

온라인간행 ISSN 2466-0515

법경제연구

제3호 2021. 8.

[논문]

개정 공정거래법상 정보교환 담합에 대한 고찰

조현지/ 한국남부발전(주) 사내변호사

부산대학교 혁신경쟁법센터

본 간행물(ISSN 2466-0515)은 부산대학교 혁신경쟁법센터가 학술 목적으로 온라인으로 전자 발간하는 비매품이며 저작권법에 따라 저작권자의 동의 없이 무단 전재·복제는 금지됩니다.

이 논문은 2021년 8월 법경제연구 제3호에 수록된 논문으로서, 권장 인용법은 다음과 같습니다.

조현지, “개정공정거래법상 정보교환 담합에 대한 고찰,” 법경제연구 제3호 (2021. 8)

개정 공정거래법상 정보교환 담합에 대한 고찰

조 현 지*

요 약

독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’) 전부개정안[시행 2021. 12. 30] [법률 제17799호, 2020. 12. 29, 전부개정]은 사업자간 ‘가격, 생산량, 그 밖에 대통령령으로 정하는 정보를 주고받음으로써 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위’를 담합 유형에 추가하고(개정법 제40조 제1항 제9호), ①“제1항 각호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 둘 이상의 사업자가”(외형상 일치), ②“그에 필요한 정보를 주고받은 때”(정보교환사실), 그 행위에 대한 합의가 있는 것으로 추정하는 규정(제40조 제5항 제2호)을 신설하였다. 개정법 하에서는 정보교환행위의 합의 자체가 부당 공동행위로 규제되는 경우(개정법 제40조 제1항 제9호), 가격고정 합의 등 개정법 제40조 제1항 제1호~8호의 각 행위로도 규제되어 공동행위의 개수의 문제도 발생할 수 있을 것이다. 현행 공정거래법 제19조 제1항 제9호의 이른바 ‘작은 일반 조항’으로 규정된 공동행위 유형으로도 충분히 정보교환행위 자체에 대한 합의를 규제할 수 있을 것으로 사료된다. 부당공동행위의 위법성 판단과 관련, 개정법 제40조제9호의 정보교환의 경우, 위 제1호~8호의 유형(부당하게 경쟁을 제한하는)과 달리 “일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는”이라고 규정하고 있고, 기존 판례가 정보교환 그 자체를 별도의 합의 유형으로 인정한 사례가 없어 위법성을 어떠한 기준으로 판단할 것인지가 문제될 수 있다. 개정법 적용에 따른 문제를 미연에 방지하기 위해 공정거래법 시행령 등을 통해 문제가 되는 정보의 성격 내지 범위, 공동행위의 개수나 정보교환의 위법성 판단 등에 대해 구체적으로 규정하는 입법적 보완과 법원을 통한 명확한 법리가 확립될 필요가 있을 것이다.

<주제어> 정보교환, 부당공동행위, 담합, 공정거래법

* 한국남부발전 주식회사 사내변호사.

목 차

I. 서 론
II. 정보교환의 역기능과 순기능
III. 정보교환행위의 부당공동행위 규제에 관한 주요국의 태도
IV. 정보교환행위에 대한 한국 관례의 태도 및 향후전망
V. 개정법에 따른 효과 및 예기되는 문제점
VI. 결 론

I. 서 론

독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’) 전부개정안[시행 2021. 12. 30] [법률 제17799호, 2020. 12. 29, 전부개정]은 사업자간 ‘가격, 생산량, 그 밖에 대통령령으로 정하는 정보를 주고받음으로써 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위’를 담합 유형에 추가하고(개정법 제40조 제1항 제9호)¹⁾, ①“제1항 각호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 둘 이상의 사업자가”(외형상 일치), ②“그에 필요한 정보를 주고받은 때”(정보교환사실), 그 행위에 대한 합의가 있는 것으로 추정하는 규정(제40조 제5항 제2호)²⁾을 신설하였다.

이와 같은 공정거래법 개정사항에 대하여 학계 및 업계에서는 찬반의 견해가

1) 제40조(부당한 공동행위의 금지) ① 사업자는 계약·협정·결의 또는 그 밖의 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의(이하 “부당한 공동행위”라 한다)하거나 다른 사업자로 하여금 이를 하도록 하여서는 아니된다.

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

2) 제40조(부당한 공동행위의 금지) ⑤ 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 둘 이상의 사업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 사업자들 사이에 공동으로 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의한 것으로 추정한다.

2. 제1항 각 호의 행위(제9호의 행위 중 정보를 주고받음으로써 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위를 제외한다)에 필요한 정보를 주고받은 때

있다. 기존법으로도 경쟁제한적인 정보교환행위를 충분히 규제할 수 있고, 경쟁을 강화하고 기업의 효율성을 증진시킬 수 있는 긍정적인 정보교환도 위축될 우려가 있다는 것이다.

본고에서는 이러한 문제의식을 바탕으로 먼저, 정보교환행위의 순기능과 역기능에 대하여 살펴보고, 아울러 정보교환행위 규율과 관련하여 미국 및 EU와 우리나라의 경쟁법상 부당한 공동행위에 대한 규정의 차이 및 사례를 살펴보고 나아가 종전 공정거래법 하에서의 정보교환행위에 대한 법원의 판례를 검토하고 개정법의 정보교환행위의 부당공동행위 규정에 따른 효과 및 시사점에 기초하여 개정법률의 타당성 여부에 대하여 검토한다.

