

주요국의 심결사례분석 및 시사점 연구

2002. 11.

공정거래위원회

■ 용역수행자 : (사)한국공정거래협회

■ 연구원

책임연구원 : 권오승 교수(서울대 법대)

연 구 원 : 김 용 회장(한국공정거래협회)

연 구 원 : 서헌제 교수(중앙대 법대)

연 구 원 : 정호열 교수(성균관대 법대)

연 구 원 : 박성범 변호사(법무법인 우방)

목 차

I. 연구목적 및 방법(1)

II. 본론

1. 독점관련 심결사례

- (1) 현대자동차(주) 및 기아자동차(주)의 시장지배적지위 남용행위에 대한 건(4)
- (2) 포항종합제철(주)의 시장지배적지위 남용행위에 대한 건(6)
- (3) United Brands Co. and United Brands Continental BV v. Commission of European Communities Case(14)
- (4) Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp(28)

2. 기업결합관련 심결사례

- (1) 에스케이텔레콤(주)의 기업결합제한규정 위반행위에 대한 건(39)
- (2) (주)호텔롯데 등의 기업결합 제한규정 위반행위에 대한 건(51)
- (3) 에스케이(주)의 기업결합제한규정 위반행위에 대한 건(56)
- (4) FTC v. STAPLES Inc. and Office Depot Inc., United States District Court, District of Columbia(63)
- (5) Nestle와 Perrier의 기업결합(78)
- (6) 일본석유운송주식회사사건(90)

3. 공동행위관련 심결사례

- (1) 동서식품(주) 및 한국네슬레(주)의 부당공동행위(94)
- (2) 화장지 4사의 가격모방사건(101)
- (3) 4개 할부금융사들의 부당공동행위(110)
- (4) Jack Weit v. Continental Illinois National Bank and Trust Company of Chicago(114)
- (5) Petroleum Products Antitrust Litigation(125)

- (6) Reserve Supply Corporation v Owens-Corning Fiberglas Corporation & CertainTeed Corporation(134)
- (7) Wood pulp II - A. Ahlstrom and Others v. Commission Case(143)

4. 불공정거래행위관련 심결사례

- (1) 디피케이인터내셔널(주)의 구속조건부거래행위에 대한 건(152)
- (2) 대한항공의 구속조건부 거래행위에 대한 건(159)
- (3) 한국까르푸(주)의 거래상의 지위남용 사건(165)
- (4) 한국까르푸(주)의 거래상의 지위남용 및 대규모소매점업에 있어서의 특수불공정거래 행위 사건(174)
- (5) COPY-DATA SYSTEMS사/SYNERGISTICS사 對 TOSHIBA AMERICA사 사건(184)
- (6) Microsoft 사건(189)
- (7) Automatic Canteen Co. of America v. Federal Trade Commission 사건(218)
- (8) 三越百貨店の 우월적 지위남용에 관한 건(226)

5. 적용제외관련 심결사례

- (1) 11개 손해보험회사의 부당한 공동행위에 대한 건(236)
- (2) (사)한국야구위원회의 사업자단체금지행위에 대한 건(248)
- (3) U.S. Supreme Court FTC v. TICOR TITLE INS. CO.(258)
- (4) 소화 59. 2. 24. 최고재판소 제2소법정 昭55(あ)2153호(266)
- (5) U.S. Supreme Court BROWN, et al. v. PRO FOOTBALL, INC., dba WASHINGTON REDSKINS, et al.(273)
- (6) United States District Court, S.D. New York NATIONAL BASKETBALL ASSOCIATION v. WILLIAMS(283)

I. 연구의 목적 및 범위, 방법

1) 연구의 목적

우리나라에서 공정거래법이 제정되어 시행된지도 어느덧 20년의 시간이 지났다. 돌이켜 볼 때, 공정거래법의 심결사례도 그 분량이나 수준면에 있어서 상당한 축적을 이루었으며, 그간 외국 사례와 비교분석해 볼 만한 내적, 외적 성장을 거두었다고 평가된다.

본 연구에서는 이러한 시점에서, 지난 20년 동안 우리 공정거래위원회가 법을 집행해 오는 과정에서 주로 논란이 되었거나 소송과정에서 다툼이 많았던 쟁점사례들을 법의 위반행위 유형별로 정리하는 한편, 미국, EU, 일본 등의 유사사례와 비교 분석함으로써, 문제해결에 기여한 주요 핵심원리와 시사점을 도출을 시도하고자 한다. 본 연구는 궁극적으로 향후 공정거래 사건의 심결업무에 참고할 수 있도록 하려는데 그 목적이 있다.

2) 연구범위 및 방법

이러한 목적하에 본 연구는 공정거래법 위반행위의 대표적인 유형들인 독점, 기업결합, 공동행위, 불공정거래행위, 적용제외 등 5개 분야에 관련된 대표적 국내외 심결사례의 의결서, 판결문을 심층분석 한다.

국내사례의 경우 의결서, 판결문을 직접 활용하게 되며, 외국사례의 경우 심결 및 판결문을 전문번역 하여 당사자간의 대립되는 주장, 주요쟁점, 쟁점에 대한 경쟁당국 및 법원의 판단 등을 비교 분석함으로써 문제해결에 기여한 주요 핵심원리를 도출하고, 향후 심결업무에 참고할 시사점을 제시하기로 한다.

아울러 보다 상세한 내용을 참고할 수 있도록 외국 사례 심결서(판결문 포함) 번역자료를 압축하여 부록으로 첨부한다.

3) 비교분석의 대상

본 연구에서 비교분석 하게 될 구체적인 심결사례는 다음과 같다.

먼저, 독점과 관련해서 본 연구가 분석대상으로 하는 사례는 총 4건으로서, 현대자동차(주) 및 기아자동차(주)의 시장지배적지위 남용행위에 대한 건과 포항종합제철(주)의 시장지배적지위 남용행위에 대한 건 등 두 건의 국내 심결사례와 EU법원에 의한 United Brands Co. and United Brands Continental BV v. Commission of European Communities 사건 판결, 미 연방대법원의 Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.간의 공급거절 사건 등 두건의 외국 법원판결 등이 그 내용이다.

다음으로 기업결합과 관련해서는 에스케이텔레콤과 신세기통신의 기업결합건과 호텔롯데의 기업결합규제 규정위반사건, 에스케이(주)의 대한송유관공사 주식취득행위 건 등 국내사례 3건과, 1997년 미국에서 있었던 Staples와 Office Depot간의 기업결합건, EU에서 있었던 Nestle/Perrier간의 기업결합건 및 일본사례인 日本石油運送(株)에 대한 건 등이다.

그리고 공동행위와 관련해서는 먼저 국내사례로서 동서식품(주) 및 한국네슬레(주)의 부당공동행위 사건과 화장지 제조업자들간의 가격모방사건, 및 4개 할부금융사들의 부당공동행위 사건 등이 검토되며, 외국사례로서 미국의 Jack Weit v. Continental Illinois National Bank and Trust Company of Chicago, 641 F.2d 457(7th Circuit, 1981)판결과 Petroleum Products Antitrust Litigation판결(9 Circuit), 1992년 연방제7항소법원의 Reserve Supply Corporation v Owens-Corning Fiberglas Corporation & CertainTeed Corporation사건 등이 있으며 끝으로 EU 사례로서 Wood pulp II-A. Ahlstrom and Others v. Commission판결이 비교분석 된다.

한편 불공정거래행위와 관련하여 이 보고서가 대상으로 하는 국내 사례는 디피케이인터내셔널 사건, 대한항공의 구속조건부거래 사건(이의신청 포함), 한국까르푸의 대규모소매점업에 있어서의 특정 불공정거래행위 두 건(한 사건의 경우 서울고등법원 판결 포함) 등 4건이며, 외국 사례는 Copy-Date System v. Toshiba America, US v. Microsoft Corp, Automatic Canteen Co. of America v. FTC 등 미국 사건이 3건, 그리고 일본 공정위 심결례 三越百貨店 1건이다.

본 연구보고서는 끝으로 적용제외(exemption)와 관련하여, 11개 손해보험회사의 부당한 공동행위에 대한 건과 관련된 공정거래위원회의 의결 및 재결과 이에 대한 서울고등법원의 판결, (사)한국야구위원회의 사업자단체금지행위에 대한 건, 외국사례로는 FTC v. Ticor Title Ins. Co. 판결, 소화 59. 2. 24. 최고재판소 제2소법정 昭55(아)2153호 사적독점금지및공정거래 확보에 관한법률위반 피고사건, Brown v. Pro Football, Inc. 사건, National Basketball Ass'n v. Williams 사건 등 국내외 심결례 및 판례들을 검토하였다.

II. 본론

1. 독점관련 심결사례

(1) 현대자동차(주) 및 기아자동차(주)의 시장지배적지위 남용행위에 대한 견1)

(가) 사건의 개요

1. 시장상황

피심인인 현대자동차(주) 및 기아자동차(주)는 1999년도 시장지배적사업자로 지정되었고, 1999년 현대자동차(주)의 기아자동차(주) 지분 51% 인수에 의한 기업결합으로써 단일한 경제주체가 된 사업자들이다.²⁾ 기업결합 후 피심인들은 트럭시장에서 94.6%, 버스시장에서 74.2%의 시장점유율을 보유하게 되었다.

2. 행위사실

피심인들은 당해시장에서 가격을 인상하였는 바, 현대자동차(주)는 1999년 1월 20일 마이티 등 3종의 차량가격을 3%에서 4.4%까지 인상하였고, 기아자동차(주)는 동년 1월 25일 타우너 등 5종의 차량가격을 3.1%에서 11.3%까지 인상하였다.

(나) 주요 쟁점

일반적으로 시장지배적지위의 남용사례에서 문제가 되는 쟁점은 논리적으로 관련시장의 확정, 시장지배적지위의 인정, 지위 남용행위에 대한 판단으로 이어진다. 이 사례에서는 특히 피심인들의 가격인상이 ‘독점규제및공정거래에관한법률’(이하 독점규제법이라 한다) 제3조의2

1) 공정위 의결 1999. 9. 3, 9906독점0901.

2) 현대자동차(주)의 1999년 3월 30일 기아자동차(주) 지분 51% 인수에 의한 기업결합이 이루어짐으로써, 현대자동차(주)와 기아자동차(주)는 단일한 경제주체가 되었다. 이에 대하여 공정거래위원회는 승용차, 버스 시장에서는 승인, 그리고 트럭 시장에서는 국내가격 인상률의 제한 조건부로 승인하였다.

제1항의 시장지배적사업자의 지위 남용행위에 해당하는지가 문제가 되고 있다.

(다) 당사자 주장

피심인들은 과거 가격인상 요인을 가격에 제대로 반영하지 못함에 따라 적자가 누적되어 가격인상이 불가피하였으며, 따라서 당해 사안에서의 가격인상이 시장지배적사업자의 지위 남용에 해당하지 않는다고 주장하였다.

(라) 쟁점에 대한 공정거래위원회의 판단

1. 관련시장의 획정과 시장지배력의 판단

당해 사건에서 공정거래위원회는 시장획정에 관한 별도의 심사를 하지 않고 있으며, 다만 1999년 4월 7일에 이루어진 피심인들 사이의 기업결합 사건에 대한 심결에서 제시되었던 승용차, 버스, 트럭의 3분에 의한 자동차시장의 획정을 전제하고 있는 것으로 보여진다. 또한 시장지배력을 판단함에 있어서도 시장점유율 이외의 추가적인 요소에 대한 고려 없이 시장 지배적인 지위를 인정하고 있다.

2. 가격인상의 남용성 판단

2.1. 남용성 인정근거

공정거래위원회는 피심인들의 가격인상행위를 시장지배적지위의 남용행위로서 평가한 근거로서, ① 다른 사업자와 경쟁이 유지되고 있는 승용차시장에서는 가격인상을 하지 않은 반면에, 다른 사업자와 경쟁이 되지 않고 있는 트럭과 버스 시장에서만 가격을 인상한 점, ② 수출시장에서는 동종의 자동차의 가격인상이 거의 없거나 오히려 하락한 점,³⁾ ③ 가격변동 폭이 비용변동 폭과 일반적 생산자물가지수 보다 큰 점등을 지적하였다.

2.2. 영업손실의 문제

피심인들 모두 당기순손실이 극심한 상황이었다. 1998년 기준으로 현대자동차(주)는 332

3) 동 차종의 수출시장에서 현대자동차(주)의 3개 차종은 0.2%에서 0.5%까지 가격이 인상되었으며, 기아자동차(주)의 5개 차종은 오히려 3.5%에서 14.6%까지 가격이 하락하였다.

억원 기아자동차(주)는 66,496억원의 당기순손실을 보고 있었으며, 당해 사건에서의 차종에 제한할 경우 3년 연속 손실을 보고 있는 상황에서 1998년 손실액은 현대자동차(주)는 298억, 기아자동차(주)는 1,809억에 이르고 있었다. 피심인들은 이러한 상황에서의 가격인상은 불가피한 것이라고 주장하였다. 그러나 공정거래위원회는 경쟁상황에서는 가격인상요인을 모두 받아들일 수 없다는 점, 과잉설비, 수요감소 등에 기인한 적자상황이 남용행위를 허용하는 것은 아니라는 점등에 근거하여 피심인의 주장을 받아들이지 않았다.

3. 결론

공정거래위원회는 이상의 판단에 근거하여 피심인들의 가격인상행위가 독점규제법 제3조의2 제1항 제5호의 '기타 경쟁을 실질적으로 제한하거나 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 시장지배적지위의 남용행위'에 해당한다고 보고, 동법 제5조에 의하여 남용행위의 금지와 범위반사실의 공표를 명하였다.

(2) 포항종합제철(주)의 시장지배적지위 남용행위에 대한 건

(가) 사건의 개요

1. 기초사실

피심인은 독점규제법 제2조 제1호에 해당하는 제철·제강업을 영위하는, 특히 우리나라 유일의 일관제철사업자로서 2000년 기준 자본금 4,824억원, 매출액 11조6,920억원을 기록하였다.

철강제품의 하나인 냉연강판의 제조공정은 일반적으로 용광로에서 철광석을 녹여 쇳물을 만드는 제선공정, 쇳물의 불순물을 제거하고 첨가물을 첨가하는 제강공정, 쇳물을 응고시켜 슬라브를 만드는 연주공정, 응고된 슬라브를 1,200~1,250℃의 고온에서 압연하여 두께 1.2~24mm 정도의 열연코일을 만드는 열간압연공정, 열연코일을 상온에서 압연하여 두께 0.17~3.2mm 정도의 냉연강판을 만드는 냉간압연공정 등으로 구성되어 있는바, 냉연강판 제조에는 반드시 열연코일이 필요하다.

냉연강판 제조공정 중 제선, 제강, 연주, 열간압연, 냉간압연설비 등 모든 공정의 설비를 갖춘 업체를 일관제철업체라고 하고, 냉간압연설비 등 압연설비만 갖춘 업체를 단압(단순압

연)업체라고 하는바, 현재 우리나라에는 일관제철업체로는 피심인이 유일하고, 단압업체로는 현대하이스코(주), 동부제강(주), 연합철강공업(주) 등이 있다.

국내 열연코일시장은 피심인이 1973년 열연코일생산을 시작한 이래 피심인만이 유일하게 열연코일을 생산하고 있으며, 피심인은 2000년 기준 국내 열연코일시장 점유율이 79.8%(피심인의 자가소비용 포함, 이하 같은 기준 적용)인 사업자로서 업계 제1위에 해당되는 사업자이다.

국내 냉연강판시장은 연합철강공업(주)가 1968년 냉연강판생산을 시작한 이래 1972년 동부제강(주), 1977년 피심인, 1999년 현대하이스코(주) 등이 생산을 시작하여, 현재 피심인, 동부제강(주), 연합철강공업(주), 현대하이스코(주) 등 4사 경쟁체제가 유지되고 있는 시장으로서, 2000년 기준 4사의 시장점유율은 피심인 58.4%, 동부제강(주) 13.7%, 현대하이스코(주) 11.1%, 연합철강공업(주) 7.9%로서 피심인은 국내 냉연강판시장에서도 업계 제1위에 해당하는 사업자이다.

2. 행위사실

피심인은 현대하이스코(주)가 1999. 2월 냉연강판공장 완공을 전후하여 시험가동 또는 제품생산을 위해 1997. 8. 6., 1998. 6. 1., 1998. 10. 10., 2000. 12. 22., 2001. 2. 14. 등 수 차례에 걸쳐 피심인에게 냉연용 열연코일의 공급을 요청하였음에도 불구하고, 충분한 검토도 해 보지 않고 제품시장에서의 경쟁사업자인 현대하이스코(주)에 대해 이를 전혀 공급하지 않은 사실이 있다.

(나) 주요 쟁점

이 사례에서는 우선 관련시장을 어떻게 확정할 것인지 그리고 이와 밀접하게 관련된 것으로서 피심인인 포항종합제철(주)이 시장지배적사업자에 해당하는지가 문제가 된다. 이어서 피심인의 공급거절행위가 독점규제법상 시장지배적지위의 남용행위에 해당하는지가 쟁점이 되고 있다.

(다) 당사자의 주장

피심인은 시장획정에 있어서 열연코일전체가 아니라 자동차 냉연강판용 열연코일만으로 상품별 시장획정이 이루어져야 하며, 나아가 이와 같이 관련시장이 확정될 경우에 피심인은 시

장지배적사업자에 해당하지 않는다고 주장하고 있다.

또한 피심인의 공급거절행위는 정당한 것으로서 시장지배적지위 남용행위에 해당하지 않는다고 주장하고 있다.

(라) 쟁점에 대한 공정거래위원회의 판단

1. 관련시장의 획정

이 사례에서의 관련시장의 획정에 관한 다툼은 주로 상품별 관련시장을 중심으로 전개되었다. 위에서 본 바와 같이, 피심인은 피심인은 열연코일 중에서도 자동차 냉연강판용 열연코일은 제품특성이나 제조방법이 다른 종류의 열연코일과는 구분되는 별도의 제품으로서, 시장획정시 자동차 냉연강판용 열연코일시장을 별도의 시장으로 보아야 한다고 주장하였다.

이에 대하여 공정거래위원회는 관련시장획정이 상품의 기능 및 효용과 수요대체성, 공급대체성, 한국표준산업분류 등에 대한 종합적인 고찰을 통하여 판단되어야 하는 것으로서, 다음의 특성들을 판단의 근거로 제시하였다.

즉 ① 열연코일은 제품성분이나 특성(강도, 가공성 등)에 따라 등급화 또는 규격화되는 제품으로서 그 품질에 다소 차이가 있어도 그것은 하나의 ‘가격-품질의 연속선’ 상에서 나타나는 차이일 뿐 기능이나 효용이 운수장비, 가전제품, 전자재 등의 제조에 필요한 강판의 원자재로 사용된다는 점에서 기본적으로 유사하며, 같은 등급의 냉연용 열연코일의 경우 자동차용, 가전용, 전자재용 등 다양한 용도로 사용될 수 있을 뿐만 아니라 같은 자동차용이라고 하더라도 사용되는 차체의 부위나 요구되는 특성에 따라 무수히 많은 제품으로 세분될 수 있으므로, 유독 자동차 냉연강판용 열연코일만을 별도의 상품으로 구분하는 것은 타당성이 없다. ② 수요대체성의 측면에서 볼 때, 피심인은 자동차 냉연강판용 열연코일은 다른 열연코일과는 다른 별도의 제품으로서 외부에 판매한 적이 없다고 주장하나, 동부제강(주)이나 연합철강공업(주)은 피심인으로부터 제공받은 열연코일을 이용하여 자동차 제조에 사용되는 강판을 만들어 자동차 회사들에 납품하고 있다. ③ 공급대체성의 측면에서 볼 때, 모든 열연코일은 동일한 설비와 유사한 공정을 통해 생산되는 제품으로서 제조공정상 수요자의 요구나 제조자의 의사에 따라 용이하게 제품규격 등을 전환하여 생산할 수 있다는 측면에서 공급대체가 매우 용이하다. ④ 한국표준산업분류에서는 ‘열간압연 및 압출제품 제조업’을 동일업종으로 분류하고 있다. ⑤ 피심인은 1999년 이전까지 수년간 공정거래위원회에 의해 ‘열연광폭대강’시장에서의 시장지배적사업자로 지정되었으며, 또한 이러한 사실에 대해 그간 이견을 제시한 사실이 없었

고, 현시점에서 그 당시와 달리 시장확정을 달리할 특별한 사유가 발생하지 않았다.

이상의 근거에 기초하여 자동차 냉연강관용 열연코일 시장을 별도의 시장으로 확정할 수 없다고 판단하였다.

2. 시장지배적사업자 해당성

공정거래위원회는 위에서 확정된 관련시장, 즉 열연코일시장에 있어서 피심인이 시장지배적사업자에 해당한다고 보았다. 즉 피심인은 2000년 기준 국내 열연코일시장점유율이 79.8%인 사업자로서, 또한 국내 유일의 일관제철소이자 조강생산량 기준 세계 제1위의 사업자로서 국내외 철강시장에 대한 영향력이 매우 크며, 일관제철소 건설을 위해서는 수조원의 자금이 소요된다는 점을 고려할 때 사실상의 진입장벽이 매우 높을 뿐만 아니라, 국내 열연코일시장에서 경쟁사업자가 존재하지 않는다는 점, 2000년 기준 매출액이 약 11조 6,920억원에 당기 순이익이 약 1조 6,369억원으로서 자금력이 매우 크다는 점 등에 근거하여, 국내 열연코일시장에서 시장지배적지위에 있다고 판단하였다.

한편 공정거래위원회는 피심인의 주장대로 자동차 냉연강관용 열연코일을 별도의 상품으로 구분한다고 하더라도, 피심인은 국내 유일의 자동차 냉연강관용 열연코일 생산자이자 피심인의 의사만 있으면 언제든지 동 제품을 시장에 판매할 수 있는 사실상의 시장참여자(유동적 진입자)로서 시장점유율 산정시 피심인의 자가소비용을 당연히 포함시켜야 하므로 피심인은 동 시장에서도 시장지배적사업자에 해당한다고 보았다.

3. 공급거절행위의 부당성

3.1. 부당성 인정 근거

1998. 12. 21. 개최된 피심인의 제24회 경영위원회에서의 ‘냉연강관시장에서의 구조조정 이전에 가장 중요한 것은 공급의무가 없는 Hot Coil(열연코일)은 공급하지 않아야 하며, 현대강관(現 현대하이스코(주))에 제관용(강관용)은 공급하되 냉연용은 안 되며 동부제강도 오류동(서울공장) 외에는 안 된다’는 회장의 발언과 ‘강관용 열연코일을 자동차용으로 전환하여 공급하는 것을 포함하여 현대하이스코에게 자동차 냉연강관용 열연코일을 공급하는 것은 포스코가 고부가가치 최종제품인 자동차용 냉연강관 판매는 포기하고 경쟁자인 현대강관의 자동차 강관 제조용 원료 공급업체로 전략하라는 것’이라는 취지의 입장을 밝히고 있는 피심인의 2001. 1. 18.자 보도자료 및 2001. 1. 16.자 포스코 신문, 2001. 1. 19.자 사내게시자료 내용 등

을 종합하여 볼 때, 피심인의 행위는 열연코일시장에서의 국내 독점공급(생산)자로서의 자신의 지위를 이용하여 제품시장인 냉연강판시장에서의 경쟁사업자인 현대하이스코(주)에 대하여 냉연강판 생산에 필수적인 열연코일의 공급을 거절함으로써 냉연강판시장에서의 경쟁사업자인 현대하이스코(주)의 사업활동을 방해하고 냉연강판시장에서의 자신의 지배적 지위를 계속 유지하려는 행위로서 시장에서의 경쟁촉진을 통해 소비자 후생을 극대화하고 국민경제의 발전을 도모한다는 법 취지에 어긋날 뿐만 아니라, 피심인의 위와 같은 행위로 인해 현대하이스코(주)는 열연코일의 구입을 전적으로 수입에 의존할 수밖에 없는 상황에서 열연코일 수입에 따른 추가비용부담(선임, 관세, 하역비 등), 거래의 불안정성(물량의 안정적 확보 곤란, 원료혼용에 따른 생산성 저하, 과도한 운송기간에 따른 시장변화에 대한 신속한 적응 곤란, 환리스크 등) 등으로 인해 사업활동에 상당한 어려움을 당하였으며, 또한, 동 제품의 국내 구매가 불가능하다는 사실로 인해 외국으로부터 동 제품 수입시 구매력(buying power)이 약해지고 거래조건협상이 불리한 여건에 처함으로써 결과적으로 국민경제적 측면에서도 부정적인 영향을 미친 점등을 고려할 때 그 부당성이 인정된다.

3.2. 피심인의 항변

이에 대하여, 피심인은 첫째, 자동차 냉연강판용 열연코일은 자동차용 냉연강판 생산을 위한 중간재로서 외부에 판매하는 제품이 아니고, 둘째, 자동차용 냉연강판 제조기술은 지난 20여 년간 막대한 비용을 투자하여 개발한 자사의 지적재산이며, 셋째, 열연코일 공급능력이 부족하여 기존에 현대하이스코(주)에게 공급하고 있는 강판용 열연코일 외에 추가로 냉연용 열연코일을 공급하기 어렵고, 넷째, 현대하이스코(주)에게 자동차 냉연강판용 열연코일을 공급할 경우 현대그룹 내부에서 현대·기아자동차와 현대하이스코간에 제품(자동차)과 원자재(냉연강판)에 대한 수직적 계열화가 이루어짐으로써 수요독점적 폐해가 발생할 수 있으며, 다섯째, 자동차용 냉연강판의 품질은 제강-연주-열간압연-냉간압연의 일련의 과정에서 결정되므로 냉간압연설비만 갖춘 단압업체는 모든 공정설비를 갖춘 일관제철소에 비해 제품품질이 떨어지며 원가측면에서도 원료를 외부에서 구입하는 단압업체는 자체적으로 원료를 조달하는 일관제철소에 비해 경쟁력이 떨어진다고 주장하였다.

3.3. 피심인의 항변사유에 대한 공정거래위원회의 검토

피심인의 첫째 주장과 관련하여, 현대하이스코(주)가 피심인에게 요구하는 제품은 피심인이 동부제강(주)나 연합철강공업(주) 등에도 판매하고 있는 제품(피심인의 내부 제품코드번호 N31, N32 등)으로서, 또한 일본 5대 고로업체 등은 현대하이스코(주)가 요구하는 제품과 동일

하거나 유사한 제품을 판매하고 있다는 점 및 열연코일은 물리적으로 외부판매가 불가능한 제품이 아니며 피심인이 다른 용도로 사용되는 열연코일은 모두 판매하면서 유독 자동차 냉연강관용 열연코일만은 중간재이기 때문에 판매할 수 없다는 주장은 설득력이 없다고 보았다.

피심인의 둘째 주장과 관련하여, 지적재산권 보호문제는 제품판매의 문제가 아니라 제조 기술상의 문제로서 본 건과는 관련이 없으며, 당해 제품의 개발에 많은 투자비가 소요되었다면 그에 상응하는 대가를 받고 판매하면 되는 것이므로 이를 제품공급거절을 정당화시키는 사유로 볼 수 없다고 보았다.

피심인의 셋째 주장과 관련하여, 현대하이스코(주)가 피심인에게 냉연용 열연코일의 공급을 요청한 1998~1999년 피심인의 열연코일 생산설비 가동률은 각각 92%, 95%로서 피심인이 공급의사만 있었다면 다소 추가공급이 가능했다고 인정되고, 특히 1998년은 IMF사태로 인해 국내 열연코일 수요가 급감하고 피심인의 열연코일생산량과 국내 판매량도 전년도에 비해 감소하던 시기로서 피심인의 열연코일 공급여력이 없었다고 볼 수 없으며, 피심인의 수출물량도 1998년의 경우 263만톤으로서 1997년의 239만톤, 1999년의 220만톤, 2000년의 198만톤에 비해 20~60만톤 정도 많았으며 수출물량 중 계약 등에 의해 공급의무가 있는 물량도 7~80만톤 정도(미국 UPI사에 대한 공급물량)에 불과하여 가격도 1998년 3/4분기 이후 수출가격이 국내판매가격에 비해 낮았던 상황에서 1998년말 현대하이스코(주)의 냉연용 열연코일 공급요청에 대해 수출물량의 일부나마 전환하여 공급할 수 있었다고 판단되고, 1998년 당시 현대하이스코(주)의 공급요청물량은 공장완공과 관련한 설비시험가동 등을 위한 월 75톤 내지 17,880톤의 소량으로서 피심인의 입장에서 공급이 불가능했던 물량이라고 보기 어려우며, 최근 들어 열연코일 공급능력이 부족할 경우 기존에 강관용으로 공급하던 물량(연간 약 50만톤)을 냉연용으로 전환하여 공급해 달라는 현대하이스코(주)의 요구도 거절하고 있는 점을 지적하였다.

피심인의 넷째 주장과 관련하여, 현대그룹 내부의 수직적 계열화 문제는 본 건과는 별개의 사안으로서 피심인의 현대하이스코(주)에 대한 냉연용 열연코일 공급거절을 정당화시키는 사유로 볼 수 없다는 점을 지적하였다.

피심인의 다섯째 주장과 관련하여, 일관제철소와 단압업체간의 경쟁력 문제는 시장원리에 따라 해결될 사안으로서 피심인이 관여할 사안이 아니라고 보았다.

4. 결론

공정거래위원회는 피심인의 공급거절행위가 독점규제법 제3조의2 제1항 제3호, 동법 시행령 제5조 제3항 제3호 관련 「시장지배적지위남용행위심사기준」(공정거래위원회 고시 제

2000-6호) IV. 3. 다. (1)에서 규정하고 있는 ‘부당하게 특정사업자에 대하여 거래를 거절하는 행위’에 해당한다고 보고, 법 제5조(시정조치) 및 제6조(과징금)의 규정을 적용하여 공급거절의 금지, 범위반사실의 공표, 과징금(1,640,200천원)의 납부 등을 의결하였다.

(마) 쟁점에 대한 고등법원의 판단⁴⁾

1. 시장의 획정의 문제

1.1. 관련 상품시장의 획정

(1) 독자적인 상품의 인정 여부

고등법원은 원고가 냉연용 열연코일을 생산한 다음 이를 원자재로 하여 자동차용 냉연강판과 일반용 냉연강판을 생산하여 판매하고 있을 뿐만 아니라, 냉연강판의 원자재인 열연코일 자체에 관하여도 그 중 일반용 냉연강판용 열연코일은 상품으로서 이를 동부제강, 연합철강에 판매하고 있음은 물론, 해외수출까지 하고 있는 점등에 비추어, 원고가 생산하고 있는 냉연용 열연코일 중 유독 자동차용 냉연강판용 열연코일에 대하여서만 이를 거래대상이 아닌 공정중에 있는 물품이라고 할 수는 없다고 보았다. 즉 냉연용 열연코일을 독자적인 상품으로서 인정하였다.

(2) 다른 상품과의 획정의 문제

고등법원은 거래대상인 상품별 시장확정은 상품의 기능 및 효용의 유사성, 수요대체성, 공급대체성, 한국표준산업분류 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다고 봄으로써, 공정거래위원회와 동일한 입장을 취하였다. 또한 위에서 언급한 기준에 의한 판단의 결과도 공정거래위원회와 같이 하였다.

1.2. 관련 지역시장의 획정

고등법원은 시장의 지역적 범위는 다른 모드 지역에서의 가격은 일정하나 특정지역에서만 상당기간 어느 정도 의미 있는 가격인상(가격인하)이 이루어질 경우 당해 지역의 대표적 구매자(판매자)가 이에 대응하여 구매(판매)를 전환할 수 있는 지역전체를 말하는 것으로 가장 중요한 획정기준은 구매(판매)지역의 전환가능성이라고 보고, 이러한 기준에 의한 판단

4) 서울고등법원 2002. 8. 27, 2001누5370. 원고는 주식회사 포스코(변경전 상호: 포항종합제철(주)), 피고는 공정거래위원회, 보조참가인은 현대하이스코주식회사이다.

으로서 국내시장을 관련 지역시장으로 확장하였다. 이는 공정거래위원회와 같은 결론이다. 그러나 그 판단과정에서 아시아지역으로의 관련시장의 확대의 문제를 다루었으며, 위에서 제시한 기준인 구매전환 가능성에 비추어 열연코일의 관련 지역시장에 포함될 수 없다는 점을 지적하였다.

2. 시장지배적사업자인 여부

원고인 포스코(주)는 2000년 기준 국내 열연코일시장 점유율(자가소비분 포함)이 79.8%인 국내 유일의 일관제철소이자 조강생산량 기준 세계 제1위의 사업자로서 국내외 철강시장에 대한 영향력이 매우 크며, 2000년 기준 연간 매출액이 약 11조 6,920억원이 되는 대규모 사업자로서 국내유일의 열연코일 생산자이고 그 시장에서 경쟁사업자는 존재하지 않으며, 일관제 철소 건설을 위해서는 수조 원의 자금이 소요되는 등 진입장벽이 매우 높은 현실에 있어서, 원고는 국내 열연코일시장에서 시장지배적지위에 있다고 판단하였다.

3. 특정사업자에 대한 거래거절행위 해당여부

고등법원은 시장지배적지위의 남용행위의 한 유형인 부당하게 ‘특정사업자에 대하여 거래를 거절하는 행위’에는 계속 중인 거래의 중단만이 아니라 이 건과 같은 거래개시의 거절행위도 포함된다고 봄이 상당하다는 점, 원고는 그 동안 동부제강, 연합철강에게는 자연스럽게 냉연강관용 열연코일을 공급하여왔음에도 유독 피고보조참가인에게는 그 공급을 거부하고 있다는 점등에 근거하여 원고의 행위는 ‘특정’사업자에 대하여 거래를 거절하는 행위에 해당한다고 판단하였다.

4. 거래거절행위의 부당성 판단

고등법원은 ‘부당성’ 판단의 요소가 되는 시장지배적사업자의 지위 남용에 의한 경쟁제한성은 반드시 당해 시장지배적사업자가 속한 관련시장에서의 경쟁제한에 국한되는 것은 아니며, 하나의 관련시장에서의 시장지배적지위를 남용하여 후방이나 전방 등 다른 관련시장에서 경쟁을 제한하는 경우도 포함된다는 점, 원고가 그 동안 피고보조참가인에게 열연코일의 공급을 거절한 이유에 대하여 여러 차례에 걸쳐 고부가가치 최종제품인 자동차용 냉연강관 판매는 포기하고 경쟁자인 현대강관의 자동차 강관 제조용 원료 공급업체로 전략하라는 것을

막기 위한 것이라는 취지를 표명한 점 등에 비추어 이와 같은 거래거절 행위는 냉연강판 시장에서 시장지배적지위를 계속 유지하려는 의도 하에 행한 행위로서, 부당한 거래거절에 해당하며, 또한 거래거절에 대한 정당한 경영상의 사유도 존재하지 않는다고 판단하였다.

5. 부수적 논점들

5.1. 근거규정인 심사기준이 무효인지 여부

한편 고등법원은 독점규제법 제3조의2 제2항에서 위임하고 있는 것은 제1항 각 호에 규정되어 있는 행위의 유형과 기준이고, 이는 명확성과 예측가능성을 높이기 위하여 그 유형과 기준을 시행령에 위임토록 한 것으로서, 이를 백지재위임이라고 할 수 없으며, 또한 심사기준 IV, 3. 다. (1)의 규정내용이 새로운 행위를 창출하여 규정한 것이라고 볼 수도 없으므로, 이를 무효의 규정으로서 대외적 구속력을 갖지 못하는 것으로 볼 수 없다고 판단하였다.

5.2. 직권변경 된 공표명령의 위헌, 위법 여부

고등법원은 2002. 1. 31. 헌법재판소에 의하여 독점규제법 제27조의 ‘범위반사실의 공표’ 부분이 위헌선언 됨으로써, 그 취지에 의하여 법 제5조에 근거를 둔 이 사건 원래의 공표명령을 직권변경한 것이 상대방에 대한 신뢰보호의 원칙에 반하는 위헌이거나 위법인 것으로 볼 수 없다고 판단하였다.

6. 결론

고등법원은 이상의 이유에 근거하여 시정명령 및 과징금납부명령의 취소에 관한 원고의 청구를 기각하였다.

(3) United Brands Co. and United Brands Continental BV v. Commission of European Communities Case⁵⁾

(가) 사건의 개요

5) 판례의 원문은 인터넷 사이트

<http://www.curia.eu.int/common/recdoc/indexaz/en/c1.htm>에 등재되어 있다.

미국 New Jersey에서 등기를 한 United Brands Company와 동 회사의 유럽에서의 영업활동을 위하여 네덜란드 Rotterdam에서 등기한 United Brands Continental B.V.는(이하 유럽법원의 예에 따라 UBC로 약칭한다) 원고로서 위원회(Commission of the European Communities)를 피고로 하여, 동 위원회의 1975년 12월 7일 결정의 취소 그리고 동 결정으로 인한 손해의 배상 및 위원회에 의하여 부과된 벌금(Fine)의 취소 또는 감액의 청구를 유럽법원에 제기하였다.

UBC는 남아메리카에 있는 자사 플랜테이션으로부터 수확된 바나나를, 주로 원거리 운송을 위하여 특수하게 제작된 자사 선박을 통하여(전체 바나나의 약 3분의2) 유럽시장에 공급하여 왔다. UBC는 Rotterdam과 독일의 Bremen 항구에서 바나나를 하역하여 화차인도가격(f.o.r.)으로 출하되었다. 두 항구사이의 하역비용은 불과 몇 센트(cent)의 차이가 없었으며, 여기서 출하된 바나나는 'Chiquita'라는 브랜드로 유럽전역에 판매되었으며, 특히 아일랜드, 덴마크, 독일 그리고 베네룩스3국에서는 40%에서 45% 정도의 시장점유율을 갖고 있었다.

위원회는 UBC의 일련의 행위 중에서, 1) 그린리세일의 금지(바나나가 익지 않은 아직 파란 상태에서의 판매상의 재판매의 금지), 2) UBC의 경쟁사업자의 광고캠페인에 참여하고 또한 주요 경쟁자의 배타적 대리인이었던 덴마크의 판매상 Olesen에 대한 공급 거절, 3) UBC가 판매상에게 제시한 가격이 지나치게 높다는 점, 그리고 4) 판매상이 활동하는 지역에 따라서 UBC가 상이한 가격의 설정, 즉 가격차별 등의 행위가 EC조약 제86조를⁶⁾ 침해하는 것이라고 판단하였다. 따라서 위원회는 UBC의 이러한 행위를 금지하고, UBC에게 1백만 회계단위의 벌금을 부과하였다.

이에 UBC는 유럽법원에 이의를 제기하였다.

(나) 당사자 주장

UBC는 유럽법원에 위원회 결정의 취소 등에 관한 일련의 청구를 제기하면서, 자신의 청구의 정당성의 근거로서 위원회 결정의 문제점을 다음과 같이 지적하였다.⁷⁾

1) 상품시장과 지리적 시장을 포함한 위원회의 관련시장의 획정은 잘못되었다.

6) 당시의 제86조는 현행 EC조약 제82조에 해당한다. 동조의 내용은 다음과 같다.

제82조: 공동체시장 내에서 또는 공동시장의 상당한 부분에서(substantial part)의 하나 이상의 사업자에 의한 남용은, 그것이 회원국 사이에서의 거래에 영향을 미칠 수 있는 한 공동시장에 양립할 수 없는 것으로서 금지되어야 한다.

이러한 남용은 특히, (a) 불공정한 구매 또는 판매가격 또는 기타 불공정 거래조건을 직접 또는 간접으로 부과하는 것, (b) 소비자에게 불리하게 생산, 판매 또는 기술개발을 제한하는 것, (c) 다른 거래 당사자와의 동일한 거래에 상이한 조건을 적용함으로써, 그 거래당사자를 경쟁적 불이익에 처하게 하는 것, (d) 계약의 성격 또는 상관습에 비추어 계약의 주체와 관련이 없는 부수적 의무를 타방 당사자가 받아들일 것을 조건으로 계약을 체결하는 것 등의 행위에 존재할 수 있다.

7) Case 27/76, Rn. 8.

- 2) EC조약 제86조의 의미에서 당해 관련시장에서의 지배적 지위는 인정되지 않는다.
- 3) 푸른 바나나 판매 조건에 관한 계약조항은 소비자에게 판매되는 상품의 질을 보호하기 위한 것으로서 고려된다.
- 4) 덴마크 회사인 Olesen에 대한 공급거절은 정당화 될 수 있다.
- 5) 판매지역에 따른 상이한 가격의 설정은 가격차별에 해당하지 않는다.
- 6) UBC의 바나나 가격의 책정은 불공정한 가격에 해당하지 않는다.
- 7) 위원회의 행정절차는 규칙에 반하는 것이다.
- 8) 끝으로 UBC는 벌금의 부과를 다투고, 대안으로서 액수의 감액을 청구하고 있다.

(다) 주요 쟁점

이 사례에서 문제가 되었던 법률적 쟁점은 크게 세 가지로 집약될 수 있다. 그 하나는 관련시장의 확정에 관한 것이다. 관련시장 확정은 시장지배적지위 남용행위 판단의 전제가 되는 것으로서, 이 사례에서는 상품별 관련시장의 확정과 지리적 관련시장의 확정 모두가 문제가 되고 있다.

그 다음으로 확정된 관련시장에서 UBC가 지배적 지위를 갖고 있는지가 문제가 된다.

끝으로 이 사례에서는 시장지배적지위 남용행위의 구체적 내용에 관하여 다투어졌다. UBC의 행위 중에서, 특히 일정한 조건하에서 재판매의 금지로 나타난 거래의 제한, 공급거절, 가격차별 그리고 정상적인 가격을 초과하는 가격설정으로 인한 가격남용 등이 시장지배적지위 남용행위에 해당하는지가 문제가 되었다.

유럽법원의 판단은 이상의 세 가지 쟁점과 그 밖의 부수적 쟁점을 대상으로 하여 이루어졌다.

(라) 사례에 관한 유럽법원의 판단

1. 관련시장의 확정

1.1 관련시장 확정의 필요성

시장지배적지위를 판단하기 위해서는 상품과 지리적 관점 모두에서 시장을 확정하는 것이 필요하며 그 전제에 해당한다.⁸⁾ 유럽법원도 이와 동일한 입장에서 EC조약 제86조(현행

8) Fritz Rittner, Wettbewerbs- und Kartellrecht, C. F. Müller, 1999, 165면 이하.

제82조) 하에서의 경쟁의 기회는 상품의 특수한 성격 그리고 상품이 판매되고 있고 모든 사업자들의 경제력에 미치는 효과가 동질적인 것으로 평가될 수 있는 명확하게 구분된 지리적 시장과의 관련하에서 고려되어야 한다고 보았다.⁹⁾

1.2 상품별 관련시장

당해 사안에서는 위원회의 판단처럼 바나나만으로 관련시장을 확정할 것인지 아니면 UBC의 주장처럼 과일시장 전체를 하나의 관련시장으로 확정할 것인지가 문제가 되었다. UBC는 사과, 오렌지, 포도, 배, 딸기 등의 다른 과일과 교환가능성이 있기 때문에, 바나나는 전체 과일 시장의 구성부분이 된다는 입장을 개진하였다.¹⁰⁾ 통계도 이러한 사실을 어느 정도 뒷받침하고 있는데, 예를 들어 국내 과일이 풍부하게 공급되는 6월부터 12일 사이에 바나나의 소비는 가장 줄어든다는 것을 보여주었다.

유럽법원은 우선 바나나가 다른 과일에 대하여 갖고 있는 특성에 주목하였다. 바나나는 일년 내내 구입이 가능하고 어린아이나 노인 및 환자들과 같은 인구의 중요한 부분에 대한 지속적인 수요를 충족시킬 수 있는 능력을 갖고 있으며, 바나나의 성수기에 다른 과일들이 경쟁에 큰 영향을 미치지 않는다는 점이 고려되었으며, 이러한 특성은 다른 과일을 구입할 수 있는 시기에 바나나의 가격과 수요가 떨어진다는 사실보다 더 중요한 의미를 가진다고 보아 바나나시장만으로 관련시장을 확정할 위원회의 판단을 지지하였다.¹¹⁾

1.3 지리적 관련시장

위원회는 서독, 덴마크, 아일랜드 그리고 베네룩스 3국을 지리적 시장으로 확정하였다. 그리고 UBC가 마찬가지로 중요한 지위를 차지하고 있는 다른 회원국, 특히 프랑스, 이태리, 영국 등의 바나나 시장은, 이들 시장이 수입과 무역 조건에 있어서 특수한 상황에 처해 있다는 점과 다양한 형태와 원산지의 바나나가 팔리고 있다는 사실을 이유로 하여 당해 지리적 시장에서 배제되었다.

예를 들어 프랑스에서는 프랑스와 긴밀한 관계에 있는 아이보리 코스트, 마다가스카르, 카메룬 등으로부터 무관세로 바나나가 수입되고 있었고, 영국 바나나시장에서는 '영연방 국가의 우선적 지위(commenwealth preference)'가 유지되고 있었으며, 이태리에서는 1965년 바나나 수입에 대한 국가독점에 폐지된 이후 쿼터제한의 국가 시스템이 도입되어 있었다. 그리고 EC 차원에서 바나나 농산물 시장에 관한 공동의 조직체가 설립되어 있지 않은 상황이었다.¹²⁾

9) Case 27/76, Rn. 10-11.

10) 이러한 주장에 따르면 UBC의 시장점유율은 감소하게 될 것이다.

11) Case 27/76, Rn. 12-35.

12) Case 27/76, Rn. 45.

UBC는 하나의 지리적 관련시장으로 확정된 지역 내에서도, 독일에서의 무관세, 아일랜드에서의 통관세 그리고 베네룩스 3국에서의 20%의 공통관세 등, 상이한 관세체제가 존재하고 있다는 점을 지적하였다. 또한 독일의 경우 일인당 바나나 소비량이 아일랜드의 2.5배 그리고 덴마크에 2배에 달하였는데, 이와 같은 소비 관행 등에 대해서도 위원회가 충분히 고려하지 않았다는 점을 지적하였다. 이러한 점에서 위원회가 단일한 시장으로 볼 수 없는 지역을 하나의 관련시장으로 확정하였다고 주장하였다.

이에 대하여 유럽법원은 하나의 지리적 관련시장으로 확정된 6개국이 자유로운 경쟁의 관점에서 충분히 동질적이며, UBC는 UBCBV를 Rotterdam에 설립하여 이들 시장을 총괄하였고, 이들 바나나가 Rotterdam과 Bremen에서 화차인도가격으로 판매되었다는 점에서, 이들 시장을 하나의 관련시장으로 파악한 위원회의 결정을 지지하였다.¹³⁾

2. 시장지배력의 판단

2.1. 시장지배력 판단의 기초

위원회는 시장점유율, 공급원의 다양성, 상품의 동질적 성격, 생산·운송·판매·광고 등의 조직, 다양한 영업활동 그리고 수직적인 통합 등에 근거하여, UBC가 바나나시장에서 다른 경쟁자들에 대한 우월한 지위를 갖고 있음을 인정하였다.¹⁴⁾ UBC는 자신들의 영업을 가격, 상품의 질 그리고 서비스의 차원에서 공정한 경쟁 속에서 이루어졌다고 주장하면서, 이러한 결론을 받아들이지 않았다.¹⁵⁾

유럽법원은 그 자체로 결정적일 필요는 없지만 그러나 각각 중요한 의미가 있는 개별 요소들의 종합적 고려로부터 시장지배적지위가 도출된다고 보고, 이 사안에서는 UBC의 영업구조와 경쟁 조건의 순으로 검토를 하고 있다.

2.2. UBC의 구조

UBC는 매우 높은 수준으로 통합된 사업자이다. 우선 UBC는 중남미 지역에 자신의 대규모 플랜테이션을 갖고 있었으며, 또한 다른 독립 재배자들로부터의 공급도 받을 수 있었다. 이와 같이 광범위한 지역에서 다양한 종의 바나나를 획득하는 것이 가능하였으므로, 재해나 질병에 대한 위험을 줄일 수 있었다.

또한 UBC는 자신에 의하여 고안된 특수한 운송선박을 보유하고 있었으며, 이를 통하여 자

13) Case 27/76, Rn. 37-56.

14) Case 27/76, Rn. 58.

15) Case 27/76, Rn. 60 이하.

사 바나나의 약 3분의2를 운송할 수 있었다. 나아가 대규모 자본 투자에 의하여 냉동설비의 사용을 확대함으로써 장기간 바나나의 질을 보존할 수 있는 유통체제를 도입하였고, 이는 그의 경쟁자들에 대한 전략적 우위를 가져왔다. 특히 공동체내의 최종 소매시장에 근접하여 성숙과정의 시기를 조절할 수 있는 능력은, 그의 경쟁자 모두를 불리한 위치에 놓이게 할 수 있는 중요한 요인이 되었다. 또한 UBC는 대규모 광고 판촉활동을 통하여, 소비자에게 'Chiquita'라는 브랜드를 부착한 자사 바나나가 다른 브랜드(관련시장 내에서 7%에서 10%) 및 브랜드를 부착하지 않은 바나나(관련시장 내에서 30%에서 40%)에 비하여 우수하다는 인식을 갖게끔 하였다. 이는 판매상들이 소비자에게 UBC의 바나나를 공급할 수밖에 없게 하는 요인이 되었다. 이러한 점들은 결국 UBC가 당해 시장에서 우월한 지위를 갖게 하는 요소로서 고려될 수 있다.¹⁶⁾

2.3. 경쟁 상황

UBC는 세계 시장에서 바나나 수출의 35%정도를 점하고 있었다. 관련시장에 국한할 경우에, 당해 시장에서 바나나 유통에 참가하고 있는 Scipio의 시장 점유율을 어떻게 고려하느냐 하는 것이 문제가 된다. Scipio는 중남미에서 바나나를 본선인도가격(f.o.b.)으로 획득하여 유럽시장에 판매하고 있었다. 그러나 Scipio는 자사의 바나나에 Chiquita 브랜드를 붙여서 판매하였으며, UBC의 기술적 감독을 승인하고 있었다. 또한 Scipio와 UBC는 상호간에 공급과 가격에 관한 약정을 이루고 있었으며, Scipio는 지난 30년간 UBC로부터 독립하려는 어떠한 움직임도 보여주지 않았다. 이러한 점을 이유로 유럽법원은 Scipio의 시장 점유율을 UBC에 합산하는 것에 동의하였다.

위원회는 당해 관련시장에서 UBC의 시장점유율을 45% 정도로 보았으며, UBC는 시장점유율이 1975년에 41%로 떨어졌다고 주장하였다. 유럽법원은 당해 관련시장에서 UBC가 언제나 40%에서 45%정도의 시장점유율을 갖고 있었다는 점은 부인될 수 없다고 보았다. 그러나 시장점유율 만으로 자동적으로 UBC를 지배적 지위에 있는 것으로 판단할 수는 없으며,¹⁷⁾ 경쟁자들의 규모와 수가 함께 고려되어야 한다. 우선 UBC가 당해 시장에서 다른 경쟁자들 중에서 가장 큰 'castle and cooke'보다도 몇 배 더 큰 시장점유율을 갖고 있다는 점이 주목되어야 한다. 그러나 지배적 사업자의 지위로 판단되기 위하여 다른 사업자의 모든 경쟁의 기회가 제거되어야 하는 것은 아니다.¹⁸⁾ 실제로 1973년에 castle and cooke는 독일과 덴마크 시장에서 가격할인과 함께 대규모 광고와 판촉활동을 하였으며, alba 또한 가격할인과 경품의 제공을 하였고, 이후에 villeman et tas는 네덜란드 시장에서 바나나 가격이 가장 낮았던

16) Case 27/76, Rn. 69-96.

17) Case 27/76, Rn. 109.

18) Case 27/76, Rn. 113.

독일 수준으로 네덜란드 시장에서의 바나나 가격을 책정하였다. 그러나 유럽법원은 이들의 활동이 해당 국내시장에서의 시장점유율을 확대하는 데 이르지 못하였고, 전체 관련시장에 대해서도 영향을 미치지 못하였다는 점에 주목하였다. 반면에 UBC는 관련시장 전체의 관점에서 유연하게 대처할 수 있었다.

또한 UBC와 같은 방식으로, 즉 거대한 플랜테이션을 운영하고 직접적으로 운송하는 등의 방식으로 사업을 행하기 위해서는 대규모 자본이 요구되며, 이는 진입에 있어서 특별한 장벽에 해당하는 것이었다.

끝으로 UBC가 주장한 수익률의 감소는 중요하지 않은 것으로 평가되었다. 실제로 1971년부터 1976년까지 다른 사업자들이 수익을 낸 반면에, UBC는 바나나 부문에서 손실을 입었다. 그러나 유럽법원에 의하면, 사업자의 경제력은 수익률에 의하여 판단되는 것이 아니며, 유효한 경쟁이 있는 경우에도 많은 수익이 있을 수 있는 것처럼, 수익률의 감소나 손실은 지배적 지위와 양립가능한 것이다.¹⁹⁾ 오히려 손실의 발생 여부와 상관없이 구매자들이 계속해서 UBC와 거래를 하고 있었다는 점이 중요하며, 이것이 지배적 지위의 판단에 결정적이다.

이상의 근거들을 종합하여 볼 때, UBC는 당해 관련시장에서 지배적 지위에 있다.²⁰⁾

3. 지배적 지위의 남용

3.1. 재판매의 제한

푸른 바나나에 대한 거래의 금지는 수출금지의 효과를 갖고 있었다. 바나나는 파란 상태, 즉 익지 않은 상태로 로텔담에 도착하였고, 그 바나나는 적합한 지역시장에 가장 좋은 조건에 출하될 목적으로 전문가(ripeners)에 의하여 요구된 시기와 속도에 의하여만 성숙되게 되어 있었다. 좀 더 자유로운 시장이었다면, 여러 유통업자들이 다른 국내 시장의 상이한 수요에 맞추어 서로간에 공급물을 교환할 수 있었을 것이다. 익지 않은 바나나에 대한 재판매의 제한은 실제로 성숙과 부패 사이의 짧은 기간을 감안할 때, 이 상품의 거래를 불가능하게 하는 것을 의미하였다. 법원은 이러한 종류의 제한이 단지 일정 수준의 질을 유지하기 위하여 부과된 것이라면, 정당화될 수 있음을 인정하였다.

그러나 모든 푸른 바나나의 거래에 대한 완전한 제한은, 그것의 진정한 목적이 UBC와 관련된 유통업자들의 거래상의 지위를 약화시키는 것임이 분명하기 때문에, 위에서와 같은 합법적 목적의 범위를 넘어서는 것이고, 이러한 점에서 위원회의 결정은 타당한 것으로 보고 있다.²¹⁾

19) Case 27/76, Rn. 119.

20) Case 27/76, Rn. 97-129.

3.2. 거래거절

제86조를 침해한 것으로 인정된 두 번째 행위는 덴마크 유통업자인 Olesen에 대한 공급의 계속에 대한 거절이었다. 이 거절을 하게 된 근거는 Olesen이 경쟁자의 과일 판매를 촉진하기 위한 행동을 하였다는 것이었다. 법원은 Olesen의 행위에 대한 UBC의 대응이 UBC가 주장하는 ‘불성실’에 대한 비례적 범위를 벗어나는 것이라고 보았다. 그리고 시장지배적지위에 있는 사업자가 그에게 요구된 주문이 정상적인 범위 안에 있는 한, 장기간 관계를 맺어온 유통업자에 대한 공급을 중단하는 것은 허용될 수 없다고 판단하였다.²²⁾

3.3. 가격차별

위원회의 세 번째 지적은 UBC가 여러 회원국들의 유통업자들에게 차별적으로 가격을 부과함으로써, EC조약 제86조 제c호를 침해하였다는 것이다. 우선 각각의 국내 시장 사이에 바나나에 대한 실질적인 가격 차이가 있음이 입증되었다. 우선 Rotterdam과 Bremen 두 항구에서 출하되는 바나나에 대하여, 1971년 17.6%, 1972년 11.3%, 1973년 14.5%, 1974년 13.5%의 가격 차이가 존재하였다. 또한 당해 관련시장 내의 각국의 바나나 시장에서도 가격상의 차이가 있었는데, 예를 들어 벨기에의 소비자는 아일랜드의 소비자에 비하여 평균 80% 높게 가격을 지불하였고, 최대로는 Bremen에서 출하되어 덴마크로 운송되는 바나나의 가격은 Rotterdam에서 출하되어 아일랜드로 운송되는 바나나의 가격에 비하여 2.38배 높았다. 한 주가 지나고 나서 익은 바나나를 각각의 국내에서 획득할 경우에 예상되는 가격을 가능한 한 반영하기 위하여 유통업자들에 대한 가격의 범위를 고정한 것은 명백히 Rotterdam에 있는 UBC의 경영진이었다. UBC는 상이한 유통업자들로부터 그러한 가격을 받아낼 수 있는 그리고 더 높은 가격에 구매함으로써 그 유통업자들에게 불이익을 줄 수 있었다. 모든 바나나는 화차인도가격으로 팔렸고, 비용은 실질적으로 모든 경우에 동일하였다. 그럼에도 불구하고 UBC는 가격 차이가 시장의 각각의 부분이 부담할 수 있는 것에 관한 상업적 판단의 결과라고 주장하였지만, 유럽법원은 이것이 부과된 차이를 정당화할 수 없다는 위원회의 결정을 지지하였다.²³⁾

3.4. 불공정 가격설정(unfair prices)

위원회가 당해 사건에서 남용 행위로 평가한 네 번째 것은 UBC에 의해 부과된 가격이 지나치다는(excessive) 것이었다. 여기서 위원회는 다른 나라들에 높은 가격이 명확하게 불

21) Case 27/76, Rn. 130-162.

22) Case 27/76, Rn. 163-203.

23) Case 27/76, Rn. 204-234.

공정하다는 것을 주장하기 위하여, 기준가격으로서 가격이 가장 낮았던 아일랜드에 부과된 가격에 근거하였다. 그러나 유럽법원은 주장을 뒷받침할 수 있는 자료가 적절성이 결여되었다는 것에 근거하여 위원회의 경제적 분석을 받아들이지 않았다. 특히 법원은 아일랜드 가격의 근거에 대하여, 사실 이 가격이 손실을 낳는 가격인지를 확인하기 위한 충분한 조사가 이루어지지 않은 것일 수 있다는 점을 지적하였다.

법원은 지배적 사업자가 직·간접적으로 그의 고객에게 불공정한 가격을 부여할 경우에 EC조약 제86조가 적용될 수 있음을 확인하였다. 법원은 가격이 공급된 상품의 경제적 가치와 합리적 관련성을 갖지 않을 때 불공정하다고 판시하였고, 또한 86조는 소비자가 그러한 가격책정의 결과로서 손해를 입을 경우, 경쟁에 대한 어떠한 효과가 입증되지 않은 경우라도 침해될 수 있다고 보았다. 나아가 법원은 상세한 비용 분석이 모든 사례에 있어서 필수적 전제이며, 다음 단계는 부과된 가격을 같은 생산물에 대하여 다른 경쟁자들이 부과한 가격과 비교하는 것이라는 점을 분명하게 지적하고 있다. 여기서 또한 법원이 주목한 사실은 치키타바나나 가격과 그의 주요 경쟁업체의 가격 사이의 차이가 단지 7%였으며, 그것만으로는 불공정가격으로 인정하는 것을 정당화하기에는 충분하지 않다고 보았다. 따라서 불공정 가격의 관점에서 UBC가 제86조를 침해한 것으로 볼 수는 없다고 판단하였다.²⁴⁾

이 사건에서 불공정 가격에 대한 유럽법원의 판단은 위원회의 결정을 받아들이지 않았다. 유럽법원의 이러한 판시는, 위원회가 불공정 가격설정을 입증하기 위해서는 부과된 가격과 그에 관련된 비용이 통상적인 상업상의 수익의 범위 안에 있지 않다는 것과 동일한 상품에 대하여 부과된 다른 가격과 비교하여 합리적이지 않다는 것을 보여주는 경제적 증거들을 제출해야 한다는 점을 설명하고 있다. 이러한 증거가 결여된다면, 그 사건은 실패하기 쉽다.²⁵⁾

4. 기타 쟁점

4.1. 절차의 적법성

청구인인 UBC는 위원회에서의 절차가 너무 신속하게 진행되었고, 아일랜드에서의 수익성 판단 등에 관한 오류가 있었고, 불공정 가격에 대한 근거에 대한 진술은 너무 간략하고 다의적이었던 점을 지적하면서, 위원회에서의 절차가 적법절차의 원칙에 반하였다고 주장하였다.

유럽법원은 1963년의 절차규칙²⁶⁾에 의거하여 볼 때, 위원회에서의 절차가 개시되기 전에, 1년 정도의 사전심사가 진행되었고, 1975년 3월 19일 절차가 개시된 이후 UBC에게 2달의 소

24) Case 27/76, Rn. 235-267.

25) D. G. Goyder, EC Competition Law 3rd ed., Clarendon Press, 1998, 341면.

26) no 99/63/EEC.

명기간이 주어졌고, 1975년 6월 24일의 청문회를 요청한 것도 UBC 본인이었다. 이러한 자료에 비추어 위원회의 절차가 적법절차에 반하였던 것으로 볼 수 없다.²⁷⁾

4.2. 손해배상의 청구

UBC는 위원회가 당해 사건에 대한 접근에 선입견을 갖고 있었다는 점을 다투었다. 이러한 주장을 뒷받침하기 위하여 UBC는 위원회가 제시한 자료 중에서 가격차이의 과장, 아일랜드 시장에 관한 위원회 진술의 부정확, 바나나와 여름 과일 사이의 경쟁에 관한 잘못된 이해 등을 지적하였다. 또한 위원회가 결정을 내리기 전에 관리 중의 하나에 의하여 이러한 사실이 언론에 공개됨으로써, 치명적인 피해를 입었다고 주장하였다. 그러나 유럽법원은 절차의 통상적인 진행과정에서 위원회의 행위가 부정적인 영향을 미쳤다는 점을 지적할 만한 것은 없다고 보았으며, 따라서 동 청구를 기각하였다.²⁸⁾

4.3. 금전적 제재

유럽법원은 UBC 행위의 중대성과 지속성 그리고 사업 규모 등을 고려하여 부과된 금전적 제재의 액수는 정당하다고 판시하였다. 다만 위원회가 EC조약 제86조 위반에 해당한다고 본 행위 중 불공정 가격의 부분이 유럽법원에 의하여 부인되었으며, 이 부분을 고려하여 유럽법원은 85만 회계단위(ECU)로 제재액을 정하였다.²⁹⁾

4.4. 소송비용

소송비용은 각 당사자가 자신의 비용을 부담하는 것으로 하였다.³⁰⁾

(마) 국내사례와 외국사례의 비교

1. 개관

우리 독점규제법은 제3조의2에서 시장지배적사업자의 지위 남용행위를 규제하고 있으며, 그 전제로서 동법 제2조 제7호에서 시장지배적사업자를 정의하고 있고, 동법 제4조는 시장지배적사업자의 추정에 관하여 규정하고 있다. 이러한 우리 독점규제법의 입장은 독점에 대하

27) Case 27/76, Rn. 269-279.

28) Case 27/76, Rn. 280-288.

29) Case 27/76, Rn. 289-304.

30) Case 27/76, Rn. 308.

여 원인금지주의가 아닌 폐해규제주의적인 것으로 이해되고 있으며,³¹⁾ 이는 유럽법의 태도와 일치하는 것이다.

그러나 구체적인 동 규정의 운영에 있어서는 차이가 있다. 위에서 검토된 United Brands Co. and United Brands Continentaal BV v. Commission of European Communities 사건은 시장지배적지위 남용행위에 대한 선도적 사례로서 유럽법원이 시장지배적사업자의 지위 남용행위를 다룸에 있어서 제기되는 법적 쟁점들이 명확하게 드러나고 있다. 즉 관련시장의 확정, 시장지배력의 판단, 시장지배적지위 남용행위의 구체적 내용 등이 그것이다. 이하에서는 이러한 쟁점 별로 우리 법에서의 시장지배적지위 남용행위에 대한 판단과의 차이를 검토하기로 한다.

2. 관련시장의 확정

관련시장에 관하여 독점규제법은 제2조 제8호에서의 ‘일정한 거래분야’라는 개념으로써 규정하고 있다. 동 규정에 의하면 일정한 거래분야는 거래의 객체별·단계별 또는 지역별로 경쟁관계에 있거나 경쟁관계가 성립될 수 있는 분야를 말한다.

여기서 ‘일정한 거래분야’란 관련시장(relevant market)을 의미하며, 독점규제법상의 위반행위를 판단함에 있어서 그 전제가 되고 있다.³²⁾ 그럼에도 불구하고 우리나라에서 관련시장의 확정에 관한 구체적이고 합리적인 기준은 아직 마련되지 않고 있으며,³³⁾ 공정거래위원회의 실무에 있어서 앞에서 살펴본 현대자동차(주) 및 기아자동차(주)의 시장지배적지위 남용행위 사례에서처럼 그 판단과정이 간과되거나 상세한 검토가 이루어지지 않은 경우도 있다.

그러한 점에서 유럽법원이 UBC 사건에서 관련시장 확정에 관하여 보여준 판단과정은 주목할만하다. 우선 당해 사건에서 유럽법원은 상품별 그리고 지리적 관점 각각에서 관련시장의 확정을 시도하고 있다. 우리 독점규제법도 제2조 제8호의 규정에서 시장확정의 기준을 객체별, 단계별 그리고 지역별로 제시하고 있으나, 구체적인 심결이나 판례에서 객체별 이외의 기준, 특히 지역별 기준에 의한 판단은 잘 나타나지 않고 있다. 이는 우리 시장의 지리적 협소성에 기인하는 것일 수 있으나, 상품에 따라서 이러한 지리적 구분이 유의미한 경우도 있을 수 있다.

상품별 시장확정에 있어서 수요의 대체성이 중요한 기준이 된 것은 우리의 심결례에 나타난 것과 유사하지만, 소비자의 행태나 소비의 특성에 대한 면밀한 검토가 수행되었다는 점에서 특성이 있다. 즉 유럽법원은 바나나를 전체 과일시장과 분리된 별개의 상품시장으로 확정

31) 권오승, 경제법, 법문사, 2002, 90면.

32) 위의 책, 141면 이하.

33) 위의 책, 144면.

하는 과정에서 바나나의 1년에 걸친 이용도, 가격, 매우 어리거나 나이 많은 특별한 유형의 소비자들에 대한 적합성 등의 바나나 소비의 특성에 대한 분석을 수행하였다.

지리적 관련시장의 획정에 있어서는 ‘동등한 경쟁조건’이 중요한 표지로서 기능하고 있다. 이러한 기준은 바나나에 관한 국가적인 특별한 규제와 정책을 실시하고 있는 영국, 프랑스, 이탈리아를 관련시장에서 배제하는 과정에서 구체화되었다.

3. 시장지배력의 판단

독점규제법 제2조 제7호는 시장지배적사업자는 일정한 거래분야의 공급자나 수요자로서 단독으로 또는 다른 사업자와 함께 상품이나 용역의 가격·수량·품질 기타의 거래조건을 결정·유지 또는 변경할 수 있는 시장지위를 가진 사업자를 의미하는 것을 말하며, 이를 판단함에 있어서는 시장점유율, 진입장벽의 존재 및 정도, 경쟁사업자의 상대적 규모 등을 종합적으로 고려하고, 다만 일정한 거래분야에서 연간 매출액 또는 구매액이 10억 미만인 사업자를 제외한다고 규정하고 있다. 또한 동법 제4조는 일정한 거래분야에서 1사업자의 시장점유율이 100분의 50 이상이거나 3 이하의 사업자의 시장점유율의 합계가 100분의 75 이상인 경우에는 시장지배적사업자로 추정한다고 규정하고 있다.³⁴⁾ 즉 시장지배력의 판단에 있어서 시장점유율은 가장 중요한 기준으로 기능하고 있으며, 공정거래위원회 실무의 대체적인 경향도 그 밖의 기준을 적극적으로 심사하지 않는 것으로 나타나고 있다.

유럽법원은 UBC 사건에서 각각 중요한 의미가 있는 개별 요소들의 종합적 고려에 의하여 시장지배적지위가 도출된다는 것에서 출발하고 있으며, 이러한 입장은 시장지배적지위의 판단에 있어서 종합적인 고려를 요구하고 있는 우리 독점규제법의 태도와 다르지 않다. 그러나 규범적인 측면에서 볼 때, 시장지배적사업자의 지위 남용행위에 대한 EC조약의 규정이 추정에 관한 내용을 두고 있지 않다는 점은 우리 독점규제법과 중요한 차이가 되고 있다. 구체적으로 보면, 우선 유럽법원은 i) 플랜테이션, 운송부문 등이 垂直적으로 결합된 UBC의 조직 구조가 시장에서의 지배적인 지위를 낳을 수 있다는 점을 지적하고 있다. ii) 나아가 경쟁상황의 판단에 있어서, 유럽법원이 시장점유율만으로 자동적으로 시장지배적지위가 인정될 수 있는 것은 아니며 경쟁사업자의 수와 규모가 함께 고려되어야 한다고 판단한 점, 그리고 이러한 분석을 함에 있어서 다른 경쟁사업자의 모든 경쟁의 기회가 배제되어야 하는 것은 아니라는 본 점 등은 주목할만하다. iii) 또한 유럽법원은 UBC의 사업규모가 사업자의 신규 진입에 있어서 진입장벽의 역할을 하고 있다는 점, iv) 끝으로 수익률의 감소는 시장지배적

34) 위의 책, 159면은 시장지배적지위의 추정 조항의 의의를 시장지배력 판단의 어려움을 완화하려는 의도로서 이해하고 있다.

지위를 인정하는 것과 양립될 수 있으며, 오히려 수익률의 감소가 아니라 구매자가 지속적으로 거래관계를 유지하고 있다는 점을 시장지배력 판단의 중요한 근거로서 제시하고 있다.

4. 지위 남용행위에 대한 판단

우리 독점규제법은 제3조의2 제1항에서 부당한 가격결정(1호), 부당한 출고조절(2호), 부당한 사업활동의 방해(3호), 시장진입의 제한(4호) 그리고 부당한 경쟁사업자의 배제 또는 소비자이익의 현저한 저해(5호) 등의 행위를 시장지배적사업자의 지위 남용행위로서 규정하고 있다. 또한 동법 시행령 제5조에서 남용행위의 유형 또는 기준을 구체화하고 있다.

EC조약 제82조는 시장지배적지위 남용행위의 내용을 일반조항적인 방식으로 규정하고 있으며,³⁵⁾ 따라서 당해 사건에서 유럽법원에 의하여 수행된 것처럼 법 적용기관에 의한 구체화는 필수적이다.³⁶⁾ 유럽법원은 이 사건에서 남용행위의 구체적인 모습을 밝히고 있는데, 여기서 남용행위로서 다루어진 것은, 재판매의 제한, 공급거절, 가격차별 그리고 불공정한 가격의 설정 등이다.

이에 대한 구체적인 의의를 검토하기 이전에, 이러한 행위들이 우리 독점규제법 하에서는 불공정거래행위에 해당할 수 있으며, 이로 인하여 법 적용상 경합의 문제가 야기될 수 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 이러한 경합 상황에 있어서 시장지배적사업자의 지위 남용행위에 대한 규제는 불공정거래행위의 규제에 대하여 특별법적인 지위를 갖고 있으며, 따라서 시장지배적지위 남용행위에 대한 규제가 우선 적용되는 것으로 이해되고 있다.³⁷⁾

유럽법원에 의하여 남용행위에 해당될 수 있는 것으로 검토되어진 것을 구체적으로 보면, ① 먼저 UBC가 유통업자들에게 부과한 재판매의 시기적 제한이 문제되었다. 유럽법원은 이를 남용행위로 판단함에 있어서 이러한 제한을 가한 UBC의 경제적 목적을 중요한 기준으로 삼았다. 즉 바나나의 판매시기를 제한하는 것은, 제품의 질을 유지하려는 목적보다는 거래상들의 지위를 약화시키려는 목적이 크며, 따라서 남용행위에 해당한다고 보았다.

② 거래거절에 있어서는 유통업자가 경쟁업자의 과일판매를 촉진하는 행위를 한 것에 대한 제재로서 이루어졌다. 이에 대하여 유럽법원은 거래거절이 상대방의 불성실에 대한 제재로서의 비례적 범위를 넘는 것으로 판단하였다. 특히 장기적 관계를 유지하여 온 유통업자의 거래 요구가 정상적인 범위에 있는 한, 이를 거절하는 것은 허용될 수 없다고 판단한 것은 주목할 만한 것이다.

35) 주 2)의 내용 참조.

36) Fritz Rittner, *supra* note 4), 304면 이하 참조.

37) 권오승, 주 28)의 책, 309-310면.

③ 가격차별에 대하여 UBC는 시장의 구체적 상황에 대한 상업적 판단의 결과라고 주장하였지만, 유럽법원에 의하여 받아들여지지 않는 않았다. 유럽법원의 판단을 통해서 볼 때, 회사가 가격을 결정하는 경우에 시장에서의 공급과 수요의 힘을 어느 정도로 고려할 수 있는지에 관한 것이 절대적으로 명백하지는 않다. 다만 유럽법원의 판단에는 판매자가 그 나라에서의 시장 움직임이 그에게 직접적으로 영향을 미칠 수 있는 범위까지 지역적 생산과 유통에 관여하면서 실질적 위험을 부담하는 경우에만, 이러한 가격결정은 허용될 수 있다는 것이 함축되어 있는 것으로 보인다. 이 사례에서의 사실관계는 이와 같지 않았다. 즉 UBC가 로텔담에 있는 모든 유통업자들에게 판매함에 있어서, 지역시장에 관련되지는 않았고, 또한 실제로 개별 국내 시장에서의 위험을 부담하는 것은 바로 유통업자들이었다. 법원의 판단은 지역시장에 ‘관련’된다는 것의 의미를 불확실한 채 남겨놓았지만, 그러나 가격차별이 개별 국가에서 시장조건으로부터 결과된 압력, 즉 유효한 경쟁의 결여 때문에 더 높은 가격을 부과할 수 있는 UBC의 경제력에 기인하는 것이라기 보다는 ‘시장주도압력’을 반영하는 것이었다면, UBC의 입장이 강화될 수 있었다는 인식을 주었다. 만약 UBC 자신이 회원국에서의 유통 기능을 수행하였다면, UBC는 더 큰 위험을 부담하였을 것이고 국내시장과 더 밀접한 관련성을 갖았을 것이다. 그러한 한도까지 그 회사의 지역 거래상들에 대하여 가격을 조정할 자유는 좀 더 커질 수 있었을 것이다.³⁸⁾

④ 끝으로 남용적인 가격 책정 문제에 대하여 결론적으로 유럽법원은 UBC의 행위가 이에 해당하지 않는다고 보았다. 그러나 그러한 판단과정에서 유럽법원이 보여준 분석은 의미 있는 것이다. 특히 유럽법원이 가격과 공급된 상품의 경제적 가치와의 합리적 관련성을 핵심적 표지로서 제시한 점, EC조약 제86조(현행 제82조)가 경쟁에 대한 어떠한 효과의 입증 없이도 소비자가 그러한 가격책정의 결과로서 손해를 입을 경우에 적용될 수 있다고 본 점, 그리고 남용적 가격책정을 인정함에 있어서 상세한 비용 분석과 경쟁사업자의 가격수준의 검토는 필수적으로 요구되는 것이라는 밝힌 점 등은 주목을 요하는 것이다.

(바) 향후 심결업무 등을 위한 시사점

UBC 사건은 유럽법원에 있어서 시장지배적지위 남용행위에 대한 평가로서, 선구적인 의미를 갖는 것이며, 우리 독점규제법상 시장지배적지위 남용행위를 평가함에 있어서도 중요한 시사점을 제공하고 있다.

구체적으로 i) 관련시장의 획정에 있어서 상품간 시장획정과 지리적 시장획정의 의의를 명확

38) D. G. Goyder, *supra* note 21), 337-338면.

히 하고, 특히 상품간 시장획정에 있어서 소비의 행태와 소비자의 특성에 대한 분석에 기초하여 시장획정을 시도하고 있는 점, ii) 시장지배력의 판단에 있어서 시장점유율의 추정적 기능에 의존하지 않고, 영업구조나 경쟁상황에 대한 면밀한 검토를 전개한 점 그리고 iii) 남용행위의 판단과정에서 개별 행위들의 경제적 의의를 구체화한 점은 주목할 만한 것으로 보여진다.

특히 가격남용의 경우 가격과 비용의 비교뿐만 아니라 동일상품에 부과된 다른 가격과의 비교를 판단기준으로 한 것은 좋은 참고가 될 것이다.

(4) Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp. 472 U.S. 585 (1985)

(가) 사건의 개요

1. 사실관계

미국 콜로라도주 Aspen지역에는 네 군데 산악지역에 활강스키시설이 있는데, 이들 스키 시설은 당초 Ajax, Buttermilk, Highlands 등 세 개 사업자들에 의해 운영되고 있었다. 위 사업자들은 자신들의 스키시설을 이용할 수 있는 일일 이용권(daily ticket)을 판매해 오다가, 1962년에 들어 각자가 소유하던 모든 스키시설의 리프트를 수일간 이용할 수 있는 리프트 이용권('all-Aspen티켓'으로 알려져 있음)을 정상가액보다 할인한 가격에 판매하기로 합의하였다. all-Aspen티켓은, 週 단위로 스키리조트를 찾으면서도 한 곳에 머물러 있지 않고 주변의 다른 스키장도 같이 이용하고 싶어하는 고객들에게는 아주 편리한 제도였다.

그러던 중 Ajax를 소유하고 있던 Aspen사³⁹⁾가 1967년에 Buttermilk를 매입하여 인근에 Snowmass라는 대단위 스키시설을 개장하였다. 그리하여 Aspen사가 Aspen지역의 네 군데 산악지역의 활강스키시설 가운데 세 군데 시설을 소유 및 운영하게 되었으며, Highlands가 나머지 한 군데 산악지역에서 스키사업을 계속 영위하였다. Aspen사는 Highlands와 계약을 체결하여 all-Aspen 티켓을 네 군데 지역에서 모두 쓸 수 있도록 사용범위를 확장하기로 합의했다. 또한 이미 1962년부터 1977년까지 Aspen과 Highlands는 각자 1일, 3일, 6일권 등 여러 형태의 이용권을 제공하였기 때문에, 스키시설업 시장에는 이들 업자가 개별적으로 발행

39) Aspen사가 Ajax 스키장을 개장한 것은 1946년으로 Aspen 지역내에 위치해 있다. 이 스키장은 비교적 가파른 경사면을 가지고 있으며, 주로 전문가나 중급이상의 스키어들을 위해 설계되었다.

한 이용권들과 6일 동안 사용할 수 있는 all-Aspen티켓이 함께 유통되고 있었다. all-Aspen 티켓에 대해서 두 회사는 각 산악지역에서 사용된 빈도수를 계산하여 그 통계를 토대로 상호간에 티켓수익을 배분하였다.

all-Aspen티켓으로부터 거두어들인 수익에서 Highlands에게 돌아간 몫은 1973-74시즌에 17.5%, 1974-75시즌에 18.5%, 1975-76시즌에 16.8%, 1976-77시즌에 13.2%로 나타났다.

그러나 1970년대에 들어서자 Aspen사는 점차 all-Aspen티켓에 대한 매력을 잃게 되어 자신이 보유한 스키시설들간에만 호환 가능한 새로운 리프트이용권을 도입하였다. 그 결과 패키지 이용권으로서 Aspen지역의 네 군데 산악지역에서 모두 사용 가능한 all-Aspen티켓과 Aspen사가 운영중인 세 군데 산악지역에서 사용 가능한 티켓이 함께 사용되었다. 그러나 all-Aspen티켓이 줄곧 더 많이 판매되었다.

그러자 Aspen사는 1977년 Highlands에게 all-Aspen티켓의 수익에 대해 고정비율로 배분을 받도록 요구하였다. Highlands는 all-Aspen티켓이 중단될 것을 우려하여, 결국 1977-78년 시즌에 15%의 고정배분을 받아들이기로 마지못해 합의하였다. 그러나 그 이듬해 시즌에 종래의 평균에도 미치지 못하는 12.5%의 배분율이 정해지자, Highlands는 Aspen의 제의를 거부하였다.

이에 대응하여 Aspen사는 Highlands의 거부와 동시에 all-Aspen티켓사업을 중단하였으며, 추가적으로 Highlands가 all-Aspen티켓을 대신한 패키지 티켓을 독립적으로 제공하기 어렵게 만드는 조치들을 취하였다. all-Aspen티켓으로부터의 수입이 사라지고 Aspen사와 직접적인 경쟁을 벌이게 됨으로 인해 Aspen지역 활강스키 시장에서 Highlands가 차지하던 점유율도 꾸준히 하락하여 1976-77 시즌에 20.5%를 점하던 것이 1980-81시즌에는 11%로 급감하였다. 그렇다고 Aspen지역에서 추가적인 스키시설이 개발될 가능성도 정부의 규제와 자금조달의 어려움으로 인해 매우 희박했다.

2. 절차의 진행(하급심 판결)

1.1. 연방지방법원 판결

Highlands사는 1979년 Aspen사를 상대로 콜로라도주 연방지방법원에 3배배상 소송을 제기하였다. Highlands의 주장은, Aspen사가 경쟁업자와 체결한 장기 마케팅계약 즉, 스키장이용객들이 Aspen지역의 네 군데 스키시설을 모두 이용할 수 있도록 하는 동시에, 경쟁업자들이 실제 사용빈도수에 따른 이익배분을 받도록 한 계약의 지속을 거절한 행위가, 당해 지역의 활강스키서비스 시장의 독점화에 해당하므로 셔먼법 제2조를 위반했다는 것이었다.

1심을 맡은 콜로라도주 연방지방법원은 셔먼법 제2조 소정의 독점화가 성립되기 위한 요건으로서 (1) 관련시장에서의 독점력을 보유하고 있을 것과 (2) 그와 같은 독점력을 반경쟁적, 배타적인 수단에 의해서 혹은 반경쟁적, 배타적인 목적을 위해서 의도적으로 취득, 유지, 및 활용했을 것 등 두 가지를 들었다.

이에 대해 배심원들은 결국 Aspen사가 셔먼법 제2조에 위반하여 Aspen지역 활강스키시설을 독점화 하였다고 평결하였다.

2.2. 항소심(연방 제10항소법원) 판결

항소심에서 미 연방 제10항소법원 역시 다음과 같은 두 가지 이유에서 이와 같은 하급심 판결을 재확인하였다. 첫째는 United States v. Terminal Railroad Assn. of St. Louis⁴⁰⁾에 비추어 볼 때, all-Aspen티켓은 필수설비로서 성격 지워질 수 있으며 따라서 Aspen사가 Highlands와 함께 시장에서 판매해야 할 의무를 진다는 것이고, 둘째로, Aspen사가 all-Aspen티켓의 판매를 거부한 의도가 독점을 형성 내지 유지하기 위한 것이라는 본 원심이 구체적 증거들에 의해 뒷받침되고 있다는 것이다⁴¹⁾.

Aspen사는 항소심에 불복하여 연방대법원에 상고하였다.

(나) 쟁점

본 건에서 쟁점이 된 부분은 크게 다음의 두 가지라고 할 수 있다.

1. 우선, 본 사건의 원고 Aspen사가 Highlands를 상대로 마케팅 합작 계약을 거절한 행위가 셔먼법 제2조의 독점화에 해당하는 지가 문제된다. 셔먼법 제2조 소정의 독점화의 요건에 대해서는 종래 United States v. Grinnell Corp.사건에서 연방대법원이 (1) 관련시장에서의 독점력을 보유하고 있을 것과 (2) 그와 같은 독점력을 반경쟁적, 배타적인 수단에 의해서 혹은 반경쟁적, 배타적인 목적을 위해서 의도적으로 취득, 유지, 및 활용했을 것 등의 두 요건을 도출한 바 있다. 그런데 1심과 항소심에서는 이 두 요건 가운데서 첫 번째 요건, 즉 독점력의 보유라는 요건이 성립되는지에 대해 치열한 논쟁이 벌어졌으나, 상고심에서는 Aspen사가 활강스키시장에서 독점력을 보유하고 있다는 배심원들의 평결에 대해 Aspen측이 별다른 문제를 삼지 않았다⁴²⁾ 또한 Aspen사는 1심에서 지방법원이 설명한 셔먼법 2조의 두 번째 요건 자체에

40) 224 U.S. 383 (1912).

41) Aspen Sking Co. v. Aspen Highlands Sking Corp. 738 F2d 1509.

42) 배심원들은 본 사건의 상품관련시장을 “스키리조트를 가진 활강스키시설(downhill skiing at destination ski resorts)”로

대해서도 별다른 문제제기를 하지 않았다. 문제는 Aspen사의 거래거절이 반경쟁적 배타적인 목적으로 행하여졌는가 하는 점이다.

2. Aspen사가 콜로라도주 Aspen지역의 활강스키 서비스 시장을 독점하였다고 한 배심원들의 평결은, 독점력을 가진 사업자가 셔먼법 제2조 위반을 회피하기 위해서는 소규모경쟁자와 합작 마케팅계약을 함에 있어서 협조를 할 의무를 진다고 하는 가정을 전제로 하고 있다. 그와 같은 평결에 법률상 과오가 있었는지 여부가 또 하나의 쟁점사항이다.

한편, 항소심에서 다투어진 쟁점 가운데 필수설비이론의 적용가능성에 대해 Aspen사는 제9항소법원이 본 사건을 “필수설비”이론에 부적절히 의존하였다고 주장하였으나, Highlands는 기록에 나타난 증거에 비추어 볼 때, 연방대법원이 원심을 확인하기 위하여 꼭 “필수설비”이론에 의존해야만 하는 것은 아니라고 함으로써, 연방대법원에서는 이 문제가 다투어지지 않았다.

(다) 당사자의 주장

1. Aspen Highlands Skiing Corp. 측의 주장

1.1 독점적 사업자의 경쟁사업자에 대한 협력의무

독점적 사업자는 Sherman법 제2조의 독점 또는 독점화 규정의 적용을 피하기 위하여 소규모경쟁자에 대한 협력의무를 부담한다고 주장하였다.

1.2 셔먼법 제2조 소정의 독점화에 해당성 여부

Highlands사는, Aspen사가 자신과 체결한 장기 마케팅계약의 지속을 반경쟁적, 배타적인 목적으로 거절함으로써 활강스키서비스 시장을 독점화 하였으므로 셔먼법 제2조에 위반된다고 주장하였다.

2. 원고 Aspen Skiing Co. 측의 주장

2.1 독점적 사업자의 경쟁사업자에 대한 협력의무

Aspen사는 독점력을 가진 사업자라고 해서 다른 경쟁자와 합작으로 마케팅을 벌여야 할

보았으며, 지리적 관련시장을 “Aspen 지역”으로 확정하였다.

의무를 지는 것은 아니라고 하였다.

2.2 거래거절행위의 배타성 여부

서면법 제2조 위반은 실질적인 배타적 행위가 존재하지 않는 한 성립될 수 없으며 자신이 행한 행위는 배타적인 성격이 아니”기 때문에 자신은 서면법 제2조 소정의 독점화를 범하지 않았다는 것이다. 설령 반경쟁적 의도가 있었다고 하더라도 “반경쟁적인 의도”가 배타적이지도 않은 행위를 독점화로 변형시키는 것은 아니라고 주장하였다.

(라) 법원(미 연방대법원)의 판단

1. 독점적 사업자의 경쟁사업자에 대한 협력의무

본 건에 대한 판결이 그와 같은 법률적 전제에 의존하고 있다는 Aspen측의 주장은 잘못된 것이다. 왜냐하면 독점력을 보유한 사업자가 경쟁사업자에 협력할 의무를 지지는 않는다는 점을 1심 법원이 배심원들에게 분명히 설명했다기 때문이다. 경쟁사업자에 대해 협조할 의무가 없다고 해서 거래를 거절할 권리가 절대적인 것이거나 아무런 규제를 받지 않는다는 의미는 아니다

Lorain Journal Co. v. United States 판결⁴³⁾에서도 본 연방대법원은 그와 같은 권리가 무제한적인 것이 아님을 분명히 밝힌 바가 있다. 동 판결에서 연방대법원은 독점신문사가 경쟁관계에 있는 라디오방송국의 광고를 구입한 고객에 대해 자신의 신문에 광고를 내려는 제의를 거절한 행위는 “州間의 거래를 독점화하기 위한 수단으로서” 서면법 제2조에 의해 금지된다고 보았다.

한편 본 건에서 독점자는 단순히 사업상의 협조에 참여할 것을 신규제안하기를 거부한 것이 아니다. 오히려 본 건은 독점자가 과거 경쟁시장상태에서 발원하여 수년간 지속되어 온 배분방식을 중단하여 중대한 변화를 초래한 사건이라고 할 수 있다. 이용빈도수를 토대로 이윤을 분배하는 방식으로 채택되어 온 all-Aspen 티켓은 당초 세 개의 스키시설회사들이 Aspen지역의 세 군데 산악지역을 운영하던 당시에 이미 개발되었던 상품이다. 더욱이 관련 기록을 보면, 상호간에 이용가능한 이용권들이 다른 산악지역에서도 사용되고 있음이 나타난다. 따라서 그와 같은 이용권들이 자유경쟁시장에서 소비자들의 수요를 충족시키는 것으로 추론해도 무방할 것으로 보인다. 결국 Aspen사가 all-Aspen티켓 사업을 종료하기로 한 결정

43) 342 U.S. 143 (1951).

은, 독점자가 시장의 성격에 중대한 변화를 가하기 위해 내린 결정이었다.

2. 서면법 제2조 소정의 독점화 해당성 여부

연방대법원은, 독점자가 “자신이 거래하려는 상대방에 대하여 독립적인 재량권을 행사”할 권리는 독점을 형성 내지 유지할 목적이 존재하지 않는 한 서면법을 위반한 것이 아니지만 법률상, 반경쟁적 목적이나 의도로부터 생겨나는 거래거절이 독점화의 증거가 될 수 있다고 보았다.

또한 Aspen사는 그와 같은 결정과, 그 결정을 이행하기 위해 자신이 행한 행위는 명백히 배타적인 성격으로 볼 수 없다고 주장한다. 하지만 Aspen사 역시도, 본 건이 본 법정에 제기됨과 동시에, 연방대법원은 모든 기록을 Highlands에 우호적으로 해석해야만 하며, 증거를 통해 어느 정도 뒷받침되는 모든 추론을 Highlands에게 유리한 쪽으로 해석해야만 한다는 점⁴⁴⁾을 인정하고 있다.

더욱이, 본 법정은 1심에서 배심원들이 연방지방법원의 지침을 따랐다고 추정할 수밖에 없다. 따라서, 본 건에 대해 배심원들이, 일면 경쟁을 배제하거나 제한하는 경향이 있는 관행들과, 다른 한편으로 단순히 상품의 우월성이나 탁월한 경영 혹은 행운 등에 따른 사업상의 성공의 차이를 분명히 가려냈다고 보아야 한다. 지방법원은 배심원들에게, 사업상의 정당한 이유가 있는 경우에는 Aspen사의 거래거절이 서면법 제2조를 위반하지 않는다는 점을 명백하게 설명하였기 때문에, 본 법정은 배심원들이 당해 거래거절행위에 정당한 이유가 존재하지 않는다는 결론에 이르렀다고 추정할 수밖에 없다. 그렇다면 문제는 기록에 비추어 볼 때 그러한 결론이 과연 근거가 있는가 하는 점이다.

Aspen사의 행위가 배타적인 성격으로 분류될 수 있을 것인지에 대해서는 간단히 Highlands에게 미친 영향을 검토하는 것만으로는 답을 내릴 수 없다. 이에 더하여 소비자들에게 미친 영향과 당해행위가 불필요하게 제한적인 방법으로 경쟁을 손상했는지 여부⁴⁵⁾를 추가적으로 고려할 필요가 있다. 만일 어느 사업자가 효율성 외에 다른 어떤 근거로 경쟁자를 배척하려고 기도하여 왔다면, 그 사업자의 행위를 약탈적인 성격으로 분류해도 무방하다. 따라서, 문제가 된 행위양식이 소비자에 대해 그리고 Aspen사의 소규모 경쟁자와 Aspen사 자신에 대해 미치는 효과를 분석할 필요가 있다.

2.1 all-Aspen티켓의 상품적 우월성

Aspen을 찾는 이용객들은 평균적으로 교육수준이 높고, 비교적 부유층에 속하며, 과거에

44) Continental Ore Co. v. Union Carbide & Carbon Corp., 370 U.S. 690, 696 (1962).

45) P. Areeda & D. Turner, Antitrust Law 78 (1978).

수 차례 스키를 즐겼던 경험자들이다. Aspen을 찾았던 스키어들의 80%이상이 종전에서 이곳에 다녀간 경험이 있으며, 이들 가운데 40%는 최소 5회 이상 Aspen지역에서 스키를 한 적이 있는 것으로 나타났다. 수년동안, 스키장 이용객들은 6일 짜리 all-Aspen티켓에 대해 강한 수요를 나타냈다. 대다수의 경험 많은 스키어들은 자신들이 리조트에서 체류하려는 총 기간동안 사용할 티켓을 한꺼번에 구매하는 방식을 매우 선호한다. 왜냐하면 티켓구입을 위해 기다리는 시간을 줄이면서 슬로프에서 보다 많은 시간을 보낼 수 있기 때문이다. Aspen과 Highlands가 발행한 네 지역 이용권은 그 속성상, 스키어들로 하여금 자신의 시간과 목적에 맞추어 매일 어느 스키장에서 스키를 탈것인지를 결정할 권리를 유보한 상태에서, 6일 짜리 이용권을 미리 구입할 수 있도록 한다. 그런 면에서 양사가 발행한 all-Aspen티켓은 스키어들에게 편의와 아울러 융통성을 부여해 준다.

Aspen측이 발행한 네 지역이용권도 일부 이러한 속성을 가지고 있기는 하지만, 증거에 비추어 볼 때, 고객들은 Aspen이 Highlands와 함께 발행했던 네 지역 이용권이 없어짐으로써 부정적인 영향을 받았다는 결론에 도달하게 된다. 우선, 1967년 이후 세 지역 이용권과 네 지역 이용권간의 경쟁에 대한 실제 증거들을 보면 스키장 이용객들은 세 지역 이용권보다 네 지역 이용권을 명백히 더 선호하였음이 드러났다. Highlands측의 마케팅 전문가들은 증언하기를, Aspen지역을 찾는 스키어들은 네 군데 산악의 스키장을 모두 이용하기를 원하며, 네 지역 이용권의 폐지가 그들의 욕구를 충족시키기 더욱 어렵게 만들었다고 했다. 1979-80년 시즌에 실시된 소비자조사에 따르면 응답자의 53.7%가 Highlands에서 스키를 타기 원했지만 그렇게 하지 않았으며, 응답자의 39.9%는 자신들이 선택한 산에서 스키를 타지 않을 것이라고 답했는데 그 이유는 티켓이 이를 허용치 않기 때문이라는 것이다.

한 유력 도매관광업자는, 자신은 네 지역 이용권이 이용가능 하다면 세 지역 이용권을 위주로 한 마케팅은 고려조차 하지 않을 것이라고 주장하였다. 1977-78년 시즌과 1978-79년 시즌 동안 발생한 일들을 보면, Aspen가 발행한 세 지역 이용권을 가진 고객들이 종전의 관례대로 Highlands에 와서 리프트를 타고 스키학교에도 참가하려고 했으나, Highlands측이 일일 리프트이용권을 구입해야만 Highlands에서 스키를 탈 수 있고 스키학교에도 참가할 수 있다는 설명을 듣게 되어 매우 분노하게 되었다고 한다. 부유층에게조차 이러한 상황은 매우 화가 나는 상황이라고 할 수 있다. 왜냐하면 결국은 스키어들이 6일 짜리 세 지역 이용권에서 하루를 낭비 하든가 아니면 6일 짜리 할인혜택을 포기해 가면서 오전시간 내내 환불을 받아 내든가를 선택하는 상황이 벌어졌기 때문이다. Atlanta스키클럽의 한 임원은 네 지역 이용권의 폐지가 고객을 격분시켰다고 증언하였다.

2.2 Highlands의 경쟁능력

Aspen사의 행태가 Highlands에 미친 부정적 영향은 본 법정에서 다투어지지 않는다. 관련시장에서 Highlands사가 차지한 점유율은 네 지역 이용권이 폐지된 이후 지속적으로 감소하였다. 피해액의 규모 또한 Aspen사의 행위가 Highlands에 미친 효과의 실제적인 성격을 확인하고 있다.

2.3 Aspen측이 주장하는 사업상의 정당성

본 사건에서 가장 중요한 증거는 아마도 바로 Aspen사와 관련된 증거일 것이다. Aspen측에서 배심원들에게 자신의 행동이 일상적인 사업상의 목적에 의해 정당화된다는 점을 설득하지 않았기 때문이다. 네 지역 이용권이 폐지됨에 따라 Highlands의 스키시설을 이용하던 스키어들이 Aspen사의 시설을 이용하기 원하는 경우에 가능한 방법으로는 다음과 같은 경우를 들 수 있다. 우선 Highlands의 위락시설 패키지에 포함되어 있는 Aspen사 시설이용 쿠폰을 Aspen의 당일 이용권과 교환판매하는 방법이 있고, 또 한가지는 Aspen사가 Highlands에 당일 이용권을 판매하도록 위탁하는 방법이 있었다. 그런데 Aspen사는 이 두 가지 형태의 당일 이용권 판매가 적어도 단기적으로는 자신에게 이익이 됨에도 불구하고 이 두 형태의 고객들에게는 당일 이용권 판매를 하지 않았다. 이점에서 볼 때 배심원들의 결론 즉, 그와 같은 단기적 이익을 Aspen사가 스스로 포기하기로 한 것이, 결국 Aspen사가 경쟁사업자에게 손해를 줌으로써 Aspen시장에서의 장기적인 경쟁을 감소시키려는데 관심이 더 있었기 때문이었다는 판단은 일리가 있다.

Aspen사는 자신의 행태에 대하여 달리 아무런 효율성관련 정당화사유도 제시하지 못하였는데, 이 점 또한 배심원들의 결론을 확고하게 뒷받침하는 것이라고 할 수 있다. Aspen사는 자신의 결정에 대한 항변에서, 티켓의 사용상황을 적절하게 감독할 수 없다는 점을 이유로 주장하였다. 그러나 관련증거를 보면, Aspen사는 자신이 발행한 세 지역 이용권에 대하여 리프트 조작자가 산출한 이용빈도를 토대로 하여 사용상황을 감독하였으며, 이를 근거로 각 산악지역에 수익을 배분하였던 것으로 나타났다.

또한 Aspen은 주장하기를, 쿠폰이 관리하기에 매우 번거로우며, 조사에 응했던 사람들이 혼돈을 일으켜서 그들의 조사작업의 정확성이 떨어진다고 하였다. 하지만 Aspen사의 입장에서 볼 때, 쿠폰을 받는 일이, 창구에서 신용카드를 받아 결제하는 것만큼 번거로운 일은 아니다. 더군다나, Aspen사는 여타 시장지역에서는 쿠폰을 사용하여 다른 업자들과 호환가능한 리프트이용권 시스템을 활용하고 있었다. 또한 조사에 대해 Aspen사 소속 관리인의 증언한 바에 따르면 Aspen 직원이 문제를 지나치게 과장해서 강조했으며 그러한 문제는 발생과 동

시에 대부분 해결된다고 한다.

한편, Highlands측에서는 Highlands 시설에서 네 지역 이용권의 이용상황에 대해 회계감사를 하기 위해서 자신의 비용부담으로 전국적인 평판을 가진 회계업체를 고용하는 방안을 제안하였으나 Aspen측이 이 또한 거절한 바가 있다. 이 이유에 대한 Aspen측의 설명은 회계감사를 통제할 방법이 없다는 것이었다.

Aspen사는 결국, Highlands의 열악한 스키서비스와 자신의 서비스를 분리시키려는 바람에서 그러한 조치를 취했다고 하여 자신의 행태를 정당화시켰다. 하지만 all-Aspen티켓은 고객들이 스키시설의 질에 따라 스스로 선택할 수 있도록 하고 있다. Aspen측이 주장하는 Highlands 스키시설의 품질에 대한 우려는 그리 명확한 근거가 없었으며, 많은 증인들에 의해 맹렬한 반박을 받았다. 더욱이, Aspen사가 여타 시장에서는 열등한 것으로 생각되는 제품과도 기꺼이 제휴를 하려 했음을 Aspen사 자신도 인정하였다.

따라서 이와 같은 제반 증거에 비추어 볼 때, Aspen사의 조치가 효율성에 기인한 것이 아니었으며, 오히려 자신의 조치가 소규모 경쟁사업자에게 장기적인 영향을 미칠 것이라는 인식하에 단기적인 이익과 고객들의 신용을 희생한 것이라는 추론에는 근거가 있다.

(마) 본건의 의의

1. 독점사업자의 경쟁자에 대한 일반적 협력의무의 부인

독점사업자라고 할지라도 원칙상 다른 특정 사업자와 반드시 거래해야 할 의무를 지는 것은 아니다. 시장에서 경쟁하는 사업자들은 자신이 보유한 인적, 물적 자원을 활용하여 스스로 혁신을 이루어 낼 것이 기대되기 때문이다. 미 연방대법원은 이에 대한 기본원칙을 1919년 *United States v. Colgate & Co.* 사건 판결을 통해 천명하였다. 곧 “독점을 형성 내지 유지하려는 목적이 존재하지 않는 한, 완전히 사적인 영역에서 활동하는 거래자나 생산자들이 거래상대방에 대하여 자신의 독립적인 재량권을 자유롭게 행사할 수 있는 권리가 서면법에 의해 제한되지는 않는다”는 것이다⁴⁶⁾.

2. 독점화 수단으로서의 거래거절의 위법성

하지만 이 판결은 동시에, 사적경제주체라도 독점을 형성 내지 유지하기 위한 목적에서

46) *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300, 307, 39 S. Ct. 465, 468 (1919).

거래거절행위를 하는 것은 셔먼법의 적용대상이 된다는 점을 밝힌 것이라고도 할 수 있다. 이점은 이후 *Lorain Journal Co. v. United States* 사건에서 확인되었다. 동 판결에서 연방대법원은 "州間의 거래를 독점화하기 위한 수단으로서" 활용되는 거래거절은 셔먼법에 의해 금지된다고 밝혔다⁴⁷⁾. 이에 따라 각급 법원들은 각자의 관점에서, 독점적 사업자는 자신의 경쟁자들의⁴⁸⁾ 경쟁활동에 필요한 것에 대한 공급을 거절하는 경우나 필수설비에의 접근을 거절하는 경우에 셔먼법 제2조 위반이 된다는 판결을 내렸으며, 일부 법원은 비경쟁자들에 대한 공급거절의 경우도 이에 해당된다고 보기도 했다. 이러한 측면에서 볼 때, *Aspen Skiing* 사건은, 시장에서 사업자들은 특정한 상황에서는 다른 사업자와 거래를 해야 할 의무를 지게 된다는 점을 밝힌 선도적 판결이라는 의미가 있다.

