

미국 FTC법 제5조와 셔먼법 제2조간의 관계

공정거래위원회, 전 주미대사관 경쟁협력관 | 김 치 결

I. 처음말

미국 반독점법 커뮤니티에서 연방거래위원회법 제5조(FTC Act Section 5)와 셔먼법 제2조(Sherman Act Section 2) 간의 관계에 대한 논쟁은 최근에 대두된 문제는 아니다. 동 사안은, 추측건대 연방거래위원회(FTC)가 출범한 1914년부터 줄곧 제기되어왔을 것으로 보인다. 여기에서 이 문제를 생각하여 보려는 취지는 FTC가 FTC법 제5조에 근거하여 다른 반독점법, 다시 말하자면 주로 셔먼법의 전통적 범위를 초월하는 법 운영을 하는 경우에 이와 같은 문제가 늘 거론되어 왔으며, 최근에는 지적재산권 보유기업에 대하여 FTC가 지적재산권 남용을 문제 삼는 경우에도 FTC법 제5조와 셔먼법 제2조 간의 관계에 대하여 논쟁이 발생하고는 하였기 때문이다. 더욱이 미국은 우리나라와는 달리 경쟁법(반독점법)을 운영하는 경쟁당국이 연방정부 차원에서는 FTC와 법무부 반독점국 두 곳이 있으므로, 두 법의 운용문제는 위의 두 기관 간의 업무영역으로까지 연결되는 문제로 다소 복잡한 모습을 가질 수도 있다.

여기서는 FTC법 제5조와 셔먼법 제2조, 일반적으로 말하면 FTC법 제5조와 셔먼법 간의 관할 영역 구분을 인정하지 않으려는 견해와 두 법 간의 차이가 있다는 전제 하에 FTC법 제5조의 운용 방법을 설명하는 견해를 소개하고자 한다. 이를 위해서는 FTC법의 제정 경위와 운용 현황을 검토해 봄으로써 자연스럽게 셔먼법 제2조와의 관계가 규명되도록 하는 것이 좋은 방법이라고 생각된다.

II. 본말

1. 두 법의 규정 내용

(1) 셔먼법

1890년에 오하이오주 연방상원의원인 존 셔먼(John Sherman)의 주도로 제정된 셔먼법에서 가장 중요한 법조는 제1조와 제2조로, 제1조는 주간(州間)의 거래 또는 외국과의 거래를 규제하는 어떤 형태의 계약, 결합, 공모도 위법이라고 규정하고, 제2조에서는 시장의 독점화기도, 독점화를 위한 다른 사람과의 결합 및 공모행위를 규제하고 있다. 셔먼법 위반은 법규정 상으로는 중범죄(Felony)로 취급하도록 되어 있지만, 실제로 중범죄로 취급하는 경우는 셔먼법 제1조 위반의 경우이다. 기업 간의 카르텔을 규제하는 셔먼법 제1조 위반은 당연위법(per se illegal)로 보아 미국 법무부에서는 형사범으로 취급하고 있으며, 셔먼법 제2조는 민사소송으로 시정시키고 있다. 그러나 셔먼법은 루즈벨트 대통령(Theodore Roosevelt, 1901~1909) 이전까지에는 적극적으로 집행되지 않았다.

(2) FTC법 제5조

① 법규 내용

1914년에 제정되었으며 “거래에 영향을 주는 불공정한 방법의 경쟁과 불공정 또는 기만행위는 위법행위로 선언한다”고 규정하고 FTC에게 연방거래법의 집행권한을 부여하였다. FTC는 동법에 의거 동법의 위반행위 중지명령을 발하는 권한을 부여받고 있다.

② FTC법 제정 경위

FTC법은 1914년에 제정된 법으로, 미국 의회는 1890년에 제정한 셔먼법이 있음에도 불구하고 FTC법을 제정하였다. FTC법의 제정경위는 1911년의 연방대법원의 판례에서 기인한다. 연방대법원은 Standard Oil 사건에서, 셔먼법 제1조는 주간(Inter State)의 거래에 직접 영향을 주는 비합리적(Unreasonable)인 거래제한행위만을 규제하는 법이라고 판시하였다.¹⁾ 연방대법원의 판례 이후에 미국 의회는 1911년 동 문제를 연구하는 결의안을 채택하고, 2년 후인 1913년에 상원의회

Commerce Committee는 반독점 문제를 다루는 행정부서의 설립을 검토하는 보고서를 만들었다. 동 보고서를 제출받은 하원은 상원의 보고서 내용보다 더 넓은 권한을 갖는 기구를 창설하는 법안을 만들기로 하였다. 상하 양원의 통합 법안은 상무부(Department of Commerce)내 기업국(Bureau of Corporations)의 업무를 신규 설립 부서에 주기로 하였는데, 기업국은 반독점 문제 및 관련 경제적 문제의 수집과 보고서 발간을 주(主)업무로 하는 기관이었다. 그러나 최종적인 하원의 법안은 불공정한 경쟁방법(Unfair Method of Competition) 금지조항을 포함하고, 이를 정의하고 금지하는 준(準)사법적 권한까지 신규 부서에 부여하였다.

