

독점규제법의 적용제외 영역 연구
A Study on Domain of Antitrust Immunity

연구자 : 김 두 진

한국법제연구원

목 차

제 1 장 序 論	9
제 1 절 研究의 目的과 範圍	9
제 2 절 獨占規制法の 目的과 機能	9
1. 獨占規制法の 目的	9
2. 獨占規制法の 機能	12
제 2 장 競爭法 適用除外 領域 인정의 理論과 實際	15
제 1 절 競爭法の 適用除外 領域의 意義	15
제 2 절 主要 外國의 立法例	17
1. 美 國	17
2. E U	18
3. 獨 逸	19
4. 英 國	20
5. 日 本	21
제 3 절 適用除外 領域 인정의 理論的 根據	22
1. 利益集團의 영향력	22
2. 다른 國家政策에 의한 立法者의 결단	24
3. 市場失敗에 대한 대처	25
(1) 自然獨占(natural monopoly)	26
(2) 公共財(public goods)	29
(3) 外部性(externality)	29

제 3 장 規制産業에 대한 競爭法の 適用除外	31
제 1 절 規制의 強度와 獨占禁止의 關係	31
1. 規制의 意義	31
2. 規制의 強度의 變化	31
3. 規制의 強度와 獨占禁止의 關係	33
제 2 절 公益事業體에 대한 각종 規制	34
1. 收益率 規制	34
2. 規制制度내의 競爭促進의 장치	38
(1) 公益事業體의 價格策定	38
(2) 費用統制의 誘因 제공	40
(3) 規制機關의 構造的 또는 行態의 規制의 競爭의 變數	45
제 3 절 法律에 의한 獨占禁止法에 대한 適用免除	46
1. 勞動組合에 대한 適用免除	47
(1) 立法의 沿革과 관련조항	47
(2) 關聯 判例	50
(3) 適用除外 法理의 變化 方向	58
2. 保險會社에 대한 適用免除	59
(1) 適用免除의 沿革과 관련조항	59
(2) 適用免除의 要件	60
3. 기타의 明示的 適用免除	65
제 4 절 政府에 대한 競爭關與 請願: Noerr-Pennington 法理	66
1. 請願 適用免除 法理의 生成배경과 內容	66
2. 適用免除의 例外:請願方法의 불법성	68

제 5 절 聯邦次元의 規制産業에 대한 獨占禁止法の 默示的 適用免除	72
1. 運送業	72
(1) 초기의 運送業 料率規制와 獨占禁止 適用免除	72
(2) 1970년대의 運送業 規制緩和 이후의 獨占禁止 適用免除	80
2. 通信産業	82
(1) 1949년의 獨占禁止 判例	82
(2) 1974년 판례와 수정된 최종판결	84
(3) MFJ의 영향:장거리전화사업과 장비제조	87
(4) MFJ하에서의 지방전화서비스시장의 발전	89
(5) 1996년 통신법(Telecommunications Act of 1996)	91
3. 기타의 聯邦次元 規制産業의 獨占禁止法 適用免除	95
(1) 農 業	95
(2) 去來所市場	96
(3) 電力産業	98
4. 聯邦次元의 市場構造 規制와 獨占禁止法 適用免除	99
(1) 州間通商委員會 등의 규제하의 運送業	99
(2) 聯邦通信委員會의 규제하의 TV放送局	100
(3) 聯邦去來委員會의 규제하의 銀行業	102
(4) 聯邦動力委員會의 규제하의 가스산업	104
제 6 절 州次元의 規制産業에 대한 獨占禁止法の 默示的 適用免除	105
1. 政府行爲(state action)適用免除의 논리적 기초	105
2. 政府行爲 適用免除의 두 가지 效果: 州의 보호와 私的 當事者 보호	107
3. 獨占禁止와 전통적인 聯邦法優先(preemption)	112

(1) 直接的 衝突에 의한 聯邦法優先	113
(2) 直接 衝突하지 않는 反競爭의 州法	114
(3) 親競爭의 州法의 聯邦法優先 排除	115
제 7 절 聯邦政府의 營利行爲와 獨占禁止法의 適用免除	116
제 4 장 知的財産權에 關連한 競爭法의 適用免除와 適用	119
제 1 절 知的財産權과 競爭政策의 關係	119
1. 양자의 關係에 대한 基礎的 接近方法	119
2. 特許權의 保護範圍	120
3. 美國의 知的財産權의 라이선싱에 關한 獨占禁止指針	123
제 2 절 知的財産權과 關連한 競爭法의 爭點	127
1. 競爭을 위한 知的財産權의 戰略的 使用	127
2. 個別的 爭點	132
(1) 知的財産權과 獨占化	132
(2) 知的財産權으로 獨占化된 市場을 위한 排他的 去來와 레버리징	144
(3) 知的財産權 讓渡와 라이선스 제한	153
(4) 特許權濫用과 著作權에의 類推	160
제 5 장 우리나라 獨占規制法의 適用除外 領域	167
제 1 절 法令에 따른 正當한 行爲	167
제 2 절 知的財産權의 正當한 行使	171
제 3 절 일정한 組合의 行爲	176

제 4 절 金融業 또는 保險業	176
제 6 장 結 論	179
참고문헌	181

제 1 장 序 論

제 1 절 研究의 目的과 範圍

우리나라의 경제체제의 기본을 정하는 일반법이라 할 독점규제및공정거래에관한법률¹⁾은 원칙적으로 모든 경제영역에 걸쳐 적용된다. 단지 일정한 영역에 대해서는 역사적 이유나 경쟁촉진에 대한 다른 차원의 이익의 존재 때문에 동법이 적용되지 않는다. 문제는 그 범위를 어떻게 바르게 결정할 것인가 하는 점이다. 이를 과도하게 인정하는 것은 독점규제법의 목적수행상 부정적이며, 너무 좁게 인정한다면, 다른 나라 기업에 비하여 우리 기업의 국제경쟁력을 오히려 저해하거나 한정된 국가 행정자원의 무익한 소모를 가져올 것이기 때문이다. 본고에서는 우선 독점규제법의 목적과 기능을 정리하고, 주요 외국의 경쟁법의 적용제외 법제를 살펴보고, 적용제외 영역의 인정을 위한 이론적 근거를 살펴본다. 이어서 미국을 중심으로 적용제외 영역을 살펴보고 독점규제법상의 관련조항을 해석하고 입법론을 제시하기로 한다.

제 2 절 獨占規制法の 目的과 機能

1. 獨占規制法の 目的

독점규제법은 “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.”(제1조)고 규정하고 있다.

이 목적조항을 문언 그대로 해석한다면 “공정하고 자유로운 경쟁을 촉진”한다는 목적은 독점규제법의 직접적 목적 또는 고유한 목적이며, “창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모함”은 궁극적 목적 또는 최종적 목적이며, “사업자의 시장지배적지위

1) 이하 독점규제법으로 지칭한다.

의 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고, 부당한 공동행위 및 불공정거래행위를 규제”하는 것은 그러한 목적달성에 동원되는 수단이라고 볼 수 있을 것이다. 독점규제법의 직접적 목적이 공정하고 자유로운 경쟁의 촉진이라고 보는 데에는 어느 정도 학설이 일치하고 있다.²⁾ 여기에서 公正한 競爭(fair competition)은 사업자들의 경쟁이 주로 그들의 사업상의 장점을 중심으로 이루어지는 것, 즉 能率競爭(Leistungswettbewerb)을 의미하며, 自由로운 競爭(free competition)은 경쟁에 참여하려는 의사와 능력을 가진 모든 사업자에게 시장이 공개되고, 즉 진입장벽이 없고, 시장에 참여하고 있는 사업자들간에도 경쟁을 제한하는 요인이 없는 것을 의미한다. 전자는 경쟁방법의 공정성을 보호한다는 측면이 강조되고, 후자는 경쟁에 참여하고 있는 사업자간에 경쟁제한이 없어야 한다는 의미에서 경쟁의 자유 그 자체를 보호하고, 다른 한편으로는 제도로서의 경쟁을 보호하는 역할을 한다.³⁾

그리고 시장에 공정하고 자유로운 경쟁이 유지된다면 소비자의 후생은 높아지고, 소비자주권은 실현될 것이므로 이러한 의미의 “소비자보호”는 독점규제법의 궁극적 목적에 해당할 것이나, 소비자피해의 구제라는 의미의 소비자보호는 위의 직접적 목적이 실현되면 다소 그 실현에 도움이 된다거나 반사적 효과로 그 실현가능성이 커지는 관계에 있는 것에 불과한 것이므로 궁극적 목적에 해당하지 않는다. “창의적인 기업활동의 조장”은 일단 독점규제법의 직접적 목적이 실현된다면 그에 따라 필연적으로 실현되는 관계는 인정된다. 그러나 독점규제법의 직접목적인 자유롭고 공정한 경쟁이 유지되면 사업자들은 경쟁에서 살아남기 위해서 창의적인 기업활동을 영위하지 않을 수 없을 것이기 때문에 창의적인 기업활동의 조장은 현대 자본주의사회에서 독점규제법이 차지하는 의의 내지 가치이지 독점규제법의 궁극적인 목적이라고 할 수 없다.⁴⁾ 또한 목적조항의 “국민경제의 균형발전”을 “균형있는 국민경제의 성장 및 안정”과 비슷한 의미로 이해한다면 독점규제법의 직접적

2) 權五乘, 「第4版 經濟法」(博英社: 2002), 81-88쪽; 金英鎬, 「經濟法-獨占規制法」(汎論社: 1990), 40면; 李基秀, 「第3版 經濟法」(세창출판사: 2000), 30쪽; 李南基, 「第2改訂版 經濟法」, (博英社: 2000), 81-83쪽.
3) 金英鎬, 앞의 책, 43쪽; 李基秀, 앞의 책, 30쪽.
4) 丹宗昭信·原谷襄兒 編, 「獨占禁止法の基礎(實用編)」, 3쪽; 權五乘, 앞의 책, 86쪽, 각주16.

목적의 실현이 이러한 의미의 국민경제의 균형발전에 궁극적으로 기여할 것으로 볼 수 없는 것은 아니다. 그러나 통상 해석하듯이 “국민경제의 균형발전”을 기업간·산업간·지역간 경제력의 심각한 편차가 없는 상태라고 해석한다면 이는 국가의 다른 정책, 곧 산업정책이나 지역경제육성정책의 목적이지 협의의 경쟁정책의 목적이라 보기는 어렵다.⁵⁾ 다음으로 “경제력집중의 방지”를 어떻게 해석할 것인가 하는 문제는 그 발생연유가 입법과외에서 비롯된 것이므로⁶⁾ 목적규정과 실체규정간의 괴리를 극복하기 위한 해석을 할 수밖에 없는데, 소수의 재벌에 의한 일반집중현상이라는 우리나라의 특유한 사정을 해결하기 위하여 도입된 여러 실체규정⁷⁾의 입법필요성을 인정한다면 목적조항에서 포섭해주기 위해서 다소 기교적인 해석을 하는 것이 불가피하다 하겠다. 가능한 하나의 해석은 독점규제법 제1조의 “경제력집중”은 실체규정을 모두 포괄하는 것, 즉 기업집중은 물론 일반집중을 포함하는 개념이고 이는 “공정하고 자유로운 경쟁”을 위한 수단이 아니라 별도의 직접적 목적을 이루는 것으로 해석하는 것이다.

-
- 5) 독점규제법의 제정근거인 헌법 제119조제2항은 “국가는 ‘균형있는 국민경제의 성장 및 안정’과 적절한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.”고 규정하고 있다. 이와 별도로 헌법 제123조제2항과 제3항은 “국가는 지역간의 균형있는 발전을 위하여 지역경제를 육성할 의무를 진다”, “국가는 중소기업을 보호·육성하여야 한다”고 규정하고 있으며, 이에 의거하여 중소기업의 사업영역보호및기업간협력증진에관한법률(법률제5454호), 중소기업진흥및제품구매촉진에관한법률(법률제5529호), 지역균형개발및지방중소기업육성에관한법률(법률제5914호) 등의 법이 제정된 바 있다. 후자의 일련의 법률은 모두 “국민경제의 균형있는 발전”을 목적으로 하고 있다.
- 6) 이러한 혼란은 독점규제법의 제정 당시에는 경제력집중에 대한 규제가 없다가, 1986년 제1차개정시에 경제력집중의 방지제도를 도입하면서 제1조의 목적조항은 그대로 둔 때문에 발생하였다고 인정되고 있다. 朴世逸, 「改訂版 法經濟學」, (博英社: 2000), 542쪽, 주1; 李文址, “공정하고 자유로운 경쟁은 목적인가 아니면 수단인가?” 商事法研究 제16권 제2호, 625면, 주22.
- 7) 제8조[지주회사의 설립·전환의 신고], 제8조의2[지주회사의 행위제한 등], 제8조의3[채무보증제한기업집단의 지주회사설립제한], 제9조 [상호출자제한기업집단에 속하는 회사의 상호출자금지 등], 제10조 [출자총액제한기업집단에 속하는 회사의 출자총액제한], 제10조의2 [채무보증제한기업집단에 속하는 회사의 다른 계열회사에 대한 신규채무보증의 금지], 제11조 [상호출자제한기업집단에 속하는 금융회사 및 보험회사의 의결권 제한], 제11조의2 [내부거래공시대상회사의 대규모내부거래의 공시의무] 등이 이에 속한다.

2. 獨占規制法の 機能

독점규제법은 국가의 경쟁정책 수행의 도구이며, 그런 이유에서 경쟁법이라고 지칭된다. 경쟁정책은 시장에서의 독과점·경쟁제한적 기업결합·불공정거래행위 등 경쟁제한적 行態와 構造를 규제하는 것으로, 기본적으로 시장의 실패를 해결하기 위한 규제에 해당하는 것이다. 여기에서의 규제(regulation, Lenkung)는 공익을 위한 정부의 가격기구에 대한 간섭이라고 할 수 있다.⁸⁾

규제의 목적인 공익을 구체화한 중간목표 가운데 하나인 경쟁의 관점에서 정부의 시장규제는 i) 독점금지, ii) 독점규제, iii) 不公正去來行爲規制, iv) 중소기업보호·기술개발촉진·생산성향상 등의 산업보호정책 등의 유형으로 나누어 볼 수 있다. 이 중에서 독점금지(antitrust)는 경쟁의 영역에서 경쟁이 인위적으로 배제되거나 저해되는 경우에 시행되는 것으로서 사회와 시장간의 괴리가 유효경쟁체제의 확립을 통하여 조화될 수 있음을 전제한 입장이다. 그러나 獨占規制(monopoly regulation)는 경쟁이 존재할 수 없거나 장기간 지속될 수 없는 경우인 경쟁의 예외영역에서 시행되는 것으로서 개인·기업 또는 산업의 행동에 관한 기존의 시장결과와 목적에 대하여 사회적 판단과 목적을 부과하려는 것으로서 해당 시장의 구조개편을 통하여서는 사회적으로 바람직한 결과를 얻는 것이 극히 힘들다는 전제에 입각한 것이다.⁹⁾

독점규제법의 적용을 통하여 경쟁정책이 달성하려는 직접목적인 시장에서의 공정하고 자유로운 경쟁의 촉진은 몇 가지 효과를 가져오는데, 그중 가장 중요한 것은 시장에서 수요·공급의 균형이 경쟁을 통한 상품의 가격과 수

8) 尹暢皓·李奎憶, 『第2全訂版 産業組織論』, (博英社: 1995), 61쪽. 이러한 市場規制와 구별되는 개념으로는 시장기구의 작동을 위한 제도적 기반인 민법상의 물권법·채권법, 상법상의 상행위법·회사법, 약관의규제에관한법률 등의 常時的·基本的인 法的 制度和 시장의 위기상황에서 일시적 경제혼란을 진정시키기 위한 조치로서 시장기능을 초월하여 단기적으로 시행되는 정부의 가격통제·채무동결·긴급수급조정 등의 非常的 行政措置가 있다.

9) 앞의 책, 63~65쪽. 그러한 면에서 우리의 獨占規制法の 명칭의 적절성에는 의문이 없지 아니하다.

량의 신축적 움직임에 의하여 달성되는 것(시장의 조정기능)으로서, 이것은 경쟁이 가격기구의 작동을 가능하도록 하는 것이라고 할 수 있다. 또한 경쟁은 생산의 주체인 기업으로 하여금 생산성이 높고 이윤이 많은 상품을 생산하도록 함으로써 희소한 자원의 배분문제를 해결하는데, 이것이 경쟁의 최적요소배분(optimal factor allocation)기능이다. 그리고 경쟁은 기업으로 하여금 연구·개발을 통한 기술진보 또는 새로운 시장진출과 같은 革新(innovation)에 대한 誘因을 제공하기도 한다. 경쟁이 가져오는 이상과 같은 경제적 측면의 기능외에 사회적·정치적 기능도 인정할 수 있다.¹⁰⁾ 이것은 경쟁이 권력의 분산을 통하여 개인과 기업 등의 경제주체의 자유를 가져온다는 것이다. 경쟁이 있을 때 모든 사람이 자유롭게 행동하고, 선택할 수 있다. 즉 경쟁은 모든 사람에게 의사결정의 자유를 보장한다. 私的自治와 所有權에 근거하고 契約에 의해 형성된 私法秩序는, 누군가가 일방적 지시를 가능하게 하는 경제력을 획득한다면 정당한 결과를 얻을 수 없기 때문이다. 그러므로 경쟁의 보호는 전체 법질서의 임무의 하나가 되어야 한다. 모든 司法的 수단은 이러한 관점에서 바라보아야 하며, 어떤 것도 과도한 경제력의 형성을 위해 남용될 수 없다. 私的自治, 所有權 그리고 競爭은 함께 하나의 전체를 이루며, 자유경제질서와 사회질서의 기초를 이룬 세 개의 지주이다. 이들을 어느 정도로 보장하는 것이 바람직한가 하는 문제와 기대되는 경쟁을 경쟁의 적으로부터 어떻게 보호할 수 있는가 하는 문제는 각국의 입법정책적 문제인데, 그 문제를 해결하기 위한 것이 우리의 독점규제법과 같은 각국의 競爭法¹¹⁾이라 할 수 있다.

10) 특히 중요한 것으로 Fr. Böhm, in: *Kartelle und Monopole im modernen Recht I*, (1961) s. 3 ff.; J.M. Clark, *AER* 45 (1955), s. 450; Mestmäcker, *JZ* 1964, 441; ders., *AcP* 168, 235; I. Schmidt, *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 4. Aufl., (1993), s. 29 ff.

11) 이하 우리의 독점규제법을 포함한 각국의 협의의 경쟁정책을 위하여 제정된 법률을 '경쟁법' 또는 '독점금지법'으로 지칭한다.

제 2 장 競爭法 適用除外 領域 인정의 理論과 實際

제 1 절 競爭法の 適用除外 領域의 意義

우리 독점규제법처럼 협의의 경쟁정책을 목적으로 하는 현재 시행중인 외국
의 경쟁법제로는 미국의 셔먼법(Sherman Act)이나 클레이튼법(Clayton
Act), 연방거래위원회법(Federal Trade Commission Act)같은 연방
독점금지법(antitrust law), EU의 유럽공동체조약 제81조와 제82조 및
그에 부속된 유럽평의회규칙과 유럽위원회규칙으로 구성된 유럽공동체경쟁
법(European Community Law of Competition), 영국의 1998년 경
쟁법(Competition Act of 1998), 독일의 1998년의 6차개정된 경쟁제한
금지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)¹²⁾, 일본의
사적독점의 금지 및 공정거래의 확보에 관한 법률(私的獨占の禁止及び公正
取引の確保に關する法律)¹³⁾ 등을 들 수 있다.

경쟁법은 원칙적으로 모든 경제영역에 걸쳐 적용된다. 단지 일정한 영역에
대해서는 역사적 이유나 경쟁촉진에 대한 다른 차원의 이익의 존재 때문에
동법이 적용되지 않는다. 개념적으로 適用免除, 즉 例外認定(exemption)은
適用除外(exclusion)와 같지 않다. 적용제외된 거래관행은 완전히 금지의
적용범위 밖에 있지만, 예외인정은 금지의 적용범위안에 있는 관행에 대하
여 허용된다. 그러므로 엄밀히 경쟁법의 적용제외 영역이라 함은 독과점이
나 경쟁제한적 기업결합, 부당 공동행위, 불공정거래행위 등의 경쟁제한적
관행에 대하여 교정하여 이러한 시장의 질서를 교란하는 행위를 바로잡아
공정하고 자유로운 경쟁을 촉진하려는 경쟁법의 적용이 역사적 이유나 다른
국가의 정책 때문에 적용될 수 없는 경쟁의 예외영역을 가리킨다.

독점규제법은 제12장에서 適用除外라는 제목하에, 法습에 따른 正當한 行
爲(제58조), 無體財産權의 行使行爲(제59조), 일정한 組合의 行爲(제60조)
등의 일반적 적용제외영역을 인정하고 있다. 당초에는 이 외에도 金融業 및

12) BGBl. I S. 2546.

13) 昭和22.4.14 法律 第54号 制定, 平成12.5.31 改正 法律 第96号.

保險業을 영위하는 사업자에 대한 일반적 특례를 인정하였으나(제61조) 동 조는 1996년의 독점규제법 제5차개정시에 삭제되었다.¹⁴⁾

한편 독점규제법에는 이러한 적용제외 영역외에도 개별적 실체규정에서 정하고 있는 개별적 적용제외사유나 예외사유들이 여러 가지 유형으로 존재한다. 전술한 것처럼 適用除外는 개념적으로 適用免除, 즉 例外認定으로부터 구별되지만, 그러나 이러한 개념상 구별기준이 개별적인 경우에 얼마나 적확성을 갖는지에 대해서는 의문이 없지 않다. 독점규제법의 체계상으로는 제12장에서 규정하는 몇 개의 영역들과 제10조제7항, 제29조제2항처럼 “適用하지 아니한다”고 규정하는 경우는 분명히 법이 적용제외사유를 규정한 것으로 볼 수 있다. 그러나 이처럼 법이 형식상 적용제외사유로 명규한 경우라 하여 그것이 반드시 실질적으로 적용제외 영역인지 아니면 예외사유인지가 반드시 분명하지는 않다. 또한 법에 “그러하지 아니하다”식으로 규정된 유형이 어느 개념에 포섭될지는 분명하지 않다.¹⁵⁾ 그리고 법상 적용제외사유이

14) 현재 금융업 또는 보험업을 영위하는 회사에 대해서는 출자총액의 제한제도(제10조 제7항제1호)와 계열회사에 대한 신규채무보증의 금지(제10조의2제1항본문)에 대한 개별적 적용제외가 인정되고 있다.

15) 독점규제법상의 적용제외 또는 예외규정의 유형으로는 다음과 같은 4가지 유형이 있다.

- (1) “市場支配的事業者”라 함은 일정한 거래분야의 공급자나 수요자로서 단독으로 또는 다른 사업자와 함께 상품이나 용역의 가격·수량·품질 기타의 거래조건을 결정·유지 또는 변경할 수 있는 시장지위를 가진 사업자를 말한다. “그러나 시장지배적사업자의 다른 요건에 해당하더라도, 일정한 去來分野에서 연간 賣出額 또는 購買額이 10억원미만인 사업자를 제외한다(제2조제7호단서)”(이를 제1유형이라 지칭한다.).
- (2) 누구든지 직접 또는 大統領令이 정하는 특수한 관계에 있는 자(이하 “특수관계인”이라 한다)를 통하여 법소정의 企業結合으로서 일정한 거래분야에서 競爭을 實質的으로 制限하는 行爲를 하여서는 아니되나, “자산총액 또는 매출액의 규모(계열회사의 자산총액 또는 매출액을 합산한 규모를 말한다)가 대통령령이 정하는 규모에 해당하는 회사(이하 “大規模會社”라 한다)와의 자가 임원 또는 종업원에 의한 다른 회사의 任員地位의 兼任을 하는 경우에는 그러하지 아니하다(제7조제1항본문단서)”(이를 제2유형이라 지칭한다.).
- (3) 持株會社는 子會社의 株式을 당해 자회사 발행주식총수의 100분의 50[당해 자회사가 증권거래법의 규정에 의한 주권상장법인 또는 협회등록법인인 경우에는 100분의 30, 벤처기업육성에관한특별조치법 제2조제1항의 규정에 의한 벤처기업(이하 “벤처기업”이라 한다)을 자회사로 하는 지주회사로서 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 지주회사의 자회사인 경우에는 100분의 20]미만으로 소유하는 행위를 하는 것이 금지되는데, “다만, 다음 각목의 1에 해당되는 경우로서 지주회사로 전환되거나 지주회사를 설립할 당시에 소유하고 있는 자회사의 주식에 대하여는 지주회

건 예외사유이건 법이 적용되지 않아서 행위자가 면책(immunity)된다는 효과면에서는 차이가 없다. 따라서 본고에서는 것처럼 구별이 어려우면서 동시에 구별의 필요성이 크지 않은 적용제외와 적용면제간에 차이를 두지 않고, 또한 독점규제법 제12장의 일반적 적용제외사유에 중심을 두고 논의를 진행한다.

제 2 절 主要 外國의 立法例

각국의 법제는 경쟁법의 적용제외 영역에 대하여 어떻게 규정하고 있는지 여기에서 간략하게 살펴본다. 말하자면 이러한 것은 경쟁법의 적용제외의 비교법적 근거라고 할 수 있다. 우리의 경우만이 아니라 외국에서도 경쟁법에 적용제외 영역을 인정하고 있다는 것, 그것이 우리의 관심을 이끈다. 주목되는 것은 그 영역이 국가별로 얼마나 특징적인지 하는 점이다.

1. 美 國

미국에서는 연방독점금지법의 적용제외 영역을 정하는 특별법들이 존재하며, 법원이 그 판결에 의하여 명시적 또는 묵시적 적용제외의 범위를 판례법으로 정한다. 그러한 특별법의 주요한 예로는 노동조합, 농협, 원예조합 등에 대하여 일정한 요건하에서의 독점금지법의 적용면제¹⁶⁾, 수출조합에 대한

사로 전환되거나 지주회사를 설립한 날부터 2년간(라목의 경우에는 그 사업연도 종료일부터 1년간)은 그러하지 아니하다(법 제8조의2제1항제2호단서)”(이를 제3 유형이라 지칭한다.).

- (4) “법 제7조제2항각호의 1에 해당한다고 공정거래위원회가 인정하는 기업결합에 대하여는 제7조제1항의 경쟁제한적 기업결합의 금지규정을 적용하지 아니한다(법 제7조제2항)”(이를 제4유형이라 지칭한다.).

이상의 개별적 적용제외 또는 예외사유들은 제1유형이나 제2유형처럼 단지 독점규제법의 적용범위를 量的 基準에 의하여 한정하는 것이나 제3유형처럼 時的 基準에 의하여 한정하는 것이 있는가 하면 제4유형처럼 다른 종류나 범주에 대한 것, 즉 진정한 원칙에 대한 예외관계에 있는 것도 있다.

- 16) 클레이튼법 제6조는 “독점금지법이 相互扶助(mutual help)를 목적으로 설립되었으며, 자본금을 가지지 아니하고, 營利를 목적으로 하지 않는 勞動, 農業 혹은 園藝組織(labor, agricultural, or horticultural organizations)의 존재 및 운영을 금지하거나, 그러한 조직의 회원이 그 적법한 목적을 적법하게 수행하는 것을 금지 혹은 제한하는 것으로 해석되어서는 아니된다. 당해 조직 또는 그 회원이 반트러스트법하에서

적용면제¹⁷⁾, 여러 가지 규제산업(regulated industries)에 대한 적용면제¹⁸⁾ 등을 들 수 있다. 그밖에 지침에 의한 일부 기업들의 공동연구개발합작(joint research and development ventures)에 대한 적용면제¹⁹⁾, 법원의 판례에 의한 프로스포츠구단에 대한 적용면제²⁰⁾ 등이 존재한다.

2. E U

EU에서는 기업간 수직적 협정(Vertical agreements)²¹⁾, 기업간 기술이전을 위한 라이선스협정²²⁾ 기업간 수평적 협력협정(Horizontal co-

의 거래를 제한하는 불법적 結合(illegal combinations) 또는 共謀(conspiracies)로 간주되거나 해석되어서는 아니된다”고 규정하고 있다. 노동조합에 대해 클레이튼법이 부여한 면제의 근거는 노동자들에게 사용자들의 구매력(bargaining power)에 맞설 수 있게 하기 위해서이다.

1922년의 The Capper-Volstead Act는 농민·축산업자·낙농업자들의 협력체(cooperatives)의 시장에서의 생산품의 공동마케팅을 승인하였다. 그 근거는 이들 협회에 시장에서의 구매력(bargaining power)을 상쇄하는 것을 허용하는 것이다.

17) 1918년의 The Webb-Pomerene Act는 수출연합(export associations)을 독점금지법으로부터 적용면제하였다. 그러므로 기업들은 자신들의 수출가격책정과 마케팅을 위하여 연합회를 구성할 수 있다. 이들 관행은 내국거래에서 행해졌다면 명백히 서면법을 위반하는 것이다.

18) 예컨대 1935년의 聯邦動力法(Federal Power Act)과 1938년의 천연가스법(Natural Gas Act). 16 U.S.C. 824 (2000) and 15 U.S.C. 717-717 (2000). 그러므로 천연가스와 전력시장에서는 시장 경쟁 대신에 州公益事業體委員會나 聯邦에너지規制委員會(Federal Energy Regulatory Commission)같은 행정기구에 의한 규제가 소비자에 대하여 공정성을 담보하는 구실을 하여왔다.

19) 1999년에 FTC는 경쟁자간 협력지침을 발표하였는데, 동지침은 명시적으로 “경쟁자간의 정보공유는 친경쟁적일 수 있으며, 흔히 일정한 협력행위의 친경쟁적 혜택을 성취하기 위하여 합리적으로 필요하다”고 인정하였다. Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, 3.31(b) Relevant Agreements that May Facilitate Collusion (1999).

20) 프로야구는 연방대법원의 1922년 판결에 의하여 독점금지법으로부터 적용면제를 받았다. 그러한 판단한 취급에 대한 하나의 이유는 스포츠리그는 예컨대 철강산업과 같은 독립 기업들의 단순한 집합이 아니고, 그 상품-경쟁적 스포츠 시합-을 생산하기 위하여 여러 가지 방식으로 프로야구팀들이 협력하여야 한다는 점이다. 예컨대 신입선수의 드래프트 관행은 그와 같은 이유에서 독점금지법의 적용에서 제외된다.

21) 이에 관하여 수직적 협정지침(Guidelines on Vertical Restraints)이 있다. Official Journal C 291 of 13.10.2000, page 1.

22) 이에 관하여 기술이전협정규칙 제240/9호가 있다. Technology Transfer Agree-

operation agreements)²³⁾ 등에 대하여 유럽공동체경쟁법인 유럽공동체 조약 제81조(3)의 포괄적 적용면제(block exemptions)가 인정되어있다. 운송업 분야나 보험산업 분야²⁴⁾, 농업 분야²⁵⁾도 경쟁법의 적용제의 영역으로 인정된다.

3. 獨逸

독일에서는 1998년 개정 이전의 경쟁제한방지법(GWB)²⁶⁾이 공적 기업(제98조제1항), 운송기업(제99조), 농업생산자단체(제100조), 독일연방은행과 재건신용기구(die Kreditanstalt für Wiederaufbau)(제101조), 금융기관과 보험회사(제101조), 저작권등의 이용회사(Verwertungsgesellschaften)(제102조a), 전기·가스·수도 등의 공급기업(Versorgungsunternehmen)(제103조제1항) 등에 대하여 동법의 적용을 제한하고 있었다. 1998.8.26에 경쟁제한방지법(GWB)의 제6차 개정법이 통과되었다. 개정법은 구법 제98조의 규정을 일부 수정하여 제130조로 옮겨오고 제28조 내지 제31조로 조문의 위치를 이동하였다. 구법 제99조의 운송기업, 제101조의 연방은행 등²⁷⁾, 제103조의 공급기업의 조항은 삭제하였으며, 에너지공급기업에 대해서는 오히려 제130조제3항에서 이에 관한 다른 특별법에도 불구하고 GWB의 규정이 적용됨을 명시하였다. 또한 새로이 제31조²⁸⁾에서 스포츠단체에 의한 스포츠경기의 TV방송권의 중앙집중적 마케

ments - Regulation No 240/96.

23) 이에 관하여 처음 1971.12.29에 공표된 위원회규칙 제2821/71호가 있었으나, 최근에 개정되어 특화에 의한 기업간협력에 관한 위원회규칙 제2658/2000호와 공동연구개발협정에 관한 위원회규칙 제259/2000호가 있으며, 기업간수평협정에 관한 조약 제81조의 적용지침(Guidelines on the applicability of Article 81 to horizontal co-operation agreements)이 있다.

24) 보험분야의 일정한 범주의 협정, 결정 및 공동행위에 대해서 적용되는 위원회규칙 제3932/92호가 있다.

25) 이에 관하여 특별히 정하는 위원회규칙 제26호가 있다. Council Regulation No 26 applying certain rules of competition to production of and trade in agricultural products. Official Journal 030, 20.04.1962 p. 993-994.

26) 1990년 개정법이다.

27) 개정법은 연방은행에 관한 구법 제101조제1호만은 개정법에서 제130조제1항제2문으로 위치를 이전하여 종전과 동일 내용으로 규정하였다.

28) 사회정책적 책임을 수행함에 있어서 청소년스포츠와 아마추어스포츠의 장려도 임무로

팅에 대하여 GWB 제1조의 규정이 적용되지 않음을 규정하였다.

4. 英國

1998년 경쟁법은 제1장 금지(the Chapter I prohibition)에 의하여, 사업자간의 협정, 공동 관행 또는 사업자단체의 결정을 경쟁법 제2조가 정하는 경우²⁹⁾에는 금지하는데, 제3조에 의해서 배제³⁰⁾되거나 제4조 이하 제11조에 의하여 면제될 수가 있다. 협정이 제1장의 금지로부터 면제되는 것은 다음의 세 가지 경우이다:

i) 병렬적 면제: 만일 어떤 협정이 이미 유럽공동체의 면제(즉 포괄적 면제이든 개별적 면제이든 조약 제81조(3)에 의하여 제81조의 금지로부터 면제된 것)의 혜택을 받고 있다면 자동적으로 제1장의 면제를 획득한다. (경쟁법 제10조)

ii) 영국의 포괄면제: 영국법상 주지사(The Secretary of State)는 특정한 범주의 협정에 대하여 포괄면제를 부여하는 명령을 발하고 그러한 포괄면제명령의 적용을 받는 협정은 동명령에서 특정된 조건에 부합하면 자동적으로 면제된다. (경쟁법 제6조)

iii) 영국의 개별적 면제: 영국 公正去來廳(OFT)은 자신에게 신고된 협정에 대하여 동 협정이 면제를 위한 기준에 부합된다는 평가를 하는 경우에는 개별적 면제결정에 의하여 특정한 협정에 대하여 면제를 허락할 수 있다. (경쟁법 제4조)

영국의 포괄적 면제 및 개별적 면제는 경쟁법 제9조의 기준에 부합되는 경우에만 허용된다. 영국 경쟁법 제9조에 의한 면제는 유럽공동체조약 제81

하고, TV방송권의 중앙집중적 마케팅에 의한 수입에 적절하게 참여함으로써 이러한 임무가 고려되는 스포츠단체에 의한 정관에 따라서 실행되는 스포츠경기의 TV방송권의 중앙집중적 마케팅에 대해서는 GWB제1조가 적용되지 않는다(제31조).

29) 그 목적이나 효과가 영국내의 경쟁의 방해(prevention)·제한(restriction) 또는 왜곡(distortion)이고, 영국내 거래에 영향을 미치고, 영국내에서 실행되거나 실행될 의도이고, 그 효과가 대부분의 사례에서 당사자의 시장점유율의 합계가 25퍼센트를 초과하는 정도로, '소규모(de minimis)'가 아닌 상당한 것이어야 한다.

30) 배제는 법 자체에서 규정되거나, 주지사(the Secretary of State)의 명령에 의해 정해진다.

조(3)에 의한 면제기준과 동일하다. 이는 넓게 보아, 그 협정이 그것의 반경쟁적 효과를 상쇄하는 경제적 장점을 가져오는 경우이다.

반경쟁적 행위가 시장지배적 지위(dominant market position)를 보유한 당사자(들)에 의해서 실행되는 경우에 적용되는 이른바 제2장의 금지(the Chapter II prohibition)의 경우에는 면제가가능성은 없다.

5. 日 本

일본에서는 사적독점금지법(私的獨占の禁止及び公正取引の確保に關する法律) 제6장에서 일반적 적용제외 조항을 두고 있으며 이는 우리나라 독점규제법 제12장과 일부 유사한 내용이다. 종래에는 자연독점³¹⁾, 법률규정에 근거한 명령에 의한 정당한 행위³²⁾에 대한 적용제외를 규정하고 있었으나, 사업자간의 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진하기 위하여 적용제외사유를 필요 최소한으로 한다는 관점에서 후자는 1999년에, 전자는 2000년에 각각 삭제되었다. 현재는 저작권법, 특허법, 실용신안법, 의장법 또는 상표법에 의한 권리행사라고 인정된 행위³³⁾, 일정한 조합의 행위³⁴⁾, 공정거래위원회가 지정한 상품에 대한 재판매가격유지행위에 대한 적용제외³⁵⁾를 규정하고 있다.

31) 철도사업, 전기사업, 가스사업 기타 그 성질상 당연히 독점이 되는 사업을 영위하는 자가 행하는 생산, 판매 또는 공급에 관한 행위로서 그 사업에 고유한 것에 대하여는 동법을 적용하지 아니한다(구법 제21조).

32) 특정한 사업에 있어서 특별한 법률이 있는 경우에 있어서, 사업자 또는 사업자단체가 그 법률 또는 그 법률에 근거한 명령에 의하여 행하는 정당한 행위에는 동법을 적용하지 아니한다(구법 제22조제1항). 전항의 특별한 법률은 별도로 법률에 의하여 지정한다(동제2항).

33) 동법의 규정은 저작권법, 특허법, 실용신안법, 의장법 또는 상표법에 의한 권리행사라고 인정된 행위에는 이를 적용하지 아니한다(제21조).

34) 제22조. 동법의 규정은 다음 각호에 언급한 요건을 구비하고 또한 법률의 규정에 의거하여 설립된 조합(조합의 연합회를 포함한다)의 행위에는 이를 적용하지 아니한다. 단, 불공정한 거래방법을 사용하는 경우 또는 일정한 거래분야에 있어서의 경쟁을 실질적으로 제한함으로써 부당하게 대가를 인상하게 되는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 소규모의 사업자 또는 소비자의 상호부조를 목적으로 할 것
2. 임의로 설립되고 또한 조합원이 임의로 가입하고 또는 탈퇴할 수 있을 것
3. 각 조합원이 평등한 의결권을 가질 것
4. 조합원에 대하여 이익분배를 행하는 경우에는 그 한도가 법령 또는 정관에 정해져 있을 것

35) 재판매가격유지행위의 금지에 대한 공정거래위원회의 지정에 의한 적용제외사유를 일

제 3 절 適用除外 領域 인정의 理論的 根據

적용제외를 인정하는 이론적 근거는 역사적·정치적 관점에서 찾아볼 수도 있고, 경제적 관점에서 찾아볼 수도 있다.³⁶⁾ 전자의 관점은 적용제외가 생성되는 사회경제적 과정에 착안하여, 적용제외의 인정에 의하여 이익을 보는 집단의 영향력을 적용제외 영역 인정의 주된 이유로 본다. 이에 대하여 후자의 관점은 경쟁정책이 아닌 다른 국가정책을 위하여 일정한 영역을 시장기구의 손에 맡기지 않는 것과 독점금지정책이 아닌 다른 경쟁정책적 목적을 위하여 마찬가지로 적용제외 영역으로 인정하는 것이다.

1. 利益集團의 영향력

掌握理論(capture theory) 및 公共選擇(public choice)理論 등의 역사적·정치적 관점에 입각한 이론들은 규제의 존재에 관하여 다른 경제적·규범적 이유가 아니라 그것에 의하여 이익을 보는 집단의 영향력의 산물로 파악한다. 장악이론은 私的 利益이 규제의 시행·수정 및 예산지출을 하는 입법부나 규제를 시행하는 공무원들에게 영향을 미침으로써 규제에 영향을 주고 궁극적으로는 통제하게 된다고 본다.³⁷⁾ 규제기구를 장악함으로써, 산업내 참여자들은 규제당국을 상품이나 서비스에 대한 超競爭的 價格을 책정하고 새로운 進入을 방어하는 카르텔기구로 변환시킬 수 있게된다. 요컨대 스티글러가 The Theory of Economic Regulation에서 윤곽을 그린 이익집단(special interest group)이나 장악이론에 따르면, 규제는 피규제

반적 적용제외사유에 관한 제6장에 포함시켜 자세히 규정하고 있다(제23조). 그 요건은 우리나라 독점규제법상의 그것과 동일한 내용이나 ① 그 상품을 판매하는 사업자가 하는 행위에 있어서는 그 상품을 생산하는 사업자의 의사에 반해서 하지 못하도록 하고 있는 점(제1항단서), ② 저작물에 관해서 일반적으로 재판매가격유지행위의 대상 상품이 될 수 있도록 특별히 정하고 있는 점(제4항), ③ 재판매가격유지행위의 상대방인 사업자에 국가공무원법, 농업협동조합법 등 동법에 열거된 법률에 근거하여 설립된 단체를 포함하지 않는 것으로 명규하고 있는 점(제5항) 등이 상이하하다.

36) 권오승, “독점규제법상 적용제외”, 「법경제연구(II)」 한국개발연구원, 111-115쪽(1995).

37) George J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 2 Bell J. Econ. & Mgmt. Sci. 3 (1971).

기업 자신의, 경쟁을 최소화하려는 로비를 반영한다. 이러한 의미의 장악이 일어나든 아니든, 공공선택이론은 규제를 시행하는 입법자나 그 집행기구가 소비자에 봉사하기보다 자기자신에게 봉사한다고 가정한다.³⁸⁾ 따라서 이러한 입장에서는 독점규제법의 적용제외영역이 입법에 의하여 인정되었다면, 그것은 그것에 의하여 경쟁으로부터 보호받는 집단의 이익을 반영한 것일 가능성이 크다고 보게된다.

장악이론과 공공선택이론의 주장은 미국문화의 회의주의적이고 인민주의(populism)적인 투쟁에서 기원하는 것이다. 1940년대에 인민주의자들은 산업자본으로부터 금융자본으로, 인민으로부터 기업의 임원들에게로의 권력의 이동을 우려하였다. 오늘날의 인민주의자들은 주민의회와 주정부로부터 연방정부로의 권력이동과 관료들의 견제에 관심을 갖는다. 그러나 장악과 공공선택이론도 또한 知的 遲滯(intellectual legs)에 기초하고 있다. 예컨대 장악이론은 자동차운송같은 일부 산업에서는 자연독점적 성격을 갖고 있지 않은데도 규제가 되고 있고, 규제가 수익성을 소멸시키는 것이 아니라 증가시킬 수 있다는 점에서 뒷받침된다.³⁹⁾ 규제정책을 왜곡하는 無賃乘車者(free-rider)의 문제가 존재한다는 가설도 제기될 수 있다. 즉 공공재를 소비하는 일반대중 중 누구도 옳은 경로를 식별하고 입법자를 촉구하거나 규제기관에 그것을 추종하도록 투자할 충분한 이익이 존재하지 않을 것이다. 반면에 산업 종사자들은 입법정책과 기관의 정책에 크게 영향을 받기 때문에, 자신들을 보호하기 위하여 로비할 용의가 충분하다.

그러나 장악이론에 맞지 않는 관찰결과와 데이터도 제시될 수 있다. 하나의 산업내에도 이해관계가 충돌하고 규제에 관하여 상호 맞서서 로비하고 제소하는 참가자들이 존재한다. 게다가 소비대중은 로비하고 제소하는 소비자단체에 의하여 아주 효과적으로 대표될 수 있다. 마지막으로, 많은 시장과 정치적 사건들은 장악이론으로 설명될 수 없다. 규제는 흔히 산업계의 반대와 소비자의 지지에 직면하며, 교차 보조금은 규제된 시장에서 흔히 중소기업에게 유리하며, 규제완화가 일어나면 때로는 업계의 지지를 받고 때로는

38) Daniel A. Faber & Philip P. Frickey, *Law and Public Choice: A Critical Introduction* (University of Chicago Press: 1991).

39) H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, 2nd ed., §19.2b (West Publishing Co.: 1999).

저항을 초래한다. 집중도가 높은 과점은 규제적인 카르텔화가 참여자에게 큰 수익을 가져다줄 수 있는데도, 규제를 선호하지 않는 경우가 많다. 다만 장악이론은 정치적 관성의 장애로 인하여, 입법자가 그 구성원의 관찰, 공중의 여론과 요구, 현존이론과 현존 정치적 정서 등의 영향을 받아서 규제가 공중에 이롭다고 설득되는 때에 규제가 발생하며, 동일한 영향하에서 입법자가 무언가 변화가 공중의 이익을 증진하겠다고 결론을 내리는 때에 규제가 완화되거나 철폐된다는 전제는 설득력이 있다.⁴⁰⁾ 일단 규정, 규제적 접근방법과 기법이 자리잡으면, 현저한 동요로 인하여 특정한 측면이나 쟁점의 새로운 평가가 요구될 때까지, 이것들은 추종된다.

또 다른 공공선택 이론의 난점의 하나는 그것이 후술하는 규제의 근거에 대한 경제적 이론에 관심을 기울이지 않는다는 것이다. 철도, 전력, 택시 등의 요율에 대한 규제가 이익집단의 정책에 의한 것이라면, 채소판매나 신발수리 등은 왜 규제되지 않는 것인가. 이에 대한 가장 합리적인 설명은 그것들이 로비력이 떨어지기 때문이 아니라, 철도, 전기, 택시 등의 규제는 자연독점 산업이거나 시장의 실패가 발생하기 때문으로 보는 것이다.⁴¹⁾

2. 다른 國家政策에 의한 立法者의 결단

이것은 자유롭고 공정한 경쟁의 보호와 촉진이라고 하는 독점규제법의 목적과는 직접적인 관계가 없는 다른 이유로 어떤 영역에 대하여 동법의 적용을 제외하는 내용의 입법을 하는 것이다. 독점규제법은 경쟁정책을 위한 대표적인 법률이지만, 경쟁정책에는 협의의 경쟁정책인 독점금지정책 외에도 무역정책, 지적재산권정책, 산업정책 등이 포함된다. 그리고 국가정책에는 경쟁정책을 포함하는 경제정책 외에도 사회정책, 문화정책 등의 여러 가지 국가목적에 위한 정책들이 포함된다. 경쟁정책의 목적인 경쟁은 주로 그것이 배분적·생산적 및 동태적 효율성을 개선하는 경향이 있기 때문에 가치를 가진다. 효율적으로 경쟁적인 시장은 경제주체 중 상대적인 약자나 정보가 부족한 자를 겨냥한 차별적 가격책정을 피하면서 기여에 대한 경제적 보

40) Robin L. Marris & Dennis C. Mueller, *The Corporation, Competition and the Invisible Hand*, 118 J. Econ. Lit. 32, 58-59 (1980).

41) H. Hovenkamp, *op. cit.*, p. 701.

상을 증가시키고, 소비자선택과 경제적 기회의 확대, 경제력의 분산 그리고 자원관리의 합리적 체계를 확대하는 상품과 용역의 다양성 등의 병렬적인 목적들을 전술한 효율성 개선이라는 성과와 부합시킨다.

예컨대 독점규제법 제7조제2항에서는 경쟁제한적 기업결합을 금지하는 동조제1항의 원칙에 대하여 두 가지 예외를 허용하는데, 당해 기업결합외의 방법으로는 달성하기 어려운 효율성 증대효과가 경쟁제한으로 인한 폐해보다 큰 경우(제1호)와 상당기간 대차대조표상의 자본총계가 납입자본금보다 작은 상태에 있는 등 회생이 불가한 회사와의 기업결합으로서 대통령령이 정하는 요건에 해당하는 경우(제2호)가 그것이다. 양 기업결합은 경쟁제한적 효과를 발생하므로 원래 독점규제법에 의하여 금지되어야 할 것이지만, 경제발전 내지 산업정책이라는 다른 국가정책적 이유에 의하여 예외로 허용되는 것이다. 또 다른 예로는 지적재산권의 보호를 들 수 있다. 예컨대 特許權者는 業으로서 그 특허발명을 실시할 권리를 獨占한다(특허법 제94조). 이러한 특허법에 의한 법적 독점의 허용은 발명을 보호·장려하고 그 이용을 도모함으로써, 기술의 발전을 촉진하여 산업발전에 이바지함을 목적으로 하는 것이다(동법 제1조). 사회정책을 위하여 독점규제법의 적용제외 영역을 허용할 수도 있다. 정부는 농어민, 중소기업과 같은 사회적 약자가 금융기관 또는 상업적 기관에 쉽게 접근할 수 있게 하는 법률과 같이, 경쟁에 부수하는 보충적인 목적을 달성하기 위하여 규제를 사용할 수 있다. 그밖에 석유와 항공산업, 해운산업에서의 일부 규제와 같이, 과도한(excessive) 경쟁을 감소시키려는 규제, 기존의 규제영역을 보호하기 위하여 새로운 영역을 제한하는 규제⁴²⁾ 등은 경쟁정책과 훨씬 조화되기 어렵다고 할 수 있다.

3. 市場失敗에 대한 대처

이는 다른 경쟁정책적 목적을 위하여 일정한 영역을 독점규제법의 적용제외 영역으로 인정하는 입법을 하는 것이다. 독점규제법은 독점, 부당한 공동행위, 즉 카르텔 및 경쟁제한적 기업결합, 불공정거래행위 등의 市場의 失敗

42) 철도를 보호하기 위한 자동차운송업의 규제, 일반방송업을 보호하기 위한 케이블방송의 규제 등의 예를 들 수 있다.

(market failure)를 교정하려 하지만, 독점금지법 시정할 수 없는 시장의 실패도 있다. 본질적으로 경쟁이 발생할 수 없거나 경쟁이 제 기능을 하기 어려운 시장실패가 발생한 분야에 있어서는 獨占禁止가 아니라 獨占의 존재를 인정하고 그것에 대한 規制가 필요하게 된다. 그러한 시장실패가 생기는 영역으로는 이론적으로 自然獨占(natural monopoly)과 公共財(public goods) 및 外部性(externality)의 경우를 들 수 있다. 그리고 그러한 산업분야에 대해서는 국가나 지방자치단체에 의한 공적 규제가 행해지는 경우가 많은데, 따라서 이를 規制産業(regulated industries)이라고 부른다. 규제산업에 대한 독점금지법의 적용제외는 산업에 따라서 다양한 형태를 취한다. 그 적용제외의 인정 근거 중 하나는 예컨대 전기요금에 대한 주관기관의 규제와 같은 공적 규제 자체가 전기판매사업자의 독점금지관행으로부터 공익을 보호하리라는 기대를 들 수 있다.

(1) 自然獨占(natural monopoly)

1) 自然獨占의 의의와 適用除外의 이유

어떤 산업이 단일 기업에 의하여 최소비용으로 특정한 상품이나 서비스의 생산을 할 수 있다면 자연독점에 해당한다.⁴³⁾ 이 경우에 실제 시장에 존재하는 기업의 수는 상관없다.⁴⁴⁾ 전형적인 예는 장기평균비용곡선(LRAC)이 모든 산출량에서 하향하는 단일 물품의 생산이다. LRAC가 하향하므로 장기가변비용곡선(LRMC)은 반드시 LRAC의 밑에 위치하게 된다. 이러한 산업에 있어서는 생산량을 증가할수록 평균생산비가 하락하는 規模의 經濟(economy of scale)가 존재하게 된다. 그러한 시장은 경쟁적일 수 없고, 최초의 진입자는 아무런 도전을 받지 않을 것이며, 만일 도전이 있더라도, 승자가 모든 것을 갖게 된다.⁴⁵⁾ 이처럼 단일 기업이 산출확대와

43) W. Viscusi, J. Vernon & J. Harrington, *Economics of Regulation and Antitrust*, 3rd ed., Ch. 11 (The MIT Press : 2000).

44) Richard A. Posner, *Natural Monopoly and its Regulation*, 30th ed., p.1 (1999).

45) W. Viscusi, J. Vernon & J. Harrington, *Economics of Regulation and Antitrust*, Ch. 11 (1992).

비용절감을 지속함으로써 궁극적으로 전체 시장에서 승리하는 것을 전제할 때, 문제는 어떻게 사회가 단일 기업에 의한 생산인, 최저비용 생산으로부터 독점가격책정의 우려없이 그 혜택을 볼 수 있는가 하는 점이다. 따라서 생산적 효율성과 배분적 효율성이 충돌하는 그러한 시장에서는 규제가 정당화된다. 비용을 최소화하기 위하여, 독점자가 있어야 한다. 그러나 만일 시장이 규제되지 않는다면, 생산적 효율성이 존재하더라도 자연독점은 산출을 제한하고 초경쟁적인 가격을 부과하고⁴⁶⁾ 독점적 수익과 소비자후생의 감축에 의하여 이른바 사장된 손실(deadweight loss)을 만들고, 소비자로부터 독점자에게로 富의 이전을 가져올 것이며, 또한 혁신에 대한 유인을 약화시킴으로써 동적 효율성을 저해하게 된다. 따라서 통상적인 獨占規制가 필요한 것이다. 하나의 기업의 진입만을 허용하고 그 기업이 충분한 투자, 적절한 서비스 그리고 비용에 상응하는 적당한 가격을 담보하도록 규제해야 하는 것이다. 이러한 자연독점론은 전력·천연가스의 배급, 지방의 전기통신서비스, 水道 그리고 운송 등의 공익사업체(public utility)에 대한 진입·요율 및 서비스 등에 대한 공적 규제의 이론적 근거를 제공한다.

2) 恒久的 自然獨占과 暫定的 自然獨占

공익사업체의 규제 근거의 하나의 문제점은 자연독점 가정이 규제된 시장에 대한 정확한 설명이 되지 못할 수 있다는 점이다.⁴⁷⁾ 예컨대 한계비용이 산출증가에 따라서 지속적으로 감소하지 않는 산업분야에서는 獨占이 아니라 複占이 전형적이다. 그러한 분야에서는 일부 실로 유의한 경쟁이 벌어진다. 이것은 자연독점에는 항구적인⁴⁸⁾ 것과 잠정적인 것이 있기 때문이다.⁴⁹⁾ 항구적 자연독점의 경우에는 LRAC가 산출이 증가함에 따라서 계속

46) 일단 시장을 평정하고 나면, 기업은 독점가격을 책정할 수 있을 것이다. 독점가격에 의하여 유발된 진입은 자연독점에서는 거의 없을 것으로 통상 전제한다.

47) F.M. Scherer & D. Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3rd ed., pp. 80-81 (1990).

48) 항구적이라는 용어는 자연독점을 경쟁적 구조의 산업으로 전환할 수 있는 극적인 기술변화를 배제할 수 없는 한 오인을 유발할 수도 있다고 한다.

49) 항구적인 자연독점과 잠정적인 자연독점간의 구별에 관해서는 W. Viscusi, J. Vernon & J. Harrington, op. cit., pp. 337~339.

적으로 하향한다. 시장수요가 아무리 많더라도 단일 기업이 이를 최소비용으로 생산할 수 있다. 그와 달리 잠정적 자연독점은 LRAC가 일정한 산출에 이르기까지는 하향하다가 그 점에서부터는 일정하게 된다. 그러므로 이 경우에는 시장의 수요가 성장하면 자연독점은 유효하게 경쟁적인 시장으로 될 수 있다.

미국의 도시간 전화서비스의 경우가 잠정적 자연독점을 설명하는데 사용될 수 있다. 전화통화 수요가 적을 때에는 급격한 단위비용 감소를 유발하는 여러 요소가 있지만, 수요가 일정한 수준 이상으로 증가하면 그것들은 기능하지 않는다. 예컨대 고주파를 이용하는 전화체계는 특정 주파수의 신호를 전달하는 약 20에서 40마일 떨어진 다수의 기지국으로 구성된다. 각 기지국은 토지, 건물, 탑과 안테나, 전자장비 등을 요한다. 이들 투입물은 회선의 수에 비례해서 증가하지는 않으므로 통화량이 늘면 고정비용은 점점 줄어 들 수 있다. 그러나 이러한 확산효과(spreading effect)는 양이 증가함에 따라 점점 더 줄어든다.

하나의 예로서 뉴욕과 필라델피아간의 장거리전화서비스는 1940년대에는 오직 800회선(circuits)만 필요했다고 한다. 이 용량에서는 수요량이 늘수록 단위비용은 떨어졌고 자연독점 환경이었다. 1960년대에 주로 TV의 수요 때문에 회선 수는 79,000으로 늘었고, 이 양은 단위비용이 필연적으로 불변이 되도록 하였다. 그러므로 1960년대에는 잠정적인 자연독점은 사라졌다. 이런 현상은 드물지 않다. 철도는 지난 1800년대에는 수요량이 늘수록 상당한 비용절감을 할 수 있었는데, 이러한 장점은 1920년대에 트럭수송의 도입에 의하여 상당히 침식되었다. 이 예는 새로운 요소, 즉 기술진보를 반영한다. 즉 장기간이 경과하면 비용함수는 새로운 지식이 생산공정에 체화됨에 따라서 이동할 수 있다는 것이다. 그러므로 항구적인 자연독점은 드물며, 기술변화는 경쟁이 작동하도록 비용함수를 이동시킬 수 있다.

요컨대 비록 자연독점이 실제로 일정한 통신산업과 일부 동력산업에서 존재하더라도 그 전부가 그런 것은 아니며, 자연독점이 존재하더라도 첫째, 기술진보가 자연독점을 파괴할 수 있다. 가스와 전력, 일반방송과 위성방송, 케이블 TV, 구리선 전화와 유리섬유선 전화, 휴대폰처럼, 특정의 단위 기술에 독점이 존재하더라도, 다른 기술과의 경쟁이 존재하거나 존재할 수 있다.

둘째, 장기평균비용은 모든 산출규모에서 감소하는 것이 가능하고 현재 그렇게 예상되더라도, 만일 장래에 현재 예측 가능한 수준을 넘어서 산출이 증가하면 그 수준을 넘거나 증가할 수 있다. 기술이 거의 항구적으로 불변이라 하더라도 수요 증가를 통하여 비용상 애로없이 복수 기업의 참여가 가능해질 수 있다.

(2) 公共財(public goods)

예컨대 국방, 경찰, 소방, 기상예보, 공교육제도, 세무행정 등의 공공재⁵⁰⁾의 영역에 대해서는 시장기구에 맡기지 않고 국가가 직접 사무를 처리한다. 이같은 영역에 대해서는 국가가 직접 행정작용으로서 역무를 제공하기 때문에 사업자의 행위를 대상으로 한 독점규제법의 적용범위에 포함되지 않는다.

(3) 外部性(externality)

외부성 또는 외부효과(external effect)는 예컨대 생산방법에 의하여 야기된 환경피해, 즉 공해나 무상의 정보제공 등 어떤 경제활동과 관련하여 다른 사람에게 의도하지 않은 혜택(外部經濟)이나 손해(外部非經濟)를 가져다 주면서도 이에 대한 대가를 받거나 지급하지 않는 상태를 가리킨다. 시장의 힘에 의해서는 충분히 통제되지 않는 이와 같은 외부성이 존재하면, 시장은 자원배분의 효율성을 달성하지 못하게 되므로 외부비경제에 대해서는 조세나 행정제재를 통하여 과다생산을 막는 규제가 필요하고, 외부경제에 대해서는 보조금을 지급하거나 유인을 제공하여 부족한 재화나 용역의 생산을 증대시킬 필요가 있다. 규제는 또한 시장의 힘에 의해서는 충분히 통제되지 않는 정보의 불균형⁵¹⁾의 특징을 가지는 시장을 다루기 위하여 사용될 수 있다. 위와 같은 상황에서는, 시장의 실패는 분배를 왜곡하고 규제적 개입이 그러한 왜곡을 완화시킬 수 있다.

50) 공공재의 특성은 소비에 있어서의 非競合性(nonrivalry in consumption)과 非排除性(nonexcludability in consumption)이다.

51) 산업안전규제 그리고 은행 등의 금융기관규제와 증권·선물시장규제의 정당화사유이다.

