

# 약탈적 가격책정 사건에서의 가격-비용 분석

## United States v. AMR Corp., American Airlines, Inc., etc. 사건

신영수 | 한국법제연구원 부연구위원

### I. 머리에

사업자가 수지에 맞지 않는 가격인하를 단행하여 경쟁사업자를 배제시킬 수 있을 정도의 결과를 초래하게 되는 소위 약탈적 가격책정(predatory pricing)은 일찍이 미국의 독점금지법하에서 독점화(monopolization) 내지는 가격차별(price discrimination) 행위로서 그 위법성 여부가 판단되어 왔다. 또한 시카고 학파를 중심으로 약탈적 가격책정에 대한 규제의 불합리성이 지적되면서 규제의 실효성에 앞선 타당성 논의도 활발히 전개되어 오고 있다.

굳이 우리의 규범체계에 비추어 보자면 약탈적 가격책정은 불공정거래행위 가운데 부당염매<sup>1)</sup>에 가까운 행위로서, 최근 이에 관한 대법원 판례<sup>2)</sup>가 도출되면서 위법성의 판단기준과 비용-가격의 분석기법에 대해 사법적인 해석이 내려진 상태이다. 하지만 대법원 판결에도 불구하고, 우리 법상 부당염매행위가 전통적인 독점금지법리에서 분석되어 온 약탈적 가격책정행위와 과연 어느 정도까지 동일한 것인지, 가격책정의 약탈성 혹은 부당염매성의 인정기준은 무엇인지 등에 관해 여전히 논쟁의 여지는 남아 있는 것으로 보인다.

이러한 시점에서 지난 2003년 7월, 미국의 연방제10항소법원에서는 약탈적 가격책정행위에 관한 법원의 최근 입장과 비용-가격분석기준에 관하여 몇 가지 중요 쟁점들을 확인해 볼 수 있

1) 독점규제및공정거래에관한법률 제23조제1항 2호 및 동 법 시행령 제36조제1항 [별표] 제3호 (가).

2) 대법원 2001.6.12. 선고 99두4688 판결.

3) United States v. AMR Corp., American Airlines, Inc., and AMR Eagle Holding Corp., 2003 U.S. App. (10th Cir. July 3, 2003).



는 흥미로운 판결<sup>3)</sup>이 나왔다. 미국 법무부와 아메리칸항공사를 당사자로 한 이 사건에서는 가격·비용에 관한 분석과정에 논의의 초점이 맞추어져 있지만 그와 아울러 약탈적 가격책정의 규제타당성에 대한 본질적인 검토도 이루어지고 있어서, 독점금지법 위반사건에서 미국 법원이 고민하는 경제적 분석의 과정과 그 사고의 기초를 엿볼 수 있기도 하다.

## II. 사안의 개요

### 1. 사실관계

아메리칸항공사는 미국내 최대규모의 항공운수 사업자로서 국제선은 물론 국내의 주요 도시를 운행하는 항공사이다. 아메리칸항공사가 취항하는 도시들 가운데는 미국 남부의 중추적 거점공항인 텍사스주 달라스의 Fort-Worth 공항도 있었다. 아메리칸항공사는 이 공항에 취항하는 주요 항공사로서 일부 노선에서는 오랫동안 지배적인 지위를 구가하고 있었다. 그러던중 1990년대 중반에 이르러 신설 항공사들과 중소 항공사들이 Fort-Worth에 취항을 개시하면서 새로운 경쟁구도가 형성되었다. 특히 1995년부터 1997년까지의 기간 동안 동 공항을 중심으로 신설 및 중소항공사들과 아메리칸항공사 간에 치열한 가격경쟁이 벌어지게 되었다. 먼저 신규 진입자들이 새로운 시장을 적극 개척하고 소비자들의 수요를 끌어들이기 위해 특정 항공노선에 대해 아메리칸항공사보다 현저하게 낮은 요금을 받고 운행을 하였다. 그러자, 아메리칸항공 역시 이들 저가 항공사들에 대응하여 일부 노선의 항공요금을 낮추고 당해 노선의 운항편수를 늘리는 영업전략으로 맞섰다. 가격경쟁은 한 동안 지속되었다. 그러나 자금력이 부족한 저가의 항공사들은 수지가 맞지 않는 시장상황을 버텨내지 못하고 결국 당해 노선의 운행을 포기하게 되었다. 저가 항공사들이 당해 항공노선에서 물러난 후, 아메리칸항공사는 요금을 다시 인상하여 본래의 수준으로 복귀시키게 되었고 항공편수도 줄이는 조치를 단행하였다.