2. 두 법의 관할범위 관련 논쟁

(1) 논쟁의 발단

FTC법 제5조는 ‘불공정한 방법에 의한 경쟁’ (Unfair Methods of Competition)을 위법행위라고 규정하고 있지만, ‘불공정’ (Unfair)한 것이 무엇인지에 대해서는 규정하고 있지 않다.

서면법 위반을 곧 ‘Unfair’ 한 것으로 보는 견해는 FTC법 제5조가 서면법과 중복되고 있다고 주장하고 있으며, ‘Unfair’의 범위가 서면법 위반을 초월한다는 견해는 FTC법 제5조의 유효성을 강조하면서 ‘Unfair’의 범위 및 의미 결정은 FTC의 몫이라고 주장하고 있다. 이러한 논쟁이 있는 가운데 FTC법 제5조가 서면법을 초월한다는 견해에서는 서면법과 FTC법 제5조와의 차별성의 근원(根源)을 의회가 FTC를 설립한 취지에서 찾고 있다.

(2) FTC법 제5조를 서면법보다 초월 운용하는 것에 대한 반대 견해

동 견해는 FTC법 제5조의 해석을 마치 ‘원자폭탄’과 같이 확장 해석하여서는 안 된다고 주장한다.²⁾ 동 견해에 의하면, FTC법 제5조를 확장 적용하려는 사람들은 서면법이나 클레이튼법(Clayton Act)을 위반하지 않는 분야를 제재하는데 FTC법 제5조를 무기로 사용하는 것을 좋아하고 있다고 비판한다. 이 견해는 FTC법을 전통적인 반독점법보다 확장 해석하려는 사람들은 시장 지배력이 있는 과점(Oligopoly, 寡占)을 규제하는데 FTC법을 적용하고 있다고 주장한다.

1) 미국 연방대법원이 Standard Oil 사건에서 서면법에서 금지하는 거래제한(Restraint of Trade)의 판단근거를 합리의 원칙(Rule of Reason)에 기초를 두는 Reasonableness Test를 사용하는 판례를 채택하자, 미국 의회는 연방대법원이 의회가 서면법을 제정한 취지를 손상시키는 것이라고 반발하였다. 이러한 분위기는 1912년의 미국 대통령선거에서 쟁점사항으로 발전하여, 1912년 대선(大選)주자들 중에는 과거의 반독점법 운용을 비판하면서 반독점법을 폭넓게 운용하는 별도 기구의 설립을 공약사항으로 내놓기에 이르렀다.

2) Joe Sims & Jones Day, A Report on Section 5, GCP(2008,11.)

이들은 FTC법 제5조가 규제하는 'Unfair Method of Competition'이 탄력적인(Elastic) 표현이라고 하더라도, 효율성을 침해하는 논리나 상상적인 소비자 후생 증대를 근거로 FTC법 제5조를 운용할 수는 없다고 비판한다.

또한 FTC법 확장 적용에 부정적인 의견은 과점을 규제하는 EC법 8 제2조의 문제점을 지적하고 있다. 이들은 EC 경쟁법은 경쟁(Competition)을 보호하는데 중점을 두는 것이 아니라 경쟁자(Competitor)를 보호하는데 초점을 맞추는데, 이는 소비자 보호를 염두에 둔다면 잘못된 것이라고 비판하고 있다.

FTC법의 확장 운용에 반대하는 사람들은 전통적인 반독점법으로 위법성 규명이 곤란한 경우에 법 운용을 탄력적으로 할 수 있는 FTC법에 의존한다고 비판하면서, FTC가 제약업체의 역지불합의(Payment for Delay; PFD)³⁾ 행위에 대하여 제재하려는 것에 대해서도 부정적이다. FTC는 PFD 행위는 소비자가 저렴한 복제약품 대신에 고가의 특허약품을 사용하게 하므로 소비자에 피해를 주고 있으며⁴⁾ 특허약품 제약사와 복제약품 제약사 간의 복제약품의 시장 진입 유예를 위한 일정 대가의 수수행위는 양사 간의 담합행위라고 주장한다. 그러나 FTC법 제5조의 확장 해석 반대론자들은 PFD 행위의 문제점은 있을 수 있지만, 동 행위의 경쟁제한성은 구체적으로 입증되어야 한다는 것이다.⁵⁾

