부당한 공동행위와 관련시장의 획정*

Defining a Relevant Market in a Cartel Case

辯護士 李 在 煥[1)]
Lee Jae Hwan

사건의 표시

[대법원 2013. 4. 26. 선고 2010두18703 판결]

논문요약

가격담합 등 경성카르텔의 경쟁제한성을 판단함에 있어서도 관련시장을 반드시 획정해야 하는지 여부가 논의되어 왔으나, 대법원은 독점규제 및 공정거래에 관한 법률상 부당한 공동행위 성립 여부를 판단하기 위한 선결문제로서 관련시장의 획정이 필요함을 명시하였다. 관련시장의 획정이 필요하다고 하더라도, 부당한 공동행위의 경우 경쟁제한적인 기업결합 등 다른 유형의 법 위반행위와 다른 기준으로 관련시장을 획정할 수 있는지 여부 또한 문제되었으나, 대법원은 법 위반행위의 유형을 불문하고 엄밀하게 관련시장 획정이 필요하다고 판단하였다. 대법원은 이 두 가지 명제에 대하여 판단하는 과정에서 관련시장 획정이 경쟁제한성 판단의 선결문제이므로 관련시장 획정 시 합의의 대상·목적·효과 등이 고려되어서는 안 된다는 점, 관련시장 획정 시 기본적으로 수요대체성을 중심으로 한 SSNIP 테스트가 중요한 기준이 됨을 명시하였다.

* 이 논문은 2013년도 상반기 판례연구발표회 발표논문입니다.

1) 법무법인 세종

특히 본 판결에서 원고는 공정거래위원회 및 원심과 같이 전체 음료시장으로 획정할 것이 아니라 과실음료 시장, 탄산음료 시장, 기타음료 시장으로 획정해야 한다고 주장하면서, 1순위 조사협조자인 동아오츠카 주식회사가 과실음료를 생산하지 않으므로 전체 음료시장을 기준으로 3순위 조사협조자인 원고가 과실음료시장에서는 2순위 조사협조자 지위를 인정받아야 한다고 주장하였다. 관련시장이 관련 기업결합 사건과 동일하게 과실음료시장, 탄산음료시장, 기타음료시장으로 획정될 경우 원고의 주장이 타당하며 받아들여질 가능성이 높다고 판단된다. 다만, 대법원이 가격담합 등 경성카르텔에서도 이처럼 관련시장을 엄격히 획정해야 한다는 입장을 견지할 경우 추후 자진신고자/조사협조자 감면신청 단계에서 공동행위의 개수 및 각각의 공동행위를 구별하는 과정에서부터 엄밀하게 관련시장을 획정해야 할 것으로 판단되며, 공정거래위원회의 자진신고자/조사협조자 감면 지위 부여, 추가감면제도(Amnesty Plus)의 활용, 관련매출액의 산정 등에 있어서 상당한 혼란이 불가피할 것으로 예상된다.

【주제어】 관련시장, 관련상품시장, 시장획정, 부당한 공동행위, 음료 담합사건

cartel, relevant market, beverage cartel

〈 目 次 〉

[사건의 개요]

[사건의 경과]

[대법원 판결요지]

[판례연구]

Ⅰ. 문제의 제기

Ⅱ. 가격담합과 관련시장 획정

Ⅲ. 관련시장 획정과 자진신고자/조사협조자 지위의 관계

[사건의 개요]

1. 음료 5사의 관련 모임

가. 청량음료거래질서정상화협의회(이하 '청량음료협의회')는 본건에서 원고 롯데칠성음료 주식회사(이하 '원고'), 해태음료 주식회사(이하 '해태'), 코카콜라음료 주식회사(이하 '코카'), 동아오츠카 주식회사(이하 '동아'), 웅진식품 주식회사(이하 '웅진', 이하 원고와 해태, 코카, 동아, 웅진을 총칭하여 '음료 5사')[2]를 포함하여 동서식품, 일화 등의 사장들로 구성된 모임으로, 2006년 이후 분기별 1회 정도의 조찬·만찬·골프 모임을 통하여 업계의 동향을 논의하고 음료업계의 공동 가격인상 문제를 논의하기도 하였다.

나. 청량음료실무자협의회(이하 '청실회')는 코카를 제외한 원고 등 4개사와 동서식품, 일화, 한국야쿠르트, 남양유업 등 8개사의 영업담당자로 구성된 모임이다. 월 1회 정기적인 모임을 통하여 각 회사의 월별 매출목표, 매출실적, 매출목표 달성도, 판촉내용, 신제품 출시(판매가격 포함), 영업전략 정보 및 가격인상 시 관련정보 등을 교환하였다.

다. 한편 청실회와는 별도로 음료 5사(청실회에 참석하지 않은 코카 포함)의 시장

2) 편의상 음료 5사 외의 다른 사업자들을 지칭함에 있어서도 '주식회사'를 생략함.

조사담당 직원들은 전화, 상용 메일(회사 메일은 사용하지 않음), 메신저 등을 통하여 수시로 가격정보, 매출목표·실적정보, 신제품정보 및 각 사의 동향자료를 교환하였다. 청실회에 참석하지 않은 코카는 주로 이러한 시장조사 담당직원들을 통하여 다른 업체들과 가격 인상 계획 등에 관한 정보를 교환하였다.

2. 2008. 2.경 공동행위

가. 원고와 해태, 코카, 동아 등은 2007. 11.부터 2008. 1.까지 3차례의 사장단 모임을 통하여, 음료제품의 가격 인상 폭과 인상 시기를 논의한 후 2008. 2.경 음료 가격을 인상하기로 하되, 원고가 가격인상안을 마련하여 나머지 회사들에 알려 주면 각자 가격을 인상하기로 합의하였고, 실무진에게 2008. 2.경 가격인상을 준비하라고 지시하였다.

나. 원고, 해태, 동아의 영업담당 실무자들은 2008. 1. 11.과 2008. 2. 8. 청실회 모임을 하고 주로 원고의 가격인상 내역 및 시기 등에 관한 정보를 공유하였다.[3] 음료회사들은 이 같은 구체적인 가격 정보에 터 잡아 임원회의 등의 논의를 거쳐 자사 제품의 가격 인상폭과 시기를 정하였다.

다. 이에 따라 해태는 2008. 2. 11.과 2. 20.에, 원고와 코카는 2008. 2. 18.에, 동아는 2008. 2. 25.에 과실음료 품목은 약 10%, 탄산음료 및 기타음료 품목은 약 5%의 가격인상을 실행하였다. 원고는 과실음료 21개 품목, 탄산음료 22개 품목, 기타음료 12개 품목 합계 55개 품목의 가격을 인상하였다.

---

3) 해태는 2008. 1. 14. 작성한 '2008년 주스제품 가격인상 내역'을 원고에게 송부하였으며, 원고는 2008. 1. 17. 회사별 가격인상계획을 정리한 자료를 코카에 전달하였다. 원고는 2008. 1. 24. 거래처 등에 가격인상안(2008. 2.분)을 통보한 이후 해태, 동아 등의 담당자에게 원고의 가격인상 일자, 품목, 인상율 등을 확인해 주면서 '원고의 2008. 2. 제품별 판매가격표'와 '가격인상 안내문'을 송부해 주었다. 한편 해태는 원고에게 2008. 1. 24.과 2008. 2. 1. 주스제품과 기타제품 등의 가격인상자료 파일을 이메일로 송부하였고, 그 무렵 동아와 웅진으로부터 가격인상 내역을 제공받았다.

3. 2008. 9.경 공동행위

가. 음료 5사는 2008. 6. ~ 7.경 원고와 해태의 사장단 모임, 영업담당 임원 모임을 통하여 음료제품의 가격 인상 폭과 인상 시기를 논의한 후 2008. 9.경 음료 가격을 인상하기로 하되, 원고가 가격인상안을 마련하여 나머지 회사들에 알려주면 각자 가격을 인상하기로 합의하였고, 실무진에게 2008. 9.경 가격인상을 준비하라고 지시하였다.

나. 당시 음료 5사 실무 담당자들은 가격 인상 폭과 가격 인상 시기에 관한 구체적인 정보를 공유하였으며, 이러한 가격정보에 터 잡아 임원회의 등의 논의를 거쳐 자사 제품의 가격 인상 폭과 시기를 정하였다.[4)]

다. 이에 따라 음료 5사는 2008. 9.경에 과실음료, 탄산음료 및 기타음료의 가격을 10% 정도 인상하기로 하였는데, 정부가 음료제품의 가격인상을 억제하는 정책을 추진하는 바람에 실제로는 가격을 인상하지 않았다.

