

집단거래거절(Group Boycotts)에 관한 한·미 판례 비교

김성목 | 공정위 송무담당관, 변호사

1. 시장(market)과 경쟁(competition)

“동종 업종을 영위하는 사업자들은 기쁜 일이 생겨도 함께 만나는 경우가 거의 없다. 만나더라도, 그들이 나누는 대화는 일반대중(public)에 대한 모의(conspiracy), 또는 상품가격을 올리는 책략으로 끝난다.”

- 아담 스미스 國富論(1776년)중에서¹⁾-

자본주의 발전단계에서 독점(monopoly)의 폐해를 일찍 경험한 미국의 연방의회는 1890년 셔먼법²⁾을 제정하여 독점과 가격담합 등 시장에서 경쟁을 저해하는 행위를 강력히 금지하는 법원칙(public policy)을 천명한 바 있다.

그로부터 100여년이 지난 오늘날, 시장에서 기업간 공정한 경쟁만이 한정된 자원의 효율적 배분을 이룰 수 있고 소비자후생을 증대시키며 생산성 증대 및 국제경쟁력 제고에 필수라는 점은 세계적 상식이 되었다.

세계화의 진행으로 국가간 자유로운 무역교류가 증대되고 관세폐지 등을 통해 한 국가의 경계를 넘어 시장³⁾(market)의 범위가 확대될수록 경쟁적 시장을 만들어야 하는 것이 국가적 생존의 문제로 부각되고 있다.

이에 각 국가들은 독과점, 카르텔, 시장지배력 남용문제 등 각종의 경쟁저해행위에 적극 대

1) "People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public or in some contrivance to raise prices."

2) 독점 및 경쟁제한행위를 금지하는 이 법은 미국 남북전쟁의 영웅 William T. Sherman 장군(1820-1891)의 친동생인 John Sherman 연방상원의원(1823-1900)이 입안하여 제정되었다. Sherman 장군의 이름을 딴 미국상선 제너럴 셔먼(General Sherman)호는 1866년 선교 및 통상을 위해 조선을 찾았다가 당시 평양도관찰사 박규수에 의해 대동강에서 전소되어 그 후 신미양요(1871년)의 원인이 된 바 있다.

3) 경쟁법상 관련 시장(market)은 유효한 경쟁(effective competition)이 이루어지는 상품 및 지리적 범위를 말한다.

처하기 위해 국제적 협력⁴⁾을 강화하고 있고, 나아가 세계적으로 통일된 경쟁법을 제정해야 한다는 논의도 진행중에 있다.

본 고에서는 가격경쟁을 핵심으로 하는 시장경제체제에서 경쟁을 방해하는 각종의 여러 행위 유형 중 집단거래거절과 관련된 대법원판결과 미 연방대법원판결을 비교·검토해 보고자 한다.

2. 동양시멘트 레미콘 개인사업자협의회 사건(대법원2005.1.27.선고, 2002다42605)

가. 사실관계

동양시멘트주식회사 부산공장은 출하되는 레미콘을 공사현장으로 운반하기 위해 레미콘운송업을 영위하는 개인사업자들과 통상 1년 단위로 운송계약을 체결해 왔다.

위 회사를 상대로 레미콘 운송을 해오던 개인사업자들은 상호친선과 우의를 도모하고, 나아가 위 회사와 개별적으로 운송계약을 체결하는 것보다 단체를 구성하여 운송계약을 체결하는 것이 유리하다고 보아 운송운임에 관하여 위 회사와 단체협상 및 단체계약을 체결할 목적으로 '동양시멘트 레미콘 개인사업자협의회(이하 협회라 한다)'를 1993. 1.에 설립하였다.