(3) FTC법 제5조와 셔먼법과의 차별성을 강조하는 견해

FTC법 제5조와 셔먼법과의 차별성을 강조하는 견해는, 차별의 근거를 FTC법의 입법 배경 이외에 FTC법 제5조의 규정에서도 찾고 있다. 이 견해는 FTC법 제5조에서 규제하는 'Unfair Method of Competition' 또는 'Unfair Practice or Acts'에서 'Unfair'의 의미에 주목하고 있다. 이와 관련하여 현재 FTC 위원장인 존 라이보위츠(Jon Leibowitz)는 "FTC가 셔먼법의 범위를 초월하여 FTC법 제5조를 집행하는 경우는 기업행위가 정상적인 기업행태로 수용되어 질 수 없는 때로, 이때가 FTC법 제5조에 위반되는 경우"라고 설명하고 있다.⁶⁾

3) 'Payment for Delay'는 일명 'Reverse Payment'라고도 하는데, 특허약품(Branded Drug)을 제조하는 제약사가 자사의 복제약품을 시판하려는 복제약품(Generic Drug) 제약사에 대하여 일정금액을 지불하면서 복제약품의 시장 진입을 유예시키는 행위를 말한다.

4) FTC는 Payment for Delay로 인하여 미국의 소비자들이 연간 35억 달러를 추가 부담하고 있다는 보고서를 발표한 바 있다.

5) Payment for Delay 행위 규제에 대하여 미국 법무부 반독점국은 소비자 이익의 보호를 위하여 중요한 사항이지만, 특허약품 제약사의 특허권 사용과도 연계되는 일이므로 신중한 검토가 필요하다는 입장이다.

6) 2008년 10월, FTC가 개최한 FTC법 제5조 워크숍에서 당시 라이보위츠 FTC 위원장의 발표자료 참조. 라이보위츠 위원은 "FTC법 제5조의 적용대상인 정상적 기업행태로 받아들여질 수 없는 기업행위의 개념은 FTC가 패소한 Ethyl 건(1984년)을 판결한 연방 제2순회법원의 판결 내용에서 나왔다"고 밝히고 있다.

라이보위츠 위원장은 FTC법 제5조의 영역을 부연 설명하고 있는데 “정상적으로 수용되어질 수 없는 기업행위의 의미가 명백하게 구분되지는 않지만, 소비자에게 피해를 주는 행위가 FTC법 제5조의 적용대상”이라고도 말하고 있다.

FTC법 제5조의 서면법과의 차별성을 강조하는 전하는, 서면법 제2조보다 FTC법 제5조의 적용이 더 적합한 경우로 아래의 사건들을 예시하고 있다.

① Negotiated Data Solution의 특허권 책임 불이행행위

Negotiated Data Solution(N-Data)사는 컴퓨터 네트워킹에 사용되는 표준화 기술(Ethernet) 관련 특허를 National Semiconductor사로부터 취득한 바, N-Data는 동 특허 취득 당시 National이 표준화 선정 기구(IEEE)에 약속한 내용인, 동 특허기술 제3자 대여 및 특허기술 사용자에게는 1인당 1,000달러만을 1회에 한하여 받기로 한 사실을 인지하고 있었음에도 불구하고, 동 특허 기술을 National로부터 구입한 후에는 동 특허 사용자에게 특허 사용료를 과도하게 요구하였다.

이에 대하여 FTC는 N-Data가 동 기술이 컴퓨터 작동에 필수적인 기술이면서도 높은 사용료를 받더라도 컴퓨터 네트워크 업체들이 다른 기술을 사용하지 못하고 자신의 기술을 사용할 수밖에 없는 상태인 것을 악용하여 당초 National이 IEEE에 약속한 사실을 이행하지 않은 것으로 판단하고, 이러한 행위는 FTC법 제5조에서 규제하는 불공정한 경쟁방법이라고 결정하였다. FTC는 N-Data의 행위는 반경쟁적 행위로, 소비자에게 높은 로열티(Royalty)를 부담하게 하지만 서면법 위반의 정도에까지는 이르지 않는 행위로, 불공정한 경쟁방법을 규제하는 FTC법 제5조의 적용이 적합하다는 것이다.⁷⁾

