

공정거래법상 합의추정제도의 개선방안에 대하여¹⁾

홍미경 | 한국공정경쟁연합회 준법지원실 실장

1. 합의추정제도의 문제점

1. 서언

공정거래법은 부당공동행위에 대한 합의입증의 곤란을 회피하고 부당공모에 대한 효율적인 규제를 위하여 공정거래법 제19조제5항에 일정한 경우에 합의를 추정할 수 있는 규정을 두고 있다. 즉, 2 이상의 사업자가 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 공정거래법 제19조제1항 각호의 1에 해당하는 행위를 하고 있는 경우 동 사업자 간에 그러한 행위를 할 것을 약정한 명시적인 합의가 없는 경우에도 부당한 공동행위를 하고 있는 것으로 추정한다.

이러한 추정규정은 동 규정의 법적 성질이 법률상 추정규정인지 아니면 사실상 추정을 법규화 한 것인지, 추정의 대상이 합의의 존재(공동성)인지, 공동행위의 존재인지, 더 나아가 부당한 공동행위(부당성 또는 위법성)인지, 추정요건에 행위의 외형상 일치만 포함되는지 아니면 실질적 경쟁제한성도 포함되는지 아니면 정황증거나 추가적 요소도 포함되는지, 이 때 실질적 경쟁제한성의 의미는 무엇인지 등에 대해 다툼이 있다.

대법원은 동서식품 및 한국네슬레의 부당공동행위 판결에서, 법 제19조제5항의 입법취지는 “공정위가 부당한 공동행위의 성립을 입증하기 위해서는 무엇보다도 당해 행위가 사업자들의 명시적·묵시적 합의하에 이루어진 것이라는 점을 입증하여야 하는데, 은밀하게 행하여지는 부당한 공동행위의 속성상 그러한 합의를 입증한다는 것이 그리 쉬운 일이 아니므로, 공정위로 하여금 ‘사업자들의 합의’를 입증하는 것에 갈음하여 ‘2 이상의 사업자’의 행위의 외형상 일치와 경쟁제한성의 두 가지 간접사실만을 입증하도록 함으로써, 부당한 공동행위에 대한 규제의 실효성을 확보하고자 함에 있다고 전제하고, 법 제19조제5항에 기하여 ‘사업자들의 합의’를

1) 홍미경, 공정거래법상 부당한 공동행위에 관한 연구-합의입증과 추정조항의 개선방안을 중심으로, 숙명여자대학교 대학원 박사학위 논문(2006.6)을 발췌 요약한 것임.

추정하기 위해서는 '행위의 외형상 일치'와 '경쟁제한성'의 입증만으로써 족한 것이지, 이에 추가하여 사업자들의 합의 내지 암묵적인 양해를 추정케 할 정황사실이 입증되어야만 하는 것은 아니다"라고 하였다. 이어서 "법 제19조제5항에 기하여 사업자들의 합의를 추정하기 위하여 입증되어야 하는 당해 행위의 '경쟁제한성'은 합의가 추정되기 이전의 상태에서의 '경쟁제한성'을 가리키는 것이므로, 그 '경쟁제한성' 유무는 사업자들의 합의가 없는 상태를 상정하여 판정하여야 한다고 판시하였다.

이하에서는 규제당국인 공정위와 대법원의 입장에서 본 추정조항의 문제점들에 대해서 살펴보기로 한다.

2. 공정거래위원회 입장과 그 문제점

공정위는 합의의 직접적 증거가 없는 경우에는 행위의 외형상 일치에 대한 입증과 더불어 사업자간 합의를 뒷받침할 수 있는 다양한 정황증거들을 고려하여 법 제19조제5항에 의해 합의를 추정한 후 실질적 경쟁제한성이 인정되면 법 제19조제1항의 부당한 공동행위규정을 적용한다.

공정위 심결의 특징은 먼저 합의를 추정함에 있어 행위의 외형상 일치 외에 추가적인 요소(정황증거)를 반드시 고려하고 있다. 즉 규제당국의 실무는 법 제19조제5항 추정규정은 예외적으로 적용되는 보충적 성격의 규정이며, 합의에 관한 명백한 증거가 없더라도 정황증거가 충분한 경우에는 합의가 '사실상 입증'된 것으로 보아 법 제19조제5항 보다는 제19조제1항 조항을 적용하고 있다.

심결의 두 번째 특징은 실질적 경쟁제한성을 입증함에 있어서는 상품의 특성, 시장의 특수성, 해외로부터의 경쟁압력, 소비자의 성향 등을 종합적으로 고려하지 않고 주로 시장점유율을 중심으로 해서 경제분석 없이 간단하게 분석하는 것이 일반적인 경향이다.

이러한 공정위의 심결에는 다음과 같은 문제점이 있다.

첫째, 대법원은 동서식품(주) 및 한국네슬레 부당공동행위 판결을 통해 "공동행위 추정조항의 취지는 공정위로 하여금 '사업자들의 합의'를 직접적으로 입증하는 것에 같음하여 '2이상'의 사업자가 법 제19조제1항 각호의 1에 해당하는 행위를 하고 있다'는 사실(이하 '행위의 외형상 일치'라 함)과 그것이 '일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위'라는 사실(이하 '경쟁제한성'이라 함)의 두 가지 간접사실만을 입증하도록 함으로써 부당한 공동행위의 규제의 실효성을 확보하고자 함에 있다"고 판시하였다. 즉, 대법원은 추정대상을 사업자들의 '합의'로 파악하고, 이러한 '합의'가 추정되기 위한 추정요건은 '행위의 외형상 일치'와 '경쟁제한성'이라는 2가지 간접사실이며, 합의를 추정케 하는 정황사실은 공정위에게 입증책임이

있는 추정요건에 해당하지 않는다고 판시하였다. 그럼에도 불구하고 공정위는 계속하여 합의 추정을 위해 추가적 요소를 고려하고 있다. 이는 대법원의 판결과 배치되는 논리구조라고 볼 수 있다.

