

## 시장지배적사업자의 배타적 거래전략<sup>1)</sup> (I) : 보다 균형적인 시각에서의 접근

Andrew I. Gavil(하워드 대학교 법과대학원 교수) · 차성민 譯

### 〈번역자 요약〉

이 글은 시장지배적사업자의 배타적 거래행위에 관한 논문이다. 우리 독점규제법은 독점이나 과점 그 자체는 금지하지 않고 그 폐해, 즉 시장지배적사업자의 지위남용만을 규제하는 방식을 취하고 있다. 따라서 일반사업자의 불공정 거래행위를 규제하는 규정(동 법 제23조)과는 별도의 규정(동 법 제3조의2)을 두고 있다. 그러나 미국의 경우 독점의 시도 자체를 원칙적으로 금지하는 입법 형식을 취하고 있으며(서면법 제2조), 사업자의 불공정거래행위에 대해서는 다른 규정에서 다루고 있다(서면법 제1조 및 클레이튼법 제3조).

그러므로 독점사업자가 배타적 거래행위를 하는 경우, 우리 독점규제법에 따르면 동 법 제3조의2를 적용하여 해결할 수 있다. 그러나 미국의 경우, 우리 독점규제법 제3조의2와 같은 조항이 없기 때문에, 독점화에 관한 규정을 적용해야 하는지 아니면 불공정거래행위에 관한 규정을 적용해야 하는지가 문제된다. 이 논문의 저자는 이처럼 독점화와 배타적 거래행위가 교차하는 부분을 문제의식을 갖고 보았다. 미국에서는 이 영역에서 발생하는 법적 문제들을 서면법 제2조에 관한 판례법을 통해 해결하고 있다.

이와 같이 이 영역을 독점화의 시도와 연관지어 검토했기 때문에, 매우 엄격한 잣대가 적용되었다. 그러나 최근에는 시장지배적사업자의 “효율적인” 행위가 과잉 규제되는 일이 없도록 해야 한다는 비판이 강하게 제기되면서, 이들의 거래행위에 대해 신중히 검토해야 한다는 주장이 일고 있다. 이에 대해 저자는 “신중한” 검토가 항상 중립적이지도 바람직하지도 않은 것이라고 항변한다. 신중한 검토를 하는 동안, 시장에서의 경쟁자들은 생존 자체에 위협을 느끼기 때문이라고 한다. 실제로 미국에서는 시장지배적사업자들이 신속하지 못한 독점금지 소송을 전략적으로 이용하고 있다고 한다.

또한 저자는 “독점금지법은 경쟁을 보호하기 위한 것이지 경쟁자를 보호하기 위한 것은 아니다”는 슬로건에 대해 강한 이의를 제기한다. 경쟁자 없이는 경쟁도 있을 수 없기 때문이다. 그리고 마지막으로 영화 스파이더맨에서 나온 대사로 끝을 맺는다. “큰 힘을 갖게 되면 큰 책임이 뒤따른다.”

이 논문은 독점금지과 불공정거래행위에 대한 미국 법원 판례를 시간의 흐름에 따라 정리하게 해주는 장점을 가지고 있는 반면, 많은 판례들을 상당히 축약해서 설명했기 때문에 이해하기가 쉽지 않다. 여기 실린 글은 원래 논문을 더욱 요약한 것으로서 2편으로 나누어 게재할 예정이다. 각 판례들의 사실관계에 관한 이해를 돕기 위해, 이와 관련된 각주도 함께 번역했다.

## I. 서론

독점금지 연구자들은 오래전부터 독점에 대해 두 가지 생각을 가지고 있었다. 하나는 독점의 해악에 대한 것이다. 생산량 감소, 가격인상, 비용절감을 위한 조치나 혁신을 추구할 유인의 감소 및 지대추구(rent-seeking) 전략을 행사하려는 유인의 증가 등이 그것이다. 또 하나는 범규범들을 통해 독점기업들을 경쟁으로 몰아넣어도 그들이 제1위 자리를 차지할 것이라는 염려 때문에, 독점기업들의 행위에 대해 자제한 검토 없이 지나치게 빨리 비난을 하는 잠재적 위험이 있다는 것이다.

이러한 두 개의 가치들 사이에 존재하는 팽팽한 긴장을 해결하도록 실정법규를 해석하는 것은 달성하기 어려운 목표라는 것이 입증되었다. 몇 개의 고전적인 판례들, 가령 Alcoa, United States

Steel,<sup>2)</sup> American Tobacco<sup>3)</sup> 및 Grinnell<sup>4)</sup> 판결들에서는 독점의 “획득”이라는 관점에서 문제를 접근한다. 반면에 Standard Oil,<sup>5)</sup> Lorain Journal,<sup>6)</sup> Otter Tail,<sup>7)</sup> United Shoe Machinery<sup>8)</sup> 및 Aspen Skiing<sup>9)</sup> 등의 판결은 독점의 “유지”에 초점을 두고 있다. 그러나 이렇게 나뉜 두 개의 판례 그룹들 속에는 독점적 지위를 확고히 하거나 지속시키기 위한 “거래전략(distribution strategies)”을<sup>10)</sup> 통해 경쟁활동을 확장하고 새로운 환경에 반응하려는 시장지배적사업자가 존재한다. Standard Oil, Alcoa뿐만 아니라 Lorain Journal, Otter Tail, United Shoe Machinery, Aspen 및 Kodak<sup>11)</sup> 판결은 모두 “거래”에 관한 판례로서 매우 유용하게 검토될 수 있는 것들이다.

이 논문은 독점금지법 중 거래와 독점화라는 두

- 1) 이 번역문은 저자와의 협의 하에, Andrew I. Gavil, Exclusionary Distribution Strategies By Dominant Firms: Striking A Better Balance, 72 Antitrust L.J. 3 (2004)을 요약한 것이며, 저작권은 저자에게 있다(Copyright for Korean Translation, Andrew I. Gavil, 2005, all rights reserved).
- 2) Unites States v. U.S. Steel Corp., 251 U.S. 417 (1920) (U.S. Steel은 경쟁제한적인 기업결합을 통하여 독점을 달성함).
- 3) American Tobacco Co. v. United States, 328 U.S. 781 (1946) (합병을 통해 독점을 시도함).
- 4) United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563 (1966) (일련의 합병을 통하여 독점력의 획득을 꾀함).
- 5) Standard Oil Co. of N.J. v. United States, 221 U.S. 1 (1911) (Standard Oil Trust의 독점력을 유지하기 위해 약탈적 행위를 광범위하게 시도함).
- 6) Lorain Journal Co. v. United States, 342 U.S. 143 (1951) (경쟁사인 신규 라디오 방송국의 광고 수익을 빼앗기 위해 배타적 광고 정책을 채택함).
- 7) Otter Tail Power Co. v. United States, 410 U.S. 366 (1973) (신규 경쟁전력회사에 대한 전기 공급을 거절함).
- 8) United States v. United Shoe Mach. Corp., 110 F. Supp. 295 (D. Mass 1953), aff d per curiam, 347 U.S. 521 (1954) (신발 제작용 기계를 오로지 리스의 방식으로만 제공함).
- 9) Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U.S. 585 (1985) (사업자간의 스키장 이용권에 대한 공동분배협정을 취소함).
- 10) 이 논문에서 distribution은 우리 독점규제법상 불공정거래행위에서 말하는 ‘거래’를 의미하는 것으로 보고, 원칙적으로 ‘거래’라고 번역하되, 경우에 따라 ‘유통’으로 번역하기도 하는 것으로 한다.
- 11) Eastman Kodak Co. v. Image Tech. Servs. Inc., 504 U.S. 451 (1992) (코닥 사진복사기 서비스와 기설치된 고객들에 의한 수리서비스의 사용을 의무화함).

개의 이슈가 교차하는 부분을 다루고 있다. 시장지배적사업자가 거래전략을 구사하는 경우에, 셔먼법 제1조,<sup>12)</sup> 로빈슨-패트만법에<sup>13)</sup> 의해 수정된 클레이튼법 제3조<sup>14)</sup> 및 제2조(a) 등의 유통과 마케팅에 관한 법규는, 동 사업자의 유통전략이 해소될 때 셔먼법 제2조<sup>15)</sup> 독점화에 관한 법규와 교차된다. 독점화 소송의 소제기 요건은 독점력이고, 거래에 관한 법규에서는 시장력을 가지고 있는 경우에는 대부분 유통전략이 경쟁제한적일 수 있다는 것을 전제로 하고 있기 때문에, 시장지배적사업자와 관련하여 유통전략은 명백하고 직접적이며 중요한 경쟁상의 문제를 발생시킨다.

실제로 최근의 항소법원 판례들 중에서, 시장지배적사업자의 거래전략에 대한 심층 심사를 하는 경우가 증가하고 있다. 또한 시장지배적사업자에 대해 상담을 해주는 경쟁당국이나 자문을 하는 자들도 같은 입장에 처해 있으며, 최근에는 셔먼법 제2조에 깔려 있는 근본적인 긴장관계를 해결하기 위해서 시장지배적사업자의 공격적인 행위를 인정하고자 한다. 요컨대 요즘의 논문, 발표 등 연구결과들에서는 시장지배적사업자들에 의한 “효율적인” 행태가 과잉 규제되는 일이 없도록 법이 이들의 거래전략에 대해 신중히 대응해야 한다고 강력하게 주장하고 있다.