미국 법무부 독점금지국은 이 같은 상황에 주목하고 독점금지법 위반여부를 조사한 후 아메리칸항공사를 상대로 서면법 제2조 위반소송을 켄사스 주 연방지방법원에 제기하였다. 아메리칸항공사가 저가의 항공사들에 대해 약탈적인 가격을 책정함으로써 독점화 및 독점화기도에 해당하는 행위를 했다는 것이 청구취지였다. 법무부는 구체적으로, 아메리칸항공사측이 문제된 항공노선에서 책정한 가격은 원가에도 미치지 못하는 수준이었으며, 향후 당해 노선을 독점화 한 이후에 가격을 다시 경쟁수준 이상으로 올림으로써 과거에 감수했던 손해를 만회하려는

전략을 구사했다고 주장하였다. 나아가 당해 항공노선 이외에 다른 노선들에서도 아메리칸항공 공사가 셔먼법 제2조를 위반했다고 보았다. 아메리칸항공사는 결과적으로 볼 때 본 건 항공노선에서의 저가 항공사들을 상대로 효과적인 가격경쟁전략을 폈다고 할 수 있는데, 이를 통하여 아메리칸항공사에 대해서는 '약탈에 대한 평판(reputation for predation)'<sup>4)</sup>이 형성되어 경쟁사업자들의 경쟁의욕을 꺾음으로써 다른 항공노선도 독점화 하려고 시도했다는 것이다.

아메리칸항공사는 법무부의 소제기에 대해 약식판결(summary judgement)<sup>4)</sup>을 신청하는 한편, 저가항공사들을 상대로 한 가격책정은 경쟁 본연의 모습일 뿐이며, 결코 셔먼법을 위반한 것이 아니라고 주장하였다.

## 2. 법원의 판단

원심을 맡은 켄사스 주 연방지방법원은 아메리칸항공사의 청구를 받아들여 동 사건을 약식판결에 따라 심리하였으며, 그 결과 법무부의 주장에 오류가 있다는 판결을 내렸다.

첫 번째 이유는, 증거에 비추어 볼 때 아메리칸항공사가 문제된 항공노선에 대해 책정한 요금이 적정 소요비용수준 이하가 아니었음이 명백했기 때문이다. 먼저 지방법원은 법무부가 주장하는 약탈적 가격책정이 성립하기 위해서는 아메리칸항공사의 평균가변비용(average variable costs; AVC)에 대한 검토가 선행되어야 한다고 보았다. 전통적으로 미국의 법원이나 경쟁당국이 전통적으로 약탈적 가격책정 사건에서 가격-비용의 분석척도로서 평균가변비용을 주로 채용하여 왔으며, 이것이 곧 가격경쟁을 독려하고 불공정한 거래관행을 금지한다는 셔먼법의 취지에도 부합하는 것이라고 보았기 때문이다. 지방법원은 당해 노선에 관한 가격과 비용을 분석한 결과, 당해 기간동안 아메리칸항공사측이 부과한 요금이 줄곧 평균가변비용을 상회하는 수준에서 결정되었던 것으로 판단하였으며, 법무부도 이를 반박할 수 있는 증거를 제시하지 못했다고 판시했다. 당초 법무부는 당해 사건에서 가격-비용을 분석하기 위한 기준으로는 평균가변비용은 적절하지 않으며 그 대체물로서 네 가지의 비용분석법을 제시하였으나 법원은 이를 받아들이지 않았다. 이러한 비용기준들은 특히 단기이윤극대화비용 등에 기초한 것으로서 약탈행위의 심사기준으로서 사용되기에 전혀 적합치 않은 것이라는 게 법원의 판단이었다.

둘째, 연방지방법원은 피고가 청구한 약식판결은 적절한 것이라고 보았다. 그 이유는 아메리

4) 정식의 사실심리를 거치지 않고 행해지는 판결로서, 중요 사실에 관해 별다른 쟁점이 없어서 법률문제에 대해서만 판결이 가능한 경우에, 당사자 일방의 신청에 의해 이루어지는 판결을 말한다. 미국의 연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure)에는 Rule 56에서 이에 관한 규정을 두고 있다.



