

연구보고 2001-08

공정거래법상 끼워팔기에 대한 규제제도 연구

金斗鎭

한국법제연구원

공정거래법상 끼워팔기에
대한 규제제도 연구

A Study on the Prohibition of the Tie-ins in
the Monopoly Regulation And Fair Trade Act

研究者: 金斗鎭(首席研究員)

KIM, D00-Jin

2001. 11.

한국법제연구원

발 간 사

우리 헌법은 제119조에서 “대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다. 국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.”고 규정하여, 우리나라의 경제질서가 시장주체의 주도에 의한 자유로운 시장경제질서를 원칙으로 하되, 독점과 경제력 남용의 방지, 경제민주화 등을 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있는 사회적 시장경제질서(soziale Marktwirtschaft)임을 선언하고 있습니다. 이에 의거하여 국가가 경제에 관한 규제와 조정을 하기 위하여 제정한 일련의 경제법들 가운데 하나가 독점규제및공정거래에관한법률(이하 “공정거래법”으로 지칭합니다)이라 하겠습니다. 시장경제에 있어서 경제주체간의 힘의 차이로 인하여 발생하는 불공정성의 시정 내지 정의의 수호는 공정거래법상의 주요 실체적 제도의 본질이며, 본 연구가 주제로 하고 있는 끼워팔기 규제제도는 그 세부제도중 하나라고 할 것입니다. 본 보고서는 공정거래법상의 끼워팔기는 무엇이며, 그에 대한 규제제도의 내용이 무엇으로 구성되어 있고, 그러한 규제의 이유는 무엇이며, 그것이 적정한 규제를 위하여 갖추어야 할 조건이 무엇인지 등에 관하여 비교법적·경쟁법적 연구를 통하여 해석론과 입법론을 제시한 것입니다.

우리나라에서 공정거래법이 지난 1980년에 처음 제정되어 운용되기 시작한지 어언 20년이 흘렀습니다. 주지하는 바와 같이, 공정거래법의 목적이 사업자의 시장지배적지위의 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고, 부당한 공동행위 및 불공정거래행위를 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모함에 있을진대, 그 같은 목적의 실현이 참다운 정의를 구성할 수 있으려면 동법상의 여러 제도의 끊임없는 정비와 체계화를 통하여 제도취지가 올바르게 실현될 수 있도록 노력함이 필요할 것

입니다. 이 보고서와 같은 공정거래법상 개별 제도에 대한 미시적인 분석은 기존의 거시적·총론적 연구에서 한 걸음 더 나아간 것으로 이제 성년이 된 우리 공정거래법에 대한 제대로의 자리매김에 기여할 것으로 기대해 봅니다.

2001. 11.

韓國法制研究院

院長 徐承完

목 차

제 1 장 서 론	9
제 1 절 연구의 목적	9
제 2 절 연구의 범위 및 방법	9
1. 연구의 범위	9
2. 연구의 방법	10
제 2 장 끼워팔기의 개념과 성립요건의 개요	11
제 1 절 끼워팔기의 개념	11
1. 끼워팔기의 의의	11
2. 끼워팔기의 유형	11
3. 끼워팔기와 구별되는 유사한 개념	12
제 2 절 끼워팔기의 성립요건의 개요	23
제 3 장 끼워팔기가 사용되는 이유 : 끼워팔기 규제의 근거	25
제 1 절 끼워팔기에 대한 규제반대론	25
1. 품질의 관리	26
2. 비용의 절감	27
3. 가격규제의 회피책	28
4. 효율적인 가격차별 기능	30
5. 진입 또는 시장침투능력의 향상	33
6. 혁신에 대한 보상의 증대	35
7. 첨단기술 상품에 대한 정보제공	37
제 2 절 끼워팔기에 대한 규제론	37
1. 고전적인 지렛대이론	37
2. 수정된 지렛대이론	40
3. 가격차별이론	44

4. 구매자의 정보부족	46
5. 구매자의 하자있는 상품구매동기	49
6. 가격규제의 회피책	51
7. 약탈적 가격책정과 기타의 독점화시도	52
제 3 절 소 결: 끼워팔기의 경쟁에 미치는 효과	53
제 4 장 비교법적 연구	55
제 1 절 미국의 끼워팔기 규제	55
1. 실정법 규정	55
2. 판례법	59
3. 우리 법제와의 비교	129
제 2 절 EU에서의 끼워팔기 규제	130
1. 실정법 규정	130
2. 판례	142
제 3 절 영국에서의 끼워팔기 규제	148
1. 실정법 규정	148
2. 끼워팔기 규제의 법리	150
제 4 절 독일에서의 끼워팔기 규제	152
1. 실정법 규정	152
2. 실제 사례	152
제 5 장 현행 우리나라 공정거래법상의 끼워팔기 규제	155
제 1 절 공정거래법령의 관련규정	155
제 2 절 끼워팔기 규제의 법원칙	156
1. 끼워팔기의 성립요건	156
2. 끼워팔기의 경쟁에 미치는 효과의 고려	158
제 3 절 공정거래법의 관련규정의 체계적합성 여부	166
1. 불공정거래행위 규제의 체계	166

2. 양규정의 관계	167
3. 소 결 : 일원화의 필요성	170
제 4 절 끼워팔기에 대한 제재수단의 효율성과 적합성여부	171
1. 관련규정	171
2. 검 토	172
제 6 장 결 론	175
참고문헌	177

제1장 서론

제1절 연구의 목적

우리나라 독점규제및공정거래에관한법률(이하 “공정거래법”으로 지칭함)은 제23조(사업자를 수범자로 하는 일반적인 경우)와 제26조(사업자단체를 수범자로 하는 경우)에서 불공정거래행위의 하나의 유형으로서 끼워팔기를 규정하고 있다.¹⁾

본 연구에서는 끼워팔기에 대한 규제를 위한 법제의 정비가 필요한가를 살펴보고, 필요하다면 그 방안을 제시해 보려 한다. 끼워팔기의 성립요건을 명백히 하고 그것이 포함되는 거래강제행위 및 나아가서 거래강제를 포함하는 전체 불공정거래행위 규제규정의 체계화를 기하고자 하는 것이 연구의 직접적 목적이다. 이를 통하여 주관 행정기관의 법 운용에 도움을 주고 장차 예상되는 국제적인 독점금지규범의 통일 내지 조화 움직임에 대비하는 효과도 아울러 기대한다.

제2절 연구의 범위 및 방법

1. 연구의 범위

고찰해야 할 논점은 다음과 같다. 첫째, 끼워팔기의 개념과 성립요건의 문제이다. 둘째, 끼워팔기의 규제에 대한 찬반 양론 내지 규제의 필요성의 문제이다. 셋째, 끼워팔기의 유형에는 무엇이 있고 그에 대한 규제의 방향은 어떠해야 할 것인가 하는 문제이다. 넷째, 끼워팔기의 위법성판단에 관한 문제이다. 다섯째, 공정거래법상의 관련규정의 체계적합성 여부에 관한 문제이다. 이것은 여기에서는 동법 제23조와 제3조의2(시장지배적지위의 남용금지)규정과 체계조화의 문제이며, 이는 양조항의 일원화 가능성과

1) 후자의 경우 사업자단체가 사업자에게 제23조(불공정거래행위의 금지)제1항 각호의 1의 규정에 의한 불공정거래행위를 하게 하거나 이를 방조하는 행위를 하는 것을 금지하는 조항이고 특별히 전자와 다른 규율이 필요한 것은 아니다. 따라서 이하에서는 전자에 국한해서 검토하기로 한다.

그 필요성 여부의 문제라고 하겠다. 여섯째, 경쟁정책의 관점에서 끼워팔기에 대한 제재수단의 효율성과 적합성여부의 문제이다.

또한 독점금지법의 제정과 운용에 관한 선진국이라 할 수 있는 미국을 비롯한 몇몇 국가의 관련 법제에 대해서 고찰함으로써 제도와 운영의 면에서의 선진 제국의 축적된 경험을 통찰하여 그것을 우리의 현실에 맞게 응용할 방법을 강구하고자 한다.

2. 연구의 방법

연구의 방법으로는 우리의 현행법령, 제도운용실태 등을 분석하고, 비교법적 연구, 즉 미국, EU, 영국, 독일 등의 끼워팔기에 대한 규제제도의 현황과 연혁 등에 대하여 법령, 판례 또는 심결례, 논문 기타 문헌을 통하여 조사하는 방법을 취하고자 한다. 공정거래의 선진국에 관한 관찰은 우리의 시행착오를 줄일 수 있는 교훈의 습득에 도움을 줄 수 있을 것이기 때문이다. 그리고 나서, 우리의 현행법령의 해석론을 전개하고, 제도운용 실태 등을 분석하며, 우리의 법제에 대한 입법적 보완이 필요한 부분에 관하여 언급하고자 한다. 공정거래법상 우려를 야기하는 관행에 관하여 항상 그러하겠지만 경제학적 분석방법은 그 반경쟁적 효과의 점검을 위하여 필요하다. 이 연구에서도 끼워팔기의 규제에 대한 찬반 양론 내지 규제의 필요성의 문제의 분석에 관련하여, 그것만으로 결론이 완전히 도출되는 것은 아니며 다만 그것은 분석의 한 요소에 지나지 않는다는 전제하에, 경제학적 분석에 관하여서도 가능한 한 다루어 보려한다.

제 2 장 끼워팔기의 개념과 성립요건의 개요

제 1 절 끼워팔기의 개념

1. 끼워팔기의 의의

끼워팔기(tie-in ; tying)는 우월한 지위에 있는 공급자와 구매자의 사업관계에서 흔히 보이는 수직적 제한(vertical restraint)의 형태중 하나이다. 끼워팔기의 전형적인 형태는 구매자가 본래 구매하기를 희망하는 인기있는 상품²⁾인 상품 A의 판매자가 구매자에게 구매자가 본래 구매하기를 희망하지 않는 상품 B도 구매하는 조건으로만 상품 A를 구매할 수 있다고 강요할 때에 행해지는 관행이다. 여기에서 상품 A는 끼운 상품(tying product), 끼워파는 상품 또는 主商品(이하에서 “끼운 상품”으로 지칭함)이라고 하고, 상품 B는 끼워진 상품(tied product), 끼워팔리는 상품, 從商品 또는 부가상품(이하에서 “끼워진 상품”으로 지칭함)이라고 각각 언급된다.

우리 공정거래법상 끼워팔기는 거래상대방에 대하여 자기의 상품 또는 용역을 공급하면서 정상적인 거래관행에 비추어 부당하게 다른 상품 또는 용역을 자기 또는 자기가 지정하는 사업자로부터 구입하도록 하는 행위를 말한다(공정거래법시행령별표5.가목).

끼워팔기는 또한 공정거래법상 불공정거래행위의 하나인 거래강제, 즉 “부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 강제하는 행위”(법 제23조 제1항제3호 후단)의 한 유형이다.

2. 끼워팔기의 유형

끼워팔기의 대표적인 유형으로는 두 가지가 있다. 첫째 유형은 전술한 끼워팔기의 전형적인 형태로서 A상품의 판매자가 구매자에게 구매자가 본래 구매하기를 희망하지 않는 B상품도 구매하는 조건으로만 A상품을 구

2) 용역을 포함한다. 본 논문의 모든 부문에서 특별히 별도의 언급이 없는 한 “상품”은 “용역”, 즉 서비스를 포함하는 개념이다.

매할 수 있다고 강요함으로써 두 개의 독립된 상품을 묶음(package)으로 판매하는 것이다. 둘째 유형은 매수인이 매도인으로부터 본상품인 A상품에 대한 소모품(B상품)을 전부 자기로부터 구매하기로 동의하는 경우에만 A상품을 판매하는 “소모품 끼워팔기(requirements tie-ins)”이다. 위의 두 사례에서 각각 A상품은 끼운 상품, B상품은 끼워진 상품이다.

예컨대 오비씨그램(주) 및 (주)베리나인의 거래강제행위에 대한 건³⁾에서는 오비씨그램(주)과 (주)베리나인은 주류도매업체에게 수입주정을 원료로 생산된 특급위스키로서 소비자 선호도가 높은 “패스포트”와 “썸씽스페셜”을 각각 공급하면서 기타제재주로서 소비자 선호도가 비교적 낮아 판매가 저조한 상태에 있는 “씨크리트” “씨그램진”, “삼바”등을 각각 끼워서 공급하였다. 이것이 첫째 유형의 실례이다. 또한 미국의 IBM사건⁴⁾에서 구매자는 도표작성기(tabulating machine)의 운용에 필요한 모든 필요한 천공카드(punch cards)를 IBM으로부터 구매하는 경우에만 IBM 도표작성기를 대여받을 수 있었는데, 이것이 둘째 유형의 실례이다.

이 밖에도 끼워팔기의 특수한 유형으로 패키지 할인, 기술적 끼워팔기, 전품목강요(full-line forcing)⁵⁾, 재고처분 끼워팔기, 동영상 콘텐츠의 일괄예약(block-booking) 등이 있으며 이에 관해서는 후술한다.

3. 끼워팔기와 구별되는 유사한 개념

(1) 묶어팔기

(가) 묶어팔기의 의미

묶어팔기(bundling)는 복수의 상품이 합성물(a single integrated product)로서 결합되어 판매되는 경우이다. 달리 말하자면 묶어팔기에서는 매도인은 당해 상품을 A구성부분(component)과 B구성부분의 합으로

3) 1992.10.22. 공정거래위원회 의결 9209일438 사건.

4) International Business Machines Corp. v. U.S., 298 U.S. 131 (1936) (IBM은 도표작성기를 판매하지 않고 대여만 했고, 어느 고객이 당해 끼워팔기를 기피하려 하면 그 대여를 해지했다.).

5) 이를 전량구입조건부거래라고 번역하기도 한다.

정의하고, A부분만을 개별적으로 판매하지는 않으려 한다. 예컨대 자동차(A상품)와 타이어(B상품)의 관계를 예로 들면, 양자는 별개의 상품이지만, 통상 자동차제조업자는 타이어를 장착하지 않은 자동차를 판매하지는 않으며 구매자가 이를 문제삼지는 않을 것이다. 그러나 Chrysler자동차(A상품)를 산 소비자는, 그가 다른 판매상으로부터 라디오를 사기를 원하거나 심지어 라디오를 원하지 않더라도, Chrysler자동차용 라디오(B상품)와 함께만 Chrysler자동차를 구매할 수 있는데, 이것에 대해서 소비자는 불만을 가질 수 있을 것이다.⁶⁾

합성물은 전체적으로 단일 상품처럼 다루어질 수 있으며 그 묶음으로서의 취급은 자연스러운 것이다. 합성물은 여러개의 물건이 각 개성을 잃지 아니하고 결합하여 단일한 형체를 이루고 있는 물건이지만 단일물과 동일한 법적 취급을 받는다.⁷⁾ 그러나 어느 것이 합성물인지 여부를 결정하는 사회통념은 명확하지 않은 경우도 많다. 두 가지 상품이 통상의 합성물인지, 즉 묶어팔기인지 아니면 위법한 끼워팔기인지 여부의 구별의 기준은 미국에서는 끼워팔기의 핵심적 성립요건인 단일물 쟁점(single product issue)으로 다루어진다. 끼워진 상품이 끼운 상품의 밀접한 보완재인 것처럼, 끼운 상품과 끼워진 상품간의 연결이 직접적이면, 제조업자는 적절하게 그들의 판매를 묶을 수 있다고 할 수 있다. 예컨대, 자동차제조업자는 위법한 끼워팔기의 염려없이 자신이 선택한 연료분사장치를 자동차에 장치할 수 있다.

(나) 묶어팔기의 발생원인

묶어팔기가 발생하는 원인은 그렇게 하는 것이 보다 판매자의 비용을 절감시키기 때문이며, 이것은 결국 소비자후생을 증대시킨다.

사실 거의 모든 상품은, 예컨대 코트와 단추, 책상과 서랍 등 구성부분(components)이나 부품(parts)으로 구분될 수 있다. 그러나 각 구매자

6) 이 관행은 실제로 미국에서 다수의 독점금지 청구를 유발했다. 예컨대 *Town Sound and Custom Tops, Inc. v. Chrysler Motors Corp.*, 959 F.2d 468 (3rd Cir. 1992)(Chrysler자동차와 라디오). *Heattransfer Corp. v. Volkswagenwerk, A.G.*, 553 F.2d 964 (5th Cir. 1977)(Volkswagen자동차와 에어컨).

7) 이영준, 『전정판 민법총칙』, 박영사, 1995, 897면.

가 자신의 선택만큼 구매를 단자화할 수 있게 된다면 시장은 마비될 것이다. 코트와 단추, 책상과 서랍을 개별로 판매하도록 법으로 강제한다면, 이는 단기적으로 소비자후생을 극대화하는 방법이지만, 판매자에게 엄청난 비용을 부담하게 할 것이며, 소비자는 상품에 대해 더 높은 가격을 지불하여야 하는 결과를 초래하게 되므로, 장기적으로 소비자의 최선의 이익을 창출하지는 못한다.⁸⁾

제조업자는 소비자보다 훨씬 효율적으로 자동차나 기계를 생산하기 위하여 필요한 상품을 모으고 조립할 수 있다. 묶어팔기 상품의 마케팅비용도 분리된 부품의 판매비용보다 상당히 낮을 수 있다. 소비자가 개별 항목을 구매해서 이들 패키지를 조립할 수 있다 하더라도, 결과는 보다 값비싼 것이 되거나 질적으로 조악한 패키지가 될 가능성이 높다.⁹⁾

소비자의 후생을 극대화하기 위한 정책은 반드시 모든 개별 소비자를 각각의 상황에서 유리하게 하지는 아니한다. 예컨대 모든 소비자에게 신발을 한 짝이 아니라 한 켤레로만 판매하도록 하는 공통정책이 대부분의 소비자에게 비용과 관련해서 최선의 상태를 만들어준다. 이것은 한 짝만 구매하기를 원하는 소수의 소비자에게는 피해를 줄 수 있다.¹⁰⁾ 묶어팔기는 모든 개개의 소비자가 아니라 대부분의 소비자를 최적으로 하거나 소비자의 이익이 소비자의 손실을 능가하는 효과를 가져오는 것이다.

(다) 묶어팔기의 법적 규율

경쟁에 의해서 행해진 묶어팔기는 통상 시장에 대한 효율적인 반응이고 끼워팔기가 아니라 적법한 단일 상품의 판매로 간주된다.

혼합된 묶어팔기(mixed bundling)는 판매자가 상품을 개별적으로나 묶음의 형태로 모두 제공하는 관행이다. 예컨대 소비자가 보통의 감기에 대하여 점두판매용(over-the-counter) 약품을 구하는 경우에는 충혈제

8) H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, St. Paul: West Group, 1994, p.394.

9) L. A. Sullivan & W. S. Grimes, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, St. Paul: West Group, 2000, p.390.

10) H. Hovenkamp, "Distributive Justice and the Antitrust Laws", 51 *Geo. Wash.L.Rev.* 1, 5 (1982).

거제, 항히스타민제, 진통제 및 기침약 등을 개별로 구매할 수 있다. 또는 소비자는 이들 일부 또는 전부를 조합한 다양한 상품을 선택할 수도 있다. 효율적인 경쟁적 제약이 존재하는 한, 판매자가 상품을 묶어팔기로만 판매할지 아니면 묶어팔기 형식과 개별판매 형식을 섞어서 판매할지 결정하는 것은 양자 모두 끼워팔기가 아니다. 그러나 묶어팔기와 개별판매형식을 섞어서 판매하는 판매자는, 만일 두가지 상품이 독립적으로 판매되는 조건이 묶어팔기 형식의 조건보다 훨씬 더 구매자에게 불리하다면, 이것은 묶어팔기되지 않는 또는 개별적으로 판매되는 상품의 가격책정에 있어서 경쟁적 제약이 결여된 것을 반영하는 것으로서, 끼워팔기를 부과하고 있는 것으로 간주될 수 있다.¹¹⁾

(라) 끼워팔기와의 구별

끼워팔기를 묶어팔기와 구별하는 것은 때때로 어려울 수 있는데, 특히 만일 판매자가 근래에 개별 판매하여오던 두 개의 상품을 함께 판매하는 것으로 변경한 경우에 더욱 그러하다. 연방대법원은 “한 개의 상품이 포함된 것인지 두 개의 상품이 포함된 것인지 여부는 그것들간의 기능적 관계 (the functional relation)에 달려있는 것이 아니라, 그 두 개의 항목에 대한 수요의 성격(the character of the demand)에 좌우된다.”고 판시하였다.¹²⁾ 두 개의 상품은 “충분한 소비자의 수요가 있어서 기업이 그 두 상품을 개별적으로 공급하는 것이 효율적이라면,” 별개의 것으로 간주된다.¹³⁾ 핵심적인 문제는 그 항목을 묶어팔기 형식으로 구매하기로 하는 선택이 시장에서 정해졌는가, 즉 판매자가 보유한 시장지배력의 행사에 의해 방해되지 않은 구매자의 선호의 문제인가 여부이다.¹⁴⁾

11) *Advance Bus. Sys. & Supply Co. v. SCM Corp.*, 415 F.2d 55 (4th Cir.1969), cert. denied, 397 U.S. 920, 90 S.Ct. 928, 25 L.Ed.2d 101 (1970).

12) *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 19, 104 S.Ct. 1551, 80 L.Ed.2d 2 (1984).

13) *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451, 462, 112 S.Ct. 2072, 119 L.Ed.2d 265 (1992).

14) L. A. Sullivan & W. S. Grimes, op.cit., p.391.

두 개의 독립적인 상품이 포함되었는지 여부를 결정함에 있어서, 법원은 구매결정을 하는 이들이 갖고 있는 정보를 의식하여야 한다. 그래서 정보를 제공받은 소비자의 수요가 친경쟁적 묶어팔기로부터 끼워팔기를 구별함에 있어서 가장 중요하다. 대다수의 정보를 아는 소비자들이, 예컨대 완전히 조립된 자동차의 판매에서처럼, 상품의 묶어팔기를 더 선호한다면, 끼워팔기는 존재하지 않는다. 개별적인 부품보다 묶어팔기하는 상품을 보다 효율적으로 제공하는 판매자의 능력은, 정보를 제공받은 소비자가 패키지를 더 선호하는지, 특히 대부분의 소비자가 모든 또는 최소한 가장 값비싼 상품을 패키지로 필요로 하는지에 대한 지표가 된다. 반면에, 만일 그 묶어팔기가 경쟁에 의해서 부적절하게 제어되었다는 의심이 드는 이유가 존재한다면, 당해 묶어팔기 관행은 끼워팔기로 간주되어야 할 것이다. 예컨대 어떤 묶어팔기가 구매자의 정보상의 결함을 악용하려는 것이거나 판매자가 끼워진 상품에 대한 높은 시장점유율을 갖고 있고 혼합된 묶어팔기에 분명한 효율성이 존재하지 않는다면, 법원은 끼워팔기로 볼 수 있다.¹⁵⁾

그런데 이처럼 연방대법원의 판례는 묶어팔기와 끼워팔기의 구별기준을 소비자의 수요의 성격에 두고 있지만, 이 기준만에 의할 때에는 혁신과 새 상품의 마케팅 등 장기적으로 소비자에게 커다란 혜택을 주는 동적인 효율성(dynamic efficiency)을 억제하는, 판매자의 시장지배를 방어하는 데에 기여하는 끼워팔기도 단기적으로 가격인하와 배분적 이익을 소비자에게 주는 점에서 시장에서 높은 지지를 받고 따라서 끼워팔기로 간주되지 않을 가능성이 존재한다. 그러므로 유해한 끼워팔기를 묶어팔기로부터 구분하는 데에 있어 소비자의 수요와 함께 그 패키지판매가 혁신에 미치는 잠재적 영향의 고려가 요청된다.¹⁶⁾

Town Sound & Custom Tops, Inc. v. Chrysler Motors Corp. 사건¹⁷⁾에서는, Chrysler자동차와 음향시스템의 판매가 끼워팔기인지 묶어팔기인지 문제되었다. 이 판매방식에는 그럴듯한 효율성이 포함되어 있

15) *Ibid.*, p.391.

16) *Ibid.*, p.394.

17) 959 F.2d 468 (3rd Cir.)(en banc), *cert. denied*, 506 U.S. 868, 113 S.Ct. 196, 121 L.Ed.2d 139 (1992).

었다. Chrysler社로서는 딜러나 부품시장 공급자가 음향시스템을 장착하도록 하는 것보다 제조사에 장착하는 것이 보다 효율적이었다. 그러나 Chrysler는 일찌기 이 문제를, 딜러들에게 음향시스템을 제거하고 고객들에게 그 제거비용에 해당할 수수료를 제외한 음향시스템의 가격을 청구하도록 지도함으로써, 처리하였었고, 이러한 초기의 관행하에서, 대략 3분의 1의 구매자들이 Chrysler가 설치한 음향시스템을 갖기를 원했고, 상당한 비율의 고객들은 다른 곳에서 그것을 구입하기를 희망하거나 전혀 장착하지 않기를 원했었다. Chrysler가 이러한 예전의 관행을 중단하기로 한 결정은 경쟁을 그만두려고 했던 것을 시사할 수 있었다. 결국 항소법원은 Chrysler자동차와 음향시스템의 판매가 끼워팔기로 간주되어야 한다고 결정하였다.

(2) 배타적 거래

(가) 배타적 거래의 의의

끼워팔기와 구별해야 하는 다른 개념으로 배타적 거래(exclusive dealing)가 있다. 배타적 거래에는 협의의 배타적 거래(exclusive dealing)와 배타적 판매(exclusive selling)가 있는데, 전자는 구매자가 그 소모품을 전량 단일한 판매자로부터만 구매하기로 합의하는 경우이고, 후자는 판매자로부터 구매자가 그의 모든 수요를 공급받는 것과 함께 그 판매자는 다른 경쟁 구매자에게는 판매하지 않기로 합의하는 경우이다. 배타적 판매는 직접적으로 하방의 브랜드내 경쟁을 침해하는 비가격 수직적 제한의 일종이다. 거기에 반해 협의의 배타적 거래는 브랜드간 경쟁을 감소시키거나 소멸시킬 수 있다. 아래에서 살펴보는 것은 협의의 배타적 거래이다. 배타적 거래협정의 제안은 배타적 거래조건화가 아니면 판매하기를 거부하는 판매자측이 할 수도 있고, 판매자가 좋은 조건을 제시한다면 배타적 거래를 청약할 매수인측이 할 수도 있다.

(나) 끼워팔기와 배타적 거래가 중복되는 경우

끼워팔기와 배타적 거래는 다른 현상으로 취급되지만, 양자는 함께 나타

나는 경우가 흔하다. 예컨대 Ford가 차년도 타이어 소모량의 거래를 청약하고, 청약후에는 그 배타적 공급자로 Goodyear를 선택한다면, Ford는 자사의 자동차를 타이어와 함께가 아니면 판매하지 않는다. 즉 소비자가 포드차를 구매하기 원한다면, 반드시 그것에 장착된 Goodyear 타이어를 구매해야 한다. 다른 타이어 제조업자, 예컨대 Firestone은 Ford차 구매자에게 접근할 수가 없다. 이 경우 Firestone이 포드사에게 독점금지 청구를 한다면, 그 청구취지는 포드의 배타적 거래나 포드의 자동차에 대한 타이어의 끼워팔기의 금지에 대한 것이 될 것이다. 파이어스톤은 포드차의 구매자들이 자동차에 Goodyear타이어의 비용을 제하고 파이어스톤 타이어를 장착할 수 있는 경우에, 판매량을 더 늘릴 수 있기를 원하는 것이다. 원칙적으로, 어느 하나의 관행의 제거는 그렇지 않았다면 굿이어 몫으로만 돌아갔을 사업기회의 일부를 파이어스톤에게 제공할 수 있을 것이다.

(다) 배타적 거래만 나타나는 경우

끼워팔기와 배타적 거래는 함께 이루어지는 것이 보통이지만, 모든 경우에 그런 것은 아니다. 포드는, 배타적 거래 없이, 타이어를 여러 공급업자로부터 구매하고, 타이어를 자동차에 끼워팔기할 수도 있다. 마찬가지로 만일 포드차의 독립적 딜러가 그들 자신이 타이어를 판매하기 때문에, 고객에게 “타이어 배제” 옵션을 통상적으로 제공한다면, 딜러가 아닌 고객의 입장에서는 포드-굿이어의 협정은 배타적 거래이기는 하지만 끼워팔기는 아닌 것이다.

(라) 끼워팔기와의 차이점

일부 협정은 끼워팔기와 배타적 거래로 모두 설명될 수 있다. 예컨대 자동차딜러가 그 딜러에게 제조업자의 자동차 브랜드를 사용할 수 있도록 허용하는 패키지의 일부로서 그 모든 교체부품을 제조업자로부터 구매하기로 동의하였다면, 이 협정은 끼운 상품은 자동차, 끼워진 상품은 부품인 끼워팔기와 딜러가 모든 부품을 그 제조업자로부터 구매하는 데 동의한 점에서 배타적 거래 양쪽을 다 구성할 수 있다. 그러나 양자간에는 주요한 차이가 있다. 배타적 거래는 보통 당해 딜러를 위한 모든 브랜드간 경쟁을 차단하

나, 끼워팔기는 그러한 브랜드간 경쟁을 오직 그 딜러가 끼운 상품을 구매하는 정도로만 차단한다. 배타적 거래는 어떤 자동차 딜러에게 오직 GM 자동차와 부품만 사고팔도록 요구할 수 있다. 그러나 제조사에 의해서 그 딜러에게, 그 딜러에 의해 판매되는 GM 자동차를 위한 부품으로서 GM이 제조한 부품만을 구매하라고 부과된 끼워팔기는 그 딜러가 또한 자동차의 경쟁차종과 그 딜러에 의해 수리되는 GM자동차가 아닌 자동차를 위한 경쟁 부품을 마케팅하는 것을 배제하는 것은 아니다. 이 점에서 끼워팔기의 차단효과는 배타적 거래보다 덜 광범하다. 그러나 이들 각 배타적 제한의 경쟁적 효과는 사실관계에 따라 변할 것이고, 별도로 고찰되어야 한다. 다수의 끼워팔기는 하방의 딜러의 모든 필요품을 다 적용대상으로 하며, 배타적 거래와 동일한 차단효과를 갖는다.

끼워팔기와 배타적 거래는 다른 면에서 잠재적으로 구별된다. 유해한 끼워팔기는 흔히 구매자의 거래를 복잡하게 하고 그 결과 구매자의 정보상 결함이나 동기화 결함이 판매자에 의해서 악용되도록 한다. 예컨대 끼워진 상품의 거래가 지체된다면, 구매자는 그 끼워진 상품의 장래의 수요와 경쟁 공급자로부터 끼워진 상품을 구매할 수 있는 경쟁조건에 대해 예측하기 어렵다. 배타적 거래협정도 또한 구매자를 위한 거래가 지체될 수 있으며, 특히 구매자가 장기 소모품 계약을 체결한 경우에 그러하다. 그러나 후자의 지체된 거래는 흔히 구매자가 희망한 목적이다. 비록 사건마다의 특별한 분석이 필요하겠지만, 배타적 거래협정은 끼워팔기보다 판매자가 정보에 관련한 시장지배력을 남용할 가능성은 적다.

(마) 배타적 거래의 법적 규율

배타적 거래는 끼워팔기와 동일하게 셔먼법 제1조, 제2조, 클레이튼법 제3조, 또는 연방거래위원회법 제5조에 의거해서 제소될 수 있다. 특히, 클레이튼법 제3조는 구매자나 임차인이 경쟁자의 상품을 거래하지 않는 조건으로 행해지는 판매나 리스를 향한 것으로서, 명시적으로 끼워팔기와 배타적 거래 협정 양자를 규율한다. 다만 클레이튼법 제3조는 상품의 판매 또는 리스에만 적용되고 용역을 포함하는 배타적 거래협정은 적용대상이 아니다.

다수의 배타적 제한은 전술한 것처럼 끼워팔기나 배타적 거래로 분류될 수 있기 때문에, 이들 유사한 제한들을 규율하는 판례법은 일관성 있는 결과를 도출해야 한다. 차단은, 그것이 시장지배력의 남용이기만 하면, 그 시장지배력이 브랜드간 시장에서의 높은 시장점유율이나 구매자의 정보상 결함에서 발생한 체계적 고착에서 비롯된 것이든 아니든 간에, 구매자의 대리인의 부패를 통하여 경쟁적 피해를 발생시키는 것으로서, 위법한 것으로 간주되어야 한다.

연방대법원의 *Tampa Elec. Co. v. Nashville Coal Co.* 사건¹⁸⁾ 판결 후 하급법원은 배타적 거래가 반경쟁적인지 여부를 결정하기 전에 신중한 경쟁적 분석을 거치고 있다. 많은 경우에 이것은 판매자의 배타적 거래의 사용을 정당화시켜주는 판결을 결과하여왔다.¹⁹⁾ 이러한 배타적 거래의 분석은 합리의 원칙으로 불리고 끼워팔기는 지속적으로 완화되어 온 당연 위법의 원칙에 의하여 규율되지만, 어느 기준에 의하든, 의미 심장한 경쟁적 분석을 배제하는 것은 아니며, 어떤 배타적 제한이 끼워팔기로서 분류되든 배타적 거래로서 분류되든간에 상이한 결과가 도출되어서는 아니된다.²⁰⁾

(3) 상호거래

(가) 상호거래의 의의

상호거래(reciprocal dealing; reciprocity)는 A 상품의 판매자가 그 구매자로부터 B 상품을 구매하는 조건으로 그 구매자가 A 상품을 판매자로부터 구매하기로 동의하는 경우에 발생한다. 단순한 형태의 상호거래는, “당신이 내게 A 상품을 준다면, B 상품을 당신에게 주겠다.”고 하는 바터제 거래(battering transaction)이다. 보다 복잡한 상호거래는 상품이나

18) 365 U.S. 320, 81 S.Ct. 623, 5 L.Ed.2d 580 (1961).

19) *Omega Environmental, Inc. v. Gilbarco, Inc.*, 127 F.3d 1157, 1162-65 (9th Cir.1997); *Ryko Mfg. Co. v. Eden Serus.*, 823 F.2d 1215, 1234 (8th Cir.1987), *cert. denied*, 484 U.S. 1026, 108 S.Ct. 751, 98 L.Ed.2d 763 (1988); *Roland Mach. Co. v. Dresser Indus., Inc.*, 749 F.2d 380, 393 (7th Cir.1984) v. *ITT Grinnell Corp.*, 724 F.2d 227, 237-38 (1st Cir.1983).

20) L. A. Sullivan & W. S. Grimes, *op.cit.*, p.432.

용역 외에 자금의 이전을 포함한다. 상호거래의 가치는 각 당사자에 대하여 반드시 동일하지는 않다. 상호거래의 결과는 전술한 묶어팔기나 배타적 거래의 결과와 일치하는 것이 많다. 그리고 그것들과 마찬가지로, 이러한 상호거래 자체는 당사자간의 자유로운 의사에 의하여 체결되는 한 독점금지법적으로 문제될 것은 없다.

(나) 강요된 상호거래

상호거래는 일방 당사자가 그 시장지배력을 거래를 강요하기 위하여 사용하는 경우에는 강요된 상호거래(forced reciprocal dealing)로서 독점금지법적으로 우려를 낳는다.²¹⁾ 강요된 상호거래와 끼워팔기는 모두 브랜드간 경쟁에 대한 직접적이고 사전적인 차단효과를 가져오는 배타적 제한 foreclosure restraints)의 일종이다. 양자는 모두 판매자가 구매자에게 부과하기 때문에 배급제한이나 수직적 제한으로 간주된다.

경쟁적 관점에서, 강요된 상호거래와 수반될 수 있는 시장지배력 남용은 타방당사자에게 상호거래에 참여하도록 강제할 수 있는 피고의 상품상의 시장지배력이 문제이다. 그런데 이와 관련해서 피고가 구매자의 정보상 또는 동기화 결함을 악용하고 상호거래가 아니었다면 받았을 가격보다 높은 가격을 받아낼 수 있게 하는 상호성(reciprocity)의 복잡한 성격을 문제 삼아야 한다는 견해도 있지만,²²⁾ 후자는 일반적으로 법원에 의하여 상호거래의 분석에 사용되고 있지 않다. 양자는 흔히 연결되어 발생할 것으로 짐작되며, 경쟁에 미치는 효과의 전체적 파악을 위해서는 후자를 고려할 필요가 있을 것으로 생각된다.

(다) 강요된 상호거래의 법적 규율

다른 배타적 제한과 마찬가지로 상호거래는 서면법 제1조, 제2조, 클레

21) *Brokerage Concepts, Inc. v. U.S. Healthcare, Inc.*, 140 F.3d 494, 511 (3d Cir.1998)(오직 강요된 상호거래만이 서면법의 적용대상이 될 수 있다는 결론을 내렸다.); *Betaseed, Inc. v. U & I Inc.*, 681 F.2d 1203, 1216-17 (9th Cir.1982)(강요된 상호성(coercive reciprocity)은 끼워팔기에서와 같은 조건으로 위법한 것으로 간주되어야 한다고 결론을 내렸다.).

22) L. A. Sullivan & W. S. Grimes, *op.cit.*, p.440.

이튼법 제3조, 또는 연방거래위원회법 제5조에 의거해서 제소될 수 있다. 클레이튼법 제3조는 상품에만 적용되고 시장지배력을 보유한 당사자가 용역을 제공하는 상호거래에는 적용되지 아니한다.

연방대법원은 아직 상호거래에 대해 적용되는 명확한 원칙을 선언하지 않았고, 하급법원들이 끼워팔기와 배타적 거래의 처리에 기초하여 처리하고 있는 실정이다. 1965년 *FTC v. Consolidated Foods Corp.* 사건에서, 연방대법원은 복합결합(*conglomerate merger*)에 대해서 그것이 상호거래를 활성화하는 것이라는 논거로 위법성을 인정하였다.²³⁾ 그러나 그러한 복합기업결합은 현재의 기업결합 정책하에서는 거의 문제되지 않는다. 따라서 *Consolidated Foods* 판결은 기업결합의 맥락밖에서 상호거래의 법적 성격에 대한 명확한 기초를 제공한 것은 아니다.

항소법원은 상호거래에 대해서 합리성의 원칙이나 당연위법 원칙에 의한 분석을 적용할지 여부에 대하여 논란을 벌여왔다. 대부분의 법원은 끼워팔기에 적용되는 것과 유사한 기준을 적용하여야 한다고 결론을 내리고 있다. 그 기준에 의하면, 원고는 완화된 당연위법 원칙하에서 위법성을 주장할 수 있고, 그 분석으로 위반이 증명되지 않는다면, 합리성의 원칙하에서 위법성을 주장할 수 있다.²⁴⁾ 물론 각 사건의 피고들은 오직 합리성의 원칙만이 상호거래에 적용되어야 한다고 주장하여 왔다. 그러나 완화된 당연위법 원칙하에서나 합리성의 원칙하에서나 원고는 그 상호거래가 강제적이라는, 그 관행의 경쟁적 분석을 처리하는 데에 요구되는 증명을 해야 하기 때문에, 그 쟁점은 별로 중요하지 않다. 다시 말해서 상호거래에 대해 수정된 당연위법 원칙이 적용되든지 합리의 원칙이 적용되든지 상관없이, 법원이 자유롭게 이들 유형의 행위로부터 반경쟁적 효과가 존재하는지 여부를 결정하는 데에 경제적 분석을 사용할 수 있다. 법원은 끼워팔기 분석에서 사용된 것과 같은 종류의 징후, 즉 상호거래 당사자들의 높은 집단적 시장점유율, 구매자의 정보상 또는 동기화결합의 높은 악용위험 등에 주목하여야 한다. 하급법원의 판결기록에 의하면, 경쟁적 분석의 초점은 일반

23) 380 U.S. 592, 85 S.Ct. 1220, 14 L.Ed.2d 95 (1965).

24) *Brokerage Concepts, Inc. v. U.S. Healthcare, Inc.*, 140 F.3d 494, 511-12 (3d Cir.1998).

적으로 브랜드간 시장에서의 차단이 실질적인지 여부에 맞춰지고 있다.²⁵⁾ 실질적 차단이 경쟁자의 비용을 올리거나 신규진입을 억제한다면 반경쟁적 피해를 발생시킬 가능성이 높다는 것은 사실이나, 또한 상호성이 구매자의 거래를 복잡화한다면 피고가 초경쟁적인 수익을 획득할 수 있게 하는 방식으로 경쟁에 피해를 주기 위해서 강요된 상호성(forded reciprocity)을 사용할 수도 있다는 점을 고려해야 할 것이다.²⁶⁾

제 2 절 끼워팔기의 성립요건의 개요

끼워팔기가 성립하기 위해서는 일반적으로 i) 두 개의 독립된 상품이나 서비스가 존재하고, ii) 끼운 상품의 시장에서 시장지배력을 보유해야 하고, iii) 끼워진 상품의 시장에서 적지 않은 거래량이 있고, iv) 판매자가 끼워팔기가 아닌 판매를 거부하여야 하고, v) 판매자가 구매자에 대하여 끼워팔기를 강제하여야 한다는 등의 성립요건이 충족되어야 한다. 이들 모두가 갖추어진 끼워팔기는 미국법상 당연위법한 끼워팔기(per se unlawful tying-ins)라 할 수 있다. 우리 공정거래법상으로는 이 중에서 ii와 iii에 있어서 차이가 있을 수 있으며, 이에 관해서는 후술하기로 한다.

25) *Brokerage Concepts*, 140 F.3d at 517; *Key Enters. of Delaware, Inc. v. Venice Hosp.*, 919 F.2d 1550, 1562-64 (11th Cir.1990), *vacated per curiam*, 979 F.2d 806 (11th Cir.1992), *cert. denied*, 511 U.S. 1126, 114 S.Ct. 2132, 128 L.Ed.2d 863 (1994). 다만 연방대법원은 상호거래는 그것이 경쟁이 “영향을 받는 거래시장의 실질적 부분에서 차단된다면” 위법하다고 판시하였다. *Standard Oil Co. v. United States*, 337 U.S. 293, 314, 69 S.Ct. 1051, 93 L.Ed. 1371 (1949).

26) L. A. Sullivan & W. S. Grimes, *op.cit.*, pp.442-444.

제 2 장 끼워팔기의 개념과 성립요건의 개요

제 3 장 끼워팔기가 사용되는 이유 : 끼워팔기 규제의 근거

끼워팔기에 대한 규제의 당부에 대해서는 다음과 같은 논란이 있다. 만일 끼워팔기에 대한 규제가 필요하다는 입장에 선다면, 논의는 끼워팔기에 대한 규제의 근거를 제공하는 것이나, 반대입장에 선다면, 그 논의는 끼워팔기에 대한 규제폐지에 대한 논거 또는 끼워팔기의 성립에 대한 항변사유의 제시가 될 것이다.

제 1 절 끼워팔기에 대한 규제반대론

Posner는 끼워팔기는 그 결과로 끼워진 상품에서의 판매자의 독점을 발생시키지 않고, 끼워팔기를 통하여 판매자는 추가적인 이익을 얻지 않으며, 비용절감을 가져온다는 등의 이유를 들어 규제를 완화하여야 하고 가격차별에 대한 체계적인 금지가 없는 경우에는 폐지되어야 한다고 하였다.²⁷⁾ 그 밖에도 효율적인 가격규제의 회피책으로 끼워팔기가 사용된다거나²⁸⁾ 끼워팔기는 독점으로부터 발생하는 자원배분의 오류를 억제할 수 있다는 주장도 있다.²⁹⁾

이러한 주장들은 끼워팔기의 규제 자체가 부당하다는 논거를 제시하기 위한 것일 수도 있고, 끼워팔기의 규제필요성 자체는 긍정하면서도 그 체계화를 주장하는 경우일 수도 있다. 후자의 경우라면 그것은 개별적인 끼워팔기 사건에서 항변사유로 주장될 수 있는 성격의 것일 수 있다. 즉 아래에서 살펴보는 주장들은 끼워팔기에 대한 독점금지법적 규제 자체에 대한 반대론으로 반드시 해석될 수는 없다. 오히려 그러한 규제반대론의 핵심은 지렛대 이론에 대한 반박론에 있는데, 이에 관해서는 본고의 체계상 끼워팔기에 대한 규제론 부분에서 후술하기로 한다.

27) R. Posner, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, pp.173-182 (1976).

28) R. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, ch. 19 (1978).

29) *Ibid.*, at 173.

1. 품질의 관리

끼워팔기의 다른 잠재적 친경쟁적 효과는 끼운 상품의 구매자가 그 끼운 상품의 기능을 적절하게 만드는 적당한 투입 상품이나 부품을 구매하는 것을 보장하기 위하여 사용되는 것이다. 소비자가 상품정보를 잘 알지 못하면, 제조업자의 품질에 대한 명성을 저하시킬 수 있는 걸만 번지르르한 상품을 구매하게 만들기 때문이다. 그러한 소비자의 정보문제는 완전히 제거하기 어렵기 때문에, 일부 이론가들은 이 방식으로 사용되는 끼워팔기는 친경쟁적 효과를 갖는다고 주장한다.³⁰⁾

그러나 이에 대해서는, 비록 소비자가 당면한 정보결함 문제가 충분히 현실적이지만, 그것을 개선할 수 있는 끼워팔기가 또한 동일한 결함을 악용할 수도 있다는 점이 지적된다.³¹⁾ 즉 끼워팔기는 판매자의 품질관리 문제를 해결할 수 있지만, 구매자가 동일한 가격이나 그 이하의 가격으로 끼워진 상품과 동등하거나 양질의 경쟁상품을 공급할 수 있는 공급자로부터 격리되도록 함으로써, 구매자의 선택권을 경쟁적 결과로부터 왜곡시키고, 소비자로부터 판매자에게로 부의 이전을 강요하고, 효율적이고 잠재적으로 우수한 토너 제조업자가 시장에 진입하고 침투하는 것을 보다 어렵게 만들므로써, 핵심적인 독점금지 목적이 몰각되게 할 수 있다는 것이다.

또한 끼워팔기보다 보다 덜 경쟁제한적인 방법에 의하여 대부분의 품질 이미지 문제가 해결될 수 있다. 예컨대, 제조업자는 상품의 원활한 기능을 위하여 사용되어야 할 투입상품이나 교체부품의 성질을 특정할 수 있다. 상품에 대한 보증(warranty)이 적정한 투입물이나 교체품을 사용한 경우를 조건으로 행해지는 것도 그 같은 예이다.

끼워팔기가 품질관리 문제를 해결함으로써 친경쟁적 결과를 낳는 경우도 예외적으로 있을 수 있다. 비록 드물지만 개별적 상품이 적법한 품질 관리상

30) R. Bork, *ibid.*, 372-74, 380-81 (1978); H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition And Its Practice* § 10.5b (1994); Keith K. Wollenberg, "An Economic Analysis of Tie-In Sales: Re-examining the Leverage Theory", 39 *Stan. L. Rev.* 737, 756-59 (1987).

31) L. A. Sullivan & W. S. Grimes, *op.cit.*, p.399.

이유 때문에 끼워팔기되는 경우가 있을 수 있다. 연방대법원은 구성부분(component part)과 끼워팔기된 신상품(new products)에 대해서 품질 관리 항변이 제시될 수 있다는 것을 인정하였다.

2. 비용의 절감

패키지 판매는 비용을 절감할 수 있다. 두 개의 구성부분(component)은 개별적으로 생산되고 판매될 때보다 하나의 용품(appliance)으로 체화되었을 때 보다 저렴하게 생산되고 유통될 수 있기 때문이다.³²⁾ 예컨대 다수의 특허권을 보유한 특허권자는 그 특허권을 개별적으로 실시허락하지 않고 패키지로서 실시허락함으로써 관리비용을 절감할 수 있다.

묶어팔기의 경우에 그런 것처럼, 끼워팔기를 하는 것이 보다 판매자의 생산비용이나 거래비용을 절감시키는 경우가 있을 수 있음은 인정할 수 있다. 문제는 이것이 끼워팔기를 독점금지법적 우려로부터 해방시킬 수 있을 정도의 가치가 존재하는가이며 그것이 인정된다면 끼워팔기가 아니라 묶어팔기가 되는 것이다.

또 다른 예를 들어보면, 어떤 제조업자의 딜러에 대한 공급과 서비스비용은 각 딜러가 그 제조업자의 생산품목을 일부만 취급하는 때보다 모두 취급할 때에 낮아질 수 있을 것이다. 그 경우에 만약 딜러에게서 끼워팔기 제의를 거절당한 제조업자는, 소비자에게는 실제비용을 반영한 가격으로 상품조합을 선택할 수 있게 허용하면서, 비용절감을 반영하여 각 구성부분의 가격의 합계보다 낮은 가격으로 그 패키지를 제공할 것이다. 이러한 경우에는 경제적 효율성이 인정될 수 있을 것이다. 그러나 만일 제조업자가 자기가 딜러들에게 전품목을 취급하도록 강요하는 경우에만 자사의 전품목이 적절하게 대중에게 제시될 것이라고 믿을 때에는 독점금지적 우려가 발생한다.

Posner는 제조업자의 영업권을 보호할 목적으로 부과된 끼워팔기로부터 생기는 비용절감은 끼워진 상품의 독립생산자의 배제로부터 생기는 경

32) P. Areeda & L. Kaplow, *Antitrust Analysis*, 5th ed., New York: Aspen Law & Business, 1997, p. 691.

쟁제한의 비용과 비교형량해보아야 할 것이나 만일 그렇다면, 그것은 항상 영업권 향변을 지지하는 결론을 내리도록 할 것이라고 하였다.³³⁾ 왜냐하면 끼운 상품과 함께만 사용되는 끼워진 상품의 독립 판매를 배제하는 것은 끼워진 상품의 시장에서 경쟁적 중요성이 있을 가능성이 없기 때문이라고 하였다.³⁴⁾ 그러나 그가 전제하는 끼워진 상품시장은 Henry v. A. B. Dick Co.사건³⁵⁾에서의, 등사기용 잉크를 그 등사기에 끼워팔기한 사례를 들고 있는 것으로, 전체 잉크시장을 관련시장으로 보고 있는 것인데³⁶⁾, 전체 등사기용잉크시장 내지 A. B. Dick의 등사기용 잉크시장을 관련시장으로 확정한다면, 경쟁적 중요성에 대한 평가는 달라질 수 밖에 없을 것이다.

3. 가격규제의 회피책

끼워팔기는 가격규제를 회피하는 위장가격(disguising price)을 생성시키는데 이용되기도 한다. 그 이유는 두 개의 상품이 패키지로 판매되거나 끼워팔기되는 경우에 판매자의 수령이나 구매자의 지급은 반드시 전체적 거래를 반영하지 그 구성부분을 명백히 할당해서 반영하지는 않게 되기 때문이다.³⁷⁾

가격규제산업에서의 규제가격이 비규제 수익극대화가격보다 높다면, 판매자는 일정한 추가적인 상품이나 서비스를 그 시장가치보다 낮게 덤으로 끼워줌으로써 가격규제를 회피하려고 할 수 있다. 무엇보다도, 다수의 자연독점에서는 한계비용이 자본비용과 비교할 때 낮기 때문에, 한계비용 가격책정은 부적절하다. 대부분의 규제산업은 단기 한계비용보다 실질적으로 높은 비율규제를 받고 있다. 자원은 일반적으로 그 가격이 한계비용에서

33) R. Posner, *op.cit.*, p.176.

34) *Ibid.*

35) 224 U.S. 1, 32 S.Ct. 364, 56 L.Ed. 645 (1912).

36) 잉크시장에서 A. B. Dick의 등사기용으로 판매되는 잉크의 비율은 1%정도였다고 한다.

37) P. Areeda & L. Kaplow, *op.cit.*, pp.690-691. 이러한 끼워팔기의 위장가격을 생성시키는 기능은 가격규제를 회피하는 것 이외에도 로얄티나 세금 등의 계산상 조작, 끼운 상품이나 끼워진 상품의 사용에 대한 진실한 가격의 은폐, 과점가격책정의 엄격성 약화 등에도 이용된다.

책정될 때 가장 효율적으로 사용된다. 그 결과, 대부분의 기업들은 한계비용 이상으로 지급하지 않으려 하는 사람에게는 그것을 부과하나, 그 서비스에 보다 높은 가치를 두는 사람에게는 더 높은 가격을 부과하는 식으로 다양한 형태의 가격차별을 사용할 수 있다. 그러한 가격차별을 활성화하는 방식의 하나는 여러 가지 끼워팔기 협정을 통하는 것이다. 예컨대, 전화회사는 여러 가지 요금체계를 가지고 통화서비스 구매자에게 접근한다. 이러한 종류의 가격차별은 대부분 규제기관에 의하여 제재를 받는다. 공기업 규제비율상의 가격차별의 하나의 유형은, 규제되는 공기업에서 아주 보편적인 것인데, “램시식 가격책정(Ramsey pricing)”이라고 불린다.³⁸⁾

만일 가격규제되는 판매자가 한계비용을 초과하는 한계수입을 올린다면, 그 판매자는 규제가격에서 판매량을 증가시키는 것이 더 수익을 증대시키는 길이다. 예컨대 가스회사는 가스기구를 매우 우대한 가격으로 그 가스사용고객에게만 끼워팔기할 수 있는데, 가스회사는 그 기구에서 발생한 수익상실을, 가스의 판매증가를 통하여 보상한다. 이와 유사한 상황이 항공회사 가격규제하에서 발생했다. Robert's Waikiki U-Drive사건에서, 규제되던 다수의 항공운임은 매우 높게 매겨져서 빈 좌석으로 운항되는 비율이 높았다. 어떤 기업은 항공권은 규제가격에 판매하면서, 자동차 렌탈을 덤으로 추가비용 없이 끼워주어서 그 가격규제를 회피하였다. 이 구조는 경쟁자를 제외하고는 모두에게 이로웠다. 즉 그 항공사는 더 높은 수익을 올렸고, 산출은 증가하고, 고객은 효과적으로 더 낮은 가격을 지급하였기 때문이다.³⁹⁾ 이 사건에서 렌트카는 끼운 상품이고 항공권은 끼워진 상품이다. 그러한 끼워팔기는 또한 일종의 규제회피이다.⁴⁰⁾ 그러나 경제적 근거로는 규제가격에서 산출을 증가시키는 이러한 관행의 흠을 찾는 것은

38) F. Ramsey, “A Contribution to the Theory of Taxation”, 37 *Econ. Journal* 47 (Mar., 1927); R. Schmalensee, *The Control of Natural Monopolies* 39-40 (1979). 램시식 가격책정은 일반적으로 효율적이다. 그것이 높은 전체 산출을 낳고, 그래서 단위당 비용을 감소시키기 때문이다.

39) *Robert's Waikiki U-Drive, Inc. v. Budget Rent-A-Car Sys.*, 491 F.Supp. 1199 (D.Hawaii 1980), *aff'd*, 732 F.2d 1403 (9th Cir.1984).

40) *Robert's* 사건에서, 법원은 the Civil Aeronautics Board가 피고의 행위를 비율규제 잠탈행위로 보았음을 언급하였다. *ibid.*, 732 F.2d at 1406.

어려우며, 그 관행은 독점금지법이 아니라 당해 규제관련법에 의해서 처벌될 것이다.⁴¹⁾

4. 효율적인 가격차별 기능

(1) 가변비율의 끼워팔기와 계량장치로서의 끼워팔기

Bowman의 분석을 확대하여, 시카고학파의 이론가들은 독점자는 구매자들간에 가격차별을 통하여 독점상품의 보다 효율적 배분을 획득하기 위하여 끼워팔기를 사용할 수 있다고 주장하였다.

끼워팔기는 끼운 상품의 여러 사용자들 가운데 가격을 차별하는 방법이 될 수 있다. 끼워진 상품이 끼운 상품만큼의 비율로 사용되지 않는다면, 판매자는 끼워팔기를 끼운 상품의 사용의 척도로서 사용하고 그 사용에 대한 수수료를 평가할 수 있다. 이를 “가변비율 끼워팔기(variable proportion ties)”라고 부른다. 예컨대, 복사기의 판매자는 그 기계에 사용되는 토너를 자기로부터만 구입하도록 요구할 수 있다. 복사기의 가격은 -기계의 구입을 촉진시키기 위하여- 낮은 수준에서 정해질 수 있으나, 반면에 토너의 가격은 -판매자에게 기계의 사용 빈도에 따른 가변수익을 줄 수 있도록- 높은 수준에서 정해질 수 있다. 실제로, 끼워팔기는 판매자에게 복사기의 계량된 사용에 기초하여 가격을 부과할 수 있게 해준다.