3. 협력의무 범위의 문제

그러나 *Aspen Skiing* 판결의 취지는 이후 하급심법원에서 일률적으로 채택되지 못하였다. 가령 Posner 판사와 같은 경우는, *Olympia Equip. Leasing v. Western Union Telegraph* 사건에서, 합법적인 독점력을 보유한 사업자에게 경쟁사업자들을 도와야 할 의무가 있는 것은 아니라는 논조를 여전히 유지하고 있다⁴⁹⁾. 이에 반해 *Oahu Gas Serv. Inc. v. Pacific Resources, Inc.* 사건에서 제9항소법원은, 독점적 사업자의 특별한 지위로 인해 독점금지법은 독점자로 하여금, 거래거절에 대한 합법적인 사유가 존재하지 않는 경우에는 경쟁에 조력해야 할 다소 적극적인 성격의 의무를 지우게 된다고 판시하였으며⁵⁰⁾, 연방대법원은 최근의 *Kodak* 사건에서도 제9항소법원은, 거래거절행위에 대해 Kodak사가 기존의 독점을 이용하여 새로운 독점을 시도하였으므로 불법이라고 본 바 있다⁵¹⁾.

그 이유는 무엇보다도, *Aspen* 판결이 사업자가 경쟁자에 대해 지는 거래의무가 언제 어느 범위내에서 발생하는지 그리고 어떠한 경우에 거래거절이 정당화되는지를 명확하게 제시하지 못했기 때문이다.

47) *Lorain Journal Co. v. United States*, 342 U.S. 143, 155, 72 S. Ct. 181, 187 (1951). 이 사건에서 연방대법원은, 독점신문사가 경쟁관계에 있는 라디오방송국의 광고를 구입한 고객에 대해 자신의 신문에 광고를 내려는 제의를 거절한 것을 불법이라고 보았다.

48) 이론상으로 독점적 사업자에게는 아무런 경쟁자도 존재하지 않으나, 미 법원과 학자들은 시장점유율이 꼭 100%에는 이르지 않는 사업자라 할지라도 실질적인 의미에서 판단하여 독점적 사업자로 파악하고 있다. Michael J. Shookro, Peter K. Huston, *Abuse of Monopoly Power*, ALI-ABA Course of Study - Monopolization and Tying Cases in the 90's -, 1991, p 238.

49) *Olympia Equip. Leasing v. Western Union Telegraph*, 797 F.2d 370, 375-76(7th Cir. 1986), cert. denied, 480 U.S. 934, 107 S. Ct. 1574 (1987).

50) *Oahu Gas Serv. Inc. v. Pacific Resources, Inc.*, 838 F.2d. 360, 368 (9th Cir. 1988).

51) *Image Technical Serv., Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 903 F.2d 612, 620 (9th Cir. 1990), cert. granted, 111 S. Ct. 2823 (1991).

(바) 향후 심결업무 등을 위한 시사점

Aspen 사건에서 핵심적인 문제로 다루어진 독점사업자의 거래거절은 우리 독점규제법에 있어서도 위법한 것으로, 특히 시장지배적사업자의 지위 남용행위로서 평가될 수 있는 것이다. 그러나 미국법에서의 거래거절과 우리 독점규제법상 시장지배적사업자의 거래거절의 규범적 의의는 상이하게 구성된다. 이는 무엇보다 입법의 기본방향으로서, 미국법이 원인금지주의를 채택하고 있는 반면, 우리 독점규제법이 폐해규제주의를 채택하고 있는 것에 기인한다.

구체적으로 보면, 미국법에 있어서의 거래거절은 특히 Sherman법 제2조의 독점화의 의미로서 이해되는 경우에 문제가 되지만, 우리 독점규제법은 거래거절을 시장지배적사업자의 지위 남용행위의 하나로서 판단하고 있다(독점규제법 제3조의2 제1항 제3호). 따라서 Aspen사건과 같이 미국법에서 문제가 되었던 거래거절의 의의를 우리 독점규제법의 해석과 적용에 있어서 곧바로 원용하는 것에는 분명한 한계가 있다 할 것이다.

특히 계속적 거래가 아닌 신규거래에 대한 거절의 경우, 거래거절과 그로 인한 사업활동의 어려움에 대한 부당성의 정도를 어디까지로 설정할 것인지에 대해서는 논의의 여지가 있을 것으로 생각된다.

그러나 거래거절을 행하는 제 동기에 대한 고찰을 통한 경제적 그리고 경쟁법적 이해의 확대는 우리 독점규제법의 운영에 있어서 일정한 기여를 할 수 있을 것이다.

2. 기업결합 관련 심결사례

(1) 에스케이텔레콤(주)의 기업결합제한규정 위반행위에 대한 건⁵²⁾

(가) 사건의 개요

1. 기초사실

당해 기업결합의 당사자로서 피심인인 취득회사 에스케이텔레콤주식회사(이하 “SK텔레콤”이라 한다)와 피취득회사인 주식회사 신세기통신(이하 “신세기통신”이라 한다)은 이동전화서비스를 제공하는 회사들로서 독점규제법 제2조 제1호에 규정된 사업자에 해당된다.

두 사업자가 활동하고 있는 이동전화서비스시장의 규모는 8.6조원이고, 급속히 확대되고 있는 추세에 있다. 5개 사업자가 활동하고 있는 동 시장에서의 시장점유율의 분포는 다음의 표와 같다.

구 분	SK텔레콤	신세기통신	한통프리텔	LG텔레콤	한솔엠닷컴	계
가입자기준(명)	9,731,766	3,239,134	4,162,549	3,041,094	2,614,656	22,789,199
(‘99.11.30)	42.7%	14.2%	18.3%	13.3%	11.5%	100%
가입자기준(명)	11,268,948	3,608,813	4,678,726	3,508,242	3,042,187	26,106,916
(2000.3.31)	43.2%	13.8%	17.9%	13.4%	11.7%	100%
매출액기준(억원)	42,250.9	12,523.3	14,645.4	10,229.3	8,885.6	86,534.5
(‘99년)	46.5%	14.5%	16.9%	11.8%	10.3%	100%
통화량기준(도수)	81,652.0	20,317.3	27,920.0	20,440.1	17,470.0	167,799.4
(‘99년)	48.7%	12.1%	16.6%	12.2%	10.4%	100%

2. 행위사실

피심인인 SK텔레콤은 포항제철(주)이 소유하고 있는 신세기통신 주식 51.19%를 취득하기로 계약체결(1999. 12. 21.)하고 그 대가로서 현금 1조 874억을 지급하고 추가로 SK텔레콤의

52) 공정위 의결 2000. 5. 16, 2000기결0129.

신주(6.5%)를 발행·교부할 예정이다. 이에 따라서 1999년 12월 23일 기업결합을 신고하였고, 2000년 2월 23일에는 임원겸임을 신고하였다.

(나) 주요 쟁점

본 사건에서는 우선 당해 기업결합이 경쟁을 실질적으로 제한하는 기업결합에 해당하는지 그리고 경쟁제한성이 인정된다면, 독점규제법상 예외 인정사유에 해당하는지가 주된 쟁점이 되고 있다.

(다) 당사자의 주장

본 사건에서 피심인인 SK텔레콤은 당해 기업결합의 경쟁제한성 자체를 다투기보다는 기업결합의 예외인정사유에 해당하는 효율성 증대효과에 주장에 집중하였다.

(라) 공정거래위원회의 판단

1. 관련시장의 획정

1.1. 셀룰러 이동전화와 PCS 이동전화

이동전화란 이용자가 단말기를 휴대하고 이동중에 전화서비스를 이용할 수 있는 것으로서, 동 시장에는 셀룰러이동전화(아날로그 및 디지털 방식이 있다) 및 PCS(Personal Communication Services) 이동전화에 포함된다. 셀룰러 및 PCS 이동전화는 주파수대역(셀룰러 800MHz, PCS 1,800MHz), 송수신방식 등에서 일부 차이가 있으나 이용자는 송수신방식의 차이를 감지하지 못하며, 국내에서 PCS의 성장이 셀룰러시장의 잠식과 연계되어 있다는 점, 제공서비스나 요금수준에 따라 양 사업자간 수요의 대체성이 크다는 점, 무선접속방식, 채널대역폭(1.23MHz로 단위시간당 전송할 수 있는 정보량이 유사), 서비스지역, 서비스 대상(고속차량, 보행자), 제공서비스(음성, 데이터), 단말기 형태 및 가격(25~40만원 수준) 신규가입시의 비용, 이용 요금체계 등에서 유사한 점 등에 기초하여 동일시장으로 획정 될 수 있다.

1.2. 유선전화와 이동전화

반면 유선전화(시내, 시외, 국제)와 이동전화는 사용용도, 사업자의 투자설비 및 통신망 이

용수단, 통화요금, 경쟁 사업자 등에서 큰 차이가 있으므로 시장이 구분되며, 주파수를 할당 받아 제공하는 역무로서 이동전화와 유사한 기능을 가진 것으로 무선호출, 시티폰(CT-2), 주파수공용통신(TRS), 무선데이터서비스가 있으나 이들은 기능과 효용 등에서 이동전화와 차이가 있으므로 별도시장으로 구분된다.

1.3. 소결

따라서 이 사건 기업결합에 있어서 경쟁제한이 나타날 수 있는 일정한 거래분야, 즉 관련 시장은 동종 서비스를 제공하는 사업자간에 상호 경쟁관계가 성립될 수 있는 이동전화의 국내시장으로 확정된다.

2. 경쟁제한성 판단

2.1. 시장의 집중도

(1) 시장점유율의 변화와 독점규제법상의 추정

기업결합 이전 SK텔레콤의 시장점유율은 42.7%였으나, 시장점유율 순위 3위인 신세기통신의 인수 이후 시장점유율은 56.9%로 상승하였으며, 2위(한통프리텔)와의 격차도 24.4%에서 38.6%로 벌어졌다. 이러한 변화는 독점규제법 제7조 제4항 제1호의 요건을 충족시킴으로써, 경쟁제한성의 추정을 가능하게 한다.

(2) 시장구조의 변화와 시장집중도

당해 기업결합은 이동전화시장의 가입자기준 1위 업체가 3위 업체를 인수하는 것으로서, 5사 경쟁체제에서 3위 경쟁자 퇴출로 경쟁자수가 4사로 감소하는 결과를 초래하여 국내 이동통신시장의 경쟁구조가 악화된다. 이 사건 기업결합 후 시장지배력이 강화된 SK텔레콤에 가입자수 증가에 따른 네트워크 외부효과(이용자의 효용은 가입자수 규모에 의하여 영향을 받게 되므로 이용자는 가입자수가 많은 업체를 선호하게 되어 신규 가입자가 몰리는 효과를 말한다)로 인해 SK텔레콤의 시장지배력이 더욱 강화될 우려가 있다.

또한 당해 기업결합으로 시장집중지수인 HHI[Herfindahl-Hirschman Index = $\sum(\text{각사의 시장점유율})^2$]가 1,213 증가(2,669→3,882)하여 시장지배력이 강화되는 것으로 나타나고 있으며, 미국의 법무성 독점금지국 및 연방거래위원회의 수평합병가이드라인(1992)에 의하면, 기업결합후 HHI가 1,800이상이 되는 고집중시장에서 당해 결합으로 HHI가 100이상 증가하는

경우에는 시장지배력을 형성·강화하거나 시장지배력의 행사를 용이하게 하는 경우에 해당된다고 보고 있다.

(3) 시장구조 변화의 장기적 유지가능성

이동전화시장은 네트워크산업으로서 가입자 확보가 사업의 필수요건이 되며, 타사업자에 비해 많은 가입자를 확보하면 네트워크 외부효과가 발생하여 사업자간 격차가 더욱 커질 가능성이 높은 산업으로서, 구매전환에 드는 비용부담(가입비, 보증금, 단말기구입비 등) 과 가입전환시의 전화번호 변경이 불가피하게 된다는 점 등을 감안시 수요탄력성이 낮기 때문에 일단 형성된 시장구조는 장기간 유지될 가능성이 높다. 이 사건 기업결합에서의 네트워크 외부효과는 가입자에 대한 여론조사(1999. 11월, 동서리서치) 결과 뚜렷하게 예상된다. 즉, 업체별 탈퇴 의향율은 SK텔레콤 4.0%, 신세기통신 12.0%, 한통프리텔 15.3%, LG텔레콤 21.7%, 한솔엠닷컴 22.3%이며, 탈퇴자의 가입희망 회사 비율은 SK텔레콤 72.3%, 신세기통신 5.9%, 한통프리텔 12.6%, LG텔레콤 5.3%, 한솔엠닷컴 4.0%이다.

2.2. 신규진입의 가능성

이동전화시장에 대한 신규진입은 법적으로나 실질적으로 용이하지 않다. 즉, 주파수 제약상 정보통신부의 신규사업자 허가가 어려울 뿐 만 아니라, 사업초기부터 막대한 자금이 소요되고 신규진입시 운용기술 및 서비스개발의 경쟁력 확보가 용이하지 않다. 따라서 신규진입의 가능성은 거의 없다.

2.3. 해외경쟁도입의 가능성

국내 이동전화시장은 해외경쟁도입도 매우 어려운 실정이다. 즉, 주파수 제약상 외국사업자의 국내 법인설립은 어려우며, 지분취득의 경우에도 법적으로 외국인의 지분을 49%이하로 제한하고 있고 외국인이 대주주인 경우에도 지배력 행사는 사실상 어려운 상태이다. 예를 들어 벨캐나다사는 한솔엠닷컴의 대주주이나 한솔측이 경영을 주도하고 있다.

2.4. 공동행위 가능성

SK텔레콤은 이용약관에 대하여 정통부의 인가를 받아야 하므로 타사와의 공동행위 가능성은 낮은 편이나, 단말기보조금 지급 등 이용약관 인가사항과 관계없는 분야에서의 공동행위 가능성은 있다.

2.5. SK텔레콤의 경쟁상의 우위성

공정거래위원회는 ① 이동전화시장에서 신규가입자 유치는 단말기보조금에 크게 좌우되고 있으므로, 선발업체로서 높은 감가상각 완료 비율, 누적 이익 등 재무상태가 양호한 SK텔레콤이 크게 유리한 점, ② SK텔레콤은 이 사건 기업결합으로 셀룰러주파수대를 통합함으로써 22.5MHz를 보유하게 되어 각각 10MHz를 보유하고 있는 PCS 3사보다 주파수를 이용한 서비스 경쟁에서도 유리한 위치를 점유하게 된 점, ③ SK텔레콤은 타사에 비해 통화량, 요금납부 실적 등의 측면에서 우량가입자가 많은 점, ④ 비용측면에 있어서 SK텔레콤이 1가입자당 원가나 1분당 영업비용이 타사업자에 비해 크게 낮은 상태인 점, ⑤ SK텔레콤은 국내 이동전화시장의 선발업체로서 경쟁업체에 비해 재무구조가 크게 양호한 점, ⑥ 이동전화업에서는 통신망커버리지가 경쟁력 평가에 중요한 요소를 차지하는바, 통신망커버리지를 나타내는 교환기수, 기지국수 및 이를 위한 설비투자금액에서 SK텔레콤은 PCS 3사에 비해 큰 차이를 보이고 있으며, 더욱이 동일한 통신투자수준에서도 운용하는 업체의 기술수준에 따라 소비자에 대한 통화서비스제공이 차이가 크다는 점에서 보면, SK텔레콤의 통신망커버리지는 경쟁력이 있다고 평가되고 있는 점, ⑦ 연구개발능력의 측면에서 볼 때, 연구인력, 연구개발비, 지적재산권 등의 측면에서 SK텔레콤은 PCS 3사에 비해 우월한 기술력 및 연구개발능력을 보유하고 있는 것으로 파악되고 있는 점, ⑧ 유통망 측면에서 SK텔레콤이 타사업자에 비해 우월한 유통망을 보유하게 된다는 점, 그리고 ⑨ 소비자보호원의 조사자료에 의하면, SK텔레콤은 경쟁사업자들 보다 인지도가 현저하게 높으며 불만건수에서는 현저하게 낮은 수준으로서 서비스경쟁력이 높은 것으로 판단되고 있다는 점 등을 SK텔레콤의 경쟁상의 우위의 근거로 지적하고 있다.

2.6. 가격책정에 의한 경쟁제한 가능성

공정거래위원회는 SK텔레콤에 대해서는 요금인가제가 시행되고 있으므로 단기적으로 시장지배력을 이용한 독과점 요금의 형성은 곤란하다고 볼 수 있지만, 기업결합 후에 시장에서 강화된 지배력에 기초하여 요금인하를 통한 경쟁제한 가능성이 있다고 보았다.

2.7. 단말기시장에서의 경쟁제한성

당해 기업결합후 SK텔레콤은 셀룰러 단말기시장에서 수요독점을 형성 하게 되고, 자회사인 SK텔레텍의 제품에 대한 수요를 증가시킴으로써 단말기시장에서의 경쟁을 저해할 우려가 크다.

2.8. 소결

이상의 검토에 기초하여 공정거래위원회는 당해 기업결합을 이동전화서비스 시장에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위로 판단하였으며, 또한 SK텔레콤의 시장지배력 강화는 이동전화시장에서의 경쟁축소를 통해 요금인하 지연, 부가서비스개발 지연 등의 소비자 피해를 초래할 수 있고, 이동전화시장의 특성상 수요탄력성이 낮아 왜곡된 시장구조가 장기적으로 정착될 가능성이 높다고 보았다.

한편 단말기시장에서도 셀룰러단말기 수요독점으로 인한 경쟁제한성의 우려를 지적하고 있다.

3. 예외인정 가능성 여부 검토

3.1. 회생이 불가능한 회사와의 기업결합 해당 여부

독점규제법 제7조 제2항 제2호는 기업결합제한의 예외인정 사유의 하나로서 “상당기간 대차대조표상의 자본총계가 납입자본금보다 작은 상태에 있는 등 회생이 불가능한 회사”와의 기업결합을 인정하고 있다. 회생이 불가능한 회사와의 기업결합이라 하더라도 예외인정 사유에 해당하기 위해서는 동법 시행령 제12조의4 각호의 “기업결합을 하지 아니하는 경우 회사의 생산설비 등이 당해 시장에서 계속 활용되기 어려운 경우(제1호)”와 “당해 기업결합보다 경쟁제한성이 적은 다른 기업결합이 이루어지기 어려운 경우(제2호)”에 해당되어야 한다.

그러나 신세기통신은 1999. 12. 31. 기준 4,789억원의 자본잠식(자본금 8,000억원) 상태이나, 1998년 80억원, 1999년 52.3억원의 당기순이익을 실현하였으므로 동법 제7조 제2항 제2호에 규정된 회생이 불가능한 회사로서 인정될 수 없으며, 따라서 동호에 의한 기업결합의 예외 인정은 가능하지 않다. 공정거래위원회 역시 동일하게 판단하였으며, 나아가 당해 기업결합이 동법 시행령 제12조의4 각호에 해당하지 않는다는 점을 밝히고 있다.

3.2. 효율성 증대 효과를 이유로 한 예외인정 가능성

(1) 독점규제법의 규정

법 제7조제2항제1호는 「당해 기업결합외의 방법으로는 달성하기 어려운 효율성 증대 효과가 경쟁제한으로 인한 폐해보다 큰 경우」를 예외인정 사유로 규정하고 있다. 여기서 효율성 증대 효과라 함은 「기업결합심사기준(공정거래위원회 고시 제1999-2호, 1999. 4. 15.) VIII-1. 에서 규정하는 생산·판매·연구개발 등에서의 효율성 증대 효과 또는 국민경제 전체에

서의 효율성 증대 효과를 말하며 가까운 시일내에 발생할 것이 명백한 경우이다. 공정거래위원회는 당해 기업결합이 이러한 요건에 해당되는지 여부를 살펴보고 있다.

(2) 기존 통신망(IS-95A/B) 통합의 효과

이미 양 사업자의 전국적인 통신망이 거의 완성되어 있기 때문에, 당해 기업결합 후에 기존 통신망의 통합으로 인한 효율성 증대 효과는 제한적인 것으로 볼 수 있으나, 일정한 수준에서 통합으로 인한 운영비 및 투자비의 절감효과는 인정된다.

(3) 잉여장비 수출의 효과

피심인은 신세기통신의 잉여 교환기·기지국·중계기를 2003년부터 철거하여 수출함으로써 취득원가의 30%인 5,387억원을 받을 수 있다고 주장한다. 그러나 수출대상이 되는 신세기통신의 기존 장비는 IS-95A 장비로서 2003년에는 사용기간이 4-7년 경과된 후이며, 2003년 이후에는 현재보다 대폭 개선된 고도의 통신서비스 장비가 일반화될 것으로 추정되어 기존 장비의 수출 가능성이 희박하고, 수출 대상 통신장비도 3개사(삼성전자, 현대전자, Lucent) 제품으로 구성되어 있어 수출후 A/S가 곤란한 문제가 있으며, 수출 가능국도 중국, 베트남, 몽골 정도로 한정되어 있다는 점등을 볼 때, 수출 가능성이 불투명하므로 통신장비의 수출 증대 효과는 인정하기 곤란하다.

(4) IS-95C 통신망 관련 효율성 증대 효과

피심인은 IS-95C 통신설비를 양사 공동으로 설치함으로써 중복투자를 회피할 수 있고, 이에 따라 10년간 15,925억원을 절감할 수 있다고 주장한다. 그러나, IS-95C사업은 IMT-2000 서비스가 도입되기 전에 잠정적으로 공급되는 서비스이기 때문에 IMT-2000서비스가 시작되면 IS-95C서비스는 중단될 것으로 예측된다. 특히 IS-95C는 전국 79개 도시를 대상으로 하고 있으며, IMT-2000사업도 초기에는 대도시를 대상으로 하고 있다는 점에서 중단될 가능성은 더욱 높다.

다만 현재의 이동전화 5사간 치열한 경쟁 상황을 볼 때, IMT-2000이 도입되기 전인 2002년까지는 각사가 IS-95C에 대한 투자를 강행할 가능성은 있다. IS-95C는 양사 모두 신규로 설치하는 시설이기 때문에 중복투자 회피는 업체간 제휴로도 가능하므로 피심인이 주장하는 IS-95C 중복투자회피는 당해 기업결합외의 방법으로는 달성하기 어려운 효율성 증대 효과라고 보기는 어렵다.

(5) IMT-2000 통신망 관련 효율성 증대 효과

피심인은 IMT-2000서비스 제공을 위해서는 통신설비(교환기, 기지국, 중계기)등 기본 설비를 다시 설치해야하기 때문에 중복투자가 발생하며, 양사가 통합할 경우 중복투자 회피가 가능하다고 주장한다. 그러나 IMT-2000사업은 정책당국이 중복투자의 폐해와 경쟁을 통한 이익의 확보를 조화시키는 선에서 충분히 판단한 후 사업자수를 결정할 것으로 보이며, 현재로서는 IMT-2000사업자 선정이 안된 상태이므로 통신망관련 비용절감은 효율성 증대 효과를 인정하기는 어렵다.

(6) 판매조직 공동활용의 효과

피심인은 신세기통신의 지사(6개)와 영업센터(29개)를 SK텔레콤 지사(5개)·영업센터(23개)·지점(43개)에 통합함으로써 10년간 703억이 절감된다고 주장한다. 공정거래위원회는 통합에 따른 임차료나 사무실 운영비 등의 절감에 근거하여 이와 같은 효율성 증대 효과를 인정하고 있다.

(7) 단말기 구입가격 인하의 효과

피심인은 양사의 단말기 공동구매에 따른 구입가격 인하로 10년간 10,412억원의 절감이 가능하다고 주장한다. 그러나 SK텔레콤 및 신세기통신이 수요하는 셀룰러단말기는 제조공정이 거의 동일한 제품이고, 기업결합 전후 양사의 구매량 합계는 동일할 것이므로 이 사건 기업결합으로 인해 단말기 제조회사의 생산비가 절감되는 효과는 인정하기 어렵다. 다만, 국내 단말기시장의 상위 3사 점유율이 87.6%(1999년 기준, 삼성전자 49.7%, LG정보통신 22.9%, 모토로라 15.0%)로서 독과점 시장구조인 점을 감안하면 현재의 단말기 가격은 독과점 가격일 가능성이 있는 바, 이러한 전제하에서 공동구매에 따른 구입가격 인하는 단말기제조업체의 독과점이윤을 감소시키고 소비자의 후생을 증대시키는 것이므로 효율성 증대 효과로 인정할 수 있다고 판단된다.

(8) 연구개발의 공동활용 효과

피심인은 이 사건 기업결합후 양사가 연구개발 결과를 공동활용하기 때문에 연구개발비 합계가 효율성 증대 효과가 되며, 10년간 20,372억원 정도의 증대액을 산출하고 있다.

그러나 연구개발비관련 효율성 증대 효과는 기업결합 전후를 비교하여 절감분만 인정이 가능하다고 보고, 신세기통신은 SK텔레콤에 비해 사업기간이 짧은 신생업체이며, 신세기통신은 이미 상당수준에 도달하여 있는 SK텔레콤의 기술을 활용하면 독자적인 연구개발 투자

는 필요하지 않을 것으로 보이기 때문에 신세기통신의 연구개발비만 효율성 증대 효과로 인정하는 것이 타당하다고 판단된다.

(9) 요금인하의 효과

피심인은 SK텔레콤의 요금을 신세기통신 수준으로 인하(7%)함으로써 가입자의 요금부담이 감소되므로 10년간 8,760억원의 효율성 증대 효과가 있다고 주장한다. 그러나, 이 사건 기업결합으로 이동전화시장에서 SK텔레콤의 시장지배력이 더욱 강화되었기 때문에 SK텔레콤에 의한 요금인하 가능성은 적어졌다고 할 것이므로, 기업결합후 신세기통신 수준으로의 이용요금 인하를 전제로 한 효율성 증대 효과는 인정하기 곤란하다고 판단된다.

(10) 주파수자원 활용의 효과

피심인은 현재 할당된 12.5MHz로는 가입자를 수용하는데 부족한 실정이고, 셀룰러주파수대에서 전파간섭 등의 사유로 활용하지 못하는 4개 채널이 이 사건 기업결합으로 인해 사용이 가능하게 되므로 주파수 용량부족상태의 해결이 가능하고, 이를 금액으로 환산할 경우에 10년간 51,149억원에 이른다고 주장하고 있다. 또한 무선멀티미디어 서비스 제고를 위해 필요한 주파수 확보가 가능하다고 주장한다. 그러나 현재 SK텔레콤의 경우에 이동전화 음성서비스 제공단계에서 주파수가 부족하다고 보기는 어려우며, 향후 부족하게 될 것이라는 전망도 불투명하다. 따라서 이에 근거하여 기업결합으로 인한 효율성 증대 효과를 인정하는 것은 곤란하다.

(11) 정보화 촉진 효과

피심인은 결합후 과잉투자비 절감으로 통신망 고도화를 위한 투자가 가능하게 되며, SK텔레콤의 가입자가 증대되어 SK텔레콤도 미국 최대 인터넷기업인 AOL과 같은 수준의 세계적인 인터넷기업으로 성장이 가능하기 때문에 정보화를 촉진하는 효과를 갖는다고 주장한다.

그러나, 현재의 11.3백만명 가입자(2000. 3. 31. 기준, 세계 7위 수준)로도 정보화 추진은 가능하다고 판단되며, 이 사건 기업결합으로 오히려 SK텔레콤의 독점적 지위가 타산업의 독과점화로 전파될 우려가 있다. 즉, SK텔레콤은 인터넷(넷츠고)사업 개시후 자사의 기존 이동전화 전속대리점을 통해 고객유치에 성공한 사례가 있으며, SK텔링크(주)의 국제전화 재판매사업도 이와 유사하게 영향을 받을 것으로 관측된다. 따라서, 피심인이 주장하는 정보화 촉진 효과는 효율성 증대 효과로 인정하기 어렵다.

(12) 산업연관 효과

피심인은 이 사건 기업결합후 집중투자를 할수 있게 되고, 이를 통하여 네트워크가 고도화될 경우 단말기, 네트워크장비, 통신설비산업 등이 발전되어 전후방 산업연관 효과가 크게 기대된다고 주장한다.

그러나, 이 사건 기업결합으로 오히려 셀룰러단말기의 수요독점에 따라 단말기시장에서의 경쟁제한성이 우려되는 측면이 있는 바, 전후방 산업연관 효과는 효율성 증대 효과로 인정하기 어렵다.

(13) 국제 경쟁력 증대 효과

피심인은 당해 기업결합으로 사업규모가 확대될 경우 국제간 제휴의 강력한 파트너로 등장하여 해외 사업자와의 제휴 협상에서 유리한 위치를 확보하게 되며, 특히 동북아 통화권 협상에서 중·일 사업자와 대등한 위치를 확보할 수 있다고 주장한다. 또한 해외 사업자와의 기술개발 공유로 기술 경쟁력이 강화되며, 이를 기반으로 ITU산하의 IMT-2000 기술 표준화 논의기구인 OHG(Operator Harmonization Group)에서 주도권의 강화가 가능하다고 주장하고 있다.

당해 기업결합은 피심인이 국제 협력관계에서 유력한 제휴 파트너가 되는데 기여할 수 있다는 점, 해외 사업자와의 기술개발 공유 가능성이 확대되어 기술 경쟁력 강화에 기여한다는 점, 이를 기반으로 기술표준협상 등에서 유리한 위치가 가능하게 된다는 점 등이 인정된다.

(14) 소결

이상을 종합해 보면, 효율성 증대 효과는 아래의 표에서 최대 10년간 27,776억원(연간 2,777억원)으로 산정되고 있다. 다만 세계적인 통신산업의 대형화 추세에 부응하고, 국제 경쟁력 강화에 기여할 수 있으며, 세계적인 콘텐츠업체의 서비스 이용시 이용 대가의 저렴화 등 계량화할 수 없는 효율성 증대 효과가 있는 것은 인정된다.

(단위 억원)

세부항목		피심인주장	효율성 인정	비고
IS-95A/B망 통합	투자비	3,891	3,891	절감효과 인정
	운영비	9,997	9,997	
	소계	13,888	13,888	
	수출효과	5,387	-	실현 가능한 것으로 보기 어려움
IS-95C 공동투자	투자비	8,079	-	사업의 실현여부가 불투명하고, 기업결합외의 방법으로 비용절 감이 가능
	운영비	7,846	-	
	소계	15,925	-	
IMT-2000 공동투자(1안)	투자비	31,639	-	사업자선정이 안된 상태이므로 인정곤란
	운영비	12,244	-	
	소계	43,883	-	
판매조직 공동활용 효과		703	703	운영비절감 인정
단말기 구입가 인하 효과		10,412	10,412	단말기 가격이 독과점가격이라 는 전제하에서 인정 가능
R&D 효과		20,372	2,773	신세기통신 R&D비용만 인정
요금인하 효과		8,760	-	시장지배력이 강화되므로 인정 곤란
주파수자원 활용 효과		51,149	-	기업결합외의 방법으로 활용이 가능하거나, 불용채널의 사용 가 능성이 없으므로 인정 곤란
합계		170,479	27,776	

4. 경쟁제한성과 효율성 증대 효과의 비교 형량

당해 기업결합은 시장점유율 측면에서 법 제7조제4항제1호에 의거 경쟁제한성이 추정된다. 국내 이동전화시장에는 주파수 문제로 신규진입의 가능성이 거의 없으며, SK텔레콤은 경쟁사에 비해 통신망커버리지, 재무구조, 유통망, 연구개발 능력 등이 크게 우월하여 향후 시장지배력이 더욱 강화될 것으로 판단된다. 또한 당해 기업결합으로 이동전화시장의 네트워크 외부효과에 의해 다른 경쟁업체와의 격차가 향후 더욱 크게 벌어질 가능성이 있다. 또한, 이용약관 인가제도로 인하여 기업결합후 단기적인 요금인상 가능성은 없다고 볼 수 있으나,

기업결합후의 경쟁 축소로 인하여 기술개발의 지연, 이용요금 인하 요인 발생시 요금인하 지연, 부가서비스 경쟁의 축소 등 경쟁제한으로 인한 소비자 피해가 발생할 수 있다.

한편 이 사건 기업결합으로 통신망 통합운영, 기존 통신망관련 신규투자의 중복회피, 연구개발의 중복 회피, 단말기 구입가격 인하 등의 효율성 증대 효과가 인정된다. 그밖에 이 사건 기업결합으로 피심인이 국제 협력관계에서 유리한 위치를 확보할 수 있게 된다는 점등의 효율성 증대 효과가 인정된다.

결론적으로, 이 사건 기업결합은 경쟁제한성은 큰 반면, 효율성 증대 효과는 경쟁제한성을 상회할 정도로 크지 않은 것으로 판단되므로 법 제7조제2항제1호(효율성 증대 효과가 경쟁제한의 폐해보다 큰 경우) 에서 규정하는 예외인정 요건에도 해당되지 않는다고 할 것이다.

5. 결론

공정거래위원회는 피심인의 기업결합행위는 이동전화시장에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위로서 법 제7조제1항에 위반되며, 이 사건 기업결합이 통신망의 통합, 국제 경쟁력 강화 등 효율성 증대 효과를 갖는 점은 인정되나, 경쟁제한성의 폐해를 상쇄할 수 있을 정도는 아니라고 판단되므로 법 제16조의 규정을 적용하여 ① 2001년 6월 30일까지 시장점유율을 50%미만이 되도록 유지할 것, ② 신세기통신이 에스케이텔레텍을 통하여 공급받는 셀룰러단말기가 2001년 1월 1일부터 2005년 12월 31일까지 연간 120만대를 초과되도록 하여서는 아니 된다고 의결하였다.

(마) 심결의 검토

통신시장은 그 동안의 예측을 뛰어넘는 성장세를 보여왔으며, 앞으로의 전개과정에 대한 예측도 용이하지 않은 상황에 있다. 과거의 행위를 문제삼는 다른 독점규제법상의 규제와 달리 기업결합에 대한 규제는 시장의 장래의 변화에 대한 예측에 기초하여 이루어지는 것을 그 특징으로 하고 있다.⁵³⁾ 특히 통신시장을 그 대상으로 할 경우에, 이에 대한 요구는 불가피하다 할 것이다.

이러한 점에서 본 심결의 심사과정은 다양한 요소들을 충분히 고려함으로써, 이러한 요구에 어느 정도 부합하고 있는 것으로 보여진다. 다만 공정거래위원회의 의결에서 나타난 시장점유

53) D. G. Goyder, EC Competition Law 3rd ed., Clarendon Press, 1998, 341면.

을 기준에 의한 제한은 재고의 여지가 있다고 보여진다. 이동통신서비스 산업이 기지국과 통신망을 중심으로 그 분리가 용이한 것이고 보면, 시장점유율 제한보다는 자산매각(divestiture)이나 분리조치(divorcement)와 같은 것으로 경쟁상태를 본원적으로 회복시키려는 소위 구조적 시정조치(structural remedy)가 더 적절하다고 보여진다. 이러한 점에서 水源을 중심으로 생수의 제조와 마케팅이 이루어지는 생수시장에서의 Nestle와 Perrier의 기업결합에 있어서 일정 기간내에 자산의 일부매각을 전제로 한 조건부 승인을 내렸던 유럽위원회의 판단을 음미해 볼 필요가 있다. 특히 유동적이고 장래의 시장변화에 대한 예측이 극히 어려운 이동통신서비스 시장의 특성상, 시장점유율에 의한 제한은 시장의 자유로운 전개과정에 결정적인 장애가 될 수도 있다.

또한 효율성 증대효과와 비교형량하기 위해서 경쟁제한성을 분석함에 있어서 단순히 요금 인하 지연가능성 등으로 언급하였으나 Staples사건에서처럼 경제분석을 통한 계량화가 이루어지지 못한 점이 아쉽다.

(2) (주)호텔롯데 등의 기업결합 제한규정 위반행위에 대한 건⁵⁴⁾

(가) 사건의 개요

1. 당사자

1.1. 취득회사

취득회사는 호텔사업을 하는 (주)호텔롯데와, 운동설비운영업을 하는 롯데산업(주), 인쇄업을 하는 광인쇄(주), 음료제조판매업을 영위하는 롯데칠성음료(주)와 평촌개발(주) 등 5개 사업자들이다.

1.2. 피취득회사

한편 피심인들에 의해 취득된 사업자는 해태음료주식회사로서 음료제품을 제조판매하고 있었다.

54) 공정거래위원회 의결 제2000-70호 (사건번호 2000기결0332).

2. 사실관계

피심인 평촌개발은 1999년 12월 2일 해태음료를 인수하기 위한 영업양수계약을 체결하였고, 호텔롯데, 롯데산업, 광인쇄는 이듬해인 2000년 1월 21일에 평촌개발의 주식을 취득하는 것을 내용으로 하는 합작투자계약을 체결하였다. 광인쇄, 평촌개발은 이러한 사실을 1999년 12월 11일 공정거래위원회에 신고하였다.

(나) 쟁점

본 건에서는 우선 합작투자계약을 체결한 피심인들이 합작투자회사인 평촌개발에 대해 지배관계를 가지고 있는지와 평촌개발의 해태음료에 대한 지배관계 등 두 단계에서의 지배관계 존재여부가 문제된다. 다음으로 경쟁제한성 고려요소로서 시장집중도와 신규진입의 어려움, 해외경쟁의 도입 기대 불가능성, 공동행위 가능성 등이 고려되며, 끝으로 본 건이 회생불가회사와의 기업결합에 해당되는지와 효율성증대효과가 경쟁제한성보다 크지가 문제된다.

(다) 공정거래위원회의 판단

1. 시장의 획정

본 건 기업결합에 있어서 경쟁제한적 효과가 문제시되는 일정한 거래분야 즉 관련시장은 동종 상품을 취급하는 경쟁사업자간에 상호 경쟁관계가 성립될 수 있는 과실음료, 탄산음료의 국내시장으로 획정한다.

2. 경쟁제한성 판단

2.1. 지배관계의 형성

본 건 기업결합에서는 평촌개발이 해태음료를 영업양수 하게 되므로 기업결합심사기준에 의해 평촌개발의 해태음료에 대한 지배관계는 당연히 인정된다. 또한 본 건에서는 호텔롯데 및 롯데산업이 평촌개발을 지배할 수 없으나, 대주주인 광인쇄와 함께 평촌개발의 경영을 지배하려는 공동의 목적을 가지고 있는지를 판단해 보기로 한다. 광인쇄는 중소기업으로 동사의 재무지표는 일본내 동종 인쇄업 평균과 비교하여 극히 저조한 상태이고, 컨소시엄의 다른

일본국 회사들과 비교할 때에도 규모상에서 많은 차이가 있는 것으로 판단된다. 광인쇄와 일본 롯데와의 납품관계를 볼 때, 그 자체가 특수관계로 간주될 것은 아니나, 광인쇄가 롯데의 우호세력이 될 가능성은 있는 것으로 판단된다. 롯데는 롯데산업 명의로 입찰서를 제출하고, 입찰시 호텔롯데가 양수자금의 원만한 조달을 보증하였으며, 초기의 인수협상을 주도하고, 평촌개발에 계약보증금을 대여하는 등 컨소시엄의 해태음료 인수과정에서 인수업무를 주도한 것으로 판단된다.

상기 사실을 종합적으로 고려할 때 롯데와 광인쇄는 해태음료를 인수하게 될 평촌개발의 경영을 지배하려는 공동의 목적을 가지고 있다고 판단되므로 광인쇄는 독점규제및공정거래에관한법률 시행령 제11조 3호에 의한 롯데의 특수관계인에 해당된다. 따라서 롯데는 특수관계인인 광인쇄와 함께 해태음료를 인수하게 될 평촌개발의 경영을 지배하게 되므로 롯데의 평촌개발에 대한 지배관계는 인정된다. 또한 롯데칠성음료는 롯데의 계열회사로서 본 건 기업결합의 심사에 있어 롯데와 동일한 것으로 본다.

2.2. 경쟁제한 여부 판단 요소

과실음료 시장에서는 본 건 기업결합으로 롯데칠성음료와 해태음료의 과실음료 시장점유율 합계가 83.8%로서 1위 사업자이며, 2위 사업자와의 격차가 1위 사업자 점유율의 25%이상인 경우에 해당되어 법 제7조 4항 제1호의 경쟁제한성 추정조항에 해당된다. 그리고 본 건 기업결합으로 1위업체인 롯데칠성음료가 2위인 해태음료를 인수하는 결과가 되어 시장집중도가 심화되고, 고집중시장에서 HHI수치가 3,633에서 7,139로 3,506 가량 증가한다.

신규진입의 가능성에 있어서도, 음료산업은 설비투자비용이 작지 않고, 단기간내에 경쟁력확보가 어려워 신규진입은 용이하지 않은 것으로 판단된다. 기타, 해외경쟁의 도입미흡, 가격 인상 가능성 등이 참작된다.

다음으로, 탄산음료 시장에서도 본 건 결합으로 롯데칠성음료와 해태음료의 탄산음료 시장점유율 합계는 45.3%로서 1위 사업자가 되며 결합후 3사 점유율합계가 70%이상인 시장에서 3위내에 포함되는 경우에 해당되어 기업결합심사기준 VII-1-가-(1)의 경쟁제한 추정조항에 해당된다. 그리고 본 건 기업결합으로 2위 업체인 롯데칠성음료가 3위 업체인 해태음료를 인수하여 1위 업체가 되고 그 결과 탄산음료시장은 사실상의 복점체제에 가까워지게 되며, HHI기준으로 보면 고집중시장에서 HHI수치가 3,220에서 3,884로 664포인트 증가한다. 또한 다른 업체의 신규진입의 어려움, 수입에 의한 해외경쟁의 도입 기대 불가능성, 공동행위 가능성 등이 존재한다.

아울러 음료제품의 원자재(페트병, 캔) 시장에서도 장기적으로 롯데알미늄이 생산시설을

추가 증설할 경우에는 롯데칠성음료와 해태음료에 주로 공급하게 될 가능성을 배제키 어려우며, 이 경우 롯데칠성음료와 해태음료가 동 제품의 주요 수요처인 것을 감안하면, 다른 페트병, 캔 납품업체의 피해가능성이 있을 것으로 판단된다.

3. 예외인정 가능성

3.1. 회생불가 회사와의 기업결합 해당여부

해태음료는 회사의 재정상태상 회생이 불가능한 회사에 해당한다고 판단된다. 또한 기업결합을 하지 아니하는 경우 회사의 생산설비 등이 당해 시장에서 계속활용 되기 어려운 경우에 해당되는 것으로 인정된다. 그러나 당해 기업결합보다 경쟁제한성이 적은 다른 기업결합이 이루어지기 어려운 경우에 해당된다고 보기 어렵다. 따라서 본 건 기업결합은 법 제7조 제2항 제2호에 규정하는 예외인정 요건(회생이 불가능한 회사와의 기업결합)에 해당된다고 보기 어렵다.

3.2. 효율성 증대효과 발생 여부 판단

롯데칠성음료와 해태음료가 결합하더라도 해태음료의 천안 및 안성공장을 별도로 가동하여야 하므로 두 업체 공장을 전문화된 단일 생산체제로 통합할 수 없으므로 규모의 경제를 기대하기 곤란하고, 피심인 측은 인수조건으로 3년간 고용을 보장하고 있으므로 단기간내 인건비 절감은 없으며, 본 건 결합회사의 수출이 미미하므로 결합후 수출을 확대할 가능성도 크게 기대하기 어려운 것으로 판단된다. 따라서 당해 기업결합은 법 제7조 제2항 1호 소정의 예외인정요건(효율성 증대효과가 경쟁제한의 폐해보다 큰 경우)에도 해당되지 않는다.

4. 결론

피심인의 이러한 행위는 과실음료시장에 있어서 법 제7조 제1항에 위반되므로, 법 제16조의 규정을 적용하여, 피심인 롯데칠성음료와 평촌개발은 이 시정명령일로부터 3년이 되는 날까지 생산, 판매하는 별지 기재 품목의 과실음료의 공장도 가격을 인상할 때에는 일정산식에 의한 한도를 초과하여서는 아니 되고, 롯데칠성음료와 그 특수 관계인은 평촌개발의 이사 또는 감사의 선임에 있어서 자신을 대표하는 자를 추천하거나 기타 선임에 관여하는 행위를 하여서는 아니 되며, 평촌개발은 이 시정명령일로부터 5년이 되는 날까지 페트병과 캔의 구매에 있어서 공급조건(가격, 품질, 납기)이 타 업체에 비하여 불리한 경우 등 정당한 사유가

없는 한 해태음료의 기존 거래업체를 변경하여서는 아니 되고, 호텔롯데, 롯데산업 및 그 특수관계인이 평촌개발의 주식의 발행주식총수의 19%를 초과하여 실질적으로 소유한 것으로 확인되는 경우에는 호텔롯데, 롯데산업과 그 특수관계인은 그가 소유한 평촌개발의 주식을 제3자에게 매각하여야 한다.

(라) 검토

공정거래위원회는 본 건 기업결합에 대해 경쟁제한성을 인정하는 한편 예외인정사유에는 해당되지 않는다고 판단하였다. 그럼에도 불구하고 기업결합 자체를 금지하지는 않고 대신에 여러 가지 시정조치를 부과하여 조건부로 결합안을 승인한 사례이다. 특히 본 건에서는 가격인상에 대한 직접적인 규제와 함께 합작기업에 대한 이사선임제한과 기타 여러 가지 행태적 시정조치들이 부과되었다. 우리 법 제7조의 명확한 취지는 경쟁제한적 기업결합을 금지시킨다는 것이며, 설령 조건을 두어서라도 기업결합을 허용해야 할만큼 국민경제적 필요성이 큰 경우라 할지라도 가급적 구조적인 접근방식을 채택해야 한다는 것이 원칙이라는 점에서 보면, 본 심결은 일면 과연 경쟁당국이 경쟁제한적 기업결합을 시정하기 위해 개입할 수 있는 범위는 어디까지인가 하는 근본적인 문제를 제기한다. 그러나 우리의 경제현실과 시장구조에 비추어 볼 때 구조적인 시정조치가 현실적으로 실효성이 없는 경우가 많기 때문에 이와 같은 행태적 시정조치를 통한 기업결합의 승인은 현실적으로 불가피한 측면도 있다. 다만 그렇다고 하더라도 공정위가 시정조치를 통해 결합안을 승인해 주는 경우에 그 근거규범을 좀더 명확히 하는 것이 바람직할 것으로 생각된다. 현행법상으로는 공정거래법 제16조 1항 7호(기업결합에 따른 경쟁제한의 폐해를 방지할 수 있는 영업방식 또는 영업범위의 제한)와 제8호(기타 법위반 상태를 시정하기 위하여 필요한 조치)가 그 근거라고 할 수 있겠는데, 본 심결사례에서만 보더라도 경쟁제한상태를 시정하기 위해 부과된 시정명령이 어떠한 규정을 근거로 한 것인지가 나타나 있지 않다. 해석상 이 두 규정의 적용범위가 중첩적인 측면이 있어서 실무적으로 어느 한 규정으로 근거지우기에 곤란한 경우가 있을 수는 있으나, 시정조치(특히 행태적 시정조치)의 범위가 무한정 확장되지 않도록 하기 위해서는 근거규정의 적용범위에 대한 해석이 필요하다고 보인다. 아울러 사업자들의 예측가능성 측면에서도 시정조치의 범위를 좀더 구체화할 필요가 있다고 생각된다.

(3) 에스케이(주)의 기업결합제한규정 위반행위에 대한 견55)

(가) 사건의 개요

1. 기초사실

당해 기업결합에서 취득회사인 에스케이주식회사(이하 “SK”이라 한다)는 석유사업법 제4조(석유정제업의 등록 등)에 의해 석유정제업을 행하는 회사로서 독점규제및공정거래에관한법률(이하 “법”이라 한다) 제2조 제1호에 규정된 사업자에 해당된다. 또한 피취득회사인 (주)대한송유관공사(이하 “송유관공사”이라 한다)는 송유관을 통한 석유제품을 수송하는 서비스를 제공하는 회사로서 역시 법 동법 제2조 제1호에 규정된 사업자에 해당된다.

2. 행위사실

정부는 송유관공사 민영화 방침에 따라 정부가 소유하고 있는 송유관공사 지분 46.47% 중 지분 36.71%를 기존주주인 정유5사에 매각하였다. 피심인은 기존에 소유하고 있던 송유관공사 지분 16.30%에 17.74%를 추가 취득하기로 계약체결(2000. 11. 28.)하고 주식취득 및 임원겸임에 대한 기업결합을 신고(2001. 2. 7.)하였다. 피심인 및 기타 주주들의 송유관공사의 주식소유현황은 다음의 표와 같다.

(단위 : %)

주 주	SK	LG	S-Oil	현대	인천	KAL	금호	정부	석공	계
지분율	34.04	22.59	8.06	12.90	4.75	3.10	1.11	9.76	3.69	100.0

(나) 주요 쟁점

본 사건은 수직적 기업결합에 관한 것이다. 수직적 기업결합에 있어서도 관련시장의 획정은 필연적으로 선행하며, 이어서 당해 기업결합의 위법성을 판단하게 된다. 수직적 기업결합의

55) 공정위 의결, 2001. 6. 29, 2001기결1398.

특수한 성격에 의하여 시장의 봉쇄효과가 핵심적 표지로서 기능한다. 한편 당해 사건의 경우 34.4%의 지분보유가 기업결합이 이루어진 것으로 볼만큼, 충분한 것인지에 관한 검토가 선행하는 문제로서 다루어져야 한다.

(다) 당사자의 주장

피심인은 당해 기업결합사건에서 시장봉쇄 효과가 나타나지 않았다고 주장함으로써 당해 기업결합의 실질적 경쟁제한성을 부정하고 있다.

(라) 공정거래위원회의 판단

1. 기업결합의 존부

1.1. 지배관계의 형성의 의의

어떤 기업결합이 독점규제법상의 기업결합에 해당하기 위해서는 기업결합에 참가하는 사업자 사이에 지배관계가 형성되어야 한다.⁵⁶⁾ 독점규제법 제7조 제5항에 근거하고 있는 기업결합심사기준(공정거래위원회 고시 제1999-2호. 이하 “심사기준”이라 한다)은 이에 대한 일정한 기준을 제시하고 있다.

1.2. 지배관계 형성 여부

심사기준에 의하면 송유관공사에 대한 피심인의 주식소유비율이 34.04%로서 제1위에 해당되는 점 및 다음 사항을 고려하면 피심인의 송유관공사에 대한 지배관계는 인정된다.

우선 피심인은 송유관 이용과 관련하여 피심인과 다른 송유관을 주로 사용하는 LG정유 또는 현대정유와 이해가 상충될 소지가 상대적으로 적어 이들 주주와 연합할 가능성이 있다. 특히, 1997. 10. 27. 한국송유관(주)을 송유관공사로 합병할 때에 한송구간(서산에서 천안까지의 송유관 구간)에 대해 현대정유에 우선 매수권을 보장하였는 바, 동 우선 매수권 행사와 관련하여 현대정유는 최대주주인 피심인의 협조가 필요하다는 점에서 피심인과 연합할 가능성이 많다.

또한 피심인은 2대 주주(LG정유), 3대 주주(현대/인천) 또는 4대 이하 주주(S-Oil 및 나머

56) 권오승, 경제법, 법문사, 2002, 203면.

지 주주 포함)중 하나와 연합하는 경우 송유관공사를 지배할 수 있으나, 다른 정유사들은 지분율을 모두 합칠 때만 55.81%(S-Oil이 정부보유지분 7.51%를 추가 취득하지 않는 경우 48.3%)가 되어 피심인을 저지할 수 있다는 점을 고려할 때, 여타 주주들의 연합에 의하여 1대 주주인 피심인의 경영권 지배를 저지하기는 사실상 어렵다.

LG정유, S-Oil의 반대에도 불구하고 주주총회 및 이사회(2001. 1. 29 개최)에서 피심인은 이사의 40%를 확보하고, 자사의 전직 임원을 대표이사 및 운영본부장으로 선임하는 등 1대 주주로서의 사실상의 영향력을 행사함으로써, SK는 송유관공사의 지배권을 확보하였다고 볼 수 있다.

2. 관련시장의 획정

2.1. 수직적 기업결합의 특수성

수직적 기업결합은 동일 시장내에서 경쟁관계에 있는 사업자 상호간의 결합과는 달리 전후방으로 공급 또는 수요관계에 의하여 서로 연결되어 있는 여러 시장들에 위치한 사업자 상호간의 결합을 의미한다.⁵⁷⁾ 따라서 여기서의 경쟁적 효과는 전후방에 위치한 사업자 각각에 미치며, 따라서 관련시장의 획정도 이들 각각의 시장에서 이루어져야 한다.

2.2. 송유관 수송시장

(1) 이 사건 기업결합에 있어서 경쟁제한이 나타날 수 있는 관련 용역시장은 송유관에 의한 석유제품의 1차(정유공장→저유소) 수송시장으로, 관련 지역시장은 송유관에 의한 석유제품의 출하권역으로 획정한다.

(2) 송유관에 의한 수송서비스와 유조선·유조화차·유조차 등 다른 수송수단에 의한 수송서비스는, ① 송유관에 의한 수송은 운송방식, 수송지역, 수송과정의 안정성, 경제적 효과 등에서 다른 수송수단에 의한 수송과 다르다는 점, ② 송유관 설비는 사업목적, 자본조달, 주주구성, 관련 법률 등에 비추어 볼 때, 다른 수송수단과는 달리 국가의 전략적인 기간시설이며, 특히, 공공운송수단(common carriers)으로서의 성격이 강하다는 점, ③ 송유관시설은 해안에 위치한 정유공장과 내륙지방의 주요 소비지역을 연결하는 수송로로 국내 정유사들이 송유관시설을 이용하지 못할 경우 석유제품의 대량 소비지인 수도권 등 내륙지방으로의 원

57) 위의 책, 140면.

활한 수송을 달성할 수 없다는 측면에서 필수설비(Essential Facilities)에 해당하거나 이에 준하는 시설로서의 특성을 가진다는 점, ④ 송유관 운송비와 유조차 및 유조차차의 운송비는 상당한 차이가 있어서⁵⁸⁾ 운송비 측면에서도 이들 수송수단간 대체 가능성은 크지 않다고 판단된다는 점, ⑤ 송유관과 유조선은 1차 수송지역이 다르므로 양 수송수단간의 1·2차 운송비를 함께 고려할 때, 송유관 출하권역인 경우(예 : 서울 강남구) 송유관에 의한 수송을 유조선에 의한 수송으로 대체하는 것은 운송비 측면에서 불리하므로 대체가 용이하지 않다는 점, 그리고 ⑥ 송유관사업자나 이용자들이 송유관을 유조선·유조차차·유조차 등으로 전환하는 데에는 운송비 외에도 운송지역, 운송의 안정성, 운송구조의 개편 용이성, 향후 이용전망, 송유관 이용에 대한 주주로서의 입장 등을 고려하여 결정하여야 한다는 점에 근거하여, 유조선·유조차차·유조차 등은 별도시장으로 구분된다.

(3) 현재 송유관에 의한 수송지역은 송유관공사의 4개 저유소 및 정유사 소유 저유소를 통하여 수도권, 충청 및 영·호남 내륙에 소재한 7개 도시(고양, 김포, 성남, 용인, 천안, 대전, 전주, 광주, 대구)와 그 연계지역에 경질유를 공급하므로 송유관에 의한 수송시장은 지역적으로도 여타 수송수단에 의한 시장과 차이가 있다.

(4) 송유관 수송시장 상황

송유관공사가 운영하는 송유관 설비의 송유능력은 연간 4,217만kl이며, 현재 가동률은 48% 수준이다.

송유관의 2000년도 물량기준 이용율은 SK가 37.9%, LG정유가 32.4%, S-Oil이 12.0%, 현대정유가 12.6% 수준을 보여주고 있다.

석유제품의 1차 수송에 있어서 전국기준 송유관 점유율은 51% 수준으로 점차 상승하는 반면, 유조선은 상대적으로 점점 하락하고, 유조차차 및 유조차의 점유율은 미미하다.

2.3. 석유제품시장의 상황

2000년도 석유제품 내수 시장점유율을 보면 SK가 30.1%, LG정유가 24.6%, S-Oil이 10.9%, 현대·인천정유가 15.6%를 차지하고 있다.

58)

(단위: 원/l)

구 간(거리)	송유관 (A)	유조차차		유조차	
		(B)	B-A	(C)	C-A
울산→대전(294km)	6.638	7.086	0.450	16.190	9.550
울산→성남(432km)	6.245	9.850	3.610	23.060	16.820

송유관을 통한 수송 유종인 경질유의 정유사별 시장점유율을 보면, SK가 35.3%, LG정유가 27.8%를 차지하고 있다.

3. 경쟁제한성 판단

3.1. 시장의 봉쇄효과

수직적 기업결합의 경쟁제한성 판단에 있어서는 시장의 봉쇄효과가 핵심적 표지에 해당한다.⁵⁹⁾ 이러한 판단을 위하여 공정거래위원회는 다음의 요소들을 고려하고 있다.

3.2. 시장의 집중

당해 기업결합은 석유제품을 생산·판매하는 피심인과 석유제품의 유통수단인 송유관에 의한 수송의 독점기업인 송유관공사간의 수직적 기업결합이다. 심사기준에 의하면 수직적 기업결합의 경우 용역 공급회사의 시장점유율이 50/100이상이며, 용역 구매회사의 구매액이 당해 시장의 국내 총공급액에서 차지하는 비율이 3위 이내에 포함되고 상위 3사의 시장점유율의 합계가 70/100이상이면 경쟁관계에 있는 사업자의 구매선 또는 판매선을 봉쇄함으로써 경쟁을 실질적으로 제한할 수 있다고 규정하고 있다.

당해 기업결합의 경우 피취득기업인 송유관공사가 용역시장인 「송유관에 의한 석유제품 1차 수송시장」에서 독점기업에 해당되고, 취득기업인 피심인이 송유관 수송시장에서 차지하는 점유율(금액기준)이 35.4%로 1위이면서 상위 3사의 점유율 합계는 83.5%이므로 심사기준상 경쟁제한성 인정 기준에 해당된다.

3.3. 경쟁제한 가능성

(1) 석유제품 생산·판매시장에서 타 정유사와 경쟁하고 있는 피심인이 송유관에 의한 수송시장에서 독점기업인 송유관공사의 경영권을 지배하는 경우 경쟁사에 대한 석유수송신청의 거부, 수송신청물량의 제한, 수송순위의 차등, 수송요율 및 기타 계약조건의 차별 등 경쟁제한적 효과가 발생할 우려가 있다.

(2) 송유관공사는 정유사가 송유 및 출하시 제출하는 각종 자료(품질시험성적서, 출하요청서 및 매출전표, 시료분석)를 통하여 송유관이용자인 정유사의 판매물량, 고객정보 및 품질정

59) 권오승, 주 4)의 책, 206면.

보 등 영업정보를 지득 할 수 있고, 이들 정보가 피심인에게 누출되는 경우 석유제품시장의 경쟁에 영향을 미칠 수 있다.

(3) 피심인은 이 사건 기업결합 이전부터 운영되어 오던 「석유수송규정」 및 「장기수송계약」 만으로도 송유관 운영에 있어서 공정성과 객관성이 확보되어 시장붕쇄효과가 나타날 수 없다고 주장하나, 상기 규정이나 계약만으로는 이 사건 기업결합으로 발생하는 경쟁제한 효과를 근본적으로 방지하지는 못할 것으로 판단된다.

3.4. 기타 고려 요인

석유제품 수송수단인 송유관설비는 초기에 막대한 자본이 소요되는 장치산업적 성격을 지니고 있고, 현재 송유관공사의 송유관망은 이용자가 국내 정유사로 한정되어 있으며, 정유공장과 주요 소비지가 연결되어 있는 점 등을 고려할 때, 다른 사업자가 송유관 수송시장에 신규로 진입할 가능성은 적은 것으로 보인다.

3.5. 소결

당해 기업결합으로 석유제품 판매시장에서 1위를 점하고 있는 피심인이 송유관시장에서의 독점기업인 송유관공사를 실질적으로 지배하게 됨으로써 송유관시장에서 경쟁사에 대한 석유수송신청의 거부, 수송신청물량의 제한, 수송순위의 차등, 수송요금 및 기타 계약조건 차별, 경쟁사의 영업정보 누출 등이 우려된다는 점에서 당해 기업결합은 송유관에 의한 석유제품의 1차 수송시장과 석유제품 판매시장에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위로 판단된다.

4. 예외인정 가능성 여부 검토

4.1. 회생이 불가능한 회사와의 기업결합 해당 여부

(1) 법 제7조제2항에서 기업결합제한의 예외로 인정하는 것은 「상당기간 대차대조표상의 자본총계가 납입자본금보다 작은 상태에 있는 등 회생이 불가능한 회사」로서 법 시행령 제12조의4 각호의 “기업결합을 하지 아니하는 경우 회사의 생산설비 등이 당해 시장에서 계속 활용되기 어려운 경우(제1호)”, “당해 기업결합보다 경쟁제한성이 적은 다른 기업결합이 이루어지기 어려운 경우(제2호)”에 해당하는 경우이다.

(2) 송유관공사가 과거 영업이익보다 지급이자 금액이 더 컸으며 경상손익이 적자를 보이고 있으나, 1997년부터 송유관공사의 영업손실이 감소하기 시작하여 1999년부터 흑자로 전환되었으며, 경상손실도 전체적으로는 계속 감소하고 있는 추세에 있다.

(3) 송유관사업은 장치산업의 일종으로 초기 설비투자비용이 많이 소요되는 반면, 투자액 회수는 장기간에 걸쳐 이루어지는 특성이 있고, 송유관공사의 정상적인 영업개시 기간이 3년에 불과하여 향후 재무상황은 호전될 가능성이 상당히 높아 이 사건 기업결합은 법 제7조제2항제2호에서 규정하는 예외인정 요건(회생이 불가한 회사와의 기업결합)에 해당된다고 볼 수 없다.

5. 결론

피심인의 기업결합행위는 송유관에 의한 석유제품의 1차 수송시장과 석유제품 판매시장에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위로서 동법 제7조제1항에 위반되므로, 동법 제16조의 규정을 적용하여, 피심인인 SK에게 송유관행사의 주주총회 등에서 의결권 행사를 일정한 방식으로 제한하고, 송유관공사에게는 이러한 시정명령을 이행하는데 있어서 필요한 제반조치를 취하여야 한다고 명령하였으며, 또한 피심인에게 6개월 이내에 이행보고를 서면을 제출할 것을 의결하였다.

(마) 심결의 검토

당해 기업결합은 수직적 기업결합에 해당하며, 따라서 수직적 기업결합의 특수성이 심사과정에 반영되어야 한다. 공정거래위원회가 이러한 심사과정에 기초하여 당해 기업결합이 송유관에 의한 석유제품의 1차 수송시장과 석유제품 판매시장에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위로 판단하고, 또한 회생불가능한 기업과의 결합에 의한 예외 인정을 허용하지 않은 것은 타당한 것으로 보여진다.

(4) FTC v. STAPLES Inc. and Office Depot Inc., United States District Court, District of Columbia, 1997. 970 F. Supp. 1066.

(가) 사건의 개요

1. 당사자

본 사건의 원고는 연방거래위원회(FTC)이며, 피고는 대형사무용품전문매장(이하 간략하게, 대형사무용품점)으로 알려진 소매점포를 통하여, 혹은 우편판매 등을 통하여 소비자들에게 사무용 문구류 및 기계류, 컴퓨터, 사무용 가구 등을 포함한 사무용품들을 판매해 오던 Staples Inc.와 Office Depot Inc.이다.

2. 사실관계

피고 Staples Inc.는 델라웨어주법에 따라 설립된 회사로서 본사는 메사추세츠주 Westborough에 소재하고 있으며, 미국 내 28개 주와 워싱턴 DC지역을 통틀어 대략 500개의 점포를 보유하고 있는 미국 내 제2위의 대형 사무용품점이다. Staples의 주된 영업기반은 미 북동부지역과 캘리포니아주이다. 1996년을 기준으로 한 Staples의 총 수입은 40억불로서 수입 가운데 정확히 52%가 사무용품의 판매를 통해 얻어진 것이다. 한편 또 다른 피고 Office Depot은 플로리다주 Delray Beach에 본사를 두고 있으며, 미국내 38개 주와 워싱턴 DC에 걸쳐 500개 이상의 점포를 운영해 오고 있다. Office Depot의 주된 영업기반은 미 남부와 중서부지역이다. Office Depot의 1996년 총매출액은 61억 달러였으며, 그 가운데 47%가 사무용품의 판매에 의한 것이었다. 이 두 회사 이외에 미국 내에서 대형 사무용품전문매장을 운영해 오고 있는 기업으로는 Office Max가 유일했다. 그러던 중 1996년 9월 4일, Staples와 Office Depot은 상호간에 합병키로 합의하고 구체적인 계획에 들어갔다.

3. 절차의 진행

연방거래위원회(이하, 위원회 혹은 FTC)는, Staples와 Office Depot간의 기업결합이 클레이튼법 제7조와 연방거래위원회법 제5조에 위반하여 경쟁을 실질적으로 감소시키게 될지를 심사하여 1997년 3월 10일, 4 대 1의 표결로 문제가 있다는 결론을 내렸다. 이에 따라 연방거

래위원회법 제13조(b)에 의거하여 피고 Staples에 의한 피고 Office Depot, Inc.의 인수를 잠정적으로 금지하는 명령과 예비적으로 중지시키는 명령을 청구하였다.

(나) 쟁점

본 건에서는 일차적으로 FTC가 요청한 예비적 중지명령을 법원이 받아들일 수 있는 것인지가 문제된다. 예비적 중지명령의 근거규범은 FTC법 제13조(b)에 따라 중지명령을 부여할지 여부를 판단함에 있어서 미 법원은 다음과 같은 두 가지 분석을 수행해야 한다. 첫째로, 법원이 클레이튼법 제7조가 문제된 사건에 있어서 사안에 대한 위원회의 승소가능성을 판단하여야 하며, 둘째로, 법원이 형평성을 較量하여야 한다는 것이다. 여기서 사안에 대한 승소가능성이라 함은, 위원회가 본 안에 대한 모든 행정적 심판을 마친 이후에 Staples와 Office Depot간의 기업결합의 효과가 클레이튼법 제7조에 위반하여 “경쟁을 실질적으로 감소시키거나 독점을 낳는 경향이 있다”는 점을 위원회가 성공적으로 제시할 수 있을 가능성을 의미한다. 이러한 승소가능성에 대한 입증책임은, “본 안에서 제기된 문제들이 일차적으로는 연방거래위원회에 의한, 그리고 종국적으로는 연방항소법원에 의한 조사, 분석, 검토 및 결정을 통하여 공정한 절차를 밟아야 할만큼, 심각하고, 중대하며, 난해하고, 의심스럽다는 점”을 위원회가 제기하는 경우에 충족된다.

이러한 점에 비추어, 본 건에서는 결국 기업결합의 관련시장확정 문제, 결합안이 경쟁에 미치는 잠재적 효과, 시장진입장벽의 존재와 크기 및 효율성향변의 인정여부 등 기업결합안이 경쟁제한적인지 여부가 쟁점이 되었다. 다만 관련시장 가운데 지리적 관련시장에 대해서는 원고 FTC가 확정된 지리적 시장이 다툼 없이 받아들여졌다.

(다) 당사자 주장

1. 원고(FTC)측의 주장

1.1 상품관련시장

원고 FTC는 “대형 사무용품전문매장을 통한 소모성 사무용품의 판매”를 관련시장으로 확정하였다. 여기서 소모성(consumable)상품이라 함은 소비자들이 되풀이하여 구매하게 되는, 다시 말해 한번 쓰고 버리게 되는 상품이라는 의미이다. 이와 같은 위원회의 상품시장확정법에 따르면, 소모성 사무용품에는 종이용지, 필기류, 파일폴더, 접착식 메모지, 컴퓨터디스

크, 프린터용 토우너 등과 같은 제품들이 포함되며, 컴퓨터나 팩스, 기타 사무기계류와 사무용 가구 등과 같은 자본재 상품은 포함되지 않는다.

1.2. 경쟁에 대한 잠재적 효과

FTC는 Staples와 Office Depot간의 기업결합안이 대형사무용품점을 통한 소모성 사무용품 판매시장에서 부당한 집중을 야기하게 될 것임을 입증함으로써, 당해 결합이 반경쟁적 효과를 가지게 될 것이라고 추정하였다. 결합이전에 시장이 이미 “고도로 집중된 상태”의 범주에 속하였고 결합이후에도 HHI가 평균 2,715포인트 증가하는 것으로 나타났다는 구조적인 증거가 그러한 추정의 주된 근거였으며 이외에도 Staples 경영진의 인식과 기타 금융권의 예측 등을 전체적으로 고려할 때 당해 기업결합이 사무용품의 가격인상을 초래할 것이라고 판단하였다.

1.3. 시장에의 진입

대형사무용품매장이 성격상 전국에 걸친 대규모체인을 구축함으로써 많은 비용이 소모되는 사업이다. 따라서 신규진입자가 참입하기 위해서는 동시에 다수의 매장을 설치해야하고 많은 고정비용이 소요되며, 고액의 광고비용을 지출해야 하므로 시장진입장벽이 존재한다.

1.4. 효율성

당해 기업결합이 창출하는 효율성만으로는 가격인상의 위험성을 상쇄하기에 충분하지 못하다. 또한 효율성을 검토할 때는 당해 기업결합에 기인한 효율성만을 고려해야 하나, 피고들이 주장하는 효율성은 합병회사의 규모증가에 따른 결과이다.

2. 피고 Staples측의 주장

2.1. 상품관련시장

Staples는 FTC의 상품시장획정이 인위적인 것으로, 아무런 법적, 사실적 근거를 가지고 있지 못하다. Staples-Office Depot간의 결합이 가지는 경쟁적 결과를 평가하기 위한 상품시장은 이들이 취급하는 단순히 모든 사무용품으로 한정시켜야 한다. 대형사무용품매장과 여타 소매상들이 판매하는 제품이 동일하며 단지 구매방법상의 차이가 있을 뿐이기 때문이다.

2.2. 경쟁에 대한 잠재적 효과

피고 Staples는 상품시장을 사무용품소매시장으로 확정할 경우 양사가 전체 사무용품시

장에서 차지하는 비중은 1996년을 기준으로 북미전역의 총 판매량 가운데서 약 5.5% 수준에 불과하다는 점을 들었다. 나아가 기업결합의 경쟁에 대한 잠재적 효과에 관한 FTC의 추정을 반박하기 위해, 피고들은 본 건에서 FTC가 산정한 시장점유율 통계에 대해 여러 측면에서 이의를 제기하였다.

가령 FTC의 상품관련시장 획정을 비판하였으며 FTC의 가격정보에 반하는 증거를 제시 하기도 하였다.

또한 대형사무용품점들 가운데 한 기업이 영업중인 시장과, 두 기업이 영업중인 시장 그리고 세 기업 모두 영업중인 시장들 사이의 가격차별에 대해 FTC가 입증한 증거가 시장지 배력을 정확하게 반영하고 있지 못하다고 주장하였다. 왜냐하면 FTC는 점포들간에 존재하 는 마케팅비용의 차이와 같은 요소를 고려하지 못하였기 때문이라는 것이다.

이 밖에도 FTC 입증한 지역적 가격차별은 시장지배력을 제대로 반영하지 못한다고 주장 하였다. 왜냐하면 다른 대형사무용품점들간의 경쟁의 준부만이 그와 같은 차별의 원인인 것 은 아니기 때문이라는 것이다. 피고는 대형사무용품점간의 경쟁 이외에 가격차별을 야기하는 요소들로서는 판매량, 제품의 혼합, 마케팅 내지 광고비용 및 유통비용, 점포간의 가격차이를 유발하는 임금 및 지대의 차이가 존재한다고 주장하였다.

2.3. 시장에서의 진입

피고들은 대형사무용품점들이 취급하는 상품이 부패하는 것들이 아닌데다 유행에 민감하 지도 않다는 점, 매장은 수개월 내에 건설가능하기 때문에 고정비용이 낮다는 점 등을 들어 당해 시장에서의 진입장벽은 낮다고 주장하였다. 또한 현존하는 경쟁자의 매장증가에 의한 시 장확대가 용이하며 여타 다품종 소매상들에 의한 진입도 쉽다는 점도 그 이유로 들었다.

(라) 효율성

피고측은, 기업결합이 이루어지면 향후 5년간 49억불 내지 65억불 가량의 비용절감을 얻게 될 것으로 예상된다는 “효율성 분석”을 내놓았다. 이에 더하여 피고들은 당해 기업결합이 아 울러 역동적 효율성도 창출하게 된다고 주장했다. 예를 들어, 사무용품 공급업자들의 Staples-Office Depot 결합사에 대한 판매가 증가됨으로 인해 공급자들이 보다 효율화되어 감 에 따라, 다른 소매상들에 대해 낮은 가격에 공급할 수 있게 된다는 것이다. 나아가 피고측은 결합으로 실현되는 비용절감 부분 가운데 3분의 2는 소비자들에게 이전될 것이라고 주장하였 다.

(마) 법원의 판단

1. 상품시장의 획정

본 건에서의 적절한 관련시장은, 위원회가 주장한 바와 마찬가지로, ‘대형사무용품 전문매장을 통한 소모성 사무용품의 판매’로 획정되어야 한다.

그 이유는 다음과 같다.

1.1. 먼저 관련시장을 획정함에 있어서 일반적으로 적용되는 규칙은, “상품시장의 외부경계는 특정 제품과 그 대체품간의 ‘사용의 합리적 대체가능성’ 혹은 ‘수요의 교차탄력성’에 의해 결정된다”⁶⁰⁾. 사용의 합리적 대체가능성 혹은 수요의 교차탄력성이라는 것은 결국 두 제품이 동일한 목적을 위해 사용되어 질 수 있는가, 만일 그렇다면 구매자들이 어느 정도까지 한 제품에서 다른 제품으로 거래선을 대체할 것인가의 문제로 직결된다. 본 사건에서 문제가 된 소모성 사무용품은 Staples나 Office Depot 혹은 그 밖의 사무용품전문점 등 어디에서 판매가 되든 동일하다.

1.2. 본 법원은, 이와 같은 ‘대형사무용품 전문매장을 통한 소모성 사무용품의 판매’를 하나의 상품시장으로 획정하는 것에 대해 많은 사람들이 일견 느끼게 될 어색함이나 낯설음을 극복하기가 쉽지 않을 것이라는 점을 인정한다. 본 사건에서 문제가 된 제품들은 그 밖의 여러 형태의 소매 사무용품점에서도 판매가 되며 어디에서 팔리든 동일한 제품임에 분명하다. 하지만, 어느 한 사업자를 전체 시장에서 하나의 경쟁자로 볼 수 있다는 사실만을 가지고, 그 사업자를 반트러스트에서 얘기하는 관련시장의 범주 내에 반드시 포함시켜야 한다는 의미로 볼 수는 없다.

연방대법원은, 광범위한 하나의 시장 안에도 반트러스트의 목적에 부합하는 하부시장들이 존재할 수도 있다는 점을 인정한 바가 있다⁶¹⁾. 대형 사무용품 전문점에 의한 소모성 사무용품의 판매 역시 전체 사무용품의 판매라는 커다란 시장내의 하나의 하부시장으로 분류될 수도 있다.

1.3 Brown Shoe 사건 판결⁶²⁾에서 연방대법원은, 하부시장의 존재 여부를 판단하기 위한

60) Brown Shoe v. United States, 370 U.S. 294 (1962); United States v. E.I. Du Pont de Nemours and Co., 351 U.S. 377, 395 (1956).

61) Brown Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294, 325.

일련의 고려요소들 혹은 “실제적인 징표(practical indicia)”를 제시하였는바, “개별적인 경제 실체로서의 하부시장에 대한 업계 혹은 공공의 인식, 독특한 생산설비, 구별되는 소비자들, 구별되는 가격, 가격변화에 대한 민감도, 그리고 전문화된 판매인들”이 그러한 징표 속에 포함된다고 보았다. 그런데 연방대법원이 이러한 요소들을 요건으로서가 아니라 “실제적인 징표”로서 언급하였기 때문에, 이후의 사건들에서는 이러한 요소들 가운데 일부만이 존재하는 경우에도 하부시장이 존재할 수 있다고 판시해 왔다. 본 사건에서 위원회는 Brown Shoe판결에서 제기된 “실제적 징표”들 가운데, 업계의 인식, 대형 전문점을 다른 사무용품 판매업자와 구별되게 만드는 특별한 성질, 판매형식 및 고객, 가격 등에 있어서의 차별성 등과 같은 몇 가지에 대해 논하였다. 하지만 위원회가 주로 중점을 둔 것은 가격책정증거(pricing evidence)로서, 이는 Brown Shoe판결에서 제기된 가격변화에 대한 민감도에 해당하는 것이다. 우선 위원회는, Staples가 유일하게 사무용품전문점으로서 존재하는 지역과 그렇지 않은 지역, 즉 Staples가 Office Depot이나 OfficeMax 가운데 어느 하나와 경쟁을 벌이거나 이 두 업체 모두와 경쟁을 벌이는 지역들을 서로 비교하는 증거를 제시하였다. 위원회의 설명에 의하면, Staples가 아무런 경쟁을 벌이지 않는 시장에서는, Staples와 Office Depot, OfficeMax가 모두 경쟁하고 있는 시장에 비해 평균 13% 높은 가격이 형성되어 있다고 한다. 시장가격은 1997년 1월의 특정기간 동안을 기준으로 조사되었으며, 상품들 가운데 일부의 표본을 추출하는 방식이 아니라, 가격민감제품과 비가격민감제품을 모두 포괄하여 Staples 판매제품의 90%에 이르는 표본을 조사대상으로 삼았다. 위원회는 아울러 Office Depot가 취급하는 500개 제품의 표본에 대한 가격을 토대로 하여 이와 유사한 증거를 제출하였다. 이 증거에서도 마찬가지로 Office Depot이 단독으로 영업활동을 하는 지역이 3개 업체 모두 경쟁하는 지역에 비해 5%이상 높은 가격을 형성하고 있는 것으로 나타났다.

1.4. 한편 위원회는 Staples와 Office Depot 간의 가격비교와 Staples와 OfficeMax 간의 가격비교를 보여주는 Staples의 내부문건도 지적하였다. Staples와 Office Depot 간의 가격비교는 각각 1994년 8월, 1995년 1월, 1995년 8월, 1996년 5월 등 네 차례에 걸쳐 조사되었으며, Staples와 OfficeMax 간의 가격비교는 1994년 8월, 1995년 7월 및 1996년 1월에 각각 시행되었다. 위원회는 Staples측의 내부자료를 통해, Staples가 다른 두 대형 사무용품전문점들과 경쟁관계에 있는 지역에 비해서 Staples가 아무런 경쟁을 겪지 않는 지역에서 5% 높은 가격에 제품이 판매되고 있음을 입증하였다.

이와 같은 제반 증거물들은, 대형사무용품점에서 형성되는 가격이 주로 다른 대형사무용품점들의 영향을 받게 되며, 대형소매점포들이나 회원제 도매점, 그리고 컴퓨터 가전제품매

62) Brown Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294.

장 등 비사무용품 전문점의 가격으로부터는 영향을 받지 않는다는 점을 보여주고 있다. 예를 들어, 본 사건의 지리적 시장 전체에서 우편주문판매업자들은 분명 경쟁을 벌이고 있다. 사무용품들은 이러한 우편배달을 통해서 미국내 50개주 전역에서 접해 볼 수 있다. 하지만 이와 같은 우편주문에 의한 경쟁에도 불구하고 Staples와 Office Depot은 고객 상당수를 우편 배달업체들에게 빼앗기는 일이 없이, 두 기업 혹은 세 기업 모두 영업중인 시장에서보다는 단독으로 영업중인 시장에서 더 높은 가격을 책정해 왔던 것이다.

FTC가 제시한 증거들은, 대형사무용품점에서 판매되는 소모성 사무용품과 여타 사무용품 소매점에서 판매되는 소모성 사무용품간의 기능적인 대체가능성이 매우 높음에도 불구하고, Staples와 Office Depot의 매장 가격이 높은 지역에서조차도 특정 소비자들은 자신들의 구매 선을 다른 곳으로 전환하지 않는다는 사실을 보여주고 있다. 이러한 사실은 결국, 대형사무용품점으로서 Staples와 Office Depot만이 영업중인 지역에서 이들이 높은 가격을 부과한다고 해도 비대형사무용품점을 통한 사무용품의 판매가 별다른 반응을 보이지 않는다는 점을 증명하는 것이다. 즉 형태가 다른 두 곳에서 판매되는 소모성 사무용품들이 상호간에 낮은 수요교차탄력성을 가지고 있다는 의미이다.

1.5. Brown Shoe 판결에서 제기된 하부시장의 존재를 가늠하기 위한 “실체적 징표” 가운데 또 다른 하나가 “개별적인 경제적 실체로서의 하부시장에 대한 업계나 공공의 인식”이다⁶³⁾. FTC는 Staples와 Office Depot의 내부문건을 통하여, Staples와 Office Depot 모두 주로 다른 대형사무용품점으로 부터의 경쟁에만 중점을 두고 있었음을 보여주는 무수한 증거들을 제출하였다. 법원에 제출된 이러한 문건들은, 합병당사자들이 일반 소매점들이나, 우편 판매업자, 독립문구상들에 대한 언급은 하지 않고 오직 대형사무용품점들을 경쟁상대로서 평가하고 있음을 보여주고 있다. 예를 들어, Staples는 회사의 전략기획문서상에 “대형사무용품점 업계”라는 문구를 사용하고 있다. Staples의 1996년 전략보고서에는 “Big Three”라든가 “비교 경쟁적 지위의 개선”등의 용어가 사용되고 있으며, Staples가 “업계의 선도자로서 점차 인식되어가고 있다”고 언급되어 있다. 한편 시장의 성향분석과 장기계획수립을 함에 있어서도 Staples와 Office Depot은 다른 대형사무용품점의 계획에 주안점을 두었으며, 새로운 메트로폴리탄지역으로 진입을 시도함에 있어서도 시장내의 대형사무용품점 경쟁의 정도 및 시장이 감당할 수 있는 대형사무용품점의 수가 얼마인가 하는 점에 주된 관심을 두었다. 또한 새로운 점포를 개설하기 위한 입지를 선별하는 과정에서도, 대형사무용품점이 존재하지 않는 시장을 -인근에 Wal-Mart와 같은 대형소매점이나 회원제 도매점들, 혹은 가전제품매장이

63) Rothery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines 792 F.2d 210(D.C. Cir. 1986), cert. denied, 479 U.S. 1033 (1987); FTC v. Coac-Cola Co.m 641 F. Supp. 1128, 1132 (D.D.C. 1986).

존재함에도 불구하고- 반복하여 “비경쟁적”인 시장으로 언급하였다. 물론 법원이 판단하기에도, Staples와 Office Depot이 회원제 도매점, Best Buy, Wal-Mart와 같은 사무용품 판매업자들을 전혀 무시한 것이 아니라는 점은 명백하다. 그러나 제반 증거에 비추어 볼 때 이들이 인식하고 있는 주된 경쟁상대는 오직 대형사무용품점이라고 볼 수밖에 없다.

이상의 분석에 나타난 논거들을 종합해 볼 때, Staples와 Office Depot간의 합병안의 반경쟁적 효과를 고려한다는 목적상 본 사건에서의 적절한 상품관련시장은 ‘대형사무용품점을 통한 소모성 사무용품의 판매’로 확정되어야 한다고 본 법원은 판단한다.

2. 경쟁에 대한 잠재적 효과

법무부 기업결합가이드라인에 따르면, HHI가 1800을 넘는 시장은 “고도로 집중된 상태”로 추정하게 된다. 이에 더 나아가 법무부 가이드라인에서는, 만일 당해 기업결합이 경쟁을 감소시킬 가능성이 적다고 볼 수 있을 만한 다른 완화요소들이 존재하지 않는 한, 고도로 집중된 시장에서 결합후의 HHI증가치가 50을 초과하는 때에는 상당한 경쟁적 우려가 제기될 수 있다. 물론 이와 같은 법무부의 가이드라인이 법원을 구속하는 것은 아니지만, 연방항소 법원이 밝힌 바와 같이, 가이드라인은 HHI의 적용에 대한 유용한 예증을 제시하고 있으므로 (FTC v. PPG Indus., Inc., 798F.2d 1500 at 1503 n. 4), 본 법원도 이 사건에서 법무부가이드라인을 활용하고자 한다. 더욱이 비록 연방대법원이 시장집중도의 증가에 있어서 독점금지법을 발동시키는 고정된 기준은 존재하지 않는다는 점을 밝히기는 했지만, 본 사건은 분명 그 경계선에 위치해 있지 않는 만큼 아무런 논란의 여지가 없다고 하겠다. 본 사건은 결합이전에 시장이 이미 “고도로 집중된 상태”의 범주에 속하였고, 결합이후에도 HHI가 평균 2,715포인트 증가하는 것으로 나타났다. 따라서 법원으로서도 원고가 본 안에 대해 승소할 가능성을 입증하였다고 판단된다. 이러한 수준의 HHI를 가지고, 위원회는 당해 기업결합안이 반경쟁적 효과를 가지게 될 것임을 확실하게 입증하였다.

하지만 HHI 산정과 시장집중도 증거가 Staples와 Office Depot간의 결합이 경쟁을 실질적으로 감소시킬 것이라는 유일한 징표인 것은 아니다. 상품관련시장의 확정과 관련해서 이미 논의된 많은 증거자료들 역시 본 결합이 가지게 될 반경쟁적 효과를 잘 나타내주고 있다. 예를 들어, 피고의 현행 가격책정관행에 대한 증거를 살펴보면, 다른 대형사무용품점들로부터의 경쟁을 느끼지 않는 대형사무용품점은 경쟁수준 이상으로 소모성 사무용품의 가격을 인상할 능력을 보유하고 있음을 알 수 있다. Staples와 Office Depot이 대형사무용품점 경쟁을

겪지 않는 곳에서 두 업체 모두 보다 높은 가격을 책정한다는 사실은, 대형사무용품점들이 경쟁수준 이상으로 가격을 인상할 능력을 갖추고 있음을 나타내 주고 있다. 이 증거는 아울러, 또 다른 대형사무용품점의 신규진입이 있을 경우 피고들이 제품의 가격대를 변경시키는 반면, 다른 소매점들이 진입했을 경우에는 그런 조치를 취하지 않는 점을 드러내주고 있다. Staples와 Office Depot이 서로 경쟁하는 지역에서 가격이 매우 낮기 때문에, 이러한 경쟁을 제거하는 것이 당사자들에게 자유롭게 당해 시장에서 보다 높은 가격을 책정토록 할 것이고, 결합회사가 유일한 대형사무용품점이 되는 지역에서는 특히 그러할 것이다. 또 한가지, 피고들이 결합하도록 허용하는 것은 미래의 상당한 경쟁을 제거하는 결과가 된다. 기업결합이 없다면, 피고들은 현재까지 그러했듯이 상대방이 주도하고 있는 시장지역으로 진출할 가능성이 크며 따라서 그만큼 시장의 집중도 완화되고 대형 사무용품점간의 경쟁도 제고될 것이다.

더욱이 Staples의 가장 주요한 경쟁자가 제거됨으로써, 기업결합은 Staples로 하여금 가격을 인상하거나 반경쟁적 수준의 가격을 지속하도록 허용할 것이라는 직접적인 증거도 있다. 당해 기업결합은 대형사무용품점 시장에서 최저의 비용으로 최저가격을 제시하던 기업들간의 치열한 경쟁을 제거하게 된다. 따라서 당해 기업결합은 고도로 집중된 시장에서 특별히 공격적이던 경쟁자를 제거하는 결과가 되며, 이는 잠재적인 반경쟁 효과를 분석함에 있어서 매우 중요한 고려요소이기도 하다. 본 안에 대한 승소가능성과 기업결합안이 반경쟁적 효과를 가질 “합리적 가능성”을 위원회가 입증했다고 보는 본 법원의 판단은 바로 이 모든 증거들을 토대로 한 것이다.

본 법원은 이러한 형태의 일부 증거가 존재한다는 점을 인정하며 그러한 증거 모두를 검토하여 왔다. 그러나 개별 도시의 개별품목에 대한 일부 사례가 FTC의 증거와 배치된다는 사실이 본 법원에게 그리 큰 관심의 대상은 아니다. 일부 독립 상품들에 대한 증거만을 가지고서, 가격책정의 전체적인 성향에 관한 FTC측의 증거력을 쉽게 반박해 버릴 수는 없다. 본 사건에서의 피고들의 가격책정에 대한 오랜 기간에 걸친 전체적인 성향이라는 것은, 곧 Staples와 Office Depot 의 가격이 세 업체 영업지역에서 가장 낮고 상호간에 경쟁을 벌이지 않는 곳에서 가장 높게 형성되는 성향인 것이다. 일부 지역에서 반대의 결과가 있었다는 사실만으로는 충분치 않다. 더욱이 피고가 Kokomo지역과 Elkhart/South Bend지역에 대해 수행한 가격 비교조사를 자세히 관찰해 보면, 비교대상이 된 여섯 가지 제품들 가운데 네 개에 대해서는 사실 Kokomo지역에서 가격이 더 높았음을 알 수 있다. 특히 Staples의 가격민감제품과 비가격민감제품을 모두 조사해보면, Kokomo 지역의 가격이 Elkhart 지역에 비해 오히려 3-5%가량 높게 나타나며, 이는 FTC의 조사결과를 반박한다기 보다는 오히려 재확인해주는 결과가 된다.

피고들은 FTC의 가격책정증거에서 입증된 지역적 가격차별관행이 시장지배력을 제대로 반영하지 못한다고 주장하지만 본 법원은 피고들이 지역별 가격차이와 관련하여 제출한 증거가 FTC의 증거를 반박하기에는 부족하다고 본다. 또한 피고들은 마케팅비용이외의 다른 요소들을 지적하였다. 하지만 평균적인 마케팅비용간의 비교에 대한 증거와는 달리, 피고들은 나머지 요소들을 뒷받침하는 구체적인 증거들을 제시하지 못했다.

3. 시장에의 진입

피고들은 대형사무용품점들이 취급하는 상품이 부패하는 것들이 아닌데다 유행에 민감하지도 않다는 점, 매장은 수개월 내에 건설가능하기 때문에 고정비용이 낮다는 점 등을 들어 당해 시장에의 진입장벽은 낮다고 주장하였다. 또한 현존하는 경쟁자의 매장증가에 의한 시장확대가 용이하며 여타 다품종 소매상들에 의한 진입도 쉽다는 점도 그 이유로 들었다.

4. 효율성

추진중인 기업결합이 관련시장내에서 상당한 효율성을 창출하게 되며 그에 따라 반경쟁적 효과가 상쇄될 것이라는 이른바 효율성 항변을 피고가 정부의 일응추정사건(prima facie case)을 반박하기 위하여 사용해도 되는지 여부는 그리 분명하지 않다. 새로 개정된 법무부 가이드라인의 효율성 章은 “기업결합이 기존자산을 더 잘 활용토록 함으로써, 그리고 결합된 기업이 주어진 품질과 수량을 생산함에 있어서 결합이전에 개별기업들이 이룩할 수 있는 수준보다도 더 낮은 비용을 실현할 수 있도록 함으로써 상당한 효율성을 창출할 가능성이 있다”는 점을 인정하고 있다. 이는 “합병이 당해 관련시장에서 상당한 효율성을 낳게 될지 여부가 합병의 실질적인 경쟁제한성 여부를 예측하는데 중요한 고려요소이다 ... 따라서 ... 클레이튼법 제7조 위반의 일응추정사건에 대한 효율성항변은 특정 상황하에서는 적절한 것”이라고 본 일부 법원의 견해와도 일치하는 것이다. 그러나 FTC v. Procter & Gamble Co. 판결⁶⁴⁾에서 연방대법원은 “잠재적인 경제성이 클레이튼법 제7조 위반이 문제된 기업결합사건에서 위법성에 대한 항변으로 사용될 수는 없다”고 밝혔다. 동 판결의 의미와 효율성항변의 허용여부에 관하여는 그 동안 의견불일치가 매우 크게 존재해 왔다. 다만 효율성이 성립될 수 있는 항변이라고 가정해 볼 때, 본 법원은 사건에서 피고가 제시한 효율성 증거가, 기업결합안의 경쟁제한성에 대한 추정을 반박하거나 기업결합안의 잠재적 효과에 대한 FTC의

64) 386 U.S. 568, 579 (1967).

예측이 부정확함을 입증한다고 볼 수가 없다.

법원은 기업결합이 완료되지 않은 상태에서는 기업결합이 창출하게 될 효율성을 정확하게 수량화하는 것이 불가능하다는 피고의 견해에 동의한다. 또한 법원은 단순한 상상적 효율성과 건전한 사업적 판단에 따른 예측을 토대로 한 효율성은 전혀 다르다는 점을 인정한다. 법원 역시, 법원에 의해 그러한 효율성이 고려되도록 하기 위해서는 피고가 “명확하고 확실한 증거”에 의해 효율성을 입증해야만 한다고 생각하지는 않는다. 이는 클레이튼법 제7조 위반이 문제된 사건의 피고들에게 어느 정도 확실한 개연성이 있는 증거를 반박해야 하는 거의 불가능한 일을 떠맡긴 결과가 된다. 그 대신, 피고들은 FTC의 증거가 결합안의 장래 효과가 부정확한 예측을 내리고 있음을 입증함으로써 당해 결합이 경쟁을 실질적으로 감소시킬 것이라는 추정을 반박하기만 하면 족하다. 하지만 피고들은 반드시 신뢰할 수 있는 증거를 가지고 이러한 입증을 해야 한다. 그런데 법원은 본 사안에 관한 피고의 증거가 신뢰할 수 있다는 점을 발견하지 못했다.

피고측은 기업결합이 이루어지면 향후 5년간 49억불 내지 65억불 가량의 비용절감을 얻게 될 것으로 예상된다는 “효율성 분석”을 내놓았다. 이에 더하여 피고들은 당해 기업결합이 아울러 역동적 효율성도 창출하게 된다고 주장했다. 예를 들어, 사무용품 공급업자들의 Staples-Office Depot 결합사에 대한 판매가 증가됨으로 인해 공급자들이 보다 효율화되어 감에 따라, 다른 소매상들에 대해 낮은 가격에 공급할 수 있게 된다는 것이다. 나아가 피고측은 결합으로 실현되는 비용절감 부분 가운데 3분의 2는 소비자들에게 이전될 것이라고 주장하였다. 신뢰성을 평가함에 있어서, 법원은 피고들이 제시한 효율성에 관하여 FTC측 전문가의 증언과 보고를 신뢰한다. FTC측 전문가는 피고가 주장하는 비용절감이 실현 불가능한 것으로 증언하였으며, 법원도 그렇게 판단한다. 첫째, 법원은 향후 5년간 49억불 이상의 비용절감이 있을 것이라고 하여 법원에 제출한 자료는, 피고 회사내부에서 기업결합 승인을 받기 위해 이사회가 소집되었던 1996년 9월 두 명의 이사들에게 보고된 내용 보다 거의 500%를 초과하고 있다. 법원에 제출된 비용절감주장은 또한 피고들의 주총 위임장이나, 증권거래소에 제출된 서류, 혹은 피고측의 투자은행이 제출한 “공정성 의견서” 등에 언급된 것보다도 훨씬 높다.

법원은 또한, 피고가 제출한 50억 불의 비용절감 계획이 상당부분 입증될 수 있는 성격이 아니며, 적어도 피고들이 입증에 필요한 필요서류들을 제출하지 못하였다고 판단한다. 이러한 사례의 하나가, 비용절감을 계획한 상품 및 서비스 부류로부터 실제 비용절감된 것으로 측정된

액수이다. 이 액수는 5억5천3백만불로서 당초 피고들이 기업결합으로 획득할 것으로 예상했던 총 비용절감액 가운데 약 10%정도에 해당하는 액수이다. 모든 자원이나 상품 및 용역의 비용 절감에 대한 계산이 효율성분석과정에 포함되지 않는다는 점은 피고도 인정하였다. 더욱이 피고는 비용절감을 산출하는데 사용되는 기법을 설명하지 못하였다. 마찬가지로 8억8천3백만불로서 총 비용절감액 중 17%를 차지하는 것으로 예측된 유통비용절감계획에 대해서도 의견이 제기된다. 피고들은, 당해 기업결합으로부터 얻어지는 효율성을 이유로 혹은 FTC의 증거는 당해 기업결합의 잠재적 효과에 대해 부정확한 예측을 내놓고 있다는 것을 들어서, 당해 기업결합이 경쟁을 실질적으로 감소시킬 것이라는 추정을 반박하고 있다. 그러나 위의 증거들을 근거로 하여 판단할 때, 법원은 피고들이 그러한 논리적으로 반박했다고 볼 수가 없다. 따라서 법원에게는 형평성의 균형이 유일하게 남은 문제가 된다.

5. 법원의 결론

Staples와 Office Depot이 그간 소비자들에게 가져다준 부인할 수 없는 이익의 관점에서 보면, 법원이 본 사건에서 내려야만 하는 결정에 이르게 된 것은 유감이다. 본 판결은 당해 기업결합을 거의 사장시키게 될 것이다. 법원은, 피고들이 일정 정도 자신의 성공 때문에, 그리고 그들이 소비자들에게 가져다 준 이익 때문에 현재 처벌을 받고 있는 중이라고 느껴진다. 피고들은 사실상 자승자박의 과오를 범하였다. 법원은 더욱이 본 사건이 초래할 광범위한 결과를 우려한다. 대형판매점이나 혹은 대형사무용품점은 분명 최근의 현상이며 사무용품에만 국한된 것도 분명 아니다. 오늘날 미국에는 애완용품, 가정 및 정원용품, 침실, 욕실 및 주방용품, 완구류, 음악, 서적, 그리고 전자제품 등의 영역을 포괄하는 많은 형태의 대형판매점들이 성행하고 있다. 본 사건이 FTC의 활동에 있어서 새로운 조류의 시작을 의미하는지는 두고 볼 일이다. 이러한 이유에서 법원은 본 사건의 판결이 엄밀히 본 사건의 사실관계에만 근거하여 내려지는 것이며, 일반적인 대형판매점이라는 상품관련시장에 대한 법원의 인식으로 해석되어서는 안될 것이다.

이상을 종합해 볼 때, FTC가 본 안에 대한 정식적인 행정심판을 거친 이후, Staples와 Office Depot간의 기업결합안의 효과가 클레이튼법 제7조에 위반하여 경쟁을 실질적으로 감소시킬 수도 있다는 점을 입증하는데 성공할 것이라는 가능성을 보여주었다고 판단된다. 또한 법원은 형평성을 교량하였으며, 그 결과 예비적 중지조치를 부여할 만하다고 판단한다. 따라서 예비적 중지명령은 공공의 이익에 부합된다고 본다. 예비적 중지명령을 위한 FTC의

조치는 승인되어야 한다.

(마) 본 건의 의의 및 주요 핵심원리

1. 본 사건의 의의

미국의 기업결합 사건에서 경쟁당국은, 전통적으로 기업결합의 결과로 발생하는 “공조적 상호작용(coordinated interaction)” 혹은 담합행위의 가능성 증가에 초점을 두고 경쟁제한성을 판단하여 왔다⁶⁵⁾. 그러나 종래의 사례와는 달리, 본 FTC v. Staples사건에서는 “일방적인 가격효과(unilateral price effects)”의 잠재성이 초점으로 부각되었다. 기업결합의 일방적 효과는 1992년 미 법무부 합병가이드라인 개정을 통해 처음으로 동 가이드라인에 명문화된 고려요소로서, Staples사건은 법무부 가이드라인에 따라 기업결합의 일방적 효과를 분석한 최초의 사례라고 할 수 있다. 이 밖에도 본 건은 미국의 기업결합규제 연혁에 있어서 몇 가지 중요한 의미를 가진다. 먼저, 1997년에 가이드라인의 효율성항변 항목이 개정된 이후 제기된 첫 번째 사건이라는 점, 본 건에서 양 당사자들이 결합기업의 가격예측을 상당부분 계량적 분석에 의존하였다는 점, 그리고 FTC의 전문 경제학자들이 결합이 사무용품가격에 미치는 잠재적 효과를 도출해 내기 위한 추가적 고려요소로서 주식시장자료를 통한 사례연구분석을 활용했다는 점 등이 특이점이라고 할 수 있다. 이 가운데 이하에서는 본 건에서 처음 제기된 일방적 효과분석에 대한 이론을 조망한다.

2. 미 법무부 가이드라인 상의 경쟁제한성 분석방과 본 건에의 적용

2.1. 미 법무부 가이드라인은 기업결합의 부정적 효과의 유형을 두 가지로 분류해 놓고 있다⁶⁶⁾.

그 하나는 FTC에 의해 전통적으로 강조되어 온 이른바 ‘공조적 상호작용’이다. 이는 “오로지 다른 사업자들과의 우호적인 상호작용의 결과로서만 서로에게 이득이 되는 사업자군에 의해 행해지는 행위”라고 정의될 수 있다⁶⁷⁾. 기업결합은, 동종상품시장에서 모든 사업자들이 매우 유사한 가격을 부과할 수밖에 없는 경우에 문제되는 공조적 상호작용을 촉진시킬 수 있다.

과점시장에 있어서 각 사업자들은 가격을 낮출 경우 다른 사업자들이 동일하게 반응하므

65) Frederick R. Warren-Boulton, Serdar Dalkir, UNILATERAL PRICE EFFECTS: STAPLES AND OFFICE DEPOT, The M & A Lawyer, (June, 1998).

66) 미 법무부 합병가이드라인 제2조 참조.

67) *Id.* at 18.

로써, 사업자들의 점유율과 가격을 유지할 것이라는 점을 인식하게 된다. 본질적으로 사업자들은 공존공영(live-and-let-live)의 태도 즉, 치열한 경쟁보다는 가급적 상호협조하에 보다 높은 가격이 유지되는 상태를 선호한다. 다른 조건이 동일하다면, 시장의 집중도가 높을수록, 이와 같은 공존공영의 태도의 추구가가능성은 더욱 커지는 경향이 있다.

두 번째 유형은, 본 Staples 사건에서 FTC에 의해 처음 적용된 ‘일방적 가격효과’이다. 일방적 가격효과는, 서로 결합하는 기업들에 의해 제공되는 상품이나 서비스가 다른 공급자들에 대해서 보다 훨씬 더 밀접한 대체관계에 있는 경우에 문제된다. 그와 같은 밀접한 경쟁자들간의 결합은, 다른 기업으로부터의 경쟁이 잔존하는 상태에서조차도 가격인상을 초래할 수가 있다⁶⁸⁾. 특히 이점에서 일방적 효과는 기업결합으로 인해 반드시 독점이나 시장지배적 상태가 초래될 것을 의미하는 것은 아니라고 할 수 있다.

한편, 공조적 상호작용의 개연성을 분석하기 위해 경쟁당국은 전통적으로, “가상적인 독점자가 소폭이지만 지속적인 가격인상을 부과할 수 있는 최소한의 시장을 확정한다⁶⁹⁾. 그 다음으로 경쟁당국은, HHI지수의 변화로부터 기업결합이 상호작용의 증가로 인하여 가격에 미치는 잠재적 효과를 추론한다. 반면 일방적인 가격효과 분석에서는, 기업결합과 관련 가격효과를 직접적으로 측정함을 통하여 반경쟁적인 폐해의 가능성을 평가하게 된다.