II. 정보교환행위의 역기능과 순기능

1. 정보교환행위의 역기능: 경쟁제한적 효과

정보교환행위는 사업자 상호 간에 가격이나 투자계획과 같은 내밀한 정보를 교환하는 경우처럼, 개별 사업자가 독립적으로 행위를 하여야 한다는 경쟁의 본질을 침해할 수 있는 위험이 존재한다³⁾.

특히 우리나라는 소수의 사업자가 사업을 영위하는 과점산업의 규모가 크고 영업 일선에서 경쟁사 간에 정보교환이 이루어지기 비교적 쉬워 정보교환을 통한 담합행위가 문제될 가능성이 높은 환경에 있다.

경쟁자 간의 정보교환은 인위적 시장 투명성, 특히 경쟁자 간의 시장의 투명성을 증가시켜 소비자 잉여를 감소시키는 반경쟁성 효과를 나타낼 수 있고, 정보교환이 이에 참여하는 한정된 기업에게만 상당한 경쟁적 우위를 제공하며, 정보교환에 참여할 수 있는 기업을 특정 기업으로 제한하고 있는 경우에 시장봉쇄나 진입장벽 효과가 명백히 나타날 수 있다.⁴⁾

이와 같이 정보교환은 가격결정 등의 의사결정에 대한 불확실성을 제거하여

3) 홍명수, “정보교환과 카르텔 규제”, 법과 사회 제36권, 2009, 285면

4) 이상규, “정보교환의 경제적 효과 및 규제기준”, 사회과학연구 제24권 제3호, 2016, 84면 참조

담합을 용이하게 하거나 촉진할 수 있는 수단이 될 수 있어 공정거래위원회(이하 ‘공정위’)에서는 사업자간 가격 등 민감한 정보를 교환하는 행위에 대한 규제가 필요하다는 견해가 있었고 금번 전면개정에서 부당공동행위의 한 유형으로 규정되었다.

2. 정보교환행위의 순기능: 효율성 증진 효과

그러나 한편 정보의 교환이 거래 주체의 합리적이고 효율적인 결정을 도울 수 있고, 기술적 노하우에 관한 정보 확산의 경우처럼 정보교환이 산업 전반의 효율성을 제고하는데 기여할 수 있으며, 수요자 입장에서라도 상품에 관한 보다 많은 정보의 획득은 보다 용이하게 만족스러운 선택을 가능하게 할 수 있다⁵⁾.

즉 사업자는 상품·용역을 보다 효율적이고 정확히 제조·제공하여, 시장의 상황을 파악할 필요가 있고, 최종수요자인 소비자도 상품·용역에 관한 가격이나 품질 등 기본적인 정보는 물론 안전성 등의 속성정보도 숙지하여 소비활동을 할 것이 요구되므로 이 경우 정보교환활동은 경쟁을 촉진시킬 수 있으며, 정보교환을 통하여 증가된 투명성은 경쟁을 강화하고 기업의 효율성을 실현시킬 수 있다⁶⁾.

3. 개정법에 따른 전망

이와 같이 정보교환은 경쟁정책적 관점에서 상반되는 효과를 낳을 수 있으며, 따라서 이를 경쟁법상 규제할 경우에 긍정적 측면과 부정적 측면을 종합하는 형태의 과정이 불가피하다⁷⁾.

그런데 전면 개정 공정거래법에서는 가격·생산량 등 경쟁제한적인 정보교환행위를 규율하기 위하여 금지행위의 유형에 정보교환행위 자체를 포함시키고 가격의 공동인상 등 외형상 일치와 정보교환이 확인되는 경우 법률상 합의가 추정되

5) 홍명수, 앞의 글, 285면

6) 박수영, “정보교환행위의 합의 성립여부”, 경제법연구 제15권 2호, 2016, 191면

7) 홍명수, “EU 경쟁법상 공동행위 관련 정보교환에 관한 고찰”, 홍익법학 제18권 제1호2017, 595~596면

도록 하였다. 이로 인하여 경쟁촉진적 정보교환도 축소되는 결과가 초래될 가능성도 없지 않아 보인다.

III. 정보교환행위의 부당공동행위 규제에 대한 주요국의 태도

1. 미국의 경우

미국 셔먼법 제1조의 문언은 금지되는 행위의 형식에 관하여 “모든 계약, 트러스트나 기타 형태의 결합, 또는 공모(Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy)”라고 규정하고 있는데,

위 contract, combination, conspiracy는 각각에 대해 별도의 의미를 부여하기보다는 다양한 형태의 합의를 포괄하기 위한 표현으로 보고 있다⁸⁾.

엑손 등 14개의 정유사들이 관리·전문·기술직 직원의 임금 정보를 정기적으로 교환하는 방식으로 담합하여 이들 근로자의 급여를 낮게 지급하였는지가 문제된 사건에서 미국 법원은 “합의를 입증할 직접증거가 없더라도, 인식있는 병행행위에 더하여 정황증거와 피고들이 담합조장행위(facilitating practices)를 하였다는 등의 추가 요소(plusfactor)가 있다면 가격담합을 추정할 수 있다”고 위법성을 인정했다.⁹⁾

이에 대해 미국의 경우 법집행례 및 판례이론에서 일관되게 동 조항이 적용되는 행위의 형식을 매우 넓게 이해함으로써 EU 경쟁법상 동조적 행위에 해당하는 행위까지 포섭하고 있다고 보는 견해도 있다¹⁰⁾.