② U-Haul의 일방적 카르텔 권유행위

FTC는 미국 내 제1의 자가운전 트럭 렌트회사인 U-Haul사가 제2위의 자가운전 트럭 렌트회사인 Budget사에 대하여 트럭 렌트요금을 담합하여 가격을 인상할 것을 2006년부터 2008년 사이에 수차례에 걸쳐 일방적으로 통보한 사건에서, 동 건은 양사가 합의하지 않았으므로 서면법 제1조에서 금지한 공모행위에는 해당되지 않지만, FTC법 제5조에서 금지하는 불공정한 경쟁방법(Unfair Methods of Competition) 금지에는 해당된다면서 동의명령으로 U-Haul을 제재하였다. FTC의 결정과 관련하여 FTC 위원장인 라이보위츠는 FTC 위원인 윌리엄 코바식(William

7) N-Data 제재와 관련하여 FTC의 의견은 본건 결정에 참여한 다수 의견을 말한다. FTC는 N-Data를 동의명령으로 제재하였다. 상세내역은 2008년 1월 23일에 발표한 미국 FTC 보도자료 참조.

Kovacic)과 토마스 로쉬(Thomas Rosch) 위원과 공동으로 FTC 결정을 지지하는 별도 의견서(Concurring Statement)를 발표하였다. 동 의견서에서 세 사람은 공모행위에 관한 서면법과 FTC법 제5조와의 차이를 나타내는 중요한 의견을 재차 밝히고 있다. 먼저 세 사람은 U-Haul의 Budget에 대한 일방적 담합 합류 통보행위는 반독점법 위반행위가 아니므로 서면법의 적용대상이 아니라고 선을 그었다. 그 대신 U-Haul의 행위는 FTC법 제5조에서 금지하는 전형적인 불공정한 경쟁방법 행위라고 강조하였다. 또한 동 행위는 공모행위가 아니므로 양 사건의 공모증거 존재와 반(反)경쟁효과를 입증할 필요도 없다는 것이다. 그리고 동 사건은 반독점법 사건이 아니므로 반독점법 위반행위에 적용되는 민사소송의 3배소도 적용할 수 없다고 밝히고 있다.

③ Intel의 경쟁사업자 배제행위

FTC가 2010년 8월에 처리한 Intel 사건도 FTC가 FTC법 제5조와 서면법을 다른 시각으로 보는 것을 나타내는 사건이다.

FTC가 문제 삼은 Intel사의 행위는 경쟁업체를 배제시키기 위하여 자사의 CPU 칩을 사용하는 컴퓨터 제조업체들에게는 반대급부(反對給付)를 제공하여주는 반면, 경쟁업체의 제품을 사용하는 업체들에게는 기존 거래의 중단 등으로 위협을 가하고 경쟁업체의 제품을 사용할 경우는 컴퓨터 기능이 제재로 작동되지 않도록 컴퓨터 소프트웨어인 컴파일러(Compiler)를 비밀리에 조작한 행위이다. FTC는 Intel의 행위에 대하여 서면법 제2조를 적용하기보다는 FTC법 제5조에 의거 동의명령으로 제재하였다. FTC가 발표한 보도자료에 의하면 Intel의 반경쟁적 행위는 FTC법 제5조를 위반한 것으로, 동 조항은 반독점법보다 범위가 넓은 것이고 거래에서 불공정한 방법의 경쟁과 기만적인 행위를 규제하고 있다고 밝히고 있다.

한편, FTC가 Intel 사건을 전통적인 반독점법에 의거하기보다는 FTC법 제5조에 의거 제재하게 된 것은, 소비자가격을 인하시키는 기업의 행위에 대하여 법원이 반독점법 위반으로 보는 사례가 많지 않다고 보기 때문이라는 주장도 있다. 이들은 FTC가 법원의 이러한 태도를 고려하여 반독점법보다 관할 범위가 넓은 FTC법 제5조를 적용하였다고 말하고 있다.⁸⁾

④ Rambus의 표준화 작업 기만행위

Rambus 사건은 컴퓨터 기술 개발업자인 Rambus사가 DRAM 칩(Chips)에 대한 컴퓨터 기술 표준화 작업단계에서, 자신이 보유하고 있는 기술을 숨기고 표준화 작업에 참여하여 Rambus의 기술이 표준화가 되도록 하였다는 내용이다. FTC는 Rambus의 기만행위는 컴퓨터 기억장치기

8) 그러나 뉴욕주는 Intel의 행위에 대하여 서면법과 뉴욕주 반독점법을 동시에 적용하여 델라웨어주 연방법원에 기소하였다.