이 계량장치로서의 끼워팔기는 일정한 환경에서는 보다 효율적인 자원의 분배를 가능하게 한다. 예컨대, 판매자가 기계에 특허권을 가지고 있다면, 그 기계에 대한 독점가격의 부과는 어느 정도 그 배급을 제한하게 한다. 그러나 만일 그 판매자가 그 특허대상인 기계를 그 기계와 함께 사용되는 다용도 상품에 끼워팔기한다면, 특허대상인 기계의 가격은 인하될 수 있고, 더 많은 기계가 판매될 것이다. 그러므로, 일부 경제학자들이 받아들이는 이론적 모델하에선, 판매자는 기계의 보급을 늘리고 보다 널리 사용되도록 함과 동시에 전체 수익을 증가시킬 수 있다. 실상, 판매자는 사용자가 그 기계에 대해 두는 가치에 근거해서 가격을 차별하는 것이 된다.

41) H. Hovenkamp, *op.cit.*, pp.422-423.

(2) Stigler의 이른바 가상 가격차별
(simulated price discrimination)

Stigler는 사용자가 상품에 두는 가치를 근거로 한 가격차별을 위한 끼워팔기의 친경쟁적 사용의 또 다른 가능성을 제안하였다.⁴²⁾ 이것은 고정비율 끼워팔기(fixed proportion tie-ins)⁴³⁾를 전제한 것이다.

Stigler는 영화 렌트산업에서의 “일괄예약(block-booking)”의 사례를 사용하고 있다.⁴⁴⁾

T.V. 방송국 A와 B가 할리우드 영화를 Q로부터 임차하기를 원한다고 가정하자. Q의 재고 중에는 C와 D가 포함되어 있다. T.V. 방송국 A와 B는 영화에 대해 기호가 다른 시청자들을 갖고 있다. 방송국 A는 C에 7,000달러와 D에 3,000달러의 가치평가를 한다. 방송국 B는 C에 4,000달러와 D에 6,000달러의 가치평가를 한다. Q는 수익극대화를 원한다. Q는 C를 한 번 방영에 7,000달러에 A방송국에, D를 한 번 방영에 6,000달러에 B방송국에 임대할 수 있다. 이 때 수입합계는 13,000달러이다. 그와 달리 Q는 양 영화를 양 방송국에 가격을 낮춰서 임대할 수 있다. Q는 C를 양 방송국에 각 4,000달러로, D를 양 방송국에 3,000달러씩에 임대할 수 있다. 이 때 수입합계는 14,000달러이다. 결국, Q는 그 두 개의 영화를 일괄(block)로 10,000달러씩에 양 방송국에 청약한다. A는 C에 7,000달러를 D에 3,000달러를, B는 C에 4,000달러를, D에 6,000달러를 기꺼이 지급하려 하기 때문에, A도 B도 그것을 구매할 것이고, Q의 수입은 20,000달러가 된다. 이것이 가격차별인지 아닌지는 각자의 정의에 달렸다. 만일 각 판매에서의 판매자의 수익률을 기준으로 한다면, 가격차별은 없다. 판매자는 각 판매에서 20,000달러를 벌었다. 그럼에도 불구하고, 그 두 방송국은 패키지에서의 각 영화에 대해 상이한 가치를 할당할 것이

42) G. Stigler, “United States v. Loew’s, Inc.: A Note on Block-Booking”, 1963 *Sup. Ct. Rev.* 152 (1963).

43) 고정비율의 끼워팔기에서 끼워진 상품과 끼운 상품간의 비율은 일정하다. 즉 하나의 왼쪽 신발에 대해서 하나의 오른쪽 신발, 한 개의 볼트당 한 개의 너트 등과 같다.

44) *United States v. Loew’s Inc.*, 371 U.S. 38, 83 S. Ct. 97, 9 L.Ed.2d 11 (1962)의 사실관계에 기초한 것이다.

다. 그들의 관점에서 볼 때는, Q는 가격차별을 하고 있는 것일 수 있다. 경제학자들은 이것을 “가상 가격차별(simulated price discrimination)”이라 부르고 있다.⁴⁵⁾

Stigler는 판매자가 T.V. 방송국에 영화를 일괄예약하는 것은 개별적으로 가격을 매길 때보다 높은 전체 가격을 부과할 수 있게 한다고 주장하였다.⁴⁶⁾ 이 협정은 일정한 영화를 보다 높게 평가하는 임차인이나 구매자가 그것들에 대해서 보다 많이 지급하도록 될 수 있을 것이므로 전술한 가변비를 끼워팔기와 마찬가지로 효율적이라고 하는 것이다.

(3) 가격차별장치로서의 끼워팔기의 평가

상품의 판매자들은 흔히 가격차별을 활성화하기 위하여 끼워팔기를 사용한다.⁴⁷⁾ 비록 법원도 가끔 이러한 사실을 인정하지만⁴⁸⁾, 가격차별의 존재 자체는 끼워팔기의 적법성의 사법적 분석이나 판단과는 일반적으로 무관하다. 그러나 끼워팔기가 친경쟁적인 가격차별의 시행에 사용된 경우에는 산출증대를 통하여 소비자후생을 증대할 수 있으며, 그러한 극히 제한적인 경우에는 독점금지법 위반이 되지 않을 수 있을 것으로 본다. 항공운송이나 해상운송처럼 고도의 규모의 경제를 포함하는 일부 산업은 산출을 극대화하는 방식으로 사용자의 계층을 차별하는 것이 유익하다고 볼 수 있다.

45) G. Stigler, *op.cit.*, p. 152; R. Markovits, “Tie-ins, Reciprocity, and the Leverage Theory”, 76 *Yale L.J.* 1397, 1454-58 (1967).

46) *Ibid.*, at 153.

47) Ward S. Bowman Jr., “Tying Arrangements and the Leverage Problem”, 67 *Yale L.J.* 19 (1957); R. Markovits, “Tie-ins and Reciprocity: A Functional, Legal and Policy Analysis”, 58 *Tex.L.Rev.* 1363, 1407-10 (1980); R. Posner, “Exclusionary Practices and the Antitrust Laws”, 41 *U.Chi.L.Rev.* 506, 506-15 (1974).

48) *United States Steel Corp. v. Fortner Enterprises, Inc.*, 429 U.S. 610, 616 n. 7, 97 S.Ct. 861, 866 n. 7, 51 L.Ed.2d 80 (1977)(Fortner II); *Fortner Enterprises, Inc. v. United States Steel Corp.*, 394 U.S. 495, 513, 89 S.Ct. 1252, 1264, 22 L.Ed.2d 495 (1969)(Fortner I)(White, J., dissenting); *Hirsh v. Martindale-Hubbell, Inc.*, 674 F.2d 1343, 1349 (9th Cir.), *cert. denied*, 459 U.S. 973, 103 S.Ct. 305 (1982); *Moore v. Jas. H. Matthews & Co.*, 550 F.2d 1207, 1213 (9th Cir.1977), *appeal after remand*, 682 F.2d 830 (9th Cir.1982).

프랜차이즈 가맹사업자도 또한 프랜차이즈 상호의 사용과 사업방법의 계량이 필요할 것이다. 그러나 그러한 계량기능은 일반적으로 끼워팔기가 아닌 보다 덜 경쟁제한적인 다른 방식을 통하여 보다 효율적으로 시행될 수 있다.⁴⁹⁾ 해상운송 같은 일부 운송산업에서는, 차별적 운임률이 인정되고 있으며, 해상운송인이나 육상운송인은 흔히 다량 사용자와 장기계약을 협상하는데, 그것은 그들 사용자들을 위하여 효과적인 차별을 할 수 있게 한다. 항공운송업자들은 운항직전 판매나 예약취소, 사업상 비행 등에 대하여 차등을 두는 정교한 운임표를 고안하여왔다. 이들 방식의 모두가 독점 금지의 우려로부터 자유로운 것은 아니지만, 끼워팔기의 사용없이 시행되는 가격차별은, 경쟁적 다양성과 끼워진 상품시장에서의 사업기회의 차단과 구매자의 정보와 관련한 공백의 악용과 같은, 유해한 끼워팔기의 주요한 반경쟁적 위험을 방지하거나 줄일 수 있을 것이다.

5. 진입 또는 시장침투능력의 향상

끼워팔기의 사용은 기업이 전통적인 진입방법으로는 접근이 어려운 시장에 진입하거나 침투하도록 도움이 될 수 있고, 그에 의해서 효율성을 증대시킬 수 있다. Fortner Enterprises, Inc. v. United States Steel Corp.사건⁵⁰⁾에서 White 대법관이 반대의견에서 이 점을 지적한 바 있다. 진입장벽에 직면한 제조업자는 끼워팔기를 끼운 상품이나 끼워진 상품 시장에서의 진입을 위하여 사용할 수 있다. 비록 경쟁과 동적인 효율성은 목표가 된 시장의 반경쟁적 성격을 공격함으로써 보다 더 잘 얻어질 수 있는 것으로 보이지만, 후자는 가능하지 않을 수 있다.

판매자는 적어도 두가지 방식으로 진입가능성을 강화하기 위하여 끼워팔기를 사용할 수 있다. 첫째로, 판매자는 자기의 확고하지 않은 상품을 소비자에게 매력적으로 만들기 위하여 판촉을 위한 끼워팔기를 제공할 수 있다. 둘째로, 판매자는 끼운 상품을 매우 낮은 가격에 제공하고 끼운 상품

49) 예컨대 가맹사업자는 가맹계약자의 판매량이 아니라 총수익이나 총수입과 연계해서 가맹료를 부과할 수 있다.

50) 394 U.S. 495, 514 n. 9, 89 S.Ct. 1252, 22 L.Ed.2d 495 (1969).

과 함께 사용되는 끼워진 상품의 가격을 높여서 수익증대를 추구할 수 있다.

(1) 판촉을 위한 끼워팔기

판촉을 위한 끼워팔기는 일반적으로 단기적인 판매증가 효과만을 낳는다. 그러한 판촉이 소비자들에게 낮은 가격으로 구매할 수 있도록 하는 한에서는 독점금지법적 우려는 없다. 다만 이것이 판촉에 따른 손실을 딜러나 가맹계약자에게 전가한 경우에는 다르다. 또 다른 판촉을 위한 끼워팔기의 변종은 제조업자나 배급업자가 소매상에게 정평이 있는 상품을 수령하기 위해서는 덜 정평이 있는 상품을 구매하라고 요구하는 경우에 발생한다. 그러한 패키지판매는 판매자가 그 하방의 딜러에게 시장지배력을 보유한 경우를 제외하고는 독점금지소송이 제기될 가능성은 낮다. 대부분의 판촉을 위한 끼워팔기의 단기적 성격은 시장에 침투하는 데 있어서의 친경쟁적 가치의 구현과 함께 독점금지청구에 대하여 강력한 항변사유가 될 수 있다.

(2) 끼운 상품의 염가공급

시장침투를 하기 위한 끼워팔기의 또 다른 사용방법은 판매자가 매우 낮은, 예컨대 제조비용이하의 가격에 새 상품을 제공하고, 그 손실을 보완적인 끼워진 상품의 판매에서 얻어지는 보다 높은 수익을 통하여 보상하는 것이다. 판매자는 수익을 내기 위해서, 충분한 양의 끼워진 상품을 구매할 다빈도 사용자에게 의존해야 한다. 이 방식은 제조업자가 그 상품이 시대에 뒤지거나 경쟁적 장점을 상실할 위험을 구매자와 배분할 수 있게 한다.⁵¹⁾

구매자는 예컨대 그들이 끼운 상품에 상당한 매물비용을 지출한 경우라면, 초경쟁적 조건으로 끼워진 상품의 구매를 계속할 것이다. 이 방식은 판매자가 다빈도 사용자(intensive user)에게 보다 높은 가격을 부과하기 위한 계량장치로서의 끼워팔기와 유사하며, 그와 동일한 비판을 받을 것이다.

51) K. K. Wollenberg, *op.cit.*, at 755-56(위험공유가설을 설명하고 있다).

이러한 끼운 상품의 염가공급과 끼워진 상품의 고가공급은 경쟁적 관점에서 소비자후생을 감소시킨다. 우선, 현실세계에서 끼운 상품을 염가로 공급하고 그것을 지체된 끼워진 상품의 구매를 통하여 만회한다는 것은 제조업자에게 과도한 부담을 주어 실현가능성이 적을 뿐 아니라, 비록 어떤 판매자가 그렇게 하더라도, 끼운 상품의 지체된 구매는 소비자의 구매를 왜곡할 수 있는 소비자 정보결함의 위험을 증가시킨다. 나아가서, 새로이 마케팅되는 상품과 관련해서, 판매자는 위법한 끼워팔기를 사용하지 않고도, 보완적 상품의 판매를 통하여 많은 이득을 획득할 수 있을 것이다. 예컨대, 어떤 판매자가 특수하게 설계된 보완적 카트리지와 함께 새롭고 혁신적인 레이저를 마케팅할 계획이라면, 그 판매자는 끼워팔기를 하지 않고도 레이저를 낮은 가격으로 제공할 수 있고, 레이저가 판매에 성공을 거두어 후방시장의 경쟁판매자를 유인하지 않는 한 카트리지의 판매를 통하여 수익을 올릴 수 있다. 그리고 레이저가 판매에 성공을 거두어 후방시장의 경쟁판매자를 유인하더라도 경쟁자들이 역공정을 하고, 제조하고 마케팅할 때까지 추가적인 시간 동안 카트리지를 높은 가격으로 판매할 수 있다. 이것은 혁신가에게 그의 투자의 보상을 얻고 광대한 이익을 올릴 충분한 시간을 제공한다.

6. 혁신에 대한 보상의 증대

끼워팔기는 판매자의 투자 수익의 증대에 의해서 혁신(innovation)을 강화시킬 있을 것이라는 주장이 있다. 특허대상인 끼운 상품의 경우에, 판매자는 끼워진 상품을 초경쟁적 가격으로 판매함으로써 혁신에 대한 보상을 증가시킬 수 있다는 것이다. 이 주장은 미국에서는 특허상품의 판매에 특허대상이 아닌 상품을 끼워팔기할 권리를 확대하기 위한 입법론으로까지 발전하였다.⁵²⁾

52) “Antitrust Treatment of the Licensing of Certain Intellectual Property”란 제하의 1989년 하원 제100차 회기 제1분기 법사위원회 독점및통상법위원회 청문회에서 검찰총장참모 Roger Andewelt가 지식재산권의 실시허락과 관련된 끼워팔기에 대한 당연위법원칙의 적용이나 다른 독점금지법적용을 전면금지하는 법안이 혁신을 강화할 것이라고 주장하였다.

실상 많은 산업에서 특허독점의 유인이 혁신에 대한 유인 중 가장 중요하다.⁵³⁾ 특허상품에 대하여 가격을 인상함으로써 특허독점을 직접적으로 이용하는 발명가는 혁신의 사회에 대한 가치와 연관된 보상을 얻는 것이다. 그러나 끼워팔기를 통하여 특허독점자의 수익을 증가시키는 것은 혁신의 가치와 직접적으로 관련되지 않은 강제적 수익을 발생시키는 것으로서, 끼워팔기에 의해서 판매자에게 부여되는 경제적 장점은 실제로는 판매자의 혁신에 대한 유인에는 영향을 미치지 않는다. 많은 경우에, 독점자의 독점을 하방시장의 활동으로 확장하는 능력은 효율성을 증대시키는 독점을 창설하는 본래의 결정에 대한 유인이 되지 않는다고 하였다.⁵⁴⁾

특허권자가 끼워팔기를 이용하면, 증가된 수익의 양은, 끼워진 상품시장에서의 경쟁의 정도, 끼워팔기를 실행할 수 있는 판매자의 능력, 끼운 상품과 끼워진 상품의 판매와 관련된 정보의 결합 등과 같은, 혁신의 가치와 무관한 새 변수의 수에 의해서 영향을 받는다. 예컨대, 특허를 받은 복사기의 판매자는 그 기계의 사용을 계량하기 위한 끼워진 상품으로서 토너와 종이 중에 선택할 수 있다. 비록 각 상품의 사용이 복사기의 사용과 직접적으로 비례하지만, 판매자가 하나의 상품을 선택함으로써 발생시킬 수 있는 추가적 수입의 총량은 변할 수 있다. 판매자가 구매자의 토너의 공급원보다 종이의 공급원을 감시하기가 어렵다면, 판매자는 종이의 판매로부터는 경쟁 가격을 넘는 동액의 프리미엄을 추출해내기가 불가능할 것이다. 또한 종이시장이 토너시장보다 경쟁적 시장이라면, 복사기의 판매자는 그 끼워팔기를 토너에 대해 부과할 것이다.

혁신자에 대한 보상 목적으로 사용될 때, 끼워팔기는 특허권자에게 수익을 증대시키기 위하여 시장조건을 이용할 수 있게 하지만, 이 조건들은 특허독점의 근거가 되는 혁신의 가치나 혁신자의 투자를 반영하고 있지 않다. 따라서 끼워팔기는 혁신에 대한 보상장치로서는 적합하지 않다. 또한 끼워팔기에 의하지 않더라도 직접적인 특허독점의 이용과 혁신에 대한 보조금을 지급하는 다른 방법들이 존재한다.

53) F. M. Scherer, *Industrial Market Structure And Economic Performance*, Boston: Houghton Mifflin Company, 2d ed., pp.439-447.

54) L. Sullivan, "Section 2 of the Sherman Act and Vertical Strategies by Dominant Firms", 21 *Sw. U. L. Rev.* 1227, 1260 (1992).

7. 첨단기술 상품에 대한 정보제공

Kodak 사건에서, Scalia 대법관은 장비의 판매를 그 장비에 대한 용역제공과 끼워팔기하는 것은 제조업자에게 서비스제공 종업원으로부터 그 상품이 어떻게 개선될 수 있을지에 관한 중요한 피드백을 제공함으로써 혁신을 증가시킬 수 있다고 주장하였다.⁵⁵⁾ 일반적으로 경제학자들은 수직적 통합은 그 수직적 네트워크의 상하방향으로의 정보의 흐름상의 일정한 효율성을 부여할 수 있다는 것을 인정한다. 제조업자가 자신의 상품에 대하여 용역을 제공함으로써 얻은 피드백은 차세대 기계의 설계에 큰 가치가 있을 것이다. 그러나 이 혜택은, 끼워팔기보다 덜 경쟁제한적인 방법으로 성취할 수 있을 것이다. 예컨대 Kodak사건에서, Kodak의 부품 판매는 Kodak의 기계가 어떻게 작동되는지에 관한 정보를 제공하였을 것이다. 그러나 Kodak은 끼워팔기가 아니라 사내에서 사용되는 기계에 대한 서비스 기록을 통하거나 고객에게 서비스를 제공하는 경쟁적인 서비스사를 통하여 그것을 획득할 수 있었을 것이다.

제 2 절 끼워팔기에 대한 규제론

끼워팔기에 대한 규제론의 주된 것은 이른바 지렛대이론(the leverage theory)이다. 그러나 지렛대이론도 시간의 흐름에 따라 그 양상이 변화되어 왔다. 그리고 판매자가 부과하는 끼워팔기가 거래관계에 있어서 구매자의 상품정보의 입수나 구매결정에 관련하여 일정한 장애를 유발할 수 있다는 불공정성을 주시하는 견해도 나타나고 있다.

1. 고전적인 지렛대이론

지렛대이론은 서면법의 제정 당시부터 논쟁의 대상이 되었는데, 미국 판례법상 Henry v. A.B. Dick Co. 사건⁵⁶⁾에서 소수의견으로서 처음 소

55) *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451, 502, 112 S.Ct. 2072, 119 L.Ed.2d 265 (1992) (*Scalia, J., dissenting*).

개되었다. 비록 이 사건에서 다수의견은 문제된 끼워팔기를 적법한 것으로 보았으나, White대법관은 반대의견에서 지렛대이론에 의거하여 그 경쟁 제한성을 주장하였다. 그 내용은 끼워팔기협정을 통하여 제1시장에서의 독점기업이 제2시장에서의 독점화를 하게 될 우려가 있다는 것이다. 다시 말해서, 지렛대이론은 끼운 상품에서 시장지배력을 가진 판매자는 끼워팔기를 통해서 다른 상품으로 그 힘을 확장해갈 수 있다고 본다. 예컨대 재봉틀에 대한 독점은 실, 바늘, 및 윤활유의 독점으로 연결될 수 있다는 식이다.

연방대법원은 Motion Picture Patents 사건⁵⁷⁾에서 지렛대이론을 처음 다수의견으로 채택하였다. 이 사건은 엄밀히는 독점금지법사건이 아니었으나, 클레이튼법 제3조의 관점에서 보면 그 판시 내용은 수궁이 되는 것으로서, 독점금지법위반혐의는 부정되었지만, 이 사건에서의 끼워팔기협정이 私法的으로 효력이 없다고 판시되었다.⁵⁸⁾ 1931년 Carbice사건에서, 연방대법원은 끼워팔기의 위법성을 지렛대이론을 적용하여 처음으로 인정하였다.⁵⁹⁾ 이 사건에서는, 판매자가 어느 경쟁기술보다 뛰어난 아이스크림을 잠시 저장하는 제빙기에서 특허 독점을 보유하고 있었다. 그 제빙기는 보통의 화학물질인 드라이 아이스를 냉매로 사용하였는데, 제빙기의 판매자는 모든 구매자들에게 자사의 드라이아이스도 함께 구매하도록 요구하고, 드라이 아이스크림시장을 효과적으로 장악하였다. Brandeis 대법관은 이러한 협정을 유죄로 인정하면서 다음과 같이 판시했다.

이 협정은 특허권자에게 “법이 독점을 인정한 발명으로부터가 아니라, 그것과 함께 사용되는, 특허 대상이 아닌 공급품으로부터 수익을 얻는 것을” 허용하였다. 그리고 그것은 “전적으로 특허독점의 적용범위안에 포함되지 않는 것이다.” 만일 독점이 그렇게 확장될 수 있다면, 생각건대 어떤 상품에 대한 특허권자는 사용되는 특허대상이 아닌 물질의 거래를 독점할

56) 224 U.S. 1 (1912).

57) *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Co.*, 243 U.S. 502, 518 (1917).

58) *Ibid.*, at 517-18.

59) *Carbice Corp. of Amer. v. American Patents Development Corp.*, 283 U.S. 27, 32, 51 S.Ct. 334, 75 L.Ed. 819 (1931).

수 있을 것이다. 기계의 특허권자는 그 작동에 사용되는 특허등록이 되지 않은 공급품에 대해서 부분적인 독점을 보장받을 것이다.⁶⁰⁾

지렛대이론에 의한 끼워팔기사건의 분석은 1970년대까지의 연방대법원 견해의 주류를 이루었다.⁶¹⁾ 지렛대 이론에 관한 논쟁은 독점금지법의 역사를 통해 오랜 세월이 걸쳐 계속되어왔다.⁶²⁾ 시카고학파의 학자들은 지렛대이론이 현실적으로 불가능하다는 점을 주장하여 전통적인 입장을 신랄하게 비판하여 왔다. 이들은 법원에 의해서 독점력을 확장하는 수단으로 간주되어 온 제한적 관행들을 기업이 당면한 시장상황에서 주어진 수익을 극대화하는 우량한 또는 심지어 효과적인 기술이라고 주장하였다. 그러나 수익극대화와 독점확장을 구분하는 것은 정책결정방향의 제시를 위한 기초와 제한적 관행의 효과분석방법으로서 오류가 있다고 지적되며, 지렛대의 잠재성에 대한 분석을 통해, 은밀한 단순화가 이완된 경우에는 전통적으로 정의된 독점확장이 가능하다는 것을 보여준다는 비판이 가해지고 있다.⁶³⁾ 이러한 입장에서 볼 때는 끼워팔기의 반경쟁적 효과는 독점이나 카르텔에 수반되는 그것과 다르지 않다. 어느 경우에도 끼워팔기는 소비자가 어떤 상품 대신에 다른 것을 구매하도록 하기 때문에 자원의 잘못된 배분을, 소

60) *Ibid.*, at 31-32, 51 S.Ct. 335-36.

61) *Fortner Enterprises, Inc. v. United States Steel Corp.*, (Fortner I), 394 U.S. 495, 498-99, 89 S.Ct. 1252, 1256, 22 L.Ed.2d 495 (1969)(“끼워팔기협정은 끼워진 상품에 대한 시장의 경쟁자의 자유로운 접근을 부정하는데, 그 이유는 끼워팔기요구를 부과한 당사자가 양질의 상품이나 저렴한 가격 때문이 아니라, 그의 다른 시장에서의 힘이나 지렛대 때문이다.”); *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392, 68 S.Ct. 12, 92 L.Ed. 20 (1947); *IBM Corp. v. United States*, 298 U.S. 131, 56 S.Ct. 701, 80 L.Ed. 1085 (1936); *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 36, 104 S.Ct. 1551, 1571, 80 L.Ed.2d 2 (1984)에서는 “끼워팔기는 드문 경우에 끼운 상품시장에서의 힘이 끼워진 상품시장에서의 추가적인 시장지배력을 창설하는데 이용되는 경우에 주로 경제적으로 유해할 수 있다.” (*O'Connor, J., concurring*).

62) 지렛대이론의 가장 일반적인 적용은 끼워팔기협정에 관한 것이지만 그 밖에 수직합병(vertical mergers)과 상호거래협정(reciprocal dealing arrangements) 등에 대한 독점금지법에 의한 규제에도 상당한 근거가 되어왔다.

63) L. Kaplow, “Extension of Monopoly Power Through Leverage”, 85 *Colum. L. Rev.* 515 (1985); R. H. Lande, “Challenges to the Chicago School Approach: Chicago’s False Foundation”, 58 *Antitrust L.J.* 631 (1989).

비자는 보다 경쟁적인 조건하에서보다 더 높은 비용을 지급해야 하기 때문에 富의 이전을 발생시킨다.

2. 수정된 지렛대이론

끼워팔기의 전통적 지렛대이론은, 1957년에 Bowman이 한 세미나 논문⁶⁴⁾을 썼을 때까지는 이 이론이 끼워팔기에 대한 지배적인 반대논거를 제공하고 있었다. Bowman의 논문의 중요한 점은 대부분의 사건에서 합법적으로 보유된 독점은 시장지배력이 존재하지 않는 추가적인 항목의 끼워팔기에 의해서 확장될 수 없다는 것이었다. 소비자는 항상 끼워진 상품을 다른 공급원으로부터 경쟁가격으로 살 수 있는 선택권을 가지고 있고, 그에 따라 소비자는 끼운 상품에 대한 독점가격과 끼워진 상품에 대한 경쟁가격만을 지급하면 될 것이라는 것이었다. 이러한 “고정합계론(fixed sum argument)”⁶⁵⁾에 의하면, 판매자는 끼운 상품과 끼워진 상품의 개별적 가격을 변동시킬 수 있으나, 최대의 수익은 이들 두 가액의 합계와 동일한 총액에서만 획득할 수 있었다. 즉 독점자인 판매자는 독점적 상품의 판매를 독점력을 가지고 있지 아니한 다른 상품의 판매에 끼워팔기함으로써 수익을 증대시킬 수 없다는 것이다. 대부분의 끼워팔기가 지렛대사용으로부터 획득된 반경쟁적인 유리함에 의해서 설명될 수 없다면, Bowman과 그의 추종자들은 끼워팔기는 그것을 사용하는 데 대한 원인이 되는 친경쟁적인 장점을 가지고 있어야 한다고 강조하였다.⁶⁶⁾ Bowman의 분석을 확대하여, 시카고학파의 학자들은 독점자는 구매자들간에 가격차별을 통하여 독점

64) W. S. Bowman, Jr., “Tying Arrangements and the Leverage Problem”, 67 *Yale L.J.* 19 (1957). Bowman의 견해는 Director & Levi, “Law and the Future: Trade Regulation”, 51 *Nw. U. L. Rev.* 281, 290, 292 (1956)에서 표현된 사상으로부터 개발된 것이다.

65) “고정합계론”이라는 용어는 Kaplow가 다음 논문에서 Bowman의 분석을 비판하며 처음 사용하였다. L. Kaplow, “Extension of Monopoly Power Through Leverage”, 85 *Colum. L.Rev.* 515, 517-19 (1985).

66) W. S. Bowman, *op.cit.*; R. Markovits, “Tie-ins, Leverage, and the American Antitrust Laws”, 80 *Yale L.J.* 195 (1970); R. Bork, *op.cit.*, pp. 372-75 (1978); Larson, “Antitrust Tie-In Analysis After Kodak: A Comment”, 63 *Antitrust L.J.* 239 (1994).

상품의 보다 효율적 배분을 획득하기 위하여 끼워팔기를 사용할 수 있다고 주장하였다. Bowman의 지렛대이론에 대한 비판은 1984년에 Jefferson Parish Hospital 사건에서 4인의 대법관이 보충의견(the concurring opinion)을 제시하면서 이를 지지함으로써 상당한 성과를 보았다.⁶⁷⁾ 또한 1985년 연방정부 법무부의 수직적 제한 지침에서도 원용되었다. 일부 하급법원 견해도 지렛대이론의 부당성을 지적하고 있다.⁶⁸⁾

그러나 법원은 여전히 지렛대이론에 의존해서 끼워팔기협정을 단죄하였고,⁶⁹⁾ 1992년 연방대법원의 Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc. 사건⁷⁰⁾의 견해와 또한 1993년의 법무부가 위의 수직적 제한 지침을 철회하기로 한 결정으로 인해서 Bowman이론의 근거의 상당수가 상실되었다고 볼 수 있다.

지렛대이론에 대한 Bowman의 비판에 대해서는, 그것이 현실시장에서는 거의 또는 전혀 의미가 없는 다수의 전제조건을 기초로 한 점에 대하여 재비판이 가해지고 있다. Bowman이론에서 독점자가 끼워팔기를 통하여 그 독점력을 확장해 나갈 수 없다는 관점은 이론적 모델에서 묘사되는 “완전한” 시장지배력을 향유하는 독점자가 존재한다는 것을 전제한 것이다. 그러나 그런 독점자는 존재하지 않는다. 현실시장에서는, 끼운 상품에서 시장지배력을 향유하는 판매자는 끼운 상품의 판매를 통해서만 자기의 지배력을 행사할 수 있음에 대해 불만일 수 있다. 구매자의 거래를 복잡하게 하는 끼워팔기를 부과함으로써 끼운 상품에 대한 구매자의 수요가 실질적으로 감소되지 않고 끼워진 상품에 대한 구매자의 수요를 증가시킨다. 그러한 판매자는 구매자를 착취할 능력을 신장할 수 있다. 끼워진 상품에 대

67) *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 32-47 & n. 9, 104 S.Ct. 1551, 80 L.Ed.2d 2 (1984).

68) *Hirsh v. Martindale-Hubbell, Inc.*, 674 F.2d 1343, 1349 n. 19 (9th Cir.1982), *cert. denied*, 459 U.S. 973, 103 S.Ct. 305 (1982).

69) 예컨대, *Smith Mach. Co. v. Hesston Corp.*, 1987-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 67563 at 60,383, 1987 WL 14498 (D.N.M.1987), *affirmed*, 878 F.2d 1290 (10th Cir.1989), *cert. denied*, 493 U.S. 1073, 110 S.Ct. 1119 (1990); *Sandles v. Ruben*, 89 F.R.D. 635 (S.D.Fla.1981); *Martino v. McDonald's Sys.*, 86 F.R.D. 145 (N.D.Ill.1980).

70) 504 U.S. 451, 463-64, 112 S.Ct. 2072, 119 L.Ed.2d 265 (1992).

한 구매자의 수요의 증가는, 물론 친경쟁적이지만, 끼워팔기가 구매자의 거래를 복잡하게 만들 때, 그 끼워팔기는 판매자에게 구매자의 정보나 동기에 관한 결함을 이끌어내는 것이다. 속임수나 착취에 기한 수요증가는 끼운 상품만을 판매해서는 얻어질 수 없는 반경쟁적인 결과라 하겠다. 비록 후방시장 상품의 끼워팔기에서 시장지배력을 행사할 능력은 시장의 불완전성에 달려있지 않지만, 시장의 불완전성(Market Imperfections)이 클수록, 그리고 정보수집비용이 높을수록 제조업자의 후방시장 지배력을 남용하려는 유인은 커진다.⁷¹⁾

Bowman은 전통적으로 이해된 지렛대이론이 판매자가 끼워팔기의 사용을 통하여 구매자를 착취하는 능력을 적절하게 설명하지 않는다는 것을 분간해냈고 이것은 타당하다. 그의 순수독점과 완전경쟁의 조건에 기초한 지렛대이론의 비판은 지렛대이론의 재검토를 필요로 하게 하였다. 그러한 재검토는 여전히 진행중이다. 그러나 이미 현실의 불완전시장조건에서는 끼워팔기는 진정한 반경쟁적 피해를 발생시킬 수 있다는 것이 밝혀졌다.⁷²⁾ 끼워팔기가 그러한 피해를 발생시킬 수 있는 시장조건은 일반적이다. 특히 Bowman의 모델하에서의 가정인 순수독점과 완전경쟁시장에 비하면 확실히 일반적이다.

H. Hovenkamp는 지렛대이론이 몇 가지 제한적인 상황에서는 타당하다는 것을 설명하고 있다.⁷³⁾ 첫째로, 고정비율 끼워팔기(fixed proportion tie-ins)⁷⁴⁾는 가끔 일정한 상품의 교차대체탄력성을 감소시킴으로써 효율성을 감소시킬 수 있다. 판매자가 첨단기술 장비에 사용되는 여러 가지 수선부품에서 독점력을 보유하고 있다고 가정하면, 그는 이들 부품을 장비보유자에게 판매하고, 그 장비보유자는 그것들을 노동(기술자 서비스)과 조합한다.⁷⁵⁾ 장비 보유자에게는, 수리부품과 서비스 인력은 그 비율이 조

71) W. S. Grimes, "Antitrust Tie-in Analysis After KODAK: Understanding the Role of Market Imperfections", 62 *Antitrust L.J.* 263 (1994); S. Borenstein, J. K. Mackie-Mason & J. S. Netz, "Antitrust Policy in Aftermarkets", 63 *Antitrust L.J.* 455, 467 (1995).

72) L. A. Sullivan & W. S. Grimes, *op.cit.*, p.404.

73) H. Hovenkamp, *op.cit.*, p.417.

74) 끼운 상품과 끼워진 상품의 비율이 판매자에 의해서 특정된 끼워팔기이다.

정될 수 있는 보완재이다. 즉 장비 보유자는 투입비율을 바꿀 수 있다면, 독점가격이 매겨진 재화를 상대적으로 덜 사용하고 대체재를 상대적으로 더 사용하는 식으로, 독점가격에 대해서 반응할 것이다. 이 상황에서 판매자는 부품을 노동에 끼워팔기하고 그 비율을 스스로 정함으로써 수리부품과 서비스 인력의 혼합을 수익극대화수준으로 회복할 수 있게 된다. 이것은 판매자가 자신의 부품에서의 시장지배력을 노동에 대한 수요를 감소시킴으로써 노동시장을 “독점화시키는” 데 사용하고 있는 것이고, 실상 일종의 지렛대인 것이다. 이러한 부품과 노동의 끼워팔기는 반드시 경제적으로 비효율적인 것은 아니다. 그 끼워팔기는 부품과 노동의 균형을 경쟁적 균형으로 회복시킬 가능성이 매우 높다. 장비 보유자가 구매하는 투입물의 혼합은 끼워팔기 없는 독점하와 비교하면 보다 효율적일 것이다. 그러나 이것을 상쇄하는 것은 판매자가 장비 보유자들이 서비스 대신 부품을 사용하는 것을 보다 어렵게 함으로써 그 독점력의 양을 증가시키고 있다는 사실이다. 부품과 노동의 최적 혼합으로의 회복은 생산적 효율성의 증대이지만, 부품에서의 시장지배력의 확장은 배분적 효율성의 손실이다. 따라서 문제의 관행의 순효율성은 어느 효율성 효과가 더 큰가에 달려있다.⁷⁵⁾

둘째로, 독점이 “동시에 존재하는(simultaneous)” 경우보다 “후속적으로 발생하는(successive)” 경우에 지렛대 이론이 적용될 수 있다.⁷⁷⁾ 어떤 기업이 컴퓨터용 CD-ROM 드라이브 시장에서 지배적 지위를 갖고 있으나, 새로 부상하는 DVD드라이브 시장에서는 경쟁자중 소수의 지위를 갖고 있을 뿐이라고 가정하자. 비록 DVD 드라이브시장이 새로운 것이라 해도, DVD디스크는 CD-ROM의 약 4배의 용량을 가지기 때문에 CD-ROM에 대한 주된 경쟁자가 될 수 있다. CD-ROM 드라이브의 지배적인 제조자가 컴퓨터제조업자에게 자사의 DVD 드라이브를 배타적으

75) 이 사례는 *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451, 112 S.Ct. 2072, 119 L.Ed.2d 265 (1992)사건의 사안을 단순화한 것이다.

76) R. Blair & D. Kaserman, “Vertical Integration, Tying, and Alternative Vertical Control Mechanisms”, 20 *Conn. L.Rev.* 523, 529-30, 538-40 (1988).

77) H. Hovenkamp, *op.cit.*, p.418.

로 인수하는 데 동의해야만 CD-ROM 드라이브를 공급하겠다고 한다면, 이 경우에 그 CD-ROM 독점자는 그 끼워팔기협정을 CD-ROM 드라이브에서의 지배적 지위를 DVD에서의 후속적인 지배적 지위로 이동할 수 있게 할 지렛대로 사용하려 하고 있는 것이다.

Microsoft의 Windows와 IE의 끼워팔기 여부는 IE를 보완재로 보는가 아니면 잠재적인 경쟁기술로 보는가에 따라 달라진다. 만일 후자라면, 그 끼워팔기는, 컴퓨터 사용자들이 Windows 기반의 체계로부터 컴퓨터 응용 소프트웨어가 인터넷상으로 배달되는 체계로 이동함으로써, Microsoft가 그 지배적 지위를 보유할 것을 보장해 줄 수 있을 것이다.⁷⁸⁾

3. 가격차별이론

초기의 미국의 IBM사건⁷⁹⁾에서는, 도표작성기에 대한 독점력을 보유한 것으로 추정되는 IBM이 단일한 수익극대화가격을 설정할 수 있었고, 각 고객은 기계당 동액을 지급하기를 원하였다. 그러나 도표작성 서비스에 대한 높은 수요자들은 전통적으로 도표작성기를 보다 적극적으로 사용하였으므로, 더 많은 천공카드를 사용하였다. 그래서 IBM이 천공카드를 그 기계의 판매에 끼워팔기하고, 카드에 높은 가격을 부과한다면, IBM은, 보다 많이 기계를 사용하는 고객에게 보다 높은 가격을 효과적으로 부과함으로써, 그 수익을 단순한 독점 수준으로부터 차별적인 독점 수준(discriminating monopoly level)으로 승격시킬 수 있었을 것이다.⁸⁰⁾

이처럼 비록 끼워팔기가 끼운 상품에 대한 판매자의 시장지배력에 의한 배분적 피해를 줄이는 방식으로 사용자들간에서 가격차별을 함에 성공하더라도, 끼워팔기는 가격차별에 수반되는富力 이전 피해를 제거하지는 못한

78) M. A. Lemley & D. McGown, "Legal Implications of Network Economic Effects", 86 *Calif. L. Rev.* 479 (1998); M. L. Katz & C. Shapiro, "Network Externalities, Competition, and Compatibility", 75 *Am. Econ. Rev.* 424 (1985).

79) *IBM Corp. v. U.S.*, 298 U.S. 131 (1936).

80) 1956년의 독점금지 케이스에서, IBM의 카드판매로부터 거둬들인 수익은 기계에서 벌어들인 것의 3분의 1이었다. 이러한 가격차별 방법하에서, IBM은 고객들이 도표 작성기에 대한 높은 수요를 가지고 있는지 식별할 필요도 없었다.

다. 그러므로, 끼운 상품에서의 시장지배력이 셔먼법 제2조에 의거한 청구를 이유있게 하기에 충분하다면, 끼워팔기를 통한 배분적 피해의 제한은 항변사유가 되지 못한다. 부의 이전 피해에 대한 보호는 독점금지 집행의 주요 목적이기 때문이다.

규제반대론에서 드는 계량장치로서의 끼워팔기의 사용기회는 어느 경우 에나, 아주 제한적이기 쉽다. 만일 끼워진 상품이 끼운 상품과 함께 연결되어서 사용되는 경우에는, 그 계량장치는 잘 작동되지 않는다. 그런 경우에는, 끼워진 상품의 높은 가격은 다른 용도를 억제할 것이고, 배분적 효율성에 아마도 부정적 효과를 입힐 것이다. 계량장치는 또한 끼워진 상품의 다른 제조업자가 후방시장에서 경쟁하기에 용이하다면, 잘 작동하지 않을 것이다. 예컨대 특허기계에 사용되는 종이에 높은 가격이 매겨진다면, 종이의 다른 공급자가 더 낮은 가격에 판매할 것이 분명하고, 끼워팔기 판매자가 그 방식을 계속하는 것은 비용이 많이 들거나 아마도 불가능할 것이다. 계량장치는 만일 끼워진 상품이 변화와 개선에 종속된 동적인 상품이라면, 또한 잘 작동되지 않을 것이다. 소프트웨어 자체는 매우 복잡한 상품이고 변화가 심하다. 그래서 소프트웨어나 그 업그레이드에 높은 가격을 부과하는 것은 비록 그것이 기초가 되는 컴퓨터의 사용에 대한 지표로 작동한다고 하더라도, 컴퓨터의 효율성을 증대시키는 사용자의 개선된 소프트웨어를 구매할 능력에 부정적인 효과를 미칠 것이다.

계량장치로서의 끼워팔기 사용의 조건은 끼운 상품을 끼워진 상품에 대한 경쟁을 제한하는 방식으로 설계할 수 있다면 보다 가능할 것이다. 만일 끼워진 상품시장에서의 경쟁제한이 혁신적 상품의 설계로부터 자연스럽게 결과한다면, 독점금지법은 이 경쟁의 결여를 그것이 남용적 책략에 의해서 보존되지만 않는다면 용인할 것이다. 그러나 끼워팔기를 계량장치로서 잘 작동되게 하는 데 필요한 조건이 끼워팔기에 대하여 독점금지법이 전통적으로 방지하려고 하여온 바로 그 결과, 즉 끼워진 상품시장에서의 경쟁제한이라는 사실은 끼워팔기의 가격차별적 계량장치로서 효용을 선뜻 인정할 수 없게 한다.

계량가설이나 Stigler의 가상적 가격차별이론은 소송사건의 사실관계와는 쉽게 들어맞지 않는다. Grimes에 의한 연방대법원의 8개 끼워팔기사

건과 45개 항소법원 사건에 대한 조사에 의하면, 친경쟁적, 가격차별가설에 명쾌하게 들어맞는 것은 없었다.⁸¹⁾ Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., Northern Pacific Railway v. United States, IBM Corp. v. United States 등 3개 연방대법원의 끼워팔기 사건들은 끼워진 상품의 가변적 사용을 포함하였고, 계량가설(metering hypothesis)에 들어맞았지만, 이 사건들은 또한 끼워팔기의 차별적인 적용을 포함하고 있었다.⁸²⁾ 끼워팔기가 대부분의 구매자들에게 부과되나, 거대한 구매자들에게 예외가 인정된다면, 이들 거대 구매자들은 판매자들에게 끼워팔기를 포기하도록 하는 대항장치(countervailing leverage)를 향유하였다는 것을 의미한다. 또한 위의 3개 사건의 끼워팔기는 끼워진 상품의 지체된 판매를 포함하고 있었기 때문에, 판매자가 거대 구매자의 지식이나 자문자원이 부족한 소규모 구매자와 관련하여 정보와 관련한 시장 불완전성을 악용하였을 실질적인 위험이 존재하였다. 이 사건들의 전체적 구도는 끼운 상품을 보다 더 평가하는 구매자에 대하여 더 높은 가격을 부과하지 않는 구도가 되는 것이고, 끼워팔기를 구매자가 끼운 상품의 사용을 어떻게 평가하는지 측정하는 데 사용하는 가설적인 계량구도와 일치하지 않는 것이다. 그리고 이처럼 차별적 양상으로 부과된 끼워팔기의 소비자후생에 미치는 관계는 매우 모호하다.

4. 구매자의 정보부족(informational deficiencies)

끼워팔기는 구매자가 구매결정을 할 때 직면하는 정보상 결함 내지 공백이라는 시장불완전성을 판매자가 악용할 수 있게 하며 그럼으로써 반경쟁적 효과를 발생시킨다고 보는 주장이 있다.

1982년에, Craswell이 끼워팔기 판매자가 구매자의 정보상의 결함을 악용하는 능력에 대한 분석을 제공하였다.⁸³⁾ 2년 후, Jefferson Parish

81) W. S. Grimes, "Antitrust Tie-in Analysis After KODAK: Understanding the Role of Market Imperfections", 62 *Antitrust L.J.* 263, 298, 312-14 (1994).

82) 이들 사건의 사실관계는 끼워진 상품의 가변적 사용을 포함하였으나, 각 사건에서 끼워팔기는 일정한 대기업 구매자들에게는 부과되지 않았다.

83) R. Craswell, "Tying Requirements in Competitive Markets: The

Hospital District No. 2 v. Hyde 사건에서, 연방대법원은 마취서비스의 병원에 의한 끼워팔기분석에 있어서 정보상의 결함 문제를 고려하기를 거절하였다.⁸⁴⁾ 그러나 1992년에, 연방대법원은 Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc. 사건에서 Craswell을 우호적으로 인용하면서,⁸⁵⁾ 구매자의 정보상의 결함에 근거한 원고의 끼워팔기 지렛대 이론은 그 장점을 찾아 적용되어야 한다고 판시하였다.

L. A. Sullivan 과 W. S. Grimes은 (1) 그 끼워팔기가 끼워진 상품의 오래 지체된(deferred) 구매를 요구할수록, (2) 구매자의 주의가 끼워진 상품이 아니라 끼운 상품에 초점이 맞추어졌을수록, (3) 끼운 상품과 끼워진 상품이 복잡한 상품이나 용역일수록, 그리고 (4) 그 끼워팔기가 사려깊지 못한 구매자를 표적으로 하였을수록 어떤 끼워팔기가 구매자의 정보상의 결함을 이용한 것으로 판정할 가능성이 높다고 하는 기준을 제시하고 있다.⁸⁶⁾

첫째로, 끼워진 상품의 구매가 끼운 상품의 구매 후 일정 시점까지 지체되었다면, 끼워팔기가 소비자의 정보상의 공백을 잠재적으로 악용했을 가능성이 커진다. 구매자가 후일에 끼워진 상품을 구매하는 때마다, 구매자는 끼운 상품을 구매한 당시의 끼워진 상품의 비용이나 품질에 보다 덜 예민할 수 있고, 구매자는 얼마나 많은 또는 어느 끼워진 상품이 필요할 지에 대해서 알지 못할 수 있기 때문이다. 이 성질은 연방대법원이 유해한 끼워팔기가 존재할 수 있다고 한 일련의 사건들⁸⁷⁾에 들어맞는다. Kodak 사건에서, 연방대법원은 명시적으로 불확실한 장래의 사건을 포함한 상품 수명 가격결정(life-cycle pricing)의 어려움을 인정했다.⁸⁸⁾ 끼워팔기에

Consumer Protection Issues”, 62 *B.U. L. Rev.* 661, 671-79 (1982).

84) 466 U.S. 2, 31-32, 104 S.Ct. 1551, 80 L.Ed.2d 2 (1984).

85) 504 U.S. 451, 473 & n. 19, 112 S.Ct. 2072, 119 L.Ed.2d 265 (1992).

86) L. A. Sullivan & W. S. Grimes, *op.cit.*, pp.406-409.

87) *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451, 112 S.Ct. 2072, 119 L.Ed.2d 265 (1992); *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 78 S.Ct. 514, 2 L.Ed.2d 545 (1958); *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392, 68 S.Ct. 12, 92 L.Ed. 20 (1947); *IBM Corp. v. United States*, 298 U.S. 131, 56 S.Ct. 701, 80 L.Ed. 1085 (1936).

88) 504 U.S. at 473-74.

종속된 구매자는 끼운 상품에 상당한 액수를 투자하였기 때문에 판매자의 지렛대에 종속될 수 있고, 판매자의 거래상품에 고착될 수 있는 것이다.

둘째로, 구매자는 끼운 상품의 구매시에 끼워진 상품에 대해서 초점을 맞춰 주의를 덜 기울일수록 약탈에 더 취약하다. 이러한 결과는 끼운 상품과 끼워진 상품이 동시에 구매될 때라 하여도 발생할 수 있다. United States v. Loew's, Inc. 사건⁸⁹⁾에서 끼워진 상품은 T.V. 방송국이 A급 영화와 함께 대여받을 것을 요구받은 B급 영화였다. 방송국 지배인은 가장 인기있는 시간대에 광고수입을 올려줄 A 등급 필름을 획득하는 데에만 주의를 기울였기 때문에, 이른 아침이나 그 밖의 덜 인기있는 시간대에 광고주들에게 보일 B등급 영화에 대해서는 상대적으로 거의 주의를 기울이지 않았다. 비록 지배인이 B급 영화 중에서 합리적인 선택을 하였다 하여도, 지배인은 선택한 A등급의 영화를 획득하기 위하여 그 시간대의 경쟁적 대체 프로그램에 대해서는 무시하였을 것이다.⁹⁰⁾

셋째로, 정보상의 결함을 악용할 끼워팔기 판매자의 능력에 영향을 미치는 다른 변수는 구매되는 상품의 복잡성(complexity)이다. 이것은 이른바 음미상품(search goods)⁹¹⁾보다는 값비싼 경험상품(experience goods)⁹²⁾이나 신뢰상품(credence goods)⁹³⁾의 경우에 문제가 된다. 음미상품이나 상대적으로 간단한 경험상품을 포함한 끼워팔기는 정보공백의 악용을 포함하지 않는 경우가 많다. 그러나 예컨대 소프트웨어와 함께 팔린 컴퓨터와 프린터가 패키지에 포함된 경우에는 구매자의 판단이 보다 어려워진다. 대부분의 유해한 끼워팔기에는 상대적으로 복잡한 상품과 용역이 포함되는

89) 371 U.S. 38, 83 S.Ct. 97, 9 L.Ed.2d 11 (1962).

90) W. S. Grimes, "Antitrust Tie-in Analysis After KODAK: Understanding the Role of Market Imperfections", 62 *Antitrust L.J.* 263, 302-03 (1994).

91) 예컨대 연하장 같은 것으로 구매자는 이의 구매시 상점에 전시된 상품에 대한 특별한 검사를 한다.

92) 평가하기 위해서는 구매해서 경험해 보아야 하는 상품이다. 이러한 경험상품에는 상대적으로 간단하고 값이 낮은 것(사과, 구두약, 치약 등)과 매우 복잡하고 가격이 높은 것이 있다(컴퓨터, 자동차).

93) 신뢰상품에 대해서는, 소비자의 경험은 그 자체로는 그 상품의 완전한 평가를 위해서 불충분하다. 예컨대 의료 처치나 자동차엔진의 수리를 위해서는, 소비자는 전문 정보와 전문기술을 가진 외부인에게 의존할 필요가 있다.

데, 이것은 그러한 끼워팔기의 분석에 있어서 정보 문제의 중요성을 시사하는 것이다.

넷째로, 사려 깊지 못한 소비자나 경험부족의 소비자를 표적으로 한 끼워팔기는 정보상 위험을 포함하기 더 쉽다. 소비자는 패키지판매된 상품들이 복잡하고 자주 구매되지 않는 상품인 경우에는 익숙한 경우가 많다. 묶어 팔기된 항목이 사업자에게 판매되는 경우에는, 구매자가 보다 익숙한 경우가 많을 것이다. 구매자 집단에 기업이 포함되어 있으면, 판매자가 그 끼워팔기를 덜 사려깊은 구매자의 계층만을 표적으로 할 수 있는 경우를 제외하고는, 끼워팔기를 부과하기 어렵게 된다. Kodak사건⁹⁴⁾, Northern Pacific사건⁹⁵⁾ 및 IBM사건⁹⁶⁾ 등에서의 피고들은 각각 일부 거대 구매자, 즉 보다 익숙한 구매자들을 적용대상에서 제외한 끼워팔기를 부과하였다.

5. 구매자의 하자있는 상품구매동기 (motivational defficiencies)

끼워팔기는, 구매자의 구매결정시의 동기형성상의 결함 내지 비용을 감안한 행위(cost-conscious behavior)에 대한 유인의 결여라는 시장불완전성을 판매자가 악용할 수 있게 하며, 그럼으로써 반경쟁적 효과를 발생시킨다고 보는 주장이 있다. 이것은 전술한 구매자의 정보부족의 악용가능성과 케를 같이 하는 것으로, Sullivan과 Grimes은 (1) 대리인이 본인인 구매자를 위하여 구매결정을 하는 경우에 충실하지 않거나 이해상충이 있는 경우 및 (2) 구매자가 구매비용을 제3자에게 전가(pass-on)할 수 있는 경우⁹⁷⁾ 등에는, 끼워팔기가 사용되면 구매자의 동기가 왜곡될 수

94) *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451, 112 S.Ct. 2072, 119 L.Ed.2d 265 (1992).

95) *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 6-8, 78 S.Ct. 514, 2 L.Ed.2d 545 (1958).

96) *IBM Corp. v. United States*, 298 U.S. 131, 134, 56 S.Ct. 701, 80 L.Ed. 1085 (1936).

97) health care에서 보험회사에 의해서 부보되지 않는 상품이나 서비스를 제공하는 판매자가 그 판매를 보험회사에 의해 부보되는 것과 끼워팔기함으로써 소비자들의 비용의식의 결여를 이용할 수 있다는 예를 들고 있다. *Ibid.*, at 410.

있다고 하였다.⁹⁸⁾

구매자의 정보에 관련한 문제를 끼워팔기 사건의 분석에서 고려하여야 한다는 이러한 주장에 대해서는 몇 가지 비판이 가해지고 있다. 첫째로, 정보상의 우려는 독점금지법이 아니라, 소비자보호법에서 다루어져야 한다는 비판이 있다.⁹⁹⁾ 둘째로, 정보상의 시장불안전성은 끼워팔기의 반경쟁적 효과를 피하기 위하여 계약을 체결할 수 있기 때문에 끼워팔기 분석으로 처리되어서는 아니된다고 제안되어 왔으며, 이 주장은 구매자의 정보상 결함은 중요하지 않거나 대다수의 지혜로운 구매자들에 의해서 쉽게 교정될 수 있다는 것을 전제로 하고 있다.¹⁰⁰⁾

첫째 비판에 대해서 보면, 물론, 정보상 시장불완전성은 널리 산재해 있고 전통적인 독점금지법의 표적은 아니지만, 판매자가 독점금지법의 영역인 끼워팔기와 관련된 관행을 실시하는 때에는, 정보상 결함의 분석은 불가피하고 필수적이다. 둘째 비판에 대해서는, Kodak사건¹⁰¹⁾, Northern Pacific 사건¹⁰²⁾ 및 IBM사건¹⁰³⁾ 등에서 판매자들은 거대하고 지식을 가진 구매자들에게는 면제를 해주었지만, 지식이 결여되고 판매자와의 특별한 협상력을 결여한 대다수의 구매자들에게는 끼워팔기를 엄격하게 적용한 것을 들어 반박할 수 있다. 비록 어떤 일반 구매자가 끼워팔기와 관련된 일부 문제를 예견한다 하더라도, 판매자가 끼워팔기를 포기하도록 설득시킬 능력의 부족 때문에, 그것을 방지하는 계약 방식을 찾기는 불가능할 것이고, 새로운 경쟁자가, 다양한 품질과 가격을 제시하면서, 구매자에게 끼워진

98) *Ibid.*, pp.409-410.

99) Craswell 자신도 그의 논문에서, 정보상의 우려는 독점금지법이 아니라, 소비자보호법에서 다루어져야 한다고 제안하였다. R. Craswell, "Tying Requirements in Competitive Markets: The Consumer Protection Issues", 62 *B.U. L. Rev.* 661, 700 (1982).

100) B. Klein, "Market Power in Aftermarkets", 17 *Managerial & Decision Econ.* 143 (1996).

101) *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451, 112 S.Ct. 2072, 119 L.Ed.2d 265 (1992).

102) *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 6-8, 78 S.Ct. 514, 2 L.Ed.2d 545 (1958).

103) *IBM Corp. v. United States*, 298 U.S. 131, 134, 56 S.Ct. 701, 80 L.Ed. 1085 (1936).

