

공정거래법상 부당한 공동행위의 추정과 행정지도*

박 중 권

경기대학교 법과대학 교수, 법학박사

< 목 차 >

- I. 서론
- II. 부당공동행위의 추정조항의 해석상 문제점
- III. 행정지도가 개입된 경우 추정의 복별
- IV. 결론

I. 서론

부당한 공동행위는 소비자로 하여금 지나치게 높은 가격을 지불하거나 필요한 상품을 공급받지 못하게 함으로써 커다란 피해를 주기 때문에 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 공정거래법이라 함) 제19조 제1항에서 부당한 공동행위를 금지하고 있다. 부당한 공동행위에 대한 규제는 공정거래법이 제정된 1981년 이후 제재수준의 강화¹⁾와 부당한 공동행위에 대한 적발능력을 제고하기 위한 방향으로 이루어져 왔다. 이러한 부당한 공동행위에 대한 규제의 강화추세

* 심사위원 : 정봉진, 배성호, 심재한

투고일자 : 2009. 8. 4 심사일자 : 2009. 8. 31 게재확정일자 : 2009. 9. 25

1) 1986년 법 개정으로 과징금이 위반기간 매출액의 1%로 상향 조정되었고, 1992년에는 행위가 아닌 합의만 있어도 부당한 공동행위가 성립되도록 하였고, 1994년에는 과징금이 매출액의 5%로, 2004년에는 매출액의 10%로 상향조정되었다.

에 따라 제제건수와 부과된 과징금 규모도 최근 큰 폭의 증가세를 나타내고 있다.²⁾ 그러나 부당한 공동행위에 대한 규제강화에 대해서는 담합행위가 사실상 정부의 행정지도에 의해 이루어진 경우에도 지나치게 가혹한 징벌이 가해진다거나, 시효가 5년인 과징금부과 대상기간을 무리하게 연장하는 경우가 있다는 비판이 가해진다.³⁾ 또한 과징금 부과 액수의 기준에 대한 확실성과 자진신고 감면제도로 인한 형평성의 문제도 제기되고 있다.⁴⁾

그런데 2007년⁵⁾ 8월 개정된 공정거래법에서는 부당공동행위 추정조항인 제19조 제5항을 개정하여, 부당 공동행위를 추정함에 있어 ‘실질적인 경쟁제한성’ 부분은 삭제한 대신 ‘합의가 이루어진 정황사실’ 요건을 추가하였다. 이러한 변화는 정황사실의 제시를 추정요건으로 명확히 함으로써 대법원의 법해석과 공정거래위원회의 법 적용 간의 괴리를 상당히 해소하며, 부당공동행위 추정에 대한 법해석과 법집행 측면에서의 불확실성이 줄어들 것으로 기대된다.⁶⁾

그러나 법률상 추정제도의 개선은 그 법문의 내재적 한계 등의 이유로 당초

- 2) 공정거래위원회가 기업의 부당공동행위에 대해 과징금을 부과한 규모는 2008년의 경우, 43건에 205억여원이고, 1988년부터 2008년까지의 누계는 1조374,577백만원에 이른다(2008년도 통계연보, 공정거래위원회, 2009, 37면).
- 3) 권남훈·유진수, “부당한 공동행위에 대한 규제”, 산업조직연구 제15집 제4호, 2007, 84-85면.
- 4) 산업합리화, 연구·기술개발, 불황극복, 산업구조 조정, 거래조건 합리화, 중소기업 경쟁력 향상의 목적으로 행하여지는 공동행위의 경우, 공정거래위원회의 인가를 거쳐 허용될 수 있고, 공동행위의 위법성 심사는 공동행위의 성격에 따라 달라지는데, 가격산출량의 결정제한이나 시장고객의 할당 등 경쟁제한 효과만 발생시키는 것이 명백한 경우에는 구체적인 시장상황에 대한 심사 없이 부당한 공동행위로 판단하고 있으며, 공동생산, 공동마케팅, 공동연구개발, 공동구매 등 경쟁제한 효과와 효율성 증대 효과를 함께 발생시킬 수 있는 경우에는 경쟁제한성 효과와 효율성 증대효과를 종합적으로 심사함을 원칙으로 하고 있다. 상례는 “공동행위 심사기준(개정 2009.4.9 공정거래위원회 예규 제57호)” 참조.
- 5) 2007년 4월 국회를 통과하여 7월부터 시행된 개정법(법률 제8382호)은 출자총액제한제도의 대폭 완화, 지주회사의 부채비율과 지분율 요건을 완화하는 지주회사제도의 개편, 상호출자제한기업집단의 현황정보를 공개하고 금융거래정보요구권의 시한을 3년간 연장하도록 하는 경제력집중의 억제시책과 관련한 제도의 변화가 있었다. 그리고 7월 국회를 통과하여 11. 4.부터 시행된 개정법(법률 제8631호)은 지주회사의 손자회사에 대한 사업관련성 요건의 폐지, 대규모내부거래에 대한 이사회의결 의무 완화, 시장지배적 지위 남용행위에 대한 법 적용 제외사업자의 기준을 40억원 미만으로 상향조정, 기업결합 신고·심사제도의 간소화, 부당공동행위 금지제도의 개선, 한국공정거래조정원 설치, 무체재산권 행사에 대한 법 적용 제외범위를 ‘정당한’ 권리행사로 명확화한 것 등이다.
- 6) 이인권, “입찰담합의 통계적 추정연구에 대한 고찰”, 한국경제의 분석 제14권 제3호, 2008, 120면.

의 도입취지와는 달리 부당공동행위의 규제에 큰 기여를 하지 못해 왔고 운용상으로도 불합리한 점이 많다는 비판을 의식한 것으로, 규제의 합리성을 추구한다는 측면에서는 긍정적으로 평가할 수 있으나, 다른 측면에서는 부당공동행위에 대한 법률상 추정제도의 독자성을 해친 것이라고 볼 수 있다. 이는 법률상 추정제도를 도입함으로써 공정거래위원회의 입증부담을 경감시켜 부당공동행위를 강력하게 규제하고자 하는 당초의 입법취지가 상실될 우려가 있다. 그리고 부당한 공동행위에 대한 합의에 대하여 행정지도가 개입된 경우, 합의의 추정에 대한 복명이 문제된다. 이하에서는 공정거래법 제19조 제5항에 규정된 부당공동행위의 법률상 추정에 대한 검토와 행정지도가 개입된 부당한 공동행위에 대한 추정의 복명을 중심으로 고찰하고자 한다.

II. 부당공동행위의 추정조항의 해석상 문제점

1. 2007년 개정전의 추정 조항의 해석

우리나라의 학설은 대체로 세계적으로 유례가 없는 합의⁸⁾ 추정 조항이 사업자들에게 초래할 지나치게 가혹한 제재를 완화하기 위한 방편으로서 추정요건으로 추가적 정황요소를 요구하거나 추정의 복명을 비교적 넓게 인정하는 경향이 있다. 부당공동행위의 추정조항에 대한 다양한 해석론의 원인은 우리 법상으로는 단순히 행위가 외형적으로 일치하기만 하면 추정의 요건을 충족시키게 되므로 그 요건을 엄격하게 해석하지 않는다면 추정조항의 적용 대상이 부당하게

7) 이원우, “규제개혁과 규제완화 : 올바른 규제정책을 위한 법정책의 모색”, 저스티스 통권 제106호, 2008, 377-380면은 규제에 대한 법치주의 확립을 위한 일반원칙으로서 ① 법적 안정성의 보장을 위한 예측가능성과 명확성의 원리 ② 법률유보의 원리 ③ 규제에서의 합리성의 보장 ④ 일관성과 통일성 ⑤ 투명성의 원리 ⑥ 자기책임의 원칙 등을 제시하고 있다.

8) 공정거래법에서의 ‘합의’는 계약법보다 느슨한 형태의 ‘의사의 일치’, ‘의사의 연락’, ‘의견 교환과 공감대 형성’, ‘암묵적 양해’만으로 충분하다. 대법원 1999.2.23. 선고, 98두15849 판결도 “어느 한 쪽의 사업자가 당초부터 합의에 따를 의사도 없이 진의 아닌 의사표시에 의하여 합의한 경우라고 하더라도 다른 쪽 사업자는 당해 사업자가 합의에 따를 것으로 신뢰하고 당해사업자는 다른 사업자가 합의를 위와 같이 신뢰하고 행동할 것이라는 점을 이용함으로써 경쟁을 제한하는 행위가 되는 것은 마찬가지이므로 법 19조 1항 소정의 부당한 공동행위의 성립에 방해가 되지 않는다”고 판시하고 있다.

확대되어 공정거래위원회가 합의를 입증하는 노력을 게을리하면서 추정 조항을 남용하게 될 위험이 있고,⁹⁾ '부당한 공동행위를 하고 있는 것으로 추정한다.'라는 표현과 경쟁제한성을 추정의 요건으로 한 법률 규정의 독특함과 법률의 명문 규정에도 불구하고 외국제도¹⁰⁾와 비교하면서 그 해석론을 답습하기 때문이기도 하다.¹¹⁾

1) 추정의 요건과 효과

추정의 요건과 관련하여, 행위의 외형상 일치로부터 바로 합의가 추정되는 것으로 볼 것인지,¹²⁾ 아니면 합의의 추정을 위하여 행위의 외형적 일치 외에 추가적 요소나 정황에 관한 별도의 입증이 필요하다고 볼 것인지,¹³⁾ 그리고 경쟁제한성이 합의 추정의 요건인지, 아니면 부당성(위법성) 인정을 위한 요건인지를 놓고 의견이 대립되었다. 추정요건과 관련한 쟁점은 추정요건에 실질적 경쟁제한성이 포함되는가와 추정규정을 적용하기 위하여 추가적 요소 또는 정황증거의 입증이 필요한가 하는 문제이다.

추정의 대상(효과)과 관련하여서는 사업자들 사이에 일치된 경쟁제한행위로부터 '부당한 공동행위 전체가 추정되는 것인지, 아니면 '공동행위' 또는 '공동행위에 대한 합의'만이 추정되는 것인지 문제가 된다.¹⁴⁾ 통설과 판례에 의하면, 법제19조 제5항에 따라 추정되는 것은 부당한 공동행위의 합의의 존재이지 부당한 공동행위가 아니다.¹⁵⁾ 양자를 구별하는 실익은 추정의 복멸을 위하여 사업자

9) 홍대식, "과점시장에서의 합의의 추정과 그 번복", 경제법판례연구 제1권, 법문사, 2004, 52면.

10) 김상권, "경제정책의 규제규범화와 공정거래법 2", 규제연구 제1권, 1997, 80면은 경쟁을 제한하는 카르텔이 원칙적으로 금지되어 있고, 적용면제되는 카르텔의 유형도 선진국과 유사하므로 카르텔에 관한 국제규범화가 이루어진다 하더라도 우리나라만이 특별히 실체적 규정을 개선하여야 할 부분은 거의 없다고 한다.

11) 유해용, "부당공동행위 추정과 관련된 판례연구(上)", 저스티스 통권 제88호, 2005, 119면.

12) 손수일, "공동행위(카르텔)의 규제와 추정조항의 문제점", 경제법의 제문제, 재판자료 제87집, 2002, 405면.

13) 이남기·이승우, 경제법(제3판), 박영사, 2001, 189면.

14) 홍대식, 앞의 글, 68면.

15) 박해식, "공정거래법위반사건의 행정처분에 대한 최근의 판례동향과 그 시사점", 경쟁저널 제90호, 2003, 7-8면은 '추정된 합의'에 대하여 합의의 추정을 복멸시키는 반증이 없는 한 '부당한 공동행위'가 인정되고, 합의가 추정되기 위해서는 실질적 경쟁제한성을

가 입증할 내용(대상)에 차이가 나기 때문이다.¹⁶⁾

대법원은¹⁷⁾ 합의의 존재만을 추정하고 있으므로 추정요건에 해당하더라도 위법성 심사를 별도로 요한다. 이때의 위법성 심사는 합의의 추정을 전제로 한 부당한 경쟁제한성 심사이므로 추정요건으로서 합의가 없는 상태를 상정한 실질적 경쟁제한성 심사와는 내용을 달리하는 것이다. 따라서 추정되는 합의의 성격이 경쟁제한적 효과를 발생시키는 것이 명백한 이른바 '경성 공동행위'의 경우에는 위법성이 사실상 추정되고, 합의의 성격이 경쟁제한적 효과와 효율성 증대 효과를 함께 발생시킬 수 있는 이른바 '연성 공동행위'에 해당하는 경우에는 각 효과에 대한 경제적 분석과 규범적 비교형량 과정을 거쳐야 할 것이라고 한다.¹⁸⁾

한편, 법 제19조 제5항에 따라 합의가 추정되더라도 법 제66조 제1항의 규정에 따른 형사처벌의 대상이 되는 것은 아니라고 해석하는 것이 타당하고,¹⁹⁾ 대법원도 '중고자동차 할부금융사건'에서²⁰⁾ 이러한 견해를 간접적으로 밝히고 있다.

2) '행위의 외형상 일치'와 '경쟁제한성'의 관계

'행위의 외형상 일치'와 '경쟁제한성'의 관계에서, 두 가지 모두를 합의의 추정요건으로 보는 견해와 행위의 외형상 일치만이 추정 요건이고 경쟁제한성은 그 다음 문제라는 2단계 추정론이 대립하였다. 2단계 추정론은 외형상 일치되는 행

입증하도록 함으로써 추정조항의 적용에 신중을 기하게 하여 추정조항의 남용을 방지할 수 있다는 긍정적 효과도 기대할 수 있다고 평가한다.

16) 유해용, 앞의 글, 127-128면은 법 19조 5항이 적용될 경우 합의의 존재뿐만 아니라 그 '합의가 부당하다(위법하다)'는 법률효과까지 추정된다고 한다.

17) 대법원 2002.5.28. 선고, 200두1386 판결; 대법원 2002.7.12. 선고, 2001두854 판결; 대법원 2003.5.27. 선고, 2002두4648 판결; 대법원 2003.12.12. 선고, 2001두5552 판결; 대법원 2005.1.28. 선고, 2002두12052 판결 등 참조.

18) 홍대식, 앞의 글, 69쪽.

