

의료서비스의 결합판매와 경쟁제한성의 판단 - Cascade Health 사건을 중심으로 -

정 재 훈*

- I. 서론
- II. 사실관계 및 소송경과
 - 1. 사실관계
 - 2. 소송경과
- III. 대상판결의 요지
 - 1. 결합판매의 특성
 - 2. 결합판매와 동등효율 경쟁자의 배제
 - 3. 결합판매와 할인귀속 기준
 - 4. 끼워팔기
- IV. 대상판결의 평가
 - 1. 대상판결의 경쟁법상 함의
 - 2. 결합판매에 대한 경쟁제한성 평가
 - 3. 공정거래법상 함의
- V. 결론

I. 서론

시장지배적 사업자의 결합판매는 경쟁법 적용에 있어 어려운 문제 중 하나이다. 결합판매는 통상 할인을 수반하는데, 소비자 입장에서는 낮은 가격에 많은 상품을 구매할 수 있는 혜택을 보게 된다. 공급자도 별개로 판매할 경우에

* 논문접수: 2019. 12. 13. * 심사개시: 2019. 12. 13. * 게재확정: 2019. 12. 26.

* 이화여자대학교 법학전문대학원 교수.

소요되는 판매비용보다 더 낮은 비용으로 판매할 수 있게 된다. 이와 같이 소비자 입장에서는 가격인하의 혜택을, 공급자 입장에서는 판매비용 인하의 혜택을 보는 효율적인 측면이 있다. 이러한 결합판매는 다양한 시장에서 다양한 사업자에 의하여 거래관행상 빈번하게 이루어지는 거래형태의 하나이기도 하다.

그럼에도 불구하고 시장지배적 사업자의 결합판매를 경쟁법에서 문제 삼는 이유는, 결합판매에서 시장지배력이 남용되어 경쟁자를 배제할 우려가 있을 수 있음에 있다. 물론 시장지배적 사업자라고 하더라도 효율성을 통하여 경쟁자를 배제하는 것을 문제 삼는 것은 아니므로, 이때 문제가 되는 행위는 시장지배적 사업자와 동등이거나 더 효율적인 경쟁사업자를 시장에서 배제하는 행위가 문제된다.

이 문제에 관하여 유럽연합의 경우에는 집행위원회 가이드라인에 동등효율경쟁자 배제 기준이 도입되어 있으나, 실제 사례는 많지 않고 법원의 선례도 드문 편이다.¹⁾ 한편, 미국의 경우에는 비용기반 분석을 채택하지 않은 소위 ‘LePage 판결’의 접근법과 비용기반 분석에 적극적인 접근법이 모두 존재하는 상태이다. 대상판결²⁾은 결합판매에 있어서 시장지배적 사업자의 경쟁제한적인 남용행위를 증명하기 위하여 비용기반 접근법을 어떻게 적용해야 할지에 관하여 정치하고 논리적인 판시를 함으로써 영향력 있는 항소법원 판결로 평가받고 있다. 대상판결이 선고된 후 10년 이상이 경과하면서, 대상판결은 하급심 판결에 큰 영향을 미치는 등 연방대법원 판결에 버금가는 주목을 받고 있는 선례로 평가받고 있다. 또한, 대상판결에 대하여 경쟁법, 의료법 등 법학은 물론 경제학에서 깊이 있는 분석을 하고 있고, 다양한 산업의 결합판매에 있어서 선례로 원용되고 있다. 특히 대상판결은 의료시장에서 시장지배적 지위에 있는 의료공급자가 보험자에 대하여 의료서비스를 결합판매하면서 할인을 한 행위가 경쟁법상 문제된 점에서, 의료산업과 경쟁법 적용의 문제를 살펴볼 수 있는 선례이기도 하다.

이러한 대상판결의 중요성을 고려하여 이 논문에서는 대상판결의 사실관계

1) Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings(2009/C 45/02), para. 23.

2) Cascade Health Solutions v. Peacehealth, 515 F.3d 883(9th Cir. 2008).

및 소송경과, 요지를 소개하고, 대상판결이 시장지배적 사업자의 결합판매에서 가지는 의미와 그에 대한 평가를 논의하고, 한국의 시장, 특히 의료시장에서 시사점도 언급하고자 한다.

