

재판매가격유지행위의 위법성 판단기준

- 한국캘러웨이골프 사례를 중심으로

김·장 법률사무소 변호사 | 고 경 민

I. 들어가며

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 “공정거래법”이라 한다) 제29조 제1항은 “사업자는 재판매가격유지행위를 하여서는 아니된다. 다만, 상품이나 용역을 일정한 가격 이상으로 거래하지 못하도록 하는 최고가격유지행위로서 정당한 이유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있다.

위 규정의 취지와 관련, 같은 항 본문에 규정된 최저가격유지행위의 위법성 판단에 관해서는 법문의 규정형식에 근거하여 이른바 ‘당연위법’(per se illegal)이며, 같은 항 단서에 규정된 최고가격유지행위의 경우는 ‘합리의 원칙’(Rule of Reason)에 따라 그 행위로 인한 경쟁제한적 효과와 경쟁촉진적 효과를 비교·형량하여 위법성 여부를 판단하여야 한다고 해석하는 것이 일반적인 입장이었다. 일부 견해는 최저가격유지행위의 경우에도 최고가격유지행위와 마찬가지로 위법성 여부를 판단함에 있어서 경쟁제한성과 소비자 이익 저해효과 등을 모두 살펴보아야 한다는 입장을 제시한 바 있었다.¹⁾

이와 관련하여, 대법원은 최근 판결을 통하여 최저가격유지행위가 당연히 위법한 것으로 단정할 수 없다는 전제 하에 그 위법성 여부를 판단기준을 제시한 바 있는데(대법원 2011. 3. 10. 선고 2010두 9976 판결, “한국캘러웨이골프 판결”), 이하에서는 한국캘러웨이골프 판결을 중심으로 재판매가격유지행위의 위법성 판단기준에 관한 대법원 판결의 입장에 관하여 살펴보고자 한다.

II. 한국캘러웨이골프 판결의 사안 및 경과

1. 사안의 개요

(1) 미국 소재의 캘러웨이 골프 컴퍼니의 자회사인 한국캘러웨이골프 유한회사(이하 “원고”라 한다)는

1) 김태진, “현행 공정거래법상의 재판매가격유지행위금지”, 상사법연구 제27권 제1호, 한국상사법학회, 2008, 349면.

캘러웨이, 오디세이, 벤호건, 탑플라이트 브랜드의 골프용품을 독점 수입하여 국내에 판매하여 왔다.

(2) 원고는 2005년 1월부터 원고가 공급하는 골프채의 도매가 및 권장소비자가가 표시된 가격표를 약 450여개 대리점에 배부하고, 최저판매가는 영업사원이 구두로 대리점에 통지하였다. 원고는 원고 제품을 출고한 74개의 업체를 대상으로 가격조사를 실시한 후, 원고의 영업이사가 가격표의 기재 가격 보다 낮은 가격으로 판매하고 있는 것으로 조사된 27개 업체에 대하여 1차 경고조치를 할 예정임을 대표이사에게 보고하였다.

(3) 그 후 원고는 2005년 4월 출시된 신제품에 관한 자료에서 판매가를 지정하고, 그 이하로 판매할 경우는 제품을 다시는 공급받을 수 없고, 판매가격을 주기적으로 조사할 것이라는 방침을 거래선에 설명하였다. 원고의 영업부 차장은 원고 제품을 싸게 파는 인터넷 사이트를 적발하여 가격을 상향 조정시켰다는 것을 대표이사 등에게 보고하였다.

(4) 원고는 2006년 10월 제품의 가격을 싸게 파는 업체에 대하여 출고를 정지한다는 것을 영업부 전 직원에게 알려면서, “판매업체에서 전화가 오면 재고가 없다”고 하라는 취지의 대응방법을 전달하였다.

