

우리나라 공정거래법상 당연위법(per se illegality) 원칙의 법적 지위

The debate between per se rules and the rule of reason turns, ..., on important questions of political as well as economic philosophy.- F.M Scherer and David Ross, Industrial Market Structure and Economic Performance (third edition) p. 339.

정영진 | 법무법인 율촌 변호사

I. 문제의 제기

우리나라의 공정거래법 제19조제1항은 “사업자는 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로 도 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 가격을 결정하는 행위 등을 할 것을 합의하여서는 아니 된다”고 규정하고 있다. 따라서 합의의 존재 이외에도 그 합의가 부당하게 경쟁을 제한하여야 한다는 요건, 즉 위법성요건을 충족하는 경우에만 공정거래법상 “부당한 공동행위”로 처벌된다. 구법에서는 기업결합의 심사기준과 유사하게 “일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는” 공동행위를 금지한다고 규정하고 있었으나 1999년 개정에 의하여 현재와 같은 위법성기준이 도입되었다. 구법의 위법성기준은 합리의 원칙(rule of reason)을 따른 것이라는 견해가 유력하였다.¹⁾ 새로운 위법성기준은 구법상의 위법성기준으로는 가격담합, 입찰담합 등과 같은 경성카르텔을 당연위법(per se illegal)으로 간주하여 강력하게 규제할 수 없다는 인식하에 도입되었다고 하나,²⁾ 입법형식상 우리나라의 공정거래법 제19조제1항이 미국식의 당연위법원칙을 도입하고 있는 것인지는 분명하지 않다.

그런데 최근 공정거래법 제19조제1항상 부당공동행위의 성립요건, 특히 위법성 입증방식과 관련하여 논란이 가중되고 있다. 공정위의 비상임위원인 김영호 교수님은 카르텔 사건에서 공

1) 양명조, 부당한 공동행위에 있어서 “부당성” 판단기준, 공정거래법강의 (1996), p. 263.

2) 공정거래위원회, 공정거래위원회 20년사-시장경제 창달의 발자취, 2001, p.174. 이러한 위법성기준의 변화는 학계에서도 긍정적으로 평가 받고 있다(권오승, 경제법, p.282-283).

모의 입증은 당연위법의 원칙의 채용 여부를 결정하는데 하나의 요소에 불과한데도 공정위가 공모가 직접 입증된 경우에 경성카르텔이건 연성카르텔이건 어떤 종류의 카르텔 사건이건 실질적으로 당연위법의 원칙을 채택하는 경향이 있다고 비판을 제기하고 나섰다.³⁾ 이에 대하여 공정위에서 카르텔 사건의 주무국장인 허 선 국장님은 지금까지 공정위가 통상적으로 문제 삼는 가격담합 사건은 그 성격과 내용상 대부분 노골적인 가격담합(naked price-fixing)에 해당하는 것들이므로 그 자체가 경쟁제한성에 대한 직접증거가 되기 때문에 합의만 입증이면 “부당한 경쟁제한성”은 그 속성으로서 이미 심사관이 입증한 것으로 간주하는 것이 마땅하며 시장점유율 등을 통해 경쟁제한성을 간접적으로 추가 입증하기 위한 노력은 필요하지 않다는 것이다.⁴⁾

위와 같은 견해의 대립은 결국 미국에서의 “당연위법원칙”의 의미에 대한 이해의 차이에서 비롯된 측면이 적지 않으므로 미국에서의 “당연위법원칙”에 대한 상세한 논의가 필요할 것이나 이미 두 분께서 동 원칙에 대하여 해외 사례를 포함하여 상세하게 소개하고 있으므로 본 고에서는 가급적 중복을 피하면서 논하기로 한다. 이하에서는 첫째, 미국에서의 “당연위법원칙”의 의미에 대하여 논하고, 둘째, 우리나라 공정거래법의 태도에 대하여 검토한 다음, 마지막으로 두 분의 견해에 대한 소견을 피력하기로 한다.

II. 당연위법의 원칙

당연위법원칙은 1898년 Addyston Pipe 사건⁵⁾에서 태프트(William Howard Taft) 당시 제6항소법원 판사가 한 노골적 제한(naked restraints)과 부수적 제한(ancillary restraints)의 이분법에서 유래된 것으로 알려져 있다. 태프트 판사는 경쟁을 제한하는 것이 외에는 어떠한 목적에도 부응하지 않는 합의를 노골적 제한이라고 하며, 이에 대해서는 당연위법의 원칙을 적용하여야 한다고 판시하였다. 그는 법원이 독점금지법 사건을 다루면서 예컨대 무엇이 합리적인 가격인지와 같은 보통법(common law)상의 논의에 관여하는 것은 “의심의 바다(sea of doubt)”로 뜻을 올리는 것과 같다⁶⁾고 하면서 일정한 행위유형에 대하여는 당연

3) 김영호, 공정거래법상 부당공동행위의 성립에 있어 공모의 법리 - 가격담합(price fixing)을 중심으로, p 2-45, 경쟁저널 2004년 9월.

4) 허 선/이 황, 가격담합 등 경성카르텔의 위법성 판단요건 - 경쟁제한성에 대한 공정위 심의를 중심으로, pp. 29-51, 경쟁저널, 2005년 5월.

5) United States v. Addyston Pipe & Steel Co., 85 Fed. 271 (1898).