제 3 장 規制産業에 대한 競爭法の 適用除外

여기에서는 협의의 경쟁정책을 목적으로 한 경쟁법의 적용이 제외되는 영역에 관하여 이 분야의 가장 앞선 선진국이라 할 미국의 경험을 중심으로 상세하게 고찰한다. 우리 독점규제법의 편제에 맞추어서 규제산업의 경우와 지적재산권의 행사와 관련한 부분으로 나누어서 살펴본다.⁵²⁾ 소규모조합의 행위와 관련한 부분은 전자에 포함되어서 논의될 것이며, 지적재산권의 행사와 관련된 부분은 다음 장에서 고찰한다.

제 1 절 規制의 強度와 獨占禁止의 關係

1. 規制의 意義

엄밀히 말하자면, 경쟁법에 의한 독점금지정책, 즉 협의의 경쟁정책도 역시 하나의 규제이다. 그렇지만 여기에서 말하는 규제란 협의의 경쟁정책 이외의 다른 국가목적에 의한 규제만을 가리킨다. 일반적으로 시장경제체제의 국가에서도 국가의 규제가 시장의 기능을 보충하는 것은 충분히 예상되며 실제로 행해지고 있다. 국가는 시장이 합리적으로 잘 작동할 때에는 방임하지만, 시장이 잘못 작동되거나 정치적으로 승인된 목적이 그 한계밖에 위치하는 때에는 개입하는 것이다.

2. 規制의 強度의 變化

미국에서의 경제적 규제는 역사가 오래지만, 그 근세의 시원은 산업혁명에 대한 정부의 대응에서 비롯된다.⁵³⁾ 주간통상을 규제하기 위한 州間通商委員會(Interstate Commerce Commission : ICC)는 1890년에 서면법이

52) 이후 이러한 성질과 내용의 규제를 “규제기관에 의한 규제”로 지칭하기로 한다. 그저 “규제”라고 지칭하는 것은 문맥에 따라 규제기관에 의한 규제와 독점금지 규제를 모두 포함하는 것일 수도 있으나, 대체로 규제기관에 의한 규제를 지칭하는 것이다.

53) 미국에서는 19세기말에 곡물저장고(grain elevator) 요율에 대한 州의 규제에 대하여 논란이 되었는데, 결국 합헌으로 결정되었다. *Munn v. Illinois*, 94 U.S. (4 Otto) 113, 24 L.Ed. 77 (1877).

통과되기 전에 설립되었다.⁵⁴⁾ 정치적으로 지배적인 사회경제적 견해는 경제적 조건과 같이 시간이 흐름에 따라서 변한다. 그 결과, 규제의 정도·목적·범위 및 성격도 변한다. Lochner판례⁵⁵⁾가 나온 시기에 연방대법원은 경쟁 시장을 대체하는 많은 규제들을 실질적인 적법절차(due process)위반으로서 위헌으로 판결하였다. 그 결과로서, 이 시기에 개입은 주로 공기업에 대한 州의 규제로 국한되었다. 그러나 그 후 연방대법원은 적법절차의 해석을 보다 완화하였고⁵⁶⁾ 더 광범한 연방과 주의 프로그램들이 행해지게 되었다.

뉴딜정책기의 의회는 여러 규제기관⁵⁷⁾을 설립하였다. 또한 ICC의 권한을 확장하고 포괄적인 은행입법을 시행하였다. 주차원에서의 규제도 의도적으로 광범위하게 되었다. 이에 반하여 1970년대부터 몇십년간 미국에는 규제완화(deregulation)의 경향이 있어왔고,⁵⁸⁾이것이 전세계적으로 파급되었다. 그 이래로 항공, 철도 및 트럭수송산업은 실질적으로 탈규제화되었다. 전화, 케이블 및 방송 등의 규제완화는 1980년대 이래로 여러 가지 형태로 진행중이고, 1996년에 미국의회는 경쟁촉진을 위하여 아직 미숙한 상태의 이들 영역을 규제완화하거나 재규제하였다.⁵⁹⁾ 법원은 규제완화적 입법을 광

54) 1887.2.4. 통상규제법(Act to Regulate Commerce), 24 Stat. 379 (1887).

55) *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 25 S.Ct. 539, 49 L.Ed. 937 (1905)(이 판례는 고용주가 요리사인 종업원을 주당 60시간으로 노동시간의 한계를 규정한 뉴욕주법(1897 N.Y. Laws art. 8, ch. 415, §110)을 위반한 내용의 계약으로 초과근무를 허용한데 대하여 주대법원은 노동법을 헌법상 인정된 주의 권한의 행사로서 인정하고 그 행위를 위법하다고 판결하였는데, 연방대법원은 그것을 번복하였다. 그 논거는 연방수정헌법 제14조상의 계약의 자유였다.).

56) *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502, 54 S.Ct. 505, 78 L.Ed. 940 (1934).

57) 民間航空局(Civil Aeronautic Board : CAB), 聯邦通信委員會(Federal Communications Commission : FCC), 聯邦動力委員會(Federal Power Commission : FPC) 그리고 證券去來委員會(the Securities and Exchange Commission : SEC) 등이다.

58) 1989년1월 미국대통령에 대한 경제보고서는, 규제완화의 물결(deregulation wave)은 1971년에 FCC가 일반통신사업자에 대한 경쟁에 대한 새로운 개방을 하는 결정(*Specialized Common Carrier Services*, 29 F.C.C. 2d 870 (1971))을 하면서 시작되었다고 언급하였다. Council of Economic Advisers's Economic Report to the President (1989). 공기업의 “민영화(privatization)”라는 규제완화와 관련해서 가장 널리 회자되는 용어는 피터 드러커가 1969년에 처음으로 만들어냈다. Peter F. Drucker, *The Sickness of Government*, 14 The Pub. Int. 31 (1969).

59) 예컨대 1996년 통신법(Telecommunications Act of 1996), Pub. L. No.

범하게 해석하고 있다.⁶⁰⁾ 이러한 규제완화는 시장에서의 분배, 가격 및 성과의 규제자로서의 경쟁의 중요성을 확대시켰는데, 또한 독점금지 적용범위와 잠재적 중요성을 증가시켰다.

3. 規制의 強度와 獨占禁止의 관계

경쟁정책은 규제된 시장에서 두 가지 방식으로 표명될 수 있다. 첫째, 규제제도 자체도 시장의 힘에 부분적으로 의존하거나 이를 확대하려고 시도할 수 있다. 둘째, 독점금지가 규제를 대체하거나 보완하는 역할을 할 수 있다. 첫 번째 측면, 즉 규제 프로그램 자체가 경쟁을 형성하고 활성화하는 방식은 규제의 목적, 그에 포함된 특정한 영역의 성질, 규제완화적 정서가 과정에 영향을 미치는 정도 등에 따라서 달라진다. 다수의 규제는 전통적인 공기업이 진입, 서비스 및 효율 등에의 제한을 통하여 잘 기능하도록 하는 데에 초점을 맞춘다. 규제와 독점금지간의 관계는 미국과 같은 연방국가에서는 연방규제인지 주 또는 지방의 규제인지에 따라서 달라진다. 규제법과 독점금지법이 모두 연방차원의 것이라면, 문제는 연방의회가 그것들이 어떻게 상호작용하도록 의도하였는가 이다. 연방독점금지법과 주의 규제간의 관계는 헌법적으로 보다 더 복잡하다. 연방법은 헌법적으로 우위에 있다. 일반적으로 문제는 의회가 독점금지법을 주의 규제를 대체하거나 열위에 서게하거나 영역을 분담하려는 것 중 어떤 의도였는지에 달려있다.

규제제도의 또 다른 중요한 구별은 환경규제와 같이 시장의 실패를 인정하고 보다 완전한 시장에 근접한 성과를 획득하려는 규제와 지대(rent)통제법처럼 잘 기능하는 시장이 성취할 성과를 변경하려는 규제간의 구별이다. 시장의 실패를 교정하려는 연방규제는 독점금지에 넓은 여지를 허용할 수 있다. 그러나 그러한 시장지향적 규제라 하더라도 주정부가 실시한다면 연방독점금지법원은 두 제도간의 조화를 시도하기를 주저하고 양자간 선택을 할 수 있다.

104-104, 110 Stat. 56 (1996).

60) 예컨대 *Morales v. Trans World Airlines*, 504 U.S. 374, 112 S.Ct. 2031, 119 L.Ed.2d 157 (1992)(주정부가 새로 규제완화된 항공업에 대하여 주의 기망적 관행금지법을 적용하는 것을 못하게 하기 위하여 항공규제완화법을 넓게 해석하였다.).

제 2 절 公益事業體에 대한 각종 규제

공익사업체(public utilities)는 포괄적으로 규제된다. 전통적으로 진입·요율 및 서비스 등이 규제되어 온 산업에는 방송, 통신, 운송⁶¹⁾, 전력·가스 등의 동력 등이 있다. 그러한 규제의 일반적 근거는 이들 산업은 자연독점이라는 것이다. 따라서 이 경우에 독점을 허용하되 독점의 폐해규제가 행해지게 된다. 이러한 규제는 독점금지규제와는 성질이 다르며, 독점금지주관기관이 아닌 규제기관에 의하여 행해지는 공익을 목적으로 한 규제이다. 그러나 근래에는 후술하는 바와 같이 규제기관에 의한 규제의 심사기준인 공익의 요소중에 경쟁에 관한 고려가 포함됨으로써 적어도 규제 기준에 있어서 독점금지 규제와 접근하고 있다. 그러나 소관 규제기관이 규제시에 경쟁법적 쟁점에 대하여 얼마나 고려할지는 후술하는 바와 같이 회의적이다. 그 이유는 다른 주된 정책목적을 위하여 그러한 규제기관에 의한 규제제도가 설치되었기 때문이다. 일부 규제의 근거가 되는 정책과 대부분의 규제완화는 독점금지 정책처럼 구조와 행태 양자를 경쟁상의 이상에 접근시킴으로써 성과를 증진하려는 것이다. 그러나 구조나 행태가 경쟁적 이상으로부터 심각하게 변질되는 경우에는 항상 독점금지 규제가 발동될 수 있다. 전체적으로 독점금지과 규제는 시장성과를 향상시키거나 저해하도록 상호작용할 수 있다.

1. 收益率 規制

공익사업체에 대해서는 진입규제도 행해지지만, 일단 어떤 기업이 운영허가를 받으면, 전통적인 공익사업체 규제의 주된 목적은 그 기업의 독점가격 책정으로부터 비롯된 배분적 효율성 손실을 감소시키는 것이다. 특정한 지역에서는 규제위원회에 의해서, 공인되고 특정된 요율과 품질로 서비스를 제공하는 사업체에게 배타적인 사업허가가 허용된다. 예컨대 캘리포니아주 공익사업체법은 공익사업체에게 합리적이고 공정한 상품 및 용역요금을 부

61) 철도나 자동차에 의한 육상 운송에 대해서는 종래 많은 공적 규제가 행해지다가 안전 등에 관한 규제를 제외하고는 철폐하였으나, 해상운송에 관하여는 규제가 행해지고 있다.

과하도록 규정한다.⁶²⁾

전통적인 공익사업체 규제의 초점은 수익률(rate of return)에 맞춰진다.⁶³⁾ 사업체는 서비스와 요율을 설정하는 요금표(tariff)를 제출하고, 위원회는 청문회에서 이 요금표를 분석한다. 일단 승인되면, 요율은 상당기간 동안 안정된다. 규제의 목적은 그 사업체에게 신중하게 투자된 자본에 대한 합리적인 수익보다 많은 수익을 허용하지 않으면서 수요가 있는 품목에 투자를 유도하려는 것이다. 위원회는 어느 자본이 요율의 기초에 적합한 부분으로 인정될 수 있는지 결정한다. 또한 형평과 투자에 의하여 적정하게 지지되는 요율 기초의 부분을 결정하고, 필요한 투자를 유인하기에 필요한 수익률을 평가하고, 총량에 대한 수익의 복합율을 계산한다. 그리고 위원회는 또한 근래의 경험에 비추어, 인플레이션이나 기타의 식별가능한 동적 변수에 맞춘 조정을 하여, 특정한 서비스를 공급하기 위하여 필연적으로 발생할 비용을 산정한다. 이들 데이터에 의하여 그 요율에 의하여 올릴 총수익을 산정할 수 있다.

규제기관은 공익사업체의 요율 수준을 평가하기 위하여 그 사업체의 과거의 경험에 의존한다. 적정하게 보정된 과거의 비용은 장래의 비용을 예상하기 위한 적정한 기초로 간주된다. 과거의 비용은 예컨대 집행부의 급여나 노동자의 비용같은 일부 측면이 정치적으로 강조되지 않는다면 정확하게 평가되지 않는 것이 보통이다. 과거 계획된 투자도 댐이나 원자력발전소건설처럼 정치적으로 우려를 자아내지 않는다면 통상 점검되지 않는다. 그러나 일단 비용산정방법이 채택되면, 관성이 작용하게 된다. 때때로 투자유인에 필요한 수익률도 논란이 된다. 그 수준은 이론적으로는 투자자가 상응하는 위험으로 다른 투자처에서 획득할 수 있는 비율이다. 많은 자본 기법이 사용가능하기 때문에, 자본 문제에 자명한 답은 존재하지 않는다. 현실적으로는 일단 쟁점이 논란이 되어 해결되면, 잠정적으로 그 해결책이 통용된다.

위원회는 그 외에 料率構造(rate structure), 즉 제공되는 여러 가지 다양한 서비스에 대한 일련의 요율도 승인하여야 한다. 여러 가지 상이한 서비스에 대한 요율은 적정하게 상호 대비되어야 하고 모든 요율은 전체로서 목

62) Cal. Pub. Utility Code, Ch. 3, Art. 1, §451 (1990).

63) W. Viscusi, J. Vernon & J. Harrington, *op. cit.*, Ch. 12.

표수익을 발생시켜야 한다. 규제기관은 부적절한 차별을 피하기 위하여, 모든 서비스와 모든 고객 집단에 대한 동일한 비율의 투입비용 이상의 가격을 보장하여 주어야 한다. 많은 서비스에 대한 수많은 통상의 비용은 흔히 값비싼 절차를 요하며, 중국적으로 계산이 아니라 판단의 문제이다. 또한 높은 수요탄력성을 보유한, 선호하는 고객을 낮은 수요탄력성의 고객에 비하여 차별하는 것이 사업체에 의해 시도될 수 있으며, 기업보다 가계를 더 우대하는 식으로, 정치적으로 선호되는 일부 집단을 차별하는 것은 규제기관들에 의하여 지지될 수 있다.

그 산업이 명백히 자연독점이더라도, 전통적인 규제는 유인에 부작용을 미칠 수 있다. 비용을 통제할 유인의 제한만이 아니라, 투입물의 구성에 대한 결정에도 왜곡이 있을 수 있다. 만일 허용된 수익률이 항상 실제의 자본의 비용과 일치한다면, 규제는 규제되지 않는 시장에서의와 같이 자본, 노동, 기타의 투입요소의 동일한 구성을 가져올 것이다. 그러나 수익률을 설정하는 것은 사업체에 의하여 제공된 정보에 크게 의존하여야 하는 부정확한 절차이다. 만일 수익률이 실제의 자본비용보다 높은 수준에서 결정된다면, 그 사업체는 기회비용보다 많은 투자수익을 올릴 뿐 아니라, 투자의 효율적인 수준을 초과하여 투자할 유인을 갖게 된다.⁶⁴⁾ 노동과 같은 기타의 생산요소와 자본의 효율적인 구성은 하나를 다른 요소로 대체하더라도 수익이 증가하지 않는 경우에 얻어진다. 경쟁시장에서는 모든 요소들에 대한 수익은 시장이 정하므로 시장의 힘이 효율적인 구성을 촉진한다. 그러나 만일 그 사업체의 자본이 초과수익을 올린다면, 그 사업체는 배분적 효율성을 넘어서서 노동과 다른 생산요소들을 자본으로 대체하고 싶은 유인을 갖게 될 것이다. 수익률기초에서 어떤 것에 자본이 속할지 결정하기 위하여 규제자가 사용하는 방법이 무엇이건 간에, 그것은 자본장비(capital equipment)를 위한 비효율적 투자비용을 주주로부터 요금을 지불하는 고객에게로 이동하는 실수를 저지를 수 있다.

64) 이처럼 비효율적으로 자본을 증가시키는 유인은 Averch-Johnson효과로 불린다. Averch & Johnson, *Behavior of the Firm Under Regulatory Constraint*, 52 Am Ecn. Rev. 1052 (1962); W. Viscusi, J. Vernon & J. Harrington, *op. cit.*, Ch. 12.

그와 달리 그 사업체가 실제로 자연독점일 때에 전통적인 사업체 규제는 합리적으로 잘 작동할 수도 있다. 규제의 배분적 비용과 규제감독의 거래비용의 총계는 절대로 무시할 정도는 아니지만, 규제를 통하여 회피하거나 감소시킬 수 있는, 자연독점으로부터 나오는 배분적 왜곡과 X비효율보다는 낮다. 그러나 수익률규제가 과점시장에서도 항상 가치가 있는 것인지에 대해서는 의문이 있다. 만일 그 부분이 상호의존적인 가격책정이나 다른 심각한 경쟁왜곡현상에 의하여 영향을 받고 있다면 그러할 것이나, 만일 장거리전화서비스시장에서처럼 유효경쟁이 행해지고 있다면 그렇지 않을 것이다.⁶⁵⁾

불필요한 규제는 배분적 성과를 왜곡할 뿐 아니라, 심각한 관료비용을 발생시킨다. 그러한 경우에는 규제완화가 필요하다. 반면에 일부 분야에서의 규제완화는 과도하였을 수 있다. 즉 모든 경우를 일반화할 수는 없으며, 판단에 앞서서 특정한 시장의 검토를 하여야 한다.

또한 수익률규제가 자연독점이 동적 효율성에 미치는 부정적 효과를 제한하는 데에 주효하지 못하지 않는가 하는 우려도 있다. 경쟁과 과점 중에 어느 쪽이 혁신을 촉진하는가에 관하여는 의견이 일치되지 않고 있지만,⁶⁶⁾ 시장지배적 기업은 진입이 촉진될 때에만 연구개발수준을 제고한다고 믿을 만한 근거가 있다. 시장지배적 기업은 또한 획득한 혁신기술을 상업화할 유인이 훨씬 적다. 마찬가지로 자연독점자는 수익률규제로 인하여, 혁신에 투자하거나 그 혁신을 시장에 적용하는 데에 있어서 적절한 유인을 갖지 않기 쉽다. 예컨대 미국 대부분의 지역에서의 지방전화서비스시장에서 20세기 내내 독점을 보유한 AT&T는 연구개발을 위한 엄청난 자원을 보유하고 있었지만, 주요한 기술진보를 도입하는데 더딘 경우가 흔히 있었다. 예컨대 지방통화를 위하여 사용되는 대부분의 구식 전화연결기를 대체하는 자동개폐기(automatic switching machine)는 다른 독립 전화회사에 의

65) Lawrence A. Sullivan, *Elusive Goals Under the Telecommunications Act: Preserving Long Distance Competition Upon Baby Bell Entry and Attaining Local Exchange Competition: We'll Not Preserve the One Unless We Attain the Other*, 25 Sw. U. L. Rev. 487 (1996).

66) FTC Staff Report, *Anticipating the 21st Century: Competition Policy in the New High-Tech Global Market Place*, Vol. I, Chaps. 6-10 (1996).

해서 처음 도입된 후에야 Bell System에 의해서 도입되었다.

2. 規制制度내의 競争促進의 장치

전통적인 수익률규제의 고전적 근거는 경쟁이 획득 불가능할 때 공익사업체의 초경쟁적 수익을 차단하기 위하여 규제가 사용되어야 한다는 것이다.

(1) 公益事業體의 價格策定

1) 二重價格制

경쟁의 이상은 한계비용에 기초한 가격책정이다. 그러나 개념적으로 자연독점자의 평균총비용은 그 가능한 산출의 전 범위에서 하락한다. 평균비용이 하락할 때에는 한계비용이 평균비용 밑에 위치하기 때문에, 한계비용가격책정이 총비용을 충당할 산출수준은 존재하지 않는다. 규제가 이에 대하여 흔히 대응하는 방법은 사업체의 하부구조를 고객들에게 서비스되도록 연결하는 요금과 사용된 서비스의 질과 양에 의하여 가변적 요금이 부과되는 서비스 공급 요금의 두 가지 독립적인 요금을 승인하는 것이다. 만일 연결요금이 한계비용과 풀코스트간의 격차를 충당하기에 충분하게 크다면, 그 서비스요금이 한계비용에 대한 합리적인 대응물인 점증하는 비용과 관련될 수 있다. 이 체계가 사용되면, 연결 요금은 연결을 위하여 사용되는 비용에 따라 변하지 않고 항상 일정하다. 연결 요금(connection charges)은 연결을 제공하는 한계비용에 따라서 부과되고, 서비스요금은 서비스의 한계비용에 따라 부과되어야 한다고 하는 견해도 있다.⁶⁷⁾ 그러나 이렇게 하는 데 수반되는 어려움은 비용계산상의 재량과 한계비용의 계산이 불확실한 점 때문에 매우 크다. 다른 견해는 사업체의 서비스에 대하여 상대적으로 낮은 수요탄력성을 가진 사용자에게 불균형적으로 평균과 한계비용간의 간격을 메우는 부담을 지우는 가격차별을 허용하거나 조장하는 방법을 제안한다.⁶⁸⁾

67) Alfred Kahn, *The Road to More Intelligent Telephone Pricing*, 1 Yale J. on Reg. 139 (1984).

68) L. Sullivan & W. Grimes, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, pp. 14-15 (West Group: 2000).

이렇게 하면 실제로 그 서비스에 대한 필요가 가장 강렬한 자들이 그 수요가 덜 강렬한 자들을 보조하게 된다. 비록 일부 교차보조금이 “규제에 의한 조세”⁶⁹⁾라고 불리우며 그렇게 불리는 것은 정당할 수 있지만, 높은 수요탄력성의 고객에 비하여 낮은 수요탄력성의 고객에게 더 높은 가격을 부과하는 것은 그에 속하지 않는다. 그러한 보조금은 그 사업체의 하부구조의 보다 완전한 사용을 가져올 수 있다. 만일 다른 사용자들이 시장의 옵션을 가지는데 반하여 일부 사용자들이 밀접한 대체재를 갖지 않는다면, 차별은 자신들의 가변비용에 추가적인 무엇을 합친 것을 지급해야 하는 추가적인 사용자들을 그 시장에 추가할 수 있으며, 그 결과 대체물이 없는 자들에게 부과되는 고정비용의 부담을 감소시킬 것이기 때문이다.⁷⁰⁾

2) 平均費用을 기초로 한 價格策定

또한 그 사업체가 식별 가능한 상이한 수요탄력성을 가진 고객집단을 접하게 되기에 충분한 경쟁에 직면한 상황에서는 그 자연독점은 이미 침식되기 시작한 것이다. 만일 그 시장이 규제되지 않고 있다면, 그러한 차별은 가능만하다면 수익을 극대화할 수 있는 선택이 될 것이다. 그러나 차별의 회피는 흔히 규제프로그램의 목적의 하나이다. 그에 따라서 평균비용가격책정이 때로 강제되기도 하는데, 한계비용개념과 배분적 효율성목적을 모두 포기하는 그러한 방식은 연결 요금이나 차별요금부과에 의해서 보충될 간격을 남기지 않는다.

3) 負荷別 價格策定

負荷別 가격책정(peak load pricing)이 시행되기도 하는데, 이는 성수기동안에 서비스를 소비하는 고객들에게 성수기의 부하에 합치하는 추가적

69) Richard Posner, *Taxation by Regulation*, 2 Bell J. Econ. 22 (1971). 포스너교수는 비규제시장에 비하여 더 낮은 가격에 높은 품질로 제공되는 서비스에서 비롯되는 교차보조금에 대하여 이 용어를 적용하였다.

70) 수요탄력성이 낮은 사용자들에게 높은 요금을 부과하고, 수요탄력성이 높은 사용자들에게 낮은 요금을 부과하는 것은 항상 사업체의 하부구조의 더 활발한 사용을 결과한다. 이것은 배분적 효율성을 높일 수 있다. 이러한 램지식 가격책정(Ramsey pricing)이론은 총 사회적 후생을 극대화시킨다. William J. Baumol & Bradford, *Optimal Departures from Marginal Cost Pricing*, 60 Am. Econ. Rev. 265 (1970).

인 자본 및 가변비용을 할당하려는 것이다. 많은 사업체 서비스에 대한 총수요는 계절에 따라서 또는 시시각각으로 변하는데, 일부 자본비용과 연료비 같은 가변비용은 산출수준에 따라서 변화하기 때문이다. 負荷別 가격책정은 만일 적정하게 부과된다면, 그에 따른 요금구조는 한계비용에 근접할 것이라고 주장되기도 한다. 그것은 의문이라 하더라도⁷¹⁾ 부하별 가격책정은 비용을 인식한 고객이 성수기 대신에 비수기의 서비스로 대체하려 하기 때문에 사용량의 이동을 초래하는 경향이 있게 된다. 이것은 부하를 보다 균등하게 확산시키는 효과를 가져오고, 성수기를 위해서 필요한 용량을 낮추고 그 결과로써 총자본비용을 낮추는 효과를 가져온다.

부하별 가격책정은 실험적이고 부정확한 것이 불가피하다. 예컨대 그것은, 어느 성수기 아닌 시기의 추가적 가스량을 운반하는 추가적 자본비용이 거의 제로이기 때문에, 성수기 아닌 때의 고객은 자본비용을 거의 지급하지 않아야 한다고 제안하지는 않는다. 어떤 분배든 실제적 판단을 해야한다. 이것 때문에 부하별 가격책정제도는 불공평한 차별이라는 지적을 받을 수 있다. 그러나 법원은 그러한 관행을 수긍하고, 규제기관이 부하별 가격제도를 개시하거나⁷²⁾ 제한하려는 시도⁷³⁾ 양자 모두 정당하고 합리적이라고 보았다.

(2) 費用統制의 誘因 제공

공익사업체시장에서의 자연독점자는 자신의 비용을 통제할 유인이 결여되며, 수익률 규제가 비용통제의 유인을 제공하지는 않는다. 자연독점자는 독점적 수익을 올릴 수도 있고, 초과적 지급을 통하여 경영이나 노동 같은 요소공급자를 만족시킬 수 있고, 적절하게 비용을 통제하지 않음으로써 X-비효율이 생겨날 수 있다. 그것은 가격을 제한하거나 기타의 지대를 추구하는 행위를 하여 장래의 진입의 위협을 제한할 수 있다. 규제는 독점적 수익을 차단하고 가격책정을 제한할 수 있으나 지대추구를 성공적으로 금지하는 것

71) Thomas D. Morgan, Jeffrey L. Harrison & Paul R. Verkuil, *Economic Regulation of Business: Cases and Materials*, 2nd ed. pp. 381-383 (1985).

72) *Metropolitan Washington Board of Trade v. PSC of D.C.*, 432 A.2d 343 (App. D.C.1981).

73) *Consolidated Gas Supply Corp. v. FPC*, 520 F.2d 1176 (D.C.Cir.1975).

은 가능할 수도 있고 불가능할 수도 있다. 효율이 규제된 사업체에서 그러하듯이 비탄력적 수요를 가진 고객에게 모든 비용을 전가하고 수익을 위한 이윤을 추가할 능력을 가진 기업은 비용을 공격적으로 관리할 유인을 거의 갖지 않는다. 비용통제의 유인을 어떻게 제공할 것인가가 규제산업에서 해결해야 할 과제중의 하나이다.

1) 新規進入의 許容

가능하다면 경쟁이 생산적 효율성을 위한 가장 강력한 유인이다. 규제자들은 실제 또는 잠재적 경쟁자가 공적 사업체의 자연독점시장에 침입하려 하는 때에는 진입제한을 제한할 권한을 가져야 한다. 예컨대 미국의 국제간 해상운송을 규율하는 법은 효율을 설정하기 위한 운송업자간의 협의회의 결성을 허용하나 그 협의회는 진입과 퇴출이 자유로울 것을 요구한다. 새 운송업자는 협의회에 가입할 수 있고, 기존의 협의회 구성원들은 언제든지 제재를 받지 않고 협의회를 탈퇴할 수 있다. 미국에 영향을 미치지 않는 해상거래에 존재하는 폐쇄된 협의회는 보다 효율적으로 산출을 제한할 수 있고 사용되지 않는 과다 용적을 제거할 수 있으므로 보다 효율적일 것이다. 그러나 미국의 해상법(maritime law)은 진입의 개방이 협의회에 이로운 경쟁적 혼란을 촉진한다는 것을 전제하고 얼마동안 작동되어왔다.

물론 규제기관의 진입허가결정은 법규에 의거하여 보유한 재량의 범위내이어야 한다. RCA Communications사건에서 연방대법원은 규제기관의 일반적인 경쟁의 장점에 대한 찬사가 진입을 허용하는 충분한 정당화사유로는 인정하지 않았지만, “경쟁이 일정한 이로운 혜택을 가져오리라는 합리적인 기대는 충분할 것이다.”고 언급하였다.⁷⁴⁾ 만일 진정한 자연독점이 존재하고 견고하게 유지된다면, 기존 사업자의 규모의 경제는 규제적 장벽의 필요 없이도 진입을 저지해야 할 것이다. 그러나 그것은 실제로는 분명하지

74) *FCC v. RCA Communications, Inc.*, 346 U.S. 86, 97, 73 S. Ct. 998, 97 L.Ed. 1470 (1953). 그밖에 규제자가 경쟁적인 진입에 대하여 시장을 개방하기로 성공적으로 결정한 예로는 *In re Use of Carterfone Device in Message Toll Telephone Service*, 13 F.C.C.2d 420 (1968); *MCI Telecommunications Corp. v. FCC*, 561 F.2d 365 (D.C. Cir. 1977), cert. denied, 434 U.S. 1040 (1978).

않다. 만일 기존 사업자가 성공적으로 차별한다면, 높은 수요탄력성을 가진 고객은 낮은 수요탄력성을 가진 고객을 보조하는 결과를 낳을 수 있고 이것은 입법부의 규제목적에 합당한 것일 수 있다. 만일 그러하다면 이러한 시장에서의 진입을 허용하는 것은 규제 목적을 붕괴시키는 것일 수 있다.

중요한 문제는 자연독점은 전술한 대로, 기술진보, 수요증가 또는 그 양자에 의하여 와해될 수 있다는 점이다.⁷⁵⁾ 그러나 모든 진입에 대하여 거부하는 것은 잠재적으로 경쟁적인 시장이 경쟁이 불가능한 것으로 잘못 다루어질 위험을 수반한다. 이는 분명히 공익에 반하게 된다. 진입이 실험적으로 허용되어야 하는지 여부에 관한 규제기관의 태도는 시간의 경과에 따라서 변화하여왔다.⁷⁶⁾

2) 規制的 遲滯(regulatory lag)

진입이 비용통제 유인으로서 사용될 수 없는 경우에, 통상 규제적 지체가 시도될 수 있다. 효율이 결정되면, 비용을 예측한 기초위에서 수립된 효율이 장래에 적용된다. 만일 사업체가 그 비용을 예상된 수준보다 낮춘다면, 그것은 수익을 증가시킨다. 그러한 비용절감은 다음의 효율결정에서 반영될 것

75) *Bowman Transportation Inc. v. Arkansas-Best Freight System, Inc.*, 419 U.S. 281, 95 S.Ct. 438, 42 L.Ed.2d 447 (1974).

76) *Idaho Power & Light Co. v. Blomquist*, 26 Idaho 222 (1914)(원고 전력 사업체는 이미 발전소가 있는 2개 도시내의 발전소건설을 불허한 아이다호주 공익사업 채워위원회(PUC)의 결정에 대하여 제소하였는데, 지방법원은 PUC가 공익에 부합하는지와 필요성이 있는지에 관해서 허가나 거부할 권한을 가진다고 판시했다. 기존 발전소가 있는 도시에 추가 건설을 할 필요성은 없고, 그 발전소에 대하여 주정부의 효율규제가 행해지고 있기 때문에, 두 개의 발전소가 있어야 할 공익적 이유도 없다고 보았다.) *In re Application of MCI*, 18 FCC2d 953 (1969)(Microwave Communications, Inc.(MCI)는 시카고지역에서 두 지점간 국내 초음파라디오서비스(Domestic Public Point-to-Point Microwave Radio Service)를 위한 새 시설의 건설허가를 신청하였는데, MCI의 신청에 대하여 기존의 초음파서비스를 당해 지역에서 제공하고 있는 Western Union Telegraph Co.(Western Union) 등이 반대하였다. MCI는 이 서비스는 사무소간과 공장간 수요에 대한 것으로서, 고정식 시설에 의한 유사 서비스보다 낮은 효율로 제공될 것이며 종일 사용하지 않는 수요자에게 채널 공유 등을 통하여 추가적인 절약이 가능하게 해줄 것이라고 주장하였다. FCC는 (a) 기존의 방송업자들이 MCI가 제공하기로 신청한 서비스를 그 지역에서의 수요에 맞게 공급하고 있는지 여부, (b) MCI의 신청이 시설의 중복적 낭비인지 여부 등을 판단하기 위하여 청문회를 열었고, 여러 가지 단서를 달아서 MCI의 신청에 대하여 허가하였다.)

이지만, 당분간은 공익사업체에게 수익이 발생하게 된다. 만일 효율결정의 주기가 예컨대 매년 행해지듯이 상대적으로 짧다면 이 유인은 약할 것이다. 그러나 만일 예컨대 3년 정도 효율결정이 지연되면 현재의 수익을 증대시키기 위하여 비용을 감소시킬 유인은 실질적일 수 있다. 그러나 오랜 규제적 지체는 그 사업체에게 위협을 초래할 수 있다. 지속적인 인플레이션율이 정확히 예측되고 효율산정에 반영되지 않는다면, 효율결정주기가 너무 늦어지는 경우에 높은 인플레이션기라면 공익사업체는 파산할 수도 있다.

3) 價格上限制(price caps)

현재 공익사업체의 비용통제 유인을 위하여 널리 논의되는 유인장치는 가격상한제의 사용이다. 가격상한제는 수익률규제에 비해서 사업체가 그 자체의 효율성으로부터 이익을 공유할 수 있도록 해준다. FCC는 1989년에 지배적 통신사업자에 대한 가격상한규제를 채택하였다.⁷⁷⁾ 연방통신위원회(FCC)에 의해서 현재 사용되는 방법은 두 가지 면을 가진다. 첫째, 가격은 예상되는 비용을 반영하고 예상인플레이션에 대하여 상향으로 그리고 특별한 경영노력에 기인하지 않은 예상되는 생산성증가에 대하여 하방으로 조정된다. 둘째, 서비스들은 묶음(basket)별로 집단을 이루게 되고, 사업체는 묶음내의 어느 서비스의 가격을 그 묶음내의 모든 서비스 가격의 평균이 가격상한의 범위내인 한 자유로이 조정할 수 있다. 인플레이션 지수는 생산성 지수와 함께 수시로 조정될 수 있다. 또한 사업체가 제어할 수 없는 사정으로부터 유래한 비용감소는 발견되면 고객에게 배분된다. 사업체는 생산성지수가 허용된 수익을 벌어들이도록 하는 만큼 비용을 절감하여야 한다. 만일 비용을 그보다 더 감소시키는 데 성공하면 증가된 생산성의 혜택을 배분받는다. 서비스의 묶음 안에서 가격을 조정할 자유는 그 사업체가 수요탄력성과 경쟁을 감안하여 가격을 조정할 수 있도록 해준다.

실무적인 문제로서 효율성 증대추진에 있어서 가격상한의 영향은 규제적 지체의 그것에 비하여 크지 않을 수 있다. 가격상한은 그럼에도 불구하고 시장지배적기업이 존재하지만 약간의 경쟁이 잔존한 시장에서는 개념적으로 건

77) *In re Policies & Rules Concerning Rates for Dominant Carriers*, 4 FCC RCD 2873 (1989).

전하다. 사업체에게 특정한 요율에 대해서 재량을 부여하는 묶음(basket)은 일정한 차별을 활성화시킬 수 있다. 그러나 이것은 자연독점이 현존한 또는 침식될 수 있는 상황에서는 악덕이 아닐 수 있다. 기존 사업자의 재량범위는 시장의 현실과 진입자에 대처한다. 그것은 모든 평균비용을 충당하는 단일 요율을 통하여 높은 비용의 고객에게 보조금을 지급해야 하는 사업체가, 오직 낮은 비용의 고객들에 대하여 기존 사업자의 가격을 할인할 수 있는, 보다 높은 비용의 신입자에 대하여 전환을 감내해야 할 위험을 제한한다.

사업체에게 정상적인 수익을 벌기 위한 정상적인 생산성기준을 맞추도록 요구하는 것은 만일 효율적으로 사용되면 X비효율을 방지하기 위한 시장의 압력에 대한 대체물인 채찍이 될 수 있다. 정상적인 생산성보다 더 많이 벌어들일 수 있는 기회는 당근이다. 그러나 당근은 오직 생산성지수가 일단 설정되면 상당한 기간동안 안정적으로 남아있는 경우에만 규제적 지체에 비교하여 장점을 제공할 수 있다. 물론 문제는 정상적 생산성이 그 자체, 상당히 변할 수 있는 시간적 경향이라는 점이다. 인플레이션수와 생산성지수의 빈번한 조정이 가능하다면, 규제적 지체 유인과 가격상한제 유인간의 격차는 아주 완화될 수 있다. 사업체가 생산성지수가 예측하는 것보다 비용을 많이 절감한다면, 규제기관은 원인이 경영의 효율성인지 경향의 변화인지 확실히 인식하지 못할 것이다. 생산성지수가 조정이 가능한 한, 사업체는 연례적인 규제기관과의 과다수익 재협상의 위험아래에서 경영하게 된다.

4) 事業權 入札(franchise bidding)

Demsetz에 의하여 처음 제안된 franchise bidding은 일정한 자연독점산업에서 경쟁시장 성과에 근접하기 위하여 사용될 수 있다.⁷⁸⁾ 오직 한 진입자만 규모의 경제를 활성화하는 것이 허용된다. 규제기관은 가격수준을 정하고 품질을 감시한다. 프랜차이즈는 일정한 기간동안 필요한 서비스를 가장 낮은 가격으로 공급하겠다고 청약하는 기업에게 허용된다. 만일 서비스가 동질적이라면 품질은 엄격하게 특정되고 실행될 수 있고, 충분한 경쟁적 청약이 있을 것이고, 그러면 평균비용 가격과 정상수익이 가능할 것으로

78) Harold Demsetz, *Why Regulate Utilities*, 11 J.L. & Econ. 55, 56 (1968.4).

기대할 수 있다.⁷⁹⁾ 현재 FCC는 일정한 자격제한을 부과하면서, 개인휴대통신체계(personal communications system : PCS)면허, 상업적 방송서비스에 대한 통신대역 부여를 위한 franchise bidding을 시행하고 있다.⁸⁰⁾ 그러나 지방자치단체의 케이블 서비스에 대한 공급청약에서 보여지는 것처럼, 실무적인 문제는 많이 있다.⁸¹⁾ 예기치 않은 지연, 장비와 서비스제 공과 가격상의 차이, 일단 계약후의 불가피한 재협상 등의 문제, 또한 상이한 장소에서의 경매에의 청약자의 수의 제한은 상호의존적으로 프랜차이즈를 공유하려 하거나 평균비용수준 위로 가격을 인상하는 게임이론전략을 사용하게 할 수 있다. 그러나 입찰단계에서 충분한 경쟁이 작동하는 한, 면허는 그것의 가장 높은 경제적 사용을 가능하게 할 가장 효율적인 청약자에게 부여될 것이다. franchise bidding의 장점은 규제기관이 비용과 수요 등에 관한 정보를 꼭 보유할 필요는 없다는 것이다.⁸²⁾

(3) 規制機關의 構造的 또는 行態的 規制의 競爭的 變數

독점금지법규는 규제된 시장에서의 특정한 구조적 또는 행태적 쟁점에 대하여 적용될 수 있다. 그러나 규제기관이 규제된 시장의 構造에 영향을 미칠 합병과 같은 거래를 승인할 때에도 판단을 함에 있어서 경쟁을 고려할 수 있고 하여야 한다. 선례가 된 McLean Trucking Co.사건⁸³⁾에서, 연방대법원은 주간통상위원회(Interstate Commerce Commission : ICC)는 그 광범한 공익적 임무시 경쟁상의 피해를 고려하여야 한다고 판시하였다. 그

79) 한계비용에 의한 가격책정이 평균비용에 의한 그것보다 일반적으로 더 높은 사회적 후생을 창출한다는 점에서 franchise bidding에 대해서는 비판이 가해진다. Lester Telser, *On the Regulation of Industry: A Note*, 77 Journ. of Pol. Econ. 937 (1969).

80) First Report and Order Re: Implementation of section 309(J) of the Communications Act- Competitive Bidding for Commercial Broadcast and Instructional Television Fixed Service Licenses, MM Dkt. No. 97-234; GC Dkt. No. 92-52, GEN Dkt. No. 90-264 (Release Number FCC 98-194).

81) W. Viscusi, J. Vernon & J. Harrington, *op. cit.*, Ch. 13 pp. 399-415.

82) *Id.*, p. 399.

83) *McLean Trucking Co. et al. v. United States*, 321 U.S. 67, 64 S.Ct. 370, 88 L.Ed. 544 (1944).

러나 그렇게 하면서 규제기관은 독점금지기준을 적용하여야 하는 것은 아니고, 오히려 모든 관련 공익적 요소들을 고려하고 다른 요소들과의 형량에서 가능한 경쟁상의 해악을 평가하여야 한다고 하였다. 그 후 MCLean판례를 좇아서, 명백한 경쟁상의 위험에도 불구하고 중요한 철도합병이 승인되었지만,⁸⁴⁾ 경쟁상의 효과의 평가는 공식의 형식적인 적용이 아니라 합리적으로 실행되어야 한다.⁸⁵⁾ McLean원칙은 모든 연방규제기관이 시장구조에 영향을 미치는 어떤 거래가 공익에 반하는지 판단하여야 한다는 것을 의미한다. 또한 만일 의회가 공익기준을 사용하여 다른 규제조항에서 경쟁이 작동하게 하려는 태도를 보였다면, 독점금지적 가치에 대하여 강력한 역할이 주어질 것이라고 가정하는 것이 정당할 수 있다.⁸⁶⁾ 주의 규제적 결정도 또한 구조적 변화를 고려함에 있어서 공익과 같은 광범위한 기준하에서 경쟁상의 우려를 고려한다.⁸⁷⁾

경쟁관련 가치는 또한 일정한 行態에 관한 규제적 결정에도 고려된다. 주목할만한 예는 FCC가 AT & T나 분할명령 이후의 전화사업의 독점기업인 이른바 baby Bells에 의한 교차보조금과 자기거래를 제한하려 시도한 것이다.

제 3 절 法律에 의한 獨占禁止法에 대한 適用免除

미국 의회는 법률에 의하여 명시적으로 증권시장이나 에너지 같은 일정한 영역에서의 연방의 규제제도의 성공이 그 분야에서 독점금지법을 완전히 적용하게 되면 쇠퇴하게 될 것이라는 이유로, 독점금지법의 적용을 수정하거나 대체하여왔다. 의회는 또한 예컨대 농협, 공동신문배달 협정 같은 제한된 예에서 의회가 승인한 특정한 시장의 성과를 활성화시키기 위해서, 명시적으

84) 예컨대 *In re Penn Central Transp. Co.*, 458 F.Supp. 1234 (E.D.Pa.1978).

85) *Denver & Rio Grande W.R.R. v. United States*, 387 U.S. 485, 87 S.Ct. 1754, 18 L.Ed.2d 905 (1967).

86) Lawrence A. Sullivan, *Elusive Goals Under the Telecommunications Act: Preserving Long Distance Competition Upon Baby Bell Entry and Attaining Local Exchange Competition: We'll Not Preserve the One Unless We Attain the Other*, 25 Sw. U. L. Rev. 487, 534 (1996).

87) *In re American Telephone and Telegraph Company* 54 Cal. P.U.C.2d at 58 (1993)(AT&T-McCaw합병이 승인되었다.).

로 독점금지법의 적용을 완화하였다. 법률에 의한 적용제외 중 가장 중요한 것은 노조와 보험에 대한 것이다. 재판가유지행위와 관련하여, 의회는 수년간 주의 행정적 규제정책이 아니라 주의 입법적 및 사법적 결정에 의해서 독점금지법을 대체하였다.

1. 勞動組合에 대한 適用免除

(1) 立法의 沿革과 관련조항

초기의 셔먼법 제1조의 집행⁸⁸⁾은 노조의 활동의 적법성을 문제삼기 위하여 고용주들이 공모이론을 적용한 사건들이었다. 비록 셔먼법의 입법사는 노조활동이 동법의 목표임을 보여주지 않지만, 초기의 셔먼법 사건들에서 흔히 그러한 기도는 성공적이었다.⁸⁹⁾ *Loewe v. Lawlor* 사건⁹⁰⁾에서는, 연방대법원이 셔먼법 제1조를 노조활동을 문제삼기 위해 적용하는 것을 인용하였다. 노조활동은 분명히 담합이고, 그 목적은 흔히 상업에 영향을 미치거나 상업에 속하는 활동을 위하여 노동자의 지원을 카르텔화하는 것이다. 그래서 많은 노조활동은 일응 셔먼법 제1조의 광범한 적용범위내에 포함된다. 초기의 셔먼법의 사법적 문화는 시장지향적 자유주의였다.⁹¹⁾ 산업가에 의한 트러스트화와 마찬가지로, 공격적인 노조활동은 그 시대의 자유주의 법관에게는 “지배를 획득하는 정상적인” 방법이 아니었다.⁹²⁾

노조의 영향력은 시장에서는 물론 정치적으로 증가하였고, 의회는 얼마후에 발전에 반응하였다. 노조에 대한 명시적 적용면제는 두 개의 조항의 산물이다. 1914년에 시행된 클레이튼법 제6조⁹³⁾는 노동자는 통상의 요소가 아

88) *United States v. Cassidy*, 67 Fed. 698 (N.D.Cal.1895); *United States v. Agler*, 62 Fed. 824 (C.C.D.Ind.1894); *Loewe v. Lawlor*, 208 U.S. 274, 28 S.Ct. 301, 52 L.Ed. 488 (1908).

89) Hovenkamp, *Labor Conspiracies in American Law, 1880-1930*, 66 Tex. L. Rev. 919, 950 (1988)(셔먼법의 시행후 7년동안은 노조관련사건이 다수였다).

90) 208 U.S. 274, 28 S.Ct. 301, 52 L.Ed. 488 (1908).

91) H. Hovenkamp, *Labor Conspiracies in American Law, 1880-1930*, 66 Tex. L. Rev. 919, 950 (1988).

92) *Loewe v. Lawlor*, 208 U.S. 274, 301, 28 S.Ct. 301, 52 L.Ed. 488 (1908).

93) 15 U.S.C.A. §17. 그 원문은 다음과 같다.

니므로 독점금지법은 노조를 금지하지 않는다고 규정한다. 동법 제20조⁹⁴⁾는 노조분쟁에 있어서 연방법원이 유지명령(injunctions)을 허가하는 권한

Sec. 17. Antitrust laws not applicable to labor organizations

The labor of a human being is not a commodity or article of commerce. Nothing contained in the antitrust laws shall be construed to forbid the existence and operation of labor, agricultural, or horticultural organizations, instituted for the purposes of mutual help, and not having capital stock or conducted for profit, or to forbid or restrain individual members of such organizations from lawfully carrying out the legitimate objects thereof; nor shall such organizations, or the members thereof, be held or construed to be illegal combinations or conspiracies in restraint of trade, under the antitrust laws.

94) 29 U.S.C.A. §52. 그 원문은 다음과 같다.

Sec 52. Statutory restriction of injunctive relief

No restraining order or injunction shall be granted by any court of the United States, or a judge or the judges thereof, in any case between an employer and employees, or between employers and employees, or between employees, or between persons employed and persons seeking employment, involving, or growing out of, a dispute concerning terms or conditions of employment, unless necessary to prevent irreparable injury to property, or to a property right, of the party making the application, for which injury there is no adequate remedy at law, and such property or property right must be described with particularity in the application, which must be in writing and sworn to by the applicant or by his agent or attorney.

And no such restraining order or injunction shall prohibit any person or persons, whether singly or in concert, from terminating any relation of employment, or from ceasing to perform any work or labor, or from recommending, advising, or persuading others by peaceful means so to do; or from attending at any place where any such person or persons may lawfully be, for the purpose of peacefully obtaining or communicating information, or from peacefully persuading any person to work or to abstain from working; or from ceasing to patronize or to employ any party to such dispute, or from recommending, advising, or persuading others by peaceful and lawful means so to do; or from paying or giving to, or withholding from, any person engaged in such dispute, any strike benefits or other moneys or things of value; or from peaceably assembling in a lawful manner, and for lawful purposes; or from doing any act or thing which might lawfully be done in the absence of such dispute by any party thereto; nor shall any of the acts specified in this paragraph be considered or held to be violations of any law of the United States.

을 제한하고 미국의 법률에 위반되지 않는 일정한 노조의 활동을 열거한다. 이들 활동은 파업이나 파업의 선동 또는 파업을 선동하기 위한 단체의 결성 등을 포함하는 전형적인 노동자활동을 포함한다. 1932년에 통과된 Norris-La Guardia Act는 고용인의 자유를 위한 정책을 선언하고 연방법원의 노동자분쟁에 있어서 유지명령을 허가할 권한을 더욱 제한한다. 동법은 매우 직접적으로 목적과 효과에 있어서 클레이튼법 제20조와 연관되기 때문에, 양 조항은 Norris-La Guardia Act가 유지명령으로부터 보호하는 관행이 독점금지법으로부터 면제되는 것으로 해석되어왔다. 그러므로 함께 해석하면, 이들 양 조항은 전통적으로 노동조합에 의해서 행해져온 광범위한 종류의 행위에 대하여 독점금지법 적용면제를 부여한다.

1935.7.5의 노동관계법(National Labor Relations Act : NLRA)⁹⁵⁾과 1947.6.23의 노동경영관계법(Labor Management Relations Act : LMRA)(이른바 Taft-Hartley법)⁹⁶⁾은 독점금지법에 직접적으로 영향을 미치지 않았지만, 법률에 의하지 않은 노조 적용면제의 원천이다. 이들 조항은 노동관계의 집단적 협상을 선호하는 국가정책을 수립하였다. 이들 조항은 협상단위의 결정과 협상대표의 승인을 위한 방법과 절차를 설정하고, 종업원이 대표된 경우에는 고용주와 협상대표에게 고용의 임금·근로시간 및 조건 등에 관하여 협상할 의무를 부과한다. 이들 법은 또한 여러 가지 특정한 사항에서의 협상절차와 강제중재외에, 여러 가지 고용주와 노동자의 관행을 불공정한 것으로 정의한다. 國立勞動關係局(National Labor Relations Board)이 관계 집행기관으로서 설립되었다. 비록 명시적인 독점금지법 적용면제를 포함하고 있지는 않지만, 이들 법에 의해서 요구되거나 허용되지만 독점금지법에 의해서는 금지되는 것으로 보이는 행위들이 있고, 따라서 노동정책과 독점금지정책간의 적정한 조정을 위해서 어느 한 행위나 다른 행위의 정책들이 변경되거나 포기될 것을 요구할 수 있는 것이다.

95) ch. 372, 49 Stat. 449.

96) ch. 120, 61 Stat. 136, codified as 29 U.S.C.A. §141 *et. seq.*

(2) 關聯 判例

1940년대 이후의 미국 판례상 노동정책과 독점금지정책의 충돌의 조정에 관한 법원의 태도의 변화를 살펴보면 다음과 같다. 당시 법무부 독점금지국은 노조의 여러 가지 불합리한 제한, 즉 회사가 보다 저렴한 재료의 사용이나 보다 효율적인 방법 또는 노동력을 절감하는 장비 등을 도입하는 것을 반대하는 것, 노동시장에 대한 가격담합과 확정된 단체교섭관계의 무시 등과 같은 행위가 독점금지법에 의해서 불법하게 될 수 있다는 입장으로 독점금지법을 집행하였다.⁹⁷⁾ *United States v. Hutcheson* 사건⁹⁸⁾에서 법무부는 신형장비의 설치에 대한 노조의 저항행위에 대하여 서면법 제1조에 의거하여 위법한 공모로서 제소하였다. 연방대법원은 노동자단체가 비노동자 단체와 연합하지 않는 한, 클레이튼법 제20조에 규정된 일반적 종류의 모든 활동은 독점금지법의 적용이 면제된다고 판시하였다. 동법원이 판시한 것처럼, 이 명시적 적용제외는 후속적인 피켓팅이나 보이콧을 포함할 정도로 광범위하다. 만일 외부의 개입 없이 조합과 노조원들이 한 행위가 클레이튼법 제20조의 적용대상이라면, 당연히 독점금지법 책임은 면제된다.

그러나 수년후의 *Allen Bradley* 사건⁹⁹⁾에서, 연방대법원은 동 적용면제에 대한 제한을 가하기 시작했다. 더 나은 임금과 근로조건을 획득하기 위하여, 어느 노조가 전력사업자에게 노조와 계약한 기업이 제조한 장비만을 사용하는데 동의하도록 요구하였다. 연방대법원은 노조가 자신들의 이익만을 위하여 클레이튼법 제20조가 허용하는 수단에 의하여 행위하는 한 그 행위는 독점금지책임을 면제한다는 제7순회법원의 판결을 기각하고, 노조가 사업자에 의하여서 행해진다면 위법행위로 간주될 행위로, 어느 사업자를 돕기(aid and abet businessmen) 위하여 행동하였다면, 면책은 상실된다는 당연위법의 원칙을 채택하였다. 1965년에 *Pennington* 사건¹⁰⁰⁾에서는,

97) C. Summers & H. Wellington, *Labor Law: Cases And Materials*, 195 (1968).

98) 312 U.S. 219, 61 S.Ct. 463, 85 L.Ed. 788 (1941).

99) *Allen Bradley Co. v. Electrical Workers' Local 3*, 325 U.S. 797, 65 S.Ct. 1533, 89 L.Ed. 1939 (1945).

100) *United Mine Workers v. Pennington*, 381 U.S. 657, 85 S.Ct. 1585,

United Mine Workers와 거대 광산경영자들을 대표하는 협회와의 사이에 독점금지협정이 교섭되었다. 이들 경영자들은 실질적인 임금인상과 기타의 양보를 하였고, 조합은 예전에 격렬히 반대했던 기계작업의 증가에 대한 반대를 중단했다. 그러나 조합은 또한 협회의 구성원이 아닌 소규모 광산경영자의 임금과 고용조건에 대해서도 위의 협정과 동일한 내용을 부과할 것이라고 하였다. 그렇게 하면 임금의 인상, 일자리의 감소 그리고 한계광산기업의 퇴출이 예상되었다. 그 협정에 의하여 퇴출당할 위기에 몰린 소규모 광산회사가 그 협정을 서면법에 의하여 문제삼았다. 3배배상소송에서, 원고회사는 그 협정이 소규모 광산회사를 축출하려는 노동조합과 대규모 광산회사간의 공모를 구성한다고 주장하였다. 6인의 대법관은 원고의 주장을 인용하였지만, 그 노조의 행위가 독점금지법에서 면책되지 않는 이유에 관해서는 3설로 견해가 갈렸다. i) White 대법관의 3인의 견해는 절충목적을 주장하였다. 법원은 가능하면 독점금지정책과 노동정책간의 명확한 충돌을, 하나의 정책이 다른 정책을 완전히 희생하여 전적으로 적용될 필요를 피하는 방식으로 해결하여야 한다고 하였다. 미국노동법에서 명시적으로 규정된 것을 감안하여, 복수의 고용주 교섭단위가 적절하다면, 한 노조는 회사간의 경쟁이 유효한 지역으로부터 여러 개의 회사의 대표들과 적법하게 협상할 수 있다. 나아가서 독립적으로 행동하고 고용주들과 공동으로 행위하지 않는 노조는 모든 고용주들이 노조 자신과 가장 효율적인 고용주간에 체결된 협상에서 정해진 기준을 지켜야 한다고 요구할 수 있다. 어느 노조든 자신의 임금요구를 한계기업의 문제를 염두에 두고 처리할 필요는 없다. 노조는 한계기업이 시장에서 퇴출되더라도 목적을 달성하기 위하여 클레이튼법 제20조와 Norris-La Guardia Act에 열거된 종류의 행위를 할 수 있다. 그것이 홀로 행위하기만 하면, 모든 그러한 행위들은 적용면제된다. 그러나 이 견해는 또한 노조가 한 고용주와 임금에 관하여 합의해놓고 그 협상에 참가하지 않았던 다른 고용주에게도 요구한다면, 그 노조는 면책을 박탈당할 것이라고 본다. 국가의 노동정책은 노조와 고용주간의 노동조건에 관한 합의가 경쟁하는 고용주에게도 그 준수가 강요될 경우에는 그러한 행위에 대한

14 L.Ed.2d 626 (1965).

적용면제를 허용하지 않는다. 독점금지정책은 그러한 공동행위에 대하여 강력하게 금지하기 때문에, 그 결과로서, 그러한 사실에 관하여는 금지가 우세하게 된다. 특히 어떤 고용주들이 다른 고용주들을 시장에서 배제하기 위하여 계획된 행위의 과정에 관하여 노조와 공모했던 경우에는 그러한 결론은 특별히 적절하게 보였다. 이 견해는 노조와 회사들간에 석탄이 판매될 가격에 관한 당해 협정은 명백히 위법하다고 보았다. ii) Douglas대법관과 2인의 대법관의 견해는 이 사건에서는 노동자적용면제는 전혀 보장되지 않는다고 보았다. 그러나 이 견해는 오직 그 노조와 고용주들이, 일부 사업자는 그것을 준수하지 못할 것을 알면서 그들을 퇴출시킬 의도에서, 모든 고용주들에게 적용될 특정한 임금수준에 관해 합의한 것 때문에 적용면제가 박탈되었다고 시사했다. 것처럼 경쟁자를 시장에서 축출하려는 노조-고용주간의 공모는 그 행위를 독점금지법에 위반되게 하고 노동자적용면제를 실효시킨다. 그럼에도 불구하고, Interstate Circuit판례¹⁰¹⁾를 실제로는 일부 경영자의 지급능력을 초과하는 전산업적 합의는 배심원이 공모쟁점에 이르기 위해 충분한 증거라고 해석하는 제3의 견해에서 볼 때, Douglas대법관의 일부 견해는 White대법관에 의해 표시된 보다 철저한 견해에 실제로 근접한다. iii) 나머지 3인의 대법관은 반대하였다.¹⁰²⁾

Pennington사건의 가장 중요한 점은 White 대법관의 견해에서 개발된 것으로, 연방대법원은 문제된 특정한 행위가 클레이튼법 제20조나 Norris-La Guardia Act에 열거되었는지만을 결정하는 것이 아니며 Allen Bradley판례가 함축한 것처럼, 노동자-경영자 결합이 성립한 경우에는 적용면제는 상실된다는 것을 기계적으로 결정하는 것도 아니라는 관점이다. White대법관이 그 문제를 구성한 방식은 다음과 같다. 두 개의 중요한 국가적 경제정책들이 상호작용하고, 적절한 대응은 사항의 표면에 일정한 충돌이 존재하는지와 만일 그러하다면 포함된 정책들의 더 깊은 목적들의 조건에 따라서 그것이 합리적으로 절충될 수 있는지 여부를 결정하는 것이다.

101) *Interstate Circuit v. United States*, 306 U.S. 208, 59 S.Ct. 467, 83 L.Ed. 610 (1939).

102) 이들 대법관은 *Meat Cutters Local 189 v. Jewel Tea Co.*, 381 U.S. 676, 85 S.Ct. 1596, 14 L.Ed.2d 640 (1965)에 대하여도 동일한 견해로 반대하였다.

오직 절충이 불가능한 경우에만 상충하는 정책들간에서 선택이 이루어져야 하고, 선택이 불가피한 때에는 법원은 경합하는 정책들이 특정한 상황에서 적용되는 대로 그 역량을 측정해야 한다. 이것은 법원이 간단하고, 작동가능한 자명한 당연(per se)원칙을 형성하기를 기대할 수 있는 분야가 아니라는 것이다.