솔 시장에서 경쟁자를 몰아내려는 배타적 행위라고 판단하여 서면법 제2조와 FTC법 제5조를 위반하였다고 결정하였다. 그러나 Rambus는 FTC 결정에 항소하였고, 워싱턴 D.C. 지역을 관할하는 연방항소법원은 FTC에게 Rambus의 행위가 경쟁을 제한하였다는 증거를 제시하지 못하였고 지적하면서 Rambus의 손을 들어준 사건이다. 판결문에서 동 연방항소법원은 시장지배적 지위에 있다는 것만으로는 경쟁을 제한하는 것이 아니라고 판시하였다.

이와 관련하여 서면법에 비하여 FTC법 제5조 적용영역의 확장을 주장하는 견해는, 특허권 행사의 범위와 같이 위법 여부의 영역 구분이 쉽지 않은 분야는 과거의 사례가 없었던 사건에 적용하는데 적합한 FTC법 제5조의 논리가 우월하므로, FTC는 차라리 FTC법 제5조만으로 Rambus의 위법성을 규명하는데 집중하여야 했다고 평가하고 있다.⁹⁾

⑤ 기타

FTC법 제5조의 서면법과의 차별성을 인정하는 또 다른 견해는, FTC법 제5조를 EC 경쟁법 하에서 운용하는 시장지배적 지위 규제와 수렴시키는데 활용할 수 있다는 것이다. 이 견해는 FTC법 제5조에서 규정하는 'Unfair Method of Competition' 에서 'Unfair' 와 EC 독점금지법 8제2조에서 금지하는 'Abuse of Market Dominance' 의 'Abuse' 는 제한받지 않는 개념으로 규범적인 성격을 내포하므로, 효율성에 기반을 둔 다른 반독점법과는 구분되어야 한다는 것이다. 그리고 두 개념은 상호 유사하여 'Abuse' 하지 않은 것은 'Unfair' 한 것이 아니고, 'Unfair' 하지 않은 것은 'Abuse' 하지 않은 것이라는 것이다. FTC법 제5조와 EC법 상의 독점적 지위 규제의 유사성을 강조하는 사람들은, FTC법 제5조가 서면법 위반정도에 이르지 않는 시장점유율, 즉 대체로 70% 미만을 점유하는 사업자의 시장지배적 지위 남용에 적용할 수 있을 것이라고 말한다.

또한 가격차별화 정책의 법 위반 여부 검토도 전통적인 반독점법 규정에 의하기 보다는 FTC법 제5조가 더 적절하다고 보는 견해도 있다. 이 견해는 가격차별화 정책에 대한 경쟁법 적용도 전통적인 경쟁법이 적용되는 독점적인 시장점유율이 아닌, 그보다 낮은 시장점유율에서도 FTC법 제5조에 의하여 제재가 가능하다는 입장이다.

3. FTC법 제5조의 'Unfair' 를 소비자 보호 시각에서 구체화한 견해

FTC법 제5조에서 법 위반 여부 검토요건으로 도입한 'Unfair' 에 대하여 그 의미가 모호하거나 규정하기 어렵다는 지적을 많이 받고 있는데, 미국의 경쟁법 전문가 중에서는 'Unfair' 의 규정을

9) 2008년 10월, FTC가 개최한 FTC법 제5조 관련 워크숍에서 Thomas B. Leary 발표문 참조.

소비자 보호와 관련하여 풀이하는 견해가 있다.

어떠한 행위가 'Unfair' 한 경우로 판정되는 경우는 (i) 행위가 실질적으로 소비자에게 피해를 주거나 피해를 줄 가능성이 있는 경우로서 (ii) 소비자가 합리적으로 피할 수 없는 상황이며 (iii) 동 행위로 인하여 소비자나 경쟁에 혜택을 주는 면보다 동 행위로 소비자에게 피해를 주는 면이 큰 경우로 보는 것이다. 그리고 상기 세 가지의 조건 이외에도 공공정책이 동 행위의 위법성 분석에 고려된다.

(1) 행위가 실질적으로 소비자에 피해를 주거나 피해를 줄 가능성이 있는 경우

실질적으로 소비자에 피해를 주는 경우는 대부분 금전적 피해를 포함한다. 적은 양의 피해라고 하더라도 다수의 사람들에게 영향을 미친다면, 이는 실질적인 피해가 된다. 어떤 피해가 구체적이고 중대한 위협성을 증대시킨다면 실질적 피해가 될 수 있다. 사소하거나 단지 상상되는 피해는 실질적 피해가 되기에는 부족하다. 감정적인 영향이나 좀 더 주관적인 행위는 일반적으로 불공정한 피해가 되기 어렵다.

