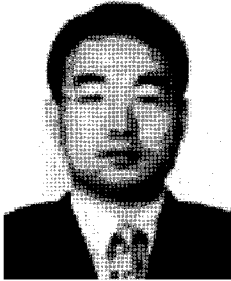


부당한 공동행위의 추정과 경제분석

- ECJ의 Wood Pulp와 대법원의 동서식품 사건 -



정 찬 모
정보통신정책연구원 연구위원

미국의 최근 동향은 공동행위의 경우에도 합리의 원칙에 따라 경쟁제한성 여부에 대해 충분한 분석이 있어야 하는 것으로 변화되고 있으며, 유럽연합 경쟁당국도 경쟁제한의 목적이나 효과가 있는지를 별도 항목으로 고찰하고 있는 것도 우리법의 올바른 해석론 도출에 감안되어야 할 것이다.

I. 서론 : 경쟁법과 경제분석

경쟁법은 시장의 독점화를 억제하고, 지배적지위의 남용을 방지하며, 경쟁제한적 공동행위를 규제한다. 경쟁법 규정을 해석·적용하는 방법은 일반적으로 형식분석과 경제분석으로 대비해서 논해진다. 특정 유형의 기업행위를 유해한 것으로 추정하고 금지함에 있어 최소한의 공리에 위반되는지 여부만을 따지고 경제적 분석을 행하지 않는 것이 형식분석이다. 이러한 형식분석은 종종 친경쟁적 기업행위를 금지하고 반대로 경쟁제한 효과가 큰 기업행위를 허용하는 불합리한 결과를 초래한다고 비판받아왔다. 경쟁법의 적용에 있어 이러한 형식분석은 차츰 경제분석에 자리를 내주는 추세에 있다. 현재 미국은 물

론이고 유럽연합의 경우에도 경쟁법 적용의 기초는 경제분석이라고 하겠다. 경쟁정책은 경제구조, 경제행위, 경제효과를 다루는 경제정책인 것이다.

유감스럽게도 경제분석이 모든 문제를 해결해 주지는 못한다. 경제분석의 기법이 충분히 개발되지 못한 경우도 있고 경제학자간의 견해가 갈리는 경우는 법률가간의 이견 못지 않게 빈번하다. 모든 경제모델은 추상화의 과정을 거쳐서 개발된 것이므로 현실경제에 그대로 적용하는 데는 한계가 있다. 모델에서 고려하지 못한 요소가 정반대의 결과에 도달하게 작용할 가능성을 배제하지 못한다. 법적 공리를 형식적으로 적용하는 것이 문제이듯이 경제모델을 형식적으로 적용하는 것도 문제라 하겠다. 그러나 경제모델이

완벽하지는 못하다고 할지라도 사건을 합리적으로 해결하고 오심을 줄일 수 있는 유용한 수단이라는 점은 부인하지 못한다.

이 글에서는 부당한 공동행위의 추정에 관한 이론적 검토를 위하여 유럽사법법원(European Court of Justice, ECJ)의 대표사례인 목재펄프(Wood Pulp)사건 담합사건과 우리 법원의 관련 사례를 비교 소개하고 부당한 공동행위관련 공정거래사건을 처리함에 있어 경제분석의 강화라는 관점에서 국내 공정거래법 제19조 제5항의 해석과 적용방안을 제시한다.

II. 유럽사법법원의 Wood Pulp 사건

1. 판결개요

유럽공동체에 목재펄프를 수출하던 미국, 핀란드, 스웨덴, 캐나다 국적의 40여개 회사 및 3개 관련 사업자단체들은 매 사분기별로 거의 동시에 펄프공급 예정가격을 공표하였다. 예정가격은 US달러로 공표됨으로써 환율변동에 영향받지 않도록 하였고, 각 사업자가 발표하는 가격과 그 변동율은 일치되는 경향을 보였다.

유럽공동체 집행위원회는 이를 가격을 확정하는 공동행위를 수행하는 것으로 인정하여 거액의 과징금을 부과하였다. 관련 회사들은 이에 불복하여 유럽사법법원에 취소소송을 제기하였다.