4. 2008. 12.경 공동행위

원고와 해태는, 2008. 12. 17. 임원 모임을 통하여 설 명절 전에 1.5L 주스제품 가격을 10% 정도 인상하기로 합의하고 이를 실행하였다.

---

4) 음료 5사의 영업담당 실무자들은 2008. 8. 12. 청실회 모임을 하고 원고에게 가격인상안을 제공해 달라고 요청하였다. 원고 영업담당 실무자는 2008. 8. 26. 가격인상안이 확정되자 이를 거래처에 통보하기 이전에 해태의 담당자에게 전해 주었다. 그리고 2008. 9. 10.경에는 해태로부터 역시 거래처 통보 이전에 해태 제품의 가격인상 내역을 전달받았다. 해태는 그 무렵 동아로부터 가격인상일자, 품목, 인상율 및 경로별 가격을 포함하고 있는 가격인상 내역을 전달받았다. 코카는 원고, 해태, 동아로부터 각 회사의 가격인상안을 전달받았고, 원고와 경쟁관계에 있는 품목들에 대하여 원고와 거의 동일한 비율로 가격조정안을 작성하였다. 웅진의 담당자는 2008. 9. 4. 원고 담당자에게 요청하여 '2008. 9. 원고의 가격인상 내역'을 전달받았고, 2008. 9. 11. 원고가 해태의 가격인상안을 전달받아 원고와 해태의 가격인상 내역을 유사품목별로 정리한 '롯데, 해태 가격비교(08.9.月).xls' 자료를 전달받았다.

5. 2009. 2.경 공동행위

가. 음료 5사는 2008. 12. 18. 청량음료협의회 모임, 2009. 1.경 원고와 해태의 임원 모임을 통하여 환율과 원부자재 가격 상승으로 가격 인상의 필요성에 공감하고 음료제품의 가격 인상 폭과 인상 시기를 논의한 후 2009. 2.경에 시장점유율 하위 회사들도 가격 인상을 할 수 있도록 음료업계 1위사인 원고가 먼저 음료가격을 인상하기로 하였다.

나. 당시 음료 5사 실무 담당자들은 가격정보를 활발히 공유하였으며,[5] 이러한 가격정보에 터 잡아 임원회의 등의 논의를 거쳐 각 자사 제품의 가격 인상 폭과 시기를 정하였다.

다. 이에 따라 음료 5사는 2009. 2.경 과실음료, 탄산음료 및 기타음료 품목에 대하여 각각 약 10%의 가격인상을 실행하였는데, 원고는 2009. 2. 16. 과실음료 72개 품목, 탄산음료 29개 품목 및 기타음료 28개 품목 합계 129개 품목의 가격을 인상하였다.

---

5) 원고의 2009. 2.경 가격인상 관련 기안문은 2009. 1. 19.에야 최종 결재가 이루어졌는데, 코카 담당자는 2009. 1. 15. 원고 담당자로부터 가격인상 관련자료를 받았고 2009. 2. 5. 원고의 제품별 가격인상 내역에 관한 내부 계획자료를, 2009. 2. 10.에는 가격인상 안내문과 가격인상 후의 제품별 판매가격표를, 2009. 2. 11.에는 해태로부터 가격인상 안내문을 각 전달받았으며, 이에 터 잡아 2009. 2. 11. 원고의 각 제품에 대응하는 코카의 각 제품의 가격 인상률을 동일한 수준으로 정하여 '코카 가격인상 검토안'을 마련하였다. 동아 담당자는 2009. 2. 2. 원고로부터 음료제품에 대한 가격인상 계획자료를 전달받아 이를 토대로 '롯데 가격인상 관련' 문건을 작성하였다. 원고는 2009. 2. 10.경 해태로부터는 해태의 2. 4.자 가격인상안과 거래처에 통보되지 않는 내부자료인 도매채널, 대리점 및 직판 가격정보를 전자파일로 전달받았고, 동아로부터는 동아의 2. 23.자 가격인상 내역을 전달받았으며, 원고 담당자는 코카, 해태, 동아의 담당자들과 메일을 통하여 각 회사별 가격인상안 등을 공유하였다. 그리고 동아는 2009. 2. 13. 웅진 담당자로부터 웅진의 2. 18.자 가격인상 정보를 전화 청취하였다.

[사건의 경과]

1. 공정거래위원회는 2009. 2. 20. 음료제조판매사업자들에 대한 현장조사를 실시하였으며, 그 이후 2009. 2. 24. 동아가 첫 번째로, 2009. 3. 4. 코카가 두 번째로, 2009. 4. 13. 원고가 세 번째로, 2009. 4. 23. 해태가 네 번째로 각각 조사협조자 감면신청을 하였다.[6)]

2. 공정거래위원회는 원고가 나머지 음료 4사와 함께 2008. 2.경, 2008. 9.경 및 2009. 2.경에 음료제품의 가격을 공동으로 인상하기로 합의하였고, 또 2008. 12.경 해태와 주스 가격을 공동으로 인상하기로 합의하였다고 판단하였으며, 이를 근거로 원고에게 시정조치, 과징금 226억 3,900만 원, 정보교환금지명령을 부과하였다(공정거래위원회 2009. 11. 9. 의결 제2009-249호).

3. 원고는 서울고등법원 2009누39393호로 피고에 대하여 시정명령, 과징금부과명령 및 정보교환금지명령의 취소를 구하는 소를 제기하였으며, 본 소에서 ① 원고가 해태와만 담합행위를 하였을 뿐, 코카, 동아, 웅진과 담합행위를 한 바 없으며, 해태

6) 그런데 공정거래위원회 사무처장은 동아의 감면신청에 대하여 지위불인정을 통지하였다. 동아가 제출한 자료들은 당해 공동행위에 참여한 사업자들 간에 작성된 합의서, 회의록 등으로 볼 수 없어 합의의 존재를 집적적으로 입증할 수 있는 자료라고 볼 수 없으며, 또한 공동행위에 관한 일부 확인서와 진술서 등이 자료로 제출되었으나 그 내용을 확인해 줄 수 있는 서류, 물건, 전산자료, 통신자료 등의 제출이 수반되지 않은바, 부당한 공동행위 자진신고자 등에 대한 시정조치 등 감면제도 운영고시(이하 '감면고시') 제4조 제1항의 요건을 충족하지 못하여 결국 공정거래법 시행령 제35조 제1항 제2호 나목 '부당한 공동행위임을 입증하는 데 필요한 증거를 단독으로 제공한 최초의 자일 것'이라는 요건을 충족하지 못했다고 판단하였기 때문이다. 하지만 공정거래위원회 전원회의에서는 동아의 감면신청이 공정거래법 시행령의 요건을 충족한다고 판단하였다. 즉, 공정거래위원회는 ① 동아가 제공한 증거자료는 당해 사건 공동행위의 근간을 이루는 정보교환 증거 및 청실회 모임 증거와 관련된 것이라는 점에서 공동행위를 입증하는 데 필요한 증거임이 인정되는 점, ② 감면고시는 공동행위 입증에 필요한 증거임을 요구하고 있을 뿐 필요한 정보를 '충분히 제공'할 것을 요구하지는 않으므로 가사 동아가 제공한 자료가 당해 사건 공동행위를 입증하는 데 충분한 증거가 되지 않더라도 필요한 증거임이 인정되는 이상 당해 요건을 충족하지 못한다고 보기 어려운 점에 비추어 감면요건을 충족한다고 판단함으로써, 동아에 대하여 1순위 조사협조자 지위를 부여하였다.

와의 담합도 주스제품에 한정되고 탄산음료제품이나 기타음료제품은 포함되지 않았다는 주장, ② 1순위로 조사협조자 지위를 인정받은 동아가 과실음료제품을 생산하고 있지 않으므로 과실음료제품에 관한 담합에서는 원고가 코카에 이어 2순위 조사협조자로 인정되어야 한다는 주장,[7] ③ 음료 5사 중 원고가 독자 개발하여 단독으로 생산하는 '2% 부족할 때'와 '칸타타'는 이 사건 담합으로부터 영향을 받지 않은 제품이므로 관련상품에서 제외되어야 한다는 주장,[8] ④ 원고의 매출액 가운데 이 사건 담합에 의한 가격인상과는 관련이 없는 매출액[9]은 관련매출액에서 제외되어야 한다는 주장,[10] ⑤ 원고가 2008. 2. 공동행위 이후인 2008. 6. 18. 탄산음료제품 가격을 단

7) 원고의 ①, ② 주장에 대한 원심의 판단은 각주 16)에 나타나 있다.

