

## 담합의 존재에 관한 경제적 증거: 반독점법과 과점이론의 조화(3)

Gregory J. Werden · 이상승 譯

### II. 합의의 정의와 입증에 관한 서면법 제 1조 판례법

#### C. “추가 요소(plus factors)”와 “자신의 이익에 반하는 행동(action contrary to self-interest)”

Theatre Enterprises 판결이 있기 얼마 전, 판례법은 합의의 추론이 뒷받침되기 위해서는 유사가격책정 또는 기타 동조행위를 넘어서는 무언가가 제시되어야만 한다는 것을 제시하고, 이를 “추가 요소(plus factors)”라는 용어로 표현하였다. 이 용어는 가격담합에 대해 형사적 유죄판결을 내린 하급심 판결을 유지했던 1952년 C-O-

Two 사건의 제9항소법원 판결에서 소개되었다.<sup>115)</sup> 당해 법원은, “각각 따로 입증될 때 기소 내용이 합리적 의심이 들지 않을 만큼 진실이라는 결론을 직접적으로 입증하지는 않지만, 통합하여 제대로 볼 때 그와 같은 결론이 날 수 밖에 없는 ‘추가 요소’”에 의존했다.<sup>116)</sup> 추가 요소로는 “가격에 대해 논의하고 동의”할 기회를 제공하는 모임들, 도착지 기준 가격책정제도(system of delivered pricing)의 사용, “공공기관에의 동일한 입찰가 제출”, 그리고 “공급과잉시의 가격인상”을 인용하였다.<sup>117)</sup> 이로서 합의의 추론이 뒷받침되기 위해 필요한 추가 요소의 내용은 확립되었다.<sup>118)</sup> 하지만 C-O-Two 판결 이후 30년 동안 이

\* 본 번역문은 ANTITRUST LAW JOURNAL Volume 71 Issue 3, 2004에 게재된 원문을 기고자로부터 번역 허락을 받아 서울대 이상승 교수에게 번역을 의뢰한 것으로서 경쟁저널 제114호(2005. 2)에 이어지는 글이다.

115) C-O-Two Fire Equip. Co. v. United States, 197 F.2d 489 (제9항소법원 1952년).

116) 상동 493쪽.

117) 상동 493, 496-97쪽.

118) Williamson Oil Co. v. Philip Morris USA, 346 F.3d 1287, 1301 (제11항소법원 2003년) (“우리는 가격담합 소송에

러한 추가 요소가 사용된 적은 거의 없다.<sup>119)</sup>

“‘추가 요소’라는 세련되지 않은 용어는, 동조행위가 공모행위에 해당된다는 것을 밝히기 위한 필요조건으로서 증명되어야 하는 추가적 사실 또는 요소를 가리키는 것에 불과하다.”<sup>120)</sup> 한 법원은 다음과 같은 유용한 설명을 하였다: “의식적 동조행위는 그로부터 합의를 추론할 수 있는 정황증거이긴 하나 (동조행위가 일어난 상황에 비추어 볼

때 그 행위가 합의의 결과라는 추론보다 합리적이고 독립적인 선택이었다는 추론을 하는 것이 덜 타당하지 않는 한) 추가적인 요소가 없이는 합의의 증거가 되기에 부족하다.”<sup>121)</sup>

특히, 공모행위 용의자들 간의 의사소통과 관련된 몇몇 추가 요소들은, 비록 경제적 분석에 근거한 것이 아니더라도 합의의 추론을 뒷받침할 수 있다.<sup>122)</sup> “반독점법은 또한, 행위의 일치(uniformity)가 차

서의 원고가, 자신들의 증거를 애매한 영역에서 끌어내어 의식적 동조행위가 아닌 공모의 증거로 제시할 수 있도록 하는 ‘추가 요소’의 존재를 입증해야만 하는 테스트를 고안했다”); *Todd v. Exxon Corp.*, 275 F.3d 191, 198 (제2항소법원 2001년) (“수평적 가격담합은 의식적 동조행위에서 추론될 수 있는데, 그 조건은 의식적 동조행위와 같은 상호의존적 행동이 정황적 증거와 추가 요소에 의해 뒷받침될 때이다...”); *Blomkest Fertilizer, Inc. v. Potash Corp. of Sask.*, 203 F.3d 1028, 1033 (제8항소법원 2000년) (전원재판부 판결) (“일정한 ‘추가 요소’가 존재할 때에만 의식적 행위의 동조로부터 합의가 적절히 추론된다”); *In re Citric Acid Litig.*, 191 F.3d 1090, 1102 (제9항소법원 1999년) (“유사가격책정(parallel pricing)은 증거 전체와 함께 고려해야 할 관련 요소이다. 만약 다른 충분한 ‘추가’ 요소들이 있다면, 공모 합의를 추론하는 것은 타당하다”); *Mitchael v. Intracorp, Inc.*, 179 F.3d 847, 859 (제10항소법원 1999년) (“법원은 ‘추가 요소’를 요구하는데, 이는 ‘동조행위가 공모행위에 해당한다는 판결의 선행조건으로 입증되기 위해 필요한 추가적 사실들이나 요소들을 말한다”); *In re Baby Food Antitrust Litig.*, 166 F.3d 112, 122 (제3항소법원 1999년) (법원은 “피고의 유사가격책정의 증거가 ‘추가 요소’를 포함할 것을 요구한다”); *Wallace v. Bank of Bartlett*, 55 F.3d 1166, 1168 (제6항소법원 1995년) (“유사가격책정만으로는 서면법 위반만을 입증하지 못한다. 법원은 ‘추가 요소’라는 추가적 증거를 요구한다...”) (인용 생략); *Reserve Supply Corp. v. Owens-Corning Fiberglas Corp.*, 971 F.2d 37, 51 (제7항소법원 1992년) (“‘추가 요소’가 없는 동조행위(parallel behavior)만으로는 서면법 위반을 입증하기에 충분하지 못하다”) (*Quality Auto Body, Inc. v. Allstate Ins. Co.*, 660 F.2d 1195, 1201 (제7항소법원 1981년) 인용).

119) C-O-Two 판결 이후의 30년 동안 몇몇 판결에서만 ‘추가 요소(plus factor)’를 사용했다: *Del. Valley Marine Supply Co. v. Am. Tobacco Co.*, 297 F.2d 199, 205-06 n.19 (제3항소법원 1961년) *FTC v. Lukens Steel Co.*, 454 F. Supp. 1182, 1190-91 (D.D.C. 1978) *Harlem River Consumers Coop., Inc. v. Associated Grocers of Harlem, Inc.*, 408 F. Supp. 1251, 1278 (S.D.N.Y. 1976). “추가 요소”가 차후 유명하게 된 것에는 아마도 LAWRENCE A. SULLIVAN, *HANDBOOK OF THE LAW OF ANTITRUST* 317-19 (1977)에서 추가 요소를 논의한 것이 기여한 듯하다.

120) 6 AREEDA & HOVENKAMP, 상기각주 62, ¶1433e, 240쪽 accord *Williamson Oil Co.*, 346 F.3d 1301쪽 (“개별 행동의 가능성을 배제할 여지가 큰 것은 어떤 것이건 모두 ‘추가 요소’로 볼 수 있다”) (원본 변경) (*City of Tuscaloosa v. Harcros Chems., Inc.*, 158 F.3d 548, 571 n.35 (제11항소법원 1998년) 인용); 또한 *Jonathan B. Baker, Identifying Horizontal Price Fixing in the Electronic Marketplace*, 65 ANTITRUST L.J. 41, 48 (1996) (“추가 요소들은 당사자들이 협상의 과정과 서로의 확신을 확인했다는 증거이다...”) 참고.

