

가격압착행위에 대한 미국 연방대법원의 태도

PACIFIC BELL TELEPHONE CO., v.
LINKLINE COMMUNICATIONS, INC. (2009)

경북대학교 법학전문대학원 교수 | 최 승 재

I. 서론

가격압착(Price Squeeze)¹⁾이란, 소매시장에서 재화나 서비스를 제공하기 위하여 필요한 원재료 등을 독점적으로 보유하고 있는 사업자가 도매시장에서의 독점적 지위를 이용하여 소매시장의 경쟁사업자들에게 원재료를 높은 가격에 공급하고, 소매시장에서는 경쟁사업자가 도저히 경쟁할 수 없는 낮은 가격을 부과함으로써 소매시장에 부당하게 경쟁우위를 확보하려는 가격정책을 말한다.²⁾

이러한 가격압착행위를 통하여 도매시장과 소매시장에서 사업을 수직적으로 통합하여 영위하는 사업자들은 도매시장에서의 지위를 이용하여 소매시장에서 다른 경쟁자들을 퇴출시키게 되므로, 이러한 가격압착행위는 관련 시장에서의 경쟁을 저해할 가능성이 있다.

그럼에도 불구하고 미국 연방대법원은 2009년 2월 가격압착과 관련한 Pacific Bell 사건에서 가격압착을 인정하지 않았다.³⁾ 이 사건은 인터넷 서비스 제공 사업자와 인터넷 망(網)사업자 간에 발생한 분쟁이다. 통신시장에서 망사업자들은 망을 보유하고 이러한 망을 활용하여 인터넷 서비스를 제공하는 사업자들에게⁴⁾ 망을 임대함으로써, 이로 인한 임대수익만을 발생시키는 경우도 있지만 스스로 망을 활용한 인터넷 서비스 사업을 같이 수행하는 경우도 있다.

이 사건을 통하여 가격압착과 관련된 미국 연방대법원의 태도를 살펴보고, 이러한 미국 연방대법원의 태도가 우리 법원에 주는 시사점에 대하여 검토하고자 한다.

1) 이를 달리 '이윤압착' (Margin Squeeze)이라고도 한다.

2) 이석준, 최인선, "수직적 통합기업의 가격압착행위에 관한 미국과 EU 판결의 비교분석", 경쟁저널 (2009, 5.) 10면.

3) PACIFIC BELL TELEPHONE CO., dba AT&T CALIFORNIA, et al. v. LINKLINE COMMUNICATIONS, INC., et al. 555 U.S. ____ (2009).

4) 이 사건에서 Pacific Bell An ILEC, short for incumbent local exchange carrier, is a local telephone company in the United States that was in existence at the time of the break up of AT&T into the Regional Bell Operating Companies (RBOCs), also known as the "Baby Bells." The ILEC is the former Bell System or Independent Telephone Company responsible for providing local telephone exchange services in a specified geographic area. GTE was the second largest ILEC after the Bells, but it has since been absorbed into Verizon, an RBOC. ILECs compete with Competitive Local Exchange Carriers (CLEC). When referring to the technical communities ILEC is often used just to mean a telephone provider.

II. 사실관계

1. 사안의 당사자들

이 사건의 당사자 중의 하나인 Pacific Bell은 구(舊) AT&T의 분할로 인하여, 개별회사가 된 소위 ‘베이비 벨’ (Baby Bell) 중 하나인 회사로, 인터넷 서비스의 제공에 필요한 디지털 전용회선망(Digital Subscriber Line, 이하 “DSL”이라 한다)⁵⁾을 보유하고 있는 회사이다. 이 회사는 2005년 SBC에 인수되었고, SBC는 인수합병 후 ‘AT&T’ 라는 상호를 사용하였다.

반면, LINKLINE COMMUNICATIONS, INC.(이하 “LINKLINE”이라 한다)은 망사업자로부터 망을 임대하여 DSL이나 Dial Up Service와 같은 인터넷 서비스를 제공하는 사업자이다.⁶⁾ 이 회사는 캘리포니아 지역에서 Pacific Bell로부터 초고속 인터넷 접속 서비스를 제공하기 위하여 필요한 DSL 등의 시설을 임차하여 소비자들에게 인터넷 접속 서비스를 제공하였다.

2. 통신시장의 특성

통신시장은 가입자 회선(Local Loop)을 비롯한 통신서비스 제공을 위한 인프라를 시장에 신규 진입하고자 하는 사업자들이 새로이 구축하는 것이 비용면에서 거의 불가능하다. 그러므로 이런 문제를 해소하기 위하여 대부분의 국가에서 통신법은 가입자회선을 보유하고 있는 기존 사업자들에게 신규 사업자들이 사입자(仕入者)회선에 대한 접근을 원할 경우, 이를 접근하여 사용할 수 있도록 하는 접속제공의무를 부과하고 있다.⁷⁾

5) DSL은 ‘Digital Subscriber Line’ (디지털가입자망)의 약어로, 기존 전화선을 이용하여 고속의 데이터통신을 가능하게 하는 기술을 말한다. 1989년 미국의 Bellcore에서 기존의 전화 동선 쌍을 사용하여 비디오, 영상, 고밀도 그래픽, 및 Mbps급 데이터 속도의 정보를 전송하기 위하여 제안된 개념이다. 1996년을 전후하여 미국의 주요 통신 사업자에 의하여 시범 서비스가 추진되기 시작하여, 1997~1998년에는 상용 서비스로 전환되었다. DSL의 가장 큰 장점은 일반 전화선, 즉 구리선을 사용하면서도 Mbps급 데이터 전송속도를 제공한다는 점이다. 주문형 비디오(VOD), 인터넷 접속 및 영화회의 등 멀티미디어 애플리케이션을 지원하며 외부 데이터 통신망과 내부의 근거리 통신망(LAN)을 접속시킬 수 있다. DSL은 데이터 전송속도에 따라 비대칭(ADSL), 대칭(SDSL), 고속(HDSL), 초고속 디지털가입자회선(VDSL) 등으로 분류된다. <http://terms.naver.com/entry.nhn?docId=67454> (2011. 6. 7. 최종 접속).

