

'20
1
1
0
0
7

튼튼한 경제안보 실현을 위한
정보교환 담합행위의 위법성 연구
고병희

튼튼한 경제안보 실현을 위한
정보교환 담합행위의 위법성 연구

국 방 대 학 교
안 보 과 정
고 병 희

튼튼한 경제안보 실현을 위한
정보교환 담합행위의 위법성 연구

지도교수 변 정 욱 (인)

심사교수 권 오 성 (인)

국 방 대 학 교
안 보 과 정

11007 고위공무원 고 병 희

목 차

제1장. 서 론 /1

제1절. 문제의 제기 /1

제2절. 연구목적 /3

제3절. 연구방법 /6

제2장. 정보교환행위의 의의와 경제적 효과 /7

제1절. 정보교환행위의 의미 /7

1. 정보교환의 개념 /7

2. 정보교환의 기능 /8

3. 정보교환의 유형 /9

제2절. 정보교환행위의 경제적 효과 /10

1. 친경쟁적 효과(pro-competitive effect) /10

2. 반경쟁적 효과(anti-competitive effect) /12

제3장. 정보교환행위에 대한 외국의 규율체계 /14

제1절. EU 경쟁법상 동조적행위 규제 /14

1. EU 기능조약(TFEU) 제101조 /14

2. 정보교환의 공동행위와의 관련성 /15

3. 정보교환과 동조적 행위와의 관련성 /16

4. EU경쟁법(Article 101조)상 카르텔금지 예외 규정 /17

5. Anic 추정의 원칙 /18

6. 정보교환의 성격과 경쟁제한효과 판단 /19

7. 가이드라인이 제시하는 가상사례 /22

제2절. 미국 경쟁법상 정보교환행위 규율 체계 /25

1. Sherman법 제1조 /25
2. 연방거래위원회법(FTC법) 제5조 /29
3. 미국 경쟁당국(DOJ, FTC)의 심사지침 /29
4. 정보유형별 위법성 판단시 고려 요소 /30
5. 의료분야 독점규제법 집행지침상 정보교환 규율 기준 /32
6. 합병전 협상과정의 정보교환행위에 대한 가이드라인 /34

제4장. 정보교환행위에 대한 해외 법집행 사례 /35

제1절. 미국 경쟁당국의 법집행 사례 /35

1. American Column & Lumber 사건 (1921년) /35
2. Container 사건 (1969년) /36
3. Airline Tariff Publishing(ATP) Company사건(1994년) /37
4. Bosley 사건 (2013년) / 38
5. 범용상품부호(바코드) 사건 (2014년) / 39
6. Sinclair Broadcast 사건 (2019) /40

제2절. EU 경쟁당국의 법집행 사례 /41

1. Wood Pulp사건 (1993) /42
2. Cement 사건 (2006년) /42
3. Banana 사건 (2013년) /43
4. 영국의 치즈카르텔 사례 (2012) /44
5. Container 사건(2016년) /46

제5장. 한국의 정보교환행위 규제실태 및 개선방향 /48

제1절. 공정거래법상 규제 근거 /48

제2절. 정보교환행위와 합의의 추정 /49

1. 실정법적 근거 /49
2. 의식적 병행행위와의 구별 /52
3. EU의 동조적 행위와의 관계 /53

제3절. 국내법원의 판결 사례 /53

1. 정보교환에 의해 합의가 추정된 사례 /54
 - (1) 음료담합 건(2009) /54
 - (2) 우유담합 건(2009) /55
 - (3) LPG담합 건(2014) /56
2. 정보교환이 있어도 합의 불인정 사례 /58
 - (1) 생명보험사이율담합 건(2014) /58
 - (2) 라면담합 건(2015) /60
 - (3) 화물상용차 담합 건(2017) /62

제4절. 정보교환 관련 판결의 시사점 /63

제5절. 제도 개선방향 /65

제6장. 결 론 /69

제1장. 서 론

제1절. 문제의 제기

현행 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 공정거래법 또는 법이라 한다) 제19조 제1항은 부당한 공동행위 즉 사업자간 카르텔을 금지하고 있다. 동조가 금지하는 ‘부당한 공동행위’란 특정사업자가 다른 사업자와 공동으로 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 법제19조 제1항 각호의 1에 해당하는 행위를 할 것을 합의하는 것을 의미한다. 여기서 ‘공동으로’는 사업자가 단독으로 행하는 다양한 형태의 경쟁제한행위나 불공정거래행위 등과 같은 단독행위와 구별됨을 의미한다. ‘일정한 거래분야’는 공동행위를 행하는 사업자가 속한 특정한 관련시장을 의미한다. 공동행위를 규제하는 목적이 경쟁을 제한하는 행위를 막아 시장의 효율성과 소비자후생을 저해하는 것을 방지하는 데 있으므로 특정한 시장을 전제로 해야만 그 시장의 경쟁제한성 여부를 판단할 수 있기 때문이다. 따라서, 시장확정을 전제로 당해 시장내에서 경쟁을 제한하는지 여부를 평가해보아야 한다는 의미이다.

‘경쟁을 실질적으로 제한한다는 의미’는 공동행위의 결과 시장의 자유로운 경쟁을 제한하는 효과가 실제 발생하였을 것을 요한다는 것이다. 만일 경쟁을 제한하는 효과가 일부 있지만 그 보다 더 큰 소비자후생의 증진이나 효율성 증진효과가 발생한다면 외형상 경쟁을 제한하는 것처럼 보일지라도 경쟁보호의 목적인 시장효율성과 소비자후생 증진을 달성하는데 도움이 되는 것이므로 무조건 위법한 행위로 보아서는 안된다는 것을 의미한다. 또한, ‘합의’는 복수의 사업자가 경쟁을 제한하는 행위를 행하기로 하는 의사의 합치를 의미한다. 복수 사업자간에 특정한 행위를 하기 위한 의사의 교환은 있었지만 그러한 의사에 대해 동의하지 않았다면 동의하지 않은 사업자와는 의사의 합치가 없으므로 ‘합의’가 성립하지 않고 따라서 공동행위에 해당하지 않음을 의미한다. 법문에는 명문화되어 있지 않지만 합의에는 명시적 합의 뿐만 아니라 묵시적 합의도 포함된다는 것이 우리 대법원의 일관된 입장이다. 여기서 명시적 합의는 그 합의가 구두이든 서면이든

언어적으로 표현된 경우이고, 묵시적 합의(tacit agreement)는 합의가 언어적으로 표현되지 않은 모든 경우를 말한다고 할 수 있다. 또한, ‘합의하는 행위’를 금지하고 있으므로 합의가 있으면 족하고 그러한 합의에 따른 행위를 현실적으로 하였을 것을 요하는 것은 아님을 뜻한다. 따라서, 합의가 있었음에도 실행되지 않았음을 이유로 위법성이 사라지는 것은 아니다.

한편, 카르텔의 지능화에 따라 합의입증이 점점 어려워지고 있고 카르텔 규제의 사각지대가 발생할 우려가 많이 지적되고 있다. 최근의 카르텔 양상은 합의 문서, 언어 등 명시적 합의가 있었다 하더라도 합의문서나 직접참가자 증언 등 직접증거를 확보하지 못하는 경우에는 간접증거를 통해 합의를 입증할 수 밖에 없다. 그러나 현대의 많은 카르텔은 합의증거를 남기지 않는 경우가 대부분이며, 이러한 상황에서는 회합이 있었다는 사실, 회합을 위한 빈번한 정보의 교환이 있었다는 사실, 제3자의 전문증언, 합의가 없고서는 도저히 복수 당사자들간에 동일한 행위가 발생할 가능성이 없다는 점을 증명할 수 있는 분석자료 등 정황증거에 의해 사실상 추정할 수 밖에 없다. 이렇게 본다면 명시적 합의가 있어도 직접증거를 확보하지 못한 경우에는 묵시적 합의를 입증하는데 있어서와 같이 간접증거에 의해 합의를 추론할 수 밖에 없다는 점에서 다를 바가 없다.

최근에 발생하는 카르텔에 있어서 그 입증을 위한 간접증거 가운데 가장 유력한 증거중의 하나가 회합이나, 합의를 위해 사전에 이루어지는 거래등에 관한 다양한 형태의 정보교환행위(information sharing or information exchange)¹⁾이다. 최근 정보통신기술의 발달은 여러 당사자들간에 정보의 교환자체를 매우 쉽고 빠르게 만들고 있다. 예를 들어, 카르텔 주도자가 여러 경쟁사업자들과 합의를 추진하기 위해서는 전화나 문서를 보내 모임을 만든다거나, 관련 협회 등 제3자의 주선을 통하는 방식을 이용해야 되는데 그 과정에서 직접증거나 간접증거들이 여러 곳에 남아있을 가능성이 많다. 또한, 특정 상대방과 합의를 했다하더라도 다른 경쟁사업자들의 반응을 직접, 즉시 확인하기가 어렵기 때문에 공동행위 합의를 위해서는 상당한 비용과 노력이 소요될 뿐만 아니라 은밀성을 유지하기도 쉽지 않은

1) 사업자간 정보공유로 소비자에게도 정보가 제공되는 정보공개(information disclosure)와 구분된다. 다만, 원가에 대한 정보라면 경쟁기업의 가격결정을 통해서 간접적인 영향을 주기 때문에 정보공유와 정보공개를 구분하는 것은 큰 의미가 없다고 볼 수 있다.

측면이 있다. 그러나 최근에는 관련업계 종사자들간 단체 카톡방을 만들어 손쉽게 실시간으로 상대방의 반응을 확인할 수 있다. 만일 그 중 한 사업자가 합의에 주저하는 경우 그러한 반응이 여러 종사자들이 즉시 눈치 챌 수 있는 만큼 설혹 합의를 원하지 않는다 하더라도 그것을 즉시 표명하기가 어려운 상황에 놓이기도 한다. 또한, 여러 반응을 거쳐 최종적으로 합의를 했다 하더라도 그 사안에 대한 합의과정에서의 반응이나 태도가 상대방들에게 노출되기 쉬워 사후 리니언시(자진신고자 감면제도)²⁾에도 부정적인 영향을 주게 될 가능성이 있다. 예를 들어, 최종적으로는 합의에 참여했다고 하더라도 합의를 이끌어내는 과정에서 합의동참에 미온적인 반응이 있었다거나 적극적인 찬성의사를 표명하지 않는 등의 반응이 나타날 수 있는데 이는 차후에 리니언시가 있는 경우 자진신고자로 의심받을 수 있는 가능성이 더 커지게 되므로 그러한 태도를 사전에 표명하기가 더 어려워지게 된다.

제2절. 연구목적

이 연구보고서는 경쟁사업자들간에 이루어지는 다양한 형태의 정보교환행위가 사실상 자유로운 시장경쟁을 제한하는 담합행위와 유사한 효과를 초래할 수 있는 만큼 이를 경쟁법적으로 규율하기 위한 효과적인 방안을 연구하는데 그 목적이 있다. 앞에서 현행 법률의 규율내용을 살펴보았듯이 정보교환행위는 빈번히 이루어졌지만 명시적 합의가 존재하지 않는다면 금지하기 어렵게 된다. 특정업체가 한 달 후에 있을 가격인상을 위하여 경쟁업체들간에 가격인상물이나 시기 등의 정보를 미리 교환한 경우에 명시적으로 가격을 인상하기로 하는 합의증거는 없다고 하더라도 경쟁업체들간에 동일·유사한 시기에 동일·유사한 가격인상이 있을 경우 이를 부당한 공동행위로 볼 수 있는가 하는 것이다. 이처럼 경쟁당사자들이 향후 거래와 관련한 민감한 정보들을 교환하는 경우에는 상호 행위의 조정이 가능해져 동일하거나 유사한 결과를 낳아 사실상 담합하는 경우와 다를 바 없게 된다. 따라서, 합의 증거가 없다고 해서 이를 방치하는 경우에는 정보교환 형태의

2) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제22조의2(자진신고자등에 대한 감면 등)에 근거하여 부당한 공동행위의 사실을 자진하여 신고한 자 및 증거제공등의 방법으로 조사에 협조한 자에 대하여 시정조치 또는 과징금을 감경 또는 면제해 주는 제도로서 부당한 공동행위를 억제하기 위한 효과적인 수단중의 하나이다. 동법 시행령 제35조에 의거하여 1순위 자진신고자 또는 조사협조자에 대해서는 과징금을 100% 면제하고, 2순위 자진신고자 또는 조사협조자에 대해서는 50%를 감경한다.

카르텔이 만연하게 될 우려가 있고 그로 인해 시장경쟁질서 유지에 중대한 허점이 발생한다. 따라서 공정거래법의 중요한 규율중 하나인 부당공동행위 금지제도의 형해화를 막기 위해서는 정보교환행위에 대한 효과적인 규율방안을 마련하는 것이 필요하다.

또한, 현재 추진중인 공정거래법 개정과정에서 있을 여러 논란에 체계적으로 대응하는 데도 도움이 될 것이다. 2018년 11월 30일 공정거래위원회는 공정거래법 전면개정 특별위원회의 논의결과와 업계의 의견수렴 절차 등을 거쳐 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률 전부개정안’을 정부안으로 발의(의안번호 제16942호)하였다. 이 개정안은 기업집단법제, 경쟁법제 및 사건절차 법제 등에 관한 다수의 내용이 포함되어 있어 사회적인 논란이 많고 국회에서의 입법심사도 원활히 이루어지지 않았다. 2020년 4월 동 개정안중 절차법제 일부만 국회를 통과하고 나머지는 20대 국회 회기만료와 함께 폐기되었다. 금년 6월 21대 국회 개원과 함께 공정거래위원회는 다시금 동 법률안의 입법 추진을 시도하고 있는 상황이다. 따라서, 정보교환 행위를 통해 이루어지는 카르텔에 대한 국내외 관련법제 및 법집행사례와 문제점 등을 검토하는 것은 이 법률안에 대한 입법심사에도 도움을 줄 수 있을 것으로 기대한다.

참고로, 현재 추진중인 공정거래법 개정안의 부당공동행위 금지조항(안 제39조)의 개정 내용은 크게 2가지이다. 하나는 사업자간 정보교환행위를 공동행위의 세부유형으로 포함시킨 것이다. 즉, 동조 각호에서 열거하고 있는 9가지 공동행위 유형중 제9호의 포괄조항에 ‘대통령령으로 정하는 정보를 주고받음으로써 경쟁을 제한하는 행위’를 추가하였다.³⁾

둘째, 둘 이상의 사업자가 담합을 한 것으로 볼 수 있는 외형을 갖춘 상황에서 정보교환행위가 있는 경우 합의를 법률상 추정하도록 하는 내용이다. 즉, 현행 법률상 추정조항인 제5항에 각호를 신설하여 현행 추정조항의 본문내용을 1호로 하고, 2호에 제1항 각호의 행위에 필요한 정보를 주고받은 때를 규정하였다.⁴⁾ 따

3) 제39조(부당한 공동행위의 금지)①사업자는 계약·협정·결의 또는 그 밖의 어떠한 방법으로도 -----다음 각호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의(이하“부당한 공동행위”라 한다)하거나 다른 사업자로 하여금 이를 하도록 해서는 아니된다.

1~8. 생략

9. 그 밖의 행위로서 다른 사업자(그 행위를 한 사업자를 포함한다)의 사업활동 또는 사업내용을 방해·제한하거나 가격, 생산량, 그 밖에 대통령령으로 정하는 정보를 주고받음으로써 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위

4) ㉔제1항 각호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 둘이상의 사업자가 다음 각호의 어느 하나에 해당하는

라서 가격, 생산량, 거래상대방 제한이나 지역분할 등 1호부터 9호까지의 행위에 필요한 정보를 주고 받은 경우 명시적인 합의가 설혹 입증되지 않더라도 법률상 합의를 추정할 수 있게 함으로써 묵시적 합의는 물론이고 동조적 행위에 대해서 까지 합의입증 부담을 완화하는 동시에 위법한 카르텔의 범위를 확장시킨 것이다.

한편, 20대 국회에서 추진하였던 동법 개정안에 대한 국회정무위원회 전문위원 검토보고서를 보면 그 입법배경의 일단과 함께 입법시 초래될 부작용에 대한 우려도 나타나 있는데 다음과 같다. “정보교환행위를 부당한 공동행위 유형 및 합의추정 요건으로 추가하려는 정부안은, 그 동안 법원이 정보교환행위를 합의 사실을 인정할 수 있는 유력한 자료로만 평가하고 실제 합의 사실의 인정을 위해서는 “가격결정과 관련된 명시적·묵시적 연락이 있다고 볼 만한 추가적 사정(가격·산출량 등의 외형상 일치 여부 등)을 요구하는 등 다소 소극적인 태도를 보여왔다⁵⁾는 점을 고려할 때 긍정적인 측면이 있음이 인정된다.”

“다만, ①의사연결의 상호성은 인정되나 주어진 시장 상황에서 자신의 이익을 극대화하기 위한 독자 행동 또는 담합과 양립하기 어려운 사업활동이 상당기간 지속되는 등의 특별한 사정이 있음에도, 가격의 단계적 조정 등 담합의 외관을 갖춘 상태에서 단순한 정보교환행위 자체가 있는 경우에도 합의가 추정되어 합의 부존재 사실을 입증하여야 하는 상황이 발생할 수 있는 점, ② 해당 조항 본문에서는 ‘합의’를 구성요건으로 하고 있음에 반하여 정보교환행위에 관한 제9호에서는 ‘정보를 주고 받는 행위’를 위반대상으로 규정하고 있어 법체계적으로 상이한 내용을 규정하는 것이라는 점을 심사시 고려할 필요가 있고, ③ 또한, 담합 합의 추정 우려로 순경쟁적인 효과를 나타낼 수 있는 행위(상품규격 통일화 또는 공동

경우에는 그 사업자들 사이에 공동으로 제1항 각호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의한 것으로 추정한다.

1. 해당 거래분야, 상품·용역의 특성, 해당 행위의 경제적 이유 및 파급효과, 사업자간 접촉의 횡수·양태 등 제반 사정에 비추어 그 행위를 그 사업자들이 공동으로 한 것으로 볼 수 있는 상당한 개연성이 있을 때,
2. 제1항 각호의 행위(제9호의 행위중 정보를 주고받음으로써 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위를 제외한다)에 필요한 정보를 주고 받은 때
- 5) 정보교환은 가격결정등의 의사결정에 관한 불확실성을 제거하여 담합을 용이하게 하거나 촉진할 수 있는 수단이 될 수 있으므로 사업자 사이의 의사연결의 상호성을 인정할 수 있는 유력한 자료가 될 수 있지만, 그렇다고 하더라도 그 정보교환 사실만으로 부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 대한 합의가 있다고 단정할 수는 없고, 관련시장의 구조와 특성, 교환된 정보의 성질과 내용, 정보교환의 주체 및 시기와 방법, 정보교환의 목적과 의도, 정보교환후의 가격·산출량 등의 사업자간 외형상 일치 여부 내지 차이의 정도 및 그에 관한 의사결정 과정·내용, 그 밖에 정보교환이 시장에 미치는 영향 등의 모든 사정을 종합적으로 고려하여 합의가 있는지를 판단하여야 한다(대법 2013두16951)

마케팅·생산목적 합작법인 설립 등)에 필요한 사업자간 정보교환행위 까지도 전면적으로 위축될 가능성이 있다는 점이 심사시 고려되어야 할 것이다 “라고 지적하고 있다.

이러한 국회 검토보고서의 내용은 정보교환행위를 통한 카르텔 규제의 필요성과 함께 입증책임 전환(경쟁당국의 합의추정시 사업자측의 합의 부존재 입증)으로 생기는 기업의 법률적 부담과 사업활동이 위축될 가능성 등을 면밀히 검토해야 한다는 것으로 향후 입법심사의 난관을 예고하고 있다고 하겠다.

따라서, 이 보고서에서는 사업자간 정보교환행위가 왜 경쟁법적 문제를 초래하는 것인지? 즉 경쟁법적으로 규제할 필요가 있는 것인지? 문제되는 경쟁제한적 정보교환행위는 어떠한 것이고 과연 이를 구별할 수 있는 징표는 무엇인지? 사업자들이 어떤 정보교환은 합법이고 어떤 정보교환은 위법인지 사전에 알 수 있도록 수범자의 예측가능성을 어떻게 제고할 것인지? 묵시적 합의 또는 동조적 행위에 대한 우리 법원의 그간의 태도는 어떠하며 미국·EU법원 등의 경쟁법 판단과는 어떠한 차이가 있는지? 외국에서도 동일 또는 유사한 성문법적인 입법례나 규제 사례가 있는지? 입법론으로서 현행 개정안의 내용은 타당한 것인지? 등과 같은 문제들을 차례로 검토할 것이다.

제3절. 연구방법

이 보고서의 연구방법은 주로 국내외 관련 논문, 저서 및 정기간행물 등의 문헌조사와 국내외 경쟁당국이나 법원의 법집행사례 및 심결례, 판례 평석 자료들을 참고하였다. 국내 관련 논문들은 주로 현행 공정거래법의 공동행위금지 규율의 틀 내에서 정보교환카르텔을 어떻게 규율할 것인지에 대한 법률해석을 다루고 있으므로 구체적인 입법론을 제시하고 있지는 않다. 이는 법리상으로 현행법의 해석을 통해서도 정보교환행위를 규율할 수 있다는 생각이 전제되어 있기 때문이다. 또한, 공정위 심결과 서울고등법원 판결에서는 위법성이 인정되었으면서도 최종심인 대법원판결에서 위법성이 인정되지 않는 경우도 있고, 유사한 정보교환행위가 개입된 카르텔사건에 대해서도 대법원이 합의를 인정한 경우도 있고, 그렇지 않은 경우도 있기 때문에 우리 법원의 판결내용의 변화를 검토, 정리할 것이다.

제2장. 정보교환행위의 의의와 경제적 효과

제1절. 정보교환행위의 의의

1. 정보교환의 개념

수 많은 정보교환 행위중에서 우리가 일차적으로 관심을 두어야 할 정보교환 행위는 담합과의 관계성이 있는 정보교환행위이다. 즉, 사업자와 소비자간의 정보교환이나, 수직적 관계에 있는 사업자간의 정보교환 행위가 아니라 수평적으로 경쟁하는 사업자간에 이루어지는 경쟁사업자간 직·간접적 정보교환행위(information sharing)이다. 다만, 경쟁하는 사업자간의 정보교환에는 많은 위험이 따르므로 최근에는 제3자를 매개로 하는 소위 ‘수레바퀴형 정보교환’ (hub-and-spoke)이 나타나고 있음을 고려할 때, 예를 들어, 공동거래관계에 있는 유통업체와의 수직적 정보교환행위(제3자를 통한 간접적 정보교환)도 논의의 대상이 될 수 있다.⁶⁾ 아울러, 홈페이지, 언론 등을 통해 경쟁사업자 및 소비자를 포함한 일반대중에게 정보를 공개하는 방식도 있다, 예를 들어 한국석유공사가 유가정보시스템을 통해 정유사별, 주유소별, 유종별 석유가격 및 동향 등을 상세히 공개하는 것이나, 2018년에 있었던 현대제철, 동국제강 등 여러 철강회사가 관련된 철근담합 사건에서 개별 사업자의 기준가격을 언론에 공개하는 것(언론공표방식) 등이다.

따라서, 여기서는 정보교환행위를 경쟁관계에 있는 사업자들간 직·간접적인 방식으로 영업과 관련된 정보를 주고받는 것으로 개념을 정의한다. 정보수령자의 묵시적 동의가 인정되는 일방적인 정보제공행위도 법적 평가에서는 정보교환행위와 다를 게 없으므로 포함된다. 그러나 교환된 정보를 바탕으로 가격인상 등 구체적인 공동행위를 실행할 것을 합의하는 행위와는 구분된다. 또한, 담합과의 관계성을 전제로 제3자를 매개로 하는 수레바퀴형 정보교환행위나 수직적 통합관계에 있는 상하위 사업자들간의 수직적 정보교환행위도 포함되는 것으로 이해한다.

6) EU의 수평적 협력 가이드라인에서도 정보교환은 다양한 형태를 포함한다고 한다. 직접적으로 경쟁자간에 공유될 수도 있지만, 간접적으로 사업자단체 또는 시장조사기구나 공급업자, 소매업자 등 제3자를 통한 수도 있다. 자세한 내용은 이 보고서 제3장 제1절에서 후술한다.