19) 박해식, "부당한 공동행위의 추정과 실질적 경쟁제한의 의미", 경제법판례연구 제1권, 법문사, 2004, 175면은 죄형법정주의 원칙과 법 19조 5항의 규정이 세계에서 유래 없는 특별한 규정인 점 등을 종합하여 보면, 법 19조 5항에 의하여 법 19조 1항의 부당한 공동행위가 인정되는 자에게까지 법 66조 1항에 의하여 형사처벌을 할 수 있다고 보기는 어렵다고 한다.

20) 대법원 2004.10.28. 선고, 2002두7456 판결.

위유형이 존재하면 공동행위의 존재가 추정되고 실질적 경쟁제한성을 입증할 경우 부당성이 추정된다고 하여 추정조항을 2단계의 추정으로 이해한다.²¹⁾ 이때의 '경쟁제한성'은 합의 내지 합의에 따른 행위가 가지는 영향력 또는 효과의 측면이므로 이를 '합의 추정'의 전제요건으로 하는 것이 어색하여 2단계 추정론이 나온 것으로 보는 견해²²⁾가 있다.

그런데 합의추정을 위하여 입증되어야 할 간접사실로써 경쟁제한성을 포함시키는 경우, 경쟁제한성이란 당해 상품의 특성, 소비자의 제품선택기준, 당해 행위가 시장 및 사업자들의 경쟁에 미치는 영향 등 여러 사정을 고려한 결과로서 경쟁정책적 가치판단이 개입될 수밖에 없는 평가개념이라는 점에서 추정의 가부를 결정짓는 객관적 사실로 파악하기 어려울 뿐만 아니라 법 제19조 제1항에서도 명백히 드러나듯이 합의의 존재와 경쟁제한성은 내용적으로 각기 독립적인 부당 공동행위의 성립요건인 것이 분명하고, 실질적 경쟁제한성을 합의의 추정을 위한 전제사실로 보는 한편, 그 의미를 합의가 추정되기 이전의 상태에서의 경쟁제한성을 가리키는 것으로 보는 경우 경쟁제한성은 공동행위의 효과나 영향과 같은 결과에 대한 예측으로 논의되는 것이라는 점에서 경쟁제한성의 입증을 전제로 합의의 존재를 인정하려는 것은 부당 공동행위 규제의 기본구조에 어긋나고 입법취지에도 반하는 것이라 하지 않을 수 없다.²³⁾

3) 추가적 정황요소의 필요성

추가적 정황요소(plus factor)의 필요 여부와 관련하여, 커피 판결²⁴⁾이 나오기

21) 손수일, 앞의 글, 405면.

22) 유해용, 앞의 글, 119-120면.

23) 윤성운, “부당한 공동행위의 추정조항”, 자유경쟁과 공정거래(권오승 편), 법문사, 2002, 240-241면.

24) 커피 판결(대법원 2002.3.15. 선고, 99두6514, 6521 판결)은 추정 조항의 해석 기준을 제시한 첫 번째 대법원 판결로서 주요 골자는 “① 과점시장에서 경쟁상품의 가격이 동일·유사하다는 사실만으로 사업자들의 합의 내지 암묵적인 양해를 추정하기에는 부족하다. ② 한국네슬레의 가격을 그대로 쫓아 가격을 인상하기로 한 원고 동서식품으로서는 인삼품을 정하기 위한 별도의 내부검토 자료나 시장분석 자료 등을 작성할 필요가 없으므로, 원고 동서식품이 그러한 자료 등을 제출하지 못하고 있다는 사실로써 원고들 간의 합의 내지 암묵적인 양해를 추정하기도 어렵다. ③ 원고들의 지점 영업직 직원 사이에서 가격 인상내용 중 일부에 관한 정보가 팩스로 세 차례 정도 오고간 사실은 알 수 있으나, 양사의 영업직원들이 각 지점에 이미 내려와 있던 문건들을 서로 주고받은 것에

전에는 행위의 외형상 일치만으로는 부족하고 정황사실 내지 추가적 요소를 입증하여야 합의의 존재가 추정된다는 견해가 다수를 차지하였다.²⁵⁾ 그러나 법 제19조 제1항 1호 내지 7호의 경우에는 합의의 입증만으로 부당한 공동행위가 인정되는 반면(가격합의 등 경성 카르텔에 대해서는 경쟁의 실질적 제한에 대한 입증을 사실상 면제), 법 제19조 제1항 8호 및 제5항의 경우에는 행위의 외형상 일치만 있으면 합의가 추정되고 여기에 덧붙여 공정거래위원회가 경쟁제한성을 입증하여야²⁶⁾ 부당한 공동행위가 인정되도록 하여 추정 조항의 적용에 신중을 기하도록 하여야 한다.²⁷⁾ 또한 법 제19조 제5항의 추정 조항이 민법상의 추정과 성질이 다른 행정법상의 추정이며, 추정 조항은 형식적인 입증책임의 분배규정이 아니라 그 추정의 전제요건이 충족된 경우에 공정거래위원회가 그에 대한 규제절차에 착수하여야 한다고 하는 이른바 ‘착수요건’으로 해석하여야 하므로, 추정의 요건이 갖추어진 경우에는 입증책임이 전환되는 것이 아니라 공정거래위원회가 여전히 합의의 존재여부를 포괄적으로 조사해야 할 임무를 부담하되, 공정거래위원회가 그 임무를 성실히 수행했음에도 불구하고 아직 불명확한 부분이 남아있을 때에는, 그 추정을 깨뜨리려는 당해 사업자²⁸⁾가 비로소 입증책임

불과하다는 원고들의 경위 설명이 자연스러운 점 등을 종합하면, 지점 영업직 사원 간의 팩스 교신사실을 가지고 원고들 간의 합의 내지 암묵적인 양해를 추정하기도 어렵다”고 판시하였다.

25) 김영호, “독점규제법상 부당공동행위의 성립요건”, 경영법률 제13권 제2호, 2003, 124면에서 정황증거에 의한 추정방법이란 공동행위의 목적사실 즉 협정사항(독점규제법 제19조 제1항에서 열거하고 있는 8가지 유형에 해당하여야 한다)과 관련하여 연락 및 교섭이 있었고 사후에도 행동의 일치가 있는 경우에는 이러한 정황들에 의해 합의에의 인과관계가 합리적으로 추인될 수 있는 정도라면 명시적인 증거를 찾지 못하였다 하더라도 합의가 있었다고 추정하는 입증방법이라고 한다.

26) 이인권, 앞의 글, 155면은 국내의 주요 산업들이 과점상태에 있고, 명시적인 담합의 발견이 어렵다는 점에서 법률상의 추정규정이 과점시장의 암묵적 담합에 대한 법집행을 용이하게 한다는 측면은 인정되지만, 부당공동행위의 합의에 대한 기계적인 법률상 추정은 본 규정의 오용으로 이어질 소지가 있었기 때문에 법원의 해석과는 달리 법집행기관인 공정위가 그동안 합의 추정을 위해서는 행위의 외형상의 일치와 경쟁제한성의 입증 이외에, 합의를 추정케 할 정황사실이 필요하다는 입장에서 법집행을 해오고 있는 것은 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위와 합의추정을 뒷받침하는 정황증거를 현실적으로 분리하기 어렵다는 것을 인식하고 있기 때문이라고 한다.

27) 이남기·이승우, 앞의 책, 192-193면은 명시적인 합의의 근거가 있는 경우와 합의를 추정하는 경우를 구분하여, 전자는 위법성 요건을 완화하여 당연위법의 원칙을 적용함으로써 경쟁제한성의 판단이 용이하도록 하고, 후자는 공정거래위원회와 사업자들 사이에 법적 형평성을 도모하고 과잉규제의 우려를 해소하기 위해서 경쟁제한성을 매우 엄밀하게 판단하도록 한 것이라고 해석한다.

을 부담하는 것으로 해석하여야 한다.²⁹⁾

그리고 추정의 효과와 관련하여 법 제19조 제1항의 부당공동행위의 성립요건은 '열거된 거래제한행위에 대한 합의와 경쟁제한성 그리고 부당성(위법성)'이다. 그런데 법문에서 말하는 '...부당하게...'라는 부분의 의미와 역할이 무엇인지에 대해서는 별로 논의가 되고 있지 않지만, 우리 입법자의 의도는 모든 공동행위³⁰⁾를 제한하는 것이 아니라 '부당한(illegal or unreasonable)' 거래제한행위를 규제하려는 것으로 이해된다. 법 제19조 제1항 각호의 행위는 그 반경쟁적 효과가 두드러진 것이기 때문에 행위의 외형상 일치와 실질적 경쟁제한성이라는 두 가지 요건이 충족되면 경쟁자 간에 합의가 있었다는 점뿐만 아니라 그 합의가 위법한(부당한) 것이라는 점까지도 추정되는 것으로 하려는 것이 우리 법의 체계이고, 법 제19조 제5항은 합의의 존재에 대한 입증책임을 완화하되, 대신 실질적 경쟁제한성에 대한 증명을 요구함으로써 균형을 도모하고 있는 것인데, 경쟁제한성이 증명된 이상 특별한 사정이 없는 한 위법성 요건도 이미 충족된 것이므로, 부당한 공동행위를 추정하여도 크게 불합리하지 않다³¹⁾고 한다.

2. 판례의 추정 조항에 대한 해석

1) 추정의 요건

추정 조항의 적용 요건과 관련하여 대법원의 확고한 입장은, 행위의 외형상

- 28) 이기중, “사업자단체의 부당공동행위”, 비교사법 제13권 제4호, 2006, 676면은 부당공동행위의 일반적 성립요건은 “부당하게 경쟁을 제한”하는 것이나, 사업자간의 합의의 추정을 위해서는 “경쟁을 실질적으로 제한”하고 있음이 입증되어야 하므로 추정규정을 적용할 경우 합의의 존재에 대한 입증부담은 사업자측으로 전가된다고 하더라도 실질적 경쟁제한의 입증이라는 결코 쉽지 않은 과제가 여전히 법집행기관에게 남게 된다고 한다.
- 29) 권오승, 경제법(제5판), 법문사, 2005, 302면은 독일 경쟁제한법 22조에 관한 독일 연방의 회 경제위원회의 보고서를 참조한 해석론이라고 한다.
- 30) 한광석, “공정거래위원회 규제개혁 평가”, 규제연구 제2호, 1999, 38면은 공동행위는 경제적 효율성을 저해하지만, 시장에 불확실성이 많은 경우에는 경쟁기업의 행위를 관측하기 어렵기 때문에 공동행위를 하기가 쉽지 않고 또한 진입장벽이 없는 경우에는 새로운 기업의 진입이 가능하기 때문에 공동행위를 유지하는 것은 더 쉽지 않으므로 시장이 경합적일 경우에는 공동행위를 금지할 필요는 없고 시장에 진입장벽이 유의수준 이상으로 존재하거나 진입규제가 반드시 필요한 경우에만 공동행위가 금지되어야 할 것이라고 한다.

31) 유해용, 앞의 글, 121-122면.

일치³²⁾와 실질적 경쟁제한성이 있으면 법률상 추정이 되고, '합의'의 존재를 인정하므로 추가적 정황요소(plus factor)는 필요하지 않다고 한다.³³⁾ 그러나 법률적 추정 조항이 있다고 해서 공정거래위원회가 '합의' 내지 '공모'를 추론할 만한 정황사실에 대한 아무런 주장·입증을 하지 않는 사건은 찾아보기 어렵다. 따라서 제출된 증거에 의하여 '합의의 존재 또는 부존재를 추론해 낼 수 있는 정황사실을 정확히 확정하기 곤란하거나 인정된 정황사실만으로 공모적 병행행위인지 여부의 판단이 애매할 때에는 입증부족으로 인한 불이익을 사업자 측에서 감수하여야 할 것이다.³⁴⁾

(1) 행위의 외형상 일치

① 가격을 결정·유지·변경하는 행위

법 제19조 제1항 제1호의 '가격'은 사업자가 제공하는 상품 또는 용역의 대가, 당해상품의 특성, 거래내용 및 방식 등에 비추어 거래의 상대방이 상품 또는 용

32) '행위의 외형상 일치'라는 표현은 커피 사건의 대법원 판결에서 처음 사용된 이래 판례로 굳어졌는데, 미국의 병행행위(parallelism)에 대한 일본 학자들의 표현(行爲の外形的一致)에서 영향을 받은 것으로 보인다. 예컨대, 金井貴嗣・川濱昇・泉水文雄, 獨占禁止法, 弘文堂, 2004, 49頁 참조.

33) 대법원 2002.3.14. 선고, 99두6514·6521 판결은 추정의 요건에는 행위의 외형상 일치뿐만 아니라 실질적 경쟁제한성이 입증되어야 하며, 단순히 시장지배력이 높다는 이유만으로 실질적 경쟁제한성을 인정할 수 없고 보다 엄격한 기준에 의해서 실질적 경쟁제한성이 인정되어야만 합의의 존재가 추정되고, 합의의 존재를 추정함에 있어 행위의 외형상 일치와 실질적 경쟁제한성만 입증되면 되고, 추가적인 요인이나 정황증거를 입증할 필요가 없다고 한다.

34) 대법원 2008.9.25. 자, 2006아35 결정은 사업자들에게 부당한 공동행위에 관한 합의를 추정하도록 규정하고 있는 법 제19조 제5항이 헌법상 과잉금지의 원칙에 위배되는가에 대하여 "은밀하게 행하여지는 부당공동행위의 속성상 합의를 입증한다는 것이 쉬운 일이 아니어서 공정거래위원회로 하여금 사업자들의 합의를 입증하는 것에 갈음하여 행위의 외형상 일치 및 경쟁제한성이라는 두 가지 간접사실만을 입증하도록 함으로써 부당한 공동행위에 대한 규제의 실효성을 확보하고자 하는 데 있는 점, 일정한 경우에 합의를 추정하는 것에 불과하므로 합의의 추정을 받는 사업자로서는 외부적으로 드러난 동일 또는 유사한 행위가 독자적 경영판단의 결과라는 사실 등을 입증하여 위 추정을 복멸시킬 수 있고, 추정을 복멸할 수 있는 정황에 대한 자료도 사업자가 더 잘 제출할 수 있으므로 방법의 적절성을 위반한 것으로는 보기 어려운 점, 대법원이 추정의 복멸을 인정하고 있는 이상 위 조항이 추구하는 창외적인 기업활동의 조장, 소비자 보호, 국민경제의 균형있는 발전 등과 같은 공익은 합의의 추정으로 인하여 입증책임이 전환됨으로써 입게 되는 입증상의 곤란과 같은 불이익보다 더 크다고 할 수 있는 점 등을 종합해 보면, 위 조항이 헌법상 과잉금지의 원칙에 위배된다고 할 수는 없다."고 한다.