둘째, 대법원은 동서식품 및 한국네슬레 부당공동행위 판결을 통해 “법 제19조제5항에 기하여 사업자들의 합의를 추정하기 위하여 입증되어야 하는 당해 행위의 ‘경쟁제한성’은 합의가 추정되기 이전의 상태에서의 ‘경쟁제한성’을 가리키는 것이므로 그 ‘경쟁제한성’ 유무는 사업자들의 합의가 없는 상태를 상정하여 판정하여야 할 것이고 구체적으로 당해 행위가 그 자체로 ‘경쟁제한성’을 가지는지 여부는 당해 상품의 특성, 소비자의 제품선택기준, 당해 행위가 시장 및 사업자들의 경쟁에 미치는 영향 등 여러 사정을 고려하여 당해 행위로 인하여 일정한 거래 분야에서의 경쟁이 감소하여 특정사업자의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격·수량·품질 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는지를 살펴, 개별적으로 판단하여야 할 것이다”라고 하였다. 그럼에도 불구하고 공정위는 실질적 경쟁제한성을 합의추정요건으로 다루지 않고 있으며 더불어 실질적 경쟁제한성을 주로 시장점유율 기준에 의해서만 단순히 분석하고 있다는 점이다.²⁾

셋째, 공정위는 동서식품 및 한국네슬레의 부당공동행위 판결 전까지 추정조항이 의식적 병행행위를 구체화한 규정이라는 인식을 가지고 있었다. 석도강판의 판매가격 담합사건에서 공정위는 사업자간 가격추종행위가 ‘의식적 병행행위’임을 명시하면서 그러한 의식적 병행행위는 관련 상품에 대한 가격의 일치 외에 공동행위를 할 합리적인 동기나 이유 등 외부적 요인(추가요소)을 종합적으로 고려하여야 하고, 이 건의 경우에는 그러한 외부적 요인이 있으므로 합의가 추정된다고 하면서 추정조항을 적용하였다. 그러나 대법원이 동서식품 및 한국네슬레의 부당공동행위 판결에서 추정조항의 적용에 추가적인 정황조건이 필요하지 않다는 점을 명시하였기 때문에 공식적으로 의식적 병행행위와 추정조항은 결별한 것으로 보아야 함에도 불구하고 여전히 의식적 병행행위 법리,³⁾ 특히 추가 정황증거에 관한 법리를 추정조항 해석에 준용해 오고 있다.

3. 대법원의 입장과 그 문제점

추정조항에 대한 대법원의 입장을 정리하면 다음과 같다. 첫째, 추정규정의 법적 성질은 법

2) 박도하, 부당공동행위 추정조항에 관한 연구, 국방대학원 석사학위 논문, 59면, 61면.

3) 의식적 병행행위의 법리는 일정한 병행행위가 있는 경우 합의를 입증하기 위하여 추가적으로 입증해야 하는 사실관계가 무엇인지에 관하여 형성된 법리이다. 따라서 의식적 병행행위 법리는 합의의 입증의 단계 즉, 법 제19조제5항의 적용단계가 아닌 법 제19조제1항의 직접적용단계에서 논의되어야 한다.

를상 추정이라는 점, 둘째, 추정요건에 추가적 요소에 대한 입증은 불필요하다는 점, 셋째, 경쟁제한성은 합의추정 이전의 상태에서 입증되어야 한다는 점, 넷째, 경쟁제한성은 시장점유율 뿐만 아니라 시장구조, 상품의 특성 등을 종합적으로 엄격히 고려해야 한다는 점, 다섯째, 동서식품 및 한국네슬레의 부당공동행위 판결 이후 대법원은 맥주 3사의 부당공동행위 판결에서 합의가 추정된 경우에도 일정한 사유에 의해 추정은 반복될 수 있다고 보았다. 대법원이 추정 반복사유로 인정한 경우로는 1) 정부의 행정지도의 개입 등 상대방 사업자와 공통적으로 관련된 외부적 요인이 각자의 가격결정 판단에 같은 정도의 영향을 미침으로써 부득이 동일한 시기에 동일 유사한 행동을 할 수밖에 없었던 경우,⁴⁾ 2) 과점적 시장에서 시장점유율이 높은 선발업체가 독자적인 판단에 따라 가격인상 결정을 한 뒤 후발업체들이 선발업체의 가격을 일방적으로 모방한 결과 그 가격이 동일하게 된 경우가 있다.⁵⁾

이러한 특징에 비추어 대법원 입장의 문제점을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 합의추정 전에 실질적 경쟁제한성이 입증되어야 한다는 부분으로 대법원은 맥주 판결에서 원심인 서울고등법원이 행위의 외형상 일치만으로 합의를 추정하고 합의추정 후에 실질적 경쟁제한성을 판단하고 이를 근거로 부당성을 인정하는 논리구조로 판결하였음에도 불구하고 동서식품과 한국네슬레 부당공동행위 판결에서와는 달리 원심판결은 정당하다고 인정한 사례가 있다.⁶⁾ 즉 대법원은 위 동서식품 및 한국네슬레 부당공동행위 판결에서 부가적으로 정황 사실에 의하여 사업자들의 합의 내지 암묵적인 양해가 추정된다면 법 제19조제5항의 추정(법률상 추정)을 원용할 필요 없이 동 법 제19조제1항의 합의를 '사실상 추정' 할 수 있다는 취지로 판시하였다.

