

공정거래법상 소위 ‘포괄적 단일 공동행위’
법리에 관한 연구

-EU 경쟁법상 ‘계속적 단일 위반행위’ 법리와의
비교를 중심으로

(Study on the So-Called “Single and Comprehensive
Collusion Doctrine” under the Korean Monopoly
Regulation and Fair Trade Act

-Focusing on Comparison with the Single and Continuous
Infringement Doctrine under the EU Competition Law)

이 호 영(Lee, Ho-young)

한양대학교 법학전문대학원 교수

요 지

이 논문은 소위 ‘포괄적 단일 공동행위’ 법리의 형성 및 발전 과정을 살펴보고, 이를 EU 경쟁법상 ‘계속적 단일 위반행위’ 법리와 비교·분석하여 시사점을 도출하였다. 포괄적 단일 공동행위 법리는 법령상 명시적 근거가 없음에도 불구하고 공정위의 법 집행례와 법원의 판결례를 통하여 형성·발전된 것으로서, 장기간에 걸쳐서 수회의 합의가 단일한 목적을 수행하기 위하여 이루어진 경우에 전체적으로 하나의 공동행위로 보아 최종 합의의 종료 시점을 기준으로 처분시효의 만료 여부나 과징금액 산정의 기준이 되는 위반기간의 종기를 결정하는 것이다. 이 법리는 EU의 계속적 단일 위반행위 법리와 그 취지 및 효과의 측면에서 매우 유사하지만, 성립요건은 중요한 차이점을 가지고 있다. 그동안 포괄적 단일 공동행위 법리를 다룬 판결례들은 대체로 동 법리의 취지와 의의에 부합하는 판시를 내렸으나, 일부 판결례는 법리적 타당성이 의심스럽거나 종래 판례이론과의 일관성을 유지하지 못한 것으로 보인다. 향후에 포괄적 단일 공동행위 관련 법 집행상 일관성과 예측가능성을 확보하기 위하여 법령상 그 근거를 마련하고 성립요건과 그 판단 기준 및 법적 효과를 규정하는 것이 바람직하고, 또한 EU의 경우에 준하여 포괄적 단일 공동행위로 인정하기 위한 요건으로서 인지사실 또는 합리적 예측가능성을 요구하는 것이 타당할 것이다.

주제어: 포괄적 단일 공동행위, 계속적 단일 위반행위, 카르텔, 입찰담합, 수회의 합의, 공동행위의 단절, 공동행위의 파기

◆논문접수: 2017. 2. 6. ◆심사개시: 2017. 2. 6. ◆게재확정: 2017. 2. 17.

공정거래법상 소위 '포괄적 단일 공동행위' 법리에 관한 연구
- EU 경쟁법상 '계속적 단일 위반행위' 법리와의 비교를 중심으로

공정거래법상 소위 '포괄적 단일 공동행위' 법리에 관한 연구

- EU 경쟁법상 '계속적 단일 위반행위' 법리와의 비교를 중심으로*

이 호 영

I. 서론

근래 우리나라에서 다루어진 다수의 카르텔 사건에서 특징적으로 제기된 쟁점 중의 하나는 오랜 기간에 걸쳐서 서로 유사한 측면이 많지만 그 가담사업자나 합의의 내용 또는 실행수단 등의 측면에서 상이한 둘 이상의 경쟁제한적 합의가 형성되어 실행된 경우에 이를 전체적으로 하나의 공동행위(소위 '포괄적 단일 공동행위'¹⁾)로 보아야 할 것인지, 아니면 각각 별개의 공동행위로 취급하여야 할 것인지의 문제이다. 이는 이론적으로 뿐만 아니라 아래에서 설명하는 바와 같이 독점 규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법' 또는 '법'이라 한다)상 부당한 공동행위에 대한 법 집행과 관련하여 대단히 큰 실익을 가지는 쟁점이다.

먼저, 법 제49조 제4항은 공정거래위원회(이하 '공정위'라 한다)가 동법 위반행위에 대하여 시정조치나 과징금의 납부를 명할 수 있는 기간(소위 '처분시효')에 관하여 공정위가 법 위반행위에 대하여 조사를 개시하지 아니한 경우 '해당 위반행위의 종료일'부터 7년이라고 규정하고 있다(법 제39조 제4항 제2호). 또한 종래 부당한 공동행위를 포함한 법 위반행위에 대한 과징금 부과기준을 정한 법령이 지속적으로 개정되었는데,²⁾ 이 경우 흔히 경과규정을 두어 개정된 조항이 시행되기 이전

* 이 논문은 2016년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2016S1A3A29 23769).

- 1) 위 용어는 공정거래법 및 그 하위 법령이나 관련 심(판)결례에서 사용된 적은 없고 필자가 명명한 것이다.
- 2) 종래 과징금 부과기준을 정하는 법령은 지속적으로 특히 법 제19조를 위반하는 부당한 공동행위에 대한 과징금 부과기준을 상향하는 방향으로 개정되었다.

의 위반행위에 대해서는 종전의 규정에 의하도록 정하였고, 다수의 판결례에 따르면 '이전의 위반행위'인지 여부는 해당 위반행위의 종료 시점을 기준으로 판단한다.³⁾ 그 밖에도 부당한 공동행위에 대한 과징금액의 산정방법과 관련하여 법 시행령은 관련매출액을 기준으로 하도록 규정하고 있는데, 관련매출액을 산정하기 위해서는 먼저 위반기간을 정할 필요가 있고 법 시행령은 이를 '위반행위의 개시일부터 종료일'까지의 기간이라고 규정하고 있다(법 시행령 [별표 2. 가.]).

따라서 장기간에 걸쳐서 이루어진 수개의 합의를 전체로서 하나의 공동행위(이하 '포괄적 단일 공동행위'라 한다)로 다룰 경우에는 처분시효의 만료 여부나 새 법령의 적용 여부, 또는 과징금액 산정의 전제가 되는 위반기간의 종기를 문제로 된 수개의 합의 중 맨 마지막 합의를 기준으로 판단하게 된다. 이에 반하여 수개의 합의를 각각 별개의 공동행위로 다룰 경우에는 각 합의별로 당해 합의의 종료 시점을 기준으로 처분시효의 만료 여부나 새 법령의 적용 여부 등을 판단하게 된다. 즉, 사안에 따라서 수개의 합의 중 후자의 경우라면 처분시효가 만료된 것으로 인정하였을 합의가 전자의 경우에는 처분시효가 만료되지 않은 것으로 인정되어 과징금 부과 대상이 되거나, 후자의 경우라면 상대적으로 낮은 과징금 부과기준이 적용되었을 합의가 전자의 경우에는 상대적으로 높은 과징금 부과기준이 적용되거나, 또는 후자의 경우라면 각 합의별로 위반기간을 정하여 과징금액 산정의 전제가 되는 관련매출액을 산정하였을 것을 전자의 경우에는 수개의 합의 중 맨 처음 합의의 위반행위가 개시된 시점부터 맨 마지막 합의의 실행행위가 종료된 시점⁴⁾까지를 위반기간으로 하여 관련매출액을 산정하게 된다.

또한 포괄적 단일 공동행위인지 여부의 쟁점과 관련된 것으로서 수개의 경쟁제한적 합의를 전체로서 하나의 공동행위로 다루는 경우에도 문제로 된 수개의 경쟁제한적 합의의 실행행위가 연속되지 않고 일시적으로 중지되거나, 예컨대 가격인상의 합의를 한 경우에 도중에 사업자들이 가격을 인하하는 등 합의의 내용에 부합하지 않는 시장행동을 취하는 경우에 이러한 사정을 이유로 그 공동행위가 중단 또는 단절된 것으로 보아 그 이전의 합의와 그 이후의 합의를 별개의 공동행위로 다루

3) 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007두2852 판결, 대법원 2008. 9. 25. 선고 2007두3756 판결 등.

4) 대법원은 일관되게 실행행위가 있었던 부당한 공동행위의 종기는 합의가 있었던 날이 아니라 그 합의에 기한 실행행위가 종료한 날을 의미한다고 판시하였다(대법원 2006. 3. 24. 선고 2004두11275 판결, 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007두2852 판결, 대법원 2008. 9. 25. 선고 2007두3756 판결, 대법원 2009. 6. 23. 선고 2007두19416 판결 등 참고).

어야 하는지의 쟁점 역시 실무상 중요한 의미를 가진다(소위 '공동행위의 단절').

한편 아래에서 살펴보는 바와 같이 법원은 최초의 국제카르텔 사건이라고 할 수 있는 흑연전극봉 담합사건 이래 몇몇 사건에서 포괄적 단일 공동행위 법리를 적용하여 일정한 요건이 충족되는 경우에 수개의 합의를 전체적으로 하나의 공동행위로 다루어왔고, 일련의 판결례를 통하여 장기간 실행된 공동행위가 단절된 것으로 볼 수 있는 요건에 관해서도 점진적으로 법리를 형성해오고 있다. 그런데 특히 근래 공정위가 담합구조가 고착된 산업 분야에서 카르텔 적발 및 법 집행활동을 강화하면서 공정위의 공동행위 사건처리 및 관련 행정소송 과정에서 위 쟁점들이 중요하게 부각되어 활발하게 다루어졌고,⁵⁾ 이를 계기로 이들 쟁점에 관한 본격적인 논의를 통하여 더욱 정치한 법리를 발전시킬 필요성이 제기되었다.

아래에서는 위와 같은 논지에서 먼저 공정거래법상 포괄적 단일 공동행위 법리의 법적 근거와 형성과정 및 전개과정을 관련 판결례를 중심으로 살펴보기로 한다(II). 나아가 공정거래법상 포괄적 단일 공동행위 법리와 매우 유사한 법리로서 EU 집행위원회와 유럽법원의 심(판)결례를 통하여 형성된 소위 '계속적 단일 위반행위 법리'(a single & continuous infringement doctrine)의 취지와 내용 및 이와 관련하여 제기된 논란과 최근의 판례 경향을 소개하기로 한다(III). 이상의 논의를 바탕으로 양자를 비교하고 그 시사점을 도출한 뒤(IV), 글을 맺기로 한다(V).

II. 공정거래법상 포괄적 단일 공동행위 법리

1. 포괄적 단일 공동행위 법리의 법적 근거

우선, 공정거래법 및 그 하위 법령 어디에서도 포괄적 단일 공동행위 법리의 명시적 근거를 찾아볼 수 없다. 다만 법 위반행위에 대하여 과징금을 부과하는 세부 기준을 정하고 있는 '과징금부과 세부기준 등에 관한 고시'(공정위 고시 제2016-22호, 2016. 12. 30. 개정)는 부당한 공동행위에 국한하지 않고 각 법 위반행위에 대하여 부과하는 과징금액을 산정하기 위한 전제로서 위반기간을 결정함에 있어서

5) 통상적으로 수개의 합의를 하나의 공동행위로 다룰 경우가 별개의 공동행위로 다룰 경우보다 과징금의 부과 여부나 과징금액의 산정이라는 측면에서 공동행위에 참여한 사업자에게 불리한 결과를 초래하게 되므로 공정위의 사건처리절차나 법원의 행정소송절차에서 흔히 사업자들은 수개의 합의가 각각 별개의 공동행위에 해당한다고 주장하고, 공정위 측은 전체적으로 하나의 공동행위에 해당한다고 주장한다.

위반행위의 종료일을 판단하는 기준과 관련하여, “위반행위가 2일 이상 행하여지
되 불연속적으로 이루어진 경우에는, 당해 위반행위의 유형·성격·목적·동기,
연속되지 아니한 기간의 정도와 이유, 위반행위의 효과, 시장상황 등 제반 사정을
고려하여 경제적·사회적 사실관계가 동일하다고 인정되는 범위 내에서 이를 하
나의 위반행위로 보아 마지막 위반행위의 종료일을 당해 위반행위의 종료일로 본
다.”고 규정하고 있다(동 고시 II. 6. 나. (2)). 위 규정은 일견 적어도 과징금 산정
과 관련하여 부당한 공동행위에 국한되지 않고 포괄적 단일 위반행위 법리를 선언
한 것으로 볼 여지가 있다. 그러나 동 규정은 문제로 된 위반행위가 불연속적으로
이루어진 경우만을 상정하고 있어서 포괄적 단일 위반행위 법리라기보다는 장기
간 불연속적으로 이루어진 수개의 위반행위의 단절 여부를 판단하는 기준을 제시
한 것으로 보는 것이 타당할 것이다.

또한 위 고시는 부당한 공동행위에 대한 과징금액을 산정하기 위하여 결정해야
할 위반행위의 종료일에 관하여 “부당한 공동행위의 합의가 더 이상 존속하지 아
니하게 된 날을 종료일로 본다.”고 하면서, 나아가 “참가사업자들이 여러 차례의
합의를 한 경우에는 합의의 구체적 내용과 사정 등을 종합적으로 고려하여 합의의
수와 그에 상응하는 종료일을 판단한다.”고 규정하고 있다(동 고시 IV. 1. 다. (1)
(라)). 동 규정은 내용상 동일한 사업자들이 수개의 경쟁제한적 합의를 한 경우를
상정하여 합의의 수와 종료일을 신중적으로 판단할 여지를 부여하고 있는데, 반드
시 참가사업자의 동일성을 전제로 하고 있다는 점에서 아래에서 설명하는 포괄적
단일 공동행위 법리보다 그 적용 범위가 협소하고 전체적으로 하나의 공동행위로
볼 수 있는 요건에 관하여 사실상 의미 있는 기준을 전혀 제시하지 못한다는 점에
서 포괄적 단일 공동행위 법리의 근거로 보기 곤란하다.

결국 공정위와 법원은 공정거래법 및 그 하위 법령상 명시적 근거가 존재하지
않음에도 불구하고 아래서 보는 바와 같이 일련의 사건에서 내린 심결례와 판결례
를 통하여 포괄적 단일 공동행위 법리를 형성·발전시켜왔다고 할 수 있다.