원고는 역외적 성격에 따른 관할권의 부존재,

절차상의 하자, 부당한 공동행위에 대한 입증의 불충분을 주장하였다. 법원은 중간판결로 관할권에 관한 청구는 기각하였으나¹⁾ 본안 판결에서 나머지 청구는 인용하여 대부분의 집행위원회 결정을 취소하였다.²⁾ 이하에서는 부당한 공동행위 입증과 관련하여서만 상론한다.

2. 쟁점

- 분기별 가격공표제도, 가격공표의 동시성, 공표가격의 병행성이 조약 제85조³⁾ 제1항의 공조행위(concerted practices)⁴⁾에 해당하는지 여부
- 공조행위 입증(부당한 공동행위 추정 및 복멸)의 요건

3. 주장

(1) 분기별 가격공표제도 자체가 조약 제85조의 공조행위인지 여부

집행위원회의 주장:

이 제도는 펄프사업자들이 경쟁사들의 다음 분기 예정가격을 확실히 알 수 있도록 하기 위해서 고안된 것이다. 분기 시작 훨씬 이전에 예정가격을 제3자, 특히 언론과 복수거래 대리점에 공표함으로써 다른 업체들도 이에 상응하는 예정가격을 분기시작 이전에 발표하고 분기시작과 동시에 적용할 수 있도록 한 것이다. 이는 경쟁사간

1) Joined Cases 89, 104, 114, 116, 117 and 125 to 129/85 [1988] ECR 5193.

2) Joined Cases 89, 104, 114, 116, 117 and 125 to 129/85 [1993] ECR I.

3) 암스테르담 조약의 발효로 현재는 제81조로 조문 번호가 바뀌었다.

4) '공조행위'란 계약 또는 협정을 체결하는 단계에는 이르지 않았으나 의식적으로 협력으로 경쟁의 위험을 대체하려는 조정의 형태를 말한다(Suiker Unie, paras. 26 and 173을 재인용). 은밀하고 비공식적인 담합을 포섭하려는 안전망이라고 하겠다.

가격정보의 신속한 공유를 통하여 시장에 인위적인 투명성을 도입한 것이다.

법원의 판단:

공조행위를 개념 규정할 때 사용되는 '협력' 이니 '조정' 이니 하는 말은 각 경제주체가 독자적인 경영 의사결정을 하여야 한다는 조약의 경쟁 규정들과의 관련하에서 파악되어야 한다. 본 건에서 가격공표 자체는 경쟁사의 미래행동에 대한 불확실성을 감소시키지는 않으며, 따라서 분기별 가격공표제도 자체가 조약 제85조 위반은 아니다.

(2) 공조행위가 유일한 해석방법인지 여부

집행위원회의 주장:

가격공표제도는 초기적 공동행위의 증거가 되며, 1975년에서 1981년의 기간에 나타난 사업자들의 병렬적 행위(parallel conduct)나 다양한 정보교환은 공동행위의 증거가 된다.

법원의 판단:

집행위원회는 공조의 존재를 직접적으로 증명하는 서증이 없으므로, 분기별 가격공표제도, 가격공표의 동시성, 공표가격의 병행성 등이 초기적 공동행위를 증명하는 확고하고도 정확하며 일관성 있는 증거가 됨을 입증하여야 한다. 이들 사실의 증거력을 결정함에 있어서는 병렬적 행위의 경우 공동행위로 이해하는 것이 병렬적 행위를 유일하게 해명하는 방법이 아닌 한에는 공동행위의 증거가 되지 못함을 유의해야 한다. 조약 제85조가 경제주체들이 경쟁사의 현재 그리고 예상되는 행위에 따라 자신의 행위를 적절히 조정하지 못하도록 하는 것은 아니다.

(a) 가격공표제도에 관한 전문가증언

이 제도는 생산자와 구매자간의 장기적 거래관계하에서 고찰할 때, 독특한 펄프제조 방식과 시장의 순환적 성격에 따른 결과로 볼 수 있다. 종이는 독특한 성질을 가진 펄프의 독특한 배합으로 만들어지고 이 배합은 쉽게 바꿀 수 없기 때문에 제지업자와 펄프생산자간에는 긴밀한 협력관계의 구축이 필요하였다. 시장의 순환적 성격은 이러한 협력관계의 필요성을 더욱 강화시킨다. 이러한 배경에서 가격공표제도는 구매자의 요청에 의해서 도입된 것이다. 제지업자는 생산비의 50%~75%를 차지하는 펄프가격을 조기에 아는 것으로서 자신의 제품가격을 결정할 수 있는 것이다. 한편 이 예정가격은 시장여건에 따라 협상 가능한 최고가격(ceiling price)으로 인식되고 있다.

