

# 최저가격유지행위에 대한 합리성의 원칙 적용 가능성

## Leegin 판결 이후 미국, EU의 규제동향을 중심으로

법무법인 율촌 | 변호사 손금주 뉴질랜드 변호사 한 상욱

### I. 서론

재판매가격유지행위에 대한 규제는 1981년 「독점금지 및 공정거래에 관한 법률」(이하 “법”이라 한다)이 제정되면서 도입되었다. 도입 당시에는 재판매가격유지행위의 폐해가 현실화되지 않은 상황이었기 때문에 외국의 경쟁법제를 도입하는 과정에서 포함되었다고 할 수 있으나, 그 규정방식은 외국의 법제와 사뭇 다른 양상을 띠고 있다. 특히, 법 제2조 제6호는 재판매가격유지행위를 “~ 거래가격을 정하여 그 가격대로 판매 또는 제공할 것을 강제하거나 이를 위하여 규약 기타 구속조건을 붙여 거래하는 행위”라고 규정함으로써 거래상대방에 대하여 구속력이 발생하는 한 그 행위태양(行爲態樣)이 합의든 단독적인 강제행위든 이를 구별하지 않고 있다.<sup>1)</sup> 이러한 입법방식은 미국이 수직적 거래관계에서의 계약, 결합, 공모 등 합의를 전제로 재판매가격유지행위를 규제하는 것과 구별되는데, 이는 우리 법이 재판매가격유지행위의 내용과 관련하여서는 일본 독점금지법의 영향을 받은 결과라고 볼 수도 있다.<sup>2)</sup>

한편, 법 제29조 제1항은 “사업자는 재판매가격유지행위를 하여서는 아니 된다. 다만, 상품이나 용역을 일정한 가격 이상으로 거래하지 못하도록 하는 최고가격유지행위로서 정당한 이유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다”라고 규정하고 있는바, 현행 법은 2001년 개정을 통하여 최고가격유지행위에 대해서는 단서 규정을 추가하여 ‘정당한 이유’를 소극적 위법사유로 규정하고 있으나, 최저가격유지행위에 대해서는 별도로 위법성 판단기준을 제시하고 있지 않다. 이에 따라 최저가격유지행위에 대해서는 미국법상 당연위법(Per Se Illegal)의 원칙이 적용된다고 해석되어 왔고,<sup>3)</sup> 실무상으로도 당해 행위가 최저가격유지행위에 해당하는 경우, 그로 인하여 구체적으로 어떠한 경쟁제

1) 법 제정 이후 재판매가격유지행위는 1990년 1월 13일과 2001년 1월 16일 두 차례에 걸쳐서 개정이 되었으나, 일부 문구가 변경되었을 뿐 실질적으로 규정내용이 변경되지는 않았다.

2) 다만, 일본의 독점금지법은 우리나라와는 달리 재판매가격유지행위를 동법 제19조의 불공정거래행위의 한 유형으로 규정하고, 일반지정 제12항으로 지정·고시하고 있다. - 홍명수·유영국, “일본의 경쟁법 판례분석”, 2008년도 연구용역보고서(공정거래위원회), 29~37면 참조.

3) 이러한 규제방식은 별도로 재판매가격유지행위를 규정하면서 당연위법의 원칙을 적용하고 있는 독일이나 일본의 입법례와 유사하다고 볼 수 있다. - 권오승, 독일경쟁법, 법문사(1996), 300면 참조.

한효과가 발생하였는지를 고려하지 않고 바로 위법한 행위로 간주하고 있다. 따라서, 당해 행위가 재판매가격유지행위에 해당하는지가 문제된 국내 사례들의 경우는 대부분 재판매가격유지행위의 성립요건, 특히 구속성의 존부(存否)가 주요한 쟁점으로 다루어져 왔다.<sup>4)</sup>

그러나, 2007년 미국 연방대법원의 리진(Leegin) 판결<sup>5)</sup>이 있는 후에는 미국, EU 등에서 최저가격유지행위에 대하여 합리성의 원칙(Rule Of Reason)을 적용하자는 논의가 활발하게 대두되었고, 한국에서도 최저가격유지행위에 대하여 합리성의 원칙을 적용시킬 필요가 있다는 논의가 대두되고 있는 실정이다.

본고에서는 재판매가격유지행위와 관련하여 Leegin 판결이 있는 이후 미국, EU의 규제동향이 어떠한지를 살펴보고, 이를 통하여 한국에서 재판매가격유지행위의 법 적용과 관련하여 참작할 수 있는 시사점과 현행 법 해석의 한계에 관하여 검토하고자 한다.

## II. 재판매가격유지행위의 규제논리

재판매가격유지행위는 행위유형에 따라 특정 상품 또는 용역을 일정한 가격 미만으로 판매하는 것을 금지하는 최저가격유지행위와 일정한 가격을 초과하여 판매하는 것을 금지하는 최고가격유지행위로 구분할 수 있는데, 일반적으로 최고가격유지행위보다는 소비자에게 도달하는 가격을 일정 수준 이상으로 유지하는 최저가격유지행위의 경쟁제한성이 더 크다고 볼 수 있다. 또한, 재판매가격유지행위가 브랜드내(Intra-brand) 경쟁을 제한하는 역기능 외에도 브랜드간(Inter-brand) 경쟁을 촉진하는 순기능을 갖는다는 점에서 당연위법의 원칙을 일의적으로 적용하는 법 규정의 문제점이 지적되어 왔다. 이에 따라 2001년 법 개정 당시 제29조 제1항에 최고가격유지행위의 경우 '정당한 이유'를 위법성의 소극적 요건으로 추가하는 단서 규정이 추가되었는바, 이하에서는 최저가격유지행위에 한정하여 논의를 전개한다.