2. 심(판)결례상 포괄적 단일 공동행위 법리의 형성

국내에서 수개의 경쟁제한적 합의를 전체적으로 하나의 부당한 공동행위로 다루
어야 하는지 여부가 명시적으로 다투어진 최초의 사례는 공정위가 최초로 처리한

국제카르텔 사건인 흑연전극봉 담합사건으로 파악된다. 이 사건에서 6개 흑연전극봉 제조업체들이 1992년 5월 각 사업자의 홈마켓 존중, 가격할인 및 리베이트 금지 등 기본원칙에 합의한 후 1998년 2월까지 수차례의 합의를 통하여 단계적으로 가격을 결정하고 우리나라를 포함한 전세계시장에서 합의된 가격으로 제품을 판매한 것이 문제로 되었는데,⁶⁾ 이 사건 카르텔 가담사업자들은 공정위의 시정명령 및 과징금 납부명령에 대하여 불복의 소를 제기하면서 다음과 같이 주장하였다.

가담사업자들은 이 사건 행위가 부당한 공동행위에 해당한다고 하더라도 1997년 4월경에 한 사업자가 탈퇴를 선언하는 등 공동행위가 실질적으로 종료하였으므로 공정위가 이 사건 처분을 내린 2002년 4월에는 이미 당시 시행 중이던 구법상 처분시효 기간인 5년이 경과하였고, 한 사업자가 탈퇴를 선언한 시점 이전의 카르텔은 구성원이 변경되어 소멸하였고 그 이후 나머지 사업자들에 의하여 새로운 카르텔이 형성되었으므로 그 이전의 행위는 이미 처분시효가 만료하였으며, 이 사건에서와 같이 사업자들이 수회에 걸쳐 가격결정에 관한 합의를 한 경우에는 한번 가격결정에 관한 합의를 한 후 결정된 가격으로 계속 판매하는 경우와 달리 그 개별적인 합의가 법 제19조 제1항을 위반한 행위에 해당하는 것이므로 각 가격결정에 관한 합의로 인한 위반행위가 종료한 후 처분시효 기간이 경과한 경우에는 공정위가 처분을 내릴 수 없다고 주장하였다.

위와 같은 주장에 대하여 서울고등법원은 다음과 같이 판시함으로써 문제로 된 수개의 합의를 전체적으로 하나의 부당한 공동행위로 인정하고 그 공동행위가 단절되지 않았다고 하였다. 즉, 사업자들 사이에 장기간에 걸쳐 여러 종류의 합의를 수회 계속한 경우 이를 개별적인 합의로 볼 것인지 전체를 하나의 합의로 볼 것인지 여부는 장기간에 걸친 수회의 합의가 단일한 의사에 기하여 동일한 목적을 수행하기 위한 것으로 그것이 단절됨이 없이 계속 실행되어 왔다면 그 합의의 구체적인 내용이나 구성원에 일부 변화 또는 변경이 있었다 하더라도 이를 전체적으로 1개의 부당한 공동행위로 보아야 하고, 그렇지 않다면 이를 각각 별개의 부당한 공동행위로 보아야 한다고 하였다.⁷⁾ 서울고등법원은 위와 같은 법리를 이 사건 사실관계에 적용하여, 사업자들이 1992년 5월 최고책임자급 회합을 가지고 이 사건 공

6) 공정위 의결 제2002-77호(2002. 8. 23.).

7) 서울고법 2003. 8. 26. 선고 2002누6127 판결, 서울고법 2003. 8. 26. 선고 2002누14647 판결, 서울고법 2003. 8. 26. 선고 2002누15015 판결, 서울고법 2004. 8. 19. 선고 2002누6110 판결.

동행위에 관한 기본원칙에 합의한 이래 1998년 2월경까지 흑연전극봉의 가격수준이나 기타 합의내용에 일부 변동이 있고 한 사업자가 탈퇴하였을 뿐 공동행위를 하려는 의사나 목적이 달라졌다고 보이지 아니하며, 그 실행행위 또한 단절됨이 없이 계속된 사실을 인정할 수 있으므로 이 사건 수개의 합의내용은 모두 전체적으로 1개의 부당한 공동행위를 형성한다고 보아야 하고, 6개 사업자 중 1개 사업자에 불과한 한 사업자가 탈퇴하였다고 하여 그 탈퇴 이전의 부당한 공동행위의 성격과 그 이후의 부당한 공동행위의 성격이 달라졌다고 볼 수 없다고 하였다.⁸⁾

또한 이 사건 상고심에서 대법원 역시 원심과 사실상 동일한 법리를 제시하였는데, 다만 이 사건의 사실관계에 초점을 맞추어 소위 '기본합의'의 존재를 강조하였다. 즉, 대법원은 사업자들이 경쟁을 제한할 목적으로 공동하여 향후 계속적으로 가격의 결정, 유지 또는 변경행위 등을 하기로 하면서, 그 결정주체, 결정방법 등에 관한 일정한 기준을 정하고, 향후 이를 실행하기 위하여 계속적인 회합을 가지기로 하는 등의 기본적 원칙에 관한 합의를 하고, 이에 따라 위 합의를 실행하는 과정에서 수회에 걸쳐 회합을 가지고 구체적인 가격의 결정 등을 위한 합의를 계속하여 온 경우 그 회합 또는 합의의 구체적 내용이나 구성원에 일부 변경이 있더라도 그와 같은 일련의 합의는 전체적으로 하나의 부당한 공동행위로 봄이 상당하므로 법상 처분시효의 기산점을 판단함에 있어서도 각각의 회합 또는 합의를 개별적으로 분리하여 판단할 것이 아니라 그와 같은 일련의 합의를 전체적으로 하나의 행위로 판단하여야 한다고 판시하였다.⁹⁾

요컨대, 위 사건에서 법원은 최초로 다음과 같은 내용의 포괄적 단일 공동행위 법리를 제시하였다. 즉, (1) 수회의 합의가 단일한 의사에 기하여 동일한 목적을 수행하기 위한 것일 것, (2) 수회의 합의가 중도에 단절됨이 없이 계속 실행되어 왔을 것 등 두 가지 요건이 충족되면, 그 수개의 경쟁제한적 합의를 전체적으로 하나의 부당한 공동행위로 볼 수 있고 이 경우 합의의 구체적인 내용이나 구성원에 일부 변경이 있었다고 할지라도 마찬가지라고 하였다. 다만 위 사건에서 포괄적 단일 공동행위를 인정한 근거 중 하나인 '기본합의'의 중요성, 포괄적 단일 공동행위로 인정하기 위한 요건으로서 제시한 '단일한 의사'와 '동일한 목적'의 구체적 판단

8) 각주 7 판결. 참고로 이 사건 공정위 의결서는 위 쟁점에 관하여 아무런 내용도 서술하고 있지 않다.

9) 대법원 2006. 3. 23. 선고 2003두11124 판결, 대법원 2006. 3. 23. 선고 2003두11155 판결, 대법원 2006. 3. 24. 선고 2003두11148 판결, 대법원 2006. 3. 24. 선고 2004두11275 판결.

기준, 포괄적 단일 공동행위가 중도에 단절되었는지 여부를 판단하는 기준 등에 관해서는 더 이상 구체적인 법리를 제시하지 않았다.

3. 판례상 포괄적 단일 공동행위 법리의 전개

흑연전극봉 담합사건 판결이 내려진 이후 굴삭기 담합사건, 합성고무 담합사건, 다양한 종류의 강관담합사건, 그리고 더욱 최근에는 조달청이나 한전이 발주한 구매입찰과 관련된 다수의 입찰담합 사건에서 포괄적 단일 공동행위 법리의 적용이 다투어졌는데, 대체로 법원은 흑연전극봉 담합사건 판결의 내용에 충실하게 따르면서 포괄적 단일 공동행위 법리와 관련하여 제기된 새로운 쟁점들에 대하여 더욱 구체적인 법리를 발전시켜왔다.

가. 기본합의의 중요성

위 흑연전극봉 담합사건 판결이 내려진 이후 일부 하급심 판결에서는 서로 밀접하게 관련된 수회의 합의가 이루어진 사안에서 기본원칙에 관한 합의가 존재하지 않았다는 이유로 포괄적 단일 공동행위 법리를 적용하지 않았다.¹⁰⁾ 그러나 굴삭기 담합사건에서 대법원은 기본원칙에 관하여 합의가 존재하지 않았음에도 약 4년간 지속된 가격인상이나 할인을 등 판매조건에 관한 수회의 합의가 이루어진 경우에 주요 기종별 판매가격과 전체 할인을 등의 판매조건에 일부 변동이 있었을 뿐 부당한 공동행위를 하려는 의사나 목적이 달라졌다고 보이지 아니하고 그 실행 행위 또한 단절 없이 계속되어 왔으므로 전체적으로 하나의 부당한 공동행위를 형성한다고 본 원심을 수용하였다.¹¹⁾

또한 합성고무 담합사건에서 대법원은 명시적으로 포괄적 단일 공동행위로 보기 위하여 반드시 기본합의의 존재가 입증될 필요가 없다고 판시하였다. 즉, 사업자들이 부당한 공동행위의 기본적 원칙에 관한 합의를 하고 이를 실행하는 과정에서 수차례의 합의를 계속하여 온 경우는 물론, 그러한 기본적 원칙에 관한 합의 없이 장기간에 걸쳐 여러 차례의 합의를 해 온 경우에도 그 각 합의가 단일한 의사에

10) 서울고법 2008. 8. 20. 선고 2007누2939 판결, 서울고법 2008. 8. 28. 선고 2007누2502, 2007누15621 판결(이상 세탁·주방세제 담합사건), 서울고법 2008. 8. 28. 선고 2007누19081, 2007누27105 판결(이상 합성고무 담합사건). 이들 판결은 대부분 상고심에서 법리적용의 오류를 이유로 파기·환송되었다.

11) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2007두3756 판결.

기하여 동일한 목적을 수행하기 위한 것으로서 단절됨이 없이 계속 실행되어 왔다면, 그 각 합의의 구체적인 내용이나 구성원 등에 일부 변경이 있다고 할지라도, 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 일련의 합의는 전체적으로 1개의 부당한 공동행위로 보아야 한다고 하였다.¹²⁾

나. 포괄적 단일 공동행위의 단절

법원은 포괄적 단일 공동행위의 단절 여부가 문제로 된 경우에 종래의 확립된 판례가 통상적인 공동행위의 탈퇴 또는 파기 여부를 판단하는 기준으로 제시한 바¹³⁾를 그대로 적용하였다. 먼저, 철강회사들이 아연도강관, 냉연강관 및 컬러강관 제품에 대하여 장기간에 걸쳐서 기준가격을 공동으로 결정하고 판매가격을 할인하지 않기로 한 행위 등이 문제로 된 강관 담합사건¹⁴⁾에서는 포괄적 단일 공동행위가 중도에 단절되었는지 여부가 다투어졌다. 예컨대, 5개 또는 4개 사업자들이 2005년 2월부터 2010년 11월까지 공동으로 아연도강관 기준가격을 결정하고 판매가격을 할인하지 않도록 하거나 공동으로 아연할증료를 도입하고 이를 인상한 행위와 관련하여, 서울고등법원은 이 사건 합의들은 전체적으로 하나의 부당한 공동행위에 해당한다고 인정하였는데, 나아가 2007년 1월부터 12월까지의 기간 중에는 단순히 시장정보를 교환하거나 경쟁 과정에서 서로 항의성 불만을 제기하는 수준의 이야기를 한 것에 불과할 뿐 경쟁을 제한하기로 하는 합의를 하지 않았으므로 공동행위가 중단된 것으로 보아야 하고, 2008년 9월 리먼브라더스 파산 이후 발생한 전세계적 금융위기로 인하여 2008년 10월부터 2009년 4월까지의 기간 중에는 가격인하 경쟁이 반복적으로 나타나는 등 사실상 합의가 파기되었으므로 해당 기간 동안 공동행위가 단절된 것으로 보아야 한다는 주장에 대하여, 동 기간 동안에도 임원모임, 영업팀장 모임 등에서 가격조정에 관한 논의를 지속하였으므로 공동행위의 단절을 인정할 수 없다고 하였다.¹⁵⁾

12) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008두16179 판결.

13) 대법원 2008. 10. 23. 선고 2007두12774 판결, 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008두549 판결, 대법원 2009. 6. 23. 선고 2007두19416 판결, 대법원 2011. 4. 14. 선고 2009두4159 판결, 대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두5466 판결, 대법원 2014. 12. 24. 선고 2012두13412 판결 등.

14) 공정위 의결 제2013-21호(2013. 1. 29.)(아연도강관), 공정위 의결 제2013-42호(2013. 3. 5.)(냉연강관), 공정위 의결 제2013-83호(2013. 4. 29.)(컬러강관).

15) 서울고법 2015. 1. 2. 선고 2013누17925 판결. 동 판결에 대하여 상고가 제기되었으나 상고심에서

마찬가지로 6개 철강회사가 2004년 11월부터 2010년 11월까지 10여 차례에 걸쳐서 컬러강판 기준가격의 인상·인하 폭을 공동으로 합의하여 결정한 행위와 관련하여, 사업자들은 2005년 6월부터 2006년 2월까지의 기간 중에는 사업자들이 경쟁적으로 가격을 할인하여 사실상 합의가 파기되었으므로 공동행위가 중단되었다고 주장하였다. 이에 대하여 서울고등법원은 2005년 4월 기준가격을 인상하기로 합의하여 실행한 이후 기준가격을 담합이 없었더라면 존재하였을 수준까지 독자적으로 인하하였다고 보기 어렵고 합의된 기준가격의 준수 여부를 상호 감시함으로써 지나친 할인을 견제하였으므로 공동행위가 단절되었다고 인정할 수 없고, 2008년 9월경 국제금융위기로 인한 국내의 철강재 가격 폭락으로 가격인상 합의를 지킬 수 없었다라든가 이러한 사정만으로 합의가 파기되었다고 보기 어렵고 사업자들이 합의된 기준가격의 준수 여부를 상호 감시하였고 일시적 여건의 변화로 가격을 인하하였다는 사정만으로 독자적인 판단에 따라 담합이 없었더라면 존재하였을 가격수준으로 인정한 것으로 보기 어려우므로 공동행위의 단절을 인정할 수 없다고 하였다.¹⁶⁾

다. 입찰담합에 대한 포괄적 단일 공동행위 법리의 적용

근래 공정위는 다양한 산업에서 이루어진 다수의 입찰담합 행위를 적발하여 제재를 부과하였는데, 그중 상당수가 일회적인 것이 아니라 상당한 기간에 걸쳐서 반복적으로 이루어지거나, 관련된 다수의 입찰 건에 관련하여 동시다발적으로 담합이 이루어진 경우였다. 그런데 수개의 입찰담합에 대하여 포괄적 단일 공동행위 법리를 적용함에 있어서는 일반적인 담합사건의 경우와는 차별적인 쟁점이 제기될 수 있다. 즉, 일반적인 가격담합의 경우에는 형사법상 소위 계속범(繼續犯)에 준하여 그 실행행위가 일정기간 지속되고 그에 따른 경쟁제한적 효과 역시 지속적으로 발생하는 것과는 달리, 입찰담합의 경우에는 일반적으로 특정한 입찰거래에 관한 일회적인 행위(예컨대, 입찰 참가행위나 그에 따른 계약체결행위)만으로 실행행위가 종료되고 그 밖에 별도의 경쟁제한적 행위가 수반되지 않으므로 수회의 입찰담합이 이루어진 경우에 각 입찰담합에 따른 위반행위는 부득이 일정한 시간적 간격

심리불속행 기각됨으로써 확정되었다(대법원 2015. 4. 23. 선고 2015두36362 판결).

