

끼워팔기(Tying)에 관한 미국 법원의 판결(II)

Jefferson Parish Hospital District NO. 2 et al. v. Hyde(1984)판결

서헌제

중앙대 법학과 교수

편집자 **註** 스티븐스판사는 이 사건에 대한 법원의 의견을 제시하였다. 비록 브레넌판사와 오커너판사가 별도의 의견을 제시하였으나, 반대의견은 없었다. 스티븐스판사의 의견과 브레넌판사는 끼워팔기를 평가함에 있어서 당연위법의 접근방법을 유지하기 위하여 노력하였다. 다음의 의견은 법적으로는 동일한 결론에 도달하였으나, 그 방법은 서로 다르다.

오커너재판장, 포웰판사, 렌커트판사의 의견

원고가 운영하고 있는 공립병원인 동부 제퍼슨병원(Jefferson Hospital)은 그들만이 그 병원에서 환자들에게 마취를 시킬 자격이 있는 유일한 의사들이라는 이유로 Roux & Associates가 제공하는 마취서비스를 이용하도록 요구하였다. 항소법원은 이러한 행위가 셔먼법상의 위법한 끼워팔기라고 판시하였다.

나는 최고법원의 파기결정에 동의하지만, 결과적으로 환자에게 제공되는 서비스간의 끼워팔기로 다루어지든, 아니면 병원과 일정한 마취의 사이의 배타적인 거래로 다루어지든 상관없이, 병원과 Roux간의 계약이 합리성의 원칙에 따라 적절하게 분석되었다는 이유를 별도로 설명하고자 한다.

끼워팔기는 판매자가 서로 다른 두개의 제품이나 서비스를 하나의 패키지로 판매할 것을 주장하는 마케팅의 한 형태이다. 어떤 슈퍼마켓이 소비자들이 설탕을 구입하는 경우에만 밀가루를 판매한다면 그는 끼워팔기를 하는 것이다. 이때 밀가루가 주된 제품이 되고, 설탕은 종된 제품이 된다. 이 사건에서, 청구

원인은 동부 제퍼슨병원이 위법하게 일반적인 병원서비스와 수술실설비(주된 서비스)를 마취의 서비스 판매와 끼워팔았다는 것이다. 당해 병원은 경우에 따라서 서면법 제1조를 위반한 끼워팔기판권소송에서 당연위법의 원칙을 적용해 왔다.

그러나 이러한 설명은 그에 의존하는 알려진 사건들에서조차 문제 그대로 받아들여지지 않았다. 실제로, 끼워팔기는 당해 판매자가 “중된 제품의 시장에서 자유경쟁을 상당히 제한하기에 충분한 정도로 주된 제품에 대하여 경제력”을 갖고 있음이 입증된 경우에만 위법으로 되었다(Northern Pacific R. co. v. United States 사건 참조). “주된 제품에 대한 통제 또는 지배” 없이는 판매업자는 주된 제품을 구매자들이 중된 제품을 인수하도록 압박할 수 있는 효과적인 무기로서 이용할 수 없고, 따라서 거래제한은 중대하지 않을 것이다. 당해 병원은 가격협정, 시장분할 기타 당연위법이 적용되는 협정에서 취했던 것과 같이, 끼워팔기에 대해서도 시장지배력이나 반경쟁적인 효과에 대한 증거없이도 항상 위법이라고 자신있게 말할 수는 없었다.

따라서 끼워팔기사건에서의 당연위법원리는 항상 끼워팔기가 갖는 경제적 효과에 대한 면밀한 조사를 요구해 왔다. 그 결과로 끼워팔기에 대한 법원칙은 당연위법에 따른 이익을 얻지 못하고 합리성원칙에 따른 비용만을 초래했다. 즉, 이때의 원리는 합리성원칙의 특징인 폭넓고 시간을 끄는 경제분석을 요구하며, 그리고 나서 경제분석상 유리하게 입증될 수도 있는 행위를 금지하는 것으로 해석될 수도 있다. 더구나, 끼워팔기에서의 당연위법원칙은 하급심으로 하여금 끼워팔기를 분석함에 있어서 항상 필요했던 경제상황의 분석을 생략하도록 하는 경향이 있기 때문에, 일관된 법보다 더욱 혼란을 가져왔다.

