

# 공정거래법 심결사례 해설 및 분석

이 기 중

안동대 법학과 교수

## (주)철우네식품의 거래강제행위에 대한 건

공정거래위원회 2000. 5. 31, 의결(약) 제2000-150호 / 사건번호 9912유거1728

피심인 : 주식회사 철우네식품

### I. 사실개요

피심인은 냉면류 등의 판매를 목적으로 프랜차이즈업을 영위하는 사업자로서, 가맹점 계약자가 매장을 개설함에 있어 자신이 지정한 사업자인 (주)매직핸드와 한디자인으로로부터만 가맹점의 매장 인테리어를 시공받게 하고, 이들 두 업체의 감독하에 주방설비 및 용품을 성우주방, 태홍상사 등의 지정업체들로부터 공급받도록 하는 등, 1998년 7월 3일부터 1999년 7월말까지 38개의 가맹점들에게 점포설비를 자신이 지정한 사업자로로부터 구입하도록 강제하였다.

### II. 심결요지

공정거래위원회는, 피심인이 지정사업자로로부터만 공급받도록 한 매장 인테리어나 주방설비 및 용품은 피심인이 사양서나 품질기준 등을 제시하고 가맹계약자들이 거래처를 자율적으로 선택하여 자체 시공하더라도 가맹사업의 통일적 이미지 확보에 지장이 없는 사항들이므로 피심인의 행위는 부당하여 [가맹사업(프랜차이즈)의 불공정거래행위의 기준지정고시](이하 "가맹사업고시"라 한다)상의 가맹점포의 설비 구입강제에 해당하며, 또한 프랜차이즈계약의 본질적 내용과는 별개의 상품인 점포설비 등을 부당하게 자기가 지정한 사업자로로부터만 구입하도록 강제한 끼워팔기에 해당된다고 실시하였다.

### III. 법령의 적용

공정거래위원회는 피심인의 위 행위가 독점규제및공정거래에관한법률(이하 "법"이라 한다) 제23조

제1항제3호, 동법 시행령 제36조제1항 관련 [별표] 일반불공정거래행위의 유형및기준(이하 “불공정기준”이라 한다) 제5호 가목 및 가맹사업고시 제6조에 해당된다고 보고, 동법 제24조의 규정을 적용하여 법 위반행위를 중지할 것과 법 위반사실을 피심인의 가맹계약자에게 서면으로 통지할 것을 명하였다.

## 이슈 및 명석

### 1. 데리에

불공정고시는 불공정거래행위인 거래강제의 한 유형으로서 끼워팔기를 “거래상대방에 대하여 자기의 상품 또는 용역을 공급하면서 정상적인 거래관행에 비추어 부당하게 다른 상품 또는 용역을 자기 또는 자기가 지정하는 사업자로부터 구입하도록 하는 행위”라 규정하고 있다(제5호 가목).<sup>1)</sup> 예컨대, 캔밀폐기를 판매하면서 캔을 함께 구입하도록 하는 것이다.<sup>2)</sup> 이 경우 캔밀폐기를 주상품(tying product), 캔을 종상품(tied product)이라 부를 수 있을 것이다.

이러한 끼워팔기(tying arrangements)는 미국법상 자체성의 원칙(당연위법의 원칙, per se rules)의 적용대상으로 분류되고 있으나, 전형적인 자체성의 원칙에서 요구되지 않는 경제학적 분석이 가미되는 특이한 양상을 보이고 있으며, 학자들은 합리성의 원칙(rule of reason)의 적용을 주장하고 있다. 이러한 혼선은 끼워팔기가 경쟁에 미치는 효과에 관한 경제학적 지식의 발전과 관련이 있다. 따라서 이하에서는 먼저 끼워팔기의 경제학적 기능을 살펴본 뒤, 그 위법성 판단기준을 고찰해 보고, 본 사건에 언급하고자 한다.

### 2. 끼워팔기가 경쟁에 미치는 효과

끼워팔기는 매우 다양한 동기에 의해서 행해질 수 있으며, 그 경제적 기능도 매우 다기하게 나타난다. 다음은 끼워팔기의 경제적 기능으로 주장되는 것들을 편의상 친경쟁적 효과를 갖는 것과 그렇지 않은 것으로 분류한 것이다. 구체적인 상황하에서 끼워팔기가 경쟁에 미치는 공부양면의 효과의 총계를 측정하기 위해서는 이 모든 요소들을 종합적으로 형량하여야 할 것이다.

