

# 공정거래법상 금지되는 정보교환의 해석론적 한계\*

조 준 현

법제처, 행정사무관

Interpretive limitations of information exchange prohibited  
by MONOPOLY REGULATION AND FAIR TRADE ACT

Jun-Hyun Cho

Korea Ministry of Government Legislation, Deputy Director, Attorney at Law

**초록 :** 2020년 공정거래법이 전부개정되면서 ‘정보교환’의 규율에 관한 사항이 부당한 공동행위 관련 규정에 신설되었다. 이를 통하여 사업자 간에 경쟁상 민감한 정보를 교환하는 합의가 금지되고, 경쟁상 민감한 정보를 교환하는 행위로부터 담합에 관한 합의가 추정될 수 있게 되었다. 그런데 현행 공정거래법에는 ‘정보교환’ 또는 ‘정보를 주고받는 행위’에 관한 정의규정을 두고 있지 않다. 정의규정이 없는 용어는 일반적인 상식에 따라 해석하고 판단하는 것이 바람직하지만, 공정거래위원회는 「사업자 간 정보교환이 개입된 부당한 공동행위 심사지침」을 제정하면서, 그 심사지침에 ‘정보를 주고받는 행위’를 ‘정보를 알리는 행위’로 정의하는 규정을 두었다. 위 심사지침이 ‘정보를 주고받는 행위’에 관한 해석지침의 성격을 가지는 것이다. 이는 공정거래위원회가 현행 공정거래법의 해석으로 소위 ‘동조적 행위’를 규율할 수 있고, ‘정보를 일방적으로 알리는 행위’도 동조적 행위로서 규율할 수 있다고 판단하고 있기 때문에 추측된다. 공정거래위원회는 전부개정된 공정거래법 시행을 앞두고 유럽연합, 호주 등 외국 경쟁법제에서 규율하고 있는 동조적 행위에 관한 입법례와 판례 등을 참고하여, 위 심사지침을 마련한 것으로 보인다.

한편, 표준국어대사전에서 ‘주고받다’의 사전적 의미는 ‘서로 주기도 하고 받기도 하다’인데, 공정거래위원회는 위 심사지침에서 이러한 사전적 의미와 다르게 ‘정보를 주고받는 행위’를 ‘정보를 알리는 행위’로 규정하였다. 문제는 ‘정보를 주고받는 행위’가 시정명령 및 과징금 등 침익적 행정행위의 요건이면서 동시에 형사처벌의 구성요건이라는 점이다. ‘규율의 필요성’이라는 관점에서 벗어나, ‘정보를 주고받는 행위’에 대한 정확하고도 섬세한 해석이 필요한 이유가 여기에 있다. 대법원 판례에 따르면, 법률의 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 규정되어 있다면 더 이상 다른 해석방법은 활용할 필요가 없거나 제한될 수밖에 없다. 또한 침익적 행정행위의 근거 규정이 형사처벌의 구성요건으로 연계된 경우에는 관련 규정을 더욱 엄격하게 해석해야 하고 처분의 상대방에게 불리한 방향으로 확장해석할 수 없다는 것이 대법원 판례이다.

따라서, 위 심사지침에서 ‘정보를 주고받는 행위’를 ‘정보를 알리는 행위’로 해석하는 것은 문리해석에 부합하지 않는다. 또한, 공정거래법 제40조 제1항에서 ‘사업자 간의 합의’를 금지하고 있는 점을 고려하면 ‘정보를 주고받는 행위’를 일방적인 ‘정보를 알리는 행위’로 해석할 수 있다고 보는 것은 논리적, 체계적 해석에도 부합하지 않는다. 마지막으로 목적론적 확장해석을 하기 위해서는 이를 위한 ‘정당화사유’가 제시되어야 하지만, ‘규율의 필요성’ 외에 다른 구체적인 ‘정당화사유’는 보이지 않는다. 요컨대, 위 심사지침상 ‘정보를 주고받는 행위’를 ‘정보를 알리는 행위’로 정의하는 규정은 개정될 필요가 있다.

\* 이 글에서 저자의 견해는 소속기관의 공식적 견해가 아닌 연구자 개인의 견해임을 밝힙니다.

또한 ‘합의’에 이르지 못한 정보교환행위를 효과적으로 규율할 필요가 있다면 소위 ‘동조적 행위’의 규율을 명문화하는 취지의 법률개정도 고려할 수 있을 것이다.

**Abstract :** In 2020, the MONOPOLY REGULATION AND FAIR TRADE ACT(hereinafter referred to as “Fair Trade Act”) was amended in its entirety, and the section on ‘information exchange’ was newly added to the regulations on Illegal Cartel Conduct. This prohibits agreements to exchange competitively sensitive information between business entities, and it is now possible to presume an agreement to collude from the act of exchanging competitively sensitive information. However, the current Fair Trade Act does not define ‘information exchange’ or ‘act of exchanging information’. Although it is preferable to interpret and judge terms that do not have definitions according to common sense, the KFTC has established the ‘Guidelines for Examining Illegal Cartel Conduct Involving Information Exchange between Business Entities’ and defined ‘information exchange’ as ‘information informing’ in the guidelines. The above guidelines are in the nature of interpretive guidelines regarding the act of information exchange. It is thought that the KFTC considers that so-called concerted practices can be regulated through the interpretation of the current Fair Trade Act, and that unilateral information informing can also be regulated as concerted practices. It seems that the KFTC prepared the above review guidelines by referring to legislative precedents and case law on concerted practices in foreign competition law systems, such as the European Union and Australia, in anticipation of the enforcement of the revised Fair Trade Act. On the other hand, the dictionary meaning of ‘to give and receive’ in the Standard Korean Dictionary is ‘to give and receive from each other’, but the KFTC, in the above examination guideline, defines ‘the act of giving and receiving information’ as ‘the act of informing information’, which is different from this dictionary meaning. The problem is that ‘giving and receiving information’ is a requirement for invasive administrative actions such as corrective orders and fines, as well as a component of criminal penalties. This is why it is necessary to interpret the term ‘giving and receiving information’ in a precise and delicate manner, rather than from the perspective of the need for discipline. According to Supreme Court cases, if the text of the law itself is relatively clear, other methods of interpretation are no longer necessary or limited. In addition, if the provisions underlying an invasive administrative action are linked to the components of a criminal penalty, the relevant provisions must be interpreted more strictly and cannot be expanded to the disadvantage of the party against whom the action is taken. Therefore, it is not in accordance with the textual interpretation to interpret ‘act of giving or receiving information’ as ‘act of informing information’ in the above examination guidelines. Furthermore, considering that Article 40(1) of the Fair Trade Act prohibits ‘agreements’ between business entities, interpreting ‘act of giving or receiving information’ as a unilateral ‘act of informing information’ is not in accordance with the logical and systematic interpretation. Finally, the purposive interpretation requires a ‘justification’ for the expansion, but there is no specific ‘justification’ other than the need for discipline. In short, the definition of ‘giving or receiving information’ as ‘informing information’ in the above examination guidelines needs to be revised. In addition, if there is a need to effectively regulate the exchange of information without reaching an ‘agreement’, it may be necessary to consider amending the law to regulate ‘concerted practices’.

• 논문접수 : 2024. 8. 26.

• 심사 : 2024. 9. 9.

• 게재확정 : 2024. 9. 30.

---

## I. 서언

법령을 해석할 권한과 책임은 사법부에만 있는 것이 아니라 행정부에도 있다. 「행정기본법」 제40조 제2항에서 “중앙행정기관의 장은 각각 소관 법령등을 헌법과 해당 법령등의 취지에 부합되게 해석·집행할 책임을 진다.”고 규정하고 있다. 「행정기본법」이 시행되기 전에는 「국세기본법」 제18조의2, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 “공정거래법”) 제59조 등 개별 법령에서 해당 법령에 관한 각 중앙행정기관의 해석 권한과 책임을 규정하고 있었으나, 「행정기본법」에서 각 중앙행정기관의 법령해석 권한과 책임에 관한 일반법적 근거를 마련하였다.<sup>1)</sup>

공정거래위원회(이하 “공정위”)는 공정거래법의 소관기관이므로, 공정거래법과 해당 하위 법령을 헌법과 공정거래법의 취지에 부합되게 해석·집행할 책임을 진다. 한편, 공정거래법은 2020. 12. 29. 법률 제17799호로 전부개정되어 2022. 12. 30. 시행되었다.<sup>2)</sup> 전부개정 공정거래법에는 “정보교환을 통한 부당한 공동행위”를 금지하는 규정이 신설되었다. 사업자 간 담합으로 볼 수 있는 외형상 행위 일치가 존재하고 이에 필요한 정보를 교환하는 경우에는 사업자 간 합의가 있는 것으로 법률상 추정하고, 사업자 간 가격·생산량 등의 정보를 주고받음으로써 실질적으로 경쟁을 제한하는 행위에 대한 합의를 부당한 공동행위의 유형으로 명문화하였다.<sup>3)4)</sup>

이에 따라 공정위는 전부개정 공정거래법의 시행일에 맞추어 전부개정된 공정거래법 시행령을 마련하였고, 「사업자 간 정보교환이 개입된 부당한 공동행위 심사지침」(공정거래위원회 고시 제2021-33호, 이하 “정보교환심사지침”)을 제정·시행하였다. 그런데 정보교환심사지침에 특이한 점이 있다. ‘정보를 주고받는 행위’를 “사업자가 다른 사업자에게 가격, 생산량, 원가 등의 경쟁상 민감한 정보를 알리는 행위”로 정의하고 있다. 참고로, ‘주고받다’의 사전적 의미는 “서로 주기도 하고 받기도 하다”이다.<sup>5)</sup>

공정거래법 및 같은 법 시행령에서는 ‘정보를 주고받는 행위’를 별도로 정의하지 않은 반면, 같은 법 제40조 제6항의 위임에 따라 제정된 ‘정보교환심사지침’에서 해당 용어를 정의하는 것이 특이하다. 게다가, 정보교환심사지침에서 정의한 내용도 사전적 의미와 차이가 있다. 본고의 문제의식은 여기에 있다. 공정위는 공정거래법 제40조를 「행정기본법」 제40조 제2항에 따라 헌법과 법령의 취지에 부합되게 해석할 책임을지고 있다. 본고에서는 공정위가 ‘정보를 주고받는 행위’를 적절하게 해석하고 있는지를 검토하고, 만약에 그렇지 않다면 법리적으로 어떠한 문제가 있을 것인지에 대하여 검토한다. 이를 위하여 전부개정 공정거래법의 입법경과와 시사점을 먼저 살펴보고(II), 이어서 공정거래법상 금지되는 정보교환의 의미와 한계에 대하여 살펴보기로 한다(III).

- 1) 이상수, “「행정기본법」상 법령해석제도의 의의와 몇 가지 쟁점” 「법제」 제702권, 법제처, 2023, 152~153면.
- 2) 공정거래법은 1990. 1. 13. 법률 제4198호로 전부개정되었고, 2020. 12. 29. 전부개정되었다. 이하에서는 법률 제17799호로 전부개정된 공정거래법을 ‘전부개정 공정거래법’으로 약칭한다.
- 3) 전부개정 공정거래법의 개정이유 중 주요내용 아목(출처: 법제처 국가법령정보센터)
- 4) 전부개정 공정거래법 제40조에서 정보교환을 통한 부당한 공동행위를 금지하는 규정을 신설하면서도 같은 법에서 ‘정보교환’에 관한 용어 정의를 별도로 하지 않았다. 일반적으로 ‘정보교환(information exchanges)’은 사업자들 간에 가격, 수량(산출·판매량, 재고 등), 비용, 고객정보, 영업전략, 연구·개발계획 등 경쟁과 관련된 정보를 주고받는 행위(이봉의, 「공정거래법」 초판, 박영사, 2022., 641면), 시장에서 활동하는 사업자들 간에 가격, 비용, 생산량, 고객정보, 영업전략, 시장동향 등 다양한 사업 관련 정보를 서로 교환하는 행위(강지원, “경쟁사업자 간 가격정보 교환 행위의 규제 법리에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 2018., 16면) 등으로 이해하고 있다.
- 5) 국립국어원 표준국어대사전을 통한 “주고받다”的 검색 결과(검색일: 2024. 8. 23.)

## II. 전부개정 공정거래법의 입법경과와 시사점

### 1. 전부개정 공정거래법의 입법경과

#### 1) 입법 경과

공정위는 2018. 3. 16. 공정거래법 전부개정을 위한 ‘공정거래법제 개선 특별위원회(이하 “전면개편TF”)’를 출범하였다. 전면개편TF의 위원장은 공정위 부위원장이 맡되, 나머지 22인의 위원들은 대부분 민간위원으로 구성하였다. 전면개편TF에는 경쟁법제분과(9인), 기업집단법제분과(7인), 절차법제분과(6인) 등 3개 분과위원회가 설치되었다. 전면개편TF는 ‘정보교환행위’를 포함한 총 17개 논의과제를 선정하고 총 23회의 회의를 거쳐 최종보고서를 작성하였다.<sup>6)</sup> 최종보고서는 공정위에 대한 전면개편TF의 권고안으로, 공정위가 공정거래법 전부개정안을 입안하는 과정에서 참고한 기초자료가 되었다.<sup>7)</sup>

‘정보교환행위의 규율에 관한 사항’은 전면개편TF 경쟁법제분과위원회 제7차 회의에서 논의되었다. 사업자 간 가격 등의 정보교환행위로 인하여 경쟁제한적 폐해가 발생할 수 있음에도 불구하고 당시 구 공정거래법상 규율이 쉽지 않았고, 특히 대법원은 사업자 간의 ‘합의’ 입증을 엄격하게 요구하여 정보교환을 근거로 한 담합사건이 소송에서 공정위가 연이어 패소하였다.