Jewel Tea사건¹⁰³⁾은 법원이 상충하는 정책들간을 형량해야 한다는 사고를 강화하였다. 이 사건은 고기절단 노조와 시카고의 정육점들간의, 상점 영업시간을 오전9시부터 오후6시까지로 제한한, 산업전체적인 협정에 관한 것이었다. Jewel Tea는 노동자들의 파업의 위협하에서 동협정에 서명한 후, 노조와 협정을 교섭한 고용주들이 Jewel Tea가 개별적인 경쟁자로서 스스로 선택한 시간대에 영업하는 것을 금지하기 위하여 공모했다고 주장하면서, 셔먼법 제1조에 의거하여 제소하였다. 지방법원은 노조의 유일한 동기는 노조원들을 위한 이상적인 근로조건을 성취하는 것이었다고 보고, 협정에 대하여 노동자적용면제의 범위내에 있다고 판시하였다. 제7순회법원은 원심을 기각했고, 연방대법원은 환송하면서 사실심법원의 판결을 복원하였다. 연방대법원은 판결이유에서 Pennington판례에서와 같은 형태로 3-3-3으로 견해가 갈라졌고, 6인의 대법관은 원고 Jewel Tea의 패소를 결정했다.

White대법관의 견해는 Pennington판례에서와 다르게, 관련 요소에 관하여 절충하면 독점금지정책이 노동정책에 양보해야 한다고 결론을 내렸다. 이 견해는 집단적 협상에 의한 협정이 노조와 경영주들간의 결합으로서 경쟁법적 우려를 야기한다고 보았다. 그래서 Allen Bradley판례의 접근방법하에서, 기계적으로 적용하면 그 협정은 노동자와 고용주의 결합을 포함하였고, 클레이튼법 제20조나 Norris-La Guardia Act의 적용면제는 상실되기 때문에 그 행위는 위법할 것이었다 그러나 그러한 결합이 존재하더라도, 동견해가 지적하듯이, 국가의 노동정책을 설정한 조항들에 의하여 합의된 면제가 존재할 수 있었다. 단체교섭관계의 노조와 고용주가 임금, 시간 및 작업조건과 같은 주제에 대하여 합의한다면, 비록 노조와 일부의 경쟁하

103) *Meat Cutters Local 189 v. Jewel Tea Co.*, 381 U.S. 676, 85 S.Ct. 1596, 14 L.Ed.2d 640 (1965).

는 고용주들의 결합이 전산업에 걸친 교섭을 성취하더라도, 독점금지법위반은 발생하지 않는다. 그러나 노조와 고용주가 상품이나 용역가격과 같은 위입된 교섭사항이 아닌 주제에 관하여 합의한다면, 국립노동관계법(NLRA)과 태프트-하틀리법(Taft-Hartley Act)으로부터 기원한 묵시적 적용면제의 보호는 박탈된다. 이 경우에는, 정육점의 영업시간은 그 노조의 역사적 관심사였고 야간작업은 그 작업자체의 성질을 바꾼다는 지적이 있었다. 그러한 점에서, 영업시간은 임금, 시간 및 작업환경과 충분히 관련되고, 복수의 고용주단위들을 위한 단체교섭의 적정한 범위에 들었으므로, 그 협정은 면제대상이었다.

Jewel Tea와 Pennington사건에서, Goldberg대법관의 견해는 Jewel Tea가 적용면제된다는 다수의견에는 동의하였지만, Pennington에서 광산노동자들은 면제되지 않는다고 한 다수의견에 대해서는 반대하였다. 동견해는 Hutcheson판례에 동조하고 있다. Goldberg대법관이 본 것처럼, 작업시간은 분명히 작업조건외의 문제였고, 그렇다면 단체교섭의 의무적 사항이었다. 노조와 고용주간의 그 주제에 관한 협정은 Pennington판례에서처럼, 독점금지 면제대상이었다. 임금을 포함한 논의는 당연히 고용주의 사업에 관하여 요구되는 임금의 효과에 관한 논의를 포함하고 반면에 경쟁자들에 의해서 요구되는 임금에 관한 논의를 불가피하게 포함하게 된다. 교섭에 있어서 그러한 주제에 관하여 고려할 권리를 부정하는 것은 단체교섭과정을 위축시킨다고 보았다.

석탄광업 협정에 관련된 사건인 Ramsey v. United Mine Workers¹⁰⁴)에서 하급법원은 Pennington판례를 인용하면서, 고용주와 조합의 경쟁하는 고용주를 퇴출시키려는 공모의 명백한 증거(clear proof)가 원고의 청구를 인정하기 위하여 입증되어야 한다고 하였지만, 연방대법원의 다수의견은 이에 동의하지 않고, Pennington이론에 의거하여 제소한 원고는 증거의 우세(preponderance of the evidence)에 의하여 자신의 사건을 증명하면 된다고 판시하였다.

이 일련의 노동법 판례는 전체적으로, 가능한 경우에는 노동정책과 독점금지정책간의 조화를 기하고, 가능하지 않은 경우에는 각각의 정책적 요구

104) 401 U.S. 302, 91 S.Ct. 658, 28 L.Ed.2d 64 (1971).

를 평가하여 보다 강력한 것에 양보하도록 하는, 분석적인 태도와 목적을 제안한다.

Connell Construction Co. v. Plumbers and Steamfitters Local 100¹⁰⁵⁾사건에서 건설산업의 하도급업자조합이 다수의 종합건설업자들에게 현재 그 조합과 협정을 단체교섭중인 하도급업자들과만 하도급계약을 하는 것에 동의하도록 요구하며 피켓팅을 하였다. 이들 건설사업자들중의 하나인 Connell은 모든 자격있는 하도급업자들간의 경쟁입찰에 의하여 하도급계약을 맡기기를 원했고 다른 조합에 의해서 대표된 자신의 종업원들의 파업의 위협을 받고 작업장내 감금상태에서 그 협정에 서명했다. Connell은 노조에 대한 소송에서 자신이 서명하도록 강요되었던 협정은 서면법 제1조위반이라고 주장했다. Powell대법관의 다수견해는 문제의 협정은 노조와 비노동자 집단을 포함하기 때문에 클레이튼법 제20조의 법률상의 적용면제는 이 경우에 적용되지 않고, 첫째, 그 노조는 Connell의 종업원을 대표하지 않았고, 둘째, 여기에서 포함된 종류의 부수적 활동을 허가하는 NLRA 제8조(e)에 대한 건설산업조항(construction industry proviso)¹⁰⁶⁾은 그것을 간단히 정하고 있는데, "단체교섭관계의 상황이나 특정한 작업장에 제한되지 않은 하도급계약을 허가할 의도가 아니"¹⁰⁷⁾기 때문에, 국립노동관계법(NLRA)이나 노동경영관계법(LMRA)으로부터 함축된 비법률적 적용면제도 이 사건에서 적용될 수 없다고 판시하였다. Stewart대법관의 4인의 대법관은 반대의견에서 부수적 활동은 NLRA 제8조(b)(4)¹⁰⁸⁾와 LMRA 제303조¹⁰⁹⁾하에서 상세하고 포괄적인 규정에 따라야 하는데, 이들 조항은 위반시에 손해배상에 대한 청구원인을 제공하고 포함된 부수적인 활동은 특별히 제8조(e)¹¹⁰⁾에 의해서 정당화된다는 이유에서 다수의견에 반대하였다.

105) 421 U.S. 616, 95 S.Ct. 1830, 44 L.Ed.2d 418 (1975).

106) 29 U.S.C.A. §158(e).

107) *Connell Construction Co. v. Plumbers and Steamfitters Local 100*, 421 U.S. at 617.

108) 29 U.S.C.A. §158(b)(4).

109) 29 U.S.C.A. §187.

110) 29 U.S.C.A. §158(e).

Connell Construction사건의 이론적 중요성을 갖는 가장 중요한 쟁점의 해결은, 다른 경우라면 독점금지법위반이 될 활동이 노동관계법조항에 의해서 처리되고 있는 종류의 것이거나 그 활동이 어느 정도 노동법조항에 의하여 허가되거나 승인된 경우에만 NLRA와 LMRA로부터 합축된 독점금지적용면제가 적용되는지 여부로 보인다. NLRA 제8조(b)는 다른 조항에 의하여 보장된 경우를 제외하고는 그 활동을 불공정한 노동관행으로 규정하므로, 이 사건에서는 노동법조항이 이 사건에서 포함된 종류의 부수적 활동을 상당히 상세히 규정하는지 하는 문제만이 있다. 제8조(e)는 포함된 일반적 종류의 일정한 부수적 활동을 담보하지만 전체에 대해서는 아니다. LMRA제303조는 제8조(b)(4)에 대하여 손해배상청구권을 부여한다. 다수의견은 NLRA제8조(e)는 이 특정한 부수적 활동을 제8조(e)(4)의 금지로부터 보호하지 못하였고, LMRA제303조는 제8조(b)(4) 위반에 대한 손해배상 청구의 소인을 부여함으로써, 독점금지법하에서의 3배배상청구를 제기하지 못하는 것을 함축하고 있지 않다고 판시했다. 그래서 다수견해는 암시적으로, 독점금지면제가 노동법에 의해 규율되는 모든 종류의 활동에 적용되는 것이 아니고 노동법에 의해 승인되고 보호되는 활동에 대해서만 적용된다고 판시하였다. 비록 소수견해는 다수견해가 보다 특정한 조항의 쟁점에 관해서는 옳더라도, 여러 가지 규제의 요소들이 독점금지법의 면제에 관한 노동법조항에 의한 일종의 그 분야의 점유(occupation of the field)를 구성한다고 강하게 주장하였지만, 다수의견은 특정한 관행이 적극적으로 노동법에 의하여 재가되지 않는다면, 그 관행은 적용면제를 받지 않는다고 추정하였다. 그것은 반드시 그렇지는 않다. 비록 소수의견의 점유(occupancy)개념이 부적절하게 기계적인 것으로 보이지만, 일정한 경우에는 노조가 오직 노동법에만 종속하면서, 노동법의 범위내에 있는 행위가 노동법에 의하여 요구되든, 허용되든 금지되든 독점금지법의 공격으로부터 자유로워야 한다는 것을 담보하기 위하여, 노동정책의 경계를 정하도록 허용하는 것이 충분히 중요한 경우가 있을 수 있다. Connell사건에서의 특정한 행위는 노동정책이 독점금지법으로부터 그러한 존중을 받을 영역에 위치하지 않았을 수 있지만, 그 문제는 신중하게 검토된 후 결정할 문제이다.

어느 노조가 고용주집단과 복수의 고용주교섭협정에 관해서 협상하는 경우에는, 그것은 각 노동자와 각 고용주와의 임금율에 관하여 합의하는 것이다. 복수의 고용주단위가 NLRA의 의미내의 집단교섭을 위하여 적절한 단위라면, 그 노조는 물론 NLRA의 합의에 의한 적용면제를 받는다. 그러나 그 복수의 고용주단위가 적절하지 않다면, Connell Construction판례는 노조와 고용주의 공동 임금협정에 대한 독점금지책임에 대하여 노동정책은 어떠한 적용면제도 요구하지 않을 수 있다. 이 경우 만일 그 조합의 목적이 고용주에게 그 자신의 조합정책을 변경하는 것이 아니라 공급자의 정책을 변경하도록 유도하려는 것이라면, 그 행위는 클레이튼법 제20조에 의해서 면제될 수 없다.

Brown v. Pro Football, Inc.¹¹¹⁾사건은 가장 최근의 연방대법원의 노조적용제의 판결인데, 관련된 쟁점을 처리하고 있다. 이 사건은 전국풋볼리그(National Football League)의 장기 노동분쟁을 포함하고 있었다. 리그팀들은 수년간 적절한 복수선수의 교섭단위로 간주되어왔다. 그 회원들의 대표로서, 리그는 노조를 인정하고 협상이 결렬된 후에도 선의로 극적타결(impatse)을 위하여 협상하였다. 그 때 선수들은 자신들의 협상대표로서의 노조를 해임하였다. 이 변화에도 불구하고 고용주들은 그들끼리 각자가 노조에 대한 자신들의 최후의 공동청약을 집행하기로 합의했다. 원고는 일단 교섭절차가 중단되면, 리그는 Taft-Hartley Act하에서 적절한 협상대표로서의 자격을 상실하며, 고용주들이 종업원의 임금을 고정하기 위하여 공동으로 행위하면, 그들은 비법률적인 독점금지적용면제로 보호되지 않으며, 그들의 행위는 셔먼법 제1조에 당연히 위반된다고 주장하였다. 연방대법원은 협상과정에서 자신이 한 최후의 선의의 청약을 일방적으로 집행함으로써, 그 고용주들은 법으로 허가된 그 교섭관계가 종료되었다하더라도 계속하여 보호를 받는다고 판시했다. 그러면서 연방대법원은 전통적으로 동법원이 규제적 조항들로부터 함축된 다른 독점금지적용면제에 대하여 부여하던 것에 비하여 더 큰 능력을 법제상의 틈새를 보충하도록 묵시적 노동자 독점금지적용면제에 대하여 부여하였다. 이 점에서 이 견해는 Brown 사건 이

111) 518 U.S. 231, 116 S.Ct. 2116, 135 L.Ed.2d 521 (1996).

전의 연방대법원의 이 분야 판결의 중심적 경향을 대표하였던, White대법관의 견해에 나오는 본질적인 노동정책과 독점금지정책간의 형량의 개념과 일관되지 않는 것으로 보인다. 정말로 이 견해는, White대법관의 접근방법 하에서 경쟁에 대한 우려가 중요한 역할을 하였을 다수의 상황에서, 대안이 경쟁정책의 영향을 제한할 수 있는 광범위하고 기계적인 원칙이라 하더라도, 하급심법원에게 그러한 형량을 하도록 인도하기를 원하지 않음을 시사한다.

하급심법원은 현재 이른바 법률에 의하지 않은 독점금지의 노동자적용면제를 해석함에 있어서 Jewel Tea사건¹¹²⁾에서 시작되어, Brown v. Pro Football, Inc.사건¹¹³⁾까지의 일련의 연방대법원판례를 기준으로 한 판례법을 적용한다.¹¹⁴⁾ 비록 이들 사건이 클레이튼법 제20조와 Norris-La Guardia Act의 적용면제의 중요성을 평가함에 있어서 부분적으로 NLRB와 Taft-Hartley Act에 의존하고 있지만, 이들은 서면법의 사법적 축소화를 반영하는 것으로서가 아니라, 클레이튼법 제20조와 Norris-La Guardia Act 조항의 적용면제의 지표를 수립하려는 법적 시도로 볼 수 있다.

(3) 適用除外 法理의 변화 방향

오늘날 미국경제에 있어서 의사나 기타의 전문직의 경우를 제외하고는 직능조합과 산별조합의 경제적 중요성은 감소되었다. 또한 아웃소싱이 일반화되면서, 숙련 또는 비숙련노동자는 노조가 아니라 변호사나 기관에 조력을 구하고 있는 실정이다. 그러한 맥락에서 법으로 명시되거나 묵시적인 노동자에 대한 독점금지 적용제외의 중요성은 노동자 단체(labor group)개념의 범위로 집중되고 있다. 연방대법원은 이 개념을 자영무대공연자들의 고

112) *Meat Cutters Local 189 v. Jewel Tea Co.*, 381 U.S. 676, 85 S.Ct. 1596, 14 L.Ed.2d 640 (1965).

113) 518 U.S. 231, 116 S.Ct. 2116, 135 L.Ed.2d 521 (1996).

114) *Continental Maritime of S.F., Inc. v. Pacific Coast Metal Trades*, 817 F.2d 1391, 1393 (9th Cir.1987); *Mackey v. NFL*, 543 F.2d 606, 614 (8th Cir.1976), *cert. denied*, 434 U.S. 801, 98 S.Ct. 28, 54 L.Ed.2d 59 (1977); *Utilities Serv. Engg. v. Colorado Bldg. & Constr. Trades Council*, 549 F.2d 173 (10th Cir.1977).

용조건을 위하여 일하는 대리인들을 포함하도록 넓게 해석하기 시작하였다.¹¹⁵⁾ 조금 더 확장하면, 그 개념은 예컨대 아웃소싱 노동자 대리인처럼, 봉급을 받는 고용인들의 집단을 통합하고 그들을 고용주와 교섭할 수 있도록 하는 실체에 적용할 수 있게 될 것이다.

또 다른 중요성을 가질 수 있는 문제는 고용에 의한 임금이 아니라 위임에 의한 보수(compensation)에 관하여 협상함에 있어서 집단적으로 대표되는 당사자에게 영향을 미치는 분쟁은 노동자에 관한 분쟁으로 볼 수 있는가 하는 점이다. 연방대법원은 독립적인 사업자들에 의한 자신들의 계약조건에 영향을 미치기 위하여 결합된 단체의 공동행위를 평가함에 있어서 노동자 적용면제를 유추하는 것을 거부하였다.¹¹⁶⁾ 근래에 FTC는 일정한 카운티내의 사적 진료를 하는 외과의사의 85%를 대표하는 IPA에 대하여 IPA가 그 회원들을 위하여 HMOs와 집단적 교섭을 하지 않기로 하는 동의명령을 얻어냈다.¹¹⁷⁾ 그러나 그러한 협정은 집중도가 낮을 때에는 문제되지 않을 수 있다.¹¹⁸⁾ 오늘날 의사들과 기타의 보건전문직은 흔히 시장지배력을 갖고 있는 의료보험공단과의 성공적인 교섭을 위하여 대항력을 얻을 필요가 있다고 주장하여 단체를 결성하고 집단적 대표성을 추구하고 있다. 그러한 조직이 당사자인 활동이나 분쟁이 노동자 적용면제를 받을 자격이 있는지는 앞으로 쟁점이 될 것으로 예상되고 있다.

2. 保險會社에 대한 適用免除

(1) 適用免除의 沿革과 관련조항

보험산업은 보험제도 자체가 기초하고 있는 이른바 다수의 법칙(principle of large numbers)에 의하여 다수의 위험사례로부터의 위험

115) *H.A. Artists & Associates v. Actors' Equity Ass'n*, 451 U.S. 704, 101 S.Ct. 2102, 68 L.Ed.2d 558 (1981).

116) *FTC v. Superior Court Trial Lawyers Ass'n*, 493 U.S. 411, 110 S.Ct. 768, 107 L.Ed.2d 851 (1990).

117) *Mesa County Physicians Independent Practice Ass'n*, Dkt. No. 9284 (1998).

118) *United States et al. v. Health Care Partners*, 996-1 Trade Cases (CCH) ¶71,337.

를 산정과 손실데이터의 개발과 평가 등을 위하여 필요한 규모에 도달하기 위하여 협력을 필요로 한다. 미국 연방대법원이 1944년에 처음으로 보험사업을 의회의 통상조항하에서의 규제권내에 포함시켰을 때¹¹⁹⁾ 보험산업계의 협력에 대한 과도한 독점금지법에 의한 제한에 대한 우려가 일었고, 이에 대하여 의회는 McCarran-Ferguson Act¹²⁰⁾을 제정하여 이 우려를 불식시켰다. 동법 제2조는 보험사업(business of insurance)에 대하여 그것이 주법에 의하여 규제되는 경우에 그 한도에서 독점금지법의 적용으로부터 면제하고,¹²¹⁾ “보이콧, 강요, 협박”으로 인정되는 행위에 대해서는 적용면제에 대하여 예외로 인정하여 그 부분에 관하여 주법의 규제를 받는지 여부를 불문하고 독점금지법의 적용을 피할 수 없는 것으로 하였다. 한편 McCarran-Ferguson법에 의한 보험업에 대한 독점금지법 적용면제를 취소하여야 한다는 의견이 계속해서 제기되고 있다.

(2) 適用免除의 要件

1) 保險事業(the business of insurance)

SEC v. Variable Annuity Life Ins. Co.사건¹²²⁾에서, 보험사업의 적용면제와 관련하여 중요한 제한원칙이 수립되었다. 면제되는 사업의 본질적 요소는 보험료를 위한 危險의 引受이다. 가변적 연금계약의 판매를 포함하여, 비록 전통적으로 보험회사에 적합한 활동으로 간주되어 왔더라도, 보험계약자로부터 보험회사로 충분한 위험을 이전하지 않는 이 요소를 결여한 활

119) *United States v. South-Eastern Underwriters Ass'n*, 332 U.S. 533, 64 S.Ct. 1162, 88 L.Ed. 1440 (1944). 연방독점금지법은 연방정부에게 주간 통상에 대한 규제권을 부여한 헌법의 통상조항하에서 실행되었다. 서면법은 이 용어를 추종하여, 州間(among the several states) 거래나 통상에 대한 제한을 금지하고 있다. 서면법 제정당시 연방대법원은 통상조항하에서 이를 일반적으로 실제로 주의 경계를 넘어서 운반되는 거래나 상품으로 제한하고 있었다. *United States v. E.C. Knight Co.*, 156 U.S. 1, 33, 15 S.Ct. 249, 262 (1895)사건에서 연방대법원은 제조는 통상과 동일한 것이 아니라고 하여 여러 주에 위치한 제당공장간의 트러스트나 합병에 대하여 서면법 적용을 거부하였다. 55 Bus. Hist. Rev. 304 (1979).

120) 15 U.S.C.A. §1011-1015.

121) *Id.*, §1011.

122) 359 U.S. 65, 79 S.Ct. 618, 3 L.Ed.2d 640 (1959).

동은 면제적격이 없다. 이와 유사하게 보험사업에 부수적인 협정, 예컨대 보험료를 위한 지급의 금융¹²³⁾이나 약국이나 보건전문직 같은 공급자와의 대상 서비스에 대한 염가의 공급계약, 즉 위험이 발생하였을 때 비용을 절감하기 위한 활동¹²⁴⁾은 보험사업이 아니다. 근래에 Federal Trade Commission v. Tigor Title Insurance Co.¹²⁵⁾에서 연방대법원은 권리보험(title insurance)회사에 의하여 행해진 권리의 수색(title search)과 조사(title examination)¹²⁶⁾는 보험사업의 일부가 아니고 그것에 부수적인 것이라고 판시했다. 반면에, 부보되는 위험의 특성과 요율의 결정과 같은 인수의 본질적인 활동은 위험인수의 일부이고 그러므로 보험사업이다.¹²⁷⁾ 또한 하나의 보험자에 의하여 인수된 넓은 위험을 분산시키는 재보험계약도 마찬가지이다.¹²⁸⁾

Union Labor Life Ins. Co. v. Pireno사건¹²⁹⁾에서, 연방대법원은 평가요소 두 개를 추가하였다. 보험사업의 일부가 되기 위해서는, 그 활동은 “보험관계의 통합적 일부”이어야 하고 “보험업내의 존재에 제한”되어야 한다. 그 결과, 의료 청구의 합리성을 판정하기 위하여 그것의 심사 검토(peer review)를 하는 것은 보험사업의 일부가 아니다. 이것은 의료비용의 절감을 위하여 계약하는 것과 같이, 이전되는 위험의 비용통제를 위한 정책이므로 피보험자로부터 보험자에게로 이전된 위험인수와 보험료의 판정에 오직 부수적인 것이다. SEC v. Variable Annuity Life Ins. Co.사건¹³⁰⁾에

123) *Perry v. Fidelity Union Life Ins. Co.*, 606 F.2d 468 (5th Cir.1979), cert. denied, 446 U.S. 987, 100 S.Ct. 2973, 64 L.Ed.2d 845 (1980); *Cody v. Community Loan Corp.*, 606 F.2d 499 (5th Cir.1979), cert. denied, 446 U.S. 988, 100 S.Ct. 2973, 64 L.Ed.2d 846 (1980).

124) *Group Life & Health v. Royal Drug Co.*, 440 U.S. 205, 99 S.Ct. 1067, 59 L.Ed.2d 261 (1979).

125) 504 U.S. 621, 112 S.Ct. 2169, 119 L.Ed.2d 410 (1992).

126) 권리수색(search)은 부동산에 대한 권리의 연쇄상의 공문서의 장기적인 목록을 만드는 작업이다. 권리의 조사(examination)는 수색을 통하여 공시된 공문서에 기재된 권리의 조건의 분석이나 해석작업이다. *id.*, at 626.

127) *Lowe v. Aarco-American Inc.*, 536 F.2d 1160 (7th Cir.1976).

128) *Hartford Fire Ins. Co. v. California*, 509 U.S. 764, 113 S.Ct. 2891, 125 L.Ed.2d 612 (1993).

129) 458 U.S. 119, 102 S.Ct. 3002, 73 L.Ed.2d 647 (1982).

130) 359 U.S. 65, 79 S.Ct. 618, 3 L.Ed.2d 640 (1959).

서 처음으로 표현된 보험사업의 범위는 Perino판례에서 추가된 요소들에 의하여 보다 좁아졌다. 따라서 피보험자가 심리치료를 요하는 위험에 대한 보험이 의사로부터의 치료의 경우에만 보험하고 심리치료사나 기타의 자격 있는 전문가로부터의 치료에 대해서는 보험하지 않는 것과 같이, 특정한 신 입장을 가진 공급자에게만 배타적으로 적용된 건강상품(health care policies)의 경우에는 인수기준만을 적용하면, 그러한 적용범위의 제한은 위험의 정의로 간주될 수 있고 따라서 인수과정의 일부일 것이다. 그러나 그러한 상품의 구별은 보험상품 구별을 위한 원천으로서 보험업의 한계를 넘는 것까지 포함시키는 것이다. 의료청구의 심사검토와 같이, 그것은 본질적으로 비용통제장치이고, Perino판례하에서는 보험사업의 일부를 구성하지 않는다.¹³¹⁾

2) 州法에 의한 規制

McCarran-Ferguson법리는 주법의 규제를 받는 행위만을 면제한다. 다만 어느 정도의 주정부의 개입이 그 기준을 부합하는지에 관하여 아무런 지침도 제공하지 않는다. 그간 연방대법원은 이 문제에 관하여 방임적이었다. 만일 어떤 조항이 직·간접적으로 보험사업의 어느 측면을 규제하는 것으로 해석될 수 있다면, 이 요건은 충족된다.¹³²⁾ 그래서 주정부는 신고를 요구하거나 기관에게 집행되든 안되든 규제할 권한을 부여하는 조항을 통과 시킴으로써 간단히 보험사업을 구성하는 모든 활동을 적용면제할 수 있다. 그 결과로서, 비록 보험자들에 의한 공동요율 결정이나 시장분할같이 노골적인 카르텔행위도 주의 입법에 의하여 유사하게 면제될 수 있다. 주법은 그

131) *Health Care Equalization Comm. v. Iowa Medical Soc'y*, 851 F.2d 1020 (8th Cir.1988); *Hahn v. Oregon Phys. Serv.*, 689 F.2d 840 (9th Cir.1982), *cert. denied*, 462 U.S. 1133, 103 S.Ct. 3115, 77 L.Ed.2d 1369 (1983); *Virginia Academy of Clinical Psychologists v. Blue Shield of Va.*, 624 F.2d 476 (4th Cir.1980), *cert. denied*, 450 U.S. 916, 101 S.Ct. 1360, 67 L.Ed.2d 342 (1981); *Dana Corp. v. Blue Cross & Blue Shield Mutual of N. Ohio*, 900 F.2d 882 (6th Cir.1990).

132) *Feinstein v. Nettleship Co.*, 714 F.2d 928 (9th Cir.1983); *St. Paul Fire & Marine Ins. v. Barry*, 438 U.S. 531, 98 S.Ct. 2923, 57 L.Ed.2d 932 (1978); *FTC v. National Casualty Co.*, 357 U.S. 560, 78 S.Ct. 1260, 2 L.Ed.2d 1540 (1958).

관할권밖에 있는 외국의 보험자를 면제할 수는 없다. 나아가서 주내의 보험자는 보호되지 못하는 외국의 기업들과 공모하기만 하면, 자신들의 면제를 박탈당하게 된다.¹³³⁾

3) 보이콧, 強要(coercion) 또는 脅迫(intimidation)

McCarren-Ferguson Act 제3조¹³⁴⁾는 보험사업이 주법에 의하여 규제되더라도 “보이콧, 강요, 협박”으로 인정되는 행위에 대해서는 적용면제에 대하여 예외로 인정한다. 연방대법원은 이 예외의 범위를 확장함에 있어서 엄격한 입장이다. 만일 어떤 거래거절이 McCarran-Ferguson Act만 아니라면 셔먼법의 적용을 받았을 경우라면, 그 거래거절은 법률적 적용면제에 의하여 보호되지 않는 보이콧으로 규정될 위험이 농후하다고 말해도 과언이 아니다.¹³⁵⁾ 종래 판례상 카르텔과 보이콧간의 경계는 분명하지 않게 그 어졌는데, 그 예는 공동으로 정해진 조건에 의하지 않고는 거래를 거절하기로 하는 카르텔같은 협정에 해당하는 제한에 대하여 적용면제의 예외인 보이콧으로 인정한 *St. Paul Fire & Marine Ins. v. Barry* 판례¹³⁶⁾를 들 수 있다. 현재 이것에 관한 리딩케이스는 *Hartford Fire Ins. Co. v. California* 사건¹³⁷⁾으로, 5대4로 의견이 갈렸는데, 다수견해는 카르텔화는 보이콧 예외의 범위를 제한하는 케이스라고 판시했다.¹³⁸⁾ 이 사건의 하급심은 책임보험회사들간의 위험한 사고와 청구의 주장이 보험기간내에 발생하지 않은 한, 의료과오에 대한 보험혜택을 제공하지 않기로 하는 협정을 보이콧으로 처리하였다. 하급법원의 관점에서는, 법률상의 보이콧개념은 최소한 특정한 조건을 제외하고는 거래를 거절하는 일부 협정에 적용되기에 충분히

133) *In re Insurance Antitrust Litigation*, 938 F.2d 919 at 927-28 (9th Cir.1991), *aff'd in part, rev'd in part sub nom., Hartford Fire Ins. Co. v. California*, 509 U.S. 764, 113 S.Ct. 2891, 125 L.Ed.2d 612 (1993).

134) 15 U.S.C.A. §1013(b).

135) *St. Paul Fire & Marine Ins. v. Barry*, 438 U.S. 531, 98 S.Ct. 2923, 57 L.Ed.2d 932 (1978); *Nurse Midwifery Assoc. v. Hibbett*, 549 F.Supp. 1185, 1191-92 (M.D.Tenn.1982).

136) *Id.* at 802.

137) 509 U.S. 764, 801-82 (1993).

138) *Hartford*, 509 U.S. at 801-82.

넓은 것이었다. 그러나 아직까지 보험자들간의 가격담합카르텔은 보이콧은 아니라고 일반적으로 인정되고 있다. 만일 그렇게 해석한다면 이 예외가 전체 적용제외의 의의를 몰각시킬 것이다.¹³⁹⁾ 비록 Hartford Insurance사건에서의 연방대법원의 다수의견이 St. Paul판례를 번복하려는 의도를 밝히지는 않았지만, 그것은 이전의 판례들과 분명히 다르다. 다수견해는 카르텔과 McCarran-Ferguson법리에서 사용되는 요건인 보이콧간의 분명한 구별을 행하였다. 그렇게 하면서, 연방대법원은 McCarran-Ferguson법리의 맥락이 아니라, 보이콧의 당연원칙의 적용범위의 맥락에서 그러한 구별을 행하였다. Scalia대법관의 다수견해는, 조건부 보이콧(conditional boycott)과 특정 조건에 대한 공동의 협정(concerted agreement to terms)을 구별하는 것이 중요한데, 카르텔화인 후자는 독점자가 강요하였을 만한 조건을 공동으로 강요하여 시장지배력을 획득하고 행사하는 방법이라고 하는 Sullivan의 학설을 인용하였다.¹⁴⁰⁾ 계약조건에 관한 공동의 협정은 “참여자들이 통상적인 의미에서 최소한 누군가를 강요하지 않으면서 … (공동으로서이긴 하지만) 단지 ‘우리는 오직 다음의 거래조건으로만 당신과 거래할 것이다’라고 말하고 있는 것”이므로, 보이콧이 아니라, 카르텔화(cartelization)라고 하였다. 그러므로 만일 보험자들이 보험사업내에서 보험계약조건에 합의하고 그것들의 조건을 수립하려는 공동의 노력에 직접적으로 관련되는 방식으로 거래를 거절하였다면, 그리고 그 관행이 주법에 의하여 규율된다면 그들의 행위는 독점금지 제한으로부터 면제되며 보이콧의 적용면제에 대한 예외는 발동하지 않는다. 이 사건에서 4인의 소수의견은 보이콧이라는 요건은 모든 상황에서 동일성을 의미하는 통일적 개념일 필요는 없다고 하였다. 특히 소수의견은 McCarran-Ferguson에서 사용된 것과 같은 보이콧의 개념내에 카르텔에 참가하지 않은 보험자의 서비스를 비난하고 비참가자로부터 구매하는 자와의 관계를 단절하겠다는 위협과 같은, 카르텔은 아니더라도 최소한 카르텔 ‘집행행위’를 포함하려고 하였다. 소수견해에 의해 회피된 종류의 집행행위는 참가자들이 거래하려는 조건에

139) *Id.* at 809-11.

140) L. Sullivan, *Handbook of the Law of Antitrust* 257 (1977). *Hartford*, 509 U.S. at 802.

대한 협정을 넘는 것이다. 그러한 집행행위는 카르텔협정을 초과하며 그것과 구분된다. Hartford Insurance 사건에서 법률상의 보이콧이라는 용어가 얼마나 넓게 해석되었는지를 불문하고, 이 사건은 보험자들이 보험자가 아닌 자를 협정에 끌어들이는 경우에는 보이콧예외가 적용된다는 것을 확립했다.¹⁴¹⁾ 이 사건에서는 카르텔화하는 보험자들과 통계정보서비스의 제공자간에 보이콧을 하는 자들이 중단시키기를 원하는 보험상품을 인수하는 보험자들이 필요로 하는 데이터의 수집을 중단하기로 하는 협정이 체결된 것이 증명되었다. 법원은 만장일치로 그러한 협정은 보호되지 않는 보이콧이라고 판시했다.¹⁴²⁾

일부 하급법원은 보험회사가 신입대리인이 기존의 대리상을 대체하도록 할 것을 신입 대리상과 합의하는 행위는 보험자에 의한 보이콧에 해당하지 않으며, 새 대리상의 구 대리상에 대한 보이콧도 아니라고 판시했으며¹⁴³⁾ 이것은 적절하다. 그러나 다른 항소법원은 이에 반대되는 판시를 하였다.¹⁴⁴⁾ 보험자에 의한 자신의 보험상품을 어떻게 판매할지에 관한 그러한 수직적 결정은 고전적인 보이콧의 요소들을 포함하고 있지 않다. 연방대법원의 이에 관한 판단은 아직 나와있지 않다.

3. 기타의 明示的 適用免除

여러 가지 규제되는 활동에 대하여 독점금지법의 제한적인 적용면제를 명시적으로 허용하는 다수의 법률조항들이 있다. 농협¹⁴⁵⁾, 수협¹⁴⁶⁾은 모두 적용면제를 받는다. 수출기업¹⁴⁷⁾, 중소기업¹⁴⁸⁾, 신문사¹⁴⁹⁾, 은행¹⁵⁰⁾, 프로스

141) *Id.* at 780-784.

142) *Id.* at 784.

143) *Card v. National Life Ins. Co.*, 603 F.2d 828 (10th Cir.1979).

144) *Malley-Duff & Associates v. Crown Life Ins. Co.*, 734 F.2d 133 (3d Cir.1984).

145) Capper-Volstead Agricultural Producers Association Act, 7 U.S.C.A. §291.

146) Fishers Cooperative Marketing Act, 15 U.S.C.A. §521.

147) 15 U.S.C.A. §§4001-03.

148) 15 U.S.C.A. §640.

149) 15 U.S.C.A. §§1802-03.

150) Bank Holding Company Act of 1956, as amended by the Merger Act

포츠선수들¹⁵¹⁾, 해상운송기업들¹⁵²⁾ 및 증권 및 선물시장¹⁵³⁾도 공동으로 그러한 면제를 받는다. 그러나 이중 어느 것도 노동자나 보험에 관한 적용제의 처럼 포괄적이지 않으며, 그것이 영향을 미치는 산업내의 적정한 경쟁기관과 규제에 관한 특정방향의 입법정책을 수반하지 않는다.

제 4 절 政府에 대한 競争關與 請願： Noerr-Pennington 法理

1. 請願 適用免除 法理의 生成배경과 내용

정부의 관계와 정부결정에 영향을 미치려 하는 시도는, 로비·소송 또는 보다 덜 전형적인 수단 어느 것이든 사업자의 경쟁전략의 중요한 부분일 수 있다. 범주상 정부의 시장개입에 대한 請願(petitioning)으로 부를 수 있는 그러한 활동은 경쟁의 장의 적은 부분을 변화시킬 수 있다.

주와 연방정부는 일부 참가자들에게는 이익이 되고 다른 참가자들에게는 불이익이 되는 시장개입을 한다. 이것은 의회나 주입법기관이 직접적으로 가격과 산출에 영향을 주는 규제제도를 설치하는 경우나 입법적, 행정적 또는 사법적 행위가 경쟁과정의 중심적 또는 주변적 측면을 규제하는 법적 기본원칙을 수립하거나 변경하는 경우에 행해진다. 그러한 효과는 가격통제처럼 경제전반에 걸치는 것일 수도 있고, 통신산업규제나 전력산업의 규제완화, 규제나 규제완화 법률을 시행하는 행정적 결정, 또는 특정지역 지정이나 환경법의 변화처럼 특정한 시장이나 영역에만 영향을 미칠 수도 있다. 이러한 정부행위는 시장이 예전에는 거부하던 경쟁상의 장점을 허용할 수도 있고 시장이 예전에 허용하던 장점을 철회시킬 수도 있다. 정부의 시장개입에 대한 청원행위가 독점금지법에 의해서 공격을 받을 수 있는지 여부의 결정은 복잡할 수 있다. 정부의 개입은 여러 가지 국가목적에 지향할 수 있다. 그것은 예컨대 독점적 가격책정을 금지하는 경쟁정책적 개입, 허위광고의

of 1966, 80 Stat 7 (1966), codified as 12 U.S.C.A. §1828(c).

151) 15 U.S.C.A. §1291.

152) Section 7 of the Shipping Act of 1984, 46 U.S.C.A. §1706.

153) Securities Exchange Act of 1934, 15 U.S.C.A. §78(a).

규제, 노동자 보호, 장애인이나 노약자보호 등 시장의 성과를 변경함으로써 형평이나 공정성을 촉진시키는 것, 산업안전의 증진 또는 마약사용규제나 문화유산지구지정 규제 등이다. 만일 청원된 정부의 행위가 허용되면, 그 결과에 의한 정부의 개입은 그 자체 독점금지법에 위반되지 않거나¹⁵⁴⁾ 예컨대 연방법에 직접적으로 배치되는 주의 행위처럼 무효가 될 수도 있다.

청원행위는 처음에 *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight Co.* 사건¹⁵⁵⁾에서 문제로 제기되었다.¹⁵⁶⁾ 철도가 원거리화물수송에 있어서 트럭을 이용하는 수송업자들에게 위협을 받자, 관련 사업자들은 거래협회를 통하여 공적 관계 기업을 보유하고 트럭운송업에 반대하는 법과 집행프로그램에 대한 공적 지원을 얻기 위한 포괄적인 로비노력을 개시하였다. 트럭운영자들과 그 협회는 그러한 행위를 셔먼법에 의거해서 금지하려고 시도하였다. 지방법원은 이른바 第三者技法(third party technique)¹⁵⁷⁾의 사용과 같은 과도한 로비활동의 증거에 입각하여, 범위 반사실을 발견하였고, 항소법원이 이를 지지하였다. 연방대법원은 Black대법관의 견해에서 “단지 법의 통과나 집행에 영향을 미치려는 시도만으로는 셔먼법 위반으로 인정될 수 없고, 제3자기법의 사용은 셔먼법에 관한 한, 법적으로 무관하다”¹⁵⁸⁾는 이유로 하급심의 판결을 번복하였다. 연방대법원은 입법이나 행정적 행위를 노린 결합과 통상 셔먼법 위반이 되는 결합간의 중요한 차이점을 발견했다. 또한 하급심처럼 본다면 대의제 민주주의 하에서 국민이 정부에 정보를 제공하고 자신들의 희망을 전달하는 능력에 의존하는 정부의 힘을 약화시킬 것이라고도 언급하였다. 다만 청원이 정부 활동을 획득하려는 것이 아니라 단지 경쟁자의 사업에 대한 직접적인 간섭을 은폐하려는 협잡(sham)이라면 독점금지법이 적용될 수 있을 것이라고

154) 경쟁을 왜곡하는 주법은 후술하는 ‘정부행위법리(state action doctrine)’ 하에서 면제된다.

155) 365 U.S. 127, 81 S.Ct. 523, 5 L.Ed.2d 464 (1961).

156) 또한 *United Mine Workers v. Pennington*, 381 U.S. 657, 85 S.Ct. 1585, 14 L.Ed.2d 626 (1965)에서는 동법리를 행정행위에 대하여 적용할 수 있다는 것을 함축했고, 그 이후로 Noerr-Pennington 적용면제로서 사용되고 있다.

157) 이것은 로비스트가 기초한 진술이 독립적인 의견의 자발적인 표현인 것처럼 보이게 하는 수법을 가리킨다.

158) *Id.* at 134, 142.

하였다.¹⁵⁹⁾

2. 適用免除의 例外 : 請願方法의 불법성

협잡행위를 면책범위밖으로 배제하는 연방대법원의 의견은 California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited¹⁶⁰⁾에서 판례법으로 되었다. 피고와 경쟁할 운영권에 대한 행정기관의 허가가 필요했던 원고 트럭업자들은 피고가 원고들의 그같은 권리를 획득하려는 노력에 대한 장벽을 창설하기 위하여 소송을 제기하고 행정적 절차를 진행하기로 공모했다고 주장하면서 서면법하에서 피고를 제소하였다. 항소법원은 Noerr판례에 근거한 지방법원의 기각결정을 번복했고 연방대법원은 이를 승인했다. Noerr판례에서와 달리 연방대법원은 i) 원고를 시장에서 축출하려는 공모적 의도의 주장과 ii) 법원이나 기관에게 사실이나 법을 설득하려는 것이 아니라, “그들이 그 절차에 대한 ‘자유롭고 제한없는 접근’을 부정하기 위하여 행정적 및 사법적 절차를 사용함으로써 적법한 반응을 방해하거나 저지하려는 개연성있는 원인이 있거나 없는 소의 제기”를 강조하였다.¹⁶¹⁾

청원행위가 어느 정도의 수단을 사용한 것일 때 적용면제가 박탈되는지에 관한 기준에 관해서는 Noerr와 California Motor Transport판례는 미해결상태로 남겨두었다. 이것은 청원대상이 어느 기관인가, 행정부인지 의회의 위원회인지 아니면 법원인지에 따라 달라질 수 있다. 비록 청원면책은 제1차 수정헌법에서 보장되는 청원권을 근거로 해서도 인정되지만, 바람직한 청원절차의 규제가 위헌인 것은 아니다. 예컨대 재판절차에서 위증할 헌법상 권리는 없다. 만일 경쟁을 손상시키는 목적의 허위의 로비활동이나 제소를 독점금지법으로부터 보호하는 사회적 근거가 존재한다면, 그것은 정부의 정보에 대한 수요 때문일 수는 없다.¹⁶²⁾ 아마도 연방대법원의 청원수단

159) *Id.* at 144.

160) 404 U.S. 508, 92 S.Ct. 609, 30 L.Ed.2d 642 (1972). 또한 MCI-Communications Corp. v. AT & T, 708 F.2d 1081 (7th Cir.), *cert. denied*, 464 U.S. 891, 104 S.Ct. 234, 78 L.Ed.2d 226 (1983).

161) *Id.* at 511.

162) *Columbia v. Omni Outdoor Advertising, Inc.*, 449 U.S. 365, 111 S.Ct. 1344, 113 L.Ed.2d 382 (1991).

들에 대한 분명한 무차별에 대한 정당화요소는 그러한 행위에 적용되는 적절한 일반적 규범은, 독점금지법정에 의해서 우연히 덧붙여지고 독점금지법과 관련하여 항변이 제기된 때에만 적용되는 것이 아니라 입법과 사법에 의하여 작동되어야 한다는 추론이다.¹⁶³⁾

협잡개념의 범위는 명백하지 않다. 제9순회법원은 카르텔을 보호하기 위한 한 번의 잘못된 이의제기는 협잡이 아니라고 하였다.¹⁶⁴⁾ Professional Real Estate (PRE) Investors v. Columbia Pictures 사건¹⁶⁵⁾에서 연방대법원은 그것의 범위를 명확히 하려 하였지만, 완전히 성공하지는 못했다. 호텔을 경영하는 PRE는 객실에 비디오디스크 플레이어를 설치하고 점유자에게 시청용 디스크를 임대하였다. 디스크상의 영화에 대한 저작권을 보유한 Columbia는 저작권침해소송을 제기하였다. 그러자 PRE는 그 침해소송은 PRE를 시장에서 축출하려는 목적으로 행해진 협잡행위라고 주장하면서 셔먼법에 의거하여 반소를 청구하였다. Columbia의 저작권 청구가 약식판결로 기각되고 그것이 항소법원에서 승인되었을 때, PRE의 독점금지청구는 저작권소송은 협잡행위가 아니고 그러므로 Noerr법리하에서 보호되어야 한다는 근거로 기각한 지방법원판결이 파기환송되었다. 항소법원은 저작권청구는 개연성있는 원인을 결여하지 않는다고 결론을 내리고 연방대법원이 파기환송한 대로, 승인하였다. 이 사건에서 i) Thomas대법관에 의한 연방대법원의 견해는 비록 그 소송이 피고를 방해하고 그럼으로써 시장접근을 금지하려고 제기된 것이더라도, “객관적으로 근거없는(objectively baseless)” 것이 아니라면, 그리고 “합리적인 소송당사자가 현실적으로 정당한 성공을 기대할 수 없었던” 것이 아니라면 제소행위를 협잡행위로 인정하기를 거부하였다. 원고에게 피고의 접근을 금함으로써 경쟁을 왜곡할 목적이 있다면 그 청원은 협잡으로 인정되겠지만, 원고의 주관적 의도는 객관적으로 평가하여 소송에 대한 합리적 기초가 존재한다면 무관하다고 보는

163) L. Sullivan & W. Grimes, *op. cit.*, p. 735 (2000).

164) *Clipper Express v. Rocky Mountain Motor Tariff Bureau, Inc.*, 690 F.2d 1240, 1252, 1263-64 (9th Cir.1982), *cert. denied*, 459 U.S. 1227, 103 S.Ct. 1234, 75 L.Ed.2d 468 (1983).

165) 508 U.S. 49, 113 S.Ct. 1920, 123 L.Ed.2d 611 (1993).

것이다. ii) O'Connor대법관이 가담한 Stevens대법관에 의한 보충의견은 “제소하기 위한 객관적으로 합리적인 노력은 주관적 의도를 불문하고 협잡이 될 수 없다”는 다수의견에는 동의하나¹⁶⁶⁾, “객관적으로 근거 없는” 것과 “합리적인 소송당사자가 현실적으로 성공을 기대할 수 있었는가” 여부의 문제에 대한 답을 동일시하는 다수의견에 동의하지 않는다. Stevens대법관은 그러한 특정성에 대한 시도는 도움이 되지 않는다고 생각하였다. 그 기준은 어떤 소송을 “경쟁을 제한하기 위하여 사법절차를 남용하는 것”이나 “성공한다면 경쟁을 제한할 소송의 제기”중에서 선택할 수 있어야 한다고 보았다.¹⁶⁷⁾ 많은 요소들이 그러한 성격규명에 영향을 미치며, Stevens대법관은 객관적 요소들과 주관적 의도가 그 성격판정의 기준이 될 수 있다고 보았다.

PRE판례에도 불구하고 많은 문제가 미해결로 남아있으나, 하나의 판단 기준은 문제된 청원행위가 약탈적인가 여부에 관한 전통적인 합리의 원칙의 분석이다.¹⁶⁸⁾ 만일 모든 면에서 협잡이라고 주장되는 소송을 제기한 당사자들이 그 소송이 경쟁자의 비용을 상승시키고 그럼으로써 그들의 진입이나 확장을 금지하는 기능을 제외하고는 경제적으로 경솔했다는 점을 인식했다면, 그 청원활동은 법적 권리의 행사가 아니라 경쟁을 위축시킬 의도로 행해진 것으로 추정된다. 그러한 사실에 의해서 그 청원행위는 피고가 법적 원칙을 정당화하려는 비경제적 동기를 입증하지 못한다면 협잡행위로 판정되어야 한다. 만일 그와 달리 그 소송이 그 소송자체에서 발생하는 사소한 효과에도 불구하고 합리적인 사업정책으로 간주될 개연성이 높다면, 그 청원행위는 그 자체가 경쟁에 부작용을 끼치더라도 협잡행위가 아니다.

Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc.사건¹⁶⁹⁾에서, 언제 청원이 정부를 상대로 한 것인지에 관한 문제가 제기되었다. Allied와 다른 청원자들은 사적 표준설정조직의 표준법에서 공인된, 건물건설공사에서 전기선을 집어넣는 鐵製導管을 제조하였다. 그런데 그 사적 표

166) *Id.* at 57.

167) *Id.* at 68.

168) L. Sullivan & W. Grimes, *op. cit.*, 736 (2000).

169) U.S. 492, 108 S.Ct. 1931, 100 L.Ed.2d 497 (1988).

준설정조직의 모델법은 통상 많은 주와 지방정부에서 법제화되었다. Indian Head의 주도로 그 표준설정조직의 전문 패널이 Indian Head에 의하여 제조된 종류의 플라스틱 도관을 심사하고 표준으로의 승인을 권고하였다. 그러자 위협을 느낀 청원자들이 패널의 제안을 선택할지를 결정하기 위한 총회를 방해하기로 합의하였다. 그들은 230명의 투표자들을 모으고 그들의 회원자격, 등록 및 참가비 등을 모두 부담하였고, 총회에 참가시켰고, 그 제안은 부결되었다. Indian Head는 서면법 제1조에 의거하여 제소하였다. 이는 배심원 평결에서 승리하여, 합리의 원칙의 교시와 특별한 심문서에 대한 답변에 기초하여 그 법으로부터 플라스틱도관의 배제로 인한 시장에서의 효과에 근거하여 그리고 정부기관에 의한 법의 채택에 근거하지 않고, 상당한 손해배상을 받았다. 지방법원은 Noerr에 근거하여, 평결을 취소하고 원고의 청구를 기각했다. 항소법원은 번복하였고 연방대법원도 파기환송으로 Noerr법리는 적용되지 않는다고 결론을 내렸다. 손해배상이 그 표준을 법전화한 정부의 행위로부터가 아니라 협회의 표준의 채택으로부터 야기된 것에 제한되었기 때문에, 평가되어야 하는 행위는 수평적 및 수직적으로 사업의 결합을 하고 경쟁을 제한하기 위하여 표준에 영향을 미칠 유인이 있는 회원을 포함하는 협회에 의한 사적 표준설정이었다. 그러한 공동의 사적 표준설정활동은 독점금지심사의 주제이다.¹⁷⁰⁾ 그리고 비록 그 결과가 흔히 법을 제정시키다 하더라도, 그러한 사적 표준설정조직에 대한 영향을 미치기 위한 로비활동은 “정부에게 거래를 제한하도록 주장하는 자에게만 허용되는 면책을 누릴 수 없다.”¹⁷¹⁾

170) *Radiant Burners, Inc. v. People's Gas Co.*, 364 U.S. 656, 81 S.Ct. 365, 5 L.Ed.2d 358 (1961)(미국가스협회(American Gas Association)의 비공인 버너에 사용되는 가스 판매를 거부하는 규칙이 당연위법원칙의 적용을 받는다고 실시하였다.); *American Society of Mechanical Engineers v. Hydrolevel Corp.*, 456 U.S. 556, 102 S.Ct. 1935, 72 L.Ed.2d 330 (1982)(그 산업계내의 평판과 영향력 때문에 어떤 표준설정조직은 경쟁에 심각한 영향을 미칠 수 있다고 보고, 미국기계공학회(ASME)와 같은 표준설정조직은 반경쟁적 활동을 할 기회가 많을 수 있다고 하였다.).

171) *Allied Tube*, 486 U.S. 492, at 501.

제 5 절 聯邦次元의 規制産業에 대한 獨占禁止法の 默示的 適用免除

연방차원의 규제산업에 대해서 의회는 특정하지만 제한적인 독점금지 적용 면제를 부여하기도 하고, 그에 관해 침묵하기도 한다. 연방대법원은 이러한 분야에서 독점금지법의 묵시적 적용면제에 관한 판례법을 형성하여 왔다. 그러나 그 법은 확고한 내용을 갖고 있지는 못하는데, 그러한 법리적 명확성의 결여는 규제적 협정의 다양성, 규제와 경쟁의 적정한 역할에 관한 이론적 관점이나 정치적 태도가 시간의 경과에 따라서 변화하는 점 그리고 의회의 전문성의 결여 등에 기인한다. 각 사건에서 법원은 의회의 의도를 추측하고, 연방대법원의 선례를 존중하고, 독점금지법과 규제의 가치를 통합해야 한다.

1. 運送業

(1) 초기의 運送業 料率規制와 獨占禁止 適用免除

Keogh법리(Keogh doctrine)는 1922년의 연방대법원의 판결¹⁷²⁾ 이후에 명명되었다. 이 사건에서 연방대법원이 규제와 독점금지법간의 관계에 관하여 처음으로 고려할 때에 서면법은 제정후 약 30년정도 되었고, 주간 철도운송을 규율하는 주간통상법(Interstate Commerce Act)은 그보다 10년쯤 더 되었을 때였다. 전통적인 공익사업체(public utility)이론대로 공익을 위하여 진입과 요금의 규제가 있어야 했다. 荷主人 Keogh는 상호 경쟁하는 철도들이 공동으로 운임율을 설정하였을 때 3배배상을 노리고 서면법하에서 소송을 제기했다. 그러한 종류의 관행에 대해서 연방대법원은 약 20년전에 서면법상 당연위법으로 판시한 바 있었다.¹⁷³⁾ 피고들은 제소된 요율은 주간통상위원회(Interstate Commerce Commission : ICC)에 신고되고 그것에 의하여 조사되고 승인된다고 대응했다. 연방대법원은 ICC의

172) *Keogh v. Chicago & Northwest R. Co.*, 260 U.S. 156, 43 S.Ct. 47, 67 L.Ed. 183 (1922).

173) *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, 166 U.S. 290, 17 S.Ct. 540, 41 L.Ed. 1007 (1897).

요율승인이 그 요율을 “합리적이고 무차별적인 것으로 설정하였다”고 판시했다.¹⁷⁴⁾ 연방대법원은 가격담합은 셔먼법 위반이라고 언급하고 ICC 승인이 있지만 “정부에 의한 절차를 금지하지 않는 것으로 보인다”고 의견을 표시했다. 그러나 사인 원고인 Keogh는 “공모가 없었더라면 자기가 향유하였을 훨씬 낮은 요율”보다 초과해서 지급한 차액을 반환받지는 못했다.¹⁷⁵⁾ 수수께끼같이, 연방대법원은 “요율은 그것이 셔먼법에 위반하여 한 공모의 결과라고 해서 반드시 불법적이지 않다”는 근거를 제시하였다. 또한 연방대법원은 만일 Keogh가 독점금지손해배상을 받으려면, 수송업자의 전체 요율구조를 심사하여야만 가능한, 공모의 부재시에 보다 낮은 요율이 정해졌을 것 외에 그 낮은 요율이 합리적이고 무차별적인 것으로서 ICC에 의해서 승인 받았을 것임을 모두 증명하여야 할 것이라고 생각하였다.¹⁷⁶⁾ 이것은 원고나 독점금지법원 모두 수행할 수 있는 장비나 인력을 갖고 있지 않다는 문제를 야기하게 된다. 연방대법원의 견해는 복잡한 문제를 처리할 규제기관의 전문성과 능력, 관련되는 오류에 대한 구제책의 이용가능성을 강조하였다. 합의된 요율이 처음 접수되면, 荷主는 ICC에 이의제기하고 그러면 ICC가 그 요율을 기각하고 그 기관이 정확성과 합리성을 평가하기 전에 각 운송업자에게 자신의 요율을 정하도록 지시할 수 있다고 상정할 수 있다. 그러나 그러한 기관의 구제는 ICC가 요율협정을 통과하도록 강제할 권한이 없으므로 가능성이 낮았다. 그러므로 요율이 과도하거나 차별적인 경우에만 그것을 입증함으로써 하주는 규제조항에 의거해서 구제를 받을 수 있었다. Brandeis대법관은 10년 이상 앞서서, 근래에는 크게 약화되었지만, 1930년대와 1940년대에는 일반적으로 된, 규제권한에 대한 사법적 존중을 예기하였다.¹⁷⁷⁾ Keogh판례는 일부 비현실적이고 일부는 오늘날의 시각으로 불

174) *Keogh*, 260 U.S. at 161, citing *Interstate Commerce Commission v. Atchison, T. & S. F. R. Co.*, 234 U.S. 294, 34 S.Ct. 814, 58 L.Ed. 1319 (1914).

175) *Id.* 연방대법원은 정부가 원고로 제소하면 승소할 것임을 암시하였다.

176) *Id.* at 163-64.

177) Alfred C. Aman, JR., *Administrative Law in a Global Era: Progress, Deregulatory Change, and The Rise of the Administrative Presidency*, 73 Cornell L. Rev. 1101, 1153 (1988).

때에는 건전해 보이지 않지만, 그 특별한 판시는 판례법으로 남아있다.¹⁷⁸⁾

United States Navigation Co. v. Cunard Steamship Co.사건¹⁷⁹⁾은 1930년대의 규제의 물결의 도래시에 결정되었다. 연방대법원은 하주는 일단 공동의 요율결정에 대해서 주관 규제기관에 의한 승인이 이루어지고 나면 그것에 대한 독점금지 구제를 받을 수 없다는 Keogh명제를 확대하고 해상운송에 적용하였다.¹⁸⁰⁾ Cunard사건의 사인 원고는 해상운송기업의 그룹이 그 그룹의 회원들과만 배타적으로 거래하기로 한 하주들에게 요금을 할인해주는 공동의 협정을 금지시키고자 했다. 그 운임요율은 해운국(Shipping Board)의 승인을 받았지만 공동의 할인제도는 승인을 받지 않았다. 연방대법원은 Keogh판례를 인용하여, 기관의 전문성은 물론 ICC 법과 같이 해상운송법(Shipping Act)이 해운국에게 추론에 의해서 이의권이나 독점금지소송에서 주장되는 행위에 대한 조사의 주도권을 포함한 광범한 권한을 부여하는 “포괄적인 수단”이라고 하는 점까지 강조하였다.¹⁸¹⁾ 그러나 법원은 클레이튼법 제16조가 독점금지재판권을 ICC에 의하여 규제되는 철도와 같은 산업에서의 사적 유지명령청구에 대해서는 철회하지만, 해운국에 의하여 규제되는 증기선산업에서는 그렇지 않다는 점을 간과했다. 법원은 또한 철도와 해상운송 규제제도간의 상이한 목적의 중요성을 판정하려 하지 않았다.¹⁸²⁾ 그러나 Keogh판례에서처럼 연방대법원은 증기선업자들의 공동행위가 법률의 규제목적이 달성을 위하여 필요한지에 관해서는 고려하지 않았다. 견해는 대부분 규제에 대하여 신뢰하고 지지하는 것이었다. 이 1930년대의 법원에게는 만일 어떤 산업이 포괄적인 규제에 종속되면 기관이 공익의 조정자로서 시장을 대체하는 것이었다.

178) *Square D Co. v. Niagara Frontier Tariff Bureau, Inc.*, 476 U.S. 409, 106 S.Ct. 1922, 90 L.Ed.2d 413 (1986)(60여년전의 Keogh판례에 근거하고 있다. Keogh판례가 정책적으로 현명하지 않지만, 의회는 그것을 시정할 충분한 기회가 있었는데 그렇게 하지 않았다는 점을 언급하였다.)

179) 284 U.S. 474, 52 S.Ct. 247, 76 L.Ed. 408 (1932).

180) *Cunard*, 284 U.S. at 486-87.

181) *Cunard*, 284 U.S. at 480.

182) 철도는 그것이 자연독점이기 때문에 규제되었고, 증기선은 그것이 특히 보조금을 받는 외국의 운송업자들에 의하여, 과도한 경쟁의 위협을 받았기 때문에 규제되었다.