역의 대가로서 사업자에게 현실적으로 지불하여야 하는 것이라면 그 명칭에 구애없이 없이 당해 상품 또는 용역의 가격에 포함된다.³⁵⁾ 가격을 결정·유지·변경하는 행위에는 확정가격이나 최저가격의 설정뿐 아니라 가격 범위의 한정, 가격 변동 폭의 결정, 공통의 가격산정방식 채택, 목표가격 내지 표준가격의 설정 등도 포함된다.³⁶⁾

장기적으로 보면 상한가격의 설정은 산업에의 신규진입을 가로막고, 기술혁신과 경쟁을 감퇴하게 만들기 때문에 최고가격의 설정도 위법하다. 가격인하행위도 규제대상인데, 이는 수요·공급의 변동에 따른 가격변동 폭보다(경쟁에 의한 자연스러운 가격하락보다) 적은 폭으로 가격을 인하함으로써 이윤을 추구하는 행위가 얼마든지 가능하기 때문이다.³⁷⁾ 가격 관련 공동행위는 대부분 판매가격에 관한 것이지만 구입가격의 협정도 위법으로 될 수 있다.³⁸⁾

② 외형상 일치

가격인상의 시기나 폭 또는 비율이 어느 정도 근접하거나 유사할 때 가격인상행위가 외형상 일치되는 것으로 볼 것인지는 구체적인 사실관계에 따라 개별적으로 판단할 문제이다.³⁹⁾ 카드 4사(엘지카드, 삼성카드, 국민카드, 외환신용카드)가 관련된 '신용카드수수료 사건'에서 1998. 1. 5.부터 같은 해 3. 2.까지 사이에 현금서비스수수료율은 1.01%, 연체이자율은 1%의 차이를 두었고, 할부수수료율은 완전히 동일한 요율로 인상하였는데, 법원은 비록 카드 4사의 입장에서는 위와 같은 인상시기 및 요율의 차이가 의미 있을지라도 고객의 입장에서는 그 정

35) 대법원 2001.5.8. 선고, 2000두7872 판결.

36) 공정거래위원회의 심결례로서 (사)전국은행연합회는 1995.8.21.~10.31. 및 1996.3.28.~4.18. 두 차례에 걸쳐 대학교수와 회원사의 내국환담당자를 구성원으로 하는 연구작업반을 구성하여 내국환수수료체계에 대한 연구를 시행하고, 1996.6.17. 32개 구성사업자에게 “내국환수수료체계의 개선방안 연구” 결과에 대한 설명회를 개최하여 내국환 수수료체계에 대한 5가지 조정안을 제시하고 관련 책자를 배포한 사례에서 공정거래위원회는 (사)전국은행연합회의 이러한 행위가 구성사업자간의 가격(수수료) 결정에 영향을 미치는 행위로서 공정거래법 제19조 제1항 제1호에 해당되어 동법 제26조 제1항 제1호에 위반된다고 의결하였다 [(사)전국은행연합회의 경쟁제한행위에 대한 건, 1997.3.26. 공정거래위원회 의결 제97-81호.

37) 대법원 2004.10.28. 선고, 2002두7456 판결(중고자동차 할부금융사건)은 사업자들이 할부금리 산정의 결정적 요소인 조달금리(할부금융사가 다른 금융기관으로부터 자금을 조달하면서 지급하는 금리)의 인하폭보다 소폭으로 할부금리 인하를 시도한 것이다.

38) 이남기·이승우, 앞의 책, 200쪽.

39) 홍대식, 앞의 글, 55쪽.

도로는 카드사 선택 또는 변경에 거의 영향을 주지 않을 것이라는 점에서 경제상으로 동일하다고 볼 수 있으므로, 위 요율인상은 그 외형이 일치한다고 판단하였다.⁴⁰⁾ 가격인상의 시간적 근접성과 관련하여 대법원은 '자동차보험료 사건'에서 각 사업자의 가격인상 시기에는 약 40일 정도의 차이가 있어 완전히 일치하지 않지만 그 적용 시기(책입의 개시시기)가 유사하다는 이유로 인상시기의 사소한 차이는 문제 삼지 않았다.⁴¹⁾

(2) 경쟁제한성

① 실질적 경쟁제한성의 의미

경쟁의 실질적 제한이란 고객 상실의 위험부담 없이 가격을 좌우할 수 있는 힘을 인위적으로 유지하고 획득하거나 강화하는 것을 의미하는데, 기능적 개념이고 수량적 개념은 아니지만 사업자의 시장점유율 등 수량적 지표가 중요한 판단근거가 될 수 있다.⁴²⁾

대법원은 대한약사회사건⁴³⁾에서 법 26조 1항 1호에서 “일정한 거래 분야”라 함은 거래의 객체별, 단계별 또는 지역별 경쟁관계에 있거나 경쟁관계에 있을 수 있는 분야를 말하고, “경쟁을 실질적으로 제한”한다는 것은 시장에서의 유효한 경쟁을 기대하기 어려운 상태를 초래하는 행위, 즉 일정한 거래 분야의 경쟁상태가 감소하여 특정 사업자 또는 사업자단체가 그 의사로 어느 정도 자유로이 가격·수량·품질 및 기타 조건을 좌우할 수 있는 시장지배력의 형성을 의미하고, 시장에서 실질적으로 시장지배력이 형성되었는지 여부는 해당 업종의 생산

40) 대법원 2006.10.12. 선고, 2004두9371 판결.

41) 대법원 2005.1.28. 선고, 2002두12052 판결.

42) 추정 조항의 적용요건으로서 경쟁제한성을 판단할 때 합의의 존재를 배제한 상태에서 판단하여야 하는지에 관하여 학설의 대립이 있었는데, '커피 사건'(대법원 2002.3.15. 선고, 99두6514, 6521 판결)에서 경쟁제한성은 합의가 추정되기 이전 상태에서의 경쟁제한성을 의미하므로, 그 경쟁제한성 유무는 사업자들 사이에 합의가 없는 상태를 상정하여 판단하여야 한다는 기준을 제시하였다. 이에 대하여 홍대식, 앞의 글, 56면은 합의가 없는 상태를 상정하여 실질적 경쟁제한성 여부를 판단하려는 대법원의 해석은 경쟁제한성이 합의 추정의 요건이라는 점에서 논리적인 판단이라고 할 수 있으며, 시장의 구조 분석과 그 시장에 참여하는 사업자들의 행동예측을 통하여 행위의 외형상 일치를 정상적인 시장상황의 결과로 설명할 수 없는 경우에 한정하여 추정 조항을 적용함으로써 추정 조항의 합리적인 운영을 도모하게 하는 단서를 제공한 것이라고 한다.

43) 대법원 1995.5.12. 선고, 94누13794 판결.

구조, 시장구조, 경쟁상태 등을 고려하여 개별적으로 판단하여야 하고, 사업자단체인 대한약사회의 집단폐업결의는 의약품판매시장인 약국업 분야에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위에 해당한다고 판단하였다.

② 일정한 거래분야

경쟁제한성 분석의 출발점으로 관련 시장의 획정이 필요한데, 법 제2조 제8호는 “일정한 거래분야라 함은 거래의 객체별·단계별 또는 지역별로 경쟁관계에 있거나 경쟁관계가 성립될 수 있는 분야를 말한다.”고 정의하고 있다. 동일한 상품을 생산하지만 지리적으로 멀리 떨어져 있어 과도한 운송비용을 포함하면 경쟁이 불가능한 경우라면 지리적으로 분리된 시장이라고 보아야 할 것이다. 그리고 지리적 시장의 구분은 교통수단이나 인터넷 쇼핑물 같은 무점포 판매방법의 발달에 따라 달라질 수 있는 가변적인 것이라 할 수 있다.⁴⁴⁾

판례는 제일모직, 새한, 에스케이 등 학생복 제조3사가 관련된 사건에서 ‘일정한 거래분야’ 획정과 관련하여, 학생복 제조·판매시장은 그 특성상 전국적으로 단일한 시장이 형성되는 것이 아니라 지역별로 구분되며, 그 특성상 타 지역과의 경쟁관계가 성립되기는 어렵다고 하더라도 각 지역별 경쟁관계가 전국적인 범위로 형성되고 3사의 공동행위가 각 지역별 판매시장에서의 실질적인 경쟁관계를 제한함으로써 전국적으로 경쟁제한의 결과를 일으키는 이상 이를 세부적으로 구분하지 아니하였다고 하여 ‘일정한 거래분야의 획정에 어떠한 위법이 있다고 할 수 없다’고 판단하였다.⁴⁵⁾

3. 부당공동행위 추정조항의 개정 내용과 문제점

1) 개정의 내용

2007년 8월 개정된 공정거래법에서는 제19조 5항을 “2 이상의 사업자가 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 경우로서 해당 거래분야 또는

44) 이남기·이승우, 앞의 책, 195-196쪽.

45) 대법원 2006.11.9. 선고, 2004두14564 판결. 또한 ‘자동차보험료 사건’에서는 특별할증율이 전체 계약자의 5-6%에 해당하는 일부 불량계약자에 한정하여 적용되는 것이라 하여 일정한 거래분야에서의 경쟁제한성이 부정되는 것은 아니라고 하였다(대법원 2005.1.28. 선고, 2002두12052 판결).

상품·용역의 특성, 해당 행위의 경제적 이유 및 과급효과, 사업자 간 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 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의한 것으로 추정한다”로 변경하였다.⁴⁶⁾

문언을 중심으로 개정된 조항은 다음과 같이 정리할 수 있을 것이다. 첫째, ‘2 이상의 사업자가 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 경우’라는 요건은 개정 전에 비해 사소한 표현의 변화이므로 행위의 ‘외형상 일치’라는 종래 대법원 판례에 의한 해석이 계속 유효하다고 볼 수 있을 것이다.⁴⁷⁾ 둘째, ‘해당 거래분야 또는 상품·용역의 특성, 해당 행위의 경제적 이유 및 과급효과, 사업자간 접촉의 횟수·양태 등 제반사정에 비추어 그 행위를 그 사업자들이 공동으로 한 것으로 볼 수 있는 상당한 개연성이 있는 때’라는 요건은 새로운 것으로서 ‘상당한 개연성’이 무슨 뜻인지가 문제될 것이다. 셋째, ‘그 사업자들 사이에 공동으로 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의한 것으로 추정한다’는 문구는 개정 전 ‘동사업자 간에 그러한 행위를 할 것을 약정한 명시적인 합의가 없는 경우에도 부당한 공동행위를 하고 있는 것으로 추정한다’는 문구에서 추정의 대상이 ‘합의’뿐임을 분명히 하였지만, 대법원 판례가 추정의 대상은 합의뿐임을 분명히 해오고 있으므로 큰 의미를 부여하기는 어려울 것이다.⁴⁸⁾

46) 이인권, 앞의 글, 153면은 법 개정 조문은 부당 공동행위를 추정함에 있어 ‘실질적인 경쟁제한성’ 부분은 삭제한 대신 ‘합의가 이루어진 정황사실’을 요건으로 한 변화는 정황사실의 제시를 추정요건으로 명확히 함으로써 대법원의 법해석과 공정거래위원회의 법 적용 간의 괴리를 상당히 해소하며, 부당공동행위 추정에 대한 법해석과 법집행 측면에서의 불확실성이 크게 줄어들 것으로 기대된다고 한다.

47) 대법원 2009.4.9. 선고, 2007두6892 판결은 공정거래위원회가 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2004. 12. 31. 법률 제7315호로 개정되기 전의 것) 제19조 제5항에 따라 ‘2 이상의 사업자가 법 제19조 제1항 각 호의 1에 해당하는 행위를 하고 있다’는 사실(행위의 외형상 일치)과 그것이 ‘일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위’라는 사실(경쟁제한성)의 두 가지 간접사실을 입증하면, 그 사업자들이 그러한 공동행위를 할 것을 합의한 것으로 추정되고, 이에 추가하여 사업자들의 합의 내지 암묵적인 양해를 추정케 할 정황사실을 입증하여야 하는 것은 아니라고 하여 종래의 대법원 2002.3.15. 선고, 99두6514, 6521 판결; 대법원 2006.12.7. 선고, 2004두3045 판결 등을 따르고 있다.

48) 정호열, 경제법(제2판), 박영사, 2008, 314면에서 개정법은 추정의 대상이 당사자들 사이의 ‘합의’임을 명시한 결과, 추정의 구조에 있어서도 추정요건 두 가지(공동행위와 실질적 경쟁제한성)가 주장·입증되면 당사자의 합의가 추정되는 한 단계의 구조임이 분명하게 되었다고 한다.

그런데 공정거래법 제19조 제5항의 개정으로 공정거래위원회 실무자는 다음과 같은 긍정적 효과가 기대된다고 한다. 첫째, 종래에도 실무적으로는 행위의 형의 일치 외에 외형의 일치가 합의에 의한 것으로 볼 수 있는 상당한 개연성이 있다고 판단되는 여러 정황증거를 함께 입증하는 방향으로 추정제도를 운영하여 왔으므로 개정 전후에 별다른 실무상 차이가 없다. 둘째, 외관상 일치만으로 합의를 추정할 수는 없고 이를 뒷받침하는 정황증거가 있어야 한다는 것이 대부분 국가들의 제도와 관행이므로 특별히 우리나라만 법집행이 약화되는 것으로 볼 수는 없다. 셋째, 추정조항의 적용요건을 엄격하게 함으로써 위헌시비 등을 방지하고 법집행의 정당성을 높일 수 있다. 넷째, 외관의 일치와 합의 사이에 '상당한 개연성'을 요건으로 규정하여⁴⁹⁾ 인과관계의 입증을 다소 완화된 것은 법집행의 책임성을 높이고 기업의 부담을 완화된 것이다. 다섯째, 정황증거를 합의 추정요건으로 명확히 하면 추정을 복멸하기 위해서는 이러한 정황증거에 반대되는 사실을 본증으로 제공할 때에만 추정이 복멸될 수 있으므로 그 입증책임과 범위관계를 명확하게 하였다.⁵⁰⁾

그러나 공정거래위원회가 기존의 판례에 대하여 갖던 불만에 비추어 본다면,⁵¹⁾ 굳이 제19조 제5항을 존치시킬 필요가 있었는가 하는 물음이 제기될 수 있다고 본다. 대법원은 제19조 제5항의 규정문언과 입법취지를 중시하여 제19조

49) 이황, “부당공동행위 관련 2007년 공정거래법 개정에 대한 평가와 전망”, 경제법연구 제6권 제2호, 2007, 13-14면은 개정 전에는 판례가 합의의 추정 단계에서 정황증거를 요구하지 않았음에도 공정거래위원회가 법 적용을 신중히 한다는 차원에서 정황증거를 갖추었고 이는 판례에 따른 합의 추정의 복멸 단계에서 상당한 역할을 하였는데 개정법은 합의 존재의 '상당한 개연성'이 있는 정도의 정황증거를 요구하고 있으므로 공정거래위원회가 제시하여야 할 정황증거가 '상당한 개연성'에 도달하지 못하는 경우에는 합의의 추정 자체가 불가능해지는 부담이 생긴다는 비판이 있다.