8) 원심은 동 주장에 대하여 구체적으로 "각종 증거 및 증인의 증언에 의할 때, '2% 부족할 때'는 미과즙음료이고, '칸타타'는 커피음료로서 유사 성격의 다른 제품과 기능적 대체성이 인정되고, 또 이 사건 담합행위로 다른 음료제품 가격을 인상하였을 당시 이 제품들의 가격도 함께 인상하였던 사실을 인정할 수 있다. 따라서 이 제품들이 비록 음료 5사 중 원고만 생산하는 제품이라 할지라도 이 사건 담합행위로 직접 또는 간접적인 영향을 받은 관련 상품의 범위에는 포함된다고 봄이 상당하다. 원고 주장은 이유없다."고 판단하였다.

9) 원고는 구체적으로, ㉮ 대형할인점 등 특정거래처와의 개별 협상에 따라 공동행위 이전에 제품공급계약을 체결하여 그 계약에서 정한 고정가격으로 공동행위 기간 중에 납품한 제품의 매출액, ㉯ 이 사건 담합에도 불구하고 가격을 인상하지 않은 대리점가격(기준가)과 도매점가격(도매가) 등에 의한 매출액이 관련매출액에서 제외되어야 한다고 주장하였다.

10) 원심은 동 주장에 대하여 다음과 같이 판단하였다.
"다음과 같은 사정을 종합하여 보면, 부당한 공동행위에 부과되는 과징금의 산정 기준이 되는 관련매출액은 '위반행위 기간 중 발생한' 관련 상품 또는 용역의 매출액이면 충분하고 반드시 그것이 '위반행위로 영향을 받은' 매출액에 한정된다고 볼 수는 없다. 그런데 원고가 주장하는 위와 같은 매출액들이 '위반행위 기간 중에 발생한' 관련 상품의 매출액임은 원고도 다투지 아니한다. 따라서 설령 그것이 담합행위로 인상된 가격이 아닌 종전 가격으로 거래된 매출액이라 하더라도 이를 관련매출액에서 제외하지 않은 피고의 조치가 과징금 산정에 관한 재량권을 남용하였거나 그 한계를 넘은 것이라고 할 수는 없다. 원고 주장은 받아들이지 아니한다. ① 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법'이라 한다.) 시행령 제9조 제1항에서는, 관련매출액을 위반사업자가 '위반기간 동안 일정한 거래분야에서 판매한' 관련 상품이나 용역의 매출액 또는 이에 준하는 금액이라고 규정하고 있을 뿐, 위반행위와 관련하여 판매한 관련 상품 또는 용역의 매출액이라고 한정하고 있지는 않다.
② 공정거래법상 금지되는 '부당한 공동행위'는 부당하게 경쟁을 제한하는 행위를 할 것을 공동으로 합의함으로써 성립하는 것이고, 그에 따른 실행행위까지 하여야 하는 것은 아니어서, 합의만 하고 실행행위를 하지 않는 경우에도 과징금 부과 대상이 된다. 그리하여 공정거래법 시행령 제9조 제1항 및 과징금부과 세부기준 등에 관한 고시 5. 다.에서는 '위반행위로 인하여 발생한 매출이 없는 경우'에는 과거 실적, 관련 사업자의 계획, 시장상황 등을 종합적으로 고려하여 관련매출액을 산정할 수 있다고 하고 있고, 또 입찰담합인 경우 낙찰자가 아닌

독으로 추가 인상하였으므로 이때부터 공동행위가 종료된 것으로 보아야 하고, 따라서 2008. 6. 18.부터 2009. 1.까지의 탄산음료제품 매출액은 관련매출액에서 제외되어야 한다는 주장[11] 등을 제기하였다. 하지만 원심은 원고의 이 같은 주장을 모두 배

들러리 입찰자들에 대하여도 계약금액을 관련매출액으로 하도록 하고 있다.
③ 이러한 법령 내용과 과징금 제도의 취지와 기능, 부과의 주체와 절차 등을 종합하여 보면, 부당한 공동행위에 부과하는 과징금은 부당공동행위의 억지라는 행정목적을 실현하기 위하여 그 위반행위에 제재를 가하는 행정상의 제재금으로서의 성격을 기본으로 하고, 부당이득 환수적 요소는 부가적인 것으로 보아야 한다(대법원 2004. 10. 28. 선고 2002두7456 판결). 따라서 과징금이 반드시 부당한 공동행위에 의해 발생된 부당이득만을 대상으로 한다고 볼 수는 없다.
④ 한편 관련매출액의 범위를 정하는 '관련 상품'이란 공동행위로 직접 또는 간접적으로 영향을 받은 상품을 의미한다(공정거래법 시행령 별표2). 따라서 공동행위의 대상이 아니어서 가격인상이 이루어지지는 않았더라도 공동행위의 대상이 되었던 제품과 대체성이 있어서 그 제품의 가격인상 때문에 수요가 증가할 수 있었다거나 가격하락의 요인이 있었음에도 종전 가격을 그대로 유지할 수 있는 등으로 간접적이나마 공동행위의 영향을 받았을 것으로 예상된다면 그 상품의 매출액은 관련매출액에 포함된다. 그런데 공동행위 이전에 계약이 체결되고 공동행위 기간 중에 그 계약에서 정한 가격대로 납품이 이루어졌다는 등 원고 주장과 위와 같은 사정이 있었던 경우에도 그 매출이 공동행위로부터 간접적으로나마 위와 같은 경제적 영향을 받지 않았다고 섣불리 단정하기는 어렵다.
⑤ 또한, 관련매출액은 과징금 산정의 기초가 될 뿐이고, 부과되는 과징금 액수는 위반행위의 내용과 정도, 기간과 횟수, 그로 인하여 취득한 이익의 규모 등 공정거래법 제55조의3이 정하는 다른 사정도 함께 감안하여 산정하는 것이고, 그와 같이 산정된 과징금도 공정거래법 제22조에서 규정하는 과징금 부과 한도액 범위 내에서만 부과된다. 따라서 관련매출액 중 부당한 공동행위로 얻은 이익의 정도는 구체적인 과징금 산정단계에서 충분히 고려될 수 있다.
⑥ 더욱이 관련매출액은 위반행위 시기부터 종기까지 발생한 매출액을 의미하고, 위반행위 시기는 특별한 사정이 없으면 합의일을 기준으로 한다(대법원 2008. 9. 25. 선고 2007두3756 판결). 그런데 가격을 인상하기로 합의하였더라도 합의일부터 바로 인상된 가격으로 판매되는 것은 오히려 예외적이며, 실제로는 합의일부터 일정한 기간이 경과한 후 비로소 인상된 가격으로 판매되는 경우가 많음은 충분히 예상할 수 있는 일이다. 따라서 실제 인상된 가격으로 판매된 매출액만이 관련매출액이 된다면 합의일을 관련매출액 산정의 시기일로 한 취지에 반하게 된다.
⑦ 뿐만 아니라 담합행위로 인상된 가격으로 거래된 매출액만을 관련매출액으로 한다면 과징금을 산정하여야 하는 공정거래위원회로서는 위반행위 기간 중 발생한 매출액 중 어느 매출액이 인상된 가격으로 이루어진 거래에 의한 것인지를 일일이 따져 보아야 하는 것이어서 적법한 관련매출액을 산정하는 것이 사실상 매우 어렵게 된다. 이에 반하여 앞서 본 과징금 산정과정에 비추어 볼 때 그와 같이하여야 할 실익도 크지 않고, 과징금 제도의 취지에도 부합하지 않는다. 이러한 점에서 관련매출액을 위반행위 기간 중 발생한 매출액으로 한다고 하여 비례원칙 등에 위반하는 것이라고 할 수 없다."

11) 원심은 동 주장에 대하여 "원고가 제출하는 모든 증거에 의하더라도, 당시 원고가 나머지 음

척하였다.

[대법원 판결요지]

1. 관계법령의 내용, 형식, 체제 및 입법 취지 등에 비추어 보면, 공정거래법 제19조 제1항 제1호에 규정된 부당한 공동행위에 해당하는지 여부를 판단하기 위해서는, 먼저 경쟁관계가 문제될 수 있는 일정한 거래분야에 관하여 거래의 객체인 관련상품에 따른 시장(이하 '관련상품시장')을 구체적으로 정하여야 한다. 여기에서 관련상품시장은 경쟁관계에 있는 상품들의 범위를 말하는 것으로서, 구체적으로는 거래되는 상품의 가격이 상당기간 어느 정도 의미 있는 수준으로 인상 또는 인하될 경우 그 상품의 대표적 구매자 또는 판매자가 이에 대응하여 구매 또는 판매를 전환할 수 있는 상품의 집합을 의미한다. 이러한 관련상품시장을 정할 때에는 거래대상인 상품의 기능 및 효용의 유사성, 구매자들의 대체가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 경영의사결정형태 등을 종합적으로 고려하여야 한다(대법원 2012. 4. 26. 선고 2010두18703 판결 등 참조).