가격공표의 빈도를 매 사분기로 한 것이나 단위를 US달러로 한 것도 나름대로 구매자의 이해가 반영된 타협의 산물이다.

(b) 가격공표의 동시성 혹은 순차성

집행위원회는 가격공표의 동시성 혹은 순차성을 기업간 상시적 정보교환에서 기인하는 것으로 본 반면에 사업자들은 시장의 높은 투명성에 말미암은 것이라고 주장했다. 전문가의 증언은 다음과 같이 사업자의 견해를 지지했다.

첫째, 구매자들은 한 공급자에의 의존을 피하기 위하여 항상 여러 펄프생산자와 거래를 하면서 최저가격에 구매하기 위해 다른 공급자의 예상가격을 흘리곤 했다.

둘째, 대부분의 펄프가 상대적으로 소수의 제지업자에 의해 구매되었으며 이들 구매자들은 긴밀한 관계를 유지하면서 가격정보를 교환하였다.

셋째, 일부 제지업을 검업하거나 그러한 그룹사를 가지고 있는 펄프생산자는 다른 생산자의 펄프도 구입하였으며 당연히 경쟁사의 가격정보를 접할 수 있었다.

넷째, 이러한 펄프시장의 투명성은 복수의 펄프생산자를 대리하는 대리업체와 업계신문의 존재로 더욱 강화되었다.

마지막으로, 신속한 통신수단과 유능한 무역상들의 중계는 예정가격 정보가 수일간에 유통되는 것을 일반적인 현상으로 만들었다.

(c) 공표가격의 병행성

전문가 보고서는 공표가격이 일치하는 것은 공동행위에 기인했다 하기도는 해당 시장이 정상적으로 작동한 결과로 보는 것이 더 개연성이 있다고 증언했다. 즉, 이 시장은 제지업의 기술적 특성에 기인한 수요/공급 쌍방과점시장이다. 특정한 종이의 제작과 관련된 한정된 수요자와 공급자는 긴밀한 협력관계를 유지하였고, 이는 시장의 불확실성을 감소시키는 데에도 기여하였다.

이러한 시장구조하에서 펄프사업자는 자신이 펄프공급가를 올릴 경우 경쟁사가 현상을 유지함으로써 고객을 빼앗길 가능성에 유의하며, 반대로 그들이 펄프공급가를 인하한다고 해도 경쟁사가 마찬가지로 가격을 인하한다면 생산업체 전체의 이익이 축소되는 허망한 결과만 초래될 것을 알고 있다. 결국 단기적으로 시장환경변화에 가격은 둔감하게 반응한다.

장기적으로는 신상품의 개발이나, 대체 펄프의 존재⁵⁾ 등이 시장의 과점화를 완화하는 역할을 한다. 5-6년의 주기로 가격변동이 있는 것은 이렇

게 설명될 수 있다.

마지막으로, 수 차례 있는 단기간의 전반적인 가격인상은 시장의 높은 투명성으로 경쟁사의 재고량이 낮고, 설비가동률이 높은 상황에서 수요가 공급을 초과하는 경우 쉽게 다른 기업들의 동조를 예상하고 가격을 인상한 것이다.

4. 결론

결국 병렬적 행위를 공동행위로 이해하는 것이 유일한 설명이 아니며 목재펄프시장의 특성에 따른 업체들의 합리적 대응의 결과라는 설명이 가능하므로 이를 공조의 증거로 채택할 수 없다. 또한 확고하고도 정확하며 일관성 있는 증거가 없으므로 가격공표제도는 공동행위라는 위원회의 주장은 입증에 불충분하며 관련 의결은 취소되어야 한다.

III. 부당한 공동행위 추정에 관한 이론 및 쟁점

1. 일반이론

경쟁당국이 사업자들간에 은밀하게 행해지는 부당한 공동행위의 증거를 찾는 것은 날로 어려워지고 있다. 특히 과점시장에서의 의식적 병행행위는 시장상황에 대한 사업자의 합리적 대응의 결과라는 인식이 널리 퍼지면서 각국은 순수한 병행행위와 의식적 병행행위를 가장한 공모를 구별하기 위한 법리를 개발하고 있다. 일반적

5) 브라질 펄프, 재활용 펄프 등.