칸항공사의 요금이 신규진입자나 저가항공사들이 당해 노선에 책정한 요금에 대응하기 위한 수준에서 결정되었을 뿐, 경쟁자들보다 낮은 수준이 아니었다는 사실에는 의문이 없으며, 따라서 아메리칸항공사의 행위는 단순한 경쟁의 일환으로 볼 수 있기 때문이라는 것이다. 지방법원은 서면법 제2조 위반사건에서 피고가 자신의 행위는 단지 경쟁에 대응하기 위한 것일 뿐이었다는 항변(meeting-competition defense)은 로빈슨-패트만법(Robinson-Patman Act) 상의 가격차별 사건에서 주장되는 항변과 매우 유사하다고 보았다.<sup>5)</sup> 아울러 아메리칸 항공사측의 가격이 경쟁자의 가격보다 낮다는 점 역시 입증되지 못했음을 지적하였다. 이에 따라 지방법원은 아메리칸항공사측의 행위는 약탈행위가 아니라 오히려 독점금지법이 독려하고자 하는 경쟁행위의 일환이라는 결론을 내렸다.

셋째로, 연방지방법원은 여러 정황에 비추어 볼 때, 달라스의 Fort-Worth 공항 노선은 구조적으로 경쟁수준을 초과하는 초경쟁적(supra-competitive) 가격책정 자체가 어려우며, 설령 비용이하로 가격책정이 이루어졌다고 해도 향후 손실을 만회하기 위해 가격을 인상시킬 가능성이 적다고 보았다. 특히 손실의 만회가능성 부분과 관련해서, 지방법원은 진입장벽이 높지 않다는 점과 이 지역에 달라스의 Fort-Worth 공항 외에 저가의 항공사들이 취항할 수 있는 다른 중추적 공항이 존재하지 않는다는 점을 주목하였다. 따라서 법무부가 손실 만회가능성에 관해 제시한 증거에는 설득력이 없다는 결론에 이르렀다. 다만, 법원은 가격경쟁이 지나고 난 후 아메리칸항공사가 요금을 다시 전과 동일한 수준으로 인상시켰다는 법무부 측의 증거는 받아들였다. 하지만 종전의 가격 자체가 실제로 초경쟁적 가격이었는지에 대해서는 아무런 증거가 없다고 하였다.

끝으로, 지방법원은 서면법 제2조의 성립사유로서 법무부가 주장한 평판에 의한 독점화(monopolization by reputation)의 논리도 받아들이지 않았다. 법원은, 법무부의 이론이 기존의 법리로부터 상당히 이탈해 있는 것으로서 공격적인 사업활동에 대한 평판에 있으나, 합법의 테두리를 벗어나지 않은 행위와 불법적인 약탈행위와의 구분할 논리적 근거가 희박하다는 점을 거부이유로 제시하였다. 따라서 그와 같은 이론은 본질적으로 피고의 경쟁항공사들이 피고의 공격성에 관한 평판에 대해 불만을 제기하는 것에 동조하는 것일 뿐이라고 보았다.

법무부는 이 같은 원심판결에 불복하여 연방제10항소법원에 항소하였으나 항소법원 역시 원

5) 이 같은 항변은 로빈슨-패트만법에 근거규정이 있는 데 반해, 서면법에는 이 같은 명시적인 항변을 인정한 규정이 없다. 다만 일부 사건에서 서면법 위반으로 제소한 약탈적 가격책정 사건에서 동일한 항변을 적용한 바가 있었던 것으로 알려진다. 그 같은 사건들에서 발전되어 온 논리는, 사업자가 경쟁자가 설정한 가격에 대응하여 가격을 책정하되 경쟁수준보다 낮지 않은 경우에는 약탈행위로 볼 수 없다는 것이었다. 이 사건에서 연방지방법원은 이러한 항변을 인정하였지만 항소법원은 이를 받아들이지 않았다.

심에 동의하여 법무부 패소판결을 내렸다. 다만 항소심은 동 사건에서 제기된 세 가지 쟁점들 가운데 비용이 가격이하인지를 분석하는 기준이 제대로 설정되었는지에 관한 판단에만 그쳤고, 원심에서 다루어졌던 나머지 쟁점들, 즉 아메리칸항공이 단지 경쟁자들의 가격에 대응한 것으로서 자신의 행위가 가격경쟁의 일환이라는 주장을 할 수 있는지의 문제와 초경쟁적 가격 책정에 의한 원상복원의 가능성이 존재하는지에 대해서는 판단을 유보하였다.