16) 서울고법 2014. 11. 28. 선고 2013누14926 판결(상고심에서 대법원은 원심의 관련 판시사항을 그대로 수용하여 상고를 기각함, 대법원 2016. 10. 27. 선고 2015두35871 판결), 서울고법 2014. 11. 28. 선고 2013누25421 판결(상고심에서 심리불속행 기각으로 확정됨, 대법원 2015. 4. 23. 선고 2014두48009 판결).

을 두고 이루어질 수밖에 없는데, 이와 같은 경우에도 수개의 입찰담합을 전체적으로 하나의 공동행위로 볼 수 있는 요건은 무엇인지, 그와 같은 경우에 공동행위의 단절 여부를 판단할 수 있는 기준은 무엇인지 등의 쟁점이 제기될 수 있다.

1) 포괄적 단일 공동행위의 성립을 긍정한 사례

포괄적 단일 공동행위 여부가 다투어진 입찰담합 사건에서 이를 긍정한 사례로서 조달청발주 인조잔디 입찰담합 사건, 조달청발주 입축펌프 입찰담합 사건,¹⁷⁾ 수중펌프 입찰담합 사건,¹⁸⁾ 한전발주 기계식 전력량계 입찰담합 사건, 한전발주 전사식 전력량계 입찰담합 사건, 그리고 호남고속철 입찰담합 사건 등을 들 수 있다.

먼저, 조달청발주 인조잔디 입찰담합 사건에서 28개 사업자가 2009년 3월경부터 2011년 9월경까지 조달청이 다수공급자계약 2단계 경쟁입찰¹⁹⁾을 통해 발주한 255건의 입찰에 참여하면서 낙찰자 및 제안가격 등을 합의하고 실행한 것이 문제로 되었다.²⁰⁾ 관련 행정소송에서 서울고등법원은 이 사건 입찰담합들은 2단계 경쟁입찰방식이 2009년부터 본격적으로 실행됨에 따라 가격경쟁과 수익률 악화의 우려가 커지자 이를 막고 안정적인 물량을 확보하기 위한 목적으로 이루어진 것이므로 기본 목적이 지속되었고, 특정한 사업자가 1건에서 사업성 부족을 이유로 응찰 자체를 포기하였다고 할지라도 개별 입찰 건에서 새로운 담합의사를 갖게 되었다고 볼 수 없으며, 이 사건 공동행위는 동일한 시장에서 동일한 사항(낙찰자 및 투찰가격)에 대하여 반복적으로 합의가 이루어졌고 구성원의 큰 변동이 없었으며 수요기관의 자체평가 순위, 영업강제 지역 여부, 사다리타기 등 몇 가지 정형화된 낙찰자 결정방식이 반복적으로 사용되었으므로 전체적으로 하나의 공동행위에 해당한다고 하였다.²¹⁾ 또한 2010년 6월에 사업자들이 최저단가로 제안한 사업자에

17) 공정위 의결 제2014-1호(2014. 1. 6.) 및 서울고법 2016. 6. 29. 선고 2014누43013 판결. 동 판결에 대하여 상고가 제기되어 대법원에 계속 중이다.

18) 공정위 의결 제2014-5호(2014. 1. 8.) 및 서울고법 2015. 9. 17. 선고 2014누4100, 2014누2043 판결 (상고 부제기로 확정됨).

19) 조달청이 적격성 평가를 하여 계약을 체결한 종합쇼핑몰에 등재한 사업자 중에서 수요기관이 5개 이상의 사업자를 선정한 후, 이들 사업자들의 경쟁입찰을 통하여 최저제안가격 등을 제시한 사업자를 최종 공급자로 선정하는 입찰방식이다.

20) 공정위 의결 제2014-171호(2014. 8. 7.).

21) 서울고법 2015. 9. 16. 선고 2014누61844 판결(상고 부제기로 확정됨). 또한 동일한 사건에서 마찬가지로 원고 패소판결을 내린 서울고법 2015. 5. 21. 선고 2014누61721 판결 역시 이에 대하여 제기된 상고가 심리불속행 기각되어 확정되었다(대법원 2015. 9. 10. 선고 2105두44325 판결).

게 우선권을 주되 담합 대가를 서로 주고받기로 하기로 새롭게 기본원칙을 정하여 실행하였으므로 공동행위가 단절되었다는 주장에 대하여, 이는 2010년 5월 다수 공급자계약 2단계 경쟁입찰 업무처리기준이 시행되면서 수요기관의 제안요청기준이 강화됨에 따라 경쟁이 발생할 가능성이 생기자 이를 막기 위한 것으로서 기존에 형성된 담합의 공조체제를 보다 공고히 한 것에 불과하므로 공동행위의 단절을 인정할 수 없다고 하였다.²²⁾

또한 14개 전력량계 제조업체와 2개 전력량계 조합이 1993년부터 2010년까지 한전이 매년 실시하는 기계식 전력량계 구매입찰에서 경쟁으로 인한 가격하락을 막기 위하여 각 사업자별 낙찰 물량 및 투찰단가에 대하여 합의하고, 나아가 일부 사업자들은 각 사업자별 물량배분을 용이하게 하고 계약단가를 높이기 위하여 일부 입찰을 유찰시키기로 합의하여 실행한 행위가 문제로 되었다.²³⁾ 관련 행정소송에서 서울고등법원은 사업자들이 독자적인 판단으로 입찰에 참여할 경우 낙찰단가가 떨어져서 이윤이 감소하는 것을 방지하기 위한 목적으로 이 사건 행위에 참여하였는데, 이러한 목적과 의도는 이 사건 위반행위 기간 동안에 달라지지 아니하였으며, 매년 이루어진 각 합의의 대상이 한전발주 기계식 전력량계 구매입찰이라는 동질성을 유지하고 있었고, 1995년부터 2007년까지 기존 5개사들의 물량배분 비율 및 투찰단가에 대한 합의와 실행은 약간의 배분물량의 차이를 제외하고는 큰 변동 없이 매년 동일한 내용과 방식으로 이루어졌고 2008년부터 2010년까지의 기간 역시 새로운 업체가 입찰에 참여할 경우 기존 업체의 물량을 일부 나눠주는 것을 원칙으로 하여 이전의 기간과 동일한 내용과 방식으로 합의와 실행이 이루어졌으며, 2009년에 이 사건 조합들이 설립된 것은 입찰 참여업체가 늘어나면서 물량배분을 용이하게 하기 위한 것이었을 뿐이므로 이로 인하여 합의 참여자의 의도 및 목적에 현저한 변화가 있었다고 볼 수 없다고 하였다.²⁴⁾

나아가 위 판결에서 서울고등법원은 수개의 입찰담합을 전체적으로 하나의

22) 각주 21 판결.

23) 공정위 의결 제2014-234호(2014. 10. 23.). 특기할 만한 것으로 공정위는 이 사건 의결서에서 수회의 담합을 전체적으로 하나의 공동행위로 보아야 하는지 여부를 판단하는 기준을 설명하였는데, 최초 담합 시 장기적인 전망 속에서 가격담합을 계획하였다고 볼 만한 정황이 있는지, 각 가격담합이 주기적으로 일정한 시기마다 이루어졌는지, 각 가격담합에서 가격인상을 결정한 주체가 일정했는지, 각 담합으로 인한 효과가 차회 담합이 있을 때까지 지속되었는지, 직전의 담합에서 합의했던 가격을 기준으로 새로운 담합을 하였는지 등이 중요한 판단 요소라고 하였다.

24) 서울고법 2015. 7. 16. 선고 2014누70466 판결(상고 부제기로 확정됨).

공동행위로 다를 경우에 그 공동행위가 단절되었는지 여부에 대하여, 2009년 10월 일부 품목의 입찰과 관련하여 경쟁입찰이 이루어졌으나 이는 사건 합의된 물량에 이의를 제기한 사업자의 돌출 행동에 의하여 발생한 것일 뿐으로서 그 입찰에 관하여도 배분물량 등에 대한 합의가 이루어진 상태였고, 그로부터 불과 14일 후로 예정되어 있던 동일 품목의 입찰에서 이전과 동일한 방식으로 합의가 이루어졌는데 여기에 경쟁입찰의 원인을 제공한 해당 사업자도 참여하였는바, 이와 같이 일시적인 경쟁입찰로 인하여 이 사건 공동행위가 단절되었다고 볼 수는 없다고 하였다.²⁵⁾

12개 전력량계 제조업체와 2개 전력량계 조합이 2008년부터 2009년 11월까지 한전이 발주한 저압 전자식 전력량계 입찰에 참여하면서 사업자별로 낙찰 물량을 배분하고 입찰금액을 합의하거나 일부 입찰을 유찰시키기로 합의한 것이 문제로 된 한전발주 전자식 전력량계 입찰담합 사건에서도 포괄적 단일 공동행위 여부가 다투어졌다.²⁶⁾ 관련 행정소송에서 사업자들은 2008년 9개 사업자가 가담한 물량배분 합의와 2009년 11개 사업자가 가담한 단체유찰 및 물량배분 합의는 하나의 공동행위로 볼 수 없는 별개의 공동행위라고 주장하였는데, 서울고등법원은 9개 사업자가 2008년경부터 전력량계 개발 및 생산에 투입된 자금 등을 회수하기 위하여 한전으로부터 각 사업자가 생산하는 물품 위주로 안정적인 생산물량을 확보하고자 이 사건 공동행위에 이르렀는데 이와 같은 기본 목적은 공동행위 기간 내내 지속되었고, 이 사건 공동행위는 2009년 후반까지 한전이 발주하는 저압 전자식 전력량계 경쟁입찰 시장이라는 동일한 시장에서 이루어졌고 별다른 구성원의 변동이 없었고 담합의 태양 역시 일정하였으며, 2009년 설립된 조합은 물량배분을 용이하게 하기 위한 수단으로 이용되었을 뿐이고 2009년 합의 당시에도 관련 사업자 사이에 전체적으로 물량배분 등이 이루어졌으므로 이 사건 조합이 설립된 이후 이 사건 공동행위의 구성원과 합의의 태양이 본질적으로 변경되었다고 보기 어렵다고 하였다.²⁷⁾ 나아가 2009년 단체유찰의 합의는 한전의 전력량계 변경 시도 정책에 반발하고자 한 것으로서 종전 공동행위의 목적이나 실질이 변경된 것은 아니므로 공동행위가 단절된 것으로 볼 수 없다고 하였다.²⁸⁾

25) 각주 24 판결.

26) 공정위 의결 제2014-237호(2014. 10. 23.).

27) 서울고법 2015. 12. 9. 선고 2014누35934 판결(상고 부제기로 확정됨).

28) 각주 27 판결.

그 밖에 호남고속철 입찰담합 사건에서 21개 건설사들이 호남고속철도 13개 공구 최저가낙찰제 공사 입찰과 관련하여 공구분할 및 들러리 입찰에 합의하였고, 기타 7개 건설사들은 유찰을 방지하기 위한 들러리 입찰에 합의하여 실행한 것이 문제로 되었다.²⁹⁾ 관련 행정소송에서 서울고등법원은 이 사건 공동행위는 ① 7개 대형 건설사의 공구분할에 관한 기본 합의 → ② 14개 건설사의 공구분할 합의 가담 → ③ 7개 대형 건설사와 14개 건설사의 공구별 낙찰예정자 합의 → ④ 7개 건설사의 추가 가담 → ⑤ 28개 건설사의 들러리 응찰 및 투찰 가격 합의 → ⑥ 합의 실행의 순으로 진행되었다고 전제하고, 이 사건 공동행위의 경우 비록 그 진행 과정에서 합의에 가담한 구성원이 점진적으로 늘어나면서 구성원의 일부 변경이 있었으나, 이 사건 13개 공구의 입찰 시장이라는 동일한 시장에서 상호 간의 가격 경쟁을 피하여 각 사업자의 이익을 최대한 추구한다는 단일한 의사와 목적을 수행하기 위해서 단절됨이 없이 계속 실행되었을 뿐 아니라 합의의 태양 역시 본질적으로 달라지지 않았으므로 전제적으로 하나의 부당한 공동행위로 보아야 한다고 판시하였다.³⁰⁾

2) 포괄적 단일 공동행위의 성립을 부정한 사례

법원이 상호 관련된 수회의 입찰담합에 대하여 포괄적 단일 공동행위의 성립을 인정하지 않은 사례로서 한전발주 전력선 입찰담합 사건, 보일러 입찰담합 사건, 오존주입설비 입찰담합 사건³¹⁾ 등을 들 수 있다. 먼저, 한전발주 전력선 입찰담합 사건에서 대법원은 수회에 걸쳐 이루어진 입찰담합이 중도에 단절되었다고 인정하였을 뿐만 아니라 그 이전과 이후의 입찰담합을 포괄적 단일 공동행위로 인정하지 않았다. 이 사건에서 35개 전선제조사들이 1998년 8월 이후 수차례의 회합을 통하여 1998년도부터 2006년도까지 한국전력공사가 매년 실시하는 전력선 구매입찰과 관련하여 경쟁으로 인한 가격하락을 막고 사업자 간 물량을 배분하기 위해, 대기업군과 중소기업군 간의 물량배분비율(기본배분비율), 이를 바탕으로 한 품목별 실행배분비율, 각 기업군 내 각 업체별 낙찰물량의 재분배, 중소기업군에

29) 공정위 의결 제2014-203호(2014. 9. 17.).