6) It is true that there are some cases in which the courts, mistaking, as we conceive, the proper

위법의 원칙이 적용되어야 한다고 하였다. 그 이후 법원은 가격고정,⁷⁾ 지리적 분할,⁸⁾ 집단적 거래거절,⁹⁾ 결합판매¹⁰⁾ 등 몇 가지 행위유형에 대하여 당연위법이라는 라벨을 붙여왔다.¹¹⁾

가. 당연위법원칙의 개념

당연위법원칙은 몇 가지 상이한 의미로 사용되고 있어 언어관용상 혼동을 초래하고 있다. 우선 당연위법원칙의 가장 근본적인 의미는 문제되고 있는 행위의 합리성과 관련이 있는 하나 또는 그 이상의 요소를 법원이 고려하지 않는다는 것이다. 예컨대 법원이 실질적으로 경쟁에 미치는 부정적 영향, 부정적인 영향을 가능하게 하는 시장지배력 또는 의도 등의 하나 또는 그 이상을 고려하지 않는다는 의미이다. Addyston Pipe 사건이나 Trenton Potteries 사건의 예를 보면 법원은 합의된 가격이 합리적인지 여부에 대하여 검토하지 않고 가격합의 카르텔을 위법하다고 판시하였다.

두 번째는 당연위법원칙이 시장지배력이나 효과를 입증할 필요가 없다는 의미에서 사용되는 것인바, 이는 당연위법원칙이 일종의 증거법상의 원칙으로 사용되는 경우라고 볼 수 있다. Socony 사건¹²⁾ 이래로 가격고정카르텔은 시장획정이나, 시장점유율이나 실제 또는 잠재적인

limits of the relaxation of the rules for determining the unreasonableness of restraints of trade, have set sail on a sea of doubt, and have assumed the power to say, in respect of contracts which have no other purpose and no other consideration on either side than the mutual restraint of the parties, how much restraint of competition is in the public interest, and how much is not.

7) Under the Sherman Act a combination formed for the purpose and with the effect of raising, depressing, fixing, pegging, or stabilizing the price of a commodity ... is illegal per se (United States v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150, 223, 60 S.Ct. 811, 844 (1940).

8) United States v. Topco Associates, 405 U.S. 596 (1972).

9) Northwest Wholesale Stationers, Inc. v. Pacific Stationery and Printing Co., 472 U.S. 284 (1985).

10) Jefferson Parish Hospital District No.2 v. Hyde, 466 U.S. 2. (1984).

11) 당연위법원칙에 대한 가장 표준적인 기술로서 다음을 흔히 인용한다. "...[T]here are certain agreements or practices which because of their pernicious effect on competition and lack of any redeeming virtue are conclusively presumed to be unreasonable and therefore illegal without elaborate inquiry as to the precise harm they have caused or the business excuse for their use. This principle of per se unreasonableness not only makes the type of restraints which are proscribed by the Sherman Act more certain to the benefit of everyone concerned, but it also avoids the necessity for an incredibly complicated and prolonged economic investigation into the entire industry involved, as well as related industries, in an effort to determine at large whether a particular restraint has been unreasonable - an inquiry so often wholly fruitless when undertaken." (Northern Pac. Ry. Co. v. United States, 356 U.S. 1, 5 (1958).

12) United States v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 US. 150 (1940).

영향에 대한 입증 없이 불법하다는 판단을 받고 있다. 그러나 결합판매와 같은 경우 시장지배력 요소를 입증해야 하는데도 법원은 계속하여 결합판매도 당연위법의 원칙이 적용되는 것이라고 판시하고 있다.¹³⁾

세 번째는 당연위법원칙이 정당화사유를 고려하지 않는다는 의미로 사용되는 경우이며 가장 많은 논란의 대상이 되고 있다. 법원이 정당화사유를 받아들이지 않는 것은 과거에 해당 문제에 대하여 이미 고려한 경험이 있으며 그 때 원칙적으로 불법한 것으로 판단한 경우가 많다. 그러한 의미에서 선례구속(stare decisis)으로서의 당연위법이라고 하기도 한다. 그러나 선례구속으로서의 당연위법 이외에도 제시된 정당화사유가 이론적인 차원에서 인정될 수 없기 때문에 당연위법이라고 본 경우도 있기 때문에 선례구속의 의미를 지나치게 강조하는 것은 옳지 않다.

나. 당연위법원칙의 실무적 의미

당연위법원칙이 적용되거나 적용되지 않는 것이 실무에서 어떠한 의미를 갖는지에 대한 이해가 당연위법원칙의 의미를 정확히 파악하는데 중요하므로 여기서는 당연위법원칙의 적용 여부가 문제된 두 가지 다소 다른 소송유형의 판례를 소개하기로 한다.

우선 카르텔행위에 대한 규제조항인 미국 Sherman법 제1조 위반을 근거로 연방지방법원에 제소된 사건의 경우 원고는 문제된 행위에 대하여 당연위법의 원칙이 적용된다고 주장하는 것이 일반적이다. 문제된 행위에 당연위법의 원칙이 적용되면 원고로서는 담합행위가 있다는 사실만을 입증하면 입증책임을 다하게 되며, 이에 대하여 법원에 약식판결(summary judgment)을 요청할 수 있다. 법원은 문제된 행위가 종래 판례법상 인정된 가격고정이나 지리적 분할 등 당연위법의 원칙에 해당되는 행위로 인정할 경우 배심재판에 넘겨 문제된 행위의 실제의 목적과 관련시장에 미치는 효과 등을 판단하게 하지 않고 약식판결로서 해당 쟁점을 처리한다. 예컨대, Maricopa County 사건에서 아리조나주(the State of Arizona)를 대리하여 주법무부 장관(State Attorney General)¹⁴⁾은 일부 county의 내과의사 단체가 일정한 의료보험의 피보험자에 제공되는 의료서비스에 대하여 부과할 수 있는 의료비의 상한(maximum fees)을 설정한 행위가 Sherman법 제1조 위반이라는 이유로 아리조나주 연방지방법원에 유지청구소송을 제기하였다. 이에 연방지방법원은 문제되고 있는 사안에는 합리

13) It is far too late in the history of our antitrust jurisprudence to question the proposition that certain tying arrangements pose an unacceptable risk of stifling competition and therefore are unreasonable "per se."

