

(사) 한국유통법학회
2014년 추계학술대회

流通法の 최근 쟁점

- 일 시 : 2014년 11월 14일(금) 14:00~18:00
- 장 소 : 고려대학교 CJ법학관 Veritas홀

주최 : (사)한국유통법학회 · 고려대학교 법학연구원

후원 : 공정거래위원회 · 산업통상자원부

(사)한국유통법학회 2014년 추계학술대회 일정

《 流通法の 최근 쟁점 》

13:30~14:00 ■ 등 록

14:00~14:10 ■ 개회식 사회 김 재 두 교수(계명대, 총무이사)

▶개회사 : 최 영 홍 교수 (고려대, (사)한국유통법학회장)

▶환영사 : 하 태 훈 교수 (고려대학교, 법학연구원 원장)

[학술대회]

14:10~15:10 ■ 제1주제 : “제조업자의 유통업자에 대한 가격통제”

사회 : 정 용 상 교수 (동국대학교 법과대학)

발표 : 김 두 진 교수 (부경대학교 법과대학)

토론 : 김 봉 철 교수 (한국의국어대학교 국제학부)

15:10~16:10 ■ 제2주제 : “온라인쇼핑 관련 쟁점”

사회 : 정 완 용 교수 (경희대학교 법학전문대학원)

발표 : 김 윤 태 부회장 (온라인쇼핑협회)

토론 : 고 형 석 교수 (선문대학교 법과대학)

16:10~16:40 ■ Coffee Break

16:40~17:40 ■ 제3주제 : “역지불합의와 유통계약”

사회 : 이 문 지 교수 (배재대학교 법과대학)

발표 : 나 영 숙 미국변호사 (법무법인 광장 수석연구위원)

토론 : 손 영 화 교수 (인하대학교 법학전문대학원)

17:40~18:00 ■ 종합토론

18:030 ■ 폐회식 최 영 홍 교수 (고려대, (사)한국유통법학회장)

18:30~20:00 ■ 만찬

인사말

一葉落知天下秋.

오동잎 지는 것을 보니 가을이 깊어 가는가 봅니다.

實事求是의 기치 하에 不朽의 學會를 만들자고 다짐하며 창립을 서둔 것이 엇그제 같은데 벌써 한 해가 가고 있습니다. 우리 학회는 저를 비롯한 발기인들의 능력과 역량에 비해 과분한 관심과 후원을 받으며 비약적으로 발전하고 있습니다. 모두가 회원 여러분의 헌신적 참여와 지원 덕택입니다.

지난 일 년의 주요활동을 돌이켜 보면 신생학회로서 대견스럽기까지 합니다. 3월 27일에는 산업통상자원부와 공정거래위원회, 동반성장위원회와 함께 조선비즈가 주최하는 “제2회 유통산업포럼”을 후원하였고, 같은 달 28일에는 “유통법의 현안과 과제”라는 대주제로 춘계학술대회를 개최하였으며, 6월 26-27일에는 타미드 엘림에서 산학 합동 Workshop을 개최하였고, 10월 17일에는 (사)한국기업법학회와 “최근 유통 및 기업법제의 현안과 대응”이란 대주제로 추계 공동학술대회를 개최하였으며, 10월 22일에는 “유통산업 발전과 상생방안”이란 대주제로 유통산업주간 통합학회를 개최하였습니다.

그리고 오늘 창립 1주년을 기념하면서, 정기총회와 함께 “流通法の 최근 쟁점”이란 대주제로 추계학술대회를 개최합니다. 발표와 토론을 맡아 주신 연구자분들과 사회자 및 내빈 여러분께 감사드립니다. 동시에 기업회원 및 그 임직원 여러분께도 깊이 감사드립니다. 산업계와 학계 여러분, 오늘 이 자리를 치열한 토의와 따뜻한 친목의 장으로 만들어 주십시오. 오늘의 이 세미나가 우리 학회의 역사의 한 페이지가 되고 더 큰 발전의 토대가 되리라 확신합니다. 회원 여러분의 무궁한 발전을 기원합니다. 감사합니다.

2014. 11. 14.

(사)한국유통법학회 회장 최영홍 군배



목 차

인사말	회장 최영홍 / ii
제1주제 제조업자의 유통업자에 대한 가격통제	김두진 / 1
제2주제 온라인쇼핑 현황과 전자상거래법 관련 이슈	김윤태 / 43
제3주제 역지불합의에 대한 경쟁법적 평가	나영숙 / 61
사단법인 한국유통법학회 정관	92

부 록

■ 사단법인 한국유통법학회 정관	91
■ 사단법인 한국유통법학회 회원 가입 안내	97

제조업자의 유통업자에 대한 가격통제

김 두 진*

목 차

I. 서언	3
II. 재판매가격유지행위의 위법성 판단 기준	5
III. 수직적 제한에 대한 미국 독점금지법의 적용법리	7
1. Dr. Miles의 당연위법원칙	8
2. Colgate의 단독행위의 항변	10
3. 입법에 의한 적법성의 인정	11
4. GTE Sylvania의 수직적 비가격제한에 대한 합리의 원칙	11
5. Monsanto 판결과 수직적 가격제한에 대한 당연위법원칙의 동요	15
6. Khan의 최고재판매가격유지행위에 대한 합리의 원칙	17
IV. Leegin 판례의 의미와 영향	18
1. Leegin 사건의 사실관계	18
2. 연방대법원의 판결이유	19
3. 소수의견(dissenting opinion)	24
4. Leegin 판례의 영향	30
V. 합리의 원칙에 의한 재판매가격유지행위의 분석	34
1. 합리의 원칙의 의의	34
2. 합리의 원칙의 적용현황	34
3. 대안의 모색	36
4. 우리나라에서의 정당화사유 입증	37
VI. 결어	38
참고문헌	39

* 부경대학교 법학과

I. 서언

상품을 제조한 기업은 최종사용자들에 대하여 자신의 영업소에서 직접 판매하는 대신에 또는 그것과 함께, 상품을 독립상인인 전속판매상(dealer)이나 배급업자(distributors)와 같은 유통업자들에게 판매하는 방식을 선택할 수 있다. 딜러와 배급업자는 자신이 구매한 상품의 권리, 손실위험 및 신용위험을 취득하고 그것을 자신의 계산으로 재판매하는 재판매자(reseller)를 지칭한다. 배급업자는 소매상에 대비하여 도매상(wholesaler)을 지칭하는 용어로 사용되기도 하지만, 흔히 딜러와 상호 대체적으로 사용되는 용어이다. 일반적으로 제조업자가 수직적 통합을 통하여 유통에까지 관여하는 것은 딜러를 통하는 방법에 비하여 덜 효율적인 것으로 평가되며, 재무적인 면이나 위험분산의 측면에서도 딜러를 사용하는 방안이 더 우수하다.

다른 한편 제조업자가 딜러를 통한 상품 유통을 선택하는 경우에는 딜러의 마케팅 플랜에 제조업자가 협력하거나 재무적, 기술적 지원을 제공하는 것은 물론 복수의 딜러들에 대하여 영업지역이나 대상고객의 할당, 공급업자 선정에 대한 배타적 조건부여, 가격을 포함하는 거래조건에 대한 통제를 하려는 시도가 행해지기도 한다. 특히 가맹업자(franchisor)가 가맹상(franchisees)에 대하여 “자신의 상호·상표 등을 사용하여 영업을 할 것을 허락”하는 한편, “가맹업자가 지정하는 품질기준이나 영업방식에 따라 영업을 하는”(상법 제168조의6) 프랜차이즈계약에 있어서는 가맹상은 가맹사업자와 “독립적인 지위”에 있으면서도 가맹업자의 일정한 “통제·조력”을 받는 것이 본질적이므로,¹⁾ 그러한 통제의 일환으로 가맹업자가 가맹상의 재판매가격을 지정하려고 할 가능성은 없지 않다. 그러나 일반적으로 제조업자가 딜러에 대하여 재판매가격을 통제하는 것은 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 공정거래법)상으로는 제29조제1항의 위법한 재판매가격유지행위에 해당할 수 있다.²⁾

제29조(재판매가격유지행위의 제한) ①사업자는 재판매가격유지행위를 하여서는 아니된다. 다만, 상품이나 용역을 일정한 가격 이상으로 거래하지 못하도록 하는 최고가격유지행위로서 정당한 이유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2001.1.16.>

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

6. “재판매가격유지행위”라 함은 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 행위를 말한다.

다음으로 아주 예외적인 상황에서는 공정거래법 제19조제1항의 부당한 공동행위의 교사에 해당

1) 최영홍, 「가맹계약론」, 자유출판사, 2003, 47-55면.

2) 공정거래위원회 1993.10.21. 제93-235호 의결(조미료를 제조하여 47개소의 직영점과 114개소의 가맹상을 통하여 판매하는 상품판매가맹사업자(product franchisor)인 제조업자의 재판매가격유지행위에 대하여 위법성을 인정하였다.).

할 여지가 있다. 예컨대, 제조업자인 가맹업자가 직영매장과 가맹상을 동시에 사용하여 영업을 하는 경우와 같은 이중배급(dual distribution)의 사안에서 가맹업자가 가맹상의 소매가격을 통제하는 경우에는 부당한 공동행위의 교사 또는 수직적 공동행위에 해당할 수 있다.³⁾

제19조(부당한 공동행위의 금지) ①사업자는 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의(이하 "부당한 공동행위"라 한다)하거나 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다.

1. 가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위

우리 대법원은 최근 일련의 판결⁴⁾에서 최저재판매가격유지행위(minimum RPM)가 당해 브랜드 내 경쟁을 제한하는 것으로 보이는 경우라 할지라도, 시장의 구체적 상황에 따라 그 행위가 관련시장에서의 브랜드간 경쟁을 촉진하여 결과적으로 소비자후생을 증대하는 등 정당한 이유가 있는 경우에는 이를 예외적으로 허용하여야 할 필요가 있다고 하여, 최저재판매가격유지행위라 하더라도 정당한 이유가 있는 경우에는 위법이 아니라고 판시하였다. 이들 대법원 판례의 입장변화는 미국 연방대법원이 최저재판매가격유지행위의 경우에 *Dr. Miles* 판례⁵⁾에 따른 당연위법원칙을 포기하고 합리의 원칙에 따라 위법성을 판단하여야 한다고 종전의 입장을 선회한 2007년의 *Leegin* 판례⁶⁾의 영향을 받은 것으로 일반적으로 평가되고 있다.

이 글은 제조업자의 유통업자에 대한 가격통제는 공정거래법에 저촉될 가능성이 있는가 하는 의문에서 시작된 것이나, 그 답은 전술한 바와 같이 재판매가격유지행위나 부당한 공동행위에 해당할 수 있다는 것이다. 그러나 예외적인 상황을 전제로 하는 후자는 논외로 하고 전자에 관하여 논의하기로 한다. 이를 위하여 우리 공정거래법상 재판매가격유지행위의 위법성을 판단하는 기준은 무엇인가(II), 수직적 제한에 대한 미국 독점금지법의 적용법리는 어떻게 하여 *Leegin* 판례에 이르게 되었는가(III), *Leegin* 판례의 의미와 그 파급효과, 우리에게 주는 시사점은 무엇인가(IV), 최고재판매가격유지행위(maximum RPM)의 경우에는 *Khan* 판례⁷⁾이후, 최저재판매가격유지행위의 경우에는 *Leegin* 판례이후, 미국 연방법원에서는 모두 '합리의 원칙(rule of reason)'에 의한 분석을 요구하고 있는바 이것은 어떤 내용이며 실제 미국법원에서 이 원칙을 적용한 분석은 실제 활발하게 이루어져 오고 있는가. 역시 우리에게 주는 시사점은 무엇인가(V) 하는 순서로 살펴보고자 한다.

3) 공정거래위원회 2008.6.10. 제2008-168호 의결은 영화배급업자와 영화상영업자의 지위를 겸한 사업자가 다른 상영업자들과 함께 영화입장권 가격에 대하여 합의한 사안에서 공정거래법 제19조에 의거하여 수직적 공동행위를 인정하였으며, 판례도 같은 입장을 취하였다(서울고법 2009.10.7. 선고 2009누2483 판결).

4) 대법원 2010.11.25. 선고 2009두9543 판결(한미약품 판결)에서 최초로 대법원의 최저재판매가격유지행위의 위법성 판단기준에 관한 변화가 시작되었고, 대법원 2010.12.23. 선고 2008두22815 판결 (동아제약 판결), 대법원 2011.3.10. 선고 2010두9976 판결 (한국캘러웨이골프(유) 판결) 등이 이를 추종하였다.

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

6) *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877, 127 S.Ct. 2705 (2007).

7) *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3 (1997).

II. 재판매가격유지행위의 위법성 판단 기준

공정거래법 제29조와 제2조제6호에 의한 재판매가격유지행위의 위법성이 인정되기 위해서는, 이 제도가 불공정거래행위의 특수한 유형으로서 입법화되었고 종래 불공정거래행위의 일종으로 이해되어왔다는 점, 셔먼법 제1조의 문언과 달리 일방행위의 형태로서 규정되어 있는 점 등을 근거로 “거래상대방의 가격결정의 자유”를 침해하는 ‘강제성’ 내지 ‘구속성’을 요한다고 해석하는 견해⁸⁾와 ‘경쟁제한성’을 요한다고 해석하는 견해⁹⁾로 나뉜다. 대법원은 한미약품 사건¹⁰⁾에서 “공정거래법의 목적은 경쟁을 촉진하여 소비자후생을 증대하기 위한 것 등에 있고, 제29조제1항이 재판매가격유지행위를 금지하는 취지도 사업자가 상품 또는 용역에 관한 거래가격을 미리 정하여 거래함으로써 유통단계에서의 가격경쟁을 제한하여 소비자후생을 저해함을 방지하기 위한 것 등에 있다.”고 하여 재판매가격유지행위의 위법성을 공정거래법 제1조의 목적조항을 매개로 하여 ‘경쟁제한성’에서 찾고 있다.

다수의 경제법 학자들은 우리나라에서 재판매가격유지행위가 일본법의 태도를 본받아 불공정거래행위의 특수한 유형으로 규정된 연혁과 그간 이 제도가 시행해온 역할 및 법문상의 요건을 중시하여 행위의 위법성 요소는 다른 독립사업자에게 속하는 가격결정의 자유를 제한하는 ‘재판매가격의 지정’과 ‘구속성’이라는 ‘불공정거래성’에서 구하면서¹¹⁾ 재판매가격이 지정되고 그것이 구속성을 띠면 “그 당연한 결과로서 적어도 당해 상품에 대한 판매업자들 상호간의 가격경쟁을 배제하는 효과”를 가지는 ‘경쟁제한성’이 징표되는 것으로 보고 있으며¹²⁾ 이것이 가장 타당한 입장이라고 생각된다.

여기에서의 ‘강제성’ 내지 ‘구속성’의 의미와 관련하여, 거래를 매개로 이루어지는 공정거래법위반행위의 경우에 상대방의 저항을 물리적으로 불가능하게 할 절대적 강제행위는 물론 상정할 수 없는 것이고, 상대방의 자발적 의사에 반하는 실효성이 담보된 강제성으로 이해하여야 할 것이다. 대법원은 남양유업 사건¹³⁾에서 “사업자가 재판매업자에게 상품을 판매함에 있어 일방적으로 재판매가격을 지정하여 그 가격대로 판매할 것을 지시·통지하는 행위는, 그것이 단지 참고가격 내지 회

8) 이봉의, “독점규제법상 재판매가격유지행위의 성격과 규제체계에 관한 소고”, 서울대학교 법학연구소, <서울대학교 법학> 48권 4호, 2007, 246-47면.

9) 나영숙, “재판매가격유지행위 규제의 개선방안: 행위의 경제적 효과와 규제형태 사이의 균형 문제를 중심으로”, 한국경쟁법학회 추계학술대회 자료집, (2014.11.7.) 18-23면.

10) 대법원 2010.11.25. 선고 2009두9543 판결.

11) 불공정거래행위의 위법성 판단기준인 ‘공정거래저해성’의 의미에 관해서는 정호열, “불공정거래행위의 금지-불공정성 판단기준을 중심으로-”, 권오승 편 공정거래법강의Ⅱ, 법문사, 2000, 388-95면; 김두진, “기업의 거래행위의 부패방지를 위한 법제 -기업의 불공정거래를 규제하는 경쟁법제를 중심으로-”, 한국법제연구원 <법제연구> 제26호, 2004, 210-14면.

12) 권오승, 「경제법 제11판」, 법문사, 378-82면; 김성탁, “재판매가격유지행위 금지제도와 공정거래법상 다른 제도와의 관계”, 영남법학 제10권 제1호, 2004, 82면; 박수영, “재판매가격유지행위”, 한국경쟁법학회, <경쟁법연구> 29권, 2014, 113-14면; 신현윤, 「경제법 제6판」, 법문사, 358-61면; 홍명수, “Leegin 판결이 남긴 것”, 「경제법론Ⅲ」, (2013) 경인문화사, 428-431면.

13) 대법원 2001.12.24. 선고 99두11141 판결.

망가격으로 제시되어 있는 것에 그치는 정도인 경우에는 이를 위법하다 할 수 없고, 거기에서 그치지 아니하고 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 ‘재판매가격의 지정’과 ‘구속성’의 의미는 재판매자가 원하지 않는 데도 지정가격대로 재판매하도록 구속할 수 있는, 실효성 확보를 위한 수단이 부수되어 있는 “실효성이 담보된 비자발적 구속”의 의미라는 점을 명확히 하였다. 자기의 의사에 반하여 재판매가격을 유지하도록 계약상 의무를 지우고 이를 이행하도록 강제하는 행위는 그것이 적법한 거래에 수반되어서 이루어지거나 상당한 반대급부의 지급과 상환하여 이루어진다고 해도 그 위법성에 차이가 없다. 반면 재판매가격유지행위의 위법성은 이러한 ‘강제성’ 내지 ‘구속성’에 연결된 ‘경쟁제한성’에 그 본질이 있으므로, 일단 거래상대방의 자발적 의사에 반하는 강제성이 인정된 재판매가격유지행위라 하더라도 그로 인하여 발생하는 친경쟁적 효과로 인하여 정당성이 인정될 여지는 분명히 있다. 한편 ‘경쟁제한성’만으로 재판매가격유지행위의 위법성을 판단하는 견해는 거래조건 가운데 가장 주요한 가격을 자기의 의사대로 결정하지 못하게 되는 “거래상대방인 사업자 또는 그 다음 거래단계별 사업자”의 영업의 자유를 침해하는 행위의 공정거래저해성을 도외시하는 것이라 비판할 수 있다.

공정거래법 제29조제1항 본문은 재판매가격유지행위를 원칙적으로 금지하지만, 단서에서 최고재판매가격유지행위로서 정당한 이유가 있는 경우에는 예외적으로 허용된다고 규정함으로써, 종래 이 규정의 의미에 관하여 다수설은 최저재판매가격유지행위의 위법성 판단에 관하여는 당연위법적으로 보고, 최고재판매가격유지행위의 위법성 판단에 관해서는 합리의 원칙에 따라 개별적으로 판단해야 하는 것으로 보고 있었다. 즉 최고재판매가격유지행위에 관해서는 2001년 공정거래법 개정시 미국의 *Khan* 판례¹⁴⁾의 영향으로 “정당한 이유가 있는 경우”에는 금지의 예외를 허용하고 있다고 보고, 그 행위를 한 사업자가 정당한 이유를 입증할 책임이 있는 것으로 해석하였으나, 최저재판매가격유지행위에 대해서는 당연위법으로 인정하고 있었기 때문에 예외가 허용되지 않는 절대적 금지로 해석되었다. 그러나 이러한 입법태도에 대해서는 그 타당성에 대하여 상당한 의문이 제기되고 있었다.¹⁵⁾

그런데 대법원은 한미약품 사건에서 제약회사인 원고가 도매상들과 체결한 도매거래약정서에 도매상이 원고로부터 공급받은 보험의약품을 보험약가(보험상한액)로 출하하도록 하고, 도매상이 이를 어길 경우 원고가 일방적으로 거래를 중단하고 손해배상을 청구할 수 있는 재판매가격유지

14) *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3 (1997).

15) 정호열, 「경제법 제3판」, 박영사, 2010, 474-75면; 홍명수, “재판매가격유지행위에 대한 대법원 판결의 검토”, 「경제법론 II」, (2010) 경인문화사, 398면(공정거래법이 최저재판매가격유지행위에 대하여 당연위법적 규정태도를 취하고 있다 하더라도, 규정 형식에도 불구하고 경쟁제한성 판단에 관한 실질적 심사를 실행하여 위법성을 판정하여야 한다는 견해).

조항을 정하였고, 실제 그 재판매가격을 지키지 아니한 도매상들에 대하여 원고가 거래 정리, 각서 수취, 재발방지 약속 등의 제재를 가하여 재판매가격유지 조항이 도매상들에 대하여 실질적인 구속력이 있었던 사실 등이 인정된 사안에서 “독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제2조 제6호, 제29조 제1항 등 독점규제 및 공정거래에 관한 법률의 입법 목적과 재판매가격유지행위를 금지하는 취지에 비추어 볼 때, 최저재판매가격유지행위가 당해 상표 내의 경쟁을 제한하는 것으로 보이는 경우라 할지라도, 시장의 구체적 상황에 따라 그 행위가 관련 상품시장에서의 상표 간 경쟁을 촉진하여 결과적으로 소비자후생을 증대하는 등 정당한 이유가 있는 경우에는 이를 예외적으로 허용하여야 할 필요가 있다. 그리고 그와 같은 정당한 이유가 있는지 여부는 관련시장에서 상표 간 경쟁이 활성화되어 있는지 여부, 그 행위로 인하여 유통업자들의 소비자에 대한 가격 이외의 서비스 경쟁이 촉진되는지 여부, 소비자의 상품 선택이 다양화되는지 여부, 신규사업자로 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 법규정의 문언에 불구하고 최저재판매가격유지행위의 경우에도 정당한 이유가 있는 경우에는 이를 허용할 필요가 있다고 판시하였다.

이러한 대법원 판례의 변화된 입장은 재판매가격유지행위를 금지하고 있는 우리 공정거래법 제29조의 “법문의 해석범위를 넘어서는 해석”이라는 비판¹⁶⁾을 받았으며, 전술한 바와 같이 2001년에 최고재판매가격유지행위에 대한 정당한 이유가 있는 경우에 금지의 해제를 선언한 단서 조항이 도입된 이 법문의 입법 경위에 비추어 보면 충분히 그러한 비판이 가해질 수 있다고 생각한다. 또한 우리나라는 사법부가 법을 만드는 판례법 국가도 아니며, 한미약품 사건이나 한국캘러웨이골프(유) 사건의 경우에 최저재판매가격유지행위의 정당한 허용근거가 인정되는 경우도 아니어서 해당 사건에서의 구체적 타당성을 기할 시급한 필요성도 별도로 발견되지 않는 상황이었음을 고려하면 굳이 종래의 법해석을 뒤집을 필요가 있었는지 의문이다.

III. 수직적 제한에 대한 미국 독점금지법의 적용법리

미국은 세계 여러 나라의 독점금지법의 모국으로서 오랫동안 이 법을 운용해온 미국의 경험과 규범은 우리나라를 포함하여 세계 각국의 전범이 되고 있다. 우리가 미국의 독점금지법리를 이해하는 채널은 연방대법원 및 연방항소법원을 포함한 하급법원의 법해석, 경쟁당국의 법·정책 운용방향을 보여주는 사례와 법운용 지침을 통해서이다. 또한 오늘날 미국과 함께 경쟁법분야의 양대축을 이루고 있는 법역은 유럽연합(EU)이다. 미국과 EU에서의 경험은 우리나라의 제도 설계와 운용에 큰 참고자료가 될 수 있다. EU경쟁법이 미국의 영향하에 입법되었고, EFTU 제101조와 제102조는 사

16) 손태진, “재판매가격유지행위의 위법성판단기준: 대상판결 - 대법원 2010.11.25. 선고 2009두9543 판결”, 경쟁저널 163호 (2012.7), 70-71면.

실상 미국의 셔먼법 제1조와 제2조에 상응하는 형태를 취하고 있다. 그러나 EU는 미국과 영미법계(anglo american law, common law)와 대륙법계(continenta law, civil law)의 차이, 유럽공동체의 통합목적의 우선성, 일괄적용면제(block exemption) 법리, 유럽집행위원회(European Commission)·회원국법원·유럽사법재판소(ECJ) 및 일반재판소(EGC)로 이루어진 법집행시스템 등에서 미국과 하드웨어적인 차이가 있을 뿐 아니라, 유사한 제도의 실제운용에 있어서도 다른 결론을 도출하기도 한다(예컨대, Boeing/McDonnell-Douglas, Ciba-Geigy/Sandoz, General Electric/Honeywell 기업결합에 있어서 미국과 EU는 합병심사결과 서로 다른 결론을 도출하였다.). 거기다가 우리나라와 같은 협소한 영토의 경제권에서 미국이나 EU와 같은 거대경제권의 경쟁법 운용의 경험과 법리를 배워 활용하는 데에는 상당한 한계가 존재할 것임을 쉽게 예상할 수 있다. 게다가 우리나라는 아직까지 많은 산업분야에서 높은 집중도를 보이고 있는 상황이기도 하다.

사실 미국 독점금지법상 수직적 제한(vertical restraint)만큼 확립된 원칙에 대한 여러 번의 재검토가 행해지고 법원판례와 학설 간에 견해가 불일치하는 분야도 없다고 할 것이다. 다른 분야의 관행들과 마찬가지로 수직적 제한에 대해서도 그 위법성 판단에 있어서 당연위법, 합리성의 원칙, 또는 당연적법성 등의 세 가지 가능한 법원칙에 의하여 규율될 수 있는데, 한두 가지 원칙의 적용여부가 문제되는 다른 대부분의 관행들과 달리 수직적 제한분야에서는 그간 이 세 가지 원칙 모두에 대하여 각각 채택을 주장하는 견해가 나온 바 있다. 제조업자의 딜러에 대한 가격통제는 수직적 가격제한(vertical price restraint)에 해당하는 것이지만, 그 법리의 변화추이를 살펴봄에는 수직적 비가격제한을 포함하여 전체 수직적 제한에 대한 고찰이 필요하다.

1. Dr. Miles의 당연위법원칙

연방대법원의 *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.* 판례¹⁷⁾는 그 자체 ‘당연(per se)’이라는 용어를 사용하지는 않았지만, 오랫동안 수직적 가격제한은 당연위법하다는 판결로 이해되어왔다. 그것은 주로 이러한 범주에 들면 그것만으로 위법하다고 보아서 따로 “시장지배력이나 반경쟁적 효과의 증명이 필요하지 않다는 의미이다.”¹⁸⁾ 이 사건에서 *Dr. Miles Medical Company* (“*Dr. Miles*”)는 비밀공식과 방법에 의하여 제작된, 독특한 포장과 상표로 구별되는, 약품의 제조와 판매에 종사하고 있었다. *Dr. Miles*는 약품을 “도매상(jobbers)”이나 “도매약국(wholesale druggists)”에 판매하고 도매상이나 도매약국은 그것을 최종소비자에 대한 판매를 위하여 “소매약국(retail druggists)”에 재판매하였다. *Dr. Miles*는 약품을 일부 소매상에게 판매하기도 하였다. *Dr. Miles*는 문제의 약품의 최저재판매가격을 고정하려고 시도하였다.

연방대법원은 수직적 가격제한이 셔먼법 제1조에 당연위법한 이유로 다음과 같은 이유를 들었다:

17) 220 U.S. 373 (1911).

18) E. Thomas Sullivan, Herbert Hovenkamp, Howard A. Shelanski & Christopher R. Leslie, *Antitrust Law, Policy, and Procedure: Cases, Materials, Problems*, 457 (7th ed. 2014) LexisNexis.

(원고는) 제조업자는 자기가 선택한 대로 판매하거나 판매하지 않을 수 있는 것처럼, 그 물건의 사용이나 구매자가 그것을 처분할 수 있는 가격에 조건을 부가할 수 있다는 것에 주장의 근거를 두고 있다. ... 제조업자는 제조나 판매의 구속을 받지 않는다고 해서 실제 판매의 경우에 구매자에게 모든 종류의 제한을 부과할 수 있는 것은 아니다. 양도(alienation)에 대한 일반적 제한은 보통 무효이다. “양도권은 동산 재산권의 필수적 권능의 하나이고, 양도에 대한 제한은 일반적으로 그러한 물건의 고도의 거래의 자유에 의하여 가장 잘 공헌되는 공공정책에 대하여 좋지 않은 것으로 여겨져 왔다. ...” (원고는) 표준소매가의 중요성을 선언하고 고정된 가격보다 낮은 가격으로의 판매로부터 혼란과 손해가 따라왔다고 일반적으로 주장한다. 그러나 소매가의 확정에 의한 이익은 주로 딜러의 관심사이다. 확정된 요율의 준수로부터 비롯되는 확대된 수익은 그 딜러들에게 갈 것이고 원고에게 가지 않을 것이다. 원고가 그 주장한 피해를 입는 것은 설명된 경쟁 때문에, 특전이 부여된 딜러들이 그 수익을 실현하는 것이 불가능하다는 것을 통해서 이다. 고정된 재판가의 유지에서 제조업자에게 이익이 있다면, 문제는 그것이 제조업자가 자기가 판매할 것을 소유하는 딜러들측에 거래의 자유를 제한하는 협정에 의하여 보장받을 권리가 있는 것인지 여부이다. 이에 관하여, 원고는 원고의 동일한 계약으로, 딜러들이 스스로 결합을 형성하고 그들 상호간의 협정에 의하여 동일한 제한을 정함으로써 동일한 결과를 달성하는 경우에 할 수 있는 것보다 더 잘 해나갈 수 있다. 만일 그래서 딜러들이 획득할 수 있을 즉각적 이익이 그러한 직접적 협정을 지지하기에 충분하지 않다면, 원고에게 있을 것이라는 그 주장된 장래의 이익은 그 시스템을 지지하기에 충분한 것으로 간주될 수 없다. 그런데 딜러들간의 협정이나 결합은, 그 유일한 목적이 경쟁의 파괴와 가격의 고정이고, 공익에 반하고 무효이다. 그것들은 참가자들이 기대하는 확대된 가격으로부터 파생되는 소비자에 대한 이익으로 구제될 수 없다. 원고의 계획은 이러한 종류의 계약을 위법시하는 원칙의 적용을 받는다. 그것은, 실상 금지된 목적을 위한 결합을 창설한다. ... 상품이 거래 경로를 통하여 유통되고 딜러가 이를 소유하는 경우에는, 경쟁을 방지하고 가격을 유지하는 협정의 유효성은 그것들이 복수 또는 단수의 제조업자에 의하여 만들어진 것인지 또는 그것들이 이전에는 복수 또는 단수의 제조업자에 의하여 소유되던 것인지 여부에 따라 결정되는 것은 아니다. 원고는 그 상품을 자기가 만족하는 가격에 판매하였고, 대중은 그 후속 거래에서의 경쟁에서 파생되는 어떤 이익이든지 그것을 얻을 권리를 가진다.

Holmes 대법관은 이러한 다수의견에 반대하여 다음과 같이 썼다:

이 사건에 적용될 규정은 없다; 불가피한 논리에 의하여 법원이 도달한 결론을 요구하는 선례는 존재하지 않는다. 결론은 새 영역에 대하여 공공정책의 일정한 개념을 확장함으로써 도달하였다. 나는, 방해할 이유가 매우 명백하지 않는 한, 가장 문명한 사법정책은 사람들에게 자기의 사업을 자기 방식으로 관리하도록 허용하는 것이라고 말하는 것이 최소한 안전하다고 생각한다. 그러면 이 사건에서 우리가 개입하는 근거는 무엇인가? ... 아마도 [수직적 제한을 위법시함으로써 보호하려고 하는 공공의 이익은] 소비자와 대중의 이익으로 추정될 수 있을 것이다. ... 나는 우리가 어떤 항목의 생산이나 유통에서의 경쟁의 가치와 중요성에 대하여, 공정가격을 고정하는 것으로서, 대중에게 크게 과장한다고 생각한다. 그것을 실제로 고정하는 것은 상충하는 욕망들의 경쟁이다. 우리 중 누구도 우리가 원하는 모든 것을 원하는 만큼 소유할 수는 없다. 그러므로 우리는 선택해야 한다. 우리가 원하는 어떤 것의 가격이 우리가 그것을 갖기 위하여 다른 것을 포기하기를 원하는 선보다 높게 상승하자마자, 우리는 그것을 구매하는 것을 중단하고 다른 것을 구매한다. 물론, 나는 우리가 그것 없이 살 수 없는 것에 대하여 말하는 것이다. 조만간 반드시 거래해야 하는 필수품들이 존재할 수 있지만, *Dr. Miles*에서의 의약품

은 그것이 아니다. 후자와 같은 물건에 대해서는, 가장 수익성 있는 수익률은 사회적 욕망들의 균형을 표시하고 내가 그 말들에서 의미를 찾을 수 있는 유일한 면에서 공정가격을 결정한다고 보인다. *Dr. Miles Medical Company*는 사업을 최선으로 할 수 있게 하는 것을 우리보다 더 잘 안다. 우리는 그 소매가격이 그렇게 주장되었고 상소에서 제기되어 있으므로, 합리적인 것이라고 전제해야 한다; 그래서 나는 그 회사가 그 플랜을 수행하도록 허용하면 대중이 최선의 서비스를 받을 수 있을 것이라는 가정을 부정하는 근거는 찾을 수 없다. 나는, 연방대법원이, 악당(knaves)이 그 자신의 일정한 은밀한 목적을 위하여 합리적 가격을 할인하고, 대중이 획득할 수 있어야 하는 항목의 생산과 판매를 훼손하거나 파괴하는 것을 허용함으로써, 장기적으로 대중이 이익을 얻을 것이라고 믿을 수 없다.

Dr. Miles 이후 미국에서 최저재판매가격유지행위는 한동안 수평적 가격고정처럼 당연위법으로 처리되었다. *Dr. Miles*의 당연위법 접근법은 재판매가격유지행위의 결과에 대한 정밀한 경제적 분석을 따르지 않았고, 오히려 그 제한은 “불합리하다”는 결론에서 비롯되었다. 그러므로 *Dr. Miles*의 당연위법원칙은 그 제한의 가능한 경쟁상 효과에 관한 결론으로부터가 아니라 그 제한에 근거가 되는 어떠한 적법한 목적이 결여되어 있다는 관념으로부터 파생되었다. 연방대법원은 또한 커먼로의 양도에 대한 일반적 제한 금지에 의존하여, 재산권법의 전통적 원칙을 언급하였다. 다만 재판매가격유지행위는 딜러가 조직한 또는 제조업자가 조직한 카르텔 등을 촉진하는 데 사용될 수 있다는 것을 시사한 부분은 경쟁법적 관점의 근거제시였다.

2. Colgate의 단독행위의 항변

Dr. Miles 판결 8년 후, *Colgate* 판결에서는 최저재판매가격유지행위를 부과하려고 하는 기업은 독점자만 아니라면 ‘일방적으로’, 즉 협정에 의하지 않고 단독행위로 그렇게 할 수 있다고 판시하였다.

서면법의 목적은 거래나 통상에 종사하거나 종사하려고 하는 자들의 권리의 자유로운 행사를 부당하게 간섭할 독점, 계약 및 결합을 방지하려고 하는 것- 한 마디로 거래의 자유를 보전하려고 하는 것이다. 독점의 창설이나 유지의 목적이 없는 경우에는, 그 행위는 오랫동안 인정되어 온, 전적으로 사적인 사업에 종사하는 거래자나 제조업자의, 자기가 거래하려고 하는 당사자에 대한 독립적 재량을 자유롭게 행사하기 위한 권리를 제한하지 않는다; 그리고 물론 그는 어떤 사정하에서 자기가 판매를 거절할지 미리 선언할 수 있다.

United States v. Colgate & Co., 250 U.S. 300, 307 (1919).

Colgate 법리하에서는 재판매가격유지행위는 당연위법하지만, 제조업자는 단순히 가격할인하는 딜러에게는 판매하지 않겠다는 선언에 의하여 - 제조업자가 법원이 단지 그러한 입장에 머무르지 않고 그 이상의 무엇을 하였다고 추정하게 하는 다른 조치를 취하지 않는 한 그리고 실상 재판가에 관하여 딜러와 협정을 체결하지 않는 한- 그리고 나중에 그러한 조건들을 준수하지 않는 딜러에

대하여 판매를 거절함으로써 유사한 목적을 달성할 수 있었다. 이것은 사실상 “일방적 재판매가격 유지행위”로 간주되었다. 위의 “그 이상의 다른 조치”에는 예컨대 제조업자가 항의하는 딜러를 특정한 가격을 준수하도록 판매의 종료를 위협함으로써 부추기거나 강요하려고 시도하는 것을 포함한다. 공급업자와 딜러간의 제조업자가 일방적으로 선언한 재판매가격의 준수에 관한 교섭을 하는 것-공급업자의 위협으로 딜러가 그 기준을 준수하는 것-은 제조업자와 딜러간의 ‘협정’에 해당하게 되어 위법한 것으로 해석될 수 있었다.¹⁹⁾

3. 입법에 의한 적법성의 인정

1930년대 대공황에 대한 대응으로, 많은 사람들은 기업이 재판가책정의 하한을 설치하게 허용하는 것이 급속한 디플레를 억제하여 경제를 안정화시키는 데 도움이 될 것이라고 믿었다. 또한 집행가능한 가격하한은 막 부상하는 소기업들이 대형 할인 소매상과 경쟁하기 위하여 투쟁하는 것을 도울 것이라고 믿었다. 그 결과, 의회는 1937년 Miler-Tydings 법²⁰⁾을 통과시켰다. 이 법은 주정부에게 재량으로 산업 단위로, ‘공정한 거래’ 가격책정, 즉 재판매가격관리협정을 수립할 수 있도록 권한을 부여하였다.

Miler-Tydings 법에 대한 연방대법원의 *Schwegmann Bros. v. Calvert Distillers Corp.*, 341 U.S. 384 (1951)에서의 좁은 해석에 대한 대응으로, 의회는 1952년 McGuire 법을 입법하여 주정부의 재판매가격유지행위에 대한 인가권한을 확장하였다. Miler-Tydings 법과 McGuire 법의 조합으로 1970년대 중반까지 Dr. Miles 판례의 영향은 크게 제한되었다. 그러나 1975년, 의회가 소비자재가격법(Consumer Goods Pricing Act)²¹⁾을 제정하여 양법을 폐지하자, Dr. Miles 판례는 복귀하였다.