#### (1) 반경쟁적 효과

1) 본 사건의 끼워팔기는 가맹사업고시 제6조에도 해당되나, 이 고시는 가맹사업이 가지는 거래상의 특성을 고려하여 불공정거래행위에 해당하는지 여부를 쉽게 판단할 수 있는 새로운 기준을 제시하기 위한 것으로서(권오승, [제2관 경제법](서울: 법문사, 1999), 343면), 일반불공정거래행위와 구별되는 독자적인 이론적 설명이 필요한 것은 아니다.

2) Areeda & Kaplow, *Antitrust Analysis: Problems, Text, and Cases*, (N.Y.: Aspen Law & Business, 1997), p.686.

첫째, 주상품의 독점사업자가 그 독점을 지렛대로 이용하여 종상품의 독점을 획득할 수 있다(지렛대 이론, leverage theory). 이에 대하여는 끼워팔기를 통해 독점이윤이 증가하지 않는다는 비판이 있어 왔으나,<sup>3)</sup> 특정상품(CD-ROM)에 대해 독점적 기술력을 지닌 업체가 이를 대체할, 아직 경쟁적인 신상품(DVD)시장에서의 독점을 추구하는 승계적 독점(successive monopoly)의 경우에는 끼워팔기가 지렛대로서 기능할 수 있다.<sup>4)</sup> 둘째, 끼워팔기는 독점사업자를 위한 진입장벽으로 기능할 수 있다.<sup>5)</sup> 끼워팔기가 비효율적이라면 진입장벽으로 기능하지 못할 것이나, 규모의 경제 등의 이유로 진입이 금지된 경우에는 가능하다. 예컨대, 합병적 독점전화사업자가 전화를 끼워파는 경우가 그것이다.<sup>6)</sup> 셋째, 끼워팔기는 경쟁자를 시장에서 배제하는 효과를 가질 수 있다. 이러한 배제효과는 극히 드물게만 나타난다는 비판이 있으나,<sup>7)</sup> 전혀 불가능한 것은 아니며, 기술혁신을 둔화시키거나, 적어도 경쟁자들의 매출을 억제할 수 있다.<sup>8)</sup> 또한 끼워팔기는 담합이나 약탈적 가격책정(predatory pricing)을 조장하며,<sup>9)</sup> 가격차별(price discrimination)의 탈법행위가 될 수 있다.<sup>10)</sup> 그 밖에 가격규제를 회피하는 수단으로도 쓰일 수 있으나,<sup>11)</sup> 독점금지법은 이에 대한 최선의 규제수단은 아니다.<sup>12)</sup>

## (2) 친경쟁적 효과

첫째, 끼워팔기는 비차별적인 사용정도의 측정수단으로 쓰일 수 있다. 예컨대, 기계판매자가 수리서비스를 끼워서 판매한다면 기계를 많이 쓸수록(수리서비스를 많이 요할수록) 비싼 가격을 내게 된다.<sup>13)</sup> 둘째, 연계판매가 개별판매보다 비용을 절감할 수 있는 경우가 있다.<sup>14)</sup> 셋째, 판매자가 취급하는 전품목을 구입하도록 하는 전품목거래강제(full-line forcing)가 규모의 경제를 통해 유통효율을 높일 수 있다.<sup>15)</sup> 넷째, 종상품의 품질을 확보하여 주상품판매자의 성가(goodwill)를 보호할 수 있다.<sup>16)</sup> 다섯째, 중간재인 주상품에 독점가격을 매길 경우 보다 저렴한 완제품으로 대체되는 것을 막기 위해 주상품을 보다 낮은 가격에 판매하는 대신 종상품을 고가격에 끼워파는 것은 주상품의 가격을 낮추면서 생산과 소

3) 예컨대, Posner, "독점금지법-경제학적 관점에서", 이기수 편역, [독점금지법] (서울: 박영사, 1985), 184·185면.

4) MS의 Windows/IE 끼워팔기도 이 각도에서 조명할 수 있다고 한다. Hovenkamp, Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice, (St. Paul, Minn.: West Group, 1999), p.418.