14) 일반적으로는 미 법무부나 사인이 이러한 유형의 소송의 일반적인 원고이다.

의 원칙이 적용되어야 한다는 이유로 (부분적인)¹⁵⁾ 약식판결을 요청한 원고의 요청을 받아들이지 않았다. 그러나 법원은 문제가 되고 있는 의료비의 최고가 제한이 Sherman법 제1조상 당연위법에 해당하는지 여부에 대하여 중간항소(interlocutory appeal) 할 수 있는 길을 열어주었고,¹⁶⁾ 제9연방항소법원은 약식판결 요청을 기각한 연방지방법원의 판결을 인용하였다.¹⁷⁾ 그러나 연방대법원은 문제가 되고 있는 행위에 대하여 당연위법의 원칙을 적용하여야 하며, 따라서 피고들의 가격고정 합의에 특유한 경제적 정당화사유에 대하여 검토할 필요가 없다는 이유로 원심판결을 파기환송 하였다.

다음으로 연방거래위원회(Federal Trade Commission)의 결정에 불복하여 연방항소법원을 일심법원으로 하여 소송이 제기되는 경우를 살피기로 한다. California Dental Association 사건에서 연방거래위원회의 행정법 판사(Administrative Law Judge: ALJ)는 사실심재판을 통하여 캘리포니아 치과협회가 가격이나 서비스의 질에 대하여 광고규제를 하는 것은 본질적으로 의심할 만한 행위(inherently suspect)이고 어떠한 효율성에 기초한 정당화사유도 없다(no plausible efficiency justification)고 판시하였다. 그는 캘리포니아 치과협회가 시장지배력을 갖고 있지는 않지만 1988년 Massachusetts Board of Registration 사건¹⁸⁾에서 FTC가 제시한 원칙에 의하면 시장지배력을 입증할 필요가 없다고 하면서 캘리포니아 치과협회는 연방거래위원회법 제5조에 위반하여 경쟁을 불합리하게 제한하였다고 판시하였다. 이에 대하여 캘리포니아 치과협회가 이의신청을 하였고 연방거래위원회의 전원회의는 행정법 판사의 결정을 다소 다른 논거에 기초하여 인용하였다.¹⁹⁾ Robert Pitofsky 위원장이 주심이 되어 작성한 결정문에서는 연방거래위원회의 당연위법원칙에 대한 입장이 잘 정리되어 있다. Pitofsky 위원장은 우선 당연위법의 원칙에 대한 일반론을 피력하고 있다. 즉 당연위법의 원칙은 법원이 어떤 문제되고 있는 행위가 거의 항상 경쟁에 부정적인 영향을 미치나 상당한 긍정적인 효과(substantial redeeming virtues)가 거의 수반되지 않는다는 것을 잘 알고 있는 경우에 채택될 수 있는 원칙이며, 일단 어떠한 행위가 당연위법의 범주에 속하게 되면 경쟁제한의 해악(harmfulness)이 과연 발생하는지 또는 경쟁촉진적인 효과가 있다는 것 등의 사유는 고려되지 않는다는 것이다. 이에 따라 우선 가격에 대한 광고규제는 당연위법의 원칙이 적용된다고 판시하였다. 비가격에 대한 광고규제는 합리의 원칙이 적용되는 사안이라고 판시함과 아울러 가격에 대한 광고규제에 대하여 당연위법의 원칙이 적용되지 않고 합리의 원칙이

15) 법적 비용에 대한 청구 부분은 제외되었다.

16) 1979 U.S. Dist. LEXIS 11918 (June 5, 1979)

17) State of Ariz. v. Maricopa County Medical Soc., 643 F.2d 553 (9th Cir. 1980).

18) In re Mass. Bd. of Registration in Optometry, 110 F.T.C. 549 (1988).

19) Final Order, Docket No. 9259.

적용되더라도 불법하다고 판시하였다.²⁰⁾ 그러나 그는 NCAA 사건에서 연방대법원의 판결과 마찬가지로²¹⁾ 합리의 원칙이 적용된다고 하더라도 Chicago Board of Trade 사건 판결에서 제시된 바와 같이 모든 정당화사유를 검토해야 하는 것²²⁾은 아니라고 하였다. 즉 그는 합리의 원칙은 심사의 범위가 사건마다 차이가 있으며 본 건에서는 단순하고 간단한 작업이라고 하면서 소위 “Quick Look”을 적용하여 가격과 비가격에 대한 광고규제는 Sherman법 제1조와 연방거래위원회법 제5조를 각각 위반한다고 판시하였다.

캘리포니아 치과협회는 연방거래위원회의 의결에 대하여 제9항소법원에 불복 제소하였고, 동 항소법원은 연방거래위원회가 가격에 대한 광고규제에 대하여 당연위법의 원칙을 적용한 오류를 범하였으나 가격에 관한 광고규제는 “Quick Look” 합리의 원칙²³⁾을 적용하더라도 불합리한 행위라는 이유로 연방거래위원회의 의결을 인용하였다.²⁴⁾ 항소법원은 전면적인 합리의 원칙(a full-blown rule of reason)을 적용하지 않고 “Quick Look”을 적용한 이유를 비교적 상세히 밝혔다. 가격에 관한 광고규제와 관련, 광고규제가 실질적으로 가격경쟁 자체에 대한 상당히 노골적인 제한이고 캘리포니아 치과협회가 제시한 경쟁촉진적 정당화사유, 즉 광고규제가 보다 많은 가격정보를 공개하게 하고 거짓되고 혼동을 초래할 수 있는 광고를 막는 역할을 한다는 것은 일견 가능해 보이지 않으며, 이에 대한 증거도 없다는 이유로 전면적인 합리의 원칙을 적용할 필요가 없다고 보았다. 비가격요소에 대한 광고규제와 관련, 법원은 동 광고규제가 각 치과의사들의 서비스에 대한 정보의 공급, 즉 생산량을 직접적으로 제한하는 행위가

20) In the course of discussing the nonprice advertising restraints under the rule of reason in the next section, however, we will also reexamine the restraints on price advertising under that more elaborate analysis, but solely as a means of demonstrating that, assuming *arguendo* the restraints had escaped censure under the per se approach, they would nonetheless have been condemned under the rule of reason.