그동안 연방대법원은 Schwinn 판례²²⁾와 Albrecht 판례²³⁾를 통하여 당연위법원칙을 수직적 브랜드내 비가격제한과 최고재판매가격유지행위에 대해서 확대 적용하였다.

4. GTE Sylvania의 수직적 비가격제한에 대한 합리의 원칙

그러나 연방대법원의 1977년 *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, 97 S.Ct. 2549, 53 L.Ed.2d 568 (1977)에서의 판결은 딜러가 제조사 Sylvania사의 TV를 판매할 수 있는 장소(location)를 제한한 수직적 브랜드내 비가격제한에 대하여 당연위법원칙을 포기하고 합리의

19) *United States v. Parke, Davis & Co.*, 362 U.S. 29 (1960).

20) Miler-Tydings Fair Trade Amendments, ch. 690, 50 Stat. 693 (1937).

21) Pub. L. No. 94-145, 89 Stat. 80 (1975).

22) *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967).

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

원칙으로 변경하였다.

*GTE Sylvania Inc. (Sylvania)*는 텔레비전을 제작, 판매하는 사업자로서 그 TV를 독립 또는 회사직영의 배급업자에게 판매하고 그러면 그것들은 소매상들에 재판매되었다. *Sylvania*는 그 마케팅 전략의 철저한 재평가를 통하여 1962년에 도매배급업자를 없애고 그 TV를 더 적고 보다 선별된 집단의 프랜차이즈된 소매상들에게 직접 판매하는 새 프랜차이즈 플랜을 채택하였다. 그 목적은 보다 공격적이고 경쟁적인 소매상들이 회사의 시장지위를 개선하는 것이 필요하다고 생각하게 유도하려고 *Sylvania* 소매상의 수를 감소시키려는 것이었다. 이 목적을 위하여, *Sylvania*는 일정한 지역 내에서 허가하는 프랜차이즈의 수를 제한하였고 각 가맹상에게 자기가 프랜차이즈를 받은 지역에서만 *Sylvania* 상품을 판매하도록 요구하였다. 이 프랜차이즈는 각 가맹상에게 배타적 지역을 부여하는 방식으로 구성되지 않았고, *Sylvania*는 기존 소매상들이 성공했는지 실패했는지의 관점에서 지역내의 소매상의 수를 증가시킬 재량만을 가지고 있었다. 샌프란시스코에서의 그 매출부진에 실망하여, *Sylvania*는 1965년 봄에 설립된 *Young Brothers*를 추가적인 샌프란시스코의 소매상으로 프랜차이즈하기로 결정하였다. 제안된 새로운 프랜차이즈 장소는 *Sylvania* 가맹상 중 하나인 *Continental T.V., Inc. (Continental)*가 운영중인 매장으로부터 약 1마일 떨어진 곳이었다. *Continental*은 그 새 가맹상의 장소는 *Sylvania*의 마케팅정책에 위반된다고 항의하였지만, *Sylvania*는 그 플랜을 고집하였다. *Continental*은 그러자 *Sylvania*에 대한 대량 주문을 취소하고 *Sylvania*의 경쟁자 중 하나인 *Phillips*에게 대량 주문을 하였다. 동일한 기간 동안에, *Continental*은 캘리포니아 주 Sacramento에 새 매장을 열려는 의사를 표명하였다. *Sylvania*는 Sacramento 시장은 기존의 *Sylvania* 소매상들에 의하여 적절하게 서비스되고 있다고 믿고 그 요청을 거부하였다. 우여곡절 끝에 *Continental*이 *Sylvania*와 Maguire를 상대로 제기한 반소청구에서 *Sylvania*가 정해진 장소외의 곳에서는 *Sylvania* 상품의 판매를 금지하는 프랜차이즈협정을 체결하여 시행한 것에 의하여 서면법 제1조를 위반하였다는 청구가 연방대법원의 이 사건에서의 주요 심사대상이다. 연방지방법원은 *Schwinn*판례의 당연위법원칙을 적용하여 *Sylvania*가 장소제한에만 관련된 독점금지법에 위반되는 거래를 제한하는 계약, 결합 또는 공모에 종사하였다고 인정하고, *Continental*에게 \$1,774,515의 3배배상을 하라고 판결하였다. 항소심에서 제9순회항소법원은 전원합의부에서, 이 사건을 *Schwinn* 사건과 제한의 성질, 그것들의 경쟁상 효과, 그리고 가맹업자의 시장점유율을 대조하면서, *Sylvania*의 장소제한은 *Schwinn*에서 무효화된 제한보다 경쟁상 피해를 발생시킬 잠재성이 더 적고, 따라서 *Schwinn*에서 언급된 당연위법원칙보다는 “합리의 원칙”하에서 판단되어야 한다고 결론을 내리고 지방법원의 판결을 번복하였다. 연방대법원은 “브랜드간 경쟁은 독점금지법의 주된 관심사이다.”라고 선언하면서,²⁴⁾ 항소심을 번복하고, *Schwinn* 판결을 파기하고 수직적 비가격제한에 대하여서는 원칙적으로 합리의 원칙이 적용되어야 한다는 판시를 하였다.

24) 433 U.S. at 52 n.19.

서면법 제1조하의 분석의 전통적 기본틀은 잘 알려져 있고 확장된 논의를 요구하지 아니한다. 금세기초 이래 이 문구에 대한 사법적 가공은 분석의 일반적 표준으로서 ‘합리의 원칙’을 확립시켰다. *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1, 31 S.Ct. 502, 55 L.Ed. 619 (1911). 이 원칙하에서 사실심법관은 제한적인 관행이 경쟁에 불합리한 제한을 부과하는 것으로서 금지되어야 하는지 여부를 판정하기 위하여 사건의 모든 사정을 평가한다. 당연위법원칙은 오직 그것들이 명백하게 반경쟁적인 행위에 관련된 경우에만 적합하다. 연방대법원이 *Northern Pac. R. Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 5, 78 S.Ct. 514, 518, 2 L.Ed.2d 545 (1958), 에서 설명하였듯이, 그 경쟁에 대한 유해한 효과 및 그것을 만회하는 장점의 결여 때문에 그것이 유발하거나 그 사용을 위한 사업상 명분에 대한 정교한 조사 없이 불합리하고 따라서 위법한 간주되는 일정한 협정이나 관행이 존재한다.” ... 수직적 제한의 시장에 대한 영향은 동시에 브랜드내 경쟁을 제한하고 브랜드간 경쟁을 고취할 잠재성 때문에 복잡하다. 중요한 것은, 연방대법원은 *Schwinn*에서 제소된 제한들을 그것들의 개별적 브랜드내 유해성이나 브랜드간 편익성을 기준으로 구별하지 않았다는 점이다. *Schwinn* 배급업자들간의 브랜드내 경쟁을 완전히 제거한 제한은 소매상들간의 브랜드내 경쟁을 단지 완화한 제한으로부터 다르게 분석되지 않았다. (*Schwinn* 판결에서) 중요시된 요소는 권리의 양도였다: 모든 제한은 권리가 양도된 때에는 당연위법으로 판정되었고, 양도되지 않은 때에는 합리의 원칙하에서 평가되고 지지되었다. ... 이 판매와 비판매거래의 구별은 연방대법원의 인정되고 있는 수직적 제한의 브랜드내 피해와 브랜드간 편익을 수용하기 위한 시도로부터 비롯된 것으로 보인다. 판매거래에 대한 당연위법원칙은 수직적 제한은 “명백하게 브랜드내 경쟁 파괴적이어서” 그것들의 사용은 “당연히 허용되는 것보다 더 매장의 배타성과 지역의 제한에 대하여 문호를 개방하게” 될 것이라는 견해를 반영하였다. 388 U.S., at 379-380, 87 S.Ct., at 1865-1866. 그와 반대로, 비판매거래에 대한 전통적인 합리의 원칙에 대한 지속적인 고수는 그 제한은 완전한 금지를 정당화하기에는 너무나 큰 브랜드간 경쟁을 촉진할 잠재성을 반영하였다. 연방대법원의 견해는 이들 대조적 입장에 대한 논리적 근거를 제공하지 않는다. 그 견해에는 수직적 제한의 경쟁상 영향은 거래의 형식에 의하여 중요한 영향을 받는다는 주장도 담겨있지 않다. 비판매거래는, 더 큰 브랜드내 피해 또는 더 큰 브랜드간 편익의 약속 때문이 아니라, 연방대법원의 설명하지 않은, 완전한 당연위법원칙의 금지는 너무 “경직적”이라는 믿음 때문에 당연위법원칙으로부터 배제되는 것으로 보인다. *Id.*, at 379, 87 S.Ct., at 1865. 수직적 제한은 주어진 그룹의 구매자들의 사업을 위하여 경쟁하는 특정 상품의 판매자들의 수를 제한함으로써 브랜드내 경쟁을 감소시킨다. 장소제한은 소매매장의 효과적인 마케팅지역에 대한 실무상 제한 때문에 이러한 효과를 가져온다. 비록 브랜드내 경쟁은 감소될 수 있지만, 소매상들의 그 결과로 생긴 시장을 활용할 능력은 다른 프랜차이즈된 장소로 소비자들이 이동할 능력과 아마도 더 중요할, 다른 제조업자들의 경쟁상품을 구매할 능력의 양자로 인하여 제한될 수 있다. 그러나 이들 핵심변수의 어느 것도 제조업자가 자기 상품을 소매상에게 이동시키는 거래형식에 의하여 영향을 받지 않는다. 수직적 제한은 제조업자가 자기 상품의 배급상의 일정한 효성을 달성할 수 있게 함으로써 브랜드간 경쟁을 촉진한다. 이들 “만회하는 장점(redeeming virtues)”은 합리의 원칙하에서 수직적 제한을 지지하는 모든 결정들에 암시되어 있다. 경제학자들은 제조업자들이 그러한 제한을 보다 효과적으로 다른 제조업자들과 경쟁하기 위하여 사용할 수 있는 여러 방법을 식별하였다. See, e. g., Preston, *Restrictive Distribution Arrangements: Economic Analysis and Public Policy Standards*, 30 Law & Contemp. Prob. 506, 511 (1965). 예컨대, 새 제조업자들과 새 시장에 진입하는 제조업자들은 소비자에게 알려지지 않은 상품의 배급에 흔히 필요한 종류의 자본과 노동의 투자를 하도록 경쟁력 있고 공격적인 소매상들을 유인하기 위하여 제한을 사용할 수

있다. 확립된 제조업자라면 그것들을 소매상들이 자기 상품의 효율적인 마케팅에 필요한 판촉 활동에 종사하게 하거나 서비스나 수리설비를 제공하도록 유인하기 위하여 사용할 수 있다. ... 이른바 “무임승차”와 같은 시장 불완전성 때문에, 모두가 그 서비스를 공급한다면 모두가 그것을 공급하지 않는 경우보다 더 각 소매상의 편익을 증가시킬 것이지만, 이들 서비스는 순수하게 경쟁적인 상황에서 소매상들에 의하여 제공되지 않을 수 있다. 경제학자들은 또한 제조업자들은 자기 상품들의 효율적 배급에 도움이 되는 만큼의 브랜드내 경쟁을 유지하는 데에 경제적 이익을 가진다고 주장하여 왔다. Robert Bork, *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and the Market Division (II)*, 75 *Yale L.J.* 373, 403 (1966); Richard A. Posner, *Antitrust Policy and the Supreme Court: An Analysis of the Restricted Distribution, Horizontal Merger and Potential Competition Decisions*, 75 *Colum.L.Rev.* 282, 283, 287-288 (1975). 비록 제조업자의 이익은 필연적으로 대중의 이익과 상충한다는 견해는 모두가 찬성하는 견해는 아니지만, 수직적 제한에 대한 주된 비판조차도 *Schwinn*의 판매거래와 비판매거래간의 구별이 어떤 관련 경제적 효과와도 무관하다는 것을 인정한다. Comanor, *Vertical Territorial and Customer Restrictions: White Motor and Its Aftermath*, 81 *Harv. L. Rev.* 1419, 1422 (1968). 실로, 거래형식이 브랜드간 편익에 관련되는 정도만큼, 연방대법원의 구별은 소규모 기업들이 대기업들과 효과적으로 경쟁할 수 있는 능력에 대한 연방대법원의 우려와 무관하다. 자본 필요조건과 관리비용 때문에 소기업들은 비판매거래의 예외를 사용할 수 없다. See, e. g., Baker, *Vertical Restraints in Times of Change: From White to Schwinn to Where?*, 44 *Antitrust L.J.* 537, 538 (1975); Phillips, *Schwinn Rules and the “New Economics” of Vertical Relation*, 44 *Antitrust L.J.* 573, 576 (1975); Pollock, *Alternative Distribution Methods After Schwinn*, 63 *Nw.U.L.Rev.* 595, 610 (1968).

우리는 *Schwinn*에서의 판매거래와 비판매거래 사이에 그어진 구별은 하나의 상황에서 당연위법원칙을, 다른 상황에서 합리의 원칙을 각각 적용하는 것을 정당화하기에 충분하지 못하다고 결론을 내린다. *Schwinn*에서 언급된 당연위법원칙이 비판매거래에 확장 적용되어야 하는가 또는 합리의 원칙으로의 복귀를 위하여 포기되어야 하는가 여부의 문제는 남아있다. 우리는 당연위법원칙의 확대의 설득력있는 지지를 발견하지 못했다. ...

우리는 *Northern Pac. R. Co.*,에서 선언되고 *White Motor*에서 반복된, 수직적 제한이 “그것이 유발한 정확한 피해 또는 그것들의 사용에 대한 사업상 양해에 관한 정교한 조사 없이 불합리하고 따라서 위법하다고 간주되어야” 하는지 여부를 판정하기 위한 기준으로 돌아간다. 356 U.S., at 5, 78 S.Ct., at 518. 여러 가지 형식의 그러한 제한들은 우리 자유시장경제에서 널리 이용되고 있다. 전술한 대로, 수직적 제한의 경제적 효용에 대하여 학계와 사법부의 상당한 지지가 존재한다. 그에 대하여 반대입장은 상대적으로 거의 없다. 확실히, 이 사건에서는 일반적으로 또는 *Sylvania*의 협정에 관련하여, 수직적 제한이 “경쟁에 유해한 효과”를 가지고 있거나 가지고 있을 가능성이 높다거나 또는 그것들이 “만회하는 장점을 결여한다”는 점에 대한 입증 이 없었다. *Ibid.* 따라서 우리는 *Schwinn*에서 언급된 당연위법원칙은 파기되어야 한다고 결론을 내린다. 그렇게 판시하면서, 우리는 수직적 제한이 *Northern Pac. R. Co.* 판례하에서 당연위법원칙에 의한 금지를 정당화할 특정한 적용가능성을 차단하지는 않는다. 그러나 우리는 합리의 원칙으로부터의 이탈은 *Schwinn*에서처럼 형식적인 경계획정 보다 입증할 수 있는 경제적 효과에 근거를 두어야 한다는 것을 분명히 한다. ...

요컨대, 우리는 적절한 판결은 수직적 제한을 *Schwinn* 전에 규율하던 합리의 원칙으로 복귀하는 것이라고 결론을 내린다. 반경쟁적 효과가 특정 수직적 제한으로부터 결과한 것으로 증명되

는 때에는, 그것들은 서면법 제1조하에서 제소된 다수의 반경쟁적 관행들에 대하여 전통적으로 적용되는 기준인 합리의 원칙하에서 적절하게 감시될 수 있다.

433 U.S. at 48-59.

Sylvania 판례 이래로 수직적 브랜드내 비가격제한은 다단계배급, 특히 프랜차이즈에 있어서는 기업들이 보편적으로 채택하게 되었다. 이후 이들 수직적 비가격제한협정들에 대한 연방독점금지법 하에서의 문제제기가 성공한 적이 드물다는 것은, 수직적 브랜드내 비가격제한은 거의 언제나 브랜드간 시장에 있어서 친경쟁적이라는 *Sylvania* 판례의 인식이 보편적으로 공유되고 있었다는 것을 의미한다.

5. Monsanto 판결과 수직적 가격제한에 대한 당연위법원칙의 동요

Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp., 465 U.S. 752 (1984)에서 연방대법원은 수직적 가격제한에 대한 당연위법원칙에 대하여 재검토할 기회를 맞았다. 이 사건에서 제기된 쟁점은 경쟁 딜러들이 그들에 대한 공동의 공급업자에게 일부 딜러의 할인행위에 관하여 불평하였고 공급업자가 그 딜러에 대한 모든 판매를 종료하는 것으로 반응한 것이라고 주장, 입증된 경우에, 계약해지된 할인행위자는 위법한 재판매가격유지행위협정을 증명할 수 있는가 여부였다. 농업용 화학약품 도매배급업자인 피고 *Spray-Rite Service Corp.* (*Spray-Rite*)는 원고 *Monsanto Co.*가 생산한 제조제를 판매하면서 할인행위를 하였다. 원고는 피고의 1년 기간의 배급업자관계 조건을 갱신하는 것을 거절하였고, 그 이후 *Spray-Rite*는 다른 배급업자로부터 제조업자의 상품을 원하는 만큼 그리고 그것을 필요로 하는 계절에 제 때에 구매할 수 없었다. 피고는 결국 연방지방법원에 원고와 그 배급업자 중 일부가 원고의 상품의 재판가를 고정하는 공모를 하였고 그 공모의 축진을 위하여 원고는 피고의 배급업자계약을 해지하였다고 주장하면서 서면법 제1조에 의한 소를 제기하였다. 원고는 공모 주장을 부정하였고, 피고의 배급업자지위의 해지는 훈련받은 판매원의 고용을 하지 않은 점과 딜러들에 대하여 판매를 적절히 촉진하지 못한 점 때문이었다고 주장하였다. 지방법원은 배심원단에게 원고의 행위는 만일 가격고정 공모를 촉진하기 위한 것이라면 당연위법하다고 교시하였다. 배심원단은 특별 심문을 통하여 특히 피고의 배급업자협정의 해지는 원고와 그 하나 또는 복수의 배급업자와의 가격고정공모에 따른 것이었다고 보았다. 항소심은 경쟁하는 배급업자들로부터 원고에 대한 *Spray-Rite*의 가격할인 관행에 관한 수많은 불평의 증거를 언급하면서, 재판가를 고정하는 공모를 입증해야 하는 피고의 책임을 충족하기에 충분한 증거가 존재한다고 판시하면서 지방법원의 판결을 승인하였다. 연방대법원은 항소심은 이 사건에서의 증거에 대하여 잘못된 입증기준을 적용하였다고 지적하면서도, 제출된 증거를 종합하여 항소심 판결을 승인하였다:

배급업자의 (제조업자에 의한) 계약종료 사건에서의 기본적 차이는 서면법에 규정된, 제조업

자와 다른 배급업자들의 공동행위와 셔먼법에 규정되지 않은, 제조업자의 단독행위 간의 차이이다. *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300. 그러한 사건들에서 두 번째 중요한 차이는 당연위법한, 가격을 정하는 공동행위와 합리의 원칙하에서 판단되는, 비가격제한에 관한 공동행위 간의 차이이다. See *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36. 다른 배급업자들로부터의 불평의 존재로부터 추정되는 가격고정협정 또는 계약종료가 불평“에 대한 반응으로서” 나왔다는 점은 완전히 적법한 행위를 방해하거나 위법하게 만들 수 있다. 그래서 불평의 증거 이상의 무엇이 필요하다. 정확한 기준은 “제조업자와 계약종료되지 않은 배급업자들이 독립적으로 행동하고 있었을 가능성을 배제하는 증거”가 존재해야 한다는 것이다. 즉 “제조업자와 다른 자들이 위법한 목적을 달성하기 위한 공동의 계획에 대한 의식적인 약속을 하였다”는 것을 합리적으로 증명하는 직접 및 정황 증거가 있어야 한다. *Monsanto*, 465 U.S. at 760-764.

적절한 증거기준하에서, 이 사건에서의 증거는 피고가 원고와 그 배급업자들간의 가격고정 공모에 따라 계약해지되었는지 여부에 대한 쟁점을 발생시켰다. 따라서 항소심의 판결은 확인되었다. 배심원단이 원고와 일부 그 배급업자들이 재판매가격을 유지하고 가격할인행위자를 계약해지하는 “협정”이나 “공모”의 당사자였다는 결론을 내리기에 충분한 증거가 존재하였다. 465 U.S. at 764-67. 경쟁하는 배급업자들이 제안된 가격을 준수하지 않는 배급업자는 계약종료될 것임을 알고 준수를 생각하고 있었을 것이 필요하므로, 피고의 계약종료가 그 협정의 일부 또는 그 협정에 따른 것이었다고 보는 것이 합리적이었다. 나아가서 그러한 연결에 대한 일부 정황증거도 존재한다. 465 U.S. at 767.

한편 *Sylvania*와 *Monsanto* 판결에서 연방대법원을 위하여 의견을 작성한 Lewis Powell 대법관은 자기가 *Monsanto*에서 *Dr. Miles*를 파기할 의도로 기울었었지만, 결국 1)쟁점이 당사자들에 의하여 보전되지 않았고, 2)*Dr. Miles* 판례에 대한 의회의 명확한 지지가 존재하였기 때문에 그렇게 하는 것을 자제하였다는 것을 밝혔다. 실제 *Monsanto* 사건에서 연방법무부가 법원이 *Dr. Miles* 판례를 파기해야 한다고 주장하는 내용의 보조참가의견서(amicus brief)를 제출한 후에, 연방의회는 법무부의 연방대법원에 대한 그같은 주장을 위한 예산 사용을 배제하는 법안을 가지고 개입하였다.²⁵⁾

Monsanto 판결 4년후, 연방대법원은 *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*, 485 U.S. 717 (1988)에서, 다시 최저재판매가격유지행위 주장을 포함하는 딜러계약의 종료와 관련하여 입증부담 문제를 처리하였다. 이 사건에서 원고와 또다른 소매상 (Hartwell)은 피고 제조업자 Sharp Electronics Co.에 의하여 휴스톤 지역에서 그 전자계산기의 판매권을 위탁받은 딜러였다. 원고가 가격을 할인한다는 Hartwell의 불평에 대한 반응으로, 피고는 원고의 딜러계약을 해지하였다. 연방대법원은 딜러의 경쟁 딜러의 낮은 가격에 대한 불평에 이어진 가격할인 딜러의 계약종료는 당연위법한 수직적 재판매가격유지협정을 증명하기에 부족하다는 *Monsanto* 판시를 재확인하였다:

25) memorandum of Justice Powel (December 5, 1983) in: Andrew I. Gavil, William E. Kovacic & Jonathan B. Baker, *Antitrust Law In Perspective : Cases, Concepts And Problems In Competition Policy*, 2nd ed., 2008 pp. 374-75.

이 사건에서 현출된 문제에 대한 우리의 접근방법은 합리의 원칙 기준을 위한 추정이 존재한다는 것; 그 기준으로부터의 이탈은 형식적인 구별보다 카르텔화의 촉진과 같은 분명한 경제적 효과에 의하여 정당화되어야 한다; 브랜드간 경쟁은 독점금지법의 주된 관심사이다; 그리고 이 분야에서의 원칙은 *GTE Sylvania* 법리의 보호를 향한 견해로 공식화되어야 한다 라는 *GTE Sylvania* 판례와 *Monsanto*에서의 전제에 도움을 받은 것이다. ... 여기에서 제조업자와 딜러간의 “가격할인행위자”를 종료시키기 위한 협정이나 거의 항상 경쟁제한과 산출감소 경향인, 잔존 딜러들에 의하여 부과되는 가격이나 가격수준에 관한 그 이상의 협정이 존재한다는 것은 증명되지 않았다. 그러한 협정이 제공하는 카르텔에 대한 지원은 *GTE Sylvania*에서의 배타적 영역협정과 같은 수직적 비가격협정에 의하여 제공될 수 있는 최소한의 지원과 같은 종류로부터 구별될 수 없다. 카르텔은 결성하기도 유지하기도 쉽지 않다. 카르텔의 조건에 관한 불확실성, 특히 장래 부과될 가격은 그것의 설정도 준수도 속임수를 용이하게 하는 것으로 방해받는다. 잔존 딜러들과의 가격에 관한 협정 없이, 제조업자는 제조업자 단계 카르텔에서 기만행위의 유인을 보유하고 (낮은 가격은 여전히 소비자들에게 전가될 수 있기 때문에) 소매상 단계의 카르텔을 조직하고 유지하기 위하여 용이하게 이용될 수 없다. 제조업자와 딜러들간의 낮은 가격을 부과하는 다른 딜러를 계약종료시키기 위한 협정은 계약종료된 딜러의 “가격할인”을 금지하기 위하여 체결된 것이라고 말할 수 있다. 가격할인과 서비스 감소의 일부 수단은 항상 수반되기 때문에, 대다수의 사건들에서 제조업자가 배심원단을 자기의 동기가 적절한 서비스를 보장하기 위한 것이었다고 설득하기는 극히 어려울 것이다. ...

우리는 “가격”이란 단어가 포함되거나 딜러가 부과하는 가격에 영향을 미치는 수직적 제한을 부과하는 협정만을 당연위법한 것으로서 무효화함으로써 이 어려움을 피할 수 없다. 그러한 형식주의는 *GTE Sylvania*에서 명시적으로 배제되었다. 모든 수직적 제한은, *GTE Sylvania*에서 당연위법하지 않다고 판시된 배타적 지역협정을 포함하여, 딜러들에게 “가격”을 올리도록 허용할 잠재력을 갖고 있고, 그러한 목적을 달성하기 위한 의도를 가진 것으로 성격을 규정할 수 있다. 실상 수직적 비가격제한은, 그것들이 브랜드내 가격경쟁을 딜러의 수익마진이 바람직한 서비스 제공을 허용하는 선까지 감소시키기 때문에 *GTE Sylvania*에서 정당화된 편익을 달성할 수 있을 뿐이다.

485 U.S. at 726-28.

6. Khan의 최고재판매가격유지행위에 대한 합리의 원칙

연방대법원은 *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3 (1997)에서 *Albrecht v. Herald Co.*, 390 U.S. 145 (1968)에서 인정된 최고재판매가격유지행위에 대한 당연위법원칙을 파기하였다. *Khan* 사건에서는 원고 State Oil Company로부터 주유소를 임차하고 운영하는 협정이 피고들에게 휘발유를 원고가 제안한 소매가격보다 구체화된 수익마진만큼 낮은 가격으로 구매하고 그것들을 고객들에게 제안한 소매가격보다 높게 가격을 부과한 경우에는 그 초과액을 원고에게 환불하도록 할 의무를 부과하였고, 제안한 소매가격보다 낮은 가격으로 판매할 경우에는 그들의 마진에서 공제하도록 규정한 것이 문제되었다. 연방대법원은 “수직적 최고가격고정은 딜러의 자유에 간섭하고, 딜러

의, 소비자에게 필요하거나 바람직한 서비스를 제공할 능력을 제한”하고 “대형 또는 특별히 유리한 딜러를 통한 배급경로를 제한”하거나 “최저재판가고정을 위장할 수 있다”는 *Albrecht* 의 당연위법 원칙에 대한 이론적 근거는 많은 비판을 받아왔고 합리의 원칙하에서 적절하게 인정되고 제재될 수 있다. “(최고재판매가격유지행위)는 *Albrecht* 법원이 상정한 것보다 덜 심각할 뿐 아니라, 다른 법원들과 독점금지 학자들은 당연위법원칙은 실상 독점자 딜러에 의한 시장지배력의 제한없는 행사에 관련한 문제를 더 악화시킬 수 있다고 언급하여 왔다”는 이유로, *Albrecht* 판결을 파기하고, 다만 “연방대법원은 모든 수직적 최고가격고정이 당연적법하다고 판시하는 것이 아니며, 단지 그것은 합리의 원칙하에서 평가되어야 하고, 그것은 효과적으로 그것이 반경쟁적 행위에 해당하게 되는 사정을 식별할 수 있다는 것이다.”고 하였다.²⁶⁾

IV. Leegin 판례의 의미와 영향

연방대법원은 2007년 *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 127 S.Ct. 2705 (2007) 사건에서 Dr. Miles 판례를 다시 고려하였고, 5-4의 표결수로 Dr. Miles의 수직적 최저가격제한에 관한 당연위법원칙을 파기하였다.

1. Leegin 사건의 사실관계

상고인 Leegin Creative Leather Products, Inc. (Leegin)는 가죽제품과 액세서리를 디자인, 제조 및 배급하는 사업자이다. 1991년에 Leegin은 “Brighton”이란 브랜드명으로 벨트를 판매하기 시작하였다. 피상고인 PSKS, Inc. (PSKS)는 Lewisville, Texas에서 Kay’s Kloset이라는 여성 의류상점을 운영한다. Kay’s Kloset은 75개 정도의 제조업자들로부터 구매하며, 한때 Brighton 브랜드를 판매하였다. Kay’s Kloset은 1995년에 Leegin으로부터 Brighton 상품을 구매하기 시작하였다. 1997년에 Leegin은 “Brighton 소매가격책정 및 판촉정책(Brighton Retail Pricing and Promotion Policy)”을 수립하였다. Leegin은 그 소매상들에게 고객들에게 배급전략의 중심적 서비스를 제공하기에 충분한 마진을 부여하기 위하여 그 정책을 채택하였다. 그것은 또한 할인이 Brighton의 브랜드 이미지와 평판을 해칠 것이라는 우려도 표시하였다. 가격책정정책을 수립한지 일년후, Leegin은 “Heart Store Program”이라 알려진 마케팅전략을 도입하였다. 그것은 소매상들에게 Heart Stores가 될 유인을 제공하였고, 그 대가로 소매상들은 특히 Leegin의 제안한 가격(suggested prices)으로 판매하기로 약속하였다. Kay’s Kloset은 Leegin이 동 프로그램을 창설한지 얼마되지 않아서 Heart Store가 되었다. Leegin의 종업원이 Kay’s Kloset의 매장을 방문하고 그것이 매력적이지 못하다고 평가한 후에, 양 당사자는 Kay’s Kloset은 1998년 이후로는 Heart Store의 지위를 상실하기로 합의

26) 522 U.S. at 16-18.

하였다. Kloset은 이러한 지위를 상실하였음에도 불구하고, 계속해서 그 Brighton 판매를 증가시켰다. 2002년 12월에 Leegin은 Kay's Kloset이 Brighton의 전체 품목을 20% 할인 표시하여 온 것을 발견하였다. Leegin은 할인을 중단할 것을 요구하였고, 그 요구가 거절되자 Leegin은 Kay's Kloset에 대한 상품 판매를 중단하였다.

PSKS는 “소매상들에게 오직 자기들이 고정한 가격만을 부과하도록 협정을 체결함으로써” 독점 금지법을 위반하였다”고 주장하면서 텍사스 동부 연방지방법원에 Leegin을 제소하였다. Leegin은 자사의 가격책정정책의 친경쟁적 효과를 설명할 전문가증언을 제시할 계획이었다. 지방법원은 Dr. Miles로 확립된 당연위법원칙에 근거하여 그러한 증언신청을 배척하였다. 법정에서 PSKS는 특히 Heart Store program이 Leegin과 그 소매상들이 가격을 고정하기로 합의한 것을 증명한다고 주장하였다. Leegin은 Colgate 법리에 따라서 합의된 행위에 대해서만 적용되는 셔먼법 제1조하에서 자사는 적법한 일방적 가격책정정책을 수립하였다고 답변하였다. 지방법원은 원고승소판결을 내렸다. 항소심에서 제5순회항소법원은 원심판결을 인용하였다. 항소심에서 Leegin은 소매상들과 수직적 가격고정을 합의한 것은 다투지 않았다. 대신에 합리의 원칙이 그 협정에 적용되었어야 한다고 주장하였다. 항소심 법원은 “연방대법원이 지속적으로 수직적 최저가격고정협정에 대하여 당연위법원칙을 적용하여왔기 때문에” 그것이 Dr. Miles 판례에 따라 기속된다고 설명하면서 이 주장을 기각하였다. 이러한 전제하에, 항소법원은 당연위법원칙은 Leegin의 가격책정정책을 위한 친경쟁적 정당화사유를 무시하도록 하기 때문에, 지방법원이 Leegin의 경제전문가의 증언을 배척한 것은 재량을 남용한 것이 아니라고 판시하였다.

2. 연방대법원의 판결이유

제1조는 모든 계약을 배척하는 것으로 해석될 수 있지만, 연방대법원은 “그 문언에 대한 문리적 접근방법을 채택”한 적이 없다. 오히려 연방대법원은 제1조는 “불합리한 제한만을 위법시한다”고 되풀이하여 왔다. 합리의 원칙은 어떤 관행이 제1조에 위반되게 거래를 제한을 하는지 여부를 심사하는 표준 기준으로 받아들여지고 있다. 고려되어야 하는 적절한 요소들에는 “관련산업에 대한 구체적 정보”와 “제한의 역사, 성질 및 효과”가 포함된다. 포함된 사업이 시장지배력을 보유하는지는 그 이상의 중요한 고려요소이다. 합리의 원칙은 그 디자인과 기능상 소비자에게 해로운 반경쟁적 효과를 가진 제한과 경쟁을 촉진하는 제한을 구별한다. 합리의 원칙은 모든 제한을 규율하지는 않는다. 일부 타입은 “당연위법한 것으로 간주된다.” 일정한 범주의 제한을 필연적으로 위법한 것으로 취급하는 당연위법원칙은 실제 작동하는 시장의 관점에서 개별 제한의 합리성을 분석할 필요를 제거한다. 그리고 당연위법원칙은 일정한 행위에 대해서 명백한 지침을 부여할 수 있음을 인식하여야 한다. 당연위법한 제한은 경쟁자들간의 가격고정을 위한 수평적 협정을 포함한다. 당연위법원칙에 대한 호소는 “항상 또는 거의 항상 경쟁을 제한하고 산출을 감소하는 경향이 있는” 제한

과 같은 것에 제한된다. 당연위법원칙에 의한 금지를 정당화하려면 제한은 “명백하게 반경쟁적인” 효과를 가져야 하고, “그것을 보상하는 장점을 결여해야 한다.” 그 결과, 당연위법원칙은 오직 법원들이 문제의 타입의 제한에 대하여 상당한 경험을 가진 후에만 그리고 법원들이 그것이 모든 또는 거의 모든 경우에 합리의 원칙하에서 무효화될 것임을 확신있게 예측할 수 있는 경우에만 적합하다. 따라서 “(연방대법원이) 일정한 관행이 그 경제적 효과가 바로 명백하지 않은 경우의 사업관계에 관련하여 부과되는 제한에 대하여 당연위법원칙을 채택하는 것이 거북하다는 것을 표시하여 왔다.”고 하는 것은 놀라운 일이 아니다. 그리고, (연방대법원은) “합리의 원칙 표준으로부터의 이탈은 형식적인 선긋기 보다는 입증가능한 경제적 효과에 근거를 두어야 한다”고 하여왔다.

Dr. Miles에서의 (연방대법원의 입장은) “양도에 대한 일반적 제한은 통상 무효이다”라는 커먼로에 근거하였다. 연방대법원은 그 협정은 제조업자가 아니라, 배급업자를 이롭게 할 것이고, 법이 무효로 취급하는, 경쟁 배급업자들간의 결합과 유사하다고 설명하였다. ... 우리는 “400 내지 100년 전의 커먼로의 상태는 우리 앞의 쟁점인 오늘날 미국경제의 수직적 배급상의 제한에 대한 독점금지 효과에는 무관하다.”는 것을 재확인한다. 나아가서, Dr. Miles는 제조업자가 그 배급업자와 체결한 수직적 협정을 경쟁 배급업자들간의 수평적 결합과 유사하게 취급하였다. 그러나 연방대법원은 수직적 제한에 적용가능한 원칙을 정하는 때에 수평적 제한을 규율하는 원칙을 신뢰하는 접근방법을 기각하였다. ... 우선, 최저재판가를 정하기 위한 수직적 협정의 경제적 효과를 검토하고, 당연위법원칙이 그럼에도 불구하고 적절한지 여부를 판단하는 것이 필요하다.

(1) 최저재판매가격유지행위의 친경쟁적 효과

논쟁의 양측 다 자기 입장을 지지하는 자료를 찾을 수 있지만, 여기에서 경제적 문헌은 제조업자의 재판매가격유지행위의 사용의 친경쟁적 정당화사유로 가득하다고 말하기에 충분하다. (여기에서 다수의견은 Brief for Economists as Amici Curiae 16; Brief for United States as Amicus Curiae 9; ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law and Economics of Product Distribution 76 (2006); H. Hovenkamp, The Antitrust Enterprise: Principle and Execution 184 - 191 (2005); R. Bork, The Antitrust Paradox 288 - 291 (1978)를 인용한다.) 재판매가격유지행위에 대하여 보다 회의적인 자들도 그것이 친경쟁적 효과를 가질 수 있다는 점은 인정한다. (여기에서 다수의견은 William S. Comanor et al. as Amici Curiae 3(“[재판매가격유지행위의] 다양한 효과를 감안하면, 합리적으로 당연위법원칙보다 합리의 원칙이 정당하다는 입장을 취할 수 있다.”); F. Scherer & D. Ross, Industrial Market Structure and Economic Performance 558 (3d ed.1990)(“[재판매가격유지행위의] 편익과 비용간의 전체 균형은 아마도 근접한다.”)를 인용한다.)