Keogh판례는 정부에 의한 소송은 가능하다고 전제하였으나, Cunard판례는 그 점에 관하여 침묵하였다. Cunard사건에서의 독점금지항변과 유사한 것이 해운업을 포함한 정부의 독점금지소송에서 적용될지 여부의 문제가 Far East Conference v. United States사건¹⁸³⁾에서 제기되었다. 협의회는 협정하에서 일정한 수의 경쟁 운송업자들이 2중요율체계를 만들어서, 협의회원들에게만 선적하기로 동의하는 하주들에게는 저율을 적용하고 경쟁 운송업자들을 자유롭게 사용하는 하주들에게는 고율을 부과했다. 이 협의회 협정은 1922년에 海運局(Shipping Board)에 의하여 승인되었다. 수년후 정부는 이 체계를 서면법에 의거하여 제소하였고, 해운국을 승계한 聯邦海洋局(Federal Maritime Board)은 협의회측을 위하여 보조참가하였다. 그들은 법무부가 독점금지청구를 제기하기 전에 연방해양국에 협의해야 한다고 주장했고 그것은 성공하였다. 아마도 법무부는 연방해양국에 경쟁상의 우려가 그 결정에 관련된 다른 것들을 무색하게 한다는 것을 설득할 수 있었을 것이고, 만일 그 설득에 실패하면, 법원에 연방해양국의 결정을 심사해 달라고 할 수 있었을 것이라는 것이다. 어쨌든 Far East Conference 사건의 법원은 Cunard판례를 규제기관의 우선적 관할권을 확인하는 것으로 해석했다. 그 함의는 비록 법무부의 독점금지소송이라도 오직 규제기관이 처음에 공동의 요율결정행위를 금지한 경우에만 적용할 것이라는 것이다. 연방대법원은 그 결론을 보강하면서, 기관의 전문성과 기관의 규제관할권의 광범성을 강조했다. 연방대법원은 이 사건은 최종적인 기관의 행위 후에 재고할 근거가 보이면 재심하는 것을 조건으로 기각되어야 한다고 판시했다.

Far East Conference판례는 Keogh-Cunard원칙을 확대시켰다. Keogh는 독점금지법원은 관련기관이 요율의 승인에 의하여 하주들로부터의 이의제기로부터 효과적으로 운송인들을 보호하였는지에 무관하게 정부의 이의제기에 관한 재판권을 가진다고 함축했다. Cunard판례는 같은 입장이었던 것으로 보인다. Far East Conference판례는 그러한 함의를 해상운송업에 관련해서는 중단하였는데, 규제제도가 철저한(pervasive) 것인지

183) 342 U.S. 570, 72 S.Ct. 492, 96 L.Ed. 576 (1952).

에 관계없이 그렇게 하였다. Keogh판시는 클레이튼법 제16조에서 명시적으로 사인에 의한 형평법상의 재판권(equitable jurisdiction)을 철회하고 정부에 대해서는 철회하지 않은 클레이튼법에 의해서 ICC의 전문성이 강제되더라도 정부는 유지명령청구를 할 수 있다고 암시한다. Far East Conference의 4년전에, 의회는 ICC에게 명시적으로 공동 운임률의 제정을 위한 부서를 설립하는 협정을 승인할 권한을 부여하고 그렇게 승인된 협정에 대하여 독점금지면제를 부여하는 Reed-Bullwinkle Act를 시행했다. 이 법률은 연방해양국에 의해 승인된 협정에 대해 유사한 조항을 포함하지는 않았다. Far East Conference판례가 나온지 수년후, 연방해양국은 하주들이 이의제기한 이중요율체계를 검토하여 이를 승인했다.¹⁸⁴⁾ 비록 연방해양국은 독점금지에 대하여 거의 비중을 두지 않았지만, 연방대법원은 궁극적으로 이 명령을 승인했다.¹⁸⁵⁾

Pan American World Airways, Inc. v. United States사건¹⁸⁶⁾에서, Pan Am은 남아메리카 동부를 서비스구역으로 하는 항공사이고, Grace는 그 대륙을 서비스구역으로 하는 증기선운송기업인데, 남아메리카의 서부해안에 항공서비스를 제공하는 Panagra라는 자회사를 공동으로 설립하였다. 부속협정에서 Pan Am이나 Panagra는 상호 구역을 침범하지 않기로 하는 규정을 삽입했다. 또한 Pan Am은 Panagra가 미국으로 항공로를 확대하려는 시도를 하지 못하도록 봉쇄하였다. 비록 民間航空局(Civil Aeronautics Board : CAB)은 항공법¹⁸⁷⁾에 의거하여 항공사들에 의한 '불공정 관행'과 '불공정한 경쟁방법'에 대하여 처리할 관할권이 있었지만, CAB는 그 조항을 독점금지 도구로서 사용하지 않고 대신 법무부에 Pan Am-Panagra 협정을 서면법에 의거하여 제소해달라고 요청하였다. 법무부는 그렇게 하였고, 유지명령을 청구하였다.

연방대법원은 그 새로운 규제제도는 독점금지법을 완전히 대체하기 위하여 마련되었다고 판시하기를 주저하면서, 항공법이 독점금지위반행위를

184) Contract rates-Japan/Atlantic-Gulf Freight Conf., 4FMB 706 (1955).

185) *Federal Maritime Board v. Isbrandtsen*, 356 U.S. 481, 78 S.Ct. 851, 2 L.Ed.2d 926 (1958).

186) 371 U.S. 296, 83 S.Ct. 476, 9 L.Ed.2d 325 (1963).

187) Federal Aviation Act of 1958, 49 U.S.C.A. §1381.

“CAB의 항공운송인에 대한 허가, 인가 또는 거부권으로 구성된 권한의 대상요소”로 한다고 보았다.¹⁸⁸⁾ 그러므로 연방대법원은 “동법에 정의된 대로 공익의 요건에 합치한 구역의 분할이나 항공노선의 할당이 독점금지법위반이라고 판시한다면 정말로 이상할 것”이라고 보았다.¹⁸⁹⁾ 연방대법원은 항로 할당과 구역분할에 관한 모든 문제는 항공법에 의하여 처리됨을 언급하면서, 정부가 동법에 의거해서 CAB에 대하여 구제를 요청하는 절차를 취할 수 있도록 당해 청구가 기각될 것을 명하였다. Pan Am판례는 모든 포괄적인 규제프로그램에 대하여 묵시적 독점금지 적용면제가 전적으로 허용된다는 함의를 폐기하였지만, 주된 기관의 관할권이 일단 행사된 후에 정부나 사인원고가 독점금지 문제를 제기할 수 있다고 하였다. 연방대법원은 CAB의 규제를 받는 문제들에 관하여 명시적으로 당해 기관에 모든 유지명령에 의한 구제의 모든 문제를 할당하고 손해배상이나 형사적 제재의 가능성을 부정하였고, 규제분석에 중심적인 사항들이 독점금지절차를 통하여 통제될 수 있다는 사고에 대하여 비난하였다. CAB가 자신의 권한에 의거하여 독점금지적 집행을 수행하기를 꺼리는 것과 법무부의 독점금지적 개입을 희망하였으므로, Pan Am판례는 법원이 태도를 변화할 기회였으나 아직 초기의 규제 중심적 견해에 매료되어 있던 뉴딜정책기의 대법관들이 연방대법원의 다수견해를 형성했고, 판례법은 방향을 바꾸지 않았다. 실로 Pan Am판례는 규제된 시장에서의 경쟁문제를 해결하기 위한 기관행위에 대한 연방대법원의 신뢰를 반영하는 대표적인 판례였다.

변화는 수년후에 왔다. *Carnation Co. v. Pacific Westbound Conference* 사건¹⁹⁰⁾은 개정된 해상운송법(Shipping Act)¹⁹¹⁾이 당해 산업을 독점금지로부터 전적으로 적용면제하는지 여부에 관한 광범위한 문제를 제기하였다. 원고인 하주는 협의회(conference)간에 동위원회에 의하여 승인되지 않은 요율 담합이 있었다고 주장하면서, 셔먼법에 의거하여 3배배

188) *Id.* at 304-305.

189) *Id.* at 309.

190) 383 U.S. 213, 86 S.Ct. 781, 15 L.Ed.2d 709 (1966).

191) 의회는 동법을 개정하여 聯邦海洋委員會(Federal Maritime Commission : FMC)를 창설하여 연방해양국을 승계하도록 하였고 동위원회의 권한을 연방해양국의 그것에 비하여 보다 전문성을 갖도록 규정하였다.

상을 청구하였다. 지방법원은 청구를 기각하고, 항소법원이 이를 승인하였는데, 양 법원은 그 문제는 규제기관에 의하여 심의되어야 한다고 판시하였다. 연방대법원은 이를 기각하고, “FMC의 승인을 받지 않은 요율협정의 집행은 독점금지법의 적용을 받는다”고 판시했다. 연방대법원은 이 규제조항들은 명시적으로 FMC가 승인한 운송인들간의 요율협정을 적용면제시켰다고 강조하고 “위법한, 즉 승인받지 않은 요율협정은 면제되지 않는다.”고 추론했다.¹⁹²⁾ 이러한 결과는 요율의 적법성과 공모의 그것과를 구별한 Keogh 판례에도 불구하고, 또 독점금지법원에의 제소 이전에 기관의 절차를 밟아야 한다는 Cunard판례에도 불구하고 그리고 포괄적인 규제는 당해 산업을 전적으로 독점금지로부터 면책시킨다고 하는 Pan Am판례의 함의에도 불구하고 나온 것이었다. Far East Conference판례와 Cunard판례 양자는 해운법에 의거해서 적법성에 의심이 있는 행위에 대한 독점금지제재를 단지 기관이 그것을 고려하기 전까지만 배제하였다. 이와 대조적으로 Carnation판례에 의하면, 제소된 행위가 해운법에 위반되면, 독점금지법원은 그 행위의 독점금지법에 의거한 적법성 검토와 적절한 구제책 결정에 대하여 규제기관의 조언을 받을 필요가 없다는 것이 명확해졌다. 그러나 Carnation판례 이후에 판례법은 다른 기관들에 의하여 규제되는 운송에서는 물론, 해상운송에서조차 몇 가지 불분명한 점들은 있다.¹⁹³⁾

Hughes Tool Co. v. TWA사건¹⁹⁴⁾에서, 연방대법원은 해운분야의 Carnation판례가 Cunard와 Far East Conference판례를 좁게 수정한 것처럼 Pan Am판례를 좁게 해석함으로써 항공산업에 대해 판례법을 개정할 기회를 맞았으나 실현되지는 않았다. 이 사건에서 원고 TWA는,

192) *Id.* at 217.

193) L. Sullivan & W. Grimes, *op. cit.*, pp. 745-746 (2000). 첫째, 독점금지법원에 의하여 적용될 수 있는 기준, 즉 독점금지 적용면제를 위하여 규제기관에서 신뢰할만한 논의가 행해질 수 있는지 여부는 자명하지 않다. 둘째, Carnation판례는 단일 잠재적인 독점금지소송의 피고가 규제기관에 자기들의 협정을 승인해줄 것을 신청한다면, 독점금지소송이 절차를 진행할 수 있는지 여부에 관하여 별로 시사해주는 점이 없다. 셋째, Carnation판례의 접근방법은 손해배상청구에만 적용되고, 사적 형평법상의 청구나 정부에 의한 집행은 보다 제한적인 기존의 판례에 종속되는 것인지 분명하지 않다.

194) 409 U.S. 363, 93 S.Ct. 647, 34 L.Ed.2d 577 (1973).

Hughes Tool이 항공운송업에서의 통제력을 항공기관매와 TWA에 대한 금융 제공을 위한 경쟁을 차단하기 위하여 사용하였고, 그럼으로써 그들 요소시장에서의 경쟁을 저해하고 TWA가 초과 가격을 지급하도록 하였다고 주장하였다. Douglas대법관에 의한 다수견해는 제소된 당해 거래가 독점 금지책임으로부터 면제되는 것으로 판시하였다. 民間航空局(CAB)은 TWA와 Hughes Tool간의 거래를 통제할 권한이 있었다. 비록 그 거래의 심사가 CAB의 필수적인 기능은 아니었지만, Hughes가 TWA를 통제하면 TWA는 CAB에 Hughes가 경영하는 방식에 관하여 이의신청할 가능성은 없었다. Hughes는 자신의 TWA인수에 대하여 CAB의 승인을 필요로 하였고 그것을 획득하였다. CAB는 Hughes의 TWA인수가 공익에 부합하는지 결정함에 있어서, Hughes의 통제가 경쟁에 미치는 효과를 고려하여야 했고, 나아가서 CAB는 통제가 남용되는지를 감시할 권한이 있었다. 이러한 이유로 항공산업과 (CAB의 규제대상이 아닌) 금융시장에 대한 경쟁상의 피해가 예상되었음에도 불구하고, 연방대법원의 다수견해는 Pan Am판결에 입각하여 판결하였다. 이로써 Carnation판례에도 불구하고, 독점금지법의 역할은 포괄적으로 규제되는 산업, 최소한 항공운송업에 있어서는 모호하게 남았다. 또한 Hughes Tool Co. v. TWA판결은 연방대법원이 완전히 받아들이지는 않았지만, 다수의 하급심 판례에 영향을 미친, “만일 어떤 산업이 철저한 규제(pervasive regulation)를 받고 있다면 그 산업의 통상적인 활동은 독점금지로부터 면제된다고 추정된다”는 명제의 상징이 되었다.

운송에 관한 판례들은 전체적으로 안정적이고 일반적으로 신뢰할 수 있는 법원칙을 만들지 않았다. 이것들은 연방경제규제와 연방독점금지정책간의 관계의 평가에 고려되어야 할 주제들을 시사한다. 그것은 행정적 전문성에 대한 존중, 행정적 심사범위에 대한 신뢰, 그리고 행정적 절차의 적정성 등이다. 이들 규제기관 중심의 주제들은 초기의 판례에 반영되었고 위에서 검토된 그 후의 판례를 통하여 다시 선언되었다. 법원의 판결에서 중시한 것은 관련법이 무엇을 규정하는가 이다. 비록 Carnation판례에서는 중요하였지만, 결국 이 요소가 거의 결정적이지 않은 것으로 판명되었는데 그것은 법률상의 지침이 상세하지 않았기 때문이었다.

(2) 1970년대의 運送業 規制緩和 이후의 獨占禁止 適用免除

미국에서는 1976년 철도부흥및개혁법(Railroad Revitalization and Reform Act of 1976)¹⁹⁵⁾, 1977년 항공화물운송규제완화법(Air Cargo Deregulation Act)¹⁹⁶⁾ 그리고 1978년 항공운송규제완화법(Airline Deregulation Act of 1978)¹⁹⁷⁾, 1980년 자동차운송개혁법(Motor Carrier Reform Act)¹⁹⁸⁾, 1980년의 사양철도법(Staggers Rail Act of 1980)¹⁹⁹⁾, 1984년 해상운송법(Shipping Act of 1984)²⁰⁰⁾ 그리고 주간통상위원회(Interstate Commerce Commission : ICC)의 폐지²⁰¹⁾ 등에 의해서 운송분야에 관한 광범한 연방차원의 규제완화가 행해졌다. 항공운송과 자동차운송은 현재 안전에 관한 것 이외에는 규제되지 않고 있다. 철도에 대해서는 약간의 규제만이 남아있다. 따라서 운송인들에 의한 대부분의 공동행위는 현재 완전히 독점금지법의 적용대상이다.²⁰²⁾

이러한 발전에도 불구하고, 연방의 요율규제가 남아있는 분야에서는 Keogh판례가 여전히 판례법이다. Square D Co. v. Niagara Frontier Tariff Bureau, Inc.사건²⁰³⁾에서는 荷主가 자동차운송업자들을 화물운임률의 담합을 이유로 제소하였다. 비록 그 요율은 주간통상위원회(ICC)에 신고되어 승인된 것이었지만, 그것을 수립하는 협정은 Reed-Bullwinkle Act에 의거하여 신고되어 승인되지 않은 것이었다. 연방대법원은 그 행위가 Keogh판례에 의하여 보호되는 것인지를 판단하도록 하기 위하여 환송을

195) 45 U.S.C.A. §§801 *et. seq.*

196) Pub. L. No. 95-163, 91 Stat. 1228 (1977).

197) 49 U.S.C.A. §§1301, 1302 *et. seq.*

198) 49 U.S.C.A. §§10101, 10927.

199) 49 U.S.C.A. §10101.

200) 46 U.S.C.A. ppx. §§1701, 1702 *et. seq.*

201) 49 U.S.C.A. §101.

202) *United States v. American Airlines, Inc.*, 743 F.2d 1114 (5th Cir.1984), *cert. dismissed*, 474 U.S. 1001, 106 S.Ct. 420, 88 L.Ed.2d 370 (1985); *Rothery Storage Van Co. v. Atlas Van Lines, Inc.*, 792 F.2d 210 (D.C.Cir.1986), *cert. denied*, 479 U.S. 1033, 107 S.Ct. 880, 93 L.Ed.2d 834 (1987).

203) 476 U.S. 409, 106 S.Ct. 1922, 90 L.Ed.2d 413 (1986).

허용하였다. 원고들은 서면법의 문언에 의거하여 위반을 주장했고, 동 법원은 Reed-Bullwinkle Act는 ‘승인된 공동 효율의 협정’의 요건에 해당하는 행위에 대하여 제한적으로 독점금지법의 적용을 면제한다고 보았다. Carnation판례는 좁고 특정된 범위의 법률상의 적용면제가 존재하면 보다 넓고 일반적인 묵시적인 적용면제는 부정된다고 판시한 바 있다. 또한 Keogh판례의 논거는 점차 규제완화된 영역에서는 이례적인 것으로 되어가고, 소송과정에서 독점국 법무차관은 연방대법원에 Keogh판례를 전적으로 폐기할 것을 촉구하기도 했다. 그럼에도 불구하고, Square D Co.사건에서의 Stevens대법관의 다수견해에서 연방대법원은 원고의 청구를 기각했다. 연방대법원은 “Keogh판례 이래로 60년의 발전은 법률의 사법적 해석에서 고수되고 있는 지속적인 유효성의 강력한 추정을 극복하기에는 부족하다”고 하는 논거를 들었다.²⁰⁴⁾ 그래서 Keogh판례가 ICC 효율규제에 완전히 적용되었고, 오늘날에도 효율이 연방규제를 받고 유관기관의 승인을 받는 경우에는 계속하여 적용된다고 추정된다. 그러나 규제기관이 오직 운송인이 지배적사업자일 때에만 신고된 효율을 거부할 수 있는 경우에도 그것이 적용되는지에 관해서는 논란이 있다.²⁰⁵⁾ 과도한 효율이 아니라 약탈적으로 낮은 효율의 경우에도 적용되는지에 관해서도 논란이 있다.²⁰⁶⁾ 규제완화의 노력이 상대적으로 보다 제한적이고 기관이 보호하는 카르텔이 여전히 잔존하는 해상운송에 있어서는, 분명하게 독점금지 적용면제를 허용하는 1984년 해상운송법(Shipping Act of 1984)²⁰⁷⁾하에서 Cunard판례의 요소가 분명히 잔존하고 있다.²⁰⁸⁾ 따라서 공동의 효율결정 중 오직 신고되지 않고 실행된 것이나 신고된 후 거부된 것만이 독점금지법의 공격에 노출된다.

204) *Id.* at 424.

205) *Litton Sys. v. AT & T*, 700 F.2d 785, 820 (2d Cir.1983), *cert. denied*, 464 U.S. 1073, 104 S.Ct. 984, 79 L.Ed.2d 220 (1984).

206) *In re Wheat Rail Freight Rate Antitrust Litigation*, 759 F.2d 1305 (7th Cir.1985), *cert. denied*, 476 U.S. 1158, 106 S.Ct. 2275, 90 L.Ed.2d 718 (1986).

207) 46 U.S.C.A. ppx. §§1701, 1702 *et. seq.*

208) *Pinney Dock & Transport Co. v. Penn Central Corp.*, 838 F.2d 1445 (6th Cir.), *cert. denied*, 488 U.S. 880, 109 S.Ct. 196, 102 L.Ed.2d 166 (1988); *Barnes v. Arden Mayfair*, 759 F.2d 676 (9th Cir.1985).

2. 通信産業

(1) 1949년의 獨占禁止 判例

전화는 전형적인 네트워크산업이다. 이는 금방 수평적 경제력, 수직적 통합 및 단일 기업의 지배를 보이게 된다.²⁰⁹⁾ Bell이 전화의 특허를 받은 것이 1876년인데, 그것을 보유한 AT & T가 1880년까지 주요 도시에 지방전화망을 건설하였고, 곧 그것을 연결하여 원거리 서비스를 설립했다. 1881년에, AT & T는 Western Electric을 인수했고, 그것은 그 후 배타적인 장비공급자 역할을 하였다. 1890년대의 말까지, AT & T는 전국 대부분의 도시에서 전화망을 인수하거나 설립했다. 동사는 또한 전보시장의 독점자였던 Western Union을 인수했다. 1913년에 독점금지당국의 움직임에 대응하여, AT & T는 Western Union을 분할하고 지방전화회사들의 인수를 중단하였다. 이무렵 전선으로 연결된 지방전화망과 전선으로 연결된 장거리망은 자연독점이었다. 그러나 AT & T가 그 지방전화망과 장거리 독점에 수직적으로 연결한 전화장비의 제조는 비록 규모의 경제 때문에 다른 장비제조업자의 진입이 제한되기는 했지만, 경쟁시장이었다.

1949년에 법무부는 Western Electric의 분할을 청구하는 독점금지소송을 제기했다. 정부는 Griffith사건²¹⁰⁾에서 개발된 레버리징 이론과 Terminal Railroad사건²¹¹⁾과 Associated Press사건²¹²⁾에서 암시된 必須施設(essential facilities) 개념을 근거로 하였다. AT & T는 전화사업자로서 경쟁에 직면하지 않았는데, 그 이유는 그 시장이 자연독점이었기 때문이다. 규모의 경제가 진입을 막았고, 인위적 장벽은 없었다. 그러나

209) Mark C. Rosenblum, *The Antitrust Rationale for the MFJ's Line-of-Business Restrictions and a Policy Proposal for Revising Them*, 25 Sw. U. L. Rev. 605 (1996).

210) *United States v. Griffith*, 334 U.S. 100, 68 S.Ct. 941, 92 L.Ed. 1236 (1948).

211) *United States v. Terminal Railroad Ass'n of St. Louis*, 224 U.S. 383, 32 S.Ct. 507, 56 L.Ed. 810 (1912).

212) *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1, 65 S.Ct. 1416, 89 L.Ed. 2013 (1945).

AT & T의 州內·州間 요율과 서비스는 주의 公益事業體委員會(PUCs)와 聯邦通信委員會(FCC)에 의해서 각각 효과적으로 규제되었다. 이들 기관은 장비업자와 전화서비스시장간의 교차보조금이나 자회사 우대 등을 적발하기 위하여 힘썼고, 그러한 주와 연방의 포괄적인 규제의 결과로 규제에 의한 독점금지 적용면제를 받고 있었다. 독점금지개입이 있었다면 단지 과도할 뿐 아니라 분열적인 것이었을 것이다. 공익의 실제 기준은 서비스 품질과 소비자만족도이었다. 미국의 전화서비스는 세계에서 가장 질 좋고 가격이 저렴했다.

독점금지정책의 발전기인 1949-1956년에, 정부관여의 독점금지사건들은, 비록 AT & T가 주장한, 광범위한 규제에 의한 적용면제를 지지하는 것으로 해석되어 온, 1952년의 *Far East Conference*사건²¹³⁾판례와 1960년대에서 1970년대의 *Pan Am*판례²¹⁴⁾와 *Hughes Tool*사건²¹⁵⁾판례를 감안하면, 이 분야에서 독점금지 위협이 없지는 않았으나, 다소 과도한 것으로 보였다. AT & T는 주요 독점금지 청구에 직면하자, 통상부, 국방부 그리고 중요한 정부의 통신수요기관들에게 효과적으로 로비하였다. AT & T는 자신의 견해를 핵심기관들이 지지하도록 유도하여, 1956년에 사건을 화해에 의하여 성공적으로 마무리하였는데, 동의명령에 의하여 AT & T는 규제되지 않는 분야에서 손을 떼도록 하고, 일부 AT & T의 활동을 제한하였지만, AT & T의 수직적으로 통합된 구조는 그대로 남았다.²¹⁶⁾ AT & T는 교차보조금과 자회사 우대에 관련된 모든 위협은 규제기관에 의하여 조정될 수 있다고 주장했고, 이 주장이 제한적인 동의명령의 근거로 수용되었다.

213) *Far East Conference v. United States*, 342 U.S. 570, 72 S.Ct. 492, 96 L.Ed. 576 (1952).

214) *Pan American World Airways, Inc. v. United States*, 371 U.S. 296, 83 S.Ct. 476, 9 L.Ed.2d 325 (1963).

215) *Hughes Tool Co. v. Trans World Airlines, Inc.*, 409 U.S. 363, 93 S.Ct. 647, 34 L.Ed.2d 577 (1973).

216) *United States v. Western Elec. Co.*, 1956 Trade Cas (CCH) ¶68,246 (D.N.J. Jan. 24, 1956).

(2) 1974년 판례와 수정된 최종판결

장거리전화서비스는 1949년의 법무부의 제소시와 1956년의 화해시에 분명히 독점이었다. 그것이 자연독점이었는지 여부는 논란이 있으나, 만일 그랬더라도, 그 조건은 초음파(microwave)기술이 도시간 연결에 있어 전선을 대체하기 시작하면서 분명히 끝났다. 초음파를 사용하는 MCI가 일부 고객들에게 저비용의 장거리서비스를 제공하기 시작하였다. AT & T는 MCI의 자사의 시스템에의 접속을 허용하기를 격렬하게 저항했다. AT & T의 장비시장 지배에 대해서도 시장의 압력이 증가하고 있었다. AT & T는 Western Electric의 장비를 대여해 주면서 서비스를 패키지로 제공하였다. AT & T는 서비스의 품질과 네트워크의 통합성의 필요를 이유로, 자사 고객이 Western Electric이 제조하지 않은 장비를 보유하고 접속하는 것도 금지하였다.

연방규제기관인 FCC는 경쟁을 활성화하기로 결정하고 AT & T의 진입 금지시도에 대한 규제조치에 착수했다.²¹⁷⁾

그럼에도 불구하고, 법무부는 교차보조금과 자회사 우대에 관련한 현행 규제의 한계와 비용과 지연 등을 인식하고 초음파와 관련된 동태적 기술적 가능성의 관점에서, 1974년에 또 다른 독점금지소송을 제기하였는데, 이 소송은 결국 1949년 소송의 결과로 발부된 1956년의 동의명령을 개정하는 수정된 최종 판결(modified final judgment: MFJ)에 대한 동의로 종료되었다.²¹⁸⁾ 1974년의 청구는 잠재적인 경쟁시장인 장거리전화서비스를 자연독점 상태인 지방서비스시장과 결합시키는 것은 교차보조금과 자회사 우대 및 장거리서비스시장의 경쟁을 차단하기 위한 지방서비스시장에서의 지배력을 장거리전화시장에서 사용하도록 촉진한다는 이유를 들었다. 법무부는 원하는 구체책에 관하여 어느 정도 동요하였지만, 결국 지방과 장거리서비스간의 교차보조금이나 자회사 우대에 대한 유인과 기회를 종식시키고 전

217) 예컨대 *Carterphone*, 13 FCC.2d 420 (1968); MCI, 18 FCC.2d 953 (1969).

218) *United States v. AT & T*, 427 F. Supp. 57 (D.D.C.1976)(이 이후 'AT & T판례'로 지칭한다.). 또한 *United States v. AT & T*, 552 F.Supp. 131 (D.D.C.1982), *aff'd sub. nim. Maryland v. United States*, 460 U.S. 1001, 103 S.Ct. 1240, 75 L.Ed.2d 472 (1983).

화서비스와 장비간의 그러한 레버리지에 대한 위험과 기회를 제한할 구조적 구제책, 즉 지방서비스 독점의 분할을 요구하였다. 이렇게 되면 지방서비스와 장비간의 레버리지는 종식될 것이지만, 제조부분이 또한 장거리서비스로부터 분리되지 않는다면 장거리전화서비스와 장비제조간의 레버리지는 AT & T의 장거리서비스시장에서의 지배력이 감소될 때까지 가능할 것이었다.

AT & T는 이 소송에 대하여 이전에 그랬던 것처럼 방어했다. 그러나 이번에는 AT & T의 포괄적인 규제로 인해서 독점금지면제를 받는다는 주장은 지방법원에서 두 번이나 기각되었다.²¹⁹⁾ AT & T는 1950년대에 그랬던 것처럼 행정기관들에게 청원하고, 의회의 개입을 위해 강력히 로비하였다.²²⁰⁾ 의회에서의 로비노력은 성공하지 못했고, 독점금지소송의 광범한 심리가 질서있게 진행되었다.

정부는 구조적 구제책에 대한 근거로서, i) 지방서비스, 장거리서비스 및 장비시장에서의 독점력, ii) 경쟁적인 시장인 장거리서비스와 AT & T가 독점한 지방서비스간의 상호접속에 대한 AT & T의 배타적 간섭, iii) 지방서비스시장으로부터 경쟁적인 장비제조업자들의 배제, iv) 경쟁이 없는 시장에서의 서비스에 대해서는 초경쟁적인 요율을, 그리고 일정한 경쟁이 이루어지는 일정한 장거리서비스에 대해서는 차별적으로 저율을 부과하는 식으로, AT & T가 비용과 무관하게 설정한, 배타적인 도시간 가격책정 등의 증거를 제시하였다. 규제적 개입으로 인해서 독점금지 적용면제를 발생시킨다는 또는 최소한 구조적 구제책의 채택은 배제되어야 한다는 AT & T의 항변에 대하여, 정부는 지방네트워크는 복잡하고 기술변화가 심하고 장거리서비스와 공유하는 비용이 많아서 규제기관이 비효율적인 교차보조금과 자회사 우대를 효과적으로 통제하기가 불가능하다는 증거도 제시했다. Greene판사가 AT & T의 약식판결을 거부하고 난 후²²¹⁾ 심리는 종결되

219) *AT & T*, 427 F.Supp. at 61, *cert. denied*, 429 U.S. 1071, 97 S.Ct. 824, 50 L.Ed.2d 799 (1977); *United States v. AT & T*, 461 F.Supp. 1314, 1320-30 (D.D.C.1978).

220) R. Noll & B. Owen, *The Anticompetitive Use of Regulation: United States v. AT & T in: The Antitrust Revolution* p. 290 (J. Kwoka & L. White, eds., 1989).

221) *United States v. AT & T*, 524 F.Supp. 1336 (D.D.C.1981).

었다. 당사자들은 구조적 동의명령을 협상하였고 그 결과를 법원에 1956년 동의명령의 수정안으로서 제출하였다. Greene판사는 그것에 일정한 변경을 가하여, 자신의 Tunney Act²²²⁾에 의한 승인에 조건을 달았고, 화해안은 1982년부터 1996년 통신법²²³⁾이 제정된 1996년까지 이 분야의 산업을 통제할 수정된 최종판결(MFJ)이 되었다.²²⁴⁾

이 MFJ는 AT & T에게 그 지방거래(local exchange: LX) 독점을 Bell 운영회사들(Bell operating companies: BOCs)로 분사화하거나 스스로 분할할 것을 명하였다. 또한 그 회사들의 장래의 교차보조금이나 자회사 우대의 유인을 막기 위하여 장거리시장, 장비제조시장 및 지방네트워크와 수직적으로 관련된 다른 부문에 진출하지 못하도록 하였다. BOCs는 자신들의 지방서비스사업에 있어서, 주의 규제에 종속되도록 하였다. AT & T는 MCI와 Sprint와 경쟁하는 장거리사업이나 상호거래(inter-exchange: IX)사업을 보유하고, 또한 장비제조기업인 Western Electric도 보유하도록 되었다. BOCs는 AT & T의 장비를 다른 제조업자들을 차별하지 않는 조건에서 자유롭게 구매할 수 있었다. BOCs는 또한 자신들의 지방네트워크를 모든 장거리서비스업자들에게 FCC의 통제를 받는 접속비에 관하여 차별없는 조건으로 연결을 제공하도록 요구되었다. 동의명령은 BOCs의 LX지배력을 종식시키려는 것이 아니라 그 힘을 자회사 우대, AT & T나 IX, 제조업 또는 기타의 시장의 회사를 우대하기 위하여 사용할 유인을 제거하려는 목적을 가지고 있었다. 그것은 AT & T가 IX 사업자로서 Western Electric을 우대할 유인을 가지고 있음을 인식하였지만, BOCs를 Western Electric으로부터 분리하는 것이 장비제조시장에서의 경쟁을 보다 촉진할 것이고 그 결과 현재 점증하는 IX시장의 경쟁에 직면하는 AT & T가 그 경쟁의 압력으로 자사의 장비구입비용을 절감하도록 하게 되리라고 기대하였다. 즉 AT & T는 Western Electric이 아닌 다른

222) Antitrust Procedures and Penalties Act of 1974, Pub. L. No. 93-258, §2, 88 Stat. 1706 (1974) (codified at 15 U.S.C. §16).

223) Pub. L. No. 104, 110 Stat. 56 (1996).

224) *United States v. AT & T*, 552 F.Supp. 131 (D.D.C.1982), *aff'd sub nom. Maryland v. United States*, 460 U.S. 1001, 103 S.Ct. 1240, 75 L.Ed.2d 472 (1983).

경쟁제조기업이 더 좋거나 저렴한 장비를 제공하는 경우에는 Western Electric으로부터 다른 경쟁기업으로 거래선을 바꿀 것이었다.

(3) MFJ의 영향 : 장거리전화사업과 장비제조

1996년에 통신법제정에 의하여 MFJ가 종결될 때까지, 그것이 IX와 제조시장에 미친 영향은 매우 컸다. MFJ전에는 AT & T가 IX시장에 수직적으로 통합되어 존재한 유일한 기업이었다. FCC가 MCI와 Sprint의 진입을 촉진하기 위하여 노력한 후에도 이들의 점유율은 아주 낮았다. 1983년까지 AT & T의 수익의 전체 사업자중에서 차지하는 비율은 하락하였으나 80퍼센트 중반에 위치하였다. 1984년에서 1993년 사이에 AT & T의 점유율은 20 퍼센트 이상 떨어졌다. 이 기간동안 MCI와 Sprint의 점유율은 급속히 증가하여, 1993년에 각각 12퍼센트와 8,5퍼센트였다. 다른 설비를 갖춘 사업자들의 진입이 전국과 지방시장의 양쪽에서 상당히 있었고, 설비를 갖춘 기업이 판매하지 못한 점증하는 섬유회선 용량의 일부를 마케팅한 재판매업자들의 진입이 있었다.

경쟁은 계속되었다.²²⁵⁾ 수요의 성격은 경쟁의 압력을 증가시켰다. 통신품질과 가격차이에 민감하고 전환비용이 거의 없는 기업고객들이 흔히 이 분야에 정통한 브로커를 사용하고 비교를 위해서 하나 이상의 공급자와 거래하는 등 공격적으로 쇼핑하였다. 1996년 통신법이 통과될 때까지 AT & T의 LX시장의 점유율은 50에서 60퍼센트 사이였다. 모든 하부시장에서 공격적으로 가격이 인하되었고, 고객들이 통신업자를 빈번히 교체하였다. 또한 지속적이고 급속한 기술발전, 특히 하나의 회선으로 수용하는 통화량의 증가가 있었다. 새로운 서비스들이 신속히 개발되었고, 경쟁적인 가격으로 급속히 시판되었다. 시장 행위는 이 모두를 반영하였다. 참여기업들은 성장을 위하여 투자하였고, 새로운 서비스들을 급속히 개발하고 확장하였다. 가격은 실질적으로 하락하였고, 신상품과 인하된 가격은 현저하게 매출을 증

225) 1997년8월 현재, AT & T는 IX 시장에서 47.9퍼센트를 점유하였고, MCI는 20, Sprint는 9.7퍼센트, WorldCom은 5.5퍼센트, Frontier와 Ecel이 각각 1.9퍼센트였고, 나머지 사업자들이 13퍼센트의 거의 대부분을 점하였고, 약17퍼센트는 설비를 갖춘 사업자들이 재판매사업자들에게 임대하는 회선에 의하여 운영되고 있었다.

가시켰다.²²⁶⁾ 경쟁적 조건이 충족되자, FCC는 이에 대응하였다. FCC는 다른 IX 사업자들을 요율규제로부터 해방시키고 AT & T만을 가격상한규제(price cap regulation)에 종속시킴으로써, 시장에 가격구조에 관한 상당한 자율권을 부여하려고 하였다. FCC는 동의명령에 따라서 비록된 시장의 변화에 대응하여 그 규칙을 수정하려 하였다. 사업자들을 시장지배력의 관점에서 분류하여, 시장지배력을 가진 주도적 기업은 전체 규제에 종속시키고, 시장지배력을 보유하지 않은 종속적 기업에 대해서는 규제하지 않거나 제한적인 가벼운 규제에 종속시켰다. 결국 연방대법원은 이러한 변경은 법률에 의하여 권한이 주어지지 않은 것으로 보았다.²²⁷⁾

동의명령후에 제조업분야의 경쟁상의 발전도 눈에 띄었다. 4가지 주요 시장이 존재하는데, 고객구역설치장비(customer premises equipment : CPE), 전송장비, 본점 장비 그리고 셀룰러시스템(cellular system) 장비가 그것이다. 특정 상품을 위한 좁은 하부시장들과 각 시장별로 그룹들이 존재한다. 이들 시장과 하부시장의 각각에는, 집중이 상당히 감소되었다. 동의명령전에는, AT & T의 미국 장비 판매시장의 지배는 확고했고, 혁신이 발생해도 개발의 상업화는 느리게 진행되었었다. 이것 역시 MFJ후에는 변했다. 오래지 않아, CPE 하부시장(신호연결기, key시스템, 핸드셀, 음성전달, 팩스기, 자동응답기 등)은 고전적인 경쟁모델에 접근했다. 전송장비시장은 수많은 공급자들에 의해서 점유되고 있었고, 그들 대부분은 거대하고 기술력이 뛰어난 기업들이었다.²²⁸⁾ 흔히 시장은 경쟁적이거나 경쟁적 과점이었다. 많은 본점 장비 시장도 동의명령 이후에 경쟁적 시장으로 변했다. 가장 집중도가 컸던 장비시장- 본점 스위치시장에서는 소프트웨어 개발에 있어서의 규모의 경제가 높았는데-에서 집중도가 눈에 띄게 감소했다. 1973년

226) Lawrence Sullivan, *Ellusive Goals Under the Telecommunications Act: Preserving Long Distance Competition Upon Baby Bell Entry and Attaining Local Exchange Competition: We'll Not Preserve the One Unless We Attain the Other*, 25 Sw. U. L. Rev. 487, 494-509 (1996).

227) *MCI Telecommunications Corp. v. AT & T*, 510 U.S. 1107, 114 S.Ct. 1045, 127 L.Ed.2d 369 (1994).

228) AT & T가 약 38퍼센트, Alcotel, Northern Telecom., Siecar 및 NEC의 합계가 약 22퍼센트이고 Motorola, Hughes, Fujitsu와 General Cable 등을 포함한 20여개 기업들이 균형을 이루고 있었다.

에서 1980년 사이에 AT & T는 약 80퍼센트를 점했다. 1993년까지 그 점유율은 50퍼센트 이하로 떨어졌다. 1990년대초까지는, 셀룰러시스템 시장은 동의명령 이후 급속히 성장하여, 경쟁시장이 되었다.²²⁹⁾ 동의명령후 시장성과가 역시 인상적으로 성장하였다. 장비시장가격은 떨어지고, 시장은 보다 동태적으로 변하였다.²³⁰⁾

(4) MFJ하에서의 지방전화서비스시장의 발전

MFJ는 지방거래(LX)시장을 성장시키려는 의도도 없었고, 또 실제 그러지도 않았다. 이 시장은 좋은 시장성과를 위해서는 오직 규제에 의해서만 가능하다는 자연독점으로 남았다고 추정되었다. 그러나 비록 자연독점이라도 반드시 영원히 지속되지는 않는다. 통신의 다른 부문에서의 경쟁적이고 동적인 변화가 LX시장에서도 변화를 불러왔다. 비록 1996년 통신법이 제정되기 전까지는 기술적, 경제적, 규제적 장벽들이 높았지만, Bell 운영기업들(BOCs)과 기타의 LX 사업자들의 주도권을 약화시킬 동태적 발전이 이루어지는 3개 분야가 있었다.

첫째, 경쟁적 접속제공자들(competitive access providers : CAPs)이 많은 사업자고객들에게 고객구역으로부터 상호거래(IX) 사업자에게의 접속을 위하여 BOCs와 경쟁하는 대안을 제공하기 위하여, 고밀도 상업지역에 섬유회선망을 설치하기 시작하였다. 이 형식의 진입은 비록 AT & T의 분할 이후에도 부분적으로 가능하였는데, FCC가 LX사업자들에게 지방전화망을 통하여 자기들의 고객들에게 접속하는 IX사업자들로부터 징수하는 것을 허용한, 비용을 초과하는 요금의 형식으로 지방서비스에 대한 장거리보조금이 계속되고 있었기 때문이었다. 이들 서비스는 성장하였고 일부 CAPs는 다른 유선서비스를 제공하기 시작하였다. 그들 중 보다 효율적인 것은 비록 고밀도상업지구에 대한 제한적인 활동에도 불구하고, 지방거래사

229) AT & T가 약 31퍼센트, Ericsson이 약24퍼센트, Motorola가 16퍼센트 이상, 그리고 Northern Telecom.이 10퍼센트를 상회하였다.

230) NATA Telecommunication Market Review & Forecast, *Economic Outlook and Industry Overview (1993/1994)*; IDCMA, NATA & Telecommunication Industry Ass'n, *The Post-Divestiture US Telecommunication Equipment Manufacturing Market : the Benefits of Competition* (1990).

업자들(local Exchange carriers : LECs)과의 상호접속을 추구하였고 이들은 경쟁적 지방거래사업자(competitive Local Exchange carriers : CLECs)라고 하는 형태가 되었다.

둘째, 동의명령이전에도 시작되었지만 동의명령후에 가속화되어 미국의 가정들은 케이블망이 연결되었다. 비록 미국의 케이블시스템은 전환되지 않는, 단방향의, 트리형 가지구조를 가진 것으로서 양방향의 통신기능은 지원하지 않았는데, 그것을 양방향 통신용으로 변환시키는 것이 가능해져서, 일부 기업들은 기술적 경제적 가능성의 실험에 들어갔다.²³¹⁾ 이 기술은 일반적으로 예컨대 방송, 케이블, 광섬유, 위성통신 등의 새롭거나 기존의 매체들을 영상, 음성 및 데이터를 위한 하나의 통합된 시스템으로 상정한다.²³²⁾ 상품시장면에서, 이 기술의 경쟁법적 문제는 지방거래사업자(local exchange carriers : LECs)의 케이블기업 인수가 LECs와 케이블기업 양자가 생산하는 서비스간의 경쟁을 감소시킬 것이라는 점이다.²³³⁾

셋째, MFJ가 발해진지 수년후, 셀룰러폰서비스가 개시되어서, LX와 IX 네트워크에 신청에 의하여 연결을 가능하게 한 섬유회선에 연결되었다. 처음에는 고비용 저품질이었는데, 요금이 내려가고 품질이 개선되었다. 그리고 새로이 좁은 지역에서 하는 이동전화서비스, 즉 개인통신서비스(personal communication services : PCS)가 개발되어 사업이 개시되자, 셀룰러 연결이 궁극적으로 전선으로 연결된 LX 지방회선망에 대한 경쟁적 대안을 제공하기 위하여 사용될 가능성이 완전히 가시화되었다.²³⁴⁾

1995년말까지, 이 모든 가능한 대안들은 단지 가능성으로만 남아있었다. CAPs를 통한 극히 제한적인 IX 접속을 제외하고, 규제되는 지방서비스 독점을 통하여 얻어지는 가격과 품질기준을 충족하는, 기술적으로나 경제적으로 가능한 LX의 대안은, 그 때까지 아무것도 없었다. 나아가서, 비록 일부 주의 PUCs는 가능한 정도의 경쟁적 LX 서비스의 활성화에 관심이 있었으나, LX 경쟁에 대한 주의 규제적 장벽은 높게 정착되어 있어서, LX 독점자

231) *Id.* at 504-505.

232) Michael H. Botein, *Cable/Telco Mergers and Acquisitions: An Anti-trust Analysis*, 25 Sw L. Rev. 569 (1996).

233) *Id.* at 592.

234) Lawrence Sullivan, *op. cit.*, pp. 506-507 (1996).

들은 경쟁할 준비가 전혀 되어있지 않았다.²³⁵⁾

(5) 1996년 통신법(Telecommunications Act of 1996)

1996년 통신법은 전술한 배경으로부터 제정되었다. Bell 운영기업들(BOCs)은 자신들의 지방서비스독점이 침식되고 있고 곧 사라질 것이라고 주장하면서, 자신들이 IX와 제조업분야에 진입할 수 있도록 MFJ를 수정해 줄 것을 동의법원에게 수년간 요청하였다. 그러나 동의법원은 BOCs가 IX에 진입하는 것은 LX독점이 와해된 후에나 가능할 것이라는 법무부와 IX사업자들의 주장에 동조하고 있었다. 지방서비스독점이 시간이 흐르면 사라질 것이라는 불확실한 예측으로는 부족했다. BOCs는 자신들의 문제를 의회에도 호소했다. 1996년2월8일에 제정된 통신법²³⁶⁾은 지방과 장거리시장의 개방과 전화회사에 의한 비디오서비스와 케이블회사에 의한 전화서비스의 활성화, 미디어 집중에 대한 제한의 감소 그리고 케이블방송 요율규제의 시한설정 등을 목적으로 하였다.

LX와 IX의 진입에 관한 조항은 MFJ를 대체하였다.²³⁷⁾ 모든 통신사업자는 이제 다른 사업자와 상호접속하도록 강제되고²³⁸⁾ 네트워크의 성격·기능 등을 변경하여 상호접속을 저해할 수 없다고 규정하였다.²³⁹⁾ 모든 LX사업자들은 또한 자신들의 서비스를 수령한 자가 그것을 재판매하는 것을 금하지 못하고²⁴⁰⁾ 가입자가 전환을 원하면 번호 이동성(number portability)을 제공하여야 하고²⁴¹⁾, 거래상대방에게 상호접속을 보장해줘야 하고²⁴²⁾ 경쟁자에게 지역권(right of way)을 제공해야 하고²⁴³⁾, 통화의 시작과 종료에 대하여 상호보상협정을 체결해야 한다.²⁴⁴⁾ 기존의 독점적 LX사업자들은 몇

235) Jim Chen, *The Legal Process and Political Economy of Telecommunications Reform*, 97 Colum. L. Rev. 835, 867-869 (1997).

236) Pub. L. No. 104, 110 Stat. 56 (1996).

237) *Id.* §601.

238) *Id.* §101(a), adding 47 U.S.C.A. §251(a)(1).

239) *Id.* §251(a)(2).

240) *Id.* §251(b)(1).

241) *Id.* §251(b)(2).

242) *Id.* §251(b)(3).

243) *Id.* §251(b)(4).

가지 추가적인 의무를 부담하게 되었다.²⁴⁵⁾ 동법은 위임한 협정의 승인절차를 수립하고²⁴⁶⁾, 州PUCs의 지원적 개입을 전제한 FCC의 규제를 요청하고²⁴⁷⁾, 새 연방법이 충돌하는 주의 법이나 정책에 우선함을 보장하였다.²⁴⁸⁾

1996년 통신법은 또한 독립된 자회사를 통하여 각 BOCs가 비록 기존의 LX사업자이더라도, 그 서비스들의 번들판매를 하지 않고, 일정한 조건에 따라서 그 네트워크를 개방하는 조건으로, IX시장에 진입허가를 받을 수 있도록 허용한다.²⁴⁹⁾ 각 BOCs는 하나 이상의 경쟁 지방사업자에게 접속과 상호접속을 제공하거나 그렇게 할 준비가 되어있어야 한다.²⁵⁰⁾ 각 BOCs는 몇 가지 요건을 충족하여야 한다.²⁵¹⁾ 또한 법무부와의 협의후, FCC는 그 BOCs의 장거리서비스시장에의 진입허가가 공익에 알맞는지를 결정하여야 한다.²⁵²⁾

통신법상의 지방서비스와 장거리서비스의 접속규정의 유효성은 그것들의 해석과 운용에 달려있다. FCC는 새로 관련규정을 공표하였는데, 그것은 새 기본틀하에서 지방적 경쟁이 작동하도록 하기 위해서 할 수 있는 것을 하려고 함을 보여준다. 연방대법원은 동 규정하에서의 FCC의 권한의 광범한 범위를 명확히 하여왔고, 일정한 변화를 요구하였지만, 동 규정을 실체적 측면에서 지지하고, 효과적이고, 친경쟁적 요건을 위한 큰 여지를 남겨두었

244) *Id.* §251(b)(5).

245) *Id.* §251(c)(1), (4). i) 자신들의 재판매의무, 이동성·패리티·사용권 등의 제공의무의 이행을 위한 선의의 협정을 체결할 것. ii) 최소한 자신에게 제공하는 것과 동등한 품질의 기술적으로 가능한 점에서의 전송·경로제공·접속의 제공에 의하여 상호접속의무를 준수할 것. iii) 자신의 서비스들을 번들판매하지 않고, 모든 네트워크요소에의 무차별적인 접속을 제공할 것. iv) 자신이 재판매하는 모든 서비스를 도매요율로 재판매할 것.

246) *Id.* §252.

247) *Id.* §253(b), (c); §261(a)-(c); §§160-161.

248) *Id.* §253(a), (d).

249) *Id.* §271(e).

250) *Id.* §251.

251) i) 회선망, 전송, 전환, 네트워크의 전송요소 등의 번들판매를 하면 아니된다. *Id.* §271. ii) 경쟁자에게 차별없이 전신주, 導管, 지역권, 전화번호부서비스 지원, 운영자 및 911서비스 지원, white pages, 데이터 페이지, signaling 등의 합리적으로 비용에 비례한, 도매가격으로 제공하여야 한다. *Id.* §252(d).

252) *Id.* §§251(c)(1)-(4).

다.²⁵³⁾ 그 결과, BOC의 장거리시장에의 진입에는 개방된, 신속한, 시기 적절하고 비용에 기초한 접속의 완전하고 효과적인 개별판매가 보장된다. IX 사업자들, CLECs, PCP 사업자들과 케이블사업자들과 다른 회사들은, 일부는 자기들의 장비와 함께, 일부는 상호반응식 광대역 음성·데이터·영상 서비스를 제공하는 능력이 있는 업그레이드된 케이블과 함께, 그리고 일부는 개별판매되는 LX서비스의 재판매에 의하여, 지방서비스시장에 진입하게 되었다. 이제 시장이 신규진입자들이 LX 사업자들에게 지불해야 하는 초경쟁적인 접속요금을 절감하기 위하여, 지방전화회선망의 일부를 자신들의 대체 기술로 경제적으로 대체하는 것이 가능한지 판정할 기회가 오는 것이다. 그들 각자는 한번에 통합된 LX-IX-인터넷 음성 및 데이터 서비스를, 부분적으로는 자신들의 시설을 통하여, 부분적으로는 타사업자의 시설의 임대 에 의존하여, 제공하려고 한다는 것 이외에는, CLECs와 주요 장거리사업자들의 지방시장에 진입하기 위한 전략은 가변적이다.

이와 관련하여 다른 쟁점이 제기되었다. 고속 인터넷 접속을 위해서 케이블선을 업그레이드하는 과정에서, AT & T와 다른 케이블기업들이 @Home, America On Line과 저속의 LX ISDN회선을 사용하는 다른 통합되지 않은 ISPs 등의 관련되는 인터넷서비스공급자(ISPs)에게 자신들의 케이블모뎀 플랫폼에의 직접 접속을 제한하였다.²⁵⁴⁾ 그런데 일부 지방정부는 관련이 없는 ISPs에게도 고속 케이블 연결을 허용하는 조례를 제정하거나 고려하고 있다. 위의 ISPs는 고속케이블모뎀은 필수시설이고 따라서 케이블기업들이 관련 ISPs에게만 접속을 제한하는 것을 허용한다면 ISP의 경쟁을 저해할 것이라고 주장한다. AT & T와 다른 케이블기업들은 케이블선의 업그레이드를 위해서는 막대한 비용이 필요한 것을 강조하면서, 강제 상호접속은 그러한 투자의욕을 위축시킬 것이라고 주장한다. 그들은 또한 케이블모뎀에의 접속에 필수시설은 없다고 주장한다. 지방전화기업들은 이

253) *AT & T v. Iowa Utilities Board*, 525 U.S. 366, 119 S.Ct. 721, 142 L.Ed.2d 835 (1999); *SBC Communications Inc. v. FTC*, 138 F.3d 410 (D.C. Cir.1998)(§271의 요건에 관한 州규제기관의 관대한 해석을 거부하고, 엄격한 FCC의 해석을 수용하였다.).

254) AOL은 케이블사업자와의 합병을 통하여 케이블모뎀에의 접속문제를 해결하였다.

제 ISDN에 추가해서, 케이블을 통하는 것과 스피드가 비견되는 DSL접속을 제공할 수 있다. ISPs는 또한 유무선 전화를 통한 접속도 할 수 있고, 곧 고속 고정식 라디오방식을 선택할 수도 있다.

이 쟁점에 관한 최초의 소송은, Oregon주 Portland시가 TCI로부터 AT & T로의 케이블 시스템의 양도를 승인하는 조건으로 AT & T에게 직접 접속을 허용하라는 명령을 Portland시의 조례를 근거로 하여 내렸는데, 이 조례의 유효성에 관한 것이었다. AT & T측은 이 조례는 1996년 통신법에 후순위로 되며, 제1차 수정헌법과 TCI와 AT & T간의 계약조항에 위반된다고 하는 이유로 연방지방법원에 제소했다. 원·피고 모두 약식판결을 신청한 데 대하여, 동지방법원은 그 조례를 정책의 문제로서 평가하지 않고, 모든 그에 대한 문제제기를 기각하고 조례를 지지하였다.²⁵⁵⁾ 그것의 연방법우선(preemption)에 관한 결론은 제9순회법원에 항소되었는데, 항소법원은, 1996년 통신법상 인터넷서비스의 전송은 통신서비스이기 때문에,²⁵⁶⁾ 동법은 피고 Portland시가 케이블 광대역 인터넷 접속을 규율하는 것을 금지한다는 이유로 지방법원의 판결을 번복하였다.²⁵⁷⁾ 만일 케이블모뎀이 경제적으로 가장 매력적인 ISP 매체로 남는다면, 미국 전역의 통신시스템에 영향을 미치게 될 이 쟁점이 왜 각 지방자치단체가 직접 결정할 문제가 아니라, FCC나 독점금지 법원의 관할 사항으로 되어야 하는가 하는 점에는 중요한 정책적 이유가 존재한다. 그 정책적 쟁점은 다른 장단점도 갖고 있지만, 특히 만일 케이블의 업그레이드에 필요한 투자가 주장되는 것처럼 막대하다면, Portland시 조례와 같은 식의 해결은 케이블의 업그레이드 속도를 늦출 것이라고 하는 점이다. 이는 단지 고속 인터넷 접속을 보다 접근하기 어렵게 할 뿐 아니라, 지방전화거래사업자들(LECs)이 보다 실질적인 경쟁을 접할 속도를 감소시킨다고 하는 경쟁에 미치는 중요한 효과를 발생시킨다.

255) *AT & T Corp. v. City of Portland*, 43 F.Supp. 2d 1146 (D.Or. 1999).

256) 47 U.S.C. §153.

257) *AT & T v. City of Portland*, 216 F.3d 871 (9th Cir., 2000). 2000.10에 Portland시는 상소포기를 선언하였다.

3. 기타의 聯邦次元 規制産業의 獨占禁止法 適用免除

운송업외의 분야의 연방규제프로그램에 근거하여 독점금지면제가 빈번하게 청구된다. 때때로 管轄權의 優先性(jurisdictional primacy)의 쟁점이 제기된다.

(1) 農 業

Capper-Valstead Act²⁵⁸⁾는 농협의 조합원을 일부 독점금지법위반에 대해서 적용면제한다. 농산물판매협정법(Agriculture Marketing Agreement Act)은 농무부장관에게 우유를 포함한 농산물의 州間 판매를 규제할 권한을 부여하고 그러한 규제에 종속된 거래에 대한 독점금지 적용면제를 부여한다.

United States v. Borden Co.사건²⁵⁹⁾은 10여년의 New Deal정책의 시행중에 연방대법원에 상소되었다. 농협(agriculture cooperative)의 조합원들과 다른 자들이 셔먼법에 의거하여 가격담합혐의로 기소되었다. 비록 농산물판매협정법(AMAA)에 의하여 아무런 관련규정도 발해지지 않았지만, 지방법원은 Borden사건에서 동법이 그 자체로서 주간 농산물판매를 독점금지법으로부터 적용면제하였다는 이유로 공소를 기각하였다. 연방대법원은 “합의에 의한 철회가 뒷받침되지 않았다.”고 언급하면서, 이 “장관의 부작위에 의한 면제의 허용”을 기각했다.²⁶⁰⁾ 연방대법원은 동일한 주제에 관한 두 개의 법이 존재할 때에는 적절한 효과가 각각에게 부여되어야 한다고 강조하였다. 이전에 판결된 Cunard는 해양국에게 신고되지 않았거나 승인되지 않은 공동 요율설정을 적용면제하였기 때문에, 지방법원의 기각판결에 논거가 되었을 것으로 볼 수 있다. 그러나 연방대법원은 Cunard판례를 인용하지 않았고, 그와 다른 점을 설명하지도 않았다. 해양국의 권한은 집중적이었고 해양국은 정기적으로 요율신고를 심사하였지만, 농무부장관의

258) 7 U.S.C.A. §§291, 292.

259) 308 U.S. 188, 60 S.Ct. 182, 84 L.Ed. 181 (1939).

260) *Borden*, 308 U.S. at 198.

권한은 전반적인 것이었고 관할권에 속하는 다수의 거래를 규제하지 않고 방치하였다. Borden판례는 널리 영향을 미치고 있지는 않은데, 그 이유는 그러한 집행공무원에 대한 넓은 규제적 허가는 한시적인 입법관행이었기 때문이다. Borden판례의 견해는 Carnation판례에서 명시적인 적용제외는 광범위한 묵시적 적용면제를 부정한다는 명제를 위해서, 인용되었다.²⁶¹⁾

(2) 去來所市場

Silver v. New York Stock Exchange²⁶²⁾는 독점금지과 주식시장 규제간의 상호작용을 포함하는 사건이다. 1934년 증권거래소법(Stock Exchange Act of 1934)에 의거해서 뉴욕증권거래소는 사적 자율규제거래소로서, 회원들을 규제하고 회원기업들과 다른 거래자들간의 사적 연결망을 승인하고 취소할 법적 권한을 보유하고 있었다. 비회원 딜러-브로커인 Silver는 장외거래에 사용하는 회원기업들과의 연결망을 가지고 있었다. 거래소는 요금부과나 통지나 청문 없이, 거래소가 승인하지 않은 Silver의 행위에 대한 제재로 추정되는, 회원기업들에 대한 Silver의 연결망 단절 지시를 내렸고, 그 결과 Silver의 경영을 중단시켰다. 연방대법원은 이 집단적인 행위를 불법적인 보이콧으로 간주했다. 연방대법원은 거래소의 규정에 의한 자율규제권한은 “공정한 절차없이 행해지는 반경쟁적 집단행위에 대한 정당화 사유가 되지 못한다.”고 판시했다.²⁶³⁾ 이 사건은 연방대법원이 법률상의 독점금지법 적용면제는 그 규제적 판단이 가능한 이익간 상충에 의하여 영향을 받을 수 있는 경우에는 약화될 것임을 경고한 최초의 판례였다. 거래소에 허가를 한 특정한 조항에도 불구하고, 거래소회원들과 Silver간의 경쟁관계는 경쟁상의 위협을 그 거래소의 권한에 부가시켰다. 연방대법원은 심사하는 법원에게 거래소가 적법한 규제상의 또는 반경쟁적인 근거에서 행위하였는지 여부를 평가할 일정한 기회를 허락하는 절차적 섬세성이 필수적이라고 생각하였다. 연방대법원은 잠재적인 이익이 상충된다면, 법률상의 철저한

261) *Carnation*, 383 U.S. 213 at 216, 217, 86 S.Ct. 781, 15 L.Ed.2d 709.