한편, 대법원은 맥주제조 3개사의 부당공동행위 판결에서 법 제19조제5항은 법률상 추정에 관한 조항이므로 공정위가 '행위의 외형상 일치'와 '경쟁제한성'을 입증하면 '합의'가 법률상 추정되고 이러한 합의추정을 반복하기 위해서는 사업자 측에서 합의가 없었다는 사실을 입증하거나 '행위의 외형상 일치'가 합의에 따른 공동행위가 아니라는 점을 수증할 수 있는 정황을 입증하여 그 추정을 반복시킬 수 있다고 판시하였다.

둘째, 대법원은 동서식품 및 한국네슬레 부당공동행위 판결에서는 '행위의 외형상 일치' (커피제품 판매가격의 외형상 일치)가 관련사업자들(동서식품, 한국네슬레)간의 경쟁이 반영된 결과라는 점을 근거로 '경쟁제한성'을 부정하여 합의추정 자체를 인정하지 아니하였다. 대법

4) 맥주제조 3사의 부당공동행위 판결 : 대법원 2003.2.28. 선고 2001두4946 판결, 2003.2.28. 선고 2001두1239 판결, 2003.3.14. 선고 2001두939 판결.
 5) 화장지제조 4개사의 부당한 공동행위 판결 : 대법원 2002. 5.28. 선고 2000두1386 판결, 2002.5.28. 선고 2000두6107 판결, 2002.7.12. 선고 2001두854 판결.
 6) 박해식, 부당한 공동행위의 추정과 실질적 경쟁제한의 의미(대법원 2003.5.27. 선고 2002두4648 판결), 경제법판례연구 제1권, 법문사, 2004.6. 166-169면.

원은 이 점에 관하여 “그렇다면 원고들의 이 사건 가격인상은 당시 국내 커피시장의 특수한 상황에서 이루어진 원고들 간의 경쟁이 시장에 그대로 표출된 것 뿐 그로 인하여 일정한 거래 분야에서의 경쟁이 감소되었다고는 보기 어렵다”라고 판시하였다. 그러나 그 이후의 판결들에서는 ‘행위의 외형상 일치’를 보이는 사업자들의 시장점유율 합계가 경쟁을 실질적으로 제한할 수 있는 정도인 경우에는 ‘경쟁제한성’을 인정함으로써 합의추정 자체는 용이하게 인정되는 경향이며 ‘행위의 외형상 일치’가 사업자들의 합의가 아닌 독립적인 경영판단에 따라 발생한 것이라는 점과 관련된 제반 사정들은 ‘합의추정의 번복’ 여부에 관한 문제로서 다루고 있다. 위와 같은 대법원의 해석론에 대해서는 현행 추정조항의 법문상 대법원과 같이 해석하는 것이 불가피하다는 견해가 다수인 것으로 보인다.⁷⁾

다만 기본적으로 대법원의 해석방법에 찬성하면서도 ‘경쟁제한성’ 요건의 판단방법에 관하여 동서식품 및 한국내슬레 부당공동행위 판결과 그 이후의 판결들이 일정한 차이를 보이고 있는 바, 동 판결 이후의 판결들과 같이 시장점유율을 기준으로 ‘경쟁제한성’을 용이하게 인정하게 되면 이는 사실상 ‘행위의 외형상 일치’만으로 합의를 추정하는 결과가 되고 이는 결과적으로 합의추정 번복에 관한 입증책임을 사업자 측에 전가하는 것이어서 입증책임 분배의 일반원칙에 반한다는 견해가 있다.⁸⁾

반면 대법원의 추정조항 해석에 대해서는 법문에 집착한 나머지 추정조항의 의미를 잘못 해석한 것이라는 비판적 견해도 있다. 즉, 공동행위에 있어서 합의를 전제로 하지 않는 경쟁제한성은 생각하기 어려운 것이므로 공정위가 ‘행위의 외형상 일치’에 더하여 합의를 추정할 수 있는 정황사실까지 입증하여야 합의를 추정될 수 있다고 해석하는 견해이다.⁹⁾

그러나 공정위가 제시한 정황증거들은 무엇인가 공동행위가 있었던 것이 아닌가 하는 의문이 들기는 하지만 그러한 정황들은 추정조항 적용을 하지 않은 상태에서 합의를 입증하고자 할 때 필요한 것들이고 추정조항의 요건으로서의 행위의 외형상 일치를 인정함에 있어서 고려되어야 할 것들은 아니다. 즉, 정황증거에 기재된 내용과 시장에 외관상 나타난 가격을 결합하여 행위의 외형상 일치를 판단한다면 이미 그러한 행위는 합의 자체를 입증하는 행위이지 추정조항의 적용요건으로서의 행위의 외형상 일치를 입증하는 행위가 아니다.¹⁰⁾

또한 대법원 판결을 보더라도 정황사실이 아무리 많이 확보되더라도 그 자체만으로는 법률상 추정을 보강하는 사실이 될 수 없다. 다만 그와 같은 정황사실 중 시장의 구조나 상황과 관

7) 이봉의, 윤성운, 홍대식, 박해식 등이 이에 해당한다.

8) 윤성운, 부당한 공동행위의 추정조항, 자유경쟁과 공정거래(권오승 편), 법문사, 2002.8, 242면.

9) 참고로 추정조항에 관한 공정위의 실무는 ‘행위의 외형상 일치’뿐만 아니라 합의를 추정케 할 수 있는 정황사실까지 제시하고 있다.

10) 김성훈, 경제법판례연구모임 자료, 2005. 3. 11, 22면.

