

규제연구 제14권 제2호 2005년 12월

# 독점규제법상 최고재판매가격유지 행위 규제의 개선방안

권재열\*

(접수일: 5/3, 게재확정일: 8/1)

최고재판매가격유지행위와 관련한 미국 연방대법원 판례는 1997년 *State Oil v. Khan* 사건에서 당연위법의 원칙을 적용하던 기존의 입장을 파기하고 합리의 원칙을 적용하고 있다. 그동안 많은 학자들이 경제학적 근거를 바탕으로 최고재판매가격유지행위가 상부기업이 하부기업으로 하여금 상품의 가격을 인하시키는 유효한 수단으로 기능한다고 주장하면서 그에 대한 당연위법 원칙의 적용을 비판하고 있는데, 연방대법원이 이를 수용한 것이다.

현행 독점규제법은 최고재판매가격유지행위를 원칙적으로 금지하되 정당한 이유가 있는 경우에만 허용하고 있다. 이러한 규제방식은 최고재판매가격유지행위가 상대방의 가격결정의 자유를 구속하고 상대방 사업자간의 가격경쟁을 소멸시킨다고 보면서 공정경쟁 저해성을 인정하는 셈이지만, 궁극적으로 그 행위는 소비자의 후생을 증가시킨다는 점에서 친경쟁적으로 보아야 한다. 이에 현행법을 개정하여 최고재판매가격유지행위를 원칙적으로 허용하되 경쟁제한적인 경우에만 불공정거래행위로 규제하는 것이 바람직하다. 만약에 최고재판매가격유지행위가 공정경쟁을 저해한다면 독점규제법상 불공정거래행위의 유형 중 가격차별, 부당염매 또는 경영간섭에 해당하는 것으로 보아 이를 규제할 수 있을 것이다.

핵심용어: 최고재판매가격유지행위, 당연위법의 원칙, 합리의 원칙, 불공정거래행위, 가격차별, 부당염매, 경영간섭

\* 숭실대학교 법과대학, 서울특별시 동작구 상도5동 1-1번지 (jykwon@ssu.ac.kr)

## I. 서론

재판매가격유지행위(Resale Price Maintenance)라 함은 상품 또는 용역의 생산자나 판매업자가 다음 단계의 사업자들이 그 상품이나 용역의 가격유지를 도모하기 위하여 당해 상품이나 용역을 재판매하는 가격, 즉 전매가격을 수직적으로 통제하는 행위를 말한다.<sup>1)</sup> 독점규제법에서 재판매가격유지행위는 사업자가 상품 또는 용역을 거래함에 있어서 거래 상대방인 사업자 또는 그 다음 거래단계별 사업자에 대하여 거래가격을 정하여 그 가격대로 판매 또는 제공할 것을 강제하거나 이를 위하여 규약 기타 구속조건을 붙여 거래하는 행위로 정의되고 있다(법 제2조 제6호). 독점규제법상의 정의를 중심으로 하여 재판매가격유지행위의 개념요소를 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 재판매가격유지행위의 주체인 행위자는 사업자이다. 이러한 사업자에는 상품 또는 용역의 제조업자 내지 수입업자 및 도매단계에서의 유통업자가 포함된다. 재판매가격유지행위의 객체인 상대방은 그 행위의 주체인 사업자로부터 상품 또는 용역을 재판매하는 사업자이다. 둘째, 재판매가격유지행위의 대상은 상품과 용역이다. 셋째, 재판매가격유지행위는 일정한 가격으로 판매할 것을 직접 강제하거나 간접적으로 규약 기타 구속조건을 붙여 거래하는 형태를 취한다.

재판매가격유지행위는 19세기 후반 영국에서 나타난 상표제도의 발달로부터 유래한다. 상표가 부착된 상품, 즉 상표품(Branded Goods)이 등장하여 상품이 규격화되고 생산

1) 재판매가격유지행위가 거래단계를 달리하는 사업자들간의 협정이라는 점에서 수직적 가격결정 또는 구속(vertical price-fixing, vertikale Preisbindung)이라고도 한다. 이는 생산자 등을 상부에 두고 도·소매업자 등 유통업자를 하부에 위치하는 것으로 파악하여 거래단계를 종적(縱的)으로 이해한 결과이다. William S. Comanor, "Vertical Price-Fixing, Vertical Market Restrictions, and the New Antitrust Policy," *Harvard Law Review*, Vol.98, 1985, p.984.

자가 직접 소비자에게 선전과 품질보증을 할 수 있었다. 그 결과 전문지식이 없는 자도 소비자를 대상으로 소매업을 할 수 있게 됨에 따라 많은 사람들이 상표품의 소매를 취급하게 되었다.<sup>2)</sup> 이러한 까닭에 소매업자간의 경쟁이 치열하게 되었으며 특히 대형 판매점이 고객을 유인하기 위하여 저명상표품을 원가 이하의 저렴한 가격으로 판매하는 행위인 유인염매(Loss Leading)를 하는 경우가 있었다. 이에 소형소매업자는 대형판매점에 대항하기 위해 가격경쟁을 제한할 방안을 모색하였다. 그리하여 소형소매업자는 생산자가 소매업자에 대하여 가격유지를 강제할 수 있다면 이는 마치 가격협정과 동일한 효과를 얻을 수 있다고 판단하여 재판매가격유지행위를 창안하게 되었다. 또한 생산자는 가격경쟁의 격화로 인하여 유통망이 저해되는 것과 염매로 인하여 상품<sup>3)</sup>의 이미지가 손상되는 것을 방지하기 위해서도 재판매가격유지제도가 필요하였다.<sup>4)</sup> 그러나 오늘날 재판매가격유지행위는 국가경제에 피해를 가져오는 것으로 보고 있다. 이에 대부분의 국가는 재판매가격유지행위를 규제할 목적으로 이에 대한 규제법령을 제정·시행하고 있다. 우리 독점규제법도 재판매가격유지행위를 불공정거래행위의 특수한 유형으로 취급하고 있다. 말하자면, 우리 독점규제법은 재판매가격유지행위의 성립요건과 적용범위를 명확하게 하기 위하여 불공정거래행위와는 별도로 독립된 장(章)에서 규정하고 있다.

재판매가격의 형태로는 최저가격제와 최고가격제가 있다. 최저가격제(Minimum Resale Price Maintenance)는 생산자가 그 최저가격 이상으로 판매하는 것으로서 재판매가격유지행위의 가장 일반적인 형태이며, 독점규제법상 경쟁제한성이 인정되는 위법한 행위이다(법 제29조 제1항 본문). 한편, 최고가격제(Maximum Resale Price Maintenance)란 최고가격을 설정하여 두고, 상품의 거래에 있어서 그 가격 이하의 가격으로 거래되도록 강제하는 것이다. 현행 독점규제법은 정당한 이유가 있는 경우에 최고가격제를 허용한다고 규정하

2) 소비자는 상품이 생산자 내지 제조자의 상표가 부착되었다는 사실만으로 그 품질을 믿는 경향이 있다. 또한 일반적으로 소비자는 상표품이 비상표품보다 더 양질(良質)의 제품이라고 간주한다. 이 때문에 소매업자는 상품에 대한 전문적인 지식이 없는 경우에도 쉽게 상품을 팔 수 있게 되었다. John T. Cross, "Giving Credit Where Credit is Due: Revisiting the Doctrine of Reverse Passing off in Trademark Law," *Washington Law Review*, Vol.72 No.196, 1997, p.755.

3) 본고에서 '상품'은 '용역'을 포함하는 개념으로 사용한다.

4) 김영호, 『경제법신론』, 팔마도서, 2000, pp.533-534.