262) 373 U.S. 341, 83 S.Ct. 1246, 10 L.Ed.2d 389 (1963).

263) *Id.* at 364. 이후 1975년에 1934년 증권거래소법은 SEC에게 거래소의 징계행위를 심사하고 제재를 승인, 수정 또는 취소할 권한을 부여하였다.

규제제도가 있더라도 절차적 공정성이 필요하다고 보았다.

10년후에 Ricci v. Chicago Mercantile Exchange²⁶⁴)에서는 법률상의 자율규제자의 가능한 이익의 충돌은 그것에 대한 절차적 방어가 규제상의 적용면제 범위의 평가에 있어서 중요할 수 있는지 여부에 대하여 영향을 미칠 수 있다는 것을 확인하였다. Ricci는 차입한 자금으로 상품거래소의 회원자격을 매수했다. 그는 서면법에 의거하여 그 거래소가 lender와 Ricci의 회원자격을 청문이나 고지없이 다른 이에게 양도하기로 공모하였다고 주장하며 제소하였다. 이 사건은 거래소가 규정상의 자율규제권을 가지고 행위하였다고 주장한 점에서 Silver사건과 같지만 두 가지 면에서 다르다. 첫째, 만일 거래소가 규정상의 자율규제권을 행사하였다면, 상품거래소법(Commodity Exchange Act)의 제도는 상품거래위원회(Commodity Exchange Commission)라는 연방기관에 심사권을 부여하였다. 두 번째, 연방대법원은 그 거래소의 행위가 그 자율규제권의 범위내에 포함되는지 여부에 관해 분명히 하지 않았다. 그 위원회에 의한 분쟁의 해결은 면책문제의 해결에 있어서 중요한 도움이 되었을 것이기 때문에, 연방대법원은 하급법원이 행정적 청문회가 계류중인 동안 독점금지소송을 중단시킨 것을 승인하였다.

Silver판례에서, 기관의 청문회에 대해서는 도달수단이 없었고, 그것이 결과상의 차이를 만들었다. Ricci 판결후 2년후 Gordon v. New York Stock Exchange사건²⁶⁵)에서는 독점금지소송이 제기되기 전에 이미 기관이 청문을 행했다. 주식거래의 브로커 서비스에 대한 공동의 요율결정이 이미 특정한 법적 권한하에서 SEC에 의해서 승인되었고, 그 승인으로 인해서 공동의 요율결정에 대해서 독점금지법 적용이 면제되었다. United States v. National Association of Securities Dealers사건²⁶⁶)에서, 다수의 견은 서면법에 의거하여 법무부와 사인 원고에 의하여 제소된 뮤추얼 펀드 마케팅 관행이, 비록 실질적 문제로서 그 기관이 이들 관행에 대하여 거의 주의를 기울이지 않았기는 하지만, 증권거래위원회(SEC)규칙에 의하여 정

264) 409 U.S. 289, 93 S.Ct. 573, 34 L.Ed.2d 525 (1973).

265) 422 U.S. 659, 95 S.Ct. 2598, 45 L.Ed.2d 463 (1975).

266) 422 U.S. 694, 95 S.Ct. 2427, 45 L.Ed.2d 486 (1975).

당화되어 있었다고 보았다. 이를 종합하면, i) 기관의 심사에 대한 분명한 법적 규정만 있다면, 법적으로 공인된 조직적 거래소의 자율규제 행위에 대해서 독점금지 적용면제가 부여되지만, ii) 잠재적인 이익의 충돌이 존재하고 독립적 심사의 기회가 제공되지 않는다면 면책이 부정되고, iii) 독점금지 소송이 제기되었을 때 그 행위가 자율규제에 의하여 보호되는지 여부가 분명하지 않을 때에는 기관에게 우선적 관할권이 부여된다. 이 모든 사건들은, 보다 포괄적인(comprehensive) 규제는 넓은 면제를 부여한다는 항공운송 분야 사건들의 함의와 일관되는 것으로 보인다. 그 밖에 행정기관의 손에서라면 독점금지 적용면제를 발동시키기에 충분한 규제적 책임이 자율규제제도로서 산업내 조직에게 부여된 때에는 충분하지 않을 수 있다는 것을 시사하고 있다.

(3) 電力産業

Otter Tail Power Co. v. United States²⁶⁷⁾에서 Otter Tail은 전력의 수직적으로 통합된 생산자, 송전자, 도매상이자 소매상이었다. 그 전선이 도달하는 범위내의 독립적인 지방 전력소매상들에게 자신과 합병하도록 압력을 넣기 위하여, Otter Tail은 자신의 전력을 그들의 배전체계에 송전(wheel)하기를 거부했다. 정부가 셔먼법 제2조에 의거하여 제소하자 Otter Tail은 聯邦動力委員會(Federal Power Commission)의 상호접속을 명하는 관할권이 Otter Tail에게 독점금지 적용면제를 부여한다는 논거로 항변했다. 관련법은 명시적인 면제를 허용하지 않았고, 연방대법원은 묵시적인 면제를 인정하기를 거부했다. 동 법원은 그 조항의 주된 목적은 자발적인 상호접속을 촉진시키는 것이고, 상대적이긴 하지만, 독점금지 우려는 FPC가 상호접속명령을 요청받을 때 적용하는 공익 심사하에서는 결정적으로 고려되지는 않을 것이라고 보았다. 비록 연방대법원은 독점금지과 규제간의 충돌가능성을 인식하였지만, 다수의견은 Pan Am과 Hughes Tool판례에서 그랬던 것처럼, 규제기관을 존중하였고 또는 Far East Conference 및 Ricci판례에서처럼 행정기관에 우선적 관할권을 인정하였다.

267) 410 U.S. 366, 93 S.Ct. 1022, 35 L.Ed.2d 359 (1973).

4. 聯邦次元의 市場構造 規制와 獨占禁止法 適用免除

연방규제기관이 법률에 의거하여 시장구조에 관하여 결정하는 분야에서 독점금지법의 적용이 면제되는가에 관하여 살펴본다.

(1) 州間通商委員會 등의 규제하의 運送業

의회가 연방규제기관들에게 부여한 합병 등의 구조적 사안을 처리할 권한도 독점금지법과 부합해야 한다. Northern Securities Co. v. United States 사건²⁶⁸⁾에서, 연방대법원은 Great Northern Railroads와 Northern Pacific Railroads간의 통합이 그들간의 경쟁을 종식시킴으로써 셔먼법에 위반된다고 보았을 때, 주간통상법(Interstate Commerce Act)에 대해 별로 주의를 기울이지 않았다. United States v. Union Pacific Railroad Co. 사건²⁶⁹⁾과 United States v. Southern Pacific Co. 사건²⁷⁰⁾도 규제에 대해 별다른 고려없이 독점금지 원칙을 적용했다. 그러나 그 후에 주간통상법의 개정을 포함하여 규제적 법률들이 전형적으로 유관기관들에게 명시적으로 공익기준에 의거하여 구조적 변화를 평가할 권한을 부여하였다. 때때로 명시적인 독점금지법 적용면제가 기관에 의하여 승인된 구조적 변화를 허용하기도 하였다. 예컨대 주간통상법은 州間通商委員會(ICC)에 의하여 승인된 트럭운송업자들의 합병을 독점금지법적 제소로부터 면제하였다. 그러나 비록 명시적 적용면제가 없더라도, 기관에게 구조적 변화를 광범위한 공익 개념하에서 평가할 권한을 허용하는 것은 독점금지법 적용 필요성을 희석시켰다. McLean Trucking Co. v. United States 사건²⁷¹⁾에서는 ICC에 의하여 승인된 합병에 대하여 그 위원회가 경쟁상의 효과를 평가함에 있어서 독점금지기준을 적용하지 않았다는 근거에서 제소되었다. 연방대법원은 ICC는 합병의 경쟁상의 효과를 평

268) 193 U.S. 197, 24 S.Ct. 436, 48 L.Ed. 679 (1904).

269) 226 U.S. 61, 33 S.Ct. 53, 57 L.Ed. 124 (1912).

270) 259 U.S. 214, 42 S.Ct. 496, 66 L.Ed. 907 (1922).

271) 321 U.S. 67, 64 S.Ct. 370, 88 L.Ed. 544 (1944).

가해야 하며, 그 합병이 공익에 부합하는지를 전체적으로 평가함에 있어서 다른 관련 효과들과 함께 경쟁상의 효과를 고려에 넣어야 한다고 판결하였다. 그러나 규제적 법률상의 공익기준은 독점금지법에 의하여 통제되지 않는다. 경쟁상의 효과는 평가되어야 하지만 그것에 주어진 비중은 규제제도의 다른 목적들과 균형이 잡혀야 한다.²⁷²⁾ 그러한 형량이 규제기관에 의하여 행해지는 때에는, 그 결론은, 크게 취약한 것이 아니라면, 상당히 존중되어야 한다.²⁷³⁾

Pan Am사건²⁷⁴⁾은 부수적인 행위제한외에 Pan American과 Grace Line 간의 합작투자라는 구조적 변화 때문에 법무부에 의하여 제소되었다. 民間航空局(Civil Aeronautics Board)이 이 분야의 경쟁상의 측면을 평가할 명시적인 법률상의 규제권한을 가지고 있었기 때문에, 독점금지법의 적용이 면제되었다.

(2) 聯邦通信委員會의 규제하의 TV放送局

United States v. Radio Corporation of America(RCA)판례²⁷⁵⁾에서는 대조적으로 McLean 원칙의 한계를 강조했다. 법무부는 RCA와 그 자회사인 National Broadcasting Company(NBC)를 셔먼법에 의거하여 다른 사업자와의 TV 라이선스 거래가 RCA-NBC의 지배를 증가시킬 목적과 효과로 행해졌다는 혐의로 제소하였다. 聯邦通信委員會(FCC)는 규제적 관할하에서, 이 거래가 공익에 기여한다고 보았고 이를 승인했다. FCC는 그것에 앞서서 법무부가 소송에서 의존했던 모든 정보를 보유하고

272) *Denver & Rio Grande W.R.R. v. United States*, 387 U.S. 485, 87 S.Ct. 1754, 18 L.Ed.2d 905 (1967).

273) *Gulf States Utilities Co. v. FPC*, 411 U.S. 747, 93 S.Ct. 1870, 36 L.Ed.2d 635 (1973); *United States v. ICC*, 396 U.S. 491, 90 S.Ct. 708, 24 L.Ed.2d 700 (1970); *Minneapolis & St. Louis Ry. v. United States*, 361 U.S. 173, 80 S.Ct. 229, 4 L.Ed.2d 223 (1959); *Seaboard Air Line R.R. v. United States*, 382 U.S. 154, 86 S.Ct. 277, 15 L.Ed.2d 223 (1965). 이들 모든 사건들은 경쟁상의 우려와 다른 공익요소들의 통합에 있어서 기관의 재량을 강조하였다.

274) *Pan American World Airways, Inc. v. United States*, 371 U.S. 296, 83 S.Ct. 476, 9 L.Ed.2d 325 (1963).

275) 358 U.S. 334, 79 S.Ct. 457, 3 L.Ed.2d 354 (1959).

있었고, 기회가 있었지만, 법무부는 위원회에 출석하지 않았다. 연방대법원은 이러한 상황에서 규제제도가 서면법을 대체하거나 최소한 FCC에 관할권을 부여한다고 보고 법무부가 그러한 권한이 있는 FCC에 문제제기하지 않았기 때문에, 법무부는 금반언에 해당한다고 하는 피고의 주장을 기각했다. 통신법이 FCC에게 독점금지쟁점 자체를 결정할 권한을 부여하지 않았다는 것을 언급하면서, 연방대법원은 위원회의 행위가 “독점금지법의 집행을 금지하려는 의도에서 이루어진 것은 아니다.”고 판시하였다. FCC에 의한 TV라이선스 이전 평가는 일반통신사업자들의 효율규제와는 다르다. TV실시권자(licensees)는 그들 자신의 효율을 설정하고 관련되는 사업상 결정을 한다. 형량으로부터 배제할 효율구조가 없기 때문에 연방법원의 갑작스러운 판결로 인하여 피해가 발생하지 않는다. FCC는 보다 넓게 공익을 지향하는 라이선스에 대한 판단에 경쟁을 고려하여야 하며, 때때로 이것이 결정적일 수도 있다. 그러나 이 사건에서처럼 그렇지 않은 경우에, 독점금지법원에서 행정적 지침을 필요로 하지도 않고, 독점금지 법원이 다른 경우에 비하여 더 나가는 것을 금지할 필요가 있는 성과의 통일성을 보장하는 규제적 이익도 존재하지 않는다.

RCA판례는 운송업에서의 관련사건과 두 가지 점에서 구별된다. 첫째는 규제의 성격에 대한 것이다. 법원의 관점에서는 자연독점모델에 대한 운송규제는 FCC가 어느 신청자가 TV 라이선스를 받을지 결정하는데 사용되는 공익의 고려와 비교평가보다 상당히 철저한 것이다. 둘째는 심사받는 사항의 성격에 대한 것이다. 효율을 포함하여 모든 비율은 모든 다른 비율과 관련되므로 취급의 통일성이 필요하고 돌연한 간섭은 회피된다. 그러나 라이선스거래나 합병같은 구조적 사항들은 일회성 사건이다. 이 후자의 구별은 일반운송업자시장을 포함하여 어느 산업내의 구조적 변화를 고찰함에 있어서 일정한 비중을 부여한다. 그것은 공동의 효율결정은 아니더라도, 일정한 행태적 쟁점에 영향을 주기 위해서도 제기될 수 있을 것이다. 실로 Otter Tail사건에서의 판결은 RCA판례와 유사한 성격을 가지고 있었다. 비록 發電은 TV라이선스보다는 철저하게 규제되지만, 어떤 독점금지 법원이 그 분야에서 하나의 합병에 대한 판결을 내리더라도 규제시스템을 통하여 영향을 미치지 않는다. 일반운송업자의 행태적 사건들에서 존재한 규제 때문에 독

점금지 적용을 배제하는 주된 이유는 RCA사건에서처럼 Otter Tail에서도 현저히 결여되었다.

(3) 聯邦去來委員會의 규제하의 銀行業

RCA판례에서와 같은 이유로, 연방대법원은 의회의 의도가 규제적 결정을 기대하였다고 강력히 추정되더라도, 특정한 합병에 대한 독점금지 관할권을 인정하여 왔다. 가장 분명한 예는 *United States v. Philadelphia Nat. Bank*(PNB)사건²⁷⁶⁾이었다. 이 결정은 합병의 실제적 쟁점에도 큰 영향을 미친 사건이지만, 특히 합병심사권을 독점금지법원과 규제기관간에 나누는 방식 때문에 주목된다. 법무부는 전국은행(PNB)과 지방은행(Gerard)간의 합병을 독점금지법하에서 제소하였다. 의회는 1960년 은행합병법(Bank Merger Act of 1960)에서 은행감독기관에, 다른 요소들과 함께 경쟁관련요소를 고려하도록 하면서 합병승인권력을 부여하였다. 그 법률은 또한 “통일적 기준의 필요성에서” 기관은 검찰총장으로부터의 경쟁관련요소에 관한 보고를 필요로 한다고 규정했다. 그러나 그 조항은 독점금지로부터의 명시적 적용면제를 부여하지는 않았다. 비록 일부 입법의 역사는 은행업 구조가 갖는 경제적 중요성의 관점에서, 경쟁상의 효과가 은행합병 결정을 좌우하지는 않는다는 것을 시사하였지만, 연방대법원은 동법은 그러한 합병을 독점금지법으로부터 묵시적으로 적용면제하지 않았다고 판시하였다. 만일 그 立法史를 배제한다면, 그 판시는 의회가 특정하지만 좁은 독점금지법 적용면제를 창설한 경우에 규제의 존재로부터 광범위한 묵시적 적용면제를 인정하기를 거부한 *Carnation*판례를 크게 벗어나지는 않았다.

그러나 실질적으로 더 중요한 문제, 즉 서면법의 합병기준보다 더 엄격한 1950년에 개정된 클레이튼법 제7조의 합병기준²⁷⁷⁾이 은행합병에 적용될지

276) 374 U.S. 321, 83 S.Ct. 1715, 10 L.Ed.2d 915 (1963).

277) 그 당시에는 일반적으로 서면법상의 합병기준이 클레이튼법 제7조의 합병기준보다 관대하다고 보고 있었다. *United States v. Columbia Steel Co.*, 334 U.S. 495, 68 S.Ct. 1107, 92 L.Ed. 1533 (1948). 그러나 PNB판결보다 1년후에 내려진 *United States v. First Nat. Bank & Trust Co.*, 376 U.S. 665, 84 S.Ct. 1033, 12 L.Ed.2d 1 (1964)판결에서 그 때까지 여전했던 서면법상의 합병기준이 개정된 클레이튼법 제7조의 기준보다 관대하다는 기대는 잘못된 것일 수 있다고 시사하였다.

여부의 문제가 있었다. 클레이튼법 제7조의 기준은 모든 주식인수에 적용되나, 聯邦去來委員會(FTC)의 관할에 속한 은행업기관에 종속한 은행같은 기업에 의해서 이루어진 자산인수에 대해서는 적용되지 않는다. PNB와 Gerard간 합병은 자산인수의 구조를 가지고 있었다. Gerard의 자산은 PNB로 이전되었기 때문이다. PNB의 주주들은 자신들의 원래의 주식을 보유하고 있었다. 그러나 법원은, Gerard의 주주들이 PNB주식을 교부받은 외에 자신들의 구 Gerard주식도 양도한 점에서, 그 거래를 자산인수인지 주식인수인지 모호한 것으로 보았다. 법원은 그 모호성을 독점금지법으로부터의 면책은 가볍게 암시될 수는 없다는 규범에 기초하여 클레이튼법 제7조를 적용하고 합병을 무효화하여 해결하였다.²⁷⁸⁾

위의 PNB사건에 대한 반응으로, 의회는 1966년에 은행규제기관이 평가할 수 있는 경쟁적 공익과 독점금지를 조화시킨 은행합병법(Bank Merger Act)을 통과시켰다. 첫째, 동법은 기관에게 서면법과 클레이튼법의 기준을 적용하도록 요구함으로써 기관의 평가에 있어서 독점금지의 중요성을 확대시켰다.²⁷⁹⁾ 은행 규제기관이 적극적인 독점금지 집행기관이 될 수 있을 정도로, 독점금지에는 다른 규제적 관심사보다 우위를 확보했다.²⁸⁰⁾ 둘째, 동법은 기관이 승인한 은행합병에 대하여 법무부가 30일 이내에 이의제기할 수 있도록 기간제한을 설치하였다. 만일 기관으로부터 승인을 받고, 법무부가 30일 이내에 독점금지적 근거에서 이의제기하지 않으면, 합병은 효과적으로 독점금지법으로부터 적용면제된다.

278) 374 U.S. 321, 348, 83 S.Ct. 1715, 10 L.Ed.2d 915; *George v. Pennsylvania R. Co.*, 324 U.S. 439, 456-457, 65 S.Ct. 716, 89 L.Ed. 1051 (1945).

279) 은행업의 독점의 창설이나 그 심화 또는 독점화기도 또는 그 효과가 실질적으로 경쟁을 약화시키거나 독점을 창설하는 경향이 있는 합병은 승인될 수 없다. 12 U.S.C.A. §1828(c).

280) 동법은 합병, 분할합병 또는 책임의 인수와 함께 하는 자산인수 등의 거래에 대하여 사전적인 규제적 승인을 요구한다. 동법상의 주관기관은 보험된 은행(insured bank)과 보험되지 않은 은행간의 위의 거래에 대한 聯邦預金保險公社(Federal Deposit Insurance Corporation: FDIC)와 보험되는 은행들간의 전국은행을 만들기 위한 위의 거래를 위한 감사기관인 聯邦準備制度理事會(Federal Reserve Board: FRB)로 양분된다. 1989년에 FDIC의 권한은 약간 확대되었고, 그 거래의 결과로 인해 신설되는 기관이 貯蓄銀行(savings association)이라면 Director of the Office of Thrift Supervision에게 규제권한이 부여되었다.

(4) 聯邦動力委員會의 규제하의 가스산업

California v. FPC사건²⁸¹판결은 가스 산업에서의 합병과 관련하여 우선적 관할권의 법리의 독특한 적용문제를 포함한다. 그것은 연방대법원이 구조적인 독점금지 심사를 규제적 행위의 간섭으로부터 보호하기 위해 도달한 다른 경우이다. El Paso Natural Gas Co.(El Paso)는 Pacific Northwest Pipeline Corp (PNP)의 주식을 취득했다. 법무부는 클레이튼법 제7조에 의거하여 제소하였다. 천연가스법(Natural Gas Act)의 요건에 의하면, El Paso는 聯邦動力委員會(Federal Power Commission : FPC)에 대하여 PNP의 자산인수에 대한 승인을 받아야 하였고, 캘리포니아주정부는 합병에 반대하면서 개입하여서, FPC의 절차는 독점금지소송의 계류중에는 중지되어야 한다는 법무부의 요청을 지지했다. 법무부의 요청은 기각되었고 FPC의 절차는 청문회개최로 진행이 되었다. 합병당사자의 신청에 의하여, 독점금지 법원은 FPC에 의한 결정시까지 그 절차를 중지했다. 적정절차를 거쳐, FPC는 합병을 승인하였고 그것은 완료되었다. 캘리포니아는 항소하였으나 패소하였다. 그러나 연방대법원은 FPC가 독점금지법원을 존중하였는가 하는 단일한 문제를 고려하도록 하기 위하여 캘리포니아주정부가 신청한 환송명령을 내렸다. 연방대법원은 두 가지 실무상 이유 때문에 FPC는 법원이 판결할 때까지 기다려야 한다고 판시하였다. 첫째, 기관의 승인은 그 합병이 더 진행되도록 하고, 만일 법원이 후에 그것이 위법하다고 판결하면, 복잡한 원상회복이 필요하게 된다. 반대로, 비록 그 법원이 독점금지법위반이 아니라고 판시하더라도, 그 합병은 기관에 의하여 보다 넓은 근거에 의하여 승인될 때까지는 진행될 수 없을 것이다. 둘째, 비록 FPC가 공익기준에 의거하여 승인하더라도 독점금지 적용면제를 발생시키지 않지만, 독점금지법원이 기관이 한 것을 무효로 돌리지 않으리라는 기대는 독점금지 소송의 결과에 영향을 미칠 수 있는 강력한 간섭을 초래한다. 연방대법원이 그렇게 본 것처럼, 법무부나 독점금지법원은 압력을 받을 위험에 노출되어 있었다. 연방대법원은 또한 FPC는 합병의 반경쟁적

281) 369 U.S. 482, 82 S.Ct. 901, 8 L.Ed.2d. 54 (1962).

효과를 실질적이지 않은 것으로 간주하였고, 따라서 소송의 계속중에 독점 금지 법원이 점유한 영역을 무시하였다고 언급하였다.²⁸²⁾ 결국 그 합병은 불법한 것으로 판결되었다.²⁸³⁾

연방대법원의 California v. FPC에서의 독점금지 법원을 보호하기 위한 우선적 관할권 법리의 적용은 극단적으로 보인다.²⁸⁴⁾ 연방대법원의 분명한 FPC에 대한 비판은 그것의 경쟁상의 평가가 잘못되었다는 것이 아니라 그 평가를 관할권을 넘어서 하였다는 점에 대한 것이다. McLean 원칙하에서, 공익사업체의 합병을 공익기준에 의거하여 평가하는 기관은 경쟁상의 우려를 요소로 투입하여 형량하여야 한다.

聯邦通信委員會(Federal Communication Commission)는 통신 규제 쟁점들의 평가시에 경쟁상 효과를 고려하기 위하여 McLean원칙상의 책임을 행사하였고, 1960년대말 이래, 경쟁상의 이익에 상당한 비중을 부여하고 있다.²⁸⁵⁾ 이 FCC의 권능은 독점금지법원의 관할권을 대체하거나 제한한다고 판시된 적은 없다.²⁸⁶⁾

제 6 절 州次元의 規制産業에 대한 獨占禁止法の 默示的 適用免除

1. 政府行爲(state action)適用免除의 논리적 기초

연방시스템에서의 정부간 관계는 불가피하게 복잡하다. 연방주의가 활발하게 유지되려면, 그것들은 또한 동적일 수밖에 없다. 헌법적으로 위임된 국

282) *Id.* at 490.

283) *United States v. El Paso Natural Gas Co.*, 376 U.S. 651, 84 S.Ct. 1044, 12 L.Ed.2d 12 (1964).

284) 우선, 독점금지법원은 독점금지 심사 청구가 들어오면, 지체없이 절차를 진행할 수 있었는데, 그렇게 하지 않았고, 규제기관을 존중하기로 결정했다. 만일 법원이 그 독립성이나 규제 능력이 FPC의 법원을 존중하지 않는 결정에 의해서 영향을 받을 수 있다고 생각했다면, 합병당사자들에게 법원의 더 이상의 명령이 있을 때까지 현재 상태를 변경하지 말라는 명령을 내릴 수 있었을 것이다.

285) *Carterphone*, 13 FCC.2d 420 (1968); *MCI*, 18 FCC 2d (1969).

286) 예컨대 *Maryland v. United States*, 460 U.S. 1001, 103 S.Ct. 1240, 75 L.Ed.2d 472 (1983).

가정책의 우위성과 이익충돌의 궁극적 조정자로서의 연방대법원이라는 미국의 연방제도의 기초가 되는 두 가지 중추적 원칙들을 넘어서, 경제적 사회적 발전과 정치적 태도변화 등에 대한 반응으로서의 변화는 필수적이고 불가피하다. 연방관계의 질서있는 발전을 위한 많은 매체들이 존재한다. 헌법상 通商條項은 연방과 주의 권한간을 증개하고, 그럼으로써, 법원, 궁극적으로 연방대법원에게 주와 연방의 책임의 분리와 분장된 영역을 설정할 의무를 부여한다. 적법절차조항과 기본권조항도 마찬가지로의 기능을 수행한다. 이들 法源으로부터, 연방대법원은 주와 연방정부 권한간의 대부분의 충돌을 해결하기 위하여, 충분한 일반성이 있는 일정한 否定的 通商條項(negative commerce clause)과 領域占有 法理(occupancy of the field doctrine)를 포함하는 聯邦法優先(preemption)法理²⁸⁷⁾를 개발하여 왔다. 연방대법원은 또한 한 때 행해졌던 節次的 適法節次(procedural due process) 규범과 오늘날 주와 연방의 경쟁에 의한 간섭을 금지하는 商業的 言論自由(commercial free speech) 法理를 개발하였다.

연방대법원은 연방독점금지과 주의 규제간을 조정하기 위하여 헌법적 한계와 연방법우선론외에 연방주의의 법학에 독특한 것인 정부행위법리에도 의존하는데, 이 법리는 주법에 의하여 요구되거나 인가된 일정한 행위를 독점금지법으로부터 적용면제하는 일련의 판례법원칙을 포함한다. 이 법리는 독점금지법으로부터의 면제를 형성하기 때문에, 정부행위 분석은 논리적으로 연방법우선 분석보다 선행한다. 만일 독점금지법이 적용되지 않는다면, 그들은 우선될 수 없고, 헌법적 구속내에서 주법이 적용될 것이다. 그럼에도 불구하고, 연방법우선 분석은 여전히 독점금지 사건에서 의미를 가진다. 때때로 연방대법원은 정부행위법리를 적용하고 연방법우선 법리를 무시하는 것으로 보이지만, 정부행위법리를 언급하지 않고 전통적인 연방법우선 분석을

287) 부정적 통상조항은 만일 주가 불균형하게 상업적인 이해관계인에게 주의 정치적 기관에 접근하지 못하게 의무를 부담시키는 식으로 규제하는 경우에는, 의회의 행위에 불구하고 주의 규제를 제한한다. 이에 반하여 영역의 점유 분석은, 주의 경제적 규제에의 적용에 있어서 독점금지법에서처럼 의회가 명시적으로 표시한 정책으로부터의 함의에 의존한다. 연방법우선 법리의 헌법적 근거는 미국 연방헌법 제1조의 유효한 연방법과 직접적으로 충돌하는 주법에 대한 연방법우선을 초래하는 연방의 우위성(supremacy)이다.

사용하는 때도 있다.

만일 당해 사건에서 포괄적인 질서가 보이지 않으면, 일정한 패턴이 있다. 주법이 독점금지규범을 위반하게 되는 행위를 요구하거나 인가하는 경우에는, 연방대법원은 통상 정부행위법리를 적용한다. 만일 그 행위가 그 법리하에서 보호되면, 주법이 관여하고 연방법은 양보한다. 그것은 전통적인 연방법우선 분석이 상반되는 결과를 가져오더라도 마찬가지이다. 요컨대 독점금지법이 분명히 주법을 능가하고 독점금지조항이 요건에 있어 유예하지 않는 경우이지만, 법원이 보기에 주의 정책이 의회가 명시적으로 허용한 것보다 더 넓은 존중을 받을 만할 때에는 정부행위법리가 사용된다. 반면에, 만일 독점금지법을 위반했다고 주장되는 그 행위가 정부행위법리에 의하여 보호되지 않으면, 독점금지법이 완전히 적용된다.

2. 政府行爲 適用免除의 두 가지 效果: 州의 보호와 私的 當事者 保護

정부행위 법리의 효과는 두 가지이다. 첫째, 주나 지방의 공무원의 독점금지법을 위반하는 행위는 주법에 따라서 요구되거나 인가된 경우에는 적용면제된다. 둘째, 사적 당사자의 행위도 그것이 요구되거나 인가된 것이고 또한 주법에 의해서 적극적으로 감독을 받는다 면제된다.

이 법리는 연방법우선 분석과 대비할 때 가장 잘 이해될 수 있다. 의회에 위임된 분야에서 주나 지방의 정책이 의회가 제정한 법과 상충한다면, 연방정책이 연방법우선조항과 결합한 의회 행위의 실체적 권력의 원천으로부터 직접적으로 주나 지방의 정책을 대체한다. *Gibbons v. Ogden* 사건²⁸⁸⁾ 판례에서 연방대법원이 처음 판시한 대로, “주의 행위(state acts)는 유효한 의회의 법과 충돌하거나 상반될” 경우에는 양보하여야 한다.²⁸⁹⁾ 주에 의한 위임사항이 의회에 의한 위임사항에 의해 간섭을 받는다 면, 충돌이 있는 것이다. 그러한 충돌은 한 쪽이 요구하는 것을 다른 쪽에서 금지하는 것처럼, 연방과 주의 입법기관들이 노골적으로 충돌하는 경우에도 발생할 수 있

288) 22 U.S. (9 Wheat.) 1, 6 L.Ed. 23 (1824).

289) *Id.* at 209.

고²⁹⁰⁾ 연방법이 추구하는 행위를 주법이 금지하거나 말리는 때에도 발생할 수 있다.²⁹¹⁾ 그리고 충돌은 주법과 연방법이 같은 방향을 지향하여 규정하지만, 전자가 더 멀리 나아가는 때에도 발생할 수 있다. 이 경우의 문제는 연방의 한계가 경쟁하는 이익이나 정책간의 형량을 깨뜨리기 위한 의도로 그어졌는가, 그래서 주가 더 나아가는 것을 허용하는 것이 통일적인 연방정책을 왜곡시킬 수 있는가 하는 것이다.²⁹²⁾ 이에 반하여 연방법우선 법리는 예컨대 보다 제한적인 주의 특정목적에 수립하려는 개입을 허용하는 것이 부적절하게 보다 넓은 보다 일반적인 연방정책의 탄력성을 제한할 경우처럼, 표면적인 충돌이 없더라도 발생할 수 있다.²⁹³⁾

경쟁에 대한 독점금지 집행의 범위와 정도를 감안하면, 전통적인 연방법우선 분석은 경제활동에 대한 주의 규제에 크게 영향을 미칠 수 있다. 공동의 가격결정이나 기타의 독점금지법 위반행위를 촉진하거나 보호하는 모든 주의 규제조항들이나, 독점금지과 본질적으로 다르게 경제협력에 대하여 허용되는 것과 금지되는 것을 규정한 주의 법률들은 독점금지과 충돌할 수 있다. 연방주의의 이익을 위하여 연방대법원은 주정부행위 법리를 형성하였다. 연방규제와 연방의 독점금지간의 관계를 다룰 때에는 연방대법원은 정도를 조정할 수 있었다.²⁹⁴⁾ 그러나 주의 규제와 연방의 독점금지의 관계에 관한 전통적인 연방법우선 분석에서는 그와 대조적으로 오직 양자중 선택을 제공할 뿐이다. 따라서 연방대법원은 오직 충돌이 존재하는지, 언제 그것이 연방정책을 통제하는지만을 검토한다. 그러나 그 쟁점이 정부행위 법리하에

290) *McDermott v. Wisconsin*, 228 U.S. 115, 33 S.Ct. 431, 57 L.Ed. 754 (1913); *Southland Corp. v. Keating et. al.*, 465 U.S. 1, 104 S.Ct. 852, 79 L.Ed.2d 1 (1984).

291) 예컨대, *Nash v. Florida Industrial Comm.*, 389 U.S. 235, 88 S.Ct. 362, 19 L.Ed.2d 438 (1967)(NLRB가 무효로 되어서 그것이 불공정노동관행으로 되기 때문에, 주법이 신청자에게 실업보상을 부정하였다.).

292) *Edgar v. MITE Corp.*, 457 U.S. 624, 102 S.Ct. 2629, 73 L.Ed.2d 269 (1982).

293) 예컨대 *Burbank v. Lockheed Air Terminal, Inc.*, 411 U.S. 624, 93 S.Ct. 1854, 36 L.Ed.2d 547 (1973).

294) *FMC v. Seatrain Lines, Inc.*, 411 U.S. 726, 733, 93 S.Ct. 1773, 36 L.ed.2d 620 (1973); *Square D Co. v. Niagara Frontier Tariff Bureau, Inc.*, 476 U.S. 409, 106 S.Ct. 1922, 90 L.Ed.2d 413 (1986).

서 재조립되면, 일정한 사법적 손질이 가능하게 된다. 잘 형성된 연방주의의 이익을 위하여, 얼마나 연방의 독점금지법이 특정한 주의 규제제도에 개입하여야 하는가가 검토된다. 정부행위 법리는 사법적 입법이다. 연방대법원은 사건별로 실제적인 독점금지법리를 형성한다. 이 기능을 집행하면서 주의 경제적 규범을 부과할 권한을 확장하면서, 연방대법원은 그 분석에 경쟁상의 효과 외에 주의 규제가 달성하려고 하는 비경쟁적인 목적내에 주의 이익이라고 하는 공익을 요소화함으로써 실제적인 독점금지 적용면제를 개발하여왔다. 중요한 면에서, 연방의 우선성이 발휘된다. 즉 연방 독점금지법원에 의하여 司法的으로 형성된 연방법이 경쟁상의 연방의 이익과 충돌하는 주의 이익을 매개한다. 이러한 사법적 적극주의는 정부행위 법리에 운영상의 내용을 부여한다. 따라서 그것의 발전에 영향을 미쳐온 복잡성과 불확실성은 판례법의 주류를 고찰함으로써 가장 잘 이해할 수 있다.

정부행위법리의 기원은 Parker v. Brown²⁹⁵ 판례인데, 이 사건은 연방법우선 원칙에 의해서도 적절하게 설명될 수 있으나, 그럼에도 불구하고 대부분의 주법과 독점금지간의 상호작용의 분석에 연방법우선 분석을 대체한 접근방법에 대한 원천이 되었다. 이 당시 농업을 포함한 경제계는 불황기에 있었다. 전국의 옥수수 재배의 90퍼센트가 캘리포니아에서 이루어졌다. 대부분의 농산물과 같이 옥수수가격은 매우 낮았다. 캘리포니아주법은 농민들이 가격을 유지하고, 농업의 부를 보존하고, 경제적 낭비를 막기 위하여 안정화프로그램을 시행했다. 동법은 마케팅프로그램을 준비한 농부들이 지명한 자들로 이루어진 소위원회들을 소속시킨 위원회를 창설했는데, 위원회는 청문회를 거친 후, 프로그램을 승인하는 권한을 가졌다. 옥수수를 생산하는 토지의 일정한 비율을 보유한 농민들의 일정 퍼센트가 동의하면 프로그램이 설립되어 집행될 수 있었다. 본질적으로 옥수수재배농민을 위한 주지원의 카르텔화에 해당하는 당해 법률은 시장을 그러한 제한으로부터 해방할 것을 희망한 농부들에 의해서 서면법에 의거하여 제소되었다.

Parker사건에서의 캘리포니아주법이 생산자에 의한 가격담합과 산출량 할당을 촉진하였기 때문에, 일응 서면법에 대한 위반이었다. 원고는 서면법

295) 317 U.S. 341, 63 S.Ct. 307, 87 L.Ed. 315 (1943).

이 캘리포니아주법과 마케팅계획하에서 부과된 행위 양자를 위법하게 한다고 주장했다. 그들은 또한 의회는 1937년 농업마케팅법(Agricultural Marketing Act of 1937)에 의해서 이 분야를 점유하고 있다고 주장했다. 동법은 농무부장관에게 옥수수를 위한 안정화프로그램의 실시권을 부여하고 있었다. 연방대법원은 연방농업프로그램에 의한 그 분야의 점유를 인정하지 않았다. 연방대법원은 장관의 권한 불행사를 그 행위가 불필요했다거나 해로울 것으로 판단한 것을 암시한다고 해석하지 않았다. 의회 자체가 셔먼법에서는 물론 농업마케팅법에서도 캘리포니아법이 대응한 바로 그 조건의 관점에서, 명시하였기 때문에 의회는 기꺼이 셔먼법이 대체되는 것에 동의하였다. 연방공무원에게 연방마케팅프로그램을 수립하도록 권한을 부여함으로써, 의회는 암시적으로 최소한 연방해당기관이 활동할 때까지는, 상응하는 주의 프로그램을 공인하였다. 만일 Parker법원이 단순히 연방독점금지법의 우선권을 부정하는 이들 명제를 정하는데 그쳤다면 사건의 영향이 그처럼 크지는 않았을 것이다. 그러나 대법원장 Stone의 견해는 보다 넓은 범위에 걸쳤다. “셔먼법은 그 자체 州에 관해 언급하지 않고 있고 주의 행위나 주에 의해 지시된 공적 행위를 제한하려는 의도였다는 힌트를 주지 않는다... 셔먼법의 문언과 역사의 관점에서, 주의 행위가 아니라 개인의 행위의 금지로 인식하여야 할 것이므로, 그 법이 위원회와 프로그램위원회에게 부여한 권한은 셔먼법에 의하여 불법하게 양도될 수 없다.”²⁹⁶⁾ 그러나 이 사건에서 연방대법원이 1890년에 셔먼법이 통과될 때 의회는 동법이 주나 지방정부의 규제권한을 침해하려는 의도가 아니었다고 본 것에 대해서는 허구이고, 1890년에 통상조항하에서의 연방의 권한에 관한 지배적 견해는 의회가 설사 그것을 바랐다 하더라도 그렇게 하지 못했을 것이라고 해석한다.²⁹⁷⁾

의회는 법률로 일정한 판매자와 구매자간의 재판매가격을 특징하는 내용의 계약에 대하여, 그러한 계약이 주법에 의하여 인정되는 경우에, 독점금지법으로부터 특별히 적용면제하였다. 그러나 몇 개의 주는 그 계약에 구속되기로 동의한 구매자만이 아니라 구매자의 경쟁자들에게도 집행가능한 그러

296) *Id.* at 352.

297) H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, pp. 724-725 (1999).

한 계약에서 특정된 재판매가격을 결정하는 것을 허가하는 법률을 통과시켰다. 그것이 집행되자, 셔먼법에 의거하여 제소되었고, 연방대법원은 Parker에서의 정부행위 법리를 적용하지 않고, 전통적인 연방법우선 분석을 사용하였고 주는 셔먼법을 위반하는 주간 통상의 제한을 허가할 수 없다고 판결하였다.²⁹⁸⁾ 그러나 20여년후 Goldfarb v. Virginia State Bar 사건²⁹⁹⁾에서, 어떤 주법하에서 주정부의 기능을 행사하지 않는 변호사들인, 사적 당사자들이 공동으로 수수료의 하한을 정했다. 그러나 그러한 하한이 정해지자, 그것을 자주 무시하는 변호사는 주법원에 의하여 징계를 받을 가능성이 생겼다. 이 프로그램이 셔먼법에 의거하여 제소되었을 때, 연방대법원은 연방법우선 법리를 무시하고 정부행위법리로 돌아갔다. 그러나 연방대법원은 이 변호사카르텔과 버지니아의 관계를 캘리포니아와 옥수수카르텔간의 그것보다 빈약한 것으로 보았고, 연방대법원은 셔먼법으로부터 정부행위 면제를 얻으려면, 사적 당사자의 행위는 “주의 주권적 행위에 의하여 강요되어야 한다.”³⁰⁰⁾ 엄격한 실체적 기준을 부과하고, 이 사건에서는 그러한 강제적 요소가 없었기 때문에, 그 변호사카르텔은 보호받지 못했다. 그러나 Goldfarb판례는 두 가지 중요한 점을 수립하였다. 첫째, 그것은 Goldfarb까지는 새로운 실체적 독점금지면제의 사법적 창설이라기 보다는 방론이나 연방법우선에 대한 논의로만 인정되던 Parker에서의 결정의 두 번째 근거인 정부행위면제의 존재를 확인했다. 둘째, 일정한 상황에서는 정부공무원만이 아니라 사적 당사자도 Parker판례에 의하여 보호된다는 것을 분명히 하였다. Goldfarb판례에 의하여, 정부행위법리는 확고하게 자리잡은 현대

298) 선례는 *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197, 24 S.Ct. 436, 48 L.Ed. 679 (1904).

299) 421 U.S. 773, 95 S.Ct. 2004, 44 L.Ed.2d 572 (1975).

300) *Id.* at 791. *Bates v. State Bar of Arizona*, 433 U.S. 350, 97 S.Ct. 2691, 53 L.Ed.2d 810 (1977)에서는 주대법원에 의하여 인가된 변호사광고에 대한 제한에 대한 독점금지책임을 면제하기 위하여 Parker판례를 따랐다. *Hoover et al. v. Ronwin et al.*, 466 U.S. 558, 104 S.Ct. 1989, 80 L.Ed.2d 590 (1984)에서는 Parker판례에 의하여 주대법원의 감독하에서 일하는 주법원의 일종의 소송요건 심사관들을 셔먼법에 의거한 거래상 제한 혐의로부터 적용면제하였다. 양 사건이 시사하듯이, 정부행위법리는 주권자로서 행위하는 입법이나 행정부는 물론 사법부의 행위까지 대상으로 한다.

법이 되었다.

California Retail Liquor Dealers Assn. v. Midcal Aluminum, Inc. 사건³⁰¹⁾에서는 언제 주 자체가 행위하고 그럼으로써 면제적격을 가지는가와 어떤 상황에서 사적당사자도 면제를 받는가 하는 문제에 관하여 판결되었다. 캘리포니아주법은 포도주 제조업자나 도매상은 주정부에 가격표를 신고하고 소매상에게 이 공시된 가격을 지키도록 요구하였다. 피고는 보다 낮은 가격에 판매하였다고 주장되었다. 법원은 주법과 서면법 사이의 부조화를 인식하였지만, Parker판례가 서면법이 주의 행위를 무효로 하려고 하지 않았다고 하였기 때문에, 연방법우선 분석이 보장되지 않았고, 그러므로 캘리포니아주법이 Parker판례하에서 요건을 통과하는지 판단하기 위하여 실제적 및 절차적 규범을 적용할 필요가 있었다. 제조업자나 도매상은 주정부의 강제하에 있었으므로 Goldfarb판례의 기준에 부합했다. 그러나 절차적 기준이 남아있었고, 법원은 “Parker v. Brown판례하에서 독점금지 적용면제를 위해서는 두 가지 기준이 존재하는데, 첫째, 문제가 된 제한이 ‘주의 정책으로서 명백히 정해지고 적극적으로 표명되어야(clearly articulated and affirmatively expressed as state policy)’ 하고, 둘째, 그 정책은 주 자체에 의하여 ‘적극적으로 감독되어야(actively supervised)’ 한다”고 하였다.³⁰²⁾ 이 사건에서는 첫째 기준은 충족하였지만, 둘째 기준은 충족하지 못했다. 주정부는 가격을 정하지도 않았고 그 가격의 합리성에 관하여 심사하지도 않았기 때문이었다. 이 두 번째 기준은 Parker v. Brown판례를 변경한 것이다.

3. 獨占禁止와 전통적인 聯邦法優先(preemption)

Parker면제를 감안하면, 독점금지법률에 대한 사법적 첨가물인 연방법우선(preemption) 분석은 오직 정부행위법리가 실패한 경우에만 역할을 수행한다. 적용범위가 넓은 정부행위법리에 비하면 연방법우선 쟁점은 오직 좁은 영역에서만 의미를 가진다. 오직 3가지 연방법우선 상황이 존재한다.

301) 445 U.S. 97, 100 S.Ct. 937, 63 L.Ed.2d 233 (1980).

302) *Id.* at 105.

첫째는 주법이 독점금지법과 직접적으로 충돌하고 Parker면제를 받지 못하는 경우. 둘째, 주의 정책이 표면적으로는 독점금지법과 충돌하지 않으나, 연방독점금지정책이 감수할 수 없을 정도로 반경쟁적일 경우. 셋째, 주법이 연방의 독점금지법보다 공격적으로 친경쟁적일 경우.

(1) 直接的 衝突에 의한 聯邦法優先

주정책과 독점금지간에 충돌이 있는 경우에 일부 주정책은 정부행위법리에 의하여 보호된다. 그러나 만일 주정책이 주공무원에 의하여 집행되지 않았거나 그것이 허가한 반경쟁적인 사적 행위가 Midcal판례의 감독기준을 충족하지 못한 경우에는, 정부행위법리는 그것을 보호하지 못한다. 그러므로 만일 주법이 연방의 독점금지에 양보해야 한다면, 그것은 전통적인, 헌법적으로 기초된, 연방법우선 분석에 근거를 두어야 한다. 고전적인 사례는 *Schwegmann v. Calvert Distillers* 사건³⁰³⁾이다. 연방의 독점금지법은 재판매가격행위를 당연 위법하게 보지만, 예외적으로 주법이 상방과 하방의 기업들이 재판매가격을 합의하는 것을 공인하는 경우가 있다. 그러나 *Schwegmann* 사건에서의 주법은 상방의 기업이 하나의 하방기업만 동의하면 모든 하방기업에 대하여 재판매가격을 고정하는 것이 적법하다고 규정하였다. 연방법은 “서면법이 금지하는 사적 행위를 요구하는” 이 주법보다 우선했다(preempted).³⁰⁴⁾ Midcal판례³⁰⁵⁾는 동일한 효과에 관한 것이었다. 당해 캘리포니아 법률은 상방판매자에 의하여 부과된 재판매가격유지행위를 강제하였다. 그 조항은 연방대법원이 Parker적용면제에서 설정한 기준을 통과하지 못했다. 그 주법은 우선권을 갖는 서면법과 직접적으로 충돌하는 행위를 유효화시키려고 하였다. 독점금지법하에서 위법한 사적 행위를 요구하는 어떤 주법도, 만일 Midcal기준에 따른 Parker적용면제를 보장하는 주의 개입이 충분하지 않다면, 독점금지법에 대하여 후순위가 된다. 비

303) 341 U.S. 384, 71 S.Ct. 745, 95 L.Ed. 1035 (1951).

304) *Id.* at 388.

305) *California Retail Liquor Dealers Ass'n v. Midcal Aluminum, Inc.*, 455 U.S. 97, 106, 100 S.Ct. 937, 63 L.Ed.2d 233 (1980). *FTC v. Ticor Title Ins. Co.*, 504 U.S. 621, 112 S.Ct. 2169, 119 L.Ed.2d 410 (1992)에서 이와 동일한 분석이 행해졌다.

록 Midcal판례에 포함되어 있기는 하지만, 연방법우선 분석은 언제나 공개적으로 논의되는 것은 아니다. 만일 주법과 독점금지법간에 직접적인 충돌이 있고 Parker면제항변이 실패하면, 연방대법원은 조용히 연방법우선을 전제하는 경향이 있다. 즉 연방대법원은 그렇게 하는 헌법적 근거를 논함이 없이, 단순히 독점금지원칙을 적용하는 것이다.

(2) 直接 衝突하지 않는 反競争의 州法

두 번째 범주에서, 주법은 일응 서면법에 의거하여 허용되지 않는 반경쟁적 행위를 승인하거나 강제한다. 오늘날 이 분야에서 연방법우선론이 통하지 않는 경우가 빈번하게 발생한다. 서면법은 주의 반경쟁적 입법에 대하여 헌법상의 실체적 적법절차보다 더 큰 보호를 하지 못한다. Rice v. Norman Williams Co.사건³⁰⁶⁾은 이 점에 관하여 시사적이다. 문제가 된 주법은 주류제조업자에게 일정한 도매상에게만 자신의 브랜드의 수입을 허용함으로써 주내에서 브랜드내 경쟁을 억제하는 것을 허용하였다. 그 조항이 서면법에서 형성된 경쟁정책과 일관되지 않는다고 제소되었을 때, 연방대법원은 그 청구를 기각했는데 그 조항의 반경쟁적 효과가 경미하기 때문이 아니라, “단순히 그것은 반경쟁적 효과를 가지기 때문에” 그 주법은 연방법에 후순위가 되지 않는다고 판시하였다.³⁰⁷⁾ 연방대법원은 연방법우선효과론, 오직 주법이 주정책의 성취 이익이 없이, “모든 경우에 반드시 독점금지법위반이 될 행위를 강제하거나 승인하거나, 사적 당사자에게 독점금지법을 위반하도록 대항할 수 없는 압력을 가하는 경우”에만 발생한다고 실시했다.³⁰⁸⁾ Fisher v. Berkeley사건³⁰⁹⁾도 동일한 입장이다. 그러나 주법에 의거하여 승인된 많은 地代(rent)統制條例는 경쟁을 간섭하지만, 그것은 직접적으로 서면법과 충돌하지 않기 때문에, 독점금지법에 의하여 제소되지는 않는다. 그것은 지대추구행위자들이나 그 입법자들의 공모도 아니고 독점도 아닌 명령(ordinance)이다. 그래서 Rice v. Norman Williams판례에

306) 458 U.S. 654, 102 S.Ct. 3294, 73 L.Ed.2d 1042 (1982).

307) *Id.* at 659.

308) *Id.* at 661.

309) 475 U.S. 260, 106 S.Ct. 1045, 89 L.Ed.2d 206 (1986).

서 선언된 이유에 의해서 그것은 독점금지법보다 후순위로 되지 않는다.

(3) 親競爭의 州法の 聯邦法優先 排除

주법이 연방법보다 더 강하게 경쟁을 보호하는 것이라는 근거에서 하는 연방법우선 주장은 받아들여지지 않는 것이 보통이다. Exxon Corp. v. Governor of Maryland 사건³¹⁰⁾이 그 한 예이다. 레버리징으로부터 경쟁을 보호하기 위하여 필요한 것에 관하여 판단하는 기초와 관련하여, 연방의 독점금지법과 합병규칙은 수직적 통합행위와 수직적으로 통합된 기업들의 시장행위에 일정한 제한을 가한다. Exxon 사건의 매릴랜드주법은 정유사가 수직적으로 통합하는 것을 금지함으로써 그들이 소매경쟁에 종사하는 것을 완전히 금지하였다. 의회의 의도가 통합을 촉진하거나 적어도 제한하지 않고 긍정하려는 것이라는 것을 시사하는 연방법상의 한계를 해석하기를 거부하고, 연방대법원은 연방법우선 청구를 기각했다. California et al. v. ARC America Corp. 사건³¹¹⁾판례도 주의 독점금지법이 연방법우선 법리를 발동시키지 않고 연방 독점금지법의 규정내용보다 강하게 규제할 수 있는 정도를 중시했다. 연방의 독점금지법은 독점금지 3배배상청구를, 위반한 독점자나 카르텔로부터 최초로 구매한 자에게 한정하여 인정한다. 위반자들은 최초의 구매자인 원고에 대하여 원고가 자기의 고객에게 과다대가를 받고 다시 양도한 점을 입증하여 항변할 수 없기 때문에, 그 보상은 큰 이익이 될 수 있다.³¹²⁾ 최초의 구매자로부터 구매한 자들은 그들에게 과다대가가 전가된 것을 입증하더라도 위반자들로부터 보상을 받을 수 없다.³¹³⁾ 이 사건에서 연방대법원은 과다대가의 경로를 추적하는 것은 법원의 업무를 너무 복잡하게 하고 그 결과도 불확실하다고 생각하였다. 그래서 최대한의 독점금지 억제력은 최초의 구매자에게, 너무 이익이 되더라도, 총 과다대가를 보

310) 437 U.S. 117, 98 S.Ct. 2207, 57 L.Ed.2d 91, *reh'g denied*, 439 U.S. 884, 99 S.Ct. 232, 58 L.Ed.2d 200 (1978).

311) 490 U.S. 93, 109 S.Ct. 1661, 104 L.Ed.2d 86 (1989).

312) *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481, 88 S.Ct. 2224, 20 L.Ed.2d 1231 (1968).

313) *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720, 97 S.Ct. 2061, 52 L.Ed.2d 707 (1977).

상받을 권리를 인정함으로써 달성될 것이라고 생각하였다. 과연 결과가 그러할지는 논란이 되고 있다. 몇몇 주들³¹⁴⁾은 Illinois Brick판례에 대응해서, 하방의 구매자들에게 3배배상을 받을 수 있는 당사자적격을 부여하는 조항을 시행하였다. ARC America판례에서, 연방대법원은 피고로 하여금 과다대가에 대한 3배배상을 중복적으로 부담하게할 위험성이 있지만, 이들 조항에 대한 연방법우선 주장에 대하여 기각하였다.³¹⁵⁾

제 7 절 聯邦政府의 營利行爲와 獨占禁止法の 適用免除

연방정부가 시장에 진입하여 자신의 대행기관(instrumentality)을 통하여 수행한 상업적 행위에 대하여 독점금지법이 적용되는가 하는 문제이다.

일련의 사건들은 특정한 연방의 대행기관은 독점금지법에 의하여 제소되지 않는다고 판시하였다.³¹⁶⁾ 이 사건들에서 나타나는 대행기관들에는 聯邦準備銀行(Federal Reserve Bank), 연방소유의 운송시스템, 육군우편

314) 간접적인 구매자에게 3배배상의 원고적격을 인정하는 주법은 Alabama, California, Minnesota, Colorado, Washington D.C., Hawaii, Illinois, Kansas, Maryland, Michigan, Mississippi, New Mexico, South Dakota, Wisconsin, Arizona 등에서 제정되었다. Ala. Code §6-5-60(a) (1975); Cal. Bus. & Prof. Code Ann. §16750(a) (West Supp. 1989); Minn. Stat. § 325D.57 (1988); Colo. Rev. Stat. §6-4-106 (Supp. 1988); D. C. Code § 28-4509(a) (1981); Haw. Rev. Stat. §480-14(c) (1985); Ill. Rev. Stat., ch. 38, para. 60-7(2) (1988); Kan. Stat. Ann. §50-801(b) (Supp. 1988); Md. Com. Law Code Ann. §11-209 (1983); Mich. Comp. Laws Ann. § 445.778 (West Supp. 1988); Miss. Code Ann. §75-21-9 (1972); N. M. Stat. Ann. §57-1-3(A) (1987); R. I. Gen. Laws §6-36-12(g) (1985); S. D. Codified Laws §37-1-33 (1986); Wis. Stat. §133.18 (1987-1988); Ariz. Rev. Stat. Ann. §44-1408(A) (1987).

315) *ARC America*, 490 U.S. at 98.

316) *Jet Courier Serv. v. Fed'l Reserve Bank of Atl.*, 713 F.2d 1221 (6th Cir.1983); *Sea-Land Service, Inc. v. Alaska R.R.*, 659 F.2d 243, 244 (D.C.Cir. 1981), cert. denied, 455 U.S. 919, 102 S.Ct. 1274, 71 L.Ed.2d 459 (1982); *Champaign-Urbana News Agency, Inc. v. Cummins News Co.*, 632 F.2d 680 (7th Cir.1980); *Alabama Power Co. v. Alabama Elec. Coop.*, 394 F.2d 672 (5th Cir.1968); *Webster County Coal Corp. v. TVA*, 476 F.Supp. 529 (W.D.Ky.1979).

국, 도시 전기관리국(Rural Electrification Administration), 연방정부 소유의 발전소(TVA) 등이 포함되며, 각 판례는 대행기관 자체의 정부적 및 상업적 기능과 그 자체의 법률적 배경을 검토하였다. 이 사례들은 전체적으로 널리 상업적인 또는 준상업적인 활동을 수행하는 연방의 대행기관들에 대한 적용면제라고 해석할 수 있다. 또한 부수적으로는 연방 대행기관들을 독점금지3배배상의 위협에 노출시키는 것은 적절하지 못하다는 정책적 우려가 저변에 존재한다.

그러나 이러한 적용면제에 대한 가능한 한계에 관하여 경고하는 판례와 하나의 부분적 반대견해가 있다. Hecht v. Pro-Football, Inc. 판례³¹⁷⁾는 District of Columbia에서 운동경기장을 운영하는 의회가 승인한 관리기관은 의회가 “의도적으로 독점금지법과 상반되거나 일치하지 않는 정책을 채택”하지 않았다면, 독점금지 책임에 종속된다고 판시했다.³¹⁸⁾ Alaska Railroad 판례에서, 동일 법원의 다른 재판부가 Hecht에서의 경기장관리기관을 지방철도시스템을 운영하는 기관으로부터 구별했다. 동 판례는 그 경기장관리기관이 지방적 기관이라고 보고 Hecht 판례는 Alaska Railroad 사건처럼, “미국의 연방대행기관의 활동이 문제되고 있는 사건에 대해서는 적정한 분석을 제공하지 않는다”고 하였다.³¹⁹⁾ 우편거래에 관한 Champaign-Urbana News 사건³²⁰⁾에서 Swygert 판사의 반대견해는 의회가 연방대행기관을 범위가 좁고, 일상적이고, 상업적인 기능을 수행하도록 인가하였다면, 그 대행기관이 그 업무를 독점금지 규범을 준수하면서 수행할 것을 기대한 것으로 이해하여야 한다고 제안하였다.³²¹⁾

317) 444 F.2d 931 (D.C.Cir) *cert. denied*, 404 U.S. 1047, 92 S.Ct. 701, 30 L.Ed.2d 736 (1972).

318) *Id.* at 934.

319) *Sea-Land Service, Inc. v. Alaska R.R.*, 659 F.2d 243, 244 (D.C.Cir. 1981), *cert. denied*, 455 U.S. 919, 102 S.Ct. 1274, 71 L.Ed.2d 459 (1982).

320) *Champaign-Urbana News Agency, Inc. v. Cummins News Co.*, 632 F.2d 680, 693 (7th Cir.1980).

321) *Id.* at 695.

McLean원칙³²²⁾은 연방규제기관들에게 자신들의 활동을 규율하는 공익 기준에 경쟁상의 고려요소를 포함시킬 것을 요구하는데, 그 원칙은 여기에서 준용될 수 있다. 전통적인 상업활동에 종사하는 연방의 대행기관은 그 권한을 부여하는 연방법률상에 명시적으로나 묵시적으로 규정된 기준을 준수하여야 한다. 연방의 대행기관의 시장지배력은 광범하고 일반적인 조건으로 공인될 수 있다. 어느 법원이 그 시장지배력의 범위를 해석하는 경우에는, 그것을 경쟁정책과의 충돌의 위협을 제한하는 방식으로 해석함으로써, 경쟁정책과의 긴장을 회피할 수 있다. 이러한 관점에서, 연방대행기관은 허가된 힘을 사용함에 있어서 그들이 다른 유관 연방정책, 예컨대 환경정책을 존중하는 것처럼 연방경쟁정책에 대하여 적절한 비중을 부여하여야 한다. 만일 그것이 부적절하게 경쟁정책을 무시함으로써, 경쟁을 저해하였다면, 법원은 그것이 권한을 일탈했다고 판시할 수 있다.