위 협회 회원들은 1997년경까지 동양시멘트로부터 기준 운반량 미달부분의 소득을 보전받아 왔으나, 1998년부터 위와 같은 소득을 보장받지 못하게 되고, 또한 위 개인사업자 1인당 운송량이 지속적으로 감소된 데다가, 1999년 운송단가가 1998년 운송단가로 동결되어 회원들의 소득이 감소한 상황에서, 2000년도 운송계약 체결시 협회의 교섭력 및 회원들의 단결력을 강화할 목적으로, 2000. 1. 정기총회를 개최하여 다음과 같은 사항을 의결⁵⁾하였다.

- * 평회원은 회장을 수취인으로 하는 1,000만원권의 강제집행인낙부 약속어음공증을 하고, 임원은 감사를 수취인으로 하는 2,000만원권의 강제집행인낙부 약속어음공증을 한다.
- * 운송단가 조정에 있어서 단체협상을 무시한 채 개인적으로 운송계약을 체결한 경우, 운송단가 결정시 단체행동의 개인출하를 범했을 경우, 총회결의 내용을 준수하지 않을 경우에는 제명과 동시에 위 약속어음공정증서에 따라 강제집행을 한다.

4) ICN(International Competition Network)은 82개국의 회원국들이 매년 총회를 열어 경쟁정책에 관한 국제적 협력을 강화하고 있다.

5) 위 협회는 당시 총회원이 60명이며, 의결은 56명이 참석하여 무기명 기밀투표로 찬성 48, 반대 6, 기권 2로 이루어졌다.

그 후 위 결의에 따라 2000. 3.경까지 총 62명의 회원 중 58명이 위 약속어음공증을 하였고, 공정증서 작성을 거부한 회원들은 협회에서 제명되거나 자진탈퇴 하여 개인적으로 동양시멘트와 운송계약을 체결하였다.

한편, 협회는 동양시멘트와 운송단가 단체협상이 결렬되자 2000. 4. 21.부터 일체의 운송을 거절하는 등 분쟁이 계속되다가, 일부 회원들이 탈퇴하여 회사와 개별적으로 운송계약을 체결하는 일이 생겼고, 결국 협회는 총회원 62명 중 46명이 탈퇴하여 16명만이 남게 되었다.

위 약속어음공증을 하였으나 협회에서 탈퇴한 후 개별적으로 위 회사와 운송계약을 체결한 원고들 15명은 약속어음공정증서에 기한 강제집행을 불허하라는 청구취지로 2000. 5. 6. 소송을 제기하여 부산지방법원에서 승소했으나, 부산고등법원에서는 패소하였다.

대법원은 원고들의 상고를 기각하는 판결을 내렸으며, 이하에서는 판례 비교를 위해 대법원의 여러 판시사항 중 독점규제및공정거래에관한법률(이하 공정거래법이라 한다) 제26조 사업자단체의 금지행위 조항과 관련된 제19조제1항(부당공동행위 금지)에 대한 부분에 한하여 살펴보기로 한다.

나. 대법원의 판시내용

(1) 공정거래법 제26조제1항제1호, 제19조제1항제1호, 제2호는, 사업자단체가 가격을 결정·유지·변경하는 행위를 하거나 상품 또는 용역의 거래조건이나 그 대금 또는 대가의 지급 조건을 정하는 행위에 의하여 부당하게 경쟁을 제한하는 행위를 금지하고 있는 바, 여기에서 사업자단체의 위와 같은 행위가 부당하게 경쟁을 제한하는 것인지 여부는 사업자단체의 시장 점유율, 경쟁자의 수와 공급여력, 대체성 등 여러 사정을 종합하여 판단하여야 한다.