2. 원심은, 일반적으로 음료상품을 과실음료·탄산음료·기타음료 등의 항목으로 구분하는 것은 음료상품 제조 사업자들이 해당 항목 상품의 판매실적 조사 및 경쟁력 진단, 재고관리, 신제품 개발 등의 목적에서 이루어지는 것으로 보이고, 음료상품시장은 소비자 기호의 다양성·급변성으로 음료상품의 수명이 짧아지고 종류는 더욱 다양해지는 경향을 보여 과실음료·탄산음료·기타음료의 구분이 모호해지고 있으며 브랜드에 따라서는 소비자 선호의 고착성이 강한 품목도 있지만 대체성이 높은 품목도 상존하는

료회사들에 대하여 2008. 2. 공동행위에서 탈퇴하였음을 알리는 명시적 또는 묵시적인 의사표시를 하고 음료제품의 가격을 공동행위가 없었더라면 존재하였을 수준으로 정하였다고 보기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 당시 원고가 탄산음료제품의 가격을 독자적으로 인상하였다고 하여 그러한 사정만으로 원고가 그 공동행위에서 탈퇴한 것이라고 볼 수 없다. 원고 주장은 받아들일 수 없다."고 판단하였다.

시장이며, 음료상품 사이에 기능적인 상호 대체가능성 및 잠재적 공급대체성이 있다는 등의 판시와 같은 사정들을 들어, 이 사건 부당한 공동행위에 관한 관련상품시장은 과실음료시장·탄산음료시장·기타음료시장으로 구분되지 아니하고 이 사건 부당한 공동행위가 영향을 미치는 전체 음료상품시장으로 보는 것이 타당하다고 판단하였다.

3. 그러나 원심이 동일한 관련상품시장에 속한다고 본 음료상품들을 살펴보면, 그 중에는 먹는 샘물부터 두유류, 기능성음료, 스포츠음료, 차류를 비롯하여 탄산음료, 과실음료, 커피까지 포함되어 있다. 그런데 이들 음료상품들은 기능과 효용 및 구매자들의 대체가능성에 대한 인식의 면 등에서 동일한 관련상품시장에 포함된다고 쉽게 인정하기는 부족하다. 그리고 거기에는 각 음료상품의 가격이 상당기간 어느 정도 의미 있는 수준으로 인상 또는 인하될 경우 그 음료상품의 대표적 구매자 또는 판매자가 이에 대응하여 구매 또는 판매를 전환할 수 있는 음료상품에 해당되는지 여부가 분명하지 아니한 여러 음료상품들이 포함되어 있음을 쉽게 알 수 있다. 따라서 원심으로서는 앞서 본 법리에 따라 이 사건 공동행위의 대상인 음료상품의 기능 및 효용의 유사성, 구매자들의 대체가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 경영의사 결정형태 등을 종합적으로 고려하여 이 사건 공동행위 해당 여부 판단의 전제가 되는 관련상품시장이 제대로 정하여 졌는지 여부를 먼저 정확하게 살펴보았어야 마땅하다.

[판례연구]

Ⅰ. 문제의 제기

최근 대법원은 BMW 딜러 담합사건과 관련된 대법원 2012. 4. 26. 선고 2010두18703 판결, 렉서스 딜러 담합사건과 관련된 대법원 2012. 4. 26. 선고 2010두11757 판결, 음료 담합사건(원고 해태음료)과 관련된 대법원 2013. 2. 14. 선고 2011두204 판결, 음료 담합사건(원고 웅진식품)과 관련된 대법원 2013. 2. 14. 선고 2010두

28939 판결, 등 일련의 판결을 통해 가격담합행위가 공정거래법 제19조의 부당한 공동행위에 해당하는지 여부를 판단하기 위한 전제로서 반드시 '일정한 거래분야', 즉 관련시장을 획정하여야 한다고 판시하면서 관련시장 획정의 오류를 근거로 하급심 판결을 파기·환송하였다.

BMW 딜러 담합사건, 렉서스 딜러 담합사건 및 음료 담합사건의 대법원 판시내용을 요약하면 다음과 같다. 첫째, 문제된 공동행위가 가격담합 등 경성카르텔에 해당하는지 여부와 무관하게 우리나라 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법')상 부당한 공동행위에 해당하는지 여부를 판단하기 위해서는 그 선결 문제로서 반드시 관련시장을 구체적으로 획정하여야 하며, 둘째, 공정거래법상 문제된 법 위반 행위의 유형이 부당한 공동행위인지 기업결합인지 여부와 무관하게 엄밀히 관련시장을 획정하여야 하고, 셋째, 공정거래법 적용 시 논리적으로 분석대상이 된 행위의 관련시장을 획정한 후 그 경쟁제한성을 평가하여야 하므로 관련시장 획정 시 합의의 대상·목적·효과 등이 고려되어서는 안 되며, 넷째, 구체적으로 관련상품시장을 획정하는 방법과 관련하여서는 상품의 기능 및 효용, 구매자들의 대체가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 경영의사 결정형태 등을 종합적으로 고려하여야 하는데, 특히 상품의 가격이 상당기간 어느 정도 의미있는 수준으로 인상될 경우(SSNIP: Small but Significant and Non-transitory increase in Price) 그 상품의 구매자와 판매자의 전환가능성이 중요한 기준이 된다.[12]

Ⅱ. 가격담합과 관련시장 획정

1. 도입

종래 ① 경성카르텔의 한 유형인 가격담합사건에서 관련시장의 획정이 필요한지, ② (관련시장 획정이 필요하다면) 행위 유형별로 관련시장이 달리 획정되어야 하는지가 문제되었다. 대법원은 BMW 딜러 담합사건, 렉서스 딜러 담합사건 및 음료 담합

12) 이호영, "경쟁법 집행상 '관련시장' 획정의 의미", 2013. 5. 24. 경제법판례연구회 발표자료, 9면.

사건(원고 해태음료 및 웅진식품)을 통해 가격담합 사건에서도 관련시장 획정이 필요하며, 시장은 행위 유형과 무관하게 동일한 기준으로 획정되어야 한다고 판시하였으며, 본 판결을 통해 이를 재확인하였다. 구체적인 내용은 다음과 같다.

2. 가격담합의 경쟁제한성 판단 시 관련시장 획정 요부

먼저 **가격담합에서 관련시장의 획정이 필요한지 여부**에 관하여 **가격담합의 경우 별도의 시장획정 없이 경쟁제한성을 판단함이 타당하다는 견해**는 (i) 공정거래위원회 예규 제71호 『공동행위 심사기준』 Ⅳ. 1. 가. (4)에서 경성공동행위는 행위 자체가 직접적으로 경쟁을 제한하여 가격상승·산출량 감소를 초래하기 때문에 구체적인 시장분석이 없더라도 위법한 공동행위로 판단할 수 있다는 점, (ii) 1999년 공정거래법 개정 당시 부당한 공동행위의 성립요건 중 '일정한 거래분야에서'라는 부분이 '부당하게 경쟁을 제한하는'으로 개정되었다는 점, (iii) 동일 브랜드 딜러간 가격 담합은 가격고정의 합의로 명백하게 경쟁제한적 효과를 초래할 의도를 가진 반면 이를 상쇄할 만한 어떠한 경쟁촉진적 효과도 기대할 수 없으므로, 공정위 또는 법원이 가격담합에 있어서 관련시장을 획정하는 것은 당해 행위의 경쟁제한성을 판단하기 위한 것이 아니라 당해 행위의 영향이 미치는 범위를 정하는 의미가 있을 뿐이라는 점 등을 근거로 제시하고 있다.