2.2. Staples사건에서는 FTC가 제시한 가장 핵심적인 전제는, “대형 사무용품전문매장을 통한 소모성 사무용품의 판매”가 하나의 개별적인 상품시장을 구성한다는 것이었다. 즉 소비자가 느끼는 편의라는 측면에서 일반 사무용품소매점이나 통신판매업자들이 제공하는 상품과는 근본적으로 차이가 있다는 것이다. 또한 여러 경로를 통해 수집된 증거자료들에 비추어 볼 때, Staples가 Office Depot와 함께 경쟁하는 지역에서 Staples가 부과하는 사무용품가격이 단독으로 영업하는 지역에서의 가격보다 높으며, 여타 사무용품 판매업자들과의 경쟁은 이들에게 별 영향을 미치지 못하였다는 사실을 보여주고 있다. FTC는 이를 종합하여, 기업결합안이 상당한 가격인상을 유발할 가능성이 있다고 예측하였다. 이와 같은 FTC의 분석방법은 기업결합의 결과 사업자간의 반경쟁적 공조행위의 가능성이 아니라, 다른 사업자와는 관계없이 결합기업이 경쟁수준이상으로 가격을 인상할 능력이 어느 정도 증가했는지에 초점을 둔 평가방법이라고 할 수 있다. FTC의 분석은 법원에서도 동일하게 받아들여졌는바, 이 점이 Staples 사건에서 법무부의 가이드라인에 따른 기업결합의 일방적 가격효과분석이 행해진 부분이라고 할 수 있다.

68) *Id.* at 23.

69) *Id.* at 10.

(바) 심결사례간의 비교와 향후 심결에의 시사점

기업결합의 경쟁제한성을 사업자의 일방적인 행위와 다른 사업자와의 공조행위의 양 측면을 분석하는 방식이 사실 새로운 것은 아니다. 독일이나 EU⁷⁰⁾는 물론 한국의 경우도 공정거래법이나 기업결합심사기준상으로도 기업결합의 일방적 효과와 공조적 효과가 이미 모두 포섭되어 있다⁷¹⁾. 즉 기업결합심사기준에는 수평적 기업결합의 경쟁제한성 판단을 위하여 종합적으로 고려해야 하는 고려요소들 가운데 시장의 집중상황과 아울러 경쟁사업자간의 공동행위가능성이 포함되어 있다⁷²⁾.

다만 미국 법무부의 기업결합가이드라인에서 1992년에 일방적 효과에 대한 분석이 신규도입되고, Staples사건에서 처음 적용된 것은 미국의 일반적인 시장상황과 기업결합이 초래할 수 있는 시장상태에 다소 차이가 있기 때문이라고 하겠다.

즉 우리와 같이 대부분의 시장이 과점화된 상태의 경제구조에서는 기업결합이 초래하는 시장상황이 사실상 독점적인 경우가 많고 따라서 시장집중상황에 대한 검토 필요성이 우선적으로 제기되는데 반해서, 대다수 시장이 상당부분 경쟁구조하에 있는 미국의 경우에는 기업결합으로 인해 경쟁상태에서 과점적인 상태로 전환될 우려와 그로 인해 사업자들간의 공조적 상호작용 내지 공동행위의 가능성이 제고되는 것을 방지하는 차원에서 기업결합규제가 행해져왔다고 해석된다. 따라서 경쟁제한성 판단의 범위문제에 대해서는 실질적으로 차이가 없다고 하겠다.

다만 본 Staples사건에서의 적용사례를 통해 고려해 볼 수 있는 시사점은 미 법무부 가이드라인의 규제방식이 일방적 가격효과와 공조적 상호작용에 대한 심사방법을 달리하고 있다는 점이다. 우선 공조적 상호작용(coordinated interaction)에 대하여 FTC나 미 법무부는 합병가이드라인에 따라, HHI지수의 변화로부터 기업결합이 상호작용의 증가로 인하여 가격에 미치는 잠재적 효과를 추론한다. 반면 일방적인 가격효과(unilateral price effects) 분석에서는, 기업결합과 관련 가격효과를 직접적으로 측정함을 통하여 반경쟁적인 폐해의 가능성을 평가하

70) 가령 EU의 Nestle와 Perrier간 기업결합(Case No. IV/M.190 - Nestle/Perrier)의 사례에서도 생수시장 1위 사업자가 2위 사업자를 인수하면서 3위 사업자에게 사업단위를 양도하겠다는 의사를 표했다. 이로 인해 결합기업이 양도하는 경우에는 시장이 복잡해지고, 양도하지 않는 경우에는 독점이 되는 상황이 발생하였는데, 이에 대해 경쟁당국은 이 둘 중 어느 경우이든 공동체와의 양립가능성이 없다고 보았다. 따라서 이 사건에서 있어서 독점적 상황과 과점상황이 모두 고려되었다.

71) 앞서 살펴 본 (2)-1 에스케이텔레콤의 기업결합제한규정 위반사건 (공정위 의결 2000. 5. 16, 2000기결0129)에서도 본 사건에서도 일방적 효과와 공조적 효과를 모두 분석하고 있다.

72) 기업결합심사기준(공정거래위원회 고시 제1999-2호), VII, 1, 가목, 라목.

게 된다. 즉 수평적 기업결합이라고 하더라도 일방적 가격효과분석에서는 시장의 구조를 전제하지 않고도 직접적인 가격효과에 대한 측정을 통해 경쟁제한성이 판단이 가능하다. 시장이나 상품의 성격에 따라서 기업결합후의 시장점유율증가 기준에 미치지 못하더라도 결합기업이 다른 사업자들을 우려하지 않고 일방적으로 가격을 책정할 수 있는 상황은 얼마든지 존재할 수 있다. 본 Staples사건의 경우에도 Staples와 Office Depot사의 시장점유율은 높게 나타났다는 점 이외에도, 양사가 다른 경쟁업자들이 존재함에도 불구하고 이들을 인식하지 않고 가격을 인상시킬 수 있었던 시장상황과 상품의 특수성을 집중적으로 고려하였음을 볼 수 있다. 본 건에서 제기된 바와 같은 시장상황과 상품의 특수성 및 그에 따른 일방적 가격효과의 가능성을 우리의 기업결합경쟁제한성 판단에서도 별도의 고려요소로서 감안해 볼 만 하다.

에스케이 텔레콤과 신세기 이동통신간의 기업결합사건에서 경쟁제한성을 단순히 요금인하 지연가능성 등으로 언급하였으나 Staples 사건의 경우처럼 지역적 가격차별화에 관한 분석을 통해 가격인상 가능성 예측등 계량적인 분석이 있었다면 설득력이 더 있었을 것으로 생각된다.

(5) Nestle와 Perrier의 기업결합

92/553/EEC: 1992년 7월 22일의 규칙 No. 4064/89와 관련된 유럽위원회 결정(Case No IV/M.190 - Nestle/Perrier)

(가) 사건의 개요

1. 사실관계

1992년 1월 30일 Nestle SA(이하 Nestle라 한다)는 BSN과 “Nestle가 Source Perrier SA(이하 Perrier라 한다)의 경영권을 취득할 경우에, Perrier의 Volvic 생수를 BSN에게 매도한다”는 내용의 계약을 체결하고, 이어서 1992년 2월 25일 Nestle는 Perrier에 대한 공개매수를 발표하였다.

1992년 3월 17일 위원회는 기업결합규칙(No 4064/89) 제7조 제2항에 의거하여 기업결합의 이행을 유보시키는 결정을 하였고, 따라서 Nestle는 Perrier의 주식의 대부분을 매수하였음에도, 동 규칙 제7조 제3항에 의하여 의결권을 행사하지 못하는 상황에 있게 되었다.

1992년 3월 25일의 결정에서 위원회는 당해 기업결합이 공동체시장과의 양립가능성에 대

한 심각한 의문을 야기하고 있다고 판단하였으며, 동 규칙 제6조 제1항 c목에 의한 절차를 개시하였다.⁷³⁾

2. 시장의 상황

Nestle는 식품의 제조와 판매에 종사하는 회사로서 스위스에서 상장되었으며, 세계시장에서 280억 ECU 이상의 매출액을 기록하고 있었고, Perrier는 병입(bottling)생수의 제조와 유통에 주로 종사하여온 프랑스 회사로서 세계시장에서 20억 ECU 이상의 매출고를 올리고 있었다.⁷⁴⁾

생수는 그 성분과 품질에 관한 법정 요건을 충족하고 주관부서의 승인을 얻을 것으로 요건으로 하는 광천수(mineral water)와 역시 주관부서의 승인을 요하는 광천수가 아닌 일반생수(spring water)로 나뉜다. 광천수는 다시 가스가 함유된 탄산광천수(sparkling mineral water)와 일반광천수(still mineral water)로 나뉜다. Nestle의 생수사업은 Vittel 등의 브랜드로 프랑스(1991년 매출: 15억6천4백만 프랑, 9억1천6백만 리터)와 독일(1991년 매출: 1억9천6백만 마르크, 4억6천8백만 리터)을 주된 대상으로 하고 있으며, Perrier는 생수사업은 Contrex, Volvic, Perrier, Saint-Yorre 및 Vichy 등의 브랜드로 주로 프랑스에 한정되어 행하여지고 있었다(1991년 매출: 40억1천4백만 프랑, 18억8천5백만 리터). 품목별로 보면, Nestle는 보통광천수 시장에서 Perrier는 일반광천수와 탄산광천수 분야에서 활동하였으며, 양사 모두 프랑스에 있는 수원(水源)에서 다른 나라로 생수를 수출하고 있었다. 한편 프랑스 생수시장에서 제3위의 공급업자는 BSN이었다.⁷⁵⁾

(나) 당사자 주장

Perrier를 인수하고자 한 Nestle는 당해 기업결합에 대하여 위원회에서 파악한 시장획정에 문제가 있음을 지적하면서, 위원회의 견해보다 넓은 범위에서 시장획정이 이루어져야 한다고 주장하였다.

당해 기업결합이 공동체시장과 양립 가능하다고 보았으며, 공동체차원에서의 규제가 타당하지 않다고 주장하였다.

73) Case No IV/M.190, Rn. 1-3.

74) Case No IV/M.190, Rn. 5-6.

75) Case No IV/M.190, Rn. 7.

(다) 법적 쟁점

Nestle의 주장에서 드러나듯이, 당해 기업결합 사건에서의 쟁점은 기업결합에 대한 심사의 전제에 해당하는 시장획정에 관한 것과 당해 기업결합이 공동체시장과 양립가능한지에 관한 것이었다.

이하에서는 두 문제를 중심으로 하여 당해 기업결합과 관련하여 위원회에서 다루어졌던 문제들을 살펴보기로 한다.

(라) 쟁점에 대한 유럽위원회의 판단

1. 관련시장의 획정

1.1 상품별 관련시장의 획정

(1) 생수와 소프트음료와의 구별

Nestle는 모든 음료는 소비자의 갈증 해소를 기본적인 기능으로 하고 있다는 점을 근거로 하여 관련시장이 병입생수와 소프트음료를 포괄한 비알코올 청량음료시장으로 획정되어야 한다고 주장하였다. 위원회는 기능성만으로 대체성을 판단하는 것에는 한계가 있다고 보고, 다양한 요소들을 수요측면과 공급측면으로 나누어 고찰하였다.

우선 수요측면에서 생수는 천연상품으로서 순수함, 청결함, 오염되지 않았다는 점 그리고 건강의 증진과 관련되어 있다는 점등의 이미지로써 소비자에게 구매되고 소비되고 있었다. 반면 소프트음료는 대개의 경우 수돗물에 향료나 설탕 등의 첨가제가 가미되어 갈증 해소와 아울러 미각을 충족시키는 역할을 하였다. 따라서 생수는 가정에서 대량으로 일용에 제공되어진 반면, 소프트음료는 보다 불규칙하게 소비되었다. 이러한 구매 동기와 소비패턴에서의 차이는 생수와 소프트음료사이의 낮은 교차탄력성으로 나타났고, 소매상들의 관행도 양자를 별개의 시장에 속하는 상품으로 보았던 것으로 나타나고 있다.⁷⁶⁾

다음 공급측면에 있어서 생수산업에서의 중요한 특성으로 지적될 수 있는 것은 일반생수와 광천수의 생산에 관계당국의 허가가 요구되고 있다는 점이었다. 또한 생수는 수원에서 병입되어야 하며, 그 수원에 연결된 브랜드 하에서만 유통될 수 있다. 이러한 조건은 생수산업의 진입장벽의 역할을 하며, 실제로 그 동안 생수시장으로의 소프트음료 제조업자의 진입은

76) Case No IV/M.190, Rn. 10-14.

없었다. 나아가 양 산업은 가격책정이나 할인정책에 있어서도 독자적인 전략으로 임하고 있으며, 상호간에 영향을 미치고 있다는 자료는 나타나지 않고 있다. 이러한 생산과 마케팅에서의 제약에 의하여 소프트음료나 맥주 제조업자가 생수산업에 진출하는 것은 불가능하지만, Nestle는 이들 제조업자들이 정수된 수돗물로써 생수시장에 진출할 수 있는 가능성을 갖고 있다고 주장하였다. 이에 대하여 위원회는 소비자가 생수와 정수된 수돗물을 동일시한다는 것을 뒷받침하는 증거는 제시되지 않고 있다는 점을 들어 부정적으로 보았다. 종합적으로 볼 때, 1990년까지 생수시장의 수요는 증가하고 시장 규모는 상당한 정도로 확대되었으며, 가격은 지속적으로 인상되어 온 반면에, 소프트음료 시장에서는 실질적인 가격인하가 계속되었다. 그럼에도 불구하고, 소프트음료나 맥주 사업자가 생수시장에 진출한 예는 아직 없으며, 이는 이러한 진출의 채산성에 대하여 이들 사업자들이 회의적으로 보고 있다는 것을 반증하는 것이다.⁷⁷⁾

위원회는 이상의 논거에 기초하여 생수시장과 소프트음료 시장은 별개의 시장으로 확정되어야 한다고 판단하였다.⁷⁸⁾

(2) 생수시장 내부에서의 획정

일부 수요요소들은 탄산광천수와 향이 첨가된 광천수(착향광천수)가 관련상품시장으로부터 배제될 수 있음을 보여주고 있다. 특히 탄산 및 착향광천수는 일반생수에 비교하여, 물리적 성질, 맛, 용도, 소비되는 양 및 가격수준 등에 차이가 있으며, 관련기업들도 탄산 및 착향광천수를 포장, 마케팅 및 가격 등의 측면에서 소프트음료에 가까운 것으로 취급하여 왔다. 따라서 탄산 및 착향광천수는 별개의 상품을 구성하는 것으로 볼 수 있다.

그러나 대부분의 생수사업자들은 탄산광천수를 그리고 보다 더 적은 비율로 착향광천수를 판매하고 있으며, 또한 기술적 관점에서 일반광천수에서 탄산 및 착향광천수로의 전환은 용이하게 이루어질 수 있다는 점에서, 탄산 및 착향광천수를 관련시장으로부터 배제하는 것이 정당화될 수 없는 측면도 있다.

위원회는 이와 같은 상반되는 상황을 모두 고려함으로써, 생수시장 내부를 어떻게 획정할 것인지에 관한 입장을 표명하지는 않았다. 즉 관련시장의 범위에서 이들을 제외하는지 여부가 당해 기업결합에 대한 평가에 영향을 미치지 않는다고 함으로써, 명확한 시장획정을 유보하였다.

1.2. 지역적 관련시장

77) Case No IV/M.190, Rn. 15-18.

78) Case No IV/M.190, Rn. 19.

(1) 개요

위원회가 관련지역시장을 프랑스로 확장한 것에 대하여, Nestle는 지리적 관련시장을 확장함에 있어서 수출가능성에 대한 고려를 요구하였으며, 특히 벨기에와 일부 독일지역이 관련시장에 포함되어야 한다고 주장하였다. 특히 이들 지역에서 프랑스로의 병행수입의 가능성을 언급하였으며, 이는 그 위협만으로도 프랑스에서의 지배적 지위에 영향을 미칠 수 있다는 점을 지적하였다.

(2) 공동체내에서의 생수시장의 경쟁상황

생수시장에서의 수요는 회원국별로 상이한 특성을 가지고 있으며, 소비 차원에서의 교역량은 무시할 만한 양이었다. 특히 공급은 대부분의 회원국에 있어서 매우 분산되어 있었고, 프랑스 공급업자에 대응할만한 주요기업이 존재하지 않았다.⁷⁹⁾

(3) 프랑스의 수출과 병행수입의 위협

생수는 병으로 판매되고 또한 양이 많은 상품이므로, 운송비의 영향을 많이 받는다. 따라서 마진이 높더라도 병행수입업자가 여러 회원국들을 통하여 상당한 수익을 올리기에 충분한 양을 운반할 가능성은 희박하다.⁸⁰⁾

(4) 프랑스시장의 진입장벽

프랑스 생수시장에서는 관세나 법적 교역장벽이 존재하지 않았음에도 불구하고, 프랑스로의 생수의 수입은 무시할 만한 수준이었으며(전체 프랑스 소비의 1-2%), 증가할 추세를 보이지 않고 있다. 이는 다른 한편으로 강력한 진입장벽의 존재를 의미하는 것이다.

먼저 유통방식과 배급에의 접근의 측면에서 프랑스 사업자들이 외국의 경쟁사업자들에 대하여 유리한 위치에 있었다. 또한 프랑스 생수시장에서는 Nestle, Perrier, BSN 등의 3대 공급업자들은 수년간 계속된 다량의 광고를 통하여 높은 브랜드 이미지를 유지하고 있었으며, 이러한 상황에서 새로운 브랜드의 창조에는 막대한 시간과 비용을 필요로 하는 것이었으며, 이는 결국 진입에 대한 상당한 장애가 되었다. 그 밖에 3대 업체가 가액 기준으로 82%의 시장점유를 하고 있는 프랑스 생수시장의 높은 집중도 역시 신규진입과 관련한 위험부담을 높이는 진입장벽으로서 평가되었다.⁸¹⁾

79) Case No IV/M.190, Rn. 23-27.

80) Case No IV/M.190, Rn. 28.

81) Case No IV/M.190, Rn. 29-34.

(5) 소결

위원회는 이상의 요소들을 검토하여 최종적으로 관련지역시장을 프랑스로 확정하였다.⁸²⁾

2. 공동체시장과의 양립가능성

2.1. 심사 내용

(1) 시장점유율

위원회는 우선 전국적으로 유통되는 광천수와 일반생수 사이에는 투자비용과 광고·마케팅 등에 차이가 크고, 따라서 상품간의 가격차이가 존재하므로, 가액기준이 좀 더 명확한 시장에서의 위치를 판단할 수 있게 한다는 점에 근거하여, 수량기준이 아닌 가액기준으로 시장 점유율을 판단하였다.

Nestle가 제시한 자료에 의하면, 합병전 3대 생수제조업자의 프랑스시장에서의 시장점유율은 82.3%였고, 지역에 제한된 다수의 공급업자들이 17.7%를 차지하고 있었다. 이와 같이 이미 고도로 집중된 시장이지만, 합병 후에는 단지 두 사업자에 의하여 가액기준으로 82%, 수량기준으로 75% 그리고 일반광천수시장에서는 90% 이상의 시장점유율을 보이게 될 것으로 예상되며, 따라서 집중은 더욱 가중될 것이다.⁸³⁾

(2) 생수 생산능력

Nestle는 3대 생수제조업자가 최대생산능력에 근접해서 조업을 하고 있기 때문에, 시장의 성장세로 보아 현재의 시장점유율이 유지될 수 없을 것이라고 항변하였다. 이에 대하여 위원회는 생수 水源의 상당수를 두 공급업자들이 보유하게 되며, 이는 연간 5%의 시장 확대를 충분히 부담할 수 있을 것으로 예상하면서, Nestle의 주장을 반박하였다. 특히 기업결합 후에 어떠한 지역적 공급업자들도 이들 전국적인 생수 공급업자들에게 대항할 수 있는 고급질의 수원에 접근하기는 어려울 것으로 판단하였다.⁸⁴⁾

(3) 가격 측면

기업결합 전에 이미 고집중화 된 시장구조 하에서 생수시장의 가격은 병행적인(parallel) 방식으로 책정되었다. 또한 낮은 수요탄력성에 근거하여 높은 초과이윤이 보장된 수준에서

82) Case No IV/M.190, Rn. 21.

83) Case No IV/M.190, Rn. 40-48.

84) Case No IV/M.190, Rn. 49-56.

가격이 결정되어 왔으며, 위원회는 이러한 상황이 기업결합이 이루어짐으로써 시장에서의 가격 움직임이 투명하게 되는 상황에 의하여 더욱 심화될 것으로 판단하였다.⁸⁵⁾

(4) 규모의 경제의 문제

위원회는 생수가 水源에서 병입되어야 하며, 따라서 복수의 곳에서 공정이 이루어져야 하는 특성 때문에, 기업결합에 따른 규모의 경제의 이익은 기대하기 어렵다고 보았다.⁸⁶⁾

(5) 지역 생수공급업자들의 경쟁력

위원회는 지역 생수공급업자들이 비록 성장하고 있다 할지라도, 전국적 생수 공급업자들이 갖고 있는 브랜드의 우위와 고급 수원지에의 접근가능성의 어려움 때문에, 지역 생수공급업자들이 전국적 생수공급업자들에 대한 경쟁력이 일정 기간 안에 갖추어지기는 어렵다고 보았다.⁸⁷⁾

(6) 수요자의 구매력

Nestle는 대형 소매상들에 의하여 전국적인 생수공급업자들의 시장지배력은 제한될 것이라고 주장하였다. 그러나 위원회는 생수를 취급하는 소매업자는 최대 15% 이하의 점유율을 보이고 있는 다수의 사업자들로 구성되어 있고, 기업결합 이후에 두 개의 전국 생수공급업자들의 영향력은 오히려 증가할 것이라고 판단하였다.⁸⁸⁾

(7) 잠재적 경쟁의 문제

위원회는 잠재적 경쟁에 대하여 기업결합 후의 전국적 공급업자들의 시장력을 제한할 수 있는 경쟁법적으로 의미있고 효과적인 진입이 가능하고 그러한 개연성이 있는지 여부에 대해 심사하여야 한다고 보았다. 즉 단지 새로운 지역적 공급업자나 외국 기업이 생수시장에 진입할 수 있는지 여부가 아니라, 그들이 진입할 개연성 여부 그리고 그들이 가격인상을 신속하고 효과적으로 억제하거나 경쟁시의 균형가격을 초과하는 가격의 유지를 방지할 만한 수량과 가격으로 진입할지 여부, 나아가 진입이 관련기업들의 시장력 남용을 저지하기에 충분한 짧은 기간 내에 이루어질 수 있는지에 대하여 심사가 이루어져야 한다고 보았다.

85) Case No IV/M.190, Rn. 57-62.

86) Case No IV/M.190, Rn. 63.

87) Case No IV/M.190, Rn. 64-76.

88) Case No IV/M.190, Rn. 77-89.

당해 사안에 대하여 위원회는 우선 프랑스 생수시장이 1990년대 들어서 고집중된 구조 하에 안정적으로 되었으며, 확고하게 자리잡은 리베이트 관행, 높은 브랜드의 위에 따른 신규 진입상 광고비용 등의 증대 등에 의하여 진입에는 많은 어려움이 따를 것으로 판단하였다. 또한 외국 사업자들에게 의한 시장진입이 거의 성공하지 못한 과거의 경험과 현재 이러한 계획을 갖고 있는 사업자가 나타나지 않고 있다는 점을 들어 잠재적 경쟁의 가능성을 긍정하지 않았다.⁸⁹⁾

2.2. 소결 - 유효경쟁의 유지 및 발전에 미치는 영향

이상의 심사를 통하여 위원회는 당해 기업결합이 유효경쟁의 유지 및 발전에 영향을 미칠 것으로 판단하였다. 한편 구체적인 판단과정은 기업결합 후 Nestle와 BSN의 사전 계약에 따라서 Volvic이 BSN에 양도될 경우와 그렇지 않은 경우로 나누어 전개되었다.

위원회는 Volvic이 BSN에 양도되지 않을 경우에 단일 사업자가 지배하는 독점적 시장구조로 전환될 것으로 예상하였으며, 이때 유효경쟁의 유지 및 발전이 제한될 것으로 판단하였다.⁹⁰⁾

Volvic이 BSN에 양도된다면, 과점적 시장구조, 특히 복점적 구조로 전환될 것인데, 이 경우도 공동체 시장의 본질적 부분에 있어서 유효경쟁을 상당히 제한하는 것으로 볼 수 있는 지가 다투어졌다. 위원회는 과점시장구조가 기업결합규칙 제2조 제3항의 적용에서 배제되는 것은 아니며, 과점적 시장구조에 대한 명문의 규정이 없다 하더라도, 이러한 적용이 범명확성 원칙에 반하는 것은 아니라고 보았다.⁹¹⁾

결론적으로 위원회는 Volvic의 양도가 이루어지든 아니든 간에 당해 기업결합이 유효경쟁의 유지 및 발전을 제한한다는 점을 인정하였다.

3. 사건의 경과

이후 Nestle는 유력한 경쟁자에게 브랜드와 함께 연간 30억 리터의 병입생수 생산능력을 매각할 계획안을 위원회에 제출하였다. 위원회는 이러한 계획이 기업결합 후의 지배적 지위를 방지하기에 충분한 것으로 보고, Nestle가 제안한 기간 내에 자산의 매각이 이루어지지 않거나 Nestle가 승인한 기타 의무가 이행되지 않는 경우에는 위원회가 기업결합규칙 제8조 제5항에 의하여 제안된 수정안을 승인한 결정을 취소할 권한과 Nestle에게 Perrier에 관한 모

89) Case No IV/M.190, Rn. 90-107.

90) Case No IV/M.190, Rn. 132-134.

91) Case No IV/M.190, Rn. 110-131.

든 자산과 권리를 포기하도록 할 권한과 그 결과 제8조 제4항에 규정에 따라서 유효경쟁의 조건을 회복시키기 위하여 Nestle와 Perrier가 완전히 분리되도록 요구할 권한을 유보하였다.⁹²⁾

이러한 조건하에 위원회는 1992년 2월 25일 Nestle에 의하여 신고된 Perrier와의 기업결합이 공동체 시장과 양립함을 선언하였다.

(마) 국내사례와 외국사례의 비교

1. 개관

우리 독점규제법은 제7조 제1항 본문에서 “누구든지 직접 또는 대통령령이 정하는 특수한 관계에 있는 자를 통하여 다음 각호의 1에 해당하는 행위로서 일정한 거래관계에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위를 하여서는 아니 된다”라고 규정함으로써, 기업결합을 규제하고 있다.

EU에서는 기업결합규칙(No 4064/89)에 의하여 기업결합을 규제하고 있으며, 대체적인 방향은 유사하지만, 몇 가지 점에 있어서 우리의 기업결합규제와 차이가 있다. 우선 EU에 있어서 기업결합규제는 모든 기업결합을 대상으로 하는 것이 아니라, 공동체에 있어서 의미 있는 기업결합을 대상으로 하며, 그 기준은 기업결합규칙 제1조 2항에서 정하고 있다. 그에 따르면, 공동체에 있어서 의미 있는 기업결합이 되기 위해서는 기업결합에 참가한 사업자의 세계 시장에서의 매출액이 50억 회계단위(ECU)를 초과하고, 또한 참가사업자 중 2 이상의 사업자가 한 회원국에서 공동체시장에서의 총 매출액의 3분의2를 초과하지 않는 한도에서 각각 공동체시장에서의 매출액 합계가 2억5천만 ECU를 초과하여야 한다. 또한 기업결합의 규제기준이 우리 독점규제법에서 규정하고 있는 경쟁의 실질적 제한성이 아니라 공동체시장과의 양립가능성이라는 점에서도 차이가 있다.

또한 규제기관의 실무에서도 차이점이 존재하며, 이하에서는 위에서 본 Nestle-Perrier 기업결합 사건에서 쟁점이 되었던 문제들을 중심으로 이를 검토하기로 한다.

2. 관련시장의 확정

우리 독점규제법상 기업결합을 규제함에 있어서 관련시장의 확정은 필수적인 전제에 해

92) Case No IV/M.190, Rn. 136-138.

당한다.⁹³⁾ 공정거래위원회의 실무에서도 관련시장의 획정은 경쟁제한성 판단의 선행하는 문제로서 다루어지고 있다. 예를 들어 질레트사의 기업결합 사건에서는 1차전지와 2차전지를 부분적으로 합하여 관련시장을 획정하였으며,⁹⁴⁾ 현대자동차(주)와 기아자동차(주)의 기업결합사건에서는 자동차시장을 승용차, 버스, 트럭의 시장으로 3분하여 경쟁제한성 판단의 기초로 삼았다.⁹⁵⁾

유럽위원회에서도 관련시장의 획정은 기업결합 규제의 전제에 해당하지만, 그 기본적인 입장에서 다른 규제와의 차별성이 노정되고 있다. 이는 시장지배적사업자의 지위남용행위와의 비교를 통해서 구체화되는데, 1997년 위원회의 시장획정에 관한 고시에 따르면 기업결합 사건에서의 초점은 필연적으로 기업결합 이후에 있어서의 결과와 중요한 변화들, 예를 들어 분배, 특허 또는 기술적 진보에 있어서의 변화의 결과와 같은 것들의 개연성 또는 가능성에 두어지는 반면에, 시장지배적사업자의 지위남용에 있어서의 초점은 특정 사업자의 과거의 행위에 두어져야 하며, 위원회는 적어도 시장이 그 기간에 걸쳐 운용되던 방식을 우선적으로 고려하여야 한다.⁹⁶⁾ 이러한 입장은 당해 기업결합 사건에서의 시장획정에서도 드러나고 있다.

우선 상품별 시장획정에 있어서 위원회는 수요측면과 공급측면을 아울러 고려하고 있다. 수요측면에서는 소비자의 구매동기, 관련 상품들의 특성, 가격변동에 대한 교차적 반응 그리고 소매상들의 동향 등이 고려되었다. 한편 공급측면에서는 법제적 상황을 포함한 제조와 마케팅의 조건, 제조업자의 가격책정의 방식 그리고 공급대체성을 고려대상으로 하고 있는데, 특히 공급대체성의 판단에 있어서 잠재적인 시장진입의 가능성 있는 사업자들까지 그 범위로 함으로써, 시장의 장래적 변화 상태를 고려하고 있는 점은 주목할 만하다. 이러한 태도는 지리적 관련시장의 획정에 있어서도 유지되고 있다.

3. 공동체시장과의 양립가능성

우리 독점규제법에서 기업결합의 위법성은 경쟁의 실질적 제한을 그 기준으로 삼고 있으며, 동법 제2조 제8조의2에서 '경쟁을 실질적으로 제한하는 행위'는 일정한 거래분야의 경쟁이 감소하여 특정 사업자 또는 사업자단체의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격·수량·품질 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태를 초래하는 행위를 말한다는 규정에 의하여, 입법적으로 정의되고 있다.

93) 권오승, 경제법, 법문사, 2002, 141면.

94) 9811기결1907.

95) 9901기결0126.

96) D. G. Goyder, EC Competition Law, Clarendon Press, 1998, 331면 참조.

EU에 있어서 기업결합규제의 유일한 기준은 공동체시장과의 양립가능성이다. 그리고 양립가능성에 대한 판단은, 당해 기업결합이 공동체시장에서 지배적 지위를 형성하거나 강화하는지 그리고 그러한 기업결합이 유효한 경쟁을 현저히 제한하는지에 의하여 이루어진다(기업결합규칙 제2조 제2항 및 제3항). 또한 그 판단을 함에 있어서, 당해 기업결합과 관련된 모든 관련시장의 구조와 공동시장의 내부 또는 외부에 존재하는 기업들에 의한 실제적 또는 잠재적 경쟁 등과 같은 사정들을 감안하여, 공동시장에 있어서 유효경쟁을 유지하고 발전시킬 필요성(기업결합규칙 제2조 제1항 제a호) 그리고 당해 사업자들의 시장에서의 지위와 경제적 재정적 능력, 공급자들과 구매자들의 선택가능성, 부품·원료 공급시장과 판매시장에의 접근, 법률상 또는 사실상의 진입제한, 관련 상품의 공급과 수요의 경향, 중간 및 최종소비자의 이해, 그리고 소비자에 기여하고 경쟁을 방해하지 않는 기술적·경제적 발전(동규칙 제2조 제1항 제b호) 등이 고려되어야 한다.

이러한 규범적 근거 하에, 유럽위원회는 i) 시장점유율, ii) 생산능력, iii) 가격의 동향, iv) 규모의 경제의 문제, v) 다른 사업자들의 경쟁력, vi) 수요자의 구매력, vii) 잠재적 경쟁의 문제, viii) 그리고 이러한 요소들의 종합적인 고려 하에 결론적으로 유효경쟁의 유지 및 발전에 미치는 영향을 심사함으로써, 최종적인 결론에 이르고 있다. 이러한 판단과정 역시 기업결합규제의 특성상 장래의 시장 변화의 예측에 근거하여 이루어지고 있다.⁹⁷⁾ 특히 우리 독점규제법에서 금지에 대한 예외사유로서 다루어지고 있는 규모의 경제와 같은 사유가⁹⁸⁾ 위법성 판단에서 종합적으로 고려되고 있는 것은 주목할 만하다.

(바) 향후 심결업무 등을 위한 시사점

1. 기업결합의 실질적 경쟁제한성 판단

Nestle-Perrier 기업결합사건은 유럽위원회에서 기업결합규칙이 제정된 이후 초기에 해당하는 사례로서 선구적인 의미를 갖는 것이며, 우리 독점규제법상 실질적 경쟁제한성을 가진 기업결합을 판단함에 있어서 중요한 시사점을 제공하고 있다.

앞에서 언급한 것처럼, 기업결합의 규제는 시장변화의 장래적 예측에 기초하여 이루어지며, 이러한 특성은 시장획정과 위법성(공동체시장과의 양립가능성) 판단에서 모두 나타나고 있다. 특히 상품별 시장획정에 있어서 공급측면의 요소가 충분히 검토되고 있고, 이 때 잠재

97) Fritz Rittner, Wettbewerbs- und Kartellrecht, C. F. Müller, 1999, 381면 이하 참조.

98) 권오승, 주 21)의 책, 219면.

적 경쟁자의 시장진입의 가능성이 고려되고 있다는 점은 시사하는 바가 크다. 이러한 기업결합 규제에 예측적 판단의 특성은 위법성 판단에 있어서도 유지되고 있다. 또한 규모의 경제 등의 효율성 제고의 요소들이 예외사유로서가 아니라 위법성 판단에서 종합적으로 고려되고 있는 점도 주목할 만한 것으로 보여진다.

2. 경쟁제한적 기업결합에 대한 시정조치의 유효성

본 건과 관련하여 또 한가지 시사점을 찾을 수 있는 부분은 반경쟁적인 기업결합의 시정을 위해 채택되는 조치들의 유효성 문제이다.

기업결합으로 인해 사업자의 독점화가 문제되는 경우, 독점금지법에서 취해질 수 있는 시정조치는 행태적 시정조치(conduct remedies)와 구조적 시정조치(structural remedies)의 두 가지의 형태가 있다. 행태적 시정조치는 곧, 행위중지명령(injunctive decrees)을 의미한다. 여기에는 당해 사업자의 행위를 금지시키는 부작위명령(thou shalt not)은 물론, 사업자에게 종전에 거절했던 행위를 시행하도록 요구하는 작위명령(thou must)도 포함된다⁹⁹⁾. 이에 비해 구조적 시정조치는 주로 해체(dissolution)나, 분리(divorcement) 혹은, 매각(divestiture)을 통해 이루어진다. 이러한 구조적 시정조치는 경쟁제한행위의 발현형태에 따라 수직적인 형태로 과해될 수도 있고 수평적인 조치로 부과될 수도 있다. 수직적인 형태의 구조적 시정조치에서는 경쟁배척의 문제를 교정하기 위해 사업자로 하여금 후방(downstream) 자회사를 처분할 것을 명하기도 한다. 수평적 형태의 구조적 시정조치는 하나의 사업자를 각기 치열한 경쟁상태에 있는 여러 가지로 구성단위별로 분해하는 조치가 취해진다.

본 건은 사업자가 기업결합의 경쟁제한적 요소를 자발적으로 수정하기 위한 방안으로서 자산을 매각하는 방식을 제의하고 경쟁당국이 이를 받아들여 조건부로 결합을 허용한 사례로서, 구조적 시정조치 가운데 주요국에서 가장 일반적으로 활용되고 있는 자산매각방식이 반영된 대표적인 경우라고 할 수 있다. 이에 비해 우리 기업결합 심결사례들에서는 가격상승 폭 제한하거나, 시장점유율 제한, 협의회 설치 등과 같은 행태적 시정조치, 그 중에서도 작위명령방식이 주로 채택되고 있는 것으로 보인다. 구조적 시정조치는 성격상 극단적인 처방인 측면이 있고 자칫 자산매각으로 인한 사회적 비용이 소비자후생보다 커질 수 있는 위험이 제기되는 방안이며 사실 각국에서 그리 빈번히 채택되는 시정조치는 아니다. 반면 행태적 시정조치는 직접적인 시정효과를 거둘 수 있다는 측면에서 자주 활용되는 방안이다. 다만 이에 대해서는 시장경쟁의 틀을 유지시키는 심판자로서의 경쟁당국의 역할을 지나치게 간접적인

99) 사업자에 대한 작위명령은 주로 사업자들간의 마케팅 행위와 관련해서 나타난다.

것으로 변질시킬 우려가 있다는 점이 제기된다. 다시 말해서 경쟁구조의 결과로서 결정되어야 할 가격이나 시장점유율을 직접적이고 인위적인 방식으로 조정한다는 것은 일면 경쟁법의 기본 이념에 부합되지 않는 측면이 있는 것이다¹⁰⁰⁾. 따라서 우리의 심결단계에 있어서도 두 가지 시정조치 유형을 균형 있게 고려할 필요가 있으며, 특히 행태적 시정조치를 부과할 경우 i) 경쟁당국에게 지나친 감독비용을 야기하거나, ii) 사업자에게 과도한 이행비용이 초래되거나, iii) 사업자들의 경쟁활동을 위축시키지 않도록¹⁰¹⁾ 하기 위해 시정조치의 개입범위와 기간을 적절히 조정해야 할 것이다.

(6) 일본석유운송주식회사사건

(가) 사건의 개요

일본석유운송주식회사는 1946년에 설립되어 일본해지역에 있는 제국석유주식회사의 원유를 운송하는 탱크화차를 보유하고 있는 유일한 운송업자로서 일본석유주식회사(이하 '일본석유'라 한다), 소화석유주식회사(이하 '소화석유'라 한다), 일본광업주식회사(이하 '일본광업'이라 한다) 등 일본해지역에 정유소를 갖고 있는 석유정제회사의 위탁을 받아, 오로지 이들 석유정제회사의 일본산 원유수송에 종사하여 왔지만, 이후 이 지역 외에 동경, 오사카, 나고야지구에서 일본석유를 비롯한 각 정제회사의 석유제품의 트럭수송업무도 담당하였다. 일본석유운송(주)의 탱크차에 의한 정제회사별 석유 및 정제품의 수송량비율은 1950년 1월부터 4월까지의 기간동안 일본석유 약 63%, 소화석유 약 17%, 일본광업 약 20%였다. 또한 일본석유는 석유 및 기타 광물의 채굴, 정제, 가공 및 운반 등을 사업목적으로 하는 자본금 15억엔의 회사이다.

발행주식 총수가 20만주이었던 일본석유운송(주)은 일본석유가 7만주, 소화석유가 2만4천주, 일본광업 및 그 관계인이 4만주, 일본석유운송(주)의 임원 및 종업원이 6만6천주를 보유하고 있었지만, 그 중 일본광업 및 소화석유 2사는 1950년 5월에 자기가 보유하는 일본석유운송(주)의 주식 전부를 일본석유운송(주)의 사장 S씨 및 종업원 8명에게 양도하였다.

(나) 법적 쟁점

우선 일본광업 및 소화석유 양사가 보유하던 일본석유운송(주)의 주식 전부를 일본석유운송

100) Antitrust Laws and Trade Regulation (2nd ed.), Ch.32.02, Remedies in Merger Case, Matthew Bender & Company, (2002) 참조.

101) *Ibid.*

(주)의 사장 등에게 양도함으로써, 일본석유의 일본석유운송(주)에 대한 지배관계가 성립되었는지가 일차적으로 문제가 되었다. 또한 이것이 인정된다면, 사적독점의 금지 및 공정취인의 확보에 관한 법률(이하 ‘사적독점금지법’이라 한다) 제10조 제1항에 규정된 기업결합의 금지에 해당하는지가 문제가 되었다. 특히 이 사례에서 나타난 수직적 기업결합의 규제가 이루어지기 위하여 어떠한 조건의 충족이 요구되는지가 본격적으로 다투어졌다.

이 외에도 일본광업 및 소화석유가 주식을 양도함에 있어서 그 대가의 지불이 약속어음 또는 차용증서의 교부를 통하여 이루어짐으로써 가장양도의 의문이 제기되었다. 따라서 이를 규제하는 사업자단체법의 위반 여부가 다투어졌으나, 이후 실제로 대가의 결제가 완료됨으로써, 사업자단체법 위반 여부는 문제가 되지 않았다.¹⁰²⁾

(다) 공정취인위원회의 판단

1. 사업지배요건

일본석유는 일본석유운송(주)의 최대주주로서 발행주식 총수의 35%를 보유하고 있었으며, 그 다음 대주주인 S는 17%의 주식을 보유하고 있었다. 위에서 본 소화석유와 일본광업의 일본석유운송(주) 주식 양도에 의하여 최대주주로서의 지위는 강화되었다. 또한 일본석유운송(주)의 전수송량비율의 63%를 점하고 있는 제일의 이용자로서 일본석유운송(주)에 대한 일본석유의 지위는 압도적이라 하지 않을 수 없다.

따라서 사업지배요건의 충족에는 의문이 없다.

2. 경쟁제한요건

사적독점금지법 제10조 제1항은 주식소유에 의한 기업결합을 “일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하게 되는 경우”에 금지하고 있다.

그런데 여기서의 기업결합은 수평적 기업결합과 대비되는 수직적 기업결합으로서, 결합한 기업의 각각의 분야에서 시장점유율의 직접적인 증가는 보이지 않는다. 따라서 수직적 결합관계에서는 어떠한 경쟁의 실질적 제한효과가 있을 것인지가 문제가 된다.

공정취인위원회는 일본석유가 전술한 것처럼 일본석유운송(주)의 최대주주이며 따라서 사업경영에 대한 발언권은 현저히 크다는 점이 인정될 수 있다고 보았다. 특히 일본석유운송

102) 일본공정위 1952. 6. 25, 동의 심결 중 주문 1.

(주)가 갖고 있는 유조차 사용의 권리는 일본광업과 소화석유에 우선하여 사용할 수 있도록 되어 있었으며, 이러한 점에 기초하여 일본석유의 일본석유운송(주)의 지배요건의 충족은 이들 3개 회사의 석유제품판매분야의 경쟁을 실질적으로 제한하는 것으로 판단하였다.

3. 결론

공정취인위원회는 피심인인 일본석유주식회사는 이 심결을 받은 때로부터 1개월 이내에 소유하는 일본석유운송주식회사의 주식 7만주 전부를 석유채굴업자 및 석유정제업자 이외의 자에게 양도하여야 하고, 그 주식의 양도를 완료했을 때에는, 그 후 14일 이내에 공정취인위원회에 대하여, 양도처 및 그 업체는 물론 양도주식의 수, 대가, 양도연월일을 기재한 보고서를 제출하여야 하는 것으로 심결하였다.¹⁰³⁾

(라) 평가 및 국내사례와의 비교

이 사례는 일본 사적독점금지법의 적용에 있어서 수직적 기업결합에 대한 선례로서의 의미를 갖는다. 물론 이 심결례를 통하여 수직적 기업결합에 대한 규제 of 구체적 기준이 명확하게 제시된 것은 아니지만, 심결례에 기초가 된 사고는 1981년 9월에 시행된 회사의 주식소유의 심사에 관한 사무처리기준(이하 '사무처리기준'이라 한다)에서 제시된 바와 같이, 수직적 기업결합의 특수한 기준으로서 '당해 시장의 봉쇄성의 정도'와 '진입장벽의 증대의 정도'로 구체화되었다.

이러한 태도는 우리 독점규제법에서도 기본적으로 유지되고 있다. 우리의 기업결합심사기준에 의하면, 우선 지배관계의 형성에 관하여 동 규칙 V. 1.에서 주식소유비율이 100분의50 미만인 경우에도 주식소유비율이 제1위에 해당하고 주식분산도로 보아 주주권 행사에 의한 회사지배가 가능한 경우 또는 피취득회사가 그 주요 원자재의 대부분을 취득회사로부터 공급받되 동 취득회사가 주요원자재의 생산에 있어서 시장지배적지위에 있는 경우에는 지배관계가 형성되는 것으로 보고 있고, 수직결합에 있어서의 핵심적인 표지로서 시장의 봉쇄효과를 들고 있으며, 동 규칙 VII. 2. 가.에서 그 구체적인 기준을 제시하고 있다.

한편 이 사건에서 시정조치로서 일본석유(주) 보유주식 7만주 모두를 제3자에게 매각토록 한 것은 경쟁제한성 문제를 해결하기 위한 구조적인 접근방식이라는 점에서 SK(주)의 (주)대한송유관공사 주식 취득사건에 있어서 정관에 경쟁제한행위금지를 규정하고 이의 이행을 감

103) 일본공정위 1952. 6. 25, 동이 심결 중 주문 2. 및 3.

시하기 위한 협의회 설치등 행태적 접근방식에 비해 보다 근원적인 시정조치라고 평가할 만하다.

(마) 시사점

일본의 공정취인위원회가 행한 이 심결례는 수직적 기업결합에 관한 최초의 심결로서, 지배관계의 형성과 수직적 기업결합에 있어서의 경쟁의 실질적 제한성 판단에 중요한 선례로서의 의미가 크다 하겠다.

3. 공동행위 관련 심결사례

(1) 동서식품(주) 및 한국네슬레(주)의 부당공동행위

(가) 사건의 개요

1. 사실 관계

동서식품은 1997.7.1부터 인스턴트커피인 “맥심”을 한국네슬레의 “테이터스 초이스”와 동일 또는 유사한 규격(180g, 100g, 155g)으로 출시하면서 가격도 동일하게 책정하였으며, 그 후 한국네슬레가 가격을 인상할 때마다 비슷한 시기 또는 동일한 날짜에 3차례에 걸쳐 동일률로 가격을 인상하였다.

또한 동서식품은 커피믹스 제품의 경우 1997년 가격인상시부터 한국네슬레 제품과 동일하게 가격을 책정한 후 1997.12, 1998.1월 2차례에 걸쳐 동일률로 가격을 인상한 사실이 있으며, 원두커피제품의 경우에는 1997.7.1 가격인상시부터 한국네슬레의 제품과 동일하게 가격을 책정한 후 1997.12, 1998.1 2차례에 걸쳐 동일률로 가격을 인상하였다.

2. 심결 및 소송

2.1. 공정거래위원회의 심결

공정위는 양사의 행위가 독점규제법 제19조 5항의 부당공동행위에 해당한다고 판단하여 시정명령과 함께 과징금을 부과하였다(공정위 의결 제98-85호(1998.5.23)). 이에 대해 양사는 이러한 합의추정이 부당하다고 주장하면서 공정거래위원회에 이의신청을 하였으나 기각되었다(공정위 의결 제98-20호(1998.8.17)).

2.2. 행정소송

양사는 공정위의 재결이 부당하다고 주장하면서 서울고등법원에 시정명령과 과징금부과 처분의 취소를 구하는 소송을 제기하였으나 패소하였다. 이에 다시 불복하여 대법원에 상고하여 승소하였다.

(나) 쟁점

이사건의 쟁점은 ① 양사간에 유사한 시기에 거의 동일한 가격으로 커피가격을 인상한 것이 경영상의 판단에 따라 독자적으로 결정된 것인가 아니면 동조적 가격인상인가, ② 양사간에 가격인상결정을 위한 (명시적 또는 묵시적으로) 의사연락이 있었는가, ③ 의사연락에 관한 입증이 불가능한 경우에 모의의 추정을 위해 어떠한 정황증거가 필요한가, ④ 합의의 추정과 과정금 산정은 어떠한 관련을 가지는가하는 4가지이다.

(다) 당사자의 주장

1. 가격인상에 대한 경영상의 합리적인 사유 유무에 대하여

양사는 경영상의 합리적인 사유가 있어 독자적으로 판단하여 가격을 인상한 것으로서 담합에 의한 것이 아니라고 주장하였다.

동서식품은 1997.7. 가격인상은 판매부진과 함께 정부규제로 인해 낮은 커피가격으로 인한 큰 폭의 영업적자를 보전하고 일정한 범위의 이익을 얻기 위한 것이었고, 1997.10의 가격인상은 국제원두가격의 인상, 1997.12 및 1998.1의 가격인상은 IMF 사태발행에 따른 환율변동에 기인한 것이라고 주장하였다. 한국네슬레는 1997.6의 최초가격인상은 국제원두가격의 급격한 인상, 뒤이은 두 차례의 가격인상은 급격한 환율변동에 기인한 것이라고 주장하였다.

2. 가격인상결정을 위한 양사간의 연락유무에 대하여

가격인상을 결정하기 위해 양사간의 의사연락을 한 사실이 없으며 양사 직원간 팩스를 주고받은 것은 합의를 추정할 수 있는 근거가 될 수 없다고 주장하였다. 그 근거로서 동서식품은 가격인상자료를 팩스로 주고받은 사원들은 모두 가격결정에 관여할 수 없는 하위직원들이고, 문제기간중 관련직원이 본사에 전보 인사된 것은 단순한 정기인사에 의한 것일 뿐 아니라 양사간 소송, 고발 등 최근 관계로 비추어 경쟁제한을 위한 합의 등이 이루어질 관계가 아니었다는 사실 등을 들고 있다.

한국네슬레는 팩스로 가격통지가 이루어질 당시 그 정보는 이미 공개된 것으로서 비밀로서의 가치가 없는바, 무가치한 가격정보교환에 불과한 것이라고 주장하였다.

3. 과징금산정의 부당성에 대하여

동서식품은 가격결정의 시기, 인상률 등이 거의 동일한 경우 합의가 추정될 수 있다면 ① 1997. 7. 1. 가격인상은 경쟁사보다 1개월 늦고 인상률이 다르며, ② 1997.10.7 가격인상은 2개월 늦으므로 그 기간은 합의가 추정되지 않으므로 1997.12.19부터 기산해야 하고, ③ 과징금은 제품별로 부과되어야 하므로 커피믹스는 경쟁사와 가격이 동일하게 된 1997.10.7부터 부과해야 하며 양 제품간 가격이 차이가 난 기간은 과징금부과기간에서 제외되어야 한다고 주장하였다.

한국네슬레는 동조적 가격병행행위와 함께 각각의 기간마다 정황증거가 있어야 합의를 추정할 수 있는데 양 제품간 가격이 차이가 난 기간은 과징금부과 기간에서 제외하여야 한다고 주장하였다.

(라) 쟁점에 대한 경쟁당국의 판단

1. 공정위의 심결(이의신청 사건)

1.1. 가격인상에 대한 경영상 합리적 사유 유무에 대하여

원두가격 및 환율이 인상된 것은 인정되나, 양사가 적용한 원두가격과 환율에 차이가 있고 기타 원가구성내역이 상이함에도 불구하고 가격이 동일하게 책정되었다면 합의 내지 암묵적 요해가 있었음이 추정된다. 당사자들은 추가인상분이 있어도 마케팅 전략에 따라 남겨두었다가 경쟁사업자들이 가격인상할 때 동일한 수준으로 인상하였다고 주장하지만, 이에 대한 납득할만한 내부검토자료 또는 시장분석자료를 제시하지 못하였다.

1.2. 가격인상결정을 위한 양사간 의사연락 유무에 대하여

합의추정에는 경쟁사간 가격정보를 주고받음으로써 가격정보가 교환된 사실 그 자체가 중요한 것이고, 팩스를 주고받은 직원의 직위는 문제되지 아니하며 또한 동서식품이 팩스수신된 가격표대로 3차례나 가격을 인상한 사실로 미루어 보건대 이는 이미 공개된 무가치한 정보를 개인적 차원에서 교환한 행위로 인정되지 않는다.

1.3. 과징금 산정의 부당성에 대하여

과징금부과에서 시기는 부당한 공동행위를 개시한 날로 볼 수 있는데, 동서식품이 가격을

인상하여 한국네슬레와 가격이 동일하게 된 최초의 시점인 1997.7.1을 시기로 인정할 수 있다. 그후 비록 시간적 간격을 두고 순차적으로 가격이 인상되어 도중에 가격차이가 있었다고 하더라도 그것은 부당한 공동행위가 진행되는 일련의 연속적인 과정으로 볼 수 있으므로 이의신청인의 주장은 받아들일 수 없다.

2. 고등법원 판결(서울고법 1999.4.28, 98누11214 판결)

2.1. 의사연락의 추정

원고들의 커피류 가격인상행위에 양자간의 합의 내지 적어도 암묵적인 요해가 있었음을 추정되어 원고들의 행위가 국내 커피시장에서 외관상 경쟁을 실질적으로 제한하는 법 제19조 제1항 소정의 가격을 결정유지 또는 변경하는 행위에 해당된다. 이러한 경우 법 제19조 5항의 규정의 의하여 원고들간에 부당한 공동행위를 할 것을 약정한 명시적인 계약이 없는 경우에도 상호의사의 연락에 의하여 부당한 공동행위를 하고 있는 것으로 추정되며, 원고들이 부당한 공동행위에 대한 책임을 면하기 위하여서는 원고들 사이에 의사의 연락이 없었음을 입증할 책임이 원고들에게 있다.

2.2. 과징금산정의 부당성

원고들의 시차적 부당한 공동행위가 그 진행에 있어 일련의 연속적인 과정으로 볼 수 있다는 점만 가지고, 품목별 가격, 매출액 규모, 시장점유율 등이 각각 다르고, 그 품목별 매출액 계산이 불가능하거나 극히 복잡하여 사실상 계산이 불가능한 경우라고 보여지지 않는 사건에서, 각 제품에 대한 동일한 가격이 형성된 각 시점들을 고려하지 않은 공정거래위원회의 과징금처분은 원고들의 위반행위의 내용과 기록상 인정되는 제반사정에 비추어 비례원칙에 위배되고 재량권을 남용하여 위법하다.

3. 대법원 판결(대판 2002.3.15, 99두6514,99두6521 병합)

3.1. 법률상 추정

공정거래법 제19조 제5항에 기하여 사업자들의 합의를 추정하기 위해서는 ‘행위의 외형상 일치’와 ‘경쟁제한성’의 입증만으로써 족한 것이지 이에 추가하여 사업자들의 합의 내지 암묵적인 양해를 추정케 할 정황 사실이 입증되어야 하는 것은 아니다. 그러나 원심은 원고들의 합의를 추정하기 위해서는 원고들의 합의 내지 암묵적 양해를 추정케 하는 정황사실의 입증

이 있어야 한다는 것을 전제하고 있으므로 법 제19조 5항에 의한 추정의 대상이나 그 추정을 위해 증명되어야 하는 간접사실의 범위에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다. 따라서 피고(공정위)가 내세우고 있는 정황사실의 존부에 대해서는 심리할 필요가 없다.

3.2. 암묵적 양해의 추정을 위한 정황사실의 검토

이 사건에서 정황사실들은 다음과 같은 이유로 원고들간의 합의 내지 암묵적인 양해를 추정하기에는 부족한 것이다. ① 과점시장에서는 경쟁사업자의 가격을 모방하는 것이 일반적이므로 경쟁상품의 가격이 동일·유사하다는 사실만으로 사업자들의 합의 내지 암묵적 양해를 추정하기에는 부족하다. ② 사실관계에 의하면 원고 동서식품은 가격선도자인 한국네슬레의 가격을 단순히 추종하고 있기 때문에 인상폭을 정하기 위한 별도의 내부검토자료나 시장분석자료의 작성필요성이 없어 이러한 자료를 경쟁당국에 제출하지 못하고 있다. 따라서 가격 인상 자료를 제출하지 못하고 있다는 사실로써 원고들간의 합의 내지 암묵적 양해를 추정하기도 어렵다. ③ 원고들의 영업직원들간에 가격정보의 팩스교환은 그 시점이 가격 인상일이나 그 직후였던 점, 가격결정권이 없는 지점의 영업직원인 점등을 감안하면 팩스교환사실을 가지고 원고들간의 합의 내지 암묵적 양해를 추정하기도 어렵다.

3.3. 커피산업의 특성과 경쟁제한성의 입증

사업자들의 합의를 추정하기 위하여 당해 행위의 '경쟁제한성'이 입증되어야 하는데, 이는 합의가 추정되기 이전의 상태에서의 '경쟁제한성'을 가리키는 것이므로 그 '경쟁제한성'의 유무는 사업자들의 합의가 없는 상태를 상정해서 판정해야 한다. 구체적으로는 당해 상품의 특성, 소비자의 제품선택 기준, 당해 행위가 시장 및 사업자들의 경쟁에 미치는 영향 등 여러 사정을 고려하여, 당해 행위로 인하여 일정한 거래분야에서의 경쟁이 감소하여 특정 사업자 또는 사업자단체의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격·수량·품질 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는지를 살펴 개별적으로 판단해야 한다.

사건 당시의 국내 커피시장은 가격이 내려가면 수요가 늘어나는 통상의 수요공급의 법칙이 적용되지 아니하는 특수성이 있다. 즉 커피제품은 가격보다는 맛이나 향, 상표가 주는 이미지 등에 의하여 제품의 차별화가 이루어지는 특성이 있어서 원고들은 이러한 시장의 특수성 및 상품의 특성을 시장전략에 반영하여 각자 자사제품이 고급품이라는 인식을 소비자에게 심어주기 위해 경쟁적으로 가격인상을 하였다. 따라서 이러한 상황에서 이루어진 원고들간의 가격 인상 경쟁이 시장에 그대로 표출된 것으로 보여질 뿐 그로 인해 당시 국내 커피시장이라는 일정한 거래분야에서 경쟁이 감소되었다고 보기는 어렵다.

3.4. 결론

원심은 당시 시장의 상황이나 제품의 특성, 가격인상이 시장 및 원고들간의 경쟁에 미치는 영향 등을 고려하지 아니한 채 합당한 근거도 없이 원고들간의 합의를 추정하여 이를 전제로 부당한 공동행위로 규제하는 것은 위법하다.

(마) 검토

1. 공동행위의 추정

1.1. 법 제19조 5항의 추정은 법률상 추정인가?

대법원판결은 법 제19조 5항을 법률상추정으로 보아 공동행위가 있으면 바로 합의를 추정할 수 있으며 추가적인 요소는 필요하지 않다고 한다. 이점은 뒤에서 보는 대한 펄프판결((3)-2-1)도 마찬가지이다. 따라서 공정위의 심결에서 다루고 있는 추가적 요소 인정의 부당성에 대해서는 법원이 판단할 필요가 없다고 한다. 그럼에도 불구하고 공정위가 제시한 정황사실들, 특히 가격모방의 경우 사업자간의 동일 또는 유사한 가격 책정만으로는 합의를 추정을 하기에 부족한 것이라는 분석을 하고 있다.

이러한 대법원의 태도는 의식적 병행행위만으로는 모의를 추정할 수 없고, 합리적인 추가적 요소가 있어야 한다는 미국과 EU의 확립된 판례에 정면으로 반하는 것이다. 이는 법 제19조 5항에 집착하는 것으로서 이러한 논리에 따르면 가격동조행위만 있으면 모의가 바로 추정되므로 사업자들에게 모의가 없었다는 사실을 입증할 책임이 전가되는데, 이는 모의를 입증하는 것보다 훨씬 어렵고 대부분 불가능에 가깝다. 의식적 병행행위는 독과점 시장에서 나타나는데, 거의 대부분이 독과점적 시장구조하에 있는 우리 나라의 실정을 감안하면 위 규정을 법률상 추정규정으로 보는 것은 현실에 반한다.

1.2. 행정적 추정규정인가?

이러한 문제점은 기본적으로 입법상의 잘못에 기인하는 것이다. 따라서 이 조항을 민법상의 추정이 아닌 '행정상의 추정'으로 보아야 한다는 주장이 있다¹⁰⁴⁾. 즉 이러한 요건이 충족된 경우에는 공정위가 규제절차에 착수해야 한다는 착수요건이라는 것이다. 즉 막바로 합의가 추정되는 것이 아니라, 공정거래위원회가 성실해 조사하였음에도 불구하고 입증에 실패하면 합의를 추정한다는 것이다. 실제 유럽에서는 EEC 조약 제81조의 해석상 이를 포착구성요

104) 권오승, 「경제법」, 2002, 277.

건, 즉 카르텔인지를 위한 수단으로 활용하고 있다고 한다¹⁰⁵⁾.

그러나 공정거래법은 미국이나 EU와는 달리 명문으로 ‘부당한 공동행위’를 추정하고 있는데, 이와 같이 법률의 규정에 있는 추정을 이원적으로 이해하는 것이 타당한 지는 의문이다. 결국 입법적으로 개선하는 것이 최선이기도 하나 현행법의 해석론으로도 일정한 전제조건하에서 추정을 허용하는 것이 반드시 불가능하지는 않다고 본다¹⁰⁶⁾. 그 이유는 ‘경쟁을 실질적으로 제한하는 행위’의 경우에만 합의가 추정되는데, 미국이나 EU의 판례에서 확인된 이른바 추가적 요소 또는 우리 판례에서 말하는 ‘추정의 복멸’ 사유가 대부분 이 요건과 관련이 되기 때문이다.

2. 경쟁의 실질적 제한

법 제19조 5항에 의하면 ‘일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는’ 공동행위를 할 경우에 합의가 추정된다. 이는 법 제19조 1항의 명시적 합의에 기한 공동행위에 대해서는 ‘부당하게 경쟁을 제한하는’ 경우를 규제대상으로 하는 것과 비교할 때 차이가 있다.

2.1. 경쟁제한성을 추정하는 입장

이러한 차이에 대해서는 단순한 법개정상의 부주의에 기인한 것으로 보고 가격제한, 출고제한, 입찰담합과 같은 경성카르텔에 대한 합의가 추정되면 경쟁제한성도 추정되어야 한다는 입장이 있다¹⁰⁷⁾. 공정위의 심결에서도 대부분 합의 추정사건에서는 추정을 위한 추가적 요소의 분석에 치중하고 이러한 요소가 갖추어진 경우에는 경쟁제한성도 있는 것으로 쉽게 인정하고 있다. 이점은 다음에서 분석하는 미국과 EU의 케이스에서도 마찬가지이다.

2.2. 경쟁제한성의 엄격한 입증을 요한다는 입장

이러한 법규정상의 차이를 명시적 합의의 경우보다 합의 추정의 경우에는 경쟁제한성의 입증이 보다 엄격히 해야한다는 입법취지로 받아들이는 견해가 있다¹⁰⁸⁾. 대법원 판결도 위에서 본 바와 같이 합의를 추정하기 위해서는 ‘행위의 외형상 일치’와 ‘경쟁제한성’의 입증을 요한다는 전제하에 경쟁제한성은 합의가 추정되기 이전의 상태에서의 경쟁제한성을 가리키는 것으로 판단하고 있다.

105) 이봉의, “부당한 공동행위에 있어서 합의의 추정”, 74 Jurist 2002.05

106) 이재철, “독점규제법상 부당한 공동행위의 규제에 관한 연구”, 서울대 석사논문(1992), 36.

107) 양명조, “부당공동행위에 대한 판례연구”, (2002.5.9), 16.

108) 손수일, “공동행위(카르텔)의 규제와 추정조항의 문제점”, 「경제법의 체문제」, 406.

2.3. 검토

이러한 견해의 차이는 경쟁제한성 여부에 관련된 추가적 요소가 있어야 합의를 추정할 것인가, 아니면 외형상의 공동행위(병행행위)가 있으면 먼저 합의를 추정한 후 경쟁제한성 여부를 검토할 것인가에서 나온다고 본다. 생각건대 의식적 병행행위가 주로 독과점시장에서 문제되고 이들은 대개 시장지배력을 충분히 갖춘 사업자들임을 감안하면, 가격제한 등 경성 카르텔이 추정되면 경쟁제한성도 사실상 추정되기 때문에 엄격한 심사가 필요 없다고 본다.

(2) 화장지 4사의 가격모방사건

(가) 사건의 개요

1. 사실관계

유한킴벌리, 쌍용제지, 모나리자 및 대한펄프 등 4개 사는 두루마리 화장지 시장에서 활동 중인 사업자들이고 이들 4사의 시장점유율 합계는 1996년말 판매금액 기준 85.2%(대한펄프 12.0%, 유한킴벌리 27.5%, 쌍용제지 28.4%, 모나리자 17.3%)이다. 이들 4사는 종래 경쟁으로 인해 대리점 및 유통점에 판매한 두루마리화장지의 공장도가격을 조금씩 다르게 책정하여 판매하고 있었다.

그러던 중 1995년부터 화장지의 주원료인 펄프와 古紙의 가격이 대폭 인상되자 정부의 행정지도에 따라 점유율이 가장 높은 유한킴벌리와 쌍용제지가 각각 화장지 가격을 8,261원과 8,448원으로 내정하였다. 그러자 모나리자와 대한펄프가 1996년 6월 1일 화장지의 공장도가격을 쌍용제지와 동일한 8,448원으로 인하하였다(1차 인하). 그후 쌍용제지가 이듬해인 1997년 3월 1일 신제품을 출시하면서 제품가격을 8,866원으로 인상하자 모나리자 및 대한펄프는 또다시 기존 제품의 가격을 그와 동일한 8,866원으로 인상하였다(1차 인상).

이후 유한킴벌리는 1997년 7월 16일 자사 화장지인 엠보싱 뽀뽀롱의 가격을 9,306원으로 책정하는 한편, 유한킴벌리를 제외한 화장지 3사(쌍용제지, 대한펄프, 모나리자)는 동월 1일 기존의 신제품가격을 9,306원으로 일제히 인상하였다. 이로써 화장지 4社の 가격이 처음으로 동일하게 형성되는 결과가 되었다(2차 인상).

유한킴벌리는 그 후 1997년 11월 28일 내부품의를 거쳐 동년 12월 24일자로 엠보싱뽀뽀롱과 비바의 가격을 각각 10,494원으로 재차 인상하기로 하였는데, 이에 대해 나머지 화장지 3

社가 다시 동월 15, 16일 각각 내부 품의를 거쳐 유한킴벌리 보다 하루 앞선 동월 23일자로 일제히 화장지가격을 10,494원으로 인상시켰다(3차 인상).

2. 절차의 경과

2.1. 공정거래위원회의 심결

공정위는 화장지 4사의 가격책정 행위의 일치로부터 공동행위의 합의를 추정하는 한편, 그에 따른 공동행위가 화장지시장의 경쟁을 실질적으로 제한하는 지를 심사하였다. 공정위는 화장지 4사의 행위를 공정거래법 제19조 제1항 1호 소정의 부당한 공동행위에 해당하는 것으로 판단하여 1998년 4월 10일 위 4사에 대하여 시장명령과 함께 과징금납부를 명하였다(공정위 의결 제98-63호, 사건번호 9802단체0713).

2.2 법원의 판결

공정위의 시정명령에 대하여 모나리자는 서울고등법원에 시정명령 및 과징금납부명령의 취소를 구하는 소를 제기하였으나, 법원은 모나리자측의 공동행위추정 번복주장을 배척하였다(서울고법 2000.1.20, 98누10822 판결). 이에 대법원에 상고하여, 1차 인상과 인하 부분에 대해 가격모방행위에 기한 공동행위추정 번복 주장이 받아들여져 원심에 파기 환송되었다(대판 2002.5.28, 2000두1386).

한편 대한펄프도 서울고등법원에 동일한 내용의 행정소송을 제기하였는데 모나리자 판결과는 달리 1차 인상과 인하 부분에 대해 가격모방에 기한 공동행위추정 번복 주장을 받아들였다(서울고등법원 2000.6.20, 98누10839).

(나) 쟁점

본 건에서는 ① 공정거래법 제19조 5항의 해석과 관련하여, 화장지 4사의 가격인상행위(1,2,3차)가 공정거래법 제19조 1항 소정의 공동행위로 추정될 수 있는지 아니면 미국법상의 의식적 병행행위에 해당하여 공동행위로 볼 수 없는가, ② 공동행위로 추정된다고 할 때 공동행위가 독자적 경영판단의 결과로 밝혀진 경우 합의 추정이 복멸되는가 하는 점이 문제된다.

(다) 당사자의 주장

1. 공정거래위원회의 재결

공정위는 ① 화장지 4사는 각 회사별로 제조원가의 구성비·경영 및 판촉전략·가격정책 등이 상이함에도 두루마리 화장지의 기준가격·인상액·인상율 등을 동일하게 책정한 점, ② 화장지 공급시장에 있어 수급상의 급격한 변화 또는 동일하게 가격을 인상할 요인이 발생하는 등의 특별한 사유가 없음에도 불구하고 동일 또는 유사한 시기에 동일한 인상율을 적용한 가격으로 인상한 점, ③ 화장지 4사는 각자 사전에 도매상 등에 문서 또는 구두로 가격인상방침을 통보해 주는 것을 기화로 상호간 가격인상사실에 관한 정보를 인지·교환하고 있었고, 수익개선을 도모하기 위하여 품목별 가격 인상율을 경쟁사제품과 동일하게 책정함으로써 경쟁사 제품과의 가격차이를 해소하고자 하는 경향이 있었는데, 특히 가격결정에 있어서 대한펄프 및 모나리자는 유한킴벌리 및 쌍용제지의 가격을, 쌍용제지는 유한킴벌리의 가격을, 유한킴벌리는 쌍용제지의 가격을 서로 반영해 왔던 점, ④ 1997년 4월, 6월, 11월에 열린 화장지 거래질서 정상화협의회에서 화장지 4사의 실무자들이 회동하여 지나친 가격경쟁자체 등을 논의하기도 하였던 점, ⑤ 화장지 4사는 위 3차 인상으로 동일한 기준가격을 적용하다가 피고가 화장지 4사의 범위반 혐의사실을 인지하고 조사에 착수하자 1998. 2. 인상시기·기준가격·인상율을 각각 다르게 하여 거래한 점등을 감안할 때 공동행위가 추정되며, ⑥ 화장지 4사는 1996년도 국내 두루마리 화장지 공급시장에서 85% 이상의 시장점유율을 차지하고 있어 화장지 4사의 공동행위는 동 시장에서의 가격결정 등에 절대적인 영향을 미칠 수 있기 때문에 화장지 4사의 두루마리 화장지 등의 기준가격 동조적 인상행위는 국내 화장지 공급시장에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위임이 인정된다고 판단하였다.

2. 원고측의 주장

이에 대하여 원고측(대한펄프, 모나리자)측은 다음과 같은 사유를 들어 이 사건 처분은2 부당한 공동행위의 법리를 오해하여 사실인정을 그르친 위법한 처분이라고 주장한다.

2.1. 의식적 동조행위에 있어서의 합의추정

원고측은 이 사건과 같은 과점시장 경쟁체제하에서는 외형상 행위의 일치는 의식적 동조행위(conscious parallelism)에 불과한 것으로서 그러한 사유만으로는 부당한 공동행위로 추

정할 수 없고 그밖에 다른 추가적 요소(plus factor)가 결합되어야만 비로소 이를 추정할 수 있다는 미국의 판례법리가 법 제19조 제5항의 해석기준이 될 수 있으며, 그러한 추정이 가능하려면 실질적인 경쟁제한성이 갖추어져야 할 것인바, 공정위가 합의의 정황에 관하여 들고 있는 추가적 요소는 사실오인에 기인한 것이므로 법 제19조 제5항의 추정을 적용할 수는 없다고 반박하였다.

원고측은 ① 기준가격에 대하여 유통업체들과의 개별적 가격협상에 따라 각기 상이하게 정해지는 할인율을 적용한 실제 공급가격은 기준가격과 전혀 다른 것이므로 기준가격의 동일성만으로 합의를 추정할 수 없고, ② 화장지 원료의 동일유사성, 원료의 수입의존성, 거래처의 비독점성, 화장지에 대한 과거의 행정지도 관행의 잔존 등에 비추어 그 가격결정요인은 각 회사별로 거의 유사하며, ③ 가격인상사실의 사전통보는 이미 결정된 인상방침을 결정한 뒤 대리점의 재고관리, 고객에 대한 홍보 등에 필요한 적응기간을 주기 위한 것일 뿐 가격합의와 관련된 다른 의도는 없으며, ④ 가격 결정시 경쟁사의 가격참조는 과점시장에서 당연한 것이며, ⑤ 회사 실무자들이 화장지 거래질서 정상화협의회에서 회동하여 가격경쟁 자체를 논의한 것은 무자료거래나 덤핑판매를 근절하는 등 과당 불법경쟁을 자제하고자 하는 것에 있었으므로 그 자리에서 가격인상 등에 관한 논의를 할 여지는 전혀 없었다고 주장하였다.

2.2. 합의추정의 복멸사유 - 독자적 경영판단

화장지 시장의 특성과 각 가격변동 시점별 변동요인을 감안할 때, 화장지 4사의 화장지 가격변동의 형태가 결과적으로 외견상 유사하게 보일 수 있다 하더라도 이는 이러한 화장지 시장의 특성에 기인한 것으로서, 유한킴벌리와 같은 가격선도업체가 가격을 인상하면 그에 대응하여 대한펄프(모나리자) 등 후발업체의 가격모방에 따라 그러한 현상이 초래된 것이지 가격합의 때문에 그러하였던 것은 아니고 실제로는 대한펄프(모나리자)의 독자적인 경영판단의 결과에 따라 기준가격은 동일하게 하였더라도 생산자별, 제품별, 거래처별로 할인율을 달리 적용하면서 경쟁을 계속해 왔던 것이므로 결국 합의추정은 복멸된다고 할 것이다.

2.3. 과징금 산정상의 문제

공정위는 과징금 산정의 기초가 되는 매출액을 집계하면서 관련상품의 범위를 확대 해석하여 공동행위의 대상이 되지도 아니한 다른 화장지 제품까지 포함시킴으로써 부당하게 과다한 과징금을 산정하였다.

(라) 법원의 판결(대법원 2002.5.28, 2000두1386 판결 및 서울고등법원 2000.6.20, 98누10839 판결)

1. 합의추정조항의 의미

법 제19조 제5항의 취지는 2이상의 사업자간에 일치된 외형상의 행위유형이 존재하면 그들 사이에 명시적인 합의가 없는 경우에도 ‘공동행위의 존재’가 추정되고, 그렇게 추정되는 공동행위에 관하여 부당성을 주장하는 측에서 일정한 거래분야에서의 ‘실질적 경쟁제한성’을 입증할 경우에 비로소 그 ‘부당성’까지 추정되며, 이로써 부당한 공동행위라는 비난을 면하기 위한 사업자는 위 일치된 행위가 그들 사이의 합의에 따른 공동행위가 아니라는 점을 수증할 수 있는 정황을 밝혀 이상의 추정을 번복시켜야 할 것으로 해석된다.

2. 추정복명사유

2.1. 유형

부당한 공동행위가 추정되는 경우에도 ① 외부적으로 드러난 동일 유사한 가격책정행위가 실제로는 아무런 명시적, 묵시적 합의나 상호간의 요해 없이 각자의 경영판단에 따라 독자적으로 이루어졌음에도 마침 우연한 일치를 보게 된 경우, ② 상대방 사업자와 공통적으로 관련된 외부적 요인이 각자의 가격결정 판단에 같은 정도의 영향을 미침으로써 부득이 동일 유사한 시기에 동일 유사한 행동을 할 수밖에 없었던 경우, ③ 특히 과점시장의 경우 가격선도업체가 독자적인 판단에 따라 가격결정을 하자 후발업체가 이에 동조하여 일방적으로 선도업체의 가격을 단순히 모방한 경우에는 그 추정은 번복될 수 있다.

가격모방과 관련하여 대법원 2002.5.28, 2000두1386는 “과점적 시장구조하에서 시장점유율이 높은 선발업체가 독자적인 판단에 따라 가격을 경정한 뒤 후발업체가 일방적으로 이를 모방하여 가격을 결정하는 경우에는 선발업체가 종전의 관행 등 시장의 현황에 비추어 가격을 결정하면 후발업체들이 이에 동조하여 가격을 결정할 것으로 예견하고 가격결정을 하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 법제19조 제5항에 따른 공동행위의 합의추정은 번복된다. 다만, 이때 후발업체들이 서로간의 명시적이거나 묵시적인 합의 또는 양해에 따라 선발업체의 가격을 모방한 경우에는 그 후발업체들 상호간의 공동행위가 문제되나, 후발업체들 상호간의 공동행위의 성립여부는 그들의 사정점유율 등 가격결정 영향력 등에 따라 별도로 판단되어야 한다”고 판시하였다.

2.2. 판단시 고려사항

이러한 사정의 판단에 있어서는 당해 상품 거래분야 시장의 특성과 현황, 상품의 속성과 태양, 유통구조, 가격결정 구조, 시장가격에 영향을 미치는 제반 내외부적 영향, 각 개별업체가 동종 거래분야 시장에서 차지하고 있는 지위, 가격의 변화가 개별사업자의 영업이익, 시장점유율 등에 미치는 영향, 사업자의 개별적 사업여건에 비추어 본 경영판단의 정당성, 사업자 상호간의 회합 등 직접적 의사교환의 실태, 협의가 없었더라도 우연의 일치가 이루어질 수도 있는 개연성의 정도, 가격모방의 경험과 범위반 전력, 당시의 경제정책적 배경 등을 종합적으로 고려하여 거래 통념에 따라 합리적으로 판단하여야 한다.

2.3. 가격모방

(1) 1차 인상 및 인하

엠보싱 두루마리 화장지 거래분야 시장의 특성과 현황, 위 화장지의 유통구조 및 가격결정 구조, 그 당시 화장지 시장가격에 영향을 미치는 제반 내외부적 영향, 화장지 3사가 위 화장지 거래분야 시장에서 차지하고 있는 지위, 가격모방의 전력, 당시의 경제정책적 배경 등을 종합적으로 고려해 볼 때, 이러한 1차 인하 및 1차 인상은 단순한 가격모방행위에 불과하다고 보이므로, 이부분 화장지 3사의 공동행위 합의의 추정은 반복되었다고 보아야 한다. 한편, 모나리자와 대판펠프가 1차 인가와 1차 인상에서 행동을 통일하여 동일한 가격을 유지하였지만 이 사건에서 이들이 공동으로 가격을 결정하여 유지하는 행위를 하기로 합의하였다고 보기 어렵고, 또 모나리자와 대판펠프의 시장점유율 등을 감안할 때 이들의 가격일치행위가 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위에 이른다고 볼 수 없으므로, 이들이 공동행위의 합의를 한 것으로 추정할 수도 없다.

(2) 2,3차 인상

2차 인상 및 3차 인상에 이르러서는 가격동조화현상이 점차 심화되어 외부적으로 표출되었는데 이는 최근 1년여간 1차 인가와 1차 인상에서의 가격모방에 따른 가격동조화 현상의 경험이 누적된 데다가 제품유통구조를 통하여 상대방의 가격인상정보를 보다 더 활발하게 간접교환 할 수 있게 된 데 기인하였다고 보이므로, 이러한 현상을 가리켜 선도업체의 가격결정에 관하여 후발업체가 단순히 일방적으로 가격모방을 한 것이라고 볼 수는 없다 할 것이다. 따라서 원고의 2차 인상 및 3차 인상에서의 부당한 공동행위 추정은 그대로 유지된다.

(마) 검토

1. 합의 추정의 합리성

1.1. 판결의 의미

이 사건에서도 동서식품사건((3)-1)과 마찬가지로 법 제19조 5항을 법률상 추정으로 보고 병행행위로부터 바로 합의를 추정할 수 있다고 한다. 다만 이를 그대로 적용할 경우 당해 사업자에게 가혹하거나 무리가 따른다는 점을 인식하고 추정이 거래통념상 합리성이 없다고 판단되는 경우에는 합의추정의 복멸을 허용하였다. 다만 그 논리적 구조에서 볼 때 추정이 합리성이 있어야 한다고 하지 않고, 추정을 인정된 후 합리성이 없는 경우 추정을 복멸한다고 하는 점에서 차이가 있다. 그러나 결과적으로는 추정이 합리성에 의해 뒷받침되지 않고는 유지될 수 없으며 이러한 합리성은 추가적 요소 또는 정황사실에 검증에 의해 확보될 수 있는 점에서 추가적 요소의 검증필요성을 받아들였다.

1.2. 미국·EU판결과의 차이

이 판결은 미국과 EU판례에 의해 확립된 이론에 따른 것인데 *Weit* 판결((3)-1-1)은 “의식적 병행행위에서 가격 고정모의를 인정하는 데에는 정황적 증거만으로도 가능하지만, 정황적 증거만 제시된 경우 병행적 행동이 독자적인 경영판단에 의한 것이 아니라 모의에 기인한다는 추정은 다른 합리적인 추론을 배제하는 정도에 이르러야 한다”고 판시하고 있다. 또한 *Wood pulp* 판결((3)-2-1)에서는 “담합추정에 대해 상황적 증거에 의존할 경우 그 증거들은 확정적이고 명확하며 일관성이 있어야 한다. 제품의 특성, 규격, 그리고 사업자의 수와 시장에서의 수량등을 감안하여 병행행위가 담합 이외에는 설명할 수 없는 경우에 해당하지 않는한 담합의 충분한 증거가 될 수 없다”고 판시하여 원고(경쟁당국)측에 매우 엄격한 입증 책임을 부여하고 있다.

이에 비해 이 판결은 추가적 요소의 검증은 인정하되 그 입증책임을 합의의 존재를 부인하는 사업자측에 넘김으로써 여전히 무리한 법집행의 여지는 남겨두고 있다. 이는 우리법이 미국이나 EU와는 달리 병행행위로부터 바로 합의를 추정하는 명문의 규정을 두고 있는 이상 어쩔 수 없는 한계이다.

2. 추정복명사유로서의 추가적 요소

이 판결은 합의추정 복명사유로서 미국과 EU의 판례법에서 발전한 의식적 병행행위에서의 추가적 요소이론을 충실히 답습하고 있다. 이 판결에서 들고 있는 복명사유는 ① 동일·유사한 가격책정 행위가 해당사업자 각자의 독자적 경영판단의 결과로 이루어진 경우, ② 해당사업자 모두에게 공통적으로 관련된 외부적 요인이 각자의 경영판단에 영향을 미침으로써 부득이 동일·유사한 시기에 동일·유사한 행동을 할 수밖에 없었던 경우, ③ 가격선도업체가 독자적인 판단에 따라 가격결정을 하고 후발업체가 일반적으로 선도업체의 가격을 단순히 모방한 경우의 3가지를 들고 있다.

이 중에서 이 판결에서 합의추정의 복명을 허용한 것은 가격선도의 효과가 나타나는 독과점시장에서의 가격모방이다. 다만 가격모방효과를 적용할 때에는 단순한 모방에 그쳐 의사의 연락이 부인되는 경우와 그렇지 않고 의사의 연락을 인정할 경우의 구별기준을 설정하는 것은 현실적으로 매우 어렵다고 하겠다. 이러한 점을 감안해서 이 판결에서는 가격결정에 관계되는 모든 사항을 종합적이고 합리적으로 판단하도록 요구하고, 제1차 가격인상에 대해서는 가격모방을 이유로 합의추정을 복명하고 제2,3차 동조적 가격인상에 대해서는 이를 부인하고 있다. 그 이유는 일단 동일·유사한 가격이 형성된 이후에는 그후의 동조적 행위는 일방적 가격모방보다는 쌍방적 의사연락에 해당할 가능성이 많기 때문이다.

그러나 과점시장에서는 반드시 동조적 가격 인상의 실행 이전에도 경쟁사업자들의 가격동향을 면밀히 검토하는 것이 보통이므로 각 병행행위의 순서에 따라 이를 구별하는 것은 인위적이고 타협적인 판단에 이를 위험성이 많다¹⁰⁹⁾. 따라서 가격모방을 포함하여 외부적 요인의 공통성이나 독자적 경영판단의 입증은 추가적 요소로 검토하는 것이 더 바람직하며 다음에서 검토할 대부분의 미국과 EU판결도 이러한 입장을 취하고 있다.

3. 참조판례 - 서울고법 2001.10.17, 2001누10716 판결

3.1. 사건의 경위

이 사건에서 피고인 공정위가 원고인 보험회사들이 공동으로 자동차보험계약분에 대해 특별할증율을 변경하고, 한국전력공사의 업무용자동차보험 입찰에서 자동차보험료를 합의하여 응찰함으로써 자동차보험시장에서의 경쟁을 실질적으로 제한하였다는 판단아래 행위의 취소와 과징금을 부과(공정위 의결 제2001-085, 2001.6.18)한데 대해 항소하였다.

109) 양명조, 위논문 19.

원고들의 주장에 의하면 보험요율은 금감원의 사실상의 행정지도등을 통해 일률적으로 정해진 점, 부가보험료의 자율화 이후에도 독자적인 보험료산정을 위한 준비가 제대로 되지 못한 점등으로 인해 합의 추정이 복멸되어야 한다고는 것이다.

3.2. 판결내용 - 합의추정 복멸사유

보험요율자율화 조치이전에는 보험료 및 부가 보험료를 포함한 보험료 인상은 전적으로 금융감독원의 인가 여부에 달려 있는데 자율화조치 이후 형식적으로는 보험회사들이 자율적으로 결정할 수 있게 되었으나 그 변경에 관하여는 여전히 금융감독원의 인가를 받도록 되어있다.

보험자금의 운용이 금융 및 실물경제에 미치는 과급효과 때문에 보험회사의 재무건전성 감독이 중요시되는 점등 특수성에 비추어 보면 금융감독원의 보험료 인상에 관한 폭넓은 행정지도가 위법한 것으로 볼 수 없다. 자동차보험시장의 특성과 현황, 자동차보험료 결정구조등을 종합적으로 고려해 볼 때, 보험료인상율이 동일하게 유지 또는 변경되었다는 사정만으로는 원고들 사이에 보험료의 유지, 변경에 관한 공동합의가 있었다고 추정하기에는 거래통념상 합리성이 없다고 판단되므로 보험료의 유지, 변경에 관한 원고들의 합의추정은 복멸된다고 할 것이다.

3.3. 판결의 의미

이 판결은 금융감독원의 행정지도를 통한 사실상 가격결정 통제 등을 고려할 때 추가적 사유중 '해당사업자 모두에게 공통적으로 관련된 외부적 요인이 각자의 경영판단에 영향을 미침으로써 부득이 동일·유사한 시기에 동일·유사한 행동을 할 수밖에 없었던 경우에 해당하느' 전형적인 사례라고 하겠다.

그러나 이 판결은 첫째, 보험요율 자율화가 시행된 지 얼마 되지 않아 경쟁체제가 정착되기 전의 것으로서 금융자율화가 정착된 현재에도 타당한지는 다시 검토해야 하며 둘째, 금융산업 등 규제산업에서 정부가 행정지도 등의 명목으로 사실상 카르텔을 주도하는 경우의 부당공동행위 성립에 대한 지침을 마련하였다는 점에서 주목할 만하다.

(3) 4개 할부금융사들의 부당공동행위

서울 고등법원판결 01누2579(2002.6.27)

(공정위재결, 제 2001-04 호, 2001. 1. 17, 2000심이1267)

(가) 사건의 개요

1. 사실관계

LG캐피탈주식회사, 삼성캐피탈주식회사, 현대캐피탈주식회사, 코오롱할부금융주식회사 등 4개 할부금융사들은 여신전문금융업법에 의해 할부금융업을 영위하는 사업자이다. 이들 4개 할부금융사들은 매수인에게 용자한 구매자금을 매도인에게 지급하고 매수인으로부터 그 원리금을 상환받는 방식의 금융업을 통해 자동차할부, 주택할부, 고가내구재로 할부금융상품을 판매하고 있었다. 이 가운데 중고차 할부금융을 취급하는 회사는 총 6개사로 위 4개사 이외에 동양카드주식회사, 산업할부금융주식회사가 이에 해당한다.

그런데 이들 4개 사업자 가운데, LG캐피탈과 삼성캐피탈이 각각 1999.1. 19.에 내부결정을 거쳐 익일 1.20일에 중고차 할부금리를 종전 26~28%에서 25%로 동일하게 인하조정 하였다. 이후 현대캐피탈은 동년 1.22.자, 코오롱할부금융은 1.28.자로 25%로 동일하게 조정된 중고차 할부금리를 적용·시행하였다. 종전 1997년부터 2000. 4월 현재까지를 기준으로 볼 때, 업계에서 같은 달에 동일한 수준으로 중고차 할부금리가 변경·적용된 사례는 단 한 차례도 없었다.

2. 심결 및 소송

공정위는 4개 할부금융회사들이 할부금리를 25%로 동일하게 인하 조정한 행위는 법 제19조제5항의 규정에 의하여 동조 제1항 제1호의 부당한 공동행위에 해당된다고 판단하고, 시정 명령 및 과징금 납부명령을 하였다(공정의결 제2000-131호). 이에 피심인들은 공정위에 이의 신청하였으나 대부분 기각되었다(공정위재결, 제 2001-04호, 2001. 1. 17, 2000심이1267).

이에 할부금융사들은 서울고등법원에 행정소송을 제기하였다.

(나) 쟁점

합의의 추정과 관련하여 본건에서 쟁점사항은 ① 공동행위를 할 합리적 이유나 동기가 존재하는가, ② 가격인하가 독자적인 결정에 따른 것인가, ③ 할부금융회사간의 경쟁사에 대한 정보취득이 가격인하조정을 위한 의사연락에 해당하는가 하는 3가지이다.

(다) 당사자의 주장

1. 공정위의 재결

1.1 공동행위의 합리적 동기

신용카드는 일정기준이상의 근로소득자이거나 재산세 납부자로서 경제적 신용도가 있는 자에게만 발급되고 할부이자율도 중고차 할부금융에 비해 비교적 낮다. 그러나 중고차할부금융은 위 기준에도 해당되지 않아 사실상 다른 금융기관을 통한 자금조달 능력이 없어 고금리를 감수하고서라도 할부금융을 이용할 수밖에 없는 고객이 이용한다는 점에서, 할부금융과 신용카드금융이 서로 대체적인 경쟁관계에 있어 할부금융사만의 공동행위 유인이 없다는 항변은 주장은 이유 없다.

조달금리 인하폭 보다 할부이자율을 낮게 인하함으로써 이윤을 안정적으로 확보하기 위해서 경쟁적 인하를 회피하고 사전에 최소한의 수준으로 인하할 것을 합의하는 공동행위가 이자율인하에 대해서도 충분히 가능하기 때문에 이의신청인의 주장은 이유 없다.

1.2 가격인하 결정의 독자성

삼성캐피탈의 예상원가테이블에 의하면 최소운용금리를 20.21%(조달금리 9%, 대손원가가 3.04, 마진율을 1.6%)로 예상하고 있는데, 이는 조달금리가 최소운용금리를 결정하는 데 중요한 영향을 미치고 있음을 알 수 있다. LG캐피탈은 조달금리 하락을 감안하여 상품별 신규 취급분의 이자율을 98년 계획대비 1.4%를 추가 인하한다고 계획하고 있었으나 중고차할부금융 대손율이 이전보다 증가했다는 특별한 이유가 없는데도 이전 사업계획안과 동일하게 25%를 유지하였다.

중고차 할부금융은 다른 할부금융상품보다 대손율이 높아서 상대적으로 이자율이 높다고 인정하더라도, 기간별로, 각 사별로 중고차할부금융의 대손율에 급격한 차이가 있을 특별한 이유가 없는 한 동일한 중고차 할부금융내에서는 각 사의 중고차 할부이자율은 조달금리비

용에 따라 차이가 있는 것이 시장원리의 자연스러운 결과라고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 할부금융사가 중고차 할부이자율을 25%로 동일하게 조정한 것은 각 사의 독자적인 결정이었다기보다는 ‘중고차할부금융시장에서 이자율은 경쟁요소가 아니고 상호간에 유사하게 결정될 것이다’라는 묵시적 합의하에 이루어진 결정이었음이 인정된다.

1.3. 사업자들간의 연사연락 여부

할부금융사의 특정 방침이 시행된 후 그 정보가 시장에 빠르게 확산되는 것은 가능하나 이자율 조정 및 그 시행시기 등에 관한 중요한 정보가 사전에 소통된다는 것은 인정하기 어렵다. 이는 할부이자율에 관한 조정을 확정·시행하기 이전에는 지점 또는 제휴점에 미리 알려줄 수 없다는 LG캐피탈과 삼성캐피탈의 담당직원의 진술에서도 확인된 점이다.

삼성캐피탈과 LG캐피탈은 가격인하조정일 이전에는 할부이자율 인하시기를 공식적으로 논의한 적이 없었음에도 현대캐피탈이 내부시행 문서에서 경쟁사의 중고자동차 할부이자율 인하시기를 정확하게 기술하고 있고 실제 이시기에 경쟁사가 인하했다는 것은 경쟁사간의 의사연락을 통해 결정한 것으로 추정이 가능하다.

2. 원고측 주장

2.1. 공동행위의 합리적 동기

중고차금융시장은 할부금융과 신용카드금융이 서로 대체적인 경쟁관계에 있으므로 신용카드사를 제외한 할부금융사만이 공동행위를 할 유인이 존재하지 않으며, 또한 이자율인하는 단독으로 경쟁사보다 먼저 해야만 시장점유율의 확대와 브랜드 이미지 제고 등의 이익을 가져올 수 있기 때문에 이자율을 인하하였다.

2.2 가격인하 결정의 독자성

LG캐피탈은 금리의 안정화와 고객의 인하요구에 부응하기 위해 1998.10.17. ‘99년도 할부금융사업계획(안)’에서 이미 이자율 인하를 계획하였고, 1999.1.18 ‘99년 할부금융이자율변경(안)’에서 중고차 할부이자율을 25%로 작성하여 1999. 1.19. 최종 결재를 얻은 후 확정, 시행한 것이라고 주장하였다. 삼성캐피탈은 1999.1.13. ‘신규고객 할부이자율 인하검토(안)’에서 25%로 결정한 후 교육·홍보 등의 이유로 시행시기를 늦추고 있었으나 LG의 25% 가격인하 소식을 접하고 이를 시행한 것이며, 현대캐피탈도 상위 2개사가 이자율을 인하함에 따라 경쟁력을 유지하기 위해 시장금리에 따라 조정한 것으로서 독자적인 사업계획과 경영판단에 따른 것이라고 주장하였다.

2.3 사업자들간의 의사연락 여부

할부금융사가 타사관련 정보를 문서에 기재한 것은 제휴점들이 한 곳에 밀집되어 있고 복수의 할부금융사와 제휴관계를 맺고 있어 상시적으로 정보가 유통되는 중고자동차매매시장의 특성상 모두 시장을 통해 획득한 정보에 기초한 것이지 의사연락을 통해 타사로부터 입수한 것에 의한 것이 아니다.

(라) 법원의 판결

(1) 중고자동차 할부금융은 일반적으로 다른 금융기관을 통한 자금조달능력이 없어 고금리를 감수하고서라도 할부금융을 이용할 수밖에 없는 고객이 주로 이용한다는 점에서 할부금융사와 신용카드사가 서로 대체적인 경쟁관계에 있다고 볼 수는 없다 할 것이므로, 할부금융사와 신용카드사가 서로 대체적인 경쟁관계에 있음을 전제로 한 원고들의 주장은 이유 없다

(2) 이 사건 공동행위는 원고들이 할부금리를 인하한 행위이기는 하나 1999년도에는 조달금리가 상당한 수준으로 인하여 그에 따른 할부금리도 상당한 수준으로 인하 될 것으로 기대되는 상황이었음에도 그런 상황에서 결국 영업이익을 안정적으로 확보하고 경쟁적인 할부금리의 인하를 회피하기 위하여 원고들이 할부금리를 동일하게 조달금리의 인하폭 보다 낮은 수준으로 인하한 이 사건 공동행위는 중고자동차 할부금융시장에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 것이라 할 것이므로, 원고들의 주장은 이유 없다.

(3) 원고들이 IMF구제금융기간이 지날 무렵인 1998년 하반기경부터 조달금리가 인하됨에 따라 할부금리를 나름대로 인하할 계획을 세웠으며 그에 따라 원고 삼성캐피탈은 1998. 10. 1. 경 종전의 할부금리 28%를 수요자의 할부조건에 따라 26% 또는 28%로 하도록 금리를 일부 인하하였고, 원고 엘지카드 역시 1998. 10. 17, 1999년도 사업계획안에서 할부금리를 일부 인하할 계획을 세웠던 사실은 이를 인정할 수 있으나, 그와 같은 사실관계만으로는 원고들의 이 사건 동일한 할부금리 인하행위가 부당한 공동행위라는 주장이 복멸된다고 보기는 어렵다.

(마) 검토

쟁점사항 중 사업자간의 의사연락 여부에 관한 사항은 사실인정의 문제이므로 가격인하결정의 독자성여부만 검토한다. 이에 대해 원고들은 중고차할부금융시장이 가격선도효과가 나

타나는 시장으로서 사업자간에 동일한 가격인하가 가격모방의 효과 때문이라고 주장함에 대해, 판결 및 심결은 원가구조의 상이함에도 불구하고 가격을 동일하게 책정한 것은 모의를 추정할 수 있다고 한다.

앞의 화장지4개사의 가격모방사건((3)-2-1) 및 다음에서 다룰 미국 판결((3)-1-1 및 (3)-1-3)에 의하면, 과점시장의 경우 가격선도업체가 독자적인 판단에 따라 가격결정을 하고 후발업체가 이에 동조하여 일방적으로 선도업체의 가격을 단순히 모방하는 것이 일반적이므로, 합의추정의 복멸사유로 된다. 따라서 중고차할부금융시장이 이러한 가격모방효과가 나타나는 시장인지, 후발업체(삼성, 현대)들이 가격선도업체(LG)의 가격을 모방한 것인지를 검토할 필요가 있다.

본 건은 2002. 12 현재 원고들이 상고하여 대법원에 계류중이다.

(4) Jack Weit v. Continental Illinois National Bank and Trust Company of Chicago, 641 F.2d 457(7th Circuit, 1981)

(가) 사건의 개요

1. 소송의 진행

원고 Jack Weit등은 피고은행이 발행한 신용카드 소지자들이다. 피고는 Chicago에 소재하는 Continental Illinois National Bank & Trust Company of Chicago (Continental), Harris Trust and Savings Bank(Harris), Pullman Bank and TrustCompany(Pullman), Central National Bank in Chicago(Central), American National Bank and Trust Company(American)의 5개 은행이다.

원고는 피고은행들이 신용카드 할인율과 이자율에 대해 수평적 모의와 수직적 모의를 하였다는 집단소송(class action)을 미국 일리노이주 연방지방법원에 제기하였다. 원고는 피고에게 500만 달러의 손해에 대한 3배배상(treble damages)을 요구함과 동시에 카드소지자에 대한 개별적인 이자율을 결정을 위한 협의를 요구하는 금지명령(injunction)을 구제방법으로 청구하였다.

개시절차(discovery)에서 원고는 그들의 주장을 뒷받침할 수 있는 증명력 있는 증거(probative evidence)를 제시하는데 실패하였다. 이에 따라 지방법원(원심법원)은 피고가 서

면법 제1조와 2조를 위반하여 가격고정의 모의를 하였다는 점에 대해 ‘사실심을 경유하지 않은 재판’(약식재판, summary judgement) 절차에 의할 것을 선고하였는데 원고가 이에 불복하여 상소하였다.

항소법원도 피고은행들이 이자율 고정을 위한 모의의 기회를 가지기는 하였지만 신용카드사업이 참가자들간에 협조를 요하는 것이고 또한 피고들이 일치해서 모의 사실을 부인하는 증언을 하였음에도 불구하고 원고가 이를 배척할 증거를 제시하지 못하였기 다는 이유로 항소를 기각하였다.

2. 정식 사실심리를 생략한 재판(summary judgement)

미국 연방민사소송규칙 제56조 c는 “중요사실에 대한 진정한 쟁점(genuine issue)이 없는 경우에는 summary judgement가 내려질 수 있다”고 규정하고 동조 e는 “만일 summary judgement신청이 선서한 부인(sworn denial)에 의해 뒷받침될 경우에는 정식재판(trial)을 위한 진정한 쟁점, 즉 합리적인 배심원들이라면 원고를 위한 평결을 내릴 가능성이 있다는 것을 입증할 책임이 원고측에 전환된다”고 규정한다.

이자율합의를 위한 모의가 없었다는 피고측의 선서증언에 의해 그 입증책임이 원고측에 전환되었는데, 원고는 이에 대한 증명력 있는 증거를 제시하지 못함에 따라 summary judgement절차가 인정된 것이다. summary judgement에서는 사실 확정을 위한 배심원의 심리를 경유하지 않고, 당사자들이 제출한 서면에 의해 법률문제에 대해서만 판결이 내려진다는 점에서 피고측에 유리하다¹¹⁰⁾.

3. 카드교환시스템(Midwest Bank Card System)

First National Bank of Chicago와 Continental, Harris 및 Northern Trust는 카드소지인이 그 카드를 사용하여 다른 은행과 거래하는 상인들로부터 자유롭게 물건을 구매할 수 있게 하는, Midwest Bank Card System이라는 호환카드제도를 만들었다. 상인은 고객이 사인한 카드전표를 자신의 거래은행에 제시하고 할인료 또는 수수료를 공제한 전액을 지급 받게 된다. 상인의 거래은행은 카드지급대금에 대해 카드소지인의 은행으로부터 여신을 제공받는다. 매월말 카드소지인은 그 기간동안 전체 구매액에 대해 거래 은행으로부터 청구서를 받는데, 카드소지인이 그 지급을 지체할 경우 금융이 발생하여 은행은 이자를 부과하게 되는데, 이

110) 독점금지소송에서의 summary judgement에 관한 상세한 설명은, Hoverkamp, Federal Antitrust Policy; The Law of Competition and Its practice(1999), ¶ 16.8 참조.

이자율이 이 사안의 쟁점이다.

Midwest Bank Card System은 비영리 회사로서 호환카드시스템의 운영을 위해 피고은행들이 설립한 것으로서, 주로 피고은행간의 자금 교환과 카드의 호환성을 유지하는 역할을 하였다.

Illinois주는 은행의 지점을 제한하는 단위은행제도(unit banking system)를 시행하고 있었기 때문에 주요은행들은 이 지역에 지점을 설치하는 대신에 현지은행들과 코레스 관계를 유지하였다. 피고은행들도 현지은행들과 코레스관계를 맺고 있었는데 카드호환시스템의 효율성을 높이기 위해 코레스은행들로 하여금 Midwest Bank Card System에 참여하도록 하였다. 이 과정에서 코레스은행들도 연 18%의 카드연체 이자율을 그대로 시행하였다.

(나) 쟁점

1. 수평적 모의

피고은행들은 Midwest Bank Card System의 이용으로 발생한 여신에 대해서는 일치해서 월 1.5%, 연 18%의 이자율을 부과하였는데 이러한 병행적 이자율 부과는 피고은행들간 모의의 결과인가 아니면 독자적인 경영판단에 따른 것인가 하는 점이 문제된다.

2. 수직적 모의

피고은행들의 Illinois 현지 코레스 은행들이 Midwest Bank Card System에 참여하면서 피고은행들과 같은 카드연체이자율을 적용하였는데 이는 작은은행들간의 자율적 결정에 따른 것인가 아니면 피고은행들이 우월적 지위를 이용하여 피고은행들간에 합의한 카드연체이율을 준수하도록 한 모의에 기한 것인가 하는 점이 문제된다.

(다) 당사자의 주장

1. 원고측 주장

피고은행들이 카드연체율을 동일하게 책정한 것은 피고은행들간 그리고 피고은행들과 코레스은행간의 수평적 모의 및 수직적 모의의 결과이다. 즉 피고은행들간에는 Midwest Bank

Card System의 회의뿐 아니라 은행들간의 연차회의, 사교적 모임에서 이자율에 합의할 기회가 충분하였다는 점이 이를 추정하게 하는 증거가 된다.