련된 것¹¹⁾은 실질적 경쟁제한성의 입증을 위한 사실이 될 수 있을 것이다. 그러나 직·간접적인 의사의 연락이나 가격정보교환 사실과 같이 묵시적인 합의의 존재 여부와 관련된 정황사실은 법률상 추정과 관련이 없고 추정이 이루어진 상태에서 사업자들이 그 추정을 번복하기 위하여 반대되는 정황사실을 입증하려고 할 때에 공정위가 그로 인한 법관의 심증 형성을 방해하거나 동요시키기 위한 반증으로서 작용할 수 있을 뿐이다.¹²⁾

4. 의식적 병행행위의 문제점

과점시장에서 경쟁관계에 있는 사업자들은 합의에 의하지 않고서도 가격 등을 조정할 수 있게 되는데 이를 법학자들은 ‘의식적 병행행위(Conscious parallelism)’라고 부르며¹³⁾ 경제학자들은 과점적 상호의존행동(oligopolistic interdependence)이라고 부른다.¹⁴⁾

우리나라에서는 ‘의식적 병행행위’를 ‘과점시장에서 자주 나타나는 현상으로서 사업자들 상호간에 의사의 연락은 없지만 동일한 행위가 사실상 병행적으로 이루어지고 있는 것에 대하여 상호 인식을 가지고 있는 경우’라고 정의하거나¹⁵⁾ ‘과점시장에서 상호의존적으로 행동하는 사업자들이 각자의 행위가 유사하고 그러한 행위를 계속하는 것이 각자의 이익에 부합할 것이라고 믿지만, 전면적 협정에 이를 정도의 직접적 의사교환은 삼가면서 서로 세부적인 면에서 유사한 행위를 하는 것’이라고 설명한다.¹⁶⁾

이처럼 과점시장에서 나타난 가격일치현상이 단순한 모방의 결과인지 아니면 경쟁자간의 담합의 결과인지를 식별하는데 어려움을 겪게 된다.

석도강판의 판매가격 담합사건에서 공정위는 사업자간 가격추종행위는 의식적 병행행위로서 본 건에서는 공동행위를 할 합리적인 동기나 이유 등 외부적 요인(추가요소)이 존재하므로 합의가 추정된다고 하면서 추정조항을 적용하였다.¹⁷⁾ 그러나 대법원이 동서식품 및 한국네슬레의 부당공동행위 판결에서 추정조항의 적용에 추가적인 정황조건이 필요하지 않다는 점을 명시하였기 때문에 공식적으로 의식적 병행행위와 추정조항의 구분이 필요하다. 다만 의식적 병행행위의 법리는 원래부터도 일정한 병행행위가 있는 경우 합의를 입증하기 위하여 추가적

11) 서울시 지하철 9호선 909공구 건설공사 입찰참가 2개사의 부당공동행위 건(공정위 의결 제155호).

12) 홍대식, 과점시장에서의 가격모방과 합의추정의 번복(대상판결: 대법원 2003.2.28. 선고 2001두1239 판결), 경제법판례연구 제1권, 법문사, 2004. 6. 66-67면.

13) 우리말 번역과 관련하여 ‘의식적 동조행위’(권오승, 손수일, 양명조, 이남기), ‘의식적 병행행위’(권재열, 서헌제, 홍대식), ‘인식된 병행행위’(이현중) 등 다양한 표현이 사용되고 있다.

14) 정영진·주진행 공역, Richard A. Posner 저, 미국독점규제법(제2판), 다산출판사, 2003, p.83.

15) 권오승, 경제법(제5판), 법문사, 2005, 299면.

16) 이남기·이승우, 경제법(제3개정판), 박영사, 2001, 190면.

17) 공정위 의결 제2001-126호.

으로 입증해야 하는 사실관계들이 무엇인지에 관하여 형성된 법리이기 때문에 법에서도 추정 조항의 적용이 아닌 합의의 입증과 관련하여 많은 참고가 될 수 있다. 한편 추정조항의 해석과 관련하여서는 어떠한 행위를 병행행위라고 보았는지를 검토하여 행위의 외형상 일치의 범위 확장에 그 법리를 참고할 수 있을 것이다. 따라서 추정조항의 해석과 관련하여서는 추가적 정황증거가 아니라 행위의 외형상 일치를 찾는 데 의식적 병행행위 법리를 참고하는 것이 더 바람직하다는 견해가 있다.¹⁸⁾

1) 의식적 병행행위

(1) 의미 및 체계상 지위

의식적 병행행위란 동일한 행위가 사실상 병행적으로 이루어지고 있다는 것에 대한 상호 인식은 있는 경우를 가리킨다. 미국에서는 종래 이를 공동행위로 인정할 수 있을 것인지에 대하여 많은 논란이 있었다. 그 논란은 미국의 서면법은 계약·트러스트 또는 기타 형태의 결합·공모를 금지하는데, 과연 의식적 병행행위 자체가 금지되는 행위라고 볼 수 있는지에 관한 것이었다. 이에 대하여 미국 대법원은 의식적 병행행위 자체는 금지되는 것이 아니며, 그 병행행위도 하나의 증거가 되어 결과적으로 "합의"가 입증되어야 한다는 결론을 내렸다. 따라서 현재 미국에서는 병행행위가 있다고 하여 바로 공동행위의 성립을 인정할 수는 없으며 거기에 추가하여 합의의 추정을 가능케 하는 요소가 있어야 한다는 것이 확립된 법리이다.¹⁹⁾ 미국의 의식적 병행행위는 단지 합의를 입증하기 위한 주요증거의 하나로서의 지위를 가지고 있다.

우리나라에서는 먼저 합의가 있었던 것으로 판단한 후 그 판단과 시장에 나타난 행위를 결합하여 행위의 외형상 일치를 평가해 왔다. 이는 추정조항의 적용에 있어 행위의 외형상 일치에 대한 엄격한 법적 요건을 명시하지 않고 있기 때문이다. 그러나 다른 정황사실들을 결합하여 행위의 외형상 일치 여부를 평가하는 것은 추정조항의 단계를 넘어서 합의의 입증단계로 향하는 것이다. 그리고 그 경우 사업자들의 행위들은 추정조항의 요건으로서의 일치되는 행위가 아니라 입증의 한 정황증거로서 기능하게 되는 것이라는 견해가 있다.²⁰⁾

(2) 의식적 병행행위의 범위

이는 어떠한 범위까지를 병행행위로 볼 것인지에 대한 문제이다. 미국 역시 이 문제에 대해 치밀하게 논의하고 있지는 못하다. 그 주된 이유는 모두 일정한 병행행위가 존재한다는 사실만

18) 김성훈, 전계서, 21면.