21) See *Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. at 459-61; *NCAA*, 468 U.S. at 106-10, 109 n.39.

22) The true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates and perhaps thereby promotes competition. To determine that question the court must ordinarily consider the facts peculiar to the business to which the restraint is applied: its condition before and after the restraint was imposed; the nature of the restraint and its effect, actual or probable. The history of the restraint, the evil believed to exist, the reason for adopting the particular remedy, the purpose or end sought to be attained, are all relevant facts. This is not because a good intention will save an otherwise objectionable regulation or the reverse; but because knowledge of intent may help the court to interpret facts and to predict consequences. *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231, 238 (1918).

23) *National Collegiate Athletic Assn. v. Board of Regents of Univ. of Okla.*, 468 U.S. 85, 109-110, 82 L.Ed. 2d 70, 104 S.Ct. 2948, and n.39 (1984) (“The essential point is that the rule of reason can sometimes be applied in the twinkling of an eye”).

24) *California Dental Ass’n v. FTC*, 128 F.3d 720 (9th Cir. 1997).

기 때문에 동 광고규제는 “Quick Look”을 정당화할 정도로 충분히 노골적인 거래제한이라고 판시하였다. 따라서 연방대법원은 본 사안이 광고규제의 경쟁제한적 효과의 가능성이 비교적 분명한 경우에 해당하지 않기 때문에 전면적인 합리의 원칙을 적용해야 한다고 판시하면서 항소법원의 판결을 파기환송 하였다.²⁵⁾

따라서 실무적으로 어떤 해당행위에 대하여 당연위법의 원칙이 적용되어야 하는지 아니면 합리의 원칙이 적용되어야 하는지는 매우 중요하다. 연방대법원 판사로 임명되기 전 독점금지법 전문가로서 명성을 누렸으며 현재의 미 연방대법원 판사 중에서도 독점금지법에 대하여 식견이 높다고 평가되고 있는 Stevens 대법원 판사는 1990년 Superior Ct. Trial Lawyers Association 사건에서 당연위법원칙에 대한 대법원의 견해를 밝힌 바 있다. Stevens 대법원 판사는 당연위법원칙(*per se* rules)이 Sherman법에 대한 사법적 해석의 산물이긴 하나 단순한 해석원칙에 그치는 것이 아니라 다른 법률의 명령(statutory commands)과 동일한 효력을 갖고 있다고 하였다. 또한 그는 가격고정과 집단적 거래거절(boycott)에 대하여 적용되는 당연위법원칙의 정당성을 부분적으로 행정적인 편의(administrative convenience)에서 찾을 수도 있으나 문제된 행위가 그 성질상 경쟁에 미치는 영향이 상당할 것(a substantial potential for impact on competition)이라는 오래된 판단을 반영하는 것이라고 판시하였다.²⁶⁾ 이러한 의미에서 미 연방대법원은 당연위법의 원칙과 합리의 원칙이 구별된다는 이분법을 현재까지도 변함없이 유지하고 있다. 실제로 1978년 Sylvania 사건에서 미 연방대법원은 비가격 지역분할(non-price territorial division)에 대하여 당연위법원칙을 적용하고 있던 종래의 판례를 변경하였다. 또한 1997년 Kahn 사건에서 최고재판대가격유지행위에 대하여 당연위법원칙을 유지하여 오던 종래의 판례를 변경하였다. 그러나 그 이외의 행위유형에 대하여 당연위법원칙에 대한 판례를 명시적으로 변경한 판례는 없다. 예컨대 1984년 Jefferson Parish 사건에서 끼워팔기에 대하여 종래의 당연위법의 원칙을 계속 적용할 것인지에 대하여 논란이 있었으나 연방대법원은 5-4의 다수의견으로 당연위법원칙 판례를 변경하지 않았다. 따라서 미 법원에서는 어떠한 행위유형이 당연위법의 원칙이 적용되는 것인지 합리의 원칙이 적용되는 것인지가 중요한 법적 이슈로 다루어지고 있다고 보는 것이 미국 판례에 대한 정확한 이해라고 할 것이다.

25) California Dental Association v. Federal Trade Commission, 526 U.S. 756, 119 S.Ct. 1604, 143 L.Ed.2d 935 (1999).

26) 493 U.S. 411, 432, 110 S.Ct. 768, 780 (1990).

다. 당연위법의 원칙과 합리의 원칙은 서로 다른 원칙인가?

기술한 바와 같이 문제되고 있는 행위유형에 대하여 당연위법원칙을 적용하느냐 아니면 합리의 원칙을 적용하느냐에 따라 패러다임이 분명하게 달라지기 때문에 법원이나 소송실무자들이 행위유형의 분류(classification) 또는 범주화(categorization)에 엄청난 노력을 기울이는 것은 당연하다. 즉 원고로서는 주장입증을 최소화하기 위하여 피고의 행위를 당연위법의 범주에 넣기 위하여 노력하게 된다. 반면에 피고는 원고의 주장입증의 부담을 가중시켜 방어에 성공하기 위하여 자신의 행위에 대하여 합리의 원칙이 적용될 수 있도록 노력하게 된다.