(5) 원고는 2007년 1월 9일 전 직원에게 e-메일을 보내어, 신제품이 출시되는 연초에 모니터링을 강화하여 적발된 업체에 대해서는 전년도와 마찬가지로 경고나 거래 종료 등으로 제재를 할 것임을 고지하고, 실제로 모니터링을 통해 20개 업체와 거래 종료 및 거래를 정지하였다. 유통업체가 운영하는 인터넷 홈페이지에 대한 모니터링 후에는 공동구매형식으로 판매하고 있는 업체의 해당 물품을 전량 회수하고 공급을 중지하였다.

2. 사안의 경과

(1) 공정거래위원회의 처분 (2009. 1. 19. 의결 제2009-036호)

공정거래위원회는 원고로부터 상품을 공급받아 판매하는 대리점들은 별개의 독립된 사업자로서 상품 판매가격을 관련 시장에서 자신의 영업전략과 능력 등에 따라 자율적으로 결정하는 것이 정상적인 거래관행이라고 전제한 후, 원고가 대리점의 자유로운 의사에 반하여 골프채 등의 재판매가격을 지정하고 이를 준수하도록 강제한 것이 공정거래법 제29조 제1항 재판매가격유지행위에 해당한다고 하면서, 원고에 대하여 시정명령, 법 위반 사실 통지명령 및 과징금 부과처분을 내렸다.

(2) 서울고등법원의 판결 (2010. 4. 21. 선고 2009누5482 판결)

위 사건에서 원고는, 공정거래법 제29조 제1항 본문이 “사업자는 재판매가격유지행위를 하여서는 아니 된다”라고 규정하고 있더라도, 공정거래법의 목적이 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진하는 것에 있는 이상, 재판매가격유지행위에 당연위법의 법리가 적용될 수 없다고 주장하면서, 원고의 행위를 통하여 판촉, 상품 설명, 보증수리 등의 비가격 경쟁력을 강화한 대리점을 보호하고 신제품의 시장 진입을 촉진하며 건전한 유통망을 유지하고 골프 브랜드 간의 경쟁을 활성화하여, 궁극적으로 소비자 후생을 증대시키게 되므로 원고의 행위가 위법하지 않다는 취지로 주장하였다.

위와 같은 원고의 주장에 대하여 서울고등법원은, 공정거래법 제29조 제1항 본문은 “사업자는 재판매가격유지행위를 하여서는 아니 된다”라고 규정하여 재판매가격유지행위가 있으면 경쟁제한성을 별도로 판단하지 않고 위법한 것으로 판단하도록 규정하고 있어, 재판매가격유지행위의 요건을 충족하기만 하면 별도로 당해 행위의 경쟁제한성 여부를 판단함이 없이 위법한 행위로 보아야 한다고 전제한 후, 재판매가격유지행위가 부당하지 않거나 또는 정당한 이유가 있다는 주장은 허용되지 않는다고 보아야 하므로, 재판매가격유지행위에 경쟁제한성이 없어 위법성이 존재하지 아니한다는 원고의 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다고 판단하였다.

(3) 대법원의 판결 (2011. 3. 10. 선고 2010두9976 판결)

대법원은, 공정거래법의 입법 목적과 재판매가격유지행위를 금지하는 취지에 비추어 볼 때, 최저재판매가격유지행위가 해당 상표 내의 경쟁을 제한하는 것으로 보이는 경우라고 할지라도 시장의 구체적 상황에 따라 그 행위가 관련 상품시장에서의 상표간 경쟁을 촉진하여, 결과적으로 소비자 후생을 증대하는 등 정당한 이유가 있는 경우는 이를 예외적으로 허용하여야 할 필요가 있다고 전제한 후, 그와 같은 정당한 이유가 있는지 여부는 관련 시장에서 상표간 경쟁이 활성화되어 있는지 여부, 그 행위로 인하여 유통업자들의 소비자에 대한 가격 이외의 서비스 경쟁이 촉진되는지 여부, 소비자의 상품 선택이 다양화되는지 여부, 신규 사업자로 하여금 유통망을 원활히 확보함으로써 관련 상품시장에 쉽게 진입할 수 있도록 하는지 여부 등을 종합적으로 고려하여야 하며, 이에 관한 증명책임은 관련 규정의 취지상 사업자에게 있다는 입장을 밝혔다.