19) 권오승, 경제법(제4판), 2002, 법문사, 108면, 278면.

20) 김성훈, 전계서, 20면.

으로 합의가 추정되는 정도의 위험이 발생하지 않기 때문에 오히려 추가적 정황증거의 존부에 초점이 집중되기 때문이라고 생각된다. 그러나 특별한 논의가 없는 또 다른 이유는 동일한 가격책정을 출발점으로 하다 보니 과연 그 동일한 가격이 병행행위인지에 관한 의문 자체가 발생하지 않기 때문인 것으로 생각할 수 있다.

미국의 판결문들은 꼭 동일한 가격이어야만 의식적 병행행위라고 볼 수 있다고 명시적으로 판단하고 있지는 않으나, 전반적으로 가격이 동일한 경우에 의식적 병행행위가 문제되는 경향을 보인다.²¹⁾

판결은 가격이 동일한 범위에 대해서는 주로 “상당히 유사한 경우”나 “본질적으로 동일한 경우”에 병행행위가 있는 것으로 인정하고 있다. 우리나라의 심·판결례를 보면 가격차이가 많이 나는 경우에도 행위의 외형상 일치성을 인정하고 있다. 이는 추가적 정황증거가 있어야만 제재가능성이 발생하는 미국도 동일한 가격책정의 경우에 병행행위를 문제 삼는데 비하여 행위의 외형상 일치만 있으면 사실상 부당공동행위가 추정되는 추정조항을 운용하고 있어 병행행위에 대한 범위의 기준이 사실상 없다고 할 수 있다.²²⁾

2) 행위의 외형상 일치

미국은 물론 가격이 동일하지 않아도 병행행위로 보는 경우가 있으나 추정조항의 좀 더 엄격한 해석을 위해서는 행위의 외형상 일치는 원칙적으로 가격이 동일한 경우나 아주 유사한 정도에만 인정하여야 한다. 일치된 행위란 공동행위의 결과 그 자체 또는 이와 동일시 할 수 있는 행위라고 볼 수 있기 때문이다. 또한 예외적으로 동일하지 않은 가격이 일치된 행위라고 인정해야 한다면 공정위가 합의가 추정되지 않았고, 정황증거가 없다는 것을 전제로 그 가격이 본질상 동일하거나 공동행위가 아니고서는 도저히 설명할 수 없다는 점을 구체적인 근거를 들어서 적극적으로 입증하여야 한다. 그리고 위 원칙이나 예외에 해당하지 않는다면 합의의 입증문제로 돌아가야 한다.

추정조항에서의 행위의 외형상 일치는 미국보다 훨씬 더 좁고 엄격하게 해석되어야 한다. 미국은 병행행위가 있다고 하더라도 정황증거까지 입증하여야 하는 입증책임은 여전히 원고가 부담하는데, 추정조항은 행위의 외형상 일치만으로 사실상 합의 부존재의 입증책임을 사업자

21) American Tobacco co. et al. v. U.S., 328 U.S. 781, 66 S. Ct. 1125, U.S. 1946. 이 사례에서 담배시장의 90%를 차지하는 3개 담배회사(Reynolds, American, Ligett)는 1931.6.23. 각 자신의 담배상품인 Camel, Lucky, Strike, Chesterfield cigarettes의 가격을 천대 당 6.85달러로 동일하게 인상하였고, 1933. 1월에 역시 동일하게 천대 당 6달러로 인하하였으며 동년 2월에 다시 5.5달러로 동일하게 인하하였다.

22) 김성훈, 전계서, 20-21면.

가 부담한다는 점에서 사인에 대한 법익의 침해가 훨씬 크다. 또한 우리나라 공정거래법의 역외적용이 이루어지고 있는 상황에서 국제카르텔에 대해서도 추정조항을 적용한다면 그 타당성을 인정받기 어렵다. 만일 국제카르텔은 합의 입증의 방식으로 국내카르텔은 추정조항 적용의 방식으로 법집행을 한다면 국내 사업자에 대한 역차별 문제가 발생한다. 따라서 행위의 외형상 일치의 범위를 좀 더 좁고 엄격하게 해석하고 그 이외의 경우는 합의의 입증문제로 돌려야 한다는 견해가 있다.²³⁾

3) 경쟁제한성

미국과 EU 등의 입법례에 의하면 정황사실에 의한 사실상의 추정만이 이루어지며 경쟁제한성은 사실상의 추정을 위한 요건도 아니며 이와 별도로 규제당국이 언제나 입증해야 하는 독립적인 부당공동행위의 위법성 요건에 해당한다. 즉, 경쟁제한성은 합의의 존재를 전제로 한 공동행위의 성립요건이지 합의의 존재라는 '사실'을 추정하기 위한 요건은 아니다.²⁴⁾

현행 공동행위 추정조항 하에서는 그 문언상 '행위의 외형상 일치'와 '경쟁제한성'을 추정요건으로 하여 합의를 추정하고 사업자들에게 합의추정의 반복에 관한 입증책임을 부과하고 있다. 다만 법원이 '경쟁제한성'과 관련하여 사업자들의 시장점유율을 기준으로 손쉽게 '경쟁제한성'을 인정할 것이 아니라 동서식품과 한국네슬레의 부당공동행위 판결에서와 같이 '행위의 외형상 일치'가 정상적인 시장상황에 기인한 것으로 설명할 수 있는 경우에는 '경쟁제한성' 자체를 부정함으로써 합의추정을 배척하는 해석론을 취하는 것이 추정조항의 남용가능성을 줄일 수 있는 방안이라고 생각된다.