먼저 최저가격유지행위의 경쟁제한적 측면을 살펴보면 첫째, 최저가격유지행위가 브랜드내 경쟁을 제한함으로써 유통업자 간의 가격경쟁을 저해하고, 소비자가 부담하는 구매가격을 높이며, 나아가 유통시장에 저가로 신규 진입하려는 사업자의 시장 진입을 방해할 여지가 있고 둘째, 최저가격유지행위를 통하여 제조업자 또는 유통업자 간의 담합이 수월하게 될 위험성이 있으며 셋째, 그로 인하여 중국적으로 브랜드간 경쟁이 제한될 여지가 있다.

그러나, 최저가격유지행위에는 이러한 반경쟁적 위험성 외에도 경쟁을 촉진하는 측면이 있는바, 첫째로 유통사업자간 무임승차(Free Riding) 행위를 방지할 수 있다는 점이다. 무임승차의 비근한 예로서, 오프라인 판매자와 온라인 인터넷 판매자가 같은 제품을 판매하는 경우를 들 수 있다. 오

4) 롯데칠성음료(주), 코카콜라음료(주)의 재판매가격유지행위에 대한 진(2009제감2385, 2386) 등.

5) Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877(2007).

프라인 판매자는 매장 임대료, 매장 직원 급여, 매장 시설비 등 많은 비용을 지출하여 고객에게 상품을 전시하고 있는데, 고객은 오프라인 판매자의 매장에서 전시된 상품을 소개받은 후에 정작 제품은 낮은 가격을 이유로 인터넷 판매자로부터 구입하는 상황이 발생하는데, 이는 결과적으로 인터넷 판매자가 오프라인 판매자의 상품 전시 서비스를 무임승차하는 것이어서 오프라인 판매자의 해당 제품에 대한 판매의욕을 저하시킬 개연성이 높다. 둘째로, 최저가격유지행위는 염가판매로 인한 제품의 이미지 손상을 방지하고 애프터서비스(A/S) 등 양질의 서비스를 유지할 동인을 제공한다는 점이다. 셋째로, 유통업체 간의 과다경쟁을 방지하고 일정 수준의 이윤을 보장해 줌으로써 영세 소매업자들의 도산을 방지하고, 오히려 해당 상품의 유통을 촉진할 수 있다는 점이다.

위와 같이 재판매가격유지행위가 갖고 있는 양면적인 성격으로 인하여, 재판매가격유지행위에 대하여 규제찬성론자와 규제반대론자 사이에 팽팽한 의견 대립이 있어 왔다. 그런데 미국 연방대법원이 Leegin 판결을 통하여 최저가격유지행위에 대해서도 합리성의 원칙을 적용하였는바, 미국과 EU에서 관련 논의가 어떻게 전개되고 있는지를 살펴봄으로써 법 제29조 제1항 본문의 해석론 또는 개정의 필요성과 관련하여 시사점을 얻을 수 있을 것으로 기대한다.

### Ⅲ. 재판매가격유지행위 관련 미국의 최근 동향

#### 1. 재판매가격유지행위의 규제논의에 대한 연혁적 검토

미국에서 재판매가격유지행위에 대한 규제는 수직적 합의에 따른 가격제한의 일종으로 분류되고 있다. 따라서 수평적 가격담합과 마찬가지로 서먼법 제1조<sup>6)</sup>가 그대로 적용되는바, 동조는 “거래 또는 통상을 제한하는 모든 계약, 트러스트 또는 기타 형태의 결합 또는 공모는 위법하다”고 규정하고 있으므로, 재판매가격유지행위에 대해서도 제조업자와 판매업자들 사이에 계약/합의(Contract) 내지 공모(Conspiracy)를 전제로 하고 있다.<sup>7)</sup> 한편, 수평적 담합행위와 마찬가지로 재판매가격유지행위와 같은 수직적 가격제한에 대해서 당연위법의 원칙이 적용되어 왔는데, 이에 대하여 재판매가격유지행위 옹호론자들은 재판매가격유지행위가 브랜드내 경쟁은 제한하지만 브랜드간 경쟁은 촉진한다는 점을 근거로 당연위법이 아니라고 주장해 왔다.

미국 연방대법원은 상대적으로 논쟁의 여지가 적은 최고가격유지행위에 대해서는 1968년 *Albrecht v Herald Co.* 사건<sup>8)</sup>에서 당연위법으로 판단한 후 당연위법의 원칙을 유지해 왔다가

6) “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal...”

7) *United States v. Herald Co.*, 390 U.S. 300(1919); *Monsanto Co. v. Spray-Rite Corp.*, 466 U.S. 752(1984)

8) 390 U.S. 145(1968).

1997년 State Oil Co. v. Khan 사건<sup>9)</sup>에서 합리성의 원칙을 적용하기 시작하였고, 최저가격유지행위에 대해서는 1911년 Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co. 사건<sup>10)</sup>에서 당연위법의 원칙을 확인한 이래 그대로 유지되어 오다가, 2007년 Leegin 판결에서 기존 입장을 변경하여 합리성의 원칙을 적용하기에 이르렀다.