여 최저가격유지행위와는 달리 최고가격유지행위의 당연위법성을 입법적으로 부인하는 입장을 취하고 있다(법 제29조 제1항 단서). 독점규제법은 최고재판매가격유지행위를 원칙적으로 금지하면서 특정한 사유, 즉 정당한 이유가 있는 경우에는 허용한다는 입장이다. 그러나 최고재판매가격유지행위는 가격인하를 제한하지 않는다는 점에서 다른 재판매 가격유지행위와는 크게 달라야 하므로 규제의 태도도 변경되어야 한다. 이에 본고에서는 우리 독점규제법이 채택하고 있는 최고재판매가격유지행위에 대한 입장을 비판적으로 검토하고자 한다. 이를 위하여 우선 미국에 있어서 최고재판매가격유지행위에 관한 법원의 입장변화와 학자들의 논의를 소개한 다음 본고에서는 최고재판매가격유지행위의 경쟁촉진효과를 근거로 하여 최고재판매가격유지행위를 원칙적으로 허용하되 반경쟁적 효과가 있는 특정한 경우에 한하여 불공정거래행위로서 규제하는 방식으로 개선할 것을 제안하고자 한다.

본고에서 논의를 전개함에 있어 사용하는 특정한 용어에 관하여 언급하고자 한다. 재판매가격유지행위를 하는 사업자는 제조업자이고 대상이 되는 사업자는 유통업자인 경우가 대부분의 경우이겠지만 항상 그렇다고 할 수는 없다. 왜냐하면 도매업자가 소매업자를 대상으로 하여 재판매가격유지행위를 할 수 있기 때문이다. 이에 본고에서는 재판매가격유지행위를 행한 사업자를 상부기업(Upstream Firm)이라 하고 그것의 대상이 되는 사업자를 하부기업(Downstream Firm)으로 부르기로 한다. 다만, 미국의 판례 및 학설에서는 제조업자(Manufacturer) 및 유통업자(Dealer; Trader)라는 용어를 사용하고 있는데<sup>5)</sup> 이는 본고에서 사용하는 상부기업 및 하부기업과 각각 동일한 의미이다.

5) 예컨대, State Oil Co. v. Khan, 522 U.S. 3(1997) 참조.

## II. 미국에서의 최고재판매가격유지행위에 대한 사법적 대응의 동향

### 1. 재판매가격유지행위에 대한 부당성 판단기준

독점금지법에 속하는 대표적인 법령인 셔먼법(Sherman Act) 제1조<sup>6)</sup>가 미국에서 재판매가격유지행위를 규제하는 주된 법령이다. 미국의 사법부는 재판매가격유지행위의 부당성을 판단하기 위하여 2가지 기준을 마련하고 있다. 그 첫 번째가 당연위법의 원칙(Per Se Rule)이다. 이 원칙이 적용되는 경우 재판매가격유지행위는 당해 행위의 목적이나 경쟁을 실제로 침해하는지의 여부에 관계없이 당연히 경쟁을 제한하는 효과를 가지므로 위법으로 간주된다. 두 번째 기준은 합리의 원칙(Rule of Reason)으로서 이 원칙하에서 법원은 당해 행위가 경쟁을 촉진 또는 억제하는가의 여부를 판단하여야 한다. 이들 기준은 입증의 정도에서 차이가 있다. 즉 당연위법의 법리가 적용되는 경우에는 규제기관에서 경쟁제한성 여부에 대한 입증은 엄격하게 할 필요가 없으며, 법원은 행위발생 여부만 판단하면 된다. 이처럼 당연위법의 원칙이 적용된다면 규제기관으로서도 입증부담이 줄어들어 시간과 비용이 절약되는 효과가 있는 것이다. 만약에 재판매가격유지행위에 대하여 당연위법의 원칙이 적용된다면 그 행위는 중범죄(Felony)에 해당한다. 합리의 원칙하에서 당해 사업자가 경쟁을 제한하지 않았다는 입증을 하면 범위반이 되지 않으며, 설령 입증을 하지 못하여 범위반을 하였다 하더라도 중범죄를 구성하지 않는다.<sup>7)</sup>

미국 연방대법원은 최고재판매가격유지행위에 대하여 초기에는 당연위법의 원칙을 적용하였으나 1997년 *State Oil Co. v. Khan* 사건<sup>8)</sup>에서 입장을 변경하여 합리적인 원칙

6) 셔먼법 제1조는 “주간 혹은 외국과의 거래 또는 통상을 제한하는 모든 계약, 트러스트, 기타 형태에 의한 결합 또는 공모는 위법이다”(Every Contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal)라고 규정하고 있다. 동 조항은 공동의 거래거절, 집단적 차별행위, 거래강제, 수직적 거래제한, 구속조건부거래 등 우리나라의 일반불공정거래행위 유형에 해당하는 행위들을 규제하는 근거로서 적용되어 왔다.

7) Gustavo E. Bamberger, “Revisiting Maximum Resale Price Maintenance: *State Oil v. Khan*(1997),” in John E. Kwoka & Lawrence J. White eds., *The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy* 4th ed., 2004, p.335.

이 적용된다고 판시하였다.<sup>9)</sup> 이와 같은 판례의 흐름 속에서 학자들은 다양한 의견을 개진하여 연방대법원의 판례변경에 기여하였다. 이하에서는 최고재판매가격유지행위에 대한 미국 연방대법원의 입장추이와 학자들의 논의를 살펴봄으로써 그 행위의 경제적 효과를 분석하고자 한다.

## 2. 당연위법 원칙의 적용: 과거 사법부의 태도

### (1) 연방대법원의 입장

#### (가) Kiefer-Stewart 사건

미국에서 최고재판매가격유지행위에 대하여 당연위법의 법리를 적용한 최초의 사건은 1951년 *Kiefer-Stewart Co. v. Joseph E. Seagram & Sons, Inc.* 사건<sup>10)</sup>이다. 이 사건에서 인디애나(Indiana)주의 주류도매업자인 Kiefer-Stewart사는 Seagram사와 그 완전자회사인 Calvert사가 공동으로 자사에 최고재판매가격을 지키는 것을 조건으로 판매한 것에 대하여 셔먼법 제1조 위반으로 제소하였다. 이 사건에서 연방대법원은 최고재판매가격을 정하는 경쟁자간의 합의는 “유통업자의 자유(Freedom of Trader)를 저해하고, 그것에 의해 그들이 스스로의 판단에 따라서 판매하는 능력을 제한한다”<sup>11)</sup>고 보아 당연위법으로 판시하고 있다. 이는 1911년 최저재판매가격유지행위를 수직적 가격결정(Vertical Price Fixing)으로 보아 당연위법으로 판시한 *D. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.* 사건<sup>12)</sup>으로부터 영향을 받았다. Kiefer-Stewart 사건에서는 복수의 사업자 Seagram과 Calvert사가 공동으로 최고재판매가격유지를 행하는 수평적 담합이라는 특수성이 있다. 동 사건은 최고재판매가격유지행위가 “유통업자의 자유”를 제한하기 때문에 당연위

8) 522 U.S. 3(1997).

9) Glen O. Robinson, “Personal Property Servitudes,” *University of Chicago Law Review*, Vol.71, 2004, p.1501.

10) 340 U.S. 211(1951).

11) *Id.* at 213. “유통업자의 자유”는 개인과 소규모 사업자의 자율성(the autonomy of individuals and small businesses)을 뜻한다. Alan J. Meese, “Economic Theory, Trader Freedom, and Consumer Welfare: State Oil Co. v. Khan and the Continuing Incoherence of Antitrust Doctrine,” *Cornell Law Review*, Vol.84, 1999, p.766.

12) 220 U.S. 373(1911).

법의 대상이라는 점을 제시하였다는 데 의미가 있을 뿐,<sup>13)</sup> 판결문의 분량이 약 5쪽 정도에 지나지 않아 그 당연위법성의 근거를 자세하게 제시하지 못하고 있다.