반대로 **가격담합에서도 관련시장을 엄밀하게 획정할 필요가 있다는 견해**는 (i) 미국의 셔먼법 제1조와 달리 공정거래법 제19조는 부당성 내지 경쟁제한성 요건을 위법요건으로 명시하고 있으며, 공정거래법의 취지는 공동행위자들의 행위 자체를 규제하려는 것이 아니라 시장구조에 착안하여 행위의 결과에 대한 규제를 하고자 하는 것이라는 점, (ii) 어떠한 공동행위가 부당한지 여부는 그 공동행위의 행위자들이 시장지배력을 행사하여 경쟁을 제한하고 있는지를 살펴서 판단하여야 하고, 이러한 경쟁제한성을 따져보기 위해서는 그 전제로서 경쟁이 이루어지는 일정한 거래분야, 즉 관련시장을 획정할 것이 요구된다는 점, (iii) 1999년 공정거래법 개정 전후의 '일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 공동행위'와 '부당하게 경쟁을 제한하는 공동

행위'는 사실상 같은 의미로 해석되므로 위와 같은 법 개정이 시장획정 필요성을 부정하는 근거가 될 수 없다는 점, (iv) 공정위 예규는 내부준칙에 불과하여 『공동행위 심사기준』이 법원에 대하여 구속력이 있다고 볼 수 없다는 점, (v) 과징금 부과의 기준이 되는 위반행위의 중대성 정도는 위반행위로 인하여 경쟁질서의 저해 정도, 시장에 미치는 영향 및 파급효과 등을 종합적으로 고려하므로 관련시장 획정 작업이 필요하다는 점 등을 근거로 제시하고 있다.

대법원은 본 사건에서 수입차 딜러 담합사건과 마찬가지로 "관계법령의 내용, 형식, 체제 및 입법취지 등에 비추어 보면, 공정거래법 제19조 제1항 제1호에 규정된 부당한 공동행위에 해당하는지 여부를 판단하기 위해서는, 먼저 경쟁관계가 문제될 수 있는 일정한 거래분야에 관하여 거래의 객체인 관련상품에 따른 시장을 구체적으로 정하여야 한다."고 판시하였다.

종래 대법원은 부당한 공동행위의 경쟁제한성을 판단함에 있어 원칙적으로 "당해 공동행위로 인하여 일정한 거래분야에서의 경쟁이 감소하여 가격·수량·품질 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는지를 살펴 개별적으로 판단하여야 한다."고 판시하면서도(대법원 2002. 3. 15. 선고 99두6514 판결, 대법원 2006. 11. 9. 선고 2004두14564 판결 등), "사업자들이 공동으로 가격을 결정하거나 변경하는 행위는 그 범위 내에서 가격경쟁을 감소시킴으로써 그들의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태를 초래하게 되므로, 그와 같은 사업자들의 공동행위는 특별한 사정이 없는 한 부당하다고 볼 수 밖에 없다."고 판시하는 등 가격담합의 경우 관련시장의 획정이 불필요하다는 취지의 판시를 하기도 했다. 하지만 대법원은 본 사건에서 가격담합을 포함한 경성카르텔의 위법성 판단에 있어서도 관련시장의 획정이 필요함을 명시적으로 선언하였다.[13]

13) 대법원이 경성카르텔의 경우에도 관련시장의 획정이 필요하다고 선언한 주된 근거는 다음과 같다. 첫째, 미국에서 당연위법의 원칙이 적용될 경우 반증을 허용하지 않고 위법성을 인정하는 반면 우리 공정거래법 제19조 제1항은 행위유형을 불문하고 당해 합의가 '부당하게 경쟁을 제한'할 것을 공정위가 입증하도록 요구하고 있기 때문에 경성카르텔의 경우에도 미국의 당연위법의 원칙이 적용된다고 보기 어려우며, 둘째, 미국의 셔먼법 제1조나 유럽기능조약 제101조와 우리 공정거래법 제19조는 규정 내용이 상이하므로 미국의 당연위법 원칙을 공정거래법 제19조의 해석에 그대로 원용할 수 없고, 셋째, 관련시장의 획정이 경쟁제한성 분

3. 행위유형에 따른 관련시장 획정 방법의 구별 요부

가격담합 등 경성카르텔의 경우에도 관련시장의 획정이 필요하다는 전제하에, 행위유형별로 관련시장 획정 방법이 달라질 수 있다는 견해와 행위유형을 불문하고 동일한 방법으로 관련시장을 획정하여야 한다는 견해가 대립하였다.

먼저 **행위유형별로 달리 관련시장을 획정해야 한다는 견해**는 기업결합의 경우 기업결합으로 발생할 장래의 경쟁상황 변화를 예측하기 위한 전제로서 관련시장의 획정이 문제되고 부당한 공동행위의 경우에는 이미 발생한 행위의 대한 위법성을 사후적으로 판단하는 것이므로, 행위자의 의도와 목적, 공동행위로 이미 경쟁제한 효과가 발생한 영역 내지 분야 등을 일차적인 판단기준으로 획정함이 타당하다는 것을 주된 근거로 제시하고 있다.

다음으로 **행위유형과 무관하게 동일한 방법으로 관련시장을 획정하여야 한다는 견해**는 시장지배적지위 남용행위 심사기준과 기업결합 심사기준에서 관련시장 획정 기준 내지 고려요소를 규정하고 있고, 공동행위 심사기준과 불공정거래행위 심사지침은 기업결합 심사기준에서 정한 관련시장 획정 기준을 준용하고 있으므로 결국 행위유형별 관련시장 획정 기준이 본질적으로 다르지 않다는 점, 대법원이 시장지배적지위 남용행위와 경쟁제한적 기업결합, 부당한 공동행위 사건에서 판시한 내용 또한 기본적으로 수요대체성과 공급대체성 등을 고려하여야 한다는 것으로 동일하다는 점 등을 근거로 제시하였다.

종래 수입차(BMW) 딜러 담합사건 및 음료 담합사건(원고: 해태음료, 웅진식품)의 원심(서울고등법원 제7행정부)은 전자와 같이 판시하였으나, 이들 원심 판결의 상고심에서 대법원은 후자와 같이 공정거래법 위반이 문제된 행위 유형이 부당한 공동행위인지 기업결합인지 여부와 무관하게 관련시장을 엄밀하게 획정해야 함을 명확히 하였다.

석의 시작이라 할 수 있으며 관련매출액의 산정을 위해서도 시장획정이 필수적이며 전형적인 경성카르텔의 경우에도 경쟁제한 효과가 미미하거나 효율성 증대효과가 경쟁제한 효과를 상회할 수 있다는 것 등이다(백승엽, "독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제19조 제1항 제1호 소정의 '부당한 공동행위'의 판단의 전제가 되는 관련시장의 획정 방법", 『대법원판례해설』, 962~963면).

4. 관련시장 획정 시 공동행위 자체에 내재한 특성을 고려해야 하는지 여부

'3'에서 **행위유형별로 관련시장을 달리 획정해야 한다는 견해**에서는 부당한 공동행위의 관련시장을 획정함에 있어서는 다른 무엇보다도 공동행위의 대상 및 사업자의 의도, 공동행위가 이루어진 영역 또는 분야, 공동행위의 수단과 방법, 그 영향 내지 파급효과 등 **공동행위 자체에 존재하는 특성을 고려**해야 한다고 주장한다.[14] 즉, 앞서 언급한 것처럼 부당한 공동행위의 경우 이미 발생한 공동행위에 대한 위법성을 사후에 판단한다는 측면에서 관련시장 획정 시 공동행위 자체의 특성을 고려할 수밖에 없다는 것이다.

이와 달리 **행위유형과 무관하게 동일한 방법으로 관련시장을 획정하여야 한다는 견해**에서는 부당한 공동행위에 해당하는지 여부를 판단하기 위해 관련시장의 획정이 필요함에도 공동행위 자체의 특성을 고려하여 관련시장을 획정할 경우에는 경쟁제한의 효과가 미치는 범위를 전제로 관련시장을 획정하게 됨으로써 결과적으로 **관련시장의 획정을 경쟁제한의 효과에 맞춰 분석해야 한다는 결론**에 이르게 되어 부당하다고 주장한다.[15]

---

14) 가령 BMW 딜러 담합사건과 관련하여 살펴보면, (i) 공동행위의 대상 및 사업자의 의도 측면에서 BMW 자동차 딜러들이 각 수입차 브랜드 간 가격경쟁을 제한하려는 의도가 아니라 그 하위판매자인 BMW 자동차 딜러 사이에서 자신들의 판매마진을 극대화하기 위해 BMW 자동차의 가격할인 한도 및 판매조건에 대한 제한을 직접적인 담합의 대상 및 내용으로 삼았다는 점, (ii) 공동행위가 이루어진 영역 또는 분야 측면에서 BMW 자동차 딜러들은 수입자동차를 구매하려는 고객들의 시장이탈 내지 구매전환을 가져오지 않는 범위 내에서만 가격할인을 제한할 수밖에 없는 고유한 경쟁적인 제약요인에 직면하므로 당해 공동행위가 자동차 딜러 간의 브랜드 내 경쟁을 넘어서 다른 수입자동차와의 브랜드 간 경쟁에까지 영향을 미치기는 어렵다는 점, (iii) 공동행위의 수단 및 방법 측면에서 당해 공동행위는 최종 소비자가격에 대한 직접적인 통제가 아니라 자동차 딜러들의 판매마진 범위 내에서 판매마진을 조절하는 매우 제한적인 방법으로 이루어질 수밖에 없는 점, (iv) 공동행위의 영향 내지 파급효과 측면에서 BMW 자동차 딜러들 사이에서는 엄연히 브랜드 내 경쟁이 이루어지고 있었고 과도한 가격할인 경쟁으로 인하여 자동차 딜러들의 수익성이 악화되자 이를 타개하기 위하여 당해 공동행위에 이르게 되었기에 당해 공동행위로 인하여 자동차 딜러들 간의 브랜드 내 경쟁, 특히 가격경쟁이 즉각적으로 영향을 받게 된다는 점 등을 감안할 때, 관련시장을 BMW 자동차의 모든 신차종 판매시장으로 보아야 한다고 할 것이다(백승엽, 전게논문, 964~965면).