한편 판매기능을 가진 연방 대행기관은 때때로 다른 사적 시장참여자들과 공동행위를 할 수 있다. 예컨대 TVA나 연방전력판매기관이 사적 전력공급자와 함께 사적 발전소나 연방사업자 누구도 단독으로는 성취할 수 없는 방식으로 전력을 일괄판매하기 위하여 협력적으로 행동했고 그것이 그 자원의 구매자로 하여금 장기계약을 하게끔 유인했다고 가정하면, 독점금지법은 그 연방대행기관은 아니더라도 그 사인에게 적용될 가능성이 높다. 이러한 상황에서는 묵시적 사적 적용면제의 근거는 거의 없다. 그 연방대행기관은 그 합동프로그램이 독점금지규범에 반하지 않는다고 판단하였어야 한다. 만일 그렇지 않다면, 그 전체 프로그램은 그것에 협력하는 사적 사업자에 대한 독점금지제소에 취약하게 된다.

322) *McLean Trucking Co. v. United States*, 321 U.S. 67, 64 S.Ct. 370, 88 L.Ed. 544 (1944).

제 4 장 知的財産權에 關한 競爭法의 適用免除와 適用

제 1 절 知的財産權과 競爭政策의 關係

1. 양자의 關係에 對한 基礎的 接近方法

특허법과 독점금지법의 목적은 일응 상이한 것으로 보일 수 있다. 그러나 양자는 혁신, 산업 및 경쟁을 조장하는 목적을 가지고 있다는 점에서 실제로 상호보완적이다. 즉 지적재산권은 일정한 발명이나 저작에 대하여 합법적인 독점을 허용하며 그로써 시장의 경쟁은 일단 제한된다. 그러나 이는 기술진보 내지 革新의 誘因을 위하여 불가피한 것이다.³²³⁾ 따라서 지적재산권의 정당한 행사는 보호되어야 하지만 지적재산권이 남용되거나 부당하게 경쟁이 제한되는 경우에는 독점금지법에 의하여 규제될 필요성이 제기된다. 특허권자의 적법한 이익의 보호와 독점금지법 위반행위간에는 명확한 경계가 그어지는 경우가 존재한다. 일면 특허권자는 특허법에 의거하여 자신에게 주어진 지적재산을 보호받을 수 있어야 한다. 타면 특허권자는 특허권에 의하여 허락된 지적재산을 사용하여 자신의 힘을 시장에서 부적절하게 즉 특허법상 부여된 한계를 넘어서 확장하는 것은 금지된다.

i) 지적재산권에 대한 미국의 전통적인 독점금지 분석은 지적재산권의 존재와 집행이 경쟁에 대한 위협이 될 수 있다는 것을 가정한다. 법원은 지적재산권이 시장지배력을 부여하는지 또는 선택적으로 그 권리가 산업계에 서 경쟁을 제한하기 위하여 사용되어 왔는지 여부 등을 조사한다. 이러한 접근방법은, 지적재산권은 그것이 없었다면 경쟁적인 시장에 대한 불가피한 간섭을 대표하는 것으로 보는 지적재산권과 독점금지법간의 관계를 대립관계로 파악하는 전통적 관점이다. ii) 그러나 지적재산권과 독점금지법을 상호보완관계로 접근하는 방식도 존재한다. 사회적 후생에 지속적인 혁신이 중요한 산업내에서는, 지적재산권은 그것이 혁신을 제한하는 효과와 혁신을 조장하는 효과를 겸유하고 이를 형량할 때 전자보다 후자가 더 많은 경우라

323) 특허법은 發明을 보호·장려하고 그 이용을 도모함으로써 技術의 발전을 촉진하여 産業發展에 이바지함을 목적으로 한다(동법 제1조).

면 결국 전체적으로 친경쟁적인 것으로 평가될 수 있다. 이 이론에서는, 지적재산권의 인수와 집행에 함부로 간섭하는 것은 단기적으로 친경쟁적일지 모르지만, 장기적으로는 혁신을 감소시킴으로써 실제로는 경쟁을 저해한다고 본다. 이것이 Intel사건에서의 FTC의 동의명령에서의 이론적 입장이었으며, 현재의 경향이라고 볼 수 있다.

2. 特許權의 保護範圍

특허권의 보호범위는 특허청구범위에 기재된 특정한 요소들에 의해서 정해진다(특허법 제97조). 특허청구권의 침해는 만일 특허청구에서 인용된 요소들이 침해자라고 주장된 자의 상품이나 공정에서 발견되면 인정된다. 미국 사법부가 판례법으로 부여한 특허권자의 보호는 同等性의 法理(doctrine of equivalents)로 불려져왔다.³²⁴⁾ 근래에 미국의 특허항소심에서 배타적 관할권을 갖는 연방순회항소법원에서 동등성의 법리의 적용 제한이 인정되었다.³²⁵⁾ 첫 번째 항소후, 연방대법원은 환송판결에서 Warner-Jenkinson Co. v. Hilton Davis Chemical Co.판례의 맥락에서 그 이상의 심리를 무효로 결정하였다. 두 번째 항소심에서, 연방순회법원은 전원재판부로서 특허권자인 Festo에 대하여 동등성의 법리의 제한으로서 권리주장사실 금반언칙(prosecution history estoppel)을 적용하고, 사실심의 판결을 번복하였다.³²⁶⁾ 또 다른 사건인 Interactive Pictures Corp. v. Infinite Pictures, Inc.사건에서 2000년10월에 Interactive Pictures Corporation (iPIX)이 사진의 魚眼이미지(fish eye images)를 왜곡을 교정한 영상으로 변환시켜서 사용자에게 살펴볼 수 있도록 해주는 자사의 특허(U.S. Patent 5,185,667)를 침해한 혐의로 Infinite Pictures, Inc.를 제소하였다.³²⁷⁾ 배심원들은 iPIX 특허가 유효

324) *Graver Tank & Mfg. Co. v. Linde Air Prods. Co.*, 339 U.S. 605, 608 (1950).

325) *Festo Corp. v. Shoketsu Kinzoku Kogyo Kabushiki*, 234 F.3d 558 (Fed. Cir. 2000) (en banc), cert. granted, 121 S. Ct. 2519 (June 18, 2001) (No. 00-1543).

326) *Festo Corp.*, 234 F.3d at 591.

327) 274 F.3d 1371 (Fed. Cir. 2001).

하고 침해되었음을 인정하고 iPIX에게 백만달러의 손해배상을 받을 권리를 인정하였다. 항소심법원은 배심원들의 평결을 완전히 지지하고 Infinite Pictures의 3개의 이미지를 equirectangular 포맷으로 30도의 파노라마 이미지로 정렬하고 연결하는 SmoothMove Panorama Web Builder가 iPIX의 특허권을 침해하였다고 판시하였다. 다툼이 된 기술은 전체 半球形(hemispherical) 시각의 일련의 이미지를 만드는 어안렌즈를 포함하였는데, 침해혐의자는 유사한 이미지를 자신의 equirectangular 파노라마 기술을 이용하여 만들어냈다. 법원은 동등성의 법리에 근거하여 침해당했다고 주장한 iPIX의 청구에 동의하였고 특히 SmoothMove의 equirectangular 파노라마 파일이 어안렌즈 카메라로부터 직접적으로 획득한 이미지는 아니었지만, 실질적으로 그것과 유사하다고 인정하였다. 법원은 iPIX의 특허권이 어안, equirectangular나 그와 동등한 사진 이미지의 교정된 투시 이미지로의 변형을 커버한다고 확인하였다. 법원은 특히 iPIX는 prosecution history estoppel에 의하여 equirectangular 파노라마가 iPIX의 특허권을 침해했다는 주장을 동등성의 법리하에서 하지 못하게 되지 않는다고 판시하였다. 쟁점이 된 것은 개정과 관련하여 iPIX가 특허청에 한 주된 청구와 주장에 대한 개정이었는데, 이를 Infinite는 prosecution history estoppel에 해당한다고 주장하였다. 판시사항을 지지하기 위하여 법원은 또한 Festo판례와 Warner-Jenkinson판례 이후의 판례인 Turbocare Division of Demag Delaval v. General Electric 판례³²⁸⁾를 인용하였다. Turbocare 판례에서 법원은 “청구에 대하여 ‘접촉(contact)’이라는 말을 추가하는 것은 청구범위를 좁히지 않으며 따라서 다른 청구문구인 ‘小口徑 위치(small diameter position)’가 특정의 차원에서 해석하면 필연적으로 접촉을 암시하므로 그 요소 때문에 동등성의 법리의 적용이 금반언의 원칙에 반하게 되지는 않는다.”고 하였다.³²⁹⁾

제록스사는 1984년 이래로 독립서비스조직(ISO)이 또한 최종소비자가 아닌 경우에는 어느 ISO에게도 일정한 부품을 팔거나 일정한 소프트웨어의 라이선싱을 하지 않기로 하는 정책을 취해왔다. 제록스는 1994년에 일부

328) 264 F.3d 1111, 1125-26 (Fed. Cir. 2001).

329) *Interactive Pictures*, 274 F.3d at 1378.

ISO들과 독점금지소송상의 합의를 하였는데, 그 합의에 의하여 동사는 일정한 일정한 기간동안 제한적 부품정책을 중단하고 진단소프트웨어를 라이선스하기로 동의하였다.³³⁰⁾ 그 합의에서 탈퇴한 ISO인 CSU는 제록스가 자사의 특허부품에 대한 가격을 ISO에게는 최종소비자들에게보다 더 높게 설정함으로써 셔먼법을 위반하였다는 이론으로 제록스를 제소하였다. 제록스는 특허와 저작권 침해를 이유로 반소를 청구하였다. 제록스는 캔자스 지방법원의 사실심에서 승리하였다. 연방순회법원에의 항소에서, 동법원은 이를 그대로 인정하였는데, 선례를 인용하며 특허권이 독점금지법을 위반할 수 있는 특권을 부여하지는 않지만, 특허권의 존재만으로 셔먼법 제2조의 위반이 되지는 않으며 별도로 셔먼법 제2조 위반의 요건을 구비하여야 한다고 판시하였다.³³¹⁾ 제록스의 지적재산권의 일방적인 공유거절이 독점금지법위반이 아니라고 하는 입장을 취하면서, 법원은 제9순회법원과 논리적으로 모순된 입장을 취하였다. *Image Tech. Services, Inc. v. Eastman Kodak Co.* 사건에서 제9순회법원의 फै널은 적법하게 획득된 지적재산권의 행사는 셔먼법 제2조위반이 아니라는 Kodak이 요청했으나 주어지지 않은 배심원의 교시를 근거로 하여 번복하기를 거부하였다.³³²⁾ 지방법원이 Kodak의 지적재산권에 대한 배심원교시에 비중을 두지 않은 것이 재량의 남용이었음은 인정하였으나 동법원은 그 실수는 무해하였다고 판시하였다. 이것은 제1순회법원의 입장인, 지적재산권은 다른 이에게 라이선스를 거절할 권리를 추정하게 한다는 견해와 일치하는 견해로 보일 수 있다.³³³⁾ 제9순회법원은 “독점자가 경쟁자를 그 보호받는 일로부터 배제하려고 하는 의욕은 소비자에게 어떤 직접적인 해악을 미치더라도 정당하다고 추정된다.”고

330) *In re Indep. Serv. Org. Antitrust Litig.*, 203 F.3d 1322, 1324 (Fed. Cir. 2000), *cert. denied* sub nom. *CSU, L.L.C. v. Xerox Corp.*, 121 S. Ct. 1077 (2001).

331) *In re Indep. Serv. Org.*, 203 F.3d at 1325 (quoting *Abbott Lab. v. Brennan*, 952 F.2d 1346, 1354 (Fed. Cir. 1991)).

332) 125 F.3d 1195, 1218 (9th Cir. 1997), *cert. denied*, 523 U.S. 1094 (1998).

333) *Image Tech Serv., Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 125 F.3d 1195, 1218 (9th Cir. 1997) (citing *Data Gen. v. Grumman Sys. Support*, 36 F.3d 1147, 1187 (1st Cir. 1994)).

판시하였다.³³⁴⁾ 제록스사건의 법원은 제9순회법원의 Kodak사건 판례를 추종하지 않았다.³³⁵⁾ 동법원은 그러한 의문은 특허권자의 주관적 동기를 포함한다고 믿고, 비록 그 거부가 반경쟁적 효과를 발생시키더라도, 그 반경쟁적 효과가 조문상의 특허권의 허용한계를 넘어서 불법적으로 확장되지 않는 지적재산권의 라이선스를 거부한 동기에 대하여 심리하지 않으려 하였다. 결론적으로 제록스는 자사의 특허부품을 판매하거나 라이선스할 아무런 의무도 부담하지 않으며 이를 거부함으로써 독점금지법을 위반하지 않았다고 판시하였다.³³⁶⁾ FTC 전의장인 Robert Pitofsky 교수는 제록스 판결 자체보다 더 중요한 문제들이 독점금지법과 지적재산권간의 균형에 관련하여 보다 지적재산권의 보호를 제고하는 것으로 보이는 연방거래위원회의 접근방법에 대하여 제기된다고 하고, 특허권자가 제록스사건과 같은 경우에 특허권을 라이선스하거나 판매할 의무를 부담하지 않는다는 기본적 규칙에 대해서는 동의하지만, 제록스판례는 거래거절이 경쟁에 미치는 효과나 혁신의 유인을 보호하기 위한 거래거절의 중요성을 불문하고, 동판례에서 설명된 3가지 상황에서의 예외를 제외하고는 지적재산권의 실시가 문제를 해결한다는 내용으로 해석될 수 있을 것이라고 하였다.³³⁷⁾

3. 美國의 知的財産權의 라이선싱에 관한 獨占禁止指針

1995년에 미국 연방 법무부 독점금지국과 FTC는 지적재산권의 보호와 독점금지법에 관한 광범위한 일반원칙을 정하고 있는, 지적재산권의 라이선싱에 관한 공동지침³³⁸⁾을 발간했다. 지침은 지적재산권의 반경쟁적 사용에 대한 주요관심사를 분류하고, 관련규범을 정하고, 이를 끼워팔기, 배타적 거

334) *Id.* at 1218.

335) *In re Indep. Serv. Orgs.*, 203 F.3d at 1327.

336) *Id.* at 1328.

337) Robert Pitofsky, *Challenges of the New Economy: Issues at the Intersection of Antitrust and Intellectual Property*, 68 *Antitrust L.J.* 913, 921-22 (2001).

338) Department of Justice and Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* (1995), Appendix D. 이하 “지침”으로 지칭하기로 한다.

래, Cross licensing³³⁹, Pooling agreements³⁴⁰, 그랜트 백(grant back), 지적재산권 인수프로그램, 무효인 지적재산권의 행사 등과 같은 제한관행에 대하여 적용한다. 그 전체를 관류하는 다음과 같은 원칙들과 일정한 특별 쟁점들은 현재의 주관기관의 집행경향을 반영하고 판례법의 경향과 일치하는 것이므로 매우 중요하다.³⁴¹

첫째, 독점금지 주관기관들은 지적재산권이 다른 재산권과 구별된다는 점을 잘 알지만, 지적재산권을 기본적으로 다른 재산권과 유사한 것으로 간주한다. 모든 재산권의 본질은 배타적 권한이다. 그것은 남용되면 반경쟁적 효과를 발생시킬 수 있는 권능이다. 여러 다른 권리간에 그 권리의 중요성은 다를 수 있지만, 여러 지적재산권간에도 차이가 있을 수 있다. 미국변호사협회의 독점금지분과의 지침에 대한 평석이 지적하듯이, 어떤 과정이 발명되는 것보다 용이하게 역공정(reverse engineer)될 수 있다면, 특허권은 영업비밀보다 많은 시장지배력을 부여할 수 있을 것이나, 어떤 절차가 분석공학되는 것보다 더 쉽게 발명된다면 영업비밀은 특허권보다 많은 시장지배력을 부여할 것이다.³⁴² 결국 지적재산권이 일반 재산권과는 다른 특수한 권리에 속한다 하더라도 그것이 독점금지법의 범위 밖에 존재하는 것은 아니라는 것이다.

둘째, 지침은 중요한 이전 판례³⁴³나 근래의 판례³⁴⁴로부터 벗어나서, 지적재산권의 보유만으로 시장지배력이 추정되는 것은 아니라고 규정한다. 이것은 건전한 정책이고 첫 번째 원칙과 일관된다. 경쟁에 대하여 피해를 입힐 수 있는 능력은 그러한 배제권의 보유와 수반될 수도 있고 아닐 수도 있다.

339) 우리나라 공정거래위원회가 2000. 8. 30에 제정한 지적재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침은 이를 '상호실시허락계약'이라고 지칭한다(제2조).

340) 공정거래위원회 심사지침은 이를 '공동실시허락계약'이라고 지칭한다(제2조).

341) L. Sullivan & W. Grimes, *op. cit.*, pp. 829-830 (2000).

342) ABA Commentary on Draft Antitrust Guidelines For the Licensing and Acquisition of Intellectual Property, 1994. 9. 13, 14-15.

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

344) *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 104 S.Ct. 1551, 80 L.Ed.2d 2 (1984)(끼워팔기 사건에서 끼운 상품이 특허상품인 경우에는 끼운 상품에서의 시장지배력이 추정될 수 있다고 판시하였다).

그것은 그 권리가 시장지배력을 부여할 정도로 광범위한 것인가 여부에 전적으로 달려있다. 이것은 그러한 권리에 의하여 보호되지 않는 밀접한 대체재를 구할 수 있는지 여부에 달려있을 것이다. 연방대법원은 이것을 서면법 제2조를 적용할 때 인식하였다.³⁴⁵⁾ 그러나 서면법 제1조를 적용할 때는 그러지 않았다.³⁴⁶⁾

셋째, 지침은 지적재산권의 라이선싱은 흔히 효율을 창출하고 친경쟁적임을 인정한다. 비록 지침은 지적재산권의 라이선싱이 일반적으로 친경쟁적임을 선언한 것으로 해석되기도 하지만,³⁴⁷⁾ 지침은 이것을 명시하지는 않으며, 어떠한 라이선스가 반드시 경쟁을 촉진한다고 추정하는 것도 건전하지 않다. 라이선싱의 경쟁에 미치는 효과는 항상 그 상황과 특수성에 달려있다. 조건없는 라이선스라면 라이선스가 없는 것보다 친경쟁적일 것은 틀림없다. 그러나 라이선스에 조건이 부가되지 않을리는 없는 것이다. 조건의 목적과 효과는 그것이 실행되는 구조와 관련해서 평가되어야 한다. 라이선싱의 잠재적 혜택은 분명하다. 관련 기술을 보다 넓게 활용함으로써, 라이선싱은 지적재산권의 보호기간동안에 더 활발한 경쟁으로 이끌 수 있다. 보다 포괄적인 전개는 그 기술이 公有의 영역(public domain)으로 들어갔을 때 그것의 가치가 보다 넓게 음미되고 보다 신속히 실시될 기회를 극대화할, 개선의 가능성이나 속도를 증가시킬 수 있다. 그러나 실시권자³⁴⁸⁾가 라이선스를 실시하는 방식이 licensor에 의하여 상호의존적으로 또는 명시적인 라이선스 제한에 의해서 통제된다면,³⁴⁹⁾ 경쟁상의 장점을 상쇄하거나 오히려 능가할 부정적 경쟁상의 효과가 있을 수 있다. 결국 그 licensor는 라이선스를 공

345) *Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery and Chemical Corp.*, 382 U.S. 172, 86 S.Ct. 347, 15 L.Ed.2d 247 (1965)(특허권의 사기적인 조달이 위반이 될 수 있다는 것은 인정했지만, 그 특허권이 시장지배력을 창설했는지 판단하도록 사건을 환송했다.).

346) *Loew's Inc., at 45-47; Jefferson Parish Hospital*, at 16.

347) ABA Commentary on Draft Antitrust Guidelines For the Licensing and Acquisition of Intellectual Property, at 19.

348) 특허권의 경우에는 特許發明實施權者(patent licensee). 저작권의 경우에는 著作物利用權者(copyright licensee).

349) 예컨대 경제적 독점을 보유한 특허권자가 실시권자가 라이선스갱신을 위하여 licensor의 가격책정 인도를 추종할 것을 묵시적으로 기대하면서, 단기간의 라이선스를 허가하는 것.

익에 기여하기 위해서 허가한 것이 아니라, 자신의 이익을 극대화할 것으로 기대하기 때문이다. licensor가 자신을 위하여 한 것이 라이선스의 주제 사항만이 아니라 그것을 넘어서서 licensor와 실시권자간의 경쟁을 제한할 수 있다. 지침은 이 모든 가능성을 인정하고 있다. 그것의 논리적 임무는 그 라이선스가 라이선스가 없었다면 발생하였을 경쟁을 금하는가 여부를 판정하는 것이다.³⁵⁰⁾ 예컨대 만일 실시권자가 대체상품 도입, 발명, 또는 licensor의 특허권이 무효임을 입증하여 licensor의 지적재산권청구를 성공적으로 방어하여 licensor의 시장으로 진입하였다면, 그 라이선스에 의하여 활성화되었던 경쟁은 보호대상이 아니다.³⁵¹⁾ 또한 라이선스로부터의 이익을 일부 또는 완전히 상쇄할 경쟁의 손실도 존재한다. 지침은 다음과 같은 기초적 접근방법을 도입한다. 만일 그 라이선스가 억제하거나 배제한 경쟁이 존재하지 않는 것으로 보인다면, 그 라이선스는 경쟁상의 단점이 없다. 그것의 경쟁에 미치는 효과는 유익하거나 중립적이고, 독점금지 조사는 종료된다. 그러나 만일 경쟁에 미치는 가능한 역효과가 추정될 수 있으면, 부정적이고 긍정적인 결과가 식별되어야 하고, 평가되고 비교되어야 한다.

손익 형량은 합리의 원칙(rule of reason)분석을 요하나, 지침은 적절할 경우에는 당연원칙(per se rule)분석이나 약식 분석을 배제하지 않는다.³⁵²⁾ 그러므로, 가령 혜택이 가능한 피해를 훨씬 능가하거나 또는 반대의 경우에는 독점금지 조사는 정교한 경제적 증거를 동원할 필요가 없다. 또한 지침은 안전지대(safe harbor)를 제공한다. 기관은 licensor와 실시권자가 영향을 받는 관련시장에서 20퍼센트를 초과하지 않는 시장점유율을 갖고 있다면 그 자체 분명히 반경쟁적으로 보이는 지적재산권의 라이선스를 제외하고는 문제를 삼지 않는다.³⁵³⁾

350) 지침 §4.1.2.

351) 예컨대, *United States v. S.C. Johnson & Son*, 1995-1 CCH Trade Cas. ¶70, 884 (N.D.Ill. 1994).

352) 지침 §3.4, §5.2.

353) 지침 §4.1.

제 2 절 知的財産權과 관련한 競爭法的 爭點

1. 競爭을 위한 知的財産權의 戰略的 使用

현대 경제에 있어서, 지식과 정보영역에서 경쟁자보다 장점을 획득하는 것은 성공을 위한 지름길이다. 동태적 시장의 각 경쟁기업은 자신의 상품과 서비스를 개선하고 차별화하기 위하여 지식과 정보를 사용할 방식을 스스로 개발해야 한다. 모든 기업은 부분적으로 公有의 영역(public domain)으로부터 얻은 것을 사용할 것이나 부분적으로 근래에 타인이 발명·창작한 것이나 스스로 창조한 것을 사용할 것이다. 타인으로부터 연원한 것을 사용하는 경쟁자는 지적재산권 침해청구에 노출될 수도 있다. 내부적으로 연원한 요소를 사용하는 경쟁자는 그 요소에 대한 전유적인 통제권을 획득하거나 획득할 수 있는 지위에 있을 수 있다. 경쟁자들은 어떤 범위의 원천을 기대하고 그들이 장점을 찾는 과정에서 발견한 것을 개발하고, 지적재산권은 무기로도 방패로도 쓰일 수 있기 때문에, 지적 산물에 대한 전유적 청구와 그러한 산물이 이미 타인이 소유한 것이거나 公有의 영역에 존재한다는 충돌하는 청구는 양자 모두 경쟁전략의 중요한 부분이다.

공격적인 경쟁만으로는 독점금지법에 위반되지 않는다. 그러므로 대부분의 지적재산권의 전략적 사용은 독점금지관련 쟁점을 야기하지 않는다. 특허권이나 저작권에 의거해서 일상적으로 법률상의 전유적 권한을 주장하는 것은 주어진 상황에서, 이들 법들이 허용하는 권리들이 너무 좁거나 너무 넓은 경우에는 자원배분을 왜곡한다. 그러나 의회가 입법시 명백히 그 균형을 깨뜨린 형량을 한 경우에는, 어느 법원도 지적재산권사건이나 독점금지사건에서 법적 결과를 조정할 수 없다. 유효한 특허권의 보호범위가 얼마나 넓은 간에, 그 특허권자는 타인을 배제하고 시장이 감당할 수 있는 가격을 부과하면서, 그 시장의 전부 또는 일부를 적법하게 점할 수 있다. 비록 경제적 독점을 결과했지만, 이것은 특허권자의 정당한 법적 권리내에 존재하는 것이다.³⁵⁴⁾

354) 예컨대, *Datagate, Inc. v. HewlettPackard Co.*, 60 F.3d 1421, 1427 (9th Cir.1995), cert. denied, 517 U.S. 1115, 116 S.Ct. 1344, 134 L.Ed.2d 492 (1996).

연방제도에 특유한 문제로서, 어느 지적재산권이 주법상의 영업비밀, 상표권 기타의 이익에 기초하고 있을 때에는, 연방 독점금지법은 헌법적 이론에 의거하여 우선적용될 수 있다. 그러나 정부행위면제법리는 독점금지책임을 면제할 수 있다. 그러나 지적재산권자인 원고가 보호를 위하여 주법에 호소한다면, 또 다른 연방법우선 문제에 접할 수 있다. 만일 그 주법상의 권리가 연방저작권법상의 일반적인 적용범위내의 배타적 권리의 하나와 동등하고, 두 개의 다른 요건이 각각 충족된다면, 연방저작권법 제301조(a)³⁵⁵는 주법에 의거한 청구보다 우선할 수 있고, 그 결과 법률상의 적용면제를 대체함으로써 독점금지 집행이 가능한 범위를 확대하게 된다.

어느 경우이건 경쟁자를 공격하기 위하여 지적재산권을 사용하는 것은 그것이 그 지적재산권의 전유적인 허가를 초과하는 방식으로 사용된다면 독점금지쟁점을 야기할 수 있다. 만일 이것을 하는 것이 산출을 제한한다면, 그리고 그 특정한 전략적 행위가 그것의 반경쟁적 잠재력 때문에 그 권리자에 의하여 선택되었다면, 독점금지법이 강력하게 발동될 수 있다.

독점금지 쟁점은 지적재산권과 관련하여, 두 기업이 공동으로 지적재산권에 기초한 시장지배력을 발생시키거나 남용하거나, 그러한 시장지배력을 보유한 하나의 기업이 배타적인 방식으로 그것을 사용하는 경우에 제기될 수 있다. 공동행위를 포함한 쟁점은, 라이선스관계를 통하여 수립되거나 관련된 수평적 또는 수직적 관계로부터 제기될 수 있다.

지적재산권이 그것만으로 또는 다른 시장요소와 함께 실질적인 시장지배력을 부여하는 경우에는 독점의 문제가 제기된다. 이 경우 단일 기업의 지적재산권남용행위에 기초한 독점금지쟁점이 발생할 수 있다.

어느 시장에서건 先行者의 利點은 중요할 수 있다. 때때로 그것은 지적재산권에 의하여 확대된다. 상당한 네트워크 외부성으로 징표되는 상품이나 서비스 시장에서는, 지적재산권에 의하여 보호되는 선행자의 이점은 크게 증폭될 것이다. 만일 그 선행자의 지적재산권으로 보호되는 상품이나 서비스가 최고급으로부터 우수급까지 모든 품질 범위를 대상으로 한다면, 상당한 네트워크 외부성이 후발 경쟁자의 진입에 대한 높은 장벽을 야기할 수 있다.

355) 17 U.S.C.A. §301(a).

품질이 좋은 상품이나 서비스로 지적재산권으로 보호되어 네트워크외부성을 발생시키는 시장에 효과적으로 진입하여 시장지배력을 획득하더라도 독점금지법위반은 아니다. 그러나 어느 기업이 그러한 어느 시장에서 실질적인 힘을 보유하고 있을 때에는, 법은 전략적 선택의 폭을 좁게 할 수 있다. 그의 행위 옵션의 일부는 그의 힘을 보호하거나 강화하거나 그의 힘을 다르지만 관련된 시장으로 확장할 수 있다. 또한 이들 옵션의 일부는 현재의 지배적 상품에 대한 새롭고 다른 대안을 창조함으로써 그 시장을 이전할 수 있는 혁신의 경로를 차단할 수 있게 할 수 있다. 이들과 같은 효과 때문에 독점자에 의하여 선택된 행위는 심각한 경쟁상의 피해를 줄 수 있는데, 여기에서 피해는 독점자의 시장지위로부터의 발전에 대한 불가피하지 않은 해악과 독점자의 혁신이나 최초의 진입에 의해서 정당화되지 않는 피해이다. 비록 적법한 지적재산권 혜택, 전략적으로 기초한 힘의 확장이나 보강 등이 혁신이나 최초진입으로부터만 파생되지 않는다 하더라도, 그것은 또한 어떤 전술이 다른 시장의 행위자들에게 적용될지에 관한 신중한 선택의 결과이다. 그러므로 만일 그러한 전술이 효율성의 발생보다 더욱 경쟁을 해치고 혁신을 억제한다면, 그리고 그것들이 사법절차와 사법적 구제책에 의하여, 식별되고 교정될 수 있다면, 그것들은 독점금지 제한에 종속되어야 한다.

Lorain Journal Co. v. United States³⁵⁶⁾은 경제적 지위의 보호나 증강을 위하여 선택된 신중한, 전략적 행위의 일례이다. 피고는 Lorain시의 일간신문시장에 최초 진입, 경쟁자의 흡수 및 이 시장에 다른 신문사의 진입을 억제하기에 충분하게 품질대가 충분히 높은 상품의 공급을 통하여, 지배하고 있었다. 라디오는 Lorain Journal의 광고수익의 일부를 뺏어갈 수 있는 부분적인 대체물이었다. 1948년에 새 방송국이 허가되었을 때, 피고는 그 힘의 침식을 저지할 전략을 개발했다. Lorain Journal은 라디오 방송에 광고하는 회사의 광고주문을 거절했다. 법원은 동신문사의 항변, 즉 자신이 적절하다고 생각하는 조건으로 고객을 선택할 권리를 기각했다. “주간통상을 독점화하는 의도적인 수단”으로서 전략적으로 사용된 그러한 행위는 서면법 제2조위반으로 선고되었다. 이 독점화행위는 신문사로

356) 342 U.S. 143, 72 S.Ct. 181, 96 L.Ed. 162 (1951).

부터 지방 라디오시장으로의 힘의 확장도 아니었고, 신문사의 지배력을 라디오를 독점화하려고 사용한 것도 아니었다. 그 공격의 본질은 다른 매체로부터의 경쟁을 억제함으로써 독점화된 신문시장에서의 독점력의 침식을 금지하기 위한 전략적 행위의 채택이었다. 그 행위는 피고의 상대적으로 적은 비용으로 효과적으로 부분적 경쟁자의 비용을 상승시키고 수익을 감소시켰다. 표면적으로, 이 전략은 광고주들의 선택을 억제했고, 궁극적으로 소비자들이 이용가능한 상업적 정보의 원천을 축소시켰다.

경제력은 경쟁자를 상당한 상대적 불이익에 빠뜨리는 전략에 의해서 보호되거나 증강될 수 있다. 예컨대 고객들에게 독점자와 거래하려면 다른 사업자와 거래하지 않도록 요구하는 관행은 현재의 경쟁자를 차단할 수 있고, 진입을 억제하고 혁신을 금지할 수 있다. 지적재산권 라이선스가 실시권자에게 그 라이선스된 지적재산권만을 배타적으로 사용하도록 하는 내용이거나 그 지적재산권의 상품싸이클과 동등하거나 더 오랜 계약기간 조항을 담고 있다면 그러한 효과를 가진다. 덜 직접적인 방법도 유사한 효과를 낼 수 있다. 예컨대 마이크로프로세서의 특허권자나 운영체제의 저작권자가 OEMs에게 보호되는 지적재산권을 전유적인 상품이나 지적재산권이 사용된 숫자가 아니라 그들이 제조한 컴퓨터의 숫자를 기준으로 하여 지급하는 가격조건으로 라이선스하는 것이다. OEMs는 그 마이크로프로세서나 지적재산권을 대부분의 자신들의 산출물에 있어서 사용하기를 원하지만, 일부에서는 경쟁자의 대안도 사용하기를 원한다면 그 대안을 사용한 컴퓨터에 있어서는 이중으로 지급해야 한다.³⁵⁷⁾

레버리징 전략은 하나의 시장에서의 시장지배력을 독립되었지만 관련된 제2의 시장에서 경쟁을 저해하거나 독점을 발생시키기 위하여 사용될 수 있다. 끼워팔기는 직접적인 레버리징 방법이다. 지적재산권으로 보호된 소프트웨어 상품의 라이선스를 실시권자가 다른 소프트웨어나 하드웨어 상품을 수령하지 않으면 거절하는 것이 그 예이다. 만일 그 licensor가 첫 번째 상

357) 1955년 이전에는 마이크로소프트는 이와 유사한 방식인 프로세서당(per processor) 산정되는 라이선스 대가 징수방법을 사용하였다. 이 방법은 *United States v. Microsoft Corp.*, 1995-2 Trade Cases ¶71,096 (D.D.C. 1995)에서의 동의명령으로 금지되었다.

품의 시장에서 지배력을 가지고 있다면 그 힘은 제2의 시장에서의 경쟁을 왜곡할 수 있다. 만일 여러 상품이 첫 번째 시장에 연결되어 있다면, 레버리징은 PC운영체계의 지배력을 일부 또는 전부의 연결된 응용소프트웨어시장들로 확장하기 위하여 사용될 수 있고, 그럼으로써 소비자선택을 제한하고, 경쟁자의 비용을 증가시키고 연결된 시장에서의 진입을 좌절시킬 수 있다. 그러한 전술은 연결된 시장에서의 혁신을 금할 수 있다. 혁신자는 그 개선의 품질이 어떤 것이건, 최초의 시장의 지배기업의 협력이 없이는 연결된 시장의 혁신을 이용할 수 없을 것이기 때문에, 어느 연결된 시장에서의 독립적인 혁신의 유인은 거의 없거나 없을 것이다. 레버리징에 의해서, 지배적 기업은 개발의 비율, 방향 및 기관 등에 영향을 미치거나 심지어 통제하는 것이 가능한 문지기 역할을 할 수 있다.

네트워크 외부성이 지배적인 소프트웨어나 하드웨어로부터 파생될 수 있을 때에는 순수한 경쟁상의 피해가 위에서 요약된, 힘의 보호나 레버리지 경향이 있는, 어떤 전략의 결과일 수 있다. 그러한 시장에서는 다른 상품들의 기능을 훼손시키려는 지배적 기업의 전략들이 사용되기도 한다. 예컨대, 파일 포맷과 같은 사항들에 관한 기술적 정보를 독점함으로써 상호작용을 금하도록 인터페이스를 조작하거나, 선호하는 상품이나 인터넷 콘텐츠에의 연결을 선호하거나 호환성 기준의 조작 등이다.

전술한 것의 일부와 유사한 차단전략이 Advanced Micro Devices (AMD)의 Intel에 대한 소송에서 주장되었다. Intel의 당시의 마이크로프로세서 칩은 지배적이었고 당사는 성장을 계속하고 있었다. Intel의 칩에 대한 AMD에 의한 시장 획득의 선점을 위하여, 인텔은 AMD의 칩을 매수한 고객들에 대하여 자사의 새로 나올 개선된 칩을 공급거부할 것을 위협하였다고 주장되었다.³⁵⁸⁾ 그러한 행위는 전통적인 끼워팔기는 아니었지만 현재 경쟁자에게 돌아서는 고객에 대한 장래의 거래거절에 의한 힘의 행사였는데, 역시 반경쟁적, 배타적 행위의 요소를 지녔다. 시장지배력이 존재한다면, 셔먼법 제2조위반이 된다.

358) *Advanced Micro Devices, Inc. v. Intel Corp.*, 9 Cal.4th 362, 368 (Cal. 1994).

비록 단일 기업이 시장지배력을 가지고 있지 않더라도, 지적재산권은 여러 기업간에 협력적으로 사용되면 독점금지관련 쟁점을 야기할 수 있다. 예컨대, 특허권자가 라이선스하면서 실시권자가 licensor의 가격 인도를 추종할 것을 조건으로 붙일 수 있다. 또는 그 라이선스를 시장분할에 사용할 수도 있다. 또한 서로 대체할 수 있는 기술에 대하여 전유적 권리를 청구한 두셋의 경쟁자들이 이들 기술로 풀을 만들어 공동 관리하면, 시장지배력이 생길 수 있다. 물론 다른 대체기술이 있다면 유동적이다. 데스크탑컴퓨터 하드웨어의 주도적 제조업자중 두셋이, 지배적인 소프트웨어 기업에 대한 초경쟁적인 운영체제 라이선스비의 지급을 하지 않기 위해서, 子會社의 새로운 전유적인 운영체제를 사용하는 새로운 데스크탑 컴퓨터를 개발, 라이선스하여 판매하는 공동의 자회사를 설립하였다고 가정하자. 그 합작회사는 데스크탑 컴퓨터 하드웨어 시장에서 힘을 가질 수 있다. 또한 데스크탑 컴퓨터 운영체제에서의 지배적 기업의 힘을 제한할 수 있다. 그 합작기업은 서면법 제1조나 클레이튼법 제7조에 의하여 처벌될 수 있다.³⁵⁹⁾

또한 지적재산권은 지적재산권자가 직면하는 경쟁이 아니라 그것의 실시권자들간의 하방의 경쟁을 제한하는 라이선스제한을 부과하기 위하여 사용될 수 있다. 실시권자의 재판가유지, 지역 또는 사용분야의 제한 등이 모두 가능한 예이다.

2. 個別的 爭點

(1) 知的財産權과 獨占化

단일 기업에 의한 독점화를 발생시키거나 그러한 우려가 있는 3가지 지적재산권전략이 존재한다. 첫째, 경제적 시장에서 지배를 부여하거나 그 우려가 있는 강력한 지적재산권은 위법하게 획득될 수 있고 또는 집단적으로 그러한 힘을 부여하는 둘 이상의 그러한 권리가 위법하게 결합될 수 있다. 둘째, 시장에서 실질적인 힘을 부여하는 지적재산권의 적법한 보유자가 그 지

359) *United States v. Borland International, Inc.*, 1992 WL 101767 (N.D. Cal.1992)(법원은 Borland가 Ashton-Tate를 인수하는 것을 허용하는 동의명령을, Borland의 일정한 지적재산권을 행사하지 않기로 하는 협정을 조건으로 승인하였다).

적재산권을 효율성이 정당화하지 않는 방식으로 경쟁자를 해함으로써 그 힘을 보호하거나 확대하는 방식으로 이용할 수 있다. 셋째, 독점력을 발생시키는 지적재산권의 소유자는 효율성이 정당화하지 않는 행위에 의하여, 그 힘을 인근의 후방시장이나 보충재를 위한 시장에서, 독점이나 실질적인 경쟁상의 피해를 획득하거나 위협하기 위하여 도구로 사용할 수 있다. 공동행위에 기초한 서면법 제2조 위반행위는 또한 동법 제1조나 클레이튼법 제7조 위반도 될 수 있다.

서면법 제2조에 의거한 대부분의 독점금지 사건은 특허권 소송이다. 실로 특허권, 노우하우 또는 소프트웨어저작권을 제외한 다른 지적재산권은 심각한 서면법 제2조쟁점을 야기할 충분한 경제적 힘을 발생시킬 가능성이 적다.³⁶⁰⁾ 그리고 시장지배력은 지적재산권으로부터 추정되지 않는다는 지침의 원칙을 전제한다. 비록 이것을 연방대법원이 아직까지 명시적으로 받아들이지 않고 있지만, 이 원칙은 전술한 것처럼 한 연방대법원 판례와는 일관되는 것이다.³⁶¹⁾ 지침이 시사하듯이, 지적재산권의 보유가 시장지배력의 보유와 동시된다는 생각은 근거를 결하는 것이다.

1) 詐欺的으로 획득하거나 無效인 特許權의 行使

지적재산권 독점사건은 표준적인 서면법 제2조 행위기준에 의하여 규율된다. 만일 독점자의 행위가 독점력을 보호, 확장 또는 레버리지하기 위한 것이거나 독점화된 시장에서의 경쟁을 제거, 또는 저해하기 위한 것이라면, 그 행위는 제2조위반이다. *Walker Process*에서, 연방대법원은 특허청 소관 위원회에의 특허권을 얻기 위한 신중하고, 의도적인 부실표시는 그것에 뒤이은 경쟁자에 대한 집행의 소와 수반될 때, 독점금지법에 위반된다고 판시했다. 그러한 행위는 만일 제2조의 다른 요건들이 증명되면, 동조에 위반된다.³⁶²⁾ *Walker Process*판례가 특허청에 대한 신중한, 부실표시의 상황에

360) H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, §3.9d. 그러므로 이하에서 지칭하는 특허권은 때때로 특허권과 일반적으로 힘을 발생시키는 그 밖의 지적재산권을 의미하는 것이다.

361) *Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery & Chemical Corp.*, 382 U.S. 172, 86 S.Ct. 347 (1965).

362) *Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery & Chemical*

만 해당되는지 아니면 공시되었다면 신규성(novelty)의 결여나 비명백성(non-obviousness) 때문에 특허권의 등록이 배제되었을 기만적인 선행 기술의 비공시에도 적용되는지 여부에 관하여 논란이 있다. Nobelpharma AB v. Implant Innovations, Inc. 사건³⁶³)에서, 연방순회법원의 한 재판부가 1997년 11월에, Walker Process 기망원칙이 적용되기 위해서는 적극적인 부실표시가 필요하다고 판시하였다. 1998년 3월에는 동일한 재판부가 처음의 견해를 철회하고 특허청예의 기만적인 비공시도, 그것을 나중에 기망 때문에 무효임을 알면서 특허권침해 소송을 제기하면, 독점화행위를 구성하기에 충분하다고 판시하였다.³⁶⁴) 두 번째 견해가 타당하다. 공시의무가 있을 때에는 알면서 공시하지 않는 것은 작위에 의한 사기와 구별되지 않는다. 어느 경우이건 특허권자는 기만적으로 획득한 것을 알면서 특허권을 행사하는 소송을 제기하고 있는 것이다.

만일 그 특허권만으로 경제적 시장에서 독점력을 발생시키면, 위반은 성립하는데, 그것은 집행하기 위한 소송이 수반되는 그 기망은 배타성 요건을 충족하고, 효율성 정당화사유도 결여되어있기 때문이다. 미수사건에서는 그러한 기망은 고의요건을 입증하기 위하여 중요한 요소이다. 만일 특허권이 독점을 위협하는 충분한 힘을 발생시킨다면, 그 기망과 집행의 소는 미수요건을 충족한다. 기만적 인수 이전에 피고는 상당한 힘을 가졌지만, 지배에 이를 정도는 아니었고, 그리고 그 특허권이 다른 경우라면 지배에 이르지 않았을 것이지만, 피고의 기존의 시장에서의 지위를 감안하고, 특허권을 덧붙이면 독점을 발생시키거나 위협한다고 가정하자. 피고의 시장에서의 상황을 감안하면 제2조의 지배력 요건은 충족되고, 피고의 기망은 행위요건을 충족한다.

Corp., 382 U.S. 172, 86 S.Ct. 347, 15 L.Ed.2d 247 (1965)(그러나 기만적인 특허권취득이 시장지배력을 부여하지 않았기 때문에, 제2조위반을 구성하지는 않았다.). 그 밖에도 *Charles Pfizer & Co. v. FTC*, 401 F.2d 574 (6th Cir.1968), cert. denied, 394 U.S. 920, 89 S.Ct. 1195, 22 L.Ed.2d 453 (1969)(특허청예의 부실신고는 FTC법 제5조위반이다.); *Handgards, Inc. v. Ethicon, Inc.*, 743 F.2d 1282 (9th Cir.1984)(90퍼센트의 시장점유율을 가진 기업이 무효임을 알면서 특허권침해소송을 제기하였는데, 법원은 그 행위는 독점화기도에 해당한다고 판시했다).

363) 129 F.3d 1463 (Fed. Cir.1997), superseded 141 F.3d 1059 (Fed. 1998).

364) WL 122399 (Fed. Cir.1998).

피고가 특허권을 기망에 의하여 취득하지는 않았지만, 그 특허권이 무효임을 알면서 이 피고가 집행의 소를 제기하고, 그렇게 함으로써, 독점력을 획득할 우려가 있다면, 서면법 제2조 위반이다.³⁶⁵⁾ Walker Process판례에서의 위반의 본질적 요소는 경쟁자를 배제하기 위한 목적의 소를 제기함으로써 독점력을 획득하거나 보호하기 위하여 기만적으로 획득한 특허권을 사용한다는 점이다. Handgards판례는 만일 특허권이 무효이고 특허권자가 그것을 알면서도, 특허권에 근거하여 제소함으로써 독점을 획득, 확장, 또는 보호하려고 했다면, 특허권의 무효성의 원인은 서면법 제2조위반을 위해서는 중요하지 않다고 봄으로써 그 판시를 확장한다. Walker Process와 Handgards 판례 양자는 Noerr-Pennington법리하에서의 쟁점을 제기할 수도 있다. 이것은 무효로 알려진 특허권을 집행하기 위한 소송은 그 소송이 PRE판례³⁶⁶⁾로 명확하여진, California Motor Transport Co. 판례³⁶⁷⁾의 의미에서의 험잡(sham)이 아니라면, 서면법 제2조에 의해서 공격을 당하지 않음을 의미한다. PRE판례 이후에, 특허권침해소송은 그것이 객관적으로 근거가 없고 경쟁자의 사업활동을 직접적으로 간섭하기 위하여 제기된 경우에만 Walker Process와 Handgards법리에 의하여 공격을 당할 수 있다. 만일 어떤 특허가 명백히 무효이고 특허권자가 그것을 알고 있다면, 그것을 집행하기 위한 어떤 소송이건 PRE의 객관적 근거결여의 기준을 충족할 것이다. PRE판례의 주관적 요소의 상세한 내용은 분명하지는 않지만, 기망에 의하여 획득한 것을 아는 특허권을 집행하려고 시도하는 것이 그 기준을 충족할 것임은 의심의 여지가 없다. 만일 무효성에 대한 다른 근거가 필요하다면, PRE 기준은 피고가 그 무효성을 알았고 그 소송에 의하여 원고의 경쟁하려는 시도를 좌절시키려 하였다는 것을 확신시키는 증거를 요구할 것이다.³⁶⁸⁾

365) *Handgards, Inc. v. Ethicon, Inc.*, 743 F.2d 1282 (9th Cir.1984).

366) *Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures*, 508 U.S. 49, 113 S.Ct. 1920, 123 L.Ed.2d 611 (1993).

367) *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*, 404 U.S. 508, 92 S.Ct. 609, 30 L.Ed.2d 642 (1972).

368) James B. Kobak, JR., *Professional Real Estate Investors and the Future of Patent-Antitrust Litigation: Walker Process and Handgards*

심각한 기망 쟁점이 특히 특허청에서 다툼(interference)이 선언되고 당사자들이 和解한 경우에는 문제가 될 수 있다. 예컨대, 어떤 다툼의 두 대립하는 당사자중에서, 한쪽이 다른 쪽이 특허청에서의 기망을 하였음을 증명할 수 있지만, 자기쪽의 청구가 박약하여서 패소를 염려하여, 라이선스에 대한 대가로 다른 쪽에 대한 우월성을 숨기는 경우이다.³⁶⁹⁾ 또는 공시된다면 특허권 등록을 차단하게 되는 정보를, 이기고 있는 상대방이 알진 모르진, 순위가 밀리는 당사자가 안다고 가정하면, 나중에 그 특허권을 집행하는 것은 서면법 제2조에 의해서 공격을 받을 것인지 문제된다. 그것은 그 순위가 밀리는 당사자가 명시적으로 또는 묵시적으로 라이선스의 대가로 관련정보를 공개하지 않기로 협상하였는지 여부에 따라 달라지는 지는 분명하지 않다. 이와 관련하여, Noerr-Pennington법리, California Motor Transport Co.판례 그리고 PRE판례 모두 관련이 있고 PRE에서의 주관적 기준이 충족될지 여부는 은폐하기로 의식적으로 협상이 되었는가 여부에 달려있다. 그러나 주의할 점은 그러한 쟁점을 다루는 목적은 독점금지를 특허권 신청과정의 공정성 감독을 위해서 사용하는 것이 아니라, 확립된 행위와 힘에 관한 독점금지 규범을 특허권과 관련하여 제기되는 경쟁 쟁점에 대하여 공정하고, 객관적인 방식으로 적용하기 위한 것이라는 점이다.

2) 市場去來를 통한 特許權 讓受

연방대법원의 1950년대 판례에서의 “단지 특허권만의 집적은 그 수를 불문하고 그 자체 위법하지 않다”는 선언³⁷⁰⁾은 그 특허권을 보유한 기업에 의해서 후원되거나 지원된 연구의 결과로서 획득된 특허권에 적용될 수 있듯이, 의심의 여지없이 오늘날에도 건전한 판례법이다. 특허권은 혁신에 대한 효과적인 투자를 촉진한다. 이것은 의회가 연구·개발경쟁에 참여하고 승리

Meet Noerr-Pennington, 63 Antitrust L.J. 185 (1994).

369) *American Cynamid Co. v. FTC*, 363 F.2d 757 (6th Cir.1966); *Brunswick Corp. v. Riegel Textile*, 752 F.2d 261 (7th Cir.1984), cert. denied, 472 U.S. 1018, 105 S.Ct. 3480, 87 L.Ed.2d 615 (1985).; *United States v. Singer MFG. Co.*, 374 U.S. 174, 83 S.Ct. 1773, 10 L.Ed.2d 823 (1963).

370) *Automatic Radio Mfg. Co. v. Hazeltine Research*, 339 U.S. 827, 834, 70 S.Ct. 894, 94 L.Ed. 1312 (1950).

하는 이들을 위하여 고안한 보상이다. 비록 R & D 승자가 자신들의 지적재산권을 실시하지 않고 단지 축적해놓기만 한다고 하더라도, 독점금지법은 그들의 자리를 빼앗지 않는다. 그와 대조적으로, 지적재산권을 만든 혁신자로부터 시장거래를 통하여 그것을 인수하는 것을 균형있는 독점금지 심사로 부터 보호해주는 제약은 없다. 어떤 생산자원의 약탈적 인수든 그 인수의 목적과 효과가 배타적이라면 셔먼법 제2조의 적용을 받을 수 있다. 예컨대, 희소한 자원을 예상 수요를 많이 초과해서 매수해서 저장하는 것은 이 행위가 신중하고 성공적으로 경쟁자의 필수 자원을 부정하기 위해서 이루어졌고 효율성면에서 정당화되지 않는다면, 셔먼법 제2조위반일 수 있고, 지적재산권의 매수는 셔먼법 제1조와 클레이튼법 제7조에 의거해서 문제가 제기될 수 있다.³⁷¹⁾ 과도하고 불필요한, 사용되지 않는 지적재산권의 약탈적 매수와 저장이 규제되는 이유는 그것의 전략적 기능이 기존의 집중된 시장에의 진입을 위축시키기 때문이다.³⁷²⁾

그에 대한 반대론은 만일 연구개발경쟁에서 승리한 데 대해서 보상을 받은 특허권자가 양수인이 그 특허권이 자신의 힘을 강화해줄 것이기 때문에 지급하려 하는 프리미엄을 포함하여, 자신의 혁신이 만들어낼 수 있는 모든 보상을 받을 수 있다면, 혁신은 촉진될 것이라고 한다. 만일 그의 특허권이 그 자체 독점력의 유일한 원천이라면 그 특허권자가 자기의 선택에 쫓아 자기의 독점을 행사하지도 판매하지도 못한다면 그가 받은 보상은 부적당할 것이다. 그러나 기존의 독점자에 의한 특허권의 집적은 다른 쟁점을 제기한다. 중요한 시장에서 지배적인 사업자가 그것 단독으로 또는 다른 기술과 결합하여 자기의 힘을 보호하는 장벽을 강화하는 데 기여할 수 있는 모든 신기술을 인수하기로 하였다고 하면, 그러한 사업자에게 어떤 관련 특허는 첫째, 특허의 대상인 기술의 본질적인 가치, 둘째, 오직 그것이 그 지배적인 기업을 보호하는 진입장벽을 높이기 때문에 그 기업에게만 제공하는 특허의 추가적인 가치라는 두 가지 요소를 갖고 있다. 그 발명자는 가치의 첫 번째 요소, 즉 그가 발명한 기술의 본질적인 가치를 완전히 수령하면 특허시스템이

371) 지침 §5.7.

372) *Kobe, Inc. v. Dempsey Pump Co.*, 198 F.2d 416 (10th Cir.1952), cert. denied, 344 U.S. 837, 73 S.Ct. 46, 97 L.Ed. 651 (1952).

그에게 부여한 보상을 전부 받은 것이다. 지배적인 기업과 새 특허권의 보유자가 교섭을 위하여 만난다면, 그들은 어느 면에서는 양방 독점자로서 얼굴을 마주하는 것이다. 발명자만이 그 지배적 기업의 독점적 지위를 보다 공고히 해줄 새 특허권을 갖고 있다. 그러나 그 기업만이 그 발명자의 특허에 그것의 추가적 가치를 부여할 시장지배적 지위를 갖고 있다. 그 특허권의 본질적 가치가 10이고 그것의 지배적 기업에 대한 가치가 20이라고 가정하면 협상은 타협될 수 있는 10에서 20사이의 점, 즉 어떻게 10이란 초경쟁적 수익을 이들 양방 독점자들간에 분배할 것인지에 관한 것이 관심의 대상이다. 그 발명자는 자기의 지적재산권이 보호하는 기술의 본질적 가치를 수령하였을 때 특허시스템이 그에게 부여한 모든 보상을 얻었다고 결정하는 것이 특허법과 독점금지법 양자의 자원배분과 일관되고 논리적일 것이다. 발명자는 이것을 지배적 기업을 제외한 판매나 경매로부터 얻을 수 있다. 이 가정된 사실에서, 교정적인 쟁점은 복잡할 것이지만, 기본적 원칙은 간단하다. 특허권자는 자신의 발명의 본질적 가치를 얻어야지, 그 가치와 더불어 지배적 기업의 자기 지위를 공고히 하려는 욕망 때문에 그것에 부가되는 외부효과까지 획득해서는 아니되는 것이다.

Wyzanski판사의 United Shoe판결은 위의 분석의 근거로 인용될 수 있다.³⁷³⁾ United Shoe는 약 2000개의 특허를 축적하였는데, 그 중 5퍼센트 정도는 회사 외부자로부터 취득하였다. 정부는 이 양수관행은 다른 관행들과 함께 독점화를 구성한다고 주장하였다. Wyzanski판사는 다른 행위의 셔먼법 제2조 위반성을 지적함과 함께, 특허권들의 양수도 비판하였다. 그는 그 양수는 특허권분쟁의 화해 과정에서 발생하거나 자사가 유용한 기술로부터 차단되는 위험을 피하기 위한 것이었다고 하는 회사의 사업상 정당화주장을 기각하였다. 비배타적인 라이선스도 이들 양목적에 기여할 수 있었기 때문이었다.³⁷⁴⁾ 또한 United States v. Singer MFG. Co.사

373) Phillip Areeda & Louis Kaplow, *Antitrust Analysis*, 5th ed. ¶332 (1997).

374) *United States v. United Shoe Machinery Corp.*, 110 F.Supp. 295, 333 (D.Mass.1953), *aff'd per curiam*, 347 U.S. 521, 74 S.Ct. 699, 98 L.Ed. 910 (1954).

건³⁷⁵)에서 법원은 “피고 Singer는 자사가 자신의 시장 접근을 위해서 그 양수를 하였다고 주장할 수 없다. 왜냐하면 상호실시허락계약(cross license agreement)이 그러한 결과를 보장하기 때문이다” 라고 실시하였다.³⁷⁶

지적재산권의 양수는 과도한 수의 지적재산권이 저장되고 사용되지 않는다는 이유만이 아니라도 약탈적일 수 있다. 약탈행위는 또한 지적재산권의 양도를 강요하기 위해서 행해지는 고려(consideration)에도 존재한다. Intergraph Corporation v. Intel Corporation 사건³⁷⁷)에서는 Intel이 자신의 고객인 Intergraph가 일정한 특허권을 자신에게 양도하도록 강요하기 위하여, Intergraph에게 필요한 상품정보의 제공을 차단하였다는 증거에 기초하여 위반사실을 인정하였다. Intel에 대한 FTC의 동의명령도 Intergraph에 관련된 이 행위와 그와 유사한 Digital Equipment Corp.과 Compaq Computer Corp에 대하여 특허권을 양도하도록 강요하기 위한 Intel이 하였다고 주장되는 행위를 근거로 한 것이었다.³⁷⁸

독점력을 보유한 어느 기업이 마구잡이로 부적절하게 추가적인 지적재산권을 획득하는 경우에는 셔먼법 제2조 위반의 위험이 있다. Transparent-Wrap에서 연방대법원은 “특허권이 특허권들에 추가가 되면 전체 산업이 통제될 수 있다. 그러면 기본 특허의 보유자는 자신의 산업에 대한 지배를 영속화할 수 있다.”고 강조하였다.³⁷⁹ 오직 독점을 획득하거나 보호하기 위한 의도와 목적으로 과도하게 지적재산권을 집적하는 것만으로 독점금지법 위반이라는 판결은 없지만, Kobe v. Dempsey Pump 사건³⁸⁰) 판결은 그와

375) 374 U.S. 174, 83 S.Ct. 1773, 10 L.Ed.2d 823 (1963).

376) *Id.* at 195.

377) 3 F.Supp.2d 1255 (N.D.Als.1998).

378) FTC Dkt. No. 9288 (Consent Order, 1999.3.17).

379) *Transparent-Wrap Machine Corp. v. Stokes & Smith, Co.*, 329 U.S. 637, 646-47, 67 S.Ct. 610, 91 L.Ed. 563 (1947). 이와 같은 입장으로 *Hartford-Empire Co. v. United States*, 323 U.S. 386, 417, 65 S.Ct. 373, 89 L.Ed. 322 (1945), supplemented, 324 U.S. 570, 65 S.Ct. 815, 89 L.Ed. 1198 (1945); *Kobe v. Dempsey Pump*, 198 F.2d 416 (10th Cir.), *cert. denied*, 344 U.S. 837, 73 S.Ct. 46, 97 L.Ed. 651 (1952). 그러나 *In re E.I. duPont de Nemours & Co.*, 3 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶21,770 (FTC Oct. 20, 1980)(공장 증설이 예상되는 수요에 대비하기 위한 것이었다는 duPont의 주장을 받아들여, 배타적 행위이라는 주장을 기각하였다.).

380) 198 F.2d 416 (10th Cir.), *cert. denied*, 344 U.S. 837, 73 S.Ct. 46, 97

근접하였다. Kobe, Transparent-Wrap, United Shoe판례를 종합하면, 지적재산권의 양수에 의한 집적도 충분히 독점금지법적으로 문제될 수 있음을 알 수 있다. 일부 지적재산권 옹호자들은 이러한 관점을 진부한 것으로 치부하는데, 흥미롭게도 이 관점은 시카고학과와 후기시카고학과(Post Chicago Economics)이론³⁸¹⁾에 의하여 옹호된 원칙과 일치한다. 시카고 학파는 지적재산권과 독점금지 양자의 정책적 토대는 합리적 자원배분과 소비자후생만이라고 주장한다.³⁸²⁾ 후기시카고학파는 이러한 신념과 자원배분 분석을 함에 있어서, 지적재산권은 배타적 힘을 부여하는 다른 재산권과 같은 만큼 취급되어야 한다³⁸³⁾는 신념을 공유한다. 만일 이 연관된 원칙들이 액면 그대로 받아들여진다면, 지적재산권의 집적은 독점금지 심사에 대한 보호막을 갖고 있지 않다. 과도하고 불필요한 어떤 종류의 지적재산권의 집적은 그로 인한 경쟁자의 차단이 시장에서의 경쟁을 위협할 때에는, 서민법이나 클레이튼법 제7조의 위반이 될 수 있다.