(나) Albrecht 사건

Kiefer-Stewart 사건이 나온 지 17년이 지난 후 연방대법원은 *Albrecht v. Herald Co.* 사건<sup>14)</sup>에서 단일한 사업자에 의한 최고재판매가격유지행위라는 전형적 경우를 다루고 있다. 이 사건의 피고인 Herald사는 세인트루이스(St. Louis)에서 조간신문을 발행하는 자로서 석간신문사와 광고수주경쟁을 벌이고 있었다. Herald사는 독립적인 지위에서 신문 배달을 대행하는 지국에 대하여 배타적 판매지역을 부여하면서 권장소매가격 이하로 판매할 의무를 부과하고, 이것을 위반할 때는 당해 배타적 판매지역의 부여를 중단한다는 내용의 최고재판매가격유지행위를 행하였다. 그러나 Herald사와 거래하는 독립지국 중 하나인 Albrecht가 권장소매가격을 상회하는 가격으로 신문을 판매하였다. 이에 Herald사가 Albrecht를 배제한 채 그의 판매지역에 직접판매를 시작하자 Albrecht는 Herald사가 셔먼법 제1조를 위반하였다고 제소하였다.

연방최고재판소는 우선 Dr. Miles 사건과 Kiefer-Stewart 사건을 근거로 하여 최고재판매가격유지행위가 위법한 이유를 4가지로 제시하였다. 첫째, 최고재판매가격유지행위는 구매자(유통업자, buyer)가 시장에서 경쟁하여 생존해 나가는 능력에 중대한 장애가 된다는 점, 둘째, 최고가격을 너무 낮게 설정하면 소비자가 원하는 서비스를 유통업자가 제공할 수 없게 된다는 점, 셋째, 최고재판매가격유지행위를 하는 경우 비가격경쟁(Non-Price Competition)이 가능한 소수의 대규모유통업자나 그 경우에 특별히 유리한 사업자에게만 유통이 편중될 가능성이 있다는 점, 넷째, 최고재판매가격 이하에서의 판매가 실제로 행하여지지 않은 경우- 최고가격이 유통업자의 실제 비용에 가까운 경우-에는 최고재판매가격유지행위는 최저재판매가격유지행위와 같아지게 된다는 점<sup>15)</sup> 등 4가지 이유를 제시하며 최고재판매가격유지행위가 당연위법의 대상임을 확인하였다. 이 사건이 나온 후 많은 신문사는 독립된 배달지국을 통해 신문을 유통시키던 시스템으로부터 고용인을 두어 지국을 직접 운영하는 체제로 변경하였다.<sup>16)</sup>

13) Lawrence A. Sullivan & Warren S. Grimes, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, 2000, p.349.

14) 390 U.S. 145(1968).

15) *Id.* at 152-153.

16) Stephen F. Ross, *Principles of Antitrust Law* 1993, p.254.

## (2) 당연위법 원칙의 적용에 대한 학자들의 비판

## (가) Areeda 교수의 비판

Areeda 교수는 최고재판매가격유지행위는 제조업자를 유통업자의 지역시장에 대한 독점력 행사를 제한함으로써 제조업자만이 아니라 소비자의 이익에도 도움이 된다고 풀이하고 있다. 먼저 *Kiefer-Stewart* 사건에서 유통업자의 자유제한을 이유로 당연위법으로 판시하였으나 모든 거래제한은 유통업자의 자유를 제약하는 것이므로 유통업자의 자유라고 하는 개념은 바람직한 제한행위와 그러하지 않는 행위와의 구별에 있어서 유용하지 않다고 비판하였다.<sup>17)</sup>

또한 Areeda 교수는 *Albrecht* 사건에서 연방대법원이 제시한 당연위법의 논거에 대해서 최고재판매가격유지행위는 유통업자가 독점력이 있을 때에야 비로소 가능하므로 그 행위에 의하여 유통업자의 서비스 제공이 제한된다고 하는 주장은 의심스럽다고 비판하였다. 더 나아가 최고재판매가격유지행위를 인정한다면 제조업자에 의한 낮은 가격설정을 참고 견디는 소수의 대규모 유통업자를 우대하는 꼴이 된다는 논거에 대해서 그는 소비자가 원하는 것 이상으로 비용을 지출하는 유통업자를 존속시키는 것은 독점금지법의 취지에 반한다고 비판하였다. 이에 그는 최고재판매가격유지행위는 소비자의 이익에 도움이 된다고 보아 그 합법성을 추정(Presumptive Legality)하여야 한다고 주장하였다.<sup>18)</sup>

## (나) Easterbrook 판사의 비판

Easterbrook 판사는 *Albrecht* 사건에서 제시된 “유통업자의 자유”는 소비자후생(Consumer Welfare)과 관계가 없다고 주장하고 있다. 그는 현실적으로 연방대법원의 판결은 경쟁(Competition)이 아니라 경쟁자(Competitor)에 대한 보호에 힘쓰고 있다고 풀이하면서,<sup>19)</sup> 동 법원은 제조업자가 최고가격설정에 잘못이 있다는 점을 위법의 근거로 들고 있지만 가격설정은 시장에 의하여 바로 교정되므로 그것은 독점금지정책과는 관계가 없다고 비판하였다.<sup>20)</sup> 그리고 최고재판매가격유지행위는 배타적 판매지역을 부여받은

17) 8 Philip Areeda, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, 1989, pp.1636-1637.

18) *Id.* at ¶ 1636-1638.

19) 연방대법원은 1962년 *Brown Shoe Co. v. United States* 사건에서 독점금지법은 경쟁자 보호가 아니라 경쟁보호를 위하여 제정되었음을 선언한 바 있다. 370 U.S. 294, 320(1962).

유통업자가 독점가격을 설정하는 것을 방지하려는 경쟁상의 이익을 가지고 있으므로 배타적 판매지역을 부여하는 것이 합법이라면 소비자에게 도움이 될 가능성이 있는 조건을 부여하는 것도 합법이 되어야 할 것이라고 주장하였다.<sup>21)</sup>

(다) Ross 교수의 비판

Ross 교수는 *Albrecht* 사건에서 최고재판매가격유지행위의 위법성과 관련하여 연방 대법원이 제시한 4가지 이유만으로는 그 행위를 당연위법으로 보기에는 충분하지 않다고 평가하였다. 그는 연방대법원이 최고재판매가격유지행위가 친경쟁적이라는 점을 망각하고 있다고 비판하고 있다. 그리고 그는 *Albrecht* 사건이 제시한 4가지 이유에 대하여 각각의 반대논거를 제시하고 있다. 즉 첫 번째 이유는 유통업자가 독점사업자이거나 제조업자(매도자)보다 교섭력이 큰 경우에는 그다지 설득력을 가지지 못한다는 견해를 제시하였다. 또한 실제 경쟁적인 시장에서 제조업자가 비가격경쟁을 강조하는 정책을 펼 수 있고 최고재판매가격유지행위를 통해 제조업자가 인하된 가격으로 시장을 확대할 수 있다는 것은 독점금지법의 목표와 일치한다고 보아 두 번째 이유도 수용할 수 없음을 밝히고 있다. 비가격분야에서 브랜드간 경쟁이 가중되면 브랜드 내의 경쟁과정에서 제조업자가 착취행위를 한다는 것은 용이하지 않으며 특히 유통단계에서 경쟁이 치열한 경우 마찬가지로 비가격경쟁도 가중될 것이므로 세 번째 이유도 납득하기 어렵다는 입장이다. 마지막으로 *Albrecht* 사건에서 연방대법원은 시장에서 브랜드간 경쟁의 정도와 상품의 실제가격 등을 제대로 고려하지 않은 채 모든 최고재판매가격유지행위를 금지하는 이유를 제대로 설명하지 못하고 있다고 비판하였다.<sup>22)</sup>

(라) Blair 교수와 Esquibel 교수의 비판

최고재판매가격유지행위는 가맹사업 시스템(Franchise System)에서 경쟁상 순기능이 있음을 주장하는 학설도 많다. 예컨대, Blair 교수와 Esquibel 교수는 가맹점 내지 가맹계약자(Franchisee)가 소매시장에서 어느 정도의 시장지배력을 가지고 있는 경우 가맹사업자(Franchiser)가 최고재판매가격유지행위를 통해 가맹계약자의 판매가격을 인하하면 가

20) Frank H. Easterbrook, "Maximum Price Fixing," *University of Chicago Law Review*, Vol.48, 1981, pp.888-889.

21) *Id.* at 890.

22) Ross, *supra* note 16, at 251-252.

