

시장지배적사업자의 배타적 거래전략(II)* : 보다 균형적인 시각에서의 접근

Andrew I. Gavil(하워드 대학교 법과대학원 교수) · 차성민 譯

IV. 주장들의 대결현장 : “약탈적/배타적” 행위의 개념 정의

A. 이야기로써 독점금지

독점금지법은 경제학적 이론을 수용함으로써 지난 세대에 확실히 유익을 얻었다. 그러나 경제학은 가치판단의 영향을 제거하지는 못하며, 어느 범영역에서와 마찬가지로 법규범은 경제학의 도움을 받기는 하지만, 보다 무형적, 이념적, 주관적 및 제도적인 요소들의 영향도 받는다.⁸⁷⁾ 그러한 비경제적 요소 중의 하나가 바로 문학(literary)이다.

즉 독점금지법은 하나의 이야기(a narrative)이다. 이 점을 이해하기 위해서, 독점금지법이 사인간의 거래를 보호하기 위해 얼마나 적극적으로 노력했는지를 상기해 볼 필요가 있다. 법인의 시장 지배로부터 이를 보호하기 위한 방어벽 역할을 했었고, 계약자유의 원칙이나 거래이전 제한으로부터의 자유와 같은 ‘권리’ 하에서 그 거래를 보호하려 했었다는 점을 상기해 보라.⁸⁸⁾ 이러한 “이야기” 속에서 공급자는 의심스러운 눈총을 받았으며, 거래행위자에게는 어느 정도의 신뢰를 인정받았다.

Sylvania 사례는 단순히 수직적 제한에 대한

* 본 번역문은 Andrew I. Gavil, *Exclusionary Distribution Strategies By Dominant Firms: Striking A Better Balance*, 72 *Antitrust L.J.* 3 (2004)을 저자와의 협의 하에 한국전자통신연구원 차성민 박사가 요약·번역한 것으로서 경쟁저널 제121호(2005. 9·10)에 이어지는 글이다(Copyright for Korean Translation, Andrew I. Gavil, 2005, all rights reserved).

87) 이들 및 다른 요소들에 관한 논의에 대해서 그리고 이들이 시카고 학파와 후기 시카고 학파의 관점에 어떻게 영향을 미쳤는지에 대한 비교로서는 see John E. Lopatka & William H. Page, “Obvious” Consumer Harm in Antitrust Policy: The Chicago School, the Post-Chicago School and the Courts, in *Post Chicago Developments in Antitrust Law* 129 (Antonio Cucinotta et al., eds., 2002). See also Gavil, Kovacic & Baker, *supra* note 32, at 60-69 (독점금지의 발전에 이데올로기가 미친 영향에 대해 논의함); William E. Kovacic & Carl Shapiro, *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*, 14 *J. Econ. Persp.*, Winter 2000, at 43.

88) See, e.g., *Dr. Miles Med. Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911); *Klor’s, Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc.*, 359 U.S. 207 (1959); *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967); 또한 앞의 각주 22 및 관련 문헌 참조.

경제학적 관점만 바꾼 것이 아니다. 그것은 거래에 관한 이야기도 바꾼 것이다.⁸⁹⁾ 공급자들은 더 이상 비인격적이고 약자를 괴롭히는 거대한 회사로 인식되지 않았다. Sylvania 사례의 해석에 있어서 주요한 요소는 제조자의 이익이 사실상 소비자의 그것과 결부되어 있다는 점이다.⁹⁰⁾ 이러한 제조자에 대한 새로운 배역 부여는 수직적 거래 제한에 관한 이야기를 재구성하는 일련의 과정에서 첫발을 디딘 것이었다. 두 번째 스텝은 거래행위자(dealer)와 연관이 있다. 열심히 일하고, 일정한 권리와 자유를 부여받은 지역 사업 공동체의 독립적인 지주로서의 전통적 이미지를 가지고 있는 거래행위자는 몹시 받는 반대 이미지로 대체되었다. 즉 거래행위자는 “무임승차자”로 인식된 것이다.⁹¹⁾ 이야기 속에서의 이러한 변화는 새로운 경제학적 통찰에 따른 결과로서 나타난 것이라고 항변할 수 있겠지만, 예전의 이야기를 대체시킨 그런 통찰력은 대부분 제조자의 연기력에 원인이 있다. 어떤 점에서, 이야기는 경제학적 통찰과 효과들을 증폭시켜서, 이들을 그렇지 않았을 때보다 좀 더 강력하고 완벽하게 만든다.

셔먼법의 채택을 촉구하면서 상원의회에서 행해진 연설 중의 하나에서, 셔먼 의원은 이야기를 전개했는데 주로 독점금지에 관한 내용이었다. 그 연설에서 대기업 특히, 트러스트는 본질상 소비자를 착취하고 경쟁자를 약탈하며 심지어는 민주주의 정치의 근간까지도 뒤흔드는 것으로 표현되었다.

[트러스트]의 유일한 목적은 경쟁을 불가능하게 하는 것이다. 이는 시장을 통제하고, 가격을 인상 또는 인하하여 자신의 이익을 최대로 증진시킬 수 있으며, 특정 지역에서 가격을 인하하고 경쟁을 제거하며, 경쟁이 존재하지 않는 곳에서는 가격을 인상시킬 수 있다. 이러한 행위를 하는 주된 원인은 자신의 이익을 증진시키기 위함이다. 경쟁에 의해 통제되지 않는 이기적인 법은 소비자의 이익을 무시하게 만든다...

... 만일 우리가 정치적 권력으로서 왕을 인정할 수 없다면, 우리는 삶에 있어서 필요한 어떤 것을 생산, 유통 및 판매하는 왕을 인정해서도 안 된다. 만일 우리가 전제군주에 복종할 수 없다면, 우리는 경쟁을 저해하며 상품 가격을 고정할 수 있는 힘을 가지고 있는, 거래에 있어서의 독재 군주에 복종해서도 안 된다...⁹²⁾

89) 이에 관한 또 하나의 이야기의 근원은 Dr. Miles 사건에서의 그 유명한 Holmes 대법관의 반대의견으로 거슬러 올라가는데, 거기서 그는 “Dr. Miles Medical Company는 최선의 사업을 위해서는 무엇을 해야할지에 대해 우리(법원)보다 더 잘 알고 있다”고 하면서 사법적 개입에 대한 우려를 표시했었다. Dr. Miles, 220 U.S. at 409 (Holmes 반대의견). 그는 또한 “나는 이 법원이 악한들에게 그들이 가지고 있는 어떤 내심의 목적을 위해 합리적인 가격을 인하하도록 허용하고, 만일 그렇게 되지 않는 경우에는 소비자들이 취득하기를 희망할 것으로 예상되는 제품의 생산과 판매를 방해하도록 하는 것이 장기적으로 공공에게 이익이 될지 의심스럽다.” Id. at 412.

90) Sylvania, 433 U.S. at 56. 법원의 생각에 대한 평가에 관한 논의에 대해서는 see Andrew I. Gavil, A First Look at the Powell Papers: Sylvania and the Process of Change in the Supreme Court, Antitrust, Fall 2002, at 8.

91) See, e.g., Cont’l T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36, 56 (1977).

92) 21 Cong. Rec. 2459-2460 (1890) (셔먼 상원의원의 연설문). 독점금지의 독특한 “언어”의 계보에 관한 보다 일반적인 논의로는 see Spencer Weber Waller, The Language of Law and the Language of Business, 52 Case W. Res. L. Rev. 283 (2001).

미국 내에서 100년이 넘게 존재한 독점금지법의 특성에 대한 많은 논의가 있었음에도 불구하고, 셔먼 상원의원의 연설과 맥을 같이 하는 일정한 원칙들은 지금까지도 이어지고 있다. 이러한 전통이 이어져 내려옴에 따라, 셔먼법은 명백히 “자유 기업들의 권리장전”,⁹³⁾ “경제적 자유의 대현장”⁹⁴⁾ 및 “자유현장”⁹⁵⁾으로 확실히 자리매김하게 된 것이다.

1. 문학 속의 등장인물로서 독점사업자와 그 경쟁자

전통적인 이야기들은 부분적으로는, 오늘날 우리가 시장력이라고 부르는 것을 소유하는 것이 기업에 대한 인센티브가 된다는 통상적인 가정 하에 구성되었다. Standard 판례법 및 관련 협정들은 독점사업자(오늘날에는 특히 엄격한 진입조건에 의해 보호받고 있는 자로 부르기도 한다)의 이익 극대화 인센티브가 산출량을 제한하고 가격을 인상할 것으로 가정하고 있다.⁹⁶⁾ 그렇게 함으로써,

독점사업자는 소비자에게 돌아갈 이익을 빼앗아서 분배에 있어서 비효율을 발생시킬 것이고, 이익을 얻게 될 것이다. 나아가 Alcoa 판례에서 언급한 바와 같이, 시장력은 무감각증을 유발시키는 “마약”으로 기능할지도 모른다.⁹⁷⁾ 따라서 독점을 허용하는 정책은 혁신과 생산 능력을 감소시키는 위험을 유발하게 된다.⁹⁸⁾

마지막으로, 독점사업자의 인센티브는 또한 경쟁자를 배제시키거나 능력 경쟁을 저해하기 위해서 시장진입 장벽을 유지 또는 더욱 높게 만들 것이다. 그렇지 않을 경우 자신이 소유한 시장력이 사라질 것이 우려되기 때문이다. 따라서 독점사업자는 진입장벽을 유지하고 자신의 독점을 유지하기 위해 가장 먼저 자신의 독점 이윤 중 일부분을 사회적으로 바람직하지 않은 지대추구 행위를 하는 데에 투자할 것이다.⁹⁹⁾

이러한 투자는 경쟁자의 비용을 상승 또는 이윤을 감소시키거나 또는 경쟁자를 시장에 참가하지

93) United States v. Topco Assocs., 405 U.S. 596, 610 (1972).

94) N. Pac. Ry. Co. v. United States, 356 U.S. 1, 4 (1958).

95) Appalachian Coals, Inc. v. United States, 288 U.S. 344, 359-360 (1933).

96) See generally Dennis W. Carlton & Jeffrey M. Perloff, Modern Industrial Organization 88-89 (3d ed. 2000) (독점사업자의 이익을 극대화하기 위한 인센티브 효과를 설명함).

97) See United States v. Aluminum Co. of A., 148 F.2d 416, 427 (2d Cir. 1945).