수직적 가격제한의 정당화사유는 다른 수직적 제한들에 대한 그것과 유사하다. 다수의견은 네 가지 정당화사유를 제시한다. 1)최저재판매가격유지행위는 브랜드내 경쟁을 감소시킴으로써 브랜드 간 경쟁을 자극할 수 있다. 브랜드간 경쟁의 촉진은, “독점금지법의 주된 목적은 이러한 종류의 경

쟁을 보호하는 것이기” 때문에 중요하다. 단일 제조업자의 수직적 가격제한의 사용은 브랜드내 가격경쟁을 제거하는 경향이 있다; 그러면 이것은 다음에는 소매상이 제조업자의 경쟁 제조업자에 대항하는 지위를 돕는 유무형 서비스나 판촉노력에 투자하도록 촉진한다. 2)재판매가격유지행위는 또한 소비자들에게 더 많은 선택권을 주어서 그들이 낮은 가격, 낮은 서비스 브랜드들; 높은 가격, 높은 서비스 브랜드들; 그리고 양자의 중간에 위치하는 브랜드들 간에서 선택할 수 있게 할 잠재력을 가진다. 수직적 가격제한이 없다면, 브랜드간 경쟁을 증진하는 소매서비스는 과소공급될 것이다. 이것은 할인 소매상들은 서비스를 공급하는 소매상들에게 무임승차할 수 있고 그러면 후자의 서비스가 발생시키는 증가된 수요의 일부를 포획할 수 있기 때문이다. 소비자들은 예컨대, 좋은 쇼룸에 투자하고 상품전시를 제공하고 또는 지식이 있는 종업원들을 고용한 소매상에게서 제조업자의 상품의 편익에 관하여 배울 수 있다. 또는 소비자들은 고품질의 상품을 판매한다는 평판을 가진 소매점에서 상품을 보기 때문에 그 상품을 구매하기로 결정할 수 있다. 만일 소비자가 그때에 서비스제공이나 품질 평판을 개발하는 데에 자본을 지출하지 않기 때문에 할인하는 소매상에게서 상품을 구매할 수 있다면, 그 높은 서비스를 제공하는 소매상은 판매를 할인소매상에게 빼앗길 것이고, 그것은 그렇지 않았을 경우에 소비자가 선호하였을 수준보다 낮은 수준으로 그 서비스를 감축하도록 압력을 받게 될 것이다. 최저재판매가격유지행위는 할인 소매상에게 서비스제공자보다 싼 값으로 파는 것을 금지하기 때문에 문제를 완화한다. 가격경쟁은 감소하면서, 제조업자의 소매상들은 그들 사이에 서비스에 대하여 경쟁하게 된다. 3)재판매가격유지행위는 또한 새 기업과 브랜드의 시장 진입을 촉진함으로써 브랜드간 경쟁을 증가시킬 수 있다. “새로운 제조업자들과 새로운 시장에 진입하는 제조업자들은 경쟁력있고 공격적인 소매상들이 소비자들에게 알려지지 않은 상품의 유통에 있어서 흔히 요구되는 종류의 자본과 노동에 대한 투자를 하게 유도하기 위하여 제한을 사용한다.” 새 상품들과 새 브랜드들은 동태적 경제에 필수적이고, 만일 재판매가격유지행위에 의하여 시장이 침투될 수 있다면 친경쟁적 효과가 존재한다. 4)재판매가격유지행위는 또한 무임승차가 없는 경우라도 제공되지 않을 소매상 서비스를 촉진함으로써 브랜드간 경쟁을 증가시킬 수 있다. 제조업자가 소매상과, 그 소매상이 수행해야 할 상이한 서비스를 특정해서 계약하고 집행하는 것은 어려울 수 있다. 소매상에게 보장된 마진을 제공하고 그가 기대에 부응하지 못하면 계약종료를 위협하는 것은, 소매상의 성과를 유도하고 그에게 가치있는 서비스를 제공함에 있어서 그 자신의 주도과 경험을 사용하도록 허용하는 것에 의하여 제조업자의 시장점유율을 확대하기 위한 가장 효율적인 방식이다.

(2) 최저재판매가격유지행위의 반경쟁적 효과

최저재판매가격을 정하는 수직적 협정은 일정한 경우에는 반경쟁적 효과를 가질 수도 있다; 그리고 독점수익을 획득하기 위한 유일한 목적으로 디자인된 위법한 가격고정은 언제나 존재하는 유

혹이다. 예컨대, 1)재판매가격유지행위는 제조업자카르텔을 촉진할 수 있다. … 재판매가격유지행위는 그 카르텔이 자기들이 제공하는 낮은 가격에서 이익을 보는 할인 제조업자들을 식별하는 것을 도울 수 있을 것이다. 2)재판매가격유지행위는, 더 나아가서, 제조업자가, 간접적으로 소비자에게 더 저렴한 가격의 편익을 가져오는, 소매상에 대한 가격할인을 금지할 수 있을 것이다. 3)수직적 가격제한은 또한 “소매상 수준에서의 카르텔을 조직하는 데 사용될 수 있을 것이다.” 일단의 소매상들은 소비자들에게 가격을 고정하기 위하여 공모하고, 제조업자에게 재판매가격유지행위로 그 위법한 협정을 지원하도록 강요할 수 있을 것이다. 그 상황에서, 제조업자는 그 관행을, 서비스의 자극이나 자기 브랜드의 판촉을 위하여, 수립하는 것이 아니라, 비효율적인 소매상에게 더 높은 수익을 부여하기 위하여 수립하는 것이다. 더 좋은 배급시스템과 더 낮은 비용구조를 보유한 소매상들은 그 협정 때문에 더 낮은 가격을 부과하는 것이 금지될 것이다. 4)가격을 상승시키기 위하여 산출을 감소시키거나 경쟁을 감소시키는 경쟁 제조업자들이나 경쟁 소매상들간의 수평적 카르텔은 당연위법하고 당연위법해야만 한다. 5)더 나아가서, 재판매가격유지행위는 강력한 제조업자나 소매상에 의하여 남용될 수 있다. 예컨대, 지배적인 소매상은 비용을 감소시키는 배급상의 혁신을 차단하기 위하여 재판매가격유지행위를 요구할 수 있다. 시장지배력을 보유한 제조업자는, 재판매가격유지행위를 소매상에게 더 적은 경쟁자나 새 진입자의 상품을 판매하지 않도록 하기 위하여 유인을 주기 위하여 사용할 수 있다.

(3) 합리의 원칙의 적용필요성

위법행위의 위협에도 불구하고, 어느 정도의 신뢰성을 갖고, 재판매가격유지행위가 “항상 또는 거의 항상 경쟁을 제한하고 산출을 감소시킨다”고 말할 수 없다. 최저재판매가를 정하는 수직적 협정은 그것이 형성되는 상황에 따라, 친경쟁적이거나 반경쟁적인 효과를 가질 수 있다. 그리고 비록 이에 관한 경험적 증거는 제한적이지만, 이 협정의 효율적인 사용이 드물거나 가설적이라는 것을 시사하지 아니한다. (다수의견은 여기에서 연방거래위원회의 1965년과 1982년 사이에 제기된 집행의 소의 다수는 “[재판매가격유지행위]의 사용은 자기들의 공급업자를 성공적으로 강요한 공모적 딜러들이 동인이 되지 않았다”는 것을 언급하고 있는 Bureau of Economics Staff Report to the FTC, T. Overstreet, Resale Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence 80 (1983); Ippolito, 292를 인용하고 있다.) 따라서 이들 협정은 당연위법원칙으로 제재하기에 부적합하여 보인다.

(다수의견은 여기에서 당연위법원칙의 관리상 편의 때문에 수직적 가격제한은 당연위법해야 한다고 주장하는 피상고인의 주장에 대하여 검토한다.) 그러한 주장은 당연위법성은 예외가 아니라 원칙이라는 점을 시사한다. 이것은 우리 독점금지법을 잘못 해석하는 것이다. 당연위법원칙은 관리 비용을 감소시키지만, 그것은 오직 문제의 일부일 뿐이다. 그것은 독점금지법이 촉진하여야 할 친경쟁적 행위를 금지함으로써 독점금지시스템의 총비용을 증가시킬 수 있다. 그것들은 또한 적법한

관행에 대한 잘못된 소송을 촉진함으로써 소송비용을 증가시킬 수 있다. 연방대법원은 그래서 관리상의 “장점은 그 자체만으로 당연위법원칙의 창설을 정당화하기에 충분하지 않다”고 설명하여 왔고, 그것들의 사용을 “명백하게 반경쟁적인” 제한의 사용으로 제한하였다. 연방대법원이 지금 수직적 가격제한이 관리비용을 근거로 해서 당연위법해야 한다고 결론을 내린다면, 우리는 당연위법원칙의 채택을 위한 전통적인 “기준”을 파기하거나, 손상할 것이다. 관리비용의 가능한 감소는 그것만으로 Dr. Miles 원칙을 정당화할 수 없다.

(다수의견은 여기에서 당연위법원칙은 수직적 가격제한이 제조업자의 상품에 대하여 더 높은 가격을 유발할 수 있기 때문에 정당하다고 주장하는 피상고인의 주장에 대하여 검토한다.) 피상고인은 반경쟁적 효과의 그 이상의 입증 없이 가격책정효과에만 의존하는 점에서 잘못을 범하고 있다. 이미 이전에 지적되었듯이, 독점금지법은 주로, 그것에 의하여 나중에 더 낮은 가격이 결과하게 되는, 브랜드간 경쟁을 보호하기 위하여 고안되었기 때문이다. 연방대법원은, 나아가서, 비록 친경쟁적 효과를 촉진하는 과정상 가격이 증가될 수 있지만, 다른 수직적 제한에 대하여 합리의 원칙하에서 평가하여왔다. 나아가서, 피상고인의 주장은 일반적으로 제조업자와 소비자의 이익은 소매수익 마진에 대하여 할당된다는 것을 간과하고 있다. 제조업자가 소매상에게 부과하는 가격과 소매상이 소비자에게 부과하는 가격간의 차이는 제조업자의 배급비용의 일부를 대표하며, 그것은 다른 비용과 같이, 제조업자가 보통 최소화하려고 하는 것이다. 제조업자는 소매상에게 부당한 마진으로 과다보상을 할 유인을 갖지 아니한다. 제조업자가 아닌 소매상은 더 높은 소매가격에서 이익을 얻는다. 그 경우에 제조업자는 흔히 판매를 상실한다: 소비자들은 “상이한 브랜드의 동일 상품으로 대체”할 것이기 때문에, 브랜드간 경쟁은 그 상품의 경쟁력과 시장점유율을 감소시킨다. 그러므로, 일반적 문제로서, 단일한 제조업자는 오직 “증강된 서비스에서 비롯된 수요증가가 더 높은 소매가격의 수요에 대한 부정적 영향을 상쇄하는 것보다 더 능가하는” 경우에만 최저재판매가격유지행위를 정할 의욕을 가질 것이다. 피상고인의 입장의 함의는 더 나아간다. 제조업자가 하고 공동행위를 통하여 수행하는 다수의 결정은 더 높은 가격을 가져올 수 있다. 예컨대, 제조업자는 상품 품질을 개선하는 더 나은 투입을 획득하기 위하여 상이한 공급업자들과 계약할 수 있다. 또는 자기 상품의 홍보를 위하여 광고대리인을 고용할 수 있다. 그러나 아무도 이들 행위가 더 높은 가격을 가져온다고 해서 셔먼법을 위반한다고 생각하지 않는다. 독점금지법은 제조업자에게 소비자가 모르거나 원하지 않는 일반상품을 생산하라고 요구하지 않는다. 제조업자는 그러한 행위가 더 높은 가격에도 불구하고 수요증가를 가져올 것이라고 믿기 때문에, 자기 상품의 품질을 개선하거나 자기 브랜드의 판촉을 위하여 노력한다. 재판매가격유지행위도 마찬가지이다.

Leegin 판례는 합리의 원칙하에서 고려요소가 되는 정당화사유와 관련한 몇 가지 언급을 하고 있다.²⁷⁾

27) 551 U.S. 877, 897-899 (2007).

예컨대 문제의 관행을 사용하는 제조업자의 수(number of manufacturers)는 중요한 시사점을 한다. 시장지배력이 결여된 오직 소수의 제조업자들이 이 관행을 채택하는 경우라면, 경쟁 제조업자들이 이를 차단할 수 있기 때문에, 제조업자 카르텔을 촉진할 가능성은 적다. 마찬가지로 경쟁적 시장에 있는 오직 하나의 제조업자가 재판매가격유지행위를 사용한 경우에는 소매상 카르텔의 가능성은 적다. 브랜드간 경쟁은 소비자를 더 저렴한 대체재를 택하도록 할 것이고 소매상이 하나의 브랜드에 대한 가격고정협정으로부터 이익을 보지 못하게 할 것이다. 반면에 만일 다수의 경쟁 제조업자들이 재판매가격유지행위를 채택하는 경우에는 보다 신중한 조사가 필요하다.

제한의 원천(source of the restraint)도 중요한 고려대상일 수 있다. 만일 소매상들이 수직적 가격제한의 동인이라는 증거가 있다면, 동 제한이 소매상 카르텔을 촉진하거나 지배적인 비효율적 소매상의 연명을 도울 수 있다. 그와 대조적으로 제조업자가 소매상의 압력을 받지 않고, 동 정책을 채택하였다면, 그 제한은 반경쟁적 행위를 촉진할 가능성은 적다. 제조업자는 또한 비효율적인 소매상이 주도한 가격제한은 자신의 경쟁력을 해칠 수 있기 때문에 그 가격제한을 거부할 유인을 가진다.

마지막으로 지배적 제조업자나 소매상은 재판매가격유지행위를 반경쟁적 목적으로 남용할 수 있다는 사실은 관련 주체가 시장지배력(market power)을 보유하고 있지 않다면 심각한 우려가 될 수 없을 것이다. 만일 어떤 소매상이 시장지배력을 결여한다면, 제조업자는 자기 상품을 경쟁 소매상을 통해 판매할 수 있을 것이다. 그리고 만일 제조업자가 시장지배력을 결여한다면, 그가 경쟁자를 유통시장에서 배제하기 위하여 동 관행을 사용할 가능성은 낮다.

합리의 원칙은 반경쟁적 관행을 시장에서 제거하기 위하여 만들어졌고 사용된다. 이 표준적 원칙은 수직적 가격제한에 적용된다. 최저재판매가격유지행위를 규정한 수직적 협정으로부터 피해를 입었다고 주장하는 당사자라면 일반적으로 그 협정의 존재와 그 운영범위를 증명할 정보와 자원을 가지고 있을 것이다. 법원이 판결 과정에서 합리원칙을 적용함에 의하여 이 제한의 효과를 고려하는 경험을 얻게 됨에 따라서, 반경쟁적 관행을 시장에서 제거하고 기업에 더 많은 지침을 제공하기 위한 규칙이 작동하도록 보장하는 소송구조를 수립할 수 있다. 법원은 시간이 흐르면 합리원칙이 반경쟁적 제한을 금지하고 친경쟁적 제한을 촉진하는, 공정하고 효율적 방식이 되도록 예컨대 증명을 인정하거나 추정을 인정할 수 있다.

전술한 모든 이유에서, 우리는 연방대법원이 이 문제를 원천적 문제로 고려한다면, 당연위법원칙이 아니라, 합리의 원칙이 수직적 가격제한을 판단함에 있어서 적절한 기준이라고 생각한다.

3. 소수의견(dissenting opinion)

Leegin 판결에서의 소수의견은 최저재판매가격유지행위에 대하여 당연위법원칙을 적용하는 “Dr. Miles 판례는 법률전문가, 기업 및 대중이 거의 한 세기동안 의존하여 온 것”이라는 점에서

다수의견이 “거의 반세기 동안의 독점금지법 문헌에서 잘 알려진 일련의 주장들을 지적함으로써 선례구속의 일반적 고려로부터의 이탈을 정당화”하고 있으나, 의회는 반복적으로 당연위법원칙을 반복하기에는 이들 주장의 근거가 불충분하다고 보고 있고, 그것들은 연방대법원의 현재의, 잘 확립된 법적 선례의 반복을 보장하지 않는다고 주장한다.

서면법은 특히 사기업들간의 협정에 의하여 시행되는 반경쟁적 관행이 시장내에 없도록 유지하려고 한다. 법은 사적 제한이 없는 그러한 시장이 소비자들이 보통 바라는, 더 낮은 가격, 더 나은 상품 그리고 보다 효율적인 생산공정을 가져올 것이라고 가정한다. 특정 관행의 적법성을 판단함에 있어서 법원들은 흔히 “합리의 원칙”을 적용한다. 그들은 관행의 가능한 반경쟁적 효과와 그 유익한 사업상 정당화사유 양자를 검토한다. 그럼에도 불구하고, 때로는 특정 관행의 가능한 반경쟁적 효과는 매우 심각하고 잠재적인 정당화사유는 희소해서 (또는 예컨대, 입증하기가 어려워서) 법원들은 순수한 “합리의 원칙” 접근방법에서 이탈하여 왔다. 그리고 때로는 연방대법원은 당연위법원칙-법원들에게 그 관행을 항상 (또는 거의 항상) 위법하다고 보도록 교시하는 원칙-을 적용하여 왔다. 이 사건은 최저재판매가격유지행위가 문제될 때 법원이 어떤 접근법을 따라야 하는가를 질문한다. ... 나는 당연위법원칙의 사용에 대한 고전적인 찬반주장을 요약한다. 주장은 세 가지 고려사항에 초점을 맞추는데 이것들은 다음을 포함한다: 1) 잠재적인 반경쟁적 효과, 2) 잠재적 편익, 및 3) 관리. 어려움은 상이한 고려사항들의 세트가 상이한 방향들을 가리킨다는 점에서 발생한다. 일면, 최저재판가를 정하는 협정은 심각한 반경쟁적 효과를 가질 수 있다. 딜러에 관해서: 재판매가격유지협정은 수평적 가격고정협정과 같이, 단일 브랜드나 복수 브랜드 딜러들간의 가격경쟁을 제거하거나 감소시킬 수 있다. 그렇게 하면서, 그것은 딜러들이 고객들에게 많은 고객들이 선호하는 더 낮은 가격을 제시하는 것을 방지할 수 있다; 그것은 딜러들이 수요의 변화에 대응하는 것, 예컨대 수요감소에 대하여 가격할인으로 대응하는 것을 막을 수 있다; 그것은 딜러들에게 가격경쟁을 서비스경쟁으로 대체하도록 촉구할 수 있고, 그럼으로써 너무 많은 자원을 낭비적으로 산업의 그 부분으로 투입되도록 위협할 수 있고; 그것은 새롭고 보다 효율적인 소매방식의 발전을 억제하면서, 그것이 없었다면 그들의 더 낮은 가격이 보다 많은 고객들을 유치하였을, 더 효율적인 딜러들의 확장을 금할 수 있다. 제조업자들에게: 재판매가격유지협정은 집중화된 산업내의 기업들이 경쟁을 금하는 행위를 강제하는 데 도움이 될 수 있다. 그런 산업들에서 기업들은 묵시적으로 공모할 수 있다. 즉 각자는 한 기업의 가격할인이 전체의 가격경쟁을 촉발시킬 수 있음을 이해하면서 각자의 가격책정 행위를 감시한다. 그러한 경우에는 재판매가격유지행위는 각 제조업자가 (소매시장을 관찰함으로써) 경쟁자가 가격할인을 개시하는 때에 더 용이하게 식별할 수 있게 할 수 있다. 최저재판가를 인하하지 않으면서 도매가격을 인하하는 제조업자는 딜러가 제조업자의 가격인하를 소비자에게 전달함으로써 증가된 소비자수요를 자극할 수 없기 때문에, 증가된 수익에서 얻을 것이 거의 없을 것이다. 어느 경우이나 재판가유지협정은 “파격(breaking out)”에서 비롯되는 가격경쟁을 방지하는 경향이 있고, 그럼으로써 제조업자의 가격을 안정화시키는 경향이 있을 것이다. 잠재적 반경

쟁적 효과에 대하여 우려하는 사람들은 의회가 1975년에 밀러-타이딩스 공정거래법(Miller - Tydings Fair Trade Act)과 맥과이어법(McGuire Act)을 폐지하였던 때 전후시기의 가격행위에서 경험적 지지를 발견한다. 양법은 개별 주정부가 최저재판매가격유지행위를 허가하는 “공정거래(fair trade)”를 시행할 권한을 부여하였다. 법 폐지시에 최저재판매가격유지행위는 36개 주에서 적법하게 허용되었고; 14개주에서는 위법하였다. 연방법무부에 의하면, (최저재판매가격유지행위가) 허용되던 주에서의 가격과 불허되던 주에서의 가격을 비교하면, 최저재판매가격유지행위는 19% 내지 27%의 가격인상을 가져왔다. 폐지후, 최저재판매가격유지협정은 모든 주에서 당연위법하게 되었다. FTC의 공무원은 다수의 가격 서베이를 연구한 후, 종합적으로 이 서베이들에 의하면, “재판매가격유지행위는 대부분의 경우에 재판가로 판매되는 상품의 가격을 인상시켰다”고 하였다. (소수의견은 여기에서 Overstreet, 160을 인용하고 있다.) 대부분의 경제학자들은, 오늘날 저명한 독점금지법문헌의 말로 “재판매가격유지행위는 그것이 없을 때보다 높은 소비자가격을 만들어내는 경향이 있다”는 데에 동의한다. 반면 재판매가격유지행위 지지자들은 오랫동안 재판매가격유지협정은 중요한 소비자편익을 생산할 수 있다고 주장하여 왔다. 다수의견은 두 개를 열거하고 있다: 첫째, 그러한 협정은 새로운 진입을 촉진할 수 있다. 둘째, “무임승차(free riding)”를 방지할 수 있다. 나아가서, 제조업자와 집단이 아닌 딜러들이 재판매가격유지행위를 추구하는 경우에는, 그러한 편익이 존재한다고 믿을 특별한 이유가 존재한다. 그것은 다른 조건이 동등하다면, 제조업자들은 자기 딜러들간의 가격경쟁을 촉진하기를 원하기 때문이다. 그렇게 함으로써 그들은 흔히 자기 상품을 더 많이 판매하여 수익을 증가시킬 것이다. 그리고 비록 제조업자가 초정상적 수익을 벌어들일 충분한 시장지배력을 보유하고 있더라도, 그러하다. 즉 다른 조건이 동등하다면, 제조업자는 자기 딜러들에게 그들간의 가격경쟁을 촉진하면서 경쟁적 (또는 경쟁가격보다 높은) 도매가격을 부과하는 것이 이익일 것이다. 그래서 만일 제조업자가 동인이라면, 그 제조업자는 재판매가격유지행위를 원할 특별한 이유가 있을 것이다; 그리고 집중된 제조업자시장이 없다면, (이 경우에는 특별한 이유는 도매가격을 안정화하려는 욕망으로 구성될 것이다) 그 특별한 이유는 설명한 대로 특별한 사정, 즉 신규진입, “무임승차” 또는 이들 주제의 변종을 반영할 수 있을 것이다. 결론은 많은 경제학자들이 시사하듯이, 때로는 재판매가격유지행위는 해로울 수 있고, 때로는 편익을 생산할 수 있다는 것이다. 그러나 따라서 법원은 합리의 원칙을 적용해야 한다고 결론을 내기 전에 얼마나 자주 피해나 편익이 발생하는가와 같은 질문을 할 것이다. 해악과 편익을 얼마나 쉽게 구별할 수 있는가? 연방대법원이 의거한 것과 같은 경제적 논의는 이들 문제에 대한 대답을 구하는 데 도움이 될 수 있고, 그렇게 하면서, 경제학은 독점금지법에 정보를 줄 수 있고 주어야 할 것이다. 그러나 독점금지법은 경제학자들의 견해를 상세하게 모사할 수도 없고 그러서도 안된다. 그것은 법은 경제학과 달리, 그 효과가 법관과 배심원단이 법정에서 적용하고 변호사들이 자기들의 고객들에게 조언하는 원칙과 선례들의 내용에 달려있는 관리시스템이기 때문이다. 그리고 그 사실은 법원은 흔히 자기들의 관리시스템을 때로는 사업관행이 편익을 창출하더라도 그 사업관행에 대하여 당연위법원칙을 적용하도록 할 것

이라는 의미이다. 나는 이미 재판매가격유지행위가 일정하게 규칙적으로 폐해를 유발할 수 있다는 것-그리고 딜러들이 그것을 시행하는 동인인 경우에는 분명히 폐해를 유발할 수 있다는 것을 시사하는 연구와 분석을 설명하였다. 그러나 편익에 대해서는 어떠한가? 얼마나 자주 예컨대 법원이 지적하는 편익이 실무상 생기는가? 나는 이 점에 관하여 경제학적인 컨센서스를 발견할 수 없다. “무임승차”가 발생한다는 문헌상의 컨센서스는 존재한다. 그러나 “무임승차”는 그것을 금지하려는 법적 노력 없이 경제계에서 흔히 발생한다. 캘리포니아를 찾은 많은 방문객들은 the Pacific Coast Highway를 무임승차한다. 딜러들은 흔히 다른 딜러들이 상품명과 평판을 만들면서 한 투자에 편승한다. 문제는 이러한 종류의 “무임승차”가 발생하는지 여부가 아니라 “무임승차” 문제가 딜러 투자를 억제하기에 충분할 만큼인 경우가 얼마나 자주 일어나는가 하는 것이다. 그리고 briefs를 읽은 후에 나는 그 질문에 불확실한 “때로는(sometimes)”이라고 답할 수밖에 없다. 법원들은 얼마나 용이하게 편익이 잠재적 해악을 능가할 수 있는 경우를 식별할 수 있을까? 내 답은 매우 용이하지 않다는 것이다. 하나의 예는, 제조업자와 딜러 중에 누가 재판매가격유지행위의 추진주체인지 식별하기가 흔히 어렵다는 것이다. 예컨대, 몇 개의 대형 복수 브랜드 소매상들이 모두 재판매가격유지행위의 대상상품을 판매한다고 하자. 소규모 제조업자들이 대형 소매상들이 재판매가격유지행위를 하는 다른 제조업자들의 상품에 유리하게 우대해 줄 것이 (예컨대, 진열공간을 더 유리하게 할당하는 일) 두려워서, 자기 상품의 소매가격을 정한다고 하자. 이 관행을 시작한 것은 누구인가? 소매 경쟁으로부터 상당한 차단을 바란 소매상들인가 또는 자기가 찾을 수 있는 사정하에서 최선의 거래를 추구한 제조업자들인가? 다른 예는, 전술한대로, “무임승차” 문제가 법적 보호를 보장하기에 충분할 만큼 심각한 때와 장소는 어디인가 판단하기는 어렵다. 나는 학자들이 법원이 반경쟁적 폐해가 발생할 가능성이 높은 경우들을 오직 편익만이 발생할 가능성이 높은 경우로부터 구별하는데 도움이 되도록 체크리스트와 일련의 질문들을 개발하려고 하여 왔다는 것을 인정한다. 그러나 법정에서 이들 기준을 적용하는 것은 말보다 어려운 경우가 흔하다. 예컨대, 연방대법원의 “시장 지배력”의 존재를 고려하려는 제안은 경쟁 전문가들이 추상적이고, 고도로 기술적인, 기준들을 흔히 잘못 확정된 시장에 적용하려고 시도함에 따라, 그 전문가들 사이의 장기간을 요하는 주장들을 부르게 된다. 재판매가격유지행위 사건들은 주요 기업결합이나 독점 사건들과 달리, 증명할 것이 매우 다수이고 오직 사인 당사자들만을 포함하는 경우가 많다. 법관들이나 배심원들이 그러한 사건에서 복잡한 경제적 기준들을 적용하면서 상당수의 실수를 저지르지 않을 것으로 기대하기는 무리이고, 그것은 또한 그 자체 상당한 비용을 부과할 수 있다.

경계가 분명한 원칙에 대한 특별한 이점이 존재하는가? 그러한 원칙이 없이는, 흔히 집행 공무원이 형사기소를 하는 데 불공정하고 그 결과 비실용적이다. 그리고 집행자원은 제한적이므로, 그 손실은 일부 제조업자들이나 딜러들에게 반경쟁적인 협정을 체결하게 조장할 수 있다. 특히 “관리의” 문제에 관하여, 전체 대차대조표의 핵심 항목들을 둘러싼 불확실성을 감안하면, 나는 그 문제가 어렵다는 다수이론을 인정할 수 있다. 그리고, 지금 결정하라고 강요한다면, 나는 기껏해야 당

연위법원칙이 보다 용이하게 식별가능하고 잠정적인 “신규진입”의 조건에 대하여 예외를 허용하기 위하여 경미하게 수정하여야 한다는 데에 동의할 것이다. 그러나 나는 지금 이 문제를 결정하려고 요구받고 있지 않다. 우리 앞의 문제는 출발점부터 시작하는 원칙이어야 하는 것이 아니다. 우리는 여기에서 법원이 거의 한 세기 동안 적용하여 온 명백하고 단순한 가격관련 독점금지법 원칙을 변경할지 여부를 결정하여야 한다. ...

나는 지난 수십년동안 다수설의 입장을 지지하는 사정상 변화를 발견할 수 없다. 실은, 반대방향으로 강력하게 주장하는 하나의 중요한 변화가 존재하여 왔다. 1975년에 의회는 맥과이어법과 밀러-타이딩스법을 폐지하였다. 그리고 그것에 의하여 Dr. Miles의 당연위법원칙은 의식적으로 확장되었다. 실로, 그때 법무부와 FTC는 당연위법원칙의 적용을 주장하면서, 현재 연방대법원에 제출된 사실상 모든 주장들은 물론 현출되지 않은 다른 주장들을 논의하였다. 그리고 그들은 의회에 왜 의회가 그것을 폐지해야 하는지 설명하였다. 의회는 맥과이어법과 밀러-타이딩스법의 폐지가 최저재판매가격유지행위를 당연위법하게 만들 것임을 완전히 이해하였고, 그렇게 의도하였다.

의회는 연방대법원이 당연위법원칙을 재고하는 것을 금지하지 않았다. 그러나 다수의 입법을 시행하면서 그 원칙에 대한 중요한 공적 신뢰로 구성된 그 원칙의 존재를 전제하였다. 그리고 관련주장을 알면서 그렇게 하는 것은, 최소한 그러한 주장에 관련하여 중요한 변화가 없는 상황에서, 연방대법원의 원칙의 유지에 대한 더욱 강한 신뢰로서 구성된다.

그러한 변화가 있었는가? 일부 briefs에서 설명한 1975년 법무부와 FTC의 의회에 대한 증언에 상반되는 주장을 하는, 재판매가격유지행위는 해롭지 않다고 하는 소수의 경제적 연구들이 존재한다. 한 연구는, 1975년부터 1982년 사이에 소송의 대상이 된 재판매가격유지행위의 분석에 근거하여, 재판매가격유지행위는 보통 제조업자나 딜러 공모를 포함하지 아니한다고 결론을 내리고 있다. (소수의견은 여기에서 Ippolito, Resale Price Maintenance: Empirical Evidence from Litigation, 34 J. Law & Econ. 263, 281 - 282, 292 (1991).을 인용하고 있다.) 그러나 이 연구는 원고가 공모가 주장한다고 주장하여 입증에 실패한 것을 공모의 부재와 동일시한다. 다른 연구는 재판매가격유지행위는 “필연적으로 더 높은 소매가격을 유발하지는 않는다”는 결론을 위한 이론적 기초를 제공한다. (소수의견은 여기에서 Marvel & McCafferty, The Political Economy of Resale Price Maintenance, 94 J. Pol. Econ. 1074, 1075 (1986)을 인용한다.) 그러나 이 연구는 “재판매가격유지행위는 효율성증대적이라는 가정하에” 이론적 모델을 개발하고 있다. 그것의 유일한 경험적 증거는 저자들이 매우 혹평을 받았다고 자인하는 1940년대의 한 연구이다. 그리고 다수의 다른 경제학자들은 상이한 견해를 갖고 있다. (소수의견은 여기에서 Brief for William S. Comanor et al. as Amici Curiae 4을 인용하고 있다.) 그럼에도, 이들 연구는 종합하면, 다수의견에 대한 약한 지지를 제공할 수 있을 것이다. 그러나 이것들은 상황에 대한 주된 변화를 이룰 수는 없다.

상고인과 일부 참가인들도 우리에게 재판매가격유지행위가 때로는 소비자 편익을 가져온다는 새로운 연구들을 제출하였다. 그러나 당연위법원칙의 지지자들은 항상 그정도는 인정하여 왔다. 다

수의견의 주장에 관하여 주목할 만한 것은 이 점에서는 새로운 것이 없다. 오직 이들 주장의 새로운 점은 대부분의 현재의 Dr. Miles 파기 주장자들이 이전에 재판매가격유지행위의 옹호에 사용하던 매우 설득력 없는 주장들은 포기하였다는 사실이다. 하나의 예외는 다수의견의 “비록 무임승차가 없더라도” 재판매가격유지행위는 “소매상의 성과를 유도하고 소매상에게 가치 있는 서비스 제공에 있어서 자기 주도과 경험을 사용하게 허용함으로써 제조업자의 시장점유율을 확대하는 가장 효율적인 방법일 수 있다.”는 주장으로 구성된다. 그러나 나는 무임승차가 없는 경우에 (그리고 경쟁성을 전제할 때) 확립된 제조업자는 재판매가격유지행위를 필요로 할 것이라는 이유를 이해할 수 없기 때문에, 이것을 하나의 예외로 칠 수는 없다. 이러한 가정에서는 딜러는 왜 자기가 최선이라고 보는 고객의 적절한 지급을 획득하여 자기의 “시장점유율을 확장하지” 않을까? 이 질문에 대한 답이 있을 수 있다. 그러나 나는 그것을 모르겠다. 그리고 나는 우리가 당사자들이 전문가가 아닌 법관(generalist judge)이 이해할 수 있도록 충분히 명확한 설명을 하지 않는 정당화사유에 대하여 상당한 비중을 부여해야 한다고 생각하지 않는다. 아무도 미국경제가 다수의견을 지지하는 방식으로 변화하였다고 주장하지 않는다. 소매업에서의 집중은 증가하여 왔다. 재판매가격유지행위를 이용할 수 있는 제조업자들간의 집중이 상당히 감소하였다고 하는 사람은 없다. 그리고 내가 말할 수 있는 한 그렇지 않다. 가전제품을 고려하여 보면, 1950년대말의 연구는 이 산업에서 중요한 상품 부분이 재판매가격유지행위에 따르는 것으로 구성되어 있었다고 하는 점을 시사한다. 비록 2002년 데이터를 수십년전의 그것과 비교하는 것이 약간 어렵기는 하지만, 최소한 가전제품 산업의 일부 업종에서는 제조업자의 시장지배력의 관점에서 그 때보다 현재 더 집중되어 있다는 것이 분명하다. 예컨대, 가정용 요리기구의 상위 8개 국내제조업자들은 1963년의 국내시장의 68%를 점유하고 있었지만, 2002년에는 그 수치가 77%이다. 가정용 세탁기의 상위 8개 국내제조업자들은 1963년의 국내시장의 95%를 점유하고 있었지만, 2002년에는 그 수치가 99%이다. 가정용 냉장고 및 냉동고의 상위 8개 국내제조업자들은 1963년의 국내시장의 91%를 점유하고 있었지만, 2002년에는 그 수치가 95%이다. 제조업자들간의 증가된 집중은 제조업자로부터 비롯되는 재판매가격유지행위가 오늘날 과거보다 더 만연되어 있고 더 해로울 가능성을 높인다. 최소한 그만큼은, 다수의견은 어떻게 경제내의 이러한 또는 그밖의 변화가 그 입장을 지지하는 데 도움이 될 수 있는지 설명하지 않았다. 요컨대, 유의미한 변화는 존재하지 아니한다. 그리고 그러한 변화 없이, 잘 확립된 독점금지법 원칙을 포기할 근거는 없다.

(그 이하의 부분에서는 Breyer 대법관은 Wisconsin Right to Life에서 논의된 여섯 가지 요소들을 논의하였다: 첫째, 연방대법원은 헌법소송보다 법률소송에서 선례기속(stare decisis)을 더 엄격하게 적용한다. 둘째, 연방대법원은 판결이 상대적으로 근래에 내려진 것일 때에 잘못되었다고 간주하는 판결을 파기하는 것에 보다 더 여유가 있었다(have leeway). 셋째, 이전의 판례들은 그것들이 “작동불가능한 법제”로 판명된 것을 수립하였다면 파기될 수 있다. 넷째, 판결이 법을 “동요시켰다(unsettle)”고 하는 사실은 파기이유가 될 수 있다. 다섯째, 신뢰이익이 포함된 경우에, 사건이

재산권이나 계약상 권리가 포함된 사실은 파기를 부정할 이유가 될 수 있다. 그리고 여섯째, 법의 지배가 우리의 국가문화에 정착되었다는 사실은 파기하는 데 강력한 반대근거가 될 수 있다. Breyer 대법관은 Dr. Miles 판례의 유지를 위하여 이들 요소들 모두를 주장하였다.)

4. Leegin 판례의 영향

수직적 제한의 편익을 강조하고 독점금지법상 사실상 적법성(per se legal) 취급을 주장하는 견해도 많지만,²⁸⁾ 그에 반대하는 견해²⁹⁾도 또한 많다. 예컨대, Robert Bork는 수직적 제한은, 제조업자는 수직적 제한이 판매와 수익을 증가시키는 경우에만 그것을 부과할 것이기 때문에, “친경쟁적일 수 밖에 없다. 동시에 소비자들은 오직 그 추가된 서비스의 가치가 자기들의 증분비용(incremental cost)을 초과하는 경우에만 구매를 늘릴 것이다. 그러므로 수직적 제한은 반드시 효율성증대적이다.”고 주장하였다.³⁰⁾ 그러나 이론적으로 볼 때, 최저재판매가격유지행위가 친경쟁적 효과를 가질 수 있다는 사실로 인해서 당연위법원칙의 적용이 부적합하다는 주장은 어떤 관행이 어떠한 친경쟁적 편익 또는 반경쟁적 폐해를 발생시키는가 여부 보다는, 그러한 편익과 폐해의 빈도와 상대적 규모 및 문제의 편익을 달성하는 덜 경쟁제한적인 수단이 존재하는지 여부에 더 초점을 맞추어야 하는 현대의 판정이론에 역행하는 것이다.³¹⁾ 단지 재판매가격유지행위가 일부 사건에서 “긍정적 후생 효과”를 가질 수 있다고 말하는 것은 최저재판매가격유지행위에 대한 당연위법원칙을 포기하기에는 불충분한 주장인 것이다.