6) 이 회사의 현재 사업에 대한 개관은 http://www.linkline.com/internet_services/overview.php (2011. 6. 7. 최종 접속).

7) 예를 들어, 미국의 1996년 통신법에서도 이러한 접속의무를 부과하고 있었다. The Telecommunications Act of 1996 imposes upon an incumbent local exchange carrier(LEC) the obligation to share its telephone network with competitors, 47 U.S.C. § 251(c), including the duty to provide access to individual network elements on an “unbundled” basis, see §251(c)(3). VERIZON COMMUNICATIONS INC. v. LAW OFFICES OF CURTIS V. TRINKO, LLP CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT at 1.

3. 문제가 된 행위

LINKLINE 등은 망을 보유하고 있는 Pacific Bell 등이 자신들에게 고가로 임대를 하고, 소매시장에서는 저가의 사용료를 받음으로써 자신들을 시장에서 배제하려는 소위 '가격압착행위'를 하였고, 이러한 행위는 독점금지법 위반행위라고 주장하면서 캘리포니아 중앙지방법원에 소송을 제기하였다.

Ⅲ. 사안의 경과

1. 연방지방법원의 판단

(1) 원고의 주장

소장(訴狀)에서 LINKLINE 등은, Pacific Bell⁸⁾은 LINKLINE 등과 소매시장에서 경쟁관계에 있는 사업자인 바, Pacific Bell은 도매시장에서의 독점적 지위를 이용하여 시설 임차 시에 높은 임차료를 받고는 소매시장에서는 자신들이 인터넷 접속 서비스를 낮은 가격에 제공함으로써 자신들의 소매시장에서의 시장지배력을 강화하고 LINKLINE 등이 가격경쟁력을 가질 수 없도록 하여, 결국 시장에서 축출되도록 시도함으로써 셔먼법(Sherman Act.) 제2조 위반행위가 된다고 주장하였다.⁹⁾

(2) 피고의 주장

이에 대하여 Pacific Bell은 2004년에 선고된 Verizon 사건¹⁰⁾을 인용하여 원고들의 청구가 기각되어야 한다고 주장하였다. Verizon 사건에서 연방대법원은 Aspen Skiing 사건¹¹⁾에 기초하여 이 사건의 전화망이 필수설비에 해당하므로, 이러한 필수설비의 사용을 거절하는 행위를 하

8) 이 글에서는 혼동을 피하기 위하여 'Pacific Bell' 이라고 표시하지만, 이 회사는 2005년 SBC에 인수되었다. 2005년 당시 연방통신위원회(Federal Communication Commission)는, 합병 후 회사가 인터넷 서비스 사업자들에게 설비를 계속하여 제공하되 디지털 전용 회선 등의 설비에 대한 도매가격은 망사업자인 SBC가 소비자에게 제공하는 가격보다 높은 가격으로 설정되어서는 안된다는 점을 합병인가조건으로 부가하였다.

9) Complaint of linkLine Commns, Inc v SBC Ca, Inc, No 03-5265 SVW, 2003 WL 25284389 (CD Cal 24 July 2003).

10) VERIZON COMMUNICATIONS INC. V. LAW OFFICESOF CURTIS V. TRINKO, LLP (02-682) 540 U.S. 398 (2004) 305 F.3d 89, reversed and remanded.

11) Aspen Skiing Co. v. Aspen Highiands Skiing Corp., 105 S.Ct. 2847 (1985).

는 것은 서면법 위반이 된다는 원고의 주장을 배척하면서, 이 경우 독점금지법이 아닌 통신 관련법이 적용되어야 한다고 판단하였다. 이러한 기초에서 연방대법원은 전화망을 보유한 기존사업자인 Verizon이 경쟁사업자들에게 도매서비스를 제공하여야 할 독점금지법상 의무가 없다고 판단한 바 있다.¹²⁾

Pacific Bell은 Verizon 사건에 기초하여 보면, 자신들도 독점금지법상 접속의무를 부담하는 것은 아니라고 하면서, 자신들이 도매시장에서 가격을 어떻게 부과할 것인가 하는 가격책정의 문제는 통신법 위반이 아닌 한 독점금지법 위반으로 문제 삼을 수는 없다고 주장하였다.

(3) 법원의 판단

연방지방법원은 Pacific Bell의 주장과 같이 독점금지법상 망사업자가 인터넷 서비스 제공 사업자와 거래를 반드시 하여야 하는 의무가 존재하는 것은 아니지만, 이러한 연방대법원의 Verizon 사건에서의 태도가 본 건과 같은 가격압착 사건에서도 적용될 수 있는 것은 아니라고 판시하면서, Pacific Bell의 행위는 독점금지법을 위반한 가격압착행위에 해당한다고 판단하였다. 이러한 판단에 기초하여 캘리포니아 연방지방법원은 원고 승소 판결을 하였다.¹³⁾

연방지방법원은 피고가 제안한 약탈적 가격설정행위(Predatory Pricing)인지 여부를 판단하는 기준이 가격압착이론에도 적용될 수 있다는 주장을 받아들였다. 따라서 가격압착이 이루어졌는지 여부를 판단함에 있어서 소매시장에서 저가로 판매되었는지를 보기 위해서는 Brooke Group 사건¹⁴⁾에서 제시되었던 기준인 i) 시장지배적 기업이 행사하는 가격이 비용(평균가변비용) 이하이고 ii) 비용 이하의 판매로 잃은 손실을 나중에 경쟁사업자가 시장에서 축출된 후 손실회복(Recoupment) 할 가능성이 있어야 한다는 요건을 충족하여야 한다고 보았다.

