

# 공정거래법 심결사례 해설 및 평석

이기종 / 안동대 법학과 교수

## (사)한국제약협회의 사업자단체의 금지행위에 대한 건

공정거래위원회 2000. 10. 24, 의결 제2000-159호 / 사건번호 2000경축0849

피심인 : 사단법인 한국제약협회

### I. 사실개요

보건복지부는 1999년 11월 15일부터 의료보험의약품에 대하여 실구입가와 무관하게 정부가 고시한 기준약가로 의료보험조합이 요양기관에게 지불하는 '고시가 상환제'를 폐지하고, 요양기관이 실제 구입한 가격으로 약제비를 지불하는 '실거래가 상환제'를 실시하였다. 이에 피심인은 자신의 회원사인 제약회사들에게 의약품 도매상이 임의로 기준약가 이하로 저가입찰하여 낙찰받을 경우 당해 품목의 공급을 중단하도록 요청함과 동시에 피심인의 조직 내의 각종 위원회 및 불공정거래행위 신고센터 등을 통하여 국·공립병원에 저가로 입찰하여 낙찰받은 도매상 및 저가낙찰 품목을 공급한 제약업체를 파악하여 기준약가를 준수하도록 요청하였으며, 또한 회원사에 각종 공문을 보내 기준약가를 유지하게 하였다.

### II. 심결요지

공정거래위원회는 피심인의 위 행위가 사업자단체가 사업자에게 재판매가격유지행위를 하게 한 행위로서 사업자단체의 금지행위로 인정된다고 보고, 그 이유를 다음과 같이 설시하였다. 첫째, 제약회사와 의약품 도매상은 각각 독립된 사업자로서 자기의 판단하에 가격을 결정하여 의약품을 판

매할 수 있어야 한다. 둘째, 실거래가 상환제에서 기준약가는 정부가 보험으로 상환할 수 있는 지급 상한액을 의미하며 이 기준약가는 실구입가격을 반영하여 조정되도록 되어 있어, 이 제도는 제약회사나 도매상이 의약품의 기준가로 판매하라는 것이 아니다. 셋째, 피심인은 약사법 시행규칙 제57조제1항제6호가 의약품의 재판매가격유지행위를 인정했다고 주장하나, 위 규칙은 실제 구입한 가격 미만으로 판매하지 말라는 것이지 기준약가로 판매하라는 것이 아니다.

### III. 법령의 적용

공정거래위원회는 피심인의 위 행위가 회원인 제약사에게 독점규제및공정거래에관한법률(이하 '공정거래법'이라 한다) 제29조제1항의 재판매가격유지행위를 하게 하는 행위로서 동법 제26조제1항제4호에 해당한다고 보고, 동법 제27조 및 제28조제1항을 적용하여, 법 위반행위의 중지외 시정명령사실의 공포 및 31,000천원의 과징금 납부를 명하였다.

## 해설 및 평석

### 1. 머리에

재판매가격유지행위(resale price maintenance)라 함은 상품을 생산 또는 판매하는 사업자가 그 상품을 판매함에 있어서 재판매하는 사업자에게 거래단계별 가격을 미리 정하여 그 가격대로 판매할 것을 강제하거나 이를 위하여 규약 기타 구속조건을 붙여서 거래하는 행위를 말한다(공정거래법 제2조제6호). 이러한 재판매가격유지행위는 종래 자체성의 원칙(당연위법의 원칙, per se rules)의 적용대상으로 이해되어 왔으나, 많은 학자 및 실무가들이 합리성의 원칙(rule of reason)의 적용을 주장하여 왔으며, 최근에는 미국 판례가 최고재판매가격유지행위에 대하여 합리성의 원칙을 적용할 것을 선언하였고, 우리의 공정거래법 개정안도 이러한 내용을 담고 있다. 그러나 학자들은 최저재판매가격유지행위에 대하여도 합리성의 원칙을 적용할 것을 주장하고 있다. 이하에서는 재판매가격유지행위의 경제학적 기능을 살펴본 뒤, 그 위법성 판단기준을 고찰하고, 본 사건에 대해 언급하고자 한다.