121) *Bogossian v. Gulf Oil Corp.*, 561 F.2d 434, 446 (제3항소법원 1977년).

122) 이러한 사건에서도 경제전문가 증언은 일정 역할을 할 수도 있다. *Hays Gorey, Jr. & Henry A. Einhorn, The Use and Misuse of Economic Evidence in Horizontal Price-Fixing Cases*, 12 J. CONTEMP. L. 1 (1986) 참고.

후 바람직할 수 있다는 뜻을 함축하는 대화가 선행하거나, 각 경쟁자가 독립적 의사결정을 하지 않았다는 사실을 가리켜주는 기타 행위가 있을 경우, 경쟁사업자들 간의 일치된 행위 자체만으로도 판사와 배심원에게 반독점법 위반 판정을 내릴 수 있도록 때로는 허용한다.”<sup>123)</sup> 위에서 논의된 한 사례는 American Column 사건이다.<sup>124)</sup> 또한, ‘합리적 의심을 넘어서는 입증(proof beyond a reasonable doubt)’이라는 형법상의 기준을 만족할 만큼 합의의 추론이 충분히 설득력 있었던 잘 알려진 두 사건도 있다.

Foley는 부동산 중개수수료 담합사건이었다. 주요 부동산 중개업자들의 저녁 모임에서, Foley는 자신의 회사가 중개수수료를 6%에서 7%로 상향조정한다고 발표하였다. 이에 따라 수수료 비율의 조정에 대한 논의가 일어났는데, 다른 중개업자들이 수수료 인상에 동참할 의도를 표명했는지 여부에 대해서는 상반되는 증언이 있었다. 그 이후, 특정 기업들이 이러한 ‘합의’를 준수하고 있는가와 같은 문제에 대한 많은 논의가 있었고, 이후 몇 달에 걸쳐 많은 중개사들이 7%의 수수료

비율을 책정하였다.<sup>125)</sup>

Champion International 사건은 산림청(Forest Service) 목재 경매에서의 입찰담합(bid rigging) 사건이었다. 피고들은 회동하여 각자가 어떤 구역을 가장 원하는지에 대해 논의하였지만, 그 내용에는 그들이 구역을 할당했다는 어떤 증거도 없었다. 하지만 법원은 회동이 일어났다는 사실과 이후의 입찰 형태가 시장 할당(market allocation)과 합치한다는 증거로부터 합의를 추론하였다.<sup>126)</sup>

합의의 추론은, 시장 상황에 대한 일반적 대응이라고는 설명할 수 없는 동일한 행동을 경쟁자들이 동시에 취할 경우 특히 설득력을 가질 수 있다. American Tobacco 사건<sup>127)</sup>에서의 담배가격 인상과, Interstate Circuit 사건<sup>128)</sup>에서의 영화상영업자의 제안에 대한 동일한 반응이 그 예가 될 수 있다. 그러나 아무런 추가적 사항도 없이 곧바로 합의를 추론할 만큼 동조행위를 특별한 것으로 간주한 판결은 거의 없다.<sup>129)</sup> 제9항소법원이 Petroleum Products Antitrust Litigation

123) *Brown v. Pro Football, Inc.*, 518 U.S. 231, 241 (1996) (인용 생략); *Taxi Weekly, Inc. v. Metro. Taxicab Bd. of Trade, Inc.*, 539 F.2d 907, 911-12 (제2항소법원 1976년) (회동 이후 즉시 거의 동시적인 행동이 발생한 경우 공동의 거래거절(group boycott) 평결을 할 수 있음) 참고.

124) 상기가주 75-77과 관련 본문 참고.

125) *United States v. Foley*, 598 F.2d 1323, 1327, 1332 (제4항소법원 1979년).

126) *United States v. Champion Int'l Corp.*, 1975-2 Trade Cas. (CCH) ¶60,453 (D. Or. 1975), *aff'd*, 557 F.2d 1270 (제9항소법원 1977년).

127) 상기가주 97-99와 관련 본문 참고.

128) 상기가주 81-83과 관련 본문 참고.

129) 그러한 얼마 되지 않는 사건들 중 하나가 *Ball v. Paramount Pictures, Inc.*, 169 F.2d 317, 321 (제3항소법원 1948년)일

사건에서 행한 추론은 설득력이 부족하다. 이 사건에서는, 비록 가격변화의 형태가 단순한 독립적 행위와 합치한다고 밝혀졌음에도 불구하고, 피고들이 가격변화를 언론에 공포하거나 모든 이들이 읽을 수 있는 곳에 게시하였다는 이유만으로 합의를 추론하였다.<sup>130)</sup>

추가 요소의 두 번째 유형은 “자신의 이익에 반하는 행동(action contrary to self-interest)”이다.<sup>131)</sup> 어떤 합리적 경제인도 자신의 이익에 반하는 행동을 하지 않고, “가격담합 공모는 그것이 성공적으로 실행될 경우 명백하게도 공모자들의 집단적 자기이익과 합치”하기 때문에, 이 추가 요

것이다(“재판기록은 피항소인들의 행동을 단순한 우연으로 받아들일 납득할만한 근거를 제시하지 못했기 때문에”, 원고가 제안한 조건(이 조건은 피고에게 이익이 되었을 것이다)에 대한 일률적 거절로부터 합의를 추론할 수 있다). *Coleman v. Cannon Oil Co.*, 849 F. Supp. 1458, 1466-67 (M.D. Ala. 1993) 판결은 위와 같은 추론을 기각시켰다(“가격책정의 유사성의 정도가 지나쳐 우연한 것이라기 보다는 의식적 합의에 의한 결과라고 할 수 밖에 없다”라고 원고들이 주장한 가격책정에서의 유사성(parallelism in pricing)은 “상호의존적인 의식적 동조행위(interdependent conscious parallelism)”로 설명할 수 있다. 단, 다른 이유로 합의가 있었다고 판사하였다.

130) *In re Coordinated Pretrial Proceedings in Petroleum Prods. Antitrust Litig.*, 906 F.2d 432, 441-50 (제9항소법원 1990년). 가격정보를 교환하기로 한 합의가 없었다면 가격정보를 공표하는 것이 사업에 도움이 되지 않는다는 스스로의 분석에 입각하여 법원은 합의를 추론하였다. 이러한 분석과 합의 추론 둘 다 근거가 의심스럽다.