Leegin 사건의 소송과정에서 연방 법무부와 FTC는 재판매가격유지행위는 브랜드내 경쟁을 제한하지만 딜러의 무임승차를 방지하여 브랜드간 경쟁을 촉진하는 효과가 있을 수 있으므로 합리의 원칙으로 다루는 것이 바람직하다는 Amicus Briefs을 제출하였고, 연방대법원의 다수의견은 Bork,

28) Robert Bork, *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division* (pt. 2), 75 Yale L.J. 373 (1966); Richard A. Posner, *The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality*, 4 U. Chi. L. Rev. 6 (1980); Frank Easterbrook, *Vertical Arrangements and the Rule of Reason*, 53 Antitrust L.J. 135 (1984); Howard P. Marvel and Stephen McCafferty, *Resale Price Maintenance and Quality Certification*, 15 Rand J. Econ. 346 (1984); Howard Marvel, *The Resale Price Maintenance Controversy: Beyond the Conventional Wisdom*, 63 Antitrust L.J. 59 (1994); Benjamin Klein & Kevin M. Murphy, *Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms*, 31 J.L. & Econ. 265 (1988). 이들 대부분은 Leegin 판결의 다수의견이 인용한 문헌들이다.

29) William S. Comanor, *Vertical Price Fixing and Market Restrictions and the New Antitrust Policy*, 85 Harv. L. Rev. 983, 990-98; Peter C. Carstensen, *The Competitive Dynamics of Distribution Restrictions: The Efficiency Hypothesis Versus the Rent-Seeking Strategic Alternatives*, 69 Antitrust L.J. 569 (2001); Warren S. Grimes, *Brand Marketing, Intra-brand Competition, and the Multibrand Retailer: The Antitrust Law of Vertical Restraints*, 64 Antitrust L.J. 83 (1995); Robert F. Pitofsky, *In Defense of Discounters: The No-Frills Case for a Per Se Rule Against Vertical Price Fixing*, 71 Geo. L.J. 1487 (1983). 이 중 일부는 Leegin 판결의 다수의견과 소수의견이 각기 부분적으로 인용한 문헌이 포함된다.

30) Robert Bork, op. cit., pp. 397-405.

31) C. Frederick Becker, III & Steven C. Salop, *Decision Theory and Antitrust Rules*, 67 Antitrust L.J. 41 (1999).

Posner, Easterbrook 등의 시카고학과 학자들의 이론을 주된 근거로 하여 최저재판매가격유지행위에 대한 위법성 판단기준을 당연위법으로부터 합리성의 원칙으로 변경하였다. 하지만 대법관 사이에 다수의견과 소수의견이 5대4로 첨예하게 나뉘었을 뿐 아니라³²⁾, 다수의 소비자단체와 37개 주 정부는 근 한 세기 동안 지켜져 온 확립된 선례였던 Dr. Miles 판례³³⁾를 포기하는 것에 의문을 제기하면서 최저재판매가격유지행위에 대한 당연위법의 원칙을 포기할 경우 가격인상을 초래할 우려가 있음을 지적하는 Amicus Briefs를 제출한 바 있다.³⁴⁾

Leegin 사건에서의 연방대법원의 다수의견의 주된 논거였던 무임승차론에 대해서는 먼저, 소수의견이 무임승차문제의 빈발성이나 가혹성의 경험적 증거나 그에 관한 컨센서스 없이 Dr. Miles 판례를 파기하는 것의 문제점을 적절히 지적하고 있다.³⁵⁾ 고전적 무임승차론은 원래 Lester Telser가 1960년에 처음 정립한 이론이다.³⁶⁾ 고전적 무임승차론은 분명히 타당한 이론이지만 이 이론은 청음실이 필요한 고가의 오디오 및 비디오 장비, 시승이나 전시와 설명이 필요한 자동차의 판매와 같이 효과적 마케팅을 위하여 소비자교육이 필요한, 복잡하거나 새로운 상품 또는 그 특성, 품질 및 일반적 홍보를 위한 점포내 전시가 필요한 상품들에 관해서만 유효한 이론이다. 반면 Leegin 사건에서, 피고 Kay's Kloset은 Brighton 브랜드를 자체비용으로 대대적으로 광고하였고, 분명히 다른 소매상의 판촉행위에 무임승차하지 않았다. 따라서 Leegin 사건에서 적용된 무임승차론은 고전적인 그것이 아니라 확장된 이론이다. 확장된 무임승차론은 Telser가 상정하였던 유형의 서비스만이 아니라 1)매력적 전시와 상냥한 종업원, 고급스러운 환경 등등의 일반적인 무형서비스 무임승차론,³⁷⁾ 2)평판 무임승차(reputation free riding) 또는 인증(certification) 무임승차론³⁸⁾을 포함한다. 일반적인 무형서비스 무임승차론에 대해서는 일반적인 편의시설은 최소한 일부 소비자에게는 상품가치를 증대시킬 수 있지만, 얼마나 무임승차가 발생할 가능성이 있는지 분명하지 않다는 문제점이

32) Kennedy, Roberts, Scalia, Thomas, Alito 대법관은 다수의견, Breyer, Stevens, Souter, Ginsburg 대법관은 소수의견을 내었다.

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

34) 연방대법원의 Leegin 판례가 나온 후 예견되었던 대로 이 판례를 무력화시키려는 연방 및 주차원에서의 입법적 시도도 행해졌다. 예컨대 이호영, “공정거래법상 재판매가격유지행위 규제의 입법적 개선 - 최저재판매가격유지행위의 위법성 판단기준을 중심으로-”, 한국비교사법학회 <비교사법> 제19권 제1호, 2012, 293면 각주 90(2009년 연방 상원에 Discount Consumer Protection Act가 제출되었으나 통과되지 못한 사실과 2009년 Maryland 주 의회가 같은 법안을 통과시킨 사실을 소개하고 있다.). 최근 캔자스주 대법원은 캔자스주 독점금지법인 Kansas Restraint of Trade Act (“KRTA”)을 적용하여 수직적 가격고정에 대하여 당연위법하다고 판시하였는데 이는 주 법원이 연방대법원의 Leegin 판례를 따르지 않은 최초의 사례이다. O'Brien v. Leegin Creative Leather Products, Inc., 277 P.3d 1062 (Kan. 2012).

35) Leegin, 127 S.Ct. at 2729-30 (Breyer, J., dissenting).

36) Lester G. Telser, *Why Should Manufacturers Want Fair-Trade?*, 3 J.L. & Econ. 86 (1960).

37) *Leegin*, Brief for Amici Economists, at 5-7.

38) 일정한 소매상들은 높은 패션, 품질, 또는 특별한 전문성을 위한 평판을 개발하고 관리하기 위하여 상당히 투자한다는 것이다. 그들은 유명한 상점 위치를 위한 임대료, 적절한 장식, 명석한 종업원들의 급여 등등을 위한 관리에 막대한 지출을 한다. 그들의 평판 때문에, 이들 소매상들의 어떤 브랜드를 취급하기로 하는 결정은 그 브랜드의 가치를 증대시키고 또한 소비자들에게 선택된 상품이 차별화된 고객들에게 어필하는 품질을 가지고 있음을 인증한다. *Leegin*, Brief of Amici Economists, at 7-8; *Leegin*, Brief of U.S. As Amicus, at 14.

지적된다.³⁹⁾ 평판 무임승차 내지 인증무임승차론에 대해서도 그것이 만연해서 서비스나 상품의 이용가능성을 방해하지 않는 한 사회적 후생을 해치지 않는다는 비판이 제기된다. 만일 이들 서비스들이 무임승차에 빈번히 공격받지 않는다면, 브랜드내 경쟁은 그 제공에 나쁘게 작용할 수 없고, 최저재판매가격유지행위가 비록 무임승차가 없는 경우에도, 이들 무형의 서비스 제공을 촉진함으로써 브랜드간 경쟁을 육성할 것이라는 주장의 논리는 따르기 어렵다.

유럽연합은 Leegin 판결이전부터 최저재판매가격유지행위에 대해서 최고재판매가격유지행위에 비하여 더 혹독하게 다루는 다음과 같은 입장을 견지하고 있다.

EU에서는 미국식의 합리원칙이나 부수적 제한과 당연위법원칙 등이 EU경쟁법에도 존재하는지 또는 도입해야 하는지에 관해서 논란이 있다. 합리원칙의 적용을 주장하는 입장은 TFEU 제101조는 “그 문언만으로는 너무 많은 협정에 적용되므로 그 적용범위를 제한하기 위하여” 합리원칙의 적용이 필요하다는 점을 든다.⁴⁰⁾ 그러나 반대론은 “이것들이 도입될 때 명확히 하는 것보다 혼란스럽게 하는 면이 더 많다”는 점⁴¹⁾, EU경쟁법은 “특히 최소한 TFEU 제101(1)조와 일괄적용면제 (block exemptions)에 관한 제101(3)조의 분기를 가지고 있어서 더 유연한 점”을 포함하여 “미국법과 여러 가지 면에서 다르다”는 것을 지적하고 있다.⁴²⁾

EU에서는 수직적 제한에 대한 일괄적용면제규칙(이하 수직적 규칙) 제330/2010호⁴³⁾와 수직적 지침⁴⁴⁾이 수직적 제한협정에 대하여 적용된다. 경성제한을 포함하고 있는 경우를 제외하고는 모든 수직적 협정은 공급업자나 구매자의 시장점유율이 30%의 안전지대⁴⁵⁾를 넘지 않는 한, 허용된다.

39) Marina Lao, *Free Riding: An Overstated, and Unconvincing, Explanation for Resale Price Maintenance* (2008)(즉 실제적 문제로서, 구매자들은 어떤 상점의 단골손님이 되면서 다른 상점의 상냥하고 효율적인 종업원들, 편리한 시간과 위치, 그 좋은 주변환경, 충분한 재고 또는 너그러운 반환정책으로부터 편익을 얻지 못한다는 점과 오늘날 대부분의 소매상들은 복수 브랜드 딜러들이므로 위의 일반적인 무형의 서비스는 재판매가격유지행위에 의하여 보호되는 브랜드에 관심이 있는 고객들에게만 제한될 수 없고, 필연적으로 그 상점을 단골로 이용하는 모든 고객들에 의하여 향유될 수 밖에 없다는 점 등을 지적하고 있다.).

40) Alison Jones, *Analysis of agreements of US and EC antitrust law-convergence or divergence?* (2006) 51 *Antitrust Bulletin* 691, 691; *Opinion of A.G. Lagrange, Robert Bosch v. Kledingverkoopbedrijf de Geus en Untdenbogerd* (13/61) [1962] E.C.R. 45; [1962] C.M.L.R. 1 at [66].

41) Craig Callery, *Should the European Union embrace or exorcise Leegin's "rule of reason"?* E.C.L.R. 2011, Vol. 32(1), p. 42(“목적(object)”을 “per se”에, “효과(effect)”를 “rule of reason”에 비교할 때에는 EU법과 미국법간의 조화는 일응 가능해 보이지 않는다는 점을 지적하고 있다.). 신 EU협력지침 초안에서도 수평협정에 대한 일반적 접근방법으로서 목적에 의한 경쟁제한-경쟁제한의 효과 패러다임을 강조하고 있다. paras. 122-134, 154-161, 200-201, 229-234, 266-290.

42) Richard Whish, *Competition Law*, 6th ed. (Oxford: OUP, 2009), p. 131(후자는 단일 시장의 촉진 및 ‘조약적인’ 경쟁법 관심사를 표현하고 있다고 한다.).

43) Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices OJ [2010] L 102/1.

44) Guidelines on Vertical Restraints OJ [2000] C 291/1.

45) 처음에 유럽위원회는 안전지대를 20%나 40%로 정하는 방안도 검토하였으나 예컨대 40%안은 시장지배성의 추정기준과 너무 근접하다는 이유로 포기하였다고 한다. MAURIZIO GAMBARDELLA & FRANCESCO SALERNO, “Vertical Agreements: Was the Commission’s Response Adequate? On the Commission’s Ability to Reform Long-Standing Policies”, in: GIULIANO AMATO & CLAUS-DIETER EHLERMANN (eds.), “EC

수직적 규칙 제4조는 경성제한을 요약하고 있는데, 그 중 하나가 최저 및 고정 재판매가격유지행위이다. 규칙 제4조는 일괄적용면제는 “직접적으로나 간접적으로, 당사자들이 통제하고 있는 다른 요소와 독립해서 또는 그와 연결해서” 재판매가격유지행위와 과도한 지역적 보호와 같은 것을 다루는 문제를 “그 목적으로 하는” 협정들에 대해서는 적용할 수 없다고 규정한다. 규칙 제4조는 오직 그 협정의 효과가 아니라 그 목적에 따라서만 적용된다. 규칙 제4조의 ‘목적(object)’은 당사자들의 주관적 의도가 아니라 객관적 기준에 의하여 판단되는 협정의 목적에 대하여 인정된다. 따라서 최저 및 고정 재판매가격유지협정을 가지고 있는 기업은 비록 TFEU 제101(3) 조에 따른 적용면제 가능성은 있지만, 수직적 규정으로부터의 일괄적용면제 혜택은 향유할 수 없다. 수직적 지침 para. 47은 제4조에 열거된 종류의 경성제한을 포함하는 수직적 협정은 제101(1)조의 적용을 받는 것으로 추정된다고 언급한다. 제4조의 경성제한은 브랜드간 경쟁의 제한과 관련된다. 최저 및 고정 재판매가격유지 및 일정한 형식의 지역제한과 같은 심각한 경쟁제한을 포함하는 수직적 협정들이 경성제한으로 규정되어 있다. 그러나 유럽위원회의 견해는 일정한 경우에는 브랜드내 경쟁의 제한도 경쟁 약화 및/또는 공모의 촉진 등을 통하여 브랜드간 경쟁에 영향을 미칠 수 있다고 본다.⁴⁶⁾

수직적 규칙 제4(a)조는 “공급업자가 최고판매가를 부과하거나 판매가를 권고하는 것”은 허용되지만, 수직적 협정의 목적이 직접으로 또는 간접으로 “당사자 일방에 의한 압력이나 유인의 제공에 의하여 고정 또는 최고 판매가에 달하지 않는 것을 제외하고, 구매자의 판매가를 결정할 능력을 제한하는 것”일 때에는 일괄적용면제는 이용할 수 없다고 규정한다. 그에 따라 수직적 지침 para. 48은 수직적 협정이 간접적으로 재판매가격유지행위의 목적을 가지는 예를 “배급마진의 고정, 배급업자가 정해진 가격수준으로부터 해줄 수 있는 할인의 최고수준의 고정, 주어진 가격수준의 준수에 따르면서 공급업자에 의하여 판촉비용의 리베이트나 보상의 부여, 정해진 재판매가를 경쟁자의 재판매가에 연계시키는 것, 주어진 가격수준의 준수에 관련한 위협, 협박, 경고, 제재, 배달의 지연이나 중단 또는 계약종료”로 열거하고 있다.

한편 영국에서는 미국의 실무와 같은 당연위법원칙, 합리의 원칙 접근방법을 채택하고 있지 않다는 것이 일반적 견해이지만, 일부 학자는 1998년 영국 경쟁법(Competition Act 1998)이 시행되기 전까지는 재판매가격유지행위가 “영국의 경쟁법체제에서 유일한 당연위법한 관행이었다”고 한다.⁴⁷⁾ 또한 영국의 한 경제학자는 수직적 가격제한 상황에서 브랜드간 경쟁이 치열하기 때문에 제한에 대하여 적법성을 부여할 수 있다는 시카고학과 학자들의 견해에 대하여, 영국과 같은 국가에서 소매상들은 지방의 고객들이 자기들에게 찾아올 능력에 의존하기 때문에 과점적 시장에서 운영하는 경향이 있다는 점을 지적하고 있다.⁴⁸⁾

Competition Law: A Critical Assessment” 198 (Hart Publishing, Oxford 2007): Yo Sop Choi, *The per se rule on minimum resale price maintenance in Korea - a time to change*, IIC 2011, 42(5), p. 583 n. 74.

46) 유럽위원회는 Hollywood 영화사들에 대한 조사에서 ‘최혜국대우(MFN)’조항이 가격병행행위의 우려가 있다고 보았다. Commission Press Release IP/04/1314, 26 October 2004; Commission Press Release IP/11/257, 4 March 2011.

47) Mark Furse, *Competition Law of the EC and UK*, 6th ed., 2008, p. 164.

V. 합리의 원칙에 의한 재판매가격유지행위의 분석

1. 합리의 원칙의 의의

미국의 합리의 원칙 법리는 셔먼법 제1조의 법문상 모든 거래제한에 대하여 적용하게 되어 있는 요건을 걸러내어서 그 중 불합리한 제한만을 위법으로 판정하기 위한 원칙인데, 가장 흔히 인용되는 것은 Brandeis 대법관이 *Chicago Board of Trade* 판결에서 정의한 것이다:

“진정한 적법성의 기준은 부과된 제한이 단지 경쟁을 규제하고 아마도 그것에 의하여 경쟁을 촉진하려는 것인지 여부 또는 단지 경쟁을 억압하거나 심지어 파괴하려는 것과 같은 것인가 여부이다. 그 문제를 판정하기 위하여 법원은 통상적으로 그 제한이 적용되는 사업에 특유한 사실; 그 제한이 부과되기 전후의 사정; 제한 자체의 성질과 그 실제 또는 잠재적 효과를 고려하여야 한다. 제한의 경위, 존재하는 것으로 믿어지는 폐해, 특정한 구제책을 채택할 이유, 달성하려고 하는 목적 등도 모두 관련요소이다. 이것은 좋은 의도가 있다면 그렇지 않았더라면 반대하였을 규제를 구제하거나 그 역 때문이 아니고, 의도를 아는 것은 법원이 사실을 해석하고 결과를 예측하는 데에 도움이 될 수 있기 때문이다.”⁴⁹⁾

연방대법원의 *Sylvania*, *Khan*, 및 *Leegin* 판결의 결과로서, 이제 수직적 비가격제한, 최고재판매가격제한, 최저재판매가격제한의 모두가 합리의 원칙하에서 처리되게 되었다. 연방대법원은 어떻게 합리의 원칙이 어떤 수직적 제한의, 주장된 친경쟁적 효과 및 반경쟁적 효과를 평가하는 데에 적용되어야 하는지에 대하여 몇 가지 방법을 규정하였다. 예컨대, *Sylvania* 판결에서, 연방대법원은 모든 관련사정들(all relevant circumstances)이 “평가(weighed)되어야” 한다고 하였다.⁵⁰⁾ *Scalia* 대법관은 유사하게 *Eastman Kodak* 사건의 소수의견의 방론에서 행위자의 친경쟁적 및 반경쟁적 효과(pro-competitive benefits and its anticompetitive costs)가 “형량(balanced)되어야” 한다고 언급하였다.⁵¹⁾ 연방대법원은 합리의 원칙에 의하여 위임된 조사는 “제소된 협정이 경쟁을 촉진하는 것인지 경쟁을 억압하는 것인지” 여부라고 하였다.⁵²⁾ 완전한 합리의 원칙 분석(full rule-of-reason analysis)은 독점금지 소송의 원고에게 매우 큰 부담이고 사실상 승소가능성이 낮다.

2. 합리의 원칙의 적용현황

Khan 판결 이후 연방법원에 제소된 최고재판매가격유지협정은 한 건도 없었다. *Sylvania* 판결

48) M. E. Porter, *Interbrand Choice, Strategy, and Bilateral Market Power*, Cambridge, MA. Harvard UP (1976).

49) *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231, 238, 38 S.Ct. 242, 244, 62 L.Ed. 683 (1918).

50) *GTE Sylvania*, 433 U.S. at 49.

51) *Eastman Kodak Co. v. Image Tech. Servs., Inc.*, 504 U.S. 451, 486-87 (1992) (Scalia, J., dissenting).

52) *National Soc’y of Prof’l Eng’rs v. United States*, 435 U.S. 679, 691 (1978).

이후에 피고들은 지역제한에 대한 청구에서 사실상 모두 기각신청이나 약식판결 단계에서 거의 모두 승리하였다. 대부분의 *Sylvania* 판결 이후의 판결들은 합리의 원칙하에서 수직적 지역 및 고객 제한을, 비록 그것이 시장지배적 지위를 가진 제조업자에 의하여 부과되었다 하더라도 적법성을 인정하고 있다.⁵³⁾ *Leegin* 판결 이후의 최저재판매가격유지행위가 포함된 소수의 사건들에서, 어느 것도 친경쟁적 및 반경쟁적 효과의 형량 단계에 이르지 않았다. 이것은 법원들이 대부분의 그러한 사건들을 훨씬 덜 완전한 합리의 원칙 분석인 입증책임의 이전 전에 처리하는 방법을 발견하였기 때문이라고 한다.⁵⁴⁾ 예컨대, 원고의 피해의 이론이 “만일 [제조업자가 그] 상품의 판매를 어렵게 하는 귀찮은 요건을 부과한다면 소매상들이 [제조업자의] 상품 취급을 중단할 것을 인식하지” 못했다고 하는 이유로 원고 청구를 기각하였고,⁵⁵⁾ 원고가 “협정의 존재를 입증하지 못했다”거나⁵⁶⁾ “브랜드간 경쟁에 대한 피해를 증명하지 못했다”거나⁵⁷⁾ “관련상품시장을 획정하지 못했고, 피고의 경쟁을 해칠 수 있는 시장지배력의 주장이 결여되었다”거나⁵⁸⁾ “소매상들이 가격고정하는 데 동의하였고 제조업자 *Leegin*에게 재판매가격유지행위를 이용하라고 강요하였다”⁵⁹⁾는 주장이 없었다는 이유로 원고청구를 기각하고, 경쟁상 효과의 형량에 이르지 않았다. FTC는 *In re Nine West Group Inc.* 사건⁶⁰⁾에서 *Leegin*의 법리를 반영하여, 제조업자가 시장지배력을 보유하고 있지 않고, 최저재판매가격유지행위를 채택한 동인이 소매상들로부터가 아니라 제조업자 자신으로부터 왔다는 이유에서, 최저재판매가격유지행위를 금지하였던 이전의 동의판결을 수정하였으나 최저재판매가격유지행위를 시행하는 것이 “그 상품에 대한 소비자 수요를 증가시키고 그에 의하여 경쟁을 증가시킨다”는 제조업자의 주장을 명시적으로 배척하고 그 양 문제에 대한 가격과 품질 효과의 형량은 행하지 않았다.

Michael A. Carrier 교수는 1999년에 *Sylvania* 판결 이후의 합리의 원칙 사례에 관한 포괄적 서베이를 수행하여, 동 판결이 내려진지 거의 4반세기가 경과하는 동안에 연방법원들이 합리의 원칙 형량을 한 방식을 평가하였는데, “1977년에서 1999년 사이에 495건의 합리의 원칙 사건 중 96%의 합리의 원칙 사건에서 법원들은 아무 것도 형량하지 않았다”는 결론을 내렸다.⁶¹⁾ 그는 그 원인으로 법원들이 친경쟁적이든 반경쟁적이든 경쟁상 효과의 순수한 다양성과 이질성으로 인해서 수학적 또는 그밖의 체계적인 측정을 통한 단순한 비교를 할 수 없다고 지적하였다.⁶²⁾ *Carrier* 교

53) ABA Section of Antitrust Law, *Antitrust Law Developments* 159 (7th ed. 2012).

54) Theodore Voorhees, Jr., *Reasoning Through The Rule of Reason for RPM*, 28-FALL Antitrust 58 (2013).

55) *PSKS, Inc. v. Leegin Creative Leather Prods., Inc.*, 615 F.3d 412, 419 (5th Cir. 2010).

56) *New York v. Tempur-Pedic Int'l, Inc.*, 916 N.Y.S.2d 900, 908-09 (N.Y. Sup. Ct. 2011).

57) *Bel Canto Design, Ltd. v. MSSHiFi, Inc.*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 86628 (S.D.N.Y. June 20, 2012).

58) *Jacobs v. Tempur-Pedic Int'l, Inc.*, 626 F.3d 1327, 1339-40 (11th Cir. 2010).

59) *Spahr v. Leegin Creative Leather Prods., Inc.*, No. 2; 07-CV-187, 2008 WL 3914461, at *12 (E.D. Tenn. Aug. 20, 2008).

60) FTC No. C-3937, 2008 WL 2061410 (May 6, 2008).

61) *Michael A. Carrier, The Real Rule of Reason: Bridging the Disconnect*, 1999 B.Y.U. L. Rev. 1265, 1267-68 (1999).

수는 10년후 후속 서베이를 발표하였는데,⁶³⁾ 그는 1999년 2월 2일에서 2009년 5월 5일 사이에 결정된 모든 최종 판결에 이르는 222건 중에서 215건 (96.8%)이 “원고가 반경쟁적 효과를 입증하지 않았다는 이유에서 해결되었고” 오직 5건 (2.2%)이 형량을 수행했으며 원고는 그 5건 중 오직 하나의 사건에서만 형량 분석을 통하여 승소하였다는 사실을 발견하였다.

해결 단계	수	사건의 비율
반경쟁적 효과의 부재	215	96.8%
친경쟁적 정당화사유의 부재	0	0%
친경쟁적 정당화사유	1	0.5%
덜 경쟁제한적인 대안의 부존재	1	0.5%
형량	5	2.2%
합계	222	100%

3. 대안의 모색

학자들에 의하여 대안으로 제시된 분석방법은 입증책임의 전환을 강조하는 구조적 접근방법에 초점을 맞춘 것들이다. 이러한 접근방법은 개별 친경쟁적 및 반경쟁적 효과의 수학적 측정이나 형량을 필요로 하지 않는다.

(1) G. J. Werden이 제안한 방안⁶⁴⁾

미 연방 법무부 독점금지국 Senior Economic Counsel인 Gregory J. Werden은 재판매가격유지 행위를 포함한 수직적 제한 사건을 “비혐의(non-suspect)”로 범주화한다. 제1단계에서는 원고가 최초의 책임을 이행하기 위하여 특히 상당한 반경쟁적 효과의 잠재성을 증명해야 한다. 일반적으로 시장지배력의 입증에 의하거나 수직적 제한이 실제 시장에 미치는 영향을 보임으로써, 그 제한이 상당한 반경쟁적 효과를 지니고 있을 잠재성을 증명할 수 있다.

제2단계에서는 피고가 원고가 문제의 수직적 제한의 상당한 반경쟁적 효과의 잠재성을 증명한 것에 반박하는 단계이다. 관련시장의 획정을 문제삼거나 원고의 주장에 대한 사실상 근거는 물론 그 경제적 근거에 대해서도 다투는 것이 허용된다.

제3단계에서 원고는 문제의 제한이 그 목적이라 주장하는 것을 달성할 수 없음을 보여서 정당화사유를 탄핵할 수 있다. 원고는 덜 제한적인 대안(less restrictive alternative)이 문제의 제한이 달

62) *Id.* at 1346.

63) Michael A. Carrier, *The Rule of Reason: An Empirical Update for the 21st Century*, 16 Geo. Mason L. Rev. 827, 829 (2009).

64) Gregory J. Werden, Senior Economic Counsel, Antitrust Division, U.S. Dep’t of Justice, *Antitrust’s Rule of Reason: Only Competition Matters* 16-28 (2013) (unpublished manuscript), available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2227097> (forthcoming in 79 Antitrust L.J. (2014)).

성하는 것과 동등하거나 그 이상을 달성할 수 있다는 것을 입증함으로써, 정당화사유를 부정할 수 있다.

(2) T. Voorhees, Jr.가 제안한 방안⁶⁵⁾

제1단계는 원고가 수직적 제한에 의한 시장내의 경쟁에 미치는 상당한 유해한 효과의 존재를 증명할 수 있는지 여부를 판단하는 것을 포함한다. 예컨대, 만일 재판매가격유지행위가 배급업자나 제조업자 수준에서의 수평적 공동행위의 결과로서 도입되었다거나 상당한 시장지배력을 보유하는 지배적 제조업자에 의하여 시행되었다면 필요한 유해한 효과는 증명될 수 있을 것이다.

제2단계에서는 피고가 재판매가격유지행위가 (단지 이론상의 장점이 아니라) 실제의 친경쟁적 이익에 의하여 정당화된다는 것을 증명하도록 요구받는다. 그 친경쟁적 편익은 제1단계에서 원고가 브랜드간 경쟁에 대한 잠재적 위험을 부과하는 요소들을 증명한 강도와 성실성의 정도에 상응하는 비율만큼 증명되어야 한다.

제3단계는 원고에게 피고의 정당화사유가 무관하거나, 장점이 결여된 핑계이거나 또는 피고가 그 목적을 실질적으로 덜 제한적이며 쉽게 이용할 수 있는 다른 수단으로도 성취할 수 있었을 것임을 증명할 수 있게 허용하는 단계이다.

4. 우리나라에서의 정당화사유 입증

우리나라에서 한미약품 판결 이후에도 대법원 판례 가운데 실제로 최저재판매가격유지행위가 관련시장에서의 브랜드간 경쟁을 촉진하여 결과적으로 소비자후생을 증대하는 등의 정당한 이유가 있는 경우로 인정된 사례는 아직까지 없는 점에서 보여주듯이 “사업자가 최저재판매가격유지행위의 정당화사유를 입증한다는 것은 매우 어려울 것”으로 예상되고 있다.⁶⁶⁾

대법원이 한미약품 판례에서 단 하나 예시하였듯이 최저재판매가격유지행위가 문제되는 상황에서 주된 정당화사유는 “당해 최저재판매가격유지행위가 당해 브랜드상품만으로 구성된 관련시장에서의 감소된 경쟁(A)과 당해 브랜드를 포함하는 모든 브랜드상품으로 구성된 관련상품시장에서의 증가된 경쟁(B)을 실제로 형량하여 B가 A보다 크다”는 사실이 되어야 할 것이다. 그러나 사업자가 이를 증명하는 것이나 법원이 그것을 판단하는 것은 매우 어려울 것이다. 법원이 브랜드내 경쟁의 감소에 대조해서 브랜드간 경쟁의 증가를 형량할 기술적 방법은 위의 미국의 예에서 보여주듯이 매우 찾기 어렵기 때문이다.

한편 Leegin 판결의 다수의견은 재판매가격유지행위의 친경쟁적 효과 중 하나로서 새 기업과

65) Theodore Voorhees, Jr., *Reasoning Through The Rule of Reason for RPM*, 28-FALL Antitrust 58 (2013).

66) 조성국, “재판매가격유지행위의 위법성 판단기준”, 『공정거래법 판례선집』, 662면 (2011).

브랜드의 시장진입을 촉진함으로써 브랜드간 경쟁을 증가시킬 수 있다는 점을 들었다.⁶⁷⁾ 여기에 대하여 소수의견도 “나는 기껏해야 당연위법원칙이 보다 용이하게 식별가능하고 잠정적인 ‘신규진입’의 조건에 대하여 예외를 허용하기 위하여 경미하게 수정하여야 한다는 데에 동의할 것이”라고 함으로써 이 주장에 대하여 조건없이 동의하였다.⁶⁸⁾ 실로, 신상품을 가지고 시장진입을 고려하거나 또는 기존 상품을 가지고 새로운 분야에의 진입을 생각하고 있는 제조업자는 통상 딜러들의 지원을 필요로 한다. 그러나 딜러들이 마케팅에 필요한 투자를 하도록 설득하는 일은 그들이 투자금을 회수할 수 있을 것이라는 보장을 받기 전에는 어려울 것이다. 최저재판매가격유지행위 없이 딜러들은 그러한 보장을 가질 수 없다. 나중에 지명된 딜러들은 초기의 시장에 투자하지 않았기 때문에 선두주자인 딜러들의 초기의 노력에서 혜택을 입으면서도, 그 선두 딜러들보다 가격을 할인하여 판매를 증대할 수 있을 것이기 때문이다.⁶⁹⁾ 그러므로 신상품을 가지고 시장진입을 고려하거나 또는 기존 상품을 가지고 새로운 분야에의 진입을 고려하는 제조업자라면 딜러의 가격을 통제할 수 있고 그러한 사정은 최저재판매가격유지행위에 대한 친경쟁적인 정당화사유로 충분히 작용할 수 있을 것이다.

VI. 결어

67) *Leegin*, 127 S.Ct. at 2716.

68) *Leegin*, 127 S.Ct. at 2731 (Breyer, J., dissenting).

69) Areeda & Hovenkamp, *Antitrust Law*, ¶¶1617a, 1631b, at 193-96, 308.

참고문헌

- 권오승, 「제11판 경제법」, 법문사, 2014.
- 신현윤, 「경제법 [제6판]」, 법문사, 2014.
- 양명조, 「경제법 [이론·판례·사례]」, 신조사, 2014.
- 이기수·유진희, 「제9판 경제법」, 세창출판사, 2012.
- 정호열, 「경제법 [제4판]」, 박영사, 2012.
- 최영홍, 「가맹계약론」, 자유출판사, 2003.
- 김성탁, “재판매가격유지행위 금지제도와 공정거래법상 다른 제도와의 관계”, 영남법학 제10권 제1호, 2004, 81-101면.
- 나영숙, “재판매가격유지행위 규제의 개선방안: 행위의 경제적 효과와 규제형태 사이의 균형 문제를 중심으로”, 한국경제법학회 추계학술대회 자료집, (2014.11.7.).
- 박수영, “재판매가격유지행위”, 한국경제법학회, <경제법연구> 29권, 2014, 108-45면.
- 손태진, “재판매가격유지행위의 위법성판단기준: 대상판결 - 대법원 2010.11.25. 선고 2009두9543 판결”, 경쟁저널 163호 (2012.7).
- 이봉의, “독점규제법상 재판매가격유지행위의 성격과 규제체계에 관한 소고”, 서울대학교 법학연구소, <서울대학교 법학> 48권 4호. 2007, 237-29면.
- 이호영, “공정거래법상 재판매가격유지행위 규제의 입법적 개선 - 최저재판매가격유지행위의 위법성 판단기준을 중심으로-”, 한국비교사법학회 <비교사법> 제19권 1호, 2012, 255-307면.
- 조성국, “재판매가격유지행위의 위법성 판단기준”, 「공정거래법 판례선집」, 652-62면 (2011).
- 홍명수, “Leegin 판결이 남긴 것”, 「경제법론 III」, (2013) 경인문화사, 398-431면.
- ABA Section of Antitrust Law, *Antitrust Law and Economics of Product Distribution* (2006)
- Andrew I. Gavil, William E. Kovacic & Jonathan B. Baker, *Antitrust Law In Perspective : Cases, Concepts And Problems In Competition Policy*, (2nd ed. 2008.) Thomson West.
- E. Thomas Sullivan, Herbert Hovenkamp, Howard A. Shelanski & Christopher R. Leslie, *Antitrust Law, Policy, and Procedure: Cases, Materials, Problems*, (7th ed. 2014) LexisNexis.
- Frank H. Easterbrook, *Vertical Arrangements and The Rule of Reason*, 53 Antitrust L.J. 135 (1984).
- George P. Kyrianiades, *Should resale price maintenance be per se illegal?*, E.C.L.R. 2012, 33(8), 376-385.
- Jonathan B. Baker, *Vertical Restraints With Horizontal Consequences: Competitive Effects of “Most-Favored-Customer” Clauses*, 64 Antitrust L.J. 517 (1996).
- Lawrence A. Sullivan & Warren S. Grimes, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook* § 6.3a2, at

335 (2nd ed. 2006) Thomson West.

- Marsela Maci, *The assessment of RPM under EU competition rules: certain inconsistencies based on a non-substantive analysis*, E.C.L.R. 2014, 35(3), 103-109.
- Marina Lao, *Free Riding: An Overstated, and Unconvincing, Explanation for Resale Price Maintenance* in: *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust* (Ed. Robert Pitofsky) Oxford University Press (2008).
- Mario Velez, *The tenuous evolution of resale price maintenance*, E.C.L.R. 2011, 32(6), 297-302.
- Mart Kneepkens, *Resale Price Maintenance: Economics Call for a More Balanced Approach*, 656 European Competition Law Review, vol. 28 issue 12, 2007.
- Michael J. Lockerby, *Franchising After Leegin: A License to Fix Prices?*, 27-FALL Franchise L.J. 112 (2007).
- Michael L. Denger & Joshua Lipton, *The Rule of Reason and "Leegin Policies": The Supreme Court's Guidance*, 22-FALL Antitrust 45 (2007).
- Michael L. Fessinger, *Comment, A Century Behind? The Kansas Supreme Court Opt's Out of The Rule of Reason in O'Brien v. Leegin Creative Leather Prods., Inc. [277 P.3D 1062 (Kan. 2012)]*, 52 Washburn L.J. 323 (2013).
- Nikolaos E. Zevgolis, *Resale price maintenance (RPM) in European competition law: legal certainty versus economic theory?*, E.C.L.R. 2013, 34(1), 25-32.
- Peter De la Cruz, *Vertical restraints: US and EU policy toward manufacturer-retailer relationships*, E.C.L.R. 1997, 18(5), 292-299.
- Quentin R. Wittrock & Jeremy L. Johnson, *Can Franchisors Control Franchisee Prices?*, 28-SPG Franchise L.J. 199 (2009).
- Richard Whish & David Bailey, *Competition Law* (7th ed. 2012.) Oxford University Press.
- Theodore Voorhees, Jr., *Reasoning Through The Rule of Reason for RPM*, 28-FALL Antitrust 58 (2013).
- Yo Sop Choi, *The per se rule on minimum resale price maintenance in Korea - a time to change*, IIC 2011, 42(5), 570-597.