따라서 이를 가격압착에 적용하면, 소매시장의 가격수준을 비용보다 낮게 책정하였으며 그 가격수준에서 경쟁자가 도태되고, 독점사업자가 장기적으로 투자를 회수할 수 있을 가능성(Dangerous Possibility)이 존재하는지 여부가 위법한 가격압착의 존재 여부를 판단하는 기준이 된다는 것이다.

12) 이 사건에서 연방대법원은 서면법 제2조에 따른 접속의무 위반은 존재하지 않는다는 주문을 내었다. Respondent's complaint alleging breach of an incumbent LEC's 1996 Act duty to share its network with competitors does not state a claim under §2 of the Sherman Act.

13) LINKLINE COMMUNICATIONS, INC., et al. v. SBC CA., 2004 WL 5503772 (C.D.Cal. 2004).

14) Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp. 509 U.S. 209 (1993).

2. 연방항소법원의 판단

2007년 연방항소법원은 이 사건에 대한 항소심 판결에서 가격압착이론이 연방독점금지법에 서 인정되는 위반행위의 한 유형으로, 가격압착이론에 기초하여 원고 승소 판결을 한 캘리포니아 중앙지방법원의 판결을 지지하여 항소기가 판결을 하였다. 연방항소법원은 가격압착행위는 독점금지법상 위반행위가 될 수 있으며, 이를 주장하기 위해서는 행위가 반경쟁적 의도에 의하여 이루어졌음이 증명되어야 한다고 보았다.¹⁵⁾

제9연방 항소법원의 토마스(Thomas) 판사는 도매시장의 지배력에 근거한 가격압착 여부를 판단함에 있어서 피고의 행위가 원고에게 어느 정도로 영향을 주는지를 알 수 없으며, 소매시장을 살펴보아도 그 정도를 명확하게 알 수 없다고 보았다. 이처럼 소매시장과 도매시장 모두에서의 영향이 명확하지 않다면, 1996년 통신법의 규제대상은 오직 도매시장 가격일 뿐 소매시장은 고려대상이 아니므로 도매시장의 지배력에 근거를 두고 있는 가격압착이론은 독점금지법의 적용을 위한 근거로 사용될 수 있다고 보았다.

IV. 연방대법원의 판단

1. 상고허가

2007년 10월 17일 연방대법원은 Pacific Bell의 상고허가 신청을 받고, 법무부(Department of Justice)에 법정의견서(Amicus Brief) 및 여러 이해당사자의 법정의견서¹⁶⁾를 검토한 후, 2008년 6월 23일 상고허가 결정을 하였다.¹⁷⁾

(1) 법무부의 법정의견서

연방대법원은 이 사건에 대한 상고허가 여부에 대한 판단을 하기 위하여 법무부에 법정의견서 제출을 요청하였다. 법무부는 법정의견서에서 상고를 허가하여 제9연방 항소법원의 판결을 파기하여야 한다고 주장하였다. 법무부는 LINKLINE이 주장하는 것과 같이 도매시장에서 시장지배력을 가지고 있는 사업자가 수직적으로 도매시장과 소매시장을 통합하여 사업을 수행함

15) LINKLINE COMMUNICATIONS, INC., et al. v. SBC CA., 503 F.3d 876 (9th Cir. 2007).

16) 여러 가지의 법정의견서가 제출되었으며, 대표적으로 전문가 그룹의 법정의견서로 Brief of Amici Curiae Professors and Scholars in Law and Economics in Support of the Petitioners, No 07-512, 2007 WL 4125499, at 4 (3 September 2008) 참조.

17) Petition for a Writ of Certiorari, Pacific Bell Tel Co v linkLine Comms, Inc, 2007 WL 3028933 (No 07-512) (17 October 2007).

에 있어서 도매시장에서의 시장지배력을 이용하여 도매시장에서 고가로 시설을 임대하고, 소매 시장에서는 저가로 서비스를 제공함으로써 소매시장에서 경쟁사업자가 경쟁을 할 수 없도록 하는 행위, 즉 소위 '가격압착행위'는 서면법 제2조 위반을 주장할 수 없는 행위라고 주장하였다. 따라서 원고 LINKLINE이 주장하는 피고의 서면법 제2조는 청구원인에서 오류가 있으므로 이러한 점에서 제9연방 항소법원의 판결은 법리오해를 면하지 못한다고 보았다.¹⁸⁾

나아가 법무부는 적정한 이윤이 보장되지 못한다는 이유로 가격압착이론을 법리로서 법원이 수용하게 되면, 이는 서면법을 기초로 하여 발전된 독점금지법의 법리와 정면으로 배치되는 것으로, 독점금지법의 보호법익을 초과하는 것이라고 보았다.¹⁹⁾ 만일 이러한 경우에도 독점금지법 위반을 인정하게 되면, 소매시장에서 수직계열회사된 경쟁사업자와 경쟁을 하는 사업자들은 가격경쟁을 하는 대신 소송을 제기하는 방법으로 대응을 함으로써 수직계열회사된 사업자가 가격을 인하하는 행위를 금지함으로써 소비자에게는 피해가 되고, 유사한 가격을 설정하도록 함으로써 경쟁을 저해하게 되기 때문이라는 것이 법무부의 가격압착 법리 수용에 대한 우려였다.²⁰⁾