으로 관련 사업자들의 행위가 외형상 일치하고 이에 추가하여 사업자들의 합의 내지 암묵적 양해를 추정케 할 정황사실이 증명되는 경우 공동행위의 존재가 추정되는 것으로 보고있다.

합의추정을 위한 정황요소로 논의되는 것에는 다음과 같은 것이 있다.⁶⁾

- 공동행위를 할 합리적인 동기나 이유가 있는 경우
- 공동행위가 아니면 취하지 않았을 자신의 이익에 배치되는 행동이 있는 경우
- 시장 현상이 공동행위의 결과라고 설명하는 것 이외에 달리 합리적으로 설명할 수 있는 방법이 없는 경우
- 과거에 독점금지법을 위반한 전례가 있는 경우
- 협의를 받고 있는 당사자들 사이에 회의나 직접적인 교신이 존재하는 경우
- 피고가 상호간 정보교환과 같은 공동행위를 조장하는 행위를 한 경우
- 산업구조의 특성이 소수 사업자, 높은 진입장벽, 계속적 거래관계 등과 같이 경쟁회피를 쉽게 하는 경우
- 동일한 시장점유율의 장기지속, 초경쟁적 이윤이 존재하는 등의 시장성과

일단 공동행위가 추정된다고 하더라도, 외부적으로 드러난 동일 유사한 가격채정행위가 실제로는 아무런 명시적, 묵시적 합의나 상호간의 이해 없이 각자의 경영판단에 따라 독자적으로 이루어졌음에도 마침 우연한 일치를 보게 된 경우

등과 같은 사정이 밝혀진다면 그 추정은 반복될 수 있다. 그와 같은 사정을 판단함에 있어서는, 당해 상품 거래분야 시장의 특성과 현황, 상품의 속성과 태양, 유통구조, 가격결정 구조, 시장가격에 영향을 미치는 제반 내외부적 영향, 각 개별업체가 동종 거래분야 시장에서 차지하고 있는 지위, 가격의 변화가 개별사업자의 영업이익, 시장점유율 등에 미치는 영향, 사업자의 개별적 사업여건에 비추어 본 경영판단의 정당성, 사업자 상호간의 회합 등 직접적 의사교환의 실태, 협의가 없었더라도 우연의 일치가 이루어질 수도 있는 개연성의 정도, 가격모방의 경험과 범 위반 전력, 당시의 경제정책적 배경 등을 종합적으로 고려하여 거래 통념에 따라 합리적으로 판단하여야 할 것이다.⁷⁾

Wood Pulp 사건에서는 관련 사업자의 가격인상과 그 인상율이 일치하고 있으므로 행위의 외형상 일치요건은 쉽게 충족된다. 쟁점은 추가적 정황요소로서 분기별 가격공표제도, 가격공표의 동시성, 가격변동의 병행성이 증거가치를 인정받을 수 있는가에 있었다. 유럽사법재판소는 이들이 상품 및 시장의 특성을 반영하는 사업자의 합리적 개별행위의 결과라고 인정하고 합의를 추정하는 정황요소로서의 증거가치를 부인한 것이다. 위의 일반이론에 맞추어 말한다면 반증에 의하여 추정의 반복이 이루어진 것이다.

한편, 공동행위가 '부당한' 것으로 규정되기 위해서는 '경쟁제한성'이 입증되어야 한다. 그러나 공동행위는 경쟁에 미치는 영향이 대체로 부정적이며 또 직접적이기 때문에 경쟁제한성 여

6) 권오승, 경제법(1998), 법문사, pp. 259-260.

7) 서울고법 2000. 6. 20. 선고 98누10839 판결. 전 단락에서 논의된 합의추정을 위한 정황요소와 상당부분 중첩됨을 알 수 있다.

8) 권오승, 전게서, pp.262-264.