2. 정보교환행위의 기능

사업자들은 생산·영업·재무전략의 수립, 상품가격이나 생산량의 결정 등 사업활동과정에서 수 많은 정보를 필요로 한다. 특히, 시장에서 경쟁하는 사업자들은 경쟁에서 생존하기 위하여 경쟁사업자들의 행동을 예의 주시하고 그에 맞게 대응해 나가야 하는데 여기서 필요로 하는 것이 전체시장이나 개별 경쟁자에 대한 정확한 정보이다. 불완전 정보는 시장의 경쟁상태를 완전경쟁시장으로 이르지 못하게 하는 주된 요인이다. 따라서, 정보교환의 핵심적 기능은 교환주체들이 정보를 공유하는데 있으며, 이로써 교환주체들간의 정보 비대칭성을 완화·해소함으로써 시장의 효율성 개선에 기여한다. 개별 기업의 입장에서도 정보교환은 특정기업에서 시작된 혁신의 성과를 시장전체로 확산하는데 도움이 된다.⁷⁾

또한 수요에 대한 정보의 제공은 사업자의 요소투입이나 재고 운영 등에서 효과적인 대응을 가능하게 함으로써 내부적 효율성을 향상시킨다. 예컨대, 건설경기예 대한 정확한 예측정보는 철강회사로 하여금 철근생산량 조절이나 적정 재고 관리에 효율성을 가져다 줄 것이다.

소비자 역시 정보공개(information disclosure)으로부터 많은 편익을 얻을 수 있다. 정보가 부족하다면 소비자는 제품구매시 불이익을 입게 될 가능성이 커진다. 저품질의 제품을 비싼가격으로 구매하게 된다. 정보기술의 발전으로 인터넷 사이트를 통한 여러 제품들의 비교가격 정보가 소비자에게 실시간으로 전달될 수 있는 덕분에 소비자들은 제품구매시 불이익 가능성을 최소화하고 제품선택의 기회가 확장되었다.

반면, 정보교환은 경쟁사업자들간에 합의를 형성하는 과정에서 기초로 작용할 수 있다. 정보의 공유는 참가자들간에 합의로부터의 이탈을 방지하고 감시하는데도 기여한다. 기능적 관점에서 정보교환은 참가사업자들의 불확실성을 줄임으로써 전략적 유용성을 증진시켜 준다. 경쟁사업자들이 상호 시장전략을 인식하고 있을 경우에는 그렇지 않은 경우와 비교하여 경쟁의 양상은 달라질 수 밖에 없고, 경우에 따라서는 경쟁제한적인 것으로 평가될 수 있다.

7) 정보교환시 경제학적으로 소비자후생, 효율성에 미치는 효과에 대해서는 공정거래위원회 용역보고서, 연세대학교 산학협력단(책임연구원 서정채 등), '경쟁제한적 정보교환행위의 공정거래법상 합의입증 방안 연구' p.11~22 참조.

3. 정보교환행위의 유형

정보교환이 행해지는 방식은 앞의 개념에서 개략적으로 보았듯이 교환주체들간의 관계, 교환되는 정보의 내용, 교환된 정보의 시간적 특성이나 빈도 등 여러 관점에서 다양하게 구분해 볼 수 있다. 우선, 교환주체들간의 관계성으로 보면, 경쟁사업자들간의 수평적 정보교환행위와 상하위(upstream-downstream) 사업자간의 수직적 정보교환행위가 있다. 사업자단체나 여러 경쟁사업자들간 거래하는 중간 유통업체를 통한 매개형 정보교환행위도 실질적으로는 수평적 정보교환행위의 일종으로 보아야 할 것이다.⁸⁾

정보의 내용에 따라서도 분류할 수 있다. 가격, 수량, 설비, 유통, 연구개발 등 구체적으로 교환되는 정보의 대상에 따라 가격정보의 교환, 생산량정보의 교환 등으로 분류할 수 있다. 또한, 교환된 정보의 시간적 특성에 따른 구분도 가능하다. 과거의 경험치에 관한 것인지 아니면 장래의 사업자의 의도를 반영한 것인지에 따라서 과거 경험치 정보와 미래 예측정보 등으로 분류가 가능하며 이는 경쟁제한성 평가에 큰 변수가 될 것이다. 얼마나 자주 사업자들간에 정보가 교환되었는지를 의미하는 정보교환의 빈도도 고려할 필요가 있다. 이와 함께 교환된 정보의 내용이 공적인 것인지, 사적인 것인지, 교환의 방식이 공개적으로 이루어지고 있는지, 비공식적이고 은밀한 방식으로 이루어지고 있는지 등 교환방식에 따라서도 공식적 정보와 비공식적 정보 등으로 분류할 수 있다.⁹⁾

이러한 교환된 정보의 내용, 정보교환의 방식, 빈도, 최신성 여부, 공개성 여부 등은 모두 종합적으로 당해 행위의 경쟁제한성을 평가하는데 고려요소로 작용한다는 점에서 중요한 의미가 있다. 예를 들어, 과거의 거래데이터를 교환한 경우와 향후 의사결정에 사용될 수 있는 데이터를 교환하는 것은 상호간 행위조정에 미치는 영향이 다를 수 밖에 없다. 따라서 정보교환의 위법성 여부를 일의적으로 평가하는 것은 한계가 있으며 또한 어느 하나의 유형에 경쟁정책적 평가가 전적으로 의존하는 것도 불합리하다. 정보교환행위의 위법성을 평가하는 것은 위에서 언급한 여러 요소들을 분석하고 이를 종합적으로 판단하는 과정이라 할 것이다.

8) 안병훈, 정보교환 행위와 합의의 추정 : 생명보험사 예정이율 등 담합 사건, 제178호, 2015

9) 홍명수, EU 경쟁법상의 공동행위 관련 정보교환에 관한 고찰, 홍익법학 제18권 제1호, 2017

제2절. 정보교환행위의 경제적 효과

사업자간 정보교환행위가 왜 경쟁법적으로 문제를 초래하는가? 이 문제는 결국 사업자간 정보교환행위가 어떠한 경제적인 효과를 낳는가의 문제이다. 모든 사업활동(더 나아가 인간의 모든 사회활동)은 정보의 교환을 통해 이루어진다. 제품생산에 필요한 원료구매를 위해서도 원료공급자와 다양한 형태의 협상을 거쳐 이루어지며, 협상과정에서 거래관련 정보가 제공된다. 마케팅을 위해서도 광고와 같은 다양한 형태의 정보제공의 수단을 활용하게 된다. 따라서 정보교환행위는 대부분의 경우에 경쟁을 촉진하거나 소비자선택을 확대하는 등 시장경쟁구조에 긍정적인 효과를 지닌다. 법적으로 문제되는 것은 그러한 수 많은 사업자들간의 정보교환행위중에서 의도와 효과 측면에서 경쟁을 제한하는 효과를 지닌 일부의 것들이다. 즉, 카르텔을 형성하기 위해 활용되거나 카르텔 효과를 낳는 정보교환행위만이 우리의 관심의 대상이 된다.

1. 친경쟁적인 효과(pro-competitive effect)

경쟁하는 사업자간에 정보를 교환하는 행위는 대부분의 경우에는 시장의 투명성(transparency)을 제고하여 경쟁을 활성화하고, 소비자의 탐색비용(search cost)을 감소시켜 소비자 잉여를 증대시키는 친경쟁적 효과(pro-competitive effect)가 있다.

예를 들어, 가격차트의 사용과 같은 것이다. 가격차트가 제공된다면 소비자와 경쟁자들은 제때 주어진 시점에서 가격차트를 보게 된다, 소비자들은 가격이 상승하기 전에 다수의 소매업체들의 가격비교를 통해 편익을 얻게 된다. 수요변동이 심한 시장에서 수요예측의 정확도를 제고함으로써 재고관리에 도움을 준다. 즉, 수요변동이 심하다면 기업은 최대 수요량을 충족시키기 위해 상당량의 재고를 유지해야 하지만 정보교환을 통해 수요변동에 대한 기업의 예측력을 제고시키면 재고량을 최적화하여 과소공급이나 과다공급의 문제를 해결할 수 있다.¹⁰⁾

2010년 우유담합 사건을 보면 실제 사업자들이 처한 현실은 이보다 훨씬 복

10) 이상규, 사업자간 정보교환행위의 경제적 효과 및 규제기준 연구, 중앙대학교, 2013.

잡하다. 우유제조의 원료인 원유공급의 안정성 확보, 축산농가의 보호 및 원유의 수급안정을 위해 사전계약을 통한 생산량 할당시스템의 존재, 원유가 인상에 대응 필요성, 정부의 행정지도¹¹⁾ 등 우유가격에 영향을 미치는 외부적 환경변수들하에서 최적의 가격을 단독으로 결정하기는 쉬운일이 아니다. 이로 인해 정부 혹은 사업자 단체를 매개로 한 긴밀한 정보교환시스템이 구축되기도 한다.

또한, 경쟁자의 장점을 벤치마킹할 기회를 제공함으로써 경영을 효율화하는데 이점이 된다. 정보가 잠재적으로 진입 의사가 있는 사업자에게 공개된 경우에는 진입여부를 결정하는데 도움을 준다. 대출, 보험 등 금융부문의 경우에는 개별 소비자에 대한 보유데이터를 공유함으로써 보다 정확한 신용, 위험평가를 가능하게 하고 대출수수료나 보험료 책정에 도움이 된다.¹²⁾

아울러 개별 사업자의 혁신노력이 산업전반에 확산되어 시장 전체의 효율성을 제고하는 역할도 한다. 프랜차이즈 산업의 경우에는 가맹사업자 보호를 위해 각 브랜드의 경쟁력 요소를 담은 정보공개서를 등록하도록 법제화하고 있고, 이를 공개함으로써 경쟁사업자들의 경쟁요소를 비교할 수 있도록 하고 있으며, 프랜차이즈 협회와 같은 사업자단체를 통해 이종브랜드간에도 출점시 각종 정보를 제공하고 그것을 토대로 근접출점을 제한하는 행위도 이루어지고 있는 현실이다.

따라서, 정보교환행위가 어떠한 효과를 낳는가는 시장구조와 함께 정보의 내용과 성격 및 교환방식, 교환시점, 교환빈도 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다. 일반적으로 시장집중도가 높고, 상품이 동질적일수록, 개별기업의 경쟁요소와 관련된 전략적 정보일수록, 아울러 정보교환이 빈번하고 규칙적인 경우나 소비자에게 공개하지 않고 경쟁사업자간 은밀하게 공유하는 경우 경쟁제한적 효과가 더 크게 나타날 수 있다.

11) 행정지도와 사업자간 정보교환행위 등과 같은 합의를 추정하게 하는 정황증거가 복합적으로 있는 경우, 행정지도에 의해 외형상 일치가 나타난 것인지, 정보교환의 결과로 외형상 일치가 나타난 것인지를 실제 구별하기도 쉽지 않다

12) EU는 보험사업자담합예외법(Insurance block exemption regulation)을 통해 담보 위험비용 공동산정, 경험생명표 및 질병, 상해 등 통계산정을 위한 정보교환을 허용하고 있다. 호주는 2012.6월 Competition and Consumer Act를 개정, 경쟁제한적인 정보제공행위를 금지하고 금융부문에 한해 제한적으로 적용하고 있다. (Section 44ZZW, Corporation must not make private disclosure of pricing information etc, to competitors / Section 44ZZX, Corporation must not make disclosure of pricing information etc, for purpose of substantially lessening competition.)

2. 반경쟁적인 효과(anti-competitive effect)

반면, 경쟁이 이루어지는데 필수적인 시장요소들을 조정·일치시킴으로써 담합을 조장하고 진입장벽을 구축하는 등의 반경쟁적인 효과(anti-competitive effect)도 지니고 있다. 경쟁관계에 있는 사업자들이 직·간접적으로 장래 가격이나 거래조건 등 경쟁에 민감한 정보를 공유하게 되면 카르텔을 조장하고 형성된 카르텔로부터의 이탈을 쉽게 감시할 수 있도록 해준다.

예를 들어, 한 기업이 앞으로 설정하려는 가격정보를 제공하게 되면 그것을 받은 경쟁자는 고객이 가장 원하는 가격을 고려할 필요가 없게 된다. 정보를 제공 받은 당사자들은 공개된 가격으로 혹은 그와 유사한 수준으로 아무런 고민 없이 편하게 가격을 설정할 수 있다. 왜냐하면, 이미 알게된 경쟁사업자의 가격에 맞추어 자신의 가격을 설정하면 소비자의 이탈없이, 즉 매출감소의 위험을 피하면서도 매출수익을 증가시킬 수 있기 때문이다.

따라서, 사업자간 명시적 합의가 없더라도 가격정보의 교환을 통해 미래의 가격책정 방향 및 가격인상 목표수준을 공유함으로써 사업자간 협조를 원활하게 해준다. 정보교환을 통해 합의 준수여부를 지속적으로 감시하고 담합 이탈자의 적발 및 처벌을 가능토록 함으로써 기 형성된 카르텔의 공고화에 도움을 준다. 또한, 정보교환을 통해 신규 사업자에 공동 대응함으로써 신규 진입을 실효적으로 제한할 수 있게 된다. 특히, 카르텔에 대한 글로벌 감시망이 강화되면서 사업자들은 직접적으로 담합을 형성하기 보다는 장래 경쟁에 민감한 정보를 교환하는 방식으로 담합과 동일한 경제적 효과를 달성하는 경향이 더욱 강해지고 있다.

한국의 경우에도 최근의 카르텔 경향은 명시적인 담합 보다는 정보교환이 수반된 묵시적 형태의 담합이 점점 증가하고 있다. 2010년 12개 우유사업자의 담합 사례의 경우, 12개 우유제조 사업자가 원유가격 인상을 전후로 상호 빈번하게 접촉하고 이를 통해 가격인상율이나 인상폭 등 가격정보를 교환한 후 서로 유사한 수준으로 인상하였다. 4개 라면 제조사가 2001년부터 2010년 기간중 총 6차례에 걸쳐 라면가격을 공동으로 인상하였는데, 1위 업체인 농심이 가격인상 계획을 타

사업자들에게 전달하고, 나머지 3개사들로 서로의 가격인상 계획을 공유하면서 순차적으로 가격을 인상하였다. 2011년의 생명보험사 이율 담합사건의 경우, 16개 생명보험사가 2001년부터 2006년기간중 예정, 공시이율을 확정하기 전에 각 사의 이율결정 계획을 상호 교환한 후 이를 반영하여 자신의 이율을 결정하였다. 2018년 7개 제강사의 철근가격 담합사건의 경우에도 관련 사업자간에 빈번한 접촉과 기준가격 언론공표와 같은 방식들이 결합된 정보교환 행위가 수반되었고, 2015년부터의 가격조정행위가 있었다.¹³⁾

이처럼 오늘날의 카르텔 형성, 유지에 있어서 정보의 교환은 빈도나 내용에 다소간의 차이가 있을 뿐 아주 일반적인 현상이라고 해도 과언이 아니며, 이에 대한 규율방안을 고민하지 않을 수 없는 이유이다. 우리나라의 경우, 대부분의 중간재나 주요 생필품 시장은 과점시장의 특성을 지니고 있다. 이러한 과점시장에서는 경쟁상황이 더 치열하게 전개될 수도 있지만 다양한 형태의 사업자간 공동행위가 매우 용이하고도 빈번하게 발생할 수 있다. 공동행위의 양태도 명시적 합의형태외에도 의식적 병행행위(conscious parallelism)나 가격선도 추종행위(price leader-followership), 정보교환행위(information exchange)와 같은 상호의존적 행위가 다양하게 나타난다.¹⁴⁾

문제는 그러한 행위의 결과 가격인하와 같은 소비자후생을 증진시키는 효과를 낳기 보다는 명시적 합의를 통한 가격인상과 유사한 폐해를 초래하는 경우가 많다는 것이다. 그러한 상호의존적 행위들이 경쟁제한의 폐해를 낳는다 하더라도 이들을 모두 포괄하여 담합에 준하여 규율하는 것은 바람직하지 않다는 것이 아직까지는 일반적인 시각인 것으로 보인다. 무엇보다 상호의존적 행위 자체가 효율적일 수 있는 데다, 이윤극대화를 위한 사업자들의 미묘하고도 전략적인 의사결정 과정에 정부가 확실한 위법성 징표도 없이 개입하는 것은 제1종 오류(false positive)의 위험을 많이 내포하기 때문이다.¹⁵⁾ 이러한 암묵적 합의와 유사한 상호의존적 행위들에 대해 포괄적으로 경쟁법적 규율을 시도한 사례는 EU경쟁법에서 찾을 수 있다. 이하에서 EU사례를 포함한 외국의 규율체계를 살펴보기로 한다.

13) 철근담합 사건에 대한 공정위 심의과정에서 2015년 이후의 가격조정행위에 대해서는 정보교환의 정황증거도 충분하지 않아 위법성이 인정되지 않았다.

14) 이항, 경쟁사업자간 정보교환에서의 '합의'의 의미와 입증 수준, 경쟁저널, 2016.7

15) 이항, 앞의 논문

제3장. 정보교환행위에 대한 외국의 규율 체계

제1절. EU 경쟁법상 동조적행위 규제

1. EU 기능조약(TFEU) 제101조

EU에서 사업자간 정보교환행위는 부당 공동행위를 규율하는 EU 기능조약 (Treaty on the Functioning of the European Union, 이하 TFEU라 함) 제101조가 적용된다.¹⁶⁾ EU경쟁법상 정보교환행위는 카르텔, 특히 동조적 행위(concerted practices)의 성립을 입증하는 정황증거로서 의미를 지닌다. 여기서 동조적 행위란 한국의 공정거래법상 암묵적 합의와 유사한 측면이 있으나 엄밀히 말하면 그 보다는 더 넓은 범위를 포괄하는 개념이라 할 수 있다. 왜냐하면, 암묵적 합의는 명시적인 합의문서가 없는 것일 뿐 당사자간에 일정한 합의가 존재함을 전제로 하는 것인 반면, EU경쟁법상의 동조적 행위는 합의의 존재를 반드시 전제하는 것은 아니기 때문이다. 즉, EU경쟁법에서의 동조적 행위는 합의나 단체적 결성에 해당하지 않지만 사업자간 공동행위로서 평가될 수 있는 모든 행위를 포섭한다.¹⁷⁾

한국에서 부당 공동행위의 합의의 직접 증거를 확보할 수 없는 경우 정보교환과 같은 정황증거를 제시하여 묵시적 합의 또는 암묵적 요해의 성립을 입증하는 것과 유사하게 EU경쟁법에서는 통상 정보교환에 대한 증거만 있고 합의의 직접 증거를 확보하지 못한 경우 카르텔의 한 유형인 동조적 행위를 입증하게 되는데, 이는 기능조약 제101조의 포괄적 규정에 근거하는 것이다.

우리의 공정거래법 제19조와는 다르게 EU 기능조약 제101조 제1항은 경쟁을 제한하는 사업자간의 합의(agreements), 사업자단체의 결의(decisions) 및 동조적 행위(concerted practices)를 금지하고 있다. 여기서 동조적 행위는 합의라고 인

16) Article 101, 1. The following shall be prohibited as incompatible with the internal market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market

17) 홍명수, EU경쟁법상의 공동행위 관련 정보교환에 관한 고찰, 홍익법학 제18권 제1호(2017)

정될 만한 단계에는 이르지 않았지만, 사업자간 직접 또는 간접적 접촉을 통하여 형성된 공감대(mental consensus)를 바탕으로 의식적(knowingly)으로 경쟁 대신 상호 실질적으로 협력하는 행위를 말한다.¹⁸⁾ 다만, 동조적 행위는 과점시장의 의식적 병행행위만으로 성립하지 않으며, 어떤 형태로든 다른 사업자와의 조정 내지 협력행위가 존재하여 사업활동을 독자적으로 수행할 경우 수반되는 위험을 제거 내지 완화해야 한다. 따라서 동조적 행위의 구성요건은 i)정보교환과 같은 사업자간 조정·협력행위(concertation)의 존재, ii)시장에서 당해 협력행위에 따른 사업활동(market conduct)의 존재, iii)당해 조정·협력행위와 사업활동간에 인과관계 등 세가지라고 할 수 있다.¹⁹⁾

2. 정보교환의 공동행위와의 관련성

EU경쟁법의 정보교환에 관한 법리는 2011년에 제정된 「수평적 공동행위 가이드라인(Guidelines on horizontal cooperation agreements, 이하 Guidelines이라 함)」 제2장에서 구체적으로 다루고 있다.²⁰⁾

정보교환은 공동행위를 형성(establish)하거나 그 구성부분(part)이 되는 경우에 제101조에 의한 규제대상이 될 수 있다. 여기서 공동행위를 ‘형성’ 한다는 의미는 정보교환 그 자체에 대하여 공동행위가 성립하게 됨을 의미한다. 즉 정보교환이 이루어진 경우, 이를 토대로 합의, 사업자단체의 결정 또는 동조적 행위를 인정하는 경우이다. 예를 들어, 사업자들이 장래 부과하고자 하는 상품가격에 관한 자신의 의사를 교환하기로 합의한 경우(즉 가격정보를 교환하기로 하는 합의), 이러한 정보교환은 가격에 관한 공동행위로서 합의나 단체적 결정의 성립을 인정하는 근거가 된다. 공동행위의 ‘구성부분’이 되는 경우라 함은 전체적으로 공동행위가 성립하고 있는 상황에서 정보교환이 정황증거의 한 부분으로 기능하는 것을 말한다. 예를 들어, 생산량에 관한 수평적 합의의 틀 안에서 비용에 관한 정보를 교환하는 것이 이에 해당된다.²¹⁾

18) 이병건, 정보교환행위에 대한 연구.- 미국, EU의 사례를 중심으로- 삼성경제연구소, 2017

19) 이병건, 앞의 논문

20) Guidelines 2. General Principle on Competitive Assessment of Information Exchange 부분

21) 홍명수, 앞의 논문

3. 정보교환과 동조적 행위와의 관련성

EU기능조약 제101조가 제시하고 있는 공동행위 세가지 유형(agreements, decisions, concerted practices)은 모두 정보교환에 의하여 성립될 수 있지만, 합의나 단체의 결정에 이르지 않은 상태에서의 공동행위 가능성을 상정하고 있는 동조적 행위의 경우에는 다음과 같은 특징이 있다.

첫째, 동조적 행위는 합의나 결정에 해당하지는 않지만 사업자간 공동행위로서 평가될 수 있는 모든 행위를 포섭한다. 이와 관련하여 Guidelines는 유럽사법재판소의 여러 판결에서 나타난 판단근거를 따르고 있다. 즉, 동조적 행위의 개념은 사업자들간 합의가 이루어졌다고 볼 수 없는 단계에서의 사업자들간 조정의 형성(a form of coordinations), 의도적으로 경쟁의 위험을 회피하는 사업자들간 실질적인 협력(practical cooperations)을 의미한다. 조정·협력의 기준(criteria)은 경쟁에 관한 기능조약상 규정들이 지니는 고유한 개념의 관점에서 이해되어야 하며, 그것은 개개 사업자들이 국내시장에 적용하려는 영업정책이나 고객들에게 적용하려는 조건들을 독립적으로 결정하라는 의미이다.²²⁾

둘째, 정보교환에 의한 공동행위 성립가능성은 사업자들로부터 현재 혹은 향후 예견되는 경쟁사업자들의 행위에 의식적으로 대응할 수 있는 권리를 박탈하는 것은 아니지만, 경쟁사업자들간의 직접적 혹은 간접적인 접촉을 차단하는 것이다. 즉 정상적인 시장경쟁조건에 맞지 않는 경쟁조건을 만들어내기 위한 목적이나 효과를 창출하는 접촉을 의미한다. 정보교환이 전략적 불확실성(strategic uncertainty)을 감소시키고 그로 인해 공모를 촉진한다면 동조적행위에 해당될 수 있다. 즉 경쟁 사업자들간의 전략적 자료의 공유는 시장에서 사업자들의 독립성을 줄이고 경쟁의 유인을 감소시키기 때문에 동조행위(concertation)를 구성한다.²³⁾

셋째, 한 사업자만이 자신의 경쟁자들에게 전략적 정보를 드러내는(disclose) 상황도 동조적 행위에 해당될 수 있다. 전략적 정보를 드러내는 방식에는 메일, 이메일, 전화, 미팅 등 다양할 수 있다. 특정사업자가 경쟁자들에게 장래 사업계

22) Guidelines para 60.

23) Guidelines para 61.