### III. 쟁점의 분석

#### 1. 어디까지가 가격경쟁이고 어느 단계부터 약탈행위인가?

서면법 제2조 위반의 독점화 혹은 독점화기도 사건에서 고려되는 핵심표지의 하나는 일차적으로 사업자가 관련시장에서 독점력을 획득, 유지하거나, 적어도 그러한 상황에 상당히 근접할 수 있도록 한 반경쟁적 행위가 존재했는가 하는 점이라고 할 수 있다. 본 건에서도 아메리칸항공 공사가 전에 비해 낮게 책정한 가격이 경쟁차원에서 행해진 것인지 아니면 경쟁사업자들을 시장에서 축출하려는 의도로 행해진 약탈적 가격책정인지부터 당사자들간에 견해가 대립되었다. 원고 법무부는, 아메리칸항공사가 당해 노선에서 저가 항공사들을 몰아내고 이를 통해 약탈적 사업전략에 대한 평판을 형성함으로써 향후 당해 노선에의 신규진입을 사전에 차단하려는 의도를 갖지 않고서는 경제적으로 볼 때 것처럼 항공편을 추가 편성할 아무런 이유가 없다고 주장했다. 반면, 아메리칸항공사는 비록 전에 비해 낮은 요금과 증가된 항공편을 편성하기는 했지만 이는 시장상황의 변화에 대처하기 위한 자연스런 경쟁행위로서 정당한 것이었다고 반박하였다.

이에 대해 제10항소법원은 먼저, 시카고학파의 경제학적 사고가 약탈적 가격책정행위에 대한 규제를 전혀 설득력도 없으며 불합리한 것이라고 치부해왔던 점을 거론하였다. 구체적으로는 현재 판사로 재직중인 Frank Easterbrook 교수가 일찍이 “독점금지법이나 법원이 약탈행위를 심각하게 받아들일만한 충분한 이유가 없다”는 언급한 내용<sup>6)</sup>을 인용하였다. 시카고학파의 견해에 따르면, 저가의 가격책정행위는 친경쟁적인 성격일 뿐, 이를 금지하는 것 자체가 궁

6) Frank H. Easterbrook, Predatory Strategies & Counterstrategies, 48 University of Chicago Law Review, p. 264 (1981).



극적으로 사업자들이 사회적으로 유익한 행위에 가담하는 것을 막는 결과가 될 것이라고 한다. 이러한 시각은, 비록 일시적으로는 가격을 내려서 시장을 독점화 하더라도 독점화를 위해 감수했던 손실을 나중에 만회할 가능성이 불확실하다는 점에 기초한다. 그리하여 약탈자가 자신의 계획대로 시장을 독점화 하여 장기적인 이익을 얻어낼 수 있으려면 두 가지 전제가 충족되는 경우에만 가능하다고 본다. 즉, i) 문제된 약탈행위의 피해자가 현실적으로 존재하며, ii) 약탈적 행위의 혐의를 받는 사업자가 약탈 이후에 가격을 경쟁수준 이상으로 인상하고, 나아가 과거에 원가이하의 가격책정으로 인해 입었던 손실을 초과하는 이윤을 창출할 수 있을 만큼 오랜 기간 동안 유지했었어야 한다는 것이다. 그런데, 가격을 재인상하게 되면 새로운 신규진입이 발생하기 때문에 약탈행위는 성공하기가 매우 어렵게 될 것이고, 결국은 시장 스스로 왜곡상태를 복원할 힘을 가지고 있기 때문에 국가가 나설 필요가 없다는 논리이다.

본 건에서 제10항소법원은 시카고학파의 이 같은 회의적 시각에 대체로 수긍하는 입장을 견지했다. 아울러 연방대법원이 1986년 *Matsushita Electric v. Zenith Radio* 사건에서 판시한 바, “약탈적 가격책정전략이 실제로 시도된 예가 매우 드물고, 성공한 사례는 더 더욱 찾아보기 힘들다”는 점을 재차 거론하였다.<sup>7)</sup> 제10항소법원은 이에 덧붙여서, 연방대법원의 선판례<sup>8)</sup>에 비추어 볼 때 법원이 약탈적 가격책정 사건을 검토함에 있어서 항상 유의해야 할 점은 “사업자가 약탈적 가격책정에 가담하게 되는 경로는 사업자가 경쟁을 촉진하는 과정과 동일”하기 때문에 독점금지법이 보호하고자 했던 바로 그 행위가 잘못된 추론에 의해 금지되는 결과를 낳을 수가 있다는 사실이라고도 하였다.<sup>9)</sup> 결국 엄격한 기준을 충족시키는 예외적인 가격책정에 대해서만 약탈성을 인정할 수 있다는 것이다.