그러나 셔먼법 제2조상의 유통전략 사례들에 초점을 맞추면서, 위의 노력들이 경쟁 과정이나 소비자후생 증진의 관점에서 보면 문제가 될 수 있

다는 점, 그리고 이러한 시장지배적사업자들의 행태가 이익을 준다는 가정은 처음부터 실증적으로 검증된 것이 아니라는 것을 보여주고자 한다. 따라서 시장지배적사업자들의 공격적인 거래전략에 대해 관대하게 인정함으로써 소비자들의 이익을 해치도록 셔먼법 제2조를 해석하는 것은 “규제효과 외의 잘못된 부정적 시각”과 과소규제를 통하여 원래의 관심사였던 경쟁에 있어서 상당히 나쁜 결과를 초래할 것이다.

Ⅱ에서는 독점화와 유통(거래)에 대해 잘 알려져 있는 법적 틀을 간단히 검토하기로 한다. Ⅲ에서는 최근에 연방항소법원에서 다루어졌던 7개의 판례들에 대해 좀 더 자세히 검토하고자 한다. 이 판례들은 모두 시장지배적사업자들의 유통전략에 초점을 두고 있는 것들이다. 이 판례들 안에서 주목할 만한 패턴들이 있음을 설명하고, 반대의견들이 있기는 하지만 이 판례들은 일관성이 있었으며 합리적인 결론에 도달했기 때문에 대체로 정당한 판결을 했다고 주장하고자 한다.

Ⅳ에서는 현재 불꽃 튀는 논쟁이 일고 있는 배타적 행위의 “개념”에 대해 살펴본다. 여기서는 개념의 변질이 “부적절한” 사례들을 명확히 들추어냄으로써 잘못된 긍정적 시각이 지나친 제재를 초래하는지를 보여줄 것이다. 이와 반대로, 지지를 받고 있는 많은 접근법 중 몇몇은 잘못된 부정적 시각을 증가시키고(과소규제를 통하여; 번역자 추가) 셔먼법 제2조가 가지는 경쟁 과정을 보호하는

12) 15 U.S.C. § 1.

13) 15 U.S.C. § 13.

14) 15 U.S.C. § 14.

15) 15 U.S.C. § 2.

방패로서의 기능을 심각하게 훼손할 것이다. V에서는 제2조상 좀 더 조리에 맞는 절차적 틀을 가지고 독점화 법에 관한 본질적 내용들을 통합함으로써, 법원에서 개발된 접근법을 폐기하기 보다는 이에 대한 개선안을 제안하는 것으로 결론을 내릴 것이다.

## II. 거래전략을 평가하기 위한 현행법 구조

### A. 유통 및 마케팅에 관한 현대법에 있어서 시장력의 집중

전통적으로 거래전략은 “브랜드내” 또는 “브랜드간” 경쟁을 제한하는 “수직적 협정”으로 체계

지워져 왔다. 1977년까지 미국 연방대법원은 이 두 가지 거래전략에 대해 적대적이었으며, 당연위법으로 다루어왔다. 예를 들면, 최저재판매가격유지행위,<sup>16)</sup> 최고재판매가격유지행위,<sup>17)</sup> 비가격제한행위<sup>18)</sup> 및 끼워팔기<sup>19)</sup> 등은 여러 해 동안 그렇게 취급받아 왔다.

이러한 초기 판례들에서, 법원은 브랜드내 제한행위에 대한 자신의 적대감을 공정성뿐만 아니라 재산권과 계약상 권리에 근거하여 정당화하고자 하였다.<sup>20)</sup> 그러나 연방대법원 판결의 분수령이 되었던 1977년 Sylvania 사건 이후로, 전통적인 관심사들에서 경쟁과 경쟁효과로 초점이 옮겨지게 되었다.<sup>21)</sup>

Sylvania 사례는 브랜드내 수직적 제한행위가 브랜드간 경쟁을 촉진시킬 수 있고 타당한 경쟁의

16) See *Dr. Miles Med. C. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911). 법원은 *Dr. Miles* 판결에서 거래상대방의 자유와 관련하여 재판매가격유지행위에 대해 대체로 엄격하게 다룬 것이 정당하다고 보았다. *Id.* at 407-409. 이러한 해석은 매우 확고히 자리 잡았고, 이후의 재판매가격유지행위 사건에 많은 영향을 주었다. See, e.g., *Pace Elecs., Inc. v. Canon Computer Sys., Inc.*, 213 F.3d 118 (3d Cir. 2000) (재판매가격유지행위를 금지하는 이유는 거래상대방의 가격결정의 자유를 보호하고자 함이므로, 재판매가격유지행위를 더 이상 지속시킬 수 없어서 거래상대방과의 거래를 종결시키는 것은 “독점금지법 위반행위”임). *Dr. Miles* 사례에서의 당연위법 법리가 비판을 받으면서도 여러 해 동안 유지되어 오기는 했지만, 이는 *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752 (1984)와 *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*, 485 U.S. 717 (1988) 사례에서 상당히 약화되었다. 이 사례들에서는 최저재판매가격유지협정의 입증 기준을 함께 높였다.

17) See *Albrecht v. Herald Co.*, 390 U.S. 145 (1968), *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 36 (1977)에서 파기됨.

18) *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967) (브랜드내 수직적 비가격제한행위에 당연위법 법리를 확대 적용함).

19) See e.g., *IBM Corp. v. United States*, 298 U.S. 131 (1936); *Int'l Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392 (1947); *N. Pac. Ry. Co. v. United States*, 356 U.S. 1 (1958) (끼워팔기를 당연위법으로 판단함).

20) 이렇게 계약상 권리와 재산권을 고려하는 것은 Rudolph J.R. Peritz, *Competition Policy in America 1888~1992: History, Rhetoric, Law* (1996)에서 발전되었다. See also James May, *Antitrust in the Formative Era: Political and Economic Theory in Constitutional and Antitrust Analysis, 1880~1918*, 50 *Ohio St. L.J.* 257 (1989). 재산권이 공급자와 거래상대방 모두의 경제적 이익을 증진시킬 수 있다는 논의 중 보다 최근의 것으로는 Alan J. Meese, *Property Rights and Intra-brand Restraints*, 89 *Cornell L. Rev.* 553 (2004).

21) *Sylvania*, 433 U.S. 36 (Arnold, Schwinn 판례를 파기하고, 브랜드내 비가격제한행위를 판단하는 기준을 합리의 원칙으로 재구성함).

목적에 기여하기도 한다는 중요한 인식의 변화를 가져왔다. 특히 법원은 (1) 유능한 소매업자에게 신제품을 유통시킴으로써, (2) 소매업자들에게 기존제품의 판매를 더욱 독려함으로써, 그리고 (3) 앞의 두 경우에서 나쁜 영향을 끼칠 수 있는 무임승차와 같은 시장의 결점들을 제거함으로써, 브랜드내 경쟁제한행위가 경쟁을 촉진시킬 수 있다는 것을 깨닫게 되었다.<sup>22)</sup> 브랜드내 비가격제한행위에 대한 이러한 정당화 평가는 모두 브랜드간 경쟁이 “에당초 독점금지법의 관심의 대상”이었고, 따라서 브랜드간 경쟁을 촉진시킬 수 있는 브랜드내 경쟁제한행위는 합리원칙에 의해 평가되어야 한다는 관념과 관련이 있다.<sup>23)</sup> 이러한 해석은 곧 브랜드간 경쟁이 활성화되고 있는 한, 브랜드내 제한행위는 시장력을 행사할 수 없다는 것을 의미하는 것으로 보았다.<sup>24)</sup> 그러나 여기에는 어떤 분명한 모순이 있다. 브랜드내 경쟁제한이 가격을 어느 정도 인상시킬 수 있기 때문이다.

위에서 언급한 바와 같이, 거래나 마케팅에 관한 독점금지법의 관심사 중에서 두 번째 전통적인 영역은 브랜드간 경쟁에 영향을 미치는 협정이다—“담합효과”. 브랜드간 제한을 어떻게 취급할지는

몇 가지 요소들에 의해 복잡해진다. 첫째, 브랜드내 경쟁과 관련된 가장 중요한 경쟁상의 문제는, 브랜드내 제한행위가 공급자에 의한 시장력의 직접적 행사를 촉진시킬 수 있는가이다. 둘째, 브랜드내 제한행위의 경제성은 브랜드내 제한행위에서의 그것보다 논쟁의 여지가 있다는 면에서 좀 더 복잡하며, 학계에서나 법원에서 오랫동안 논쟁의 대상이 되고 있다. 셋째, 브랜드내 제한행위는 대부분 서면법 제1조만이 적용되는 반면, 브랜드간 경쟁은 서면법 제1조, 제2조 및 클레이튼법 제3조도 적용된다.<sup>25)</sup> 과거에는 이러한 유형의 협정에 끼워팔기, 배타적 거래, 산출량 및 거래조건 협정들이 포함되었는데, 오늘날에는 그 범위가 더욱 넓어져서 시장점유율과 충성도에 따른 할인 및 할인을 동반한 결합판매와 같이 어느 정도의 배타성을 확보하고자 하는 다양한 종류의 전략들을 이에 포함시키고 있다.<sup>26)</sup>

위에서 언급한 바와 같이, 법원은 일찍이 배타적 거래행위의 유용성에 대해 인식하고 있었기 때문에, 이를 끼워팔기와 같이 당연위법으로 다루지 않았다.<sup>27)</sup> 그럼에도 불구하고 Standard Stations와 같은 초기 판례에서, 법원은 배타적 거래를 회의

22) 법원은 또한 (4) 제품과 관련된 안전기준을 시행함으로써 공급자들을 제조물책임으로부터 보호하고, (5) 제품의 품질을 보증함으로써 공급자들의 평판을 보호하는 것도 언급했다. Id. at 55 & n.23.