(2) 이 사건 협회의 결의는 단체행동을 하는 외에 개별적으로 레미콘 운송계약을 체결하여서는 안 된다는 것으로서 개인사업자들에게 레미콘 운송가격 기타 운송조건에 관한 공동의 인식을 형성하는 행위라고 할 것이지만, 한편 레미콘 운송시장의 특수성과 위 협회의 레미콘 운송시장에서의 시장점유율은 극히 미미한 것으로 보이는 점, 협회 소속 개인사업자들도 자유롭게 협회를 탈퇴하여 협회와 관계없이 개인적으로 위 회사와 운송계약을 체결할 수 있는 점, 레미콘 운송시장의 경우 레미콘 운송 개인사업자들이 다수 존재하여 공급여력이 상당한 것으로 보이는 점 등 여러 사정을 종합하면, 이 사건 결의가 레미콘 운송가격 기타 운송조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 없으므로 법 제26조제1항제1호, 제19조제1항제1호, 제2호 소정의 부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 해당하지 않으며, 나아가 법 제26조제1항제1호, 제19조제1항제8호 소정의 일정한 거래분야에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위에도 해당하지 않는다.

3. 미국 Superior Court Trial Lawyers Association(SCTLA) 사건(493 U.S. 411, 1990년)

가. 사실관계

워싱턴 D.C.의 지방법원에서 활동하는 변호사들이 형사사건에서 빈곤자들을 위한 국선변호료를 시간당 \$30에서 \$35로 올려 줄 것을 요구하면서, D.C.정부가 국선변호료 규정을 개정할 때까지 변호사협회(SCTLA) 차원에서 국선변호업무를 집단으로 거절하기로 하는 결의를 하였다.

이 문제로 지방법원의 형사사건 진행이 중단되는 등 혼란이 계속되자 D.C.정부는 13일만에 변호사들의 인상요구를 받아들였고, 변호사들은 국선변호업무를 재개하였으나, 연방거래위원회(FTC)가 변호사협회 및 4명의 협회임원들을 상대로 집단거래거절행위에 대해 시정명령을 내리게 되었다.

연방항소법원에서 변호사측은 국선변호료가 13년간 인상되지 않아 빈곤자들을 위한 실질적 변호활동이 어려워 국선변호료 인상요구 및 집단적 업무거절행위에 정당성이 있다고 주장하였으나 연방항소법원은 이유 없다고 판단하였다.

그러나 연방항소법원은 변호사들의 집단거래거절행위가 셔먼법 제1조의 경쟁제한행위 금지규정에 저촉될 수 있다고 실시하면서도, 문제된 변호료 인상요구 및 공동의 거래거절행위는 연방수정헌법상 보장된 권리인 정부에 대한 청원권(petition)의 표현으로 볼 수 있으므로, 당연위법원칙(per se rule)에 의해 문제된 행위의 범위반 여부를 가릴 것이 아니라, 셔먼법이 금지시키는 악행(evil: 집단적 거래거절행위를 말함)의 폐해가 더 크지, 아니면 청원권 보호의 법익이 더 크지를 비교, 형량하여 판단하는 Rule of Reason 분석에 의해야 한다고 실시하고, 따라서 위 변호사협회가 상당한 정도의 시장력(significant market power)을 보유하고 있는지를 FTC가 입증해야 한다면서 FTC 패소판결을 내렸다.⁶⁾

나. 연방대법원의 판시내용

(1) 변호사협회의 업무거절행위는 경쟁자간의 수평적 담합행위(horizontal arrangement among competitors)로서, 가격 및 생산에 관한 적나라한 제한행위(naked restraints)임

6) 272 U.S. App. D.C. 272, 856 F.2d 226.

이 명백하여 범위반에 해당한다. 정부에 대해 입법행위를 촉구하는 청원의 일환인 항의행위는 그 입법결과가 경쟁제한을 가져온다 하더라도 서면법 위반으로 처벌할 수 없다는 Noerr 원칙⁷⁾은 이 사건에 적용될 수 없다. 왜냐하면, 이 사건에서 공모자들의 수평적 거래거절(horizontal boycott)은 그 구매자인 정부로부터 더 많은 돈을 받아낼 목적으로 이루어졌기 때문이다.

또한, 이 사건에서는 경제적 이익을 얻을 목적으로 행해진 거절행위이기 때문에, 정치적 목적인 민권운동(civil rights movement)의 일환으로 행해진 파업을 제재하는 것은 연방수정헌법상 보장된 청원권을 침해하는 것이므로 허용될 수 없다는 판례⁸⁾도 이 사건에 적용할 수 없다.