는 점이 중요한 배경이 되었다. 경쟁법제분과위원회에서는 다음과 같은 논의사항을 도출하였다.<sup>8)</sup> 첫째, 금지되는 합의의 유형에 ‘정보교환에 대한 합의’를 포함하도록 구 공정거래법 제19조 제1항 제9호를 개정하는 것이다. 둘째, 정보교행위로부터 구 공정거래법 제19조 제1항 각호의 합의를 보다 쉽게 추정할 수 있도록 개정하는 것이다.<sup>9)</sup> 셋째, 유럽연합 등 다른 입법례처럼 ‘동조적 행위(concerted practice)’의 개념을 도입하여 정보교행위를 포함한 동조적 행위를 넓게 규율하도록 관련 내용을 개정하는 것이다.<sup>10)</sup> 참고로, ‘동조적 행위(concerted practice)’에 대한 명확한 정의는 아직 없으나, 일반적으로 사업자 간에 의도적으로 경쟁의 위험을 회피하기 위해 실질적으로 협력하는 행위로 이해하고 있다.<sup>11)</sup> 동조적 행위는 부당한 공동행위의 요건인 합의가 부정되는 ‘의식적 병행행위’와 합의가 인정되는 ‘묵시적 합의’ 사이에 그 판단이 쉽지 않은 회색지대를 뜻하는 것으로, 본질적으로 사업자 간 ‘합의의 성립’에 이르지 않은 상태를 말한다.<sup>12)</sup>

전면개편TF에서 제시한 위 세 가지 논의사항 중에서 첫째 사항(정보교환의 합의 금지)과 둘째 사항(정보교환을 통한 합의 추정)은 이후 공정위가 마련한 공정거래법 전부개정법률안에 반영이 되었으나,<sup>13)</sup> 셋째 사항(동조적 행위 도입)은 해당 법률안에 반영되지 않았다. 정부는 2020. 8. 27. 공정거래법 전부개정법률안(의안번호 2103330)을

6) 공정거래위원회, “공정거래법제 개선 특별위원회 최종보고서”, 2018. 7., 2~3면.

7) 송상민, “공정거래법 전면개편 특별위원회 최종보고서 개관”『경쟁저널』 제196호, 한국공정경쟁연합회, 2018., 34면.

8) 공정거래위원회, 앞의 보고서, 22~23면.

9) 정보교환행위를 독자적인 추정요건으로 별도로 규정하는 방안이 검토되었다. 이에 따르면 ‘외형상 행위 일치’와 ‘정보교환 행위’만으로 합의가 법률상 추정된다는 것이 공정위의 설명이다.

10) 구 공정거래법 제19조 제1항 본문을 “다음 각호에 해당하는 행위를 할 것을 ‘합의’하거나 이를 ‘동조적으로 하는 행위’를 금지한다”는 취지로 개정하도록 하는 취지로 이해되며, ‘동조적으로 하는 행위’에 대한 용어 정의도 함께 고려될 수 있을 것이다.

11) 권오승/서정, 「독점규제법」 제6판, 법문사, 2023., 323면.

12) 정재훈, “부당한 공동행위 규제에 있어서 묵시적 합의 – 정보교환과 동조적 행위에 관한 최근 판례를 중심으로”『경쟁과 법』 제2호, 서울대학교 경쟁법센터, 2014., 120~121면.

13) 현행 공정거래법 제40조 제1항 제9호 및 같은 조 제5항 제2호의 문구와 동일하게 마련되었다.

국회에 제출하였고,<sup>14)</sup> 해당 법률안은 정무위원회 위원장 대안(의안번호 2106300)에 반영되어 2020.

12. 9. 국회 본회의 의결 후 정부로 이송되어 2020. 12. 29. 공포되었다.

## 2) 정보교환행위에 대한 공정위와 대법원의 견해 차이<sup>15)</sup>

위 전면개편TF 최종보고서에서 정보교환행위의 규율에 관하여 검토한 배경으로 ① 정보교환행위는 경쟁제한적 폐해에도 불구하고 현행법상 규율이 쉽지 않고, ② 법원도 사업자간 합의의 입증을 엄격하게 요구함에 따라 정보교환을 근거로 한 담합사건 소송에서 공정위가 연이어 패소하였다는 점을 제시하고 있다.<sup>16)</sup> 즉, 공정위는 전부개정 전의 공정거래법 규정으로는 정보교환행위에 따른 담합을 효과적으로 규율하는 것이 어렵다는 판단하에 공정거래법 전부개정안에서 정보교환에 따른 부당한 공동행위를 금지하는 규정을 신설하고자 한 것으로 보인다.

사업자 간 정보교환행위가 판례에서 다루어지기 시작한 것은 커피 담합 판결(2002)<sup>17)</sup>이었고, 이 판결에서 정보교환행위에 관한 정황을 고려하면서 공동행위에 관한 합의를 판단하였다. 이후 사법부가 정보교환행위에 따른 합의의

‘사실상 추정’에 관하여 구체적으로 판단한 판결은 음료 담합 사건(2010)<sup>18)</sup>이다. 이 사건에서 서울고등법원 행정7부는 “비슷한 시기에 비슷한 폭으로 음료 제품의 가격을 인상한 행위는 사업자 각자의 독자적인 판단에 기한 것으로 볼 수 없고, 일련의 공조를 통한 동조적 행위에 해당하여 가격 인상에 관한 부당한 공동행의의 합의가 있었다고 봄이 상당하다(밀줄 필자).”고 판시하였다. 서울고등법원 행정7부는 유제품 담합 사건(2012)<sup>19)</sup>에서도 음료 담합 사건(2010) 판결의 위 판시를 원용하였고, 유제품 담합 사건은 대법원 상고 없이 그대로 확정되었다. 위 두 판결로 인하여, 공정위는 ‘동조적 행위’가 판례로 수용되었음을 전제로 정보교환행위로 공동행위에 관한 합의를 입증하려는 경향성을 갖게 된 것으로 보인다.<sup>20)</sup>

이후 공정위는 생명보험 보험 담합 사건(2013)에서 삼성생명 등 16개 생명보험회사가 공개되지 않은 장래의 예정이율 등 가격정보를 서로 교환한 후 개별적으로 가격 결정을 한 사례에서, 이를 동조적 행위로서 부당한 공동행위에 해당한다고 보았다.<sup>21)</sup> 그러나 서울고등법원 행정6부는 공정위의 동조적 행위 관련 주장을 부정하고 원고의 청구를 인용하였고,<sup>22)</sup> 서울고등법원 행정7부는 동조적 행위에 관하여 판단하지 않고

14) 정부는 2018. 11. 29. 공정거래법 전부개정법률안(의안번호 2016942)을 국회에 제출하였으나, 제20대 국회 임기 만료로 폐기되었다.

15) 전부개정 공정거래법 시행 전의 정보교환에 관한 판례의 태도를 대하여 자세히 파악할 수 있는 참고문헌은 다음과 같다. 이봉의, 앞의 책, 644~648면; 강지원, 앞의 박사학위논문, 50~99면; 정재훈, 앞의 논문, 127~131면; 김학현, “위법한 담합이 되는 일방적 정보 제공” 「경쟁저널」 제161호, 한국공정경쟁연합회, 2012, 27~32면; 신동권, “사업자간 정보교환행위의 카르텔법적 평가와 전망” 「경쟁저널」 제162호, 한국공정경쟁연합회, 2012, 107~113면; 강혜림, “정보교환과 묵시적 합의” 「민사법의 이론과 실무」 제19권 제1호, 민사법의 이론과 실무학회, 2015, 102~109면 등.

16) 공정거래위원회, 앞의 보고서, 22면.

17) 서울고등법원 1999. 4. 28. 선고 98누10686, 98누11214(병합) 판결, 대법원 2002. 3. 15. 선고 99두6514 판결.

18) 서울고등법원 2010. 11. 25. 선고 2009누38390 판결.

19) 서울고등법원 2012. 1. 12. 선고 2011누18467 판결.

20) 정재훈, 앞의 논문, 128면; 홍대식, “합의 증명의 요소로서의 사업자간 의사연결의 상호성 – 정보교환을 중심으로 –” 「경쟁법연구」 제30권, 한국경쟁법학회, 2014, 137면.

21) 공정거래위원회 전원회의 의결 제2011-284호

22) 서울고등법원 2013. 7. 17. 선고 2012누2186 판결, 서울고등법원 2013. 7. 17. 선고 2012누2209 판결, 서울고등법원 2013. 7. 17. 선고 2012누2315 판결, 서울고등법원 2013. 7. 17. 선고 2012누2339 판결, 서울고등법원 2013. 7. 17. 선고 2012누2346 판결

원고의 청구를 인용하였다.<sup>23)</sup> “외국법제와 달리 구 공정거래법은 동조적 행위를 규제하지 않고 있으므로, 가격정보를 교환하는 것과 함께 사업자들이 공동으로 가격결정을 하는 점에 대한 합의가 입증되어야 한다”고 본 것이다. 대법원도 다른 추가 정황증거 없이 정보교환행위만으로는 합의가 인정될 수 없다고 보았다.<sup>24)</sup> 이후 대법원은 동조적 행위의 법리를 공정거래법에 수용하는 점에 대하여 신중한 태도를 보였다.<sup>25)</sup> 한편, 공정위는라면 담합 사건(2013)<sup>26)</sup>, 화물상용차 담합 사건(2015)<sup>27)</sup>에서 정보교환행위로부터 부당한 공동행위의 묵시적 합의를 추정할 수 있다고 보았으나, 대법원은 위라면 담합 사건에서 정보교환행위 자체를 가격결정·유지에 관한 합의로 인정할 수 없다고 보았고, 위 화물상용차

담합 사건에서 정보교환행위는 있었지만 가격결정에 관한 합의는 없었다고 보았다. 위 두 사건에서 공정위는 모두 승소하지 못했다.

요컨대, 공정위는 ‘정보교환행위’를 통하여 ‘묵시적 합의’가 성립할 수 있고, ‘묵시적 합의’의 성립을 위하여 정보교환행위가 동조적 행위로서 매개될 수 있다는 태도를 견지했던 반면, 대법원은 ‘정보교환행위’만으로는 구 공정거래법 제19조 제1항에서 금지하는 합의를 인정할 수 없고, 같은 조 제5항의 합의 추정을 위한 정황증거로도 충분하지 않다는 입장을 유지하였다. 그래서 공정위는 이러한 대법원과의 견해 차이를 입법적으로 해결하고자 한 것으로 보인다.

## 2. 전부개정 공정거래법의 시사점

2020. 12. 29. 법률 제17799호로 개정되기 전의 법률	2020. 12. 29. 법률 제17799호로 전부개정된 법률
<p><b>제19조(부당한 공동행위의 금지)</b> ① 사업자는 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 아니 된다.</p> <p style="text-align: center;">&lt;생략&gt;</p> <p>9. 제1호부터 제8호까지 외의 행위로서 다른 사업자(그 행위를 한 사업자를 포함한다)의 사업활동 또는 사업내용을 방해하거나 제한함으로써 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위</p>	<p><b>제40조(부당한 공동행위의 금지)</b> 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 아니 된다.</p> <p style="text-align: center;">&lt;생략&gt;</p> <p>9. 그 밖의 행위로서 다른 사업자(그 행위를 한 사업자를 포함한다)의 사업활동 또는 사업내용을 방해·제한하거나 <b>가격, 생산량, 그 밖에 대통령령으로 정하는 정보를 주고받음으로써 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위</b></p>
② ~ ④ <생략>	② ~ ④ <생략>

- 23) 서울고등법원 2013. 7. 17. 선고 2012누2193 판결, 서울고등법원 2013. 7. 17. 선고 2012누2308 판결, 서울고등법원 2013. 7. 17. 선고 2012누2322 판결.
- 24) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013두16951 판결.
- 25) 정재훈, 앞의 논문, 129면.
- 26) 공정거래위원회 전원회의 의결 제2012-107호, 서울고등법원 2013. 11. 8. 선고 2012누24223 판결, 대법원 2015. 12. 24. 선고 2013두25924 판결.
- 27) 공정거래위원회 전원회의 의결 제2013-212호, 서울고등법원 2015. 12. 10. 선고 2014누41246 판결, 대법원 2016. 12. 29. 선고 2016두31098 판결.

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.

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.