2. 유럽연합(EU)의 경우

8) 조성국, “「4개 라면 제조·판매 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건」 판례 평석” 경쟁법 연구 제33권, 2016, 197면

9) Todd v. Exxon Corp., 275 F.3d 191 (2d. Cir. 2001), 연방 1심 법원은 약식재판으로 원고의 청구를 기각하였으나, 연방항소법원은 1심을 파기하였다.

10) 이호영, “공정거래법상 경쟁자 간 정보교환행위의 평가에 관한 연구”, 상사법 연구 제33권 제1호, 2013, 338면

유럽연합(EU) 경쟁법 조항 중 공동행위를 규제하는 EU 기능조약 제101조 제1항의 문언은 그 행위 형식에 관하여 “모든 사업자 간 합의, 사업자단체의 결정, 그리고 동조적 행위(all agreements between undertakings, decisions by an association of undertakings and concerted practices)”라고 규정함으로써 사업자들이 합의에 이르지 않는다고 경쟁을 피할 목적으로 협력하는 수준의 ‘동조적 행위’까지도 부당공동행위로 규제한다.

Chiquita, Dole, Weichert, Del Monte 등 주요 바나나 공급자들이 2000년 1월부터 2002년 12월까지 자신의 바나나 공급가격을 결정하는 매주 목요일 아침 이전에 전화통화 등의 방법으로 그 가격을 결정하는데 영향을 미치는 요소들(banana price setting factors)과 가격추세 및 다음 주의 가격변동의 방향 및 변동폭 등을 상의한 행위가 문제된 사안에서, 유럽 집행위원회는 이 사건 행위는 근접한 장래에 책정할 가격에 대한 경쟁자의 시장행위에 관한 불확실성을 감소시키는 동조적 행위로서 목적상 경쟁제한적이라고 판단하였다¹¹⁾.

3. 한국의 경우

한국의 개정 공정거래법¹²⁾ 제40조 제1항은 부당한 공동행위를 금지하면서 그 행위 형식에 관하여 “... 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 ... 합의하거나 ...”라고 규정하고 있는데,

국내 학설 및 공정거래위원회(이하 ‘공정위’)¹³⁾는 부당한 공동행위의 성립요건으로서의 합의는 둘 이상의 사업자 간 경쟁을 제한하는 행위를 하기로 하는 ‘의사의 연락’ 또는 ‘의사의 합치’를 의미하는 것으로서 반드시 법률적으로 유효한 계약일 필요가 없고 명시적 합의뿐만 아니라 묵시적 합의까지 포함하는 넓은 개념이라고 하고 있다.¹⁴⁾

11) Case COMP/39188 - Bananas, commission decision of 15 Oct. 2008, 이호영, 앞의 논문, 351면에서 재인용

12) 해당 규정의 내용은 현행 공정거래법에서도 같다.

13) 공동행위심사기준(개정 2015. 10. 23. 공정거래위원회 예규 제235호, 이하 ‘심사기준’) II. 2. 가. (1)에 의하면 부당한 공동행위를 인정하기 위한 합의는 계약, 협정, 협약, 결의, 양해각서, 동의서 등과 같은 명시적 합의뿐만 아니라 사업자간의 암묵적 양해와 같은 묵시적 합의까지 포함한다.

한편 동조적 행위의 경우, EU 경쟁법에 특유한 개념으로서 합의 체결 단계에 이르지 못한 경우에도 인정될 수 있는 것이므로, 이를 우리 공정거래법상 합의의 개념에 수용하는 것은 지나친 확장해석으로서 허용되어서는 안 된다는 견해¹⁵⁾와 4)공정거래법 제19조 제1항이 금지하는 부당한 공동행위의 행위 형식에 동조적 행위를 추가함으로써 불필요한 논쟁을 종결시키고 다양한 형태의 정보교환행위를 통하여 경쟁을 제한하는 행위들이 공동행위에 포섭된다는 취지를 명확하게 표현하여 더 이상의 불필요한 법해석상 논쟁을 회피하고 공정거래법상 부당한 공동행위에 대한 법집행의 실효성을 확보하기 위해 가급적 신속하게 입법적 해결을 도모하는 것이 바람직하다는 견해¹⁶⁾가 있다.

판례는 EU와 달리 동조적 행위에 대하여 별도의 규율을 하지 않는 공정거래법하에서는 정보교환행위 자체만으로 동조적 행위의 성립이나 부당한 공동행위의 성립을 인정할 수 없다는 입장이다(대법원 2014. 7. 24. 선고 2013두16951 판결).

묵시적 합의 또한 부당한 공동행위 요건인 합의의 일종이라는 점에서 동조적 행위 등과 같은 개념은 부당공동행위에서 제외되어야 할 것으로 사료된다.¹⁷⁾ 이에 대해 이러한 법 해석은 EU 경쟁법 등 일부 경쟁법제의 공동조항에서 금지된 행위 형식으로 규정하고 있는 ‘동조적 행위’의 의미를 오해하여 이에 대하여 과도한 의미를 부여하고, 이를 명시적으로 규정하고 있지않은 미국이나 우리나라 등의 경쟁법제가 공동행위의 성립요건으로 규정하고 있는 합의의 의미를 지나치게 협소하게 이해한 것이라고 비판하는 견해도 있다.¹⁸⁾

IV. 정보교환행위에 대한 한국 판례의 태도 및 향후 전망

14) 이호영, 앞의 논문, 215면

15) 홍대식, “합의 증명의 요소로서의 사업자간 의사연결의 상호성- 정보교환을 중심으로-”, 경쟁법연구 제30권, 2014, 124면

16) 이호영, 앞의 논문, 364면

17) 홍대식, 앞의 논문, 124면 참조

18) 이호영, 앞의 논문, 363면

1. 16개 생명보험사 사례 (대법원 2014. 7. 24. 선고 2013두16401 판결 등)

이 사건에서는 위 16개 생명보험회사들이 개인생명보험상품의 예정이율과 공시이율에 관한 정보를 교환하고 이를 반영하여 각자의 예정이율을 결정한 것이 부당한 가격고정의 합의에 해당하는지가 문제되었다.