98) 이에 대한 항변으로서, 자신이 가지고 있는 능력을 증진시키게 하는 적절한 인센티브가 된다는 점에서 이익 극대화를 통한 이득(interest)은 -독점사업자이든 아니든- 모든 기업들에게 돌아갈 수 있다는 주장이 있을 수 있다. see Carlton & perloff, supra note 133, at 93 (“반일 수익을 올릴 수 있도록 작업 능력을 향상시킬 수 있다면, 독점사업자든 경쟁사업자든 모두 그렇게 할 것이다”). 그러나 독점은 “경쟁기업만큼 생산을 효율적으로 할 수 있는 능력은 없을 것이다.” 이는 그 능력이 경쟁 자체가 제공할 수 있는 수준까지는 못되기 때문이다. Id. See also Richard A. Posner, Antitrust Law 18-21 (2d ed. 2001) (경쟁적인 시장에서보다 독점화된 시장에서 혁신의 인센티브가 적은지 여부에 대한 증거는 확실치 않다. 그러나 독점화된 시장이 경쟁적인 시장보다 덜 효율적일 것이라는 증거는 있다).

99) Carlton & Perloff, supra note 133, at 95-96 (“지대추구행위”에 대해 다루고 있음). See also Posner, supra note 135, at 16 (“독점 이윤을 사회적 비용으로 바꾸어 생각하는 경향은, 독점 비용들이 독점에 의한 산출량의 감소에 기인한다는 가정 하에서 그와 같이 된다는 것보다는 경제학자들의 독점에 대한 적대감 때문이라고 하는 것이 더 확실한 이유이다”).

못하게 하는 형태로 나타난다. 산출량 감소, 가격 인상, 비효율적인 배분, 후생의 이전, 혁신의 감소, 효율성 감소 및 사회적으로 바람직하지 않은 지대추구는 독점에서 나타나는데, 이는 “나쁜” 것이다.¹⁰⁰⁾

그렇다면 도대체 왜 독점을 인정하는가? Hand 대법관이 Alcoa 판례에서 판시한 바와 같이, 독점금지법은 유능함(skill)의 결과로 나타난 독점을 금하지 않으며,¹⁰¹⁾ 성공한 독점사업자는 경쟁할 인센티브를 적극적으로 손상시키지 않는 한, 규제되지 않는다.¹⁰²⁾ Alcoa 판례에서 나타난 이러한 두 가지 입장은 이야기를 경제학과 결합시킨다. 이야기의 관점에서는 “유능한” 독점사업자는 자신의 유능함에 대한 대가를 얻는 것이 허용되어야 한다. 그렇게 될 수 있어야 “공정”한 것이다. 경제학적 관점에서는 Hand 대법관의 해석 또한 독점을 인정하는 “당근(carrot)”이론에 영향을 미쳤다. Carlton과 Perloff의 설명에 따르면, “독점 이윤을 얻으려는 기대는 기업으로 하여금 새로운 제품을 개발하도록 하거나 제품을 향상시키거나 또는 좀 더 낮은 비용으로 제조할 수 있는

방법을 찾도록 한다. 만일 독점 이윤을 획득하려는 탐구가 없다면 기업들은 혁신을 게을리 하는 것이다.”¹⁰³⁾

그러나 과거 독점을 인정했던 독점금지법은 기껏해야 마지못해 인정하는 정도였다. 법이 “정직”하고 “유능한” 독점사업자가 거래하는 것을 허용해주고 있기는 하지만, 법은 또한 독점이 존재하는 경우에 감시의 눈길을 보내고 있기도 하다. Scalia 대법관이 Kodak 사건에서 반대 의견으로 주장한 바와 같이, “독점금지법상의 문제가 되지 않았을 행위 또는 친경쟁적인 것으로 판단되었을 수도 있는 행위가 독점사업자에 의해 행해지는 경우에는 배타성이 있는 것으로 다루어질 수 있다.”¹⁰⁴⁾ 그러므로 전통적인 이야기는 여러 경제학적 통찰들과 많은 교류에 의해 구성된 신중한 이야기라고 할 수 있다.

배타적 행위의 개념을 재구성하려는 최근의 노력에 있어서 가장 중요한 특징은 전통적 이야기의 “반대 이야기”에 관해 분명히 한 것이다. 이 반대 이야기에서는 독점사업자가 수상쩍게 묘사되어 있지 않다. 반대로, 경쟁 자체는 매우 거친 과정으

100) “독점이 단순히 상대적으로 우월한 효율성의 부산물이 아니...다고 하는 경우에, 독점금지정책을 집행함에 있어서 오히려 행정비용이 합리적인 선 안에서 이루어지는 한, 독점은 독점금지정책을 집행함에 있어서 소요되는 주요한 사회적 비용의 원인이 된다고 믿는 것은 충분한 근거가 있다” Posner, *supra* note 135, at 22.

101) 이러한 관점은 서면법 제2조의 입법사로부터 직접적으로 알 수 있다. See 21 Cong. Rec. 3151-3152 (1890) (Kenna와 Hoar 상원의원의 연설문). Hoar 의원은 실제로 “보다 우월한 유능함과 지력”이라는 문구를 사용하였고, 그러한 행위들을 보통 법상 개념을 기준으로 자신이 위법한 독점이라고 검토했던 것과 구별했다. 즉 “오로지 자신의 이기심에 몰두하여 타인이 공정한 경쟁을 하지 못하도록 하는 것”이다. Id. (이탤릭체는 강조). See also *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377, 390-391 & n.15 (1956) (제2조의 입법사에 대해 다루고 있음).

102) See *Alcoa*, 148 F.2d at 430.

103) Dennis W. Carlton & Jefferey M. Perloff, *Modern Industrial Organization* 95-96(3d ed. 2000) (“지대추구 행위”)에 대해 논의함).

104) *Eastman Kodak Co. v. Image Tech. Servs., Inc.*, 504 U.S. 451, 488 (1992) (Scalia 대법관의 반대이견).

로 묘사되며, 독점사업자들은 “적극적”이고 “열심” 있는 경쟁자로서 그의 착취적 성향이나 배제 성향은 추정되는 것보다는 입증되어야 한다. 나아가 “적극성”의 정도와는 상관없이 시장지배적사업자의 사업활동에 대해 너무나도 쉽게 유책(有責)을 인정하는 법규범은 쉽게 위법성을 인정하고 과잉 규제를 할 수 있게 되어, 장기적으로 경쟁하려는 의욕을 상실케 한다. 위법하지 않은 배타적 전략이 성공하기가 매우 어려워서 거의 시도되지도 않는다는 일반적인 가정에 근거해서, 위법한 행위를 적법한 것으로 볼 가능성은 고려되지도 않는다. 결국 반대 이야기의 전형은 시장지배적사업자들은 자신들의 시장지배력을 “획득”했으며, 소규모 또는 대규모의 경쟁자로부터 공격을 당하는 경우에는 유능한 경영의 성과들을 내어주는 것이 아니라 자신들을 스스로 방어할 “권리”를 가져야 한다.

그러면 경쟁자들은 어떠한가? 이 새로운 이야기에서는, 경쟁자가 시장지배적사업자보다 덜 효율적인 반면 더 비난받아야 할 자로 묘사되고 있다. 치열한 경쟁이 전개될 것이 두려운 그들은 경쟁자로서 자신들이 본래부터 가지고 있는 약점들을 보완하기 위해 법원이 개입하여 보호해 줄 것을 원했다. 이들은 어떤 경우에는 장점에 근거한 경쟁 보다는, 오히려 지적재산권과 같은 기존사업자의 성과에 접근하여 이를 얻어내기 위해 무임승차를 하려고 하기도 했다. 이들은 어린애처럼 칭얼대는 자이고 겁쟁이며 무임승차자들이다. 이들

은 악마로 묘사되는 반면, 시장지배적사업자는 추켜세워진다. 이처럼 반대 이야기에서는 혐의가 시장지배적사업자에서 그 경쟁자에게로 옮겨간다. 다음의 V에서 다루어지겠지만, 원고의 증명책임을 강화시키고 경우에 따라서는 시장지배적사업자가 증명해야 할 정당성 요건을 원고에게 전환시킴으로써, 이러한 반대 이야기는 규범적 형태로 구체화된다.

반대 이야기의 또 다른 중요한 요소는 “시장이 자기 조정(self-correcting)을 한다”는 것이다. 시장지배적사업자가 시장력을 앞세운 전략을 구사하는 사례에서는, 시장력이 시장진입을 초래할 것이고, 시장진입은 시장력을 감쇠시킬 것이라는 가정이 있다.¹⁰⁵⁾ 그러나 시장력은 시장진입을 유발하고, 시장진입은 다시 시장력을 약화시킨다는 대략적이고 검증되지 않은 가정은 실증적인 기반이 거의 없다. 그러므로 “자기 조정 시장” 이야기를 받아들이기 전에는 다음과 같은 질문이 필수적이었다. 진입 방해 전략을 행사할 것으로 보이는 시장지배적사업자가 지배하고 있는 시장에 진입하기 위해, 어떤 기업이 활동할 것인가 그리고 어떤 투자자가 적극적으로 지원할 것인가? 특히 그 시장지배적사업자가 법원의 허가를 받은 경우라면 어떻게 되는가? 진입의 용이함이 자기 조정의 필수조건이기 때문에, 법원은 진입을 방해하거나 막는 행위에 대해 특별히 민감해야 하며, “시장이 진입을 책임지고 있다”는 시장지배적사업자들의

105) See, e.g., Fred S. McChesney, Talking Bout My Anitrust Generation: Competition for and in the Field of Competition Law, 52 Emory L.J. 1401, 1412 (2003) (“반경쟁적인 계약이나 행위 때문에 가격이 상승함에 따라, 문제를 완화 또는 심지어는 이를 제거하기 위해 신규 진입자가 나타난다. 독점금지 사건에서 위법한 자를 면책시키는 것은 일반적으로 자기 조정의 문제이다”).

주장에 대해 회의적이어야 한다.

그러나 이것이 시장지배적사업자를 등 뒤로 한 손을 묶고 싸우도록 해야 한다는 것을 의미하는 것은 아니다. 시장지배적사업자가 스스로 주장하듯이, 정말로 자신의 경쟁자보다 효율적이라면, 그는 경쟁적인 싸움에 적합한 수단과 방법들을 더 많이 가지고 있을 것이다. 따라서 그는 쉽게 (조건없이) 가격을 더 인하할 수 있을 것이고, 상품의 질을 향상시킬 수 있을 것이며, 디자인, 상품 및 거래를 혁신할 수 있을 것이다. 만일 그가 경쟁자보다 더 효율적이라면, “자기 조정적” 시장은 그를 선호할 것이고, 그 경쟁자는 저절로 사라지게 될 것이다. 시장지배적사업자의 유통전략을 “억압”할 필요가 없을 것이다. “효율성”이 의심스러운 그의 복잡한 유통전략(“음모”)에 관해서만 제재하면 될 것이다.