50) 이순미, “카르텔 법집행의 현황과 전망”, 공정거래법 집행의 선진화-한미FTA체결에 즈음하여-(워크샵자료집), 한국법제연구원, 2007, 41-42면.

51) 이순미, 상게 논문, 39-40면은 공정거래위원회는 대법원 판례가 해석한 개정 전 제19조 제5항에는 다음과 같은 문제점이 있다고 한다. 첫째, 경쟁제한성은 공동행위의 성립이 입증된 후에 그 행위에 대한 평가를 하는 요소인데 이를 부당공동행위의 추정요건으로 규정한 것은 논리적으로 모순이고 이러한 규정형식으로 인하여 실질적 경쟁제한성을 '합의를 전제로 하지 않는 상태에서' 입증해야 한다는 부당한 판례이론이 나오게 되었다. 둘째, 추정의 대상을 '부당한 공동행위'로 규정하고 있기에 제1항의 부당공동행위를 합의와 동일한 개념으로 규정함으로써 추정의 대상이 '부당성'까지 포함하는 것처럼 오해될 소지가 있다. 셋째, 2 이상의 사업자의 실질적 경쟁제한행위가 있는 경우 명시적 합의가 없더라도 부당공동행위로 추정된다고 한 것은 다른 정황증거가 없더라도 카르텔의 외관(행위 외형의 일치)으로부터 곧바로 구성요건의 핵심요소인 '합의'를 추정할 수 있게 함으로써 사업자에게 과도한 부담을 지운다는 점 등이다.

제5항의 추정요건에 대하여는 공정거래위원회로 하여금 '행위의 외형상 일치'와 '경쟁제한성'의 두 가지 간접사실만을 입증하도록 함으로써 부당한 공동행위에 대한 규제의 실효성을 확보하는 것을 전제로, '사업자들의 합의'를 추정하기 위해서는 '행위의 외형상 일치'와 '경쟁제한성'의 입증만으로써 족한 것이지, 사업자들의 합의 내지 암묵적인 양해를 추정케 할 정황사실이 입증되어야만 하는 것은 아니라는⁵²⁾ 해석론을 확립한 중요한 이유 중 하나는 제19조 제5항이 제19조 제1항으로부터 독립된 지위를 갖도록 하는 것이었는데, 제19조 제5항을 제19조 제1항에 근접시킴으로써 문제들을 해결한다면 과연 법률상 추정제도의 유지 필요성이 인정될 수 있을 것인지 의문스럽지 않을 수 없다.⁵³⁾

2) 소송법상 입증으로서 '상당한 개연성'의 의미

공정거래법 제19조 제5항의 '상당한 개연성'의 의미는 소송법 이론에 의하여 파악할 수밖에 없는데,⁵⁴⁾ 민사소송법 제202조는 '법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 자유로운 심증으로 사회정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따라 사실주장이 진실한지 아닌지를 판단한다'는 '자유심증주의'를 규정하고 있다. '자유심증주의'는 사실주장이 진실인지 아닌지를 판단함에 있어서 법관이 증거법칙의 제약을 받지 않고, 변론 전체의 취지와 증거자료를 참작하여 형성된 자유로운 심증으로 행할 수 있는 원칙을 말한다.⁵⁵⁾ '자유심증주의'는 객관적으로는 고도의 개연성, 주관적으로는 법관의 확신이라는 두 가지를 요구하는데,⁵⁶⁾ 이 때 법관이 사실을 인정함에 있어 어느 정도의 심증

52) 대법원 2002.3.14. 선고, 99두6514·6521 판결.

53) 이황, 앞의 글, 14면.

54) '상당한 개연성'을 사용한 법률은 개정된 공정거래법 외에 6개의 법률이 있다. 즉, 국가인권위원회법 제48조 제1항, 군의문사 진상규명 등에 관한 특별법 제28조 제2항, 의문사 진상규명에 관한 특별법 제25조, 공무원범죄에 관한 몰수 특례법 제7조, 마약류 불법거래 방지에 관한 특례법 제17조, 불법정치자금 등의 몰수에 관한 특례법 제7조이다. 이 6개 법률들은 대부분 최근에 제정되었거나 적용범위가 특별한 분야에 한정된 것들이어서 각 조항에 대한 학설이나 각급 법원의 판례가 없으므로 '상당한 개연성'의 의미를 확실히 알기가 어렵다.

55) 이시윤, 신민사소송법(제4판), 박영사, 2008, 467면.

56) 김상원·박우동·이시윤·이재성(편), 주석 신민사소송법(III), 한국사법행정학회, 2004, 187면은 사실판단의 전권을 법관에게 맡기므로 자칫하면 자의적인 판단의 위험에 빠질 수 있으므로 특별한 경우(예: 증거방법의 제한, 추정규정, 자백, 증거계약, 다른 사건의

을 얻어야 하는 문제가 증명의 정도 문제이다.

영미법에서는 심증형성에 필요한 증명의 정도를 형사재판에서는 합리적인 의심의 여지가 없는 정도의 증명(proof beyond reasonable doubt)을 필요로 하지만 민사재판에서는 우월한 증거(preponderance of evidence) 또는 우월한 개연성(preponderance of probability)⁵⁷⁾ 정도면 가능하고, 예외적으로 사기, 부당위압, 구술계약의 특정이행 등 특정한 사건은 위 양자의 중간정도의 심증인 명백하고 확신을 주는 증거(clear and convincing proof)를 필요로 한다.⁵⁸⁾ 이 때 '우월한 증거'라는 정도는 전체적으로 주장이 허위보다는 진실일 개연성이 더 크다는 정도라고 한다.⁵⁹⁾

증명도는 고도의 개연성의 확신이어야 하지만, 예외적으로 판례는 손해배상소송에서 장래의 일실이익, 즉 수입상의 손해에 관한 증명에 있어서 그 증명도는 과거사실에 대한 증명의 경우보다 경감되어 합리성과 객관성을 잃지 않는 범위 내에서 상당한 개연성 있는 증명이면 된다고 한다.⁶⁰⁾ 민사소송에 있어서 사실의 인정은 종래 그 사실의 존재를 긍정하느냐 부정하느냐의 태일적 판단에 의하였지만, 심증판구는 확실하다는 확신이 선 증명도까지는 이르지 못했으나 60% 정도의 심증이 형성된 경우에는 이를 진실인지 허위인지 불명이라 하여 사실의 존재를 부정하느니보다는 그 심증도를 손해배상액에 반영시켜 손해액 60%만을 비율적으로 인정하는 것이 공해소송 등 인과관계가 복잡한 소송에 있어서 피해자구제를 위해 좋다는 확률적 심증도 나타나고 있다.⁶¹⁾

판결 등)에는 법정증거주의를 인정하여 조화를 꾀하고 있다고 한다.

57) 미국에서는 우월한 개연성(preponderance of probability)은 50% 이상, 명백하고 확신을 주는 증거(clear and convincing proof)는 75% 이상, 합리적인 의심의 여지가 없는 정도의 증명(proof beyond reasonable doubt)은 90-95% 이상의 개연성을 의미한다(Richard O. Lempert, et al., A Modern Approach to Evidence, Third Ed.(West Group, 2000), pp.1243-1244 참조)고 한다.

58) 정동윤·유병현, 민사소송법(제2판), 법문사, 2007, 494면.

59) 이황, 앞의 글, 41면은 미국 독점금지법에서 직접증거(direct evidence)가 아닌 간접증거(indirect evidence) 내지 정황증거(circumstantial evidence)에 의하여 합의의 사실을 인정하기 위한 증명의 정도에는 약간의 변형이 있는데, 독점금지법상 합의의 증명정도는 민사재판에서의 일반적 기준인 '증거의 우월성'(preponderance of evidence)에 상응하거나 이보다 다소 높다 하더라도 명백하고 확신을 주는 증거(clear and convincing proof)의 정도에까지는 이르지 않는 것으로 이해하고 있다.

60) 대법원 1991.7.23. 선고, 89다카1275 판결; 대법원 2002.12.15. 선고, 2000다65666-65673 판결 등.

61) 이시운, 앞의 책, 472면.

공해소송에서는 고도의 자연과학적 지식이 요구되고, 공적 조사기관의 불비, 가해자의 비협력, 피해자의 빈곤 등 여러 가지 요인으로 인과관계의 증명이 곤란하여 피해자의 구제가 어렵기 때문에 피해자의 증명곤란을 타개하기 위하여 등장한 것이 이른바 개연성설이다.⁶²⁾

의료과오소송에서 판례는 의사가 필요한 조치를 취하지 아니한 경우 그와 같은 조치를 취하였을 경우의 구명률이 50%라면 특별한 사정이 없는 한 의사의 과실과 환자의 사망과는 인과관계를 인정함이 상당하고,⁶³⁾ 제조물책임과 관련하여서는 소송에서는 내구연한 5년을 1년 초과한 TV가 폭발한 사건에서, 제조업자측에서 제품결함 아닌 다른 원인에 의하여 사고가 발생한 것임을 증명하지 못하는 한, 사회통념상 기대되는 합리적 안전성을 갖추지 못한 제품의 결함으로 인하여 사고가 발생하였다고 추정된다고 판시하여 피해자의 증명책임을 크게 완화하고 있다.⁶⁴⁾ 위와 같이 공해소송·의료과오소송·제조물책임소송과 같은 현대형 소송에서 증명도를 크게 경감시켰다고 하지만, 상당한 개연성있는 증명이 어느 정도를 말하는 것인지에 대하여는 밝히지 않고 있다.⁶⁵⁾ 따라서 공정거래법 제19조 제5항의 “상당한 개연성”의 비율을 어느 정도로 인정해야할 것인가의 문제는 그대로 남겨져 있다고 볼 수 있다.

3) ‘상당한 개연성’으로의 개정에 관한 문제점

공정거래법 제19조 제5항의 ‘상당한 개연성’은 그 해석에 상당한 혼란이 예상되므로 구체적인 사항은 향후 정립되어야 하겠지만, 지금까지의 검토를 토대로 ‘상당한 개연성’에 대한 개념을 정리해 보면 다음과 같다.

62) 강계규, “환경소송상 과학적 증거의 허용성”, 아·태공법연구 제8집, 2000, 63면은 환경오염 사건에서 인과관계의 증명은 과학적으로 엄밀한 증명을 필요로 하지 아니하고, 침해행위와 손해와의 사이에 인과관계가 존재한다는 상당한 정도의 가능성이 있다는 입증만으로도 충분하며, 가해자는 이에 대한 반증을 한 경우에만 인과관계의 존재를 부인할 수 있는 것이 개연성이론이라고 한다.

63) 대법원 1989.7.11. 선고, 88다카26246 판결.

64) 대법원 2000.2.25. 선고, 98다15934 판결; 대법원 2006.3.10. 선고, 2005다31316 판결. 대법원 2004.3.12. 선고, 2003다16771 판결은 SW 결함에 대하여 제조물책임의 법리에 의하여 입증책임을 완화시키고 있는데, 상세는 남동현, “SW 시스템 장애와 입증책임의 완화”, 민사소송 : 한국민사소송법학회지 제12권 제1호, 2008, 312면.

65) 이시운, 앞의 책, 471면·488면; 정동윤·유병현, 앞의 책, 494면.

첫째, '상당한 개연성'이라는 용어는 최근 일부 법률에 도입되었지만, 그 대부분은 비교적 신중한 해석을 필요로 하지 않거나 전후 맥락에 비추어 자연스러운 해석이 가능한 것이다. 그러나 개정된 공정거래법 제19조 제5항과 같은 중대한 행정적 불이익처분을 가할 수 있는 바탕이 되는 경우, '상당한 개연성'을 일반화하여 도입하기에는 부적합하다.

둘째, 소송법이론에 따르면 '상당한 개연성'이란 일응 50% 정도의 우월한 개연성보다는 높고 80-90% 정도의 고도의 개연성보다는 낮은, 즉 60-70%정도의 증명정도인 데, 공정거래법 제19조 제1항을 적용할 경우, 합의의 입증에 필요한 정도인 고도의 개연성보다는 어느 정도(10-20% 정도) 증명책임을 경감해주는 것이다.⁶⁶⁾

그러나 위와 같이 제19조 제5항을 적용하는 경우, 제19조 제1항을 적용하는 경우보다 10-20% 정도의 증명책임을 경감해준 것에 대하여 다음과 같은 문제점이 제기될 수 있다.⁶⁷⁾

첫째, 10-20% 정도의 증명책임 감경이 실제로는 숫자보다 훨씬 작은 정도의 것이 될 가능성이 있다. 민사(행정)재판과 형사재판을 구별하지 않고 모두 고도의 개연성이 있는 정도의 입증이 필요하다는 것이 통설·판례이나, 실무상으로는 동일한 행위가 동시에 문제될 경우 민사(행정)재판에서보다 형사재판에서 입증의 정도를 어느 정도라도 높여 생각하는 경향이 있을 수 있으므로(즉, 행정재판에서의 입증정도가 형사재판에서보다 낮다고 생각할 수 있고),⁶⁸⁾ 제19조 제5항의 적용요건인 합의가 존재할만한 '상당한 개연성'은 실질적으로는 제19조 제1항을 적용하기 위한 합의의 증명정도와 별다른 차이가 없는 것이 될 수 있다. 따라서 '상당한 개연성'요건이 이론적으로는 일반적인 '고도의 개연성'보다 어느 정도 입증부담을 경감해주었다라도 실무적으로는 큰 의미가 없을 수 있다.⁶⁹⁾

66) 이순미, 앞의 글, 41면은 증명책임을 경감해 주기위하여 '상당한 개연성'이라는 용어를 도입한 취지라고 한다.