## 2. 재판매가격유지행위의 경제학적 기능<sup>1)</sup>

### (1) 반경쟁적 기능

첫째, 제조업자 카르텔이 기만행위를 방지하기 위해 재판매가격유지행위를 할 수 있다. 그러나 산업 전반적으로 재판매가격유지행위가 시행되고 있는 경우에만 제조업자 카르텔의 반경쟁적 동기와 효과를 추정해 볼 수 있을 것이다. 둘째, 유통업자들이 독점이윤을 확보하거나 새로운 유통업태의 경쟁으로부터 자신을 보호하기 위해 제조업자(들)에게 집단적 압력을 가해 재판매가격을 유지할 수 있다. 그러나 담합하는 유통업자들이 진입 및 모든 형태의 비가격경쟁을 제한할 수 없다면 초경쟁적 수익은 결국 경쟁을 통해 사라질 것이며, 새로운 유통업태에 대한 견제도 일시적 효과밖에 가지지 못할 것이다. 셋째, 수요의 가격탄력도가 다른 둘 이상의 시장이 있고, 저가격에 구매하는 고객들이 고가격을 지불하는 고객들에게 재판매하는 것을 방지할 수 있다면 공급자는 가격차별을 행하여 이윤을 증가시킬 수 있다.

### (2) 친경쟁적 기능

첫째, 제품의 최종수요가 판매점수와 정(正)의 관계를 갖는 경우 제조업자는 더 많은 판매점을 확보하기 위하여 재판매가격을 유지할 수 있으며, 이 경우 수요 자체가 증가하기 때문에 가격이 하락 하면서 소비자후생이 증대될 수도 있고, 가격이 상승하더라도 반드시 소비자후생이 감소하는 것은 아니다. 둘째, 제조업자는 판매업자들간의 각종 판촉활동과 관련한 무임승차행위를 방지하여 보다 효율적인 유통체제를 구축함으로써 다른 제조업자들과 효과적으로 경쟁하기 위해 재판매가격유지행위를 할 수 있다. 특히 기술적으로 복잡한 제품들은 유통업자의 특별서비스가 판매증대에 매우 중요하고, 신제품이나 가끔 구매되는 제품들의 경우도 유통업자의 제품정보 제공 등 판매노력이 매우 긴요하며, 의류제품과 같이 제품의 질이나 스타일 등이 소비자의 구매결정에 중요한 경우 판매업자의 독립적 제품보증이 유효한 수요증대 수단이 될 수 있음을 주의하여야 할 것이다. 셋째, 제조업자가 각 제품에 대한 소비자 반응을 알아내기 위해 먼저 자기의 전품목이 판매점에 취급·전시되도록 해야 하며, 이를 위해 유통업자에게 전품목에 대한 초경쟁적 이윤을 보장하는 수단으로 재판매가격이 유지될 수 있다. 넷째, 제조업자가 유통업자를 통제함으로써 수직적 외부효과를 해소하는 효율적 수단으로서 재판매가격이 유지될 수 있다. 다섯째, 최고재판매가격유지행위는 유통업자들의 카르텔을 막기 위한 제조업자들의 수단이 될 수 있다.

1) 신광식, 시장거래의 규제와 경쟁정책, 한국개발연구원, 1992, 27면 이하.

### 3. 재판매가격유지행위의 위법성 판단기준

#### (1) 미국법의 발전

재판매가격유지행위에 대한 최초의 연방대법원판결인 Dr. Miles판결<sup>2)</sup>은 재판매가격유지행위에 대하여 자체성의 원칙을 적용할 것을 선언하였다. 한때 Colgate<sup>3)</sup> 판결이 자체성의 원칙이 적용되기 위한 요건을 엄격하게 제한한 적이 있으나, 그 후의 판결들은 다시 재판매가격유지행위에 대한 엄격한 금지의 입장을 취하였다.<sup>4)</sup> 한편 1937년의 Miller-Tydings Act는 각 주의 입법을 통해 재판매가격유지행위를 셔먼법의 적용제외로 할 수 있도록 하기도 하였으나, 의회는 1975년의 Consumer Goods Pricing Act로써 Miller-Tydings Act를 폐기하였다. 법원은 이러한 의회의 조치가 수직적 가격제한에 대한 자체성의 원칙의 적용을 승인한 것이라고 보았다.<sup>5)</sup> 의회에는 그 후에도 최저재판매가격유지행위를 자체성의 원칙의 적용대상에서 제외하려는 법안이 수차례 상정되었으나 아직은 통과된 것이 없다.<sup>6)</sup> 그러나 수직적 비가격제한에 대하여 합리성의 원칙의 적용을 인정한 Sylvania 판결<sup>7)</sup> 이후 법원의 태도는 눈에 띄게 바뀌어 최저재판매가격유지행위에 대한 자체성의 원칙의 적용범위가 다시 좁아졌으며, 급기야 최근의 Kahn 판결<sup>8)</sup>에서는 Albrecht 판결<sup>9)</sup>이래 자체성의 원칙 적용 대상으로 취급되었던 최고재판매가격유지행위에 대하여 합리성의 원칙의 적용을 선언하기에 이르렀다.