그 결과 시간이 흐르면서 당연위법원칙은 포기되었고, 끼워팔기가 가질 수 있는 유해한 경제적 효과와 잠재적인 경제적 이익에 대한 조사에 다시 초점이 맞춰졌다. 따라서 끼워팔기의 법원칙들은 어떤 경우에도 경제적인 정당성을 가질 수 없는 몇몇 수평적 또는 준수평적 거래제한을 제외한 다른 모든 반경쟁적인 경제행위에 적용되기에 이를 것이다. 이러한 변화는 이미 적용된 바와 같이, 끼워팔기의 원칙을 포기한 것이라기보다는 이를 보다 합리화시키는 것이다.

종래 우리의 의견에 따르면, 끼워팔기법의 목적은 중된 제품시장에서 눈에 띄는 배타적 효과를 갖고, 판매업자가 주된 제품시장에서 갖고 있는 시장지배력의 유해한 행사를 가져오는 끼워팔기행위를 밝히고 이를 통제하는 것이었다. 합리성의 원칙하에서 끼워팔기는 그러한 경우에만 사라질 것이다.

주된 제품에서의 시장지배력은 정당한 방법(예를 들면, 특허의 부여에 의하여)이나 정당하지 못한 방법(예를 들면, 불법적인 독점의 결과로)으로 얻을 수 있다. 어느 경우이나 주된 제품시장에서 소비자들을 착취할 가능성이 존재하며, 이때에는 판매자가 개발했는지도 모르는 끼워팔기제도를 언급할 필요 없이 서면법 제2조에 따라 규제될 수도 있다. 중된 제품의 존재는 통상 시장지배력을 가진 판매자들이 주된 제품의 판매를 통해서 얻을 수 있는 이익을 증가시키지 않는다. 예를 들어, 밀가루를 독점하는 판매자는 그가 단지 자기의 밀가루와 함께 설탕을 구입하도록 강요함으로써 밀가루소비자들로부터 얻을 수 있는 이익을 증가시킬 수 없다. 이러한 주장이 비록 직관적인 것은 아니지만, 쉽게 주장되고 널리 인정되어 있다(R. Bork, Antitrust Paradox; P. Areeda. Antitrust Analysis 참조).

끼워팔기는 아마도 주된 제품시장에서의 힘이 종된 제품시장에서의 추가적인 시장지배력을 형성하기 위하여 이용되는 희귀한 경우에만 경제적으로 해로울지도 모른다.¹⁾ 예컨대, 밀가루 독점자가 그와 경쟁하는 설탕판매자를 축출하거나 새로운 판매자가 설탕시장에 뛰어드는 것을 보다 어렵게 함으로써 설탕시장에서의 추가적인 시장지배력을 획득하기 위하여 그의 시장지배력을 행사할 우려가 있을 때에는 반트러스트법의 적용여부가 문제된다. 그러나 문제된 두개의 시장 및 결합된 두개의 제품이 갖는 성질이 다음의 세가지 기준을 충족시키지 않는 한, 그러한 시장지배력의 확대는 아무런 경제적 피해를 가져오지 않을 것이다.

첫째, 판매자는 반드시 주된 제품시장에서 시장지배력을 가져야 한다. 그런 힘이 없는 경우에는 끼워팔기는 종된 제품시장에 아무런 유해한 영향을 미치지 못할 것이며, 주된 제품시장의 경쟁을 촉진할 수 있을 뿐이다. 만약 밀가루의 판매자가 밀가루에 대한 시장지배력을 갖고 있지 않다면, 구매자들이 설탕을 함께 구입하도록 강요함으로써 아무 것도 얻지 못할 것이다.