획에 관한 전략적 정보를 밝힐 때, 관련되는 모든 경쟁사업자의 전략적 불확실성을 줄어주고, 경쟁제한과 담합의 위험을 증가시킬 수 있다.²⁴⁾ 한 사업자가 신문을 통하여 일방적인 발표(unilateral announcement)를 하는 것처럼 경쟁사업자가 아닌 공중을 상대로 정보를 공개한 경우에 이러한 행위가 일반적으로는 동조적 행위를 구성하지는 않을 것이다. 그러나 동조적 행위가 될 가능성이 전적으로 배제될 수 있는 것은 아니다. 특정사업자의 발표가 경쟁사업자들의 추가적 발표로 이어질 경우와 같이, 사업자들의 일련의 발표행위가 조정조건에 관한 일반적인 양해에 이르기 위한 전략적 대응의 한 수단임이 입증된 경우에는(prove to be a strategy for reaching a common understandings about the terms of coordination) 동조적 행위에 해당될 수 있다.²⁵⁾

4. EU경쟁법(Article 101조)상 카르텔금지 예외 규정

한편, 기능조약 제101조 제3항²⁶⁾은 101조 1항에 따라 금지되는 카르텔로 인정되는 경우에도 효율성 획득(efficiency gains), 불가피성(indispensability), 소비자 편익 증진(pass-on to consumers), 경쟁제거효과 부존재(no elimination to competition) 등 제3항의 기준에 충족한다면 위법성이 없는 것으로 예외규정을 함께 두고 있다. 이에 따라, Guidelines에서는 위 4가지 기준에 따라 정보교환행위의 경쟁제한성을 평가하도록 하고 있다.

① 효율성 증진(efficiency gains) 기준 : 경쟁자들의 비용에 관한 정보교환이 경쟁기업의 우수한 사업활동 벤치마킹 및 그에 맞춰 내부적인 인센티브구조를 설계하는데 활용된다면 기업으로 하여금 효율성을 기할 수 있도록 해준다. 수요정보나 비용정보의 획득은 수요가 많은 시장이나 비용이 저렴한 원료이용 등의 방향으로 생산할 수 있도록 도와준다. 이러한 효율성의 발생여부는 가격이나 생산량 경쟁인지의 여부와, 시장의 불확실성과 같은 시장특성에 의해 많이 좌우될 것이다. 과거

24) Guidelines para 62.

25) Guidelines para 63.

26) 종전에 구 집행규칙 17/62에 따라서 카르텔 금지의 예외를 인정받으려면 집행위원회가 개별적으로 면제권을 행사(individual exemption)하거나 일괄적 적용제외(block exemption)에 따라서만 가능하였다. 그러나, 위원회에 의한 개별적 면제권은 집행규칙 1.2003 제1조 제2항의 개정예에 따라 더 이상 존재하지 않고, 2004년 5월 1일부터는 101조 3항(종전 제81조제3항)의 요건만 충족하면 특별한 절차가 없어도 자동으로 법적인 예외를 인정받게 되었다. 홍명수, 앞의 논문.

의 소비자 구매성향 등 소비자에 관한 정보교환도 정보비대칭이 있는 시장에서 기업의 효율성을 증진시킬 수 있다. 또한, 진정으로 공개적인 정보의 교환은 소비자들이 적은 탐색비용으로 현명한 선택(informed choice)을 할 수 있도록 도와준다.²⁷⁾

② 불가피성(indispensability) : 이 조건충족을 위해 당사자들은 교환된 자료의 범위 뿐만 아니라 자료의 주제, 종합적인 통계인지 여부, 자료가 얼마나 오래된 것인지, 비밀정보인지, 교환의 빈도 등과 관련하여 효율증진에 불가결한 리스크를 낮추는데 필요하다는 점을 입증해야 한다. 더욱이 그러한 교환된 정보들이 효율성 획득에 필요한 정보의 범위를 넘지 않아야 한다. 예를 들어, 일반적으로 단지 벤치마킹 목적이라면 아주 개별화된 정보(individualized data)가 꼭 필요하다고 보기는 어렵다.²⁸⁾

③ 소비자 편익 증진(pass-on to consumers) : 경쟁을 제한함으로써 얻는 효율성 증진 효과가 경쟁을 제한하는 효과를 능가할 정도로 소비자 편익으로 이어져야 한다. 정보교환에 관련된 당사자들의 시장지배력이 적을수록 효율성 증진효과가 소비자편익으로 이어질 가능성은 높아진다.²⁹⁾

④ 경쟁제거 부존재(no elimination to competition) : 정보교환에 관련된 당사자들이 관련상품의 중요한 부분에 대한 경쟁을 제거할 가능성을 제공한다면 제101조 3항의 예외조건을 충족하지 못한다.³⁰⁾

5. Anic 추정 의 원칙³¹⁾

EU법원은 경쟁당국이 사업자간 민감한 정보교환 등의 조정, 협력행위의 존재를 입증한 경우, 당해 사업자가 관련 사업을 영위하는 한 그러한 협력행위로 취득한 정보가 이후 사업활동에 반영되었을 것으로 추정한다고 일관되게 판시하고

27) Guidelines para 95~99.

28) Guidelines para 101~102.

29) Guidelines para 103.

30) Guidelines para 104.

31) Commission v. Anic Partecipazioni (Polypropylene 사건) [1999] ECR I -4125

있다. 이는 통상 어떤 사업자가 자신의 전략 및 사업활동을 결정할 때 경쟁사업자의 계획을 고려한다는 상업적, 경제적 현실을 반영한 것이다. 특히, 이러한 인과관계는 협력행위가 정기적, 지속적으로 이루어지는 경우 넉넉하게 추정되는 것으로 본다. 이러한 인과관계의 추정은 피심인이 문제되는 협력행위가 관련 사업활동에 어떠한 영향도 미치지 못하였다는 점을 입증하여 번복할 수 있지만, 피심인이 이러한 추정을 번복하기는 사실상 상당히 어렵다. EU법원은 어떤 사업자가 다른 카르텔 참여사업자보다 실제 가격을 낮게 유지했다는 점만으로는 당해 동조적 행위가 가격결정에 영향을 초래했을 가능성을 배제할 수 없으므로 추정이 번복되지 않는다고 판시한 바 있다.³²⁾ 이러한 판례법상의 Anic추정의 원칙은 공동행위에 관한 합의추정 조항을 두고 있는 우리나라의 공정거래법과 유사하게 동조적 행위에 관한 경쟁제한성 입증의 어려움을 반영하고 있다고 하겠다.

6. 정보교환의 성격과 경쟁제한효과 판단

Guidelines은 교환되는 정보의 성격을 유형화하면서 그러한 유형별로 정보교환행위의 위법성을 판단하는 상세한 기준을 제시하고 있다. 기본적으로 장래가격이나 판매량 등 경쟁제한적 목적(by object)으로 이루어진 정보교환은 위법한 것으로 본다. 그 외의 정보교환행위는 사안별로 경쟁제한적 효과와 효율성 효과를 비교형량하여 판단(by effect)한다.

정보교환은 카르텔을 입증하기 위한 의사소통 형태로서 정황증거의 대표적 유형인데, Guidelines에서는 카르텔 가능성이 높은 정보교환의 성격을 ① 전략적 정보인지 여부 ② 정보의 시장 포괄범위 ③ 집합적/개별적 데이터 여부 ④ 장래 또는 과거에 관한 데이터인지 여부 ⑤ 정보교환의 주기 ⑥ 공개된 정보인지 여부 ⑦ 교환의 공개성 또는 폐쇄성 여부 등에 따라 구분하고 그에 따른 경쟁제한효과를 판단하고 있다.³³⁾

① 전략적 정보(Strategic information) : 교환시 의사결정의 독립성을 감소시키고, 시장에서의 전략적 불확실성을 줄여주는 정보, 예를 들면, 실제 가격, 할인율, 리베이트의 증감, 고객 리스트, 생산비용과 수량, 매출액과 판매량, 생산능력, 마케

32) 이병건, 앞의 논문

33) Guidelines (ii) Characteristics of the Information Exchange, Para 86~94.

팅 비용, 투자, 기술 혹은 연구개발 프로그램에 관한 정보등이 해당된다. 데이터의 전략적 유용성은 교환빈도나 시장맥락 외에 집합적인지, 최근의 정보인지 등 다른 여러 변수에 달려 있다. 일반적으로 가격과 수량에 관한 정보가 가장 전략적이며, 비용과 수요에 관한 정보가 그 뒤를 따른다. 그러나 연구개발 경쟁을 하고 있다면 기술자료가 가장 전략적인 정보가 될 것이다.

② 정보의 시장포괄 범위(Market coverage) : 카르텔 가능성이 높은 정보교환은 교환에 참여한 사업자들이 관련시장의 상당부분을 포괄(sufficiently large)하는 경우이다. 참여사업자의 시장포괄 범위가 매우 작다면 정보교환에 참여하지 않은 사업자가 조정된 가격이하의 가격책정을 하게 될 경우 참여사업자들의 공모행위의 외부적 안정성을 위협하게 되어 당해 공모행위의 경쟁제한성 자체가 인정되기 어려울 것이다. 예를 들어, UK Agricultural Tractor Registration Exchange사건(1992)에서 영국트랙터 시장에서 정보교환에 관련된 4개 사업자가 80%이상의 시장점유율을 갖고 있다는 것을 위법 판단의 중요한 근거로 보았다. 이에 비해, 미국의 American Column & Lumber(1921)사건에서는 연방대법원이 정보교환이 이루어진 범위가 전체산업의 3분의 1정도임에도 위법한 것으로 판단한 사례가 있듯이 시장포괄범위를 명확히 설정하기는 어렵다.³⁴⁾

③ 총량적/개별화된 정보인지 (Aggregated / individualized data) : 총량적 정보는 일반적으로 공급자나 소비자들로 하여금 시장에 대한 이해에 도움을 주지만, 각 사업자의 개별화된 데이터는 시장상황에 대한 공통적 양해를 촉진하고, 카르텔 신규진입이나 미준수 기업 색출을 용이하게 할 수 있다. 총량적 데이터인 경우에도 매우 견고하고 안정적인 과점시장에서는 개별데이터와 같은 효과를 지닐 수 있다. 사업자단체나 시장조사기관에 의하여 집계된 시장자료(판매자료, 설비자료, 투입과 구성부분의 비용자료)의 수집과 공표는 공급자들에게 시장전략을 효율적으로 채택할 수 있는 편익을 준다. 일반적으로 견고한 과점시장이 아닌 한 총량자료의 교환은 경쟁제한 효과가 적을 것이다. 반면 개별화된 자료는 특정 기업의 가격·비용을 식별할 수 있도록 해 줌으로써 공모가능성을 높이게 된다.

34) 홍명수, 앞의 논문

④ 정보의 현재성 (Age of data) : 과거 데이터(historic data)는 경쟁자의 장래 행동이나 시장에 대한 공통적 이해를 제공하는 데 유용성이 떨어진다. 예를 들어, 가격 재협상이 이루어지는 장기계약기간 보다 몇 배나 더 오래전 데이터라면 과거 데이터로 볼 수 있다. 미국의 의료산업분야 범집행지침(이에 대해서는 제2절에서 기술한다)에서는 3개월 이전 자료는 경쟁제한의 우려가 없다고 기준을 정하고 있는 데, EU의 경우 얼마나 오래된 자료이어야 위법성이 없는지 명확한 시점을 정하고 있지는 않다. 만일 1년 혹은 3년 등 장기계약이 일반화된 산업분야라면 3개월 이전자료라고 하여 경쟁제한 효과가 없다고 단정하기는 어려울 것이다.

⑤ 정보교환의 빈도(Frequency of the information exchange) : 불안정한 시장상황이라면 안정적인 때에 비해 정보교환의 빈도가 더 잦아야 한다. 장기계약이 일반화된 시장이라면 정보교환의 빈도가 낮더라도 카르텔 결과를 초래하기에 충분할 수 있다. 이에 비해 단기계약 위주의 시장에서 정보교환의 빈도가 적다면 담합가능성은 낮아지게 된다. 예를 들어, 원자재 가격변동이 심하거나 수시로 조정할 필요가 있는 시장이라면 빈번한 정보교환은 공모의 가능성을 크게 높일 것이다.

⑥ 정보의 공개성(Public / non-public information): 공개된 정보는 카르텔을 구성할 가능성이 낮다. 공개된 정보는 일반 소비자나 정보교환에 참여하지 않는 경쟁자도 동등하게 접근가능한 정보이다. 정보접근에 비용이 소요된다면 이는 진정으로 공개된 정보가 아니며, 이런 점에서 담합의 의도를 가진 경쟁자들은 동등하게 접근 가능한 정보에 대해서는 교환을 선호하지 않을 것이다. 자료의 공적 이용가능성이 있는 경우에도(예를 들어 규제기관에 의하여 공표된 정보) 경쟁사업자들에 의한 추가적인 정보교환의 존재가 시장에서의 불확실성을 더욱 줄이는 것이라면 경쟁제한 효과를 야기할 수 있다.

⑦ 교환방식의 공개성 비공개성(Public / non-public exchange of information) : 공개적으로 이루어지는 정보교환도 담합효과를 낳는 것을 완전히 배제할 순 없지만 일반적으로는 담합개연성을 감소시킨다. 유럽법원은 Wood Pulp사건(1993)에서 고객에게 공개되었던 방식의 정보교환이 낮은 가격을 책정하는 방향으로 경쟁사업자들의 가격책정을 유도한 것으로 보았으며, 당해 정보공개의 위법성을 부인한 사례가 있다.³⁵⁾

7. 가이드라인이 제시하는 가상사례³⁶⁾

① 경쟁제한의 목적으로 미래 예상 가격정보의 교환

상황

X국 버스회사들의 사업자단체인 A가 회원사들에게만 미래가격에 대한 개별화된 정보를 제공함. 예상요금, 그 요금이 적용될 노선, 소비자들이 당해 요금으로 선 구입 가능한 조건, 구입기간, 적용될 여행기간 등의 요소를 포함하고 있음

분석

이 정보교환은 경쟁사업자들의 가격책정에 관한 사업자단체의 결정에 의해 촉발됨. 이러한 정보교환은 담합적 효과를 거두는데 매우 효과적인 수단임. 그러므로 목적상 경쟁제한적임. 사업자들은 경쟁자가 더 높은 요금을 책정할 의도를 알게 되면 언제라도 발표된 요금에 맞춰 자신의 가격을 변경시킬 수 있음. 이는 사업자들에게 시장점유율 상실의 위험을 야기함이 없이 공통된 더 높은 요금수준을 가능하게 함. 그 예로, 버스회사 A가 오늘 다음달부터 1도시에서 2도시로 가는 노선에 대한 요금 인상을 발표함. 이 정보가 단체의 모든 버스회사들에게 배포되기 때문에 A사는 다른 회사들의 반응을 기다려 볼 수 있음. 가령 동일노선의 경쟁회사인 B가 동일수준으로 인상한다면 A사는 그 요금수준을 변경하지 않음. 하지만 B사가 요금인상 수준을 동일하게 하지 않는다면 A사는 여전히 요금수준을 변경할 수 있음. 그러한 조정은 반경쟁적인 인상된 가격수준으로 도달할 때까지 계속될 것임. 이러한 정보교환은 경쟁자들간에만 한정되며 소비자들에게는 어떠한 편익도 없으므로 101조 3항(예외규정)에 해당하지 않음.

② 소비자 편익을 증진시키는 현재가격의 교환

상황

X국의 버스회사들과 함께, 특정 여행사가 웹사이트를 통해 버스 티켓의 현재가격에 대한 정보를 배포하기로 합의. 당해 정보는 예상요금, 그 요금이 적용될 노선, 소비자들이 당해 요금으로 선 구입가능한 조건, 구입기간, 적용될 여행기간 등의 요소를 포함하고 있음. X국의 버스여행시장은 기타 혹은 항공여행시장과 동일한 관련시장이 아님. 관련시장은 집중화되어 있고, 안정적이며 비교적 복잡하지 않음. 가격정책은 정보교환으로 투명하게 됨.

35) 홍명수, 앞의 논문

36) Guidelines (iii)

분석

이러한 정보교환은 그 목적상 경쟁제한적이지 않음. 버스회사들은 현재가격으로 티켓을 이미 팔고있기 때문에 미래가격이 아니라 현재가격들을 교환하고 있음. 따라서 이러한 정보교환은 조정의 핵심적 목표에 도달하기 위한 효과적인 메커니즘이라 보기 어려움. 다만, 시장구조와 데이터의 전략적 성격이 주어진다면, 이러한 정보교환도 담합으로부터 이탈을 모니터링하기 위한 효과적인 메커니즘이 될 수는 있음. 그렇지만 담합이탈 방지 등 담합효과를 낳는 정도에 비해 그러한 정보교환으로부터 얻는 효율증진 효과가 소비자들의 search cost 경감 등 경쟁제한의 효과를 능가하는 수준으로 소비자들에게 귀속된다면 제101조 제3항(예외)에 해당될 수 있음.

③ 벤치마킹의 편익

상황

안정적이고 단순하며, 고도의 진입장벽이 있는 집중화된 시장에서 시장점유율 80%를 차지하는 3개 대규모 회사가 비공개적이고 빈번하게 개별회사의 비용요소들에 대한 정보교환을 하는 경우임. 이들 회사들은 경쟁자들의 사업활동을 벤치마킹함으로써 효율성을 증진시키기 위함이라고 주장하고 있음

분석

이러한 정보교환은 처음부터 경쟁을 제한하기 위한 목적은 아니므로 시장에 대한 효과는 평가해 볼 필요가 있는 것임. 교환된 정보의 대부분이 당해 기업들의 가변비용의 상당부분과 관련되고, 데이터가 개별화된 형태로 제공되며 관련시장의 상당부분을 차지한다는 점에서 그러한 정보교환은 공모를 촉진하고 경쟁제한 효과를 초래할 가능성이 큼. 기업들이 주장하는 효율증진 효과를 달성할 수 있는 다른 수단들이 있기 때문에 101조 3항의 예외에 해당하지 않음. 예를 들어, 제3자의 정보수집, 당해 산업내 순위 형태로 익명화되거나 집합적인 정보를 제공하는 방식 등임. 다만, 시장이 견고하고 단순한 안정적 과점시장에서는 집합적인 정보교환이라 하더라도 공모를 촉진할 수 있음.

④ 진정으로 공개적인 정보

상황

A국의 모든 주유소를 소유하고 있는 4개 회사가 전화를 통해 현재의 가솔린 가격 정보를 교환하고 있음. 그들은 이러한 정보교환이 모든 주유소의 전광판에 표출되기 때문에 공개적인

것이고 따라서 경쟁을 제한하지 않는다고 주장함. 한 기업이 광범위한 지역에 소재하고 있는 주유소 전광판에 표출되는 가격을 수집하기 위해서는 빈번하게 상당한 거리를 돌아다녀야 하므로 정보수집의 비용을 크게 줄일 수 있음.

분석

이러한 전화를 통한 가격데이터의 교환은 진정으로 공개적이지 않음. 다른 방식으로 동일한 정보를 얻기 위해서는 실질적인 비용과 시간을 발생시키기 때문임. 더욱이 그러한 정보교환이 체계적이고 안정적이고 견고하며 과정적인 관련시장 전체에 걸쳐 상호 가격정책에 있어서의 불확실성을 완화시켜주는 효과를 낳는 것이므로 공모를 촉진시키게 될 것임

⑤ 적정수요의 충족을 도와주는 정보교환

상황

관련시장은 5개의 생 당근주스를 생산하는 기업들이 있는 시장임. 이 제품의 수요는 매우 불안정하고 시간, 장소 등에 따라 매우 편차가 있음. 이 당근주스는 생산일로부터 1일이내에 수요되어야 함. 이들 회사들은 팔리지 않은 주스에 관한 정보를 판매거점 단위로 매일 수집하는 조사업체를 설립하기로 합의함. 조사업체는 판매거점 단위로 집합적인 판매정보를 웹사이트에 공개하게 됨. 공개된 정보는 생산자나 소비자들이 수요를 예견하고 어떻게 생산할지를 결정하는데 도움을 줌. 그러한 정보가 확정되기 전에 소매상들은 소비된 주스의 양을 보고하고 생산자들로부터의 구입수량을 조정함. 시장이 불안정하므로 어떤 지역이나 시점에 자주 수요공급의 불일치가 발생. 이러한 정보교환시스템은 초과공급이나 초과수요의 가능성을 예견하여 공급부족의 가능성을 줄이고 더 많은 양이 판매될 수 있도록 도와 줌.

분석

집중화된 시장에서 교환된 데이터가 최근 것이고 전략적인 것이라 하더라도 공모의 결과를 낳을 가능성은 적음. 왜냐하면 이렇게 불안정한 시장에서는 담합 가능성이 크지 않기 때문. 그러한 정보교환이 경쟁제한 효과를 낳는 경우에도 초과수요에 대응한 공급량 증가, 수요부족에 대응한 공급량 감소를 용이하게 조정할 수 있도록 도와주는 등의 효율증진 효과가 경쟁제한적 효과를 상쇄시킬 수 있음. 이러한 정보교환이 공개적이고 집합적 형태로 교환되므로 경쟁제한 가능성이 더 낮아짐. 따라서, 이러한 정보교환은 시장실패를 교정하는데 필요한 범위를 넘지 않으며, 예외규정에 해당될 가능성이 큼

제2절. 미국 경쟁법상 정보교환행위 규율 체계

1. Sherman법 제1조

미국의 독점금지법인 셔먼법 제1조는 합의의 구체적 유형을 열거하지 않고, 어떠한 유형의 합의든지 그 합의가 경쟁을 제한하는 경우에는 위법한 것으로 규정하고 있다.³⁷⁾ 그러한 합의에는 특별한 방법이나 형식에 제한이 없으며 명시적인 합의 뿐만 아니라 묵시적인 합의도 포함된다. 정보교환행위는 묵시적인 합의를 추정하는 정황증거(plus factor)³⁸⁾로서 인정되고 있는데, 정보교환 자체만으로 당연위법(per se illegal)으로 판정하지는 않고 합리원칙을 적용하여 정보교환의 목적과 역할, 경쟁제한적 효과와 효율증진 효과 등을 비교형량하여 판단한다. 이러한 점에서 EU경쟁법의 동조적 행위 규율체계와 비교할 때 큰 차이는 없다고 본다.

미국 경쟁법에서의 정보교환 규율법리는 주로 셔먼법 제1조에 대한 판례법에 의해 형성되어 왔다. 판례법상 ‘합의’ 또는 ‘공모’ 요건은 독립한 입증의 대상이라기 보다 전체적인 사실관계에서 추론되는 요소로 취급되는 경우가 많다. 이에 따라 담합사건에서 ‘합의’가 명시적 혹은 묵시적으로 입증되지 않는 경우에도 경쟁제한 효과가 명백한 경우에는 이를 ‘공모’로 보아 당연위법 원칙을 적용하는 경우도 있었다.³⁹⁾ 또한, 드물긴 하지만 특정상황에서 경쟁사업자들간의 정보교환행위가 그 자체로(stand alone) 셔먼법 제1조가 말하는 ‘공모’에 해당하는 것으로 연방대법원이 판단한 사례도 있다. 즉, ①정보를 교환하자는 합의만 있는 경우와 이를 넘어서서 ②가격고정 등의 합의에 이른 경우로 나누어 볼 수 있다.

37) Sec 1. Trusts, etc, in restraint of trade illegal ; penalty

every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.

38) 묵시적 합의의 개념과 관련하여 미국에서도 그 해석과 집행에 다소 혼란이 있었다. 1939년 Interstate Circuit 사건의 대법원 판결에서 합의의 입증은 간접증거만으로도 가능하다고 하거나, 1998년 FTC의 Toys “R” Us 건에서 행위의 외형만 일치하면 간접증거 없이도 카르텔이 성립한다고 한 경우가 있었다. 결국 1954년 Paramount 사건에서 대법원은 행위의 외형상 일치만으로는 부족하고 추가적인 증거(plus factors)가 있어야 한다고 판시하였고, 이후의 판결들은 그러한 추가적 증거를 “plus factors”라고 언급하였다. 조성국, 「4개 라면 제조·판매 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건」 판례 평석, 경쟁법연구 제33권.

39) United States v. Container Corp. of America(1969), 이항, 앞의 논문

① 정보교환의 합의만 있는 경우 : 가격이나 생산량 등을 제한하는 합의가 없이 단지 정보교환의 합의만 있는 경우에도 셔먼법 제1조 위반이 될 수 있으며, 합리성의 원칙에 따라 판단한다. 즉 가격정보를 교환하자는 합의의 경우에도 경쟁을 제한하는 경우에는 위법한 행위가 될 수 있다. 다만 가격고정의 합의가 있는 경우 경쟁제한 효과를 따져 볼 필요없이 당연위법(per se illegal)으로 보는데 비해, 정보교환 행위만 있는 경우에는 합리원칙(rule of reason)에 따라 효율증진 효과와의 비교형량을 통해 위법성을 가리게 된다는 차이가 있다.

