

부당한 공동행위 입증의 문제

- 간접증거의 유형화 -

홍 탁 군*

I. 문제의 제기

우리나라의 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’) 제19조 제1항의 부당한 공동행위의 입증과 관련한 우리나라의 종래 논의는 주로 구 공정거래법 제19조 제5항(2007. 8. 3. 법률 제8631호로 개정되기 전의 것¹⁾)의 합의추정 조항의 해석 및 입법론에 대한 것이었다. 구 공정거래법 제19조 제5항은 “2 이상의 사업자가 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 제1항 각호의 1에 해당하는 행위를 하고 있는 경우 동사업자간에 그러한 행위를 할 것을 약정한 명시적인 합의가 없는 경우에도 부당한 공동행위를 하고 있는 것으로 추정한다”고 규정하고 있었는데, 학설은 대체로 다른 나라에서 유사한 입법례를 찾아보기 힘든 점, 행위의 일치로부터 바로 합의를 추정하고 사업자들에게 추정을 깨트릴 수 있는 증거를 제시해야 할 입증책임을 부담시키는 것은 지나치게 가혹하다는 점 등을 이유로 위 추정조항에 부정적인 견해를 보였다.²⁾

* 법무법인 세종 변호사

1) 이하 특별한 설명이 없이 ‘구 공정거래법’으로 표기하는 법령은 2007. 8. 3. 법률 제8631호로 개정되기 전의 공정거래법을 지칭한다.

2) 구 공정거래법 제19조 제5항의 해석에 관하여는 양명조, “카르텔의 규제 법리와 판례 분석”, 공정거래법과 규제산업 (권오승·이원우 공편, 2007); 양명조, “공동성의 입증과 추정”, 공정거래법강의II, (권오승 편, 2000); 손수일, “공동행위(카르텔)의 규제와 추정조항의 문제점”, 재판자료 87집 368면 이하; 유해용, “부당공동행위 추정과 관련된 판례 연구(상)”, 저스티스 88호, 119면; 홍대식, “과점시장에서의 합의의 추정과 그 반복 대법원 2003. 2. 28. 선고 2001두1239 판결”, 경제법판례연구 제1권; 허선, “카르텔 규제에 대한 공정위의 집행성과 및 향후과제”, 공정거래와 법치 (권오승 편, 2004); 윤성운, “부당한 공동행위의 추정조항”, 자유경쟁과 공정거래 (권오승 편, 2002); 차성민, “독점규제법상 추정의 의미”, 경쟁법연구 (8권 2002); 이인권, “부당공동행위 추정에 관한 소고”, 경쟁저널 제135호; 조성국, “독점규제법상 합의추정 관련 심판결례 연구”, 법학논문집(중앙대학교법학연구소) 제31집 제1호; 김성훈, “추정조항 적용 요건으로서의 행위의 외형상 일치”, 경제법판례연구 (제3권, 2006), 1-35면; 홍미경, “공정거래법상 합의추정제도의 개선방안에 대하여”, 경쟁저널 제125호 등 많은 연구가 있다.

한편 대법원은 위 추정조항을 법률상 추정이라고 해석하고, 둘 이상의 사업자가 제1항 각호의 규정에 해당하는 행위를 하고 있다는 사실(행위의 외형상 일치)과 그것이 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위라는 사실(경쟁제한성)을 입증하면 사업자들의 합의가 추정된다고 해석하였다. 그리고 공정거래위원회(이하 ‘공정위’)가 위 두 가지 사실에 추가하여 사업자들의 합의 내지 암묵적인 양해를 추정케 할 정황사실까지 입증할 필요가 없다고 일관되게 판시하였다.³⁾⁴⁾ 따라서 부당한 공동행위의 존재 여부가 문제된 사건들에서 대부분 구 공정거래법 제19조 제5항이 적용되어 행위의 외형상 일치 및 경쟁제한성이 입증되면 실제로 어떠한 합의가 존재하는지를 불문하고 합의가 추정되었다. 그리고 위 추정을 복멸하기 위하여 여러 가지 증거를 제시할 책임은 사업자들이 부담하였다.

다만 대법원은 구 공정거래법 제19조 제5항을 법률상 추정으로 해석하는 경우 사업자들이 합의가 존재하지 않는다는 사실을 본증으로 입증할 책임을 부담함으로써 발생하는 가혹함을 완화하기 위하여, 사업자들의 합의가 없었더라도 그러한 행위의 일치가 있었을 것이라는 개연성이 입증되면, 달리 합의가 없었다는 점을 법관이 확신할 수 있을 정도로 입증하지 않더라도 위와 같은 추정의 반복 내지 복멸을 인정함으로써 사업자들이 위 추정조항을 벗어날 수 있는 가능성을 비교적 넓게 인정하였고,⁵⁾ 그러한 해석을 유지하는 한 구 공정거래법 제19조 제5항이 헌법 제37조 제2항에 위반되지 않는다고 판시하였다.⁶⁾

위 추정조항은 2007. 8. 3. 공정거래법 개정으로 폐지되었고, 현행 공정거래법 제19조 제5항은 “둘 이상의 사업자가 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 경우로서 해당 거래분야 또는 상품·용역의 특성, 해당 행위의 경제적 이유 및 파급효과, 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”고 규정하고 있다.⁷⁾

3) 대법원 2002. 3. 15. 선고 99두6514 판결; 대법원 2002. 5. 28. 선고 2000두1386 판결; 대법원 2003. 2. 28. 선고 2001두1239 판결 등.

4) 그러나 위 규정은 민사법상의 추정이 아니라 ‘행정법상 추정조항’으로 이해하여야 한다는 유력한 견해가 있었다. 권오승, 경제법 (제6판, 2008), 254면. 행정법상 추정으로 해석하는 독일경쟁제한방지법에 대한 연구로는 차성민, 위의 논문 참조.

5) 대법원 2002. 5. 28. 선고 2000두1386 판결; 대법원 2003. 2. 28. 선고 2001두1239 판결; 대법원 2005. 1. 28. 선고 2002두12052 판결 등.

6) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2006아35 결정.

7) 구 공정거래법 제19조 제5항의 개정 경위 및 현행 공정거래법 제19조 제5항의 해석론에 대하여는 양명조, 경제법강의 (제7판, 2009), 183-185면을 참조.

현행 공정거래법 제19조 제5항이 사실상 추정 규정인지 법률상 추정 규정인지도 논의될 수 있을 것이나, 위 조항이 합의 추정을 위하여 필요한 사실로 규정하는 ‘해당 거래분야 또는 상품·용역의 특성, 해당 행위의 경제적 이유 및 과급효과, 사업자 간 접촉의 횟수·양태 등 제반사정’이 무엇을 의미하는지 판단하기 어려우므로, 위 규정은 입증책임의 경감을 위한 추정규정으로서의 독자적 의의는 크지 않아 보인다.⁸⁾ 따라서 부당한 공동행위 입증에 관한 향후의 논의는, 주로 공정거래법 제19조 제1항을 적용하여 간접증거에 의하여 부당한 공동행위를 입증함에 있어 어떠한 기준을 적용하여야 하는지가 될 것이다.

공정거래법 제19조 제1항에 의하여 부당한 공동행위를 입증하기 위하여 필요한 간접증거로는, 우선 행위의 외형상 일치와 공정거래법 제19조 제5항에서 열거하고 있는 ① 해당 거래분야 또는 상품·용역의 특성, ② 해당 행위의 경제적 이유 및 과급효과, ③ 사업자 간 접촉의 횟수·양태 등의 증거를 생각할 수 있을 것이다.

그리고 대법원이 구 공정거래법 제19조 제5항의 합의 추정이 복멸되는지 여부를 판단하기 위한 고려사유로 열거한 사정들⁹⁾ 즉, ① 당해 상품 거래분야 시장의 특성과 현황, ② 상품의 속성과 태양, ③ 유통구조, ④ 가격결정 구조, ⑤ 시장가격에 영향을 미치는 제반 내·외부적 영향, ⑥ 각 개별업체가 동종 거래분야 시장에서 차지하고 있는 지위, ⑦ 수요나 가격의 변화가 개별사업자의 영업이익, 시장점유율 등에 미치는 영향, ⑧ 사업자의 개별적 사업여건에 비추어 본 경영판단의 정당성, ⑨ 사업자 상호간의 회합 등 직접적 의사교환의 실태, ⑩ 협의가 없었더라도 우연의 일치가 이루어질 수도 있는 개연성의 정도, ⑪ 가격모방의 경험과 범위반 전력, ⑫ 당시의 경제정책적 배경 등도 합의 입증을 위한 간접증거로 해석할 여지가 있을 것이다.¹⁰⁾

우리나라에는 부당한 공동행위 입증을 위한 증거 수준에 관한 연구결과들이 발표되어 있다.¹¹⁾ 이 논문의 목적은 이러한 기존의 연구성과를 토대로 하여 부당한 공

8) 권오승, 위의 책, 256면은, 종래에도 제19조 제1항에 기초하여 행위의 일치를 토대로 정황증거를 통하여 합의를 사실상 추정할 수 있었다는 이유로, 개정법 제19조 제5항에 법률상 추정규정으로서의 독자적 의미가 존재하는지 의문이라고 한다.

9) 대법원 2008. 2. 29. 선고 2006두10443 판결; 대법원 2006. 10. 12. 선고 2004두9371 판결 등 참조.

10) 참고로 대법원이 위 사정들을 구 공정거래법 제19조 제5항 추정의 복멸 여부를 판단할 사유로 열거하고 있는 것은 가혹한 합의 추정을 완화시켜줄 수 있는 해석으로서 합리적이라고 평가되지만, 합의를 추정할 수 있는 정황증거와 추정이 이루어진 이후에 이를 깨뜨리기 위한 정당화사유를 섞어서 망라하고 있는 것으로서 혼란을 일으킬 수 있다는 지적이 있다. 양명조, 위의 책, 188면.

11) 각주 2의 문헌 이외에, 한양대학교산학협력단(공정위용역보고서), “합의의 입증과 추정에 필요한 증거수준 분석 등 국내외 카르텔사건 심결례, 판례 종합분석”; 이인권, “담합에 대한 경제학적 검토”, 공정거래와 법치 (권오승 편, 2004); 주진열, “공정거래소송에 있어서 경제적 증거 평가에 대한 고찰”, 경쟁법 연구 제19권; 주진열, “목시적 가격협정 카르텔 규제에 있어서 경제적 증거의 역할”, 경쟁저널 제100호 등.

동행위 입증과 관련하여 주로 외국의 입법, 판례 및 저서 등을 분석함으로써, 부당한 공동행위 입증에 관한 증거를 유형화하고 유형별 증거의 증거가치에 대한 구체적인 기준을 제시하는 것이다. 부당한 공동행위의 입증의 대상으로는 합의의 존재와 경쟁제한성 혹은 부당성 존재가 있으나 실제 사건에서 주로 문제되는 것은 합의 자체가 존재하는지에 대한 것이므로, 이 논문은 합의(공동행위)의 존재를 간접증거를 통하여 입증하는 문제를 주로 검토한다.

II. 우리나라 공정거래법 검토 - 공정위 심사기준

공정거래법 제19조 제6항은 “부당한 공동행위에 관한 심사의 기준은 공정거래위원회가 정하여 고시할 수 있다”고 규정함으로써, 공정위가 부당한 공동행위 여부를 인정하기 위한 구체적인 기준을 설정할 수 있도록 하고 있다. 공정위는 일반적인 처리원칙을 규정하기 위하여 공동행위 심사기준(2009. 4. 9. 개정 공정거래위원회 예규 제57호)을 제정하였다. 그리고 입찰담합에 대한 심사기준을 제시하기 위하여 입찰질서 공정화에 관한 지침(2008. 10. 27. 개정)을 제정하였다. 공동행위 심사기준은 공정거래법 제19조 제5항의 합의 추정을 적용함에 있어 이를 보강하기 위한 정황증거로서 다음의 내용을 제시한다.¹²⁾

① 직·간접적인 의사연락이나 정보교환 등의 증거(예를 들어, 해당 사업자간 가격인상, 산출량 감축 등 비망록 기입내용이 일치하는 경우, 모임을 갖거나 연락 등을 하고 그 이후 행동이 통일된 경우, 사업자간 가격이나 산출량 등에 관한 정보를 교환하거나 교환하기로 합의하는 경우, 특정기업이 가격인상 또는 산출량 감축 의도를 밝히고 다른 경쟁기업들의 반응을 주시한 후 그 반응에 따라 가격인상 또는 산출량 감축을 단행한 경우), ② 공동으로 수행되어야만 당해 사업자들의 이익에 기여할 수 있고 개별적으로 수행되었다면 당해 사업자 각각의 이익에 반하리라는 사정에 대한 증거(예를 들어 원가상승 요인도 없고 공급과잉 또는 수요가 감소되고 있음에도 불구하고 가격을 동일하게 인상하는 경우, 재고가 누적되어 있음에도 불구하고 가격이 동시에 인상된 경우), ③ 당해 사업자들의 행위의 일치를 시장상황의 결과로 설명할 수 없다는 사정에 대한 증거(예를 들어 수요공급조건의 변동, 원재료 공급원의 차이, 공급자와 수요자의 지리적 위치 등의 차이에도 불구하고 가격이 동일하고 경직되어 있는 경우, 원재료 구입가격·제조과정·임금인상률·어음할인금

12) 공동행위 심사기준 II 4.항.

리 등이 달라 제조원가가 각각 다른데도 가격변동 폭이 동일한 경우, 시장상황에 비추어 보아 공동행위가 없이는 단기간에 높은 가격이 형성될 수 없는 경우), ④ 다 해 산 업 구 조 상 합 의 가 없 이 는 행 위 의 일 치 가 어 려 운 사 정 에 대 한 증 거 (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)

한편 공정거래법 제19조 제5항에 의하여 합의가 추정되는 경우, 사업자는 그 행위가 합의에 기한 것이 아님을 입증함으로써 추정을 복멸할 수 있다.¹³⁾

III. 미국 공정거래법 검토

1. 배심재판절차로 인하여 발생하는 특수성

미국은 배심재판제도를 채택하고 있기 때문에 배심재판을 거치는 경우에는 사실 문제는 배심이, 법률 문제는 판사가 판단한다. 이 경우에 판사는 배심원들 앞에서 심리가 시작되기 전에, 합리적인 판단능력을 가진 배심원의 평결을 통하여 판단하여야 할 사실관계의 이슈가 존재하는지를 판단한다. 만일 합리적 판단능력을 가진 배심원이라면 항상 동일한 결론에 이를 수밖에 없을 정도로 사실관계의 이슈에 다름이 없다면,¹⁴⁾ 배심원들이 심리할 사실문제라는 것이 존재하지 않는 것이다.¹⁵⁾ 따라서 법원은, 배심재판을 거쳐야 할 사건에 있어서 사실관계의 이슈가 존재하지 않으면, 사건이 배심원들 앞에서 심리되기 전단계에서 약식재판(summary judgment)¹⁶⁾이라는 형태로 원고 청구를 기각하거나 인용한다. 따라서 원고는 약식재판에 의하여 청구를 기각당하지 않기 위해 ‘합의가 존재한다고 의심할 만한 상당한 이유를 제시해야 할 입증책임’¹⁷⁾을 부담하고, 반대로 피고는 약식재판으로 원고 청구가 기

13) 공동행위 심사기준 II 5.항.

14) 즉, 합리적인 판단능력을 가진 배심원이라면 누구든지 합의가 존재한다든가 혹은 존재하지 않는다는 둘 중의 하나의 결론을 내릴 수 밖에 없다면

15) Areeda, Phillip E and Herbert Hovenkamp, Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, Vol. VI, New York: Aspen Law & Business, 2003, 6면.

16) 약식재판(summary judgment)이란 한 개 이상의 여러 문제점에서 사실상의 쟁점이 없기 때문에 그 문제를 배심에 돌릴 필요를 없애자는 원고 또는 피고의 신청에 대응해서 법원이 내린 평결전의 판결이다. 이상 이태희·임홍근, 법률영어사전, 1834면.

17) 이를 "burden of proving that a conspiracy is more probable than not"이라고 할 수 있다.

각되도록 노력한다.

결국 배심절차를 거치는 사건에 있어서 합의의 존재 여부라는 사실관계의 이슈는 기본적으로 배심원에게 맡겨지고, 배심원들은 어떤 평결에 이르게 된 근거를 제시하지 않기 때문에, 특정사건에서 어떠한 근거에 의하여 합의가 인정된 것인지를 확인하기 어렵다. 사실관계의 이슈에 관한 법원의 평가는 주로 약식재판 단계나 배심원의 평결 이후에 그 평결에 현저한 불합리성이 있는지를 판단하는 단계에서 이루어진다.

2. 인식있는 병행행위의 Plus Factor 논의

간접증거를 통하여 부당한 공동행위를 입증하는 문제는, 주로 부당한 공동행위를 입증하기 위하여 인식있는 병행행위에 더하여 필요한 추가요소(Plus Factor)가 무엇인지에 대한 논의로 귀결된다. 이러한 ‘추가 요소(plus factor)’를 유형화하는데에도 여러 견해가 있을 수 있겠으나, ① 병행행위가 우연의 일치라고 보기 어려운 사정, ② 공동행위의 동기가 존재하는 사정, ③ 스스로의 이익에 반하고 공동으로 하는 경우에만 이익이 되는 사정, ④ 독립적인 이유가 존재하지 않는다는 사정, ⑤ 의심스러운 행위를 한 사정으로 분류하는 것이 타당해 보인다. 아래에서는 위 각 유형에 포함시킬 수 있는 판례를 검토한다.

(1) 병행행위가 우연의 일치라고 보기 어려운 사정

거액의 복잡한 주문생산품에 대하여 여러 명의 응찰자들이 동일한 가격에 응찰하는 것과 같이 도저히 우연의 일치로 병행행위가 발생하였다고 볼 수 없는 경우에는 단순한 병행행위로부터 공동행위가 추론될 수 있다.¹⁸⁾ FTC v. Cement Institute 사건¹⁹⁾에서 시멘트 구매를 위한 응찰에서 약 6개의 경쟁응찰자들은 시멘트 1배럴당 \$3.286854라는 소수점 이하 6자리까지 동일한 가격으로 응찰을 하였다. 이 사건에서 법원은, 비록 원료인 시멘트가 대체가능한 규격화된 제품이고 시멘트의 시장가격 등에 의하여 유사한 가격으로 응찰할 가능성이 크다고 하더라도 약 6명의 경쟁 응찰자들이 우연의 일치로 소수점 이하 6자리까지 완전히 동일한 가격으로 응찰하기

Areeda & Hovenkamp, 위의 책(Vol VI), 6, 22면.

18) Areeda & Hovenkamp, 위의 책(Vol. VI), 138, 171면.

19) FTC v. Cement Institute, 333 U.S. 683 (1948).

는 힘들다는 사정을 동일가격 응찰의 공동행위를 인정하는 중요한 증거로 삼았다.

United States v. Finis P. Ernest 사건²⁰⁾에서 건축공사를 위한 첫째 입찰에서 Ernest사만이 응찰을 하였으나 가격이 너무 높아 계약이 체결되지 않았다. 두 번째 입찰에서 Ernest사와 Modern사 2개 회사만 응찰하였는데, Modern사는 응찰가격의 산출 과정이 복잡하고 공정 시장가격이 존재하지 않는 노임, 재료비, 간접비용, 이윤, 기타 비용 등의 16개 항목 중 7개 항목에 대하여 Ernest사와 동일한 가격을 적어냈고, 나머지 9개 항목에 대하여는 한자리의 숫자를 변경하거나 끝수를 반올림하는 등의 방법으로 숫자를 변경하였다. 게다가 Modern사 담당자는 사전조사를 위하여 공사 현장을 방문하거나 원재료 제공업자들을 만난 적이 없었고, 응찰일에 자택에서 응찰가격을 적어내었으며, Modern사는 공사를 할 경우 지불해야 할 필요한 보증금 조달능력이 없었다. 배심원은 입찰담합이 존재한다는 평결을 하였고 법원도 입찰결과가 매우 이례적이라는 사정을 들어 이러한 평결을 받아들였다.

Taxi Weekly v. Metropolitan Taxicab Board of Trade 사건²¹⁾에서 피고 택시운송회사들이 원고가 발행하는 택시업 관련 잡지를 오랜 기간 대량 구독하다가 구독을 중단하기로 하는 공동행위를 하였는지가 문제되었다. 피고들은 원고의 잡지의 수준, 기사내용, 가격 등에 대하여 사전에 불평한 적이 없었으나, 택시운송회사들의 협회모임이 있는 다음날 구독을 중단하겠다는 통보를 하였고, 위와 같은 통보는 30분의 시간범위 내에서 모두 이루어졌다. 뿐만 아니라 일부 피고들은 원고 잡지에 광고를 하던 주된 광고주들로 하여금 원고 잡지에 대한 광고를 중단하라고 권유하기도 하였다. 배심재판을 통하여 피고들의 공동행위가 인정되었고, 법원은 위 사정들을 고려하여 배심원단의 평결을 유지하였다.

J&J Furniture & Sleep Shop v. Sealy Southeast 사건²²⁾은 Sealy사로부터 라이선스를 받아 주로 각각의 소재지에서 Sealy 상표의 침대매트리스를 제조하여 판매하는 사업자들이 공동행위를 하였는지가 문제된 사건이다. Slumber사는 루이지애나주에서, Brenham사는 텍사스주에서 각 Sealy 상표의 침대매트리스를 제조하여 주로 그 지역에서 판매를 하고 있었다. Brenham사가 루이지애나주의 할인판매장에 공급을 하자 그 할인판매장이 Slumber사의 주요 경쟁 상대가 되었고, Slumber사는 그에 대한 보복으로 텍사스주의 할인판매장에 공급을 하였다. 양사가 동일한 무역박람회에 참여하던 시점에, 양사는 각자 자신의 주 이외의 지역에서 판매를 하던

20) United States v. Finis P. Ernest, 509 F.2d 1256 (7th Cir.), cert. denied, 423 U.S. 874 (1975).