둘째, 끼워팔기를 하는 판매자가 종된 제품시장에서 시장지배력을 획득할 실질적인 우려가 있어야 한다. 종된 제품시장이 끼워팔기에 의하여 축출되지 않을 안정적인 많은 판매자들로 구성되어 있고, 종된 제품시장에 대한 진입장벽이 낮다면 그러한 위협은 존재하지 않을 것이다. 예를 들어, 설탕에 대해 활동적이고 활발한 시장-밀가루를 거래하지 않는 수많은 판매자와 구매자들을 가진 시장-이 있다면, 밀가루 독점자가 밀가루에 설탕을 끼워파는 행위는 위법으로 선언할 필요가 없다. 만약 다른 한편으로, 끼워팔기가 종된 제품시장에 진입하는 데 중요한 장벽이라면 그러한 끼워팔기는 의심의 여지가 있는 것이다.

셋째, 주된 제품과 종된 제품을 별개의 제품으로 취급하기 위한 일관된 경제적 기준이 있어야 한다. 가장 단순한 제품을 제외하고 모든 제품은 최종판매에서 결합될 수 있는 두개 또는 그 이상의 구성요소로 나누어질 수 있다. 만약 자동차와 엔진, 카메라와 렌즈를 함께 판매하는 것이 위법이 아니라면, 이러한 분석은 단지 제한적으로 이루어져야 한다. 제품들이 서로 별개의 것으로 취급되기 위해서는, 종된 제품은 최소한 소비자들이 주된 제품을 함께 구입하지 않고 별도로 구입하고자 하는 것이어야 한다.²⁾ 종된 제품이 종된 제품과 결합되어 사용할 필요가 없을 때, 주된 제품의 판매자는 두 제품을 함께 판매함으로써 추가적인 시장지배력을 얻을 수는 없는 것이다. 만약 설탕이 밀가루와 함께 사용될 때를 제외하고 소비자들에게 쓸모가 없다면, 밀가루 판매자의 시장지배력은 두가지 제품이 실제로 함께 판매되는지의 여부와 관계없이 설

1) 끼워팔기는 다음과 같은 두가지 경우에는 바람직하지 않을 수 있으나, 병원과 Roux간의 계약은 이 중 어디에도 해당하지 않는다. 규제산업에서 시장지배력을 가진 기업은 규제받는 제품이나 서비스에 대한 가격을 지배할 수 있는 통제력이 없기 때문에 경쟁 수준을 넘는 이익을 얻을 수 없을 것이다. 그렇기 때문에 끼워팔기는 규제받지 않는 종된 제품이나 서비스의 판매로부터 그러한 이익을 얻기 위하여 이용될 수 있다.
끼워팔기는 또한 판매업자가 구매자의 주된 제품사용을 측정함으로써 가격차별을 하는 데 도움을 준다(International Salt Co. v. United States사건 참조). 그러나 가격차별은 판매업자의 시장지배력에 따른 경제적 비용을 증가시키기보다는 감소시킬 수 있다.

2) 주된 제품이 소비자들이 종된 제품없이 구매하고자 하는 것인지의 여부는 중요하지 않다. 일단 판매자가 주된 제품에 대한 시장지배력이 있다고 인정되면, 판매자는 비경쟁적인 조건으로 주된 제품을 판매할 수 있게 된다. 소비자가 입는 피해는 판매자가 경쟁수준 이상의 가격을 책정하는지 아니면 경쟁가격을 책정하는지에 좌우되지 않으며, 판매자가 소비자들이 원하지 않는 제품을 함께 구입하도록 강요한다는 것이 중요하다.

탕시장에까지 침투하게 된다. 밀가루 판매자는 끼워팔기가 있거나 없거나 그가 밀가루에 대하여 갖고 있는 시장지배력을 충분히 이용할 수 있다. 따라서 밀가루 판매자는 다른 설탕 판매자들보다 값싸게 설탕을 생산·판매할 수 없는 한, 설탕시장을 독점할 인센티브가 거의 없다. 그리고 이처럼 밀가루가 독점되어 있고 설탕이 밀가루와 함께 이용될 때에만 유용하다는 매우 예외적인 경우에, 소비자들은 설탕시장의 독점화에 의해 전보다 더 경제적 피해를 입지는 않을 것이다.