23) Id. at 52 n.19.

24) Id. (“...브랜드간 경쟁이 존재하는 경우에는, 소비자들은 동일 제품 중 다른 브랜드를 대체 구입할 수 있으므로 브랜드내 시장력의 행사에 관한 중요한 억제수단이 된다”).

25) 브랜드내 제한행위와 브랜드간 제한행위 분석간 차이점에 관한 보다 자세한 논의는 See id. at 689-691.

26) 이러한 전략들에 대한 일반적인 논의 및 이들에 대해서도 다른 배타적 행위들과 동일하게 분석되어야 한다는 것에 대해서는, See Williard K. Tom et al., Anticompetitive Aspects of Market-Share Discounts and Other Incentives to Exclusive Dealing, 67 Antitrust L.J. 615 (2000).

27) See, e.g., Standard Stations, 337 U.S. at 305-307 (배타적 거래행위의 경쟁상의 이점에 관하여 끼워팔기와 비교하여 논의함).

적으로 다루었으며, 배타적 거래계약에 대해서도 “봉쇄”의 조짐이 약간 보일 수 있다는 이유만으로 이를 위법한 것으로 보았다.<sup>28)</sup> Tampa Electric 판결과<sup>29)</sup> 함께 시작된 현대적 추세는 배타적 거래를 위법시 하기 이전에, 먼저 경쟁제한의 증거를 더 많이 요구하고 있다. 오늘날에는 연방대법원의 “봉쇄”에 기반한 분석 틀은<sup>30)</sup> 뒤로 물러나고, 법원들은 전형적으로 피고의 시장력 여부를 조사하고, 대체적인 공급업자나 유통업자와의 지속적인 접근성, 배타적 거래협정의 기간, 진입 조건 및 현실적 반경쟁적 효과의 증거들을 평가한다. 그 결과, 배타적 거래소송에서 승소하기는 매우 어렵게 된다.<sup>31)</sup> 심지어 어떠한 상황에서는 당연위법의 원칙이 적용되어야 할 끼워팔기 사례에서도, 주상품 시장에서의 시장력을 필수적으로 요구하고 있다.<sup>32)</sup>

따라서 배타적 거래와 끼워팔기는 모두 유사한 부류에 포함되며, 지금은 적어도 실무상으로 거의 구별을 안 하고 있다. 간단히 말해서 심각한 독점

금지법상의 문제를 제기하기 위하여 원고가 브랜드간 수직적 거래제한행위를 제소한 경우에는 반드시 피고가 현저한 시장력을 보유하고 있음을 보여주어야 한다. 이는 브랜드내 제한행위의 사례에서도 마찬가지이다. 그러므로 오늘날 수직적 거래제한행위에 대한 승소가능한 소제기를 하는 경우에 대부분 제기되는 공통적인 질문은 “피고가 시장력을 보유하고 있는가?”이다. 그리고 정의상 시장지배적사업자가 이에 해당된다.

## B. 전통적 독점화 패러다임

### 1. 독점력

Cellophane 판결에서, 독점력은 “가격을 통제하거나 경쟁을 배제하는 힘”으로 정의되었다.<sup>33)</sup> 전통적으로 그러한 힘은 높은 시장점유율로부터의 정황상 추론을 통해 인정되었다. 따라서 Alcoa나 Cellophane과 같은 고전적 사례들에서는 관

28) Id. at 314 (배타적 거래행위가 관련시장에 미치는 영향이 6.7%에 불과함에도 불구하고 이를 위법으로 봄).

29) Tampa Elec. v. Nashville Coal Co., 365 U.S. 320 (1961).

30) See, e.g., Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde, 466 U.S. 2, 45 (1984) (O'Connor 판사가 찬성함) (배타적 거래로 인해 구매자나 판매자의 상당 부분이 시장에서 활동할 수 없게 되어버리는 경우에만, 배타적 거래는 거래에 있어서의 합리성이 없는 제한행위가 됨).

31) See, e.g., Western Parcel Express v. United Parcel Serv. of Am., Inc., 190 f.3d 974 (9th Cir. 1999); Omega Envtl., Inc. v. Gilbarco, Inc., 127 F.3d 1157 (9th Cir. 1997); U.S. Healthcare, Inc., v. Healthsource, Inc., 986 F.2d 589 (1st Cir. 1993); United States v. Dentsply Int'l, Inc., 277 F. Supp. 2d 387 (D. Del. 2003), 항소심 계류중. 가격결정력을 획득하기 위한 경쟁자의 비용 인상에 관한 문헌들과 마찬가지로, 이들 사례들에서는 점점 더 배타적 거래가 자의적인 “배제”의 정도에 따라 반경쟁적 효과가 발생할 것이라는 단순한 추론보다는, 시장력의 행사를 촉진시킬 것이라는 가능성에 초점을 두고 있다. See generally Andrew I. Gavil, William E. Kovacic & Jonathan B. Baker, Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy 44-47 (2002), at 731-740 (배타적 거래에 관한 최근의 법적 및 경제학적 논의를 다루고 있음); Jonathan M. Jacobson, Exclusive Dealing, “Foreclosure,” and Consumer Harm, 70 Antitrust L.J. 311 (2002).

32) Jefferson Parish, 466 U.S. at 13-14.

33) United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377, 391 (1956) (Cellophane).

련시장 확정에 상당한 주의를 기울였다.

일단 시장이 확정되면, 다음으로 시장점유율을 산정하고 피고의 점유율이 독점력을 추정하기에 충분한지 여부를 판단한다. Alcoa 판결에서 나온 Hand 판사의 기준(33% 이하는 독점력을 추정하기에 불충분, 64% 독점력 보유 의심, 90% 독점력 인정)은<sup>34)</sup> American Tobacco,<sup>35)</sup> International Harvester,<sup>36)</sup> United State Steel,<sup>37)</sup> Standard Oil of Indiana<sup>38)</sup> 및 Appalachian Coals와<sup>39)</sup> 같은 이전의 판례법들과 일치된다. Cellophane 판결 이후에는 독점력에 기인한 소송을 제기할 수 있는 대략적 기준으로 약 70% 정도의 시장점유율을 받아들이고 있는 것으로 보인다.<sup>40)</sup>

비록 어느 사업자가 적정하게 확정된 관련시장에서 상당한 시장점유율을 유지하고 있다는 증거가 있을지라도, 그러한 증거는 독점력에 대한 간접적인 정황증거일 뿐이다. 지난 20년 동안 법원은 점점 더 많이 셔먼법 제1조와 제2조상의 시장력의 행사에 대한 직접적 증거에 중점을 두고 있다. 셔먼법 제1조와 관련되었던 NCAA 판결과<sup>41)</sup> Indiana Federation of Dentists 판결에서,<sup>42)</sup> 연방대법원은 시장점유율 증거는 단지 시장력을 추정하고 이로부터 반경쟁적 효과를 추정하는데 이용되는 “대체적 수단(surrogate)”일 뿐이라고 판시했다. 그러한 대체수단은 반경쟁적 효과를 실제로 증명할 수 있는 직접증거, 가령 시장력이 실제로 행사되고 있다는 증거가 있는 경우에는 불필요하다.<sup>43)</sup>

- 
- 34) Standard Oil, Standard Oil Co. of N.J. v. United States, 221 U.S. 1, 33 (1911) (90%의 시장점유율과 그 밖에 시장 통제에 관한 직접 정황들로부터 독점력이 추정됨).
- 35) United States v. Am. Tobacco Co., 221 U.S. 106, 157-158 (1911) (90% 이상의 시장점유율로부터 독점이 추정됨).
- 36) United States v. Int'l Harvester, 214 F. 987,991 (D. Minn. 1914) (85%의 시장점유율은 독점력을 추정하기에 충분하다고 여겨짐). 연방대법원에 상고했으나 동의명령서에 따라 기각됨, International Harvester C. of New Jersey v. United States, 248 U.S. 587 (1918), 그리고 추가적 구제를 위해 정부가 청원했으나 거부됨, See United States v. Int'l Harvest Co., 274 U.S. 693, 695 (1927).
- 37) United States v. United States Steel Corp., 251 U.S. 417, 439 n. 1, 444-445 (1920) (41%의 시장점유율은 독점적이라고 하기에 충분하지 못함).
- 38) Standard Oil Co. (Indiana) v. United States, 283 U.S. 163 176-177 (1931) (26% 시장점유율은 독점적이라고 하기에 충분하지 못함).
- 39) Appalachian Coals, Inc. v. United States, 288 U.S. 344, 373-376 (1933) (12~54% 사이의 시장점유율과 64% 미만의 시장점유율은 독점력을 추정하기에 충분치 않음).
- 40) United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377, 379 (1956). See also Andrew I. Gavil, Copperweld 2000: The Vanishing Gap Between Sections 1 and 2 of the Sherman Act, 68 Antitrust L.J. 87, 102-104 (2000) [이하 Copperweld 2000] (판례법은 이러한 70% 기준을 찬성하는 것이 아님).
- 41) NCAA v. Bd. of Regents, 468 U.S. 85, 109-110 (1984) (시장력을 가지고 있는 사업자의 행위로 인해 반경쟁적 효과의 증거가 나타나고 있는 경우에는, 원고는 관련시장을 확정하고 시장점유율을 산정한 다음 시장력을 추정함으로써 반경쟁적 효과를 입증할 필요가 없음).
- 42) FTC v. Indiana Fed'n of Dentists, 476 U.S. 447, 460-461 (1986) (시장점유율에 의해 추정된 시장력은 단순히 “대체 수단”이므로, 반경쟁적 효과가 실제로 나타나고 있다는 증거가 있는 경우에는 이를 증명할 필요가 없음).
- 43) See generally Gavil, Copperweld 2000, supra note 39, at 95-102.