2. 반대이야기로서 Verizon 사례

연방대법원의 Verizon 판결이 장기적으로 미칠 영향에 대해서는 예상하기 어렵다. 본 판결은 매우 독특한 사실 배경 속에서 극히 협소한 법적 문제를 다루고 있다. 본 판결은 근본적으로 포괄적이고 경쟁 중심적인 규제가 적용되는 업계에서, 특히 정부 계획이 시장지배적사업자의 시설에 대한 접근을 규제하는 경우, 시장지배적사업자가 경쟁자를¹⁰⁶⁾ 지원하는 것에 대한 철저하고도 일방적인 거부를 면밀히 조사하는 것에 신중을 기해야 한다고 주장하는 것과 같다.

연방대법원은 Verizon 사건에서 다음과 같이 판시했다.

- 적어도 단기적으로 - 독점 가격을 누릴 기회는 우선 “뛰어난 사업 재능”을 유발한다; 이는 생산 혁신과 경제 성장에 관한 위험을 부담하도록 한다. 혁신의 유인을 보호하기 위해, 독점력의 소유는 반경쟁적 행위 요소들이 수반되지 않는 한 위법이 되지 않을 것이다.¹⁰⁷⁾

독점화 기준들은 혁신을 하려는 기업의 인센티브가 말살되지 않게끔 독점에 대하여 관대해야 한다는 이 구절의 핵심 아이디어는, 연방대법원이 궁극적으로 지향하고자 하는 “배타적 행위”의 개념에 대한 근거를 제공하고 있다는 것이다. 만일 어느 정도 경쟁상 이익의 달성에 대한 기대가 필수적으로 혁신을 자극한다고 대법원이 생각한다면, 이에 대해 거의 이의가 없을 것이다. 그러나 여기서의 언급은 “독점 가격”에 관한 것이고, 전후 맥락은 단순히 경쟁상의 이익뿐만 아니라 독점력을 설명하고 있는 제2조상 독점화 기준에 관한 것이다. 나아가 이 사례에서 피고는 어느 정도 경쟁상의 이익을 현재 누리고 있는 것이 아니라 지속적인 독점사업자이며, 우월한 기술력에 의해서가 아니라 정부 규제에 의해 독점적 지위를 “획득”한 사업자이다.

더욱이, 독점이 달성되고 나면, 그 결과는 분배 효율성이나 소비자 복지 차원에서 해로우며, 효율

106) 이는 공동의 거래거절뿐만 아니라, 기타 반경쟁적이라고 주장되는 행위와 수반되는 일방적인 거래거절도 배제한다.

107) Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 124 S. Ct. 872, 879 (2004).

성이나 혁신도 감소될 것이 자명하다. 연방대법원의 접근법은 이렇게 독점에 관대한 정책으로 인한 확실한 결과를 인정하지 않고 있다. 오히려 연방대법원은 혁신 인센티브의 손실로 인한 무정형의 위협이 이미 발생한 손해를 능가한다고 주장하고 있다.

이러한 반대 이야기는 시장지배적사업자 측에 의해 지어진 하나의 허구적인 소설 작품으로서, 합법성을 보장받기 위하여 “경제학”으로 포장되어 있다. Verizon 사건을 다룬 법원의 표현을 보면, 이는 신중하게 선택된 찬양과 독설의 집합체이기도 하다. 현재의 흐름은 적어도 부분적으로는, Microsoft나 AMR, LePage’s와 같은 소수의 확고한 기소에 의해 유발되었다는 점은 의심할 여지가 없다. 물론, 일부 논쟁을 일으킬 수 있는 사건이 있을 것으로 예상할 수 있다. Microsoft나 AMR, LePage’s와 같은 사례는 합리적인 사람들도 의견차이가 있을 수 있다는 것을 보여주는 분명한 사례이다. 그러한 차이는 사법 절차의 결

과에 반대하는 사람들에게는 과도한 법집행이나 과도한 법집행이라고 여겨지도록 하는 것으로 귀결된다. III에서 본 바와 같이, 성공한 극소수의 기소사건들에서는 배타성의 정의나 독점금지법 집행의 효율성에 대한 판단을 다시 작성해야할 만큼 터무니없고 명백한 잘못이 있는 것은 아니라는 것을 확인했다. 실제로, 가장 탁월한 서면법 제2조 재판들 중 일부에서, 시장지배적사업자는 단지, 경쟁사에 대한 위법한 배타적 행위 이외에 다른 무엇인가가 있을 것이라고 생각하고 있는 배심단을 설득할 충분한 증거를 제시하는 데에 실패했을 뿐이다. 심지어 Verizon 사건에서, “합법적인” 사업상 정당화 요소 주장은 매우 의심스러웠음에도, 증거 테스트를 거치지도 않았다.¹⁰⁸⁾

따라서 이러한 새로운 움직임은 과잉 반응이다. 이는 경제학적으로나 정책상으로 근거가 없다. 서면법 제2조는 “합법적인” 행위 유형들에 대해 과잉규제라는 비난을 뒷받침할 데이터가 없는 것이다.¹⁰⁹⁾ 정부가 제2조에 의거하여 기소하는 예는

108) 사건 처리가 민사소송법 연방규칙 제12(b)(6) 하에서 주장 불이행에 의한 기각 쪽으로 움직였다는 점을 재삼 강조하는 것이 중요하다. 연방대법원은 이러한 사실을 중요한 것으로 언급하지도, 인정하지도 않았다. 그 결과, 연방대법원이 Verizon은 경쟁사업자에 대한 소송을 제기할 만한 합법적인 목적이 있다고 수용한 개념은 Verizon의 소송사건 적요서와 판사들의 직관에서만 도출되었을 뿐이다. Verizon은 답변서를 제출하지도 사실 제시에 복종하지도 않았다. 그럼에도 불구하고, 연방대법원은 “Verizon이 [전기통신법]에 준하여 이용할 수 있는 원가 기반 보상 요금으로 상호접속을 거부한 것은 독점의 소망에 대한 어떤 것도 말해주지 않는다”고 했다. Verizon, 124 S. Ct. 880. 특히, 그것이 재판에서 밝혀진 사실인 것처럼, Verizon의 “새로운” 접근 인프라를 언급하며, 연방대법원은 “본 사건을 촉발한 것은 그러한 시스템 가운데 하나가 고장 났기 때문”이라고 주장했다. Id. 하지만, 연방대법원도 어디선가 시인했듯이, “원고는 Verizon이 경쟁사업자의 진입을 제한하기 위해 상호접속 서비스를 거부하였다고 주장하고 있다.” Id. 878. 따라서 Verizon이 AT&T와의 상호접속협약 준수를 거부하고 AT&T의 고객에게 양질의 서비스를 제공하지 않겠다고 거부한 것은 전적으로 그러한 서비스를 규제기관이 터무니없이 낮게 정한 요금으로 판매하는 것과 관련하여 발생하는 손실을 피하기 위한 데서 유발되었거나, 단순히 “시스템” 가운데 하나가 “고장” 났기 때문이라는 개념은 주장되지도 입증되지도 않았다. 또한 정부의 규제를 회피하려는 시장지배적사업자의 의도가 “효율성”과 평가를 이룬다고 암묵적으로 볼 것인가, 배타적 행위를 위한 변명으로 수용할 수 있을 것인가라는 더 큰 이슈가 있다.

109) Jonathan B. Baker, The Case for Antitrust Enforcement, 17 J. Econ. Persp. 27(2003) (협력 관계의 맥락에서 과도한 법집행의 증거 부재에 대해 논의함) 참조.

매우 드물다. 그리고 제2조 사건이 소송으로 이어지는 경우는 극소수에 불과하며, 그 가운데에서도 매우 강력한 사건만 재판까지 가거나 항소 이후에도 존속할 뿐이다. 즉, 연방대법원은 Verizon 사건에서 어떻게 해야 한정된 법적 문제를 가지고 있는 단순한 사건이 될 것인지를 강구했고, 이를 경쟁정책이라는 포괄적인 목적달성을 위한 수단으로 바꾸어 버렸다. 그렇게 함으로써, 연방대법원은 Verizon이 대법원에 로비를 하도록 허용하고, 이 문제를 제도적인 문제로서 보아 FCC 및 의회에게 넘기는 것이 보다 낫다는 주장에 설득당했다.

이렇게 경쟁적인 독점화 이야기들의 중요성은 서면법 제2조에서 가격 약탈과 비가격 배타적 행위 사례 사이에 존재하는 긴장 관계를 보면 분명히 알 수 있다.¹¹⁰⁾ 정말로, 전통적 이야기는 비가격 배타적 행위에 대하여 Aspen/Kodak 접근법을 옹호하는 반면, 새로운 반대 이야기는 가격 약탈에 대해 이 조문을 널리 적용하고 있다. 이 이야기들간의 다름은 최근에 배타적 행위에 대한 정의를 수정하려는 노력에서 분명하게 드러난다.

B. 적절한 기준의 선택

1. “가정(But-For)” 테스트

사법부와 연방거래위원회는 Verizon 사건에 관한 브리핑에서 서면법 제2조 판례상 배타적 행위를 정의하기 위해 “가정(but-for)” 테스트를 옹호하는 것으로 나타났다. 이 브리핑에 따르면, “만약 어떤 행위가 피고에게 경제적으로 의미있는 것이 아니고 경쟁을 배제하거나 약화시키는 것이라면, 그 행위는 ‘배타적’ 이거나 ‘약탈적’ 행위이다.”¹¹¹⁾

가정 테스트가 던지는 질문은 간단하다. 독점사업자가 반경쟁적 효과가 없었다면 그러한 행위를 했을 것인가? 다시 말해서, 가정 테스트는 그러한 행위를 할 만한 합법적인 사업상 근거가 있었는지, “고의성(intent)” 테스트를 좀 더 능가하는 것으로 해석될 수 있는지를 묻는다. 따라서 가정 테스트는 전적으로 시장지배적사업자의 인센티브에 집중을 하고 있으며, 경쟁사업자나 소비자에 대해 그 행위가 미치는 효과는 대체로 무시한다.¹¹²⁾ 그 결과, 가정 테스트는 독점사업자에 대

110) 대체로 Symposium: The Section 2 Conundrum: Predatory Behavior in the Marketplace, Antitrust, Fall 2003 년, at 8 이하 참조.