30) 서울고법 2016. 1. 13. 선고 2015누34900 판결, 서울고법 2016. 7. 22. 선고 2014누7468 판결 등. 전자의 판결에 대하여 상고가 제기되었으나 심리불속행 기각되어 확정되었고(대법원 2016. 6. 10. 선고 2016두34677 판결), 후자의 판결에 대해서는 상고가 제기되지 않아 확정되었다.

31) 공정위 의결 제2014-287호(2014. 12. 12.), 서울고법 2016. 5. 18. 선고 2015누32140 판결 및 대법원 2016. 12. 27. 선고 2016두43282 판결.

속한 사업자들의 수주예정사 선정, 투찰가, 낙찰 받은 중소기업들 간 낙찰물량의 재분배 등을 합의하고 실행한 것이 문제로 되었다. 다만 1999년도 구매입찰의 경우에도 사업자들은 입찰담합을 시도하였으나 일부 품목에 대해서만 합의가 이루어지고 나머지 품목에 대해서는 합의에 이르지 못하여 경쟁입찰이 이루어졌고, 결과적으로 예정가격 대비 낙찰률이 전년도에 비하여 현저하게 낮아졌다.³²⁾

이 사건 관련 행정소송 상고심에서 대법원은 1999년도 입찰에 관하여 경쟁입찰이 이루어진 것을 근거로 공동행위의 단절을 인정하였을 뿐만 아니라, 1998년 입찰담합의 합의와 2000년 이후의 합의가 단일한 의사에 기하여 동일한 목적을 수행하기 위한 것이라고 볼 수 없으므로 전체적으로 하나의 공동행위로 볼 수 없다고 하였다. 즉, 종래의 판례가 인정해온 포괄적 단일 공동행위 법리를 재확인하고 일반적으로 가격담합의 경우 수회의 합의 중에 일시적으로 사업자들의 가격인하 등의 조치가 있더라도 사업자들의 명시적인 담합과 의사표시가 있었음이 인정되지 않는 이상 합의가 파기되거나 종료되어 합의가 단절되었다고 보기 어렵다고 하면서도, 이 사건에서는 수회의 입찰담합 중에 1999년도 구매계약 입찰에서 합의에 이르지 못하여 경쟁입찰이 이루어졌고 그 이후 한 달간 있었던 일련의 입찰에서도 계속적으로 경쟁입찰이 이루어졌으므로 이를 일시적인 가격인하의 경우와 같이 볼 수는 없다고 하였다.³³⁾ 나아가 2000년 합의는 1998년 합의와 비교하여 그 내용상 상당한 변화가 있었고, 이처럼 합의 내용이 변한 이유는 종전의 취약했던 합의의 구조를 개선하여 새로운 담합을 시작하려는 취지의 것으로 볼 수 있으므로 1998년의 합의와 2000년 이후의 합의가 단일한 의사에 기하여 동일한 목적을 수행하기 위한 것이었다고 볼 수 없다고 판시하였다.³⁴⁾

32) 공정위 의결 제2012-72호(2012. 5. 4.).

33) 대법원 2015. 2. 12. 선고 2013두6169 판결.

34) 각주 33 판결. 한편 이 사건 원심에서 서울고법은 1999년의 경우에는 합의가 이루어지지 않았다고 판단하면서도, 1998년과 2000년 이후의 각 입찰담합이 경쟁으로 인한 가격하락을 막기 위한 목적에서 이루어졌다는 점, 2000년의 합의도 1998년의 합의에 바탕을 두고 있다는 점 등을 근거로 1998년과 2000년 이후의 합의가 단일한 의사에 기하여 동일한 목적을 수행하기 위한 것으로서 전체적으로 하나의 공동행위를 구성하고 1999년 합의의 불성립에 의하여 단절됨이 없이 계속되었다고 하였다(서울고법 2013. 2. 7. 선고 2012누16529 판결). 또한 동일한 입찰담합 사건에 참여한 다른 사업자가 제기한 행정소송에서 서울고등법원은 수회의 합의 중 명시적인 합의가 성립되지 아니한 기간이 있었다는 사정만으로는 공동행위의 단절을 인정하기 어렵지만, 수회의 입찰담합 중에 실질적인 경쟁입찰이 이루어졌다면 이는 일반적인 거래시장에서 각 사업자가 각자의 독자적인 판단에 따라 담합이 없었더라면 존재하였을 수준으로 가격을 인하하는 행위에 준하는 것으로서 수회의 합의 사이의

또한 보일러 입찰담합 사건에서는 5개 보일러 제조업체가 2005년 6월부터 2009년 7월까지 건설사가 발주하는 가정용 가스보일러 구매입찰에 참여하면서 사전에 공급물량을 예측하여 사업자별로 물량을 분배하고 특관시장에서의 공급가격을 시장가격 수준으로 유지하기로 합의하고 실행한 것이 문제로 되었는데, 이 사건 사실관계를 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

5개 보일러 제조업체들은 2004년 11월 특관 담당 직원들의 모임인 특우회를 결성하고 2005년 6월 그 정기모임에서 특관시장에서의 가스보일러의 공급가격을 시장가격 수준으로 유지하기 위해 대형 건설사가 최저가 입찰방식으로 가스보일러를 구매하기로 예정된 건설현장을 파악하여 사전에 입찰물량을 예측하기로 하고, 그 후 가정용 가스보일러 구매입찰을 대상으로 20% 정도씩 물량을 나누어 낙찰예정자를 정하고 낙찰예정자가 낙찰을 받을 수 있도록 협력하기로 합의하고, 그 기본합의에 따라 2006년 3월부터 2006년 8월까지 13건의 최저가 입찰절차에서 사전에 낙찰예정자를 정하고 입찰가격을 결정하였다. 그런데 가담사업자 중 한 사업자가 2006년 8월 실시된 입찰절차에서 사전에 합의된 입찰가격보다 저가로 입찰에 참가하여 사전에 정해진 낙찰예정자를 따돌리고 자신이 낙찰을 받음과 아울러 특우회를 탈퇴하였고, 그로부터 외부사업자로서 독자적으로 입찰에 참가하여 다른 사업자들보다 낮은 가격으로 계속하여 입찰에 참여하였다. 이에 따라 나머지 4개 사업자들은 자신들이 참여하는 입찰절차에서 현장별로 자신들끼리만 상호 협조하기로 하였다. 그 후 2009년 2월 특우회를 탈퇴하였던 위 사업자가 특우회에 다시 가입하여 이를 포함한 5개 사업자들이 입찰가격 기준과 그 인상 폭을 정하고 건설사별로 낙찰예정자를 정하기로 합의하고, 실제로 2009년 2월부터 2009년 3월까지 실시된 4건의 입찰에서 사전에 낙찰예정자를 정하거나, 서로 저가입찰을 자체할 것을 요청하여 상대방의 동의를 얻거나 상대방의 저가입찰 자체 요청에 협력하였다.³⁵⁾

관련 행정소송에서 서울고등법원은 2006년 8월 가담사업자 중 한 사업자가 1차 기본합의에서 탈퇴할 의사를 밝히자 나머지 사업자들은 종래의 기본합의에서

단절을 인정할 수 있는 특별한 사정이라고 볼 수 있다고 판시하였고(서울고법 2012. 12. 20. 선고 2012누36868 판결), 상고심에서 대법원 역시 이 부분에 관한 별다른 실시 없이 원심의 판단이 정당하다고 판시하였다(대법원 2015. 1. 29. 선고 2014두1819 판결).

35) 공정위 의결 제2014-48호(2014. 3. 11.).

정한 입찰담합을 포기하고 단지 개별적으로 참가하는 입찰절차에서 현장별로 상호 협력하기로 변경함으로써 공동행위의 대상으로서의 경쟁이 실질적으로 제한되는 거래범위가 변경되고 그 후 상당기간 동안의 입찰절차에서 서로 경쟁하였고, 이들 사업자들이 2007년과 2008년에 이루어진 4건의 입찰절차에서 행한 합의는 100여 건의 경쟁입찰이 진행되던 중에 기본원칙의 정립이나 의사의 단일성 및 목적의 동일성 없이 개별적으로 이루어진 것에 불과하므로 당초의 기본합의와 동일성이 없다고 보아야 하며, 그 후 2009년 2월부터 2009년 3월까지 이루어진 4건의 입찰절차에서 사전에 낙찰예정자를 결정하거나 입찰가격을 정하기로 한 합의는 2차 기본합의에 따라 단일한 의사에 기초하여 동일한 목적을 수행하기 위하여 합의한 것으로 보아야 한다고 하였다.³⁶⁾

라. 포괄적 단일 공동행위와 리니언시의 관계

포괄적 단일 공동행위 법리와 공동행위 자진신고자나 조사협조자의 지위 인정의 관계와 관련하여 다음과 같은 쟁점이 제기될 수 있다. 즉, 수회에 걸쳐서 이루어진 일련의 경쟁제한적 합의에 대하여 포괄적 단일 공동행위 법리를 적용하여 이를 전체적으로 하나의 부당한 공동행위로 볼 경우에, 그중 일부의 합의에 가담한 사업자가 자신이 가담한 기간의 공동행위에 관하여 법적 요건을 갖춘 자진신고 또는 조사협조를 하였다면 그 효과가 전체 공동행위에 미치는지, 아니면 자신이 가담한 기간에 대해서만 미쳐서 다른 기간에 대해서는 여전히 다른 사업자가 법령상 요건을 갖추어 자진신고자나 조사협조자의 지위를 획득할 수 있는지의 문제가 제기된다.

위 쟁점과 관련하여 대법원은 합성수지 담합사건에서 공동행위 자진신고자 감면제도의 취지는 부당한 공동행위에 참여한 사업자가 자발적으로 조사에 협조하여 입증자료를 제공한 데 대하여 혜택을 부여함으로써 가담사업자들 간 신뢰를 약화시켜서 부당한 공동행위를 중지 내지 예방하고자 함에 있다고 전제하고, 장기간에 걸쳐 사업자들의 일련의 합의를 전체적으로 하나의 부당한 공동행위로 볼 수 있는 경우에는 이를 입증하는 데 필요한 증거를 최초로 제공한 참여자만이 그 참

36) 서울고법 2015. 7. 24. 선고 2014누55412 판결. 동 판결에 대하여 상고가 제기되었으나 심리불속행 기각되어 확정되었다(대법원 2015. 11. 26. 선고 2015두50054 판결).

여시기와 관계없이 해당 부당한 공동행위 전체에 대하여 법령상 감면요건을 충족한다고 판시한 바 있다.³⁷⁾

또한 위에서 소개한 호남고속철 입찰담합 사건에서도 위 대법원 판시를 그대로 인용하여, 자진신고자 감면제도의 취지에 비추어 볼 때 자진신고자 또는 조사협조자로서 감면대상에 해당하는지 여부 및 감면순위를 판단함에 있어서는 해당 사업자가 부당한 공동행위의 적발가능성에 기여한 정도를 기준으로 하여야 하므로 수회에 걸친 일련의 합의를 전체적으로 하나의 부당한 공동행위로 볼 수 있는 경우에는 가담사업자들 중 부당한 공동행위를 입증하는 데 필요한 증거를 최초로 또는 두 번째로 제공한 사업자만이 그 참여 시기와 관계없이 부당한 공동행위 전체에 대하여 법령상 감면요건에 해당하고, 그 후 다른 참여사업자가 제1 순위 및 제2 순위 조사협조자인 사업자들이 가담하지 않은 기간에 해당하는 공동행위에 대하여 증거자료를 제출하고 조사에 협조했다고 하더라도 그 일부 기간에 대해서만 별도로 조사협조자 지위를 획득한다고 볼 수는 없다고 판시하였다.³⁸⁾

그 밖에 한수원발주 원자력발전소용 전동기 입찰담합 사건에서도 유사한 쟁점이 다루어졌다. 즉, 이 사건에서 2005년 4월경부터 2013년 4월경까지 이루어진 128건의 입찰담합이 전체적으로 하나의 공동행위로 인정되었는데, 공정위는 가담사업자 중 한 사업자가 자진신고를 하기 이전에 이 사건 입찰담합에 관한 검찰의 고발요청을 받고 검찰로부터 자료를 제공받았으나, 검찰은 전체 공동행위 기간 중 일부인 2008년 10월 이후의 행위에 대해서만 고발요청을 하였고 그 이전에 이루어진 입찰에 관해서는 해당 사업자의 입찰내역을 제공하였을 뿐이었다. 관련 행정소송에서 자진신고를 한 위 사업자는 2005년 4월부터 2008년 9월까지의 공동행위에 관해서는 자신이 이를 입증하는 데 필요한 증거를 최초로 제공하였으므로 1순위 자진신고자의 지위를 인정하여야 한다고 주장하였는데, 서울고등법원은 수회에 걸친 일련의 합의가 전체적으로 1개의 부당한 공동행위로 성립하는 경우에 해당 사업자가 공정위가 객관적 입증자료를 확보하지 못한 기간의 공동행위에 대한 자료를 최초로 제출하였더라도 이미 그러한 자료의 취득이 예정되어 있었다면 공정위는 그 자진신고가 없었더라도 2005년부터의 공동행위를 입증할 수 있었다고 보

37) 대법원 2011. 6. 30. 선고 2010두28915 판결.

38) 서울고법 2016. 6. 30. 선고 2015누33617 판결. 동 판결에 대해서 상고가 제기되었으나 심리불속행 기각되어 확정되었다(대법원 2016. 10. 27. 선고 2016두46441 판결).