대법원은 셔먼법 제1조와 제2조가 문제되었던 Kodak 사건에서도<sup>44)</sup> 이러한 태도를 견지했으며, 최근에는 연방거래위원회도 이를 받아들이고 있다.<sup>45)</sup>

좀 더 최근에는 하급심 법원들이 직접증거가 있으면 정황증거가 불필요하다는 원칙이 셔먼법 제2조상 독점력 요건에도 동등하게 적용된다는 것을 인정하고 있다.<sup>46)</sup> 그렇지만 정황증거와 직접증거가 함께 나타나는 경우에 독점력 판단을 가장 잘 할 수 있는 사례가 될 것이다. 가령 Microsoft 사례가 이에 해당된다. D.C. 순회법원은 독점력을 판단하는 데에 있어서 적절하게 확정된 관련시장에서 산정된 시장점유율의 형태로 나온 정황증거와 마이크로소프트가 실제로 독점력을 행사했다는 것과 같은 좀 더 강력한 직접증거를 “함께” 고려하였다.<sup>47)</sup>

판례법에서의 이러한 경향은 시장지배적사업자의 거래전략 분석에 있어서 매우 중요하다. 법원이 “독점”력을 형성하기 위해 필요한 것은 “시장”력을 나타내기 위해 필요로 하는 것 이상의 그 어떤 것이라고 지속적으로 실시하고 있을지라도,<sup>48)</sup> 그것은 기껏해야 정도의 차이인 것 같기 때문이다. 직접증거가 이용되는 경우, “시장”력과 “독점”력은 법적으로 구별이 어려울 수 있으며, 경제학자들도 이 둘을 서로 다른 것으로 인식하지 않고 있다.<sup>49)</sup>

## 2. “배타적” 행위

### a. 약탈적 가격책정

약탈적 가격책정을 규제하는 오늘날의 법은 대부분 Matsushita<sup>50)</sup> 사례와 Brooke Group<sup>51)</sup>

44) Eastman Kodak Co. v. Image Tech. Servs., Inc., 504 U.S. 451, 469 n.15 (1992). See also Steven C. Salop, The First Principles Approach to Antitrust, Kodak, and Antitrust at the Millennium, 68 Antitrust L.J. 187 (2000) (시장력과 반경쟁적 효과 조사가 모두 필요하다는 점을 보이기 위해 Kodak 사건을 인용함).

45) See, e.g., Schering-Plough Corp., FTC Docket No. 9297, slip op. at 16-17 (2003), available at <http://www.ftc.gov/os/adjpro/d9297/031218commissionopinion.pdf> (generic drug의 진입 저해효과에 대한 직접증거의 중요성에 대하여 논의); Polygram Holding, Inc., FTC Docket No. 9298, slip op. at 20-21 & n.26 (July, 28, 2003), available at <http://www.ftc.gov/os/2003/07/polygramopinion.pdf> (3 Tenors).

46) See, e.g., Re/Max Int'l v. Reality One, Inc., 173 F.3d 995, 1018 (6th Cir. 1999) (“피고가 실제로 가격을 설정하거나 경쟁을 배제시켰다는 직접증거가 있다면, 독점금지 사건의 원고는 관련 시장에서의 높은 시장점유율과 같은 피고의 독점력에 관한 간접 증거를 제출할 필요가 없다는 것에 우리는 동의한다”) 법원은 “우리는 여기서 원고가 주장한 제2조상 독점력이 제1조상의 독점력과 차이가 있다고 할 만한 이유가 없다고 본다”고 판시했다. Id. at 1019. But see Einer Elhauge, Defining Better Monopolization Standards, 56 Stan. L. Rev. 253, 336 (2003) (독점화에 관한 주장을 평가함에 있어서 시장점유율과의 관련성이 여전히 있음을 주장하고, 50% 기준을 제창함).

47) United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34, 51-58 (D.C. Cir 2001). See also United States v. Visa U.S.A., Inc., 344 F.3d 229, 239-240 (2d Cir. 2003) (시장력 판단에 직접증거와 정황증거가 모두 고려되었음).

48) Kodak, 504 U.S. at 481 (“셔먼법 제2조상의 독점력은 당연히 제1조상의 시장력 이상의 그 어떤 것을 필요로 한다”).

49) See Gavil, Copperweld 2000, supra note 39, at 102 & n.61.

50) Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574 (1986) (일본 전자제품 제조업자들 간의 20년이 넘는 동안의 약탈적 가격책정에 관한 담합행위는 경제학적으로 이해할 수 없는 것이므로 기각함).

사례에서의 연방대법원 판결에 의해 형성되었다. 이 두 판례에서 연방대법원은 약탈적 가격책정에 대한 2단계 테스트를 개발했다. 독점금지법상의 약탈적 가격책정을 이유로 기소하기 위해서는, (1) 이윤의 포기를 비롯한 적정한 비용<sup>52)</sup> 이하이어야 하며, (2) 이로 인한 손실을 가격약탈행위자가 나중에 시장력의 행사를 통해 회복할 수 있어야 한다.<sup>53)</sup> 이러한 패러다임은 약탈적 가격책정행위가 성공하기 위해서는 두 단계를 밟아야 한다는 것을 가정하고 있다. 첫 번째 단계에서는 가격약탈행위자는 “단기적으로” 경쟁사업자를 배제시키기 위해 가격을 인하하는 것이다. 두 번째 단계에서는 경쟁자를 몰아낸 가격약탈행위자는 “장기적으로” 시장력을 행사할 수 있는 지위를 차지할 것이며, 따라서 잃었던 이윤을 “회복”하게 된다는 가정이다.

그러한 전략들이 일반적으로 “받아들여지기 어려울 것”이라는 생각은 심각한 손실이 분명히 발생하고 손실보전이 이루어지지 않을 것이라는 전제에서 출발한다. 실제로 약탈적 가격책정자가 가격차별을 할 수 없다는 가정하에서, 그 전략이 성공하여 시장점유율이 상승한다면, 그만큼 이윤을 잃게 될 것이다. 그러한 손실을 회복할 수 있는 지위를 차지하기 위해, 약탈가격책정자는 손실을 만회할 수 있을 정도로 충분히 장기간 그리고 충분히 인상하여 상품 가격을 책정해야 할 것이다. 그러면 누군가가 시장에 진입할 것이다.<sup>54)</sup>

그러므로 약탈적 가격책정에 관해 매우 엄격한 규율에 대해서, 약탈적 가격책정은 “매우 드물게 시도되며, 이것이 성공하기는 매우 어렵다”는 비판이 있다.<sup>55)</sup> 공격적인 가격책정행위자에 대한 좀 더 적절한 설명은 장점을 가지고 경쟁에 임하고

51) Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993) (손실보전에 관한 적정한 이론이 없으므로 약탈적 가격책정 문제를 법적 문제로서 판단함).

52) Matsushita, 475 U.S. at 584 n.8 (“약탈적 가격책정”의 수단은 적정한 비용 정도 이하에서 가격을 결정하는 것이다”); Brooke Group, 509 U.S. at 222 & n.1 (약탈적 가격책정 소송의 원고는 피고가 “적정한 비용 수준 이하에서” 가격을 정했다는 것을 증명해야 한다는 입장을 유지하고 있지만, “이 사건 당사자들 간에 적절한 비용 수준은 평균 가변 비용”이라는 데에 동의했기 때문에 “하급심 법원들에서는 적절한 비용 수준 이상이라고 보아서 분쟁을 해결”하고자 함). See also Cargill, Inc. v. Monfort of Colo., Inc., 479 U.S. 104, 117 (1986). 이 분야에서 Areeda와 Turner의 분수령이 되는 연구 업적 이후, 약탈적 가격책정 문제에서 핵심이 되는 적정한 비용 수준에 대한 심도 있는 학문적 논의가 이루어지고 있다. See Gavil, Kovacic & Baker, supra note 30, at 620-625 (“The Economic Debate About Predatory Pricing: A Short History”에서 다루고 있음). 비록 Brooke Group 판결에서 Areeda와 Turner가 지지한 평균 가변 비용테스트를 거의 인정하기는 했지만, Matsushita 판결 후 약 20년간 정확한 비용 수준은 아직 정해지지 않고 있다. See, e.g., United States v. AMR Corp., 335 F.3d 1109, 1116-1121 (10th Cir. 2003) (정부가 제안한 네 가지 서로 다른 방법론을 거부하고, 다른 대체 방법도 인정하지 않음).