#### (2) 우리법의 해석

공정거래법은 재판매가격유지행위를 원칙적으로 금지하면서(동법 제29조제1항) 일정한 저작물(동법 제29조제2항, 동법 시행령 제43조, 저작권법 제2조제1항제1호)과 지정상품을 재판매가격유지행위금지의 예외로 하고 있으며, 후자의 경우 ① 당해 상품의 품질이 동일하다는 것을 용이하게 식별할 수 있을 것, ② 당해 상품이 일반소비자에 의하여 일상 사용되는 것일 것, ③ 당해 상품에 대하여 자유로운 경쟁이 행하여지고 있을 것(공정거래법 제29조제2항) 등의 요건을 갖추어 공정거래위원회에 신청함으로써 미리 지정을 받아야 한다(동조 제3항).

2) Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons, Co., 220 U.S. 373 (1911).

3) U.S. V. Colgate Co., 250 U.S. 300 (1919).

4) 예컨대, U. S. v. Parke, Davis & Co., 362 U.S. 29 (1960).

5) Continental T. V., Inc. v. GTE Sylvania Inc, 433 U.S. 36, 51 n. 18 (1977).

6) Hovenkamp, Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice, 2d ed., 1999, p. 442.

7) 상기 주 5) 참조.

8) State Oil Co. v. Kahn, 522 U.S. 3 (1997).

9) Albrecht v. Herald Co., 390 U.S. 145 (1968).

따라서 우리 법은 재판매가격유지행위를 일체 금지하는 것은 아니나, 공정거래위원회는 위의 예외에 해당하지 않는 재판매가격유지행위에 대하여는 합리성 분석을 거의 실시하지 않고 자체성의 원칙을 적용하고 있는 듯이 보인다. 또한 공정거래위원회가 제정한 「유통거래상 불공정거래행위에 대한 법집행정치의 전환」(1992. 7.)이라는 내부지침은 판매목표강제, 지역제한, 거래거절 등 3개 유형에 대하여만 합리성의 원칙의 적용기준을 밝히고 있을 뿐이다. 공정거래위원회의 이러한 태도에 대하여는 반경쟁적 효과를 갖는 재판매가격유지행위 뿐 아니라 유통효율과 경쟁을 제고할 수 있는 재판매가격유지행위도 동시에 억제하는 문제점이 있다는 비판이 제기되고 있다.<sup>10)</sup>

예컨대, 프랜차이즈계약의 경우 프랜차이즈시스템이 경쟁상태에 미치는 영향, 당해 시스템의 유형과 목적, 기능 및 구축의 강도 등을 구체적으로 고려하여 판단하여야 하는데 심결례는 단지 가격의 구축성만을 근거로 재판매가격유지행위의 위법성을 인정하였다는 점에서 비판의 대상이 되고 있다.<sup>11)</sup>

생각건대, 먼저 제조업자들에 의한 유통업자카르텔의 방지수단으로 쓰일 수 있는 최고재판매가격유지행위에 대하여는 합리성의 원칙을 적용할 필요가 있다고 보며, 이번에 마련된 공정거래법 개정안이 이러한 취지를 규정하고 있는 것은 매우 환영할 만한 일이라 할 수 있다. 그러나 최저재판매가격유지행위의 경우, 앞서 말한 여러 가지 친경쟁적 기능들에도 불구하고 미국식 합리성의 원칙을 적용함에는 신중을 기할 필요가 있다고 생각된다. 미국에서 수직적 비가격제한에 합리성의 원칙이 적용된 이래 문제된 행위가 위법판정된 사례가 매우 적었다는 사실은 합리성의 원칙의 적용이 사실상 당해 행위의 허용으로 나타날 우려가 있음을 말해주며, 바로 이러한 우려로 인해 미국의 법원이 최저재판매가격유지행위에 대하여 자체성의 원칙의 적용 입장을 고수하고 있다는 분석<sup>12)</sup>에 귀를 기울일 필요가 있는 것이다. 따라서 일단 해석상의 원칙의 문제로서는 최저재판매가격유지행위에 자체성의 원칙을 적용하는 것이 단기적으로는 설득력이 없지 않다고 본다.<sup>13)</sup> 그러나 새로운 제품과 새로운 유통형태가 속출·변화하는 경제현실 속에서 친경쟁적인 최저재판매가격유지행위가 출현할 가능성은 상존하며, 따라서 장기적으로는 합리성의 원칙을 적용하기 위한 준비를 갖추어 나아가야 할 것이다.<sup>14)</sup> 물론 이러한 준비작업은 지정상품에 대한 재판매가격유지행위 금지의 예외조항을 활성화