21) Taxi Weekly v. Metropolitan Taxicab Board of Trade, 539 F.2d 907 (2d Cir. 1976).

22) J&J Furniture & Sleep Shop v. Sealy Southeast, US District Court (S.D. Tex.), 1981 Trade Cas. ¶64,166.

원고 판매대리점(dealer)과의 거래를 중단하였다. 이러한 거래중단은 예정되지 않은 갑작스러운 것이었고, 양사는 거래 중단의 이유도 설명하지 않았다. 원고 판매대리점은 이러한 정황에 근거하여 Slumber사와 Brenham사가 각자의 소재지 이외에서는 판매하지 않기로 하는 공동행위를 하였다고 주장하였다. 연방 1심법원은 위와 같은 정황은 공동행위를 의심하게 한다는 이유로, 약식재판으로 원고의 청구를 기각해서는 안된다고 판시하였다.

(2) 공동행위의 동기가 존재하는 사정

상호의존적 병행행위로부터 공동행위를 인정하기 위해서는 공동행위를 할 동기(motivation)가 있어야 한다. 예를 들어 공동행위를 할 동기가 너무나 강력하고, 다른 사업자들의 의사를 알 수 없는 상태에서 한 사업자가 먼저 가격인상 등의 행동을 하는 것이 너무 위험하기 때문에 다른 사업자의 의사를 알지 못한다면 어느 누구도 먼저 행동에 나서지 않을 것이 명백하면, 사업자의 행동과 이를 추종하는 병행행위로부터 공동행위를 추론할 수 있을 것이다.²³⁾ 공동행위의 동기가 있다는 것만으로 병행행위가 공동행위로 인정되는 것은 아니다. 그러나 공동행위의 동기가 없다면 공동행위를 인정하기는 어려울 것이다.²⁴⁾ 결국 동기란 단순히 과점사업자들이 함께 가격을 인상하여 이윤을 증대시킨다는 것을 의미하는 것은 아니고, 일탈행위를 하는 특정 거래처를 배제하거나 특정 경쟁사업자를 퇴출시키려는 구체적인 동기를 의미하는 것으로 보는 것이 타당하다고 생각된다.²⁵⁾²⁶⁾

23) Areeda & Hovenkamp, 위의 책(Vol. VI), 68면.

24) 대부분의 판례는 “공동행위의 동기가 없는 경우에는 병행행위 만으로 공동행위를 인정할 수 없다”고 판시한다. 이러한 취지의 판례로는 Continental Cablevision v. American Elec. Power Co., 715 F.2d 1115 (6th Cir. 1983); Bogosian v. Gulf Oil Corp., 561 F.2d 434 (3d Cir. 1977), cert. denied, 434 U.S. 1086 (1978) 등이 있다. 한편 “당사자들이 공동행위를 통하여 어떤 이익을 얻을 수 없다면 공동행위를 하였을 가능성은 크지 않다”는 판례도 이와 동일한 취지로 해석될 수 있다. 이러한 취지의 판례로는 Michelman v. Clark-Schwebel Fiber Glass Corp., 534 F.2d 1036 (2d Cir.), cert. denied, 429 U.S. 885 (1976); Dahl v. Roy Cooper Co., 448 F.2d 17, 19 (9th Cir. 1971); Raitport v. Chase Manhattan Capital Corp., 388 F. Supp. 1095(S.D.N.Y. 1975) 등이 있다. 이상 Areeda & Hovenkamp, 위의 책(Vol. VI), 78면.

25) ‘공동행위의 동기’를 ‘공동행위로부터 얻는 이익’과 동일한 개념으로 볼 수도 있다. Areeda, Hovenkamp 교수도 이러한 입장을 취하는 것으로 보인다. Areeda & Hovenkamp, 위의 책 (Vol. VI), 69면. 그러나 이렇게 해석하면 공동행위의 동기가 있다는 사정은 공동행위로부터 이익을 얻는다는 사정 혹은 공동행위에 대한 독립적이고 상당한 이유가 존재하지 않는다는 사정과 차이가 없게 되어 추가 요소를 유형화하는 의미가 반감된다. 따라서 추가 요소로서의 ‘공동행위의 동기’는 일반적·추상적 의미에서의 ‘공동행위로부터 얻는 이익’과는 다른 개념으로 파악하는 것이 적절하다고 생각된다.

26) 공동행위의 동기가 중요한 영향을 미친 것으로 볼 수 있는 Standard Oil Co., (Cal.) v. Moore, 251 F.2d 188 (9th Cir. 1957), cert. denied, 356 U.S. 975 (1958) 사건, Park v. El Paso Board of Realtors, 764 F.2d 1053 (5th Cir. 1985), cert. denied, 474 U.S. 1102 (1986) 사건, Apex Oil Co.

일반적으로 공동행위를 주장하는 원고가 공동행위의 동기에 대한 증거를 제출해야 할 책임이 있다. 공동행위의 동기는 객관적 시장 상황에 의하여 인정될 수도 있고 사업자의 주관적인 생각에 의하여 인정될 수도 있다. 객관적 시장 상황에 의하여 공동행위의 동기를 인정하는 것에 대하여는, 사업자의 주관적 동기를 무시하고 구체적인 증거없이 참여자의 고의를 인정하는 것으로서 부당하다는 반론이 제기될 수 있겠으나, 공동행위의 동기가 있다는 이유만으로 단순한 병행행위로부터 공동행위가 추론되는 것은 아니고 공동행위의 동기는 주로 그 동기가 없다는 이유로 공동행위를 인정하지 않는 경우에 거론된다는 이유로, 객관적 시장 상황에 의하여 동기를 인정하는 것이 부당하지는 않다고 한다.²⁷⁾

Standard Oil Co. v. Moore 사건²⁸⁾에서 주유소업자인 원고는, 7개 정유사인 피고들이 원고와의 거래를 거절하는 공동행위를 하였다는 이유로 3배 손해배상(treble damage)을 청구하였다. 원고는 피고 Tidewater 정유사가 원고에게 “가격표 게시를 중지하지 않으면 더 이상 주유소 운영을 못하게 하겠다. 당신이 가격표 게시를 중지하지 아니하여 당사가 당신과의 거래를 중지하면 다른 정유사도 당신과 거래하지 않을 것이다”고 하였고, 원고가 가격표 게시를 중지하지 않아 Tidewater 정유사와 거래가 중지되자 다른 7개의 피고 정유사들도 원고와 거래하지 않았다고 주장하였다. 그러면서 피고 정유사들이 주유소로 하여금 가격표를 게시하지 못하도록 함으로써 소매가격에 대한 경쟁을 제한하려 하였다고 주장하였다. 이에 대하여 피고들은 수량의 부족, 원고와 인접한 주유소들과 이미 거래를 하고 있었던 사실, 좀 더 좋은 조건에 계약하기 위한 협상을 하려한 것이라는 사실 등 원고와의 거래거절에 독립적인 이유가 있다고 주장하였다. 그러나 법원은 유류도매가격이 동일하였던 사실, 정유사들 사이의 정보교환 사실²⁹⁾, 가격표 게시를 중단하지 않은 다른 주유소들도 동일한 상황에 처한 사실³⁰⁾ 등을 이유로, 소매가격을 조절하고 정유사의 정책에

v. DiMauro, 822 F.2d 246 (2d Cir.) cert. denied, 484 U.S. 977 (1987) 사건 등은 모두 사업자들이 일탈행위를 하는 거래처나 경쟁사업자를 배제하려고 하거나, 경쟁사업자들이 하나의 사업자를 제거하려는 동기가 인정된 사건들이다. 우리나라의 사례 중 시멘트 7사 사건(2003. 9. 8. 공정위 전원회의 의결 제2003-147호, 사건번호 2003공동1032, 1031호)이 이와 유사한 사례라고 할 수 있을 것이다.

27) Areeda & Hovenkamp, 위의 책(Vol. VI), 78면.

28) Standard Oil Co., (Cal.) v. Moore, 251 F.2d 188 (9th Cir. 1957), cert. denied, 356 U.S. 975 (1958).

29) 다만 이에 대하여는, 유류 도매가격의 일치는 유류소매가격에 대한 담합과는 무관하고, 정유사들이 특정 주유소와 거래를 시작하기 전에 특정 주유소가 종전에 거래하고 있던 다른 정유사를 상대로 정보를 교환하면서 종전 거래 정유사의 허락을 받은 후에야 거래를 개시하였다면 정유사간의 담합행위를 인정할 수 있겠지만, 종전 거래 정유사를 상대로 특정 주유소의 성실성, 신뢰성 혹은 소매 판매가격 수준에 대한 정보를 문의한 것만으로는 공동행위를 인정할 수 없다는 견해가 있다. Areeda & Hovenkamp, 위의 책(Vol. VI), 166면.

순응하지 않는 주유소와의 거래를 거절하기로 하는 내용의 공동행위가 존재하였다고 인정하였다. 다만 연방항소법원은 증거능력 없는 증거들이 배심원에게 제시되었다는 이유로 원고의 청구를 인용한 1심 배심 평결을 뒤집고 새로운 배심재판을 명하였다.

Park v. El Paso Bd. of Realtors 사건³¹⁾에서 68명의 부동산 중개업자인 피고들이 가격을 고정하고 저가정책을 고수하는 원고와의 거래를 거절하는 공동행위를 하였는지가 문제되었다. 피고 중개업자들은 동일한 매물목록을 공유하는 회원들로서 한 중개업자가 매물목록에 등록한 부동산에 대하여 다른 중개업자가 매수인을 중개하는 것이 가능하였다. 부동산이 매각되면, 부동산 매도를 위하여 매물목록에 등록한 중개업자(listing broker)와 매수인을 대행하는 중개업자(seller broker)가 부동산 중개수수료를 서로 나누어가졌다. 법원은 ① 매물목록에는 정액수수료를 받으라고 기재되어 있음에도 불구하고, 원고가 매도를 위하여 매물목록에 등록한 부동산에 대하여 피고들이 매수인을 대행하게 되면 피고들은 목적물 가액의 7%라는 비율수수료를 요구한 사실, ② 통상 매물목록에 등록한 중개업자와 매수인을 대행하는 중개업자가 수수료를 반분하였음에도 피고들이 매물목록에 등록한 부동산에 대하여 원고가 매수인을 대행하게 되면 피고들이 수수료의 50% 이상을 요구한 사실, ③ 다른 중개업자들이 원고에 대하여 명예훼손적 발언을 하고 고객을 상대로 원고를 비방한 사실, ④ 다른 중개업자들이 원고의 고객을 상대로 익명의 전화를 하였을 가능성이 있는 사실, ⑤ 다른 중개업자들이 원고가 등록한 매물목록을 고객에게 보여주지 않거나 이미 팔렸다고 말한 사실, ⑥ 한 명의 중개업자가 원고에게 “머지 않아 업계에서 쫓겨나게 될 것”이라고 말한 사실 등을 이유로, 이 사건에서 피고 중개업자들이 단순히 수익성이 없었기 때문에 원고와의 거래를 거절하였다고 보기 어렵고, 우연히 병행행위가 발생한 것으로 보기 어렵다는 이유로 약식재판으로 원고 청구를 기각해서는 안된다고 판시하였다.

Apex Oil Co. v. DiMauro 사건³²⁾에서 원고는 뉴욕상업거래소(New York Mercantile Exchange)를 통하여 미래에 난방유를 특정 가격에 매도하기로 하는 계약인 난방유

30) 원고 이외의 다른 주유소업자도 소매가격 책정 혹은 다른 이유로 정유사와 분쟁을 겪은 후 다른 정유사들로부터 거래를 거절당하였다. 원고는 Tidewater사의 유류를 판매하고 있었는데 원고의 증언에 의하면, Tidewater사의 담당자가 원고에게 “당신이 가격표를 내리면 길 건너편에 있는 Shell사 주유소도 5분 내에 가격표를 내릴 것이다”라고 말하였고, 원고가 이에 응하여 가격표를 내리고 Tidewater 사의 직원이 원고에게 몇 차례 확인전화를 한 후 실제로 5분 후 건너편의 Shell사 주유소가 가격표를 내렸다. 그리고 원고 외에 두 개의 주유소업자가 유사한 취지의 경험을 하였다고 증언하였다.

31) Park v. El Paso Board of Realtors, 764 F.2d 1053 (5th Cir. 1985), cert. denied, 474 U.S. 1102 (1986).

32) Apex Oil Co. v. DiMauro, 822 F.2d 246 (2d Cir.) cert. denied, 484 U.S. 977 (1987).

(heat oil) 선물 계약을 하였다. 일부 피고들은 연료유(fuel oil) 시장에서 원고와 경쟁관계에 있는 사업자들이었고, 미래에 난방유를 일정 가격에 매수하기로 하는 선물계약을 하였다. 따라서 난방유 가격이 하락하면 원고는 이익을 보고 일부 피고들은 손해를 보게 되어 있었다. 계약일자인 1982. 2.에 난방유 가격이 상승하였고 일부 피고들은 원고에게 특정 가격에 난방유를 즉시 매도하라고 요구하였다. 원고는 ① 일부 피고들은 자신들의 연료유(fuel oil) 판매량을 대폭 감축하고 있는 상황에서 미래에 연료유를 구입하기로 하는 선물계약을 체결한 사실, ② 계약내용에 의하면 선물계약을 체결한 자는 행사일 이후 아무 때나 대상 상품의 인도를 요구할 수 있지만, 실질적인 거래관행상 항상 선물계약의 매수포지션을 취한 자와 매도 포지션을 취한 자가 서로 협의하여 양자가 선호하는 일시에 인도가 이루어졌음에도 불구하고 일부 피고들은 원고에게 즉시 전부를 인도하라고 요구한 사실 등을 내세워 피고들이 공동하여 원고와의 거래를 거절하고 연료유 시장을 독점화하려 한다고 주장하였다. 연방 1심법원은 약식재판으로 원고 청구를 기각하였다. 그러나 연방항소법원은, 난방유 가격이 떨어지고 있는 상황이었으므로 피고들로서는 원고로부터 즉시 난방유를 인도받아 가격이 더 떨어지기 전에 시장에 되팔아 차익을 거둘 독립적인 이익이 있다고 판시하면서도, 피고들의 전화통화 및 노트 기재³³⁾를 고려하면 피고들이 원고를 퇴출시키려는 의도를 가지고 있었다는 것과 공모 존재 여부를 배심원으로 하여금 판단하게 할 정도의 사실관계의 이슈가 있음을 인정할 수 있다고 판단하였다. 그리고 Matsushita 사건과 같이 장기간에 걸친 공동행위가 성립하기 위해서는 좀 더 명백한 합의가 필요하기 때문에 그 입증에 강력한 직접증거가 필요하지만, 이 사건과 같이 일회적, 일시적, 비공식적인 공동행위의 입증은 정황증거로도 가능할 수 있다고 판시하였다. 그리고 약식재판으로 원고청구를 기각한 1심 판결을 파기하였다.

(3) 스스로의 이익에 반하고 공동으로 하는 경우에만 이익이 되는 사정

판례는 당해 행위가 공동으로 하는지에 상관없이 참여자 스스로에게 이익이 된다면, 단순한 병행행위로부터 공동행위를 추론해서는 안된다고 한다. North Penn Oil & Tire Co. v. Phillips Petroleum Co. 사건³⁴⁾에서 법원은 “어떤 행동이 참여자의 이익에 반하는 것이라거나, 어떤 행동이 다른 사업자들도 동일한 행동을 할 경우에만 합리적이라는 사정이 입증되지 않는 한 병행행위만으로 공동행위를 인정할 수는

33) 피고들의 대화에 관하여 피고들이 각 내부문서에 기재한 내용이 서로 놀라울 정도로 일치하였다.

34) North Penn Oil & Tire Co. v. Phillips Petroleum Co., 358 F. Supp. 908 (E.D. Pa. 1973).

없다”고 판시하였다. 어떤 행위가 엄밀히 말하여 사업자에게 이익이 되지 않더라도, 당해 사업자가 행위시에 스스로에게 이익이 된다고 주관적으로 생각하였다면 스스로에게 이익이 되는 행위라고 보아야 할 것이다.³⁵⁾

Interstate Circuit v. United States 사건³⁶⁾에서 개봉작 및 비개봉작을 모두 상영하는 영화상영업자인 Interstate Circuit사는 8개의 경쟁 영화배급업자들에게, “Interstate Circuit사 영업지역 내의 비개봉작 영화상영업자에 대하여 저녁 상영료의 최저가격을 25센트로 하고 동시상영³⁷⁾을 금지하도록 요구하라”는 내용의 편지를 각 발송하였다. 위 편지는 8개의 경쟁 영화배급업자들에게 각각 발송되었으나 수신인에는 8개 영화배급업자가 모두 기재되어 있어, 각 영화배급업자는 자기 이외의 영화배급업자들도 동일한 편지를 받았음을 알 수 있었다. 영화배급업자들이 의사교환을 하였다는 증거는 없었다. 그 후 영화배급업자들은 4개의 시에서 영화상영업자들과의 계약내용을 위 내용대로 수정함으로써 동일한 행동을 하였으나 Galveston, Austin, Rio Grande Valley 등 3개의 시에서는 동일한 행동을 하지 않았다. 그리고 Interstate Circuit사와 영화배급업자들의 수익은 증대하였다.³⁸⁾ 법원은, ① 피고 영화배급업자들이 거래조건에 관한 계약내용의 변경권한이 있는 해당 임원들을 증인으로 신청하지 않은 사실, ② 피고 영화배급업자들이 공통하여 3개의 시에서는 계약내용을 수정하지 않은 사실,³⁹⁾ ③ 피고 영화배급업자들 사이에 직접적인 의사교환이 없더라도 각 영화배급업자들은 Interstate Circuit를 통해서 순차적으로 의견을 조율할 수 있는 사실, ④ 영화배급업자들과 영화상영업자들의 계약 변경이 단순한 계약문구 수정의 정도가 아니라 계약내용을 전체적으로 복잡하게 변경하는 것이기 때문에, 다른 영화배급업자들이 동일하게 계약을 변경하지 않는 경우에는 계약을 변경한 영화배급업자만 막대한 손실을 입게 되고, 따라서 다른 영화배급업자도 동참하리라는 확신이 없다면 계약변경을 하기 어려운 사실을 이유로 공동행위를 인정할 수 있다고 판시하였다.

35) Areeda & Hovenkamp, 위의 책(Vol. VI), 92-93면.

36) Interstate Circuit v. United States, 306 U.S. 208 (1939).

37) 당시 미국에서 개봉작 영화는 주로 대형 영화관에서 먼저 상영되었고, 그 상영이 종료되면 어느 정도의 휴지기를 거친 후에 비개봉작을 상영하는 중소규모 영화관에서 다시 상영이 되었다. 비개봉작을 상영하는 중소규모의 영화관은 ‘동시상영(double feature)’이라고 하여 여러 개의 영화를 동시에 상영하기도 하였다.

38) 다만 어떤 이유와 경로를 거쳐 수익이 증대하였는지에 대하여는 자세히 실시하지 않았다.

39) 이러한 일치가 발생한 이유로는 ① 영화배급업자들이 서로 협의하였거나, ② Interstate Circuit사가 Austin 등 3개 시의 영화상영업자의 반발 때문에 요구내용을 변경하였거나, ③ 위 3개의 시에서 Interstate Circuit사의 요구를 이행하면 영화배급업자들이 손해를 입을 것이 명백하였기 때문일 것이다. 법원은 이러한 일치가 발생한 이유에 대하여 피고 영화배급업자들이 제대로 설명하지 못하였다고 판단한 것으로 보인다. Areeda & Hovenkamp, 위의 책(Vol. VI), 187-188면.

영화관이 영화배급업자를 상대로 “특정 영화관을 배제하고 특정 영화관에 혜택을 부여하기로 하는 공동행위를 하였다”고 제소한 사례는 여러 건이 있다. 이러한 사건들의 상당수는, 스스로의 이익에 반한다는 증거가 없거나,⁴⁰⁾ 피고들이 정상적인 경영상 판단에 의하여 행동한 것이라거나,⁴¹⁾ 사업자들이 공통으로 부딪치는 경영상 문제에 독립적으로 대처한 것이라거나,⁴²⁾ 원고보다는 원고와 경쟁하는 영화관들이 피고들과의 사이에 장기간의 안정되고 우호적인 거래관계를 유지하여 왔다거나,⁴³⁾ 원고보다는 원고와 경쟁하는 영화관들이 더 크고 많은 수익을 얻어왔다⁴⁴⁾는 등의 이유로 기각되는 경우가 많다.⁴⁵⁾

가격인상과 같은 행위는 다른 사업자도 동일하게 행동하는 경우에만 사업자에게 이익이 된다. 그러나 가격인상에 대하여는, ① 다른 사업자가 동일하게 행동하리라고 예측하기 어렵고, ② 인상된 가격을 원상회복시키기도 어려운 상황에서 이루어진 것이 아니라면, 그것만으로 공동행위를 나타내는 것으로 볼 수는 없다는 견해가 있다. 이러한 상황에서는 한 사업자가 다른 사업자와의 합의 없이 함부로 가격을 인상하지는 않을 것이므로, 가격이 공동으로 인상되었다면 사업자들간에 가격인상을 하기로 하는 합의가 존재하였기 때문이라고 추론할 수 있다는 것이다. 반면에, ① 다른 사업자가 동일하게 행동하리라고 예측하기 용이하고, ② 인상된 가격을 원상회복시키기도 쉬운 경우에는, 한 사업자는 다른 사업자와 합의가 없더라도 단독으로 가격을 인상해 볼 수 있을 것이므로, 이러한 경우에는 한 사업자가 가격을 인상하고 다른 사업자들도 이에 추종하는 병행행위가 있었다는 것만으로 가격을 인상하기로 하는 명시적 합의가 존재하였다고 추론하기는 어렵다고 한다.⁴⁶⁾ 과점시장에서는 의사의 연락이 없이 위와 같은 병행행위가 발생할 수도 있으므로 이러한 견해는 타당하다고 생각된다.