그렇다면 당연위법의 원칙과 합리의 원칙은 전혀 별개의 원칙인가? 당연위법의 원칙과 합리의 원칙을 준별하는 대표적인 판결은 Topco 판결인 바, 이 사건에서 연방대법원은 소위 범주화 접근방법(categorization approach)을 채택하여 당연위법의 원칙이 적용되는 사안에서는 경쟁촉진적인 효과와 경쟁에 미치는 영향을 고려할 필요가 없다는 점을 분명히 하였다.²⁷⁾ 반면에 현 Bush행정부 초기에 연방거래위원회 위원장을 역임했던 Timothy Muris 교수는 독점금지법의 적용시 당연위법의 원칙과 합리의 원칙에 따라 서로 다른 분석방법이 적용되는 것이 아니라 오로지 하나의 분석방법, 즉 합리의 원칙에 따른 분석방법만이 적용될 뿐이라고 한다.²⁸⁾ Muris 교수는 현재 연방대법원은 과거의 소위 범주화 접근방법을 버리고 “새로운 합리의 원칙(New Rule of Reason)”으로 이행하였다고 한다. 그는 BMI 사건의 예를 들면서 연방대법원이 문제된 행위가 경쟁자간에 가격을 고정하는 합의였다고 인정하면서도 해당 관행의 효과 또는 목적이 과연 자유경제의 올바른 작동을 위협하는 것인지 여부를 검토하여야 한다고 판시한 사실에 주목하고 있다. 그에 의하면 과거의 범주화 접근방법에 의하면 문제된 행위가 경쟁자간에 가격을 고정하는 합의였다는 사실이 인정되기만 하면 가격고정박스(price-fixing box)에 넣어져 당연위법의 취급을 받았을 것이라고 한다. 특히 그는 NCAA 사건에서 연방대법원이 미식축구경기의 TV 방영에 대한 NCAA의 제한이 당연위법에는 해당하지 않는다고 하면서 전면적인 합리의 원칙을 적용하지 않고도 해당 행위를 불법을 인정하였다는 점에 주목하였다. 이에 따라 그는 위 두 가지 연방대법원의 판례에 비추어 볼 때 범주화 접근방법의 실제적인 의미가 상실되었다고 선언하였다.

Muris 교수는 연방거래위원회의 1988년 Massachusetts Board 결정²⁹⁾은 1980년대 초 자신이 연방거래위원회에 재직할 당시 작성한 메모에 기초한 것이라고 하면서 동 결정에서 제

27) United States v. Topco Associates, 405 U.S. 596 (1972).

28) Timothy J. Muris, The New Rule of Reason, 57 Antitrust L.J. 859 (1989).

29) Massachusetts Bd. of Registration of Optometry, 110 F.T.C. 549 (1988).

시한 방법론이 현재 연방대법원의 태도라고 주장하고 있다. 동 결정에서 제시하고 있는 방법론을 소개하면 다음과 같다. 첫째, 해당 행위가 본질적으로 의심스러운(inherently suspect) 것인지를 검토해야 한다. 즉, 해당 행위가 효율성에 기초한 정당화사유가 없을 경우 산출량을 줄이거나 가격을 올릴 가능성이 매우 높은지를 우선 검토해야 한다는 것이며, 그에 의하면 이에 대한 검토가 긍정적인 경우가 현대적 의미에서 당연위법원칙의 의미라는 것이다. 만일 해당 행위가 본질적으로 의심스러운 행위에 해당하지 않는 경우에는 전통적인 합리의 원칙을 적용해야 한다는 것이다. 만일 해당 행위가 본질적으로 의심스러운 경우에는 두 번째 질문을 던져야 한다고 한다. 즉 효율성 정당화사유가 존재할 상당한 가능성이 있는지를 검토해야 한다는 것이다. 그러한 효율성항변이 광범위한 사실검토가 없이는 부정될 수 없는 경우에는 그 효율성항변이 존재할 상당한 가능성이 있는 것으로 본다. 그렇지 않을 경우 해당 행위는 신속하게 불법하다고 판정한다. 만일 효율성이 존재할 상당한 가능성이 있는 경우에는 세 번째 질문을 던져야 한다. 실제로 효율성항변이 유효한지를 가려서 유효할 경우는 전면적인 합리의 원칙을 적용해야 하며, 그렇지 않을 경우 더 이상 나아갈 필요 없이 불합리하다고 판단해야 한다고 한다.³⁰⁾

Muris 교수의 접근방법도 일정한 행위에 대하여 당연위법원칙이 적용되는 경우가 있다는 점은 긍정하지만 당연위법원칙이 합리의 원칙의 적용 과정에 존재하는 것이며 독자적인 의미는 없게 된다. Areeda 교수도 당연위법의 원칙이 합리의 원칙의 구체적인 적용의 결과에 지나지 않는다는 입장이다.³¹⁾ 일부 학자는 독점금지법상 당연위법의 원칙이라는 개념은 존재하지 않는 것이라고 주장하기도 한다.³²⁾ Muris 교수는 California Dental Association 사건에서 연방거래위원회 위원장으로서 동 사건의 결정문을 작성한 Pitofsky 교수의 접근방법에 대하여 비판적이다. California Dental Association 사건에서 Pitofsky 교수는 소위 전통적인 범주화 접근방법을 채택하여 가격경쟁을 제거하는 수평적 합의는 독점금지법상 당연위법이라는 일반론을 피력한 다음 가격에 관한 광고규제가 당연위법이라고 판단하였는 바,³³⁾ Muris 교수는 이러한 접근방법이 전형적인 범주화 접근방법이라고 하면서 강력하게 비판하였다. 그러나 Pitofsky 교수는 범주화 접근방법을 취하면서도 문제된 행위에 대한 추가적인 검토가 끝나는 것은 아니고 당사자들은 해당 행위가 단지 형식적으로만(in a literal sense)

30) Timothy J. Muris, *The Federal Trade Commission and the Rule of Reason: In Defense of Massachusetts Board*, 66 *Antitrust L.J.* 773-774 (1998).