온라인쇼핑 현황과 전자상거래법 관련 이슈

(“2014 온라인 쇼핑 이해와 전망” 책자발간준비중 자료)

김 윤 태*

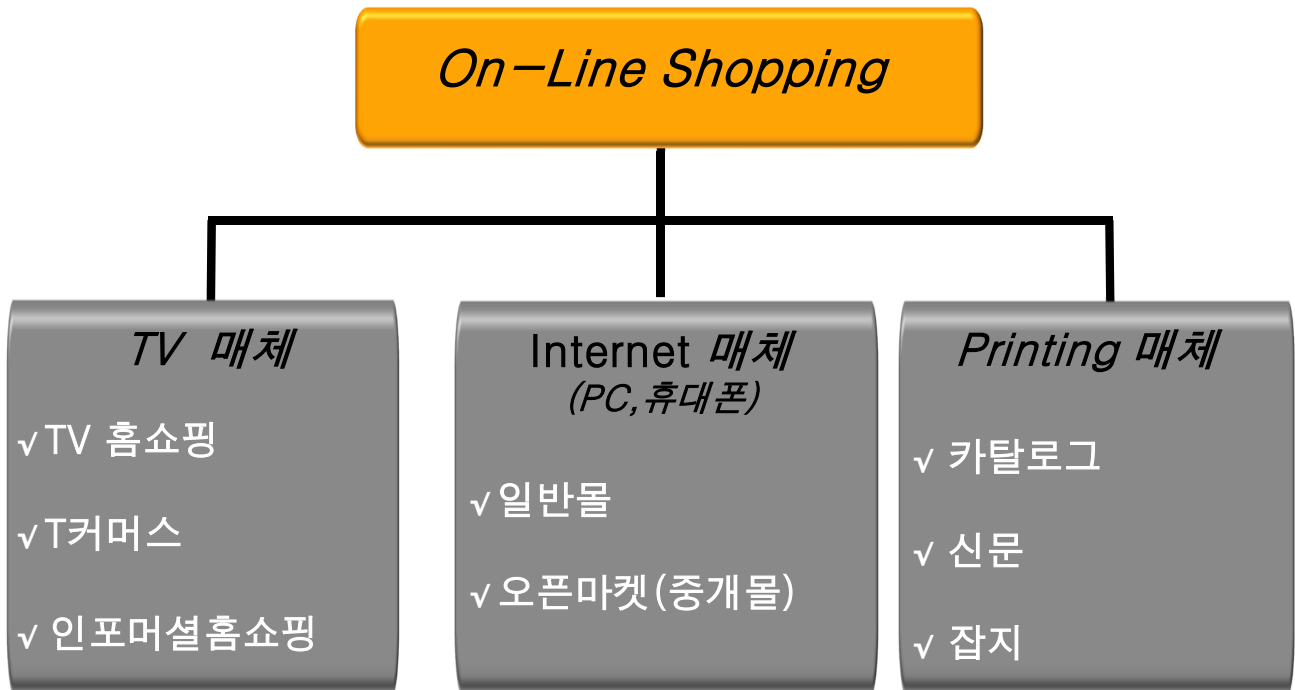
목 차

I. 국내 온라인쇼핑 역사와 소매시장 동향	43
가. 온라인쇼핑 매체별 구분	43
나. 온라인쇼핑 매체별 발전 역사	43
다. 온라인쇼핑 시장규모별 소매시장 비교	44
II. 국내 온라인 쇼핑 매체별 시장 동향	44
가. 카탈로그쇼핑	44
나. TV홈쇼핑	45
다. 인터넷쇼핑(PC + 모바일)	45
III. 국제 온라인쇼핑 동향	49
가. 한중일 온라인쇼핑 비교	49
나. 한중일 인터넷쇼핑(PC + 모바일)	50
다. 중·일 온라인 매체 시장 동향	50
라. 일본 통신판매와 소매업체별 성장 비교	51
마. 글로벌 상위 인터넷쇼핑업체 현황	51
바. 중국 인터넷쇼핑 주요기업 매출	52
IV. 국경간 거래 동향	52
가. 국내 직구 시장	52
나. 역직구 시장 동향	53
V. 전자상거래 관련법 이슈	41
가. 국경간 거래활성화와 주요 전자상거래 육성 및 규제 현황	55
나. 주요국 전자상거래법규 규제 현황	58
다. 주요국 전자상거래 정책적 특징	59

* (사)한국온라인쇼핑협회 상근부회장

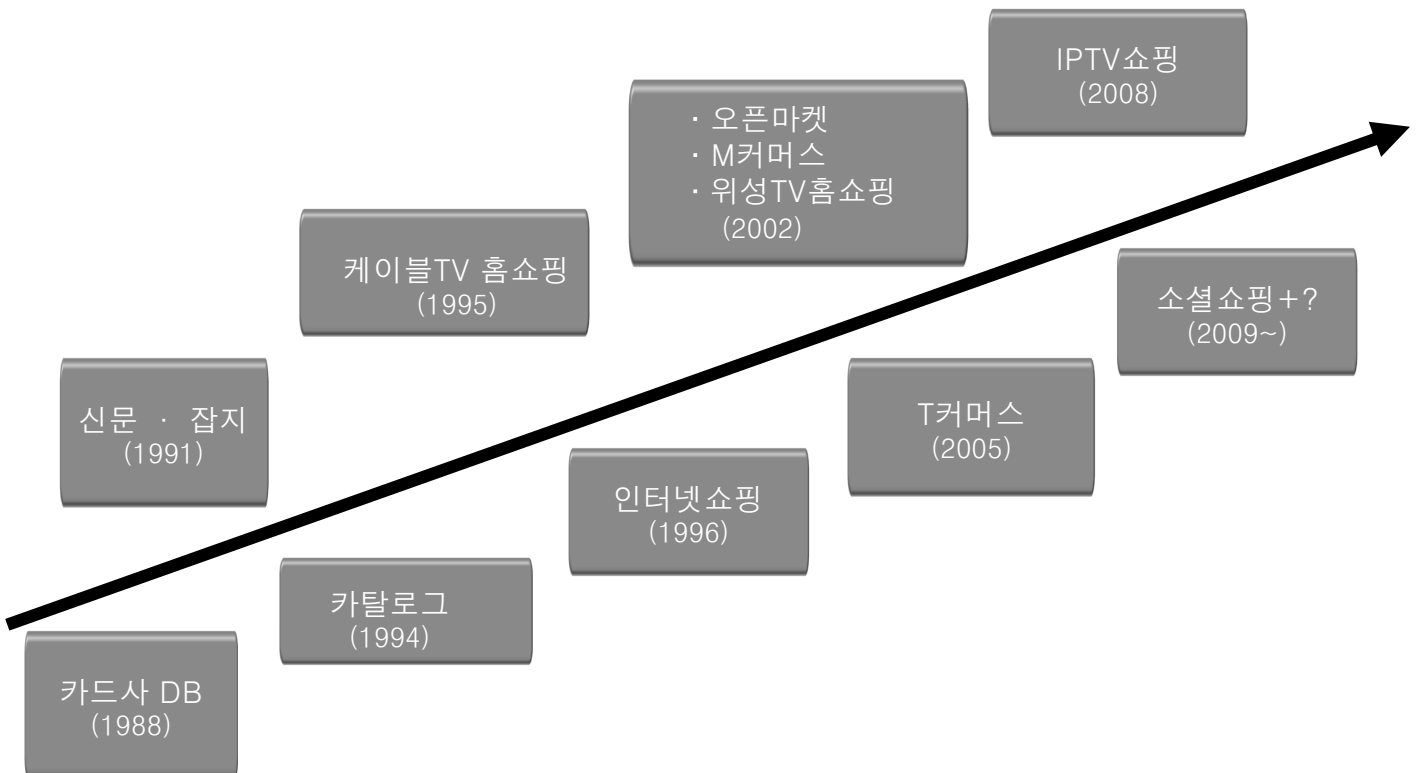
1. 온라인쇼핑 매체와 역사

가. 온라인쇼핑 매체별 구분



3

나. 온라인쇼핑 매체별 발전 역사



4

다. 온라인쇼핑 시장규모와 소매시장 비교

- ▶ 10년 대비 13년도 성장을 : 온라인쇼핑 47%, 대형마트 13%, 백화점 20%
- ▶ 13년도 소매시장점유율 : 온라인쇼핑 전체 14.0%(전년도 12.7%), 인터넷쇼핑 11.2%(전년도 10.2%)
(단위:조원)

구분	2010	2011	2012	2013(F)	출처
온라인쇼핑전체 인터넷쇼핑소계 모바일쇼핑	33.7(23%) 27.3(23%) 0.3	38.9(15%) 31.6(16%) 0.6	44.5(14%) 35.8(13%) 1.8	49.6(11%) 39.7(11%) 5.9	KOLSA 인터넷쇼핑에 모바일쇼핑 포함됨
대형마트 (점포수)	34.1(9%) (437)	37.3(9%) (446)	38.7(3%) (470)	38.6(0%) (483)	체인스토어협회
백화점 (점포수)	24.8(11%) (87)	27.6(11%) (89)	29.1(5%) (91)	29.8(3%) (91)	통계청
수퍼마켓	29.9	32.5	34.0	35.8	통계청
편의점 (점포수)	7.8 (16,937)	9.2 (21,221)	10.9 (24,559)	11.7 (24,859)	통계청
방문·다단계	10.0	10.3	11.3	11.5	직접판매협회
기타 (재래/전문/승용차)	166.4	179.7	190.9	176.5	
합계(전년비증가) /승용차,연료소매	306.7(9.6%) /76.3	335.5(9.4%) /86.0	349.4(4.1%) /89.6	353.5(1.2%) /89.6	통계청

() 전년대비 성장율임

5

2. 국내 온라인쇼핑 매체별 시장 동향

가. 카탈로그쇼핑

- ▶ TV홈쇼핑사, 우체국쇼핑, DHC 등이 사업을 진행 중이며, 2013년 4분기 홈앤쇼핑이 새롭게 시장에 진입하였음

(단위:억원)

구분	2009	2010	2011	2012	2013 F	2014 F
TV홈쇼핑계열	5,600	6,300	6,500	7,200	7,000	5,000
전문카탈로그 계열	1,700	1,400	1,200	1,000	800	600
합계 (성장율)	7,300 (12.3%)	7,700 (5.5%)	7,700 (0%)	8,200 (6.5%)	7,800 (-5%)	5,600 (-28%)

6

나. TV홈쇼핑

신용카드 발급 규제강화와 시청가구수의 증가 한계는 마이너스 요인이나 내년부터 규제완화속에 T-Commerce 쇼핑이 본격화 될 경우와 방송중간광고 허용시 20%대 내외의 성장이 예상됨

구분		2009	2010	2011	2012	2013F	2014F
매출액	케이블TV	42,500 (21%)	49,400 (16%)	54,300 (10%)	63,400 (17%)	63,400 (0%)	62,000 (-2.2%)
	위성TV	2,300	3,000	4,500	6,000	8,100	8,200
	IPTV	100 -	2,400 -	4,300 (79%)	7,500 (74%)	16,400 (119%)	19,800 (21%)
	소계	44,900 (22%)	54,800 (22%)	63,100 (15%)	76,900 (22%)	87,900 (14%)	90,000 (2.4%)
T커머스		100	600	800	900	1,600	1,800
TV홈쇼핑사 소계		45,000 (22%)	55,400 (23%)	63,900 (15%)	77,800 (22%)	89,500 (15%)	91,800 (2.5%)
인포머셜		2,000	1,400	1,400	1,400	1,300	1,200
TV홈쇼핑 총합계		47,000 (18%)	56,800 (21%)	65,300 (15%)	79,200 (21%)	90,800 (15%)	93,000 (2.4%)

7

다. 인터넷쇼핑(PC+모바일)

1) 전자상거래(인터넷쇼핑몰) 업체수 변화

(단위:업체수)

2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
147,596	171,833 (16%)	205,641 (20%)	237,730 (16%)	258,376 (9%)	300,349 (16%)	327,896 (9%)	360,279 (10%)

출처 : 공정거래위원회 전자거래과

▶ 통신판매신고업체(영업중인 업체기준 / 휴폐업 제외) 증가현황(연도말 기준)

(단위:업체수)

구분	영업중	휴업중	폐업	직권말소
서울특별시	146,803(41%)	751	83,187	35,281
부산광역시	13,988	84	6,943	4,160
대구광역시	15,915	33	6,371	2,912
인천광역시	17,349	73	5,753	2,812
경기도	87,590	1,544	36,202	21,227
기타	78,134	333	27,197	13,963
합계	360,279	2,818	65,653	80,355

출처 : 공정거래위원회 전자거래과

8

▶ **서울시 전자상거래업체 변환 추이**/(자료원 : 서울시 전자상거래센터)

전자상거래업체 동향은 2013년 경우 물건판매하는 업체수는 감소, 사이트폐쇄는 15%로 증가 모습을 보여 인터넷쇼핑이 레드오션시장으로 시장이 재편되고 있음

구분	영업중 (물건판매업체)	휴업중	사이트폐쇄 (운영중단)	광고· 홍보용	기타	합계
2005년말	15,107	1,461	12,701	2,622	3,155	35,046
2007년말	17,408	2,561	27,717	4,818	6,786	61,293
2009년말	26,164	3,151	3,085	6,987	3,618	70,005
2010년말	30,298	4,368	27,795	9,958	4,547	76,966
2011년말	30,064	5,258	30,556	11,685	5,537	83,100
2012년말	33,704	4,786	30,043	12,657	5,987	87,177
2013년말 (전년비 증가율)	32,681 (-3.0%)	3,403 (-29%)	34,434 (14.6%)	12,787	6,230 (4.1%)	89,535 (2.7%)
05년대비 8년간 증감수(율)	17,574 (116%)	1,942 (133%)	21,733 (171%)	10,165 (387%)	3,075 (97%)	54,489 (155%)

9

2) TV홈쇼핑 6사 인터넷쇼핑 시장 규모 및 전망

- ▶ 외형의 성장보다는 내실위주의 영업전개로 전체적인 불황 축소
- ▶ 모바일 쇼핑의 마케팅 집중
- ▶ 기존 오프라인 백화점과의 제휴 판매(GS:롯데백화점, CJ:현대백화점, NS:AK플라자, 홈앤:AK)에 안정화 단계

(단위:억원)

구분		2010	2011	2012	2013	2014(F)	2015(F)
GS, CJ, 롯데 현대, NS, 홈앤	PC	24,600 (35%)	32,300 (31.3%)	34,010 (5.3%)	31,736 (-6.7%)	26,980 (-15.0%)	22,000 (-18.5%)
	모바일			1,906	8,846 (364.1%)	21,000 (137.4%)	33,000 (57.1%)
	소계	24,600 (35%)	32,300 (31%)	35,916 (11.9%)	40,582 (13.0%)	47,980 (18.2%)	59,300 (14.6%)

☞ 2012년부터 홈앤쇼핑 거래액 포함

3) 백화점 상품판매 인터넷쇼핑 5사 시장 규모 및 전망

- ▶ 취급고의 성장보다는 내실에 집중하는 영업전개
- ▶ 모바일 쇼핑의 마케팅 집중
- ▶ 기존 인터넷쇼핑 Big Player 안 제휴를 통한 할로의 모색에 집중
ex) 롯데닷컴 이베이 제휴, AK 멀티 제휴 전략

(단위:억원)

구분		2010	2011	2012	2013	2014(F)	2015(F)
롯데닷컴, Hmall, 롯데i몰, AK몰, 신세계	PC	26,200 (31.0%)	32,100 (22.5%)	35,460 (10.3%)	33,711 (-4.9%)	29,700 (-11.9%)	26,000 (-12.6%)
	모바일				5,650	12,000 (112%)	21,000 (54.2%)
	소계	26,200	32,100 (22.5%)	35,460 (10.5%)	39,361 (9.6%)	41,700 (6.0%)	44,500 (6.6%)

11

4) 소셜쇼핑 3사 시장 규모 및 전망

- ▶ 취급상품 집중화 및 경쟁력 우위로 기존 주요 인터넷쇼핑몰사의 위협적인 존재로 부상
- ▶ 3사 절대강자없이 그루폰의 티켓몬스터 인수후 향후 방향과 순이익발생여부가 관심사임

구분		2010	2011	2012	2013	2014(F)	2015(F)
위메프, 쿠팡, 티몬	PC	500	10,000	12,500	17,200 (37.6%)	19,600 (14.0%)	19,000 (-3.1%)
	모바일			4,500	14,200 (215.6%)	28,500 (100.7%)	50,000 (75.4%)
	소계	500	10,000	17,000 (70.0%)	31,400 (84.7%)	48,100 (53.2%)	69,000 (43.5%)

▶ 연도별 광고선전비 지출 현황

구분	2011	2012	2013
위메프	93	38	288
쿠팡	자료없음	자료없음	자료없음
티몬	267	162	172

12

5) 오픈마켓 시장 규모 및 전망

▶ 소셜쇼핑사입의 경쟁으로 모바일사업부문을 강화하고 있음

▶ PC부문 매출이 점진적으로 감소하고 있음

(단위:억원)

구분		2010	2011	2012	2013	2014(F)	2015(F)
이베이코리아 (옥션, 지마켓), 11번가, 인터파크,	PC	123,300	134,700	145,300	143,800 (-1.03%)	132,600 (-7.8%)	120,000 (-9.5%)
	모바일			5,770	19,200 (233%)	45,000 (135%)	72,000 (60.0%)
	소계	123,300	134,700 (9.2%)	151,070 (12.1%)	163,000 (7.9%)	178,600 (9.0%)	196,620 (8.1%)

13

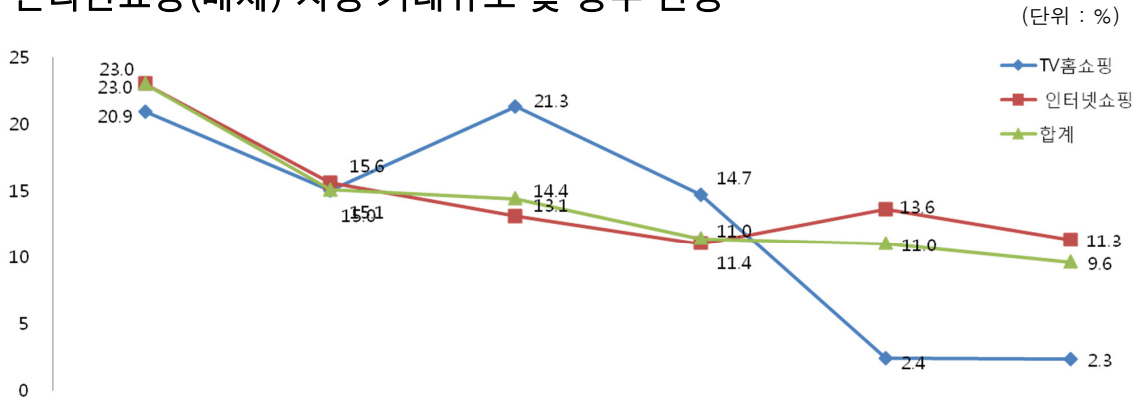
6) 인터넷쇼핑 시장 규모 및 전망 종합

(단위:억원)

구분		2010	2011	2012	2013	2014	2015	
인터넷 쇼핑	일반물	PC	149,100	180,100	192,700	192,400 -0.2%	184,900 -3.9%	
		모바일			12,300	39,670 222.5%	85,800 116.3%	140,200 63.4%
		소계	149,100	180,100 20.8%	205,000 13.8%	232,070 13.2%	270,700 16.6%	308,000 13.8%
	중개물	PC	124,600	136,200	146,900	145,300 -1.1%	133,900 -7.8%	121,000 -9.6%
		모바일			5,870	19,400 230.5%	46,300 139%	72,600 56.8%
		소계	124,600	136,200 9.30%	152,770 12.2%	164,700 7.8%	180,200 9.4%	193,600 7.4%
	합계	PC	273,700	316,300	339,600	337,700 -0.6%	318,800 -5.6%	288,900 -9.4%
		모바일			18,170	59,070 225.1%	132,100 124.0%	212,800 61.1%
		소계	273,700	316,300 15.6%	357,770 13.1%	396,770 10.9%	450,900 13.6%	501,650 11.3%

14

7) 국내 온라인쇼핑(매체) 시장 거래규모 및 향후 전망



(단위 : 억원, ()은 전년비 성장율)

구분	2010	2011	2012	2013	2014 F	2015F
TV홈쇼핑	56,800 (20.9%)	65,300 (15.0%)	79,200 (21.3%)	90,800 (15%)	93,000 (2.4%)	95,100 (2.3%)
PC쇼핑	269,400 (22.0%)	311,700 (15.7%)	339,600 (9.0%)	337,700 (-0.6%)	318,800 (-5.6%)	288,900 (-9.4%)
모바일쇼핑	3,000 (-)	6,000 (100.0%)	18,200 (201.7%)	59,100 (225%)	132,100 (124%)	212,800 (61%)
카탈로그쇼핑	7,700 (5.5%)	7,700 (-)	8,200 (6.5%)	8,200 (0%)	6,300 (-22%)	6,000 (-5.2%)
합계	336,900 (23%)	390,700 (16%)	445,200 (14%)	495,800 (11%)	550,200 (11%)	631,900 (9.6%)

15

3. 국제 온라인쇼핑 시장 동향

가. 한중일 온라인쇼핑 비교

	한국	중국	일본
소매시장3년 (11~13)	평균 4.9% 성장	14.8% 성장	평균 0.5% 성장
온라인쇼핑 점유율 (11→13)	11.5 → 14.0% (22%)	4.6 → 8.0% (74%)	6.6 → 7.8% (13%)

☞ 주요국 12년 소매점유율

* 미국 10.80%, 독일 7.2%, 영국 11.1%

구분	소매시장 성장액 / 억			온라인쇼핑 매출과 소매시장 점유율		
	2011	2012	2013	2011	2013	2013소매시장점유율
한국	335.5 (9.4%)	349.4 (4.1%)	353.5 (1.2%)	38.9 (15%)	49.5 (11%)	14.0%
중국	18.4 (17.1%)	21.0 (14.3%)	23.8 (13.0%)	0.85 (61%)	1.9 (71%)	8.0%
일본	136.7 (0.9%)	137.2 (0.3%)	141.1 (0.3%)	9.0 (10.5%)	11.0 (12.2%)	7.8%

☞ () 전년대비 성장율임

16

나. 한중일 인터넷쇼핑(PC+모바일) 비교

	한국	중국	일본
소매시장3년 (11~13)	평균 4.9% 성장	14.8% 성장	평균 0.5% 성장
온라인쇼핑 점유율(11→13)	9.4→11.2%(19%)	4.2 → 7.6%(81%)	4.1 → 5.5%(32%)

☞ 주요국 12년 소매점유율

* 미국 6.5%, 독일 5.0%, 영국 9.6% (단위 : 한국 “조원” / 중국 “조위안” / 일본 “조엔”)

구 분	소매시장 성장액 / 율			온라인쇼핑 매출과 소매시장 점유율		
	2011	2012	2013	2011	2013	2013소매시장점유율
한국	335.5 (9.4%)	349.4 (4.1%)	353.5 (1.2%)	31.6 (16%)	39.7 (11%)	11.2%
중국	18.4 (17.1%)	21.0 (14.3%)	23.8 (13.0%)	8.0 (62%)	1.8 (41%)	7.6%
일본	136.7 (0.9%)	137.2 (0.3%)	141.1 (0.3%)	5.8 (12.3%)	7.7 (12.2%)	5.5%

☞ () 전년대비 성장율임

17

다. 중,일 온라인매체별 시장 동향

- ▶ 일본 : 인쇄매체와 TV홈쇼핑의 정체와 유무선인터넷의 성장세가 두드러짐
- ▶ 중국: 유무선인터넷쇼핑의 급성장세속에 모바일쇼핑이 고속 성장함 (단위:억위안,억엔)

구 분	중 국			일 본			
	2011	2012	2013	2011	2012	2013	
카탈로그쇼핑	117	100	80	27,131	27,643	27,800	
TV홈쇼핑	411	538	682	5,700	5,572	5,600	
인터넷 쇼핑	PC	7,847 (59%)	11,979 (53%)	16,289 (36%)	51,771 (10.4%)	58,062 (12.1%)	67,145 (15.6%)
	모바일	145	674 (365%)	1,556 (131%)	5,839 (32.9%)	6,878 (17.8%)	9,555 (38.9%)
	소계	7,992 (62%)	12,653 (58%)	17,845 (41%)	57,610 (12.3%)	64,940 (12.7%)	76,700 (18.1%)
합 계	8,520 (61%)	13,291 (56%)	18,607 (40%)	90,441 (10.5%)	98,155 (8.5%)	110,100 (12.2%)	

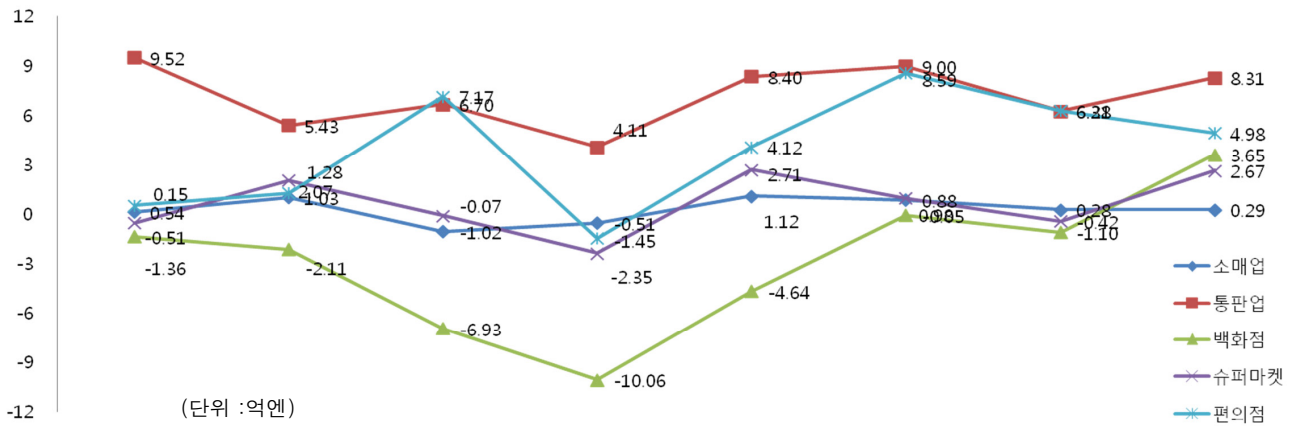
☞ 자료원 : 중국(cecc/온라인쇼핑 관련 협회), 일본(통신판매협회, 모바일협회, 경제산업성)

☞ ()은 전년대비 성장율임

18

라. 일본 통신판매와 소매업태별 성장 비교

(단위 : %)



구분	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
소매업 총액	1,347,050 (0.15%)	1,361,740 (1.03%)	1,347,840 (-1.02%)	1,340,970 (-0.51%)	1,355,640 (1.12%)	1,367,090 (0.88%)	1,371,840 (0.28%)	1,411,360 (3.0%)
통판업	36,800 (9.52%)	38,800 (5.43%)	41,100 (6.70%)	43,100 (4.11%)	46,700 (8.40%)	50,900 (9.0%)	54,100 (6.28%)	58,600 (8.32%)
백화점	86,108 (-1.36%)	84,287 (-2.11%)	78,442 (-6.93%)	70,544 (-10.0%)	67,267 (-4.64%)	67,231 (-0.05%)	66,493 (-1.1)	68,924 (3.65%)
슈퍼마켓	125,637 (-0.51%)	128,238 (2.07%)	128,147 (-0.07%)	125,131 (-2.35%)	128,518 (2.71%)	129,777 (0.98%)	129,059 (-0.42%)	132,508 (2.67%)
편의점	74,211 (0.54%)	75,161 (1.28%)	80,556 (7.17%)	79,383 (-1.45%)	82,657 (4.12%)	89,758 (8.59%)	95,423 (6.31%)	100,178 (4.98%)

19

마. 글로벌 상위 인터넷쇼핑업체 현황

	ebay tm	淘宝网	楽天	amazon.com [®]
서비스채널	Global(37Sites)	중국	일본	Global(9Sites)
서비스모델	오픈마켓	오픈마켓	오픈마켓	일반몰, 오픈마켓
거래규모('12) ('13)	754억달러(79조) 810억달러(85조)	9,000억위안(153조) 10520억위안(180조)	1조2320억엔(12.5조) 1조7340억엔(16.8조)	611억달러(64조원) 774억달러(81조원)
회원수('12) ('13)	3억4000만명 4억명	3억8000만명 5억6000만명	7000만명 8500만명	1억3000만명 2억3000만명
구매자	Global	중국	일본	Global
판매자 가입조건	해외신용카드, 이메일	중국현지계좌, 현지인보증, 메신저,이메일, 해외신용카드	일본현지법인, 입점비,광고비	미국현지법인, 미국은행계좌, 사전심사 및 각종서류
결제방법	Paypal	알리페이	신용카드	신용카드, 아마존 Gift Card

환율적용(2014.10.28), 1달러 : 1050원, 100엔 : 970원, 1위안 : 170원

20

바. 중국 인터넷쇼핑 주요기업 매출

2013년 거래액 (i-Research 및 실적발표 자료)



절대적인 강자가 존재하며, 경쟁은 (그래서 더욱) 치열하다

21

4. 국경간 거래 동향

가. 국내 직구시장

▶ 전자상거래물품 신고방법별 동향현황

직구 전체건수는 전년 동기대비 52% 증가하고, 금액은 52% 증가한 4억8천만 달러로 고속성장 모습임

(단위: 천건, 천달러)

구분	목록통관		간이신고		일반신고		합계	
	건수	금액	건수	금액	건수	금액	건수	금액
2012년	2,845	213,324	39	9,199	5,060	484,683	7,944	707,206
2013년	3,807	330,716	21	7,744	7,331	701,578	11,159	1,040,038
2014.1월~4월	1,522	134,181	6	1,835	3,439	342,755	4,967	478,771
전년대비 증감(%)	34	65	-46	-16	45	45	40	47
전년동기대비증감(%)	28	28	-25	-36	66	72	52	56

22

▶ **국가별 전자상거래 물품 수입통관 현황('14년 1월~4월)**

(단위: 천건, %)

구분	미국	중국	독일	홍콩	일본	기타	합계
건수	3,666	565	237	213	98	188	4,967
비율	74	11	5	4	2	4	100

▶ **품목별 전자상거래 물품 수입통관현황('14년 1월~4월)**

(단위 : 천건, %)

구분	의류·신발	건강식품	화장품	핸드백· 가방	완구	기타	합계
건수	1,333	670	415	390	158	2,001	4,967
비율	27	14	8	8	3	40	100

23

나) 역직구 시장 동향

1) **국내기업 역직구 규모 및 전망/(자료원 : 각사 자료)**

- ▶ 현재 이베이코리아가 규모가 가장 크며, 후발인 카페와 롯데닷컴이 고성장이 예상됨
- ▶ 현재모습에 내년부터 정부지원이 있으면 시장은 100%대로 성장할 수 있음 (단위: 억원)

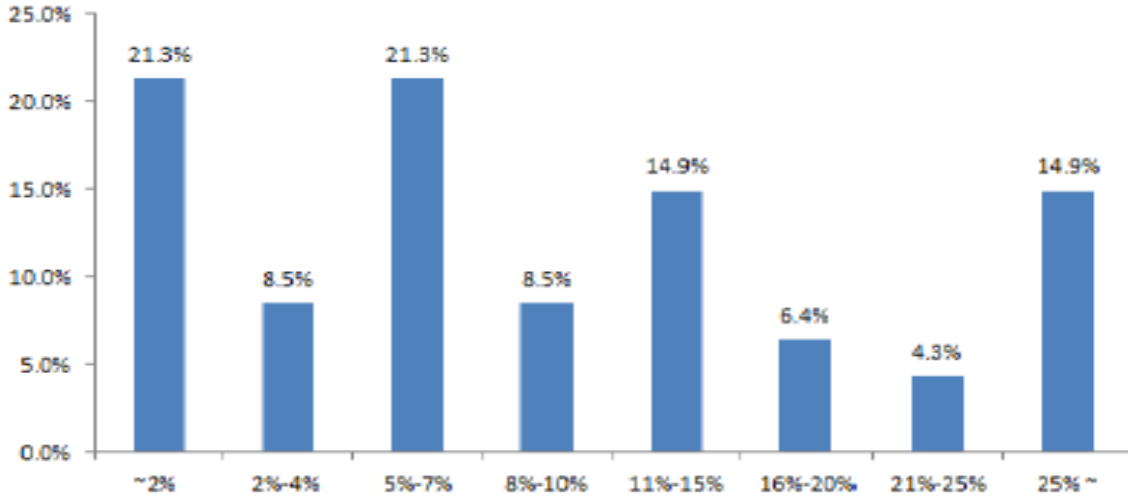
구분	2011	2012	2013	2014	비고
인터파크	1,100	1,600	2,000	2,600	
롯데닷컴			800	1,000	
이베이CBT			700	1,000	
지마켓글로벌			300	1,000	
지오시스					
카페24		10	40	100	
메이급샵		10	70	100	
11번가				20	
합계 (성장율)	1,100	1,620	3,910 (141%)	5,820 (49%)	

24

2) 미 소매기업 전자상거래 해외매출 비중/(자료원 : 롯데닷컴)

- ▶ 25% 이상 해외매출비중을 차지하는 기업이 15%가 있으며, 주 거래처는 인접국인 캐나다가 50%대를 차지하고 영국, 호주순으로 조사됨

<미 소매기업의 전자상거래 해외 매출 비중>



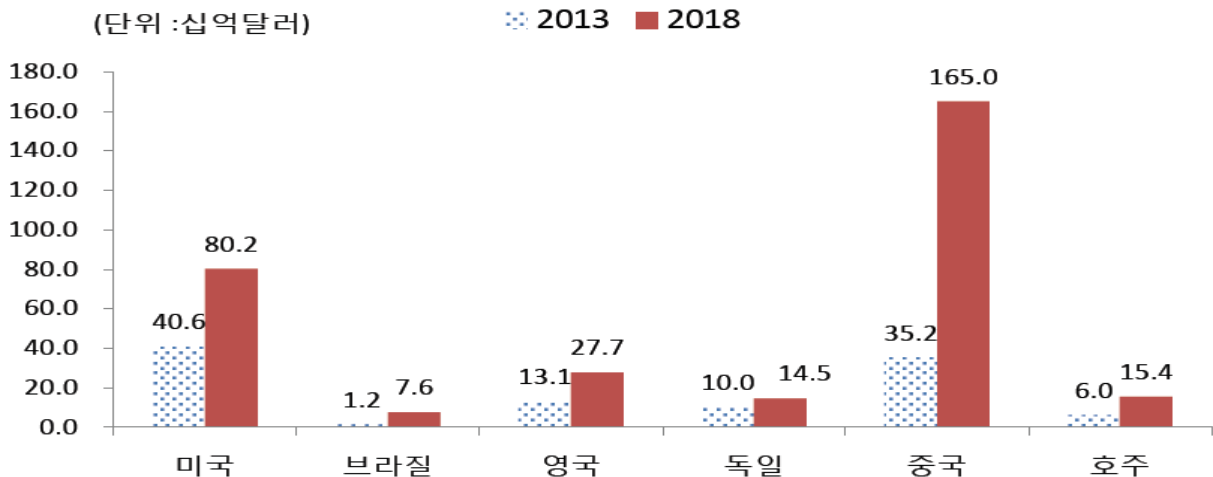
출처: Modern Spice Routes, PayPal (2013)

25

3) 주요 국가별 직구 규모 및 전망/(자료원 : 롯데닷컴)

- ▶ 주요국가 모두 5년 내 2배 이상 성장할 것으로 예상되며, 우리의 주 타킷인 중국은 4배 성장하여 1650억 달러 시장으로 추정됨

주요 국가별 해외 직구족의 소비금액 추정액



출처: Modern Spice Routes, PayPal (2013)

26

5. 전자상거래법 관련 이슈

가. 국경간 거래 활성화와 주요 전자상거래 육성 및 규제 현황

▶ 해외 전문가 육성 및 다국어 번역 등 교육 서비스 지원 필요

배경	<p>1) 현지 소비자들의 특성 및 문화, 법적 규제 대한 정보의 부족으로 사업자의 수출에 애로사항 발생.</p> <p>2) 상품 대분류(의류, 화장품 등)만 중문이 제공되어 실제 상품 상세 설명은 영어나 한글로 표시되기 때문에 영어 구사가 힘든 중국 소비자라면 사용하는 데 한계가 있음</p>
개선 과제	<p>1) 관련기관에서 우리나라 판매자들의 온라인 수출을 위한 기본적인 교육과 다양한 정보를 지속적으로 제공함으로써 온라인 수출업체를 양성</p> <p>2) 불필요한 설명은 자제하고 성분, 재질, 기능 등 가장 기본적인 소개는 전문 중국어 인력을 통해 정확한 번역을 제공하는 것이 바람직. 정부 차원에서 쇼핑 사이트 내 자동 번역 등을 지원한다면 더 나은 정보를 제공하는 데 효과를 볼 수 있을 것임</p>

27

▶ 안전상비의약품의 온라인 판매 허용

배경	<p>현재 안전상비의약품 (해열제, 소화제, 파스, 진통제, 감기약)은 연중무휴 24시간 운영하는 오프라인 매장 (예. 편의점)에서만 판매가 허용</p>
개선 과제	<p>안전상비의약품 판매자 등록요건을 완화하여 해당 오프라인 소매업 매장을 가진 판매자가 온라인을 통해 안전상비의약품을 판매하도록 한다면 도서/산간 등 의료사각지대에 대한 문제 해결,</p> <p>온/오프라인 경쟁 도입을 통한 가격인하 효과, 진열의 제약이 없는 온라인 상에서의 다양한 품목 판매 가능 등 여러 장점이 있음</p>

28

▶ 전자상거래, 무관심 표시광고 위반 규제 완화

배경	<p>인터넷 쇼핑몰에는 100~300만개에 달하는 상품정보가 전시 노출되어 있는 상황. 이러한 방대한 상품정보는 물리적으로 인터넷 쇼핑몰 사업자가 전수 검수 및 관리가 현실적으로 불가능</p>
개선 과제	<p>인터넷 쇼핑몰의 소비자 권익 보호 장치(상품정보 상이시 반품/환불 보장, 소비자 피해 보상보험 가입 등)를 고려하여, 인터넷 사업자에 대한 전자상거래소비자보호법 및 표시광고법 적용/집행을 완화해야 함</p> <p>완화 내용으로는 상품정보에 대한 표시광고 문제 발생시 (가) 인터넷 쇼핑몰 사업자의 고의/과실이 없고, (나) 소비자 피해 방지 대책(반품, 환불/협력업체 정기 교육/자율점검)을 마련하고, 실행한 경우에는 그 처벌을 유예하는 것이 필요</p>

29

▶ 전통주(酒)의 온라인 판매 확대

배경	<p>국민 건강 보호 및 세금 탈루를 이유로 등 전통주에 한해 제한적으로 인터넷 유통 허용.</p> <p>전통주의 온라인 판매처도 제조자, 우체국 등 일부판매자로 제한되어 전통주 사업의 활성화에 저해요인이 되고 있음</p>
개선 과제	<p>전통주에 대한 인터넷 판매 허용, 상시 판매하는 통신판매처가 어려운 경우 명절 전후 한시적으로 전통주에 한하여 통신판매처 확대방안을 검토해볼 필요가 있음.</p> <p>온라인 주류 판매를 허용하되 전통주 통신판매면허제 신설 및 일정규모 이상 업체만 판매를 허용하는 등의 보완책을 병행하여, 주류 관리 및 소비자 보호의 효율성을 제고하고,</p> <p>전통주는 대체로 지역 특산물과 연관이 되어 있는 경우가 많으므로 우리 농산물 이용 및 소비증대를 통한 농가 소득 기여 및 제조업체 등 고용창출과 다양한 전통주 육성이 가능</p>

30

▶ 병행수입/해외직구 활성화를 위한 규제 완화

배경	<p>최근 병행수입과 해외 상거래사이트에서의 직접구매("해외 직구")가 새로운 유통채널로 등장하여 규모가 급격하게 커지고 있음.</p> <p>그러나 방송통신기자재 (예. 전기전자용품)의 경우 전파법, 전기용품안전법 등에 따라 국내에서 적합성 평가 인증을 획득한 제품만 유통이 허용</p>
개선 과제	<p>동일제품인 경우, 기 인증완료된 제품은 심사면제(해외인증 미확보 제품 등). 이미 안전 인증된 동일 모델 제품에 대해 안전인증 심사를 면제하고</p> <p>대신, 처음 안전인증을 신청하여 비용을 부담한 업체에 이미 부담한 비용 중 일부를 분담토록 하는 것이 바람직.</p>

31

▶ 전자상거래 등에서의 상품 등의 정보에 관한 고시 규제 완화

배경	<p>해외 인터넷 쇼핑몰에는 없는 규제로 국내 사업자들에게는 시간적·비용적 부담이 존재</p> <p>상품에 대한 설명시 '출시연월(농산물), 상품 크기 및 무게(도서), 주연배우(공연)' 등 세세 항목까지 고시로 규제하여, 불필요한 정보로 인한 소비자 혼란 및 사회적 비용 낭비 우려</p>
개선 과제	<p>상품정보에 대한 문제 발생시 인터넷 쇼핑몰 사업자의 고의/과실이 없고,</p> <p>소비자 피해 방지 대책(반품·환불/협력업체 정기 교육/자율점검)을 마련해 자율적으로 실질적인 소비자 피해구제가 가능하도록 하는 것이 필요함.</p>

32

나. 주요국 전자상거래법규 규제 현황

▶ 국내 법제

- 전자상거래 등에서의 소비자 보호에 관한 법률
- 독점규제 및 공정거래에 관한 법률
- 전자금융거래법
- 전자상거래 표준약관
- 전자상거래 등에서의 상품 등의 정보제공에 관한 고시
- 전자상거래 등에서의 소비자보호 지침 등

▶ 해외 법제

- 미국
 - UETA(the Uniform Electronic Transaction Act)
 - 통신판매및전화권유판매 규칙(Mail or Telephone Order Merchandise Rule)

33

▶ 해외 법제

- EU
 - 원격계약에 관한 소비자보호지침
 - 전자상거래지침
 - 소비자권리지침
- 일본
 - 특정상거래에 관한 법률
 - 전자상거래 및 정보재 거래 등에 관한 준칙
- 중국
 - 인터넷거래관리방법
 - 인터넷거래에 관한 지도의견

34

다. 주요국 전자상거래 정책적 특징

국가	전자상거래 활성화 정책적 특징
한국	사회 기반망이 많이 존재하나, 전자상거래 법·제도가 진흥보다는 규제 쪽에 치우쳐져 있음. 과거에 비해 전자상거래 활성화 정책이 줄어들었음
중국	국민경제 정보화, IT 인프라 구축, 핵심 IT기술 확보 중심으로 자국기술역량을 키우고자 함. 동시에 항저우시의 직접적 지원을 통해서 전자상거래 산업기반을 보호하려는 시도를 함께 하고 있음
일본	IT 이용의 방해요소를 제거하고, 인간 중심의 기술을 개발하고자 함. 일본의 문화점 강점을 활용하여 전자상거래를 활성화 시키자는 '쿨재팬 전략'을 시도하고 있음
미국	시장주의 논리에 입각하여, 민간 부문은 각 사업자에게 맡겨야 함. 정부의 지원이 필요할 때에는 일관적이고 단순한 법적 지원을 해야 함
영국	소비자 보호와 중소기업 활성화를 위한 방식으로 전자상거래 국가를 만들려는 시도하고 있음
독일	기업과 국민들이 정보통신기술에 '접근성'을 높일 수 있도록 ICT 확산 인프라를 구축하고, ICT 인력을 양성하여 전자상거래 활성화를 시도하고 있음

35

THANK YOU

역지불합의에 대한 경쟁법적 평가*

나 영 숙**

목 차

I. 서론	63
1. 문제의 제기	63
2. 역지불합의에 대한 각 법역별 규제동향	64
3. 연구의 범위: 우리나라와 미국의 대법원 판결의 분석	65
II. 미국의 역지불합의에 대한 규율	66
1. 관련규제의 특성	66
2. Actavis 판결	69
III. 우리나라의 역지불합의에 대한 규율	77
1. 관련 규제의 특성	77
2. 동아제약과 GSK의 부당한 공동행위에 대한 판결	78
IV. 우리나라와 미국의 비교	86
1. 법적 판단 기준과 체계상 지위의 차이	86
(1) 미국	86
(2) 우리나라	86
2. 규제제도의 차이	87
(1) 미국	87
(2) 우리나라	87
V. 결론(맺는 말, 방향제시)	88
참고문헌	89

* 이 글은 초고로서 차후에 수정, 보완될 수 있습니다. 아울러, 이 글은 저자 개인의 견해이며, 법무법인 광장의 견해와는 무관합니다.