대법원은 위와 같은 전제 하에, 원심이 적어도 원고에게 그 주장과 같은 정당한 이유에 관하여 증명할 기회는 주었어야 할 것이므로, 원심 판결에 재판매가격유지행위의 정당한 이유에 관한 법리를 오해하고 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 판시하였다.

Ⅲ. 재판매가격유지행위에 관한 규정 및 해석

(1) 공정거래법의 규정 내용

공정거래법 제2조 제6호에 의하면, 재판매가격유지행위는 “사업자가 상품 또는 용역을 거래함에 있어서 거래상대방인 사업자 또는 그 다음 거래단계별 사업자에 대하여 거래가격을 정하여 그 가격대로 판매 또는 제공할 것을 강제하거나 이를 위하여 규약 기타 구속조건을 붙여 거래하는 행위”를 의미하는데, 같은 법 제29조 제1항 본문은 “사업자는 재판매가격유지행위를 하여서는 아니된다”고 규정하여 재판매가격유지행위를 위법한 행위로 규정하고 있다. 다만, 공정거래법은 2001년 1월 16일 제9차 개정을 통하여 “상품이나 용역을 일정한 가격 이상으로 거래하지 못하도록 하는 최고가격유지행위로서 정당한 이유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다”는 취지를 추가하였다.

(2) 공정거래위원회의 입장 및 학설의 태도

공정거래위원회의 재판매가격유지행위 심사지침(2009. 8. 12. 공정거래위원회 예규 제68호, 이하 “심사지침”이라 한다)은 재판매가격유지행위 중 최저가격유지행위의 위법성 판단기준에 관하여 “최저가격유지행위에 해당되면 유통단계에서의 가격경쟁을 제한하고 사업자의 자율성을 침해하므로 경쟁제한성이나 불공정성에 대한 분석 없이 당연위법으로 본다”고 규정하여 최저가격유지행위가 당연히 위법이라는 입장을 취하여 왔다. 다만, 최고가격유지행위에 대해서는 “정당한 이유가 존재하는 경우 위법하지 아니하다. 정당한 이유의 존재 여부는 경쟁제한효과와 효율성 증대효과·소비자 후생 증대효과를 비교·형량하여 경쟁제한 효과가 효율성 증대효과나 소비자 후생 증대효과를 상회하는 경우 위법으로 본다”고 하여 최저가격유지행위와 최고가격유지행위 위법성 여부 판단기준을 달리 해석하고 있다.

우리나라의 학설은 대체로 재판매가격유지행위의 위법성 판단기준에 관하여 공정거래법 제29조 제1항 본문의 문구에 충실하게 해석하는 입장이다. 즉, 공정거래법은 최저가격유지행위에 관하여 ‘부당하게’ 또는 ‘정당한 이유 없이’라는 요건을 규정하고 있지 않으므로, 최저가격유지행위의 경우는, 일단 그 성립이 인정되면 그것이 구체적으로 관련 시장에서의 경쟁에 어떠한 영향을 미쳤는지 여부를 고려하지 않고 위법성을 인정하는 당연위법의 원칙이 적용된다는 것이 공정거래법의 태도라고 하면서, 그 행위의 정당성 여부에 관한 상대방의 반증은 허용되지 않는다고 보고 있다.²⁾ 이에 관하여 최고가격유지행위의 경우에는 이른바 ‘합리의 원칙’에 따라 제반 사정을 고려하여 위법성이 판단되어야 한다고 한다.³⁾

2) 임영철, 공정거래법 제2판, 법문사, 2010, 431면; 송정원, 해설 카르텔 및 불공정거래행위 규제, 박영사, 2008, 477면 등

3) 송정원, 전제서, 479면

(3) 대법원의 입장

대법원은 그 동안 사안에 따라 재판매가격유지행위의 성립 여부에 관하여 판단하여 왔을 뿐, 재판매 가격유지행위의 위법성 판단기준에 관한 공정거래법 제29조 제1항의 의미에 관하여 입장을 밝히지는 않아 왔다.