5) 이에 대하여는 일반적인 진입장벽무용론의 관점에서 비판이 가해지고 있다. 예컨대, Bork, [반트러스트의 모순] 신광식 역 (서울: 교보문고, 1991), 453면.

6) Hovenkamp, op. cit., p.419.

7) 신광식, [시장거래의 규제와 경쟁정책] (서울: 한국개발연구원, 1992), 183면.

8) Hovenkamp, op. cit., p.419f.

9) Ibid., pp.420f.423.

10) Posner, 전게서, p.196; Areeda & Kaplow, op. cit., 689f.; Hovenkamp, op. cit., p.423f.

11) Bork, 전게서, p.455·456; Areeda & Kaplow, op. cit., 690f.

12) Hovenkamp, op. cit., p.423.

13) Bork, 전게서, p.458; Hovenkamp, op. cit., p.423f.

14) Bork, 전게서, p.458·459; Areeda & Kaplow, op. cit., p.691; Hovenkamp, op. cit., p.426.

15) Areeda & Kaplow, op. cit., p.691; Hovenkamp, op. cit., p.427.

16) Areeda & Kaplow, op. cit., p.691f.; Bork, 전게서, p.459; Posner, 전게서, p.193.

비자 후생을 증대시킬 수 있다.<sup>17)</sup>

### 3. 끼워팔기의 위법성 판단기준

미국의 연방대법원은 오랫동안 끼워팔기가 그 자체 위법(per se illegal)한 행위라는 입장을 견지해 왔다. 1984년의 Jefferson Parish 판결<sup>18)</sup>에서 4명의 판사가 합리성의 원칙을 적용하지는 보충의견(concurring opinion)을 제시한 바 있으나, 다수의견은 자체성의 원칙(당연위법의 원칙, per se rules)을 고수하였고, 1992년의 Kodak 판결<sup>19)</sup>도 명시적인 것은 아니지만 자체성의 원칙에 입각한 논조를 유지하고 있다. 그러나 법원은 자체성의 원칙을 적용하면서도 그 전제조건으로 시장지배력의 입증을 요하거나<sup>20)</sup> 신기술시장에서는 소비자의 수요를 촉진하기 위해 끼워팔기가 허용될 수도 있다<sup>21)</sup>고 판시하는 등 매우 특이한 양상을 보이고 있으며, 학자들도 끼워팔기의 반경쟁적 효과는 개별적으로 입증되어야 하므로 합리성의 원칙을 적용하여야 한다고 주장하고 있다.<sup>22)</sup>

우리 공정거래법의 해석상으로는 끼워팔기에 합리성의 원칙이 적용되어야 한다고 이해되고 있다.<sup>23)</sup> 끼워팔기가 경쟁에 미치는 영향이 매우 다면적임을 고려할 때 이러한 해석은 타당한 것으로 보인다.

끼워팔기는 경쟁수단의 공정성 즉, 능률경쟁을 침해하는 한편,<sup>24)</sup> 당사자의 자유의사에 기초한 자유경쟁을 침해하는 측면도 함께 가지고 있다.<sup>25)</sup> 끼워팔기의 구체적인 위법성 판단기준으로는 일반적으로 (i) 행위자의 지위의 우월성과 (ii) 행위의 억압성(강제성)이 들어지고 있다.<sup>26)</sup> 그러나 이러한 기준에 입각한 심사만으로 문제된 끼워팔기가 경쟁에 미치는 효과가 명백해지지 않을 경우에는 합리성의 원칙에 따라 그 친경쟁적 효과와 반경쟁적 효과를 구체적으로 교량하여 심사하여야 할 것이다.

#### (1) 행위자의 지위의 우월성

미국 독점금지법상 셔먼법 제1조 및 클레이튼법 제3조 위반이 성립하려면 끼워팔기의 행위자가 주상품시장에서 상당한 경제력(appreciable economic power)을 가질 것이 요구되나, 그 입증과 관련하여서는 판례의 변천이 현저했다. 1950년대의 Times-Picayune 사건<sup>27)</sup>에서는 셔먼법과 클레이튼법을

17) Areeda & Kaplow, op. cit., p.689.

18) Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde, 466 U.S. 2(1984).

19) Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., 504 U.S. 451(1992).