상품에 대한 계속 변하는 다양한 선택의 기회를 부여하면서, 나타날 수 있을 것이지만, 구매자로서는 예측할 수 없는 장래의 경쟁조건에 대해 계약에 의해서, 조정할 수는 없기 때문이다.¹⁰⁴⁾

6. 가격규제(price regulation)의 회피책

여러 가지 이유에서 가격규제가 행해지는데, 최고가격제의 침범은 판매자의 독점의 확장이 아닐지라도, 흔히 독점력을 통제하기 위하여 부과되는 가격규제라는 정책에 대한 침범이므로 사회적으로 유해하다.¹⁰⁵⁾

한편 가격규제 대상 기업은 가격규제를 회피하여 수익을 증대할 수 있다. 만일 그 규제가격이 비규제되는 수익극대화가격보다 낮다면, 그 판매자는 비규제 상품이나 서비스를 규제상품이나 서비스에 끼워팔기한다. 반대로 규제가격이 비규제 수익극대화가격보다 높다면, 판매자는 일정한 추가적인 상품이나 서비스를 그 시장가치보다 낮게 덤으로 끼워줌으로써 가격규제를 회피하려고 할 수 있다.

첫 번째의 종류의 끼워팔기가 독점금지법적으로 문제된다. 이 경우에는 판매자가 가격규제가 허용하는 것보다 많은 순수익을 획득할 수 있게 하는 “지렛대”장치로서의 끼워팔기행위가 이루어진다. 예컨대, *Litton Systems, Inc. v. American Tel. & Tel. Co.* 사건¹⁰⁶⁾에서는, 규제당국이 전화회사의 월정 전화선 예약의 가격을 수익극대화가격보다 낮은 가격으로 제한하였는데, 전화회사는 모든 회선 임차자들에게 장비도 자사로부터 임차하도록 요구하여, 그 장비가격으로 일정액의 독점가격부과를 하였다. 이 경우에 전화회사는 비규제되는 독점을 규제되는 독점에 부가함으로써 그

104) S. Borenstein, J. K. Mackie-Mason & J. S. Netz, “ntitrust Policy in Aftermarkets”, 63 *Antitrust L.J.* 455, 473-74 (1995).

105) *Black v. Magnolia Liquor Co.*, 355 U.S. 24, 78 S.Ct. 106, 2 L.Ed.2d 5 (1957)(도매상이 주류 딜러에게 희망하는 브랜드의 가격인상의 수단으로서 바라지 않는 브랜드의 구매를 강요했다.); *In re Friedman*, 113 F.T.C. 625 (1990)(투석공급업자가 투석서비스에 관한 의료 가격규제를 회피하기 위하여 끼워팔기관행을 사용하였다고 주장되었다.).

106) 700 F.2d 785, 790-91 (2d Cir.1983), *cert. denied*, 464 U.S. 1073, 104 S.Ct. 984 (1984); *Cantor v. Detroit Edison Co.*, 428 U.S. 579, 96 S.Ct. 3110 (1976).

규제를 회피하면서 보다 많은 수익을 올릴 수 있었다. 전술한 것처럼 Bowman은 그렇게 해서 증가된 수익은 판매자가 가격규제가 존재하지 않았을 경우에 끼운 상품의 판매로부터 벌어들였을 것보다 많지 않을 것이라는 점을 지적하였다.¹⁰⁷⁾ 그러나 그러한 결론은, 만일 끼워팔기가 끼운 상품으로부터 끼워진 상품으로의 수익의 이전 외에 구매자의 정보상 결함을 이용함으로써 판매자의 전체 시장지배력을 증대시키도록 작동한다면, 유지될 수 없다.¹⁰⁸⁾

가격규제되는 독점의 끼워팔기는 경쟁자와 소비자에게 피해를 줄 수 있다. 경쟁자들은 끼운 상품이 독점이고 끼워팔기가 효과적으로 끼워진 상품을 독점으로 추가하기 때문에 피해를 입는다. 만일 전화선 독점자가 모든 가입자들에게 자사로부터 전화를 임차하도록 요구한다면, 전화의 경쟁판매자를 위한 시장은 소멸된다.¹⁰⁹⁾ 그러한 끼워팔기는 또한 소비자에게 피해를 줄 수 있다. 다수는 그들이 경쟁가격 이상으로 지급하면서, 그 서비스의 구매를 계속해야 하기 때문에 피해를 입으며, 일부 소비자들은 끼워팔기가 서비스 가격을 그들의 예약가격 이상으로 올리고 그들이 다른 데서 대체하도록 하기 때문에 피해를 입는다.

7. 약탈적 가격책정과 기타의 독점화시도

1945년의 Alcoa판결¹¹⁰⁾은 셔먼법 제2조하에서 금지되는 독점화행위(monopolization)에 관한 현대적인 2단계정의를 개발한 바 있는데, 첫째, 피고기업이 독점력(monopoly power), 즉 산업을 지배할(dominate) 만한 충분한 시장지배력을 보유하는가를 판정하여야 한다. 그것이 긍정되면, 둘째로 법원은 추가적으로 피고기업이, 그 지배력이 그 자신의 기술이나 효율성에 기해 부득이한(thrust upon) 즉 결백한(innocent) 독점자인지 아니면 반경쟁적(anticompetitive)이거나 독점적인 행위와 관련된

107) W. S. Bowman, "Tying Arrangements and the Leverage Problem", 67 *Yale L.J.* 19, 21-23 (1957).

108) L. A. Sullivan & W. S. Grimes, *op.cit.*, pp.413-414.

109) *Phonetele, Inc. v. American Tel. & Tel. Co.*, 664 F.2d 716 (9th Cir.1981), *cert. denied*, 459 U.S. 1145, 103 S.Ct. 785 (1983).

110) *U.S. v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

있는지를 판정하여야 한다.¹¹¹⁾ 이것은 그 후의 연방대법원의 관례에서도 사용되어 오는 확립된 공식이다. 독점화행위로 인정되는 것은 경쟁제한적인 배타적 관행에 한하는데, 끼워팔기는 이러한 경쟁제한적인 배타적 관행의 하나로 인정되고 있다.

제 3 절 소결 : 끼워팔기의 경쟁에 미치는 효과

이상으로 끼워팔기의 규제론과 그에 대한 반대론 내지 항변에 관하여 살펴보았다. 그런데 이러한 주장들은 모두가 끼워팔기의 여러 유형이 각기 경쟁에 미치는 효과의 차이를 설명하는 것일 수 있다. 즉 이들 모두를 모든 유형의 끼워팔기에 관한 설명으로 원용하는 것은 무리가 있을 수 있다. 따라서 위에서 살펴본 내용은 개별적인 끼워팔기 사건에서 당해 관행이 끼워팔기의 성립요건을 갖추었는지 판단할 때에 고려하여야 하는 기준이라고 할 수 있다. 이러한 관점에서 종래 규제되어 온 끼워팔기의 일부유형에 대해서는 그 유형 전체적으로 그러한 취급을 중지시키는 데 위에서 살펴본 효율성의 존재 사실이 사용될 수 있는 것이고, 그 정도까지는 아니더라도 개별적 사건에서의 끼워팔기에 대하여 당해 사건의 특수한 사정을 근거로 피고에게 항변을 허용하는 데 사용될 수도 있는 것이다. 그러므로 위의 주장들이 반드시 서로 상충하는 것으로 보지 않으며, 어느 하나의 주장만을 완전히 수용하거나 부정할 수는 없을 것이다. 즉 위에서 살펴본 주장들은 끼워팔기의 친경쟁적 효과와 반경쟁적 효과에 관하여 각각 나름대로 타당성을 갖춘 것들이며, 다만 그 타당성은 제한적으로 인정되는 것들이다.

여기에서 다시 끼워팔기가 사용되는 이유 내지 끼워팔기가 경쟁에 미치는 효과를 요약하면 다음과 같다. (i) 끼운 상품에서의 독점자는 끼어진 상품에서의 제2의 독점을 창설하고, 하나 대신에 두 개의 독점으로부터 수익을 증가시키기 위하여, 끼워팔기를 사용할 수 있다. (ii) 독점자는 진입장벽을 높이고 그럼으로써 그 독점적 지위를 보호하기 위하여 끼워팔기를

111) E. Thomas Sullivan & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law- Policy And Procedure*, The Michie Co., 1984. p.430.

사용할 수 있다. (iii) 독점자에 의한 끼워팔기는 효율적인 시장차단을 가져올 수 있고, 또는 기업의 집단에 의한 끼워팔기는 과점이나 공모를 활성화시킬 수 있다. (iv) 끼워팔기는 가격규제를 받는 판매자가 가격규제를 회피하거나 회피하는 것을 은폐할 수 있게 한다. (v) 끼워팔기는 약탈적 가격책정을 활성화시키거나 은폐할 수 있다. (vi) 끼워팔기는 독점 판매자에게 로빈슨-패트만법의 위반없이 가격차별을 하거나 은폐할 수 있게 한다. 대체적으로 끼워팔기는 비차별적인 계량을 활성화시킬 수 있다. (vii) 끼워팔기는 상품의 품질 향상, 비용절감 또는 배급 활성화 등을 통하여 생산성이나 거래상 효율성을 증가시킬 수 있다. (viii) 끼워팔기는 구매자가 구매결정을 할 때 직면하는 정보상 결함 내지 공백을 판매자가 악용할 수 있게 할 수 있다. (ix) 끼워팔기는, 구매자의 구매결정시의 동기형성상의 결함 내지 비용을 감안한 행위에 대한 유인의 결여를 판매자가 악용할 수 있게 할 수 있다.

제 4 장 비교법적 연구

제 1 절 미국의 끼워팔기 규제

1. 실정법 규정

(1) 적용법조

끼워팔기(tying-in) 또는 끼워팔기협정(tying arrangement)은 경쟁 제한적인 배타적 관행(exclusionary practices)에 해당하는 대표적인 행위유형 가운데 하나로서 셔먼법(The Sherman Antitrust Act of 1890) 제1조의 경쟁제한적 계약¹¹²⁾, 제2조상의 독점화행위(monopolization) 또는 클레이튼법(Clayton Act of 1914) 제3조상의 행위¹¹³⁾에 해당되는 것으로 금지된다. 조문상으로 셔먼법 제1조는 “거래를 제한하는(in restraint of trade)” 협정에 대해서만 적용되나, 클레이튼법은 그 효과가 “경쟁을 실질적으로 제한할 우려가 있는(may be to substantially lessen competition)” 모든 협정에 대하여 적용된다. 연방거래위원회법(The Federal Trade Commission Act) 제5조¹¹⁴⁾는 더욱 엄격한 기준을 규정하고 있다.

(2) 끼워팔기 규제법의 연혁

클레이튼법 제3조의 언어나 입법역사는 그것이 셔먼법 제1조하에서 요구되는 것보다 배타적 제한을 처리하기 위한 보다 엄격한 기준을 제공하기 위한 의도로 마련되었다는 것을 시사한다.¹¹⁵⁾

112) 15 U.S.C.A. § 1.

113) 다만 클레이튼법 제3조는 끼운 상품이나 끼워진 상품에 용역이 포함된 경우에는 적용되지 않는다.

114) 15 U.S.C.A. § 45.

115) Victor H. Kramer, “The Supreme Court and Tying Arrangements: Antitrust as History”, 69 *Minn. L. Rev.* 1013, 1023 (1985).

서면법에 의거해 제기된 초기의 끼워팔기 사건들은 1914년의 클레이튼 법 제3조의 시행의 배경이 되었다. 이것들 중에 연방대법원의 Henry v. A. B. Dick Co.사건¹¹⁶⁾이 있다.

특허권의 대상인 스텐실 등사기(stencil-duplicating machine)의 제조업자인 Dick이 자사의 복사기를 판매하면서 그 기계에는 역시 자사가 제조한 스텐실종이, 잉크 등의 소모품만을 사용할 수 있다는 실시허락상의 제한(licensing restriction)을 부가하였다. Dick은 그 경고를 어기고 다른 제조업자의 잉크 등과 함께 자기의 기계를 고객에게 판매한 소매상을 상대로 특허권침해소송을 제기하였고, 연방대법원은 원고의 청구를 인용하였다. Lurton대법관은 다수의견에서, 당해 관행을 특허상품인 등사기의 사용에 대한 적법한 조건부라고 보았다. 판결내용 중에 서면법은 특허권침해소송에 대한 항변을 구성하지 않는다고 완곡하게 언급되었다. 이 사건에서는 4대3으로 대법관의 견해가 갈렸다. White대법원장은 Hughes, Lamar대법관이 가담한 소수의견에서, 다수의견을 “특허권자의 한없는 무리한 요구를 허용하는 것”이라고 비판하고, “현행법의 해석이 아니라 법자체에 문제가 있다”고 언급하였다.¹¹⁷⁾ 끼워팔기 협정에 대한 독점금지법의 금지강화를 위한 추가 입법의 필요성이 요청되었고, 1912년 민주당은 우드로우 윌슨(Woodrow Wilson)을 대통령후보로 선출하였고, 1914년 7월 20일, 윌슨 대통령은 양원합동의회에서 공약¹¹⁸⁾대로 입법을 촉구하였다.¹¹⁹⁾ 그는 불확실성을 실질적으로 제거하기 위하여 구체적 용어로 된 명시적인 금지항목들을 설정하고, 서면법하에서는 위법여부가 명확하지 않은 독점적 관행들을 특정하는 법률을 제정할 것은 물론, 업계에 명확한 지침과 정보를 제공할 거래위원회의 설립을 주장하였다.¹²⁰⁾ 그 9개월후 의

116) 224 U.S. 1, 32 S.Ct. 364, 56 L.Ed. 645 (1912).

117) *Ibid.*, at 50.

118) 1912년 민주당의 전국강령에는 “서면독점금지법이 그 효율성을 대폭 상실시키는 방향으로 법원에 의해 해석되는 점을 유감으로 생각하며, 그러한 해석으로 제거된 강력함을 그 법률에 회복시킬 입법을 지지한다”는 공약이 포함되어 있었다. Levy, “The Clayton Law-An Imperfect Supplement to the Sherman Law”, 3 *Va. L. Rev.* 411, 414-415.

119) President Message to Congress of Jan. 20, 1914, 51 *Cong. Rec.* 1962, 1962 (1964).

120) Eleanor M. Fox & Lawrence A. Sullivan, *Cases And Materials On*

회는 연방거래위원회법과 클레이튼법을 제정하였다. 클레이튼법 제3조의 최초안은 A. B. Dick판결을 직접적으로 뒤집는 내용이었으나, 최종적으로 끼워팔기나 기타의 배타적 제한이 “실질적으로 경쟁을 제한하거나 독점을 창설하는 경향이 있는” 효과를 낼 때에만 금지하기로 하는 타협이 이루어졌다.¹²¹⁾

클레이튼법 제3조의 시행후, 연방대법원은 A. B. Dick판결을 반복했다. Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Manufacturing Co.사건¹²²⁾에서 Motion Picture Patents Co.의 특허 필름영사기의 판매조건으로 영사기를 오직 당해 회사의 특허 필름과 함께만 사용되도록 영사업자에게 요구하도록 한 사용허락제한이 위법하다고 판결하였다. 다수의견은 A. B. Dick판결은 공공정책에 반하고, 클레이튼법 제3조의 발효를 공공정책의 “설득력있는 표현”이라고 하였다.¹²³⁾

연방대법원은 곧 클레이튼법 제3조의 시행에도 불구하고 모든 끼워팔기가 위법한 것은 아니라고 하는 것을 분명히 하였다. 1922년에 연방대법원은 United Shoe가 자사의 신발제조기계에 대하여 일정한 임대제한(leasing restrictions)을 사용함으로써 클레이튼법 제3조를 위반했다는 하급법원의 판결을 지지했다.¹²⁴⁾ 그러나 다음해에 Sinclair Oil Company가 Sinclair의 주유탱크와 펌프의 임차인인 주유소에게 오직 Sinclair의 유류만을 사용하도록 요구한 것은 클레이튼법 제3조나 FTC법 위반이 아니라고 판결하였다.¹²⁵⁾

(3) 법규간의 관계

Times-Picayune사건에서, 연방대법원은 셔먼법 제1조에 의하는 것보다 클레이튼법 제3조에 의거해서 끼워팔기가 더 엄격하게 규제될 수 있

Antitrust, 2nd ed., West Publishing Co., 1989, pp. 646-647.

121) V. H. Kramer, *op.cit.*, at 1035.

122) 243 U.S. 502, 518, 37 S.Ct. 416, 61 L.Ed. 871 (1917).

123) *Ibid.*, at 517-18.

124) *United Shoe Mach. Corp. v. U.S.*, 258 U.S. 451, 42 S.Ct. 363, 66 L.Ed. 708 (1922).

125) *FTC v. Sinclair Ref. Co.*, 261 U.S. 463, 43 S.Ct. 450, 67 L.Ed. 746 (1923).

다고 하였다. 특히, 클레이튼법 기준은 끼운 상품에서의 시장지배력의 입증을 요구하지 않을 수 있다. 몇몇 법원은 이러한 공식을 고수한다.¹²⁶⁾

그러나 일반적인 경향은 양 조항하에서 동일기준을 적용하고 끼운 상품에서의 시장지배력의 입증을 요구한다.¹²⁷⁾ Jefferson Parish에서의 보충의견을 제시한 4인의 대법관은 합리성의 원칙이 적용되는 끼워팔기에서도 시장지배력은 요구된다고 믿었다.¹²⁸⁾ 따라서 양조가 현재 끼워팔기에 대한 별개의 기준을 설정하고 있지 않다. 이것은 서면법의 적용이 클레이튼법의 그것에 동조해온 것 때문일 수 있다.

연방대법원은 연방거래위원회법하에서 광범위한 기준을 인정하고 있다. FTC v. Brown shoe사건¹²⁹⁾에서 연방대법원은 Brown이 그 가맹계약자들에게 Brown의 신발판매만을 주력하겠다는 약속하에 그와 교환으로 특별 서비스를 제공하는 관행에 대하여 유죄로 판시하였다. 연방대법원은 그 관행은 서면법이나 크레이튼법에서 통상 요구되는 반경쟁적 효과의 입증 없이 FTC법 제5조하에서 유죄로 인정될 수 있다고 판시하였다.¹³⁰⁾ 실상, 이 요건이 부과된 신발가게는 전국의 그것 중 1%에 불과하였다.

연방대법원은 FTC를 지지하면서, FTC법 제5조하에서 FTC는 “클레이튼법 제3조나 기타의 독점금지 조항의 명백한 위반에 대한 입증 없이 거래제한의 기미(incipiency)가 보이면 그것을 포착할” 권한이 있음을 언급하면서, 반경쟁적 효과의 “입증이 필요하다는 주장을 거부”했다.¹³¹⁾

126) 예컨대 *Town Sound and Custom Tops, Inc. v. Chrysler Motors Corp.*, 959 F.2d 468 (3rd Cir. 1992).

127) *Grappone, Inc. v. Subaru of New England, Inc.*, 858 F.2d 792, 794 (1st Cir.1988)(원고의 청구가 서면법 제1조에 의하는 것이건 클레이튼법 제3조에 의거한 것이건 동일한 기준에 의한다고 하였다.); *Mozart Co. v. Mercedes-Benz of N. Am., Inc.*, 833 F.2d 1342, 1352 (9th Cir.1987), *cert. denied*, 488 U.S. 870, 109 S.Ct. 179 (1988)(양 조항하에서 요건은 이론적으로 동일하다고 하였다.).

128) *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 35, 104 S.Ct. 1551, 1570, 80 L.Ed.2d 2 (1984).

129) 384 U.S. 316, 86 S.Ct. 1501, 16 L.Ed.2d 587 (1966).

130) *Ibid.*, at 321-22, 86 S.Ct. at 1504-505.

131) *Ibid.* at 322, 86 S.Ct. at 1505.

2. 판례법

(1) 개 관

미국법상 끼워팔기 협정(tying arrangements)은 ‘구매자가 구매하고 싶어하는 상품이나 서비스’를 판매자가 ‘다른 것’과 함께 구매하여야만 판매하는 계약으로서, 전자를 ‘끼운 상품(the tying product)’, 후자를 ‘끼워진 상품(the tied product)’이라고 한다.¹³²⁾ 법원은 초기에 주로 특허권자가 특허권의 보호대상인 상품에 그 대상이 아닌 상품을 끼워팔는 계약에 대하여 셔먼법 제1조의 “경쟁제한적 계약”에 포함시켜 동조를 가끔 적용(셔먼법위반으로 인정)¹³³⁾하다가 결국 위법성을 부정하였고¹³⁴⁾, 클레이튼법이 제정된 이후 1930년대부터 1960년대까지는 시장지배력을 보유한 기업들의 끼워팔기 계약¹³⁵⁾에 대해서 강력히 적용되었다. 그러나 1980년대에는 끼워팔기 약관이 사용되더라도 통상 친경쟁적인 것이나 반경쟁적 효과가 존재하더라도 경미한 것으로 평가하고, 독점금지법의 집행은 비효율적(산출제한적)인 거래에만 적용되어야 한다는 이른바 시카고학파의 입장이 지지를 받는 추세였다.¹³⁶⁾

(2) 수정된 당연위법의 원칙의 적용

Northern Pacific사건에서 Black대법관은 끼워팔기에 대하여 당연위법의 원칙을 적용하여야 한다는 이유를 다음과 같이 밝혔다.¹³⁷⁾

132) E. M. Fox & L. A. Sullivan, *op.cit.*, p.644.

133) *U.S. v. Trans-Missouri Freight Association*, 166 U.S. 290, 327-328.

134) *Heaton-Peninsular Button-Fastner Co. v. Eureka Specialty Co.*, 77 F. 288 (6th Cir. 1896); *Henry v. A.B. Dick Co.*, 224 U.S. 1 (1912)

135) *I.B.M. v. U.S.*, 298 U.S. 131 (1936); *The International Salt Company v. U.S.*, 332 U.S. 392 (1947)(산업용 소금의 최대 생산업자인 The International Salt Company는 소금배분기(salt dispensing machine)에 대한 특허를 보유하고 있었다. ISC는 이 기계를 임대하면서 이 기계에서 사용되는 모든 소금을 구매할 것을 요구하였다.).

136) E. M. Fox & L. A. Sullivan, *op.cit.*, p.661.

137) *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 6, 78 S.Ct. 514, 518, 2 L.Ed.2d 545 (1958).

실로 끼워팔기는 경쟁의 억압 이외의 다른 목적에 기여하는 것을 찾기 어렵다. ... 그것은, 끼워팔기를 부과한 당사자가 더 양질의 상품을 보유하거나 더 낮은 비용을 부담하기 때문이 아니라, 그의 다른 시장에서의 힘이 나 지렛대 때문에, 경쟁자가 끼워진 상품의 시장에 자유롭게 접근하는 것을 부정한다. 동시에 구매자는 경쟁상품들간에서의 자기들의 자유로운 선택을 양보하도록 강요받는다. 그것은 당사자가 끼워진 상품시장에서 자유경쟁을 억제할 만한 끼운 상품에 관련한 충분한 경제력을 보유하고 주간통상의 경미하지 않은 양이 영향을 받는 경우에는 그 자체 불합리하다.

법원은 끼워팔기에 대해서는 당연위법의 원칙(per se rule)¹³⁸⁾을 적용한다. 그러나 당연위법한 끼워팔기의 성립을 위한 전제조건은 예컨대 당연위법한 카르텔의 성립요건보다 가중되기 때문에, “완화된 당연위법원칙(modified per se rule)”이나 “정형화된 합리의 원칙(structured rule of reason)”이란 용어가 보다 적절하다. Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde사건에서 연방대법원에 의해서 판시된 대로¹³⁹⁾, 끼워팔기는 원고가 다음 요건을 입증하면 당연위법하다.

- (i) 두 개의 상품간의 끼워팔기협정이 존재한다는 것;
- (ii) 판매자는 시장지배력이라 불리는 구매자로 하여금 경쟁시장에서라면 하고자 하지 않았을 일을 하게 하는 특별한 능력을 지닐 것; 그리고
- (iii) 끼워팔기가 상당한 거래량(substantial volume of commerce)을 차단할 것.

Jefferson Parish판례에서, 4인의 보충의견은 끼워팔기협정에 대한 당연위법원칙을 파기하여야 한다는 견해였으나, 그것은 여전히 판례법으로

138) 당연위법원칙은 독점금지법 위반의 혐의가 인정되는 관행에 대해서 규칙의 적용을 위한 전제조건이 증명되면 더 이상의 입증 없이도 위법한 것으로 추정된다는 원칙이다. 당연위법원칙은 법원이 그 관행을 그것이 거의 항상 유해하다고 결론을 내리기에 충분히 적합하다고 판단한 후에 적용된다. 당연위법 분석은 특정한 관행의 경쟁적 효과에 관한, 비용이 드는 개별적인 심사를 피하려는 것이다. 그러므로 당연위법 원칙이 적용되면, 합리성의 원칙하에서보다 소송에 드는 시간과 비용이 적어진다.

139) 466 U.S. 2, 12-18, 104 S.Ct. 1551, 80 L.Ed.2d 2 (1984).

남았다.¹⁴⁰⁾ 또한 Kodak판례의 다수의견은 끼워팔기의 법을 당연위법 원칙이 적용된 것처럼 설명하였다.¹⁴¹⁾

(3) 주요 끼워팔기 사건

끼워팔기를 포함한 연방대법원의 사건의 주류는 사인보다는 정부에 의해 제기되었다. 1930년대에, IBM Corp. v. United States 사건¹⁴²⁾에서, 연방 법무부는 IBM을 그 계산기를 IBM에 의해 제조되거나 공급된 카드에 끼워팔기한 데 대하여 성공적으로 기소하였다. IBM은 끼워팔기를 부과하면서, 정부에 대해서는 기계에 대한 임차료에 대해 수익의 15퍼센트에 대한 예외를 허용함으로써, 구매자를 차별하였다. 연방대법원은 IBM에게 패소판결을 내리면서, 그 카드의 사용이 계산기의 영업권의 보호를 위해서 필수적이라는 피고의 항변을 기각하였다.

1947년의 International Salt 사건으로 시작하여 끼워팔기를 포함하는 7개의 사건에 대해 판결하였다. 법무부는 이 중 4개의 소송을 제기하여 그 중 3개에서 승소하였다.¹⁴³⁾ 이들 중 사적 소송인 3개 사건은 원고 승소가 1건이었다.¹⁴⁴⁾ 끼워팔기 사건은 흔히 최고급 기술 산업을 포함한

140) 466 U.S. at 32, 104 S.Ct. at 1560.

141) *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451, 461, 112 S.Ct. 2072, 2079, 119 L.Ed.2d 265 (1992).

142) 298 U.S. 131, 56 S.Ct. 701, 80 L.Ed. 1085 (1936).

143) 승소한 것은 *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392, 68 S.Ct. 12, 92 L.Ed. 20 (1947); *United States v. Loew's, Inc.*, 371 U.S. 38, 83 S.Ct. 97, 9 L.Ed.2d 11 (1962); *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 78 S.Ct. 514, 2 L.Ed.2d 545 (1958). 패소한 것은 *Times-Picayune Publishing Co. v. United States*, 345 U.S. 594, 73 S.Ct. 872, 97 L.Ed. 1277 (1953).

144) 원고가 승소한 사건은 *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451, 112 S.Ct. 2072, 119 L.Ed.2d 265 (1992). 처음에 *Fortner Enterprises, Inc. v. United States Steel Corp.*, 394 U.S. 495, 89 S.Ct. 1252, 22 L.Ed.2d 495 (1969) 사건(Fortner I)에서는 사인원고가 승소했으나 다음 번에 *United States Steel Corp. v. Fortner Enterprises, Inc.*, 429 U.S. 610, 97 S.Ct. 861, 51 L.Ed.2d 80 (1977) 사건(Fortner II)에서는 사인 원고가 패소하였다. 사인 원고는 *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 12-18, 104 S.Ct. 1551, 80 L.Ed.2d 2 (1984) 사건에서도 패소하였다.

다. 1984년에서 1992년까지 사이에 항소법원에서 결정된 사건의 수는 44개중 17개는 의료(health care)(5개), 컴퓨터(5개) 또는 자동차(7개)에 관한 끼워팔기를 포함한 사건이었다.

이하에서는 근래의 가장 주요한 3개 사건, 즉 Jefferson Parish Hospital v. Hyde 사건(1984), Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc. 사건(1992), United States v. Microsoft Corp.사건 등에 관하여 상세히 살펴보기로 한다.

1) Jefferson Parish Hospital v. Hyde 사건(1984)

Jefferson Parish는 10년 이상 끼워팔기에 관한 연방대법원의 리딩 케이스가 되어 온 매우 중요한 사건이다.

(가) 사실관계

1960년대 말, 루이지애나의 Jefferson Parish는 새 병원을 신축하기로 결정하였다. 1971년에 동 병원은 Metairie 교외의 New Orleans에 East Jefferson 병원을 개원하였다. 동 병원은 업무개시 직전, 그 근래에 설립된 마취사들의 기업인 Roux & Associates와 동 병원이 모든 마취업무상 필요한 요소를 Roux & Associates에게 공급하기로 계약하였다. 동 병원은 필요한 공간, 장비, 소모품 및 Roux의 승인하에 간호사를 공급하기로 하였다. Roux는 그 대가로 동 병원에 모든 마취사를 공급하기로 하였다. 동 병원은 잘 운영되어, 1980년까지 연간 약 10,000건의 외과수술을 시술하였다.

이 사건에서 발생한 분쟁은 1977년 7월 시작되었다. 마취과 전문의인 Edwin G. Hyde박사가 동 병원에 마취시술을 하기 위하여 특별우대를 해달라고 요청하였다. 동 병원 이사회는, 그에게 특권을 주는 것은 Roux에만 마취시술을 의뢰하기로 한 자신들의 의도와 맞지 않는다고 하면서, 그의 요청을 거절했다. Dr. Hyde는 자신이 스태프로 참가하도록 허용하는 유지명령(injunction)이 발해질 것을 기대하면서 셔먼법 제1조 등에 의거해서 법원에 제소하였다.

Dr. Hyde와 East Jefferson 병원은 3번에 걸쳐 법정에서 공방을 벌였다. 1981년에 루이지애나 동부 연방지방법원은 모든 증거와 주장을 심리하고 변호인들의 변론을 고려하여, East Jefferson 병원은 병원업에 있어서 상당한 시장지배력을 보유하고 있지 못하며 따라서 Roux와의 계약도 악의가 없는 것이었다는 이유에서, Dr. Hyde의 청구를 기각했다.¹⁴⁵⁾

Dr. Hyde는 항소하였고, 1982년에 동일한 증거를 놓고 제5순회 항소법원은 상반된 결론을 내렸다. 항소법원은 피고병원은 과거에 독점력을 보유하고, Roux와의 계약은, 환자가 East Jefferson 병원의 수술실을 이용하려면 반드시 Roux 소속 마취사의 서비스만을 이용하게 강요하는 “끼워팔기 협정(tying arrangement)”을 구성한다고 보았다.¹⁴⁶⁾ 항소법원은 그것은 당연 위법하다고 보고, 지방법원의 판결을 번복하였다.

East Jefferson 병원은 연방대법원에 상고하였고, 심리가 개시되었다. 양당사자는 계속해서 준비서면을 제출하였고, 관련 이익단체들¹⁴⁷⁾에 의한 Amicus Curiae(법원의 조언자)로서의 준비서면들이 추가되었다. 연방대법원은 항소법원(Appellate Court)의 결정을 다시 번복하면서, Roux & Associates와의 계약을 지키려고 하는 병원의 편을 들었다.¹⁴⁸⁾

Jefferson Parish 사건에 이르기까지 끼워팔기 협정은, 최소한 일단 어떠한 주요한 사실적 전제조건¹⁴⁹⁾이 충족되면, 당연위법(per se illegal)으로 취급되어 왔다. 반대로, 배타적 거래는 합리성의 원칙에 의거해서 판단되어 왔다.

(나) 원고 Dr. Hyde의 입장

원고 Dr. Hyde는 East Jefferson 병원과 Roux & Associates간의 계약이 당연위법한 끼워팔기 협정이라는 점을 함축하는 몇 개의 사실관계를 증명하고자 했다. 원고는 또한 당해 협정이 경쟁을 억압하고 소비

145) 513 F.Supp. 532 (E.D.La. 1981).

146) 686 F.2d 286 (5th Cir. 1982).

147) 여기에는 Dr. Hyde를 위해서 전미 마취사회가, East Jefferson 병원을 위해서는 전미 병원협회, 미연방정부 법무부 등이 포함되었다.

148) 466 U.S. 2(1984).

149) 전제조건중에 가장 중요한 것은 피고가 끼운 상품에 시장지배력을 가지고 있는가 하는 점이다.

자후생을 저해하였다는 점을 입증하고, 법원이 그것을 합리성 사건으로서 다룬다면 관련될 증거를 보이려고 하였다.

첫째, Dr. Hyde는 이 사건이 끼워팔기에 관한 것이고, 배타적 거래에 관한 것이 아니라는 점을 증명하려고 했다. 원고는 당해 병원의 계약이 끼워팔기가 되도록 하는 세 가지 사실을 제시하였다. 첫째는 실제로 하나가 아니라, 두 개의 독립된 상품이 포함되었다는 점이었다.¹⁵⁰⁾ 병원이 제공한 서비스는 외과수술실의 운영이었고, Roux가 제공한 서비스는 마취의 제공이었다. 이들 서비스의 독립성은 배타적이지 않은 스태프 특권을 보유한 마취사에 의해서 마취가 독립적으로 제공되고 독립적으로 요금이 부과되는 뉴올리언즈지역에 있는 다른 병원의 존재에 의해서 추론된다.¹⁵¹⁾ 실상, Dr. Hyde 자신은 Lakeside의 다른 Metairie에서 마취에 관한 적극적인 특권을 가졌다.¹⁵²⁾ 그래서, 그의 주장의 결론은 수술실 운영과 마취사의 전문적 서비스라는 함께 묶일 필요가 없는 두 개의 본래 독립된 상품이 존재하였다는 것이었다.

Dr. Hyde는 다음으로 두 개의 독립된 상품이 실제로 끼워팔기되었다(tied)는 점을 보이려 하였다. 이 점에 관해서는 심각한 논쟁은 없었는데, 만일 환자가 East Jefferson 병원에서 수술받기를 원했다면, 마취는 Roux & Associates에서 받아야 했고, 그렇지 않으면 전혀 수술을 받을 수 없었다. East Jefferson 병원의 이용은 끼운 상품이었고, Roux & Associates의 마취는 끼워진 상품이었다.

Dr. Hyde가 증명하여야 할 마지막 요소는 East Jefferson 병원이 끼운 상품에서 시장지배력을 가지고 있다는 점이었다. 이 점은 Dr. Hyde에게 매우 골치거리였다. 연방지방법원이 그의 주장을 기각했을 때, 그 이유는 동병원이 시장지배력이 부족하다고 보았기 때문이었다. 그리고 항소 법원이 이를 번복했을 때 그 주된 이유는 동병원이 독점력을 보유했다는 점이었다. 양결정에서, 그리고 연방대법원에의 상고에서 독점력심사의 주된 초점은 병원업의 관련지역시장의 범위와 East Jefferson 병원의 시장

150) *Brief for the Respondent*, pp.42-46.

151) *Ibid.*, p.42.

152) *Ibid.*, p.31.

점유율이었다. 원고의 주장은 연방대법원이 이 점에 대한 항소법원의 인정 사실을 그대로 인정해야 한다는 것이었다.¹⁵³⁾ 원고의 주장 가운데 그 점은 그 자체가 그 협정이 셔먼법위반을 구성하는 것을 선언하는 것이었지만, 거기서 한 걸음 더 나아가 그 협정에 의해 빚어진 실제의 반경쟁적 결과의 일부를 상술하는 데까지 이르렀다. 그 중에는 (1) Roux가 East Jefferson 병원을 통해 시행되는 마취에 대해 “독점”을 보유하였기에, 동 병원에 있는 환자들은 각자가 마취사를 선택할 자유를 박탈당했다는 점, (2) 환자들은 저질의 서비스 (예컨대 의사자격증이 있는 마취사가 아니라 간호사자격증만 있는 마취사에 의한 마취)를 제공받아야 했다는 점, (3) 환자들이 지불해야 할 마취비가 높게 정해졌다는 점 등을 포함하고 있었다.¹⁵⁴⁾ Dr. Hyde는 이러한 결과는, East Jefferson 병원내의 마취사들이 소비자들의 기호에 나태하고 무관심하도록 하는, 동 병원에서의 “병원내(intrahospital)” 경쟁의 완전한 제거가 이루어진 경우에만 가능한 것이었다고 주장하였다.¹⁵⁵⁾ 그리고 소비자만이 아니라, Roux의 경쟁자에게도 피해를 주었다. 즉 Dr. Hyde는 East Jefferson 병원내의 접근을 거부당한 점에서, 자신의 일부 시장에서 차단당한 것이 되었다.¹⁵⁶⁾ 따라서, Dr. Hyde의 이야기는 간단히 말해서, 피고 병원은 병원 서비스에서 독점 또는 독점력을 보유했다는 것이었다. 예컨대 마취사와 같이 다른 보조 투입요소는, 그러한 힘을 보유하지 못하고 있었거나, 또는 병원의 행동이 없이는 그러한 힘을 갖지 못했다. 그러나 동 병원은 마취시술의 병원 서비스에의 끼워팔기를 통해서, 후자에서의 독점력을 가지고 전자에서의 독점력을 획득했고, 이 증강된 독점력이 소비자후생에 피해를 끼쳤다고 주장되었다.

153) *Ibid.*, pp.36-38.

154) *Ibid.*, pp.20-29. 마취비가 높다는 주장은 지방법원에 제출된 완전한 경험적 증거가 부족했고, 항소법원이 인정한 사실관계 중 “본 사건에서 마취 서비스의 수술실에서의 끼워팔기는 마취비의 상승을 초래하지는 않았다”는 점에서 본다면, 그 근거가 박약했다. 686 F.2d 286, 291 (5th Cir. 1982)

155) *Brief for the Respondent*, pp.30-36.

156) *Ibid.*, pp.32-34.

(다) 피고 Eastern Jefferson Hospital의 입장

피고 병원은 당연히 사실을 다르게 보고, 이 사건에 대한 완전히 다른 분석방법을 주장했다. 동 병원의 입장에서는, 이 사건은 근본적으로 배타적 거래에 관한 것이었고, 만일 끼워팔기가 포함되었다면, 거의 중요하지 않은 부산물이었을 뿐이었다.¹⁵⁷⁾ 결국, 동 병원은 어떤 병원에서나 환자가 마취사를 선택하는 것은 항상 제한되지만 아무도 이를 끼워팔기로 간주하지는 아니한다는 점을 지적했다. 개방형 스텔제 병원에서도 스텔 특권을 갖는 마취사의 숫자는 Roux그룹에서의 그 숫자와 비견할 만한 것이라는 것이다. 피고 병원은 대신에, 마취사 선택의 제한은 생활의 자연스러운 면의 하나일 뿐이고, 이 사건에서 중요한 것은 East Jefferson병원에서 “선택된 소수”가 선택된 방법이라고 지적했다.

그렇게 본다면, Dr. Hyde는 엉뚱한 시장을 기대하고 있었던 것이 된다고 병원측은 주장하였다. Dr. Hyde는 환자들이 병원 서비스와, 끼워팔기든 아니든, 다른 보조 공급자들의 서비스를 제공받는 시장에 초점을 맞췄던 것이다. 병원측은, 그것은 시장이긴 하지만, 배타적 거래에 의해서 직접적으로 영향을 받는 관련시장은 아니라고 하였다. 대신에 직접 영향을 받는 관련시장은 마취사(와 다른 병원에 기반을 둔 의사들)가 병원 스텔의 지위를 구하는 시장이라고 주장하였다.¹⁵⁸⁾ 동 병원은 병원에 기반을 둔 의사들은 특별히 이동이 심한 것을 보여주는 통계수치를 근거로 하여, 관련시장은 본질적으로 전국적 범위의 시장이고 따라서 어떤 병원도 그 시장에서 독점을 보유하지 않고 있음을 보여준다고 주장하였다.

피고 병원은 예전의 Tampa Electric사건¹⁵⁹⁾의 유추를 제시했다. Tampa Electric사건에서는, 플로리다의 전력공급 공기업인 Tampa Electric이 테네시의 석탄 공급업자와 장기 배타적 거래에 들어갔고, 동 계약 때문에 다른 석탄 공급업자를 차단하는 것이 경쟁에 미치는 효과가 쟁점이었다. 그 사건에서, Tampa주의 모든 거주자가 Tampa Electric

157) *Brief for the Petitioners*, pp.43-45; *Reply Brief for the Petitioners*, pp 2-5.

158) *Brief for the Petitioners*, pp.34-39.

159) *Tampa Electric Co. v. Nashville Co.*, 365 U.S. 320 (1961).

으로부터만 구매했다는 것은 중요하지 않았고, 직접적으로 영향을 받는 시장은 Tampa Electric이 그 생산물인 전기를 판매하던 시장이 아니고, 오히려 그것이 원재료의 하나인 석탄을 구매하던 보다 광범위한 지역시장이었다. 피고병원은 이와 유사하게, Jefferson Parish사건에서 직접적으로 영향을 받는 시장은 병원이 의료 서비스를 판매하는 시장이 아니라, 그것이 마취시술을 “구매”한 시장이었다고 주장하였다.

피고 병원은 또한 그 계약이 끼워팔기로 다루어지는 않아야 한다고 주장하였는데, 그 근거는 실제적 문제로서, 최소한 유의미한 두 개의 독립된 상품이 존재하지 않았다는 점이었다.¹⁶⁰⁾ 이러한 관점에서는, 병원입원은 복잡하기는 하지만, 단일한 상품이 된다. 어떤 환자가 필요한 처치없이 입원할 수 없다면, 각각의 처치를 독립된 상품으로 취급할 수 없을 것이기 때문이다. 게다가 이 협정을 끼워팔기로 취급하는 것은 이론적으로 모든 상품을 끼워팔기로 취급해도 된다는 결론을 가져올 것이다. 예컨대, 소비자는 통상 자동차를 엔진 없이 또는 면도기를 날 없이 구매할 수는 없는 노릇이다. 가정한다면 모든 상품들은 실제로는 개별 부품들의 묶음(bundles)이고, 그것들이 묶음으로 팔리는 이유는 그 조합(packaging)의 일부를 판매자에게 할당하는 것이 보다 효율적이기 때문이다.

East Jefferson병원은 동 계약을 끼워팔기로 파악하는 것이 가능하다는 것은 인정했다. 그러나 동 병원은 자기들의 배타적 거래가 어떤 면에서는 병원서비스에 마취시술이라는 독립적 서비스를 끼워팔기한 것이라 하더라도, 그리고 비록 당사가 병원서비스시장에서 독점력을 향유하고 있었다 하더라도, 당해 계약은 끼워팔기가 독점이익을 증대시키기 위하여 이용될 수 있는 어떠한 표준적 경제 가설로도 논리적으로 설명될 수 없다고 주장했다. 특히 동 병원은 Dr. Hyde도 다투지 않은 것이지만 IBM에서의 선례와 달리, 수술실의 접근과 마취시술은 본질적으로 고정된 비율로 사용되었다는 점을 지적했다.¹⁶¹⁾ 이러한 관찰만으로도 끼워팔기에 대한 표준적인 가격차별이론의 적용가능성은 일소되었고, 끼워팔기에 대한 가변비율

160) *Brief for the Petitioners*, pp.39-42.

161) *Ibid.*, p.22.

의 투입-대체(variable-proportions input-substitution)이론의 적용 가능성도 배제하였다.¹⁶²⁾

사실상 동 병원은 이 사건에서 반경쟁적인 끼워팔기로 파악하는 것은, 비록 마취시술이 가격에 연동된 가변재 부분으로 사용되었다 하더라도, 비논리적이라고 주장하였다. 동 병원이 환자들에게, 수술실에서 소비한 시간과 마취시술 자체 등을 포함하여 각각 받은 개별적인 처치에 대하여 요금을 부과하는 능력을 가지고 있기 때문에, 동 병원은 이미 관련 가격율을 조정할 수 있었고, Roux의 전문서비스의 끼워팔기 때문에 거기에 추가된 것은 아무것도 없었다는 점이 그렇게 본 이유의 하나였다.¹⁶³⁾ 게다가, Roux & Associates에게 경쟁가격보다 많은 지불을 하도록 한 끼워팔기는, 병원 자체의 서비스에 대한 수요가 병원체류외에 보충적인 외과의사 서비스를 포함한 모든 기타의 투입물에 대하여 지급된 가격 순량만이기 때문에, 병원의 수익을 감소시킬 것이었다.¹⁶⁴⁾ 또한 East Jefferson병원 내에서 시술하고 있는 마취사들간의 경쟁이 소멸하지 않았는가 하는 점에 관해서는, 동 병원의 답변은 계약 자체를 위한 경쟁이 동일 시기의 환자대 환자간의 경쟁을 대체했다는 것이었다.¹⁶⁵⁾ 마취시술에서의 경쟁은 치열했고, 병원은 자기 방식대로 그것을 이용하기 위해서 쉽게 선택할 수 있었다.

동 병원의 이들 모든 주장은 독점력을 보유한 병원에 대해서 전적으로 적용될 수 있다. 그러나 독점력 쟁점의 간과나 인정은 무모한 것이었고,¹⁶⁶⁾ 동 병원은 그러한 우를 범하지 않았다. 동 병원은 항소법원이 인용한 통계는 East Jefferson병원이 실상 East Jefferson Parish¹⁶⁷⁾보다 광범위한 지역으로 구성된 시장에서 경쟁하고 있음을 보여준다고 주장했다.¹⁶⁸⁾ 그러한 판단이 가능한 관련 통계는 두 개 있었다. 하나는,

162) J. M. Vernon & D. A. Graham, "Profitability of Monopolization by Vertical Integration", *Journal of Political Economy* Vol. 79, pp.924-925.

163) *Brief for the Petitioners*, pp.21-22.

164) *Ibid.*, pp.22-23.

165) *Ibid.*, pp.37-39.

166) 항소법원이 지방법원의 판결을 번복한 이유는 그것이었다.

167) 이것은 하나의 county의 지명이다.

168) *Brief for the Petitioners*, pp.30-34.

East Jefferson 병원의 입장에서, East Jefferson Parish 주민들의 70%로부터만 승인(admissions)을 얻었고, 따라서 30%는 다른 Parish로부터 얻었다는 것이다. 다른 통계는, 환자의 입장에서 East Jefferson Parish의 치료받은 주민의 30%만이 East Jefferson 병원으로 갔고, 70%는 Jefferson이나 다른 Parish에 있는 다른 병원으로 갔다는 것이다.

그러한 점을 기초로, 동 병원은 지방법원이 East Bank of Orleans Parish를 시장에 포함시킨 것이 정당화될 수 있었다고 하였다. 뉴올리언즈를 포함한 그 시장에서, East Jefferson 병원은 12개의 병원과 경쟁하였고, (모든 환자의 승인을 기초로) 독점력과는 거리가 먼 단지 9.0%의 시장점유율만을 가졌던 것이다.¹⁶⁹⁾

(라) 연방대법원의 판결내용

5인의 대법관은 John Paul Stevens 대법관에 의해 작성된 다수의견에 서명했고, 4인의 재판관은 Sandra Day O'Connor 대법관에 의해 작성된, 다수의견의 결론에는 찬성하지만 그 이유에 대해서는 비판하고 있는 보충의견에 서명했다.

① 다수의견

연방대법원의 다수의견은, East Jefferson 병원의 Roux & Associates와의 계약이 셔먼법을 위반하지 않았다고 함으로써, 결국 동 병원의 손을 들어주었다. 물론 이것이 연방대법원이 병원측의 모든 주장에 동의한다는 것은 아니다. 예컨대, 동 병원은 쟁점이 되는 두 개의 독립된 상품의 존재를 일관되게 부인하였다.¹⁷⁰⁾ 그러나 대법원은 “의문의 여지없이, 병원에 의해 제시된 패키지의 마취관련요소는 독립적으로 공급될 수 있었고, 병원이 그 고객에게 제시한 패키지에 마취서비스를 포함할 것을 요구하지 않았다면, 개개의 환자나 환자의 담당의사에 의하여 선택될 수 있었다.”¹⁷¹⁾고 하여, East Jefferson 병원의 단일상품항변을 배척했다.

169) *Ibid.*, Appendix B.

170) “상고인은 당해 패키지에는 끼워팔기협정이 전혀 포함되고 있지 않다, 즉 단지 기능적으로 통합된 서비스 패키지를 제공한 것이라고 주장한다.” 466 U.S. 2, 18 (1984).

대법원은 당해 협정을 끼워팔기의 경제적 정의에 합당한 것으로 인정할 수 있는, 두 개의 개별 상품이고, 하나가 다른 하나에 끼워졌다는, 두 개의 성립요건은 인정했다. 그러나 Dr. Hyde는 끼워팔기의 핵심요소인 끼운 상품시장에서의 병원의 독점력을 입증해야 하였는데, 이것은 동 사건에서 가장 무미건조한 쟁점이었고 지방법원과 항소법원간의 의견이 불일치한 중심쟁점이었다. 그리고 이 쟁점에 관하여 승리를 거둔 쪽은 Dr. Hyde가 아니고 East Jefferson 병원이었다.

East Jefferson 병원의 관련지역시장의 범위와 그 시장점유율에 관한 기록에 편철된 경험적 증거는 빈약했다. 이러한 박약한 사실에 기초하여, 대법원은 당해 병원이 끼운 상품인 병원서비스에서, 독점력을 보유하고 있다는 사실을 인정할 근거가 없다고 결정했다.¹⁷²⁾ 그러한 사실 인정 없이, 당해 협정을 당연위법으로 판정할 수는 없었기 때문이었다.

연방대법원은 또한 항소법원이 그 판결이유에 “시장의 불완전성”이라는 부수적인 것을 부적절하게 주입하지 않았더라면, 대법원과 동일한 결론에 이르렀을 것이라고 다음과 같이 지적하였다.

항소법원은 …East Jefferson 병원의 시장점유율만으로는 시장지배력을 추론하는데 부족하다는 점을 인식하고, 항소인이 병원서비스에 대해 비경쟁적인 가격을 부과할 수 있게 한 “시장의 불완전성”에 의거하여 (시장지배력의) 결론을 도출하였다. 시장의 불완전성은 health care 비용의 제3자지급이 널리 퍼진 점 때문에 가격경쟁이 제한되고, 적절한 정보의 결여 때문에 소비자는 경쟁 병원이 제공하는 의료서비스의 품질을 평가할 수 없게 하는 점 등을 의미한다.¹⁷³⁾ 이들 요소들은 추상적인 의미의 “시장지배력”을 발생시킬 수는 있지만, 끼워팔기 혐의에 대해 유죄판결하는 것을 정당화하는 종류의 강력한 시장지배력을 생성하는 것은 아니다.¹⁷⁴⁾

East Jefferson 병원은 끼워팔기 대신 배타적 거래로만 성격을 규정하려 한 시도에서는 실패하였지만, 최소한 당해 계약의 배타적 거래측면의 분석을 위한 정확한 관련시장의 확정이란 점에서는 승리하였다. 다수의견은

171) 466 U.S. 2, 22 (1984).

172) *Ibid.*

173) 686 F.2d, at 290.

174) 466 U.S. 2, 27 (1984).

그러한 관점에서 Dr. Hyde가 사건에 대하여 법원을 설득하지 못했다고 판시했다. “Roux와의 계약이 셔먼법을 위반했다는 것을 입증하려면, 마취사들간의 경쟁에 미치는 배타적 계약의 실제 효과를 분석하는 것이 필요하다. ... 경쟁에 미치는 실제 반대효과를 입증하지 않고는, 피고는 입증책임을 다하지 못한 것이 되며, 그러한 입증이 행해진 바 없다.”¹⁷⁵⁾

② 보충의견(the concurring opinion)

East Jefferson병원이 독점력을 보유하고 있다고 가정한다면, 다수의견의 이론을 적용한다면 당해 병원이 유책하다고 보았을 것이다. 왜냐하면 독점력이 있는 끼워팔기는 여전히 당연위법하기 때문이다. 그러나 다수의 경제학자들이 보기에는 이러한 결론은 비약이다. 소비자후생에 미치는 끼워팔기의 효과가 반경쟁적인지는 이론적으로 분명하지 않고, 끼워팔기는 때때로 배타적 거래의 장점을 획득하는 데에 필요하기 때문이다. 그렇다면, 끼워팔기를, 소비자후생에 분명하게 항상 유해하기 때문에 의문의 여지없이 위법한 가격담합(price fixing)과 동일한 범주에 포함시킬 수는 없는 노릇이다.¹⁷⁶⁾

보충의견을 낸 소수의견은 이와 유사하게, 끼워팔기에 대한 당연위법원칙을 완전히 폐기하고, 끼워팔기 사건의 원고에게 끼워팔기의 존재만이 아니라 그것이 실제로 유해한 효과를 초래한다는 점의 입증책임을 지우려고 하였다. 소수의견은 비록 당연위법원칙이 단순해 보이지만 그것이 끼워팔기에 적용될 때에는, 끼운 상품에서 독점력을 보유하는지 여부에 관한 복잡하고 어려운 판정을 필요로 한다고 보았다. 그러나 일단 그러한 상세한 사실조사가 완료되면, 그 결과로서 끼워팔기가 소비자후생에 전적으로 유익하다는 것을 보여주는 친경쟁적 효과에 관한 증거가 밝혀지더라도, 그것이 완전히 무시되고 있는 현실을 다음과 같이 비판했다.

“ ‘당연위법한’ ... 끼워팔기 법리는 합리성의 원칙에 의한 접근법의 유용성을 취하지는 않으면서 그와 똑같은 비용을 발생시킨다. 동 법리는 심도 있고 장시간이 소모되는 합리성의 원칙의 성격을 갖는 경제적 분석을 요구

175) *Ibid.*, at 29, 31.

176) Lynk, William J., “Tying and Exclusive Dealing: Jefferson Parish Hospital v. Hyde (1984)”, p.356.

하지만, 그렇게 되면 경제분석에 의해 유용한 것으로 입증되는 협정을 금하는 것으로 해석될 수 있다.”¹⁷⁷⁾

보충의견은 끼워팔기가 경쟁법적으로 금지되는 경우로는 오직 동 관행이 끼워진 상품의 시장에서 시장지배력을 발생시키는 경우에 국한된다고 주장하였다. 그러나 이것에 대해서는, 끼워팔기는 이론적으로 끼워진 상품시장에서의 완전경쟁 여부와 상관없이 끼운 상품시장에서의 소비자후생의 감소를 가져오는 것이라는 이유로 반대하는 견해도 있다. 그러나 이 이론은 독점기업은 그 독점력을 적법하게 획득한 것인 한 그 독점력을 자기가 정당하다고 보는 어떤 방법으로도 이용할 수 있지만, 제2의 시장을 독점화하는 것이 허용될 수는 없다는 원칙과는 부합될 수 있다.

보충의견은 또한 East Jefferson 병원의 계약책임에 관하여서는 병원의 주장이 타당하다는 다수의견에 찬동하였다. 소수의견은 병원측의 “단일 상품” 관점에 동의함으로써 당해 계약이 끼워팔기협정을 의미하지 않는 추가적인 이유를 인정하였다. “외과수술과 마취시술을 독립된 서비스로 취급하지 않을 경제적인 이유는 없다. 환자들은 외과수술과 관련해서만 마취시술을 구매할 이익이 있으므로, 병원은 두 서비스를 함께 판매함으로써 추가적인 시장지배력을 획득할 수는 없다.”¹⁷⁸⁾

이러한 관점은 두 개의 최종재가 본질적으로 고정된 비율로 소비되는 경우에는 “하나의 통일된 재화”로 보는 관점으로 볼 수 있다.

2) Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc. 사건(1992)

연방대법원은 끼워팔기에 관한 자신의 견해를 1992년의 Kodak 사건¹⁷⁹⁾에서 더욱 구체화하였다. 그러나 Kodak사건은 끼워팔기 자체의 분석과는 거리가 먼 법적 증거법적 쟁점들과 섞여있기 때문에, Kodak 이후에도 전술한 Jefferson Parish는 오늘날까지 끼워팔기에 관한 리딩케이스로 계속 인용되어 오고 있다.

177) 466 U.S. 2, 34 (1984).

178) *Ibid.*, at 43.

179) *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 112 S.Ct. 2072 (1992).

(가) 사실관계

Kodak은 상품차별화가 이루어진 시장에서 사진복사기를 판매하였고, 그 시장점유율은 23%였다. Kodak은 자사의 유상 수리 서비스를 받는 고객에게만 자사의 교체 부품을 판매하는 정책을 시행하였고, Kodak은 부품생산을 효과적으로 통제할 수 있었다. Kodak 사진복사기에 대하여 수리 서비스를 하던 독립 사업자들은 이 정책하에서 부품을 구매할 수 없게 되었고, 독점금지 청구를 하였다.