1. 해당 거래분야, 상품·용역의 특성, 해당 행위의 경제적 이유 및 파급효과, 사업자 간 접촉의 횟수·양태 등 제반 사정에 비추어 그 행위를 그 사업자들이 공동으로 한 것으로 볼 수 있는 상당한 개연성이 있을 때

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

현행 공정거래법 제40조 제1항에서는 총 10 가지 금지되는 ‘부당한 공동행위’를 규정하고 있다. 가격합의(제1호), 거래조건합의(제2호), 거래제한합의(제3호), 시장분할합의(제4호), 설비제한합의(제5호), 상품이나 용역의 종류 또는 규격제한합의(제6호), 회사의 설립(제7호), 입찰담합(제8호), 기타 다른 사업자의 사업활동제한(제9호)과 정보교환행위(제9호)를 규정하고 있다.<sup>28)</sup>

전부개정을 통하여 신설된 내용은 같은 법 제40조 제1항 제9호의 ‘정보교환의 합의 금지’와 같은 조 제5항 제2호의 ‘정보교환을 통한 합의 추정’이다. 기존 판례에서 ‘정보교환행위’가 입증되거나 ‘정보교환의 합의’가 입증되더라도, 그 것만으로는 사업자 간 합의가 인정되지 못했던 사례를 입법적으로 보완한 것이다. 특히 ‘정보교환행위’를 통한 합의 추정은 ‘외형상 행위 일치’와 ‘이에 필요한 정보교환 사실’만으로 사업자 간 합의가 법률상 추정되도록 하여, 이에 따라 해당 사업자로서는 ‘관련 정보를 교환한 사실이

없음’을 입증해야 하는 부담을 갖게 되었다.<sup>29)</sup> 같은 법 제40조 제1항을 위반한 사업자는 공정위로부터 시정명령 및 과징금처분을 받을 수 있고, 이와 별도로 3년 이하의 징역형 또는 2억 원 이하의 벌금형에 처할 수 있다.<sup>30)</sup>

한편, 전부개정 공정거래법에서 ‘정보교환 합의의 금지’ 및 ‘정보교환을 통한 합의 추정’에 관한 규정을 신설했지만, ‘정보교환’ 또는 ‘정보를 주고받는 행위’에 대한 용어 정의를 따로 하지는 않았다. 따라서, 특정한 사안에서 ‘정보교환’ 또는 ‘정보를 주고받는 행위’의 의미가 문제될 경우에는 행정부와 사법부의 해석에 의존할 수밖에 없는 상황이 되었다. 또한, 전면개편TF에서 논의되었던 ‘동조적 행위의 개념 도입에 관한 명문의 근거 마련’은 공정거래법 전부개정법률안 입법예고 당시부터 배제되어 있었다.

28) 이봉의, 앞의 책, 684면.

29) 사업자로서는 ‘정보교환 사실이 없음’을 입증해야 하니 이는 법률상 추정을 번복하는 것으로 현실적으로 그러한 번복은 어려울 것이므로 정보교환자체가 위법한 것으로 될 개연성이 높아졌다고 보는 견해도 있다(이재구, 「공정거래법 이론, 해설과 사례」, 전면개정 7판, 지식과 감성, 2023., 353면).

30) 공정거래법 제52조, 제53조, 제124조 제1항 제9호.

### 3. 하위규범 입법경과와 시사점

#### 1) 하위규범 입법경과

전부개정 공정거래법 제40조 제1항 제9호는 합의가 금지되는 정보교환의 대상 중 일부를 대통령령으로 위임하였고, 같은 조 제6항은 공정위가 부당한 공동행위에 관한 심사기준을 정하여 고시하도록 하였다.<sup>31)</sup> 이에 따라 공정위는 전부개정 공정거래법의 시행일인 2021. 12. 30. 이전에 법률에서 대통령령으로 위임한 사항과 고시하도록 한 사항을 마련해야 했다. 이를 위하여, 공정위는 2021. 2. 8. ‘정보교환 담합 규율을 위한 하위규범 마련 방안 연구’라는 연구용역(이하 “하위규범 연구용역”) 입찰 공고<sup>32)</sup>를 하였다. 해당 공고의 과업지시서와 제안요청서에서는 연구의 목적을 “공정거래법 개정에 따라 새로 도입된 정보교환 담합규율 관련 규정의 명확하고 예측 가능한 집행을 위한 하위규범(시행령, 심사지침) 제·개정안을 마련하고자 함”으로 제시하였고, 구체적인 연구내용으로 공정거래법 시행령(안)과 심사지침 제정(안)을 마련할 것을 요청하였다. 공정위는 사단법인 한국경쟁법학회(이하 “경쟁법학회”)와 연구용역계약을 체결하였고,<sup>33)</sup> 경쟁법학회는 2021. 3. 15.부터 같은 해 8. 17.까지 연구를 수행하여 총 176면 분량의 용역보고서<sup>34)</sup>를 공정위에 제출하였다. 용역보고서에는 전부개정 공정거래법 제40조 제1항 제9호에 관한 ‘정보교환 합의의 금지’, 같은 조 제5항 제2호에 관한 ‘정보교환에 기초한 합의의 추

정’에 관한 연구결과가 수록되었고, ‘공정거래법 시행령 개정안’과 ‘정보교환이 개입된 공동행위 심사지침제정안’이 제안되었다.

공정위는 경쟁법학회의 연구용역 결과에 대하여 “향후 실제 시행령 개정, 심사지침 제정에 있어 기초자료로서 활용가능성이 매우 높을 것으로 판단됨”으로 평가하였고, 연구보고서가 제시한 하위규범(안)을 바탕으로 공정거래법 시행령 전부개정과 「사업자간 정보교환이 개입된 부당한 공동행위 심사지침」 제정을 완료하였다고 밝혔다.<sup>35)</sup> 즉 공정위는 전부개정 공정거래법의 하위규범을 마련하는 과정에서 경쟁법학회의 연구결과를 적극적으로 참고한 것으로 보인다. 이후 공정거래법 시행령은 2021. 12. 28. 전부개정되어 2021. 12. 30. 시행되었고, 정보교환심사지침도 2021. 12. 28. 제정되어 2021. 12. 30. 시행되었다.

#### 2) 시사점 및 문제점

전부개정 공정거래법 제40조 제1항 제9호에 따르면, 사업자는 다른 사업자와 가격, 생산량 그 밖에 대통령령으로 정한 ‘정보를 주고받음’으로써 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위를 할 것을 ‘합의’하는 것이 금지된다. 같은 조 제5항 제2호에 따르면, 같은 조 제1항 각 호의 행위에 필요한 ‘정보를 주고받은’ 때 그 행위를 할 것을 합의한 것으로 추정한다. 그런데 법률에서는 ‘정보를 주고받는 행위’에 관하여 별도의 정의규정을 두고 있지 않다. 오히려

31) 공정위는 법규명령을 제정하는 권한이 없으므로, 법률의 위임이 있거나 법률의 위임에 근거한 대통령령의 제위임이 있는 경우에도 공정위가 제정하는 행정입법의 형식은 행정규칙일 수밖에 없고, 법령의 근거가 있는 행정규칙은 보통 고시의 형식을 취한다(‘홍대식, “공정거래법 집행자로서의 공정거래위원회의 역할과 과제 – 행정입법에 대한 검토를 소재로”『서울대학교 법학』 제52권 제2호, 2011., 177면)

32) 공정거래위원회 공고 제2021-7호, 입찰공고번호 제2021010354-00호.

33) 책임연구원으로 이호영 교수, 공동연구원으로 윤신승 교수, 정주미 연구원·박사께서 참여하였다.

34) 사단법인 한국경쟁법학회, 「정보교환 담합 규율을 위한 하위규범 마련방안 연구 최종보고서」, 공정거래위원회 연구용역 결과물, 2021.

35) 공정위가 정책연구관리시스템에 게시한 정책연구 평가결과 보고서 및 정책연구 활용결과 보고서에 기재되어 있다.

려 행정규칙(고시)인 정보교환심사기준에서 ‘정보를 주고받는 행위’를 ‘정보를 알리는 행위’로 정의하고 있다.<sup>36)</sup>

‘용어의 정의’는 해당 법령에서 사용하고 있는 용어 중 일반적인 용어의 의미와 다른 의미로 사용되는 용어 또는 해당 법령에서 개념상 중요하게 다루어지는 용어에 대해 그 의미를 명확하게 할 목적으로 규정한다.<sup>37)</sup> 사회통념상 일정한 의미가 있는 용어로서 정의 규정이 없이도 그 의미를 충분히 알 수 있다면 그 용어에 대해서는 따로 정의할 필요가 없고, 정의 규정이 없는 용어는 건전한 상식에 따라 판단하는 것이 바람직하다. 또한 사회통념상 확립된 의미와 동떨어진 용어로 정의하는 것은 법령의 의미를 알기 어렵게 할 우려가 있으므로, 가능하면 일반적으로 사용되는 용어의 용법에 맞게 용어를 정의할 필요가 있다.

‘주고받다’의 사전적 의미가 “서로 주기도 하고 받기도 하다.”인 점을 고려하면, 정보교환심사지침에서 ‘정보를 주고받는 행위’를 사업자가 다른 사업자에게 ‘정보를 알리는 행위’로 정의하는 것은 일반적으로 사용되는 용법에 따른 것으로 보기 어렵다. 공정위가 ‘정보를 주고받는 행위’를 사전적인 의미와 다르게 ‘정보를 알리는 행위’로 정의한 이유는 무엇일까? 공정위는 ‘정

보를 주고받는 행위’를 ‘정보를 알리는 행위’로 해석하여 과거에 폐소했던 사건을 전부개정 공정거래법 시행을 통해 법리적으로 극복하고자 한 것으로 보인다.<sup>38)</sup> 공정위는 정보교환심사지침에서 과거 폐소했던 LPG 담합 사건(2011)<sup>39)</sup> 중 일방적으로 정보를 알리는 행위에 관한 사실 관계<sup>40)</sup>를 다루면서, 이를 묵시적 합의가 인정되어 위법성이 인정될 수 있는 사례로 설명하고 있다.<sup>41)</sup> 즉, 정보교환심사지침에서 ‘정보를 주고받는 행위’를 ‘정보를 알리는 행위’로 해석하는 지침을 명시하여, 과거 LPG 담합 사건과 같이 ‘일방적으로 정보를 알리는 행위’가 있을 때 이를 직관적으로 규율할 수 있는 가이드라인을 마련하고자 했을 것으로 보인다.

정보교환심사지침에서 ‘정보를 주고받는 행위’를 ‘정보를 알리는 행위’로 정의하는 부분은 일종의 법률해석지침의 성격을 갖게 되는 것으로, 공정위 내부의 의사결정에 미치는 영향은 상당할 수밖에 없다. 정보교환행위의 규율에 관한 규정은 이번 전부개정으로 신설되었으므로, 요건사실을 판단하기 위한 선례가 충분히 축적되지 않은 상태일 것이다. 따라서, 공정위 소속 공무원들은 정보교환심사지침에 따라 정보교환에 근거한 담합을 조사하는 등 관련 업무를 수행할 가능성이 클 것으로 보인다.<sup>42)</sup>

36) 한국경쟁법학회가 작성한 용역보고서의 정보교환심사지침안에서도 정보를 주고받는 행위를 ‘사업자 간에 직·간접적으로 누군가 정보를 주고 누군가 정보를 받는 행위’로 정의하고 있는데, 애초에 연구용역 입찰공고의 과업지시서에는 ‘정보를 주고받는 행위’에 대한 정의를 필수 연구내용으로 요구하지 않은 사항이었다. ‘정보를 주고받는 행위’에 대한 용어 정의는 한국경쟁법학회에서 제안한 내용으로, 공정위는 한국경쟁법학회가 제안한 내용을 참고하여 최종안을 마련한 것으로 보인다.

37) 법제처, 「법령 입안·심사 기준(2023)」, 57~58면.

38) 전면개편TF의 최종보고서에서도 언급했듯이 공정위는 정보교환행위 규율에 관한 규정을 신설하면서 과거 대법원에서 잇따라 폐소한 사건에 대하여 법리적으로 보완하고자 했을 것이다.

39) 대법원 2014. 5. 29. 선고 2011두23085 판결, 서울고등법원 2015. 8. 19. 선고 2014누5156 판결(원고가 현대오일뱅크 주식회사인 사건으로, 폐기환송심은 2003년부터 2008년까지 LPG 수입사 E1과 SK가스 중 SK가스가 원고 앞으로 LPG 판매가격 관련 서류를 모사전송한 행위는 SK가스의 일방적 행위에 불과하여, 원고와 다른 LPG 사업자 사이에 LPG 충전소 판매가격 결정에 관하여 상호 의사 연락이 있었다고 인정할 수 없으므로 원고의 부당한 공동행위는 성립하지 않았다고 판시함)

40) (예시) 시장점유율 상위 기업들이 매월 말 가격정보를 경쟁사들에게 통지하면, 이를 통보받은 경쟁사들이 해당 가격을 참고하여 자신들의 가격을 결정하는 시장 관행이 5년 가량 지속되어 온 경우

41) 강지원, “EU 공동행위 가이드라인 개정이 공정거래법상 정보 교환 담합 규제에 주는 시사점”『경쟁저널』 제221호, 한국공정경쟁연합회, 2024., 84면.

42) 이와 같은 견해로, 홍대식, 앞의 논문(2011), 182면.

### III. 공정거래법상 ‘정보를 주고받는 행위’의 해석론

#### 1. 공정거래법을 해석하는 공정위의 입장에 대한 검토

『행정기본법』 제40조 제2항에 따라 공정위는 공정거래법 등 소관 법령을 헌법과 해당 법령 등의 취지에 부합하게 해석·집행할 책임을지고 있다. 이에 따라, 공정위는 정보교환심사지침 및 「공동행위 심사기준」 등의 행정규칙을 마련하여 공정거래법 제40조에 대한 실무지침을 마련하였다. 정보교환심사지침에서 ‘정보를 주고받는 행위’를 ‘정보를 알리는 행위’로 정의한다는 것은, 그것이 곧 공정거래법 제40조 제1항 제9호와 같은 조 제5항 제2호에 대한 공정위의 유권적 해석이 된다는 것을 의미한다. 공정위가 정보교환심사지침의 내용과 다른 해석을 할 가능성은 지극히 낮다.