맹점의 전체 수입이 증가되어 가맹사업자가 거두어들이는 로열티도 증가하므로 이익이 된다는 견해를 제시하고 있다.<sup>23)</sup>

(마) 기타

Bork 교수는 최고재판매가격유지행위가 소비자의 이익에 반하는 효과가 없다는 점에서 연방대법원이 *Albrecht* 사건에서 제조업자의 최고재판매가격유지행위를 당연위법으로 선언한 것은 과도한 것으로 비판하였다.<sup>24)</sup> Posner 판사도 *Albrecht* 사건에 연방대법원이 제시한 사유는 제조업자가 자신의 이익을 제대로 인식하지 못하고 있다는 점을 의미한다는 등의 이유를 들어 최고재판매가격유지행위를 당연위법으로 판단한 것은 바람직하지 못하다고 비판하였다.<sup>25)</sup>

### 3. 당연위법에서 합리의 원칙으로 변경: 현재 사법부의 태도

(1) 연방대법원의 입장

(가) ARCO 사건

1) 사건의 내용

연방대법원은 1990년 *Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co.* 사건<sup>26)</sup>에서 최고재판매가격유지행위를 당연위법으로 본 판결에 대한 학자들의 비판을 주시하면서 그 행위의 당연위법성을 재평가하기 시작하였다. 이 사건의 내용은 다음과 같다.

휘발유 채굴 및 정제와 판매를 영업으로 하는 회사인 *Atlantic Richfield*사(이하 “ARCO사”로 줄임)는 미국서부에 직영점 및 가맹점을 통하여 휘발유를 판매하고 있었다. 그러나 ARCO사는 독립적 입장에서 기름을 팔고 있는 다른 주유소 회사와 판매에 있어서는 서로 경쟁상태에 있었다. 이에 ARCO사는 다른 주유소 회사의 저가정책에 대항하기 위해서 신용카드 판매정지 등과 같은 비용삭감정책을 채택하면서 최고재판매가격을 설정하여 휘발유의 소매가격을 다른 독립적 주유소 회사의 가격과 같은 수준까지 인하하였다.

23) Roger D. Blair & Amanda K. Esquibel, “Maximum Resale Price Restraint in Franchising,” *Antitrust Law Journal*, Vol.65, 1996, pp.158-167.

24) Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, 1993, p.281.

25) Richard A. Posner(정영진/주진열 공역), 『미국 독점규제법』, 제2판, 다산출판사, 2003, p.237.

26) 495 U.S. 328(1990).

그러나 독립적인 주유소 회사 중 한 곳인 경쟁상대인 USA Petroleum사(이하 “USA사”로 줄임)가 ARCO사의 행위는 위법한 최고재판매가격유지행위이며, 그로 인하여 매출감소 등의 손해를 입었다고 주장하면서 3배 배상을 청구하였다. 제1심은 약식판결(Summary Judgement)에서 USA사의 주장을 배척하였으나 항소심에서는 다시 동사의 청구를 인용하였다. 이에 ARCO사가 상고하였다.

연방대법원은 최고재판매가격유지행위에 대한 당연위법의 원칙을 적용하는 기존의 원칙을 뒤집을 수 있었음에도 불구하고 그러한 시도를 하지 않은 채 오히려 USA사가 “독점금지법상 침해”(Antitrust Injury)를 당하지 않았음을 이유로 USA사의 주장을 기각하였다.<sup>27)</sup> 우선 연방대법원은 *Albrecht* 사건에서 최고재판매가격유지행위를 위법이라고 한 것은 유통업자와 소비자에 대한 악영향 때문이지, 경쟁자에 대한 영향 때문은 아니라고 하였다. 그리고 그 이유로서 최고재판매가격유지행위가 *Albrecht* 사건에서 염려한 것과 같이 대규모 소매점의 우대나 소비자에 대한 서비스 저하로 이어진다면 이는 경쟁자(USA사)에게 이익(Benefit)이 된다는 점 및 ARCO가 가격을 높게 책정한 것은 경쟁자에게 유리(Advantage)하게 작용된 점을 열거하였다.<sup>28)</sup> 한편, 연방대법원은 최고재판매가격유지행위에 의해 경쟁자에게 독점금지법상의 침해가 발생하는 것은 최고재판매가격유지행위가 약탈적 가격책정(Predatory Pricing)으로 귀결되는 경우에 한하므로 USA사가 주장한 것과 같은 가격인하에 의한 매출의 감소는 가격의 인하는 경쟁의 본질이라는 점에서 독점금지법상의 침해에 해당되지 않는다고 판시하였다.<sup>29)</sup>

## 2) 사건의 의의

ARCO 사건은 독점금지법상 침해의 범리를 사용하여 최고재판매가격유지행위에 대한 위법성 여부를 판단하고 있지만, *Albrecht* 사건에서의 판결취지를 유통업자와 소비자

27) 미국에서 독점금지법 위반에 대한 소송에 있어서 원고는 피고의 독점금지법 위반으로 인한 반경쟁적 결과로서 법익이 침해당했다는 사실, 즉 독점금지법상의 침해가 있었음을 입증하여야 한다. 이처럼 독점금지법상 침해는 독점금지법이 방지하려고 의도한 침해를 뜻한다. *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477, 489(1977). 만약에 원고측이 독점금지법상의 침해가 있음을 입증하지 못한다면 법원은 클레이턴법(Clayton Act) 제4조가 규정한 손해(damage)의 요건을 충족하지 못한 것으로 되어 기각판결을 하게 된다. 이에 관하여는 윤세리, 「공정거래법상의 손해배상소송 - 미국 독점금지법상의 손해배상소송을 중심으로 -」, 『공정거래와 법치』, 권오승 편, 법문사, 2004, p.1095 참조.

28) 495 U.S. at 336-337.

29) *Id.* at 339-340.

의 관계에 한할 뿐, 동 사건의 타당성 자체에 대해서는 언급을 피하고 있다. 그리고 *Albrecht* 사건에서 다루지 않은 경쟁자에 대한 영향에 대해서는 경쟁자가 최고재판매가격유지행위에 의하여 독점금지법상의 침해를 당한 경우, 말하자면 약탈적 가격책정이 있는 극히 제한된 경우에만 경쟁자가 최고재판매가격유지행위를 이유로 제소할 수 있다고 판시하고 있다. 이는 1980년대 이후 연방대법원이 가격인하효과에 의하여 경쟁자가 손해를 입었다는 주장에 대하여 회의적인 입장을 취하고 있다는 선례<sup>30)</sup>가 사건에서도 분명하게 반영되고 있다. 더 나아가 연방대법원은 약탈적 가격책정의 실행가능성 자체에 대해서도 회의적이기 때문에, 경쟁자가 최고재판매가격유지행위에 대하여 독점금지법 위반을 이유로 소송을 제기하고 승소하는 것은 본 판결로 인해 사실상 곤란하게 되었다.<sup>31)</sup>

한편, 연방대법원은 동 사건에서 최고재판매가격유지행위의 위법성에 대하여 다음과 같이 실시하고 있다. “제조업자가 유통업자에게 배타적 판매지역을 부여한 경우에, 제조업자에 의한 최고재판매가격의 결정은, 유통업자가 지역적 독점자로서 소비자를 착취하는 것을 방지한다. …… 최고재판매가격유지는 이와 같은 효과 때문에, 만일 당연위법이라 하여도, 브랜드내(*Intrabrand*) 경쟁을 촉진할 가능성을 가지고 있다. …… 배타적 판매지역이나 그 밖의 비가격 제한이 합리적인 원칙으로 판단되고, 유통업자의 독점행위의 가능성을 높였던 현재로서는, 최고재판매가격유지행위의 경쟁촉진 가능성이 보다 명확하게 된다”<sup>32)</sup>고 실시하였다. 이는 사실상 최고재판매가격유지에 대한 당연위법 원칙의 적용을 부정하고 있다. 그러나 연방대법원은 이렇다 할 이유 없이 *Albrecht* 사건을 명시적으로 번복하지는 않았다. 그 이유는 분명하지 않지만, 아마도 본 사건에서 *ARCO* 사의 행위가 진정 최고재판매가격유지행위에 해당하는가의 여부에 의문이 있었기 때문으로 보인다. 그리하여 연방대법원은 동 사건에서 기존의 선례를 변경하는 것을 주저했

30) 예컨대, *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574(1986); *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 479 U.S. 104(1986) 참조.