(2) 소비자가 합리적으로 피해를 피할 수 없는 상황인 경우

소비자가 합리적으로 피해를 피할 수 있다면 불공정한 경우라고 고려되지 않는다. 어떠한 행위가 소비자가 효과적으로 의사결정을 할 수 있는 능력을 휘방하여 소비자가 피해로부터 피할 수 없다면 불공정한 경우라고 볼 수 있다. 소비자가 물품이나 서비스를 구입할 때까지 가격정보를 유보하고 있다면, 소비자가 정보를 갖고 의사결정을 하는 것을 막는 것이다. 소비자가 정당하지 못한 영향에 구속되거나 강제로 원하지 않는 물품이나 서비스를 구입하게 된다면, 이는 불공정한 경우라고 볼 것이다.

(3) 기업행위가 소비자에게 피해를 주는 면이 동 행위로 인하여 소비자에 혜택을 주는 면보다 큰 경우

불공정하기 위해서는 해당 행위의 영향이 피해를 주는 것이어야 한다. 해당 행위의 피해 규모가 동 행위의 소비자나 경쟁에 주는 보상적인 측면보다 적다면, 동 행위는 불공정하다고 볼 수 없다. 보상적 측면이라는 것은, 예컨대 가격 인하 혹은 폭넓은 상품이나 서비스 선택이 될 수 있다. 피해

를 막기 위한 대책이나 시정조치로 인한 비용도 문제되는 행위의 불공정성 여부의 판단요소가 된다. 이 비용은 예방적인 조치를 취하는 기업에 대한 비용과 증가된 부담으로 인하여 사회에 부가되는 비용을 포함한다.

(4) 공공정책도 불공정행위 판단 여부에 고려

법규나 규칙 및 법원 결정에 의한 공공정책도 다른 증거와 함께 해당 행위가 불공정한지 여부를 판단하는데 고려된다. 예컨대 어떤 행위가 주법 혹은 다른 예규를 위반한 경우는 동 행위의 불공정 여부를 판단하는 고려요소가 된다. 반대로 어떠한 법규에 의하여 허용되는 해당 행위는 불공정한 행위가 아니라는 판단의 고려요소가 된다. 그러나 이러한 공공정책의 고려는 해당 행위의 불공정성 판단에 있어서 주된 근거가 될 수는 없다.

4. FTC법에 대한 법원의 태도 및 이에 따른 FTC의 입장

FTC법 제5조가 셔먼법보다 관할범위가 넓은 것을 인정하는 연방대법원 판례가 있다. *FTC v. Sperry & Hutchinson(1972)* 사건¹⁰⁾에서 연방대법원은 “FTC가 고려하여야 할 것은 반독점법의 문구로 보호되는 것을 초월하거나 반독점법의 정신에 포함되어 있는 공공가치”라고 밝히고 있다. 또한 *FTC v. Indiana Federation of Dentists(1986)* 사건¹¹⁾에서, 연방대법원은 FTC법 하에서 불공정(Unfair) 기준은 판단하기 힘든 기준이라면서 “셔먼법이나 다른 반독점법들을 위반하는 행위 뿐만 아니라 다른 이유들로 FTC가 판단하여 공공정책에 반하는 행위들도 포함한다”고 밝히고 있다. 그러나 1980년대 초반, 항소법원인 연방순회법원들은 잇달아 FTC법 제5조의 확장 적용을 제한하는 판결을 하였다.¹²⁾ 또한 1970년 이후 연방대법원은 셔먼법의 적용범위를 점점 좁히고 있는데, 그 이유는 반독점 사적 집단소송과 3배소송이 증가할 경우, 이것이 합법적이고 경쟁적인 행위마저 저해하지 않을까 하는 우려에서 기인한다. 이러한 연방법원의 판결추이를 반영하여 FTC도

10) *Sperry & Hutchinson(S&H)*은 물품을 구매할 수 있는 스탬프(Stamp, S&H Trading Stamp)를 발행하는 회사로, S&H는 동 스탬프의 소비자들은 지정된 장소에서 물품 구매에서만 동 스탬프를 사용하여야 하며, 스탬프의 매매와 교환 등 스탬프에 대한 소유권 행사를 제한하였다. S&H의 행위에 대하여 FTC는 스탬프 소비자들의 스탬프를 이용한 상거래행위 제한은 소비자들에게 불공정한 행위라고 금지시켰다. S&H는 FTC 결정에 불복하여 연방 제5순회법원에 항소하였고, 항소심인 제5순회법원은 “FTC는 반독점법을 위반하는 불공정행위와 반독점법 정신에 반하는 행위만을 제재하여야 한다”며 FTC 결정을 번복하였다. FTC는 동 순회법원의 판결에 불복하여 연방대법원에 상고한 바, 연방대법원은 FTC 권한에 대한 항소법원의 결정을 번복하고 FTC의 결정을 지지하였다.