부를 기업결합의 경우처럼 엄격하게 심사할 필요가 없다는 것이 일반적인 이해이다.⁸⁾ Wood Pulp 사건에서의 집행위원회도 합의를 추정하는 정황요소를 제시함에 있어서 경쟁제한성을 부수적으로 언급하였을 뿐 심도 깊은 분석을 하지 않았다.⁹⁾ 그러나 미국의 최근 동향은 공동행위의 경우에도 합리의 원칙에 따라 경쟁제한성 여부에 대해 충분한 분석이 있어야 하는 것으로 변화되고 있으며,¹⁰⁾ 유럽연합 경쟁당국도 경쟁제한의 목적이나 효과가 있는지를 별도 항목으로 고찰하고 있는 것¹¹⁾ 우리 법의 올바른 해석론 도출에 감안되어야 할 것이다.

우리 공정거래법 제19조 제1항¹²⁾은 1999. 2. 5 자 개정을 통하여 경성카르텔의 경우 당연위법 원칙을 적용할 수 있도록 하기 위해서 “경쟁을 실질적으로 제한하는”이라는 표현을 “부당한 공동행위”로 바꾸었으나¹³⁾ 동조 제5항¹⁴⁾에는 “경쟁을 실질적으로 제한하는”이라는 표현을 유지하고 있으며 그 합리적 해석에 관한 논란이 계속되어왔다.

2. 국내사례 및 논란

대법원은 동서식품/한국 네슬레 사건에 대한 판결(대판 2002. 3. 15, 99두6514, 99두6521(병합))에서 법 제19조 제5항의 적용에 관한 중요한 유권해석을 내렸다. 즉 공정거래위원회로 하여금 ‘사업자들의 합의’를 입증하는 것에 같음하여, ‘2이상의 사업자가 법 제19조 제1항 각 호의 1에 해당하는 행위를 하고 있다’는 사실(행위의 외형상 일치)과 그것이 ‘일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위’라는 사실(경쟁제한성)의 두 가지 간접사실만을 입증하도록 함으로써 족한 것이지, 이에 추가하여 사업자들의 합의 내지 암묵적인 양해를 추정케 할 정황사실이 입증되어야 하는 것은 아니라는 것이다. 또한 당해 행위의 경쟁제한성의 유무는 사업자들의 합의가 추정되기 이전 상태의 시장 상황에서 제품의 특성 등을 고려하여 판단되어야 한다고 실시했다.

양명조 교수는¹⁵⁾ 이 판결이 합의추정에 추가적 요소의 입증이 있어야 하고, 일단 이루어진 추정은 정당화사유에 의해 복멸될 수 있다는 전통적 이론을 채택하지 않고 추가적 요소의 필요성을 부인한 것은 제19조 제5항의 법문을 경직적으로 적용한 것이라고 비판하였다. 또한 경쟁제한성

9) Commission Decision of 19 December 1984 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/29.725 - Wood pulp) OJ L85, 26. 3. 1985, pp. 1-52.

10) U.S. Supreme Court Decision, *California Dental Assn. v. FTC*(1999); U.S. DOJ/FTC Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, April 2000.

11) EC Commission Decision, Case COMP/E-1/36.490 - *Graphite electrodes*, OJ L 100/1, 16. 4. 2002; EC Commission Guidelines on the Applicability of Article 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreements, 2001/C3/02, 6. 1. 2001.

12) “사업자는 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 할 것을 합의(이하 “부당한 공동행위”라 한다) 하여서는 아니 된다”

13) “독점규제및공정거래에관한법률 제7차 개정안 공포예정”, 공정거래위원회 보도자료, 1999. 1. 25.

14) “2이상의 사업자가 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 제1항 각 호의 1에 해당하는 행위를 하고 있는 경우 동사업자간에 그러한 행위를 할 것을 약정한 명시적인 합의가 없는 경우에도 부당한 공동행위를 하고 있는 것으로 추정한다.”

15) “부당한 공동행위에 대한 판례 연구”, 목요경쟁포럼, 2002. 5. 9.

은 공동행위의 결과에 대한 예측으로서 논의되는 것이지 경쟁제한성의 입증은 전제로 합의의 존재를 추정할 수 있다는 것은 카르텔규제의 기본구조에 어긋나며 동 조항의 입법취지를 무시한 해석이라고 평석하였다. 다만 합의추정조항을 법문 그대로 적용할 경우 피심인이 가질 수 있는 억울함을 감안한다면 합의추정 사건에서는 경쟁제한성 요건의 엄격한 운용이 긍정적 효과를 갖을 수도 있음을 인정하고 있다.