40) Theatre Enterprises v. Paramount Film Distrib. Corp., 346 U.S. 537 (1954); Seago v. North Carolina Theatres, 42 F.R.D. 627 (E.D.N.C. 1966), aff'd per curiam, 388 F.2d 987 (4th Cir. 1967) cert. denied, 390 U.S. 959 (1968); Winchester Theatre Co. v. Paramount Film Distrib. Corp., 324 F.2d 652 (1st Cir. 1963).

41) Fanchon & Marco v. Paramount Pictures, 215 F.2d 167 (9th Cir. 1954), cert. denied, 348 U.S. 912 (1955).

42) Orbo Theatre Corp., v. Loew's, 156 F. Supp. 770 (D.D.C. 1957), aff'd per curiam, 261 F.2d 380 (D.C. Cir. 1958), cert. denied, 359 U.S. 943 (1959); United States v. Twentieth Century Fox Film Corp., 137 F. Supp. 78, 85 (S.D. Cal. 1955).

43) G.&P. Amusement Co. v. Regent Theater Co., 107 F. Supp. 453 (N.D. Ohio 1952), aff'd per curiam, 216 F.2d 749 (6th Cir. 1954), cert. denied. 349 U.S. 904 (1955).

44) Parsons v. Paramount Film Distrib. Corp., 215 F. Supp. 153 (D. Minn. 1963).

45) Areeda & Hovenkamp, 위의 책(Vol. VI), 94면.

46) Areeda & Hovenkamp, 위의 책(Vol. VI), 92, 96면.

장기적인 이익과 단기적인 이익이 서로 상반되는 경우도 있다. 사업자가 장기적인 이익을 위하여 단기적으로 이익에 반하는 행동을 하는 것은 ‘스스로의 이익에 반하는 행동’이라고 할 수 없다. Pacific Tobacco Co. v. American Tobacco Co. 사건⁴⁷⁾에서 원고들은 담배제조사로부터 담배를 공급받아 ‘암(Cancer)’이라는 브랜드명으로 판매하고자 하였는데, 이러한 활동에는 이윤추구 이외의 요인이 있었던 것으로 보인다. 몇몇 대형 담배제조사들은 원고에게 담배를 공급하기를 거절하였고, 원고는 거래거절의 공동행위라고 제소하였다. 연방 1심법원은 피고들이 원고에게 공급을 하지 않은 것은 경영상의 고려에 따른 독립적인 이유가 있다는 이유로 약식재판으로 원고 청구를 기각하였다. 만일 이 사건에서 원고가 피고 담배회사들에게 시장가격보다 높은 가격을 제시하였다면, 피고들이 원고에게 담배를 판매하는 것이 피고들의 단기적인 이익에 부합할 것이다. 그러나 원고에게 담배를 공급하여 ‘암(cancer)’이라는 브랜드명으로 담배가 판매됨으로써 피고들의 장기적인 담배 매출이 감소한다면, 원고에게 담배를 판매하는 것은 피고들의 장기적인 이익에는 반한다.⁴⁸⁾

(4) 독립적인 이유가 존재하지 않는다는 사정

사업자들이 병행행위를 할 독립적인 이유가 있을 때에는 공동행위를 인정하기 어렵다. 따라서 병행행위로부터 공동행위를 추론하기 위해서는 독립적인 이유가 존재하지 않는다는 사정이 인정되어야 한다. 연방항소법원은, Southway Theatres v. Georgia Theatre Co. 사건⁴⁹⁾에서 “병행행위가 독립적인 경영판단의 결과로 설명될 수 있다면 이러한 병행행위 만에 의거하여 공동행위를 추론하는 것은 언제나 부당하다”고 판시하였고, Kreuzer v. American Academy of Periodontology 사건⁵⁰⁾에서 “공동행위는 정황증거에 의하여 인정될 수도 있으나, 이러한 추정은 참여자들이 스스로의 독립적 이익에 반하여 행동하였을 경우에만 가능하다. 원고가 공동행위가 추정될 수도 있는 충분한 증거를 제출하였다면, 피고는 당해 행동을 하게 된 독립적 이익이 있다는 증거를 제출할 수 있다. 만일 당해 행동을 하게 된 이유에 관한 피고의 설명이 더 설득력이 있다면 공동행위는 인정되지 않을 것이다”라고 하였다.

한편 Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp. 사건⁵¹⁾에서 연방대법원은, 가격

47) Pacific Tobacco Co. v. American Tobacco Co., U. S. District Court (D. Or.) 1974 Trade Cas. ¶174,991.

48) Areeda & Hovenkamp, 위의 책(Vol. VI), 100면.

49) Southway Theatres v. Georgia Theatre Co., 672 F.2d 485 (5th Cir. 1982).

50) Kreuzer v. American Academy of Periodontology, 735 F.2d 1479 (D.C. Cir. 1984).

담합을 주장하는 원고는 약식재판으로 청구를 기각당하지 않기 위하여 “생산자들이 독립적으로 행동한 결과로 가격의 일치가 발생한 것이 아니라는 점”을 입증해야 한다고 판시하였고, 이후 많은 판례들은 Monsanto 사건의 위 판시 부분을 인용하면서 가격담합을 입증하려는 원고가 “생산자들 사이의 명시적 합의 이외의 사유로 인하여 가격의 인상 혹은 일치가 발생하였을 가능성은 존재하지 않는다는 사실”을 입증해야 한다고 판시한다.⁵²⁾ 그러나 Monsanto 사건의 판시 취지는, 부당한 공동행위를 주장하는 원고에게 사업자들의 독립적 행동으로 우연히 가격이 일치하였을 모든 가능성을 배제할 입증책임을 부과하는 것으로 해석되어서는 안되고, 가격의 일치가 사업자들의 독립적 행동의 결과이기 보다는 공동행위의 결과일 가능성이 더 크다는 정도의 입증책임을 부과하는 것으로 해석해야 한다는 견해가 유력하다.⁵³⁾

어떤 과점기업이 원재료가격의 인상액과 동일한 폭으로 상품가격을 인상할 때, 그 기업은 경쟁 기업도 동일한 폭으로 가격을 인상할 것으로 예상하고 경쟁 기업의 가격인상에 관심을 가질 수도 있다. 그러나 이러한 측면의 상호의존성이 있다고 하더라도, 상품가격 인상에는 원료가격 상승이라는 독립적인 이유가 있으므로 공동행위가 추론되는 것은 아니다.⁵⁴⁾⁵⁵⁾

Toys'R'Us(TRU) v. FTC 사건⁵⁶⁾은 완구판매점인 TRU와 완구제조업자들이, TRU의 경쟁 완구판매점들(특히 도매할인업자들)과 거래하지 않기로 하는 공동행위를 하였는지가 문제된 사안이다. 완구제조시장은 과점시장은 아니었고, 상위 10개 제조사의 미국시장 합계 점유율이 50% 미만이었다. 완구는 다양한 종류가 생산되어 종류별로 제품차별화(예를 들면 바비인형과 보드게임)가 되어 있었다. TRU는 주요

51) Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp. 465 U.S. 752 (1984).

52) 예를 들어 Blomkest Fertilizer, Inc. v. Potash Corp. of Saskatchewan, Inc. 203 F.3d 1032-34 (8th Cir. 2000). Posner 교수는 이러한 판례는 시장구조상 명시적 합의 이외의 사유로 가격의 인상이나 일치가 발생하기 용이한 과점시장에 대하여 카르텔 입증을 더욱 어렵게 하는 결과가 되어 부당하다고 비판한다. Richard A. Posner, Antitrust Law (2nd ed.), Chicago: University of Chicago Press, 2001, 99-100면.

53) Areeda & Hovenkamp, 위의 책(Vol. VI) 24면.

54) Areeda & Hovenkamp, 위의 책(Vol. VI), 80면.

55) Tree Movies fo Tarzana v. Pacific Theatres, 1986-2 Trade Ca. ¶67,231 (C.D. Cal.), aff'd, 828 F.2d 1395 (9th Cir.1987), cert. denied. 484 U.S. 1066 (1988) 사건에서 영화배급업자들이 수년간 가장 유리한 조건을 제시하는 영화상영자와 계약한 것으로부터 공동행위를 추론해서는 안된다고 판시하였고, Cooper v. Forsyth Cty. Hosp. Auth. 789 F.2d 278 (4th Cir.), cert. denied, 479 U.S. 972 (1986) 사건에서 피고 병원과 의사들이 공동으로 족병학자(podiatrist)에 대한 병원의 상근직 지위 부여를 거절한 것에 대하여, 환자 진료에 대한 우려 내지 관심이 상근직 지위 부여를 거부한 독립적 이유가 될 수 있다고 판시하였으며, Wheeler v. Blue Cross/Blue Shield of Who., 1986-2 Trade Cas. ¶67,344 (D. Nev.) 사건에서 보험회사들과 의료계가 검증되지 않은 치료방법을 사용하는 병원들과의 거래를 공동으로 거절한 것으로부터 공동행위를 추론해서는 안된다고 판시하였다.

56) Toys'R'Us(TRU) v. FTC, 221 F.3d 928 (7th Cir. 2000).

완구제조업자들의 생산량의 약 30%를 구매하여 가장 큰 구매자였다. TRU는 완구에 30%의 마진을 붙여 판매하였으나 도매할인업자들은 9%정도의 마진을 붙였다. TRU는 주요 완구제조업자들과 여러차례 협상한 끝에 "완구제조업자는 도매할인업자들에게, TRU를 포함한 다른 판매점에 공급하지 않는 종류의 완구만을 공급하고, 도매할인업자에게 제공하는 혜택은 TRU에게도 동일하게 제공"하기로 합의하였다. TRU는 위 합의과정에서 완구제조업자들에게, "TRU는 다른 완구제조업자들과도 동일한 내용으로 합의할 것"이라고 확신시켰다. 연방거래위원회는 이러한 합의는 TRU와 완구제조업자간의 수직적 합의임과 동시에 *Interstate Circuit v. United States* 사건⁵⁷⁾의 판결의 취지에 따라 완구제조업자들간의 수평적 합의도 된다고 보았다. 피고 TRU는, TRU가 완구 전시·완구에 대한 설명·애프터서비스·판매활동 등 완구의 판매점으로서의 기능을 하면서 비용을 지출하는데, 도매할인업자들은 이러한 비용지출 없이 무임승차하고 있으므로, 완구제조업자들은 도매할인업자들과 거래를 중단할 독립적인 이유가 있다고 주장하였다. 그러나 법원은 완구가 매장설치나 설명 및 애프터서비스에 과다한 비용을 요구하는 상품이 아니고, TRU가 위와 같은 기능에 많은 비용을 투입하였다거나, 소비자들이 TRU의 매장에서 완구에 대한 정보를 취득한 후 막상 구입할 때에는 도매할인업자들로부터 구입한다는 점을 입증할 증거가 없다고 판시하였다. 법원은 또한 ① 완구제조업자의 내부문서에 의하면 그들이 도매할인업자 등 TRU 이외의 거래처에 매출함으로써 거래선을 다양화하려고 하였으므로 갑자기 도매업자들과 거래를 중단하는 것은 완구제조업자들의 스스로의 경제적 이익에 반하는 사실, ② 완구제조업자들과 TRU 담당자의 증언에 의하면, 완구제조업자들은 경쟁 완구제조업자들도 동참하는 경우에 한하여 도매할인업자와의 거래를 중지하겠다는 입장을 표명하였다는 사실, ③ TRU는 완구제조업자들의 이탈행위를 신고받아 조정하는 역할을 한 사실 등을 이유로 피고 TRU의 주장을 받아들이지 않았다.

Brand Name Prescription Drugs 사건⁵⁸⁾은 제약회사와 약품 도매상들이, 병원·건강관리기관(HMOs)⁵⁹⁾·요양원에는 할인판매를 하면서 원고 약국들에게는 할인판매를 하지 않기로 하는 담합을 하였는지가 문제된 사건이다. 이 사건에서 상품인

57) *Interstate Circuit v. United States*, 306 U.S. 208 (1939).

58) *In Re Brand Name Prescription Drugs Antitrust Litigation*, 186 F.3d 781 (7th Cir. 1999) cert. denied, 528 U.S. 1181 (2000).

59) *Health Maintenance Organization*. HMO는 미국에서 의료보험사와 유사한 기능을 하는 기관이다. 미국 연방 법률에 의하면 25명 이상의 근로자를 고용하는 사용자는 근로자들을 연방정부로부터 인가받은 건강관리기관에 가입시켜야 한다. HMO는 개별 의료기관들과 계약을 하고, HMO 가입자는 HMO와 계약관계가 있는 의료기관을 상대로 계약내용에 따라 의료서비스를 제공받는다. 따라서 모든 의료기관에서 진료를 받을 수 있는 의료보험사의 보험서비스와는 차이가 있다.

약품들은 각각 매우 특화된 성격을 가지고 있었기 때문에 각각의 판매자가 어느 정도의 가격차별화를 실시할 수 있을 정도로 시장지배력이 있었다. 이런 상황에서 판매자는, 구매 대상인 약품을 변경하기 어렵거나 구매비용 부담자가 제3자여서 수요의 가격탄력성이 비탄력적인 약품 수요자에 대하여는 높은 가격을 책정함으로써 이윤을 극대화시킬 수 있다. 이 사건에서 약국들은 의사의 처방에 대비하기 위하여 항상 모든 종류의 약품을 구비하고 있어야 하므로 수요의 가격탄력성이 가장 비탄력적이고, 따라서 판매자가 가장 높은 가격을 요구할 수 있었다. 반면에 병원, 건강관리기관, 요양원은 '권장 약품 리스트' 등을 발행하여 의사로 하여금 특정 약품을 처방하도록 영향력을 행사할 수 있기 때문에 수요의 가격탄력성이 탄력적이었다. 법원은, 상표가 부여된 전문의약품(brand name prescription drug)의 제조회사가 병원, 건강관리기관, 요양원 등에는 할인판매를 하면서 약국에는 할인판매를 하지 않는 것은 스스로의 독립적 이익을 위한 행동에 부합하는 것이어서 공동행위의 결과라고 볼 수는 없다고 판시하였다. 그리고 각각의 병원과 약국 혹은 약품들 사이에도 수요의 가격탄력성은 차이가 있을 것이므로, 모든 제약회사들이 병원에 공급하는 가격보다 20% 높은 가격에 약국에 공급하는 등 가격차별의 정도가 비정상적으로 동일하다면 공동행위를 의심해 볼 수 있겠으나, 이 사건에서 위와 같은 가격차별의 동일성은 발견되지 않고 달리 공동행위를 입증할 증거가 없다는 이유로 원고의 청구를 기각하였다.⁶⁰⁾⁶¹⁾

60) 위 사건의 전문가 증언 중 일부 내용은 “약국의 수요의 가격탄력성과 병원 등의 수요의 가격탄력성에 차이가 없다”는 것이었는데, 법원은 위 증언이 의약산업에 대한 잘못된 인식에 기반한다는 이유로 위 증언내용은 받아들이지 않았다. 즉 문제의 핵심은 어떠한 이유에서든 간에 의사들은 처방전을 작성함에 있어서 의약품을 ‘일반명(generic chemical name)’으로 기재하기 보다는 ‘브랜드명(brand name)’으로 기재하는 경향을 보이기 때문에, 처방전에 따라 조제를 하는 약국으로서는 모든 브랜드명의 의약품을 골고루 보유할 수 밖에 없고, 제약회사를 상대로 특정 상품을 취급하지 않겠다는 위협수단을 사용할 수 없다는 것이다.

61) 그 외에 보건의료산업에 관한 판례는 아래와 같다. *Merk-Medco Managed Care v. Rite Aid Corp.*, 201 F.3d 436 (4th Cir. 1999) 사건은 피고 제약회사들이 원고가 제시한 약제비 감축 안(plan)을 공동으로 거부한 것이 공동행위인지 문제되었다. 연방항소법원은 각 제약회사들이 자신과 다른 제약회사들이 함께 안을 거부하는 경우에는 위 안이 실패하게 되고 제약회사에 더 유리한 안으로 변경될 것이라는 사실을 알았지만, 약제비 감축 안을 거부하거나 가능한 이를 받아들이지 않고 버티는 것은 각 제약회사에게 독립적 이익이 되므로, 이 사건에서 인식있는 병행행위가 있었다는 것만으로 공동행위를 인정할 수는 없다고 판시하면서, “병행행위로부터 합의를 추정하기 위해서는 추가 요소(plus factor)가 있어야만 한다. 추가 요소를 예시하는 연방대법원의 판례는 없으나 연방항소법원들은 공동행위의 동기, 공동행위에 이를 수 있는 기회, 사업자들간의 잦은 의사교환, 자신의 이익에 반하거나 합리적으로 설명될 수 없으며 공동의 합의가 있는 경우에만 합리적으로 설명될 수 있는 행동, 일반적인 업계관행에서 벗어난 행동 등을 예시하고 있다”고 판시하였다.

Royal Drug Co. v. Group Life & Health Ins. Co., 737 F.2d 1433 (5th Cir. 1984), cert. denied, 469 U.S. 1160 (1985) 사건에서 피고 보험사는 개별 약국들과의 사이에, 자사의 보험가입자들에게 처방된 의약품과 관련하여 보험사가 약국에 지급할 의약품 가격과 보험가입자가 약국에 지급할 가격에 관하여 협의하였다. 그러자 일부 약국들은 피고 보험사가 약국들과의 사이에 가격을 제한하는 합의를 하였다고 주장하였다. 법원은 개별 약국들은 피고 보험사와 거래함으로써 피고 보험사의 보험가입자를 유치하여 더 많은 의약품을 판매할 수 있기 때문에 다른 약국들의 행동과는

Blomkest Fertilizer v. Potash Corp. 사건⁶²⁾에서 칼륨(potash) 가격을 인상하는 공동행위가 있었는지가 문제되었는데, 가격인상 무렵 아래와 같은 일이 발생하였다. 칼륨의 가격은 사상최저치였고, 칼륨 생산자들은 엄청난 손실을 입고 있었으며, 미국의 칼륨 생산자들은 상무성을 상대로 캐나다 칼륨생산자들이 시장가격보다 낮은 가격에 칼륨을 판매하고 있다고 불평하였고, 칼륨 생산자들은 박람회, 총회 등 각종 모임에서 서로 만나 가격에 대하여 논의하거나 확인하였으며,⁶³⁾ 미국 상무성은 캐나다 생산자들이 덤핑판매를 하고 있는 것으로 잠정결정을 하고 수입되는 칼륨에 대하여 고액의 보증금을 납부할 것을 요구하였다. 칼륨업계의 선도기업으로 정부보조를 받는 PCS(Potash Corporation of Saskatchewan)는 경영진을 교체하고 수익성을 높이기 위하여 민영화를 시작하였고, 미국에서 소비되는 칼륨원료의 대부분이 생산되고 생산량이 할당되던 캐나다의 Saskatchewan 지역에서 새로운 법률이 제정되었으며, 칼륨 생산자들은 미국 상무성과의 사이에 칼륨의 최저가격을 설정하는 중지협정(Suspension Agreement)을 하였고, PCS는 민영화되어 생산량을 대폭 감축하였다. 제8연방항소법원의 다수의 견해는, 이러한 경제적 사정 하에서 피고들이 칼륨 가격을 인상하는 것은 너무나 당연한 행동이므로, 피고들이 가격을 확인하고 즉시 가격인상한 것에는 독립적인 이유가 있어 공동행위를 인정할 수 없다고 판시하였다.

상관없이 피고 보험사와 협상할 이유가 있다고 판단하여 공동행위를 인정하지 않았다.

Barry v. Blue Cross of Cal., 805 F.2d 866 (9th Cir. 1986) 사건에서 수천명의 의사들이 Blue Cross 의료보험사와 동일한 내용의 보험치료계약을 체결한 것이 공동행위인가가 문제되었다. 법원은 계약체결에 참여한 의사들의 숫자가 너무 많아 의사들 사이에 상호의존성이 있었다고 인정하기 어렵고, 의사들은 위 계약을 체결함으로써 Blue Cross 보험사의 보험에 가입한 환자들을 유지할 수 있는 독립적인 경제적 이익이 있기 때문에, 의사들이 동일한 내용의 계약을 체결하였다는 사실로부터 가격담합의 공동행위를 추정해서는 안된다고 판시하였다.

Solla v. Aetna Health Plans of New York, 182 F.3d 901 (2d Cir. 1999) 사건에서, 건강관리기관들이 환자들을 비공식적으로 척추지압사들에게 소개한 사실과 척추지압사들의 치료가 비용이 저렴하다는 사실만으로, 건강관리기관과 척추지압사들 사이에 환자를 비공식적으로 소개하기로 하는 공동행위가 있었다고 추정할 수는 없다고 판시하였다.

62) Blomkest Fertilizer v. Potash Corp., 203 F.3d 1028 (8th Cir.) cert. denied 531 U.S. 815 (2000).

63) 특히 위 모임들에서 칼륨 생산자들은 경쟁 생산자들이 저가에 응찰을 한 행위를 불평하거나 사과하기도 하였다. 즉, PCS사의 담당자는 모임에서 Kalium사의 담당자 Turner를 상대로 PCS사가 착오로 저가에 응찰하였던 점에 대하여 사과하였다. PCS사의 담당자는 법정 증언에서 “저가응찰이 만연하는 것에 부담을 느껴 이를 방지하기 위하여 사과하였다”고 증언하였다. 그리고 Turner는 “Kalium사가 위 저가응찰에 대응하였지만 그 상황에 한하여 대응한 것이고 다른 거래에서도 저가응찰로 대응한 것은 아니다”라고 증언하였다. 주로 PCS사가 이러한 행위를 하였지만, Kalium사의 Turner는 PCA사의 담당자 Ripperger에게 전화하여 PCA사의 위스콘신주 담당자가 저가에 판매하였다는 사실을 불평하였고, IMC사의 담당자 Kip Williams는 PCA사의 Ripperger를 상대로 PCA사가 플로리다에서 저가판매를 하고 있는 것을 불평하기도 하였다. 한편 위 사건에서 칼륨 생산자들 사이에 판매가격을 고정하자는 제의가 있었다는 증거가 제시되었으나 그러한 제의에 대하여 다른 생산자들이 명확히 응답하였다는 증거는 제시되지 않았다.