131) 예를 들어, *Williamson Oil Co. v. Philip Morris USA*, 346 F.3d 1287, 1310 (제11항소법원 2003년) (“행위자의 자기 이익에 반하는 행동은, 가격담합 사건에서 약식기각판결 신청을 반대하는 원고의 입증책임을 충족시키기에 충분한 추가 요소가 된다고 확립되었다”); *Re/Max Int'l, Inc. v. Realty One, Inc.*, 173 F.3d 995, 1009 (제6항소법원 1999년) (“독립적으로 취한 피고들의 행동이 그들의 경제적 자기이익에 반하리라는 사실이 입증되면 개별 행위의 가능성을 배제할 가능성이 증가한다”); *Merck-Medco Managed Care, LLC v. Rite Aid Corp.*, 1999-2 Trade Cas. (CCH) ¶72,640, 85,750쪽 (제4항소법원 1999년) (미발표, per curiam) (“공모의 혐의를 받고 있는 자의 경제적 이익에 반하는 행동의 증거는 공모를 입증하는 가장 강력한 추가 요소일 것이다”); *Petruzzi's IGA Supermarkets, Inc. v. Darling-Del. Co.*, 998 F.2d 1224, 1242 (제3항소법원 1993년) (“또한 원고는 피고들의 경제적 이익에 반하는 행동들을 제시해야만 한다...”); *Bolt v. Halifax Hosp. Med. Ctr.*, 891 F.2d 810, 826 (제11항소법원 1990년) (“원고가 피고 각자가 자신의 경제적 자기이익에 반한 동조행위를 하였다는 것을 입증하지 않는 한, 의식적 동조행위의 증거는 공모의 추론을 허용하지 않는다”); *Apex Oil Co. v. DiMauro*, 822 F.2d 246, 254 (제2항소법원 1987년) (“공모자들의 개별적, 경제적 이익에 명백히 반하는 행위가 입증되면 독립적 동조행위의 가능성을 배제할 여지가 증가할 수 있다”) (*Modern Home Inst., Inc. v. Hartford Accident & Indem. Co.*, 513 F.2d 102, 111 (제2항소법원 1975년) 인용); *Wilcox v. First Interstate Bank of Or., N.A.*, 815 F.2d 522, 527 (제9항소법원 1987년) (“각 공모자가 동조행위를 함으로써 자신의 이익에 반하게 행동했다는 사실이 또한 증명된다면, 의식적 동조행위로부터 합의를 추론해낼 수도 있다”); *Royal Drug Co. v. Group Life & Health Ins. Co.*, 737 F.2d 1433, 1437 (제5항소법원 1984년) (“의식적 동조행위 이론(the theory of 'conscious parallelism')에 의존하는 원고는, 피고들의 행동이 경제적 자기이익에 반하는 것이어서 신의원칙에 입각한 경영 판단(a good faith business judgment)이 아니다”는 사실을 보여야만 한다) (마지막 구절은 *Pan-Islamic Trade Corp. v. Exxon Corp.*, 632 F.2d 539, 559 (제5항소법원 1980년)로부터의 인용임); *Kreuzer v. Am. Acad. of Periodontology*, 735 F.2d 1479, 1488 (D.C. Cir. 1984) (합의의 추론은 “기소된 공모자가 자신의 개별이익에 반하는 행동을 했을 때에만 도출해낼 수 있다”); *Admiral Theatre Corp. v. Douglas Theatre Co.*, 585 F.2d 877, 884 (제8항소법원 1978년) (“동조행위가 일어났다는 사실만으로 합의가 추론될 수 있는 경우는, 동조행위 형태가 피고들이 독립적으로 행동한다고 할 때의 개별적인 자기이익과 합치하지 않을 경우에 국한된다”); *Venzie Corp. v. U.S. Mineral Prods. Co.*, 521 F.2d 1309, 1314 (제3항소법원 1975년) (“자신의 경제적 이익에 반하는 행동이 없다는 것은 의식적 동조행위를 ‘의미 없는’ 것으로 만든다...”).

소는 명백히 잘못 붙여진 이름이다.<sup>132)</sup> 이 표현으로써 법원이 나타내고자 하는 의미는, “공동행위의 가설(hypothesis of joint action)하에서가 아니고서는 피고가 자신의 이익과 합치되지 않을 방식의 행동을 하였다”는 것이다.<sup>133)</sup> Posner 판사가 설명한 것처럼,

[피고들의] 행위가, 각 피고가 공동행동방침이 아닌 개인적 행동방침에 입각했다는 가설보다 담합의 가설하에서 보다 잘 설명된다는, 달리 표현하자면 각 피고가 경쟁자들과 경쟁하지 않기로 한 합의를 통해 시장지배력의 창출 또는 확대를 모색한 것이 아니라, 단순히 기존에 갖고 있던 시장지배력을 이용한 것이라는, 경제적 성격의 정황증거가 있다면<sup>134)</sup>

합의가 입증될 수 있다.

“자신의 이익에 반하는 행동” 이론의 한 형태는, 모든 경쟁사업자가 한 사람도 빠짐없이 동조행위를 준수하지 않는 한 그 행위가 각자의 단독이익에 반할 경우, 이로부터 합의를 추론하는 것이다. 연방대법원은 Interstate Circuit 사건에서 위의 추론이 해당된다고 판시했다.<sup>135)</sup> Toys “R” Us 사건에 대한 최근 제7항소법원의 판결 또한 그러한 추론을 바탕으로 한 것이다.<sup>136)</sup>

“공모의 동기(motive to conspire)”, 즉 합의로부터 피고들이 이익을 얻을 것이라는 사실은 가끔 추가 요소로 제시된다.<sup>137)</sup> 하지만 공모의 동기가 없다는 사실은 공모가 있다는 가설의 강력한 반증이 되기 때문에, “차감 요소(minus factor)”로

132) City of Tuscaloosa v. Harcros Chems., Inc., 158 F.3d 548, 570 n.33 (제11항소법원 1998년).

133) Ill. Corp. Travel, Inc. v. Am. Airlines, Inc., 806 F.2d 722, 726 (제7항소법원 1986년) (Easter-brook, J.); 또한 City of Tuscaloosa, 158 F.3d 570쪽 n.33 참고 (이 맥락에서 자기이익(self-interest)은 “피고가 혼자 행동한다고 가정했을 때 피고의 합법적, 경제적 자기이익이 무엇일 것인가를 말한다”).

134) In re Brand Name Prescription Drugs Antitrust Litig., 186 F.3d 781, 785 (제7항소법원 1999년).

135) 상기각주 83-85와 관련 본문 참고. 또한 Bolt, 891 F.2d 826-27쪽 참고 (“원고는, 피고가 다른 피고들로부터 자신들도 똑같은 행동을 취했다는 확인을 받지 않는 한, 제안된 행위에 참여할 경우 각 피고가 사업에 도움이 되지 않는 비합리적인 행동을 한 것이라고 입증해야만 한다”); City of Long Beach v. Standard Oil Co. of Cal., 872 F.2d 1401, 1407 (제9항소법원 1989년) (피고 각자가 “계획이 성공하기 위해서는 모든 업체가 참여하여야 함을 알았다”는 이유 등으로 피고 승소 약식판결을 파기 함); Barry v. Blue Cross of Cal., 805 F.2d 866, 869-70 (제9항소법원 1986년) (“계획을 성공적으로 실행하는 데는 협조가 필수적이었다”는 사실이 입증되지 않았다는 이유로 피고 승소 약식판결을 유지함).

136) Toys “R” Us, Inc. v. FTC, 221 F.3d 928, 935-36 (제7항소법원 2000년) (“장난감 제조업자가 TRU의 요구에 동의할 유일한 경우는 경쟁 제조업자들도 자신과 똑같이 하고 있다고 확인할 수 있을 때라는 증언”을 인용하고 “경쟁제조업자들도 똑같이 하고 있다고 확인할 수 있지” 않는 한 누구도 참여하지 않을 것이므로 합의를 추론함).

137) 한 예로, Blomkest Fertilizer, Inc. v. Potash Corp. of Sask., 203 F.3d 1028, 1043 (제8항소법원 2000년) (전원재 판부 판결) (“공모할 동기(motive to conspire)와 기업간 의사소통의 정도가 컸다는 사실은 공모를 가능케 하기 때문에 종종 ‘추가 요소’로 인용된다”); In re Baby Food Antitrust Litig., 166 F.3d 112, 132 (제3항소법원 1999년) (추가 요소 중의 하나는 피고들이 “자신들의 이윤을 증가시키기 위해 공모할 경제적 동기를 갖고 있었는가” 하는 것이다); Wallace v. Bank of Bartlett, 55 F.3d 1166, 1168 (제6항소법원 1995년) (“추가 요소’는 공모의 일반적 동기를 포함한다”) 참고.