53) Matsushita, 475 U.S. at 588-589; Brooke Group, 509 U.S. at 224.

54) Matsushita, 475 U.S. at 589; Brooke Group, 509 U.S. at 224-226. 따라서 이 현재의 패러다임은 상당한 손실을 입지 않고 있거나 또는 즉각적이고 신속한 손실보전이 허용되는 가격책정 전략을 설명하기에는 부족한 면이 있다. 그러한 사례들에서 손실의 위험이 최소화 되고, 이로 인해 그 전략이 가능해 보이는 것은 더 이상 쉽게 가격인하를 할 수 있기 때문이 아니다. See, e.g., Gavil, Kovacic & Baker, supra note 30, at 624-625 (현대 손실보전 이론에 대해 다루고 있음).

55) Matsushita, 475 U.S. at 589.

있다는 것이다.<sup>56)</sup> 사업자가 약탈적 가격책정행위 계획을 고수할 필요성 때문에 손실을 보고 나서, 그 손실을 만회할 정도로 장기간 동안 시장력을 행사하는 경우는 극히 매우 드물다. 따라서 약탈적 가격책정행위를 제소하려는 원고는 당해 소송에서의 대상행위가 경제학적으로 “납득할 만하다”는 것을 보여줘야 한다.<sup>57)</sup> 이렇게 약탈적 가격책정행위가 성공할 것이라는 입장에 관한 회의론은, 약탈적 가격책정에서와 같이 손실의 유형과 정도가 문제되지 않는 비가격행위를 둘러싸고 있는 범주 안으로까지 확장되었다.

이러한 틀(framework)을 채택하게 된 것은 이전 판례들과 그 해석에 대한 학계의 날카로운 비판에 주로 기인한다.<sup>58)</sup> 이 비판들에서 낮은 가격은 필수적인 경쟁의 요소 중의 하나라고 주장되었다. 따라서 낮은 가격을 처벌하는 것은 긍정적 측면을 말살시키는 것이며, 바람직한 경쟁을 “치나치게 막는” 것이라고 주장했다. 결국 가격약탈에 대한 엄격한 규율은 경쟁과 소비자들에 해를 끼칠 것이다.<sup>59)</sup> 그러므로 가격약탈 테스트는 직접적으로 가격책정 전략에 의한 소비자후생 결과를 분석하려고 하지 않는다. 그 대신 가정에 의존한

다. 비용 이상에서 가격책정을 한 경우에는 소비자 피해가 발생할 수 없으며, 따라서 당연히 적법하다는 항변 불가능한 가정을 하고 있다. 이와 반대로, 비용 이하의 가격을 책정하는 경우에는 소비자 피해가 발생한다는 가정만이 존재한다. 비판론자들은 또한 약탈적 가격책정의 사례에 있어서 예외적인 조치인, 법원에 의한 가격인상 명령의 문제점에 대해서도 지적하고 있다.

Matsushita/Brooke Group 판결에서의 분석 틀은 잘 정비되었다. 즉 비용 이상의 배타적 가격책정은 개념상 바람직한 “장점에 기반한 경쟁”이다. 나아가 원고가 당해 약탈적 가격책정자가 그의 손실을 만회할 수 있다는 것과 그가 충분한 기간 동안 시장력을 행사할 수 있어서 오랜 기간에 걸쳐 충분히 이윤을 얻을 수 있다는 것을 증명하지 못하면, 비용 이하의 가격책정이라고 할지라도 “장점에 기반한 경쟁”으로 추정할 수 있다고 한다.

비록 Matsushita/Brooke Group 테스트가 비용 이상의 배타적 가격책정행위의 범위에 대해 지나치게 넓게 보고 있다는 비판을 받고 있기는 하지만,<sup>60)</sup> 지금은 그 범위가 잘 정해져 있으며 그 요건을 충족시키기가 매우 어렵다는 것이 입증되었

56) Brooke Group, 509 U.S. at 223 (“적절한 비용 수준 이상에서의 가격책정에 의한 배제효과는 당해 행위자가 좀 더 낮은 비용 구조를 반영하여 이점을 가지고 경쟁에 임하고 있다는 것을 의미하거나, 사실상 사법적 판단의 범위 밖에 있는 것이다”).

57) Matsushita, 475 U.S. at 587.

58) See, e.g., Matsushita, 475 U.S. at 589 (주식가들의 다양한 해석들을 인용하고 “합의” 방안을 언급함).

59) See, e.g., Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox* 149-155 (1978); Philip Areeda & Donald F. Turner, *Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act*, 88 Harv. L. Rev. 697 (1975); Frank H. Easterbrook, *Predatory Strategies and Counterstrategies*, 48 U. Chi. L. Rev. 263 (1981).

60) See, e.g., Aaron S. Edlin, *Stopping Above-Cost Predatory Pricing*, 111 Yale L.J. 941 (2002). Edlin 교수에 대한 반박으로서, See Einer Elhauge, *Why Above-Cost Price Cuts to Drive Out Entrants Are Not Predatory- and the Implications for Defining Costs and Market Power*, 112 Yale L.J. 681 (2003).

다. 결과적으로 Matsushita 판결 이후, 약탈적 가격책정행위를 이유로 제소하여 승소한 사례는 찾아볼 수 없다.<sup>61)</sup> 그러나 타당한 의문은 여전히 남아있는데, 약탈적 가격책정행위가 갖는 긍정적인 면이 소멸되는 것을 피할 수 있는지, 약탈적 가격책정에 대한 지나친 억제가 부정적 측면을 제거할 수 있는지, 그리고 비합리적이고 불필요하게 경쟁자를 배제시키는 가격책정 전략에 대한 규제가 미흡한 것은 아닌지 등의 문제가 그것이다.<sup>62)</sup>

#### b. 비가격 배타적 행위

다른 한편, 비가격 배타적 행위(non-price exclusionary conduct)는 Aspen 판결, Kodak 판결에 의해 정의되었으며, 연방대법원의 최근 Verizon 판결도 어느 정도 영향을 끼쳤다.

Aspen 판결에서 Steven 대법관의 다수 견해에서는 대법원의 이전 판례법과 Areeda, Turner 교수 및 Bork 판사 등과 같은 영향력 있는 전문가들의 견해와 “의도된 취득 및 유지”라는 그 당시의

개념을 종합하려고 했다. 이를 통해 대법원은 다음과 같이 실시했다:

Ski Co.의 행위가 배타적인 행위로서 특징 지워질 수 있는지의 여부에 관한 문제는, Ski Co.가 Highlands에 미친 영향을 간단하게 고려하기만 하는 것으로 해결될 수 없다. 또한 이것은 소비자에 미치는 영향 및 불필요하게 제한적인 방법으로 경쟁을 저해했는지 여부와도 관련이 있다.<sup>63)</sup> 만일 사업자가 “효율성 이외의 다른 수단으로써 경쟁자를 배제시키고자”<sup>64)</sup> 하는 경우, 이를 약탈적 행위로 판단하는 것은 정당하다. 따라서 당해 행위가 소비자, Ski Co.의 소규모 경쟁자들 및 Ski Co. 자체에 미치는 영향을 검토하는 것이 타당하다.<sup>65)</sup>

<sup>63)</sup> “따라서 ‘배타성’은 대부분의 경우에 (1) 경쟁자의 기회를 방해하려는 행위뿐만 아니라 (2) 장점에 기반을 둔 경쟁을 더 이상 못하게 하거나 불필요하게 제한적인 수단으로

61) But see *Star Fuel Marts, LLC v. Sam’s East, Inc.*, 362 F.3d 639 (10th Cir. 2004) (Brooke Group에서와 같은 손실의 보전이라는 요건을 부과하는 것을 2:1로 거부하고, 비용 이하의 가격책정에 대하여 Oklahoma Unfair Sales Act에 따라 예비 금지 명령을 내린 지방법원의 결정을 인용함).

62) *United States v. AMR Corp.*, 335 F.3d 1109 (10th Cir. 2003)에서 법원이 주목한 바와 같이, “최근 학계는 약탈적 가격 책정은 인정하기 어려우며 비합리적인 것이라는 관념의 도전을 받고 있다.” *Id.* at 1114 (Patrick Bolton et al., *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*, 88 *Geo. L.J.* 2239, 2241 (2000); Jonathan B. Baker, *Predatory Pricing After Brooke Group: An Economic Perspective*, 62 *Antitrust L.J.* 585, 590 (1994)을 인용함).