초기의 몇몇 가격정보 교환 사건에서 연방대법원은 가격정보 교환의 목적에 주목하여 가격에 영향을 주기 위한 의도가 있는 경우에만 가격정보 교환을 금지하였다.⁴⁰⁾ 그러나 그 후 연방대법원은 정보교환행위를 평가하는데 있어서 정보교환의 목적과 의도에서 벗어나 가격결정에 실질적인 영향을 주었는지 여부에 중점을 두는 쪽으로 판단방향을 옮겼으며 Gypsum 사건⁴¹⁾에 와서는 정보교환의 합의에는 합리성 원칙이 적용됨을 분명히 하였다. 즉, 가격에 대한 정보교환은 경우에 따라서는 효율성을 증대하고 경쟁촉진적 효과가 있기 때문에 그 자체로는 위법하지 않다고 하면서 가격정보 교환이 위법한지 여부를 판단하기 위해서는 산업구조와 교환되는 정보의 성질과 함께 경쟁제한적 효과와 경쟁촉진적 효과를 종합적으로 고려해야 한다고 하였다.⁴²⁾

② 정보교환을 넘어 가격고정의 합의까지 한 경우

단순한 정보교환(또는 정보교환 합의)을 넘어 가격고정의 합의에 이른 경우에는 경성카르텔로서 당연위법의 원칙에 따라 판단한다. 이러한 경우에는 경쟁을 제한하는 카르텔이 이미 형성된 것인 만큼, 정보교환은 그러한 합의의 한 부분이

40) American Column & Lumber v. United States (257 U.S. 377, 42 S. Ct. 114(1921), Maple Flooring Mfrs Ass'n v. United States(268 U.S. 563, 45 S. Ct. 578(1925))

41) United States v. United States Gypsum Co., 438 U.S. 422(1978) 이 사건에서 피고들은 가격정보교환 관행은 경쟁적인 가격을 충족시키는데 필요한 가격선을 제공하기 위한 것이라고 주장하였다. 이에 대해 법원은 경쟁자들간 가격자료나 다른 정보의 교환이 언제나 반경쟁적인 효과만 지니는 것이 아니며 실제로 그러한 관행은 특정한 상황에서는 경제적 효율 증진 더 나아가 경쟁촉진적 일수 있기 때문에 당연위법원칙을 적용해서는 안되며, 산업구조적 특성이나 교환된 정보의 성격들을 고려하여 양 측면을 판단해야 한다. 물론 현재 가격 정보의 교환은 가장 크게 반경쟁적인 효과를 낳으며 당연위법은 아니지만 일관되게 셔먼법 위반으로 판단되어 왔다고 판시하였다.

42) ABA Section of Antitrust Law, Antitrust law Developments, 6th ed. Vol. I. 93쪽 (2007)

거나 합의에 이르는 과정에 대한 보강증거로서 기능한다. 따라서, 실질적으로 정보교환이 문제되는 경우는 주로 가격고정에 관한 명백한 직접증거가 없는 경우이며, 정보교환이라는 간접증거를 통해 어떻게 가격고정의 합의를 추론할 수 있는가의 문제로 귀결된다.⁴³⁾

간접증거에 의한 합의의 추정은 통상적으로 시장원리로는 설명되기 어려운 행위의 외형상 일치 또는 패턴(pattern), 즉 의식적 병행행위(conscious parallelism)로 부터 출발한다. 경쟁시장이나 과점시장에서의 가격선도자는 기업들의 행동을 서로 비슷하게 맞추도록 유도하는 경향이 있고, 특히 과점시장에서 경쟁자들이 가격을 비용에 따라 결정한다고 가정할 경우, 비용이 오르는 경우는 상품가격도 일제히 상승하게 될 것이기 때문에 가격고정의 합의가 없더라도 의식적으로 행위를 일치시키는 현상이 발생할 수 있다. 따라서, 이러한 의식적 병행행위만으로는 위법하지 않다는 것이 미국의 확립된 판례이다.⁴⁴⁾

의식적 병행행위가 위법하기 위해서는 무언가 더(something more) 필요한데, 미국법원은 그것을 추가적 요소(plus factor)라고 한다. plus factor는 의식적 병행행위가 독자적 행동의 결과가 아니라 합의의 결과라는 것을 증명할 수 있는 간접증거이다. 과잉공급 상태인데도 가격을 올리는 경우와 같이 독자적으로 행동하면 자기에게 손해가 되고 같이 하였을 경우에만 이익이 되는 경우는 plus factor로서 강력한 정황증거가 되는데 반하여, 공모자들과의 의사연락, 회의, 교신 등 단지 담합의 기회를 나타내는 증거만으로는 plus factor로서 충분하지 않다는 것이 판례의 입장이다. 사업자들이 정당한 경영상 이유로도 상호간의 의사연락이 있을 수 있기 때문이다. 정보교환행위는 담합 조장행위로서 plus factor가 될 수 있다. Airline Tariff Publishing Company(ATP) 사건은 미국에서 정보교환행위의 위법성에 어떻게 접근하는지를 잘 보여준 사례이다.⁴⁵⁾ 이에 대해서는 후술한다.

이상과 같은 미국 법원의 공동행위에 대한 합의입증 과정에 대해서는 Lemley & Leslie가 <그림1>과 같이 간명하게 보여주고 있는 데, 이를 살펴보면 다

43) 안병훈, 앞의 논문

44) Herbert Hovenkamp, Federal Antitrust Policy the Law of Competition and its Practices, 4th ed (2011), 185쪽.

45) 안병훈, 앞의 논문

음과 같다.⁴⁶⁾ 서면법 제1조가 정하고 있는 합의(agreements)가 명시적으로 확인된다면(서면합의서가 존재하는 경우) 당해 합의의 경쟁제한 효과를 분석하여 위법성 여부를 가리면 된다. 명시적 합의입증이 가능한 경우라면 그 과정에서 정보교환행위는 합의성립 과정에 대한 보강요소에 지나지 않을 것이고 그 자체의 경제적 효과를 따질 필요는 없다. 서면합의서가 없는 경우에는 증인, 녹음, 동영상 등 합의를 입증할 직접적인 증거가 있는지 여부를 따져 직접적인 증거가 있다면 그것을 토대로 합의의 존재를 입증하고 당해 합의의 경쟁제한성을 분석하여 위법성을 가리게 된다.

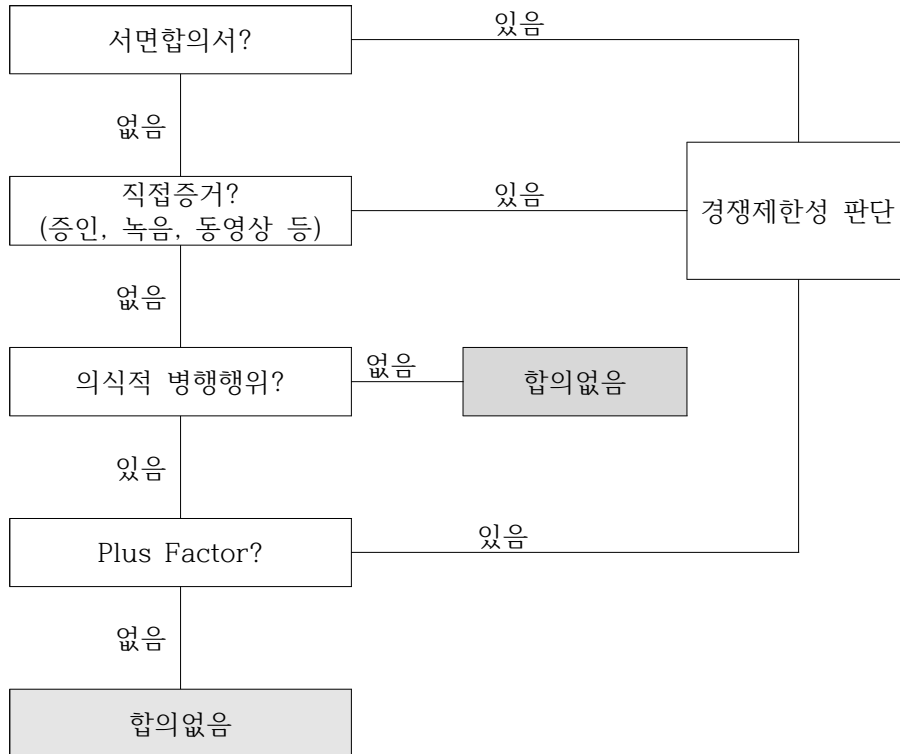
문제는 서면합의서나 합의를 입증할 직접적인 증거가 없는 경우이다. 이 경우 외형상 일치와 같은 의식적 병행행위 마저도 확인되지 않는다면 담합의 혐의는 없다고 보아야 한다. 그러나 외형상 일치가 확인된다면 그것이 참가자들간 어떠한 형태의 공모도 없는 단순한 의식적 병행행위인지, 아니면 정보교환행위와 같은 something more, 즉 plus factor가 있었는지를 검토해야 한다. 가격이나 생산량 정보의 교환 등 어떠한 형태의 상호의사연락도 전혀 없었다면 plus factor가 확인되지 않으므로 부당성 판단으로 나아갈 필요가 없다. plus factor가 확인된다면 그러한 추가적 정황증거들로부터 합의 또는 공모의 존재를 추론하는 것과 함께 그것을 전제로 당해 합의 또는 공모의 경쟁제한성 여부를 판단하게 된다.

따라서, 정보교환행위와 같은 간접적인 정황증거를 토대로 공동행위를 입증하는 것은 보통의 공동행위에 비하여 ‘합의(성립)의 요건’ 과 ‘부당성 요건’ (경쟁제한성 여부)이 매우 긴밀히 연관되게 된다.⁴⁷⁾ 예를 들어, 정황증거로서의 정보교환행위는 있지만, 단지 사업자단체를 통한 오래된 과거자료나 통계정보의 상호교환행위 정도에 그친다면 개별 경쟁자가 어떤 가격을 책정할지 식별하기 어렵기 때문에 상호간 가격의 조정 등 경쟁을 제한하는 합의가 있다고 합리적으로 추론하기는 어렵다. 따라서, 합의의 존재 여부를 추론하는 과정에서 정황증거들의 경쟁을 제한할 개연성 정도를 검토하게 되고 이는 합의의 존재를 전제로 당해 합의의 부당성 여부를 판단하는 것과 상당부분 중첩되는 결과가 된다.

46) 이병건, 앞의 논문 ; Mark A. Lemley & Christopher R. Leslie, Antitrust, 11th ed. Gilbert law summaries (2010.9)

47) 이황, 경쟁사업자간 정보교환에서 합의의 의미와 입증 수준 : 대법원의 라면 판결에 대한 코멘트, 경쟁저널 2016.7

<그림> Lemley & Christopher의 합의 입증 순서도



2. 연방거래위원회법(FTC법) 제5조

연방거래위원회(FTC)법 제5조는 불공정한 경쟁방법(unfair methods of competition)을 규정하고 있고, FTC는 이에 근거하여 불공정행위를 하는 개인, 사업자단체를 규율하고 있다. 서면법 제1조와 달리 FTC법 제5조는 기업들간의 합의를 필요로 하지 않고, 의도적으로 일반조항의 형식으로 입법화되었는데 이는 어떤 행위가 경쟁을 제한하거나 소비자의 이익을 저해한다면 비록 서면법의 적용범위에서 벗어나 있다 하더라도 FTC법 제5조로 규율할 수 있도록 하기 위한 것이다. FTC는 행정적인 독립규제위원회로서 Sherman법에 따른 형사처벌 권한은 보유하고 있지 않으나 FTC법에 따른 시정조치(cease and desist order) 권한을 행사할 수 있다.

3. 미국 경쟁당국(DOJ, FTC)의 심사지침

미 법무부(DOJ)와 FTC는 공동으로 2000년 「경쟁사업자간 협력에 대한 반독점 심사지침」(Antitrust guidelines for collaborations among competitors, 이하 수평적협력 심사지침 또는 지침이라 함)을 발표하였다. 이 지침에서는 정보교환(information sharing)과 사업자단체들의 활동이 경쟁자간 협력(competitors collaborations) 행위를 통해서 이루어진다는 점, 그러한 협력에 의해 영향을 받는 시장에 관한 민감한 정보의 교환이 이루어짐을 언급하면서, 정보교환행위의 위법성을 판단하는데 있어 고려해야 할 사항을 제시하고 있다.

즉, 동 지침 3장에서는 경쟁자간 협력행위에 대한 분석틀을 제시하고 있으며, 3.31(a)는 공모를 촉진하는 합의가 정보노출·교환과 연관된다는 점을 전제로 경쟁당국의 위법성을 판단하는 원칙을 기술하고 있다. 정보교환이 종종 경쟁촉진적일 수 있으며, 경쟁촉진의 편익을 얻는데 필요한 것일 수 있음을 인정한다. 예를 들어, 특정한 기술, 노하우, 지적재산 관련 정보공유는 연구개발협력에 있어서 필수적이다. 그러나 그러한 협력과정에서 가격, 생산량, 기타 경쟁에 민감한 정보 등 시장에 관련된 정보교환은 경쟁자들간에 공모를 초래할 가능성을 증가시킨다. 경쟁법상의 우려는 주로 교환된 정보의 성격에 달려있다. 다른 조건들이 동일하다면, 가격, 생산량, 비용 또는 전략적인 기획 등과 관련된 정보는 경쟁법적 우려를 초래할 가능성이 크다. 또한 현재 진행중에 있거나 미래의 경영기획 등과 관련된 정보는 과거 정보(historical information)에 비해, 개별기업의 자료는 통계적인 자료의 교환에 비해 경쟁을 제한할 가능성이 크다.

4. 정보유형별 위법성 판단 시 고려 요소

이러한 심사지침의 취지는 결국 정보교환의 위법성을 분석함에 있어서 일의적으로 판단할 수는 없고, 정보의 성격과 질, 자료의 최신성 여부, 정보공유의 목적과 의도, 정보의 공개방식과 빈도, 정보의 비밀성 여부 등을 종합적으로 살펴야 한다는 것이다. 2010년 정보교환 문제를 다룬 OECD Roundtable 보고서⁴⁸⁾에서는 미국편에서 이러한 미국경쟁당국이 고려하는 정보교환의 성격적 요소들을 다음과 같이 제시하고 있다.

48) OECD, Policy Roundtables, Information Exchange between Competitors under Competition law, 2010. DAF/COMP(2010)37

- ① 정보의 성질과 질 : 가격, 생산량, 주된 비용, 판매전략, 신상품개발에 관한 광범위한 정보교환은 경쟁제한 가능성이 높음
- ② 공유된 자료의 최신성 : 공유된 자료가 현재의 자료인 경우, 일반적으로 과거의 자료를 공유하는 것보다 더 문제가 됨
- ③ 정보공유의 목적 : 가격을 안정화시키는 의도와 같이 반경쟁적인 의도가 존재하는지 여부
- ④ 산업의 구조 : 집중된 산업에서 소수기업간 정보교환은 경쟁제한 우려가 높음
- ⑤ 정보의 공유방식 : 정보가 일반인에게 공개적으로 접근 가능한 경우 위법성은 낮으나, 사업자들간에만 공유되는 정보의 경우는 경쟁제한 우려가 큼⁴⁹⁾
- ⑥ 정보교환의 형태 : 직접적인 정보교환은 간접적인 정보교환 보다 경쟁제한적일 가능성이 높음
- ⑦ 정보교환의 빈도 : 정보교환의 빈도가 잦을수록 문제소지가 큼
- ⑧ 민감한 정보에 대한 접근 제한 여부 : 민감한 정보에 대한 접근을 방지하거나 제한하기 위한 제도를 도입한 경우 경쟁제한의 위험성은 낮음

미 경쟁당국은 정보교환행위의 위법성 문제를 심사할 경우, 협력행위에 의하여 영향을 받는 시장과 관련하여 경쟁적으로 민감한 정보가 어느 정도로 노출되는지를 평가한다. 그 가능성은 협력행위의 성격, 조직 및 지배구조(governance) 및 그러한 노출을 최소화하거나 방지하기 위한 세이프가드(안전장치) 등에 좌우된다.

49) 미국법원은 정보교환방식의 사적인 특성에 주목한다. 정보가 단체구성원인 기업들 내에서만 유지되고, 기업 고객들이 협상에서 유리하게 이용할 수는 없도록 막는 방식과 같은 것이다. 이와는 반대로 정보의 공적인 교환(단체구성원인 기업뿐만 아니라 그 기업들의 고객에게까지 공유되는 경우)은 그 정보가 광범위한 방식으로 배포되거나 종합적인 통계자료 같은 것이므로 비록 그러한 정보가 개별기업의 가격이나 판매량, 매출 생산량이나 주문량과 같은 상세한 정보라 할지라도 경쟁에 편익을 줄 수 있다고 본다.

동 심사지침(3.34(e))에서는 정보의 노출을 최소화하거나 방지하기 위한 조직, 지침, 안전장치를 마련하여 실행하는 경우 경쟁제한의 가능성이 낮아짐을 지적한다. 예를 들어, 마케팅요원에게는 R&D협력(R&D collaboration)에 관한 임무부여를 피하는 것, 마케팅협력(marketing collaboration)시 특정개인이나 독립적 제3자에게만 각각 그들의 임무에 관련된 민감한 정보에 대한 접근을 한정하는 것, 구매협력(buying collaboration)의 경우 제한된 정보접근만이 허용되는 독립적 제3자를 협상시에 활용하는 것 등이다.⁵⁰⁾

5. 의료분야 독점규제법 집행지침 상 정보교환 규율 기준⁵¹⁾

한편, 미국 법무부와 연방거래위원회는 보건의료 분야에서 병원간 합병, 조인트벤처 설립, 의료수가 정보공유 등 다양한 협력행위가 발생하고 있고, 이로 인해 공모의 위험에 노출되어 있는 점 등을 고려하여 1996년 「의료분야 독점규제법 집행에 관한 지침」(Statements of Antitrust Enforcement Policy in Health Care)을 발표한 바 있다. 이 지침은 ①병원합병, ②첨단 의료기술과 고가장비 관련 조인트벤처, ③ 의료서비스 고객에 대한 의사들의 정보제공, ④병원들의 가격·비용정보 교환, ⑤ 공동구매계약(health care providers' joint purchasing arrangements) ⑥ 네트워크 조인트벤처(physicians network joint ventures) 등에 대한 법집행 정책을 규정하고 있다. 미 반독점당국이 보건의료 분야에 특별한 관심을 두는 이유는 미국의 보건의료 시스템이 공공의료 보다는 주로 시장원리에 기초하고 있다는 특징에서 비롯된다. 시장에서 경쟁하는 보건의료서비스 공급자들간의 다양한 경쟁과 협력 상황이 발생하고 있고, 비용절감을 위한 병원물품의 공동구매, 의사들이 비용절감을 위해 네트워크 조인트벤처에의 참여 등이 증가하는 데 따른 것이다.

지침은 의료인 또는 병원들간의 정보교환에 대해 일반적으로 인정되듯이 효율성을 증진시키고 경쟁촉진 효과가 나타날 수 있음을 인정한다. 다만, 안전장치가 없는 경쟁사업자간 정보교환은 경쟁을 제한하여 가격을 인상시키거나 서비스의 질을 떨어뜨릴 수 있음을 경고하고 있다. 아울러, 의료서비스 가격이나 의료인에 대한 임금정보 등의 수집·공유와 관련하여 특별한 사정이 없는 한 독점규제

50) Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors, 3.34(e)

51) Statements of Antitrust Enforcement Policy in Health Care, by DOJ & FTC, 1996.8

법 위반으로 판단하지 않을 수 있는 안전지대(safety zone) 조건을 다음과 같이 제시하고 있는데, 정보의 최신성과 통계성 요건 판단과 관련하여 유익한 시사점을 제공한다. 이러한 안전지대 조건들은 교환되는 가격·비용정보가 경쟁 공급자들간 가격이나 비용의 논의나 조정을 위해 사용되지 않도록 하기 위한 것이며, 경쟁사업자들간 상호 받아들일 수 있는 수준으로 가격이나 임금을 조정할 위험성을 방지하기 위한 것이다.

- ① 시장정보 등에 대한 조사가 구매자, 정부기관, 의료 자문기관, 학술기관 또는 산업협회 등 제3의 기관에 의하여 이루어질 것
- ② 조사참여자에 의하여 제공된 정보가 3개월 이상 지난 자료에 의한 것일 것
- ③ 통계자료가 최소한 5이상의 정보제공자가 보고한 자료에 기초한 것일 것
- ④ 하나의 정보제공자가 제공한 정보의 비중이 통계자료의 25%를 초과하지 않을 것
- ⑤ 정보가 충분히 집적되어 정보의 수령자가 특정한 정보제공자의 가격 또는 복리후생에 관하여 식별할 수 없을 것

이러한 기준들은 모두 정보의 생산과 수집, 수집된 정보의 내용, 정보배포의 방식, 개별기업 식별화를 어렵게 하는 정보공유방식 등과 관련되며, 이러한 조건들을 충족하는 정보교환이라면 사실상 향후 특정기업이 경쟁기업의 정보를 바탕으로 가격책정이나 생산량조정 등을 쉽게 하기 어려울 것이라는 점을 고려한 것이다. 다만, 제3의 기관에 의한 정보의 수집·배포일지라도 관련 사업자단체가 개별기업의 식별화가 가능한 형태의 최신 정보를 수집·배포하는 경우라면 카르텔의 매개체로 볼 여지가 있음을 유의할 필요가 있다. 또한, 원자재구매나 판매에 있어 1년단위, 3년단위 등 장기계약 위주의 시장이라면 3개월 이전 자료라 하더라도 차기 계약조건 설정에 유익하게 활용될 수 있다. 따라서, 위 조건은 보건 의료 시장의 특성에 맞게 설정된 것이지 성격이 다른 시장에도 일반적으로 적용될 수 있는 것이 아님을 유의해야 할 것이다.

6. 합병전 협상과정에서의 정보교환행위에 대한 가이드라인⁵²⁾

2018년 FTC는 기업인수·합병 및 조인트벤처시 부적절한 정보교환을 예방하기 위한 안전장치를 갖추어야 한다는 것을 내용으로 하는 새로운 가이드라인을 발표하였다. 장기적으로 그러한 거래가 종료되지 않는 경우에 협상 과정에서 경쟁에 민감한 정보의 교환은 경쟁에 위해를 초래하고 경쟁당국의 조사를 받을 위험이 있다. ‘경쟁에 민감한 정보’가 무엇인지 명확히 정의하지는 않지만, FTC는 신 가이드라인에서 몇 가지 사례를 제시하였는데, 현재와 장래의 가격정보 및 전략계획·비용정보·장래의 상품출시에 관한 정보·사업확장 계획·개별 고객정보 등이며, 종전 가이드라인에 포함된 개개 피고용인에 대한 임금, 고용조건 등도 경쟁에 민감한 정보에 해당됨을 밝히고 있다.

또한 교환되는 정보가 경쟁에 민감하다고 의심된다면 전문가 자문을 받도록 권유하고 있다. 이와 함께, 경쟁법적 위험을 감소시키기 위해서는 주의의무(due diligence)를 지켜야 하는 몇 가지 단계가 있다. ① 교환된 정보가 합법적 사업목적에 위한 것이고 그 목적달성에 필요한 최소한의 것인지 확인한다. ② 개별고객에 특화된 정보 등 민감한 정보를 삭제, 편집하거나 보이지 않게 한다. ③ 민감한 정보를 비공개화한 형태의 통계자료의 수집이나 배포에 제3의 통계기관을 활용한다. ④ 민감한 정보에 접근하는 사람에 대하여 다음과 같은 내용 [(i)거래에 관련된 범위에서만 당해 정보를 사용하도록 허용 (ii) 관련된 거래가 종료된 이후에는 당해 정보를 삭제 (iii)정보의 추가적인 배포 금지 (iv) 위반시 분명한 처벌]으로 비공개서약(NDA, non-disclosure agreement)을 하는 것 등이다.

52)

<https://www.weil.com/~media/publications/antitrust/2018/new-ftc-guidance-on-information-exchange-highlights.pdf>

제4장. 정보교환행위에 대한 해외 법집행 사례

제1절. 미국 경쟁당국의 법집행 사례

미국 경쟁당국과 법원은 이미 오래전부터 정보교환행위에 대한 카르텔금지 규율을 시도하여 왔다. 미국 연방법원은 일련의 판례를 통하여 가격정보 교환행위 또는 가격정보를 교환하기로 하는 합의가 셔먼법 제1조 요건인 합의(agreements)나 공모(conspiracy)에 해당하는지 여부를 사건의 여러 증거를 종합하여 판단하여 왔다. 시계열적으로 볼 때, 20세기 초반에는 정보교환의 목적, 즉 사업자들에게 시장가격에 영향을 미칠 의도(intent)가 있는지 여부를 중점적으로 보았다. 예컨대 소비자 기만행위를 방지하기 위한 가격정보 공개행위는 위법하지 않다는 것이다. 20세기 중반에는 정보교환이 시장가격에 미치는 효과(effect)에 주목하였다. 예를 들어, 수요가 비탄력적인 동질적 상품이 거래되는 고집중시장에서는 가격고정의 효과가 쉽게 나타날 수 있기 때문에 가격고정의 합의가 입증되지 않더라도 경쟁 제한적 효과를 고려하여 공모가 인정될 수 있다는 것이다. 최근 20세기 후반에는 정보교환행위를 정당화할 수 있는 특별한 정당화사유(justification)가 있는지 여부를 평가하는 것이 중요한 기준이 되고 있다.⁵³⁾ 이하에서는 정보교환행위에 대한 카르텔법적 규제를 최초로 시도한 미국의 법집행사례들을 검토하고 그 시사점을 도출해 보기로 한다.