111) Brief for the United States and the Federal Trade Commission as Amici Curiae in Support of the Petition for a Writ of Certiorari(사건이송 영장 신청을 지지하는 미국 정부 및 연방거래위원회의 적요서), 10, Verizon Communication Inc. v. Trinko, 124S. Ct. 872(2004) (No. 02-682)(이하 DOJ/FTC Brief 또는 적요라고 약칭함). Verizon은 왜곡은 있지만 본안 적요서에서의 그러한 접근법을 인정하였다. see Brief for Petitioner 21 (“본 배경에서 불법성의 필수요건은, 행위가 독점 이윤을 구현하는 것을 제외하고는 어떤 사업상의 의미도 없다는 것이다”). 그러나 정부는 적어도 부분적으로는 Verizon의 본안 적요서에서 볼 때, 이로부터 물러선 것으로 보인다.

원문에는 “[c]onduct is ‘exclusionary’ or ‘predatory’ in antitrust jurisprudence if the conduct would not make economic sense for the defendant but for its elimination or softening of competition”이라고 서술되어 있음(역자주).

112) See Salop & Romaine, Preserving Monopoly: Economic Analysis, Legal Standards, and Microsoft, 7 Geo. Mason L. Rev. 617, 660 (“가정 테스트는 반경쟁적 효과 테스트가 아니다”).

한 효율성 이익을 독점화 소송에서의 완전한 항변으로 인정하는 것으로 보인다. 가정 테스트는 그러한 이익의 정도 및 당해 행위가 경쟁사업자와 소비자에게 중대한 반경쟁적 효과를 유발할 수 있는 정도를 무시하는 것 같다. “가중치”나 “균형치”가 없는 것이다. 또한 가정 테스트는 항변을 하고 이익의 증거를 제출해야 하는 부담을 피고에게서 원고로 옮기는 것으로 보인다.

설명을 위해, 특정 전략의 시장지배적사업자의 총 가치가 \$100라고 가정해 보자. 아울러 그 가운데 \$25는 원가 절감과 같은 효율성 이익에서 비롯되었지만, \$75는 경쟁기업에 대한 행위의 배타적 효과, 즉 시장지배력의 행사에서 비롯되었다고 가정해 보자. 이 같은 행위를 어떻게 서면법 제2조하에서 다루어야겠는가? 가정 테스트를 있는 그대로 적용하는 경우 그 행위가 배타적이지 않다고 결론을 내릴 수 있다. 독점사업자는 반경쟁적인 이익이 없어도 행위에 착수할 것이기 때문이다. \$25는 독점기업의 행위에 충분히 적절한 인센티브를 제공한 것이다. 실제로, 가정 테스트는 효율성 이익이 \$1에 불과하고 시장지배력에 의해 얻은 이익이 \$99이더라도 동일한 결과를 보일 것이다. 그러므로 가정 테스트를 있는 그대로 적용하면, 행위의 반경쟁적 효과가 그러한 행위의 이익을 크게 능가할 때에도 효율성 이익은 전적으로 인정될 것이다.

이처럼 가정 테스트는 결점이 너무도 명백한 방법으로 보이기 때문에, 이것이 정말 정부가 의도한

것이었느냐고 물을 수밖에 없다. 이에 대해 정부는 가정(but for) 테스트가 그렇게 엄격하게 적용될 것을 의도하지는 않았을 것이라고 예상된다.

모든 형태의 가정 테스트는 절차상의 사유로 이익을 제기할 수 있다. 가정 테스트는 원고가 직접 내부 인센티브, 의도 및 피고, 즉 시장지배적사업자의 설명에 대한 행위의 영향을 평가하도록 하고 있다. 위의 사례에서, “행위로 인한 반경쟁 이익이 없었다면 지배적 사업자는 행위에 착수하지 않았을 것”이라고 주장할 수 있으려면, \$25이거나 \$1이거나 관계없이, 원고는 보다 구체적으로 행위와 연관된 생산성 효율이 없었다고 주장할 수 있어야 한다. 그러나 원고가 이를 증명하기는 어려우며, 정부가 Verizon 사건에서 Trinko에게 요구하는 것이 바로 이러한 것이다. 그러므로 이 같은 이유와 기타 다른 이유로 인해 서면법 제2조하에서 가정(but-for) 테스트에서는 증명책임의 위험을 원고가 아니라 시장지배적사업자에게 이전해야 한다.

2. 희생(Sacrifice) 테스트

약탈적인 가격책정을 확장시켜서 모든 배타적 행위로까지 접근시키려는 가장 직접적인 노력이 “희생” 테스트이다. 이 테스트에 의하면 약탈적인 가격책정과 관련하여, 단기적인 이윤의 희생은 “배타적” 행위라고 주장하기 위한 충분조건은 아니지만 필요조건일 수는 있다.¹¹³⁾ 또한 희생 테스트는 가정 테스트와도 관계가 있다. 예컨대, 정부는 Verizon

113) 그러나, “이윤” 측정은 매우 어렵다. 이윤은 구체적이고 대안적인 사업 전략에서 얻어지는 이윤과 관련하여 평가되어야 하기 때문이다.

사건과 관련된 문서에서, Matsushita 판례를 인용하여 가정 테스트의 표현을 지지하면서, “예를 들어, 배타적 행위는 주로 장기적인 독점력을 유지 혹은 획득하기 위해 단기적인 이윤이나 영업권의 희생을 수반한다”고 기술하였다.¹¹⁴⁾

희생 테스트는 많은 지지자들을 확보하고 있음에도 불구하고,¹¹⁵⁾ 가격 행동 판단을 위한 기준¹¹⁶⁾ 및 비가격 배타적 행위에 적절한 테스트¹¹⁷⁾인지에 대해서는 상당한 비판에 직면하였다. 심지어 약탈 테스트(test of predation)로서 희생 테스트를 개발 및 옹호하는데 도움을 주었던 Ordovery와 Willig 교수조차,¹¹⁸⁾ 현재는 희생 테스트를 추정으로만 인정하고 Verizon에 대한 적용에 반대하였으며, 절대로 셔먼법 제2조상 책임의 필수 조건으로 보아서는 안 된다고 주장하고 있다.¹¹⁹⁾

희생 테스트의 주요 결점은 “약탈” 비용이 들지 않는다면 독점금지법의 관심사가 되지 않는다고 전제하고 있는 것이다. 하지만 부당하게 배타적이면서도 이윤은 거의 혹은 전혀 희생시키지 않거나, 일부 희생은 있지만 그와 동시에 회복할 수 있

는 사건이나 행위를 보여주는 사례는 무수히 많다.¹²⁰⁾

가정 테스트와 마찬가지로, 희생 테스트 역시 입증의 부담을 피고에게서 원고로 이전시키기 때문에 절차상의 사유로 이의를 제기할 수 있다. 희생이 있었는지 없었는지는 피고의 독점력이나 경쟁사업자와 소비자에게 미치는 피고의 행위의 효과를 결정하지는 않는다. 실제로 셔먼법 제2조와 관련이 있는 것은 희생의 부재(不在)이다. 희생의 부재는 피고가 당해 사건에서 장점에 기반한 경쟁을 하였다는 것을 암시하기 때문이다. 그러나 그러한 주장을 입증할 증거는 전적으로 피고에게 있다. 따라서 그 관련성이 있다손 치더라도, “희생의 부재”는 피고 측의 항변으로서 관련이 있는 것이다. 희생의 부재는 어떠한 배타성은 잠재적으로 효율적인 행위의 결과라는 것을 나타내는 경향이 있기 때문이다.

따라서 희생의 증거가 실제로 배타적 행위라고 판결하는데 있어서 도움이 되기는 하지만, 이를 모든 배타적 거래행위를 검토함에 있어서 필요조

114) DOJ/FTC Brief, supra note 111, 10.

115) See, e.g., Mark R. Patterson, The Sacrifice of Profits in Non-Price Predation, Antitrust, Fall 2003, at 37.

116) See Edlin, Stopping Above-Cost Predatory Pricing, 111 Yale L.J. 941 (2002). But see Elhauge, Why Above-Cost Price Cuts to Drive out Entrants Are Not Predatory, 112 Yale L.J. 681 (2003).

117) See Elhauge, Defining Better Monopolization Standards, 56 Stan. L. Rev. 253, 268-294 (2003) (희생 테스트의 한계를 논의함).

118) See Janusz A. Ordovery & Robert D. Willig, An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation, 91 Yale L.J. 8 (1981).

119) See Brief of Amici Curiae Economics Professors in Support of Respondent(Baumol, Ordovery, Warren-Bolton, Willig 교수를 대신하여 제출되었음), Verizon Communications Inc. v. Trinko, 124 S. Ct. 872 (2004).

120) 이윤의 희생을 초래하지 않고도 배타성을 발휘할 수 있는 능력, 시장력 행사를 통해 희생된 이윤을 동시에 회복할 수 있는 가능성은 일부 비가격 배타적 전략의 매력을 크게 향상시킬 것으로 보인다. 예컨대, Krattenmaker & Salop, Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price, 96 Yale L.J. 209, 224 (비가격 배타적 전략은 “단기적으로는 자신의 이윤의 희생을 수반할 필요가 없기” 때문에 약탈적 가격책정과 구분해야 함).

건으로 보아서는 안 된다. 그러나 희생 테스트의 이러한 실질적인 단점 및 한계에도 불구하고, 연방대법원은 비가격 배타적 행위에 대해서는 애용하고 있는 것으로 보인다.

3. “저효율 경쟁자(Less Efficient Rival)” 테스트

Richard A. Posner 판사는 배타적 행위에 대해 2단계 기준을 옹호하였다.

[배타적 행위]가 주장되는 모든 사건에서 원고는 첫째, 피고가 독점력을 가지고 있다는 것과 둘째, 당해 행위가 피고와 동등하거나 그보다 효율적인 경쟁자를 피고의 시장에서 배제시킬 수 있는 정황이 있다는 것을 입증해야 한다.