소견으로는 동서식품/한국 네슬레 사건에서의 대법원의 판결은 합의추정에 관한 전통적 이론과는 상이하나 우리 법원의 일관된 입장으로 보여진다. 즉, 우리 고등법원은 시멘트7사 담합사건 판결문(서울고법 2000. 12. 5. 99누5247 시정명령 등 취소) 등¹⁶⁾에서, 공정거래법 제19조 제5항의 경우 금지행위에 일치되는 “외형상의 행위유형이 존재하면 그들 사이에 명시적인 합의가 없는 경우에도 공정거래법의 규제대상이 될 수 있는 ‘공동행위의 존재’가 추정되고, 그렇게 추정되는 공동행위에 관하여 부당성을 주장하는 측에서 일정한 거래분야에서의 ‘실질적 경쟁제한성’을 입증할 경우에 비로서 그 ‘부당성’까지 추정되며, 이로써 부당한 공동행위라는 비난을 면하려는 사업자는 위 일치된 행위가 그들 사이의 합의에 따른 공동행위가 아니라는 점을 수궁할 수 있는 정황을 밝혀 그와 같은 추정을 반복시켜야 할 것……다시 일정한 추가적 요소에 관한 정황이 뒷받침되는 경우에 한하여 그 추정규정을 적

용할 수 있다는 원고의……주장은 현행 우리의 공정거래법의 명시적 규정에 반하는 해석론으로서 받아들일 수 없다”라고 실시하였다.

한편 Wood Pulp에서 ECJ는 직접적 증거가 아닌 간접적 정황증거로 공동행위를 입증하기 위해서는 정황증거가 “확고하고도 정확하며 일관성 있는 증거가 되어야”¹⁷⁾하며, “이들 사실의 증거력을 결정함에 있어서는 병렬적 행위의 경우 공동행위로 이해하는 것이 병렬적 행위를 유일하게 해명하는 방법이 아닌 한에는 공동행위의 증거가 되지 못한다”¹⁸⁾고 함으로써 전통적인 합의추정이론을 취하고 있음을 알 수 있다.

우리의 판례법과 ECJ의 사례를 비교하여보자면, 우리 법원은 제19조 제5항에 따라 부당한 공동행위에 대한 쉬운 추정을 인정하고 독자적 경영판단이었음을 업체가 입증함으로써 그 추정이 복멸하도록 하였으나, ECJ는 부당한 공동행위에 대한 추정 자체를 어렵게 함으로써 위원회 측에 더 무거운 초기 입증책임을 부여하고 있다. 또한 Wood Pulp에서 ECJ는 공동행위가 “유일한” 설명이 되는 경우에만 입증을 다한 것으로 인정하는 등¹⁹⁾ 전반적으로도 더 무거운 입증책임을 위원회에 부과하고 있다고 판단된다. 우리 법원이 어느 정도의 ‘경쟁제한성’에 대한 입증을 공정거래위원회에 요구하느냐에 따라 그 격차는 좁혀질 수 있겠으나 제19조 제5항의 법률상 추정이라는 명문상 차이를 무시하지는 못할 것이다.

16) (주)대한필프 사건(서울고법 2000. 6. 20. 98누10839)도 동일한 판시를 하고 있다.

17) 판결문, para. 70.

18) 판결문, para. 71.

19) ECJ가 단순한 개연성을 넘어서 합리적으로 의심이 없을 정도의 높은 수준의 입증을 요구하고 있음을 알 수 있다. 이는 과점기업의 경우 용이하게 담합의 추정을 반증할 수 있다는 약점이 있다.