이에 대하여 대법원은 “경쟁사업자들이 가격 등 주요 경쟁요소에 관한 정보를 교환한 경우, 그 정보교환은 가격 결정 등의 의사결정에 관한 불확실성을 제거하여 담합을 용이하게 하거나 촉진할 수 있는 수단이 될 수 있으므로 사업자 사이의 의사연결의 상호성을 인정할 수 있는 유력한 자료가 될 수 있지만, 그렇더라도 그 정보 교환 사실만으로 부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 대한 합의가 있다고 단정할 수는 없고, 관련 시장의 구조와 특성, 교환된 정보의 성질·내용, 정보교환의 주체 및 시기와 방법, 정보 교환의 목적과 의도, 정보 교환 후의 가격·산출량 등의 사업자 간 외형상 일치 여부 내지 차이의 정도 및 그에 관한 의사결정 과정·내용, 그 밖에 정보교환이 시장에 미치는 영향 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 그러한 합의가 있는지를 판단하여야 한다”(대법원 2014. 7. 24. 선고 2013두16951 판결 참조)고 하면서, 이 사건 사실관계에 비추어 볼 때 공동으로 예정이율 등을 결정하기로 하는 합의의 존재를 인정할 증거가 부족하다고 판단한 원심의 판단은 정당하다고 하였다¹⁹⁾.

2. 라면 판결 (대법원 2015. 12. 24. 선고 2013두25924 판결 등)

라면 제조·판매사업자들은 최초로 2001년 5월~7월 순차적으로 가격인상을 실행한 이래 2010년 2월 가격을 인하할 때까지 가격인상 정보를 교환하면서 총 6차례의 순차적인 가격인상을 실행하였다.

19) 이호영, 앞의 책, 247면 참조

이에 대하여 공정거래위원회는 라면제조·판매사업자들의 라면 제품의 출고 가격을 인상한 행위는 공정거래법 제19조 제1항 제1호의 행위에 해당한다고 하면서, 정보교환행위의 합의 성립여부에 대하여

“경쟁사업자간에 이루어지는 이른바 ‘정보교환’은 관련 시장의 구조와 성격, 정보의 성격이나 내용, 정보교환의 시점, 교환주체나 방식 등에 따라 합의의 유력한 증거가 될 수 있다.6이와 관련하여 경쟁사업자간의 가격과 생산정보의 교환은 공동행위를 촉진시키거나 공동행위의 이행을 용이하게 한다는 점에서 명시적 공동행위의 한 유형으로 보기도 한다. 특히, 수요 내지 산출량과 같은 통계적 정보가 아니라 일반적으로 기업의 비밀에 속하고 경쟁의 핵심적 요소라고 할 수 있는 가격인상 계획이나 인상 내용과 같은 정보인 경우 공동행위의 목적으로 교환된다고 할 수 있다. 그리고 정보교환의 시점이 다른 경쟁사업자들이 가격인상을 확정하기 이전 단계이거나 일부의 사업자 사이에 은밀히 폐쇄적으로 교환되는 경우 이러한 활동은 합의의 증거가 될 수 있다.”고 하면서 합의의 존재와 경쟁제한성을 인정하였다.

서울고등법원은 4개 라면 제조·판매사업자의 수차례에 걸친 합의(가격인상)과 관련하여 일부(1차 인상)에 대하여는 자진신고한 삼양의 진술, 일치된 출고가, 정보교환 등을 토대로 명시적 합의가 성립하였다고 판단하였고, 나머지(2차~6차 인상) 합의에 대하여는 이후의 일치된 출고가, 정보교환 등을 토대로 가격인상에 관한 묵시적 합의가 성립하였다고 판단하며 부당공동행위의 성립을 인정하였다.

그러나 대법원은 부당공동행위의 성립을 인정한 원심을 파기환송하였다. 즉 “공정거래법 제19조 제1항은 ‘부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 대한 합의’를 금지하고 있는데, 그 합의에는 명시적 합의뿐 아니라 묵시적인 합의도 포함된다. 여기서 합의는 둘 이상 사업자 사이의 의사연락이 있을 것을 본질로 하므로, 단지 위 규정 각 호에 열거된 행위가 있었던 것과 일치하는 외형이 존재한다고 하여 당연히 합의가 있었다고 인정할 수는 없지만, 사업자 사이의 의사연락의 상호성을 인정할 만한 사정이 증명되는 경우에는 합의가 있었다고 인정할 수 있다 (대법원 2013. 11. 28. 선고 2012두17421 판결 등 참조)”고 하면서 16개 보험회사 공동행위 사건에서 제시하였던 정보교환에 관한 법리를 확인하였고, 이에 기

초하여 공동행위의 성립을 부인하였다.