20) 상술한 Jefferson Parish 판결 참조.

21) U. S. v. Jerrold Electronics Co., 187 F.Supp. 545 (E.D.Pa.1960), affirmed per curiam, 365 U.S. 567(1961).

22) 예컨대, Hovenkamp, op. cit., p.405.

23) 정호열 외, [공정거래법심결례100선](서울: 법문사, 1996), p.277; 이기수, [[전정판] 경제법](서울: 박영사, 1999), p.192.

24) 이남기, [[개정판] 경제법](서울: 박영사, 1999), 230면; 김영호, [경제법](서울: 법문사, 1990), p.345 이하.

25) 권오승, 전게서, p.319; 이기수, 전게서, p.191; 정호열 외, 전게서, 276·277면; 손주찬, [경제법](서울: 법경출판사, 1993), p.255·256.

26) 김영호, 전게서, 345면 이하; 권오승, 전게서, 319면; 이기수, 전게서, p.192.

27) Times-Picayune Publishing Co. v. U. S., 345 U.S. 594(1953).

구별하여, 셔먼법 위반을 확정하기 위해서는 주상품시장에서의 상당한 경제력과 종상품의 무시할 수 없는(not insubstantial) 거래량이 영향을 받았다는 사실의 입증에 요구되나, 클레이튼법의 경우는 후자의 입증만으로 위법성이 확정된다고 보았다. 그러나 *Nothern Pacific 사건*<sup>28)</sup> 이후에는 한동안 셔먼법 위반의 경우에도 상당한 경제력의 입증이 요구되지 않는다는 태도가 한동안 견지되다가, 1977년의 제 2차 포트너 사건<sup>29)</sup>에서 다시 주상품시장에서의 상당한 경제력의 독립적 증명을 명시적으로 요구하는 것으로 바뀌었다. 그런데 1992년의 *Kodak 사건*<sup>30)</sup>에서는 행위자의 주상품 시장점유율이 25%에 불과한 경우에도 위법한 끼워팔기의 성립을 인정하고 있다. 이미 주상품을 구입한 고정고객(locked-in customers)들에게 피해를 준다는 것이 그 근거였다. 요컨대, 시장지배력의 입증은 요하나 다소 경쟁적인 시장에서도 끼워팔기가 성립할 수 있다는 것이다.

이에 비해 연방거래위원회법 제5조 위반과 관련하여서는 셔먼법이나 클레이튼법에 명백히 위반한다는 증거 없이도 그 맹아적인 위반(in their incipency)을 규제하기 위해 경쟁제한효과의 입증은 요하지 않는다고 하여 시장점유율이 1% 밖에 안되는 사업자의 배타적 거래(exclusive dealing)를 위법판시한 예가 있다.<sup>31)</sup> 이 판결의 입지는 *Ethyl 판결*<sup>32)</sup>에 의해 다소 좁아졌으나, 연방거래위원회법의 경우는 셔먼법이나 클레이튼법에 비해 위법성요건이 완화되어 있다고 볼 수 있다.

우리 공정거래법의 해석상 끼워팔기의 행위자는 반드시 독점적 지위 또는 시장지배적 지위를 가진 사업자일 필요는 없고, 우월적 지위남용에서의 우월적 지위와 같은 지위를 가지는 것으로 충분하다고 해석되고 있다.<sup>33)</sup> 우리 공정거래법상의 불공정거래행위규제는 셔먼법이나 클레이튼법의 맹아적 위반 행위까지도 포괄하는 것으로 볼 때 이는 타당한 해석이라고 여겨진다. 따라서 객관적으로 통상 영업 또는 거래조건에 비추어 볼 때 거래불응시 사실상 불이익이 가해질 수 있는 수단을 보유한 경우이면 족하며, 특히 해당 행위자가 독과점사업자이거나 거래상대방의 영업 또는 거래상 행위자에 대한 의존도가 높은 경우가 이해 해당된다 할 것이다.<sup>34)</sup>

## (2) 행위의 억압성(강제성)

행위의 억압성이라 함은 행위의 상대방에 대한 부당한 불이익의 강요를 의미하며 이의 실현을 요건으로 한다<sup>35)</sup>, 이를 입증하기 위해서는 (i) 행위자가 거래상대방이 그의 요구에 따르지 않으면 불이익을

28) *Nothern Pacific Railway Co. v. U. S.*, 356 U.S. 1(1958).