피고은행들이 이자율 제한에 관해 일리노이주 의회에 대한 로비활동을 한 것은 가격고정 모의와 무관하지 않다. 당시 일리노이주 의회에 제출된 소비자신용카드 이자규제 법안에서는 이자율 상한선을 월 1%로 제한하고 있고 있었는데, 피고 은행들이 로비스트를 고용하여 월 1.5%로 이를 인상하였다는 것이다. 이러한 증거는 모의를 입증하기에 충분하다.

2. 피고측 주장

피고은행들은 Midwest Bank Card System 사업에 있어서 야기될 독점규제법위반 위험을 처음부터 인식하고 있었기 때문에 그 회의에서는 신용카드의 이자율, 수수료, 광고, 시장조사 등에 관한 사항을 배제하기로 하였다.

또한 각 은행들이 월 1.5%의 이자율에 도달한 데 있어서는 서로 다른 산정의 근거에 입각하였다. Continental은 “조정대차방식”(Adjusted Balance Method)를 채택하였는데 이는 지급일 현재 이전의 청구주기중 잔액에 대해 이자를 산정한 후 남은 기간 차액에 대한 이자를 산정하는 방식이었다 이에 대해 Harris는 “마감대차방식”(Closing Balance Method)을 채택하였는데 이는 청구주기동안 지급액을 기존의 차액에서 공제하는 방식이었다. 한편 Central과 American은 청구주기동안 매일 차액평균을 근거로 이자를 산정하였으며 Pullman은 청구주기의 개시시점을 기준으로 이자를 산정하였다. 이러한 이자산정 방식의 차이로 인해 카드소지인의 용자비용에는 약간의 차이가 생기게 된다.

(라) 법원의 판결

1. 수평적 모의 주장에 대하여

1.1 의식적 병행행위와 모의의 추정

(1) 의식적 병행행위

피고들간의 가격 고정모의를 인정하는 데에는 상황적 증거만으로도 가능하다. 또한 병행적 사업행동 또는 의식적 병행은 직접적인 증거가 없더라도 불법적 합의를 추정하는데 요구되는 상황적 증거의 한 유형이라고 하겠다. 그러나 만일 피고가 연방 민사소송규칙 제56조 e에서 규정하는 바와 같은 입증의 전환에 필요한 충분한 증거를 제기한 경우에는, 원고는 의

식적 병행행위가 불법적인 합의의 결과라는 사실을 인정할 증명력 있는 증거를 제시해야 한다. 단지 병행행위가 있고 이것이 더욱 진전될 수 있다는 가능성만으로는 summary judgement 신청을 기각하기에 충분하지 않다.

이 사건에서 피고은행들간의 의식적 병행행위는 여러 추론을 가능하게 한다. 한가지 가능한 논리적 추론은 1.5%이자율은 소비자 신용시장에서 감당할 수 있는 이자율인 동시에 수익 가능한 이자율이라는 경영판단의 결과라는 것이다. 또 하나의 추론은 시장에서 이미 확립된 이자율이 1.5%라는 점이다. 당시 월스트리트저널이 Bank Americard의 이자율을 1.5%로 보도한 것은 이를 뒷받침한다. 그러므로 정식 사실심리(trial)로 나아가기 위해서는 원고들은 피고들의 이자율이 합리적인 거래상의 이유라기보다는 불법적인 합의에 의한 것이라는 점을 입증해야 한다.

(2) 모의의 기회

원고는 피고은행간에 모의 기회가 많았다는 점을 불법 모의의 증거로 제시하고 있다. 반대견해(dissenting opinion)도 지적하는 바와 같이 시카고 은행사회의 긴밀한 개인적인 연대는 이 점에 있어서 중요성을 가진다. 그러나 이 사안에서는 단순히 모의의 기회가 많았다는 점만으로는 실제 모의가 존재하였다는 것을 추정하기 어렵다. 그 이유는 호환적 카드사업 그 자체가 참가은행간의 긴밀한 협력을 바탕으로 하기 때문이다. 호환적 카드사업에 있어서의 합리적인 추론은 피고들이 공동으로 사업을 해야 한다는 것이므로 이러한 상황에서는 모의의 기회가 있다는 사실만으로는 모의에 대한 충분한 증거가치를 부여할 수 없다.

오히려 피고측의 선서증언이 입증책임의 전환에 있어서는 중요한 의미를 가지는데, 피고들은 일치해서 이자율에 대한 어떠한 합의나 공통적인 보조를 취한 적이 없다고 증언하고 있다.

(3) 결론

병행적 가격 그 자체만으로는 가격고정의 모의를 추정하지 못한다고 하더라도 공모의 기회가 있었다면 피고측의 부인을 배척하고 정식사실심리(trial)에 나갈 수 있다. 그러나 원고가 정황적 증거에만 의존할 경우 피고들의 병행적 행동이 독자적인 경영판단에 의한 것이 아니라 불법적인 합의에 기인한다는 추정은 다른 합리적인 추론을 배제하는 정도에 이르러야 한다. 즉 정황증거가 모의의 존재를 뒷받침하기 위해 인용될 경우에는 모든 상황이 합치하여 그러한 공모의 존재를 나타내야 할 뿐 아니라 그러한 정황증거가 다른 합리적인 결론과 배치되는 것이어야 한다.

그런데 문제된 제품이 표준화되었거나 대체가능재일 경우에는 병행적 가격이나 행동은 증명적 중요성을 결한다(Bendix Corporation v. Balax Inc., 471 F.2d 149, 160(1972)). 이 사례에서 문제된 제품은 소비자신용, 보다 근원적으로는 일정기간 돈을 빌리는 것의 가격이다. 즉 돈은 대체 가능할 뿐 아니라 교환가치의 척도이며 그 비용은 고도로 규제되므로 그 차용 비용은 동일적이다. 따라서 피고들의 병행적 이자율 부과는 그다지 놀라운 것은 아니며, 병행적 이자율부과에 대한 합리성이 있다는 추론이 가능하다.

따라서 병행적 이자율, 병행적인 경제적 비용요인, 그리고 호환적 카드시스템의 구축을 위한 협력의 필요성을 감안할 때 비록 당사자간에 모의의 기회가 충분하다고 하더라도 이로부터 불법적 모의를 추정하는 것은 부적합하다.

1.2. 반독점 동기에 대해

원고는 피고은행들의 시장혼란에 대한 관심을 Midwest Bank Card System 도입을 위한 반경쟁적 동기로 해석하고 있다. 피고들은 시카고내에 소재하는 은행 또는 역외의 은행들이 또 다른 신용카드시스템을 시행할 가능성에 대해 관심을 가지고 있는데, 이는 카드교환 시스템의 난립이 초래할 혼란에 대한 관심이다. 증거에 나타난 바를 종합하면, 이러한 관심은 이자율 경쟁에 대한 것이 아니라 복수의 카드시스템이 존재할 경우의 경쟁상황에 대한 것이다.

상인들은 제시받은 카드로 결제한 후 거래은행에 개별적으로 지급청구를 하게 되는데 교환제도는 발행은행이 누구이든 간에 상인으로 하여금 자신의 거래은행으로부터 지급을 받을 수 있게 하는 것이다. 그런데 복수의 카드시스템이 운용될 경우 카드결제와 교환업무에서 혼란이 생기게 되며 피고은행들이 이러한 혼란상황의 초래에 대해 관심을 가지는 것은 반경쟁적 동기라기 보다는 적법한 사업적 동기라고 할 수 있다. 따라서 이 사례에서 반경쟁적 동기를 확인하였다는 원고측의 주장(반대견해도 마찬가지로)에 동의할 수 없다.

1.3. 이자율 제한을 위한 로비활동에 대하여

원고들은 지방법원이 피고의 로비활동에 대한 증거들을 배척하고 summary judgement를 인정하는데 있어서 오류를 범하였다고 주장한다. 이들 증거의 허용여부는 피고들간의 이자율 고정 모의 여부와 관련해서 문제된다. 즉 반대견해도 지적하였듯이 피고들간에 이자율에 대한 합의가 없었더라면 법안의 입법통과를 위해 공동으로 노력하지 않았을 것이라는 추론이 가능하다. 그러나 이러한 증거와 관련해서 법원의 관심은 직접적으로는 입법에 대한 영향력을 행사하려는 합의이다. 확립된 판례에 의하면 입법에 대한 로비는 설사 그것이 반경쟁적 동기를 가지고 있다고 하더라도 셔먼법 위반으로 되지 않는다. 즉 공무원에 대한 영향력 행사를 위한

공동노력은 그것이 경쟁을 감소시키려는 의도를 가지고 있다고 하더라도 독금법을 위반한 것은 아니다. (United Mine Workers of America v. Pennington, 381 U.S. 657(1965)).

이와 같이 피고들의 로비활동은 Noerr-Pennington 독트린에 의해 독금법 적용의 면책을 받게 되는데, 만일 이 사건을 배심원이 판단하는 정식 사실심리절차로 가게 되면 로비활동에 관한 증거들이 지니는 증명력 측면보다는 배심원들의 판단을 오도할 위험성이 크기 때문에 이를 배척하는 것이 타당하다. 연방증거규칙(Federal Rules of Evidence) 제403조에 의하면 법원은 어떠한 증거가 쟁점을 혼란시키거나 배심원들을 오도할 위험성이 그 증명력보다 큰 경우에는 이를 배척할 수 있도록 규정하고 있다. 그런데 피고은행의 로비활동에 관한 증거들은 쟁점을 혼란시킬 수 있는 가능성이 매우 크다고 하겠다. 즉 Noerr-Pennington 독트린에 관한 헌법적 고려에 대한 전문적 지식이 없는 배심원들이 바람직한 소비자신용한도의 통과를 위한 피고은행들의 노력을 불법적인 모의의 산물로 결론지을 수 있는 위험이 크기 때문에 이를 증거에서 배제하는 것이 타당하다.

2. 수직적 가격모의 주장에 대해서

수평적 모의에 관한 판단이 내려진 경우에는 관련되는 수직적 모의에 관해 이와 달리 판단될 여지는 거의 없다는 지방법원의 결론을 지지한다. 그럼에도 불구하고 원고가 이자율과 할인율의 고정에 관한 피고들과 코레스은행간의 합의의 증거를 제시하는 한 이를 검토할 여지가 없는 것은 아니다.

2.1. Continental 관련부분

Continental은 코레스 은행과의 거래에서는 Continental이 일방적으로 제시한 이자율에 의해 거래가 성립되기 때문에 할인율을 고정하기 위한 합의가 필요 없다고 주장하였는데, Continental과 코레스은행간의 거래에서 사용되는 표준계약서가 이를 뒷받침한다. 따라서 경쟁제한적 관점에서 문제될 수 있는 것은 카드 소지자들에 대해 Continental과 코레스은행간에 경쟁을 하지 않는다는 합의일 뿐 이자율의 고정에 관한 것은 아니라는 점이다. Midwest Bank Card System의 높은 비용을 감안하면 코레스 은행들은 피고은행들과 경쟁을 할 수 있는 상황에 있지 않다는 것이 보다 합리적인 추론이다. 따라서 코레스 은행들은 Continental이 일방적으로 부과한 할인율에 따라 고객들에게 부과할 뿐이므로 이들간의 가격고정 모의를 추정하는 것은 불합리하다.

2.2. Harris 관련부분

Harris는 코레스 은행들로부터 수취계정(receivables)을 구매하였는데, 코레스은행들로 하여금 그에 따른 이윤과 위험에 참여할 것을 제의하였다. 이에 따라 Harris는 Continental과는 달리 코레스은행으로 하여금 고객에 부과할 이자율을 결정하게 하였다. 처음 Harris는 코레스은행들에게 수취계정참여의 대가로 1.5%를 요구하였으나 추후에는 이를 일임하였다. 따라서 Harris는 코레스은행들에게 미리 정해진 이자율에 관한 요구를 하지 않았다. 이후 Harris도 Continental과 유사한 방식으로 전환하였다.

2.3. 결론

이러한 사실관계에 비추어 볼 때 피고은행들과 코레스은행간의 거래는 적법한 사업관행에 입각하고 있으며 원고들은 모의 또는 합의의 증거를 제시하지 못하였다. 이에 관해서도 원고는 수평적 모의의 경우와 마찬가지로 피고들에게 모의의 기회가 있었고, 또 모의를 할 수 있는 능력이 있다는 사실만을 지적하였을 뿐 실제 모의의 증거를 제시하지 못하였다. 그러므로 모의의 존재에 대한 사실관계를 밝혀야할 진정한 이슈가 없기 때문에 정식 사실심리에 들어갈 필요가 없다.

(마) 핵심원리 및 국내사례비교

1. 핵심원리

1.1. 쟁점

이 사건은 경쟁은행들간에 카드 호환시스템이라는 일종의 합작 사업을 추진함에 있어, 카드연체이자율을 동일하게 책정하고 협력업체들도 동일한 이자율을 시행한 것이 사업자간의 합의(수평적 모의, 수직적 모의)를 추정하게 하는가에 관한 것이다.

특히 쟁점이 된 것은 ① 의식적 병행행위만으로 모의추정이 가능한가? ② 모의 추정을 위한 추가적 요소로서의 경쟁사들간의 접촉(의사연락)은 어떠한 요건을 갖추어야 하는가? 합작사업과정에서 필수적인 경쟁사간의 접촉을 어떻게 평가해야 하는가? ③ 모의 추정을 위한 추가적 요소로서의 모의의 동기를 어떻게 보아야 하는가? ④ 공동의 의회로비를 모의 추정의 증거로 볼 수 있는가? ⑤ 수평적 모의와 수직적 모의는 어떠한 관계에 있는가 하는 5가지이다.

1.2. 의식적 병행행위와 모의추정

사업자간의 가격 고정모의를 인정하는 데에는 상황적 증거만으로도 가능하며, 병행적 행동은 이러한 상황 증거의 하나이다. 그러나 정황적 증거만 제시된 경우 병행적 행동이 독자적인 경영판단에 의한 것이 아니라 모의에 기인한다는 추정은 다른 합리적인 추론을 배제하는 정도에 이르러야 한다.

그런데 문제된 제품이 표준화되었거나 대체가능재일 경우에는 병행적 가격이나 행동은 증명적 중요성을 결한다. 이 사건에서 문제된 이자율은 대체가능재이며 교환가치의 척도인 돈의 차용비용으로서 경쟁자들간에 큰 차이가 없으므로, 병행적 이자율부과에 대한 합리성이 있다는 추론이 가능하다.

1.3. 합작 사업에서의 경쟁자들간의 접촉

경쟁사업자들간에 모의의 기회가 많았다는 점만으로는 실제 모의가 존재하였다는 것을 추정하기 어렵다. 호환적 카드사업(합작사업)에 있어서의 합리적인 추론은 피고들이 공동으로 사업을 해야 한다는 것이므로 이러한 상황에서는 모의의 기회가 있다는 사실만으로는 모의에 대한 충분한 증거가치를 부여할 수 없다.

1.4. 모의의 동기

병행적 이자율의 부과가 다른 경쟁사업자의 카드사업진출을 봉쇄할 목적이었다는 주장은 합리적이 아니다. 여러 카드시스템이 난립할 경우 카드결제와 교환업무에서 혼란이 생기게 되며 피고은행들이 이러한 혼란상황의 초래에 대해 관심을 가지는 것은 반경쟁적 동기라기 보다는 적법한 사업적 동기라고 할 수 있다.

1.5. 이자율 제한을 위한 공동의 로비활동

확립된 판례에 의하면 입법에 대한 로비는 설사 반경쟁적 동기를 가지고 있다고 하더라도 셔먼법을 위반한 것은 아니므로, 피고 은행들간의 이자율제한을 위한 공동의 로비활동을 모의의 증거로 채택할 수 없다.

1.6. 수직적 가격모의

수평적 모의에 관한 판단이 내려진 경우에는 관련되는 수직적 모의에 관해 이와 달리 판단될 여지는 거의 없다. 수평적 모의와 마찬가지로 피고들에게 모의의 기회가 있었고, 또 모의를 할 수 있는 능력이 있다는 사실만을 지적하고 실제 모의의 증거를 제시하지 못하였기

때문에 정식 사실심리에 들어갈 필요가 없다.

2. 국내사례와의 비교

이 사건은 이자율의 공동책정이 담합의 결과라는 의혹을 받는다는 점에서는 ‘4개 할부금융사의 이의신청사건’((3)-2-2)과 유사하다.

2.1. 이자율산정근거의 합리성과 독자성

이 사건에서는 이자율은 대체 가능재이며 교환가치의 척도인 돈의 차용비용으로서 경쟁자들간에 큰 차이가 없기 때문에 병행적 이자율부과가 합리성이 있으며, 실제 각 사업자가 서로 다른 방식에서 이자율을 산정하였으나 그 결과는 거의 동일하였기 때문에 모의의 추정이 배척된다고 보았다.

이에 대해 할부금융사건에서는 할부이자율의 결정에 있어 조달금리가 차지하는 비중이 크고, 각 사업자마다 조달금리에 있어서 차이가 있음에도 불구하고 이를 동일하게 조정하는 것은, 3개 할부금융사간에는 ‘중고차 할부금융시장에서 이자율은 경쟁요소가 아니고 상호간에 유사하게 결정될 것이다’라는 묵시적 합의하에 이루어진 결정이라고 판단하였다.

결국 그 판단은 중고차 할부금리의 결정이 어떠한 방식으로 이루어지는가에 달려 있는데 각 사업자들이 이에 대한 구체적인 산출근거를 제시하지 못하고 있을 뿐 아니라 조달금리에서 차이가 있음에도 불구하고 동일하게 책정한 것으로부터 합의를 추정하는 것은 합리적이라고 본다.

2.2. 의사연락 유무

이 사건에서는 합작사업에 있어서는 공동사업추진의 목적상 사업자들과의 접촉기회가 많기 때문에 모의 기회가 있다는 사실만으로는 모의를 추정할 수 없다고 한다. 이에 대해 할부금융사건에서는 각 사업자들이 경쟁사업자들의 이자율 조정에 관한 정보를 취득한 것이 상시적으로 정보가 유통되는 중고차매매시장의 특성에 기한 것인지 아니면 상호 의사연락에 기한 것인지가 문제되었는데, 공정위의 심결은 이자율 조정 및 시행시기에 관한 중요한 정보가 사전에 유통된다는 것이 어렵다고 판단하였다.

2.3. 차이

이 사건에서는 합의 추정여부만 다루었을 뿐 경쟁제한성(부당성)에 대해서는 언급이 없

다. 이는 정식사실심리를 거치지 않는 재판 절차 즉 summary judgement를 인정한 원심법원의 적법성 여부가 쟁점이 되었기 때문이다. 그러므로 경쟁제한성 여부는 summary 절차에서 법적 쟁점으로 다루어지게 됨을 의미한다.

참고로 가격, 수량제한, 입찰담합 등 경성카르텔에 대해서는 당연위법원칙이 적용되어 합의가 추정되면 대부분 부당성이 있다고 인정된다. 그러나 이 사건에서와 같이 경쟁사간의 업무추진의 효율성을 위한 이른바 협력적 공동행위의 경우에는 합리의 원칙이 적용된다는 견해가 지배적이다¹¹¹⁾.

(바) 향후 심결 업무를 위한 시사점

1. 의식적 병행행위에서의 합의추정을 위한 추가적 요소

의식적 병행행위는 독과점시장에서 경쟁사업자간에 자주 나타나는 현상으로 그 자체만으로는 합의를 추정할 수 없으며 추가적 요소가 입증되어야 하는데, 공정위의 심결에서는 무엇을 추가적 요소로 보아야 하며, 이에 대해서는 어떻게 평가할 것인가 하는 기준이 명확하지 않다.

이 사건은 그러한 추가적 요소로서 시장과 제품의 특성, 모의의 동기, 경쟁사들간의 접촉(의사연락)등에 관해 구체적인 기준을 제시하고 있다. 그리고 병행적 행동이 독자적인 경영 판단에 의한 것이 아니라 모의에 기인한다는 추정은 다른 합리적인 추론을 배제하는 정도에 이르러야 한다는 점을 명확히 하고 있다.

2. 합작 사업에서의 합의추정의 특성

경쟁사들간의 합작사업은 경쟁사간의 업무추진의 효율성을 위한 이른바 협력적 공동행위에 해당하는 경우가 많기 때문에 의식적 병행행위에 대한 모의추정에 특별한 고려가 필요하다. 특히 경쟁사간의 접촉을 추가적 요소로서 보는 데에는 그 합리성이 뒷받침되어야 한다.

3. 수평적 모의와 수직적 모의의 관계

111) National Cooperative Research and Production Act, 15 U.S.A 4301-06(1994),

수평적 모의의 추정에 대한 판단이 내려진 경우에는 관련 수직적 모의도 대부분 동일한 결론에 도달한다.

(5) Petroleum Products Antitrust Litigation

906 F.2d 432(9th Cir. 1990)

(가) 사건의 개요

1. 소송의 경과

원고인 Arizona, California, Oregon, Washington주는 각각 피고 Standard Oil, Texaco, Union, Atlantic, Exxon, Mobil, Shell등 정유회사를 상대로 하여 반독점소송을 제기하였는데 이들은 심리과정에서 하나로 병합되었다. 원고들은 피고 석유회사들이 ① 정제석유제품의 가격을 인상하거나 안정시키기 위한 모의를 하고 이를 위해 가격이나 가격 관련된 정보를 지속적으로 상호 교환하였으며 ② 미국 서부지역에 대한 정제석유나 원유의 인위적인 출고를 제한하였고 ③ 원고에 대한 입찰에서 서로 경쟁하지 않기로 모의함으로써 셔먼법을 위반하였다고 주장하였다.

개시절차(discovery)후 피고들이 제출한 summary judgement 신청이 지방법원에 의해 허용되자 원고들은 연방항소법원에 항소하였으며, 제9항소법원은 지방법원의 판결을 파기하여 이를 환송하였다.

2. 석유산업 및 유통구조

피고들은 원유를 생산하고 이를 휘발유로 정유하여 유통업자들에게 판매하는 메이저 석유회사들이다. 휘발유는 ① 프랜차이즈 하에 특정한 상표의 휘발유를 판매하는 독립주유소, ② 석유회사의 직영 주유소, ③ 주유소에 재판매하는 석유브로커, ④ 대량구매계약에 의해 구매하는 정부기관의 4가지 형태로 유통된다.

가맹사업자(franchisee)로서의 독립딜러들은 특정 가맹사업본부(franchisor)로부터만 구매할 수 있는데 피고회사들은 이들 가맹사업자들에게 “딜러 가격(dealer tankwagon price)”으로 판매한다. 공식적인 딜러가격은 대개는 고정되어 있는데 석유회사들은 이 가격에서 딜러

들에게 적용되는 할인율을 조정함으로써 공급비용의 변동을 반영한다. 이와 같이 달러가격으로부터 실제 달러에게 부과되는 가격의 차액을 “임시적 달러 지원” “달러 원조” 또는 단순히 “할인”으로 부른다.

이러한 시장구조하에서 개별 달러들이 소비자가격을 독자적으로 결정하는 것처럼 보이지만 석유회사들이 달러 가격으로부터의 할인율을 조정하는 방법으로 소매가격을 통제할 수 있다. 이에 따라 원고는 피고들이 달러 할인율을 상호 조정함으로써 주유소 펌프에서의 휘발유가격을 일정수준에서 안정시키거나 또는 인상하려는 모의를 하였다고 주장하였다.

3. 사실심리를 생략한 재판(summary judgement)의 기준 - Matsushita Case

3.1. 판결의 내용

summary judgement를 인정한 지방법원의 판결을 검토함에 있어 Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574, 106 S.Ct. 1348, 89 L.Ed. 2d 538(1986) 판결에서 연방대법원이 제시한 기준의 적용이 문제된다. Matsushita 사건에서 원고인 미국의 Zenith사는 일본회사들이 미국회사들을 가전제품시장에서 축출할 목적으로 자의적 가격책정모의(predatory pricing conspiracy)를 하였다고 주장하였다. 지방법원은 가격 모의 추정이 비합리적이라는 이유로 피고의 summary judgement 신청을 승인하였으나 제3항소법원은 원고들이 자의적 가격설정모의에 대한 충분한 증거를 제시하였다는 이유로 이를 번복하였고, 연방대법원은 다시 이를 번복하였다.

이 판결에서 피고들의 행동이 한편으로는 독자적으로 결정된 것으로도 볼 수 있고 다른 한편으로는 모의에 기한 것으로도 볼 수 있는 경우에는, 다른 추가적인 증거가 제시되지 않는 한 summary judgement가 허용된다고 판시하였다. 즉 이러한 상황에서는 원고는 피고들이 적법하게 행동하였을 가능성을 배척하기에 충분히 명확한 증거를 제시해야 한다는 것이다.

3.2. Matsushita 케이스의 의미

Matsushita 케이스를 양면적 추정이 가능한 모든 경우에 summary judgement를 인정한다고 새긴다면 이는 배심재판의 영역을 현저히 축소하는 결과가 되고 만다. 즉 양면적 추정이 가능한 모든 경우에 summary judgement가 허용된다면 상황적 증거만으로 모의를 인정하는 것이 불가능해진다. 왜냐하면 대부분의 상황적 증거는 양면적 추정이 가능한 경우가 대부분이인데 가격고정 사건에서 모의의 직접적 증거를 입수하는 것은 거의 불가능에 가깝기 때문이다.

따라서 Matsushita 케이스는 사실심법관이 어떠한 상황증거로부터 모의를 추정함으로써 오히려 중요한 경쟁친화적 행동(procompetitive behavior)을 저해할 가능성이 있는 경우에는 모의추정을 할 수 없도록 제한 한 것이라고 보아야 한다. 여기에서 중요한 것은 원고의 모의 추정이 경쟁에 약간의 방해적 효과가 있는 것만으로는 summary judgement를 받을 수 없고 그 방해효과가 중대한 경우에만 허용된다는 점이다.

(나) 주요 쟁점

이 사건에서 당사자들은 첫째, 석유가격(달러 할인율)의 조정에 있어 피고들간에 모의가 있었는가 둘째, 석유 공급을 제한함에 있어 피고들간에 모의가 있었는가 하는 점에서 다투고 있다.

1. 가격고정 모의

1.1. 가격 산정 패턴

문제된 기간중 피고회사들의 휘발유 판매가격(소비자 가격)이 동일 또는 유사하게 일정한 주기로 톱니바퀴처럼 등락을 거듭하였는데 대개 한번 급격히 상승하다가 그 후에는 점차적으로 하락하는 형태이었다. 이러한 가격변동은 달러 할인율의 조절로 인한 것인데, 이러한 유사한 가격변동패턴이 피고회사들간의 달러 할인율에 대한 사전합의에 기한 것인가 아니면 휘발유제품 또는 휘발유시장의 특성에 기한 것인가 하는 점이 문제된다.

1.2. 가격정보의 유포(언론보도, 게시)

피고회사들은 사전에 언론보도를 통해 달러 할인율의 축소와 그에 따른 달러 가격 인상을 공표하였으며, 또한 이를 공개적으로 게시하였는데, 이러한 가격정보의 유포가 경쟁회사들에게 가격 정보를 제공함으로써 모의를 한 것인지 아니면 합리적인 영업관행인지가 문제된다.

1.3. 경쟁자들간의 상호접촉

피고회사들은 여러 채널을 통하여 경쟁사의 가격수준과 달러 할인에 정보를 수집하기 위한 접촉을 하였다는 증거가 제시되었는데, 이러한 가격정보의 사전입수노력과 접촉을 모의의 증거로 볼 수 있는가 하는 점이 문제된다.

2. 출고제한 모의

2.1 국내시장에서의 공급제한

1972년의 고비로 석유가격 사이클이 사라지고 지속적인 공급부족현상이 초래됨으로써 1973년 이후에는 가격이 계속 상승하였는데, 이는 피고회사들간의 인위적인 공급제한 합의 때문인가 아니면 시장의 상황에 기인한 것인가 하는 점이 문제된다. 당시 피고회사들의 가동율은 거의 100%에 달하였는데, 석유수요의 증대를 예상하면서도 시설을 증설하지 않은 것을 높은 가격을 유지하기 위한 모의로 볼 것인가 아니면 증설에 따르는 막대한 자금과 환경문제 등 합리적인 이유가 있었던 것인가 하는 점이 문제된다.

2.2. 해외원유생산의 제한

피고회사들은 당시 최대의 원유생산국인 사우디와 이란에 콘소시움(IOP, Aramco)을 설립하고 이란 정부와 사우디정부에 공동으로 영향력을 행사하여 원유증산을 억제하였는데, 이러한 해외에서의 공급량제한이 모의에 해당하는가 하는 점이 문제된다.

(다) 당사자의 주장

1. 가격고정 모의

1.1. 가격 산정 패턴

원고는 급격한 가격인상이 가능하였던 것은 경쟁사들이 그 인상에 따라 주리라는 확신 때문이며 이는 사전 모의가 없는 경쟁시장에서는 불가능한 것이라고 주장하였다. 이에 대해 피고측은 유사한 가격책정은 독과점시장에서의 특성에 기인한 독자적 행동에 의한 것이고 모의가 아니라고 반박하였다.

1.2. 가격정보의 유포(언론보도, 게시)

원고는 가격정보의 유포관행이 불법적일 뿐 아니라 가격인상에 대한 합의 또는 양해에 따라 채택되었다고 주장하였다. 이에 대해 피고는 이러한 가격공포는 합법적이며 각 딜러들 별로 가격차별을 하지 않는다는 점을 확신시키기 위한 일상적인 사업관행일 뿐 아니라 공개적으로 입수가 가능한 정보이므로 모의의 추정을 뒷받침하지 못한다고 반박하였다.

1.3. 경쟁자들간의 상호접촉

원고측은 경쟁사간의 접촉을 불법화한 연방대법원의 Container판결 이전의 피고회사들간의 가격조정을 위한 접촉은 제소기한법에 의해 차단되지 않았으며, 비록 차단되었다고 하더라도 가격 공표나 게시가 그 대체수단으로 이용되고 있다는 점에 대한 증거라고 주장하였다.

이에 대해 피고측은 상호접촉에 관한 증거들은 Container판결 이전의 것들로서 문제될 것이 없고, 그 이후 피고회사들간에 경쟁사의 가격정보를 입수하기 위한 노력과 접촉은 경쟁시장하에서도 가능한 것이므로 문제될 것이 없다고 반박하였다.

2. 출고제한 모의

2.1 국내시장에서의 공급제한

원고는 피고회사들이 공급초과가 가격전쟁을 촉발하는 원인으로 보고 지속적인 수요증대가 예상됨에도 불구하고 인위적인 공급제한을 함으로써 가격인상을 유도하였다고 한다. 그리고 석유시장의 구조상 피고회사들간의 공급제한에 관한 사전 합의가 없이는 이러한 생산 감축은 불가능하다고 주장하였다.

이에 대해 피고측은 경쟁사의 공급량에 대한 정보를 취득하기 위한 노력과 접촉은 경쟁을 침해하는 것이 아니므로 이로부터 바로 모의를 추정할 수 없으며, 당시 정유시설의 가동율은 100%에 달하였기 때문에 인위적인 공급제한이 아니라고 주장하였다.

2.2. 해외원유생산의 제한

원고는 공급제한의 일환으로 피고회사들이 콘소시움(IOP, Aramco)을 통해 중동원유생산을 감축하기로 모의하고 이란정부와 사우디정부의 증산요구에 제동을 하였다고 주장하였다.

이에 대해 피고측은 IOP와 Aramco는 미국정부의 인정 아래 창설되고 운용되는 기구이기 때문이 이들의 행동이 독점금지법상 면책되며, 피고들의 행동은 일상적인 경영상의 협조이므로 모의로 인정되지 않는다고 반박하였다.

(라) 쟁점에 대한 법원의 판단

1. 가격고정 모의

1.1. 가격 산정 패턴

가격선도에 따르는 위험은 관련시장이 고도로 분산되어 있거나 가격인상 결정이 기업의

신뢰도를 해치지 않고도 쉽게 반복될 수 있는 경우에는 매우 크기 때문에 사전모의가 뒷방침되지 않고는 가격인상이 불가능하지만, 집중된 시장에서는 가격인상이 상호의존적인 가격결정(interdependent pricing)의 결과인 경우가 많다. 휘발유시장은 한편으로는 상호의존적 가격인상이 전적으로 불가능하지는 않지만 다른 한편으로는 허핀달지수(Herfindal- Hirshiman)에서 말하는 매우 집중된 시장으로서 상호의존적인 가격이 필수적이라고도 할 수 없다는 점에서 일종의 회색지대이다.

Matsushita 기준을 이 사건에 적용하면, 가격설정의 상호의존적 성격에 비추어 이러한 증거만에 의해 모의를 인정하는 것이 경쟁친화적 행동을 방해하는 결과가 될 것인가를 판단해야 한다. 가격 사이클만을 놓고 본다면 summary judgement를 부인하기에는 부족하다고 판단된다. 이 사례와 같은 톱니바퀴가격 패턴에 있어 독금법 위반을 허용한다면 이는 기업들에게 전적으로 독자적으로 가격결정을 내려야 하고 경쟁자들의 가능한 대응에 대한 고려를 하는 것은 전부 3배 배상의 대상이 된다는 것을 의미한다. 또한 다른 기업의 가격을 모방하는 것만으로 범위반을 인정하는 것이 된다. 따라서 병행가격증거만으로 모의의 추정을 인정하는 것은 독자적인 가격결정을 왜곡함으로써 오히려 반경쟁적 결과를 초래한다고 본다.

1.2. 가격정보의 유포(언론보도·게시)

관련 당사자들의 증언을 종합하면 딜러 할인율의 감소와 그로 인한 공급가격의 회복(인상)의 공표는 경쟁자들도 신속하게 이러한 사실을 알고 이에 동조해주도록 함으로써 가격회복이 소기의 효과를 거둘 수 있도록 하기 위한 의도라고 본다. 피고들에게는 가격회복을 선도하는 비용이 매우 크기 때문에 그에 따르는 불확실성을 감소시키고 시장에서의 가격조정을 쉽게 받아들여 질 수 있도록 하기 위해 공표제도를 시행하는 것이다. 따라서 앞에서 상호의존적인 가격설정의 증거만으로는 독금법 위반의 증거로 삼을 수 없다고 판단하였지만, 이러한 가격공표관행의 목적과 관련된 증거들을 함께 고려할 때 가격고정 또는 안정을 위한 합의의 추정이 합리적이고 가능하고 본다.

프랜차이즈 시스템을 고려할 때 일반소비자들은 딜러 할인율에는 관심이 없고 주유소 펌프에서 얼마를 지급하는가 하는 점만 관심이 있다. 따라서 딜러가격을 공표하는 것이 시장의 효율성을 높이는 것과는 무관하다. 따라서 배심원들이 피고의 이러한 행동이 가격에 관한 모의에 따른 것인지 아니면 독자적으로 한 것인지를 판단해야 하기 때문에 이를 생략한 summary judgement의 허용은 파기되어야 한다.

1.3. 경쟁자들간의 상호접촉

가격 공표나 게시가 컨테이너 판결이전에 경쟁자들간의 직접적인 접촉과 동일한 목적을

위해 이용되는 대체수단 이라는 원고의 주장이 타당하다. 즉 경쟁자들에게 정보를 제공해주는 방식이 직접적인 접촉에서 간접적인 가격공표제로 전환되었다고 할 수 있다. 그러므로 가격공표와 게시로부터 피고들의 가격모의를 추정하는 것은 합리적이다.

다만 경쟁사의 가격에 대한 사전정보의 입수 자체가 서면법 위반에 해당하지는 않기 때문에 이를 위한 경쟁사간의 접촉만으로는 모의의 추정을 위한 증거로 충분하지 않다. 그러나 언론공표와 게시를 통한 가격정보의 전파, Container 판결 이전의 피고들의 직접접촉에 관한 증거들과 함께 고려할 때 모의의 존재에 관한 배심원들의 판단을 받을 필요성의 충분하다.

2. 출고제한 모의

2.1 국내시장에서의 공급제한

원고 측의 주장과 같이 피고회사들이 단독으로 공급제한 할 경우 점유율 하락의 위험이 대단히 크다는 사정을 감안하면, 피고들간의 수급 예상치에 대한 자료교환이 생산능력의 증대 또는 감축에 관한 상호협조를 위한 것이라는 추정이 그다지 어렵지 않다. 물론 이러한 사실만으로 생산량감축에 관한 모의를 추정하는 것이 언제나 가능한 것은 아니지만, 이로부터 초래할 경쟁친화적 효과를 방해하는 것은 아니라고 할 것이다.

또 정유시설 증설에 따르는 거액의 비용과 환경소송으로 비용을 감안한 경영상의 판단에 따라 내려진 증설억제 결정이 각 피고회사별로 독자적으로 이루어진 것으로 볼 것인가의 문제가 있지만 그 판단은 배심원에게 맡겨야 하므로 이를 생략한 summary judgement의 허용은 타당하지 않다.

2.2. 해외원유생산의 제한

미국 정부로부터 카르텔을 허용 받았다고 해서 피고들의 해외생산 증대를 억제하려는 모의가 합법화되지는 않는다. 피고들의 국내에서의 공급억제 노력의 연장선상에서 볼 때 해외 콘소시움에서 이란과 사우디의 증산억제를 위한 피고들의 일치된 행동은 국내공급량의 억제를 위한 모의의 결과라고 볼 가능성이 충분히 있다. 따라서 본 법원은 생산부족을 유도하기 위해 모의하였다는 원고측 주장이 배심원의 판단을 받기에 충분하다고 본다.

(마) 핵심원리 및 국내사례비교

1. 핵심원리

1.1. 쟁점

이 사건은 사업자간에 석유가격(달러 할인율)의 조정 및 석유공급제한에 대한 모의가 있었는가에 관한 것이다. 당사자간에 특히 쟁점이 되었던 사항은 ① 휘발류 판매가격(소비자 가격) 등락의 동일 또는 유사성이 사전합의에 기한 것인가 아니면 휘발유제품 또는 휘발유시장의 특성에 기한 것인가 ② 가격정보의 유포(언론보도, 게시)가 모의의 수단인가 아니면 합리적인 영업관행인지가 ③ 가격정보의 사전입수노력과 접촉을 모의의 증거로 볼 수 있는가 ④ 석유수요의 지속적 증대를 예상하면서도 시설 증설을 억제한 것이 가격유지를 위한 모의에 기한 것인가 아니면 막대한 자금소요와 환경문제 등 합리적인 이유가 있었던 것인가 ⑤ 중동원유생산 억제가 국내 공급량제한을 위한 모의에 해당하는가 하는 점이 쟁점이 되었다. 쟁점의 판단을 위한 전제로서 Matsushita 케이스에 의한 약식재판의 기준이 문제되었다.

1.2. 가격산정 패턴의 유사성

가격선도에 따르는 위협은 관련시장이 고도로 분산되어 있는 경우에는 매우 크기 때문에 사전모의가 뒷받침되지 않고는 가격인상이 불가능하지만, 집중된 시장에서는 상호의존적 가격결정(interdependent pricing)의 결과인 경우가 많다. 따라서 이러한 경우에는 병행가격 결정만으로 모의를 추정하는 것은 독자적인 가격결정을 왜곡함으로써 오히려 반경쟁적 결과를 초래한다. 회색지대에 속하는 휘발류시장에서의 가격등락패턴의 유사성만으로는 모의를 추정할 수 없다.

1.3. 가격정보의 유포(언론보도·게시)

달러 할인율의 공표제도는 ① 선도적인 가격인상 또는 유지의 불확실성을 감소시키고 시장에서 가격조정이 쉽게 수용되도록 하기 위한 목적으로 시행되고, ② 경쟁자들에게 가격정보를 제공하는 수단이며, ③ 달러 할인율(도매가격)은 소비자 가격에 영향을 주기는 하지만 직접적인 소비자들의 관심의 대상이 아니므로 이를 공표하는 것은 시장의 효율성을 높이는 것과 무관하므로 이로부터 경쟁자들간의 가격모의를 추정하는 것은 합리적이다.

1.4. 경쟁사 직원들간의 접촉 및 가격정보의 사전 입수

경쟁사의 가격에 대한 사전정보의 입수 자체가 셔먼법 위반에 해당하지는 않기 때문에 이를 위한 경쟁사간의 접촉만으로는 모의의 추정을 위한 증거로 충분하지 않다. 그러나 가격공표제도의 목적, Container 사건 이전의 직접적 가격협상등과 종합적으로 판단할 때 모의를 추정할 수 있다.

1.5. 설비증설 억제

지속적 수요가 예상되는 시점에서 정유사들의 동조적 증설 억제는 거액의 비용과 환경소송으로 비용을 감안한 경영상의 판단에 따라 독자적으로 내려질 가능성도 있고 모의에 기한 것일 수도 있으므로 그 결정은 배심원에게 맡겨야 한다.

미국 정부로부터 중동원유생산을 위한 컨소시움이 허용되었다고 하여 해외생산 억제를 통해 국내공급량을 제한의 모의가 합법화되지는 않는다.

1.6. 약식재판의 기준

Matsushita 케이스는 사실심법관이 어떠한 상황증거로부터 모의를 추정함으로써 오히려 중요한 경쟁친화적 행동(procompetitive behavior)을 저해할 가능성이 있는 경우에는 모의추정을 할 수 없도록 제한 한 것이다. 그러므로 모의추정이 경쟁에 약간의 방해적 효과가 있는 것만으로는 summary judgement를 받을 수 없고 그 방해효과가 중대한 경우에만 허용된다.

2. 국내사례와의 비교

국내의 공동행위추정 사건은 대부분 독과점시장에 관한 것으로서, 이 사례와 같이 중간지대(회색지대)에서의 의식적 동조행위가 문제되어 직접 비교대상이 될만한 사례를 찾기가 어렵다. 다수의 사업자가 참여하는 시장에서의 공동행위에 관한 국내사례는 주로 사업자간의 의사연락에 관한 직접적 증거에 의해 공동행위가 인정된 사례가 대부분이고, 심결례도 직접적 증거의 판단과 경쟁제한성에 초점이 모아져 있다.

이 사건에서는 사업자간의 접촉에 관한 증거판단에 상당한 중점을 두고 있는데, 특히 정유회사 직원들간의 회의에 관한 내부분건과 회의에 참석하였던 직원의 증언이 중요한 부분을 차지한다. 특히 이 판결에서는 관련직원들의 증언의 신빙성과 그것이 모의추정과 관련해서 어떻게 평가될 것인지에 대한 상세한 설시가 있는 것은 매우 인상적이다. 회사직원들간의 접촉에 관련된 증거들이 합의 추정에 있어서 가장 중요한 자료가 된다는 것은 국내 사례에서도 마찬가지이다. 그러나 대부분의 심결례와 판결에서는 회의에 참석하였던 직원의 회사내의 지위, 특히 가격결정에 어느 정도 영향을 미치는지, 전문증거를 어떻게 판단해야 하는지에 대해서는 그다지 심도 있는 분석을 하지 않고 있다. 이점은 동서식품사건((3)-1)에도 찾아볼 수 있는바 정보의 교환이 단지 본사의 담당직원이 아닌 지점의 영업직원간에 이루어졌고, 그 시기만 고려되었다는 결론만 제시되었을 뿐 관련 증인들의 구체적인 증언의 내용에 대한 설시가 없다.

(바) 향후 심결 업무를 위한 시사점

1. 의식적 동조행위

이 사례는 의식적 동조행위에 대한 합의 추정에 있어서 시장의 집중도에 따른 차별적 접근을 하고, 특히 휘발유시장과 같이 공급자가 비교적 다수이고 독립대리점등이 정유회사와 경쟁하는 등 집중시장과 분산시장의 중간지대(회색지대)에서의 동조행위는 독과점시장의 경우보다 모의추정이 훨씬 용이하다는 점을 시사한다.

2. 의사연락에 관한 검증

이 사례에서는 사업자간의 상호간의 접촉 및 독립참여자와의 접촉이 경쟁사의 가격 및 생산계획 등에 관한 정보를 입수하려는 목적인가 아니면 가격과 출고량에 대한 모의 또는 교감을 위한 목적인가를 밝히기 위해 관련 증인과 회사의 내부분건에 대한 심도 있는 분석을 하고 있다는 점에서 주목할 만 하다. 특히 치열한 경쟁하에 있는 사업자간에는 경쟁상대방에 대한 정보수집을 위해 실무자간의 접촉이 빈번한데, 이 사례는 이를 어떻게 분석하고 평가하는가에 대한 지침을 제시하고 있다.

3. 증설억제와 합의의 추정

정유산업과 같은 장치산업에서는 시설 증대에 막대한 비용이 소요될 뿐 아니라 환경문제도 고려되어야 하지만, 지속적 수요증대가 예상됨에도 불구하고 사업자간의 동조적 증설억제는 합의추정의 근거가 된다고 본점은 참고할 만하다.

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

(가) 사건의 개요

1. 소송의 경과

1.1. 당사자 및 소송상 청구

원고 Reserve Supply Corporation은 일리노이에 기반을 둔 목재딜러협회이고 파이버글라스 절연체의 구매자이다. 피고 Owens-Corning Fiberglas Corporation과 CertainTeed Corporation은 1979년과 1983년간에 일리노이 시장점유율이 85에서 90%에 이르는 대형 절연체 제조업체들이다.

1983년 6월 원고는 피고들에 대해 다음과 같은 3가지 청구권인에 기한 소송을 제기하였다. ① 피고들은 가격고정의 모의를 하여 셔먼법을 위반하였다. ② 피고들은 원고의 경쟁자에게 차별적인 저가 공급으로 인해 클레이튼법을 위반하였다. ③ 피고들의 가격고정은 일리노이 소비자 사기 및 기망적 영업관행법(Consumer Fraud and Deceptive Business Practices Act III. Rev. Stat. ch. 121)을 위반하였다.

1.2. 소송의 진행

Illinois 연방 지방법원은 피고들이 주거용 파이버 그라스 절연체시장에 있어서 셔먼법 제1조를 위반하여 가격고정의 모의를 하지 않았으며, 피고들이 Builders Marts of America(BMA)에 제공된 차별적 가격인하가 경쟁적 환경에 의해 보장되는 것이고 결과적으로 그들의 행동은 Robinson-Patman법에 의해 수정된 Clayton법의 책임으로부터 벗어난다고 결정하고 피고측의 summary judgement 신청을 허용하였다. 이에 대해 원고들이 불복하여 항소하였다.

2. 파이버 글라스 절연체 시장

절연체시장은 균일한 상품시장으로서 표준화된 사이즈와 등급 그리고 형태로 제조되며 피고들이 판매하는 상품간에는 기능적인 차이는 거의 없다. 피고들은 동일한 방법에 따라 가격을 책정하였는데, 고객들에게 상품별 가격표를 제시하고 이 가격에서 할인해 주는 것이 관행화 되었다. 대부분의 고객들에게는 표준화된 할인율을 적용하였지만 특정 대량주문에 대해서는 이에 부가해서 특별할인율을 적용하였다.

구매자들이 다른 공급자들로부터 더 낮은 가격을 제시받은 경우에는 이를 통지하여 그들로부터도 동일한 할인을 받는 것이 관행이었으므로 가격정보는 널리 공유되었다. 이러한 가격정보의 확산과 제품의 대체성, 그리고 공급자의 희소성으로 인해 절연체시장은 상호의존적이다. 따라서 각 생산자는 제품가격 책정시 경쟁자들의 행동을 고려하지 않을 수 없고 시장 점유율의 상실이 없이는 높은 가격을 유지할 수 없다. 반면에 절연체의 수요는 건축경기와 연계되어 있기 때문에 비탄력적이다. 그러므로 산업차원에서의 가격인하가 필연적으로 산업

전체에서 수요를 증대시키지는 않는 특성을 지니고 있다.

(나) 쟁점

원고가 제기한 3가지 쟁점중 두 번째와 세 번째는 수직적 거래제한에 관련되는 것이므로 여기에서는 수평적 가격제한(모의의 추정)에 관한 첫 번째 쟁점만 다룬다.

이와 관련해서 당사자들간에는 ① 절연체 시장의 과점적 구조 및 제품의 균일성을 감안할 때 사업자간의 의식적 동조행위 자체가 셔먼법 위반에 해당하는가, ② 피고회사들이 절연체 시장에서 책정한 이윤율이 정상적인 것인가 아니면 사업자간의 가격 고정모의에 기한 초경쟁적 이윤(supracompetitive profits)인가, ③ 피고회사들이 쟁점기간중 병행적 가격인상조치를 취하였는데 이는 가격고정합의가 뒷받침되었기 때문인가 아니면 생산비 증가 등 합리적인 이유 때문인가, ④ 피고회사들은 제품에 대한 가격표(price lists)를 유지하고 가격 인상시 그 시행전 30일 내지 60일전에 공표하는 관행을 유지하고 있었는데, 이러한 가격공표관행을 가격인상을 위한 사업자간의 의사연락(모의)의 수단인가 아니면 절연체 시장의 특성상 합리적인 상관행으로 볼 것인가, ⑤ 문제된 기간중에 절연체 시장이 지속적인 공급과잉 상태에 있었음에도 불구하고 신규업체들의 시장진입이 있었는데, 이는 피고회사들간의 합의에 기한 독점이윤의 획득가능성 때문인지 아니면 진입자들의 합리적인 시장수요예측에 따른 것인지 하는 5가지가 쟁점이 되었다.

(다) 당사자의 주장

1. 의식적 병행행위의 위법성

원고측은 모의의 상황적 증거로서 ① 피고회사의 고위간부들간에 “수요가 점진적으로 증대할 것이 예상”되지만 “생산능력의 증대는 거의 기대할 수 없다”라는 대화를 주고받은 사실, ② 쟁점기간 기간내에 절연체시장은 상호의존적이어서 공급자들은 점유율 감소 없이는 높은 가격을 유지할 수 없음에도 불구하고, 피고들은 높은 이윤을 실현한 사실을 제시하였다.

이에 대해 피고측은 과점시장구조하에서 의식적 병행행위는 자연스러운 것이라고 반박하였다.

2. 장기 경제적 가격차별 - 초과이윤의 달성

원고측은 피고들이 장기 경제적 가격차별(long-term economic price discrimination)하에 초경쟁적 이윤(supracompetitive profits)을 획득하기 위한 고가정책을 취하였는데, 이는 가격 고정 모의가 없었더라면 자신들의 경제적 이익에 반하는 행동이라고 주장하였다.

이에 대해 피고측은 실제 가격차별이 있었다는 사실을 보여줄 충분한 자료가 제시되지 못하였고, 그러한 가격차별이 가격고정에 이르는 정도라는 것을 보여주지 못하였으며, 피고회사들의 이윤이 경쟁적 시장보다 높다는 점에 대한 합리적인 근거를 제시하지 못하였다고 반박하였다.

3. 병행적 가격인상

원고측은 주택시장이 침체기로서 절연체에 대한 수요가 감소하였음에도 불구하고 피고들은 일련의 병행적 가격 인상조치를 취한 것은 가격인상에 대한 합의가 없는 한 경제적으로는 의미를 가지지 않는다고 주장하였다.

이에 대해 피고측은 이 기간중 가격인상은 그 일부가 생산비증가에 기인한 것일 뿐 아니라 절연체 산업의 특성상 가격인하를 통해 판매를 증대시키는 것은 합리적이지 못하였기 때문이라고 반박하였다.

4. 가격표의 유지 - 경쟁기업의 감시

원고측은 가격표는 각 피고회사들이 할인율을 적용하기 위한 공통적인 출발점을 제공함으로써 그 가격책정을 감시하고 의사를 교환하기 위한 수단으로 이용되었으며 가격표의 사전 공표는 가격인상을 위한 협의수단으로 이용되었다고 주장하였다.

이에 대해 피고측은 첫째, 할인관행으로 인해 가격표가 실제가격을 나타내지 못한다는 점 때문에 이를 가격감시의 수단으로 이용하는 것은 불가능하며 둘째, 가격인상 사전공표는 고객의 대부분이 도매상이나 건축업자들로서 이들이 가격인상분을 고려해서 자신의 고객에게 제시할 가격을 결정할 수 있는 시간적 여유를 주기 위한 합리적인 목적으로 시행되는 것이라고 반박하였다.

5. 공급과잉상태에서의 시장진입

원고측은 쟁점 기간 중에 절연체 시장이 지속적인 공급과잉 상태에 있었음에도 불구하고

신규업체들의 시장진입이 있었던 것은 피고들의 가격고정 모의에 의해 독점이윤의 획득이 가능하였기 때문이라고 주장하였다.

이에 대해 피고측은 당시 절연체시장의 과잉공급은 일시적인 것이고 신규진입은 향후 수요가 증대할 것을 기대한 때문이지 독점이윤을 목적으로 한 것은 아니라고 반박하였다.

(라) 법원의 판단

피고들간의 가격고정 모의를 주장하는 청구에 있어서 원고는 그러한 합의가 있다는 것을 증명할 충분한 증거를 제시해야 한다. 이를 위해서는 피고들간의 독자적인 행동의 가능성을 배제할 수 있는 증거가 있어야 한다. 즉 피고들이 불법적 목표(예를 들면 가격고정)를 달성하기 위한 의식적인 약속이 있다는 점에 대한 직접적 증거 또는 정황적 증거(direct or circumstantial evidence)가 제시되어야 한다. 그러므로 피고들의 어떠한 행동이 한편으로는 경쟁제한성이 없는 경우에도 해당하고 다른 한편으로는 불법적인 모의에 기한 행동에도 기인한다고 보여지는 경우에는, 그 자체만으로는 반독점적 합의가 있는 것으로 추정되지는 않는다. 이 경우에는 원고는 피고들이 독자적으로 행동하였다는 가능성을 배제하기 위한 증거를 제시해야 한다(Monsanto, 465U.S.764).

1. 의식적 병행행위의 위법성

이러한 모호한 언급만으로는 가격고정의 합의를 위한 모의라고 할 수는 없다. 또한 소수의 생산자들이 동일한 제품에 대해 의식적 병행가격을 책정하는 과점시장구조의 존재만으로는 독금법 위반이 아니라는 것이 확립된 판례이다. 즉 의식적 동조행위 그 자체만으로는 가격고정의 모의를 인정하는데 충분하지 않다. 그러므로 적어도 가격분야에 관한 한 각 사업자들이 경쟁자들도 동조할 것이라는 믿음을 가지고 공급가격을 독자적으로 결정하였다면 셔먼법에서 말하는 불법적 모의를 구성하지 않는다.

이는 그러한 가격이 바람직해서가 아니라 의식적 병존행위를 금지시킬 방법이 거의 없기 때문이다. 어떻게 다른 경쟁자들을 고려하지 않고 가격결정을 하라고 명할 수 있는가? 따라서 피고들이 절연체에 대한 병행적 가격을 책정한 것만으로는 두 회사가 가격고정을 모의하였다는 추론을 할 수 없기 때문에 가격고정 모의에 대한 추가적인 입증이 요구된다.

2. 장기 경제적 가격차별 - 초과이윤의 달성

경제적 가격차별은 어떠한 제품을 서로 다른 고객에게 판매하면서 각 고객에서 대한 한계 판매비용(marginal cost of sale)을 넘어서는 가격으로 판매할 때 존재한다. 가령 판매자가 각 고객에 대한 판매비용이 서로 다름에도 불구하고 동일한 가격으로 판매하였다든지 또는 판매비용이 동일함에도 불구하고 서로 다른 가격으로 판매한 경우에 생긴다.

원고가 적절하게 주장하듯이 지속적인 경제적 차별은 가격고정이 존재한다는 것과 무관하지 않다. 그러나 원고는 피고들이 건축업자에 대한 판매보다는 도매상에 대한 판매에서 더 많은 이익을 내고, 피고들에게는 제공되지 않는 추가적 할인을 BMA에 대해서는 제공하였다는 것만 내세우고 있다. 나아가 경제적 가격차별이 존재한다고 하더라도 그것이 가격고정의 함의가 존재한다는 추론이 가능할 정도로 지속적이거나 광범위하다는 것을 보여주지는 못하였다.

원고는 피고들이 높은 이윤을 얻었다는 것을 가격고정의 모의에 대한 상황적 증거로 제시하지만 피고들이 책정한 제품가격이 경쟁시장에서의 이윤보다 높다는 사실을 밝혀줄 시장조건이나 제품의 비교생산비(comparative costs)에 대한 자료를 제공하지 못하였다. 또한 피고들이 경쟁을 위해 가격을 인하한 조치는 그들의 평상시 가격이 경쟁시장에서의 가격보다 반드시 높다는 것을 가리킨다고 할 수 없다. 또한 신규 진입자들에 대항하기 위한 일시적인 가격인하 조치만으로는 반드시 다른 지역에서 높은 가격을 유지하기 위한 음모가 있다고 볼 수 없고 그러한 행동도 시장점유율을 지키기 위한 피고들의 독자적인 가격인하 결정일 수도 있다.

3. 병행적 가격인상 - 가격고정모의

수요침체에 가격을 인상한 피고들의 조치로서 가격고정의 모의를 추정하기에는 원고가 제시한 증거는 충분하지 않다고 판단된다. 원고도 인정하듯이 이 시기의 가격인상은 생산비 증가 때문이었다. 또한 절연체시장은 비탄력적 시장으로서 가격의 인하가 뚜렷한 수요 증대를 촉진시키는 것은 아니므로 매출을 늘리기 위해 가격을 인하하는 것이 합리적이라는 원고의 주장도 받아들이기 힘들다.

산업집중이 높은 시장에서는 기업은 보통 선도기업을 따라 가격을 책정하는 경향이 있다. 즉 선도기업보다 높은 가격은 고객 상실을 초래하고, 선도기업보다 낮게 책정하면 이윤을 상실한다. 따라서 집중도가 높은 산업에서의 이러한 ‘선도기업추종 효과’(follow-the-leader effect)에 의해 가격고정 함의 없이도 가격의 일치가 초래되는 경우가 많다.

4. 가격표의 유지 - 경쟁기업의 감시

가격표의 운영과 사전인상공표는 가격고정의 추정에 이르는 것은 아니라고 본다. 여러 생산자들이 표준화된 제품에 대해서 표준화된 공식에 따라 동일한 가격을 책정하는 것은 반드시 가격고정 모의에 기인하는 것은 아니다. 한 제조업체가 가격결정 시스템을 결정하고 다른 경쟁업체가 독자적으로 이를 채용할 수 있으므로 의식적 동조행위는 허용되는 것이고 불법적인 모의라고 할 수 없다.

피고들이 사전에 고객들에게 가격인상을 예고한 것이 모의라는 원고측의 주장을 인정할 수 없다. 이러한 사전 공표는 경쟁자들이 그러한 가격인상에 따를 것인지를 결정할 시간을 허용함으로써 가격인상에 따르는 불확실성을 감소시키고 따라서 시장에서 의식적 병행가격을 촉진시키는 측면이 있음은 사실이다. 그러나 기록에 의하면 사전공표는 절연체 산업에서 중요한 기능을 한다. 즉 피고의 고객들은 그들이 구매한 절연제품을 다른 고객에게 전매하거나 건설공사계약의 입찰에 삽입하고 있으므로 가격인상에는 적어도 30일 내지 60일 정도의 사전예고는 필요한 것이다. 그러므로 가격인상의 사전예고는 가격고정 모의와는 상관없다는 설명이 가능하다. 다만 이러한 합리적인 목적이 없는 경우의 가격인상의 사전공표는 가격모의의 사전조정해 해당할 경우가 있다. 문제된 절연체 시장에서 대부분 Owens-Corning이 시장에서 가격을 선도하였지만 CertainTeed가 먼저 가격을 공표한 적도 있다. 이러한 사실은 이들 생산자들이 각자 독자적으로 가격인상을 개시할 능력을 가지고 있음을 보여주는 것이라고 하겠다.

5. 공급과잉상태에서의 시장진입

원고는 당시 절연체 시장이 지속적인 공급과잉 상태에 있었다는 것을 입증하지 못하고 단지 1980년대 초 일시적인 불경기에 새로운 생산자들이 시장에 진입하였다는 사실만 보여주었다. 그러나 새로운 경쟁자들의 시장 진입은 향후 성장 가능성이 있다고 판단하는 경우에 경쟁 시장 하에서도 가능하기 때문에 이것만으로는 가격고정의 모의를 인정할 수는 없다.

(마) 핵심원리 및 국내사례비교

1. 핵심원리

1.1. 쟁점

이 사건의 쟁점은 ① 절연체 시장의 과점적 구조 및 제품의 균일성을 감안할 때 사업자간의 의식적 동조행위 자체가 셔먼법 위반에 해당하는가, ② 절연체 시장에서의 이윤율이 정상적인 것인가 아니면 모의에 기한 초경쟁적 이윤(supracompetitive profits)인가, ③ 병행적 가격인상이 모의에 기한 것인가 아니면 생산비 증가등 합리적인 이유 때문인가, ④ 제품에 대한 가격표(price lists) 유지와 인상전 공표 관행이 의사연락(모의)의 수단인가 아니면 절연체 시장의 특성상 합리적인 상관행인가 이다.

1.2. 정황적 증거

피고들의 어떠한 행동이 한편으로는 경쟁제한성이 없는 경우에도 해당하고 다른 한편으로는 불법적인 모의에 기한 행동에도 기인한다고 보여지는 경우에는, 그 자체만으로는 반독점적 합의가 있는 것으로 추정되지는 않는다. 이 경우에는 원고는 피고들이 독자적으로 행동하였다는 가능성을 배제하기 위한 충분한 증거를 제시해야 한다(Monsanto, 465U.S.764).

1.3. 의식적 동조행위

과점시장에서 의식적 동조행위 만으로는 모의를 인정하는데 충분하지 않기 때문에 추가적인 입증이 요구된다. 이는 그러한 가격이 바람직해서가 아니라 의식적 병존행위를 금지시킬 방법이 거의 없기 때문이다.

1.4. 이윤율

원고는 피고들이 초경쟁적 이익을 얻었다는 것을 가격고정의 모의에 대한 상황적 증거로 제시하지만 피고들이 책정한 제품가격이 경쟁시장에서의 이윤보다 높다는 사실을 밝혀줄 시장조건이나 제품의 비교생산비(comparative costs)에 대한 자료를 제공하지 못하였다.

1.5. 병행적 가격인상

산업집중이 높은 시장에서는 기업은 보통 선도기업을 따라 가격을 책정하는 경향이 있다. 즉 선도기업보다 높은 가격은 고객 상실을 초래하고, 선도기업보다 낮게 책정하면 이윤을 상실한다. 따라서 집중도가 높은 산업에서의 이러한 '선도기업추종 효과'(follow-the-leader effect)에 의해 가격고정 합의 없이도 가격의 일치가 초래되는 경우가 많다.

1.6. 가격표와 가격인상공표

여러 생산자들이 표준화된 제품에 대해서 표준화된 공식에 따라 동일한 가격을 책정하는 것은 반드시 가격고정 모의에 기인하는 것은 아니다. 또 가격의 사전공표는 가격인상에 따르는

불확실성을 감소시키고 의식적 병행가격을 촉진시키는 측면이 있지만, 절연체 시장의 경우에는 구매자들인 건축업자의 건설비산정에 미리 가격인상 분을 반영시켜야 할 합리적인 필요에 의해 시행되는 것이므로 가격고정 모의와는 상관없다는 설명이 가능하다.

2. 국내사례비교

이 사건에서는 관련시장이 ① 기준가격이 동일하지만 실제공급가격은 유통업체들과의 개별적인 가격협상에 따라 할인율이 정해지므로 기준가격의 동일성만으로 합의를 추정할 수 없다는 점, ② 제품은 고도로 규격화되고 원료의 동일유사성이 있는 점, ③ 유통업체에 대한 가격인상 사실을 미리 통보한 점, ④ 과점시장에서 경쟁업체들간의 가격모방현상이 있는 점 등에서 화장지 4개사의 가격모방 사건(3)-2-1)과 유사하다.

이 점에 대해 고등법원판결은 위에서 살펴본 바와 같이 ‘합의추정 복명사유’로서의 가격선도효과에 주목하여 1차 인상과 인하에 대해서는 가격모방에 따른 가격의 일치일 뿐 합의를 추정할 수 없지만 2,3차 인상은 1차 인상에 따른 가격동조화현상이 누적된 데다 제품유통구조를 통하여 상대방의 가격인상 정보를 보다 더 활발하게 간접교환한데 기인하였다고 보이므로 가격모방으로 볼 수 없다고 판시하고 있다.

이와 같이 화장지 4개사의 가격모방사건에서는 주로 가격모방에 의존하여 합의 추정 여부를 검토하고 있는데, 그 이외에 기준가격과 실제가격의 차이, 기준가격의 사전통지, 제품의 특성, 사업자들의 초과 이윤달성 여부 등이 합의추정에 중요한 자료가 될 수 있을 것이다.

(바) 심결을 위한 시사점

이 판결은 과점시장에서 병행적 행위가 가격모방의 결과인가 모의에 기한 것인가의 구별기준을 구체적으로 제시하고 있다. 이를 판단하기 위해 특히 관련시장(절연체시장)의 구조와 유통관행에 대한 상세한 분석을 하고 있으며, 특히 당해 사업자들이 시장에서 획득한 이윤이 담합에 기한 초경쟁적 이윤인가 아니면 정상적인 이윤인가 하는 점을 밝히는 것이 중요하다는 점에서 우리법의 운용에 참고가 될 것이다.

(7) Wood pulp II - A. Ahlstrom and Others v. Commission Case
89,104,114,116~17, 125~129/85[1993] E.C.R. 1-1307

(가) 사건의 개요

1. 심결절차 및 소송

1.1 위원회조사와 심결

1977년 EU위원회는 펄프산업의 경쟁제한 관행과 합의에 대한 조사에 착수하여 57개 펄프 제조사와 협회에 대해 ‘이의서(statement of objection)’를 제출하였으며, 이에 대한 사업자들의 항변을 청취한 후 심결을 하였다. 위원회의 심결에 따르면 일부 사업자들은 1975년부터 1981년 사이에 펄프의 공표가격(announced price) 및 실제 부과한 거래가격(transaction price)에서 담합을 하였으며, KEA회원사들인 미국사업자들은 공표가격과 거래가격에 있어서 담합을 하여 EEC 조약 제85조 1항을 위반하였다고 한다. 그리고 6개 사업자에 대해서는 50000 ECU와 500000 ECU사이의 과징금을 아울러 부과하였다.

1.2 소제기 및 절차

위원회의 심결에 대해 피심인들은 유럽사법재판소(European Court of Justice)에 그 취소를 구하는 10개의 소송(C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125~129/85)을 제기하였는데 이는 하나로 병합되었다. 법원은 원고측이 제기한 역외적 성격에 따른 관할 부존재의 청구는 중간판결로 기각하였으며 담합에 대한 증거불충분 청구에 대해서는 본안 판결로서 인용하여 대부분 위원회의 결정을 취소하였다.

법원은 본안 판결에 앞서 가격병행행위의 정당성에 관한 전문가의 보고서를 받았다. 이 보고에서는 문제된 기간중 시장의 특성에 관한 분석과 이러한 시장의 특성이 사업자들로 하여금 서로 다른 가격구조를 취하게 하는지 아니면 통일된 가격구조에 연결되는지에 관한 견해를 제시하였으며 법원은 이러한 전문가들의 견해를 모두 수용하였다.

2. 펄프·제지산업 및 유통구조

2.1. 상품

이 사건에서 문제가 된 상품은 셀룰로스의 화학과정을 거쳐 생산된 표백 펄프로서 고급종이의 생산에 사용되는 것이다. 종이는 펄프를 혼합하여 생산되는데 그 혼합의 비율에 따라 등급이 정해진다. 일단 등급이 결정된 후에는 생산자들은 이를 좀처럼 변경하지 않는데, 이는 변경을 위한 생산장비조종에 많은 시간과 비용이 소요되기 때문이다. 펄프가격이 제지원가의 50%에서 75%까지 차지한다.

2.2. 생산자(사업자)

사건과 관련된 시점에 공동체내에서 펄프를 판매하는 사업자는 50여 개가 넘었으며 그 대부분은 캐나다, 미국, 스웨덴, 핀란드의 회사들이다. 이들은 공동체 내에 소재하는 자회사나 대리인 또는 지사를 통해 판매하였는데, 동일 대리점이 복수의 생산자를 대리하는 경우도 많다. 펄프 제조사가 종이를 동시에 생산하는 경우도 많다.

2.3. 구매자들과 상관행

한 사업자가 보통 50여 고객들과 거래를 하며, 보통 5년 정도의 장기공급계약을 체결한다. 공급계약에서 사업자들은 고객들에게 매분기별로 분기초에 공표한 가격을 초과하지 않는 가격으로 판매할 최저물량을 보장한다. 고객은 그에게 할당된 물량보다 더 많거나 더 적게 구입하는 것이 자유이며 공표 가격에서 어느 정도 할인 받는가는 공급자들과 협상에 달려 있다. 따라서 고객들에게 실제로 부과된 가격(거래가격)은 공표 가격과 일치할 수도 있고 리베이트나 다른 여러 가지 할인율에 따라 달라질 수도 있다.

분기별 펄프가격 공표는 유럽 펄프시장에서 확립된 거래관행으로서 사업자들은 매분기 개시전 수일 또는 수주일전에 고객 또는 대리인에게 이를 통지를 한다. 가격은 펄프의 인도지가 북유럽인가 아니면 지중해 항구인가에 따라 달라지며, 무역 회보에 인쇄되어 배포된다.

(나) 주요쟁점

이 사건에서는 ① 공표가격에 대한 담합혐의, ② 거래가격에 대한 담합혐의 및 ③ 미국펄프수출협회(KEA)의 담합행위의 3가지가 쟁점이 되었다. 그러나 거래가격에 대한 담합혐의는 위원회의 이의서에 포함되지 않았던 사항으로서 위원회의 심결에서 이에 대한 판단을 한 것은 피심인(원고)들의 방어권을 침해한 것이 아닌가 하는 관점에서 다루어 졌으며, KEA의 담합은 이들만의 특수한 문제이므로, 여기에서는 이를 제외하고 공표가격의 담합과 관련된 쟁점에 대

해서만 살펴본다.

1. 분기별 공표제도 자체의 위법성

분기별 펄프가격의 사전 공표제도 자체가 EEC조약 제85조의 위반이 되는가 하는 점 및 가격공표제도가 그 이전 단계에서의 사업자간의 가격담합의을 추정할 수 있는 증거가 되는가 하는 점이 문제된다.

2. 가격공표의 동시 또는 근접성

각 펄프생산업자들의 분기별 가격 공표는 동시에 이루어지거나 거의 근접한 시간차이를 두고 이루어지는데, 이는 가격담합을 추정할 상황적 증거가 아닌가 하는 점이 문제된다.

3. 공표가격의 병행성

공표된 펄프가격에 있어서 ① 캐나다와 미국생산자들이 1975년 1분기에서 1977년 3분기 간, 1978년 1분기에서 1981년 3분기간에서 일치하였고 ② 필란드와 스웨덴 생산자들은 1975년 1분기에서 1977년 2분기간 그리고 1978년 3분기에서 1981년 3분기까지 일치하였으며 ③ 모든 생산자들의 가격이 1976년 1분기부터 1977년 3분기까지, 1979년 3분기부터 1981년 3분기까지 일치하였다. 이러한 공표가격 일치하는 모의에 기한 것인가 아니면 제품과 시장의 특성에 기인하는 것인가 하는 점이 문제된다.

(다) 당사자 주장

1. 분기별 공표제도 자체의 위법성

위원회 심결은 이 제도가 경쟁사들이 다음 분기에 부과할 가격을 확인할 수 있도록 할 목적으로 펄프생산자들이 의도적으로 도입한 것으로 간주하였다. 다음 분기에 적용할 가격을 언론을 통하거나 여러 생산자를 위해 일하는 대리인에게 공표하는 것은 다른 생산자들에게 그에 대응하는 가격결정에 충분한 시간을 부여하기 위함이라고 한다.

이에 대해 원고측은 이러한 시스템이 펄프시장의 특수한 상업적 요구에 기인하는 것이라

고 주장하였다.

2. 가격공표의 동시 또는 근접성

위원회 심결은 생산자들의 가격공표가 매우 근접하거나 동시에 이루어지는 데 이는 사전에 사업자들과의 지속적인 정보의 흐름이 없이는 불가능한 것이라고 판단하였다.

이에 대해 원고측은 가격공표의 동시성 또는 근접성은 고도의 시장 투명성의 결과 때문이라고 주장하였다.

3. 공표가격의 병행성

위원회 심결은 공표된 가격의 일치는 다음과 같은 이유에서 담합 이외에는 설명할 수 없다고 판단하였다. ① 여러 생산자들에 의해 부과된 동일 가격은 수요공급의 법칙에 의해 결정된 균형가격이 아니며 또 펄프시장에는 ‘가격선도’ 효과가 있다는 주장도 받아들일 수 없다. ② 각 생산자마다 제품의 생산비와 운송비, 주문량, 여러 수입국별 수요의 차이, 가동율 등이 다르기 때문에 제품의 가격에 있어서도 차이가 있어야 한다. ③ 특정기간(1976,1977, 1981)에서는 공표가격이 경쟁시장에서 합리적으로 예상할 수 있는 가격보다 인위적으로 높게 책정되었다.

이에 대해 원고측은 펄프시장은 과점소수기업들로 구성되는 특수성이 있으며, 펄프제품은 표준화가 이루어 졌으므로 가격차이가 있을 수 없다고 주장하였다.

(라) 법원의 판단

위원회가 가격담합에 관한 직접적인 증거를 제시하지 못하였으므로, 상황적 증거에 의존할 경우 그 증거들은 확정적이고 명확하며 일관성이 있어야 한다. 그러므로 제품의 특성, 규격, 그리고 사업자의 수와 시장에서의 수량등을 감안하여 병행행위가 담합 이외에는 설명할 수 없는가 하는 점을 검토해야 한다. 즉 서로 상반되는 요소들의 증명력을 결정함에 있어서, 병행행위가 그러한 행동의 유일한 설득력이 있는 설명을 구성하지 않는 한 이를 담합의 충분한 증거가 될 수 없다. 왜냐하면 비록 협정 제85조가 경쟁을 왜곡시키는 어떠한 형태의 담합을 금지하고 있지만 이는 각 경제 운용자들이 그들의 경쟁자들의 현재 또는 예상되는 행동을 의식적으로 따라갈 권리를 박탈하는 것은 아니기 때문이다.

1. 분기별 공표제도 자체의 위법성

법원은 2인의 전문가에게 펄프시장의 특성에 대한 검토를 의뢰하였는데, 전문가들은 가격공표제도를 펄프생산방식 및 시장의 순환적 성격으로 인한 생산자들과 고객간에 고착된 장기간 관계라는 관점에서 파악하였다. 즉 각 유형의 종이는 특정한 펄프배합에 따른 것으로서 배합의 변경이 매우 어렵기 때문에 펄프생산자와 종이생산자간에는 긴밀한 협조관계가 존재할 뿐 아니라 시장의 사이클에 기인하는 불확실성에 대비해서 상호 공급과 구매를 보장하는 긴밀한 관계를 유지할 수밖에 없다고 한다.

이러한 장기에 걸치는 양자간의 관계 때문에 가격공표제도는 구매자들의 도입요구에 따라 2차 대전직후부터 관행으로 굳어진 것이므로 이를 모의에 따른 결과로 보는 것은 유일한 설득력이 설명이라고 할 수 없다.

2. 가격공표의 동시 또는 근접성

법원의 의뢰를 받은 전문가들은 이를 시장의 투명성으로 설명한다. 즉 펄프시장에서는 구매자들은 공급원의 다양화를 추구하기 위해 여러 생산자와 거래를 함으로써 가격을 비교할 수 있고, 펄프의 구매자는 비교적 소수의 대규모 제지업체인 경우가 보통이므로 이들간에도 서로 가격정보를 교환하며, 펄프생산자 중에는 제지업을 겸하는 경우가 많고, 하나의 대리점이 여러 생산자를 대리하는 등의 사정으로 인해 가격정보가 매우 신속하게 시장에 확산된다고 한다.

3. 공표가격의 병행성

법원의 의뢰를 받은 전문가들은 다음과 같은 이유로 사업자들의 동일한 가격 책정이 담합보다는 시장의 특성에서 기인하는 것으로 판단하였다.

3.1. 시장의 특성

펄프시장은 펄프의 종류에 따라 특정 생산자들과 특정 구매자들로 구성되는 '과점수급그룹'(group of oligopolies-oligopsonies)이다. 이러한 시장구조는 종이 펄프의 생산과정상의 방법에 기인하는 것이다. 왜냐하면 종이는 펄프 배합의 특성의 결과에 지나지 않으므로 각 제지업체는 제한된 펄프생산자와 거래할 수밖에 없고 역으로 각 펄프생산자는 매우 제한된 고

객에 대해서만 공급할 수밖에 없다. 이러한 그룹별 분할 구조하에서는 시장의 불확실성에 대응해서 구매자와 판매자간에 긴밀한 협력이 요청될 수밖에 없다.

이러한 분할적 시장구조와 함께 시장의 높은 투명성은 펄프시장의 비탄력성의 원인이 된다. 즉 독자적인 가격인상은 고객의 상실만 초래하고 또 가격 인하는 이를 상쇄시킬 수요의 증대로 연결되지 않고 결국은 모든 생산자들의 이윤을 저하시키는 결과를 초래하기 때문에 자연히 동일한 가격을 유지할 수밖에 없다는 것이다.

다만 장기적인 관점에서는 구매선 전환이나 재생종이와 같은 대체 생산에 눈을 돌릴 가능성이 있으며 이는 과점소수기업 구조를 완화할 수 있다. 이는 5-6년 주기로 가격 등락이 왜 생겼는지를 설명해 주는 것이다. 또 수차례 있는 단기간의 전반적인 가격 인상은 시장의 투명성의 결과로서, 각 생산자들은 경쟁자들의 재고량이 매우 낮을뿐 아니라 가동율도 매우 높다는 것을 알고 있음에도 불구하고, 전반적으로는 수요가 공급을 초과하는 상태에 있었기 때문에 경쟁기업의 동조를 예상하고 가격을 인상한 것이다.

3.2. 거래지역 · 규모 · 생산비 등에 따른 차이

(1) 펄프사업자들이 각 회원국별 가격탄력성의 차이에 따른 차별적 가격을 책정하지 않은 것은 이들이 각국별로 펄프 시장을 분할할 수 있는 지위에 있지 못하였기 때문이다. 즉 유럽 펄프시장에서 이들이 차지하는 비중은 60%에도 미치지 못하여 상당한 정도의 아웃사이더가 존재하고 있으며 또한 각 회원국간의 전매를 통제할 장벽을 구축할 수 없었기 때문이다.

(2) 주문량과 목적지별 가격차이가 없었다는 점은 펄프유통의 특성에 기인하는 것으로 보아야 한다. 즉 목재펄프는 동일한 재고에서 공급되는 표준화된 제품이고, 생산자들은 큰 항구에 대량의 목재를 저장할 창고를 운영하고 구매자들은 한 생산자에게 주문량을 집중하기 보다는 여러 생산자에게 할당하는 경향이 많기 때문에 대량 주문량에 따르는 규모의 경제는 관리비용의 차이 정도에 그친다.

(마) 핵심원리 및 국내사례비교

1. 핵심원리

1.1. 쟁점

이 사건의 쟁점은 ① 분기별 펄프가격의 사전 공표제도 자체의 위법성 및 담합 추정의 상황적 증거가 되는가, ② 가격공표의 동시 또는 근접성과 (3) 공표가격의 병행성이 담합의 상황적 증거가 되는가 이다.

1.2. 상황적 증거에 관한 원칙

담합추정에 대해 상황적 증거에 의존할 경우 그 증거들은 확정적이고 명확하며 일관성이 있어야 한다. 제품의 특성, 규격, 그리고 사업자의 수와 시장에서의 수량등을 감안하여 병행행위가 담합 이외에는 설명할 수 없는 경우에 해당하지 않는 한 담합의 충분한 증거가 될 수 없다.

1.3. 분기별공표제도

펄프시장에서의 공급자와 구매자간의 긴밀한 협조관계 때문에 가격공표제도는 구매자들의 도입요구에 따라 2차 대전직후부터 관행으로 굳어진 것이므로 이를 모의에 따른 결과로 보는 것은 유일한 설득력이 설명이라고 할 수 없다.

1.4. 가격공표의 동시성

펄프유통구조의 특성상 가격정보의 투명성이 높기 때문에 가격공표의 동시성 또는 근접성을 담합의 결과라고 보는 것이 유일한 설명일수 없다.

1.5. 공표가격의 병행성

펄프시장은 종이 생산과정의 특수성에 따라 제한된 생산자와 구매자간들로 구성되는 ‘과점소수기업의 그룹(group of oligopolies-oligopsonies)’이다. 이러한 그룹별 분할 구조하에서는 시장의 불확실성에 대응해서 구매자와 판매자간에 긴밀한 협력이 요청될 수밖에 없다. 분할적 시장구조는 시장의 높은 투명성과 함께 펄프시장의 비탄력성의 원인이 된다.

이러한 시장구조하에서 공표가격의 병행성은 반드시 담합의 결과로 설명할 수는 없다.

2. 국내사례비교

2.1. 종이제조 3사의 이의신청건

이 사건은 ① 상품의 수요자가 공급자에 비해 우월적 지위에 있고 수요자의 요구에 의해 가격이 획일적으로 결정되는 점, ② 상품이 등급이나 품질상 차이가 없는 재화로서 원재료 가격 등의 차이가 거의 없는 점, ③ 한정된 수요자만을 대상으로 하여 각 회사별로 차별화

된 가격이 허용되지 않는다는 점에서 국내의 ‘종이제조 3사의 이의신청건’(공정위, 1996.10.15, 재결 제96-19)과 유사하다.

이 심결에서 공정위는 ① 상품(신문용지)의 등급, 품질, 원재료 가격 등 인상요인의 비슷하더라도 기술개발이나 경영여건의 차이에서 오는 제조원가의 차이가 다름에도 불구하고 동일한 인상을 기록하였으며, ② 구매자인 신문사가 공급자인 제지회사에 비해 반드시 우월적 지위에 있지 않으며, ③ 사업자간의 왕래한 문서 등의 내용에 비추어 합의의 존재를 추정하였다.

2.2. 비교

Woodpulp 사건에서 법원은 추가적 요소의 입증원칙으로서, 원고는 확정적이고 명확하며 일관성 있는 증거를 제시해야 하며, 제품과 시장의 상황을 감안할 때 병행행위가 담합 이외에는 설명할 수 없는 경우에 해당하지 않는 한 담합의 충분한 증거가 될 수 없다고 하여, 원고측에게 매우 엄격한 입증책임을 부과하고 있다. 만일 이러한 기준에 의한다면, 위 공정위 심결사례에서 원고(공정위)는 입증을 다하지 못한 것으로 된다. 왜냐하면 신문용지와 그 시장의 특성상 병행적 가격인상이 반드시 사전합의로만 설명할 수 있는 것은 아니기 때문이다.

그러나 이는 EU의 경쟁법이 우리와 같이 공동행위로부터 모의를 추정하지 않기 때문이다. 앞에서 본 바와 같이 우리법의 해석론으로 추정을 위해 추가적 요소가 필요하고 이를 추정의 복멸사유로 본다고 하더라도, 추가적 요소의 입증책임은 피고측에게 있기 때문이다.

(바) 심결을 위한 시사점

1. 경쟁의 실질적 제한

Woodpulp 사건에서는 담합의 추정을 매우 엄격하게 하는 대신에 경쟁제한성에 대해서는 다루고 있지 않다. 이는 합의가 추정되면 경쟁제한성이 당연히 있는 것으로 보기 때문인지는 명확하지 않다. 그러나 이러한 판결의 태도는 우리법의 운용에 있어서도 참조할 만 하다.

2. 전문가 판단

Woodpulp사건에서는 법원은 당해 전문가들로 하여금 관련시장의 구조와 시장의 특성이 상호의존적 가격설정으로 이어지는가 아니면 서로 다른 가격구조로 연결되는가 하는 점에

대해 2번의 분석을 의뢰하였고 판결문도 이들의 보고서에 전적으로 의존하고 있다. 결국 합의의 추정을 위한 추가적 요소의 인정여부는 관련시장에 대한 정밀한 경제분석을 전제로 하는 점에서 독금법 사건에서 전문가의 활용은 시사하는 바가 크다.

4. 불공정거래행위관련 심결사례

1. 디피케이인터내셔널(주)의 구속조건부거래행위에 대한 건

- 공정위 2000. 11. 15. 제2000-163호 의결, 2000유거0069 -

(가) 사건의 개요

1. 피심인의 지위

1.1. 피심인(DPK인터내셔널주식회사)은 음식물 제조·판매업을 영위하는 가맹사업자로서 독점규제및공정거래에관한법률(이하 “공정거래법”이라 한다)제2조제1항의 규정에 의한 사업자에 해당한다.

1.2. 피심인은 1989. 10. 28.부터 피자를 제조·판매하는 업을 경영하는 피자배달전문업체(브랜드 : 도미노피자)로서, 국내 피자시장(약 5,000억원 규모)의 약 10%를 점유하고 있는 것으로 추정된다.

1.3. 피심인의 일반현황

(단위 : 백만원, 98년말 기준)

구 분	내 용	구 분	내 용
자본금	1,200	임직원수	92명
매출액	8,184	가맹점수	83개
당기 순이익	17	총자산	4,782

2. 피심인의 행위

피심인은 자기의 가맹계약자와 체결한 도미노피자판매체인점가맹계약서 제21조112)에 의하여 가맹점 소재지역이외에서는 배달판매 및 판촉행위를 금지하여온 사실이 있다. 피심인은

112) 가맹계약서 제21조(배달판매지역) : 을(가맹점)은 배달소요시간 및 소비자의 편의를 위하여 합리적이라고 인정되는 별첨표시 지역내에서 본건 제품을 배달판매하기로 한다.

1999. 10. 9, 자기의 가맹계약자인 도미노피자 사당점과 도미노피자 방배점이 각각 자신의 배달구역을 넘어 다른 지역에 배달하였다는 이유로 가맹계약서 제13조(영업방침 준수)제2항에 근거하여 서면으로 경고를 한 사실이 있다.

이렇듯 피심인이 가맹점에 대하여 판매지역을 제한한 위 행위는 공정거래법상의 불공정 거래행위 유형의 하나인 구속조건부거래행위(특히 거래지역 또는 거래상대방제한 행위)에 해당할 수 있다.

(나) 피심인의 항변 혹은 쟁점사항

1. 판매지역제한의 목적

피심인은 대고객 서비스 향상을 통한 판매촉진책의 일환으로 고객이 주문한 시점부터 30분 이내에 주문상품이 배달되지 못하면 피자 값을 할인하거나 무료로 주는 소위 '30분 배달보증제'를 실시하고 있으며 판매지역제한은 이러한 '30분 배달보증제'의 실시를 위하여 필요하다고 주장한다.

2. 다른 경쟁업체와의 경쟁촉진

피심인은 피자시장 점유율이 10% 정도에 불과하므로 판매지역제한이 피자시장의 1위 사업자인 피자헛과의 경쟁(시장점유율 : 40~50%)을 촉진하는 효과가 있다고 주장한다. 한편 최근 피자헛은 배달판매도 개시한 것으로 파악되고 있다.

3. 가맹점의 영업권보호

피심인이 가맹점에게 일정한 지역을 할당하여 주고 그 지역 내에서만 상품판매를 허용함으로써 각 가맹점들간의 출혈경쟁을 제한할 수 있고 그 지역 내에서 가맹점에게 독점적 지위를 부여하여 가맹점의 영업권을 보호하고 일정한 영업이익을 확보하여 주기 위해서는 거래지역제한은 불가피하다고 한다. 요즘은 오히려 가맹점주들이 본사가 이러한 거래지역을 할당하여 주기를 바라는 경우가 많다.

(다) 쟁점에 관한 공정위의 판단¹¹³⁾

113) 이 사안에 대해 공정위는 위법성을 인정하고, 시정명령을 내렸던 바 그 조치는 다음의 세 가지다.

1. 위법성 판단의 일반적 기준

피심인이 재판매가격유지행위 등 위법한 행위의 실효성을 담보하기 위한 수단으로 이와 같은 판매지역제한을 실시하지 않았음은 일응 인정된다. 따라서 피심인이 자신의 가맹계약자들에 대하여 판매지역제한을 실시한 사실 그 자체만 가지고 범위반으로 결정할 수는 없고 피심인이 관련시장에서 보유하고 있는 영향력, 브랜드간 경쟁 및 브랜드내 경쟁에 미치는 효과, 피심인이 다른 방법에 의하여 피심인의 영업상목적 달성할 수 있는지 여부, 피심인이 채택한 지역제한의 강도 등 여러 요소를 종합적으로 비교·형량하여 위법여부를 판단하여야 할 것이다.

2. 브랜드간 경쟁촉진과 브랜드내 경쟁제한의 형량

피심인은 전체 피자시장에서의 점유율이 10%에 지나지 않으나, “도미노피자”는 세계최대 규모의 배달전문 체인피자브랜드로서 국내 배달판매분야에서 1위를 점유하는 등 배달을 선호하는 소비자에 대해 영향력을 미칠 수 있는 것으로 보인다. 이와 같은 점을 감안할 때, 피심인의 배달방식하에서는 지역제한행위로 인한 피자헛과의 브랜드간 경쟁을 촉진하는 효과가 다소 있으나 도미노피자 브랜드내의 경쟁을 제한할 측면이 더욱 큰 것으로 판단된다.

3. 판매지역제한이 소비자에게 미치는 영향

피심인의 가맹점에 대한 판매지역제한행위가 소비자에게 미치는 영향을 평가해본다. 피심인이 가맹점에 대해 일정한 배달구역 이외의 지역에서는 배달판매 및 판촉행위를 엄격히 금지함으로써 각 가맹점들은 자신의 영업구역내에서는 독점력을 보유하게 되고 이에 따라 가맹점간에 고객확보경쟁이 제한되게 된다. 소비자는 가맹점별 서비스나 가격에 따라 가맹점을 선택할 수 있어야 함에도 불구하고 피심인의 지역제한행위로 인하여 이러한 소비자의 선택권이 침해되게 된다. 가맹점 또한 소비자에게 서비스의 질을 제고하거나 가격을 인하할 유인이 축소될 가능성이 크므로 결과적으로 소비자후생이 저하되는 효과가 있다 할 것이다.

-
- i) 피심인은 자기의 가맹계약자와 거래함에 있어 가맹계약자의 판매지역을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하는 행위를 하여서는 아니된다.
 - ii) 피심인은 이 시정명령을 받은 날부터 60일 이내에 판매지역을 제한하는 가맹점계약서 제21조의 규정을 수정 또는 삭제하여야 한다.
 - iii) 피심인은 이 시정명령을 받은 날부터 30일 이내에 위 1.의 행위를 함으로써 독점규제및공정거래에관한법률에 위반되어 공정거래위원회로부터 시정명령을 받았다는 사실을 자기의 가맹계약자에게 서면으로 통지하여야 한다. 단 통지문 앞은 사전에 공정거래위원회와 협의를 거친 것이어야 한다.

4. '30분 배달보증제'의 대체적 수단의 존재 여부

피심인은 피자시장점유율 1위 사업자인 피자헛과 경쟁하기 위한 수단으로 '30분 배달보증제'를 실시하기 위하여 판매지역제한이 필요할 뿐만 아니라 가맹점들의 영업권의 보호차원에서 필요하다고 주장한다. 그러나, 이러한 영업권의 보호나 '30분 배달보증제'는 엄격한 지역제한이 아니더라도 보다 경쟁제한성이 적은 다른 대체적인 방식의 활용으로도 가능할 것이다. 즉, 피심인이 가맹계약 희망자들과 가맹계약체결 교섭을 함에 있어서 기존 가맹점들의 위치, 새로운 가맹점포 개설 예정지역의 상권 등을 감안하여 30분내 배달이 가능하고 가맹점의 영업권도 보호될 수 있는 위치를 선정·계약함으로써 이와 같은 목적을 달성할 수 있을 것이다

5. 종합적 판단

피심인의 지역제한행위를 종합적으로 판단하건 데, 피자시장에서 업계 1위인 피자헛과 피심인의 시장점유율의 차이가 상당하기는 하나(약 50% : 10%), 피심인의 브랜드 인지도가 높을 뿐만 아니라 배달판매분야에서의 시장점유율 때문에 피심인의 판매지역제한은 경쟁촉진 효과 보다는 경쟁제한효과가 더 큰 것으로 평가된다. 또한 피심인의 영업전략인 「30분 배달보증제」를 시행할 수 있는 보다 덜 제한적인 대체수단이 있다는 점도 고려되어야 할 것이다. 따라서 피심인의 판매지역제한행위는 거래상대방의 거래(관측)지역 등을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하는 행위에 해당된다.

(라) 해설 및 검토

1. 부당성 심사의 일반적 기준

우리나라 불공정거래행위법은 주요 경쟁법제와 비교할 때 상당히 다른 면모를 보이고 있으며, 지금까지 축적된 불공정거래행위에 관한 공정위의 실무 또한 상당한 특색이 있다. 특히 시장지배적지위 남용행위에 대한 규제의 실례가 드물고, 불공정거래행위에 대한 규제사례는 대단히 풍부한 점을 빠트릴 수 없다.

불공정거래행위에 관한 위법성 심사기준으로서, 당연위법의 법리를 제한적으로 주장하는 견해가 일부 존재하기는 한다. 그러나 우리 법의 체계와 법문의 구조상 소위 합리의 원칙이

채용되어야 함은 너무나 당연한 것이고¹¹⁴⁾, 합리의 원칙이 적용되어야 한다는 주장 자체가 불필요한 논쟁으로 생각되는 면도 적지 않다¹¹⁵⁾. 그리고 불공정거래행위의 위법성 판단기준에 관한 원론을 요약하자면, 우리법은 불공정성 내지 공정거래저해성¹¹⁶⁾이라는 표제적 관념하에, 개별 구성요건에 있어서는 ‘부당함’ 또는 ‘정당한 사유 없음’으로 구체화되는 것으로 생각할 수 있다.

이 사건에서는 거래지역제한의 ‘부당성’에 대한 심사가 위법성 판단의 요체가 되는 바, 문제는 이 부당성의 징표가 무엇인지 그리고 그 실질적 내용을 무엇으로 볼 것인가에 있다. 독점금지법의 기본목적이 공정한 경쟁의 촉진이라면, 거래지역제한행위의 경쟁제한적 속성에 관한 심사, 그리고 당해 행위가 일반적 혹은 표준적인 기업관행에 해당되는지 그리고 당해 관행의 건전성에 대한 평가가 문제될 것이다. 물론 소비자의 편익 내지 후생에 미치는 영향을 최종적으로 검토할 필요가 있다.

이 사건에서 공정위가 위법성판단의 원칙적 기준으로서 ‘피심인이 자신의 가맹계약자들에 대하여 판매지역제한을 실시한 사실 그 자체만 가지고 범위반으로 결정할 수는 없고 피심인이 관련시장에서 보유하고 있는 영향력, 브랜드간 경쟁 및 브랜드내 경쟁에 미치는 효과, 피심인이 다른 방법에 의하여 피심인의 영업상목적 달성을 달성할 수 있는지 여부, 피심인이 채택한 지역제한의 강도 등 여러 요소를 종합적으로 비교·형량하여 위법여부를 판단하여야 할 것’이라고 언명한 것은 표준적인 접근이라고 하겠다.

특히 종래의 구속조건부 거래행위, 특히 거래지역제한행위의 위법성판단에 있어서 상대방 사업자의 의사결정의 자유에 대한 침해나 브랜드내 경쟁의 제한을 주로 심사하던 것과는 달리, 브랜드간의 경쟁촉진, 대안적 수단의 존재 여부 기타 제반정황을 합리적으로 형량하여 위법성판단을 하여야 한다는 언급은 종전의 심결례에 비해 진보한 것이다.

2. 이 사건에서 공정위가 고려한 위법성 판단요소들

114) 미국법의 per se rule의 근거가 된 셔먼법 제1조와 우리나라의 불공정거래행위에 관한 법률 제23조 그리고 시행령 별표 소정의 개별 구성요건들을 비교해 보면 그 차이는 명백하다.

115) 공정거래위원회는 1992년 7월 「유통거래상 불공정거래행위에 대한 법집행정책의 전환 - 합리원칙의 확대」(이하 “유통불공정지침”이라 한다)라고 하는 내부지침을 채택한 바 있었다. 이에 의하면 지역구속성이 약한 단순한 책임지역제 및 판매거점제의 경우는 원칙적으로 이를 허용한다. 그러나 지역성이 강한 엄격한 책임지역제 및 판매거점제의 경우는 ①당해 제품의 시장이 독과점상태에 있고 지역제한이 이를 심화시키는 효과가 있으며 지역제한을 어겼을 때 공급중단, 계약해지등 제재수단이 있는 경우에는 이를 원칙적으로 위법한 것으로 처리하되, ②지역제한으로 인해 당해 시장전체로 볼때 경쟁촉진효과가 있거나 지역제한이 유통능률상 불가피한 경우는 이를 적법으로 처리하고, 또한 지역제한이 가격차별, 재판매가격유지 등 공정거래법상 위법 또는 부당한 행위를 달성할 목적으로 사용되는 경우는 위법으로 처리한다.

116) 일본법의 경우에는 ‘공정경쟁저해성’이라는 표제적 관념을 사용하며, 게다가 시장지배적지위 남용행위에 대한 규제를 갖고 있지 않은 점에 유의할 필요가 있다.

이 사건에서 공정위는 첫째, 피심인은 세계최대규모의 배달전문 체인피자로서 피자배달판매분야에서 1위를 점유하므로 배달을 선호하는 소비자에 대해 영향력을 끼칠 수 있고, 둘째, 피자헛과의 브랜드간 경쟁을 촉진하는 효과가 다소 있으나 도미노피자브랜드내의 경쟁을 제한할 측면이 더욱 큰 것으로 판단되고, 셋째, 가맹점들간의 고객확보경쟁이 제한되고 소비자의 선택권이 침해되어 서비스의 질이 제고되거나 가격인하가 유인될 가능성이 적어 결과적으로 소비자후생이 저하되며, 넷째, 피심인과 같은 엄격한 지역제한이 아니더라도 다른 대체적인 방법으로도 30분배달보증제를 달성하고 아울러 가맹점들의 영업권도 보호할 수 있다는 점을 들어 피심인의 판매지역제한의 위법성을 인정하였다.

3. 몇 가지 검토사항

이 사건에 대한 공정위의 판단은 종전의 유사 사례에 대한 판단과 연속성을 유지하고 있다. 또 위법성 판단기준에 관한 원칙적 언명이 보다 구체적으로 진보한 점에서 긍정적인 평가가 가능하다. 그러나 다음의 몇 가지 점에 대한 지적이 가능하다고 생각된다.

첫째, 공정위의 판단과는 달리 피심인의 판매지역제한으로 인한 브랜드간 경쟁촉진 효과는 브랜드내 경쟁제한 효과를 상쇄하는 것으로 볼 여지도 있다고 생각된다. 도미노피자의 시장점유율이 10% 정도에 불과한 점, 그리고 도미노피자의 강력한 도전으로 인해 시장점유율에서 부동의 1위(점유율 40 - 50%)를 점하고 있는 피자헛이 배달판매를 시작한 점 등을 통해 간취 될 수 있다. 공정위는 도미노피자가 피자배달판매분야에서 점유율 1위인 사실을 지적하고 있으나, 이를 별도의 단계시장 혹은 거래권으로 볼 것인지 여부에 대해서는 보다 정밀한 사실조사와 판단이 필요하다. 이 사건이 단순한 불공정거래행위 사건인 점에 미루어 볼 때, 수직적 거래제한을 셔먼법 제1조에 의해 규제하는 미국법의 경우에도 브랜드간 경쟁촉진이 독금법의 기본적 사명으로 이해되는 점을 참조할 여지가 있다¹¹⁷⁾.

한편 거래지역제한에 관한 다음의 심결례와 이 사건은 피심인의 점유율 면에서 큰 차이를 보인다. 예컨대 부산우유협동조합의 거래지역제한 사건¹¹⁸⁾의 경우는 피심인이 부산·경남지역에서의 시장점유율이 40%, 제일제당(주)의 거래지역제한 사건¹¹⁹⁾에서는 피심인의 알칼리성 음료(게토레이)의 국내시장점유율이 33.6%, 동원산업(주)의 거래지역제한¹²⁰⁾에서는 동원산업의 국내 참치통조림시장 점유율이 64.8%에 이르는 등 피심인의 시장점유율이 대단히 높

117) Abadir & Co. v. First Mississippi Corp., 651 F.2d. 422(5th Cir. 1981); Donald B. Rice Tire Co. v. Michelin Tire Corp., 638 F.2d. 15(4th Cir. 1981) 등.

118) 공정위 1993.6.30, 93-61호 의결, 930일262.

119) 공정위 1993.8.25, 93-163호 의결, 9305독344.

120) 공정위 1992.7.1, 92-81호 의결, 9203독082.

은 경우로서, 이들의 거래지역제한은 브랜드간 경쟁촉진 보다 브랜드내 경쟁제한의 요인이 부각될 시장구조를 가지고 있기 때문이다.

둘째, 경쟁촉진을 통한 소비자 후생과 관련하여 공정위는 피심인의 거래지역제한행위가 가맹점들 사이의 고객확보경쟁을 제한하며 서비스의 질 제고의 가능성이 적어 결과적으로 소비자후생이 저하된다고 판단하였다.

이에 관한 공정위의 판단은 프랜차이즈 영업에 있어 가맹점들 사이의 가격경쟁 여지는 근본적으로 제한되며, 서비스경쟁이 주안점이 된다는 사실을 염두에 두고 있는 듯하다. 그러나 가맹점들 사이의 경쟁, 다시 말해 브랜드내의 경쟁이 제한된다고 할지라도, 소비자들은 다른 브랜드, 특히 시장점유율 1위인 피자헛이나 다른 브랜드의 제품을 선택할 수 있는 가능성이 열려 있다. 도미노의 가맹점들은 자신의 영업구역 내에서 다른 브랜드와의 경쟁을 위해 서비스 질을 제고하고 쿠폰의 발행 등을 통한 간접적인 가격인하를 위해 노력할 수 있다는 사실에 대한 조사와 입증이 부족하다고 볼 여지가 있다.

또한 도미노피자는 외식업계 최초로 '중앙 보급 물류시스템'을 도입하여 재료나 제조방법에 있어서 가맹점들 사이에 차이가 없어 소비자에게 동일한 품질의 피자를 제공하고 있으며, 가맹본부는 각 가맹점들이 스스로 할인쿠폰 등을 발행하거나 사은품을 증정하는 것을 막지 않아 가맹점 사이의 실질적인 가격경쟁이 존재한다는 점을 인정할 소지도 있다. 결국 소비자 후생 침해 또한 침해의 우려에 관한 보다 엄밀한 사실확인 및 입증이 있었으면 더욱 좋았을 것이다.

셋째, 도미노피자 가맹본부의 지위와 관련하여 30분배달보증과 이로 인한 브랜드가치의 보전의 필요성을 지적할 수 있다. 심결에서 드러난 바와 같이 도미노피자는 세계적인 명성을 가진 배달전문 피자업체로서 30분배달보증제를 실시하고 있는 바, 소비자에게 30분내에 배달이 되지 않으면 피자값을 받지 않거나 할인하는 도미노피자 특유의 영업방침이다. 이 30분배달보증제는 세계적으로 실시되고 있는 도미노피자 특유의 판매전략으로서, 이제 도미노피자라는 브랜드 이미지 그 자체를 상징하고 있다.