** 광장, 수석연구위원, 미국변호사

I. 서론

1. 문제의 제기

(1) 특허권의 보호와 경쟁의 보호의 관계

특허권의 보호와 경쟁의 보호는 일응 상충된 정책 목적이라고 생각될 수 있다. 전자는 특허권자에게 자신의 발명을 이용할 독점적 권리를 부여할 것을 요구하는 반면, 후자는 공급자나 수요자가 시장에서 독점력을 행사하는 것을 저지할 것을 요구하기 때문이다. 그러나, 보다 장기적이고 근본적인 시각에서 본다면, 양자는 모두 소비자¹⁾ 혹은 공공의 후생수준을 높이고자 하는 동일한 목적을 지향하고 있다고 할 수 있다.

경쟁법이 경쟁의 보호를 통하여 달성하려고 하는 것은, 보다 저렴한 가격, 우수한 품질, 혁신적 기능을 갖춘 상품이나 용역의 공급을 통하여 소비자의 후생수준을 높이는 것이다. 이러한 목적의 달성을 위하여 시장에서 다수 공급자간 또는 다수 수요자간의 끊임없는 경쟁을 유지하고자 한다.

한편, 특허권은, 혁신(innovation)을 통하여 일반대중의 후생수준을 제고시키고자 하는 목적을, 발명의 보호라는 수단으로 달성하고자 하는 것이라고 할 수 있다. 즉, 혁신에 성공하기까지는 상당한 물적, 정신적 노력이 투자되어야 하는데, 최초로 혁신에 성공한 자에게 일정한 금전적 보상이 주어지지 않는다면 아무도 그러한 노력에 투자할 유인이 없을 것이다. 따라서, 사회는 정책적으로 최초로 혁신에 성공한 자에게 일정한 보상(특허권의 경우는, 발명을 일정 기간 독점적으로 이용할 권리)을 보장함으로써 혁신을 장려하고, 궁극적으로는 그 혁신을 통해 일반대중 또는 소비자의 후생수준이 제고되도록 하는 것이다.

이런 관점에서 볼 때, 특허법이 특허권자에게 부여하는 독점적 권리의 보호는 경쟁법의 목적과 반드시 갈등, 긴장 관계에 있는 것이 아니고, 혁신의 보호를 통한 사회후생의 제고라는 측면에서 경쟁법의 목적과 중첩적, 보완적 관계에 있다고 할 수 있다. 따라서, 특허권자가 누리는 독점적 권리의 행사에 대한 경쟁법적 평가는, 단기간(특허존속기간)의 ‘독점성’에 초점을 맞추어 무조건 그 권리를 제한하려는 시각에서 이루어져서는 안 될 것이다. 대신에 논의의 핵심은, 특허권자의 권리의 행사가 “특허법이 보호하는 정당한 범위 내의 것인지”의 여부가 되어야 할 것이다. 여기서 특허권 행사의 “정당한 범위”를 판단하는 법적 기준의 정립의 필요성이 대두된다.

1) 경쟁 보호의 목적이 소비자 일반(광의의 소비자)의 후생을 제고하는 데에 있는지, 관련시장의 소비자(협의의 소비자)의 후생을 제고하는 데에 있는지, 즉 경쟁법의 목적이 총후생 제고에 있는지 소비자후생 제고에 있는지에 대해 견해가 나뉠 수 있을 것이다. 우리나라 경쟁법 학계와 실무계에서는 이런 구분을 아직 크게 의식하고 있지 않는 것으로 생각된다.

(2) 역지불합의와 경쟁의 보호

특허권자의 일정한 권리의 행사가 “특허법이 보호하는 정당한 범위 내의 것인지”의 여부가 문제되는 구체적 상황의 하나로, “역지불합의(reverse payment, or pay-for-delay)”가 있다. “역지불합의”란 특허권자인 신약 개발사가 자신과 특허분쟁 중인 복제약 개발사에게 일정 대가를 지불하여 특허분쟁을 종결하고 당해 복제약 개발사의 시장진입을 일정기간 지연하기로 하는 합의를 말한다. “역지불”이란 명칭은, 특허권자가 자신의 권리의 대가로 금전을 받는 것이 아니라 역방향으로 특허권자가 자신의 권리를 침해했다는 의심을 받는 자에게 금전을 지불한다는 데에 착안한 명칭이다.

이러한 양태의 합의에 대해 생각해 보건대, 신약 개발사가 경쟁업자인 복제약 개발사의 시장진입을 지연시켜 경쟁을 회피하려는 행동으로서 경쟁제한적 효과가 발생할 소지가 있어 보인다. 그러나, 다른 한편으로 특허권자의 입장에서는, 성패를 가늠하기도 힘든 특허소송을 수행하는 데에 많은 시간과 비용을 쓰기 보다 차라리 일정한 금전적 이익을 특허분쟁 상대방에게 지불하고서라도 분쟁을 조기에 종식하는 것이 경제적으로 더 이익이라고 판단하는 경우도 있을 수 있다. 그리고, 특허권자의 보호를 위해서는 그가 소송을 통하여 자신의 권리를 실현할 것인지 화해를 통하여 실현할 것인지 선택할 자유가 보장되어야 할 것으로 보인다.

즉, 역지불합의에 대해서도, 특허권자의 어디까지가 “정당한 권리행사의 범위”이며, 경쟁의 보호와의 관계에 있어 규범적 기준은 무엇인지 정립할 필요가 있다.

2. 역지불합의에 대한 각 법역별 규제동향

미국에서는, 제약산업을 규제하는 Hatch-Waxman Act가 복제약 제조자에게 제공하는 독특한 유인으로 인해, 즉 특허에 도전하는 최초의 복제약 제조자에게 일정한 요건을 구비하면 180일 간 배타적으로 복제약을 판매할 권리(Generic Exclusivity, 이하 “GE”)를 부여하기 때문에,²⁾ 역지불합의가 빈번하게 발생하고 이에 대한 논의가 활발하여 왔다. 규제 당국인 연방거래위원회(Federal Trade Commission)와 법무부(Department of Justice)는 역지불합의가 당연위법 내지 위법이 추정된다고 주장한 반면, 연방항소법원과 학설들은 위법성을 인정하는 입장과 부인하는 입장으로 나뉘어 왔고, 위법을 인정하더라도 어떠한 요건에 따라 할 것인지에 대해 다양한 논의가 있어 왔다. 그러다가 2013년 6월 17일에 이 쟁점에 대한 최초의 연방대법원 판결이 나오게 되었다. 즉, 연방대법원은 *FTC v. Actavis, Inc., et al.* 사건에 대한 판결³⁾을 통하여 역지불합의도 일정한 경우 경쟁법 위반이 될 수 있음을 명시적으로 인정하면서, 평가기준에 대한 법리를 정리하였다.

한편, 역지불합의는 최초 복제약 제조자에게 일정기간 배타적 판매권을 부여하는 미국의 독특한

2) Hatch-Waxman Act의 특징적 내용에 대해서는 후술한다.

3) *Federal Trade Commission v. Actavis, Inc., et al.* 133 S.Ct. 2223 (2013).

제도가 없는 나라들, 예컨대 EU, 일본, 우리나라 등에서는 달리 경쟁제한적인 역지불합의의 문제 소지가 상대적으로 적다고 보는 견해들도 있었다.⁴⁾ 그러나, EU에서도 복제약 제조자의 지연된 시장진입이 공중보건 의료비 지출에 미치는 피해에 관하여 집행위원회가 계속 주시하여 왔고, 2013년 7월에는 EU 집행위원회가 역지불합의에 대하여 위법하다는 결정을 내리게 되었다. 즉, EU 집행위원회는 역지불합의를 한 Lundbeck 등 9개 회사들에 대해서 EU 경쟁법을 위반했다는 판단을 내리고 이에 대해 총 1억 4천 6백만 유로의 과징금을 부과하였다. 이 결정은 EU 역사상 처음으로 내려진 역지불합의에 대한 경쟁법적 제재이며, 미국의 연방대법원 판결이 내려지고 이틀 뒤에 내려진 것이다.⁵⁾

우리나라에서도 공정거래위원회가 지적재산권의 남용으로 인한 경쟁상의 폐해에 관심을 가져오다가 2011년 12월에 우리나라 최초로 역지불합의에 대하여 시정명령 및 과징금 납부명령을 내렸다.⁶⁾ 이어 합의 당사자였던 동아제약과 GSK의 상소로 대법원에까지 이르러, 2014년 2월에 역지불합의에 대한 경쟁법적 평가에 대한 법리적 기준을 제시하는 대법원 판결이 나오게 되었다.⁷⁾

3. 연구의 범위: 우리나라와 미국의 대법원 판결의 분석

위에서 알 수 있듯이, 역지불합의는 미국과 규제환경이 다른 나라에서도 일어나고 있으며, 각국의 경쟁당국은 이것이 소비자후생에 미치는 영향에 대해 심각하게 받아들여 왔고, 최근 2~3년 사이에 미국, EU, 우리나라 경쟁당국 및 사법부가 역지불합의가 일정한 조건 하에 경쟁법 위반이 됨을 명확히 하고 있다.

이 글은 미국 연방대법원과 우리나라 대법원의 역지불합의 사건에 대한 판결을 정확히 분석하고, 양 자를 비교분석하는 것을 목적으로 한다. 우리나라 판결은 법률상 역지불합의에 대한 상세한 규제의 기준이 없는 상태에서, 제약회사들에게 행동규범으로서 중요한 지침의 의미가 있다. 아울러 미국의 판결을 이해하는 것은 우리나라 제약회사들이 미국시장에 진출하여 직접 미국법의 적용을 받을 수도 있어서 필요하기도 하지만, 더 나아가 2012. 3. 한미 FTA (Free Trade Agreement)의 발효로 우리나라 제약산업의 규제 내용이 미국과 일정부분 유사하게 변경되었고, 2015. 3.부터 추가로 변경될 예정이어서,⁸⁾ 미국에서의 역지불합의를 둘러싼 법적 논의들을 정리하고 현재 우리나라의 법적 규율과 비교하여 보는 것은 앞으로 구체적 입법과 제도의 운용방향을 제시하는 데에 매우 유용할 것으로 생각된다.

4) 이명희, 제약회사의 역지불합의 동향, 한국지식재산연구원 지식재산정책, 75-6면, 통권 제7호 (2011년 6월).

5) Foo Yun Chee, Lundbeck European Commission, June 19, 2013 (available at www.reuters.com). 결정문 자체는 아직 공개되지 않고 있다.

6) 공정거래위원회 전원회의 의결 제2011-300호 (2011. 12. 23)..

7) 대법원 2014. 2. 27 선고 2012두27794 판결 및, 2012두24498 판결.

8) 이에 대해서는 후술한다.

II. 미국의 역지불합의에 대한 규율

1. 관련규제의 특성

미국에서의 역지불합의에 대한 논의를 하기 위해서는, 미국 제약산업을 규제하는 대표적인 법인 Hatch-Waxman Act의 몇 가지 특징적 내용을 이해할 필요가 있다. 아래에 상술한다.

(1) 신약 제조자는 신약 신청(New Drug Application) 절차에 의해 식약청으로부터 시판허가를 받아야 하며, 허가를 받은 자는 해당제품의 특허를 오렌지북(Orange Book)에 등재 신청해야 한다.⁹⁾

신약 제조자는 신약을 시판하기 위해서, 연방식약청(the Federal Food and Drug Administration, FDA)에 신약신청(New Drug Application)을 제출하여 시판허가를 받아야 한다. 이 신청에 대한 심사는 통상적으로 포괄적인 범위에서 이루어지고, 시간과 비용이 많이 든다.¹⁰⁾ 그리고, 의약품의 특허를 보유한 신약 제조자는 자신의 특허를 오렌지북이라고 불리는 미국 식약청이 관리하는 특허목록에 등재하여야 한다.¹¹⁾

(2) 이와 같이 신약제조자에 대한 시판허가가 있고 난 후에는, 복제약 제조자후는 보다 간소화된 절차를 통해 시판허가를 받을 수 있다.¹²⁾

Hatch-Waxman Act는 복제약 제조자가, 이미 허가된 신약과 같은 약효성분으로 이루어졌고, 생물학적으로 동등하다는 점을 제시하는 방법으로 약식의 신약신청(Abbreviated New Drug Application, 이하 “ANDA”)을 할 수 있도록 길을 열어 주고 있다. 이처럼 Hatch-Waxman Act가 신약제조자가 시판허가를 받기 위해 들인 노력을 등에 업고 복제약 제조자에게 약식의 절차를 허용한 취지는, 생산비가 보다 저렴한(따라서, 저가의) 복제약이 보다 빨리 시장에 진입할 수 있도록 장려하기 위한 것이다.

(3) Hatch-Waxman Act는 관련 특허분쟁을 확인하고 해결하는 특별한 절차에 대해 규정하고 있다.¹³⁾

9) FTC v. Actavis, Inc., et al. 133 S. Ct. 2223, 2228. 21 U.S.C. §355(j)(2)(A)(vii). 박 실비아, 미국과 캐나다의 의약품 허가-특허 연계제도, 208면, 약제학회지 제38권 제3호 (2008년 6월).

10) FTC v. Actavis, Inc., et al. 133 S. Ct. 2223, 2228. 관련법이 요구하는 사항 중 핵심은, 안전성과 유효성에 관한 조사를 완벽히 보고할 것, 구성성분으로 사용된 품목들을 완전히 나열할 것, 약의 제조, 공정, 포장에 대해 완벽히 묘사할 것 등이다. 21 U.S.C. §355(b)(1) 참조.

11) 김현철, 한미FTA 허가-특허연계제도의 바이오의약품 적용여부에 대한 고찰, 228면, 이화여자대학교 법학논집 제 17권 제1호 (2012년 9월).

12) FTC v. Actavis, Inc., et al. 133 S. Ct. 2223, 2228.

우선, 앞서 보았듯이 Hatch-Waxman Act는 신약 제조자에게 신약신청서에 모든 관련 특허의 수와 만료일을 열거하도록 요구한다.¹⁴⁾ 그리고, 복제약 제조자에게는 약식의 신약신청서를 통해서 식약청으로 하여금 복제약이 신약의 특허를 침해하지 않는다는 점을 확인시켜 줄 것을 요구하고 있다.

복제약이 이와 같은 확신을 주는 방법에는 몇 가지가 있다. 신약제조자가 등재한 관련 특허가 없다는 점을 확인하거나, 관련 특허가 모두 만료되었다는 점을 확인하거나, 아직 만료되지 않은 특허가 모두 만료한 시점부터 시판을 허가해 줄 것을 요청하거나, 등재된 관련 특허가 “무효이거나”, 약식의 신약신청에서 설명된 약의 제조, 사용, 판매에 의해 침해되지 않을 것임을 확인하는 방법이 있다.¹⁵⁾ 이 중 마지막 방법을 택하는 길은 소위 paragraph IV 신청이라고 불리며, 자동적으로 특허 침해로 취급되며, 흔히 특허소송을 야기하게 된다.

만일, 신약제조자가 45일 이내에 침해소송을 제기하면, 식약청은 복제약 시판허가 절차를 일정 기간(대개 30 개월)정지시키고, 이 기간 동안 당사자들은 법원에서 특허의 유효성 또는 침해 여부를 다투게 된다.

만일 법원이 30개월의 정지기간 동안 결정을 내리면, 식약청은 그에 따라 시판허가 여부를 결정하게 된다. 만일 법원이 그 기간 안에 결정을 내리지 못하면, 식약청은 시판허가 절차를 계속 진행하여 복제약의 시판을 허가해 줄 수 있다.¹⁶⁾

(4) Hatch-Waxman Act는 복제약 제조자로 하여금 paragraph IV의 방법을 취하여 약식 신약신청을 하는 최초의 제조자가 되고자 하는 특별한 유인을 갖게 한다.¹⁷⁾

즉, 이와 같은 신청자는 180일의 기간 동안 배타적인 판매권리를 갖게 되며, 그 기산점은 최초로 그 복제약을 시판한 날이다.¹⁸⁾ 이 배타적 기간 동안 다른 복제약 제조자는 신약과 경쟁이 허용되지 않는다. 만일 최초로 paragraph IV에 의해 약식 신약신청을 한 제조자가 특허관련 장벽을 극복하고 복제약을 시판하게 되면, 이 180일의 배타적 권리는 매우 큰 가치로 나타나게 되며 아마도 수백만 달러의 가치가 있게 된다. 실제로 복제약 협회는 2006년에 “복제약 제조자의 잠재적 이익의 상당한 부분이 이 180일간의 배타적 기간 동안 실현된다”고 밝힌 바 있다.

13) *FTC v. Actavis, Inc., et al.* 133 S. Ct. 2223, 2228-9.

14) 21 U.S.C. §355(j)(2)(A)(vii).

15) 열거된 각각의 방법은 Paragraph I ~ IV 신청이라고 불린다. 21 U.S.C. §355(j)(2)(A)(vii)(IV). 박실리아, 앞의 글, 208면.

16) 21 U.S.C. §355(j)(5)(B)(iii).

17) *FTC v. Actavis, Inc., et al.* 133 S. Ct. 2223, 2229. Hemphill, *Paying for Delay: Pharmaceutical Patent Settlement as a Regulatory Design Problem*, 81 N.Y.U. Law Review 1553, 1579 (2006).

18) 21 U.S.C. §355(j)(5)(B)(iv).

(5) Medicare Prescription Drug Improvement and Modernization Act(이하 “MMA”)에 의한 보완¹⁹⁾

위에서 살펴본 바와 같은 내용을 골자로 하는 Hatch-Waxman Act상의 의약품 허가특허 연계제도에 대해서는, 복제약 제조자의 ANDA 신청에 대한 특허권자의 침해소송 제기의 남발 및 특허권자와 최초 복제약 제조자의 담합으로 인한 복제약의 출시 지연의 문제 등과 같은 매우 다양한 문제가 제기되었다. 이에 2003년에 Medicare Prescription Drug Improvement and Modernization Act(MMA)²⁰⁾가 제정되어 종전의 특허허가 연계제도의 문제점을 보완하기 위한 조항들이 도입되었다. 이 조항들은 구체적으로 특허 등재 범위의 명료화, 특허소송에서 후발업자의 보호, 180일 독점권에 관한 규정의 합리화, 담합 방지를 목적으로 하고 있다.²¹⁾

이 중에서 GE와 관련된 내용은 다음과 같다. 첫째, 같은 날에 복수의 복제약 제조자가 Paragraph IV ANDA를 신청한 경우에 GE를 공유하도록 한다.²²⁾ 둘째, GE가 부여된 후에 일정한 요건을 충족하지 못하는 경우에 GE의 효력을 상실할 수 있는 요건을 구체적으로 규정한다.²³⁾²⁴⁾ 셋째, GE의 시작일을 판단하는 2개의 기준²⁵⁾ 중 판결일 개시는 제외한다.²⁶⁾

이와 같은 제도 개선 내용에 따르면, 복수의 복제약 의약품 업체가 GE를 공유할 수 있게 되어, 특허권자가 복제약의 시장 진입을 막기 위해서는 GE를 가진 많은 복제약 제조자들과 역지불합의

19) 강춘원, 역지급합의에 대한 경쟁법적 규제, Innovation, Competition & Regulation Law Center 기획세미나 토론회 146-7면 (2011년).

20) Pub. L. No.108-173, 117 Stat. 2066.

21) 강춘원, 앞의 글, 146-7면. 박실리아, 앞의 글, 209-11면.

22) 21 U.S.C. §355(j)(5)(B)(iv)(I).

23) 21 U.S.C. §355(j)(5)(D)(i). □최초 ANDA 신청인이 다음 일자 중 빠른 날 이후까지 의약품을 판매하지 않은 경우(FDA 허가를 받은 날로부터 75일/지방법원 또는 항소법원에서 승소한 날, 우호적인 화해가 개시된 날, 특허의 존속기간이 만료된 날 및 특허가 포기된 날로부터 75일)

◆ 최초 ANDA 신청인이 자신의 ANDA 신청을 취하한 경우 또는 FDA가 최초 ANDA 신청이 의약품 허가요건을 충족하지 못한 것이라고 판단한 경우

◆ 최초 ANDA 신청인이 Paragraph IV 특허확인서를 철회하거나 다른 종류로 보정한 경우

◆ 최초 ANDA 신청인이 ANDA를 신청한 후 30개월 이내에 의약품 허가를 취득하지 못한 경우

◆ 최초 ANDA 신청인이 다른 ANDA 신청인, NDA 허가를 받은 자 또는 특허권자와 계약을 체결하였는데, 연방공정거래위원회(Federal Trade Commission, 이하 ‘FTC’라 한다)가 그 계약에 대하여 문제를 제기한 후, 그 계약이 경쟁법을 위반한 것이라고 최종 결정된 경우

◆ 최초 ANDA 신청인에게 180일 제네릭 의약품 독점권을 부여한 기초가 되었던 특허의 존속기간이 만료된 경우

24) 이러한 규정의 취지는 최초 ANDA 신청인이 후속하는 복제약 제조자의 시장 진입을 방해하기 위하여 그 독점기간을 지연시키는 등의 독점권의 남용을 방지하기 위한 것이다. 만약 최초 ANDA 신청인이 GE 효력 상실 요건에 해당되어 그 독점권을 상실한 경우에 그 복제약 독점권은 두 번째 ANDA 신청인에게 부여되는 것은 아니며, 그 의약품에 대해서는 복제약 독점권이 아예 없어지게 된다. 결국 FDA는 법률에서 정한 조건을 충족하는 모든 ANDA 신청에 대하여 아무런 지연기간 없이 곧 바로 복제약 허가를 내어 주게 되는 것이다{21 U.S.C. §355(j)(5)(D)(iii)}..

25) 식약청에서 허가된 복제약의 최초 상업적 판매 개시일(Commercial-Marketing Trigger, 최초 판매일 개시) 및 ANDA 신청인이 도전한 오렌지북에 등재된 특허가 무효이거나 그 특허를 침해하지 않는 것이라고 판단한 법원의 판결일(Court-Decision Trigger, 판결일 개시)을 말한다.

26) MMA 2003, §1102(b)(1).

를 하여야 하기 때문에 그러한 합의가 어려워지게 된다. 또한, GE의 효력이 상실되는 6가지 요건이 매우 다양하고 GE의 효력이 상실되면 다른 ANDA 신청자들이 복제약을 판매할 수 있기 때문에 역지불합의의 기초가 되는 GE를 유지하기가 어렵게 되었다고 할 수 있다.

그 밖에도 담합을 방지하기 위하여, 특허신약 제조자와 복제약 제조자²⁷⁾ 또는 두 개의 복제약 제조자²⁸⁾가 GE와 관련하여 계약을 체결한 경우에 계약일로부터 10일 이내에 그 계약내용을 FTC와 법무부에 제출하도록 규정하였다.²⁹⁾ 이로써, 특허권자와 GE를 가진 복제약 제조자 사이의 역지불합의에 대한 미국 경쟁당국의 감시를 강화하고자 한 것이다.³⁰⁾

2. Actavis 판결

(1) 사건의 개요³¹⁾

1) 특허분쟁의 발발과 화해(역지불합의)

1999년에 Solvay Pharmaceutical은 AndroGel이라는 약에 대해 신약신청을 했고, 2000년에 식약청의 허가를 받았다. 2003년에 Solvay는 관련 특허를 취득하고 이를 식약청에 알렸다.³²⁾

이후 같은 해인 2003년에 Actavis, Inc.가 AndroGel을 모델로 하여 약식의 신약신청을 하였다. 후에 Paddock Laboratories는 별도로 자신의 복제약에 대해 약식 신약신청을 하였다. 이 두 제조자, 즉 Actavis와 Paddock 모두 paragraph IV에 의해 신청을 하였다. 즉, Solvay의 등재된 특허가 무효이며 자신들의 복제약이 이 특허를 침해하지 않았다고 주장하였다.

또 하나의 의약품 제조자인 Par Pharmaceutical는 독자적으로 신약신청을 하지 아니하고 Paddock에 합류하여 특허소송 비용을 공동분담하고 그 대신 Paddock이 복제약 시판허가를 받을 경우 이익을 나누어 가지기로 합의하였다.

Solvay는 Actavis와 Paddock를 상대로 paragraph IV 관련하여 소를 제기하였다. 30개월 후에 식약청은 Actavis의 복제약에 대해 허가를 주었다. 그러나, 2006년에 특허소송의 모든 당사자들은 화해하기에 이르렀다.

화해의 조건을 보면, Actavis는 2015. 8. 31(이 시점은 Solvay의 특허가 만료되기 65개월 전이다)까지 복제약을 시장에 내놓지 않기로 하였다. 단, 제3자가 그보다 일찍 복제약을 시판할 경우는

27) MMA 2003, §1112(a).

28) MMA 2003, §1112(b).

29) 2004. 1. 8.부터 계약 관련서류의 제출이 의무화 되었다. Pharmaceutical Agreement Notification Filing Requirements, <http://www.ftc.gov/opa/2004/01/fyi0403.shtm> (2011. 4. 26. 최종 접속).

30) <http://www.wsgr.com/PDFSearch/silber03089.pdf> (2011. 4. 26. 최종 접속). 강춘원, 앞의 글, 190면.

31) FTC v. Actavis, Inc., et al. 133 S. Ct. 2223, 2229.

32) 앞서 살펴 보았듯이, 이는 Hatch-Waxman Act에 의해 요구되는 것이다 21 U.S.C. §355(c)(2).

예외로 하였다. Actavis는 또한 비뇨기과 전문의를 상대로 AndroGel의 판촉활동을 하기로 약정하였다. 다른 복제약 제조자들도 유사한 약정을 하였다.

그리고, Solvay는 각 복제약 제조자에게 수백만 달러를 지불하기로 하였다. Paddock에게는 1200만 달러를, Par에게는 6000만 달러를, 그리고 Actavis에게는 매년 1900~3000만 달러를 9년간 지급하기로 하였다.

각 의약품 제조자들은 이러한 금전적 지불을 복제약 제조자들이 제공하는 다른 서비스에 대한 보상에 해당하는 것이라고 하였으나, FTC는 다른 서비스의 가치가 거의 없다고 주장하였다. FTC의 주장은, 금전적 이익 지급의 진정한 목적은 복제약들이 2015년까지 AndroGel를 상대로 경쟁하지 않기로 하는 데에 대한 보상이라는 것이었다.

2) FTC의 제소와 연방법원(하급심)의 판단³³⁾

2009. 1. 29에 FTC는 위 화해의 모든 당사자들을 상대로 소를 제기하였다. FTC의 주장은 이들이 FTC법 제5조를 위반하는 합의를 하였다는 것이었다. 즉, Solvay의 독점적 이익을 분배하고, 자신의 특허 주장을 포기하고, 9년 동안 AndroGel과 경쟁하는 저비용의 복제약을 시판하지 않기로 한 합의가 경쟁법상 위법하다는 것이었다.

연방지방법원은 FTC의 주장을 기각하였고, FTC는 항소하였다. 연방항소법원은 지방법원의 판단을 인용하여 다음과 같이 판시하였다. 특허의 취득이 허위의 소송 또는 기만에 의한 것이 아니라면, 역지불합의는 그것의 반경쟁적 효과가 당해 특허의 잠재적 배타성의 범위 내에서 일어나는 한, 경쟁법 적용이 면제된다.

항소법원은 잠재적 경쟁자에게 경쟁하지 않는 대가로 금전을 지급하는 것은 경쟁법의 전형적 위반행위임을 인정하였다. 그러나, 항소법원은 특허소송에서의 역지불합의는 그러한 전형적 경우가 아니라고 보았다. 그 이유는, 당사자 중 하나가 특허권을 보유하기 때문이라고 하였다. 즉, 특허권 보유자는 타인을 시장에서 배제할 권리를 합법적으로 가지며, 따라서, 특허에 의해 경쟁에 장애를 초래할 권리가 부여된다고 보았다.

항소법원은 이어, 이 사건에서 당사자가 화해를 하지 않는다면 소송이 계속되어 나중에 법원이 당해 특허가 무효라고 결정을 내릴 수도 있다는 점을 인정하였다. 그러나, 다른 무엇보다도, 화해를 통한 분쟁의 해결을 선호하는 공공정책적 측면에서 볼 때, 법원이 당사자로 하여금 경쟁법적 책임을 회피하기 위하여 소송을 계속하도록 요구할 수는 없다고 판단하였다.

FTC는 이에 대해 상고를 신청하였고, 연방대법원이 이를 받아들였다.³⁴⁾

33) *FTC v. Actavis, Inc., et al.* 133 S. Ct. 2223, 2229-30.

34) 이전에 연방항소법원들의 역지불합의에 대한 판결은 서로 엇갈려왔다. 당연위법 원칙을 적용한 대표적인 판례로, *In re Cardizem CD Antitrust Litigation* (332 F. 3d 896, 6th Cir., 2003)이 있었고, 합리의 원칙을 적용한 대표적 판례로, *Valley Drug Company v. Geneva Pharmaceuticals, Inc.* (344 F. 3d 1294, 11th Cir., 2003)이

(2) 연방대법원의 판단³⁵⁾

1) 다수의견의 요약³⁶⁾

연방대법원의 다수의견은, “이 건 합의의 반경쟁적 효과가 특허의 잠재적 배타성 범위 내에서 일어난다는 사실을 증거로 채택하지만, 그러한 사실, 또는 특성으로 인해 당해 합의에 대해 경쟁법 적용이 면제되는 것은 아니다”라고 보았다. 즉, 다수의견은, “과연 유효한 특허권의 보유자가 무엇을 할 수 있는가 그 자체는, 경쟁법적 질문에 대한 답을 제공하지 않는다”고 보았다.

물론, Solvay의 특허권은 만일 그것이 유효하고 다른 복제약사들에 의해 침해되었다면, Solvay가 잠재적 복제약 경쟁자들에게 지불하기로 한 금액을 회복하기에 충분할 만큼 약의 가격을 높게 책정하는 것을 허용하였을 것이다. 그러나, 다수의견은, 여기서 특허권은 유효할 수도 아닐 수도 있고, 침해되었을 수도 아닐 수도 있다는 사실에 주목하였다. 즉, “유효한 특허권은 당해 공정 또는 제품의 사용에 대하여 그 보유자 이외의 자 모두를 배제할 수 있다”. 그리고, 그러한 배제적 효력에 의해 특허권 보유자는 경쟁가격보다 더 높은 가격책정을 하는 것이 허용된다. “그러나, 무효화된 특허권에 대해서는 그런 권리[권능?]가 부여되지 않는다. 그리고 유효한 특허권이라 할지라도 실제로 특허침해를 일으키지 않은 제품이나 공정을 배제할 권리는 없다.” 이 사안에서 “paragraph IV 소송은 특허권의 유효성 뿐 아니라 실제적 배제의 범위를 쟁점으로 하고 있다. 이 소송이 당사자의 합의로 종결된 것이다.”

다수의견은 또한, 이 사건에서 특허소송의 피고가 원고에게 배상을 청구할 아무런 이유도 없는 데도 불구하고, 피고가 시장에서 물러나게 하기 위하여 원고가 피고에게 수백만 달러를 지급하였는데, 이러한 형태의 화해는 통상적인 것 아니라고 보았다. 그리고 이러한 형태를 취하는 화해는 심각한 반경쟁적 효과를 일으키는 경향이 있다는 점에 주목하였다. 이것은, 특허권자가 특허침해의 혐의를 받는 자에게 이익을 제공한다는 점과 그와 함께 비경쟁합의를 한다는 점이 통상의 화해의 형태를 벗어나며,³⁷⁾ 또 합의의 결과 경쟁이 직접 제한되는 효과가 있다는 점을 지적한 것이다.

다수의견은 나아가, 위와 같은 사실에 비추어 볼 때, 역지불합의가 경쟁법상 적법한지 여부를 판단함에 있어, 당해 합의의 반경쟁적 효과를 오로지 특허법적 정책에 비추어 측량하는 특허법적 정책에만 비추어 본다면, 특허의 범위 내에서 이루어진 합의에 대해서는 경쟁법적으로 항상 허용해

있었다. 신혜은, 특허권자와 복제약 사업자의 역지불합의에 관한 연구 : 관련 미국판례와 공정거래위원회의 개정 심사지침을 중심으로, 59-64면, 산업재산권 통권 제36호 (2011년 12월).

35) 대법관 5인이 채택한 다수의견을 정리한 것이다. 3인은 반대의견을 냈다. *FTC v. Actavis, Inc., et al.* 133 S. Ct. 2223, 2226.

36) *FTC v. Actavis, Inc., et al.* 133 S. Ct. 2223, 2230-1.

37) 통상의 화해는, license agreement의 형태를 띠며, 따라서 화해의 양 당사자는 시장에서 경쟁을 지속하며, 특허 침해 혐의자가 특허권자에게 license fee로 금전적 이익을 지급하게 된다. Herbert Hovenkamp, *Antitrust and Patent Law Analysis of Pharmaceutical Reverse Payment Settlements*, pp. 1-2, available at <http://ssrn.com/abstract-1741162>. (2011).