특허권자가 비록 그 양수에 의하여 그 청약자가 독점을 획득하거나 보호할 지라도, 가장 높게 부르는 자에게 양도할 권리가 있다는 주장은, 비록 집중이 안전한 수준을 초과하더라도 자본시장에서의 보상이 그 기업가가 최초로 성공적인 기업을 건설하도록 유도하는 유인의 일부이기 때문에, 독점금지 합병심사가 행해지지 않아야 한다는 주장과 마찬가지로 경제적으로 그리고 공정성의 측면에서, 부당한 주장이다. 만일 그러한 주장대로 한다면, 시장을 차단하는 특허권의 양수에 의한 과도한 집적을 독점금지 심사로부터 보호할 것이다. 그러나 그렇다고 해서 거대 기업은 언제나 필요한 특허권의 양수를 하지 말아야 한다는 것은 아니다. 상품, 연구 또는 기술시장 어디에서건, 독점력에 도달하였거나 그 우려가 있는 지가 중요하다. 그 분석이 시장확정을 너무 단순화하거나 HHI나 시장점유율에 과잉반응해서도 아니된다. 또한 비록 일정한 지배력이 획득되거나 보호되더라도, 그것을 상쇄하는

L.Ed. 651 (1952).
 381) 그 범위는 *Symposium: Post Chicago Economics: Editors Note*, 63 Antitrust L.J. 445 (1995).
 382) *USM Corp. v. SPS Tech.*, 694 F.2d 505 (7th Cir.1982), *cert. denied*, 462 U.S. 1107, 103 S.Ct. 2455, 77 L.Ed.2d 1334 (1983).
 383) 지침 §2.1.

효율성이 있다면 고려되어야 한다. 예컨대, 다수의 특허권의 획득은 집적에 의해서는 얻어질 수 없는 상품개선이나 비용절감을 가능하게 할 수 있다. 만일 그러하다면, 그리고 특허권의 양수가 보호되는 기술에 접근하는 유일한 길이라면, 이 효율성은 가능한 경쟁상의 해악과 형량되어야 한다. 물론 실물 시장에서의 합병분석처럼, 상쇄하는 효율성은 오직 그것이 합병보다 덜 제한적인 방법에 의해서는 획득할 수 없는 것일 때에만 평가되어야 한다.³⁸⁴⁾ 지적재산권에 대해서는 이것은 흔히 문제가 될 수 있다. 전술한 United Shoe와 Singer판례가 강조하듯이, 비배타적 라이선스가 대안이 될 수 있으므로, 기업은 두 개의 특허권을 실행하기 위하여 양자를 양수할 필요는 없는 것이다.

이러한 보다 덜 경쟁제한적인 대안이 존재하지 않아야 한다는 원칙은 확립된 독점자의 경우에는 비록 연구·개발이 보장되지만, 자신의 분야에서 중요한 특허권을 양수하는 것이 필연적으로 그것의 독점을 확장하고 보호한다면 그렇게 하면 안된다는 것을 시사할 수 있다. 이 문제에 관하여 두 가지 가설적 사례를 검토해볼 필요가 있다.³⁸⁵⁾

첫 번째 사례에서 M은 독점력을 보유하고 있다. X는 M보다 저가로 양질의 상품을 제조하는 데 이용될 수 있어서 M의 기술을 낡은 기술이 되게 할 수 있는 기술을 발명하여 특허를 받았다. X는 그 특허기술을 판매하려고 하고, 관련시장의 기업인 Z가 그것을 사려고 한다. M의 옵션은 제한되어 있다. 만일 그것이 아무 일도 하지 않으면 곧 새로운 독점자에 의해 교체될 것이다. 시장구조상 개선된 것은 없다. 만일 M이 Z보다 높게 값을 부르면 M은 강화된 독점의 가치의 일부를 특허권자인 X와 공유하는 비용을 부담하고 자신의 독점을 자신의 독점을 보호하고 보다 공고하게 만들 수 있을 것이다. 물론 M은 X에게 배타적이지 않은 실시허락을 M에게 하라고 요구할 수 있을 것이다. 이것은 그 시장을 경쟁에 개방할 것이다. 그러나 수익극대화 상태인 X는 이 제안을 거절할 것이다. X는 그 혁신 자체에 수반되는 시장지배력에 기인한 가치 상승을 포함해서 그 혁신의 모든 가치를 원할 것이다.³⁸⁶⁾

384) 미국법무부와 FTC의 수평적 합병지침 §4, Appendix C.

385) P. Areeda & L. Kaplow, *op. cit.*, ¶333 and 334 (1997).

386) 이 가정은 어떤 단일 특허권자는 독점 수익을 강요할 수 있다는 것을 시사한다. 만

만일 M이 그 청약경쟁에서 이겼다면, 판례법상 이제 M의 손에 있는 그 특허권은 必須施設로 취급되어야 할 것이고 M은 그것을 합리적인 비용을 받고 다른 기업들에게 실시가 가능하게 해주어야 할 것이다. 그러나 특허권자 자신이 필수시설을 쥐고 있다고 말할 근거는 없고, 독점자 M이 아닌 Z나 다른 구매자가 필수시설을 쥐고 있다고 말하는 것도 마찬가지다. 그렇다면, M의 성공적인 청약에 대하여 필수시설원칙을 적용하는 유일한 효과는 M이 청약하지 못하게 하는 것뿐이다. 이것은 Z가 X와 공유하면서 독점을 얻는 지위에 놔둘 것이다. 그러면 M은 자유롭게 Z보다 높게 청약할 수 있어야 하는 것이다. M은 자신의 기존의 지배를 보호하기 위하여 특허를 집적하고 있지 않다. 오히려 M은 그것만으로 그것을 실행하는 기업에게 지배를 허용할 특허권자의 손에 있는 하나의 특허를 식별하였다. 특허권자는 M으로부터건 다른 청약자로부터건 자신의 발명의 힘에 대한 완전한 보상을 수확할 자격이 있다.

둘째 가설적 사례에서, M은 특허기술에 기초하여 어떤 상품 독점을 하고 있다. P는 다른 대체기술보다는 좋으나 M의 기술만큼은 좋지 않은 새로운 대안기술에 대해 특허를 갖고 있다. M은 다른 기업이 새 기술을 사용하여, M에게 그 한계 가격을 인하하도록 하거나 새 기술의 개량에 의하여, M의 독점력을 실질적으로 훼손시키지 않을까 우려한다. 이러한 위험을 피하기 위하여, M은 P의 특허를 양수받아 그것을 은폐한다. 전통적인 원칙에 의하면, 이 양수는 서면법 제2조위반이어야 한다. M의 행위의 분명한 목적과 효과는 M의 독점수익을 보전하기 위하여 시장에서 이용가능한 정보를 감소시키는 것이다. 경쟁상의 피해가 발생하고 있다. M은 아무런 효율성도 얻지 못한다. P가 특허권의 본질적 가치를 얻기 위하여 M에게 판매할 수 있어야 할 필요도 없다. P가 그 특허권을 다른 방식으로 실시하는 것보다 M에게 양도함으로써 더 많이 버는 정도만큼, 보너스는 이 유망하지만 덜 효율적인 기술의 은폐가 M의 기존의 독점에 추가된 가치의 일부를 대표할 것이다.

일 자본과 정보시장이 완전하다면, 그 특허권자는 이 완전한 수익을 경쟁적인 상품시장을 발생시키기에 충분한 실시권자들에게 실시허락함으로써 얻을 수 있을 것이다. 그러나 그러한 시장들은 완전하지 않다. 특허권자가 극대화하는 가장 용이하고 가능한 가장 유리한 방법은 아마도 잠재적 독점자들에게 서로 대항하여 청약하도록 하는 것일 것이다.

요컨대, 지배적인 기업이 하나의 특허권을 양수하거나, 일련의 양수를 한다면, 필수적인 문제는 그 행위가 특허권자와 정부간의 특허권발부에 관한 협상으로부터 자연적으로 제기되는 수준을 기준으로, 이용가능한 정보를 감소시키거나 소비자에게 조세를 인상시켜서 자원배분을 왜곡하는 목적과 효과를 가지는가 여부이다. 만일 그러하다면, 그 양수는 상쇄하는 효율성창출이 없다면 독점금지법의 적용을 받을 수 있다. 그 분석에 관련되는 고려요소로는 그 특허권의 성질과 가치, 그 특허권이 사용되었는지 여부와 그 사용방법에 미친 양수의 효과, 특허권분쟁이 해결되었는지 여부 그리고 그 양수가 시장구조와 시장행태에 미칠 수 있는 효과 등이 포함된다.³⁸⁷⁾

3) 그랜트 백에 의한 知的財産權 讓受

특허권 라이선스는 때때로 실시권자에게 실시권자에 의하여 획득된 본래의 라이선스된 혁신을 개선하는 특허권이나 새 노우하우를 licensor에게 실시허락하거나 양도하도록 강요하는 내용을 포함한다. *Transparent-Wrap Machine Corp. v. Stokes & Smith, Co.* 사건에서, 연방대법원은 그러한 조항이 특허권자의 지위를 시장의 힘에 의한 침식으로부터 차단시키고 그 라이선스에 의한 혁신을 좌절시키기 때문에 본질적으로 반경쟁적이라는 주장을 기각했다.³⁸⁸⁾ 그러나 연방대법원은 특허권 집적에 의하여 전 산업이 통제될 수 있음을 강조하면서, 그랜트백은 독점금지법을 위반할 목적과 효과를 가지고 사용될 수도 있음을 인정했다.³⁸⁹⁾

어느 경우이건, *Transparent-Wrap* 판결 이후로 그랜트백은 독점금지 제소의 주요 표적이 되고 있지는 않다. 그렇지만 다른 특허권관련 행위와 같이, 그랜트백이 독점금지법에 위반되고 구제조치에 종속된다고 판시된 사건들이 존재한다.³⁹⁰⁾ 이것은 *Transparent-Wrap* 판결에서의, 그랜트백은

387) Report, Attorney General's National Committee to Study Antitrust Law 277 (1955).

388) 329 U.S. 637, 67 S.Ct. 610, 91 L.Ed. 563 (1947).

389) *Id.* at 646.

390) *Hartford-Empire Co. v. United States*, 323 U.S. 386, 417, 65 S.Ct. 373, 89 L.Ed. 322 (1945), supplemented, 324 U.S. 570, 65 S.Ct. 815, 89 L.Ed. 1198 (1945); *United States v. E. I. Du Pont De Nemours & Co.*,

그릇되게 사용될 수 있고 특허권의 집적은 산업을 통제할 수 있다는 두 가지 인식과 부합하고, 그 직접적인 결과이다. 시장지배력이 존재하고 다른 공격적인 전략들이 또한 사용된다면, 그랜트백 조항은 심각한 독점금지 위협을 야기할 수 있다.

(2) 知的財産權으로 獨占化된 市場을 위한 排他的 去來와 레버리징

1) 排他的 去來와 레버리징

배타적 거래협정은 독점자가 때때로 자신의 선택된 독점이나 한계가격에서 일부 구매자들을 포기하면서까지 독점의 침식을 저항함으로써 독점력을 강화할 수 있게 해준다. 그 수법은 단일 기업의 보이콧과 유사하다. 현재의 시장지배력이 주변 기업이 시장에 진입하거나 확장하는 것을 봉쇄함으로써 장래의 더 큰 제한을 막기 위하여 사용된다. 이 관행은 자원배분을 왜곡하고, 소비자를 해치며 그것을 상쇄할 만한 효율성창출의 정당화사유가 없다면, 셔먼법 제2조에 위반된다.³⁹¹⁾

셔먼법 제2조가 하나의 시장에서 확립된 독점력을 제2의 시장에서 독점을 창설하거나 위협하거나 보호하기 위하여 레버리징하는 것을 금지한다는 것은 오래전부터 정착된 판례법이다.³⁹²⁾ 그 같은 행위는 독립된 경쟁적 시장을 독

118 F.Supp. 41, 224-25 (D.Del.1953); *United States v. G.E. (Carboloy)*, 80 F.Supp. 989, 1005-06 (S.D.N.Y. 1948); *United States v. G.E. (Lamps)*, 82 F.Supp. 753, 815-16 (D.N.J. 1949).

391) *Lorain Journal Co. v. United States*, 342 U.S. 143, 72 S.Ct. 181, 96 L.Ed. 162 (1951); *United States v. Standard Oil Co. of California*, 362 F.Supp. 1331 (N.D.Cal.1972), affirmed, 412 U.S. 924, 93 S.Ct. 2750, 37 L.Ed.2d 152 (1973); *United States v. United Shoe Machinery Corp.*, 110 F.Supp. 295, 344-45 (D.Mass.1953), aff'd per curiam, 347 U.S. 521, 74 S.Ct. 699, 98 L.Ed. 910 (1954); *Eastman Kodak of New York v. Southern Photo Co.*, 273 U.S. 359, 47 S.Ct. 400, 71 L.Ed. 684 (1927); *United States v. Microsoft Corp.*, 56 F.3d 1448 (D.C.Cir.1995)(OEM이 마이크로소프트에게 운영체계의 실시허락에 대한 로열티를 OEM이 만드는 각 컴퓨터가 마이크로소프트의 운영체계를 사용하는지 여부와 관계없이 그 대수만큼 지급하도록 하는 계약조항을 금지하는 동의명령이 내려졌다.).

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

점화시키거나 독점화 시도 또는 경쟁을 저해한다. 그러므로 그것은 그 힘이 적법하게 획득된 때에 비해서 배분을 왜곡하고 소비자를 해하며 상쇄하는 효율성 정당화 요소가 없다. 이러한 분석은 당연위법 원칙이 아니라 합리성의 원칙에 기초한 것이므로, 특정한 상황에서 배분과 소비자후생을 개선하는 상쇄하는 효율성을 창출하는 결과를 제공하는 정당화사유가 존재한다면 그 사업상 정당화사유는 고려되고 평가되어야 한다.³⁹³⁾ 제2순회법원에서는, 그러한 레버리징은 제2의 시장에서의 독점을 발생시키거나 보호하거나 위협하였는지 여부에 무관하게, 제2의 시장에서의 중요한 경쟁상 피해를 유발하면 셔먼법 제2조에 위반된다고 판시하였다. 그러나 제9순회법원은 독점자에 의한 레버리징은 오직 제2의 시장에서 독점이 획득되거나 위협된 경우에만 제2조 위반이라고 판시했다.³⁹⁴⁾ *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.* 사건³⁹⁵⁾에서 Griffith 판결³⁹⁶⁾을 인용한 연방대법원은 제9순회법원의 입장을 거부하고, 제2순회법원의 견해를 지지한 것으로 해석된다. 타당한 전자의 견해에 의하면, 공격적인 배타적 행위가 정직한 산업적인 것으로 정당화되지 않고, 이것이 어딘가에서 심각한 경쟁상의 피해를 입힌다면 이미 보유하는 힘의 반경쟁적 사용이다. 후자의 견해에 의한다면 하나의

States, 342 U.S. 143, 72 S.Ct. 181, 96 L.Ed. 162 (1951); *United States v. Griffith*, 334 U.S. 100, 68 S.Ct. 941, 92 L.Ed. 1236 (1948); *Eastman Kodak of New York v. Southern Photo Co.*, 273 U.S. 359, 47 S.Ct. 400, 71 L.Ed. 684 (1927); *MCI Telecommunications Corp. v. AT & T*, 708 F.2d 1081 (7th Cir.1983), *cert. denied*, 464 U.S. 891, 104 S.Ct. 234, 78 L.Ed.2d 226 (1983); *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 U.S. 366, 93 S.Ct. 1022, 35 L.Ed.2d 359 (1973).

393) *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585, 105 S.Ct. 2847, 86 L.Ed.2d 467 (1985); L. Sullivan, *Section 2 of the Sherman Act and Vertical Strategies By Dominant Firms*, 21 Sw. U. L. Rev. 1227 (1992).

394) *Berkey Photo Inc. v. Eastman Kodak*, 603 F.2d 263 (2d Cir.1979), *cert. denied*, 444 U.S. 1093, 100 S.Ct. 1061, 62 L.Ed.2d 783 (1980). *Contra Alaska Airlines v. UAL*, 948 F.2d 536 (9th Cir.1991), *cert. denied*, 503 U.S. 977, 112 S.Ct. 1603, 118 L.Ed.2d 316 (1992).

395) 504 U.S. 451, 112 S.Ct. 2072, 119 L.Ed.2d 265 (1992).

396) *United States v. Griffith*, 334 U.S. 100, 68 S.Ct. 941, 92 L.Ed. 1236 (1948).

시장에서의 독점력을 다른 곳에서의 경쟁에 피해를 입히기 위하여 주의깊게 사용하여 다른 곳에서 독점 수준에 이르지 않는 피해만을 발생시킨다면 법에 위반되지 않게 되는 불합리한 결과를 낳을 수 있다.

2) 知的財産權과 排他的 去來

United States v. Microsoft Corporation³⁹⁷⁾에서 원고가 주장한 사실 가운데 배타적 거래 쟁점만을 편집한 다음의 두 가지 가설적 사례를 검토하여 보자.³⁹⁸⁾ 첫째 사례에서, Net Co.는 관련시장에서 설치된 인터넷브라우저중 90퍼센트를 점하고 현재의 판매에서도 지적재산권에 기초하여 독점을 보유하고 있다. 그러나 운영체제와 기타의 응용프로그램에서 강력한 지위를 갖고 있는 MS가 그 브라우저시장에 진입하려고 하는 것을 알고 있다. 데스크탑 사용자들은 주로 두 가지 채널을 통하여 브라우저를 획득한다. 그 컴퓨터의 판매 이전에 컴퓨터제조업자(OEM)에 의하여 브라우저가 설치되거나, 데스크탑 사용자가 거래하는 인터넷서비스공급자(ISPs)에 의해서 제공되는 브라우저를 받는 식이다. 첫째, Net Co.는 OEM에게 자신이 제조하는 컴퓨터에 다른 브라우저를 설치하지 않는 조건으로만 그 OEM이 자신의 브라우저를 설치하도록 허가한다. 둘째, Net Co.는 ISP에게 자신의 브라우저만을 배타적으로 배포하고 판촉하겠다는 약속하에서 ISP의 고객들에게 브라우저를 공급하도록 ISP에게 브라우저를 공급한다. 이 방식으로 Net Co.는 양 브라우저 채널의 주요 참가자들로부터 이 채널들을 MS와 기타의 경쟁자들로부터 차단하도록 강요한다. 이 전략은 Net Co.의 라이벌들의 비용을 상승시키고 그들의 청약의 효용과 가치를 감소시킨다. 그것은 브라우저시장에서의 현재의 Net Co.의 힘의 일부를 그 힘의 장래의 침식으로부터 차단하기 위하여 사용함으로써 위의 효과를 달성한다. 이것은 Net Co.의 현재의 독점수익을 감소시킬 것이다.³⁹⁹⁾ 그것은 다른

397) 147 F.3d 935 (D.C.Cir. 1998).

398) L. Sullivan & W. Grimes, *op. cit.*, pp. 844-845 (2000).

399) Louis Kaplow, *The Patent-Antitrust Intersection: A Reappraisal*, 97 Harv. L. Rev. 1813 (1984); Lawrence Sullivan, *Section 2 of the Sherman Act and Vertical Strategies By Dominant Firms*, 21 Sw. U. L. Rev. 1227 (1992).

지대(rent)를 추구하는 전략들과 지출이 비효율적인 것과 마찬가지로 비효율적이다. 그것은 배분적으로 비효율적인 독점력을 시장의 힘에 의한 침식으로부터 보호한다. 이것의 사후적인 사회적 비용에 대하여 정당화하는 아무런 사전적 정당화사유도 존재하지 않는다. 분명히 Net Co.는 자사의 브라우저 생산할 동기를 얻기 위하여 이 방식으로 자신의 힘을 이용할 법적 권한이 필요하지 않았다. 다른 효율성 창출의 정당화사유도 존재하지 않는다. 판례법이나 독점금지법 또는 지적재산권 관련 법률도 단지 그 힘의 원천이 지적재산권이기 때문에, 서면법 제2조의 통상적인 적용을 배제하는 것으로 해석될 것은 없다. 지적재산권으로부터 비롯된 힘은 흔히 전통적인 독점금지분석의 대상이 되어왔다.⁴⁰⁰⁾ 근래에 연방대법원은 이러한 관점을 *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services*에서 특별히 인정하였다.⁴⁰¹⁾

둘째 사례에서, MS는 데스크톱 운영체제에서 독점력을 보유하고 있고, 자사의 운영체제를 사용하는 컴퓨터에 서비스를 제공하기 위하여 사용되는 저작권의 보호를 받는 분석도구를 개발하였다. 이 도구는 서비스비용을 상당히 감소시키며 MS에게 서비스시장에서의 힘을 부여한다. 경쟁하는 서비스공급자들은 서비스시장에서 MS와 보다 효과적으로 대항하기 위하여 그 전유적인 분석도구를 라이선스하기를 원하나 MS는 거절한다. MS는 Net Co.와 같이, 경쟁자들에게 자신의 서비스시장에서의 시장지배력이 부분적으로 기초하고 있는 지적재산권의 라이선스 거절을 통하여 서비스시장에서의 기존의 힘을 보호하고 있는 것이다. 그러나 둘째 사례와 첫째 사례간에는 두 가지 차이가 있다. i) Net Co.는 무조건적인 거래거절을 하지는 않았

400) *Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery & Chemical Corp.*, 382 U.S. 172, 86 S.Ct. 347, 15 L.Ed.2d 247 (1965) ; *La Peyre v. Federal Trade Commission*, 366 F.2d 117 (5th Cir.1966); *United States v. Line Material Co.*, 333 U.S. 287, 68 S.Ct. 550, 92 L.Ed. 701 (1948); *Hartford-Empire Co. v. United States*, 323 U.S. 386, 417, 65 S.Ct. 373, 89 L.Ed. 322 (1945), supplemented, 324 U.S. 570, 65 S.Ct. 815, 89 L.Ed. 1198 (1945) ; *United States v. New Wrinkle, Inc.*, 342 U.S. 371, 72 S.Ct. 350, 96 L.Ed. 417 (1952); *Service & Training, Inc. v. Data General Corp.*, 963 F.2d 680 (4th Cir.1992).

401) 504 U.S. 451, 112 S.Ct. 2072, 119 L.Ed.2d 265 (1992).

다. 오히려 그 거절에는 부차적인 목적이 있었다. 동사는 그 라이선스를 실시권자에 의한, 다른 Net Co. 경쟁자와 거래하지 않기로 하는, 병렬적인 협정을 조건으로 달았다. 그와 대조적으로 두 번째 사례의 MS는 단순히 자신의 분석도구를 자신의 전용으로 하고, 수리시장에서의 자사의 경쟁자들에게 그것의 실시허락을 거절하였다. ii) 분석도구 사례에서 그 지적재산권은 그것의 다른 기업에 의한 사용이 제한되는 서비스시장에서의 MS의 지위를 개선하기 위하여 명시적으로 개발되었다. 아마도 MS는 그 의도한 시장에서 배타적으로 사용할 수 있을 것에 대한 기대를 하지 않았다면 그 수리도구를 개발하기 위한 연구 개발을 하지 않았을 것이다.

Data General사건⁴⁰²⁾은 이들 두 사례들간의 구별이 중요하다는 것을 확인하였다. 이 판례는 저작권자는 그 저작권이 사용되고 있는 바로 그 시장에서의 경쟁을 위한 경쟁자의 실시허락요청을 거절할 수 있다는 강력한 추정을 시사한다. 이 사건에서는, 컴퓨터제조업자가 컴퓨터 관리서비스의 판매에 사용되던 문제해결용 소프트웨어의 저작권을 침해했다는 이유로 제소하였다. 피고는 그 제조업자의 그 소프트웨어에 대한 라이선스 거절이 독점 금지법위반이라는 반소를 청구했다. 법원은 처음 저작권법의 목적의 하나는 표현의 기능적 작품에의 투자촉진이라고 언급했다. 법원은 그 때에 서면법과 저작권법이 각각 “궁극적으로 자유로운 시장체계에서 소비자후생을 증진하려고 만들어진 것”이라고 하는 이유를 확인하면서 양자를 조화시켰다.⁴⁰³⁾ 동법원은 궁극적으로 “배타적 행위에는 독점자의 일반적인 저작권의 라이선스 거절이 포함되지만, 저자의 저작권의 보호대상인 작품으로부터 타자를 배제하려는 욕구는 ... 소비자에 대한 직접적 피해에 대하여 유효한 것으로 추정되는 사업상 정당화사유이다.”라고 판시했다.⁴⁰⁴⁾ 물론 Data General 사건은 위의 MS 가설보다는 지적재산권자가 훨씬 승소하기 쉬운 사례이다. Data General은 공정한 시장가치로 지적재산권을 사용하기 위한 라이선스를 획득하고 이에 대하여 지급하려는 시도가 아니라, 지급하지 않고 무단

402) *Data General Corp. v. Grumman Systems Support Corp.*, 36 F.3d 1147 (1st Cir.1994).

403) *Id.* at 1187.

404) *Id.*

사용하고나서 이 무단승차에 대하여 독점금지법적 근거로 대항한다는 지적 재산권의 도용을 포함하고 있다. 것처럼 노골적인 무단승차와 관련하여 하는 독점금지 주장은 항상 실패하게 마련이다. MS의 가설의 상황에서는, 그와 달리, 문제는 그 지적재산권자가 관련 연구개발투자를 촉진하기 위하여 배타성의 기대가 필요하였는지 여부이다. 이러한 이유에서 Data General 판례의 추정은 결정적인 것으로 간주되어서는 아니될 것이다. 아마도 독점자가 자신의 독점된 시장에서의 배타적 사용에 대한 기대가 그 지적재산권을 낳은 연구개발의 중요한 유인이었다고 하는 것을 입증하지 않는다면, 특별히 그렇게 강력한 추정하여서는 안될 것이다. 그러한 사실들에 근거하여, 지적재산권자에게 접근을 거부하도록 허용하는 것은 배분적 효율을 향상시킬 수 있다. 그러나 만일 독점화된 시장에서 지적재산권을 보호하는 것이 기대하지 않은 보상이라면, 그 독점자의 자신의 지적재산권에 대한 접근거절은 다른 종류의 재산에 대한 접근거부에 대한 것만큼 평가되어야 한다. 궁극적으로 쟁점은 그 독점자가 효율성을 향상시키는 좋은 사업상 이유로 그렇게 행동하였는지 아니면 경쟁을 억제하려는 목적과 효과로서 그렇게 하였는지 여부이다.

3) 知的財産權과 레버리징

지적재산권에 기초한 레버리징의 예는 지적재산권의 보호대상인 재화의 거래를 그 실시권자가 끼워팔기조건을 수락할 때를 제외하고는 거절하는 경우이다. 실상 레버리징을 하는 기업의 힘이 지적재산권에 기초하고 있는 점은 그 레버리징이 서면법 제2조와 제1조 위반이 되는가에 중요하지 않다.⁴⁰⁵⁾ 만일 Berkey 판례가 판례법이라면, 당해 술책이 그 성질상, 독점자의 제2시장에서의 경쟁자를 상당히 불리하게 한다면, 제2조위반이 된다. 그러나 Alaska Airlines 원칙⁴⁰⁶⁾하에서는, 레버리징하는 기업이 현재 제2의 시장에서 상당한 시장점유율을 가지고 있는가 하는 점이 논란이 될 수 있다.

405) 지침 §2.2.

406) *Contra Alaska Airlines v. United Airlines, Inc.*, 948 F.2d 536 (9th Cir.1991), cert. denied, 503 U.S. 977, 112 S.Ct. 1603, 118 L.Ed.2d 316 (1992).

이것은 현실적으로 목표시장에서의 그 전략의 가능한 효과를 고려함으로써 해결되어야 한다.

Netscape는 1996년 8월 Microsoft가 인터넷용 소프트웨어의 판매에 있어서 자사의 Windows에 대한 통제를 불공정하게 이용하였다고 법무부에 신고하였다. 넷스케이프는 자사의 Fastrack서버를 Microsoft의 Windows NT 워크스테이션 소프트웨어 사용자들에게 판매하여 왔다. 넷스케이프는, Microsoft가 NT 워크스테이션 사용자들에게 NT 워크스테이션-Fastrack 결합으로부터 Microsoft의 보다 비싼 NT 서버로 전환하도록 강요하기 위하여, 워크스테이션 라이선스내에 각 실시권자가 한 번의 복사로 가능한 인터넷 접속의 수를 제한하는 것을 포함시키고 Microsoft의 워크스테이션과 서버 하드웨어를 Microsoft NT 워크스테이션과 Netscape Fastrack 소프트웨어의 가격의 합계와 상당히 다른 가격으로 끼워팔았다고 주장하였다. 만일 그 주장이 사실대로라면, Microsoft는 Netscape와의 격전이 벌어지고 있는 서버시장에서의 자신의 지위를 강화하기 위하여, 자신의 NT 워크스테이션 소프트웨어로부터 나오는 힘을 레버리징하였다. Berkey Photo판례의 원칙에 의하면, 그 행위가 셔먼법 제2조 위반인지 여부는 이들이 별개의 시장인지, 그리고 Microsoft가 워크스테이션 운영체제시장에서 독점력을 보유하고 있는지 여부 그리고 그 전술이 서버시장에서의 심각한 경쟁상 피해를 위협하였는지, 그리고 효율성을 창출하는 사업상 정당화 사유가 존재하는지 그리고 그것이 서버시장에서의 해악을 상쇄하는지 여부에 달려있다. Alaska Airlines판례의 원칙에 의거하면, Microsoft는 Netscape의 서버시장에서의 강력한 지위와 상품의 이점을 감안하면, 그 가능성만으로는 안되고 오직 서버시장에서의 Microsoft의 독점을 야기하거나 위협하는 것에 의하여 그 충분한 해악이 실현된 경우에만 셔먼법 제2조를 위반한 것이 된다.

4) 知的財産權 保所有者에 의한 去來拒絶

지적재산권자가 거래할지 여부에 관하여 하는 결정이 독점금지법에 의하여 어떠한 제한을 받는가에 관하여 살펴본다. 모든 종류의 지적재산권자는

스스로 언제 누구와 거래할지를 결정할 권한이 있다고 추정된다.⁴⁰⁷⁾ 그러나 독점금지법이 그에 관해서 여러 가지 방식으로 개입한다.⁴⁰⁸⁾ 거래 여부를 경쟁자와 공동으로 선택하게 되면, 흔히 독점금지에 위반된다.⁴⁰⁹⁾ 필수시설의 보유자의 개별적인 선택도 위법일 수 있다.⁴¹⁰⁾ 독점자나 독점을 위협하는 기업들도 누구와 거래할 것인지에 관한 자신들의 선택이 제한될 수 있다.

1908년에, 연방대법원은 특허권자는 그 특허권을 스스로 실행하지 않았다고 하여 자신의 특허권을 침해자에 대항하여 행사할 권리를 박탈당하지 않는다고 판시하였다.⁴¹¹⁾ 연방대법원은 후에 그 판례를 인용하면서, 특허권의 커미셔너는 전체 기계에 대하여 적용되는 청구를 허용하였다면, 신청자들이 자신들의 넓은 보호되는 장치의 부분을 사용하여 타자들이 경쟁하지 못하도록 하기 위하여 그 기계의 구성부분에 대한 좁은 청구를 하는 경우에, 그 특허권 청구를 거부할 수 없다고 판시하였다. 이들 두 판례에 관하여 흔히 특허법은 특허받은 발명을 실시할 의무를 부과하지는 않는다고 말하여진다. 저작권, 영업비밀 등의 보유자가 실시하도록 강요되지 않을 권리는 강력하다. 다만 상표권은 이와 달리 일정한 기간동안 사용하지 않으면 무효로 된다. 이 외에도 독점금지관련 쟁점은 남아있다. 지적재산권의 비사용(non-use)이나 은폐가 셔먼법 제2조의 위반인가 하는 문제이다. 단지 비사용만으로는 독점자가 그렇게 하더라도 위반이 아니다. 실제로 특허권은 실행할 가치가 없어서 실행되지 않는 경우가 많이 있다. 독점금지법은 상품의 개선효과를 없이 비용만 상승시킬 수 있는 특허권 실시를 위한 자원소비의 의무를

407) 예컨대, *FTC v. Raymond Bros.-Clark Co.*, 263 U.S. 565, 44 S.Ct. 162, 68 L.Ed. 448 (1924); *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300, 39 S.Ct. 465, 63 L.Ed. 992 (1919).

408) 예컨대, *Lorain Journal Co. v. United States*, 342 U.S. 143, 72 S.Ct. 181, 96 L.Ed. 162 (1951); *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 U.S. 366, 93 S.Ct. 1022, 35 L.Ed.2d 359 (1973) ; *United States v. Parke, Davis & Co.*, 362 U.S. 29, 80 S.Ct. 503, 4 L.Ed.2d 505 (1960).

409) 예컨대 *Fashion Originators' Guild of America v. FTC*, 312 U.S. 457, 61 S.Ct. 703, 85 L.Ed. 949 (1941).

410) *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 U.S. 366, 93 S.Ct. 1022, 35 L.Ed.2d 359 (1973).

411) *Continental Paper Bag Co. v. East. Paper Bag Co.*, 210 U.S. 405, 28 S.Ct. 748, 52 L.Ed. 1122 (1908).

부과하지는 않는다.

그와 대조적으로, 특허권의 은폐(suppression)는 비사용과는 다른 것을 시사할 수 있다. 예컨대, 지적재산권자가 현재의 실행이 시장가치를 가짐에도 그 특허권의 사용이나 정당한 로얄티를 주겠다는 타 사업자에 대한 라이선스를 모두 거절하였고, 그 지적재산권자가 이렇게 한 것은 현재의 기술에 대한 자신의 초기투자분에 대한 최대한의 수익을 올리기 위해서 그렇게 한 경우를 검토해보자. 그러나 비록 독점자가 그러한 행위를 한다 하더라도 그것은 사회적 해악을 초과하는 사회적 혜택이 존재할 수 있다. 동태적으로 관찰하면, 여기에서 정의된 은폐를 금하는 원칙은 연구개발에 대한 투자를 위축시키기 때문에, 그러한 은폐를 허용하는 것은 그 독점자만이 아니라 공중에게 순이익을 발생시킬 수 있다. 모든 사회적 비용과 혜택이 종합적으로 합리의 원칙하에서 비교되어야 하므로, 법원은 원고를 위해서, 왜 독점자의 결정이 적절한 상쇄하는 사업상 정당화사유 없이, 자원배분을 왜곡하고, 경쟁을 저해하고 소비자후생을 감소시키는지에 관한 증거를 검토하고, 피고를 위해서는, 왜 모든 주어진 관련 사항의 고려와 동태적 관점에서, 상업화의 보류나 지연결정이 합리적이었는지에 관한 증거를 검토하게 될 것이다.

예컨대, 독점자의 현재의 기술이 어떤 가능한 대안보다 우수하고, 그 독점자는 이전의 대안보다 상당히 나은 새로운 대안기술을 발명하여 특허를 받았지만, 그 대안기술도 현재의 기술만큼 좋지는 않은 사례를 가정해 보자. 그 독점자는 이 대안기술을 3년간 주변의 경쟁자에게 높은 로얄티를 받고 라이선스하면서 그 경쟁자가 독점자의 가격선도를 추종하고 오직 합리적인 수익만 올릴 것을 상호 약정하였다. 그 경쟁자는 독점자의 가격을 추종하지만, 곧 비용절감, 수익제고, 더 나은 품질향상 등에 성공하여 더 높은 시장점유율을 갖게 된다. 3년의 계약기간이 종료하면, 그 독점자는 그 기술을 더 높은 로얄티를 받고 라이선스하는 것이나 어느 경쟁자에게의 어떤 로얄티를 받더라도 라이선스를 모두 거절한다. 이들 사실들은 독점자의 정책의 변화를 강조한 *Aspen Skiing* 사건⁴¹²⁾에서의 판시를 상기시킨다. 그 사건의 판시를 토대로 보면 위의 가설의 요소들은 독점화행위를 인정할 만한 것들이

412) *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585, 105 S.Ct. 2847, 86 L.Ed.2d 467 (1985).

다. 그러나 이 경우에 특허법상 실시의무는 없고, 독점자가 정상적인 수익 극대화방법으로 은폐를 할 여러 가지 상황이 존재하므로, 합리의 원칙의 심사시 비록 독점자에 의한 은폐라고 해도 적법하다고 추정되어야 한다. 오직 그 은폐가 독점자의 정책의 변화 사례처럼 통상적인 것에서 벗어나 있을 때에만 독점금지법 위반의 쟁점이 제기될 것이다.

(3) 知的財産權 讓渡와 라이선스 제한

1) 라이선스 제한 분석의 기본틀

독점금지법과 지적재산권법을 포함하는 판례법은, 효율성 정당화사유와 관련된 지적재산권 청구가 협잡이거나 명백히 사소한 때인, 전통적인 당연 위법원칙이 적용될 상황⁴¹³⁾을 제외하고는, 계속해서 합리의 원칙을 사용하여 오고 있다.⁴¹⁴⁾ 지침도 이 접근방법을 채택하고 있다. 독점금지 집행기관은 “그 지적재산권 제한이 반경쟁적 효과를 발생하는지 여부, 그리고 만일 그렇다면 그 제한이 그 반경쟁적 효과를 상쇄할 친경쟁적 혜택을 획득하기 위하여 합리적으로 필요한지 여부”에 관하여 조사하여야 한다.⁴¹⁵⁾ 그럼에도 불구하고, 만일 “그 제한의 성질과 필수적인 효과가 ... 순전히 반경쟁적이라면” 상세한 경제적 분석은 필요하지 않다.⁴¹⁶⁾

요컨대 미국의 지적재산권의 라이선스를 검토하는 현대의 독점금지 분석은 당연위법원칙을 포함하여 신속한 고찰이나 합리의 원칙이 적절할 경우에는 그것을 사용한다.

413) 예컨대, *Palmer v. BRG of Ga. Inc.*, 498 U.S. 46, 111 S.Ct. 401, 112 L.Ed.2d 349 (1990).

414) *Berkey Photo Inc. v. Eastman Kodak*, 603 F.2d 263 (2d Cir.1979)(공동연구에 참여하는 기업들의 시장지배력 보유여부는 독점금지분석의 요소이다.); *Hennessy Industries v. FMC Corp.*, 779 F.2d 402 (7th Cir.1985).

415) 지침 §3.4.

416) *Id.* 지침은 *FTC v. Superior Court Trial Lawyers Ass'n*, 493 U.S. 411, 110 S.Ct. 768, 107 L.Ed.2d 851 (1990)과 *National Society of Professional Engineers v. United States*, 435 U.S. 679, 98 S.Ct. 1355, 55 L.Ed.2d 637 (1978) 판례를 인용하고 있다.

2) 라이선스 제한을 통한 카르텔화

지적재산권은 최소한 개선으로서의 본질적 가치를 가지며, 라이선스제한은 licensor와 실시권자간에 그 기술에 대한 시장에서의 협상의 산물이다. 그러나 제한부의 지적재산권 라이선스는 노골적인 카르텔화 장치로 사용될 수 있다. 어떤 특허기술이 이미 公有되고 있는(in the public domain) 대안 기술에 비하여 비용상이나 품질상 이점이 없다고 전제하자. 실제적 문제로서 그러한 지적재산권은 무가치하다. 다음으로 이러한 무가치함에도 불구하고, 경쟁이나 과점적 구조하의 시장에 있는 대부분의 기업들은 특허권자에게 총비용보다 더 높은 수준에서 再販價를 고정하는 라이선스에 대하여 약간의 라이선스료를 지급하기로 동의한다. 이것에 대하여 경제적으로 가능한 유일한 설명은 실시권자들이 특허권자에게 가격카르텔을 조직하고 감시하는 데 대한 대가를 지급하는 것이라는 것이다.⁴¹⁷⁾

실제의 상황은 이 가설처럼 명백하지 않을 수 있다. 그러나 어떤 산업이 형성되어서 유효경쟁이 이루어지고 하나의 특허권을 중심으로 가격제한이나 시장분할을 포함하는 라이선스를 통하여 조직화될 수 있다면, 카르텔과 유사한 동기형성과 효과의 가능성은 존재하는 것이다.⁴¹⁸⁾ 만일 그 라이선스된 기술이 대안적 기술에 비하여, 중요한 장점을 가지고 있지 않다면, 카르텔화가 가능한 설명이다. 실로, 만일 그 기술이 장점을 가지고 있더라도, 카르텔화의 구성요소는, 특히 지적재산권자가 자신의 보호대상인 기술에 대하여 산업표준을 획득하였다면, 가격 고정 라이선스에서 제기될 수 있다. 가격, 산출 또는 시장분할 같은 제한이 licensor에 의하여 부과된 상황에서는 언제나, 소비자후생의 피해가 있다. 산업에 대한 가격과 산출에 관한 결정이 사소한 가치를 가지는 기술에 대한 라이선스를 통하여 행해진다면, 각별한 관심의 대상이 된다. 만일 그것의 목적과 효과가 산업 산출을 감소시키고 전체 산업의 수익을 그 특허권만을 완전하고 성공적으로 실시하여 licensor가 성취할 수 있었던 수준보다 더 상승시키려는 것이라면, 그 라이선스는 배분

417) 지침 사례 7, §5.2.

418) *United States v. New Wrinkle, Inc.*, 342 U.S. 371, 72 S.Ct. 350, 96 L.Ed. 417 (1952).

을 왜곡하고 가격을 상승시킨다.

3) 共同實施許諾契約과 相互實施許諾契約

개별적으로 소유되고 통제되는 지적재산권들은 연구시장, 상품시장 또는 그 양자에서 실제적 또는 잠재적 경쟁관계에 있을 수 있다. 그러나 지적재산권을 공동의 통제하에 두는 것은 배분을 개선하고 경쟁을 증가시키는 경제적 이익을 발생시킨다. 그러한 협정들은 보충적인 기술의 효과적인 사용, 방어특허(blocking patents)의 차단해제, 기본특허와 개량특허간의 연결, 거래비용의 절감, 규모나 범위의 경제의 생성 등을 활성화시킬 수 있고, 많은 경우에 충돌하는 지적재산권청구간의 문제를 해결하는 가장 저렴한 수단인 화해계약을 활성화시킨다. 하나 또는 그 이상의 그러한 장점들은 참여자들간의 지적재산권의 상호실시허락(cross licenses)이나 합작투자회사나 공동소유의 자회사를 통한 그 지적재산권들의 공동통제에 의하여 성취되는 지적재산권의 양면 또는 다면적 공동실시허락계약(pooling agreement)에 의하여 발생될 수 있다. 그러나 현실적 또는 잠재적으로 경쟁관계인 어떤 종류의 자원들의 통제를 통합하는 것은 또한 경쟁상의 해악을 발생시킬 수 있다. 결합되게되면 이전에 경쟁관계에 있던 상품이나 기술들은 관련 상품이나 기술시장에서 상당한 점유율을 차지하게 되어, 직접적으로 수평적 경쟁을 감소시키며, 이것은 그 공동사용에서 발생한 효율성을 상쇄하거나 능가할 수 있다. 이것은 다른 자본재의 공동통제와 마찬가지로, “대상 지적재산권을 공동 설정된 가격으로 마케팅하거나 협정된 산출제한처럼 공동사용 협정에 의한 공동의 가격이나 산출 제한”은 경쟁을 해할 수 있다.⁴¹⁹⁾ 합리의 원칙의 임무는 전문성을 가지고 잠재적인 해악과 혜택을 식별하고 집중의 정도를 고려하고, 판단을 하는 것이다.⁴²⁰⁾ 이 분석과정은, 만일 그 통합에

419) 지침 §5.5. 지침은 해로운 지적재산권의 통합의 예와 유익한 그것의 예로서, *NCAA v. Bd. of Regents of Univ. of Oklahoma*, 468 U.S. 85, 104 S.Ct. 2948, 82 L.Ed.2d 70 (1984)와 *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcast System, Inc.*, 441 U.S. 1, 99 S.Ct. 1551, 60 L.Ed.2d 1 (1979) 판례를 제시하고 있다.

420) 예컨대, *Palmer v. BRG of Georgia, Inc.*, 498 U.S. 46, 111 S.Ct. 401, 112 L.Ed.2d 349 (1990).

도 불구하고 관련시장이 분명히 경쟁적인 상태를 유지하는 것처럼 혜택이 해악을 압도하고 있거나 반대로 그 통합이 명백히 협잡인 경우처럼 해악이 혜택을 능가하는 경우에는, 형식적으로 행해질 것이다. 그러나 일정한 경우에는 신중한 시장 획정과 해악과 혜택의 분석이 필요할 수 있다.⁴²¹⁾

만일 개량특허가 다른 특허권자가 소유하는 기본특허 때문에 차단된다면, 그 개선된 기술이 실행되도록 하기 위하여 그 벽을 허무는 것이 명백한 사회적 장점이 있다. 이것은 한 특허권자가 다른 자에게 특허권을 양도함으로써도 가능하지만, 어느 특허권자도 자신이 그 결합된 특허권으로부터 배제되기를 원하지 않을 것이다. 그러한 상황에서는, 그렇지 않다면 접근할 수 없는 기술의 실시를 촉진하는, 상호실시허락계약(cross licensing)이 사회적으로 유익하다. 이러한 상황은 적법한 것으로 추정된다. 그러나 만일 그 기술시장의 집중도가 높다면, 부작용도 고려되어야 한다.⁴²²⁾

그와 다른 가설적 사례를 본다. 어떤 상품시장이 7개의 기업으로 이루어진 과점시장이다. 최대 기업인 A와 B가 각각 전유적인 기술을 가지고 있고, A의 기술이 B의 그것보다 약간 낮다. B는 대안적 기술을 개발중이다. 다른 기업중 둘은 A의 기술에 대하여 2년간의 라이선스를 보유하고, 다른 셋은 B의 기술에 대한 라이선스를 보유한다. A와 B가 자신들의 지적재산권과 자신들의 권리를 공동으로 소유하는 자회사에게 양도한다. 이 양도는 관련기술시장에서의 경쟁을 심각하게 저해할 수 있다. 만일 과점상품시장이 기술시장에서의 경쟁을 그대로 반영하는 관계에 있다면, 위의 사례의 경우 심각한 경쟁상의 피해가 명백히 우려된다. 그 두 경쟁기술을 통일된 통제하에 두면 A와 B간의 경쟁적 라이선싱도 끝난다. 공동실시허락계약은 서로간에 현실적 또는 잠재적 대체관계에 있는 특허권풀내의 특허권간의 라이선싱 경쟁을 종식시킨다. 그것은 또한 개선을 위한 연구경쟁도 종식시킬 수 있다. 그

421) Roger B. Andewelt, *Practical Problems in Counseling and Litigating : Analysis of Patent Pools under the Antitrust Laws*, 53 *Antitrust L.J.* 611 (1985); Robert P. Merges, *Contracting into Liability Rules : Intellectual Property Rights and Collective Rights Organizations*, 84 *Cal. L. Rev.* 1293 (1996).

422) *United States v. Line Material Co.*, 333 U.S. 287, 68 S.Ct. 550, 92 L.Ed. 701 (1948). 지침 §5.5.

러나 이러한 가설에 대한 완전한 분석을 위해서는 과연 상품시장이 기술시장에서의 경쟁을 그대로 반영하는 관계에 있는가 하는 점을 판단하여야 한다. 동일한 상품시장내에 있지 않은 기업도, 그 풀에 들어있는 두 개의 기술과 경쟁하는 기술의 원천일 수 있기 때문이다. 어떤 특허권풀 외부의 기업도 경쟁이 가능한 비교할만한 기술을 사용하였거나 사용하고 있지 않다면 분석 과정은 형식적으로 행해질 수 있다. 그런 경우에는 그 상품산업내에서의 기술경쟁의 최종목적을 감안하여, 약식의 합리의 원칙 분석이면 충분할 것이다.⁴²³⁾

경쟁하는 특허권들의 상호실시허락계약(cross licensing)이나 공동실시허락(pooling)이 시장에서 미치는 효과는 그 구조에 따라서 다양하다. 만일 대부분의 실시 가능한 저비용기술이 공동 통제하에 들어간다면, 시장지배력을 발생시킬 것이다. 만일 그 분명한 목적과 효과가 가격담합이고 상쇄하는 효율성도 인정되지 않는다면, 당연위법 원칙의 분석이 요청된다. 반면에, 몇몇 다른 기업에 의하여 통제되는 상응하는 효율적인 대안기술들이 존재한다면, 상호실시허락계약이나 공동실시허락의 부작용은 경미할 수 있다. 또한 만일 하나 이상의 동등하게 효율적인 기술이 公用되고 있다면 특허권풀은, 규모나 범위의 경제 또는 네트워크 외부성 등이 그 풀을 다른 대안 기술로부터 보호하지 않는 한, 경쟁에 심각한 피해를 가할 수 없을 것이다.

상호실시허락계약이 기술시장에서의 집중도를 예컨대 HHI 700에서 HHI 1100으로 변화시키는 것처럼, 상당히 상승시키지만 높은 수준으로는 아니라면⁴²⁴⁾, 만일 그 특허권이 방어적인(blocking) 것이 아니라면, 통합 효율성(integration efficiencies),⁴²⁵⁾ 거래비용의 절감,⁴²⁶⁾ 넓은 범위에

423) 지침 §5.1 및 사례 9.

424) 미국연방법무부와 연방거래위원회의 1992년 합병지침 §1.51은 HHI수치가 1000 미만이면 저집중(unconcentrated), 1000내지 1800이면 중간집중(moderately concentrated), 1800을 초과하면 고집중(highly concentrated)으로 간주한다.

425) ABA Antitrust Section Commentary on the Licensing Guidelines는 다음의 예를 든다. 신약기술을 규제적 명확성, 제조, 마케팅 등을 더 잘할 수 있는 기업에게 부여하는 라이선스. *Id.* 35.

426) *National Cable Television Assoc., Inc. v. BMI*, 772 F.Supp. 614 (D.D.C. 1991)(BMI의 일괄라이선스(blanket license)는 수천개의 구성부분과의 교섭의 필요성을 제거해주기 때문에 거래에 대한 불합리한 제한이 아니며, 그 효율성은

서의 효과적인 실시,⁴²⁷⁾ 연구나 R & D의 산출물의 상업화에 있어서의 규모나 범위의 경제⁴²⁸⁾ 등 여러 가지 종류의 해악을 상쇄하는 혜택이 존재할 수 있다.

특허의 유효성이나 우선성 등에 관한 분쟁의 화해도 특허권소송이 비용을 요하고 소모적이기 때문에, 공동실시허락에 대한 정당성을 부여할 수 있다.⁴²⁹⁾ 그러나 그 화해된 특허권풀이 관련시장의 집중율을 현저히 상승시킬 정도로 넓은 범위에서 적용된다면, 그리고 화해된 소송이 하나 이상의 특허권의 유효성에 관한 쟁점을 수반하는 것이라면, 그 화해로 인한 경쟁상의 피해는 매우 클 수 있다. 만일 그 소송이 계속 진행되었다면 하나 이상의 기술이 公有되었을 경우라면 더욱 그러하다.

기술시장이나 상품시장에서의 수평적 경쟁자들간의 지적재산권의 상호실시허락계약이나 공동실시허락계약은 그것이 시장에서 독점을 창설·확장·보호 또는 위협한다면 서면법 제1조나 제2조에 위반될 수 있다.⁴³⁰⁾

Northrop Corp. v. McDonnell Douglas사건⁴³¹⁾에서, 두 항공기 제조업자들이 서로의 부족한 경험을 보충해줄 기술을 보유하고 공동으로 지적재산권으로 보호되는 군용항공기를 공동으로 개발하기로 하는 협정을 체결하였다. 그 협정은 각 참여자가 공동개발된 항공기를 판매하는 자유를 제한하는 내용을 포함하고 있었다. McDonnell은 수송기용 항공기만을 판매하고, Northrop은 육상용항공기만을 판매하기로 하였다. McDonnell이 육상용항공기를 판매하기 시작하자 Northrop이 협정에 의거해서 제소하였고, McDonnell은 동 계약조항이 서면법 제1조위반인 경쟁제한적 협정이라고

어떠한 반경쟁적 효과도 상쇄한다고 판시하였다.)

427) 지침 §2.3.

428) *Id.*

429) *Standard Oil of Indiana v. United States*, 283 U.S. 163, 51 S.Ct. 421, 75 L.Ed. 926 (1931).

430) *Turner Glass Corp. v. Hartford-Empire Co.*, 173 F.2d 49 (7th Cir.), *cert. denied*, 338 U.S. 830, 70 S.Ct. 57, 94 L.Ed. 505 (1949); *United States v. National Lead*, 63 F.Supp. 513 (1945), *aff'd*, 332 U.S. 319, 67 S.Ct. 1634, 91 L.Ed. 2077 (1947); *United States v. Vehicular Parking*, 54 F.Supp. 828 (D.Del. 1944), *modified*, 56 F.Supp. 297 (D.Del. 1944).

431) 705 F.2d 1030 (9th Cir.1983).

주장하였다. 사실심법원은 그 제한이 당연위법하다고 보았고 McDonnell을 위한 약식판결을 허용하였다. 항소법원은 이를 번복하고, 합리의 원칙을 적용하여 그 협정은 보충적인 기술과 효율성을 결합시켰다고 판시했다. 나아가서 항소법원은 군용기의 세계시장의 집중에도 불구하고, 심각한 거래제한 효과는 없다고 보았다. 동법원은 그 협정이 없었다면, 그 두 기업은 각각 각자의 전문적인 범위내에 특화하고 있을 것이라고 생각하였다. 그들은 어느 경우이나 육상용군용항공기에서 경쟁하고 있지 못했을 것이라고 본 것이다.

4) 知的財産權의 라이선싱과 그랜트 백 조항

그랜트 백(grant back) 조항은 좁거나 넓을 수 있다. 개량특허권이 취득되면 특허권자에게 실시허락되어야 할 개량의 특별한 형식을 엄격하게 특정하는 라이선스 조항은 전자의 예이고, 라이선스된 기술의 개량은 그것이 특허가능한지 여부를 불문하고 그리고 그에 관련된 노우하우조차도 모두 특허권자에게 양도하도록 하는 조항은 후자의 예이다. 또한 그랜트 백 조항은 적어도 하나 이상의 다른 기업의 접근을 허용하는 비배타적인 것일 수도 있고⁴³²⁾ 예컨대 licensor만으로 국한함으로써 심지어 발명자조차도 그 개선에 접근이 금지되는 조항처럼 배타적일 수도 있다.⁴³³⁾ 이것은 집중도가 높은 시장이나 낮은 시장에서 사용될 수 있다. 그것은 그 자체만으로 또는 일련의 제한의 일부로서 사용될 수도 있다. 어느 경우이나 서면법 제1조나 제2조에 위반될 수 있다. 문제는 항상 주어진 구조, 배경, 특정한 조항 등을 고려하여, 당해 그랜트 백 의무가 관련 상품이나 기술시장에서의 불합리한 경쟁상의 제한의 위협이 되는가 여부이다.⁴³⁴⁾ 그 분석에는 전통적인 합리의

432) *Binks Mfg. Co. v. Ransburg Electro-Coating Corp.*, 281 F.2d 252 (7th Cir.1960), cert. granted, 364 U.S. 926, 81 S.Ct. 353, 5 L.Ed.2d 265 (1960); *SCM Corp. v. Xerox Corp.*, 463 F.Supp. 983 (D.Conn.1978), aff'd 645 F.2d 1195 (2d Cir.1981).

433) *Transparent-Wrap Machine Corp. v. Stokes & Smith, Co.*, 329 U.S. 637, 67 S.Ct. 610, 91 L.Ed. 563 (1947)(실시권자 자신이 그 개량된 기술을 사용하는 것이 제한되지 않았다는 이유를 포함한 이유로 당해 그랜트백 조항을 적법하다고 보았다.).

434) *United States v. General Electric (Carboly)*, 80 F.Supp. 989, 1005-06 (S.D.N.Y. 1948); *United States v. General Electric (Lamps)*, 82 F.Supp. 753, 815-16 (D.N.J. 1949).

원칙이 적용된다. 그랜트 백 조항의 관행은 그것이 일련의 제한의 일부로서 부가된 것이 아니면 독점금지법 위반으로 제소되는 일이 드물다. 이것은 실제로 사업자가 과도한 의무조항을 잘 사용하지 않기 때문일 수 있다.

(4) 特許權濫用과 著作權에의 類推

1) 特許權濫用 法理의 발전과 현황

특허권조정에서 오랫동안 형성되어 온 남용법리가 존재한다.⁴³⁵⁾ 이 법리에 의하면, 유효한 특허권 청구권에 의하여 허용되는 특정한 독점을 초과해서 확장하는 방식으로 행해지는 특허권자에 의한 특허권의 실시 시도는 남용을 구성한다. 비록 이 법리가 형평법상의 깨끗하지 못한 손의 법리(the equitable doctrine of unclean hands)의 확장으로서 제기되지만,⁴³⁶⁾ 독점금지법과 유사한 관련사항이 존재할 때 끼워팔기와 같은 상황에서 흔히 적용되어왔다.⁴³⁷⁾ 특허권남용에 대한 형평법상의 표준적인 구제책은 그 남용이 완화되고 그 부작용이 사라질 때까지 그 특허권 침해에 대한 구제를 보류하는 것이며⁴³⁸⁾, 그 남용에 의해서 직접 영향을 받지 않은, 침해자로 주장된 자 자신이 주장하더라도, 특허권의 보호를 정지하는 것이다.⁴³⁹⁾

비록 특허권남용과 셔먼법이나 클레이튼법 위반과의 유사점에도 불구하고, 남용법리는 특허법적 측면의 것이다. 그것은 특허권의 적법한 범위를 넘

435) ABA Section of Antitrust Law, *Intellectual Property Misuse: Licensing and Litigation* (2000); Jere M. Webb and Lawrence A. Locke, *Intellectual Property Misuse: Developments In the Misuse Doctrine*, 4 Harv. J. L. & Tech. 257. *Accord Mercoïd Corp. v. Minneapolis-Honeywell Regulator Co.*, 320 U.S. 680, 64 S.Ct. 278, 88 L.Ed. 396 (1944).

436) *United States Gypsum Co. v. National Gypsum Co.*, 352 U.S. 457, 465, 77 S.Ct. 490, 1 L.Ed.2d 465 (1957).

437) *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Manufacturing Co.*, 243 U.S. 502, 37 S.Ct. 416, 61 L.Ed. 871 (1917)(영사기의 특허를 특정한 영화의 영사에만 사용한다는 조건의 라이선스에 남용한 사례.); *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451, 461, 112 S.Ct. 2072, 119 L.Ed.2d 265 (1992).

438) *Morton Salt Co. v. G.S. Suppiger Co.*, 314 U.S. 488, 62 S.Ct. 402, 86 L.Ed. 363 (1942).

439) *Id.*

는 특허의 배타성의 확장에 대하여, 그 확장이 독점금지법에 종속하는 충분한 반경쟁적 효과를 야기하는지 여부를 불문하고, 적용될 수 있었다.⁴⁴⁰⁾ 이전에 당연위법원칙이 적용되던 끼워팔기에 대해서도 현재 법원은 그 끼워팔기한 피고가 오직 그 끼워팔기를 강요하기 위하여 충분한 시장지배력을 행사한 경우에만 독점금지법위반이라고 판결하고 있다.⁴⁴¹⁾ 이러한 발전에 맞추어, 특허권남용에 대하여 반경쟁상 효과의 요건의 결여에 대하여 잘못된 것이라는 논의가 시작되고 있다. 1980년대에 제1순회법원이 판시하고⁴⁴²⁾ 다른 순회법원도 그것을 수용할 용의가 있음을 선언하였으므로⁴⁴³⁾ 독점금지에서 사용되는 것과 같은 경쟁기준은 남용사건에서 적용될 수 있을 것이나, 아직까지 연방대법원은 이 문제를 언급하지 않았다.