심지어 종된 제품이 주된 제품과 별도로 용도가 있을 때조차, 하나의 단위로서의 패키지판매에 대한 경제적 정당성을 고려할 필요가 없다면 하나의 패키지를 두개의 상품으로 상표를 붙이는 것은 거의 의미가 없다. 공동패키지의 경제적 이득이 클 때, 패키지는 두개의 제품으로 보이기에 적당하지 않고, 그것은 끼워팔기의 조사 대상이 되어야 한다.

이러한 세가지 조건, 즉 주된 제품에서의 시장지배력, 종된 제품에 대한 시장지배력의 실질적인 위협 및 당해 제품들을 별개의 것으로 다루기 위한 경제적으로 일관된 기초가 유일한 조건이다. 합리성의 원칙하에서 끼워팔기는 이들 세가지 요건이 모두 충족되었을 때 비로소 그 허용여부가 밝혀질 수 있다. 끼워팔기는 경제적인 해악 뿐만 아니라 경제적 이익을 수반할 수 있으며, 만약 위의 요건들이 충족된다면 이러한 이익은 합리성원칙상의 비교형량에 있어서 고려되어야 한다.

끼워팔기가 반트러스트법상 위법인지의 여부에 대한 궁극적인 결론은 문제된 계약의 경제적 효과에 따라야 한다. 예를 들면, 판매자들이 구매자로 하여금 종된 제품의 구입을 강요하기 위하여 주된 제품에 대한 지배력을 이용하는 것은 전적으로 유해할 것이다. 왜냐 하면, 판매자가 주된 제품시장에서만 시장지배력을 행사할 때에는, 그가 주된 제품의 가격을 인상하거나 고객들에게 종된 제품의 구입을 강요함으로써 그러한 지배력을 이용하는지의 여부는 그 자신이나 고객들에게 별다른 의미가 없기 때문이다. 다른 한편, 끼워팔기는 상품과 서비스의 패키지제공을 보다 효과적으로 할 수 있다. 끼워팔기는 그의 반경쟁적인 효과가 효율성에 대한 기여보다 큰 경우에만 문제삼아야 한다.

현재의 사건에 이러한 기준을 적용하는 것은 올바른 것이다.

비록 아직 의심스럽기는 하지만, 우리는 당해 병원이 그 지역에서의 병원서비스제공에 있어서 시장지배력을 갖고 있다고 생각한다. 지방법원은 그와 다른 입장을 취했지만, 항소법원은 문제된 병원이 적절하게 정의된 시장에서 지배력을 소유하고 있다고 결정하였다. 그러한 사실문제에 대하여 항소법원과 지방법원이 서로 견해를 달리하였지만, 나는 이러한 논의를 위하여, 그 병원이 그의 지역시장에서 병원서비스의 제공에 대하여 시장지배력을 갖고 있다고 한 항소법원의 판결은 지지되어야 한다고 본다.

둘째로, 병원에게 추정된 시장지배력에 비추어, 우리는 또한 동부 체퍼슨병원이 그의 시장에서 마취서비스의 제공에 대해서도 시장지배력을 얻게 될 실질적인 위협이 존재한다고 가정할 수 있다. 마취와 기타 다른 서비스를 결합판매함으로써, 그 병원은 그러한 것이 없었다면 그 지역시장에서 활동하였을 다른 판매자의 동일한 서비스를 배제할 수 있다. 그리하여 병원은 마취서비스의 제공에 있어서 그 지방에서의 시장지배력을 얻을 수 있고, 좁게 정의하자면 그 병원시장에서 제공되는 마취서비스는 병원의 후원 아래 단지 Roux로부터만 구매될 것이다.