그렇다면 공정위가 정보교환심사지침에서 ‘정보를 주고받는 행위’를 ‘정보를 알리는 행위’로 정의한 배경은 무엇이고 또 어떠한 실익이 있을까? 이를 이해하기 위해서는 공정위가 ① 동조적 행위와 묵시적 합의의 관계와 ② 동조적 행위와 일방적 정보제공 행위의 관계를 어떻게 인식하고 있는지를 살펴볼 필요가 있다.

##### 1) 동조적 행위와 묵시적 합의의 관계에 대한 공정위의 인식

‘동조적 행위’는 ‘합의’의 개념에 포함되지 않는다는 것이 현재 다수의 서울고등법원 판례 및

대법원 판례이다.<sup>43)</sup> 즉, “사업자들 사이의 합의 외에 정보교환행위와 같은 ‘동조적 행위 (concerted practice)’ 자체를 담합행위로 규제하는 외국의 법제와는 달리, 우리 공정거래법에서 부당한 공동행위가 성립하기 위해서는 사업자가 다른 사업자와 가격에 관한 정보를 서로 교환한 것만으로는 부족하고, 나아가 다른 사업자와 공동으로 가격 결정 등 행위를 할 것을 합의하여야 한다.”는 입장이다. 동조적 행위는 유럽 연합 경쟁법의 특유한 개념으로서 합의 체결단계에 이르지 못한 경우에도 인정될 수 있으므로, 이를 우리 공정거래법상 합의의 개념에 수용하는 것은 지나친 확장해석으로서 허용되는 것은 적절하지 않다는 견해가 다수 있다.<sup>44)</sup> 동조적 행위의 개념이 명확하지 않고 입법적인 근거가 부족한 상황에서, 동조적 행위를 통해 묵시적 합의를 인정할 경우 ‘의식적 병행행위 – 동조적 행위 – 묵시적 합의’ 사이의 개념 구분을 두고 불필요한 혼돈이 발생할 수 있다는 비판도 있다.<sup>45)</sup>

이에 반해, 동조적 행위를 통해 ‘묵시적 합의’를 인정할 수 있으며, 현행 공정거래법의 해석으로도 동조적 행위를 합의의 개념에 포함하는 것이 가능하다는 견해가 있다. 이 견해는 미국, 유럽연합, 호주 등 각국 경쟁법상 공동행위의 성립요건으로서 필요한 ‘합의’나 ‘담합’은 그 명칭이나 형식이 중요하지 않고, 경쟁정책이 카르텔을 규제하는 ‘취지’에 맞추어 사업자들이 공동으로 경쟁의 위험을 피하거나 경쟁자를 배제하는 효과를 초래하는 모든 행위를 포괄하는 넓은 의미로 이해한다. 따라서, 유럽연합의 경쟁법상 동조적 행위는 우리나라 공정거래법에

43) 서울고등법원 2013. 7. 17. 선고 2012누2186 판결 및 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013두16944 판결; 서울고등법원 2013. 7. 17. 선고 2012누2346 판결 및 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013두16951 판결 등

44) 권오승/서정, 앞의 책, 324~325면; 이봉의, 앞의 책, 639면; 사법연수원, 「공정거래법」, 2014, 131면; 한서희, “동조적 행위로서 정보교환과 독점규제법상 합의 –서울고등법원 2013. 7. 17 선고 2012누2346 판결을 중심으로–”『경쟁법연구』 제28권, 한국경쟁법학회, 2013., 69면; 홍대식, 앞의 논문(2014), 137면.

45) 정재훈, 「공정거래법 소송실무」 제1판, 육법사, 2015., 58면.

서 규정하고 있는 ‘합의’에 충분히 포함될 수 있다고 주장한다.<sup>46)47)</sup> 특히, 전부개정 공정거래법 제40조 제5항(구 공정거래법 제19조 제5항)에 따른 법률상 합의 추정 법리는 동조적 행위를 규율하는 것에 상응하는 법적 효과를 도출할 수 있다고 본다.<sup>48)</sup> 또한 합의가 입증되지 않더라도, 정보교행위는 과점시장에서 협조적 전략 등을 통한 상호의존성을 강화하고 카르텔과 유사한 결과를 초래할 수 있으므로, 정보교행위에 대한 적극적인 규제가 필요하다는 점을 강조한다.<sup>49)</sup>

공정위도 음료 담합 사건(2010)과 유제품 담합 사건(2012)에서의 서울고등법원 행정7부 판결<sup>50)</sup> 이후로 사업자 간 정보교행위는 동조적 행위로서 묵시적 합의에 포함할 수 있다는 입장인 것으로 보인다. 동조적 행위는 합의에 이르지 못한 것이 아니라 합의가 완결되지 못한 것으로서, 합의의 일부가 구체화·현실화되지 못한 것에 불과하므로, 이러한 측면에서 동조적 행위는 묵시적 합의와 매우 유사하다는 것이다.<sup>51)</sup>

구 공정거래법 제19조에서 규정하고 있는 ‘합의’의 외연을 넓혀서 해석한다면, 동조적 행위는 ‘합의’를 추정하는 방식으로 충분히 포함할 수 있다는 것이다.<sup>52)</sup>

이러한 관점에서 보면, 전면개편TF의 최종보고서에서 정보교환행위 규율을 위하여 ‘동조적 행위’의 개념 도입을 제안했음에도 불구하고 공정위가 공정거래법 전부개정법률안에 ‘동조적 행위’를 반영하지 않은 점이 이해된다.<sup>53)</sup> 정보교환행위로 대표되는 ‘동조적 행위’는 묵시적 합의 개념에 포함될 수 있기 때문에, 공정위는 ‘동조적 행위’에 대한 별도의 근거가 필요하지 않다고 판단했을 수 있다. 오히려, 공정거래법 제40조 제5항 제2호를 신설하여 ‘정보교환행위에 따른 법률상 추정’ 법리를 명문화하여 묵시적 합의의 입증이 용이하도록 개정하고자 한 점도 자연스럽게 설명된다.

또한, 공정위는 하위규범 연구용역의 과업지시서에서 연구방법으로 미국, 유럽연합, 호주 등 주요 국가 경쟁당국이 운영하고 있는 정보교환

- 46) 이호영, “공정거래법상 경쟁자 간 정보교환행위의 평가에 관한 연구”『상사법연구』 제33권 제1호, 한국상사법학회, 2014., 342~344면.
- 47) 같은 견해로, “문제해결을 위한 논의의 출발점은 ‘합의의 도그마’로부터 경쟁법 특유의 ‘유연한 법원칙’으로 전환하는 것이다. 시장에서 이루어지는 복잡다기한 기업활동을 그 규제대상으로 삼고 있는 경쟁법의 가장 큰 특징은 가급적 법규정의 문언이나 법형식에 얹매이지 않고 문제가 된 법적 현상이 초래하는 실질적인 효과를 기준으로 한 유연한 법해석 및 집행이라고 할 수 있다. 과점기업의 묵시적 사업조정은 법해석 및 집행상의 유연성을 확보해야 할 필요성이 특히 절실한 분야라고 할 것이다. 즉, 부당한 공동행위에 관한 ‘합의’의 원칙을 유지하되, 구체적으로 문제가 된 사안을 해결함에 있어서는 당해 행위가 갖는 실체적 효과를 기준으로 유연한 법해석 및 집행이 필요하다.”(이호영, “독점금지법상 ‘합의의 도그마’에 대한 저항”『경쟁법연구』 제12권, 한국경쟁법학회, 2005., 64면)
- 48) 홍명수, “EU 경쟁법상 공동행위 관련 정보교환에 관한 고찰”『홍익법학』 제18권 제1호, 홍익대학교, 2017., 613면.
- 49) 정보교환도 이에 관한 사업자들의 선택적인 합의가 없으면 이루어질 수 없는 것이고, 이에 착안하여 합의를 입증하는 방안도 고려할 수 있다는 견해(홍명수, “정보교환과 카르텔 규제”『법과사회』 제36호, 법과사회 이론학회, 2009., 295~296면)
- 50) 사업자들이 여러 경로를 통하여 상호간에 빈번하게 접촉·교류하고 이를 통하여 의도적으로 가격정보를 교환하며 서로 교환된 정보를 이용하여 각자 행위내용을 조정하고 그 결과 일정한 행위가 외형상 일치하는 경우에는 사업자 각자의 독자적인 판단이 아니라 일련의 공조를 통한 행위라는 측면에서 단순한 의식적 병행행위가 아닌 동조적 행위에 해당하여 공동행위의 합의가 있었다고 판시하였다(서울고등법원 2012. 1. 12. 선고 2011누18467 판결).
- 51) 묵시적 합의도 사업자의 행동 등 정황증거를 통해 성립되기 때문에 합의의 일부 내용이 구체화되지 못하는 경우가 많기 때문에, 정황증거를 통해서 입증하는 묵시적 합의와 EU에서의 동조적 행위는 거의 범위가 일치하는 것으로 볼 수 있다는 견해(박세민, “공정거래법 제19조의 합의와 동조적 행위”『법조』 제67권 제5호, 법조협회, 2018., 460면)
- 52) 정보교환과 같은 사업자 간 의사연락에 근거하여 가격인상 폭, 시기 등 구체적 사항까지 합의했다고 추정하지는 않더라도 가격을 공동으로 결정하는 수준의 의사 일치를 추정하는 것은 무리한 해석이 아니라는 견해(박세민, 위의 논문, 461면)
- 53) 공정거래법 전면개편 특위에서 정보교환행위를 규율하는 방안에 대하여 다양한 안들이 제시되었는데, 결과적으로 합의를 요구하는 기준 담합규제의 틀로 포함하여 규율하는 방향으로 정리됨(최난설헌, “정보교환 담합행위 규율의 변화와 쟁점”『경쟁법연구』 제44권, 한국경쟁법학회, 2021., 9면)

규율 관련 하위규범<sup>54)</sup>의 내용을 분석하도록 요구하였다. 해당 용역보고서에 유럽연합, 호주의 경쟁법제에서 동조적 행위를 명시적으로 규율하고 있다는 점이 충실히 반영되어 공정위에 제출된 점<sup>55)</sup>을 고려하면, 공정위는 전부개정 공정거래법 제40조의 해석을 통하여 정보교환행위 등의 동조적 행위를 묵시적 합의 개념에 포함할 수 있다는 견해를 유지하고 있는 것으로 보인다.

## 2) 동조적 행위와 일방적 정보제공 행위의 관계에 대한 공정위의 인식

사업자들 간에 경쟁상 민감한 정보를 교환하는 행위는 동조적 행위의 가장 대표적인 예가 된다.<sup>56)</sup> 유럽연합과 호주의 경쟁법제에서는 동조적 행위와 정보교환행위에 관해 명문으로 규정하고 있는데, 이러한 내용은 공정위의 정보교환 심사지침에도 반영된 것으로 보인다.<sup>57)</sup> 유럽연합기능조약(Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU, 이하 “EU기능조약”)

제101조는 경쟁제한을 목적으로 하거나 경쟁제한 효과를 발생시키는 사업자들 사이의 동조적 행위와 합의를 금지하고 있다. 그리고 유럽연합집행위원회의 수평적 협력 합의에 대한 EU기능조약 제101조의 적용 가능성에 대한 가이드라인 (Guidelines on the applicability of Article 101 of TFEU to horizontal co-operation agreements, 이하 “EU가이드라인”)은 정보교환 행위가 동조적 행위에 해당할 수 있고, 일방적으로 정보를 제공하는 행위도 동조적 행위에 해당할 수 있다고 규정하고 있다.<sup>58)</sup>

유럽연합집행위원회는 2011년 EU가이드라인에서 정보교환 담합에 관한 판단기준을 마련한 후, 2023년 6월 EU가이드라인을 개정하였다. 개정된 EU가이드라인에는 2011년 이후의 관련 판례와 심결례가 반영되었고, 일방적 정보제공 등에 대한 기존 가이드라인의 판단기준이 구체화되었다. 비공개 형태의 일방적 정보제공의 경우, 2016년 Eturas 판결<sup>59)</sup>의 법리가 반영되었다.<sup>60)</sup> 즉, 경쟁상 민감한 정보를 상대방으로부터 취

54) (미국) Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, (EU) Guidelines on the applicability of Article 101 of TFEU to horizontal co-operation agreements, (호주) Guidelines on Concerted Practices

55) 한국경쟁법학회, 앞의 보고서, 35~51면, 136~173면.

56) 홍명수, 앞의 논문(2009), 285면.

57) 이와 같은 견해로, 강지원, 앞의 논문(2024), 84면.

58) 가이드라인 중 ‘2. 정보교환의 경쟁 평가에 대한 일반 원칙’에서 관련 내용 일부를 소개한다.