## 2. 미국법상 재판매가격유지행위의 성립요건

앞서 살펴본 바와 같이 미국의 재판매가격유지행위에 대한 규제는 셔먼법 제1조를 근거로 재판매가격유지행위를 합의 또는 공모에 의한 수직적 가격제한으로 보고 있기 때문에, 재판매가격유지행위의 요건 중 필수적인 행위요건으로서 제조업자와 판매사업자들 사이의 합의 등이 요구되고 있다.

이와 관련하여 연방대법원은 1919년 콜게이트(Colgate) 사건에서 합의가 아닌 일방적인 재판매가격 방침 공포 및 이를 시행하기 위한 조치들은 셔먼법 제1조의 적용 대상이 아니라고 판결하였고, 1984년 몬사토(Monsato) 사건에서 최저가격유지행위에 있어서 관련 당사자간 합의의 필요성을 재확인하였다. 특히, Monsato 사건에서 특정 행위가 합의에 해당하는지 여부가 문제되었는데, 적어도 해당 행위가 제조업자와 판매업자들의 독립적인 행위일 가능성을 배제할 수 있는 정도의 증거가 있어야 한다는 점을 일반적인 기준을 제시하였다.<sup>11)</sup>

연방대법원이 위와 같이 재판매가격유지행위의 성립요건으로서 당사자간 합의의 존재를 요구하는 것은, 재판매가격유지행위를 당연위법으로 간주해 온 기존 판례의 태도를 간접적으로 완화시키려는 노력의 일환이라고 해석하는 견해가 있다. 즉, 수직적 거래제한에 대하여 당연위법의 원칙을 적용하는 것은 수직적 거래와 수평적 거래 간의 경쟁제한효과에 차이가 있다는 점에서 문제가 있으나, 당연위법의 원칙을 변경하는 것에 부담을 느낀 연방대법원이 최저가격유지행위의 요건인 합의 성립의 범위를 좁게 해석하고 있다는 취지이다.<sup>12)</sup> 물론, Leegin 판결 이전에 주장된 견해이기는 하지만, 우리 법 제19조 제1항 본문의 해석과 관련해서도 경청해 볼 여지가 있다.

한편, Leegin 판결이 선고된 이후에도 미국 제4항소법원은 2009년 Valuepest.com of Charlotte, Inc. v. Bayer Corp. 사건<sup>13)</sup>에서 “재판매가격유지행위가 성립하기 위해서는 당사자간 합의가 있어야 하고, 이는 Leegin 판결로부터 전혀 영향을 받지 않는다”고 판시한 바 있다. 따라서, 향후에도 재판매가격유지행위의 성립을 위해서는 단순한 권고나 강제성만으로 부족하고, 당해

9) 522 U.S. 3(1997).

10) 220 U.S. 373(1911).

11) “The correct standard is that there must be evidence that tends to exclude the possibility of independent action by the manufacturer and distributor. That is, there must be direct or circumstantial evidence that reasonably tends to prove that the manufacturer and others had a conscious commitment to a common scheme designed to achieve an unlawful objective.”

12) Andrew I. Gavil and Others, Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy, Thomson West(2002), 343~380면 참조.

13) 2009 WL 756901(4th Cir. Mar. 24, 2009).

권고나 강제로 인하여 당사자간 합의 또는 공모에까지 이르렀다는 사실을 입증 또는 추정할 만한 증거가 제시되어야 할 것으로 보인다.

### 3. Leegin 판결의 영향력 감소요인과 미국 의회의 법 개정 논의

본고에서는 Leegin 판결의 전제사실과 주요 논점 및 판결 요지 등은 더 이상 논하지 않고, 위 판결 이후 재판대가격유지행위에 대한 미국내 동향을 검토해 보고자 한다. Leegin 판결은 닥터 마일즈(Dr. Miles Medical Co.) 판결 이후 100여 년간 최저가격유지행위에 관하여 이어져온 당연위법의 원칙을 변경시킨 획기적인 판결이라고 할 수 있으나, 아래에서 살펴보는 바와 같이 Leegin 판결이 개별 사건에 대하여 실제 영향력을 미칠 수 있을지는 아직까지 불명확한 상태이다.<sup>14)</sup>

#### 가. 연방법과 주법의 차이 및 일부 주들의 반대입장 표명

통상적으로 연방법(Federal Law)은 주법(State Law)을 해석하는데 있어서 가이드라인의 역할을 하고 있으나, 주법원 또는 주의회에서 연방법의 구속력을 배제하고 Leegin 판결의 내용과 다르게 관련 주법을 해석하거나 이를 개정할 가능성이 제기되고 있다.<sup>15)</sup> 실제로 Leegin 판결 이후 여러 주에서 위 판결을 따르지 않기로 결정하였는바, 메릴랜드주에서는 위 판결 이후 최저가격유지행위를 당연위법으로 규정하는 법안이 통과되었고, 뉴욕주 및 뉴저지주에서는 계약법에서 최저가격유지행위가 당연위법이라고 규정하였다. 또한, 뉴욕주, 코네티컷주, 일리노이주, 오하이오주 및 캘리포니아주 등에서는 주 법무담당관들(Attorney Generals)이 현행 주법 하에서 최저가격유지행위는 계속 당연위법으로 규정될 것이라고 발표한 바 있다.

위와 같이 미국 내 여러 주에서 Leegin 판결의 결론과는 달리 최저가격유지행위에 대하여 당연위법의 원칙을 계속 적용한다면, Leegin 판결의 영향력은 축소될 수 밖에 없을 것이다.