따라서 지역제한과 30분배달보증제와의 상관성, 배달전문 피자업체로서 30분배달보증제의 이완이 가져올 브랜드가치에 대한 손상에 대한 우려, 그리고 도미노피자가 다른 나라에서 시행하는 판매지역분할의 강도 등에 관하여 검토할 여지가 있다고 생각된다.

넷째, 거래지역제한으로 인한 특정 가맹점의 영업상의 이익침해를 구체적으로 살펴 볼 필요가 있다고 생각한다. 인접 가맹점이 관할하는 판매구역내의 고객에 대한 판매를 가맹본부가 제한하는 것 그 자체가 부당한 판매지역제한행위를 구성하는 것이 아님은 물론이고, 또 이러한 제한 자체가 특정 가맹점에 대한 부당한 영업상의 이익침해를 구성하는 것으로 볼 수는 없다. 인접 가맹점 역시 동일한 제한을 받고 있으며, 또 이러한 시스템을 통해 각각의 가맹점들은 최소한의 수요집단을 안정적으로 확보할 수 있는 기반이 조성되기 때문이다.

4. 맺는말

우리 공정거래법은 다른 나라와는 다른 특이한 불공정거래행위법의 체계를 가지고 있고, 미국과는 달리 수평적 혹은 수직적 거래제한도 기본적으로 불공정거래행위법에서 규제하고 있으며, 불공정성 혹은 위법성판단기준도 독특함은 주지하는 바와 같다. 셔먼법 제1조의 적용과 관련하여 거래제한 혹은 경쟁제한적 효과에 대한 심사가 위법성판단의 핵심적 요소를 이루는 미국과는 달리, 우리나라의 경우 판매지역제한 혹은 구속조건부 거래행위의 위법성판단기준은 제일차적으로는 불공정성 내지 공정거래저해성이며, 이는 시행령 별표가 정하는 개별 구성요건에 있어 부당성 혹은 '정당한 사유 없음'에 관한 해석과 평가의 문제가 된다. 종래 공정위가 대리점 등의 의사결정의 자유에 대한 제약 혹은 강제성, 브랜드내의 경쟁제한을 부당성의 핵심적 징표로 보았다면, 디피케이 사건에서 브랜드내 경쟁제한과 브랜드간 경쟁촉진의 비교형량을 강조한 것은, 결과적으로 위법성을 인정하였다고 하더라도, 위법성판단에 있어 상당한 변화를 가져 올 여지를 만들었고, 미국법의 수직적 거래제한에 관한 합리의 원칙에 닮아 가는 것으로 평가할 수 있다고 생각된다.

(2) 대한항공의 구속조건부 거래행위에 대한 건 (사건번호 : 2000유거0018)

(가) 사건의 개요

1. 피심인의 지위

피심인은 국내외 항공운송업을 주력사업으로 영위하고 있는 자(1998년 기준 자본금 3218억원, 매출 4조5854억원, 2000년도 공급석 기준 국내노선 점유율61.4%, 국제노선 41.7%로서 독점규제및공정거래에관한법률 제2조 제1호의 사업자에 해당된다.

2. 피심인의 행위

피심인은 항공사간 경쟁심화에 따른 가격 경쟁의 대안으로 고객의 대한항공에 대한 애호도를 증진시켜 수송수입을 극대화하기 위해 고객의 탑승실적과 제휴업체의 이용실적을 누적으로 합산하여 보너스로 항공권 또는 좌석승급 등의 편익을 제공하는 상용고객보너스(FTBS) 제도를 1985.4.1. 도입하였다. 그리고 1995. 4. 1.에는 스카이패스로 그 명칭을 변경하였고, 현재는 공동관측을 통한 단골고객 및 잠재고객의 확보 등 판매경쟁력의 강화를 위해 신용카드사 등의 다른 사업자 등의 다른 사업자와 스카이패스 업무제휴계약을 체결하고 제휴관계를 유지하고 있다.

피심인은 스카이패스 제도를 운영하면서 거래상대방에 대하여 다음과 같이 자신의 경쟁사업자인 아시아나항공(주)과의 병행제휴를 금지한 사실이 있다.

즉, 아시아나와의 제휴관계를 청산하는 것을 조건으로 삼성카드와 제휴약정을 체결하였고, 국민신용카드가 아시아나와 병행제휴계약을 체결하자 동사와의 기존 제휴관계를 중단하였으며, 외환신용카드가 아시아나와 병행제휴계약을 추진하자 제휴관계 중단을 통보함으로써 이를 무산시켰다.

(나) 피심인의 주장과 공정위의 판단

1. 피심인의 주장

1.1. 거래상대방의 사업활동구속에 관한 점

첫째, 삼성카드사와의 업무제휴와 관련해서는 삼성카드의 제휴요청에 이를 수용했을 뿐 아시아나항공(주)과의 제휴청산을 조건으로 한 적이 없으며, 둘째, 국민카드사와의 제휴중단과 관련해서는 국민카드가 제휴단가인하 등을 요구하여 제휴를 중단했을 뿐이고, 셋째, 외환카드사에 대한 제휴중단통보와 관련해서는 외환카드가 아시아나와(주)의 병행제휴를 하려는 노력이 제휴단가인하의 한 국면으로 보여져 중단을 통보했을 뿐이다.

1.2. 관련시장에서의 피심인의 지위

피심인이 비록 국내선분야 점유율이 60%를 상회하고 있으나, 복점상태인 국내항공운수시장의 다른 경쟁사인 아시아나항공(주)보다 우위에 있다고 말할 수 없다. 또 거래상대방인

카드사들은 대등한 지위에 있는 아시아나와의 제휴계약을 자유롭게 체결할 수 있다. 그러므로 대한항공은 이들의 영업활동의 자유를 부당하게 침해하지 않았다.

1.3. 경쟁저해성에 관한 점

스카이패스에 가입한 고객은 약 680만 정도이고 이 중 제휴카드를 소지하고 있는 고객은 1999년 말 현재 157만명으로서 제휴카드사용으로 인한 1999년 누적 마일리지는 전체 누적 마일리지의 약 20%를 차지하고 있다. 그러나 탑승객 중 제휴카드 회원이 차지하는 비중은 약 10% 수준에 불과하다. 따라서 제휴사들이 국내항공시장에 미치는 영향이 상당하다고 할 수 없고, 따라서 아시아나와의 병행제휴를 제한하더라도 이것이 바로 경쟁사를 배제하는 것이라고 단정할 수 없다.

2. 공정위의 판단¹²¹⁾

2.1. 거래상대방 사업활동구속과 경쟁사 배제의도에 관한 점

첫째, 피심인이 삼성카드사와 제휴약정시 “아시아나(주)와의 약정 해지한 이후부터 발효된다”는 내용이 있고 별첨서류에는 구체적 해지절차가 명시되어 있는 점을 감안할 때, 아시아나와의 제휴관계 청산을 조건으로 한 것으로 인정된다. 둘째, 피심인은 SK사가 아시아나(주)와의 제휴계약을 체결하자 곧바로 ‘귀사의 영업전략이 당사와 상이하게 변경되어 업무제휴계약을 해지한다’는 취지의 공문을 발송한 점 그리고 피심인의 내부보고용 문건에서 “아시아나와의 병행제휴 불허정책은 지속적으로 고수할 방침”임을 밝힌 점 등을 감안할 때 피심인의 항변은 이유가 없다.

피심인은 외환카드사가 아시아나와(주)의 업무제휴 의사를 밝히자 곧바로 “귀사의 영업전략이 당사와 상이하게 변경될 경우 업무제휴계약을 해지할 수밖에 없는 입장”이라는 취지의 공문을 발송하여 당해 계약을 무산시킨 사실이 있음을 감안할 때, 아시아나 항공사를 배제할 목적이 없었다는 주장은 이유가 없다.

2.2. 관련시장에서의 피심인의 지위

121) 이 사건에서 공정위는 피심인의 행위가 경쟁을 제한하고 상대방을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하는 구속조건부행위로 인정하고 다음과 같은 시정명령을 내렸다.

1. 피심인은 거래상대방에 대하여 자기의 경쟁사업자와 병행제휴를 하지 아니하는 조건으로 제휴관계를 맺거나, 자기의 경쟁사업자와 병행제휴를 하는 것을 이유로 기존의 제휴관계를 중단하는 행위를 하여서는 아니된다.
2. 피심인은 시정명령을 받은 날부터 30일 이내에 위반사실을 1개 중앙일간지에 공표하여야 한다.
3. 피심인은 과징금 250백만원을 국고에 납부하여야 한다.

국내항공운송시장에서 피심인은 취항노선수나 횡수 등 모든 면에서 유일한 경쟁자인 아시아나(주)보다 우위에 있을 뿐만 아니라, 스카이패스제도를 오래 전부터 운영해 오며 따라 누적합산으로 인해 혜택가능성이 커서(1999년 말 현재 누적마일리지에서 대한항공은 76.1%를 점함) 고객들이 피심인을 선호하게 된다. 이런 상황에서 카드사들로 하여금 양자택일을 요구할 경우 피심인을 선택할 수밖에 없게 되므로 이는 경쟁사인 아시아나와의 거래를 단절하라는 것과 마찬가지로의 효과를 지니고, 결과적으로 거래상대방의 사업활동을 부당하게 제한하는 것이다.

2.3. 경쟁저해성에 관한 점

전체탑승객 중 제휴카드회원의 점유비중은 10%이지만 제휴카드회원은 마일리지 혜택을 받기 위해 제휴항공사를 계속 이용하는 단골고객이 될 가능성이 높으므로 그 비중이 낮다고 할 수 없고, 신용카드 사용이 보편화되고 복합적 기능을 가진 제휴카드 회원의 비중이 증가할 잠재적 가능성이 크며 피심인의 제휴상대방 중 신용카드사가 차지하고 있는 비중이 87%에 달하는 점등을 감안할 때, 피심인의 병행제휴 금지방침과 이에 따른 행태는 당해 시장에서 경쟁을 저해할 우려가 있다. 더욱이 관련시장을 전체 탑승객이 아닌 제휴카드회원의 탑승객으로 좁게 볼 경우 본 건의 경쟁저해성은 훨씬 크다.

(다) 이의신청과 재결¹²²⁾

1. 이의신청인의 주장

이의신청인은 다음과 같은 주장하에 원심결 전부의 취소를 신청하였다.

첫째, 이의신청인은 제휴마케팅 수단이 다양하고 항공사에는 마일리지 대가를 지급하는 입장이므로 거래상대방인 제휴카드사에 대해 우월한 지위에 있지 않으므로 카드사들의 선택을 구속하거나 강요하지 않았고 카드회사가 자유롭게 제휴항공사를 선택한 것이다. 둘째, 상용고객우대제도 고객 중 제휴카드를 소지하는 고객은 약 24%에 불과하고 이 중 절반은 제휴 이전부터 동 제도에 가입하고 있었으며, 전체 누적마일리지 중 제휴카드 사용으로 인한 것은

122) 1990년 이후 구속조건부 거래행위에 관한 사건 중에서 과징금이 부과된 사례는 포스틸(주) 및 포항제철(주)의 배타조건부 거래에 대한 건(9809 독점 1612)과 SK텔레콤(주)의 구속조건부거래에 대한 건(2001 독점 1507) 등 오직 두 건이 확인된다. 그런데 이 사건에서 공정위는 피심인의 이의신청이의 일부를 인용하여 과징금을 취소하는 재결을 내리고 있다. 과징금의 부과와 관련된 재량권의 한계에 관해서는 “사원판매행위에 대하여 부과된 과징금의 액수가 법정 상한비율을 초과하지 않는다고 하더라도 그 사원판매행위로 인하여 취득한 이익의 규모를 크게 초과하여 그 매출액에 육박하게 된 경우, 불법적인 경제적 이익의 박탈이라는 과징금 부과와 기본적인 성격을 고려할 때 과징금 부과처분이 비례의 원칙에 위배된 재량권의 일탈, 남용에 해당한다”는 요지의 대법원판결례가 있다(대판 2001.2.9. 2000두6206).

약 20%에 불과하며, 이의신청인이 마일리지 제공의 대가로 받은 반대급부가 매출총액의 1.6%에 지나지 아니하는 점을 감안할 때, 항공서비스 시장에서의 제휴카드의 영향은 미미하다. 셋째, 병행제휴 금지정책으로 인해 신용카드사들이 아시아나(주)와 이의신청인 중 하나를 선택해야 하나, 이 정책이 아시아나항공(주)의 고객접근을 차단한 것도 아니고 아시아나가 신용카드사와의 제휴에서 배제된 것도 아니다.

2. 공정위의 판단

첫째, 우량고객으로서 마케팅의 표적이 되는 항공사제휴 회원을 위한 카드사의 서비스와 관련하여 이의신청인과 아시아나(주) 중 하나를 택하라고 한다면 시장점유율이 높은 이의신청인을 택할 수밖에 없다. 따라서 카드사의 자유로운 선택에 의해 제휴항공사를 선택하였다는 주장은 설득력이 부족하다. 둘째, 상용고객우대제도 가입고객이 전체 탑승객 절반에 이르고, 이 중 20%가 제휴카드회원이며, 제휴카드로 인한 누적마일리지도 20%나 된다. 또한 반대급부가 적지만 마일리지 제도의 주된 목적이 단골고객의 유치이므로 그 금액은 큰 의미가 없다. 이러한 점을 고려할 때, 항공서비스 시장에서 제휴카드의 영향력이 미미하다는 주장은 설득력이 없다. 셋째, 제휴카드사가 이의신청인의 병행제휴금지정책으로 인해 아시아나항공(주)과의 제휴를 중단하거나 제휴가 무산된 실제 사례가 있었던 점에 비추어 볼 때, 이의신청인의 배타적인 거래행태는 당해 시장에서의 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 것으로 인정된다.

(라) 해설 및 검토

이 사건에서 공정위가 포섭한 쟁점이나 사실인정, 법규의 적용 그리고 위법성판단은 표준적인 것으로 평가된다. 특히 국내항공여객운송시장이 복잡상태에 있으며, 피심인인 대한항공이 당해 시장의 선점자로서 점유율이 높다는 점을 감안할 때, 원심결과 이의신청에 대한 재결 모두 정당한 것으로 평가된다. 그러나 이 심결에 대해서 몇가지를 지적할 수 있다.

1. 비용효익분석 및 보호법익의 관점

피심인 대한항공이 이 사건에서 보인 행태는 결과적으로 구속조건부거래행위로서 위법한 것으로 평가되었다. 그러나 피심인의 이와 같은 행위는 자신의 영업상의 이익을 제고하는 측

면이 있다. 일반적으로 장기간에 걸쳐 지속적으로 거래관계를 맺는 사업자 사이에서는 신용 혹은 신뢰관계를 기초로 한 구속관계가 형성되며, 이 신뢰에는 다른 거래처를 기웃거리지 아니하는 것도 포함된다. 또한 배타적 거래 자체가 일반적으로 경쟁적 순기능을 가지는 측면이 있으며, 이는 흔히 수직적 거래관계에서 나타나는 사회적 분업현상으로 설명된다¹²³⁾.

여기에서 배타조건부 거래행위의 적법성의 한계를 지적하면서, 피심인 대한항공의 이 사건에서의 행위가 그 한계를 일탈하였다는 사실에 대한 보다 정치한 주장과 입증이 있었다면 좋았을 것이다. 이와 관련하여 구속조건부 거래행위의 위법성판단요소들, 예컨대 심결문에서 밝히는 경쟁제한적 효과¹²⁴⁾ 이외에 상대방 사업자의 영업상의 이익침해, 그리고 현재의 혹은 잠재적 소비자의 후생 침해 등¹²⁵⁾의 체계와 상호관계에 관한 논의가 검토될 수 있다고 생각된다¹²⁶⁾.

특히 MS사건에서 배타적 거래협정이 경쟁사를 시장에서 약 40% 이상을 배제시키지 않는 한 셔먼법 위법으로 볼 수 없다고 판시한 점을 감안 할 때, 이 사건에서도 아시아나 항공사의 시장봉쇄효과가 어느 정도인지에 관해서 보다 구체적인 시장분석을 행한 후에 최종판단을 하는 과정을 밟을 수도 있었다고 생각된다.

2. 규범의 중복현상과 관련된 점

첫째는 공정거래법 특유의 규범중복 현상과 관련된 문제이다. 이 사안에서 가장 친근한 불공정거래행위의 행위유형은 물론 일반불공정거래행위의 유형및기준 중 제7호의 구속조건부 거래행위의 세부유형의 하나인 배타조건부거래라고 생각되고, 또 이 사안에서 공정위도 이를 적용하였다.

그러나 문제의 사실들은 직접적으로는 피심인의 거래처인 카드사들의 사업활동을 방해하

123) 권오승, 제3판 경제법, 337면. 허용될 수 있는 배타적거래행위의 예로는 예컨대 다수의 유력사업자가 존재하는 시장에서 배타조건부거래로 인해 경쟁이 실질적으로 제한되지 않는 경우, 판매자와 구매자가 각각 안정적인 공급망의 확보 그리고 공급원의 확보나 시장의 확보 등 효율성 증대효과가 대단히 큰 경우, 신규진입자가 배타조건부거래 이외의 방법으로는 시장진입이 사실상 불가능한 경우 등이 있다.

124) 공정위의 심결사례에서 피심인의 시장지위, 특히 점유율에 대한 언급은 대부분의 경우 언급되고 있다. 예컨대 신세기통신 사건의 경우 에스케이텔레콤(주)과의 합병으로 시장점유율이 49.75%에 이른다는 점, 삼립식품공업(주) 사건(심결번호 9306일399)의 경우 동사가 39.9%의 시장점유율(92년 기준)을 지닌 유력한 사업자인 점, (주)진로 사건(심결번호 9403경정096)의 경우 국내소주시장 1위의 시장점유율(93년 기준 47.5%), 일진제약(주) 사건(심결번호 9411경정732)의 경우도 마찬가지다.

125) Volker Emmerich, Das Recht des unlautern Wettbewerbs, 4. Aufl., S. 102ff.

126) 지금까지의 심결사례를 유형화하면, 우선 거래상대방이 이미 취급하고 있는 경쟁사업자의 제품을 판매를 금지하고 자기 제품만 취급하도록 강제하는 경우에는 거래상대방의 영업이익침해가 위법성판단의 핵심이 된다. 그러나 배타적거래로 인해 시장의 상당한 부분이 경쟁이 봉쇄된 상태가 되어 구속을 가하는 사업자가 시장지배력을 가지게 되는 경우, 유력한 사업자가 배타조건부 거래를 실시함으로써 그 유통계열을 이용하고 있던 경쟁사업자에게 대체적인 유통경로의 모색이 어렵게 되는 경우 혹은 배타조건부거래가 신규진입의 봉쇄를 목적으로 하는 경우는 경쟁제한적 효과가 문제로 되는 것이다.

는 속성을 지니며, 간접적으로 피심인의 경쟁사업자인 아시아나의 영업활동도 방해하는 측면이 있다. 후자에 관해서는 심결문 자체에서 피심인이 유일한 경쟁자인 아시아나를 ‘배제할 의도’를 인정하고 있다. 그렇다면 이 사안의 사실을 통해 피심인 대한항공은 거래상대방인 카드사들에 대해 일반불공정거래행위의유형및기준 제8호의 사업활동방해 중 거래처이전방해의 구성요건을 충족하는 행위를 한 것으로 평가할 여지가 있다¹²⁷⁾.

나아가서 심결문이 인정한 바와 같이 피심인이 이 사건에서 보인 행위는 궁극적으로 경쟁자인 아시아나를 시장에서 배제하려는 의도 혹은 아시아나의 영업을 방해함으로써 자신의 경쟁상의 지위를 제고하려는 의도를 가진 것이므로, 아시아나 대해서도 거래처이전방해행위가 성립하는 것으로 언명하였다면, 동 조항이 정하는 다른 사업자의 범위에 경쟁사업자가 포섭된다는 공정위의 태도를 밝히는 좋은 기회가 될 수 있었다고 생각된다.

또 이러한 접근은 불공정거래행위를 규제하는 궁극적 목적이 공정한 경쟁의 촉진이라는 점을 감안할 때, 한정적 열거주의가 가진 단점을 완화시킬 수도 있다고 생각된다. 그리고 하나의 사실에 대한 공정거래법 특유의 규범의 중복현상, 예컨대 불공정거래행위와 시장지배적 지위 남용행위, 불공정거래행위와 부당공동행위, 그리고 불공정거래행위의 일반유형및기준내에서의 규범의 중복현상에 대해, 지금까지 공정위는 규범을 택일적으로 적용하여 왔다. 그러나 택일적 적용의 이론적 근거라든가 한계에 관한 언급을 심결문에서 찾기 어렵다. 이 문제에 대해서도 기본적 경쟁당국인 공정위의 입장이 심결문을 통해 명시적으로 개선될 필요가 있다고 생각된다.

(3) 한국까르푸(주)의 거래상의 지위남용 사건

- 공정위 1999.9.17. 제99-168호 의결, 9810유거1627 및 서울고법 2001. 10. 23. 선고, 99누13903판결을 대상으로

(가) 사실개요

1. 피심인의 지위

127) 일반유형및기준 제8조 다항이 정하는 거래처이전이 거래처의 전면적 이전에 한하는 것으로 해석하는 것은 지나치게 이를 좁게 해석하는 것으로 생각된다. 부분적 이전 혹은 중전의 거래관계를 존속시키면서 다른 경쟁사업자의 제휴나 거래관계를 개시하는 것을 제한하는 행위도 포섭하는 것으로 풀이함이 옳다고 생각된다.

(1) 피심인은 대형할인점업을 영위하는 자로서 독점규제및공정거래에관한법률 제2조에 규정된 사업자에 해당되며, 대규모소매점업에 있어서의 특정불공정거래행위의 유형 및 기준 지정고시(공정거래위원회 고시 제1998-5호, 이하 ‘대규모소매점업 고시’라 한다) 제2조 제2항에 규정된 대규모소매점업자에 해당된다. 또한, 피심인은 프랑스계 다국적 할인점으로서 1994년에 우리나라에 진출하여 1997년말 현재 중동점, 일산점, 계산점, 둔산점 등 4개 점포를 소유하고 있으며, 1997년도 매출액은 2,752억원이다.

(2) 피심인은 납품업자와 매년 거래에 관한 서면계약을 맺고 있으며, 계약시 1년간 납품업자가 부담하여야 할 판매장려금(Uncondition Rebate)과 등록비(Listing Fee), 광고비(4종류 : Catalogue Fee, DM Fee, Light Box Fee, Point of Purchase), 개점비(Opening Fee), 매대사용비(Top Gondola), 개점 할인(Open D/C), 판촉사원 지원비(Push Girl), 조건부 할인(Condition Rebate), 매대확보수수료(Common Assortment Fee) 등 12종류의 공제 또는 부담 금액에 대하여 별도의 약정을 맺고 있다. 피심인은 박만기(동남유통 대표, 신고인)와 1997년 12월 31일 야채류 납품계약을 체결하고, 1998년 9월16일까지 거래하면서 위 신고인에 대하여 다음과 같이 납품대금을 감액한 사실이 있다.

(3) 피심인의 거래상대방인 납품업자들은 피심인과 같은 대형거래처와 지속적인 거래관계를 유지하면 영업신장 및 상품홍보, 납품대금 결제 등이 상당히 유리하므로 피심인과 지속적인 거래관계를 유지하고자 하고 있으며, 피심인과의 거래를 희망하는 납품업자들이 많기 때문에 피심인은 거래상대방을 선택하거나 거래조건을 설정함에 있어 자기에게 유리하게 할 수 있는 반면, 거래상대방인 납품업자들은 피심인과의 거래가 중단되면 신용에 상당한 손실을 입게 되므로 거래기간 중 피심인이 불리한 조건을 제시하더라도 지속적인 거래관계를 유지하기 위하여 이를 거절하기 곤란하다는 점에서 피심인은 거래상대방에 대해 거래상 우월한 지위에 있다고 인정된다.

2. 피심인의 행위

2.1. 부당한 납품대금 감액

(1) 피심인은 1998년 5월 16일 자신의 계산점이 신고인으로부터 납품 받은 야채류를 판매

하는 과정에서 양배추 81통(납품단가 2,600원, 납품대금 210,600원)의 품질이 떨어져 손실을 보았으며, 이에 대해 신고인이 양배추 41통(납품단가 2,600원, 납품대금 106,600원)을 무상지원 해 주었다며, 양배추 납품대금 210,600원을 104,000원으로 변경한 계산서를 재발행 받아 106,600원(=26통×2,600원)을 감액 지급하였다.

(2) 피심인은 같은 해 8월 5일 신고인으로부터 자신의 중동점이 납품 받은 야채류 중 배추 90단(납품단가 3,000원, 납품대금 270,000원)에 대해, 신고인이 같은 달 1일 중동점에 배추 400단(납품단가 2,300원, 납품대금 920,000원)을 납품하여야 하나, 600단(납품단가 2,300원, 납품대금 1,380,000원)을 납품함으로써 발생한 손실을 보전해 주기 위하여 신고인이 무상지원 하였다고, 그 납품대금 270,000원(=90단×3,000원)을 공제한 계산서를 재발행 받아 이를 감액 지급한 사실이 있다. 같은 날 신고인이 납품한 배추의 납품단가는 일산점이 3,200원으로 가장 높고, 중동점과 계산점은 각각 2,300원, 1,400원이다.

(3) 피심인은 같은 달 5일 신고인으로부터 자신의 일산점이 납품 받은 무 200개(납품단가 800원, 납품대금 160,000원) 중 100개(납품단가 800원, 납품금액 80,000원)를 신고인이 무상지원 하였다고 그 납품대금 80,000원(=100개×800원)을 감액 지급하였다.

(4) 피심인은 같은 달 22일 신고인으로부터 자신의 계산점이 납품 받은 배추 100단(납품단가 5,000원, 납품대금 500,000원)을 신고인이 납품단가 인하 차원에서 무상지원 하였다고 그 납품대금 500,000원(=100단×5,000원)을 감액지급 하였다.

(5) 피심인은 같은 달 27일 신고인으로부터 자신의 계산점이 납품 받은 배추 200단(납품단가 5,500원, 납품대금 1,100,000원) 중 50단(납품단가 5,500원, 납품대금 275,000원)을 신고인이 납품단가 인하 차원에서 무상 지원하였다고, 그 납품대금 275,000원(=50단×5,500원)을 감액 지급하였다.

(6) 피심인은 같은 해 9월 15일 신고인으로부터 같은 해 8월16일부터 같은 달 31일까지 납품 받은 자신의 3개점(중동점, 계산점, 일산점)의 야채류 납품대금 62,833,316원을 지급하면서 그 동안 신고인이 납품한 야채류로 인해 계산점이 입은 손실 300,000원을 무상 지원(Free Goods)해 주었다고 동 대금을 감액하고, 나머지만 지급하였다.

2.2. 판매사원의 인건비 전가

피심인은 1998년 6월 1일부터 같은 해 8월 15일까지 자신의 일산점과 계산점에서 야채류 판매업무에 종사한 판매사원 11명(누계 인원수)의 인건비 6,800,000원을 같은 기간 자신에게 야채류를 납품한 7개 납품업체에게 야채류 납품대금의 비율에 의거 산정하여 무통장 입금하도록 통지하였고, 7개 납품업체들은 피심인의 통지내용에 따라 판매사원의 인건비를 피심인이 지정한 통장에 입금하였다. 또한 피심인은 납품업체들이 판매사원들의 인건비 부담에 대해 불만을 토로함에 따라 같은 해 8월 16일부터는 그 판매사원들의 인건비를 자신이 부담하였다.

2.3. 광고비 전가

피심인은 신고인을 포함한 야채류 등 식품류 납품업체들에게 1998년 7월 14일 11월 창립 35주년 기념행사에 즈음하여 “지난 상담시 양자간에 정하여진 지원 협조사항에 대하여 다음(2 Page)내용을 검토하신 후 대표자 서명란에 Sign하여 내일(7월 15일)까지 Fax로 통보하여 주시기 바랍니다” 라는 요지의 문서와 함께, 그 광고비의 일부를 납품업체가 부담하는 것을 내용으로 하는 계약서를 송부하였고, 같은 해 8월 13일에는 “창립 35주년 기념행사가 전 세계 까르푸 점포의 동시 실시로 확장되어 전에 귀사에 의뢰 드렸던 지원내용이 상향조정되어 알려드리오니 다음 장의 변경된 지원내용을 검토하신 후 Sign하여 내일 (8월 14일)까지 Fax로 통보하여 주시기 바랍니다” 라는 요지의 문서와 함께, 납품업체들이 부담하여야 할 광고비를 상향조정하여 납품업체에게 통지하였다. 이에, 피심인으로부터 통지를 받은 15개 식료품 납품업체들은 최저 600,000원부터 최고 4,000,000원까지 총 24,950,000원의 광고비를 부담하였다.

(나) 피심인의 주장과 공정위의 판단

1. 대금감액

(1) 피심인은 야채류 등 식품류는 백화점 등 업계에서 반품이 관행화 되어 있고, 신선도 유지가 요구되어 판매시간대별 또는 경쟁업체의 가격동향에 따라 최소 마진판매나 염가판매를 하고 있고, 이로 인해 발생한 손실은 통상 납품업체가 무상지원이나 가격인하로 보전해 주고 있는 바, 이 건의 경우도 신고인의 동의하에 감액한 것이라고 주장한다.

그러나, 특정매입거래에 대해 반품을 인정하고 있는 것과는 달리 피심인은 납품업체와 직매입거래를 하고 있으므로 시간대별·경쟁업체의 가격동향에 따라 최소마진 판매나 염가판

매 등으로 손실이 발생하였다면 피심인이 그 손실에 대해 책임을 져야 할 것이다. 따라서 신고인이 무상지원에 동의하였다는 주장은 피심인이 신고인에 대하여 거래상 우월한 지위에 있음이 인정되므로 신고인이 자유의사에 의해 무상지원에 동의하였다고 볼 수 없다.

(2) 대규모소매점업 고시 제4조는 납품 받은 상품이 납품업자의 귀책사유로 인한 오손, 훼손, 하자 등이 있는 경우와 납품 받은 상품이 주문한 상품과 다른 경우에 일정한 기한내 감액하는 행위 이외의 납품대금 감액행위는 부당한 감액행위라고 규정하고 있다. 이 규정에 비추어 볼 때, 피심인이 신고인에게 귀책사유가 있는 것이 아니라 자신의 판매과정에서 발생된 품질상의 문제로 인한 손실보전을 이유로 감액한 행위와 주문후 납품 받은 야채류의 전부 또는 일부를 추가납품에 따른 손실보전, 납품단가 인하차원, 영업손실 보전 등을 이유로 신고인이 무상지원 하였다며 감액한 행위는 대규모소매점업 고시에 규정된 정당한 감액행위로 볼 수 없다.

따라서, 피심인의 납품대금 감액행위는 대규모소매점업 고시 제4조에 규정된 부당한 감액행위에 해당되어 법 제23조 제1항 제4호에 위반된다.

2. 판매사원의 인건비 전가

피심인은 자신에게 야채류 및 청과류를 납품하는 납품업체들이 납품 상품의 신선도 유지와 판매, 재고관리를 위하여 판매사원을 배치·운영하기로 합의한 것이므로 판매사원은 납품업체의 필요에 의해 고용된 것이라고 주장한다.

그러나, 납품업체 들은 김장철이나, 명절 등 수요가 일시에 몰리거나 신상품 홍보 등 특별한 경우에 일시적으로 판매사원을 파견하는 경우가 있으나, 이 건에 있어서는 이러한 특수성을 인정할 수 없고, 납품업체들이 판매사원의 인건비 부담에 대해 불만을 제기하자, 1998년 8월 16일 이후에는 피심인이 그 판매사원들을 직접 고용한 점을 보더라도 피심인이 자기의 필요에 의해 판매사원을 고용한 것으로 인정된다.

요컨대, 납품받은 상품의 판매는 피심인의 업무이므로 자신의 판매업무에 종사한 판매사원의 인건비는 피심인이 부담하는 것이 타당하다. 따라서, 피심인이 자신의 판매사원의 인건비를 납품업체에게 부담시킨 행위는 대규모소매점업고시 제8조에 규정된 부당한 판촉사원의 파견 등에 해당되는 행위로서 법 제23조제1항제4호에 위반된다.

3. 광고비 전가

피심인은 납품업체가 납품한 야채류 등 식품류를 광고하였고, 광고비 부담을 동의한 업체만 광고비를 부담하였으므로 본 건이 납품업체의 의사에 반하여 광고비를 전가한 것은 아니라고 주장한다.

대규모소매점업 고시 제9조는 대규모소매점업자는 납품업자 또는 점포임차인에게 그 의사에 반하여 광고비 등 판촉비용이나 실내장식, 집기구입 등에 소요되는 비용을 부당하게 징구 또는 전가하는 행위를 하여서는 아니 된다고 규정하고 있다.

피심인의 창립 35주년 기념행사는 피심인 자신의 기념행사이고, 피심인의 상품광고도 피심인이 매입한 자신의 상품의 판매촉진을 위하여 실시한 것이므로 동 행사에 소요되는 광고비는 피심인이 부담하는 것이 타당하다. 따라서, 피심인이 자신의 창립 35주년 기념행사와 관련한 광고비를 납품업체와 사전협의 없이 일방적으로 상향조정하여 부담시킨 행위는 피심인이 자신이 부담하여야 할 광고비를 거래상 지위를 이용하여 부당하게 납품업체에게 전가시킨 행위로 인정되어 대규모소매점업고시 제9조(광고비 등의 부당한 전가행위)에 해당되므로 법 제23조제1항제4호에 위반된다.¹²⁸⁾

(다) 서울고등법원의 판결

1. 대금감액에 관한 점

대형할인점과 납품업체는 경제적 지위에 격차가 있다고 하더라도 반드시 경제적으로 대립적 이해관계에 있다고 볼 수 없고, 오히려 매출확대 등을 통한 이익증진에 공통의 이해관계를 가지는 면이 많다고 보여지고, 야채류의 상품특성과 대금감액의 구체적 실상, 인근 대형할인점과의 경쟁상황, 감액한 대금이 전체거래규모에서 차지하는 비중이 극히 미미한 점 등을 감안해 보면, 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로는 보이지 않으므로 거래상의 지위를 남용한 부당한 것이라고는 할 수 없다.

또한 고시의 규정에 따르면 직매입거래와 특정매입거래는 재고품에 대한 반품가능여부를

128) 공정위는 피심인의 상기 대금감액행위는 부당한 대금감액행위로서 대규모소매점업 고시 제4조에 해당하고, 판매사원의 인건비 전가행위는 대규모소매점업 고시 제8조에 해당되고, 광고비 전가행위는 대규모소매점업 고시 제9조에 해당되어 공정거래법 제23조 제1항 제4호에 위반되므로 동법 제24조의 규정을 적용하여, 대금감액행위, 인건비전가행위, 광고비전가행위를 금지하고, 범위반사실을 공표하며, 113,800천원의 과징금을 납부하도록 명하였다.

주된 기준으로 한 거래형태의 구별일 뿐이며, 직매입거래라 하여 불량상품 또는 염가판매로 인한 손실에 관하여 사적자치에 따라 당사자간에 그 분담을 위한 합의를 하지 못할 아무런 이유가 없다.

2. 인건비전가에 관한 점

피심인의 행위를 문제삼는 공정위의 이 사건 처분은 피심인이 납품업자에게 판촉사원의 파견을 “강요하여” 자기의 판매업무에 종사시킨 것임을 전제로 한 것인데, 이를 인정할 아무런 증거가 없다.

3. 광고비전가에 관한 점

피심인이 납품업체들의 의사에 반하여 광고비를 상향조정하였다는 아무런 증거가 없고, 신고인과는 거래중단으로 인하여 협찬금을 받지도 아니하였던 사실을 인정할 수 있을 뿐이다.

(라) 해설 및 검토

1. 불공정거래행위에 대한 규제의 체계

사업자들이 경쟁 혹은 영업과정에서 보이는 행태는 불공정거래행위법의 일반적 규제를 받는다. 독점금지법의 경우와는 달리, 불공정거래행위법의 수범자는 모든 사업자이다. 독점력 혹은 시장지배적지위를 갖지 못하거나 심지어는 영세한 사업자의 경우에도 다양한 불공정거래행위의 주체가 될 수 있고, 바로 여기에서 불공정거래행위에 대한 규제를 일컬어 일반적 기업행태법(Unternehmensverhaltensrecht)으로 칭하는 이유를 확인할 수 있다.

우리나라 불공정거래행위법은 일반조항적 접근방식이 아니라 한정적 열거주의 방식을 취하고 있으며¹²⁹⁾, 행정규제주의에 의지하고 있다. 또 다른 우리법의 특색은 불공정거래행위를 모든 사업자의 일반적 영업행태를 표적으로 하는 일반불공정거래행위와 특수한 사업자 또는 특수한 영업행태를 표적으로 삼는 특수불공정거래행위로 이원화되어 있는 점이다. 즉

129) 공정거래법 제23조와 7가지의 행위유형, 그리고 시행령 제37조 제1항 관련 별표는 약 30여개의 세목을 정한다.

공정거래위원회는 특수한 사업분야나 특정한 행위와 관련하여 발생하는 불공정거래행위를 효과적으로 규제하기 위하여 특히 필요하다고 인정하는 경우에는 일반불공정거래행위의 유형 또는 기준을 특정분야 또는 특정행위에 적용하기 위하여 세부기준을 정하여 고시할 수 있다(시행령 제36조 제2항).

현재 공정위가 지정·고시하고 있는 특수불공정거래행위의 5가지 유형 중 이 사건에서 문제된 것은 소위 대규모소매점 고시이다. 즉 백화점, 쇼핑센터 또는 대규모 쇼핑 몰들은, 비록 이들이 수요시장에서의 독점력을 보유하고 또 그 지위를 남용하는 정도에 이르지 아니하더라도, 납품업자나 점포임차인의 영업활동을 부당하게 제약하고 이들의 정당한 영업상의 이익을 다양한 수단으로 침해할 수 있는 우월한 지위를 가지고 있다.

여기에서 대규모소매점과 입점 및 납품업체 상호간의 공정한 거래관계를 유도하고, 불공정한 거래관행을 시정하고, 중소협력업체의 안정적인 거래선 확보를 위해서 「대규모소매점에 있어서의 특정불공정거래행위의 유형 및 기준」(1998. 5.12. 공정위 고시 제1998-5호)을 지정·고시하였다. 이는 종전의 「백화점에 있어서의 특정불공정거래행위의 유형 및 기준」을 개정한 것으로서, 백화점 이외의 대형할인점, 쇼핑센터와 같은 대규모소매점이 확대되는 등 유통산업환경이 전반적으로 변화하는 것에 대응하는 한편, 1997. 7. 1.부터 시행된 유통산업발전법의 관련부분 고시를 개정할 필요성이 대두되어 종전의 고시를 확대·개정한 것이다.

2. 대규모소매점 고시와 위법성판단의 기준

이 고시의 수범자 혹은 피적용사업자로는 유통산업발전법의 규정에 의해 백화점, 쇼핑센터 또는 대형점의 개설허가를 받아 일반소비자에게 상품을 소매하는 사업자이며, 도매센터의 개설허가를 받았다고 하더라도 실질적으로 소매를 하는 사업자도 여기에 포함된다(동 고시 제2조 제1항, 제2항).

일반불공정거래행위 중 ‘거래상지위의 남용’의 경우에는 당해 사업자의 상대방 사업자에 대한 ‘거래상 우월한 지위’에 관한 심사¹³⁰⁾가 매우 중요한 단계를 이루지만, 대규모소매점 고

130) 거래상 우월한 지위란 시장지배적 지위를 의미하는 것이 아니라 최소한 상대방의 거래활동에 상당한 영향력을 미칠 수 있는 거래상의 지위를 뜻하는 것으로 봄이 보통이다(권오승, “불공정거래행위와 소비자보호”, 경쟁법연구 제5~6권, 15쪽). 이러한 지위가 인정될 수 있는 경우를 열거하면, 거래상대방이 특정 사업자 이외의 거래처 선택 가능성이 거의 없

시의 수범자들은 입점업자나 납품업자에 대한 우월적 지위가 전제되어 있다. 따라서 거래상 지위에 대한 개별적 심사절차가 필요하지 않다.

대규모소매점업자의 불공정거래행위로서 동 고시가 열거하는 유형은 부당반품, 부당감액, 판매대금의 부당한 지급지연, 부당한 강요행위, 부당한 수령거절, 판촉사원의 파견 등, 광고비 등의 부당전가, 사업활동방해, 서면계약체결의무 및 부당한 계약변경행위 등이다(동 고시 제3조에서 제11조). 이들 개별구성요건들은 그 표제에서 ‘부당성’이 대부분 포함되어 있고, 구체적인 규정에 있어서도 귀책사유, 정당한 거래관행, 상대방 사업자의 진정한 의사에 반한 강요, 그리고 경우에 따라서는 ‘부당하게’라는 요건을 달고 있다.

결국 대규모소매점 고시의 경우에도 위법성판단의 궁극적 기준은 일반불공정거래행위와 마찬가지로 ‘부당성’에 관한 판단으로 귀착하며, 이는 일반적인 상거래관행 내지 정상적인 상관습이 특정 행위의 부당성 여부를 판단하는 기준이 된다.¹³¹⁾ 그리고 정상적인 상관행이라 함은 대등한 당사자 사이에서 형성되거나 형성될 수 있는 상관행을 의미하는 것이고, 당사자 쌍방의 거래상의 지위가 균형을 잃은 상태에서 이를 기초로 하여 형성된 광범한 관행이 있다고 하더라도 이를 정상적인 것으로 당연히 정당화할 수는 없다.¹³²⁾¹³³⁾

3. 이 사건에 관한 몇 가지 검토

첫째, 공정위는 피심인이 납품업자의 귀책사유로 인한 훼손, 하자 등이 있는 경우 이외의 감액행위나 피심인의 직매입거래를 하는 점 등에 비추어 볼 때 납품 받은 상품과 관련하여 손실이 발생하였다면 자신이 책임을 져야 할 것이므로 납품업자의 자유의사에 의하여 감액

는 독과점시장인 경우, 특화된 생산체계를 갖추거나 유통계열화가 이루어진 경우, 상품 또는 용역의 특성상 상품의 공급자나 수요자가 우월적 지위를 가지는 경우, 사업자가 대규모 또는 유력한 사업자로서 거래상대방이 당해 사업자와 계속하여 거래를 하는 것이 영업상 긴요한 경우 등이다.

131) 대법원(1998. 9. 8. 선고, 96누9003판결 및 2000. 6. 9. 선고, 97누19427판결 등)은 “불공정거래행위의 한 유형으로 사업자의 거래상 지위의 남용행위를 규정하고 있는 것은 현실의 거래관계에서 지위의 격차가 있는 거래주체 간에도 상호 대등한 지위에서 법이 보장하고자 하는 공정한 거래를 할 수 있게 하기 위하여 사업자가 그 지위를 남용하여 상대방에게 거래상 불이익을 주는 행위를 금지시키고자 하는 데 그 취지가 있는 것이며, 불공정거래행위로서 법의 규제대상이 되기 위하여는, 당해 행위가 외형적으로 규정이 정하는 요건을 갖추는 것 외에 그것이 같은 법의 목적에 비추어 부당한 것이어야 하며, 이 때 그 부당성의 유무를 판단함에 있어서는 당해 행위의 의도와 목적, 효과와 영향 등과 같은 구체적 태양과 상품의 특성, 거래의 상황, 해당 사업자의 시장에서의 우월적 지위의 정도 및 상대방이 받게 되는 불이익의 내용과 정도 등에 비추어 볼 때 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지 여부를 판단하여 결정하여야 한다”라고 보고 있다.

132) 권오승 외 3인, 공정거래법심결례 100선, 300쪽 각주. 특히 일정한 거래권에서의 관행이 존재한다는 사실 자체가 당해 관행의 합리성 내지 정당성을 담보하는 것이 아님을 공정위도 확인하고 있다(공정위 1994. 7.14. 94-196호 의결, 9405구사326).

133) 독일 부정경쟁방지법의 경우에는 선량한 풍속이라는 일반적인 잣대를 사용하는 바, 이 때의 선량한 풍속이란 건전한 상도의를 의미한다. 권오승 외 3인, 공정거래법심결례백선, 법문사, 305쪽 이하.

에 동의하였다고 볼 수 없다고 인정하고, 따라서 피심인의 행위는 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용한 것으로 판단하고 있다. 다시 말해 공정위는 피심인의 조치가 정상적인 거래 관행에 위반되며, 바로 여기에서 피심인의 행위의 위법성 내지 부당성을 연역하고 있다.

그러나 서울고등법원은 야채류의 특성, 대금감액에 관한 거래관행과 대금감액과 손실규모와의 등가성 등을 고려하여 피심인의 감액행위가 정상적인 거래관행을 벗어나서 거래상의 지위를 남용한 부당한 것이라고 할 수 없다고 보고 있다. 아울러 대형할인점과 납품업체는 경제적 지위에 격차가 있다고 하더라도 반드시 경제적으로 대립적 이해관계에 있다고 볼 수 없고, 오히려 매출확대 등을 통한 이익증진에 공통의 이해관계를 가지는 면이 많은 점과 고시에 규정하고 있는 직매입거래라 하여 불량상품 또는 염가판매로 인한 손실에 관하여 사적 자치에 따라 당사자간에 그 분담을 위한 합의를 하지 못할 아무런 이유가 없다고 판단한다.

둘째, 인건비 전가는 판촉사원의 파견을 강요하여 원고의 판매업무에 종사하게 하거나 직접판매사원을 고용한 후 이에 대한 임금을 납품업자에게 부담시킬 경우에 성립하는 것이다. 법원은 인건비를 납품업자에게 전가한 것 그 자체가 아니라, 판매사원의 파견을 납품업자의 의사에 반하여 강요하였는지 여부를 문제로 삼았다.

이 점에 관해 서울고법은 판촉사원의 파견이 강요되었는지 여부는 입증할 증거가 부족하다고 보아 공정위의 주장을 배척하였고, 1998년 이후에 납품업체별로 매출액 비율대로 판촉사원의 인건비 부담을 합의하였기 때문에 이를 강요하였다고 볼 수 없다.

(4) 한국까르푸(주)의 거래상의 지위남용 및 대규모소매점업에 있어서의 특수 불공정거래 행위 사건(의결 제2000-48호, 9909유거1357)

(가) 사실개요

1. 피심인의 지위

한국까르푸 주식회사는 서울 강남구 역삼동에 본사를 두고, 1999년 5월 현재 전국 8개 지역(대구, 인천, 대전, 중동, 일산, 분당, 안양, 울산)에서 유통산업발전법의 규정에 의한 대규모 점포(쇼핑센터)의 개설허가를 받은 8개의 대형할인점을 통하여 일반소비자에게 상품을 판매

하는 종합소매업을 영위하고 있는 자(1998년도말 기준 자본금 4,905억원, 자산총액 5,829억원, 매출액 3,326억원)이다.

피심인은 공정거래법 제 2조 제1호에서 정의하는 사업자에 해당되고, 또한 대규모소매점업에 있어서의 특정불공정거래행위의 유형 및 기준 지정 고시(이하“대규모소매점업고시”라고 함) 제2조 제2항에서 정의하는 대규모소매점업자에 해당되고, 피심인과 거래관계에 있는 납품업체는 대규모소매점업고시 제2조 제3항에서 정의하는 납품업자에 해당된다. 또한, 피심인은 1998년도 매출액 기준 할인점업계 제4위의 대형할인점업자로서 상품을 납품하는 사업자의 입장에서 볼 때 매우 유력한 거래처이며, 피심인에게 상품을 납품하는 납품업자는 피심인과의 납품거래를 강력하게 희망하고 있다.

2. 피심인의 행위

2.1. 상품판매비용을 납품업자의 의사에 반하여 납품업자에게 전가시킴

직매입 거래관계에 있는 납품업자에 대하여 연간 체결하는 기본계약 및 각각의 개별계약에 의해, 광고선전비, 카탈로그 비용, 라이트박스 비용, 판매지원금(Push Girl), POP(구매시점의 광고) 대금, 행사지원금 등의 판촉비용 및 등록비, 행사매대 사용료, 매입할인금, 개업지원금 등의 협찬금의 제공을 사실상 강제하고, 이를 납품대금에서 직접 공제하거나 현금으로 수령하고 있다(1998년도 및 1999년도 1월부터 3월까지의 당해 비용부담 사실임).

특히 피심인이 1998년도 중 납품업자에게 전가시킨 광고선전비는 당해연도 결산서기준으로 4,459백만원이며, 이는 피심인이 당해 년도 중 판매비용으로 지출한 전체광고선전비 4,883백만원의 91.3%에 해당한다.

그러나 피심인이 1998.7.9에 납품업자인 유한킴벌리와 체결한 계약서상의 P.O.P 광고비 항목에 “⇒발행, 각 지점에서 Push girl Fee로 처리할 것(세금계산서 처리 안됨)”이라고 직접 기재한 비용을 감안하면 납품업자가 부담한 광고선전비의 일부를 Pushgirl Fee로 회계처리한 사실이 인정되므로, 피심인이 납품업자에게 전가시킨 광고선전비의 실제 비율은 이보다 더 높을 것으로 추정된다.

2.2. 판매지원금이나 샘플비용 등의 경제상의 이익을 제공하도록 강요함

피심인은 위 가.의 계약에 의한 비용부담과는 별도로 행사매대 사용, 광고선전 및 POP행사에 참여한 납품업자에 대해서는 납품단가의 일방적인 할인을 통해 이중으로 동 비용을 부담시키고, 납품업자가 신규상품 등을 납품하는 경우에는 로스분 보충, 고객증정용 명복 등의

프리굿(Free Good) 및 무상의 샘플용 상품의 제공을 강요하며, 매장의 재고조사에 소요되는 비용 및 시설물비용을 납품업자에게 부담시켰다¹³⁴⁾.

피심인의 일산점은 별도의 계약 없이 1999.1.1부터 1999.4.30까지의 기간동안 일반식품업체인 녹차원 등 190여개 납품업자에 대해 고객증정용 등의 명목으로 약 70백만원 상당의 프리굿 비용을 부담시켰다. 또한 피심인은 1999.6.29 및 1999.6.30에 실시한 일산점의 2/4분기 자체 재고조사에 생활용품업체인 모나리자(주)등 73개 납품업자로부터 79명의 인원을 동원하였다.

2.3. 납품업자의 동의나 귀책사유 없는 직매입상품의 재고 및 파손품의 반품 강제

피심인은 납품업자로부터 직매입하는 상품의 재고품 및 파손품을 납품업자의 동의나 귀책사유가 없음에도 불구하고 이의 반품을 강제하였다. 즉 피심인은 1999.1월부터 1999.2월까지의 기간동안 일반식품업체인 한바람 등 37개 직매입 중소납품업자로부터 별도의 반품조건부 계약없이 매입한 1999년도 설날세트상품의 재고품 433백만원 상당을 1999.2월부터 1999.3월까지의 기간에 걸쳐 반품한 사실이 있다¹³⁵⁾.

(나) 피심인의 주장 및 공정위의 판단

1. 피심인의 주장

1.1. 각종 비용공제 및 비용부담행위에 관한 점

피심인은 납품업자에 대한 각종 비용공제는, 국내가격제도가 오픈 프라이스(Open Price) 제도가 아니기 때문에 적절한 납품단가의 파악이 곤란하여 상품의 납품은 납품업자가 제시하는 단가로 납품을 받고 판매과정에서 발생하는 각종 비용은 납품업자에게 부담시키는 것으로서 이는 피심인의 모기업인 프랑스까르푸가 유통업계에 오랜 기간 종사하면서 터득한 경영노하우를 반영한 피심인의 고유한 영업방식이다.

134) 심사관의 설문조사 결과, 행사매대사용료, 광고선전비, POP대금을 각각의 계약에 의한 부담과는 별도로 이중으로 부담하였다고 밝힌 납품업자는 설문조사에 응한 31명 중 35명이며, 프리굿비용을 부담하였다고 밝힌 납품업자는 21명으로, 그 중 15명은 계약에 없는 프리굿비용을 부담하였다고 밝히고 있고, 갑자농산의 김갑신도 피심인이 각 매장의 재고조사 시 손실분의 무상제공을 강요한다고 밝히고 있다. 게임박스의 김범은 피심인과 매년 체결하는 기본계약과는 별도로, 피심인이 각 지점별 개별계약에 의해 개점행사 도우미지원, 주말관측사원지원, 초도물량의 품목할인, POP대금 등을 요구하고, 납품 때마다 전품목에 비닐포장작업, 도난방지택 수작업 등 시간이 많이 소요되는 작업을 전가시키면서 자신들의 재고조사에 직원의 파견 및 아르바이트를 요구해 매년 지원한 사실이 있고, 재고조사 후 손실분이 발생하면 게임박스가 납품하는 상품으로 보충을 요구하여, 일례로 피심인의 일산점에서 발생한 300만원 상당의 손실분을 게임CD로 보충해 준 사실이 있다고 밝히고 있다.

135) 이를 입증하는 진술로는 게임박스의 김범, 갑자농산의 김갑신의 진술 등이 심결문에 반영되어 있고, 또한 심사관의 설문조사 결과에 의하면, 설문조사에 응한 대부분의 납품업자는 피심인의 귀책사유에 의한 파손품을 포함한 모든 반품은 피심인의 요청에 의해 납품업자의 비용부담으로 이루어졌으며, 피심인과의 거래관계를 유지하기 위해서는 피심인의 반품을 거절할 수가 없다고 밝히고 있고, 일부 납품업자는 피심인이 할인가격인 행사단가로 납품한 행사용 상품의 재고품을 행사종료 후에는 정상적으로 납품할 때의 단가를 적용하여 반품하고 있다고 밝히고 있다.

또한 이러한 영업방식은 납품상품의 매출축진을 가져와 납품업자에게도 이익이 되는 것이고, 납품업자는 피심인과 상호 합의에 의해 연간계약으로 결정되는 비용공제 수준을 고려해 타사보다 높은 단가수준으로 납품하고 있으므로, 납품업자에 대한 각종 비용공제는 강요에 의한 것이 아니다¹³⁶⁾.

정부가 중점 지원을 발표한 대형할인점의 특색은 납품업체들로부터 싸게 물건을 구입하여 소비자들에게 싸게 공급함으로써 경쟁력을 가지고자 하는 것이므로 납품업체들에 대한 각종 비용공제도 결국은 소비자에게 상품을 싸게 공급하기 위한 추가적인 가격할인에 불과하고, 피심인이 납품업체에 대해 우월적인 지위에 있는지 여부에 관해서도 의문이 있다.

1.2. 직매입상품의 재고 및 파손품 반품강제에 관한 점

반품에 관한 기존의 상관행은 직매입과 특정매입의 두 가지 거래형태만을 인정하고 특정매입은 반품을 허용하면서 직매입은 반품을 허용하지 않고 있으나, 피심인의 영업방식은 직매입이나 특정매입에 속하지 않는 새로운 형태로 보아야 한다고 주장한다.

그리고 납품업자와 설날세트상품의 반품관련 협약은 구두에 의해 이루어진 관계로 이를 객관적으로 입증할 수는 없지만, 일방적인 반품은 아니다.

2. 공정거래위원회의 판단

2.1. 거래상 우월한 지위에 관한 점

피심인은 유통산업발전법의 규정에 의하여 대형점 개설허가를 받아 일반 소비자에게 상품을 소매하는 대규모소매업점을 영위하는 자로서, 대규모소매업점고시가 정의하고 있는 대규모소매업자에 해당되는 사업자이다. 그리고 1998년도의 매출액기준으로 할인점업계 제4위의 대형할인점업자로서 매우 유력한 사업자이며, 피심인이 판매하는 상품을 납품하는 사업자는 피심인과 납품을 강력하게 희망하는 상황에 있어, 납품업자에 대한 피심인의 거래상 우월적인 지위가 명백히 인정된다.

136) 설문조사의 증명력 혹은 증거가치와 관련한 피심인의 항변은 다음과 같다. 즉 심사관의 설문조사는 문항 자체가 유도성 질문이며, 2,000여개 거래업체 중 설문조사에 응한 업체도 까르푸에 대해 상당한 불만을 가지고 있기 때문에 설문응답했을 가능성이 있으므로 심사관의 설문조사는 전체사실을 왜곡할 가능성이 크다는 것이다.

2.2. 각종 비용공제 및 비용부담행위에 관한 점

첫째, 피심인이 주장하는 모기업인 프랑스 까르푸의 고유한 영업방식 즉, 국내가격제도가 오픈프라이스(open price) 제도가 아니기 때문에 적정한 납품단가의 파악이 곤란하여 상품의 납품은 납품업자가 제시하는 단가로 납품을 받고 판매과정에서 발생하는 각종 비용을 납품업자에게 부담시켰다는 주장은 모든 구매자는 보다 저렴한 가격에 상품을 구매하기 위해 최대한의 노력을 경주하는 것이 일반 상식에 속하는 점과 피심인이 납품업자와의 납품단가 협상시 가격수준을 파악하기 위하여 납품업자에게 타사에 대한 납품단가의 제시를 요구하고 있는 사실에 비추어 그 타당성을 인정하기 어렵다.

둘째, 피심인은 납품업자에 대한 비용공제가 타사와 비교하여 높은 납품단가수준과 상호 합의 하에 이루어진 것이므로 강요에 의한 것이 아니라고 하나, 비록 외형상으로는 년간계약 및 개별계약의 형태로 각각의 납품업자의 합의가 있었던 것으로 되어 있지만, 심사관의 설문조사에 참여한 모든 납품업체가 피심인과의 각종 판촉비용 및 협찬금의 제공에 관한 계약을, 거래중단, 매입량 감축 등의 거래상 예상되는 각종 불이익이 전제된 사실상의 부당한 강요에 의한 것이라고 밝히고 있고, 피심인과 계속적인 거래를 원하는 납품업자의 입장에서는 대규모의 구매력을 가진 피심인의 요청을 사실상 거부하기 어려운 상황에 있는 점이 인정되므로, 피심인과 납품업자간의 각종 명목의 판촉비용 및 협찬금 제공에 관한 합의는 부당하게 강요된 합의임이 인정된다¹³⁷⁾.

또한 통상적인 상거래관계에 있어서 유통업자가 직매입으로 구입하는 상품판매에 소요되는 판촉비용이나 재고조사비용 및 집기구입 등에 소요되는 비용은 유통업자가 부담하는 것이 현재 국내유통업계에서 인정되는 정상적인 상거래관행임에 비추어 피심인의 행위는 자신의 구매력을 이용한 납품업자에게 불이익을 강요하는 공정거래를 저해하는 부당한 행위라 할 수 있다.

2.3. 직매입상품의 재고 및 파손품의 반품강제에 관한 점

피심인이 설날세트상품의 반품과 관련하여 주장하는 직매입이나 특정매입에 속하지 않는 새로운 형태의 영업방식, 즉 반품조건부 직매입 형태에 대해 살펴보면 다음과 같다. 일반적인

137) 설문조사의 증명력에 대한 피심인의 항변에 대한 공정위의 반론은 다음과 같다. 즉 피심인은 설문조사에 대해 설문내용이 유도성이며, 설문에 응한 납품업자 역시 피심인에게 불만을 가진 업자일 가능성이 있어 설문조사가 전체사실을 왜곡할 가능성이 크다고 하나, 설문조사가 피심인의 거래처 명단을 근거로 조사대상업체를 무작위로 선정하고, 조사대상업체의 보호를 위해 비밀보장을 전제로 모사전송(FAX)을 통하여 이루어진 점에서 그 객관성이 인정되고, 또한 설문조사에 응한 모든 납품업자들의 각종 비용부담과 관련된 답변내용이 일치하고 있는 점을 감안하면, 설사 피심인의 주장과 같이, 피심인의 거래방식에 불만을 가진 납품업체들만이 심사관의 설문조사에 응하였다고 하더라도, 설문조사가 전체사실을 왜곡했다고 보기는 어려우므로, 피심인의 주장은 그 타당성이 없다는 것이다.

으로 상품의 소유권 및 재고에 대한 위험부담이 구매자 측으로 이전되는 직매입의 경우는 상품의 소유권 및 재고에 대한 위험부담이 이전되지 않는 일종의 위탁거래인 특정매입에 비해 위험부담이 이전되는 만큼의 구입가격 등의 거래조건이 유리함에도 불구하고 피심인이 납품업자에 대하여 반품을 하는 것은 자기의 재고비용을 전가시켜 자기의 이익만을 증가시키고자 하는 것이라고 볼 수 있다. 따라서 피심인이 그 특성상 일반소매점보다 저렴한 가격으로 상품을 판매하기 위해서 직매입 형태의 거래 방식을 취하면서도 반품은 허용되어야 한다는 논리는 타당하지 않다¹³⁸⁾.

따라서 납품업자로부터 직매입한 상품을 납품업자의 동의나 귀책사유가 없음에도 불구하고 당해 납품업자에게 반품하는 것은 피심인이 자기의 구매력을 이용하여 납품업자에 대해 불이익을 강요하는 행위로서 공정거래를 저해하는 부당한 행위라고 할 수 있다¹³⁹⁾.

(다) 해설 및 검토

이 사건은 동일한 사업자를 피심인으로 한 공정위 의결 제99-168호, 사건번호 9810유거 1627 사건과 기본적 사실관계(납품대금감액, 인건비전가, 광고대금 전가 등)를 같이 한다. 인용사건의 경우 피심인이 공정위의 시정조치에 불복하여 제소하였고, 이에 대한 판결에서 서울고등법원은 납품업자들의 의사가 강요에 의한 것이었음을 입증할 증거의 부족을 주된 이유로 하여 공정위 처분의 위법성을 인정하고 이를 취소한 바 있다.

이 심결에서 공정위는 피심인의 행위의 위법성을 입증하기 위한 설문조사¹⁴⁰⁾와 납품업자들의 진술¹⁴¹⁾을 광범하게 채집하여 이를 부당성과 강제성을 입증하는 증거로 원용하고 또

138) 이와 관련하여 공정위는 피심인이 설날세트상품의 반품에 대한 합의사실을 객관적으로 입증하지 못하고 있으며, 심사관의 설문조사 결과 피심인의 납품업자에 대한 모든 반품은 피심인의 일방적인 요청에 의하여 납품업자의 비용부담으로 이루어진 사실이 명백하게 인정된다고 한다.

139) 공정위는 이상과 같은 사실인정, 위법성판단을 전제로 이 사건에서 피심인에 대해 자신의 거래상의 지위를 부당하게 남용하는 행위를 하지 말 것, 범위반사실을 공표할 것을 명하고, 245백만원의 과징금을 부과하였다.

140) 이 설문조사는 공정위의 심사관이 거래상대방인 납품업체를 대상으로 시행한 것으로서, 총 31개의 업체가 거래중단, 매대공간축소, 반품강요, 주문감축, 발주중단, 부당반품, 이익제공강요 등의 항목에 대해 이것이 상관행인지, 강요성이 있는지, 피심인의 요청이 있었는지 등을 구체적으로 응답한 것으로서, 설문조사에 응한 납품업자들은 거래상의 각종 불이익이 전제된 사실상의 강요에 의한 것이라고 밝히고 있다.

141) 예컨대 교육용 타이틀CD 및 게임용 CD를 납품한 (주)게임박스 대표이사 김범은 피심인이 매년 연말의 재계약시 일방적으로 책정한 매입할인금, 광고선전비, 판매지원금, 조건부장려금, 행사매대사용료, 개원지원금 등을 거래중단의 압력과 함께 강요하여 거래관계의 지속을 위해서는 수용할 수 밖에 없었다고 밝히고 있다. 또한 어묵을 납품한 (주)갑자농산 대표 김갑진은 피심인과의 각종 비용부담에 관한 계약은 피심인의 강압적인 요구에 의한 것이라고 하면서, 그 근거로 거래이후 큰 폭으로 증가한 납품액대비 공제율(1996년도 1%, 1997년도 8.8%, 1998년도 11.2%, 1999년도 21.2%)을 제시하며, 거래계시단계에서는 공제비율이 낮았으나 매년 계약갱신과정에서 공제비율을 일방적으로 대폭 상향조정하였다고 밝히고, 구체적인 강요사례로서 1999년도 계약시 피심인이 일방적으로 결정한 각종 비용 부담률을 제시하여 너무 높다고

이에 대한 피심인의 반론과 공정위의 재반론을 심결문에 담고 있는 점이 주목된다. 공정위와 피심인 사이에서 부당성의 입증과 직간접으로 관련되는 구체적인 공방 그리고 그 과정과 결과를 심결문에서 성실한 답는 노력은 앞으로의 심결절차에서 바람직한 방향을 제시하는 것으로 평가된다. 이하 거래상지위 남용과 그 세목인 불이익제공에 관한 대법원판례의 태도를 개관하고, 이 사건에 관한 촌평을 덧붙인다.

1. 거래상지위 남용 및 불이익제공

불공정거래행위에 관한 일반 유형 및 기준에서 말하는 거래상지위 남용행위는 일반적으로 당해 사업자의 상대방 사업자에 대한 우월적 시장지위를 전제로 한다. 그러나 여기에서 말하는 우월적 지위란 이것이 반드시 시장지배적지위 혹은 독점력의 보유를 말하는 것이 아니라 거래상대방과의 개별적 관계에서 상대적으로 우월한 지위로 새기는 것이 통설적 입장이다. 공정위의 확립된 실무태도라고 할 것이다.¹⁴²⁾ 그리고 거래상의 지위남용에 관한 판단에 있어서는 거래처 선택의 가능성, 시장상황, 당사자간의 자본력·판매력·신용력·당해 상품이나 용역의 특성, 당해 업종에서의 거래관행과 태양, 불이익의 정도 등을 종합적으로 고려하여야 한다.¹⁴³⁾

그 다음으로 불이익제공은 현행 일반유형및기준에서 거래상지위 남용행위의 세목으로 규정되어 있고(시행령 제36조 제1항 관련 별표 1 제6호), 또 이 사건에서 피심인 가르푸의 일련의 행위는 불이익 제공의 연장선 위에 있다.

불이익 제공은 구입강제나 이익 제공 강요 또는 판매 목표강제에 해당하는 행위 이외의 방법으로 거래 상대방에게 불이익이 되도록 거래 조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 주는 행위를 말한다¹⁴⁴⁾. 그리고 불이익제공과 관련하여 특정한 행위의 위법성 판단기준에 대해 대법원 판결례는 다음과 같이 판단하고 있다¹⁴⁵⁾. 즉 당해 행위의 내용이 상

한데 대하여, 담당실무자는 위에서 결정되어 내려온 사항이므로 자신도 이를 조정할 수 있는 권한이 없다는 말과 함께, 입접하고 싶어하는 업체들이 줄을 서 있다고 하면서 계약서에 서명을 사실상 강요하였다고 밝혔다.

이 진술은 2000.1.20. 피심인의 대리인인 김&장 법률사무소의 정재훈변호사와 피심인의 당시 실무자2명이 참석한 공정거래위원회 김용 상임위원 주재의 대질신문에서 이루어진 것이다.

142) 특히 거래상지위남용에 있어 남용자가 상대방에 대해 반드시 우세한 지위에 있을 것을 요구하지 않고, 어떤 사업자가 거래 상대방과 거래함에 있어서 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용했는지의 여부를 문제삼을 경우에는 더더구나 이 점은 문제가 되지 아니한다.

143) 대법원 2002.1.25. 선고 2000두9359 판결 참조.

144) 예컨대 거래상 우월적 지위에 있는 사업자가 구입한 상품의 반품을 할 수 있도록 하는 조건을 붙여 거래를 하거나, 이행과정에서 상품의 반품을 함으로써 정상적인 거래관행에 비추어 부당하게 상대방에게 불이익을 주는 행위, 계약 상대방에게 귀책사유가 없음에도 불구하고 원가 계산상의 착오 등을 이유로 계약금액을 감액, 환수하는 행위 등을 그 예로 들 수 있다.

145) 대법원 2001. 12. 11. 선고 2000두833 판결. 이 판결은 그 요지에서 “(라)목이 정하는 ‘불이익제공’에 해당하기 위하여는

대방에게 다소 불이익하다는 점만으로는 부족하고, 구입강제, 이익제공강요, 판매목표강제 등과 동일시 할 수 있을 정도로 일방 당사자가 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 거래조건을 설정, 변경하거나 그 이행과정에서 상대방에게 불이익을 주고 또 이것이 정상적인 거래관행에 비추어 상대방에게 부당하게 불이익을 주어 공정한 거래를 저해할 우려가 있어야 한다는 것이다. 나아가서 공정위가 불이익제공을 이유로 시정조치를 내리기 위해서는 “거래상대방에게 발생한 ‘불이익’의 내용이 객관적으로 명확하게 확정되어야 하고, 여기에서의 ‘불이익’이 금전상의 손해인 경우에는, 법률상 책임 있는 손해의 존재는 물론 그 범위(손해액)까지 명확하게 확정되어야 한다”고 본 대법원판결례도 있다.¹⁴⁶⁾

한편 공정거래저해성에 관해서는 문제가 되는 거래조건 등에 의하여 상대방에게 생길 수 있는 불이익의 내용과 불이익 발생의 개연성, 당사자 사이의 일상거래과정에 미치는 경쟁제한의 정도, 관련업계의 거래관행과 거래형태, 일반경쟁질서에 미치는 영향, 관계 법령의 규정 등 여러 요소를 종합하여 판단하여야 한다.

2. 대규모소매점 고시와 일반유형및기준의 관계

대규모소매점업자와 납품업자 사이의 특수관계를 반영하여 이루어지는 각종 불공정거래행위에 대해서는 소위 대규모소매점 고시가 시행되고 있다. 이 고시는 대규모소매점업자와 납품업자 등간의 거래에 있어서 일반유형및기준 제6호의 규정에 의한 거래상의 지위의 남용행위에 해당되어 금지되는 불공정거래행위의 유형 및 기준을 정함을 목적으로 한다(동 고시 제1조). 구체적 세목으로는 부당반품(제3조), 부당감액(제4조), 부당한 지급지연(제5조), 부

그 행위의 내용이 상대방에게 다소 불이익하다는 점만으로는 부족하고, (가)목 내지 (다)목이 정하는 바와 같이 구입강제, 이익제공강요, 판매목표강제 등과 동일시할 수 있을 정도로 일방 당사자가 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 그 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 준 것으로 인정되고, 그로써 정상적인 거래관행에 비추어 상대방에게 부당하게 불이익을 주어 공정거래를 저해할 우려가 있어야 하며, 또한 상대방에게 부당하게 불이익을 주는 행위인지 여부는, 문제가 되는 거래조건 등에 의하여 상대방에게 생길 수 있는 불이익의 내용과 불이익 발생의 개연성, 당사자 사이의 일상거래과정에 미치는 경쟁제한의 정도, 관련 업계의 거래관행과 거래형태, 일반 경쟁질서에 미치는 영향, 관계 법령의 규정 등 여러 요소를 종합하여 판단하여야 한다.”고 밝히고 있다. 이 사건은 대한주택공사가 구매계약을 한 업체에 종합성능시험 완료시까지 일부 물품대금의 지급을 유보하고, 선시공 공사에 대한 개산금을 미지급하며, 중간공정관리일 미준수에 대하여 위약금을 부과한 행위 등이 시행령 제36조 제1항 [별표] 제6호 (라)목 소정의 ‘불이익제공’ 행위에 해당하지 않는다고 판단한 것이다.

146) 대법원 2002.5.31. 선고 2000두6213 판결은 공정거래위원회가 불이익제공을 이유로 “법 제24조 소정의 시정명령 등 행정처분을 하기 위해서는 거래상대방에게 발생한 ‘불이익’의 내용이 객관적으로 명확하게 확정되어야 하고, 여기에서의 ‘불이익’이 금전상의 손해인 경우에는, 법률상 책임 있는 손해의 존재는 물론 그 범위(손해액)까지 명확하게 확정되어야 한다.”고 판단하고 있다. 이 사건은 지하철의 광고대행계약의 체결과 그 이행과정에서 도시철도공사가 지하철의 개통 지연 및 미영업역 발생 등으로 인하여 발생한 광고대행사의 경상관리비를 광고대행료에 반영하여 주지 아니하는 불이익을 제공하였다는 것을 이유로 한 공정거래위원회의 시정명령이 손해배상책임의 존재와 범위가 특정되지 아니한 상태에서 이루어졌다는 이유로 위법하다고 본 판결례이다.

당한 강요행위(제6조), 부당한 수령거부(제7조), 관측비용 등의 부당강요(제8조), 광고비등의 부당한 전가(제9조), 사업활동 방해(제10조), 서면계약체결 의무 및 부당한 계약변경행위(제11조) 등의 행위유형이 설정되어 있다¹⁴⁷⁾.

그러므로 대규모소매점 고시는 기본적으로 일반유형의 거래상지위 남용의 연장선 위에 있으며, 위법성판단에 있어서도 원칙적으로 동일한 기준이 적용되어야 할 것이다. 그러나 특수고시의 취지와 성격 그리고 구성요건이 구체화되어 있는 점을 감안할 때, 특수고시의 적용, 특히 부당성의 판단이 일반유형에 비해 차별화 되어 있다고 생각할 여지도 있다.

그리고 시행령 별표상의 불공정거래행위의 일반유형과 대규모소매점 고시도 기본적으로 규범중복현상을 드러낸다. 여기서 양자가 택일적 적용관계에 있는가, 아니면 중복적 적용관계에 서는가의 문제가 있다. 이는 결국 특수고시의 성격과 규제내용을 고려하여 시행령 별표의 추가적 적용여부가 판단되어야 할 것이고 본 대규모 소매점업에 있어서의 특정불공정거래행위의 유형 및 기준 고시는 사업자의 특수한 형태만을 겨냥하고 그 사업자의 기타의 영업행태에 대하여는 시행령 별표의 규율에 맡기는 경우라 할 것이다.¹⁴⁸⁾

3. 이 사건의 경우

이 사건에서 피심인 까르푸는 부수적 항변으로 자신이 반드시 납품업자에 대해 우월한 지위에 있지 않다는 항변을 하고 있으나, 이에 관한 판단이 대규모소매점고시의 수범자 여부를 좌우하는 것이 아니다. 특히 한국 까르푸는 매출액 기준 할인점업계 제4위의 대형 할인점업자로 많은 납품업자가 납품을 강력히 희망하는 상황에 있으므로 동사가 납품업자에 대해 ‘거래상의 우월적 지위’에 있음은 분명한 것으로 보인다.

그 다음으로 이 사건에서 공정위는 까르푸가 납품업자에 대하여 상품의 판매에 소요되는 각종 비용을 납품업자의 의사에 반하여 납품업자에게 전가시키는 일체의 행위, 판매에 필요한 지원금이나 샘플비용 등의 경제상의 이익을 납품업자로 하여금 제공하도록 강요하는 일체의 행위, 납품업자의 동의나 귀책사유 없는 직매입 상품의 재고 및 파손품의 반품 강제 행위 등을 심사관의 설문조사 등의 증거자료를 통해 사실인정을 하는 노력을 기울이고 있으며, 이것이 바람직한 전개임은 앞에서 언급한 바와 같다.

147) 위 고시는 1997년, 1998년, 2001년 각 일부 규정이 수정 삭제 되었으며, 2001-9호 고시에서는 제9조의 ‘광고비등의 부당한 전가’행위가 삭제되고 제8조에 포함되었다.

148) 정호열 외, 불공정거래행위에 대한 합리적 규제방안 연구, ‘99 연구용역보고서, 공정거래위원회, 105면 이하 참조.

그러나 불공정거래행위로서 법의 규제대상이 되기 위해서는, 당해 행위가 외형적으로 위 각 규정이 정하는 요건을 갖추는 것 외에 그것이 같은 법의 목적에 비추어 부당한 것이어야 하고, 이때 그 부당성의 유무를 판단함에 있어서는 당해 행위의 의도와 목적, 효과와 영향 등과 같은 구체적 태양과 상품의 특성, 거래의 상황, 해당 사업자의 시장에서의 우월적 지위의 정도 및 상대방이 받게 되는 불이익의 내용과 정도 등에 비추어 볼 때 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지 여부를 판단하여 결정하여야 한다는 것이 대법원의 태도이다¹⁴⁹⁾.

종래 백화점 등의 대규모소매점업자의 납품업자의 행태에 대한 규제에 있어 공정위는 영세한 납품업자에 대한 보호를 직접적인 타겟으로 삼는 듯한 경향이 있었고, 이는 구체적 소비자의 보호가 아니라 경쟁 그 자체에 대한 보호를 이념으로 하는 공정거래법의 기본취지에 상반되는 결과를 낳을 수도 있다. 유통업자들 사이의 자유로운 경쟁은 유통비 절감을 통한 소비자후생증대로 연결될 수 있고 또 공정위의 기본적 사명이 경쟁제한이 아니라 경쟁촉진에 있다는 점에서 균형적인 고려가 필요하다고 생각된다.

한편 대규모소매점업자들은 비록 수요독점(monopsony)에서 말하는 수요력 남용 요건을 충족시키지 아니하는 경우라고 하더라도 강대한 수요세력을 지니며, 특히 납품업자들에 대해 경제력이나 거래관계의 특성상 상대적으로 우월한 지위에 있고, 각종 불공정거래행위가 스며들 구조적 여건이 형성되어 있다. 바로 이것이 대규모소매점 고시가 제정되어 존속하는 이유가 된다¹⁵⁰⁾. 그러므로 이 분야의 구조적인 문제를 감안한 특수고시의 취지상, 계약에 의한 비용부담이나 대금감액 등과 관련하여 비록 민법 소정의 강박에 의한 의사표시에 이르지 아니하여 내심의 진정한 의사와 표시가 일치한다고 하더라도, 구조적으로 강압된 의사라는 점, 당해 거래계에서 형성된 상관행이라고 할지라도 이것이 과연 ‘정상적’인 것인지 그리고 우리나라 유통질서의 합리화를 통한 장기적인 후생증대에 바람직한 것인지 여부 등이 위법성판단에 있어 고려되어야 할 핵심적 사항이라고 생각된다¹⁵¹⁾.

149) 대법원 1998. 9. 8. 선고 96누9003 판결, 2000. 6. 9. 선고 97누19427 판결 등 참조.

150) 피심인은 각종 비용부담 강요행위, 부당반품행위 및 부당한 광고행위와 관련하여 공정거래위원회로부터 여러차례 시정 조치(의결 2002-179, 의결 2001-81, 의결 2000-14, 의결 2000-48, 의결 99-168, 의결 98-8)를 받아 왔다.

151) 피심인은 위 심결에 대한 취소소송을 제기하여 2000두4004 사건으로 현재 서울고등법원 제7특별부에 계류 중이다.

(5) COPY-DATA SYSTEMS사/SYNERGISTICS사 對 TOSHIBA AMERICA 사 사건¹⁵²⁾

(가) 사건의 개요

Toshiba America(이하 'TAI'라 한다)는 일본 도시바 회사의 자회사로 도시바에서 제작된 사무용 복사기를 'Toshiba'라는 브랜드로 미국시장에서 판매하는 회사이다. 그리고 Copy-data Systems(이하 'CDS'라 한다)은 사무용 복사기를 판매하는 회사이다.

1970년, TAI와 CDS는 New York, New Jersey, Connecticut, Rhode Island, Massachusetts 주(이상 동북지역)에서 도시바의 복사기를 공급하는 배타적 협정을 맺었다. 그리고 Maine, New Hampshire, Vermont에서 도시바의 복사기기를 공급하기 위한 비배타적 협정을 맺었다. 후에 양 회사는 Maryland, Virginia, Pennsylvania, Delaware, West virginia, Columbia(중부대 서양 지역) 지역에 대하여도 배타적 공급권에 관한 협정을 맺었으며 이후 CDS의 유통지역은 Chicago에까지 확대되었다.

CDS가 시카고 시장을 개발하기 시작한지 얼마 되지 않았을 때, TAI는 CDS의 시카고시장을 제한하면서 시카고 고객에 대한 정보를 요구하였다. CDS는 그러한 TAI의 요구에 응하였다. 1973년 11월에는 TAI는 CDS의 중부 아틀랜틱지역의 공급권을 제한하면서 CDS가 이를 거절할 경우에는 동북지역에서의 공급권이 제한될 수 있다고 알려왔다. CDS는 동북지역의 공급권 상실을 우려하여 중부대서양지역 고객의 기록을 TAI에 넘겨주었다. 이후 1974년 8월, TAI는 CDS가 동북지역에서의 배타적 공급자의 지위를 더 이상 갖지 않는다고 통고해 왔고 10월에는 CDS의 판매지역은 뉴저지에 제한된다고 알려왔다. 일련의 TAI의 거래지역 제한에도 불구하고 CDS는 동북지역과 뉴저지에서 도시바 제품의 판매를 계속하였다. 이후 도시바의 새로운 복사기(BD-72)에서 심각한 기술적 결함이 발생하였으나 TAI는 CDS로부터의 제품반환 및 여신을 거절하였다. 이러한 과정에서 CDS는 심각한 자금난을 겪게 되었고 결국 파산하였다.

이에 따라 CDS는 TAI가 거래지역을 제한한 것은 셔먼법 제1조에 대한 당연위법을 구성하는 것이라고 제소하였고 이를 인용한 지방법원의 판결에 대하여 TAI가 항소법원에 항소하였

152) 663 F.2d 405, 1981-2 Trade Cases P 64, 343, Copy-Data Systems, Inc. v. Toshiba America, Inc.

다.

(나) 두 가지 쟁점

CDS는 TAI가 자신의 거래지역을 여러 차례에 걸쳐 제한한 것은 수평적 거래지역제한으로서, 셔먼법 제1조에 대한 당연위법을 구성하는 것이라고 주장한다. 제1심의 원고이자 항소심의 피항소인인 CDS는 당연위법에 의한 재판만을 주장하고, 합리의 원칙에 의한 위법성심사는 처음부터 이를 포기하고 있다.

이 사건의 쟁점은 크게 ① TAI에 의한 CDS의 거래지역제한이 ‘수평적’ 혹은 ‘수직적’ 거래지역제한인지 혹은 두 가지의 성격을 겸하고 있는지 여부, 즉 지역제한의 성격이 문제가 되고, ② 이 제한의 위법성을 판단함에 있어서 당연위법의 법리(per se rule) 혹은 합리의 원칙(rule of reason) 중 어느 법리가 적용될 것인지 여부의 두 가지다.

(다) 소송의 경과와 쟁점에 관한 판단

1. 제1심

뉴욕 남구를 관할하는 연방지방법원은 TAI의 행위는 TAI와 CDS간의 경쟁을 제거하기 위한 ‘수평적’ 지역제한으로서 이는 당연위법의 법리가 적용되는 셔먼법 제1조 위반이라고 판단하고, TAI에 대하여 CDS가 입은 손해(44만 달러)의 3배를 배상하라는 판결을 내렸다.

2. 항소심

제2항소법원은 지방법원의 판결을 파기·환송하되 제1심에 대해 청구기각을 명하였다. 쟁점과 관련하여 항소법원의 주요한 판단을 살펴보면 다음과 같다.

2.1. 합리의 원칙과 당연위법 법리의 적용기준

이 사건의 항소심은 셔먼법 제1조의 운용과 관련한 위법성 판단기준으로서 합리의 원칙과 당연 위법원칙에 대하여 다음과 같이 밝히고 있다. 거래와 통상을 제한하는 모든 계약, 결부 혹은 공모를 금지하는 셔먼법 제1조의 해석과 관련하여, 20세기 초반이래 확립된 ‘합리의 원칙’은 특정한 제한적 행위가 경쟁에 비합리적인 제한을 가하는 것으로서 금지되는지 여부를

결정함에 있어서는 사건과 관련되는 모든 제반사정이 고려되어야 한다. 반면에 당연위법 원칙은 명백하게 반경쟁적인 행위에 대해서만 적용되며 당연위법으로 인정되기 위해서는 거래 제한적인 협정이 오로지 경쟁에 해로운 효과를 가져오고 그러한 효과를 상쇄할 만한 여하한 긍정적 편익이 존재하지 않아야 한다.

2.2. TAI의 거래지역 제한의 성격, 수평적 제한이나 수직적 제한인가.

항소법원은 동일한 시장단계에서의 독립한 사업자 사이의 제한적 협정, 즉 ‘수평적’ 협정은 당연위법을 구성하나, 공급자가 유통업자 내지 판매업자에게 부과하는 제한, 이른바 ‘수직적’ 제한은 경쟁에 유익할 수 있으며 합리의 원칙에 반하지 않는 한 허용될 수 있다고 지적한다. 그리고 TAI는 CDS에 도시바 복사기를 공급하고 있으므로 양 당사자간에 수직적 관계가 존재함과 동시에, TAI 또한 CDS와 더불어 시장에서 복사기를 직접 판매하고 있으므로 수평적 관계 또한 존재한다고 보았다. 즉 TAI는 소위 이중적 유통업자로서 TAI와 CDS 사이에는 소위 이중적 유통관계(dual distributorship)가 존재하는 바, TAI의 CDS에 대한 영업활동 제한은 수평적 제한과 수직적 제한의 이중적 성격을 가지고 있는 것이다.

2.3. TAI의 행위와 합리의 원칙의 적용

이 사건의 TAI와 같은 이중적 유통업자가 부과한 거래제한의 위법성을 판단할 때, 당연위법 원칙과 합리의 원칙 가운데 어떠한 기준이 적용되어야 하는지가 문제된다. 이에 관한 미국법원의 태도는 두 갈래로 나뉜다. 일군의 판결례는 당연위법 법리를 적용하고 있고¹⁵³⁾, 다른 일군의 판결례는 수직적 거래제한의 측면을 강조하여 합리의 원칙에 따라 위법성을 판단한다¹⁵⁴⁾.

이 사안에서 항소심은 *Abadir & Co. v. Mississippi* 사건에 관한 1981년의 제5항소법원의 선례에 따라 합리의 원칙을 적용하였고, 여기에는 미시시피사가 비료와 화학제품의 생산자로서 독립한 딜러와 중개인에게 제품을 공급하면서 동시에 자신이 직관하는 시장에서의 지위가 이 사건의 TAI와 매우 유사한 것으로 보는 관점이 선행하고 있다.

항소심은 이 사건의 TAI의 행위가 합리의 원칙에 따른 위법성 인정기준을 충족하지 않는

153) *Dougherty v. Continental Oil Co.*, 579 F.2d. 954 (5th Cir. 1978, vacated on other grounds, 591 F.2d. 1206 (5th Cir. 1979) 외 6건.

154) *Abadir & Co. v. First Mississippi Corp.*, 651 F.2d. 422(5th Cir. 1981); *Donald B. Rice Tire Co. v. Michelin Tire Corp.*, 638 F.2d. 15(4th Cir. 1981) 외 4건.

것으로 결론을 내린다. 즉 항소법원은 미국내 복사기 시장에서 미미한 점유율을 가진 TAI가 복사기 시장의 선두주자인 Xerox와 IBM에 대항하기 위해서는 양질의 제품을 생산함과 동시에 좋은 서비스를 제공하여야 하고, 복사기시장에서 타사 제품에 대해 성공적으로 경쟁하기 위해서 복사기의 가격을 인상시킬 수 없는 상황이며, TAI의 거래지역제한은 판매이익을 제고하기 위한 것이 아니라 복사기시장에서 자신의 제품에 대한 수요를 증가시키기 위해 보다 공격적인 판매전략을 사용하고 유통단계에서 가격을 낮추기 위한 것으로 보인다고 판단한다. 나아가서 항소법원은 독점금지법의 주요 관심사는 브랜드내 경쟁이 아니라 브랜드간 경쟁 즉 제품간의 경쟁이라는 관점 하에서 이중적 유통업자의 거래지역제한이 비록 브랜드내 경쟁을 다소 제한하는 효과가 있더라도 브랜드간 경쟁을 증대시키는 잠재력이 충분하다고 판단하고 있다.

(라) 검토 및 시사점

수직적 시장분할협정의 위법성 판단과 관련하여 미국판례는 당연위법으로부터 합리의 원칙으로 선회하였다. 즉 Schwinn사건¹⁵⁵⁾에서 상품에 대한 소유권이전이라는 형식적 기준에 착안하여 상품에 대한 소유권이 이전되었음에도 불구하고 제조업자가 도매상에 부과한 수직적 거래지역제한은 당연위법이라고 판단하였으나, 1977년의 Sylvania사건¹⁵⁶⁾ 이후에는 합리의 원칙을 적용하는 모습을 보인다. 특히 Sylvania판결은 프랜차이즈 계약에서 시장분할이 브랜드내 경쟁과 브랜드간 경쟁에 미치는 효과를 경제적으로 분석하여 수직적 거래제한의 전반적인 경쟁촉진성을 인정한 점에서 획기적이며, 결국 시장분석을 통해 수직적 거래제한의 경쟁촉진적 효과가 인정된 결과라고 평가할 수 있다.¹⁵⁷⁾

그리고 First Mississippi 판결과 이 사건의 Copy-Data 판결은 프랜차이즈 계약에 의한 수직적 판매지역제한에서 한 걸음 더 나아가 수평적 제한과 수직적 제한의 두 가지 요소를 모두 내포하는 이중적 유통관계에서도 합리의 원칙을 적용하였다는 점에서 큰 의의가 있다. 즉 이중적 유통관계에서 제조업자가 유통업자에 대해 부과한 판매지역제한이나 기타 영업활동 제한에 대해서는 수평적 제한의 측면을 강조하여 당연위법으로 갈 수도 있고 반대로 수직적인 측면을 포착하여 합리의 원칙을 적용할 수도 있다. 앞에서 이미 언급한 바와 같이 종래의 미국판결례들도 서로 엇갈리는 판단을 내리고 있다. 이 사건 항소심은 합리의 원칙을 적용한 일군의 판결례 중에서 특히 First Mississippi 사건의 사실관계와 유사한 점에 착안하여 이 사

155) U.S. v. Arnold, Schwinn & Co. (1967)

156) Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc. (1977)

157) 서헌재, 비가격적 수직제한에 대한 미국대법원판례, 공정경쟁 제9호(1997), 57면.

건에 관한 제5항소심의 판결례에 따라 합리의 원칙에 따라 위법성을 판단하고 있다. 이 판결에서 항소심은 Toshiba America의 시장점유율, 제조단계와 유통단계에서의 지위, 유통 내지 마케팅전략 등 제반정황을 고려하여 Copy-Data에 대한 거래제한이 초래할 편익과 비용을 비교교량하되, 독금법의 주된 목적이 브랜드내 경쟁촉진이 아니라 브랜드간 경쟁의 촉진임을 명언하면서 Toshiba America의 경쟁촉진적 잠재력을 전반적으로 긍정하고 있다. 요컨대 이 판결은 Sylvania 사건과 일련의 연속선 위에 있으며, 1980년대 이래의 당연위법 법리의 퇴조라는 큰 흐름과 일치하는 것으로 평가할 수 있다.

한편, 우리나라에서도 수직적 거래지역제한은 상관행의 하나가 되다시피 하였고, 공정위에서 그 위법성이 다투어진 사건도 상당히 많다. 판매지역 제한은 제조업자 혹은 생산자 차원에서는 유통망을 안정적으로 확보하고 다른 생산자에 대한 유통단계에서의 경쟁력을 제고하여 시장 전반에서 경쟁을 촉진하는 수단이 되고, 유통업자의 입장에서는 동일 제품에 관한 한 일정한 판매지역을 확보하는 방편이 되기 때문이다.

전반적으로 살펴 볼 때, 우리나라 공정위는 수직적 거래지역제한에 대해 대단히 엄격한 태도를 보여 왔으며, 위법성판단과 관련되는 공정위의 전형적인 수사(修辭)는 “대리점들의 자율적 의사를 제한하고 대리점들간의 경쟁을 저해할 우려가 있다”는 것으로 요약할 수 있다. (주)모닝글로리 사건¹⁵⁸⁾, (주)동양화장품 사건¹⁵⁹⁾, 일양약품(주) 사건¹⁶⁰⁾ 등에 관한 심결이 그러하다. Copy-Data 사건이 우리나라에서 문제되었다면, 공정위의 위법성 판단기준을 당연히 충족시켰을 것으로 예측된다.¹⁶¹⁾ 그러나 디피케이인터내셔널(주)의 거래지역제한에 관한 최근의 공정위 심결¹⁶²⁾은 판매지역제한 자체만을 가지고는 법 위반으로 결정할 수 없고 피심인이 시장에서 보유하고 있는 영향력, 브랜드간 경쟁 및 브랜드내 경쟁에 미치는 효과 등 사건과 관련된 여러 요소를 종합적으로 비교·형량하여 그 위법 여부를 판단하여야 한다고 보고 있다¹⁶³⁾.

158) 공정위 1994. 3. 10, 제94-66호 의결 9312특920.

159) 공정위 2000. 1. 20, 제2000-8호 의결 9911경축1554.

160) 공정위 2000. 8. 8, 제2000-211호 의결 2000경축0660.

161) 다만, 동원산업(주) 사건(공정위 1992. 7. 1, 제92-81호 의결 9203독082.)에서는 브랜드내의 경쟁제한 여부 뿐만 아니라 동종 제품간의 경쟁촉진 여부도 고려하고 있는 바, 이는 비슷한 시기에 나온 유사사건에 관한 심결례에 비하면 이례적이라고 하겠다. 권오승 외 3인, 공정거래법심결례100선, 법문사, 358면.

162) 공정위 2000. 11. 15, 제2000-163호 의결 2000유거0069.

163) 그러나 이 사건에서 공정위는 위법성을 긍정하여 시정명령을 내리고 있다. 한편 공정거래법은 경쟁을 촉진하여 소비자를 보호함을 궁극적인 목적으로 하므로, 수직적 거래지역제한에 있어서 ‘대리점들의 자율적 의사 제한 여부 및 제품내의 경쟁 제한여부’를 위법성 판단의 궁극적 기준이 되기는 어렵다. 거래지역제한을 통해 제품간의 경쟁이 촉진되고 이로 인해 소비자의 후생이 증가하는지 여부에 대한 구체적 심사가 종국적으로 이루어질 필요가 있다. 즉 수직적 제한을 통하여 상품에 대한 정보가 소비자에게 더욱 풍부하게 제공되고, 유통단계에서의 사전 및 사후의 서비스가 강화되고, 샘플의 무료제공이나 쿠폰의 발행등을 통해 제품간의 경쟁이 강력하게 촉진되며 소비자에게 돌아가는 혜택이 커지는지 여부가

우리나라 공정거래법은 다른 나라와는 상당히 다른 불공정거래행위법의 체계를 가지고 있다. 미국과는 달리 수평적 혹은 수직적 거래제한도 기본적으로 불공정거래행위법에서 규제하고 있으며, 불공정성 혹은 위법성판단기준도 규범논리적 측면에서 독특하다. 수직적 거래제한 사건에서 거래제한 혹은 경쟁제한적성에 대한 심사가 위법성판단의 핵심적 요소를 이루는 미국과는 달리, 우리나라의 경우 불공정거래행위 전반의 위법성판단기준은 제일차적으로는 불공정성 내지 공정거래저해성이며, 이는 시행령 별표가 정하는 개별 구성요건에 있어 부당성 혹은 '정당한 사유 없음'에 관한 해석과 평가의 문제가 된다. 종래 공정위가 대리점 등의 의사결정의 자유에 대한 제약 혹은 강제성, 브랜드내의 경쟁제한을 부당성의 핵심적 징표로 보았다면, 디피케인터내셔널 사건에서 브랜드내 경쟁제한과 브랜드간 경쟁촉진의 비교형량을 강조한 것은 미국법과 병행적인 흐름으로 기우는 것이며 바람직한 것으로 일단 평가할 수 있다. 그러나 Copy-Data 사안에 비해 상대방사업자에 대한 제한이 훨씬 가벼운 동 사건에서, 또 브랜드간 경쟁촉진의 효과가 쉽사리 인지될 수 있음에도 불구하고 브랜드내 경쟁제한을 이유로 공정위가 위법성을 인정하고 있는 것은 종전 심결례와의 연속성을 유지하고 있는 것으로 평가할 수 있다.

(6) Microsoft 사건

[US District Court, D.C. US, Plaintiff, v. MICROSOFT CORPORATION, Defendant. State of New York, et al.. v. Microsoft Corporation. Civil Action Nos. 98-1232(TPJ), 98-1223(TPJ)]

(가) 분쟁의 흐름¹⁶⁴⁾

마이크로소프트 소송의 기원은 1994년 IBM과 IBM계열의 시장에서 MS가 자사의 DOS 및 Windows 3.1 프로그램의 라이선스와 관련하여 개인용 컴퓨터의 운영체제(operating system. 이하 OS라 함) 소프트웨어 시장에서 독점력(monopoly power)을 행사하여 셔먼반독점법 제1조와 제2조에 위반하였음을 이유로 연방법무성이 연방법원에 MS를 제소한 것으로 소급한다¹⁶⁵⁾. 이 사건에는 유럽공동체의 경쟁당국도 참가하였고, 연방법무성과 유럽경쟁국은 공동으

궁극적으로 타진되어야 할 이유가 여기에 있다.

164) 마이크로소프트 소송 전체와 연방독점금지정책에 관한 총괄적 서술은 정호열, 마이크로소프트사 사건과 미국 독점금지 정책의 방향, 비교사법 제8권 제2호(2001.12.), 제1심판결과 항소심판결의 비교분석은 정호열/오승환, 마이크로소프트 사건 쟁점분석, 경쟁법연구 제8권(2002.2.) 참조.

165) 이 사건에서 문제된 것은 MS가 DOS 및 자사의 Windows 3.1 프로그램을 IBM을 비롯한 기타 PC 제조업체(OEM)에

로 MS의 반독점적 라이선스 행사 부분에 주목하여 1994년 이를 막기 위한 동의판결을 MS와 합의함으로써 이 소송을 종료시켰다.¹⁶⁶⁾

컴퓨터 운영체제 소프트웨어인 MS사의 Windows와 관련된 MS 소송의 본격적인 시작은 1997년 10월 20일 연방법무성이 MS사가 Windows95 소프트웨어 제품의 라이선스 판매와 관련해 1995년의 동의판결(*consent decree*)¹⁶⁷⁾을 위반하였음을 근거로, 범정모독죄(*Contempt*)의 인정과 그 위반행위의 금지를 청구하면서 시작되었다.¹⁶⁸⁾ 이 사건은 Windows95 제품의 라이선스와 관련해 사전금지명령을 인정한 연방지방법원의 결정과 이를 다시 과기 환송한 연방항소법원의 결정으로 일단락 되었다.

그 후 동의판결상의 끼워팔기 금지조항에 의한 제소에 한계를 느낀 연방법무성은 1998년 5월 18일 Windows98의 출시와 함께 MS사의 독점화, 끼워팔기 행위 등에 대한 반독점소송을 제기 하였고, 20개 주정부도 이와 동시에 MS사에 대한 반독점소송에 가세하면서 서면독점금지법 위반 여부가 본격적으로 쟁점화 되었다.¹⁶⁹⁾ 1998년 10월 19일에 연방지방법원에서 심리가 개시되어, 1999년 11월 4일에 사실확정판결, 2000년 4월 4일에 법률적용판결, 2000년 6월 6일에 제1심의 최종판결로서 기업분할이 결정되었다.

이와 같은 연방지방법원의 판결에 대해 MS는 항소하였던 바, 1975년의 개정법을 배경으로 연방항소법원이 제2심을 수행할 것인가, 혹은 연방최고재판소가 바로 이 사건을 심리할 것인가의 절차법적 문제를 거쳐, 2001년 4월 3일 연방항소법원은 연방지방법원의 판단에 대해 일부인정, 일부취소와 더불어 끼워팔기의 점에 관해서는 당연위법의 법리를 적용한 1심판결을 과기환송하였다. 사건을 환송받은 연방지방법원의 Collen Kollar-Kotelly판사는 MS의 독점유지혐의와 관련된 구제명령에 관한 심리를 시작하였고, 2001년 11월 6일에는 연방법무성과 9개 주가 MS와 동의판결을 위한 합의문에 타협함으로써 MS사 소송은 일단락을 지었다.

이하 제1심판결을 중심으로 한 분쟁의 흐름을 정리하면 다음과 같다.

계 한 개의 Processor(컴퓨터 주기억장치) 단위로 라이선스하는 것을 원칙으로 했기 때문이다. 실제 PC에 장착된 소프트웨어의 수량이 아니라, PC의 생산단위로 요금이 부과되기 때문에, 컴퓨터 제조업자는 장기간의 계약기간 동안 Microsoft에게 이 회사의 DOS나 Windows를 실제로 장착하였는지와 무관하게 그들이 제조한 컴퓨터의 생산량에 따라 로열티를 지불해야 했다. 따라서 컴퓨터 제조업자들이 Microsoft와 라이선스 계약을 체결한 이후에 Microsoft의 O/S이 외에 다른 O/S가 장착된 PC를 판매하려면 또 다른 로열티를 지급해야 하는 결과가 되는 것이었고 결국 OS에 관한 MS의 경쟁자들을 배제하는 효과를 가져오는 것이었다.

166) UNITED STATES OF AMERICA v. MICROSOFT CORPORATION, 1995 U.S. Dist. LEXIS 20533, 1995-2 Trade Cas. (CCH) P71,096, August 21, 1995, Decided.

167) UNITED STATES OF AMERICA v. MICROSOFT CORPORATION, 1995 U.S. Dist. LEXIS 20533, 1995-2 Trade Cas. (CCH) P71,096, August 21, 1995, Decided.

168) 동의판결은 일종의 법원의 명령판결로써, 연방민사소송규칙 제70조에 따라 법원은 행위자에게 특정행위의 금지 혹은 이행을 명령할 수 있고, 이의 위반시 범정모독죄의 해당 여부를 가리게 된다. Fed. R. Civ. P. 70 참조.

169) 이후 20개 주정부 중 사우캐롤라이나는 1998년 5월 18일에 시작된 반독점소송 도중 탈퇴, 뉴멕시코주는 반독점소송에 대한 항소심결정 후 재판외 합의 절차를 마침으로 현재 원고는 18개 주와 DOJ로 한정된다.

① 1998.05.18. 연방과 20개 주정부, 셔먼법 제1조와 제2조 위반혐의로 MS를 상대로 별도의 독점금지소송 제기.

② 1998.10.19. 연방지방법원에서 위 소송에 대한 심리가 개시됨

③ 1999.11.05. Findings of Fact(사실인정판결)

④ 2000.04.01. 제7항소법원의 Richard Posner 판사, 정부와 MS사의 협상결렬을 선언함

⑤ 2000.04.03. Conclusion of Law(법률적용판결)

연방지방법원 잭슨 판사는 마이크로소프트사가 경쟁을 질식시키기 위하여 퍼스날 컴퓨터 시장에서 자신의 독점적 지위를 남용함으로써 연방독점금지법을 위반하였다고 결론을 내림

⑥ 2000.04.28. 연방법무성과 17개주 검찰총장들은 마이크로소프트사를 2개로 분할할 것을 청구함

⑦ 2000.06.08. 마이크로소프트사에 대한 구제수단판결

- 운용체제와 기타 응용부문으로 회사를 분할하고, 일부 영업관행을 중단하라는 명령
- 운영체제 부문; 데스크톱, 노트북 컴퓨터 운영체제인 윈도우 95, 98, NT, 2000과 이동통신 운영체제인 포켓PC, 출시가 예정된 윈도우 밀레니엄, 개인 및 기업용 윈도우 운용체제들을 통합시키는 휘슬러 등 모든 컴퓨터 운영체제 포괄
- 응용부문; 운영체제를 제외한 모든 사업분야. 사무용 소프트웨어인 MS오피스, 인터넷 브라우저 익스플로러, email 프로그램인 아웃룩 익스프레스. 그리고 MS네트워크, 미디어 플레이어, 핫메일 등의 자회사들도 응용부문에 해당됨
- 상위 20개 컴퓨터 제조업체에 익스플로러나 다른 MS 소프트웨어 장착과 관계없이 모두 동일한 가격으로 윈도우를 공급할 것
- 컴퓨터 바탕화면에 익스플로러를 설치하지 않은 경우에 보복조치를 취하지 말 것

⑧ 2001.04.03. 연방항소법원의 판결

- 2000년 4월의 연방지방법원의 판단 중 셔먼법 제2조의 독점화 부분에 대한 MS의 책임을 인정하였으나 동조에 의거한 독점화시도 부분에 대해서는 이를 취소함
- 셔먼법 제1조 소정의 끼워팔기 혐의에 대해서는 당연위법적으로 판단한 지방법원의 판결을 파기 환송함

(나) 1998년 반독점법 위반혐의에 의한 연방과 20개 주 정부의 제소

1. 소송의 진행

동의판결 위반혐의와 관련하여 연방지방법원이 1997년 12월 11일에 내린 Windows95 프로그램에 대한 사전금지명령을 항소법원이 기각(98년 6월 23일)하기 전에, MS는 1998년 5월 15일 Windows95의 다음 버전인 Windows98의 출시를 기획하였다.