[단락 60] 정보교환은 합의, 동조적 행위 또는 사업자단체의 결의를 형성하거나 그 일부인 경우에는 기능조약 제101조가 적용될 수 있다. <중략>

[단락 62] 한 사업자가 전략적 정보를 경쟁자에게 공개하고 그가 수용하는 상황 또한 동조적 행위를 구성할 수 있다. 이와 같은 공개는 우편, 이메일, 전화통화, 회의 등을 통한 접촉을 통해 발생할 수 있다. 하나의 사업자가 의도된 시장 행동을 경쟁자에게 알리는지 또는 모든 참여 사업자들이 서로의 숙고와 의도를 알리는지 여부는 무관하다. <후략>

(2011년 EU가이드라인의 번역본 출처: 한국경쟁법학회, 앞의 보고서, 141~143면)

59) Case C-74/16 Eturas UAB and others v. Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba, ECLI:EU:C: 2016:42 (CJEU 21 January 2016); 온라인 여행예약서비스업체 Eturas UAB는 여행대행사들을 회원으로 한 여행상품 예약서비스 사이트인 E-TURAS를 운영하였다. E-TURAS의 관리자는 2009. 8. 회원사 전체에 메일을 발송하면서 각 회원사가 E-TURAS를 통해 제공할 수 있는 할인율 상한을 4%에서 3%로 변경하겠다고 통보했고, 2010. 3.까지 해당 사이트 내에서 할인율을 3%로 자동으로 조정되도록 설정하였다. 각 회원사가 3%를 초과하는 할인율을 제공하기 위해서는 별도의 기술적 절차를 밟도록 하는 불편함이 있었다. 2012년 리투아니아 경쟁당국은 E-TURAS의 회원사들이 3% 할인율을 조정 이메일을 수신한 후 이에 묵시적으로 동의하여 할인율을 공동으로 조정한 동조적 행위를 한 것으로 보아 제재금을 부과하였고, 리투아니아 최고법원도 회원사들이 메일을 수신하여 확인하였을 것이라고 보면서 유럽최고법원에 i) 이메일이 발송되었다는 것만으로 회원사가 이를 인지하거나 인지할 수 있었다고 추정할 수 있는지, ii) 이메일을 수신한 회원사들이 반대의사를 표명하지 않았다면 묵시적인 동의에 의한 동조적 행위로 볼 수 있는지에 대한 선결적 결정을 요청하였다. 유럽최고법원은 이메일이 발송되었다는 사실만으로는 수신 회원사가 그 내용을 확인하여 인지할 수 있었을 것이라고 추정하는 것은 무죄추정의 원칙에 부합하지 않지만, 이메일 발송 증거와 더불어 객관적이고 일관적인 추가 증거가 제시될 경우 수신 회원사가 이메일

득·인지한 정보수신자는 그러한 정보를 수신하지 않겠다는 명확한 의사를 전달하거나 경쟁당국에 신고하는 등 공개적인 거부의사를 밝히지 않는 한, 수신한 정보를 이용하여 시장에서의 행동을 변화시킨 것으로 추정된다는 것이다.<sup>61)</sup>

호주의 동조적 행위 가이드라인(Guidelines on Concerted Practices)은 한 차례의 정보제공으로도 동조적 행위가 성립할 수 있으며, 경쟁사업자로부터 지속적으로 상업적으로 민감한 정보를 받는다면 시간이 갈수록 경쟁자의 정보를 고려하지 않고 행동하는 것이 점점 더 어려워질 것이라고 규정하고 있다. 위 가이드라인은 의도치 않게 경쟁자로부터 민감한 정보를 제공받은 경우 동조적 행위에 가담할 우려를 없애기 위해서는 즉시 그 정보에 따라 행동하지 않겠다는 점을 분명히 해야 한다고 규정하고 있다.<sup>62)</sup>

공정위의 정보교환심사지침에서 ‘정보를 주고받는 행위’를 ‘정보를 알리는 행위’로 정의하여 일방적 정보제공행위도 포섭할 여지를 확보한 점,<sup>63)</sup> “경쟁사가 보내온 가격정보 관련 이메일을 수신하자마자 더 이상 관련 메일을 보내지 말 것을 강력히 요청하여 이후 그러한 이메일이 오지 아니한 경우”를 무시적 합의가 인정되지 않는 사례로 예시하고 있는 점 등을 고려하면, 위에서 살펴본 유럽연합과 호주의 입법례와 판례의 내용이 정보교환심사지침에 상당 부분 반영된 것으로 사료된다.<sup>64)</sup> 즉, 공정위는 정보교환행위를 동조적 행위의 일종으로 여기면서, 특히 ‘일방적 정보제공행위’도 동조적 행위로서 전

부개정 공정거래법에 의한 규율이 ‘가능’할 뿐만 아니라 실무적으로도 ‘필요’하다는 인식을 갖고 있는 것으로 보인다.

### 3) 소결

공정위는 현행 공정거래법의 해석을 통하여 정보교환행위로 대표되는 동조적 행위를 규율할 수 있고, 경쟁사업자의 일방적 정보제공행위도 동조적 행위로서 규율할 수 있다는 입장인 것으로 사료된다. 전부개정 공정거래법이 시행된 이후, 사업자 간 정보교환행위가 쟁점이 되어 사법부의 판단을 받은 사례가 아직 없기 때문에, 위와 같은 공정위의 입장이 적절한지에 대한 ‘경쟁법’ 차원의 검토는 한계가 있을 수밖에 없다. 동조적 행위를 무시적 합의로 포섭할 수 있는지, 일방적 정보제공행위와 외형상 행위 일치가 있을 때 관련 합의를 법률상 추정할 수 있는지 등에 대한 사법부의 판단이 기다려지는 이유이기도 하다.

한편, 공정거래법은 ‘법률(法律)’이다. 따라서 헌법에 합치해야 하는 입법형성의 한계를 가진다. 그리고 정보교환심사지침은 행정입법(고시)이므로, 법치행정의 원칙을 준수해야 하는 한계를 가진다. 앞서 살펴본 바와 같이, 공정위는 유연한 법해석과 법집행을 강조하는 듯하지만, 그러한 유연한 법해석과 법집행에도 내재적 한계가 존재한다. 경쟁당국 입장에서 유연한 법해석과 법집행을 강조할수록, 사인(私人)인 사업자

내용을 확인했다는 추정은 가능하다고 보았다. 그리고 유럽최고법원은 만약 회원사들이 이메일 내용을 인지했다는 점이 입증될 경우, 이후 회원사들이 이메일의 내용대로 할인율을 조정하는 실행행위가 있었다면 TFEU 제101조 제1항을 위반한 동조적 행위를 한 것으로 추정될 수 있다고 판시하였다.

60) 강지원, 앞의 논문(2024), 76~83면.

61) 2023 EU가이드라인 [단락 397]

62) 한국경쟁법학회, 앞의 보고서, 173면(호주 동조적 행위 가이드라인 번역본)

63) 이 논리에 따르면 일방적 정보제공행위와 외형상 행위 일치가 입증되면 공정거래법 제40조 제5항 제2호에 따라 ‘합의’가 법률상 추정된다.

64) 한국경쟁법학회가 작성한 하위규범 연구용역보고서에서도 유럽연합과 호주의 입법례·판례를 분석한 내용과 이러한 내용이 반영된 정보교환심사지침(안)이 수록되어 있다.

입장에서는 공정거래법에 대한 예측가능성이 떨어지게 된다. 그리고 준수해야 할 합법의 경계선이 모호해진다. 그동안 행정법학에서는 법학방법론의 출발점이라 할 수 있는 ‘법해석방법론’을 다소 소홀히 다룬 경향이 있는데,<sup>65)</sup> 이하에서는 ‘경쟁법’의 테두리에서 벗어나 ‘법해석’의 관점에서 검토하고자 한다.

## 2. ‘정보를 주고받는 행위’에 대한 해석론

### 1) 행정법학으로서의 해석방법론

행정법학은 크게 두 가지 관점에서 검토가 이루어진다.<sup>66)</sup> 실질문제에 대한 검토와 방법문제에 대한 검토이다. 먼저 실질문제(Sachfrage)에 대한 검토는 어떠한 정책의 목적, 집행, 실효성 확보 등에 관한 내용이 법령에 적절히 반영되어 있는지, 실무와 법령 사이의 괴리가 있어 정비할 필요가 있는지 등 정책의 집행과 실현 차원에서 실체법적 문제를 다루는 것으로 볼 수 있다. 다른 한편, 방법문제(Methodenfrage)에 대한 검토는 해당 법령과 관련된 개별 분쟁이 발생했을 때 그 법령 중에서 어떠한 조문을 해석하여야 하는지 그리고 어떠한 방법론으로 해석하여야 하는지, 해당 법령에 명확한 규정이 없어도 구체적인 결론을 내릴 수 있는지 등 법령해석의 문제를 다루는 것으로 볼 수 있다. 방법문제가 행정법규의 해석에 긴요한 이유는 행정심판 또는 행정소송에서 권익침해를 판단하는 기준이 되고, 또한 헌법상 법치행정의 원칙(법률유보·법률우위)을 판단하는 기준이 되기 때문이다.

실질문제가 개별행정법의 영역에서 논의되는

문제라면, 방법문제는 일반행정법의 영역에서 논의되는 문제이다. 일반행정법(「행정기본법」, 「행정절차법」 등)은 헌법과 개별행정법을 매개하는 역할을 하면서, 행정의 모든 영역에서 적용 가능한 법원리들을 정립하고, 이를 각 행정실무영역에서 구체화하는 법리를 위한 토대를 마련하는데 목적이 있다. 이를 위하여 가장 필요한 것이 법령해석에 관한 방법문제이다. 행정심판이나 행정소송에서 ‘방법문제’를 검토하지 않고 곧바로 개별행정법의 실질문제를 검토하게 되면, 제도의 설계 및 입법적 관점 등이 쟁점이 되면서 성문법의 한계를 넘어 ‘입법론의 관점’에서 법을 해석하게 되는 어색한 상황이 발생한다.<sup>67)</sup> 앞서 살펴본 전부개정 공정거래법 제40조 ‘정보교환행위의 규율’에 관하여 공정위의 인식을 살펴본 것이 ‘실질문제’에 관한 것이라고 할 수 있다. 그동안 정보교환행위에 대한 규율의 필요성, 조사·처분 등 집행가능성에 관한 제도설계와 입법적 관점이 주로 논의되었다면, 아래에서는 ‘방법문제’의 차원에서 해석론을 중심으로 ‘정보를 주고받는 행위’를 검토하고자 한다.<sup>68)</sup>

### 2) 검토 대상 조문의 구조적 분석

앞서 살펴본 바와 같이, 공정거래법 제40조 제1항은 사업자에게 부당한 공동행위에 관한 ‘합의’를 금지하는 의무를 부과하고 있고, 같은 항 제9호에서는 “가격, 생산량 등의 정보를 주고받음으로써 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위를 합의하는 것을 금지”하고 있다. 같은 조 제5항은 제1항 각호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 경우 ‘합의’를 법

65) 박정훈, “행정법과 법해석” 「행정법연구」 제43호, 사단법인 행정법이론실무학회, 2015., 16면.

66) 박정훈, 위의 논문, 23~24면.

67) 박정훈, 앞의 논문, 24면.

68) 헌법과 공정거래법 사이에서 일반행정법 차원에서 법령해석방법론을 적용하는 것이고, 또한 「행정기본법」 제40조 제2항에 따른 해석의 방향이기도 하다.

률상 추정하며, 같은 항 제2호에서는 “제1항 각 호의 행위에 필요한 정보를 주고받은 때” 해당 행위의 합의를 추정한다고 규정하고 있다. 같은 조 제1항 금지의무의 행위 요건과 제5항의 합의 추정의 행위 요건은 모두 ‘정보를 주고받는 행위’이다. 둘 이상의 사업자가 관련 정보를 주고 받아야 금지의무가 발생하거나 또는 금지의 대상인 합의가 추정되는 것이다.

한편, 공정거래법 제42조 제1항은 공정위가 제40조의 부당한 공동행위를 한 사업자에게 해당 행위의 중지 등 시정조치를 명할 수 있는 근거가 되고, 같은 법 제43조는 공정위가 부당한 공동행위를 한 사업자에게 과징금을 부과할 수 있는 근거가 된다. 즉, 사인(私人)에 대한 침익적 행정처분을 예정하고 있다. 또한, 같은 법 제124조 제1항 제9호에서는 “제40조 제1항을 위반하여 부당한 공동행위를 한 자 또는 이를 하도록 한 자”에 대하여 3년 이하의 징역 또는 2억 원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다. 요컨대, 사업자가 가격, 생산량 등 경쟁상 민감한 정보를 주고받는 행위는 금지의무의 요건이 되면서 동시에 침익적 행정처분의 요건과 형사처벌의 요건이 되는 것이다. ‘정보를 주고받는 행위’에 대한 정확하고도 섬세한 해석이 필요한 이유가 여기에 있다.