보는 것이 보다 정확하다.<sup>138)</sup> 게다가 공모의 동기는 자신의 이익에 반하는 행동이 발생하기 위해서는 이미 전제되는 것이다. 왜냐하면 자신의 이익에 반하는 행동은 공동이익과 단독이익 간의 차이를 의미하며, 이는 곧 공모의 동기가 있다는 것을 의미하기 때문이다. 반면, 공모에 대한 동기가 존재한다고 하여 자신의 이익에 반하는 행동도 있는 것은 결코 아니다. 피고들이 경쟁자라고 이들의 공모가 경쟁의 범위를 축소하거나 정도를 약화시키기 위한 것이라면, 이 경우 일반적으로 공모의 동기가 존재한다.<sup>139)</sup> 비록 경제학자들이 공모의 동기에 관련해 증거능력이 있는 증언을 하더라도,<sup>140)</sup> 그 가능성은 본 논문에서는 논의하지 않는다.

드물게는, 담합조장행위(facilitating practices)의 사용도 추가 요소에 포함되어 왔다.<sup>141)</sup> 담합조장행위들은 주로 정보의 배포(dissemination of information)와 관련되어 있다. 이는 첫 번째 추가 요소에 포함되는 의사소통의 한 유형이다.<sup>142)</sup> 기타 담합조장행위에는 최우대 가격정책(best-price policies)과 같이 가격책정에 관한 구속력 있는 약속(pricing commitments)과, 출하점 가격책정(basing point pricing) 등이 포함된다.<sup>143)</sup> 이러한 행위에 대한 반독점법 학계의 논평<sup>144)</sup>은, “합의를 발견할 수 있는지의 쟁점에서 벗어나서” 법원이 금지할 수 있는 행위를 찾아내려는 노력의 일환으로 행위 자체

- 138) *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 596-97 (1986) (“동기가 부족하다는 것은 모호한 증거로부터 도출될 수 있는 허용 가능한 결론의 범위에 영향을 준다: 청원인(petitioners)들이 공모할 어떠한 경제적 동기도 없었고 청원인들의 행동을 다른 그럴듯한 이유로도 설명할 수 있다면, 그러한 행동으로부터 공모를 추론할 수 없다.”); *First Nat'l Bank of Ariz. v. Cities Serv. Co.*, 391 U.S. 253, 287 (1968) (공모의 동기가 없다는 것을 근거로 합의의 추론을 각하시킴) 참고. 공모의 동기가 없다고 해서 합의가 없다고 법적으로 입증되지는 않는데, 이는 판례법이 경제이론으로 합리화될 수 없는 합의의 개념을 수용하고 있기 때문이다.
- 139) *Cf. Minn. Ass'n of Nurse Anesthetists v. Unity Hosp.*, 208 F.3d 655, 660 (제8항소법원 2000년) (“서로 경쟁하지 않는 병원들은 ‘공모’ 할 동기가 없다.”).
- 140) 한 예로, *Baby Food Antitrust Litig.*, 166 F.3d 134쪽 참고 (경제전문가의 증언은 주로 공모의 동기가 있었다는 내용이었다).
- 141) *Todd v. Exxon Corp.*, 275 F.3d 191, 198 (제2항소법원 2001년).
- 142) 연방대법원은 정보교환 그 자체가 셔먼법 제1조를 위반할 수 있다고 판시해 왔다. *United States v. U.S. Gypsum Co.*, 438 U.S. 422, 457-59 (1978) *United States v. Container Corp. of Am.*, 393 U.S. 333, 334-35 (1969) 참고. 그러나 Posner 교수는 정보교환 그 자체는 위법한 것이 아니라 오히려 가격담합 합의가 있었다는 정황 증거로 취급해야 한다고 주장했다. Richard A. Posner, *Information and Antitrust: Reflections on the Gypsum and Engineers Decisions*, 67 *GEO. L.J.* 1187 (1979) 참고.
- 143) 이러한 관행이 경쟁에 미치는 효과에 관해서는, Thomas E. Cooper, *Most-Favored-Customer Pricing and Tacit Collusion*, 17 *RAND J. ECON.* 377 (1986); George A. Hay, *Facilitating Practices: The Ethyl Case*, in *THE ANTITRUST REVOLUTION* 182 (John E. Kwoka, Jr. & Lawrence J. White eds., 3d ed. 1998); Charles A. Holt & David T. Scheffman, *Facilitating Practices: The Effects of Advance Notice and Best-Price Policies*, 18 *RAND J. ECON.* 203 (1987); William S. Neilson & Harold Winter, *Bilateral Most-Favored-Customer Pricing and Collusion*, 24 *RAND J. ECON.* 147 (1993); Steven C. Salop, *Practices that (Credibly) Facilitate Oligopoly Co-Ordination*, in *NEW DEVELOPMENTS IN THE ANALYSIS OF MARKET STRUCTURE* 265 (Joseph E. Stiglitz & G. Frank Mathewson eds., 1986); Michael G. Vita, *Fifteen Years After Ethyl: The*

의 합법성에 초점을 맞춰왔다.<sup>145)</sup>

#### D. 약식기각판결의 기준과 최근 사건에서의 적용

최근, 약식기각판결은 합의의 추론과 관련된 소송에서 원고들에게 주된 장애물이 되었다. 이는 수직적 합의의 존재에 대한 지시 평결(directed verdict) 신청이 있었던 Monsanto 사건에서부터 시작되었다. 연방대법원은 다음과 같이 판시하였다:

제기업자와 계약이 해지되지 않은 판매상이 독립적으로 행동하였다는 가능성을 배제하는 증거가 반드시 있어야 한다 ... 반독점 소송의 원고는, 제기업자와 다른 이들이 "위법한 목적

을 달성하기 위해 설계된 공동계획에 대한 의식적 참가를 하였음"을 입증하는 직접적 증거 또는 정황증거를 제시하여야 한다.<sup>146)</sup>

비록 대법원은 수직적 합의를 다루었으나, 일반적으로 항소법원들은 수평적 합의 사건에도 Monsanto 테스트를 적용한다.<sup>147)</sup> 2년 후의 Matsushita 사건에서 대법원의 분석은 몇 가지 이유에서 더욱 의의가 크다.<sup>148)</sup> 이 사건은 수평적 합의에 관한 소송으로, 대법원은 일반적으로 "서면법 제1조의 사건에 있어 반독점법은 모호한 증거로부터의 허용 가능한 추론 범위를 제한한다"고 강조했다.<sup>149)</sup> 대법원은 Monsanto 판결이 "위법한 공모뿐 아니라 허용 가능한 경쟁적 상황하에서도 있을 법한 행위는 그 자체로는 반독점법상의 공모의 추론을 지지하지 않는다"고 해석하였

Past and Future of Facilitating Practices, 68 ANTITRUST L.J. 991 (2000) 참고.