(2) 연방거래위원회

법무부의 이와 같은 법정의견서 제출에 대하여 연방거래위원회는 법무부의 법정의견에 동조하지 않기로 하였다. 연방거래위원회는 표결을 통하여 법무부의 의견에 동조하지 않기로 하면서, 자신들은 이 사건은 연방대법원이 검토하기에 적합하지 않은 의견이라는 견해를 가지고 있으며, 법무부의 법리 분석에도 동의할 수 없다는 뜻을 분명히 하였다.²¹⁾

연방거래위원회는 제9연방항소법원의 판결의 결론이 타당하다는 점은 명확하다고 보았다. 그리고 연방거래위원회는 법무부의 견해와는 달리 통신산업과 같이 고도(高度)규제산업의 경우는 가격압착이론이 2004년 Verizon 판결 이후에도 여전히 유효한 이론이라고 표명하면서, LINKLINE이 주장한 가격압착이론이 전혀 새로운 이론이 아님에도 불구하고 마치 새로운 견해로서 받아들일 수 없는 것으로 법무부가 바라보는 시각은 수정이 필요하다는 의견을 제시하였다.²²⁾

이런 점들을 종합하여 보면, 연방거래위원회는 가격압착이론이 서면법 제2조 위반 여부를 판

18) Brief for the United States as Amicus Curiae, Pacific Bell Tel Co v linkLine Comms, Inc, 2008 WL 2155265 (No 07-512) (22 May 2008), available at www.usdoj.gov/atr/cases/t233500/233594.htm.

19) Id. at 7.

20) Brief for the United States as Amicus Curiae at 16, 2008 WL 2155265 (quoting 3A Phillip E Areeda & Herbert Hovenkamp, Antitrust Law, 767c5 at 1297130 (2d ed 2002).

21) Statement of the Federal Trade Commission Declining To Join the US Department of Justice Recommendation That the United States Supreme Court Review the Decision of the Court of Appeals for the Ninth Circuit in linkLine Comms v Pacific Bell Telephone Company (23 May 2008) at 1, available at www.ftc.gov/opa/2008/05/linkline.shtm.

22) Id. at 3. 연방거래위원회는 가격압착이론을 찾을 수 있는 선례로 U.S. v. Aluminum Co. of America 148 F 2d 416 (2nd Cir 1945)과 Town of Concord v. Boston Edison Co., 915 F 2d 17 (1st Cir 1990)을 제시하였다.

단합에 있어서 기초가 될 수 있음은 분명하며, 이때 가격압착 여부의 판단은 도매시장에서의 가격이 약탈적 가격설정행위 기준에 따를 때 부당염매로 볼 수 있는 가격인지 여부라고 보고 있음을 알 수 있다.²³⁾

2. 판단

(1) 결론

연방대법원은 2009년 2월 25일 캘리포니아주 기존지역통신사업자(ILEC)인 AT&T가 경쟁사업자(CLECs)²⁴⁾들에게 부과하고 있는 DSL 도매가격이 반경쟁적 가격압착행위라는 주장을 배척하였다. 초고속 인터넷 인프라를 신청인(원심 피고인 AT&T)이 보유하고 있다는 점에 대해서는 다툼이 없다. 그러나 도매시장에서, 만일 신청인이 이 사건 피신청인들과 거래를 하여야 할 독점규제법 상의 의무(Antitrust Duty to Deal)가 존재하지 않는다면 가격압착 역시 있을 수 없다.²⁵⁾

(2) 이유

① 기본 법리

시장에서 사업자들은 언제든지 자신들이 원하는 사업자와 거래를 할 거래상대방 결정의 자유를 가진다. 그리고 사적 자치에 의하여 가격 및 기타 거래조건을 결정한다. 이러한 원칙은 이미 Colgate 원칙으로 선언된 바 있다.²⁶⁾ 그러나 경우에 따라서는 사업자의 일방적인 거래거절행위가 위법한 행위가 될 수 있으며, 이러한 위법행위를 한 자는 독점금지법상 손해배상 책임(Antitrust Liability)을 부담한다.

이 사건의 원고는 약탈적 가격설정이라는 주장을 하지도 않았고, 연방지방법원은 거래의무가 있다고 판단하지도 않았다. 원고들은 이 사건에서 부당염매 대신 가격압착이라는 이론을 주장

23) Id. at 6.

24) 이는 Competitive Local Exchange Carrier(CLEC)의 약자이다. 미국 통신법상 지역통신사업자(Local Exchange Carriers; LECs)는 기존지역통신사업자(Incumbent Local Exchange Carrier; ILECs)와 경쟁지역통신사업자(CLECs)로 나뉜다. 기존지역통신사업자는 통상적으로 특정한 지역에 독점적인 지위를 가지고 있는 통신사업자로, 신규 진출하는 경쟁지역통신사업자와 기존지역통신사업자에 대하여 1996년 통신법은 규제상 서로 다른 취급을 한다. 이와 구별되는 개념으로 데이터지역통신사업자(Data Local Exchange Carrier; DLEC)이 있다. 이들은 통상 경쟁지역통신사업자 중에서 DSL 서비스에 특화된 사업자로, 기존지역통신사업로부터 회선을 임대하여 인터넷 서비스를 제공하는 사업자(Internet Service Providers; ISPs)를 말한다.

25) PACIFIC BELL TELEPHONE CO., dba AT&T CALIFORNIA, et al. v. LINKLINE COMMUNICATIONS, INC., et al. 555 U.S. __ (2009) pp 7-17.

26) US v Colgate & Co., 250 U.S. 300, 307.

하면서 자신들이 얻을 수 있었던 이윤을 경쟁사업자가 부당하게 압착하여 이윤을 착취당하였다는 주장을 하였다. 가격압착이론이 받아들여지기 위해서는 이론적으로 부당행위를 한 사업자가 전방시장(Upstream Market) 및 후방시장(Downstream Market) 모두에서 사업을 영위하여야 한다.