피고는 자신이 독점사업자이고 당해 행위가 배타적임에도 불구하고, 모든 점을 감안할 때 그 행위는 효율적이었음을 입증함으로써 항변할 수 있다.¹²¹⁾

우선, Posner 판사의 안에 대해서는 이의를 제기할 수 있다. “효율성이 떨어지는 경쟁자”를 배제해도 소비자의 손해가 없다고 추정하기 때문이다. 그러나 기존 시장지배적사업자가 독점 가격을 부과하고 있는 경우 효율성이 떨어지는 경쟁자라도 시장에 진출하면 경쟁을 자극하고 가격을 인하시킬 수 있다. 예컨대, 시장지배적사업자가 상품의 원가는 \$1인데 가격은 현재 \$2를 부과하고 있다고 가정해 보자. 신규진입 사업자의 원가가 \$1.25라 하더라도, \$1.50의 가격으로 경쟁자가

진입하면, 가격 인하를 유도할 수 있다.¹²²⁾ 기존 독점기업이 잠재적 시장진입자에 비해 상당한 이익을 향유하고 있지만, 다른 기업이 시장에 진입하여 구매자들에게 상당한 할인을 해주는 시장의 경우, 시장진입자가 합리적인 기한을 갖고 진입 비용을 회수하고 생존가능해질 때까지, 혹은 진입자의 시장점유율이 증가하여 독점기업이 지배력을 상실할 때까지 독점사업자가 실질적인 가격 인하나 중대한 제품 향상을 하지 못하도록 막아야 한다.

따라서, 이렇게 “효율성이 떨어지는 경쟁자”를 시장에서 퇴출시키는 유통전략은 분명히 소비자 후생을 해칠 수 있다. “비교 효율성”은 소비자 복지에 유용한 대안이 아니다.

둘째, 그러한 테스트가 경제 및 정치적 문제로서 입증 가능했다라도, 이를 관행화시키기는 매우 어려울 것이다.¹²³⁾ “비교 효율성” 측정은 기껏해야 속임수라고 할 수 있으며, 실무에 적용하기 지극히 어려운 기준이라는 것을 보여주는 정도일 것 같다. 셋째, 시장지배적사업자의 동기는 예컨대, 최소한의 효율성에 도달할 수 있는 경쟁자의 역량을 방해함으로써 경쟁자가 그러한 효율성을 달성하는 것을 배제하는 것일 수도 있다. 그 경우 배제 행위가 경쟁 및 소비자에게 해악을 끼치지 않았다고 추정하는 것은 명백히 비정상적인 것이다. 넷째, 원고가 변론 단계에서 자신이 최소한 피고와 “동등한 효율성”이 있다고 주장하는데 필요한 정

121) Posner, Antitrust Law 194-195 (2d ed. 2001).

122) Cf. Edlin, supra note 116, 945.

123) See e.g., Brief for the United States as Amicus Curiae at 13 n.10 (“특정 기업의 효율성이 동등한지 판단하는 것은 결코 간단하지 않다”).

보를 가질 수 있을지 의문이다. 실제로 증명책임의 분배에 있어서, 피고 자신이 효율성이라는 관점에서 경쟁자보다 더 우월하다는 점을 주장 및 입증하도록 요구하는 것이 더욱 타당할 수 있다. 마지막으로, 경쟁자가 정말 효율성이 떨어진다면, 그 경쟁자는 시간이 흐르면서 자연스럽게 소멸할 것이다. 시장지배적사업자가 정말 효율성이 뛰어나다면, 우수한 효율성의 산물임이 분명한 충분한 대체 전략이 풍부할 것이고 이는 법원이 얼마든지 평가해 줄 것이다. 따라서 시장지배적사업자가 효율성이 떨어지는 것으로 생각하는 경쟁자를 조기에 제거하기로 할 경우, 우월한 효율성에 대한 시장지배적사업자의 주장이 갖는 타당성에 대해 의문을 제기해야 한다. 경쟁자는 현재 완전한 규모의 경제에 아직 도달하지 못했기 때문에 효율성이 떨어질 수도 있고, 시장지배적사업자는 바로 이러한 점을 방해하려고 노력하는 것이다. 더욱이, 경쟁자가 시장지배적사업자의 유통 계획에 맞서 적절한 대응 전략을 세울 수 없는 이유는 많으며, 이러한 이유는 경쟁자의 비교 효율성과 전혀 혹은 거의 아무런 관계도 없다.

따라서 독점금지법은 경쟁자가 “동등한 효율성”을 지니지 못하였으므로 이들의 손실은 사소한 것이라고 주장하기 위해 경쟁사를 제거하려는 의도를 가진 시장지배적사업자를 의심해야 한다. 이는 특히 경쟁이 초기 상태일 경우에 그러하다.

4. 불균형-균형(Disproportionality-Balancing) 논쟁

앞의 세 가지 테스트는 모두 일차원적이기 때문에 비난받을 수 있다. 좀 더 훌륭한 두 모델로 모두 3차원 모델인 “불균형” 및 균형 테스트가 있다.¹²⁴⁾ 불균형 테스트는 정부에 의해 다양한 방식으로 지지를 받아 왔으며 Herbert Hovenkamp 교수가 제안한 것이라고 하는데, 이 교수는 “배타적 행위”는 다음과 같은 행위로 규정될 수 있다고 했다.

- (1) 경쟁사의 기회를 방해함으로써 독점력을 형성, 강화, 혹은 연장할 수 있는 행위
- (2) (a) 소비자에게 전혀 이롭지 않거나, (b) 그 행위로 발생하는 특정 소비자 이익에 불필요하거나, (c) 그로 인한 이익에 어울리지 않는 손해를 발생시키는 행위¹²⁵⁾

Hovenkamp 테스트의 첫 단계는 독점력과 반경쟁 효과에 집중하고 있음을 주목하자. 따라서 사건절차가 진행되기 전에, 원고는 피고가 자신의 경쟁자에게 손해를 입히는 행위를 했고 이로 인해 소비자가 피해를 받을 상황에 처해 있다는 것을 주장하고 이를 증명할 수 있는 증거를 준비해야 한다. 이러한 접근법은 전통적인 서면법 제2조 법리에 부합하며, 또한 마이크로소프트 사건에서 D.C. 순회재판소가 최소한의 초기 조사로 제안한 구조와 같이, 최근의 발전된 법리와도 부합한다.

124) See also Elahuge, Defining Better Monopolization Standards, supra note 116 (경쟁자의 효율성을 방해하고 그 결과 시장 전체에 반경쟁적 효과를 초래하는 행위와 독점사업자 자신의 효율성을 증진시키는 행위에 기여하는 독점력을 구분하는 기준을 주장함).

125) 3 Phillip Areeda & Herbert Hovenkamp, Antitrust Law ¶1651a, at 72(2d ed. 2002).

Hovenkamp는 다음으로 당해 행위가 소비자
와 시장지배적사업자 양측에 미치는 효과에 관한
보다 특별한 평가로 이동하여, 그러한 행위를 비
난해야 하는 세 가지 상황을 기술하고 있다. 첫 번
째 상황은 소비자에게 아무런 이익도 주지 않는,
즉 효율성 정당화를 할 수 없는 행위이다. 이는 손
해만 있고 이익은 없는 “일방적인 옵션 #1”로 비
난하기 쉬운 사례이다. 두 번째로, 그 행위와 그에
부수하는 손해가 반드시 이익을 달성하는데 필수
적이지 않은 경우, 그 행위 역시 비난 받아야 한
다. 이는 부분적으로는 부수적 제한 분석과 유사
하며, 비난으로 이어질 수 있을 것이다. 그러나 정
당성이 전혀 없는 사례에 비해 다소 논란의 소지
가 있을 것이다.

“비례성”의 평가는 문제가 제기된 행위의 이익
과 손해가 모두 두드러지고, 그러한 손해가 이익
을 달성하는데 필요할 경우에 한하여 필요하다.
이러한 경우, Hovenkamp는 손해가 “그러한 행
위의 결과 발생한 이익과 균형이 맞지 않는지” 묻
고 있다. 일례로 Verizon 사건에서, 정부는 이렇
게 표현하고 있다. “경쟁에 대한 손해는 소비자의
이익(예컨대 우수한 제품을 공급한다는 측면에
서)과 피고에 대한 경제적 이익(경쟁 감소로 발생
하는 이익은 차치하고)과 균형이 맞지 않을 수밖
에 없다.”¹²⁶⁾

법이 손해와 이익에 관한 명확한 증거가 모두 존
재하는 혼합된 사건을 어떻게 분석할 것인지에 대
해서는 이견이 존재한다. 실제로 “손해와 이익의
정도가 비슷한 사건”이 있을 경우, 추정컨대 간단

한 균형 테스트가 보다 관대한 입증 기준이 되고,
따라서 보다 엄격한 규칙이 되는 반면, 불균형 테
스트는 높은 입증 책임을 수반하며, 따라서 보다
관대할 것이다. 일례로, “균형”은 손해의 우위(손
해가 이익을 “능가”한다)가 손해 51% 대 이익
49%라면 위법으로 보기에 충분하다는 것을 시사
하지만, “불균형”은 위법으로 보기 위해서는 손해
가 이익을 확실히 능가해야 한다는 것을 시사한
다. 그러나 “불균형성”은 본질적으로 확실한 공식
이 되기 어렵다. 55-45%는 충분히 “불균형”한
가? 혹은 테스트 제안자들은 75-25%가 염두에
두고 있는 것에 가깝다고 생각하는가? 더욱이 피
고가 자신의 행위를 정당화하기 위해 증거를 제출
해야 하는 부담을 전가시키기에 충분할 정도로 입
증해야 하는 반경쟁 효과의 정도와 그 유형에 대
해서는 약간의 의견차이가 계속될 수 있다. 그러
나 경제학은 불균형에 대해서나 균형에 대해서나
그 길을 정확하게 지적하지 않는다는 것을 인식해
야 한다. 접근법의 선택은 오히려 정책의 문제라
고 할 수 있다.

V. 시장지배적사업자 유통전략을 위한 효과적인 법원칙의 설계

A. 독점금지원칙 설계를 위한 4가지 지혜의 근원

판결을 위한 독점금지원칙은 진공상태 혹은 단

126) DOJ/FTC Brief, supra note 111, 14.

일한 관점에서 구성되어서는 안 된다. 최소한 4개의 요인, 즉 “지혜의 근거”가 어떠한 원칙을 선택해야할지를 알려준다.