29) *U. S. Steel Co. v. Fortner Enterprises*, 429 U.S. 610(1977). 또한 *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2(1984) 참조.

30) *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451(1992).

31) *FTC v. Brown Shoe*, 384 U. S. 316 (1966).

32) *In re Ethyl Co.*, 101 F.T.C. 425 (1983), vacated sub nom. *E.I. de Pont de Nemours & Co. v. F.T.C.*, 729 F.2d 128 (2d Cir 1984).

33) 김영호, 전게서, p.345; 권오승, 전게서, p.319.

34) 이기수, 전게서, p.192.

35) 김영호, 전게서, p.346.

가한다는 의사를 밝힌 사실, (ii) 행위자가 불이익을 가한다는 의사를 밝히지는 않았더라도 거래상대방이 강제로 구입한 상품을 다시 다른 거래처에 판매하였거나 재고품으로 보유하고 있는 사실, (iii) 행위자의 요구에 따르지 아니하여 거래거절·중단 기타 불이익을 받은 사실을 입증하면 될 것이다.<sup>36)</sup>

#### 4. 본 사건의 경우

본 사건의 사안은 미국의 Siegel 사건<sup>37)</sup>과 매우 유사하다. Siegel 사건에서도 닭고기요리의 가맹사업자가 가맹점들과 프랜차이즈계약을 맺으면서 식품재료와 주방기기 등 각종 품목을 끼워팔았다. 피고인 가맹사업자는 (i) 많은 신규참입자들로 인해 피고는 끼워팔기에 충분한 경제력을 가지고 있지 않고, (ii) 프랜차이즈 라이선스와 식품재료 등 각종 품목은 별개의 제품이 아니라 프랜차이즈 시스템의 본질적인 구성요소이므로 이들을 묶어 파는 것은 끼워팔기에 해당하지 않으며, 설사 끼워팔기에 해당한다 하더라도 (iii) 이는 로얄티 계산의 목적상 가맹점의 수입을 집계하기 위한 합리적인 수단이고, (iv) 자기 제품의 특성, 통일성 및 품질의 유지를 위해 부득이 끼워팔기를 한 것이라고 주장하였다. 그러나 법원은 (i) 프랜차이즈 라이선스와 식품재료 및 각종 장비 등은 별개의 제품이며, (ii) 피고의 등록상표는 끼워팔기에 충분한 시장지배력을 가지고 있으며, (iii) 가맹점수입의 집계는 판매량이나 단위시간을 기준으로 합법적으로 계산될 수 있고, (iv) 품질유지는 자세한 사양서에 의한 품질통제와 같이 덜 제한적인 대안들로도 달성될 수 있으므로 피고의 항변은 받아들일 수 없다고 판시하였다. 요컨대, 피고는 끼워팔기에 충분한 시장지배력을 가지고 있고, 피고가 주장하는 친경쟁적효과들은 덜 제한적인 방법으로 달성될 수 있다는 것이다.

한편 본 사건의 경우 피심인의 우월적 지위와 그 행위의 억압성이 명백히 나타나 있으며, 점포설비 등의 끼워팔기가 효율의 제고라든가 품질의 향상과 같은 친경쟁적 효과를 가지고 있다는 사실이 나타나 있지 않으므로 그 위법성을 인정하는 데 문제가 없다. 또한 가맹사업고시 제6조는 “자기가 제시한 사양서나 품질기준에 따를 경우 점포의 통일적 이미지에 지장이 없음에도” 설비구입을 강제하는 행위를 금지하고 있으므로 피심인의 행위는 이에도 해당되는 것이다. **공정**

36) 최진욱, “독점규제법상 불공정거래행위에 관한 연구 -일반지정을 중심으로-”, 박사학위논문, 연세대학교 대학원, 1997.2., p.136·137.

37) Siegel v. Chicken Delight, Inc., 448 F.2d 43(9th Cir.1971), cert. denied, 405 U.S. 955 (1972). 이 사건에 관하여 서헌재, “끼워팔기(Tying)에 관한 미국 법원의 판결(I)”, [공정경쟁] 제31호(1998.3.), p.54 이하 참조.