1. American Column & Lumber 사건 (1921년)⁵⁴⁾

(사실관계) 목재생산업체들은 목재산업협회에 가입하여 잣은 미팅을 갖고, 공동의 목표를 위하여 ‘Open Competition Plan’ 이라는 프로그램을 설립하여 업체들 간에 현재의 가격목록, 산출량 데이터, 재고 데이터, 제품의 품질·가격·구매자에 관한 정보가 포함된 개별 판매정보 등을 공유하고, 월단위 또는 주단위로 모임을 가지면서 이해관계가 있는 모든 사항을 논의하였다. 목재생산업체들은 이러한

53) 이항, 앞의 논문

54) 257 U.S. 377, 42 S. Ct. 114, 66 L. Ed. 284 (1921). Andrew I. Gavil 외 2인 공저, Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy(2nd edition),

정보교환이 상품의 질과 생산, 시장상태에 대해 정확한 정보를 공유하여 과잉공급을 줄이고, 합리적이고 타당한 가격을 측정할 수 있도록 협력하며, 보다 투명하게 경쟁하자는 취지라고 주장하였다.

(법원판단) 정보교환의 내용에는 목재의 질과 등급 등 경쟁제한적이지 않은 부분도 많지만, 일간 판매수량과 청구서 내역, 과일 공급수량 및 익월 예정 정가표, 매달 진행된 회의 내용은 부당한 공동행위를 잘 보여주고 있다. 특히 정보교환의 내용 중 “특정 목재의 공급을 늘리면 사업에 타격을 받을 것이다” 라는 언급과 “과잉공급이 악재이며 수요보다 공급이 많으면 안된다.” 는 발언은 다른 경쟁업체들의 행위를 유도한다고 보았다. 경쟁업체들이 ‘Open Competition Plan’ 이라는 정보교환의 매개체를 통해 공통의 목적을 수립하려는 의도가 명백하며, 그 의도에 맞게 묵시적으로 가격을 인상하고 공급을 감소시키는 등의 행위를 하였기 때문에 직접적인 ‘합의’ 증거가 없더라도 부당 공동행위가 성립한다고 판시하였다.

2. Container 사건 (1969년)⁵⁵⁾

(사실관계) 컨테이너(골판지상자) 제조업체들은 미국의 남동부 지역시장에서 90% 이상을 공급하고 있다. 컨테이너제품은 크기, 무게, 컬러 등 외관상 다양한 제품이 있으나 실질적으로는 생산자에 관계없이 동일성이 있는 제품이다. 제조업체들은 다른 정보획득 창구가 없을 때마다 경쟁업체에게 가장 최근에 부과된 가격을 요구하고 요구를 받은 경쟁업체들은 자신이 필요할 때마다 상대방의 가격정보를 받을 거라는 기대하에 최근 정보를 제공하였다. 기존고객을 유지하거나 새로운 고객을 얻으려는 컨테이너 공급업체는 경쟁자의 가격수준을 초과하지 않도록 가격을 책정하거나 동일한 가격을 책정하였다.

(법원판단) 컨테이너 제조업체들 사이에 약간의 가격 경쟁과 외형의 불일치도 보이지만, 전체적인 담합구조 안에서 약간의 경쟁이 있다해서 부당한 공동행위를 경감 또는 정당화하지는 않는다고 판단하였다. 과다공급으로 인하여 가격이 하락하고 있었음에도 불구하고 가격하락율이 적었고(문제가 된 1955년부터 63년까지

55) United States v. Container Corporation of America, 393 U.S. 333, 89 S. Ct. 510,

지 공급량은 수요를 초과하였고 컨테이너 가격도 하락추세였음에도 동 기간중 31개였던 공급자가 51개까지 증가하였다), 가격이 균일(stabilize)해 졌다는 점을 근거로 가격정보의 교환이 담합을 도모한 정황증거이며, 정보교환에 의하여 가격경쟁이 조금이라도 감소하였다면 위법이라고 판단하였다. 또한, 컨테이너 업체들이 언제든지 가격정보를 요구해서 받을 수 있었다는 점을 근거로 상호 공동의 목표에 대한 인식이 형성되었음을 인정하였다. 교환된 가격정보가 경쟁가격에 실질적인 영향을 주지 않는 시장도 있지만, 컨테이너 시장은 제품이 동질적으로 대체가능하여 판매경쟁수단이 가격이며, 수요가 비탄력적이고 즉각적인 수요대응을 위해 주문이 이루어지는 점, 가격자료의 교환이 가격을 균일하게 형성되도록 하였다는 점 등을 이유로 위법이라고 판단하였다.

3. Airline Tariff Publishing(ATP) Company사건⁵⁶⁾ (1994년)

(사실관계) ATP는 미국 8개 대형 항공사들이 공동으로 설립한 합작회사로, 각 항공사들로부터 운임에 대한 정보를 수집하여 관리하며, 요금 정보를 회원 항공사에게 배포하고 있다. 또한 매일 수집한 정보를 모든 항공사와 여행사들이 이용하는 컴퓨터 예약 시스템(Computer reservation systems)에 제공한다. 그 결과 항공요금 정보는 최대 하루 시차로 경쟁사에게 제공되게 된다. 예를 들어, 어떠한 항공사가 요금 인상을 원할 경우 ATP에 그 요금제는 언제부터 시행될 것이라는 것을 알리게 되고, 만약 모든 항공사들이 그 요금인상에 대하여 같은 생각이라면 그 요금인상은 공지한대로 실행되게 된다. 그러나 어느 하나의 항공사라도 요금인상에 반대하면 다른 날로 실행일자를 변경하거나 그 계획은 철회된다. 따라서 제안된 요금인상에 대하여 다른 항공사가 같이 행동할지를 파악할 수 있으므로 가격 컨센서스가 이루어지기 전에 더 낮은 가격으로 판매하는 경쟁자에게는 매출을 잃게 되는 최소한의 위험만이 있게 된다.

(DOJ 및 법원판단) DOJ는 이 사건에 2개의 합의⁵⁷⁾가 있다고 보았다. 하나는 항공사들간 운임을 올리거나 할인요금제를 폐지 또는 국내 항공여행을 위한 티켓 구입을 제한함으로써 가격고정을 위한 합의가 있다고 보고 당연위법 원칙을 적용

56) 이상규, 사업자간 정보교환 행위의 경제적 효과 및 규제기준, 97쪽, 경쟁저널. (2014.9) .

57) <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/627946/download>

하였다. 항공사들은 ATP의 컴퓨터 프로그램화된 요금정보교환 시스템을 요금 변경을 위한 제안과 교섭의 창구로 사용하였고, 운임 변경의 시간, 규모, 정도에 관한 상호확인을 교환하는 창구로 사용한 것으로 판단하였다.

다른 하나는 항공사들과 ATP가 ATP운임정보교환시스템을 개발하고 운영, 유지하기로 공모하고 합의하였다는 것이다. 항공사와 ATP는 이 시스템을 그들간의 행위를 조정하는 도구로 사용하였다. 장래의 운임인상 또는 제한, 할인운임의 폐지 등에 관하여 더 효율적으로 의사소통할 수 있도록 하고, 서로의 요금변경을 모니터링하는 도구로, 또한 서로의 가격의도에 관한 불확실성을 제거하기 위한 것으로 사용하였다고 보고 이에 대해서 합리원칙을 적용하여 위법성을 심사하였다. 이 사건은 연방법원에 의한 동의명령(federal court consent decree)에 의해 종결되었는바, 시정방안으로 6개의 행위가 금지되었다. 그 내용을 보면, 항공사들과 ATP는 ①항공요금의 유지, 안정, 인상, 고정을 위하여 다른 항공사들과 합의하여서는 않됨 ②항공사들의 요금변경 계획에 관한 정보, 변경요금이 적용되는 시점(first tickets dates)과 종료일(last ticket dates)을 배포할 수 없음 ③특정 항공사의 요금체계를 다른 항공사가 알 수 있도록 표기 또는 배포하는 행위 등을 금지하는 것 등이다.

4. Bosley 사건 (2013년)

(사실관계) 지난 4년간 미국 최대의 모발이식 업체(medical and surgical hair transplant practices)인 Bosley의 대표이사는 장래의 출시제품, 최저가격, 할인, 확장 및 감축 계획, 경영성과 등 민감하고 비공개정보를 주요 경쟁업체인 Hair Club의 대표이사와 교환하여 왔다.

(FTC 판단) 이러한 정보교환 행위가 조정을 촉진하고 경쟁을 위협(facilitating coordination and endangering competition)함으로써 FTC법 5조에서 규정하고 있는 불공정한 경쟁방법에 해당한다고 판단하였다. FTC는 경쟁에 민감한 정보를 경쟁업체와 공유하는 것은 ①경쟁을 제한하는 공모로 변형될 수 있고, ②장래의 행위에 관한 어떤 명시적 합의가 없더라도 경쟁자간의 조정을 조장하여 경쟁에 위해

를 줄 수 있으며, ③실제 조정이 없더라도 경쟁자의 장래 계획을 알게 되면 불확실성을 감소시켜 경쟁하려는 노력이 감소될 우려가 있다고 주장하였다. 이 사건은 동의명령에 의해 종결되었는데, 장래 경쟁에 민감한 정보를 경쟁자간 공유하지 못하도록 하고, 경쟁업체와 접촉할 수 있는 모든 임직원들에게 매년 경쟁법 준수 교육을 실시하도록 하였다.

5. 범용상품부호(바코드) 사건 (2014년)⁵⁸⁾

(사실관계) 범용상품부호로 불리는 UPC (Universal Product Code)가 온라인 유통시장에서 거래되고 있는데, 재판매업자 간 치열한 경쟁의 결과로 UPC 바코드의 가격이 하락하였다. UPC 바코드 판매업체인 Instant사 대표는 경쟁업체인 Nationwide사의 대표에게 가격경쟁을 중단하고 A사까지 포함하여 3개 사업자가 공동으로 B사의 가격 수준까지 바코드 가격을 인상하자는 취지로 전자우편을 발송하였다. Instant사 대표는 유사한 내용의 전자우편을 A사에도 발송하였고, Nationwide사 대표는 Instant로부터 온 전자우편을 A사에게 전달하면서 A사의 의사를 문의한 이후, Instant사와 A사에 전자우편을 다시 보내 Instant사의 제안과 다른 가격인상 일시를 제안하였다.

한편, A사가 Instant사나 Nationwide사의 전자우편에 답변을 하지 않음에 따라 Instant사의 대표는 가격을 인상하기 전 A사의 답변이 있어야 한다는 전자우편을 Nationwide사에게 발송하였다. 결국 A사가 양 사의 전자우편에 아무런 답변도 하지 않자, 가격인상은 실행되지 않았다.

(FTC의 판단) FTC는 공모의 권유(invitation to collude)가 사업자의 일방적 정보제공 행위에 해당하는데, 상대방의 수락여부에 상관없이 FTC법 제5조 불공정한 거래방법에 해당된다고 판단하였다. FTC는 위법한 담합에 가담하도록 일방적으로 유인하는 공모의 권유행위를 반경쟁적 행위로 보아 셔먼법 제1조에서 요구하는 합의가 존재하지 않더라도 FTC법 제5조에 해당한다는 입장이다. FTC는 일방적으로 정보를 제공하는 권유자의 의도나 선호도를 경쟁사업자에게 전달함으로써

58) 정세훈·한득희, 일방적 정보제공행위의 위법성 : 공모의 권유를 중심으로, 경쟁저널, 2014년 9월.

써 카르텔이나 조정된 상호작용(coordinated interaction)을 조장할 우려가 있으므로 상대방의 수락 여부에 상관없이 소비자이익을 저해할 위험성이 있다고 판단하였다.

(동의명령 내용) 이 사건은 동의명령(Consent decree)⁵⁹⁾에 의해 종결되었는 바, 사업자들이 바코드의 판매·임대차·라이선스와 관련하여 향후 20년 간 직접 또는 간접으로 다음 행위를 하지 못하도록 하였다. ① 경쟁자와 현재 또는 장래의 가격 또는 비율과 관련하여 의사연락을 하는 행위(단, 웹사이트, 신문, TV, 온라인, SNS 등의 광고를 통한 정보의 전달 또는 전파는 제외), ② 경쟁자간에 (i)가격 또는 가격 수준, 비율 또는 비율 수준, 지급 조건 등을 인상·고정·유지하거나, (ii)시장·고객·계약·거래·사업기회·지역 등을 분할 또는 할당하거나, (iii)서비스 조건이나 수준을 확정·변경·제한하는 내용의 명시적 또는 묵시적 합의 또는 이해(understanding)를 체결·준수·참여·유지·조직·시행·이행·권유·독려·제안·제외하는 행위, ③ 경쟁자에게 공개적으로 또는 사적으로 (i)가격 또는 가격수준, 비율 또는 비율수준, 지급조건 등을 확정·변경·인상·고정·안정 또는 유지하거나, (ii)서비스 조건 또는 수준을 확정·변경·제한 또는 유지하도록 촉구·요청·제안·요구·주장·권장·광고 또는 추천하는 행위이다.

6. Sinclair Broadcast 사건 (2019)⁶⁰⁾

(사실관계) 싱클레어방송그룹을 비롯한 7개 미디어기업은 각각 지역방송국을 소유하면서 방송프로그램내 스포트광고(spots) 판매시장에서 서로 경쟁하고 있다. 각 방송국들은 전국광고의 경우에는 2개의 전국단위의 광고중개회사를 통해서 판매하고, 지역광고주들에게는 직접 판매하고 있다. 방송기업들은 스포트광고판매량을 파악하기 위하여 수익변동자료(revenue pacing data)를 사용하는데, 이 자료는 지난해 동기간 대비 최근 동일기간 동안의 수익변동을 알게 해준다. 이러한 자료들은 중요한 판매수단일 뿐만 아니라 각 방송국의 아직 팔리지 않은 재고량 파악에

59) 미국 경쟁법에서 경쟁당국과 범위반혐의자간 합의에 의하여 신속히 분쟁을 해결하는 절차이다. 범위반혐의자가 동의명령을 신청하고 당국이 이를 승인하면 동의명령 절차로 이행하고, 법집행당국은 위법성을 최종 판단하지 않고 범위반혐의자가 제출한 시정계획을 승인하여 신속히 시장의 경쟁제한 상태를 그 이전으로 회복시키는데 주안점을 두는 제도이다. 우리나라 공정거래법 제51조의2 동의의결제도는 미국의 동의명령제도를 한국 실정에 맞게 도입한 것이다.

60) <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/1224751/download>

도움을 준다. 각 지역방송국들은 지역방송시장에서 현재와 향후 수개월간의 수익 변동자료를 실시간으로 상호간에 직접 또는 2개의 중개자를 통해 교환하여 왔다.

(DOJ 및 법원판단) DOJ는 이러한 정보교환이 전국에 걸쳐 지역 스포츠광고 판매시장에서 정상적인 가격책정 구조를 왜곡한다고 보아 기소하였으며, 연방법원은 18개월 이상 지난 것이 아닌 한 비공개적인 가격이나 가격전략, 수입변동, 광고물량, 수입과 시장점유율 정보 등을 교환하는 행위를 향후 7년간 금지하고, 이를 감시할 Antitrust Compliance Office의 임명 등 컴플라이언스 프로그램 운영하도록 하였다.

제2절. EU 경쟁당국의 법집행 사례

앞에서 살펴보았듯이 EU는 경쟁에 민감한 정보교환행위를 기능조약(TFEU) 제101조의 동조적 행위(concerted practices) 개념에 포함시켜 적극적으로 규율하여 왔다. 동조적 행위는 ‘합의’ 보다 더 넓은 개념으로 해석되므로 사업자들간 합의입증이 어려운 묵시적 담합형태인 정보교환행위 규율에 적용된다. 다만, 어떠한 행위가 합의인지, 동조적 행위인지를 명시하지 않고 합의/동조적 행위라고 주장할 수 있고 또한 그렇게 하는 것이 보통이다. 동조적 행위개념의 중요성은 합의와의 구별에 있는 것이 아니라 경쟁법을 위반하지 않는 병행행위와의 구별에 있기 때문이다.⁶¹⁾ 한편 그렇다고 하여 EU의 규제기준이 미국보다 훨씬 엄격하거나 금지범위가 비교될 수 없을 정도로 넓다고 보긴 어렵다.

1972년 ICI사건에서 정보교환행위가 동조적 행위의 정황증거로 원용되기 시작한 이래, EU는 정보교환행위를 비교적 엄격하게 규율하여 왔다. 그러나 1993년 Wood Pulp사건에서 유럽사법재판소(ECJ)는 단순한 외형상의 일치 및 소비자에 대한 일방적인 가격공표만으로는 동조적 행위를 인정하기에 충분한 정황증거로 인정할 수 없다고 판시하였다.⁶²⁾ 당해 가격공표에 있어서 동조적 행위만이 유일하게

61) 강해림, 정보교환과 묵시적 합의, 민사법 이론과 실무 제19권 제11호

62) Ahlstrom v. Commission, C-89/85 DEP, ECLI:EU:C:1993:120

설득력 있는 설명이 아니었기 때문에 정보교환행위가 동조적 행위로 규율되기 위해서는 동조성에 대한 입증이 필요하다는 것이다.⁶³⁾

1. Wood Pulp사건 (1993)

(사실관계) 펄프 생산 업체는 일반적으로 최대 5년까지 지속될 수 있는 장기 공급 계약을 고객(제지생산업체)과 체결하고 있다. 이러한 계약에 따라 생산자는 분기 초에 그가 발표 한 가격을 초과하지 않는 가격으로 분기마다 최소 펄프를 구매할 수 있는 가능성을 고객에게 보장한다. 고객은 자신을 위해 예약 된 수량보다 더 많거나 적은 수량을 자유롭게 구매할 수 있고 발표 된 가격의 인하를 협상할 수 있다. EU경쟁위원회(EC)는 분기별 가격발표시스템이 다음 분기에 경쟁업체가 부과 할 가격을 확인할 수 있도록 펄프 생산자가 의도적으로 도입 한 시스템이며, 새 분기가 시작되기 훨씬 전에 언론 및 에이전트 등 제3자에게 가격을 공개함으로써 경쟁업체 상호간 다음분기에 적용할 가격결정을 조정할 수 있도록 만들고, 결과적으로 시장을 인위적으로 투명하게 만드는 효과가 있다고 보았다.

(법원판단) 경쟁사업자간의 동조적 행위(concerted practices)는 사업자들간의 조정의 한 형태를 의미하며, 최종적인 합의체결 단계에 도달하지 않고도 고의로 그들 간의 경쟁에 따른 위험을 대체할 수 있다. 그러나 이러한 기준은 생산자가 사용자에게 제공하는 가격 발표의 경우 충족되지 않는다. 동조행위가 담합성립에 대한 유일하고도 설득력있는 설명을 할 수 없는 한, 병행행위는 협의의 증거를 제공하는 것으로 간주 될 수 없다. 조약 제85조가 경쟁을 왜곡하는 어떠한 형태의 담합도 금지하고 있지만, 사업자가 경쟁자의 기존 및 예상되는 행동에 지능적으로 적응할 권리를 박탈하지는 않는다.

2. Cement 사건 (2006년)

(사실관계) 1983. 1.14 유럽 시멘트협회(Cembureau) 대표들이 회동하여 상호간 양자 혹은 다자간에 다음과 같은 내용을 합의하였다. Cembureau와 구성원들간

63) 이항, 앞의 논문

합의를 촉진하기 위한 가격정보 교환, 프랑스와 이탈리아 사업자간의 동조적 행위, 스페인과 포르투갈 시장에 대한 합의, 프랑스와 독일 시장에 대한 합의와 동조적 행위, 그리스 시멘트와 클링커(clinker) 벽돌의 회원국들로의 수입담합을 위한 ETF(Eureauropean Task Force) 발족, 특히, 이탈리아 시장으로의 수입을 막는 합의와 동조적 행위에의 참가, 공동체 비회원국의 수입에 있어서 가격과 조건에 관한 정보교환, 각 회원국내에 다른 경쟁자의 진입을 막기 위해 유럽시멘트수출위원회(ECEC)와 유럽수출정책위원회(EPC)를 통해 공모할 것 등이다.

(법원판단) 85조 1항(현행 101조 1항)의 위반행위는 하나의 단독행위 뿐만 아니라 연속된 수개의 행위나 지속되고 있는 행위를 모두 포함한다. 수개의 행위가 하나의 계획에서 기인한 것이라면 동일한 경쟁제한행위가 있는 것이기 때문에 행위전체를 하나의 위반행위로 보아야 한다. 확립된 관례에 따르면, 만일 담합을 위한 회합의 자리에 참석한 사업자가 반경쟁적 의도가 없다고 하더라도, 다른 참가 사업자가 그것을 인지하지 못하는 한 그 사업자는 담합의 회합에 참여했다고 판단하고 있다.⁶⁴⁾ 그 이유는 회합 참가사실은 참가 사업자가 명시적으로 그 회합의 내용과 거리를 두겠다는 의사표시를 하지 않는 한 다른 사업자로 하여금 결정된 사항에 동의하고 그 결과에 따를 것이라는 믿음을 주기 때문이다.

만일 어떠한 사업자가 카르텔 합의에 참여하였다는 것을 밝히기 위해서는, 위원회(EC)는 당해 사업자가 모든 사업자가 추구하고 있는 담합행위에 기여할 의도가 있고, 다른 사업자에 의하여 계획되었거나 실행되고 있는 실제 행위에 관하여 인지하고 있거나 그것이 예견가능하다는 것을 입증해야 한다. Aalborg의 Mr. Larson은 저가 시멘트가 유럽시장으로 들어오는 것을 방해하기 위한 채찍과 당근의 수단을 논의한 ETF회의에 1986.9.6.에 참석하였다. 직접적으로 이러한 행위가 Aalborg에 의하여 이루어지지 않았다고 하더라도 Aalborg는 ETF를 구성하는 데에 대해 의사의 합치를 이루었기 때문에 Aalborg의 수동적 위치는 부인된다.

3. Banana 사건 (2013년)

64) Case C-199/92 P Huls v. Commission [1999] ECR I-4287, para 155, Case C-49/92 P Commission v. Anic [1999] ECR I-4125, para 96 참조

(사실관계) 정보교환은 Dole과 Chiquita간, 그리고 Dole과 Weichert간 주로 전화통화를 통하여 이루어졌다. Chiquita는 Dole과 Weichert 간의 정보교환 사실을 알거나 또는 최소한 예견한 반면, Weichert는 Dole과 Chiquita 간의 정보교환 사실을 알지 못하였다. 사업자들은 바나나의 기준 판매가격을 매주 목요일 오전에 결정하였는데, 기준가격이 결정되기 전날인 수요일에는 바나나의 수입가격 결정요소, 가격추세 또는 장래 기준가격을 암시하는 정보들이 교환되었고, 목요일 오전 이후에는 결정된 기준가격에 관한 정보를 교환하였다.⁶⁵⁾

(법원판단) Dole과 Weichert는 양사 간 정보교환 내용이 주로 낱씨 등 바나나 시장의 가벼운 이야기(gossip)에 불과하였으며 기준가격 동향에 대한 정보교환은 드물었기 때문에 실제 시장경쟁을 왜곡할 수 없었다는 점 등을 들어 EU 집행위원회의 결정에 대한 불복소송을 제기하였다. 이 사건은 대부분의 정보교환 내용이 시장상황에 관한 가벼운 이야기라고 하더라도 장래가격에 관한 정보가 일부라도 포함되어 있을 경우 가격담합을 조장하는 정황증거로 볼 수 있다. 이 사건은 참여사업자간 직접적인 의사소통이나 합의는 없더라도 결과적으로 양자간 의사연락으로 인해 3자간에 공감대가 형성된 경우 합의가 추정된다는데 의의가 있다. 북유럽 지역에 바나나를 수입하는 3개 업체들이 폐쇄적으로 가격관련 정보를 교환한 정황을 카르텔로 인정한 사례인데, 정보교환이 3개 업체간 공동으로 이루어진 것이 아니라 2개 사업자끼리 개별적으로 이루어졌다는 특징이 있다.