### 3) 해석방법론의 시작: 문리해석

해석이란 법규를 구체적인 사실관계에 적용하기 위하여 그 의미를 확인하는 과정이다. 일반적으로 법령해석의 방법으로는 문리해석, 논리해석, 목적론적 해석 등의 방법이 제시되고 있다.<sup>69)</sup> ‘문리해석’은 법규의 의미를 그 문언 자

체의 의미에 따라 해석하는 것으로서 모든 해석의 출발이라 할 수 있다. 대법원도 “법해석의 목표는 어디까지나 법적 안정성을 저해하지 않는 범위 내에서 구체적 타당성을 찾는데 두어야 한다. 그리고 그 과정에서 가능한 한 법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실히 해석하는 것을 원칙으로 하고, 나아가 법률의 입법취지와 목적, 그 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 추가적으로 동원함으로써, 법해석의 요청에 부응하는 타당한 해석이 되도록 하여야 한다. 한편, 법률의 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 원칙적으로 더 이상 다른 해석방법은 활용할 필요가 없거나 제한될 수밖에 없고, 어떠한 법률의 규정에서 사용된 용어에 관하여 그 법률 및 규정의 입법 취지와 목적을 중시하여 문언의 통상적 의미와 다르게 해석하려 하더라도 당해 법률 내의 다른 규정들 및 다른 법률과의 체계적 관련성 내지 전체 법체계와의 조화를 무시할 수 없으므로, 거기에는 일정한 한계가 있을 수밖에 없다.”고 판시하여,<sup>70)</sup> 문리해석이 원칙이라는 점을 분명히 하고 있다.

또한, 대법원은 법령에서 쓰인 용어에 대해 정의규정이 없는 경우에는 원칙적으로 사전적인 정의 등 일반적으로 받아들여진 의미에 따라야 한다고 판시한 바 있다.<sup>71)</sup> ‘정보를 주고받는 행위’라는 용어 중 문리해석이 필요한 부분은 ‘주고받는’이며, 이에 관한 공정거래법상 정의규정은 없다. 국립국어원의 표준국어대사전은 ‘주고받다’를 “서로 주기도 하고 받기도 하다”로 그 뜻을 풀이하고 있다. ‘주고받다’의 용례로는 “친구와 선물을 주고받다.”, “동료들과 농담을 주고

69) 이광수, “법관에 의한 형법규정 해석의 범위와 한계”『인권과정의』 제360권, 대한변호사협회, 2006., 69면.

70) 대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결

71) 법령에서 쓰인 용어에 관해 정의 규정이 없는 경우에는 원칙적으로 사전적인 정의 등 일반적으로 받아들여진 의미에 따라야 한다(대법원 2017. 12. 21. 선고 2015도8335 판결).

반다.”, “그 집 식구와 인사를 주고받다.”, “저녁 늦게 그는 부하 직원과 술잔을 주고받고 있었다.”, “그들은 조용조용 귀속말을 주고받고 있었다.”, “두 남자가 서로 눈짓을 주고받고는 밖으로 나갔다.”, “그들은 양가의 부모 몰래 편지를 주고받는 사이였던 것이다.<박경리, 토지>”를 제시하고 있다. 총 7건의 용례가 제시되고 있는데, 여기서 ‘주고받다’는 모두 두 주체 간의 쌍방향 행위를 전제하고 있고, ‘주고받다’가 단일 주체에 의한 일방향 행위로 사용된 용례는 없다.

또한, 필자는 2024. 6. 28. 국립국어원에서 운영하고 있는 ‘온라인가나다’ 게시판을 통하여, ‘주고받다’의 의미에 ‘일방이 주기만 하고 다른 일방이 받기만 하는 행위’가 포함되는지를 질의하였다.<sup>72)</sup> 이에 대하여 ‘온라인가나다’ 게시판 담당자는 “주고받다의 용례와 쓰임을 살펴보았을 때 일방적으로 주거나 받기만 하는 행위가 아닌 서로 주기도 하고 받기도 하는 행위를 일컫는 것으로 보는 것이 일반적이고, 위 질의와 같이 일방적으로 주거나 받기만 하는 경우에도 주고받다는 쓸 수 있는지에 대한 근거는 없다.”고 답변하였다. 즉, 국립국어원의 견해는 ‘주고받다’의 통상적 의미에 일방적으로 주거나 받기만 하는 경우가 포함된다고 보기 어렵다는 취지로 이해된다.

대법원 판례에 따르면, ‘주고받다’의 문언적 의미는 비교적 명확하므로 문리해석 외 다른 해석방법은 활용할 필요가 없거나 그 활용이 제한될 것이다. 따라서, ‘정보를 주고받는 행위’의 문리해석에는 ‘정보를 알리는 행위(일방적 정보제

공행위)’가 포함될 수 없다는 결론에 다 다르게 된다.<sup>73)</sup> 더욱이 전부개정 공정거래법 제2조 제20호, 제5조 제1항 제2호, 제45조 제1항 제9호 가목 등에서 일방향으로 주는 행위에 대하여 ‘제공’이라는 용어를 별도로 사용하고 있는 점을 고려하면, ‘주고받다’는 두 주체 간에 쌍방향으로 이루어지는 행위를 의미한다고 보는 것이 타당하다.<sup>74)</sup> 다만, 위 대법원 판례에 따르면 문언적 의미가 비교적 명확한 경우에도 다른 해석방법의 적용 가능성을 완전히 배제하는 것은 아니므로, 아래에서는 논리적·체계적 해석, 목적론적 해석 등 다른 해석방법에 따른 해석론도 함께 검토하기로 한다.

#### 4) 논리적·체계적 해석에 따른 해석론 검토

‘논리적·체계적 해석’이란 법령의 문언에 구속되지 않고 법질서 전체와 해당 법령 전체의 체계를 유기적으로 연결하여 논리적으로 해당 법령의 의미와 내용을 확정하는 법의 해석방법을 말한다.<sup>75)</sup> 논리적·체계적 해석은 문언의 통상적 의미와 달리 확장해석, 축소해석, 반대해석 등의 해석기법에 따른다는 점에서 목적론적 해석과 같지만, 입법자의 주관적 의도를 고려하지 않는다는 점에서 목적론적 해석과 차이가 있다. 논리적·체계적 해석은 법률에 규정되어 있거나 특수한 의미로 사용되는 용어의 체계적 연관에 따라 논리적 의미를 밝히는 해석방법으로 보는 견해<sup>76)</sup>, 단순한 문리해석과는 별도로 법규의 논리적 맥락 및 체계적인 관계를 이해하고서 합리

72) 국립국어원 온라인가나다 게시판 299154번 질의(2024. 6. 27.) 및 답변(2024. 6. 28.)

73) 법문의 통상적 의미에 따라 해석한 결과가 정의를 비롯한 법이념에 반하지 않는 경우에는 최종적으로 문언적 해석의 결과에 따른다(오세혁, “사법부의 해석방법론에 대한 비판: 재론(再論)”『중앙법학』 제22집 제3호, 중앙법학회, 2020., 125면)

74) 따라서 EU가이드라인 및 Eturas 판례의 사실관계와 관련 법리는 전부개정 공정거래법 제40조의 해석에 그대로 적용하기 어렵다고 할 것이다(이와 같은 견해로, 김철호/안창모, “개정 공정거래법 하에서 정보교환”『경쟁저널』 제209호, 한국공정경쟁연합회, 2021., 98~99면).

75) 정준현, “행정의 법해석권한과 그 형식에 관한 소고”『성균관법학』 제17권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2005., 170면.

76) 이광수, 앞의 논문, 69면.

적인 해석의 기준을 찾는 해석방법으로 보는 견해<sup>77)</sup>도 있다.

본 사안에서는 ‘정보를 주고받는 행위’를 ‘정보를 알리는 행위(일방적 정보제공행위)’로 해석하는 것이 논리적·체계적 해석에 부합하는지 검토할 필요가 있다. 공정거래법은 “부당한 공동행위를 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진하여 궁극적으로 국민경제의 균형있는 발전을 도모함”을 그 목적으로 하고 있다(제1조). 공정거래법 제40조 제1항에 따라 금지되는 부당한 공동행위가 성립하기 위해서는 ① 둘 이상의 사업자(공동성), ② 사업자 간 합의의 존재, ③ 경쟁제한 효과가 인정되어야 한다. 즉, 금지의무의 요건으로 ‘공동성’이 요구되는데, 이는 상호 합의나 쌍방향 행위를 전제하는 개념으로 보는 것이 타당하다. 따라서 일방적 정보제공행위는 공동성 요건(①) 및 합의 요건(②)과 논리적으로 완전히 부합한다고 보기 어렵다.

또한 전부개정 공정거래법 제40조 제5항 제2호에 따르면, ‘외형상 행위 일치’와 ‘정보를 주고 받는 행위’가 인정되면 합의는 법률상 추정된다. 여기서 ‘합의’란 명시적 합의 외에도 사업자 간 묵시적 합의, 암묵적 요해도 포함될 수 있으나, 최소한 사업자 간의 ‘의사연결의 상호성’이 인정될 수 있어야 한다는 것이 판례다.<sup>78)</sup> 합의는 의사의 합치를 의미하는 것으로서 합치의 대상이 되는 ‘개별의사의 존재’, 이에 대한 사업자 간 ‘상호적인 소통’, 개별의사의 주관적 합치를 의미하는 ‘상호인식’으로 나누어 보는 견해<sup>79)</sup>에 따르면, ‘일방적인 정보제공행위’는 단독행위로

서 사업자 간 ‘상호적인 소통’을 결여한 상태이므로 합의의 본질인 ‘의사연결의 상호성’을 인정하기 매우 어렵다. 특히, ‘일방적인 정보 제공행위’와 ‘외형상 행위 일치’만으로 공정거래법 제40조 제5항 제2호의 ‘합의’가 추정된다고 보면, ‘의사연결의 상호성’이 없는 단독행위만으로 ‘합의’가 추정되어 버리는 ‘모순적 상황’이 발생할 수 있다.<sup>80)</sup>

한편, “정보수령자의 묵시적 동의하에 이루어지는 일방향의 정보 제공과 뒤이은 정보습득과 정도 넓게는 정보교환행위의 영역에 포함될 수 있다”는 견해가 있다.<sup>81)</sup> 실무적으로 정보교환행위는 묵시적 합의를 추정 또는 입증하기 위한 증거로 활용되므로, 정보교환행위는 결국 ‘합의’라는 결론을 내리기 위한 수단이라는 측면에서 볼 때, 위 견해는 애초에 이미 ‘묵시적 동의’가 성립한 상태를 전제한 후 일방적 정보제공에 대한 법적 성격을 판단하고 있다는 점에서 논리 전개의 차이가 있다. 묵시적 합의를 입증하기 위하여 정보교환행위가 요구되는 것이지, 정보교환행위라는 용어의 외연을 판단하기 위하여 ‘묵시적 합의’라는 전제가 필요한 것이 아니기 때문이다.

또한, 공정거래법상 벌칙 규정은 4개 조문에 불과하지만, 거의 모든 위반행위를 형별로 규율하도록 규정하고 있다. 이에 관해 법체계에 걸 맞지 않은 형별규정의 과잉을 지적하는 견해가 있는데,<sup>82)</sup> 이 견해는 어떠한 행위가 공정거래법에 저촉이 되는가에 대하여 그 요건을 명확히 할 필요가 있다고 주장한다. ‘정보를 주고받는

77) 권순희, “전통적 법해석방법과 법률해석의 한계”『법학연구』 제4권 제1호, 가톨릭대학교 법학연구소, 2009., 142면.

78) 대법원 2013. 11. 14. 선고 2012두19298 판결; 대법원 2016. 12. 29. 선고 2016두31098 판결.

79) 홍대식, 앞의 논문(2014), 146면.

80) 행위의 외형상 일치와 정보교환사실은 있지만 실제로 담합은 존재하지 않았음에도 불구하고 공정위가 공정위가 공정거래법 제40조 제5항 제2호의 추정조항을 사용한다면 Type I error(false positive)의 문제가 제기될 수 있다는 견해(이선희, “2018년 공정거래법 개정안의 주요 쟁점, 토론문: 정보교환을 통한 담합행위 규율에 관하여”『경쟁과 법』 제11호, 서울대학교 경쟁법센터, 2018., 20면)

81) 최난설현, 앞의 논문, 21면.

82) 선종수, “공정거래법상 형사제재 규정의 정비방안”『형사법의 신동향』 통권 제46호, 대검찰청, 2015., 288면.

행위’는 금지의무의 성립요건, 침익적 행정처분의 요건, 형사처벌의 구성요건이 되고 있는바, 이를 확장해석하여 ‘일방적 정보제공행위’도 포함되는 것으로 해석하는 것은 체계적 해석의 관점에서도 적절하지 않다고 할 것이다.