(나) 원고 Image Technical Services의 입장

원고는 당해 정책은 끼워팔기 협정으로서, 부품이 끼운 상품이고, 수리 서비스가 끼워진 상품이라고 주장하였다.

(다) 피고 Kodak의 입장

(라) 연방대법원의 판결내용

연방대법원은 Kodak 사건에서 끼워팔기가 경쟁시장에서 유해한지 여부에 관해 관심을 표명하지는 않았지만, 끼워팔기가 불완전경쟁시장에서 일정한 소비자를 착취하기 위해서 사용될 수 있다고 보았다.

Kodak판결의 판시내용은 주된 시장(사진복사기시장)에서의 시장지배력의 기여는 법적으로 필연적인 후방시장(Kodak의 부품시장 및 서비스시장)에서의 시장지배력의 기여를 가져오지는 않는다는 것이다. 또한 법원은 유명브랜드 내구재의 제조업자가 고착된 고객(locked-in customer)을 착취하기 위하여 끼워팔기 협정을 사용할 수 있다고 보았다.¹⁸⁰⁾ 여기에서 고착된 고객은 이미 Kodak 사진복사기를 구매해서, Kodak의 제한적 관행에 직면해서도 다른 경쟁자의 사진복사기를 구매하는 것이 매몰비용 때문에 어려운 구매자들을 가리킨다. 사진복사기시장이 친경쟁적이라고 가정한다면, 부품시장에 관한 정보를 아는 고객은 높은 서비스 가격을 본래의

180) 법원은 R. Craswell, "Tying Requirements in Competitive Markets: The Consumer Protection Issues", 62 *B.U. L. Rev.* 661, 676 (1982)에 의거했다.

상품의 가격인상으로 취급할 것이고, 경쟁자로부터 사진복사기를 구매하였을 것이다.¹⁸¹⁾ 그러나 연방대법원은 위와 같은 고착 때문에 적어도 일부 고객들은, 기존의 기계를 포기하고 다른 것을 구매하는 비용을 고려한다면, Kodak의 부품에 대하여 보다 높은 가격을 지급하려 할 것이라고 보았다.

연방대법원은 빈번한 유지보수를 요하는 내구재의 고객이 “제품수명(life-cycle)” 가격책정, 즉 본 상품의 가격과 후속의 유지비용, 양자를 모두 고려하는 가격책정을 하기에 좋은 위치에 있지 않음을 인정했다. 주로 최초의 내구재(사진복사기)의 비용만을 고려해서 구매결정이 이루어지는 사람들에게는, 높은 서비스료를 통한 후속적인 착취가 가능하고, Kodak만이 Kodak의 기계를 수리할 수 있다는 협정에 의해서 촉진된다. 법원은 만일 서비스비용이 전체 사진복사기의 구매가격에서 적은 비율을 차지하는 것으로 추정되고, 서비스비용에 대한 정보가 획득하기에 어렵고 높은 비용을 요한다면, 고객들이 그 정보를 수집하리라고 추정할 수 없다고 언급하였다. 이것이 후방시장에서의 반경쟁적인 관행을, 주된 시장이 경쟁시장임에도 불구하고, 수익성 있는 것으로 만들 수 있다.¹⁸²⁾

Kodak판례에 대해서는 후방시장의 수리비에 관한 정보획득 비용을 과대평가하였다는 다음과 같은 비판이 가해진다.¹⁸³⁾ 수리비에 관한 정보는 소비자 중 다수계층에게 상식이어서 수집될 필요가 없다. 경쟁적인 주된 상품의 시장에서는, 경쟁자가 재빨리 자기들의 수리비와 Kodak에 의해 부과되는 수리비를 비교하였을 것이다. 한 기업이 다른 기업보다 지속적으로 높은 후방시장에서의 서비스를 위한 가격을 부과한다면, 이러한 정보가

181) *Queen City Pizza, Inc. v. Domino's Pizza, Inc.*, 124 F.3d 430 (3d Cir. 1997), *cert. denied*, 523 U.S. 1059, 118 S.Ct. 1385, 140 L.Ed.2d 645 (1998); *Digital Equipment Corp. v. Uniq Digital Technologies, Inc.*, 73 F.3d 756 (7th Cir. 1996); *Parts & Electric Motors, Inc. v. Sterling Electric, Inc.*, 826 F.2d 712 (7th Cir.1987), *appeal after remand*, 866 F.2d 228, 234-235 (7th Cir.1988) (*Posner, J., dissenting*), *cert. denied*, 493 U.S. 847, 110 S.Ct. 141, 107 L.Ed.2d 100 (1989).

182) *Kodak*, 504 U.S. at 473, 112 S.Ct. at 2085.

183) H. Hovenkamp, *op.cit.*, pp.398-399.

대부분의 최소한 약간 관심 있는 고객들에게 누설되지 않을 수 없다. 다만 하드웨어 제조업자가 구매후의 서비스료를 은폐하기로 공모할 가능성은 간과할 수 없는데, 이것은 Kodak사건에서 주장되지는 않았다.

연방대법원은 유명 브랜드 내구재의 제조업자가 유일한 교체용 부품에서 시장지배력을 가진 것으로 볼 수 있는가에 대해 고려하였다. 즉 Kodak의 사진복사기시장에서의 23%의 시장점유율은, 연방대법원이 위법한 끼워팔기의 성립을 부정한 Jefferson판결에서의 피고의 시장점유율인 30%보다 낮았다. 그러나 교체용부품에 대한 후방시장은 Kodak의 사진복사기에만 맞는 다수의 항목을 포함하였고, 중요한 소수는 Kodak이나 그 배타적 라이선스를 받은 기업에 의해서 제조되었다. 연방대법원은 “사진복사기 서비스와 부품이 두 개의 구분되는 상품으로 간주되려면, 충분한 소비자수요가 존재해서 기업이 부품으로부터 독립적으로 서비스를 제공하기에 충분해야 한다.”고 하고 관련시장으로 Kodak 브랜드의 부품시장과 동 브랜드의 서비스시장이 있을 것으로 결론을 지었다.¹⁸⁴⁾ 이 시장에서 물론 Kodak의 시장점유율은 100%였다.

Kodak판결은 후방시장에서의 충분한 시장지배력이, 단지 제조업자가 그 자신의 독특한 부품을 만든다는 사실만으로부터 추론된다고 해석되어서는 아니된다. 그보다는, 일반적으로 승인된 독점금지 기준에 의해 평가된 후방시장에서의 시장지배력에 관한 독립증거가 존재해야 한다. 또한 동 판결에 대하여 차별적인 내구재의 제조업자는 후속의 제한을 부과하는 경우에는 독점금지 혐의를 받게 되는 충분한 시장지배력을 보유한다고 해석하여서도 아니된다. 그러한 해석은 소비자에게 해로울 것이기 때문이다. 상품이 내구재이고, 브랜드에 의해 차별적이고, 정규적 서비스를 요한다면, 제조업자의 제한이 가장 중요하다.

일부 학자들은 Kodak 판결이 연방대법원이 끼워팔기에 있어서 당연위법의 원칙을 최종적으로 포기한 판례라고 본다. 그러나 연방대법원의 입장이 변하지 않았다고 보는 것이 지배적인 견해이다. Kodak 사건의 다수의

184) *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451, 461, 484, 112 S.Ct. 2072, 119 L.Ed.2d 265 (1992). 이것은 *Jefferson Parish* 사건에서의 입장과 같은 것이다.

견과 반대의견은, 끼운 상품에 대한 독점력이 인정된다면 책임이 있다고 암시하면서, 끼워팔기는 당연위법한 위반이라는 것이 확고한 선례라고 보았다. Scalia 대법관에 의한 반대의견은 합리성원칙의 분석은 더 우월하지만, 이 사안의 해결을 위하여 그 논쟁의 재연이 필요하지는 않다고 하였다.

Kodak판결후에 나온 판례는 동 판결이 타당한 경우를 다음과 같은 상황에 제한하였다. 첫째, 끼워진 상품이 고객이 이전의 구매에 의하여 “고착된(locked-in)” 후에 구매되어야 한다. 둘째, 상당히 많은 수의 고객이 피고의 상품을 구매한 후에, 후방시장에서의 가격정책을 변경한 때, 또는 상당수의 고객이 후방시장의 가격에 대하여 정보를 제대로 전달받지 못했음을 입증한 경우이어야 한다.

첫째로, 고객은 본상품과 후방시장상품(부품)을 동시에 구매한 경우에는 어느 것에도 고착되지 않는다. 예컨대 컴퓨터 제조사가 그 컴퓨터와 소프트웨어를 묶어팔기한 경우에는, 고객은 그 소프트웨어에 고착되었다고 할 수 없다. 왜냐하면 그 고객들은 하드웨어와 소프트웨어를 동시에 구매하였고, 그 때에 경쟁자의 컴퓨터 시스템과 비교하였기 때문이다.¹⁸⁵⁾

둘째로, 만일 집단으로서의 고객이 제대로 정보를 전달받지 못했다면, 후방시장의 가격정책이 그 고객들이 본상품의 구매를 하고난 후에 변경된 경우에만, 그들은 고착될 수 있다.¹⁸⁶⁾ 이처럼 Kodak판결의 제한해석의 결과, 피고가 주된 시장에서 지배적인 시장점유율을 갖지 못한, Kodak사건과 같은 형식의 끼워팔기 청구에서 원고는 승소가능성이 낮다.

185) *Digital Equipment Corp. v. Uniq Digital Technologies, Inc.*, 73 F.3d 756, (7th Cir. 1996) ; *Queen City Pizza, Inc. v. Domino's Pizza, Inc.*, 124 F.3d 430 (3d. Cir. 1997), *cert. denied*, 523 U.S. 1059, 118 S.Ct. 1385, 140 L.Ed.2d 645 (1998); *Little Caesar Enterp. v. Smith*, 34 F.Supp.2d 459 (E.D.Mich.1998).

186) *PSI Repair Services v. Honeywell, Inc.*, 104 F.3d 811, 817-18 (6th Cir.), *cert. denied*, 520 U.S. 1265, 117 S.Ct. 2434 (1997) 만일 후방시장 부품에 관한 정책이 “지속적으로 유지되고 일반적으로 알려진 경우에는” 고착의 가능성은 부정된다고 하였다. 또한 “Kodak은 그 정책을 그 고객이 고착된 후에 변경함으로써, 그 고객이 정보가 결여된 사실을 이용하였다”고 하였다. *ibid.*, at 821.

3) United States v. Microsoft Corp. 사건

(가) 사건간의 관계와 사실관계

최근의 Microsoft社의 주요 독점금지사건은 모두 3개의 사건으로 나누어 살펴볼 수 있다. 첫째는 라이선스 사건(Licensing Case)이고, 둘째는 법정모욕(동의명령 불이행)사건, 그리고 셋째는 현재 계속된 사건(current case)이다.

이 가운데 라이선스 사건은 Microsoft가 PC 제조업자들에게 다른 업체의 컴퓨터 운영체제나 응용 소프트웨어를 설치하는 경우에는 자사의 Windows에 대해 라이선스를 주지 않을 것이라고 위협하였다고 주장된 것으로서, 1990년 6월경부터 연방거래위원회(FTC)가 Microsoft의 개인용컴퓨터의 운영체제 시장에서의 독점화혐의 조사에 착수하였고, 이후 사건기록을 넘겨받은¹⁸⁷⁾ 연방 법무부가 1994년 7월에 Microsoft와 MS가 컴퓨터제조업체들에 Windows 운영체제에 자사의 응용 소프트웨어의 설치를 강요하지 않기로, 즉 경쟁프로그램 설치권한을 부여키로 연방 법무부와 합의하여 종결되었다. 양자간 합의는 동의명령(consent decree)으로 이루어졌고, 1995년 연방지방법원의 토머스 펜필드 잭슨 판사에 의해 공익에 합치되는 것으로 승인되었다.

법정모욕(동의명령불이행)사건은 이 합의를 준수하지 않았다고 1997년 10월 20일에 연방 법무부가 동의명령의 위반 혐의로 Microsoft를 기소하여 개시된 사건이다. 그리고 1998년 5월 연방 법무부는 20개 주정부와 함께 Microsoft의 독점금지법 위반혐의에 대해 소송을 제기했고 이 사건이 현재 법원에 계속중인 사건이다.

이들 세 사건의 사실관계는 모두 Microsoft가 자사의 컴퓨터 운영체제인 Windows에 인터넷검색기인 응용프로그램 Internet Explorer를 끼

187) FTC가 수년간 조사하던 사건을 법무부에 이관하게 된 이유는, Microsoft를 독점금지법 위반혐의로 제소할 것이지 여부에 관하여 FTC의 위원 5인 중 관련업체의 주식을 보유하고 있어서 표결에 참가할 수 없었던 1인을 제외한 나머지 4인의 의견이 2 : 2로 갈리자, 클린턴 행정부의 출범초기에 법무부가 조사권의 양도를 요청하여 이루어진 것이라고 한다. 이경훈, “시장지배적 지위의 남용금지”, 공정거래법강의Ⅱ, 법문사, 2000, 121면 각주 22.

위팔기한 것이 아닌가 하는 사항을 공통으로 포함하고 있다.

(나) 법정모욕(동의명령불이행)사건

① 원고 연방정부 법무부의 입장

법무부의 입장은 당해 끼워팔기는 실질적인 효율성을 창조하지 않았고 혁신적이고 효율적인 경쟁자들이 Microsoft의 운영 소프트웨어에 통합된 응용 소프트웨어를 개발하는 것을 차단할 것이라는 것이었다.

법무부는 Microsoft의 운영프로그램과 Microsoft의 인터넷검색기의 묶어팔기는 검색기시장의 경쟁자에게만 해로운 것이 아니라, Microsoft의 운영프로그램에 있어서의 독점을 방어하는 경향도 있다고 주장하였다. 이러한 결과는 법무부에 따르면, 인터넷 검색기는 소비자에게 운영소프트웨어를 다운로드받을 수 있게 해주는 플랫폼을 제공할 수 있기 때문에 그럴 수 있다고 한다.

② 피고 Microsoft의 입장

Microsoft는 당해 묶어팔기가 소비자들에게 컴퓨터 사용자들이 바라는 효율적이고 통합된 상품을 제공하였다는 근거로 항변하였다. 법무부의 운영 소프트웨어인 Windows 98을 인터넷 검색 프로그램인 Explorer와 묶어파는 것을 막으려는 시도에 대하여, Microsoft사측의 변호인은 소비자가 바라는 기술진보를 방해하려는 시도라고 주장하였다.

물론, 원고와 피고의 양쪽의 주장은 모두 부분적으로 진실일 수 있을 것이다. 인터넷 검색기를 포함한 통합된 소프트웨어 패키지는 생산과 마케팅에 효율적일 것이고 다른 조건이 동일하다면, 소비자들에 의해서 선호될 것이다. 동시에, 묶어 생산하고 마케팅하는 것에 관련된 효율성은 상대적으로 사소할 수 있고 혁신적인 소프트웨어 응용프로그램을 개발하고 마케팅하려는 다른 자들에 대한 잠재적 피해는 아주 상당할 수 있을 것이다.

③ D.C. 순회법원의 판결

1998년 6월23일 D.C. 순회법원은 United States v. Microsoft Corp. 판결¹⁸⁸⁾에서, 그 이전인 1997년12월에 연방지방법원의 토머스 펜

188) 147 F.3d 935 (D.C.Cir.1998).

필드 잭슨판사가 내린, Windows 95와 Microsoft의 인터넷 검색기인 Explorer의 끼워팔기 관행을 중지하라는 예비유지명령(the preliminary injunction)을 취소 결정하면서, 예전의 동의명령(consent decree)을, 첨단기술 상품의 판매자에게 어떤 상품이 끼워팔기를 구성하지 않고 묶어 팔기될 수 있는지 결정하는 데에 넓은 재량을 부여한 것으로 해석하였다. 법원의 결정은 직접적으로 끼워팔기를 규율하는 독점금지법에 대한 것이 아니라 동의명령의 내용에 대한 것이었기 때문에, 이 결정의 중요성은 제한적이다. 그러나 다수의견이나 반대의견은 모두 어느 정도 동의명령의 내용의 해석에 대해 독점금지법 선례에 근거를 두고 판단하였다.

다수의견은 연방대법원 선례대로 양자가 독립된 별개 상품인지를 판단함에 있어서 소비자의 수요에 초점을 맞추지 않고, 피고가 통합이 “일정한 혜택을 가져온다”는 것이 “설득력 있게 주장”되어서 충분하다고 생각하였다.¹⁸⁹⁾ 다수의견은 법원이 개별 상품에 대한 소비자의 수요를 결정할 압도적 효율성을 평가하는 데 있어 요구되는 기준의 운용상의 어려움에 대한 우려 때문에 개진되었다. 다수의견은, “법원은 첨단기술 상품 디자인의 장점을 평가할 여건이 되어있지 않고, 비록 그들이 그러한 평가를 저울의 한 쪽에 들 수 있다고 하더라도, 저울의 다른 면을 위해 제시된 Windows 95와 인터넷검색기의 시장이 각기 구분되어 존재한다는 증거는 전혀 균형 있는 것으로 보이지 않는다.”고 하였다.¹⁹⁰⁾

Wald판사는 보충의견에서 “법원은 결과로 나온 상품이, 두 개의 이전에 분리되어 있었던 시장의 어떤 상품간의 연결(bridging)을 정당화하는 장점을 소비자에게 부여하는지 여부에 대해 고려하여야 할 것이다.”고 하고, Microsoft의 Windows 95와 그 인터넷검색기를 하나의 라이선스하에서 판매하는 것은 “당해 통합된 상품이 Microsoft의 독점을 다른 독립된 시장에 확장하는 것을 정당화할 만큼 충분히 큰 시너지효과를 내는 경우에만” 동의명령하에서 허용되어야 한다고 하였다.¹⁹¹⁾

189) *Ibid.*, at 950.

190) *Ibid.*, at 952-53.

191) *Ibid.*, at 958 (*Wald, J., concurring in part and dissenting in part*).

(다) 현재 계속된 사건(current case)의 진행상황

1998년 5월 연방 법무부는 20개 주정부와 함께 Microsoft의 독점금지법 위반혐의에 대해 소송을 제기했다.

미국 워싱턴 연방지방법원 Thomas Penfield Jackson 판사는 1999년 11월 5일에 사실 인정(findings of fact)을 통하여 연방거래위원회(FTC)와 Microsoft사의 독점금지소송에서 원고인 경쟁당국의 손을 들어 주었다. PC 운영체제(OS)인 Windows와 인터넷 검색기(browser)인 Internet Explorer의 끼워팔기, PC회사와의 반경쟁적 계약, 그리고 Microsoft의 90%를 넘는 막강한 시장지배력이 경쟁환경을 왜곡시켰다는 것이다. 이 판결은 윈도우 운영시스템과 웹브라우저를 묶어 공급한 Microsoft사의 조치가 소비자에게 피해를 줬고, 기업의 기술개발 자유는 타기업의 자유를 희생하지 않는 범위 내에서 보호되어야 한다는 전통적인 독점금지법 원리를 컴퓨터 프로그램시장에서 확인한 것이다.

2000년 4월 3일에 잭슨판사는 법의 결론(Conclusions of Law)이라는 판결문에서 Microsoft사가 반경쟁적 행위에 의해 PC 운영체제 시장에서의 자사의 독점적 지위를 유지하려 함으로써 셔먼법 제2조를 위반하였고, PC 운영체제 시장에서의 독점적 지위를 남용하여 인터넷 검색기 시장에서의 주요 경쟁자인 Netscape사에 대한 불공정한 특혜를 누리기 위하여, 자사의 인터넷 검색 소프트웨어를 불법적으로 PC 운영체제의 유통에 끼워팔기해서 셔먼법 제1조를 위반하였다는 사실을 최종 인정하였다. Jackson판사는 그러나 Microsoft사가 다른 회사들과 맺은 협정이 독점금지법에 규정된 위법한 배타적 거래에 해당한다는 정부측의 주장은 인정하지 않았다.

2000년 4월 28일에 미연방 법무부와 17개 주가 4월 28일 Microsoft사를 2개의 독립 회사로 분할하자는 제안서(Plaintiffs' Proposed Final Judgment)를 연방법원에 제출했다. 법무부의 분할안은 Microsoft사를 운영체제인 윈도우 부문과 워드, 엑셀 등 오피스용 응용프로그램 부분으로 분할하는 것이다.

[미국 법무부가 연방지법에 제시한 Microsoft 제재안의 주요내용]

- Microsoft는 운영체제(operating system) 개발을 담당하는 회사와 컴퓨터 소프트웨어 응용프로그램(application)에 주력하는 두 개의 독립적인 회사로 분할된다.
- Microsoft가 자사의 인터넷 브라우저인 익스플로러의 설치를 강요했다는 컴퓨터 제조업자들의 불만을 감안하여 운영체제 개발을 담당하는 회사는 익스플로러의 개발과 마케팅을 할 수 없다.
- 두 개의 독립 회사는 앞으로 최소 10년간 제휴관계를 맺을 수 없고, 배급에 있어 협력할 수 없거나 또는 정보를 공유할 수 없다.
- 운영체제 개발회사는 컴퓨터 제조업체들이 컴퓨터 초기 작동화면의 모습을 바꾸거나 Microsoft사의 것이 아닌 다른 프로그램을 자동으로 시작하도록 하는 것을 방해하지 말아야 한다.
- Microsoft는 컴퓨터 및 소프트웨어 제조업체들이 자사 운영체제의 비밀코드에 접속할 수 있도록 해 업체들의 제품이 호환성을 가질 수 있도록 해야 한다.
- 응용소프트웨어 담당 회사의 주주들은 앞으로 최소 10년 동안은 운영체제 개발담당 회사의 주식을 보유할 수 없다.

2000년 6월에 Jackson판사는 원고의 제안을 수용하여 Microsoft사에 대하여 독점금지법위반에 대한 제재(remedy)로 두 개의 기업으로 분할되어야 한다고 명하였다.¹⁹²⁾ 이 판결에 대하여 Microsoft사는 자사의 PC 소프트웨어시장에서의 주도적 점유는 불법적인 끼워팔기나 지배적 시장지위의 남용이 아니라 경쟁력의 산물이라고 주장하면서, 이 결정에 항소하였는데, 항소심에서 자사가 독점자라는 결정을 번복하거나, 그것이 가능하지 않다면, 판결내용중 기업분할, 즉 적정한 구제책에 관한 부분을 수정하기를 원하고 있다.¹⁹³⁾ 법무부의 제안에 따라 Jackson 판사는 한 회사가 운영 체제 사업을 맡고 다른 회사가 응용 소프트웨어 사업을 맡도록 명

192) *United States v. Microsoft Corp.*, 97F. Supp. 2d 59(D.D.C. 2000).

193) *Microsoft v. U.S.*, LEXIS 4868(S.Ct., 2000.9.26)(법무부의 연방대법원에 대한 비약상고 요청은 기각되었다).

하였는데, 이러한 구제책에 대해서는, 네트워크 통신을 위해 선택한 기반 소프트웨어가 데스크탑 컴퓨터만이 아니라, 이동 무선전화로까지 확대 적용되고 있는 현 시대에 걸맞지 않는 너무 복고적인 것이 아닌가 하는 비판이 가해지기도 하였다.¹⁹⁴⁾

D.C. 항소법원은 2001년 6월, Microsoft의 분할을 명령한 지방법원의 판결이 너무 급진적이라며 무효화하고 새 재판부가 이 사건을 재심리하도록 환송하였다. 분할 명령을 내린 Jackson판사에 대해서는 그 법정 밖에서의 편파적 발언을 문제삼아 다시 이 사건을 맡지 못하게 했다. 그러나 재판부는 Microsoft가 개인컴퓨터 운영체제 시장에서 독점적 지위를 남용해 독점금지법을 위반했다는 지방법원 판결 내용은 그대로 인정했다. 추적을 통하여 새로 이 사건을 맡게 된 D.C. 연방지방법원의 Colleen Kollar-Kotelly판사는 9월 28일 향후 재판 일정을 고지하면서 Microsoft와 연방 법무부가 11월 2일까지 합의안을 마련하도록 지시했다. 한편 Microsoft는 자사의 독점금지법 위반사실을 인정한 연방지방법원의 판결을 인용한 항소법원 판결에 대하여 연방대법원에 상고하고 연방지방법원의 심리를 보류해 달라는 신청을 하였는데, 연방대법원은 10월 9일, 이를 기각했다. 법무부와 Microsoft는 2001년 10월 31일 독점금지법 위반소송에 대한 잠정적인 화해안에 합의하였다. 잠정합의안의 주요 내용은 다음과 같다.

[연방 법무부와 Microsoft간의 잠정합의안의 주요 내용]

- Microsoft는 운영체제를 포함, 경쟁 소프트웨어를 설치한 PC 제조업자들에 대한 보복을 하지 않는다.
- Microsoft는 모든 PC 제조업체에 공평하게 부과되는 합리적인 라이선스 요금을 정하고 이와 관련한 조건들을 모든 업체에 공개해야 한다. Microsoft는 PC 제조업자에 대해 대량 판매할인을 할 수 있고 Windows 외국어 버전에 대해 요금을 받을 수 있다.
- Microsoft는 Windows 데스크 톱 시작 화면에 경쟁사들의 아이콘이 나타나는 것을 제한하지 못한다.

194) Jane K. Winn & Benjamin Wright, *Law of Electronic Commerce*, 4th ed., 2000, 15-3.

- Microsoft는 경쟁 업체들이 Microsoft의 Windows XP 운영체제에서 호환되는 응용프로그램을 만들 수 있도록 소프트웨어 코드를 제공한다.
- Microsoft는 Windows 운영체제를 이용할 수 있는 기술에 관한 라이선스를 경쟁사에 부여한다.
- Microsoft는 윈도 XP를 업그레이드, 사용자들이 PC에 경쟁사의 소프트웨어의 설치를 할 수 있도록 한다. 또 어떠한 Microsoft 소프트웨어라도 삭제할 수 있게 한다.
- Microsoft는 정부에 영업 기록을 제공, 추후 활동을 감시할 수 있도록 한다. 독립적인 기술위원회가 Microsoft의 활동 및 합의안 준수 여부를 감시하며 Microsoft도 합의안 이행 담당 직원을 둔다.

그러나 이 잠정합의안에 대해서는 연방 법무부와 함께 공동원고인 18개 주 정부 가운데 매사추세츠·캘리포니아·아이오와 등 9개 주가 사건을 심리 중인 콜라-코틀리 연방지법 판사에게 잠정합의안 수용불가 방침을 밝혔다. 이들 주 정부는 합의안은 운영체제와 인스턴트메시징 소프트웨어 등 다른 응용프로그램의 끼워팔기에 대한 금지 등 Microsoft의 독점력 남용을 시정하기에 필요한 내용이 누락되어 있으며 공정한 시장을 확보하고 소비자의 선택범위를 넓히기 위해 더욱 강력한 정책이 필요하다는 입장을 밝혔다. 이에 따라 Kollar-Kotelly판사는 11월 9일 다음 기일을 2002년 3월에 열 계획이라고 발표했다.

이처럼 Microsoft사건의 최종판결이 늦어짐에 따라 이 사건에서의 피고의 행위가 끼워팔기로서 위법한 것인지와 끼워팔기사건에 대하여 연방대법원이 종래의 당연위법원칙을 그대로 유지할 것인지 등에 관한 문제 해결이 늦춰지게 되었다.

(4) 끼워팔기의 성립요건

1) 개 관

법원은 이른바 당연위법한 끼워팔기 협정에 대한 기준을 발전시켜왔다.

그러나 그 기준은 순회법원에 따라 약간 달라진다. 일부 법원은 끼워팔기를 5개 기준에 의해서 분석하고,¹⁹⁵⁾ 일부법원은 4개 기준에 의해서 분석하며,¹⁹⁶⁾ 어떤 법원은 3개 기준에 의해서 분석한다.

(가) 5개 기준설

- (i) 구분되는 끼운 상품과 끼워진 상품이 존재하여야 한다.
- (ii) 판매자는 구매자에게 끼워진 상품의 수량을 강제하기 위해 사용되는 끼운 상품의 시장에서의 충분한 경제적 힘을 보유하여야 한다.
- (iii) 판매자에 의해 구매자를 끼워진 상품을 수령하도록 실제로 강요하는 현실적인 강제(coercion)의 증거가 존재해야 한다.
- (iv) 끼워진 상품시장에서 반경쟁적 효과가 존재하여야 한다.
- (v) 끼워진 상품 시장에서 경미하지 않은(not insubstantial) 州間 거래량이 존재하여야 한다.

(나) 4개 기준설

- (i) 두 개의 독립된 상품이나 서비스가 존재하여야 한다.
- (ii) 끼운 상품의 시장에서 시장지배력을 보유해야 한다.
- (iii) 끼워진 상품의 시장에서 적지 않은 거래량이 있어야 한다.
- (iv) 판매자가 끼워팔기가 아닌 판매를 거부하여야 한다.

(다) 3개 기준설

- (i) 두 개의 독립된 상품간의 끼워팔기 협정이 존재하여야 한다.
- (ii) 판매자가 구매자에게 경쟁적 시장에서라면 하고자 하지 않을 무엇인가를 하도록 강요하는 능력, 이른바 시장지배력을 보유하여야 한다.
- (iii) 끼워팔기 협정이 실질적인 거래량을 차단하여야 한다.

연방대법원은 이 중 어느 것이 자신의 기준이라고 분명히 판시한 적은 없다.¹⁹⁷⁾ 그러나 각 기준은 실제 적용상 유사하며, 3개 기준은 다른 순회

195) *Yentsch v. Texaco. Inc.*, 630 F.2d 46, 56-57 (2d Cir.1980).

196) *Bob Maxfield, Inc. v. American Motors Corp.*, 637 F.2d 1033, 1037 (5th Cir.1981), *cert. denied*, 454 U.S. 860, 102 S.Ct. 315 (1981).

197) 다만 연방대법원은 *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde* 사건에서 끼워팔기에 대하여 당연위법원칙을 적용하기 위해서는 원고가 위의 3개 기준을

법원의 기준에서는 분리되어 있는 것을 통합한 것이다. 본고에서는 5개 기준설에 의하여 고찰하기로 한다.

2) 끼워팔기의 성립요건

(가) 상품이나 서비스의 복수성 - 단일 상품(the single product)이 아닐 것

① 경쟁시장에서의 독립상품 기준

끼워팔기 협정은 피고가 “독립적인(separate)” 끼운 상품과 끼워진 상품을 묶어서 판매하지 않으면 존재하지 않는다. 그러나 기술적인 관점에서는 예컨대 타이어와 자동차가 패키지 판매되지 않고 개별적으로 판매되지 못할 이유는 없으며, 오직 배급이나 판매과정상의 비용절감을 통하여 경쟁하기 위하여 패키지화되는 것이다.

그래서 끼워팔기를 위한 기초적 기준은, 만일 경쟁시장에서 끼운 항목(tying item)이 끼워진 항목으로부터 통상 별개로 판매된다면, 끼운 항목과 끼워진 항목은 독립적인 상품들이라는 것이다.¹⁹⁸⁾ 여기에서 중요한 문제는 끼운 상품이 끼워진 상품 없이 정상적인 경쟁조건하에서 판매되는지 여부이나 그 역은 아니다. 즉 끼워진 상품이 끼운 상품 없이 통상 판매된다고 해서 양자의 패키지가 끼워팔기로 인정될 수 있는 것은 아니다.¹⁹⁹⁾

증명하여야 한다고 하였다. 466 U.S. 2, 12-15, 104 S.Ct. 1551, 80 L.Ed.2d 2 (1984). O'Connor대법관의 보충의견은 끼워팔기에 대한 보편적인 합리성의 원칙을 적용하기 위한 다음과 같은 3개 요건을 명시하였다. (i) 끼운 상품에서의 시장지배력, (ii) 끼워진 상품 시장에서의 시장지배력의 실질적인 위협, (iii) 그 상품들을 별개로 취급하기 위한 본질적인 경제적 기초. 그녀는 덧붙여서, 이 합리의 원칙은 끼워진 상품 시장에서의 배타적이거나 반경쟁적인 효과의 입증을 요한다고 하였다. *ibid.*, 466 U.S. at 40.

198) *Multistate Legal Studies v. Harcourt Brace Jovanovich*, 63 F.3d 1540, 1548 (10th Cir.1995), cert. denied, 516 U.S. 1044, 116 S.Ct. 702 (1996)(피고는 복수주 사법시험(MBE)코스를 일반적 사법시험코스에 끼워팔기 했다.); *Souza v. Estate of Bishop*, 821 F.2d 1332, 1335 (9th Cir.1987) (토지임대와 그 토지위에 지어진 주택은 단일한 상품이다.); *Collins v. Associated Pathologists, Ltd.*, 844 F.2d 473 (7th Cir.), cert. denied, 488 U.S. 852, 109 S.Ct. 137 (1988)(병원 서비스와 임상병리사는 단일한 상품이다.)

199) 예컨대 자동차시장을 관찰하면 자동차는 거의 타이어 없이는 판매되지 않는다. 그

연방대법원은 어느 패키지가 복수의 상품의 끼워팔기인지를 판정하는 데에는 소비자의 수요의 성격이 핵심이라고 판시하였다.²⁰⁰⁾ 따라서 법원의 심리는 그 소비자의 수요가 어떤 것인가에 초점을 맞춘 것이어야 한다.

Microsoft에 대한 법무부의 소송사건²⁰¹⁾은 이 요건을 핵심적 쟁점으로 포함하고 있다. Microsoft는 두 개의 이전에 독립된 상품(Windows 운영체제와 Internet Explorer)을 한데 판매하기로 하였는데, 이것이 효율적인 묶어팔기인지 두 개의 독립된 상품의 끼워팔기인지 결정하는 것이 문제였다. 다수의견은 “법원은 첨단기술 상품의 디자인의 장점을 평가할 여건이 되어있지 않다”고 하는 이유로 연방대법원 선례대로 소비자의 수요에 초점을 맞추지 않고, 피고의, 이들 소프트웨어의 통합이 일정한 혜택을 가져온다는, 항변을 받아들여서 이를 묶어팔기로 보았다.²⁰²⁾

이러한 D.C. 순회법원의 판결에 대해서는 다음과 같은 비판이 가해진다.²⁰³⁾ 첫째, 새로이 패키지판매된 상품에 대한 소비자수요를 결정하기 위한 조사기록은 없지만, 법원은 경쟁판매자의 묶어팔기 관행과 당해 상품을 구매할 정보를 제공받은 소비자의 증언에 주목할 수 있을 것이다. 그러한 구매자는 새로운 묶어팔기에 수반되는 효율성이나 장점에 의해 영향을 받을 것이다.

둘째, 판매자의 패키지판매 관행이 혁신에 미치는 영향을 충분히 감안하지 못했다. 만일 어떤 판매자가 이전에 구별되어 판매되던 상품들을 단지 그 통합이 일정한 혜택을 가져올 것이라는 설득력 있는 주장으로 묶어팔기할 수 있다면, 첨단기술산업분야의 판매자는 새로 디자인된 통합상품의 최소한도의 일정한 효율성을 주장하기는 용이하므로 끼워팔기를 사용할 문호

러나 타이어는 흔히 자동차 없이 판매된다.

200) *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 19, 104 S.Ct. 1551, 1562, 80 L.Ed.2d 2 (1984)(“한 개나 두 개의 상품이 포함되었는지는 두 개의 항목에 대한 수요의 성격에 달려있다.”); *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451, 461, 112 S.Ct. 2072, 119 L.Ed.2d 265 (1992)(“사진복사기 서비스와 부품이 두 개의 구분되는 상품으로 간주되려면, 충분한 소비자수요가 존재해서 기업이 부품으로부터 독립적으로 서비스를 제공하기에 충분해야 한다.”).

201) *United States v. Microsoft Corp.*, 147 F.3d 935 (D.C.Cir.1998).

202) *Ibid.*, at 952.

203) L. A. Sullivan & W. S. Grimes, *op.cit.*, p.393.

가 널리 개방되게 된다. 그러한 끼워팔기는 경쟁적 이상으로부터 동떨어진 소비자 구매선택권의 왜곡을 가져올 것이고, 배분적 효율성의 손실과 소비자에 대한 부의 이전손실을 유발할 것이다. 예컨대, Microsoft의 운영 소프트웨어에 있어서의 독점이 경쟁자의 제품보다 열등한 응용소프트웨어의 판매를 가능하게 한다면, 응용소프트웨어에 있어서의 변화의 속도는 둔화될 것이고 Microsoft의 지배하에 광범위하게 종속될 것이다. 경쟁 소프트웨어 판매자에게 미치는 직접적 손해는 그 자체로 독점금지법 위반이 되는 것은 아니지만, 그러한 경쟁자가 우수한 응용프로그램을 마케팅할 수 없다는 것은 독점금지법의 핵심에 위치한 경제의 동적인 효율성에 직접적인 피해를 유발한다.

② 상품과 그 불완전 대체상품

위법한 끼워팔기는 때때로 피고가 다량구매할인(quantity discounts)을 제공할 때에 주장되곤 한다. 최저가격으로 수령하려면 구매자는 최소한 200개의 자동차 엔진을 구매해야만 하는 거래조건의 경우에, 판매자가 구매자에게 원하는 하나(끼운 상품)를 획득하기 위하여 199개의 원하지 않는 엔진(끼워진 상품)을 구매하는 조건으로 할인을 위법하게 제공했다고 청구하는 식이다.²⁰⁴⁾ 그러나 이 경우처럼 동일한 것은 독립적인 상품으로 볼 수 없다.

그러나 두 개의 상품들이 불완전한 대체물인 경우에는 경우에 따라 독립적인 상품으로 볼 수 있다. 확립된 상품을 새로 각광받는 잠재적인 경쟁기술에 끼워팔기하면 기업을 하나의 지배적 시장지위로부터 후속적인 지배적 지위로 이동할 수 있게 할 지렛대로 사용할 수 있다. 즉 제1상품에서의 지배적 기업이 그 독점적 지위를 제2상품에서의 지배적 지위로 이동하는 데 사용할 수 있다는 현실적 위협이 존재하는 경우에는, 불완전한 대체물은 독립된 상품으로 간주될 수 있다. 물론, 모든 불완전한 대체물의 끼워팔기가 이러한 문제를 발생시키지는 않는다. 예컨대, 어떤 페인트 제조업자는 그 딜러에게 자사의 라텍스 수정페인트와 유성페인트를 함께 취급해야 한다고 주장할 수 있다. 그 두 페인트는 실상 불완전한 대체물이고 어느 것

204) *Reisner v. General Motors Corp.*, 671 F.2d 91, 100 (2d Cir.1982).

을 사용해도 좋은 용도가 존재한다. 그러나 만일 양 타입의 페인트가 시장에서 똑같이 잘 확립된 상품이라면, 제조업자가 딜러에게 두 페인트를 함께 취급하라고 요구하는 것은 하나의 완전한 품목(a full line)을 거래하라는 요구로 볼 수 있다.

1998년의 Microsoft 판결에서, D.C. 순회법원은 불완전 대체물의 문제를 처리하지 않았다. 그러나 다음과 같은 이유에서, 당해 법원은 Windows와 Internet Explorer를 독립적인 상품으로 인정했어야 한다는 유력한 주장이 있다.²⁰⁵⁾ Internet Explorer 검색기는 단지 Windows에 대한 보충물이 아니라 JAVA같이 다른 소프트웨어를 합친 검색기가 Windows와 경쟁할 수 있는 대체적인 운영체계의 창조로 이끌 수 있는 것과 같은 정도로 초기적 대체물이기도 하였다. 또는 JAVA에 첨가한 Netscape가 그 자체로는 Windows에 대한 위협이 되지 않았지만, Windows와 호환되는 다른 운영체계를 만들 연결고리 역할을 할 가능성은 더 높았다. 만일 인텔 기반의 컴퓨터의 거의 모든 사용자가 Windows 운영체계를 사용하는 주된 이유가 호환성이라면, 경쟁 운영체계를 호환성을 갖도록 역할을 할 수 있는 응용소프트웨어는 Windows를 많은 경쟁적 대체물 중의 하나로 만들고 그럼으로써 그 독점적 지위를 전복시킬 수 있었다.

③ 프랜차이즈와 목적상품

프랜차이즈 시장에서의 몇몇 끼워팔기 사건은 끼운 상품이 상표권이나 저작권이고 끼워진 상품은 그 가맹계약자가 판매하도록 요구된 여러 가지 상품들이라고 주장하였다. 예컨대 배스킨-라빈스 프랜차이즈의 가맹계약자는 상표권이 등록된 Baskin-Robins 상징물을 그 점포에 설치할 권한이 있지만, 가맹사업자로부터 또한 모든 아이스크림을 자사로부터만 구매하도록 요구되는 경우에 가맹계약자는 끼워팔기라고 주장할 수 있다.²⁰⁶⁾ 이것은 프랜차이즈관계의 특성을 고려하여 해결할 문제이다. 프랜차이즈는 가맹사업자의 상표, 서비스표, 상호, 간판 그 밖의 영업표지를 사용하여, 그의 지도와 통제하에 가맹계약자가 특정한 사업을 배타적으로 영위할 수 있

205) H. Hovenkamp, *op.cit.*, p.413.

206) *Krehl v. Baskin-Robins Ice Cream Co.*, 664 F.2d 1348 (9th Cir.1982)(상표권과 아이스크림은 단일한 상품이다.)

는 권리이다. 그러므로 사업 특성상 만일 그 상표권이나 영업표지가 구매자들에게 그 상품 자체를 그 제조업자나 제조업자의 특정기준에 의하여 제조된 것으로서 식별하게 한다면, 양자를 단일한 상품으로 보아야 한다. 그러나 상표권이 부착된 상품의 원료나 품질과 그 상표권이 거의 또는 전혀 연관이 없는 경우라면, 상표권 등의 영업표지와 그 상품은 별개의 독립적인 상품으로 보아야 할 것이다.²⁰⁷⁾

(나) 끼운 상품에 대한 시장지배력의 보유

① 시장지배력 요건의 발전

독점금지법 제정 초기의 끼워팔기 사건들 다수는 독점금지 피고가 특허상품에 비특허상품을 끼워팔기한 특허권 남용청구(patent misuse claims)를 포함하였다.²⁰⁸⁾ 이들 결정은 특허권을 “독점”이라고 말하고 있으나, 피고가 어느 시장에서 실제로 시장지배력을 가지고 있는지를 고려하지는 않았다. *International Salt* 사건과 *Paramount* 사건에서, 연방대법원은 현대적인 끼워팔기법을 언급하기 시작했지만, 끼운 상품 시장에서의 시장지배력을 요구하지는 않았다.²⁰⁹⁾

Times-Picayune Publishing Co. v. United States 사건에서, 연방대법원은 판매자의 끼운 상품시장에서의 “지배(dominance)”를 요구한 것으로 나타났다.²¹⁰⁾ 반면, 수년후의 *Northern Pacific Railway Co. v.*

207) *Siegel v. Chicken Delight, Inc.*, 448 F.2d 43, 51-52 (9th Cir. 1971), cert. denied, 405 U.S. 955, 92 S.Ct. 1172, 31 L.Ed.2d 232 (1972)(상품 등록이 되어 있지 않은 향초(herbs)와 종이 상품들은 독립적인 상품이다.; *Midwestern Waffles v. Waffle House*, 734 F.2d 705, 712 (11th Cir.1984)(가맹계약자가 그 매장의 로비에서 사용하도록 요구된 가맹사업자의 자판기는 가맹사업자의 시스템이나 상품의 통합적인 부분이 아니고, 따라서 독립된 상품이라고 하였다.)

208) 예컨대 *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Manufacturing Co.*, 243 U.S. 502, 37 S.Ct. 416, 61 L.Ed. 871 (1917); *Carbice Corp. of Am. v. American Patents Dev. Corp.*, 283 U.S. 27, 51 S.Ct. 334, 75 L.Ed. 819 (1931).

209) *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392, 68 S.Ct. 12, 92 L.Ed. 20 (1947); *United States v. Paramount Pictures, Inc.*, 334 U.S. 131, 68 S.Ct. 915, 92 L.Ed. 1260 (1948).

210) 345 U.S. at 611, 73 S.Ct. at 882 (1953).

United States사건에서는, 피고가 실질적인(substantial) 양의 끼운 상품을 지배한다는 매우 약한 요건을 부과하고, 관련시장을 확정하지도 않았다.²¹¹⁾ 이 사건에서 연방대법원은 Times-Picayune사건을 “끼워진 상품에서의 경쟁에 상당한 제한을 부과하기에 충분한 경제력”을 요구하는 것으로 해석하였다.²¹²⁾ Fortner Enterprises, Inc. v. United States Steel Corp.사건(Fortner I)에서는, 연방대법원은 끼운 상품을 위한 관련시장을 확정할 필요가 없다고 보았을 뿐 아니라, 끼운 상품에서의 시장지배력은 판매자가 “경쟁자에 대해서 독특한 경제적 장점(economic advantage)”을 보유한 사실로부터 추론될 수 있다고 판시했다.²¹³⁾

그러나 두 번째의 Fortner 사건에서 연방대법원은 이 입장을 크게 제한하였고, 시장지배력은 판매자가 끼워진 상품(조립식 주택)을 상대적으로 높은 가격으로 판매하기 위하여 끼운 상품(대출)을 싸게 판매한다는 사실 만으로는 추론될 수 없다고 판시하였다.²¹⁴⁾ Fortner II판례가 더욱 중요한 것은, 끼운 상품의 “독특성(uniqeness)”은 그 독특성이 시장지배력을 창설한다는 별도의 입증이 없다면, 그것만으로 시장지배력 요건을 충족하기 부족하다고 본 점이다. 원고는 피고의 용자조건은 그것이 경쟁자보다 저리로 제공되고 높은 위험을 부담하기 때문에 독특하다고 주장하였으나, 피고는 이 대부를 오직 고가의 주택의 구매자에게만 제공했다. 법원이 지적인 것처럼, 후자는 시장지배력이 아니라, 단지 “고가의 주택을 판매하기 위한 저리 대부를 제공하겠다는 호의”였다. 만일 “그 증거가 단지 대부조건이, 판매자가 기꺼이 경쟁자보다 더 적은 수익만을 올리거나 큰 위험을 감수하겠다는 것 때문에, 독특하다는 것만을 보여준다면, 그러한 종류의 독특성은 경제력을 추론하도록 하지 않는다.”²¹⁵⁾

Jefferson Parish사건에서 연방대법원은, 나머지 70퍼센트의 시장은 피고가 고용한 마취사가 아닌 다른 마취사를 사용하기를 원하는 환자들에게

211) 356 U.S. 1, 6-8, 78 S.Ct. 514, 2 L.Ed.2d 545 (1958).

212) *Ibid.*, at 11.

213) 394 U.S. 495, 505, 89 S.Ct. 1252, 1259, 22 L.Ed.2d 495 (1969).

214) *United States Steel Corp. v. Fortner Enterprises, Inc.*(Fortner II), 429 U.S. 610, 621-622, 97 S.Ct. 861, 51 L.Ed.2d 80 (1977).

215) *Ibid.*, at 622.

계속 접근이 가능하였기 때문에, 끼운 상품 시장에서의 30퍼센트의 시장 점유율은 시장지배력으로 부족하다고 하였다. 동시에, 법원은 Times--Picayune Publishing Co.사건의 “시장지배(market dominance)” 기준으로 돌아갔다.²¹⁶⁾ 결국, 연방대법원은 최소한 끼운 상품이 특허품이 아니라면, 관련시장을 확정하고, 시장점유율을 계산할 것을 요구하는 것으로 보인다.²¹⁷⁾

Jefferson Parish판례는, 하급법원이 피고의 적정하게 확정된 끼운 상품의 관련시장에서 피고가 매우 적은 시장점유율 만을 보유한 경우에도 끼워팔기 협정에 대해 위법을 인정하려는 하급법원의 경향²¹⁸⁾을 역전시키면서, 끼워팔기법에 큰 영향을 미쳤다. 근래의 판례는 끼운 상품의 시장에서 30퍼센트 미만의 시장점유율만이 인정되는 경우에는 끼워팔기 협정의 유효를 인정하지 않는 경향이다.²¹⁹⁾ 마찬가지로, Northern Pacific사건과 Fortner I 사건에서 표시된, 시장지배력은 다수의 사람들이 끼워팔기 협정에 동의하였다는 사실만으로부터 추론될 수 있다는 결론도 거의 포기되었다.²²⁰⁾

② 끼운 상품에서 시장지배력이 없는 끼워팔기의 가부

Times-Picayune Publishing Co. v. United States사건에서 Clark 대법관은, 원고는 판매자가 끼워진 상품의 경쟁을 제한하기 위하여 끼운 상품에서 충분한 시장지배력을 보유하고 있었고, 그 끼워팔기가 끼워

216) 466 U.S. 2, 7, 104 S.Ct. 1551, 1556, 80 L.Ed.2d 2 (1984).

217) 특허품인 끼운 상품의 경우에는 시장지배력이 추정된다는 전제에 서있다.

218) 예컨대, *Heattransfer Corp. v. Volkswagenwerk, A.G.*, 553 F.2d 964 (5th Cir.1977), cert. denied, 434 U.S. 1087, 98 S.Ct. 1282 (1978) (Volkswagen을 위한 에어컨 시장을 관련시장으로 확정된 후, 큰 시장점유율을 발견하였다.)

219) 예컨대, *Marts v. Xerox*, 77 F.3d 1109, 1113 n. 6 (9th Cir.1966)(18%는 너무 적다.); *Shafi v. St. Francis Hosp.*, 937 F.2d 603 (4th Cir.1991)(11%는 부족하다.); *Grappone, Inc. v. Subaru of New England, Inc.*, 858 F.2d 792, 797 (1st Cir.1988)(최소한 30%를 요한다.); *Town Sound & Custom Tops, Inc. v. Chrysler Motors Corp.*, 959 F.2d 468, 485 (3rd Cir.)(en banc), cert. denied, 506 U.S. 868, 113 S.Ct. 196, 121 L.Ed.2d 139 (1992)(10%로는 부족하다.).

220) *Grappone, Inc. v. Subaru of New England, Inc.*, 858 F.2d 792, 796 (1st Cir.1988).

진 상품시장에서 실질적인 양의 경쟁을 제한하였다는 양자를 입증함으로써, 셔먼법 제1조하에서 당연위법원칙의 혜택을 누린다고 결론을 내렸다. 그러나 만일 원고가 이 중 오직 하나만 입증할 수 있었다면, 당해 끼워팔기는 합리성의 원칙하에서 클레이튼법 제3조 위반일 것이라고 하였다.²²¹⁾

이러한 논리를 따르게 되면, 첫째, 일정한 끼워팔기는 판매자가 끼운 상품시장에서 시장지배력을 보유하지 않은 경우라도 위법한 것이 될 수 있고, 둘째, 만일 어떤 판매자가 시장지배력을 가지고 있다면, 그 끼워팔기는 당연 위법할 수 있다²²²⁾는 것이 된다. 그러나 경쟁시장에서의 판매자는 구매자에게 원하지 않는 제2의 상품을 떠맡기려면 그 상품을 인수하는데 대한 보상을 하여야 한다. 반경쟁적인 끼워팔기는 완전경쟁시장에서는 생각하기 어렵다. 원하지 않는 끼워팔기에 대해 소비자들은 가격인상으로 간주할 것이기 때문이다. 그러한 가격인상은 오직 판매자가 일정한 시장지배력을 보유하고 있어야 가능하다.

오늘날 많은 법원은 Clark 대법관의 끼워팔기에 대한 양면 기준을 무시한다. 몇몇은 클레이튼법과 셔먼법하에서, 끼워진 상품시장에서의 시장지배력과 중요한 거래량 양자를 요구하는 단일 기준을 채택하여 오고 있다. 1977년에 제9순회법원은 “그 두 기준간의 실제적 차이는 Clark 대법관의 시도 이래로 점점 침식되어오고 있다.”고 결론을 내렸다.²²³⁾

피고가 끼운 상품에서 시장지배력을 결여한 경우에 위법한 끼워팔기를 인정한 근래의 판례는 거의 존재하지 않는다. 그럼에도 불구하고, 일부 법원은 시장지배력의 입증이 없이도 클레이튼법의 합리성의 원칙에 의한 위반 가능성을 인정했다. Town Sound & Custom Tops, Inc. v. Chrysler Motors Corp. 사건에서, 제3순회법원은 “아직까지 확고한 선례 때문에 우리는 원고에게 끼운 상품에서의 시장지배력을 증명하도록 요구하는 규칙을 채택할 수 없다.”고 하였다.²²⁴⁾

221) *Ibid.*, at 608-09.

222) 즉 어떤 특정한 협정의 현실적인 친경쟁적 또는 효율성 효과의 증거는 중요하지 않다.

223) *Moore v. Jas. H. Matthews & Co.*, 550 F.2d 1207, 1214 (9th Cir.1977), *appeal after remand*, 682 F.2d 830 (9th Cir.1982).

224) 959 F.2d 468, 485 (3rd Cir.)(en banc), *cert. denied*, 506 U.S. 868,

③ 시장지배력의 평가수단

당연위법한 끼워팔기의 성립요건인 시장지배력의 평가에 있어서 널리 사용되는 방법은 판매자의 끼운 상품에서의 시장점유율이다. 그러나 그 밖에도 몇가지 대안이 사용되고 있다.

연방대법원은 충분한 시장지배력은 끼운 상품이 어느 정도 독특하거나 그 끼워팔기 협정의 사용이 광범위하다는 사실로부터 추론될 수 있을 것이라고 보았다.²²⁵⁾ 이처럼 독특한 상품의 경우에 시장지배력을 발견하는 것은 그 독특성(uniqueness)이 관련시장에서의 높은 시장점유율과 같은 일반적으로 시장지배력 심사를 규율하는 것과 동일한 기준을 적용한다면 합리적이다. 그러나 그 용어가 어떤 상품을 더욱 매력있는 것으로 만드는 어떠한 차이에 착안하여, 시장지배력의 요건이 합치된다고 하게 한다면 적극적 해악이 발생한다. 근래의 법원은 “독특성” 문제와 기본적인 시장지배력 심사를 병합시키는 경향을 보여주고 있다. 예컨대 제7순회법원은 경쟁자가 특별히 바람직한 피고의 끼운 상품의 특성을 따라할 수 없고 이것이 당해 시장에서의 진입에 대한 장벽의 구실을 한다는 증거가 있을 때에는, 독특성이 시장지배력을 창설한다고 판시했다.²²⁶⁾ 다른 법원들은 독특성의 증거는 시장점유율의 증거와 결합되어서 함께 시장지배력을 시사할 수 있다고 하고 있다.²²⁷⁾ 그러나 어느 쪽이든 독점금지 법원을 경쟁적이지만 상품차별화된 시장에서 너무 세세한 배급 문제를 처리하는 지위에 서게하는 것으로서, 상품의 독특성은 시장지배력을 평가하기 위한 적절한 객관적 기준이 되기 어렵다.²²⁸⁾

113 S.Ct. 196, 121 L.Ed.2d 139 (1992).

225) 예컨대 *Thompson v. Metropolitan Multi-List, Inc.*, 934 F.2d 1566, 1576-78 (11th Cir.1991), cert. denied, 506 U.S. 903, 113 S.Ct. 295, 121 L.Ed.2d 219 (1992)(multiple listing service의 독특성); *Tic-X-Press, Inc. v. Omni Promotions Co.*, 815 F.2d 1407, 1420 (11th Cir.1987)(실내 공연 장치의 독특성).

226) *Will v. Comprehensive Accounting Corp.*, 776 F.2d 665, 672 (7th Cir. 1985), cert. denied, 475 U.S. 1129, 106 S.Ct. 1659 (1986).

227) *Baxley-DeLamer Monuments, Inc. v. American Cemetery Ass'n*, 938 F.2d 846 (8th Cir.1991)(독특성과 57%의 시장점유율로 충분하다.).

228) H. Hovenkamp, *op.cit.*, pp.401-402.

마찬가지로 끼워팔기 협정의 능력이나 대다수의 고객들이 기꺼이 끼워팔기 협정을 감수한다는 점으로부터 시장지배력이 추론된다는 생각²²⁹⁾도 합리적이지 않다.²³⁰⁾ 이러한 주장은 소비자후생 원칙을 아주 혼란에 빠뜨리기 때문이다. 대다수의 구매자들이 자동차를 타이어가 장착된 채로 구매하라는 제조업자의 보편적인 관행에 대해 문제삼지 않는다는 사실에서는 대다수 고객들이 그것을 더 선호한다는 것이 추론되어야 할 것이다. 대부분의 끼워팔기 협정은 생산상이나 배급상의 경제성을 생성하기 때문에 효율적이다. 그러나 그 경제성은 그 패키지가 모두에게 부과되지 않는다면 상실될 것이다. 그러나 만일 그 협정이 효율적이라면, 그것은 보편적(ubiquitous)일 것으로 기대할 수 있다.