II. 합의추정제도의 개선방안

1. 서언

부당공동행위 합의의 입증과 관련하여 우리나라는 규제의 실효성과 효율성을 도모한다는 차원에서 공정거래법 제19조제5항(이하 '법'이라고 함)에 추정규정을 두고 있는데, 합의추정조항의 존재의의에도 불구하고 이 조항의 의미를 둘러싸고 학계와 실무계의 의견이 대립되어 왔다.

23) 김성훈, 상계서, 22면.

24) 이봉의, 부당한 공동행위에 있어 합의의 추정, JURIST, 2002.5, 78면.

우리나라의 학계에서는 단순한 행위가 외형적으로 일치하기만 하면 추정의 요건을 충족시키게 되기 때문에 그 요건을 엄격하게 해석하지 않으면 추정조항의 대상이 부당하게 확대되어 공정위가 합의를 입증하는 노력을 게을리 하면서 추정조항을 남용하게 될 위험이 있기 때문에 대체로 합의추정조항이 사업자들에게 초래할 지나치게 가혹한 제재를 완화하기 위한 방편으로 추정요건으로 추가적 정황요소를 요구하거나 추정의 반복을 비교적 넓게 인정하는 경향을 보이고 있다.²⁵⁾

또한 '부당한 공동행위를 하고 있는 것으로 추정한다'는 표현과 경쟁제한성을 추정의 요건으로 한 법률규정도 해석상 혼란을 초래한 한 가지 원인이다.²⁶⁾

따라서 이하에서는 이상의 논의를 바탕으로 법 제19조제5항의 개선방안에 대하여 제시해 보고자 한다.

2. 입법론적 개선방안

1) 추정조항 자체의 폐지

추정조항의 폐지를 주장하는 견해들이 있는데 그 논거는 대체로 다음과 같이 요약할 수 있다.²⁷⁾

먼저 '경쟁제한성'은 합의추정을 위한 요건(간접사실)으로서 적절하지 않다고 하며 그 이유로는 첫째, '경쟁제한성'이란 당해 상품의 특성, 소비자 제품선택의 기준, 당해 행위가 시장 및 사업자들의 경쟁에 미치는 영향 등 여러 사정을 고려한 결과로서 공정위의 경쟁정책적 가치 판단이 개입될 수밖에 없다는 점에서 추정의 가부를 결정짓는 '객관적 사실'로 파악하기 어려울 것이라는 점, 둘째, 추정요건으로서의 '경쟁제한성'과 추정대상인 '합의' 간에 논리적인 인과관계가 있다고 보기 어렵다는 점(법 제19조제1항에서는 '합의'와 '경쟁제한성'을 각각 독립된 구성요건으로 규정하고 있음) 등을 들고 있다.

합의추정의 반복 여부를 판단하는 과정에서 정황사실에 의한 사실상의 합의추정과 동일한 판단과정이 이루어지게 된다는 점, 즉 사업자로서는 합의추정을 반복하기 위하여 합의가 없었음을 입증할 수 있는 정황사실을 제시하여야 하는데, 이를 주장 및 입증하는 과정에서 결국에는 합의 정황사실에 의한 합의추정 여부를 판단하는 것과 마찬가지로의 과정을 거칠 수밖에 없다는 점을 제시한다. 이와 같이 사실상의 추정에 의하여 법 제19조제1항을 적용하는 것과 동일한

25) 홍대식, 전계서, 52면.

26) 유해용, 부당공동행위 추정과 관련된 판례연구(상), 저스티스 통권 88호, 2005.12, 119면.

27) 이봉의 교수가 대표적이다.

과정을 거치게 되므로 추정조항은 독자적 의미를 상실하게 된다고 한다.²⁸⁾

또한 합의의 입증상 난점을 완화하는 것은 경험칙상 합의의 존재를 간접적으로 보여줄 수 있는 정황증거에 따른 '사실상의 추정'을 활용하는 것이 외국 입법례의 공통적인 태도라고 한다.

이 개선방안은 현재 규제당국이 부당공동행위에 관련하여 운용중인 여러 제도들, 특히 부당공동행위 자진신고에 따른 감면제도(Leniency Program)가 그 효과를 발휘하고 있다는 점과 관련하여서도 적극적으로 고려될 만하다고 생각된다. Leniency Program이란 공동행위에 참여한 사업자가 공정위가 충분한 증거를 확보하기 전에 부당공동행위 입증에 필요한 증거를 제출하는 첫 번째와 두 번째 사업자에게 처벌을 면제해 주거나 그 처벌 수준을 낮추어 주는 제도이다.²⁹⁾ 따라서 이 제도는 부당공동행위의 적발력과 직접증거에 의한 합의 입증력을 높여 주고 있는데, 이것은 미국뿐만 아니라 우리나라 경우도 Leniency Program을 통한 부당공동행위의 적발건수가 해마다 증가하고 있는³⁰⁾ 것을 보아도 알 수 있다. 이외에 우리나라의 경우에는 부당공동행위에 대한 적발력을 높이기 위해 부당공동행위에 대한 신고포상금제도를 2002년에 도입하였다. 즉, 공동행위의 입증에 필요한 증거를 제출한 신고자에게 그 증거의 질에 따라 포상금을 지급하는 제도라 그 이용 실적도 증가하고 있다.³¹⁾ 물론 이러한 제도들은 모두 합의를 밝혀 주는 증거제출을 요건으로 하고 있기 때문에 직접증거에 의한 부당공동행위 입증을 가능하게 해준다.