(1) **실체법상의 원칙.** 무엇보다 독점금지원칙은 독점금지 법령과 판례에 부합해야 한다. 법령과 “넓은” 판례법을 무시하는 것은 법의 지배를 무시하는 것으로, 이는 경쟁 정책의 확실성과 정당성을 모두 훼손하는 것이다. 따라서 독점금지원칙을 규명하는 과정은 해당 법령의 법문뿐만 아니라 이를 해석하는 대법원 및 항소법원의 판결에서부터 시작되어야 한다.

(2) **경제 목표.** 지난 세대 독점금지법에서 가장 중요한 변화는 보다 집중적으로 경제적 교훈을 이룰 원리에 통합하려는 노력이었다. 물론 독점금지법 자체에 내재하는 유연성, 특히 셔먼법 제1조가 그러한 변화를 촉진하였다. 오늘날 독점금지법은 독점금지법의 상세한 내용이나 그 소산인 행위 태양보다는 경제 개념에 의해 추진되고 있다. 독점화 및 기업결합에 관한 법에서 도출되는 시장력과 진입, 효율성과 같은 개념들은 매우 당연한 위반 사건들을 제외한 모든 사건에서도 이제는 상당히 중심적인 개념들이다. 따라서 독점금지원칙이 건전하고 “현대적”인 것으로 인식되기 위해서는 현대 경제 구조에 제대로 부합해야 한다.

(3) **경제 결정 이론.** 경제적 측면은 다른 방식으로 독점금지원칙에 영향을 준다. 행위나 그 경쟁 효과에 대한 실체법상의 분석과는 별도로, 경제적 측면은 우리가 독점禁지를 하나의 과정으로 사고하는 방식에 영향을 끼쳤다. 이러한 영향에 관한 사례들은 독점금지 집행 비용 및 이익을 평가하려는 노력, 정확하고 복잡한 경제적 결정을 내려야 하는 판사 및 배심원의 능력에 대한 우려, 그리고 무엇보다 오류율의 균형을 이룰 수 있는 법의 능력 등과 관련된 관심 속에서 확인할 수 있다.¹²⁷⁾ 그러나 오늘날 당사자들과 법원이 이러한 이슈들을 평가하지 않는 “올바른 기준”에 대해 근본적인 문제가 제기되는 사건은 극히 드물다.

(4) **절차 이론.** 마지막으로, 법령, 현실의 경제 목표, 절차에 관한 경제학이 모두 뒤섞였을 경우, 우리는 독점금지라는 복잡한 소송을 설명해야만 한다. 독점금지원칙은 효과를 보기 위해서는 “시행 가능해야” 한다. 즉, 독점금지원칙은 당해 원칙이 궁극적으로 적용되어야 할 일련의 소송에서 합리적으로 잘 작용해야 한다. 이는 적법절차, 변론, 증거 제시 및 입증의 책임과 같은 기본적인 소송의 특징을 참작하도록 독점금지원칙을 구성해야 한다는 것을 뜻한다.

127) 결정 이론과 이 이론을 독점금지법에 적용하는 방식에 대한 보다 포괄적인 논의에 관해서는, C. Frederick Beckner III & Steven C. Salop, *Decision Theory and Antitrust Rules*, 67 *Antitrust L.J.* 41 (1999); Salop & Romaine, *supra* note 93, 653-655 (“적절한 제2항 규정에 대한 결정 이론적 접근법” 논의).

B. 독점금지원칙 개발을 위한 보다 균일한 통합 모델 지향

“배타적” 행위를 정의하기 위한 최적의 기준을 세우는 것에 관한 논쟁에서는 지혜의 네 가지 근거, 특히 경제 결정 이론과 법적 소송절차에 대해서 무관심했다. 그 결과, 한편으로는 부당하게 강화된 -심지어 불만족스러운- 부담이 원고에게 전가되었기 때문에, 또 한편으로는 독점금지법을 폭넓게 적용하는 것에 대한 우려 때문에, 과도한 법집행으로 이어질 수 있는 원칙을 옹호하게 되었다. 배타성의 기준이 특정 사건의 제반 사실에 보다 유연하고 쉽게 적응해야 한다는 사실을 인정하는 보다 정교한 접근법이 필요하다.

1. 법적 소송절차의 책무: 희생 기준의 재평가

예컨대, “희생” 기준을 생각해 보자. 실제법상의 경제학적 관점에서 보면, 배타적 의도를 측정하는 척도로서 희생 기준의 매력은 간단하다는 (straightforward) 것이다. 즉, 이윤을 극대화할 욕망에 자극을 받는 것으로 추정되는 기업은, 이윤 희생이 향후 수익성에 대한 투자로 보이지 않는다면 그러한 희생을 수반하는 전략에 착수하지 않을 것이다. 경제 결정 이론의 관점에서 보는 희생 기준의 매력 역시 간단하다는 점이다. 즉, 희생이 일어나지 않는 행위에 적용되는 배타적 행위 기준은 과도한 법집행으로 귀결될 수 있기 때문에, 공격적이기는 하지만 합법적인 경쟁 행동을 위축시킬 것이다. 외관상 논리적으로 보이는 결과는 “희생” 및 적절한 회복 전략을 주장할 부담을 원고에게 부과하는 정책을 선택하는 것이며, 이는 약탈

적 가격책정에 대한 현재의 테스트와 유사하다.

이 밖에도 절차상의 관점에서도 비난을 받을 수 있다. 독점화를 주장하는 원고가 독점력을 주장 및 입증해야 한다는 사실은 제대로 확립되었다. 전통적으로 독점화의 두 번째 요건은 “고의적인 획득 혹은 유지”로 표현되어 있지만, 법정에서는 중요한 변화가 발생하고 있다. 현재 대다수 법원에서는 서면법 제2조상 원고에게 실질적인 반경쟁 효과를 입증할 것을 기대하고 있는데, 독점화를 주장하는 경우, 이는 실질적인 배제 및 그 결과로서 최소한 소비자 피해의 개연성을 뜻한다.

경제적인 문제로 볼 때, “희생”은 피고의 시장력이나 시장지배적 행위가 실질적인 배제나 소비자 피해로 귀결되었다는 사실과 관련이 없다. 희생 자체는 시장력이나 그 효과에 관하여 말해주는 바가 없으며, 사실의 개연성을 좌우하지 않는다. 오히려, 희생은 피고 행위의 정당화라는 가치와 관련이 있다. 즉, 희생이 존재하지 않을 경우, 경쟁사와 소비자에게 영향을 끼침에도 불구하고, 피고는 행위가 효율적이라고 간주해야 한다고 주장할 수 있다. 바꿔 말하면, “효율성” 방어인 것이다.

그러나 변론 및 입증책임을 분배하기 이전에 답변되어야 할 문제는 “효율성”이 방어(defense)나 긍정적 방어(affirmative defense)나 하는 것이다. 예컨대, 원고가 효율성에 대해 접근할 때, 원고는 분배 및 소비의 효율성에 집중한다. Williamson의 도표(diagram)에 의존하자면, 경쟁에 대해 문제가 되는 행위의 효과와 연관된 분배 효율성 손실은 하나의 상자로 표시된다. 그러나 합병 당사자나 시장지배적사업자인 피고가 자신의 행위와 연관된 효율성의 인정을 옹호할 경우, 이들이 뜻하

는 것은 생산의 효율성으로 이는 다른 상자에 있다. Williamson 도표는 효율성을 다른 최초의 사례에서 이를 긍정적 방어로 보았다. 즉, 생산의 효율성은 분배 혹은 소비의 비효율성을 직접적으로 깨뜨리지는 못한다. 기껏해야 생산 효율성은 상쇄 효과를 가져올 뿐이다.

물론, 피고는 반경쟁 효과를 보여주는 증거에 의문을 제기하고, 실제로 효율성 손실은 없었으며, 있었다고 해도 자신의 행위에서 기인할 수 없다고 주장하며 “방어”를 주장할 수 있으며 또 그렇게 하는 경우가 많을 것이다. 이것은 원고의 증거를 시험하는 것이다. 그러나 그것은 생산의 효율성이 어떤 식으로든 부정적인 행위의 효과를 직접 감소시키는 것으로 간주되어야 한다고 요구하는 것과는 상당한 거리가 있다. 그러한 연유로, 필자는 언젠가 효율성을 긍정적 방어로 간주해야 하며, 피고는 이를 입증할 책임을 져야 한다고 주장한 적이 있다.¹²⁸⁾

이러한 문제를 해결하는 것은 현재 독점금지 분야에서 상당히 중요하다. 효율성은 점차 독점금지 분석의 핵심 특징이 되고 있기 때문이다. 이것은 오랫동안 지겹게 다루어 온 문제로 우리가 “합리적 균형의 원칙(rule of reason balancing)”이라고 하는 것이다. 또한 이 문제는 기업결합 분석의 핵심이며, 배타적 행위 판단을 위한 테스트로 옹호되고 있는 불균형 및 합리성 원칙 스타일의 균형

접근법과 관련하여 재등장하였다. Williamson 도표의 통찰력을 비합병 분야로 확대하면 딜레마가 나타난다. 이는 시장력의 행사, 즉 비효율과 동시에 생산의 효율성 실현으로 귀결되는 행위를 어떻게 판단해야 하는가의 문제이다.¹²⁹⁾

여기서 떠오르는 이미지는 뭐랄까 신화적인 “경쟁 정의의 척도”라는 저울이다. 저울의 한쪽에는 “반경쟁 효과”를, 다른 쪽에는 “친경쟁적 효과”를 놓는다. 그런 다음 저울이 어느 쪽으로 기울는지 지켜본다. 이 이미지는 바로 비판되었다. 먼저, 우리가 비교하는 것은 반경쟁 효과와 친경쟁 효과가 아니라, 한 효과의 비효율성과 다른 효과의 효율성이다. 따라서 Williamson 도표는 경쟁 상자 규모에 대한 단순한 비교를 시사하는 것으로 읽힐 수 있을지라도, “비교”는 등가물에 대한 것이 아닌 것이다. 두 번째로, 저울 모델은 비교 효율성 분석에 정확하게 관여할 수 있는 합당한 메커니즘이 있다고 추정하고 있다. 그러나 실제로 그런지는 정확하지 않으며, 그렇다고 하더라도, 비효율과 효율의 정확한 비교가 행위 비난이나 인정을 위한 명확한 근거로 이어질 수 있을지는 분명하지 않다. 가령, 생산자의 효율성이 분배 및 소비 비효율성을 능가하려면 그 효율성이 얼마나 개선되어야 하는가? 나아가, 생산의 효율성이 실제로 소비자에게 전가되는지 그 여부 및 그 한도도 요구해야 하는가?¹³⁰⁾ 또한, 증거의 질의 비교는 어떻게

128) Gavil, Secondary Line Price Discrimination and the Fate of Morton Salt: To Save It, Let It Go, 48 Emory L.J. 1057, 1120 (1999) (항변 및 긍정적 방어와 관련하여 입증책임 분배의 역할에 대해 논의함).

