적으로 규정하고 있고, 그 취지는 처음부터 카르텔금지의 대상을 합의나 계약, 결의 등에 국한하는데 따른 경쟁보호상의 흠결을 메우기 위한 것이었다.⁶⁾ 그리고 마찬가지로 이유에서 유럽공동체조약 제81조 역시 동조적 행위를 경쟁제한적인 합의 결의와 나란히 규정하고 있다.

3. 합의추정조항의 입법론상 문제점

본 건 대법원판결은 앞서 2002. 3. 15. 판결과 마찬가지로 공정위가 법 제19조제5항에 따라 합의를 추정하기 위해서는 "행위의 일치"와 더불어 "경쟁의 실질적 제한"을 다분히 엄격한 기준하에 입증할 것을 요구함으로써 공정위의 다소 안이한 추정관행에 체동을 걸었다는 점에서 그 의미가 적지 않다. 이러한 태도가 동조의 문리적 해석이나 취지에 부합하는 것임은 물론이다. 그리고 본

5) Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum Kartellgesetz (2001), §1 Rn. 106.

6) Emmerich, Kartellrecht (2001), 34면.

건 대법원판결은 법 제19조제5항이 과점시장의 특성을 고려하지 않고 외관상 행위의 일치와 경쟁제한성만으로 합의를 추정하는데 따른 문제점을 후발업체의 일방적인 모방의 경우에 합의추정을 반복시킴으로써 해결하고자 하였다는 데에서도 나름의 의미를 찾을 수 있다.

여기서 법률상 합의추정을 반복하는 사유는 합의가 존재하지 않았다는 사실을 입증하는 것이어야 하고, 이 같은 부존재사실의 입증이란 결국 정황증거에 의한 간접증명에 의지할 수밖에 없다. 물론 과점시장이라는 특성, 그에 따라 후발업체의 일방적인 모방이 이루어졌다는 사실은 합의의 부존재를 보일 수 있는 중요한 단서이기는 하다. 그러나 과점시장에서 흔히 생겨나는 “가격동조화” 현상과 일방적인 모방의 결과를 구별하는 것, 즉 행위의 일치가 과점사업자들간에 어느 정도의 의사연락을 수반하는 가격동조화의 결과인지 아니면 후발 과점사업자들의 일방적인 모방의 결과 인지를 밝히는 것은 본 건과 같이 의사의 연락을 보일만한 구체적인 정황증거가 없는 한 지극히 곤란할 수밖에 없다. 그렇다면 합의추정의 성공여부는 종국적으로 합의의 부존재를 보여줄 수 있는 정황증거(이는 동시에 ‘사실상의 합의추정’을 가능케 하는 요소이기도 하다)의 유무에 좌우되게 마련이라는 점에서 법률상 합의추정은 공정위가 조사에 착수하기 위한 요건으로서의 기능 외에는 별다른 의미를 찾기 어렵게 될 뿐만 아니라, 사전접촉이나 정보교환 등을 수반하지 않고 곧바로 시장행위를 암묵적으로 일치시키는 행위에 대한 적절한 규제가 곤란해지게 된다.

이러한 점을 고려할 때 합의와도 무관하고, 가치판단이 수반되는 경쟁제한성이라는 요건사실로부터 객관적 사실인 합의의 존재를 추정하는데 따른 이론상의 난점을 차지하고라도 현행법 제19조제5항의 ‘합의’ 추정조항은 이를 폐지하여 공동행위에는 언제나 합의가 존재해야 한다는 도그마에서 벗어나는 한편, 동 조 제1항에서 ‘동조적 행위’를 합의와 대등하게 병렬적으로 규정하는 것이 바람직할 것이다. **공정**