즉 대법원은 “1차 가격인상에 관한 합의가 있었다라도 그 내용이 불분명할 뿐 아니라 장기적으로 경쟁에 영향을 미칠 수 있는 명확한 합의가 있었다고 보기도 어려우므로, 이를 두고 향후 정보교환의 기초가 되는 명시적 합의에 해당한다고 볼 수 없다. 따라서 이후의 정보교환 및 각 가격인상에 관한 합의가 있다고 하여 곧바로 이 사건 1차 합의의 연장선상에 있다고 평가할 수는 없고, 단순한 정보교환만으로 묵시적 합의가 성립한다고 볼 수도 없으므로, 이 사건 2차 내지 6차 합의에 관한 각 의사연결의 상호성이 증명되어야 이 사건 합의의 성립이 인정될 수 있을 것이다.”라고 하여 라면사업자들의 구체적 합의내용이 불분명하므로 명시적 합의에 해당하지 않으며, 단순한 정보교환만으로는 명시적 합의 뿐만 아니라 묵시적 합의도 성립할 수 없다고 하였다. 또한 “공정거래법상 정보교환 합의를 부당한 공동행위로 의율할 수 있는지는 별론으로 하고, 정보교환행위 자체를 곧바로 가격을 결정·유지하는 행위에 관한 합의로 인정할 수는 없다.”라고 하여 정보 교환행위 자체를 부당한 공동행위의 한 유형으로 파악하지 않고 있으며, 가격정보 교환행위의 가격공동행위 성립도 인정하지 않고 있다²⁰⁾.

아울러 각 사업자들의 평균가격인상률이나 가격 인상 폭의 차이에 비추어 ‘외형상 일치’가 인정될 수 있는지 불분명하며, 시장에서 70%의 점유율을 갖고 있는 1위 사업자의 가격을 후순위 사업자가 추종하는 가격전략이 가능하다는 점 등도 지적하였다²¹⁾.

3. 향후 전망

이와 같이 정보교환행위에 관한 사례에서 판례는 “오랜 기간 가격정보 등 다양한 정보를 서로 교환하고 이를 각자의 의사결정에 반영해 온 경우에는 경쟁제한의 효과가 발생할 수 있다”²²⁾고 하여 정보교환이 경쟁제한적 행위라고 보면서도, 정보교환 자체는 담합이 아니고 가격을 공동으로 결정한다는 의사의 일치가 입증되지 않았다는 이유로 담합을 인정하지 않는 입장을 보여왔다.

20) 박수영, 앞의 논문, 204면

21) 홍명수, 앞의 논문(각주 6), 616면

22) 대법원 2015. 12. 24. 선고 2013두25924 판결 등

그러나 개정법 제40조 제1항 제1호에서 제8호상의 합의는 가격결정, 거래조건 결정, 회사설립 등 담합에 참여한 사업자들이 공동으로 동일한 사항을 목적으로 하는 합의임에 반하여, 제9호에서 새롭게 규정한 정보교환행위에 대한 합의는 별도의 정보교환행위 자체로서 당해 시장의 특성이나 정보의 성격 또는 교환방식에 비추어 경쟁제한적 효과를 초래하게 되는 경우를 의미한다.

이와 같은 정보교환행위 자체에 대한 합의가 부당공동행위가 되므로 (실질적) 경쟁제한성만 입증된다면, 이를 규제할 수 있어 동일한 행위에 대한 다른 판시가 이루어질 수 있을 것으로 예상된다.

V. 개정법에 따른 효과 및 예기되는 문제점

1. 입증책임의 문제: 외형상 일치

기존 공정거래법에서도 합의 추정규정(현행 공정거래법 제19조 제5항²³⁾)이 존재하였으나, 제1항의 각 유형에 대한 사실상 추정이 가능하였으므로 제5항 추정조항은 실무적으로 잘 사용되지 않았다.

공정거래위원회가 원칙적으로 사업자간 담합에 대한 합의 및 이로 인한 경쟁제한성 여부를 모두 입증하여야 했던 기존 공정거래법과 달리²⁴⁾, 개정법에서는 외형상 일치 및 정보교환행위를 통해 합의가 추정되는 경우 공정거래위원회가 경쟁제한성을 입증하고 합의의 부존재를 사업자가 입증하여야 하는 것으로 입증

23) 제19조(부당한 공동행위의 금지) ⑤ 2 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. <개정 2007. 8. 3.>

24) 심사기준은 정보교환을 두 가지 차원에서 기술하고 있는데, 합의 성립과 관련하여 합의 추정 보강을 위한 정황증거의 하나로 정보교환을 들고 있으며(Ⅱ. 2. 나. (2)), 공동행위의 위법성 심사에서 경쟁제한 효과의 분석과 관련하여 참여사업자 간 경쟁제한 수준의 심사에 정보교환 여부를 고려하도록 규정하고 있다(V. 2. 나. (5)).

책임이 전환되어 실무적으로 공정거래위원회가 해당 법률상 추정규정을 적용하고자 할 것으로 보인다. 따라서 합의자체의 입증이 용이해져 부당공동행위에 대한 규제가 남발될 가능성이 클 것으로 예상된다.

또한 가격, 생산량 등 경쟁제한적인 정보교환의 경우 외형상 일치와 정보교환행위가 확인되는 경우 합의가 추정되므로, 라면판결에서와 같이 외형상 일치에 대한 판단이 중요한 변수로 작용하게 될 가능성이 크다. 따라서 정보교환행위가 문제되는 경우, 사업자 입장에서 외형상 일치여부에 대한 방어에 주력할 것으로 보인다.

그러나 외형상 일치와 정보교환사실만으로 합의가 추정된다면 합리적인 의사결정을 위하여 사업자간에 이루어지는 경쟁촉진적인 정보교환 행위까지 제한되어 정상적인 경제활동이 위축될 우려가 있다.