다만, 제10항소법원은 최근 학계의 동향이 약탈적 가격책정이 설득력이 없으며 불합리하다는 종래의 입장에서 변화하고 있다는 점 역시 주목하였다. 항소법원은 일부 post-chicago 경제학자들이 주장하는 바, 즉 “약탈적 가격책정에 대한 규제는 본래 설득력이 있을 뿐만 아니라 많은 순기능을 가지고 있으며, 특히 한 시장에서 약탈행위가 발생할 수 있는 상황에서 시장진입이나 가격인하가 어려운 다른 시장에서 급속히 손실만회가 이루어지는 경우에는 그러한 효과가 더욱 명확하다”는 점을 인용하였다. 즉, 약탈자들이 한 시장에서만 비용이하로 가격을 책정하고 다른 시장에서는 이를 복원할 수 있기 때문에 그러한 가격책정은 기업의 입장에서 합리적

7) *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 589 (1986).

8) *Cargill Inc. v. Monfort of Colorado*, 479 U.S. 104, 122 (1986).

9) 이 점은 일찍이 Areeda와 Turner에 의해서 지적된 바이기도 하다. P. Areeda & D. Turner, *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*, 88 *Harvard Law Review*, (1975), 697, p.699 참조.

인 사업전략이 될 수 있는 것이다.

## 2. 가격의 약탈성 판단을 위한 비용기준

### (1) 쟁점의 소재

제10항소법원은 약탈적 가격책정 사건에서는 원고가 입증해야 하는 두 가지의 핵심적인 전제들이 있다고 하였다. 그 하나는, 문제가 된 가격이 피고의 적정 비용수준 이하로 책정되었다는 점이며, 또 다른 하나는 피고가 비용이하의 가격을 책정하느라 감수해야 했던 손실을 추후에 만회할 가능성이 있다는 점이다. 제10항소법원은 이러한 전제에 관한 많은 논의가 있었음에도 불구하고 아직은 어느 정도의 비용이면 위법한 수준에 이른 것인지에 대한 합의는 도출되지 않았다고 하였다.

이 점에 관하여 당사자들의 입장은 대립되었다. 아메리칸항공사측은 항공요금의 약탈성을 판단하기 위한 기준으로서 평균가변비용을 제시하였다. 그러면서 각 항공노선에서 부과된 가격들도 당해 노선의 평균가변비용 이하로 책정되었다고 주장하였다. 여기서 각 노선은 별도의 관련시장을 이루고 있다고 보았다. 반면, 법무부는 증가세가 뚜렷한 행위에 대해 문제를 제기하는 경우, 그리고 비용증가가 평균가변비용의 대용물로도 직접적이고 확실하게 측정되어 질 수 있는 경우에는 전 시장에 걸친 평균가변비용기준을 사용하는 것은 적절한 방법이 아니라고 주장하였다. 결국, 당해 사건에서 문제된 항공요금의 약탈성 혹은 염매성을 어떠한 비용기준에 따라 해결할 것인지가 관건이었다.

### (2) 가격-비용에 관한 보편적 분석기법

전통적인 산업조직론이나 경쟁법 학계를 중심으로 논의된 바에 따르면, 사업자가 가격을 평균총비용수준 이하로 혹은 이윤극대화가격수준 이하로 책정하는 것에는 정당한 이유가 있을 수 있지만, 한계비용(marginal cost; MC) 혹은, 그 대용물로서 평균가변비용(average variable cost; AVC) 이하의 가격책정행위는 정당성을 인정하기 힘들다고 본다. 그 같은 가격은 필연적으로 사업자에게 손실을 수반하게 되는데, 그럼에도 불구하고 사업자가 이러한 가격 책정행위를 한다면 그것은 경쟁자를 시장에서 몰아내려고 하는 의도로밖에 볼 수 없다는 것이다.<sup>10)</sup>

이 같은 분석기법은 이후 미국의 많은 법원들에 의해 채택되어, 세 가지 기준으로 구체화되

10) Id. p. 697.