4. 영국의 치즈카르텔 사례 (2012)

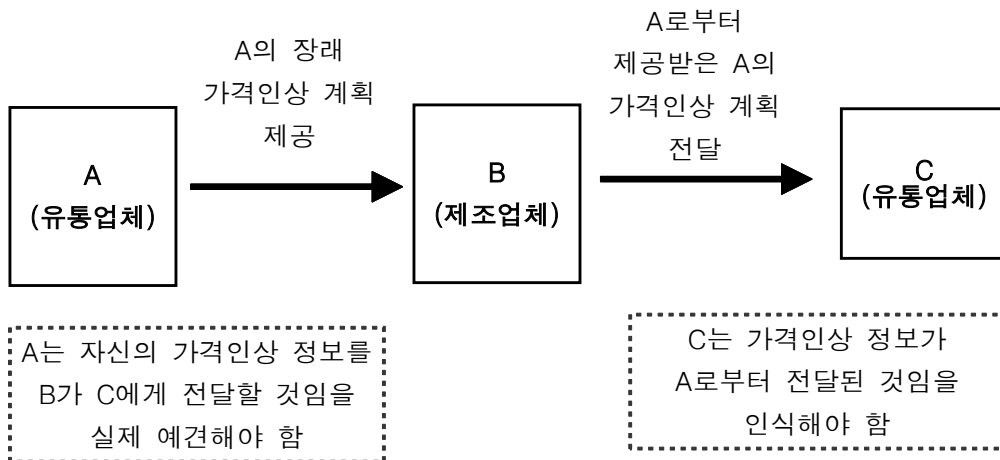
영국 항소법원(Court of Appeal)은 2006년 장난감 및 스포츠 의류 분야의 카르텔 사건에서 수레바퀴형(hub and spoke) 가격인상 정보교환행위가 동조적 행위에 해당하기 위한 요건을 판시한 바 있다.⁶⁶⁾ 경쟁항소법원(Competition Appeal Tribunal)은 이러한 항소법원의 판시사항에 따라 2012년 12월 치즈 분야의 일부 수레바퀴형 가격인상 정보교환행위를 카르텔로 인정하였다.

65) EU Commission, Summary of Commission Decision, Case COMP/39.188 Bananas, 2008. 10. 15.

66) Argos, Littlewood v OFT and JJB Sports v OFT [2006] EWCA Civ 1318, 2006. 5(이병건, 앞의 논문에서 재인용)

(영국 법원이 판시한 구성요건) ① 유통업체 A는 자신의 장래 가격인상 계획을 제조업체 B에게 공개하고 이때 제조업체 B가 해당 정보를 시장에 영향을 미치기 위해 다른 유통업체인 C에게 제공할 것이라는 점을 의도한 것으로 인정되어야 한다. 이때 유통업체 A의 이러한 의도의 존재는 당시 정보제공 시점의 모든 정황증거를 종합하여 A의 담당직원이 B에게 자사의 가격인상 계획을 전달할 당시 이 정보가 다시 B로부터 C에게 전달될 것임을 실제 예견(actually foresee)하였다는 것이 입증되어야 한다.⁶⁷⁾ 유통업체 A의 담당직원이 B→C로의 정보전달을 합리적으로 예견가능(reasonably foreseeable)하였다는 점만으로는 이러한 주관적 요건(반경쟁적 의도)의 입증에 불충분하고, A가 제공한 가격인상 정보를 B가 다른 유통업체인 C에게 전달할 것이라는 점을 정보제공 당시 반드시 인식하였어야 한다.

〈 수레바퀴형 카르텔 성립을 위한 정황증거 〉



② 실제 제조업체 B가 유통업체 A로부터 받은 정보를 다른 유통업체인 C에게 전달한 행위가 있고, 이때 C는 당해 정보가 A로부터 B에게 제공된 것임을 인식한 정황이 인정되어야 한다. 일단 가격인상 정보가 유통업체 A로부터 B에게 제공된 것임을 C가 인식하는 한, C가 비록 당해 정보가 정확하지 않다고 판단했다고 하더라도 동조적행위 성립 여부에 영향을 주지 않는다. 이는 통상 카르텔에 참여한 업체들이 상호 불신하고 속이는 경우가 비일비재하기 때문이다. 다만, C의 담당직

67) Tesco 판결(2012년) 68-69항, 74항 등. 이 판결은 영국 항소법원이 Argos 판결(2006년)에서 밝힌 구성요건을 가장 최근에 구체적으로 해석, 적용한 판결이라는 점에서 특히 주목할 필요가 있음.

원이 B로부터 받은 A의 가격인상에 관한 정보가 단지 B 담당직원의 추정에 의해 작성된 것으로 인식한 정황이 인정되면 동조적 행위가 성립되었다고 보기 어렵다.

③ 유통업체 C는 B로부터 받은 정보를 자신의 장래 가격 설정에 활용한 정황이 인정되어야 한다. 이는 동조적 행위가 성립하기 위해 협력·조정행위와 사업활동 간 인과관계의 요건이 성립되어야 함을 의미한다. C가 해당 사업을 계속 영위하면서 공개적으로 당해 협력·조정행위에의 참가를 거부하지 않는 한 당해 가격인상 정보를 사업활동에 반영 내지 고려한 것으로 추정된다. 이에 대해, 사업자는 자신의 실제 사업활동이 협력·조정행위와 무관한 독자적 의사결정의 결과라는 점을 제시하여 추정을 번복할 수 있다. 정보교환이 쌍방향으로, 즉 장래의 가격인상 계획에 대한 정보가 위와 같은 A→B→C 방향 뿐 아니라 C→B→A 방향으로도 제공된 정황이 인정되면 동조적 행위의 성립이 보다 용이하게 된다.⁶⁸⁾

5. Container 사건(2016년)⁶⁹⁾

(사실관계) MSC, Maersk 등 전세계 15개 컨테이너사*들은 운임의 일괄인상 계획(General Rate Increase, ‘GRI’)을 매년 정기적으로 여러 차례에 걸쳐 공개해 왔다. GRI는 최종가격 인상금액이 아니라 TEU (Twenty-foot Equivalent Unit) 당 가격인상분을 3주~5주전에 발표하였다. 사건 대상 선박은 ‘정기선박’ (liner shipping)으로 화물의 양에 좌우되지 않고 정기적으로 동일·정기항로를 취항하는 선박인데, 주로 소량의 무역화물을 운송하였다. 참고로, 과거에는 해운동맹(Liner Conference) 구조 하에서 합법적으로 가격인상을 동시에 동일하게 결정하는 것이 허용되었다.

(EU 집행위의 판단⁷⁰⁾) 2016. 7월, EU집행위는 컨테이너사들의 정보교환 행위에 대해 범위반을 판단하지 않고, 제기되는 경쟁상 우려만을 해소할 수 있는 동의의결(Commitments) 방식에 의해 사건을 종결하였다. EU 집행위는 GRI가 고객들에

68) 이병진, 앞의 논문

69) 최지원, 가격표시형태의 정보교환에 관한 EU의 규제 동향: 컨테이너사들의 운송가격 표시 사건의 동의의결을 중심으로, 경쟁저널 제186호, 2016년 5월, 112-119면.

70) EU 보도자료, Antitrust: Commission accepts commitments by container liner shipping companies on price transparency, 7 July 2016.

게 새로운 가격에 대한 정보를 완전히 제공하지 않고, 단지 경쟁관계에 있는 사업자들 간에만 서로 가격인상 계획을 공유하여 가격인상을 상호조정할 수 있다는 점을 우려하였다. 장래의 가격인상 계획 공개는 경쟁사업자에 의한 불확실성을 감소시키고 상호 경쟁하려는 인센티브를 축소시킬 수 있다. 한편 GRI는 장래 가격 계획에 불과하여 고객에 대하여 구속력이 없으므로, 컨테이너 사업자들은 고객을 잃을 우려 없이 GRI 발표 이후에도 가격을 조정할 수 있게 되고, GRI 발표 후 경쟁사업자의 GRI까지 고려하여 가격을 인상 조정할 가능성이 존재한다.

동의를결의 내용은 첫째, 컨테이너 사업자들은 향후 GRI를 공개하거나 상호 공유하지 않는다. 둘째, 고객에게 유용한 정보를 제공할 목적으로 장래 가격을 발표하는 경우 해당 가격에는 최소한 기본운임(base rate), 유류할증료(bunker charges), 터미널 보험료(security charges), 터미널 화물 처리비(terminal handling charges), 성수기 할증료(peak season charges) 등 5개 요소가 포함되어야 한다. 셋째, 공개된 장래 가격은 공개기간 동안 최고가격으로 사업자들을 구속하며, 다만 공개가격 이하로 최종 가격을 결정하는 것은 가능하다. 넷째, 장래 가격에 대한 공개는 최종운송가격이 결정되기 31일 전 또는 그 이내에만 가능하다.

제5장. 한국의 정보교환행위 규제실태 및 개선방향

제1절. 공정거래법상 규제 근거

정보교환행위를 카르텔로 규제하는 실정법적 근거는 공정거래법 제19조의 부당한 공동행위 금지조항이다. 공정거래법 제19조는 사업자는 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의하거나 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다고 규정하고 있다. 가격, 거래조건, 생산량 등 각호의 행위에 대해 시행령상 구체적인 유형은 정해놓지 않고 있으며, 다만, 내부심사지침으로 공정거래위원회 예규인 「공동행위 심사기준」을 운용하고 있다.

현행법상 정보교환행위는 카르텔의 실체적 유형이라기 보다는 카르텔을 행하는 여러 가지 수단중 하나의 방법이다. 카르텔은 경쟁제한적 합의가 있을 때 성립하므로 합의를 형성하기 위해서나 혹은 합의의 실행을 위해서는 대부분의 경우 합의에 필요한 정보교환이 수반될 수밖에 없다. 따라서, 정보교환 그 자체를 경쟁제한적 효과와 분리하여 정보교환이 있다는 것만으로 경쟁법적 규제를 생각하기는 어렵다.

한편, 제19조의 합의의 개념에는 계약, 협정과 같은 명시적인 합의는 물론, 상호인식, 암묵적인 요해 등과 같은 묵시적 합의까지 포함된다는 것이 학설과 판례의 일관된 입장이다. 여기서 정보교환을 통해 경쟁제한적 효과를 발생시키는 행위를 하는데 있어서 합의증거가 반드시 존재하는 것은 아니다. 따라서, 합의는 없지만(혹은 입증되지 않지만) 관련 시장 내에서 가격이나 생산량과 같은 경쟁요소에 관한 정보교환의 행위의 결과로 경쟁제한적인 효과가 발생하는 경우에 제19조를 어떻게 적용할 것인가가 문제된다. 이와 관련하여 그간의 공정위의 법집행은 합의증거가 없는 상황에서도 빈번한 정보교환행위와 함께 행위의 외형상 일치⁷¹⁾가 있고 경쟁제한적 효과가 발생하는 경우에는 합의를 법률상 혹은 사실상 추정⁷¹⁾해

71) 2007년 공정거래법 개정에 따라 법제19조 제5항에 따른 합의를 추정하기 위해서는 행위의 외형상 일치(외

왔다. 이 과정에서 정보교환행위는 합의(묵시적 합의) 추정의 정황증거로서 기능하였다.

한편, 이에 대해 우리 법원의 판단은 일관적이라고 보긴 어렵다. 음료담합(2011.9), 유제품 담합(2011.5) 등에서는 가격정보를 교환하고 비슷한 시기에 유사한 폭으로 가격을 인상한 행위에 대해 합의를 인정한 판결이 있는 반면, 13개 생명보험사 담합건(2011.12), 라면담합 건(2012.7) 등에서는 합의를 인정하지 않았다. 물론 각 사례마다 구체적인 사실관계가 다르고 경쟁당국의 입증의 정도에 차이가 있다는 점을 고려하더라도 장래의 가격에 대한 빈번한 정보교환을 통해 외형상 일치나 나타나는 경우에도 합의를 인정하는데 매우 엄격한 판결 경향이 나타나고 있는 점에 주목할 필요가 있다. 이에 대해서는 다음 국내법원의 판결사례에서 좀 더 구체적으로 살펴보기로 한다.

제2절. 정보교환행위와 합의의 추정

1. 실정법적 근거

현행 공정거래법 제19조 제5항⁷²⁾은 공동행위 사실관계가 명확하지 않거나 간접적인 사실이나 정황만 있는 경우에도 경쟁제한효과를 방지하기 위하여 직접적인 공동행위 사실이 있는 것으로 일단 정하여 법률효과를 발생시키는 추정조항을 두고 있다.

종래 대법원은 동 조항이 ‘행위의 외형상 일치여부’와 ‘경쟁제한성’만 입증하면 합의 내지 암묵적 양해를 추정케 할 정황사실을 입증하지 않더라도 공

관의 존재) 뿐만 아니라 합의의 개연성을 나타내는 추가적인 정황증거가 필요하도록 요건이 강화되었는데, 이로써 법제19조 제5항에 따른 법률상 추정과 제1항 각호에 대한 정황증거에 의한 합의의 추정(사실상 추정)은 차이가 없게 되었다. 2007년 개정 전 제19조 ⑤항 “2이상의 사업자가 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 제1항 각호의 1에 해당하는 행위를 하고 있는 경우 동 사업자간에 그러한 행위를 할 것을 약정한 명시적인 합의가 없는 경우에도 부당한 공동행위를 하고 있는 것으로 추정한다.”

72) 현행 제19조 ⑤ “2이상의 사업자가 제1항 각호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 경우로서 해당 거래분야 또는 상품·용역의 특성, 해당 행위의 경제적 이유 및 파급효과, 사업자간 접촉의 횟수·양태 등 제반사정에 비추어 그 행위를 그 사업자들이 공동으로 한 것으로 볼 수 있는 상당한 개연성이 있는 때에는 그 사업자들 사이에 공동으로 제1항 각호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의한 것으로 추정한다.”(2007.8.3. 개정)

동행위의 존재가 추정되는 법률상 추정에 해당한다고 보았다. 이렇게 공동행위의 존재가 추정되는 경우에는 사업자는 당해 외형상 일치된 행위가 그들 사이의 합의에 따른 공동행위가 아니라는 점을 수궁할 수 있는 정황을 밝혀 이상의 추정을 번복시킬 수 있다. 2007년 법개정 이전의 추정조항 하에서는 법률해석에 있어 몇 가지 논란이 있어 왔다. 2007년 추정조항의 개정취지를 이해하기 위해서는 종전 규정 하에서 논란이 되었던 쟁점을 이해할 필요가 있다.

첫째, 종전 법문상 부당한 공동행위를 추정한다고 되어 있어 추정의 대상이 ‘공동행위’ 인지, ‘부당성’ 까지도 포함되는지가 문제가 되었다. 이에 대법원은 “법 제19조 제5항에 기하여 사업자들의 합의를 추정하기 위하여 입증되어야 하는” 이라고 함으로써 ‘부당한 공동행위’ 를 추정하는 것이 아니라 ‘사업자들의 합의’ 를 추정하는 것임을 분명히 하였다.

둘째, 어느 정도의 행위가 있어야 ‘외형상 일치’ 가 있다고 볼 수 있는가이다. 가격인상의 시기나 정도가 완전히 일치하는 경우란 흔치 않은 만큼 그러한 경우로 한정하기는 어렵고, 어느 정도의 동일한 외관이 있으면 행위의 외형상 일치가 있다고 보는 것이 판례의 입장이었다. 「시멘트 제조 7개사의 공동행위 건」에서 서울고법은 “합의의 내용에는 가격을 일정한 시차를 두고 변동시키는 형태, 변동액이나 변동율에 차이를 두는 형태, 최고가격·최저가격·평균가격을 설정하는 형태 등 사업자의 독자적 결정에 의한 것으로 볼 수 없는 다양한 경우가 포함되며, 반드시 같은 시기에, 같은 액 또는 같은 율만큼 변동시키는 경우에 한정되는 것이 아니다” 라고 판시하고 있다.

셋째, 법문상 규정방식에 다소 의문이 있었다. 실질적 경쟁제한성이 있는 행위를 하는 경우 합의가 있는 것으로 추정하는데, 실질적 경쟁제한성은 합의에 대한 평가 결과인데도 불구하고 합의여부의 판단에 선행하는 것으로 규정한 것은 앞뒤가 뒤바뀐 것이라라는 지적이 있었다.

넷째, 대법원 판례에 의하면, 행위의 외형상 일치와 실질적 경쟁제한성이라는 두 가지 요건만 갖추어지면 합의가 추정되고, 별도의 추가적인 정황증거의 입증이 필

요하지 않다. 따라서 합의추정을 받는 사업자들로서는 책임을 면하기 위해 의사의 연락이 없었다는 점만 입증하면 된다. 그래서 학설 및 실무관행은 두 가지 요건만으로는 부족하며 추가적인 정황증거가 필요하다는 입장이었다. 즉 단순히 행위의 일치만으로는 상대방이 쉽게 추정을 반복할 수 있기 때문에 추정을 보장하기 위한 정황증거의 확보가 중요하다고 본 것이다.

이러한 논란을 불식시키기 위해 2007년 추정조항이 현재처럼 개정되었다. 첫째, 추정의 대상이 ‘합의’ 라는 점을 분명히 하였다. 그리고 “명시적 합의가 없는 경우에도” 를 삭제함으로써 묵시적 합의가 있는 경우 바로 합의가 있는 것으로 불여지가 넓어지게 되었다. 둘째, “일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는” 이라는 표현을 삭제함으로써 이를 둘러싼 해석상의 논란을 해소하였다. 셋째, 추가적인 정황증거의 필요성을 입법화하여 판례와 실무관행과의 차이를 불식시키는 한편, 정황증거의 유형을 하위규정으로 구체화하였다. 공정거래위원회 예규인 「공동행위 심사기준」에서는 다음과 같은 4가지 대표적인 정황증거의 유형들을 제시하고 있다.

①직·간접적인 의사연락이나 정보교환 등의 증거가 있는 경우, 예를 들어, 해당 사업자간 가격인상, 산출량 감축 등 비망록 기입내용이 일치하는 경우, 모임을 갖거나 연락 등을 하고 그 이후 행동이 통일된 경우, 특정 기업의 가격, 산출량 등 결정을 위한 내부 업무보고 자료에 다른 경쟁기업의 가격, 산출량 등에 대한 향후 계획 등 일반적으로 입수할 수 없는 비공개 자료가 포함된 경우, 특정기업이 가격인상 또는 산출량 감축 의도를 밝히고 다른 경쟁기업들의 반응을 주시한 후 그 반응에 따라 가격인상 또는 산출량 감축을 단행한 경우이다.

②공동으로 수행되어야만 당해 사업자들의 이익에 기여할 수 있고 개별적으로 수행되었다면 당해 사업자 각각의 이익에 반하리라고 인정되는 경우이다. 예를 들어, 원가상승 요인도 없고 공급과잉 또는 수요가 감소되고 있음에도 불구하고 가격을 동일하게 인상하는 경우, 재고가 누적되어 있음에도 불구하고 가격이 동시에 인상된 경우 등이다.

③당해 사업자들의 행위의 일치를 시장상황의 결과로 설명할 수 없는 경우이다. 예를 들어, 수요공급조건의 변동, 원재료 공급원의 차이, 공급자와 수요자의 지리적 위치 등의 차이에도 불구하고 가격이 동일하고 경직되어 있는 경우, 원재료 구입가격, 제조과정, 임금인상률, 어음할인금리 등이 달라 제조원가가 각각 다른데도 가격변동폭이 동일한 경우, 시장상황에 비추어 보아 공동행위가 없이는 단기간에 높은 가격이 형성될 수 없는 경우 등이다.

④당해 산업구조상 합의가 없이는 행위의 일치가 어려운 경우, 예를 들어, 제품차별화가 상당히 이루어진 경우에도 개별 사업자들의 가격이 일치하는 경우, 거래의 빈도가 낮은 시장, 수요자가 전문지식을 갖춘 시장 등 공급자의 행위 일치가 어려운 여건에서 행위의 일치가 이루어진 경우 등이다.

2. 의식적 병행행위와의 구별

우리나라의 법원판례는 의식적 병행행위만 있는 경우에는 합의성립에 요구되는 의사의 연락에 해당되지 않는다는 입장이다. 이는 행위의 ‘외형상 일치’가 의식적 병행행위의 결과로 나타난 것임을 사업자가 입증하면 추정이 복멸될 수 있음을 의미한다. 따라서, 실무적으로는 이러한 복멸의 가능성을 약화시키기 위하여 사업자들간의 민감한 정보교환과 같은 추가적 정황증거를 제시함으로써 의사연락의 존부를 다투게 되는데, 이는 미국이 정보교환행위에 대하여 합리원칙하에 경쟁제한 효과를 따져 위법성을 판단하는 것과 거의 유사하다.

의식적 병행행위와 유사한 가격모방에 대하여 대법원은 「모나리자(주)외 3사의 부당공동행위 건」에서 가격모방의 경우 원칙적으로 추정이 복멸되지만 가격선도와 같은 ‘특별한 사정’이 있는 경우에는 추정이 복멸되지 않는다고 보고 있다. 즉 선발업체가 가격을 결정하면 후발업체들이 이에 동조하여 가격결정을 할 것으로 예견하고 하였다면 선후발업체들간 암묵적인 양해가 있었다고 볼 수 있으므로 합의 추정은 복멸되지 않는다고 할 것이다.⁷³⁾

73) 신동권, 「독점규제법」 제4장. 부당공동행위의 금지, 413쪽 이하, 박영사, 2016.

3. EU의 동조적 행위와의 관계

이 보고서 제3장에서 살펴보았듯이 EU의 기능조약(TFEU)은 합의, 사업자단체의 결의 외에 동조적 행위(concerted practices)를 인정하고 있다. EU사법재판소(ECJ)에 따르면, 동조적 행위는 계약의 체결에 이르지 않았지만 고의적으로 위험과 결부된 경쟁이 실질적인 협력으로 대체되는 사업자간 협력(조정)의 한 형태(a form of coordination)이다. 이러한 동조적 행위 개념은 미국법상에서 의식적 병행행위에 추가적인 의사연락의 정황증거가 있는 경우와 유사하다고 볼 수 있고, 우리나라 법원도 일부 판례에서 동조적 행위개념을 인정하고 있다.

「12개 유제품사업자의 부당 공동행위건」에서 서울고법은 의식적 병행행위와 구별하여 동조적 행위를 인정하고 있다. 즉, 경쟁자의 영업정책을 예측하여 독자적으로 행위를 한 결과 우연히 외형상 일치가 나타나는 의식적 병행행위의 경우 공동행위가 인정되지 아니하나, 이와 달리 사업자들이 여러 경로를 통하여 의도적으로 가격정보를 교환하며, 서로 교환된 정보를 이용하여 각자 행위내용을 조정하고 그 결과 일정한 행위가 외형상 일치하는 경우에는 단순한 의식적 병행행위가 아닌 동조적 행위에 해당되어 공동행위의 합의가 존재한 것으로 봄이 상당하다고 보았다. 이렇게 본다면, 우리법제상 동조적 행위 개념이 법문상으로는 도입되어 있지 않으나 합의 추정조항의 운용에 의해 사실상 미국, EU의 법제와 유사한 결과를 낳고 있다고 판단된다. 다만, 우리 대법원의 경우는 정황증거로부터 합의 즉, 의사연락의 상호성의 존부를 보다 엄격하게 판단하는 경향이 나타나고 있다.

제3절. 국내법원의 판결 사례

법집행당국인 공정거래위원회나 국내법원 모두 민감한 경영정보의 교환행위는 의사연락의 상호성을 입증할 수 있는 유력한 정황증거의 하나로 보고 있다는 점에서는 동일하다. 다만 공정거래위원회는 임의적 조사를 통한 증거수집의 어려움이 있는 만큼 사업자들간 협력 또는 조정행위가 의사결정 이전에 이루어졌음이 확인되는 경우에는 그러한 정황을 종합하여 의사연락의 상호성을 보다 적극적으로

로 인정하는 경향이 있다. 이에 비해, 법원은 범문상 합의를 요건으로 하고 있는 현행법체계상 정황증거로부터 어떤 형태로든 의사연결의 상호성의 존부가 확인되어야만 위법성을 인정한다는 점에서 법집행당국의 입증부담을 가중시키고 있다. 이하에서는 국내 공동행위 사건에서 정보교환을 이유로 합의를 인정한 사례와 그렇지 않은 판결사례들을 살펴보기로 한다.

1. 정보교환에 의해 합의가 추정된 사례

(1) 음료담합 건(2009)

(사실관계) 청량음료협회(사장급 모임), 청실회(청량음료실무자협의회, 실무자급 모임) 등의 모임 및 영업담당 실무자나 시장조사 담당 직원들의 의사연락을 통하여 가격인상에 대한 공감대를 형성하고 가격인상 방법, 시기, 품목, 인상수준 등의 정보를 긴밀히 교환하였다. 청실회에 참여한 음료회사는 롯데칠성음료, 해태음료, 동아오츠카, 웅진식품, 동서식품, 일화, 남양유업, 한국야쿠르트 등 8개사이며, 매월 1회 개최, 월별 매출목표·매출실적·관측정보·영업전략 등의 정보와 함께 가격인상 시기에는 인상계획 및 인상내역을 교환하였다.