MS사는 제품 출시 전에 DOJ와 20개 주정부와 합의를 모색함과 동시에, 연방항소법원에 1997년 12월 11일 연방지방법원이 내린 사전금지명령이 Windows98 제품에 대해서는 적용하지 않도록 요구하는 별도의 청구를 하였다. 이에 대해 연방항소법원은 사전금지명령이란 본안에서 승소 여부가 분명한 경우에 인정되는 것으로서, 연방지방법원이 내렸던 사전금지명령과 그 밖의 결정사항들이 항소법원에 이미 항소되어 있는 상태에서 연방정부는 Windows98 제품이 이전 동의판결에 위반된 것이라는 데 대한 어떠한 증거도 제출하지 않았음을 지적하고 MS의 주장을 받아 들었다.¹⁷⁰⁾

결국 연방항소법원이 사전금지명령을 파기환송하기 전인 1998년 5월 12일에 이미 Windows98은 MS가 부과한 조건에 따라 자유롭게 배포할 수 있게 되었다. 그리고 이와 같은 항소법원의 결정 직후 MS는 진행 중이던 합의절차를 중단하고, 곧 바로 98년 5월 18일부터 OEM업체들에게 Windows98 팩키지를 배포하기 시작했다. 이에 대응하여 DOJ와 20개 주 정부는 98년 5월 18일 다시 MS사를 셔먼법 1조와 2조 혐의를 제소함으로써¹⁷¹⁾, 이전 Windows95에 대한 연방지방법원의 사전금지명령에 대한 항소법원의 판단이 내려지기 전에 별도의 독점금지소송을 제기되는 상황이 초래되었다.

1998년 5월 18일 DOJ는 Columbia 연방지방법원에 MS가 불법적으로 Windows O/S에 IE를 끼워서 판매함으로써 셔먼법 제1조에 위반하였고, 인텔 호환 O/S 시장에서의 독점력을 보유하고 다양한 반경쟁적 행위를 함으로써 셔먼법 제2조를 위반하여 불법적인 독점화 및 2차 시장에서 독점화를 시도하였다고 주장했다. 20개 주 정부 역시 각주의 독점금지법 위반혐의에 터잡아 DOJ와 더불어 MS를 기소하였다.¹⁷²⁾

MS는 소송 초기에 약식판결(Summary Judgment)로 이들 소송을 기각시켜 줄 것을 요청하였다.¹⁷³⁾ 그러나 법원은 98년 7월 14일 1차 시장의 독점력에 의한 '지렛대 이론'을 주장한 주 정부들의 주장을 제외한 나머지 사안에 대해서 MS의 약식판결 청구를 기각하고 직접 본

170) United States v. Microsoft Corp.,(No. 97-5343 consolidated with 98-5012), (D.C. Cir), OREDR (May 12, 1998), No. 94cv01564.

171) 원래 연방과 20개 주정부로 구성되었던 원고의 수는 98년 12월 27일 AOL과 Netscape 합병 발표 직후 South Carolina 주가 소송에서 탈퇴함으로써 19개 주로 줄었다.

172) MS의 청구에 의해 양 소송은 이후에 병합되어 심리되었다.

173) Microsoft의 주장은 다음과 같다. 첫째, 1998년 6월 23일 연방항소법원은 IE기술이 Microsoft의 Windows O/S 안에 통합된 기술적 요소라는 것을 인정하였다. 둘째, 항소법원은 O/S에 대한 이러한 기술의 통합이 소비자나 소프트웨어 개발업자들에게 이익을 준다는 점을 분명히 했다. 셋째, Windows에 대한 Microsoft의 계속된 개선사항들 또는 제3자와의 계약이 Netscape가 그의 Web browsing software를 소비자들에게 유통시키는 것을 상당한 수준으로 봉쇄한다고 할 수 없다. DEFENDANT Microsoft Corp.' S MEMORANDUM, IN SUPPORT OF ITS MOTION FOR Summary Judgment(August 10, 1998).

안에 들어갈 충분한 증거와 혐의가 인정된다고 판단하고 본안에 대한 심리를 진행하였다.

이후 연방지방법원은 1999년 11월 5일 사실관계를 확정하고¹⁷⁴⁾, 2000년 4월 3일 이에 대한 법적판단¹⁷⁵⁾을 내렸으며, 2000년 6월 7일 최종판결¹⁷⁶⁾로 MS사를 O/S와 응용프로그램 관련부분 등으로 분할하는 판결을 내렸다. 그러나 연방지방법원의 최종판결은 다시 항소법원에서 2001년 6월 28일 서면법 제1조 소정의 독점화행위 부분을 제외한 나머지 부분에 대해 일부 파기, 일부 환송됨으로써¹⁷⁷⁾, 주로 독점화 부분에 대한 구제조치가 연방지방법원에서 재심리되게 되었다.

2. 연방과 주정부의 MS사에 대한 제소내용

2.1. 관련시장과 MS의 O/S 독점

DOJ는 먼저 관련시장의 획정에 대해 PC O/S시장을 Intel 호환 PC의 O/S시장으로 정의하고, 인터넷 브라우저 시장은 인터넷 브라우저 프로그램이 상품시장이 되고 지역시장은 전세계적이라고 정의했다. MS는 PC운영 체제시장에서 80% 이상의 시장점유율을 가지고 독점적 지위를 보유하고 있고, 이러한 독점적 지위의 유지는 부분적으로 PC O/S시장이 생산에 있어서 “규모의 경제”와 “네트워크 효과(Network Effect)”에 의해 특성화된 시장이라는 사실에 원인이 있다고 지적하고 있다.¹⁷⁸⁾

브라우저와 관련하여 일반적으로 사용된 최초의 인터넷 브라우저는 1994년에 소개된 Netscape Navigator이었다. MS는 이에 대응하여 IE(Internet Explorer)라는 상품을 개발하여 유통시켰다. DOJ에 의하면, MS는 IE를 인터넷 브라우저 시장의 독립된 상품으로 간주하였

174) United States v. Microsoft Corp.(Nos. CIV. A. 98-1232(TPJ), CIV. A. 98-1233(TPJ)), UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA, 84 F. Supp. 2d 9.

175) United States v. Microsoft Corp.(Civil Action No. 98-1232 (TPJ), Civil Action No. 98-1233 (TPJ)), UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA, 2000 U.S. Dist. LEXIS 4014;87 F. Supp. 2d 30

176) United States v. Microsoft Corp.(Civil Action No. 98-1232 (TPJ), Civil Action No. 98-1233 (TPJ)), UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA, 2000 U.S. Dist. LEXIS 7582, 97 F. Supp. 2d 59.

177) United States v. Microsoft Corp.(No. 00-5212, Consolidated with 00-5213), (D.C. Cir), 2001 U.S. App. LEXIS 14324; 2001-1 Trade Cas. (CCH) P73,321(June 28, 2001); 253 F.3d 34.

178) United States v. Microsoft Corp. (Civil Action No. 98-1232(Antitrust)), COMPLAINT, pp.18-20. 'Network Effect'는 호환성이 중시되는 상품에 있어서 중요한 진입장벽 요인이라고 할 수 있는데, 기업의 경우 회사내 혹은 회사간의 전자결재 등을 위해서는 동일한 프로그램을 사용하여야 한다. 따라서 Windows 시스템을 사용하는 기업은 사내에서 모두 Windows를 사용하여야 하고, 일반사용자의 경우 대부분의 사용자들이 사용하는 Windows를 사용하는 것이 상호간의 파일 공유 등을 위해 필수적이라고 할 수 있다. 예를 들어, 매킨토시 OS의 경우 인텔 호환용 PC에서 사용되는 플로피 디스크 자체를 인식하지 못한다. 따라서 사용자들은 대부분의 사용자들이 많이 사용하는 상품을 선호하게 된다. 특히 호환성이 문제되는 PC, 소프트웨어 산업에서는 이러한 네트워크효과가 필연적으로 발생하게 되는데, 하드웨어와 소프트웨어 간의 호환성, 사용자가 사용하는 소프트웨어 간의 호환성을 유지하기 위해 소비자들은 표준화된 소프트웨어, 하드웨어를 구매하는 성향이 강하다.

고 또 IE의 시장점유율 확대를 우선적인 목표로 정하였다. 이러한 인터넷 브라우저의 속성과 MS의 분리된 영업전략은 Windows98이 발표된 이후에도 계속될 것이고, MS는 IE만을 독자적으로 업그레이드하고 있고, Apple Macintosh, Sun Solaris, 그리고 다른 비 Windows 계열의 O/S를 위해 사용되는 IE 버전을 별도로 생산, 유통시키고 있다. DOJ는 MS의 인터넷 브라우저 시장점유율은 1996년 초반의 5% 수준에서 50% 이상으로 계속 상승하고 있다고 밝히고 있다.¹⁷⁹⁾

2.2. 인터넷 브라우저의 Windows O/S에 대한 경쟁위협

MS는 Intel 호환 PC시장에서 80% 이상의 시장점유율을 가지고 있고, Intel 호환 PC의 90% 이상에서 Windows가 사전에 설치되어 판매되고 있다. 이러한 PC O/S 시장에는 높은 진입장벽이 존재하고 있는데, 이 진입장벽의 요소 중 가장 중요한 것이 특정 O/S 위에서 작동되어야만 하는 응용프로그램의 숫자에 의해 창출되는 장벽이라고 DOJ는 설명한다. 즉 어느 O/S가 최종 사용자들에게 매력적인 것이 되기 위해서는 지원하는 응용프로그램의 숫자가 많아야 한다. 오늘날 대부분의 응용프로그램들은 Windows 위에서 작동되도록 만들어졌기 때문에, 그리고 Windows 위에서 작동되는 프로그램들을 완벽한 호환성 하에서 작동시킬 대체적인 O/S를 만들어 내는 것은 매우 어렵고 많은 시간과 상당한 비용투자를 필요로 하기 때문에, 새로운 O/S의 진입자는 상당히 높은 진입장벽에 봉착하게 된다고 DOJ는 지적하고 있다.¹⁸⁰⁾

그러므로 MS의 O/S독점에 대한 가장 중요한 잠재적인 위협은 현재 존재하거나 혹은 갑자기 나타나는 새로운 O/S 경쟁자의 직접적이고 전면적인 공격이 아니라, 오히려 대체적인 다른 플랫폼(platforms)¹⁸¹⁾ 위에서 작동될 수 있거나 혹은 응용프로그램 자체가 오히려 그 역할을 할 수 있는 이른바 미들웨어¹⁸²⁾ 상품들에 의해 발생하게 된다고 DOJ는 지적하고 있다.¹⁸³⁾ 이와 같이 특정 O/S에 의존하지 않고, Windows 이외에 다른 O/S와 결합하여 자유롭게 사용될 수 있는 응용프로그램(미들웨어)의 존재 자체가 Windows O/S 독점의 가장 큰 위협이 된다고 법무성은 설명하고 있다. 결국 이러한 응용프로그램(미들웨어)의 존재는

179) United States v. Microsoft Corp.(Civil Action No. 98-1232(Antitrust)), COMPLAINT, p.21.

180) Id., p.2-4; 이것은 이른바 Network Effect에 의한 진입장벽의 창출을 의미한다.

181) 이것은 Netscape가 그 자체로 서로 다른 O/S와 응용프로그램들을 연결시켜주는 Interface연결을 하는 것을 의미한다. 결과적으로 Windows에 기반하여 작동된 모든 응용프로그램들이 Netscape Interface를 통해 다른 O/S에서도 작동이 가능하게 된다. 또한 Interface란 용어는 하드웨어에서 사용되는 개념으로는 Computer와 Printer 혹은 Hard disk에게 서로 정보를 전달해주는 물리적인 기계장치를 의미하지만, 소프트웨어에서 사용되는 개념으로는 응용프로그램이 O/S와 함께 작동될 수 있도록 하는 프로그램 소스코드나 O/S가 각종 하드웨어를 통제 할 수 있도록 이들을 연결해주는 프로그램 접속 코드를 의미한다.

182) 미들웨어는 그 자체가 다른 O/S에서도 호환성을 유지하면서 작동될 수 있는 Interface를 내장한 응용프로그램으로 Navigator, der, Real Audio, Media player와 같은 프로그램들을 말한다.

183) United States v. Microsoft Corp.(Civil Action No. 98-1232(Antitrust)), COMPLAINT, pp.2-3.

“Network Effect”에 의한 진입장벽을 제거하는 주원인이 될 것이기 때문이다.

특히 범무성은 인터넷 브라우저가 MS의 O/S 독점에 경쟁적인 위협이 되는 것은 두 가지 방법에 의한다고 지적하고 있다.

첫째, MS가 차지하는 O/S독점 대한 잠재적 경쟁자의 확장과 진입에 있어서 가장 중요한 진입장벽 중 하나는 다른 O/S에서는 작동되지 않고 Windows O/S에서만 작동되는 수많은 응용 프로그램들이다. 만일 응용프로그램들이 다중 O/S(multiple O/S)에서 작동되도록 만들어 질 수 있다면, O/S시장의 경쟁은 활성화 될 것이다. 특히 인터넷 브라우저 기술과 “Java”라고 알려진 새로운 프로그램언어의 결합은 이와 같은 전망을 강하게 보여주고 있다. Java는 부분적으로 Java 프로그램 언어에 의해 작성된 응용프로그램들이 서로 다른 O/S 위에서 작동될 수 있도록 호환성을 갖추기 위해 고안되었다. 따라서 그것은 MS의 O/S독점에 대한 중요한 진입장벽 중 하나를 제거하거나 줄이는 위협을 하고 있다는 것이다. 마이크로소프트 계열 이외의 브라우저는 이러한 Java기술을 최종 소비자에게 유통시키는 가장 중요한 수단이다. MS는 브라우저의 폭넓은 사용이 브라우저 자체 보다 Java의 사용과 배포를 증가시켜 결국 자사의 O/S 독점을 위협할 것을 인식하였다고 DOJ는 지적한다.¹⁸⁴⁾

둘째, MS는 Netscape의 브라우저인 Navigator는 그것 자체가 많은 응용프로그램들이 이를 기반으로 작동할 수 있는 플랫폼이었고, 만일 이것이 존속한다면 점점 더 많은 응용프로그램들이 Navigator를 기반으로 하는 방식으로 만들어 질 것이라는 점을 인식했다. Netscape의 브라우저가 어느 PC O/S에서도 작동이 가능함에 따라, 이러한 대체적인 플랫폼의 성공은 역시 MS의 O/S 독점을 보호하는 핵심장벽을 줄이고 또 제거하는 위협을 가할 수 있었다. 특히 브라우저들은 그 안에서 사용자들이 대부분의 컴퓨터작업을 실행할 수 있는 초기 실행 환경을 제공하는 “interface”역할을 할 수가 있었고, 여기에 다른 O/S와 응용프로그램들이 서로 연결될 수도 있다.¹⁸⁵⁾ 따라서 브라우저는 서로 다른 O/S와 응용프로그램 사이의 연결고리 역할을 할 수 있다는 것이다. MS의 빌게이츠는 Netscape가 O/S를 “공용화” 할 것이라고 그 위협의 심각성을 지적했다.¹⁸⁶⁾

184) Id., p.3. 특히 Netscape Navigator는 Java virtual machines(JVMs)을 유포시키는 우선적인 요인이었다. JVM은 Java 프로그램 언어를 사용하여 만들어진 프로그램을 작동시키기 위해 필요한 프로그램인데, Navigator는 이러한 JVM을 자체 보유하고 있어서, 일단 사용자의 PC에 Navigator가 설치되는 경우 JVM도 함께 사용자의 PC에 설치된다고 할 수 있다. JVM은 Java언어를 사용하여 만들어진 어떤 응용프로그램도 O/S에 상관없이 작동할 수 있도록 만들어주는 역할을 한다.

185) Id., p.22. 여기서 Interface 혹은 API는 신경세포의 연결부와 같은 것으로, 응용프로그램의 개발업자들은 O/S 안에 사전 포함되어 있는 프로그램코드의 블록을 호출해 내기위해 여기에 연결될 수 있다. 이러한 코드 블록들은 컴퓨터스크린에 text를 표시하는 것과 같은 중요한 역할을 수행한다. O/S는 응용프로그램이 PC의 하드웨어와 보다 밀접히 연동하여 작동되는 동안 응용프로그램을 지원하는 역할을 하기 때문에 O/S는 “플랫폼” 역할을 하는 것으로 논의된다. United States v. Microsoft Corp., 84 F. Supp. 2d 9 (D.D.C 1999), PARA2, p.12.

186) Id., p.3.

2.3. MS의 반경쟁적 행위

MS가 Netscape의 브라우저에 의해 야기된 경쟁적인 위협에 대응하기 위해 IE로 명명된 자사의 인터넷 브라우저를 판매하고 유포할 광범위한 전략에 착수하였고, MS의 임원은 이러한 전략을 “브라우저 전쟁”에서 이기기 위한 “Jihad”라고 표현하였다고 법무성은 기술하고 있다.¹⁸⁷⁾ 마이크로소프트의 반경쟁적 행위에 관한 DOJ의 기소이유는 다음과 같다.

① Internet Browser시장의 경쟁제한 시도

1995년 5월 브라우저 시장을 분할하고 경쟁을 제한하기 위해 Netscape를 유도하는 행위를 하였으나 Netscape가 이를 거절하였다.¹⁸⁸⁾

② 인터넷 연결 서비스 제공자(Internet Service Providers, 이하 ISP)¹⁸⁹⁾와 온라인 서비스 제공자(On-Line Services, 이하 OLS)¹⁹⁰⁾와 배타적 계약체결

MS는 ISP와 OLS업체와 자사의 IE를 그들의 가입자들에게 유포시키기 위한 배타적인 계약을 체결하였다.¹⁹¹⁾ 특히 MS는 America Online and CompuServe 와 같은 OLS 혹은 AT&T Worldnet, MCI, 그리고 Earthlink 등과 같은 주요 ISP업자들에게 Windows의 독점을 이용하여, PC의 바탕화면에 이들 서비스를 최종 사용자가 바로 사용할 수 있도록 하고, 그 반대조건으로 배타적 계약을 요구하여 이를 체결하였다.

③ 인터넷 콘텐츠 제공업체(Internet Content Providers, 이하 ICP)¹⁹²⁾, 소프트웨어 개발업자(Independent Software Vendors, 이하 ISV)와의 배타적 계약체결

MS는 또한 ICP업체와 경쟁브라우저 상품을 배제시키기 위한 배타적 계약을 체결하였다.¹⁹³⁾

187) Id., p.4. 법무성이 증거로 제출한 자료에서 Bill Gates는 임원들에게 “인터넷에 탄생한 새로운 경쟁자는 Netscape이다. 그들의 브라우저는 70%의 점유율을 가지고 있고 그것은 그들이 어떤 네트워크를 장악할 것인지를 결정하게 할 것이다. 그들은 다중-플랫폼(multi-platform) 전략을 추구함으로써 설치된 운영체제를 공용화하기 위해 핵심 API(application programming interface)를 고객들에게 이전하고 있다”고 경고한 바 있다(Id., Complaint, p.2)

188) Id., PARA 70-74.

189) 이들은 사용자가 모뎀장치 등을 통해 인터넷에 연결될 수 있도록 하는 서비스를 제공한다. 한국의 경우 천리안, 하이텔, 나우누리 등이 여기에 해당한다.

190) 이들은 사용자가 자신의 PC에서 직접 인터넷에 연결될 수 있도록 하는 On-Line 서비스를 제공하는데, 한국의 경우 두루넷, 메가페스트 등이 여기에 해당한다. ISP와 OLS를 포함하여 Internet Access Providers(“IAPs”)라고 정의하기도 한다.

191) Id., PARA 75. MS는 Windows 95의 바탕 화면에 인터넷 연결마법사라는 아이콘을 포함시켜서 일반사용자들이 인터넷 연결업체와 직접 연결될 수 있는 기능을 제공하였다. MS는 인터넷연결마법사에 이들 서비스업체를 등록시켜주는 것을 조건으로 그들의 가입자들에게 IE를 배타적으로 유포 홍보할 것, 자사의 홈페이지에서 다른 브라우저를 다운로드 받을 수 있는 링크 자체를 없앨 것, 명백하게 혹은 암시적으로 경쟁브라우저의 사용이 가능하다는 문구를 사용하지 말 것, 그들의 연결소프트웨어에 IE만을 포함하여 발송할 것, 이들 업체들의 연결프로그램을 MS에서 제공하는 프로그램들을 사용하여 IE와만 연동하여 작동되도록 만들 것 등을 내용으로 하는 계약을 체결했다.

192) 이들은 Disney, Hollywood Online, 그외 CBS Sportsline과 같은 뉴스, 오락물, 기타 다른 정보들을 Web을 통해 제공하는 업체들을 말한다.

193) United States v. Microsoft Corp.(Civil Action No. 98-1232(Antitrust)), COMPLAINT, PARA 87-92. MS는 IE 4.0의 채널뷰어를 통해 이들을 최종사용자의 PC에서 직접 연결할 수 있도록 해주는 대신, ICP의 내용들을 홍보하기 위해 경쟁브라우저 제조업자와 기타 경쟁브라우저의 유포, 판매 홍보 등을 하는 자들에게 보상하는 것을 금지하며, 다른 경쟁브라우저를 홍보하는 것을 금지, 자사의 Web Site들을 Microsoft의 자체개발물을 사용하여 개발함으로써 경쟁업체의 브

④ OEM업체와 PC 부팅과정, 바탕화면의 변경금지약정 체결

MS는 OEM업체에 대한 라이선스계약을 통해 이들 업체가 PC 초기화면과 바탕화면을 변경하는 것을 제한함으로써 Windows의 바탕화면에 대한 자사의 통제권을 장악하여, ISP, OLS, ICP 업체들에게 IE에 대한 우선적 대우를 요구하는 배타적 계약 체결을 요구하는 능력을 확보하게 되었다.¹⁹⁴⁾

⑤ Windows95와 Windows98에 Internet Browser 소프트웨어의 연계판매

MS는 Windows95와 Windows98에 Internet Browser Software를 끼워서 팔았다.¹⁹⁵⁾ 특히 MS는 Windows95와 IE4.0을 별개의 상품으로 인식하였던 것처럼 Windows98과 IE5.0도 별도의 상품으로 인식했다는 사실에는 변함이 없다고 DOJ는 주장하고 있다. 그 증거로 1997년 봄까지 Windows98과 IE를 함께 묶지 않을 것을 고려했으나, MS의 부사장 James Allchin이 이전부터 계속 주장한 건의안에 따라 최종적으로 IE와 Windows를 끼워서 팔기로 결정을 내렸다는 것이다.¹⁹⁶⁾ 관련 증거로 MS 임원진들의 내부 e-mail 등이 제출되었는데, 1996년 12월 20일부터 1997년 3월까지 임원진들의 공통적인 의견은 IE의 시장점유율 확대를 위해서는 Windows를 지렛대로 삼아야 한다는 것이었다.¹⁹⁷⁾ 그 외 MS는 몇몇 OEM과 PC 사용자들이 MS의 IE를 삭제할 수 있는 기능을 원하고 있음을 인식하였지만 그러한 삭제기능을 두지 않았다. 따라서 법무성은 MS의 끼워팔기는 IE 시장의 독점화를 위한 수단에 불과하다고 주장하였다.

2.4. 연방법무성의 제소내용

① 셔먼법 제1조를 위반한 배타적 거래와 기타 배타적 약정¹⁹⁸⁾

MS는 ISPs, ICPs, 그 밖의 MS의 요구에 협력한 자들과, MS와 경쟁관계에 있는 회사의 상품을 라이선스, 유통, 홍보, 사용하지 않기로 약정하였고, OEM업체들에게 PC의 부팅과정, 바탕화면의 수정을 금지하도록 한 합의는 불합리하게 경쟁을 제한하는 것이다. 이들 합의들의 목적은 Internet browser 시장의 경쟁과 PC O/S 시장의 경쟁을 제한하기 위한 것으로 셔먼법 제1조¹⁹⁹⁾에 위반하는 것이다.

우저 보다 IE 4.0에서 보다 잘 작동되도록 만들 것 등을 내용으로 하는 계약을 요구하여 체결하였다.

194) Id., PARA 93-102. MS는 Windows설치시 자동으로 생성되는 바탕화면의 아이콘들을 OEM업체들이 변경하거나 삭제하는 것을 금지하고, 초기 부팅과정에 대한 어떠한 변경도 이를 금지함으로써 제조업자들이 소비자의 요구에 맞추어 그들의 상품을 차별화하고, 마이크로소프트 이외의 경쟁회사 계열의 브라우저를 사용하거나, 다른 대체적인 사용자 Interface를 사용하는 행위, 다른 인터넷 연결서비스를 제공할 가능성을 배제하였다.

195) Id., PARA 103-123.

196) Id., PARA 114.

197) Id.

198) Id., PARA 130.

199) 15 U.S.C. § 1

② 셔먼법 제1조를 위반한 끼워팔기²⁰⁰⁾

Windows O/S와 MS의 인터넷 브라우저 소프트웨어는 별개의 상품이다. 이들은 각각 다른 시장에서 판매되었고 그것의 기능도 서로 다른 것이고, 그것들에 대한 분리, 독립된 수요가 존재한다. 또한 그것들은 MS에 의해서 그리고 다른 시장 참가자들에 의해 별도의 상품으로 취급되었으며 MS는 실제 그것을 끼워서 팔지 않는 것이 효율적이었고, OEM업체들에게 MS의 인터넷 브라우저 없는 Windows95 와 Windows98을 배포하는 것을 허용하는 것이 효율적이었다. MS는 그들이 독점력을 가지고 있는 Windows O/S에 인터넷 브라우저를 끼워파는 계획을 세우고 이를 실행함으로써 셔먼법 제1조에 위반하였다.

③ 셔먼법 제2조를 위반한 PC O/S시장에서의 독점화행위²⁰¹⁾

PC O/S시장에서 독점력을 가지고 있는 MS는 앞에서 언급된 반경쟁적 행위를 통해 의도적으로 그 독점력을 유지하여 왔고, 만일 그것을 중지시키지 않는다면 그들은 반경쟁적 불합리한 행위에 의해 그와 같은 통제력을 계속 유지할 것이다. MS는 PC O/S시장의 독점력을 불법적으로 유지하고자 하는 의도를 가지고 행위 하였으며, MS의 위법한 행동은 그것을 가능하도록 하였으므로 셔먼법 제2조 규정에 위반된다.

④ Internet Browser시장의 독점화시도행위

MS는 위와 같은 반경쟁적 행위를 하였고, MS는 PC O/S와 경쟁할 수 있는 상품의 개발을 조장하거나 혹은 그것과 경쟁할 수 있는 잠재력을 가진 상품으로서 결과적으로 MS의 Windows O/S 독점을 침식할 소프트웨어 상품을 공격목표로 삼았다. MS는 Internet browser시장에서 독점력을 얻기 위해 끼워팔기를 포함하여 불합리한 배타적 합의를 체결하는 일련의 행위들을 의도적으로 행해 왔고, 또 현재도 행하고 있다. MS는 독점화를 위한 특별한 의도를 가지고 행위를 하였으며 Internet browser시장의 경쟁을 효과적으로 파괴하였다. 이는 셔먼법 제2조에 위반되는 독점화 시도행위이다.

주정부들도 앞에서 서술한 MS의 행위가 각 주의 독점금지법에 위반되었음을 주장하고 이를 근거로 연방정부와 함께 구제조치를 법원에 청구하였다. 그리하여 DOJ과 주정부는

- ① 경쟁 인터넷 브라우저의 유포와 홍보를 금지하는 계약의 체결, 이행을 금지할 것,
- ② MS가 브라우저의 기능을 제거하는 실질적 방법을 제공하고, 브라우저의 라이선스를 원하지 않는 OEM업체들에게 적절한 로열티의 감액을 인정하지 않는다면 O/S와 인터넷 브라우저를 하나로 묶어서 O/S 소프트웨어를 배포, 판매하지 말 것,
- ③ 브라우저의 포함과 삭제와 관련하여, MS가 Netscape사의 브라우저를 자사의 것과 동일하게 취급하지 않는 한

200) United States v. Microsoft Corp. (Civil Action No. 98-1232(Antitrust)), COMPLAINT, PARA134.

201) Id., PARA 137.

브라우저와 O/S의 번들 버전의 유포를 금지할 것, ④ Windows98에서 MS의 브라우저를 제거하는 어떠한 OEM업체에 대한 보복을 금지할 것 등을 법원에 청구하였다.

(다) 1999년 11월 5일의 사실확정판결

1. 개요

1999년 11월 5일 연방지방법원의 토마스 잭슨판사는 사실심리를 종결하고 사실을 확정하는 판결(Findings of Fact)을 내렸다. 이 판결에서 잭슨판사는 DOJ과 주정부가 제출한 제소 사실 대부분을 인정함으로써 앞으로 내려질 법률적용판결에서 MS의 독점금지법위반혐의가 대부분 인정될 것이 예견되었다.²⁰²⁾

사실인정의 포인트는 관련시장의 획정, 마이크로소프트의 지위, 미들웨어의 위협, MS의 브라우저 전쟁에 대한 대응행위, 자바의 위협에 대한 MS의 대응, MS의 행위가 소비자에게 미치는 효과 등 크게 6가지의 점이다. 이하 각 사항에 관한 법원의 판단을 차례로 살펴본다.

2. 관련시장의 획정

먼저 법원은 현재 Intel 호환 PC의 O/S를 가진 컴퓨터 사용자들이 “새로운 O/S로 전환하는 행위는, 사용자들의 가진 응용프로그램과 그 사용방법, 특정 하드웨어에 들인 투자를 모두 없애는 결과를 가져오고, 따라서 이들은 다른 O/S를 가진 새로운 컴퓨터로 쉽게 전환하지 않을 것이라는 점을 지적하고 있다.²⁰³⁾ 또한 “사용자들은 O/S 소프트웨어가 그들의 요구를 충족할 다른 응용프로그램들을 충분히 지원한다는 것이 확실할 때까지 다른 O/S 소프트웨어를 구매하려고 하지 않는다”고 설명하면서, Apple사의 Mac PC와 같은 비인텔 호환PC(Non-Intel-Compatible PC)의 O/S에서는 인텔 호환 PC의 응용프로그램이 작동되지 않는다는 점을 지적하고 있다. 그 외 Server Operating Systems는 개인용 O/S 보다 훨씬 높은 가격에 팔리고 응용프로그램 작동에 한계가 있으므로 수요의 대체성이 거의 없으며, 또 PC와 O/S사이의 연결고리 역할을 할 수 있는 Middleware가 완전히 PC의 O/S의 역할을 하기 위해서는 개발시까지 수년이 소요됨으로 아직은 OS의 역할을 담당하지 못하고 따라서 수요 대체성이 없다고 판단하고 있다.²⁰⁴⁾

202) United States v. Microsoft Corp., 84 F. Supp. 2d 9 (D.D.C. 1999).

203) Id., pp. 15-18

204) Id., PARA 19-29, pp. 14-18.

공급대체성에 있어서는 “응용프로그램 개발업자들은 어떤 O/S가 상당한 규모의 안정적인 시장을 가지고 있다고 확신하지 않는 한 그 O/S를 기반으로 하는 응용프로그램을 개발하는데 투자하려고 하지 않을 것”으로 보고 있다.²⁰⁵⁾ 특히 현재 Windows O/S가 전세계 PC의 대부분을 차지하는 현실에서 이미 존재하는 Windows 응용프로그램과 완벽한 호환성이 보장되지 않은 새로운 O/S를 개발한다는 것은 현실적으로 어려움을 인정하여 인텔 호환 PC의 O/S 시장에서 공급 대체가능성도 극도로 낮은 것으로 판단하였다. 이에 따라 법원은 이 사건에 있어서의 관련시장을 인텔 호환용 PC의 O/S 시장으로 확정하였다.

3. MS의 지위

인텔호환용 PC시장에서 MS사의 Windows는 90% 이상의 시장점유율을 차지하고 있고, 지난 2년 동안 95%까지 성장하고 있으며, Apple’s Mac O/S 가 포함된다 하더라도 80% 이상을 차지할 것으로 판단되었다.

특히 관련시장의 진입장벽에 대해 잭슨 판사는 PC용 O/S 시장에서 수많은 Windows 전용 응용프로그램의 존재가 중요한 진입장벽으로 작용하고 있는 것을 중점적으로 지적하고 있다.²⁰⁶⁾ 즉, 소프트웨어 개발사업의 엄청난 규모의 경제²⁰⁷⁾와 네트워크 효과에 의해 발생한 소비자의 집중적 수요²⁰⁸⁾는 소프트웨어 개발업자들이 우선적으로 Windows를 기반으로 하는 응용프로그램을 개발하도록 강제하는 효과를 가지고, 따라서 그 효과는 훨씬 가중되어 나타난다.²⁰⁹⁾ 소비자들은 자신이 사용하는 응용프로그램이 작동되는 OS를 선택할 수밖에 없기 때문에, 대부분의 응용프로그램을 지원하는 Windows 프로그램을 선택할 수밖에 없는 것이다. 법원은 Linux 등 기타의 O/S들은 이러한 응용프로그램의 장벽을 깨는데 실패했다고 보았다. 여기에서 ‘Windows 호환용 응용프로그램에 의한 높은 진입장벽’이 MS의 독점적 지위를 보호하는 우선적인 요인이 된다고 법원은 판단하고 있다.²¹⁰⁾

205) Id., pp. 18-19.

206) Id., PARA 36-37, pp. 19-20.

207) Id., PARA 38, p. 20. 소프트웨어의 초기 개발에는 많은 비용과 시간이 필요하지만 일단 개발된 소프트웨어는 개발비에 비해 미미한 수준이 복사비만을 들이고 계속 판매가 가능하다. 따라서 초기 개발 이후에는 한 개 상품을 생산하기 위한 추가비용이 거의 무의미한 상태가 된다. 즉, 상품생산의 평균비용과 비교할 때 상대적으로 훨씬 낮은 한계비용을 가지는 상품이라고 할 수 있다.

208) See, supra note 41. 이는 Network work 효과에 의한 소비자의 집중을 의미한다. Howard A. Shelanski and J. Gregory Sidak, Antitrust Divestiture in Network Industries, 68 U. Chi. L. Rev. 1, p.5 참조.

209) United States v. Microsoft Corp., 84 F. Supp. 2d 9 (D.D.C. 1999), PARA 39-42, pp. 20-21.

210) Id., PARA 36-55, pp.19-25.

4. 미들웨어(Middleware)의 위협

법원은 DOJ가 지적한 대로 Navigator를 비롯한 다른 미들웨어들은 서로 다른 O/S와 응용프로그램간을 연결 시켜주는 Interface 역할을 통해 O/S시장의 진입장벽을 깨는데 실질적 역할을 할 수 있음을 인정하고 MS가 이를 주요 위협으로 인정하였음을 지적하였다. 즉 Navigator 자체의 Interface 역할, 혹은 그것이 제공하는 API가 소비자가 사용하는 응용 소프트웨어의 플랫폼 역할을 통해 Windows O/S에 대항할 새로운 경쟁자의 출현을 가능하게 할 수 있음을 인정하고 있다. 아울러 Sun의 Java Technologies 역시 Navigator와 결합하여 Navigator가 Java기술을 유포시키는 중요 매개체 역할을 함으로써 Windows 독점에 대한 심각한 위협이 될 수 있음을 인정하고 있다.²¹¹⁾

5. MS의 브라우저 전쟁에 대한 대응행위

법원은 MS가 Windows 독점에 대한 Netscape의 Navigator 등, 경쟁 브라우저의 위협에 대응하여 Web browser 시장에 자사의 IE를 보급하기 위해 다음과 같은 행위를 했음을 인정하였다.

5.1. 다중 플랫폼을 지향하는 미들웨어의 개발을 막기 위한 행위

① 먼저 MS는 Netscape는 다중 플랫폼을 자체를 개발하지 못하도록 직접 설득하고 유인하는 행위를 하였다.²¹²⁾ Netscape가 MS가 제의한 특별한 관계를 거절하자 MS는 3개월간 Windows 응용프로그램의 인터페이스(Application Programming Interfaces)에 대한 정보를 제공하지 않았다.²¹³⁾

② Intel²¹⁴⁾, Apple²¹⁵⁾, RealNetworks²¹⁶⁾, IBM²¹⁷⁾사에게도 Netscape에 행한 것과 같은 유사

211) Id., PARA 73-77, pp. 29-30.

212) Id., PARA 79-89, 31-33. MS는 Netscape사가 당시 출시 예정이었던 Windows95의 인터넷 브라우저 소프트웨어를 제공하는 대신, MS가 제작한 Internet 관련 API를 사용하도록 설득하였다. MS가 개발한 API는 Windows O/S에서만 작동되도록 설계된 것으로, MS의 제의는 Netscape가 개발하는 다중 플랫폼 방식의 API기술을 막기 위한 의도였다고 할 수 있다.

213) Id., PARA 90-92, p. 33. API는 응용프로그램들이 Windows와 같은 O/S 안에서 작동하기 위해 필요한 기반을 제공하는 프로그램 접속코드를 의미한다. 즉, O/S가 다른 응용프로그램을 작동시키는 기본적인 Process 에 관한 정보로서, 응용프로그램 작동될 때 O/S는 관련 프로그램과 관계된 메모리 할당, 관련 하드웨어의 제어, 파일의 저장, 관리에 관한 사항을 응용프로그램에게 전달하게 된다. 따라서 응용프로그램과 O/S와의 정확한 접속을 보장하는 API에 대한 정확한 정보 없이는 O/S와 호환되는 응용프로그램을 만드는 것이 불가능하다.

214) Id., PARA 101-103, pp. 35-36. Intel이 개발하는 다중 O/S에서 사용가능한 Native Signal Processing ("NSP") 프로그램의 개발을 중단시키기 위해 주요 OEM업체들이 이 프로그램을 설치하지 말도록 압력을 행사하여 결국 Intel은 이의 개발을 포기한 바 있다.

215) Id., PARA 104-110, pp. 36-38. Apple사가 개발하던 QuickTime 멀티미디어 프로그램이 자체 API를 채택하고 있기 때문에 MS는 이의 개발 중단을 Apple에게 요청하고 Apple이 채택한 멀티미디어 파일 형식인 "mov" 를 자사의 Media

한 협력제외와 압력을 행사했음이 입증되었다.

③ Web browser의 개발과 점유율 확대를 위해, MS는 매년 10억 달러를 투자하여 IE를 개발하였고, 매년 3억 달러의 비용을 들여 이를 홍보하고 무상으로 배포함으로써 Navigator의 확산을 막기 위해 노력했다. 이와 같은 결정은 응용프로그램에 의한 진입장벽을 보호, 구축하기 위한 것이라고 법원은 판단하였다.

5.2. 유통단계에서 Navigator를 배제하기 위한 ISP, ICP, OEM 등의 업체들과의 배타적 거래 행위

MS는 Windows 라이선스조건에 OEM업체들이 응용프로그램 진입장벽을 약화시킬 수 있는 경쟁 브라우저 소프트웨어를 홍보하는 것을 금지하였다. 또한 MS는 처음에는 계약에 의한 제한을 통해, 이후에는 기술적인 제한을 통해 OEM업체들과 최종사용자들이 자사의 브라우저(IE)를 O/S에서 제거하는 것을 금지하였다.²¹⁸⁾

또한 MS는 자사가 "Windows"의 Content로 승인한 것만을 소비자들에게 유용한 PC용 내용물로 소개되도록 하기 위해 몇 가지 조치를 취하였다. 예를 들어 MS는 자사가 자체적으로 Windows 바탕화면에 설치해 놓은 아이콘, 폴더, 혹은 시작메뉴의 내용물을 OEM 업체들이 제거하지 못하도록 하였고, 그외 OEM업체들이 바탕화면에 MS가 제공한 것과 유사한 모양, 유사한 크기의 아이콘이나 폴더들을 포함시키는 것을 금지하였다. 이것은 결국 ISV와 OLS, ICP 업체에 대한 MS의 협상력을 증가시키는 결과를 가져왔다.²¹⁹⁾

MS는 그러한 제한이 PC사용자들이 그 상품을 처음으로 경험하기 전에 "Windows의 품질과 동질성"을 유지하기 위한 것이라고 주장하였으나 그 주장은 인용되지 아니하였다. 잭 스펀사는 이전 OEM업체들의 Windows에 대한 변경행위는 MS가 현재 허용한 범위를 넘지 않는 것이고, Windows의 품질과 동질성의 침해를 막기 위한 MS의 제한조항들은 필요수준 이상의 것이라고 판단했다.²²⁰⁾ 결국 이것은 DOJ가 제소한 내용을 그대로 인정한 것으로 인터넷 연결 마법사, IE상의 뉴스채널 등 Windows 바탕화면에 있는 기타 메뉴와 아이콘들에 대한 MS의 직접적 통제권을 확보하기 위한 수단으로 해석되었다. 이를 통해 MS는 IAP,

player 프로그램에 탑재할 것을 제외하였고, 이는 다중 플랫폼을 지향하는 미디어 프로그램의 출현을 막기 위한 MS의 의도 중 일부였다.

216) Id., PARA 111-114, p. 38. RealNetworks사에게 "audio와 video streaming" 기술과 관련한 다중 API 프로그램을 개발하지 말라는 압력을 가하였고 Window 기반용 API를 사용하는 프로그램만을 사용하게 할 의도를 보였다.

217) Id., PARA 132, p. 43. MS는 IBM에게 지속적으로 MS와 경쟁하는 소프트웨어에 대한 지원을 줄이도록 압력을 가하였다. IBM을 제재하기 위해 자사의 요청에 협력하는 업체에게 제공하는 가격보다 더 높은 가격으로 Windows 라이선스를 판매하는 방법 등을 취함으로써 인텔호환 PC O/S 시장에서 그들이 차지하는 독점력을 이용하였다.

218) Id., p. 49. 이는 MS의 IE와 Windows의 끼워팔기에 관한 부분에 해당된다.

219) Id., PARA 239-310, pp. 69-87.

220) Id., PARA 221, pp. 64-65.

ICP 업체들이 최종 사용자와 직접 연결될 수 있는 수단을 제공하고 이들과의 배타적 계약을 통해 이들 업체의 유통채널 안에서 Navigator를 완전히 배제할 발판을 마련하게 되었다고 할 수 있다.

OEM 업체들의 Windows 내용에 대한 수정을 금지한 MS는 AOL을 비롯한 IAP 업체들에게 IE를 무상으로 지급하고, IAP 업체들이 기존 IAP 가입자들에게 고객지원프로그램을 제공하는 때에, Navigator가 아닌 IE를 기본 브라우저로 제공하는 경우 리베이트를 지급하거나 현금으로 보상하였고 몇몇 업체에게 특혜조치를 부여했다. 또한 MS는 잠정적으로 ICP업체들에게 “그들이 제공하는 콘텐츠가 IE보다 Navigator에서 더 기능이 저하되어 보이도록” 요구하였다. 그 외 ICP 업체들에게 IE를 무상으로 배포하고 그 대가로 특혜를 부여하였으며, ISV 업체들에게 Navigator가 사용하는 API보다 MS가 자체 개발한 API를 통해 프로그램을 개발하도록 하고 이를 대가로 특혜를 주었고, Apple사가 기본 브라우저로 Navigator를 채택하는 것을 막기 위해 Macintosh Computers용 Office 프로그램 개발중단을 무기로 IE를 Apple의 기본 브라우저로 채택할 것을 요구하였다.²²¹⁾

다만, 원고들은 MS가 어느 하나의 유통채널을 장악함으로써, 다른 분야의 사용자들 또한 동일 브라우저를 사용하기 원하기 때문에 네트워크 효과가 발생하고 결국 MS의 어느 유통채널에 대한 장악은 또 다른 채널의 장악을 가져 올 것이라는 네트워크 효과를 주장하였지만²²²⁾, 연방지방법원은 이러한 유통채널 단계의 네트워크 효과는 인정하지 않았다.

5.3. 끼워팔기, OEM 유통채널에서 Navigator의 배제

MS는 OEM업체들을 통해 IE를 배포함으로써 OEM 유통 채널 안에서 Navigator의 유통을 차단할 목적으로 IE와 Windows를 결합시켜 판매하였다. 이와 같은 끼워팔기 행위를 구체적으로 인정하기 위해 법원은 웹 브라우저의 독립적인 상품성, MS의 끼워팔기, 끼워팔기의 정당성 결여, 웹브라우저 시장의 특성을 개별적으로 검토하였다.

(1) 브라우저의 독립된 상품성

소비자는 소프트웨어를 디자인이나 함께 부여되는 도구들 보다 그 기능에 의해 선택하는 것이 일반적이다. Web browser의 기능은 O/S가 제공하는 기능들과는 다른 독특한 기능이라는 것을 소프트웨어 산업전반에서 일반적으로 인식하고 있다. 많은 소비자들 역시 그들의 web browser 선택과 O/S를 분리하여 선택한다. 특히 최종 사용자가 Web에 접속하지 않는 경우, 회사의 고용자가 회사 직원들이 인터넷에 접속하는 것을 원하지 않는 경우 등에는

221) Id., PARA 337-356, pp.93-98.

222) Plaintiffs' Joint Proposed Findings of Fact - Revised (9/10/99), PARA 368.2.

browser 자체를 필요로 하지 않기 때문에, 그 브라우저가 하드디스크의 용량을 차지하는 것이나 시스템 실행시에 O/S와 함께 연동되는 것을 원하지 않는다.

법원은 이와 같은 브라우저의 분리된 수요 때문에 기업들은 그 상품을 분리하여 판매하는 것이 효율적이라는 것을 인식해 왔다는 점을 지적하고 있다. 즉, MS 역시 IE를 인터넷을 통한 무료 다운로드, ISV 업자들을 통한 배포, 다른 소프트웨어에 꾸러미로 제공하는 등 분리하여 독립적으로 배포해 왔고, Mac OS와 Windows 3.1을 기반으로 하는 IE를 별도로 제작, 공급해 왔다는 것이다.²²³⁾ 법원은 이를 통해 독립적인 수요와 공급이 존재함을 설명함으로써 웹브라우저가 독립된 상품이라고 판단하고 있다.

(2) MS의 행위

다른 O/S 개발판매업자와 달리 MS는 브라우저 없이 그의 O/S 만을 공급하는 것을 거부했고, 그의 O/S에서 브라우저를 제거하는 OEM업자와 최종 사용자의 능력을 제한하여 왔다. 특히 브라우저를 O/S에서 제거하는 것을 금지한 행위는 초기에는 계약에 의해 제한했고, 이후에는 기술적 방식에 의한 결합(Windows95 이후 버전, Windows98과 IE5.0의 프로그램 소스코드를 하나의 파일로 공유시킨 행위)으로 진행되었음을 법원은 지적하고 있다. 법원은 MS가 IE를 Windows에 결합시킨 이유를 내부문서와 라이선스를 제한하는 행위에 의해서, 친경쟁적 목적보다 Navigator에 의한 응용프로그램 진입장벽 침식을 막기 위한 목적으로 행해진 것이라고 판단했다. 즉, IE초기 버전의 경우 OEM업체들에게 IE 강제 라이선스를 요구하지 않았다. 그리고 1997년 가을부터는 Windows 라이선스에 IE 라이선스에 관한 계약조건을 삽입했고, 1996년 8월에 출시된 Windows95 버전(OSR2)에서는 이러한 계약적 제한의 불충분성을 감안하여 IE 브라우저의 특정 코드와 O/S의 코드를 공유시킴으로서 양자를 기술적으로 통합하였다고 판단하였다.²²⁴⁾

(3) 정당성 결여

법원은 MS의 끼워팔기에 대해 각 IE와 Windows 버전에 따라 기술적 정당성을 판단하고

223) Id., PARA 153, p. 48.

224) Id., PARA 161, p. 50. Windows 95 OSR2 버전은 시작시에 IE가 사용하는 Routine 파일들을 메모리에 상주시키는 데 이것은 32-bit Windows용 응용프로그램의 Interface(API)를 포함하고 있다. 이러한 행위에 대한 동기는 브라우저의 특수한 routine을 포함한 파일을 제거하는 경우 O/S의 결정적인 routine 파일도 함께 삭제되어 Windows 95가 작동불능이 되도록 하기 위한 것이다. 법원은 MS의 임원진들이 의견을 교환한 내부 문서(e-mail)를 통해 이러한 의도를 확인하였다(Microsoft, 84 F. Supp. 2d 9, PARA163-171). 또한 Windows98에서는 IE를 삭제할 수 있는 기능을 완전히 제거하였고, IE가 Windows의 기본 브라우저로 설정되어 출시되었다. 사용자들이 다른 브라우저를 설치하고 이를 기본 브라우저로 지정하는 경우에도 Window 98은 계속 IE를 기본 브라우저로 사용할 것을 요구하게끔 설계되었다. 또한 사용자들은 브라우저와 O/S가 같은 routine을 사용하도록 설계함으로써 훨씬 느린 O/S를 감수해야 했고, 그에 수반되는 추가 프로그램이 가져오는 비호환성, 프로그램 버그에 의한 손해를 감수해야 했다.

있다. 먼저 IE 1.0 2.0과 Window95의 라이선스 강제에 대해 IE 1.0, 2.0을 제거하는 것은 Windows95의 어떤 기능적 효과에도 영향을 미치지 않음을 확인했다. 특히 이 버전의 경우 MS는 제어판에 있는 프로그램 설치/삭제 기능을 통해 이를 제거할 수 있는 기능을 별도로 부여하고 있었다. 따라서 Windows 라이선스에 IE 라이선스를 조건으로 한 점에 대한 어떠한 기술적 정당성이 존재하지 않는다고 판단했다.²²⁵⁾

다음 Windows 95와 IE 3.0, 4.0의 관계에 대해서도 별다른 정당성이 없음을 지적하고 있다. 그 증거로 MS는 IE 3.0, 4.0의 제거를 위해 Windows95의 프로그램 설치/삭제 기능을 통해 이를 제거 할 수 있는 기능을 별도로 부여하고 있음을 지적하고, 실제 IE의 제거가 Windows에 영향을 미쳤다면 이와 같은 기능을 두지 않았을 것임을 근거로 제시하고 있다. 따라서 Windows의 라이선스에 IE 라이선스를 강제할 기술적 정당성은 존재하지 않는다고 판단했다.²²⁶⁾

Windows98에 대해서도 Windows95와 같이 MS는 브라우저 없는 O/S를 원하는 소비자들의 요구를 거절할 어떠한 기술적 정당성도 존재하지 않는다고 판단했다. Windows98에 IE가 포함되어 이를 선택하도록 강요되지 않았다고 하더라도, 소비자들은 O/S에 별도로 웹 브라우저를 추가할 수 있었고, 실제로 Windows98의 다른 기능을 저하시키지 않고 웹 브라우저 기능을 제거하는 것이 가능하였고, 오히려 그러한 제거 이후 Windows98의 전체적인 속도가 조금 향상되었음이 실제 실험을 통해 입증되었다.²²⁷⁾

MS는 그러한 제거 프로그램에 의한 제거 이후에도 여전히 IE의 관련파일은 Windows98에 남아 있어 수동조작을 통해 다시 작동되게 할 수 있음을 주장하여, IE가 Windows98의 일부를 증명하고자 하였다. 그러나 법원은 공유파일 안에 있는 브라우저용 프로그램 코드를 제거함으로써 실제 20%의 메모리용량을 확보하게 되었음을 지적하고, Windows 프로그램에 대한 좀 더 완전한 정보가 있었다면 제거 프로그램은 이보다 더 나은 성능을 보여 완전제거가 가능했을 것이라고 판시하여 이와 같은 주장을 배척하였다.²²⁸⁾

또한 MS는 소비자들이 Windows98의 기능에 웹 브라우저 기능을 추가함으로써 브라우저 프로그램에 소요될 추가적인 비용을 절약함으로써 이득을 얻을 수 있다고 주장하였다. 그러나 소비자들이 IE를 선택하도록 강제한 것은 소비자의 이익을 위한 것이 아니라 IE 배포를 위한 선택에 불과하다고 법원은 판시하였다.²²⁹⁾

225) Id., PARA 175, p.53.

226) Id., PARA 176, p.53.

227) Id., PARA 181, p.54.

228) Id., PARA 179-185, pp.53-56.

229) Id., PARA 186, p. 55. 법원은 소비자의 이익을 위해 MS는 브라우저 기능이 없는 Windows98을 제공하면서 OEM업체나 소비자들이 IE설치 여부를 선택하도록 했어야 했다고 판단하고 있다.

세 번째 항변사유로 MS는 브라우저를 O/S에 결합시키는 것이 Windows 플랫폼의 무결성과 통일성을 유지하기 위해 필요한 것이라고 항변했다. 그러나 법원은 그러한 무결성 주장은 API를 가지고 있지 않은 IE 1.0과 2.0의 라이선스를 Window95와 함께 받도록 강제한 이유를 설명하지 못한다고 보았다. 또한 API들은 IE 제거 이후에 다른 공유파일들과 함께 남아 있고 따라서 Windows 플랫폼에 특별한 지장을 주지 않음에도, MS가 Windows 95와 Windows98로부터 IE를 제거할 수 있도록 해달라는 OEM 업체들의 청구를 거절한 이유를 설명하지 못한다고 판단하였다. 또한 OEM 업체들은 소비자들이 필요로 하는 응용프로그램에 필요한 API들을 자체 개발해 제공할 충분한 능력이 있었고, MS 자신이 새로운 버전의 API로 이미 설치된 Windows의 상당부분을 계속 업데이트하면서 플랫폼의 분열을 촉진해왔다는 점에서 역시 정당한 기술적 사유가 될 수 없다고 지적하고 있다.²³⁰⁾

또한 MS는 자사의 제품이 가장 우수한 통일된 플랫폼을 제공하고 있고 이는 결국 소프트웨어 산업에 통일된 형식을 제공함으로써 ISV들이 통일된 하나의 소프트웨어만을 개발할 수 있도록 해줄 수 있기 때문에 소비자와 기타 소프트웨어 개발업자들에게 이익을 가져다준다고 항변했다. 그러나 법원은 MS의 의도는 그와 같은 표준화에 있는 것이 아니라 Navigator의 배제를 통한 Windows의 독점유지를 위한 것이었다고 지적하면서 이와 같은 주장을 배척했다.²³¹⁾

(4) 웹브라우저 시장

법원은 웹브라우저 시장에서 웹 접속을 편리하게 하는 기능을 가진 소프트웨어에 대한 소비자들의 수요와 그러한 수요에 반응하는 브라우저 개발업자들의 반응은 웹 브라우저 소프트웨어에 대한 시장을 창출하였다고 보았다. 이에 따라 웹브라우저가 현재는 로열티를 지급함으로써 라이선스 되는 것은 아니지만, Web의 이용이 소비자들에게 상당히 중요한 일상이 되고 있기 때문에 MS를 비롯한 모든 브라우저 개발업자들은 그들이 통제하는 브라우저의 사용을 늘리는데 직접적인 이해관계를 가지고 있다고 판단했다.²³²⁾

그러나 Web 브라우저 시장의 독점화시도를 인정하기 위해서는 브라우저 상품에 대한 관련시장이 확정되어야 하고, 이를 위해서는 브라우저 프로그램의 수요의 대체탄력성, 공급의 대체탄력성, 진입장벽 등에 관한 판단이 이루어져야 한다. 사실확정판결에서는 이와 같은 웹 브라우저 시장의 구체적인 사실에 대해서는 언급하지 않고 있다.

230) United States v. Microsoft Corp., 84 F. Supp. 2d 9 (D.D.C 1999), PARA 186-193, pp.55 -57.

231) Id., PARA 194, p.57.

232) Id., PARA 201, p.58.

5.4. MS의 IE 점유율 확대정책의 효과

MS의 이러한 행위가 실제 사용자들이 Navigator를 취득하는 것을 금지한 것은 아니지만 현저히 불편하게 만드는 결과를 가져왔다. 결국 만일 IE가 Navigator와 같은 동일한 기능을 제공하는 것으로 보인다면, PC 사용자들은 더 많은 비용과 노력을 들여 Navigator를 설치하려고 하지 않을 것이다. Navigator는 CD-Rom 형태로 이를 계속 배포하고 있지만, 이미 OEM업체들과 IAP 업체들로부터 적당한 웹 브라우저를 설치받은 사용자들은 Navigator를 다시 사용하려고 하지 않았다. 결국 Netscape는 엄청난 비용을 들여 수천만 개의 Navigator를 카피하여 배포하였지만, 소규모의 점유율만을 확보할 수 있었다. 이러한 사실은 브라우저 점유율에 가장 큰 영향을 미치는 유통 채널로부터 Navigator를 축출하는데 MS가 성공했음을 보여준다고 법원은 판단했다.²³³⁾

6. Java 위협에 대한 마이크로소프트의 대응

원칙적으로 Sun사에서 개발한 JAVA 프로그램 언어체제는 JVM을 가진 어느 O/S에서든지 JAVA 프로그램언어로 작성된 프로그램이 완벽히 작동되도록 함으로써 O/S간의 호환성의 문제를 해결할 수 있었다. 그러나 1996년 3월 12일 Sun과 계약을 통해 JAVA 프로그램을 사용하고 이것을 수정할 권리를 얻은 MS는 JAVA 프로그램의 실행을 위한 JVM 소프트웨어 개발 툴을 자체 개발하여 Windows O/S에서만 작동되는 JAVA버전을 개발하였다. MS가 개발한 JVM은 Sun의 JVM보다 JAVA로 작성된 응용프로그램들이 Windows 안에서 더 빨리 작동하게 하는 장점이 있었다. 그러나 ISV업체들이 MS가 개발한 JAVA 개발 툴을 사용하여 프로그램을 작성하는 경우 MS의 JVM과는 잘 작동되어 Windows O/S에서는 작동할 수 있지만, Sun의 JVM에서는 작동되지 않았고 결국 Sun의 JVM를 장착한 다른 O/S에서는 작동이 되지 않는다는 문제가 있었다. MS는 ISV 업체들에게 무료로 JVM과 IE를 배포하면서 자사가 개발한 JAVA 언어만을 사용하도록 유인하였고, O/S의 독점력을 이용하여 MS에 기술의존관계에 있는 Intel사가 Netscape와 Sun에게 Java runtime environment를 개발하는데 보조하지 말도록 압력을 가하였다.²³⁴⁾

또한 MS는 다른 호환 가능한 JVM과 연동하는 JAVA 응용프로그램을 프로그램 개발업자들이 개발하는 것보다, 자사가 개발한 비호환 Windows 전용 JVM과 연동하는 응용프로그램개발을 증가시키기 위한 목적으로 개발업자들이 특정한 keywords나 compiler 명령어를 사용하여 프로그램을 개발하도록 개발 툴을 디자인하였다. 그런데 그러한 명령어들은 MS의

²³³⁾ Id., PARA 357.

²³⁴⁾ Id., PARA 396, p.107.

Windows용 JAVA 작동환경에서만 작동되는 것이었다. MS는 이러한 방법을 개발 툴의 기본선택사항으로 장착하여 배포하고, 그러한 명령어기법에 의해 작성된 JAVA 응용프로그램은 MS의 JAVA 운영환경 이외의 다른 환경에서 작동하지 않고, 따라서 다른 O/S에서 JAVA 프로그램이 작동되는 것을 어렵게 만들 수 있다는 사실을 사전에 경고하지 않았다.²³⁵⁾

7. MS의 행위가 소비자에게 미치는 효과

연방지방법원은 최종적으로 이와 같은 MS의 행위가 소비자에게 미치는 영향에 대해 판단하고 있다.

IE의 등장이 Netscape사가 Navigator의 품질을 개선시키는 자극제 역할을 하였고, 최소한 Netscape가 Navigator에 대한 요금을 부과하지 못하게 함으로써 인터넷에 접속하는 비용절감 효과를 가져왔다. 그러나 MS는 브라우저 소프트웨어의 품질을 개선하기 위한 목적과는 다른 행위를 해왔고 이를 위해 IE를 추가적인 요금부과 없이 Windows에 함께 묶어서 판매하였다. MS는 다양한 미들웨어에 의한 위협, Navigator, Sun의 JAVA에 등에 의한 위협으로부터 응용프로그램의 진입장벽 보호를 위한 일련의 행위들을 행함으로써 직접적으로 혹은 상당한 감지 가능한 정도로 소비자들의 이익을 침해 왔다고 법원은 지적하고 있다.²³⁶⁾

MS의 이러한 행위들은 경쟁의 왜곡을 통해 소비자에 대한 심각하고 장기적인 해악을 가져올 것으로 보았고, Netscape에 대한 행위, Intel 기타 업체들에 대한 행위를 통해 MS는 그의 우월적인 시장지배력을 이용하였으며, MS의 핵심상품에 대한 경쟁을 심화시킬 다른 기업들의 이익에 중대한 피해를 가져왔다고 판단하고 있다. 이것은 결국 소비자에게 이익을 가져올 기술혁신이 MS 자신의 이해관계에 부합하지 않는다는 유일한 이유하에 거부당하는 결과를 초래한다고 법원은 판단하였다.²³⁷⁾

(라) 2000년 4월 4일의 법률적용판결

연방지방법원은 2000년 4월 4일 이 사건에 대한 법률적용판결(Conclusions of Law)를 내렸다. 법원은 판결에서 MS의 행위가 셔먼법 제2조에 의한 독점력의 유지, 독점화의 시도에 해당함을 인정하고 셔먼법 1조에 위반하여 끼워팔기행위를 하였음을 인정하였다. 다만 원고들의

235) Id., PARA 394, p.107.

236) Id., PARA 409, p.111.

237) Id., PARA 412, p.111.

주장 중 셔먼법 1조에 의한 배타적 거래협정에 대해서는 실제 피고의 행위가 배타적인 결과를 발행시켰다고 보기 어렵다고 보아 동조 위반의 혐의를 인정하지 않았다.²³⁸⁾

1. 셔먼법 제2조 위반

1.1. 반경쟁적 수단에 의한 독점력의 유지

법원은 셔먼법 제2조가 주 사이의 통상, 외국과의 거래분야에서의 독점화행위를 불법으로 규정하고 있음을 지적하고 이는 반경쟁적 수단에 의한 독점력의 획득, 유지를 금지하는 것이라고 보았다.²³⁹⁾ 이를 위해서는 (1) 관련시장에서의 독점적 지위 (2) 뛰어난 상품이나 사업통찰력 혹은 역사적 사건의 결과로 오는 성장이나 발전과는 구별되는 독점력을 의도적으로 획득, 유지할 것 등의 요건이 충족되어야 한다.

(1) MS의 독점적 지위

셔먼법의 제2조 위반이 되기 위해서는 우선 “관련시장에서의 독점적 지위”가 인정되어야 한다. 우선 사실확정판결에서 확인한 바와 같이 관련상품시장은 인텔 호환 PC의 O/S 시장 그리고 관련지역시장은 전세계로 확정하고, 그 다음 독점력은 ‘가격을 통제하거나 경쟁자를 배제할 수 있는 힘’으로 규정한다. 이러한 규정 하에, MS는 시장점유율이 95% 이상이고 (Mac OS를 포함해도 80% 이상), Windows 전용 응용프로그램에 의한 진입장벽이 MS의 지배적 지위를 보호해 주고 있으며, 단기간의 가격 상승시에도 OEM 업체들은 어떠한 다른 대안을 찾을 수 없다는 점에서 관련시장에서 독점적 지위를 보유하고 있다고 판정했다.²⁴⁰⁾

(2) 반경쟁적 수단에 의한 독점력의 유지

법원은 셔먼법 제2조 위반사건에서 독점력을 보유한 것으로 인정된 피고가 독점화행위를 한 것으로 인정되기 위해서는 피고가 그의 지위를 획득하거나 유지하기 위해 반경쟁적 수단을 사용하였음을 입증하는 것이 가장 중요한 문제라는 점을 지적하고 있다.²⁴¹⁾

반경쟁적 행위의 여부에 대한 판단은 피고의 행위가 배타적인 것인지의 여부, 즉 피고의 행위가 다른 기업이 관련시장에서 경쟁할 수 있는 능력을 실질적으로 제한하거나 제한하기 위해 위협을 가했는지 여부를 판단하는 것이다. 또한 관련시장에서 배타성을 인정할 수 있는

238) United States v. Microsoft Corporation (D.D.C), 2000 U.S. Dist. LEXIS 4014; 87 F. Supp. 2d 30.

239) 법원은 Grinnell판결에서 제시된 독점화 요건을 언급하고 있다. United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563, 570-71, 16 L. Ed. 2d 778, 86 S. Ct. 1698 (1966) 참조.

240) Id., pp.36-37.

241) Id., p.37.

증거가 존재하는 경우 피고의 행위가 친경쟁적 동기를 가진 것임을 입증하지 않는 한 피고의 행동은 '반경쟁적인 것'으로 추정된다고 판단하고 있다.²⁴²⁾

법원은 이와 같은 전제하에서 MS는 이전부터 미들웨어들을 트로이의 목마로 인식하고 이들의 개발을 허용하는 경우 인텔 호환 PC O/S 시장에 다른 경쟁적인 O/S가 진입함으로써 MS의 O/S 독점을 위협한다는 사실을 인식하였다고 판단하였다.²⁴³⁾

MS는 이들 미들웨어의 위협에 대응하기 위해 Intel, Apple, RealNetwork, IBM이 다중 플랫폼에서 작동할 수 있는 미들웨어 소프트웨어 개발을 중지하도록 유인, 압력을 가하였고 Netscape가 다중 API방식을 채택하는 Navigator의 개발을 중지하도록 요구하였음을 인정하였다. 나아가서 MS는 Netscape가 이러한 MS의 요구를 거절하자, 당시 브라우저 시장에서 가장 큰 시장 점유율을 차지하는 Navigator의 다중 플랫폼 방식 API가 유포되지 않도록 하기 위해 Navigator를 차단할 목적으로 인터넷 브라우저에 대한 대응책을 마련하고 이를 실행에 옮겼다. 즉 OEM 유통채널 단계에서 계약적, 기술적 수단을 통해 Windows O/S에 IE를 끼워서 팔았고, OEM 업체들이 IE에 대한 유통 판매 홍보 등을 위한 기술적 노력을 하도록 유인하고 강제하였다. 이러한 결과로 브라우저 시장에서 Navigator의 점유율은 상당부분 하락하는 결과가 초래되었다.²⁴⁴⁾

그리고 MS는 이러한 배타적 행위에 대한 정당한 목적을 제시하지 못하였다. 다만 MS는 OEM 업체들에게 행한 각종 Windows 아이콘 메뉴 등의 변경금지와 관련하여 연방 저작권 법상의 항변을 내세웠다. 그러나 법원은 'MS의 저작권에 대한 유효성 자체'가 문제되는 것이 아니고 '저작권법이 보호하는 대상이 무엇인지가 문제되는 것'이라고 지적하고, 저작권법의 소유자는 경쟁을 위협하는 방법으로 저작권을 사용할 수는 없다고 판단하면서 이와 관련된 유사 판결들을 근거로 제시하였다.²⁴⁵⁾

그 다음으로 MS의 IAP에 대한 행위 역시 반경쟁적인 것으로 판단하였다. 즉 MS는 수백 개의 IAP에 IE를 무상으로 배포하고, IE판촉과 Navigator 배척의 대가로 특혜조치를 부여하였으며, 고객지원 프로그램에 Navigator 대신 IE를 사용하는 업자들에게 리베이트를 지급한 행위는 반경쟁적 행위에 해당한다고 판단하였다. MS는 이에 대해 무임승차의 방어, 브랜드 간의 제휴를 위한 친경쟁적 행위라는 항변을 제기했으나, 법원은 IAP 유통 채널의 무임승차자라고 할 수 없는 Navigator의 모든 가능한 유통채널을 봉쇄하는 것이 이와 같은 목적을 가지고 있다고 보기 어렵고, 또한 IAP가 가입자에게 Navigator 대신 IE를 사용하는 대가로 그

242) Id., p.38.

243) Id.,p.38.

244) Id., pp.39-40

245) Id., p. 40.

요금을 지불한 것이 브랜드간의 제휴를 목적으로 한 것으로도 볼 수 없다고 판단했다.²⁴⁶⁾ 또한 ICP, ISV와 Apple 에게 Navigator에 의해 구현되는 API보다 MS가 개발한 API에 의존하도록 하고 Apple사가 IE를 기본 브라우저로 채택하도록 요구한 행위들에 대한 어떤 친경쟁적 정당성도 인정되지 않는다고 보았다.²⁴⁷⁾

또한 MS는 JAVA의 위협에 대응해 Windows 환경 안에서만 실행될 수 있는 JAVA버전을 개발하여 Windows 이외의 다른 O/S에서 JAVA프로그램이 호환되지 않도록 하였다. 그리고 독점력을 사용하여 Intel 등의 업체가 플랫폼간 호환이 가능한 Interface를 개발하는 소프트웨어 업자들에게 보조금을 지급하지 말 것과 ISV들이 Sun의 호환 가능한 JAVA 실행프로그램 대신 자사가 개발한 비호환 프로그램을 통해 소프트웨어를 개발하도록 유인하였고, MS가 개발한 JAVA 개발 툴이 Windows 플랫폼 안에서만 작동되는 것이라는 것을 숨김으로서 ISV업체들이 의도하지 않은 비호환 JAVA프로그램을 만들도록 하였다. 이와 같은 행위는 결국 다중 플랫폼에서 작동하는 응용프로그램의 발전을 방해하여 응용프로그램에 의한 진입장벽을 강화하는 요인이 되었다고 법원은 판단하였다.²⁴⁸⁾

(3) MS의 전반적인 행위

이와 같은 MS의 행위들은 결국 서면법 제2조의 두 번째 요건을 충족하는 것으로, 이들 일련의 행위들은 인텔 호환용 PC의 O/S 시장에 경쟁을 도입할 수 있었을 기업들의 노력에 타격을 가하는 것으로 인정되었다.²⁴⁹⁾ MS는 Navigator의 시장점유율을 잠식하기 위해 IE의 시장점유율을 높인데 많은 비용을 지불하였는데, 이것은 IE로부터 발생하는 수익률을 최대화하기 위한 비용이라고 할 수 없다. 결론적으로 MS의 이러한 행동은 응용프로그램에 의한 시장진입장벽을 유지하기 위한 노력의 일부라는 관점에서 보지 않는 한 합리적인 투자라고 할 수 없고, MS의 행위는 약탈적(predatory)이라고 할 수 있다는 것이다. 따라서 그의 시장 지배력과 약탈적 행위에 의해 MS는 서면법 제2조 위반에 따르는 책임이 수반되는 것이다.²⁵⁰⁾

1.2. 반경쟁적 행위에 의한 2차시장의 독점화시도행위

서면법 2조는 독점화행위 뿐만 아니라 다른 시장에서의 '독점화를 시도'하는 것을 위법으로 규정하고 있다. 독점화의 시도와 관련하여 원고는 일반적으로 ① 피고가 약탈적 혹은 반

246) Id., p. 42.

247) Id., p. 43.

248) Id., pp. 43-44.

249) Id., p.44.

250) Id., p.44.

경쟁적인 행위를 하였으며, ② 독점화를 위한 특수 고의(specific intent)가 있으며²⁵¹⁾, ③ 피고가 독점적 지위를 획득할 수 있는 ‘위험한 가능성(dangerous probability)’이 존재함을 입증하여야 한다.²⁵²⁾

법원은 첫 번째 요건에 대해서, 95년 MS가 Netscape에게 사업포기를 요구한 내용과 그 뒤를 이어 IE를 Windows에 통합시켜 Navigator의 점유율을 침식하고자 한 여러 노력들이 이를 충족하고 있다고 밝혔다. 두 번째 요건인 특수 고의의 존재에 대해서, “MS사는 Netscape가 시장분할에 동의할 경우, IE의 시장점유율 상승을 가져와 브라우저 시장에서 사실상 MS에게 독점력을 부여하게 될 것을 인지하면서 Netscape에게 Windows 32bit버전의 플랫폼 수준의 역할을 하는 브라우저 소프트웨어를 개발하지 않도록 설득하였다. Netscape가 이를 거절했을 때, IE의 시장점유율 확대가 응용프로그램 진입장벽을 보호하기 위한 MS의 전략 중 하나가 되었다. 비록 MS의 중역들이 브라우저 시장의 독점력 확보를 명시적으로 밝힌 적은 없지만, MS의 전략이 궁극적으로 IE의 시장점유율을 확대시켜 Navigator가 시장에서 사라지고 자사의 IE만이 존재할 것을 알았었거나 알 수 있었을 것이다. 이와 같은 상황에서 그들은 그 행위의 가능한 결과를 의도했다고 추정하는 것이 타당하다고 법원은 밝히고 있다.²⁵³⁾

세 번째, 독점화의 위험한 가능성에 대해서, 법원은 MS사가 Netscape에게 시장분할을 제안했을 때, Netscape의 시장 점유율은 70%를 넘고 있었고, 다른 경쟁업체는 존재하지 않은 상황이었음을 지적하고 있다. 이러한 상황에서 Netscape가 MS의 제의를 받아 들였다면 Netscape의 시장점유율이 MS에게 이전되었을 것이고, 이후 MS는 그의 현존 시장지배력을 보호하기 위해 브라우저에 우선적인 정책을 확대하고 앞에서 언급한 OEM, IAP등에 대한 행위와 유사한 행위를 통해 협조를 얻어냄으로써 경쟁적인 진입자들이 브라우저 시장에 진입하기 위해 노력하는 동안 O/S와 같은 똑 같은 진입장벽을 구축했을 것이다. 따라서 시장 분할의 제안 자체가 그러한 결과의 위험한 가능성을 창출하고, 이와 더불어 법원은 1995년 이후 MS의 약탈적 행위들이 2차 시장에서 독점력 확보에 대한 가능성을 부활시켰다는 점을 추가로 지적하고 있다.²⁵⁴⁾ 이와 같은 판단하에 법원은 독점화의 시도 규정의 위반을 위한 3

251) ‘특수고의’ 요건은 독점화시도에 의한 서면법 2조 위반과 관련하여 합법적인 의도와 불법적인 의도를 구별하기 위해 연방대법원이 확립한 법리이다. 특수고의의 전형적인 형태는 1) 독점력을 얻기 위한 의도 혹은 가격을 지배하기에 충분한 힘을 획득하기 위한 의도, 2) 경쟁자를 배제하기 위한 의도, 또는 3) 또는 시도규정위반의 요건을 충족하는 특정 행위를 실현하기 위한 의도라고 설명된다. Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, West Publishing Co., 2001, §6.5a.

252) *United States v. Microsoft Corporation* (D.D.C), 2000 U.S. Dist. LEXIS 4014; 87 F. Supp. 2d 30, p. 45. 법원은 “위험한 가능성” 요건에 대해서는 *Spectrum Sports* 판결[*Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan*, 506 U.S. 447, 456, 122 L. Ed. 2d 247, 113 S. Ct. 884 (1993)]을 인용하고 있는 바, 이 판결에서 대법원은 위험한 가능성은 (1) 모든 독점화시도 규정 위반사건에서 입증이 요구되고, (2) 단순히 고의에 의해서만 추정될 수는 없고, 별도로 입증되어야 하며, (3) 원고가 입증해야 하고 또 위협받고 있는 ‘관련시장’도 입증하여야 한다고 보았다.

253) *United States v. Microsoft Corporation* (D.D.C), 2000 U.S. Dist. LEXIS 4014; 87 F. Supp. 2d 30, p. 45.

가지 요건 모두를 충족하고 있다는 결론을 내렸다.

2. 서면법 제1조 위반

서면법 제1조는 무역 또는 통상을 제한하는 모든 계약, 결합, 혹은 공동행위를 금지하고 있다. 이와 같은 행위에는 끼워팔기와 배타적 거래협정이 포함된다. 끼워팔기는 사업자가 특정상품에 관한 자사의 시장 지배력을 이용하여 구매자에게 다른 상품을 구매하도록 강요하는 경우 위법성이 인정된다.²⁵⁵⁾ 한편 배타적 거래가 해소되는 경우 법원은 계약적 협정이 실질적으로 경쟁자가 자사상품의 잠재적 고객에 대한 판로를 봉쇄당하여 관련시장에서 경쟁을 실질적으로 제한하였는지 여부를 판단하여야 한다.²⁵⁶⁾

2.1. 끼워팔기

법원은 서면법 제1조에 의한 끼워팔기가 위법으로 선언되기 위해서 ① 별개의 두개의 상품과 관련하여(독자적 상품성) ② 피고가 고객이 부속상품을 구매하는 경우에만, 주 상품의 구입을 허용하는 경우로서(강제성 요건), ③ 그 약정이 주간 통상에 상당한 영향력을 미치고 ④ 피고가 주된 상품 시장에서 시장 지배력을 가지고 있을 것을 요건으로 한다고 판단하고 있다.²⁵⁷⁾ 법원은 이와 같은 네 가지 요건이 당연위법 혹은 합리의 원칙 적용을 위해 모두 필요하다고 실시하였다.

다만 법원은 이전 동의판결 위반사건에서 연방지방법원이 MS에게 내린 사전금지명령을 파기 환송한 연방항소법원의 판결²⁵⁸⁾에서 내려진 판단이 이 사건의 끼워팔기 약정에 대한 판결에 대해 어떠한 의미를 가지는지를 먼저 언급하고 있다. 특히 이전 사전금지명령 기각판결에서 항소법원은 분리 가능한 상품도 소비자에게 이익을 주는 경우 통합되어 판매될 수 있다는 입장을 보였기 때문에, 이번 사건에서 끼워팔기 혐의가 인정된다면 두 판결이 서로 모순되지 않는지 여부가 문제될 수 있었다. 연방지방법원은 항소법원의 결정은 동의판결에 포함된 계약의도의 해석에 관한 문제로서, 당시 ‘새로운 소프트웨어의 디자인에 의한 효율성 창출이 긍정적인 효율성을 줄 수도 있다’는 결정은 부수적 의견으로서 이번 사건에 대한 형식적인 법적 구속력을 가지지 않는다고 보았다.²⁵⁹⁾ 또한 항소법원의 결정은 사건을 피고의

254) Id., p.46.

255) 현재의 판례는 시장지배력을 끼워팔기의 일반적인 요건으로 한다. Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde, 466 U.S. 2, 12, 80 L. Ed. 2d 2, 104 S. Ct. 1551 (1984).

256) United States v. Microsoft Corporation (D.D.C), 2000 U.S. Dist. LEXIS 4014:87 F. Supp. 2d 30, p. 46.

257) Id., p. 47.

258) United States v. Microsoft Corp., 331 U.S. App. D.C. 121, 147 F.3d 935 (D.C. Cir. 1998) (“Microsoft II”).

259) United States v. Microsoft Corporation (D.D.C), 2000 U.S. Dist. LEXIS 4014:87 F. Supp. 2d 30., p.47.

관점에서만 바라보고 있다는 점, 피고측의 주장에 타당성이 있으면 그것으로 족하고, 실제로 입증을 요구하지 않았다는 점, 가설적인 이익과 반경쟁적 효과를 비교 형량 하지 않았다는 점에서 타당하지 않다고 판단하였다. 법원은 연방대법원의 Jefferson Parish 판결²⁶⁰⁾에서 별도 상품인지의 여부는 상품의 “기능적인 관계”가 아니라 “수요의 특성”에 의해 결정된다는 점과 Eastman Kodak²⁶¹⁾에서 시장획정을 위해 “실제적인 시장의 현실”을 중요한 고려요소로 지적하고 있는 점 등을 원용하고 있다. 여기에서 항소법원이 Windows와 IE의 통합에 순수한 이익이 있는 것인지를 평가하는 상품디자인 평가를 자제하고, 소비자에게 이익이 있다는 MS의 긍정적인 주장만을 존중한 것은 연방대법원의 판단과 일치하지 않는다고 지적하고 있다.²⁶²⁾ 이와 같은 연방대법원의 판결을 기초로 상품의 정의와 시장의 획정에 대한 문제는 상품과 시장의 본성에 대한 소비자의 인식에 기초한 증거로 판단하여야 한다고 판단하였다.

이와 같은 전제하에 법원은 이 사건에서 소비자들은 O/S와 브라우저를 별도의 상품으로 간주하기 때문에 별도의 수요가 존재한다 것을 확인하였고(finding PARA149-154), 법원이 이미 확인한 바대로 MS는 주 상품시장에서 시장지배력을 보유하고 있다는 것이 인정된다(finding PARA18-67)고 지적하고 있다.²⁶³⁾ 또한 사실확정판결에서 이미 밝혀진 바처럼 MS의 끼워팔기행위로 인한 Navigator의 시장 점유율이 95년과 98년 사이 상당한 규모로 감소하였고 그 결과 Netscape는 막대한 타격을 받았다는 점에서 MS의 행위에 의한 경쟁제한 효과가 근소한 수준을 넘어선 것으로 인정 할 수 있다고 법원은 판단했다.²⁶⁴⁾ 마지막 요건인 끼워팔기의 강제성에 대해, MS는 Windows 배포권 협정체결 당시에 IE의 구입을 조건으로 부과했고, Windows 98과 관련해 IE의 아이콘삭제를 금지하였다. MS는 Windows 98의 추가/삭제 기능에 IE를 포함시키지 않았고, IE 이외의 브라우저를 기본 브라우저 선택할 기능을 제한함으로써 소비자들에게 양자의 구매를 강제했다고 할 수 있다고 판단했다.²⁶⁵⁾

MS는 IE의 가격이 OEM 업체들이 지급하는 단일 로열티에 포함됨으로 무료이고 따라서 그것이 구매된 것이라고 볼 수 없다는 주장을 제기하였다.²⁶⁶⁾ 법원은 OEM과 소비자들은 결국 IE가 포함된 소프트웨어 패키지를 구입한 것이고 따라서 이에 대한 대가를 지급한 것이

260) Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde, 466 U.S. 2, 12, 80 L. Ed. 2d 2, 104 S. Ct. 1551 (1984).

261) Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., 504 U.S. 451, 461-62, 119 L. Ed. 2d 265, 112 S. Ct. 2072 (1992).

262) United States v. Microsoft Corporation (D.D.C), 2000 U.S. Dist. LEXIS 4014:87 F. Supp. 2d 30, p.48; 그러나 실제 Microsoft II은 사전 금지명령의 적법성 여부를 판단한 판결로써 실제 본안에 대한 내용을 판단할 목적을 가지고 있지 않다. 특히 사전금지명령의 인정은 원고의 본안 승소가능성이 확실한 경우에 한정되기 때문에, MS측의 타당한 이유 제시가 있었다면 그것을 직접적으로 반박할 사유가 없는 한 원고의 본안 승소가능성이 확실하다고 할 수는 없을 것이다. 따라서 Microsoft II 사건에서 항소법원이 전적으로 MS의 이유제시를 긍정적으로 판단한 것으로 평가 할 수는 없을 것이다.

263) United States v. Microsoft Corporation (D.D.C), 2000 U.S. Dist. LEXIS 4014:87 F. Supp. 2d 30, p.49.

264) Id., p.49.

265) Id., p.49.

266) Proposed Conclusions of Law by Microsoft, pp.12-13.

고 판시하여 이 항변을 기각하였다.

마지막으로 법원은 Windows와 IE에 있어서 핵심적인 문제로 그것이 기술적으로 끼워 판매된 것인지에 대해 다시 판단하고 있다. 법원은 이미 지적한 바대로 브라우저와 O/S는 상품의 기능이 아니라, 수요의 특성상 분리되어 있다는 것을 사실확정 판결에서 결론을 내렸다는 점을 지적했다. 즉 소비자는 O/S가 제공하는 기능과는 별도로 특정 브라우저에 대한 개별적 수요에 따라 자신의 O/S에 설치할 브라우저를 선택하고, 공급자들 역시 이들을 분리하여 공급하거나 혹은 분리 가능한 형태로 공급하는 것이 효율적이라고 확신하고 있다. 따라서 법원은 MS의 IE와 Windows의 통합 결정이 기술적 필요나 기업의 효율성을 증진시키기 위한 목적이 아니고, 위협적인 수준에 도달하기 전에 초기에 경쟁을 말살하려는 의도에서 비롯된 것이라고 결론을 내리고 있다.²⁶⁷⁾

결론적으로 법원의 끼워팔기에 대한 판단은 실제 분리된 두 개의 상품의 존재, 시장점유율의 존재와 경쟁제한성의 존재, 구매의 강제성이라는 사실에 입각하여 끼워팔기의 위법을 인정하고 있다고 할 수 있다. 이것은 끼워팔기 행위에 의한 친경쟁적 효과와 반경쟁적 효과를 비교형량하지 않았다는 점에서 당연위법적 태도²⁶⁸⁾를 취한 것이라고 할 수 있고, 이와 같은 법리의 적용은 1년 뒤 연방항소법원의 파기환송 사유가 되었다.

2.2. 배타적 거래협정

MS가 IE를 홍보, 유통시키고, 부분적으로 혹은 Navigator를 배제하기 위해 OLS, ICP, ISV, Apple 등과 체결한 계약이 셔먼법 제1조의 배타적 거래행위에 해당되는지가 문제된다. 이러한 수직적 거래제한 행위들은 연방대법원에 의해 확립된 합리성의 원칙에 따라 위법성이 심사된다.²⁶⁹⁾

이와 같은 협정이 경쟁제한적 효과를 가지는지 여부를 판단할 때, ① 배타성의 정도 및 수직적 거래협정에 의해 영향받는 거래의 범위, ② 그 약정에 의해 시장에서 다른 경쟁자가 봉쇄되는 정도가 경쟁자를 경쟁시장에서 배제시키는 것을 의미할 정도로 상당한지의 여부, ③ 수직적 거래협정이 거래에 미치는 반경쟁적 효과, ④ 피고가 주장하는 합법적인 경쟁촉진적 효과의 존재, ⑤ 거래협정의 존속기간, ⑥ 경쟁제한성이 더 적은 다른 대안의 존재가능성을 고려하여야 한다. 또한 이에 대한 검토의 결과, 수직적 거래협정이 관련상품의 총 유통망

267) United States v. Microsoft Corporation (D.D.C), 2000 U.S. Dist. LEXIS 4014:87 F. Supp. 2d 30, p.51.

268) 공동행위 등에 적용되어온 고전적인 당연위법 원칙은 행위 존재자체 만으로 위법성을 인정하는 것이므로 시장지배력요건 등을 위한 시장의 분석을 필요로 하지 않는다. 따라서 엄밀한 의미에서 끼워팔기에 적용되는 이와 같은 법리를 공동행위에 적용되어온 전통적인 당연위법 태도와 동일시 할 수는 없지만, 일단 끼워팔기 행위의 경쟁제한성 만으로 위법을 인정했다는 점에서 당연위법적 태도라고 판단되고 있는 것이다. 공동행위에 대한 당연위법 원칙에 대해서는, 오승환, '경쟁자간의 공동행위에 대한 위법성판단(I)', 법학연구(서울대학교, 2000), p.75 참조.

269) United States v. Microsoft Corporation (D.D.C), 2000 U.S. Dist. LEXIS 4014:87 F. Supp. 2d 30, pp.51-52.

중 실질적 부분을 절대적으로 봉쇄시킨다는 판단을 할 수 없는 경우 그 수직적 거래협정에 대해 위법성을 인정할 수 없다.²⁷⁰⁾

이와 같은 일반 원리에 따라, 이 사건에서 법원은 MS의 수직적 거래협정이 Netscape를 브라우저 시장에서 대략 40% 이상을 배제시키지 않는 한 서면법 제1조 위반으로 판단할 수 없다고 판시했다. 구체적으로 MS의 수직적 거래협정 중 AOL을 비롯한 OLS 업체, OEM, ICP, ISV 업체들에게 대가를 지불하고 IE를 배타적으로 배포, 홍보한 행위는 서면법 제1조 위반의 분석대상이 될 수 있지만, 이러한 유통업체들과의 배타적 거래협정에도 불구하고 Netscape가 모든 PC 사용자들에게 Navigator를 설치할 기회를 완전히 봉쇄당한 것은 아니라고 법원은 판단하였다.²⁷¹⁾

Netscape는 인터넷에서 다운로드가 가능하고, 수많은 소매점에서 구입이 가능하며, 우편에 의한 구입도 역시 가능하였다. 또한 Netscape는 98년 총 1억 6천만개의 Navigator를 배포하였고, 그중 사전 설치된 것이 3,300만개로, 96년의 1,500만개를 넘는 숫자이다. 따라서 MS의 수직적 배타적 거래협정이 서면법 제1조 위반을 구성할 정도로 브라우저 시장에서 Netscape를 배척했다고 볼 수 없다고 결론을 내렸다.²⁷²⁾ 그 결과 원고가 제기한 서면법 제1조의 배타적거래 혐의는 인정되지 아니하였다.²⁷³⁾

(마) 맺는말

미국 연방독점금지법 110년의 역사는 파동을 그리면서 전개해 왔다. 정권의 주체 그리고 미국경제가 처한 국면과 상관관계를 보이는 바, 대체로 공화당 정권은 독점금지정책을 후퇴시키고 민주당 정권하에서는 독점정책이 강화되는 성향을 보여 왔다²⁷⁴⁾.

MS사 소송의 귀결 역시 연방독점법 운용의 큰 흐름에 결과적으로 부합하는 면을 보이고 있다. 즉 시카고-UCLA학파의 이론이나 소위 contestability doctrine을 먼 배경으로 할 때, 민주당정권인 클린튼 행정부가 1995년부터 MS의 영업행태와 관련하여 독점규제절차에 착수한

270) Id., p.52.

271) Id., p.53.

272) Id., p.53.

273) 이와 같은 MS의 서면법 제1조 끼워팔기 행위, 제 2조 독점화, 독점화의 시도행위에 대한 위법관정을 배경으로 연방지방법원은 구제조치와 관련하여 2000년 6월 7일 MS를 O/S 소프트웨어에 관한 회사와 응용프로그램의 제조 생산판매를 위한 회사로 양분하도록 명하는이와 같은 MS의 서면법 제1조 끼워팔기 행위, 제 2조 독점화, 독점화의 시도행위에 대한 위법관정을 배경으로 연방지방법원은 구제조치와 관련하여 2000년 6월 7일 MS를 O/S 소프트웨어에 관한 회사와 응용프로그램의 제조 생산판매를 위한 회사로 양분하도록 명하는 구제조치에 관한 최종판결을 내렸다(United States v. Microsoft Corp., 97 F. Supp. 2d 59, 64-65 (D.D.C 2000)). 이 최종판결은 MS의 여러 행위에 대한 잠정적인 조치들을 포함하고 있다. 예를 들어 제3자인 프로그램 개발자들에게 API 와 다른 기술 정보들을 공개할 것을 요구하여, 다른 응용프로그램들이 Windows와 효과적으로 상호작용하도록 하는 조치를 포함하고 있다. 이 밖에 MS가 배타적 계약을 통해 제3자의 R&D, 생산, 유통, 홍보 등을 제한하는 행위를 금지하였고, 끼워팔기 계약 금지, 미들웨어가 포함되지 않은 Windows를 동시에 제공하지 않는 한 미들웨어를 Windows에 결합하여 판매하지 말 것 등을 명하고 있다.

274) William G. Shepherd, Industrial Organization, 3rd. Ed., Prentice Hall, pp.457-8.

것 자체가 연방독점금지정책의 새로운 반전이였다면, 2001년 1월 출범한 부시정권은 출범 당시의 공언, 즉 MS 소송에 대해 종래의 태도를 견지할 것이라던 태도를 2001년 4월의 항소심 판결 이후 실질적으로 번복하여 MS의 2사 분할방안의 철회는 물론, 종당에는 MS를 상대로 한 독점금지소송 전부를 취하하였기 때문이다.

이 사건은 online industry 혹은 정보산업의 대명사인 마이크로소프트의 영업방침과 행태에 대해 이를 경쟁법적으로 심사하는 대규모사건이라는 점에서 큰 의미가 있다²⁷⁵⁾. 특히 네트워크 효과라든가 상품의 별개성심사가 쟁점으로 부상한 점을 감안할 때, 전통적 경쟁법리가 소위 IT산업에 대해서도 그대로 적용될 수 있는지 여부, 즉 on-line 사업자와 off-line 사업자에 대한 경쟁법적 규율의 차별화의 문제가 쟁점으로 부상될 수 있다. 이러한 문제는 경쟁법적 판단의 대상이 됨과 아울러, IT산업의 발전이나 지적재산권 보호정책과의 조화를 도모할 필요가 있는 것이다.

이러한 점에서 MS소송은 독금법과 기술 그리고 지적재산권의 상호관계²⁷⁶⁾, 예컨대 특허권이나 영업비밀의 교차이용, 특허풀과 표준사양 등에 대한 독금법적 한계설정의 문제, 인터넷 지적재산권의 보호와 경쟁촉진의 문제, 고도기술산업에 있어 수직적 거래제한의 특수성, 보다 근본적인 관점으로는 경쟁정책과 제도적 기술개발촉진 정책의 조화문제 등에 대한 새로운 문제제기의 계기가 된다.

또 수년에 걸친 법적 쟁송에 대한 시장반응의 축적을 통해 문제해결의 실마리가 주어질 수 있으며, 이는 경쟁당국의 신속한 법적 판단을 통한 시장개입과 크게 다른 선택으로 생각할 수도 있다. MS 소송에서 MS를 제소하기로 한 DOJ의 결정, 그리고 법정 밖의 협상의 길을 선택하지 아니하고 소송절차를 선택한 마이크로소프트의 선택은 그 자체가 대단히 중요한 경쟁정책적 판단이다. 그리고 연방지방법원의 사실인정판결과 법 적용 판결, 기업분할명령 등을 통해 마이크로소프트사의 가치는 이미 재평가되었다. 여기에서 법적 조치와 시장에서의 반응이 상호 조율하는 측면을 인지할 수 있고, 결국 정보산업의 재편, 컴퓨터가동시스템 시장의 집중 완화 그리고 MS의 소프트웨어산업으로의 공격적 확장전략 등의 문제가 시장기능을 통해 조율되는 측면을 볼 수 있다고 생각된다.

275) 예컨대 이 사건에서 다룬 끼워팔기의 점은 현재 우리나라 공정위에 신고된 Microsoft와 다음 사이의 Messenger 분쟁과 기본적으로 동일한 구조를 가지고 있다.

276) 이러한 쟁점에 관하여는 Berkely Center for Law & Technology and the Berkely Technology Law Journal 주최, Symposium: Beyond Microsoft - Antitrust, Technology and Intellectual Property, March 2 & 3, 2001(<http://www.law.berkeley.edu/bclt/events/antitrust/>) 참조.

(7) Automatic Canteen Co. of America v. Federal Trade Commission 사건 277)

소제기 : 1952. 12. 12.

판 결 : 1953. 6. 8.

상고인 : Automatic Canteen Co.

피 고 : 연방거래위원회(FTC)

(가) 사건 개요

1. Automatic Canteen사의 지위

Automatic Canteen사(이하 'A사'라 함)는 1931년 회사 설립 이래 33개 주와 컬럼비아 특별구(Washington, D.C.)에 설치되어 운영되는 230,000여개의 자동판매기를 통하여 사탕·과자류 제품을 대량구매 하여 재판매하는 도매상이다.

2. A의 행위

A사는 자동판매기를 통한 사탕·과자류 제품의 판매에 있어 급속한 성장을 하여 시장지배적인 위치에 도달하게 되었으며, 공급자인 제과업자와의 교섭에서 대량구매로 인하여 화물 운송, 판매비용, 포장 등에 얼마만큼 비용이 절감된다는 점을 설명하여 공급자가 다른 도매상에 비하여 낮은 가격으로 공급하도록 유도하였다. 결국 A사는 대량구매자라는 이유로 다른 도매상보다 33%나 낮은 가격으로 사탕·과자류 제품을 공급받는데 성공하였다.

3. 사건의 경과

연방거래위원회(이하 "FTC"라 함)는 A사가 다른 구매자들에게 거래된 가격보다 33%만 큼이나 더 낮은 가격에 제품을 공급받는 것을 알고 있었고, 또한 어느 경우에는 공급자에게 비용차이가 가격차이를 정당화하는지를 묻지도 않고 가격인하를 요구 또는 유도하기도 하였다는 사실을 인정하였다. 그리고 A사가 가격차이의 정당성을 입증하지 못하였으므로

277) 346 U.S. 61 (1953). 이 사건은 대량구매자에 의한 가격차별 관련 사건이다.

Robinson-Patman법 제2조 f항에 위반되었다고 판단하여 행위중지명령을 내렸다.

이에 대하여 A사는 가격차이가 공급자가 A사에게 제품을 판매함에 있어 누릴 수 있는 비용절감액을 초과했다는 점을 FTC가 입증하여야 한다고 주장하여 항소법원에 심결취소소송을 제기하였다.²⁷⁸⁾ 그러나 항소법원은 동법 제2조 f항 하에서 일응의 증명사건(the prima facie case)은 FTC가 비용정당성 결여를 입증할 책임이 없다고 보아 FTC의 결정을 지지하였다.

(나) 당사자의 주장

1. A사의 주장

A사는 공급자들이 가격차이가 비용절감액을 초과한다는 사실을 전혀 언급한 바 없어 이를 알지 못했다고 하면서, FTC는 이 사건의 가격차별이 비용에 의하여 정당화될 수 없는 위법한 가격차별이라는 점과 이를 A사가 알고 있었음을 입증하여야 하나 그렇지 못했다고 주장하였다.

즉, FTC는 판매자의 비용절감과 구매자가 이를 알고 있었다는 점에 대한 입증책임을 구매자인 A사에게 부과하고 있으나, 이를 입증하기란 너무 어려워 법률의 규정을 이렇게 해석하는 것은 불합리하다고 주장하였다. 그리고 입증책임을 져야 할 FTC는 “A사가 비용차이로 정당화될 수 있는 가격차이 이상의 가격차별을 유도했다는 점을 알고 있었다”는 사실을 입증하지 못했으므로 이 사건은 Robinson-Patman법 제2조 b항의 “일응의 증명사건”이 아니라고 주장하였다.

2. FTC의 주장

FTC는 A사가 자신이 유도했던 가격이 표준가격 미만이었다는 것을 알고 있었으며, 가격차별을 정당화할 수 있는 비용차이에 관하여 판매자에게 조회하거나 확인 받지 않고 가격차별을 유도하였다고 주장하였다. 그리고 A사는 차별가격을 알고서 이를 유인하거나 받아들였으므로 “일응의 증명사건”으로서 정당한 사유를 들어 반증할 책임은 A사에게 있으며, A사는 비용에 의한 가격차이의 정당화를 입증하지 못했으므로 A사의 행위는 Robinson-Patman법 제2조 f항을 위반한 것이며, 따라서 이에 대한 행위중지명령은 정당하다고 주장하였다.

278) 피심인이 연방거래위원회의 심결에 대하여 불복하는 경우에는 연방항소법원에 심결취소소송을 제기할 수 있다. 다만, 경쟁전문기관인 연방거래위원회의 사실인정이 실질적 증거에 따른 경우 법원은 이 사실인정을 실질적으로 존중한다.

3. 대법원의 판단

대법원은 다음과 같은 이유로 항소법원의 판결을 파기하고 사건을 항소법원에 환송하였다.

첫째, Robinson-Patman법 제2조 f항 위반은 구매자가 차별가격을 알고서 이를 받아들였다는데 근거하기 때문에 보다 유리한 가격을 얻기 위한 단순한 협상이 구매자로 하여금 경쟁법상의 책임을 지도록 하는 것은 아니다.

둘째, 구매자가 유도한 낮은 가격이 공급자의 비용에 의한 정당화 항변 범위내 이거나 그 가격이 그러한 항변의 범위내에 들지 못한다는 사실을 모른 경우에는 구매자에게 Robinson-Patman법 제2조 f항 위반의 책임을 지울 수 없다.

셋째, 구매자가 가격차이를 알았다고 해서 곧 가격차이 정당성에 관한 입증책임이 구매자에게 전환된다고 하는 것은 형평에 맞지 않는다. 가격차이를 정당화하는 입증책임은 비용 관련자료를 관리하고 있는 자가 지는 것이 타당하다.

넷째, 구매자가 공급자의 비용을 입증하기 어려운 경우에도 FTC의 주장처럼 입증책임이 구매자에게 전환된다고 하면 FTC뿐만 아니라 소를 제기하는 자가 단순화된 법집행에 의존하게 되어 가격의 통일성과 경직성을 초래하여 경쟁법의 입법목적에 반하게 된다.

(다) 쟁점

이 사건은 불공정거래행위 중 대량구매자의 구매력 남용에 의한 가격차별에 관한 사건이다. 미국에서 불공정거래행위로서 가격차별을 금지하는 법은 Clayton법 제2조의 개정법인 Robinson-Patman법 제2조이다. 동법은 제2조 a항에서 판매자의 가격차별을 금지하고, f항에서 구매자가 동조에 의하여 금지되는 가격차별을 알면서 유도하거나 향수하는 것을 금지하고 있다. 그리고 위법성 조각사유로서 「비용 정당화 항변」(cost justification)(제2조a항 단서)과 「경쟁대응 항변」(the defence of meeting competition)(제2조b항 단서)을 인정하고 있다.²⁷⁹⁾

이 사건은 구매자가 고의로 가격차별을 유도하거나 불법한 가격차별의 혜택을 받는 것을

279) Robinson-Patman법 제2조 c항은 판매자가 구매자 또는 그 대리인에게 중개수수료, 기타 이와 동일한 것을 지급하는 것 또는 구매자가 이를 수령하는 것을 금지하며, d항과 e항은 판매자가 구매자에게 차별적인 수당 또는 용역이나 편의를 제공하는 것을 금지한다.

금지하는 Robinson-Patman법 제2조 f항 위반 여부를 다투는 것이다. 구체적으로는 ①동법 제2조 a항 및 f항에서 규정하는 가격차별에 해당하는지 여부, ②가격차별에 해당되기는 하나 「비용에 의한 정당화의 항변」에 의하여 위법성이 조각되는지 여부, ③「비용에 의한 정당화의 항변」에 관하여 입증책임이 누구에게 있는가 하는 점이다.

(라) 해설 및 검토

1. 가격차별에 관한 미국법의 상황

미국의 경우 우리나라의 불공정거래행위의 금지규정(공정거래법 제23조)에 대응하는 규정은 FTC법 제5조, 셔먼법, 클레이튼법, 로빈슨-패트만법 등 여러 가지 연방법에 산재한다. 그러나 불공정거래행위에 대한 제1차적 규제근거는 FTC법 제5조로서 동조는 거래에서 또는 거래에 영향을 미치는 불공정한 경쟁방법 및 불공정하거나 기만적인 행위 또는 관행을 포괄적으로 금지한다.