144) 그 예로, Michael D. Blechman, Conscious Parallelism, Signalling and Facilitating Devices: The Problem of Tacit Collusion Under the Antitrust Laws, 24 N.Y.L. SCH. L. REV. 881 (1979); Donald S. Clark, Price-Fixing Without Collusion: An Antitrust Analysis of Facilitating Practices After Ethyl Corp., 1983 WISC. L. REV. 887; George A. Hay, The Meaning of "Agreement" Under the Sherman Act: Thoughts from the "Facilitating Practices" Experience, 16 REV. INDUS. ORG. 113 (2000); George A. Hay, Oligopoly, Shared Monopoly, and Antitrust Law, 67 CORNELL L. REV. 439 (1982) 참고.

145) Dennis A. Yao & Susan S. DeSanti, Game Theory and the Legal Analysis of Tacit Collusion, 38 ANTITRUST BULL. 113, 121 (1993); 또한 Peter C. Carstensen, Commentary: Reflections on Hay, Clark, and the Relationship of Economic Analysis and Policy to Rules of Antitrust Law, 1983 WISC. L. REV. 953 (이러한 논평이 합의의 존재에 초점을 맞추지 못했다고 비판) 참고.

146) Monsanto Co. v. Spray-Rite Serv. Corp., 465 U.S. 752, 764 (1984) (Edward J. Sweeney & Sons, Inc. v. Texaco, Inc., 637 F.2d 105, 111 (제3항소법원 1980년) 인용); 또한 Monsanto, 465 U.S. 768쪽(거의 동일한 진술) 참고.

147) 예를 들어, Blomkest Fertilizer, Inc. v. Potash Corp. of Sask., 203 F.3d 1028, 1032 (제8항소법원 2000년) (전원 재판부 판결); In re Citric Acid Litig., 191 F.3d 1090, 1094 (제9항소법원 1999년) In re Baby Food Antitrust Litig., 166 F.3d 112, 124 (제3항소법원 1999년) City of Tuscaloosa v. Harcros Chems., Inc., 158 F.3d 548, 570 (제11항소법원 1998년) 참고.

148) Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574 (1986).

149) 상동 588쪽. Matsushita 사건은 공동의 약탈적 가격책정(group predation)에 관한 것이었고, 대법원은 약탈적 가격책정을

고,<sup>150)</sup> 다음과 같이 판시하였다: 서면법 제1조 위반에 따른 손해배상을 요구하는 원고는 약식기각 판결이나 직접 평결에서 승소하기 위해서는 공모자들이 독립적으로 행동했다는 ‘가능성을 배제할 여지가 큰’ 증거를 제시해야만 한다.<sup>151)</sup> 사건을 환송하면서, 대법원은 더 나아가 항소법원이 “피고들이 공모하였다는 사실관계를 입증하는 충분히 명백한 증거가 있는지를 고려해야 한다”고 지시하였다.<sup>152)</sup>

독립된 행위의 “가능성을 배제할 여지가 큰” 증거를 제시하는 것을 원고의 입증책임으로 취급하는 데에는 명백한 어려움이 있다.<sup>153)</sup> 원고는 민사사건에서의 입증책임인 “증거의 우세 기준”(preponderance of the evidence standard)하에서는 독립된 행동의 가능성을 배제할 필요는 없다. 원고의 책임은 합의의 존재와 합치하는 증거

만이 아니라, “합리적인 사실관계 확인자(finder of fact)로 하여금 공모가 있었을 개연성이 없었을 개연성보다 더 크다고 … 결론짓게 하는” 증거를 제시하는 것이라고 보는 것이 민사사건의 입증기준과 증거 심사에 관한 소송절차와 부합한다.<sup>154)</sup>

최근 Posner 판사는 약식판결을 내림에 있어서 동조행위가 합의로부터 나온 것이라고 가정할 “선택적 이유나 직접적 증거가 없다면, 원고는 민사사건에서의 증거의 우세 기준에 입각해 개별적 극대화 행위 가설(the hypothesis of individual maximizing behavior)에 반박할 책임을 갖는다”고 판시하였다.<sup>155)</sup> 자신의 이익에 반하는 행동의 증거는 이러한 책임을 입증함에 충분하다. “공모가 없었다면 행위자 자신의 이익에 반하나 공모의 일부였다면 경제적인 이익이 되는 행동은, 독

잘못 추론하는 것은 “반독점법이 보호하고자 하는 치열한 경쟁에 찬물을 끼얹는다”고 설명하였다. 상동 594쪽. 그 결과, 제9항소법원은 “공모의 추론이 경쟁에 유익한 행위를 심각하게 방해하는” 상황에 Matsushita의 약식판결 기준을 적용하는 것을 초기에는 제한하였다. In re Coordinated Pretrial Proceedings in Petroleum Prods. Antitrust Litig., 906 F.2d 432, 440 (제9항소법원 1990년). 그러나 최근 제9항소법원은 이전의 판결 내용을 부수적 의견(dicta)으로 취급하여 왔다. Citric Acid Litig., 191 F.3d 1096쪽 참고.

150) Matsushita, 475 U.S. 588쪽; 또한 상동 597쪽 n.21 참고 (거의 동일한 내용).

151) 상동 588쪽(Monsanto, 465 U.S. 764쪽 인용).

152) 상동 597쪽.

153) Posner 판사는, 이러한 언어의 사용이 “원고의 입증 책임을 지나치게 높이는” 결과를 초래하여 “이 분야의 판례법 발전이 더디어 졌다”고 주장해왔다. POSNER, 상기각주 98-100쪽. Hovenkamp 교수는 많은 법원들이 Matsushita 판결을 잘못 이해해 왔다는 다소 다른 주장을 하였다. Herbert Hovenkamp, The Rationalization of Antitrust, 116 HARV. L. REV. 917, 925-26 (2003) (서평).

154) 2 Phillip E. Areeda, Herbert Hovenkamp & Roger D. Blair, Antitrust Law ¶308c, 87쪽 (제2판 2000년); accord Williamson Oil Co. v. Philip Morris USA, 346 F.3d 1287, 1300 (제11항소법원 2003년) (“의식적 동조행위보다 더 강하게 가격책정 공모의 존재를 뒷받침하지 못하는 증거만으로는 원고가 약식판결에서 승소하기에 충분하지 않다”).

155) In re Brand Name Prescription Drugs Antitrust Litig., 186 F.3d 781, 787-88 (제7항소법원 1999년); 또한 Super Sulky, Inc. v. U.S. Trotting Ass’n, 174 F.3d 733, 739 (제6항소법원 1999년) 참고 (원고측의 증거가 “공모행위와 일치할지는 모르지만, 행위가 독립적으로 이루어졌을 가능성을 배제하는 증거를 추가적으로 제시하지 못하면 공모행위와 일



립적 행위의 가능성을 배제하는데 필요한 '추가 요소' 증거의 중요한 유형이 된다."<sup>156)</sup>

1998년부터 항소법원들은 원고들이 주로 경제적 증거를 통해 경쟁자들 간의 합의가 존재했음을 입증하고자 하였던 일련의 소송에서 약식기각판결을 내릴지의 여부를 검토해 왔다. City of Tuscaloosa 사건이 그 중 가장 먼저 일어난 사건이었다.<sup>157)</sup> 다섯 개의 화학제품 회사는 39개의 Alabama 지방자치단체들에게 염소(chlorine)의 가격을 담합하여 판매해온 것으로 기소되었다. 지방법원은 원고가 제시한 대부분의 증거를 배척한 후 약식기각판결을 내렸다.<sup>158)</sup> 제11항소법원은 증거에 관한 판결 일부와 약식기각판결을 파기했는데, 후자는 원고 지방자치단체가 새로운 계약을 체결함에 있어 "기존 공급자의 재계약 비율이 높고 증가한다(high and rising incumbency rates)"는 증거에 힘입은 것이었다.<sup>159)</sup> 법원은 담합 없이는 그와 같이 "높은 재계약 비율이 나타날

가능성이 낮다"고 판시하였다.<sup>160)</sup> 법원의 논증은 불명확하고 불완전하였다. 지방법원은 높은 재계약 비율은 동일한 입찰가가 제시된 경우 기존 공급자와의 계약을 계속 유지했던 지방자치단체의 관행에 기인한 것이라 지적하였다.<sup>161)</sup> 그러므로 쟁점은 동일한 입찰가의 높은 빈도가 합의를 추론하는 근거가 되는가 하는 것이었으나, 동일한 입찰가를 단순한 유사가격책정으로부터 구분 짓는 명백한 논리적 근거는 없다.