이므로 조사협조자의 지위를 인정받을 수 없다고 하였다.³⁹⁾

마. 포괄적 단일 공동행위의 일부에만 가담한 사업자의 위반행위의 종기

조달청발주 수중펌프 입찰담합 사건에서 포괄적 단일 공동행위 법리의 적용에 관한 어려운 쟁점이 제기되었다. 즉, 수개의 합의를 전체적으로 하나의 공동행위로 인정할 경우에, 그중 일부의 합의에만 가담한 사업자의 위반행위의 종료 시점을 자신이 직접 가담한 합의의 실행행위가 종료된 시점으로 보아야 할 것인지, 아니면 자신이 직접 가담하지 않은 합의의 실행행위까지 모두 종료되어 전체 공동행위가 종료된 시점으로 보아야 할 것인지의 문제이다. 이는 아래에서 다시 살펴보는 바와 같이 헌법상 소위 '자기책임의 원리'와도 관련된 쟁점이라고 할 수 있다.

위 사건에서 20개 수중펌프 제조업체들이 2005년 2월부터 2009년 3월까지 조달청이 발주하는 32건의 수중펌프 입찰절차에 관하여, 당초에는 낙찰예정자를 사전에 결정하고 나머지 업체는 들러리로 참가하기로 합의하고 이를 실행하다가(소위 '순번제 방식'), 2007년 5월부터는 모의투찰 등을 통하여 낙찰예정자를 사전에 결정하되 낙찰금액과 제조원가와의 차액을 모든 담합 참여자들에게 배분하기로 합의하여 이를 실행한 행위(소위 '이익금 배분제 방식')가 문제로 되었다. 공정위는 이 사건 입찰담합을 전체로서 하나의 공동행위로 인정하고 각 가담사업자들의 위반기간을 산정하면서 그 종기를 모든 가담사업자에 대하여 일률적으로 공정위의 현장조사가 실시된 2009년 5월로 정하였다.⁴⁰⁾

그런데 이 사건 입찰담합에 참여한 사업자 중 하나가 제기한 불복의 소를 심리한 서울고등법원은 이 사건 입찰담합이 전체적으로 하나의 부당한 공동행위를 구성함을 인정하면서도 해당 사업자에 대한 위반행위의 종기는 전체 공동행위가 종료된 시점이 아니라 자신이 직접 가담한 입찰담합의 실행행위가 종료된 시점이라고 판시하였다. 즉, 이 사건의 경우 전체 공동행위에 관한 기본합의가 존재하지 않은 채 2005년 2월 합의에 따른 순번제 방식에 의한 공동행위와, 2007년 5월 합의에 따른 이익금 배분제 방식에 의한 공동행위로 구성되어 있는데, 해당 사업자는 2005년 2월 합의에만 참여하였을 뿐 나머지 합의에는 원천적으로 가담 자체를 하

39) 서울고법 2016. 5. 13. 선고 2015누38148 판결(상소 부제기로 확정됨).

40) 공정위 의결 제2014-5호(2014. 1. 8.).

지 않았으므로 그에 대해서는 전체 공동행위의 종료 시점이 아닌 자신이 가담한 2005년 2월 합의에 따른 실행행위가 최종적으로 종료된 때에 공동행위가 종료되었다고 봄이 타당하다고 하면서 처분시효가 만료되었다고 하였다.⁴¹⁾ 위 법원은 이러한 판시의 근거에 관하여 만일 이론적으로 수개의 합의에 따른 일련의 행위가 1개의 부당한 공동행위로 인정될 수 있다는 이유만으로 기본합의의 존재가 증명되지 않은 상태에서 자신이 가담하지도 않은 2007년 5월 합의에 따른 실행행위의 종료 시점까지 행위 가담의 책임을 지운다면, 자신의 책임과 무관하게 공동행위의 종기가 장기간에 걸쳐 연장될 수 있는 불합리한 결과가 초래된다고 부연하였다.⁴²⁾

III. EU 경쟁법상 계속적 단일 위반행위 법리

1. 계속적 단일 위반행위 법리의 근거 및 취지

EU 경쟁법상 통용되고 있는 소위 '계속적 단일 위반행위 법리'(single and continuous infringement doctrine) 역시 법령상 명확한 근거 없이 경쟁당국인 EU 집행위원회(이하 '집행위'라 한다)의 법 집행과정에서 고안되었고 EU 법원이 이를 수용함으로써 형성·발전된 법리라고 할 수 있다.⁴³⁾ 다만 'EU 기능조약 제101조 및 제102조의 경쟁법 규정의 집행에 관한 규칙'(Council Regulation No 1/2003 on the implementation of the rules on competition laid down in Article 101 and 102 of the TFEU) 제25조는 집행위의 정보제공 요구에 응하지 않는 행위나 경쟁법 규정 위반행위에 대하여 내릴 수 있는 과징금 납부명령의 처분시효를 각각 3년 및 5년으로 정하면서, 그 기간은 법 위반행위를 저지른 날(the day on which the infringement is committed)부터 기산하되, '계속적'(continuous) 또는 '반복적'(repeated) 위반행위의 경우에는 법 위반행위가 종료한 날(the day on which the infringement

41) 서울고법 2016. 6. 29. 선고 2014누43020 판결.

42) 각주 41 판결. 동 판결에 대하여 상고가 제기되었으나 심리불속행 기각되어 확정되었다(대법원 2016. 11. 25. 선고 2061두47543 판결). 한편 동일한 입찰담합에 참여한 다른 사업자가 제기한 다수의 행정소송 사건에서는 위 쟁점이 명시적으로 다루어지지 않은 채 원고 패소판결이 내려졌는데(서울고법 2015. 9. 17. 선고 2014누2197, 2014누4100, 2014누2043 판결), 이 중 서울고법 2015. 9. 17. 선고 2014누2197 판결에 대해서는 상고가 제기되었으나 심리불속행 기각되었고(대법원 2016. 2. 3. 선고 2015누54117 판결), 다른 판결에 대해서는 상고가 제기되지 않아서 확정되었다.

43) David Bailey, "Single, Overall Agreement in EU Competition Law", 47 Common Market Law Review 473 (2010).

ceases)부터 기산한다고 규정하고 있는데, 동 규정이 EU 법령상 찾을 수 있는 계속적 단일 위반행위 법리의 유일한 근거라고 설명하기도 한다.⁴⁴⁾

EU 경쟁법상 계속적 단일 위반행위의 개념이 최초로 등장한 것은 집행위가 1986년에 Polypropylene 사건에서 내린 결정⁴⁵⁾이라고 알려졌고, 이 결정에 대하여 제기된 불복의 소 중 하나인 Commission v. Anic 사건⁴⁶⁾에서 구 EU 제1심법원과 유럽사법재판소가 처음으로 계속적 단일 위반행위 법리를 수용하였다. 이 사건에서는 15개 석유화학제품 생산자들이 1977년부터 1982년까지 유럽에서 폴리프로필렌 가격을 조정하기 위해 다수의 비공식 접촉 및 회합을 가지고 목표가격과 물량배분에 합의한 것이 문제로 되었는데, 집행위는 이들 일련의 합의를 별개의 법 위반으로 다루지 않고 공통의 목적을 가지는 하나의 위반행위로 간주하였다.

위 사건에서 구 EU 제1심법원은 문제의 행위들은 해당 사업자들이 단일한 경제적 목적을 달성하기 위하여-폴리프로필렌 시장에서 가격의 정상적인 움직임을 왜곡시키기 위하여-취한 일련의 조치의 일부이므로 이를 다수의 별개의 위반행위로 다룸으로써 단일한 목적을 가진 계속적 행위를 분할하는 것은 인위적이라고 하였고,⁴⁷⁾ 유럽사법재판소 역시 이를 수용하면서 개별적으로 법 위반에 해당하거나 해당하지 않을 수도 있는 다수의 행위들이 특정한 상황에서는 전체적으로 계속적 단일 위반행위의 증거로 인정될 수 있다고 하였다.⁴⁸⁾

EU 법원이 뚜렷한 법적 근거가 없음에도 불구하고 계속적 단일 위반행위 법리를 수용한 가장 중요한 근거는 리니언시(Leniency) 제도나 카르텔사건 합의제도(Cartel Settlement Procedure)와 마찬가지로 경쟁법 집행상 은밀하게 이루어지는 속성을 가진 카르텔의 존재를 입증해야 하는 경쟁당국의 현실적 부담에 대한 정책적 고려라고 할 수 있다.⁴⁹⁾ 즉, 카르텔에 대한 실제 법 집행 실무에 비추어 볼 때, 통상적으로 카르텔은 시간이 경과함에 따라 지속적으로 변화하게 된다. 즉, 시간

44) David Riley, "Revisiting the Single and Continuous Infringement of Article 101: The Significance of Anic in a New Era of Cartel Detection and Analysis", *World Competition* 37, No. 3 (2014), 294.

45) AT.31149 Polypropylene (1986).

46) Case T-1/89, Rhone-Poulenc v. Commission, (1991) ECR II-867; Case C-49/92 P, Commission v. Anic Partecipazioni, (1999) ECR I-4125.

47) Case T-1/89, Rhone-Poulenc v. Commission, (1991) ECR II-867.

48) Case C-49/92 P, Commission v. Anic Partecipazioni, (1999) ECR I-4125.

49) David Riley, "Revisiting the Single and Continuous Infringement of Article 101: The Significance of Anic in a New Era of Cartel Detection and Analysis", *World Competition* 37, No. 3 (2014), 294.

이 지남에 따라 반드시 새로운 합의가 이루어졌다고 볼 수 없음에도 불구하고 일부 사업자가 새로 참여하기도 하고 반대로 이탈하기도 함으로써 카르텔의 구성이 변화하고, 경쟁제한적 행위의 종류와 수, 또는 그 지리적 범위가 변화하기도 하는데, 이런 경우에 각각의 사업자가 각 카르텔 행위에 참여하였음을 입증하여 각 행위를 별개의 법 위반행위로 다루어야 한다면 경쟁법상 카르텔 금지를 효과적으로 집행하는 것이 불가능할 것이다.⁵⁰⁾

2. EU 판례상 계속적 단일 위반행위 법리의 내용

EU 법원은 일련의 판결례를 통하여 계속적 단일 위반행위 법리를 발전시켜나갔는데, 아래에서 먼저 종래의 대체적인 판례상 계속적 단일 위반행위로 인정할 수 있는 요건을 살펴보고, 그와 같은 요건을 충족하여 계속적 단일 위반행위로 인정될 경우에 발생시키는 법적 효과를 설명하기로 한다.⁵¹⁾ EU 법원은 계속적 단일 위반행위로 인정하기 위해 충족되어야 할 요건으로서 대체로 다음의 세 가지를 제시하였다. (1) 개개의 행동이 공통의 단일한 경쟁제한적 목적(common objective)을 가질 것(그러한 공통의 목적은 시간이 경과함에 따라 변화될 수 있음), (2) 각 사업자의 행동이 그러한 공통의 목적에 기여할 것, (3) 각 가담사업자가 다른 가담사업자의 위반행위를 인지하였거나 합리적으로 판단할 때 예측하거나 인지할 수 있었음에도 그 위험을 감수하였을 것 등이다.⁵²⁾

그런데 위 요건들이 충족되었는지 여부를 판단하는 구체적인 기준은 성질상 고도로 각 사안의 사실관계에 의존할 수밖에 없는데, 법리적으로 특히 논란이 되었던 사항들을 중심으로 간략히 설명하면 다음과 같다. 먼저, 첫째 요건과 관련하여

50) David Bailey, "Single, Overall Agreement in EU Competition Law", 47 Common Market Law Review 475-476 (2010).

51) 참고로 EU 경쟁법상 계속적 단일 위반행위 법리는 반드시 EU 기능조약 제101조가 금지하는 경쟁제한적 합의나 동조적 행위에만 적용되는 것은 아니고 동 조약 제102조가 금지하는 시장지배적 지위의 남용 금지에도 적용되는데, 이 경우 통상 '계속적 단일 남용행위'라고 부른다(Peter Alexiadis 외 2인, "Raising the EU evidentiary bar for the 'single and continuous infringement' doctrine", Concurrency No. 4-2016, 3). 그러나 아래에서는 이 글의 논지에 비추어 동 법리가 EU 기능조약 제101조 위반행위에 적용되는 경우를 전제로 서술하기로 한다.

52) David Riley, "Revisiting the Single and Continuous Infringement of Article 101: The Significance of Anic in a New Era of Cartel Detection and Analysis", World Competition 37, No. 3 (2014), 298; Peter Alexiadis 외 2인, "Raising the EU evidentiary bar for the 'single and continuous infringement' doctrine", Concurrency No. 4-2016, 4.

EU 일반법원은 2013년 Masco Corp. and Others v. Commission 사건에서 계속적 단일 위반행위로 간주한 집행위의 결정을 유지하면서 공통의 단일한 목적의 존재 여부를 판단함에 있어서 고려할 요소로서 다음의 10가지를 제시하였다. (1) 위반행위의 여러 요소에 걸쳐서 공통적으로 참여한 중심적 사업자군의 존재, (2) 문제로 된 여러 상품을 포괄하는 사업자단체, (3) 공통의 고객기반, (4) 사업자 간 조정수단의 공통적 속성, (5) 카르텔의 정상적 기능을 보조하는 유사한 경쟁제한적 행위의 존재, (6) 회원국 간 특정 상품가격의 인상과 시장조건의 연계성, (7) 회원국 간 상당한 거래량, (8) 문제로 된 상품 종류 간 존재하는 객관적 연계성, (9) 일부 구성원이 이탈한 이후에도 반복적으로 동일한 유형을 보이는 가격조정의 안정성, (10) 그중 다수가 둘 이상의 상품에 대하여 책임을 질뿐만 아니라 가담사업자들 사이에서 전직을 한 사정 등 관련 개인들의 이동성과 책임의 범위 등이다.⁵³⁾

또한 공통의 단일한 목적 요건과 관련하여 특히 그 공통의 목적이 어느 정도로 구체적이어야 하는지가 다투어졌다. 이와 관련하여 BASF AG and UCB SA v. Commission 사건에서 구 EU 제1심법원은 경쟁에 대하여 부정적 영향을 미치는 것은 EU 기능조약 제101조 제1항을 위반하는 모든 행위가 충족시켜야 할 구성요건에 해당하므로 단지 일반적으로 시장에서의 경쟁을 왜곡하는 것임을 제시하는 것만으로는 ‘공통의 단일한 목적’이라는 개념에 미치지 못한다고 하였다.⁵⁴⁾

둘째 요건은 각 사업자들이 적어도 문제로 된 계속적 위반행위의 일부분에 참여하여야 된다는 것인데, 그 행위가 EU 기능조약 제101조 제1항이 행위 형식으로 규정하고 있는 ‘합의’(agreement) 또는 ‘동조적 행위’(concerted practise)에 해당하여야 한다.⁵⁵⁾ 이 경우에 설령 일부 사업자의 참여행위가 그 자체로서 위 조약 규정의 위반에 해당함이 입증되지 않더라도 다른 사업자의 위반행위와 함께 전체적으로 동일한 경쟁제한적 목적을 추구하였다면 족하고, 위반행위에 대한 참여가 단절되거나 종료됨이 없이 계속되어야 하며, 가담사업자의 수나 동일성 및 성격이 변하더라도 상관없고 반드시 서로 경쟁자일 필요도 없다.⁵⁶⁾

53) Case T-378/10, (2013) ECLI:EU:T:2013:469.