야 하겠지만, 이것이 이치에 맞지 않다고 보았다. 즉, 특허법 뿐 아니라, 경쟁을 장려하는 경쟁법적 정책에 비추어서도 측량하는 것이 필요하다고 결론지었다.

즉, 항소법원의 견해에 따르면, 이 사건에서 유일한 쟁점은, “화해의 합의가 특허의 배타적 잠재력의 합법적 범위 내에 포섭되느냐”가 되겠으나, 연방대법원은 특허와 경쟁 정책 둘 다 관련이 있다고 판시하였다.

다수의견을 요약하자면, 역지불합의에 대해서 경쟁법 적용이 면제되지 않으며, 그 위반여부는 특허법과 경쟁법적 측면을 모두 포함하는 “이원적 고려”에 의하여 결정된다는 것이다.

2) 반대의견(항소법원의 의견과 동일)에 대한 반박³⁸⁾

다수의견은 반대의견에 대해서는 다음과 같이 반박한다. 먼저, 반대의견은 특허권자는 역지불합의와 같은 행위를 당연히 할 수 있다고 하는데, 명시적이든 암시적이든 특허법(제정법) 어디에 그러한 권리가 있는지 확인되지 않는다. 특허 정책에 따르면, 부당한 특허는 이를 말살시킴으로써 대중이 다른 필요나 정당화 사유 없이 지속적으로 예정된 독점자에게 금전적 이익을 바치지 않는 것이 타당하다. 그런데, 반대의견이 제시한 특허권의 권리의 내용은 이러한 특허 정책과 일관되지 않는다.

반대의견은, “화해시의 할인(settlement discount)”의 사례를 설명하면서 역지불합의가 결코 이례적인 형태의 화해가 아니라고 주장한다. 즉, A회사가 B회사를 상대로 특허침해소송을 제기하여 100만 달러의 손해배상을 청구한 경우에, 이들이 화해를 하여 B가 40만 달러만 배상하기로 하였다면, 결국 A는 B에게 60만 달러를 지불한 것이며, 이런 경우는 흔히 있을 수 있다는 것이다 (“settlement discount”가 일어난 경우이다). 또한, 만일 이 사안에서 B가 A를 상대로 반소(counterclaim)를 제기하였다면, A가 이 반소에 대해 화해하기 위해 B에게 금전을 지급하는 일도 있을 수 있다는 것이다.

이에 대해서, 다수의견은, A가 금전을 지급하는 형태를 띠고 있다는 이유만으로 경쟁법 위반이라고 보지는 않겠다는 것에는 동의하면서도, 만일 A가 금전을 지급하는 유일한 목적이 B가 특허분쟁을 포기하기 위한 것일 경우에 대해서 위의 사례와 동일한 시각에서 평가하는 것에 대해서는 반대한다. 즉, 위의 사례에서는 원래 손해배상액으로 일정한 청구(혹은 반소의 청구)를 하는 자가 청구액과 동등하거나 낮은 수준의 금액을 받는 경우이다. 역지불합의에서는 이와 달리, 아무런 손해배상 청구권도 없는 자가(통상적으로 paragraph IV 소송의 피고에게 해당되는 경우이다) 오로지 특허권자의 시장에서 떠나기 위해서 금전을 챙겨 나가는 경우이다. 따라서, 우리는 이 두 경우가 매우 다르다고 생각한다.

또한, Hatch-Waxman Act가 지향하는 정책을 보더라도, 특허권을 반대의견과 같이 절대적으로

38) FTC v. Actavis, Inc., et al. 133 S. Ct. 2223, 2223-4.

보호한다기 보다는, 특허의 유효성에 도전하는 규정을 구체적으로 두는 등(앞서 본 이 법의 특징들 참조) 일반적으로 친경쟁적인 태도를 두고 있다고 볼 수 있다. 그리고, 이 법에 나중에 추가된 조항에 의해, paragraph IV 신청에 의해 촉발된 특허분쟁의 당사자들은 화해를 할 경우 그 조건을 FTC와 법무부에 보고하여야 한다는 점도 이 법이 친경쟁적 태도를 취한다는 데에 케를 같이 한다.

항소법원이 반대의견을 채택한 것은, 화해에 의한 분쟁의 해결을 장려하는 일반적인 법 정책에 의해 영향을 받았다고 볼 수 있다. 즉, 항소법원이 우려한 실제적 관심사는, 역지불합의에 대한 엄격한 경쟁법적 평가가 당사자로 하여금 화해가 없었다면 경쟁에 어떤 결과가 나타났을지를 보여주 기 위해 특허의 유효성에 관한 소송을 끝까지 진행할 것을 요구하게 되는 것이다. 그런 소송은 항상 시간과 비용이 많이 들고, 복잡하다. 경쟁법적 관심사는 그러한 소송의 비용을 지불하게 할 만큼 가치가 있는 않다는 것이 항소법원의 판단인 것이다.

이에 대해, 다수의견은, 화해의 가치와 특허소송의 문제점들을 인정한다. 그럼에도 불구하고, 이와 같은 특허관련 사항들이 여기서의 결론을 좌우해서는 안되며, 경쟁법적 평가가 동시에 이루어져야 한다고 결론지었다. 그 이유로 다음과 같은 다섯 가지를 들고 있다.

3) 다섯 가지 근거³⁹⁾

다수의견은, 이 사건에서와 같이 특허의 배타적 범위 내에서 이루어지는 역지불합의에 대해서도, 경쟁법적 판단이 필요한 이유로 다음과 같이 다섯 가지를 제시하고 있다.

(가) 역지불합의는 경쟁에 부정적 효과를 나타내어 소비자에게 직접 피해를 줄 가능성이 있다.

특허권자는 독점적으로 자신의 제품을 팔 권리가 있지만, 이것은 특허소송의 결과에 따라 상실될 수도 있는 권리이다. 예를 들어, 특허권자가 독점적으로 판매하여 매년 50만 달러씩 10년간(특허존속기간) 초과이익을 누린다고 하자. 특허권자가 특허소송의 패소로 인하여 잃게 되는 이익은 500만 달러가 된다. 이 금액은 시장에 경쟁이 도입되어 소비자에게 가격인하의 형태로 돌아가게 될 것이다. 그렇다면, 결국 역지불합의에서의 지급금은 사실상 특허권자가 독점적으로 자신의 제품을 팔 권리를 매입하는 금액에 해당한다.

역지불합의에서는 화해의 조건이 특허도전자에게 시장에서 물러나게 하는 것으로서, 이것은 가격이 특허권자가 설정하는 수준에서 설정되게 하여, 잠재적으로 온전히 500만 달러라는 독점적 이익을 창출하면서 이 이익을 특허분쟁 당사자들이 나누어 가지는 결과를 낳는다. 즉, 특허권자와 이에 대한 도전자에 이익을 보고, 소비자는 손실을 본다. 사실상 복제약 제조자에게 특허권자가 역지불합의금으로 지급하는 액수는 때로는 복제약 제조자가 특허소송에서 이겨서 시장에 진입하여 올

39) FTC v. Actavis, Inc., et al. 133 S. Ct. 2223, 2234-7.

리게 될 이익보다도 더 크기도 하다.

이렇게 막대한 규모의 금전적 이익의 지급을 모든 경우에 있어서 전통적인 화해에 대한 고려만으로 정당화할 수는 없을 것이다. 오히려, 이 지급금은 특허권자가 복제약 제조자로 하여금 경쟁을 포기하고 독점적 이익을 나누어 가지도록 유도하고자 하였다는 사실을 강하게 증명하는 것일 수 있다.

이에 대해서는, 독점적 판매권을 역지급금을 주고 매입하려는 시도는 애초에 있을 수 없다는 주장이 있다. 왜냐하면, 그것은 잠재적인 특허도전자들은 무수히 많은데, 이들을 다 매수하여야만 가능한 시나리오이기 때문이다. 즉, 고액의 역지불합의 지급은 다른 잠재적 특허도전자들에게 특허권자가 특허에 대한 확신이 없다는 신호를 보내서, 다른 추가적 도전자들을 촉발시켜서 이들을 다 돈을 주고 매수한다는 것은 불가능해 질 것이라는 것이다(too many to buy off).

그러나, 이에 대해 다수의견은, Hatch-Waxman Act의 특징으로 인해 반드시 그렇지는 않다고 보고 있다. 첫째로, 이 법에 의해서 오로지 최초의 paragraph IV 신청자만이 180일의 배타적 권리를 누리고, 그 이익은 매우 상당한 것이다. 후발로 paragraph IV 신청을 하는 자들은 특허소송에서 이긴다 하더라도 예상되는 이익이 그리 크지 않다. 그리고, 신약 특허권자의 특허 무효화 내지 비침해의 판결의 이익을 다른 모든 복제약 제조자들과 나누어 가져야 한다. 따라서, 특허권자가 최초의 도전자에게 금전적 이익을 지급한다고 해서 반드시 후발 도전자들을 촉발하는 것은 아니다.

둘째, 최초의 복제약 제조자가 화해한 이후에 paragraph IV 신청을 하는 자는, 만일 신약 제조자가 소송을 제기한다면 식약청의 승인을 받기 위해서 약 30개월을 기다려야 한다. 이러한 사실도 최초 paragraph IV 신청자와 화해를 한다는 것이, 가장 도전의 유인이 크고 경쟁도입을 성사시키기에 가장 근접한 도전자 제거하는 것을 의미한다는 것을 뒷받침한다.

(나) 역지불합의의 반경쟁적 효과가 정당화되지 않는 경우가 최소한 때로는 발생한다.

역지불합의의 반경쟁적 효과를 상쇄하는 긍정적 효과가 때로는 있을 수 있다는 것을 인정한다. 예를 들어, 지급 액수가 소송비용, 다른 서비스 제공(차후 유통 및 판로 개척에 협조 등)에 대한 대가를 넘지 않는다면, 정당화될 수 있을 것이다. 이런 경우라면, 합의 당사자들은 반경쟁적 효과를 추구하거나 초래하지 않고 합의금을 지급하였을 것이다.

그러나, 마찬가지로 위와 같은 정당화 사유가 존재하지 않는 경우도 있다. 따라서, 역지불합의에 대한 경쟁법적 평가는, “합리의 원칙(rule of reason)”⁴⁰⁾에 입각하여 이루어져야 한다. 즉, 반경쟁적

40) 미국 경쟁법에서는 어떤 행위가 ‘경제제한성이 있는지’를 판단할 때 두 가지 범주로 나누어 한다. 첫째는, 기본적인 방법으로서 ‘합리의 원칙’을 적용하는 것이다. 이 원칙에 의하면, 사안의 모든 정황들, 즉 관련된 사업활동에 관한 구체적인 정보들, 문제된 행위의 역사, 본질, 효과, 그리고 (행위의 효과를 알아내기 위하여) 관련시장에서의 기업의 시장지배력과 시장구조 등의 요소를 종합적으로 고려하여 최종적으로 당해 행위가 경쟁촉진적 효과를 내는지 혹은 경제제한적 효과를 내는지를 판단해 내게 된다. 만일 두 가지 효과가 복합적으로 나타날 경우 양 효과를 비교형량하게 된다.

이에 반해 ‘당연위법’은 경쟁사업자간의 수평적 가격담합 또는 시장분할과 같은 일부 유형의 행위에 대하여서만

효과와 이에 대한 정당화 사유의 존부를 모두 종합적으로 고려하여야 한다.

(다) 역지불합의가 정당화 사유 없이 반경쟁적 피해를 줄 우려가 있는 경우라면, 특허권자가 그 피해를 실현할 힘을 가졌을 가능성이 크다.

최소한, 신약 제조자의 지급액의 크기는 그가 그런 힘, 즉 시장에서 경쟁가격 이상의 가격을 책정할 힘을 가졌다는 것을 강하게 암시한다. 보유한 특허의 중요성 자체가 그런 힘을 확인시켜 준다. 그런 힘이 없다면, 어느 제조자도 다른 제조자를 시장에 진입시키지 않게 하기 위해 그렇게 “막대한 자금”을 지불하지 않을 것이다.

(라) 경쟁법 소송은 항소법원이 생각하는 것보다는 더 행정적으로 집행 가능하다.

항소법원의 견해를 취하게 되면 경쟁법 소송에서 특허의 유효성에 관한 판단을 해야 하는 부담을 피해간다. 다수의견은, 경쟁법적 질문에 답하기 위하여 특허의 유효성을 소송상 밝히는 것이 대개는 불필요하다고 보고 있다.

막대한 액수의 역지불 자체가 대개는 특허권자가 특허소송에서 자신의 특허권의 유효성이 인정될지에 대해 상당히 회의적이라는 것을 암시한다. 이 사실은 다시, 그 경우 역지불의 목적이 경쟁가격을 초과하는 가격책정으로 독점적 이익을 취하고 이를 복제약 제조자와 나누어 가지려는 데(경쟁법이 금지하려고 하는 바로 그 반경쟁적 결과)에 있음을 암시한다.

물론, 특별히 가치가 높은 특허의 경우에는 특허소송에서 패할 아주 작은 가능성만 있어도 고액의 역지불합의에 이를 수도 있다. 그러나, 그런 사정이 있다면 설명할 수 있을 것이고, 달리 그런 특별한 사정으로 설명하지 못하는 경우라면 경쟁의 위험을 피하기 위하여 지불하였을 가능성이 높다.

즉, 달리 설명되지 않는 고액의 역지불 금액은 특허의 유효성에 대한 대리변수로 기능할 수 있기 때문에, 법원이 특허의 유효성에 대해 상세하게 조사할 필요가 없다는 것이다.

(마) 정당화 사유가 없는 고액의 역지불을 한다면 경쟁법적 책임을 질 가능성이 있다는 사실로 인해, 당사자들이 화해를 하지 않고 소송을 수행하려고 하지는 않는다.

당사자들은 역지불이 아닌 다른 방식으로 화해를 모색할 것이다. 즉, 복제품 제조자들이 특허권 만료 전에 시장에 진입할 수 있고 특허권자가 특허 도전자에게 시장진입을 지연하는 대가로 금전을 지급하지도 않는 방식으로 화해를 모색할 수 있다.

물론, 당사자들은 역지불을 포함하는 화해를 선호할 만한 이유 내지 사정이 있을 수도 있다. 그

적용되는 원칙으로서, 그 행위에 해당하기만 하면(예를 들어, 가격에 대한 경쟁자간 합의가 있었다는 사실만 인정되면) 실제로 관련된 시장의 구체적 상황에 대한 더 이상의 고려 없이 바로 경쟁제한성을 인정하는 것이다. 미국에서 당연위법의 원칙은 매우 한정된 유형의 행위에 대해서만 적용된다. 당연위법과 합리의 원칙의 의의 및 차이에 대해서는 Leegin 판결의 원문 참조. *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS Inc.*, 551 U.S. 877, pp. 885-7.

렇다면, 이와 관련된 경쟁법적 질문은 이것이다. 그 이유가 무엇인가? 만일 그 이유가 기본적으로 독점적 이익을 유지하고 나누어 가지려는 데에 있다면, 다른 정당화 사유가 없는 한, 경쟁법은 그런 합의를 금지하여야 한다는 것이 다수의견의 취지이다.

다수의견은, 위와 같이 다섯 가지로 요약된 고려사항들이 화해의 장려라는 한 가지 정책적 고려보다 더 중요하다고 보고, 판시한 것이다.

(3) 반대의견과 종합적 분석

연방대법원의 판결에서 다수의견에 대한 반대의견은, 역지불합의가 이미 특허권에 의해 부여된 독점력을 초과하는 힘을 부여하지 않는 것이라면 경쟁법을 적용하지 말아야 한다는 것이었다.

법리적으로 따져보면, 이 반대의견에 매우 타당한 면이 있다. 애초에 특허권은 경쟁법의 적용에 대한 예외로 따로 분리된 영역이다. 즉, 특허법의 핵심은 혁신을 장려하기 위하여 제한된 범위 내에서 독점을, 다시 말해 독점적 이익을 인정하는 것이다. 따라서, 특허법에 의해 부여된 권리의 범위 내에서는 경쟁법적 책임이 면제되어야 한다. 물론, 특허소송이 허위인 경우, 그리고 기만에 의하여 취득된 특허권인 경우에 대해서는 달리 판단하여야 할 것이다.

다수의견은, Solvay의 행위가 특허의 범위 내에서 일어났다는 것을 인정하면서도, 이것이 경쟁법 적용에서 면제되지 않을 수 있다는 새로운 법을 만들고 있다고 반대의견은 비판한다. 반대의견은 구체적으로 다음과 같이 다수의견을 비판한다.

첫째, 다수의견은 특허권이 유효할 수도, 무효일 수도 있는 “불확실성”이 있으므로, 화해의 합법성은 특허법 정책에 의해서가 아니라, 경쟁법 정책에 의해 판단되어야 한다고 한다.

그러나, 특허의 불확실성은 늘 있는 문제로서, 순수히 특허법적 문제일 뿐이다. 특허권자는 특허가 허락하는 한 그 범위 내에서 어떠한 경쟁법적 혐의로부터도 완전히 방어할 수 있어야 한다.

또한 다수의견은, “대규모”의 지급액이 특허권자가 가지는 유효성에 대한 확신을 알게 하는 중요한 증거라고 하지만, 이는 사실이 아니다. 특허에 대해 95%의 확신을 가졌더라도 위험기피적 또는 소송기피적 성향의 특허권자는 고액을 지급하면서 화해를 할 수 있는 것이다.

둘째, 다수의견은 선례들이 특허관련 화해에 대해서도 때로는 경쟁법 위반이 될 수 있음을 인정하였다고 하고 있다. 그러나, 이들이 인용한 판례들은 모두, 특허권자의 행위가 특허의 범위를 벗어났을 때 경쟁법이 적용되었던 사례들이다.

셋째, Hatch-Waxman Act가 복제약 제조자에게 약식의 신청절차를 허용하고, 180일의 배타적 권리를 부여하는 것이 경쟁을 촉진하기 위한 것이라는 점은 맞다. 그러나, 그 목적을 위해 모든 것을 희생하겠다는 것은 취지는 아니라고 보아야 한다. 이미 확립된 특허와 경쟁법의 관계라는 것이 있는데, 특정 조항 몇 개로부터 아주 넓은 정책을 끌어내어 이 관계를 불안정하게 하는 것은 옳지

않다.

넷째, 다수의견은, 특허권자가 특허무효의 주장에 부딪혔을 때 화해를 할 권리를 부여하는 특허법(제정법)은 존재하지 않는다고 주장한다. 그러나, 소송을 제기할 권리가 있다면, 일반적으로 소송을 화해로 해결할 권리도 있다고 보아야 한다.

이와 같이 기존에 확립된 법리인 특허법과 경쟁법의 관계에 비추어 볼 때 반대의견에 많은 타당성이 있음에도 불구하고, 다수의견이 이와 다른 결론을 내린 것은 현실적인 이유가 작용했었을 것으로 짐작된다. 즉, Hatch-Waxman Act에 의한 특허소송에 연루된 제약관련 특허가 결국 법원에서 무효이거나 침해되지 않았다고 판결을 받는 비중이 매우 높은 것으로 나타나고 있다. FTC의 한 연구에 의하면 특허권자가 패소한 비율이 73%에 이른다고 한다.⁴¹⁾

이것은 Hatch-Waxman Act에 기한 특허소송에서 특허의 유효성이 매우 불안정하다는 것이다. 따라서, 특허가 무효이거나 비침해인 것으로 판명될 가능성이 매우 높기 때문에 특허권자는 복제약 제조자와 담합을 하여 독점적 이익을 공유하려는 강한 유인이 생길 것이다. 이 때, 만일 특허가 무효이거나 비침해되었을 아주 많은 경우에 있어서, 역지불합의를 특허권의 보호라는 명목으로 인정한다면, 이것은 특허법이 특허를 보호하는 취지를 실현하지도 못하면서 특허의 독점력을 연장하는 결과를 낳게 되고 이것의 사회적 비용은 막대할 것이다.⁴²⁾

Ⅲ. 우리나라의 역지불합의에 대한 규율

1. 관련 규제의 특성

우리나라에서 특징적인 것은, 약가에 관한 강력한 규제가 있다는 것이다. 이것은 역지불합의가 경쟁에 미치는 영향을 평가할 때 중요한 변수가 된다. 이에 관해서는 아래에서 설명하는 동아제약과 GSK의 역지불합의에 관한 판결(이하 “동아제약 판결”)의 해당 부분에서 다루기로 한다.

한편, 위 사건에는 적용되지 않았지만, 2012. 3.부터 한미 FTA가 발효되면서 우리나라에도 미국과 유사하게 허가특허 연계제도가 일부 시행 중이고, 2015. 3.부터는 본격적으로 시행될 예정이며, 여기에는 일정한 요건을 갖춘 복제약 제조자에게 배타적 판매권을 부여하는 제도도 포함되어 있다.⁴³⁾

41) Herbert Hovemkamp, Antitrust and Patent Law Analysis of Pharmaceutical Reverse Payment Settlements, 6-7면 (2011). (available at <http://ssrn.com/abstract-1741162>).

42) 위의 글.

43) 이에 대해서는 후에 상술한다.

2. 동아제약과 GSK의 부당한 공동행위에 대한 판결

(1) 사건개요

1) 사실관계

GSK는 항구토작용을 하는 ‘온단세트론’의 제조방법에 관한 특허를 받아 ‘조프란’이란 상품명으로 항구토제를 판매하고 있었는데(국내 출시 시점은 1996년경), 동아제약이 GSK의 특허와 다른 제조방법으로 ‘온단세트론’을 자체 개발하였다면서 ‘온단세트론’성분을 포함하는 항구토제인 ‘온다론’을 출시하자(국내 출시 시점은 1998. 9월경), GSK는 동아제약을 상대로 특허침해금지의 소를 제기하였고, 동아제약은 GSK를 상대로 특허청에 소극적 권리범위확실�판을 청구하였다(특허분쟁의 발발과 전개 시점은 1999년이다).

그 후 GSK과 동아제약은 2000. 4. 17.에, 동아제약이 5년간 ‘온다론’의 제조판매를 중단하고 관련청구와 소를 모두 취하하기로 하는 내용의 화해계약 및 GSK가 동아제약에게 ‘조프란’의 국공립병원 판매권과 ‘발트렉스’의 독점판매권을 부여하는 내용의 공급계약을 포함하는 “이 사건 합의”를 하였다. 즉, 본건에서 “이 사건 합의”는 화해계약 및 조프란 공급계약, 발트렉스 공급계약의 세 개의 계약을 통틀어 일컫는다.⁴⁴⁾

이 사건 합의에는 동아제약이 일정한 범위에서 경쟁제품의 제조, 생산, 판매를 하지 않도록 하는 “비경쟁합의”가 포함되어 있었다. GSK는 동아제약이 자신의 특허와 다른 방법으로 온단세트론을 생산하는 것, 온단세트론과 다른 물질로서 경쟁제품을 제조, 판매하는 것, 분쟁의 대상이 되었던 특허와 무관한 발트렉스의 경쟁제품을 제조, 판매하는 것, 나아가 조프란과 발트렉스와 경쟁관계에 놓일 수 있는 동종제품의 연구개발, 제조, 생산, 판매를 제한하였다.

이 사건 합의 중 화해계약과 최초의 공급계약들은 2005. 4. 16.일에 종료하였다. 이후 각 공급계약은 서면에 의해 또는 묵시적으로 공정거래위원회(이하 “공정위”)의 심의일(2011. 10. 19)까지 갱신되어 오고 있었다. GSK의 온단세트론 관련 특허권의 만료시점은 2005. 1. 25.일이었다.

2) 공정거래위원회의 처분⁴⁵⁾

공정위는 동아제약과 GSK의 이 사건 합의가 공정거래법 제19조 제1항의 부당한 공동행위로서 제4호의 거래지역 또는 거래상대방을 제한하는 행위 및 제9호의 다른 사업자의 사업활동 또는 사업내용을 방해하거나 제한하는 행위에 해당한다고 보아 시정명령과 과징금 납부명령을 내렸다.

44) 한편, 동아제약과 GSK는 이 사건 합의 직전인 1999. 12. 17.에는 세 개의 계약의 기초가 되는 내용을 담은 의향서(Letter of Intent)를 교환하였다.

45) 공정거래위원회 전원회의 의결 제2011-300호 (2011. 12. 23).

시정명령의 내용은 위 합의당사자들이 조프란 및 발트렉스 각각에 대하여 한 비경쟁합의를 금지하는 것으로서, 구체적으로 “특허를 보유한 특정 신약의 복제약 출시와 관련하여, 특정 신약의 제약사가 복제약 제약사에게 상당한 수준의 경제적 이익을 제공하면서 그 복제약 제약사가 기출시한 당해 복제약의 생산·판매를 중단하기로 서로 합의하고 아울러 당해 특정 신약과 약리유효성분이 동일한 복제약 뿐만 아니라 그와 경쟁할 수 있는 모든 성분의 복제약 및 더 나아가 당해 특정 신약의 특허와는 관련 없는 다른 신약의 복제약 내지는 경쟁제품까지 개발, 생산, 판매, 취급하지 못하도록 합의함으로써 특허권의 정당한 행사범위를 초과하여 당해 특허 신약 및 복제약 등과 관련된 시장에서 부당하게 경쟁을 제한하는 행위를 다시 하여서는 아니된다.”는 것이었다.

한편, 과징금 산정시 관련매출액에는 조프란과 발트렉스 각각의 매출액이 합산되었다.

3) 법원의 판단⁴⁶⁾

동아제약과 GSK는 위와 같은 공정위의 처분에 불복하여 시정명령 및 과징금 납부명령의 취소를 구하는 소를 제기하였고, 이에 대해 각각 서울고법 제6행정부와 제7행정부의 판결을 받게 되었다. GSK의 사건을 맡은 제7행정부는 원고의 청구를 모두 기각한 반면, 동아제약의 사건을 맡은 제6행정부는 발트렉스 부분에 대한 시정명령과 과징금 납부명령 전체를 취소하는 판결을 내렸다. 과징금에 대해서는 관련매출액에 발트렉스 매출액을 포함시킨 점이 위법하다고 판시하였다.

대법원은 적법한 시정명령의 범위와 관련매출액의 범위에 대해 서울고법 제6행정부와 같은 결론을 내렸다.

(2) 대법원의 주요 판시사항⁴⁷⁾

미국 연방대법원의 판결은 역지불합의에 대해 사실상 경쟁법 적용면제를 인정하지 않고 바로 경쟁법을 적용하되, 합리의 원칙에 의하여 판단하도록 하는 것이었다. 반면에 우리나라 대법원 판결은 두 단계로 판단을 나누어 하고 있다. 먼저 역지불합의에 대한 경쟁법 적용면제 여부를 판단하고, 적용이 가하다고 판단되면 다음 단계로 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 “공정거래법”) 제19조 제1항에 따라 “부당하게 경쟁을 제한하는지 여부”를 검토하였다. 이하에서 두 단계 판단에 대한 판시사항에 대해 살펴본다.

1) 특허권의 행사와 경쟁법의 적용범위

공정거래법 제59조는, “특허권의 정당한 행사라고 인정되는 행위에 대하여는 공정거래법은 적용

46) 서울고등법원 2012. 10. 31. 선고 2012누3035 판결, 서울고등법원 2012. 10. 11. 선고 2012누3028 판결, 대법원 2014. 2. 27 선고 2012두27794 판결 및 2012두24498 판결.

47) 대법원 2014. 2. 27 선고 2012두27794 판결 및, 2012두24498 판결.

되지 아니한다.”고 규정하고 있는데, 신약인 조프란의 특허권자로서 이 사건 합의 당사자였던 GSK는 역지불합의에 해당하는 이 사건 합의가 위 규정에 따라 공정거래법의 적용이 면제되는 행위에 해당한다고 주장하였다.

즉, 특허침해소송 등 특허분쟁이 있을 때에 특허권자는 소송을 통하여 자신의 권리를 확인하고 행사할 수도 있지만, 화해를 통하여 분쟁을 종결하고 자신의 권리를 행사할 수도 있다고 주장하였다. 이에 의하면, 이 사건 합의는 GSK가 보유한 온단세트론 관련 제법 특허에 관한 동아제약과의 분쟁을 화해로서 종결한 것에 불과한 것이다.

여기에서, 특허신약 제조자와 복제약 제조자 사이에 특허분쟁이 일어났을 때, 이들이 화해로 분쟁을 종결하면서 일정한 경제적 이익과의 교환 하에 비경쟁합의를 하였다면, 이를 정당한 특허권의 행사의 한 양태로 보아야 할 것인지, 아니면 경쟁법을 적용하여 경쟁제한성 여부를 따져 보아야 할 것인지가 문제가 되었다. 이 사건 합의가 공정거래법 제59조가 규정하는 “특허권의 정당한 행사”인지 여부를 판단하는 기준, 그에 따른 경쟁법 적용면제의 범위가 쟁점이 되었다.

(가) 법리

위와 같은 쟁점에 대해서, 대법원은 우선 “특허권의 행사와 경쟁법의 적용범위”라는 보다 일반적인 주제로서 접근하여, 다음과 같이 기본적인 판단원칙을 세웠다.

즉 대법원은, “공정거래법 제59조는 “이 법의 규정은 저작권법, 특허법, 실용신안법, 디자인보호법 또는 상표법에 의한 권리를 정당한 행사라고 인정되는 행위에 대하여는 적용하지 아니한다”고 규정하고 있으므로, ‘특허권의 정당한 행사라고 인정되지 아니하는 행위’에 대하여는 공정거래법이 적용되고, 이는 ‘정당한’이란 표현이 없던 구[독점규제 및 공정거래에 관한 법률](2007.8.3.법률 제 8631호로 개정되기 전의 것)제 59조의 경우도 마찬가지다.”라고 전제한 뒤, “ ‘특허권의 정당한 행사라고 인정되지 아니하는 행위’란 행위의 외형상 특허권의 행사로 보이더라도 그 실질이 특허제도 취지를 벗어나 제도의 본질적 목적에 반하는 경우를 의미하고, 여기에 해당하는지는 특허법의 목적과 취지, 당해 특허권의 내용과 아울러 당해 행위가 공정하고 자유로운 경쟁에 미치는 영향 등 제반 사정을 함께 고려하여 판단하여야 한다.”고 판시하였다.

이를 분석해 보면, 경쟁법 적용면제의 범위를 결정하는 특허권 행사의 “정당성” 여부는 구체적인 경우의 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하며, 여기에서 특허법과 관련하여서는, 특허법의 취지와 당해 특허권의 내용에 비추어서 “당해 행위의 실질”이 특허권의 행사인지 여부를 묻고, 경쟁법과 관련하여서는 “당해 행위가 경쟁에 미치는 영향”을 고려한다는 취지로 해석된다. 즉, 특허권 행사의 정당성이라고 해서 특허법적 원리만을 고려하는 것이 아니라 경쟁법 관련 사항도 고려하는 “이원적 분석구조”를 취하고 있다.⁴⁸⁾

48) 이것은, 미국 Actavis 판결에서 다수의견이 역지불합의에 대해 합리의 원칙을 적용하면서, 이원적으로 특허법과 경쟁법 관련 사항을 함께 고려하였던 것과 유사하다고 할 수 있다. 그러나, 미국의 경우는 직접적으로 경쟁제한

위와 같은 일반원칙을 전제한 이후에 대법원은 이어서 보다 구체적으로 이른바 “역지불합의와 경쟁법의 적용”에 대해서도 법리를 실시하였다. 즉, “(따라서) 의약품의 특허권자가 자신의 특허권을 침해할 가능성이 있는 의약품의 제조, 판매를 시도하면서 그 특허의 효력이나 권리범위를 다투는 자에게 그 행위를 포기 또는 연기하는 대가로 일정한 경제적 이익을 제공하기로 하고 특허 관련 분쟁을 종결하는 합의를 한 경우, 그 합의가 ‘특허권의 정당한 행사라고 인정되지 아니하는 행위’에 해당하는지는 특허권자가 그 합의를 통하여 자신의 독점적 이익의 일부를 상대방에게 제공하는 대신 자신의 독점적 지위를 유지함으로써 공정하고 자유로운 경쟁에 영향을 미치는지에 따라 개별적으로 판단하여야 하고, 이를 위하여는 합의의 경위와 내용, 합의의 대상이 된 기간, 합의에서 대가로 제공하기로 한 경제적 이익의 규모, 특허분쟁에 관련된 비용이나 예상이익, 그 밖에 합의에서 정한 대가를 정당화할 수 있는 사유의 유무 등을 종합적으로 고려하여야 한다.”고 판시하였다.

즉, “역지불합의”에 대해서 자동적으로 경쟁법의 적용이 면제되거나, 반대로 무조건 경쟁법의 적용대상이 되는 것이 아니라, 개별사안 별로 특허권 행사의 “정당성” 여부를 가려서 그에 따라 경쟁법 적용여부를 결정하겠다는 취지이다. 그리고, 그러한 개별적 판단에서 고려할 요소로는, “경쟁에 미치는 영향”과 함께 “합의의 경위와 내용, 합의의 대상이 된 기간, 합의에서 대가로 제공하기로 한 경제적 이익의 규모, 특허분쟁에 관련된 비용이나 예상이익, 그 밖에 합의에서 정한 대가를 정당화할 수 있는 사유의 유무 등”을 예시하였다.

즉, 여기서도 대법원은 이원적 분석을 채택하여, 특허법 관련 사항과 경쟁법 관련 사항을 함께 고려하여 적용면제 여부를 정하였다. 첫째로 특허 관련하여서는, 과연 그 행위가 진정으로 특허분쟁을 화해를 통하여 해결하고자 하는 의도로서 행하여진 것이라고 객관적으로 인정될 수 있는지 (“객관화된 의도”)를 판단하기 위한 요소들로서, 합의기간이나 비경쟁 요구대상이 특허의 범위를 초과하였는지,⁴⁹⁾ 특허소송 비용과 역지급금 사이에 균형관계가 있는지 등을 살폈고, 둘째로 경쟁법 관련하여서는, 그 행위가 가격경쟁에 어떤 영향을 미쳤는지를 판단하기 위한 요소들로서 관련 약가 제도와의 관계 등을 살펴보았다.

(나) 본 사안에의 적용

위와 같은 법리를 기초로 하여, 대법원은 이 사안에 대하여 위의 요소에 대한 판단을 종합하여 이 사건 합의는 공정거래법의 적용대상이 된다고 판시하였다. 즉, 합의 기간이 특허 존속기간을 초과하는 점, 비경쟁을 요구한 대상이 특허의 범위를 넘어서는 점, 예상되는 특허소송 비용이 통상적 수준이며 이에 비해 역지급금의 액수가 과다한 점, 조프란의 약가의 인하의 가능성이 줄어든 점 등

성 여부에 대한 판단에 대해 이원적 구조를 취한 것인 반면, 우리나라 판결에서는 경쟁법 적용 면제의 범위에 대해 이원적 구조를 적용한 것이다.

49) 합의 내용이 기간이나 비경쟁 대상의 측면에서 특허의 잠재적 배타적 효력 범위 내인지 여부는 정당성 판단의 고려요소의 하나일 뿐임을 알 수 있다. 즉, 특허의 배타적 범위 내의 합의라고 해서 바로 정당한 특허권의 행사라고 보지 아니하고, 다른 정황을 고려하여 정당성 평가를 받도록 하였다. 미국 판결과 유사한 태도라고 할 수 있다.

을 들어, 이 사건 합의는 특허권의 정당한 행사라고 인정되지 아니하는 행위'에 해당하여 공정거래법의 적용대상이 된다고 할 것이다.”고 결론을 내렸다.

2) 부당한 경쟁제한성의 개념과 판단기준

미국의 Actavis 판결에서 경쟁법상 위법성 판단에서는 합리의 원칙에 의해 “경쟁제한성이 있는지 여부”를 묻는다. 즉, 반경쟁 효과와 그에 대한 정당화 사유의 존부 및 정도를 종합적으로 고려하여 “경쟁제한성” 여부를 판단한다. 반면에, 우리나라 공정거래법 제19조 제1항에서 부당한 공동행위에 대한 위법성 판단은 “부당하게 경쟁을 제한하는지 여부”를 기준으로 한다. 그리고, 이 판단은 두 단계로 이루어지는데, 먼저 “경쟁제한성(경쟁의 실질적 제한성)”이 있는지를 결정하고, 이것이 긍정될 때 한하여 “부당성”에 대한 판단을 하게 된다.

아래에서는, 이 사건 합의 중 조프란 부분에 대한 합의가 부당하게 경쟁을 제한하는 행위인지 여부에 대한 대법원의 판시를 살펴본다.

(가) 경쟁제한성

A. 법리

미국에서는 비경쟁합의 또는 시장분할의 합의는 바로 경쟁제한성이 인정된다. 다른 친경쟁적 효과가 동시에 발생하여 서로 상쇄되어 행위가 정당화되는지는 차후에 판단할 문제이다.

반면에, 한국법에서는 비경쟁합의 또는 시장분할의 합의라고 해서 바로 경쟁제한성이 인정되지는 않는다. 경쟁이 “실질적으로” 제한되어야 비로소 경쟁제한성이 인정된다. 여기서, “실질적으로”의 의미는 양적인 개념으로 이해되어 일정한 관련시장에서 시장전반에 영향을 미칠 정도에 이르는 것으로 이해되고 있다. 판례는 이를 직접적으로 표현한 바는 없으나, 간접적으로는 확고하게 판시한 바 있다. 즉, 2012년 LEXUS, BMW 사건에서 대법원은, 달리 친경쟁적 효과를 수반하지 않는 가격 등에 관한 수평적 담합에 대해서도 최소한 담합 당사자 사이의 경쟁은 소멸하였으니 시장의 경쟁도 감소한 것으로 볼 수 있다는 논리를 받아들일 수 없다는 점을 명확히 하였다. 대법원은 이런 경우에도 정확하게 관련시장을 확정하고, 당해 행위로 인하여 당해 관련시장에서 경쟁이 실질적으로 제한되는지를(즉, 시장전반적으로 가격 등에 영향을 미치는지를) 구체적으로 입증하여야 한다고 판시하였다.⁵⁰⁾

따라서, 시장점유율이 미미한 사업자간 비경쟁합의는 경쟁제한성이 부인되고,⁵¹⁾ 이런 경우에는 당연히 다음 단계의 분석인 정당화 요소 존부의 판단이 불필요하다.