(2) 가격담합(price fixing)과 거래거절(boycotts)행위에 대해서는, 그 행위자가 시장력(market power)을 보유하고 있다는 입증이 없어도, 그 행위 자체로서 위법하다는 당연위법원칙(per se rule)은 판례법상 확립된 것으로서 성문법과 동등한 효력이 있다.

경쟁사간에 이루어지는 모든 수평적 가격결정행위(every horizontal price-fixing arrangement)는 자유시장(free market)에 상당한 위협(some threat)을 가져오며, 경제의 중추신경제체에 현실적 또는 잠재적 위협이 되기 때문에 이를 금지시켜야만 한다.

이러한 점에서, 이 사건에 당연위법원칙이 적용될 수 없다는 연방항소법원의 판결을 파기, 환송한다.

4. 분석

가. 합리의 원칙과 당연위법원칙

Common Law를 바탕으로 한 영미법계에서 경쟁제한 문제에 관한 판례의 효시는 영국의 The Dyer's Case(1414년)인데 이는 당시 수공업시대에 있었던 도제제도(徒弟制度)하에서 수년간의 수습기간이 끝난 후 일정기간 일정지역내에서 자신을 가르쳤던 장인(master)과 경업을 금지하는 계약의 효력에 관한 사건이다. 보다 의미있는 판례로는 Mitchel v. Reynolds Case(1711년)로서 서로 경쟁하지 않기로 하는 계약은 시간과 장소의 한도가 있고, 주된 계약 체결을 위해 부수적인(ancillary) 제한으로서 합리적인 제한(reasonable restraints)이라

7) Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc., 365 U.S. 127(1961).

8) NAACP v. Claiborne Hardware Co., 458 U.S. 886.

면 정당하다는 판시이다.

이들 초기판례에서는 당사자간에 체결한 계약이 효력이 있는지에 대해 다투어질 때에 경쟁 제한적 계약조항의 무효 여부가 문제되었던 것이다.⁹⁾

경쟁법이 가장 발달한 미국의 경우, 일반적으로 기업의 각종 사업행위가 불합리한 경쟁제한적 행위(unreasonable restraints)로 평가될 때에 불법으로 선언되며, 그 평가를 위해서 관련시장획정, 경제적 효용¹⁰⁾(economic efficiency)의 정도 등 경제분석을 통한 비교형량을 요구하고 있다(Rule of Reason).

그러나 경쟁자간 가격담합 등 일정한 유형의 사회적 악행(social evil)에 대해서는 그 행위 자체로 불법임을 선언하여 이를 금지시키고 있으며 기업측의 정당화 항변조차 허용하지 않는다(Per Se Illegal).

Per Se Illegal과 Rule of Reason이 적용되는 행위유형의 구별에 대해 미 연방대법원은 National Society of Professional Engineers (1978년) 판결에서 다음과 같이 판시하고 있다.

“문제된 합의(agreements)의 속성과 필연적 효과가 반경쟁적이라는 것이 명백해서, 불법여부를 가리기 위해 해당산업에 대한 평가가 필요없는 것들은 그 자체로 불법이다. 그러나, 사업의 특징, 경쟁제한(restraints)의 유래 및 동기를 분석함으로써만 친경쟁적 효과가 평가될 수 있는 합의는 Rule of Reason 분석에 따른다.”

미 연방대법원 판례상 확립된 Per Se Rule에 의해 불법으로 선언되는 행위유형들은 소위 경성카르텔(hard-core cartel)로 불리우는 경쟁자간의 가격결정(price fixing), 입찰담합(bid rigging), 경쟁자간의 시장분할 또는 고객분할(market division), 공동의 거래거절(group boycotts) 등이다.

이러한 행위들은 시장경제 질서의 핵심인 경쟁(competition)을 근원적으로 파괴하는 사회적 최악(social evil)일 뿐이고, 이 행위로 인하여 경제적 효용이나 경쟁을 활발하게 만드는 긍정적 효과(redeeming virtue)¹¹⁾를 거의 기대할 수 없기 때문이다.