2) 강제조사권 도입을 전제로 한 추정조항의 폐지

이 개선방안은 결국 부당공동행위는 합의의 입증에 달려 있는 것이므로 공동행위에 대한 강제조사권을 도입³²⁾하고 합의추정제도를 폐지하는 것이다. 즉, 공동행위에 대한 법집행의 요체는 부당한 공동행위를 적발하고 증거자료를 확보하는 것인 바, 규제당국의 강제조사권은 법집행의 실효성 제고를 위한 필수요건이다.³³⁾ 특히 국제카르텔에 대한 각 선진 경쟁당국이 자국

28) 합의추정을 어렵게 인정하고 추정의 번복을 쉽게 인정하면 공정거래법 제19조제1항을 적용하는 것과 사실상 동일한 결과를 가져오게 되고, 반대로 합의추정을 쉽게 인정하고 추정의 번복을 어렵게 하면 합의한 사실이 없는 사업자들에게 부당한 결과를 초래할 수 있을 것이다.

29) 미국의 경우 90% 이상의 카르텔 사건을 이 제도를 통해 처리하고 있다. 공정거래위원회, 카르텔업무설명회자료, 2006.3.27면.

30) 2001년까지 2건, 2005년에 11건이 부당공동행위 자진신고 건수이다.

31) 신고포상금 지급실적: 2002년 1건(600만원), 2003년 1건(80만원), 2004년 2건(1,470만원), 2005년 3건(6,700만원), 공정거래위원회, 카르텔업무설명회, 2006.3.20면.

32) 우리나라 국내 행정기관들 중에서도 국세청, 금융감독위원회 등을 비롯하여 17개 행정기관이 사법경찰권을 보유하고 있다.

33) 신광식, 공정거래정책혁신론, 나마출판, 2006, 131면. "공정거래위원회에 강제조사가 필요한 사안에 한정하여 사법

경쟁법의 역외적용을 강화하면서 최근에 주요 국가들은 대부분 부당공동행위에 대한 강제조사권을 도입·보유하고 있다.³⁴⁾ 더욱이 부당공동행위의 사건은 검찰고발을 통해 형사사건화가 되어지는 경우 합의 입증수준이 행정절차나 민사절차에 의한 것보다 더 엄격해 질 수밖에 없다. 따라서 최근 미국에서의 부당공동행위 형사사건도 모두 직접 증거에 기초하고 있으며 직접 증거는 강제조사권을 통해 확보되고 있다.

3) 추정조항의 개정

규제당국이 법 제19조제5항의 폐지를 반대하는 이유 중의 하나는 동 조항의 폐지시 사업자 간의 묵시적 담합의 적발이 어려울 것이라는 우려 때문이다. 반면에 사업자 측에서는 공정위의 추정조항 적용의 남용을 우려한다. 특히 이러한 우려는 과점시장에서 의식적 병행행위나 가격의 동조화현상이 나타날 때 현실화 된다. 따라서 양측의 우려를 불식시킬 수 있는 방법으로 법 제19조제5항을 존치시키되 동 조항을 “2이상의 사업자가 제1항의 각호에 해당하는 행위를 하고 있고 그러한 행위가 상호 합의에 기인한 것으로 인정하기에 충분한 정황증거가 있는 경우에 명시적인 합의가 없더라도 부당한 공동행위를 추정할 수 있다”고 개정하는 것이다. 즉, 법 제19조제5항을 법률상의 추정방식 대신에 외형의 일치와 합의를 인정할 만한 정황증거가 있는 경우에, 이를테면 행위의 외형상 일치와 합의 간에, 혹은 행위의 외형상 일치와 가격이나 정보 교환 간에 상당한 인과관계가 있음을 입증함을 전제로 하여 공동행위를 추정하고 반대증거가 있는 경우에 추정을 번복할 수 있는 사실상 추정제도로 전환하는 것이다. 특히 경쟁제한성은 합의의 존재를 전제로 한 부당한 공동행위의 성립요건이지 합의의 존재라는 ‘사실’을 추정하기 위한 요건은 아니므로 공정거래법 제19조제5항의 성립요건인 ‘경쟁을 실질적으로 제한하는’을 삭제하고, ‘추정한다’를 ‘추정할 수 있다’로 개정하는 안이다.

‘추정할 수 있다’고 함으로써 추정 여부를 공정위가 결정하되 현재처럼 행위의 외형상 일치만 있으면 추정하는 것이 아니라 합의와 행위 간에 명백하고 충분한 인과관계가 존재하는 경우에 한하여 추정할 수 있게 됨으로써 공정위에게는 추정조항 적용의 투명성·예측성이라는 이점이, 사업자 측면에서는 추정조항 적용의 억지력이라는 이점이 있을 수 있다. 또한 공동행위 심사기준에서 열거하고 있는 정황증거들은 단지 단순히 행위의 일치만으로 공동행위를 추정하

경찰권을 부여함으로써 부당공동행위에 대한 범집행상의 한계와 문제를 극복할 수 있도록 해야 한다”.

34) 예를 들면 일본은 2005년 4월 공정거래법 개정을 통해 부당공동행위 등에 대한 조사시 압수·수색 등을 할 수 있는 강제조사권을 도입하였다. EU 회원국 가운데에는 영국과 독일, 프랑스 등 13개 국가의 경쟁당국이 직접 법원에 청구하여 압수, 수색할 수 있는 강제조사권을 보유하고 있다. 미국은 법무부 독점금지국이 부당공동행위를 형사사건으로 조사하기 때문에 당연히 강제조사권을 보유하고 있다.

는 경우에는 상대방이 쉽게 추정을 반복할 수 있기 때문에 추정을 더욱 보강하기 위한 추가요소에 불과하다. 이러한 정황증거들은 단지 정황증거 그 자체에 중요성이 있다기보다는 정황증거가 합의를 입증하기에 충분한 정도로 상당한 인과관계가 존재하는가를 찾아내는 것이 핵심이라고 할 수 있다.