(5) 의심스러운 행위를 한 사정

사업자들이 목적을 제대로 설명하지 못하는 은밀한 모임을 가지거나,⁶⁴⁾ 조사과정에서 증거로 추정되는 자료를 인멸하거나⁶⁵⁾, 병행행위의 이유로 거짓 사유를 제시하거나,⁶⁶⁾ 관련 증거를 제출하지 않고 무대응하는⁶⁷⁾ 등 의심스러운 행위를 한 사정으로부터 공동행위를 추론할 수 있는 경우가 있다. 다만 사업자들이 위와 같이 의심스러운 행위를 한 것이 반드시 부당한 공동행위를 하였기 때문이라고 볼 수는 없을 것이므로, 위 사유를 근거로 부당한 공동행위를 추론함에 주의가 필요하다고 생각된다. 특히 사업자의 비협조 내지 무대응이 절차상 적법한 권리행사라면 그것을 이유로 사업자에게 불리한 추론을 해서는 안 될 것이다.

Bray v. Safeway Stores 사건⁶⁸⁾에서 법원은 배심원단이 공동행위를 인정하는 판결을 내린 것을 유지하면서, 피고들이 그 목적을 제대로 설명하지 못하는 은밀한 모임을 가졌다는 것을 중요한 증거의 하나로 판단하였다.⁶⁹⁾ 사업자들간에 어떤 모임을 개최하였다면, 정책적인 차원에서 참여 사업자들로 하여금 그 모임이 공동행위 이외의 목적을 위하여 개최된 것이라는 점을 소명하게 하고, 만일 사업자들이

64) Areeda & Hovenkamp, 위의 책(Vol. VI), 109면.

65) 사업자들이 경영관련 서류를 폐기하는 사규 등을 제정하여 이에 따르는 것은 설사 그것이 일정 기간이 경과한 공동행위에 대한 증거를 없애는 결과를 가져올 수 있을지라도 공동행위를 인정할 수 있는 증거는 아니다. 그러나 공동행위로 조사를 받고 있는 기업의 담당자가 한발 중에 경쟁기업에 관한 사항들이 기재된 문서파일을 파쇄하고 그 이유를 합리적으로 설명하지도 못하는 등 의심스러운 행위는 공동행위를 추론하는 하나의 사유가 될 수도 있을 것이다. 다만 의심스러운 행위를 하지 않은 다른 경쟁 사업자에게까지 불이익을 주어서는 안 될 것이다. Areeda & Hovenkamp, 위의 책(Vol. VI), 109, 112, 113면.

66) 사업자가 진실하지 않은 이유를 제시하는 것은 공동행위를 숨기기 위한 것일 수도 있겠지만, 다른 이유로 진정한 의도를 숨긴 것일 수도 있다. 생산자가 소비자의 가격에 대한 불평에 직면하여, 마진이 너무 작다거나 원료가격이 상승하였다는 등의 사실과 다른 이유를 제시하였더라도, 이것이 공동행위를 추론하는 증거가 될 수는 없을 것이다. 왜냐하면 생산자가 소비자에게 가격인상의 진정한 이유를 설명할 의무는 없기 때문이다. 또한 사업자가 거래를 거절하면서 진정하지 않은 이유를 제시하는 것은, 정중히 거절하면서 의례상 적절한 사유를 제시한 것이거나, 정황상 정확한 이유를 제시할 필요가 없거나, 단순한 실수일 수도 있을 것이다. Areeda & Hovenkamp, 위의 책(Vol. VI), 109-114면.

67) 사업자들의 병행행위가 문제되고 있음에도 불구하고 사업자들이 각자 가격을 책정한 이유와 절차, 가격 담당자들의 증언, 내부 서류 등의 증거를 전혀 제출하지 않고 무대응하는 것으로부터 사업자들에게 불리한 공동행위의 추론을 할 수 있는지도 문제된다. 연방항소법원은 United States v. Standard Oil Co., 316 F.2d 884,890 (7th Cir. 1963) 사건에서 위와 같은 추론이 가능하다는 취지로 판시하였다. 한편 Areeda, Hovenkamp 교수는, 사업자간의 은밀한 모임은 정책적으로 이를 금지할 필요성이 있으므로 이로부터 사업자에게 불리한 추론을 허용하는 것이 타당하지만, 병행행위의 이유를 설명하지 않는 것은 이를 규제할 정책적 이유가 존재하지 않으므로 이로부터 사업자들에게 불리한 추론을 하는 것은 부적절하다고 한다. Areeda & Hovenkamp, 위의 책(Vol. VI), 115면.

68) Bray v. Safeway Stores, 392 F. Supp. 851 (N.D. Cal. 1975).

69) Areeda & Hovenkamp, 위의 책(Vol. VI), 111면.

그러한 소명을 하지 못하는 경우에는 그 모임의 개최사실을 통하여 공동행위를 추론하기 용이하도록 해석하는 것이 바람직하다는 견해가 있다.⁷⁰⁾ *Trist v. First Federal Savings & Loan Association* 사건⁷¹⁾에서 은행들이 담보설정계약의 내용을 공동으로 결정하였는지가 문제되었다. 은행과 은행협회는 각 은행들의 담보설정계약에 대한 월별 질문지 사본을 제출하지 않았다. 법원은 위 자료의 불제출행위의 효과를 명시적으로 판단하지는 않았으나 약식재판으로 원고청구를 기각해서는 안된다고 판시하였다. 위 판결에 대하여는 위 질문지의 사용이 종료된 지 약 4년 6개월이나 되었으므로, 위 질문지의 불제출 행위가 은행들에게 불리한 증거로 사용되어서는 안된다는 견해가 있다.⁷²⁾ *Beech Cinema v. Twentieth Century-Fox Film Corp.* 사건⁷³⁾에서 영화 배급업자인 피고 Fox사가 원고와 경쟁관계에 있는 영화관인 General사와의 사이에 General사에게만 상영권을 부여하기로 합의한 것이 서면법 위반인지가 문제되었다. Fox사는 General사가 운영하는 영화관 중 특정 영화관만이 Fox사의 특정 개봉작의 상영권을 부여받았을 뿐이라고 주장하였다. 그러나 그 후 General사가 운영하는 다른 영화관도 그 개봉작을 동시에 상영함으로써 Fox사의 변명이 거짓으로 판명되었다. 그러자 Fox사는 원고 영화관이 미지급채무가 있어서 원고 영화관과 거래하지 않은 것이므로 원고와의 거래를 거절한 독립적인 이유가 존재한다고 주장하였다. 배심원들은 공동행위가 존재한다는 평결을 하였고, 법원은 Fox사가 대형 영화관들과 위와 같은 계약을 체결한 전례가 많고, 문제된 기간동안 General사가 Fox사를 위하여 많은 판촉행위를 한 것을 이유로, 위 평결을 받아들였다.⁷⁴⁾ *Lamb's Patio Theater v. Universal Film Exchanges* 사건⁷⁵⁾에서 영화 배급업자가 원고 영화관과의 거래를 거절한 것이 문제되었는데, 법원은 피고가 원고와의 거래를 거절한 이유에 대하여 부정확하고 일관성 없는 이유를 제시하고 있더라도 그것이 공동행위를 추론하는 증거로 사용될 수는 없다고 판시하였다. 한편 유류가격담합이 문제된 *United States v. Standard Oil Co.* 사건⁷⁶⁾에서 법원은, “피

70) Areeda & Hovenkamp, 위의 책(Vol. VI), 109, 111면.

71) *Trist v. First Federal Savings & Loan Assn.*, 466 F. Supp. 578 (E.D. Pa. 1979).

72) Areeda & Hovenkamp, 위의 책(Vol. VI), 112면.

73) *Beech Cinema v. Twentieth Century-Fox Film Corp.*, 622 F.2d 1106 (2d Cir. 1980).

74) 다만 General사가 Fox사의 판촉활동을 함으로써 Fox사가 이익을 얻었다는 것은, Fox사가 General사와 거래하게 된 독립적인 이유가 될 수도 있을 것이다. 이상 Areeda & Hovenkamp, 위의 책(Vol. VI), 114면.

75) *Lamb's Patio Theater v. Universal Film Exchanges* 2 F.2d 1068 (7th Cir. 1978).

76) *United States v. Standard Oil Co.*, 316 F.2d 884,890 (7th Cir. 1963).

고 사업자들이 가격에 대한 공동행위가 있었는지 알았거나 알 수 있는 지위에 있던 담당자의 증언을 제시하지 않는 것으로부터 피고 사업자들에 대한 불리한 추론을 할 수 있다”고 판시하였다.⁷⁷⁾

(6) 담합조장 행위

1) 사업자간의 모임이나 정보교환

사업자들의 모임이나 정보교환이 카르텔을 인정하는 간접증거가 될 수 있다. 다만 사업자들은 적법하거나 경쟁촉진적인 목적 혹은 정부정책에 따라 모임이나 협력을 하는 경우가 있고, 사업자들 간의 모임이나 접촉이 있었다는 사실은 합의를 할 기회를 가졌다는 사실에 불과하므로, 그것만으로 바로 합의가 추론되는 것은 아니다.⁷⁸⁾

사업자들이 공동행위와 상관없는 목적으로 모임을 하였지만 그 자리에서 합의가 되는 경우가 있다. 예를 들어 사업자들간의 단순한 사고모임에서 사업자 A가 향후의 가격정책을 공개하고 다른 사업자 B도 자신의 가격정책을 공개하였다면, 모임에 참석한 사업자 C는 그 순간 모임에서 이탈할 수도 것이므로, 그 모임에 끝까지 남아있었다는 행동만으로 사업자 C가 합의에 동참한 것으로 인정될 수도 있을 것이다. 반면에 사업자 A가 향후의 가격정책을 공개하자마자 다른 모든 참석자들이 모임을 떠났다면 합의는 인정되지 않을 것이다.⁷⁹⁾

Todd v. Exxon Corp. 사건⁸⁰⁾은 시장점유율 합계 약 80-90%에 이르는 14개의 정유사들이 비노조원인 관리직, 전문직, 기술직 직원에 대한 급여 정보를 정기적으로 교환하는 방식으로 담합하여 이들 근로자의 급여를 낮게 지급하였는지가 문제된 사건이다. 연방 1심 법원은 약식재판으로 원고의 청구를 기각하였으나, 연방항소법원은 “합의를 입증할 직접증거가 없더라도, 인식있는 병행행위에 더하여 정황증거와 피고들이 담합조장행위(facilitating practices)를 하였다는 등의 추가 요소(plus

77) 그러나 위 판례가 인용하고 있는 Interstate Circuit v. United States, 306 U.S. 208 (1939) 사건은 사전협의 없이 우연히 병행행위가 발생하였을 가능성이 극히 적은 이례적인 사건으로서 위 사건에서 인용하기 적절하지 않다는 비판도 있다.

78) Alexander v. Phoenix Bond & Indemnity Co., 149 F. Supp. 2d 989 (N.D. Ill. 2001); Eli Lilly Co. v. Zenith Goldline Pharmaceuticals, 172 F. Supp. 2d 2001 (S.D. Ind. 2001); Compact Disc Minimum Advertised Price Antitrust Litigation, 138 F. Supp. 2d 25 (D. Me. 2001); Mercedes-Benz Antitrust Litigation, 157 F. Supp. 2d 355 (D.N.J. 2001) 등이 있다.

79) Areeda & Hovenkamp, 위의 책(Vol. VI), 26면.

80) Todd v. Exxon Corp., 275 F.3d 191 (2d. Cir. 2001).

factor)가 있다면 가격담합을 추정할 수 있다”는 이유로 1심을 파기하였다.⁸¹⁾

Weit v. Continental Illinois Bank 사건⁸²⁾에서 일리노이주의 마스터카드(MasterCard) 은행 카드 시스템의 구성원인 피고 은행들이 신용카드에 18%의 동일한 이자율을 부과하기로 담합하였는지가 문제되었다. 위 사건에서 고객이 위 이자율을 고려하여 은행을 선택하는지 여부 및 피고들이 공동행위를 할 동기를 가졌는지는 명확히 판단되지 않았으나, 일단 은행들이 이자율 책정에 대하여 공동행위를 할 동기를 가지고 있다고 인정될 수 있을 것이다. 피고 은행들은 각자의 카드 및 결제 시스템의 호환성을 증진시키기 위하여 정기적으로 모임을 가졌고, 친목도모를 위하여 매년 열리는 은행 협의회에도 참가하였다. 법원은 “피고 은행들이 시스템의 호환성을 증진시키기 위하여 모임을 가질 필요가 있었으므로, 피고 은행들이 모임을 통하여 공동행위를 할 기회를 가졌다는 것은 이 사건에서 공동행위의 입증 증거로서의 가치가 크지 않다”고 판시하였다. 그리고 피고 은행들의 비용구조가 유사하고, 피고 은행들을 제외한 다른 대부분의 은행들도 18%의 이자율을 책정한 점을 고려하면, 피고 은행들이 18% 이자율을 책정한 것도 충분히 설명된다는 이유로 약식재판으로 원고 청구를 기각하였다.⁸³⁾

사업자들간의 대화는 있었으나 어떠한 합의에 이르지 아니하였다고 판시한 사건

81) Baby Food Antitrust Litigation, 166 F.3d 112, 123 (3d Cir. 1999) 사건에서 연방항소법원은 “병행행위를 입증하는 증거는 성질상 정황증거에 불과하기 때문에, 법원은 상호의존적이지만 단독으로 결정한 행위를 처벌하는 것을 방지하기 위하여 주의하는 것이다. (중략) 따라서 병행행위에 더하여 추가 요소(plus factor)를 요구하는 것이다. (중략) 이 사건에서 유아용 식품시장에서의 Gerber사의 시장점유율이 70%이고 Gerber사가 선도적 기업이었기 때문에 Gerber사의 가격책정은 다른 경쟁사에게 영향을 미쳤을 것이다. 제시된 증거가 특정 생산자가 경쟁 생산자의 가격을 추종하였을 수 있다는 사실을 나타내는 경향이 있다는 것만으로 인식있는 병행행위가 추정되는 것은 아니다”라고 판시하였다.

82) Weit v. Continental Illinois Bank, 641 F.2d 457 (7th Cir. 1981), cert. denied, 455 U.S. 988 (1982).

83) 그 외에, Pacific Gas & Elec. Co. v. Howard P. Foley Co, 79 F.3d 1154 (9th Cir.), cert. denied, 519 U.S. 1056 (1997) 사건에서 입찰에 참여하는 사업자들이 서로 모임을 개최한 사실, 한 사업자의 담당자가 “다른 참여 기업의 응찰을 대신해 준 적이 있다”고 인정한 사실, 증인이 “사업자들의 모임에서 적어도 한번 이상 입찰을 분할하여 하자는 논의가 되었다”고 증언한 사실로부터 입찰담합이 추론될 수 있다고 판시하였다.

In Re Medical X-Ray Film Antitrust Litigation, 946 F. Supp. 209 (E.D.N.Y. 1996) 사건에서 법원은, 제조업자들이 매년 1월 동등한 가격인상을 한 사실, 가격인상 발표 전에 영업담당자들이 서로 만나 예정된 가격인상안에 대한 정보를 교환하고 이를 자사에 보고하였던 사실, 관리자들이 영업담당자들로 하여금 타사의 가격인상 예상안에 대한 정보를 파악해오도록 요구한 사실, 적어도 한명 이상의 제조업자가 타 제조업자의 가격인상에 대한 내부문서를 소지하고 있는 사실 등에 의할 때 공동행위가 추론될 수 있으므로, 사건이 배심재판에 회부되기 전에 약식재판으로 원고의 청구를 기각해서는 안된다고 판시하였다.

한편 In Re Coordinated Pretrial Proceedings in Petroleum Products Antitrust Litigation, 906 F.2d 432 (9th Cir. 1990) cert. denied, 500 U.S. 959 (1991) 사건에서 연방항소법원은 경쟁사업자들이 순차적으로 가격방침을 발표한 것이 담합조장행위로서 합의가 있었다는 상당한 증거가 제시된 것에 해당한다고 판시하였다.

도 있는데, United States v. American Airlines 사건⁸⁴⁾, United States v. Amax 사건⁸⁵⁾에서는 공동행위에 대한 제안이 있었으나 이에 반대하는 구두 의사표시가 있고 그 후 공동행위에 나아가지도 않은 점이 인정되어 합의에 이르지 않았다고 판시되었다.

2) 권유행위

담합행위의 제안(권유)만 있었다면 공동행위를 인정할 수 없을 것이다. 그러나 권유행위 이후에 일치된 가격인상과 같은 병행행위가 있었다면 공동행위가 인정될 수도 있을 것이다. 한편 가격에 대한 제의가 이미 진행 중인 공동행위를 인정하는 증거가 될 수도 있다.⁸⁶⁾ United States v. FMC Corp. 사건⁸⁷⁾에서 한 염화알칼리(chlor-alkali) 제조회사의 직원이 경쟁회사들에 전화를 걸어 단위당 \$10씩의 가격을 인상할 것을 제의하였고, 경쟁회사들이 결국 단위당 \$10의 가격인상을 하였다. 그러나 법원은, 경쟁회사 중 적어도 한 회사가 위 직원의 상급자에게 전화하여 항의를 하면서 가격인상 제안을 거절하는 취지의 의사를 표명한 사실, 가격인상을 추종한 경쟁회사들도 판매가격이 지나치게 낮다고 생각하고 있었고 먼저 가격을 인상한 선도기업이 소비자들의 비난을 충분히 받은 후에야 다른 기업들이 이를 추종한 것으로 보이는 사실 등을 제시하면서, 문제의 가격인상은 가격담합에 의하여 발생할 수도 있지만 단순한 병행행위로 발생할 수도 있다는 이유로 가격담합을 인정하지 않았다. 한편 이 사건에서 특정 지점을 기점가격제의 표준지로 삼지 않기로 하는 공동행위는 인정되었다. 한 제조회사의 직원이 경쟁회사의 직원들에게 순차적으로 전화하여 “우리회사는 Linden시를 표준지로 삼지 않을 것이다. 당신 회사는 어떤가?”, “우리회사와 A회사는 Linden시를 표준지로 삼지 않기로 했다. 당신 회사는 어떤가?” 하는 식으로 질문하였다. 그리고 제조회사들은 Linden이라는 지역을 표준지로 삼지 않음으로써 동일한 운송비를 부과하는 것을 용이하게 할 수 있었다. 위 질문은 표면상으로는 자사의 정책을 알려주고 그에 대한 질문을 하는 것에 불과하지만, Linden시를 표준지로 삼지 않기로 하는 권유 이외에 다른 목적을 찾을 수 없고, 위 전화는 Linden시를 표준지로 삼지 않기로 하는 합의의 권유, 이에 대한 긍정적 답변은 그에 대한 승낙으로 볼 수 있다는 것이다.

84) United States v. American Airlines, 743 F.2d 1114 (5th Cir. 1984).

85) United States v. Amax, 1977 Trade Cas. 61,467 (N.D. Ill.).

86) Areeda & Hovenkamp, 위의 책(Vol. VI), 124-128면.

87) United States v. FMC Corp., 306 F. Supp. 1106 (E.D. Pa. 1969).

Phillips v. Crown Central Petroleum 사건⁸⁸⁾에서 석유도매상인 Crown사의 직원은 경쟁회사에 전화를 하여 경쟁회사의 낮은 가격으로 Crown사가 피해를 입고 있음을 지적하면서 “이에 대하여 확인해 보라(look into it)”고 요청하였다. 법원은 실제로 경쟁회사가 자사의 가격에 대하여 확인하여 보았는지를 고려하지 않은 채, 위 전화가 Crown사와 경쟁회사 사이에 이미 진행 중인 공동행위를 입증하는 증거로 사용될 수 있다고 판시하였다. 법원은 Crown사가 경쟁회사에게 “이에 대하여 확인해 보라”고 말하였다는 것은 Crown사가 경쟁회사로부터 긍정적인 행동⁸⁹⁾을 예상하였다는 것이고, 이러한 예상은 당사자들 사이에 이미 어떠한 공동행위의 합의가 존재하기 때문에 발생하는 것이라고 파악한 것으로 보인다. 그러나 이에 대하여, Crown사로서는 당사자들 사이에 어떠한 합의가 존재하지 않더라도 경쟁사의 저가 판매에 대하여 항의할 수 있는 것이므로, 여러 가지 정황을 고려할 때 Crown사가 이미 진행 중인 담합이 없더라도 이러한 발언을 할 수 있다면, 위와 같은 판단을 해서는 안된다는 비판도 있다.⁹⁰⁾

3) 최우대고객 조항

소비자에 대한 최우대고객 조항(most-favored-buyer clause)은 생산자가 어떠한 소비자에게 저가로 판매하는 경우 다른 소비자에게도 동일하게 저가를 보장하는 판매 방식이다. 과점시장에서 이러한 방식을 채택하는 것은 생산자가 소비자별로 가격차별을 하거나 몰래 할인판매를 하는 것을 제한하는 효과가 있어 담합조장행위로 볼 수 있다.⁹¹⁾ 생산자에 대한 최우대고객 조항(most-favored-seller clause)은, 소비자가 그가 어떤 상품을 구입하면서 지불한 최고 가격을 당해 상품의 다른 생산자에게도 지급하기로 약속하는 조항이다. Jicarilla Apache Tribe v. Supron Energy Corp. 사건⁹²⁾에서 광구소유자들은, 천연가스제조자(소비자)들이 광구소유자(생산자)들로부터 광구를 임차하여 사용하면서 생산자에 대한 최우대고객조항을 일률적으로 채택하는 방식을 통하여 광구소유자들에게 지불하는 채굴료를 함부로 인상하지 않기로 하는 담합을 하였다고 주장하였다. 그러나 연방법원은 광구소유자들과 천연가스제조자들의 계약이 장기간에 걸친 천연가스가격 상승에 대하여 규정하고 있어 판

88) Phillips v. Crown Central Petroleum, 602 F.2d 616 (4th Cir. 1979), cert. denied, 444 U.S. 1074 (1980).