FTC법 제5조는 일반조항으로서 광범위한 적용범위를 가지고 새로이 출현하는 문제 있는 영업관행에 대해 탄력적으로 적용될 수 있다. 그리고 셔먼법, 클레이튼법 또는 로빈슨-패트만법 등 다른 반트러스트법을 위반하는 행위가 동시에 FTC법 제5조 위반을 구성하는 경우는 대단히 흔하며, 오히려 일반적이다.

미국의 반트러스트법 중 가격차별에 관한 최초의 입법은 1914년 FTC법과 함께 제정된 Clayton법이다.²⁸⁰⁾ 이후 가격차별과 관련하여 체인스토어 등 대량구매자에 의한 구매력의 남용이 문제되자 이를 보다 엄격하게 규제하기 위하여 대공황기간 중인 1936년에 Clayton법 제2조의 개정법인 Robinson - Patman법이 제정되었다.²⁸¹⁾

2. 판매자의 가격차별 금지

2.1. 의의와 요건

경제학적 의의의 가격차별(price discrimination)은 동일하거나 유사한 상품을 한계비용에

280) 동법은 또한 경쟁상품취급제한, 합병제한, 경쟁기업 임원겸임금지 등에 관한 규정을 두고 있다.

281) Robinson-Patman법은 원래 대량구매자에 대한 규제를 목적으로 제안되었으나, 의회의 입법과정에서 판매자에 의한 가격차별을 금지하게 되었다.

대하여 다른 비율로 산정한 가격으로 상이한 구매자들에게 판매하는 것이다. 그러나 Robinson-Patman법 제2조 a항이 의미하는 가격차별은 이와 다르다. 즉, 동일한 상품이 상대방에 따라 다른 가격으로 판매된 경우 한계비용과 가격의 비율이 동일하다면 경제학적으로는 차별이 아니나 법적으로는 차별을 구성하며, 또 동일한 상품에 대하여 판매가격이 같으나 원가가 다른 경우에는 경제학적으로는 차별이 되지만 법적으로 차별이 되지 않는다.²⁸²⁾

로빈슨-패트만법 제2조 a항은 판매자의 가격차별을 금지하는 원칙적인 규정으로서 “거래 활동에 있어 동급·동질의 상품을 구매하는 구매자간에 직·간접적으로 가격상의 차별을 하는 것은 위법이다”라고 규정하는 바, 이에 따른 가격차별의 요건은 다음과 같다.

첫째, 동일한 사업자가 동일한 상품을 판매하여야 한다. 물리적으로 완전하게 동일할 필요는 없고, 동종·동급이거나 상품의 성질상 동일한 것으로 충분하다.²⁸³⁾ Robinson-Patman법 제2조의 규제대상은 상품에 한정되어 용역기타 서비스는 포함되지 않고, 용역 등에 대한 가격차별은 FTC법 제5조에 의하여 규제될 수 있다.

둘째, 지역이나 거래상대방에 따라 가격이 달라야 한다. 여기서 가격은 상품에 대해 구입자가 지불하는 대가로서, 가격할인 등으로 인하여 외형적 가격과 실제로 지급하는 가격에 차이가 있는 경우에는 실제가격이 기준이 된다. 그리고 이러한 가격차이는 반드시 동시가 아니라 시간적으로 상당히 가까운 때에 존재하면 된다.

셋째, 가격차별이 경쟁에 나쁜 영향을 미쳐야 한다. 즉 가격차별이 어느 거래부문에서 ① 경쟁을 실질적으로 감소시키거나, ② 독점을 형성하게 될 경향이 있거나, 또는 ③ 그러한 차별을 하는 자, 이를 알면서 차별의 혜택을 받는 자와의 경쟁 또는 이러한 자들의 고객에 대한 경쟁을 침해·파괴·저지하는 경향이 있어야 한다. 반대로 가격차이가 상품의 인도방법, 거래수량의 차이를 바탕으로 한 정당한 비용차이에 따르거나 부패하기 쉬운 계절상품의 처분 등 시장의 수급관계에 대응하는 경우는 위법하지 않다.²⁸⁴⁾

2.2. 가격차별을 정당화하는 사유

첫째, 비용 정당화의 항변(cost justification)이 있다. 즉 판매자가 특정한 구매자에게 판매

282) 윤보옥, “미국의 Robinson-Patman법상의 가격차별에 관한 고찰”, 「인하대사회과학연구소논문집」, 1985.2, p.281.

283) 두 제품간 물리적인 차이가 사소한 경우 상품명(brand name)이나 상표(trade mark)의 차이가 있다고 하여 異種·異級이 되는 것은 아니다. FTC v. Borde Co., 383 U.S. 637(1966).

284) 송하성, 불공정 거래행위 유형 I, 「나라경제」, 2000.3, p.74.

하는 것이 다른 구매자에게 판매하는 것보다 적은 비용이 든다는 사실을 입증하는 경우이다. Robinson-Patman법 제2조 a항 단서는 “본조는 당해 상품이 판매되거나 인도되는 방법 또는 수량의 차이로 인한 제조, 판매 또는 인도에 드는 비용의 차이를 정당하게 고려한 차별을 금지하지 않는다”고 규정하여 이를 반영한다.

비용정당화는 범위반 추정에 대한 절대적 항변사유(absolute defense)이다. 그러나 가격상의 차이가 정확하고 신뢰할만한 계산방법에 근거한 것임을 입증하는 책임이 판매자에게 있기 때문에 비용정당화의 항변이 소송에서 성공하는 경우는 별로 없었다고 한다. 비용에 의한 정당화가 인정되기 위해서는 구매자 집단의 분류가 오직 비용의 차이에 근거하여 이루어져야 한다.²⁸⁵⁾

둘째, 경쟁대처의 항변(defence of meeting competition)이 있다. 이는 판매자가 경쟁자에 대응하기 위하여 가격차별을 하는 것을 말한다. 이와 관련하여 동법 제2조 b항 단서는 “본조는 판매자가 고객에 대한 낮은 가격이나 서비스 또는 편의의 제공이 경쟁자의 낮은 가격이나 서비스 또는 편의의 제공에 응수하기 위하여 선의로 행하여졌음을 증명함으로써 항변하는 것을 금지하지 않는다”고 규정한다.

그러나 경쟁대처의 항변은 경쟁자의 가격이 로빈슨-패트만법 위반사실을 알았거나 알 수 있었을 때에는 인정되지 않는다. 그리고 판매자의 가격차별이 경쟁에 대처하기 위한 잠정적인 것이어야 하고, 판매자의 가격차별이 “일정 한 수량”에 관하여 경쟁자와 대등한 낮은 가격을 부과하는 것이어야 한다.²⁸⁶⁾

3. 구매자에 대한 금지

로빈슨-패트만법 제2조 f항은 “거래과정에서 본조에 의하여 금지되는 가격차별을 고의적으로 유도하거나 이를 향수하는 것”을 금지한다. 즉, 구매자가 동법 제2조 a항에 의하여 위법한 가격차별임을 알면서 판매자에게 이를 유도하였다면 이 조항을 위반한 것이다.

이 조항의 적용을 위해서는 구매자가 자신이 거래한 가격이 차별적임을 알고 있었다는 것이 입증되어야 한다. 또 구매자의 동법 위반의 책임은 판매자의 항변에 의해서 제한된다. 즉 판매자가 “경쟁응수의 항변” 또는 “비용정당화의 항변”을 가지고 있어 동법 위반에 대한 책

285) U.S. v. Borden Co., 370 U.S. 460(1962).

286) 정호열 외, 「불공정거래행위에 대한 합리적 규제방안 연구」, 1999.12, p.40.

입이 없다면 구매자의 책임도 인정될 수 없는 것이다. 따라서 구매자가 구매방법과 구매량에 대해서 판매자에 의한 항변이 불가능하다는 사실을 알았다는 사실이 입증되어야 한다.²⁸⁷⁾

4. 입증책임

동법 제2조 b항은 a항에 관련된 입증책임을 정한다. 동항에 의하면 제공된 가격·용역·편익이 차이가 있다는 사실만 입증되면 “일응의 증명사건”(the prima facie case)으로서 이에 대하여 정당한 사유를 들어 이를 반증할 책임은 동조항 위반자가 부담하게 된다.

5. 이 사건과 시사점

이 사건에서 연방대법원이 핵심적으로 검토한 것은 A사가 로빈슨-패트만법 제2조 f항을 위반하였는지, 비용정당화의 항변이 인정되는지, 그리고 이에 대한 입증책임이 어떻게 배분되는지에 관한 것이다.

FTC는 이 사건이 로빈슨-패트만법 제2조 b항에 의한 “일응의 증명사건”이므로 정당한 사유를 들어 이를 반증할 책임은 A사에 있다고 주장하였다. 그러나 연방대법원은 “제2조 b항은 항변에 대한 입증책임이 판매자에게 있다고 규정하지 않고 “본조에 위반한 자”에게 있다고 규정하지만 동조의 문언에 비추어 볼 때 “본조에 위반한 자”란 주로 판매자를 가리키는 것이고, 동법 소정의 제조항의 연혁을 보더라도 주로 판매자를 염두에 두었음을 알 수 있다 “고 하여, 제2조 f항에 위반한 구매자가 당연히 제2조 b항의 규정에 의하여 판매자와 동일하게 입증책임을 진다고 할 수 없다는 입장을 취한다.

또한 연방대법원은 공정성과 형평 및 편의를 고려하여 “구매자가 가격차이를 알았다고 해서 곧 가격차이 정당성에 관한 입증책임이 구매자에게 전환된다고 하는 것은 형평에 맞지 않고, 그 입증책임은 비용과 관련자료를 관리하고 있는 자가 지는 것이 타당하다”고 보고, 이 사건에서 “조사와 소환장 발부 등의 폭넓은 권한을 가지고 있어 구매자보다 그러한 정보를 획득하는데 더 나은 입장에 있는 FTC가 입증책임을 부담한다”고 판단하였다. 구매자가 공급자의 비용을 입증하기 어려운 경우 입증책임이 구매자에게 전환된다고 하면 가격의 통일성과 경직성을 초래하여 경쟁법의 입법목적에 반하게 된다는 점이 그 이유다.

나아가서 연방대법원은 비용정당화의 항변에 대한 입증책임이 구매자에게 있지 않고

287) 윤보옥, 앞의 글, p.283.

FTC가 부담한다고 보면서, 그 입증의 범위 및 정도에 관해서도 언급하고 있다. 즉, “FTC가 「일응의 증명사건(the prima facie case)」임을 입증하기 위해서는 구매자가 자신의 구매방법과 구매량이 경쟁자와 같음을 알았다는 사실을 입증할 필요가 있으며, 만약 구매방법과 구매량 다를 경우에는 그러한 차이가 제조, 판매, 또는 배송의 비용에 있어 가격차별을 정당화할 만큼 충분한 이익을 발생시킬 수 없다는 점, 그리고 이러한 점을 구매자가 알았어야만 한다는 것을 입증하여야 한다”고 보았다. 그리고 A사가 위법한 가격차별을 알고 있었다는 FTC의 주장은 일응의 증명사건이 될 수 있는 정도로 충분해야만 한다고 판단하고 있다.

일견 이 사건은 로빈슨-패트만법 특유의 입증책임에 관한 규정해석 문제로 보인다. 그러나 소위 특수고시의 개별 규정을 포함하여 우리나라 불공정거래행위의 구체적 규정들이 대부분 ‘부당하게’ 혹은 ‘정당한 사유없이’ 혹은 ‘정상적인 상거래관행에 반하여’라는 주관적 가치평가를 포함한 위법성 판단요소를 가지고 있는 것에 비해, 이 사건에서 문제된 로빈슨-패트만법의 규정은 객관적인 사실 위주로 구성되어 일응의 증명사건으로 처리되고 있으며, 또 판매자 등이 제기하는 항변사유에 대한 입증책임에 관해서도 법문을 배경으로 색다른 해석이 전개되는 것을 확인하게 된다.

즉 우리나라 공정거래법상의 가격차별에 관하여는 소위 부당성에 관한 입증책임은 일률적으로 공정위의 몫이다. 그러나 이 사건에서 보는 바와 같이 Robinson-Patman법은 “가격차별”의 사실만 존재하면 “일응의 증명사건”으로서 항변사유를 들어 반증할 책임을 행위자에게 부과하고, 나아가서 비용정당화 항변과 경쟁응수의 항변 두 가지를 명시하고 있다. 이 사건에서 보는 바와 같이 위법성 판단에 있어 입증책임 및 항변사유는 결정적으로 중요한 요소로서 Robinson-Patman법이 이를 명확히 규정하고 있으나, 우리나라 공정거래법의 경우에는 항변의 허용한계 등 이에 대한 기준이 상대적으로 모호하다. 우리나라의 경우에도 행위의 남용적 성질이 지극히 강하거나 경쟁제한적 효과가 분명한 일반 불공정거래행위의 소수의 규정, 특히 특수고시의 일부 규정에서 부당성 혹은 정당한 사유 없음이라는 문구를 절제하고 객관적 사실 중심으로 그 구성요건을 정비하면서 항변사유를 명시하는 것도 하나의 방안이라고 생각된다. 또한 Robinson-Patman법 제2조 f항의 해석에 관한 지도적 판결례인 이 사건에서 보는 바와 같이 당사자간 형평 및 입증의 가능성과 편의 등을 고려하여 합리적인 판단을 할 필요가 있다고 생각된다.

(8) 三越百貨店の 우월적 지위남용에 관한 건

-昭和五十四年(判) 第1號

(가) 사건 개요

1. 주식회사 미쯔코시사는 백화점업을 영위하는 회사로서 1977년 3월부터 1978년 2월까지의 매출실적을 보면 일본 백화점업계 제1위, 전체 소매업계 제2위로 우수한 업체로서 백화점에 상품을 납품하는 대다수의 납품업자가 미쯔코시와의 납품거래를 희망하고 있는 상황이었다.

2. 미쯔코시 백화점은 다음과 같은 행위를 하였다.

2.1. 미쯔코시는 1975년 경부터 원칙적으로 본점 또는 각 지점마다 특정의 상품 또는 서비스에 대하여 판매목표액 및 목표달성기간을 정하고, 당해 상품 또는 서비스를 그 매장 이외의 종업원까지도 광범위하게 동원하여, 주로 점두의 판매²⁸⁸⁾에 의해 적극적으로 판매하는 『권장판매』라고 칭하는 판매방법을 통하여 판매를 추진하고 있었다. 또한 1977년 10월부터는 권장판매를 더욱 강화한 소위 『R작전』이라고 칭하는 판매방법을 사용하여, 전체 종업원 중에서 특정한 자²⁸⁹⁾를 선발하여 이른바 『R부대』라고 칭하는 특별한 조직을 마련하여, 이 조직에 의해 『권유판매』와 같은 방법을 사용하여 특정한 상품판매를 한층 강력하게 추진하고 있었다.

2.2. 미쯔코시 백화점은 상기와 같은 판매방법에 의해 동사와 거래관계에 있는 납품업자에 대해서도 당해 상품 또는 서비스의 구입요청을 한 바 있으며, 납품업자는 이것을 구입하였다²⁹⁰⁾.

2.3. 1978년 8월경 미쯔코시 백화점은 동보주식회사와 공동으로 제작한 영화 『불타는 가을』의 예매입장권을 강력하게 판매하기 위해서 사내에 이것을 추진하는 특별조직을 설치하고, 동년 10월 1일부터 11월 30일 사이에 약 60만매의 예매입장권(1매 900엔)을 전체 종업원을 동원하여 적극적으로 판매하였으며, 납품업자에 대해서는 그 중 16만 5천매를 판매하는

288) 미쯔코시 백화점은 종업원을 다수 동원하여 주로 매장 외에서 각 종업원의 업무상 또는 개인적인 연고관계를 통하여 특정 상품 및 서비스의 판매를 적극적으로 유도하는 바, 이를 지칭함.

289) 발족당초는 근속년수가 긴 사람 중에서 약 5000명, 1978.6월 이후는 약 1만명으로 증원하였음.

290) 동사가 1977년 이후 『권유판매』 및 『R작전』에 의해 판매한 상품은 주로 미쯔코시가 개발하거나 직접 수입한 상품 중에서 선정되었으며, 특히 『R작전』에 의해 판매한 상품의 이익률은 동사가 판매하는 일반상품보다 상당히 높은 상품이었다.

계획을 수립하여 납품실적에 따라 판매목표량을 정하고 구입을 요청하여 목표한 매수의 판매를 대체로 달성했다.

2.4. 미쓰코시는 특정상품의 판매를 직접 목적으로 하지 않은 행사에 있어 그 비용의 전부 또는 일부를 납품업자에게 부담시키고 있었던 바, 1978년 나가노현의 가루이자와란 곳에서 개최된 불꽃놀이축제의 개최비용 일부를 납품업자에게 부담시킨 바 있고, 동시에 그 입장권을 주로 점두의 판매를 통해 판매하여 상당수의 납품업자가 입장권을 구입하였으며, 긴자거리연합회가 매년 10월에 개최하는 긴자거리축제에 참가해 꽃자동차, 퍼레이드 등의 비용을 부담하고 있는 것 외에, 미쓰코시 백화점 긴자지점 벽면의 초롱장식비용도 일부를 납품업자에게 부담시켜 비용을 마련한 바 있다.

2.5. 미쓰코시 백화점은 판매촉진을 위해 1977년 5월부터 6월에 걸쳐 파리 미쓰코시 백화점 7주년 기념투어 등을 추진한 바, 이 또한 점두의 판매에 의해 참가자를 강력히 모집하였고, 이로 인해 상당수의 납품업자가 당해 해외여행에 참가하였다.

2.6. 미쓰코시 백화점은 매장 인테리어 변경, 바겐세일 등 백화점관련 행사에 있어서도 납품상품과의 관련성 및 비용부담의 기준 등이 특정하지 아니한 채, 매장개장 비용의 전부 또는 일부를 납품업자에게 부담시키고 있다.

2.7. 미쓰코시 백화점은 오사카 지점에서 1978년 4월에 사쿠라꽃 축제라고 칭하는 행사를 개최하였는데, 동 행사비용도 납품업자에게 부담시킨바 있다.

(나) 주요 쟁점 및 일본 공정위의 판단

1. 쟁점

본 사안에서 집중적으로 검토된 사실은 ① 납품거래관계를 이용한 상품 또는 서비스의 구입장제, ② 매장개장 등 매장관련 비용을 납품업자에게 부담시키는 행위, ③ 특정상품의 판매 등을 목적으로 하는 행사비용을 동 상품과 관련된 납품업자에게 부담시키는 행위, ④ 특정상품의 판매 등을 직접목적으로 하지 않는 행사의 개최비용을 납품업자에게 부담시키는 행위 등이다.

2. 일본 공정위의 판단

첫째, 납품거래관계를 이용하여 납품업자에게 상품 또는 서비스의 구입을 요청하는 구입강제는 허용되지 않는다.

둘째, 매장개장 관련 비용전가에 대해서는 ① 당해 개장과 관련한 매장 또는 상품진열집기의 일정 부분 및 일정기간을 정하여 비용을 부담하는 납품업자의 상품판매에 전적으로 제공하는 경우 등으로써 납품업자가 부담하는 비용이 합리적인 범위에서 정해져야 하며, ② 비용부담에 대해서는 납입업자의 명시적인 동의가 있는 경우에 한해서 납품업자에게 부담시킬 수 있다.

셋째, 특정상품과 관련된 행사비용의 부담에 관해서는 당해 상품과 관련된 납품업자에게 ① 당해 행사 광고에 비용을 부담하는 납품업자의 명칭 또는 상품을 게재하는 경우 등으로써 납품업자가 부담하는 금액이 합리적인 범위 내이어야 하며, ② 납품업자의 명시적 동의가 있는 경우를 제외하고, 납품업자에게 비용부담을 요청해서는 아니 된다.

넷째, 특정상품과 관련되지 않은 행사비용의 부담에 대해서는, 납품업자에 대하여 정상적인 상습관에 비추어 허용되는 경우를 제외하고 그 부담을 요청할 수 없다.

3. 법 적용

미쓰코시 백화점의 이러한 행위에 대하여, 일본 공정거래위원회는 미쓰코시 백화점은 자신의 거래상의 지위가 납품업자에 대하여 우월하다는 것을 이용하여 정상적 상관습에 비추어 납품업자에게 부당하게 불이익한 조건으로 거래하고 있는 점을 인정하였고, 1953년의 동위원회의 고시 “불공정한 거래방법” 제10조²⁹¹⁾에 해당하여 독점금지법 제19조에 위반한 우

291) 1953년의 “불공정한 거래방법” 고시(소위 구고시)는 1982. 6. 18 공정거래위원회 고시 제15호 개정되었으며, 구고시 제10조의 내용은 개정된 고시내용 제14조에 해당하는 바 동 내용은 다음과 같다.

(우월적 지위의 남용)

14. 자기의 거래상의 지위가 상대방에 대해 우월한가를 이용해 정상적인 상관습에 비추어 부당하게 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 하는 것.

- 一. 계속적으로 거래하는 상대방에 대해서 당해 거래에 관계되는 상품 또는 용역 이외의 상품 또는 용역을 구입토록 하는 것.
- 二. 계속적으로 거래하는 상대방으로 하여금 자기를 위해서 금전, 용역 기타의 경제상의 이익을 제공하게 하는 것.
- 三. 상대방에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정하거나 변경하는 것.
- 四. 전 3호에 해당하는 행위 이외에 거래의 조건 또는 실시에 대해서 상대방에게 불이익을 주는 것.
- 五. 거래의 상대방인 회사에 대해서 당해 회사의 임원(사적 독점의 금지 및 공정 거래의 확보에 관한 법률(1947년 법률 제54조)제2조 제3항의 임원을 말한다. 이하 같다)의 선임에 대해서 사전에 자기의 지시를 따르게 하거나 자기의 승인을 받도록 하는 것.

월적 지위를 남용한 불공정 거래행위로 결론지었다.

(다) 우리나라의 법 상황과 대응사례

1. 규범상황

공정거래법 제23조 제1항 제4호는 사업자가 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위를 불공정거래행위의 기본유형으로서 이를 일반적으로 금지한다. 거래상지위 남용은 다시 동법 시행령 별표를 통해 구입 강제, 이익제공강요, 판매목표 강제, 불이익제공, 경영간섭행위 등으로 세분된다.

한편 백화점이나 대규모 쇼핑몰 등은 납품업자나 입점업자에 구조적으로 우월한 지위에 있고, 이들이 납품업자 등에게 보이는 남용행태를 규제하기 위해 “대규모소매점업에있어서의 특정불공정거래행위의유형및기준²⁹²⁾”(소위 대규모소매점업고시)가 특정고시의 형태로 제정, 시행되고 있다.

2. 몇 가지 사례

2.1. 현대백화점의 대규모소매점업에 있어서의 특정불공정거래행위 사건²⁹³⁾

(1) 사실; 매장개장 등 관련비용 전가

피심인인 (주)현대백화점은 대규모점포를 통하여 일반 소비자가 일상적으로 사용하는 상품을 소매하는 종합소매업을 영위하고 있는 자로서 대규모소매점업고시 제2조 제2항의 규정에 의한 대규모소매점업자²⁹⁴⁾에 해당된다. 피심인은 동 백화점 매장의 상품군을 개편하면서 상품군의 개편에 따른 매장의 인테리어비용을 관행적으로 납품업자에게 부담시켜왔으며, 납품업자는 당해 비용이 납품상품의 판매촉진과 직접 관련되지 않는 것임에도 불구하고 피심인과의 계

292) 동 고시는 원래 「백화점업에 있어서의 특수불공정거래행위의 유형 및 기준 지정고시」(소위 백화점)라 하여 백화점업자의 지위남용행위를 특별히 규제하였으나, 백화점 이외에 대형할인점이나 쇼핑센터와 같은 대규모 소매점에서도 마찬가지로의 거래상 지위 남용행위가 발생하고 있는 점을 감안하여 1998년 5월 「대규모소매점업에있어서의특정불공정거래행위의유형및기준지정고시」로 그 명칭을 개정하여 그 적용범위를 확대하였다.

293) 공정위 2002. 4. 23, 제2002-053호 의결 2001유거4741.

294) “대규모소매점업”이라 함은 매장면적(점포의 바닥면적에 100분의 95를 곱하여 산출된 면적을 말한다)의 합계가 3,000㎡ 이상인 동일점포에서 일반소비자가 일상적으로 사용하는 여러 종류의 상품을 소매하는 사업(동조 제1항)의 의미하며 이를 영위하는 자를 “대규모소매점업자”라 한다(동조 제2항).

속적인 거래관계를 유지하기 위해서는 피심인이 요구하는 당해 비용을 부담할 수밖에 없었다.

(2) 공정위의 판단

납품업자가 부담하는 인테리어 비용의 내역에 관하여 사전에 명확하게 되어 있는 경우에만 한하여 비용을 부담시킬 수 있으며, 그 외의 경우에는 납품업자에 대해 납품하는 상품의 판매 촉진과 직접 관계되지 않는 매장의 인테리어비용을 부담시키는 행위를 하여서는 아니 된다.

2.2. 신세계의 대규모소매점업에 있어서의 특정불공정거래행위 등 사건²⁹⁵⁾

(1) 사실; 특정상품과 관련된 비용전가

- 피심인 (주)신세계는 대규모소매점업자로서 2000년도 매출액기준으로 백화점업계 3위, 할인점업계 1위의 지위를 가진 사업자로서 소매업자에게 상품을 납품하는 납품업자들의 입장에서 볼 때 매우 유력한 거래처이며 피심인에게 상품을 납품하는 납품업자들은 피심인과의 지속적인 거래를 강력하게 희망하는 상황에 있다.
- 피심인은 이마트에서 판매하는 상품의 판매촉진을 위하여 전단광고를 통한 증정품제공 특별판매행사를 실시하면서 고객에게 제공하는 증정품의 비용을 전액 당해 행사상품을 납품하는 납품업자에게 부담시킨 사실이 있고, 납품업자는 피심인과의 지속적인 거래관계를 유지하기 위해서는 피심인이 요구하는 당해 비용을 부담할 수밖에 없었다.
- 피심인은 이마트에서 판매하는 상품을 납품하는 납품업자에 대해 이마트의 매장내 벽면 등에 설치한 소위 '와이드칼라광고판'에 상품광고를 게재하도록 요청하고 그 대가로 자기가 일방적으로 책정한 광고료를 수수하고 있으며, 납품업자는 피심인과의 지속적인 거래관계를 유지하기 위해서는 피심인이 요구하는 당해 광고를 할 수밖에 없었다.

(2) 공정위의 판단

증정품비용 및 와이드칼라 광고비용 등을 부담시키는 행위는 부담에 대한 합리적 근거가 없이 납품자에 대한 거래상의 우월적 지위를 이용한 불공정한 거래행위에 해당하며, 납품하는 상품의 판매촉진과 직접 관련되는 비용을 부담시키는 경우 사전에 당해 비용의 부담조건 등에 관하여 합리적으로 명확하게 되어 있어야 한다.

295) 공정위 2002. 4. 23, 제2002-055호 의결 2001유거4739. 이 사건에서는 특정상품을 목적으로 하는 행사비용 부담 외에 매장관비용의 부담도 문제되었다.

2.3. 한국까르푸의 거래상지위 남용행위 및 대규모소매점업에 있어서의 특정불공정거래행위 등에 대한 건²⁹⁶⁾.

(1) 사실; 특정상품을 목적으로 하지 않는 행사비용 전가

- 피심인 한국까르푸(주)는 대규모소매점업자로 2000년도 매출액기준으로, 할인점업계 제2위의 대형할인점업자로서 상품을 납품하는 사업자의 입장에서 볼 때 매우 유력한 거래처이며, 피심인에게 상품을 납품하는 납품업자는 피심인과의 납품거래를 강력하게 희망하는 상황에 있다.
- 피심인은 자기와 거래관계에 있는 납품업자에 대해 제조를 위탁하는 하도급 상품의 거래 및 직매입하는 상품의 거래와 관련하여 거래의 전제조건 또는 납품상품의 판매촉진과 관련된 것을 이유로 광고선전비, 판촉사원비용, 아르바이트비용, 라이팅박스비용, 구매시점의 광고비용, 행사지원금, 샘플비용, 판매장려금, 행사매대사용료, 개점지원금, 품목선정비, 신규아이템비, 매입할인금, 무상품, 선물세트 비용, 애니메이션 비용, 창고료, 장식 비용, 재고조사비용 등 각종 명목의 비용부담을 사실상 강요하고 납품업자의 납품대금에서 일방적으로 공제하거나 현금 또는 상품으로 수수하고 있다.
- 납품업자는 피심인이 부담을 강요하는 각종 명목의 비용을 합리적인 이유 또는 그 산출근거가 명백하지 않음에도 불구하고 피심인과 계속적 거래관계를 유지하기 위하여 부담하지 않을 수 없도록 되어 있다.

(2) 공정위의 판단

- 피심인은 납품업체들에게 각종 명목의 비용을 부담시키는 시스템은 프랑스 본사에서 유래한 피심인의 고유한 영업시스템으로서 대형할인매장의 새로운 유통질서에 대한 존중이 요구된다고 주장하나, 이 사건에서 피심인의 납품업자에 대한 각종 비용부담 강요행위 자체를 합리화하거나 정당화할 수는 없으며, 이를 인정할 수도 없다. 그리고 이와 같은 피심인의 영업방식이 프랑스 본사에서 유래한 피심인의 고유한 영업방식이므로 정당하다는 요지의 피심인 주장도 납득하기 어렵다.
- 자기의 거래상대방인 납품업자와 거래를 함에 있어서 납품업자에 대해 납품상품의 판매촉진에 직접 기여하지 않는 비용을 부담시키는 행위를 하여서는 아니 되며, 납품상품의 판매촉진에 직접 기여하는 비용의 경우에도 실제 판촉활동에 소요되는 비용을

296) 공정위 2001. 5. 25, 2001-081호 의결 2001유거0250. 이 사건에서는 부당반품행위, 각종 비용부담 강요행위, 부당한 광고행위 등이 문제시되었으나, 이 곳에서는 각종 비용전가에 관한 것만 살핌.

감안하여 당해 비용의 부담액 및 산출근거, 구체적인 용도 등에 관해 납품업자와 합리적으로 인정되는 범위 내에서 사전 약정한 명확한 기준에 의하지 아니한 비용을 부담시키는 행위를 하여서는 아니 된다.

(라) 해설 및 검토

1. 불공정거래행위, 특히 우월적지위 남용에 관한 일본의 법상황

1947년 “私的獨占의禁止및公正去來確保에關한法律”이 제정된 이후 지금까지 약 10여 차례의 개정을 거쳤다. 일본의 독점금지법의 주요 실체규정은 크게 ① 사적 독점금지 및 부당한 거래제한, ② 불공정거래행위의 금지, ③ 시장집중억제, ④ 기타 일본 특유의 규정(사업자단체, 국제계약의 규제, 적용제외규정, 일반집중억제, 고도과점대책 등) 등으로 나뉘어진다.

불공정거래행위에 대해서는 동법 제19조²⁹⁷⁾에서 이를 원칙적으로 금지하는 규정을 두고 동법 제2조 제9항²⁹⁸⁾ 제5호에서 구체적인 행위유형을 열거하고 있다. 우월적 지위남용에 대해서는 이를 “자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 것”으로 표현하고 있다.

일본에서의 불공정거래행위에 대한 규제는, 미국이나 독일과 같은 일반조항적 접근방식이 아니라, 6개의 행위유형을 제한적으로 열거하는 한정적 열거주의에 따르고 있으며, 이를 배경으로 다시 구체적 행위유형을 공정위의 고시에서 정하는 행정규제주의를 취하고 있다. 그 결과 “불공정한거래방법”²⁹⁹⁾이라 불리우는 공정거래위원회의 고시가 1953년에 제정되었고,

297) 동 제19조는 “사업자는 불공정한 거래방법을 사용하여서는 아니된다”라고 규정한다.

298) 동 제9항의 전문번역은 다음과 같다.

⑨ 이 법률에 있어서 불공정한 거래방법이라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 행위로서 공정한 경쟁을 저해할 우려가 있는 것 중 공정거래위원회가 지정하는 것을 말한다.

1. 부당하게 다른 사업자를 차별적으로 취급하는 것
2. 부당한 대가를 가지고 거래하는 것
3. 부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하거나 또는 강제하는 것
4. 상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건을 가지고 거래하는 것
5. 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용해서 상대방과 거래하는 것
6. 자기 또는 자기가 주주 또는 임원인 회사와 국내에 있어서 경쟁관계에 있는 다른 사업자와 그 거래상대방과의 거래를 부당하게 방해하거나 또는 당해 사업자가 회사인 경우에 그 회사의 주주 또는 임원을 그 회사에 불이익이 되는 행위를 하도록 부당하게 유인, 교사 또는 강제하는 것

299) 동 고시는 1953년 공정거래위원회 고시 제11호로 제정되었으나 1982. 6. 18공정거래위원회 고시 제15호로 개정되었다. 그리하여 전자를 칭하여 ‘구일반지정’라 하고 후자는 이를 ‘신일반고시’라 한다. 이 사건에서 적용된 구일반고시 제10은 신일반고시 제14에 해당한다.

이 고시에 우월적지위 남용행위 또한 중요한 유형의 하나로 포섭되어 있다.

또한 거래상의 우월적 지위를 남용하는 행태는 일반적으로는 불공정거래방법으로서 일반 지정 14항(공정위 고시 제15호, 우월적지위의 남용)에 의하여 규제되지만, 백화점·슈퍼 등의 대규모 소매업자의 납입업자 등에 대한 행위에 관해서는, 일반지정 14항 외에, 「백화점업에 있어서 특정한 불공정거래방법」(소화 29년 공정위 고시 제 7 호, 일정한 규모 이상의 매장면적을 가진 점포에서 일반소비자가 일상적으로 사용하는 다양한 종류의 상품을 판매하는 소매업자가 수범자임)에 의해서 규제된다³⁰⁰⁾.

2. 이 심결의 의미

이 사건에서 미쓰코시는 자기의 납품업자에게 판매촉진을 위하여 자신이 개발하거나 수입한 상품을 현저하게 높은 마진율하에서 구입하도록 요청하였고, 행사입장권과 해외여행상품을 구매하도록 하였다. 또한 매장의 인테리어 변경이나 판매 행사와 관련하여 판매가 직접 목적이라는 이유로 특별한 기준 없이 납품업자에게 그 비용을 부담시켰으며, 판매가 직접 목적이 아닌 행사에 대해서도 그 비용의 일부나 전부를 부담시키는 행위를 하였다. 이에 대해 일본 공정위는 이러한 피심인의 행위, 즉 강압적인 판매³⁰¹⁾와 찬조금 등의 요청행위³⁰²⁾를 피심인이 자신의 우월적 지위를 이용한 불공정거래행위, 즉 공정거래위원회 고시 제11호의 10의 부당하게 불이익한 조건으로 거래하는 것에 해당되는 것으로 본 것이다³⁰³⁾.

이 심결례는 구고시 10조가 단독으로 적용된 최초의 사건으로 동 제10조의 운영에 있어서

300) 백화점 특수지정은 납입업자 등에 대하여 거래상 우월적지위에 있는 대규모 소매업자가 부당한 반품(제1항), 상품 구입 후의 부당한 가격인하(제2항), 현저하게 불이익한 위탁판매거래(제3항), 부당한 가격(동제4항), 부당한 납입거부(제5항), 수전 점원의 강요(제6항), 이상의 요구를 거부한 납입업자 등에 대한 불리취급 등의 남용행위(제7항)를 금지한다.

301) 강압적인 판매(押し付け販賣)란 소매업자가 납품업자에 대하여 납품거래관계를 이용하여 자기가 판매하는 상품이나 서비스의 구입을 요구하는 것을 의미한다. 우월적지위에 있는 소매업자가 납품업자에 대하여 상품이나 서비스의 구입을 요청한 경우, 납품업자는 구입을 희망하지는 않지만 차후의 납품거래에 주는 영향을 우려하고 구입하지 않을 수 없게 될 것이고, 이는 곧 우월적지위의 남용으로서 문제가 된다. 流通・取引慣行に關する獨占禁止法上の指針 第5 小賣業者による優越的地位の濫用行爲.

302) 협찬금 등의 부담요청(協贊金等の負担の要請)이란 소매업자가 납품업자에 대하여 행사, 광고 등의 비용부담을 위한 이른바 협찬금 등의 금전적인 부담을 요청하는 것을 말한다. 소매업자와 납품업자가 공동으로 상품캐мпaign을 위한 행사나 광고를 행할 경우 그 비용에 관하여 협찬금 등을 부담하는 것이 납품상품의 판매촉진에 연결되는 등 납품업자에 있어서도 직접적인 이익이 되는 경우도 있지만, 우월적지위에 있는 소매업자가 일방적인 사정으로 납품업자에 대하여 이와 같은 요청을 행한 경우에는 납품업자에게 부당하게 불이익을 주는 것이 되기 쉽고, 우월적지위의 남용으로서 문제가 생기기 쉽다. 流通・取引慣行に關する獨占禁止法上の指針 第5 小賣業者による優越的地位の濫用行爲.

303) 이 심결례는 강압적인 판매와 찬조금 등의 요청에 관하여 일반지정의 우월적지위 남용이 문제된 것으로서 소위 백화점 고시가 적용된 것이 아니다.

상당한 의미를 가지는 것으로 평가된다³⁰⁴). 그 이유는 구고시 10조에서 ‘부당하게 불이익한 조건으로 거래하는 것’을 규제하고 있었던 까닭에, 이 사건에서 보는 바와 같은 강압적 판매나 협찬금 요청 등의 관행은 당해 거래계에서 납입업자들과 백화점 사이에서 광범하게 퍼져 있었던 것이므로 구고시 10조 위반을 구성하지 않는다는 해석도 가능하였기 때문이다. 그리하여 이 심결례는 신고시 제14조에서 강압판매와 협찬금 요청을 명확하게 우월적지위 남용의 독립된 유형으로 제시하게 된 계기가 또한 되었다.

3. 우월적지위 남용에 관한 법리

우월적지위 남용에 대해서는 그 체계적 지위와 공정경쟁저해성의 파악방법에 대해 여러 가지 견해가 나뉜다. 일본의 다수설은 체계적 지위에 대해서는 우월적 지위남용이 직접적으로 경쟁질서에 영향을 미치지 않는 것으로서 다른 불공정거래방법과 이질성이 있으며, 이 행위의 공정경쟁저해성에 대해서는 자기의 경쟁자로서의 지위는 강화하고 상대방의 지위는 약화 내지는 열등화 되어 간접적으로 경쟁질서에 영향을 주는 것으로 보고 있다³⁰⁵).

우월적지위란 반드시 시장지배적지위일 필요는 없고 상대방과 관련하여 상대적으로 우월한 지위 즉, 최소한 상대방의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위이면 충분하다. 상대적으로 우월한 지위의 인정은 거래의 상대방이 거래처를 용이하게 바꿀 수 있는 가능성을 당사자의 시장에서의 지위나 거래형태 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다³⁰⁶). 이 사건에서는 미쯔코시가 시장에서 지배적인 지위에 있을 뿐 아니라 상대방이 거래를 계속 원하고 있는 사정이 미쯔코시의 우월적 지위의 인정의 근거가 되었다.

또한 우월적지위의 남용이 인정되기 위해서는 행위자가 자신의 지위를 이용하여 거래상대방에게 부당한 불이익을 강요하였어야 한다. 즉 행위의 억압성이 문제되는 바, 여기서 말하는 부당한 불이익은 거래 상대방이 이를 거부함으로써 객관적으로 거래에 얼마간의 불이익이 미칠 개연성이 있는 것으로 족하다.

이 사건에서 일본 공정위는 납입업자에 대하여 납입거래관계를 이용하여 행사입장권과

304) 川浜昇, 百貨店による納入業者に対する商品の購入・協賛金の強要, jurist 제110호(1991.3.), 198면.

305) 今村, 獨占禁止法, 148면; 實方, 앞의 책, 307면; 川浜昇, 앞의 글, 199면.

306) 이와 관련하여 그 거래가 대등한 당사자라면 도저히 일어날 수 없는 일이므로 우월적 지위를 나타낸다는 견해도 있다. 鈴木滿, NBL 제262호, 17면; 川浜昇, 앞의 글, 199면.

항공권 구입을 강요한 것을 그 자체로서 위법한 것으로 판단하였고, 매장과 관련한 납입업자에 대한 매장 인테리어비용 전가 및 상품과 관련된 납입업자의 상품에 대한 홍보비용 전가와 그 관련하여 그 한계를 ‘납입업자가 부담하는 비용이 합리적인 범위내의 것이고 그러한 비용부담에 대해서 납입업자의 명시적 동의가 있는 경우’로 한정하여 이 사건에서는 그 범위가 모호하고 명시적 동의가 없다는 것을 지적하고 있다. 또한 특정상품의 판매를 직접목적으로 하지 않는 행사비용에 대해서는 상품과 무관한 납입업자에 대하여 가한 홍보비용의 전가가 ‘정상적인 상관습’을 위반했음을 이유로 들고 있다³⁰⁷⁾.

307) 정상적인 상관습의 의미에 대해서는 통설이 이를 대등한 당사자간에 성립하는 거래관행으로 보고 있으나, 이의 모호성을 지적하는 비판도 있다. 實方, 앞의 책, 311면; 川浜 昇, 앞의 글, 199면.

5. 적용제외 관련 심결사례

- (1) 11개 손해보험회사의 부당한 공동행위에 대한 건(의결 제2001-085호);
11개 손해보험회사의 이의신청에 대한 건(재결 제2001-055호); 서울고
등법원 2001누10716호 시정명령등취소청구의소 판결

(가) 사건의 개요

1. 공정거래위원회(이하 “공정위”라 함)는 2001. 6. 18. 전원회의를 통하여 피심인 동양화재 해상보험주식회사 외 10개 손해보험회사(이하 “피심인들”이라 함)가 (1) 2000. 4. 1.자 부가보험료 자유화를 앞두고 수 차례 개최된 「자동차업무부장회의」를 통한 상호 정보교환과 논의를 거쳐 같은 해 4. 1.자 자동차보험료(기본보험료)³⁰⁸를 종전 보험료 수준으로 결정하고 이를 신고하여 실행한 사실이 있으며, (2) 2001. 8. 1.자 자동차보험료 인상시 보험료 인상폭을 보험개발원장이 제시한 참조순보험료 변동폭(평균 3.8% 인상) 수준으로 결정하고 이를 신고하여 실행한 사실이 있으며, (3) 1999. 9. 내지 동년 10. 중 특별할증율을 공히 10%씩 인상하여 실행하고, (4) 2000. 7. 7. 자동차업무부장회의에서 한국전력공사가 같은 해 7. 15. 실시한 업무용 자동차보험 입찰에 동일가격으로 제출하기로 합의하고 이를 실행하여 입찰을 유찰시킨 사실이 있음을 각 인정하고 각 피심인들에게 시정명령(신문공표명령 포함) 및 과징금납부명령 처분을 하였다.

2. 이에 대하여 피심인들은 이의신청을 하였으나 공정위는 2001. 11. 3. 시정명령 취소신청을 기각하고, 과징금납부명령에 대해서는 피심인들의 신청을 일부 인용하여 이를 기초로 재산정된 과징금을 부과하였다.

3. 그러나, 피심인들은 서울고등법원에 행정소송을 제기하였고, 이에 대하여 서울고등법원(제7특별부)은 2000. 6. 18. 원고들에 대하여 한 시정명령 중 “원고들이 공동으로 1999. 11. 1. 부터 책임이 개시되는 자동차보험 계약분에 대하여 특별할증율을 변경하여 국내 자동차보험

308) 기본보험료는 순보험료와 부가보험료로 구성되는 바, 순보험료는 보험금의 지급불능이 발생하지 않도록 하는 최소한의 보험료로서 보험금 지급에 직접 충당되는 보험료를 말하고, 부가보험료는 인건비, 운영비, 이윤 등 손해보험사들의 제반 관리경비를 충당하기 위한 보험료를 말함. 1994. 4. 이전까지는 각 손해보험사가 고정요율로서 보험개발원이 제시한 보험료(순보험료+부가보험료)대로 결정하였으나, 2000. 4. 1.부터는 보험개발원이 보험료 중 순보험료(참조위험율)만을 산정하여 각 손해보험회사에 참조하도록 제시되었고, 부가보험료는 각 손해보험사가 스스로 산정하도록 자유화되었음.

시장에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위를 하였음을 전제로 하여 시정을 명한 부분을 초과하는 부분”을 취소하고, 이에 따른 해당 초과부분에 대한 공표명령의 취소 및 원고들에 대한 과징금납부명령을 모두 취소하는 내용의 판결을 선고하였다.³⁰⁹⁾

(나) 당사자의 주장 및 판단³¹⁰⁾

1. 공정위 의결(이의신청 포함)

1.1 2000. 4. 1차 자동차보험료 결정에 대하여

① 피심인들의 주장

- 금융감독원이 8. 1차 보험료 조정을 앞두고 4. 1차 보험료 인상은 곤란하다는 뜻을 업계에 전달해 와 이 점을 감안하여 4. 1차 자동차보험료를 종전 수준으로 결정한 것이다.

② 공정위의 판단

- 금융감독원이 이에 대하여 8. 1차로 책임보험료의 조정이 예정되어 있었고, 보험료의 잦은 조정으로 보험계약자의 혼란이 초래될 수 있다는 점을 감안하여 보험료를 종전 예정손해율 수준으로 책정하기로 방침을 정하고 이러한 방침을 업계에 전달하여 이에 따르도록 하였다는 사실을 확인하였기 때문에 피심인들이 금융감독원의 방침과 행정지도에 따라 종전 수준으로 보험료를 결정한 점은 인정된다.
- 그러나, 이러한 행정지도가 있었다 하더라도 피심인들이 보험료를 결정함에 있어서는 순보험료에 대해서는 보험개발원장이 금융감독원의 인가를 받아 제시한 참조순보험료를 참조하여 개별적으로 결정하고, 부가보험료에 대하여서는 자유화의 취지에 따라 행정지도의 수용여부를 개별적으로 판단하여 자율적으로 결정하여야 한다.
- 그럼에도 피심인들은 이른바 자동차업무부장회의를 통하여 부가보험료 조정 방안 등을 논의한 후 공동으로 4. 1차 자동차보험료를 종전 수준대로 유지하기로 결정하고 이를 신고하여 실행한 행위는 독점규제및공정거래에관한법률(이하 “공정거래법” 또는 “법”이라 함) 제19조 제5항에 따른 부당한 공동행위로 추정된다.

309) 공정위는 이와 같은 서울고등법원의 판결에 대하여 대법원에 상고할 것임을 밝히고 있어, 이에 대한 최종적인 판단은 대법원에서 이루어질 것으로 보인다. 2002. 10. 21.자 “행정지도가 개입된 공동행위에 대한 공정거래위원회의 기본입장” 보도자료 참조.

310) 원심결 및 재결서 중 본 연구주제인 적용제의 관련 주장 및 판단만을 요약하였음.

1.2. 2000. 8. 1.자 자동차보험료 결정에 대하여

① 피심인들의 주장

- 피심인들의 8. 1.자 보험료 조정은 금융감독원의 행정지도에 따라 보험개발원장이 제시한 참조순보험료 변동폭(3.8%) 수준으로 보험료를 인상할 수밖에 없었고, 금융감독원의 행정지도에 따르기로 합의하였다 하더라도 이는 금융감독원의 행정지도에 따라 이루어진 정당한 행위이므로 법 제58조(법령에 따른 정당한 행위)에 따라 법을 적용하지 아니하여야 한다.

② 공정위의 판단

- 금융감독원이 자유화되지 않은 순보험료에 대해서는 참조순보험료 수준으로 보험료를 책정하도록 행정지도한 점은 인정되나, 자유화된 부가보험료에 대해서는 직접 행정지도한 사실이 인정되지 아니한다.
- 피심인들은 금융감독원의 참조순보험료에 대한 행정지도를 구실로 8. 1.자 자동차보험료를 참조순보험료 변동폭 3.8% 수준으로 조정하기로 합의한 것으로서, 설령 금융감독원이 위 평균 3.8%로 고정하여 기본보험료를 인상토록 행정지도 하였다 하더라도 그 지도내용이 공동행위를 하도록 한 것은 아니므로 피심인들은 마땅히 각자 개별적으로 판단하여 보험료를 결정하였어야 한다.
- 금융감독원의 순보험료에 대한 행정지도의 경우 피심인들은 순보험료를 산출함에 있어서 보험감독업무시행세칙 제18조가 예정위험률을 자율적으로 산출하여 사용하도록 하고 있고, 경험통계의 부족 등으로 예정위험률을 산출할 수 없는 경우에 보험개발원이 제시한 참조위험률(참조순보험료)을 사용하거나 수정하여 사용할 수 있다.
- 따라서, 피심인들이 금융감독원의 행정지도를 수용할지 여부를 개별적으로 판단하여 순보험료를 산출하여야 함에도 담합을 통하여 순보험료를 참조순보험료(3.8%) 수준으로 산출하였으므로 피심인들의 행위를 행정지도에 따른 정당한 행위라고 할 수 없다.
- 금융감독원의 부가보험료에 대한 행정지도의 경우도 보험업법 등에 명문화된 근거가 없기 때문에 피심인들은 그 행정지도의 수용여부를 개별적으로 판단하여 부가보험료를 자율적으로 산출하였어야 하며, 그 행정지도의 내용도 지나친 보험료 인상을 자제하라는 것이지 담합을 통하여 보험료를 산출하라는 것은 아니므로 금융감독원의 행정지도가 위법성 조각사유가 될 수는 없다.

2. 서울고등법원 판결

2.1. 원고들의 주장

- ① 이 사건 보험료결정행위는 금융감독원의 적법한 행정지도에 따른 것으로서 공정거래 법상 부당한 공동행위에 해당되지 아니한다.
- 2000. 4. 1.자 보험료 결정은 금융감독원이 2000. 8. 1. 보험료 조정이 예정되어 있고, 보험료의 잦은 조정으로 보험계약자의 혼란이 초래될 우려가 있음을 이유로 보험료율은 종전 예정손해율 수준으로 책정하라고 행정지도 하여 종전과 동일하게 보험료를 결정 하여 신고한 것이다.
 - 2000. 8. 1.자 보험료 결정은 금융감독원이 순보험료율 인상율을 3.8%만 인상하도록 행정지도함에 따라 원고들은 순보험료와 연관되어 책정되어지는 부가보험료의 인상을 역시 같은 수준으로 인상하게 된 것이다.
- ② 가사 원고들의 행위가 부당한 공동행위에 해당한다 하더라도 이 사건 처분은 재량권을 일탈, 남용하는 등으로 위법하다.
- 보험업계에서 과거 오랜 기간 제도적 규제 및 보험가입자 보호와 자산건전성 등을 이유로 금융감독원의 행정지도 등이 광범위하게 이루어져 왔고, 손해보험사들의 부가보험료 자유화의 실행을 위하여 필요한 각종 보험료 산출관련 통계 및 기법 개발이 제대로 이루어지지 못함으로써 부가보험료 자유화를 앞두고 많은 혼란과 어려움을 겪고 있다.
 - 위와 같은 점들을 고려하면, 피고가 원고들에게 먼저 시정권고 등의 조치를 통하여 제도개선을 유도하지 않은 채 곧바로 이 사건 처분을 내린 것은 지나치게 가혹하고, 이 사건과 유사한 다른 부당한 공동행위 사건에서는 과징금납부명령에 처하지 아니한 점과 비교할 때 형평의 원칙에 어긋나는 등 재량권을 일탈하거나 남용한 위법이 있다.

2.2. 법원의 판단

- ① 부가보험료율과 관련하여 원고들이 주장하는 바와 같이 금융감독원이 행정지도를 한 사실이 인정된다.
- 부가보험료가 자율화되었으나 보험업법 제7조 제1항에 따라 부가보험료의 변경에 필요한 산출방법서류를 변경하기 위해서는 금융감독원의 인가를 받게 되어 있어 금융감독원은 위 인가권에 기하여 보험회사들의 보험상품의 부가보험료율 변경시 그 통계의 타

당성, 변경수준의 적정성에 대해 심사 및 행정지도를 하여 온 점이 인정된다.

- 행정지도 방식은 금융감독원이 각 보험회사의 총무격인 간사사에게 협의 또는 행정지도의 취지를 통보하면, 그 간사사가 보험회사들의 업무부장회의를 통하여 이를 다시 전달하는 방식으로 이루어졌다.
- ② 2000. 4. 1. 부가보험료 결정은 금융감독원이 2000. 8. 1. 까지 부가보험료자유화 조치를 유예하고, 보험개발원이 확정하여 제시한 참조 순보험료에 이미 정해져 있는 예정사업비율만큼을 부가보험료로 책정하여 인가 신청하도록 원고들에게 전달하여 이에 따르도록 한 사실이 인정된다.
- 보험개발원은 새로이 변경된 순보험료를 산출하지 않고, 종전 영업보험료에서 예정손해율(평균 73%)에 해당하는 만큼의 순보험료만을 분리하여 원고들에게 참조순보험료로 제시하였고, 원고들도 이를 기초로 하여 종전과 동일하게 기본보험료를 결정하여 금융감독원으로부터 인가를 받아 2000. 4. 1.자로 이를 실행하였다.
- ③ 2000. 8. 1.자 보험료 인상행위와 관련하여서는 금융감독원이 원고들의 간사사를 통하여 순보험료 및 부가보험료 인상율을 평균 3.8%로 하도록 행정지도를 하였다.
- 원고들은 보험개발원이 제시한 참조순보험료와 다른 것을 사용할 경우 별도의 요율증명을 받아야 하므로, 제시받은 참조순보험료를 그대로 적용할 수밖에 없었다.
 - 설령 원고들이 참조순보험료와 다르게 신고하더라도 금융감독원으로부터 인가될 가능성도 없었다.
 - 부가보험료의 경우도 금융감독원은 원고들이 예정사업비율을 초과하는 실적사업비율에 따라 부가보험료를 3.8% 이상 인상하고자 인가신청을 하는 경우 이를 인가하지 않겠다는 의사와 원고들이 합리적인 근거나 통계자료 없이 부가보험료를 인하하거나 3.8% 이하로 인상하는 내용으로 예정사업비율을 낮추어 인가신청하는 경우에도 보험재정의 부실화를 방지하기 위하여 인가하지 않겠다는 취지를 원고들의 간사사를 통하여 행정지도 하였다.
 - 원고들은 위와 같은 금융감독원의 행정지도에 따라 평균 3.8% 인상된 기본보험료를 결정하여 금융감독원의 인가를 받아 2000. 8. 1.자로 실행하였다.

(다) 주요 쟁점 및 이에 대한 판단

1. 행정지도에 따른 위법성 조각 여부 및 한계

1.1. 공정위 의결(이의신청 포함)

- 행정지도가 있었다고 하더라도 이를 따를 것인지 여부는 피심인들이 개별적으로 판단하여 자율적으로 결정하여야 한다.
- 만일 이 사건 보험료 인상율의 결정이 금융감독원의 행정지도에 의한 것이라 하더라도 그 결정이 각 보험회사들의 자율적인 판단에 의한 것이 아닌 경쟁사업자들인 보험회사들간의 합의에 의한 것임이 인정되는 경우에는 비록 행정지도가 있었다 하더라도 당해 범위만 행위의 위법성이 조각될 수 없다.

1.2. 서울고등법원 판결

- 원고들의 이 사건 2000. 4. 1.자 및 2000. 8. 1.자 보험료결정행위는 원고들이 보험료 변경 인가권자인 금융감독원의 행정지도에 따라 순보험료 및 예정사업비율이 결정되어 지고 이에 따라 이루어지는 보험료 산정방식에 의하여 산정된 기본보험료를 결정하여 신고하다보니 기본보험료가 동일하게 유지 또는 인상된 것으로 판단된다.³¹¹⁾
- 국내 자동차보험시장의 특성과 현황, 자동차보험료의 결정구조, 당시 자동차보험료가 국내 경제에 미치는 영향, 당시의 경제정책적 배경 등을 종합적으로 고려해 볼 때, 보험료 인상율이 동일하게 유지 또는 변경되었다는 사정만으로 원고들 사이에 보험료의 유지, 변경에 관한 공동합의가 있었다고 추정하기에는 거래통념상 합리성이 없다고 판단된다.
- 결국 원고들에 대한 이 사건 보험료의 유지, 변경에 관한 합의추정은 복멸된다.

2. 법률상 근거가 없는 행정지도에 따른 행위의 위법성 조각 여부

311) 판결은 구체적인 인정근거로 ① 금융감독원이 보험업법 제7조 제1항에 근거한 보험료변경 인가권에 기하여 보험회사들에 대하여 보험상품의 부가보험요율 변경시 미리 그 통계의 타당성, 변경수준의 적정성에 대하여 심사 및 행정지도를 하여왔던 점, ② 금융산업의 공익적 성격, 보험계약자 보호를 위하여 보험회사의 재무건전성이 중요시되는 특수성에 비추어 본다면 금융감독원의 위 보험료 변경 인가권에 터잡아 폭넓게 이루어지는 행정지도가 위법한 것으로 볼 수는 없는 점, ③ 보험료를 구성하는 순보험료와 부가보험료 중 부가보험료는 순보험료에 연동되므로 순보험료가 보험개발원에 의하여 제시되는 상황에서 부가보험료가 자유화되었다 하더라도 여전히 부가보험료는 금융감독원이 인가한 순보험료의 인상율과 함께 변동될 수밖에 없는 점, ④ 2000. 4. 1.자 보험료결정행위의 경우 금융감독원이 보험료의 잦은 변경에 따른 보험계약자의 혼란을 막고자 2000. 8. 1.까지 부가보험료 자유화 조치를 유예하고, 보험개발원이 제시한 참조순보험료에 이미 정해져 있는 예정사업비율만큼 부가보험료로 책정하여 인가신청하도록 행정지도한 점, ⑤ 2000. 8. 1.자 보험료결정행위의 경우 순보험료 인상과 관련하여 평균 5.4%의 인상요인이 있었음에도 물가상승 등 정책적 판단에 따라 보험개발원이 제시한 참조순보험료율의 70%인 3.8%만을 반영하는 것으로 조정하여 신고수리함으로써 순보험료에 대하여 행정지도한 사실이 인정되며, 보험회사들이 달리 신고하더라도 인가될 가능성이 없었던 점, ⑥ 일부 손해보험사가 참조순보험료 이상으로 보험료를 추가 인상하여 신고하였으나, 금융감독원에 의하여 당초 행정지도한 인상율대로 인가되었던 점, ⑦ 금융감독원이 자신이 행정지도한 예정사업비율을 초과하는 실적사업비율에 따라 부가보험료를 인상하거나 인하하는 모든 경우도 이를 인가하지 않겠다는 취지를 미리 전달하여 보험회사들로 하여금 부가보험료에 대해서도 기존 예정사업비율에 따라 책정하도록 행정지도하였던 점 등을 설시하였다.

- 공정위는 이 사건 8. 2.자 자동차보험료 결정과 관련하여 순보험료의 경우 비록 보험료 인상을 자제하도록 금융감독원이 행정지도를 한 사실이 인정되더라도 각 보험회사들이 순보험료를 산출함에 있어 보험업감독업무시행세칙 제18조가 보험료 산정의 기초가 되는 예정위험율을 자율적으로 산출하여 사용하도록 하고 있음을 근거로 피심인들은 그 행정지도의 수용여부를 개별적으로 판단하여 순보험료를 산출하여야 한다고 판단하였다.
- 부가보험료에 대한 행정지도의 경우도 보험업법 등에 명문화된 근거가 없기 때문에 피심인들은 그 행정지도의 수용여부를 개별적으로 판단하여 부가보험료를 자율적으로 산출하여야 한다고 한다.

(라) 논의 및 시사점

1. 행정지도에 따른 공동행위의 법적 성격

1.1. 행정지도와 위법성 조각

- 행정지도란 일반적으로 “행정기관이 일정한 행정목적의 실현을 위하여, 특정한 개인 또는 법인이나 기타의 단체에 대하여, 협력적 행위(작위·부작위)를 요청하는 희망의 표시인 비강제적인 사실행위”로 정의된다.³¹²⁾ 이러한 행정지도는 (i) 법률에 근거하여 이루어지는 것과, (ii) 법률의 근거없이 이루어지는 것으로 나누어지는데, 후자의 행정지도는 조직법(예컨대, 중앙행정기관은 정부조직법)상의 일반적인 권한을 근거로 행하여지는 것을 말한다.³¹³⁾
- 행정지도가 개입된 부당한 공동행위 사건³¹⁴⁾에서의 쟁점은 당해 부당 공동행위를 통해 형성된 경쟁제한적 결과가 관할 행정기관의 행정지도에 따라 이루어졌음을 이유로 위법성이 조각될 수 있는 것인지 여부이다. 왜냐하면, 일반적으로 행정지도가 개입된 부당한 공동행위의 성립여부와 관련하여 피심인의 지위에 있는 사업자들은 자신들의 행위가 관련 행정기관의 행정지도에 따른 것으로 이에 따라 이루어진 공동의 가격결정, 유지행위에는 공정거래법 제 58조(법령에 따른 정당한 행위)에 따라 공정거래법이 적용되지 않

312) 박윤훈, 최신 행정법강의(상), 1996, 514쪽.

313) 위 박윤훈, 519쪽.

314) 일반적으로 가격담합을 통하여 경쟁제한이 발생하는 것은 협정이나 합의의 성립과정에서 사업자간의 이해가 조정됨으로써 의견의 일치가 성립하고, 다른 사업자들의 행동에 대한 예측이 가능하기 때문인데 행정지도에 의하여 관할 행정기관의 가격과 관련된 통일적인 기준의 제시가 있는 경우는 사업자들 상호간에 가격행위에 대한 상호예측가능성이 커지거나 쉬워지므로 가격담합이 보다 용이하게 이루어질 수 있다. 이동규, 독점금지 및 공정거래에 관한 법률 개론, 1997, 294쪽 참조.

는다고 주장하거나 자신들의 행위에 정당한 사유가 있어 공정거래법 제 19조에 따른 부당한 공동행위가 성립되지 않는다고 주장하기 때문이다.

1.2. 공정위의 입장

- 이에 대해서는 당해 행정지도가 법령에 근거하여 이루어진 것인지 아니면 법령에 근거가 없거나 간접적으로 근거하여 이루어진 것인지에 따라 달리 보아야 한다는 것이 공정위의 실무적인 입장으로 보인다. 즉, 공정위는 법령에 근거가 없거나 간접적으로 근거한 행정지도에 따른 사업자 또는 사업자단체의 행위가 담합요건을 갖추는 경우 원칙적으로 공정거래법 위반에 해당되지만, 법령에 근거한 정당한 행정지도에 따른 담합은 공정거래법 제58조³¹⁵⁾에 따라 공정거래법이 적용되지 않는다는 입장인 것으로 보인다.
- 이에 대해서는 행정지도에 의한 사업자간의 담합이 있는 경우는 그 행정지도의 근거 및 사유, 구체적인 내용 및 형태에 따라 판단해야 할 것이나 원칙적으로 범위반에 해당된다는 견해³¹⁶⁾와 공정거래법 제58조에 의한 적용제외는 법률 또는 법률에 의한 명령에 따라 행하는 정당한 행위에 한정되어야 한다면서, 조문상의 ‘다른 법률 또는 그 법률에 의한 명령’이란 법률, 대통령령, 부령, 고시와 법령에 경쟁제한에 관한 구체적인 근거가 있는 행정처분 등을 포함하는 것으로 보아야 한다는 견해³¹⁷⁾가 있다.
- 또한 비록 법률에 의한 명령의 범위내에서 이루어진 행위라 할지라도 정당한 행위란 사업자 또는 사업자단체의 행위가 다른 법률 또는 그 법률에 의한 명령의 범위내에서 이루어진 필요최소한도의 구체적인 행위를 뜻하므로 명령의 범위를 일탈하거나 그 명령을 달성하기 위하여 필요하다고 보기 어려운 경우에는 정당한 행위로 볼 수 없다고 한다.³¹⁸⁾ 이에 대해서는 판례도 “공정거래법 제58조에서 말하는 법률은 당해 사업의 특수성으로 경쟁제한이 합리적이라고 인정되는 사업 또는 인가제에 의해 사업자의 독점적 지위가 보장되는 반면 공공성의 관점에서 고도의 공적 규제가 필요한 사업 등에 있어서 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률 또는 그 법률에 의한 명령의 범위 내에서 행

315) (법령에 따른 정당한 행위) “이 법의 규정은 사업자 또는 사업자단체가 다른 법률 또는 그 법률에 의한 명령에 따라 행하는 정당한 행위에 대하여는 이를 적용하지 아니한다.”

316) 위 이동규, 295쪽. 이에 따르면 행정지도에 의한 관여 내지 개입을 근거로 하여 그 위법성 조각을 인정하게 되면 행정청의 재량을 법률에 명시된 금지보다도 우선하게 되는 부당한 결과가 발생하게 된다고 한다. 즉, 공정거래법에 의한 규제는 제정법률의 적용으로 그 기준도 법률에 명확하게 규정하고 있으며, 그 적법성은 사법심사의 대상으로 되어 있는데 반하여, 행정청에 의한 행정지도는 대부분의 경우 명시적인 권한위임이 없으며, 각 행정청의 권한분장을 근거로 실시되어 그 적부를 판단할 명백한 기준이 없으며, 행정청의 재량의 범위내에서 실시되어 법적 강제력이 없으므로 그 적부를 심사할 법적 수단이 거의 없기 때문이라 한다.

317) 이남기, 개정판 경제법, 1999, 378쪽.

318) 위 이남기, 제378쪽.

하는 필요최소한의 행위를 말한다”라고 하여³¹⁹⁾ 공정거래법 제58조에 기한 정당한 행위로 인정될 수 있는 범위를 일정하게 제한하고 있다.

1.3. 판례의 입장

- 서울고등법원 1992. 1. 29. 선고 91구2030 판결에서 “...행정지도는 비권력적 사실행위에 불과한 것이어서 그에 따름이 강제되는 것이 아니므로 사업자단체로서는 독자적으로 공정거래법 위반 여부를 판단하여 행동하였어야 할 것이고, 독점거래법의 운영은 행정부 내에 있어서 독립된 지위를 가진 공정거래위원회의 권한으로 되어 있으므로, 가사 원고와 소외회사 간의 위 합의가 상공부의 행정지도에 의한 것이라 하더라도 그것만으로 위법성이 조각된다거나 또한 그 시정을 명함이 금반언의 원칙에 반하여 허용될 수 없다 할 것이니...”라고 판시하여 합의(담합)가 행정지도에 의한 것이라 하더라도 그것만으로는 위법성이 조각되지 않는다는 입장을 보인 바 있다.
- 한편, 맥주 3사의 규격별 출고가격이 동일한 인상율로 인상된 행위가 문제된 서울고등법원 2000. 12. 28. 선고 2000누1418 판결에서는 “... 맥주가격의 인상이 전적으로 재정경제원과 국세청의 승인여부에 달려있고, 종류별, 용량별 구체적인 가격까지도 사실상 국세청과 협의를 거쳐 결정되는 점, 비록 법령상 재정경제원과 국세청과의 사전협의 내지 사전승인제도가 규정된 바 없다고 하더라도 재정경제원과 국세청이 행정지도 등을 통하여 가격인상율을 사실상 강제하여 온 점, 재정경제원과 국세청은 맥주 3사의 가격인상 요구에 훨씬 미치지 못하는 인상율만을 허용함으로써 맥주 3사는 사전협의된 가격인상율 전부를 가격인상에 반영할 수밖에 없게 되어 사실상 맥주 3사의 맥주가격이 유사해질 수밖에 없고, 그 인상시기 또한 국세청의 지도에 따라 결정되는 점 ... 등을 종합하면, 이 사건 맥주가격 인상행위는 가격선도업체인 원고가 원가 인상요인으로 인하여 재정경제원의 인상허용, 국세청과의 협의 및 승인을 거쳐 독자적으로 가격을 인상하였는데 ... 등을 종합적으로 고려해 볼 때, 가격인상율이 동일하고 그 인상시기가 비슷하다는 사정만으로 맥주 3사 사이에 가격인상에 관한 공동합의가 있었다고 추정하기는 거래통념상 합리성이 없다고 판단되므로 결국 이 사건 가격인상에 관한 합의추정은 부결된다고 할 것이다”라면서 동 사건에 대한 공정위의 시정명령 등을 취소하였다. 이 판결은 비록 원고가 자신을 포함한 맥주 3사들의 행위는 적법한 국세청의 행정지도에 따라 행해진 것이므로 위법성이 조각되어야 한다고 주장은 하였지만, 법원은 국세청의 가격인상율에 대한 행정지도가 있었음은 인정하면서도 이를 이유로 위법성이 조각된다고 직접적으로 판단

319) 대법원 1997. 5. 16. 96누150

하기보다는 이러한 점이 공정거래법 제19조 제5항에 의한 합의추정을 복멸시키는 하나의 사유가 될 수 있다는 입장이다.³²⁰⁾

- 위와 같은 서울고등법원의 판례들만으로 법원이 행정지도에 의한 공동행위에 대하여 일률적으로 위법성 조각이 인정된다는 입장에 있는 것으로 보기는 어렵다고 생각한다. 오히려 판례는 법령의 근거가 있는 행정지도에 따른 행위라 할 지라도 그 행위의 원인으로써 행정지도가 있었다는 사실만으로는 부족하고, 당해 행위의 경쟁제한성을 용인하여야 할 또 다른 합리적인 근거가 있는 경우에 한하여 위법성 조각을 인정하여야 한다는 입장에 가까운 것으로 보여진다.

2. 이 사건의 경우

2.1. 공정위 의결

- 공정위는 피심인들의 2000. 4. 1.자 및 2000. 8. 1.자 자동차보험료 결정에 대해서 금융감독원이 보험료를 종전 예정손해율 수준으로 책정하기로 방침을 정하여 이런 뜻을 업계에 전달하여 이를 따르도록 하거나, 보험개발원에서 산정한 참조순보험료의 인상율을 일정 비율(3.8%)로 조정하여 그 수준으로 보험료를 인상하라는 행정지도를 하였고, 피심인들이 이에 따라 종전 수준으로 보험료를 결정한 점을 인정하면서도, 순보험료에 대해서는 보험개발원장이 금융감독원의 인가를 받아 제시한 참조순보험료를 참조하여 개별적으로 결정하고, 부가보험료는 부가보험료 자유화 취지에 따라 그 행정지도의 수용여부를 개별적으로 판단하여 자율적으로 결정하여야 한다고 판단하였다.
- 즉, 공정위는 행정지도의 비권력적 속성에 주목하여 이를 따를 것인지 여부는 사업자 스스로 개별적으로 판단하여 결정하여야 함에도 보험회사들이 이른바 “자동차업무부장회의”를 통하여 보험료를 결정한 것은 비록 행정지도에 따른 것이라 하여도 부당한 공동행위에 해당한다고 판단한 것으로 보인다.
- 이러한 판단은 이 사건 자동차 보험료 산정과 관련한 금융감독원의 행정지도가 기본보험료를 평균 3.8%로 고정하여 인상하도록 지도하였다고 볼 수 없고, 실령 평균 3.8%로 고정하여 인상하도록 지도하였다 하더라도 그 행정지도 내용이 공동행위를 하도록 하는 것은 아니라는 점을 주된 근거로 한다. 또한 피심인들은 비록 금융감독원이 참조순보험료율을 3.8%로 하향 조정하도록 지도하였으나, 피심인들에 따라서는 자신의 경영실적과

320) 동 판결에 대해서는 공정거래위원회가 상고하여 현재 대법원에 계류중인 것으로 알려져 있다.

영업정책을 고려하여 보험료를 평균 3.8% 이하로 인상하여 신고할 가능성을 완전히 배제할 수는 없다는 점도 주목한다.

- 위와 같은 공정위의 판단에 비추어 본다면 공정위는 이 사건에서의 금융감독원의 행정지도는 관련 법령에 직접적인 근거없이 조직법(예컨대, 정부조직법)상의 일반적인 권한에 기하여 이루어진 것으로 보고 있는 것으로 생각된다. 따라서 이 사건의 경우 법령에 직접적인 근거없이 이루어진 금융감독원의 행정지도에 대하여 이를 수용할지 여부는 사업자가 개별적으로 판단하여야 함에도 담합을 통하여 그 수용여부 및 참조순보험료 변동폭을 공동으로 결정한 것으로 부당한 공동행위에 해당한다는 것이다.
- 이러한 공정위의 판단은 법령에 근거가 없거나 간접적으로 근거한 행정지도에 따른 사업자 또는 사업자단체의 행위가 담합요건을 갖출 경우 원칙적으로 공정거래법에 위반된다는 공정위의 기본적인 실무입장에 기초한 것으로 생각된다.
- 그러나, 이와 같은 공정위의 입장에 비추어 만일 법적 근거가 있는 행정지도라 할 지라도 합의를 통하여 경쟁사업자 모두가 함께 따르기로 하는 경우 이러한 공동행위 역시 당연히 위법하다는 결론까지 내리기는 어려워 보인다. 이에 대하여서는 행정지도가 비권력성(복종의 임의성)을 기본성격으로 한다는 점에서는 비록 행정지도의 법률상 근거가 있다 하더라도 이를 따를 것인지 여부는 각 사업자들이 개별적으로 판단하여 자율적으로 결정하여야 함에도 이를 담합하여 공동으로 결정하였다면 이는 부당한 공동행위가 된다는 입장도 있을 수 있겠지만, 당해 개별 사업자들의 행위가 공정거래법 제58조상의 “법률에 의한 정당한 행위”로 인정될 수 있다면 이러한 행위가 경쟁사업자들의 합의를 통하여 공동으로 이루어졌다고 하여 이를 당연위법으로 볼 수는 없을 것으로 생각된다.

2.2. 서울고등법원 판결

- 이 사건에 대한 서울고등법원의 판결을 분석해 보면, 공정위의 판단과 가장 차이가 나는 점은 공정위가 금융감독원의 이 사건 행정지도가 법령의 근거없이 행정기관의 일반적인 권한에 기하여 이루어졌음을 전제로 하는 것에 비하여, 법원은 이 사건 행정지도가 법령의 근거하에 이루어졌다고 인정한 점이다.
- 즉, 법원은 비록 부가보험료의 자유화 조치에 따라 보험회사들이 자율적으로 부가보험료를 결정할 수 있게 되었으나, 보험업법 제7조 제1항의 규정에 따라 부가보험료 변경에 필요한 산출방법서류를 변경하기 위하여서는 금융감독원의 인가를 받도록 되어 있

으므로 금융감독원은 위 인가권에 기하여 보험회사들에 대하여 보험상품의 부가보험료를 변경시 그 통계의 타당성, 변경 수준의 적정성에 대하여 심사 및 행정지도를 하여 왔다는 점을 인정하면서, 이와 같이 보험업법상의 보험료 변경에 관한 인가권에 터잡아 이루어지는 금융감독원의 행정지도는 보험업계의 특수성³²¹⁾에 비추어 적법하다고 판단하였다.

- 또한 법원은 금융감독원이 순보험료의 경우 보험개발원이 제시한 참조순보험료와 다른 것을 신고하더라도 인가할 가능성이 없었으며, 부가보험료의 경우에도 보험회사들에게 미리 예정사업비율을 초과하는 실적사업비율에 따라 부가보험료를 인상, 책정하더라도 이를 인가하지 않겠다는 취지와 부가보험료를 낮게 책정할 경우에도 보험재정의 부실화를 방지하기 위하여 이를 인가해 주지 않겠다는 취지를 전달하여 보험회사들로서는 부가보험료에 대해서 금융감독원의 행정지도를 따르지 않을 수 없었다는 점을 인정하였다. 즉, 금융감독원의 순보험료와 부가보험료에 대한 행정지도가 이 사건 보험회사들에 가지는 사실상의 구속력을 인정하였다.
- 결국 법원은 이 사건 보험회사들의 2 차례 걸친 보험료 결정행위의 부당한 공동행위 해당여부의 판단에 있어 금융감독원이 보험료 변경에 대한 인가권에 기하여 순보험료 및 부가보험료에 대한 사실상 구속력 있는 행정지도를 하였다는 점, 이 사건 보험회사들이 이에 따라 기본보험료를 산정하여 신고하다보니 기본보험료가 동일하게 유지 또는 인상된 것이라는 점 및 여러 정황³²²⁾들을 종합하여 보면 단지 보험료 인상율이 동일하게 유지 또는 변경되었다는 사정만으로는 이 사건 보험회사들 사이에 보험료의 유지, 변경에 관한 공동합의가 있었다고 추정하기에는 거래통념상 합리성이 없다면서 이 사건 공동행위의 합의추정은 복멸된다고 판단하였다.

3. 결 론

- 결론적으로 이 사건 공정위의 의결과 서울고등법원의 판결은 공정위가 금융감독원의 행정지도가 법률적인 근거가 없을 뿐만 아니라 설령 있다고 하더라도 이 사건 보험회사들이 이를 따라 보험료를 결정하여야 할 아무런 구속력이 없다고 본 반면, 법원은 이 사건 행정지도는 보험업법상 보험료 변경에 관한 인가권에 근거한 것으로서 보험회사들로서는

321) 보험산업이 다수의 일반 소비자들을 대상으로 하는 금융산업으로서 공익적 성격이 강한 점, 보험자금의 운용은 금융 및 실물경제에 미치는 과급효과가 적지 아니 한 점, 사전에 보험료를 지급하고 사후 보험사고 발생시 보험금을 지급받게 되는 구조상 보험계약자의 보호를 위해서는 보험회사의 재무건전성 감독이 중요시된다는 점 등이 열거되었다.

322) 국내 자동차보험시장의 특성과 현황, 자동차보험료의 결정구조, 행위 당시 자동차보험료가 국내경제에 미치는 영향, 당시 경제정책적 배경이 열거되었다.

이에 근거한 금융감독원의 행정지도를 따를 수밖에 없었다는 사실을 인정하였다는 점에 가장 중요한 차이가 있다.

- 그러나 이 사건 법원의 판결이 행정지도와 관련된 공정위의 실무상의 기본적인 입장과 전면 배치되는 것이라고 보기는 어렵다고 생각된다. 즉, 이 사건 판결은 행정지도에 따른 공동행위의 적법성 여부, 즉 공정거래법 제58조의 적용여부를 정면으로 다루었다기보다는 동법 제19조 제5항에 기한 합의추정이 합리적인 근거에 기한 것인지에 보다 더 초점을 둔 것으로 생각된다.
- 이 사건의 경우도 위에서 살펴본 맥주 3사의 부당한 공동행위 건에서와 마찬가지로 금융감독원의 행정지도가 있었고, 이를 사실상 보험회사들이 따를 수밖에 없었음을 인정하면서 이 이유를 당해 보험회사들의 보험료 유지 및 인상행위의 위법성이 조각된다고 판단하기보다는 행정지도가 있었다는 점 및 보험회사들이 이를 따를 수밖에 없었다는 사실을 공동행위의 합의추정의 복명사유들 중의 하나로 보았을 뿐이다. 이 사건은 2002. 12 현재 대법원에 상고되어 계류중이다.

(2) (사)한국야구위원회의 사업자단체금지행위에 대한 건(의결 제2001-30호);
(사)한국야구위원회의 이의신청에 대한 건(재결 제2001-049호)

(가) 사건의 개요

공정거래위원회(이하 “공정위”라 함)는 2001. 3. 9. 의결 제 2001-30호를 통하여 피심인 사단법인 한국야구위원회(이하 “피심인”이라 함)가 프로야구의 경기운영, 구단운영 및 선수에 관한 사항을 규율하는 「한국야구위원회규약」(이하 “규약”이라 함)을 제정·시행함에 있어 다음과 같은 제도를 구성사업자인 프로야구구단과 그 거래상대방인 선수들에게 시행하여 온 사실을 인정하였다.

1. 보류제도

보류제도는 당해 연도 다음해에 구단이 소속선수와 재계약을 하기 위하여 해당 선수를 구단에 보류하는 제도로서, 구단은 보류기간(매년 11. 30.부터 다음 다음해인 1. 31.까지) 동안

소속선수에 대해서 선수계약 체결권을 가지며, 보류기간 동안에는 소속선수들은 타 구단과의 계약교섭과 타 구단을 위한 모든 야구활동이 금지된다. 규약 제55조에 의하면 보류기간의 종료에 따라 보류선수 공시일인 매년 11. 30.부터 보류기간 종료일인 다음 다음해 1. 31.까지 소속구단과 계약을 체결하지 못하는 선수는 임의탈퇴선수가 되어 선수활동을 할 수 없게 된다.

2. 일방적인 트레이드 제도

피심인은 구성사업자인 구단이 선수와 체결한 계약을 임의로 다른 구성사업자인 타 구단에 양도할 수 있도록 규정하여(규약 제86조) 시행하는 한편, 선수계약의 양도와 관련하여 구단과 선수간 계약체결시 선수로 하여금 선수계약의 양도를 사전에 합의하도록 규정하여(규약 제87조) 시행하고 있다.

3. 자유계약 선수제도

피심인은 선수가 자유계약선수(Free Agent: FA)로 되기 위해서 10 정규시즌 이상 프로야구 선수로 활동하여야 함을 규정하여(규약 제164조) 시행하고 있고, 구단이 계약할 수 있는 자유계약선수의 수를 제한하여 전체 자유계약자격 취득선수 수보다 적게 규정하여(규약 제172조) 시행하고 있다.

4. 대면계약 제도

피심인은 구단과 선수 사이의 계약체결을 구단임원 또는 피심인 사무처에 등록된 구단 직원과 선수가 직접 대면하여 하도록 규정하여(규약 제30조) 시행하고 있다.

프로야구 경기의 성격에 기인한 프로스포츠 특유의 보류제도, 트레이드 제도, FA제도 등의 필요성은 인정된다 하더라도 ① 프로야구 8개 구단만을 구성사업자로 하는 피심인이 자기의 규약을 통하여 구단의 거래상대방인 선수의 의사와 관계없이, 또한 어떠한 단체교섭 등에 준하는 절차없이 선수의 권리와 의무에 관한 사항 및 선수와 구단 사이에 관한 사항을 일방적으로 제정하여 선수들은 이를 따를 수밖에 없는 점, ② 위 규약의 개정을 피심인의 이사회 의결사항으로 함으로써 선수들의 의사와 관계없이 피심인 구성사업자인 구단에게만 유리한 방향으로 개정할 수 있도록 허용하고 있는 점, ③ 실제로 위 규약내용은 선수들의 이익이

반영되었다기보다는 선수공급시장에서의 수요자측인 구단들의 이익에 지나치게 부합하고 있다는 점 등을 고려할 때, 피심인과 그 구성사업자들의 경기운영에 관한 합리적 이익 보장에 필요로 하는 한계를 벗어난 것이다.

따라서 이러한 제도들은 선수들의 구단선택권·교섭권 등 프로야구선수의 공급시장에서 피심인의 구성사업자인 구단과 구단의 거래상대방인 선수 사이의 거래를 지나치게 제한함으로써 구단의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하거나, 구단으로 하여금 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 거래상대방인 프로야구 선수들에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정·변경 또는 그 이행과정에서 불이익을 주는 불공정거래행위를 하게 한 행위로 인정된다.

이에 따라 공정위는 피심인이 위와 같은 규약 내용을 통하여 구단의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위를 하거나(공정거래법 제1항 제3호), 구단으로 하여금 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 거래상대방인 프로야구선수들에게 공정거래법 제23조 제1항 제4호 소정의 불공정거래를 하게 한 행위(공정거래법 제26조 제1항 제4호)를 인정하고, 공정거래법 제27조를 적용하여 피심인에 대하여 시정명령 및 위 문제된 제도들을 규정한 규약상의 제반 조항들의 수정 또는 삭제를 명하였다.

이에 피심인은 이의신청을 통하여 위 시정명령 등의 취소를 구하였으나 공정거래위원회는 2001. 9. 26. 이의신청을 기각하는 재결처분을 하였다.

(나) 당사자의 주장 및 판단

1. 사업자단체의 적격여부

1.1. 피심인의 주장

- 프로야구가 하나의 구성사업자가 독자적으로 사업을 수행할 수 없기 때문에 개별사업자들이 집합적으로 하나의 경제적 단일체(single entity)를 형성하는 경우에 해당되어 공정거래법상 사업자단체에 해당하지 않는다.

1.2. 공정위의 판단

- 공정거래법상의 사업자단체는 그 형태 여하를 불문하고 2 이상의 사업자가 공동의 이익

을 증진할 목적으로 조직한 결합체 또는 그 연합체이다(공정거래법 제2조 제4호).

- 이 사건의 경우 피심인의 구성사업자인 프로야구 구단들은 프로야구 경기를 계속적·반복적으로 제공하고, 그 반대급부로서 입장료 및 중계권료 등을 받으면서 다양한 경제적 활동을 하는 자들이므로 각 구단은 공정거래법 제2조 제1호에서 규정하는 사업자에 해당한다.
- 피심인은 자신의 정관상에 정해진 목적, 구성 및 사회적 존재로서의 조직성(독립성)을 고려할 때, 국내에서 모든 프로야구 흥행사업을 영위하는 지위에 있는 8개 프로야구 구단을 구성사업자로 하여, 프로야구 발전과 구성사업자 사이의 공동의 이익증진을 목적으로 조직된 결합체로서 공정거래법 제2조 제4호가 규정하는 사업자단체에 해당된다.
- 사업자단체인지 경제적 단일체로서의 사업자인지 여부는 개별·구체적으로 판단되어야 할 것인바, 피심인이 인용하는 미국판례³²³⁾의 경우 경제적 단일체이론은 전국농구연맹(NBA)의 방송권 판매에 관련하여서만 적용된 것이고, 프로농구 선수들에 대한 경쟁제한 행위에 대해서는 NBA를 경제적 단일체가 아닌 합작투자사업체(Joint Venture)로서의 법리를 적용하고 있는 점에 비추어 이 사건의 경우에는 경제적 단일체론을 적용할 수 없다.

2. 공정거래법의 적용제외 여부

2.1. 피심인의 주장

- 프로야구에 대하여서는 일본의 경우 독점금지법을 적용하지 않고 있고, 미국의 경우도 예외적인 경우에만 적용하고 있는데, 매년 엄청난 적자에 시달리는 우리나라 프로야구의 현실을 감안하면 공정거래법의 적용이 시의적절하지 않다.

2.2. 공정위의 판단

- 일본의 경우 프로스포츠에 대한 독점금지법의 전면적인 적용제외 법리가 없다.
- 미국의 경우 전통적으로 프로야구의 경우 독점금지법을 적용제외하여 왔으나, 최근 입법(Curt Flood Act, 1998)은 메이저리그 프로야구 선수의 고용에 직접 영향을 미치는 사항에 대하여서는 독점금지법을 적용하는 등 프로스포츠에 있어서 선수에 대한 경쟁제한행위는 독점금지법의 적용대상이 되는 추세에 있다.

323) *Chicago Prof'l Sports Ltd. Partnership v. National Basketball Ass'n*, 95 F.3D 593(7th Cir. 1996)인 것으로 보인다.

- 우리나라 기업들의 경우 프로야구에 의한 기업·상품 이미지 혹은 인지도의 제고와 실제 판매전략에의 순효과 등을 감안할 때 구단운영의 적자만으로는 법 적용제외의 이유가 되지 못한다.

3. 보류제도·일방적인 트레이드 제도·자유계약선수제도의 불가피성

3.1. 피심인의 주장

- 보류제도나 제한적인 자유계약선수제도는 미국, 일본의 경우와 비교할 때 기간에 있어서 미미한 차이가 있을 뿐, 선수들이 구단을 자유롭게 변경할 수 없게 됨이 우리나라에만 해당하는 문제가 아니므로 부당하지 않다.
- 일방적인 트레이드제도 역시 상호 선수교환을 통해 구단 사이에 일정한 실력의 평준화를 도모하려는 것으로서 프로야구 존립에 필수적인 제도이다.
- 대면계약제도는 선수들이 자신에게 필요한 조력을 구하는 것이 전혀 제한되지 않으므로 선수에게 부당하게 불리한 조항이 아니다.

3.2. 공정위의 판단

- 프로야구의 특성에 기인하는 제도의 필요성은 인정되나 프로야구 구단의 흥행여부는 전력평준화뿐만 아니라 스타급 선수의 존재, 구단의 팬 서비스 등에도 크게 의존하는 것이고, 다른 국내 프로스포츠에서는 프로야구와 같이 엄격한 보류제도 및 일방적 트레이드 제도를 운영하지 않고 있는 점등을 감안하면 이러한 제도들은 피심인과 구성사업자들의 합리적 이익을 보장하는 정도 또는 한계를 넘어서는 것으로서 구단과 선수사이의 거래를 지나치게 제한하여 프로야구선수 공급시장의 질서를 왜곡시키는 것이다. 공정위는 이 사건 규약상의 여러 제도가 불공정거래에 해당되는 구체적인 이유를 제도별로 제시하였다.

① 보류기간의 종료 관련(제55조)

- 보류기간이 종료된 선수는 임의탈퇴선수로 되어 선수활동을 할 수가 없어 구단과의 연봉협상이 타결되지 않거나 지연된 경우 당해 선수는 소속구단과 불리한 조건이라도 계약을 체결할 수밖에 없는 현실이다.
- 또한 탈퇴선수가 복귀하고자 할 때 선수가 구단을 선택할 수 있는 것이 아니라, 탈퇴 당시의 소속구단과 다시 선수계약을 체결하여야 하기 때문에 당해 선수는 소속구단과

불리한 조건이라도 계약을 체결할 수밖에 없는 실정이며, 일단 선수계약이 불리하게 체결되더라도 이의제기 등을 통한 조정제도나 사전·사후적인 구제절차조차 마련되어 있지 않다.

② 선수계약의 양도(제86조) 및 사전합의(제87조) 제도

- 구단은 선수공급시장에서 자기 소속선수를 참가활동기간 중 또는 보유기간 중에 타 구단에 일방적으로 양도할 수 있다.
- 한편, 선수가 타 구단과 내통하여 자신의 소속구단에게 선수계약의 양도를 강요할 경우 총재는 당해 선수 및 내통한 구단에 대하여 일정한 제재금을 부과하고, 당해 선수와 구단이 선수계약을 하지 못하도록 하며, 내통에 관여한 구단 임직원에게도 일정기간 직무정지를 명할 수 있어 선수는 사실상 신인선수 때에 한 번 정해진 구단에서 다른 구단으로 옮겨가는 것이 FA 선수자격을 취득하는 외에는 사실상 불가능하다. 즉, 선수공급시장에서의 질서가 구단과 그 결합체인 피심인에 의하여 일방적으로 형성될 수 있음을 의미한다.

③ 자격취득조건(제164조), 구단당 획득선수의 수(제172조)

- 자유계약선수(FA) 제도의 경우 자격취득 요건을 10 정규시즌 이상으로 규정함에 따라 현실적으로 선수들의 부상이나 군복무 기간을 감안한다면, 그 자격을 취득하기가 매우 어렵고, 설사 FA 자격을 취득하더라도 구단이 계약을 체결할 수 있는 자유계약선수의 수를 일정하게 제한함으로써 계약체결시 구단에게 일방적으로 유리한 협상 여건을 조성하는 반면, FA 선수들의 협상력을 크게 제한하고 있다.
- 자유계약선수가 기존 소속구단이 아닌 다른 구단과 선수계약을 체결하고자 할 경우 다른 구단은 기존 소속구단에게 참가활동보수의 50%를 인상한 금액의 200%(즉, 전년도 연봉의 300%)와 다른 구단이 정한 20명의 선수 이외의 1명을 기존 소속구단에 부상하도록 되어 있고, 만일 기존 소속구단이 선수를 요구하지 않을 경우 당해 FA 연봉의 450%를 보상하도록 하여 프로야구 선수공급시장에서의 거래를 제한하고 있다.

④ 대면계약(제30조)

- 구단의 임원 또는 피심인에 등록된 구단직원과 선수가 대면계약을 하는 이외에 다른 계약방법 및 절차를 인정하지 않아, 법률적 지식이 부족하고 계약내용의 주요변수인 같은 구단의 다른 선수들의 경기기록 등을 분석할 능력이 선수들에게는 부족하다는 점에서 부당할 뿐 아니라 이는 계약의 체결 방법 및 절차는 계약당사자가 결정할 사항인 점에 비추어 보아도 부당하다.

- 미국, 일본뿐만 아니라 국내 프로축구나 프로농구에서도 선수의 대리인을 인정하고 있는데, 프로야구선수가 변호사 등의 입회하에 계약을 체결하지 못하고 있음이 분명한 이상 피심인들의 주장은 이유없다.

4. 단체교섭사항과 공정거래법 적용제외

4.1. 피심인의 주장

- 현재 프로야구선수협회의 요구사항들을 수용하고 있는 등 단체교섭(collective bargaining)을 진행하고 있으므로 피심인 규약에 대한 공정거래법 적용은 배제되어야 한다.
- 현 시점에서 프로야구 분야에서 공정거래법을 적용하는 것은 시의적절하지 않다. 이러한 주장의 근거로 현재 구단들이 매년 수백 억원의 적자를 보고 있어 법적 분쟁에 따른 추가적 비용을 감수하기 어렵다는 점, 2001년 출범한 제3기 선수협회는 이전의 선수협회의와는 달리 각 구단에 소속된 선수 전원을 구성원으로 하여 실질적으로 노조에 가까운 협상력을 갖게 되었으므로 단체교섭(collective bargaining)의 기반이 마련되었다는 점, 미국 등 선진국에서도 프로스포츠 분야에 대한 경쟁법 적용은 매우 신중하게 하여 온 점을 제시하였다.

4.2. 공정위의 판단

- 문제된 규약상의 제반 제도들이 프로야구선수협회의 출범 이전에, 그리고 선수와의 어떠한 단체교섭 또는 이에 준하는 정도의 고려 없이 피심인에 의하여 일방적으로 제·개정되어 온 것이 명백하고, 이들 사이의 교섭이 향후 어떻게 진행될지 여부가 매우 불확실하기 때문에 법 적용을 배제해야 한다는 주장은 이유 없다.
- 프로야구에 의한 기업, 상품 이미지의 제고와 판매전략에의 순효과 등을 감안할 때 피심인이 매년 적자를 보고 있다는 사정만으로는 법 적용제외 사유가 될 수 없다.

(다) 논의 및 시사점³²⁴⁾

1. 피심인을 공정거래법상의 사업자단체로 볼 수 있는가?

324) 이 사건은 아래 쟁점 외에도 보류제도, 트레이드제도, 자유계약선수제도, 대면계약제도 등에 관한 규약상의 여러 규정들에 대한 사업자단체의 금지행위(공정거래법 제26조) 해당여부에 대한 쟁점들이 있으나 아래에서 본 연구주제인 적용제외와 관련된 쟁점만을 정리하였음.

- 공정위는 미국 판례(Chicago Bulls, 1996)에서와 같이 개별 사업자들이 집합적으로 하나의 경제적 단일체를 형성한 것이므로 사업자단체로 볼 수 없다는 피심인의 주장에 대하여 피심인은 정관상의 목적, 구성 및 사회적 존재로서의 조직성(독립성)을 고려할 때, 8개 프로야구 구단을 구성사업자로 하여 프로야구의 발전과 구성사업자 사이의 공동이익의 증진을 목적으로 조직된 결합체로서 법 제2조 제4호가 정한 사업자단체에 해당한다고 판단하였다.
- 공정위는 피심인의 구성사업자인 프로야구 구단의 경우 프로야구 경기를 스스로 생산할 수 없는데, 이는 곧 각 구단들이 프로야구 경기의 생산에 터잡아 사업을 지속적으로 영위하기 위해서는 반드시 상호협력이 요구된다는 점을 강조한다. 즉, 프로야구 경기의 경우 아무리 뛰어난 구단이라 하더라도 프로야구 시장에서 완전히 독립적인 경쟁자로서의 지위를 누리지 못하며, 상호의존적 경쟁자로서의 지위를 갖게 되는 것이며, 구단간 전력평준화 등을 통해 보다 나은 프로야구 경기를 생산하기 위하여 구단 사이의 협력이 필요하여 다른 제조업이나 서비스업과는 다른 성격을 가진다는 것이다.
- 공정위는 이 사건 피심인과 같은 프로스포츠 리그를 사업자단체로 볼 것인지 미국 일부 판례가 채용하고 있는 경제적 단일체(Single Entity)인 사업자로 볼 것인지는 일률적으로 결정하기보다는 개별·구체적으로 판단하여야 한다는 입장으로 해석된다.
- 피심인이 인용하고 있는 미국 판례인 것으로 보이는 Chicago Professional Sports Ltd. Partnership v. National Basketball Ass'n, 95 F.3d 593, 597(7th Cir. 1996) 판결에서도 전국프로농구협회(NBA)의 성격을 방송권 판매에 대해서는 경제적 단일체로 보았다. 즉, NBA를 구성하는 팀들이 별개로 조직되고, 각자의 다른 소유주들이 최대의 이익을 창출하기 위해 개별적으로 노력하는 것이 사실이라 하더라도 그 팀들 모두는 오직 NBA에 참여를 위한 목적으로 조직된 것이며, 그 목적과 현저히 다른 목적의 사업을 수행할 수 없다는 점에서 NBA는 하나의 경제적 단일체로 보아야 한다는 것이다.
- 결국 위와 같은 다른 나라들의 판례 및 입법의 경향에 비추어 보더라도 프로스포츠리그는 그 리그를 구성하는 각 팀들의 Joint Venture, 즉 우리 공정거래법상 사업자단체로서의 성격을 가진다고 봄이 합당하다. 특히 이 사건에서의 우리나라 프로야구 구단들의 경우 구단들이 개별적으로 소유되고 있으며, 각 구단의 수입이 구단간의 약정에 따라 일정한 비율로 배분되는 것도 아니므로 각 구단은 개별, 독립적인 경제적 이해를 가진 사업자

로 보아야 하고, 이들 구단들의 결합체인 한국야구위원회는 사업자단체로서의 적격성을 가진다고 할 것이다.³²⁵⁾

2. 단체교섭행위에 해당될 경우 공정거래법 적용이 제외되는가?

- 이 사건에서 피심인은 현재 프로야구선수협회의 요구사항들을 수용하고 있는 등 선수들과의 단체교섭(collective bargaining)이 진행되고 있기 때문에 피심인 규약에 대한 공정거래법 적용은 배제되어야 한다고 주장한다.
- 이에 대하여 공정위는 이 사건 규약이 선수들과의 단체교섭 또는 이에 준하는 정도의 협의 내지는 고려 없이 피심인에 의하여 일방적으로 제·개정되어 왔고, 선수협회의 향후 단체교섭의 진행이 매우 불확실하다는 이유로 피심인의 주장을 배척하였다.
- 단체교섭에 따른 합의에 대하여 경쟁법이 적용될 수 있는지 여부에 대하여서는 미국에서는 *Brown v. Pro Football, Inc.*³²⁶⁾를 비롯한 프로스포츠 관련 판례에서 구체적으로 논의되고 있다. 위 *Brown v. Pro Football, Inc.* 사건은 프로미식축구 선수협회와 구단주들 사이에 체결된 단체협약이 종료되어 새로운 단체협약을 위한 교섭을 진행하던 중 협상이 결렬(*impasse*)되자 구단주들은 교섭대상인 제도들을 일방적으로 시행하였고, 이에 대하여 선수들이 독점금지법 위반의 제소를 한 사안으로서, 판결의 주된 쟁점은 단체협약 종료 이후에 이루어진 구단주들의 위 행위에 대하여 미국 판례상 인정되고 있는 이른바 비법령상의 노동면책(*nons-tatutory labor exemption*)을 적용할 수 있는가에 대한 것이었다.
- 동 판결에서 법원은 단체교섭 과정이나 직후에 이루어진 사용자의 행위는 그 행위가 합법적인 단체교섭과정과 직접적으로 관련이 있고, 그 교섭대상이 된 제도나 고용조건이 단체교섭을 요구하며 단체교섭의 당사자들에게만 관련된 경우에는 독점금지법의 적용제외가 이루어진다고 판시하였다. 그러나 위 판결이 단체교섭과는 무관한 사용자들의 경쟁제한행위까지도 경쟁법의 적용을 제외시키려는 것이 아님은 유념할 필요가 있다.
- 더욱이 미국은 최근 입법된 *Curt Flood Act*(1998)에서 Major League 프로야구 선수의 고용에 직접 영향을 미치는 사안을 경쟁법 적용대상으로 명문화함으로써 프로야구도 타 프로스

325) 김원준, 프로스포츠와 경쟁법: OECD국의 사례평가 및 시사점, 2001, 89쪽.

326) 518 U.S. 231, 116 S.Ct. 2116(1996).

포츠와 마찬가지로 경쟁법 적용대상으로 하여 프로스포츠 분야에서의 경쟁법 적용논리가 강화되고 있는 실정이다.

- 1998년 입법된 Curt Flood Act는 메이저리그(major league) 프로야구선수들도 다른 프로 선수들 - 예컨대, 미식축구선수나 프로농구선수 - 과 마찬가지로 독점금지법의 보호를 받을 수 있음을 명문화한 것이다. 동법은 메이저리그 프로야구에 독점금지법을 적용하는 방법을 기존의 클레이튼법(Clayton Act)의 말미에 새로운 조항(Section 27)을 추가하는 방법을 택하고 있다. 그 구체적인 내용은 메이저리그에서 선수생활을 하는 메이저리그 선수들의 고용에 직접적으로 관련되거나 영향을 미치는 행위, 계약, 제도 또는 관행은 다른 프로 스포츠에서와 마찬가지로 독점금지법의 적용을 받는다는 것이다. 또한, 동법에 의한 독점금지법제소의 원고적격은 메이저리그 선수들만이 갖는 것으로 규정하고 있다.
- 일본의 경우 프로스포츠에 경쟁법을 적용한 판례는 없는 것으로 보인다. 그러나 판례가 없다고 하여 일본 경쟁당국이 프로스포츠에 대하여 경쟁법을 적용하지 않고 있다고 단언할 수는 없다. 현재로서는 일본의 경우 프로스포츠에 대한 경쟁법의 전면적인 적용제외의 범리는 확립되어 있지 않은 것으로 보인다.
- 이 사건의 경우 의결서상에 나타난 공정위의 판단만으로는 우리나라의 경우도 단체교섭 특히, 다수의 사용자들과의 단체교섭이 진행중이거나 단체교섭이 결렬되더라도 그 후 일정기간 동안 발생하는 반경쟁적 행위에 대해서는 경쟁법의 적용이 배제된다는 원칙이 확립되어 있다고 보기는 어렵다고 생각된다. 특히 적용제외 사유³²⁷⁾를 한정적으로 명문화한 현 공정거래법의 체제상 위와 같이 미국의 노동법 정책과 맞물려 이루어지는 미국판례상의 적용제외(exemption) 원리가 여과없이 당연히 받아들여질 수 있다고 단정하기도 어려워 보인다.
- 다만, 미국이나 일본에서의 프로스포츠에 대한 경쟁정책은 우리 프로스포츠 현실에서 참고할 점은 많아 보인다. 우리나라의 경우에도 프로스포츠의 활성화라는 측면에서 프로스포츠의 구단과 선수들간의 단체교섭 과정에서 발생할 수 있는 경쟁제한적 행위에 대하여 일률적으로 공정거래법을 적용하는 경우 교섭에 임하는 당사자들로서는 문제된 쟁점을 자율적인 협상을 통하여 해결하려고 하기보다는 공정거래위원회에 제소하는 등의 방법으로

327) 공정거래법은 적용제외사유로 법령에 따른 정당한 행위(제58조), 무체재산권의 행사(제59조), 일정한 조합의 행위(제60조)를 규정하고 있다.