(고법 판결)⁷⁴⁾ 각종 회합 및 정보교환 사실을 포함한 정황증거들을 종합적으로 평가한 후 가격인상의 합의가 존재함을 인정하였다. 동 판결은 정보교환을 부당한 공동행위의 합의로 해석할 수 있는지 여부와 관련, 정보교환의 내용과 양태 등을 고려하여 다음과 같은 경우에 해당할수록 자유롭고 공정한 경쟁에 위협이 되고 사업자들 간의 공동행위에 대한 유력한 증거가 될 수 있다고 설시하였다는 데 의미가 있다.

① (시장의 구조와 성격) 다른 시장에 비하여 과점화 내지 집중화되어 있는 시장이나 제품의 규격이나 품질 등에 있어서 동질성이 큰 시장 등에서 경쟁사업자 간에 정보교환이 이루어지는 경우,

74) 서울고등법원 2010. 11.25. 선고 2009누38406 판결, 2009누38390 판결 등 심재한, 부당한 공동행위와 관련시장의 획정, 고려법학 제74호 (2014) 서울고법 2012. 9. 13. 선고 2010누13670 판결.

- ② (정보의 대상) 교환되는 정보가 일반적으로 기업의 비밀에 속하고 경쟁의 핵심적 요소라고 할 수 있는 가격인상 계획이나 인상내역과 같은 민감한 정보인 경우,
- ③ (정보의 내용) 정보의 대상이 되는 각 제품의 품목, 가격인상률(폭) 등이 보다 구체적이고 세분화되어 있으며 신속한 시장정보인 경우,
- ④ (정보교환의 시기 및 방법) 정보교환의 시점이 다른 경쟁사업자들이 가격인상을 확정하기 이전 단계이거나 시장에 정보가 공개되어 알려지기 이전이고, 정보교환이 규칙적이고 빈번하게 그리고 지속적으로 이루어지는 경우,
- ⑤ (정보교환의 주체) 정보가 소비자를 배제하고 일부 경쟁사업자 사이에 은밀하게 폐쇄적으로 교환되고, 또한 본사의 가격결정 업무에 영향을 미칠 수 있는 임직원 간에 이루어지는 경우 등

(대법 판결)⁷⁵⁾ 대법원은 정보교환 행위에 관한 쟁점에 대하여 아무런 설시를 하지 않은 채, 원심의 관련시장 획정의 오류(먹는 샘물부터 두유류, 기능성음료, 스포츠음료, 차류, 탄산음료, 과실음료, 커피 등은 기능과 효용 및 구매자들의 대체가능성에 대한 인식 등에서 동일한 관련 상품시장에 포함된다고 쉽사리 인정하기 어려움에도 전체음료시장으로 획정한 것)를 이유로 파기·환송하였다.

즉, 원심과 같이 본다면, 관련 상품시장을 획정한 다음 당해 합의의 경쟁제한성을 평가하는 것이 아니라 반대로 경쟁제한의 효과가 미치는 범위를 관련 상품시장으로 보게 되는 결과가 되어 부당하다. 공동행위 가담 여부는 관련 상품시장 획정이 제대로 이루어진 후에야 판단될 수 있다.

(2) 우유담합 건(2012)⁷⁶⁾

(사실관계) 원고 등 12개사는 소비자를 배제하고 유맥회와 우방회를 통해 매월 정기적으로 모임을 갖고 통계적인 정보만이 아닌 기업의 비밀에 속하고 경쟁의 핵심적 요소인 구체적인 제품가격과 가격인상계획 등을 교환하여 왔고, 2008.8월 원유가격 인상을 전후로 하여서도 각 사별로 가격인상률과 시기를 정하기 위

75) 대법원 2013. 2. 14. 선고 2010두28939 판결 등

76) 서울고등법원 2011누18467, 2011누18719, 2011누27584 판결등. 12개사중 3개사가 소송을 제기하여 모두 서울고법에서 패소하였는데, 본 건(2011누18467)은 상고하지 않아 그대로 확정되었다. 다른 두건은 상고하였지만 대법원에서 각하 또는 기각되었다.

해 2008.7.8.과 같은 해 8.7일 서로 만나 각 사별 가격인상계획에 관하여 정보를 교환하였으며, 유제품 시장에서 상위 4개사인 원고와 서울우유, 남양, 매일유업은 2008.7.24.일 별도로 모임을 갖고 가격인상률 등을 교환하였다. 또한 2008.8.8.일 유맥회 모임에서 각 사별로 자세한 가격인상안을 준비하여 웹하드에 올려 공유하기로 하고 실제로 웹하드에 각 사의 시유 및 발효유 제품가격인상안을 상호 교환하였다.

(서울고법 판결) 2008. 8. 16일자로 시유와 발효유 제조원가의 상당부분을 차지하는 원유가격이 20.5% 오름으로써 원고 등 유제품 제조업체의 시유 및 발효유 제품가격 인상이 불가피하였다 하더라도, 위에서 인정한 사실 및 앞서 든 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 여러 사정을 종합하여 보면, 원고 등 12개사가 위와 같은 원유가격의 인상을 전후로 하여 상호간에 빈번하게 접촉·교류하고 이를 통하여 가격정보를 교환한 후, 2008.8말경부터 같은 해 10월경까지 사이에 시유와 발효유 제품가격을 비슷한 수준으로 인상한 것은 사업자 각자의 독자적 판단이 아니라 일련의 공조를 통한 행위라는 측면에서 단순한 의식적 병행행위가 아닌 동조적 행위에 해당하여 공동행위의 합의를 있었다고 할 것이다.

원고 등 12개사의 유맥회와 우방회 담당자는 모두 본사 직원들로서, 원고의 담당자는 마케팅2실의 대리이고 매일과 삼양의 경우는 담당자가 직접 가격인상안을 기안하는 등 가격결정부서 또는 협조부서 소속이어서 가격결정업무에 직접적인 영향을 미치는 직원들일 뿐만 아니라, 실제로 이들은 원유가격의 인상을 전후로 하여 상급자들로부터 지시를 받고 유맥회 모임 등에 참석하여 다른 업체의 가격 인상 계획을 파악하였다.

(3) LPG담합 건(2014)⁷⁷⁾

(사실관계) 수입 2개사들이 매일 말경 전화, 모임 등을 통하여 LPG 기준가격과 판매가격에 대한 정보를 교환한 뒤 서로 동일 또는 유사한 수준으로 판매가격을 결정하였다. E1과 SK가스(수입2사)는 가격결정업무 담당자 간의 전화연락 또는

77) 대법원 2014. 6. 26. 선고 2012두23075 판결 등

모임을 통해 서로 상대방 가격을 사전에 확인하거나, 가격 변동폭에 관하여 협의한 후, 자신들의 LPG 판매가격을 동일한 수준으로 결정해 왔는데, 72회에 걸쳐 이루어진 가격결정 결과 양사간 평균격차는 프로판과 부탄 모두 kg당 0.01원이었다. (프로판은 SK가스가 0.01원 낮았고, 부탄은 E1이 0.01원 낮았음)

수입 2개사가 매월 말경 정유사에게 ‘충전소에 판매할 때 적용하는 가격 - 국내 수송비 상당의 금액’으로 판매가격을 결정하여 통보하면 정유사들이 수입사의 충전소에 대한 판매가격과 동일 또는 유사한 수준으로 자신의 판매가격을 결정하였다. 예를 들어 SK가스는 정유사와의 거래에 적용되는 가격 이외에 자신의 충전소 판매가격을 함께 통보해 주었으며, SK가스로부터 가격정보를 통보받는 SK에너지, 현대오일뱅크, S-OIL은 SK가스의 충전소 판매가격을 곧바로 인지할 수 있었다. (SK가스의 정유사에 대한 LPG 판매가격은 SK가스의 충전소 판매가격에서 26.979원 또는 55원 공제된 금액임)

(대법 판결) 과점시장에서 시장점유율이 높은 업체가 독자적인 판단에 따라 가격을 먼저 결정한 뒤, 경쟁 사업자들이 그 가격을 추종하고 있고, 그와 같은 가격결정 관행이 상당한 기간 누적되어 사업자들이 이러한 사정을 모두 인식하고 있는 경우에, 가격 결정과 관련된 의사 연락이 증명되거나, 추가적인 여러 사정에 비추어 그 의사 연락을 추인할 수 있다면, 부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 대한 합의를 있다고 인정할 수 있다.

대법원은 다음과 같은 사실을 모두 인정하고, 수입 2사 및 정유 4사 사이에 LPG 판매가격을 동일 또는 유사한 수준으로 결정하기로 하는 묵시적 합의가 있었거나, 적어도 LPG 판매가격을 공동으로 결정한 것으로 볼 수 있는 상당한 개연성이 있다고 인정되므로 그러한 행위를 할 것을 합의한 것으로 추정되어, 원고가 이 사건 공동행위를 하였다고 봄이 타당하고, 경쟁제한성도 인정된다고 판단하였다.

아울러, 사업자가 경쟁자들에 대하여 자신의 판매가격을 개별적으로 사전 통지하는 것은, 사업자가 일방적으로 가격을 결정한 후 구체적인 판매 과정을 통하여 이를 공표하면 다른 사업자들이 시장에서 얻은 정보를 토대로 스스로의 판단에 따라

그 가격을 모방하는 경우와는 다르고, ② 5~6년의 장기간 동안 다수의 사업자들의 LPG 판매가격이 거의 일치한다는 것은 매우 이례적이며, ③ 수입 2사에 의하여 충전소 판매가격이 매월 통보되고 있는 상황에서, 정기적·비정기적으로 계속 열린 여러 차례의 모임에서 각 사업자들이 LPG 시장안정화, 경쟁 자제 및 고가 유지 등을 논의하였다면, 그 판매가격을 직접 논의하지 않았더라도 가격담합의 효과를 충분히 거둘 수 있었다고 할 것이다.

2. 정보교환이 있어도 합의 불인정 사례

(1) 생명보험사 이율담합 건(2014)⁷⁸⁾

(사실관계) 16개 생명보험회사가 1998년부터 2001년까지 수차례에 걸쳐 예정 이율 등을 특정이율로 정하거나 이를 인하하기로 합의(1차행위)하고, 2001년 1월부터 2006년 12월 31일까지는 시장에 공개되지 않은 미래의 예정이율 등의 정보를 서로 교환하고 이러한 정보를 반영하여 각자의 이율을 결정하였다.(2차행위)

(고법판단-행정6부) ①사업자 사이의 정보교환행위와 같은 ‘동조적 행위’ 자체를 담합행위의 일종으로 규제하는 외국 법제와는 달리, 공정거래법이 금지하는 공동행위가 성립하기 위해서는 사업자가 다른 사업자와 가격에 관한 정보를 서로 교환하는 것만으로는 부족하므로 단순히 동조적 행위가 있었다는 이유만으로는 공정거래법이 금지하는 공동행위가 있었다고 볼 수 없다. ② ‘각자 결정한다’는 것과 ‘공동으로 결정한다’는 것은 논리적으로 양립하기 어려우므로, 원고들이 2001년부터 2006년까지 정보교환행위를 통하여 각자의 이율을 결정하였다는 사정만으로는 그들 사이에 ‘공동으로 예정이율 등을 결정하기로 하는 합의’가 있었다고 단정하기 어렵다. ③제출된 증거만으로는 그 동안 예정이율 등이 계속 인하된 것이 반드시 이 사건 2차행위 때문이라고 인정하기 어렵고, 오히려 예정이율 등의 결정기준이 되는 표준이율 및 시중금리 등이 그 동안 지속하여 인하되었기 때문으로 보인다.

78) 안병훈, 앞의 논문, 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013두16951 판결

(고법판단-행정7부) ①공정거래법상 사업자간에 가격에 관한 정보를 교환한 것만으로 당연히 부당한 공동행위의 합의가 있었다고 단정할 수 없고, 다만 정보교환의 시기 및 목적, 정보의 성질 및 내용, 주체 및 방식 등 정보의 중요도를 종합적으로 고려하고, 여기에 정보교환이 의사결정에 반영되어 위반기간중 상당한 기간에 걸쳐 가격의 일치가 있었거나 당해 행위가 기존 합의의 연장선상에 있는 경우 등 합의사실을 추인할 수 있는 여러 간접사실(정황사실)이 추가된 경우는 묵시적 합의가 있었다고 볼 수 있다. ②행위의 외형상 일치가 부당한 공동행위의 성립요건은 아니므로 외형상 일치가 없었다고 하여 합의가 없었다고 단정할 수는 없지만, 직접증거가 없는 이상 그 외형상 불일치의 정도가 현저하고 그 불일치 기간이 상당기간 지속된 경우로서 그에 관한 합리적인 설명이 되지 않는 경우는 합의의 존재에 방해되는 유력한 정황이 될 수 있다. ③이율 폭(가격 폭)에 관한 일정한 기준 없이 각사의 사정에 맞게 ‘상당한 이율차’를 용인하기로 하는 방식의 합의는 그 자체가 상당한 이율 차에 의한 가격경쟁을 전제로 하는 것으로서, 부당하게 경쟁을 제한하는 합의의 성격에 부합하지 않는 측면이 있다.

(대법판단) 공정거래법 제19조 제1항이 금지하는 ‘부당한 공동행위’는 부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 대한 합의로서, 이때 ‘합의’에는 명시적 합의 뿐만 아니라 묵시적 합의도 포함되지만, 이는 둘 이상 사업자 사이의 의사의 연락이 있을 것을 본질로 하므로 단지 위 규정 각호에 열거된 부당한 공동행위가 있었던 것과 일치하는 외형이 존재한다고 하여 당연히 합의가 있었다고 인정할 수는 없고, 사업자간 의사연결의 상호성을 인정할 만한 사정에 대한 증거가 있어야 하며, 그에 대한 증명 책임은 그러한 합의를 이유로 시정조치 등을 명하는 피고(공정위)에게 있다.

그리고 경쟁사업자들이 가격 등 주요 경쟁요소에 관한 정보를 교환하는 경우에, 그 정보교환은 가격결정 등의 의사결정에 관한 불확실성을 제거하여 담합을 용이하게 하거나 촉진할 수 있는 수단이 될 수 있으므로 사업자 사이의 의사연결의 상호성을 인정할 수 있는 유력한 자료가 될 수 있다. 그렇다고 하더라도 그 정보교환 사실만으로 부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 대한 합의가 있다고 단정할 수는 없고, 관련시장의 구조와 특성, 교환된 정보의 성질 및 내용, 정보교환의 주

체 및 시기와 방법, 정보교환의 목적과 의도, 정보교환 후의 가격 및 산출량 등의 사업자간 외형상 일치 여부 내지 차이의 정도와 그에 관한 의사결정 과정 및 내용, 그 밖에 정보교환이 시장에 미치는 영향 등의 모든 사정을 종합적으로 고려하여 합의가 있는지를 판단해야 한다. 법리와 기록 등에 비추어 원심판단은 정당하고 정보교환과 부당공동행위의 관계, 동조적 행위와 부당공동행위의 관계, 묵시적 담합의 추인 등 부당공동행위의 성립, 대상 등에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 위법이 없다.

(2) 라면담합 건(2015)79)

(사실관계) 라면업계는 2000년 12월 말 또는 2001년 1월초 대표자회의를 통해 라면가격 인상의 필요성에 대한 공감대를 형성하고, 농심이 먼저 가격을 인상하면 다른 업체들도 이에 동참하여 가격을 인상하는데 합의하였다.

라면가격 인상 내역 예시

가격인상 시기	구분	농심	삼양	오뚜기	야쿠르트
01년 5월 ~ 7월	가격인상일	01.5.21.	01.6.1.	01.7.1.	01.6.1.
	평균 인상율	9.9%	12.0%	10.5%	9.7%
	주력품목 출고가	322원	322원	322원	322원
04년 12월 ~ 05년 4월	가격인상일	04.12.24.	05.3.1.	05.4.16.	05.2.15.
	평균 인상율	7.1%	7.2%	7.4%	7.4%
	주력품목 출고가	401원	401원	401원	401원

라면 업계는 2001.3.28. 임원급 모임인 라면거래질서정상화협의회 정기총회에서 가격인상에 대한 공조유지 입장을 확인하였다. 농심은 2001.5.10. 언론에 다음 주 초 가격인상 시기와 폭을 확정할 계획이라는 사실을 발표하였고, 나머지 업체들도 같은 날 가격인상 검토를 선언하였다. 이후 라면업체들은 서로 가격인상 정보를 제공하고 자사의 가격인상안에 반영하면서 2001년 5월부터 7월까지 순차적으로 가격인상을 실행하였다. 라면업계는 이러한 과정을 통해 2001년 5월~7월 순차적

79) 라면담합 사건에 대한 대법원 판결과 관련해서는 학계에서 여러 비판이 있어왔다. 대표적인 것으로는 조성국, 「4개 라면 제조·판매 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건」 판례 평석, 경쟁법연구 제33권 ; 이황, 경쟁사업자간 정보교환에서 ‘합의’의 의미와 입증 수준 ; 대법원의 라면담합 판결에 대한 코멘트, 경쟁저널 2016.3월 등 참조

으로 가격을 인상한 이래, 2010년 2월 가격을 인하할 때까지 가격인상 정보를 교환하면서 총 6차례 순차적인 가격인상을 실행하였다. 라면제품의 출고가격 인상폭이 유사하였고, 특히 주력품목(농심 신라면, 삼양 삼양라면, 오뚜기 진라면, 야쿠르트 왕라면)의 출고가격을 동일한 금액으로 결정하였다.

(고법판결)⁸⁰⁾ 2001년 5월~7월 기간 중 가격 인상에 대해서는 삼양 측의 진술 및 원단위까지 일치한 출고가, 가격인상 전후 사업자들간 정보교환을 토대로 명시적 합의를 인정하고, 이후 2010년 2월까지의 다섯 차례 가격인상에 대해서는 원단위까지 일치한 출고가, 가격인상 전후 사업자들 간 정보교환을 토대로 묵시적 합의를 인정하였다.

(대법판결)⁸¹⁾ 2001년 5월~7월 기간 중 가격 인상에 대해 삼양 측 진술 중 대표자회의와 관련된 진술은 전문진술(hearsay)로서 내용이 정확하지 않아 라면 가격인상에 대한 공감 정도는 몰라도 구체적인 합의내용을 특정하기 어렵고, 라면 협의회와 관련된 진술은 진술자가 직접 경험한 것이 아닐 가능성이 있어 신빙성을 전적으로 부여하기 어렵다.

이후 2010년 2월까지의 다섯 차례 가격인상에 대해서는 대법원은 각 의사연결의 상호성⁸²⁾이 증명되어야 합의 성립이 인정되는데, 단순한 정보교환만으로는 묵시적 합의가 성립될 수 없다. 아울러, 각 업체별 평균인상율의 다소간 차이 및 개별 상품가격 인상폭의 상이 등 합의와 양립하기 어려운 사업자의 행동들이 나타나는 등 외형상 일치가 인정될 수 없어 가격인상에 대한 상호 의사연결을 추단하기에 부족하다. 또한 2001년 이전부터 선두업체가 가격을 올리면 경쟁사업자들이 이를 추종하여 가격을 인상하는 오랜 관행이 있어 왔고, 2001년에 일단 가격인상이 이루어진 이상 그 이후에는 종래의 관행대로 원고가 선도해서 가격을 올리면 다른 사업자들은 이를 참고하여 각자 가격을 인상하면 족하므로 가격인상에 관하여 별도의 합의를 할 유인이 있었다고 보기 어렵다고 판단하였다.

80) 고등법원, 2013.11.11., 2012누24223 판결.

81) 대법원 2015.12.24. 선고 2013두25924 판결.

82) '의사연결'은 추차적으로만 보면 영어의 'communication' 정도로 이해된다. '상호성'은 문리적으로만 본다면 일방적인 의사전달이어서는 안되고 의사를 주고받아 어느 정도 공감대를 형성하여야 한다는 의미로 보이지만 판결문만으로는 의미가 분명하지 않다--(중략) 문장의 구조로 본다면, 의사연결의 상호성은 정보교환과 합의의 성립에 이르는 과정의 중간단계에 위치해 있다--- 그래서, 정보교환이 합의로 인정되는 과정은 「정보교환 → 의사연결의 상호성(즉 의견의 일치) → (실행하기로 하는) 합의」의 순으로 파악해 볼 수 있을 것이다. 조성국, 앞의 논문 p.209

(3) 화물상용차 제조판매업사업자 담합 건(2016)⁸³⁾

(사실관계) 다임러코리아 등 7개사는 2002.12경부터 2011.4월경까지 대면적·비대면적, 연락 등을 통하여 판매가격, 가격인상계획, 손실률, 판매실적, 재고현황 등 다양한 정보를 서로 교환하고 공유하였다. 대면적 정보교환은 원고 등 7개사 소속 영업담당 직원간의 정기모임을 통하여 총 44회 이루어졌으며 판매실적, 판매가격, 재고현황 등의 주요 영업정보를 교환하였다. 비대면적 정보교환은 주로 이메일과 전화연락을 통하여 이루어졌는데, 판매실적·가격에 관한 정보 외에 판매대수, 예상 판매대수, 목표 판매대수, 재고량, 할부금리, 선수금율, 판촉행사계획 등 주요 영업정보를 포괄하여 교환이 이루어졌다.

(서울고법판단) 다음과 같은 이유로 정보교환행위를 통하여 대형 화물상용차의 가격결정에 있어 다른 경쟁사의 가격을 추종하겠다는 의사를 표시하거나, 자신이 가격을 변경하면 특정 경쟁사가 이를 추종할 것이라는 인식을 가짐으로써 묵시적 합의를 하였다거나 그에 기하여 가격을 인상하였다고 보기 어렵다고 보았다.

① (외형상 일치 여부) 합의에 관한 직접 증거가 없는 이상, 그 외형상 불일치의 정도가 현저하고 그 불일치 기간이 상당기간 지속된 경우로서 그에 관한 합리적인 설명이 되지 않는다면 합의의 존재를 인정하는 데에 방해가 되는 유력한 정황이 될 수 있다. 여러 사정 및 제출자료 만으로는 원고 등 7개사가 대형화물상용차의 가격을 결정하는 과정에서 가격의 인상여부, 인상시기 및 인상폭에 관하여 외형상 일치가 있었다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 일부 외형상 일치의 모습이 나타난다 하더라도 이는 합의를 전제하지 않고서도 자연스럽게 설명될 수 있는 정도에 불과하다. 또한, 가격인상의 정당성과 합리적인 폭 등을 개별적 구체적으로 따져보지 않은 채 3개월 이내의 가격인상과 약 3% 이하의 가격인상 폭이라는 단순한 자료를 적용하여 외형상 일치가 존재하는 객관적 징표로 삼는 것은 합리적이라고 할 수 없다. 아울러, 3개월 이내에 가격을 인상한 경우에도 인상 폭의 차이는 다양하고, 유사한 시기에 유사한 폭의 가격인상이 있었다고 볼 수 없는 사례들이 다수 존재한다.

83) 대법원 2016. 12. 29. 선고 2016두31098 판결

② (정보교환의 주체) 정기모임은 영업담당 직원들의 모임으로서 이들 영업담당 직원들은 원고 등 7개사에서 자신들의 대형 화물상용차의 가격을 결정하는 권한을 가지고 있지 않았고, 다만 가격을 결정하는 권한을 가진 임직원들에게 취득한 정보를 전달하였을 뿐이며, 가격결정의 권한을 가진 임직원들이 정보교환 등을 위한 모임을 가진 경우는 없었다.

③ (교환된 정보의 성격과 동기)이메일을 통해 교환된 정보 약 550건 중 가격에 관한 정보는 총 6건에 불과하며, 기타 복합적 내용을 담고 있는 정보를 고려하더라도 교환된 정보의 대부분은 판매실적에 관한 정보이다. 따라서 이러한 상황만으로는 정보교환 목적이 가격담합에 있었다고 단정하기 어렵다. 또한 판매가격 인상시기, 평균인상률, 손실률 등을 알아낼 수 있는 다양한 방법이 존재하고, 가격인상이 시차를 두고 발생하였으며, 가격정보는 영업단계에서 공개될 수밖에 없으므로 사후에 취합도 가능한 만큼 대외적 영업비밀로서의 가치가 매우 크다고 볼 수 없다.