었다. i) 먼저, 평균가변비용 혹은 한계비용을 상회하는 가격은 합법으로 추정된다.<sup>11)</sup> 하지만 이 같은 조건을 충족하는 것만으로는 부족하며 평균비용보다도 높은 수준에서 가격이 형성되는 경우에만 당연합법(per se legal)이 될 수 있다고 본 판례도 적지 않았다.<sup>12)</sup> ii) 반면, 합리적으로 예상되는 평균가변비용 혹은 한계비용 보다 낮은 가격은 약탈적이며 불법적인 것으로 추정된다. 단, 가격이 한계비용보다는 낮지만 평균비용보다는 높은 경우에는 예외적으로 허용될 수 있다. iii) 끝으로 평균비용은 장기한계비용에 대한 대용물로 사용될 수도 있다. 이 경우 사업자는 두 비용이 상호 밀접한 관계에 있지 않으며 단기한계비용이 당해 상황에서는 보다 적합한 기준이 된다는 점을 입증함으로써 장기한계비용을 평균비용으로 대체하는 것을 반박할 수 있다고 본다. 결국, 전통적인 산업조직론에서는 사업자가 책정한 가격이 한계비용 내지는 평균가변비용 보다 낮은지 여부를 기본토대로 저가성을 판단하되, 보충적으로 평균비용 여하에 따라 예외가 인정될 수 있는 방식을 취해 왔다고 할 수 있다. 하지만 미국 연방대법원은 한계비용 혹은 평균가변비용 기준을 약탈행위에 대한 최종적인 판단기준으로 삼지는 않았다.

### (3) 대체기준의 타당성

본 건의 법원들 역시 기존의 관점에서 벗어나 있지 않다. 먼저 제10항소법원은 약탈적 가격 책정 사건, 특히 문제된 약탈적 생산활동이 증가하는 경우에 있어서 합리적인 비용수준은 한계비용이라는 점을 거듭 확인하였다. 그러면서도 이것은 약탈적 가격책정 분석과 밀접한 관련이 있다는 것일 뿐, 곧바로 결정적인 기준이 되는 것은 아니라고 보았다. 약탈적 가격책정이 문제된 사건을 평가하기 위해서는 한계비용기준을 대체할 여타 대체기준과 아울러서 평균가변비용도 검토해야 하는 경우도 있기 때문에, 모든 사건에 대해 결정적인 비용측정기준을 수립해야 할 필요는 없다고 본 것이다. 따라서 비용분석 기준으로 평균가변비용만을 채택한다는 것은 약탈적 가격책정이 가지는 특수성을 충분히 반영할 수 없으며, 한계비용의 다른 대체기준을 배제시킬 만큼 평균가변비용을 절대적 기준으로 채택할 수 없다는 점을 분명히 하였다. 이 점에 대해서는 본 건 항소법원이 원심판결과 반대입장에 선 셈이다. 요컨대, 한계비용을 측정하기 위

11) 예를 들어, *Barry Wright Corp. v. ITT Grinnel Corp.*, 724 F. 2d 227, 234-35 (1st Cir. 1983); *Northeastern Tel. Co. v. AT&T Co.*, 651 F.2d 76, 91 (2d Cir. 1981), cert. denied, 455 U.S. 943 (1982); *MCI Communications v. AT&T Co.*, 708 F.2d 1081, 1114 (7th Cir.), cert. denied, 464 U.S. 891 (1983); *International Travel Arrangers, Inc. v. NWA, Inc.*, 991 F.2d 1389 (8th Cir), cert. denied, 114 S.Ct. 345 (1993).

12) *Arthur S. Langenderfer, Inc. v. S. E. Johnson Co.*, 729 F.2d 1050, 1058 (6th Cir.), cert. denied, 469 U.S. 1036 (1984); *Morgan v. Ponder*, 892 F.2d 1355, 1360 (8th, 1989); *McGahee v. Northern Propane Gas Co.*, 858 F.2d 1487, 1503 (11th Cir. 1988), cert. denied, 490 U.S. 1084 (1989).



한 대체기준이 무엇이든 간에 그 기준은 약탈적 가격책정 사건의 특정 상황을 제대로 포착할 수 있을 만큼의 정확하고도 신뢰성 있는 것이어야 한다는 것이 핵심이다.