Baby Food Antitrust Litigation 사건에서, 제3항소법원은 3대 유아식품 제조회사들이 가격담합을 했다는 주장에 대한 약식기각판결을 유지했다.<sup>162)</sup> 원고들은 가격정보교환이 일어났다는 증거에 크게 의존했으나, 법원은 "가격결정권이 없는 직원들이 우연히 만났을 때나 산업전시회에서 나는 단순한 '잡담(chit-chat)'"의 증거일 뿐이라고 판시했다.<sup>163)</sup> 또한 원고들은 4년간 유사가격책정을 해왔음을 드러내는 통계적 자료

치한다는 것을 입증하는 것만으로는 공모의 추론을 허용하기에 충분하지 않다") (Riverview Invs., Inc. v. Ottawa Cmty. Improvement Corp., 899 F.2d 474, 485 (제6항소법원 1990년) 인용).

156) Blomkest Fertilizer, Inc. v. Potash Corp. of Sask., 203 F.3d 1028, 1046 (제8항소법원 2000년) (Gibson, J. 소수 의견); 또한 상동 1044쪽 참고 (매우 유사한 의견).

157) City of Tuscaloosa v. Harcros Chems., Inc., 158 F.3d 548 (제11항소법원 1998년).

158) City of Tuscaloosa v. Harcros Chems., Inc., 877 F. Supp. 1504 (N.D. Ala. 1995), aff'd in part, vacated in part, rev'd in part, 158 F.3d 548 (제11항소법원 1998년).

159) 원고측 통계전문가는 공모 기간 이전에는 재계약비율이 50%였으나 공모 기간에는 90%까지 증가했음을 밝혔다. 상동 1516-17쪽. 지방법원은 기소되지 않은 다섯 개의 화학업체들이 동일한 입찰가를 제시한 결과 모두 계약을 체결했다는 사실을 언급하였고, "이 사건에서 입찰가가 동일하다는 증거는 공모가 없음을 강력히 암시하는 것으로 보아야 한다"고 결론지었다. 상동 1529쪽. 재계약비율이 원고들이 의존한 유일한 증거는 아니었다. 다른 증거에 대한 논의를 보려면, 상동 1514-16, 1526-27쪽 Blair, 상기각주 2, 43쪽 Blair & Herndon II, 상기각주 2, 19쪽 Blair & Herndon I, 상기각주 2, 823-27쪽을 참고하라.

160) City of Tuscaloosa, 158 F.3d 572-73쪽 참고.

161) City of Tuscaloosa, 877 F. Supp. 1517, 1529쪽 참고.

162) In re Baby Food Antitrust Litig., 166 F.3d 112 (제3항소법원 1999년).

에 의존하였으나, 법원은 유사행위가 단지 정기에  
만 나타났을 뿐 실제 거래가격은 서로 유사하게  
움직이지 않았다고 판시했다.<sup>164)</sup> 마지막으로 원고  
들은 “유아식품산업에 관해서는 전혀 아는 바 없  
지만” 합리적 공모 동기가 있었다고 결론지를 준  
비가 된 경제전문가에 의존하였다. 이 증거에 대  
해 항소법원은 “경쟁기업들이 가격담합을 하기 위  
해 공모했다고 결론짓기 위해서는 무언가가 더 필  
요하다”고 판시하였다.<sup>165)</sup> 항소법원은 이 사건에  
있어 유사가격책정조차 없었고 추가 요소는 더욱  
없었다고 보았다.

Re/Max 사건에서 제6항소법원은, 시장지배력  
을 보유한 부동산중개기업 두 곳이 Re/Max를 상  
대방으로 한 거래에서 중개인 간 수수료 배분의 조  
건에 대해 담합하기 위해 공모했다는 Re/Max의  
주장을 기각한 지방법원의 판결을 파기하였다.<sup>166)</sup>  
자신에게 속한 부동산 중개인들을 다른 기업에게  
빼앗기지 않기 위해 Re/Max는 중개인들로부터  
수수료의 반을 회사에 내도록 하는 시장지배적 기  
업들과는 달리, 중개인들에게 수수료를 모두 혹은  
거의 모두 가지도록 허용하였다. Re/Max는 시장  
지배적 기업들이 Re/Max를 중개인 모집 경쟁에  
서 불리하게 할 목적으로 이러한 “불리한 분배

(adverse splits)” 방침을 채택했다고 주장하였  
다.<sup>167)</sup> 원고측 경제전문가는 시장지배적기업 하나  
가 일방적으로 이 방침을 채택했다라면, Re/  
Max는 고객들을 그 방침을 따르지 않는 기업의  
중개하는 집으로 안내했을 것이라고 주장하였다.  
피고 승소 약식기각판결을 파기하면서, 제6항소  
법원은 “불리한 분배 방침이 두 피고 모두의 개별  
적인 경제적 이익과 합치하지 않을 것이라는 증  
거”가 있다고 보고 이 분석을 받아들였다.<sup>168)</sup> 비록  
법원의 판결문만으로 전문가의 분석을 평가하는  
것은 불가능하지만, Re/Max는 고객의 이익을  
추구해야 하는 의무가 있었으므로 고객의 이익을  
훼손시키면서 회사의 이익을 추구하는 방식으로  
고객들을 유도하지는 못했을 수도 있다.

Brand Name Prescription Drugs 사건에  
서, 소매약국들은 제약회사들이 소매약국들을 홀  
대하는 정교한 가격차별계획을 채택하기로 공모했  
다고 주장하였다. 배심재판 후 지방법원은 법적인  
입장에서 피고 승소 판결을 내렸고, Posner 판사  
는 제7항소법원에서 이 판결을 (대부분) 유지하였  
다.<sup>169)</sup> “원고들이 제시한 주요 경제적 증거는 유명  
제약회사 처방약들의 가격이 실제로 차별적으로  
책정되어 있었다는 사실”<sup>170)</sup>이었으나, Posner

163) 상동 124-26, 133, 137쪽.

164) 상동 128-30쪽.

165) 상동 134-35쪽.

166) *Re/Max Int'l, Inc. v. Realty One, Inc.*, 173 F.3d 995 (제6항소법원 1999년), rev g in part 924 F. Supp. 1474 (N.D. Ohio 1996).

167) *Re/Max*, 173 F.3d 1000-03쪽.

168) 상동 1009-11쪽.