67) 이항, 앞의 글, 42-43면.

68) 정동운·유병현, 앞의 책, 494면은 형사재판에 있어서 범죄사실의 증명이 "법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거"에 의하여야 하지만, 민사(행정)재판에서의 실무는 현대형 소송에서의 입증관란 등에 비추어 민사소송에서는 '고도의 개연성'이 아닌 '우월한 증거'로 족하다고 한다.

69) 부당공동행위에 대한 공정거래위원회의 과징금 부과처분이 문제되는 행정소송은 사업자에 대한 부담과 입증의 정도 등의 측면에서 민사재판과 형사재판의 중간 정도에 위치하

둘째, 공정거래위원회가 10-20%의 증명책임의 경감을 실제로 활용할 경우, 합의의 존재를 입증함에 있어서 80-90%의 확신이 있는 경우와 60-70%의 확신이 있는 경우를 엄밀히 구별해서 적용 범조항을 달리할 수 있는지, 그리할 필요가 있는지, 나아가 법원이 그러한 구별을 어떻게 받아들일 것인지 알기 어렵다.⁷⁰⁾

셋째, 10-20%의 증명책임 경감이 실질적 의미가 있다 하더라도, 공정거래위원회가 제19조 제5항을 적용하여 합의의 존재를 법률상 추정하기 위해서는 제19조 제1항을 적용할 때에는 하지 않아도 될 행위의 '외형상 일치'에 대한 입증을 하여야 하는 상당한 부담이 생기므로 제19조 제5항의 적용대상 범위가 개정 전에 비하여 행위의 외형상 일치가 비교적 확실한 것들에 한정되는 방향으로 상당히 축소될 가능성이 있다.

넷째, 행위의 외형상 일치가 인정된다 하더라도, 합의의 추정 단계에서 경감된 10-20%의 입증부담은 추정의 복멸 단계에서 부활하여 사업자들이 다른 정황증거들을 들어 다룰 가능성이 대단히 크다. 물론 같은 사항을 다룬다 하여도 그 입증책임이 전환된다는 차이는 간과할 수 없지만, 10-20%정도의 입증부담 차이에 있어서 그 책임이 전환되는 것이 얼마나 실질적 의미가 있을지는 의문이다.⁷¹⁾

III. 행정지도가 개입된 경우 추정의 복멸

는 것으로 볼 여지가 있는데, 공정거래위원회는 부당공동행위가 적발되면 통상 거래의 과징금을 부과하기 때문에 여타의 행정적 제재처분에 비하여 가하는 불이익의 정도가 상당히 크기 때문에 그 증명의 정도는 형사사건에서보다는 낮더라도 보통의 민사사건에서보다는 어느 정도라도 높은 것으로 실무상 인식되고 있다고 한다.

70) 개정 전에는 판례상으로는 제19조 제5항 적용시 정황증거를 요구하지 않기 때문에 공정거래위원회가 문제된 행위에 대하여 어떠한 정도의 확신을 갖고 있는지 알기 어려울 수 있었지만, 개정 후에는 공정거래위원회가 문제된 행위의 합의의 존재 내지는 위법성을 입증할만한 증거에 대한 확신이 없는 경우에 한하여 제19조 제5항이 적용될 것으로 예상되므로 제19조 제5항에 의하는 것 자체가 공정거래위원회가 스스로 증거부족을 인정하는 부담이 될 가능성이 있고, 공정거래위원회가 제출한 증거를 평가하는 법원의 입장에서는 법률상 추정이 성립하는 경우라도 비교적 쉽게 복멸을 인정할 가능성이 있다.

71) 이인권, 앞의 글, 155면은 법해석의 혼선의 여지가 있는 법 제19조 제5항은 사색하고 암묵적 부당공동행위의 경우 충분한 사실적 정황증거를 기초로 하여 법위반 여부를 제1항의 규정을 적용하여 판단하는 것이 바람직하다고 한다.

1. 부당한 공동행위의 복멸과 행정지도

법 제19조 제5항에 따라 합의의 추정을 받는 사업자는 그 증명이 사실상 불가능한 소극적인 사실인 '합의의 부존재'를 입증하는 대신에, '합의의 존재'와는 반대되는 사실, 즉 그들의 행동의 일치가 합의에 기초한 것이 아니라 각자의 독자적인 경영판단의 결과라는 사실을 입증하여 그 추정을 복멸시킬 수 있다. 다만 여기에서 내세우는 증거는 본증⁷²⁾에 해당하고 반증이 아니므로, 그 입증의 정도는 합의의 부존재에 의심을 품게 할 정도로는 부족하고 합의의 부존재가 확실하다는 확신을 품게 할 정도가 되어야 한다. 합의의 부존재를 뒷받침하는 간접사실로 사업자들이 자주 내세우는 정당화사유는 원자재 등 가격인상요인의 동일, 과점시장의 상호의존성 이론, 행정지도 등 외부적 요인의 개입, 수요자의 우월적 지위에 대항하기 위한 자구책 등이다.⁷³⁾

따라서 법 제19조 제5항에 따라 부당한 공동행위의 합의 추정을 받는 사업자들은 외부적으로 드러난 동일 또는 유사한 행위가 실제로는 아무런 합의나 상호간의 요해 없이 각자의 경영판단에 따라 독자적으로 이루어졌음에도 우연히 일치된 것이라는 등 부당한 공동행위의 합의가 없었다는 사실을 입증하거나 또는 외부적으로 드러난 동일 또는 유사한 행위가 합의에 따른 공동행위가 아니라는 점을 수궁할 수 있는 정황을 입증하여 그 추정을 복멸시킬 수 있다.⁷⁴⁾

72) 본증이란 어떠한 당사자가 자기에게 입증책임이 있는 사실을 증명하기 위해 제출하는 증거를 말한다.

73) 대법원 2003.5.27. 선고 2002두4648 판결은 '철강 사건'에서 부당한 공동행위의 합의의 추정을 복멸시킬 수 있는 사정을 판단할 때 고려할 구체적 요소로 ① 당해 상품 거래분야 시장의 특성과 현황, ② 상품의 속성과 태양, ③ 유통구조, ④ 가격결정 구조, ⑤ 시장가격에 영향을 미치는 제반 내외부적 영향 ⑥ 각 개별업체가 동종 거래분야 시장에서 차지하고 있는 지위, ⑦ 가격의 변화가 개별사업자의 영업이익과 시장점유율 등에 미치는 영향, ⑧ 사업자의 개별적 사업여건에 비추어 본경영판단의 정당성, ⑨ 사업자 상호간의 회합 등 직접적 의사교환의 실태, ⑩ 협의가 없었다라도 우연의 일치가 이루어질 수도 있는 개연성의 정도, ⑪ 가격모방의 경험과 범위만 전력, ⑫ 당시의 경제 정책적 배경 등을 제시하였다.

74) 공정거래위원회는 추정 조항의 운용과 관련하여, "공동행위 심사기준(개정 2009.4.9 공정거래위원회 예규 제57호)"을 활용하고 있는데 추정을 보강하기 위한 정황증거의 예시로서 ① 직·간접적인 의사연락이나 정보교환 등의 증거가 있는 경우 ② 공동으로 수행되어야만 당해 사업자들의 이익에 기여할 수 있고 개별적으로 수행되었다면 당해 사업자 각각의 이익에 반하리라고 인정되는 경우 ③ 당해 사업자들의 행위의 일치를 시장상황의 결과로 설명할 수 없는 경우 ④ 당해 산업구조상 합의가 없이는 행위의 일치가 어려운 경우 등을 규정하고 있다.

그런데 부당한 공동행위 규제와 관련해서 최근 특히 논란이 되고 있는 것은 정부의 행정지도에 의한 공동행위가 공정거래법에 저촉되는지의 여부이다. 행정지도는 구체적 사안에 적합한 조치를 법률의 구속을 받지 않고 신축적·탄력적으로 취할 수 있다는 점, 공권력의 발동이 아닌 조언이나 권고 등의 형식으로 상대방의 자발적 협력을 구함으로써 상대방에게 심리적 저항감을 느끼지 않는 행정조치를 취할 수 있는 점 및 경제·사회현상이나 과학·기술이 급속히 변화에 따라 필요로 하는 적절한 지식이나 정보를 제공해 줄 수 있는 방안이라는 점 등의 장점을 가지고 있다. 행정지도는 이와 같은 긍정적 측면이 있음에도 불구하고 행정지도의 대부분이 법적 제약이 없이 행해짐으로써 행정기관의 책임소재가 불분명한 경우가 많고, 상대방의 임의적 협력에 기초하는 비권력적 작용이라고 하지만 본래 행정행위에 의하여 규제되어야 할 사항 등에 대해 사전적 또는 대체적 수단으로 행해지는 경우가 많은 데,⁷⁵⁾ 이러한 경우에 행정주체의 우월성으로 말미암아 상대방은 이를 받아들이지 않을 수 없는 심리적 압박감을 받게 되는 경우가 많다. 행정기관은 행정지도의 상대방이 가지고 있지 않은 조직법상의 권한, 대시민적 보상에 의한 권한, 우월한 지식기술 및 정보의 보유에 따른 전문지식에 의한 권한, 행정체제의 공공적 상징성에 의한 준거적 권력 등을 가지고 있기 때문이다.⁷⁶⁾

공정거래법은 제58조에 의해 사업자 또는 사업자단체가 다른 법률 또는 그 법률에 의한 명령에 따라 행하는 정당한 행위에 대하여는 적용되지 않는다.⁷⁷⁾

75) 고현환, 행정절차법상 행정지도와 문제점 개선방안, 법학연구(한국법학회), 제28집, 2007, 18-19면은 행정지도의 행사에서 법률관계를 형성하지 않지만 사실상 강제력을 지니고 있으며, 행정지도가 국가기능의 수단으로 이바지하고 있는 점은 부인할 수 없으나, 법치행정의 원리와의 관계에서 논란을 야기하고 있고, 행정지도의 행사에 따른 행정행위의 위법·부당·권리남용 가능성이 있기 때문에 이로부터 국민의 권리를 보호하기 위하여 행정지도의 법적 근거와 한계를 명백히 하여야 하는 문제가 있다고 한다.

76) 김항규, 거버넌스 하에서의 법치행정의 과제, 한국공공관리학보 제18권 제2호, 2004, 55면.

77) 김성원, 행정지도에 관한 소고, 공법학연구 제6권 제1호, 2005, 422-423은 행정기관이 개개의 국민이나 기업을 대상으로 행정지도를 하는 경우 이상으로 사업자조합, 사업자단체 또는 업계에 대해서 행정지도를 행하는 경우가 많이 있다. 사업자의 자유와 자발성을 기본으로 행해져야 할 경제활동의 경우, 개개의 기업이나 사업자를 대상으로 직접 행정지도를 하기 보다는 사업자조합이나 사업자단체를 지도함에 그치고, 그 외는 사업자의 자주적 활동에 맡겨지는 것이 바람직한 경우도 많다. 행정기관도 국민이나 사업자에 대하여 개별적으로 지도하는 것보다도 능률적이고 효과적이라고 생각한다. 그러나 이러한 행정지도는 Cartel 등 반경쟁질서적 행위를 유발시킬 위험을 내포하는 것으로 독점규제및공정거래에관한법률과의 관계에서는 문제가 있음도 간과할 수 없다. 다만, 사업자

그러나 법적인 근거가 없는 경우에도 정부의 행정지도에 의한 합의 또는 공동행위는 실제로 종종 발생하고 있다. 기업의 입장에서 규제권한을 갖고 있는 정부 부서의 지도를 따르지 않기로 매우 어렵기 때문이다. 반면, 공정거래위원회는 법령상 구체적인 근거가 없는 행정지도에 따라 사업자들이 가격 등을 합의한 경우에는 원칙상 위법이라는 입장을 견지해 왔다. 이에 따라 담합이 인정되어 거래의 과징금을 부과 받은 기업들을 중심으로 현실을 무시한 것이라는 공공연한 불만이 제기되어 왔는데, 행정지도를 따르면 공정거래법에 위배되고, 안 따르면 불이익을 받을 것으로 예상되는 경우가 발생하게 된다.

2. 법률에 근거한 행정지도에 따른 공동행위

부당한 공동행위를 하도록 행정지도가 이루어진 경우, 그 행정지도의 법적 효력이 문제되지만, 행정지도는 기본적으로 비구속적 사실행위로서 행정법의 일반 법리상 사업자는 행정지도에 따를 법적 의무가 없다. 더욱이 위법한 행정지도에 대하여는 사업자가 이에 따를 의무가 없으며, 이에 따른 행위는 사업자 자신의 행위로 평가되고 그에 따른 법적 책임도 사업자에게 귀속되는 것이 원칙이다.⁷⁸⁾ 따라서 위법한 행정지도에 따라 이루어진 부당한 공동행위는 독점규제법 제19

나 사업자단체 등에게 독점규제및공정거래에관한법률의 적용이 제외되는 경우도 있다 (동법 제58조, 대외무역법 제51조 ①항 등). 그러나 사업자단체나 업계가 행정청의 행정 지도를 받아서 행하는 업계내부의 행위는 독점규제및공정거래에관한법률상 오히려 문제 되는 경우가 많다. 이를테면, 주무관청의 지도를 받아 업계가 행하는 정보제공활동, 경영지도활동, 시설·운송·선전 등의 공동활동은 일상적으로 행하여지므로 그러한 행위는 일반적으로는 문제가 없다고 하여도 이들의 활동을 통해서 경쟁질서를 제한한다든가, 불공정한 경쟁이나 거래를 하는 것에 이르면 독점규제및공정거래에관한법률에 저촉하는 경우가 발생할 수도 있을 것이라고 한다.