한편, 법무부는 아메리칸항공사의 약탈적 가격책정행위를 판단할 수 있는 네 가지의 대체적 심사기준을 제시하였다. 이들 네 가지 심사기준은 비용증가분 즉, 항공편의 추가편성으로 인해 발생한 비용을 측정하게 된다. 그런데, 항소법원은 법무부가 주창한 대체적인 비용측정방식이 평균가변비용 기준과 상당히 차이가 있으며, 법무부의 주장을 뒷받침하기 위한 목적에서 제시된 것으로 보았다.

제10항소법원은 이러한 분석기법을 평가하기 위해 심사기준들을 두 그룹으로 재편하였다. 연방지방법원은 이 가운데 제1심사기준과 제4심사기준의 경우 아메리칸항공사가 단기이윤을 극대화하지 못하였는지 여부에 초점을 두고 있다고 보아, 이를 받아들이지 않았었다. 제10항소법원 역시 제1심사기준에 대해 원심이 내린 판단에 동의하였다. 이에 따라 항소법원은 제1심사기준에 따를 때 추가 편성된 항공편이 비용이하로 공급되었는지 여부는 가리지 못했지만, 적어도 항공사가 당해 노선에서 단기이윤을 극대화시키지는 못했음을 보여주고 있다고 판단했다. 항소법원은 그와 같은 가격책정기준은 경쟁을 심히 억누르는 결과가 될 수 있으며, 법원이 대개의 경우 유죄판결을 내리게 되는 생산량증대와 소비자이익저해 사건에 준하는 경우라고 보았다. 따라서 제1심사기준은 법률상 무효라고 결론을 내렸다.

한편 제4심사기준은 단기이윤극대화점을 약탈가격 여부의 판단기준으로 삼는 기법으로서 본 건에서는 항공편 추가편성 이후 탑승한 승객 숫자의 증가분으로부터 발생한 평균수익을 추가편성으로 인한 평균 회피가능비용(average avoidable cost)과 비교하는 것이 그 내용이였다. 이에 대해 법원은 제4심사기준에 대해서는 일견 긍정적인 입장을 보였으나, 결국은 이 역시 무효라고 판단했다. 그 이유는 법무부가 사용한 비용측정방법은 아메리칸항공사가 Fort-Worth 공항에 취항하는 모든 항공편과 관련하여 발생하는 가변비용을 포함시키고 있기 때문이라는 것이다. 이들 가변비용은 운항활동의 정도에 따라 비례적으로 달라지는 것이 아니어서, 아메리칸항공사의 내부 회계체계에 따라 단일 노선이나 항공편에 자의적으로 할당시키는 것이 가능하다. 하지만 제4심사기준은 항공편 추가편성에 따른 회피가능비용 내지 추가비용을 제대로 측정하지 않았으며, 따라서 아메리칸항공사가 비용이하로 가격을 책정했는지를 입증하기 위한 기준으로 사용될 수 없다는 판단을 내렸다.

제2심사기준과 제3심사기준 역시 아메리칸항공사의 잠재적 약탈행위를 규명해내는 데 적절한 방식이 아니라고 보았다. 이들 두 심사법에서 사용된 비용산출법은 아메리칸항공사의 총비용 가운데 97~99%를 반영하고 있으며, 여기에는 본 건에서 문제가 된 추가 항공편성에 별 영향을 받지 않는 고정비용까지도 포함되어 있다. 따라서, 특정 노선과 항공편에 아무런 관련이



없는 많은 비용들이 이들 측정방식에 포함이 되어 있다. 제2심사법과 제3심사법이 이처럼 비용 산정에 문제가 있었기 때문에 제10항소법원은 원심판결과 마찬가지로, 이들 비용산정법을 사용하는 것은 평균총비용을 기준으로 한 심사법을 적용하는 것과 다를 바가 없다는 결론에 도달하였다.

요컨대 항소법원의 최종판단은 한계비용의 대체물로서 평균가변비용이 절대적 기준인 것은 아니며 특정 상황에서 가격의 약탈성을 정확히 포착해 낼 수 있는 것이면 기준으로 삼을 수 있지만, 그렇다고 본 건에서 법무부가 제시한 네 가지 대체기준은 법적인 측면에서나 실제 적용 면에서 규범적 판단의 기준으로 삼기에는 부적절하므로 무효라는 것이다. 특히 아메리칸 항공사가 어떠한 노선에서도 평균가변비용 이하로 가격을 책정하지 않았다는 점에 대해서는 의문이 없기 때문에, 법무부가 비용이하의 가격산정에 관해 제시한 증거는 더욱 설득력이 없다고 보았다. 이에 따라 어느 정도면 치열한 가격경쟁이고 어느 선부터 약탈적 가격책정인지가 확연히 구분되는 것이 아니라는 점, 법무부가 제시한 가격-비용산정 방식이 가진 결정적인 결함 등을 감안할 때, 아메리칸항공사의 승소 판결을 내린 원심 약식판결은 타당한 것이었다는 결론에 이르렀다.<sup>13)</sup>