89) 예를 들어, 낮은 가격으로 판매하고 있는지를 확인하여 이를 시정하는 경쟁회사의 행동을 말한다.

90) Areeda & Hovenkamp, 위의 책(Vol. VI), 126-127면

91) Areeda & Hovenkamp, 위의 책(Vol. VI), 259면.

92) Jicarilla Apache Tribe v. Supron Energy Corp., 479 F. Supp. 536 (D.N.M. 1979), 728 F.2d 1555 (10th Cir. 1984).

매자에 대한 최우대고객조항이 광구소유자에게 이익이 된다는 이유로 광구소유자들의 청구를 기각하였다.

IV. EU 공정거래법 검토

1. 도 입

EC조약 제81조는 협조행위(concerted practices)⁹³⁾라는 용어를 사용하는 점이 특이하다. 협조행위란, 합의가 존재하지만 이를 입증할 증거가 부족한 경우부터 사업자들의 행태가 경쟁적인 시장과 달라 합의를 의심할 수 있는 경우에 이르기까지 광범위한 상황에서 논의될 수 있는 매우 포괄적이고도 애매한 개념이다.⁹⁴⁾ EU법원은 미국법원과 달리 법원이 사실관계를 인정한다. 그리고 최근에 EU법원에서 간접증거를 통한 부당한 공동행위 인정과 관련된 의미있는 판결들을 많이 내리고 있다. 아래에서는 EU법원의 판결 중 중요한 판결들을 살펴보기로 한다.

2. 사례 검토

종종 사업자들은 다른 사업자들이 카르텔을 결성하였지만 자사는 거기에 참여하지 않았다고 주장하거나, 자사는 소극적 방관자에 불과하여 카르텔 참여자가 아니라고 주장한다. 이러한 경우에 어느 정도의 개입이 필요한지 문제된다. LdPE 사건⁹⁵⁾은 17개의 저밀도폴리에틸렌(low density polyethylene, LdPE) 생산자들간의 가격 및 생산량 담합이 문제된 사건이다. 유럽위원회의 조사결과 17개 생산자 중 BP, Shell, Monsanto 등 3사는 카르텔 내에서의 역할이나 가담정도가 경미하였음이 인정되었다. 위 3사는 당해 카르텔이 위 3사의 생산량에 대하여도 할당을 한 것은 위 3사가 카르텔에 참여하였기 때문이 아니라 당해 카르텔이 시장의 모든 생산자들을 고려하여 생산량을 할당하였기 때문이라고 주장하였고, BP사와 Shell사는 ① 단순히 카르텔의 존재를 인식하고 담합된 가격을 파악하여 이에 대응하는 자신들의 판

93) ‘동조행위’로 번역하기도 한다.

94) Mark Furse, Competition Law of the EC and UK, 6th ed, Oxford: Oxford University Press, 2008, 172면.

95) LdPE 89/191 (1989) OJ L74/21 4 CMLR 382.

매가격을 책정하였을 뿐이므로 카르텔에 참여한 것이 아니고, ② 유럽위원회가 문제삼는 위 2사의 내부서류에서 2사가 타사의 가격인상 예정사실을 지득하고 이에 대응하여 자사들의 가격인상을 준비하였다는 사실이 기재되어 있는 것은 위 2사가 적법한 정보망이나 공개된 자료를 통하여 타사의 가격인상 예정사실을 파악하고 이에 대응한 것일 뿐이라고 주장하였다. 그러나 유럽위원회는 위 3사의 주장에 상당한 설득력이 있음을 인정하여 “카르텔의 존재사실을 인식한 것만으로 카르텔에 참여하였다고 할 수는 없다”고 판단하면서도, “3사가 카르텔 모임에 참석하거나 카르텔 참여자들과 접촉한 사실 조차 없다면 카르텔 참여사실을 인정하기는 어렵겠지만, 최소한의 접촉 사실을 통하여도 카르텔 참여가 인정될 수 있다”고 판단하고 위 3사의 참여사실을 인정하였다.⁹⁶⁾

협조행위를 다룬 최초의 중요사건은 색소(물감) 생산업자들 사이의 담합이 문제된 ICI v Commission (Dyestuffs) 사건⁹⁷⁾이다. 위 사건에서 모두 3회에 걸친 유사한 색소가격 인상이 있었는데, 1964. 이태리·네덜란드·벨기에·룩셈부르크 지역, 1965. 독일 지역, 1967년 독일·네덜란드·벨기에·룩셈부르크·프랑스 지역에서 발생하였다. 조사에 착수한 유럽위원회는 10개의 색소제조업자들 사이의 직접, 간접적 접촉이 있었다는 증거를 발견하였고, 위 색소제조업자들 간의 협조행위에 의하여 위 가격인상이 발생하였다고 판단하였다. ECJ는 생산업자들이 가격인상을 미리 발표한 것을 주목하고, 생산업자들의 숫자를 고려할 때 색소시장이 과점시장이라고 할 수 없으며, 한 생산자의 가격인상 후 다른 생산자들이 2-3일내에 가격을 인상하는 것은 사전의 협조행위 없이는 어려울 것이라고 판단하였다. 그리고 “사업자들이 경쟁 사업자들의 현재 혹은 미래의 행동을 예상하여 자신의 가격을 변경하는 것은 EC조약 위반이 아니다. 그러나 어떤 방식이든 간에 사업자들이 가격인상과 관련하여 행동 방식을 조정하기 위하여 경쟁 사업자들과 협력(cooperate)하는 것은 EC조약에 위반된다. 당해 제품과 시장의 성격을 고려할 때, 생산자들의 이 사건에서의

96) 유럽위원회는, 위 3사가 영국에서 열린 정기적 지역모임에 참여한 것을 자인하는 점, BP사와 Shell사는 그 모임에서 선도기업인 ICI사가 타사들에게 가격인상을 제안한 사실을 자인하는 점, BP사의 경우 전체모임에 참석여부가 불투명하더라도 1978.부터 1982.까지 영국의 지역모임에 참석한 것을 자인하는 점, BP사가 생산량 할당 합의에 부정적 태도를 보였더라도 가끔씩 가격합의를 지지하였다는 점, BP의 판매가격과 카르텔의 목표가격의 움직임에 상관관계가 있는 점, Shell사는 종종 Shell사의 유럽지역 판매에 대하여 문의하는 ICI사와 전화접촉을 한 점, Exxon사가 이러한 ICI사의 질문에 퇴짜를 놓았음에 반하여 Shell사는 어느 정도의 정보를 제공함으로써 카르텔 운영이 용이하게 되고 양방향의 의사교환이 발생한 점, Shell사가 계획된 가격인상 정보를 취득하여 자신의 가격을 조정하였던 점, Monsanto사에 대하여는 동사의 가격정책에 관한 문서증거는 없으나 ICI사가 가격인상을 제안한 모임에 Monsanto사가 참여한 점, 생산량 할당분에 Monsanto사의 생산량이 포함된 점에 비추어 카르텔에 가담하였음을 인정할 수 있다고 판단하였다. LdPE 89/191 (1989) OJ L74/21 4 CMLR 382, paras 32-33.

97) Imperial Chemical Industries Ltd v Commission case 48/69 [1972] ECR 619, CMLR 557.

행동은 경쟁과 생산자들의 독자적인 반응이 가져올 위험을 생산자들의 협력으로 대체하기 위한 것이다⁹⁸⁾"라고 판시하면서 유럽위원회의 결정을 유지하였다. 이 사건은 단순한 병행적 가격인상에 의하여 공동행위를 인정한 것은 아니고, 생산자들 간의 직간접 접촉을 인정할 수 있는 많은 증거들이 제출되었다고 한다. 특히 생산자들이 내부적으로 가격인상을 결정하고 지침을 내리는 과정에서 많은 유사성이 발견되었는데, 생산자들이 같은 날 같은 시간대에 유사한 내용과 조건으로 자회사 및 판매대리점에 가격인상 지침을 내리기도 하였고, 가격인상 지침을 내리면서 우연의 일치로 설명할 수 없을 정도로 동일한 문장을 사용하기도 하였다. 그리고 생산자들의 문서를 통하여 생산자들이 바젤과 런던에서 모임을 가지고 가격이나 가격인상의 일자와 시간계획에 대하여도 논의한 것이 입증되었다.

사업자들이 경쟁사업자의 가격책정에 대응하여 자신의 가격을 책정하는 것은 적법하지만, 경쟁사업자로부터 가격정보를 제공받아 자신의 가격을 책정하는 경우에는 협조행위가 인정될 여지가 있다.⁹⁹⁾ *Cimenteries CBR SA v Commission* 사건¹⁰⁰⁾에서 CFI는 "협조행위가 성립하기 위해서는 사업자들간의 상호 접촉(contact)이 필요하다. 어떤 사업자의 요청에 따라 다른 사업자가 자신의 향후 행동계획을 알려주거나, 다른 사업자가 자신의 향후 행동계획을 알려주고 어떤 사업자가 적어도 이를 수용하는 경우에는 상호 접촉이 인정된다. 따라서 다른 사업자가 자신의 향후 행동계획을 어떤 사업자에게 알려줄 때 어떤 사업자가 이에 대하여 이의하거나 사양하지 않았다면, 정보를 수령한 사업자는 자신이 요청하지도 않은 정보를 다른 사업자가 일방적으로 제공한 것에 불과하여 상호 접촉이 없다는 주장을 할 수는 없다"고 판시하였다. 영국의 설탕제조 및 판매업자들간의 공동행위가 문제된 *Tate & Lyle plc, British Sugar plc and Napier Brown plc v Commission* 사건¹⁰¹⁾에서

98) 유럽법원은 그 후의 판결에서 위 문구를 반복적으로 사용하고 있다고 한다.

99) Furse, 위의 책(6th ed.), 173면.

100) *Cimenteries CBR SA v Commission* joined cases T 25-26/95, etc. [2000] 5 CMLR 204 para. 1849.

101) 유럽연합에서는 설탕생산자의 보호를 위하여 정부가 최저가에 설탕을 수매하는 제도(다만 수매할 수 있는 양은 국가별 쿼터의 제한을 받는다)와 일정 상황에서는 유럽연합이 역외로부터 설탕을 수입할 수 있는 제도를 두고 있다. 그리고 설탕수출자에게는 보조금이 지불된다. 영국에서는 BS사와 T&L사가 점유율 90%이상을 차지하는 과점생산자였고, BS의 점유율이 더 높았다. 1984.부터 1986.사이에 양사간 가격전쟁이 발생하여 가격이 상당히 하락한 후 BS사는 T&L사에게 가격전쟁의 종식을 선언하였고, 그후 BS사, T&L사 및 대규모 설탕판매업자인 NB, JB사 등이 참석한 모임이 여러 차례 열렸다. 이 모임들에서 BS사는 공표되기 전의 자사의 가격표를 참석회사들에게 교부하였고 BS사와 T&L사는 설탕 수입을 줄이거나 이에 대비하기 위하여 노력하였다. BS사·T&L사·NB사·JB사는, BS사가 자사의 향후가격을 일방적으로 공개한 것에 불과하고, 위 모임 자체가 공동행위나 협조행위라 할 수 없으며, 위 모임이 가격에 영향을 미치지 않았다고 주장하였다. 그러나 CFI는, 과점시장에서는 경쟁사업자의 가격정책의 불확실성이 경쟁을 유발하는 자극이 되는데 BS사는 자사의 가격을 다른 회사에게 알려주거나 이에 관하여 협의해야 할 상당한 이유를 제시하지 못하고 있다는 점을 지적하면서, 모임 참석자중 한 기업만이 자신의 가

CFI는 "사업자가 그 주최 목적이 경쟁사업자들의 향후 행동계획에 대한 정보를 얻는 것에 한정되는 모임에 참석하였다면, 그 사업자가 협조행위에 관련되어 있음을 인정할 수 있다"고 판시하였다.

그러나 사업자들이 동일한 가격을 책정할 합리적인 사유가 존재하는 경우에는 협조행위를 인정하기 어려울 것이다.¹⁰²⁾ Zinc Producer Group 사건¹⁰³⁾에서 유럽위원회는 1964년부터 1977년까지 아연생산자들 사이에 존재하였던 계약에 기반하여 담합이 있었는지 조사하였다. 위 사건에서 1977년에 계약의 기간이 종료하였음에도 시장 구조상 어떤 아연생산자도 기존 방식에서 이탈하여 다른 사업자의 가격에 의존하지 않고 독자적으로 가격을 책정할 수 없었고, 1977년 이후에도 사업자들은 동일한 가격을 유지하였다. 유럽위원회는 1977년 이전의 가격책정에 대하여는 EC조약 제81조 위반이라고 판단하였으나 1977년 이후에 사업자들이 동일한 가격을 책정한 것은 법위반으로 판단하지는 않았다.

유럽위원회는 공동행위를 입증하기 위하여 모임의 기록, 사업자들간의 서신, 합의 당사자의 진술 등 합의를 입증할 직접증거를 제시할 수 있겠지만, 이러한 직접증거 없이 사업자들의 드러난 행동이 경쟁적인 시장에서 예상되는 행동과 다르고 사업자들간의 합의 외에는 이러한 행동이 발생할 이유가 없다는 증거를 제시할 수도 있을 것이다.¹⁰⁴⁾ 유럽위원회가 후자 방법으로 공동행위를 입증하려고 시도한 대표적인 사건이 Wood pulp 사건¹⁰⁵⁾이다. 이 사건에서 유럽위원회는 고급 종이의 원료로서 다양한 등급의 제품이 존재하는 표백황산펄프(bleached sulphate pulp)를 생산하는 유럽, 미국, 캐나다 등에 설립된 43개의 사업자를 상대로 가격담합을 조사하였다. 세계적으로 30개국에서 약 800개의 사업자가 표백황산펄프를 생산하고, 그중 약 50개의 사업자가 유럽지역에 판매를 하였다. 유럽지역에서 표백황산펄프를 구입하는 자들은 여러 명이었고, 표백황산펄프를 생산하는 하나의 사업자는 보통 250여명의 중

격정책을 공개하였다는 이유만으로 공동행위나 협조행위가 부정되는 것은 아니라고 판단하였다. 그리고 이 사건에서 위 회사들이 모임에 참석함으로써 직접 접촉한 사실, 위 모임에서 BS사가 자사의 향후 가격을 알려준 사실에는 다툼이 없고, 다른 경쟁회사는 그 목적이 경쟁제한적인 위 모임에 참석함으로써 경쟁사업자들 사이의 향후의 경쟁의 불확실성을 감소시킬 뿐만 아니라 그 모임에서 지득한 경쟁사업자의 행동을 반영하여 자신의 행동을 결정하게 될 것이므로, 업자가 그 주최 목적이 경쟁사업자들의 향후 행동계획에 대한 정보를 얻는 것에 한정되는 모임에 참석하였다면 그 사업자가 협조행위에 관련되어 있음을 인정할 수 있다고 판시하였다. 이상 Tate & Lyle plc, British Sugar plc and Napier Brown plc v Commission joined cases T-202/98, etc. [2001] 5 CMLR.

102) Furse, 위의 책(6th ed.), 173면.

103) Zinc producer group 84/405 (1984) OJ L220/27, [1985] 2 CMLR 108.

104) Furse, 위의 책(6th ed.), 173-174면.

105) Wood pulp 85/202 (1985) OJ L85/1. 유럽법원의 사건명은 Ahlström Oy v Commission cases C-89, 104, 114, 116, 117, and 125-129/85 A [1993] 4 CMLR 407 이다.

이제조업자에게 펄프를 판매하였다. 사업자들은 3개월 후의 자사의 판매가격을 미리 발표하였는데, 이렇게 발표된 가격은 파악하기가 용이하였고, 업종별 잡지 등을 통하여 공개되었으며, 경쟁사업자들이 동일한 향후 판매가격을 발표하는 등으로 추종되는 경우가 많았다. 문제된 수년의 기간 중 일부 기간에는 사업자들의 펄프 재고가 증가하였고 생산비에도 변화가 있었음에도 불구하고, 유럽지역의 표백황산펄프 가격은 지속적으로 상승하였다. 표백황산펄프에 대한 제조비용 및 운반비는 지역별로 차이가 있고, 원료인 펄프를 미국과 캐나다로부터 구입하는 경우보다 스칸디나비아 국가들로부터 구입하는 경우에 더 저렴하였을 것임에도 불구하고, 표백황산펄프 가격은 원료구입처에 상관없이 동일하였다.

이러한 사정을 바탕으로 유럽위원회는 “1975년부터 1981년까지 사업자들이 병행적 행동을 한 것은, 위 기간의 시장의 상황 및 그에 대한 분석에 의할 때 과점시장에서 사업자들의 독립적으로 행동한 결과 행동의 일치가 발생한 것으로 설명될 수 없고, 펄프 시장의 경쟁상황을 고려할 때 이러한 병행적 행동은 사업자들간의 협조행위에 기인한 것으로 설명될 수밖에 없다”고 판단하였다. 유럽위원회가 이러한 판단을 하면서 특히 중시한 사정들은, ① 사업자가 약 50명이고 소비자는 수백명에 이르는 점, ② 일부 사업자들은 독자적인 경쟁정책을 채택할 수 있을 정도로 대규모였던 점, ③ 생산품의 종류가 다양하여 가격경쟁이 발생할 가능성이 있었던 점, ④ 사업자들이 가격을 미리 발표함으로써 사업자들간에 가격과약이 용이하였던 점, ⑤ 사업자들이 각자 독립적으로 가격을 책정하였다면 새로운 균형가격으로 이동하면서 수반될 것으로 예상되는 사업자별 가격차이가 발생하지 않았고 대신 사업자들의 가격이 일치하여 동일하게 상승한 점, ⑥ 어떤 사업자도 선도기업의 위치에 있지는 않았기 때문에 가격이 동일하게 인상된 것이 선도행위에 수반된 것으로 설명될 수 없는 점, ⑦ 가격정보가 사업자들 사이에 신속히 알려진 이유에 대한 합리적 설명이 없는 점, ⑧ 우연의 일치로 병행행위가 발생하기는 어려운 점, ⑩ 비용의 변동과 가격의 변동 사이에 상관관계가 없는 점 등이다.

유럽위원회가 벌금을 부과하자 몇몇 사업자들은 ECJ에 소송을 제기하였는데, ECJ는 유럽위원회의 견해와 배치되는 입장을 표명하였다. 유럽위원회는 사업자들이 가격을 미리 발표한 것만으로도 EC조약 제81조 위반에 해당한다고 보았으나, ECJ는 위 가격발표는 사업자가 소비자를 상대로 발표한 것에 불과하고 다른 사업자에게 자사의 가격정보를 알려준 것으로 볼 수 없다고 판단하였다. 따라서 위 가격발표는 경쟁사업자들 사이에서 향후의 가격정책에 대한 불확실성을 감소시키는 행위로 해석될 수는 없게 되었다. ECJ는 한 사업자가 가격을 미리 발표한다고 하더라도 경쟁사업자들이 그 가격을 추종하리라고 보장할 수는 없는 것이고, 경쟁사업자들이

그 가격보다 더 낮은 가격이나 그에 경쟁할 수 있는 가격을 책정할 것이라고 판단하였다. ECJ는 ‘유럽위원회가 사업자들이 서로 협조하였음을 나타내는 문서를 입수하지 못한 사실’도 언급하고 있는데, 이러한 점으로 보아 ECJ는 사업자들간의 협력을 입증하기 위하여 엄격한 기준을 설정하고 있음을 알 수 있다.

특히 ECJ는 “이러한 여러 가지 요소의 증거가치를 평가에 있어 병행행위가 사업자들간의 협력을 입증하는 증거가 되는 것은, 그 병행행위가 오로지 사업자들간의 협조에 의하여만 발생할 수 있는 경우에 한한다. EC조약 제81조가 경쟁을 왜곡하는 어떤 종류의 공모도 금지하는 것은 사실이지만, 위 규정은 사업자들이 다른 사업자들의 행동을 간파하거나 예상하여 그에 대응하는 행동을 할 수 있는 자유를 제한하는 것은 아니다. 이 사건의 상품의 성질, 사업자들의 수 및 규모, 시장의 규모 등을 고려하면, 유럽위원회가 주장하는 사업자들의 병행행위가 사업자들의 협조행위에 기인한 것이 아니라 다른 사유에 기인 것으로 설명될 수 있는지를 검토해야만 한다”고 판단하였다. 한편 이 사건에서 ECJ는, 이례적으로 재판단계에서 별도로 시장 특성에 대한 전문가의 감정을 의뢰하였다. 그 결과 제출된 감정보고서는 유럽위원회의 견해와는 달리, 사업자들이 가격을 미리 발표한 것이 소비자들의 요구에 의한 것이고, 이것은 펄프 시장의 상황이 주기적으로 변하였기 때문이었으며, 펄프 소비자인 제지업자들은 그들의 원가 중 가장 큰 비중을 차지하는 펄프의 향후 시장가격을 최대한 빨리 알고 싶어 했다는 점을 지적하였다. 감정보고서는 또한, 사업자들이 서로 다른 사업자들의 가격발표에 거의 동시에 대응한 것은 사업자들간의 협조행위에 기인한 것이 아니라 가격정보가 쉽게 파악되고 사업자와 소비자가 모두 전문성을 갖춘 기업들이라는 시장특성 때문으로 볼 수 있고, 이 사건과 같은 병행행위는 정상적인 과점시장에서도 발생할 수 있다고 판단하였다. 결과적으로 ECJ는 이 사건 병행행위가 발생한 이유가 오로지 사업자들의 협조행위 때문이라고 판단할 수는 없다는 이유로 유럽위원회의 결정을 취소하였다. 합의에 대한 직접증거가 없는 경우에는 경제적 분석이나 경제적 증거 등 간접증거에 의하여 카르텔을 인정할 수밖에 없다. 그러나 Wood pulp 사건으로 간접증거를 통한 카르텔의 입증이 매우 어려워지는 결과가 되었다.¹⁰⁶⁾

Ferry operators 사건¹⁰⁷⁾은 영국과 유럽대륙간을 운영하는 여객운송업자들이 1992. 9.경 영국 파운드화가 약 17% 평가절하된 이후에 파운드화로 운임을 지불하는 고객들에게 추가요금을 부과한 것이 공동행위인지가 문제된 사건이다. 여객운송업자들은 같은 시점에 같은 추가요금을 같은 조건으로 부과하였고, 유럽위원회가

106) Furse, 위의 책(6th ed.), 176면.