31) 유통시장은 진입이 용이하여 경쟁적 구조를 특징으로 하고 있으므로 최고재판매가격유지행위가 약탈적 가격책정이 될 가능성은 거의 없다. 왜냐하면 약탈적 가격책정은 손실의 회수(*recoupment*)가 거의 불가능한 것을 전제로 하고 있기 때문이다. *Herbert Hovenkamp, Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, 1994, pp.325-328.

32) *ARCO*, 495 U.S. at 343 n.13.

던 것으로 생각된다. 이처럼 동 사건에서 경쟁자의 제소권한은 제한되었지만 유통업자가 최고재판매가격유지행위에 대하여 제소가능항가에 관한 문제는 여전히 미해결된 사항이었는데, 이에 대한 해답은 7년 후 Khan 사건에서 제시되었다.

#### (나) Khan 사건

##### 1) 사건의 내용

1997년 *State Oil Co. v. Khan* 사건<sup>33)</sup>에서 연방대법원은 최고재판매가격유지행위에 대하여 당연위법 원칙을 적용하던 그간의 입장을 포기하였다. 동 사건의 내용은 다음과 같다. Khan은 석유회사 State Oil사와의 사이에서 주유소와 편의점 임대계약을 체결하였다. 그 임대계약의 내용 중에는 Khan이 취할 수 있는 이윤은 휘발유 1갤런(gallon)당 3.25센트로 제한되었다. 그 계약에 따르면 Khan이 휘발유의 소매가격을 권장소비자가격보다 더 높게 설정하는 것은 자유이다. 그러나 만약에 권장소비자가격보다 높게 판매가격을 설정하여 이윤이 3.25센트를 초과할 경우 Khan은 그 차액을 State Oil사에 송금하여야 하는 의무를 부담하게 되었다. 하지만 Khan 자신의 부담으로 권장소비자가격 이하로 판매하는 것은 허용되었다. 계약체결 후 약 1년이 지난 무렵에 State Oil사는 Khan의 임대료 체납을 이유로 그와의 계약을 해지하고 강제퇴거시켰다. 이에 Khan은 State Oil사가 셔먼법 제1조를 위반하여 판매가격을 고정하였다는 것을 이유로 제소하였다. 이에 연방지방법원은 약식판결에 의하여 Khan의 주장을 배척하였지만, 연방항소법원은 연방지방법원의 입장을 뒤집었다.<sup>34)</sup> 당시 사건을 담당하였던 연방항소법원의 Posner 판사는 “Albrecht 사건은 올바르지 못하며(Unsound) …… 그 후의 연방대법원의 판결과도 모순된다”<sup>35)</sup>면서 과기하여야 한다고 판시하면서도 Albrecht 사건의 선례 때문에 State Oil사가 부과한 최고재판매가격제한은 무효라고 판시하였다. 이에 State Oil사가 상고하였다.

##### 2) 사건의 의의

연방대법원은 우선 독점금지법의 해석의 지침으로서 동법의 주목적은 브랜드간(Interbrand) 경쟁의 보호에 있으며 매출 확대를 위한 가격인하는 경쟁의 본질적인 사항이

33) 522 U.S. 3(1997).

34) *Khan v. State Oil Co.*, 93 F.3d 1358(7th Cir. 1996), *vac'd*, 522 U.S. 3(1997).

35) *Id.* at 1363.

라는 점을 고려할 때 소비자에게 저가공급이라는 효과를 낼 수 있는 행위를 위법이라고 하는 것은 매우 큰 희생(Especially Costly)을 강요한다고 보았다. 이런 전제하에 당연위법을 정당화할 정도로 최고재판매가격유지행위가 소비자나 경쟁에 해를 끼친다고 보기는 어렵다고 판시하면서 State Oil사의 손을 들어 주었다.<sup>36)</sup>

동 법원은 더 나아가 Albrecht 사건에서 제시한 최고재판매가격유지행위가 당연위법이라는 4가지 논거를 재검토하였다. 제1의 논거에 따라 최고재판매가격유지행위가 유통업자의 자유를 간섭한다는 명분하에 그 행위를 금지시키는 것은 오히려 수직적 통합을 촉진하여 독립적 유통업자를 고사시킬 수 있다는 점을 지적하였다. Albrecht 사건은 제2의 논거로 너무 낮은 가격을 설정할 경우 소비자에 대한 서비스 저하로 이어진다는 견해를 밝히고 있으나 초저가의 설정은 소비자의 이탈을 초래함은 물론이고 제조업자에게 있어서도 손해가 될 것이므로 제조업자가 그와 같은 가격설정을 할 가능성은 낮다고 하였다. 또한 최고재판매가격유지행위는 대규모 유통업자의 우대로 이어진다고 하는 제3의 논거에 대해서는 비록 최고재판매가격유지행위가 비효율적 유통업자의 생존을 제한시킨다고는 하지만 그것이 경쟁과 소비자에게 있어서 반드시 유해한 것은 아니라고 하였다. 그 다음으로 Albrecht 사건에서 최고재판매가격유지행위가 최저재판매가격유지행위의 위장수단으로 이용될 수 있다는 점을 밝히고 있지만, 설령 그러한 위장된 최고재판매가격유지행위도 합리적인 원칙하에서 적절하게 판단·처벌할 수 있다고 하였다.<sup>37)</sup> 요컨대, 본 사건은 Albrecht 사건에서 중요한 개념으로 제시하였던 유통업자의 자유보다 소비자후생을 우선시하였다.<sup>38)</sup> 이에 연방대법원은 Albrecht 사건은 불충분한 경제학적 정당성을 바탕으로 최고재판매가격유지행위를 당연위법으로 판단한 것으로 평가하고 판례를 만장일치로 변경(Overrule)하여 그러한 행위는 합리의 원칙(Rule of Reason)의 적용을 받는 것으로 판시하였다.<sup>39)</sup>

36) Khan, 522 U.S. at 15.

37) Id. at 16-17.

38) Meese, *supra* note 11, at 765-766. 유통업자를 보호하는 것이 소비자의 이익을 침해할 수 있는 경우 연방대법원은 친소비자적인 결정을 선호하기 때문에 유통업자의 자유를 무시할 수 있다고 풀이된다. Id. at 797.

39) 522 U.S. at 22.

## (2) 합리의 원칙 적용에 대한 학자들의 평가

연방대법원의 Khan 사건에서의 판시사항에 대하여 산업계는 물론 대부분의 학설에서도 지지를 보내고 있다. 예컨대, Gilo 교수는 최고재판매가격유지행위가 소비자를 해하거나 당연위법을 정당화할 정도로 경쟁을 저해한다는 입장을 견지하기는 어렵다는 견해이다.<sup>40)</sup> Hawker 교수도 최고재판매가격유지행위는 소매가격을 인하하는 효과가 있는데, 이는 경쟁이 추구하는 목적과 일치한다고 평가하고 있다.<sup>41)</sup> 특히 모든 재판매가격유지행위를 합법이라고 생각하는 시카고학파에 속하는 학자들은 최고재판매가격유지행위에 의해서는 독점금지법상 침해가 당한 자가 발생하지 않으므로 그 행위는 당연합법(Per Se Legal)으로 보아야 한다는 한층 진일보한 주장을 제기하고 있다.<sup>42)</sup> 이처럼 재판매가격유지행위에 대한 규제의 근거를 브랜드내 가격경쟁의 제한으로 판단하고 있으나 최고재판매가격유지행위의 경우에는 브랜드내 가격경쟁을 제한하지 않는다고 하는 학설이 미국에서 주류로 자리 잡고 있다.