#### 나. 합리성 원칙의 실제 적용방식에 관한 혼선 발생

Leegin 판결의 결과를 수용한다고 하더라도 하급심 법원이나 사건 당사자들이 합리성 원칙을 실제 적용함에 있어서 상당한 혼란을 겪을 여지가 있다. 물론, 이러한 문제는 시간이 지나고 관련 사건들이 쌓이면서 자연스럽게 해소될 것으로 보이지만, 아직까지는 관련 사건 수가 적어 당분간 혼란을 피하기 어려울 것으로 보인다.

이러한 사정은 Leegin 사건의 후속 재판결과에서도 확인할 수 있다. Leegin 판결에 의하여 환송

14) Robert M. Langer and Seth L. Huttner, "Summary of the Law Governing Resale Price Maintenance Agreements in the United States", the American Bar Association, Distribution Issues in the North Atlantic Triangle Part II: Resale Price Maintenance? the New Lay of the Land, 8면.

15) Robert M. Langer and Seth L. Huttner, 전계 논문 8면.

되어 진행된 하급심 재판에서,<sup>16)</sup> 중간상인 PSKS는 합리성의 원칙 하에서 공급자인 Leegin의 시장 지배력을 증명할 필요가 있었고, 이를 위해 관련 상품시장을 'Brighton 상표의 여성용 액세서리 소매시장' (Retail Market For Brighton's Women's Accessories) 또는 '독립 소매점을 대상으로 한 여성용 브랜드 액세서리의 도매시장' (Wholesale Sale Of Brand-name Women's Accessories To Independent Retailers)이라고 주장하였으나, 재판부는 "여러 브랜드가 경쟁하는 시장에서 하나의 브랜드로만 관련 시장을 성립할 수 없다"(single brand in a market of competing brands cannot constitute a relevant product market)는 등의 사유로 PSKS의 관련 상품시장 주장을 배척하였고, 이에 따라 합리성의 원칙에 대한 추가적인 논의에 이르지 못한 채 PSKS의 패소로 사건이 종결되었다.<sup>17)</sup>

#### 다. 미국 의회의 법 개정 입장

한편, 연방대법원이 Leegin 판결을 통하여 합리성의 원칙을 수용한 해석기준을 제시하자, 미국 의회는 이에 대항하여 위 판결의 취지를 다시금 재조정하는 방향으로 법 개정을 추진하고 있다. 미국 하원은 이미 2009년 7월 30일 경쟁위원회 하위분과(Competition Committee Subcommittee)에서 최저가격유지행위를 당연위법으로 규정하는 H.R. 3190 Discount Pricing Consumer Protection Act 2009 법안을 통과시켰고, 위 법안은 2010년 1월 13일 하원 사법위원회(Judiciary Committee)를 통과하여 현재 계속 심사가 진행 중이다. 또한, 상원 역시 Leegin 판결 직후인 2007년 10월경 이미 최저가격유지행위를 당연위법으로 규정하는 Senate Bill 2261이 상정된 바 있고, 위 법안이 심사기간 초과로 심의를 거치지 못하자 2009년 1월경 같은 내용의 Senate Bill 148이 다시 상정되어 현재 법안심사를 진행하고 있다.

이와 같이 최저가격유지행위에 대해서 당연위법의 원칙을 적용하려는 미국 의회의 움직임은, 근본적으로 서면법 제1조의 해석과 관련하여 수평적이든 수직적이든 가격담합을 엄격하게 바라보는 미국의 정치적 및 문화적 전통에서 비롯되었다고 볼 수 있다.

#### 라. 합리성의 원칙 적용을 위한 연방대법원과 법무부의 노력

연방대법원은 Leegin 판결에서 최저가격유지행위에 대한 합리성 원칙의 적용과 관련하여 다음과 같은 세가지 고려요소 즉 ① 당해 재판매가격유지행위가 관련 산업의 제조업자들 사이에서 널리 행해지고 있는지 여부(whether the RPM has widespread use by a number of manufacturers in the industry) ② 제조업자들이 당해 재판매가격유지행위를 택하도록 소매업자들이 강제하였는지 여부(whether the retailers coerced the manufacturer to adopt the

16) PSKS Inc. v. Leegin Creative Leather Products, Inc., US District Court for the Eastern District of Texas, Marshall Division, April 6, 2009 WL 938561.

17) 전계 판결문 7면.

RPM) ③ 각 제조업자 및 소매업자가 해당 시장에서 보유하고 있는 시장지배력의 정도(the degree of market power enjoyed by the manufacturer/retailer)를 지정한 바 있다.<sup>18)</sup> 그러나 아직까지 개별 사건에서 위 세가지 고려요소를 바탕으로 합리성의 원칙을 적용한 사례는 없는 것으로 보인다.

한편, 미국 법무부 반독점국(Antitrust Division)의 크리스틴 바니(Christine A. Varney)<sup>19)</sup>는 2009년 10월 한 매체에 기고한 논문<sup>20)</sup>에서 “제조업자 간의 담합 또는 제조업자의 배제, 소매업자 간의 담합 또는 소매업자의 배제가 합리성의 원칙 하에서 고려되어야 할 재판매가격유지행위의 반경쟁적 효과의 유형”이라고 설명하면서,<sup>21)</sup> 나아가 “각 효과마다 각 세가지 요소에 대하여 입증의 필요하다”고 언급한 바 있다.<sup>22)</sup>

이를 좀 더 자세하게 살펴보면, 먼저 재판매가격유지행위가 가격의 투명성을 제고함으로써 제조업자 간의 담합이라는 반경쟁적 효과로 이어진다는 점이 인정되기 위해서는, 첫째로 재판매가격유지행위가 관련 시장에서 널리 사용되었고(RPM is used pervasively in the relevant market), 둘째로 관련 시장의 구조적 조건이 담합에 의한 가격조정에 유리하여야 하며(market structure conditions are conducive to price coordination), 셋째로 재판매가격유지행위가 담합을 이행하지 않는 제조업자의 적발을 도울 수 있다는 점(RPM plausibly helps significantly to identify cheating)이 입증되어야 한다는 것이다.