15) 동 견해에서는 보다 구체적으로 공동행위의 대상 및 사업자의 의도, 공동행위가 이루어진 영

대법원은 수입차(BMW) 딜러 담합사건에서 공동행위의 대상 및 사업자의 의도, 공동행위가 이루어진 영역 또는 분야, 공동행위의 수단 및 방법, 공동행위의 영향 내지 파급효과 등 원심이 관련시장 획정 시 고려한 요소들은 "주로 관련시장 획정 그 자체를 위한 고려요소라기보다 관련시장 획정을 전제로 한 부당한 공동행위의 경쟁제한성을 평가하는 요소들에 해당하므로, 만약 원심과 같은 방식으로 관련시장을 획정하게 되면 관련시장을 획정한 다음 경쟁제한성을 평가하는 것이 아니라 거꾸로 경쟁제한 효과가 미치는 범위를 관련시장으로 보게 되는 결과가 되어 부당하다고 판시하였으며, 본건 음료 담합사건과 관련하여서도 동일한 취지로 판시하였다.

5. 구체적인 관련시장 획정 방법

'3'에서 **행위유형과 무관하게 동일한 방법으로 관련시장을 획정하여야 한다는 입장**에서는 각종 심사기준과 대법원 판결의 기초가 된 SSNIP 테스트 및 이를 실제 사건에서 활용하기 위한 구체적 방법론인 임계매출감소분석에 따라 **수요 대체가능성을 중심으로 관련시장을 획정함이 타당**하다고 주장한다.

반면 **행위유형별로 관련시장을 달리 획정해야 한다는 입장에서는 통상적인 SSNIP 테스트를 통한 관련시장의 획정 및 시장점유율**은 이미 경쟁제한 효과를 발생시킨 것으로 우려되는 행위를 회고적으로 분석하는 경우에는 그 전제로서 **실제 경쟁제한의 효과를 발생시켰는지 여부를 판단하지 않고서는 실제 적용하기 곤란하며, 고도로 차별화된 상품(differentiated product)**과 관련된 경쟁법 집행에 있어서 **특히 대체가능성을 기준으로 한 관련시장 획정의 한계가 뚜렷**하게 나타난다고 주장한다.

대법원은 수입차(렉서스) 딜러 담합사건은 물론 음료 담합사건에서도 "관련 상품시장은 경쟁관계에 있는 상품들의 범위를 말하는 것으로서 구체적으로는 거래되는 상품의 가격이 상당기간 어느 정도 의미있는 수준으로 인상 또는 인하될 경우 그 상품의

역 또는 분야는 공정위의 공동행위 심사기준에 의할 때 공동행위의 위법성 심사에서 공동행위의 성격을 분석하기 위해 고려하는 요소이고, 공동행위의 수단과 방법은 참여사업자 간의 경쟁제한수준을 파악하는 데 사용될 수 있는 요소이며, 공동행위의 영향 내지 파급효과도 판례가 경쟁제한성을 평가하는 요소라는 점을 근거로 들고 있다(백승엽, 전게 논문, 969면).

대표적 구매자 또는 판매자가 이에 대응하여 구매 또는 판매를 전환할 수 있는 상품의 집합을 의미하며, 이러한 관련 상품시장을 획정함에 있어서는 거래대상인 상품의 기능 및 효용의 유사성, 구매자들의 대체가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 경영의사 결정형태 등을 종합적으로 고려하여야 한다."고 판시함으로써 기본적으로 가격담합 등 경성카르텔에 있어서도 수요 대체가능성에 입각하여 관련시장을 획정해야 함이 원칙임을 선언하였다.

6. 소결

본 판결은 BMW 딜러 담합사건 및 렉서스 딜러 담합사건에 관한 대법원 판결의 연장선상으로서 당분간 우리나라에서는 가격담합 등 경성공동행위에 대하여도 필수적으로 관련시장을 엄밀하게 획정해야 할 것으로 생각된다. 하지만 공정거래위원회의 가격담합 등 경성카르텔에 대한 집행력이 저해될 것을 우려하는 견해가 다수인 것으로 파악된다. 특히 본 판결에서 나타나는 바와 같이 대법원이 가격담합 등 경성카르텔에서도 이처럼 관련시장을 엄격히 획정해야 한다는 입장을 견지할 경우 추후 자진신고자/조사협조자 감면신청 단계에서 공동행위의 개수 및 각각의 공동행위를 구별하는 과정에서부터 엄밀하게 관련시장을 획정해야 할 것으로 판단되며, 공정거래위원회의 자진신고자/조사협조자 감면 지위 부여, 추가감면제도(Amnesty Plus)의 활용, 관련 매출액의 산정 등에 있어서 상당한 혼란이 불가피할 것으로 예상된다. 보다 구체적인 내용은 항을 바꾸어 서술하고자 한다.

Ⅲ. 관련시장 획정과 자진신고자/조사협조자 지위의 관계

1. 본건 관련시장과 조사협조자 지위

본건 원심에서 원고는 음료시장이 과실음료시장, 탄산음료시장, 기타음료시장으로 구별되어 각각 별개의 시장을 형성하고 있으므로 공동행위 및 그에 따른 조사협조자 감면도 관련시장별로 결정하여야 하는데, 1순위로 감면신청한 동아가 과실음료제품을

생산하고 있지 않으니 과실음료제품에 대한 담합에서는 원고가 코카에 이어 2순위 조사협조자로 인정되어야 한다고 주장하였다. 하지만 원심은 이 사건 담합행위와 관련한 관련상품시장을 이 사건 담합행위가 영향을 미치는 전체 음료시장으로 보는 것이 타당하다고 판단하면서 관련상품시장이 과실음료시장, 탄산음료시장, 기타음료시장으로 구분됨을 전제로 하는 원고 주장을 받아들이지 아니하였다.[16]

이와 관련하여, 공정거래위원회는 종래 원고 및 ㈜씨에이치음료의 기업결합 제한규정 위반행위에 대한 건(공정거래위원회 2009. 4. 26. 의결 제2009-097호)에서 음료