따라서 이 안은 과점시장처럼 의식적 병행행위나 가격의 동조적 현상, 가격추종현상 등과 같은 행위의 외형상 일치가 일어나는 시장에서 합의를 입증하는데 유용하며 법 제19조제5항의 즉시 폐지가 어려운 경우 그 과도기의 대안으로 제시될 수 있다.

또한 사소제도가 활성화되어지는 경우에는 부당공동행위에 대한 손해배상청구소송도 증가할 것이다. 법 제19조제1항을 적용한 사건 가운데는 이미 손해배상청구소송이 제기된 사례도 있다.³⁵⁾ 그러나 문제는 법 제19조제5항을 적용한 사건에 있어서의 손해배상청구소송이다.³⁶⁾ 법 제56조(손해배상책임) 소송과 민법 제750조에 따른 손해배상청구소송은 모두 부당공동행위(위반행위) 존재를 청구원인으로 한다. 심결전치주의가 폐지되기는 하였으나 공정거래법 위반사건은 공정위의 심결확정 후에 제기되는 것이 일반적이기 때문에 법 제19조제5항을 적용한 공정위 심결만으로 과연 손해배상청구소송상 청구원인인 부당공동행위가 존재하는 것인지의 여부에 대한 논쟁이 발생할 수 있다. 또한 민사소송에 있어서는 설령 공정위가 인정한 사실(위반사실)이라도 법원을 구속하는 것은 아니기 때문에 원고(피해자)의 입증부담을 경감할 수 있는지 여부는 결국 공정위가 수집한 증거가 법원에 대해 설득력을 가질 수 있는 것인지의 여부에 좌우된다고 할 수 있다. 특히 부당공동행위는 소비자후생이라는 공공의 이익과 관련된 것이라는 것, 그리고 현재 공정위의 증거의 수집은 사실상의 강제조사에 의해 행해지고 있는 것(법 제50조) 등에 비추어 본다면 그 증명의 정도는 민사소송에 있어서 보다도 강한 증명이 필요하다고 생각된다. 즉, 민사소송의 경우 증거의 증명(심증의 정도) 수준은 단지 “증거의 우월”에 불과하지만 행정부처에 강한 조사수단(강제조사권은 아니지만 사실상 강제조사)이 부여되어 있는 경우에는 민사소송의 입증수준인 ‘증거의 우월’ 보다도 더 한층 높은 입증수준이 요구되는 것이 타당하다고 생각된다. 따라서 주요사실에 대한 증명의 정도는 “고도의 개연성”, “대상이 된 사실의 정당성에 대한 확신의 형성”일 것이 필요하다. 이 안은 손해배상제도의 활용을 도모한다는 관점에서 청구원인인 부당공동행위 존재를 입증할 수 있는 증거의 충실화에 도움이 될 수 있다고 생각한다.

35) 학생교복 담합 건, 군납유 가격담합 건 등이 대표적이다. 공정위는 법 제19조제15항의 적용사건에서 법 적용 논리구조를 법 제19조제15항의 규정에 의하여 합의를 추정하고 법 제19조제1항을 위반한 것으로 구성하고 있다.

36) 용인동백지구 건설사의 아파트분양가 담합 건이 대표적이다.

4) 동의명령제도의 도입

법 제19조제1항과 동 조 제5항의 차이점은 합의가 직·간접적 증거에 의해 입증되느냐 아니면 간접사실(정황증거)에 의해 입증되느냐의 문제와 합의입증 책임이 누구에게 있는가 하는 문제이다. 즉, 법 제19조제1항은 명시적 합의와 묵시적 합의가 직·간접증거에 의해 입증되는 것이라면 동 조 제5항은 합의에 대한 직·간접적 증거 없이 간접사실(정황사실)로도 족하다. 또한 법 제19조제1항의 입증책임은 규제당국에 있는 반면에 동 법 제19조제5항의 입증책임은 피심인에게 전환되게 된다. 따라서 법 제19조제5항의 적용을 받게 된다면 피심인은 합의추정에 대해 합의가 없었음을 입증(본증에 해당)해야 하는 책임을 부담하게 되며 규제당국은 형사 소추를 위해 합리적인 의심을 넘는 수준의 입증을 해야 한다. 그러나 이미 앞에서 살펴본 바와 같이 추정제도의 경우에는 사업자가 합의의 부존재를 입증하는 것은 거의 불가능에 가깝다. 또한 합의부존재 입증을 위한 경제적 분석 등의 비용 등도 과대하게 발생하게 된다. 따라서 동의 명령을 도입하여 간접증거 즉, 정황사실에 대한 입증노력을 완화할 필요가 있다.³⁷⁾ 물론 동의 명령시 부당공동행위임에도 불구하고 과징금을 부과할 수 없다는 문제점이 발생할 수 있으나 이러한 문제는 다른 시정조치와의 병과를 통해 해결할 수 있다고 생각한다.³⁸⁾ **경쟁저널**

37) 미국의 경우는 경쟁당국이 제기한 소송의 대다수가 동의명령에 따라 마무리되고 있으며, 1990년대 중반까지의 자료에 의하면 종료된 사건의 70%와 정부에 유리하게 전개되는 사건의 90%가 동의명령에 따라 처리되고 있는 것으로 알려져 있다. 따라서 미국의 독점금지 사건처리 과정에 있어서 정부나 피심인측 모두에게 사건 해결을 위한 가장 중요한 도구로 인식되고 있다. 홍명수·신영수, '사건처리절차 효율화 방안'에 관한 연구, 공정거래위원회 용역보고서, 2005.11, 78면.

38) 부당공동행위에 대해서는 과징금의 제재보다는 오히려 부당가격 인상분에 대한 가격인하명령 등을 발할 수 있다면 소비자후생 측면에서 더 효과적인 시정조치가 될 수 있을 것이다. 따라서 동의명령시 가격인하명령을 발할 수 있도록 하는 방안의 모색이 필요하다고 생각된다.