54) Joined Cases T-101/05 and 11/05, (2007) ECR II-4949.

55) David Bailey, “Single, Overall Agreement in EU Competition Law”, 47 Common Market Law Review 486 (2010).

56) Id. at 486~489.

공정거래법상 소위 '포괄적 단일 공동행위' 법리에 관한 연구
- EU 경쟁법상 '계속적 단일 위반행위' 법리와의 비교를 중심으로

실무적으로 위반행위에 대한 참여가 중도에 단절되지 않고 계속되었는지 여부가 많이 다투어졌는데, 이는 결국 사안에 따라서 구체적·개별적으로 결정할 수밖에 없는 쟁점으로서 시간이 경과함에 따라 카르텔에 참가하는 사업자들과 그 수 또는 카르텔 행위의 강도가 변하거나,⁵⁷⁾ 또는 집행위가 입증한 일련의 행위가 진행되는 도중에 일정한 공백(gaps)이 존재하더라도 반드시 단절되었음을 의미하는 것은 아니다.⁵⁸⁾ 예컨대, 카르텔이 진행되는 도중에 시장상황이 호전되어 가격이 상승하여 담합의 필요가 감소함에 따라 사업자 간 접촉이 일시적으로 감소하거나 중지되더라도 반드시 담합이 단절되었다고 보아야 하는 것은 아니다. 예컨대, 유럽사법재판소는 수년 동안 지속된 카르텔이 문제로 된 사건에서 수개월 동안 아무런 활동이 없었던 경우에도 단절을 인정하지 않았고,⁵⁹⁾ EU 일반법원은 *Marine Hoses* 담합 사건에서 카르텔이 진행되던 중 18개월 동안 가담사업자 간 아무런 경쟁제한적 접촉이 존재하지 않은 경우에 참여행위의 단절을 인정하였다.⁶⁰⁾

참고로 EU 일반법원은 종전에 일부 판결례에서 각 가담사업자들의 행위가 공통의 목적에 기여할 뿐만 아니라 이들 행위가 상호보완적이어야 한다는 취지의 판시를 내리면서 이에 대한 입증이 결여되었다는 이유로 집행위의 결정을 취소한 바 있는데,⁶¹⁾ 유럽사법재판소는 *Gas insulation switchgear* 담합 사건에서 각 가담사업자의 행위가 공통의 목적을 달성하기 위해 기여함으로써 법 위반행위를 구성하는 전체적인 계획의 일부분에 해당하면 족하고 상호보완성을 갖출 필요는 없다고 하였다.⁶²⁾

셋째 요건은 각 가담사업자가 자신이 전체적인 위반행위에 가담하고 있다는 사실 즉, 자신 이외에 공통의 목적에 기여하는 다른 가담사업자의 위반행위가 존재함을 인지하였거나 합리적으로 인지할 수 있어야 한다는 것인데, 이와 같은 의도

57) Rose & Bailey (eds.), *Bellamy & Child European Union Law of Competition* (7th ed. 2013), Oxford University Press, p. 129.

58) Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition* (2d ed. 2007), Oxford University Press, p. 968.

59) Case C-204/00 P, *Aalborg Portland v. Commission*, (2004) ECR I-123.

60) *Joined cases T-147/09 and T-148/09, Trelleborg Industrie SAS and Trelleborg AB v. Commission*, (2013) ECLI:EU:T:2013:259.

61) Case T-410/09, *Almamet v. Commission*, (2012) ECLI:EU:T:2012:676; *Joined Cases T-101/05 and 11/05, BASF AG and UCB SA v. Commission*, (2007) ECR II-4949 등.

62) *Joined Cases C-239/11 P, C-489/11 P and C-498/11 P, Siemens, Mitsubishi and Toshiba v. Commission*, (2013) ECLI:EU:C:2013:866.

는 반드시 주관적인 것이 아니라 객관적 행위로부터 추정될 수 있다. 이와 관련하여 특히 문제로 되는 것은 사업자가 다른 가담사업자의 카르텔 행위가 지속되는 동안에 카르텔로부터 탈퇴하여 그 이후에 이루어진 다른 사업자의 행위에 대한 책임을 면하기 위해서는 다른 특별한 사정이 없는 한 자신의 카르텔 탈퇴의사를 카르텔에 잔존하는 다른 사업자들에게 대하여 의심의 여지없이 명확한 방법으로 공개적으로 표시함으로써(public distancing) 이들에 대하여 자신은 더 이상 공동의 목적을 추구하지 않음을 인식시켜야 한다.⁶³⁾ 종래 EU 법원은 이러한 탈퇴 여부의 판단에 매우 엄격한 기준을 적용하여왔는데, 예컨대 구 EU 제1심법원은 사업자가 더 이상 회합에 참석하지 않는 것만으로는 확정적이고 명확한 부동의 의사를 표시하는 것이 아니므로 공개적 표시에 해당하지 않는다고 하였다.⁶⁴⁾

위와 같은 요건을 충족하여 오랜 기간 지속된 수개의 합의가 계속적 단일 위반행위로 인정될 경우에는 카르텔 행위에 대한 법 집행상 다음과 같은 법적 효과를 낳게 된다. 먼저, 문제로 된 각 사업자의 행위가 EU 기능조약 제101조를 위반하는 경쟁제한적 합의 등에 해당하는지에 대한 입증부담이 상대적으로 감경된다. 즉, 수개의 합의를 각각 별개의 위반행위로 다루지 않고 전체적으로 하나의 위반행위로 다루게 되므로 집행위는 각 사업자가 개개의 합의에 가담하였고 이들 합의가 각각 별도로 법 위반에 해당한다는 점을 상세하게 입증할 필요 없이 각 사업자의 행위가 전체적으로 하나의 공동행위를 구성하여 운영되었음을 입증하면 된다.⁶⁵⁾

또한 계속적 단일 위반행위로 인정될 경우에 각 가담사업자는 자신의 참여행위 뿐만 아니라 다른 가담사업자들의 행위를 포함한 전체 위반행위에 대해서도 법 위반의 책임을 지게 되고, 전체 위반행위 중 일부에 대해서만 직접 참여하였다는 사실은 제재의 수준을 결정함에 있어서 고려될 뿐이다.⁶⁶⁾ 따라서 수개의 합의를 전체적

63) Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition* (2d ed. 2007), Oxford University Press, p. 969.

64) Case T-303/02, *Westfalen Gassen Nederland v. Commission*, (2006) ECR II-04567.

65) David Bailey, "Single, Overall Agreement in EU Competition Law", 47 *Common Market Law Review* 478 (2010).

66) 다만 EU 과징금 산정지침(Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No. 1/2003)에 따르면 법 위반행위에 대한 과징금액을 산정함에 있어서는 법 위반행위로 인하여 영향을 받은 각 사업자의 관련 매출액(relevant turnover)을 기준으로 하므로, 예컨대 둘 이상의 상품에 대한 경쟁제한적 합의가 전체적으로 하나의 위반행위로 인정된 경우에도 당해 사업자가 위반행위 기간 중 공급하지 않는 상품에 관하여 다른 사업자들이 경쟁제한적 합의를 하였다는 이유로 당해 사업자의 과징금액 산정의 기초가 되는 관련 매출액이 높게 산정될 여지는 없다.

으로 하나의 위반행위로 다룰 경우에는 이에 대한 과징금 역시 각각의 합의에 대하여 부과하는 것이 아니라 위반행위 전체에 대하여 1회 부과될 뿐이고, 더 이상 과징금을 부과할 수 없는 5년의 처분시효 만료 여부를 판단함에 있어서도 각 합의에 따른 실행행위의 종료 시점이 아니라 전체 위반행위가 종료된 시점을 기준으로 판단하게 되므로 카르텔에 참여한 사업자의 법적 지위에 매우 큰 영향을 미친다.⁶⁷⁾

그 밖에도 수개의 경쟁제한적 합의를 전체적으로 하나의 위반행위로 볼 것인지, 아니면 각각 별개의 위반행위로 볼 것인지에 따라서, 전자의 경우에는 하나의 전체 합의에 대하여 1순위 자진신고 또는 조사협조에 따른 과징금 면제 여부를 결정하고 후자의 경우에는 각각의 합의별로 요건을 충족시키는지 여부를 따져서 결정한다. 또한 집행위가 법 위반행위 중지명령 등의 시정명령을 내릴 경우에, 설령 계속적 단일 위반행위에 참여한 특정한 사업자가 시정명령을 내릴 시점에 더 이상 해당 사업을 영위하지 않는다고 하더라도 전체 위반행위를 종료시키기 위해서 필요하다면 시정명령을 부과할 수 있다.⁶⁸⁾

3. 계속적 단일 위반행위 법리에 대한 논란 및 최근 판례의 경향

계속적 단일 위반행위 법리는 위에서 살펴본 바와 같이 경쟁당국인 집행위의 입장에서는 경쟁법 집행상 상당한 효과성과 편리성을 가져다줄 수 있는 것이 사실이지만 법 집행의 대상이 되는 사업자들은 점차 집행위가 이 법리를 지나치게 확장적으로 적용함으로써 EU 법상 무죄추정의 원칙이나 자기책임의 원칙과 같은 기본적인 권리를 침해할 우려가 있고 경쟁법 사건처리절차상 경쟁당국의 입증책임을 부담하게 면해주고 피심인의 방어권을 충분히 보장하지 못한다는 비판을 제기하였다.

먼저, Polypropylene 사건에서 사업자들은 계속적 단일 위반행위 법리가 적용될 경우에 각 피심인에 관한 개별적인 증거분석이 이루어지지 않으므로 이들의 방어권을 침해할 우려가 있다고 주장하였다. 그러나 유럽사법재판소는 집행위가 사건처리절차상 피심인의 방어권을 존중하여야 함은 당연하다고 전제하고, 위 법리가 적용된 경우에도 피심인은 여전히 전체 위반행위에 대한 자신의 참여 사실을

67) Id. at 479~480.

68) Id. at 481~482.

다룰 수 있을 뿐만 아니라, 공통의 목적이나 다른 가담사업자의 행위에 대한 인지 사실 또는 인지가능성을 다룰 수 있다고 하였다.⁶⁹⁾

또한 계속적 단일 위반행위 법리를 적용할 경우 자신이 아닌 다른 가담사업자가 행한 위반행위에 대해서도 책임을 지우게 되므로 이는 소위 '집단적 책임'(collective responsibility)에 해당하는 것으로서 자기책임의 원칙에 반하여 허용되지 않는다는 주장이 꾸준히 제기되었다. 이에 대하여 EU 법원들은 EU 기능조약 제101조의 위반 책임은 성질상 개별 사업자에 부과하는 책임으로서 각 사업자는 자신이 행한 위반행위에 대해서만 책임을 진다는 자기책임의 원칙을 확인하면서도, 사업자는 자신의 행위와 다른 사업자의 행위가 모두 경쟁을 제한하는 전체 계획의 부분을 구성하는 경우에는 자신의 행위에 대해서뿐만 아니라 다른 사업자의 행위에 대해서도 책임을 질 수 있으며, 그 전체 카르텔의 일정한 부분에 대하여 덜 적극적이었거나 심지어는 직접 가담하지 않았다고 하더라도 책임을 면할 수 없다고 하였다.⁷⁰⁾

그 밖에 시멘트담합 사건 등에서 사업자들은 계속적 단일 위반행위 법리를 적용하는 것은 법 위반행위의 존재를 입증해야 할 집행위의 입증부담을 사실상 사업자 측에 전가하는 것으로서 무죄추정의 원칙에 반하고 오히려 유죄의 추정을 하는 것과 마찬가지로 주장하였다.⁷¹⁾ 이에 대하여 EU 일반법원은 Pre-insulated Pipes 사건에서 계속적 단일 위반행위 법리를 적용할 때 특히 집행위가 위반행위 결정을 내린 근거로서 보유한 증거의 정도를 고려해야 한다고 하였는데, 이와 관련하여 이러한 종류의 경쟁법 사건은 실제적으로 형사사건으로서의 성질을 가지므로 높은 수준의 입증이 요구된다는 점을 중요하게 고려해야 하고, 다른 한편으로 정황 증거의 중요성과 가치를 평가절하해서는 안 된다고 하였다.⁷²⁾ 즉, 계속적 단일 위반행위 법리가 적용된 경우에 위에서 설명한 요건들을 충족한다는 것은 여전히 집행위가 입증하여야 함을 명확하게 함과 동시에, 은밀하게 이루어지는 카르텔 행위의 성질에 비추어 볼 때 부득이 직접증거가 아닌 정황증거에 크게 의존할 수밖에 없음을 인정하는 태도라고 할 수 있다.

69) Case C-49/92 P, Commission v. Anic Partecipazioni, (1999) ECR I-4125.

70) David Bailey, "Single, Overall Agreement in EU Competition Law", 47 Common Market Law Review 484-485 (2010).

71) Joined Cases T-25/95 etc., Cimenteries CBR v. Commission, (2000) ECR II-491.

72) Case T-9/99, HFB v. Commission, (2002) ECR II-1487.