16) 원고가 제기한 소를 심리한 서울고등법원 제6행정부는 (i) 일반적으로 음료제품을 과실음료, 탄산음료, 기타음료 등의 항목으로 구분하는 것은 음료제조회사가 해당 항목 제품의 판매실적 조사 및 경쟁력 진단, 재고관리, 신제품 개발 등의 목적에서 이루어지는 것으로 보이는 점, (ii) 음료시장은 소비자 기호의 다양성·급변성으로 음료제품의 수명이 짧아지고 종류는 더욱 다양해지는 경향을 보여 과실·탄산·기타음료의 구분이 모호해지고 있고, 또 브랜드에 따라서는 소비자 선호의 고착성이 강한 품목도 있지만, 대체성이 높은 품목도 상존하는 시장이라는 점, (iii) 음료의 기능과 효용은 수분 공급에 의한 갈증해소를 기본으로 하고, 맛, 건강 등의 요소가 부차적으로 고려되는 점과 특히 최근에는 건강에 대한 부정적 이미지 등으로 탄산음료나 주스류 제품들의 매출이 감소하는 반면, 차음료·두유·비타민 음료 등 기능성 기타음료의 매출이 증가하는 추세인 점 등에 비추어 보면, 비록 소비자들이 자신의 수요에 맞춰 다양한 가격과 품질의 음료제품을 선택하는 것이기는 하나, 그 차별성의 정도가 상품시장을 구별할 만큼 크다고 보기는 어려우며, 오히려 음료제품 사이에는 기능적으로 상당 수준 상호 대체가 가능한 것으로 보인다는 점, (iv) 음료의 제조공정은 물과 혼합하는 과정을 공통으로 하는 것으로서 항목별로 혼합 물질에 따라 다소 차이가 있을 뿐 전체적으로 매우 유사하며, 거래처에서도 항목별로 제품을 명확히 구분하여 판매하거나 진열·전시하지는 않으며, 음료회사들이 판촉을 위하여 냉장고, 온장고, 자판기 등을 지원하거나 가격할인, 물량지원, 인센티브의 부여 등을 하는 때에도 항목별로 차별하여 취급하지는 않는 등 유통·진열·판촉 등에서도 크게 다르지 않으므로, 공급 측면에서도 잠재적 대체성이 인정된다는 점, (v) 통계청에서 작성하는 한국표준사업분류표에 의하면, 음료제조업은 비알콜음료 제조업, 생수생산업, 액상시유 및 기타 낙농제품 제조업으로 구분하여 과실·탄산·기타음료의 제조는 모두 비알콜음료 제조업이라는 하나의 산업으로 분류하고 있다는 점, (vi) 동아는 과실음료제품을, 웅진은 탄산음료제품만을 생산하지 않을 뿐 음료 5사는 과실·탄산·기타음료제품을 함께 생산, 판매하고 있으며, 국내 음료시장에서 그들의 2008년 시장점유율은 매우 높은 편이라는 점, (vii) 이 사건 담합행위는 2008. 12.경 있었던 원고와 해태의 공동행위를 제외하고는 모두 과실·탄산·기타음료를 구분하지 않고 전체 항목의 음료제품들을 그 대상으로 하였다는 점을 근거로 제시하면서 본건 관련상품시장이 전체 음료시장이라고 판시하였다. 즉, 원심은 수요대체성을 폭넓게 해석하면서(즉, 기능적 상호대체성도 수요대체성에 포함되는 것으로 해석한 것으로 이해된다.), 잠재적 공급대체성도 고려하여 관련상품시장을 전체 음료시장으로 획정하였으나, 대법원은 SSNIP 테스트를 중심으로 전통적 수요대체성을 기준으로 관련상품시장을 획정해야 한다는 취지로 판시한 것으로 이해된다.

시장을 과실음료시장 탄산음료시장, 기타음료시장으로 획정하였다. 당시 공정거래위원회는 ① 음료제품의 기능 및 효용 면에서 과일·채소를 주원료로 하여 주로 인체에 수분 또는 비타민 등을 공급하며, 탄산음료는 감미료·탄산 등을 함유하여 CO_2와 향기성분의 상호작용으로 청량감을 공급한다는 점에서 차이가 있다는 점, ② 제품의 가격 면에서, 1.5L PET 1C/S 기준으로 탄산음료인 콜라와 사이다의 가격은 11,000원~12,000원 정도이고, 과실음료인 과일주스는 16,000원~25,000원 정도라는 점에서 탄산음료와 과실음료의 대체성이 매우 낮다는 점, ③ 식약청이나 음료업계에서도 대체로 음료제품을 과실음료, 탄산음료, 기타음료로 구분하고 있는 점, ④ 기타음료는 음용수에 과실이나 채소류가 아닌 식품첨가물을 첨가하여 제조한다는 점에서 과실음료와 구분되고, 첨가물이 CO_2가 아닌 다양한 식품성 첨가물이라는 점에서 탄산음료와 구분된다는 점 등을 근거로 제시하였다.[17]

앞서 살핀 바와 같이 수입차 딜러 담합사건 및 음료 담합사건의 원고 해태음료, 웅진식품에 대한 판결에서 대법원이 관련상품시장의 획정을 필요로 하는 행위가 무엇인지 여부에 따라 관련상품시장 획정의 기준이 본질적으로 달라진다고 볼 수 없다고 판시하면서 관련시장을 전체 음료시장으로 획정한 원심을 파기환송하였다는 점에 비추어 보면,[18] 본건에서도 법원이 과실음료시장, 탄산음료시장, 기타음료시장이 각각 별

17) 한편, (주)호텔롯데 등 5개사의 기업결합 제한규정 위반행위에 대한 건(공정거래위원회 2000. 4. 26. 의결 제2000-70호)에서도 음료시장을 과실음료, 탄산음료, 기타 음료로 구분한 바 있으며, 1986년 미국의 Coca Cola & Dr Pepper 판례에서도 탄산음료와 기타음료를 별개의 시장으로 획정한 사례가 있다. 당시 Coca Cola사는 탄산음료와 타 음료가 대체성이 높기 때문에 전체 음료시장이 관련시장이라고 주장하였으나 받아들여지지 않았다.

18) 해태음료와 웅진식품이 제기한 소를 심리한 서울고등법원 제7행정부는 음료 담합사건의 관련시장이 전체 음료시장이라고 판단하면서, (i) 일반적으로 음료제품을 과실음료, 탄산음료, 기타음료로 구분하는 것은 제품의 특성상 음료제조사가 시장에서 해당 카테고리 제품의 판매실적, 재고 등을 관리하기 위한 목적에서 이루어진 것으로 보이고, (ii) 거래처에서 각 제품들을 명확히 구분하면서 주문·판매하거나 판매를 위하여 진열하면서 각 제품의 종류에 따라 진열·전시하지 않으며, (iii) 음료제조사들이 판촉을 위하여 냉장고, 온장고, 자판기 등을 지원하거나 가격할인, 물량지원, 인센티브의 부여 등을 함에 있어서도 각 제품을 차별하여 취급하지는 아니하고, (iv) 원고들이 과실음료, 탄산음료, 기타음료를 모두 포함하여 음료제품 전체를 이 사건 가격인상의 대상 및 내용으로 삼고 있고 가격인상의 합의와 목적과 의도 역시 어느 한 종류의 시장이 아니라 전체 음료시장인 이상 음료시장에서의 가격경쟁을 제한하고자 하는 것이며, (v) 공동행위로 인한 경쟁제한효과가 발생한 영역 내지 분야가

개의 시장으로 획정할 가능성이 높다고 판단되며, 이 경우 각 음료시장별 시장점유율에 비추어 볼 때 과실음료 담합과 관련하여서는 원고에게 2순위 지위를 인정하는 것이 타당하다고 판단된다.

[2008년 국내 음료시장 시장점유율]

구분	과실(%)	탄산(%)	기타(%)	합계(%)
원고	45.1	45.7	26.3	36.7
해태	25.2	3.5	7.3	10.3
코카	7.8	44.5	4.5	17.6
동아	0.0	4.0	8.8	5.3
웅진	14.7	0.0	3.7	5.1
합계	92.8	97.7	50.6	75

2. LDPE·LLDPE 담합사건에서의 대법원의 판단

이와 관련하여, 본건 이전에도 대법원은 LDPE·LLDPE 담합사건에서 별도의 관련시장임을 전제로 조사협조자 지위도 사건별로 다르게 판단되어야 한다는 한화케미칼의 주장을 기각하였다. 구체적으로, 공정거래위원회는 호남석유화학에게 1순위, 엘지화학에 2순위, 원고 한화케미칼에 3순위 조사협조자 지위를 각 인정하였는바, 원고 한화케미칼은 LDPE와 LLDPE가 별개의 시장이므로 조사협조자의 지위도 사건별로

특정 종류의 시장에 국한되는 것이 아니라 전체 음료시장인 이상 음료시장의 구조적 특징을 들어 담합의 대상을 과실음료, 탄산음료, 기타음료 등 각 제품시장별로 구분할 필요가 없는 점 등을 제시하였다. 하지만 대법원은 ① 관련상품시장의 획정을 필요로 하는 행위가 무엇인지 여부에 따라 관련상품시장 획정의 기준이 본질적으로 달라진다고 볼 수 없으며, ② 원심이 관련상품시장 획정의 기준으로 삼고 있는 합의의 대상·목적·효과 등은 주로 관련상품시장 획정 그 자체를 위한 고려요소라기보다 관련상품시장 획정을 전제로 한 부당한 공동행위의 경쟁제한성을 평가하는 요소들에 해당하므로, 만약 원심과 같은 방식으로 관련상품시장을 획정하게 되면 관련상품시장을 획정한 다음 경쟁제한성을 평가하는 것이 아니라 반대로 경쟁제한의 효과가 미치는 범위를 관련상품시장으로 보게 되는 결과가 되어 부당하다고 보았다.