다음으로, 재판매가격유지행위가 시장지배적 제조업자에 의하여 기존의 소규모 제조업자 또는 새롭게 시장 진입을 시도하는 다른 제조업자의 배제라는 반경쟁적 효과로 이어진다는 점이 인정되기 위해서는, 첫째로 당해 제조업자가 시장지배적 지위를 보유하고 있고(the manufacturer has a dominant market position), 둘째로 재판매가격유지행위의 합의가 구체적인 봉쇄효과를 발생하기에 충분한 유통채널의 수를 점유하고 있으며(the manufacturer's RPM contracts cover sufficient distribution outlets to result in material foreclosure), 셋째로 재판매가격유지행위가 실제 경쟁자에게 상당한 봉쇄효과를 미칠 수 있다는 점(RPM plausibly has a significant foreclosure effect)이 입증되어야 한다는 것이다.

또한, Varney는 재판매가격유지행위가 상당한 시장지배력을 보유하고 있는 하나의 또는 다수의 소매업자가 주요 제조업자에게 재판매가격유지정책을 펼치게 함으로써 기타 소매업자의 배제라는 반경쟁적 효과를 가져온다는 점이 인정되기 위해서는, 첫째로 해당 소매업자가 현저한 시장지배력을 보유해 왔고(defendant retailer(s) has (have) significant market power), 둘째로 소매업자

18) Leegin 판결문 897~898면.

19) Assistant Attorney General.

20) Christine A. Varney, “A Post-Leegin Approach to Resale Price Maintenance Using a Structured Rule of Reason”, Antitrust Magazine 제24권(2009), 22면.

21) 연방대법원의 Leegin 사건 심리 당시, 미국 연방거래위원회와 법무부는 합리성의 원칙 적용을 지지하는 Amicus Curiae를 제출한 바 있다.

22) Christine A. Varney, 전제 논문 24면.

의 강제로 인하여 재판매가격유지행위가 관련 시장의 상당부분을 점유하며(coercion by retailer(s) resulted in RPM covering much of the market), 셋째로 재판매가격유지행위가 현저한 배제효과를 가졌다는 점(RPM plausibly has a significant exclusionary effect)이 입증되어야 한다는 것이다.

마지막으로, Varney는 소매업자가 제조업자를 압박하여 관련 시장의 담합으로 이어지는 반경쟁적 효과를 입증하기 위해서, 첫째로 재판매가격유지행위가 널리 사용되었고(RPM is used pervasively), 둘째로 재판매가격유지행위가 소매업자들 간의 강제로 인하여 시행되었으며(RPM was instituted as a result of coercion by retailers), 셋째로 소매업자 간의 담합이 제조업자들로 인해 좌절되지 않는다는 점(retailer collusion plausibly could not be thwarted by manufacturers)이 입증되어야 한다고 주장한다.<sup>23)</sup>

위와 같이 연방대법원이 제시한 세가지 고려요소와 Varney의 논문을 통하여 간접적으로 제시된 미국 법무부의 입장은 전체적으로 일맥 상통한 측면이 있는바, 향후 실제 사건에서 어떻게 변경되고 적용되는지 좀 더 지켜볼 필요가 있다.

Leegin 판결 이후 미국 연방대법원이나 법무부는 합리성의 원칙이 안착될 수 있도록 가이드라인을 발표하는 등 활발한 논의를 주도하고 있으나, 이에 대하여 Leegin 판결의 영향력을 최소화하려는 움직임이 상·하원 및 여러 주정부 차원에서 다양하게 나타나고 있다. 결국, 현재 상태에서 미국의 향후 최저가격유지행위에 대한 규제방향을 가늠하는 쉽지 않지만, Leegin 판결 이후에도 미국의 재판매가격유지행위가 합의 또는 공모의 요건을 필요로 한다는 점은 그대로 유지될 것으로 보인다.

## IV. 재판매가격유지행위 관련 EU의 최근 동향

### 1. EU 위원회 규칙 및 가이드라인의 개정 경과

EU는 2010년 초반까지 유럽공동체조약 구 제81조 제1항<sup>24)</sup>에 기초한 EU 위원회 규정 2790/1999호(1999)<sup>25)</sup> 및 수직적 제한행위에 대한 가이드라인(2000)<sup>26)</sup> (이하 양자를 통틀어 “구(舊)

23) 이와 관련하여 자세한 사항은 Christine A. Varney의 전제논문 참조.

24) “... all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices, which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market, and in particular those which:

(a) Directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions.”

25) Regulation 2790/1999 on the Application of Article 81(3) of the Treaty to Categories of Vertical Agreements and Concerted Practices.

26) Guidelines on Vertical Restraints (2000/C291/01).



규정 등”이라 한다)에 의하여 수직적 가격제한행위를 규제하여 왔다. 그러나 미국의 Leegin 판결 이후 EU 내에서도 최저가격유지행위에 대하여 당연위법의 원칙을 유지할 것인지에 대한 논의가 있어 왔고, 그 외에 유통업자의 지배력 증가 및 온라인시장의 급속한 팽창 등 변화되는 시장 상황을 반영하기 위하여 구 규정 등에 대한 개정 논의가 있었다.