즉, 대법원은 “재판매업자로 하여금 그 지시·통지에 따르도록 하는 것에 대하여 현실로 그 실효성을 확보할 수 있는 수단이 부수되어 있는 경우에만, 법 제2조 제6호에서 규정하는 ‘그 가격대로 판매할 것을 강제하거나 이를 위하여 규약 기타 구속조건을 붙여 거래하는 행위’로서 법 제29조 제1항에 의하여 금지되는 ‘재판매가격유지행위’에 해당하므로 위법하다 할 것이다”라고 판시하여(대법원 2001. 12. 24. 선고 99두11141 판결, 남양유업 판결), 재판매가격유지행위의 성립요건인 ‘실효성 있는 강제수단’의 존재가 인정되지 않는다는 이유로 재판매가격유지행위의 성립을 부인한 바 있지만, 위 행위가 재판매 가격유지행위에 해당하는 것을 전제로 어떠한 기준에 따라 위법성 여부를 판단할 것인지에 관해서는 입장을 밝히지는 않았다.

그 후 대법원은 2010년 11월 25일, 주식회사 한미약품의 최저가격유지행위의 위법성 여부가 문제된 사안에서 최초로 최저가격유지행위의 위법성 판단기준에 대한 입장을 밝힌 바 있다(대법원 2010. 11. 25. 선고 2009두9543 판결). 즉, 대법원은 “공정거래법의 입법 목적과 재판매가격유지행위를 금지하는 취지에 비추어 볼 때, 최저재판매가격유지행위가 당해 상표 내의 경쟁을 제한하는 것으로 보이는 경우라고 할지라도, 시장의 구체적 상황에 따라 그 행위가 관련 상품시장에서의 상표간 경쟁을 촉진하여 결과적으로 소비자 후생을 증대하는 등 정당한 이유가 있는 경우에는 이를 예외적으로 허용하여야 할 필요가 있다. 그리고 그와 같은 정당한 이유가 있는지 여부는 관련 시장에서 상표간 경쟁이 활성화되어 있는지 여부, 그 행위로 인하여 유통업자들의 소비자에 대한 가격 이외의 서비스 경쟁이 촉진되는지 여부, 소비자의 상품 선택이 다양화되는지 여부, 신규 사업자로 하여금 유통망을 원활히 확보함으로써 관련 상품시장에 쉽게 진입할 수 있도록 하는지 여부 등을 종합적으로 고려하여야 할 것이며, 이에 관한 증명책임은 관련 규정의 취지상 사업자에게 있다고 보아야 한다”고 하여, 최저가격유지행위는 정당한 이유가 있는 경우에만 허용되어야 하며, 다만 최저가격유지행위의 당사자인 사업자가 그 정당성에 관한 증명책임을 진다는 취지로 판시하였다. 다만, 대법원은 위 판결에서 공정거래법 제29조 제1항 본문에서 ‘부당하게’ 또는 ‘정당한 이유 없이’라는 문구가 규정되어 있지 않은 사실을 어떻게 해석하여야 하는지 여부에 관해서는 언급하지 않았다.

대법원은 이후 “공정거래법의 입법 목적은 경쟁을 촉진하여 소비자를 보호하려는 데에도 있고, 제29조 제1항이 재판매가격유지행위를 금지하는 취지도 사업자가 상품 또는 용역에 관한 거래가격을 미리 정하여 거래함으로써 유통단계에서의 가격경쟁을 제한하여 소비자 후생을 저해하는 것을 방지하기 위한 데에 있다”고 설명하면서, 최저가격유지행위의 위법성 판단기준에 관하여 위 2009두9543 판결에