④ (정보교환이 시장에 미치는 영향) 시장점유율의 변화가 반드시 가격요인에 의하여만 발생하는 것은 아니지만, 시장점유율의 변동 중에서도 시장점유율이 하락하는 사업자(타다대우상용차 27%→8.4%, 스카니아코리아 20.4%→12.2% 등)가 대형 화물상용차의 가격을 인하하거나 동결시킬 여지가 충분한데도 위반 시 제재수단도 불투명한 경쟁사업자와의 묵시적 담합 때문에 가격을 인하하거나 동결하는 대신 오히려 인상함으로써 시장점유율이 계속 하락하여 총매출액이 감소하거나 시장에서 퇴출되는 결과를 감수한 것을 쉽게 납득하기 어렵다.

제5절. 정보교환 관련 판결의 시사점

이상의 국내법원 판결례에서 나타난 주된 시사점을 정리해보면, 첫째, 묵시적 합의 입증으로 가기 위한 첫 단계는 참여자간 행위의 외형상 일치 여부에 대한 판단이 중요하다는 것이다. 담합성립에 반드시 완전한 외형상 일치가 필요한 것은 아님을 인정하면서도 공동행위가 존재한다고 보는 기간 중에 외형상 일치와 배치되는 현상이 상당부분 존재하면 이는 행위의 외형상 일치를 부정하는 유력한 증거로 보고 있고, 최소한 외형상 일치가 없다면 묵시적 합의요건인 정보교환행위를

통한 의사연결의 상호성을 부정하는 결과를 낳는 것으로 보인다. 외형상 일치가 있다면 그것이 상호의존적 행위의 결과이거나 우연의 일치가 아닌 정보교환 등을 통한 묵시적 합의 또는 의사연락의 결과임을 증명하면 된다는 것이다.

둘째, 법원도 일관되게 정보교환행위가 담합인정을 위한 유력한 정황증거의 하나로 인정하고 있음을 알 수 있다. 다만, 단순히 정보교환행위가 존재한다는 것만으로는 합의가 있다고 단정할 수 없고, 그러한 과정을 통해 최소한 의사연결의 상호성이 입증되어야 한다고 요구하고 있다. 따라서, 정보교환 행위가 있다고 해서 그것에만 의존하여 바로 묵시적 합의를 추정할 것이 아니라, 정보교환을 통해 교환주체들 간 의사연결 및 조정이 이루어졌는지를 입증하는 데 중점을 둘 필요가 있다. 다시 말해, 한 사업자의 가격결정이 교환된 정보에 의해 영향을 받았는지, 정보교환 전후의 의사결정의 결과가 얼마나 달라졌는지, 정보가 주어지지 않았을 경우와 비교하여 교환에 참여한 타 사업자의 결정을 변경하는데 어느 정도 영향을 끼쳤는지 등에 대한 보다 면밀한 분석이 요구된다.

셋째, 생명보험사 이율담합에 대한 고법판결에서 보듯이, 법원은 EU법상의 동조적 행위개념을 원용하는 듯한 태도를 보이면서도 정보교환과 같은 동조적 행위만으로 합의가 존재한다고 볼 수 없다는 엄격한 입장을 취하고 있다. 따라서, 경쟁을 저해하는 사업자간 협조 혹은 동조적 행위가 있다하더라도 합의를 추인할 정도의 의사연결의 상호성이 존재하지 않는다면 합의의 존재를 인정할 수 없다는 태도이다. 따라서, 시장선도기업의 일방적 정보제공과 타 업체들의 추종행위 사례 같은 경우에는, EU와는 달리 합의의 존재를 인정할 여지가 더 좁아지는 측면이 있다. EU 법제 하에서는 합의와 동조적 행위가 대등한 지위에 있지만, 우리 법제 하에서는 동조적 행위는 합의에 종속된 개념으로 보인다.

즉, EU법상 동조적 행위는 명시적 합의에 대한 직접적인 증거는 없지만 합의가 증명될 수 없는 경쟁제한적 병행행위가 있고, 그 병행행위가 정보교환 등 협조적 행위에 의한 것일 경우 그 협조적 행위를 동조적 행위로 제재가 가능하다. 미국의 경우, 의식적 병행행위가 있는 경우 추가적 정황증거(plus factor)를 따져 묵시적 합의(tacit agreement)를 인정한다. 이에 비해, 우리의 경우 정보교환행위

(또는 정보교환 합의) 만으로는 부당한 공동행위의 합의가 있다고 볼 수 없고, 범상 금지유형에도 규정되어 있지 않기 때문에 정보교환행위를 통해 의사연결의 상호성(즉, 묵시적이긴 하나 합의에 준하는 수준)을 입증하지 못하는 한, 규제하기 어려운 측면이 있는 것으로 보인다.

넷째, 정보교환행위에 기초하여 합의가 인정된 사례의 경우, 다음과 같은 공통점을 찾을 수 있다. 시장의 구조 및 성격 측면에서 과점화 내지 집중화된 시장이라는 점, 정보대상이 기업의 비밀에 속하고 경쟁의 핵심적 요소인 구체적인 제품가격과 가격인상 계획인 점, 정보내용이 각 제품의 품목, 가격인상률(폭) 등 구체적이고 세분화되어 있는 개별기업 정보인 점, 정보교환시점이 시장에 정보가 공개되기 이전이고, 방법상 지속적이고 반복적으로 이루어진 점, 정보교환주체가 영업활동에 종사하는 지점의 직원간에 이루어지는 것이 아니라 본사의 가격결정 업무에 영향을 미칠 수 있는 임직원간 교환이라는 점 등이다. 이러한 점은 미국·EU 등 외국사례에서 문제되는 정보교환행위의 특성과 큰 차이는 없는 것으로 보인다.

다섯째, 최근 합의가 부인된 라면사건에서처럼 대법원의 정보교환카르텔에 대한 엄격한 합의입증태도가 지속된다면 미국·EU 등에서라면 부당한 공동행위로 충분히 인정되었을 행위에 대해 국내에서는 규제하기 어려워진다. 이렇게 되면 이미 글로벌 시장에 진출한 우리나라 기업들이 이번 대법원 판결을 계기로 장래의 가격정보 교환 행위를 계속할 가능성이 크고, 이로 인해 미국·EU 등에서 카르텔로 처벌 받게 될 우려도 제기된다. 따라서, 국내 실정법제나 판결 경향을 글로벌 기준에 보다 부합되도록 제도개선을 검토할 필요가 있다.⁸⁴⁾

제5절. 향후 제도개선 방향

첫째, 종래 대법원이 사업자간 정보교환을 통한 부당한 공동행위 인정에 소극적인 태도를 보여 왔다는 점과, 최근 대부분의 담합의 형태가 명시적 합의증거를 남기지 않고 빈번한 정보교환을 통한 조정과 행위의 일치 혹은 근사치에 도달

84) 조성국, 담합혐의 벗은 정보교환 해외서도 통할까, 세계일보 기고, 2016.2.4.

하는 방식으로 이루어지고 있음을 고려한다면 정보교환카르텔에 대한 현행 공동 행위금지 법제에 대한 개편의 필요성은 시급히 이루어질 필요가 있다고 판단된다.

둘째, 정보교환에 대한 명문규정의 도입은 정당한 사업전략 등에 관한 특정한 정보를 단순히 교환하는 행위도 경우에 따라서는 담합으로 평가될 수 있고, 그로 인해 사업자간의 자유로운 의사소통을 제한하는 부작용을 낳을 우려도 무시하기 어렵다. 이와 관련하여 대한상공회의소는 절충안을 제시하기도 하였는데, 가격 정보·비공개정보 교환은 규제하고, 공급원가 등 비용정보 및 공개정보 교환은 허용하자는 것과 같은 것이다. 정보의 종류나 공개여부 등을 기준으로 일의적으로 정보교환의 위법성 기준을 법정화 하는 것은 또 다른 문제를 초래할 소지가 없지 않은 만큼 이를 수용하기는 어렵다고 보이나, 현재의 카르텔 규제범위가 지나치게 확대되지 않도록 하위규정안 마련 등을 통해 규제범위에 대한 예측 가능성을 입법과정에서 제시할 필요는 있다.

셋째, 현행 정부안에는 없지만 경쟁제한적 정보교환행위의 구체적인 내용, 예를 들어, 미래가격·향후 생산계획·비공개 정보 등과 같은 문제되는 정보의 성격이나 기준을 법률에 도입하는 방안은 바람직하지 않다고 생각된다. 정보의 성격이나 내용, 교환방식 등을 법률에 일의적으로 규정하는 것은 정보교환 행위의 다양성, 악용가능성 등을 고려할 때 부작용 가능성이 크다. EU, 미국 등의 사례에서도 나타나듯이 공개정보라고 하여 담합 가능성이 무조건 면제받는 것은 아니다. 지난해 철근담합 사건에서도 피심인들은 기준가격이 언론에 공개되어 누구나 접근할 수 있는 점, 유통업체들을 통해 수집이 가능한 점 등을 들어 합의를 추론할 만한 정황증거가 될 수 없다고 주장한 사례에서 보듯이 교환된 정보의 내용이나 방식 등을 규제하는 것은 규제 면탈의 빌미를 제공할 소지가 더 크다.

넷째, 국회 전문위원 검토보고서에서도 지적하고 있듯이 현행 합의입증을 요구하는 법률체계와의 정합성 문제를 극복할 필요가 있다. 이를 위해서 미국이나 EU 처럼 현행법에 합의와 대등한 지위로서의 공모(conspiracy) 또는 동조적 행위(concerted practices)개념을 도입하는 것이 정합성 문제 제기 소지를 완화시키면서 합의중심의 법해석에 변화를 줄 수 있는 방안이라 생각된다.

대법원은 암묵적이라 하더라도 합의 또는 합의에 준하는 의사연결의 상호성을 요구하고 있는데, 민감한 미래가격에 대한 정보교환이 있고 경쟁제한적 효과가 발생한다 하더라도 그것만으로 바로 묵시적 합의를 추론할 경우 법원에서 수용되지 않을 가능성이 있다. 미국은 서면협상 agreements나 decisions 외에 conspiracy를 포함하고 있고, EU 경쟁법도 동조적 행위(concerted practices)를 규정하여 공동행위의 범위가 합의 이외의 것으로 확장되어 있다. 실제 법집행에서 미국은 합의를 기본적으로 요구하면서도 합의가 없는 경우에라도 정황증거(plus factor)를 통해 합의를 추론할 수 있도록 완화함으로써 공동행위 범위를 확장한다. 명문규정을 둔 EU는 동조적 행위의 범위가 지나치게 확장될 수 있는 우려가 있는 만큼, 외형적 일치만으로 동조적 행위로 판단하지는 않고 시장구조나 일정한 추가적 정황에 대한 엄격한 증명을 요구하는 방식으로 외연의 지나친 확대를 차단시키고 있다.

이에 비해, 현행 우리나라의 공정거래법상 카르텔 규제는 기본적으로 합의입증 위주의 법률체계를 가지고 있다. 그 결과 법논리적인 측면에서든, 현실의 법집행 관행과 법원의 판결 간에 불일치하는 현상이 빈번히 나타나는 이유이다. 법원도 정보교환행위를 유력한 정황증거의 하나로 인정하는 것은 분명하고 다른 정황증거들과 함께 합의를 추론할 수 있다는 것인 만큼 이러한 취지가 보다 명백히 포함될 수 있도록 실정법 체계를 변경하는 것이다. 따라서, 종전 묵시적 합의 개념에서 탈피하여 설혹 합의에는 이르지 않더라도 외형상 일치가 있고 동조적 행위가 개입된 행위에 대한 직접적으로 규율하는 방안이 더 효과적이라고 판단된다.

개편안 마련과정에서도 그러한 방안이 제시된 바 있지만 채택되지 않은 것은 지나치게 카르텔의 범위를 확장할 우려로 인해 입법이 용이하지 않을 것이라는 정책적 판단이 깔려있다. 하지만 미국·EU법원의 판례에 의하여 카르텔 범위의 지나친 확장이 통제되고 있듯이 우리의 경우에도 하위 집행규범으로 과잉집행의 가능성을 차단할 수 있고, 더욱이 법원의 최종판단이 남아 있기 때문에 크게 우려할 사항은 아니라고 본다. 더구나, 경쟁법규가 국제적으로 수렴되고 있는 상황에서 이미 선진법제에서 상당부분 집행노하우가 축적된 제도를 도입하는 것이 오히려 법해석상의 혼란이나 오류를 방지할 수 있는 길이라고 생각된다.

다섯째, 이번 전면 개편안은 제19조 제1항 본문의 ‘다음 각호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의(이하 “부당한 공동행위”라 한다)하거나’라는 기본 체계를 그대로 두고, 제9호만을 개정하여 ‘그 밖에 대통령령으로 정하는 정보를 주고 받음으로써 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위’를 추가하는 내용이다. 이는 법해석 상 정황증거의 유력한 증거로 정보교환행위를 인정하면서도 그것만으로 합의의 성립을 단정하기는 어렵다는 대법원의 현재 입장을 바꾸는 데는 그리 효과적이지 않다고 생각된다. 라면 판결 등에서 나타난 대법원의 판결 취지도 정보교환행위가 정황증거로서의 가치를 경시하는 것이라기 보다는 명시적 합의증거가 없는 상황이라면 정보교환행위와 같은 정황증거 등을 통해 상호간 의사연결의 입증수준을 크게 높이라는 의도라고 생각된다.

또한, 정보교환 행위가 경쟁을 실질적으로 제한하는 경우라면, 결국 정보의 내용이 가격이나 생산량과 관련되는 것일 수 밖에 없는 만큼, 입법이 되더라도 현행 규정과 실질적인 내용에서 큰 차이가 없게 되는 문제가 있다. 그렇다면 현행 입법안은 정보교환 행위를 위법요소로 고려한다는 점을 법문 상 명시화하는 효과 외에 실질적인 법집행에서는 현재와 별반 다를 바가 없는 것으로 평가될 가능성이 있기 때문이다.

끝으로, 현재도 정보교환행위 그 자체로 합의를 인정할 수는 없고 여러 정황증거를 종합하여 그로부터 묵시적 합의를 사실상 추정하고 있는 만큼, 제9호를 개정한다고 해서 그러한 해석론이 달라질 것으로 보이지 않는다. 또한, 제5항의 법률상 추정의 경우에도 실무관행상으로는 정황증거를 필요로 한다고 보고 있으므로 개정안과 같이 합의의 내용을 열거한 각호에 정보교환합의 유형을 신설하는 방안과 함께 제5항의 합의추정 조항으로 일원화하는 방안도 검토할 필요가 있다. 정보교환의 경우에도 묵시적 합의에 이를 정도의 의사연결의 상호성의 증명을 요구하는 대법원의 태도에 비추어 교환된 정보내용이 결국 1호(가격제한)~8호(입찰담합)까지의 내용과 겹칠 것이므로 개정안 9호만을 적용할 수 있는 경우가 발생할 수 있을지도 의문이고, 그렇다면 제5항 위주로 일원화된 법률체계를 만드는 것이 더 바람직한 측면이 있다고 생각된다.

제6장. 결 론

지금까지 시장경쟁을 제한할 수 있는 사업자간 정보교환행위에 대한 공정거래법상 규율 필요성과 방법론, 정보교환행위의 유형, 외국사례 및 제도 개선방향 등에 대해 차례로 살펴보았다. 이상에서 검토한 정보교환행위에 대한 쟁점들을 다시금 정리해보면 다음과 같다.

먼저, 사업자간 정보교환행위가 왜 경쟁법적 문제를 초래하며, 경쟁법적으로 규율될 필요성은 무엇인가이다. 경쟁 사업자들은 경쟁도 하지만 경쟁을 피하기 위하여 다양한 형태로 협력·조정행위를 하는데 이 때 주요한 수단이 가격, 생산량, 거래조건 등에 대한 정보를 교환하는 것이다. 경쟁의 요소들에 대한 정보의 교환은 정보비대칭을 완화하여 효율성을 증진시키는 효과도 있지만, 경쟁자간 의사결정의 조정을 가능하게 하여 경쟁제한효과도 낳는다. 최근의 담합양태가 직접적이고 명시적인 계약이나 합의의 형태가 아니라 주로 정보교환을 통한 묵시적 담합 형태로 이루어짐을 고려할 때, 사업자들간의 경쟁에 민감한 정보교환은 경쟁법적으로 규율될 필요가 있다.

그렇다면 경쟁제한 효과를 수반하는 정보교환행위는 어떠한 것이고 이를 구별할 수 있는 징표는 무엇인가이다. 이에 대해서는 미국이나 EU의 협력행위 관련 가이드라인을 참고할 수 있고, 음료담합 건 등 국내 판결에서도 다양하게 제시되고 있다. 그 기준이나 징표는 일의적일 수는 없고, 시장의 구조·성격, 정보의 대상과 내용, 정보교환의 시기·방법·빈도, 정보교환의 주체, 정보의 개별성과 집합성(통계정보), 정보교환 방식·내용의 공개여부 등을 종합적으로 고려하여야 한다. 이를 고려하면 경쟁을 제한할 소지가 큰 정보교환은 과점화된 시장에서 소수의 사업자들 내부적으로만 비공개적으로 미래 의사결정에 필요한 개별화된 정보를 빈번하게 교환하는 경우라고 할 수 있다.

다음은 경쟁법적으로 어떻게 규율하고, 실제 규율사례가 있는가이다. EU는 합의 외에 합의에 이르지 않았지만 사업자들간 조정·협조적 행위를 동조적 행위로 의율하고 있고, 미국도 서면법상 합의나 결정 외에 conspiracy를 포함하여 공

동행위의 범위를 합의 이외 것까지 확장하고 있다. 미국·EU 모두 정보교환행위를 공모나 동조적 행위를 입증하는데 유력한 정황증거로 활용하며, 경쟁제한효과가 발생하는 정보교환행위에 대해 여러 상황을 고려하여 묵시적 담합으로 인정하는 점은 유사하다. 다만, 정보교환행위가 있다고 해서 바로 위법으로 보는 것이 아니라 미국의 경우는 합리원칙(rule of reason)에 따라 효율증진효과와 비교형량하여 위법성을 판단하고 있고, EU의 경우도 정보교환행위를 통해 명백한 의사의 합치까지는 아니라 하더라도 시장구조나 일정한 추가적 정황에 대한 엄격한 증명을 통해 동조성을 입증하도록 요구하고 있는 점은 유사하다.

미국·EU 모두 정보교환행위에 대해 공동행위를 인정한 다양한 사례가 존재한다. 따라서, 앞서서도 언급했듯이 국내 법원이 설혹 위법성을 인정하지 않더라도 해외에서 제품을 판매하고 있는 수출기업들의 경우에는 국내에서의 정보교환행위가 외국현지법에 의해 규율될 위험이 상존한다. 미국은 이미 1920년대 American Column & Lumber 사건(1921년)을 통해 경쟁자들간의 정보교환의 위법성을 인정한 이래 최근의 Sinclair Broadcast(2019년)사건에 이르기까지 정황증거(plus factor)를 통해 합의를 추론해왔다. EU는 기능조약(TFEU) 101조의 동조적 행위에 근거하여 정보교환행위를 규율하여 왔으며, 2011년 수평적 공동행위 가이드라인을 제정하여 비교적 엄격하게 규율하고 있다.

또한, 현재 추진중인 공정거래법 개정안에 대한 입법 심사과정에서 현재의 정부안[정보교환합의를 공동행위 유형으로 추가(제19조 제1항 제9호)하고, 정보교환행위 관련 법률상 추정조항(제19조제5항)을 정비하는 내용]이 최선의 방안인지 고민할 필요가 있다. EU와 같은 ‘동조적 행위’ 신설시 공동행위의 범위가 크게 확대된다는 지적이 있긴 하지만, EU도 공동행위 범위가 크게 확대되지 않도록 법원이 엄격히 사법적 통제를 기하고 있고 이는 우리법원도 마찬가지다. 현행 정부안은 정보교환 유형이 결국은 가격이나 생산량 결정 등 제1항 각호의 행위에 필요한 정보의 교환이므로 중복되는 측면이 없지 않고, 경쟁에 민감한 정보의 교환이 아니라면 합리원칙에 비추어 경쟁제한성이 문제되지 않을 것이다. 또한 대법원의 라면판결 취지(의사연결의 상호성 입증)를 고려하면 입법효과가 그리 크지 않을 가능성도 배제하기 어렵기 때문이다.

끝으로, 사업자들이 어떤 정보교환은 합법이고 어떤 정보교환은 위법인지 사전에 알 수 있도록 수범자의 예측가능성을 어떻게 제고할 것인지의 문제도 중요하다. 경쟁을 제한하는 카르텔 방지를 위한 규제강화가 정상적인 기업활동이나 기업간 협력을 위축시키는 부작용을 낳아서는 안 될 것이다. 따라서, 법률에서는 부당한 공동행위의 범위를 합의하는 것 이외의 것으로까지 확대하되, 미국이나 EU의 가이드라인처럼 정보교환행위에 대한 상세한 가이드라인을 제정할 필요가 있다. 가이드라인에는 정보교환행위를 규제하는 목적과 필요성, 문제되는 정보교환의 내용과 유형, 실제사례와 가상사례 제시, 경쟁제한효과와 효율성 효과와의 정밀한 비교 형량 방법과 절차 등이 포함되어야 할 것이다.

[참고문헌]

- 원용수, 공정거래법상 부당한 공동행위의 제한에 관한 해석론적 고찰, 저스티스, 176-188, 2004.
- 유해용, 부당공동행위 추정과 관련된 판례 연구, 저스티스, 2005.
- 조성국, 미국 카르텔 규제법리의 발전과 우리나라에 주는 시사점, 중앙법학 2007.
- 홍대식, 공정거래법상 카르텔 규제의 쟁점, 규제연구 19(2), 2010.
- 이효석, 공동의 시장지배와 과점규제, 법학연구, 52(1), 2011.
- 이상규, 사업자간 정보교환행위의 경제적 효과 및 규제기준 연구, 중앙대학교, 2013.
- 정세훈·한득희, 일방적 정보제공행위의 위법성 : 공모의 권유를 중심으로, 경쟁저널, 2014.
- 이황, 경쟁사업자간 정보교환에서의 ‘합의’의 의미와 입증 수준, 경쟁저널, 2016.
- 신동권, 「독점규제법」 박영사, 2016.
- 이상규, 정보교환의 경제적 효과 및 규제기준, 사회과학연구, 23(3), 2016.
- 강혜림, 정보교환과 묵시적 합의, 민사법 이론과 실무 제19권 제11호
- 서정채 외, 경쟁제한적 정보교환행위의 공정거래법상 합의 입증 방안 연구, 연세대학교 산학협력단, 2016.
- 안병훈, 정보교환행위와 합의의 추정: 생명보험사 예정이율 등 담합 사건, 경쟁저널, 제178호, 2015.
- 이병건, 정보교환 행위에 대한 경쟁법 집행동향 및 시사점 - EU, 미국 사례를 중심으로 -, 삼성경제연구소, 2016.
- Yo Sop Choi, The Issue of Information Exchanges Regarding Price under Competition Law, 법학논총 36, 2016.
- 홍명수, EU경쟁법상 공동행위 관련 정보교환에 관한 고찰, 홍익법학, 제18권 제1호, 2017.

- Dennis A. Yao, Anticompetitive Concerns Relating to Information Sharing in Health Care Markets, Federal Trade Commission, 1994.
- OECD, Best Practices for Formal Information Exchange in Hard Core Cartel Investigation, 2005.
- OECD, Information Exchanges Between Competitors under Competition Law, 2010.

[참고판례]

- 7개 시판용 베어링 제조, 판매사업자의 부당한 공동행위 건(대법원 2009.3.14. 선고2016두 46113판결)
- 13개 유제품사업자의 시유 및 발효유 가격인상 관련 부당한 공동행위 건(서울고법 2012.1.12. 선고 2011누18467, 2012.3.21. 선고2011누18719 판결)
- 5개 치즈 제조판매사업자의 부당한 공동행위 건(대법원 2013.2.15. 선고 2012두 21413 판결)
- 11개 소주 제조판매사업자의 부당한 공동행위 건(대법원 2014.2.13. 선고 2011두 16049 판결)
- 라면 제조판매사업자들의 부당공동행위 건(대법원 2015.12.24. 선고 2013두 25924, 2016.1.14. 선고2014두939, 2013두26309 판결)
- 동양물산기업 등 5개 농기계 제조판매사업자의 부당공동행위에 대한 건(대법원 2016.8.30. 선고 2015두 51095판결)
- 만트럭버스코리아 등 7개 대형 화물상용차 제조판매업자의 부당한 공동행위에 대한 건,(대법원 2016 .10. 27, 선고 2016두31098 판결)
- 다임러트럭코리아, 볼보그룹코리아, 스카니아코리아, 타타대우상용차 등 7개 대형 화물상용차 제조판매업자의 부당한 공동행위에 대한 건(서울고법 2016.8.17. 선고 2014누7191, 41239, 46951 판결)