11) 동 사건은 인디애나주의 치과사협회와 치과환자들의 보험혜택 범위에서 X선 촬영(X-ray) 검사를 제외시키는 규정을 만든 것으로, FTC는 인디애나주 치과사협회의 규정은 FTC법 제5조에서 금지한 ‘Unfair Method of Competition’ 행위라고 결정하여 행위금지명령을 발하였다.

12) FTC법 제5조의 확장 적용을 거부하여 FTC에게 패소 판결을 내린 사건은 *Official Airline Guides(2nd Circuit, 1980)*, *Boise Cascade(9th Circuit, 1980)*, *Ethyl(2nd Circuit, 1984)* 등이 있다.

최근에는 FTC법 제5조의 적용을 셔먼법에 위반하는 행위로 제한하였다. 그 대신 FTC는 FTC법 제5조를 책임성 있고 투명하게 집행하는 능력을 제고하는 데 심혈을 기울이고 있다. 최근의 Intel 사건을 셔먼법 제2조보다 FTC법 제5조 위반으로 결정한 것도, 사실에 입각하여 정확하게 법을 적용하려는 취지라고 FTC는 강조하고 있다.

5. 소비자 선택기준에서 FTC법 제5조가 셔먼법보다 관할범위가 넓은 견해³⁾

동 기준도 먼저 역사적으로는 FTC법 제5조가 셔먼법보다 관할범위가 넓은 이유를 FTC의 설립 배경에서 찾고 있다. 기업결합의 경우, 독점화에 이를 정도라면 셔먼법 제2조에 의거 제재하지만, 그 정도에 이르지 않으면서도 경쟁제한성을 갖는 기업결합을 엄격하게 제재하기 위하여 1914년에 클레이튼법 제7조를 제정하여 기업결합을 초기단계에서부터 제재하려 하였다. 마찬가지로 미국 의회는 FTC법 제5조를 제정하여 셔먼법의 위법성 구성요건으로는 제재할 수 없는 분야를 제재하려 한다고 한다.

동 견해는 셔먼법 관점으로 제재할 수 없는 분야를 FTC법 제5조로 제재할 수 있는 근거로, 소비자 선택기준을 들고 있다. FTC법 제5조는 'Unfair Methods of Competition' 또는 'Unfair or Deceptive Acts or Practices'를 제재하는데 'Unfair Methods of Competition'은 반독점 위반(Antitrust Violation)을 말하고, 'Unfair Methods of Acts or Practices'는 소비자 보호 위반(Consumer Protection Violation)을 의미한다고 하면서 FTC법 제5조를 분석하고 있다. 'Unfair Methods of Competition'은 자유로운 경쟁이 시장에 가져다주는 선택이 제한받는다. 그리고 'Unfair or Deceptive Acts or Practices'는 시장이 제공하는 여러 가지 대안 중에서 소비자들이 선택할 수 있는 능력을 침해한다는 것이다. 반독점에 대한 선택 제한 여부 접근법이 가격 혹은 효율성 접근법보다, 왜 반독점이 소비자 후생에 유리한 지를 정확하고 단순하며 직관적으로 설명하는데 장점이 있다는 것이다. 그래서 소비자 선택기준을 법 위반 여부 판단에 적용하면, 별로 관심을 끌지 못하는 각주(脚註)에서나 언급되던 혁신, 안전, 전망, 품질 등이 본문으로 나서게 된다고 설명하고 있다. 소비자 선택기준의 분석 안에서 반독점법이 해석되고 적용될 경우에 일련의 반독점 분석기법에 변화를 유발하는데, 이는 소비자 선택기준은 품질이나 다양한 경쟁과 같은 단기적 이슈와 경쟁적 혁신, 아이디어, 전망과 같은 장기적 이슈를 강조하게 되기 때문이라고 한다. 반독점에 대한 가격 혹은 효율접근방법은 자주 잘못된 결론에 도달하는 광범위한 분야에서 차이를

13) 동 견해는 상기 FTC 워크숍에서 University of Baltimore의 Robert Launde 교수의 발표자료 참조.

만든다고 강조하고 있다. 소비자 선택 분석기법은 공격적으로 법을 집행하기도 하지만, 이때에도 예측 가능하고 원칙적인 방식으로 집행하게 된다고 주장하고 있다. 소비자 선택의 관점에서 다음의 경우는 서면법 위반보다도 FTC법 위반으로 보는 것이 적절하다고 보는 경우이다.