한편, EU 위원회는 2010년 5월 31일 구 규정 등의 효력이 만료됨에 따라서, 2009년 7월경 구 규정 등을 대체할 만한 새로운 규정 초안(이하 “신(新) 규정초안”이라 한다)을 발표하였고, 이해관계자들로부터 의견을 수집하는 등 개정작업을 진행하여 왔다. 급기야 2010년 4월경 EU 위원회 규정 330/2010호(2010)<sup>27)</sup> (이하 “신 규정”이라 한다) 및 수직적 제한행위에 대한 가이드라인(2010)<sup>28)</sup> (이하 “신 가이드라인”이라 한다)이 새롭게 발표되어 2010년 6월경부터 그 효력을 발생하기에 이르렀다.<sup>29)</sup>

EU 위원회의 개정 규정 및 가이드라인은 종전과 마찬가지로 최고가격유지행위 또는 권장가격설정행위에 대해서는 개정 규정 제4조 제(a)항 및 가이드라인 48번째 문단에서 원칙적으로 이를 허용하고 있으며, 최저가격유지행위에 대해서도 엄격하게 규제하고 있다. 실제로 EU 위원회 및 EU 법원은 종전부터 계속 유통마진 설정,<sup>30)</sup> 최대 할인폭 설정,<sup>31)</sup> 설정된 재판매가격 준수를 조건으로 경제적 이익 제공,<sup>32)</sup> 설정된 재판매가격을 준수하지 않는 경우 제재 부과<sup>33)</sup> 등 간접적인 재판매가격 유지행위에 대해서도 최저가격유지행위의 한 유형으로 간주하여 왔다.<sup>34)</sup> 따라서, 최저가격유지행위에 대한 신 규정 및 신 가이드라인의 내용은 구 규정 등의 그것과 그다지 큰 차이를 내고 있다고 볼 수 없다. 다만, 신 규정이 EU 위원회의 규제방안을 좀 더 자세하게 규정하고 있다고 볼 수 있다.

## 2. EU 위원회의 개정 규정상 최저가격유지행위에 대한 규제방식

EU 위원회 규정은 유럽공동체조약 제101조는 해당 행위가 제101조 제1항에 저촉된다고 하더라도 제101조 제3항 하에서 해당 행위의 친(親)경쟁적 효과가 반경쟁적 효과를 상쇄하는 경우, 법 적용의 예외를 인정해 주는 구조를 띠고 있다. 다만, 최저가격유지행위의 경우에는 사실상 수직적 가

27) Commission Regulation 330/2010 of April 20 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices.

28) Guidelines on Vertical Restraints SEC(2010) 411.

29) 한편, 신 규정은 구매자 및 판매자 양 당사자들의 시장점유율이 각각 30% 이하인 경우 등 일정 조건을 충족할 때 양 당사자들 간의 해당 행위를 제101조 적용의 예외로 간주하기 때문에 ‘Block Exemption Regulation’ 이라고도 불린다.

30) Case COMP/37.975 PO/Yamaha 16 July 2003, as found in Claire Jeffs 및 Paul Walter, Summary of the Law Governing Resale Price Maintenance in the EU, the American Bar Association, Distribution Issues in the North Atlantic Triangle Part II: Resale Price Maintenance ? the New Lay of the Land, 3면.

31) Case COMP/F-2/36.693 Volkswagen, 29 June 2001 (Commission), T-208/01 Volkswagen AG v Commission [2003] (CFI), Commission v Volkswagen AG, 13 July 2006 (ECJ) - Claire Jeffs 등 전계 논문 3면에서 재인용.

32) Case 107/82 AEG-Telefunken [1983] - Claire Jeffs 등 전계 논문 4면에서 재인용. 4면.

33) Case COMP/F-2/36.693 Volkswagen, 29 June 2001 (Commission), T-208/01 Volkswagen AG v Commission [2003] (CFI), Commission v Volkswagen AG, 13 July 2006 (ECJ) - Claire Jeffs 등 전계 논문 5면에서 재인용.

34) 구 가이드라인 47번째 문단과 신 가이드라인 48번째 문단.

격 설정으로 간주되기 때문에 위 제101조 제3항의 예외요건을 충족시키기 어렵고, 따라서 최저가격유지행위는 사실상 당연위법이라는 입장을 취하고 있다.<sup>35)</sup> 이러한 입장은 최저가격유지행위에 대하여 신 규정이 Block Exemption 조항의 적용 배제를 명시하고,<sup>36)</sup> 신 가이드라인이 위 제101조 제1항에 저촉되고 동조 제3항의 예외규정에 해당하지 않는 것으로 추정하고 있는 점<sup>37)</sup>에서 확인할 수 있다. 따라서, EU에서는 Leegin 판결 이후에도 최저가격유지행위에 대하여 사실상 당연위법의 원칙을 적용하고 있다고 볼 수 있다.