실제로 이들이 바라는 대로 되었다고 하더라도, Matsushita와 Brooke Group 판례는 비판을 받을 수밖에 없다. 예를 들어, 최소한 Matsushita 판례에서 약탈적 가격책정 담합의 “경제학적 타당성”이 약식 재판에서 배심원들에 의해 판단을 받아야 하는 것인지 여부에 대해서는 논쟁의 여지가 있다. Matsushita, 475 U.S. at 598, 601 (White 판사의 반대의견) (“피고가 승소하기 위해 증명해야 하는 것이 무엇인지를 정함에 있어서, 법원은 진상 조사자의 영역을 침범해야 한다고 가정하고 있다”) 이와 유사하게, Brooke Group 사건에 대한 연방대법원의 판결은, 피고가 자신이 보유하고 있는 자료들에 근거하여 장래의 과점가격을 책정함으로써 자신이 잃은 손실분을 회복할 수 있을 것이라는 원고의 의견과 관련하여 법률상 비난받을 수 있다. Brooke Group, 509 U.S. at 243, 257-258 (Stevens 판사의 반대의견). See also Baker, *supra*, at 598-602 (제시된 증거에 근거하여 손실회복에 대해 판단한 법원의 논리에 대해 비판함).

63) *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585, 605-602 (1985).

로 그렇게 하는 행위라고 이해된다” 3 P. Areeda & D. Turner, Antitrust Law 78 (1978).

<sup>33</sup> Bork [The Antitrust Paradox] 138.

인용문 중 첫 번째 문장을 보면, 대법원은 “배제성(exclusion)”은 “배타성(exclusionary)”과 다르다고 보고 있는 것 같다. 장점에 기반한 경쟁과 배타적 행위는 승자와 패자를 구별 짓는다는 점에서 유사하다. 배제행위가 배타적인지 여부를 판단하기 위해서, 다수 견해는 다음의 질문들을 하고 있다.

- (1) 그 행위가 소비자에게 어떤 영향을 끼쳤는가?
- (2) 그 행위가 경쟁자에게 어떤 영향을 끼쳤는가?
- (3) 그 행위가 배타적 행위를 한 사업자에게 어떤 영향을 끼쳤는가?

이러한 접근 틀에 있어서 특이한 것은 증명책임의 전환을 내포하고 있다는 것이다. 즉 원고가 경쟁자 저해성이나 배제성 및 그로 인해 소비자에 미치는 현실적 또는 예상되는 영향을 증명한다. 그런 다음에 피고는 “사업상의 정당성”을 증명해야 한다. 이 접근법은 적어도 피고가 증명책임을 지는 경우에 일종의 “균형”을 제공한다. 그러나 Aspen Skiing Company는 이러한 입증을 하는 데에 실패했다. 그래서 이 사례는 그러한 “균형”이 어떻게 실행될 수 있는지에 대한 실마리를 제공해 주지 못하고 있다. 앞으로 논의되겠지만, Microsoft 사건에서 D.C. 순회법원은 Aspen 판결에서의 분석 틀을 좀 더 명확히 하고자 노력했다.

c. “시장지배적사업자의 거래”에 대한 인식  
시장지배적사업자의 거래행위가 문제되는 경우

에 거래와 마케팅에 관한 규정들은 독점화에 관한 규정들과 교차한다. 독점화 소송을 하기 위한 요건은 시장력이고, 거래에 관한 규정들은 대부분 그러한 시장력이 존재하며 거래행위가 경쟁에 해를 끼칠 수 있다는 것을 전제하고 있기 때문에, 시장지배적사업자의 거래행위는 중요한 경쟁상의 문제를 내포하고 있다. 실제로, 우리가 이 두 분야에 대해 법적 및 경제학적으로 알고 있는 모든 것에 기초해서, 이러한 사례들은 신중하게 검토되어야 한다.

이에 법원을 설득하려는 많은 노력들이 집중되었는데, 법은 “효율적인” 행위들에 대해 과잉규제가 되지 않도록 시장지배적사업자의 거래행위에 대한 규제를 완화해야 한다는 내용이 그것이다. 법규정을 그러한 방향으로 해석하고자 하는 다양한 테스트들은, 현실적인 경쟁에 미치는 폐해의 증거에 대해서는 비중을 낮추거나 심지어는 이를 무시하는 반면에 잠재적 효율성에 대해서는 이를 강조하고자 하고 있다.

시장지배적사업자의 거래행위에 대한 견해 차이는 일부에서 열심히 주장하고 있는 독점화와 거래행위에 관한 사례들의 통합 필요성에 귀 기울이지 않은 데에 그 원인이 있을 수 있다. 이 이슈들에 대해 더 깊이 연구하기 위해, 다음 장에서는 독점화 규정과 거래행위 규정이 교차되고 있는 최근의 항소법원 판결 7개를 살펴보기로 한다.

### III. 판례에 나타난 시장지배적사업자의 거래행위

#### A. 판례 개요

최근 7개의 항소법원 판례는 독점금지법이 시장 지배적사업자가 할 수 있는 거래전략을 어느 정도로 구속하는지를 보여주고 있다.<sup>64)</sup> 이를 분석해보면, 모든 사례들에서 시장지배적사업자는 “거래 전략”을 채택했으며, 이들 중 1개 사례를 제외하고 모든 사례에서 전방 또는 후방 파트너와 일정한 협력을 통해 자신의 제품을 마케팅 하면서 그렇게 했다. 그리고 모든 사례에서의 거래전략은 브랜드간 경쟁에 초점을 두고 있었으며, (또는) 이에 영향을 미치고 있었다.<sup>65)</sup> 이러한 유통전략은 대략 세 가지로 분류될 수 있다. 그러나 독점금지 목적에 있어서 이러한 분류가 도움이 되는지 여부는 불확실하다.

- (1) 가격책정행위
  - 비용 이상 할인, 단순 리베이트 및 관련 행위
  - 약탈적 가격책정
- (2) 비가격행위
  - 배타적 거래
  - 끼워팔기 및 결합판매
- (3) 혼합행위
  - 충성도 및 시장점유율에 따른 할인, 보상 및 기타 인센티브 제공
  - 생산능력 전환

이 사례들에서 다음과 같은 일정한 패턴들이 명백하게 나타나고 있다. 첫째, 메카니즘이 사례마다 어느 정도씩 다르기는 하지만, 각각의 사례에서 문제된 전략은 시장지배적사업자를 위한 어느 정도의 배타성을 확보하도록 짜여져 있다. 또한 각 사례에서의 전략은 단순히 시장에서 경쟁자를 이기기 위한 노력을 뛰어넘고 있다.<sup>66)</sup> 둘째, 각 사례에서는 시장지배적사업자에 대한 배타성이 경쟁자들의 경쟁상의 기회를 저해했으며, 피고의

64) 이 판례들은 다음과 같다 : *United States v. AMR Corp.*, 335 F.3d 1109 (10th Cir. 2003); *LePage's Inc. v. 3M Co.*, 324 F.3d 141 (3d Cir. 2003), cert. denied, 124 S. Ct. 2932 (2004); *Pepsico, Inc. v. Coca-Cola, Co.*, 315 F.3d 101 (2d Cir. 2002); *Conwood Co. v. U.S. Tobacco Co.*, 290 F.3d 768 (6th Cir. 2002); *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001); *Virgin Atlantic Airways Ltd. v. British Airways PLC*, 257 F.3d 256 (2d Cir. 2001); *Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp.*, 207 F.3d 1039 (8th Cir. 2000).

65) 따라서 이들 사례들 중 어느 것도 Sylvania식의 브랜드내 수직적 가격 또는 비가격 제한이 문제되지 않았다.

66) See *AMR*, 335 F.3d at 1112 (달라스 포트워스 공항에 낮은 비용으로 취항하려는 신규 진입자에 대응하여 저렴한 가격, 생산 능력의 전환 및 수익 관리); *LePage's*, 324 F.3d at 147 (결합 리베이트 및 배타적 거래); *Pepsico*, 315 F.3d at 104 (거래 계약상 충성 조항); *Conwood*, 290 F.3d at 773-780 (배타적 상품 진열 및 분류 관리체계 권한의 남용); *Microsoft*, 253 F.3d at 59-78 (제한적인 라이선스, 상품 통합, 리베이트 및 판촉, 끼워팔기, 배타적 거래, 협력행위의 철회조치, 기망); *Virgin Atlantic*, 257 F.3d at 261-262 (여행사 및 단체 고객들에 대한 조직적인 인센티브 지급 및 할인); 및 *Concord Boat*, 207 F.3d at 1044-1045 (시장점유율, 장기적 및 수량 할인).

67) See *AMR*, 335 F.3d at 1113; *LePage's*, 324 F.3d at 145; *Pepsico*, 315 F.3d at 104; *Conwood*, 290 F.3d at 773-780; *Microsoft*, 253 F.3d at 47; *Virgin Atlantic*, 257 F.3d at 259; 및 *Concord Boat*, 207 F.3d at 1045-1046.