끼워팔기협정이 부과되었을 때, 끼워진 상품의 매출이 증가하였다는 사실로부터 끼운 상품의 시장지배력을 추론할 수 있다는 주장²³¹⁾도 불합리하다.

이러한 현상은 그 협정이 효율적이라는 사실과 최소한 일관되는 증거이다: 즉 가격인하와 품질향상은 일반적으로 매출을 증대시킨다.

시장지배력의 평가방법으로 그 끼워팔기 협정이 부과되었을 때 끼운 상품의 산출이 감소하였는지 여부를 지표로 삼을 것이라는 주장이 있다.²³²⁾

④ 지적재산권과 시장지배력의 추정

판매자는 특허권 또는 저작권을 그 실시권자(licensee)가 추가적인 상품이나 용역을 사용한다는 조건으로 실시허락(license)하고자 할 수 있다. 많은 끼워팔기 사건이 특허권, 저작권 또는 상표권의 대상인 끼운 상품을 포함하고 있는데, 법원은 전통적으로 끼운 상품이 특허상품이거나²³³⁾ 저작권의 보호대상인 상품인 경우에²³⁴⁾, 그 상품의 시장에서 판매

229) *Fortner II*, 429 U.S. at 619 n. 10, 97 S.Ct. at 867 n. 10.

230) H. Hovenkamp, *op.cit.*, p.402.

231) *Barber & Ross Co. v. Lifetime Doors, Inc.*, 810 F.2d 1276, 1280 (4th Cir.), *cert. denied*, 484 U.S. 823, 108 S.Ct. 86 (1987).

232) H. Hovenkamp, *op.cit.*, p.402.

233) *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392, 68 S.Ct. 12, 92 L.Ed. 20 (1947); *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 16, 104 S.Ct. 1551, 1560, 80 L.Ed.2d 2 (1984).

234) *United States v. Paramount Pictures, Inc.*, 334 U.S. 392, 68 S.Ct.

자의 시장지배력을 추정하여왔다.²³⁵⁾ 일부 법원은 끼운 상품에 상표권이 등록되어 있어도 동일한 추정을 하고 있으나²³⁶⁾, 다른 순회법원은 상표권에 대한 그러한 추정을 부정한다.²³⁷⁾ 대부분의 사건에서, 법원은 그 추정을 반증에 의해 번복 가능한 추정으로 보며²³⁸⁾, 근래에는 이 추정을 배제하려는 경향이 농후하다.²³⁹⁾ 그러나 근래에 MCA Television사건²⁴⁰⁾에

-
- 915, 929 (1948); *Digidyne Corp. v. Data General Corp.*, 734 F.2d 1336, 1341-42 (9th Cir.1984).
- 235) 독점화나 독점화시도 같은 다른 독점금지 위반사건에서는 이러한 추정은 인정되지 않았다. *Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery & Chemical Corp.*, 382 U.S. 172, 86 S.Ct. 347 (1965)(특허권의 사기적인 조달이 위반이 될 수 있다는 것은 인정했지만, 그 특허권이 시장지배력을 창설했는지 판단하도록 사건을 환송했다.); *Abbott Labs. v. Brennan*, 952 F.2d 1346 (Fed.Cir.1991), *cert. denied*, 505 U.S. 1205, 112 S.Ct. 2993 (1992)(특허권은 서면법제2조의 독점화청구에 있어서 시장지배력을 추정하게 하지 않는다.).
- 236) *Photovest Corp. v. Fotomat Corp.*, 606 F.2d 704 (7th Cir.1979), *cert. denied*, 445 U.S. 917, 100 S.Ct. 1278, 63 L.Ed.2d 601 (1980); *Siegel v. Chicken Delight, Inc.*, 448 F.2d 43, (9th Cir. 1971), *cert. denied*, 405 U.S. 955, 92 S.Ct. 1172, 31 L.Ed.2d 232 (1972).
- 237) *Mozart Co. v. Mercedes-Benz of N. Am., Inc.*, 833 F.2d 1342 (9th Cir.1987), *cert. denied*, 488 U.S. 870, 109 S.Ct. 179, 102 L.Ed.2d 148 (1988); *Tominaga v. Shepherd*, 682 F.Supp. 1489 (C.D.Cal.1988); *Carpa, Inc. v. Ware Foods, Inc.*, 536 F.2d 39 (5th Cir.1976), *appeal after remand*, 567 F.2d 1316 (5th Cir.1978).
- 238) 소수의 사건에서는 끼운 상품에 특허등록이 되어있다면, 경제력의 존재를 간주 (conclusive presumption)할 수 있다고 보았다. *United States Steel Corp. v. Fortner Enterprises, Inc.*(Fortner II), 429 U.S. 610, 619, 97 S.Ct. 861, 867, 51 L.Ed.2d 80 (1977); *Fortner Enterprises, Inc. v. United States Steel Corp.*(Fortner I), 394 U.S. 495, 505 n. 2, 89 S.Ct. 1252, 1259 n. 2, 22 L.Ed.2d 495 (1969).
- 239) 예컨대, *Cassan Enterp. v. Chrysler Corp.*, 129 F.3d 124 (9th Cir.1997), *cert. denied*, 118 S.Ct. 1362 (1998)(시장지배력은 상표권으로부터 추정되지 않는다.); *A.I. Root Co. v. Computer/Dynamics, Inc.*, 806 F.2d 673, 676-77 (6th Cir.1986)(저작권이 등록된 소프트웨어에 대하여 시장지배력을 추정하지 않았다.); *Allen-Myland, Inc. v. IBM*, 693 F.Supp. 262, 281-82 (E.D.Pa.1988), *vacated* 33 F.3d 194 (3d Cir.1994)(자유롭게 실시 허락되는 특허권에 관련해서는 시장지배력의 추정이 되지 아니한다.); *Grappone, Inc. v. Subaru of New England, Inc.*, 858 F.2d 792 (1st Cir.1988)(브랜드명은 시장지배력을 부여하지 아니한다.); *Abbott Labs. v. Brennan*, 952 F.2d 1346 (Fed.Cir.1991), *cert. denied*, 505 U.S. 1205, 112 S.Ct. 2993 (1992).(특허권은 서면법제2조의 독점화청구에 있어서 시장지배력을 추정하게 하지 않는다.).

서는 피고 저작권자가 그 프로그램들의 일괄예약(block-booking)을 할 충분한 힘을 보유한 것으로 추정된다고 하였다.

대부분의 특허권은 그 보유자에게 절대적으로 시장지배력을 부여하지는 않는다는 것이 지배적인 견해이다.²⁴¹⁾ 흔히 특허상품도 그 생산비로는 시장에서 마케팅이 불가능한 경우가 있기 때문인데, 특히 브랜드간 시장지배력을 판정할 목적의 관련시장은 특허받은 끼운 상품 이외의 다른 많은 상품을 포함할 만큼 충분히 넓을 수 있는데, 그러한 경우에는 특허권자는 중요한 브랜드간 시장지배력을 보유하지 못할 것이기 때문이다. 그러므로 판매자가 끼운 상품에서 시장지배력을 가진다는 것을 증명하는 데에는 유효한 특허권이 등록되었다는 것을 넘는 증거가 필요하다.

또한 다른 끼워팔기 사건에서 그런 것처럼 끼운 상품의 브랜드간 시장지배력의 부존재는 단일 브랜드내 시장지배력의 존재를 필연적으로 배제하지는 않는다.²⁴²⁾ 예컨대 구매자가 고착효과 때문에 끼워진 상품을 구매하도록 강요되고 있는 경우에는 브랜드내 시장지배력이 인정되는 것이다.

특허권이 사실상 관련시장을 확정하고 실질적인 시장지배력을 부여할 경우도 있다. 수요면에서는 지적재산권이 선호도를 높여서 고객들이 대체상품 대신에 해당 상품에 대해 독점가격을 지급하고라도 구매하게 만들 것이라고 보기는 어렵다. 그러나 공급면에서는 지적재산권은 진입을 제한할 수 있다.²⁴³⁾ 특허권은 공급경쟁에 직면한 기업이 그 상품의 복제를 훨씬 어렵게 함으로써 그 경쟁을 제한하는 데 기여할 수 있다. 만일 수요의 탄력성이 이미 낮다면, 특허권은 특허권자의 시장점유율이 실질적인 관련시장을 확정하는 결과를 낳을 것이다. 그러나 특허권 자체는 시장지배력 분석에서 단지 하나의 요소일 뿐이다. 저작권이나 상표권으로부터 시장지배력을 추정한 사건들은 더욱 근거가 약하다.

240) *MCA Television Limited v. Public Interest Corp.*, 171 F.3d 1265 (11th Cir.1999).

241) H. Hovenkamp, *op.cit.*, pp.400-401.; S. Ross, *Principles of Antitrust Law*, pp.294-96, 1993.

242) L. A. Sullivan & W. S. Grimes, *op.cit.*, p.429.

243) H. Hovenkamp, *op.cit.*, p.142.

(다) 끼워진 상품(the tied product)의 시장에서
적지 않은 거래가 이루어질 것

끼워진 상품 시장에서의 “경미하지 않은(not insubstantial)” 州間 거래량 요건은 실질적 의미는 적다. 일부 법원은, 다른 독점금지법 위반은 그러한 제한없이 유죄판결을 내리면서도, 이 요건을 일종의 최소수의 예외 (de minimis exception)로 취급한다.²⁴⁴⁾

Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde판결은 반경쟁적 효과의 추론을 보장하기 위해서 시장이 충분히 차단되어야한다는 요건을 추가하고, 30퍼센트는 당해 사건의 사실관계에서 이 요건을 충족하기에 부족하다고 하였다.²⁴⁵⁾ 이 판결 이후의 끼워팔기 청구는 차단효과가 이 비율 이하인 경우에는, 법원이 반경쟁적 효과가 부족하다는 인용과 함께 통상 기각되어왔다.²⁴⁶⁾

(라) 계약, 조건, 양해 등에 의한 강제(coercion)

끼워팔기가 존재하려면 구매자가 끼워진 상품을 인수하도록 강요나 강제되어야 한다. 이 강제는 끼워진 상품 없이는 끼운 상품의 판매를 절대적으로 거부함으로써 발생한다.

강제(coercion)란 용어는 충분히 명확하다. 강제는 배타적인 관행의 중심에 있다. 제2순회법원이 언급한 대로, “구매자의 선택에 영향을 미치는 판매자에 의한 위법한 강제가 없다면, 위법한 끼워팔기는 존재하지 않는

244) *Fortner Enterprises, Inc. v. United States Steel Corp.*(Fortner I), 394 U.S. 495, 501, 89 S.Ct. 1252, 22 L.Ed.2d 495 (1969). *Tic-X-Press, Inc. v. Omni Promotions Co.*, 815 F.2d 1407, 1419 (11th Cir.1987)사건에서는 10,000달러 정도의 끼워진 상품의 거래를 경미하지 않은 거래량으로 보았다. *United States v. Loew's, Inc.*, 371 U.S. 38, 48, 83 S.Ct. 97, 9 L.Ed.2d 11 (1962)사건에서 연방대법원은 60,000달러 정도의 거래를 경미하지 않은 거래량으로 보았다.

245) 466 U.S. 2, 41, 104 S.Ct. 1551, 80 L.Ed.2d 2 (1984).

246) 예컨대, *Marts v. Xerox*, 77 F.3d 1109, 1113 n. 6 (9th Cir.1966); *Shafi v. St. Francis Hosp.*, 937 F.2d 603 (4th Cir.1991); *Grappone, Inc. v. Subaru of New England, Inc.*, 858 F.2d 792, 797 (1st Cir.1988); *Town Sound & Custom Tops, Inc. v. Chrysler Motors Corp.*, 959 F.2d 468, 485 (3rd Cir.)(en banc), cert. denied, 506 U.S. 868, 113 S.Ct. 196, 121 L.Ed.2d 139 (1992).

다.”²⁴⁷⁾ 그럼에도 강제 법리(coercion doctrine)는 끼워팔기 분석에서 다음과 같은 문제와 관련이 있다.

첫째, 구매자가 실제로 끼운 상품을 인수하는 조건으로 끼워진 상품을 인수하도록 강요되거나 끼운 상품만을 인수하는 조건을 가졌는지 여부. 이와 관련해서 일부 법원은 구매자에게 끼워진 상품의 구매를 요구하는 계약 조항으로부터 강제나 조건을 추론한다.²⁴⁸⁾ 반면 다른 법원은 명백한 계약 조항이 없으면 강제를 추론하기를 거부한다.²⁴⁹⁾

둘째, 피고 판매자가 끼운 상품에서 시장지배력을 보유하고 있었는지 여부. 이는 그러한 힘이 없는 완전경쟁자는 구매자에게 아무것도 강제할 수 없다는 점에서 이해된다. 시장지배력이 비효율적인 강제의 필요조건이긴 하지만, 충분조건은 아니다. 즉 완전경쟁자와 마찬가지로 독점자가 신발을 켈레로만 판매했다고 해서 위법한 끼워팔기가 되지 않는다. 그러므로 일부 법원이 판매자의 끼운 상품에서의 시장지배력이 강제의 추정을 하게 한다고 판시한 것은 합리적이지 않다.²⁵⁰⁾ 통상 법원은 끼운 상품에서의 시장지배력과 “강제”는 개별적으로 증명되어야 한다고 판시하는데, 이 태도가 타당하다.²⁵¹⁾

247) *American Mfrs. Mut. Ins. Co. v. American Broadcasting Paramount Theatres, Inc.*, 446 F.2d 1131, 1137 (2d Cir.1971), *cert. denied*, 404 U.S. 1063, 92 S.Ct. 737 (1972)(피고에 의한 끼워진 상품을 인수하라는 압력이 없었다는 이유로 청구기각).

248) *Bobosian v. Gulf Oil Corp.*, 561 F.2d 434 (3d Cir.1977), *cert. denied*, 434 U.S. 1086, 98 S.Ct. 1280 (1978)(만일 여러 주유소 임차인이 피고로부터 휘발유를 구매하라는 유사한 임대조항을 입증할 수 있다면, 강제는 입증된 것이다.).

249) *CLA, Petrolera Caribe, Inc. v. Avis Rental Car Corp.*, 735 F.2d 636, 638 (1st Cir.1984); *Moore v. Jas. H. Matthews & Co.*, 550 F.2d 1207, 1212 (9th Cir.1977), *appeal after remand*, 682 F.2d 830 (9th Cir.1982).

250) *Tire Sales Corp. v. Cities Serv. Oil Co.*, 410 F.Supp. 1222, 1227-29 (N.D.Ill.1976), *reversed on other grounds*, 637 F.2d 467 (7th Cir.1980), *cert. denied*, 451 U.S. 920, 101 S.Ct. 1999 (1981); *Lessing v. Tidewater Oil Co.*, 327 F.2d 459, 469-70 (9th Cir.1964), *cert. denied*, 377 U.S. 993, 84 S.Ct. 1920 (1964).

251) *Thompson v. Metropolitan Multi-List, Inc.*, 934 F.2d 1566, 1577 (11th Cir.1991), *cert. denied*, 506 U.S. 903, 113 S.Ct. 295, 121

셋째, 특정한 구매자가 끼워진 상품을 어떻게든 인수하기를 원하였고, 그래서 그것을 인수하라는 강요를 받았지만 피해가 없었는지 여부와 그 끼워팔기가 고객이 끼워팔기 협정이 없었다면 실행하고 싶어했던 다른 조건을 차단하였는지 여부. 이것은 판매자가 아니라 구매자의 시각에서 끼워팔기를 바라보는 것이다. 제5순회법원은 명시적으로 이러한 요건을 요구했고,²⁵²⁾ 제6순회법원은 명시적으로 그 요건을 부정했다.²⁵³⁾ 연방대법원은 Jefferson Parish에서, 그 분석이 모호하기는 하였지만, 그 요건을 인정하는 쪽으로 그 쟁점을 해결하였다.²⁵⁴⁾ 연방대법원은 끼워팔기는, 판매자가 “구매자에게 경쟁시장에서라면 하려고 하지 않았을 일을 하도록 강요하는” 충분한 시장지배력을 보유한다면, 유죄가 인정될 것이라고 판시하였다. 나아가서 오직 그 끼워팔기가 “다른 경우라면 행해지지 않았을 구매를 강요함으로써 능률경쟁(competition on the merits)”을 제한하는 것만으로도 위법하다고 하였다. 그리고 연방대법원은 병원-마취사들의 끼워팔기를, 그 시장에는 다른 많은 병원들이 있고, 그 결과 피고에 의해 제공되는 마취사와 다른 마취사를 원하는 환자는 쉽게 대안을 찾을 수 있다는 이유로 적법하다고 하였다.

그러나 Jefferson Parish의 구매자가 그가 원하지 않는 무엇인가를 구매하도록 강요된 경우에는 경쟁이 제한된 것이라는 주장은 문제가 있고, 진실로 반경쟁적인 협정을 식별하기에 적합하지 않다.²⁵⁵⁾ 묶어팔기가 생산과 배급의 경계를 위하여 실행된다면 최소한 일부 고객은 그가 원하던 원하지 않던 간에 패키지를 구매해야 할 것이나, 그렇다고 하여 경쟁이 제한된다고 볼 수 없기 때문이다.

L.Ed.2d 219 (1992); *Stephen Jay Photography, Ltd. v. Olan Mills, Inc.*, 903 F.2d 988, 991 (4th Cir.1990).

252) *Response of Carolina, Inc. v. Leasco Response, Inc.*, 537 F.2d 1307, 1327 (5th Cir.1976).

253) *Bell v. Cherokee Aviation Corp.*, 660 F.2d 1123, 1131 (6th Cir.), cert. denied, 454 U.S. 860 (1981).

254) *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 12, 104 S.Ct. 1551, 1558-59, 80 L.Ed.2d 2 (1984).

255) H. Hovenkamp, *op.cit.*, p.407.

강제 외에 일부 법원은 끼워진 상품시장에서의 “반경쟁적 효과”의 입증
을 원고에게 요구한다.²⁵⁶⁾ 반경쟁적 효과의 상세한 의미도 항상 명확하지
는 않다. 일부 사건들은 판매자가 “끼워진 상품시장에서 시장지배력을 확
득할” 위협이 존재해야 한다고 한다.²⁵⁷⁾ 일부 사건은 그 요건을 오직 합리
성의 원칙이 적용되는 때에만 평가하는 것으로 보인다.²⁵⁸⁾

(마) 끼워팔기 “협정”

서면법 제1조는 계약(contract), 결합(combination) 또는 공모(con-
spiracy)가 존재하는 경우에만 끼워팔기 협정에 적용된다.²⁵⁹⁾ 클레이튼법
제3조는 끼워진 상품이 요구된다는 “조건(condition), 협정(agreement)
또는 양해(understanding)”하의 판매에 대하여 적용된다.²⁶⁰⁾ 어떤 판매
자가 상품을 개별로는 팔지 않고, 함께만 판다고 할 때, 그 매매계약은 끼
워팔기 “협정”의 요건을 충족한다고 하는 데에 대부분의 법원은 동의한
다.²⁶¹⁾ 강제행위는 실제의 판매를 발생시키는 내용의 협정은 아니며, 다
른 것과 함께가 아니면 어떤 상품을 팔지 않겠다는 거절의 의사표시이다.
만일 어떤 구매자가 끼운 상품만을 요청하였으나 거절당했고, 후에 양 상
품을 포함하는 계약을 체결하였다면, 끼워팔기의 추정은 더욱 강해진다.

만일 그 판매자가 일정한 구매자들에게 제2의 상품의 공급을 포함한 계
약에 의해서도 판매하고 그렇게 공급하지 않는 다른 계약에 의해서도 판매
한다면, 끼워팔기는 일반적으로 묵시적 조건으로부터 추론될 수는 없다.
끼워팔기의 추정은, 제2의 상품을 갖지 않기를 선호하는 구매자의 비율이

256) 예컨대, *Wells Real Estate, Inc. v. Greater Lowell Bd. of Realtors*,
850 F.2d 803, 815 (1st Cir.), *cert. denied*, 488 U.S. 955, 109 S.Ct.
392 (1988); *Hand v. Central Trans. Inc.*, 779 F.2d 8, 11 (6th
Cir.1985), *cert. denied*, 475 U.S. 1129, 106 S.Ct. 1659 (1986).

257) *Will v. Comprehensive Accounting Corp.*, 776 F.2d 665, 674 (7th
Cir. 1985), *cert. denied*, 475 U.S. 1129, 106 S.Ct. 1659 (1986).

258) *Grappone, Inc. v. Subaru of New England, Inc.*, 858 F.2d 792, 799
(1st Cir.1988); *Parts & Elec. Motors, Inc. v. Sterling Elec., Inc.*, 826
F.2d 712, 720 (7th Cir.1987).

259) 15 U.S.C.A. § 1.

260) 15 U.S.C.A. § 14.

261) 예컨대, *Systemcare v. Wang Laboratories Corp.*, 117 F.3d 1137
(10th Cir.1997) (*en banc*)(반대되는 이전 판결을 번복하였다.).

높을수록, 그리고 제2의 상품을 포함하지 않는 계약의 경우가 감소할수록 강해진다. 그와 마찬가지로, 법원은 흔히 끼워팔기는 피고가 양 상품을 모두 포함하는 정형계약을 사용하면서, 특히 이 형식에 의하지 않으면 판매를 거절한다면, 끼워팔기가 추정될 수 있다고 한다.²⁶²⁾ 주의할 것은, 100% 패키지판매도 반드시 끼워팔기를 성립시키지는 않는다는 것이며, 그것이 묶어팔기일 수도 있다. 따라서 원고는 최소한 일부의 고객은 끼워진 상품과 패키지화되지 않은 끼운 상품만을 선호한다는 것을 입증할 필요가 있을 수 있다.

(5) 특수한 유형의 끼워팔기

(가) 패키지 할인

끼워팔기가 존재하려면 구매자가 끼워진 상품을 인수하도록 강요되어야 하는데, 이 강제는 끼워진 상품도 인수하는 구매자에게 할인, 리베이트 또는 기타의 재정적 유인을 부여하거나 후술하는 끼워진 상품 없이 끼운 상품을 판매하는 것이 불가능하게 하는 기술적 디자인에 의해서도 발생한다.

끼워팔기가 절대적 요건이 아니라 두 개의 상품을 함께 구매하는 고객에 대한 할인이나 우대조건으로 나타나는 경우에도 충분한 강제가 존재한다. 만일 A상품이 단독 구매시에는 100달러인데, B상품과 같이 구매하면 60달러에 불과하다면, A와 B상품을 함께 구매해야만 하는 경우와 같은 정도의 강제가 존재하는 것이다.²⁶³⁾ 클레이튼법 제3조는 피고가 직접적으로 구매자가 끼워진 상품을 인수하라고 요구하는 경우만이 아니라, 끼워팔기를

262) 예컨대 *IBM Corp. v. United States*, 298 U.S. 131, 134, 56 S.Ct. 701, 80 L.Ed. 1085 (1936)(IBM의 컴퓨터의 입차인에게 그 판독카드의 사용을 요구하는 정형계약을 강요하였다.); *Photovest Corp. v. Fotomat Corp.*, 606 F.2d 704, 725 (7th Cir.1979), *cert. denied*, 445 U.S. 917, 100 S.Ct. 1278, 63 L.Ed.2d 601 (1980)(프랜차이즈계약상의 직설적 언어가 임대 프랜차이즈가 끼워팔기된 것을 일응추정하게 하는 조건을 포함하였다.); *Siegel v. Chicken Delight, Inc.*, 448 F.2d 43, 50-51 (9th Cir. 1971), *cert. denied*, 405 U.S. 955, 92 S.Ct. 1172, 31 L.Ed.2d 232 (1972); *Aamco automatic Transmission v. Tayloe*, 407 F.Supp. 430, 435 (E.D.Pa.1976).

263) *United States v. Loew's, Inc.*, 371 U.S. 38, 50, 83 S.Ct. 97, 104-105, 9 L.Ed.2d 11 (1962).

위한 거래상의 구매가격을 할인하거나 리베이트를 제공하는(discount from, or rebate upon) 경우에도 적용되기 때문이다.²⁶⁴⁾

그러나 만일 그 할인이 개별적 판매시의 추가거래비용보다 크지 않다면, 그 할인은 비강제적인 것으로 간주되어야 한다.²⁶⁵⁾ 완성된 자동차를 판매하는 데에 소요되는 비용보다 각개의 부품을 판매하는 데에 소요되는 비용이 높다. 개별적인 포장, 운송 및 판매 등에 따른 비용이 완성차의 그것보다 높기 때문이다.

패키지 할인의 중요한 변종의 하나는 무료로 끼워진 상품(*free tied product*)이다. 필름 제조업자가 필름을 무료 우편 현상 서비스와 함께 판매하고, 그 현상 서비스 없이 낮은 가격으로는 판매를 거부한다면, 이것은 단순히 끼워진 상품에 대한 할인이 100%인 패키지할인이다. 고객은 그러한 무료 현상 포장을 사용하거나 포기할 수 있으나, 필름가격은 어느 경우나 동일하다. 그러한 경우는 끼워팔기로 적정하게 분류된다.²⁶⁶⁾ 그러나 제8순회법원은 *Marts v. Xerox* 사건에서, Xerox社가 자사의 카트리지를 사용한 고객에 대해서만 3년의 사진복사기 보증이 유효하다고 한 요건을, 그 고객이 그러한 조건을 이행하지 않고도 단순히 대금을 지급하면 유지보수 서비스를 받을 수 있다는 이유에서, 끼워팔기 협정이 아니라고 판결하였다.²⁶⁷⁾ 그러나 이는 다음과 같은 이유에서 타당하지 않다. 그 서비스는 보증조건하에서, 오직 구매자가 그 끼워팔기를 받아들인 경우에만 무료였다. 이것은 카나리아의 판매자가 새장의 구매를 조건으로 고객에게 카나리아를 인수하라는 요구에 대해 구매자가 그 카나리아를 날려보내고 다른 것을 구매할 수 있다는 이유로 끼워팔기가 아니라고 이야기하는 것과 같은 것이다.

264) 15 U.S.C.A. § 14.

265) 예컨대 *United States v. Loew's, Inc.*, 371 U.S. 38, 54-55, 83 S.Ct. 97, 104-105, 9 L.Ed.2d 11 (1962). 다만 모든 법원이 패키지할인에 대하여 그러한 취급을 하지는 않는다. 예컨대 *Advance Business Sys. & Supply Co. v. SCM Corp.*, 415 F.2d 55, 62 (4th Cir.1969), *cert. denied*, 397 U.S. 920, 90 S.Ct. 928 (1970)에서는, 비용할인을 포함한 것인지를 불문하고 모든 패키지 할인을 끼워팔기로 평가하였다.

266) H. Hovenkamp, *op.cit.*, p.408.

266) 77 F.3d 1109 (8th Cir.1996).

(나) 기술적 끼워팔기

강요된 패키지 판매는 공동생산과 개별적 상품의 개별적인 낮은 가격에 의한 판매를 거절하게 하는 기술혁신으로부터도 발생한다. 이를 기술적 끼워팔기(technological ties), “물리적 끼워팔기(physical tie-ins)” 또는 은밀한 끼워팔기(implicit tying-in) 등으로 불린다.

Times-Picayune 사건에서 주장된 끼워팔기협정은 초기적인 그 예였다.²⁶⁸⁾ 피고는 분류된 광고를 조간과 석간신문에서 각각 개별적으로 판매하기를 거절한 이유로 기소되었다. 그러나 이 신문사는 일단 조간과 석간 편집에 분류된 섹션의 타입이 고정되면 상당한 비용을 절감할 수 있었다. 나아가서 일단 신문사가 그것을 하면 그 두 섹션은 동일하였고, 그래서 일정한 구매자에게 하나의 편집상의 광고를 다른 편집상의 광고 없는 조건으로 제공할 수는 없었다.

오랫동안 컴퓨터의 중앙연산장치(CPU)와 디스크 드라이브같은 구성부들은 별개의 상자안에 들어서 제조되고 케이블로 상호 연결되었다. 그것들은 개별적으로 판매될 수 있었고, 흔히 경쟁적 판매자들에 의해서 판매되었다. 1960년대와 1970년대의 IBM과 다른 제조사들이 데이터 연산장치, 메모리 및 디스크 드라이브와 그 구동장치를 하나의 패키지안에 조합하는, 보다 간단한 회로를 가진 새로운 컴퓨터 기술을 개발하였다. 그것들은 반드시 하나의 組단위로 판매되었다. 그 결과 IBM 연산장치에 연결하는 주변장치만을 제조하는 사업을 해오던 중소기업체에 큰 피해를 입혔다.²⁶⁹⁾

이상의 사건에서 끼워팔기 협정은 계약이 아니라 기술에 의해 부과되었다. 그 결과 이들 협정은 “물리적 끼워팔기(physical tie-ins)”라고도 불려온 것이다. 법원은 그것을 금지하는 규칙은 연구개발을 억제할 것이라고 언급하면서, 그러한 끼워팔기를 유죄로 인정하는 데 회의적이다.

268) *Times-Picayune Publishing Co. v. United States*, 345 U.S. 594, 73 S.Ct. 872, 97 L.Ed. 1277 (1953).

269) *ILC Peripherals Leasing Corp. v. IBM Corp.*, 448 F.Supp. 228 (N.D.Cal.1978), *affirmed*, 636 F.2d 1188 (9th Cir.1980), *cert. denied*, 452 U.S. 972, 101 S.Ct. 3126 (1981). 유사한 사건이 셔먼법 제2조의 독점화 시도혐의로 제소되었다.

Foremost Pro Color사건²⁷⁰⁾에서 원고 Foremost는 피고 Kodaak의 인화지, 필름, 화학제제를 구매하여 소매하는 사진현상업자였는데, Kodak에 대하여 은밀한 끼워팔기(implicit tying-in)이론을 원용하여 사적 독점금지소송을 제기하였다. 원고는 Kodak이 새 카메라와 새 필름을 소개한 것을 위법한 끼워팔기라고 주장했다. 새 카메라는 새 필름, 새 현상공정만을 사용할 수 있었기 때문에, 피고는 카메라를 필름에, 필름을 화학제제에, 그리고 화학제제를 인화지와 필름에 은밀하게 끼워팔기했고 그 결과 Kodak은 카메라와 필름시장에서의 독점의 확장을 성취하였다는 주장이었다. 그러나 새 카메라를 구매한 자는 오직 Kodak필름만을 구매하기로 명시적으로 “동의”하지는 않았다. 제9순회법원은, 끼워팔기법은 하나의 상품의 판매를 오직 구매자가 제2의 상품도 인수하는 계약상의 조건으로만 요구하는 것이라고 하였다. 나아가서 동법원은 그러한 “기술적 끼워팔기”를 유죄로 할 수 있는 규칙은 “개발과 우리 경제의 지속적인 성장을 부당하게 저지할 수 있다.”고 판시하면서 독점금지청구를 기각하였다.²⁷¹⁾

기술적 끼워팔기는 만일 그 두 상품이 상이한 비율로 소비된다면 가격차별을 위하여 사용될 수 있다. 예컨대, Kodak이 그 필름에 대하여 독점가격을 부과한다면, 필름 소비가 많은 사진가라면 가끔 사용하는 자보다 Kodak에게는 더 수익이 오를 것이다.²⁷²⁾

어느 법원도 강요된 결합판매가 초래하는 잠재적 사회의 이득과 사회적 손실을 형량할 능력이 없다. 법원이 사용가능한 용이한 방법을 사용하고 추론을 해야 한다. 따라서 항목들이 결합된 장치가 생산상 또는 배급상 비용절감의 입증이 있으면, 그 결합은 단일한 상품이라고 보아야 할 것이다.²⁷³⁾

기술적 끼워팔기는 분해에 대한 계약상 제한에 수반되는 조합된 패키지(assembled packages)로부터 구별해야 한다. 이 문제는 주로 컴퓨터

270) *Foremost Pro Color, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 703 F.2d 534 (9th Cir.1983), cert. denied, 465 U.S. 1038, 104 S.Ct. 1315 (1984).

271) *Ibid.*, at 542-43.

272) 이른바 가변비율 끼워팔기이다.

273) H. Hovenkamp, *op.cit.*, p.409.

소프트웨어시장에서 제기된다. 예컨대 Microsoft는 자사의 Windows 95/98 운영체제와 자사의 Internet Explorer (IE) 웹 브라우저를 단일한 패키지로 조합하고 Windows 운영체제가 브라우저 코드의 일부를 포함하도록 하기 위해서 코드를 흠뻑했다(interspersed). 그러나 전문가들은 쉽게 Windows 데스크탑으로부터 대부분의 IE 코드와 파일을 제거하고 Netscape와 같은 경쟁사의 브라우저를 설치할 수 있다. Microsoft의 Windows와 IE의 묶어팔기에 대한 주된 반대논거는 Microsoft가 그것들을 종래 별개로 판매해오다가 처음으로 묶어팔기했다는 데 대한 것이 아니라, Microsoft가 컴퓨터 제조업자와 IE의 제거 및 경쟁사의 웹 브라우저로의 대체를 금하는 계약을 체결했다는 데 대한 것이다. 그러한 요건은 순수한 계약상의 끼워팔기이며, 기술적 끼워팔기가 아니다.²⁷⁴⁾

(다) 소모품 끼워팔기

① 소모품 끼워팔기의 의미

소모품 끼워팔기(requirements ties)는 끼운 상품의 구매자가 필요한 상품을 오직 정해진 판매자나 공급자로부터만 구매하도록 강요되는 경우에 발생한다. 소모품 끼워팔기는 딜러-공급자간 관계에서 가장 흔히 소송문제화된다. 이 사건들 중 다수는 프랜차이즈 관계를 포함한다.

프랜차이즈 가맹사업자가 승인한 공급원으로부터 공급품을 구매하도록 요구받은 가맹계약자는 그러한 원료조달 지배를 강요된 배타적 거래나 위법한 끼워팔기로서 공격할 수 있다. 비록 근거를 이루는 사실과 정책 쟁점은 동일할 수 있지만, 위법한 강요된 배타적 거래협정을 입증하는 법적 기준은 어느 정도 다르다.

이것을 소모품 끼워팔기로 공격할 때에, 끼운 상품은 가맹계약자에 의해서 구매된 프랜차이즈 라이선스, 즉 당해 라이선스하에서 영업을 계속할 가맹계약자의 권한이고 끼워진 상품은 소모품이다.

가맹사업자가 보유한 상대적 시장지배력은 가맹계약자가 최초의 프랜차이즈계약을 체결할 당시에는 존재하지 않았다. 그러나 가맹계약자가 상당

274) *United States v. Microsoft*, 1998-2 Trade Cases p. 72,261, 1998 WL 614485 (D.D.C.1998)(피고의 약식판결 신청을 기각하였다.).

한 매몰투자를 하였고, 가맹사업자의 비용부과, 혜택철회, 또는 프랜차이즈 종료 등의 권한에 종속된다면, 가맹사업자는 시장지배력을 보유하는 것이다.

② 소모품 끼워팔기의 정당화사유

프랜차이즈 가맹사업자가 부과한 소모품 끼워팔기는 두가지 근거에서 정당화될 수 있다. 첫 번째 정당화사유는 끼워팔기는 가맹사업자가 자기의 상표권을 가맹계약자가 사용한 정도에 따라 서로 다른 가맹료를 징수할 수 있게 하는 효율적인 계량기법이라는 것이다.²⁷⁵⁾ 두 번째 정당화사유는 끼워팔기는 품질통제 기능이 있다는 것이다. 공급원을 통제함으로써, 가맹사업자는 가맹계약자에 의해서 판매된 상품이 동질의 것이고 품질 기준에 부합한다는 것을 보증할 수 있다. 이러한 방식으로, 가맹사업자는 프랜차이즈 시스템의 영업권을 유지할 수 있다.²⁷⁶⁾ 이 항변의 유효성을 평가하기 위해서는 소모품 끼워팔기의 잠재적 장단점을 이해하는 것이 필요하다.

(i) 효율적인 계량장치의 항변

가맹사업자가 다양한 가맹료를 징수하는 계량장치로서 소모품 끼워팔기를 사용함으로써 얻는 이점은 일반적으로 가맹계약자의 판매에 근거한 로얄티지급을 통하여 보다 직접적으로 얻어진다. 만일 전체 판매가 가맹사업자로부터 구입된 투입물의 양과 직접적으로 관련되어 있다면, 소모품계약은 다양한 가맹료 징수수단으로 원활하게 작동할 것이다.

그러나 이러한 끼워팔기의 부과에 대하여 중요한 품질통제 목적이 없다면, 이러한 끼워팔기는 판매를 기준으로 한 보다 직접적인 로얄티에 비교할 때분명한 장점이 없이, 배분적 피해와 부의 이전 피해 발생의 위험이 있다. 로얄티가 어떻게 징수되건간에 일정한 집행부담이 있을 것이다. 가맹사업자는 직접적인 로얄티 지급의 경우에는 가맹계약자의 전체 판매를 감시하고 수집하여야 할 것이고, 소모품 끼워팔기의 경우에는 가맹계약자

275) B. Klein, *op.cit.*, pp.308-15; Ward S. Bowman, "Tying Arrangements and the Leverage Problem", Yale L.J., Vol. 67, 1957, pp.23-24; Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, St. Paul: West Group, 1994, pp. 423-426.

276) B. Klein & L. F. Saft, *op.cit.*, pp.351-54.

의 다른 경쟁공급자로부터의 아이스크림의 구매 여부를 감시하고 수집하여야 할 것이다.

판매 로열티가 광범하게 사용되고 있다는 사실은 대부분의 가맹사업자들이 그러한 로열티를 효과적으로 감시하고 징수할 수 있음을 의미한다. 실로, 대부분의 가맹사업자들은 로열티가 프랜차이즈 상품의 판매에 근거하여 징수되는가 여부와 무관하게 프랜차이즈 상품의 가맹계약자의 총판매에 관한 정보를 얻을 수 있기를 희망할 것이다. 그러나 다른 형식의 가맹계약자의 실적에 대한 감시가 보다 효율적으로 되는 경우가 있을 수 있다. 가맹사업자가 마진이 높을수록 높은 가맹료를 징수하는 방식으로 로열티를 산정하기를 원한다고 가정하면, 예컨대 어떤 패스트푸드 매장이 A음식보다 B음식 판매시에 더 높은 마진을 올린다고 가정하면, B음식을 위한 포장에 대하여 추가요금을 부과하는 소모품 끼워팔기를 통하여 차별화된 로열티를 징수할 수 있다.²⁷⁷⁾ 이러한 마진을 기초로 산정한 로열티 징수방법이 다른 방법보다 더 효율적인지는 아직 알 수 없다. 예컨대 가맹사업자는 컴퓨터화된 금전등록기 영수증을 통하여 판매를 보다 효율적으로 감시할 수 있을 것이다. 컴퓨터화된 기록은 가맹사업자에게 소모품 끼워팔기에 의해 제공되는 것보다 추가적이고 매우 바람직한 판매정보를 다량 제공해 줄 것이다. 물론, 소모품 끼워팔기가 마진별 로열티 부과를 위하여 가장 효율적인 방법으로 입증되더라도, 끼워팔기의 반경쟁적 효과는 그러한 끼워팔기가 순수한 경쟁적 이점을 제공한다는 결론을 내리기 전에 고려되어야 한다.

계량적 끼워팔기가 저빈도의 사용자에게 그 끼워팔기가 없는 경우라면 수용할 수 없는 높은 가격의 상품을 구매할 수 있도록 함으로써 가격차별의 효율적 형식을 만들어낸다는 주장도 있다.²⁷⁸⁾ 예컨대 양질의 아이스크림 분배기(dispenser)가, 가능한 최다수의 가맹계약자에게 그 장치를 획득할 수 있게도록, 저가로 가맹계약자에게 제공될 수 있다. 가맹사업자는 가맹계약자에게 그 장치에 사용되는 아이스크림을 모두 자기로부터 구매하도록 요구할 수 있다. 아이스크림에 대하여 높은 가격을 부과함으로써, 가

277) *Ibid.*, at 357-58.

278) B. Klein, *op.cit.*, pp.359-60.

맹사업자는 그 분배기를 많이 사용하는 자로부터 보다 높은 묶음가격(bundled price)을 받아낼 수 있을 것이다.

그러나 그러한 묶음 판매는 비효율적인 자원배분을 가져온다. 만일 보다 많은 분배기가 그것을 비효율적으로, 즉 저빈도로 사용할 소규모의 가맹계약자들에게 판매된다면, 사회는 너무 많은 수의 아이스크림 배분기를 갖게 되고, 그것들 중 다수는 비효율적으로 사용되고, 그 인플레이션 가격 때문에 너무 적은 아이스크림을 갖게 된다. 이러한 결과를, 각 가맹계약자가 각자의 분배기의 사용이 그 구매상의 선불투자 가치를 담보하는지를 비교 결정하도록 하는, 분배기와 아이스크림이 패키지로 판매되지 않는 경우와 비교하면, 후자의 경우, 분배기는 가격이 높아질 것이지만, 아이스크림은 가격이 낮아질 것이다. 보다 적은 수의 가맹계약자들이 분배기를 구매할 것이고, 그러나 그들은 그것을 보다 적극적으로 사용할 유인을 갖게 될 것이고, 아마도 그 기계를 소유하지 않은 소규모 가맹계약자들로부터 고객들을 끌어올 것이다. 이것은 보다 낮은 가격에 아이스크림을 구할 수 있다는 점에서, 보다 효율적일 것이다.

가격차별을 가능케 하는 소모품 끼워팔기에 의해서 유발되는 배분적 손해외에, 모든 가격차별은 구매자로부터 판매자에게 높은 가격이 지불됨으로써, 부의 이전을 초래한다. 이론상, 판매자는 고가치의 구매자에게는 경쟁가격보다 높은 가격을 부과하고, 저가치의 구매자에게는 경쟁가격보다 낮은 가격을 부과함으로써 평균가격은 경쟁가격이 되도록 하는 식으로 가격을 부과할 수 있고, 그 결과 구매자에게 부의 이전에 의한 순손실은 없다. 그러나 판매자는 이러한 가격차별에 의해서 이득이 없기 때문에²⁷⁹⁾ 이러한 이론적인 가능성은 일어나지 않는다. 현실의 시장에서는, 판매자는 가격차별이 자기의 이익을 증가시키는 경우에만 가격차별을 하게 된다. 그래서 가격차별이 산출을 증대시키지 않는다면 항상 부의 이전손실이 있게 된다. 부의 이전손실을 방지하는 것은 독점금지법의 주요한 목적이다.

요컨대, 가격차별을 초래하는 모든 가맹사업자의 원료조달 요구는 항상 두 가지 반경쟁적 효과를 가져온다. 첫째, 가맹계약자가 공급자의 가격과

279) 실제로는 가격차별 비용을 부담해야 하기 때문에 순손실을 보게 된다.

다나 품질이나 서비스의 조악을 이유로 공급자를 교체하기가 극히 어렵게 된다. 둘째, 가맹계약자 및 소비자로부터 시장지배력을 보유한 가맹사업자에게의 부의 이전을 가져온다. 또한 가격차별은 효율적인 배분을 저해한다.

(ii) 품질기준의 유지의 항변

프랜차이즈와 관련하여 소모품 끼워팔기에 대한 강력한 항변사유는 그것이 독특한 항목에 대한 품질보장과 브랜드명 보호를 위한 가장 효율적인 방법이라는 것이다. 이러한 주장은 만일 어떤 가맹사업자가 가맹계약자에게 그 품질이나 기능이 가맹사업자의 이미지에 결정적인 어떤 상품을 마케팅할 권리를 파는 경우에는 타당할 수 있다.

소모품 끼워팔기는 일정한 상황하에서는 품질관리를 감시하는 가장 효율적인 수단일 수 있다.²⁸⁰⁾ 외부의 가맹계약자를 감시하는 일은 상품의 복잡성이 증대됨에 따라 점점 어려워지고 비용이 들 수 있다. 외부의 공급자에게 소모품 제조의 라이선스를 부여하는 것은 영업비밀이 공개된다는 감당할 수 없는 위험을 감수하게 할 수 있다. 물론, 영업비밀이 보호될 수 있다면, 하나 이상의 승인된 공급자를 지정할 수 있을 것이다. 만일 이 경우에 무임승차하는 공급자가 우려되면, 가맹사업자는 승인받은 공급자 중 일부를 불시에 감시함으로써 대처할 수 있다. 공급자는 승인없이 가맹계약자에 대한 판매능력을 상실하기 때문에 승인을 유지하기를 원하는 강한 유인을 갖는다.

미국의 셔먼법이나 클레이튼법 사건에서는, 법원은 두 가지로 단일 원료 공급이 필요한 상황에 대하여 허용하여 왔다. 첫 번째 허용은 두 개의 독립적인 상품이 함께 끼워진 요건을 통해서이다.²⁸¹⁾ 가맹계약자에게 가맹사업자로부터 가맹사업자의 브랜드명과 완전히 연결된(linked) 투입상품을 구매하도록 요구하는 것은 두 개의 독립된 상품의 끼워팔기가 아니라,

280) B. Klein & L. Saft, *op.cit.*, pp.346-48.

281) *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451, 461-62, 112 S.Ct. 2072, 119 L.Ed.2d 265 (1992); *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 19-21, 104 S.Ct. 1551, 80 L.Ed.2d 2 (1984).

적절한 묶어팔기로 간주될 수 있다.²⁸²⁾ 두가지 상품이 통상의 묶음인지 끼워팔기인지 여부의 기준은 정보를 제공받은 소비자의 수요에 달려있다. 다만 그에 대해서 공급면이 고려되어야 한다. 만일 어떤 아이스크림 제조 법이나 비알콜음료의 제조공식이 어떤 프랜차이즈 시스템의 성격이나 평판에 특유한 것이면, 정보를 제공받은 가맹계약자는, 프랜차이즈의 성공 및 그들 자신의 개별적인 성공이 상표권의 통합에 달려있음을 인식하고, 이 항목을 프랜차이즈의 부분으로서 구매하기를 더 선호할 것이다. 비록 일부 가맹계약자들이 그 상품에 대한 대체적 원료를 희망하더라도, 가맹사업자의 묶어팔기로부터의 효율성 획득이 상당하고 보다 덜 경쟁제한적인 수단에 의해서는 얻어질 수 없는 것이라면, 이러한 사정은 도외시되어야 할 것이다.

일부 법원은 가맹사업자가 상표권을 보유하고 그 상표가 부착되어 판매되는 상품을 생산하는지 또는 그 상표권이 가맹사업자에 의해서 생산되는 어떤 상품과는 독립적으로 임차된 것인지 여부를 근거로 하여 독립된 상품이 끼워팔기된 것인지를 결정하여 왔다.²⁸³⁾ 당해 상표권이 임차된 것인지 소유된 것인지 여부의 문제는 결정적인 것은 아니다.²⁸⁴⁾ 결국 이 쟁점은 공급과 수요의 조건이 이 상품들의 묶어팔기를 정당화하는지의 문제이다.

패스트푸드 식당처럼 사업형식(business format) 프랜차이즈 사건에서는, 많은 투입 상품이나 용역이 프랜차이즈 이미지에 특유하다고 주장하는 것이 가능하다. 패스트푸드 가맹사업자는 플라스틱이나 종이 접시, 용기나 냅킨 등이 체인의 상품과 용역의 품질과 일관성에 대한 평판을 유지하는 데에 중요하다고 주장할 수 있다. Siegel v. Chicken Delight, Inc. 사건²⁸⁵⁾에서 가맹사업자는 가맹계약자에 대한 포장바구니와 기타의

282) *Krehl v. Baskin-Robbins Ice Cream Co.*, 664 F.2d 1348, 1352-54 (9th Cir.1982)(가맹사업자의 아이스크림 상표는 아이스크림 자체의 판매에 끼워진 상품으로 간주될 수는 없다고 판시했다.); *Principe v. McDonald's Corp.*, 631 F.2d 303, 308 (4th Cir.1980)(일면 프랜차이즈계약이고 타면 리스와 security note는 “독립된(끼워진) 상품이 아니라 전체적인 프랜차이즈 패키지의 구성요소”라고 판시하였다.), *cert. denied*, 451 U.S. 970, 101 S.Ct. 2047, 68 L.Ed.2d 349 (1981).

283) 전자인 경우에는 묶어팔기이고, 후자의 경우에는 끼워팔기가 될 것이다.

284) B. Klein & L. Saft, *op.cit.*, pp.359-61.

285) 448 F.2d 43, 50-51 (9th Cir. 1971), *cert. denied*, 405 U.S. 955, 92 S.Ct. 1172, 31 L.Ed.2d 232 (1972).

공급품들에 대한 소모품 끼워팔기에 대한 항변사유로서 품질관리를 주장하였으나 패소하였다. 그러나 이들 상품의 품질을 감독하기가 상대적으로 용이하고, 가맹계약자 역시 부적절한 식기를 제공하면 그 자신의 수익 사업에 피해를 입게 될 것이기 때문에 가맹계약자가 속임수를 쓸 유인이 제한적이라면, 소모품 끼워팔기는 단순히 품질유지를 위해서는 필요하지 않다. 가맹사업자는 소모품의 표준을 정하거나 승인받은 공급자의 수를 보증함으로써 품질관리를 할 수 있다.

일부 법원은 끼워팔기를 위한 품질관리의 항변 적용으로서 이들 쟁점을 다루어 왔다. 연방대법원은, 최소한 새롭고 기술적으로 복잡한 상품의 경우에 이 항변을 인정하고 있으며,²⁸⁶⁾ 몇몇 하급법원이 그것을 적용해오고 있다. Mercedes-Benz of North America에 의해서 딜러에게 부과된 동일한 소모품 끼워팔기를 포함한 사건들에서, 배심원은 품질관리의 항변이 끼워팔기의 사용을 정당화하는지 여부에 관하여 반대의 결론에 도달하였다.²⁸⁷⁾ 제1순회법원은 이와 유사한 사실관계의 사건에서 품질관리와 관련된 효율성항변은 비상부품의 끼워팔기의 사용을 정당화할 수 있다는 것을 판시하였다.²⁸⁸⁾ 그러나 품질관리 문제는 상품들이 적절하게 묶여졌는지 여부를 결정함으로써 완전히 해결할 수 있기 때문에 끼워팔기를 위한 품질관리의 항변은 통상 불필요하다. 그리고 보다 바람직한 것은 제조업자가 몇 개의 승인받은 공급자의 지정에 의하여 적절하게 품질을 통제할 수 있는 한, 소모품 끼워팔기를 금지하는 것이다.

③ 소모품 끼워팔기의 반경쟁적 측면

거래상의 주요자본을 위협에 노출시키고 있는 본인이 아닌 다른 사람인,

286) *United States v. Jerrold Elecs. Corp.*, 187 F.Supp. 545 (E.D.Pa.1960), *aff'd per curiam*, 365 U.S. 567, 81 S.Ct. 755, 5 L.Ed.2d 806 (1961).

287) *Mozart Co. v. Mercedes-Benz of N. Am., Inc.*, 833 F.2d 1342 (9th Cir.1987)(품질관리의 항변을 인정함), *cert. denied*, 488 U.S. 870, 109 S.Ct. 179, 102 L.Ed.2d 148 (1988); *Metrix Warehouse, Inc. v. Daimler-Benz Aktiengesellschaft*, 828 F.2d 1033 (4th Cir. 1987)(품질관리의 항변을 부정함 배심원의 평결을 승인함), *cert. denied*, 486 U.S. 1017, 108 S.Ct. 1753, 100 L.Ed.2d 215 (1988).

288) *Grappone, Inc. v. Subaru of New England, Inc.*, 858 F.2d 792, 799 (1st Cir.1988).

대리인에 의하여 구매결정이 내려지면, 부패나 구매선택 왜곡의 위험이 증가한다. 예컨대 정부부서나 사기업을 위한 구매대리인은 이중 지급, 리베이트, 또는 구매대리인에 대한 개인적 편의 등에 기초한 잘못된 구매선택을 하도록 유혹을 받을 수 있다. 이러한 행위는 프랜차이즈에서, 가맹사업자가 가맹계약자에게 특정한 공급원으로부터 상품이나 용역을 구매하라고 요구하는 경우에도 발생할 수 있다. 그 공급원은 가맹사업자 본인일 수도 있고, 가맹사업자에 의해 지배되는 법인 또는 외부의 기업일 수도 있다. 만일 가맹사업자가 소유한 기업이 지정된 공급자라면, 이러한 이해관계의 충돌은 명백하다. 그러나 만일 가맹사업자가 외부의 기업을 지정했다 하더라도, 가맹사업자는 이러한 선택을 하도록 하는, 프랜차이즈 시스템의 변영이 아닌 다른 유인을 가질 수 있다. 즉 그 공급자는 가맹사업자에게 배타적 공급자로서 대우받는 대가를 지급할 수도 있는 것이다. 그 지급은 리베이트²⁸⁹⁾, 접근비(access fee)²⁹⁰⁾, 가맹료(franchise fee)²⁹¹⁾ 또는 다른 형식²⁹²⁾으로 설명될 수도 있으나, 경쟁적 장점과는 거리가 먼 구매선택의 왜곡능력이라는 그것의 반경쟁적 효과는 항상 동일하다. 그 지급이 가맹계약자로 하여금 경쟁적으로 열등상품을 구매하고 우수상품의 공급자로부터 이탈하도록 한다면, 경쟁적 과정을 왜곡할 것이다.

가맹사업자가 수령한 로얄티는 가맹사업자가 우대된 공급자로부터 배타적 공급자의 지위에 대한 대가로 리베이트를 받는 것을 억제시키지 못한

289) *FTC v. Texaco, Inc.*, 393 U.S. 223, 229, 89 S.Ct. 429, 21 L.Ed.2d 394 (1968)(가맹사업자가 선정한 공급자가 모든 가맹계약자의 타이어, 축전지 및 액세서리의 구매에 대하여 10퍼센트를 Texaco사에 지급하였다.); *Atlantic Ref. Co. v. FTC*, 381 U.S. 357, 365, 85 S.Ct. 1498, 14 L.Ed.2d 443 (1965) (Goodyear사로부터 Atlantic사로 유사한 리베이트가 지급되었다.)

290) *Valley Prods. Co. v. Landmark*, 128 F.3d 398, 401 (6th Cir.1997) (가맹사업자가 선정한 두 개의 비누 공급업자가 가맹사업자에게 가맹계약자에 대한 배타적 거래권의 대가로 접근비를 지급하였다.)

291) *Milsen Co. v. Southland Corp.*, 454 F.2d 363, 368 (7th Cir. 1971)(가맹사업자가 선정한 낙농제품 공급자가 가맹사업자에게 가맹계약자의 총판매액의 14퍼센트를 가맹료에 대하여 지급된 리베이트로 지급하였다.)

292) *Wilson v. Mobil Oil Corp.*, 940 F.Supp. 944, 947 (E.D.La.1996)(가맹사업자가 선정한 석유제품 공급자가 가맹사업자에게 배타적 공급자 지위의 대가로 가맹계약자를 위한 광고비 명목으로 65만 달러를 지급했으나 가맹사업자가 횡령했다고 주장되었다.)

다. 만일 공급자가 이러한 가맹사업자에 대한 리베이트 지급을 가맹계약자에 대한 투입상품의 가격을 인상시켜 전가하게 되면, 가맹계약자의 비용은 증가된다. 그러나 이것 때문에 판매액에 비례해서 가맹사업자에게 지급되는 로얄티에는 영향이 가지 않는다. 가맹계약자는 비용상승분을 흡수해야 하기 때문이다. 가맹계약자의 총판매액이 아니라 총수익에 기초하여 지급되는 가맹사업자의 로얄티가 가맹사업자에 의한 반경쟁적 원료조달 결정의 억지에 보다 효과적이다. 그러나 가맹사업자의 로얄티는 거의 항상 수익이 아니라 판매액에 기초하여 정해진다. 공급자의 투입상품의 공급가격 인상에 대처하여 가맹계약자가 그 소비자에 대한 판매가격을 올리더라도, 그 가격인상분은 가맹사업자의 로얄티에 리베이트액을 완전히 상쇄시킬 만큼 충분히 판매량을 감소시키지는 못한다. 결국 가맹사업자는 우대받은 공급자로부터 리베이트를 수령함으로써, 판매감소로부터 초래된 가맹료 손실을 넘어선 이익을 얻게된다.