- 78) 이원우, 통신시장에 대한 규제법리의 특징과 행정지도에 의한 통신사업자간 요금관련 합의의 경쟁법 적용예외, 행정법연구 제13호, 2005, 161면은 행정지도에 따라 부당한 공동행위라는 위법행위를 한 사업자에 대하여 제재처분을 함에 있어서는 사업자가 그러한 행정지도에 따르게 된 사정과 경위, 관련법령상 행정지도를 행한 행정청과 사업자간의 규제 등 제반사점을 종합적으로 고려하여야 하고, 인가권자, 당해 사업의 정책부서, 규제기관 등의 지위를 가진 행정청이 규제권한의 행사과정 내지 정책수행과정에서 행정지도를 하였다면, 사업자의 입장에서 이를 거부하는 것은 기대하기 어려운 일일 것이므로 행정지도에 따른 부당한 공동행위 자체의 위법성을 부인하기 어려운 경우라도 이는 적어도 책임감면의 사유에 해당한다고 보아야 할 것이며, 당해 행위의 위법성은 인정되지만, 책임은 개개의 사안에 따라 감경 또는 면제되어야 할 것이고, 현행법상 부당한 공동행위에 대한 제재로서 과징금이나 특허 형사처벌을 부과함에 있어서 반드시 고려되어야 할 것이라고 한다.

조 제2항의 인가절차를 거치지 아니 하였다면, 그 법적 효과는 위법하고 무효가 된다. 다만, 이러한 경우에도 행정지도에 따라 부당한 공동행위를 한 사업자에 대한 제재처분을 함에 있어서는 특별한 고려가 필요하다는 점과 예외적인 특별한 사안에 있어서는 “행정지도”에 따른 부당한 공동행위가 “법률79)에 의한 명령”에 따른 정당한 행위로서 인정되어야 하는 경우가 있다. 이하에서는 구체적인 사례를 들어 본다.

1) 맥주 사건⁸⁰⁾

(1) 행정지도와 관련된 사실관계

㉠ 맥주의 가격과 공급물량은 주세수입과 소비자물가에 영향이 크므로 정부는 1961. 10. 재무부 고시 274호로 ‘주류가격제도에 대한 고시’를 발령한 이후 통제를 하여 왔고, 국세청 등 행정당국에서는 주세법, 주세사무처리규정 등의 법령상의 권한을 배경으로 생산 및 제조, 유통의 모든 과정에 걸쳐 규제 및 지도를 하여 왔다.⁸¹⁾ ㉡ 맥주가격 인상요인이 발생하는 경우 맥주제조업자는 사전에 재정경제원 국민생활국과 협의를 거쳐 가격 인상한도율에 관하여 승인을 받은 후, 제품의 종류별, 용량별 인상을 및 인상시기 또한 최종적으로 국세청과 협의를 거쳐 사실상 승인을 받아야 가격 인상이 가능하였다. ㉢ 이 사건 가격 인상의 경우, 97년 말 국세청에 오비맥주는 약 65%, 하이트맥주는 약 36%, 진

79) 대법원 1997.5.16. 선고, 96누150 판결은 “독점규제및공정거래에관한법을 제58조는 사업 자단체가 다른 법률 또는 그 법률에 의한 명령에 따라 행하는 정당한 행위에 대하여는 이를 적용하지 아니하는데, 위 조항에서 말하는 법률은 당해 사업의 특수성으로 경쟁제한이 합리적이라고 인정되는 사업 또는 인가제 등에 의하여 사업자의 독점적 지위가 보장되는 반면 공공성의 관점에서 고도의 공적규제가 필요한 사업 등에 있어서 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률 또는 그 법률에 의한 명령의 범위 내에서 행하는 필요최소한의 행위를 말한다.”고 한다.

80) 대법원 2003.2.28. 선고, 2001두1239 판결. 관련 기업들이 따로따로 소송을 제기하였기 때문에 관련사건이 3건(2001두1239(진로), 2001두939(두산), 2001두946(하이트))이 되었고, 이 사건은 사업자들의 가격결정에 정부의 행정지도가 개입된 사례에 관한 첫 번째 판례인데, 대법원은 원심 판결에서 들고 있는 주류가격의 결정구조를 원용한 후 합의 추정의 번복을 인정한 원심 판단이 옳다고 결론을 내렸을 뿐 상세한 이유를 밝히지 아니하였다.

81) 현행법에도, 과세표준 등의 신고제도(주세법 23조), 주세보전명령(주세법 40조), 주류 등의 가격에 관한 명령제도(주세법 시행령 50조) 등이 유지되고 있다.

로쿠어스는 약 55%의 맥주가격 인상을 요청하였고, 국세청은 우선 재정경제원으로부터 인상한도를 승인받도록 요구하였고, 맥주 3사는 재정경제원으로부터 한자리 숫자의 인상을만을 허용받아 그 상한선이 9.9%로 결정되었고, 그 시기도 소비자물가예의 영향을 최소화하는 방향으로 정하도록 하였다. ㉔ 그 후 가격선도업체인 오비맥주가 재정경제원으로부터 승인받은 위 인상을 범위내에서 종류별, 용량별 가격 인상율이 기재된 원가계산서를 국세청에 제출하고 협의를 거친 후, 국세청은 이를 승인하여 주었고, 하이트맥주는 국세청으로부터 오비맥주에 승인된 내용을 통보받고 종류별, 용량별로 오비맥주와 동일한 가격 인상을 제출하였다. 진로쿠어스도 오비맥주와 하이트 맥주의 가격을 그대로 모방하기로 하여 종류별, 용량별로 동일한 가격 인상을 제출하여 국세청의 승인을 얻고, 국세청장은 이를 모두 수리하였다. ㉕ 국세청은 맥주가격 인상시기에 있어서도, 한 회사의 가격 인상은 타 회사의 가격 인상을 예상케 하여 그에 대한 가수요가 발생하는 등 주류 유통질서가 문란해지는 폐단이 발생한다는 이유로, 회사별 주류가격 인상시점이 시기적으로 근접하도록 이를 지도하여 왔고, 그에 따라 하이트맥주가 1998. 2. 21., 오비맥주가 같은 달 23., 진로쿠어스가 같은 달 24. 맥주가격을 인상하게 되었다.

(2) 법원의 판단

㉖ 추정의 복멸에 대하여 합의의 추정을 받는 사업자들로서는 공동행위의 합의가 없었다는 사실을 입증하거나 외형상 일치된 행위가 합의에 따른 공동행위가 아니라는 점을 수증할 수 있는 정황을 입증하여 그 추정을 복멸시킬 수 있다. ㉗ 가격결정에 행정지도의 개입과 위법성 조각 여부에 대하여는 1997년 말 국내 맥주 공급시장의 99.9%를 점유하고 있는 맥주3사(하이트맥주, 오비맥주, 진로쿠어스)가 1998. 2. 21.과 같은 달23. 및 같은 달24. 맥주의 종류별, 규격별가격을 동일한 비율로 순차 인상하여 유지한 것은 법 19조 1항 1호의 '가격을 결정 유지 또는 변경하는 행위'에 해당할 뿐만 아니라, 국내 맥주 공급시장에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위에 해당하므로, 법 19조 5항에 따라 부당한 공동행위를 한 것으로 추정되지만, ㉘ 맥주회사가 맥주가격을 인상하는 경우, 재정경제원은 물가지수에 미치는 영향이 크다는 이유로, 국세청은 주세법 38조, 주세사무처리규정 70조 등에 따른 국세청장의 가격에 관한 명령권 등에 의하여

각 행정지도를 함으로써 사실상 맥주가격의 인상에 관여하여 왔는데, 제정경제원과 국세청은 맥주3사의 가격인상 요구에 훨씬 미치지 못하는 인상률만을 허용함으로써 맥주 3사는 허용된 인상률 전부를 가격인상에 반영할 수밖에 없게 되어 맥주 3사의 맥주가격인상률이 동일해질 수밖에 없는 점, ⑤ 국세청은 가격선도업체와 협의된 종류별, 용량별 구체적인 가격인상 내역을 다른 맥주 제조업체에게 제공하고, 다른 업체가 이를 모방한 인상안을 제시하면 그대로 승인하여 왔고, 그 인상시점 또한 국세청의 지도에 따라 결정되는데, 이 사건 가격인상도 마찬가지로 방식으로 이루어진 점, ⑥ 가격인상과 관련하여 국세청과 협의를 앞두고, 맥주 3사 간에 인상률에 대한 별도의 합의를 한 후 국세청과 협의에 임하였다거나, 또는 국세청과의 인상률에 대한 합의를 기화로 그 행정지도에 따른 인상률을 동일하게 유지하기로 하는 별도의 합의를 한 것으로는 인정되지 않는 점 등을 종합하여 볼 때, 맥주 3사의 이 사건 가격인상은 결과적으로 맥주 3사의 가격인상률이 동일하게 되었다고 하더라도 맥주3사간의 의사에 의한 것이 아니므로 맥주3사 사이에 부당한 공동행위의 합의가 있었다는 추정은 복멸된다고 판단하였다.

(3) 맥주 사건에 대한 검토

‘행정지도’라 함은 “행정기관이 그 소관사무의 범위 안에서 일정한 행정목적을 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록 지도·권고·조언 등을 하는 행정작용”을 말하는데, 행정지도는 그 목적달성에 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 행정지도의 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요하여서는 아니 되고, 행정기관은 행정지도의 상대방이 행정지도에 따르지 아니하였다는 것을 이유로 불이익한 조치를 하여서는 안 된다(행정절차법 제2조 제3호, 제48조 제1·2항). 우리나라에서는 종전부터 물가나 국가재정수입에 미치는 영향이 큰 상품이나 용역에 대해서는 행정지도의 형식을 빌려 정부가 가격책정에 관여하여 왔는데, 경쟁자들의 공동행위에 행정지도가 영향을 미친 경우에 공정거래법을 어떻게 적용할 것인가가 문제된다.⁸²⁾

82) 實方謙二, 獨占禁止法(제4판), 有斐閣, 1998, 216-217頁은 일본의 행정지도는 그 실시과정에서 사업자간 행위의 일치를 촉진하는 효과가 있으므로, 사업자 측의 행위가 행정지도에 의한 협력의 범위 내에 그치는 경우에는 부당한 공동행위가 성립하지 않는 것으로 볼 수 있지만, 행정지도의 본래적인 협조촉진효과를 증폭하여 사업자 측에서 자발적인

행정지도의 일반적인 유형은 특정상대방에 대하여 특정한 행위를 할 것을 요구하는 것을 내용으로 한다. 그런데 부당한 공동행위와 관련해서 문제를 야기하는 행정지도에서 '상대방에게 요구되는 특정한 행위'란 특정한 내용의 행위가 아니라 당사자간에 자율적인 합의를 하라는 것이다. 이러한 행정지도는 그 본질상 행정지도와 행정지도의 결과물인 당사자간의 합의 사이에 당사자들의 자율적 의사결정이라는 자율성의 징표가 개입하게 된다. 그러나 부당한 공동행위의 구성요건 자체가 "합의"이며, 합의만 있으면 그 자체로서 제재의 대상이 되고 있다는 점을 고려하면 합의할 것만을 요구한 행정지도는 그 합의의 내용과 관계없이 부당한 공동행위를 요구하는 것이 된다.⁸³⁾

아울러 공정거래법은 경제체제의 기본을 정한 일반법이고 그 원칙이 존중되어야만 하므로 공정거래법 위반이 행하여진 경우에는 행정지도가 관여되었다 하여도 원칙적으로 그 위법성이 조각되지 않는다. 특히, 행정지도 이전에 사업자 간에 협정이 성립하여 있고 그 실효성을 확보하기 위하여 행정지도를 요청하여 행정지도가 실시된 경우 및 행정지도가 있는 후에 당해 행정지도의 실시를 위해서 사업자 간에 공동행위가 이루어진 경우나 사업자 간의 협정의 성립·실시의 과정에 행정청이 관여하고 그 내용을 지도·조정하는 경우에는 이러한 사업자 측의 자발적인 행위가 부당공동행위에 해당한다.⁸⁴⁾

그런데 맥주판결에서는 행위의 일치가 국세청의 가격인상률에 대한 행정지도에 따른 것이었다는 점이 추정의 번복사유로 판시되었다.⁸⁵⁾ 이 점은 행정지도가 개입된 공동행위에 대하여 그 동안 공정위가 법령에 근거가 없거나 간접적으로 근거한 행정지도에 따른 사업자 또는 사업자단체의 행위가 담합 요건을 갖출 경우 원칙적으로 공정거래법에 위반되며,⁸⁶⁾ 합의가 행정지도에 의한 것이라 하

행위가 있는 경우에는 독점금지법위반이 된다고 한다. 행정지도가 관여하는 경우에 사업자 등의 부당한 공동행위가 인정되는 형태의 유형으로, ① 행정지도를 요청하여 행정지도가 실시되는 경우, ② 행정지도가 있는 후 이를 실시하기 위하여 사업자간의 협정이 이루어진 경우, ③ 사업자간의 협정이 성립 또는 실시되는 과정에서 행정관청이 관여하고 그 내용을 지도 및 조정하는 경우, ④ 행정지도가 책정, 실시되는 과정에서 사업자의 관여를 통해 사업자간 협정이 성립하는 경우를 예로 들고 있다.

83) 이원우, 앞의 글, 170면.

84) 이남기·이승우, 앞의 책, 210-211면.

85) 이 사건에서 인상 전후 3사간 종류별·규격별로 미세한 가격 차이가 있었으나 인상률이 동일하고 인상시기가 근접하여 행위의 외형상 일치는 특별히 문제가 되지 않았고, 관련 시장의 확정과 관련해서도 맥주 시장에 한정할 것인지, 전체 주류시장이 관련 시장이 되는 것인지 논란이 될 수 있지만 이 역시 쟁점이 아니었다.