169) *In re Brand Name Prescription Drugs Antitrust Litig.*, 186 F.3d 781 (제7항소법원 1999년) (Posner, C.J.), aff

판사는 가격차별이 현재 “쟁점이 되는 사항이 아니다”라는 입장을 취했다. 그는 각 제약회사가 “어느 정도의 시장지배력을 보유하고 있었으므로” 가격차별정책은 “개별적 이윤극대화를 위한 행동과 합치한다”고 하였으며, 또한 원고들이 실제의 가격차별이 합의의 산물이었다는 “어떠한 증거도 제공하지 못했다”고 설명했다.<sup>171)</sup> 이 사건은, 비경쟁적 행위(non-competitive performance)가 명백한 사실이었음에도 불구하고 제7항소법원이 피고들의 행위가 시장지배력의 개별적 행사로 충분히 설명될 수 없음을 가리키는 어떠한 증거도 원고가 제시하지 못했다는 판결을 내렸다는 점에서 중요성을 가진다.

Citric Acid 사건에서는 이미 피고들이 인정한 가격담합계획에 특정 사업자가 참여하였는지의 여부를 따지는 색다른 쟁점이 있었고, 제9항소법원은 피고 승소 약식각판결을 유지하였다.<sup>172)</sup> 그 과정에서 당해 법원은 이 사업자가 참여했는지의 여부를 추론하는 많은 독립적 논의들을 검토하

였는데, 이는 주로 의사소통의 증거와 관련된 것이었다. 이 사건에서 가장 주목할만한 것은 피고의 가격책정 및 생산설비 결정과 관련된 주장들이었다. 원고들은 피고가 본래 설비를 100% 증설하겠다고 공표한 후 실은 50%만을 증설한 사실이 담합 합의에 참가한 것을 의미한다고 주장했다. 제9항소법원은 50%만을 증설한 사실에 대해 피고가 제시한 사업상의 이유들을 받아들였고, “전략적 사업 결정(strategic business decisions)”에 대해 제3자가 의도를 짐작하려는 시도(second-guessing)의 위험에 대해 경고하였다.<sup>173)</sup> 왜 100%의 설비 증설을 하는 것이 피고의 개별적 이해와 부합했는지를 원고들이 설명하지 못한 것이 결정적인 요소로 작용했다. 원고들은 또한 피고가 시장점유율 증가를 포기하고 타사들의 가격수준에 순응하기 시작했다고 주장했다. 항소법원은 두 주장 모두가 충분한 사실근거를 갖지 못한다고 판시했다.<sup>174)</sup>

최근의 가장 주목할만한 사건은 아마도

g in part, rev'g in part, and remanding 1999-1 Trade Cas. (CCH) ¶172,446 (N.D. Ill. 1999). 항소법원은 재판에서 제시된 증거가 원고가 주장한 담합이론 중 하나는 지지한다고 판시하였다. 186 F.3d 788-89쪽 참고.

170) Brand Name Prescription Drugs, 186 F.3d 786쪽. 지방법원은 Daubert 기준에 따라 이 증언의 대부분을 배제하였거나 적어도 산업에 대한 불충분한 이해에 기반했다고 판시했다. In re Brand Name Prescription Drugs Antitrust Litig., 1999-1 Trade Cas. (CCH) ¶172,446, at 84,126-28 (N.D. Ill. 1999) 참고, aff'd in part, vacated in part, 186 F.3d 781 (제7항소법원 1999년) In re Brand Name Prescription Drugs Antitrust Litig., No. 94 C 897, 1996 WL 167350, at \*22-\*23 (N.D. Ill. Apr. 4, 1996), modified, Nos. 94 C 897, MDL 997, 1996 WL 351178 (N.D. Ill. June 24, 1996), and rev'd, 123 F.3d 599 (제7항소법원 1997년). 항소법원은 본문에서 밝힌 이유로 지방법원의 증언 배척이 잘못되었다고 판시하였다. Brand Name Prescription Drugs, 186 F.3d 786, 788쪽 참고.

171) 상동 786-88쪽.

172) In re Citric Acid Litig., 191 F.3d 1090 (제9항소법원 1999년), aff'g 996 F. Supp. 951 (N.D. Cal. 1998).

173) Citric Acid Litig., 191 F.3d 1100-01쪽.

174) 상동 1101-03쪽.

Blomkest Fertilizer 사건일 것이다. 이 사건에서 제8항소법원은 가격담합의 이유로 기소된 캐나다 국적의 포타슈(potash) 생산자들에 대한 약식기각판결을 유지하였다.<sup>175)</sup> 원고가 합의에 대한 충분한 증거를 제공하였는지에 대해 6:5로 전원재판부의 의견이 갈라졌다. 이러한 의견불일치의 핵심은 “가격확인(price verification)”의 증거를 어떻게 받아들일 것인가의 문제였다. 피고들은 종종 서로에게 전화를 걸어 실제로 특정 고객에게 특정한 가격을 매기고 있는지를 확인하였다. 다수의견은 이러한 의사소통이 “표면적으로는 협의가 없다”고 하였으나, 반대의견은 이것이 비밀리의 가격인하를 방지하기 위한 수단, 그러므로 개별적 행위의 가능성을 배제할 여지가 큰, 정확히 바로 그러한 종류의 증거로 보았다.<sup>176)</sup> 반대의견은 흥미로운 주장이긴 하나, 논리상 큰 흠이 있다. 우선, 방지해야 할 비밀리의 가격인하 자체가 없었을 지도 모른다. 이는 카르텔이 존재하지 않았고, 따라서 깨질 수 있는 담합 합의가 없었으며, 고로 비밀을 유지해야 할 이유가 없었기 때문이다. 두 번째, 만약 가격확인이 비밀리의 가격인하를 포착하기 위해 실행된 것이라면 어떻게 비밀이

새어나갈 수 있겠는가? 비밀리에 할인을 받은 고객들은 아무에게나 이것을 말하지 않을 것이다. 그리고 만약 전화를 건 이들이 비밀리의 가격인하에 대한 불분명한 의심만을 품고 있다면, 가격인하를 한 측에서 왜 굳이 그것을 고백하겠는가? 그러므로 가격확인 은 비밀리의 가격인하를 방지하는 것 이외의 다른 어떤 목적을 가지고 있었을 것이라고 보는 것이 더욱 합당하다.<sup>177)</sup>

또한, 다수의견과 반대의견을 제시한 판사들은 덤핑과 이의 “정지 합의(Suspension Agreement)”의 중요성에 대해서도 다르게 평가하였다 (정지 합의가 가격의 상당한 인상을 초래했음에 대해서는 모두 동의하였다). 반대의견은 정지 합의에서 정한 이상으로 가격이 인상되었음을 보이는 원고측 경제전문가의 계량경제적 분석이 설득력 있다고 판단한 반면, 다수는 이 계량경제적 분석이 덤핑은 물론 가장 규모가 큰 피고의 사업계획의 중대한 조정을 고려하지 않기 때문에 아무런 가치가 없다고 판단하였다.<sup>178)</sup>

마찬가지로 특별히 흥미로운 판결은 High

175) Blomkest Fertilizer, Inc. v. Potash Corp. of Sask., 203 F.3d 1028 (제8항소법원 2000년) (전원재판부 판결), aff'g In re Potash Antitrust Litig., 954 F. Supp. 1334 (D. Minn. 1997). 파기된 배심원 의견은 176 F.3d 1055 (제8항소법원 1999년)에 나와있다.

176) Blomkest Fertilizer, 203 F.3d 1033-35쪽 (전원재판부 다수의견); 상동 1041, 1045-50쪽 (Gibson, J. 소수의견).