# III. 독점규제법상 최고재판매가격유지행위에 대한 규제체계의 개선방안

## 1. 독점규제법의 입장 및 개선방향

위에서 언급한 바와 같이 우리 독점규제법은 재판매가격유지행위를 원칙적으로 금지하되(법 제29조 제1항 본문), 정당한 이유가 있는 경우에만 최고재판매가격유지행위를 허용하는 것을 규정하고 있다(법 제29조 제1항 단서). 2001년 독점규제법 제9차 개정 이전에는 최고재판매가격유지행위도 무조건적으로 금지의 대상이었으나 제9차 개정에서 미국의 Khan 사건과 그간의 학계 주장을 수용하여 예외적 허용으로 변경한 것이다.<sup>43)</sup> 우리

40) David Gilo, "Retail Competition Percolating Through to Suppliers and the Use of Vertical Integration, Tying, and Vertical Restraints to Stop It," *Yale Journal on Regulation*, Vol.20, 2003, p.63.

41) Norman W. Hawker, "Maximum Price Resale Maintenance under the Rule of Reason," *Baylor Law Review*, Vol.51, 1999, p.472.

42) 대표적인 예가 Posner 판사이다. Posner, *supra* note 25, at 244-245.

독점규제법이 이와 같이 최고재판매가격유지행위도 재판매가격유지행위의 1 유형으로 보되 정당한 이유가 있는 경우에만 예외적으로 허용하는 것은 상대방의 가격결정의 자유를 구속하고<sup>44)</sup> 상대방 사업자간의 가격경쟁을 소멸시킨다는 점에서 공정경쟁의 저해성이 있기 때문이라 생각된다.<sup>45)</sup> 일본에서의 논의를 유추하자면, 우리 독점규제법상 정당한 이유에 해당할 수 있는 것으로는 제조업자의 상대방인 유통업자가 제조업자의 자회사인 경우 및 제조업자가 판매부분을 독립하여 분사시킨 후 그 판매회사에 상품의 판매가격을 정한 경우 등을 생각할 수 있다.<sup>46)</sup> 이러한 정당한 이유는 제조업자와 유통업자를 동일시할 수 있는 경우에 한하는 꼴이 된다. 이는 결과적으로 최저재판매가격유지행위는 물론이고 최고재판매가격유지행위까지 원인금지주의적으로 제한하는 것과 사실상 동일하다.

독점규제의 목적이 효율성을 증대시켜서 소비자후생을 제고하는 데 있다면 최고재판매가격유지행위는 이 목적을 잘 수행하고 있는 것으로 보인다.<sup>47)</sup> 하지만 Khan 사건의 판결문을 면밀하게 살펴보면 연방대법원이 시카고학파의 영향을 받아 최고재판매가격유지행위를 합리적인 원칙하에서 판단한다고 실시하였을 뿐이지, 최고재판매가격유지행위의 경쟁질서 저해가능성을 완전히 부정하는 것은 아니다.<sup>48)</sup> 이러한 점을 고려할 때 우리 독점규제법이 최고재판매가격유지행위를 원칙적으로 금지하고 정당한 이유가 있는 예외적인 경우에만 허용하는 것은 바람직하지 못하다.<sup>49)</sup> 미국에서도 Khan 사건 이

43) 권제열, 『경제법』, 삼정판, 법문사, 2004, p.292; 『공정거래법』, 사법연수원, 2002, p.232; 이호영, 『독점규제법』, 홍문사, 2005, p.352, 주30.

44) Norman W. Hawker, "The New Antitrust Paradox: Antitrust Injury," *Rutgers Law Review*, Vol.44, 1991, pp.116-117; 佐藤吾郎, 「再販賣價格の拘束・適用除外制度」, 『獨禁法の理論と展開[2]』, 日本經濟法學會編, 三省堂, 2002, 144頁.

45) 권오승, 『경제법』, 제5판, 법문사, 2005, p.421.

46) 佐藤吾郎, 前掲論文, 144頁.

47) James M. Fesmire, "Maximum Vertical Price Fixing from Albrecht Through Brunswick to Khan: An Antitrust Odyssey," *Seattle University Law Review*, Vol.24, 2001, p.741.

48) Bamberger, *supra* note 7, at 348.

49) 우리나라 학자 및 실무가들도 대체적으로 최고재판매가격유지행위의 소비자후생 증대효과에 대해서는 긍정적인 입장에서 서 있다. 권오승, 앞의 책, p.421; 손영화, 「재판매가격유지행위에 관한 연구」, 『한양법학』, 제13집, 한양법학회, 2002, p.200; 신광식, 「재판매가격유지행위의 규제제도 개선방안」, 『경쟁법학회』, 제5~6권, 한국경쟁법학회, 1994, p.155, p.160, p.164; 이승철, 『공정거래경제학』, 한국경제연구원, 1999, p.322.

래 현재까지 법원이 합리의 원칙에 의하여 최고재판매가격유지행위를 금지한 판례는 존재하지 않는다는 사실에 비추어 본다면,<sup>50)</sup> 오히려 최고재판매가격유지행위를 원칙적으로 허용하되 특정한 경우, 예컨대 경쟁제한적인 경우에만 규제하는 방안이 보다 합리적이다. 즉 독점규제법 제29조 제1항에서 본문의 내용을 보다 구체적으로 사업자의 “최저”재판매가격유지행위를 금지하는 것으로 규정하고 동항의 단서를 삭제하여야 한다. 그리고 최고재판매가격유지행위가 제조업자(유통업자)의 우월적 지위남용에 해당된다면 유통업자(제조업자)의 가격결정의 자유를 제한한다는 점에서 규제할 수 있다. 다만, 굳이 최고재판매가격유지행위는 독점규제법 제7장에서 별도로 규제하기보다는 제5장 불공정거래행위의 금지에서 규제하는 것이 타당하다.<sup>51)</sup>

## 2. 최고재판매가격유지행위가 금지되는 구체적인 경우

### (1) 개관

연방대법원은 Khan 사건에서 최고재판매가격유지행위에 대하여 합리의 원칙을 적용하여 전(前)단계 사업자의 부당성을 부인하였을 뿐 등 원칙하에서 어떠한 경우에 부당성이 인정되는지에 관해서는 언급이 없다.<sup>52)</sup> 이에 본고에서는 최고재판매가격유지행위가 어느 경우에 경쟁을 제한하는 불공정행위가 되는지를 살펴보고자 한다. 그러한 경우를 다음과 같이 3가지를 예상할 수 있다. 첫째, 상부기업이 하부기업으로 하여금 하부기업의 거래지역 내지 거래상대방에 따라 다른 최고재판매가격을 설정하는 경우, 둘째, ARCO 사건에서 지적된 바와 같이 최고재판매가격유지행위가 부당염매, 미국의 용어를 빌리자면 약탈적 가격책정에 해당하는 경우, 그리고 셋째, 최고재판매가격유지행위가

50) Herbert Hovenkamp, “Book Review: The Rationalization of Antitrust,” *Harvard Law Review*, Vol.116, No.99, 2003, p.936.

51) 우리나라 학자 및 실무가들은 최고재판매가격유지행위의 경쟁촉진적 효과와 경쟁제한적 효과를 비교 형량하여 규제하지는 견해(권오승, 앞의 책, p.435; 손영화, 앞의 논문, p.200)와 당연합법으로 취급하지는 견해(신광식, 앞의 논문, p.165) 등이 있다. 그러나 본고가 최고재판매가격유지행위를 일단 당연합법으로 보되 경쟁제한적 효과가 큰 경우에는 불공정거래행위의 일종으로 보아 규제하지는 주장을 제시하고 있는데, 이는 궁극적으로 전자의 견해와 서로 일치하는 부분이 상당하다고 생각한다.

52) Bamberger, *supra* note 7, at 348; Roger D. Blair & John E. Lopatka, “The Albrecht Rule After Khan: Death Becomes Her,” *Notre Dame Law Review*, Vol.74, 1998, p.124.

하부기업의 경영에 대한 간섭에 해당하는 경우 등을 가정할 수 있다. 이하에서는 이러한 3가지 경우를 전제로 해서 최고재판매가격유지행위를 독점규제법상 불공정거래행위로 규제할 수 있는 가능성을 비교법적으로 살펴보기로 한다.