더라도 그것만으로는 위법성이 조각되지 않는다⁸⁷⁾고 한다. 행정지도에 따른 공동행위의 적법성 여부, 즉 행정지도에 따른 행위라는 점이 공정거래법 제58조의 법령에 정한 정당한 행위로서 위법성이 조각되는 사유인지의 여부에 관해서 맥주판결은 행정지도에 따른 행위라는 사실이 맥주 3사 사이의 합의, 즉 의사연락이 없었다는 사실을 추인하게 하는 정황사실이라는 점을 인정하여 합의 추정의 번복을 인정하였을 뿐이다.⁸⁸⁾ 따라서 행위의 외형상 일치만으로 합의의 존재가 추정될 수 있는 추정조항의 구조상, 행정지도에 따른 행위라는 점은 합의가 아닌 다른 시장상황의 결과로 행위의 일치를 설명할 수 있게 한다는 점에서 합의 추정 단계에서는 그 번복사유로 작용하게 되고, 반면에 합의의 존재가 입증되거나 추정된 이후 위법성을 심사하는 단계에서는 행정지도에 따른 행위라는 점이 위법성 조각의 항변사유로 허용되지 않는다는 논리가 가능할 것이다.⁸⁹⁾ 그런데 대법원은 “상대방 사업자와 공통적으로 관련된 외부적 요인이 각자의 가격결정판단에 같은 정도로 영향을 미침으로써 부득이 동일 또는 유사한 시기에 동일 또는 유사한 행위를 할 수 밖에 없었던 경우”를 구체적 추정복명사유의 하나로 예시하면서 행정지도의 개입을 위와 같은 경우에 해당하는 것으로 인정하였다.⁹⁰⁾

그러나 행정지도를 빌미로 부당한 가격담합이 이루어진 경우 규제의 대상이 되어야 한다. 맥주사건은 행정지도 형식에 의한 사실상의 가격 통제로 가격에 대한 인위적 블록(block)이 형성되어 시장기능에 의한 가격형성이 봉쇄되어 있다는 특수성이 있다. 행정지도가 개입된 사례에서 사업자의 면책을 인정하는 방법은 첫째, 합의 추정의 번복 인정, 둘째, 법 제58조가 정한 법령에 의한 정당한 행위로 인정,⁹¹⁾ 셋째, 법 제58조에 해당하지는 않지만 일반적인 위법성 조각사

86) 서울고등법원 2002.10.17. 선고, 2001누10715 판결은 그 외에 11개 손해보험회사 사건과 관련해서도 손해보험회사들의 기본보험료가 동일하게 유지 또는 인상된 것이 금융감독원의 행정지도에 따른 것임을 중시하여 합의의 추정이 번복된다고 판시하고 있다.

87) 서울고등법원 1992.1.29. 선고, 91구2030 판결.

88) 한국공정거래협회 편, 공정거래 심결사례 국제 비교, 박영사, 2003, 327면(박성범 집필 부분).

89) 홍대식, 앞의 글, 72-73면.

90) 박해식, 부당한 공동행위의 추정과 실질적 경쟁제한의 의미, 경제법판례연구 제1권, 법문사, 2004, 169면.

91) 이원우, 앞의 글, 162면은 공정거래법 제58조는 정부의 가격통제로 가격의 자율적 형성 권한이 없는 사업자들의 가격에 관한 합의는 가능하지 않을 것이라는 점을 고려한 입법

유로 인정 등 세 가지 방법이 있을 것이다.⁹²⁾ 그렇지만 경쟁자 사이에 가격 관련 정보교환과 협의 사실이 인정되는 경우에는 행정지도의 개입을 이유로 합의 추정의 복멸을 인정하는 것보다 위법성의 결여를 이유로 면책을 허용하는 것이 더 논리적이고 타당할 것이다. 독자적인 경영판단의 결과라고 보는 것이 부자연스러운 여러 가지 정황들이 있음에도 추정의 복멸을 쉽게 허용하는 태도는 우리 법의 구조와 입법취지에 비추어 적절하지 않은 것이라고 생각된다.⁹³⁾

2) 자동차보험료 사건⁹⁴⁾

(1) 행정지도와 관련된 사실관계

1999년도 국내 자동차보험시장은 이 사건 원고들인 11개의 국내회사와 3개의 외국회사가 참여하고 있었는데, 원고들의 자동차보험시장의 점유율은 합계 99.9%이고, 그 중 상위 4개사인 삼성화재, 엘지화재, 현대화재, 동부화재의 시장 점유율이 69%에 이른다.⁹⁵⁾ 보험료의 결정과정에서 보험 사업은 금융 및 실물경제에 미치는 파급효과가 크고, 보험계약자 보호를 위하여 보험회사의 재무건전성이 확보되어야 하기 때문에 관련 법령에 근거하여 정부가 보험료 결정과정에 개입하여 왔는데, 크게 3단계로 나누어 ① 1994년 4월 이전에는 보험료가 보험개발원이 결정한 기본보험료율(순보험료율+부가보험료율)대로 결정되었고, ② 1994년 4월 이후부터는 금융감독원이 보험개발원으로부터 제시받은 기본보험료율을 바탕으로 최종적으로 기본보험료율의 인상 또는 인하율을 정하여 각 보험회사들에 통보하면 보험회사들이 그대로 따르는 방식을 취하였으며, ③ 2000. 1.

이며, 다른 법률의 집행과 공정거래법의 집행간의 충돌을 방지함과 동시에 개별법률이나 이에 근거한 적법한 법령에 따른 사업자들의 법적 안정성을 보장하는 성격도 가진다고 한다.

92) 고현환, 앞의 글, 23-24면은 행정지도는 법치주의의 적용을 받지 않을 수 없고, 그 한계는 법규상의 한계, 조리에 의한 한계로서 비례의 원칙, 평등의 원칙, 신뢰보호의 원칙을 들고 있다.

93) 유해용, 부당공동행위 추정과 관련된 판례 연구(下), 저스티스 통권 제89호(이하 (下)로 인용한다), 2006, 72면.

94) 대법원 2005.1.28. 선고, 2002두12052 판결.

95) 자동차보험의 기본보험료는 '순보험료(보험금 지급에 충당하는 부분)'와 '부가보험료'(인건비·운영비·이윤 등 보험사들의 각종 경비에 충당하는 부분으로 순보험료에 연동하여 결정된다. 부가보험료=순보험료×예정사업비/예정손해율)로 구성된다.

1.부터는 보험개발원이 보험금의 지급불능이 발생하지 않도록 하는 최소한의 보험요소로서 보험금의 직접 지급에 충당되는 순보험요율만을 산출·제공하고, 부가보험료는 원고들이 자율적으로 결정할 수 있게 되었다.⁹⁶⁾

(2) 법원의 판단

㉡ 2000. 4. 1.자 보험료결정행위에 대하여 금융감독원장이 2000. 8. 1.까지 부가보험료 자유화조치를 유예하고 순보험료도 종전 보험료에 대한 예정손해율(73%) 수준으로 유지하기로 방침을 정하여, 보험개발원으로 하여금 위 예정손해율에 해당하는 만큼의 순보험료만을 분리하도록 하였고 원고들에게는 보험개발원이 제시하는 참조순보험요율에 따른 순보험료와 종전예정사업비율에 따른 부가보험료를 책정하여 이를 합산한 금액을 기본보험료로 신고하도록 행정지도한 사실이 인정되고,⁹⁷⁾ 위 행정지도에 앞서 원고들 사이에 기본보험료에 대한 별도의 합의를 하였다거나 또는 행정지도를 기화로 기본보험료를 동일하게 유지하기로 하는 별도의 합의를 하였다고 볼 자료도 없으므로, 공동행위의 합의가 있었다는 추정은 복멸된다. ㉢ 2000. 8. 1.자 보험료결정행위에 대하여 금융감독원장은 당초 보험개발원이 원고들의 손해율 등 통계자료에 기하여 인상요인 5.4%를 반영한 참조순보험요율을 작성하였음에도 불구하고, 물가 및 소비자보호 등을 이유로 이를 평균 3.8%로 억제하도록 하였고 원고들에게도 같은 행정지도를 하여, 원고들은 보험개발원이 재작성한 평균 3.8% 인상된 참조순보험요율에 회사별 수정계수를 곱하여 순보험료를 산출하였고 부가보험료는 각 회사의 가

96) 이 사건에서 공정거래위원회가 부당공동행위로 문제 삼은 것은, 원고들의 ㉡ 2000. 4. 1.자 보험료결정행위 : 2000. 4. 1.부터 시행되는 자동차보험료(기본보험료)를 종전 기본보험료수준으로 유지하기로 결정하여 이를 금융감독원에 신고·실행, ㉢ 2000. 8.1.자 보험료결정행위 : 5개 자동차보험종목(개인용·업무용·영업용·이륜·운전자보험)의 2000. 8. 1.자 시행분 자동차보험료(기본보험료)를 평균 3.8% 수준으로 인상하기로 합의하여 신고·실행, ㉣ 특별할증률 : 인상행위(1999년 9월부터 10월경 사이에 1999. 11. 1.부터 책임이 개시되는 자동차보험 계약분에 대하여 특별할증률을 종전보다 10%씩 동일하게 인상하여 실행, ㉤ 입찰담합행위 : 한국전력공사가 2000. 7. 15. 실시한 자동차보험입찰에 참가하면서 기존에 각 사별로 계약한 자동차보험료 금액을 서로 교환 제공하여 이를 합산한 금액으로 입찰금액을 동일하게 제출하여 입찰이 유찰되게 함 등 이었다.

97) 대법원은 비록 법 제63조 제1항이 정한 공정거래위원회와의 협의가 없었다고 하더라도 보험사업자의 신고에 대한 심사과정에서 금융감독원장이 행정지도를 통하여 사실상 보험료결정에 관여하였고 그 결과 보험료가 동일하게 유지되었다면, 공동행위의 합의 추정을 복멸시킬 수 있는 정황으로서 참작될 수 있다고 한다.

입자특성, 판매비, 보험모집원 수당 등을 반영한 실적사업비율을 적용하지 아니한 채 부가보험료자유화 이전의 예정사업비율에 따른 LCM(Loss Cost Multiplier)계수를 적용하여 기본보험료를 평균 3.8% 수준으로 인상하게 된 것이므로, 결국 원고들의 이러한 행위는 공동행위에 대한 합의의 입증이 부족하여 법 19조 1항이 정한 부당한 공동행위에 해당한다고 볼 수 없다.

(3) 자동차보험료 사건에 대한 검토

자동차보험료 사건에 대하여 기본적으로 행정지도에 따른 행위의 정당화와 관련하여, 공동행위의 경우 공정거래법 제58조의 문제가 아닌 공동행위 추정의 복명에 관한 문제로 해결하려고 한 태도는 타당하다. 이러한 공동행위의 추정의 복명을 위하여 행정지도로 인하여 단순히 회합을 하였을 뿐 실질적인 가격결정권을 행사하지 못하여 결국 공동행위를 위한 합의의 존재가 인정되지 않는 것인지, 아니면 행정지도가 존재하기는 하였으나, 이러한 행정지도의 존재가 단지 합의의 존재를 둘러싼 외양으로서의 구실에 불과한 것인지를 전정황적인 판단을 통한 간접사실의 입증을 통하여 판단되어야 할 것이다. 공동행위의 추정이라는 것은 합의의 추정이므로 이러한 합의의 추정을 복명하기 위하여 비권력적 사실행위라는 개념을 다시 접근할 필요가 있고, 법원이 이러한 방식으로 행정지도에 따른 사경제주체인 보험사들의 보험료 결정행위에 대한 부당한 공동행위가 공동행위의 추정이 복명되어 위법하지 않다고 판단한 태도는 타당하다⁹⁸⁾고 한다.

그렇지만, 정부로부터 가격통제를 받는 보험 산업이라고 하여 가격담합이 발생할 가능성이 전혀 없는 것은 아니기 때문에 위와 같은 일률적 적용 제외 주장은 타당하지 않다고 생각된다. 이 사건에서 대법원이 제시한 기준으로 정부의 행정지도를 지렛대로 한 경쟁자 사이의 의사의 합치에 따라 일률적 가격인상이 이루어진 것인지(사업자들이 행정지도를 이용하여 가격담합을 도모한 것인지), 행정지도의 내용을 소극적으로 수용하는 데에 그친 것인지를 규명하여 추정의 번복 여부를 가리는 것이 바람직하다. 또한 이 사건에서 비록 자발적·적극적 형태는 아니지만, 간사 회사를 통한 행정지도의 내용 전달과 자동차업무부장회의

98) 최승재, 행정지도를 따른 행위와 부당한 공동행위의 추정의 복명, 기업소송연구, 2005. 1, 474면.

등을 통해 행정지도에서 제시된 한계 안에서 인상률을 일치시키기로 하는 의사
의 일치가 이루어졌다고 보는 것이 더 자연스럽다. 따라서 경쟁자 사이에 의견
조율의 흔적이 엿보이는 사건에서는 합의의 추정을 쉽게 반복하기보다는 추정
은 유지하되, 합리성의 원칙에 따라 위법성이 존재하는지를 가려 '부당한' 공동
행위에 해당하는지를 판단하는 것이 옳다.⁹⁹⁾

3. 공정거래법상 부당한 공동행위와 행정지도에 대한 검토

법원은 행정지도 관련 판례들에 있어서도 원칙적으로는 엄격한 입장을 견지
하면서도 구체적, 개별적인 사안에 따라서는 유연한 자세를 보이고 있다. 예를
들어 농수산물도매시장법인협회사건¹⁰⁰⁾에서는 경쟁제한적 행위로 인해 지켜지
는 이익과 그로 인해 침해되는 보호법익을 비교하여 경쟁제한적 행위가 공정거
래법의 궁극적 목적에 실질적으로 반하지 않는다는 이유로 적법한 행위라고 판
결하였으며, 위의 맥주사건,¹⁰¹⁾ 위의 자동차보험료사건¹⁰²⁾과 같이 공동행위의
합의의 추정이 복멸된다거나 합의의 입증이 부족하다는 이유로 부당한 공동행
위에 해당하지 않는다고 판시하였다.

공정거래위원회의 입장처럼 행정지도에 대한 공정거래법 적용 제외의 요건을
엄격히 할 경우, 현실적으로 거의 대부분의 행정지도가 법령에 구체적인 근거를
가지기보다는 조직법상 소관사무의 범위 내에서 행해지고 있다는 점에서 사업
자에게 지나치게 가혹하다는 비판이 제기될 수 있다. 행정지도는 법적 구속력
없이 사업자의 자발적 협력과 순응이 전제되는 것이므로 부당한 공동행위의 합
의의 성립이 인정되는 경우에는 공정거래법 제58조의 요건(법령에 따른 정당한
행위)을 충족하기 어렵고, 한편, 추정의 반복이나 입증이 부족하여 합의의 성립
이 인정되지 않는 경우에는 제58조의 적용여부가 문제되지 않을 수 있다. 즉,

99) 유해용, 앞의 글(下), 79-80면은 행정지도의 내용을 그대로 수용하는 소극적·수동적 형태
로도 경쟁자 사이에 의사 일치에 이루어질 수 있으므로, 행정지도의 개입을 합의 추
정의 반복사유로 삼을 것이 아니라 부당성(위법성)을 인정하기 어려운 사정, 즉 부당성
의 추정이 반복되는 사정으로 고려하자는 취지라고 한다.

100) 서울고등법원 1996.12.6. 선고, 96나2240 판결.