**V. 맺으며-본 사건의 시사점과 과제**

본 건에서 살펴볼 수 있듯이 약탈적 가격책정행위에 대해 미국의 법원들이 취하는 태도는 상당히 신중하다. 특정 사업자가 비록 가격을 큰 폭으로 인하했다고 해도 그것이 여전히 비용보다 높은 수준에서 이루어진 것이라면 이를 불법적인 약탈행위로 간주하는 것이 자칫 독점금지법이 추구하고자 했던 치열한 가격경쟁에 부정적인 영향을 미칠 수도 있다는 점 때문이다. 이에 따라, 비록 법무부가 본 건과 같은 특수한 상황에서는 평균가변비용이 아닌 다른 대체 기준을 가지고 가격-비용의 차이를 산정하는 것이 바람직하다고 줄기차게 주장했음에도 불구하고, 결국은 약탈적 가격책정 사건에서 통상 채택되는 평균가변비용 기준을 다시 채용하였다. 법무부가 가격-비용의 산정기준으로 제시한 단기이윤극대화(short-term profit maximization) 수

13) 한편, 법무부가 제시한 가격-비용산정 방식 자체에 결함이 있기 때문에 약탈적 가격책정 이후에 손실을 만회할 가능성이 있었는지에 대해서는 항소법원에서 다루어지지 않았다. 같은 이유에서, 항소법원은 아메리칸항공사가 자신의 가격 책정행위가 경쟁에 대처하기 위한 것이었다는 항변이 타당한지에 대해서도 언급하지 않았다.

준이라든지 완전배분비용(fully-allocated cost) 등이 가격의 약탈성 여부를 판단하기 위한 기준으로 적절치 않다는 것은 미국의 법원과 독점금지법 학자들 사이에서 어느 정도 정설로 자리잡은 원칙이라고 할 수 있다.<sup>14)</sup> 그런 점에서 법원은 무리가 없는 판단을 내린 것으로 보인다.

다만 원심에서 쟁점으로 부각되었던 사항 가운데, 아메리칸항공사의 가격복원을 통한 손실의 만회(recoupment) 가능성 부분을 짚고 넘어가지 않은 점과, 약탈행위가 아닌 단순한 가격경쟁이라는 항변에 관해 언급하지 않은 점이 아쉽다. 본래 약탈적 가격책정에서 논의되는 손실의 만회란 사업자가 시간적인 차이에 따라 상반된 가격을 책정함으로써 초래되는 결과를 상정한 것인데, 본 건에서는 사업자가 어느 한 시장에서 경쟁을 방해하거나 제한할 만한 약탈에 관한 평판을 얻기 위해 다른 시장에서 약탈적으로 비용이하의 가격을 책정한 경우에도 이를 적용시킬 수 있는지가 쟁점이 되었다. 사업자의 만회가능성 부분을 시간적 관점이 아닌 공간적 관점에서 적용하려 했던 점에서 매우 흥미로운 시도였다. 원심은 이러한 논리를 받아들이지 않았지만, 최근의 미국 독점금지법 학계에서는 이를 인정하는 견해도 있는 것으로 알려진다. 이 때문에 항소법원이 이에 관한 유권해석을 내렸더라면 하는 아쉬움이 남는 것이다.

마찬가지로 셔먼법 제2조 위반소송에서 피고가 약탈적 가격책정의 혐의를 벗기 위해 자신의 가격책정행위는 경쟁에 대처하기 위한 것이었다는 이른바 meeting-competition 항변을 주장할 수 있는지 여부도 쟁점이었으나, 이 부분 역시 향후의 판례 발전과정을 지켜볼 수밖에 없게 되었다.

14) 예를 들어 Stearns Airport Equipment Co. v. FMC Corp., 170 F.3d 518 (5th Cir. 1999); MCI Communications Corp. v. AT&T, 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983) 판결이 대표적인 예이다.