그러나 끼워팔기에 대한 정밀한 검사를 위한 세번째 요건은 여기서 충족되지 않는다. 즉, 수술과 마취를 별개의 서비스로 취급하기 위한 합리적인 경제적 이유가 전혀 없다. 환자들은 병원서비스와 연결하여 마취를 구입하는 데 관심이 있으며, 따라서 그 병원은 두 서비스를 함께 판매함으로써 어떠한 추가적인 시장지배력을 얻을 수는 없는 것이다. 따라서 병원의 서비스와 Roux가 운영하는 마취 서비스 사이의 관련성은 제공되는 마취의 양이나 그 병원의 환자가 되기로 선택한 사람들에 대하여 마취와 수술을 합친 가격에 아무런 영향을 주지 않을 것이다. 이런 상황에서 마취와 외과수술서비스는 아마도 끼워팔기를 위한 별개의 제품으로 볼 수 없을 것이다.

심지어 그렇다 하더라도, 끼워팔기는 셔먼법 제1조 위반으로 고려되어서는 안 된다. 왜냐 하면 여기서 끼워팔기는 종된 제품의 생산량에 대하여 판매자들이 이미 갖고 있는 절대적인 힘을 증가시킬 수는 없기 때문이다. 이는 극소수의 환자들만이 마취를 받지 않고 수술을 받는 것을 선택할 것이라는 사실에 따른 불가피한 결과이다. 그리하여 병원과 Roux사이에 체결된 계약은 환자들에게 해를 입힐 가능성이 거의 없었다. 다른 측면에서 지방법원은 이를 인정하였고, 항소법원은 이를 다루지 않았지만, 끼워팔기는 병원과 환자 모두에게 상당한 이익을 제공하는 것이었다.

끼워팔기는 환자의 치료를 개선하고 여러가지 방법으로 보다 효과적인 병원운동을 가능케 하였다. 병원 관리라는 견지에서 보자면, 당해 끼워팔기는 24시간 마취를 보장하고, 절차의 표준화와 효율적인 시설운용에 기여하며, 융통성있는 수술스케줄을 촉진하고, 병원으로 하여금 마취서비스의 질을 보다 효과적으로 모니터링할 수 있게 해준다. 그리고 지방법원도 인정한 바와 같이, 폐쇄적인 마취부서는 개개의 환자보다는 병원에게 마취서비스를 제공할 의사를 선택할 책임을 부과한다는 점에서 환자에게 그만큼 유리하다. 병원은 또한 외과수술에 마취의사가 참여할 수 있고, 환자에게 보다 적절한 치료를 제공하여야 할 책임을 진다. 이러한 책임—즉, 병세가 심각한 환자를 포기해서는 안 될 책임—을 가정함에 있어서 병원은 자기의 환자들에게 유용한 치료를 제공하게 된다. 그리고 환자들이 병원에서 제공받은 마취서비스에 불만을 갖고 있었다거나 당해 병원에서 고용하고 있는 마취의사가 아닌 다른 마취의사의 서비스를 희망하였다는 증거는 전혀 없다. 이처럼 폐쇄적인 마취부서의 잇점과 효과에 대한 증거가 있는 한, 지방법원이 인정한 바와 같이 그러한 끼워팔기제도는 뉴 올리안 내의 대다수 병원과 건강치료산업에서 일반적으로 받아들여지는 관행이라는 사실은 놀랄만한 일이 아니다. 그러한 끼워팔기는 반경쟁적인 효과가 거의 없고 환자를 치료함에 있어서도 실질적인 이익을 주는 것이기 때문에, 반트러스트법이 적용되어야 할 사안은 아닌 것이다.³⁾ 이러한 결론은 병원서비스와 마취를 공동으로 제공하는 것이 별개의 제품간의 끼워팔기로 보아서는 안 되며, 따라서 반트러스트법상의 추가적인 조사를 요하지 않는다는 우리의 판단을 재확인하는 것이다.

따라서 제5회 순회항소법원의 판단은 파기되어야 하고, 본 사건을 피고의 남아 있는 청구에 대한 그밖의 절차를 위하여 환송하기로 한다.

3) 항소법원은 끼워팔기가 갖는 잇점을 무시하였다. 왜냐 하면 항소법원은 그러한 이익을 얻기 위하여 보다 덜 경쟁제한적인 방법이 있다고 보았기 때문이다. 문제의 끼워팔기에 의한 반경쟁적인 효과를 기대할 적절한 근거가 없는 한, 이러한 반대의견은 중요하지 않다.