3. 해석론

우리 법원의 부당한 공동행위 추정에 관한 법 적용이 구미의 이론에 근거한 전통적 견해와 상이한 것은 사실이나 현재 공정거래법 제19조 제5항의 법문에 충실한 해석이라는 점에서 그 자체를 비난하기는 어려울 것 같다. 나아가 합의의 추정을 가능하게 하는 '추가적 요소'의 증거도 합의 자체에 대한 증거와 마찬가지로 사업자에 의해 숨겨져 있거나 적어도 공정거래위원회보다는 사업자에 가깝게 위치하고 있는 경우가 많음에 주목할 필요가 있다. 사실 합의의 추정을 가능하게 하는 정황요소와 그 추정의 복멸을 가능하게 하는 정황요소는 동전의 양면과 같다. 이러한 상황은 입증책임을 배분함에 있어서 추가적 정황요소의 입증을 공정거래위원회에 부담시키는 것보다 추정을 복멸할 수 있는 정황요소의 입증을 사업자에게 요구하는 것이 무리한 착상만은 아니라고 판단케 한다.

그러나 이러한 해석을 일반화하는 것은 사업자에 대한 무죄추정이라는 기본원칙을 위반할 우려가 있다. 즉, 금지행위에 대한 기본 구성요건의 충족은 경쟁당국이 입증하도록 한다는 기본원칙을 포기할 수는 없다. 따라서 법 제19조 제5항은 예외적인 상황을 규정하고 있는 것이다. 예외 적용의 조건은 경쟁이 실질적으로 제한되고 있다는 증명이다.

공정거래법은 "경쟁을 실질적으로 제한하는 행위"라 함은 일정한 거래분야의 경쟁이 감소하여 특정 사업자 또는 사업자단체의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격·수량·품질 기타 거

래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태를 초래하는 행위를 말한다고 규정하고 있다.²⁰⁾ 해당 업종의 시장구조, 관련 기업의 시장점유율, 진입장벽, 경쟁상태, 시장성과 등을 종합적으로 분석하는 과정이 필요하다. '추가적 요소'의 입증보다 '경쟁제한성'의 입증에 있어서 고도의 경제분석이 요구된다. 그만큼 판단결과의 합리성을 보증한다.

또한 경쟁제한성의 해소는 경쟁당국이 궁극적으로 추구하는 목표일뿐만 아니라 경쟁당국이 조사에 착수하는 시발점이 됨에 주목할 필요가 있다. 사업자들이 공동행위를 하는지 여부를 현상적으로 조사하고 그 현상에서 합의라는 요소를 찾아내며, 마지막으로 그 합의의 경쟁제한성을 심사한다는 기존 카르텔규제의 관념적 기본구조를 절대적인 것으로 받아들일 이유는 없다. 사실 경쟁제한성이 없거나 미미한 경제영역에서 사업자간 행위의 외형상 일치가 있다고 해서 합의의 존재 및 합의로 추정하기 위한 각종 정황요소를 조사한다는 것은 국가행정력의 낭비일 뿐이다. 공정거래행정의 현실은 오히려 직권 혹은 신고에 의하여 경쟁제한성이 뚜렷이 나타나는 산업분야를 선정하여 시장조사를 하고, 사업자의 행태를 분석하는 순서로 진행되는 것이 일반적일 것이다.

우리 법 제19조 제5항은 이와 같이 사업자간 합의 입증의 곤란함과 아울러 경쟁제한성 해소가 경쟁정책의 목표이자 시발점이라는 점을 중시하여 예외적으로 실질적 경쟁제한성과 외형상 행위의 일치가 입증되는 시장상황에서 사업자간의 합의를 추정하고 있다. 기존 카르텔규제의 기

20) 법 제2조제8의2호.

본구조를 도치시킨 것이다.

결론적으로 부당한 공동행위의 추정은 원칙과 보충적 예외의 2원적 체계를 갖는다. 법 제19조 제1항의 사실상의 추정이 원칙이고 동조 제5항의 법률상의 추정이 예외이다. 사실상의 추정에는 구미 법 이론에 기초한 기존의 다수의견대로 외형상 행위의 일치 이외에 합의를 추정하게 하는 추가적 정황요소의 입증을 필요요건으로 하고 경쟁제한성은 합의의 부당성을 귀속시키는 요건으로 한다.

반면 제19조 제5항의 법률상의 추정은 경쟁제한성이 크고 현실적인(“경쟁을 ‘실질적으로’ 제한하는”) 경우에 행위의 외형상 일치에서 직접 합의를 추정하도록 하고 추정의 복멸을 위한 정당화요소의 입증책임을 사업자에게 지도록 하는 것이다.