로 해결하려는 경향을 보일 수 있고, 이러한 경향은 자율적인 노사간의 합의를 통한 노사 문제의 해결을 궁극적인 이념의 하나로 하는 노동법이나 노동정책에 배치되는 결과를 가져올 수도 있다. 또한, 이러한 방식을 통한 분쟁의 해결은 중국적으로 프로스포츠의 발전을 스스로 저해시키는 결과를 가져올 수도 있다. 따라서, 낙후된 프로스포츠의 활성화와 노동정책적 목표를 최대한 확보할 수 있는 정도까지는 경쟁당국의 개입이 자제될 필요가 있어 보인다.

- 미국과는 달리 국내의 경우 프로스포츠 분야에 있어 선수들의 노동조합 결성 움직임이 최근에야 시작되었고, 구단들에 비하여 선수들의 지위가 상대적으로 열악한 위치에 있었던 것도 사실이므로 구단들과 선수들 간에 발생하는 경쟁법적 문제를 노동법적 원리만으로 해결 되도록 하는 것이 시기상조라는 지적이 있을 수도 있다. 그러나 프로스포츠가 구단과 선수 간의 협력에 바탕을 둘 수밖에 없는 특수성이 있다는 점을 감안한다면 장기적으로는 구단과 선수들간에 발생될 수 있는 경쟁법적 문제에 대하여 일률적으로 경쟁법을 적용하기보다는 일정 요건하에 자율적인 단체교섭을 통하여 해결되도록 할 필요가 있다고 생각된다. 물론, 이에 대한 입법적 보완작업이 선행되어야 할 것이다.

(3) U.S. Supreme Court

FTC v. TICOR TITLE INS. CO., 504 U.S. 621(1992)

(가) 사건의 개요

연방거래위원회(Federal Trade Commission, 이하 “위원회”라 약칭함)는 미국내 최대의 6개 권원보험회사들을 상대로 이들이 권원(title)의 검색 및 심사비용의 수평적 가격고정행위를 하여 연방거래위원회법(Federal Trade Commission Act) 제5조 (a)(1)항을 위반하였음을 이유로 소송을 제기하였다.

권원보험(權原保險, title insurance)이란 부동산 양수인의 권리에 하자가 있음으로써 입은 손해를 계약에 정해진 금액의 범위내에서 보전하는 보험이다. 어떤 경우에도 보험계약 체결 후의 사유를 원인을 해서 생긴 손해가 아니고, 보험계약을 체결하기 전에 존재하던(그러나 보험계약 체결시에는 아직 발견되지 않은) 사유에 의하여 보험계약 체결 후에 피보험자가 입은

손해가 보전대상이다. 이 보험을 인수하는 보험업자는 통상 이 보험만을 전업으로 하여 자기 회사 영업지역내 부동산에 관하여 상세한 기록을 보유하면서, 보험을 인수하기에 앞서 목적물 건의 권리관계를 세밀히 조사한다. 보험계약자가 지불하는 보험료의 상당부분은 이와 같은 조사와 기록정리 비용에 충당된다.

소송을 제기한 원고회사들 중 한 회사는 동의판결(*consent decree*)을 통하여 합의되었으나, 나머지 5개 보험회사들은 소송을 계속하였다. 문제된 보험회사들이 소재하는 4개 주(코네티컷, 위스콘신, 아리조나, 몬태나; 이하 “이 사건 4개주”라 함)의 경우 해당 주 정부의 허가를 받아 설립된 요금관리소(*rating bureau*)가 가입회원들에 대한 단일요금을 책정할 수 있도록 허가되어 있었다. 책정된 요금은 주 보험사무국에 제출되어 정해진 기간내에 거부되지 않으면 발효되었다. 이러한 책정요금의 발효방식을 소극선택방식(*negative option system*)으로 불리워졌다.

이 사건을 맡은 행정판사(*Administrative Law Judge*)는 이 사건 4개 주에서 가격고정이 있었음을 인정하면서도 위스콘신 주와 몬태나 주에서의 피고들의 행위에는 주행위면책(*州行爲免責, state action immunity*)의 원칙³²⁸⁾이 적용된다고 판결하였다.

이에 위원회는 위 2개 주에서 피고들의 반경쟁적 가격고정행위에 대하여 독점금지법 면책이 적용될 수 있을 정도의 충분한 감독이 이루어지지 못했다면서 항소하였다. 그러나, 연방항소법원은 주의 규제제도가 법률에 의하여 마련되고 이에 대한 자금, 인력 등의 지원이 이루어진다면 적극적 감독요건을 충족시킨다고 볼 수 있으므로 피고들의 행위들에 대해서는 주행위면책이 적용될 수 있다면서 항소를 기각하였다.

그러나 위원회는 연방대법원에 사건이송(*certiorari*)을 신청하였고, 연방대법원은 위스콘신 주와 몬태나 주의 규제방식 아래에서는 피고들의 행위에 대하여 주행위면책이 적용되지 않는다고 판시하면서 연방항소법원의 판결을 파기환송 하였다.

(나) 당사자의 주장

328) 이 원칙은 주나 지방정부의 규제내용이나 방식이 그 자체만으로는 명백히 연방독점금지법 위반행위를 야기함에도 불구하고 그 규제체제에 대해서는 연방독점금지법의 적용에서 제외시키는 것을 내용으로 한다. 이러한 원칙은 *Paker v. Brown*, 317 U.S. 341, 63 S.Ct. 307(1943) 판결에서 최초로 도입되었기 때문에 이를 “Parker Doctrine”이라 부르기도 한다. 이와 같은 주행위면책에 따라 주법이나 주의 규제체제에 대하여 독점금지법 적용제외가 되기 위해서는 주 정부가 (i) 명확하고도 단언적으로 반경쟁적 행위를 허용하는 정책표명을 하여야 하고, (ii) 사인들에 의하여 수행된 반경쟁적 행위에 대하여 적극적인 감독(*supervision*)을 행한다는 두 가지 요건이 모두 충족되어야 한다. *California Retail Liquor Dealers Assn. v. Midcal Aluminum, Inc.*, 445 U.S. 97, 105, 100 S.Ct. 937, 943, 63 L.Ed.2d 233. 이와 같은 주행위면책 요건이 위 판결을 통해서 정립되었다는 이유로 통상 이를 ‘Midcal test’라 부른다.

1. 위원회의 주장

- 보험회사들은 이 사건 4개 주에 소재한 요금관리소를 통하여 권원(title) 검색 및 심사요금의 수평적 가격고정행위를 하였다.³²⁹⁾
- 이 사건 4개 주중 어디에서도 보험회사들의 반경쟁적 행위에 대하여 충분하고도 적극적인 감독이 이루어지지 않았으므로 보험회사들이 주장하는 주행위면책은 적용될 수 없다.

2. 보험회사들의 주장

- 보험회사들은 자신들의 행위는 주 정부의 승인 및 감독하에 이루어진 것으로서 주행위면책 원칙에 따라 독점금지법의 적용제외에 해당된다고 주장한다.
- 보험회사들은 이 밖에도 행정판사나 연방항소법원 앞에서 자신들의 이 사건 행위는 보험업에 대한 독점금지법 면책을 입법적으로 부여하는 McCarran-Ferguson법에 따라 독점금지법의 적용이 제외된다는 주장을 하였고, 또한 자신들의 행위는 “공무원에게 영향을 미치려는 공동의 노력”이므로 독점금지법의 적용대상이 되지 않는다는 이른바 Noerr-Pennington 항변을 하였으나 모두 받아들여지지 않았다. 본 연방대법원 판결에서는 오로지 보험회사들의 주행위면책 항변에 대해서만 구체적으로 논의되었다.

(다) 주요 쟁점

- 주에서 이루어진 반경쟁적 행위에 대한 독점금지법 적용제외를 위한 이른바 주행위면책(state action immunity)이 적용되기 위해서는 구체적으로 어떤 요건들이 충족되어야 하는가.
- 이 사건 4개 주의 규제방식이 주행위면책의 적용요건을 충족하였는가.

329) 위원회는 당초 1985년 심사보고서에서 권원의 결함으로 인한 손실위험에 대하여 단일한 요율을 적용한 행위는 문제삼지 않았지만, 권원의 검색 및 심사 비용에 대한 합의와 보험과 무관한 성격을 가진 영업에 대하여 단일한 요율을 적용한 행위를 문제삼았다.

(라) 법원의 판단

- 주행위면책이 이루어지기 위해서는 주 정부가 (i) 반경쟁적 행위를 허용하는 분명하고도 단언적인 정책표명을 하여야 하고(has articulated a clear and affirmative policy to allow the anticompetitive conduct), (ii) 사인에 의해 수행된 반경쟁적 행위에 대하여 적극적인 감독을 행하여야 한다(provides active supervision of anticompetitive conduct undertaken by private actors).³³⁰⁾
- 주행위면책을 위한 위와 같은 요건들(이른바 “Midcal test”)은 주 정부가 비록 명령으로 사인들에 대한 독점금지법의 적용을 면제시킬 수는 없지만, 경쟁(competition)을 주 정부의 적극적인 감독(supervision)으로 대체할 수 있음을 확인한 것이다. 다만, 이러한 대체는 그것이 주 정부에 의하여 의도된 것이고 주 정부에 의하여 세부적으로 실행되었을 때에만 가능한 것이다. 즉, Midcal test는 주 정부가 명령에 의하여 사인에게 독점금지법의 면책을 부여할 수는 없으며, 실질적인 주 정부의 개입이 있었음이 인정되는 경우에 한하여 면책이 부여될 수 있음을 확인한 것이다.
- 주 정부의 적극적인 감독요건은 주 정부로 하여금 문제된 반경쟁적 행위에 대한 공극적인 통제권을 행사하도록 요구한다. 이는 주 정부 담당공무원들로 하여금 특정한 반경쟁 행위를 심사할 권한과 당해 행위가 주 정부 정책에 부합하지 않는 경우 이를 거부할 권한을 가질 것을 요구한다.
- 그러나 주행위면책 적용여부는 주정부가 특정의 규범적 기준(normative standard)을 준수하였는지 여부를 기준으로 판단되기보다는 “단지 사인들간의 합의에 의한 것이 아닌 주 정부의 신중한 개입에 따른 산물인 가격이나 요금의 구체적인 내용에 대하여 주 정부가 충분하고도 독립적인 판단과 통제를 행하였는지 여부”를 기준으로 판단되어야 한다는 것이다.
- 따라서 주 정부의 “적극적인 감독” 요건을 충족시키기 위해서는 단지 주 정부의 감독가능성이 존재한다는 점만으로는 부족하고, 실제적인 감독행위가 존재하였음이 입증되어야 한다. 이러한 점에 비추어 본다면 이 사건 요금관리소가 제출한 요금을 주 정부 담당기관이

330) California Retail Liquor Dealers Assn. v. Midcal Aluminum, 445 U.S. 97(1980). 동 판결은 와인도매상들로 하여금 와인 제조자들에 의하여 설정되고 주에 제출된 공정거래계약서(fair trade contract)이나 최저가격표(minimum price schedule)를 준수하도록 한 캘리포니아 법은 주행위면책의 대상이 아니라고 판시하였다. 그 이유는 그와 같은 제약이 명확하고도 적극적으로 표명된 주 정부 정책에 의한 것이라 하여도 주 정부가 그와 같은 프로그램을 제대로 감독하지 않았다고 판단하였기 때문이다.

정해진 기간내에 거부하지 않는 경우 제출된 요금이 발효되는 이른바 “소극선택방식(negative option system)”을 모두 채택하고 있는 이 사건 4개 주 중 적어도 위스콘신 주와 몬태나 주에서는 보험회사들에 대한 적극적인 감독이 없었다고 판단된다.

- 즉, 위스콘신 주의 경우 주 정부에 의하여 제출이 요구된 요금 관련 추가자료들이 7년이 경과한 이후에야 제출되었음에도 당초 제출된 요금은 이미 발효된 상태였고, 몬태나 주의 경우에는 요구된 추가자료가 아예 제출되지 않았음에도 제출된 요금이 발효되었다는 사실들에 비추어 이들 2개 주에 있어서 주 정부의 적극적인 감독행위는 없었다고 판단된다.

(마) 논의 및 시사점

1. 판결의 의의

- 이 사건에서 연방대법원은 주 보험사무국에 제출된 요금에 대한 요금관리소의 가격고정행위에 대하여 주 정부의 감독이 제대로 이루어지지 않았음을 이유로 독점금지법 적용제외를 거부하였다. 결국 반경쟁적 행위를 대신할만한 규제체제에 대한 주 정부의 명확한 정책표명, 즉 승인(authorization)이 있었다 하더라도 이에 대한 주 정부의 적극적이고도 실질적인 감독행위가 없었다면 주 행위면책 원리를 근거로 독점금지법 적용제외가 이루어질 수 없다는 것이다.

2. “적극적 감독(active supervision)” 요건

- 주 행위면책을 다룬 미국 판례들을 종합하여 보면 “적극적 감독(active supervision)”의 충족여부를 일반적으로 다음의 세 가지 관점에서 검토한다. 첫째, 어느 경우에 적극적인 감독행위가 필요한가? 둘째, 어느 정도의 감독행위가 요구되는가? 셋째, 감독행위의 주체는 누구이어야 하는가?³³¹⁾
- 먼저, 적극적인 감독이 필요한 경우는 문제된 반경쟁적 행위가 사인에 의하여 수행된 경우에 한정된다. 따라서, 행위가 주 정부나 주 정부 아래 하위 자치단체(municipality) 단독 또는 사인과 공동으로 이루어진 경우에는 실사 민간시장(private market)의 일원으로서 행위

331) Hovenkamp, “Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Practice”, 1999, pp 732 - 737.

를 하였다 하더라도 별도의 적극적인 감독행위는 필요치 않는다. 다음으로 감독의 수위(水位)와 관련하여서는 감독기관이 단순히 신청된 가격이나 요금에 대하여 그 내용에 대한 실질적인 조사나 검토없이 단순히 기계적, 형식적인 절차(예컨대, 제시된 가격수치의 정확성 확인)만을 거치는 정도로는 “적극적인 감독”이 이루어졌다고 볼 수 없다.

- 이와 관련하여 이 사건 판결은 감독기관이 주 정부에 의하여 감독권이 부여되고, 이를 위한 자금이나 인력지원이 있다는 사실이 인정되는 경우 적극적인 감독요건을 충족한다는 일부 항소법원의 판결³³²⁾의 입장을 배척하고, 단순히 주 정부의 감독이 이루어질 가능성이 있다는 사실만으로는 적극적 감독요건을 충족시킬 수 없다는 입장을 분명히 하였다.
- 마지막으로 실질적으로 누가 감독행위를 수행하여야 하는가에 대해서는 당해 규제가 어느 단계 정부에 의하여 이루어졌는가에 따라 다르다고 한다. 즉, 당해 규제가 주 정부에 의한 경우에는 주 정부 산하 관련 행정기관이, 하위 지방자치단체에 의하여 이루어진 경우에는 당해 지방자치단체 산하 관련 행정기관이 감독권을 행사하여야 한다.

3. 시사점

- 이상과 같이 이 사건 판결을 비롯한 일련의 판결들의 입장을 우리나라 경쟁법적 관점에서 고찰하여 본다면, 비록 주행위면책의 원리가 연방제라는 미국 특유의 제도에 기인한 것이라는 차이에도 불구하고, 주행위면책 원리가 주 정부의 사인의 행위에 대한 적극적인 행정행위를 전제로 하는 것이고, 이러한 행위가 일정 요건에 부합하는 경우 이에 따른 사인의 반경쟁적 행위에 대하여 독점금지법상의 면책을 부여한다는 점에서 우리나라 경쟁법상 논의되는 행정지도에 따른 반경쟁적 행위에 대한 위법성 조각여부에 관한 논의에 시사점을 줄 수 있을 것으로 보인다.
- 즉, 이 판결을 통하여 행정기관의 행정지도에 따른 반경쟁적 행위에 대하여 부여될 수 있는 위법성 조각의 한계를 행정지도의 주체인 행정기관의 입장에서 생각해 볼 수 있을 것으로 생각된다. 달리 말하면 행정기관의 행정지도에 따른 사업자들의 반경쟁적 행위의 위법성이 조각되기 위해서는 당해 행정지도가 어느 정도까지 이루어져야 하는 것인가를 가늠해 볼 수 있을 것으로 생각된다.

332) *New England Motor Bureau v. FTC*, 908 F.2d. 1064(1st Cir. 1990).

- 행정지도란 ‘행정기관이 일정한 행정목적의 실현을 위하여, 특정한 개인 또는 법인이나 기타의 단체에 대하여 협력적 행위(작위·부작위)를 요청하는 희망의 표시인 비강제적인 사실행위’로 정의된다.³³³⁾ 이와 같은 행정지도에 의한 행위로 인하여 경우에 따라서는 반경쟁적 결과가 초래될 수 있다. 즉, 당해 행정지도의 내용 자체가 반경쟁적 행위(예컨대, 공동행위)를 할 것을 명시하지 않았다 하더라도 이러한 행정지도를 다수의 사업자들이 수용함으로써 결과적으로 사업자들이 담합한 것과 같은 결과를 초래할 수 있는 것이다.
- 현재 공정위의 실무입장처럼 법령에 명확한 근거를 둔 행정지도에 따른 담합의 경우는 당해 행위가 법령에 의한 명령에 따라 이루어진 정당한 행위로서 비록 그 행위가 여러 경쟁사업자들간의 담합에 따라 이루어지는 형식을 취하였다 하더라도 공정거래법 제58조에 의하여 위법성이 조각될 수 있다고 생각된다.
- 행정지도에 의한 공동행위의 위법성 조각의 인정근거는 당해 행정지도가 근거로 하는 법령이 추구하는 행정목적이 경쟁법상의 목적보다 우선하거나 이를 대체할 수 있다는 점에 근거한 것으로 보인다. 즉, 당해 행정지도에 따른 반경쟁적인 결과보다 우선하여 용인하여 줄 절박한 행정목적이 존재할 수 있다고 인정되기 때문인 것이다. 예컨대, 세계적인 석유위기에 따른 국내의 유가안정 및 민생안정을 위해 석유류 제품가격에 대한 행정지도를 실시하는 경우 이러한 행정지도가 석유사업법 등 관련법령상에 근거를 둔 것이라면 비록 이로 인하여 석유류 제품시장의 경쟁질서를 저해하는 결과가 초래된다 하더라도 그 결과를 초래한 행위에 대해서는 행정지도에 의한 것임을 이유로 위법성 조각을 인정할 수 있는 것이다.
- 문제는 행정지도가 법령에 명확한 근거없이 행정기관의 일반적인 권한에 기하여 이루어진 경우 이에 따라 이루어진 경쟁사업자들의 공동행위에 대해서도 행정지도에 의한 것임을 이유로 일률적으로 위법성이 조각된다고 보아야 하느냐이다.
- 만일 행정지도가 개입되어 있는 공동행위에 있어 단지 행정지도가 있었다는 사실이 당해 행위의 위법성조각의 당연사유가 될 수 있다면 이는 자칫 행정지도에 따라 초래될 수 있는 반경쟁적 결과에 대한 위법성 조각의 항변이 너무 쉽게 받아들여지는 결과를 초래할 수도 있다.

333) 박윤훈, 514쪽.

- 이러한 점에 비추어 본다면 이미 살펴본 미국 판례상의 “주행위면책의 원칙”의 적용요건은 우리나라에서도 나름의 의미를 가진다고 생각된다. 주 정부의 행정규제와 관련한 명시적인 정책표명과 이에 따른 주 정부의 적극적 감독을 요건으로 하는 Midcal test는 미국 주 정부의 행정지도에 따른 사업자들의 반경쟁적 행위에 대한 위법성 조각의 요건을 규정한 것으로 볼 수 있다고 생각되기 때문이다.
- Midcal test를 유추하여 본다면 행정지도가 개입된 공동행위의 경우 단순히 행정지도에 따라 이루어졌다는 이유만으로 무조건적으로 위법성 조각을 인정하기보다는 당해 행정지도가 이루어진 행정목적상의 배경, 행정지도가 이루어지는 구체적인 절차, 행정지도에 따른 사후적인 감독의 정도 등을 종합적으로 고려하여 당해 행정지도가 경쟁법이 보호하고자 하는 법익보다 우월한 행정목적 달성을 위하여 행정기관의 적극적인 감독 내지 개입아래 이루어졌음이 인정된다면 비록 당해 행정지도가 법령에 직접적인 근거가 없이 일반적인 행정기관의 권한에 기하여 이루어진 비강제적 사실행위라 하여도 이에 따른 사업자들의 공동행위에 대해서는 위법성 조각을 인정할 수 있을 것으로 생각된다.
- 이와 관련하여 일본에서는 소화 59. 2. 24. 최고재판소 제2소법정 昭55(あ)2153호 판결에서 “유동하는 사태에 대한 원활, 유연한 행정의 대응의 필요성에 비추어 보면, 석유업법에 직접적인 근거를 갖지 않는 가격에 관한 행정지도라도 이를 필요로 하는 사정이 있는 경우 이에 대처하기 위한 사회통념상 타당하다고 인정되는 방법에 의해 실행되어 「일반소비자의 이익을 확보함과 동시에 국민경제의 민주적이고 건전한 발달을 촉진한다」는 독금법의 궁극적인 목적에 실질적으로 저촉되지 않는 한 이를 위법으로 해야 할 이유가 없다. 그리고 가격에 관한 사업자간의 합의가 형식적으로 독금법에 위반하는 것과 같은 경우에도 이것이 적법한 행정지도에 따라 이에 협력하여 행해지는 것이라면 그 위법성이 조각된다고 해석하는 것이 타당하다”라고 판시하여 비록 법령상에 직접적인 근거를 갖지 않는 행정지도라고 하더라도 일정한 요건을 갖춘 경우에는 적법한 행정지도가 될 수 있고, 이에 따라 사업자들이 협력하여 형식적으로 독점금지법을 위반하는 것과 같은 결과를 가져오더라도 그 위법성이 조각된다는 입장을 취하고 있다.

(4) 소화 59. 2. 24. 최고재판소 제2소법정 昭55(あ)2153호

- 사적독점금지및공정거래확보에관한법률위반피고사건

(가) 사건의 개요³³⁴⁾

석유수출국기구(OPEC)의 제1차 내지 제3차 원유 가격인상에 수반하여 업계가 석유제품가격을 인상할 것으로 예측된 소화 46년(1971년) 2월 무렵, 통산성 광산석탄국장은 석유연맹 회장에게 원유의 가격인상을 석유제품 가격에 전가한 경우의 기본방침을 제시하면서, 가격인상의 경우에는 업계에서 임의로 하지 않고 통산성에 사전에 연락하도록 지시하였다.

또한, 같은 해 3월부터 4월에 걸쳐 통산성 담당관은 업계에 대하여 원유가격인상분 중 1배럴(barrel)당 10센트(cent)를 업계에 부담시키는 것을 내용으로 하는 이른바 “10센트 부담”의 행정지도를 하고, 평균 가격인상 폭의 수치를 제시하여 그 준수를 요청하였고, 이후 각 제조회사가 가격을 인상함에 있어서는 업계 전체의 자료에 기초하여 통산성에 이를 설명하고 사전에 통산성의 양해를 얻도록 요구하였다. 이에 석유업계는 가격인상이 필요한 경우 통산성과의 여러 절충을 거친 후, 최종적으로 통산성 의향에 따른 가격인상안을 작성하고, 이를 실행하였다.

통산성에 의하여 행하여진 것으로 인정된 주요한 행정지도의 내용을 구체적으로 정리하면 다음과 같다.

- ① 제1차 내지 제3차의 원유가격 인상에 따라 업계의 석유류 제품가격의 인상이 예상된 소화 46년(1971) 2월경 통산성 광산석탄국장은 석유연맹회장에게 원유의 가격인상을 석유제품 가격에 전가시킬 경우의 기본방침을 제시하면서, 가격인상의 경우에는 업계에서 임의로 하지 말고, 사전에 통산성에 연락하도록 지시함.
- ② 같은 해 3월부터 4월에 걸쳐 업계에 대해 원유가격 인상분 중 1배럴 당 10센트를 업계가 부담하는 것을 내용으로 하는 이른바 “10센트 부담”의 행정지도를 하였고, 또한 평균가격 인상폭을 제시함과 함께 이를 유종별로 반영한 유종별 가격인상폭의 수치를 제시하고 그 준수를 요청하였음.
- ③ 같은 해 10월부터 11월에 걸쳐 석유연맹 회장들에게 민생안정을 이유로 각 제조회사의 백등유 가격을 전기의 각사 평균가격 이하로 판매하도록 요청하였음.

334) 이 사건은 가격카르텔에 대하여 일본 사적독점금지및공정거래의확보에관한법률 소정의 벌칙이 적용된 일본 최초의 상고심 형사판결로서 순수한 경쟁법적 쟁점 이외에도 상법, 형사법, 헌법 등의 파생적 쟁점들을 다수 포함하여 향후 일본의 경제·산업정책에 커다란 영향을 미칠 것으로 평가되는 판결이다. 그러나 이 판결의 가장 주된 쟁점은 행정지도에 따른 행위의 위법성 조각요건 및 한계에 관한 판단이고, 이것이 본 연구주제이므로 이하에서도 이를 중심으로 정리하고자 한다.

- ④ 소화 47년 2월 업계의 10센트 부담의 해제요청 및 가격인상요청이 모두 거절되었음.
- ⑤ 통산성 석유계획과장은 석유연맹 영업위원장에게 가격인상의 필요성이 대두되면 미리 상의할 것을 지시함.
- ⑥ 소화 48년 6월말 통산성은 업계의 7월 가격인상안을 일단 양해했지만, 국회가 개회중임을 이유로 그 실시를 1개월 연기하도록 요청하여 업계는 이를 따랐음.

위와 같은 상황에서 피고인들은 몇 차례에 걸친 회합을 통하여 가격인상에 관한 협의를 하고 소화 48년 1월부터 11월까지 총 5회에 걸쳐 가격인상을 실행하였다. 이에 공정취인위원회(公正取引委員會, 이하 “공취위”라 함)는 이를 가격협정에 의한 가격인상임을 이유로 피고인들을 사적독점금지및공정거래의확보에관한법률(이하 “독점법”이라 함)위반으로 검찰에 고발하여 검찰이 이에 대해 공소를 제기함으로써 이 사건 판결에 이르렀다.

이 사건은 피고인들간의 합의가 단순히 가격인상안에 대한 통산성의 양해를 얻기 위한 업계의 희망안의 합의에 지나지 않는 것인가 아니면 이를 넘어서 각 회사가 일제히 일정액의 가격을 인상할 것을 합의한 것으로 보아야 하는 것인가가 사실인정에 있어 최대 쟁점이 되었다.

(나) 당사자의 주장³³⁵⁾의 요지

1. 이 사건 당시 석유제품 가격에 관한 통산성의 가이드 라인은 행정지도로서 확립된 관행으로 정착되어 있었다.

2. 피고인들이 가격인상과 관련한 합의는 가격인상과 관련하여 사전에 양해를 얻도록 한 통산성의 행정지도에 따라 양해를 얻기 위한 업계의 희망안에 관하여 합의한 것에 지나지 않는 것이다.

3. 이 사건 피고인들은 통산성에 의한 적법한 행정지도에 따라 행동하였던 것이기 때문에 위법성 조각이 이루어져야 하고, 이를 인정하지 않았던 원심판결은 사실오인과 법령해석 적용에 오류가 있다.

4. 피고인들은 통산성 담당관의 행정지도에 따라 행동하고 있었으므로 위법성의 인식이 결여되어 있었으므로 독점금지법 위반의 범죄의사가 없었다.

³³⁵⁾ 이 판결이 상고심 판결이므로 당사자의 주장은 피고인들의 상고이유로 요약된다.

(다) 주요 쟁점 및 법원의 판단

1. 행정지도와 독점금지법상의 부당한 거래제한행위(가격협정)의 성립여부

- 이 사건 원심판결이 인정한 여러 인정사실들을 기초하여 보면 통산성은 소화 46년(1971) 이른바 “10센트 부담”을 내용으로 하는 일련의 행정지도를 통하여 석유제품의 유종별 인상 상한가를 통제해 오고 있었고³³⁶⁾, 그 후의 가격인상시에는 통산성 담당관의 사전양해를 얻도록 지시하였으며³³⁷⁾, 업계의 가격인상의 희망은 통산성의 기본방침과 저촉되는 한 사실상 허용되지 않았음이 인정되어³³⁸⁾ 업계로서는 통산성이 제시한 방침을 가격인상안에 반영시키거나 경우에 따라서는 일단 양해를 얻은 가격인상안의 실시조차도 연기하지 않을 수 없었던 사정이 인정된다.
- 이러한 인정사실에 비추어 보면 피고인들이 통산성의 행정지도를 무시하고 각사가 개별적으로 판단하여 가격인상을 한다는 것을 사실상 지극히 곤란한 상황이었으므로, 이러한 상황에서 가격인상에 관한 통산성의 양해를 얻기 위한 업계의 가격에 관한 의논 내지는 합의가 독금법상 일체 허용되지 않는다고 해석하는 것은 업계에게 곤란한 것을 강요한 결과가 되어 타당하다고 할 수 없다.
- 따라서, 세계 원유가격의 인상으로 인한 객관적인 가격인상 요인을 갖고 있어 가격인상의 필요가 절박한 업계에 있어, 가격인상의 상한에 대한 통산성의 양해를 얻기 위한 각사의 자료를 가지고 모여 가격에 관한 의논을 하고, 일정한 합의에 이르는 것은 그것이 어디까지나 가격인상의 상한에 관한 업계의 희망안에 관한 합의에 그치고, 각사의 가격인상에 관한 독자적인 의사결정을 구속하는 것이 아닌 한 이를 독금법상의 부당한 거래제한행위

336) 이러한 점을 인정하는 근거로 판결은 1. 석유 수출국 기구(OPEC)의 제1차 내지 제3차 원유 가격인상에 수반하여, 업계가 석유제품가격을 인상할 것이 예측된 소화46년(1971) 2월 무렵, 통산성 광산석탄국장은 석유연맹 회장에 대하여, 원유의 가격인상을 석유제품 가격에 전가한 경우의 기본 방침을 제시하면서, 가격인상의 경우에는, 업계에서 임의로 하지 않고, 통산성에 사전에 연락하도록 지시했다는 점과 2. 같은 해 3월부터 4월에 걸쳐, 통산성 담당관은, 업계에 대해 원유가격인상분 중 1배럴(barrel)당 10센트(cent)를 업계에 부담시키는 것을 내용으로 하는 이른바 「10센트(cent) 부담」 지도를 하고 평균 가격인상 폭을 제시함과 더불어 이를 유종별로 전개한 유종별 가격인상 폭의 수치를 제시하여 그 준수를 요청하고, 여러 가지로 절충한 후, 업계는 최종적으로 통산성의 의향에 따른 가격인상안을 작성하고, 그를 실행하였다는 사실을 인정하였다.

337) 판결은 이러한 점에 대한 근거로 소화 47년 2월 통산성 광산석탄국 석유계획과장 스즈키 료헤이가 석유연맹 영업위원장 오카다 잇코에 대해 앞으로 가격인상의 필요가 생길 때에는 미리 상의할 것을 지시했다는 점을 인정하였다.

338) 판결은 이 점에 대한 근거로 1. 소화47년 2월, 업계의 「10센트(cent) 부담」 해제요청 및 거래상황악화를 이유로 한 가격인상요청은, 통산성 담당관에 의해 모두 거부됐지만, 통산성 광산석탄국 간부와 업계 수뇌와의 회담 후, 업계가 작성한 유종별 가격인상 안을, 결국 통산성이 양해했다는 사실과, 2. 이 사건 제1회의 가격인상에 즈음하여, 같은 해 12월, 업계에 의한 「10센트(cent) 부담」 해제의 요청이 통산성 광산석탄국 석유계획과 총괄반장 스미나미 타카시에 의해 거부됐기 때문에, 업계는, 「10센트(cent) 부담」을 전제로 한 수정안을 작성하고, 담당관의 양해를 얻었다는 점을 인정하였다.

에 해당한다고 볼 수 없다.

- 그러나, 가격에 관한 합의가 가격인상의 상한에 관한 업계의 희망안을 합의한데 그치지 않고, 당해 합의안에 대한 통산성의 양해를 전제로 양해된 한도의 최대한까지 각사가 일제히 석유제품의 가격을 인상하는 것까지 합의했다면 이는 독금법상의 부당한 거래제한 행위에 해당됨이 분명하다 할 것이다.³³⁹⁾
- 기록에 비추어 보면 피고인들이 소화 48년(1973) 1월부터 11월까지 5회에 걸쳐 석유제품 가격의 인상을 한데 즈음하여 유종별 가격인상폭과 그 실시시기에 관하여 일정한 합의에 이르렀음을 인정할 수 있다. 그런데 이러한 가격인상폭과 그 실시시기에 대한 합의는 단순히 가격인상에 대한 통산성의 양해를 얻기 위한 업계의 희망안에 관하여 합의한 것이 아니라 위 희망안에 대한 통산성의 양해를 얻을 수 있음을 전제로 하여 일정한 기일부터 위 양해의 한도까지 석유제품 가격을 각사가 일제히 인상하는 취지의 합의를 했다고 여러 증거상 인정된다.

2. 행정지도와 이에 따른 행위의 위법성 조각 여부

- 이 사건 통산성의 석유제품가격에 대한 행정지도가 석유업법상 직접적인 근거를 가지고 있지 않다 하더라도 (i) 이를 필요로 하는 사정이 존재하고, (ii) 이에 대처하기 위하여 사회통념상 상당하다고 인정되는 방법에 의하여 행하여지고, (iii) “일반 소비자의 이익을 확보함과 아울러 국민경제의 민주적이고 건전한 발달을 촉진한다”라는 독금법의 궁극적인 목적에 실질적으로 저촉되지 않는 것인 한 당해 행정지도를 위법하다고 할 수 없다.³⁴⁰⁾
- 가격에 관한 사업자간의 합의가 형식적으로는 독금법 위반으로 보이더라도 그것이 적법한 행정지도에 따른 협력으로 행해진 경우에는 그 위법성이 조각된다고 해석하여야 한다.

339) 이 사건의 경우 판결은 (i) 각사가 일제히 석유제품 가격을 인상한 사실 및 그 인상시 유종별 가격인상폭과 실시시기에 관하여 까지 합의했다고 보지 않는다면 합리적으로 이해할 수 없는 사유가 다수 존재하고, 이에 관하여 피고인의 정확한 반론이 이루어지고 있다고 인정하기 어려운 점, (ii) 이 사건 합의 직후에 각 피고 회사가 합의된 가격과 실시시기에 대체로 대응한 가격인상의 지시가 지점 등에 이루어진 점등을 종합하여 보면 이 사건 합의가 피고인들이 유종별 가격인상의 상한에 관한 업계의 희망안을 합의한데 그친 것이 아니라, 위 희망안에 대한 통산성의 양해를 얻을 수 있음을 전제로 하여 일정한 기일부터 각사가 위 양해의 최대한도까지 가격을 일제히 인상하기로 하는 취지의 합의가 있었음이 인정된다고 판시하였다.

340) 이 사건의 경우 석유업법은 석유제품의 제1차 에너지로서의 중요성을 감안하여 “석유의 안정적이면서 저렴한 공급을 도모하고 이로써 국민경제의 발전과 국민생활의 향상에 이바지한다”라는 목적조항(제1조)과 표준가격제도(제15조) 등의 직접적인 가격에 관한 행정지도의 근거규정 이외에 석유정제업 및 설비의 신설등에 관한 허가제(제4조, 제7조)와 통산성장관이 석유공급계획을 정하게 하는 규정(제3조) 등의 간접적인 방법에 의하여 석유제품의 가격형성에 개입하는 행정지도를 인정하고 있었다.

- 이 사건의 경우 피고인들이 석유제품의 유종별 가격인상폭의 상한에 관한 업계의 희망안에 관하여 합의한데 그치지 않고, 위 희망안에 대한 통산성의 양해를 얻을 수 있는 것을 전제로 하여 일정한 기일로부터 위 양해의 한도까지 각사가 일제히 가격을 인상하는 취지의 합의를 한 것이고 이것이 행정지도에 따라 이에 협력하여 행해진 것이라고 평가할 수는 없다.

(라) 논의 및 시사점

1. 판결의 의의

- 이 사건 판결은 행정지도에 따라 이루어진 사업자들과의 합의에 대하여 이루어질 수 있는 위법성 조각의 한계를 명확히 하였다는 점에 의의를 갖는다.
- 즉, 관할관청의 적법한 행정지도에 따라 사업자간에 이루어지는 합의가 단순히 당해 행정지도의 실행을 위하여 필요한 행위에 관한 것인 한, 비록 그것이 가격과 관련된 것이라 할 지라도 이는 행정지도의 목적달성에 협력하는 차원에서 이루어진 것으로 보아 위법성이 조각될 수 있지만, 이러한 협력적 차원을 넘어 합의 당사자인 각 사업자의 독자적인 가격결정권을 침해하는 정도의 가격에 관한 공동의 합의라고 인정된다면 비록 당해 합의 내용이 행정지도에 따른 것이라 하더라도 이는 부당한 공동행위에 해당된다는 것이다.
- 또한 이 사건 판결은 부수적으로 사업자들에 대한 행정지도의 사실상의 구속력을 인정하면서 이에 따라 각 사업자들이 당해 행정지도의 구체적인 실행을 위하여 각사의 자료를 가지고 회합을 가지는 것 자체를 독금법이 금지하는 것은 아니라고 판단하였다는 점도 의미를 갖는다. 통상적으로 우리나라 공정거래법 제19조 제5항에 따른 부당 공동행위 합의추정시 사업자들과의 회합 자체가 정황증거의 하나로 자주 제시된다는 점에서 행정지도에 있었던 경우 당해 행정지도를 실행하기 위하여 관련 업계 사업자들이 회합 내지 접촉을 하였다는 사실도 당연하게 합의추정을 위한 정황증거의 하나로 제시될 수 있다는 점에 비추어 본다면 참고해봄직 한 내용이다.

2. 국내사례와의 비교분석

- 이 판결은 이미 살펴본 국내사례인 「11개 손해보험회사의 부당한 공동행위에 대한 건」에 대한 서울고등법원 판결(2001누10716 시정명령등취소청구의소, 이하 “11개 손보사 판

결”이라 함)과 유사성을 가진 것으로 생각되므로 판결내용을 상호비교 검토하고자 한다.

2.1. 유사점

- 이 판결에서는 일본 통산성이 세계적인 유가과동에 따른 국내 석유류제품의 인상을 억제하고자 사업자들로 하여금 제품가격의 인상필요성이 있는 경우 이를 미리 통산성과 협의하도록 하거나, 구체적으로는 이른바 “10센트 부담” 지도 등을 통하여 유종별 가격 인상의 폭의 수치를 업계에 제시하고 그 준수를 요청하였음이 인정되었다.
- 그리고, 11개 손보사 판결에서는 금융감독원이 보험회사들에게 순보험료의 인상을 평균 3.8%로 하도록 행정지도 하였고, 부가보험료의 경우에도 보험회사들의 실적사업비율이 예정사업비율을 훨씬 초과하고 있음에도 예정사업비율을 초과하는 사업비를 감축하도록 계속적으로 지도함으로써 실질적으로 예정사업비율을 종전과 동일한 비율에 의하도록 하였고, 예정사업비율을 초과하는 실적사업비율에 따라 부가보험료를 3.8% 초과하거나 이하로 인상하는 모든 경우 이를 인가하지 않겠다는 뜻을 통보함으로써 사실상 부가보험료도 3.8%로 인상하도록 행정지도 하였음이 인정되었다.
- 이 판결이 통산성의 행정지도가 관련법인 석유업법에 직접적인 근거를 갖고 있지 않는 가격에 관한 행정지도라 하더라도 이를 필요로 한 사정이 있어 이를 대처하기 위하여 사회통념상 상당하다고 인정된 방법에 의하여 행해지고, 일반소비자의 이익을 확보함과 함께 국민경제의 민주적이고 건전한 발달을 촉진하는 것을 목적으로 하는 독점금지법의 궁극적인 목적에 실질적으로 저촉되지 않는 한 위법한 행정지도라고 볼 수 없다고 한다.
- 한편, 11개 손보사 판결은 금융감독원이 보험업법 제7조 제1항 규정의 보험료 변경에 관한 인가권에 터잡아 보험료의 산정, 인상율, 적용시기 등에 관하여 이루어지는 폭넓은 행정지도도 보험산업이 공익적 성격이 강하고, 보험자금의 운용이 금융 및 실물경제에 미치는 파급효과가 적지 않으며, 보험계약자 보호를 위하여서는 보험회사의 재무건전성 감독이 중요시되는 점 등의 특수성이 비추어 보면 위법한 것으로 볼 수는 없다고 판단하였다.
- 또한 이 판결에서 석유업계의 가격인상의 희망은 통산성의 기본방침과 저촉되는 한 사실상 허용되지 않아 통산성의 가격에 관한 행정지도가 업계에게 사실상의 구속력이 있었음이 인정되었다. 그리고, 11개 손보사 판결에서도 보험회사들이 금융감독원의 보험료에 관한 행정지도와는 달리 신고하여도 금융감독원이 이를 인가해줄 가능성이 없었다는 점을 인정하여 보험회사들로서는 금융감독원의 행정지도대로 보험료를 결정할 수밖에

없는 사실상의 구속성을 인정한 것으로 보인다.

2.2. 차이점

- 위와 같은 사실관계의 유사성에도 불구하고 이 사건 판결과 11개 손보사 판결은 그 결론을 달리한다. 즉, 이 사건 판결은 가격인상의 상한에 관한 통산성의 양해를 얻기 위하여 업계의 대표들이 자료를 가지고 모여 업계의 희망안을 합의하는 것을 담합이라 할 수는 없으나, 단순히 희망안을 합의하는 것에 그치지 않고 희망안에 대한 통산성의 양해를 전제로 양해된 한도의 최대한까지 각사가 일제히 제품의 가격을 인상하는 것까지 합의했다면 이는 부당거래제한행위(공동행위)에 해당한다고 판단하였다.
- 그렇다면 이 판결상의 피고인들이 희망안의 합의를 넘어 가격인상폭과 인상시기까지 합의하였다고 볼 수 있는 증거가 있는지 여부와 관련하여서는 피고인들이 통산성의 양해를 얻을 수 있음을 전제로 하였지만 각사가 일제히 제품의 가격을 인상한 사실 및 그 때의 유종별 가격인상폭과 인상시기에 대하여서까지 합의했다고 보지 않는다면 합리적으로 이해할 수 없는 사실들이 다수 존재하고 이러한 점에 대해서도 정확한 반론이 이루어지지 못한 점을 이유로 공동행위의 증거가 인정된다고 판단하였다.
- 한편 11개 손보사 판결은 보험회사들의 보험료 결정행위가 금융감독원의 행정지도에 따라 이루어지는 보험료산정방식에 의하여 산정된 기본보험료를 결정하여 신고하다 보니 각 보험회사의 기본보험료가 동일하게 유지 또는 인상된 것으로 판단된다면서 국내자동차보험시장의 특성과 현황, 자동차보험료의 결정구조, 당시의 경제정책적 배경 등을 종합적으로 고려해 볼 때 보험료 인상율이 동일하게 유지 또는 변경되었다는 사정만으로 보험회사들 사이에 보험료의 유지, 변경에 관한 공동합의가 있었다고 추정하기는 거래통념상 합리성이 없다고 판단되어 보험회사들간의 (공정거래법 제19조 제5항에 기한) 합의 추정은 복멸된다고 판단하였다.

2.3. 양 판결의 의의

- 이 사건 판결과 11개 손보사 판결은 그 결론의 차이에도 불구하고 행정지도가 관련된 공동행위에 적용될 수 있는 위법성 조각의 법리를 달리 판단한 것으로 생각되지는 않는다. 즉, 행정지도에 따라 이루어진 공동의 가격결정 또는 유지행위가 각 사업자의 가격에 관한 독자적인 의사결정권을 침해하는 것으로 인정될 때에는 비록 당해 행위가 행정지도에 따른 것이라 하여도 당연히 위법성이 조각된다고 볼 수는 없는 것이다.

- 다만, 이 사건 판결은 피고인들이 가격인상에 관한 자신들의 희망안에 대하여 통산성이 양해할 것임을 전제로 희망안의 범위내에서 유종별 가격인상폭과 인상시기까지 합의한 사실이 인정될 수 있는 증거들을 발견하였음에 반해, 11개 손보사 판결의 경우 보험료의 유지, 변경에 관한 공동합의가 있었음을 인정할 수 있는 직접적인 증거는 발견하지 못한 채 오히려 행정지도에 따라 이루어진 보험료 산정방식에 따라 산정된 기본보험료를 신고한 결과 보험회사들의 기본보험료가 동일하게 유지 또는 인상되었다는 사실을 합의추정을 복멸시키기 위한 반증의 하나로 사용한 점에 차이가 있다.

(5) U.S. Supreme Court

BROWN, et al. v. PRO FOOTBALL, INC., dba WASHINGTON REDSKINS, et al. 518 U.S. 231(1996)

(가) 사건의 개요

1987년 전국미식축구리그(National Football League, NFL) 및 소속 구단들, 그리고 노동조합인 선수협회(NFL Players Association) 간의 단체협약이 종료되어 NFL과 선수협회 간의 새로운 단체협약을 위한 교섭이 시작되었다.

단체교섭이 진행중이던 1989년 NFL은 최대 6명의 신인선수 또는 자유계약선수로서 정규선수가 되지 못한 1년차 선수들로 구성된 이른바 “예비선수단(development squad)”을 각 구단이 구성할 수 있도록 하는 결의안(Resolution G-2)을 채택하였다. 이렇게 하여 선발된 예비선수들은 연습경기나 또는 정규경기 중 부상을 당한 선수들을 대신하여 출전할 수 있도록 하며, 보수는 선수전원에게 같은 액수의 지급을 지급하도록 명시되었다.

NFL은 이 결의안을 선수협회에 제출하면서 예비선수들의 임금을 주급 1,000불로 제안하였으나 선수협회는 이에 동의하지 않았다. 선수협회는 예비선수들도 정규선수들과 마찬가지로 자신들의 임금을 각 구단들과 개별적으로 자유롭게 협상하도록 하자고 주장하였다. 이러한 의견차이로 인하여 결국 예비선수들의 임금문제에 대한 협상은 결렬되었다.

그러나 NFL은 1989. 6. 각 구단들에게 Resolution G-2 결의안과 선수들의 임금을 주급 1,000불로 하는 내용이 담긴 계약서 양식을 배포하면서 예비선수들의 임금을 주급 1,000불로

다 많이 또는 적게 지급하는 구단에 대해서는 신인 드래프트(Draft)권 박탈 등의 징계를 할 것임을 통보하였다.

이에 235명의 예비선수들은 1990. 5. NFL과 소속 28개 구단들을 상대로 이들이 자신들의 임금을 주급 1,000불로 고정하여 지급하기로 합의함으로써 셔먼법(Sherman) 제1조를 위반하였다면서 이 사건 소송을 제기하였다. 연방지방법원은 자신들의 행위가 독점금지법의 적용대상이 아니라는 피고들의 주장에 대하여 (i) 피고들이 주장하는 비법령상의 노동면책은 1987년 단체협약의 만료와 함께 종료되는 것이고, (ii) 실령 단체협약 만료에도 불구하고 계속된다 하더라도 예비선수들의 봉급에 대한 단체교섭이 결렬(impasse)에 이르른 시점에서 종료된다, (iii) 비법령상의 노동면책은 단체협약에 포함되는 경쟁저해행위만을 보호하는 것이지 예비선수들의 봉급문제와 같이 이전에 한 번도 단체협약사항이 된 적이 없었던 문제는 적용대상이 되지 않는다는 점등을 이유로 이를 배척하면서 선수들의 청구를 받아들여 약식판결(summary judgement)을 하였다. 그 후 지방법원은 손해배상액 문제만을 위한 재판을 속개하고 이를 배심원 평결에 넘겼고, 배심원들은 피고들에게 3,000만불 이상의 3배 배상을 명하는 평결을 하였다. NFL과 각 구단들은 항소하였다.

이에 항소법원은 단체교섭과정에서 이루어지는 경쟁제한에 대해서는 그러한 경쟁제한이 노동법상의 단체교섭 과정에서 주로 이루어지는 것이라면 독점금지법 적용이 제외된다는 취지로 지방법원의 판결을 파기하고, 구단들에게 독점금지법상의 책임이 없다고 판결하였다. 이에 대하여 연방대법원은 본 판결을 통하여 피고들의 행위에 대한 독점금지법 적용이 제외되어야 한다면서 항소법원의 판결을 유지하였다.

(나) 당사자의 주장

1. 원고측 주장

- 노동법상 내재(內在)하는 적용제외(implicit exemption)는 노사간에 합의가 있거나 노사가 동의한 경우에만 적용되어야 한다.
- 단체교섭 결렬 직후에 이루어지는 사용자측의 합의(postimpasse agreement)에 대한 독점금지법 적용제외는 그 합의가 단체교섭의 “전술(tactics)”에 관한 것일 경우에 한정되어야 하고, 단체교섭의 실체적인 “조건(terms)”에 관한 것인 경우까지 포함되어서는 아니 된다.
- 일반적인 다수사용자들과의 단체교섭에 독점금지법의 적용이 제외될 수 있다 하더라도

프로스포츠의 경우는 예외적으로 특별하게 취급되어야 한다.

2. 피고측 주장

- 피고들의 행위는 노동법상 명문의 규정이 없더라도 내재적으로 존재하는 독점금지법 적용제외의 대상이 되므로 독점금지법상의 책임을 부담하지 않는다.

(다) 주요 쟁점 및 법원의 판단

1. 단체교섭의 결렬(impasse) 이후에 발생하는 반경쟁적 행위에 대하여 독점금지법 위반책임을 물을 수 있는가.

1.1. 다수의견

- 노동법상에는 독점금지법의 적용제외가 명시적으로 규정되어 있지 않더라도 원활한 단체교섭을 위하여 노동법상 내재하는(implicit), 비법령(nonstatutory)상의 적용제외(labor exemption, 이하 “노동면책” 또는 “적용제외”라 함)가 인정된다. 즉, 의무적인 단체교섭 사항에 대한 단체교섭을 원활하게 하기 위해서는 단지 단체협약만이 아닌 이를 위한 단체교섭 과정 전체에 대하여 비법령상의 노동면책의 적용이 필수적이다.
- 노동법 및 노동정책적 관점에서 비법령상의 노동면책은 단체교섭의 결렬(impasse) 이후에도 그대로 적용되어야 한다. 이러한 점은 이전의 법원이나 노동관계위원회가 적용하였던 사례에서도 협상결렬 이후에도 노동면책을 적용함으로써 사용자들로 하여금 일방적으로 새로운 고용조건을 실행할 수 있도록 허용하였음을 알 수 있다.
- 이 사건과 같은 다수사용자교섭(Multi-employer bargaining)³⁴¹과정에서 독점금지법이 관여되는 경우 단체교섭에 불안정성과 불확실성이 발생하여 종국적으로는 단체교섭을 통한 단체협약의 성립에 지장을 초래할 수 있다. 만일 단체교섭 과정에서 관행적으로 시행되는 모든 행위를 독점금지법의 적용하에 둔다는 것은 이를 담당하는 법원으로 하여금 임금, 근로시간, 근무조건 등에 대한 단체교섭이 어떻게 이루어지는지에 대한 여러 실질적인 의문에 대하여 일일이 응답할 것을 요구하는 결과를 가져오게 된다.

341) “다수사용자교섭(Multi-employer bargaining)”이란 동일한 산업에 속한 사용자들이 함께 참가하여 피용자들의 대표자와 협상을 할 대표자를 선출하는 등의 일반적인 행위를 총칭한다. 이는 소규모의 사용자들이 힘을 모아 대단위의 노조와의 협상을 용이하게 할 목적으로 이루어진다. 이러한 다수사용자교섭은 리그에 속한 모든 팀들에게 일률적으로 적용될 계약이 협상대상인 프로스포츠 산업에서는 필수적이라 할 수 있다.

- 비법령상의 노동면책이 협상결렬로 인하여 종료된다면 사용자들로서는 이를 대체할 아무런 법적 수단이 없어지는 결과가 발생한다. 즉, 사용자들이 협상결렬 이후 마지막으로 제안되었던 안건을 실행하는 경우 독점금지법 위반문제가 발생하고, 마지막으로 제안된 안건과 다른 고용조건을 실행한다면 부당노동행위의 문제가 발생하게 되어 사용자로서는 독점금지법 위반이 아니면 노동법 위반의 책임을 부담할 수밖에 없게 된다. 이는 결국 단체교섭과정의 불안정성과 불확실성을 제고하는 결과를 낳게 된다.
- 비법령상의 노동면책이 노사간의 합의나 동의를 전제로 이루어질 수 있다는 원고의 주장은 단체교섭 자체가 노사간의 합의 이전에 이미 이루어지는 것이고, 단체교섭 과정 자체에도 실제적, 절차적으로 노사간의 일정한 합의나 동의를 전제되어 있다는 점에서 받아들이기 어렵다. 원고들이 인용하는 판례상의 용어는 이전의 소송이 단체협약에 관련된 것임을 나타내는 것이지 적용제외의 원리를 표현하고자 하는 것은 아니다.
- 노동분야에 있어서 독점금지법 적용제외는 단체교섭 이후에 이루어지는 단체교섭의 전술(tactics)과 관련한 합의에 한정되어야 하며, 단체교섭의 실제적 조건(terms)에 대한 합의에는 있을 수 없다는 원고측 주장은 적용제외가 있어야 하는지 여부를 판단하기 위하여 단체교섭 과정에 참여하지도 않았던 법원으로 하여금 단체교섭에 임한 사용자측이 주관적인 의도까지도 파악할 것을 요구한다는 점에서 받아들이기 어렵다.
- 프로스포츠의 경우에는 예외적으로 달리 취급되어야 한다는 주장에 대해서도 이 사건 미식축구 선수들이 다른 일반적인 노조원들과는 달리 특별한 개인능력을 보유하고 있고, 통상적으로 자신들의 임금을 개별적으로 사용자측과 협상하여 왔던 사실이 인정되지만, 이러한 개인적인 능력의 많고 적음은 협상능력의 차이와 관련되는 문제일 뿐인 것이지 이를 근거로 다른 직업군과 달리 취급될 이유는 없는 것이다.

1.2. 소수의견(Stevens 대법관)

- 이 사건에서 구단주들과 선수들간에는 선수들의 보수는 개별적으로 협상된다는 기존의 원칙에 대하여서는 아무런 다툼이 없었기 때문에 사용자들의 일방적인 이 사건 행위는 자신들의 이익을 도모할 목적으로 이루어진 것으로서 독점금지법의 적용대상이 되는 반경쟁적 행위이다.
- 비법령상의 노동면책은 독점금지법 위반의 제소가 단지 단체교섭이 포함된 노동법 영역의 문제를 일부 다룬다고 하여 자동적으로 이루어지는 것은 아니다.

- 예비선수들에 대한 보수문제는 새로운 개념으로서 만료된 단체협약상의 조건이나 그 변형도 아닌 이상 단체협약 만료 이후의 단체협약상의 조건과 관련하여 적용문제가 생기는 비법령상의 노동면책은 이 사건에서 적용될 여지가 없다.
- 독점금지법으로부터 NFL을 보호하기 위하여 비법령상의 노동면책을 확대하는 것은 노조가 가지는 계약의 자유권을 침해하는 것이며, 독점금지법 적용제외와 노동법의 목적에 배치되는 것이다.
- 다수의견에 따르는 경우 사용자들은 독점금지법 책임없이 독점금지법을 위반하는 고용조건들을 일방적으로 적용할 수 있게 되기 때문에 노조로서는 그들이 전혀 동의조차 하지 않은 조건들을 받아들일도록 강제되는 부당한 결과가 초래된다.

2. 노동면책의 구체적인 적용요건은 무엇인가.

2.1. 당해 문제된 행위가 단체교섭 직후 또는 그 과정에서 발생된 것이어야 한다.

- 따라서 시간적으로나 상황적으로 독점금지법의 적용이 단체교섭의 진행에 영향을 별다른 영향을 미칠 수 없을 것으로 인정되는 경우 독점금지법의 적용이 가능하다.

2.2. 당해 행위가 단체교섭의 합법적인 실행에 직접적으로 관련되어야 한다.

2.3. 당해 행위가 관련 당사자들이 집합적으로 협상하여야 할 사항에 대한 것이어야 한다.

2.4. 당해 행위가 단체교섭 당사자들에게만 관련되는 것이어야 한다.

(라) 논의 및 시사점

1. 판결의 의의

- 본 판결은 선수들보다 우월적인 지위를 가진 구단주들이 단체교섭의 결렬 직후 또는 단체협약의 기간만료 이후 공동으로 시행한 일방적인 제도시행 행위에 대하여 이른바 비법령상의 적용제외를 확대함으로써 얻을 수 있는 노동정책상의 이점이 독점금지법 정책상 가능한 이점을 넘어설 정도로 절실한가에 여부에 초점을 두고 판단할 필요가 있다.³⁴²⁾

본 판결은 프로스포츠라는 특정 직업군의 노동문제와 관련된 사안이라 하더라도 경쟁정책과 노동정책의 충돌에 따른 해결점을 시사해주는 의미를 가진다.

2. 비법령상의 노동면책 이론의 역사적 배경

- 미국 의회는 셔먼법의 일방적인 적용이 노조활동을 억압하는 예상 밖의 결과가 발생하자 특별히 노조활동은 독점금지법의 적용으로부터 제외할 목적으로 1914년 통상(commerce)의 범위에서 노동(labor)를 제외하고 노동조합과 노동활동에 대한 셔먼법의 적용을 엄격히 제한하는 내용의 클레이튼법(Clayton Act)을 제정하였다. 클레이튼법은 단체들뿐만 아니라 개인들의 반경쟁적 행위도 적용대상으로 하였다. 그러나, 클레이튼법은 셔먼법의 적용으로부터 노조활동을 적절히 보호하기에는 역부족이었다.
- 이에 의회는 보다 폭넓은 노조활동의 보장 및 증진을 위하여 1932년 Norris-LaGuardia Act와 1937년 National Labor Relation Act(NLRA)³⁴³⁾를 각각 제정하여 노동조합의 활동, 특히 노동조합과 사용자들간의 단체교섭을 증진시키고자 하였다. 이러한 특별법의 영향으로 노동분야에서는 이를 규제하는 연방법령들이 경쟁법을 대신하는 법원(法源, statutory field)이 되었다. 비록 이러한 특별법상에 노동활동에 대하여 셔먼법으로부터의 면책을 명시하는 문구를 찾을 수는 없어도 연방대법원은 보이콧(boycott)과 피켓팅(picketing)과 같은 일방적인 노동활동에 대하여 독점금지법 면책을 인정하는 방향으로 위 법령상의 문구들을 해석하였다.³⁴⁴⁾ 그리하여 이러한 특별법을 통한 독점금지법의 면책을 법령상의 노동면책(statutory labor exemption)으로 부르게 되었다.³⁴⁵⁾
- 그 후 미국 대법원은 NLRA에 기한 단체교섭을 촉진시키려는 의회의 노동정책과 셔먼법하의 거래에서의 자유경쟁성을 촉진하려는 의회의 경쟁정책의 충돌의 결과로서 비법령상의 노동면책(nonstatutory labor exemption)의 필요성을 인식하게 되었다. 즉, 노동조합과 그들의 사용자들간의 단체교섭(collective bargaining)을 보다 활성화시키기 위하여 이른바 비법령상의 노동면책(nonstatutory labor exemption)을 고안하였다.³⁴⁶⁾ 이러한 비법령

342) Jeffrey L. Harrison, "Brown v. Pro Football, Inc: the labor exemption, antitrust standing and distributive outcomes", The Antitrust Bulletin, Fall 1997

343) NLRA는 "사용자들과 피용자들의 대표자가 적당한 시간에 만나 신의칙에 기하여 임금, 근로시간, 기타 근로조건 등에 대하여 논의하여야 할 상호간의 의무"를 부과하여 사용자와 피용자간의 단체교섭활동을 촉진하고자 입법되었다.

344) *United States v. Hutcheson*, 312 U.S. 219, 230 (1941).

345) *Mackey v. NFL*, 543 F.2d 606, 611(8th Cir. 1976)

상의 노동면책은 노동조합과 그들의 사용자들이 근로조건 등에 관하여 독점금지법 위반의 위험없이 자율적으로 교섭할 수 있도록 하려는데 주된 목적이 있다.

- 당초 비법령상의 노동면책은 프로스포츠를 염두에 두고 고안된 것은 아니었다. 프로스포츠는 리그를 구성하는 팀들이 경제적인 관점에서 경쟁자가 아니라는 점에서 특수성을 가지고 있다.³⁴⁷⁾ 즉, 각 팀들은 경제적 생존을 위하여 다른 경쟁팀의 경제적 성공에 의존한다. 이러한 상호의존성은 다른 영역에서는 중대한 거래저해행위가 될 수 있는 팀들 상호간의 공동의 노동협정을 필요로 하게 된다. 결국 이러한 거래저해적인 결과에 대하여 구단주들로서는 독점금지법 위반 피소의 위험부담 없이 선수노조들과의 단체협약을 추진할 수 있도록 하기 위한 면책장치로서 비법령상의 노동면책 원리가 필요하게 된다.³⁴⁸⁾
- 이와 같이 프로스포츠가 비법령상의 노동면책의 가장 큰 수혜자 중 하나임은 분명하다. 구단주들은 선수들과 연봉, 드래프트, 보류제도, 기타 구단들 간의 경쟁의 균형을 유지시키는 선수들과 관련된 여러 제도들에 대하여 협상하는 동안만큼은 비법령상의 노동면책에 의존할 수 있는 것이다.

3. 비법령상 노동면책의 적용범위

- 문제는 프로스포츠에 있어서 새로운 협약이 이루어지기 전에 단체협약(collective bargaining agreement)³⁴⁹⁾이 만료된 경우 만료된 협약상의 조건들에 대하여 얼마만큼의 기간동안 비법령상의 노동면책에 기한 독점금지법의 적용제외가 이루어질 수 있는가 이다. 이 사건 판결에서도 이것이 가장 큰 쟁점이었다.

346) *Amalgamated Meat Cutters v. Jewel Tea*, 381 U.S. 676(1965); *Connell Construction Co. v. Plumbers and Steamfitters Local Union No. 1000*, 421 U.S. 616(1975); 연방대법원은 위 판결들을 통하여 비법령상의 노동면책의 적용을 주장하기 위해서는 단체교섭관계에 있는 양 당사자가 근로시간, 임금 및 근로조건에 대한 협상시 신의칙에 의하여 협상하는 관계에 있어야 함을 강조하였다.

347) 프로스포츠의 이러한 특수성으로 인하여 프로스포츠와 관련된 초창기의 독점금지법 소송에서 구단주들은 프로스포츠에서 발생하는 반경쟁적 행위에 대한 당연위법원칙(per se illegal rule)의 적용에 이의하면서, 프로스포츠리그를 구성하는 구단들의 경제적 상호의존성이라는 특수성을 감안하여 합리의 원칙(rule of reason)이 적용되어야 한다고 주장하였다. *Mackey v. National Football League*, 407 F.Supp. 1000, 1002(D.Minn. 1976).

348) Shawn Treadwell, "An Examination of the Nonstatutory Labor Exemption from the Antitrust Law, in the context of Professional Sports", 23 Fordham Urb. L.J. 955, 963.

349) 단체협약이란 사용자들과 피용자들간, 또는 그들의 대표자들간의 협상의 결과인 계약이다. 이러한 계약상의 규정들은 근로조건, 근로시간, 임금 등을 포함한다. 이러한 단체협약이 개별적인 사용자와 피용자간의 계약인 고용계약과 구별됨은 분명하다.

- 이와 관련하여 미국 판례들은 여러 기준점들을 제시하였다. 이와 관련한 판례상의 여러 입장들을 종합하여 보면 다음과 같다.³⁵⁰⁾

① 사용자가 제한(restrictions)을 계속해서 부과하고 그 제한이 이후 체결될 단체협약에 포함될 것으로 합리적으로 믿는(reasonably believe) 시점까지는 노동면책이 적용된다는 입장³⁵¹⁾

- 이에 대해서는 법원으로서의 사용자가 부과하는 제한이 향후 단체협약에 포함될 것으로 믿은 행위에 어느 정도의 합리성(reasonableness)이 있는 것인지에 대해서는 사용자의 주관적인 주장에 의존할 수밖에 없기 때문에 사용자들이 이전에 부과하였던 제한들이 새로운 단체협약에 포함될 것으로 언제 “합리적인 기대(reasonable belief)”를 가졌는지를 정확히 판단하기 어렵다는 문제점이 제기된다.

② 단체협약이 만료된 이후에도 신의칙(in good faith)에 기한 협상이 계속되어 종국적으로 협상결렬(impasse)에 이르는 시점까지는 노동면책이 적용된다는 입장³⁵²⁾

- 그러나, 이에 대해서도 협상결렬에 이르기까지 “신의칙”에 기하여 협상을 하여야 한다는 요건은 지극히 주관적일 수 있다. 어느 정도를 신의칙에 기한 협상이라고 볼 것인가? 이러한 기준에 의할 경우 노조는 협상에 있어 사용자가 가지는 노동면책을 종결시킬 목적으로 가능하면 신의칙을 가장하여 협상에 임하되 일찍 협상결렬에 이르려는 의도를 가질 수 있다.

③ 협상결렬 이후에도 사용자와 노조간의 교섭관계가 존속되는 한 노동면책은 계속된다는 입장³⁵³⁾

- 협상결렬 이후에도 사용자로서는 독점금지법 위반의 우려 없이 선수들에 대하여 문제된 제한(restraints)을 무한히 계속해서 시행할 수 있다는 것은 궁극적으로 노조가 협상결렬 이후의 단체교섭에 적극적으로 임할 동기를 약화시킨다.

④ 단체협약이 만료된 이후에는 노조의 동의 없이는 노동면책은 더 이상 적용되지 않는다는 입장³⁵⁴⁾

350) 구체적인 내용 및 각 입장의 문제점은 위 Shawn Treadwell, 967-976쪽 참조.

351) *Bridgeman v. National Basketball Association*, 675 F.Supp. 960 (D.N.J. 1987). 이 사건에서 선수협회는 NBA 구단주들의 대학드래프트제, 연봉상한제 및 우선협상권을 시행에 대하여 독점금지법 위반소송을 제기하였다. 이와 같은 제도들은 선수들과 구단간의 단체협약에 포함되어 있었으나, 선수들은 이들 제도를 단체협약 만료 이후에도 계속적으로 시행하는 것에 대하여 반대하였다.

352) *Powell v. National Football League*, 678 F.Supp. 777(D. Minn. 1988). 1988년 일련의 프로미식축구선수들은 우선협상권(right of first refusal)의 시행과 NFL의 표준선수계약서에 대하여 독점금지법 제소를 하였다. 선수들은 독점금지법에 대한 노동면책은 단체협약이 이미 1987년 만료되었기 때문에 더 이상 적용되지 않는다고 주장하였다.

353) *Powell v. National Football League*, 930 F.2d 1293 (8th Cir. 1989).

- 이에 대해서는 단체협약의 만료와 함께 노동면책이 종료된다면 사용자들로서는 독점금지법 위반을 우려하여 비록 노조가 원하는 경우에도 반경쟁적 제한 내지 제도의 시행에 동의하지 않으려고 하여 단체협약 자체가 지연될 가능성이 있다.

4. 비법령상 노동면책의 적용한계

- 이상과 같이 미국 판례상 비법령상의 노동면책을 언제까지 적용하여야 하는지에 대한 명확한 입장이 정립된 것은 아니다. 그러나 노동정책상 단체교섭은 활성화되어야 하고, 이를 위하여 독점금지법보다는 노동법이 우선적으로 적용되어야 한다는 원칙에 선다면 비법령상의 노동면책의 적용은 단체교섭이 만료된 이후에도 단체교섭관계에 있거나 단체교섭이 재개될 가능성이 있는 합리적인 시점까지는 지속되어야 한다는 것이 통설적인 견해인 것으로 보인다. 다만 대부분의 이 문제를 다루고 있는 법원들은 일관되게 그 적용여부 논란의 원인이 된 노사간의 분쟁을 사법적인 판단을 통하여 해결하기보다는 상호간의 협상을 통하여 해결할 것을 촉구하고 있다.³⁵⁵⁾
- 노동법상의 문제라는 이유만으로 독점금지법의 적용을 무조건 배제할 수는 없다. 노동법에 내재하는 독점금지법에 대한 이른바 비법령상의 노동면책은 일정한 요건하에 적용되어야 한다. 본 판결을 비롯한 판례들은 비법령상의 노동면책이 적용되기 위한 구체적인 요건을 3가지로 정리하고 있다.
- 즉, 비법령상의 적용제외가 성립하기 위해서는 (i) 문제된 합의 내지 행위가 가지는 거래저해성(restraint of trade)은 반드시 합의의 양 당사자에게 주된 영향을 미치는 것이어야 하고, (ii) 합의의 구체적인 내용은 단체교섭에서 일반적으로 쟁점이 되는 사항들 - 예컨대, 임금, 근로시간, 근로조건 등 - 에 관한 것이어야 하며, (iii) 당해 합의는 선의의 공평한 협상을 통하여 이루어진 것이어야 한다는 것이다.³⁵⁶⁾

(마) 기타 - 비판론 및 판결의 영향³⁵⁷⁾

354) *Brown v. Pro football, Inc.*, 782 F. Supp. 125(D.D.C. 1991)

355) 대표적인 판례는 *National Basketball Association v. Williams*, 857 F.Supp. 1069, S.D.N.Y.(1994).

356) *Mackey v. National Football League*, 543 F.2d 606(8th Cir. 1976), cert. dismissed, 434 U.S. 801(1977).

357) *Denise K. Bryant, CASENOTE: BROWN V. PRO FOOTBALL, INC.: YOU MAKE THE CALL!*, 4 Vill. Sports & Ent. L.J. 87 참조.

1. 비판론

- 다수의견은 비법령상의 노동면책이 노동정책과 경쟁정책의 충돌(conflict)의 해결책으로 고안되었다는 점을 무시하였다. 즉, 비법령상의 노동면책을 협상결렬 이후까지도 확장함으로써 사용자들로 하여금 독점금지법 위반의 두려움 없이 단체교섭과정 밖에서 일방적인 제한을 부과할 수 있도록 허용하는 결과를 초래하였다. 그러나, 협상결렬 이후에는 더 이상의 단체교섭은 없으며, 결과적으로 단체교섭을 촉진하려는 노동정책과 경쟁을 촉진하려는 경쟁정책 사이의 충돌은 없는 것이다.
- 또한 다수의견은 사법부의 목표가 단체교섭과정에 개입되는 것을 피하고, 가능한 사용자와 노조간에 협상과 합의에 맡겨두려는 것임을 간과하였다. 다수의견은 협상결렬 이후까지도 노동면책을 확장함으로써 독점금지법으로부터의 사용자를 보다 더 보호하고자 한다. 비법령상의 노동면책은 “피용자들이 임금과 근로조건에 대하여 경쟁하는 것을 막기 위하여 피용자들을 조직화하려는 강한 노동정책”으로부터 고안된 것이다. 그러나 다수의견은 피용자들의 임금협상에 있어 경쟁을 근절시킬 목적으로 조직된 사용자들에 대한 보호를 더욱 확대하였다.
- 다수의견은 비법령상의 노동면책 이론을 확립하기 위하여 연방대법원이 터잡은 기초와는 배치되게 일방적인 행위(unilateral action)에 대하여 비법령상의 노동면책을 적용하였다. 연방대법원은 독점금지법으로부터의 보호가 필요한 것은 쌍방행위, 즉 단체교섭과정이라고 판단하였다. 따라서, 이 사건에서처럼 협상이 결렬되었다면, 이후에 이루어지는 사용자들의 행위는 일방적인 것으로서 이는 비법령상의 노동면책이 아닌 법령상의 노동면책(statutory labor exemption) 적용여부가 검토되어야 하는 것이다.

2. 판결의 영향

- 이 사건 판결이 비법령상의 노동면책을 단체교섭의 결렬 이후에도 확장하여 적용함에 따라 사용자가 반경쟁적인 고용조건을 지배하면서 이를 실행할 수 있는 힘을 가지게 되었다. 이에 따라 사용자들로서는 협상결렬이 있으면 독점금지법 위반을 두려워할 필요 없이 합법적으로 반경쟁적인 고용조건을 실행할 수 있으므로 선수들과 단체협약을 도출하기 위하여 진지하게 협상할 아무런 동기도 없으며, 선수들 역시도 협상에 임하는 사용자들이

진지하게 단체협약을 도출하려고 노력하기보다는 단순히 기계적으로 협상에 임할 것으로 생각하기 때문에 협상에 적극적으로 임할 아무런 동기가 없게 된다.

- 이러한 양 당사자의 협상동기의 결여는 궁극적으로 NLRA상에 보장된 여러 피용자들의 노동권리들을 박탈하는 결과를 가져온다. 이 사건에서처럼 비법령상 노동면책을 협상결렬 이후에도 적용되는 것으로 확장하는 것은 사용자들로 하여금 선수들의 동의 없이 반경쟁적인 고용조건을 강제할 수 있게 함으로써 단체교섭과정 자체를 왜곡시킬 수 있을 뿐만 아니라 궁극적으로 프로스포츠 산업의 파괴를 불러올 수도 있다.
- 위와 같이 비법령상의 노동면책의 확장이 가져올 수 있는 문제점을 해결하기 위해서는 노동면책의 적용을 언제까지 인정할 것인가가 중요하게 결정되어야 한다. 이에 대하여서는 미국 판례들이 여러 입장을 제시하였음은 이미 살펴보았다. 그러나 이러한 노동면책의 종료점(endpoint)을 어디로 할 것인가는 비법령상의 노동면책이 고안된 역사적 배경과 이에 따른 판례들의 입장, 그리고 신의칙에 기한 협상에 기초한 단체교섭제도의 활성화 및 그 과정에 대한 사법적 개입의 자제 등이 충분히 반영될 수 있도록 정해져야 한다.

(6) United States District Court, S.D. New York
NATIONAL BASKETBALL ASSOCIATION v. WILLIAMS, 857 F.Supp. 1069,
S.D.N.Y(1994)

(가) 사건의 개요

전국농구연합(The National Basketball Association, NBA)과 27개 팀들이 NBA 소속 선수들이나 소속 예정 선수들을 상대로 대학 드래프트(college draft) 제도³⁵⁸, 우선협상권(right of first refusal)³⁵⁹, 연봉상한제(salary cap)³⁶⁰의 지속적인 시행이 연방독점금지법을 위반하지

358) 이는 각 NBA팀들에 배정된 대학선수들과의 독점적 협상권을 부여하는 절차를 말한다. 일반적으로 대학드래프트제도는 지난 시즌의 성적이 가장 저조한 팀으로 하여금 상위팀들보다 먼저 선수들을 선발할 수 있도록 허용한다. 특정팀에 의하여 선발된(drafted) 선수는 그 팀과 협상할 수 있다.

359) 우선협상권은 계약이 만료된 선수들로 하여금 NBA 소속의 모든 팀들과 협상할 수 있도록 허용한다. 그러나, 그 선수가 마지막으로 소속됐었던 팀은 15일 동안은 다른 팀이 제시하는 제안과 대등한 제안을 하여 그 선수를 계속 보유할 수 있도록 한다.

360) 연봉상한선은 선수들로 하여금 NBA팀들이 올린 전체 수입의 일정비율에 대해서 연봉계약을 하도록 하여 구단과 선수들간의 일종의 수입공유약정(revenue sharing arrangement)으로서의 역할을 한다.

않는다는 확인소송(declaratory action)을 제기하였다. NBA는 위와 같은 주장과 함께 선택적으로 이러한 제도들이 부당하게 거래를 저해하지 않으므로 독점금지법을 위반하지 않는다는 주장도 하였다.

이에 확인소송의 피고측인 선수들을 전국농구선수협회(National Basketball Players Association)와 함께(이하 “선수들”이라 함) 이러한 제도의 계속적인 시행은 거래를 저해하는 행위로서 독점금지법의 적용제외(exemption)가 되지 않으므로 독점금지법 위반의 책임을 져야 한다는 취지의 반소를 제기하였다.

이 후 선수들은 (1) 팀들이 현역 선수 또는 향후 입단예정 선수들과의 선수계약체결의 금지하고, (2) 본안에 대한 신속한 재판진행을 하여 줄 것을 구하는 임시중지명령 및 가처분을 신청하였다. 이에 법원은 임시중지명령을 내리고 가처분을 위한 심문기일을 개최하였다. 그 후 가처분 사건은 본안 사건과 병합되어 심리되었다.

이 사건에서 Duffy 판사는 Allen Bradley Co. v. Local Union No. 3. IBEW 판결부터 United Mine Workers of America v. Pennington 판결에 이르기까지 다수의 연방대법원 판결이 일관되게 셔먼법이 적용되기 위해서는 다수의 사용자들이 제품시장에서 그들의 경쟁사업자들 배제하기 위하여 노동조합을 이용하려는 공모가 반드시 존재하여야 한다고 판결하였음을 주목하면서 노동시장과 관련된 분쟁에서 연방노동정책에 반하는 독점금지법 소송은 허용되어서는 아니 된다고 결론지었다. 이에 따라 Duffy 판사는 비법령상의 노동면책(nonstatutory labor exemption)은 “단체교섭관계가 존재하는 한” 계속 적용된다는 기준을 제시하였다. 이러한 기준 아래 원고의 확인청구를 받아들이고, 피고의 반소를 기각하였다.

이 사건은 NBA와 선수협회 간의 단체교섭과정에서 촉발된 분쟁으로 인하여 제기된 4번째 소송이다. 즉, 이 사건 분쟁은 상당히 이전부터 시작되었다고 할 수 있다. 즉, 1970년 선수들은 NBA를 상대로 NBA가 선수들에게 부과하는 보류조항(reserve clause), 보수조항(compensation clause), 대학드래프트제(college draft) 등의 여러 제한들이 독점금지법 위반이라는 집단소송을 제기하였고, 이 소송에서 NBA는 노동상의 독점금지법 적용제외를 주장하였으나 받아들여지지 않았다. Robertson v. National Basketball Ass'n, 389 F.Supp. 867, 884-89(S.D.N.Y 1975).

그 후 1976년 위 Robertson 판결의 취지에 따라 소송당사자간에 합의가 성립되어 대학 드래프트제도나 우선협상권 제도 등에 많은 변화가 있었다. 또한 위 합의를 기초로 NBA와 선수협회간에 다년간의 단체협약(collective bargaining agreement)이 체결되었고, 이러한 단체협약은 그 후 1988년 단체협약에 이르기까지 여러 차례 계속적으로 갱신되었다. 그러나 계약

갱신과정에서 NBA는 연봉상한제도(salary cap)를 새로이 도입하는 등 계속적으로 선수들과의 분쟁이 발생하였고, 이 과정에서 여러 차례 독점금지법 위반소송이 제기되었다.

결국 1994년 6월 선수들은 1988년 단체협약이 종료되면 더 이상의 교섭을 하지 않겠다는 뜻을 NBA측에 전달하였고, 이에 1988년 단체협약 종료 이후 협약상의 여러 제도들을 계속적으로 사용할 뜻을 가진 NBA로서는 이러한 행위로 인하여 독점금지법 위반에 따른 3배 배상책임을 질 우려가 있다고 생각하여 선수들을 상대로 이 사건 확인소송을 구하게 된 것이다.

Duffy판사는 NBA와 선수들간의 위와 같은 역사적 배경을 종합하여 보면 NBA나 선수협회는 독점금지법 소송을 자신들간의 단체교섭의 수단으로 이용하는 경향을 보였다고 결론지으면서, 이 사건도 이와 같은 맥락에서 이루어진 것으로 보고 당사자들에게 합의를 통한 분쟁해결을 권유하였으나 받아들여지지 않았다.

그 후 이 사건에 대한 항소심에서 제2순회항소법원은 원심이 채택한 비법령상의 노동면책의 적용기준이 타당하다면서 원심판결을 유지하였다.³⁶¹⁾

(나) 당사자의 주장

1. NBA측 주장

- 선수들과 NBA 사이에는 최근까지 단체교섭 상태에 있었기 때문에 이 사건에서는 독점금지법이 적용되지 않는다. 즉, 노동분야에서 내재하는 비법령상의 노동면책에 의하여 선수들의 NBA를 상대로 한 독점금지법상의 청구는 각하되어야 한다.

2. 선수측 주장

- 노동분야에서 비법령상의 노동면책이 이루어지기 위해서는 유효한 단체협약을 통하여 여러 제도들에 대한 노동조합(선수협회)의 동의가 있어야만 한다. 그러나 이 사건에서는 1988년 단체협약이 1994. 6. 23.자로 종료되었기 때문에 더 이상 노동조합의 동의가 있을 수 없다.

(다) 주된 쟁점 및 법원의 판단

361) *National Basketball Ass'n v. Williams*, 45 F.3d 684(2d Cir. 1995).

1. 사건의 쟁점

- 이 사건에서의 주된 쟁점은 “독점금지법으로부터의 비법령상의 노동면책이 1988년 단체협약의 종료 이후에도 계속되는가, 계속된다면 언제까지 계속되는가”이다.

2. 법원의 판단

2.1. 비법령상의 노동면책(nonstatutory labor exemption)

- 독점금지법과 노동법의 적용기준과 관련하여 제품시장(product market)과 노동시장(labor market)의 구분이 필요하다. 이러한 구분은 순수한 노동시장과는 달리 제품시장에서 해당 시장에서의 사용자측 경쟁자를 배제시킬 목적으로 이루어지는 노사간의 합의는 당해 시장의 거래를 저해하는 반경쟁적 행위로서 독점금지법의 적용이 이루어질 수 있다는 차이에 있다.³⁶²⁾ 이에 반해 노동시장과 관련된 분쟁에 있어서는 노동법이나 노동정책을 침해하는 결과를 가져올 수 있는 독점금지법 적용은 허용될 수 없는 것이다.³⁶³⁾ 이 사건의 경우도 주된 쟁점은 노동시장과 관련된 것이므로 독점금지법이 아닌 연방노동법에 의하여 해결되어야 한다.
- 이러한 원칙을 전제로 한다면 독점금지법 적용제외 즉, 비법령상의 노동면책은 단체교섭관계(collective bargaining relationship)가 존재하는 한 계속되어야 한다. 즉, 노동관계(labor relationship)가 계속되는 한 협상의 단순한 결렬(impasse)이 있다고 하여 비법령상의 노동면책이 종료되지 않는다고 보아야 한다.³⁶⁴⁾ 만일 단체협약이 종료된 즉시 노동면책이 종료된다는 것은 의무적인 단체교섭사항인 근로조건에 대해서는 단체협약이 종료된 이후에도 신의칙에 기하여 계속적으로 협상하여야 한다는 노동관계법(National Labor Relations Act)에 부합하지 않는다.
- 따라서 이 사건에서 문제된 여러 제도들을 NBA가 단체협약 만료 이후에도 계속해서 시

362) *Allen Bradley Co. v. Local 3, IBEW*, 325 U.S. 797(1945); 이 사건은 뉴욕시의 여러 전기기구 제조업자들과 그 계약업자(contractors)들은 뉴욕시 외곽에 위치한 전기기구 제조업자들로 하여금 뉴욕시에서 그들 제품을 팔지 못하게 하는 전 업계의 공모의 일환으로 뉴욕시의 노동조합과 다양한 내용의 단체협약을 체결하였다. 단체협약에서 제조업자들의 계약업자들은 노조와 사업장 협정을 체결한 지역 제조업자들로부터만 기구를 구매하기로 합의하였고, 대신에 제조업자들은 노조원들을 고용하고 있는 계약업자들에게만 판매물량을 한정하기로 합의하였다. 이에 뉴욕시 외곽에 위치한 몇몇 전기기구 제조업자들은 노조를 상대로 독점금지법 소송을 제기하였다. 이에 법원은 사용자들의 속한 시장의 거래를 저해하는 공모에 노조가 참여한 것만으로는 당해 합의에 독점금지법 면책이 적용되기에는 충분치 않다고 판단하였다.

363) *Wood v. National Basketball Ass'n*, 809 F.2d. 963(2d Cir. 1987)

364) *Powell v. National Football League*, 930 F.2d 1303-04(8th Cir. 1989), cert. denied, 498 U.S. 1040, 111 S.Ct. 711, 112 L.Ed.2d 700(1991)

행하는 행위는 단체교섭관계가 존재하는 한 독점금지법을 위반되지 않는다 할 것이므로 이러한 행위가 독점금지법에 위반되지 않는다는 NBA의 확인청구는 받아들여져야 한다.

- 다만 이러한 판결이 선수들로 하여금 문제된 여러 제도들에 언제까지나 구속되어야 함을 의미하는 것은 아니다. 선수들로서는 노동법상 보장된 여러 가지 수단들(예컨대, 파업)을 통하여 제도들의 철폐를 시도할 수 있는 것이다. 다만, 이러한 자신들의 목적을 달성하기 위하여 노동법과 독점금지법 양 수단을 동시에 사용할 수는 없다 할 것이다.

2.2. 합리의 원칙에 기한 독점금지법 적용

- 설령 비법령상의 노동면책이 이루어지지 않아 독점금지법이 적용된다 하더라도 선수들의 당연위법(per se illegal)을 이유로 한 독점금지법 위반의 주장은 받아들이기 어렵다.
- 독점금지법 측면에서 NBA와 같은 프로스포츠 단체는 높은 수준의 오락상품(entertainment product, 예컨대, 프로농구와 그 중계)의 생성을 통한 공동의 이익을 추구하기 위하여 여러 프로스포츠 구단들이 결합된 Joint Venture의 성격을 가진다고 할 수 있다. 따라서, 이러한 Joint Venture의 수평적 가격고정이나 시장분할의 위법성은 당연위법(per se illegal)이 아닌 합리의 원칙(rule of reason)에 의하여 판단되어야 한다.
- 이와 같은 합리의 원칙에 따라 선수들의 입증사실에 기초하여 이 사건을 검토하여 보면 이 사건에서 문제된 여러 제도들(대학드래프트제, 우선협상권, 연봉상한제 등)로 인하여 발생하는 경쟁의 순기능적 효과가 역기능적 효과보다 더 크다고 판단되므로 이 사건 제도들의 지속적인 시행이 부당하게 거래를 저해한다고 할 수 없다.

(라) 논의 및 시사점

1. 비법령상의 노동면책과 관련한 판례상의 논의

1.1. *Mackey v. National Football League*³⁶⁵⁾ 판결

- 이 판결에서 프로스포츠 시장에서의 다수사용자교섭(Multi-employer bargaining)관계에서 발생하는 반경쟁적 행위에 대하여 비법령상의 노동면책이 적용될 수 있는지의 문제가 처음으로 제기되었다. 이 사건에서 프로미식축구선수들이 NFL의 이른바 “Rozella

365) 407 F. Supp. 1000(D. Minn 1975), *aff'd*, 543 F.2D 606(8th Cir. 1976).

Rule”에 대하여 독점금지법 위반 소송을 제기하였다. Rozella Rule이란 NFL선수들이 자유계약선수(FA)이 됨으로써 가지는 여러 혜택을 줄이려는 보수방식이다. 이 Rule에 따르면 계약이 만료된 선수가 다른 팀과의 계약을 하려고 하는 경우 NFL 감독국(Commissioner)은 새로운 팀에게 그 선수가 소속되었던 이전의 팀에게 1명 이상의 선수에 대한 독점권이나 드래프트권을 양도하는 방식으로 보상하여줄 것을 명할 수 있다.

- 이에 대하여 제8순회항소법원은 비록 사용자들이 비법령상의 노동면책을 주장할 수는 있어도 위와 같은 Rule은 독점금지법의 면책대상이 아니라고 판단하였다. 이에 따라 항소법원은 비법령상의 노동면책이 적용되기 위한 3가지 요건을 제시하였다. 즉, 노동면책이 이루어지기 위해서는 (i) 문제된 제약이 오로지 단체교섭관계에 있는 당사자에게만 적용되는 것이어야 하고, (ii) 합의는 의무적인 단체교섭사항에 대한 것이어야 하며, (iii) 합의는 신의성실의 원칙에 따른 정상적인 협상(bona-fide arms-length bargaining)을 통하여 도출된 것이어야 한다. 항소법원은 위 요건 중 세 번째 요건에 주목하면서 비록 문제된 Rozella Rule이 그 이후의 단체협약에서 합의되었지만, NFL팀들은 노조의 동의없이 사실상 일방적으로 이를 적용하였음을 인정하였다.

1.2. *Robertson v. National Basketball Ass'n*³⁶⁶⁾ 판결

- NBA 선수들은 보류조항(reserve clause), 보수조항(compensation clause) 및 대학드래프트제(college draft) 등이 독점금지법을 위반하였다는 확인소송을 제기하였다. 이에 NBA는 비법령상의 노동면책의 항변을 하였으나, 법원은 노동면책은 사용자들이 아니라 노조만을 보호하기 위한 것임을 이유로 NBA 팀들의 약식재판(summary judgment) 청구를 기각하였다. 법원은 사용자들은 교섭과정에서 반경쟁적 조건들에 대한 노조의 동의가 있는 경우에 한하여 독점금지법으로부터 면책될 수 있다고 판단하였다.
- 법원이 NBA 팀들의 약식재판청구를 기각하였음에도 팀들과 선수협회는 판결의 취지에 따라 합의(settlement)하였다.

1.3. *Wood v. National Basketball Ass'n*³⁶⁷⁾ 판결

- 대학농구선수였던 O. Leon Wood는 Robertson 판결 이후 각 팀들과 선수협회간에 체결된 합의에도 불구하고 연봉상한제, 대학드래프트제 및 선수기업(player corporation)의

366) 389 F. Supp. 867(S.D.N.Y. 1976).

367) 602 F. Supp. 525(S.D.N.Y. 1984), *aff'd*, 809 F.2d 954(2d Cir. 1987).

설립금지에 대하여 독점금지법 위반의 제소를 하였다.

- 지방법원은 Mackey test를 적용하여 위 제도들에 대하여 비법령상의 노동면책이 적용된다고 판시하였다. 법원은 선수협회가 Robertson 합의에 따라 체결된 1983년의 양해각서(memorandum of understanding)에 동의하였음을 그 이유로 하였다. 항소법원도 Wood가 비록 1983년 양해각서 체결시 선수협회에 등록된 선수가 아니어도 위 양해각서상의 조항들을 문제삼을 수 있다고 판시하였다. 왜냐하면 전체 노조가입 선수들을 대신하는 대표자에 대하여 독점적인 협상권을 인정하는 연방노동법의 해석상 선수들이 개별적으로 NBA 팀들과 협상하는 것은 허용되지 않기 때문이다.

1.4. *Bridgeman v. National Basketball Ass'n*³⁶⁸⁾ 판결

- 이 사건은 비법령상의 노동면책을 단체협약 만료 이후 어느 시점까지 연장하여 인정하여야 하는가에 대한 쟁점을 처음으로 다루었다. 법원은 Mackey 판결의 동의요건을 완전히 거부하지는 않으면서도 “사용자측이 계속해서 문제된 제도를 시행하거나, 이후의 단체협약에서 동일하거나 유사한 제도를 시행할 것으로 합리적으로 믿을 수 있는 한” 노동면책은 그대로 적용되어야 한다고 판단하였다.

1.5. *Powell v. National Football League*³⁶⁹⁾ 판결(“Powell I”)

- 9명의 프로 미식축구 선수들은 단체협약 만료이후에도 계속적으로 협약상의 여러 제도를 시행하는 것은 독점금지법 위반이라면서 NFL을 상대로 소송을 제기하였다.
- 이에 대하여 법원은 노동면책은 단체협약의 만료이후에도 문제된 쟁점에 대한 단체교섭이 지속되는 한 협상결렬(impasse)되는 시점까지 존속한다고 판시하였다.

1.6. *Powell v. National Football League*³⁷⁰⁾ 항소심 판결(“Powell II”)

- 위 Powell I 판결에 대한 항소심에서 제8순회항소법원은 원심을 파기하면서 노동법 및 노동정책이 본 사건에 우선하여 적용되어야 한다면서 비법령상의 노동면책은 “단체교섭 관계가 지속되는 한” 협상결렬 이후까지도 확장되어야 한다고 판시하였다.
- Powell II 판결의 대전제는 일단 단체교섭관계가 수립되고, 유효하고도 신의칙에 기한 단

368) 675 F. Supp. 960 (D.N.J. 1987).

369) 678 F. Supp. 777(D. Minn. 1988).

370) 930 F.2d 1293(8th Cir. 1989).

체협약이 성립되면 연방노동법과 그 정책이 지배하게 된다는 것이다. 제8순회항소법원은 이러한 노동법 우선의 원칙을 다음과 같이 실시하였다.

“노동영역에는 법원의 개입보다는 협상을 통한 합의를 장려하는 원칙이 잘 수립되어 있다. 리그와 선수들은 그들 사이에 종종 발생하는 불편한 관계를 해소하기 위한 기초로서 이러한 “공정경쟁의 장(level playing field)”을 수용하였고, 그 곳에서 양 당사자가 협상과 경제적 힘의 과시를 통하여 합법적인 타협을 이끌기 위한 싸움을 계속하도록 요구할 만한 근본적인 정당성이 존재한다고 우리는 믿고 있다.”

1.7. *Brown v. Pro Football, Inc.*³⁷¹⁾ 판결

- 법원은 단체협약의 만료 이후에도 NFL이 단체협약상의 연봉조항을 계속적으로 시행하는 것은 비법령상의 노동면책의 보호를 받을 수 없다고 판시하였다. 노동면책은 단체협약의 만료와 함께 종료된다고 한다.
- 법원은 적용제외의 목적은 새로운 협약을 위한 진지한 협상을 유도하기 위한 비강제적인 분위기를 조성하려는 것인데, 만일 단체협약 만료 이후에도 노동면책을 확대하는 것은 문제된 제도에 대한 사용자의 진지한 협상을 위축시키는 것이면서 동시에 피용자로부터 사용자에게 대한 중요한 협상수단-독점금지법상의 3배 배상책임-을 빼앗는 것이라고 판단하였다.

2. 노동면책의 적용범위

- 이 판결은 노동법 및 노동정책을 독점금지법보다 우선하려는 비법령상의 노동면책의 적용범위를 어디까지 인정하여야 하는지에 대하여 여러 판례들의 입장을 차례대로 고찰하여 이에 대한 법원, 특히 여러 순회항소법원의 다양한 견해를 분석, 음미해볼 수 있는 기회를 제공하였다.
- 본 판결은 위와 같은 여러 판결상의 노동면책의 적용범위와 관련한 입장 중 “단체교섭관계가 존재하는 한” 단체협약이 종료된 이후에도 언제까지나 비법령상의 노동면책이 적용될 수 있다는 입장에서 여러 항소법원들이 받아들인 Mackey 판결이 취한 피용자 동의요건을 받아들이지 않았다.

371) 782 F.Supp. 125(D.D.C.1991)

- 즉, 노동법에 내재하는 ‘노사간의 교섭(bargaining)을 통한 문제의 해결’이라는 입법취지 내지는 노동정책을 침해하는 결과를 가져올 수 있는 독점금지법의 적용은 허용되어서는 아니 된다는 것을 대전제로 노사간에 단체교섭관계가 존속하는 한 노동면책은 이루어져야 한다는 것이다.

만일 노사협의 과정에서 당사자간의 원만한 합의를 통하여 해결될 수 없는 현안들이 노동법 이외의 법의 적용을 통하여 해결될 수 있는 길이 열려있다면 노사 모두 교섭을 통하여 문제를 해결하려 하기보다는 독점금지법 제소 등 다른 방법을 모색할 가능성이 커짐으로써 노사간의 협상 내지 교섭은 더 이상 진행되지 못하게 되거나 어려워지는 결과를 가져올 수 있다.

- 다만, 노동법 영역에서의 독점금지법 적용이 언제까지나 제외되는 것이 아니라 노사간의 단체교섭과 관련이 있어야 한다. 즉, 당해 문제된 행위가 단체교섭의 쟁점이 되는 사항에 관한 것일 뿐만 아니라 단체교섭의 당사자에게 주된 영향을 미치는 것이어야 한다.

3. 판결의 의의 및 비판

- 본 판결은 여러 학자들이 “정상으로의 복귀(return to normalcy)”라고 불리울 만큼 높이 평가되어 왔다.³⁷²⁾ 동 판결의 프로스포츠 분야에 있어 전통적인 노동법 원칙의 고수는 단체교섭의 활성화에 기여한 것으로 환영받아 왔다.
- 그러나 본 판결이 NBA팀들로 구성된 사용자측 협상단위(multi-employer unit)에게 협상을 어렵게 함으로써 종국적으로 결렬되도록 유도하여 본 판결에 취지에 따라 그들이 원하는 조건을 일방적으로 선수들에게 적용하려는 거부하기 어려운 동기를 부여하게 된다는 비판도 만만치 않다. 이러한 결과는 선수들, 특히 고액 연봉자들의 경우 노조에 가입함으로써 종국적으로 구단이 협상결렬 이후 일방적으로 부과하는 조건을 따라야 할 위험을 피할 목적으로 노조를 탈퇴하는 현상을 초래할 수도 있다는 것이다.
- 아무튼, 우리는 본 판결을 통하여 노동시장(labor market)에 있어서는 제품시장(product

372) Shepard Goldstein and Willam L. Daly. The Elimination of the "Antitrust Lever" from Collective Bargaining Negotiations in Professional Sports Is a "Return to Normalcy", 10 ANTITRUST 35(Fall 1995).

market)과는 달리 비록 반경쟁적 효과를 가져올 수 있는 합의 내지 행위가 존재한다 하더라도 당해 행위가 노사간의 단체교섭 과정이나 일시적으로 단체교섭이 결렬된 상황에서 이루어진 것이고, 동일한 쟁점들에 대하여 향후에 단체교섭이 재개될 가능성이 있다고 인정된다면 이러한 쟁점들은 궁극적으로 노사간의 단체교섭을 통하여 해결될 수 있도록 맡겨 둬서 단체교섭 제도를 통하여 노사간의 쟁점이나 갈등을 해결하려는 노동정책(labor policy)에도 부합한다 할 것이므로 이에 대한 독점금지법 면책을 부여할 필요성이 있음을 알 수 있다.

4. 우리나라에서의 논의

- 현재 우리나라의 판례나 학설상으로 노동법 또는 노동시장이 갖는 내재적인 적용제외 해당여부에 대한 논의를 발견하기는 어렵다. 물론 이에 대한 공정거래법이나 노동법상의 명문화된 규정은 보이지 않는다. 다만, 이미 살펴본 “(사)한국야구위원회의 사업자단체금지행위에 대한 건”에서 피심인은 자신이 선수협의회와 그들의 요구사항에 대한 단체교섭이 진행중이기 때문에 문제된 피심인 규약에 대한 공정거래법 적용은 배제되어야 한다는 취지의 주장을 하였으나, 공정위는 선수협의회와의 향후 단체교섭의 진행이 매우 불확실하다는 이유로 위 주장을 배척하였다.
- 이러한 심결례만으로 공정위가 단체교섭 과정에서의 반경쟁적 행위에 대한 공정거래법 적용제외를 받아들였다고 단정하기는 어려워 보이나 단체교섭을 이유로 공정거래법의 적용제외를 주장하는 피심인의 주장에 대하여 그 이론 자체를 비판하거나 논의하지는 않았다는 점에서 이와 같은 법원리를 적극적으로 부정하였다고 보기는 어렵다. 오히려 이러한 심결례를 통하여 향후 이 문제를 적극적으로 논의할 수 있는 가능성을 열어 두었다는 점에서 의미가 있다.
- 또한, 우리나라의 경우도 어느 나라 못지 않게 프로스포츠가 다양화, 활성화되고 있는 점에 비추어 본다면 프로야구를 비롯한 여러 프로스포츠 분야에서의 이 사건 판결과 같은 노동면책의 논리가 주장, 전개될 가능성은 충분히 있어 보인다.
- 이러한 경우 우리나라의 경우에도 단체교섭을 이유로 공정거래법의 적용이 제외되어야 할 것인지에 대해서는 적용제외 사유를 한정적으로 열거하고 있는 현 공정거래법 체제하

에서 명확히 판단하기는 어렵지만, 단체교섭을 통한 노사간의 자율적인 분쟁해결이 우리나라 노동법 내지 노동정책의 궁극적인 이념중의 하나라는 점에 비추어 본다면 이상과 같은 미국 판례상의 내재적 또는 비법령상의 노동면책 이론을 전면적으로 부정하기는 어렵다고 생각된다.

- 다만, 성문법 원칙을 취하고 있는 우리나라 법체계 아래에서 내재적인 적용제외 내지 비법령상 노동면책을 명시적인 법적 근거없이 인정하는 데에는 한계가 있으므로 이러한 이론을 도입하더라도 그러한 법원리를 도출해 낼 수 있는 최소한의 명문화된 근거규정은 마련되어야 할 것으로 생각된다.

5. 프로스포츠리그의 법적 성격

- 본 판결에서는 프로스포츠리그의 성격을 Joint Venture로 파악한 점도 주목이 된다. 이미 살펴본 바와 같이 우리나라 심결례인 “(사)한국야구위원회의 사업자단체금지행위에 대한 건”에서 피심인인 한국야구위원회(KBO)의 사업자단체 적격여부가 문제되었다. 이에 대하여 피심인은 KBO는 하나의 경제적 단일체(single entity)이어서 사업자단체에 해당하지 않는다고 주장함에 반하여 공정위는 이를 합작투자사업체(Joint Venture)로 판단하였다.
- 공정위가 KBO를 사업자단체로 보아야 한다는 주된 근거는 먼저 KBO의 구성사업자인 프로야구 구단들은 프로야구 경기를 계속적·반복적으로 제공하고, 그 반대급부로서 입장료 및 중계권료 등을 받으면서 다양한 경제적 활동을 하는 자들이므로 각 구단은 공정거래법 제2조 제1호에서 규정한 사업자에 해당하며, KBO는 정관상 정해진 목적, 구성 및 사회적 존재로서의 조직성(독립성)을 고려할 때, 국내에서 모든 프로야구 흥행사업을 영위하는 지위에 있는 8개 프로야구 구단을 구성사업자로 하여, 프로야구 발전과 구성사업자 사이의 공동의 이익증진을 목적으로 조직된 결합체로서 공정거래법 제2조 제4호가 규정한 사업자단체에 해당된다고 판단하였다.
- 이와 관련하여 본 판결은 프로스포츠협회(professional athletic association)는 일반적으로 Joint Venture로 볼 수 있다면서 그 주된 근거로 당해 협회에 소속된 회원들은 상호 “경쟁자(competitor)” 관계에 있기보다는 보다 나은 오락상품(예컨대, 프로농구 게임 및 그 중계)을 선보이기 위하여 서로 협력하고 공동으로 노력함으로써 이를 통하여 얻게 되는 수익도 공유하는 “공동협력자(Joint Venturers)”의 관계에 있다는 점을 들고 있다.³⁷³⁾

- 위와 같은 판단기준에 비추어 본다면 KBO를 경제적 단일체가 아닌 Joint Venture로 판단하여 사업자단체의 적격성을 인정한 공정위의 입장은 수긍할만한 한 것이라고 생각된다.

373) 구체적인 분석은 *North American Soccer League v. National Football League*, 670 F.2d 1249, 1251 (2d Cir. 1982) 참조.