31) 7 Philip E. Areeda, *Antitrust Law* § 1502, at 371 (1986).

32) Thomas G. Krattenmaker, *Per Se Violations in Antitrust Law: Confusing Offenses with Defenses*, 77 *Geo. L. J.* 165 (1988).

33) Final Order in the matter of California Dental Association, Docket No.9259.

가격경쟁을 제한하는 것이라고 주장할 수 있다고 함으로써 전통적인 범주화 접근방법과의 차이를 분명하고 있다는 점에서 Muris 교수의 비판이 반드시 적절한지는 의문이다.

BMI 사건 판결에서 분명하게 드러나기 시작했지만 연방대법원은 가격고정이라고 인정되는 경우에도 당연위법의 라벨을 “자동적”으로 붙이기 보다는 경쟁촉진적 성격이 있다는 항변을 진지하게 고려하고 있다고 볼 수 있다. 뿐만 아니라 당연위법의 원칙이 적용된다고 하는 것이 반드시 피고에게 치명적인 것은 아니다. 예컨대 결합판매에 대해서는 당연위법의 원칙이 적용된다는 것이 연방대법원의 일관된 입장이다. 그런데 결합판매의 요건에는 시장지배력이 포함되어 있어 원고가 이를 입증하여야 하며 예외도 인정된다. 또한 정당화사유가 인정되는 많은 가격담합행위가 불법의 범주에서 제외되고 있는 추세이다.³⁴⁾ 반면에 합리의 원칙도 전면적인 합리의 원칙만이 인정되는 것이 아니라 “Quick Look”같은 방식의 축약된 합리의 원칙도 인정되고 있는 추세에 있기 때문에 당연위법의 원칙과 합리의 원칙의 간격이 점차 좁혀지고 있다고 할 수 있다.³⁵⁾ 사실 어떠한 행위가 당연위법이 적용되는 가격고정에 해당한다고 분류하는 것 자체가 어떠한 행위에 경제적 효율성이 발생할 가능성이 없다는 판단, 즉 당해 행위가 불합리하다는 판단에 기초한 것이므로 당연위법 자체가 일종의 합리의 원칙의 적용과정의 초기단계에서 결정되는 부산물에 불과하다고 볼 수 있는 여지도 있는 것이 사실이다. 제7항소법원의 Posner 판사도 실무적인 관점에 볼 때, 예컨대 어떠한 행위가 가격고정(price fixing)으로 분류되어야 하는 문제는 그 행위가 경쟁을 불합리하게 제한하느냐의 문제와 동일한 경우가 많다고 한다.³⁶⁾

그러나 이 단계에서 경제적 효율성 내지는 경쟁촉진적 요소에 검토는 관련시장의 확정과 그에 따른 구체적인 시장지배력의 측정과 같은 사실관계에 대한 구체적인 분석에 들어가는 것이 아니라 피고의 항변내용이 그 자체로서 경제적인 타당성이 있는 것인지를 검토하는 것임을 유의해야 한다. 따라서 이러한 초기단계의 분석의 결과 당해 행위에 대하여 당연위법의 원칙이 적용되는 것으로 결정하는 것은 실무적으로 상당한 의미가 있는 것이다.

법원의 담합행위에 대한 심사지침을 수록하고 있는 연방거래위원회와 법무부의 2000년 가이드라인은 전통적인 범주화 접근방법을 원칙으로 하면서도 문제되는 행위의 범주화 작업 내지 분류작업을 하는 과정에서 유연한 분석방법을 적용하여 적절한 항변요소를 고려하도록 하고 있어 현대적인 판례의 변화도 반영하고 있다.³⁷⁾ 요컨대 현재 미국의 주류적 태도는 당연위법의 원칙과 합리의 원칙의 간극이 상당히 줄어들었지만 실무적인 중요성을 감안하여 양 원칙

34) Keith N. Hylton, *Antitrust Law*(2003), at 125-129.

35) Phillip E. Areeda, *Antitrust Law Volume VII*, at 427-436.

36) Richard A. Posner, *Antitrust Law* (2001)(2nd), at 39.

37) Andrew I. Gavil et al., *Antitrust Law in Perspective* (2002), at 200-201.

을 개념상 준별한다는 기초하에 정당화사유를 단계별로 유연하게 고려하고 있다고 볼 수 있다.

III. 현행법의 해석

공정거래법 제19조상의 “부당하게 경쟁을 제한하는” 공동행위를 어떻게 가려낼 수 있을 것인가? 이에 대하여 공정위의 “공동행위의 심사기준”에 의하면 공동행위의 위법성 심사는 공동행위의 성격에 대한 분석으로부터 출발한다고 규정하고 있다. 성격상 경쟁제한효과만 발생시키는 것이 명백한 경우(예컨대 가격·산출량의 결정·제한이나 시장·고객의 할당 등), 즉 경쟁공동행위는 특별한 사정이 없는 한 구체적인 시장상황에 대한 심사 없이 부당한 공동행위로 판단할 수 있다고 규정하고 있다. 반면에 공동행위의 성격상 경쟁제한효과와 효율성증대효과를 함께 발생시킬 수 있는 경우(예컨대 공동생산, 공동마케팅, 공동연구·개발, 공동구매 등), 즉 연성공동행위의 경우에는 공동행위의 위법성을 판단하기 위해 경쟁제한효과와 효율성증대효과를 종합적으로 심사함을 원칙으로 한다고 규정하고 있다. 동 심사기준에 의하면 공동행위의 성격은 공동행위의 목적, 분야, 경쟁관계, 사업자의 주관적 의도 등의 요소에 의하여 결정된다고 규정하고 있다. 이러한 심사기준의 태도는 미국³⁸⁾과 유럽³⁹⁾의 공동행위 심사기준에 기초한 것으로서 우리나라의 공정거래법에서도 당연위법이 적용되는 공동행위와 합리의 원칙이 적용되는 공동행위를 구분하려는 것으로 볼 수 있다.