서와 마찬가지로의 입장을 취하였다(대법원 2010. 12. 23. 선고 2008두22815 판결).⁴⁾

(4) 해외 경쟁당국의 재판매가격유지행위 위법성 판단기준

미국의 경우, 연방대법원은 *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911) 판결(이하 “Dr. Miles 판결”이라 한다)에서 최초로 재판매가격유지행위의 위법성 판단기준에 관한 입장을 밝혔다. 즉, 미국 연방대법원은 의약품 제조업체인 Dr. Miles사가 유통업체들과 체결한 가격 지정계약에 근거하여 할인약국에 대한 판매 금지조치를 취하고, 이를 거부하고 다른 도매상들로부터 지정가격 이하로 제품을 구입하여 재판매한 도매상에 대하여 금지명령을 구하는 소송을 제기하자, 재산권 양도의 원칙 및 가격 고정으로 인한 경쟁 파괴를 이유로 최저가격유지계약은 보통법(Common Law) 및 셔먼법(Sherman Act) 제1조에 위반되어 무효에 해당한다고 판단하였다.⁵⁾

이후 한 주유소 사업자가 1997년 공급자의 권장소매가격보다 높은 가격을 소비자들에게 부과한 경우, 그 차액을 공급자에게 환불하도록 한 계약이 최고가격유지행위에 해당한다고 하면서 소송을 제기하자, 미국 연방대법원은 최고가격유지행위의 경쟁제한성은 당연위법에 의하지 않고도 통제가 가능하고 이를 언제나 금지할 경우에 제조업자의 수직통합을 조장함으로써, 오히려 독립적인 판매업자의 존속을 어렵게 할 수 있다는 이유로 합리의 원칙에 따라 위법성을 판단하여야 한다고 판결하였다. (*State Oil Co. v. Khan* 522 U.S. 3 (1997) 판결 그리고 최저가격유지행위에 대해서도 *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* 127 S. Ct. 2705 (2007) 판결(이하 “Leegin 판결”이라 한다)을 통하여 ‘합리의 원칙’에 따라 위법성 여부를 판단하여야 한다는 취지로 입장을 밝히면서, 최저가격유지행위가 당연위법하다고 판단하였던 Dr. Miles 판결을 명시적으로 파기하였다.⁶⁾ 즉, 미국 연방대법원은 Leegin 판결에서 고객에 대한 높은 수준의 서비스를 함께 판매함으로써 소비자를 만족시키려는 의도로 가격 제한을 하였는데, 이를 당연위법으로 처리할 경우는 무임승차하는 소매점들로 인하여 소비자에 대한 높은 수준의 서비스는 시장에서 사라지게 될 것이므로, 최저가격유지행위의 경우에도 ‘합리의 원칙’ 하에 시장의 동태적 변화에 대한 고려 및 친(親)경쟁적 효과와 반(反)경쟁적 효과

4) 다만, 대법원은 2009두9543 판결 및 2008두22815 판결은, “원고의 재판매가격유지행위를 허용할 정당한 이유가 있다고 보기 어렵다”고 하여 공정거래위원회의 처분이 정당하다고 판단하였다.

5) 최고가격유지행위의 경우에도, 미국 세인트루이스 지역의 한 신문사가 배달업자들에게 일정 수준 이상의 구독료를 받으면 계약을 해지할 수 있게 하고 지정가격보다 높은 가격을 부과한 배달업자(Albrecht)를 다른 업자로 대체하자 지정가격을 위반하여 거래관계를 거절 받은 배달업자인 Albrecht가 신문을 상대로 손해배상청구소송을 제기한 사안에서, 연방대법원은 최고가격 규제도 최저가격유지 약정에 못지않게 거래자들의 자유를 침해하고, 그럼으로써 그들 자신의 판단에 따라 판매할 능력을 제한한다고 하면서 최고가격유지행위도 당연위법이라고 판결하였다(*Albrecht v. Herald Co.*, 390 U.S. 145 (1968)). 이에 대해서는, 최고가격 규제정책은 소비자에게 이익이 될 수 있고, 사업자에게도 정당한 이유가 있을 수 있기 때문에 당연위법의 원칙을 적용하는 것은 문제가 있다는 비판이 제기되기도 하였다.