107) Ferry operators 97/84 (1997) OJ L26/23.

조사를 개시하였다. 유럽위원회는 여객운송업자들이 규모나 운영방식에 따라 비용 구조가 서로 다름에도 불구하고 우연히 같은 시기에 동일한 추가요금을 부과한다는 것은 발생하기 어렵다는 점, 여객운송업자들 사이에 담합을 하였다는 증거가 존재하고 일부 업자들이 담합사실을 인정한 점¹⁰⁸⁾을 근거로 공동행위를 인정하였다.

유럽위원회 및 유럽법원의 사건은 아니지만, 병행행위로부터 카르텔을 인정한 최근의 주요 사건으로 이탈리아 공정거래위원회의 Prices For Baby Milk 사건¹⁰⁹⁾이 있다. 이 사건은 이탈리아에서 유아용 우유를 생산하는 7개 회사들 사이의 담합이 문제된 것이다. 위 사건에서 이탈리아 공정거래위원회는 2000.부터 2004.까지 위 회사들이 병행적인 가격결정을 한 사실, 이탈리아의 유아용 우유가 유럽의 다른 국가들보다 150-300% 비싼 사실, 이탈리아 정부로부터 가격을 인하하라는 요구를 받고 사업자들이 우유생산자협회 본부에서 특별 모임들을 가진 사실, 사업자들간의 모임에서 정부의 가격인하 요구에 대한 대응방안을 토론했고 가격인하의 폭이 10%를 넘지 않도록 합의한 사실, 사업자들이 주된 소매점인 약국에 대하여 권장소비자가격 제도를 실시하였고 시장의 특성상 경쟁사업자가 권장소비자가격을 통하여 다른 사업자들의 공장도가격을 쉽게 파악할 수 있었던 사실, 2004년도에 조사가 개시되자 유아용 우유 가격이 25%가량 하락하고, 광고·소비자 홍보·신제품 출시·슈퍼마켓 체인을 통한 판매량의 증가 등 여러 가지 경쟁이 발생한 사실 등을 근거로 EC조약 제81조 제1항에 위반한 가격담합을 하였음을 인정하고 과징금을 부과하였다.¹¹⁰⁾

V. 경제적 증거

1. 도 입

카르텔 사건에서 경제적 증거가 점점 많이 고려되고 있고 그 비중도 커지고 있다. 경제적 의미에서 카르텔이 결성되어 시행되는 이상 명시적 합의를 위한 의사교환이 존재하는지 혹은 그러한 의사교환이 입증되는지 여부는 중요하지 않고, 명시적 합

108) 이 사건에서 여러 여객운송업자들이 서로 추가요금에 관한 계산에 대하여 의사교환을 하였음을 나타내는 팩스, 3개의 여객운송업자의 임직원의 메모 등이 있었고, 2개의 여객운송업자들이 담합 사실을 인정하였다.

109) Prices For Baby Milk, I623, (2005. 10. 12.).

110) 이탈리아 공정위 홈페이지의 2005. 10. 20. 보도자료 참조 <<http://www.agcm.it/eng/index.htm>>.

의를 입증할 증거가 없더라도 경제적 증거만으로 카르텔이 입증될 수도 있다는 견해가 있으나,¹¹¹⁾ 미국의 법원은 대부분의 사건에서 카르텔 입증을 위해서는 공모(합의)의 존재를 입증해야 한다는 점을 전제로 공모(합의)의 존재를 입증하는 정황증거로서 경제적 증거를 고려하고 있을 뿐이고, 경제적 증거만으로 합의를 인정하지는 않는다.¹¹²⁾ Posner 교수는, 경제적 증거를 검토하기 위하여 ① 담합이 발생하기 용이한 시장상황을 파악하는 단계, ② 실제로 담합이 있었는지를 판단하는 단계 등 두가지 단계를 거쳐야 한다고 한다. ① 단계를 거침으로써 카르텔 규제기관이 담합이 발생하기 쉬운 시장만을 감시함으로써 그 자원을 효율적으로 사용할 수 있고, 담합 존재 여부가 애매한 사건에서도 증거판단에 도움을 얻을 수 있다고 한다. 예를 들어, 담합이 발생하기 용이한 시장에서는 가격정보의 교환이 담합을 입증하는 증거가 되지만, 담합이 용이하지 않은 시장에서는 가격정보의 교환이 담합을 입증하는 증거가 될 수 없고 오히려 시장이 경쟁적이라는 증거가 될 수 있다고 한다.¹¹³⁾¹¹⁴⁾

Werden은 경제적 증거를 고려함에 있어서 아래의 4가지를 고려해야 한다고 주장한다. ① 합의를 추정하기 위해서는 단순한 상호의존성 이상의 무엇이 입증되어야 한다. 예를 들어 과점시장에서 한 기업이 가격을 인상하자 다른 경쟁기업도 따라서 가격을 인상하였다는 것은 위에서 살펴본 예측된 변화에 입각한 모형에 의하여 기업이 스스로의 이익에 따라 행동한 것으로 설명될 수 있으므로, 그것만으로 합의가 인정되는 것은 아니다. ② 어떤 증거가 위에서 살펴본 예측된 변화에 입각한 모형에 의하여 설명될 수 있다면,¹¹⁵⁾ 그것은 기업들간의 활발한 경쟁과 부합되는 것이므로 합의의 존재를 추정할 수 없다. ③ 어떤 증거가 위에서 살펴본 예측된 변화에

111) 다만 경제적 증거만으로도 카르텔이 입증될 수 있다고 주장하는 견해도, 경제적 증거가 그 특성상 복잡하고, 기술적이며, 일의적으로 해석하기 어렵고 애매한 경우가 있어, 경제적 증거만으로 공동행위에 대한 ‘합의’를 인정하는데 여러 가지 난점이 있다는 점은 인정하면서, 부당한 공동행위에 대한 합의가 오로지 경제적 증거만에 의하여 입증되는 사건의 경우에는 그 입증의 정도를 한층 더 엄격하게 해야 할 필요가 있다고 한다. 그리고 위에서 살펴본 경제적 증거들이 개별적으로는 카르텔을 인정할 만큼 확실한 증거 가치는 없을지라도 특정 사건에서 위의 14가지 경제적 증거들이 모두 일치하여 카르텔의 존재에 부합하는 상태를 보인다면 카르텔이 입증될 수 있다고 한다. Posner, 위의 책, 94, 98-99면.

112) Posner, 위의 책, 93면.

113) 경제적 증거에 관한 이하의 논의는 주로 Posner, 위의 책, 61면 이하에 의존한다. 이와 관련한 연구 및 번역으로는 주진열, 위의 논문 (경쟁저널 제100호), 정영진·주진열 공역, 위의 책, 92면 이하; 허선, 위의 논문 (공정거래와 법치, 2004), 556-562면 등이 있다.

114) 공동행위와 관련한 경제적 증거에 대한 연구로는, 이인권, 위의 논문 (공정거래와 법치, 2004); 주진열, 위의 논문 (경쟁법 연구 제19권); 주진열, 위의 논문 (경쟁저널 제100호) 등이 있다.

115) 구체적으로는 일회 게임 과점모형에서의 비협조적 내쉬균형과 일치하는 행동으로 설명될 수 있는 경우를 의미한다고 한다. 이상승, “담합의 존재에 관한 경제적 증거 : 반독점법과 과점이론의 조화 (1) 내지 (4)”, 경쟁저널 제113-116호 참조.

입각한 모형에 의하여 설명될 수 없다면, 합의의 존재를 추정하는 증거로 사용될 수 있다. ④ 어떤 형태로든 기업들 사이에 의사연락이 있었다는 사실을 나타내는 증거가 없는 경우에는, 경제적 증거만으로 합의를 추론하여서는 안된다.¹¹⁶⁾

카르텔이 입증되는 경우에 중대한 행정적, 형사적 제재가 가하여진다는 점, 공정거래법에서 규정하는 ‘합의(공동행위)’가 의사의 연락 혹은 의사의 합치를 의미하는 것으로 해석되는 점, 공정거래법 제19조 제5항의 추정 규정도 행위의 외형상 일치를 전제로 한다는 점을 고려하면, 적어도 행위의 외형상 일치에 대한 증거가 없는 상태에서 위에서 열거한 경제적인 증거만으로 합의를 인정하기는 어렵다고 보인다.

2. 담합이 발생하기 용이한 시장상황

첫째, 높은 시장 집중율과 분산된 소규모 생산자들의 존재이다. 생산자들의 시장 집중율이 높을수록 담합이 발생하기 쉽다. 소수의 생산자들이 시장을 과점하고 있더라도, 과점생산자들이 점유하지 않는 나머지 시장을 점유하는 중소규모 생산자들의 상황도 문제된다. 예를 들어 상위 4개의 생산자가 80%의 시장점유율을 가지고 있는 경우에 나머지 시장을 두 개의 생산자가 10%씩 점유하고 있는지 아니면 20개의 생산자가 1%씩 점유하고 있는지, 이들 나머지 생산자들이 각각 생산량을 신속히 증가시킬 수 있는지에 따라 상위 4개의 생산자가 담합할 수 있는 가격에 차이가 발생한다. 나머지 시장이 소수의 생산자들에 의하여 점유되고 그들이 생산량을 신속히 증대시킬 수 있다면 과점생산자들이 담합을 통하여 가격을 인상시키는 것은 용이하지 않다.¹¹⁷⁾

둘째, 경쟁가격 수준에서의 비탄력적 수요이다. 현재의 가격수준에서 수요의 가격탄력성이 비탄력적이라면 가격을 인상하더라도 수요가 많이 줄어들지 않아 결과적으로 이윤이 증가할 가능성이 높으므로, 가격담합의 동기가 커진다.

셋째, 높은 진입장벽이다. 진입장벽이 존재하거나 신규진입에 장시간이 소요되면 기존 생산자들이 신규진입을 불려일으키지 않고서도 경쟁가격보다 높은 수준에서 가격을 책정할 수 있는 일정한 가격의 범위가 존재할 수 있다. 특정 시장에 신규진입이 자주 일어난다는 것은, 담합을 하기 어려운 사정이 될 수 있으나, 실제로 담합이 자주 일어나기 때문일 수도 있다.¹¹⁸⁾ 신규 진입자는 진입 순간부터 기존 생산자

116) Gregory J. Werden, Economic Evidence on the Existence of Collusion: Reconciling Antitrust Law with Oligopoly Theory, 71 Antitrust L. J. 779-80 (2004).

117) Posner, 위의 책, 71면.

들이 경쟁가격 수준으로 가격을 낮출 것을 우려할 수 있다. 그러나 신규 진입이 발생하였다는 이유로 가격을 낮추면 카르텔참여 생산자들 스스로도 이윤이 줄어들게 되므로 언제나 이런 현상이 발생한다고 보기는 어렵고, 카르텔참여 생산자들이 신규 진입자를 용인하고 그들과 시장을 나누어가지는 경우도 있을 것이다.¹¹⁹⁾ 진입장벽과 관련한 논의는 아래와 같은 수식으로 표현될 수 있다.

$$edf = \frac{edm + es(1 - S)}{S} \quad (1)$$

여기서 edf 란 카르텔참여 생산자들이 집단적으로 직면하는 수요의 가격탄력성이다. S 는 카르텔참여 생산자들의 시장점유율의 합계이다. es 는 카르텔비참여 생산자들의 공급의 가격탄력성이다. 그리고 edm 이란 시장전체적인 수요의 가격탄력성이다. 만일 시장의 모든 생산자들이 카르텔에 참여하여 카르텔참여 생산자들의 시장점유율 S 가 1이 되면 $edf = edm$ 이 되어 카르텔참여 생산자들이 집단적으로 직면하는 수요의 가격탄력성과 시장 전체적인 수요의 가격탄력성이 동일하다. 그리고 카르텔비참여 생산자들의 공급의 가격탄력성이 클수록 카르텔참여 생산자들이 직면하는 수요의 가격탄력성이 커진다.

넷째, 분산된 소비자와 표준화되고 비내구재인 제품이다. 소비자가 소규모로 분산되어 있을수록 생산자들이 담합을 하기 용이하다. 표준화된 제품일수록 생산자들이 가격에 대하여 담합하거나 담합 이탈행위를 감시하기가 용이하다. 내구재는 통상 가격이 비싸고 사용연한이 장기간이어서 한 번의 카르텔 이탈행위로 많은 이익을 얻을 수 있는 반면, 판매 기회가 자주 오지 않으므로 이탈자에 대한 보복이 쉽지 않다. 따라서 담합을 이탈하려는 동기가 강하다. 그러므로 담합 이탈 동기가 상대적으로 적은 비내구재에 대하여 담합이 용이하다.

다섯째, 높은 고정비용, 가격구조와 생산공정이 유사한 상품 특성이다. 고정비용은 생산량이 변동되더라도 불변하므로, 예상하지 못한 경기하강이나 수요감소가 발생할 때 고정비용이 높은 생산자일수록 파산할 가능성이 높아진다. 만일 이러한 기업의 경영자가 경쟁가격을 책정하다가 파산하는 것과 담합을 통하여 독점가격을 책정하는 것 중에 후자를 더 안전한 대안으로 생각한다면, 담합이 발생할 수 있다. 생산

118) Areeda & Hovenkamp, 위의 책(Vol. VI), 213면.

119) 예를 들어 미국의 제철회사인 U.S. Steel은 신규진입자를 용인하고 그들과 시장을 나누어가지는 것을 선택하였고, 다른 대규모 기업들도 이러한 선택을 하는 경우가 많다고 한다. Richard T. Pascale, "Perspectives on Strategy: The Real Story Behind Honda's Success," California Management Review, Spring 1984, p. 47; Carlton and Jeffrey M. Perloff, Modern Industrial Organization 126-25 (3d. ed. 2000). Posner, 위의 책, 72-73면에서 재인용.

자들의 가격구조 및 생산공정이 유사하면 가격에 대한 합의에 이르기가 용이하다. 반면에 생산자들간에 생산비용이 서로 다르면 가격에 대한 합의에 이르기 어렵다.

여섯째, 수요의 불변 또는 감소이다. 수요가 증가하는 시장은 수요가 고정적이거나 감소하는 시장보다 담합 이탈행위를 감시하기가 어렵다. 그 이유는 ① 수요가 증가하는 시장에서 담합 이탈행위로 피해를 입는 생산자는 자신의 상품을 구입하던 기존 고객을 잃는 것이 아니라 새로 발생하는 고객들 중 자신이 차지해야 할 비율만큼의 고객을 잃는 것이고, ② 일부 생산자가 나머지 생산자들보다 더 빨리 성장한다는 것을 담합 이탈행위의 증거로 보기 어렵기 때문이다. 특히 수요가 감소하고 고정비용이 높은 상품시장에서는 생산자들이 파산할 가능성이 높기 때문에 담합의 가능성이 높다.

일곱째, 가격인하의 용이성이다. 생산자들이 다른 생산자의 가격인하에 대응하여 즉시 가격을 인하할 수 있다면 가격인하를 통하여 이윤을 확대하기 어려우므로 담합이 발생할 가능성이 커진다. 반면에 가격인하가 용이하지 않으면 먼저 가격을 인하하는 생산자가 오랫동안 이윤의 증대를 누릴 수 있어 가격담합이 유지되기 어렵다.

여덟째, 협조적 관행 혹은 과거의 담합전력이다. 생산자들이 연합하여 의회나 행정부를 상대로 자주 의사를 교환하는 소위 ‘규제산업’이나, 특정 산업의 생산자들이 수직적으로 계열화되어 생산자들이 서로 경쟁도 하지만 물품을 서로 공급하거나 소비하기도 하는 경우에는, 생산기업의 임직원들이 서로 친분과 신뢰를 쌓고 가격에 대하여 논의할 기회가 많아진다. 생산기업의 임직원들간에 친분관계가 있으면 담합이 용이해진다. 어떤 산업에서 과거에 담합이 발생하였다는 것은 당해 산업이 담합을 하기 용이한 구조를 가지고 있다는 증거가 될 수 있다.

위와 같은 시장 상황 하에서는 담합이 발생하기 용이하므로, 규제당국은 위와 같은 상황을 나타내는 시장을 주로 감시하여야 한다. 경제적 증거를 적극적으로 받아들여야 한다는 입장에서는 위와 같은 시장상황 하에서는 아래에서 살펴보는 바와 같은 경제적 증거를 통하여 담합이 입증될 수도 있다고 한다.

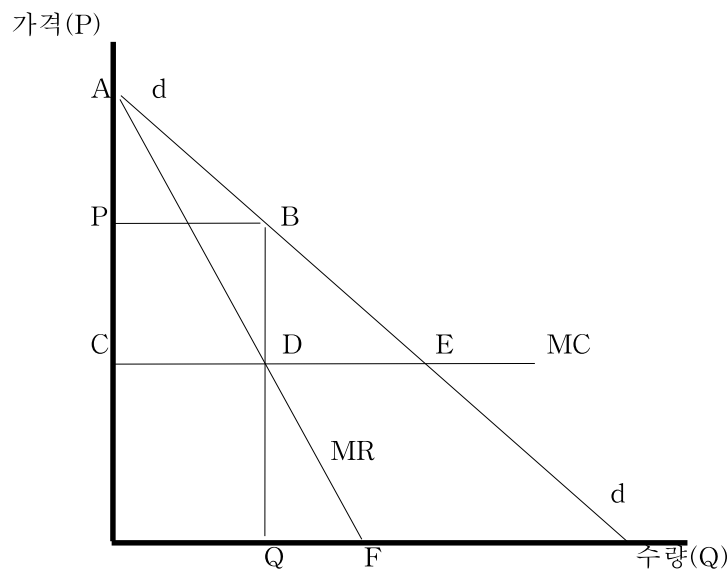
3. 경제적 증거의 구체적 예

첫째, 고정된 시장점유율이다. 주요 생산자들이 장기간에 걸쳐 일정한 시장점유율을 가진다는 것은 담합의 증거가 될 수 있다. 가격담합으로 인하여 신규진입이 발

생하면 카르텔참여 생산자들의 전체적인 시장점유율이 지속적으로 하락할 수도 있다. 따라서 카르텔참여 생산자로 의심되는 기업들의 시장점유율이 각 하락하더라도, 위 기업들 사이의 상대적인 시장점유율이 일정하게 유지된다면 담합의 증거가 될 수 있다.

둘째, 시장 전반적인 가격차별이다. 경제학적 의미의 가격차별이란, 생산자가 한계비용과 판매가격의 비율을 수요자별로 달리하는 것을 말한다. 따라서 생산자가 2개의 상품의 한계비용이 동일함에도 2명의 수요자에게 서로 다른 가격으로 판매하면 가격차별이지만, 2개의 상품의 한계비용이 다른데도 2명의 수요자에게 같은 가격으로 판매하는 것도 가격차별이다.

<가격차별 그래프>



위 그래프에서 알 수 있듯이 독점기업은 우하향하는 수요곡선(dd)에 직면하고, 위 수요곡선에서 가격이 가장 높은 A로부터 수요곡선과 한계비용곡선(MC)이 교차하는 E까지의 어느 지점에서든 생산할 수 있다. 독점기업이 한계비용(MC)=한계수입(MR)인 D지점에서 P의 가격으로 Q의 수량을 생산하면 $\square CDBP$ 만큼의 독점이윤을 얻는다. 만일 독점기업이 완벽한 가격차별을 할 수 있다면 그 기업은 모든 생산단위에 각기 다른 가격을 책정¹²⁰⁾함으로써 $\triangle ACE$ 만큼의 독점이윤을 얻을 수 있다.

120) 독점기업이 완전한 가격차별을 통하여 최대한 높은 가격에 판매한다면 위 그래프에서 첫 번째 생산단위에서는 A의 가격을, Q지점의 생산 단위에는 B의 가격을, 수요곡선(dd)과 한계비용곡선

현실적으로 이러한 완벽한 가격차별은 어렵겠지만, 독점시장에서는 대부분 어느 정도의 가격차별이 발생한다고 한다.¹²¹⁾ 가격차별이 지속적으로 존재한다는 것은 일부 소비자들이 생산비용(한계비용) 이상의 가격을 지불하고 있고 생산자는 그만큼 초과이윤을 얻고 있다는 것인데, 적어도 완전경쟁시장에서는 이러한 초과이윤을 유지하는 것이 불가능하므로, 가격차별의 지속적인 존재는 독점이 존재한다는 증거가 될 수 있다. 다만 가격차별 현상에는 ① 독점의 증거인 지속적으로 구조적인 가격차별, ② 경쟁적 시장에서 균형점이 변동하면서 간헐적으로 발생하는 가격차별, ③ 카르텔 이탈행위로서 담합가격보다 낮은 가격을 책정함으로써 발생하는 가격차별 등이 있으므로 이들을 구별해야 한다. 한편 가격차별을 금지하는 효과를 가지는 최우대고객 조항이 묵시적 담합의 증거가 되는 경우도 있다는 점을 유의해야 한다.¹²²⁾ 그리고 가격차별은 개별 생산자가 지적재산권 등에 의하여 시장지배력을 가지기 때문에 발생하는 경우도 있다.¹²³⁾ 지적재산권으로 보호되는 상품은 대체가능성이 크지 않고 한계비용이 평균비용보다 작기 때문에 가격차별이 수익을 증대하기 위한 좋은 대안이 된다.¹²⁴⁾ 결국 가격차별에는 여러 가지 원인과 유형이 있으므로, 가격차별을 증거로 담합을 인정함에는 매우 신중을 기해야 할 것으로 보인다.