## (2) 가격차별에 해당하는 경우

개별사업자는 단독 또는 공동으로 직접 혹은 다른 사업자를 통해 간접적으로 거래상대방을 차별적으로 취급하는 경우가 있다.<sup>53)</sup> 자유시장경제에서 사업자는 공급할 상품의 가격, 수량, 결제조건, 기타 거래조건 등을 스스로 자유롭게 결정할 수 있으므로 가격이나 거래조건 등의 차별이 무조건 위법한 것은 아니다. 이러한 차별이 공정한 경쟁을 실질적으로 저해할 위험이 있다면 위법성이 인정된다. 시장에서 우월적 지위에 있는 사업자가 가격, 기타 거래조건에 관하여 차별적 취급을 하여 경쟁사업자의 사업활동을 곤란하게 하는 경우 불공정거래행위가 된다. 특히 제조업자가 부당하게 거래지역 또는 거래상대방에 따라 현저하게 유리하거나 불리한 가격으로 유통업자와 거래하는 행위를 한다면 이는 가격차별(Pricing Discrimination)로서 불공정거래행위에 해당한다(독점규제법 제23조 제1항 제1호 후단, 동 시행령 별표 1 제2호 가목).

독점규제법상의 가격차별은 지역별 가격차별과 거래상대방별 가격차별로 나눌 수 있다. 먼저 지역별로 가격차별하는 경우에는 주로 특정지역에서 기존의 경쟁자를 축출하거나 신규진입자를 배제하여 자신의 시장점유율을 확보하거나 확대하기 위하여 행하는 행위이다. 또한 거래상대방별 가격차별은 주로 특정한 경쟁자의 고객을 자기 고객으로 만들기 위하여 고객에 따라 가격을 차별하는 경우이다. 이에 상부기업이 강한 구매력이 있는 소비자를 위한 고객으로 두거나 시장점유율이 높은 유통업자와 구매력이 약한 개인을 고객으로 하거나 시장점유율이 적은 유통업자에 대하여 최고재판매가격을 달리 결정하는 경우는 가격차별에 해당할 가능성이 있다. 특히 상표품이 어느 특정한 지역 또는 거래상대방에 대한 소매단계에서는 격렬하게 가격경쟁이 전개되고 있다면 제조업자는 자사 브랜드 제품의 소매가격을 인하해야 하는 필요성에 직면하는데, 그것에 저항하는 일부의 유통업자에 대한 가장 강력한 대항정책으로서 최고재판매가격유지행위가

53) 신광식, 『시장거래의 규제와 경쟁정책』, 한국개발연구원, 1992, p.229.

사용될 수 있다. 왜냐하면 최고재판매가격을 종전의 소매가격보다 낮게 설정한다면 가장 확실한 가격인하효과를 얻을 수 있기 때문이다.

### (3) 부당염매에 해당하는 경우

독점규제법에 따르면 부당염매(Price Cutting)란 자기의 상품을 공급함에 있어서 정당한 이유 없이 그 공급에 소요되는 비용보다 현저히 낮은 대가로 계속하여 공급하거나 기타 부당하게 상품을 낮은 대가로 공급함으로써 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 행위를 가리킨다(법 제23조 제항 제2호; 동 시행령 별표 1 제3호 가목).<sup>54)</sup> 독점규제법이 부당염매를 금지하는 것은 사업자가 기술개발이나 원가절감을 통하여 양질의 제품을 저렴한 가격에 공급하는 것이 아니라 자신의 경제력을 이용하여 상품을 현저히 싸게 공급함으로써 다른 사업자의 시장진입을 방해하거나 다른 사업자를 시장으로부터 배제하여 독점적 이윤을 확보하고자 하는 이른바 약탈적 가격책정(Predatory Pricing)을 규제하기 위한 것이다.<sup>55)</sup>

만약에 상부기업이 하부기업으로 하여금 원가보다 현저히 할인된 가격을 최고재판매 가격으로 유지하도록 한다면 그러한 행위는 부당염매에 해당될 가능성이 있다. 어느 정도의 가격이 법에서 정한 “현저히 낮은 대가”에 해당하는가는 당해 가격에 의한 판매가 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는가의 여부에 의해 판단되어야 한다. 염매행위의 부당성의 유무는 “당해 염매행위의 의도, 목적, 염가의 정도, 반복가능성, 염매대상 상품의 특성과 그 시장상황, 행위자의 시장에서의 지위, 경쟁사업자에 대한 영향 등 개별사안에서 드러난 여러 사정을 종합적으로 살펴 그것이 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지의 여부에 따라 판단하여야 한다.”<sup>56)</sup>

### (4) 경영간섭에 해당하는 경우

경영간섭이라 함은 거래상대방의 임직원을 선임·해임함에 있어 자기의 지시 또는

54) 일반인들은 부당염매를 덤핑행위라고 부르기도 한다.

55) 이승철, 앞의 책, pp.218-219; Patrick Bolton et al., "Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy," *Georgetown Law Journal*, Vol.88, 2000, pp.2276-2277.

56) 대법원 2001.6.12. 선고, 99두4686 판결. 이에 설령 판매를 담당하는 하부기업이 속해 있는 유통산업이 진입장벽이 낮은 경우에는 상대적으로 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 크지 않게 될 것이다.

승인을 얻게 하거나 거래상대방의 생산품목·시설규모·생산량·거래내용을 제한함으로써 경영활동을 간섭하는 행위를 말한다(독점규제법 제23조 제1항 제4호; 동 시행령 별표 1 제6호 마목). 법인을 비롯한 조직은 경영활동에 관하여 자주권을 가지며 이는 자유경쟁의 전제라 할 수 있다. 그러므로 거래상대방의 경영활동에 간섭하는 것은 조직이 가지는 자주권에 대한 침해이기 때문에 부당성이 인정된다.<sup>57)</sup> 이 경우 경영간섭의 주체는 시장 지배적 지위와 같은 정도의 강한 지위를 의미하지는 않을지라도 상대방과 비교하여 상대적으로 우월한 지위에 있어 상대방의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있어야 한다.<sup>58)</sup>

제조업자가 유통업자에 대하여 최고재판매가격유지행위를 요구하는 경우 전자가 후자에 비하여 시장에서 더 강력한 지배력을 소유하고 있다면 그 가격을 “유지”할 수 있을 것이다.<sup>59)</sup> 반대로 유통업자 카르텔(Dealer Cartel)하에서<sup>60)</sup> 담합한 유통업자가 강압적으로 제조업자로 하여금 최고재판매가격유지를 하여 줄 것을 요구할 수도 있다.<sup>61)</sup> 이러한 2가지 경우 모두 다 거래상 지위를 남용한 불공정거래행위이다. 다만, 구체적으로 이러한 제조업자 혹은 유통업자의 행위는 상대방 회사의 경영에 부당하게 간섭하는 행위를 구성할 수 있는지는 논란의 대상이 될 수 있다. 즉 독점규제법상 불공정거래행위로서의 경영간섭은 거래상대방의 임직원 선임·해임에 대한 지시 또는 승인이나 거래상대방의 생산품목·시설규모·생산량·거래내용을 제한하여 경영활동을 간섭하는 것을 요건으로 하고 있는데, 과연 최고재판매가격유지행위가 이들 구성요건 중 어느 것에 해당하는지가 의문이다. 이와 관련하여 공정거래위원회는 대구광역시시설관리공단의 거래상지위남용행위에 대한 심결에서 “대구 시민회관내 식당·다방의 운영권을 임대하면서 판매품목별 가격을 승인하여 거래내용을 제한함으로써 거래상대방의 경영활동을 간섭하는 행위를 하여서는 아니 된다”고 의결한 바가 있다.<sup>62)</sup> 따라서 공정거래위원회의

57) 최진욱, 『독점규제법상 불공정거래행위에 관한 연구-일반지정을 중심으로-』, 연세대학교 대학원 법학박사 학위논문, 1997, pp.171-172.

58) 권오승, 앞의 책, p.358.

59) 권오승, 앞의 책, p.423.