129) 그러한 균형에 이행하려고 노력함에 있어서 드러나는 난제를 논의함에 있어서는, Krattenmaker & Salop, Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price, 96 Yale L.J. 209, 279-280.

130) See, e.g., FTC v. Staples Inc., 980 F. Supp. 1066, 1088-1090 (D.D.C. 1997) (신규사업자의 합병 효율성 예상-및 소비자에게 전가될 효율성의 비율 예상-은 증거로 입증되지 않았음).

참작해야 하는가? 경쟁에는 불가피하게 승자와 패자가 있기 마련인데, 확인할 수 있는 소비자 후생 이외에, 다른 것을 선택하려는 정책 기조는 애매모호하게 될 뿐이다. 따라서 셔먼법 제1조나 제2조 또는 기업결합 소송에서 제기되는 효율성 방어는, 주장된다 하더라도 법원에서 성공을 거두는 경우가 드물다는 것은 놀랄 일이 아니다.

입증책임 분배에 있어서 고려해야 할 또 다른 요인은 필요한 증거에 대한 당사자들의 접근 가능성이다. 통상적으로 변론 및 증거 제시의 부담은 필요한 정보를 보유하고 있을 가능성이 가장 높은 당사자가 진다.¹³¹⁾ 따라서, 독점화의 경우, 원고가 독점력뿐만 아니라 실질적인 반경쟁 효과를 입증하는 것이 합당하다. 적어도 전자를 주장 및 입증하기에는 피고만큼 입지가 훌륭하며, 후자에 대한 입증 부담을 충족시키기에는 훨씬 뛰어난 위치를 점하고 있다.

그러나 효율성에 대해서는 위와 같이 말할 수 없다. 효율성을 변론하는데 필요한 정보는 항상 피고의 손에 있으며, 일부 사실 제시의 기회가 있을 때까지는 원고가 그 정보를 접할 수는 없다. 따라서 사적 당사자¹³²⁾에게 효율성 부재를 증명할 책임을 지우는 것은 변론의 부담을 변경하고 강화하는 것이다. 이론의 여지가 있기는 하지만, 이는 불만족스러운 부담을 부과하는 것이다. 그것은 당연합법의 원칙이 확립되어지는 것이다. 그럼에도 불구하고, 그렇게 예외적으로 엄격한 부담을 정당화할

수 있는 경우도 있을 수 있다. 그러기 위해서는 법적 구조, 현실 경제학, 경제 과정 이론 및 법적 절차와 모두 보조를 같이 해야 한다.

2. 종합 제안

배타적 행위 일체를 규정할 수 있는 일원화된 테스트를 찾으려는 노력은 포기해야 한다. 이는 배타성의 경제학이 맥락에 따라 다르기 때문이 아니라, 경제 및 법적 과정 이론의 교훈이 일원화되고 융통성이 없는 기준은 반드시 과소 또는 과도한 법집행을 하게 된다는 것을 강하게 시사하기 때문이다. 보다 유연한 접근법을 위한 기본 구조로, 필자는 다음의 세 가지 제안을 주장하고자 하는데, 2개의 제안은 상당히 정립되어 있지만, 세 번째 제안은 그렇지 않다.

- (1) 설득의 부담(the burden of persuasion)은 셔먼법 제2조 사건 전체에서 원고에게 있다.
- (2) 그러나 증거 제시의 책임(the burden of production)은 변할 수 있다.
- (3) 증거 제시 및 설득의 책임 분배는 문제가 되는 배타적 행위의 성격에 따라 달라질 수 있다.

예시 : 독점화 사건의 원고는 언제나 피고가 독점력을 소유하고 있으며 실질적인 반경쟁 효과를 유발했거나 앞으로 그럴 가능성이 많은 행위에 관여하였다는 사실을 주장 및 입증해야 한다. 대다

131) See, e.g., Gavil, Fate of Morton Salt, supra note 128, 1119-1120 and n.263.

132) 민사 조사 당국(Civil Investigative Demand authority)을 통해 사전에 제출된 증거물을 획득할 수 있는 정부 고유의 능력으로 인해 정부에 대한 도전은 심각하지 않을 수 있다.

수 사건은 변론 단계나 약식재판 단계에서 이러한 요건만을 토대로 걸러낼 수 있다.

만일 원고가 두 요소들(독점력 소유 및 반경쟁적 효과 유발)에 대한 증거 제시 부담을 지는 경우에는, 증거 제시의 부담을 피고에게 옮겨야 하는지에 대한 질문이 제기된다. 필자의 제안은 그럴 수도 있고, 아닐 수도 있다는 것이며, 현실 경제학, 경제 결정 이론, 법적 소송과정을 고려하여 유용한 구분선을 그을 수 있다는 것이다.

이러한 접근법은 급진적이거나 새로운 것이 아니라, 효율성에 대한 접근법, 특히 경쟁사 합병 및 협력행위 지침에 이미 포함되어 있다. 이 지침들에서는 효율성이 행위 특정적이고 검증 가능한 경우에 한하여 이를 신뢰한다. 두 경우 모두, 효율성 조사는 중요한 경쟁 관심사가 이미 확립된 연후에 실시되며, 효율성 증거의 주장자는 그 증거를 가지고 앞에 나서서, 설득 또는 증거 제시의 부담을 이행할 것으로 예상된다. 필자는 이를 “역 Matsushita 타당성(inverse Matsushita plausibility)”이라 지칭했다.¹³³⁾

대다수 사건은 독점력이나 그 효과에 대한 원고의 주장이 갖는 약점으로 인하여 재판 전에 제거될 것이다. 소수의 사건이 계속 진행되는 경우, 그 중 대부분의 사건은 일방적인 증거, 즉 대규모 피해와 효율성 부재, 혹은 소규모 피해와 상당한 효율성을 토대로 판결이 내려질 것이다. 실제 도전은 중대한 비효율 및 중대한 효율을 포함하고 있는 행위들이

관련된 승패를 가리기 어려운 사건들이다.

이러한 사례를 해결하는 열쇠는 지극히 전통적인 절차의 역할에 대한 날카로운 이해 속에 들어 있을 수 있다. 미국 시스템 내에서 사실 규명자(fact finder)는 “진리”를 찾아내는 임무를 부여 받은 심문자가 아니다. 이들은 기껏해야 상대적인 진리, 즉 시인 받고 입증을 거친 사실에 대한 진리를 평가해야 할 뿐이다. 따라서 사실 규명자들에게 상대적인 비효율과 효율의 정도를 평가 및 비교하라고 요구하는 것은 큰 의미가 없을 수 있지만, 수 세기 동안 사실 규명자들에게는 “증거를 평가”하라는 요구가 있었다. 이 경우 문제는 어떻게 비효율과 효율을 “평가”하거나 “비교”할 것인지가 아니라, 어떻게 상대적인 비효율 및 효율의 증거를 평가할 수 있는가이다.

여기서는 (법원에 의해 관리되는) 증거 제시 책임 및 (사실 규명자에 의해 관리되는) 입증 책임의 역할에 대한 평가가 필수적이 된다. 전문 경제학자에게는 비교 효율을 정량화하도록 요구할 수 있지만, 배심원에게는 그럴 수 없다. 배심원이 비교 효율에 대해 인지하는 유일한 증거는 평판이 유사한 두 경제학자의 대조를 이루는 증언밖에 없다. 원고 측의 경제학자는 “비효율” 상자의 크기에 비해 효율성 상자는 없다거나 비효율 상자보다 크게 작다고 증언할 것이다. 피고측 경제학자의 증언은 정반대일 것이다. 피고측 경제학자는 비효율 상자는 작거나 전혀 존재하지 않으며, 효율성

133) Three Tenors 결정에서, FTC는 이와 유사하게 효율성은 “인식할 수 있고”, “타당성이 있다”고 주장했다. See Polygram Holding, Inc., FTC Docket No. 9298, slip op. 30 (2003. 7. 28). <http://www.ftc.gov/os2003/07/polygramopinion.pdf> 에서 이용 가능.

상지는 상당히 크다는 의견을 낼 것이다.¹³⁴⁾ 이러한 맥락에서, 배심원, 즉 사실 규명자는 비효율과 효율을 평가하고 이들의 균형을 찾을 수 있는 합당한 근거가 없다.¹³⁵⁾ 오히려, 배심원들은 원고와 피고가 “증거 우위에 의하여” 법이 그들에게 각각의 입증 책임으로 지운 바를 증명하였는지를 밝혀야 한다. 법이 원고에게 반경쟁 효과(즉, 비효율) 입증 책임을 지운 경우, 사실 규명자는 효율에 대한 증언의 신뢰성을 포함하여, 상대적인 비중을 평가하여 원고가 성공했는지 판단한다. 반대로, 법이 효율성에 관한 증거 제시 혹은 입증 책임을 피고에게 부과할 경우, 배심원은 이와 유사하게 신뢰성을 포함하여 효율성에 대한 증언의 비중을 평가하여 피고가 성공하였는지 판단한다. 그럴 가능성은 없지만 “균형”은 사실 규명자가 원고의 비효율 증거와 피고의 효율 증거를 모두 신뢰할 수 있다고 판단하는 경우 요청된다. 그러한 경우, 균형 기준의 선택은 불균형 기준을 선택했을 때와는 달리 전혀 다른 결과가 나올 수 있다.

그러나 전형적인 독점금지 사건의 과정을 감안

하면, 그러한 사태는 발생할 가능성이 거의 없다. 유일하게 실현될 가능성이 높은 “균형”은 생산과 신뢰성의 렌즈를 통한 증거의 균형이다. 사실 이것은 배심원이 셔먼법 제2조 사례를 실제로 접하게 되는 경우에 드물게 수행하는 작업이다. 이러한 맥락에서 “불균형”이나 “균형”은 비교 효율을 뜻하지 않는다. 이는 “증거의 비중”을 뜻한다. 사실 규명자가 원고가 승소해야 한다고 결론을 내릴 경우, 원고의 비효율 증거가 피고의 효율 주장에 비해 훨씬 타당성이 있고 증거가 제대로 뒷받침되었기 때문에 원고가 승소해야 한다는 의미일 것이다. 이러한 맥락에서, 유일하게 원고의 반경쟁 효과 증거가 피고의 효율 증거와 전혀 균형을 이루지 않는다고 주장할 수 있는 유일한 의미 있는 방법은 원고에게 “투명하고 설득력 있는” 증거 기준을 부과하는 것이지, 사실 규명자에게 비효율과 효율을 비교하라고 요구하는 것이 아니다.