6) 2007년 가죽 제품과 소품을 디자인·제조·공급하는 업체인 Leegin이 Brighton 제품을 권장가격 이하로 판매하는 소매점에 공급을 거절한다는 방침을 세웠다. Leegin이 이를 거부하며 할인판매를 하는 PSKS의 판매점에 대한 공급을 중단하자 PSKS가 소송을 제기한 사안이다. 위 사안에서 Leegin은 원심 법원에서 자사의 가격방침이 경쟁촉진적 효과가 있다는 내용을 진술할 전문가 증인(Expert Testimony)을 신청하였지만, 법원은 Dr. Miles 판결에 따라 확립된 당연위법의 원칙에 근거하여 Leegin의 신청을 받아들이지 않았다.

의 비교·형량을 통하여 위법성 여부가 평가되어야 한다고 하였다.

결국, 최저가격이든 최고가격이든 그 여부를 불문하고, 재판매가격유지행위에 대해서는 '합리의 원칙'을 적용하여 재판매가격유지를 통한 경쟁제한적 효과와 그로 인한 친경쟁효과를 비교·형량하여 위법성 여부를 판단하는 것이 현재 미국 경쟁당국의 입장이다.

일본의 경우는,⁷⁾ 일본 최고재판소가 1975년 7월 11일 제1차 육아용 분유사건에 관한 판결⁸⁾에서 "행위자와 그 경쟁자 사이에서의 경쟁관계가 강화되었다고 하더라도, 그것이 반드시 상대방인 당해 상품의 판매업자 간의 자유로운 가격경쟁이 행하여진 경우와 마찬가지로의 경제적인 효과를 가져오는 것은 아닌 이상, 경쟁저해성이 있음을 부정할 수 없다고 보아야 한다"고 하여 재판매가격유지행위의 위법성은 브랜드 내 가격경쟁 제한 여부에 따라 판단한다는 입장을 취한 바 있다. 이에 비추어 보면 재판매가격유지행위는 원칙적으로 공정경쟁을 저해하므로 위법하지만, 정당한 사유가 있는 경우는 허용된다는 입장이다. 그런데 일본에서는 '정당한 이유'를 지극히 예외적으로 인정하고 있어 경쟁제한효과와 경쟁촉진효과의 비교·형량에 의한 판단이라기보다는 미국의 당연위법의 원칙에 가까운 입장을 취하고 있는 것이라고 해석된다.⁹⁾

IV. 맺으며 : 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010두9976 판결의 시사점

대법원은 한국갤러웨이골프 판결 등 최근 재판매가격유지행위의 위법성 판단기준에 관한 일련의 판결을 통하여, 최저가격유지행위의 경우에도 정당한 이유가 있는 경우에는 위법하다고 할 수 없다는 것이 대법원의 입장임을 분명히 하고, 정당한 이유 여부를 판단하는 요소 중의 하나로 '브랜드 내 경쟁제한효과'와 '브랜드 간 경쟁촉진효과'의 비교·형량을 제시하였다.

이러한 대법원의 입장에 대해서는, 입법자가 최저가격유지행위와 최고가격유지행위에 관하여 각각 공정거래법 제29조 본문과 단서에 구별되게 규정하였음에도 대법원이 입법자의 의사를 무력화시키는 결과를 초래하는 것¹⁰⁾이며, 공정거래법 제29조의 취지에 맞지 않음 뿐만 아니라 문리적(文理的) 해석 범위를 넘어선 것¹¹⁾이라고 비판하는 견해도 있다.

그러나 이번 대법원 판결의 의미는 최저가격유지행위의 위법성 판단에 관하여 미국 경쟁법에서 논의되고 있는 '당연위법의 원칙'을 적용하는 것이 타당한지 또는 '합리의 원칙'을 적용하는 것이 타당한지

7) 일본 「사적독점의 금지 및 공정거래의 확보에 관한 법률」(이하 "독점금지법"이라 한다) 제2조 제9항에서 불공정한 거래방법을 금지하면서 그 구체적 내용에 관해서는 일본 공정취임위원회의 별도 고시로 정하도록 되어 있다. 재판매가격유지행위의 구체적 내용을 정한 '일반지정' 제12항은 "정당한 이유 없이 거래상대방에 대하여 자기가 판매하는 상품의 판매가격을 정하여 이를 유지시키는 행위 및 거래상대방의 판매가격에 대하여 이와 같은 구속을 하는 행위"라고 정의하고 있다.