2. 공동행위의 개수

가격정보 등 정보교환의 합의는 많은 경우 별도의 가격고정의 합의를 성립시키는 중요한 수단이 되어, 정보교환 자체의 합의는 가격고정의 합의의 존재를 입증하는 유력한 정황증거가 되는 경우가 많은데, 개정법 하에서는 정보교환행위의 합의 자체가 부당공동행위로 규제되는 경우(개정법 제40조 제1항 제9호), 가격고정 합의 등 개정법 제40조 제1항 제1호~8호의 각 행위로도 규제되어 공동행위의 개수의 문제도 발생할 수 있을 것이다.

다만 예상하기로는, 공동행위의 개수와 관련한 기존 판례가 “가격담합에 관한 기본합의가 있고 복수의 공동행위가 그 기본합의를 실행하기 위해 계속된 것이 라면 복수의 공동행위는 하나의 공동행위”로 보고 있어(대법원 2006. 3. 24. 선고 2004두11275 판결), 개정법 하에서 이 문제도 같은 취지에서 하나의 공동행위로 판단할 것으로 예상된다. 이런 경우 정보교환행위 자체에 대하여 부당공동행위로 규율하는 개정 공정거래법은 그 실효성이 없는 명목상 규정으로 전략할 우려가 있다.

사업자에게 과도한 규제가 이루어지지 않기 위하여 이를 시행령, 시행규칙 등

하위규정에 세부적으로 명시하여 입법적으로 해결함이 타당할 것이다.

3. 위법성(경쟁제한성)의 정도

부당공동행위의 위법성 판단과 관련, 개정법 제40조 제1항에서 8항상 열거하고 있는 각 행위의 경우, 가격담합, 생산량담합, 입찰담합, 시장분할, 고객분할과 같은 경성담합(하드코어 카르텔)의 경우 당연히 경쟁제한성이 인정되나, 나머지 공동행위의 경우 경쟁제한성과 효율성 증진을 비교형량하여 판단한다(합리의 원칙).

그런데 동조 제9호의 정보교환의 경우, 위 제1호~8호의 유형(부당하게 경쟁을 제한하는)과 달리 “일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는”이라고 규정하고 있고, 기존 판례가 정보교환 그 자체를 별도의 합의 유형으로 인정한 사례가 없어 위법성을 어떠한 기준으로 판단할 것인지가 문제될 수 있다.

미국과 EU에서는 정보교환이 가격결정 합의의 일부로 취급된 경우도 있지만, 정보교환 그 자체의 합의를 인정한 경우가 많고, 이에 따라 정보교환에 대한 논의에서 합의 인정보다는 그 위법성, 즉 경쟁제한성 평가에 관심의 초점이 있었다. 그에 반하여 우리나라에서는 아직 정보교환 그 자체의 합의를 별도의 합의 유형으로 인정한 사례가 없기 때문에, 정보교환이 수평적 합의 유형 중에서도 특히 가격결정 합의 증명의 추가적 요소인지 여부가 검토된 사례가 대부분이다²⁵⁾

그런데 기존 법제하에서 법원과 공정위²⁶⁾는 실제로 별개로 성립된 것으로 의심되는 가격고정의 합의를 입증하기 위한 정황증거의 하나로서 정보교환행위를 다루면서도, 미국과 EU에서 주로 정보교환 합의가 인정된 상태에서 그 합의의 경쟁제한성 평가기준으로 발전되어 온 법리로서 독립된 정보교환행위를 평가함에 있어서 고려하는 요소들을 그 중요한 판단기준으로 제시하였다고 보는 견해가 있다.²⁷⁾

25) 홍대식, 앞의 논문, 115면

26) 심사기준은 경쟁제한 심사와 관련하여 경쟁과 관련된 민감한 정보 교환이 없거나 적절하게 차단되어 있는 경우에는 경쟁제한 효과를 야기할 가능성이 작고, 이러한 정보가 교환될 경우에는 경쟁제한 효과를 야기할 가능성이 증가한다고 규정함으로써(V. 2. 나. (5) ②와 ③), 정보교환을 경쟁제한의 고려 요소로 제시하고 있다.

예를 들어 5개 음료사업자 사건(서울고법 2010. 11. 25. 선고 2009누38390 판결²⁸⁾)에서 서울고등법원은 정보교환의 위법성을 평가하는 요소인 시장의 구조와 성격 및 정보교환의 객관적 성격에 기초하여 정보교환에 관한 증거를 합의 증명에 사용하여 정보교환의 위법성 평가기준을 정보교환이 가격결정 등 합의증명에 필요한 증거가 될 수 있는지 판단하는 기준으로 사용한 결과가 되었다는 것이다²⁹⁾.