### 5) 목적론적 해석에 따른 해석론 검토

목적론적 해석이란 법령의 문언에 따른 해석이 불합리한 결론에 도달하게 되는 경우에 법령의 목적을 고려하여 문언의 가능한 의미보다 축소하거나 확대하여 적용하는 것을 말한다.<sup>83)</sup> 즉, 법률의 의미에 상이한 해석의 여지가 있을 때 입법 목적과 입법자의 의도, 입법 이념, 현행 법규의 의미 등을 고려하여 법문언의 의미를 벗어난 해석이 가능하다.<sup>84)</sup> 실무적으로 침익적 행정행위 규정, 형별 규정 등에 대하여 ‘엄격해석의 원칙’이 적용될 때, 목적론적 해석은 문리해석과 함께 활용되고 있다. 즉 ‘엄격해석의 원칙’은 문리해석 중심으로 해석하되, 예외적으로 ‘문언의 통상적 의미(또는 문언의 가능한 의미)’<sup>85)</sup>를 한계로 하는 목적론적 해석도 할 수 있다고 하여 두 개의 해석방법을 조합한 해석원칙으로 이해된다.<sup>86)</sup>

대법원도 “침익적 행정행위의 근거가 되는 행정법규는 엄격하게 해석·적용하여야 하고 그 행정행위의 상대방에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하여서는 안 되며, 그 입법 취지와 목적 등을 고려한 목적론적

해석이 전적으로 배제되는 것은 아니라 하더라도 그 해석이 문언의 통상적인 의미를 벗어나서는 아니된다”고 판시하여 목적론적 해석의 한계는 ‘문언의 통상적인 의미’임을 강조하고 있다.<sup>87)</sup> 또한 대법원은 “침익적 행정처분은 상대방의 권리의 제한하거나 상대방에게 의무를 부과하는 것이므로 헌법상 요구되는 명확성의 원칙에 따라 그 근거가 되는 행정법규를 더욱 엄격하게 해석·적용해야 하고, 행정처분의 상대방에게 지나치게 불리한 방향으로 확대해석이나 유추해석을 해서는 안 된다”라고 판시하여 처분의 상대방에게 불리한 목적론적 해석을 매우 경계하고 있다.<sup>88)</sup>

한편, 목적론적 해석에 의할 때 법해석권자는 어떤 이유로 무엇을 고려하여 그러한 판단을 했는지, 그 ‘정당화사유’를 제시하는 것이 매우 중요하다. 정당화사유는 행정절차에서 처분의 이유가 되고, 소송절차에서는 판결의 이유가 되기 때문이다.<sup>89)</sup> 그리고 침익적 행정행위의 근거 규정이 명확한 경우에는 관계 법률의 입법 목적, 현법적 가치판단과 사회적 정의 관념에 현저히 반하는 경우를 제외하고는 가능한 한 목적론적 해석은 지양하여야 한다. 그 ‘정당화사유’의 합리성이 부족할 수밖에 없기 때문이다. 침익적 행정행위의 근거 규정이 형사처벌의 구성요건으로 연계되어 있는 경우에는 관련 규정을 더욱 엄격하게 해석해야 하고, 처분의 상대방에게 불리한 방향으로 확장해석할 수 없다는 것이 판례이다.<sup>90)</sup>

요컨대, 침익적 행정행위의 근거 규정이 명확

83) 선정원, “엄격해석원칙에 관한 행정판례의 분석과 검토”『행정법연구』 제73호, 행정법이론실무학회, 2024, 20면.

84) 이광수, 앞의 논문, 67면.

85) 목적론적 확장해석의 한계에 대하여, 대법원 판례는 ‘문언의 통상적 의미’를 한계로 보고 있으나, 법학계에서는 ‘문언의 가능한 의미’를 한계로 보고 있는 듯하다.

86) 선정원, 앞의 논문, 9면.

87) 대법원 2013. 12. 12. 선고 2011두3388판결; 대법원 2. 28. 선고 2007두13791, 13807 판결.

88) 대법원 2021. 11. 11. 선고 2021두43491 판결(‘엄격해석의 원칙’을 직접 언급한 최근 판례임).

89) 선정원, 앞의 논문, 24면.

90) 사회복지사업법 제40조 제1항 제4호에 의하면 후원금의 용도 외 사용에 대하여는 개선명령 등 침익적 처분을 할 수 있고, 같은 법 제54조 제5호에 의하면 이러한 개선명령 등을 받은 자가 이를 이행하지 아니하면 형사처벌까지 받게 되므로, 용도

할 경우에는 문리해석으로 죽하고, 해당 규정이 명확하지 않을 경우에 목적론적 해석을 할 수 있으나, 그 한계는 문언의 통상적 의미가 되며, 해석권자는 목적론적 해석을 위한 정당화사유를 제시할 수 있어야 한다. 특히, 해당 규정이 침익적 행정행위의 요건이면서 동시에 형사처벌의 구성요건인 경우에는 처분의 상대방에게 불리한 방향으로 확장해석할 수 없다.

‘주고받다’의 통상적 의미는 “주기도 하고 받기도 하다”인 점은 앞서 살펴본 바와 같고, 국립국어원의 표준국어대사전에 수록되어 있는 7건의 용례는 모두 쌍방향 행위를 전제하고 있다는 점도 이미 확인하였다. 즉, ‘정보를 주고받는 행위’의 통상적 의미는 둘 이상의 사업자가 정보를 주기도 하고 받기도 하는 행위를 뜻하며, 이러한 논리 전개에서 불명확성은 보이지 않는다.

따라서 ‘정보를 주고받는 행위’에 대하여 엄격해석의 원칙을 적용하더라도 문리해석만으로 충분하므로 목적론적 해석은 개입할 여지가 없다고 할 것이다.

다만, 완결성 있는 논의를 위하여 ‘주고받다’의 의미에 불명확성이 있다고 가정해 본다면, ‘정보를 주고받는 행위’에 대한 목적론적 해석(확장해석)을 고려해 볼 수 있다. 확장해석이란 법조문의 언어적으로 표현된 의미보다 넓게 해석하는 방법으로, 목적론적 해석에 의하여 ‘문언의 가능한 의미’로까지 확장하여 해석하는 것을 말한다. 즉, 확장해석을 통해 문언의 통상적 의미보다 넓은 범위의 의미가 부여되는 결과가 도출될 수 있다.<sup>91)</sup> 그리고 ‘주고받다’의 문언상 가능한 의미는 다음과 같이 상정할 수 있을 것이다.

① 주다	② 주기도 하고 받기도 하다	③ 받다
= 공여하다, 제공하다	= 교환하다, 수수(授受)하다	= 수령하다, 수수(收受)하다
【문언의 가능한 의미】	【문언의 통상적 의미】	【문언의 가능한 의미】

‘주고받다’의 외연을 최대한 넓히면 ‘주다’와 ‘받다’가 그 한계가 될 것이다.<sup>92)</sup> ‘주다’는 ‘공여하다’ 또는 ‘제공하다’와 같은 의미로 쓰이고, ‘받다’는 ‘수령하다’, ‘수수(收受)하다’와 같은 의미로 쓰인다. 즉, ① 주다’만을 사용하면 사업자

가 다른 사업자에게 정보를 알리는 일방향 행위로 해석할 수 있는 여지가 생길 수 있다. 이와 같이, ‘주고받다’의 의미에 일방향 행위도 포함된다도 이해하는 견해들이 있다.<sup>93)</sup> 즉, ‘정보를 주고받는 행위’은 외국에서 사용하는 ‘정보교환

외 사용에 관한 규정은 엄격하게 해석하여야 하고, 상대방에게 불리한 방향으로 확장해석하여서는 아니 된다(대법원 2017. 6. 29. 선고 2017두33824 판결); 죄형법정주의는 국가형별권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보호하기 위하여 범죄와 형벌을 법률로 정할 것을 요구한다. 그러한 취지에 비추어 보면 형법법규의 해석은 엄격하여야 하고, 문언의 가능한 의미를 벗어나 피고인에게 불리한 방향으로 해석하는 것은 죄형법정주의의 내용인 확장해석금지에 따라 허용되지 아니한다. 법률을 해석할 때 입법 취지와 목적, 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 사용할 수 있으나, 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 원칙적으로 이러한 해석방법은 활용할 필요가 없거나 제한될 수밖에 없다. 죄형법정주의 원칙이 적용되는 형별법규의 해석에서는 더욱 그러하다(대법원 2017. 12. 21. 선고 2015도835 판결).

91) 주호노, “형법에 있어서의 기본원칙”『경희법학』 제51권 제3호, 경희법학연구소, 2016, 125면.

92) 문언의 의미에서 그 확장이 불가능한 한계에 대한 판단기준에 대하여, 대법원은 해당 문언의 일상적 의미(일상생활 속에서 사용되는 용례)를 가능과 불가능의 구분 기준으로 인정하고 있다. 허용되는 확장해석과 금지되는 유추해석을 구별하는 기준이 문언의 ‘일상적 의미’라면 그것은 사회 속에서 이미 형성되어 객관적으로 존재하는 것이라고 봐야 한다(김성돈, “죄형법정주의와 그의 적들”『형사법연구』 제34권 제2호, 한국형사법학회, 2022, 67면).

93) 최난설현, 앞의 논문, 21면; 정주미, “공정거래법 전부개정법상 정보교환 합의의 해석론”『법학연구』 제24권 제3호, 인하대학교, 2021., 95면; 한국경쟁법학회, 앞의 보고서, 53~54면.

(information exchange)'을 번역한 것으로 보면 서 정보를 누군가 주고, 누군가 받는 행위가 있다면 그러한 행위도 금지될 수 있다고 보는 입장이다. 그런데 이와 같이 확장해석을 하기 위해서는 이에 상응하는 '정당화사유'가 제시되어야 한다.<sup>94)</sup> 이에 대해 '주고받다'에 일방향 행위도 포함된다고 보는 견해들은 모두 일방적 정보 제공행위에 대한 '규율의 필요성'을 강조하고 있으나,<sup>95)</sup> '규율의 필요성'만으로는 목적론적 해석을 정당화하기 부족해 보인다.

대법원은 판례에서 목적론적 해석의 정당화 사유로 입법 취지와 입법 경과에 비추어 확장해석을 하더라도 해당 수법자가 충분히 인식하거나 또는 예상할 수 있었을 것이라는 주관적 차원의 정당화 사유와 해당 문언에 따를 때 일부만 규율하고 다른 일부는 규율할 수 없게 되어 제도 운영상의 불합리가 발생한다는 객관적 차원의 정당화 사유를 제시하고 있다.<sup>96)</sup> 전부개정 공정거래법의 입법 경과를 다시 살펴보면, 전면 개편TF의 최종보고서 중 '경쟁제한적 정보교환 행위 규율 방안' 부분에서 유럽연합과 같이 '동조적 행위'의 규율 근거를 도입하자는 빙안이 제안되었으나, 이후 정부가 발의한 공정거래법

전부개정법률안에서 '동조적 행위'의 규율에 관한 사항은 빠진 채로 국회 의결을 거쳐 공포·시행되었다. 유럽연합에서 일방적 정보제공행위는 동조적 행위 개념에 포함되어 규율되고 있다는 점을 고려하면, 수법자인 사업자 입장에서는 '일방적 정보제공행위'도 전부개정 공정거래법 제 40조에 의해 규율될 것이라고 인식하거나 예상하기는 어려웠을 것이다.<sup>97)</sup> 또한, 경쟁당국이 사업자 간 쌍방향 정보교환행위만을 규율하고 일방적 정보제공행위를 규율하지 않는다고 하여 경쟁정책 운영상의 불합리가 발생한다거나 자유로운 경쟁이 과도하게 저해된다고 보기도 어렵다. 따라서 '정보를 주고받는 행위'에 대한 목적론적 확장해석을 하기 위한 정당화사유는 충분히 제시되지 않고 있다. '일방적 정보제공행위'에 대한 규율의 필요성만 강조<sup>98)</sup>하는 것으로는 부족하다. 확장해석을 정당화하기 위한 합리적인 사유가 제시되기 전까지는 목적론적 해석이 허용되기 어렵다고 보는 것이 타당하다.

## 6) 소결

'정보를 주고받는 행위'를 규정하고 있는 공정

94) 정준현, 앞의 논문, 184면.

95) 합의가 없는 경우에도 정보교환은 사업자 간 상호의존적 경영전략을 수립하도록 함으로써 가격편차를 감소시키는 등 동조적 행위를 유발할 우려가 있다. 현실을 반영한 합리적인 하위규범 마련과 상세한 지침의 설계를 통하여 법문 해석의 명확성과 예측가능성을 제공하고, 시장에 미치는 부정적 영향을 최소화하면서 반경쟁적 행위를 효과적으로 제어할 수 있도록 하여야 할 것이다(최난설헌, 앞의 논문, 22면); 정보를 주고받는 행위의 범위에서 누군가 정보를 통보하고 누군가 정보를 수신행위를 포함해야 할 필요성은 LPG 담합 판결을 참고할 수 있다. (중략) 시장 선도 사업자들 일부가 정보를 제공하고 다른 경쟁사업자들이 이를 수신하여, 그러한 정보가 사업자들의 의사결정에 활용되어 가격 인상과 같은 의사의 합치가 이루어진 경우, 이는 독자적 정보교환 합의로서 금지될 필요가 있다. 이러한 일방적 정보제공행위는 유럽이나 미국의 판례에서도 이미 금지된 바 있고, 유럽 판례 및 지침과 호주 지침은 제공된 정보를 수신한 사업자가 명시적으로 이에 동조하지 않는다는 의사의 밝히거나 그러한 행동을 취하지 않는 한 동조한 것으로 보고 있다(정주미, 앞의 논문, 96면; 한국경쟁법학회, 앞의 보고서, 54면).

96) 대법원 2007. 9. 20. 선고 2006두11590 판결; 대법원 2021. 3. 11. 선고 2019두57831 판결

97) 전부개정 공정거래법은 구 공정거래법과 달리 정보교환을 독자적 공동행위 유형으로 규정하고, 아울러 정보교환 사실과 외형상 행위 일치가 있으면 공동행위 합의를 추정한다. 이는 정보교환이 가격 결정 등 다른 공동행위의 수단이 될 뿐 아니라, 그 자체가 경쟁제한효과를 가질 수 있다고 보아 한층 더 규제하려는 것이다. <중략> 전부개정 공정거래법 하에서 수법자들이 어떠한 정보교환이 허용되고 금지되는지를 어느 정도 예측할 수 있어야 한다(김철호/안창모, 앞의 논문, 104면).