9) Keith N. Hylton “Antitrust Law” (2003), p.33.

10) 일반적으로 경제적 효용은 경제적으로 측정할 수 있는 그 사회의 자산의 총가치 증가를 의미하나, 기업결합분석에서는 통합된 기업이 기존자산을 더 낮게 이용할 수 있는 능력의 증대를 말한다(미 ABA 발간 Mergers and Acquisitions p.175).

11) “redeeming virtue”에 대해 동아대 김영호 교수는 “반대급부, 또는 공동행위자가 얻는 상당한 대가”로 해석하고 있으나(경쟁저널 2004.9. 제109호 p.17..p.20), 이는 경쟁제한성을 상쇄시킬만한 경제적 효용(economic efficiency) 또는 친경쟁적 이점(procompetitive benefits)으로 해석해야 한다.

최근에도 미 연방대법원은 “경쟁자간의 공모(collusion)는 경쟁법상 가장 나쁜 죄악(supreme evil)”이라고 선언한 바 있다(2004년 Trinko 판결).

이와 관련하여, 미국 법무성의 경쟁자간 공동행위에 관한 가이드라인에 의하면 공동행위에 가담한 사업자들의 관련시장 점유율 합계가 20% 미만일 경우 경쟁당국은 이를 문제 삼지 않지만, Per Se Rule의 적용을 받는 행위의 경우에는 그렇지 않다고 규정¹²⁾하고 있다.

EU의 경우에도, 경쟁자간 공동행위는 가담한 사업자들의 시장점유율 합계가 최소한 15% 이상일 경우 시장력(market power)이 있다고 보아 범위반일 수 있다고 규정하면서도, 가격 담합의 경우에는 시장력 보유 여부를 따지지 않는다고 규정하여 예외로 취급하고 있다.¹³⁾

나. 판례분석

한국과 미국의 위 두 사건은 시장에서 가격인상의 목적을 이룰 때까지 동종업종을 영위하는 사업자들이 협회결의를 통해 거래거절이라는 공동행동을 한 점에 있어서는 본질적 성격이 같다. 다만, 한국의 레미콘 사건은 가격인상의 목적을 달성하지 못했으며, 미국의 변호사회 사건은 그 목적을 이루었다는 점에 차이가 있을 뿐이다.

미국 변호사회 사건 판결에서, 협회소속 1,200명의 변호사 중 국선변호를 주업으로 하는 변호사 약 100명이 주도하여 변호업무 거절을 하였고, 이들이 아니어도 국선변호를 맡길 수 있는 로스쿨 학생 등 다른 공급대체 수단이 있으므로 경쟁제한성이 미미하다는 변호사협회의 주장을 연방항소법원이 받아들여 경쟁제한의 정도를 살피기 위해 변호사협회가 시장력(market power)을 보유하고 있는지를 입증해야 한다고 판결하였으나, 연방대법원은 이를 뒤집고 이 사건의 공동 거래거절이 구매자인 주정부를 상대로 한 가격인상 목적의 공동 거래거절에 해당하며, 이는 자유시장(free market)에 상당한 위협을 가져오기 때문에 시장력 보유 여부를 살필 필요없이 그 자체로 불법(per se illegal)이라고 선언하였다.

그 논거로서, 교통밀집 지역에서 고공낙하를 하거나 제한속도를 위반하여 운전하는 행위에 대해 국가가 사람의 생명과 재산을 보호하기 위해 그 행위로 실제 피해가 발생하는지 여부와 관계없이 그 행위 자체를 금지시키는 것과 같다고 설시하고 있다.

이처럼, 특히 가격에 직접적 영향을 끼칠 목적으로 이루어진 공동의 거래거절 사건은 시장분석이나 경쟁제한성에 관한 분석의 필요없이 그 행위자체로 불법으로 다루어지고 있다.¹⁴⁾

12) 미국 Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors 4.2.