8) 第1次育児用粉ミルク(和光堂)事件(最高裁昭50.7.11.) 民集二十九卷六号951頁

9) 김태진, 전거서, 339면.

10) 박시준, 최저재판매가격유지행위와 합리성의 원칙 (법률신문, 2011. 4. 4.)

11) 사법연수원, 공정거래법, 2011, 258면.

여부를 가리는 것은 아니라고 생각된다. 즉, 대법원은 재판매가격유지행위 이외의 행위에 관하여 공정거래법 위반 여부가 문제된 행위에 대하여 공정거래법에 규정된 성립요건이 충족됨을 전제로, 그 행위의 내용뿐만 아니라 제반 상황 및 그로 인한 영향을 종합적으로 고려하여 위법성 여부를 판단하여야 한다는 입장을 견지하여 왔다. 즉, 대법원은 일반적으로 '당연위법의 원칙'에 따라 위법성 여부를 판단하여야 한다고 해석하는 전통적 의미의 경성 공동행위(Hard-core Cartel)에 대해서도, "어떠한 공동행위가 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제19조 제1항이 정하고 있는 경쟁제한성을 가지는지 여부는 당해 상품의 특성, 소비자의 제품 선택기준, 당해 행위가 시장 및 사업자들의 경쟁에 미치는 영향 등 여러 사정을 고려하여, 당해 공동행위로 인하여 가격·수량·품질 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는지를 살펴, 개별적으로 판단하여야 한다"는 입장을 취하여 '당연위법'한 것으로 단정할 수 없다는 입장을 밝혀 왔는데(대법원 2009. 3. 26. 선고 2008두21058 판결 등),¹²⁾ 이와 같은 대법원의 입장은 아직까지 공정거래법 위반행위의 위법성 여부에 관하여 충분한 선례가 쌓여 있지 않은 우리 공정거래법 적용의 현실에 비추어 수긍할 만하다고 생각한다.

이와 관련하여 미국 연방대법원이 위 Leegin 판결에서 '당연위법의 원칙'의 적용 요건에 관하여 "당연위법의 원칙은 충분한 경험을 통하여 특정 행위유형에 대해서는 위법성이 항상 인정된다는 인식이 공유될 때 비로소 적용이 가능하다"고 설명한 것이 시사점을 줄 수 있다고 생각된다.¹³⁾ 대법원의 입장 역시 이러한 점을 감안하여 재판매가격유지행위의 위법성 여부, 나아가 공정거래법 위반행위 일반의 위법성 여부에 관하여 가능한 한 적극적인 위법성 판단을 통하여 우리 공정거래법 적용 현실에 부합하는 판단의 경험을 축적해 나가고자 하는 고려가 반영된 것이 아닌가 짐작하며, 앞으로 이에 관한 선례의 축적을 기대하여 본다. **■**

12) 다만, 대법원은 위 판결에서 "사업자들이 공동으로 가격을 결정하거나 변경하는 행위는 그 범위 내에서 가격경쟁을 감소시킴으로써 그들의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태를 초래하게 되므로, 그와 같은 사업자의 공동행위는 특별한 사정이 없는 한 부당하다고 볼 수밖에 없다"고 함으로써 가격의 공동결정행위가 당연위법은 아니지만, 원칙적으로 부당한 것이라는 점을 인정하고 있다.

13) 위 판결은, "Thus a per se rule is appropriate only after courts have had considerable experience with the type of restraint at issue ... and only if they can predict with confidence that the restraint would be invalidated in all or almost instances under the rule of reason"이라고 설명한다.