50) 대법원 2012. 4. 26. 선고 2010두11757 판결, 대법원 2012. 4. 26. 선고 2010두18703 판결.

51) 따라서, 가격담합 등의 행위를 한 자에 대해서도 부당한 공동행위의 성립을 논하려면, 그가 시장에 영향을 미칠 만한 점유율을 보유하고있는지가 중요한 관건이 된다. 부당한 공동행위에 대해 마치 형사법상의 신분법에 유사한 해석을 하는 결과가 된다.

한편, 역지불합의에서와 같이 복제약 제조자의 시장진입을 포기하는 합의가 시장의 경쟁에 영향을 미쳤는지를 판단함에 있어서는, 신약 및 복제약에 대한 약가 규제제도와의 관계에서 시장의 약가에 어떤 영향을 미쳤는지를 파악해야 한다. 이에 대해서는 후술한다.

B. 본 사안에의 적용

대법원은 세 가지 근거에 기해, 이 사건 합의 중 조프란 부분에 대해서 경쟁제한성을 인정하였다. 경쟁제한성 판단의 대상이 되는 조프란 부분의 관련시장의 획정에 대해서는, ATC(Anatomical Therapeutic Chemical) 분류⁵²⁾의 세분화 정도의 차이에 따라 ‘온단세트론을 약리유효성분으로 하는 항구토제 시장(5단계 분류시장)’으로 볼 것인지, 아니면 이보다 넓은 ‘세로토닌 길항체 항구토제 시장(4단계 분류시장)’으로 볼 것인지 하는 점이 고법에서 다투어졌고, 아울러 공정위 처분시 관련시장을 명확히 하지 않고 양 시장을 중첩적으로 판단한 점⁵³⁾이 위법하다는 주장도 제기되었다. 그러나, 대법원은 두 가지 시장 모두에서 이 사건 합의의 경쟁제한성이 인정된다는 점 등을 들어서 공정위의 관련상품시장 획정에 위법이 없다는 취지로 판단한 원심 판결을 인용하였고, 관련시장이 4단계 시장인지 5단계 시장인지에 대한 최종적 판단은 하지 않았다.

조프란 부분에 대한 경쟁제한성을 인정함에 있어 대법원이 고려한 사정들을 판결문 형식에 따라 ① ② ③으로 나누어 소개하고 각각에 대해 분석해 본다.

① “‘조프란’의 온단세트론 성분 항구토제 시장에서의 점유율은 이 사건 합의가 이루어진 1999년에 99.8%였다가 2004년에 88.3%에 이르렀고, 세로토닌 길항체 항구토제 시장에서의 점유율은 1999년 48.5%였다가 2009년 14.1%에 이르렀다.”

② “이 사건 합의 중 ‘조프란’과 그 복제약에 관한 부분은 국내에 이미 판매되고 있던 온단세트론 성분 항구토제인 동아제약의 ‘온다론’의 생산, 판매를 중단하고, 향후 ‘조프란’과 동일 또는 유사한 성분을 가진 약품의 개발, 생산, 판매 등을 하지 못하게 하는 것이었다. 이로써 GSK의 독점적 지위를 장기간 유지시키는 결과를 가져올 수 있게 되었다.”

먼저, ①과 ②를 함께 살펴보기로 한다. 여기에 인용된 조프란의 시장점유율의 변화를 좀 더 자세히 소개하면 아래 표와 같다.

52) ATC 분류체계란 세계보건기구가 의약품을 신체 장기 또는 구조에 영향을 주는 효능 및 효과, 작용기전, 화학구조 및 성분 등에 따라 분류한, 국제적인 의약품 분류코드이다. 공정거래위원회 의결 제2011-300호, 23면 (2011. 12. 23).

53) 공정위는 이 사건에 대한 처분에서 관련시장을 1차적으로는 4단계 분류시장으로 획정하되, 경쟁제한성 판단을 위해서는 5단계 분류시장에 대해서도 함께 분석한다고 하였다. 공정거래위원회 의결 제2011-300호, 60-1면 (2011. 12. 23).

<표 1> 조프란의 시장점유, 국내 온단세트론 성분 포함 항구토제 시장 (5단계 시장), 1999년 ~ 2004년

구분	1999	2000	2001	2002	2003	2004
시장점유율(%)	99.8	99.9	99.8	99.7	97.8	88.3

출처: 공정위 의결서 66면, GSK 제출자료

<표 2> 조프란의 시장점유율, 국내 세로토닌 길항체 항구토제 시장(4단계 시장), 1999년 ~ 2009년

연도	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
시장점유율(%)	48.5	47.5	47.7	47.5	46.2	41.1	32.9	27.7	24.2	19.5	14.1

출처: 동아제약 사건 고법 판결문 6면

그런데, 위 표 1, 2에 의할 때 조프란의 “독점적 지위”가 유지되었다고 말할 수 있는 것은 5단계 시장에 대해서만이다. 4단계 시장에서는 합의 시점인 2000년에도 카이트릴이라는 제품이 42.7%로서 조프란과 거의 비슷한 점유율을 보이고 있었고, 판결이 인용한 2009년 조프란의 점유율은 14.1%에 불과하여 이를 독점적 지위라고 할 수 있는지 의문이다.

또한, 5단계 시장에서도 과연 조프란의 독점적 지위의 유지가 동아제약의 온다론 퇴출로 인한 것인지, 즉 합의와 경쟁제한성과의 인과관계의 판단에 명확하지 않은 점이 있다. 온다론의 경우 1999년에 0.2%의 점유에 그쳐서 향후 점유율이 크게 증가할지 불투명하다고 볼 수 있다. 즉, 일반적으로 복제약이 출시되었다고 해서 가격경쟁력에 의해 바로 신약을 전부 대체할 수 있는 것은 아니며, 의약품의 특성상 복제약이 시장의 수요자에게 안전성과 효능의 면에서 신뢰를 얻어야 점유율을 지속적으로 확대할 수 있는 것이다. 따라서, 실패한 복제약의 경우 가격경쟁력에도 불구하고 점유율을 확대하지 못하고 오히려 신약에 밀려 시장에서 퇴출하기도 한다.⁵⁴⁾

요컨대, 복제약의 성패에 대한 전망이 불확실한 상태에서 합의로 인한 경쟁의 실질적 제한의 초래 여부를 평가하는 것은 법적 기준으로서 명확성을 유지하기가 어렵다고 생각된다. 이것은 비경쟁 합의 자체로 경쟁제한성을 인정하는 미국에서는 일어나지 않는 문제로 이 점에 대해서는 우리 법제가 경쟁제한성의 판단의 기준에 대해 보완할 필요성이 있다고 본다.

다음으로 셋째 이유에 대해 살펴본다.

① ”경쟁제품인 동아제약의 ‘온다론’ 출시에 따라 원고들의 ‘조프란’ 약가가 인하된 적이 있고, 보험의약품의 기준약가 결정이 국민건강보험공단의 주도 아래 이루어지는 현행 제도에서 의약품에 관한 특허권을 가진 제약사라도 독자적으로 의약품의 가격을 결정할 수는 없지만, 보험의약품의 기준약가 결정기준에 의하면 건강보험에 등재되는 복제약의 증가에 따라 신약뿐만 아니라 기존의 등재된 복제약의 가격도 체감하도록 되어 있어서 복제약의 수가 늘어남에 따라 의약품의 가격도 낮

54) 이 사안에서는 5단계 시장에서 온다론 뿐 아니라, 유한양행, 한미약품, 보령제약 등 유력한 제약사들에 의해 다수의 복제약이 출시되었음에도 불구하고, 이들의 출시 1~2년 사이의 점유율이 0.1% ~ 6.6%에 불과하여 시장에서 크게 성과를 거두지 못한 경우로 보인다.

아질 가능성이 높다.”⁵⁵⁾

이 부분을 제대로 이해하기 위해서는 기준약가 결정과 관련된 제도에 대한 이해가 필요하다. 보험의약품의 기준약가는 “신의료기술 등의 결정 및 조정기준”이라는 보건복지부 고시에 의해 결정된다. 이에 의하면, 2001년 11월 이전에는 복제약의 약가가 신약 의약품 약가의 90%였으나 그 이후에는 80%수준에서 결정되었다. 2006년 12월 약제비 적정화 방안 시행 이후에는, 복제약의 약가는 신약 의약품 약가의 68%수준에서 결정되고, 신약 의약품 약가는 복제약이 출시될 경우 기존 약가의 80% 수준으로 자동인하 되도록 변경되었다.⁵⁶⁾

이에 따르면, 이 사건 합의 시점인 2000년에는 복제약이 출시되면 신약 약가의 90%에서 복제약의 가격이 정해졌고, 달리 복제약의 출시로 인해 신약의 가격이 인하되지는 않았다. 신약의 약가가 자동인하되는 것은 2006년 12월 이후이다. 따라서, 이 부분 대법원의 판단은, 2006년 12월 이후의 제도를 전제로 할 때만 타당하다. 합의 당시의 관련제도 하에서는, 온다론의 출시가 조프란의 기준약가에 자동적인 인하효과를 가져오지는 않았다.

더 나아가 판시는 온다론 출시에 따라 조프란의 약가가 인하된 적이 있다고 경험적 사실로 기술하고 있는데, 이 부분의 타당성도 매우 의문스럽다. 온다론이 출시된 1998년부터 퇴출된 2000년 사이에 조프란의 가격인하는 1999. 11. 15.에 있었는데, 이것은 복제약 출시에 따른 신약의 자동적인 약가 인하이거나 경쟁제품의 등장에 따른 시장에서의 경쟁압력에 따른 가격인하가 전혀 아니었다. 1999. 11. 15.의 가격인하는, 약제비 상황에 관하여 실거래가 상환제도가 시행되면서 약가를 일괄적으로 인하하였던 전혀 별개의 제도적 사유에 의한 변화였다.⁵⁷⁾

요컨대, 대법원의 이 부분 판시는 합의 행위 당시의 약가제도 하에서 판단한 경쟁에 미치는 효과의 분석으로서는 부적절하다. 어떤 행위의 위법성 판단은 행위시를 기준으로 하여야 한다. 대법원의 논리는 2000년 당시의 행위자가 2006년 12월 이후의 제도까지 예상하며 경쟁에 영향을 미치지 않도록 행위하여야 한다고 요구하는 것과 마찬가지로이다.

(나) 정당화 요소

경쟁제한성이 인정되는 행위라 하더라도 우리나라 경쟁법에서는 공공정책적 관점에서 행위를 정당화할 수 있다. 즉, 위법성 요건 중 “부당성”을 부인할 수 있다. 공공정책적 정당화를 인정하지 않는 미국의 경쟁법과의 차이점이다. 이 사건에서는 달리 이러한 정당화 사유는 인정되지 않았다.

한편, 친경쟁적 효과 및 효율성에 기한 정당화도 고려될 수 있는데, 이 사건에서는 인정되지 않았다. 이 요소에 대한 고려가 “부당성” 판단 단계에서 이루어지는지, “경쟁제한성” 자체의 판단 단

55) 이 □부분은, 앞서 경쟁법 적용면제의 범위에 관한 쟁점을 논할 때 언급되었던 것과 동일한 내용인데, 경쟁제한성에 관한 쟁점에서 반복하여 실시되었다.

56) 공정거래위원회 의결 제2011-300호, 15면 (2011. 12. 23). 보건복지부 고시 제2006-114호, 제2005-14호 참조.

57) 건강보험심사평가원은 당시의 조프란 약가 인하가 복제약 등재로 인한 약가 인하가 아니라 실거래가상환제와 관련한 인하였음을 확인하여 주었다.

계에서 이루어지는지 그 체계적 지위에 대해서는 아직 판례가 명시적으로 밝힌 바는 없다.

IV. 우리나라와 미국의 비교

1. 법적 판단 기준과 체계상 지위의 차이

미국과 우리나라의 대법원 판결에 나타난 법리상 역지불합의에 대한 경쟁법적 규율의 체계를 표로 나타내면 다음과 같다.

<표 3> 역지불합의에 대한 경쟁법적 규율의 체계

	경쟁법 적용 면제 여부	경쟁법 위반 여부(위법성)	
미국	X	경쟁제한성 여부 β 합리의 원칙, β이원적분석(특허관련+경쟁관련) β경쟁제한효과 +정당화 사유 존부 (효율성, 친경쟁적 효과 등. 특허 범위 내라는 사실은 고려 요소의 하나. 공공정책 고려는 부인)	
우리나라	일정한 요건 하에 인정 (이원적 분석 à Yes, or No)	(If No) 부당한 경쟁제한성 여부	
		실질적 경쟁제한성 존부(Yes or No)	(If Yes)정당화 사유 존부 공공정책적 고려(부당성) Cf. 기타 효율성, 친경쟁적 효과(부당성 또는 경쟁제한성)

(1) 미국

위에서 언급하였던 것처럼, 미국에서는 역지불합의에 대하여 이것이 특허 관련 합의라고 해서 따로 경쟁법 적용면제 여부를 인정하지 않고 통상적인 합의처럼 바로 경쟁법을 적용한다.

경쟁법을 적용할 때는 합리의 원칙에 기준하여 경쟁제한성 여부를 따진다. 즉, 당해 행위로 인한 경쟁제한 효과와 함께 이를 정당화할 수 있는 사유들로 효율성 제고, 친경쟁적 효과 등을 종합적으로 고려한다. 특허권의 배타적 범위 내에서 벗어나지 않는 합의라는 점은 이러한 고려사항들의 하나로 고려될 뿐이고, 그 자체로 모든 것을 정당화시키지는 않는다.

(2) 우리나라

이에 반해, 우리나라에서는 역지불합의에 대해 일부 적용면제 영역이 있음을 인정한다. 합의의

경위와 내용, 기간, 경제적 이익의 규모 등과 합의가 경쟁에 미치는 영향을 종합적으로 고려하여 특허권의 정당한 행사에 해당한다고 인정되면 경쟁법의 적용이 면제된다.

만일, 역지불합의에 대해서 특허권의 정당한 행사가 아니라고 판단이 되면, 경쟁법이 적용된다. 구체적으로 공정거래법 제19조 제1항에 따라 부당한 공동행위의 성립 여부를 논하게 된다. 즉, “부당하게 경쟁을 제한하는지” 여부를 판단하게 된다. 이 판단은 먼저, 실질적 경쟁제한성 여부를 묻고, 이것이 긍정될 때 한해 이를 정당화할 요소에 대해 종합적으로 고려하게 된다. 우리나라에서는 공공정책적 이유에 의한 정당화도 인정되며, 기타 효율성 효과, 친경쟁적 효과 등이 고려될 수 있다.

두 나라 모두에서, 위의 종합적 고려사항 중 역지급금의 크기를 정당화할 만한 정황에 대한 존재가 특히 중요하다. 예상되는 소송비용을 넘어선 막대한 액수의 지급금이 있을 경우, 특허권자가 특허에 대한 확신이 약하여 독점을 매입하려는 의도로 지급금을 지급한 것으로 평가되기 때문이다. 이에 대해서는, 특허권자의 위협에 대한 기피성향에 따른 차이가 제대로 반영되지 않을 수 있다는 문제점이 있다.

2. 규제제도의 차이

(1) 미국

허가특허연계제도는 의약품의 시판허가 절차에 특허문제를 연계시키는 제도로서, 후발 의약품의 특허권 침해 여부를 시판허가가 나기 전에 일차적으로 가려내기 위한 제도이다.⁵⁸⁾ 앞서 보았듯이, 미국에서는 Hatch-Waxman Act에 의한 허가특허 연계제도를 통해 특허권을 보호하고 있다. 이 법은 동시에, 제약시장에 조기 경쟁 도입을 촉진하기 위하여 최초 복제약 제조자에게 일정한 경우 배타적 판매권(GE)을 인정해 주고 있다.

(2) 우리나라

우리나라에는 2012. 3. 15. 한·미 FTA가 발효함에 따라 허가특허 연계제도가 시행되게 되었다. 근거 규정은 FTA 협정문 18.9(5)⁵⁹⁾이다. 이 조항의 가.호는 복제약 개발자가 신약 특허권자에게

58) 박실비아, 앞의 글, 207면. 김현철, 앞의 글, 228면.

59) 한미 FTA 합의문 (제18.9조 제5항)은 다음과 같다.

“5. 당사국이 의약품의 시판을 승인하는 조건으로, 안전성 또는 유효성 정보를 원래 제출한 인 이외의 인이 그러한 정보 또는 당사국의 영역 또는 다른 영역에서의 이전 시판승인의 증거와 같이 이전에 승인된 제품의 안전성 또는 유효성 정보의 증거에 의존하도록 허용하는 경우, 그 당사국은,
가. 제품 또는 그 승인된 사용방법을 대상으로 하는 것으로 승인당국에 통보된 특허존속기간 동안 시장에 진입하기 위하여 시판승인을 요청하는 모든 다른 인의 신원을 특허권자가 통보받도록 규정한다. 그리고,
나. 제품 또는 그 승인된 사용방법을 대상으로 하는 것으로 승인당국에 통보된 특허존속기간 동안 특허권자의 동의 또는 묵인 없이 다른 인이 제품을 판매하는 것을 방지하기 위한 시판승인 절차에서의 조치를 이행한다.” 김현철, 위의 글, 229면.

판매허가 신청에 대하여 통지를 하도록 하는 “통지제도”를 규율하고 있고, 같은 항 나.호는 그 통지 후 특허권자가 이의를 제기하는 경우 식약청의 판매허가 절차를 일정 기간 중지시키게 하는 “허가절차 중지제도”를 규율하고 있다.⁶⁰⁾

그런데, 한미 FTA 추가 협상에 따른 부속 서한에 따라,⁶¹⁾ 이 규정의 나.호는 협정 발효 후 3년의 유예기간을 거쳐 2015년부터 실시될 예정이다. 가.호의 이행을 위해서는 2012. 3. 부터 의약품 특허목록 등재 및 허가신청사실의 통지제도가 실시되고 있다.⁶²⁾ 그리고, 2015. 3. 시판허가 절차에의 조치의 본격적 시행을 앞두고 2014. 3. 21~5. 20 약사법 개정에 관한 입법예고가 있었다. 여기에는 의약품 개발 동기를 부여하고자 특허 도전에 성공한 최초의 허가신청자에게 일정 기간 다른자의 시판을 제한할 수 있는 제도의 도입이 포함되어 있다.⁶³⁾

V. 결론(맺는 말, 방향제시)

60) 정차호, 한국형 허가-특허 연계제도에서의 제네릭 독점권 부여 여부, 99-100면, 과학기술과 법 제3권 제1호 (2012년 6월). 한미 FTA는 허가특허 연계제도의 기본원칙만 제시할 뿐이고, 세부적인 사항은 기본원칙에 저촉되지 않는 범위 내에서 우리나라가 자유롭게 결정할 수 있다. 위의 글.

61) 한미 FTA 추가 협상에 따른 부속 서한(2011. 2. 10)의 제5절 의약품과 관련된 조치는, “한·미 자유무역협정 제 18.12조제1항에도 불구하고, 한·미 자유무역협정 제18.9조제5항나호는 한·미 자유무역협정이 발효된 다음 날부터 3년이 지난 시점부터 대한민국에 적용된다.”라고 적고 있다.

62) 정차호, 앞의 글, 100면.

63) 식품의약품안전처 공고 제2014-63호, 약사법 일부개정법률(안) 입법 예고, 1면.

참고문헌

- 강춘원, 역지급합의에 대한 경쟁법적 규제, Innovation, Competition & Regulation Law Center 기획세미나 토론문 (2011년).
- 공정거래위원회, 저렴한 복제약 출시를 차단한 담합행위 국내 첫 제재: 세계 4위 다국적 제약사 GSK와 동아제약, 공정거래위원회 보도자료 (2011년 10월).
- 권남훈, 역지불합의의 경쟁제한성 판단, 산업조직연구 제21집 제1호 (2013년 3월).
- 김대중, 박실비아, 의약품 허가특허연계에서 제네릭 시장독점제도에 관한 연구, 보건경제와 정책연구 제19권 제1호 (2013년 2월).
- 김현철, 한미FTA 허가-특허연계제도의 바이오의약품 적용여부에 대한 고찰, 이화여자대학교 법학논집 제17권 제1호 (2012년 9월).
- 남재현, 특허분쟁 화해의 경제학적 분석, Innovation, Competition & Regulation Law Center 기획세미나 (2011년).
- 박실비아, 미국과 캐나다의 의약품 허가-특허 연계제도, 약제학회지 제38권 제3호 (2008년 6월).
- 식품의약품안전처, 약사법 일부개정 법률(안) 입법예고, 식품의약품안전처 공고 제2014-63호 (2014년 3월).
- 신혜은, 특허권자와 복제약 사업자의 역지불합의에 관한 연구 : 관련 미국판례와 공정거래위원회의 개정 심사지침을 중심으로, 산업재산권 통권 제36호 (2011년 12월).
- 오승한, 특허허가 연계제도의 도입을 위한 주요국가 규제체계의 비판적 검토, 법학연구 제43호 (2012년 11월).
- 윤성운, 강일, 역지불합의에 관한 한국, 유럽, 미국의 최근 동향, 경쟁저널 제159호 (2011년 11월).
- 이명희, 제약회사의 역지불합의 동향, 한국지식재산연구원 지식재산정책, 통권 제7호 (2011년 6월).
- 이석준, Reverse Payment Agreement에 대한 경쟁법적 규제 (강춘원, 토론문), Innovation, Competition & Regulation Law Center 기획세미나 (2011년).
- 이석호, 역지불합의에 관한 경쟁법적 규율: 독점규제법과 특허법의 관계 재설정을 중심으로, 선진상사법률연구 통권 제64호 (2013년 10월).
- 정차호, 한국형 허가-특허 연계제도에서의 제네릭 독점권 부여 여부, 과학기술과 법 제3권 제1호 (2012년 6월).
- 차성민, 역지불합의의 위법성 판단, 사법 22호 (2012년 12월).
- 최승재, 제약시장에서의 역지급합의에 대한 경쟁법 적용에 관한 연구, 경쟁법연구 제19권 (2009년

5월).

허성호, 한미 FTA와 의약품 허가-특허 연계제도, 충남대학교 특허법무대학원, 석사논문 (2013년 2월).

홍동표, 특허소송 합의에 대한 경쟁법 적용: reverse payment를 중심으로, 법경제학연구 제6권 제2호 (2009년 12월)

Holman, Christopher M., Do Reverse Payment Settlements Violate the Antitrust Laws?, Santa Clara Computer & High Tech. L. J. Vol. 23 (2007년).

Hovenkamp, Herbert, Antitrust and Patent Law Analysis of Pharmaceutical Reverse Payment Settlements, available at <http://ssrn.com/abstract-1741162>. (2011)

사단법인 한국유통법학회 정관

제정 2013. 9. 14.

제 1 장 총 칙

제1조(명칭) 본회의 명칭은 사단법인 한국유통법학회(Korea Distribution Law Association : KDLA)라 한다.

제2조(사무소) 본회의 주된 사무소는 서울특별시에 두며, 필요시 지부를 둘 수 있다.

제 2 장 목적 및 사업

제3조(목적) 본회는 유통에 관한 국내외 법제를 연구하고 관련 산학간의 교류를 강화함으로써 유통 법제의 합리화와 회원 상호간의 친목을 도모하고 유통인력의 계발 및 유통산업의 발전에 기여함을 목적으로 한다.

제4조(사업) 본회는 그 목적을 달성하기 위하여 다음 각 호의 사업을 수행한다.

1. 연구발표회 및 학술강연회의 개최
2. 학회지 기타 도서의 간행, 출판
3. 유통관련 법제와 정책에 관한 관계기관과의 정보교류와 협조 및 의견 제시
4. 회원 상호간 및 유관기관이나 단체와의 친목 도모
5. 그밖에 이사회에서 필요하다고 인정하는 사업

제 3 장 회 원

제5조(회원의 자격) 본회의 회원은 유통관련 법제와 정책을 연구·교육하거나 관련 법률실무에 종사하는 자, 유통기업 및 그 임직원 또는 본회의 목적과 사업에 찬동하는 개인 및 법인으로서의 요건을 갖추어야 한다.

제6조(회원의 구분) 회원은 일반회원, 특별회원 및 법인회원으로 구분한다.

- ① 일반회원은 유통법 및 유통관련 법령의 연구에 종사하는 자로서 이사회가 가입승인을 받은

자로 한다.

- ② 특별회원은 유통기업에 종사하거나 유통에 관한 법률사무에 종사하는 자로서 이사회의 가입 승인을 받은 자로 한다.
- ③ 법인회원은 본회의 목적에 찬동하는 법인 또는 단체나 기업으로서 이사회의 승인을 얻은 사 회적 실체(entity)로 한다.

제7조(회원의 권리와 의무) 회원은 권리와 의무는 다음과 같다.

- ① 회원은 본회의 운영에 참여할 권리가 있다.
- ② 회원은 회비를 납입하고 본회의 사업에 협력할 의무를 부담한다.
- ③ 회원은 건전한 상식과 예절 및 원만한 품성을 유지하여야 한다.

제8조(회원의 제명) 회원의 제명 사유와 절차는 다음과 같다.

- ① 회원이 제7조 제2항의 의무를 위반하거나 부적절한 언행으로 본회의 명예를 손상하거나 손 상할 우려가 있는 경우에는 이사회와 총회의 결의를 거쳐 제명할 수 있다.
- ② 회장은 전항의 이사회 의결일로부터 1월 이내에 총회를 소집하기 어려울 경우에는 곧바로 제명되었음을 선언할 수 있다. 다만, 이 경우 제명된 자는 차기 총회에 제명 안을 상정하여 표결할 것을 요구할 수 있다.

제 4 장 임 원

제9조(임원)

- ① 본회의 운영을 위하여 회장 1인과 약간 명의 부회장, 이사 및 감사를 둔다.
- ② 회장, 부회장, 등기이사 및 감사는 총회에서 선출한다. 다만, 총회는 부회장의 선임을 회장에 게 위임할 수 있다.
- ③ 상임이사는 이사 중에서 회장이 임명한다. 회장은 (상임)이사의 임면에 관하여 부회장과 감 사에게 의견을 구할 수 있다. 감사는 부회장이나 이사의 비행을 확인한 경우에는 회장에게 그 해임을 건의할 수 있다.
- ④ 직전 회장은 후임 회장의 재직기간 동안 명예회장으로 봉사하며, 회장단 회의나 (상임)이사 회에 참석하여 의견을 개진할 수 있다.

제10조(회장) 회장의 업무에 관한 사항은 다음과 같다.

- ① 회장은 본회를 대표하며, 회무를 총괄한다.
- ② 회장은 (상임)이사를 임면하고 (상임)이사회 및 총회의 의장이 된다.
- ③ 회장은 특정한 부회장이나 상임이사에게 업무의 일부를 위임할 수 있다.
- ④ 회장의 유고시에는 등기이사가 직무대행자를 선임한다. 유고사태가 장기화될 경우에는 제9조의 규정에 따라 새로 회장을 선임한다. 이 경우 선임된 회장은 전임자의 잔여 임기 동안 재직한다.

제11조(고문) 본회는 약간 명의 고문을 둘 수 있다.

- ① 회장은 본회발전에 기여할 수 있는 능력과 명망을 갖춘 분을 이사회의 의결을 거쳐 고문으로 위촉한다.
- ② 고문은 위촉한 회장과 동일한 기간 동안 재직한다.
- ③ 제2항의 규정에 불구하고 후임 회장은 해당 인사를 고문으로 재위촉할 수 있다.

제12조(임원의 임기) 임원의 임기는 다음과 같다.

- ① 회장, 부회장, 상임이사 및 등기이사의 임기는 2년으로 하며, 연임할 수 있다.
- ② 감사의 임기는 2년으로 하며, 1회에 한하여 연임할 수 있다.

제13조(감사) 감사의 업무와 권한은 다음과 같다.

- ① 감사는 이사회 및 상임이사회에 참석할 수 있고 본회의 업무와 회계를 감사한다.
- ② 감사는 감사 결과를 총회에 보고한다.
- ③ 감사는 본회의 운영에 중대한 문제가 있는 경우에는 회장에게 총회의 소집을 요구할 수 있다. 이 경우 회장이 1월내에 총회를 소집하지 아니하면 직접 총회를 소집할 수 있다.

제 5 장 총 회

제14조(총회의 구성) 총회의 구분은 다음과 같다.

- ① 총회는 정기총회와 임시총회로 구분하며 회장이 이를 소집한다.
- ② 정기총회는 매년 1회 개최한다.
- ③ 임시총회는 이사회, 정회원 3분의 1이상 또는 감사의 요구가 있을 때에 회장이 소집한다.
- ④ 총회의 소집은 회장이 회의 안건, 개최일시 및 장소를 명기하여 개최 7일 전까지 문서 기타

이에 준하는 방법으로 각 회원에게 통지하여야 한다.

제15조(총회의 정족수)

- ① 총회는 출석회원 과반수의 찬성으로 의결한다. 다만, 가부동수인 경우에는 의장이 결정한다.
- ② 제1항의 규정에 의한 의결권은 총회에 참석하는 다른 회원에게 서면으로 위임할 수 있다. 이 경우 위임장을 회의 개시 전까지 회장에게 제출하여야 한다.

제16조(총회의 의결사항) 총회의 의결사항은 다음과 같다.

1. 임원선출에 관한 사항
2. 본회의 해산 및 정관변경에 관한 사항
3. 재산의 처분, 매도, 증여, 담보, 대여, 취득, 기채 등
4. 예산 및 결산의 승인
5. 사업계획의 승인
6. 기타 본회의 운영에 필요한 중요사항

제17조(총회의결 제척사항) 회원이 다음 각 호의 1에 해당된 때에는 그 의결에 참여하지 못한다.

1. 임원의 취임 및 해임에 있어서 그 자신에 관한 사항을 의결할 때
2. 금전이나 재산의 수수를 수반하는 사항으로 회원 자신과 본회의 이해가 상반될 때

제 6 장 이사회

제18조(이사회) 이사회의 구성 및 운영은 다음과 같다.

- ① 이사회는 회장, 부회장, 이사로 구성되며, 본회의 주요 업무를 결정한다.
- ② 회장은 긴급한 경우를 제외하고는 회의 개시 3일전에 통지하고 이사회를 소집한다. 회장의 유고시에는 부회장 중 1인이 위와 같은 절차에 따라 소집할 수 있다.
- ③ 이사회는 재적이사 과반수의 출석(중요사항은 3분의 2 출석)으로 개의하고, 출석이사 과반수의 찬성으로 의결한다. 다만, 가부동수인 경우에는 의장이 결정한다.
- ④ 회장은 업무처리의 간이 신속을 위하여 제1항의 이사회 소관사항을 상임이사회에서 결정하게 할 수 있다.

제19조(상임이사회) 상임이사회의 구성 및 운영은 다음과 같다.

- ① 상임이사회는 회장, 부회장 및 상임이사로 구성되며 본회의 상무를 수행한다.

- ② 상임이사회는 필요한 경우 그 업무를 특정한 이사에게 위임할 수 있다.
- ③ 상임이사회는 출석한 자 과반수의 찬성으로 의결한다.
- ④ 회장이 제18조 제4항에 의해 상임위원회를 소집할 경우, 해당 상임위원회의 소집과 의결방법 및 의결사항에 관하여는 전조의 규정을 준용한다. 이 경우 상임이사회에서 결정한 사항은 이사회에서 결정한 것으로 본다.

제 7 장 재 정

제20조(회계년도) 본회의 사업연도는 매년 1월 1일부터 12월 31일까지로 한다.

제21조(수입) 본회의 수입에 관한 사항은 다음과 같다.

- ① 본회의 운영을 위한 재원은 회원의 입회금, 회비, 찬조금, 기타의 수입으로 한다.
- ② 입회비 및 회비는 이사회에서 정하며, 이 경우 회원별로 차등을 둘 수 있다.

제 8 장 보 칙

제22조(이사회규칙) 이사회는 본 정관규정에 반하지 않는 범위에서 본 회의 운영에 관하여 필요한 규칙을 제정할 수 있다.

제23조(정관변경)

- ① 회장 또는 이사회는 정관의 변경을 발의할 수 있다.
- ② 발의된 정관은 출석회원 3분의 2이상의 찬성으로 변경할 수 있다.
- ③ 정관의 변경은 주무관청에 신고하여 허가를 얻지 아니하면 효력이 없다.

제24조(해산, 잔여재산의 처분) 본 학회의 해산과 잔여재산의 처분은 다음과 같다.

- ① 본 학회는 민법 제77조 및 제78조의 규정에 의하여 해산한다.
- ② 이사 또는 청산인은 본 학회가 해산한 때에는 잔여재산을 총회의 결의와 주무관청의 허가를 얻어 본 학회의 목적에 유사한 목적을 위하여 처분할 수 있다.
- ③ 제2항의 규정에 의하여 처분되지 아니한 재산은 국고에 귀속한다.

제25조(회의록 등)

- ① 총회에 참석한 사원은 각자 의결권을 행사한다.
- ② 위 제1항과 관련된 총회의사록이나 결의서에 관한 공증업무의 효율성을 제고시키기 위하여 회의에 출석한 의결권자 전원은 회의록 공증업무에 관한 권리를 등기이사 전원에게 위임한다.
- ③ 등기이사는 위 제2항에 따른 공증업무를 수행함에 있어서 제1항의 결의사항을 변경 할 수 없다.

제26조(통지) 본회의 운영과 관련된 통지는 그 내용의 진정성과 도달 여부를 확인할 수 있는 한 우편통지 외에 전화나 전송, 기타 전자적 방법으로 할 수 있다.

제27조(산하조직) 본회는 연구분야의 전문화 필요성 등에 따라 산하조직을 둘 수 있다.

제28조(사업보고) 익년도 사업계획서 및 예산서와 당해 연도 사업실적서 및 수지결산서는 회계연도 종료 후 2월 이내에 주무관청에게 보고하여야 한다. 이 경우에 재산목록과 업무현황 및 감사결과보고서도 함께 제출하여야 한다.

부 칙

1. 이 정관은 주무관청의 승인일로부터 시행한다.

◎ 사단법인 한국유통법학회 회원 가입 안내 ◎

1. 본 학회에 가입을 희망하시는 분은 첨부한 <가입신청서>를 작성하여 저희 학회로 송부해 주시길 바랍니다.
2. 본 학회는 정관에 의거 다음과 같은 3종류의 회원제도를 두고 있습니다.
 - ① 일반회원 : 유통법, 공정거래법 및 상거래법의 연구에 종사하는 자로서 이사회의 가입승인을 받은 자
 - ② 특별회원 : 유통기업에 종사하거나 유통에 관한 법률사무에 종사하는 자로서 이사회의 가입승인을 받은 자
 - ③ 법인회원 : 본회의 목적에 찬동하는 법인 또는 단체나 기업으로서 이사회의 승인을 받은 사회적 실체(entity)
3. 가입이 승인된 회원은 다음에 해당하는 **연회비**를 납부하셔야 합니다.
 - ① 일반회원 : 5만원
 - ② 특별회원 : 10만원
 - ③ 법인회원 : ㉠ 대기업(매출 1조 이상) 300만원, ㉡ 대기업이 회원인 협회 300만원
㉢ 기타 법인회원 200만원
 - ④ 회장, 부회장, 감사 및 이사는 이사회에서 별도로 정하는 금액

■ 아 래 ■

- 입금계좌 : (사)한국유통법학회
하나은행 391-910012-34204
 - 학회사무실 : 서울시 성북구 안암로 145 고려대학교 법학전문대학원 신법학관 414호(회 장)
대구광역시 달서구 달구벌대로1095 계명대학교 쉼터관 423호 김재두 교수연구실(총무이사)
 - 전 화 : (총무이사 김재두) 053-580-5467
(총무간사 이혁, 윤현정) 02-3290-1904
 - Fax : 02-523-0600
 - E-mail : kdla2013@daum.net
 - 홈페이지 : www.distributionlaw.or.kr
- ※ 가입신청서 송부처 : 학회사무실, Fax 또는 E-mail 중 편하신 방법.

(사)한국유통법학회 회장 최영홍

일반회원 가입신청서

성 명	국 문		생년월일	
	영 문		성 별	
근무처	직장명			
	직 위			
	주 소			
	연락처	휴대폰 :	직장	
	E-Mail			
학 력	학 사	취득연도 :	대학교 :	
	석 사	취득연도 :	대학교 :	
	박 사	취득연도 :	대학교 :	
박사학위 논문제목				
주요경력				
관심분야				
기부자 인적사항	※기부금 영수증 필요 여부	필요()		불필요()
	주 소			
<p>본인은 (사)한국유통법학회의 설립취지와 목적에 동의하여 일반회원으로 가입하고자 신청합니다.</p> <p style="text-align: right;">년 월 일</p> <p style="text-align: center; font-size: 1.2em;">(사)한국유통법학회장 귀하</p>				

※ 「기부금 영수증」 상 주민번호를 본인이 직접 기입하시기 바랍니다.

특별회원 가입신청서

성 명	한 글		생년월일	
	영 문		성 별	
근무처	직장명			
	직 위			
	주 소			
	연락처	휴대폰 :	직장 :	
	E-Mail			
학 력	학 사	취득연도 :	대학교 :	
	석 사	취득연도 :	대학교 :	
	박 사	취득연도 :	대학교 :	
박사학위 논문제목				
주요경력				
관심분야				
※기부자 인적사항	※기부금 영수증 필요 여부	필요()		불필요()
	주 소			
<p>본인은 (사)한국유통법학회의 설립취지와 목적에 동의하여 특별회원으로 가입하고자 신청합니다.</p> <p style="text-align: right;">년 월 일</p> <p style="text-align: center; font-size: 1.2em;">(사)한국유통법학회장 귀하</p>				

※ 「기부금 영수증」 상 주민번호를 본인이 직접 기입하시기 바랍니다.

법인회원 가입신청서

법 인 명	한 글		
	영 문		
사업자 등록번호			
업 종			
주소(소재지)			
대 표 자	성 명		
	연락처		(Fax)
	E-Mail		
대 표 참여회원 (복수기재 가능)	성 명		
	직 위		
	연락처	(핸드폰)	(핸드폰)
		(직장)	(직장)
E-Mail			
법인연혁 및 관심분야			

본 _____ 은(는)
 (사)한국유통법학회의 설립취지와 목적에 동의하여
 법인회원으로 가입하고자 신청합니다.

년 월 일

(사)한국유통법학회장 귀하