13) COMMISSION NOTICE, Guidelines on the applicability of Article 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreements 5.3.2.

즉, 직접적으로 가격을 인상하거나 공급을 제한하는 효과를 가져올 수 있는 거래거절의 합의가 이에 해당하며, 판매자들간의 합의이든 구매자들간의 합의이든 이를 가리지 않는다.¹⁵⁾

이에 비해, 우리 대법원은 레미콘 운송시장의 특수성과 위 협회의 레미콘 운송시장에서의 시장점유율이 극히 미미하다는 점, 협회 소속 개인사업자들도 자유롭게 협회를 탈퇴하여 개인적으로 위 회사와 운송계약을 체결할 수 있는 점, 레미콘 운송시장의 경우 레미콘 운송 개인사업자들이 다수 존재하여 공급여력이 상당한 것으로 보이는 점 등 여러 사정을 종합하면, 이 사건 결의가 레미콘 운송가격 기타 운송조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 없으므로 공정거래법 위반이 아니라고 하였다.

대법원이 레미콘 운송시장의 특수성을 언급한 것은 레미콘 운송 개인사업자들이 원래는 레미콘회사에 고용된 자들로서 근로자였으나, 회사 방침에 따라 개인사업자로 변신한 점을 고려한 것으로 이해되고,¹⁶⁾ 시장점유율이 극히 미미하다는 설시도 부산지역의 일개 레미콘공장과 관련되어 62명의 개인사업자들로 구성된 소규모 협회인 점을 보면 일응 설득력이 있다. 또한 위 협회 회원 62명 중 42명이 도중에 탈퇴하여 결국 집단거래거절이 실패로 돌아간 점을 고려하여, 대법원은 위 협회의 결의가 부산지역의 레미콘 운송가격 기타 운송조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 없다고 본 듯하다.

그러나, 위 협회의 집단거래거절행위가 시작되자 동양시멘트 회사는 협회 회원들이 협회를 탈퇴하여 회사와 개별적으로 운송계약을 체결하면 이 사건 약속어음 건을 회사 부담으로 해결하여 준다는 공고를 한 사실¹⁷⁾을 보면, 회사가 위 협회의 결의에 대해 상당한 위협을 느끼고 적극 회유책을 편 결과로 탈퇴자가 속출하게 되어 그 결의의 목적을 달성하지 못한 사정을 알 수 있고, 또한 회사가 타지역의 운송업자들로 대체하기 위한 추가비용 및 안정적인 공급선의 확보문제, 협회의 방해행위 등 여러 현실적 장애요인들을 고려한다면, 이 사건 협회의 결의가 과연 부당한 경쟁제한의 우려가 없는 행위라고 보아야 할 것인지 의문이 든다.

위 회사와 개인운송사업자들 간에 어느 쪽이 더 많은 경제적 이익을 취해야 하는가의 문제는 공정거래법의 관심대상이 아니다. 그러나, 만약 위 회사가 협회의 요구에 굴복하여 운송료를 인상할 경우 위 회사는 경쟁업체들에 비해 열악한 조건에 처해지는 피해를 입게 되고, 위 협회

14) 협회에서의 제명과 같은 경쟁자 배제적 효과를 가져오는 공동의 거래거절의 경우, 미 연방대법원은 시장력보유 등 일정한 조건을 갖춘 경우에 한하여 per se rule로 다룬다. 이를 "qualified per se rule"이라고 부른다. (Northwest Wholesale Stationers사건, 1990년) 이처럼 Per Se Rule과 Rule of Reason의 경계선상에 있어서 적나라한 경쟁제한으로 추정할 가능성이 있는 행위에 대해서는 "quick look" rule of reason에 의해 분석한다.

15) Andrew I. Gavil의 2 "Antitrust Law in Perspective" p.127.

16) 각국의 경쟁법에서도 근로자들의 임금인상 요구 등의 단체행동에 대해 경쟁법적용의 대상으로 삼지 않는다.