가격압착이론의 기본적인 아이디어는 도매시장에서 가격을 올림으로써 가격 상승 여력을 확보한 사업자가 소매시장에서 가격을 내려서, 결국 소매시장에서의 경쟁사업자를 축출하게 된다는 것이다. 그리고 가격압착이론이 타당하다면 원고(소매시장의 경쟁사업자)는 적절하게 공정한 이윤을 확보하게 된다는 것이다.²⁷⁾

그러나 만일 도매시장에서 거래의무가 존재하지 않고 소매시장에서 부당염매가 존재하지 않는 경우라면 원고가 가격압착을 주장할 근거는 없다.²⁸⁾

② 도매시장

이 사건에서 문제가 되는 것은 신청인의 가격전략인 바, 독점금지법의 관점에서 가격요소와 비가격요소를 구분하는 것은 큰 실익은 없다. 원고는 피고(신청인)가 도매시장에서의 시장지배력을 이용하여 시장봉쇄를 하였다고 주장하지만, 이 사건에서 신청인은 원고에게 망을 임대하여야 할 의무를 부담하고 있지 않다. 그러므로 만일 망의 제공을 거절한다고 하여도 이러한 거절행위가 바로 셔먼법 제2조 위반행위가 되지는 않는다. 따라서 이런 신청인이 소매시장에서 경쟁사업자인 원고에게 유리한 가격조건으로 망을 임대할 아무런 법적 의무를 강제할 수는 없는 것이다.²⁹⁾

③ 소매시장

다음으로 소매시장에 대하여 살펴보면, 가격압착이 성립되기 위해서는 소매시장에서 신청인이 부당하게 낮은 가격으로 서비스를 제공하였어야 한다. 원고는 신청인이 가격을 인하하였다는 것이 독점금지법 위반이라고 주장하는 것으로 보인다. 그러나 가격을 인하하여 가격경쟁을 하는 것은 경쟁의 기본적인 수단이다.³⁰⁾ 그런데 치열한 가격경쟁을 회피하기 위한 수단으로, 원고가 법원에 소송을 제기하여 신청인의 저렴한 소비자 가격제공행위가 독점금지법 위반의 가격정책이라고 비난하는 것은 독점금지법에 기초한 주장이라고 볼 수 없다.

그러므로 부당염매를 인정하기 위해서는 가격경쟁을 회피하기 위한 이러한 경우를 배제하기

27) PACIFIC BELL TELEPHONE CO., dba AT&T CALIFORNIA, et al. v. LINKLINE COMMUNICATIONS, INC., et al. 555 U.S. __ (2009) pp. 7-9.

28) Id. pp. 9-12.

29) Id. pp. 9-10.

30) "Cutting prices in order to increase business often is the very essence of competition." Matsushita Elec. Industrial Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U. S. 574, 594 (1986).

위하여 매우 엄격한 기준에 따라서 경쟁을 배제할 정도로 지나치게 낮은 가격이라는 점이 증명될 수 있도록 하여야 한다. 이러한 것이 연방대법원이 Brooke 판결을 통하여 취하고 있는 태도이다. Brooke 판결은 Matsushita 판결에 이어서 약탈적 가격설정의 요건을 i) 시장지배적 기업이 행사하는 가격이 비용(평균가변비용, Average Variable Cost) 이하이고 ii) 비용 이하의 판매로 잃은 손실을 나중에 경쟁사업자가 시장에서 축출된 후 손실회복(Recoupment) 할 가능성이 있어야 한다는 요건을 충족한 경우로만 한정하고 있다.³¹⁾

그런데 원고는 정확하게 소매가격이 Brooke 기준을 충족하고 있다는 점에 대한 증명을 하지 못하고 있다. 오히려 소매가격은 비용 이상이라는 점을 인정할 수 있어서, 정확히 원고가 구하는 독점금지법상 손해가 무엇인지 알기 어렵다.³²⁾

④ 가격압착이론의 난점

법원이 가격압착 여부를 판단하는 것은 매우 어렵다. 가격압착 여부를 판단하기 위하여 법원은 도매가격과 소매가격을 상호 연관시켜 관찰하여야 한다. 그런데 이러한 이동식 표적(Moving Target)을 관찰하여 가격압착이 존재하는지 여부를 판단하기 위한 기관으로 법원이 적합한 기관이라고 보기 어렵다. 또한 가격압착의 경우는 안전항 조항(Safe Harbor Clause)이 있는 것도 아니어서, 공정하고 적절한 마진의 존재에 대해서 항상 시장은 예측 가능한 기준을 갖지 못하게 된다.

그런 점에서 법원으로서 도매가격과 소매가격이 각각 개별적으로 적법한 가격이라면, 이러한 경우에 수직적으로 통합된 서비스를 제공하는 사업자의 소매가격이 경쟁사업자의 소매가격과 같거나 낮다고 하여서 바로 독점금지법 위반으로 손해배상을 인정하는 것은 타당하지 않다.³³⁾

31) Brooke Group, 509 U. S., at 226이 판결에서, 미국 연방대법원은 만일 손실회복의 가능성이 없다면 비용에 대한 판단으로 나아갈 필요 없이 약탈적 가격설정은 인정되지 않는다는 점, 특히 손실회복이 약탈적 가격설정에서 가지는 의미 등을 비롯하여 약탈적 가격 설정에 관한 여러 쟁점들에 대한 입장을 분명히 하였다. 나아가 이 판결은 명시적이지는 않지만, 실질적으로는 Utah Pie 판결을 변경한 것이라고 평가된다.