(1) 카르텔 참가 권유행위

2 이상의 사업자의 카르텔 행위는 서면법 제1조 위반이다. 그러나 사업자 A가 사업자 B에게 카르텔 참가를 권유하고, 사업자 B가 이에 응하지 않은 경우는 일반적인 카르텔 행위와는 구분되어야 할 것이다. 이 경우는 시장이 제공할 수 있는 가격 혹은 다른 선택사항을 침해할 위험을 갖고 있으므로, FTC법 제5조의 선택기준의 틀 안에서 적용하는 것이 적절하다.

(2) 초기의 배타적 거래와 구속조건부 거래

배타적 거래와 구속조건부 거래를 성립시키는데 어느 정도의 시장점유율이 필요한지를 파악하는 것은 현실적으로 불확실하다. 마찬가지로 배타적 거래와 구속조건부 거래라고 규정되기 이전에 어느 정도의 압력과 회유가 존재하여야 하는지에 대해서도 불확실하다. 효과적인 구속조건부 거래나 배타적 거래가 존재하기 위한 전통적인 시장점유율 요건이나 확실성 요건이 존재하여야 하는지에 대하여, 원고보다 시장점유율이 높은 피심인 기업이 포함되는 경우는 그 조건이 완화되어야 한다. 초기의 배타적 거래나 구속조건부 거래에서 시장점유율이 높은 기업이 시장점유율이 낮은 기존 경쟁자나 신규 진입자에 대하여, 비록 서면법 제2조 위반 정도에는 이르지 않을지라도 불리하게 할 가능성은 충분히 있다. 왜냐하면 배타적 거래 혹은 구속조건부 거래가 성공한다면 소비자는 선택단위가 줄어들기 때문이다. 여기에서는 초기의 배타적 거래나 구속조건부 거래가 FTC법 제5조 위반으로 규제된다면, 경제의 세계화가 가속화 되고 있는 글로벌 경제상황에서 미국의 반독점법 운용을 EU의 반독점법에 접근시켜 반독점법의 세계적 수렴화(收斂化)에 기여하게 될 것으로 보고 있다.


(3) 앞서 언급한 N-Data의 특허권 책임 불이행행위도 소비자 선택의 관점에서 본다면 명백히 FTC법 제5조 위반이다.¹⁴⁾ N-Data가 컴퓨터 네트워킹 산업이 자사의 특허기술에 고착된 것을 악용한 것은 소비자의 선택권을 침해한 것이기 때문이다.

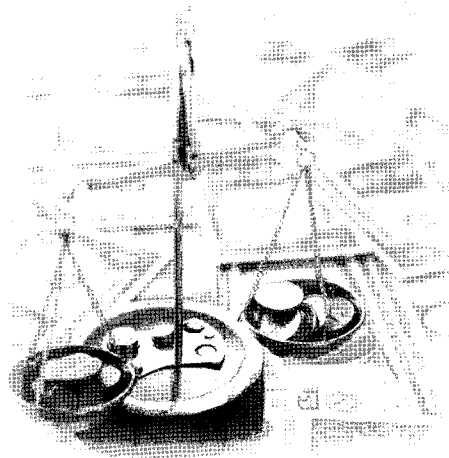
14) N-Data의 특허권 책임 불이행행위에 대한 제재는 FTC 위원 간에서도 의견이 나뉘었다.

Ⅲ. 맺는말

지금까지 설명한 내용들은 FTC법 제5조와 셔먼법, 정확하게 말하면 FTC법 제5조와 셔먼법 제2조 간의 관계에 대하여 FTC, 대학, 법무법인 등의 반독점법 전문가들이 발표한 내용들을 정리하여 본 것이다. 여기에서 언급된 내용 이외에도 두 법 간의 관계에 대하여 기술한 내용들이 많이 있다.

두 법 간의 관계에 대해서는 미국 연방대법원에서 사건별로 많은 판례가 나오든지, 미국 의회가 두 법의 이동(異同)에 대한 별도의 법을 마련할 때까지 앞으로도 계속될 것으로 보인다. 우리나라의 공정거래법 운영시각에서 본다면 FTC법 제5조와 셔먼법 제2조 간의 관계에 대한 논의는, 경쟁법의 위법성 구성요건에서 경쟁제한성과 공정거래 저해성의 관계를 논의하는 것으로 보인다.

기술한 바와 같이 두 법 간의 관계가 지속적으로 부각되는 것은 미국에서는 FTC와 법무부 반독점국의 업무영역의 갈등으로까지 연결되는 사항이기 때문이라고 생각된다. 최근에도 미국의 주요 일간지인 <Wall Street Journal>은 양 기관 간의 반독점법 운영에 대한 주도권 다툼에 대하여 보도한 바가 있다.¹⁵⁾ 



15) Wall Street Journal 2011년 4월 12일자 참조