98) 전부개정안에 담긴 정보교환행위 규율 강화 방안은 경쟁제한 우려가 있는 정보교환행위에 대한 과소규제 문제를 극복하고자 하는 공정위의 시도로 볼 수 있다(강지원, "공정거래법 전부개정안에 대한 제언: 경쟁법제 분야의 두 가지 쟁점 주제를 중심으로"『경쟁저널』 제197호, 한국공정경쟁연합회, 2018., 4면).

거래법 제40조는 그 자체가 금지의무를 부과하고 있을 뿐만 아니라, 시정명령 및 과징금 등 침익적 행정행위와 형사처벌을 예정하고 있는 조문이다. ‘주고받다’의 통상적 의미는 명확하여 문리해석의 방법으로 충분히 그 뜻을 이해할 수 있으며, 논리적·체계적 해석과 목적론적 해석에 의하더라도 ‘정보를 주고받는 행위’에 ‘일방적 정보제공행위’가 포함되기 어렵다는 점을 살펴보았다. 처분의 당사자(또는 피고인)에게 불리하게 확장해석하는 것은 대법원 판례상 허용되지 않을 뿐만 아니라, 엄격해석의 원칙에도 반하기 때문이다. 아울러, 정보교환심사지침에서 ‘정보를 주고받는 행위’를 ‘정보를 알리는 행위’로 정의하는 것은 「행정기본법」 제8조에서 규정하고 있는 법률우위의 원칙과 법률유보의 원칙에도 저촉될 여지가 있어 보인다. 입법의 미비나 규율의 필요성에 대해 법률의 개정으로 해결하지 않고, 처분의 당사자나(또는 피고인)에게 불이익한 방향으로 특정 문언의 의미를 목적론적으로 확장해석하는 것은 지양하여야 할 것이다.<sup>99)</sup>

#### IV. 결어

공정위가 정보교환심사지침에서 ‘정보를 주고받는 행위’를 ‘정보를 알리는 행위’로 정의한 것은 공정거래법 제40조에 대한 일종의 해석지침을 제시한 것으로 볼 수 있다. 그러나 이와 같은 공정위의 해석에는 여러 법리적인 문제가 있

음을 검토하였다. 정책과 제도 차원의 ‘실질문제’를 차치하고, 법령해석 차원의 ‘방법문제’만을 검토하더라도 공정위의 해석에 관한 법리적인 문제는 적지 않게 추론된다. 그러나 공정위가 스스로 정보교환심사지침을 개정할 유인은 크지 않아 보인다.<sup>100)</sup> 한편, 법제처는 법제정책국에 법제개선조정과를 두고 있고, 법제지원국에 법제지원총괄과를 두고 있다. 이들 부서에서는 행정규칙의 정비와 사후심사 업무를 수행하고 있다. 이를 통하여 공정위에 정보교환심사지침에 관한 정비의견이 권고되거나 사후심사의 견이 제공되면서 행정부 내 자기 교정이 이루어 질 여지는 있다. 공정위가 정보교환심사지침을 개정하도록 하게 하는 가장 강력한 동인은 사법부의 판단이 될 것이다. 특히, ‘일방적 정보제공행위’와 ‘외형상 행위 일치’만 존재하는 사안에서 공정거래법 제40조 제5항 제2호에 따라 ‘합의’가 법률상 추정될 것인지에 대한 사법부의 판단이 주목된다.

공정위의 정보교환심사지침을 개정하는 것보다 더 본질적인 사항은 ‘유럽연합과 호주 등에서 명문의 근거를 두고 규율하고 있는 소위 동조적 행위를 우리 경쟁당국은 어떻게 규율할 것인가’이다. 공정거래법 전면개편TF에서 제시된 의견을 비롯하여 이미 다수의 학자가 ‘동조적 행위’의 규율에 관한 근거 도입을 주장한 바 있다.<sup>101)</sup> 구체적으로 개정안을 제시한 문헌도 있었다.<sup>102)</sup> ‘합의’에 이르지 못한 사업자 간 동조

99) 이경렬, “형사사법재판과 법률해석방법”『성균관법학』 제12권 제4호, 성균관대학교 법학연구원, 2015, 241면.

100) 중앙행정기관이 자신의 권한을 스스로 축소하는 결정을 하는 것은 대단히 이례적인 일이다.

101) 이봉의, 앞의 책, 650면; 권오승/서정, 앞의 책, 325면; 이호영, 앞의 논문(2014), 364면; 한서희, 앞의 논문, 79~80면; 박세민, 앞의 논문, 471~473면; 신동권, 앞의 논문, 125면; 강지원, 앞의 논문(2018), 11면; 강혜림, 앞의 논문, 109~110면; 홍명수, 앞의 논문(2017), 617면; 김은수, “묵시적 합의와 입증의 문제”『연세 글로벌 비즈니스 법학연구』 제23권 제1호, 연세대학교 법학연구원 글로벌비즈니스와 법센터, 2021., 23면; 이상규, “사업자간 정보교환행위의 경제적 효과 및 규제 기준”『경쟁저널』 제176호, 한국공정경쟁연합회, 2014., 105면; 김윤정, “공정거래법 전면 개편에 대한 제언: 시장지배적地位 남용과 불공정거래행위 및 부당한 공동행위의 체계 개편을 중심으로”『경쟁저널』 제196호, 한국공정경쟁연합회, 2018., 13면.

102) 공정거래법 제2조에서 ‘동조적 행위’ 개념을 정의하고, 본칙 중 부당한 공동행위를 금지하는 조문에서 ‘합의’ 또는 ‘동조적 행위’를 금지하는 의무를 부과하는 내용으로 제안하고 있다(강지원, 앞의 박사학위논문, 260면).

적 행위로도 시장에서 경쟁제한 효과가 발생할 수 있다는 점은 이미 외국의 사례에서 입증되기도 하였다. 공정위는 더 이상 ‘합의의 도그마’ 내에서 해석방법에 의존하지 않고, ‘동조적 행위’의 규율에 관한 내용을 명문화하는 등 수범자의 판점에서 공정거래법에 대한 예측 가능성을 충분히 확보할 필요가 있다. 그 과정은 협난할 수 있을지라도 ‘행정입법’이 아닌 ‘법률개정’이 되어야 할 것이다.

< 참고문헌 >

A. 저서

- 권오승/서정, 「독점규제법」 제6판, 법문사, 2023.
- 법제처, 「법령 입안·심사 기준(2023)」.
- 사법연수원, 「공정거래법」, 2014.
- 이봉의, 「공정거래법」 초판, 박영사, 2022.
- 이재구, 「공정거래법 이론, 해설과 사례」 전면개정 7판, 지식과 감성, 2023.
- 정재훈, 「공정거래법 소송실무」 제1판, 육법사, 2015.

B. 논문 및 자료

- 강지원, “경쟁사업자 간 가격정보 교환 행위의 규제 법리에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 2018.
- \_\_\_\_\_, “공정거래법 전부개정안에 대한 제언: 경쟁법제 분야의 두 가지 쟁점 주제를 중심으로” 「경쟁저널」 제197호, 한국공정경쟁연합회, 2018.
- \_\_\_\_\_, “EU 공동행위 가이드라인 개정이 공정거래법상 정보 교환 담합 규제에 주는 시사점” 「경쟁저널」 제221호, 공정경쟁연합회, 2024.

- 강혜림, “정보교환과 목시적 합의” 「민사법의 이론과 실무」 제19권 제1호, 민사법의 이론과 실무학회, 2015.
- 공정거래위원회, “공정거래법제 개선 특별위원회 최종보고서”, 2018.
- 권순희, “전통적 법해석방법과 법률해석의 한계” 「법학연구」 제4권 제1호, 가톨릭대학교 법학연구소, 2009.
- 김성돈, “죄형법정주의와 그의 적들” 「형사법 연구」 제34권 제2호, 한국형사법학회, 2022.
- 김윤정, “공정거래법 전면개편에 대한 제언: 시장지배적 지위 남용과 불공정거래행위 및 부당한 공동행위의 체계 개편을 중심으로” 「경쟁저널」 제196호, 한국공정경쟁연합회, 2018.
- 김은수, “목시적 합의와 입증의 문제” 「연세 글로벌 비즈니스 법학연구」 제23권 제1호, 연세대학교 법학연구원 글로벌비즈니스와 법센터, 2021.
- 김철호/안창모, “개정 공정거래법 하에서 정보교환” 「경쟁저널」 제209호, 한국공정경쟁연합회, 2021.
- 김학현, “위법한 담합이 되는 일방적 정보 제공” 「경쟁저널」 제161호, 한국공정경쟁연합회, 2012.
- 박세민, “공정거래법 제19조의 합의와 동조적 행위” 「법조」 제67권 제5호, 법조협회, 2018.
- 박정훈, “행정법과 법해석” 「행정법연구」 제43호, 사단법인 행정법이론실무학회, 2015.
- 사단법인 한국경쟁법학회, 「정보교환 담합 규율을 위한 하위규범 마련방안 연구 최종보고서」, 공정거래위원회 연구용역 결과물, 2021.
- 선정원, “엄격해석원칙에 관한 행정판례의 분석과 견토” 「행정법연구」 제73호, 행정법이론 실무학회, 2024.

- 선종수, “공정거래법상 형사제재 규정의 정비 방안”『형사법의 신동향』 통권 제46호, 대검찰청, 2015.
- 송상민, “공정거래법 전면개편 특별위원회 최종보고서 개관”『경쟁저널』 제196호, 한국공정경쟁연합회, 2018.
- 신동권, “사업자간 정보교환행위의 카르텔법적 평가와 전망”『경쟁저널』 제162호, 한국공정경쟁연합회, 2012.
- 오세혁, “사법부의 해석방법론에 대한 비판: 재론(再論)”『중앙법학』 제22집 제3호, 중앙법학회, 2020.
- 이경렬, “형사사법재판과 법률해석방법”『성균관법학』 제12권 제4호, 성균관대학교 법학연구원, 2015.
- 이광수, “법관에 의한 형법규정 해석의 범위와 한계”『인권과정의』 제360권, 대한변호사협회, 2006.
- 이상규, “사업자간 정보교환행위의 경제적 효과 및 규제 기준”『경쟁저널』 제176호, 한국공정경쟁연합회, 2014.
- 이상수, “『행정기본법』상 법령해석제도의 의의와 몇 가지 쟁점”『법제』 제702권, 법제처, 2023.
- 이선희, “2018년 공정거래법 개정안의 주요 쟁점, 토론문: 정보교환을 통한 담합행위 규율에 관하여”『경쟁과 법』 제11호, 서울대학교 경쟁법센터, 2018.
- 이호영, “독점금지법상 ‘합의의 도그마’에 대한 저항”『경쟁법연구』 제12권, 한국경쟁법학회, 2005.
- \_\_\_\_\_, “공정거래법상 경쟁자 간 정보교환행위의 평가에 관한 연구”『상사법연구』 제33권 제1호, 한국상사법학회, 2014.
- 정재훈, “부당한 공동행위 규제에 있어서 목적 합의 – 정보교환과 동조적 행위에 관한 최근 판례를 중심으로”『경쟁과 법』 제2호, 서울대학교 경쟁법센터, 2014.
- 정주미, “공정거래법 전부개정법상 정보교환 합의의 해석론”『법학연구』 제24권 제3호, 인하대학교, 2021.
- 정준현, “행정의 법해석권한과 그 형식에 관한 소고”『성균관법학』 제17권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2005.
- 주호노, “형법에 있어서의 기본원칙”『경희법학』 제51권 제3호, 경희법학연구소, 2016.
- 최난설현, “정보교환 담합행위 규율의 변화와 쟁점”『경쟁법연구』 제44권, 한국경쟁법학회, 2021.
- 한서희, “동조적 행위로서 정보교환과 독점규제법상 합의 – 서울고등법원 2013. 7. 17 선고 2012누2346 판결을 중심으로 –”『경쟁법연구』 제28권, 한국경쟁법학회, 2013.
- 홍대식, “공정거래법 집행자로서의 공정거래 위원회의 역할과 과제 – 행정입법에 대한 검토를 소재로”『서울대학교 법학』 제52권 제2호, 2011.
- \_\_\_\_\_, “합의 증명의 요소로서의 사업자간 의사연결의 상호성 – 정보교환을 중심으로 –”『경쟁법연구』 제30권, 한국경쟁법학회, 2014.
- 홍명수, “정보교환과 카르텔 규제”『법과사회』 제36호, 법과사회 이론학회, 2009.
- \_\_\_\_\_, “EU 경쟁법상 공동행위 관련 정보교환에 관한 고찰”『홍익법학』 제18권 제1호, 홍익대학교, 2017.

**주제어** : 공정거래법, 부당한 공동행위, 정보교환,  
동조적 행위, 일방적 정보제공, 사업자  
간 정보교환이 개입된 부당한 공동행위  
심사지침

**Keywords** : MONOPOLY REGULATION  
AND FAIR TRADE ACT, Illegal  
Cartel Conduct, Information  
Exchanges, Concurred Practices,  
Unilateral Action of Information  
Informing, Guidelines for  
Examining Illegal Cartel Conduct  
Involving Information Exchange  
between Business Entities