시장지배력을 유지 또는 강화시켰다.<sup>67)</sup> 셋째, 시장점유율은 여전히 크게 중요하며, 심지어는 결과를 예측할 수도 있다. 관련시장에서 피고의 시장점유율이 75% 이상인 사례들에서는 원고가 승소했다.<sup>68)</sup> 그러나 시장획정에 대한 이의제기가 받아들여지는 경우나 피고의 시장점유율이 기준치 이하인 경우에는 피고가 승소했다.<sup>69)</sup> 넷째는

덜 명확한 문제로서, “배타성”의 개념 정립에 있어서 정도의 문제이다. 어떤 사례에서는 경쟁자의 비용 상승을 들고 있으며,<sup>70)</sup> 또 다른 사례에서는 경쟁자의 수익 감소를 들고 있다.<sup>71)</sup> 어떤 사례에서는 거의 비용이 없는(costless) 전략이 문제되고 있으며,<sup>72)</sup> 어떤 사례에서는 약간의 “손실” 즉, 비용이 문제된다.<sup>73)</sup> 어떤 행위들은 단기적으

68) LePage's, 324 F.3d at 146 (“3M은 미국내 투명테일 시장에서 90%의 점유율을 차지하고 있어 독점력을 가지고 있음을 인정했다”); Conwood, 290 F.3d at 783 n.2 (“USTC는 미국내 냄비 판매 시장에서 74~77%의 시장력을 가지고 있었다. ... 소송에서는 독점력을 가지고 있지 않다고 주장하지도 않았고 그러한 사실이 발견되지도 않았다”); Microsoft, 253 F.3d at 54 (95%의 시장점유율은 시장지배력을 가지고 있다고 추정하기에 충분하다). 논쟁이 될 만한 특이한 사정인 Concord Boat 사건에서 있었는데, 이 사건에서 피고의 시장점유율이 75%로 주장되었음에도 피고가 승소한 것이다. 그러나 문제된 행위를 한 후에 시장점유율은 50% 이하로 낮아지기 시작했다. Concord Boat, 207 F.3d at 1044-1045.

69) See, e.g., Pepsico, 315 F.3d at 109 (64%로는 독점력이 있다고 하기에 부족함. 특히 관련 시장이 적절하게 획정되지 않고, 피고가 가격을 통제하거나 경쟁을 배제할 능력을 가지고 있지 못한 경우에는 더욱 그러함); Virgin Atlantic, 257 F.3d at 271 (오로지 17%의 공급능력만 확보하고 있다는 점을 고려해 볼 때, 60%의 시장점유율로는 불충분함).

70) 예를 들어 Conwood 사례에서는 UST가 Conwood의 상품진열 선반을 제거함에 따라 매달 100,000 달러의 추가비용이 들었다. Conwood, 290 F.3d at 778. Microsoft도 또 다른 좋은 사례이다. See Microsoft, 253 F.3d at 64 (“비록 마이크로소프트는 경쟁자들의 모든 거래수단을 방해하지는 않았지만, 경쟁자들로 하여금 비용상의 효율은 얻지 못하게 했다”) See also Steven C. Salop & R. Craig Romaine, Preserving Monopoly: Economic Analysis, Legal Standards, and Microsoft, 7 Geo. Mason L. Rev. 617, 626-642 (1999) (마이크로소프트의 원재료 봉쇄, 고객 봉쇄 및 명백한 악탈적 취급과 관련하여 배제에 대해 경제학적으로 다룸). Edlin 교수가 간파한 바와 같이, 배제의 구실로 이용되는 충성도에 따른 리베이트 또한 경쟁자의 비용을 상승시킨다. Edlin, supra note 75, at 698 n.53. See also Williard K. Tom et al., Anticompetitive Aspects of Market-Share Discounts and Other Incentives to Exclusive Dealing, 67 Antitrust L.J. 615, 627-630 (2000) (배타적 행위에 있어서 경쟁자의 비용 상승에 관한 효과와 할인이나 인센티브가 부분적으로 또는 전체적으로 반경쟁적인 배타성에 얼마나 영향을 줄 수 있는지를 다루고 있음); Thomas G. Krattenmaker & Steven C. Salop, Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price, 96 Yale L.J. 209, 230-248 (1986) (봉쇄행위가 경쟁자의 비용을 어떻게 상승시키며, 시장력의 행사를 얼마나 촉진시키는지에 대해 설명).

71) 경쟁자의 비용 상승과 마찬가지로, 여러 문헌들에서 나타나고 있는 경쟁자의 수익 감소는 배타성의 효과로 볼 수 있다. LePage's 사례에서의 결합에 따른 리베이트(bundled rebate)와 AMR 사례에서의 생산능력 전환 및 생산량 조절과 같은 행위들은, 특히 경쟁자의 수익을 효과적인 경쟁을 필요로 최소한의 정도 이하로 감소시킨 배타적인 행위의 예이다. Conwood의 상품진열 선반을 제거함으로써 비용 상승을 초래케 한 UST의 행위는 직접적으로 매출과 이윤을 감소시켰고, 이는 수익의 감소로 이어졌다. Conwood, 290 F.3d at 778-779.

72) Apple사가 Netscape의 인터넷 브라우저에 대한 사용, Microsoft, 253 F.3d at 72-74, Java 개발자의 기망행위를, id. at 76-77 포기한다고 동의하지 않는 한, Microsoft Office 지원을 철회하기로 한 Microsoft의 행위 및 Intel사가 Java-cross-platform compatible virtual machine 개발을 포기하지 않는 한 Intel의 기술을 사용하지 않겠다는 Microsoft의 행위, id. at 77-78, 이 모든 행위는 배타적 행위 중에서 상대적으로 비용이 소요되지 않는(costless) 사례들이다. Conwood 사건에서 경쟁자의 상품진열 선반 제거 역시 배타적 행위 중에서 상대적으로 비용이 소요되지 않는(costless) 사례들이라고 할 수 있다. Conwood, 290 F.3d at 778-780.

73) 손실을 감수하는 가장 대표적인 전략들로서는 LePage's, Pepsico, Concord Boat 및 AMR 사건들에서 나타난 가격인하, 할인

로 소비자에게 이익을 주는 반면,<sup>74)</sup> 어떤 행위들은 소비자에게 어떠한 해악이나 영향도 주지 않는다.<sup>75)</sup> 마지막으로, 원고가 승소한 모든 판결에서 나타난 법원의 분석을 보면 브랜드내 경쟁제한행위가 문제된 Sylvania 판례에서의 기본 가설과는 반대로, 경쟁자와 소비자의 이해관계가 동일했다. 즉 시장지배적사업자의 거래전략의 결과로서, 경쟁자와 소비자 모두는 장기적으로 상황이 악화될 것이라는 것이다.<sup>76)</sup>

## B. 공통적 분석요소들과 결과들

원고들은 LePage's, Conwood 및 Microsoft 사건에서만 승소가 확실히 되었으며, 그 중 하나의 사건에서는 성공적인 방어가 이루어져 상급심으로 갔다.<sup>77)</sup> AMR, Pepsico 및 Virgin Atlantic 사건의 약식 재판과 Concord Boat 법률심에서는 피고들이 우세했다.

위에서 언급한 바와 같이, 법원들의 판결에서는 매우 중요한 몇 개의 요소들이 제시되었다. Conwood, LePage's 및 Microsoft 사건에서 원고들이 우

및 리베이트 등이 있다. 그러나 만일 할인이나 리베이트가 오로지 몇몇 고객들에 대해서만 제공되고 그 밖의 자들에게는 제공되지 않는 경우에는, "희생"은 최소화 될 수 있으며 심지어는 발생하지 않을 수도 있다. 바꿔 말하면, 배타적 행위의 결과를 발생시키기 위해 필요한 "희생"이 사라질 수 있도록, 즉각적으로 손실을 회복시킬 수 있는 메카니즘이 있다는 것이다. See, e.g., Edlin, supra note 59, at 956-960 (희생이 없는 다양한 가격인하 전략들에 대해 논의).

또한 순수한 배타적 거래를 통해서 보다 전통적인 배타적 권리를 구입하는 경우에는 비용이 소요될 수도 있다. 그러나 그러한 비용은 아마도 보수(payment), 할인이나 리베이트류의 형식을 취하게 될 것이다. See, e.g., LePage's, 324 F.3d at 157 ("3M이 유일한 구매처로서의 지위를 확보하기 위해 다수의 대형 고객들에게 보수를 지급했다는 LePage의 제소") See also Krattenmaker & Salop, supra note 69, at 227-228 ("배타적 권리"의 본질에 대해 다루고 있음). 이러한 사례들에서 시장지배적사업자는 시장력의 행사를 통해 얻는 이익 중 일부를 공유함으로써 배타적 권리를 확고히 하고 있다.

74) 가령 Microsoft의 제품 통합은 단기적으로는 소비자들에게 이익이 될 수 있다. 또한 소비자들은 단기적으로는 3M의 결합 리베이트를 통해서, 비록 그것이 필요하지 않은 경우라고 할지라도, 이익을 얻는다. 그리고 소비자들은 단기적으로는 달라스 포트워스 공항에서 American Airline의 공급량 조절과 요금 인하를 통해서도 이익을 얻을 것이다.