그러나 이에 대해 최근 대법원이 16개 생명보험사 예정이율 사례를 통하여 서울고등법원의 판결례와 달리 정보교환이 정보의 성질이나 내용, 정보교환의 시기 등과 같은 객관적 기준을 충족하는 것만으로는 합의를 증명하기에 부족하고, 그 정보교환의 목적·의도(예컨대, 가격결정에 반영하기 위한 목적), 정보교환 후의 외형상 일치 여부와 그 관련성(예컨대, 정보교환이 가격인상결정에 반영되었는지 여부)이 추가적 사정으로 고려되어야 하며, 정보교환이 시장에 미치는 영향에 대한 평가도 필요로 한다는 점을 분명히 하였다는 점에서, 정보교환이 그 자체로 합의를 구성하는 경우와 정보교환에 관한 증거가 가격결정 합의의 정황 증거로 제출된 경우가 다르다는 점을 인식하고, 정보교환이 가격결정 합의를 증

27) 이호영, 앞의 논문, 362~ 363면

28) “관련시장의 구조와 성격, 정보의 대상, 정보의 성질이나 내용, 정보의 시기, 정보교환의 주체와 방식 등에 따라 담합의 유력한 증거가 될 수 있고 이와 관련하여 경쟁사업자 간의 가격과 생산 정보의 교환은 시장에서의 투명(transparency)을 증대시켜 경쟁사업자의 전략을 감시하고 서둘러 그에 대응할 수 있게 되어 결국 담합을 촉진하거나 담합의 실행을 용이하게 하는 수단이 될 수 있다. 구체적으로 살펴보면 ① 일반적으로 다른 시장에 비하여 과점화 내지 집중화되어 있는 시장이나 제품의 규격이나 품질 등에 있어서 동질성이 큰 시장 등에서 경쟁사업자 간에 정보교환이 이루어져 해당 시장을 더욱 투명하게 만드는 경우(시장의 구조와 성격) ② 교환되는 정보가 수요 또는 산출량과 같은 통계적인 정보가 아니라 일반적으로 기업의 비밀에 속하고 경쟁의 핵심적 요소라고 할 수 있는 가격인상 계획이나 인상내역과 같은 민감한 정보인 경우(정보의 대상) ③정보의 대상이 되는 각 제품의 품목, 가격인상률(폭) 등이 보다 구체적이고 세분화되어 있으며 과거의 것보다는 신속한 시장정보인 경우(정보의 내용) ④ 정보교환의 시점이 다른 경쟁사업자들이 가격인상을 확정하기 이전 단계나 시장에 정보가 공개되어 알려지기 이전이고, 정보교환이 규칙적이고 빈번게 그리고 지속적으로 이루어지는 경우(정보교환의 시기 및 방법) ⑤ 정보가 사업자들 사이에서 교환될 뿐만 아니라 소비자에게도 알려짐으로써 소비자로 하여금 다양한 선택을 할 수 있는 기회를 제공하는 방식과는 달리 소비자를 배제하고 일부 경쟁사업자 사이에 은밀하게 폐쇄적으로 교환되고, 또한 영업활동에 종사하는 지점의 직원 간에 이루어지는 것이 아니라 본사의 가격결정 업무에 영향을 미칠 수 있는 임직원 간에 이루어지는 경우(정보교환의 주체) 등에 해당할수록 시장에서의 자유롭고 공정한 경쟁에 위협이 되고 사업자들 간의 공동행위의 유력한 증거가 될 수 있다.” 이 판결은 대법원에서 다른 이유인 관련시장 획정 범위 오해 및 심리 미진을 이유로 파기환송되었다(대법원 2013. 2. 14. 선고 2011두204 판결).

29) 홍대식, 앞의 논문, 155면 참조

명하기 위한 증거로 판단기준을 합리적으로 정립하기 위한 것으로 평가하는 견해도 있다.³⁰⁾

정보교환행위의 위법성 평가기준과 정보교환이 그 자체에 관한 합의가 아닌 가격 등 주요 경쟁요소 결정에 관한 합의를 인정하는 증거가 될 수 있는지 판단하는 기준은 구별되어야 하며, 개정법에 따른 시행령, 시행규칙 및 공정거래위원회 예규 등을 통하여 해당 기준이 명확해질 필요가 있을 것으로 사료된다.

VI. 결 론

사업자간의 협력이 가격이나 인가절차 등의 안정으로 예측가능성을 증진시켜 경제를 안정시키고 기업의 효율성을 증진시킬 수 있다는 점이 간과되어서는 안 된다. 또한 사업자간의 협조체제는 카르텔과 다르고 경쟁법의 기본목적이 경쟁을 유지하고 촉진하는 데 있다는 점에서 과도한 규제로 사업자의 영업을 간섭하여 시장에 오히려 악영향을 끼쳐서는 안될 것이다.³¹⁾

과점시장에서 정보교환 자체가 상호의존적인 행태를 강화하고 이것이 경쟁시장에서 가능하지 않은 효과를 달성할 수 있는 원인으로 작용한다면 이와 같은 정보교환에 관한 합의를 부당한 공동행위로서 규제할 수 있을 것이나,³²⁾ 이 경우 개정 공정거래법 제40조 제1항 제9호를 통해 정보교환행위 자체에 대한 합의를 별도로 규정하지 않고도 현행 공정거래법 제19조 제1항 제9호³³⁾의 이른바 ‘작은 일반 조항’으로 규정된 공동행위 유형으로도 충분히 정보교환행위 자체에 대한 합의를 규제할 수 있을 것으로 사료된다.

나아가 가격정보 등 정보교환의 합의는 많은 경우 별도의 가격고정의 합의를

30) 홍대식, 앞의 논문, 116면 및 143면 참조

31) 김영호, “공정거래법상 부당공동행위의 성립에 있어 공모의 법리”, 경쟁저널, 2004, 45면

32) 홍명수, 앞의 논문(각주 6), 296면 참조

33) 제19조(부당한 공동행위의 금지) ①사업자는 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의(이하 “부당한 공동행위”라 한다)하거나 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다.