한편, EU 위원회의 재판매가격유지행위 규정은 위 제101조에 바탕을 두고 있으므로, 미국과 마찬가지로 양 당사자들 사이에 합의의 존재가 성립요건이라고 볼 수 있다. 구 규정 등은 이와 관련하여 별다른 언급을 하지 않았지만, 신 규정을 검토함에 있어서 주요한 논점 중 하나로 다루어졌다. 이는 유럽재판소(European Court of Justice)가 2006년 폴크스바겐(Volkswagen) 사건에서, 제조업자의 일방적인 행위로는 재판매가격유지행위가 성립될 수 없고 최소한 자동차 딜러들의 묵인(Acquiescence)이 존재하여야 한다고 판단하였기 때문이다.<sup>38)</sup> 단순한 묵인과 명시적 합의 사이에서 어디까지가 재판매가격유지행위에 해당하는 합의라고 볼 수 있는지가 문제될 수 있는데, 이에 대하여 신 가이드라인 초안에서는 일방 당사자의 일방적인(Unilateral) 행위는 제101조의 범주에 포함시키지 않고, 합의(Agreement) 또는 일치된 행동(Concerted Practice)의 존재를 요건으로 규정하면서 '합의'의 인정범위를 상당히 넓혔다. 위 초안에 의하면, 수직적 합의를 명시적 합의와 묵의(默意) 두 종류로 구분하였는데, 한쪽 당사자의 일방적 행위에 대하여 상대 당사자가 이를 '묵인'하였는지 여부에 대한 판단은 당사자들 간의 기존 계약 내용(즉, 기존 계약에서 제조업체의 일방적 정책 발표에 대하여 구속력을 부여하였는지 등)으로 확인할 수 있는 명백한 묵의(Explicit Acquiescence) 또는 암묵적 묵의(Tacit Acquiescence)가 존재하는지 여부를 참조하도록 명시하고 있다. 신 가이드라인 초안은 암묵적 묵의의 존재 여부를 판단할 것을 요구하면서, 한쪽 당사자의 일방적 정책 실행 및 그 협조 요구를 상대 당사자가 실행한 경우로서 그 강제성의 강도가 강할수록, 그리고 그 강제적 요구에 순응하는 상대 당사자들(예를 들어, 유통업자들)이 많을수록 암묵적 묵의를 인정될 여지가 높다고 설명하고 있다.<sup>39)</sup>

35) 신 가이드라인 223번째 문단.

36) 신 규정 Recital 10번째 문단 및 제4조 (a)항.

37) 신 가이드라인 46, 47번째 문단.

38) Commission v Volkswagen AG, 13 July 2006 (ECJ).

39) 신 가이드라인 초안 25번째 문단: 한편, 이와 관련하여 오히려 일방 당사자의 강제성이 강할수록 양 당사자 간의 Concurrence Of Wills의 가능성은 줄어든다고 볼 수 있기 때문에, 묵의에 관한 이러한 해석에 대하여 미국변호사협회의 국제법 위원회 등이 EU 위원회에 반대 취지의 의견서를 제출한 바 있다(Joint Comments of the American Bar Association Section of Antitrust Law and Section of International Law on the Proposal of the European Commission for a Revised Block Exemption Regulation and Guidelines on Supply and Distribution Agreements, 2009년 9월, 29~31면, [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009\\_horizontal\\_agreements/aba.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_horizontal_agreements/aba.pdf)).

## V. 한국에 미치는 시사점

### 1. 최저가격유지행위에 대한 합리성의 원칙 적용 가능성

Leegin 판결 이후, 한국에서도 최저가격유지행위에 대하여 합리성의 원칙을 적용하지는 논의가 제기되고 있다.<sup>40)</sup> 그러나 현행 법 제29조 제1항 본문과 단서는 최저가격유지행위에 대하여 행위태양과 구속성을 성립요건으로 하는 외에는 위법성에 대하여 적극적 요건이든 소극적 요건이든 별도로 검토할 여지를 두고 있지 않다. 따라서, 법 해석론을 통하여 Leegin 판결이 정한 합리성의 원칙이 한국내 최저가격유지행위에 관하여 적용되기는 어려울 것으로 보인다.

더욱이, 앞에서 살펴본 바와 같이 미국에서도 위 판결이 선고된 이후 여러 주 정부와 연방 상·하원에서 당연위법의 원칙을 재도입하려는 시도가 계속되고 있고, EU 위원회 역시 사실상 당연위법의 원칙을 그대로 유지하고 있는 상황이기 때문에, 입법자의 결단에 따른 법 개정에 의하지 않는 한 단순히 법 해석을 통하여 합리성의 원칙을 수용하는 것은 쉽지 않을 것이다.

그러나 최저가격유지행위의 경우, 브랜드내 경쟁제한의 효과보다는 브랜드간 경쟁 촉진, 효율성 증대 등의 순기능적 효과가 클 수 있다는 점을 부인하기는 어려운바, 최저가격유지행위를 일률적으로 당연위법으로 처리하여 제조업자를 규제하는 것이 타당한지 의문이 든다. 한편, 우리 법은 미국이나 EU의 재판매가격유지행위 관련 법령과 달리 재판매가격유지의 행위태양으로서 합의 외에 단독적인 강제행위까지 포함하고 거래상대방에게 구속력이 발생할 것을 별도의 성립요건으로 규정하고 있는바, 최저가격유지행위에 대하여 당연위법을 그대로 적용함으로써 발생할 수 있는 구체적인 타당성의 부족이나 제조업자에 대한 지나친 규제 문제를 해결하는 수단으로서, 법원이나 공정거래위원회가 최저가격유지행위의 성립요건, 특히 구속력의 유무(有無)에 관하여 엄격한 기준을 적용할 가능성이 있다.<sup>41)</sup>