101) 서울고등법원 2000.12.28. 선고, 2000누1418 판결; 대법원 2003.2.28. 선고, 2001두1239 판
결 등.

102) 서울고등법원 2002.10.17. 선고, 2001누10716 판결; 대법원 2005.1.28. 선고, 2002두12052
판결 등.

제58조는 합의가 있으면 적용이 불가능하고, 합의가 없다면 어차피 무관하므로 실질적으로 의미가 없다는 것이다.

이러한 상황에서는 개별 사업자가 관할 행정기관의 행정지도가 적법한 지를 스스로 심사하여 그를 따를 것인지 여부를 판단해야 하는데, 이는 전문가인 관할 행정기관보다 개별 사업자에게 더 많은 짐을 지운다는 점에서 부적절한 측면이 있다. 한편, 그렇다고 해서 적용 제외 요건을 사실상의 구속력 있는 행정지도에까지 완화한다면 사실상 모든 사업별 주무관청의 공무원 개개인에게 적용제외 권한을 부여하는 결과를 가져올 수 있다는 우려도 제기 된다.¹⁰³⁾ 경쟁자 사이에 가격 관련 정보교환과 협의 사실이 인정되는 경우에는 행정지도의 개입을 이유로 합의 추정의 복멸을 인정하는 것보다 위법성의 결여를 이유로 면책을 허용하는 것이 더 논리적이고 타당할 것이다. 독자적인 경영판단의 결과라고 보는 것이 부자연스러운 여러 가지 정황들이 있음에도 추정의 복멸을 쉽게 허용하는 태도는 우리 법의 구조와 입법취지에 비추어 적절하지 않다.

한편 통신이나 금융 산업과 같은 규제산업에 있어서는 규제기관의 행정지도를 따르지 않을 경우, 상당한 불이익을 받을 것이라는 것을 누구나 쉽게 예상할 수 있다.¹⁰⁴⁾ 이러한 상황에서 행정지도 관행을 놔둔 채로 사업자만을 처벌하거나, 또는 사업자를 처벌함으로써 결과적으로 행정지도 관행을 줄이고자 하는 식의 법집행 양상은 적절하지 않다고 판단된다. 규제산업의 경우, 산업별 특수성이 인정되어 전문 규제기관의 관할 하에 놓여 있다는 점을 감안하면 그러한 상황의 타당성 자체를 검토하고 개선하든지, 아니면 규제의 효력과 강제성에 대한 실질적 판단을 바탕으로 행정지도가 사업자에게 미치는 영향을 감안하여 법집행이 이루어지는 방향으로 제도가 개선될 필요가 있다고 본다.¹⁰⁵⁾

103) 김상태, 행정지도와 국가배상, 행정법연구 제22호, 2008, 99면은 행정지도에 의한 국가배상에서 가장 큰 문제는 인과관계의 성립여부이며, 인과관계의 성립여부에 대한 중요한 판단기준은 행정지도의 특성상 상대방에 대한 사실상의 강제성 여부인데, 행정지도가 규제적 성격의 수위를 넘거나 위법한 행정지도라면 국가배상이 가능하다고 한다.

104) 이상훈, 정보통신산업에 대한 독점규제법, 공법연구(한국공법학회) 제35집 제4호, 2007, 499면은 통신산업에 대한 독점규제법의 적용 범위가 확대되고 있더라도 통신산업의 고유한 목적과 필요성에 따른 규제는 여전히 존재하는 것이 현실이므로, 정보통신부에 의한 산업적 규제와 공정거래위원회의 경쟁법적 규제의 충돌 가능성이 상존하기 때문에 규제기관의 이중규제에 대한 상호간의 조화로운 해결을 위한 제도적 보장장치를 마련할 필요가 있다고 한다.

105) 권남훈·유진수, 앞의 글, 96면.

IV. 결론

개정된 공정거래법의 제19조 제5항의 법률상 추정제도의 개선은 개정 전 규정에 지적되던 불합리성과 현실적 문제점을 해소함으로써 합리성을 추구하고, 기업의 부담을 덜어준다는 점에서 긍정적으로 평가할 수 있으나, 다른 측면에서는 부당공동행위에 대한 법률상 추정제도의 독자성을 해친 것이라고 볼 수 있다. 즉 합의에 관한 명백한 증거가 없더라도, 정황증거가 충분한 경우에는 합의가 '사실상' 입증된 것으로 볼 수 있으므로 현행 법 제19조 제5항의 사실상 추정규정보다는 제1항의 규정을 적용하여 위법성을 인정하는 것이 합리적일 것이다. 그리고 법해석의 혼선의 여지가 있는 현행 법 제19조 제5항은 삭제하고 부당공동행위의 경우, 충분한 사실적 정황증거를 기초로 하여 범위만 여부를 제1항의 규정을 적용하여 판단하는 것이 바람직하다고 본다. '상당한 개연성'이라는 용어는 공정거래법 제19조 제5항과 같은 중대한 행정적 불이익처분을 가할 수 있는 법적 근거가 되는 경우, '상당한 개연성'을 일반화하여 도입하기에는 부적합하다. 제19조 제5항에서 법률상 추정의 요건으로 행위의 외형상 일치가 합의에 의한 것으로 볼 수 있는 '상당한' 법률상 추정제도의 개정은 당초 의도했던 효과를 거두기보다는 제19조 제1항에 의한 사실상 추정과의 차별성을 좁힘으로써 제19조 제5항의 독자적 존립근거와 적용범위를 상실하게 하는 부정적 결과를 낳을 가능성이 크다. 따라서 '상당한 개연성'에 대한 확률적 비율을 구체화하고, 공정거래위원회의 심결과 판례를 통해서 보다 합리적인 법리가 정립되어야 할 것이다.

그리고 법원은 행정지도의 관련 판례들에서 원칙적으로는 엄격한 입장을 견지하면서도 구체적, 개별적인 사안에 따라서는 유연한 자세를 보이고 있다. 공정거래위원회의 입장처럼 행정지도에 대한 공정거래법 적용 제외의 요건을 엄격히 할 경우 현실적으로 거의 대부분의 행정지도가 법령에 구체적인 근거를 가지기보다는 조직법상 소관사무의 범위 내에서 행해지고 있다는 점에서 사업자에게 지나치게 가혹하다는 비판이 제기될 수 있다. 행정지도는 법적 구속력 없이 사업자의 자발적 협력과 순응이 전제되는 것이므로 부당한 공동행위의 합의의 성립이 인정되는 경우에는 공정거래법 제58조의 요건(법령에 따른 정당한 행위)을 충족하기 어렵고, 추정의 반복이나 입증이 부족하여 합의의 성립이 인

정되지 않는 경우에는 제58조의 적용여부가 문제되지 않는다. 즉, 제58조는 합의가 있으면 적용이 불가능하고, 합의가 없다면 적용상 무관하므로 실질적으로 의미가 없다는 것이다. 한편 통신이나 금융 산업과 같은 규제산업의 경우, 산업별 특수성이 인정되어 전문 규제기관의 관할 하에 놓여 있다는 점을 감안하면 그러한 상황의 타당성 자체를 검토하고 개선하든지, 아니면 규제의 효력과 강제성에 대한 실질적 판단을 바탕으로 행정지도가 사업자에게 미치는 영향을 감안하여 법집행이 이루어지는 방향으로 제도가 개선될 필요가 있다고 본다.

주제어 : 부당공동행위 추정, 카르텔, 합의 입증, 법률상 추정, 정황증거, 추정복멸, 입증책임, 행정지도

참 고 문 헌

- 강재규, “환경소송상 과학적 증거의 허용성”, 「아·태공법연구」, 제8집, 2000.
- 권남훈·유진수, “부당한 공동행위에 대한 규제”, 「산업조직연구」, 제15집 제4호, 2007.
- 권오승, 「경제법」, 제5판, 법문사, 2005.
- 고현환, 행정절차법상 행정지도와 문제점 개선방안, 법학연구(한국법학회), 제28집, 2007.
- 김상권, “경제정책의 규제규범화와 공정거래법 2”, 「규제연구 제1권」, 한국경제연구원, 1997.
- 김상원·박우동·이시윤·이재성(편), 「주석 신민사소송법(III)」, 한국사법행정학회, 2004.
- 김상태, 행정지도와 국가배상, 행정법연구, 제22호, 2008.
- 김성원, 행정지도에 관한 소고, 공법학연구, 제6권 제1호, 한국비교공법학회, 2005.
- 김항규, 거버넌스 하에서의 법치행정의 과제, 한국공공관리학보 제18권 제2호, 2004.
- 남동현, “SW 시스템 장애와 입증책임의 완화”, 「민사소송 : 한국민사소송법학회지」, 제12권 제1호, 2008.
- 김영호, “독점규제법상 부당공동행위의 성립요건”, 「경영법률」, 제13권 제2호, 2003.
- 박해식, “공정거래법위반사건의 행정처분에 대한 최근의 판례동향과 그 시사점”, 「경쟁저널」, 제90호, 2003.
- 박해식, “부당한 공동행위의 추정과 실질적 경쟁제한의 의미”, 「경제법판례연구 제1권」, 법문사, 2004.
- 손수일, “공동행위(카르텔)의 규제와 추정조항의 문제점”, 「경제법의 제문제」, 재판자료 제87집, 2002.
- 유해용, “부당공동행위 추정과 관련된 판례연구(上)”, 「저스티스」, 통권 제88호, 2005.
- 유해용, 부당공동행위 추정과 관련된 판례 연구(下), 저스티스 통권 제89호, 2006.

- 윤성운, “부당한 공동행위의 추정조항”, 권오승(편), 「자유경쟁과 공정거래」, 법문사, 2002.
- 이기중, “사업자단체의 부당공동행위”, 「비교사법」, 제13권 제4호, 2006.
- 이남기·이승우, 「경제법」, 제3판, 박영사, 2001.
- 이순미, “카르텔 법집행의 현황과 전망”, 「공정거래법 집행의 선진화-한미FTA 체결에 즈음하여-(워크샵자료집)」, 한국법제연구원, 2007.
- 이상훈, 정보통신산업에 대한 독점규제법, 공법연구(한국공법학회) 제35집 제4호, 2007.
- 이시윤, 「신민사소송법」, 제4판, 박영사, 2008.
- 이원우, “규제개혁과 규제완화 : 올바른 규제정책을 위한 법정책의 모색”, 「저스티스」, 통권 제106호, 2008.
- 이원우, 통신시장에 대한 규제법리의 특징과 행정지도에 의한 통신사업자간 요금관련 합의의 경쟁법 적용제외, 행정법연구, 제13호, 2005.
- 이인권, “입찰담합의 통계적 추정연구에 대한 고찰”, 「한국경제의 분석」, 제14권 제3호, 2008.
- 이황, “부당공동행위 관련 2007년 공정거래법 개정에 대한 평가와 전망”, 「경제법연구」, 제6권 제2호, 2007.
- 정동윤·유병현, 민사소송법, 제2판, 법문사, 2007.
- 정호열, 「경제법」, 제2판, 박영사, 2008.
- 최승재, 행정지도를 따른 행위와 부당한 공동행위의 추정의 복멸, 기업소송연구, 2005. 1.
- 한광석, “공정거래위원회 규제개혁 평가”, 「규제연구」, 제2호, 1999.
- 홍대식, “과점시장에서의 합의의 추정과 그 번복”, 「경제법판례연구 제1권」, 법문사, 2004.
- 한국공정거래협회 편, 공정거래 심결사례 국제 비교, 박영사, 2003.
- 2008년도 통계연보, 공정거래위원회, 2009.
- 實方謙二, 獨占禁止法(제4판), 有斐閣, 1998.
- 金井貴嗣・川濱昇・泉水文雄, 「獨占禁止法」, 弘文堂, 2004.
- Richard O. Lempert, et al., A Modern Approach to Evidence, Third Ed, West Group, 2000.

[Abstract]

The Presumption of Agreement by Law and the Administrative Guidance in the Cartel Regulation of the Fair Trade Act

Park, Jong-Kwun

Professor, College of Law, Kyong Gi University

Article 19(1) of Korean Competition Act regulate Prohibition of Improper Concerted Act. It is enacted that business shall agree with other businesses by contract, agreement, resolution, or any other means to jointly engage in an act, or let others do this kind of activities, falling under any of the following subparagraphs, that unfairly restricts competition. The amendment of the Article 19(5) of the Monopoly Regulation and Fair Trade Act seems to be the most important one, among various changes of cartel regulation legislation in 2007. It aims to improve the system of the presumption of agreement by law. First, the requirement of 'substantial restriction of competition' is removed and the agreement between businesses is explicitly articulated to be that is presumed. Second, new requirement of 'substantial probability' of causation between agreement and the appearance of concerted behavior is added. Setting aside the lift of substantial restriction of competition requirement, the first change does not seem to be significant because it is based upon misunderstandings of the case law and may not incur serious changes. The second part should contribute to make the legal presumption system reasonable, however, it is highly likely that new requirement of 'substantial probability' may confuse the demarcation between factual inference by Article 19(1) and presumption by law by Article 19(5). Exact meaning of the 'substantial probability' is not clear and analytical

construction is not easy. In theory, the new requirement is designed to lessen burden of proof about the existence of agreement, compared to the case of Article 19(1), however, it may not work as expected. Rather, it may become a new barrier in cartel regulation by Article 19(5), because courts may ask the Fair Trade Commission to prove the causation as much as in Article 19(1) case or admit rebuttal of presumption easily.

Administrative Guidance is actual cooperation request action without any binding force, and realized by the voluntary cooperation of the other party. So it is not permitted for the administrative agency to enforce the content of administrative guidance through the exercise of public authority power. And, it cannot deprive the other part's discretion. Various reviews of definite cases should be essential because the illegality on the other party's discretion issue should be decided upon the remarkable irrationality reflecting not only the purpose and object of the applicable acts but also various factors such as general principles of the antitrust law and administrative law. A few things should be taken into account in dealing with the interaction between the sector-specific regulation and the antitrust law, antitrust laws may not only conflict with sector-specific regulations but also cooperate with them in achieving desirable market performances. The superior status of antitrust in the market economy should be secured. The rules governing the relation between the sector-specific regulation and the antitrust may have great impact on future regulations and business conducts in regulated industries.

Key Words : collusion inference, cartel, proof of agreement, presumption by law, circumstantial evidence, reversal of collusion inference, burden of proof, administrative guidance