위에서 설명한 바와 같이 종래 EU 법원은 집행위의 계속적 단일 위반행위 법리의 적용에 대하여 상당한 비판이 제기되었음에도 불구하고 카르텔 사건에서 집행위가 겪는 입증상 어려움을 고려하여 비교적 수용적인 태도를 보였으나, 다른 한편으로 집행위가 동 법리를 지나치게 광범위하게 적용하는 것을 우려하여 점차 그 요건 중 특히 인지사실 또는 합리적 인지가능성 요건의 충족 여부에 관하여 엄격한 기준을 적용하는 경향을 보이고 있다. 예컨대, 차량용 유리담합 사건에서 집행위는 Soliver사를 포함한 차량용 유리 제조업체들이 계속적 단일 위반행위를 범하였다고 판단하였는데, 동 사업자는 문제로 된 카르텔의 핵심 구성원이 아니었다.⁷³⁾ 위 사업자가 제기한 불복의 소를 심리한 EU 일반법원은 동 사업자는 가장 중요한 두 차례의 회합에 참석하지 않았고 집행위가 제시한 증거에 비추어 볼 때 동 사업자가 전체 카르텔을 인지하고 있었음이 입증되지 않는다는 등의 이유로 집행위의 결정 중 동 사업자의 계속적 단일 위반행위에 대한 책임 부분을 취소하였다.⁷⁴⁾

또한 TV용 튜브(CPT) 및 컴퓨터 모니터용 튜브(CDT) 담합 사건에서 계속적 단일 위반행위 법리를 적용한 집행위의 결정⁷⁵⁾에 대하여, 카르텔 가담사업자 중 하나인 Toshiba가 제기한 불복의 소를 심리한 EU 일반법원은 다시 동 사업자의 전체 카르텔에 대한 인지사실 또는 합리적 예측가능성에 대한 입증이 부족하다는 이유로 이 부분에 관한 집행위의 결정을 취소하였다. 집행위는 이 사건에서 문제로 된 CPT 관련 카르텔 행위와 CDT 관련 카르텔 행위에 대하여 계속적 단일 위반행위 법리를 적용하여 양자를 포괄하는 CRT(cathode ray tube) 카르텔로 다루었는데, Toshiba는 그중 CPT에 관한 카르텔 행위에만 참여하였다. EU 일반법원은 집행위가 제시한 위 사업자가 참석한 각종 회합 관련 증거에 비추어 볼 때, 동 사업자가 자신이 참여하지 않은 CPT 관련 카르텔의 존재를 인지하고, 이를 공통 목적으로 하여 이에 기여하고자 의도하였음이 충분히 입증되지 않는다고 하였다.⁷⁶⁾

73) Case Comp/39,125-Carglass.

74) Case T-68/09, Soliver NV v. Commission, (2014) ECLI:EU:T:2014:867.

75) Case Comp/39,437-TV and Computer.

76) Case T-104/13, Toshiba Corp. v. Commission, (2015) ECLI:EU:T:2105:610. 동 판결의 내용과 의미에 대해서는 Jacquelyn MacLennan & Aqeel Kadri, "Toshiba v. Commission-How (Not) To Prove Awareness, and Decisively Influence People", Competition Policy International, August 2016(1) (<http://www.competitionpolicyinternational.com>) 참고.

IV. 양자의 비교 및 시사점

1. 양자의 비교

먼저, 공정거래법상 포괄적 단일 공동행위 법리와 EU 경쟁법상 계속적 단일 위반행위 법리는 양자 모두 법령상 명시적 근거가 없음에도 불구하고 경쟁당국과 법원이 실제 경쟁법 사건에서 봉착하게 되는 문제를 해결하기 위하여 고안·발전시킨 법리라는 공통점을 가진다. 즉, 양자는 모두 경성카르텔과 같은 경쟁법 위반행위가 가지는 특성, 즉 흔히 가담사업자들이 시간이 경과함에 따라 나타나는 시장상황의 변화에 대응하여 참여자의 수와 구성, 합의의 구체적 내용, 합의된 바를 실행하기 위한 구체적인 수단 등을 변화시켜가면서 당초에 의도한 경쟁제한적 효과를 발생시키는데, 정작 경쟁당국이 이러한 행위에 대하여 개개의 행위별로 충분한 증거를 수집하여 각 행위가 법 위반임을 입증하고 그에 따라 제재수준을 결정하는 것은 극도로 곤란하다는 점을 고려하여, 이러한 속성을 가지는 행위에 대한 효과적인 경쟁법 집행을 위해서 이들 수개의 행위를 개별적으로 다룰 것이 아니라 전체적으로 하나의 행위로 보아 법 위반 여부를 판단하고 그에 대한 제재를 부과하고자 하는 것이다. 실제로 위와 같은 속성을 가지는 행위들을 분리하여 각각의 법 위반 여부를 판단하고 과징금 등을 산정하여 부과한다면, 이는 오히려 문제로 된 행위의 본질에 부합하지 않을 뿐만 아니라, 결과적으로 경쟁당국의 소중한 법 집행자원을 무의미하게 소모하게 하거나 과소규제를 초래할 우려가 있다.

또한 양 법리는 그 효과라는 측면에서도 사실상 동일한데, 위에서 설명한 바와 같이 이들 법리가 적용되면 개개의 법 위반사실에 대한 경쟁당국의 입증책임이 사실상 경감되고, 과징금 역시 전체 위반행위에 대해서 1회 부과되므로 과징금액 산정의 기준이 되는 위반기간의 종기(終期)나 처분시효의 만료 여부나 법 개정이 이루어진 경우에 그 적용 여부 역시 통상적으로 최종 위반행위가 종료한 시점을 기준으로 결정된다.

양 법리가 사실상 동일한 취지와 효과를 가진다는 점은 특히 경성카르텔을 비롯한 경쟁법 위반행위에 대한 법 집행의 전지구화(globalization)와 국제적 수렴현상에 비추어 볼 때, 자연스러운 것으로 이해할 수 있다. 근래 경성카르텔을 비롯한 중요한 경쟁법 위반행위의 내용이나 효과의 범위가 국경을 넘어서 국제적 또는 전

지구적 차원으로 확대되는 경우를 쉽게 볼 수 있는데, 이에 따라 각국 경쟁당국의 경쟁법 집행 역시 전 지구적으로 확대되고 있고 이와 관련된 법리 역시 국제적 수렴현상이 현저하다.

다만 양 법리는 각 법리가 적용되기 위한 요건이라는 측면에서 다소의 차이점을 보여준다. 즉, 공정거래법상 포괄적 단일 공동행위 법리를 적용하기 위해서는 '단일한 의사에 기한 동일한 목적'이 존재하고 단절됨이 없이 실행될 것을 요구할 뿐이지만, EU 경쟁법상 계속적 단일 위반행위로 인정하기 위해서는 '공통의 단일한 경쟁제한적 목적'뿐만 아니라, 추가적으로 각 사업자의 참여행위가 그 공통의 목적에 기여하여야 하고('공통의 목적에 대한 기여'), 각 사업자가 다른 가담사업자가 수행하는 위반행위를 인지하였거나 합리적으로 예측할 수 있어야 할 것('인지사실 또는 합리적 예측가능성')을 요구한다. 계속적 단일 공동행위로 인정하기 위하여 추가적으로 요구되는 두 가지 요건 중 공통의 목적에 대한 기여는 많은 사안에서 쉽게 인정될 것으로 보이지만, 그 밖에 다른 사업자의 위반행위에 대한 인지사실 또는 합리적 예측가능성 요건은 아래에서 다시 설명하는 바와 같이 법리적 측면에서나 실제 법 집행의 측면에서 중요한 차이를 낳는다고 할 수 있다.

그 밖에 이미 언급한 바와 같이 EU 경쟁법상 계속적 단일 위반행위 법리는 EU 기능조약 제101조가 금지하는 경쟁제한적 합의 등뿐만 아니라 동 조약 제102조가 금지하는 시장지배적 지위의 남용행위에도 적용되는데 반하여, 현재까지 우리나라 공정위와 법원이 공정거래법 제19조가 금지하는 부당한 공동행위가 아닌 다른 종류의 위반행위가 문제로 된 사건에서 명시적으로 수개의 위반행위를 전체적으로 하나의 위반행위로 간주한 사례는 찾아볼 수 없다. 그러나 향후에 우리나라에서도 공동행위 사건 이외에 시장지배적 지위의 남용행위와 같은 공정거래법 위반행위가 문제로 된 사건에서 그와 같은 법리의 적용이 필요하다면, EU의 경우와 마찬가지로 포괄적 단일 공동행위 법리 또는 그와 유사한 법리를 확장하여 적용하지 못할 이유가 없다고 생각된다.

2. 판례상 포괄적 단일 공동행위 법리의 평가

공정거래법상 포괄적 단일 공동행위 법리는 위에서 살펴본 바와 같이 경쟁법 집행정책적 측면에서 충분히 정당성을 인정할 수 있다. 다만 EU 경쟁법상 계속적 단

일 위반행위 법리와 비교해 볼 때, 위에서 언급한 ‘인지사실 또는 합리적 예측가능성’ 요건의 부재 이외에도, 상대적으로 충분한 사례가 축적되지 못하여 구체적인 사안에서 제기된 세부적인 쟁점에 관한 체계적인 법리의 형성이라는 측면에서 다소 미흡하고, 구체적인 사안에 위 법리를 적용함에 있어서 일관성이 결여된 것으로 볼 수 있는 판결례도 찾아볼 수 있다.

‘인지사실 또는 합리적 예측가능성’ 요건에 관해서는 아래 시사점 부분에서 서술하기로 하고, 그동안 포괄적 단일 공동행위 법리가 적용된 판결례를 평가해보기로 한다. 우선, 법원이 일련의 판결례를 통하여 기본합의의 존재와 무관하게 단일한 의사에 기하여 동일한 목적을 수행하기 위한 수개의 합의가 단절됨이 없이 계속 실행된 경우에 이를 전체적으로 하나의 공동행위로 본 것은 매우 타당하다. 즉, 기본합의가 존재하지 않는 경우에도 포괄적 단일 공동행위 법리를 적용할 필요성은 동일하게 인정될 뿐만 아니라, 실제로 장기간 밀접한 관련을 가지는 수개의 합의가 이루어진 카르텔 사건을 조사하여 법 위반임을 입증하여야 하는 경쟁당국의 입장에서는 오히려 기본합의가 없는 경우에 이들 수회의 합의가 동일한 목적을 수행하기 위한 것임을 입증하는 것이 곤란할 것이므로 실제로 포괄적 단일 공동행위 법리로부터 기대하는 효과를 충분히 거두기 위해서는 기본합의를 요구하지 말아야 할 것이다.

또한 수개의 합의를 전체적으로 하나의 공동행위로 다루기 위해서는 중도에 단절이 됨이 없어야 하고, 만일 단절되었다면 그 이전과 이후의 공동행위는 별개로 다루어야 함은 당연하다. 문제는 구체적으로 단절되었는지 여부를 판단하는 기준인데, 이는 반드시 포괄적 단일 공동행위 법리가 적용된 사건에서만 문제로 되는 것은 아니고 별개의 공동행위로 다루어지는 사건에서도 동일하게 문제로 된다. 법원은 우선, 통상적인 가격담합과 같이 그 실행행위가 일정 기간 지속되는 합의의 경우에 계속적 단일 공동행위의 단절 여부에 대하여 종래의 확립된 판례가 일반적으로 공동행위의 탈퇴 또는 파기 여부를 판단하는 기준으로 제시한 바를 그대로 적용하였는데(II. 3. 나. 참고), 이는 별개의 공동행위인지, 아니면 포괄적 단일 공동행위인지에 따라서 차별적 기준을 적용할 필요가 없으므로 타당한 태도라고 판단된다.

그런데 상호 밀접하게 관련된 수회의 입찰담합을 전체적으로 하나의 공동행위

로 볼 수 있을 경우에, 도중에 가담사업자들 사이에 일부 경쟁입찰이 이루어진 것을 근거로 전체 공동행위가 단절된 것으로 인정하여야 하는지에 관한 대법원의 판시는 법리적으로 타당성을 인정하기 어렵다. 위에서 소개한 한전구매 전력선 입찰담합 사건에서 대법원은 1998년도부터 2006년도까지 한전이 매년 실시한 전력선 구매입찰에서 이루어진 입찰담합과 관련하여, 1999년도 구매계약 입찰에서 합의에 이르지 못하여 경쟁입찰이 이루어졌고 그 이후 한 달간 있었던 일련의 입찰에서도 계속적으로 경쟁입찰이 이루어졌으므로 공동행위가 단절되었다고 하고, 나아가 그 후 이어진 2000년의 합의는 종전의 취약했던 합의의 구조를 개선하여 새로운 담합을 시작하려는 취지의 것이므로 1998년의 합의와 2000년 이후의 합의가 단일한 의사에 기하여 동일한 목적을 수행하기 위한 것이었다고 볼 수 없다고 판시하였다(II. 3. 다. (2) 참고.⁷⁷⁾

그러나 1999년도 구매입찰에서도 사업자들은 입찰담합을 시도하였고 이에 따라 일부 품목에 대해서는 합의가 이루어졌지만, 다른 품목에 대해서는 합의에 이르지 못하여 경쟁입찰이 이루어졌다면,⁷⁸⁾ 이를 이유로 공동행위가 단절되었다고 인정할 수 있을 것인지는 의문이다. 이는 포괄적 단일 공동행위의 단절 여부를 판단하기 위한 기준을 관례상 일반적인 별개 공동행위의 파기 여부를 판단하는데 적용하는 엄격한 기준을 적용할 것인지, 아니면 그보다 완화된 기준을 적용할 것인지의 문제인데, 포괄적 단일 공동행위의 단절 여부를 일반적인 경우보다 완화된 기준을 적용해야 할 경쟁정책상 근거를 찾을 수 없다. 즉, 수회의 합의와 그 실행행위가 단일한 의사나 목적에 따른 것으로 인정할 수 있는 포괄적 단일 공동행위가 중도에 일시적으로 단절되었다고 인정되기 위해서는 일련의 합의와 그 실행행위를 통하여 초래된 지속적이고 공고한 담합구조가 일시적으로나마 명확하고 확정적으로 소멸되었다고 볼 수 있는 경우에 한정하여야 할 것이다. 위에서 살펴본 EU 경쟁법상 계속적 단일 위반행위 법리 역시 동일한 태도를 취하고 있는 것으로 평가할 수 있다.

또한 위 사건에서 대법원이 2000년의 합의가 종전의 취약했던 합의의 구조를 개선하여 새로운 담합을 시작하려는 취지이므로 그 이전의 합의와 단일한 의사에 기

77) 대법원 2015. 2. 12. 선고 2103두6169 판결.