177) 가격확인 은 경쟁기업과 같은 수준의 가격을 제시하는 것을 구매자들이 기대하거나 계약상 요구될 때, 구매자들의 사기를 방지하기 위해 사용되었다. 상당히 많은 가격확인을 야기한, 천연가스산업에서의 최혜국 협약(most-favored-nation contracts)의 사용에 대해서는, Keith J. Crocker & Thomas P. Lyon, What Do “Facilitating Practices” Facilitate? An Empirical Investigation of Most-Favored-Nation Clauses in Natural Gas Contracts, 37 J.L. & ECON. 297 (1994); R. Glenn Hubbard & Robert J. Weiner, Efficient Contracting and Market Power: Evidence from the U.S. Natural Gas Industry, 34 J.L. & ECON. 25 (1991)를 참고하라.

178) Blomkest Fertilizer, 203 F.3d 1037-38쪽, 상동 1051-52쪽 참고(Gibson, J. 소수의견).

Fructose Corn Syrup 사건에서 Posner 판사가 내린 약식기각판결 파기 결정이다.<sup>179)</sup> 그는 “피고들이 사실상 경쟁하고 있지 않았다는 경제적 증거”, 즉 “시장의 구조상 비밀스런 가격담합이 가능하였고 시장이 비경쟁적 행태를 보였다는 증거”로부터 “합의의 존재를 추론할 수 있다”고 설명하였다.<sup>180)</sup> 여기에서는 시장이 비경쟁적 행태를 보였다는 증거가 주요 관심거리가 된다. Posner 판사는 1, 2위 기업의 HFCS 가격이 9:10 비율로 변화한 사실에 중요한 시사점이 있다고 보았다. Posner 판사는 그러한 가격변화를 납득시킬만한 어떠한 설명도 피고들이 제시하지 않았고, 가격비율이 완전경쟁의 조건과 부합하지 않는다고 실시하였다.<sup>181)</sup> Posner 판사가 마찬가지로 상황이 비협조적 과점의 경우에도 일어날 것인지를 고려하지 않고, 관찰된 가격책정이 완전경쟁보다 독점과 보다 일치하느냐를 따지는 것을 명백히 무의미하다고 여기며, 유일한 기준으로 완전경쟁 모형만을 사용하였다는 사실은 주목할 만하다.<sup>182)</sup> 또한

Posner 판사는 산업의 성장에도 불구하고 시장 점유율이 안정적이었던 사실은 중요하다고 판단하였다.<sup>183)</sup> 그리고 상반되는 증언에도 불구하고 Posner 판사는, 원고측 경제전문가가 공모기간에 HFCS의 가격이 시장 상황(market forces)으로 설명 가능한 것보다 더 높았음을 보이기 위해 실행했던 회귀분석을 어느 정도 중요시하였다.<sup>184)</sup> 약식기각판결에 대한 Posner 판사의 접근 방식은 Blomkest Fertilizer 사건에서의 다수 의견보다 반대의견과 훨씬 더 합치하는 바, 이는 합의의 추론에 대한 제7항소법원의 기준이 다른 항소법원보다 상당히 낮음을 시사한다.<sup>185)</sup>

흥미를 끌만한 가장 최근 사건은 Williamson Oil이다. 이 사건에서 제11항소법원은 담배도매업자들이 제기한 집단소송에서 피고 담배제조업자들에 대한 약식기각판결을 유지하였다.<sup>186)</sup> 원고들은, 시장의 선도기업 Phillip Morris에 의한 큰 폭의 가격인하와 함께 가격담합이 시작되었고

179) In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litig., 295 F.3d 651 (제7항소법원 2002), cert. denied, 123 S. Ct. 1251, and cert. denied, 123 S. Ct. 1253, and cert. denied, 123 S. Ct. 1254 (2003), rev'g 156 F. Supp. 2d 1017 (C.D. Ill. 2001).

180) High Fructose Corn Syrup, 295 F.3d 654-55쪽. 또한 Posner 판사는 “비밀이긴 하나 명시적인 가격담합 합의의 존재를 강력하게 암시하는” 다른 증거를 찾아냈다. 상동 663쪽.

181) 상동 658-59쪽 참고.

182) Posner 판사가 독점과 합치하지 않는 행위로부터 합의를 추론한 연방대법원의 판결을 비판하였기에 이는 특히 주목할만하다. POSNER, 상기각주 98, 90쪽 참고.

183) High Fructose Corn Syrup, 295 F.3d 659-60쪽 참고.

184) 상동 660-61쪽 참고.

185) Hovenkamp, 상기각주 153, 926쪽 참고. David L. Meyer, The Seventh Circuit's High Fructose Corn Syrup Decision—Sweet for Plaintiffs, Sticky for Defendants, ANTITRUST, 2002년 가을, 67쪽. 그러나 Kenneth Glazer, Easy Facts Make Good Law: A Response to David Meyer's Article on the High Fructose Corn Syrup Decision, ANTITRUST, 2003년 여름, 90쪽 참고.

186) Williamson Oil Co. v. Philip Morris USA, 346 F.3d 1287 (제11항소법원 2003년), aff'g Holiday Wholesale Grocery Co. v. Philip Morris, Inc., 231 F. Supp. 2d 1253 (N.D. Ga. 2002).

이는 고가 브랜드와 할인 브랜드간의 가격차이를 좁히고 산업의 가격구조를 단순화시켰다고 주장하였다. 비록 상당기간 동안 가격이 이전보다 낮은 수준에서 유지되었지만, Phillip Morris의 경쟁사들은 이러한 가격책정행위 뿐 아니라 차후의 가격인상 또한 따랐다.<sup>187)</sup> 원고들이 제시한 증거의 미약함을 볼 때 제11항소법원이 원심판결을 유지하는 것은 옳았지만, 논증의 일부는 문제가 있다. 법원은 과점기업들은 합의 없이도 가격을 조정하기 때문에, 피고들간의 의사소통이 가격조정(pricing coordination)을 촉진했다는 증거만으로는 약식기각판결을 뒤집기에는 충분하지 못하다는 입장을 취한 듯 하다. 법원은 “과점상황에서의 전형적으로 발생하는 합리적이고 합법적인 유사한 가격책정”이 합의의 존재를 의미하지 않는 것처럼, 가격책정에 대한 공개적 천명 또한 합의

의 존재를 의미하지 않는다고 판시하였다.<sup>188)</sup> 또한 법원은 할인 브랜드를 판매하는 주요 담배제조업자들이 가격차이를 다시 벌리지 않은 것에 대해서도 어떠한 합의의 징후도 없었다고 판시하였다. 이는 Philip Morris가 “자사가 원하는 가격차이를 유지하기 위해 적극적인 조치를 취할 것이라는 명확한 의사”를 전달하였기 때문이다.<sup>189)</sup> 달리 본다면, 법원은 또한 Posner 판사가 원고들에게 요구할 것보다 더 많은 것을 요구한 듯 보인다. 예를 들어, 법원은 특정한 정보교환이 “공모가 준수되는지 여부를 더 잘 감시할 수 있는 수단”이었음이 “그럴 듯(plausible)”함에도 불구하고 이에 대해 다른 “그럴 듯한” 설명도 가능했기 때문에 정보교환은 추가 요소가 되지 않는다고 판시하였다.<sup>190)</sup>

#### 경쟁저널

187) Williamson Oil Co. v. Philip Morris USA, 346 F.3d 1287 (제11항소법원 2003년), aff'g Holiday Wholesale Grocery Co. v. Philip Morris, Inc., 231 F. Supp. 2d 1253 (N.D. Ga. 2002).

188) 상동 1307쪽.

189) 상동 1311쪽.

190) 상동 1313쪽.