가맹사업자가 선정된 공급자로부터 리베이트를 받지 않는다 하더라도, 상품에 대한 대금을 지급하는 가맹계약자로부터 소모품 구매에 대한 지배권이 이탈되는 것은, 가격과 품질면에서 우수상품이 아닌 열등상품이 소모품으로 공급된다는 반경쟁적 효과를 발생시킬 수 있다. 이러한 문제를 해결하는 유인은 수직적으로 통합된 기업에 비해서 프랜차이즈 시스템내에서는 보다 약하다. 수직적으로 통합된 기업에서는, 그러한 문제가 발생할 때 이 기업과 그 주주는 직접적으로 손실을 감수해야 한다. 그러나 프랜차이즈에서는 만일 가맹사업자가 가맹계약자에게 열등한 또는 과도한 가격의 상품을 구매하도록 한다면, 직접적으로 피해를 입는 것은 가맹계약자이다. 평판에 의한 제약은 가맹사업자의 행위를 다소 제한하지만, 가맹사업자 자신이 부적합한 상품이나 용역을 구매하도록 강요된 매장 전부를 소유한 경우에 비해서 덜 효과적으로 억제할 것이다.

대부분의 가맹사업자는 경쟁력있는 가격을 제시하는 명성있는 공급자를 선택할 것이고, 가맹사업자의 자의적인 선택은 반경쟁적 결과를 낳을 것이다. 일단 특정한 공급자에게 고착되면, 공급자가 경쟁수준이상으로 가격을 인상하거나 열악한 상품이나 부적합한 서비스를 공급하더라도 대응할 수단이 없게된다. 가맹사업자가 지정한 비알콜음료와 음료배분기를 구매하도록

강요된 패스트푸드점 가맹계약자를 가정해보자. 가맹사업자의 공급자의 선택은 가맹사업자의 이기적 이익에 기한 것일 수 있고, 그것은 가맹계약자의 이익과 충돌한다. 가맹계약자는 경쟁 프랜차이즈의 가맹계약자가 지급하는 것보다 높은 가격을 지급해야 할 수 있다. 또한 우대된 공급자는 경쟁으로부터 장벽에 의해 보호되었다고 생각할 수 있고, 공급한 음료배급기가 고장나면, 가맹계약자에게 성의있고 즉각적인 서비스를 공급하지 않을 수 있다. 이러한 경우에 대부분의 기업은 적절하게 납품하지 못하는 공급자를 즉각 교체함으로써 문제를 해결할 수 있다. 그러나 프랜차이즈 가맹계약자는, 가맹사업자의 지배 때문에 이러한 간단하고 효과적인 시장 대응 방법을 사용할 수 없다.

가맹사업자는 또한 가맹계약자에게 시장상황의 변동 위험을 부담하도록 강요하기 위하여 끼워팔기를 사용할 수 있다. 예컨대 회계 서비스 프랜차이즈의 가맹사업자가 그 가맹계약자에게 가맹사업자로부터 컴퓨터 서비스를 구매하도록 요구한다면, 가맹계약자는 시장조건이 변하는 경우에 가맹사업자가 구매한 장비가 노후화되는 위험을 떠맡게 되는 것이다.²⁹³⁾ 물론 가맹계약자나 가맹사업자는 누구도 미리 그 장비가 얼마나 빨리 낡을 것인지 알지 못한다. 장비 노후화의 위험을 가맹계약자에게 전가하는 것은 상대적으로 중요하지 않게 보일지 모르나, 명백한 소비자후생에 미치는 결과가 존재한다. 장비를 개선하는 능력은 가맹사업자에게 부여되어 있지만, 가맹사업자는 그것에 대한 충분한 유인을 갖고 있지 않다. 가맹계약자는 더 이상 경쟁력이 없는 서비스에 대해 지급하도록 강요되고, 가맹사업자로 하여금 장비의 성능을 향상시키도록 요구하기에는 힘이 부족하다. Comprehensive Accounting Corp. 사건에서는 가맹계약자가 더 이상 경쟁력이 없다고 본 컴퓨터서비스를 가맹사업자로 하여금 대체하도록 하는 데에는 소송을 제기하여 압력을 넣기 전에는 불가능했다는 점을 보여주었다.²⁹⁴⁾ 이 판결에서 Easterbrook 판사는 가맹계약자의 매몰비용을 무시하고 가맹사업자에게는 위법한 끼워팔기를 하도록 할 필요한 시장지배력이

293) *Will v. Comprehensive Accounting Corp.*, 776 F.2d 665 (7th Cir.1985), cert. denied, 475 U.S. 1129, 106 S.Ct. 1659, 90 L.Ed.2d 201 (1986).

294) *Ibid.*, at 668-69.

결여되어 있었다고 결론을 내렸다.²⁹⁵⁾ 컴퓨터서비스의 효율적인 경쟁공급자는 피해를 입었을 것이고, 시장조건에 따라, 소비자들은 노후한 또는 고가의 서비스를 수령해야 했을 것이다. 만일 시대에 뒤진 장비가 가맹계약자들을 사업에서 퇴출되도록 하였다면, 그들의 자본은 그 프랜차이즈 매장에 잘못 투자되어 있었던 것이 된다.

그러므로 가맹계약자에 대한 원료조달 요구(sourcing requirement)는 매우 중대한 경쟁적 위험을 안고 있다. 소모품 끼워팔기의 결과는, 분배를 능률경쟁으로부터 왜곡시키고, 부를 가맹계약자와 소비자로부터 가맹사업자나 그들의 부패한 종업원 또는 우대된 공급자에게로 이전시키므로 경쟁에 피해를 줄 수 있다. 이처럼 가맹사업자의 원료조달요구에 의한 경쟁과정의 왜곡에 대한 유인은 현실적이고 구조적이며, 독점금지 구제를 설명하고 정당화시키는 환경이다.

소모품 끼워팔기에 수반되는 경쟁적 피해에도 불구하고, 일부 하급법원은 프랜차이즈 끼워팔기를 거의 당연위법으로 취급하는 이론을 근거로 하여 프랜차이즈 가맹계약자의 끼워팔기청구를 기각하였다. Queen City Pizza, Inc. v. Domino's Pizza, Inc. 사건²⁹⁶⁾에서, 전체 Domino's Pizza 가맹계약자의 40퍼센트를 대표한 한 명의 원고를 포함한 원고 가맹계약자들은 Domino's가 가맹계약자들에게 피자반죽과 기타의 요소들을 경쟁시장조건으로 구매할 기회를 배제함으로써 셔먼법 제1조와 제2조를 위반했다고 제소하였다. 원고들은 Domino's가 승인한 매점의 가맹계약자들에 의해서 준비된 피자반죽은 가맹계약자들이 Domino's에게 지급하도록 강요된 것보다 25내지 40퍼센트 낮은 가격으로 구해진 것을 증거를 제출했다. 지방법원의 연방 민사소송규칙 제12조(b)(6)²⁹⁷⁾를 근거로 한 원고의 청구를 기각하는 결정은 제3순회법원에서 2대1로 승인되었다. 법원은 Domino's는 피자의 브랜드간 시장에서 시장지배력을 보유하지 않고 있기 때문에 독점화나 끼워팔기 청구는 인용될 수 없다는 이유를 제

295) *Ibid.*, at 674.

296) 124 F.3d 430 (3d. Cir. 1997), *cert. denied*, 523 U.S. 1059, 118 S.Ct. 1385, 140 L.Ed.2d 645 (1998).

297) Fed. Reg. Civ. P. 12(b)(6)(원고의 청구가 구제수단을 특정하지 못했다는 항변 사유).

시켰다.²⁹⁸⁾ 법원은 또한 Domino's Pizza의 가맹계약자를 위하여 제조된 피자반죽만이 관련시장을 구성한다는 주장을 기각했다.²⁹⁹⁾

Becker판사가 인정한 것처럼, 끼워팔기협정은 “그의 자산의 전부나 거의 모두가 프랜차이즈에 매몰된 비용이며, 전환이나 프랜차이즈에서의 이탈을 위하여 필요한 자원을 갖추지 못한 상대적으로 작은 사업자인 평균적인 가맹계약자들에게는 분명히 아주 성가신 것이다.”³⁰⁰⁾ 물론 가맹계약자들에게에 대한 피해 외에, 자본, 상품, 서비스 등의 효율적 분배에 대한 피해가 발생한다. 국지적인 경쟁조건에 따라, 소비자들은 가맹계약자들에 의해서 판매되는 피자등에 대하여 더 많이 지급해야 하거나, 투입물 비용이 경쟁수준에서 유지되었다면 가맹계약자로부터 제공되었을 서비스를 거절당할 수 있다. 효율적인 프랜차이즈 투자에 대한 자본의 유입도 위축될 수 있다.

④ 프랜차이즈 끼워팔기의 경제적 이익(economic benefit) 요건

비록 연방대법원이 그러한 요건을 부과하지는 않았지만, 일부 하급법원은 끼워팔기하는 판매자가 끼워진 상품의 판매에서 경제적 이익을 획득한다는 것을 원고가 입증할 것을 요구한다. 제11순회법원은 재정적으로 이해관계 없는 가맹사업자가 원료조달 요구를 그 가맹계약자에게 부과하는 경우에는 프랜차이즈 네트워크의 이익을 위한 경우가 많기 때문에, 경제적 이익 기준이 프랜차이즈 사건에서는 중요하다고 판시하였다.³⁰¹⁾

그러나 그 기준은 가맹사업자의 적법한 이익을 보호하는 데에는 다음과 같이 불필요하고, 많은 해악을 끼칠 수 있다.³⁰²⁾ 가맹사업자는 경제적 이익요건이 없어도 친경쟁적 묶어팔기나 끼워팔기의 여러 가지 정당화사유를

298) *Ibid.*, at 443.

299) 반대견해는 가맹계약자들의 매몰비용으로 인해서 그들이 Domino's Pizza에 고착되는 것을 지적하면서 다수견해에 반대하였다. 124 F.3d at 446 (Lay, J., dissenting).

300) *Queen City Pizza, Inc. v. Domino's Pizza, Inc.*, 129 F.3d 724, 726 (3d. Cir. 1997)(Becker, J., dissenting), cert. denied, 523 U.S. 1059, 118 S.Ct. 1385, 140 L.Ed.2d 645 (1998). 제3순회법원의 다른 4인의 법관은 책임리를 허용하자는 의견이었다.

301) *Thompson v. Metropolitan Multi-List, Inc.*, 934 F.2d 1566, 1579 n. 12 (11th Cir.1991), cert. denied, 506 U.S. 903, 113 S.Ct. 295, 121 L.Ed.2d 219 (1992).

302) L. A. Sullivan & W. S. Grimes, *op.cit.*, p.497.

주장할 수 있다. 예컨대 가맹사업자가 가맹계약자에게, 제3의 공급자로부터 투입물을 구매하도록 요구하는, 원료조달 요건을 부과하여, 독점금지 끼워팔기 소송이 제기되었다면, 피고 가맹사업자는 원료조달 요건이 아이스크림 프랜차이즈에서의 아이스크림처럼 프랜차이즈의 중심적 상품을 대상으로 한 것이라면, 끼워팔기가 아니라 친경쟁적인 묶어팔기라고 주장할 수 있다. 만일 그럼에도 불구하고 그것이 끼워팔기로 간주된다면, 가맹사업자는 자신의 행위는 품질관리를 위하여 필요한 조치였다고 주장할 수 있다. 만일 이들 항변사유가 받아들여지기 어렵다면, 가맹사업자는 합리적인 소모품 품질기준을 부과하고 이 요건에 합치하는 제한적인 판매자에게 가맹계약자에 대한 판매를 위하여 경쟁하도록 허용함으로써 가맹계약자의 원료조달 결정에 대한 지배를 상실하지 않을 수 있다. 끼워팔기 소송에서 경제적 이익요건을 요구함으로써 생길 수 있는 해악은 그것이 가맹계약자가 반경쟁적인 원료조달 요건을 문제삼는 데에 장애가 된다는 점이다. 가맹사업자들은 흔히 가맹계약자에 대한 판매에 대하여 배타적 지위를 갖는 것을 보장받은 공급자로부터 대가를 지급받는다. 이 지급은 공식적일 수도 있고 가맹계약자에게 알려질 수도 있지만, 경제적 이익 요건은 이러한 지급을 비밀로 하도록 할 유인을 제공한다. 또는 가맹사업자 자신이 가맹계약자 관계를 통제하는 자신의 핵심 종업원이 공급자로부터 은밀한 지급을 받는 것을 모를 수도 있다. 어느 경우이건 경제적 이익 요건의 엄격한 적용은 끼워팔기가 반경쟁적인 효과를 유발한다는 것을 입증하여야 하는 가맹계약자에게 어렵고 불필요한 입증책임을 추가로 지우게 된다.

(라) 전품목강요

프랜차이즈나 기타의 공인된 딜러계약과 관련하여 발생하는 특정한 형태의 끼워팔기가 이른바 “전품목강요(full-line forcing)”이다. 전품목강요는 제조업자가 그 딜러에게, 그 딜러가 선호하는 가장 수익성 있는 것으로 보이는 모델을 수령하는 조건으로 그 모델만이 아니라, 자사의 전품목의 상품을 취급하라고 주장할 때 발생한다. 소모품 끼워팔기와 달리 전품목강요는 구매자에게 끼워진 상품에 대한 자신의 모든 수요를 끼워팔기 판매자로부터 구매하도록 요구되지는 않는다.

전품목강요의 경우에는 취급하도록 요구된 상품목록의 경쟁 판매자에 대한 차단효과가, 실질적으로 적기 때문에 이에 대한 경제적 평가는 긍정적이다. 전품목취급 요건은 제조업자로 하여금 배급에 있어서 규모나 범위의 경계를 성취하는 데에 도움이 된다. 제조업자는 직영점 대신에 독립적인 딜러를 사용하는데, 자사의 상품의 판매는 오직 그 딜러가 능동적으로 고객에게 청약하고 판매촉진을 해야 가능하다. 만일 한 제조업자가 모델 A, B 및 C를 생산하고, 공인된 딜러가 C의 판매를 거부하면, C를 판매해 줄 다른 딜러를 구하거나 C를 직판하거나 아니면 그 지역에서의 C의 판매를 포기해야 한다. 그 딜러를 해고하고 제조업자의 전품목을 기꺼이 판매할 다른 딜러를 찾아낸다면 제조업자 입장에서는 가장 좋을 것이다. 중요한 것은 전품목강요는 산출을 증가시킨다는 점이다. 즉 제조업자가 전품목강요를 부과하는 이유는 고객들에게 자사의 모든 상품종류를 제공한다는 것이다.

더욱이 전품목강요를 하더라도 배타적 거래가 없다면 경쟁자는 차단되지 않는다. 즉 제조업자가 배타적 거래도 같이 부과하지 않는다면, 다른 판매자도 자신의 상품을 동일한 딜러를 통하여 자유롭게 판매할 수 있다. 또한 소비자들도 전품목강요 협정에 의해서 피해를 입지 않는다. 다만 전품목강요 요건은, 선호하지 않는 상품의 취급비용까지 부담해야 하는 가맹계약자 내지 딜러에게는 피해가 갈 수 있다.

연방대법원이 반경쟁적 책임을 인정한 전면적 끼워팔기의 예는 *United States v. Loew's, Inc* 사건을 들 수 있다. 그러나 대부분의 법원은 전품목강요를 1970년대 이래로 적법하다고 보아오고 있으며, 때때로 제조업자의 “상품목록(line)”은 하나의 상품이라고 결론을 내리고 있다.³⁰³⁾

303) 예컨대, *Southern Card & Novelty v. Lawson Mardon Label*, 138 F.3d 869, (11th Cir.1998); *Smith Mach. Co. v. Hesston Corp.*, 878 F.2d 1290, 1296-1298 (10th Cir.1989), *cert. denied*, 493 U.S. 1073, 110 S.Ct. 1119 (1990) (피고를 위한 약식판결); *Famous Brands, Inc. v. David Sherman Corp.*, 814 F.2d 517, 523 (8th Cir.1987)(상동); *Southern Pines Chrysler-Plymouth, Inc. v. Chrysler Corp.*, 826 F.2d 1360, 1363 (4th Cir.1987)(그 상품목록(line)이 구별되는 상품들을 포함한다는 증거가 없다.). 그러나 제7순회법원은 위법성을 인정하려 한 적이 있다. *Menominee Rubber Co. v. Gould, Inc.*, 657 F.2d 164 (7th Cir.1981)(예비적 유지명령을 승인함).

(마) 재고처분 끼워팔기

재고처분 끼워팔기(inventory disposition ties)란 프랜차이즈 가맹 사업자가 가맹계약자로 하여금 구매하기를 원하는 상품을 얻기 위한 조건으로서 가맹사업자로부터 초과재고 또는 원하지 않는 재고분의 구매를 요구하는 것이다. 이때 끼운 상품은 소모품 끼워팔기의 경우와 마찬가지로 가맹계약자에 의해서 구매된 프랜차이즈 라이선스, 즉 당해 라이선스하에서 영업을 계속할 가맹계약자의 권한이다. 재고처분 끼워팔기 사건은 전품목강요를 함께 포함하는 경우가 흔하지만, 양자는 구별된다.

가맹사업자가 보유한 상대적 시장지배력은 가맹계약자가 최초의 프랜차이즈계약을 체결할 당시에는 존재하지 않았다. 그러나 가맹계약자가 상당한 매몰투자를 하였고, 가맹사업자의 비용부과, 혜택철회, 또는 프랜차이즈 종료 등의 권한에 종속된다면, 가맹사업자는 시장지배력을 보유하는 것이다.

재고처분 끼워팔기의 경우에 가맹계약자의 다수는 수직적으로 통합된 회사로서 손실을 그 자회사들에 전가한다. 수직적 통합이 되어있지 않은 경우라면, 원하지 않는 재고는 공급자가 시장지배력을 보유하고 있지 않다면 그 고객에게 구매가 강요될 수 없을 것이다.

몇몇 재고처분 끼워팔기 사건은 보다 인기있는 모델을 받기 위한 조건으로 원하지 않는 모델을 구매하도록 강요되었다고 주장하는 자동차딜러들이 제기한 것이다.³⁰⁴⁾ 이들 사건에서, 원고들은 끼운 상품은 프랜차이즈 자체가 아니라 원하지 않는 모델을 구매하지 않고는 획득할 수 없던 인기 모델이라고 주장하였다. 그러나 원고의 그러한 주장은 일반적인 끼워팔기의 구조를 상정한 것이고 프랜차이즈관계에 특유한 재고처분 끼워팔기의 성질을 간과한 것이다. 결정적인 쟁점은 원하지 않는 재고상품이 통상적인 전체 품목에 포함되는 하나의 상품의 묶어팔기인지 독립적인 끼워진 상품인지 여부이다. 한 사건에서는, 딜러가 동일한 모델이 판매시기에 따라 때로는 끼운 상품으로, 때로는 끼워진 상품으로 분류되었기 때문에, 독립된 끼워진 상품이라는 것을 입증하는데 어려움을 겪었다.³⁰⁵⁾ 끼워진 상품으로

304) *Fox Motors, Inc. v. Mazda Distribs. (Gulf), Inc.*, 806 F.2d 953 (10th Cir.1986); *Southern Pines Chrysler-Plymouth, Inc. v. Chrysler Corp.*, 826 F.2d 1360 (4th Cir.1987).

305) *Southern Pines Chrysler-Plymouth*, 826 F.2d at 1362-63.

부터 끼운 상품을 구별하는 것은 제조업자 자신이 다른 상품을 획득하기 위해서는 어떤 상품이 구매되어야 하는지를 정하기 때문에 혼란스럽다. 전술한 두 건의 사건에서, 피고인 가맹사업자는 독점금지법상의 책임은 면하였지만, 자동차 판매 프랜차이즈관계의 특별법³⁰⁶⁾에 의한 청구권과 관련한 추가적 쟁점에 접하게 되었다.³⁰⁷⁾

재고처분 끼워팔기는 가맹사업자가 시장지배력을 보유하고 가맹계약자가 비인기상품으로부터의 손실을 감수하도록 강요되는 경우에는, 경쟁에 본래적인 손해를 유발할 수 있다. 피고는 그러한 끼워팔기로 인한 가맹계약자의 손실은 비인기상품의 위험을 가맹사업자로부터 독립적으로 소유되는 유통매장으로 전가하는 것으로서 가맹료정도라고 주장할 수도 있다. 그러나 그러한 행위로부터의 명백한 배분적 피해가 존재한다. 상품을 마케팅할 지 여부와 품질 등을 행위자가 결정한다면, 가맹사업자는 주된 마케팅 손실을 감수하여야 한다. 가맹사업자가 자신이 부담해야 할 위험을 원하지 않는 가맹계약자에게 부담하도록 강요함으로써 자기로부터 위험을 차단할 시장지배력을 사용할 수 있을 수록, 가맹사업자가 건전한 사업상위험을 부담하는 유인은 왜곡된다. 가맹계약자는 마케팅 결정에 영향력을 거의 행사하지 못하면서 실패의 직접적인 비용을 부담하게 될 수 있다. 가맹계약자에게 재고손실을 강요하는 가맹사업자는 그 명성의 훼손이라는 간접적인 대가를 지불할 것이지만, 그 손실은 가맹사업자에게는 오직 부분적인 제한요소일 뿐이다.

재고처분 끼워팔기 대신에 제조업자는 비인기상품을 판매하기를 꺼리는 가맹계약자를 설득하기 위해서 할인공급을 할 수 있다. 제조업자가 상품을 할인공급하면, 그 손실은 상품의 생산과 마케팅을 결정하는 행위자인 제조업자에 의해서 정당하게 부담되기 때문에, 경쟁법적인 피해는 발생하지 않는다.

가맹사업자가 가맹계약자에게 프랜차이즈 관계를 유지하는 조건으로 신상품의 취급을 요구했다면, 분석은 달라질 수 있다.³⁰⁸⁾ 그러한 요청은 가

306) *The Automobile Dealer's Day in Court Act.*

307) *Fox Motors*, 806 F.2d at 959-60; *Southern Pines Chrysler-Plymouth*, 826 F.2d 1360.

308) *Smith Mach. Co. v. Hesston Corp.*, 878 F.2d 1290 (10th Cir.1989), *cert. denied*, 493 U.S. 1073, 110 S.Ct. 1119, 107 L.Ed.2d 1026 (1990).

맹계약자에게 가맹사업자의 원하지 않는 재고를 가맹계약자의 비용으로 처분해달라고 강요하는 보다 기회주의적인 행위와는 다른 것이다. 가맹사업자로서는 자신의 대표적 품목이 가맹계약자에 의해서 취급되는 것을 보장 받을 적절한 이익을 가진다. 그러나 가맹계약자는 매몰비용 때문에 가맹사업자에게 고착될 수 있고, 실제로 수익성이 없을 것으로 믿으면서도 신상품을 수령하도록 강요될 수 있다. 만일 가맹계약자가 가맹사업자의 전 품목(full line)을 취급하기로 프랜차이즈 계약에 의해서 동의한 경우에는 원하지 않는 재고 강요가 아닌 한 그러한 합의는 프랜차이즈계약 체결시에 예상하지 못한 신상품으로 인해서 실질적으로 가맹계약자의 사업이 변경되는 경우를 제외하고는, 지켜져야 한다.

(바) 영화나 T.V. 프로그램의 일괄예약(block-booking)

영화산업(the motion-picture industry)에서의 일괄예약(block-booking)은 하나 또는 복수의 영화의 실시허락을 그 상영관이 일정한 기간동안에 그 배급업자에 의하여 배급되는 다른 하나 또는 복수의 영화도 인수하는 조건으로 하는 관행이다.

이에 대해서는 Stigler에 의한 효율적 가격차별기능이 주장되기도 하였지만, 일괄예약 협정의 친경쟁적 효과를 인정하더라도 영화소유자가 효율적 가격차별을 위하여 반드시 끼워팔기에 의존해야 하는지는 명확하지 않다. 예컨대 영화소유자는 T.V. 방송국이 제공하고 있는 시청자들의 수에 따라서 임대료를 다르게 정할 수 있을 것이기 때문이다.³⁰⁹⁾

법원은 일괄예약은 상품의 경쟁공급자가 자신의 상품을 그것의 개별적인 장점에 기해서 마케팅하기 보다 어렵게 만드는 끼워팔기의 잠재적인 반경쟁적 효과를 발생시키며, 하나의 저작권 등록 영화의 독점을 일괄예약의 강요에 의하여 다른 영화의 독점으로 확장시킨다고 보고 단죄하고 있다.

영화의 일괄예약 사건으로는 연방대법원의 United States v. Paramount Pictures, Inc.사건³¹⁰⁾, United States v. Loew's, Inc.사건³¹¹⁾

309) L. A. Sullivan & W. S. Grimes, *op.cit.*, p.397.

310) 334 U.S. 131, 68 S.Ct. 915, 92 L.Ed. 1260 (1948).

311) 371 U.S. 38, 83 S.Ct. 97, 9 L.Ed.2d 11 (1962)(영화의 패키지 라이선싱에 대해 유죄로 인정했다).

등이 선례가 되고 있으며, 근래에 제11순회법원은 MCA Television Limited v. Public Interest Corp. 사건에서 텔레비전 쇼프로그램의 패키지 라이선싱에 대하여 당연위법원칙을 적용하였다.³¹²⁾ 동 법원은 이 사건에서의 일괄예약 협정이 Loew's와 Paramount Pictures 사건에서 “연방대법원이 당연위법 기준에 적합하다고 간주한 특정한 계약 형식의 하나에 정확히 합치한다.”고 보았다.³¹³⁾ 제11순회법원은 이 결론에 도달하는 중에, 저작권자는 “그 고객에게 끼운 상품으로 끼워진 상품을 인수하도록 유도하기에 충분한 경제적 지렛대를 보유한다”는 Loew's와 Paramount에서의 연방대법원의 판시를 인용했다.³¹⁴⁾ MCA Television 판결은 적어도 제11순회법원의 관할구역안에서 영업중인 영화, 텔레비전 또는 기타의 미디어 기업들에게 Loew's와 Paramount 판결의 당연위법 원칙이 영화, TV 및 라디오 프로그램 및 다른 콘텐츠의 block booking에 대하여 여전히 적용된다는 것을 명백히 한 것이다. 또한 MCA Television 판결은 일부 순회법원은 연방대법원의 판결 없이는 특허권, 상표권 및 저작권 등의 지적재산권의 보유가 시장지배력을 추정케 한다는 법리를 포기하지 않고 있다는 것을 시사하는 것이며, 그 점에 대하여 비판이 가해지고 있다. 연방대법원이 특허권, 상표권 및 저작권 등의 보유로부터 시장지배력의 존재를 추정하는 원칙을 재고하여 반복할 것임은 의심의 여지가 없으나, 문제는 그 시기가 언제부터인가이다.

(6) 항변사유

1) 품질관리의 항변

(i) 품질관리의 항변의 의의

Jerrold Electronics 사건에서, 연방대법원은 위법한 끼워팔기 청구에서 피고에게 부품시장이나 끼운 상품과 연결되어 쓰이는 투입 상품이 끼운 상품의 품질에 대한 평판을 훼손하지 않도록 보장하기 위하여 끼워팔기가 필요한 신규진입자의 사업상 정당화 항변(business justification defense)을

312) 171 F.3d 1265 (11th Cir.1999).

313) *Ibid.*

314) *Ibid.*

인정하였다.³¹⁵⁾ 이러한 항변은 품질관리의 항변(the quality control defense) 또는 신상품의 항변(the new products defense)이라고 불린다. 이 사건에서 피고는 커다란 안테나, 부스터 리시버 및 수많은 가정으로 가는 케이블 연결을 사용한 케이블 시스템의 초기 형태를 개발했다. 그 항목(item)들은 물리적으로 서로 구분되었지만, 피고는 그것들을 오직 완전한 설치 조건으로만 판매하려고 하였다. 법원은 이 시스템이 처음 소개되었고, 그 부품에 대한 지식과 운영이 매우 제한적이어서, Jerrold가 패키지 공급을 주장하는 것이 정당화된다고 하였다. 예컨대 A, B, C로 이루어진 패키지에서 화면이 흐려지면, 소비자로서는 A의 제조자는 B의 제조자에게 책임을 미루고 하는 식의 상황에서 문제를 해결할 길을 찾지 못하게 된다. 법원은 이처럼 초기의 기간동안 피고는, 단지 품질과 다른 자들이 그것들을 또한 공급할 수 있는 특정화를 명규하는 조건부로서가 아니라, 모든 구성부품을 판매한다고 주장할 수 있다고 결론을 내렸다.³¹⁶⁾ 그러나 일단 이러한 소개기간이 경과하면, 이러한 근거는 기반을 잃고 법원은 별개의 상품으로 보게된다.³¹⁷⁾

새로운 진입자는 어느 경우에도 위법한 끼워팔기를 부과하기 위해 필요한 시장지배력을 보유하고 있지 않기 때문에, 품질관리의 항변은 사족(surplusage)이라는 비판을 받아왔다.³¹⁸⁾ 그러나 끼워팔기하는 판매자의 강제력은 정보상의 결합에 근거한 고착(lock-in)으로부터 생기므로, 그러한 힘은 새로운 진입자를 위해서도 존재할 수 있으므로, 이 항변은 정당하다.³¹⁹⁾

(ii) 품질관리의 항변의 성립요건

품질관리의 항변은 친경쟁적인 묶어팔기 또는 끼워팔기가 존재하는지 여부를 결정하기 위한 접근방법과 일관된다. 우선, 정보를 제공받은 소비자

315) *United States v. Jerrold Elecs. Corp.*, 187 F.Supp. 545, 556-57 (E.D.Pa. 1960), *aff'd per curiam*, 365 U.S. 567, 81 S.Ct. 755, 5 L.Ed.2d 806 (1961).

316) *Ibid.* at 559.

317) *Ibid.* at 560.

318) E. M. Fox & L. A. Sullivan, *op.cit.*, pp.689-690.

319) L. A. Sullivan & W. S. Grimes, *op.cit.*, p.418.

가 그들의 구매를 통하여 두 개의 상품의 패키지 마케팅이 효율성을 발생 시킨다는 것을 인정한다면 끼워팔기가 아닌 묶어팔기가 존재한다. 그러나 품질관리의 고려 때문에 구별되는 상품들이 끼워팔기되는 사정도 있을 수 있으며, 이 경우에 품질관리의 향변이 주장될 수 있다. 예컨대, 소비자에게 바른 선택을 하기 위한 정보나 동기가 결여된 경우에는, 자동차 제조업자는 결합있는 부품시장의 부품으로 인한 피해로부터 자사의 평판을 보호하기 위하여 끼워팔기가 필요하다고 주장할 수도 있다.³²⁰⁾

품질관리의 향변이 인정되기 위해서는, (a) 결합이 개별적 공급보다 잘 작동한다는 것과 (b) 패키지의 소비자는 그 상품들을 그 자신이 결합시킴으로써 동일한 결과를 얻을 수 없다는 것을 인정할 만한 일정한 이유가 있어야 한다.³²¹⁾ 즉 구매자보다는 판매자에 의해서 조립되어야 그 결합이 더 잘 작동하여야 한다. D.C. 순회법원은 Windows 95 운영체제와 Internet Explorer 웹 브라우저가 단일한 상품이라는 1998년의 Microsoft 판결에서 이러한 근거에 의존했다.³²²⁾ 이 사건에서 Windows 코드와 Internet Explorer 코드는 동일한 수준의 통합이 컴퓨터 제조업자나 최종소비자에 의해서는 성취될 수 없는 방식으로 흠뜨려졌고, 법원은 “Windows 95는 Areeda 교수가 말한 ‘고객은 실현할 수 없는 물리적 또는 기술적 상호연계’³²³⁾의 한 예이다.”라고 하였다.³²⁴⁾ 그러나 이러한 사실은 상품이 판매자가 원하는 식으로 이론상 재배열될 수 있는, 소프트웨어 산업에서는 특별히 중요하지 않다. 예컨대, Microsoft는 Internet Explorer를 별도의 디스켓에 담아 제공할 수도 있고, 고급 컴퓨터 전문

320) *Mozart Co. v. Mercedes-Benz of N. Am., Inc.*, 833 F.2d 1342 (9th Cir.1987), *cert. denied*, 488 U.S. 870, 109 S.Ct. 179, 102 L.Ed.2d 148 (1988); *Metrix Warehouse, Inc. v. Daimler-Benz Aktiengesellschaft*, 828 F.2d 1033 (4th Cir. 1987), *cert. denied*, 486 U.S. 1017, 108 S.Ct. 1753, 100 L.Ed.2d 215 (1988); *Grappone, Inc. v. Subaru of New England, Inc.*, 858 F.2d 792 (1st Cir.1988).

321) H. Hovenkamp, *op.cit.*, p.411.

322) *United States v. Microsoft*, 147 F.3d 935, 953 (D.C.Cir.1998).

323) Phillip Areeda, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles And Their Application*, Vol. 10, Boston: Little Brown and Company, 1991, ¶ 1746.

324) *Ibid.* at 949.

가만이 분리할 수 있는 방식으로 Windows 코드에 IE코드를 완전히 통합할 수도 있다. 반면에, Jerrold사건에서는 피고는 그 상품 패키지는 소비자가 구성부분을 단순히 대체하여 자기만의 조립을 하는 것이 허용된다면, 잘 작동되지 않았을 것임을 입증할 수 있었다.

품질관리 항변이 제기되더라도 제조업자가 끼워팔기의 부과보다 상당히 덜 반경쟁적인 수단을 가지고 자신의 품질에 대한 평판을 유지할 수 있었다는 증거가 입증된다면 항변은 기각될 수 있다.³²⁵⁾ 예컨대 제조업자는 딜러에게 소모품 끼워팔기(requirements tie)를 부과하는 것보다는 교체 부품에 대해서 딜러들에게 품질 좋은 판매자들 간에서 선택하여 구매할 수 있도록 공급자에 대하여 합리적인 특정기준을 부과할 수 있고, 그럼으로써 그들 부품을 위한 브랜드간 경쟁을 보존할 수 있기 때문이다. 그 표준이 합리적이고 경쟁공급자가 그 특정화에 맞출 기회가 보장되는 한, 이러한 관행의 반경쟁적 효과는 완화될 수 있다. 다만 예외적으로 그 부품이 자동차의 운전에 중요한 특허기술이나 거래상 비밀을 포함한 경우에는, 제조업자는 그 품질에 대한 평판의 유지를 위해서 끼워팔기를 사용할 강력한 근거를 가질 수 있다.

(iii) 품질관리의 항변의 존속기간

품질관리 항변은 그 새로운 상품에 대한 시장의 지식이 제한되는 “소개기간(introductory period)” 동안만 용인된다.³²⁶⁾ 법원은 이 기간이 경과되면 그 후 그 협정은 위법한 끼워팔기라고 판시하였다. Microsoft 사건에서 D.C. 순회법원은 이 쟁점을 무시했으나, 품질관리항변이 받아들여져 단일 상품으로 인정되었기 때문에, Windows와 Internet Explorer의 묶음이 여전히 소개기간중에 있다고 추정하였을 것이다. 그러나 실상, 그 묶음은 수년동안 시장에 존재하였고, IE는 인터넷 검색기 시장에서 50%의 점유율을 갖고 있고, 컴퓨터 제조업자나 최종소비자는 Windows 체계에 대한 장애를 발생시키지 않고 Netscape같은 대체 검색기를 사용할 수 있다는 것을 보여주는 증거가 있다. 이것은 신상품의 근거를 주장할 기간이 지났음을 시사할 수 있다.

325) *Metrix Warehouse*, at 1033.

326) *Jerrold Electronics* at 560.

2) 비용절감의 항변

(i) 비용절감의 항변의 기초

귀위팔기 협정에 대한 하나의 항변사유는 패키지의 공동공급이 개별적 공급에 비해 가격이 저렴하다는 것이다. 강요된 결합 판매가 발생시키는 효율성은 거래상 효율성과 생산상 또는 기술적 효율성의 두 종류로 크게 나누어 진다. 거래상 효율성의 좋은 예는 신발의 켈레 판매이다. 만일 고객의 선택에 따라 신발 한쌍만을 구매할 수 있도록 허용하는 경우에는 판매자는 재고부담, 거래비용의 상승으로 인하여 신발 가격은 인상될 수 밖에 없다. 그 추가된 비용부담은 모든 다른 구매자들에게 할당될 것이다. 그들은 집단적으로 한 발뿐인 구매자가 얻었을 혜택을 초과하는 양의 피해를 입은 것이 된다.

비용절감의 항변이 받아들여지면 패키지에 포함된 항목들은 단일한 상품으로 보게 된다.

(ii) 비용절감의 항변의 내용

Times-Picayune 사건에서, 연방대법원은 신문사가 광고주들에게 조간과 석간신문에서 동시에 지면을 구매하도록 요구하는 것을 허용했다. 조간과 석간신문에서 광고하는 것은, Clark대법관이 “독자수(readership)”로 분류한, 하나의 상품으로 보았다.³²⁷⁾ Clark 대법관은 또한 조간과 석간신문에서의 광고 판매가 하나의 거래에서 결합되어질 때, 광고를 실행하는 비용의 대부분은 두 번이 아니라 한 번만 실행되면 족하였다는 것을 언급하였다. 신문사는 조간과 석간에서 동일한 광고를 운영함으로써 광고비를 낮출 수 있었다.³²⁸⁾

Jefferson Parish에서의 보충의견에서, O'Connor 대법관은 “공동 패키징(joint packing)의 경제적 혜택이 실질적이라면 그 패키지는 두 개의 상품으로 볼 것이 아니다.”고 하였다.³²⁹⁾ Posner판사도 두 개의 항목

327) *Times-Picayune Publishing Co. v. United States*, 345 U.S. 594, 613, 73 S.Ct. 872, 883, 97 L.Ed. 1277 (1953).

328) *Ibid.*

329) *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 40-41, 104 S.Ct. 1551, 1573, 80 L.Ed.2d 2 (1984)(O'Connor, J., concurring).

은 “공동 공급의 보다 명백한 경제(rather obvious economies)”가 존재한다면, 단일한 상품으로 간주되어야 한다고 하였다.³³⁰⁾ Hovenkamp는 이러한 기준을 보다 엄격히하여 패키지로 판매하는 것이 “명백하고 중요한 비용절감(rather obvious and significant economies)”을 가져온다면 당해 끼워팔기는 정당화된다고 하였다.³³¹⁾

Jefferson Parish에서의 5인의 대법관은 패키지판매의 효율성이 단일 상품의 발견을 정당화할 수 있다는 생각을 거부하였다. 다수의견은 독립적인 상품이 존재하는가 여부는 그 두 개의 항목간의 “기능적 관계”가 아니라 그것들을 위한 “수요의 성격”에 달려있다고 결론을 내렸다. 이에 의하면 당해 항목들이 경쟁시장에서 별개로 판매되는지 여부를 고려함으로써 독립적인 상품여부를 판정한다. 그러나 이 때에도 비용절감의 효율성이 고려되는 것으로 보아야 한다. 그것은 당해 항목들이 경쟁시장에서 별개로 판매된다는 것이 패키지로 판매되어야 할 중요한 비용절감의 효과가 존재하지 않음을 시사할 수 있기 때문이다.

(7) 당사자적격(standing)

연방 항소법원에 의한 1984년에서 1992년까지의 끼워팔기사건 판결에 대한 표본조사에 따르면, 원고의 반 이상은 끼워팔기 판매자의 경쟁자였고 (23건), 나머지 사건의 원고들은 (흔히 배급업자나 딜러 같은) 끼워팔기 판매자의 고객이였다(22건).³³²⁾ 이 들 계층의 원고가 독점금지 끼워팔기 청구를 제기하기 위한 당사자적격은 잘 확립된 것으로 보인다. 다만 근래에 제6순회법원은 끼워팔기 판매자의 한 경쟁자가 클레이튼법 제4조에 의

다만 O'Connor 대법관은 “마취시술은 병원서비스와 결합될 때에만 소비자에게 유용한 서비스이므로, 당해 협정은 구분되는 상품간의 끼워팔기로는 적정하게 볼 수 없다.”는 결론을 내렸는데, 이 논리대로라면 모든 보완재들의 패키지 판매는 단일한 상품의 판매로 보게 되는 부당한 결과를 초래한다.

330) *Jack Walters & Sons Corp. v. Morton Bldg., Inc.*, 737 F.2d 698, 703 (7th Cir.1984)(제조업자의 조립식 건축재료와 그 상표권은 별개의 상품이 아니다.).

331) H. Hovenkamp, *op.cit.*, pp.414-415.

332) W. S. Grimes, “Antitrust Tie-in Analysis After KODAK: Understanding the Role of Market Imperfections”, 62 *Antitrust L.J.* 263, 298-99 (1994).

거해서 사적 청구를 하기 위해 요구되는 독점금지 피해를 입증하지 못했다고 판시한 바 있다.³³³⁾ 원래 원고는 액체와 고체형 비누를 상업적 배급업자에게 판매하는 자였는데, 피고인 호텔-모텔 사업의 거대한 프랜차이즈 가맹사업자가 나중에 프랜차이즈권(끼운 상품)을 가맹계약자의 비누 상품(끼워진 상품)을 가맹사업자로부터 승인을 받은 두 명의 공급업자로부터만 구매하도록 끼워팔기하기 시작하여 피해를 입었다고 주장하였다. 순회법원은 원고의 사업에 대해 발생한 손실은 그 가맹사업자와의 계약의 종료에 의해서 일어난 것이지, 가맹사업자에게 “접근비(access fees)”를 지급한 경쟁 비누상품 공급업자들을 우대하려는 가맹사업자의 결정 때문이 아니라 는 이유로 원고의 청구를 기각한 지방법원의 판결을 지지하였다. 법원은 가맹사업자의 계약 종료결정의 원고에 대한 통지가 명시적으로 계약 종료는 가맹사업자의 다른 공급업자를 우대하려는 결정에 기인한 것이지, 원고의 상품이나 서비스의 품질상 결함 때문은 아니라고 밝히고 있음에도 불구하고, 그 같은 결정에 이르렀다.³³⁴⁾

이 기록에서, 끼워팔기 판매자의 경쟁자는 독점금지 피해를 입지 않았다는 판시는 끼워팔기같은 배타적 제한은 끼워진 상품시장에의 경쟁자의 접근을 차단함으로써 경쟁에 피해를 입힐 수 있다는 일반적인 인식과 맞지 않는다. 다수의 사건에서, 끼운 상품과 끼워진 상품의 현실 구매자는 개별적인 구매자에 대한 피해량이 경미하거나 프랜차이즈 관계에서 있을 수 있는 것처럼 그 딜러가 공급자나 가맹사업자가 시장지배력을 남용하였다더라도 사업관계를 파기할 위험을 감당하지 못하기 때문에 그 끼워팔기를 제소하지 않거나 제소할 수 없을 것이다. 그러한 상황에서는, 경쟁 공급자만이 독점금지법 집행에 있어서 공익을 주장할 충분한 재정적 이익을 가진 유일하게 남아있는 사적 소송을 제기할 만한 자이다. 비록 연방대법원은 끼워팔기 판매자의 경쟁자에 대한 독점금지 피해의 문제를 처리해야 하지만, 두 개의 가장 근래의 끼워팔기 판결에서는 그러한 경쟁자의 원고적격을 문제삼지 않았다.³³⁵⁾

333) *Valley Prods. Co. v. Landmark*, 128 F.3d 398 (6th Cir.1997).

334) *Ibid.*, at 401, 406.

335) *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S.

제10순회법원은 Sports Racing Services, Inc. v. Sports Car Club of America, Inc. 사건³³⁶에서 원고가 끼워진 상품을 끼워팔기 판매자가 아닌 다른 사람으로부터 구매한 경우에 당사자적격을 갖는지에 대하여 이를 긍정하였다. 이 사건에서 스포츠카 레이서인 개별 원고들은 Sports Car Club of America에 의해 후원되는 스포츠카 경주(끼운 상품)에 참가하기 위하여, 끼워팔기 판매자의 영리 자회사로부터 자동차와 부품(끼워진 상품)을 구매하도록 강요되었다. 법원은 원고는 간접적인 구매자이므로 Illinois Brick Co. v. Illinois 판결³³⁷에 의하여 끼워팔기 청구제기가 금지된다고 하는 피고의 주장을 기각하였다.

3. 우리 법제와의 비교

미국의 끼워팔기 규제법을 우리나라의 그것과 비교하여 차이점을 살펴보면 첫째, 미국법상으로는 끼워팔기가 성립하려면 끼운 상품의 시장에서 시장지배력을 보유해야 하나, 우리나라의 공정거래법의 경우에는 끼워팔기를 불공정거래행위의 하나로서, 시장지배적 사업자의 지위남용행위와 구분해서 규정하고 있기 때문에, 시장지배력을 갖추지 않은 사업자라도 구매자에 대한 우월한 지위만 인정되면 끼워팔기를 할 수 있는 것으로 해석할 여지가 있다.

둘째, 클레이튼법 제3조에 의해서 상품의 판매 외에 임대(lease)에 대해서까지 적용되는 점을 들 수 있다. 따라서 미국법의 tie-ins나 tying arrangement는 각각 끼워팔기와 끼워빌려주기를 포함하는 것이므로, 우리법보다 적용범위가 넓다고 하겠다.

셋째, 지적재산권의 실시허락을 포함한 끼워팔기에 대하여 1990년경의 레이건 행정부시절의 연방정부 법무부의 입장은 매우 관대한 것이었고, 지식재산권의 실시허락과 관련된 끼워팔기에 대한 당연위법원칙의 적용이나

451, 112 S.Ct. 2072, 119 L.Ed.2d 265 (1992); *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 104 S.Ct. 1551, 80 L.Ed.2d 2 (1984).

336) 131 F.3d 874 (10th Cir.1997).

337) 431 U.S. 720, 97 S.Ct. 2061, 52 L.Ed.2d 707 (1977).

다른 독점금지법적용을 전면금지하는 법안을 의회에 제출하려고 시도하기도 하였다. 그 이후 연방 법무부와 연방거래위원회의 1995년 지식재산권의 실시허락에 대한 독점금지 지침(Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property)은 지식재산권을 포함하는 끼워팔기는 다른 끼워팔기와 동일한 기준에 의하여 판단되어야 한다는 보다 전통적인 관점을 회복하였다. 그러나 2001년 현재의 부시행정부에서는 마이크로소프트에 대한 끼워팔기청구를 화해에 의해 종료시키려 시도하는 등 독점금지법 적용에 대해 매우 소극적 입장인 것으로 보이므로, 지적재산권의 실시허락을 포함한 끼워팔기에 대하여 다시금 완화된 입장으로 전환하지 않을까 하는 우려가 있다.

제 2 절 EU에서의 끼워팔기 규제

1. 실정법 규정

(1) 끼워팔기 규제법의 체계

유럽공동체설립조약(1957.3.25체결 1994.6.24개정. 이하 “조약”으로 지칭한다.) 제81조(1)은 “회원국간의 무역에 영향을 미칠 수 있고 공동체 시장안에서 경쟁의 저해, 제한 또는 왜곡을 목적으로 하거나 그런 효과를 가져오는 특히 다음과 같은 사업자간의 협정, 사업자단체의 결정 및 공동관행(concerted practices)은 공동시장과 일치하지 않고, 금지된다.”고 규정하고 그 제e목으로 “계약상대방이 그 성질이나 상관습상 당해 계약목적과 관련되지 않는 부수적 의무의 수락을 계약 체결의 조건으로 하는 경우”를 규정하고 있으며, 이것이 EU법상 끼워팔기를 규제하는 기본 규정이다. 현재 끼워팔기를 포함한 수직적 제한에 대해서는 1999년 수직적 협정 및 공동관행 규칙(concerted practices)³³⁸⁾이 적용되는데, 동 규칙은 EU 조약 제81조(3)에 의거한 조약적용에 대한 일괄면제를 부여한다.

또한 2000년 10월에 공표된 유럽위원회의 수직적 제한에 관한 지침(Guidelines on vertical restraints)³³⁹⁾은 끼워팔기에 관해서 별도

338) Commission Regulation (EEC) No.2790/99 of 22 December 1999.

로 몇 개의 조항을 두고 있다. 위의 규칙과 지침 양자에 관해서는 항을 바꾸어서 살펴보기로 한다.

그 밖에 끼워팔기가 그 상품들의 성질이나 상업적 관행에 의하여 객관적으로 정당화되지 아니하는 경우에는 조약 제82조의 의미에서의 지배적 지위의 남용을 구성할 수도 있다. 조약 제82조는 “하나 또는 다수의 사업자에 의한 공동시장 또는 그 본질적 부분에서의 지배적 지위의 남용은, 이것이 회원국간의 거래를 침해할 수 있는 한, 공동시장과 합치될 수 없고 금지된다.”고 규정하고 그 제d목으로 “계약상대방이 그 성질이나 상관습상 당해 계약목적과 관련되지 않는 부수적 의무의 수락을 계약 체결의 조건으로 하는 경우” 그러한 남용이 구성될 수 있다고 규정하고 있다. 동 조항은 공급자가 지배적 지위를 갖는 경우의 끼워팔기에 대한 규정이다.

(2) 끼워팔기 규제법의 연혁과 경과규정

종래 유럽위원회는 수직적 제한을 일련의 일괄면제에 의하여 다루어왔고, 그것들은 엄격하게 정의된 종류의 수직적 제한의 상이한 범주를 적용 범위로 하였다. 따라서 배타적 배급협정,³⁴⁰⁾ 배타적 구매협정,³⁴¹⁾ 프랜차이징협정³⁴²⁾에 대해서 각기 별개의 일괄면제가 존재하였다. 이들 일괄면제는 각기 허용되거나 허용되지 않는 제한의 상세한 설명을 담고 있다. 그들 일괄면제의 적용을 받지 않는 수직적 제한들은 상당한 효과를 발생시킨다면 분명히 제81조(1)의 적용을 받는 것으로 간주되고 그래서 개별적 면제가 요구된다.

이들중 1988년 프랜차이징 규제 경쟁규칙³⁴³⁾의 내용에 대해 간단히 살펴보면, 동규칙은 가맹사업자의 산업재산권이나 지식재산권 또는 프랜차이즈 네트워크의 공통성과 명성을 보호하는 일정한 프랜차이즈 계약에 대하여 로마조약 제81조(3)에 의거한 조약 적용에 대한 일괄면제를 부여하였

339) OJ 2000 C291/1.

340) Regulation 1983/83, OJ 1983 L173/1.

341) Regulation 1984/83, OJ 1983 L173/5.

342) Commission Regulation (EEC) No.4087/88 of 30 November 1988.

343) *Ibid.*

다. 면제된 프랜차이즈계약 중에는 가맹계약자에게 가맹사업자의 객관적 품질 특정에 부합하는 상품의 판매나 사용을 요구하는 것을 포함하였다. 가맹사업자는, 오직 “프랜차이즈의 주요문제인 상품의 속성 때문에 객관적인 품질의 특성을 준수하기가 불가능한 경우에”만 가맹계약자에게 가맹사업자나 지정된 공급자가 제조한 상품을 구매하도록 요구할 수 있다.³⁴⁴⁾ 나아가서, 가맹계약자는 가맹계약자는 지정된 상품을 다른 가맹계약자나 기타의 승인된 딜러 네트워크로부터 획득하는 것이 허용되어야 한다.³⁴⁵⁾ 만일 객관적인 품질 특성을 정하는 것이 불가능하고 가맹사업자가 하나 또는 그 이상의 사업자가 가맹계약자에게 공급하도록 지정하였다면, 가맹사업자는 가맹계약자에 의해서 지명된 추가적인 공급자를 정당한 이유 없이 지정하는 것을 거부하지 못한다.³⁴⁶⁾ 소모품 끼워팔기에 대한 이러한 접근 방법은 가맹사업자의 품질유지의 필요성과 투입 상품 및 용역의 구매에 있어서 경쟁에 의한 제어를 보장하는 데 대한 가맹계약자 및 소비자의 이익 간의 균형을 반영한 것으로 볼 수 있다.

끼워팔기를 포함한 수직적 제한에 대한 EU의 입법적 접근방법은 근래에 수직적 협정에 관한 일괄면제인 규칙 제2790/1999호에 의해서 개혁되었다. 이러한 새로운 체제(new regime)의 도입은 위원회의 종래의 실무 관행에 대한 비판이 집중된 데 대하여, 지난 수년간의 논의과정을 거친 것이다.³⁴⁷⁾ 규칙 1215/1999에 의해서, 위원회는 위원회가 모든 종류의 수직적 협정에 적용되는 “간단하고 보다 유연하고 표적이 잘 정해지는” 일괄 면제를 채택할 수 있도록 허용하도록 유럽평의회와 유럽위원회에 대한 수권규정인 규칙 19/65를 개정하였다.³⁴⁸⁾ 이 조항에 따라, 위원회는 광범위한 수직적 협정에 대하여 30퍼센트의 시장점유율한도에서, 일괄 면제를 허용하는 것을 주내용으로 하는 규칙 2790/1999를 채택하였다. 그 후

344) *Ibid.*, 제3조(1)(a), (1)(b).

345) *Ibid.*, 제4조 (a).

346) *Ibid.*, 제5조(c).

347) Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy, COM (96)721 final, [1997] 4 CMLR 519; Commission Communication on the Community Competition Rules to Vertical Restraints, OJ 1998 C365/3, [1999] 4 CMLR 281.

348) Recital (9) to Reg. 1215/1999, OJ 1999 L148/1.

2000년 10월에는 수직적 제한에 관한 지침(Guidelines on vertical restraints)³⁴⁹⁾이 공표되었는데, 이 지침은 새로운 수직적 협정에 대한 일괄면제규칙과 개별적 협정에 대한 위원회의 접근방법을 제시하였다. 그러나 수직적 협정의 하나의 범주인 자동차 배급과 서비스제공 계약은 2002년 9월 30일까지는, 명시적으로 위원회의 심사범위에서 배제되었고, 구식의 일괄면제인, 규칙 1475/95의 적용을 받는다.³⁵⁰⁾

1988년 프랜차이징 규제 경쟁규칙에 의해 부여된 면제는 수직적 제한에 관한 지침에 의하여 2000년 5월 31일까지만 적용이 지속되다가 실효되었으며, 또한 2000년 6월 1일부터 2001년 12월 31일까지는 1999년 수직적 협정 및 공동관행 규칙에서 정하는 조건에는 해당하지 않지만, 1988년 프랜차이징 규제 경쟁규칙에서 규정한 면제조건을 충족하는 2000년 5월 31일 현재 발효중인 협정과 관련해서는 조약 제81조(1)에서 정해진 금지는 적용되지 않도록 되어 있다.³⁵¹⁾

(3) 1999년 수직적 협정 및 공동관행 규칙 (concerted practices)³⁵²⁾의 관련 내용

새로운 체제는 수직적 제한이 당연히 반경쟁적이지는 않다는 현대 경제학적 사고를 반영한다. 대신에 수직적 협정과 배급체제의 경쟁의 효과와 효율성은 상당 정도로 시장환경과 진입장벽에 달려있다.³⁵³⁾

규칙 2790/1999와 새 지침에 의해서 위원회는, 배급 분야의 변화의 영향을 고려함은 물론, 이러한 보다 “효율에 기초한” 경제적 분석의 결론을 채택하고자 하고 있다.

349) OJ 2000 C291/1.

350) 위원회는 2001년말까지는 새로운 자동차배급 및 서비스제공에 관한 규칙안을 발간하려고 하고 있다. 그것은 현재의 일괄면제에서 제공되는 광범한 면제를 축소할 것으로 예상된다. Sir Christopher Bellamy Qc and Graham Child, *Bellamy & Child European Community Law of Competition*, 5th ed., London: Sweet & Maxwell, 2001, p.495.

351) 1999년 수직적 협정 및 공동관행 규칙, 제12조(1) 및 (2).

352) Commission Regulation (EEC) No.2790/99 of 22 December 1999.

353) Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy, COM (96)721 final, [1997] 4 CMLR 519.

1) 수직적 협정에 관한 유럽위원회의 기본적 평가

동 규칙을 채택하는 과정에서 유럽위원회는 『제한적 관행과 지배적 지위에 관한 자문위원회(The Advisory Committee on Restrictive Practices and Dominant Positions)』의 자문을 거쳤는데, 그 내용은 규칙 모두에 나와 있다. 그 주된 내용을 요약하면 다음과 같다.

조약 제81조(3)에서 정해진 조건에 통상 부합하는 것으로 간주될 수 있는 수직적 협정의 범주는 축적된 경험에 의하여 정의할 수 있는데,³⁵⁴⁾ 이 범주는 일정한 경쟁자간 또는 일정한 상품 소매상단체에 의한 경업피지의 양해를 내용으로 하는 상품이나 용역의 구매나 판매를 위한 수직적 협정을 포함한다.³⁵⁵⁾

규칙에 의하여 제81조(3)을 적용하기 위해서는, 당해 협정이 제81조(1)의 적용이 가능한지에 대한 판단은 필요하지 않다. 제81조(1)에 의거한 개별적인 협정의 평가에 있어서는 몇몇 요소, 특히 공급과 구매 양면에서의 시장점유율을 고려하여야 한다.³⁵⁶⁾

본 규칙에서 정의된 범주의 수직적 협정은, 참여 사업자간의 협력에 의하여 생산이나 배급의 망내에서 경제적 효율성을 증진할 수 있다. 특히 그것들은 당사자의 거래비용과 배급비용의 절감과 그들의 판매와 투자수준에서의 최적화를 가져올 수 있다.³⁵⁷⁾ 그러한 효율성 증대효과가 수직적 협정에 포함된 제한으로 인한 반경쟁적 효과를 능가할 가능성은 관련 사업자의 시장지배력의 정도, 그럼으로써 그들 사업자가 구매자에 의해서 상호 대체상품으로 간주되는 다른 상품 및 용역의 공급자로부터의 경쟁에 직면하는 정도 등에 달려있다.³⁵⁸⁾

당해 공급업자의 관련시장에서의 시장점유율이 30%를 초과하지 않는 경우에는, 심각한 반경쟁적 제한을 포함하지 않은 수직적 협정은 일반적으로 상품의 생산 또는 배급을 증진시키는 데 기여하면서, 소비자에게 그로

354) *Ibid.*, (2).