32) PACIFIC BELL TELEPHONE CO., dba AT&T CALIFORNIA, et al. v. LINKLINE COMMUNICATIONS, INC., et al. 555 U.S.(2009) pp. 11~12.

33) Id. pp. 9~12.

V. 판결의 의의와 시사점

1. 판결의 의의

(1) 가격압착이론의 사실상 배척

미국 연방대법원은 이 사건을 통하여 가격압착이론이 가지는 문제점에 대하여 지적하면서, 법무부의 의견과 같이 가격압착이론 자체를 받아들이지 않거나 연방거래위원회의 견해와 같이 독립적인 셔먼법 제2조의 청구원인으로 인정하지 않고, 이를 이분(二分)하여 도매시장에서의 거래의무의 문제와 소매시장에서의 부당염매의 문제로 나누어 검토한다.

이러한 분석법에 의하여 결론적으로 도매시장이나 소매시장에서의 독점금지법 위반행위가 존재하지 않는다면, 전체적으로 가격압착이론에 기초한 도매시장과 소매시장을 연계한 위법행위를 인정하지는 않겠다는 것으로 보인다.

이와 같은 미국 연방대법원의 태도는 사실상 법무부의 주장과 같이 가격압착이론을 받아들이지 않은 것과 같은 결론이라고 볼 수 있다. 다만, 그럼에도 불구하고 이 이론이 완전히 폐기되었다고 보기는 어려운 것이 연방거래위원회가 여전히 지지하는 입장을 철회하지 않았기 때문이다.

(2) 개별적 검토

도매시장에서 시장지배력을 가지고 있는 사업자가 수직적인 통합을 하고 있는 경우, 연방대법원은 거래의무와 부당염매라는 두 가지 단계로 나누어 검토하였기 때문에 이러한 수직적인 통합이 의미를 가지지 못하게 되었다. 가격압착이론의 핵심은 도매가격과 소매가격을 연계하여 관찰함으로써 생존 불가능한 마진만이 존재하여 사실상 경쟁을 할 수 없게 된다는 것으로, 이를 분리함으로써 수직적 통합이 가지는 경쟁법적인 의미가 사실상 없어졌다.

① 도매시장에서의 독점금지법상 거래의무

도매시장을 보면, 도매시장에서 거래의무가 존재하여야 한다고 하지만, 미국 판례상 시장지배력을 가지고 있는 사업자가 경쟁사업자를 배제하기 위하여 단기간의 이익을 자발적으로 포기하는 경우와 같이 예외적인 경우가 아닌 한 경쟁사업자와 거래를 하여야 하는 경우는 매우 이례적이다. 이러한 이례적인 경우인 Aspen Skiing 판결의 적용범위가 Verizon 사건을 통하여 현저하게 감소되었고, 이 판결에서 보는 것과 같이 Verizon 판결은 가격압착을 직접적으로 쟁점

으로 삼은 것이 아니므로 직접 가격압착 사건에서 적용될 수 있는 것은 아니더라도, 최소한 도매시장 분석에 있어서 거래의무가 존재하지 않는다는 점을 지지하는 선례로서의 중요한 의미를 가지고 있다.

대상 판결에서 연방대법원은 독점금지법상 거래의무라는 개념을 사용하여 산업규제법 상의 사전적인 거래의무와의 구별을 시도하고 있다. 이러한 LINKLINE 판결의 태도는 Verizon 판결과 연장선상에 있다.

연방대법원은 Verizon 판결에서 DSL 도매 제공 사업자의 거래거절(Refusal to Deal) 및 필수설비 접근거절(Refuse to Access to Essential Facility)이 독점금지법 위반이 아니라고 하면서, 그 근거로 DSL 도매 제공 사업자였던 Verizon이 경쟁사업자에게 운영지원 시스템(OSS; Operational Support System)을 의무적으로 공유하라고 명(命)한 연방통신위원회(FCC; Federal Communication Commission)의 규정의 근거가 되는 1996년 통신법에 의하여 판단을 하고, 비용에 기반하고 있는 거래나 서비스를 경쟁사업자에게 제공하는 것을 거절하는 행위에 대하여 독점금지법 위반행위가 아니라고 본 바 있다.³⁴⁾

이 사건에서 사용한 통신산업과 같은 고도규제산업에서 독점금지법상 거래의무를 인정하는 것에 대하여 법원은 매우 엄격한 태도를 취할 것으로 보인다는 점을 이 판결을 통하여 읽을 볼 수 있다. 이러한 이해는 연방거래위원회의 태도와는 상당한 거리가 있다. 이러한 점은 법무부의 법정외견서에 동조하는 것을 거부하면서 밝힌 연방거래위원회의 자료에서도 찾아볼 수 있다.³⁵⁾

② 소매시장에서의 약탈적 가격설정

대상 판결에서 연방대법원은 가격압착이 되기 위해서는 소매시장에서의 약탈적 가격설정행위가 증명되어야 한다는 점을 명확하게 하였다. 그리고 약탈적 가격설정 여부에 대한 판단기준으로 Brooke 판결을 원용하였다.

그런데 Brooke 기준을 충족시키기 위해서는 소매시장에서 시장지배력을 가진 사업자의 가격이 경쟁사업자의 가격보다 지나치게 낮아서(Too Low) 약탈적이라는 점을 증명하여야 하는 엄격한 기준으로서, 이 기준을 충족시키는 것은 매우 어렵다. 그러나 약탈적 가격설정은 설정된 가격의 수준 자체만을 보는 이론이다. 또한 미국 법원은 유럽공동체 법원과 달리 손해회복요건을 요구하고 있으므로 단순히 비용심사만을 통과하여서는 부당염매로 판단될 수 없다.³⁶⁾

이러한 점을 종합하여 보면 약탈적 가격을 소매시장에서 설정하게 된 경우를 도매시장에서의

34) Verizon v. Trinko, 540 U.S. 398 (2004).