9. 제1호부터 제8호까지 외의 행위로서 다른 사업자(그 행위를 한 사업자를 포함한다)의 사업활동 또는 사업내용을 방해하거나 제한함으로써 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위

성립시키는 중요한 수단이 되어, 정보교환 자체의 합의는 가격고정의 합의의 존재를 입증하는 유력한 정황증거가 되는 경우가 많은데, 정보교환행위와 외형상 일치만으로 합의의 존재가 법률상 추정된다면, 입증책임의 전환으로 사업자의 입증의 부담이 증가하고 규제가 남발되어 합리적인 의사결정을 위한 정보교환 행위까지 억제되어 정상적인 경제활동이 위축될 우려가 있다. 현행 공정거래법 제19조 제1항 각호 행위에 대한 사실상 추정을 통해서 정보교환행위를 합의 추정의 정황증거로 사용하는 것에 부족하지 않을 것으로 보인다.

개정법 적용에 따른 문제를 미연에 방지하기 위해 공정거래법 시행령 등을 통해 문제가 되는 정보의 성격 내지 범위, 공동행위의 개수나 정보교환의 위법성 판단 등에 대해 구체적으로 규정하는 입법적 보완과 법원을 통한 명확한 법리가 확립될 필요가 있을 것이다.

참고문헌

- 권오승, 「경제법」 제13판, 법문사, 2019
- 이호영, 「독점규제법」 제6판, 홍문사, 2020
- 김영호 “공정거래법상 부당공동행위의 성립에 있어 공모의 법리- 가격담합 (pricefixing)을 중심으로” 경쟁저널, 2004
- 김정유, “정보교환행위와 담합”, 사회과학연구 제45권 1호, 2019
- 박수영, “정보교환행위의 합의 성립여부 - 대법원 2015. 12. 24. 선고 2013두25924 판결을 중심으로 -”, 경제법연구 제15권 2호, 2016
- 이상규, “정보교환의 경제적 효과 및 규제기준”. 사회과학연구 제23권 3호, 2016
- 이호영, “공정거래법상 경쟁자 간 정보교환행위의 평가에 관한 연구”, 상사법 연구 제33권 제1호, 2013
- 조성국, “「4개 라면 제조·판매 사업자의 부당한 공동행위에 대한 건」 판례평석” 경쟁법 연구 제33권, 2016, 197면
- 최승재, “情報交換契約(Information Exchange Agreement)을 통한 담합행위에 대한 研究”, 기업소송연구 제6권, 2008
- 홍대식, “합의 증명의 요소로서의 사업자간 의사연결의 상호성- 정보교환을 중심으로 -”, 경쟁법연구 제30권, 2014,
- 홍명수, “정보교환과 카르텔 규제”, 법과 사회 제36권, 2009
- 홍명수, “EU 경쟁법상 공동행위 관련 정보교환에 관한 고찰” 홍익법학 제18권 제1호, 2017

법경제연구 Korean Journal of Law and Economic Studies

제3호 (2021. 8. 30)

발행인/편집인 주진열 (부산대학교 법학전문대학원 교수)

혁신경쟁법센터
자문위원

강상욱 (김·장 법률사무소 변호사)
김동석 (김·장 법률사무소 변호사)
남기돈 (법무법인 광장 외국변호사 (뉴욕))
남재현 (고려대학교 경제학과 교수)
백용욱 (KAIST 경영대학원 교수)
신영수 (경북대학교 법학전문대학원 교수)
윤인성 (김·장 법률사무소 변호사)
임 용 (서울대학교 법학전문대학원 교수)
정은아 (법무법인 위어드바이스 대표변호사)
최난설현 (연세대학교 법학전문대학원 교수)
황태희 (성신여자대학교 법과대학 교수)

발 행 일 2021. 8. 30.

발 행 처 부산대학교 법학연구소 혁신경쟁법센터
부산광역시 금정구 부산대학로 63번길 2
Tel. 051.510.2515 Fax. 051.515.8648
Email. jinyul_ju@pusan.ac.kr

본 간행물은 학술 목적으로 연 1회 온라인으로 전자 발간되는 비매품이며 저작권법에 따라 저작권자의 동의 없는 무단 전재·복제는 금지됩니다.

CICL Center for Innovation-Competition-Law

Pusan National University Law School

Geumjeong-gu, Busan 46241, Republic of Korea

Tel. +82.51.510.2515 Fax. +82.51.515.8648 Email. lawecon21@gmail.com

Korean Journal of Law and Economic Studies

Director/Editor

JU Jinyul (Professor, Pusan National University School of Law)

Advisory Board

CHUNG Euna (Attorney at Law, WeAdvise)

CHOI Nansulhun (Professor, Yonsei University Law School)

HWANG Tae Hi (Professor, Sunghin Women's University College of Law)

Kang Sang Uk (Attorney at Law, Kim & Chang)

KIM Dong Seok (Attorney at Law, Kim & Chang)

LIM Yong (Professor, Seoul National University Law School)

NAHM Jae Hyon (Professor, Korea University Dept. of Economics)

NAM Gidon (Attorney at Law (New York), Lee & Ko)

PAIK Yongwook (Professor, KAIST Collge of Business)

SHIN Youngsu (Professor, Kyungpook National University Law School)

YOON In Seong (Attorney at Law, Kim & Chang)

Online Publication ISSN 2466-0515

Korean Journal of Law and Economic Studies

Issue 3 (August 30, 2021)

01 Information Exchange and Undue Concerted Actions in Korean Antitrust
Law / Cho Hyunji

Pusan National University Law School

CICL **Center for Innovation·Competition·Law**

Est. 2010 (Busan, Republic of Korea)