(MC)이 교차하는 마지막 생산단위에서는 E의 가격을 책정함으로써 생산단위별로 수요곡선상의 지점을 가격으로 책정하게 될 것이다.

121) Posner, 위의 책, 80면.

122) 다만 최우대고객 조항이 일반적으로 가격차별을 금지하는 것은 아니라는 견해도 있다. 예를 들어 장기간의 공급계약을 하면서 상품가격을 고정하여야 하는 당사자들은 최우대고객 조항을 포함시킴으로써 당해 상품의 시장가격이 변동할 때 발생하는 위험을 줄일 수 있다. George A. Hay, "Facilitating Practices: The Ethyl Case," *The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy* 194-195 (John E. Kwoka Jr. and Lawrence J. White eds., 3d ed. 1999); Crocker and Thomas P. Lyon, "What Do 'Facilitating Practices' Facilitate? An Empirical Investigation of Most-Favored-Nation Clause in Natural Gas Contracts," 37 *Journal of Law and Economics* 297 (1994). 이상 Posner, 위의 책, 81면에서 재인용.

123) 예를 들어 서적 시장은 매우 경쟁적임에도 불구하고, 동일한 서적의 양장본(hardback)은 비양장본(paperback)보다 비싸고 양자의 가격 차이는 양장본 생산에 들어가는 추가 비용보다 거의 언제나 더 크다. 이러한 가격차별은 서적 저자들이 서로 담합하였기 때문에 발생하는 것이라기 보다는 서적 저자들이 저작권법에 의하여 자기의 저작에 대한 개별적인 독점력을 가지고 있기 때문이라고 보아야 할 것이다. 또 다른 예로 다음과 같은 것이 있다. 학술저널들은 일반적으로 개인 고객보다 도서관 고객에게 더 높은 판매가격을 책정한다. 항공사들은 주중고객보다 주말고객에게 더 할인된 가격으로 항공권을 판매하는데 이것은 주중고객들은 대부분 업무목적으로 항공기를 이용하기 때문에 수요의 가격탄력성이 낮지만 주말고객들은 그렇지 않기 때문이다. 동일한 영화의 상영료도 개봉관 상영료가 비개봉관 상영료보다 더 높다. 이상 Posner, 위의 책, 82면. 특허된 약품에 대한 가격차별이 공동행위가 아니라는 판례로는 앞서 살펴본 *In Re Brand Name Prescription Drugs Antitrust Litigation*, 186 F.3d 781 (7th Cir. 1999).

124) 예를 들어, 컴퓨터 프로그래머가 새로운 소프트웨어를 개발하는 비용이 300만원이면 위 300만원은 소프트웨어 생산량과 무관하게 소요되는 비용이므로 고정비용이다. 일단 소프트웨어가 개발되면 이를 생산하기 위해서는 개발된 소프트웨어를 복제하기만 하면 된다. 소프트웨어 복제에 개당 1,000원이 소요되고 생산자가 1,000개의 소프트웨어를 생산하여 판매한다면 그때의 한계비용(marginal cost)은 1,000원, 평균총비용(average total cost)은 4,000원[(3,000,000원 + 1,000,000원) ÷ 1,000개]이다.

셋째, 가격정보의 교환이다. 소수의 생산자가 존재하는 시장에서 가격정보를 정기적으로 교환하는 것은 가격담합의 증거가 될 수 있다. 다만 어떤 생산자가 가격변동을 미리 발표하는 것은, 다른 생산자가 그에 대응하여 자신의 판매량과 수익을 증가시키기 위하여 가격인하 등을 결정하는 것을 용이하게 하여 경쟁을 촉진시키거나 소비자가 구매의사를 결정하는데 도움을 주어 경제적 효율성을 증대시키는 측면도 있으므로, 가격정보 교환을 카르텔의 경제적 증거로 판단하는 것은 신중을 기해야 한다.¹²⁵⁾

넷째, 카르텔 형성 단계의 가격, 생산량, 생산설비 변동이다. 생산비 상승 등으로 설명되지 않는 일치된 가격인상 및 생산량 감축은 카르텔의 유력한 증거이다. 생산자들이 카르텔을 결성하여 생산량을 감축하면 종전의 설비 일부는 유휴설비가 되므로, 합리적으로 설명할 수 없는 유휴설비의 갑작스러운 증가도 담합의 증거가 될 수 있다. 특히 어떤 산업에서 유휴설비가 지속적으로 존재함과 동시에 신규진입이 빈번하게 일어난다면 그것은 가격담합 때문일 가능성이 높다.

다섯째, 선도기업들의 시장점유율 하락이다. 카르텔참여 생산자들이 독점적 가격을 책정하면 신규 생산자들이 시장에 진입할 것이다. 이때 카르텔참여 생산자들이 가격을 다시 인하하여 신규 진입자들을 퇴출시킬 수는 있겠지만, 그렇게 하면 독점적 가격을 유지함으로써 얻을 수 있는 초과이윤도 상실하게 된다. 카르텔참여 생산자인 선도기업들이 신규 생산자들을 용인하고 독점적 가격을 유지하면, 선도기업들의 시장점유율은 지속적으로 하락한다. 다만 선도기업들의 시장점유율 하락에는 여러 가지 다른 원인이 있을 수 있기 때문에, 카르텔의 입증 증거로서의 가치는 상대적으로 작다.

여섯째, 가격의 변동 비율이다. 카르텔참여 생산자들은 가격의 변동에 대하여 협의하는데 노력이 소요되기 때문에, 생산비용이나 수요가 변동하더라도 상품가격에는 그 일부만 반영하는 경우가 많다. 그러므로 카르텔이 결성되면 경쟁적 시장에서도 생산비용 및 수요의 변동폭에 비하여 가격의 변동폭이 일반적으로 작아진다. 따라서 생산자들이 가격을 책정하거나 변동시키는데 별다른 법적, 사실적 제한이 없음에도 불구하고 합리적 이유 없이 생산비용이나 수요의 변동을 판매가격에 제대로 반영하지 않는다는 것은 카르텔의 인정하는 정황증거가 될 수 있을 것이다.

일곱째, 현재의 가격 수준에서 수요가 탄력적인 것이다. 만일 현재의 가격 수준에서 수요의 가격탄력성이 비탄력적이라면, 카르텔참여 생산자들은 생산량을 줄임으로써 이윤을 증대시킬 수 있다. 이 경우 카르텔참여 생산자들은 수요의 가격탄력성

125) Dennis W. Carlton, Robert H. Gertner, and Andrew M. Rosenfield, "Communication among Competitors: Game Theory and Antitrust," 5 George Mason Law Review 423,438 (1997).

이 탄력적이 되는 수준까지 생산량을 줄이고 가격을 상승시킴으로써 이윤을 극대화하려고 할 것이다. 따라서 현재의 시장가격에서 수요의 가격탄력성이 비탄력적이라는 것은, 적어도 그 가격이 독점가격은 아니라는 것을 의미한다. 반면에 현재 가격에서 수요의 가격탄력성이 탄력적이고 마땅한 대체재도 없다면 현재 가격을 독점가격으로 볼 수 있으므로 카르텔이 결성되었음을 추론할 수 있다.

여덟째, 이윤의 수준 및 패턴의 이례적 변화이다. 생산자의 이윤이 이례적으로 높다는 것이 카르텔의 증거로 고려될 수 있다. 다만, 혁신을 통하여 높은 이윤이 발생할 수 있고, 생산자는 투자에 대한 의사결정 등을 통하여 재무제표상 드러나는 이윤을 조절할 수 있으며, 카르텔참여 생산자들이 항상 이윤이 높은 기업들은 아니고, 카르텔 결성 이후 비가격 경쟁행위로 인하여 이윤이 줄어들 수도 있기 때문에, 이윤이 높다는 것을 증거로 고려함에는 주의를 요한다. 한편 특정 생산자의 이윤 패턴이 합리적인 이유없이 변동하는 것은 카르텔의 증거가 될 수도 있다. 카르텔은 주로 소규모 생산자를 배제하고 대규모 생산자들 사이에 결성되는 경우가 많다. 이러한 경우 대규모 생산자들이 담합하여 생산량을 줄이더라도, 카르텔에 참여하지 않은 소규모 생산자들은 판매량을 줄이지 않을 것이기 때문에, 소규모 생산자들의 이윤이 이례적으로 높아질 것이다. 따라서 소규모 생산자들의 이윤이 합리적 이유없이 이례적으로 높아지는 것은 대규모 생산자들 사이에 카르텔이 결성되었기 때문일 수 있다. 특정 생산자의 특정 시점의 이윤이 높은지 낮은지를 판단하는 것은 어려우므로, 이와 같이 생산자들의 이윤 추세를 관찰하는 것이 더 용이하다고 한다.¹²⁶⁾ 생산자들의 이윤수준과 경쟁의 정도에 관한 실증적인 상관관계에 대하여는 여러 가지 연구가 있으나 Harold Demsetz의 연구에 의하면, 특정 시장의 집중율이 높다고 하여 그 시장의 생산자들의 이윤수준이 다 높지는 않고, 시장점유율이 최상위 수준인 생산자들의 이윤수준 만이 높게 나타난다고 한다. 위 연구에 의하면 만일 특정 시장의 집중률이 높고 경쟁이 활발하지 않다면 모든 생산자들이 높은 이윤수준을 보일 것으로 예측할 수 있을 것이라고 한다. 반면에 집중률이 높은 시장이더라도 최상위 점유율을 가진 생산자만 높은 이윤을 얻고 있다면 그 이윤은 효율성을 달성하였기 때문에 얻는 것으로 예측할 수 있을 것이라고 한다.¹²⁷⁾

126) Posner, 위의 책, 90-91면.

127) Harold Demsetz, "Two Systems of Belief about Monopoly", in Industrial Concentration : The New Learning, edited by Harvey J Goldschmidt, H. Michael Mann, and J. Fred Weston, Little Brown and Company 1974. 다만 집중률이 높은 시장에서 하위 점유율을 가진 생산자들이 상대적으로 낮은 이윤수준을 보이는 것은 하위 점유율을 가진 생산자들이 비효율적이어서가 아니라 생산비용이 최적화되는 수준까지 생산량을 증대시키지 못하기 때문일 수 있고, 하위 점유율을 가진 생산자들의 상대적으로 낮은 이윤수준도 경쟁시장에서의 이윤율보다는 높을 수 있으며, 상위 점유율을 가진 생산자들이 효율성을 달성하고서도 독과점가격을 책정할 수 있는 것이므로, Demsetz의 연구결과를 일률적으로 적용할 수는 없다는 견해도 있다. Areeda & Hovenkamp, 위

아홉째, 생산자의 수나 수요의 가격탄력성과 역의 상관관계를 나타내는 가격이다. 시장이 경쟁적이라면, 가격은 생산자의 수나 각 생산자들이 직면하는 수요의 가격탄력성과 별 상관관계가 없고, 한계비용(MC)과 동일한 수준이 된다. 그런데 어떤 시장에서 장기간의 가격의 추세가, ① 생산자의 수가 줄어들면 가격이 올라가거나 ② 각 생산자들이 직면하는 수요의 가격탄력성이 비탄력적으로 변하면 가격이 올라가는 상관관계를 보인다면, 이러한 사정은 시장이 경쟁적이지 않다는 증거가 될 수 있다. 다만 가격은 생산자의 수나 수요의 가격탄력성 이외의 다른 요인 때문에 변화할 수도 있는 것이므로, 이것은 카르텔을 입증하는 결정적 증거는 아니다.

열째, 배타적 관행이다. 일반적으로 배타적 관행(exclusionary practice)은 독점력을 지닌 생산자만이 할 수 있다. 그러나 여러 생산자들이 합리적 이유 없이 동일한 방식으로 배타적 거래행위를 하고 있다면 카르텔이 결성되었다는 증거가 될 수 있다.

4. 소 결

경제적 증거는 그 내용을 기준으로 시장 구조에 관한 증거와 시장 행동에 관한 증거로 나눌 수 있을 것이다. 시장구조에 관한 증거로는 생산자의 수·시장집중율·상품의 성격·수요의 가격탄력성·진입장벽 등이 있을 것이다. 시장 행동에 관한 증거로는 개별기업들이 결정하는 가격·생산량·생산설비 등에 대한 투자·신제품 등에 대한 연구개발·광고 등이 있을 것이다. 한편 경제적 증거는 입증 취지를 기준으로 그 자체로 합의를 입증하는 증거와 다른 증거의 증거가치를 판단하는 기준이 되는 증거로 나눌 수 있을 것으로 생각된다. 시장점유율이나 가격이 장기간 고정되어 있다는 것은 그 자체로 합의를 추론케 할 수 있는 간접증거가 될 수 있을 것이다. 우리나라의 용인 동백지구 형사 사건의 1심은 아파트가 동일제라는 전제가 충족되지 않았음을 이유로 담합의 동기를 인정할 수 없다고 판단하였는데, 이것은 담합의 동기라는 정황증거의 증거가치를 판단하는 기준으로서 아파트라는 상품의 동일제로서의 성격과 수요라는 경제적 증거¹²⁸⁾를 고려한 것으로 볼 수 있을 것이다. 각 유형에 따른 경제적 증거의 중요도를 일률적으로 말하기는 어려울 것이다. 다만 합의 입증과 관련하여 일반론적 수준에서 시장 구조에 관한 증거보다는 시장 행동

의 책(Vol. VI), 218면에서 재인용.

128) 수원지방법원 2005. 12. 9. 선고 2005고단1212, 2005고정1383(병합), 수원지방법원 2006. 8. 30. 선고 2005노4635 판결.

에 관한 증거가,¹²⁹⁾ 다른 증거의 증거가치를 판단하는 기준이 되는 증거보다는 그 자체로 합의를 추론케 하는 증거가, 더 중요하게 고려되어야 할 것이다.

VI. 간접증거 유형화

1. 정황증거에 관한 전체적 접근방법과 개별적 접근방법

정황증거를 평가함에 있어 제시된 모든 정황증거를 전체적으로 보아 합의의 존재를 추론할 수 있는지, 아니면 정황증거들을 각각 분리하여 볼 때 하나의 정황증거로부터 합의를 추론하는 것이 가능할 때에만 합의 추론이 가능한지의 문제가 있다. 전자를 전체적 접근방법(Holistic approach), 후자를 개별적 접근방법(item-by-item approach)라고 할 수 있다.¹³⁰⁾

고과당 옥수수시럽 사건¹³¹⁾은 고과당 옥수수시럽 시장의 주요 4개 생산자들이 1988.부터 1995.까지 가격담합을 하였는지가 문제된 사건이다. 이 사건에서 생산자들의 높은 시장집중율, 표준화된 상품, 대체재의 부재, 많은 유희설비, 시장전반적인 가격차별 등 가격담합이 용이한 시장구조를 나타내는 경제적 증거들을 제출되었고, 생산자들의 가격이 생산비용에 연동되지 않았다는 사실, 생산자들이 결정한 계약기간의 변화와 의심스러운 생산자들 사이의 거래, 시장점유율이 이례적으로 고정적인 사실, 담합의심기간의 가격수준이 그 전후보다 높았던 사실 등 시장이 경쟁제한적으로 움직였다는 경제적 증거도 제시되었다. 한편 합의에 대하여 우회적으로 언급하고 있고, 경쟁회사의 비공개된 가격결정 정보를 나타내고 있는 내부문서와 회사 직원들의 진술 증거도 있었다. 연방 1심법원은, 원고가 제출한 의사연락 증거를 개별적으로 관찰할 때 어떤 증거도 합의를 입증하기에 충분하지 않고 위 증거에 증거

129) 참고로 구조주의(structuralism)는 시장 구조가 성과를 결정하는 가장 중요한 요소라고 보고 독점규제의 핵심이 산업의 구조를 바꾸는데 있다고 주장한다. 구조주의는 구조(Structure)-행위(Conduct)-성과(Performamce)라는 패러다임으로 독점을 분석하는데, 시장구조란 산업 내의 구매자와 판매자의 수·시장집중율·수요의 가격탄력성 등을 나타내고, 행위란 가격·연구개발·혁신 등 기업들이 추구하는 다양한 행동을 나타내며, 성과란 배분적 효율성과 생산적 효율등의 효율성을 나타낸다. 이상 이승철, 공정거래경제학, 1999, 154-158면. 구조주의 입장에서는 시장 구조에 대한 증거를 더 중시할 수도 있을 것이다. 그러나 합의(공동행위)라는 객관적 사실의 존재 여부를 입증하는데 있어서는 개별기업의 행동과 관련된 증거가 더 중요한 것으로 생각된다.

130) Competition Committee, Background Note by the Secretariat, OECD, Global Forum on Competition, Roundtable on Prosecuting Cartels Without Direct Evidence of Agreement (2006. 2. 12.) para. 43.

131) In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation, 295 F.3d 651 (7th Cir. 2002).

가치를 부여하기 위해서는 중대한 추론(substantial inference)을 하여야만 한다는 이유로, 의사연락 증거를 증거로서 고려하지 않고 약식재판으로 원고의 청구를 기각하였다. 그러나 연방항소법원은, 원고가 제출한 의사연락 증거를 개별적으로 관찰할 때 어떤 증거도 합의를 입증하기에 충분하지 않은 것은 사실이지만, 약식재판과 관련하여 사실관계의 이슈가 존재하는지를 판단함에 있어서 정황증거들을 각각 분리하여 볼 때 그 중 어느 증거도 합의가 존재한다는 사실을 명백히 나타내지 않는다는 이유로 사실관계의 이슈가 존재하지 않는다고 판단하여서는 안된다는 이유로 1심을 파기하였다. 이러한 입장은 전체적인 접근방법을 취한 것이다.

다만 미국에서도 개별적인 접근방법을 취해야 한다는 판례와 견해가 존재한다.¹³²⁾ 제3장 제2절 IV.항에서 살펴본 Areeda, Hovenkamp 교수의 견해는 개별적 접근방법을 취하는 견해로 볼 수 있을 것이다.

앞서 살펴본 Wood pulp 사건¹³³⁾에서 유럽위원회는 표백황산펄프 생산자들이 가격을 논의하는 모임을 가졌음을 나타내는 생산자들의 내부문서와 텔렉스들을 제출하였는데, ECJ는 각각의 문서나 텔렉스가 구체적으로 어떤 생산자들이 어느 시점에서 합의한 것을 입증하는 취지인지 특정할 것을 요구하였다. 유럽위원회는 위 증거들은 생산자들이 가격을 협의하였다는 사실을 일반적으로 나타내는 증거이므로 구체적으로 어떤 생산자들이 어느 시점에서 합의한 것을 입증하는 취지인지 특정할 필요가 없다는 입장을 취하였으나, ECJ는 유럽위원회의 주장을 받아들이지 않고 위 증거들을 고려 대상에서 제외하였다. ECJ의 이러한 입장은 정황증거에 대하여 개별적 접근방법을 취한 것으로 볼 수 있다고 한다.¹³⁴⁾ 다만 Wood pulp 사건에서 드러난 정황증거를 통한 합의 인정에 대한 엄격한 입장은 그 후 사건들에서 다소 완화되었다.¹³⁵⁾

OECD 사무국의 2006년도 보고서는 전체적인 접근방법을 취하는 것이 타당하다는 입장을 보이고 있다.¹³⁶⁾ 정황증거가 개별적으로는 합의를 명시적으로 나타내지 않더라도 여러 가지 정황증거를 종합하여 합의를 입증하는 것이 불가능하다고 할 수는 없는 점, 자유심증주의 원칙에 의할 때 간접증거의 자격에 어떤 제한을 가할 필요는 없는 점을 고려하면 전체적인 접근방법을 취하는 것이 타당하다고 생각된

132) Williamson Oil Co. v. Philip Morris USA, 346 F.3d 1287 (11th Cir. 2003).

133) Ahlström Oy v Commission cases C-89, 104, 114, 116, 117, and 125-129/85 A [1993] 4 CMLR 407.

134) OECD, 위의 보고서, paras. 63-65.

135) PVC II: OJ [1994] 239/14; Limburgse Vinyl Maatschappij v. Commission [1999] ECR II-931; Plasterboard, OJ [2005] L. 166/8, 이상 OECD, 위의 보고서, para 6.

136) OECD, 위의 보고서, para. 66.

다.

2. 증거유형화

이제까지의 논의를 종합하면, 공동행위(합의) 입증에 관한 증거는 크게 보아 ① 행위일치 증거, ② 의사연락 증거, ③ 사업자특성 증거, ④ 시장구조 증거로 유형화할 수 있을 것이다.

(1) 행위일치 증거

가격인상이나 생산량제한 등 사업자들의 행위가 외형적으로 일치하는 증거를 행위일치 증거라고 지칭할 수 있다. 행위일치 증거는 간접증거를 통한 부당한 공동행위 입증의 출발점이다. 다만 과점시장에서는 사업자들이 독자적으로 행위한 결과 외형상 행위의 일치가 발생할 수 있으므로, 경험칙상 우연히 행위일치가 발생하였다고 볼 수 없는 예외적인 경우¹³⁷⁾를 제외하고는 행위일치 증거만에 의하여 공동행위를 인정하기는 어려울 것이다.