35) Id. at 3. 이와는 달리 유럽공동체 1심법원(현(現) 일반법원(General Court))의 태도는 상이하다. 유럽공동체 1심법원은 시장지배적 사업자의 통신요금을 소속 국가의 통신규제당국이 승인한 경우에도 그렇게 승인된 요금이 유럽공동체 시장에 경쟁제한적인 효과를 초래한다면, 그러한 가격설정행위가 유럽공동체 조약에 위반되는지에 대하여 별도로 검토하여 경쟁법상 책임을 부담시킬 수 있다고 본다. Deutsche Telecom AG v. Commission of European Communities (T-271/03, 2008. 4. 10.)

시장지배력과 연계하여 주장하는 이론인 가격압착이론의 적용에 있어서, 이처럼 엄격한 기준을 적용하게 될 경우에 독자적인 이론으로서 가격압착이론의 가치는 크게 훼손된다.

2. 시사점

(1) 미국 연방대법원과 유럽공동체 1심법원의 규율태도 차이

미국 연방대법원이 가격압착에 대하여 하급심의 판결을 파기하면서 다시 사건을 연방지방법원으로 환송한 이 사건에서 엄격한 기준을 적용하여 가격압착이론을 사실상 채택하지 않은 것과는 달리, 2008년 4월 유럽공동체 1심법원은 Deutsche Telecom 판결을 통하여 가격압착을 인정하였다.³⁷⁾

이러한 차이에 대해서는 단독기업행위의 규율에 대한 양국 법원 및 경쟁당국의 시각 차이, 단독기업의 가격남용행위에 대한 양국 법원 및 경쟁당국의 시각 차이, 통신산업과 같이 규제당국이 시장지배적 사업자에 대하여 기반시설에 대한 접속의무와 접속조건을 부과하는 등 별도의 법령규제가 존재하고, 시장지배적 사업자가 그러한 법령규제를 이행하고 있는 경우에도 경쟁당국이나 법원이 경쟁법 차원에서 시장지배적 사업자의 행위를 문제 삼을 수 있는 지에 대하여 유럽공동체 집행위원회 및 법원은 적극적인데 반하여, 미국은 소극적인 태도를 취하고 있기 때문이라는 분석이 있다. 아울러 미국과 유럽공동체의 시장지배적 사업자의 거래거절행위의 인정여부에 대하여, 미국은 시장지배적 사업자라고 하더라도 극히 예외적인 경우를 제외하고는 일반적으로 경쟁사업자와 거래를 하여야 할 의무는 없다고 보는 반면, 유럽공동체는 시장지배적 사업자인 경우는 시장에서의 지위 때문에 거래를 하여야 할 특별한 의무가 있다고 보고 있는 점도 미국과 유럽공동체의 판단 차이가 발생한 원인으로 볼 수 있다.³⁸⁾

이러한 양자의 차이에 대한 분석은 대부분 수긍할 수 있다. 다만, 유럽공동체는 인터넷 접속 서비스가 협대역이든 광대역이든 모두 유선을 통하여 이루어진다고 보고 유선전화망만을 통한 인터넷 접속 서비스 시장을 관련 시장으로 획정한 반면, 미국 연방대법원은 유선망을 독점적으로 보유하고 있는가가 아닌 유선에 의한 인터넷 접속뿐만 아니라 케이블(Cable)에 의한 접속과 위성 및 무선을 통한 인터넷 접속도 유선사업자와 대체관계에 있는 것으로 보아서 시장획정을

36) 유럽공동체 1심법원은 가격압착을 인정한 Deutsche Telecom 사건에서, 미국 연방대법원과 달리 시장지배적 사업자가 도매단계에서 부과한 가격이 소매단계에서 부과한 가격보다 높거나 높지 않다고 하더라도, 그 도매가격으로는 소매단계에서 비용을 감당할 수 없다면 소매가격이 약탈적 가격일 필요 없이 시장지배적 지위 남용으로 볼 수 있다고 한다. Deutsche Telecom AG v. Commission of European Communities (T-271/03, 2008. 4. 10.)

37) 이 판결에 대해서는 이봉의, 기간통신사업자의 가격남용(Deutsche Telecom) 사건, 경쟁저널 제101호, 58면 이하 참조.

38) 이석준 의, 전계논문 21~25면.

달리하였다는 점도 차이를 발생시키는 원인이 된다는 지적에³⁹⁾ 대해서는, 시장확정의 문제는 소비자 관점에서 접근하면 규율대상이 되는 시장의 소비자의 성향이 서로 상이하므로, 이는 미국과 유럽공동체에서의 시장의 발전단계의 차이일수도 있기 때문에 단정적으로 원인이라고 하기에는 어렵다. 만일 이러한 문제가 우리나라에서 발생한다고 하더라도 어느 쪽이 타당하다고 보다는 우리나라 통신시장의 분석을 통하여 결론을 내릴 수밖에 없다.

특히 주목할 점은 단독행위(Single Firm Conduct) 규제에 대한 미국과 유럽공동체의 태도라고 본다. 미국은 사업자의 단독행위규제에 대하여 상대적으로 조심스러운 입장을 취하여왔고, 이러한 입장은 상당부분 수용할 수 있다고 본다. 특히 개별 기업의 가격전략에 정부가 개입하는 것, 그 중에서도 저가(低價)전략에 대하여 이를 경쟁당국이 개입하는 것은 원칙적으로 타당하지 않다.⁴⁰⁾ 그 원칙에 대한 예외가 부당염매에 대한 규제이므로 그런 의미에서 부당염매의 인정이 엄격하여야 한다는 것은 논리적인 일관성을 가진다고 본다.