그렇다면 공정거래법상 “부당하게 경쟁을 제한하는”이라는 위법성 판단기준에서 “부당성”의 구체적인 기준은 무엇인가? “부당성”이라는 위법성 판단기준을 법문에 명시하고 있는 것은 비교법적으로 특이한 태도로서 일본의 공정거래법의 그것과 유사하다. 그러나 “일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한”할 것이라는 요건을 여전히 존치하고 있는 일본공정거래법과는 달리 우리는 단순히 “부당하게” 경쟁을 제한할 것을 요구하여 적어도 법문상으로는 위법성 인정이 용이한 것으로 해석할 수 있는 여지도 있다는 점에서 우리나라 공정거래법상의 위법성기준의 특이성이 있다.

그러나 비교법적으로 “부당성”이라는 위법성기준을 명시하고 있는 우리나라 공정거래법의 태도는 “부당성” 요건은 공정거래법의 본질 및 그 목적에 비추어 당연한 것을 입법한 것이라고 볼 수 있다. 당사자가 어떠한 거래에서 합의를 한다는 것은 결국 일정 정도 양당사자를 구속하

38) 2000 Department of Justice and Federal Trade Commission Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors.

39) Richard Whish, Competition Law (4th.ed) (2001) 참조.

는 것이기 때문에 국가가 개인의 사적 거래에 개입하기 위해서는 일정한 위법성기준이 필요한 것이고 “부당성” 요건이 이에 해당한다고 보는 것이 타당하기 때문이다. 부당성의 요건이 공정거래법에 등장한 것은 연혁적으로 볼 때 1911년 미 연방대법원의 Standard Oil 사건에서 비롯되었다는 것이 일반적이다.⁴⁰⁾ 미국의 대표적인 독점금지법인 Sherman법 제1조는 단순히 “every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade”라는 표현을 사용하여 적어도 법문상으로 보면 경쟁을 제한하는 모든 합의(agreement)가 Sherman법 제1조 위반이라고 볼 수 있는 여지가 있다. 그러나 연방대법원은 Standard Oil 사건 이래로 합의가 불합리한(unreasonable) 경우에만 위법하다고 하여 “합리의 원칙”을 확립하였다.⁴¹⁾ 한편 우리나라의 공정거래법 제19조제1항의 “부당성”이라는 용어는 일본공정거래법 제2조제6항의 “부당한” 거래제한과 동일한 표현이다. 그런데 일본 공정취인위원회는 이에 대한 영역을 “unreasonable restraint of trade”라고 번역하고 있어 일본공정거래법 제2조제9항의 “불공정한 거래방법”에 대한 영역인 “unfair trade practice”와 구별하고 있다.⁴²⁾ 우리나라 공정거래위원회는 공정거래법 제19조제1항의 영역을 “unreasonable restraint of trade”라고 하지 않고 “unfair trade practices”라고 번역하고 있어 달리 해석되어야 한다는 주장이 있을 수 있으나 법문의 전체번역본을 보면 용어의 혼동에 기인한 것이라고 판단된다. 따라서 연혁적으로 볼 때 “부당성”이라는 위법성 요건은 미국 판례법상의 “부당성” 요건과 그 궤를 같이 하는 것이라고 생각된다. 이러한 측면에서 미국에서의 부당성 판단기준과 방법에 대한 논의가 공정거래법 제19조제1항의 해석과 운용에 좋은 참고가 될 수 있다. 따라서 공정거래법 제19조제1항이 미국식 당연위법의 원칙이 채택된 것으로 본다든지 아니면 미국식 당연위법의 원칙이 채택된 것으로는 볼 수 없고 우리나라 공정거래법의 고유의 입법목적에 맞추어 해석하여야 한다고 주장하는 것은 실익이 없는 논의라고 생각된다. 왜냐하면 공정거래법 제19조제1항이 당연위법의 원칙을 채택하였다고 주장하는 것은 어떠한 의미에서는 문제되고 있는 행위에 대한 공정거래법의 포섭의 과정에서 경제적 타당성에 대한 고려를 전혀 할 수 없다는 것인데, 이는 Standard Oil 사건 이래의 미국 독점금지법의 발전과정에서 살펴본 바와 같이 독점금지법의 본질상 받아들일 수 없는 주장이기 때문이다.

40) Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911).

41) The Chief Justice White declared that the Act, “not specifying but indubitably contemplating and requiring a standard,” must have “intended that the standard of reason which had been applied at the common law and in this country … [remain] the measure” of illegality under the Sherman Act.

42) Masahiro Murakami, The Japanese Antimonopoly Act (2003), p.301.