10) 서헌재 외, 공정거래심결례100선, 법문사, 1996, 523면.

11) 상계서, 520면.

12) Hovenkamp, op. cit., p. 442.

13) 필자는 수직적 비가격제한에 대하여는 합리성의 원칙의 적용을 인정한 바 있다. 이기중, "[공정거래법 심결사례 해설 및 평석] 일양약품(주)의 구속조건부거래행위에 대한 건," 공정경쟁 제62호 (2000. 10.), 38·39면. 그러나 미국처럼 카르텔이 엄격히 규제되는 사회에서도 가격이라는 민감한 사항에 대한 수직적 제한인 최저재판매가격유지행위가 그 자체 위법으로 다루어지고 있다면, 우리나라와 같이 제조업자 및 유통업자 카르텔이 만연해 있는 곳에서 최저재판매가격유지행위에 대하여 합리성의 원칙을 적용하는 것은 더욱 신중을 기해야 하지 않을까 생각하는 것이다.

14) 합리성 심사를 통해 업계의 현실을 보다 깊이 연구할 수 있는 가능성에 관하여 ibid, pp.484-485 참조.

시키는 방식으로 이루어질 수도 있지만, 예외지정신청이 없었던 재판매가격유지행위에 대하여도 친 경쟁적 효과의 가능성에 대한 심사의 경험을 내부적으로 축적해 나아갈 필요가 있을 것이다. 또한 친경쟁적 효과의 인정 가능성을 업계에 알리기 위해 이러한 심사의 결과를 심결이유에서 보다 상세히 설명해 주는 배려도 필요하지 않을까 생각된다.

#### 4. 본 사건의 경우

본 심결의 사안은 유통업자 카르텔의 가능성을 상당히 높게 보여주고 있다. 그러나 심결이유나 피심인의 항변은 유통업자 카르텔의 존부보다는 실거래가 상환제나 약사법이 재판매가격유지행위를 허용하고 있느냐 하는 문제에 집중되어 있다. 이것은 과거 정부주도의 재판매가격유지행위가 종종 있어 왔던 시절의 사고방식이 아직 남아 있기 때문이 아닌가 생각된다. 그러나 오늘날처럼 경쟁제한 법령의 제정과정에서 공정거래위원회와의 협의가 강제되고 있는 상황하에서는(공정거래법 제63조) 이러한 논의는 핵심을 다소 벗어난 것이라고 할 수 있다. 그보다는 본 사건에서 매우 명백해 보이는 재판매가격유지행위의 경쟁제한적 효과를 심결이유에서 명확하게 지적해 줌으로써 공정거래위원회가 우려하는 재판매가격유지행위의 경쟁제한적 측면이 무엇인가를 업계에 알려줄 필요가 있지 않을까 생각한다. 이러한 과정을 통해 업계는 앞으로의 심결에서 타 정부부처의 의사를 원용하기보다는 당해 행위의 경쟁제한성 여부에 초점을 맞추어 항변을 제출하려고 노력하게 될 것이고, 이 과정에서 경쟁촉진적인 재판매가격유지행위의 요건은 무엇인가 하는 과제를 업계와 위원회가 머리를 모아 풀어갈 수도 있기 때문이다. **공정**

#### 용어풀이

##### 사업자단체금지행위

사업자단체의 각종 경쟁제한행위나 불공정거래행위 등 공정한 경쟁을 저해하는 행위를 금지하는 제도를 말함. 공정거래법은 사업자단체의 금지행위로, ①가격의 결정·유지·변경 등 일정한 거래분야의 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위, ②일정한 거래분야에 있어서 현재 또는 장래의 사업자 수를 제한하는 행위, ③구성사업자의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위, ④사업자에게 각종 불공정거래행위 또는 재판매가격유지행위를 하게 하는 행위를 열거하고 있음.