17) 부산고법 2002.6.21. 선고 2001나6015 판결.

와 비슷한 규모의 타지역의 여러 운송업자협회들이 각자 독립적으로 집단거래거절행위를 할 때에 이를 법적으로 제지할 수 없다는 문제점이 생기게 될 것이며, 결국 집단거래거절로 인한 모든 피해는 최종소비자에게 돌아가게 될 것이므로, 이러한 관점에서 공정거래법 위반문제가 검토되는 것이다.

경쟁사업자들이 결의를 통해 가격인상이 될 때까지 집단으로 거래거절 하는 행위는 경쟁사업자들이 직접 가격을 담합하는 카르텔행위와 그 행위성격이 다를 바가 없다. 즉, 경쟁사업자들이 특정 상품에 대해 10,000원을 인상하기로 가격담합을 한 행위는, 구매자가 인상된 가격을 지불하기 전에는 판매를 집단으로 거절하는 것과 같다는 것이다.

그래서, 이러한 행위들은 시장에서의 자율적 가격결정을 왜곡하는 사회적 해악이므로 자유시장경제체제를 보호하기 위해, 가담사업자들의 시장점유율의 크기와 상관없이 단호하게 위법으로 선언되어야 할 것이다.

공정거래법과 같이 공정거래질서 확립 및 소비자보호를 목적으로 하는 표시·광고의공정화에 관한법률에 규정된 허위표시·광고행위¹⁸⁾에 대해 대법원이 허위·과장의 광고내용인지 여부 또는 소비자를 기만하는 내용인지 여부에 따라 위법을 선언하고 있고, 시장점유율 검토나 경제분석을 요구하지 않는 것과 비교해 보더라도, 공정거래법상 경성카르텔행위들이 소비자 또는 구입자들에게 끼치는 폐해에 있어서 허위표시·광고행위보다 사회적 부당성이 결코 작다고 할 수는 없다.

“부당하게 경쟁을 제한하는 것인지 여부는 사업자단체의 시장점유율, 경쟁자의 수와 공급여력, 대체성 등 여러 사정을 종합하여 판단하여야 한다”는 대법원의 판시를 경쟁사업자들이나 사업자단체의 공동행위에 대해 일반적으로 적용하게 된다면, 경쟁자들간 가격공모적 공동행위 사건마다 일일이 시장획정, 시장점유율 측정, 공급대체성 분석 등 복잡한 경제분석을 해야 한다는 결론에 이르게 되고, 어느 정도의 시장점유율을 보유할 때 범위반 문제가 되는지, 어느 정도의 경쟁제한성이 입증되어야 하는지에 대한 기준이 모호하게 되며, 공정거래법 집행당국이나 법원으로 하여금 모든 사건에 대해 경제분석을 요구하게 되어 엄청난 시간과 비용을 낭비하게 할 수 있다. 또한, 사업자들도 자신의 행위가 과연 공정거래법 위반에 해당하는지 여부를 예측할 수 없는 불확실성을 가져올 수 있다.

바로 이러한 문제점 때문에 미 연방대법원은 그 행위의 성격상 반경쟁적 폐해가 분명하게 보이는 일정한 행위들에 대해서는 경제분석의 필요도 없이, 기업측의 정당화 항변조차 허용하지 않고 그 자체로 불법이라는 명확한 기준을 만든 것이다.¹⁹⁾

18) 미국도 FTC법 제5조상 불공정거래행위의 한 유형으로 이를 금지시키고 있는데, 경쟁제한성 검토 등 경제분석을 필요 하지 않는다.

공정거래법의 해석·적용은 기업의 사업활동 중 일정한 행위에 대한 사회적 평가이다.