(2) 우리나라의 규율방향

최근 미국 연방대법원은 일련의 독점금지법 사건에서 대부분 피고 승소 판결을 하였고,⁴¹⁾ 특히 이 과정에서 연방 제9항소법원의 판결들은 다수가 파기되었다.⁴²⁾ 이는 연방대법원이 경쟁당국의 개입을 자제하는 방향으로 판결을 선고하고 있다는 점을 보여주고 있다. 이런 경향성과 대 상 판결은 부합한다.

가격압착도 결국 미국 연방대법원의 태도와 같이 2단계의 검토를 거치면 소매시장의 경우는 부당염매가 문제될 뿐 다른 검토대상은 없다. 그러므로 Brooke 기준을 적용하여 판단하여야 한다는 연방대법원의 태도는 기존 선례와 부합하는 결론이다. 그리고 미국 대법원은 연방거래

39) 상계논문, 25면.

40) "Low prices benefit consumers regardless of how those prices are set, and so long as they are above predatory levels, they do not threaten competition." *Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co.*, 495 U. S. 328, 340 (1990).

41) 이하의 사건들은 모두 피고가 승소한 사건이다. *Leegin Creative Leather Products v. PSKS*, 127 S Ct 2705 (2007); *Credit Suisse Securities Billing*, 127 S Ct 2383 (2007); *Twombly v. Bell Atl.*, 127 S Ct 1955 (2007); *Weyerhaeuser Co v. Ross-Simons Hardwood Lumber Co, Inc.*, 127 S Ct 1069 (2007); *Illinois Tool Works, Inc v Independent Ink*, 547 US 28 (2006); *Texaco Inc v Dagher*, 547 US 1 (2006); *Volvo v Reeder Simco GSM*, 546 US 164 (2006); *Empagran v F Hoffman-LaRoche*, 542 US 155 (2004); *USPS v Flamingo Ind.*, 540 US 736 (2004); *Verizon v Trinko*, 540 US 398 (2004); *California Dental Assn v FTC*, 526 US 756 (1999); *NYNEX Corp v Discon, Inc.*, 525 US 128 (1998); *State Oil v Khan*, 522 US 3 (1997); *Brown v Pro Football, Inc.*, 518 US 231 (1996); *Hartford Fire Insurance Co v California*, 509 US 764 (1993); *Brooke Group Ltd v Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 US 209 (1993); *FTC v Ticor Title Insurance Co.*, 504 US 621 (1992).

42) *Confederated Tribes of Siletz Indians of Or v Weyerhaeuser Co.*, 411 F 3d 1030 (9th Cir 2005); *Dagher v Saudi Refining, Inc.*, 369 F 3d 1108 (9th Cir 2004); *Flamingo Industries (USA) Ltd v US Postal Service*, 302 F 3d 985 (9th Cir 2002); *California Dental Ass'n v FTC*, 128 F 3d 720 (9th Cir 1997); *In re Insurance Antitrust Litig.*, 938 F 2d 919 (1991); *McQuillan v Sorbothane, Inc.*, 907 F 2d 154 (9th Cir 1990). The only affirmation of a Ninth Circuit antitrust decision during this period was *Columbia Pictures Indus, Inc v Prof Real Estate Investors, Inc.*, 944 F 2d 1525 (9th Cir 1991).

위원회가 대법원이 가격압착의 선례로 제시한 판결에서 경쟁법 사건에서 직접적인 가격규제를 지지하는 것은 타당하지 않다는 설시를 한 바가 있다.⁴³⁾

그런데 주목할 점은 미국에서도 이 사건의 1심인 연방지방법원과 연방 제9항소법원은 가격압착이라는 원고의 견해를 지지하였다는 것이고, 연방거래위원회도 가격압착이라는 법리의 필요성을 수긍하고 서면법 제2조 위반의 청구원인이 될 수 있다고 보고 있다는 점이다. 연방대법원은 도매시장에서의 거래의무의 존재라는 잣대에 따라서 더 이상 나아갈 필요 없이 가격결정은 자유롭게 할 수 있다고 보아 가격압착 여부를 볼 필요가 없다는 태도를 취하였다. 그러나 1심인 연방지방법원과 연방 제9항소법원은 Verizon 판결의 선례성(先例性)을 인정하여 도매시장에서의 거래의무가 없다고 하면서도 가격압착을 인정하였다. 미국에서의 현재 상황도 일단 정리가 되었다고 할 수는 있지만, 여전히 변수가 남아있다고 할 것이다.

이러한 상황에서 논자(論者)에 따라서는 가격압착행위의 규제 필요성에 대한 단정적인 결론을 내리기 어렵다고 하면서도, 공정거래법의 시장지배적 지위 남용행위 규제가 제한적 열거주의(列舉主義)를 취하는 것으로 해석되는 점을 감안하여 명시적인 규제근거를 마련하기 위한 입법의 필요성을 지적하기도 한다.⁴⁴⁾

충분한 고려가치가 있는 지적이지만 입법을 할 것인지 혹은 하게 될 경우에 구체적인 구성요건을 어떻게 마련할지에 대해서는, 가격압착 법리 자체와 국내법과의 정합성 및 규율 가능성에 대한 추가적인 검토 및 국제적인 동향을 더 살펴볼 필요가 있다. 그러므로 현재의 논의로 입법을 하는 것은 타당하지 않다고 생각한다. 오히려 미국 연방대법원의 실시와 같이 기존의 규제수단을 통한 적용을 충분히 검토하는 것이 선결과제라고 본다. **중**

43) *Town of Concord v. Boston Edison Co.*, 915 F. 2d 17, 25 (CA1 1990) (Breyer, C. J.)

44) 이석준 외, 전계논문 26~27면.