물론, 비효율과 효율 증거의 양과 질은 매우 다를 수 있다. 그래서 법원은 기업결합의 심의절차에서 “슬라이딩 스케일(sliding scale)”의 어떤

134) 따라서 독점금지 사건에서 경제전문가 증언의 효용성은 공개적인 의문의 대상이 될 수 있다. 일반적으로 Andrew I. Gavil, *Defining Reliable Forensic Economics in the Post-Daubert/Kumho Tire Era: Case Studies from Antitrust*, 57 WASH. & LEE L. Rev. 831, 853 & n. 91 (2000). Posner 판사가 주장한 바와 같이, 이념적인 구분은 다양한 경제전문가의 이견으로 이어질 수 있다. Richard A. Posner, *The Law and Economics of the Economic Expert Witness*, 13 J. Econ. Persp. 91, 96-97 (1999). Posner 판사는 계속해서 “존경을 한 몸에 받는 경제학자가 독점금지 ‘배’가 될 수 있으며, 그에 버금가는 다른 경제학자가 ‘비둘기’가 될 수 있다. 각 경제학자는 체계적으로 원고에게 유리하거나 피고에게 유리한 증언에 충실히 부합하는 저명한 출판물의 자세한 목록을 보유하고 있을 것이며, 따라서 판사나 배심원은 이들 가운데 선별할 기반이 거의 없다고 할 수 있다”고 진술했다. Id. (이탈릭체 강조 추가). 또한 Richard A. Posner, *An Economic Approach to the Law of Evidence*, 51 Stan. L. Rev. 1477, 1540 (1999) (전문 컨설턴트 증언의 이념적 차이에 대해 논의함).

135) 이는 소송의 맥락을 벗어나는 행위를 조사하는 정부 기관에게는 해당할 수 없으며, 이는 합병 조사 혹은 제출 전 독립화 조사의 경우에도 마찬가지이다. 정부 기관은 목표 기업의 전문가 증언을 평가해야 한다는 점은 분명하지만, 그 전문지식으로 인하여 독립된 비교 효율성 산출에 착수할 수 있을 것이다. 그러나 당해 사건을 법원까지 끌고 가야 할 경우, 당해 기관은 소송 당사자와 마찬가지로 원문에 기술된 상황에 직면할 것이다.

점을 인정했던 것이다. 증거에 의해 입증된 경쟁 효과와 비효율성의 크기가 클수록, 피고가 제시하는 효율성의 크기도 커야 논박할 수가 있다. 가령, *United States v. Baker Hughes, Inc.* 판결에서, D.C. 순회재판소는 기업결합과 관련하여 “언뜻 보기에 증거가 확실한 사건의 설득력이 클수록, 피고가 이를 성공적으로 논박하기 위해 제시해야 하는 증거도 커야 한다”¹³⁶⁾고 실시했다. 법원은 계속하여, 피고는 “주어진 거래가 사실상 경쟁을 약화시킬 가능성이 없는 이유를 긍정적으로 증명함으로써, 그리고 정부측 초기 추정 의 기본이 되는 데이터를 의심케 함으로써 필요한 입증할 수 있다”¹³⁷⁾고 했다. 또한 이러한 유형의 슬라이딩 스케일은 서면법 제1조 하에서도 인정되었으며, 제2조 기준에 관한 논쟁에 필요한 투명성을 가져다 줄 수 있었다.

VI. 결론

독점금지법은 시장지배적사업자가 유통전략을 행사하는 경우에 그의 한쪽 손을 묶어 놓으려 해

서는 안 된다. 그러나 시장지배적사업자는 해를 끼치지 않는다는 관점을 그대로 받아들여서도 안 된다. 경쟁자들의 도전에 직면해서, 시장지배적 사업자들은 자유롭게 가격 인하, 품질 향상, 자신이 가질 수 있는 보다 큰 효율성의 이용 및 제조 과정에서 혁신을 할 것이며 또한 그래야 한다. 기존 사업자로서의 모든 다른 일반적 이득을 고려한다면, 만일 그들이 정말 기술, 예견력 및 사업적 안목을 가지고 있는 경우에는, 충분히 자신의 지배적 지위를 강화하고 연장해야 한다.

그 대신 시장지배적사업자가 평가하기 어려운 배타적 유통전략으로 경쟁자들에게 대응하기로 하는 경우, 독점금지법은 경쟁, 특히 신규진입예정자의 진입으로 유발되는 경쟁의 보호를 위한 유연하고, 즉각적이며, 강력한 수단이어야 한다. 그러나 이미 본 바와 같이, 어느 정도의 배타성을 발생시키기 위한 이러한 전략들의 결과로 나타나는 소비자 후생은 평가하기 어려울 것이다. 그 결과 법원은 이를 신중하게 평가하기 위해 적절한 과정을 거칠 것이다. 그러나 경쟁자들의 생존 자체가 문제가 되는 경우에는, “신중함”은 중립적인 방도

136) *United States v. Baker Hughes, Inc.*, 908 F.2d 981, 991(D.C. Cir. 1990). 또한 *FTC v. H.J. Heinz Co.*, 246 F.3d 708, 720(D.C. Cir. 2001) (“본 사건에 존재하는 높은 시장 집중 수준은 원고의 반박에 있어서 뛰어난 효율성의 증거를 필요로 한다”); *Merger Guidelines*, §4(각주 생략);

본 분석을 수행하면서, 동 기관은 인식 가능한 효율성의 크기와 효율성을 결한 경쟁에 대한 피해 가능성의 크기를 비교만 하지는 않을 것이다. 잠재적으로 불리한 합병의 경쟁 효과가 클수록... 인식 가능한 효율성의 크기도 커야 동 기관이 합병은 해당 시장에서 반경쟁 효과가 없을 것이라고 결론을 내릴 수 있다. 잠재적으로 불리한 합병의 효과가 특히 중대할 가능성이 있을 경우, 반경쟁적인 합병을 방지하는데 필요한 인식 가능한 효율성은 예외적으로 클 수 있다.

이러한 슬라이딩 스케일은 서면법 제2조 분석에 맞게 손쉽게 개조할 수 있다. See, e.g., *Salop & Romaine, Preserving Monopoly: Economic Analysis, Legal Standards, and Microsoft*, 7 *Geo. Mason L. Rev.* 617, 651 n.104 (1999).

137) *Baker Hughes*, 908 F.2d 991.

라고 할 수 없다. 소송이 -임시 중지 명령 없이- 진행됨에 따라 경쟁적인 계기가 사라질지 모르며 이와 함께 신규 또는 향상된 재화와 용역이 출현할 가능성도 사라질지 모르기 때문에 나중에 취해진 구제방안은 아마도 이미 제거된 경쟁을 다시 회복시키기에는 부적당할 것이다.

시장지배적사업자는 그 사실을 알고 있다. 그는 또한 평가하기 어려운 유통전략을 추구함으로써 그러한 사법상 소심성을 이용할 수 있다는 것을 알고 있으며, 독점금지 소송은 천천히 진행되며 종종 비효율적이라는 것도 알고 있다. 실제로, 그러한 전략을 하는 이유 중의 하나는 법원이 이를 신속하게 분석하지 못하기 때문이다. 그러므로 사법적 판단의 지체는 좀 더 쉽게 평가될 수 있는 단순한 경쟁 수단 대신에 그러한 전략들을 행하도록 보상하고 부추길 것이다. 따라서 좀 더 완화된 사법적 태도들은 좀 더 경쟁적으로 모호한 전략들을 채택하도록 하여, 기존의 시장지배적사업자에게 도전할 신규 경쟁자들의 인센티브를 제거 할 것이다. 그러한 전략들은 분명히 경쟁에 약간의 이익을 주기는 하지만, 장기적으로 경쟁 과정에 실질적인 폐해를 가져올 위험을 수반한다.

이러한 맥락에서 볼 때, “독점금지법은 경쟁을 보호하기 위한 것이지 경쟁자를 보호하기 위한 것이 아니다”는 슬로건은 공허한 것이다. 경쟁자 없이는 경쟁도 있을 수 없다.

만일 독점금지법이 그러한 사업자들이 공격에 가장 취약한 때에 그들을 격리시키는 데에 무력하다면 -그들이 소비자 후생을 감소시킬 수 있는 복잡한 전략들의 명백한 타겟인 경우- 우리는 경쟁

과정에서의 장기적인 이득의 손실을 감수해야 할 것이다. 그러한 상황에서는 경쟁자들을 보호하는 것이 경쟁을 보호하는 것이 될 것이다.

그러한 사례들에서 법원들이 시장지배적사업자들보다 더 장기적인 경쟁 보호라는 측면에 치우친다면 그리고 그러한 전략들이 규제된다면, 시장지배적사업자들은 자신에게 도전하는 자들에게 내맡겨지지 않을 것이다. 평가가 어려워져 쉽게 판결하기 어려울 것 같은 전략들을 공리해내는 대신에, 그들은 자신들의 경쟁적인 에너지를 명백하고 단순한 전략을 계획하는 쪽으로 바꿀 것이다. 실제로 그렇게 한다면, 법원들은 공격적인 경쟁을 위한 안전 항구로서 역할을 톡톡히 할 것이다. 경쟁자와 경쟁은 함께 활성화되고, 소비자 후생은 증대될 것이다.

영화 “스파이더맨”에서, Ben Parker는 조카 Peter Paker에게 다음과 같은 예지력 있는 조언을 해준다. 스파이더맨: “큰 힘을 갖게 되면 큰 책임이 뒤따른단다.” 독점 이윤의 향유라는 특혜의 대가로, 시장지배적사업자에게 높은 수준의 책임을 요구하는 것은 지나친 것이 아니다. 그러한 기대는 또한 독점금지 외적인 측면에서 기업의 무책임성에 대한 인식을 확대하는 것과 모순되지 않는다. 이러한 의미에서 배타적 행위는 단지 또 하나의 유형의 기업의 무책임성에 지나지 않으며, 정당화될 수 없을 정도로 완화된 독점금지 규범에 의해 적극적으로 고무되어서는 안 된다. **경쟁저널**