IV. 사건

김영호 교수님은 미국의 저명한 독점금지법 교수인 Goldsmith 교수의 Casebook에서 제시되고 있는 4가지의 기준⁴³⁾을 제시하면서 당연위법의 원칙을 채용한다고 하더라도 단순히 공모의 사실만을 입증하면 되는 것은 아니라고 주장하신다. 김 교수님은 당연위법원칙의 적용의 기본 원칙은 공모의 사실만 입증하면 되는 것이나 명백하게 반경쟁적인 경우는 드물기 때문에 여기에 행위유형에 따라서는 추가적인 사항의 검토를 요하는 경우가 있다고 한다. 따라서 김영호 교수님은 대부분의 카르텔 사건에서 공정위는 위 4가지 기준을 상당부분 원용하여 경쟁제한성을 입증하여야 한다고 한다. 이에 반하여 허 선 국장님은 공정위와 법원이 입찰담합을 제외한 다른 경성카르텔 사건에서 공정거래법 제19조제1항을 적용하면서 (형식적으로나마) 시장점유율을 중심으로 시장지배력을 형성했는지 여부를 판단하고 이에 따라 경쟁제한성을 분석하고 있는 것은 바람직하지 않다고 주장하신다.

사건으로는 두 견해는 모두 적어도 추상적인 명제(proposition)의 측면에서는 옳은 기술이라고 생각된다. 다만 “당연위법의 원칙을 적용한다고 하더라도 단순히 공모의 사실만을 입증하면 되는 것이 아니다”라는 김영호 교수님의 주장은 표현기술상 문제가 있다고 생각한다. 어떠한 행위에 대하여 당연위법이라는 표지를 붙이는 것 그 자체가 추가적인 정당화사유를 고려하지 않는다는 것을 의미하기 때문에 위 표현은 “당연위법의 원칙이 적용되는지 여부를 결정하기 위해서는 단순히 공모의 사실만을 입증하면 되는 것이 아니다”라고 표현하는 것이 옳다고 생각한다. 어떠한 행위에 당연위법의 라벨을 붙이는 것 그 자체로 범규범 위반을 선언하는 것이기 때문에 이후에 추가적인 정당화사유를 고려한다는 것은 논리적으로 부자연스럽다. 아마도 위 표현은 어떠한 가격고정행위가 공정거래법 제19조제1항 위반이 되는지 여부를 가리기 위해서는 경쟁제한성에 대한 다양한 요소를 고려해야 한다는 취지로 이해될 수 있지 않을까 한다. 경쟁당국은 이러한 요소에 대한 분석결과 특별한 경쟁촉진적인 측면이 발견되지 않을 경

43) Robert Pitofsky/Harvey J. Goldschmid/Diane P.Wood, Trade Regulation (fifth edition)(2003). at 229 (김영호 교수님은 1990년 구판을 인용하고 계시나 내용은 동일하다).

- (1) Is the conduct involved likely to have a substantial and direct effect on price; is that effect on which “necessarily” results from the arrangement?
- (2) Are there likely to be substantial redeeming virtues flowing from the practice or conduct?
- (3) Could the same or similar redeeming virtues be achieved through reasonably available and less harmful alternatives?
- (4) How difficult would it be to explore relevant considerations? In other words, what will the costs be in terms of transaction costs and future uncertainty with respect to the legality of certain categories of business behavior and thus the effectiveness of the rules?

우 그러한 가격고정행위를 (당연)위법으로 처리하게 된다. 당연위법의 원칙을 이렇게 이해하는 경우에도 피심인이 무제한으로 정당화사유를 제시할 수는 없으며 경쟁에 영향을 미치는 요소로 국한된다. 뿐만 아니라 전술한 바와 같이 미국 판례상 당연위법 여부를 판단하는 단계에서의 정당화사유는 사실관계에 분석을 통하여 구체적으로 관련시장을 확정하고 시장점유율을 산정하여 분석 내지 평가하는 것이 아니라 피심인이 주장하는 정당한 사유 그 자체의 상당성(plausibility)을 추상적으로 평가하는 것이다. 항변사유에 상당성이 있는 경우에는 본격적으로 합리의 원칙에 따른 구체적 사실관계에 대한 분석에 들어가는 것이나 항변사유에 상당성이 없다고 인정되는 경우에는 해당 행위는 당연위법으로 처리되게 된다.

결국 문제는 우리나라에서 현재 경쟁당국에 의하여 카르텔규제의 대상이 되고 있는 행위의 유형이나 성격이 노골적인 가격담합이나 생산량 제한에 해당되어 경쟁촉진적인 측면이 거의 없는 것인지 여부에 있다. 김영호 교수님은 명백하게 반경쟁적인 경우는 드물다고 판단하고 있으며 선 국장님은 현재 경쟁당국의 집행대상이 되는 카르텔은 대부분 노골적인 경쟁제한의 성격을 띠고 있다고 주장하신다. 공정거래법 실무에 종사하고 있는 필자의 경험으로는 현재까지 공정위의 집행대상이 되어 온 상당수의 카르텔행위는 노골적인 경쟁제한(naked restraints), 즉 심사기준상 경성카르텔의 성격을 많이 띠고 있다고 생각된다. 그러한 한편으로는 예컨대 동백지구 등의 아파트분양 사건에서의 가격담합행위는 우리나라 아파트분양시장에서 동시분양이 가져다 주는 경쟁촉진적인 측면에 대한 고려를 해야 하며, 따라서 노골적인 가격담합이라고 보기에는 어려운 측면이 있다. 물론 공정위의 현재의 실무는 경쟁제한성에 대하여 별도의 항을 두어 판단을 하고 있기 때문에 법리상 큰 문제는 없다고 볼 수 있으나 노골적인 경쟁제한행위로 볼 수 없는 카르텔행위 유형들이 전혀 없다고 보기는 힘들다고 생각된다.

아무튼 우리나라의 카르텔 관련 법집행이 양적, 질적으로 점차 성숙되어 감에 따라 본지에서 카르텔의 위법성기준에 대한 심도 있는 논의의 장이 마련되고 이 장을 통하여 수준 있는 논문이 발표되고 있는 것은 우리나라 공정거래법의 수준을 한 차원 높이는 계기가 될 것으로 확신한다. **경쟁저널**