공정거래법은 시장경제질서를 규정한 헌법 제119조의 정신이 구체화된 것으로 그 목적은 “시장에서의 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모”하는 데에 있다(공정거래법 제1조). 즉, 공정거래법은 정상적인 기업활동을 규제하는 법이 아니라, 일부 기업의 불법행위를 제지함으로써 소비자후생(consumer welfare)을 증대시키고 한정된 국가자원의 효율적 배분에 기여하며, 경쟁과정을 통해 기업들의 기술혁신, 비용절감 등 창의적 기업활동을 유도함으로써 생산성 및 국제경쟁력 증대를 추구하기 위한 경제법이다.

이러한 법의 정신에 따라, 경쟁자간의 음모적 합의에 의한 가격담합, 입찰담합, 출고제한, 시장 및 고객분할, 가격인상 목적의 공동거래거절 등의 행위(경성카르텔행위)들은, 서로 경쟁을 해야 할 사업자들이 공모하여 시장의 자율적 가격결정 구조를 인위적으로 왜곡시켜 시장기능을 파괴하는 사회적 악행이기 때문에 이를 강력히 비난해야 하는 것이 사회적 정의(Social Justice)이다.

특히, 가격과 생산을 인위적으로 조작하는 효과를 가져오게 되는 경성카르텔행위는 그 음모(conspiracy)에 의해 담합가담자들이 부당한 이익을 취하게 되고 그 피해는 구매자들 또는 최종소비자들에게 고스란히 돌아가는 것이어서 일종의 사기행각과 구조가 같다.

그렇다면, 위와 같은 사회적 악행을 저지르는 사업체들의 규모가 작다고 하여 그 행위가 적법한 것으로 평가될 수 없으며, 아무런 경제적 효용(economic efficiency)을 기대할 수 없는 가격담합행위가 시장의 작은 부분에만 영향을 미쳤다고 해서 합법적 행위로 선언되어서도 안 될 것이다.

그러한 사정들은 범위반 성립 이후에 제재의 수위를 정하는 단계에서 참작될 사정들에 불과하며, 이는 형사사건에서 유무죄 문제와 양형의 문제를 구별하는 것과 동일한 논리이다.

결론적으로, 경성카르텔에 해당하는 행위들에 한해서는 시장력 보유 등 경제분석의 필요없이 곧바로 “부당하게 경쟁을 제한하는 행위”에 해당한다고 평가해야 할 것이며, 사업자단체의 시장점유율, 경쟁자의 수와 공급여력, 대체성 등 대법원이 적시한 여러 사정을 종합하여 위법 여부를 판단할 문제가 아니라는 것이 필자의 견해이다.

다만, 위와 같은 노골적인 반(反)경쟁적 행위에 해당하지 않는 일반적 기업활동이 부당하게 경쟁을 제한하는지 여부는, 경제분석을 통해, 그 문제된 행위로부터 나오는 친경쟁적인 긍정적 효과와 반경쟁적인 부정적 효과를 비교형량한 후에 위법성을 판단하여야 할 것이다.

19) Andrew I. Gavil의 2 “Antitrust Law in Perspective” p.96.

다. 입법론

공정거래법 제19조제1항의 공동행위의 부당성 판단에 있어서의 혼선은 법문장의 표현상의 문제점으로부터 비롯된 것으로 보인다.

제19조제1항 본문에 기재된 “부당하게 경쟁을 제한하는”이라는 용어가 제1항 각호에 열거되어 있는 연성카르텔을 포함한 각종의 공동행위 유형에 일반적으로 적용되는 구조이기 때문에, 경성카르텔에 해당하는 행위유형에 있어서도 마치 “정당하게 경쟁을 제한하는” 행위가 있을 수 있다거나, 경쟁제한의 정도에 따라 부당성 성립여부가 검토될 수 있다는 혼란을 불러일으키는 것이다.

따라서, 법개정을 통해 공동행위 중 가격 및 생산에 직접적 영향을 미쳐 경쟁제한효과만 발생시킬 것이 명백한 경성카르텔 행위들에 대해서는 정당성 항변이 허용되지 않고, 경제분석이 필요 없도록 명확히 구분하여 규정할 필요가 있다. **경쟁제한**