78) 공정위 의결 제2012-72호(2012. 5. 4.).

하여 동일한 목적을 수행하기 위한 것으로 볼 수 없다고 한 것도 종래의 판결례들과 부합한다고 보기 어려울 뿐만 아니라, EU 경쟁법상 계속적 단일 위반행위 법리에 비추어 보더라도 타당성을 인정하기 어렵다. 즉, 이 사건에서는 수회의 합의를 전체적으로 하나의 공동행위로 볼 수 있는 요건인 '동일한 목적' 여부를 판단하는데 가장 중요한 요소라고 할 수 있는 '가담사업자의 동일성', '거래상대방인 고객의 동일성', '가담사업자 간 이익조정 수단의 유사성' 등이 명확하게 존재하기 때문이다.

그 밖에도 포괄적 단일 공동행위의 일부에만 가담한 사업자의 실행행위의 종기에 관한 법원의 판시 역시 법리적 타당성이 의심스럽다. 위에서 소개한 조달청 발주 수중펌프 입찰담합 사건에서 서울고등법원은 수개의 입찰담합을 전체적으로 하나의 공동행위로 인정하면서도 그중 일부에만 직접 가담한 사업자에 대한 처분 시효의 기산점을 결정함에 있어서, 기본합의가 존재하지 않은 사안임을 강조하면서 자신이 가담하지도 않은 합의의 실행행위의 종료 시점까지 책임을 지우는 것은 자신의 책임과 무관하게 공동행위의 종기가 연장될 수 있으므로 불합리하다고 하였다(II. 3. 마. 참고).⁷⁹⁾

그러나 포괄적 단일 공동행위 법리는 이미 설명한 바와 같이 수개의 경쟁제한적 합의가 동일한 의사에 기하여 동일한 목적을 수행하기 위한 것으로 인정될 경우에는, 각 합의에 가담한 사업자나 합의의 구체적인 내용 또는 합의의 실행수단 등이 어느 정도 변하였다고 하더라도 전체적으로 하나의 공동행위로 보아서, 설령 각 사업자가 전체 공동행위가 실행된 기간 내내 가담하지 않았거나 또는 일부 합의에만 가담하였다고 할지라도, 합의의 탈퇴가 인정되지 않는 이상 전체 공동행위에 대하여 책임을 지우는 것에 그 의의가 있다.

물론 위에서 살펴본 EU 경쟁법상 계속적 단일 위반행위 법리에 대하여 제기된 논란에서 볼 수 있는 것과 마찬가지로 이러한 결과가 자기책임의 원칙에 반하는 것이 아닌지 의문이 제기될 수 있지만, 수개의 합의가 동일한 목적을 수행하기 위한 것으로서 전체적으로 하나의 공동행위로 인정된 이상 이에 가담한 각 사업자는 경쟁을 제한하려는 단일한 목적을 달성하기 위하여 수립된 하나의 계획을 기능적으로 나누어 수행하는 것으로 볼 수 있으므로 자기책임의 원칙에 반하는 것으로 볼 수 없을 것이다. 다만 위에서 언급한 바와 같이 EU의 계속적 단일 위반행위의

79) 서울고법 2016. 6. 29. 선고 2014누43020 판결.

경우와는 달리, 판례상 포괄적 단일 공동행위로 인정되기 위하여 반드시 다른 사업자가 행하는 위반행위에 대한 인지사실이나 예측가능성을 요건으로 하지 않으므로 이에 관한 EU 법원의 판례이론이 그대로 적용된다고 보기는 어려울 것이다 (III. 3. 참고).

3. 시사점

가. 법적 근거와 판단 기준의 마련

공정거래법상 포괄적 단일 공동행위 법리는 당초에 법령상 아무런 근거가 없이 공정위의 법 집행례 및 법원의 판례이론을 통하여 형성·발전된 법리로서 현재 까지도 법령상 근거가 마련되지 않았다. 이는 EU의 경우에도 비슷하다고 할 수 있지만, EU의 경우에는 위에서 살펴본 바와 같이 'EU 기능조약 제101조 및 제102조의 경쟁법 규정의 집행에 관한 규칙' 제25조의 처분시효 규정이 미흡하나마 계속적 단일 위반행위 법리의 법령상 근거라고 할 수 있다. 물론 이러한 현상은 포괄적 단일 공동행위 법리가 당초 법리적 근거라기보다는 경쟁당국의 법 집행상 제기되는 실무적 문제에 대한 정책적 고려에서 출발한 것이라는 점에서 수긍이 가지만, 현재 동 법리가 경쟁당국의 법 집행에 큰 영향을 미칠 뿐만 아니라 수범자인 사업자의 법적 지위에도 매우 심각한 영향을 미치므로 법령상 명시적인 근거를 마련함으로써 공정위의 법 집행상 명확성과 일관성 및 수범자의 예측가능성을 높이는데 기여할 수 있다.

또한 법령상 포괄적 단일 공동행위의 근거를 마련함에 있어서 포괄적 단일 공동행위로 인정할 수 있는 요건 및 그 판단 기준과 포괄적 단일 공동행위로 인정될 경우 그 법적 효과 등을 규정하는 것이 필요하다. 다만 충분한 사례가 축적되기 이전에 법령상 지나치게 상세한 판단 기준을 폐쇄적으로 규정하는 것은 현실적으로 무리이고 오히려 실제 사안에서 경직적인 적용을 초래할 우려가 있다. 따라서 가급적 신축적이고 개방적인 판단 기준을 규정하는 것이 바람직할 것이다.

나. 인지사실 또는 합리적 예측가능성 요건

종래 공정위의 법 집행례나 법원의 판례이론에 따르면 EU의 계속적 단일 위반행위 법리의 경우와는 달리, 포괄적 단일 공동행위로 인정하기 위해서 반드시 각

가담사업자가 자신이 가담하지 않은 다른 사업자의 위반행위를 인지하였거나 또는 합리적이라면 예측하거나 인지할 가능성을 요구하지 않는다. 이러한 태도는 수개의 합의가 전체적으로 하나의 공동행위로 인정된 경우에 각 사업자가 자신이 직접 가담하지 않은, 다른 사업자들의 합의를 포함한 전체 공동행위에 대하여 법 위반 책임을 지도록 할 경우에 자기책임의 원리에 반하는 결과를 초래한다는 비판이 상당한 설득력을 가지도록 한다. 비록 수개의 합의가 객관적으로 하나의 동일한 목적을 수행하기 위한 것이라는 점이 인정된다고 할지라도, 그중 일부의 합의에만 참여한 사업자에 대하여 자신이 관여하지 않은 합의를 포함한 전체 공동행위에 대한 책임을 묻기 위해서는 그 책임의 근거로서 일정한 주관적 요소를 요구하는 것이 자기책임의 원리에 부합하는 것이라고 볼 수 있다.

따라서 포괄적 단일 공동행위로 인정되기 위한 요건으로서 EU의 경우와 마찬가지로 자신이 가담하지 않은 합의를 포함한 전체 공동행위에 대한 인지사실 또는 합리적이라면 예측하거나 인지하였을 가능성을 요구하는 것이 타당할 것이다. 또한 향후 법령상 포괄적 단일 공동행위의 근거를 마련하거나 그 요건을 규정할 경우에는 이를 포함시킬 필요가 있을 것이다.

V. 결론

근래 우리나라에서 공정거래법 집행의 대상이 된 주요한 공동행위 중 다수는 일회적으로 이루어진 담합이 아니라, 공통의 단일한 경쟁제한적 목적을 달성하기 위하여 수회의 합의가 그 가담사업자의 구성이나 합의의 내용 및 실행수단 등의 측면에서 다소의 변화를 거치면서 장기간 지속되는 특징을 가지고 있다. 이러한 종류의 공동행위 사건에서 개개의 합의를 별개의 공동행위로 다루어 각각 법 위반 사실을 입증하고 그에 대한 제재를 부과하는 것은 그 사안의 본질에 부합하지 않을 뿐만 아니라 경쟁법 집행정책의 측면에서도 타당하지 않다. 따라서 종래 공정위와 법원은 위와 같은 사안에서 명확한 법적 근거가 없음에도 불구하고 소위 '포괄적 단일 공동행위' 법리를 제시하여 활용하고 있는데, 사례가 축적됨에 따라 점차 구체적 법리를 발전시켜 나가고 있다.

한편 EU의 경우에도 위와 같은 취지에서 비교적 일찍부터 소위 '계속적 단일 위

공정거래법상 소위 '포괄적 단일 공동행위' 법리에 관한 연구
- EU 경쟁법상 '계속적 단일 위반행위' 법리와의 비교를 중심으로

반행위' 법리를 고안하여 활용하고 있는데, 다수의 사례가 축적되어 체계적이고 정
치한 법리를 발전시켜왔다. 우리나라의 포괄적 단일 공동행위 법리와 EU의 계속
적 단일 위반행위 법리를 비교하면, 양자는 그 취지와 효과의 측면에서 매우 유사
한 반면, 성립요건의 측면에서는 적지 않은 차이점을 가진다. 특히, EU의 경우에
는 계속적 단일 위반행위로 보아 각 사업자에게 자신이 가담한 부분뿐만 아니라
전체 위반행위에 대하여 책임을 묻기 위해서는 각 사업자가 자신이 가담하지 않은
다른 사업자의 위반행위를 인지하였거나 또는 합리적이라면 인지하거나 예측할
수 있었어야 할 것을 요구한다. 이러한 요건은 특히 위 법리가 자기책임의 원칙에
반할 우려가 있다는 비판에 대응하는 의미에서도 중요한 의미를 가진다.

그동안 포괄적 단일 공동행위 법리의 적용이 다투어진 사례에서 법원은 대체로
동 법리의 취지와 의의에 부합하는 판시를 내렸지만, 법리적 타당성이 의심스럽거
나 종래의 판례와의 일관성을 유지하지 못한 것으로 보이는 판결례도 찾아볼 수
있다. 향후에 포괄적 단일 공동행위 법리를 발전시켜 나감에 있어서 법 집행상 일
관성과 예측가능성을 확보하기 위하여 법령상 그 근거를 마련하고 성립요건과 그
판단 기준 및 법적 효과를 규정하는 것이 바람직할 것이다. 또한 EU의 경우에 준
하여 포괄적 단일 공동행위로 인정하기 위한 요건으로서 인지사실 또는 합리적 예
측가능성을 요구하는 것이 타당하다고 생각된다.

<참고문헌>

권오승, 경제법(8판), 법문사(2010).

신현윤, 경제법(5전정판), 박영사(2012).

이호영, 독점규제법(5판), 홍문사(2015).

강우찬, “담합의 종기와 관련된 몇 가지 쟁점에 대한 소고 - 계속적 입찰담합, 담합의 탈퇴, 자진신고 관련 쟁점을 중심으로”, 경쟁법연구 32권(2015).

김경란, “독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제19조 제1항 제1호의 부당한 공동행위의 종기”, 사법 7호(2009).

_____, “부당한 공동행위의 종료”, 공정거래법 판례선집(2011).

정재훈, “부당한 공동행위의 중단 및 종기, 소송의 대상 등의 문제”, 인권과 정의 455호(2016).

최수희, “공동행위의 수와 기본합의의 의미에 대한 소고 - 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008두16421 판결”, 경제법 판례연구 6권, 법문사(2010).

Peter Alexiadis 외 2인, “Raising the EU evidentiary bar for the “single and continuous infringement“ doctrine”, Concurrence No. 4-2016.

David Bailey, “Single, Overall Agreement in EU Competition Law”, 47 Common Market Law Review 473 (2010).

Faull & Nikpay, The EC Law of Competition (2d ed. 2007), Oxford University Press.

Jacquelyn MacLennan & Aqeel Kadri, “Toshiba v. Commission-How (Not) To Prove Awareness, and Decisively Influence People”, Competition Policy International, August 2016(1).

David Riley, “Revisiting the Single and Continuous Infringement of Article 101: The Significance of Anic in a New Era of Cartel Detection and Analysis”, World Competition 37, No. 3 (2014).

Rose & Bailey (eds.), Bellamy & Child European Union Law of Competition (7th ed. 2013), Oxford University Press.

공정거래법상 소위 '포괄적 단일 공동행위' 법리에 관한 연구
- EU 경쟁법상 '계속적 단일 위반행위' 법리와의 비교를 중심으로

〈Abstract〉

Study on the So-Called “Single and Comprehensive Collusion Doctrine” under the Korean Monopoly Regulation and Fair Trade Act
- Focusing on Comparison with the Single and Continuous Infringement Doctrine under the EU Competition Law

Lee, Ho-young

This article reviews the formation and development of the so-called “single and comprehensive collusion doctrine,” and draws implications from its comparison with the “single and continuous infringement doctrine” under the EU Competition Law.

Notwithstanding its lack of an explicit statutory basis, the single and comprehensive collusion doctrine was formulated and elaborated based on the case law of the Korea Fair Trade Commission (hereinafter “KFTC”), the nation’s competition authority, in its enforcement of competition law, as well as court precedents reviewing KFTC decisions. Under this doctrine, competition authority may deem a series of multiple agreements over the long term in pursuit of a single, common goal to constitute a unitary collusion. The point at which the final agreement ended determines the termination date of infringement, which in turn serves as the base date of determining whether the statute of limitations has run or calculating surcharges.

The doctrine has practically the same purpose and legal effect as the “single and continuous infringement doctrine” under the EU Competition Law. However, there is an important distinction in their respective requirements. Most of Korean judicial precedents dealing with the single and comprehensive collusion doctrine have been conducive to the purpose and significance of the

doctrine. However, a few decisions are apparently unsupported by legal doctrine or inconsistent with the earlier precedents.

With a view to ensuring consistency and foreseeability in its enforcement going forward, this author argues for an explicit statutory basis for the doctrine, as well as provisions on the requirements for its establishment, criteria for their application, and its legal effect. This author also argues that it is reasonable to incorporate the knowledge or reasonable foreseeability requirement for finding a single and comprehensive collusion, as derived from its EU Competition Law counterpart.

Keywords: single and comprehensive collusion, single and continuous infringement, cartel, bid-rigging, multiple agreements, disconnection of collusion, public distancing