355) *Ibid.*, (3).

356) *Ibid.*, (4).

357) *Ibid.*, (6).

358) *Ibid.*, (7).

인한 혜택의 공정한 배분을 보장한다고 추정될 수 있다. 배타적 공급의무를 포함하는 수직적 협정의 경우에, 그 수직적 협정의 시장에서의 전체적 효과를 판정함에 중요한 것은 구매자의 시장점유율이다.³⁵⁹⁾

30%의 시장점유율 관문을 초과하는 경우에는, 제81조(1)이 적용되는 수직적 협정이 통상 그것이 경쟁에 대하여 생성시키는 폐해를 보상하는 성질과 규모의 객관적 혜택을 발생시킬 것으로 추정되지 않는다.³⁶⁰⁾

본 규칙은 전술한 긍정적 효과의 달성을 위하여 필수적이지 않은 제한을 포함한 수직적 협정에 대해 면제를 부여하지 않는다. 특히 최저재판가제한 또는 재판가의 확정, 지역제한 등의 일정한 형식의 심각한 반경쟁적 제한을 포함한 수직적 협정은, 관련사업자의 시장점유율에 상관없이, 본 규칙에 의하여 인정되는 일괄면제의 혜택으로부터 배제되어야 한다.³⁶¹⁾

본 규칙의 적용대상인 협정이면서도 그것이 제81조(3)과 양립할 수 없는 효과를 갖는 특별한 경우에는, 위원회는 일괄면제의 혜택을 철회할 수 있다. 이것은 특히 구매자가 그 구매한 상품을 재판매하거나 용역을 제공하는 관련시장에서 중요한 시장지배력을 보유한 경우 또는 수직적 협정의 병존적 네트워크가 관련시장에의 접근이나 그 안에서의 경쟁을 심각하게 제한하는 유사한 효과를 발생하는 경우 등에 그러하다. 그러한 누적효과는 예컨대 선별적 배급이나 경업피지의무의 경우에 생길 수 있다.³⁶²⁾

유사한 제한효과를 갖고 당해 시장의 50%를 초과하여 적용되는 수직적 협정의 병존적 네트워크의 감독을 강화하기 위하여, 위원회는 본 규칙이 관련시장에 대한 특정한 제한을 포함하는 수직적 협정과 양립하지 않음을 선언하고 그로써 그러한 협정에 대한 제81조의 완전한 적용을 회복할 수 있다.³⁶³⁾

2) 일괄면제와 그 적용대상

조약 제81조(3)과 본 규칙의 조항에 따라서, 제81조(1)은 그 협정을 위해서 상이한 생산이나 배급연쇄(chain) 수준에서 운영되는 복수의 사업

359) *Ibid.*, (8).

360) *Ibid.*, (9).

361) *Ibid.*, (10).

362) *Ibid.*, (13).

363) *Ibid.*, (15).

자간에 체결되고, 당사자가 그에 의하여 일정한 상품이나 용역을 구매하고 판매 또는 재판매하는 조건에 관한, 협정(“수직적 협정”)이나 공동관행에 대해서는 적용되지 않는다는 것이 선언되고 있다.³⁶⁴⁾ 제2항 내지 제5항에서는 면제가 적용되는 수직적 협정의 범위를, 상품의 소매상을 회원으로 하는 사업자단체와 그 회원간에 또는 그러한 사업자단체와 그 공급자간에 체결된 수직적 협정, 수직적 협정의 주된 목적이 아닌, 구매자나 그 고객에 의한 상품 및 용역의 사용, 판매 또는 재판매에 직접적으로 관련되는 지적재산권의 양도나 사용에 관한 조항, 일정한 경쟁사업자들간의 비상호적인(non-reciprocal) 수직적 협정에 대하여 규정하고 있다.³⁶⁵⁾ 또한 동 규칙은 다른 일괄면제 규칙이 적용되는 목적에 대한 수직적 협정에는 적용되지 아니한다.³⁶⁶⁾

3) 일괄면제의 요건

면제는 당해 공급자의 시장점유율이 공급자가 계약 상품이나 용역을 판

364) 동 규칙, 제2조, 1.

365) 2. 제1항에서 규정된 면제는, 그 사업자단체의 회원이 모두 상품의 소매상이고 그 협회의 어느 구성원도 그 관련회사와 함께 연간매출액으로 5천만 EUR를 초과하지 않는 경우에는, 사업자단체와 그 회원간에 또는 그러한 사업자단체와 그 공급자간에 체결된 수직적 협정에 적용된다. 그러한 사업자단체에 의하여 체결된 협정은 사업자단체의 회원간의 수평적 협정 또는 그 단체의 결정에 대한 제81조의 적용에 대하여 편견없이 본 규칙이 적용된다.

3. 제1항에서 규정된 면제는 지적재산권의 양도나 사용에 관한 조항을 포함하는 수직적 협정에 적용된다. 단 그 조항이 그러한 협정의 주된 목적을 구성하지 않고 구매자나 그 고객에 의한 상품 및 용역의 사용, 판매 또는 재판매에 직접적으로 관련되는 것을 조건으로 한다. 면제는 계약상품 또는 용역과 관련하여, 그 조항이 본 규칙에 의하여 면제되지 않는 수직적 제한과 동일한 목적이나 효과를 갖는 경쟁의 제한을 포함하지 않는 것을 조건으로 적용된다.

4. 제1항에서 규정된 면제는 경쟁사업자간에 체결된 수직적 협정에는 적용되지 않는다. 그러나 경쟁사업자들이 비상호적인(non-reciprocal) 수직적 협정을 체결한 경우에는 다음과 같은 조건하에 적용된다:

- (a) 구매자의 연간 매상고가 1억 EUR을 초과하지 않는 경우
- (b) 구매자가 계약 상품에 대하여 경쟁하는 상품을 제조하지 않는 배급업자인 반면, 공급자가 제조업자이자 배급업자인 경우
- (c) 공급자가 거래의 일정 수준에서 용역의 공급자인 경우이고 반면에 구매자는 그가 계약 용역을 구매하는 거래 수준에서는 경쟁 용역을 제공하지 않는 경우.

366) 동 규칙, 제2조제5항.

매하는 관련시장에서 30%를 초과하지 않는 조건으로 적용된다.³⁶⁷⁾ 배타적 공급의무를 포함하는 수직적 협정의 경우에는, 면제는 구매자가 계약 상품이나 용역을 구매하는 관련시장에서 30%를 초과하지 않는 조건으로 적용된다.³⁶⁸⁾

동 규칙은 면제가 적용되지 않는 수직적 협정으로서, 직접적으로 또는 간접적으로, 당사자의 통제하에 있는 다른 요소들과 같이 또는 단독으로, 구매자의 가격을 결정하는 능력의 제한, 구매자의 판매영역이나 고객제한, 선별적 배급체제의 회원에 의한 최종소비자에 대한 적극적이거나 소극적인 판매에 대한 제한, 선별적 배급체제내에서의 배급자들간의 상호공급의 제한 또는 구성부분을 부품으로서 최종소비자나 구매자에 의하여 그 상품의 수리나 서비스제공과 함께 위탁되지 않은 수리업자 또는 다른 서비스공급업자에게 판매하는 데 대한 제한 등의 목적을 가진 수직적 협정을 들고 있다.³⁶⁹⁾ 또한 수직적 협정에 포함된 일정한 과중한 경업피지의무 조항에 대해서도 면제가 적용되지 않음을 규정하고 있다.³⁷⁰⁾ 이처럼 규칙 2790/1999가 적용되지 않는 경우에는, 조약 제81조(3)에 의거한 개별면제의 문제를 고려할 필요가 있다.³⁷¹⁾

4) 일괄면제의 철회

위원회는 특정한 경우에 본 규칙이 적용되는 수직적 협정이 그럼에도 불구하고 제81조(3)에서 정해진 조건과 양립하지 않는 효과를 발생하는 것으로 보이는 때에는, 위원회는 규칙 제19/65/EEC 제7조(1)에 따라 면제의 혜택을 철회할 수 있다.³⁷²⁾ 특히 관련시장에의 접근이나 그 안의 경쟁이 경쟁공급자나 구매자에 의해서 실행되는 유사한 수직적 제한의 병행적 네트워크의 누적적 효과에 의해서 중요하게 제한되는 경우에 그러하다.³⁷³⁾ 이러한 면제의 철회는 동일한 조건하에서 면제가 적용되는 수직적

367) 동 규칙, 제3조제1항.

368) 동 규칙, 제3조제2항.

369) 동 규칙, 제4조.

370) 동 규칙, 제5조.

371) Sir Christopher Bellamy Qc *et. al.*, *op.cit.*, p. 574.

372) 동 규칙, 제6조.

협정이 구분되는 지역시장의 성질을 갖는, 회원국내 또는 그 부분에서 조약 제81조(3)에서 정해진 조건과 양립하지 않는 경우에, 그 회원국의 경쟁당국에 의해서도 가능하다.³⁷⁴⁾ 규칙 제19/65/EEC호 제1a조에 따라서, 위원회는 유사한 수직적 제한의 병행적 네트워크가 관련시장의 50%를 초과하여 적용되는 경우에는, 본 규칙이 그 시장과 관련되는 특별한 제한을 포함하는 수직적 협정에 대해서 적용되지 아니한다는 것을 규칙으로 선언할 수 있다.³⁷⁵⁾

(4) 수직적 제한에 관한 지침상의 끼워팔기 규제내용

위원회의 수직적 제한에 관한 지침은 규칙 제2790/1999호에 대한 주석을 제공하고, 여러 가지 수직적 제한에 대한 위원회의 현재의 접근방법과 방법론을 설명한다. 동 지침은 수직적 제한의 기본적 구성부분인 single branding³⁷⁶⁾, 제한적 배급(limited distribution), 재판매가격제한, 시장분할(market partitioning)의 4개 범주의 기본틀의 윤곽을 설정하고 있다.³⁷⁷⁾ 그러나 이들 범주 중 일부는 매우 광범위하고 그것들이 실무상의 상이한 범주의 제한들이 연결될 수 있는 협정의 형식을 넓게 반영하고 있지 못하기 때문에, 지침은 또한 8개의 개별적인 수직적 제한의 일반적 형식인, single branding, 배타적 고객할당, 선별적 배급(selective distribution), 프랜차이징, 배타적 공급, 끼워팔기 및 권장 및 최고 재판가격제 등에 대한 개별적 분석을 제공하고 있다.³⁷⁸⁾ 전체적으로 보아, 지침은 특정한 종류의 협정의 경제적 및 상업적 측면에 민감한 세련된 접근방법을 채택한다. 그것들은 기계적으로 적용되는 것이 아니라 합리적이고 유연한 방식으로 적용된다.³⁷⁹⁾ 지침 가운데 끼워팔기와 관련되는 부분에 대해서 살펴본다.

373) 상동.

374) 동 규칙, 제7조.

375) 동 규칙, 제8조.

376) single branding은 유럽위원회에 의해서 경업피지의무와 수량강요협정에 적용하기 위하여 사용되는 용어이다.

377) 지침, 제104조 내지 제114조.

378) 동지침, 제137조 내지 제228조.

379) Sir Christopher Bellamy Qc *et. al.*, *op.cit.*, p.497.

1) 지침의 적용범위

하나의 상품의 판매를 다른 구분되는 상품을 구매하는 조건으로 하는 경쟁 공급자간의 수평적 협정이나 공동관행에 대해서는 조약 제81조가 적용될 수 있고, 끼워팔기는 또한 끼워진 상품에 대하여 single branding 형태의 의무를 포함하는 경우에는 조약 제81조가 적용되는 수직적 제한을 구성할 수도 있는데, 이 지침이 적용되는 것은 후자의 경우이다.³⁸⁰⁾

2) 끼워팔기의 개념

끼워팔기는 공급자가 하나의 상품의 판매를 그 공급자나 공급자가 지정한 다른 제3자로부터 다른 구분되는 상품을 구매하는 조건으로 하는 경우에 존재하며, 첫째 상품을 끼운 상품, 두 번째 상품을 끼워진 상품이라고 지칭한다고 하였다.³⁸¹⁾ 무엇이 구분되는 상품으로 간주되는가는 우선 구매자의 수요에 의하여 결정된다고 하였다.³⁸²⁾ 그 상품의 성질 때문에 하나의 상품을 공급하는 것이 다른 상품을 공급하지 않고는 기술적으로 어려운 경우에는 흔히 묶어팔기(combinations)가 승인된 관행일 수 있다고 하였다.³⁸³⁾

3) 끼워팔기의 반경쟁적 효과

끼워팔기가 경쟁에 미치는 주된 부정적 효과는 끼워진 상품의 시장에서의 차단 가능성이며, 끼워진 상품과 관련하여 경업피지의무가 합의된 경우에는 끼워진 상품시장에서의 차단효과를 증대시킨다.³⁸⁴⁾ 끼워팔기는 특히 다음 세 가지 상황에서는 초경쟁적 가격의 발생을 야기할 수도 있다.³⁸⁵⁾ 첫째, 끼운 상품과 끼워진 상품이 구매자에게 부분적으로 대체가능한 때. 둘째, 끼워팔기가 고객이 끼운 상품을 사용함에 따라서 가격차별을 가능하게 할 때. 셋째, 장기계약이나 교체에 오랜 기간을 요하는 본장비와 부품

380) 지침, 제215조.

381) 동 지침, 제215조.

382) 동 지침, 제216조.

383) 상동.

384) 동 지침 제217조.

385) 상동.

시장의 경우에, 고객이 끼워팔기의 결과를 계산하기는 어려워진다. 넷째, 끼워팔기는 또한 끼운 상품의 시장과 끼워진 상품의 시장 양쪽에서 높은 진입장벽을 초래할 수 있다.

초경쟁적 가격의 효과는 그 자체로서 반경쟁적인 것으로 간주된다.³⁸⁶⁾ 차단효과는 끼워진 상품의 시장에서 총판매중 끼워팔기된 것의 비율에 달려있다.³⁸⁷⁾

끼워팔기는 끼운 상품과 관련한 경업피지의무나 수량강요 또는 배타적 구매 등의 非硬性(non-hardcore) 수직적 제한과 결합될 수 있다.³⁸⁸⁾

4) 끼워팔기에 대한 조약적용의 면제

(가) 시장점유율을 기준으로 한 안전지대

끼워팔기는 공급자의 끼운 상품시장과 끼워진 상품시장에서의 점유율이 30%를 초과하지 않는 경우에는 일괄면제 규칙 제3조와 결합되어 해석된 규칙 제2조(1)에 의하여 면제된다.³⁸⁹⁾ 공급자의 끼운 상품시장과 끼워진 상품시장에서의 점유율이 시장점유율 관문을 넘는 경우에는 다음의 지침이 개별적인 경우의 끼워팔기 평가를 위하여 제공된다.³⁹⁰⁾ 끼운 상품 시장에서의 공급자의 시장지위는 명백히 반경쟁적 효과의 가능성 평가에 가장 중요하다.³⁹¹⁾ 그 이외에 공급자의 시장지배력의 평가에는 경쟁자의 시장지위, 끼운 상품 시장에서의 진입장벽, 끼워팔기가 끼운 상품과 관련한 경업피지의무와 결합되었는지 여부 등이 고려되고,³⁹²⁾ 구매자의 구매력(buying power)도 고려된다.³⁹³⁾

(나) 조약 제81조(3)에 의거한 개별면제 가능성³⁹⁴⁾

상당한 반경쟁적 효과가 정해지면, 그 기업이 지배적이지 않은 것을 조

386) 동 지침, 제223조.

387) 상동.

388) 동 지침, 제218조.

389) 동 지침, 제218조.

390) 상동.

391) 동 지침, 제219조.

392) 상동.

393) 동 지침, 제221조.

394) 동 지침, 제222조.

건으로 조약 제81조(3)³⁹⁵에 의거한 면제가능성 문제가 제기된다. 끼워팔기 의무는 공동 생산이나 공동 배급에서 생기는 효율성 창출에 도움이 될 수 있다. 끼워진 상품이 공급자에 의하여 제조되지 않은 경우에는 공급자가 다량의 끼워진 상품을 구매하는 것에서도 생성될 수 있다. 그러나 끼워팔기가 면제될 수 있기 위해서는 최소한 이러한 비용절감의 일부라도 소비자에게 혜택이 간다는 것이 입증되어야 한다. 그러므로 끼워팔기는, 소매상이 정상적인 경로로, 동일하거나 동등한 상품의 공급을 끼워팔기 관행을 사용하는 공급자에 의하여 청약된 것과 동일하거나 그 보다 더 나은 조건으로 획득할 수 있는 경우에는, 통상 면제될 수 없다. 다른 효율성은 끼워팔기가 일정한 통일성과 품질 표준화를 보장하는 데 도움이 되는 경우에 존재한다. 그러나 적극적 효과가 구매자에게 공급자나 공급자가 지정한 제3자로부터 구매하도록 요구함이 없이, 구매자에게 최소한의 품질 기준을 만족시키는 상품의 사용이나 재판매를 요구함으로써는 똑같이 효율적으로 실현되지는 못한다는 것을 입증하는 것이 필요하다. 최소한의 품질 표준에 관한 요건에 대해서는 통상 제81조(1)가 적용되지 않는 것이다. 끼운 상품의 공급자가 구매자에게 구매자가 끼워진 상품을 그로부터 구매해야 하는 공급자를 강요하는 경우에는, 예컨대 최소 품질 표준의 명료화는 불가능하기 때문에, 이것도 제81조(1)의 적용범위 밖에 있을 것이고, 끼운 상품의 공급자가 끼워진 상품의 공급자를 지정함으로써 직접적인 (재정적) 이득을 취득하지 않은 경우에는 특히 그러하다.

395) 조약 제81조(3)은 다음과 같다.

(3) 그러나 다음과 같은 경우에는 제1항의 규정이 적용되지 않는 것으로 선언될 수 있다.

- 사업자간의 협정이나 협정의 범주에 포함되는 것;
- 사업자단체의 결정이나 결정의 범주에 포함되는 것;
- 공동관행이나 공동관행의 범주에 포함되는 것 등이

상품의 생산 또는 배급을 증진시키는 데 기여하거나 기술적 또는 경제적 성장을 촉진하면서, 소비자에게 그로 인한 혜택의 공정한 배분을 보장하고 다음과 같은 효과를 발생하지 않는 경우.

- (a) 관련 사업자에 대하여 이들 목적의 실현을 위해서 필수적이지 않은 제한이 과해지거나, 또는
- (b) 관련 사업자에 대하여 당해 상품의 본질적 부분에 대하여 경쟁을 배제할 가능성이 부여되는 경우.

소비자에게 최소한 부분적으로라도 명백한 효율성이 전달되는 경우를 제외하고는, 30%의 시장점유율 관문을 초과하는 끼워팔기의 면제 가능성은 희박하다.³⁹⁶⁾ 끼워팔기가 끼워진 상품이나 끼운 상품과 관련하여 경쟁피지의무와 결합된다면 면제 가능성은 더욱 희박하다.³⁹⁷⁾

(다) 면제의 철회

다음과 같은 일정한 상황에서는, 지침상의 시장점유율 한도 이하에서도 위원회가 우려하는 때에는 끼워팔기를 포함하는 개별적 협정이나 협정의 집단에 대한 일괄면제의 혜택을 철회할 수 있음을 보여준다.³⁹⁸⁾

끼워팔기로부터 아무런 효율성도 발생하지 않거나 그러한 효율성이 소비자에게 전달되지 않는 경우에는 면제의 철회가 가능하다.³⁹⁹⁾ 또한 가능한 효율성이 그 중 일부라도 소비자에게 전달되지 않고서 다수의 공급자들이 유사한 끼워팔기 협정을 적용하는 누적효과(cumulative effect)의 경우에도 면제의 철회가 가능하다.⁴⁰⁰⁾

2. 판 례

(1) 개 관

EU법상 끼워팔기는 생산이나 배급의 상이한 수준의 상품과 용역의 공급자와 구매자간의 수직적 협정으로 부과되는 경우에는 조약 제81조(1)이 적용되고, 특히 그 공급자가 지배적 기업인 경우에는 조약 제82조가 적용된다. 전자에 대해서는 전술하였으므로, 여기에서는 후자에 관해서 주로 살펴본다.

끼워팔기의 전형적인 예는 지배적 기업이 그가 지배적 지위를 갖고 있는 상품의 공급을 고객이 다른 상품(끼워진 상품)도 그로부터 구매하기로 동의하는 경우를 조건으로 하는 것이다. 그 해악은, 끼워진 상품의 고객만이 아니라 경쟁자의 손해를 발생시키면서, 그 시장지배력(market strength)

396) 동 지침, 제223조.

397) 상동.

398) Sir Christopher Bellamy Qc *et. al.*, *op.cit.*, p.497.

399) 동 지침, 제224조.

400) 상동.

을 끼워진 상품으로 확장하려고 시도하는 것이므로, 지배적 기업은 끼워진 상품의 공급에서는 지배적이지 않는 것이 보통이다.⁴⁰¹⁾ 끼워팔기는 무엇이 단일한 상품의 구성부분들(components)의 결합(combination)이 아니라 두 개의 서로 다른 상품들로 이루어진 청약인 경우에 발생한다.⁴⁰²⁾ 특정 끼워팔기 사건에서 당해 관행이 별개의 독립된 상품들의 끼워팔기인지 아니면 단지 단일 체제(system)의 구성부분(components)인지 하는 문제는 난제이다. 이 쟁점은 후술하는 Hilti, Tetra Pak II에서 제기되었다. 컴퓨터 소프트웨어의 묶어팔기, 컴퓨터 CPU와 주 메모리의 묶어팔기에 관해서는 후술하는 IBM사건에서 논의되었다. Novo Nordisk사건⁴⁰³⁾에서는 대부분의 EU회원국에서 인슐린 시장과 펜 주입장치시장에서 지배적 지위를 가진 의약품제조업자가 다른 제조업자의 구성부분과 결합되어 사용된 경우에 자사가 개발한 새로운 인슐린 주입법인 이른바 “인슐린 펜(insulin pens)”에 대한 보증을 거부한 행위에 대하여, 위원회는 조사 후 그러한 행위가 지배적 지위의 남용에 해당한다는 예비판정을 하였고, 사건은 화해로 종결되었다.

(2) 주요 끼워팔기 사건

1) Hilti사건

Hilti사건에서⁴⁰⁴⁾ 룩셈부르크기업인 Hilti는 화약작동식 못박는 기계(nail gun)와 그 안에 장착하는 카트리리지조각과 발사되는 못 등의 소모품에 대한 지배적 기업이었는데, 다수의 못 제조업자가 Hilti의 못박는 기계에 끼워지는 못과 호환되는 못을 생산하였지만, 특허대상인 카트리리지조각에 대해서는 그럴 수 없었다. Hilti는 못을 카트리리지조각과 끼워팔기하려는 시도를 하였다.

401) Sir Christopher Bellamy Qc *et. al.*, *op.cit.*, p.747.

402) *Ibid.* 다만 Bellamy & Child에서는 tying이나 bundling을 모두 지배적 지위의 남용이라고 설명하고, 묶어팔기에 해당하는 것을 “단일한 상품의 구성부분들(components)의 결합(combination)”으로 표현하고 있다.

403) XXVIth Report on Competition Policy (1996), p.142.

404) *Hilti v. Commission*, case T-30/89 [1991] II ECR 1439 [1992] 4 CMLR 16.

Hilti는 고객들에게 일정수의 못과 함께 구매하지 않으면 카트리리지조각의 공급을 거절하였고, 못과 카트리리지조각을 결합하여 구매하는 경우에는 특별할인을 허용하였으며, 경쟁 생산업자에게는 카트리리지조각의 공급을 거절하고 자기의 고객들과 전속적 유통업자들에게 다른 못 생산업자에게의 카트리리지조각의 공급을 방해하고자 하였으며, Hilti가 공급하지 않은 소모품이 사용된 공구에 대한 보증의 인수를 거절하였다.

이 사건에서 피고 Hilti는 유럽제1심법원에, 경쟁자의 못을 사용하지 못하게 한 것은 안전과 신뢰성 때문이었다고 항변하고, 원고들이 제조한 못이 Hilti의 기계에 사용되기에는 부적합한 심각한 결함을 갖고 있음을 주장하는 기술적 보고서를 제출하였으나 유럽제1심법원은 Hilti의 주장을 배척하였다. Hilti는 또한 유럽공동체 회원국의 제조물책임(product liability)에 관한 법에 의한 자사의 배려의무가 있음을 주장하였으나, 법원은 Hilti가 당국에게 신고를 하지 않은 사실을 지적하고, 이 법의 집행권을 부여받은 당국이 있으므로, 그러한 상황에서는 지배적 지위에 있는 기업이 주도적으로 자기가 위협하다고 간주하는 상품을 제거하는 조치를 취할 의무를 부담하지 않는다고 하였다.

유럽위원회는 이러한 행동은 남용적이라고 판단하였으며,⁴⁰⁵⁾ 이 결정은 유럽제1심법원에 의해서 지지되었다.⁴⁰⁶⁾

2) Tetra Pak II사건

Tetra Pak II사건에서⁴⁰⁷⁾ 유럽위원회는 Tetra Pak의 고객들이 계약에 의하여 Tetra Pak의 포장기계에 사용되는 카톤 포장(carton packing)재료를 Tetra Pak으로부터만 구매할 의무를 부담한다는 계약 조항에 대하여 유죄판정을 내렸다.

Tetra Pak은 끼워팔기 혐의에 대해 상품보증하에서의 유지보수 의무가 효과적으로 실행되기 위하여, 그 상품에 대한 유지와 수리 서비스가 자

405) OJ 1988 L 65/ 19 [1989] 4 CMLR 677.

406) *Hilti v. Commission*, case T-30/89 [1991] II ECR 1439 [1992] 4 CMLR 16.

407) *Tetra Pak II*, OJ 1992 L 72/1 [1992] 4 CMLR 551.

사에 의해서만 공급되어야 한다고 주장하였다. 그러나 이것은 그 유지보수와 수선 서비스의 끼워팔기가 보증기간을 넘어서 지속되었기 때문에 기각되었다. 또한 Tetra Pak은 상온에서 우유를 저장하는 것의 위험성 때문에 끼워팔기가 공중보건상 필요하였다는 항변을 주장하였지만, 유럽위원회는 이를 배척하였다.⁴⁰⁸⁾ 후자의 문제에 대해서 유럽위원회는 그것을 해결하기 위한 기준들과 법적 기구의 형태로 적절한 기술적 해결책이 있다는 것을 지적하였다. 유럽위원회는 제한적 관행의 사용이 불가피하지 않은 곳에서는 그것을 배제하는 균형성의 원칙을 지지하였다.

끼운 상품의 공급에 그 본상품에 대한 부대 서비스를 끼워진 상품으로 부과하는 끼워팔기 조항은 조약 제82조의 위반이 될 수 있다. 이 사건에서 유럽위원회는 고객에게 교체용 부품의 공급을 포함하여 기계의 유지와 수선서비스를 Tetra Pak으로부터만 받도록 요구하는 조항은 남용적이라고 판단하였다.⁴⁰⁹⁾

3) IBM사건

1984년 IBM사건⁴¹⁰⁾은 끼워팔기와 지적소유권분야의 제86조 위반에 대한 사건이었다. 이는 IBM의 2가지 관행에 대한 것이었다. IBM의 이른바 메모리 장착판매(memory bundling)와 이른바 인터페이스 공시(interface disclosure)의 관행이 쟁점이었다. 전자는 IBM이 주메모리 기능을 중앙처리장치(CPU)의 가격에 포함시키고 개별적 공급을 거절한 관행을 가리켰고, 후자는 IBM이 자사의 컴퓨터가 실제로 시판되기 전까지 컴퓨터의 시스템을 공시하지 않아서 IBM의 하드웨어와의 호환장치를 제조하는 업자의 불이익을 초래하는 관행과 관련된 것이었다. 화해안의 조

408) OJ 1992 L 72/1 [1992] 4 CMLR 551 § 119.

409) *Tetra Pak II*, OJ 1992 L 72/1 [1992] 4 CMLR 551 §§ 107 et seq. 또한 *Napier Broun- British Sugar* 사건에서 유럽위원회는 공장도가격이 아니라 고객이 있는 장소까지의 운송비가 포함된 인도가격의 책정은 남용적이라고 판정하였다. *British Sugar*는 그것에 의하여 설탕의 배달업무까지도 추가적으로 확보하게 되는데, 그렇지 않았더라면 그것은 독립된 운송업자가 담당하였을 것이기 때문이었다. OJ 1988 L 284/ 41 [1990] 4 CMLR 196.

410) *IBM, The 14th Annual Report on Competition Policy*, (1984), points. 94-95.

건은 IBM이 자사의 양 관련관행을 고치기로 양해하는 반대급부로 유럽위원회가 제82조에 의한 절차를 중단한다는 것이었다. 유럽위원회는 관련기업이 불만인 경우에는, IBM에 대한 법적 절차를 재개할 권리를 부여하였고, IBM은 일정기간 화해 내용을 준수하기로 동의하였다.

이른바 메모리장착판매의 문제는 화해시에는 메모리가 더 이상 중앙처리 장치의 주요부분을 이루지 않았기 때문에 그 중요성이 감소되었다. IBM은 원래부터 문제의 EEC System-370을 메모리없이 공급하거나 최소한의 시험에 필요한 메모리만 장착하여 제공하려 했었다고 주장하였다. 인터페이스공시문제는 IBM컴퓨터와 호환되는 주변장치의 독립적 제조자들이 경쟁으로부터 배제되는 문제로서 위원회의 최초의 청구대상이었으나, 나중에는 회사가 IBM의 소프트웨어와 결합되어 작동될 수 있는 소프트웨어 프로그램을 준비하는데에 필요한 IBM System-370의 source code를 공시하지 않은 점과 Systems Network Architecture(SNA)라는 그것의 통신기준과 관련하여 사용된 관행으로 청구가 확대되었다. 유럽위원회는 특별히, 그러한 인터페이스 정보의 비공시는, 필연적으로 IBM의 소프트웨어와 결합되어 작동될 수 있는 소프트웨어 프로그램을 준비하는 데 필요한 데이터통신업에서의 표준 컴퓨터 네트워킹 절차의 개발노력에 역효과를 가질 것이라고 언급하였다.

IBM은 복잡한 화해안의 조건하에서, 인터페이스 정보를 공동체내에서 판매하려는 의도의 새 System-370의 발표후 120일 이내에 이용이 가능하게 하고, 원부호 인터페이스 정보를 새 상품의 발표후 인터페이스가 기술적으로 입증되는 대로 신속히 경쟁자들에게 이용이 가능하도록 하겠다고 약속하였다.

이처럼 “고도로 복잡하고 기술적인” 문제는⁴¹¹⁾ 유럽위원회와 IBM 양측의 관점에서 만족스럽게 해결되었다. 소송에 의하였다면, 이 사건의 해결에는 수년의 시간과 경쟁국(DGIV)의 엄청난 양의 자원을 소요해서야 가능하였을 것이다. 이 사건은 유럽위원회가 장차 i) 지배적 기업이 예컨대 CPU와 그 메모리같이 두 개의 관련된 상품을 함께만 구입할 것을 주장하

411) *Ibid.*, points. 77-79.

는 것에 의하거나, ii) 소기업들이 상품을 지배적 기업의 상품에 호환되도록 만들어서, 지배적 기업이 자기의 상품을 새로 디자인하는 때에는 경쟁자의 보충적인 상품의 호환성이 없어져서 상업적 불이익을 입는, 이른바 은밀한 끼워팔기(implicit tying)의 사안에서, 특정한 시장으로부터의 경쟁자의 배제를 포함한 지배적 기업의 활동을 반경쟁적 관행으로서 엄격히 취급할 것임을 시사하는 사건이었다.⁴¹²⁾

만일 은밀한 끼워팔기가 남용행위로 될 것 같으면, 지배적 지위를 가진 기업은 그러한 수법으로 경쟁자에게 불이익을 주는 행위를 삼가야 할 소극적 의무를 부담할 뿐만 아니라, 그러한 상업적 관행에 대하여 정당화사유를 제시할 수 있더라도 자기의 지배적 지위 때문에 시장구조를 경쟁적으로 유지할 적극적 책임까지도 인정될 수 있다. 이 쟁점은 특히 SNA와 관련된 인터페이스 정보의 비공시와 관련되는 것이지만, 그 사용은 유럽위원회에게 장래에, 강력한 기업이, 견제되지 않으면 그 우월한 기술력을 이용하여 자기가 선택한 시장에서 경쟁의 수준을 약화시킬 우려를 야기하는, 고급기술분야에서 가치가 있을 것이라는 평가가 내려졌다.⁴¹³⁾

4) 기 타

그 밖에 조약 제82조하에서 지배적 지위의 남용을 구성하는 혐의와 관련된 끼워팔기 사건들은 *Télémarketing* 사건⁴¹⁴⁾, *Digital* 사건⁴¹⁵⁾ 등이 있다.

412) D.G. Goyder, *EC Competition Law*, 2nd ed., 1993, pp.363-364.

413) *Ibid.*, pp.364-365.

414) Case 311/84 *CBEM v. CLT and IPB* (1985) ECR 3261(지배적인 방송국이, tele-sales 시장에서 모든 경쟁자를 제거하려고, 자사의 광고주들에게 자사의 연합된 T.V.쇼핑사업도 사용하도록 요구하였다.).

415) European Commission press release IP/97/868, 10 Oct 1997(컴퓨터 하드웨어와 소프트웨어의 공급업자가 그 고객에게 이 상품들을 개별로 구매할 수 있게 허용하였지만, 만일 그들이 이들을 함께 패키지로 구매하는 경우에는 상당한 할인을 제공하였다. 유럽위원회는 그것들을 하나의 패키지로 구매하는 가격은 그 각 구성품을 개별적으로 구매시의 목록가격의 합계의 90%보다 적어서는 아니된다고 하였다.).

제 3 절 영국에서의 끼워팔기규제

1. 실정법 규정

(1) 적용법조

영국법상 끼워팔기에는 원칙적으로 1998년 경쟁법(The Competition Act 1998)상 제1장 금지(chapter I prohibition)⁴¹⁶⁾가 적용될 수 있다. 동법 제2조는 “사업자간의 협정, 공동 관행 또는 사업자단체의 결정은 그 목적이나 효과가 영국내에서의 경쟁의 방해, 제한 또는 왜곡이고, 영국 내 거래에 영향을 미치고, 영국내에서 실행되거나 실행될 의도이고 또한 그 효과가 대부분의 사례에서 당사자의 시장점유율의 합계가 25퍼센트를 초과하는 정도로, ‘소규모(de minimis)’가 아닌 상당한 것인 경우에는 금지된다.”라고 규정하고 있다.

끼워팔기가 제1장의 금지에 해당할 가능성은 경쟁법 제2조(2)(e)가 “계약의 결론을 타방당사자에 의해 그 성질이나 상업적 용도에 의해 당해 계약의 주제와 무관한 보충적 의무를 부담하도록 하는 … 협정, 결정 또는 관행”이라고 제1장의 금지의 적용례를 정하는 점에서 분명하다.

이 금지에 대해서는 수직적 협정을 위해 제안된 배제명령(exclusion order)이 내려질 수 있다. 일정한 유형의 협정은 제3조에 의해서 제1장의

416) 1998년 경쟁법상 제1장의 금지와 제2장의 금지의 양자는 모두 영국내에서의 반경쟁적 행위를 금지한다. 주된 양자간 차이점은 다음과 같다.

- (i) 제1장의 금지는 오직 둘 이상의 당사자가 있을 때, 즉 쌍방 또는 다방협정에 적용된다. 순수한 일방적 행위에는 적용되지 아니한다. 그러나 제2장의 금지는 순수한 일방적 행위에 적용될 수 있고 통상 그 경우에 적용된다.
- (ii) 제2장의 금지는 반경쟁적 행위가 시장지배적 지위(dominant market position)를 보유한 당사자(들)에 의해서 실행되는 경우에만 적용된다. 반면 제1장의 금지는 그 당사자가 어느 시장에서나 지배적 지위를 갖고 있지 않은 경우라도 적용된다.
- (iii) 제1장의 금지는 반경쟁적 효과를 상쇄하는 경제적 장점이 존재하면 면제될 가능성이 있다. 제2장의 금지의 경우에는 그러한 면제가능성은 없다.
- (iv) 몇몇 협정은 제1장의 금지로부터 배제의 혜택을 누리나 제2장의 금지로부터는 아니다. 이러한 배제에는 본법 제3조(3)에 의거하여 주지사가 추가할 수 있는 배제를 포함한다.

금지에서 배제되는데, 이것은 그 협정들이 금지의 적용범위 밖에 있음을 의미한다. 배제는 법 자체에서 규정되거나, 이후의 주지사(the Secretary of State)의 명령에 의해 정해진다.

제4조 내지 제11조에 의하여, 제1장의 금지의 적용범위에 포함되는 협정도 그 적용이 면제될 수 있다. 협정이 제1장의 금지로부터 면제되는 것은 그것이 이미 EC조약 제81조(3)에 의하여 EC의 포괄면제나 개별면제를 받고 있거나, 그것이 영국법상 주지사에 의한 포괄면제 명령을 받거나 공정거래청(OFT)에 의하여 특별히 개별적 면제를 받은 경우이다. 영국의 포괄 및 개별 면제는 제9조의 기준에 부합되는 경우에만 허용된다. 영국법상 제9조의 면제기준은 EC의 제81조(3)에 의한 면제기준을 반복하고 있다. 즉 넓게 보아, 그 협정이 그것의 반경쟁적 효과를 상쇄하는 경제적 장점을 가져오는 경우이다.

다음으로 끼워팔기는 지배적 지위의 남용(시장지배력의 남용)에 대해서는 1998 경쟁법상 제2장 금지(The Chapter II prohibition)의 적용을 받는다.

경쟁법 제18조(2)(d)는 다음과 같은 행위는 지배적 지위의 남용을 구성할 수 있다고 규정한다. “계약의 결론을 타방당사자에 의해 그 성질이나 상업적 용도에 의해 당해 계약의 주제와 무관한 보충적 의무를 부담하도록 하는 것”.

제1장 금지로부터는 면제가 가능한 반면, 제2장 금지로부터는 면제가 없다. 또한 제1장 금지와 제2장 금지는 중복 적용될 수 있다.

(2) 끼워팔기 규제법의 변화

비록 용어와 절차상 차이가 존재하기는 하지만, 1998년 경쟁법은 다른 회원국들의 경쟁법처럼 EC 조약 제81조와 제82조의 원칙을 밀접하게 모델로 하고 있다. 1998년 경쟁법의 도입으로 1976년 제한적 거래관행법(The Restrictive Trade Practices Act 1976)과 1976년 재판매가격법(The Resale Price Act 1976)은 실효되었다. 지배적 지위의 남용(시장지배력의 남용으로도 불림)에 관련하여 독점자의 관행에 대한 조사와

구제책을 허용하는 1973년 공정거래법(The Fair Trading Act 1973)의 독점조항은 효력을 유지하고 있으나 1980년 경쟁법(The Competition Act 1980)상의 반경쟁적 관행에 대한 조항은 폐지되었다.

2. 끼워팔기 규제의 법리

(1) 법의 원칙

관행상, 그 구매자가 원하는 상품에 대하여 그 공급자에게 경제적으로 종속되어 있어서, 구매하도록 강요되고 있는 상품을 구매할 수 밖에 없는 경우를 제외하고는, 끼워팔기 의무는 실제로 경쟁을 제한하지는 않는다고 생각되고 있다. 그러나 일반적으로 그러한 경우는 공급자가 구매자가 원하는 상품의 시장에서 지배적 지위를 가진 경우만일 것이다. 그러하다면, 어느 경우이건 끼워팔기는 공급자가 끼워팔기에 의해서 구매자가 구매하도록 강요되는 끼운 상품이 아니라 구매자가 구매를 원하는 끼워진 상품에 대해서 지배적 지위를 가진 경우에만 경쟁제한적인 것으로 간주된다. 그리고 지배적 지위의 남용(시장지배력의 남용으로도 불림)에 대해서는 제2장 금지(The Chapter II prohibition)의 적용을 받는다. 그리고 끼워팔기 사건은 통상 그렇게 처리된다.⁴¹⁷⁾

공급자가 구매자에게 그가 공급자의 상품 중 어느 하나를 구매한다면, 공급업자의 전체 상품 범위를 구매해야 한다고 또는 그것과 선택적으로 구매자가 전체 상품 범위를 구매하지 않는다면 하나의 상품에 대해 더 많이 지급하라고 요구하는 관행인 전품목강요는 끼워팔기의 극단적 형태로 취급된다.⁴¹⁸⁾

(2) 끼워팔기의 정당화사유

끼워팔기가 정당화될 수 있는 방법은 여러 가지가 있다. 그러나 그 정당화의 범위는 당연히 좁고, 제한적 관행의 사용이 불가피하지 않은 곳에서

417) Martin Coleman & Michael Grenfell, *The Competition Act 1998: Law and Practice*, New York: Oxford University Press, 1999, p.186.

418) *Ibid.*, p.261.

는 그것을 배제하는 EU법의 비례성의 원칙에 의하여 끼워팔기는 주장된 정당화사유를 위하여 필요한 것을 초과할 수 없다.⁴¹⁹⁾

(i) 상품의 단일성의 항변

EU조약 제82조(d)의 규정과 마찬가지로 1998년 경쟁법 제18조(2)는, 끼워진 상품들이 “그 성질이나 상업적 용도에 의해 무관한” 경우에만 끼워팔기를 남용으로 본다. 따라서 영국법상으로도 독립적인 상품들이 그러한 방식으로 연결되어 끼워팔기를 적법하게 만든다는 주장을 할 여지가 있다. 그러나 경쟁당국은 일반적으로 이러한 근거에서 끼워팔기를 허용하기를 꺼린다. 실로, 유럽위원회는, 독립적인 상품은 예전에 끼워팔기되었거나 묶어팔기되었더라도, 그것들을 개별적으로 판매하는 것이 가능하거나 가능해지는 것과 관계없이, 개별로 판매되기를 바라는 것이 위원회의 기대라는 것을 근래에 지적한 바 있다.⁴²⁰⁾

(ii) 품질관리의 항변

끼워팔기를 부과한 공급업자는, 고객들이 본상품의 공급업자로부터 교환 부품, 관련상품 또는 유지보수 서비스를 구매하는 것이 고객의 건강이나 안전에 이해관계가 있다는 기술적 주장을 할 수 있다. 그러나 그러한 주장은 Hilti와 Tetra Pak II 사건에서는, 문제의 건강과 안전요건은 다른 일반 법적 의무에 의하여 적절하게 보호된다는 이유로 배척되었다.

(iii) 공정거래청(OFT)은 끼워팔기나 전품목강요의 부과는 생산과 배급에 있어서의 범위의 경제의 성취를 위한 하나의 적법한 방식일 수 있다고 하였다.⁴²¹⁾

419) European Commission decision of 1991.7.24 in Tetra Pak II [1992] OJ L72/1(항소심에서 위원회결정이 지지되었다.)*upheld on appeal* in Case T-83/91; *Tetra Pak v. Commission* (II) [1994] ECR II-755, and Case C-333/94P *Tetra Pak v. Commission* [1996] ECR I-5951.

420) Commission Notice on the application of competition rules to access agreements in the telecommunications sector [1998] OJ C265/2, para. 103; Case C-333/94 *Tetra Pak v. Commission* [1996] ECR I-5951.

421) Office of Fair Trading, “Competition Act 1998: The Chapter II Prohibition”, (OFT 402), para. 4.46.

제 4 절 독일에서의 끼워팔기(Koppelungspraktiken) 규제

1. 실정법 규정

1998년 8월 26일 개정된 경쟁제한금지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen : GWB) 제16조제4호는 “상품 또는 용역에 관한 기업간 합의”가 “당사자에게 성질상 또는 상관행상 무관한 상품 또는 용역을 구입할 의무를 부과하는 경우”에는 “연방카르텔청이 그 합의를 무효선언하고 장차 동일한 내용의 합의를 하는 것을 금지할 수 있다”고 규정하고 있다. 제16조의 목적은 인위적인 진입장벽에 대한 규제를 통한 시장의 개방성유지이다. 끼워팔기의 위험은 특히 끼워진 상품의 시장으로부터의 경쟁자의 차단과 구속된 계약부분의 활동의 자유에 대한 침해로 구성된다. 이 위험은, 시장지배적 사업자가 그 힘을 끼워팔기 협정을 통하여 제3시장으로 확장하려고 하는 경우에는, 특히 크다. 그래서 오늘날은 그러한 경우에는 흔히 동시에 제19조에서 정하는 시장지배적 지위의 남용으로 추정된다.⁴²²⁾

2. 실제 사례

끼워팔기 관행은 특히 공급자가 선호하는 상품의 구매에 대하여 동시에 다른 덜 선호하는 상품의 구매를 조건으로 하는 경우에 존재한다. 끼워팔기 관행에 대한 이제까지의 독일의 실무상 유명한 예는 영화의 일괄예약이다.⁴²³⁾ 또 다른 예는 사무기기의 임대료를 높은 가격을 매긴 부속용품의 구매와 함께 하는 것이다. 그 밖에 정찰가상품 판매자가 하방의 상표시장에서의 구매자에 대한 구매강제(Bezugsbindungen)를 통하여 독점을 확장한 사례⁴²⁴⁾ 및 시장지배적 특허권의 보유자에 의한 다른 상품의 동시구

422) Volker Emmerich, *Kartellrecht*, 8. Aufl., München: C.H.BECK'SCHE, 1999, S. 140.

423) BKartA, TB 1959, S. 41 ff.; 1970, S. 83.

424) BKartA, WuW/E BKartA 1189 = JuS 68, 483 Nr. 2; KG, WuW/E

매와 라이선스부여의 끼워팔기 등이 있다.⁴²⁵⁾ 인기있는 스포츠경기의 입장권의 판매를 덜 인기있는 시합의 입장권의 동시구매와 구속시키는 경우,⁴²⁶⁾ 또한 시장지배적 수요자가 자기의 공급자에게 동시에 다른 상품을 공급받으면서 어떤 프리미엄을 인정하는 때에,⁴²⁷⁾ 끼워팔기 관행이 문제되었다.

이른바 신문의 강제결합(Zwangskombinationen von Zeitungen), 즉 광고주가 시장지배적 신문만이 아니라 동시에 동일신문사의 다른 신문도 예약하도록 강제되는 것도 이것에 속한다.⁴²⁸⁾ 그러나 법원은 시장지배적 신문사의 그와 같은 결합요금(Kombinationstarife)이 피결합기업인 부실신문사의 재정을 건전화하려는 목적인 경우를 전제로 승인하였다.⁴²⁹⁾

OLG 1000 = JuS 69, 590 Nr. 6 „Metro“.

425) BKartA, TB 81/82, 28f.; 83/84, 18f.

426) BGHZ 101, 100 (104ff.) = NJW 87, 3007 = JuS 88, 158 Nr. 10 „1. FC Köln“.

427) KG, WuW/E OLG 3124 (3129ff.) „Milchaustauschfuttermittel“.

428) V. Emmerich, *Kartellrecht*, 7. Aufl., (1994), S. 266.

429) BGH, NJW 84, 1116 = WuW/E BGH 1965; OLG Stuttgart, WuW/E OLG 2624 (2627f.).

제 4 장 비교법적 연구

제 5 장 현행 우리나라 공정거래법상의 끼워팔기 규제

제 1 절 공정거래법령의 관련규정

공정거래법 제23조제1항본문은 “사업자는 다음 각호의 1에 해당하는 행위로써 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(이하 “불공정거래행위”라 한다)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다.”고 규정하고, 제3호에서 “부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하거나 강제하는 행위”를 열거하고 있다. 동조 제2항은 “불공정거래행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다.”고 규정한다. 이를 받아서 공정거래법시행령에서는 제36조제1항에서 “법 제23조(불공정거래행위의 금지)제2항의 규정에 의한 불공정거래행위의 유형 또는 기준은 별표1과 같다.”고 규정하고 별표1“일반불공정거래행위의 유형 및 기준”(이하 “일반지정”이라 지칭한다.)에서는 제5호에서 “법 제23조(불공정거래행위의 금지)제1항제3호 후단에서 ‘부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 강제하는 행위’라 함은 다음 각목의 1에 해당하는 행위를 말한다.”고 규정하고 제5호 가목에서 끼워팔기란 제목하에 “거래상대방에 대하여 자기의 상품 또는 용역을 공급하면서 정상적인 거래관행에 비추어 부당하게 다른 상품 또는 용역을 자기 또는 자기가 지정하는 사업자로부터 구입하도록 하는 행위”라고 정의하고 있다.

한편 공정거래법시행령 제36조제2항에서는 “공정거래위원회는 필요하다고 인정하는 경우에는 제1항의 규정에 의한 불공정거래행위의 유형 또는 기준을 특정분야 또는 특정행위에 적용하기 위하여 세부기준을 정하여 고시할 수 있다. 이 경우 공정거래위원회는 미리 관계행정기관의 장의 의견을 들어야 한다.”고 규정하여 고시에 의한 특정불공정거래행위의 지정권한을 공정거래위원회에 부여하고 있고, 이에 의하여 가맹사업(프랜차이즈)의 불공정거래행위의기준지정(제정 1997. 2.1. 공정거래위원회고시 1997-4호, 개정 1998.12.31.공정거래위원회고시 1998-19호)(이하 “가맹사업지정”으로 지칭한다.)이 고시되어 있다. 가맹사업지정 제6조에서는 “가맹사업

자가 가맹사업의 이미지통일을 위하여 가맹희망자 또는 가맹계약자로 하여금 점포의 실내외장식 등의 설비를 설치하게 함에 있어서, 자기가 제시한 사양서나 품질기준에 따를 경우 점포의 통일적 이미지 확보에 지장이 없음에도 점포설비의 구입 및 설치를 자기 또는 자기가 지정한 자로부터 하도록 강요하는 행위는 법 제23조(불공정거래행위의 금지)제1항제3호 후단에서 규정하는 ‘부당하게 거래를 강제하는 행위’ 또는 법 제23조(불공정거래행위의 금지)제1항제4호에서 규정하는 ‘자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위’에 해당된다.”고 규정하고 있다.

공정거래법 제26조제1항본문에서는 “사업자단체는 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.”고 규정하고, 그 제4호에서는 “사업자에게 제23조(불공정거래행위의 금지)제1항 각호의 1의 규정에 의한 불공정거래행위 또는 제29조(재판매가격유지행위의 제한)의 규정에 의한 재판매가격유지행위를 하게 하거나 이를 방조하는 행위”를 규정하고 있다.

제 2 절 끼워팔기 규제의 법원칙

1. 끼워팔기의 성립요건

(1) 상품의 독립성

공정거래법상의 끼워팔기는 “자기의 상품 또는 용역을 공급하면서 ... 다른 상품 또는 용역을 ... 구입하도록 하는 행위”라고 정의되고 있으므로, 분명히 독립적인 상품의 존재를 전제로 하고 있다(일반지정 제5호 가목). 그러나 친경쟁적 묶어팔기와의 구별의 어려움이 발생할 수 있으며, 우리법에서는 합성물의 구별기준을 적용해볼 수 있다고 본다. 그러나 그 기준인 사회통념이라는 기준 역시 상당히 모호한 점이 있어서, 그에 관해서 간단히 살펴본다.

우선 끼워진 상품이 끼운 상품의 밀접한 보완재인 것처럼, 끼운 상품과 끼워진 상품간의 연결이 직접적이면, 제조업자는 적절하게 그들의 판매를 묶을 수 있다. 예컨대, 자동차 소음방지장치의 자동차에의 장착은 묶어팔

기에 해당한다. 묶어팔기가 발생하는 원인은 그것이 보다 판매자의 비용을 절감시키기 때문이며, 이것은 결국 소비자후생을 증대시킨다. 소비자의 후생을 극대화하기 위한 정책은 반드시 모든 개별 소비자를 각각의 상황에서 유리하게 하지는 아니한다. 예컨대 모든 소비자에게 신발을 한 짝이 아니라 한 켤레로만 판매하도록 하는 정책은 한 짝만 구매하기를 원하는 소수의 소비자에게는 피해를 줄 수 있지만, 대부분의 소비자에게 최저비용으로 신발을 구매할 수 있도록 하여준다. 즉 묶어팔기는 모든 개개의 소비자가 아니라 대부분의 소비자를 최적으로 하거나 소비자의 이득이 소비자의 손실을 능가하는 효과를 가져오는 것이다. 경쟁에 의해서 행해진 묶어팔기는 통상 시장에 대한 효율적인 반응이고 끼워팔기가 아니라 적법한 단일 상품의 판매로 간주되는 것이다.

(2) 시장지배력 요건의 문제

공정거래법상 끼워팔기의 성립요건으로서 판매자가 끼운 상품에 대하여 시장지배력을 보유하고 있어야 하는가는 일단 현재의 조문의 위치상 부정적이다. 현재의 조문상으로는 시장지배력이 아닌 거래상대방에 대한 우월적 힘으로 족한 것으로 해석할 수도 있을 것이다. 그러나 판매자가 구매자에게 끼워팔기를 부과할 수 있으려면 어느 정도의 지배력이 있어야 하는 것이다. 그렇지 않다면 판매자가 끼워팔기를 부과하면 구매자는 이를 끼워진 상품의 가격인상으로 간주하여 다른 경쟁공급자의 대체상품을 구매할 것이기 때문이다. 그것은 절대적인 시장지배력은 물론 상대적 시장지배력인 경우도 가능하며, 후자의 예로는 프랜차이즈 관계의 가맹사업자의 가맹계약자에 대한 지배력을 들 수 있다. 여기에서 “어느 정도의 지배력”과 시장지배력은 결국 일치하는 것이 아닌가 생각한다. 그것은 관련시장에서 상품의 가격을 인상하여도 수요자의 이탈이 어렵거나 일부 이탈이 있더라도 전체 수익의 증가를 가져오는데 지장이 없을 정도의 시장에 대한 영향력이다.

(3) 거래의 강제성

구매자는 끼워진 상품의 구매를 원하지 않았으나 강요에 의하여 구

매에 이른 것이어야 한다. 판매자가 끼워팔기를 거래조건으로 부과하였더라도 끼워진 상품의 구매를 원하였거나 원하지는 않았지만 무방하다고 감수한 구매자도 있을 수 있다. 그러한 경우에는 거래의 강제성 요건은 충족될 수 없다.

한편 공정거래법상의 끼워팔기가 물리적 폭력에 의해서 상품을 판매하는 이른바 강매와 같은 경우를 의미하는 것은 아니며, 여기서의 “강제”는 경제적 힘의 행사에 의한 강제를 의미한다. 그러므로 이 강제성 요건은 전술한 판매자의 끼운 상품에 대한 시장지배력과 밀접하게 관련되어 있다.

2. 끼워팔기의 경쟁에 미치는 효과의 고려

(1) 끼워팔기의 위법성 판단

1) 공정거래를 저해할 우려

공정거래법상 불공정거래행위란 법 제23조제1항 각호에 열거된 행위로서 “공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위”를 말한다. 여기에서 “공정한 거래를 저해할 우려”의 의미에 관해서는 여러 가지 견해의 대립이 있다.

- i) 제1설: 여기에서 “거래”의 의미는 보다 넓은 의미의 “상행위 내지 경제행위”로 해석할 것이라는 견해이다.⁴³⁰⁾ 그러므로 여기서 공정한 거래란 공정한 경쟁보다 넓은 개념으로서 경쟁의 수단이나 방법의 공정성, 즉 경쟁 자체의 보호 뿐 아니라 거래의 내용이나 조건이 부당하거나 불공정한 경우의 규제 등 경쟁자와 소비자의 이익도 직접 보호하는 매우 포괄적인 제도로 본다. 따라서 “공정한 거래를 저해”한다는 것은 공서양속, 신의성실, 권리남용금지의 원칙 등에 반하는 것을 의미하는 것으로 보게 된다. 즉 당해 사업계의 정상적인 경제활동에 있어서 인정되는 경쟁방법의 범위를 일탈하였다든지 상관습

430) 권오승, 『제3판 경제법』, 법문사, 2001, 294-295면; 권재열, 『최신판 경제법』, 법원사, 2001; 박길준, 『한국독점규제법』, 삼영사, 1983, 90-91면; 정호열, “우리나라 불공정거래행위법의 체계와 불공정성의 의미”, 『기업구조의 재편과 상사법: 회명박길준교수화갑기념논문집』, 1998, 1152면; 황적인/권오승, 『제5정판 경제법』, 법문사, 1996, 185면.