행위일치 여부를 판단하기 위해서는 우선 합의(공동행위)의 내용이 무엇인지를 명확히 할 필요가 있다. 합의가 특정 가격을 책정하기로 하는 것이라면 그 가격을 책정하였을 때 행위일치가 인정될 것이고, 일정한 범위의 가격 혹은 최저가·최고가를 설정한 것이라면 그 내용에 따른 가격이 설정되었을 때 행위일치가 인정될 것이다. 완전히 일치하는 행위가 있을 때에는 문제가 없으나, 가격이나 수량이 유사한 수준에서 일치할 뿐인 경우에는 행위일치 여부를 판단하기 어렵다. 이러한 경우에는 당해 상품이나 서비스의 성질, 시장 및 생산자별 가격 추세, 소비자의 가격 차이에 대한 인식, 원재료 가격 혹은 동일 상품의 국제 가격 변동 상황과의 상관관계 등 경제적 증거를 종합적으로 고려하여 경쟁적인 시장의 가격 혹은 생산량 추세로 볼 수 없는 가격 혹은 생산량의 변동이 있는지를 판단해야할 수 밖에 없을 것이다. 용인 동백지구 사건¹³⁸⁾에서 건설회사들이 분양가를 책정한 것과 같이 일회적인 행위에 관하여는 어느 정도 외형의 일치가 있을 때 행위일치를 인정할 수 있을지 그

137) 앞서 살펴본 FTC v. Cement Institute, 333 U.S. 683, 713 (1948) 사건에서 약 6개의 경쟁업체들이 시멘트 1배럴당 \$3.286854라는 소수점 이하 6자리까지 동일한 가격으로 응찰을 한 경우가 대표적인 예이다.

138) 대법원 2009. 4. 9. 선고 2007두4759 판결, 대법원 2009. 4. 9. 선고 2007두6885 판결, 대법원 2009. 4. 9. 선고 2007두6892 판결.

기준을 설정하기 어렵다. 반면에 시멘트 7사 사건¹³⁹⁾과 같이 장기간에 걸친 생산량 변동추세 자료가 있는 경우에는 그러한 추세에 비추어 이례적으로 행위의 일치가 발생하였는지를 판단할 수 있을 것이다. 한편 응찰자들이 담합하여 한사람이 낙찰 받는 입찰담합에서는, 외형상 동일한 가격에 응찰하는 것과 같은 행위의 일치는 발생하지 않을 것이므로, 입찰 과정에서 합의를 의심케하는 행동이 존재하는지, 담합 내용에 부합하는 행위를 실제로 하였는지 등을 고려하여 행위의 일치를 판단할 수 밖에 없을 것이다.¹⁴⁰⁾

(2) 의사연락 증거

부당한 공동행위를 결의하는 의사연락을 직접적으로 입증하는 증거는 직접증거이다. 여기서 말하는 의사연락 증거란 그 정도에는 이르지 않는 의사연락이나 접촉, 가격에 대한 공표나 발언 등을 말한다. 의사연락 증거가 다른 증거에 의하여 보강되는 경우 합의를 입증하는 간접증거가 될 수 있을 것이다. 우리나라 공정거래법 제19조 제5항이 합의추정시 고려할 사유로서 들고 있는 “사업자 간 접촉의 횟수·양태”가 이에 해당한다고 할 수 있다. 의사연락 증거에는 공식적인 사업자 협회모임에의 참석과 같이 의사연락의 기회가 있었다는 사실과 같은 추상적 증거로부터 가격에 대한 합의 사실이 구체적으로 기재된 내부분서나 관련자의 진술과 같은 구체적 증거에 이르기까지 다양한 유형이 있다. 그리고 이러한 이유로 그 증거가치에 대하여도 다양한 견해들이 제시되는 것으로 보인다.

Posner 교수는 경제적 의미에서 카르텔이 결성되어 있는 이상 의사교환의 입증여부는 중요하지 않다고 한다.¹⁴¹⁾ 미국변호사협회는 사업자들 사이의 모임이나 의사교환 등과 같은 공동행위를 할 기회가 있었다는 증거는 사업자들이 그에 이르게 된 합리적 이유를 제시하는 경우에는 상대적으로 중요성이 낮다고 한다.¹⁴²⁾ 그러나 OECD 2006년도 보고서는 병행행위로부터 합의를 인정하기 위하여 필요한 추가 요

139) 서울고등법원 2006. 5. 24. 선고 2004누4798호 판결, 대법원 2008. 2. 15. 선고 2006두11583 판결.

140) United States v. Finis P. Ernest, 509 F.2d 1256 (7th Cir.), cert. denied, 423 U.S. 874 (1975) 사건에서 사업자들이 응찰가격의 산출 과정이 복잡하고 공정 시장가격이 존재하지 않는 노임, 재료비, 간접비용, 이윤, 기타 비용 등의 16개 항목 중 7개 항목에 대하여 서로 동일한 가격을 적어내고, 나머지 9개 항목에 대하여는 한자리의 숫자를 변경하거나 끝수를 반올림하는 등의 방법으로 숫자를 변경한 사실, 지하철 9호선 입찰담합사건(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004두3045 판결)에서 사업자들이 서로 유찰을 방지하기 위하여 경쟁사의 설계도를 이용하여 형식적으로 입찰에 참여하는 것과 같이 협조한 사실 등이 이에 해당할 것이다.

141) Posner, 위의 책, 94, 98-99면.

142) American Bar Association, Section of Antitrust, Antitrust Law Developments (vol. I, 6th ed. 2007) 14-15면.

소(plus factor)로서 가장 중요한 것이 의사연락 사실과 자기 이익에 반하는 행동이라고 판단하여 의사연락 증거를 추가요소 중 가장 중요한 요소의 하나로 고려한다.¹⁴³⁾ Hovenkamp 교수는 공모할 기회가 존재하였다는 증거는 사업자단체의 회원들 사이의 일상적이고 정기적인 모임과 같은 경우에는 의미가 없지만, 그러한 모임에서 가격담합이나 경쟁자를 배제하는 계획의 실행이 논의되었다면 합의를 인정하는 간접증거가 될 수 있고, 원고가 약식재판으로 청구를 기각당하지 않기 위해서는 인식있는 병행행위, 하나 이상의 추가 요소, 사업자들간의 의사연락에 대한 명시적 증거가 필요하다고 한다.¹⁴⁴⁾

부당한 공동행위에 대한 합의가 곧 공동행위이므로, 의사연락 증거는 공동행위 입증을 위하여 가장 중요하게 고려되어야 할 증거라고 할 것이다.¹⁴⁵⁾ 따라서 병행행위를 바탕으로 공동행위(합의)를 추론함에 있어서 고려해야 할 추가 요소(plus factor) 중에서도 의사연락 증거가 가장 중요하게 고려되어야 할 것으로 보인다. 장기간에 걸친 공동행위(합의)를 입증하기 위해서는 좀 더 명백한 의사연락 증거가 필요하지만, 일회적이고 비공식적인 공동행위(합의)를 입증하기 위해서는 상대적으로 덜 명백한 의사연락 증거로 족하다.¹⁴⁶⁾

하나의 산업에 여러 명의 생산자가 존재하고 카르텔에 참가한 생산자의 범위가 문제되는 사건에서는, 의사연락에 참여한 사업자의 범위, 의사연락에 언급되고 있는 참여생산자의 범위가 중요한 의미를 가질 것이다. 대법원은 철근가격 담합 사건¹⁴⁷⁾에서 시장점유율 7위 회사의 담합 참여 사실을 인정하지 않았는데, 이에선 시장점유율 1위 회사가 작성한 내부문서에 시장점유율 7위의 회사가 언급되지 않은 사실, 참여 회사 직원이 경쟁사의 가격동향을 기재한 내부문건에 위 7위 회사가 언급되지 않은 사실, 그 외에 위 7위 회사가 나머지 회사들과 가격인상에 관하여 협의하였다는 점이 명확하지 않은 사실 등이 영향을 미친 것으로 보인다. 따라서 사업자들의 의사연락 증거를 간접증거로 하여 합의를 입증함에 있어서는 의사연락에 대한 참여 사업자를 구체적으로 확인하는 작업이 필요할 것이다.

143) OECD, 위의 보고서, paras. 22-23, 41.

144) Hovenkamp, Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice, West Group (3d ed. 2005) 174, 189면.

145) 사업자들간에 어떤 모임을 개최하였다면, 정책적인 차원에서 참여 사업자들로 하여금 그 모임이 공동행위 이외의 목적을 위하여 개최된 것이라는 점을 소명하게 하고, 만일 사업자들이 그러한 소명을 하지 못하는 경우에는 그 모임의 개최사실을 통하여 공동행위를 추론하기 용이하도록 해석하는 것이 바람직하다는 견해가 있다. Areeda & Hovenkamp, 위의 책(Vol. VI), 109, 111면.

146) Apex Oil Co. v. DiMauro, 822 F.2d 246 (2d Cir.) cert. denied, 484 U.S. 977 (1987).

147) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2006두14247 판결.

(3) 사업자특성 증거

행위일치나 의사연락 이외의 증거로서 사업자들의 의도나 행위가 반영되어 나타나는 증거를 사업자특성 증거라고 할 수 있다.

첫째, 강력한 공동행위의 동기가 존재한다는 사정이 여기 해당할 수 있다. 공동행위의 동기란 사업자들이 일탈행위를 하는 특정 거래처를 배제하거나 특정 경쟁사업자를 퇴출시키려는 구체적인 의도를 공유한다는 것을 의미한다. 이러한 구체적인 의도는 주로 사업자들 간의 의사교환을 통하여 입증되기 때문에 사업자특성 증거에 속한다고 볼 수 있다.

둘째, 담합조장행위가 여기 해당할 수 있다. 사업자들 간의 정보교환·가격이나 거래조건에 대한 공표나 매뉴얼 발간·인도가격제나 기점가격제와 같은 운송비의 통일화·재판매가격유지행위나 수직적 거래제한·최저가격보상제나 최우대고객조항·불필요하게 제한적이고 인위적인 제품표준화와 같은 행위를 의미한다. 다만 담합조장행위는 효율성을 증대하는 경우가 있으므로 신중한 검토가 필요하다.¹⁴⁸⁾

셋째, 시장행동에 관한 경제적 증거이다. 고정된 시장점유율·시장 전반적인 가격 차별·합리적으로 설명할 수 없는 유희설비의 증가나 잦은 신규진입·선도기업들의 시장점유율 하락·가격의 경직성·국제가격보다 높은 가격수준·수요의 가격탄력성이 탄력적이 되는 수준의 가격책정·이윤의 수준 및 패턴의 이례적 변화·생산자의 수나 수요의 가격탄력성과 역의 상관관계를 나타내는 가격·배타적 관행 등이 있다.¹⁴⁹⁾ 앞에서 살펴본 경제적 증거에 대한 견해들과 경제적 증거의 일반적인 의미를 고려할 때 고정된 시장점유율, 가격의 경직성, 생산자의 수나 수요의 가격탄력성과 역의 상관관계를 나타내는 가격, 국제가격보다 높은 가격수준, 합리적으로 설명되지 않는 유희설비의 증가나 지속에 수반하는 빈번한 신규진입 등이 나머지 증거들보다 증거가치가 크다고 생각 된다.¹⁵⁰⁾

148) 가격정보 교환이나 제품 표준화, 거래조건 표준화, 재판매가격유지는 생산이나 유통의 효율성을 촉진하는 측면도 있다는 것이 일반적인 견해이므로, 담합조장행위가 공동행위 인정을 위한 정황 증거로서 어느 정도의 가치를 가지는지는 구체적인 시장상황을 고려하여 신중하게 판단하여야 할 것이다. 경쟁에 미치는 효과가 불명확한 담합조장행위가 문제로 된 경우에는 우선, 구조적 증거를 검토하는 것이 바람직하다고 한다. 예컨대, 동일한 가격정보 공표행위라고 할지라도 사업자 수가 많고 진입이 쉬운 시장에서 행해진 경우에는 당사자의 의도와 무관하게 공모가 불가능하다고 판단할 수 있고, 반대로 고도로 집중되고 진입장벽이 높은 시장에서 대체제와 관련하여 행해진 경우에는 공모의 위험이 높다고 판단할 수 있다는 것이다. Hovenkamp, 위의 책 (3d ed. 2005), 182-188면.

149) 담합조장행위와 경제적인 증거는 중복되는 부분이 있다.

150) 다만 경제적 증거들 사이의 증거가치 경중에 대하여는, 경제학의 관점에서 많은 연구가 필요할 것으로 보인다.

넷째, 사업자들이 의심스러운 행위를 한 사정이 여기 해당할 수 있다. 사업자들이 목적을 제대로 설명하지 못하는 은밀한 모임을 가지거나, 조사과정에서 증거로 추정되는 자료를 인멸하거나, 병행행위의 이유로 거짓 사유를 제시하는 것이다. 과거에 담합행위를 한 전력도 이에 포함될 수 있을 것이다. 다만 이 사유로 공동행위를 추론할 때에는 주의를 기울여야 한다.

(4) 시장구조 증거

행위일치나 의사연락 이외의 증거로서, 사업자의 의도나 행위와 관련이 적고 상품이나 시장의 구조적인 특성과 관련된 증거를 시장구조 증거라고 할 수 있다.

첫째, 병행행위가 도저히 우연의 일치로 보기 어려운 사정이 여기에 해당할 수 있다. 거액의 복잡한 주문 상품의 입찰에서 동일한 입찰가격이 제시된 경우가 이에 해당한다. 병행행위가 우연의 일치로 발생할 수 있는지는 상품의 특성이나 시장의 구조를 고려하여 판단하여야 할 것이므로 시장구조 증거의 하나로 볼 수 있다.

둘째, 스스로의 이익에 반하고 공동으로 하는 경우에만 이익이 되는 사정이 여기에 해당할 수 있다. 과점시장의 상품가격이 경쟁시장 수준이라면 한 사업자가 가격을 인상시키면 손실을 입게 되어 스스로의 이익에 반하지만 공동으로 인상하는 경우에는 전체 사업자들에게 이익이 된다. 미국변호사협회는 이 사정을 중요한 증거로 취급하고 있다. 다만 과점시장에서의 가격인상은, 다른 사업자가 동일하게 행동하리라고 예측하기 어렵고, 인상된 가격을 원상회복시키기도 어려운 상황에서 이루어진 경우에만 이 사유에 해당하는 것으로 보아야 한다는 견해가 있고,¹⁵¹⁾ 수요가 비탄력적이고 또 감소한 상황에서 사업자들이 병행적으로 가격을 인상한 것은 스스로의 이익에 반하는 행동은 아니라는 판례가 있다.¹⁵²⁾ 스스로의 이익에 반하고 공동으로 행위하는 경우에만 이익이 되는 사정은 사업자의 의도나 행위와는 관련이 적고 상품이나 시장의 구조적인 특성과 관련되어 있으므로 시장구조 증거라고 할 수 있다.

셋째, 독립적인 이유가 존재하지 않는다는 사정이 여기에 해당할 수 있다. 이윤이나 점유율 극대화과 같은 경영 목적의 달성 또는 행정지도로 인하여 가격인상이 필요하였다는 사정 등이 이에 해당한다. 이러한 사정도 사업자의 의도나 행위와는 관

151) Areeda & Hovenkamp, 위의 책(Vol. VI), 92, 96면.

152) Reserve Supply Corporation v. Owens-Corning Fiberglas Corporation, 971 F.2d 37 (7th Cir. 1992).

련이 적고 상품이나 시장의 구조적인 특성과 관련되어 있으므로 시장구조 증거라고 할 수 있다.

넷째, 시장구조에 관한 경제적 증거이다. 높은 시장 집중율과 분산된 소규모 생산자들의 존재 · 분산된 소비자 · 경쟁가격 수준에서의 비탄력적 수요 · 높은 진입장벽 · 높은 고정비용 · 가격구조와 생산공정이 유사하고 비내구재인 상품 특성 · 수요의 불변 또는 감소 · 가격인하의 용이성 등이 있다. 일반론으로 본다면 경제적 증거 중 시장 구조에 관한 증거보다는 시장 행동에 관한 증거가, 다른 증거의 증거가치를 판단하는 기준이 되는 증거보다는 그 자체로 합의를 추론케 하는 증거가 더 중요하게 고려되어야 할 것이다.

사업자특성 증거나 시장구조 증거는 행위일치 증거나 의사연락 증거와 달리 단독으로 공동행위를 입증하기는 부족하고, 행위일치 증거나 의사연락 증거가 존재할 때 이를 보강하여 입증을 완결시키는 역할을 하는 증거로 볼 수 있다. 사업자특성 증거와 시장구조 증거 중에서 강력한 공동행위의 동기, 병행행위가 우연의 일치로 보기 어려운 사정, 스스로의 이익에 반하고 공동으로 하는 경우에만 이익이 되는 사정, 독립적인 이유가 존재하지 않는다는 사정 등은 증거가치가 크다. 그러나 담합 조장행위나 사업자들이 의심스러운 행위를 한 사정은 그보다는 증거가치가 크지 않아 보이고, 경쟁촉진적 효과가 있는지, 의심스러운 행위를 하게 된 구체적인 이유가 무엇인지를 주의 깊게 검토하여 증거가치를 판단하여야 할 것이다. 경제적 증거는 여러 가지 해석이 가능하기 때문에 증거가치를 일률적으로 말하기는 어려우나, 시장구조에 관한 증거보다는 사업자특성에 관한 증거가 더 중요하다고 할 수 있다. 왜냐하면 시장구조에 관한 경제적 증거는 단순히 사업자들이 담합을 하기에 용이한 시장상황이 존재한다는 것에 불과하기 때문이다. 사업자특성에 관한 경제적 증거 중에는 고정된 시장점유율, 가격의 경직성, 생산자의 수나 수요의 가격탄력성과 역의 상관관계를 나타내는 가격, 국제가격보다 높은 가격수준, 합리적으로 설명되지 않는 유희설비의 증가나 지속에 수반하는 빈번한 신규진입 등이 비교적 중요한 증거라고 생각된다.

위에서 논의한 간접증거의 유형을 표로 만들면 아래와 같다.

<간접증거의 유형표>

I. 행위일치 증거		
II. 의사연락 증거		
III. 사업자 특성 증거	1. 공동행위의 동기	
	2. 담합조장행위	사업자들 간의 정보교환
		가격이나 거래조건에 대한 공표나 매뉴얼 발간
		인도가격제나 기점가격제와 같은 가격통일화
		재 판매가격유지행위나 수직적 거래제한
		최저가격보상제나 최우대고객조항
		불필요하게 제한적이고 인위적인 제품표준화
	3. 시장행동에 관한 경제적 증거	고정된 시장점유율
		시장 전반적인 가격차별
		합리적으로 설명할 수 없는 유희설비의 증가, 지속에 수반하는 잦은 신규진입
		선도기업들의 시장점유율 하락
		가격의 경직성
		국제가격보다 높은 가격수준
		수요의 가격탄력성이 탄력적이 되는 수준의 가격책정
		이윤의 수준 및 패턴의 이례적 변화
		생산자의 수나 수요의 가격탄력성과 역의 상관관계를 나타내는 가격
		배타적 관행
	4. 사업자들이 의심스러운 행 위를 한 사정	목적을 제대로 설명하지 못하는 은밀한 모임
		조사과정의 증거 인멸
		병행행위 이유에 대한 거짓 변명
		담합행위 전력

IV. 시장구조 증거	1. 병행행위를 우연의 일치로 보기 어려운 사정	
	2. 스스로의 이익에 반하고 공동으로 하는 경우에만 이익이 되는 사정	
	3. 독립적인 이유가 존재하지 않는다는 사정	
	4. 시장구조에 관한 경제적 증거	높은 시장 집중율과 분산된 소규모 생산자들의 존재
		분산된 소비자
		경쟁가격 수준에서의 비탄력적인 수요
		높은 진입장벽
		높은 고정비용
		가격구조와 생산공정이 유사한 비내구재
		수요의 불변 또는 감소
		가격인하의 용이성

참고문헌

[단행본]

권오승, 경제법 (제6판, 2008)

양명조, 경제법강의 (제7판, 2009)

이남기, 경제법

임영철, 공정거래법 해설과 논점 (법문사, 2007)

정호열, 경제법 (제2판, 2008)

Alison Jones & Brenda Surfin, EC Competition Law, 3d ed, New York: Oxford University Press, 2008

American Bar Association, Section of Antitrust, Antitrust Law Developments (vol. I, 6th ed. 2007)

Areeda, Phillip E and Herbert Hovenkamp, Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, Vol. VI, New York: Aspen Law & Business, 2003

Herbert Hovenkamp, Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, Vol. XI, New York: Aspen Law & Business, 1998

Hovenkamp, Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice, West Group (3d ed. 2005)

Mark Furse, Competition Law of the EC and UK, 6th ed, Oxford: Oxford University Press, 2008

Mark Furse, Competition Law of the EC and UK, 5th ed, Oxford: Oxford University Press, 2006

Richard A. Posner, Antitrust Law (2nd ed.), Chicago: University of Chicago Press, 2001.

金井貴嗣, 川濱昇, 泉水文雄 編, 獨占禁止法, 弘文堂, 2004

正田彬, 全訂・獨占禁止法 I, 日本評論社, 1981

今村成和 獨占禁止法(新版), 有斐閣.

實方謙二 獨占禁止法(第3版), 有斐閣

今村成和・丹宗曉信・實方謙二・厚谷讓兒 編 注解經濟法(上) 青林書院(1985)

[해외 논문]

Competition Committee, Background Note by the Secretariat, OECD, Global Forum on Competition, Roundtable on Prosecuting Cartels Without Direct Evidence of Agreement (2006. 2. 12.)

François Arbault & Ewoud Sakkers, The EC Law of Competition (Jonathan Faull & Ali Nikpay eds. 2d ed. New York: Oxford University Press 2007)

Gregory J. Werden, Economic Evidence on the Existence of Collusion: Reconciling Antitrust Law with Oligopoly Theory, 71 Antitrust L. J. 779-80 (2004)

郷原信郎, 獨占禁止法違反の立證に關する檢討(中), 公正取引 497호(1999. 3.)

田村次郎, “共同行爲の規制(1) - 不當な去來制限の禁止, 價格の同調的引き上げの報告”, 經濟法講座2 - 獨禁法の理論と展開(1) (日本經濟法學會 編, 三省堂, 2002)

郷原信郎, 獨占禁止法違反の立證に關する檢討(上), 公正取引 496호(1999. 2.)

村上政博, “政況證據による價格カルテルの認定(下)”, 判例タイムズ 1004호, 1999. 9.

村上政博, “政況證據による價格カルテルの認定(上)”, 判例タイムズ 1003호, 1999. 8.