그러나 이러한 문제를 해결하는 중국적인 방법은 최저가격유지행위에 대해서도 합리성의 원칙을 수용하는 것이라고 할 수 있는바, 법 제29조 제1항을 본문, 단서의 형식으로 구별하여 최저가격유지행위와 최고가격유지행위를 별도로 규정하는 입법방식을 지양하고, 양 행위유형에 대하여 ‘정당한 이유’ 등의 포괄적인 개념을 소극적인 위법사유로 규정하는 대신, 법률 해석을 통하여 양 행위유형을 차별적으로 규율하는 방식을 채택하는 것이 바람직하다. 결국, 법 개정을 통하여 이러한 목적을 달성할 수 있을 것이지만, 법 개정에 이르기까지는 미국이나 EU의 최근 진행경과에서 살펴볼 수 있듯이 상당한 진통이 있을 것으로 예상된다.<sup>42)</sup>

40) 이봉의, “독점규제법상 재판매가격유지행위의 성격과 규제체계에 관한 소고”, 서울대학교 법학 제48권 제4호, 237면

41) 이러한 예로, 남양유업 주식회사의 재판매가격유지행위가 문제된 대법원 2001. 12. 24. 선고 99두11141 판결을 들 수 있다.

42) 우리 법은 1997년 칸(Khan) 사건에서 최고가격유지행위에 대하여 합리성의 원칙이 적용됨에 따라, 2001년 법 개정 당시 법 제29조 제1항에 최고가격유지행위에 대하여 합리성의 원칙을 적용하는 취지의 단서조항을 추가한 사례가 있다.

## 2. 부당한 공동행위와 재판매가격유지행위의 중첩 적용에 따른 문제점

미국과 EU의 경우에는 재판매가격유지행위를 합의에 따른 수직적 가격제한의 일종으로 보기 때문에, 재판매가격유지행위와 수직적 가격담합을 동등하게 취급하더라도 큰 무리가 없다. 따라서 미국이나 EU의 경우, 특정 사건에서 경쟁당국이 피심인을 대상으로 재판매가격유지행위와 수직적 가격담합을 동시에 적용하는 경우가 거의 없는 것으로 보인다. 그러나 국내에서는 법 제19조에서 수직적 가격담합 적용 가능성을 배제하고 있지 않고 법 제29조에서 재판매가격유지행위를 별도로 규제하고 있기 때문에, 법 제19조의 수직적 가격담합과 법 제29조의 재판매가격유지행위가 동시에 적용될 여지가 있다. 이에 반하여, 우리 법상 재판매가격유지행위는 미국 서면법 제1조 또는 유럽 공동체조약 제101조와 같이 사업체 간의 불법적인 합의를 규제하려는 목적에서 도입되었다기 보다는, 법 제23조에서 불공정거래행위를 규정한 데 이어 법 제29조에서 별도로 재판매가격유지행위를 규정함으로써 한국의 대기업·중소기업 간의 전통적인 구조적 불평등 문제의 해소를 목적으로 도입되었다고 볼 여지도 있다.

공정거래위원회는 실무상 법 제19조가 수직적 가격담합에도 적용되는지와 관련하여 교복담합사건,<sup>43)</sup> 주파수공용통신장치(TRS) 입찰담합사건,<sup>44)</sup> 영화관람료 담합사건<sup>45)</sup> 등에서 이를 인정한 것으로 보인다. 그러나 이러한 법 해석은 재판매가격유지행위와 부당한 공동행위가 과징금이나 형사처벌의 정도에서 현저한 차이가 있고, 시장지배적 사업자의 수직적 거래제한에 대해서는 공정거래법 제3조의 2 소정의 조항들이 우선 적용될 수 있으며, 일반 사업자들의 수직적 거래제한에 대해서는 끼워팔기, 구입 강제, 구속조건부 거래 등 불공정거래행위의 유형을 통하여 광범위하게 규제될 수 있기 때문에, 공정거래법 제19조가 수직적 거래제한을 일반적으로 포섭한다고 해석하는 경우에는 시장지배적 지위남용이나 불공정거래행위, 재판매가격유지행위 등의 사이에 규범의 중복현상이 광범위하게 일어날 수 있다는 비판이 제기될 수 있다.<sup>46)</sup>

그러나 반대로 법 제19조가 수직적 가격담합을 포함하지 않는다고 해석할 경우는, 강제성이 없는 상부업자와 하부업자 간의 수직적 가격제한 합의에 대하여 규제의 공백이 초래될 위험이 있고, 특히 수직적·수평적 관계가 복잡하게 연루되는 'Hub and Spoke' 담합에 대하여 수직적 담합에 대한 규제에 있어서 문제가 발생할 소지가 있는바, 향후 이러한 규제 공백의 해결을 위하여 논의가 필요하다.<sup>47)</sup>

43) 2001.5.31. 의결 제2001-082호, 2001.6.7. 의결 제2001-083호.

44) 2008.5.2. 의결 제2008-137호.

45) 2008.6.10. 의결 제2008-168호.

46) 정호열, '경제법 제2판', 박영사, 2008, 309면; 이황, 공동행위 심사기준 개선방안 연구 최종보고서(2008. 8.), 공정거래위원회, p20.

47) 위 사례들에 대하여 수직적 합의 외에도 수평적 합의가 혼재되어 있으므로, 수직적 합의에 의하여 경쟁제한의 효과가 발생했다기 보다는 실질적으로 수평적 합의가 이루어진 시장에서 경쟁제한의 효과가 발생한 것에 불과하다고 평가하는 견해가 있다(이황, 전제 논문, 21면 참조)