다르게 판단되어야 한다는 전제하에 엘지화학은 LDPE를 생산하지 아니하므로 한화케미칼이 LLDPE 관련 공동행위에서 1순위 조사협조자 지위를 부여받는 것이 타당하다고 주장하였다. 하지만 대법원은 LDPE 제품과 LLDPE 제품이 모두 폴리에틸렌의 일종으로서 농업용, 공업용 필름의 용도로 사용되고 있는데 LDPE 제품 가격의 91% 수준인 LLDPE 제품으로 대체하여 사용하는 소비자들이 증가하고 있는 등 두 상품은 수요대체성 및 공급대체성이 있으므로 두 개의 상품시장을 별개의 시장이라고 할 수 없다는 등의 이유를 들어 각 제품의 시장별로 선순위 조사협조자가 동 사건 공동행위에 참가하기 전의 행위에 대하여 원고 한화케미칼에게 1순위 또는 2순위 지위를 부여하여야 한다는 원고의 주장을 배척한 원심을 지지하였다(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두15005 판결).[19] 동 사건에서 대법원의 판시 내용을 반대해석하면 LDPE와

19) 동 사건에서 3순위로 감면신청한 한화케미칼은 1순위로 조사협조자인 호남석유화학이 LDPE 및 LLDPE 시장에 진입하기 전이자 2순위 조사협조자인 엘지화학도 LLDPE 시장에 진입하기 전인 2003. 9. 30.까지, 자신에 대하여 LLDPE 1순위, LDPE 2순위 지위를 인정함이 타당하다고 주장하였다. 대법원은 자진신고자 또는 조사협조자로서 감면대상에 해당하는지 여부 및 감면순위에 대한 판단을 함에 있어서는 해당 사업자가 부당한 공동행위의 적발가능성에 기여한 정도를 기준으로 삼아야 할 것이라는 전제하에, 수회에 걸친 일련의 합의가 전체적으로 1개의 부당한 공동행위로 성립하여 실행되고 있는 도중에 어느 한 사업자가 담합대상 제품의 생산을 시작하면서 비로소 가격합의 등에 참여함으로써 전체 공동행위 기간 중 일부에 대하여만 담합에 가담하였는데, 그 사업자가 자신이 가담한 기간뿐만 아니라 1개의 부당한 공동행위 전체 기간에 대한 증거자료를 최초로 제출하여 조사에 협조하였을 경우에는 1개의 부당한 공동행위 전체에 대한 조사협조자로서의 지위가 인정되는 것이고, 그 후 다른 참여사업자가 최초 조사협조자인 사업자가 가담하지 아니한 기간에 해당하는 부당한 공동행위에 대하여 증거자료를 제출하고 조사에 협조하였다고 하더라도 그 일부 기간에 대해서만 별도의 최초 조사협조자로서의 지위를 획득한다고는 볼 수 없다고 판시하였다. ① 동 판결이 "자진신고자 또는 조사협조자로서 감면대상에 해당하는지 여부 및 감면순위에 대한 판단을 함에 있어서는 해당 사업자가 부당한 공동행위의 적발가능성에 기여한 정도를 기준으로 삼아야 한다."고 전제하고 있다는 점에 비추어 볼 때, 부당한 공동행위의 적발가능성에 기여한 기간에 대하여는 감면지위를 인정할 여지가 있는 것으로 해석될 수 있다는 점(가령, 1순위 사업자가 전반기 공동행위에 대하여 감면신청한 이후 2순위 사업자가 전체 기간 또는 후반기 공동행위에 대하여 감면신청한 경우 등에는 공동행위 적발가능성에 기여했다고 볼 여지가 충분함), ② 위 판결은 일부 기간 동안 공동행위에 가담한 사업자가 전체 기간에 대하여 증거자료 최초 제출 및 조사에 협조한 경우를 상정하고 있으나, 이는 회사 조직변경으로 인한 예외적인 상황에 불과하다는 점 등을 감안하면 동 판결은 일정한 경우 기간별로 자진신고자 또는 조사협조자의 지위가 인정될 수 있는 가능성을 열어 둔 것으로 평가될 수 있다(이완희, 1개의 부당한 공동행위의 일부 기간별로 조사협조자 감경을 인정할 수 있는지 - 대법원

LLDPE가 별개의 시장으로 획정된다면 LDPE 시장에서 한화케미칼의 2순위 지위를 인정할 수 있다고 볼 수 있으며, 이같은 취지에 비추어 보더라도 본건 음료 담합사건에서 원고 또한 과실음료시장에서 2순위 조사협조자 지위를 부여받을 수 있을 것으로 예상된다.

3. 실무상 문제점

공정거래법상 수개의 합의를 하나의 공동행위로 볼 것인지 또는 별개의 공동행위로 나누어 판단할 것인지 여부는 관련시장의 획정, 자진신고자 또는 조사협조자에 대한 순위 부여, 추가감면제도의 적용 여부, 관련상품 내지 관련매출액의 결정, 시정명령 및 과징금 부과 처분의 개수 등과 밀접하게 연결되어 있다. 이 같은 상황에서 엄격한 관련시장의 획정을 요하는 대법원의 태도는 나머지 요소들에 대하여도 상당한 혼란을 불러일으키는 것이 불가피한 것으로 판단된다.

가령 본건에서 대법원 판결과 같이 각 관련시장별로 조사협조자 순위를 부여할 경우 상당한 혼란이 불가피할 뿐 아니라, 자진신고자/조사협조자 감면신청 당시부터 관련시장이 어느 정도 획정되어야만 한다는 결론에 이르게 된다. 왜냐하면 부당한 공동행위의 개수를 산정하거나 각각의 공동행위를 구별함에 있어서 대부분의 사건에서 일응 중요한 기준으로 작용하기 때문이다. 만약 본건에서도 1순위 조사협조자인 동아가 조사협조자 감면신청 시 '합의대상 품목'란에 기재함에 있어 과실음료를 제외하고 탄산음료 및 기타음료만을 기재하였다면 동아는 탄산음료, 기타음료시장에서만 1순위 조사협조자 지위를 인정받았을 것이며, 다른 사업자가 과실음료와 관련된 부당한 공동행위에 대하여 1순위 조사협조자 지위를 인정받을 수 있었을 것이다.

다만, 관련시장이 공동행위의 개수 판단 및 각각의 공동행위를 구분하는 데 절대적인 기준이 되는 것은 아님에 유의할 필요가 있다. 하나의 공동행위로 인하여 수개의 시장이 영향을 받기도 하고 수개의 공동행위가 동일한 관련시장에 중첩적으로 영향을

2011. 6. 30. 선고 2010두28915 판결 -, 한국경쟁법학회, 2012년 한국경쟁법학회 춘계학술대회 자료집, 22~28면).

미치기도 하기 때문이다.[20] 따라서 여러 개의 합의를 하나의 공동행위로 볼 것인지 또는 각각 별개의 공동행위로 나누어 판단할 것인지 여부는 관련시장을 기본으로 하되 합의의 주체, 합의의 대상, 합의의 목적, 공동행위의 태양, 기간 등 여러 가지 사정을 종합적으로 고려하여 판단해야 할 것이며, 특히 대법원이 관련시장을 엄격하게 특정할 것을 요구한 이상 자진신고/조사협조 감면신청 당시부터 관련시장을 중심으로 그 외의 부수적인 요소까지도 모두 고려하여 공동행위의 개수를 확정하고 각각의 공동행위를 엄밀히 구분해야 할 것이다.

* 발표일시 : 2013. 6. 12.(수) 07:30
* 사　　회 : 김재승 회원
* 참석회원 : 김교창, 김동선, 김용태, 김재승, 김창수, 김태영, 박재혁, 서규영, 서장원, 신용간, 여상원, 오상걸, 오승원, 윤찬열, 이선희, 이영자, 이재용, 이재환, 허익범, 황진호(이상 20명)

20) 예를 들어, 공정거래위원회는 10개 건설업체가 용인 동백지구에서 아파트를 분양하면서 ① 평당 분양가를 700만 원 전후로 책정하고 ② 중도금이자 후불제 방식을 적용한 행위에 대하여, (i) 아파트 분양가 결정에 관한 합의(공정거래법 제19조 제1항 제1호)와 (ii) 중도금 지급방식에 관한 합의(같은 항 제2호)를 별개의 공동행위로 구분하였고(공정거래위원회 2004. 7. 31. 의결 제2004-236호), 법원 또한 이들 합의를 별개의 공동행위로 인정하였다(서울고등법원 2007. 1. 17. 선고 2004누17480 판결 및 대법원 2009. 4. 9. 선고 2007두4759 판결). 동 사건에서 공정거래위원회는 관련시장을 동백지구 신규분양 아파트 시장이라는 단일한 시장으로 보았으나, 단일한 지리적/상품 시장을 대상으로 한 동일한 당사자들 사이의 여러 개의 합의를 서로 구별되는 별개의 공동행위로 판단한 것이다.