에 반한다든지, 경제사회의 통념상 시인될 수 없는 방법이라는 의미로 보는 견해이다.

- ii) 제2설 : “거래”의 의미를 “경쟁”의 의미로 제한 해석하는 견해가 있다.⁴³¹⁾ 이 입장에서는 “공정한 거래를 저해”한다는 것을 경쟁제한적인 작용(anticompetitiveness)을 갖는다는 것으로 보게 된다. 그러나 보호되는 경쟁은 거래행위의 주체와 그 경쟁사업자간의 경쟁만이 아니라 행위주체의 거래상대방과 그 경쟁사업자간의 경쟁으로까지 확대하여 보아야 한다고 하여 넓게 해석한다.
- iii) 소결 제2설에서는 제1설에 대하여 “공정”을 경제사회의 통념에 의한 반윤리성과 동등하게 보는 것은 타당하지 않고, 경제사회의 통념에 의한 반윤리성은 제2차적·보충적으로 고려할 요소이며, 공정한 경쟁의 확보라는 법목적⁴³²⁾에 반하지 않는 범위에서만 고려되어야 한다고 비판한다. 그러나 공정거래법 제23조의 “공정한 거래를 저해”한다는 것이 미국의 연방거래위원회법 제5조상의 “경쟁의 수단이나 방법의 공정성(unfair methods of competition)”과 “불공정하고 기만적인 행위나 관행(unfair and deceptive acts or practices)”, 전체와 상응하는 조항이라는 점, 불공정거래행위의 행위유형 가운데 경쟁 자체의 보호 뿐 아니라 거래의 내용이나 조건이 부당하거나 불공정한 경우를 규제하기 위한 유형이 포함되어 있다는 점 등을 볼 때 제1설에 찬동한다.

또한 “저해할 우려”만 있으면 되므로 공정한 거래를 저해하는 사실이 현실적으로 존재할 필요는 없다. 구체적 위험성이 아닌 추상적 위험성만 있으면 족한 것이다.

431) 김영호, 『경제법신론』, 팔마도서, 2000, 296면; 이기수, 『제3판 경제법』, 세창출판사, 2000, 166-167면; 이남기, 『제2개정판 경제법』, 박영사, 2000, 219면; 이동규, 『독점규제 및 공정거래에 관한 법률개관』, 행정경영자료사, 1997, 388면..

432) 공정거래법 제1조(목적) 이 법은 사업자의 시장지배적지위의 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고, 부당한 공동행위 및 불공정거래행위를 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모함을 목적으로 한다.

2) 끼워팔기의 위법성

(가) 위법성 판단의 문제

끼워팔기를 그 성립요건이 갖춰지면, 당연 위법으로 취급하는 것이 가능한지와 그 필요성여부가 문제된다. 미국에서 독점금지분석은 전통적으로 당연위법 심사와 합리성 심사의 양방향에서 행해져 왔다. 당연위법 분석에 의하면, 어떤 행위가 유해가능성이 높은 것으로 추정되어서 신속하게 제재된다.

이 문제는 불공정거래행위의 위법성 판단에 관한 다음 두 가지 견해의 대립과 맥을 같이 하는 것이다.

- i) 제1설: 공정거래법시행령상 일반지정에서 열거하고 있는 불공정거래행위들의 문언상 “정당한 이유없이”라고 규정된 행위는 당연위법 행위로서, 일단 행위가 행해지면 당연히 공정거래법 위반으로 보고 위법한 행위로 추정되며, 다만 위법성이 조각되는 정당화사유가 존재하면 불공정거래행위로 보지 않게 되나, 불공정거래행위의 구성요건 규정이 “부당하게” 또는 “정상적인 거래관행에 비추어 부당하게”의 범문으로 표현된 불공정거래행위는 조리위법행위⁴³³⁾의 유형에 속한다고 보는 견해이다.⁴³⁴⁾ 여기에서 정당한 이유란 개별적으로 판단할 수밖에 없는데, 일반적으로는 그러한 행위가 발생하더라도 시장에서의 경쟁이 침해되지 않거나, 그 침해 또는 경쟁감소가 극히 경미하여 공정한 거래를 침해한다고 볼 수 없는 경우를 말한다고 한다.⁴³⁵⁾

조리위법행위가 일단 발생하면 위법성을 인정하기 위하여 그 발생한 행위로 인하여 시장에서의 경쟁질서를 침해하거나 경쟁을 현저히 감소시켰는지 여부에 대한 판단이 필요하게 된다.⁴³⁶⁾ 이 입장에서는 끼워팔기는 그

433) 여기에서 조리위법행위란 합리성의 원칙에 의하여 위법으로 인정되는 행위를 가리킨다.

434) 이기수, 전게서, 173-174면; 이남기, 전게서, 221-222면.

435) 이기수, 상게서, 173면.

436) 상게서, 동면.

문언상 조리위법행위에 속하게 된다. “부당하게”라는 문구가 포함된 행위 유형은 합리의 원칙이 적용되고, “정당한 이유없이”라는 문구가 포함된 행위 유형은 당연위법의 원칙이 적용된다는 견해도 이와 같은 입장이다.

- ii) 제2설: 그러나 입법자가 “정당한 이유없이”와 “부당하게”를 이처럼 엄격히 규범적 검토를 거친 뒤에 구별하여 입법한 것이라고 생각할 수 없는 면이 있다는 점, 미국법상 합리의 원칙과 당연위법의 원칙은 주로 카르텔규제와 관련하여 적용되는 이론이라는 점에서 적용 차원이 다르다는 점 등에서 제1설을 비판하고 이러한 구분은 위법성판단의 하나의 고려요소 정도로 생각하여 “정당한 이유없이”란 문언이 포함된 경우에는 “부당하게”란 문언이 포함된 경우보다 위법성이 인정될 가능성이 높다는 것을 의미하는 것으로 보는 견해가 있다.⁴³⁷⁾ 이 입장에서는 양문구의 의미를 입증책임의 차이로 이해해서 “정당한 이유없이”라는 문언이 포함되어있는 행위는 행위자가 정당한 이유를 입증하지 않는 한 위법한 것으로 하고, “부당하게”라는 문언이 포함되어 있는 유형은 공정위가 그 부당성을 적극적으로 입증해야 한다고 해석하는 것이 타당하다고 한다.

iii) 소 결

이 문제와 관련해서는 세 가지로 나누어서 살펴보아야 하겠다. 첫째로, 불공정거래행위를 당연위법행위와 조리위법행위로 나누어 볼 필요가 있는가 하는 문제와 그것이 긍정된다면, 그 구별기준을 어디에서 찾을 것인가 그리고 끼워팔기가 그 중 어느 쪽에 속하는가 하는 문제이다.

첫째 문제에 관해서는 그러한 필요성이 인정된다고 생각한다. 그것은 그러한 분류가 행정 및 사법자원의 적절한 배분과 피해자의 신속한 구제에 도움이 되기 때문이다. 불공정거래행위 중 경쟁에 미치는 효과를 고려하여 그 위법성을 인정할 조리위법행위와 그러한 고려가 별도로 필요 없이 그 행위가 발생하면 당연히 위법한 것으로 보고 피고의 항변주장에 의하여 위법성을 조각할 수 있도록 할 당연위법행위로 나누어 보는 것은 후자의 심

437) 권오승, 전게서, 301-302면.

사에 쏟을 시간과 노력을 전자에 할당하여 보다 합리적인 결과를 창출할 수 있을 것이고 후자의 경우에는 피해자의 신속한 구제가 가능하게 할 것이기 때문이다.

둘째로, 당연위법행위와 조리위법행위의 구별기준을 어디에서 찾을 것인가 하는 문제에 관해서는 위의 제1설의 견해와 같이 법문의 표현의 차이에서 그 기준을 발견하는 것도 하나의 방법일 수 있겠으나, 그러려면 공정거래법령의 입법이 그것을 고려하여 이루어졌다는 전제가 보장되어야 하는데, 우리의 경우에 과연 그러한지는 의문이 아닐 수 없다. 따라서 이는 그 행위의 성질에 착안해서 내외국의 판례와 학설에 따라서 정립된 기준으로 해결할 문제라고 생각한다.

마지막으로, 당연위법행위와 조리위법행위의 구별을 전제할 때, 끼워팔기는 그 성질상 어느 쪽에 속할 것인가 하는 문제가 있다. 비교법적 고찰 부분에서 살펴본 바와 같이, 미국에서는 연방대법원 판례가 끼워팔기를 완화된 당연위법원칙 또는 수정된 당연위법원칙이 적용되는 관행으로 보고 있다. 그러나 판례의 방향은 끼워팔기에 대한 친경쟁적 효과의 가능성에 관한 학설과 경제이론의 발전에 따라 장차 합리성의 원칙으로 가지 않을까 짐작되고 있다. 다른 나라의 경우도 유사하다. 따라서 끼워팔기의 일부 특수한 유형을 제외하고는 원칙적으로 조리위법행위 내지 합리성의 원칙에 의한 심사가 이루어져야 할 행위로 보는 것이 타당하다.⁴³⁸⁾

(나) 경쟁에 미치는 효과

끼워팔기를 포함한 거래강제행위는 고객의 선택의 자유를 왜곡시키는 경쟁수단이므로 이를 통하여 가격·품질·서비스를 중심으로 하는 능률경쟁을 침해할 우려가 있다. 특히 끼워팔기에 있어서는 끼운 상품 또는 용역의 시장에서의 경제적 지위를 이용하여 행해지기 때문에, 끼워진 상품 또는 용역의 시장에서의 경쟁을 감소시킬 우려가 있다.⁴³⁹⁾

438) 다만 법문의 표현을 구별기준으로 하는 견해에서도 끼워팔기의 경우에는 마찬가지로의 결론이 도출된다.

439) 이남기, 전게서, 246면.

이 점을 고려하여, 끼워팔기의 경쟁저해성을 판단하기 위해서는 끼워팔기가 조직적이고 반복적으로 행해지는가 여부, 행위의 범위, 상대방의 수·규모, 끼운 상품의 시장점유율, 순위, 브랜드의 지명도, 경쟁자의 수·규모, 행위자 고객의 이동상황 등을 종합적으로 판단하여야 한다.⁴⁴⁰⁾

(다) 항변사유

끼워팔기는 거래상대방에 대하여 자기의 상품 또는 용역을 공급하면서 “정상적인 거래관행에 비추어 부당하게” 다른 상품 또는 용역을 자기 또는 자기가 지정하는 사업자로부터 구입하도록 하는 행위이다(일반지정 제5호가목). 끼워팔기는 성질상 조리위법행위로서 정당화사유가 있다면 그 위법성은 조각된다. 그러한 정당화사유는 첫째, 비용절감의 항변이 있다. 비용절감의 항변이 받아들여지면 패키지에 포함된 항목들은 단일한 상품으로 보게 되므로 이것은 바꿔말하면 효율적인 묶어팔기라고 주장하는 것이다. 묶어팔기가 발생시키는 효율성은 거래상 효율성과 생산상 또는 기술적 효율성의 두 종류로 크게 나누어 진다. 이것이 가장 근본적인 항변사유일 것이며, 이에 관해서는 전술하였다.

둘째, 품질관리의 항변을 주장할 수 있다. 끼운 상품의 구매자가 상품정보를 잘 알지 못하면, 제조업자의 품질에 대한 명성을 저하시킬 수 있는 걸만 번지르르한 상품을 구매하거나 끼운 상품이 제대로 잘 작동하기 어려울 수 있기 때문에 그 같은 결과를 방지하기 위하여 그 끼운 상품의 기능을 적절하게 만드는 적당한 투입 상품이나 부품을 구매하는 것을 보장하기 위하여 사용하는 경우가 그 예가 되겠다. 품질관리의 항변의 성립요건을 보면, 끼운 상품과 끼워진 상품의 결합이 개별적 공급보다 잘 끼운 상품을 더 잘 작동되도록 한다는 것과 패키지의 소비자가 그 상품들을 직접 결합시킴으로써는 동일한 결과를 얻을 수 없다는 것을 인정할 만한 이유가 있어야 한다. 그리고 시간적으로 품질관리 항변은 그 끼운 상품에 대하여 시장의 지식이 제한되는 이른바 소개기간 동안만 용인된다. 그런데 이와 같은 품질관리를 위한 끼워팔기는 상품에 대한 보증이 적정한 투입물이나 교체품을 사용한 조건부로 행해지는 것처럼 끼워팔기보다 덜 경쟁제한적인

440) 상계서, 동면.

방법에 의하여 품질 문제가 해결될 수 있다면 정당한 항변으로 인용되기 어렵다. 끼워팔기의 품질관리의 효과를 인정할 수 있지만, 그것은 또한 구매자가 동일한 가격이나 그 이하의 가격으로 끼워진 상품과 동등하거나 양질의 경쟁상품을 공급할 수 있는 공급자로부터 격리되도록 함으로써, 구매자의 선택권을 경쟁적 결과로부터 왜곡시키고, 소비자로부터 판매자에게로의 이전을 강요하고, 효율적이고 잠재적으로 우수한 토너 제조업자가 시장에 신규로 진입하는 것을 보다 어렵게 만들어서, 핵심적인 독점금지 목적이 몰각되게 할 수 있기 때문이다.

(2) 끼워팔기의 실제사례

(가) 공정거래위원회의 심결례에 나타난 유형

공정거래위원회의 심결례를 유형별로 보면 일반적인 상품 또는 용역의 끼워팔기와 소모품끼워팔기의 두 유형으로 나누어 볼 수 있다. 전자는 다시 그 영업분야에 따라서 장례식장·결혼식장 등의 공중접객업자의 상품 또는 용역의 끼워팔기⁴⁴¹⁾, 상품제조업자의 끼워팔기⁴⁴²⁾ 그리고 프랜차이즈 가맹사업자의 소모품 끼워팔기⁴⁴³⁾ 등이 있다.

441) 공정거래위원회 2001.5.2. 의결 2000광사1373(한마음병원(장례식장)의 거래강제행위에 대한 건); 공정거래위원회 2000.8.26. 의결 제2000-224호(재단법인 청주성모병원의 거래강제행위에 대한 건); 공정거래위원회 2000.6.16. 의결 제2000-88호((재)대구구교교성베네딕도수녀원[대구파티마병원장례식장]의 거래강제행위에 대한 건); 공정거래위원회 1999.11.30. 의결 제99-246호(지방공사 충청북도청주의료원의 거래강제행위에 대한 건); 공정거래위원회 2000.8.8. 의결 제2000-203호(거제수산업협동조합의 거래강제행위에 대한 건); 공정거래위원회 1998. 5.9. 의결 제98-71호(대교개발(주)의 부당한 거래강제행위에 대한 건); 공정거래위원회 1997. 12.23. 시정권고 제97-341호(지방공사 경상남도 마산의료원의 거래강제행위에 대한 건); 공정거래위원회 1997.6.11. 시정권고 제97-162호((주)서원 알리안스에식장의 부당한 거래강제행위에 대한 건); 공정거래위원회 1996.3.5. 의결 제96-21호(근풍진흥(주)의 거래강제행위에 대한 건); 공정거래위원회 1996.3.5. 의결 제96-23호(한우예식장의 거래강제행위 및 우월적지위남용행위에 대한 건); 공정거래위원회 1996.3.5. 의결 제96-20호(로알예식장의 거래강제행위에 대한 건); 공정거래위원회 1996.3.5. 의결 제96-22호((주)평화.목화에식장의 거래강제행위에 대한 건).

442) 공정거래위원회 1992.10.22. 의결 제92-124호(오비씨그램(주)및(주)베리나인의 거래강제행위에 대한 건).

443) 공정거래위원회 2000.5.31. 의결(약) 제2000-150호((주)철우네식품의 거래강제행위에 대한 건)(프랜차이즈 가맹사업자가 가맹계약자의 매장개설에 있어 자신이 지

(나) 검토해 볼만한 일상생활속의 사례들

공정거래위원회에 의한 심사가 이루어지지는 않았지만, 그 가능성이 있다고 생각되는 몇가지 사례에 관해서 끼워팔기의 성립 가능성을 살펴보기로 한다. 우선, 자동차의 옵션부품에 대한 패키지판매는 그것이 자동차와 엔진 또는 자동차와 타이어처럼 합성물로 인정될 정도의 구매자의 수요와 묶어팔기의 효율성이 인정되는 경우라면 끼워팔기에 해당하지 않을 것이나 그렇지 않은 경우에는 일단 끼워팔기가 성립하기 위한 상품의 독립성 요건에 해당할 수가 있다고 본다. 그러나 다음으로 자동차시장에서의 시장지배력이 인정되어야 끼워팔기의 성립요건이 충족될 것이다.

다음으로, 각종 하드웨어, 예컨대 스캐너, 프린터, 컴퓨터 등과 그 작동에 필요한 소프트웨어를 함께 파는 경우에 관해서 보면, 이 경우에는 전술한 지체된 수요도 부존재하고 무엇보다 끼운 상품에서의 시장지배력의 존재가 의심스러운 경우가 많을 것이다.

의약품, 특히 혼합백신의 판매가 끼워팔기에 해당하는가는 그 혼합된 개별백신의 별도 공급과 수요가 존재하는지에 의해서 결정될 것이다.

영화나 TV프로그램 등의 이른바 일괄예약(block booking)협정은 아직 우리 나라에서 공정거래사건화된 적은 없으나, 과거에 수입영화를 국산 영화에 묶어서 판매하던 예가 있었던 것으로 알고 있으며, 그러한 경우에는 끼워팔기가 성립할 수 있었을 것으로 생각한다.

현실적으로 자금대출의 수요가 많은데 공급이 적은 상황에서 은행이 대출을 받는 거래자에게 정기에금에 가입하도록 하는 이른바 꺾기의 관행이 종래 있었던 것으로 안다. 이것이 제도적으로 이루어진다면 끼운 상품은

정한 사업자로부터만 매장인테리어를 시공받게 하고, 이들 두 업체의 감독하에 주방 설비 및 용품을 성우주방, 태홍상사 등의 지정업체들로부터 공급받도록 한 행이에 대하여 가맹사업고시상의 가맹점포의 설비 구입강제에 해당하며, 또한 끼워팔기에 해당된다고 보았다.); 공정거래위원회 2000.1.8. 의결 제2000-1호((주)롯데리아의 거래상지위남용행위 및 거래거절행위에대한 건)(가맹계약자는 피심인이 공급 또는 지정하는 상품을 취급하도록 하고, 그 이외의 상품은 구입 판매하거나 취급할 수 없도록 한 행위와 주방기기 및 비품을 가맹사업자가 지정하는 공급업체로부터만 공급받도록 하는 행위를 모두 우월적 지위의 남용행위로 보았다. 그러나 전자는 거래강제의 일종인 끼워팔기에 해당하는 것으로 보인다.); 공정거래위원회 2000.4.14. 의결(약) 제 2000-118호((주)나누리식품의 거래상지위남용행위에 대한 건)(상동).

대출, 끼워진 상품은 정기예금가입으로서 끼워팔기에 해당할 것으로 본다. 은행이 보험상품을 취급할 수 있도록 하는 이른바 방카슈랑스가 도입된다면 역시 은행이 대출을 받는 거래기업체에 대하여 보험상품을 끼워팔기할 여지도 있을 것으로 본다.

프랜차이즈에 있어서 가맹사업자에 의한 가맹계약자에 대한 투입상품이나 원재료에 대한 소모품끼워팔기는 끼운 상품은 프랜차이즈계약이고, 끼워진 상품은 투입상품이나 원재료인 것으로 볼 수 있다.

국립공원에 입장하는 사람에게 사찰입장료를 포함한 공원입장료를 징수하는 것은 그 액수의 다과를 떠나서 끼워팔기의 성립가능성이 있다고 생각한다.

제 3 절 공정거래법의 관련규정의 체계적합성 여부

1. 불공정거래행위 규제의 체계

우리나라 공정거래법상의 불공정거래행위 규제는 일반적으로 미국의 연방거래위원회법 제5조 및 일본의 독점금지법 제2조제9항의 영향을 받아 제정된 것이다. 공정거래법 제23조(불공정거래행위의 금지)와 동법제3조의2(시장지배적지위의 남용금지)규정간의 체계조화의 문제에 관하여 살펴본다. 이는 양조항의 일원화가 가능한지와 그 필요성여부의 문제이다. 이에 대해서는 독점사업자의 시장지배적지위 남용행위에 관해서는 공정거래법이 규제하고 독점과 상관없는 사업자의 불공정한 수법에 의한 경쟁 또는 거래수단에 관해서는 별도로 불공정경쟁방지법을 제정하여 규제하도록 하자는 입법론이 제안된 바 있다.⁴⁴⁴⁾

이 견해는 그 근거로 현행 불공정거래행위의 유형은 연방거래위원회법 제5조 전단에 상응하는 경쟁의 자유를 제한하는 행위와 동조 후단에 상응하는 경쟁의 공정을 해하는 행위가 혼재되어 있다는 것을 들고 있다. 전자는 시장에 미치는 반경쟁적 효과가 주요한 위법성 판단의 기준인 반면 후자는

444) 공정거래위원회, 『불공정거래행위에 대한 합리적 규제방안 연구』, 1999.12, 139-145면.

행위 자체의 공정성이 중요한 위법성 판단기준이기 때문에 이 양자가 공정거래법에 함께 규정됨으로써 규제의 혼란이 초래되었다고 하는 것이다.⁴⁴⁵⁾

이러한 주장의 전체에 관해서 살펴보는 것은 본고의 범위를 넘는 일이므로 여기에서는 특히 끼워팔기 규제에 국한해서만 살펴보기로 한다.

2. 양규정의 관계

(1) 행위유형의 중복가능성

시장지배적 지위의 남용행위는 불공정거래행위와 외형상 공통될 수 있다. 가령 시장지배적 지위의 남용행위인 사업활동방해행위(법 제3조의2제1항제3호)는 부당한 거래거절(법 제23조제1항제1호), 부당하게 경쟁자를 배제하기 위하여 거래하는 행위(법 제23조제1항제2호), 자기의 거래상 지위를 부당하게 이용한 거래(법 제23조제1항제4호), 구속조건부거래(법 제23조제1항제5호) 등의 불공정거래행위와 겹칠 수 있다. 이에 관련된 공정거래위원회의 심결례를 보면, 금성사의 승강기의 원가보다 현저하게 낮은 가격제시에 의한 경쟁사업자의 배제행위는 독점규제법 제3조의2제3호에 해당하는 남용행위로 인정되어 시정명령이 내려지고 있으나,⁴⁴⁶⁾ 이 행위는 불공정거래행위의 하나인 不當廉賣(법 제23조제1항제2호)에도 해당할 수 있다.

또한 법 제3조의2제5호전단의 “부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래하는 행위”에 해당하는 것으로 남용행위심사지침에서 예시되고 있는 행위유형 중, “부당하게 상품 또는 용역을 통상거래가격에 비하여 낮은 대가로 공급하거나 높은 대가로 구입하여 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 경우”는 불공정거래행위 중 “부당염매”나 “부당고가매입”(법 제23조제1항제2호)과 중복될 수 있고, “부당하게 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 경우”는 “배타조건부거래”(법 제23조제1항제5호)에도 해당할 수 있다.

445) 상계서, 141면.

446) 공정거래위원회 1986.5.28, 의결, 제86-46호((주)금성사의 시장지배적지위의 남용행위에 대한 건).

(2) 양조항의 적용상 차이

결국 양자는 금지대상인 행위유형이 일정부분 겹치는 것이다. 그러나 양자는 다음과 같은 점에서 차이가 있다.⁴⁴⁷⁾

첫째, 금지대상인 행위의 주체면에서, 남용행위의 경우는 시장지배적 사업자이나(법 제2조제7호, 제3조의2), 불공정거래행위의 경우는 일반 사업자이면 족하다(법 제23조제1항).

둘째, 금지대상인 행위에 대하여 내려지는 과징금의 산정기준에 있어서 남용행위의 경우는 대통령령이 정하는 매출액(대통령령이 정하는 사업자의 경우에는 영업수익)에 100분의 3을 곱한 금액을 상한선으로 하고 매출액이 없는 경우 등에는 10억원을 상한선으로 하나(법 제6조), 불공정거래행위의 경우는 대통령령이 정하는 매출액(대통령령이 정하는 사업자의 경우에는 영업수익)에 100분의 2⁴⁴⁸⁾를 곱한 금액을 상한선으로 하고 매출액이 없는 경우 등에는 5억원을 상한선으로 하는 점(법 제24조의2)에서는 차이가 있다.

셋째, 금지대상인 행위에 대하여 내려지는 형사법적 제재면에서, 남용행위의 경우는 불공정거래행위보다 무거운 형벌이 법정되어 있다. 전자는 3년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금(법 제66조제1호), 후자는 2년 이하의 징역 또는 1억5천만원 이하의 벌금(법 제67조제2호)에 각각 처한다.

(3) 양조항의 적용의 기준

양조항의 해석의 가능한 하나의 기준은 제3조의2를 제23조의 특별규정으로 보는 것이다. 시장지배적 사업자라 하더라도 시장지배력을 남용하여 한 행위의 경우에는 법 제3조의2가 적용되고, 시장지배력의 남용이 없이 불공정거래행위를 한 경우에는 법 제23조가 적용되는 것으로 보는 것이다. 이를 상설하면 다음과 같다.

첫째, 시장지배적 사업자가 시장지배력을 남용하여 한 불공정거래행위의 경우, 즉 힘의 행사와 관계된 행위유형의 경우에는 법 제3조의2만이 적용

447) 손주찬, 『경제법』, 법경출판사, 1993, 229면.

448) 다만 제7호의 규정(부당지원행위)에 위반한 경우에는 100분의 5.

된다. 그 이유는 불공정거래행위로서 시장지배적 지위의 남용행위와 행위 유형이 중복되는 것들은 어느 정도 시장에 대한 힘을 행사하는 것일 수밖에 없는데, 입법자가 특별히 힘의 행사에 관한 외형상 유사한 행위들을 남용행위와 불공정거래행위로 나누고, 전자에 대해서는 무거운 제재를 규정하고 후자에 대해서는 상대적으로 가벼운 제재를 규정한 것은 전자를 후자의 특별규정으로서 마련한 것이라는 해석이 가능하기 때문이다. 행위주체가 시장지배적 사업자인 경우인 전자가, 주체가 일반사업자인 후자의 특별규정이라고 보고, 양자가 경합하는 경우에 어느 규정이 적용될 것인가에 관해서 전자가 후자의 특별법의 관계에 있는 것으로서 우선 적용된다는 견해⁴⁴⁹⁾가 지배적이다.

이렇게 본다면 불공정거래행위 중에서 예컨대 부당한 거래거절행위, 부당한 거래상징행위, 거래상지위 남용행위, 그 밖에 재판매가격유지행위(법 제29조)는 시장지배적 사업자가 아닌 일반사업자만이 수범자이다. 시장지배적사업자가 이러한 유형의 행위를 하는 경우에는 제3조의2가 적용된다.

따라서 부당한 거래거절행위, 구입강제·이익제공강요·판매목표강제·불이익제공·경영간섭 등의 거래상 지위남용행위 등은 시장지배적 사업자가 아닌 사업자가 행위의 상대방에 대한 자기의 상대적인 우월적 지위를 그 상대방에게 남용한 경우에 성립하는 것으로 해석하게 될 것이다.

둘째, 시장지배적 사업자가 시장지배력을 행사하지 않고 불공정거래행위를 한 경우에는 불공정거래행위로서 규율된다. 그러한 예로는 부당고객유인행위(법 제23조제1항제3호)가 있다.

비스킷제조회사의 지위남용행위 사건⁴⁵⁰⁾에서 공정거래위원회는 피심인들이 비스킷류의 제품을 제조하여 판매하면서, 제품의 용량을 감소시켜서 원가상승요인에 비하여 가격을 더 높게 인상한 행위와 소비자가 쉽게 인식하기 어려운 정도로 작은 치수의 활자를 사용한 변경된 용량의 표시행위에

449) 김영호, 『독점규제법-불공정거래행위-』, 법문사, 1987, 53면; 이기수, 전계서, 169-170면.

450) 공정거래위원회 1992.1.15. 의결 제92-1호(해태제과(주)의 시장지배적지위의 남용행위에 대한 건); 공정거래위원회 1992.1.15. 의결 제92-2호(롯데제과(주)의 시장지배적지위의 남용행위에 대한 건); 공정거래위원회 1992.1.15. 의결 제92-1호((주)크라운제과의 시장지배적지위의 남용행위에 대한 건).

대해서 전자에 대해서는 가격남용행위(법 제3조제1호)에, 후자에 대해서는 부당표시·광고행위(제23조제1항제6호)에 각각 해당한다고 의결하였다.

이 심결에 대한 평석으로서 시장지배적 사업자가 행한 표시·광고행위는 그것이 독점규제법 제23조에 해당하는 경우는 물론이지만, 비록 그것이 동법 제23조에는 위반되지 않는 경우에도 동법 제3조에 위반되는 경우는 있을 것이라고 하고, 이 사건에서도 피심인의 부당한 표시·광고행위를 불공정거래행위로 볼 것이 아니라 시장지배적 지위의 남용행위(법 제3조의2 제5호)로 보았다더라면 위법성을 판단하기가 더욱 용이했을 것으로 보는 견해가 있다.⁴⁵¹⁾ 그 근거로는 시장지배적사업자의 그러한 행위는 일반사업자의 같은 행위보다 그로 인한 피해가 커서 방지할 필요성이 더 시급하다는 것을 든다.

그러나 피심인의 부당한 표시·광고행위는 반드시 힘의 행사와 결부되지 않는 유형의 행위이다. 그러므로 시장지배적 사업자의 불공정거래행위가 시장지배력의 남용과 연결되지 않을 수 있다. 따라서 이 사건의 경우는 불공정거래행위로서 제23조가 적용되었어야 한다.⁴⁵²⁾ 공정거래위원회의 심결은 그 점에 관해 특별히 판단하고 있지 않지만 결과적으로 타당하다.

3. 소결 : 일원화의 필요성

위에서 살펴본 제23조(불공정거래행위의 금지)와 제3조의2(시장지배적 지위의 남용금지)규정간의 혼선은 결국 우리 공정거래법의 실제규정을 체계화할 필요성을 보여주는 하나의 예라 하겠다.

그러한 체계화에는 여러 가지 방법이 있겠으나 본고의 주제인 끼워팔기와 관련해서는 첫째, 불공정거래행위의 한 유형으로서의 끼워팔기 규정은 행위의 주체가 시장지배적 사업자가 아닌 사업자인 경우만 적용되는 것으로 하고 시장지배적 사업자의 끼워팔기에 대해서는 제3조의2에 규정하여

451) 권오승, 『공정거래법심결례100선』 법문사, 1996, 55-56면.

452) 다만 그 후 공정거래법의 개정에 의하여 부당표시·광고행위는 불공정거래행위에서 제외되고 표시광고의공정화에관한법률(법률제5814호 제정 1999.2.5.)이 제정되었다.

적용하도록 하는 방법과 둘째, 끼워팔기의 성립요건으로서 시장지배력 요건을 인정하고 그 당연한 귀결로 끼워팔기 금지규정을 제3조의2의 남용행위 유형에 추가하고 불공정거래행위로서는 끼워팔기를 규제하지 않는 방법을 생각할 수 있다. 여기에서는 후자가 타당한 것으로 본다. 그렇게 하는 것이 시장지배력의 남용인 끼워팔기에 대한 체계적인 규제가 될 것이고, 모호한 성립요건의 명확화에 기여할 것이며 시장에 대한 과도한 법의 개입을 막을 수 있는 방법이 될 것으로 보기 때문이다.

제 4 절 끼워팔기에 대한 제재수단의 효율성과 적합성여부

1. 관련규정

공정거래법 제24조는 “공정거래위원회는 제23조(불공정거래행위의 금지)제1항의 규정에 위반하는 행위가 있을 때에는 당해 사업자에 대하여 당해 불공정거래행위의 중지, 계약조항의 삭제, 범위반사실의 공표 기타 시정을 위한 필요한 조치를 명할 수 있다.”고 불공정거래행위에 대한 공정거래위원회의 시정명령권을 규정하고 있다.

또한 공정거래법 제24조의2에서는 “공정거래위원회는 제23조(불공정거래행위의 금지)제1항 각호의 1의 규정에 위반하는 불공정거래행위가 있는 경우에는 당해 사업자에 대하여 대통령령이 정하는 매출액에 100분의 2(제7호의 규정에 위반한 경우에는 100분의 5)를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금을 부과할 수 있다. 다만, 매출액이 없는 경우 등에는 5억원을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금을 부과할 수 있다.”고 규정하고 있고, 공정거래법시행령 제61조제1항에서는 “법 제6조(과징금), 법 제17조(과징금), 법 제22조(과징금), 법 제24조의2(과징금), 법 제28조(과징금), 법 제31조의2(과징금) 및 법 제34조의2(과징금)의 규정에 의한 과징금의 종별 부과기준은 별표 2와 같다.”고 규정하고 이를 받아서 별표2 “위반행위의 종별 과징금 부과기준”에서 다음과 같이 정하고 있다.

위 반 행 위	관련 법조문	과징금 부과기준
7. 불공정거래 행위(제 8 호의 부당한 지원행위를 제외한다)	법 제23조제 1항제1호 내지 제6호 및 제8호	과징금부과 기준매출액을 10억원이하, 10억원초과 100억원이하, 100억원초과 1,000억원이하, 1,000억원초과 1조원이하, 1조원초과의 다섯 단계로 구분하고, 과징금부과 기준매출액이 10억원 이하인 경우에는 과징금 부과기준매출액의 100분의 2이내, 10억원을 초과하는 경우에는 초과한 각 단계별 추가금액을 합산한 금액이내

2. 검토

끼워팔기에 대해서 공정거래위원회가 내리는 제재수단의 효율성과 적합성의 문제는 시정조치의 효율성 및 적합성과 과징금의 액수의 상당성 등의 쟁점을 제기한다.

우선 시정조치의 효율성 및 적합성과 관련해서는 구조적 시정조치의 도입 필요성문제를 거론할 수 있다. 그러나 구조적 시정조치의 도입 필요성 문제에 대해서는 그것이 끼워팔기에만 국한된 쟁점이 아니므로 본고에서는 생략하고 다음 기회에 고찰하기로 한다.

과징금의 액수의 상당성 문제는 다른 공정거래법 위반행위의 경우에 부과되는 과징금의 액수와 비교하여 형평성을 논하는 문제도 있겠으나 끼워팔기에 대한 제재수단으로서의 과징금의 효율성을 논하는 문제에 관해서만 살펴본다. 과징금에는 행정제재적 성격의 과징금과 부당이득환수적 성격의 과징금이 있으나, 전자적 성격의 과징금이나 전자와 후자의 성격을 겸유한 과징금에 대해서는 벌금과 관련하여 이중처벌금지원칙, 비례원칙, 삼권분립의 원칙 등과 관련하여 위헌의 문제가 제기될 소지가 있다.⁴⁵³⁾ 부당이득환수(restitution)적 성격의 과징금으로 순화하기 위해서는 끼워팔기의

453) 박해식, “공정거래법상 부당지원행위를 한 자에게 부과하는 과징금의 법적 성격”, (2001.11.3. 한국경쟁법학회 세미나 발표문). 서울고등법원은 최근 이중처벌금지의 원칙위반, 과잉금지의 원칙위반, 무죄추정의 원칙위반, 비례의 원칙위반 등의 이유로 헌법재판소에 부당지원행위에 대한 과징금 부과에 근거조항인 공정거래법 제24조의2 규정에 대한 위헌제청을 하였다. 서울고법 2001.9.11. 선고 98누13159 결정.

경우만 놓고 본다면, 판매자가 끼워팔기로 인하여 얻은 이득을 기준으로 하여 과징금을 부과하도록 하여야 할 것이다. 끼워팔기로 인하여 입힌 이득을 기준으로 하여 과징금을 부과하도록 한다면, 그 액수는 어떻게 산정할 수 있는가 하는 문제가 있다. 그것을 끼워진 상품의 매출액 전체라고 볼 것인가 아니면 그 일부라고 볼 것인가 하는 문제이다. 구매자가 끼워진 상품에 대해 지급한 액수 전체를 판매자의 이득이라고 볼 수는 없을 것이다. 드물지만 끼워진 상품의 구매를 원하였거나 원하지는 않았지만 무방하다고 감수한 구매자도 있을 수 있기 때문이다. 또한 강요에 의하여 끼워진 상품을 구매하였다 하더라도 그 끼워진 상품을 수령한 이상 그 상품의 가치를 전혀 무시하고 그에 대해 지급한 대금 전체를 판매자의 이득으로 볼 수는 없는 것이라 하겠다. 다만 적어도 판매자가 끼워진 상품의 판매를 통하여 구매자에게 구매를 강요함으로써 끼친 손해는 판매자의 이득에 포함되어야 할 것으로 생각한다. 그 밖에 끼워팔기가 전체 소비자의 후생을 감소시킨 부분에 대해서는 벌금을 부과함으로써 제재를 가하는 것으로 대응하여야 할 것이다.

참고로 사적 독점금지소송이 인정되는 미국에서는 사인에 의한 독점금지 피해구제청구가 제기되는 경우가 드물지 않은데, 이 경우에는 셔먼법 또는 클레이튼법 위반으로 사업 또는 재산에 손해를 입은 자는 그로 인하여 입은 손해의 3배 및 상당한 범위내의 변호사비용을 포함한 소송비용의 배상을 청구할 수 있다.⁴⁵⁴⁾ 또한 1984년 형벌개혁법(The Sentencing Reform Act)⁴⁵⁵⁾은 셔먼법 위반의 경우 개인 또는 법인에 대하여 당해 위반행위로 얻은 이익 또는 입힌 손실의 2배 이하의 대체벌금(alternative fine)을 부과할 수 있도록 규정하고 있다. 또한 연방거래위원회법 제13(b)조에서는 연방거래위원회가 불공정하거나 기만적 방법으로 거래한 혐의가 인정되는 피고에 대하여 경제적 이익의 상환청구를 민사소송으로 제기할 수 있게 되어있다.

결론적으로 우리 공정거래법의 경우에도 과징금의 산정 기준에 있어서 끼워팔기로 인하여 얻은 이익 또는 입힌 손실을 기준으로 산정하도록 하여

454) 15 U.S.C.A. §15.

455) 18 U.S.C.A. § 3571.

야 할 것으로 본다. 아래의 표는 그것을 정리한 것인데, 끼워팔기가 현행대로 불공정거래행위의 유형의 하나로 규정되어 있는 것을 전제로 한 것이다.

	내 용
현행법	<p>제24조의2 (과징금) 공정거래위원회는 제23조(불공정거래행위의 금지)제1항 각호의 1의 규정에 위반하는 불공정거래행위가 있는 경우에는 당해 사업자에 대하여 대통령이 정하는 매출액에 100분의 2(제7호의 규정에 위반한 경우에는 100분의 5)를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금을 부과할 수 있다. 다만, 매출액이 없는 경우 등에는 5억원을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금을 부과할 수 있다.</p>
개정안	<p>제24조의2 (과징금) ①공정거래위원회는 제23조(불공정거래행위의 금지)제1항 각호의 1의 규정에 위반하는 불공정거래행위가 있는 경우에는 당해 사업자에 대하여 대통령이 정하는 매출액에 100분의 2(제7호의 규정에 위반한 경우에는 100분의 5)를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다. 다만, 매출액이 없는 경우 등에는 5억원을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다.</p> <p>②공정거래위원회는 사업자의 끼워팔기가 있는 경우에는 당해 사업자에 대하여 끼워팔기로 인하여 얻은 이익을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다.</p> <p>③사업자가 끼워팔기로 끼워진 상품의 구매를 강요당한 소비자에게 손해를 입힌 때에는 그 손해의 액을 끼워팔기로 얻은 이익으로 추정한다.</p> <p>④제3항의 규정에 불구하고 이득의 액이 동항에 규정하는 금액을 초과하는 경우에는 그 초과액에 대하여도 과징금을 부과할 수 있다.</p>

제 6 장 결 론

끼워팔기와 구별되는 개념으로 묶어팔기, 배타적 거래, 상호거래 등이 있다. 특히 묶어팔기는 복수의 상품이 합성물로서 결합되어 판매되는 경우로서 판매자의 비용을 절감시키고, 소비자후생을 증대시킨다. 묶어팔기인지 위법한 끼워팔기인지 여부의 구별의 기준은 미국에서는 끼워팔기의 핵심적 성립요건인 단일물 쟁점으로 다루어진다. 연방대법원은 그 기준으로 그 두 개의 항목에 대한 수요의 성격을 제시하였으나, 그 외에 그 패키지 판매가 혁신에 미치는 잠재적 영향의 고려가 요청된다.

끼워팔기는 품질의 관리, 비용의 절감, 가격규제를 회피하는 위장가격을 생성하거나, 계량장치로서의 기능, 효율적인 가격차별, 진입 또는 시장침투능력의 향상, 혁신에 대한 보상장치, 첨단기술 상품에 대한 정보제공 등의 이유로 기업에 의하여 이용되고, 이러한 이유로 규제에 반대하는 입장이 있다.

미국에서 끼워팔기에 대한 규제론의 주된 것은 이른바 지렛대이론(the leverage theory)이나, 지렛대이론은 시간의 흐름에 따라 그 양상이 변화되어 왔다. 또한 끼워팔기가 거래관계에 있어서 구매자의 상품정보의 입수나 구매결정에 관련하여 일정한 장애를 유발할 수 있다는 불공정성이나 상대적 시장지배력에 의한 고착(lock-in)효과를 주시하는 판례와 학설도 나타나고 있다. 또한 끼워팔기는 끼워진 상품 또는 용역의 시장에서의 경쟁을 감소시킬 우려가 있으므로 규제가 필요하다.

공정거래법상 끼워팔기의 성립요건은 상품의 독립성, 거래의 강제성, 그리고 논란의 여지는 있으나, 판매자가 끼운 상품에 대하여 시장지배력을 보유할 것 등으로 해석한다.

끼워팔기의 위법성은 그것이 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위이어야 하므로, 경쟁의 수단이나 방법의 공정성, 즉 경쟁 자체의 보호 뿐 아니라 거래의 내용이나 조건이 부당하거나 불공정한 경우를 포함한다고 본다. 불공정거래행위를 당연위법행위와 조리위법행위로 나누어 취급하는 것은 행정 및 사법자원의 적절한 배분과 피해자의 신속한 구제에 도움이 되

기 때문에 필요하며, 양자의 구별기준은 법문의 표현의 차이가 아니라 그 행위의 성질에 착안해서 내외국의 판례와 학설에 따라서 정립된 기준으로 해결할 문제라고 본다. 그에 의할 때 끼워팔기는 원칙적으로 조리위법행위 내지 합리성의 원칙에 의한 심사가 이루어져야 할 행위로 보는 것이 타당하다.

그러므로 끼워팔기의 다른 성립요건이 갖추어지더라도 품질관리의 항변, 생산 또는 거래상의 비용절감의 항변, 계량장치의 항변 등을 주장하여 정당성이 인정된다면 위법성이 조각된다. 품질관리의 항변은 새로운 상품에 대한 시장의 지식이 부족한 이른바 소개기간 동안만 인정하는 것이 타당하다.

공정거래법의 관련규정의 체계적합성을 위하여 현행법하에서는 시장지배적사업자가 끼워팔기를 하는 경우에는 제3조의2가 적용된다고 해석하되, 끼워팔기의 성립요건으로서 시장지배력 요건을 인정하는 당연한 귀결로 끼워팔기 금지규정을 제3조의2의 남용행위 유형에 추가하고 불공정거래행위로서는 끼워팔기를 규제하지 않는 입법론을 제기한다. 그렇게 하는 것이 시장지배력의 남용인 끼워팔기에 대한 체계적인 규제가 될 것이고, 모호한 성립요건의 명확화에 기여할 것이며 시장에 대한 과도한 법의 개입을 막을 수 있는 방법이 될 것으로 보기 때문이다.

끼워팔기에 대한 제재수단으로서의 과징금의 효율성과 관련해서는 적어도 판매자가 끼워진 상품의 판매를 통하여 얻은 이익은 구매자의 피해액에 포함될 것으로 생각되므로, 이의 환수방안이 필요하지 않을까 생각한다. 따라서 우리 공정거래법의 경우에도 과징금의 산정 기준에 있어서 끼워팔기로 인하여 얻은 이익 또는 입힌 손실을 기준으로 산정하도록 하여야 할 것으로 본다.

그 밖에 우리 공정거래위원회나 법원이 끼워팔기 사건을 처리함에 있어서, 패키지 할인, 기술적 끼워팔기, 소모품 끼워팔기, 전품목강요 또는 채고처분 끼워팔기, 동영상컨텐츠의 일괄예약(block-booking) 등의 처리에 관한 외국의 사례를 참고로 할 수 있을 것이다.

참고문헌

[국내문헌]

〈단행본〉

- 공정거래위원회, 『불공정거래행위에 대한 합리적 규제방안 연구』, 1999.12.
- 권오승(편), 『공정거래법강의Ⅱ』, 법문사, 2000.
- 권오승, 『공정거래법심결례100선』 법문사, 1996.
- 권오승, 『제3판 경제법』, 법문사, 2001.
- 권재열, 『최신판 경제법』, 법원사, 2001.
- 김영세, 『개정판 게임이론』, 박영사, 2000.
- 김영추, 『새 시대의 경제법』, 신지서원, 1999.
- 김영호, 『독점규제법-불공정거래행위-』, 법문사, 1987.
- 김영호, 『경제법신론』, 팔마도서, 2000.
- 김적교, 『제2개정판 경제정책론』, 박영사, 2001.
- 박길준, 『한국독점규제법』 삼영사, 1983.
- 박세일, 『개정판 법경제학』, 박영사, 2001.
- 손주찬, 『경제법』, 법경출판사, 1994.
- 신현윤, 『기업결합법론』, 법문사, 1999.
- 이규억, 『경쟁과 질서』, 산업연구원, 1996.
- 이기수, 『제3판 경제법』, 세창출판사, 2000.
- 이남기, 『제2개정판 경제법』, 박영사, 2000.
- 이동규, 『독점규제 및 공정거래에 관한 법률개관』, 행정경영자료사, 1997.
- 정갑영, 『개정판 산업조직론』, 박영사, 2001.
- 황적인/권오승, 『제5정판 경제법』, 법문사, 1996.

〈논문〉

- 김희수/김재홍, “끼워팔기의 동태적 모형 : Microsoft사의 전략을 중심으로”, 산업조직연구 제6권, 2, 1998.9, pp.1-20.
- 서헌제, “끼워팔기(Tying)에 관한 미국 법원의 판결 I”, 공정경쟁 제31호, 1998.3, pp.53-57.
- 서헌제, “끼워팔기에 관한 미국 법원의 판결 II”, 공정경쟁 제30호 1998.2, pp.57-61.
- 신동준, “소프트웨어 시장에서 끼워팔기(tying)의 동태적 분석” 서강대학교 대학원 석사학위논문, 2000.
- 이기중, “공정거래법 심결사례 해설 및 평석: (주)철우네식품의 거래강제행위에 대한 건”, 공정경쟁 제31호, 2000.8, pp. .
- 이승철, “불공정거래행위의 경쟁정책” 한국경제연구원 연구조사자료 72-92-03.
- 정호열, “우리 나라 불공정거래행위법의 체계와 불공정성의 의미”, 『기업구조의 재편과 상사법: 회명박길준교수화갑기념논문집』, 1998, 1134면 이하.
- 최진욱, “독점규제법상의 불공정거래행위에 관한 연구”, 연세대학교 대학원, 1997.2, 박사학위논문.
- 황보운, “부당한 거래강제행위인 끼워팔기”, 경영법무, 제35권, 1997.2, pp.70-71.

[외국문헌]

〈단행본〉

- Areeda, Philip & Louis Kaplow, *Antitrust Analysis*, 5th ed., New York: Aspen Law & Business, 1997.
- Areeda, Philip E. & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*,

- Vol. 10, New York: Aspen, Publishers, Inc., 1995.
- Areeda, Phillip, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles And Their Application*, Vol. 9, Boston: Little Brown and Company, 1991.
- Bunte, Hermann-Josef (hrsg.), *Langen-Bunte Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 9., Aufl. Band 1, Neuwied: Luchterhand, 2001.
- Coleman, Martin & Michael Grenfell, *The Competition Act 1998: Law and Practice*, New York: Oxford University Press, 1999.
- Emmerich, Volker, *Kartellrecht*, 8. Aufl., München: C.H. BECK'SCHE, 1999.
- Fox, Eleanor M. & Lawrence A. Sullivan, *Cases And Materials On Antitrust*, 2nd ed., West Publishing Co., 1989.
- Goyder, D. G., *EC Competition Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 1992.
- Hovenkamp, Herbert, *Enterprise and American Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- Hovenkamp, Herbert, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, 2d. ed., St. Paul: West Group, 1999.
- Posner, Richard, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, Chicago: The University of Chicago Press, 1976.
- Rittner, Fritz, *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, 6., Aufl., Heidelberg: C.F.Müller, 1999.
- Sir Bellamy Qc, Christopher & Graham Child, *Bellamy & Child European Community Law of Competition*, 5th ed., London: Sweet & Maxwell, 2001.

참고문헌

- Scherer, F. M., *Industrial Market Structure And Economic Performance*, 2d ed., Boston: Houghton Mifflin Company, 1980.
- Sullivan, E. Thomas & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law-Policy And Procedure*, The Michie Co., 1984.
- Sullivan, Lawrence A. & Warren S. Grimes, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, St. Paul: West Group, 2000.

〈논 문〉

- Anlauf, Todd J., “COMMENT: SEVERING TIES WITH THE STRAINED PER SE TEST FOR ANTITRUST TYING LIABILITY: THE ECONOMIC AND LEGAL RATIONALE FOR A RULE OF REASON”, 23 Hamline L. Rev. 476, 2000.
- Atkins, Raymond A., “COMMENT: AN ECONOMIC MODEL OF TYING: OBTAINING A FIRSTMOVER ADVANTAGE”, 5 Geo. Mason L. Rev. 525, 1997.
- Aubin, Jill M., “ARTICLE: Franchise Tie-Ins: The State of the Law”, 26 New Eng.L. Rev. 1, 1991.
- Blair, Roger and D. Kaserman, “Vertical Integration, Tying, and Alternative Vertical Control Mechanisms”, 20 Conn. L.Rev. 523, 1988.
- Bowman Jr., Ward S., “Tying Arrangements and the Leverage Problem”, 67 Yale L.J. 19, 1957.
- Brinson, J. Dianne, “ARTICLE: PROOF OF ECONOMIC POWER IN A SHERMAN ACT TYING ARRANGEMENT CASE: SHOULD ECONOMIC POWER BE PRESUMED WHEN THE TYING PRODUCT IS PATENTED OR COPYRIGHTED?”, 48 La. L. Rev. 29, 1987.

- Burchfiel, Kenneth J., "ARTICLE: PATENT MISUSE AND ANTITRUST REFORM: BLESSED BE THE TIE?", 4 Harv. J. Law & Tec 1, 1991.
- Casadesus-Masanell, Ramon & Daniel F. Spulber, "Article: The Fable OF Fisher Body", 43 J. Law & Econ. 67, 2000.
- Danzon, Patricia M., & LI-WEI CHAO, "Article: Does Regulation Drive Out Competition In Pharmaceutical Markets?", 43 J. Law & Econ. 311, 2000.
- Emerson, Robert W. "ARTICLE: FRANCHISING AND CONSUMERS' BELIEFS ABOUT 'TIED' PRODUCTS: THE DEATH KNELL FOR KREHL?", 45 Fla. L. Rev. 163, 1993.
- Festa, Lawrence T., III , "COMMENT: Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.: The Decline and Fall of the Chicago Empire?", 68 Notre Dame L. Rev. 619, 1993.
- Hamilton, Melissa, "ARTICLES: Software Tying Arrangements Under the Antitrust Laws: A More Flexible Approach", 71 Denv. U.L. Rev. 607, 1994.
- HORNICK, JOHN F., "ARTICLE: THE PER SE RULE IN TYING CONTEXTS: A CRITICAL VIEW." 10 Del. J. Corp. L. 703, 1986.
- JUDSON, LISA MECKFESSEL, "NOTE: KODAK V. IMAGE TECHNICAL SERVICES: THE TAMING OF MATSUSHITA AND THE CHICAGO SCHOOL.", 1993 Wis. L. Rev. 1633, 1993.
- Kaplow, Louis, "ARTICLE: EXTENSION OF MONOPOLY POWER THROUGH LEVERAGE.", 85 Colum. L. Rev. 515, 1985.

참고문헌

- Kramer, Victor H., "ARTICLE: The Supreme Court and Tying Arrangements: Antitrust as History.", 69 Minn. L. Rev. 1013, 1985.
- Lande, Robert H., "Challenges to the Chicago School Approach: Chicago's False Foundation", 58 Antitrust L.J. 631, 1989.
- Lazaroff, Daniel E., "ARTICLE: REFLECTIONS ON EASTMAN KODAK CO. v. IMAGE TECHNICAL SERVICES, INC.: CONTINUED CONFUSION REGARDING TYING ARRANGEMENTS AND ANTITRUST JURISPRUDENCE.", 69 Wash. L. Rev. 101, 1994.
- Leslie, Christopher R., "ARTICLE: Unilaterally Imposed Tying Arrangements and Antitrust's Concerted Action Requirement", 60 Ohio St. L.J. 1773, 1999.
- Lombardy, Russell, "NOTE AND COMMENT: THE MYTH OF MARKET POWER: WHY MARKET POWER SHOULD NOT BE PRESUMED WHEN APPLYING ANTITRUST PRINCIPLES TO THE ANALYSIS OF TYING AGREEMENTS INVOLVING INTELLECTUAL PROPERTY", 8 St. Thomas L. Rev. 449, 1996.
- Lynk, William J., "Tying and Exclusive Dealing: Jefferson Parish Hospital v. Hyde (1984)", in *The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy*, 3rd ed. New York: Oxford University Press, 1999.
- Meese, Alan J., "ARTICLE: TYING MEETS THE NEW INSTITUTIONAL ECONOMICS: FAREWELL TO THE CHIMERA OF FORCING", 146 U. Pa. L. Rev. 1, 1997.
- Montgomery, William, "NOTE: THE PRESUMPTION OF ECONOMIC POWER FOR PATENTED AND COPYRIGHTED PRODUCTS IN TYING ARRANGEMENTS",

- 85 Colum. L. Rev. 1140, 1985.
- Myers, Gary, “Note: Tying Arrangements And The Computer Industry: DIGIDYNE CORP. V. DATA GENERAL CORP.”, 1985 Duke L.J. 1027, 1985.
- Posner, Richard, “Exclusionary Practices and the Antitrust Laws”, 41 U.Chi.L.Rev. 506, 506-15 (1974).
- PROTOS, JILL DICKEY, “COMMENT: Kodak v. Image Technical Services: A Setback For the Chicago School of Antitrust Analysis”, 43 Case W. Res. 1199, 1993.
- Soobert, Allan M., “ARTICLE: ANTITRUST IMPLICATIONS OF BUNDLING SOFTWARE AND SUPPORT SERVICES: UNFIT TO BE TIED?”, 21 Dayton L. Rev. 63, 20831 words, 1995.
- Stefanadis, Christodoulos, “Article: Selective Contracts, Foreclosure, and the Chicago School View”, 41 J. Law & Econ. 429, 1998.
- Strasser, Kurt A., “ARTICLE: AN ANTITRUST POLICY FOR TYING ARRANGEMENTS”, 34 Emory L.J. 253, 1985.
- Sullivan, Laurence, “Section 2 of the Sherman Act and Vertical Strategies by Dominant Firms”, 21 Sw. U. L. Rev. 1227, 1992.
- John M. Vernon, and Daniel A. Graham, “Profitability of Monopolization by Vertical Integration”, Journal of Political Economy 79, July/August 1971.
- Wiley Jr., John Shepard, “Article: A Capture Theory Of Antitrust Federalism”, 99 Harv. L. Rev. 713, 1986.
- Wollenberg, Keith K., “NOTE: An Economic Analysis of Tie-In Sales: Re-examining the Leverage Theory.”, 39 Stan. L. Rev. 737, 1987.