60) 재판매가격유지행위는 할인판매에 대항하여 행하는 경우가 있다. 할인판매로 수익을 줄어드는 다수의 유통업자가 담합하여 제조업자에게 통일적인 가격을 유지할 것을 강제하는 경우가 있는데, 이를 유통업자 카르텔이라 한다.

61) 신광식, 앞의 논문, p.156.

62) 공정거래위원회 2002.1.17. 의결, 제2002-030호, 2001구사2528.

심결을 바탕으로 할 때 최고재판매가격유지행위는 제조업자(유통업자)가 가격유지를 통해 유통업자(제조업자)의 거래내용을 제한한 것으로 되어 독점규제법상 경영간섭을 구성할 것이므로 불공정거래행위로 규제할 수 있다.

## IV. 결 론

이상에서 최고재판매가격유지와 관련한 미국 연방대법원 판례의 동향을 살펴본 바와 같이 당연위법의 원칙을 적용하던 기존의 입장을 파기하고 Khan 사건부터 합리의 원칙을 적용하고 있다. 그동안 많은 법경제학자들은 최고재판매가격유지행위가 상부기업이 하부기업으로 하여금 상품의 가격을 인하시키는 유효한 수단으로 기능할 수 있다고 보았는데, 연방대법원이 이를 수용한 것이다.

현행 독점규제법은 최고재판매가격유지행위를 원칙적으로 금지하되 정당한 이유가 있는 경우에만 허용하고 있다. 우리 법은 이처럼 최고재판매가격유지행위가 상대방의 가격결정의 자유를 구속하고 상대방 사업자간의 가격경쟁을 소멸시키므로 공정경쟁 저해성을 인정하고 있지만, 학설과 미국의 판례를 볼 때 궁극적으로 그 행위는 소비자후생을 증가시키고 있어 오히려 친경쟁적이라고 판단된다. 이 때문에 최고재판매가격유지행위를 원칙적으로 허용하되 경쟁제한적인 경우에만 불공정거래행위로서 규제하는 것이 바람직하다. 이를 위해서는 우선 독점규제법 제29조 제1항에서 본문의 내용을 보다 구체적으로 사업자의 “최저”재판매가격유지행위를 금지하는 것으로 규정한 후 동항의 단서를 삭제하여야 한다. 그리고 최고재판매가격유지행위가 공정경쟁을 저해할 경우에는 독점규제법상 가격차별, 부당염매 또는 경영간섭에 해당할 수 있으므로 불공정거래행위의 유형으로 규제하여야 한다. 예컨대, 최고재판매가격을 종전의 소매가격보다 낮게 설정하여 지역별 혹은 거래상대방별 가격을 차별하는 경우, 상부기업이 하부기업으로 하여금 원가보다 현저히 할인된 가격을 최고재판매가격으로 유지하는 경우 및 상부기업이 최고재판매가격유지행위를 통해 하부기업의 거래내용을 제한하는 경우에는 모두 독점규제법상 불공정거래행위를 구성할 수 있다.

## 참고문헌

- 권오승, 『경제법』 제5판, 법문사, 2005.
- 권재열, 『경제법』 삼정판, 법원사, 2004.
- 김영호, 『경제법신론』, 팔마도서, 2000.
- 손영화, 「재판매가격유지행위에 관한 연구」, 『한양법학』 제13집, 한양법학회, 2002.
- 신광식, 『시장거래의 규제와 경쟁정책』, 한국개발연구원, 1992.
- \_\_\_\_\_, 「재판매가격유지행위의 규제제도 개선방안」, 『경쟁법학회』 제5~6권, 한국경쟁법학회, 1994.
- 윤세리, 「공정거래법상의 손해배상소송 - 미국 독점금지법상의 손해배상소송을 중심으로 -」, 『공정거래와 법치』, 권오승 편, 법문사, 2004.
- 이승철, 『공정거래경제학』, 한국경제연구원, 1999.
- 이호영, 『독점규제법』, 홍문사, 2005.
- 최진욱, 『독점규제법상 불공정거래행위에 관한 연구—일반지정을 중심으로—』, 연세대학교 대학원 법학박사 학위논문, 1997.
- 사법연수원, 『공정거래법』, 2002.
- Richard A. Posner(정영진/주진열 공역), 『미국 독점규제법』, 제2판, 다산출판사, 2003.
- 佐藤吾郎, 「再販賣價格の拘束・適用除外制度」, 『獨禁法の理論と展開[2]』, 日本經濟法學會 編, 三省堂, 2002.
- 8 Philip Areeda, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, 1989.
- Gustavo E. Bamberger, “Revisiting Maximum Resale Price Maintenance: State Oil v. Khan(1997),” in John E. Kwoka & Lawrence J. White eds., *The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy*, 4th ed., 2004.
- Roger D. Blair & Amanda K. Esquibel, “Maximum Resale Price Restraint in Franchising,” *Antitrust Law Journal*, Vol.65, 1996.

- Roger D. Blair & John E. Lopatka, "The Albrecht Rule After Khan: Death Becomes Her," *Notre Dame Law Review*, Vol.74, 1998.
- Patrick Bolton et al., "Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy," *Georgetown Law Journal*, Vol.88, 2000.
- Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, 1993.
- William S. Comanor, Vertical Price-Fixing, "Vertical Market Restrictions, and the New Antitrust Policy," *Harvard Law Review*, Vol.98, 1985.
- John T. Cross, "Giving Credit Where Credit is Due: Revisiting the Doctrine of Reverse Passing off in Trademark Law," *Washington Law Review*, Vol.72, 1997.
- Frank H. Easterbrook, "Maximum Price Fixing," *University of Chicago Law Review*, Vol.48, 1981.
- James M. Fesmire, "Maximum Vertical Price Fixing from Albrecht Through Brunswick to Khan: An Antitrust Odyssey," Seattle University, *Law Review*, Vol.24, 2001.
- David Gilo, "Retail Competition Percolating Through to Suppliers and the Use of Vertical Integration, Tying, and Vertical Restraints to Stop It," *Yale Journal on Regulation*, Vol.20, 2003.
- Norman W. Hawker, "The New Antitrust Paradox: Antitrust Injury," *Rutgers Law Review*, Vol.44, 1991.
- \_\_\_\_\_, "Maximum Price Resale Maintenance under the Rule of Reason," *Baylor Law Review*, Vol.51, 1999.
- Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, 1994.
- \_\_\_\_\_, "Book Review: The Rationalization of Antitrust," *Harvard Law Review*, Vol.116, 2003.
- Alan J. Meese, "Economic Theory, Trader Freedom, and Consumer Welfare: State Oil Co. v. Khan and the Continuing Incoherence of Antitrust Doctrine," *Cornell Law Review*, Vol.84, 1999.
- Glen O. Robinson, "Personal Property Servitudes," *University of Chicago Law Review*,

Vol.71, 2004.

Stephen F. Ross, *Principles of Antitrust Law*, 1993.

Lawrence A. Sullivan & Warren S. Grimes, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, 2000.

K C I

## Some Thoughts on the Reform of Regulation on the Maximum Resale Price Maintenance

Jae Yeol Kwon

Early in the United States of America, the Supreme Court ruled that the maximum resale price maintenance (“MRPM”) was per se illegal. Many academics and practitioners criticized the Court’s decision. In the case of *State Oil v. Khan* decided in 1997, the Court abandoned the per se rule for the MRPM in consideration of the MRPM’s procompetitive effect. Now, it has been widely accepted that the MRPM improves the consumer welfare by reducing resale price.

In Korea, the Monopoly Regulation and Fair Trade Act (“Monopoly Regulation Act”) provides that “no enterpriser shall engage in a resale price maintenance; provided that this shall not apply to the case where there exist justifiable reasons in terms of the maximum price maintenance preventing the transactions of commodities or services in excess of specified prices.” Thus, the MRPM is automatically void except for justifiable reasons. However, taking the MRPM’s procompetitive effect into consideration, this Study recommends that the MRPM be permitted in principle and treated as a kind of unfair trade under the Monopoly Regulation Act if it has an anticompetitive effect.

Key words: maximum resale price maintenance, per se illegality, rule of reason, *State Oil v. Khan*, consumer welfare.