Mercoid Corp. v. Mid-Continent 사건에서, 발열시스템에 대한 결합특허에 대한 실시권을 보유한 Honeywell은 그 실시권을 그 시스템에 사용되는 특허대상이 아닌 구성요소의 하나를 제조하여 판매하는 데 사용하였다. *Mercoid* 가 동일한 것을 만들어 판매하자, 특허권자인 *Mid-Continent*는 기여적 침해로 제소하였다. 항소법원은 특허권남용항변을 기각했지만, 연방대법원은 이를 반복하였다.⁴⁴⁴⁾ 연방대법원은 “당법원은 특허권자는 그 발명을 적용하는 데 사용된 특허 대상이 아닌 물질의 제한된 독점을 보장하기 위하여 특허권을 사용할 수 없음을 계속하여 판시하여 왔다.”고 하고 특허권남용으로 인정하였다.⁴⁴⁵⁾ 이 사건에서 특허권남용법리가 크게 확장되었고, 의회는 이를 반영하여 1952년 특허법 제271조의 내용을 정하였다. 제271조 (b)항은 적극적인 침해의 주선은 위반이라고 규정하고, (c)항은 결합특허에

440) 예컨대, *Mercoid Corp. v. Mid-Continent Investment Co.*, 320 U.S. 661, 64 S.Ct. 268, 88 L.Ed. 376 (1944).

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

442) *Windsurfing International Inc. v. AMF, Inc.*, 782 F.2d 995 (Fed. Cir. 1986), *cert. denied*, 477 U.S. 905, 106 S.Ct. 3275, 91 L.Ed.2d 565 (1986).

443) *USM Corp. v. SPS Technologies, Inc.*, 694 F.2d 505, 511 (7th Cir. 1982).

444) *Mercoid Corp. v. Mid-Continent, Investment Co.*, 320 U.S. 661, 64 S.Ct. 268, 88 L.Ed. 376 (1944).

445) *Id.* at 664.

서 사용되기 위하여 특별히 제조된 연결되지 않은 항목이나 부품을 판매하는 것은 기여적 침해(contributory infringement)를 구성한다고 규정하며, (d)항에서 남용의 법리를 규정하였다. 특허권자는 다른 경우라면 허용되겠지만, 다음의 경우에는 구제가 거부되거나 남용으로 추정된다. (1) 타인에 의해 행해진다면 기여적 침해를 구성할 행위에 의하여 수익을 취하는 것 (2) 그렇게 실시허락되지 않았다면, 기여적 침해를 구성할 행위를 수행할 실시허락을 하는 것 (3) 특허권을 침해자나 기여침해자에게 행사하는 것.⁴⁴⁶⁾ 법원은 이 조항을 Dawson Chemical Co. v. Rohm and Haas Co.사건⁴⁴⁷⁾에서 적용하였다. 이 사건의 특허는 베틀에 적합하도록 제조제를 사용하는 절차에 관한 것이었다. 거래비용이 높아서, 베틀을 재배하는 농민들에 대하여 그 공정의 개별적 실시허락은 가능하지 않았다. 대신에, 특허권자는 특허받지 않은 화학약품의 판매와 모든 구매자들에게 그 공정을 사용할 실시허락을 함으로써 특허를 실시하였다. 피고가 범했다고 주장된 기여적 침해는, 그것이 특허받은 공정에 적용될 것을 알면서, 다른 상업적 용도로는 적합하지 않은 동일한 화학약품을 피고가 농부들에게 판매한 행위였다. 법원은 그 화학약품이 침해가 아닌 다른 상업적 용도로는 적합하지 않은 것을 감안하여, 특허권자를 특허법 제271조(d)에 의거하여 남용혐의로부터 보호하였다.

비록 1952년 특허법은 기여적 침해에 관한 Mercoide판례의 적용범위를 축소하였지만, 남용에 대한 경쟁상의 효과 기준을 규정하지는 않았다. 그래서 특허대상인 상품에 다른 상품을 끼워팔기하는 것은, 특허받은 상품에 대한 투입물이나 구성요소의 공정의 판매에 의한 특허권의 실시로서 특허법 제271조에 의하여 보호되지 않고, 독점금지법에 의하여 위법하게 될 수 있다. 독점금지법과 특허권남용간의 계속되는 갭에 대한 비판론은 남용을 위하여 경쟁상의 피해를 요구한 Windsurfing판결⁴⁴⁸⁾에서와 같은 사법적 결정을 낳았다. 1988년에 의회는 특허법 제271조(d)를 다시 한 번 개정하였다. (5)를 추가하여, 특허권의 실시허락이나 특허받은 상품의 판매를 “상황에 따

446) Patent Act of 1952, 35 U.S.C.A. §271.

447) 448 U.S. 176, 100 S.Ct. 2601, 65 L.Ed.2d 696 (1980).

448) *Windsurfing International Inc. v. AMF, Inc.*, 782 F.2d 995 (Fed. Cir. 1986), cert. denied, 477 U.S. 905, 106 S.Ct. 3275, 91 L.Ed.2d 565 (1986).

라서 그 특허권자가 그 실시허락이나 판매가 조건으로 부가된 그 특허권이 나 특허받은 상품의 시장에서 시장지배력을 보유하고 있지 않다면, 다른 특허권의 라이선스의 양수나 다른 독립된 상품의 매수를 조건으로 하는 것”을 특허권남용이 아니라고 규정하여 특허권자를 보호하였다.⁴⁴⁹⁾

이제 끼워팔기 특허권자에 대한 남용 항변이 오직 시장지배력을 입증하여 야만 가능하다는 것은 분명하다. 그러나 특허법상의 어떤 문언도 독점금지법의 끼워팔기원칙을 변경하지는 않았다. Jefferson Parish판례의 다수견해는 판매자가 끼운 상품의 시장에서 끼워진 상품을 구매자에게 강요하기에 충분한 힘을 가지고 있을 때에는 당연위법하다는 것이다.⁴⁵⁰⁾ 이 판례가 지적재산권 끼워팔기가 셔먼법에 의거하여 제소되었을 때의 판례법으로 남아 있는 것이다. 그래서 문제는 특허법 제271조(5)항을 감안할 때, 특허권남용의 기준은 이제 셔먼법에서 시행되는 것보다 더 엄격한 경쟁상의 효과 기준을 부과하는지 여부에 관하여 제기된다. 하나의 가능한 답은 그 조항이 통과될 때의 의도가 남용법리를 독점금지법원에 의하여 적용되는 시장지배력 기준과 통합하려 하였을 것으로 인식하는 것이다. 그러하다면 그들 두 시스템은 일관되게 유지되어야 한다.

새로 신설된 조항은 또한 Loew판례⁴⁵¹⁾의, 단지 지적재산권을 보유하고 있다는 사실만으로 인정되는 시장지배력의 추정, 특허된 상품이나 공정이 사용되는 경우에 끼워팔기의 성립을 인정하기 위하여 사용되는가 여부의 문제를 제기한다. 이 판례는 오랫동안 비판받아왔고, 연방대법원의 Walker Process판례⁴⁵²⁾의, 지적재산권이 시장지배력을 수반하는가 하는 것은 특허상품이나 공정과 효과적으로 경쟁하는 대체상품이나 공정이 있는가 여부에 달려있다는 인식과도 일관되지 않는다. 그 추정이 특허권의 끼워팔기에

449) The Patent Misuse Reform Act, P.L. 100-703, 102 Stat. 4676, codified in 35 U.S.C.A. §271(d)(5).

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

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

452) *Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery and Chemical Corp.*, 382 U.S. 172, 86 S.Ct. 347, 15 L.Ed.2d 247 (1965).

기초한 독점금지청구에서 포기되지 않는 한, 남용을 위하여 특허권외에 시장지배력의 입증을 요구하는 특허법 제271조(5)와도 일관되지 않는다.⁴⁵³⁾

2) 著作權에 유추적용되는 濫用法理

저작권자가 저작권법에 의하여 허용되는 보호범위를 넘어서 그것을 실시하는 경우에 저작권의 행사에 대하여 형평법적인 남용법리를 사용할 수 있는지에 관해서는 의문이 있다. 비록 연방대법원은 그러한 항변의 가능성을 시사하였지만,⁴⁵⁴⁾ 그것을 적용한 판례는 없다. 항소법원의 판례중에, 근래에 저작권행사에 대하여 그 항변을 기초로 삼은 판례가 있고⁴⁵⁵⁾, 저작권위반을 이유로 한 예비적 구제청구에 대하여 피고가 남용청구에 의하여 승리할 수 있었던 경우도 있었다.⁴⁵⁶⁾ 때로는 남용법리를 기각한 사례들도 있다.⁴⁵⁷⁾ 그러나 만일 남용이 독점금지법에 의거해서 적용될 수 있는 반경쟁상의 효과를 요구한다고 전제하면, 이들 기각판결들도 그 성립요건들이 충족되지 않은 판시들로 해석될 수 있다. 저작권남용항변의 근거는 특허권남용에 대한 유추와 저작권 자체의 경제적 근거에서 찾을 수 있다. 저작권은 특허권처럼, 범위가 제한된다. 저작권법상 권리의 한계는 그 혁신을 자극하기에 필요하지 않은 과도한 제한을 제공하지 않으면서, 충분한 혁신을 촉진하기 위하여 설정되었다. 법률상 허용범위를 넘는 어떠한 제한도 이 점에서, 과도하고 불필요한 것이다. 경쟁적 환경에서는 과도한 보호에 대한 유인이 항상 존재할 것이기 때문에, 남용법리가 그러한 시도를 막기 위하여 필요하게 된다. Lasercomb사건에서, 저작권은 실시권자가 99년간은 저작권을

453) ABA Antitrust Section, Antitrust Law Developments 832 (3d ed. 1992). 지침 §2.2

454) *United States v. Loew's Inc.*, 371 U.S. 38, 44-51, 83 S. Ct. 97, 9 L.Ed.2d 11 (1962); *United States v. Paramount Pictures, Inc.*, 334 U.S. 131, 157-159, 68 S.Ct. 915, 92 L.Ed. 1260 (1948).

455) *Lasercomb America, Inc. v. Reynolds*, 911 F.2d 970 (4th Cir.1990); *Tamburo v. Calvin*, 1995 WL 121539 (N.D.Ill).

456) *DSC Communications Corp. v. DGI Technologies, Inc.*, 81 F.3d 597, 601 (5th Cir.1996).

457) *Triad Systems Corp. v. Southeastern Express Co.*, 64 F.3d 1330 (9th Cir.1995); *Data General Corp. v. Grumman Systems Support Corp.*, 36 F.3d 1147 (1st Cir.1994).

침해하지 않지만 경쟁적인 소프트웨어를 개발하는 것을 금지하는 과도한 영업금지조항과 함께 실시허락되었다. 이는 잠재적으로 유해하고 명백히 과도한 저작권의 범위를 넘는 확장이었다. 법원은 “독점금지법 위반 사실의 발견에 필요한 분석과 유사하지만 구분되는” 분석을 사용하여⁴⁵⁸⁾ 이러한 라이선스 조항이 저작권법이 허가한 것을 넘어서서 보호를 받으려고 하는 것이라고 판정하였다. 그에 따라서, 특허권남용의 사건들에서 추종된 접근방법에 일치되게 법원은 저작권의 행사를 금하였고, 그 과도하게 실시허락된 협정의 당사자가 아니었던 경쟁자의 요청에 의하여 그렇게 하였다. 연방대법원의 다른 판결이 나오기 전까지는 Lasercomb판례는 저작권남용에 관한 판례법으로 간주될 것이다.

458) *Lasercomb America, Inc. v. Reynolds*, 911 F.2d 970, 979 (4th Cir. 1990).

제5장 우리나라 獨占規制法の 適用除外 領域

제1절 法令에 따른 正當한 行爲

독점규제법은 事業者 또는 事業者團體가 다른 法律 또는 그 法律에 의한 命令에 따라 행하는 正當한 行爲에 대하여는 이 法의 規定을 適用하지 아니한다고 규정하고 있다(제58조). 여기에서 ‘다른 법률 또는 그 법률에 의한 명령’이 구체적으로 무엇을 의미하는지는 분명하지 않다. 1980년의 독점규제법의 제정시에는 第1項의 規定에 의한 特別한 法律은 따로 法律로 指定한다(제47조제2항)고 규정하였으나, 정부는 이러한 적용제외법률을 제정하지 않고 있다가, 1986년의 동법의 제1차 개정시에 동조항을 아예 삭제해버렸다. 따라서 현행법상으로는 여기에서 말하는 명령이 무엇을 말하는지는 해석에 의하여 구체화할 수밖에 없다.

독점규제법이 금지하고 있는 행위들 중에서 다른 법령에 근거가 있다면 모두 여기에 해당된다고 해석할 수도 있겠지만, 그러한 해석은 과도한 적용제외 영역의 인정으로서 독점규제법의 실효성을 저하시키게 되므로 타당하지 않다. 따라서 부득이한 일부 법률에 한해서 위의 다른 법령에 포함시키는 기준이 필요하게 된다.

이에 관해서, i) 제1절은 국가 또는 공공단체가 영위하는 사업과 같이 공공성에서 경쟁원리를 적용할 수 없는 것과 둘째, 행정관청의 엄격한 감독(인가 또는 신고 등)하에 인가받은 사업자가 하는 사업에 관한 행위와 같이 사회성을 고려하여 경쟁촉진의 예외를 인정하는 것이 있다는 견해이다.⁴⁵⁹⁾ 이 견해는 첫째 범주에 속하는 것으로는 우편법, 우편환법, 전기통신기본법, 체신예금보험에 관한 법률, 인삼사업법 등에 의하여 국가가 경영하는 사업을, 둘째의 범주에 속하는 것으로는 보험업법 제17조제1항에 의거하여 금융감독위원회의 인가를 받아 하는 보험사업자간의 공동행위, 자동차운수사업법 제14조에 의거한 자동차운송사업자들의 공동경영에 관한 계약⁴⁶⁰⁾ 등을

459) 孫珠瓚, 「經濟法」, (法經出版社: 1993) 367쪽 .

460) 이는 현행 여객자동차운수사업법 제12조에 의거한 여객자동차운송사업자들의 공동경영 기타 운수에 관한 협정에 상응하는 것이다.

예로 들고 있다. ii) 제2설은 여기에서의 다른 특별한 법률로 예상되는 것으로는 석유사업법, 가스사업법, 철도법, 수도법, 양곡관리법, 담배전매법, 홍삼전매법 등을 들고 있다.⁴⁶¹⁾ iii) 제3설은 독점규제법이 금지하고 있는 행위들 중에서 다른 법령에 근거가 있는 행위는 모두 여기에 해당된다고 넓게 해석할 수도 있고 반대로 다른 법령에 근거가 있는 행위들 중에서 특히 합리적인 근거가 있는 행위만 여기에 해당한다고 좁게 해석할 수도 있다고 전제한다. 그렇지만, 독점규제법 제정이전에 1960년대의 정부주도형 경제개발정책을 추진해 오다가 민간주도형 경제개발로 전환하면서 시장기구가 정상적인 기능을 다하도록 하기 위해서 독점규제법을 제정한 당시의 사정을 감안하면 정부주도형 경제개발정책의 추진기에 제정되고 민간주도의 시장경제에 어울리지 않는 법률들로서 개정 또는 폐지했어야 마땅할 합리적인 근거가 없거나 시대정신에 걸맞지 않는 법률들까지 모두 위의 다른 법령에 포함시키는 것은 적절하지 않으므로, 후자가 타당하다고 한다. 그리하여 이를 특별법에 의한 정부규제가 경쟁을 대신하는 에너지산업, 운송산업, 전기통신산업, 금융산업 등의 규제산업의 경우와 산업발전법에 의한 기업간 협력에 의한 부품 등의 표준화 또는 공용화, 기술 또는 상표의 공동개발, 기술·인력 등의 제휴 등의 경우와 같은 ‘경쟁제한의 합리적 이유’가 있는 경우로 국한하자고 한다.⁴⁶²⁾ iii) 제4설은 여기에서 다른 법령에 따른 행위에는 국가 또는 공공단체가 영위하는 우편사업, 전기통신사업, 체신예금 및 체신보험산업, 인삼사업, 담배사업 등 공공성으로 인하여 경쟁원리를 적용하는 것이 부적당한 경우와 행정관청의 엄격한 감독(인허가 또는 신고)을 받기 때문에 불공정거래의 우려가 비교적 약한 보험업 등의 경우를 드는 견해⁴⁶³⁾이다. 그리고 iv) 제5설은 독점규제법 제58조의 ‘법령에 따른 행위’라 함은 자유경쟁에 대한 예외를 인정하고 있는 법률 또는 그 법률에 의한 명령의 범위 내에서 행하는 필요 최소한의 행위를 말한다는 대법원 판례⁴⁶⁴⁾에 따르면, 동조의 ‘정당한 행위’인가 여부는 공정거래법이 아니라 관련된 개별 법규 자

461) 朴吉俊, 「韓國獨占規制法」, (三英社: 1983), 55쪽.

462) 權五乘, 앞의 책, 147-153쪽.

463) 李基秀, 앞의 책, 73-74쪽.

464) 대법원 1997.5.16. 선고 96누150 판결.

체의 목적이나 이념에 의해 판단해야 하며 이 경우 개별 규제기관의 전문적인 지식과 경험이 존중되어야 하며, 규제기관의 승인 기타의 형태로 감독권을 행사하였을 것을 요한다고 해석하는 견해⁴⁶⁵⁾이다.

대법원 관례는 대한법무사협회가 집단등기사건수임업무처리규정을 통하여 대한법무사협회가 집단등기사건수임업무처리규정을 통하여 집단등기사건의 범위를 정해 두고서 집단등기사건의 위촉기관과 협의를 거쳐 위촉기관의 추천의뢰에 따라 소속 법무사로 하여금 순차적으로 집단등기사건을 수임하도록 하고, 대한법무사협회와 협의를 거치지 아니한 입주자대표회 등의 단체에서 자체 법무사 선임을 원하는 경우에도 소속 법무사가 이를 임의로 수임할 수 없도록 하고, 지방법무사회가 운영경비 조달의 범위를 넘어서 집단등기사건의 보수액 중 일부를 징수하여 공동분배하도록 한 것은 소속 법무사들의 집단등기사건의 자유로운 수임을 제한함으로써 공정하고 자유로운 경쟁을 저해하는 결과를 가져온다고 할 것이므로, 대한법무사협회가 단체의 의사결정으로 위 규정을 제정하고 소속 지방법무사회로 하여금 그 운영세칙을 제정하여 시행하도록 한 것은 독점규제법 제26조 제1항 제3호에 규정된 ‘구성사업자의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위’에 해당한다고 하였다.⁴⁶⁶⁾ 또한 대법원은 독점규제법 제58조에서 말하는 법률은 “당해 사업의 특수성으로 경쟁제한이 합리적이라고 인정되는 사업 또는 인가제 등에 의하여 사업자의 독점적 지위가 보장되는 반면 공공성의 관점에서 고도의 공적규제가 필요한 사업 등에 있어서 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률 또는 그 법률에 의한 명령의 범위 내에서 행하는 필요최소한의 행위를 말하는 것”이라 하고, 당해 사건에서 “법무사법이 부당한 사건위촉의 유치금지(제22조), 성실의무·품위 보전의무·회칙 준수 의무(제27조), 회비 분담의무(제28조) 등에 관하여 규정하고 있다고 하여도 집단등기사건을 자유롭게 수임하는 것을 제한함으로써 자유로운 경쟁을 저해하고 있음이 분명한 이 사건 집단등기사건수임업무처리규정의 제정과 그 시행은 독점규제법 제58조에 규정되어 있는 정당한 행위에 해당한다고 할 수 없다.”고 판시

465) 이문지, “미국의 경제규제와 반트러스트법의 적용제외 - 통신산업의 경우를 중심으로 -”, 상사법연구 제20권 제1집, 719쪽 (2001).

466) 대법원 1997.5.16. 선고 96누150 판결.

하였다.

생각건대 제58조를 해석함에 있어서는 사업자 또는 사업자단체가 ‘다른 法律 또는 그 法律에 의한 命令’에 따라 행하는 ‘정당한 행위’라는 적용제외의 요건이 중요하다. 동조의 ‘다른 法律 또는 그 法律에 의한 命令’은 국회가 독점규제법의 적용을 제외하려는 의사로서 제정한 법률 또는 그 법률에 의한 명령을 의미한다고 본다. 국회의 그러한 의사는 명시될 수도 있지만, 묵시적으로 인정될 수도 있다고 본다. 입법의 목적이 자연독점, 공공재 및 외부성 등의 市場의 失敗를 해결하기 위하여 규제기관에 의한 규제를 법제화하는 것이라면 또한 입법의 내용이 규제기관의 규제기준으로 독점금지적 이익을 고려요소로 포함하는 것이라면, 독점규제법의 적용을 제외하려는 의회의 목시적인 의사가 추정될 수 있을 것이다. 다음으로 그러한 법령에 따라 행하는 ‘정당한 행위’는 위의 제5설처럼 당해 법률의 목적이나 이념에 의하여 판단하는 것이 타당하다. 왜냐하면 만일 그렇게 해석하지 않고 독점규제법의 이념과 목적에 의하여 판단하여야 한다면, 행위의 정당성은 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진하는 것이거나 경제력집중을 억제한다는 독점규제법의 목적에 적합한 것이어야 할 것인데, 이렇게 되면 제58조의 존재의의, 즉 독점규제법의 적용제외 영역이 인정될 여지는 소멸하고 말 것이기 때문이다. 그리고 그러한 법률에 의거한 국가기관이나 지방자치단체의 규제에 의하여 사업자가 행한 행위에 대해서는 우리나라와 미국의 판례법을 참조하여 규제기관의 규제가 경쟁상의 이익을 고려하도록 제도가 갖추어지고 운용이 되는 것과 규제기관의 규제가 강제성을 함유할 것 그리고 입법목적은 달성하기 위한 필요최소한의 행위일 것 등을 전제로 독점규제법의 적용이 제외되는 것으로 해석하여야 할 것이다.

한편 행정기관이 사업자에 대하여 법령에 근거하지 않은 行政指導를 하였고 그에 의하여 사업자들간에 형성된 담합은 명백한 독점규제법위반으로서 그 행정지도가 위법성조각사유가 되지 않는다는 견해가 있다.⁴⁶⁷⁾ 행정지도는 개념적으로 행정객체의 자발적 협조에 의하여 비강제적으로 행해지는 행정작용이므로 이 견해는 원칙적으로 타당하다. 다만 행정지도의 명목으로

467) 李南基, 앞의 책, 204-207쪽.

행해하면서도 사실상의 강제력을 수반하는 경우가 있다는 지적이 있으며, 그러한 경우, 즉 행정지도라고 행해지지만 사실상의 강제적 행정행위의 성격을 갖고 있는 행위의 경우에는 행정객체로서는 그러한 행위가 지시하는 대로 따를 수밖에 없으며 그러한 경우에는 독점규제법 적용이 면제된다고 해석하는 것이 타당하다.

입법론적으로는 제58조가 존재하지 않더라도 국회가 독점규제법의 적용을 배제하는 법률을 신설한다면 그 신법의 효력으로 독점규제법의 적용은 당연히 제외될 수 밖에 없고, 따라서 동조는 무의미한 것이 아닌가 생각되기도 한다. 그러나 제58조는 독점규제법의 적용제외의 출발점으로서 동조가 있음으로써 적용제외 영역의 체계적 이해에 도움이 되는 점에서 존재의 의미가 있다고 생각한다.

제 2 절 知的財産權의 正當한 行使

독점규제법은 이 법의 규정은 著作權法, 特許法, 實用新案法, 意匠法 또는 商標法에 의한 權利의 행사라고 인정되는 행위에 대하여는 適用하지 아니한다(제59조)고 규정한다.

일본의 사적독점금지법 제21조⁴⁶⁸⁾의 문언도 우리 독점규제법 제59조와 같으며, 참고로 이에 관한 해석론을 살펴보면⁴⁶⁹⁾ i) 독점금지법 제21조를 창설적 성격을 지닌 적용제외규정으로 이해할 것인지 아니면 단순한 확인적 성격을 지닌 적용제외규정으로 이해할 것인지에 관하여 논의가 있고, ii) 지적재산권법상의 행사로 인정되는 행위와 인정되지 않는 행위간의 이분법적 구별을 인정할 것인지에 관하여 논의가 있다.

먼저 독점금지법 제21조가 창설적 성격이라고 보는 견해는 독점금지법과 지적재산권법이 상호 대립하는 것으로 이해하고 양자간의 대립을 조정하는

468) 구법 제23조이다.

469) 그 내용은 구재균, “지적재산권과 독점규제법의 관계: 독점규제법 제59조의 해석론과 관련하여”, 司法行政 제41권 제7호 13-15쪽 (2000); 김은기, “특허권실시에 대한 독점규제법의 적용”, 창작과 권리 제17권 18-25쪽 (1999); 이경규, “지적재산권 남용의 규제와 독점규제법의 적용에 관한 연구”, 연세대학교 대학원 박사학위논문, 32-46쪽 (2001.2) 등에서 재인용.

것이 동조이며, 동조에 의하여 본래는 독점규제법이 적용될 지적재산권에 관련한 행위에 대하여 적용제외가 창설되는 것으로 보며, 대체로 동조에 포함된 다섯 가지의 법률을 한정적으로 열거된 것으로 보게 된다. 동조가 확인적 성격이라고 보는 견해는 독점금지법과 지적재산권법은 공동의 목적을 가진 것으로서 독점금지법이 연구개발을 통한 기술발전의 촉진과 혁신에 유해한 영향을 주지 않도록 스스로 가지고 있는 적용의 한계를 독점금지법 제21조에서 확인한 것이라고 보는 것이며, 대체로 동조에 포함된 다섯 가지의 법률을 예시적으로 열거된 것으로 보게 된다. 다음으로 지적재산권법상의 행사로 인정되는 행위와 인정되지 않는 행위간의 이분법적 구별을 인정할 것인지에 대하여 긍정설과 부정설이 있다. 이를 긍정하게 되면, 전자에 대해서는 독점금지법이 적용되지 않으며, 후자에 대해서는 적용된다는 결론에 이르게 되며, 그것을 구별하는 것이 중요하게 된다. 그런데 이에 관해서 전자에 속하더라도 시장에서의 경쟁을 제한하는 의도와 효과로서 이루어질 가능성이 있으므로, 그러한 경우에는 독점금지법이 적용되어야 할 것이므로 권리남용의 법리의 원용을 통하여 기계적인 이분법의 한계를 조정하자는 견해가 있으며, 이 경우 독점금지법에 지적재산권의 정당한 행사로 인정되는 행위의 내용이 명문으로 규정되어 있지 않으므로, 독일 경쟁제한방지법(GWB) 제20조⁴⁷⁰⁾제1항, 제2항에 규정된 ‘권리의 本來的 行使에 의한 제한’과 ‘권리자의 지위를 이용한 非本來的 行使에 의한 제한’이라는 기준을 해석상 참고하여 전자에 대해서는 독점금지법이 적용되지 않으며 후자에 대해서는 독점금지법이 적용되는 것으로 보자는 주장이 있다. 다음으로 지적재산권법상의 행사로 인정되는 행위와 인정되지 않는 행위간의 이분법적 구별 자체를 부정하고, 일반적인 재산권과 마찬가지로 지적재산권도 독점금지법의 전면적 적용대상이라고 하는 견해가 있다. 이 입장은 독점금지법상의 독점이라는 개념은 시장에서의 독점을 나타내는 것이며 특허법상의 독점은 발명의 배타적 이용권이라고 할 수 있는 것을 나타내는 것으로 양자는 차원이 다른 것인데 차원이 다른 대상에 대해서 혼동하여 동일한 개념인 것으로 사용하고 있다고 이분법적 구별을 전제하는 견해에 대하여 비판한다. 이 설은 독점금지

470) 1998년 개정법에서 이에 상응하는 조항은 제17조이다.

법 제21조는 특허권 자체에는 독점금지법이 적용되지 않고 특허권의 행사에는 당연히 독점금지법이 적용된다는 당연한 사항을 규정한 것으로서 불필요한 주의규정에 불과한 것으로 본다.

우리 독점규제법 제59조의 해석에 관한 논의를 살펴보면, i) 제1설은 지적재산권법과 독점규제법 사이의 문제는 특허권의 本來的 行使에 해당하면 권리남용에 해당하지 않는 한 독점규제법이 적용되지 않는 것으로 보고, 특허권의 본래의 행사가 아닌 제한에 해당하면 독점규제법이 적용되는 것으로 보자는 입장이다.⁴⁷¹⁾ ii) 제2설은 무체재산권에 대하여 독점규제법이 적용되지 않는다는 독점규제법의 규정은 무체재산권 자체가 독점적 성질을 띠고 있기 때문이나, 無體財産權의 濫用에 대해서는 적절히 규제하도록 하여야 할 것이라고 하는 견해이다.⁴⁷²⁾ 무체재산권을 인정하는 목적의 범위를 벗어나서 부당한 목적으로 이용되는 경우에는 독점규제법이 적용된다는 견해⁴⁷³⁾도 이와 같은 입장이다. 제1설과 제2설은 모두 知的財産權의 濫用에 대해서는 독점규제법이 적용되는 것으로 해석하는 점에서는 차이가 없다. 다만 제1설은 지적재산권의 본래적 행사와 비본래적 행사를 구별하여 후자에 대해서는 독점규제법이 완전히 적용된다고 보는 데 반해서 제2설은 그러한 구별을 하지 않고 있을 따름이다. 제1설이 보다 분석의 틀을 정리하고 있는 인상이지만 과연 지적재산권의 본래적 행사와 비본래적 행사간의 구별이 분명한지는 의문이다. 이것은 지적재산권의 라이선스계약의 내용이 상황별로 다양하고 시대의 변화에 따라서 변화할 수 있기 때문이다. 그러므로 지적재산권의 정당한 행사에 대해서는 독점규제법이 적용되지 않으나 지적재산권이 그것을 인정하는 목적의 범위를 벗어나서 남용되는 경우에는 독점규제법이 적용된다고 보는 제2설에 찬동한다.

모든 재산권은 배타성을 본질로 하며, 그것은 남용되면 반경쟁적 효과를 발생시킬 수 있는 권능이다. 지적재산권도 그 점에서는 마찬가지이다. 지적

471) 구재균, 앞의 논문, 17쪽; 孫珠瓚, 앞의 책, 369쪽; 徐憲濟, “우루과이라운드 지적 재산권 협상타결과 관련한 공정거래법의 보완”, 競爭法研究 제2권 126-127쪽, (1990).

472) 朴吉俊, 앞의 책, 55쪽.

473) 權五乘, 앞의 책, 153쪽.

재산권과 경쟁정책에 있어서 쟁점은 독점규제법 적용의 대상이 되는 지적재산권의 濫用(abuse)⁴⁷⁴⁾을 어디까지 인정할 것인가 하는 문제라 하겠다. 이 하 지적재산권 중 특허권을 중심으로 살펴보면, 특허법과 독점규제법의 목적은 일응 상이한 것으로 보일 수 있으나, 양자는 혁신과 경쟁을 조장하는 목적을 가지고 있다는 점에서 실제로는 상호보완적이다. 즉 특허법은 일정한 발명에 대하여 합법적인 독점을 허용하며 그로써 시장의 경쟁은 일단 제한된다. 그러나 이는 기술진보 내지 혁신의 유인을 위하여 불가피한 것이다. 따라서 특허권의 정당한 행사는 보호되어야 하지만 특허권이 남용되거나 부당하게 경쟁을 제한하는 경우에는 독점규제법에 의하여 규제될 필요성이 제기된다. 환언하면, 특허권자는 특허법에 의거하여 자신에게 주어진 지적재산을 보호받을 수 있어야 하지만, 특허법에 의하여 허락된 지적재산권을 사용하여 자신의 힘을 시장에서 부적절하게, 즉 특허법상 부여된 한계를 넘어서 확장할 수는 없다. 그러므로 특허가 취득되었다는 사실로 인하여 특허권자가 독점규제법으로부터 완전히 적용면제되는 것은 아니다.⁴⁷⁵⁾ 마찬가지로 특허권을 보유하고 있어서 관련시장을 독점하고 있다고 단정하는 것도 잘못이다. 어느 경우에 독점규제법이 적용될 특허권의 남용(abuse)이 있다고 볼 것인가에 관해서는 개별 지적재산권법의 관점이 아니라 행위의 주관적·객관적 의도와 효과상의 부당한 경쟁제한성의 존부를 기준으로 한 독점규제법의 관점에서 판단하여야 할 것이다.⁴⁷⁶⁾ 이에 관하여 어떻게 해결할 것인가에 관해서는 독점금지 선진국이라 할 미국에서도 지배적인 입장이 확립되지 못하였고, 논의가 계속되고 있는 상황이다.⁴⁷⁷⁾ 특허권의 실시허락

474) 이는 후술하는 특허권남용(patent misuse)과는 요건과 효과면에서 다른 것이다.

475) *Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc.*, 897 F.2d 1572, 1576 (Fed. Cir. 1990).

476) 물론 각 지적재산권법에서 개별 지적재산권이 남용되지 않도록 주관 규제기관이 규제하는 제도(예컨대 특허발명이 정당한 이유없이 계속하여 3년이상 國內에서 실시되고 있지 아니한 경우 특허청장이 通常實施權 設定의 裁定(第107條)이나 特許權의 取消(第116條) 등을 하는 제도)가 규정되어있지만, 이러한 규제제도가 존재한다고 해서 독점규제법에 의한 적용이 그러한 규제제도의 내용으로 국한되는 것은 아니다. 다만 지적재산권법의 목적과 취지를 존중할 필요는 있다. 이경규, 앞의 논문, 40-41쪽.

477) 2002.2부터 미국 연방거래위원회는 법무부 독점금지국과 공동으로 이 문제에 관한 청문회를 개최중이다. The Federal Trade Commission and the Antitrust Division of the Department of Justice joint hearings on "Competition

(license)에 있어서 특허권자가 실시권자(licensee)에게 부과하는 라이선스조건이나 특허권의 不行使, 특허권풀(patent pool) 특허권상호실시허락(patent cross licensing), 특허권남용(patent misuse)등의 경우에 어느 범위까지 특허권의 정당한 행사가 되고 남용으로 인정되는 한계가 어디인가 등이 이 분야에서 논의되는 문제들이다. 특허권의 실시허락은 그 특수한 사실관계와 사정에 따라서 효율을 창출하고 친경쟁적일 수 있으나 반대로 효율을 저하시키고 반경쟁적일 수도 있다. 이러한 전제하에 각각의 문제에 관해서 정립된 내외국의 이론과 실제 사건에 대한 판례를 종합하여 공정거래위원회에서 관련지침을 수시로 제정하여 수범자의 법률의 내용에 대한 인식과 예측가능성을 제고할 필요가 있다고 하겠다.

입법론적으로, 제59조에 대해서 특허권자의 행위를 가능한 한 후하게 보호함으로써 발명의 장려라는 특허법의 목적을 달성하고자 하는 정책적 배려를 하고 있는 것으로서 독점규제법의 법익이 다소 희생되어도 무방하다는 고려가 있는 것이 아닌가 추정하면서, 경쟁질서를 기본으로 하는 현대의 산업사회에서 이러한 고려는 특허제도를 괴리시키는 것이므로 제59조의 규정은 삭제하거나 개정의 필요성이 있다는 지적이 있다.⁴⁷⁸⁾ 또한 제59조는 독점규제법과 지적재산권법의 관계를 충돌관계로 보는 시각에 입각한 것으로서, 양자의 관계를 정확히 파악한 것이라고 보기 어렵고 실질적으로 양법제도의 충돌을 근본적으로 해결하는 데에 아무런 기여도 하지 못하는 규정으로서 독점규제법의 취지에 정면으로 반하는 것으로서 삭제되거나 개정되어야 한다는 지적도 있다.⁴⁷⁹⁾ 그러나 동조는 지적재산권이 갖는 법적 독점 가능성의 창출이라는 특성 때문에 일응 독점규제법과 충돌하는 것으로 오인될 수 있으므로 이를 피하고 그 정당한 권리행사에 대해서는 독점규제법의 적용을 제외하고자 규정된 조항으로서 파악한다면 동조의 존재의의가 인정된다. 다만 후술하는 바와 같이 그 내용을 보다 구체화할 필요는 있을 것이다.

and Intellectual Property Law and Policy in the Knowledge-Based Economy". at: <http://www.ftc.gov/opp/intellect/index.htm>.

478) 김은기, 앞의 논문, 34쪽.

479) 丁相朝·崔星根, 「競爭秩序의 維持와 知的所有權法」 한국법제연구원, 53-54쪽 (1992).

제 3 절 일정한 組合의 行爲

독점규제법의 規定은 일정한 組合(組合의 聯合會를 포함한다)의 行위에 대하여는 適用하지 아니한다(제60조). 독점규제법의 적용제외 대상인 조합이 되려면 다음의 4가지 요건을 갖추어야 한다. 그 조합이 小規模의 事業者 또는 消費者의 相互扶助를 目的으로 하여야 하고(제1호), 任意로 設立되고, 組合員이 任意로 加入 또는 脫退할 수 있어야 하고(제2호), 各 組合員이 平等한 議決權을 가져야 하고(제3호), 組合員에 대하여 利益配分을 행하는 경우에는 그 限度가 定款에 정하여져 있어야 한다(제4호). 이러한 조합에는 농업협동조합, 수산업협동조합, 중소기업협동조합, 소비자협동조합 등이 해당한다.

제60조는 소규모의 사업자의 상호부조적인 조합의 경우에는 개별적으로는 대규모사업자에 맞서 경쟁할 여건을 갖추고 있지 못한 사업자들의 조합 결성을 통한 경쟁력 강화를 허용할 필요가 있으며, 소비자의 상호부조적인 조합의 경우에는 소비자의 열악한 지위를 강화하여 궁극적으로 소비자후생을 증진할 것이므로 독점규제법의 목적에 비추어 허용할 수 있기 때문에 동법의 적용을 제외하는 것이다. 그러므로 그러한 조합이 不公正去來行爲 또는 부당하게 競爭을 제한하여 價格을 引上하게 되는 경우에는 독점규제법이 적용된다(제60조단서).

제 4 절 金融業 또는 保險業

이전에는 金融業 및 保險業을 영위하는 사업자에 대한 일반적 특례를 인정하였으나(제61조) 동조는 1996년의 제5차 개정시에 삭제되었다. 또한 시장지배적사업자로 포함되지 않도록 하던 정의조항(제2조제7호단서)도 1999년의 제7차개정시에 삭제되었다. 현재 금융업 또는 보험업을 영위하는 회사에 대해서는, 출자총액의 제한제도(제10조제7항제1호)와 계열회사에 대한 신규채무보증의 금지(제10조의2제1항본문) 등에 대한 예외, 상호출자제한기업집단에 속하는 경우 국내계열회사주식에 대한 의결권의 행사금지

(제11조)에 대한 일정한 예외⁴⁸⁰⁾, 내부거래공시대상회사(제11조의2)인 경우에 약관에 따라 정형화된 거래로서 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 거래행위를 하고자 하는 때에는 대규모내부거래의 경우에도 거래내용의 공시는 하여야 하지만 이사회 의결을 거치지 아니하고 할 수 있도록 예외를 인정하고 있다(동조제4항). 이러한 경제력집중의 억제제도에 대한 금융업 또는 보험업에 대한 예외는 이들 업종이 본질적으로 수행하는 업무 중에 다른 기업에 대한 출자나 채무보증 등이 당연히 포함되기 때문이다.

보험시장은 그 구조적 특성상 완전경쟁 내지 유효경쟁 논리가 적용되기 어려운 극도의 불완전시장이라는 특성을 가진다고 하는 주장이 있다.⁴⁸¹⁾ 1996년 개정에 의하여 독점규제법이 보험업에, 전술한 경제력집중분야의 개별적 예외를 제외하고, 전면적으로 적용되기 전에는 보험업에 대한 독점규제법 적용에 대하여 보험사업의 단체성, 대수의 법칙, 보험의 사회성·공공성, 보험시장에 대한 각종 규제, 보험시장의 특성 등을 이유로 반대하는 주장이 있었다.⁴⁸²⁾ 또한 현행 보험업법에도 보험업에 대한 진입규제(제5조, 제5조의3), 사업계획·정관·사업방법서·보험약관과 보험료 및 책임준비금 산출방법서 등의 내용에 대한 규제(제5조제3항, 제5조의3, 제7조, 제16조), 타사업의 겸영금지(제9조), 금융감독위원회의 감독하의 보험사업자간의 공동행위에 관한 相互協定(제17조), 보험료율산출기관의 설립(제198조의2) 등의 규제기관에 의한 규제가 규정되어 실시되고 있다. 따라서 보험회

-
- 480) 1. 금융업 또는 보험업을 영위하기 위하여 주식을 취득 또는 소유하는 경우
 2. 보험자산의 효율적인 운용·관리를 위하여 보험업법 등에 의한 승인 등을 얻어 주식을 취득 또는 소유하는 경우
 3. 당해 국내 계열회사(증권거래법의 규정에 의한 주권상장법인 또는 협회등록법인에 한한다)의 주주총회에서 다음 각목의 1에 해당하는 사항을 결의하는 경우. 이 경우 그 계열회사의 주식중 의결권을 행사할 수 있는 주식의 수는 그 계열회사에 대하여 특수관계인중 대통령령이 정하는 자를 제외한 자가 행사할 수 있는 주식수를 합하여 그 계열회사 발행주식총수의 100분의 30을 초과할 수 없다.
 가. 임원의 선임 또는 해임
 나. 정관 변경
 다. 그 계열회사의 다른 회사로의 합병, 영업의 전부 또는 주요부분의 다른 회사로의 양도

481) 金星泰, “공정거래법의 적용제외”, 「공정거래법강의」 393쪽 (1996).

482) 양승규, “보험산업과 독점규제법”, 지식김인제박사화갑 기념호 보험학회지 제39집, 8-13쪽 (1992).

사간의 공동행위에 대해서는 우리 독점규제법 제58조에 의하여 제19조의 부당한 공동행위 규정이 적용되지 않을 가능성이 있다. 전술한 바와 같이 미국에서는 McCarren-Ferguson Act⁴⁸³⁾에 의하여 보험업에 대하여 독점금지법에 대한 명시적 적용면제를 부여하고 있고, EU에서는 유럽위원회규칙⁴⁸⁴⁾에 의해서 경쟁법의 적용을 보험업에 대하여 조약 제81조로부터 포괄 면제하고 있다. 이러한 미국, EU 등의 경쟁법 적용면제는 위험의 인수와 대수의 법칙을 전제로 하지 않을 수 없는 보험산업의 특성과 우리 보험법에서 행해지는 것과 같은 규제기관에 의한 규제 등을 고려한 것일 것이다. 그러나 미국에서는 McCarren-Ferguson 적용면제의 폐지론이 계속 제기되고 있고,⁴⁸⁵⁾ EU의 위의 보험업에 대한 적용면제 규칙은 2003.3.31에 효력이 종료되는데, 유럽위원회는 2002년에, 동규칙의 적용범위를 보다 친경쟁적인 행위로 제한하는 조건으로 효력을 계속 유지할 것을 제안한 상태이다. 우리의 경우에도 보험업에 대한 부당공동행위로부터의 적용면제를 위해서 독점규제법 제19조제2항의 요건에 의한 공정거래위원회의 인가를 받고 그 범위와 내용을 분명히 할 필요가 있을 것으로 본다.

483) 15 U.S.C.A. §1011-1015.

484) Regulation (EEC) No 3932/92 (1992.12.21).

485) 이에 대한 내용은 鄭浩烈, “保險事業에 대한 獨占禁止法の 適用免除 - 美國의 경우”, 松淵梁承圭教授華甲紀念 「現代商法の 課題와 展望」 395-400쪽 (1994).

제 6 장 結 論

우리나라 독점규제법의 적용제외 영역은 제12장에서 일반적인 원칙이 정해져 있으나, 특히 제58조의 法令에 따른 正當한 行爲, 제59조의 지적재산권의 행사행위 등과 관련하여 구체적으로 어느 경우에 독점규제법의 적용이 제외되는 것인지가 분명하지 않아서 수범자인 국민이나 사업자의 예측가능성의 차원에서 법적 안정성을 해하고 있다.

독점규제법의 적용제외의 이론적 근거로서는 규제자체에 대한 비판적 입장인 이익집단의 영향력 때문에 적용제외가 안출된다는 장악이론이나 공공선택이론이 존재하지만, 이들 이론은 현실적으로 존재하는 모든 규제의 현실을 설명하는 것은 아니라고 보아 제한적으로만 그 타당성을 인정할 수 있을 것으로 생각한다. 대신에 다른 國家政策에 의한 立法者의 결단이나 자연독점, 공공재 및 외부성 등의 市場의 失敗를 해결하기 위하여 규제기관에 의한 규제가 행해지며 그 한도에서 독점규제법의 적용제외의 정당한 영역이 존재하는 것으로 본다.

법원이나 행정기관이 독점규제법의 적용제외에 관한 제12장의 관련조항, 특히 제58조를 해석함에 있어서는 동조의 ‘다른 법률 또는 그 법률에 의한 명령’은 국회가 독점규제법의 적용을 제외하려는 의사로서 제정한 법률 또는 그 법률에 의한 명령을 의미하고, ‘그러한 법령에 따라 행하는 정당한 행위’는 독점규제법이 아니라 당해 법률의 목적이나 이념에 비추어 볼 때 정당한 행위를 의미한다고 보는 것이 타당하다. 그리고 그러한 법률에 의거한 국가기관이나 지방자치단체의 규제에 의하여 사업자가 행한 행위에 대해서는, 규제기관의 규제가 경쟁상의 이익을 고려하도록 제도가 갖추어지고 운용이 되고, 규제기관의 규제가 강제성을 함유하고, 입법목적을 달성하기 위한 필요최소한의 행위일 것을 전제로 독점규제법의 적용이 제외되는 것으로 해석하여야 할 것이다. 이와 관련해서 행정기관이 사업자에 대하여 법령에 근거하지 않은 行政指導를 하였고 그에 의하여 사업자들간에 형성된 담합은 원칙적으로 명백한 독점규제법위반으로서 그 행정지도가 위법성조각사유가 되지 않을 것이나, 사실상의 강제성이 수반된 것이라면 독점규제법 위반의 책

임이 면제될 가능성이 있다고 하겠다.

제59조의 지적재산권의 행사행위는 실상 특허법, 실용신안법 등의 지적재산권을 보호하는 각종 법률에 의해서 보장되는 행위에 대하여 독점규제법의 적용을 제외하는 것으로도 볼 수 있다. 그렇다면 원칙적으로는 제59조가 없더라도 제58조에 의하여 각종 지적재산권 보호 법률에 의거하여 하는 지적재산권의 행사행위는 적용제외될 수 있으므로⁴⁸⁶⁾, 제59조는 제58조에서 규정하는 다른 법률의 하나를 특별히 명시하고 있다고도 볼 수 있다. 다른 하나의 가능성은 제59조는 제58조의 원칙과 구별되는 특별한 것을 포함하고 있다는 것이다. 제59조는 지적재산권이 갖는 법적 독점 가능성의 창출이라는 특성 때문에 일용 독점규제법과 충돌하는 것으로 오인될 수 있으므로 이를 피하고 그 정당한 권리행사에 대해서는 독점규제법의 적용을 제외하고자 규정된 조항으로서 파악한다면 동조의 존재의의가 인정된다. 다만 제59조에 대해서는 ‘무체재산권의 행사행위’라는 제목은 ‘지적재산권의 정당한 행사’로 변경하고, 우선 제59조의 문언은 “이 법의 규정은 著作權法, 特許法, 實用新案法, 意匠法 또는 商標法 등에 의한 權利의 정당한 행사라고 인정되는 행위에 대하여는 適用하지 아니한다”고 개정하는 것이 전장에서 설명한 몇 가지 疑意를 제거하기 위해서 필요하다. 나아가서 이 조항상의 지적재산권의 정당한 행사의 범위에 관하여 가능한 주요요소를 골라내어 동조에 규정함으로써 판단의 지침을 제공할 필요가 있다. 이에 관해서는 이후에 충분한 연구와 판단이 필요할 것이므로 본고에서는 그러한 기본방향에 대한 언급으로 그치기로 한다. 이와 관련하여 세부적 내용을 주관기관의 지침으로 밝히는 것도 필요할 것이며, 2000년에 공정거래위원회의 “지적재산권의 라이선스에 관한 지침”이 제정되어 있으나, 동지침은 제정시까지의 학계와 실무계의 컨센서스를 담고 있는 것이겠지만, 그 내용에 구체성이 부족하며 계속하여 보완하여 나아가야 할 것이라고 생각된다.

486) 특허법에 의하여 특허권의 정당한 행사에 대하여 독점금지법의 적용이 면제되는 것은 규제산업의 경우에 의회가 제정한 법률에 의하여 독점금지법의 적용이 면제되는 것과 동일한 맥락이라고 본다.

참고문헌

[국내문헌]

<단행본>

- 권오승(편), 「공정거래법강의Ⅱ」, 법문사, 2000.
- 권오승, 「공정거래법심결례100선」 법문사, 1996.
- 권오승, 「제4판 경제법」, 법문사, 2002.
- 권재열, 「개정판 경제법」, 법원사, 2002.
- 김영세, 「개정판 게임이론」, 박영사, 2000.
- 김영추, 「새 시대의 경제법」, 신지서원, 1999.
- 김영호, 「경제법-독점규제법」 법문사, 1990.
- 박길준, 「한국독점규제법」, 삼영사, 1983.
- 박세일, 「개정판 법경제학」, 박영사, 2001.
- 손주찬, 「경제법」, 법경출판사, 1994.
- 신현윤, 「기업결합법론」, 법문사, 1999.
- 윤창호·이규억, 「제2전정판 산업조직론」 박영사, 1995.
- 이규억, 「경쟁과 질서」 산업연구원, 1996.
- 이기수, 「제3판 경제법」, 세창출판사, 2000.
- 이남기, 「제2개정판 경제법」, 박영사, 2000.
- 정갑영, 「개정판 산업조직론」, 박영사, 2001.
- 정상조·최성근, 「경쟁질서의 유지와 지적소유권법」 한국법제연구원, 1992.

참고문헌

황적인·권오승, 「제5정판 경제법」, 법문사, 1996.

〈논 문〉

구재균, “지적재산권과 독점규제법의 관계 - 독점규제법 제59조의 해석론과 관련하여 -”, 사법행정 제41권 제7호 12-37쪽, 2000.

권오승, “독점규제법상 적용제외”: 「법경제연구(Ⅱ)」 한국개발연구원 111 쪽, 1995.

김두안, “특허법과 독점규제법의 교차 - 독점규제법 제 59 조의 해석에 관하여 -” 한양법학 제6권 235-261쪽, 1995.

김두진, “첨단 산업분야의 표준제정에 대한 독점규제법 적용 연구”, 한국법제연구원, 2002.

김성태, “공정거래법의 적용제외”: 권오승(편) 『공정거래법강의』 (법문사: 1996), 385-398쪽.

김은기, “특허권실시에 대한 독점규제법의 적용”, 창작과 권리 제17권 15-35쪽, 1999.

김일중, “프로그램 저작권 보호와 경쟁정책”: 권오승(편) 『공정거래법강의 Ⅱ』 (법문사: 2000), 418-449쪽.

박래용, “공정거래법과 공익사업”: 권오승(편) 『공정거래법강의』 (법문사: 1996), 421-430쪽.

서천석, “지적재산권을 수반한 산업표준제정의 반독점법적 고찰”, 산업재산권 제7권 128-140쪽, 1998.

서헌제, “우루과이라운드 지적재산권 협상 타결과 관련한 공정거래법의 보완”, 경쟁법연구 제2권 117-140쪽, 1990.

송근장·김홍주·이철남·기민호, “독점금지법상 지적재산권의 행사 - 각국의 입법례와 국내, ETRI의 상황-”, 지적소유권법연구 제1집

- 399-435쪽, 1998.
- 신창선, “지적재산권의 남용행위에 대한 공정거래법 적용에 관한 연구 - 특허권을 중심으로-”, 경영법률 제4집 105-162쪽 1991.
- 양승규, “보험산업과 독점금지법”, 지식김인제박사화갑기념호 보험학회지 제39집 1-21쪽, 1992.
- 이경규, “국제지적재산권거래에 대한 독점규제법의 합리적 적용기준에 관한 연구”, 김행남교수화갑기념호 연세법학연구 제7권제2호 153-174쪽, 2000.
- 이경규, “지적재산권 남용의 규제와 독점규제법의 적용에 관한 연구”, 연세대학교 대학원, 박사학위논문, 2001.2.
- 이기수·송근장·김홍주·최병규, “바람직한 지적재산권 정책”, 지적소유권 법연구, 221-246쪽, 1998.
- 이문지, “미국의 경제규제와 반트러스트법의 적용제외-통신산업의 경우를 중심으로-”, 상사법연구 제20권 제1호 693-722쪽, 2001.
- 이문지, “공정하고 자유로운 경쟁은 목적인가 아니면 수단인가?: 공정거래법의 목적에 관한 통설적 견해의 문제점”, 상사법연구 제16권 제2호 615-634쪽, 1997.
- 이봉의, “독점규제법상의 적용제외”, 경쟁법연구 제3권 75-98쪽 1991.
- 임충희, “보험업에 대한 공정거래법 적용문제 -”, 상사법연구 제17권 제1호 481-513쪽, 1998.
- 정상조, “경쟁질서로서의 지적재산권”: 권오승(편) 『공정거래법강의』 (법문사: 1996), 399-420쪽.
- 정호열, “보험사업에 대한 독점금지법의 적용면제 - 미국의 경우”, 송연양 승규교수화갑기념 『현대상법의 과제와 전망』 (삼지월: 1994), 379-403쪽.

[외국문헌]

〈단행본〉

American Bar Association Section of Antitrust Law, *Intellectual Property Misuse: Licensing and Litigation*, Chicago: ABA, 2000.

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.

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.

Faber, Daniel A. & Philip P. Frickey, *Law and Public Choice: A Critical Introduction*, University of Chicago Press, 1991.

Fox, Eleanor M. & Lawrence A. Sullivan, *Cases And Materials On Antitrust*, 2nd ed., West Publishing Co., 1989.

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.
- Hovenkamp, Herbert, Mark D. Janis & Mark A. Lemley, *IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*, Volume I & II, New York: Aspen Law & Business, 2002.
- Morgan, Thomas D., Jeffrey L. Harrison & Paul R. Verkuil, *Economic Regulation of Business: Cases and Materials*, 2nd ed., West Information Pub Group, 1985.
- Posner, A. Richard, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, Chicago: The University of Chicago Press, 1976.
- Posner, Richard A., *Natural Monopoly and its Regulation*, 30th ed., Washington D.C.: CATO Institute, 1999.
- Scherer, F. M., *Industrial Market Structure And Economic Performance*, 2d ed., Boston: Houghton Mifflin Company, 1980.
- Schmidt, Ingo, *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 4. Aufl., 1993.
- Sir Bellamy Qc, Christopher & Graham Child, *Bellamy & Child European Community Law of Competition*, 5th ed., London: Sweet & Maxwell, 2001.
- 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.
- Viscusi, W., J. Vernon & J. Harrington, *Economics of Regulation*

참고문헌

and Antitrust, 3rd ed., The MIT Press, 2000.

〈논 문〉

Andewelt, Roger B., Practical Problems in Counseling and Litigating: Analysis of Patent Pools under the Antitrust Laws, 53 *Antitrust L.J.* 611 (1985).

Azcuenaga, Mary L., *Recent Issues in Antitrust and Intellectual Property*, 7 *B.U. J. SCI. & TECH. L.* 1 (2001).

Azcuenaga, Mary L., *The Intersection of Antitrust and Intellectual Property: Adaptations, Aphorisms and Advancing the Debate*, (1996.1.25).

Bolze, Ray S., John C. Peirce & Linda L. Walsh, *Antitrust Law Regulation: A New Focus for a Competitive Energy Industry*, 21 *Energy L. J.* 79 (2000).

Demsetz, Harold, *Why Regulate Utilities*, 11 *J.L. & Econ.* 55 (1968).

FTC Staff Report, *Anticipating the 21st Century: Competition Policy in the New High-Tech Global Market Place*, Vol. I (1996).

Gambrell, James B., *The Evolving Interplay of Patent Rights and Antitrust Restraints in the Federal Circuit*, 9 *Tex. Intell. Prop. L.J.* 137 (2001).

Herbert Hovenkamp, *Labor Conspiracies in American Law, 1880-1930*, 66 *Tex. L. Rev.* 919 (1988).

Kahn, Alfred, *The Road to More Intelligent Telephone*

- Pricing*, 1 Yale J. on Reg. 139 (1984).
- Kaplow, Louis, *The Patent-Antitrust Intersection: A Reappraisal*, 97 Harv. L. Rev. 1813 (1984).
- Kobak, James B., JR, *Professional Real Estate Investors and the Future of Patent-Antitrust Litigation: Walker Process and Handgards Meet Noerr-Pennington*, 63 Antitrust L.J. 185 (1994).
- Ku, Raymond, *Antitrust Immunity, the First Amendment and Settlements: Defining the Boundaries of the Right to Petition*, 33 Ind. L. Rev. 385 (2000).
- Langenfeld, James, *Intellectual Property and Antitrust: Steps toward Striking a Balance*, 52 Case W. Res. 91 (2001).
- Merges, Robert P., *Contracting into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organizations*, 84 Cal. L. Rev. 1293 (1996).
- Pitofsky, Robert, *Antitrust, Technology, and Intellectual Property: Antitrust and Intellectual Property: Unresolved Issues at the Heart of the New Economy*, 16 Berkeley Tech. L.J. 535 (2001).
- Posner, Richard, *Taxation by Regulation*, 2 Bell J. Econ. 22 (1971).
- Quinn, Eugene R., JR., *Intellectual Property in an Information Economy: Abusing Intellectual Property Rights in Cyberspace: Patent Misuse Revisited*, 28 Wm. Mitchell L. Rev. 955 (2002).
- Rai, Arti K., *Fostering Cumulative Innovation in the*

참고문헌

- Biopharmaceutical Industry: The Role of Patents and Antitrust*, 16 Berkeley Tech. L.J. 813 (2001).
- Ravicher, Daniel B. & Shani C. Dilloff, *Antitrust Scrutiny of Intellectual Property Exploitation: It just Don't Make no kind of Sense*, 8 Sw. J. of L. & Trade Am. 83 (2002).
- Reynolds, Stuart M., Jr., *The Relationship of Antitrust Laws to Regulated Industries and Intellectual Property in the New Marketplace*, 4 Tul. J. Tech. & Intell. Prop. 1 (2002).
- Rosenblum, Mark C., *The Antitrust Rationale for the MFJ's Line-of-Business Restrictions and a Policy Proposal for Revising Them*, 25 Sw. U. L. Rev. 605 (1996).
- Saunders, Kurt M., *Patent Nonuse and the Role of Public Interest as a Deterrent to Technology Suppression*, 15 Harv. J. Law & Tec 389 (2002).
- Soma, John T. & Kevin B. Davis, *Network Effects in Technology Markets: Applying the Lessons of Intel and Microsoft to Future Clashes Between Antitrust and Intellectual Property*, 8 J. Intell. Prop. L. 1 (2000).
- Steinman, David R. & Danielle S. Fitzpatrick, *Antitrust Counterclaims in Patent Infringement Cases: A Guide to Walker Process and Sham-Litigation Claims*, 10 Tex. Intell. Prop. L.J. 95 (2001).
- Stigler, George J., *The Theory of Economic Regulation*, 2 Bell J. Econ. & Mgmt. Sci. 3 (1971).

- Sullivan, E. Thomas, *The Confluence of Antitrust and Intellectual Property at the New Century*, 1 Minn. Intell. Prop. Rev. 1 (2000).
- Sullivan, Lawrence A., *Is Competition Policy Possible in High Techmarkets?: An Inquiry into Antitrust, Intellectual Property, and Groadband Regulation as Applied to "The New Economy"*, 52 Case W. Res. 41 (2001).
- Sullivan, Lawrence A., *Elusive Goals Under the Telecommunications Act: Preserving Long Distance Competition Upon Baby Bell Entry and Attaining Local Exchange Competition: We'll Not Preserve the One Unless We Attain the Other*, 25 Sw. U. L. Rev. 487 (1996).
- Telser, Lester, *On the Regulation of Industry: A Note*, 77 Journ. of Pol. Econ. 937 (1969).
- Valentine, Debra A., *Abuse of Dominance in Relation to Intellectual Property: U.S. Perspectives and the INTEL Cases*, address before The Israel International Antitrust Conference, (1999.11.15).
- White, Katherine E., *A Rule for Determining When Patent Misuse Should be Applied*, 11 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 671 (2001).