75) Conwood 사건에서 UST의 행위가 어떻게 소비자들에게 이익이 되며, Microsoft의 여러 행위들이 어떻게 소비자들에게 이익이 안 되고 해가 되는지를 이해하기란 어렵다. 가령, 제품 통합이 소비자들에게 이익을 가져다준다고 할지라도, 통합 달성에는 불필요한 상호작용의 부재는 분명히 소비자 선택에 부응하는 시장을 만들지는 못하게 할 것이다. Microsoft의 여러 라이선스 제한행위와 배타성을 확보하기 위한 노력들은 어쨌든 소비자들에게 이익을 주지 못하는 것으로 나타났다. 따라서 위에서 언급한 바와 같이, Microsoft가 자신의 행위가 친경쟁적이라는 정당화 요소를 제시하지 못한 것은 놀라운 일이 아니다. 마지막으로 만일 충성도와 결합상품 리베이트가 리베이트 조건을 충족시키기 못해 가격인상을 유발하는 경우, 이 속에는 소비자들에게 돌아갈 아무런 이익도 포함되어 있지 않을 것이다.

76) See LePage's, 324 F.3d at 162 ("3M의 배타적 행위는 LePage's의 경쟁력을 저해할 뿐만 아니라, 경쟁 그 자체에도 해가 된다"); Conwood, 290 F.3d at 789-790 ("USTC의 행위는 높은 가격과 소비자 선택권 제한을 유발시켰고" 또한 경쟁자의 시장 점유율 성장도 방해했음을 보이는 증거였다); Microsoft, 253 F.3d at 59-80 (경쟁자와 소비자에 대한 Microsoft의 행위의 영향에 대해 광범위하게 다루고 있음).

77) 유일한 예외가 Microsoft인데, 여기서 피고는 독점화의 시도에 관한 소송과, 253. F.3d at 80-84, 그 밖에 덜 중요한 몇 개의 독점화 소송은 기각될 것으로 완전히 확신했고, 기워팔기 소송은 파기환송 될 것으로 확신했다. Microsoft, 253 F.3d at 84-95. 그러나 독점화 소송의 핵심 쟁점에서는 정부가 우세했다. Id. at 50-80.

세했을 때에는, 다음과 같은 네 가지 사실들을 증명할 충분한 증거들이 있었다. (1) 피고는 실질적으로 독점력을 가지고 있다. (2) 그의 행위는 현실적으로 경쟁자와 소비자에 대한 반경쟁적 효과로 귀결된다. (3) 진입 조건이 까다로운데, 이는 시장력과 반경쟁적 효과를 반증하는 것이다. (4) 피고는 자신의 행위가 친경쟁적이라는 정당화 요소를 증거로 제출하지 못했거나, 자신이 주장한 정당화 요소를 증거로써 뒷받침하지도 못했다.

피고는 LePage's와 Conwood 사건에서 자신들이 독점력을 보유하고 있음을 인정했다. Microsoft 사건에서는 논쟁이 있기는 했지만, 피고의 독점력 있음이 쉽게 나타났으며, 정황과 직접증거도 이를 뒷받침했다. 바꿔 말하면, 시장력이 시장점유율과 같은 정황증거 및 피고의 실질적인 시장력 행사와 같은 직접증거에 의해 증명되었으며, 이 두 종류의 증거들은 상호간 증명력을 강화시켜 주고 있다.<sup>78)</sup> 실제로 위의 세 개 사례에서 피고는 자신의 시장지배적지위를 한동안 누렸으며, 이 사건들에서 문제되었던 행위는 자신의 시장지배적지위에 대한 새로운 경쟁상의 도전에 대한 반응으로서

나온 것이었다.

효과적인 측면에서는, 현실적 배제성에 관한 증거뿐만 아니라 현실적 또는 잠재적 소비자 폐해도 보여주는 충분한 증거가 있었다. 그리고 기업결합 사례 분석에서와 같이, 각 법원들은 진입 조건에 관한 평가를 주요하게 다루었다. 각 사건에서 법원은 피고의 시장력이 견고함을 증명해주는 진입 장벽을 발견했고, 이로 인한 반경쟁적 효과 때문에 그 시장은 제대로 기능하지 않을 것으로 보았다.<sup>79)</sup> 마지막으로, 원고가 승소하는 모든 경우에서 피고는 자신의 행위를 정당화시켜주는 근거를 제시하지 못했고, 자신이 주장한 점에 대해서도 적정한 증거를 제시하지 못했다.<sup>80)</sup> 증거가 거의 일률적으로 원고 측에 유리한 것으로 해석되었기 때문에, 위의 세 사례들 중 어느 사례에서도 법원은 최종 결정을 하기 위한 친경쟁적 효과와 반경쟁적 효과간의 “비교형량”을 하지 않았다.<sup>81)</sup>

이와 반대로, 피고가 우세한 사례들은 매우 다르게 나타났다. 예를 들어, Pepsico와 Virgin Atlantic 사건에서 법원은 원고의 주장에 결정적인 독점력의 증거가 부족하다고 했다.<sup>82)</sup> Concord

78) See LePage's, 324 F.3d at 146 (독점력을 인정함); Conwood, 290 F.3d at 782 (독점력을 인정함); Microsoft, 253 F.3d at 51-58 (정황증거와 직접증거를 “종합적으로” 고려하여 독점력이 있다는 사실을 법원이 인정함).

79) See LePage's, 324 F.3d at 162 (“시장진입이 쉽지 않았기 때문에 3M은 그러한 계획을 달성할 수 있었다”); Conwood, 290 F.3d at 789-790 (진입과 경쟁자에 의한 거래 확장에 관한 USSTC의 행위의 효과를 논의하고, 10년이 넘도록 관련시장에 “신규 사업자의 진입이 없었다”는 점에 대해 언급함); Microsoft, 253 F.3d at 55 (“진입장벽의 용도”에 대해 실시하고, “예견 가능한 장래에는” 제거되지 않을 것 같다는 지방법원의 판단에 찬성함).

80) See LePage's, 324 F.3d at 163-164 (3M의 행위는 합법적인 정당성이 없다는 배심단의 결정에 찬성함); Conwood, 290 F.3d at 787 n.4 (자신의 행위는 “정상적인 경쟁과정”의 일부라는 USSTC의 주장을 거부한 배심단의 결정에 찬성함).

81) See also LePage's, 324 F.3d at 163-164 (3M은 자신의 거래행위에 대한 정당성을 증명하는 데에 실패했음); Conwood, 290 F.3d at 787 n.4 (동일).

82) See Pepsico, 315 F.3d at 107-108 (Pepsico는 Coca-cola의 독점력을 정황증거나 직접증거를 통해 증명하는 데에 실패했음); Virgin Atlantic, 257 F.3d at 271 (Virgin Atlantic은 British Airway의 독점력을 증명하지 못했음).

Boat 사건에서 법원은 이 사건에서는 배타성이 존재하지 않으며, 따라서 소비자와 경쟁자의 이익에 반하는 현실적 효과가 발생하지 않았다고 판시했다.<sup>83)</sup> 몇몇 법원들은 정당한 거래였다는 피고의 주장을 인정한 적도 있기는 했지만, 법원이 실질적인 반경쟁적 효과가 존재한다고 한 경우에는 피고들이 자신의 거래가 정당한 행위였다는 증명을 하지 못했다. 증명책임이 피고에게 전환되지 않거나 또는 전환되는 경우가 있는데, 후자의 경우에는 피고는 위에서 언급한 바와 같이 증거 불충분으로 패소하거나 아니면 반경쟁적 효과가 미미한 것으로 평가되어 승소하게 된다.

판결에 영향을 미치는 강력한 요소가 “특징”이

다. 법원이 문제된 행위를 “가격약탈”로서 특징짓고 검토하는 경우에, Matsushita와 Brooke Group 사건에서와 같이 피고가 승소했다.<sup>84)</sup> 반대로, 법원이 그 행위를 비가격 배타적 행위로 검토한 경우에는, Aspen과 Kodak 사건에서와 같이 원고가 승소했다.<sup>85)</sup> 특징의 중요성은 특히 AMR과 Virgin Atlantic 사건에서 두드러졌다. 이 두 사례에서는 일단 법원이 문제된 행위를 “가격약탈”로 분류함으로써, 이후 피고가 비용 이하에서 가격책정을 했다는 원고의 증명에 초점이 맞추어졌다. 그리고 이를 증명하지 못함으로써, 재판부는 피고의 손을 들어주었다.<sup>86)</sup> **경쟁저널**

83) Concord Boat, 207 F.3d at 1062-1063.

84) See AMR, 335 F.3d at 1114-1121 (이 사건을 약탈적 가격책정의 하나로서 특징짓고, Brooke Group 판례를 적용함); Virgin Atlantic, 257 F.3d at 265-272 (이 사건을 약탈적 가격책정의 하나로서 특징짓고, Matsushita와 Brooke Group 판례를 적용함). 비록 Pepsico 사건에서 피고가 승소했다고 하더라도, 법원은 Matsushita/Brooke Group 판례와 Aspen/Kodak 판례 중 어느 것에 기초하여 판단했는지에 대해서는 명백하게 밝히지 않았고, 그 대신 독점력이 없다는 점에 크게 비중을 두어 판단했다. See Pepsico, 315 F.3d at 105-109.

85) See LePage's, 324 F.3d at 151-152 (이 사건에서는 약탈적 가격책정 문제가 아니므로 Brooke Group 판례가 적용될 수 없음); Conwood, 290 F.3d at 782-791 (당해 행위를 비가격 배타적 행위로 보고 Aspen과 Kodak 판례를 적용함).

86) See AMR, 335 F.3d at 1114-1121; Virgin Atlantic, 257 F.3d at 265-272.