이렇게 해석하는 것이 전통적 이론과 법 문언 간의 격차를 해소하고 공정거래당국의 현실적 필요성에 부응하는 방안으로 생각된다. 사실상의 추정에서 경쟁제한성은 부당성을 면탈하는 소극적 요건으로 이해되었으나, 법률상의 추정에서는 적극적 요건으로 합의의 추정에 기여하게 된다.

이렇게 예외적으로 경쟁제한성이 크게 나타나는 경우에는 행위의 외형상 일치 외에 합의추정을 위한 추가적 정황요소 없이 부당한 공동행위로 규제대상이 되는 것으로 해석하는 것에 대해서는 i) ‘경쟁제한성’은 추정의 가부를 결정짓는 객관적 사실로 파악하기 어렵다는 점과, ii) ‘경쟁제한성’과 ‘합의’ 간에 인과관계가 없다는 점에서 반대의견이 있다.²¹⁾ 현대 경제학과 법문학

이 경쟁제한성을 일률적으로 판단할 수 있는 계수적 지표에 합의하지 못하고 있는 것은 사실이나 그렇다고 ‘경쟁제한성’의 판단이 순전히 가치 판단이라고는 할 수 없다. 고려요소가 많기는 하나 경제분석 기술의 발달에 따라 점차 ‘객관적 사실판단’으로 전환되고 있으며, 그렇게 전환되어야만 한다. 또한 ‘경쟁제한성’과 ‘합의’ 간의 인과관계가 견고하지 못한 것도 사실이나 경쟁제한의 징표인 초과이윤상태가 장기간 유지되기 위해서는 인위적 담합이 필요하다는 것은 경험칙이므로 다른 합리적 사유가 제시되지 않는 한 경쟁의 실질적 제한과 외형상 행위의 일치로부터 합의를 추정하는 것은 높은 개연성에 근거하고 있다고 할 것이다. 따라서 위 반대의견은 극복 가능하다고 본다.

IV. 맺음말

위와 같은 시각에서 본다면 논자들의 비판적 견해도 불구하고 우리 공정거래법 제19조 제5항은 부당한 공동행위 규제에 있어 규제의 효율성과 구체적 타당성을 동시에 달성하려는 목적에 부합하는 입법이라 할 것이다. 문제는 법문상의 “경쟁의 실질적 제한”을 객관적 법 적용 요건으로 구체화하지 않으면 자의적 법 적용이 될 우려가 있는 반면 이 조항이 요구하는 고도의 경제 분석을 수행하기에 현재 우리 법원과 공정거래위원회의 역량이 많이 부족하다는 점이다.

이와 관련하여 Wood Pulp 사건에서 두드러진 점은 법원이 해당 산업에 관한 전문가 증언을 중

21) 이봉의, “부당한 공동행위에 있어서 합의의 추정”, JURIST (2002. 5), pp.77-78.

요한 판단자료로 삼은 것이다. 집행위원회에 비하여 상대적으로 경제분석 능력이 떨어지는 법원으로서는 이렇게 전문가 증언을 통하여 집행위원회의 경제분석을 객관적으로 검토하고자 한 것이다. 법원이 집행위원회의 경제분석을 그대로 인정하지 않고 제3기관의 전문가 증언을 통하여 평가하려는 태도를 보인 것은 집행위원회에 더욱 엄밀한 경제분석을 수행해야 한다는 압박으로 작용하였다. 집행위원회는 전문가 풀을 확보하여 놓고 사안별로 최적임자에게 경제분석을 의뢰하고 있다.

우리 공정거래위원회도 중요한 사안을 처리함

에 있어서 전문가의 자문을 받는 것으로 알고 있으나 위 사례에서 보듯이 그 정도가 충분한 수준이라 하기 힘들며 법원의 경우에는 부족한 정도가 더욱 심하다고 하겠다. 경쟁규범을 해석·적용하는 기본 틀이 기업행위의 형식에 중점을 둔 위법성판단에서 경제적 효과에 중점을 둔 위법성 판단으로 바뀐 것은 일시적 조류라기보다는 구체적 타당성 있는 경제정의를 구현하려는 경쟁법의 이념과 속성에 기인하는 장기적 추세라 할 것이므로 공정거래위원회와 법원은 경쟁사건을 처리함에 있어서 경제분석의 충실도를 높일 수 있는 방안을 강구해야 할 것이다. **공정**