II. 사실관계 및 소송경과

1. 사실관계

원고 맥킨지(Mckenzie)³⁾와 피고 피스헬스(Peacehealth)는 오리건주 레인 카운티(Lane County, Oregon)의 병원 의료서비스를 공급하는 법인이다. 원고는 레인 카운티에서 1차, 2차 의료서비스를 제공한다. 피고는 레인 카운티에서 1, 2, 3차 의료서비스를 제공한다. 피고는 레인 카운티에서 3차 의료서비스 중 약 90%를 공급하고, 1, 2차 의료서비스 중 약 75%를 공급하고 있다.⁴⁾

원고는 3차 의료를 제공하지 않는다.⁵⁾ 피고는 1, 2, 3차 의료를 모두 제공한다. 그 점에서 피고는 결합판매가 가능하다. 여기에서 문제된 가격은 보험자가 의료공급자에게 지급하는 상환율(reimbursement rate)이 된다.⁶⁾

피고는 결합판매를 하면서 할인정책(bundled discounting practice)을 시행하였다. 의료법인인 피고는 환자에게 1, 2, 3차 의료서비스를 제공하지만, 실제로 의료서비스 가격을 지급하는 사업자는 보험회사가 되므로, 보험회사에 대하여 결합판매를 제공하며 할인이 이루어졌다.

3) 합병으로 Cascade Health로 변경되었다.

4) 515 F.3d 883, 891. 이 사건에서 문제된 관련시장은 원고와 피고가 경쟁관계에 있는 레인 카운티의 1차와 2차 급성 의료서비스(primary and secondary acute hospital services) 시장이다. 골절치료나 편도선 수술 등이 포함된다.

5) 3차 의료서비스(tertiary care)에는 심혈관 수술이나 신생아 중환자 치료 등이 포함된다.

6) 의료서비스는 제3지불자(third party payer)가 존재한다. 병원은 의료서비스를 환자에게 제공하지만, 그에 대한 대가로 보험금을 보험회사로부터 지급받는 구조이다. 보험자가 지급하는 가격은 상환율이 되는데, 보험회사는 낮은 상환율에 따른 지급을 선호하고, 의료공급자는 높은 상환율에 따른 수령을 선호하는 구조가 된다. 515 F.3d 883, 892.

특히, 2001년 이후, 1차 및 2차 의료서비스에 관한 보험계약을 체결함에 있어 의료공급자인 원고와 피고가 치열하게 경쟁하게 되었다. 피고는 이때 결합판매에 따른 할인정책을 시행하면서 결합판매를 할 경우 상환율을 85%로 적용하고, 1, 2차 서비스를 3차 서비스와 별개로 구매할 경우 상환율을 90%로 적용하기로 하였다. 이에 따르면 보험자가 피고를 선호제공자⁷⁾로 지정하여 피고로부터 1, 2, 3차 의료서비스를 모두 구매할 경우 할인된 보험료를 지급함으로써 비용을 절감할 수 있다. 이로 인하여 보험자가 1, 2차 의료서비스와 3차 의료서비스를 별개로 구입하지 않고, 할인된 보험금을 지급하기 위하여 결합상품을 구입하게 되었다. 예를 들면, 레전시(Regency) 보험사는 원고를 보험료 지급을 위한 진료기관에 추가하지 않았다.

또 다른 사례로, 다른 보험사(Providence Health Plan)가 원고를 진료기관에 추가하자, 피고는 보험회사가 병원에 지급해야 하는 상환율을 90%에서 93%로 인상하였다. 이러한 결합판매 할인정책의 시행결과 피고로부터 1, 2, 3차 서비스를 모두 공급받은 보험회사는 개별적으로 구입한 보험회사에 비하여 낮은 가격(상환율)을 지급하게 되었다.⁸⁾

2. 소송경과

원고는 경쟁자인 피고가 결합판매를 통하여 보험사에게 할인을 제공한 행위가 셔먼법 제1조 및 제2조에 위반된다고 보아 소를 제기하였다. 원고는 피고의

7) 선호제공자 조직(Preferred Provider Organizations)은 미국의 관리의료제도의 일종으로 의사, 병원 등 의료공급자가 보험자 등 제3 지불자와 계약을 체결하여 제3 지불자의 고객에게 할인된 가격으로 서비스를 제공하는 것이다. 선호제공자 조직을 의료유지기구(Health Maintenance Organization)와 비교할 때 ① 의료유지기구의 경우 일차진료의가 전문의에게 의뢰하고 있으나 선호제공자 조직에서는 이러한 의뢰가 불필요하며, ② 의료유지기구에서는 일차진료의의 문지기 역할이 반드시 필요하지만 선호제공자 조직에서는 환자가 스스로 이를 조정할 수 있고, ③ 의료유지기구에서는 계약된 의료공급자 외의 공급자의 진료 불가능하지만 선호제공자 조직에서는 추가 부담을 할 경우 외부 의료공급자로부터도 진료를 받을 수 있다는 점에서 차이가 있다(김창엽, 미국의 의료보장, 한울아카데미, 2005, 113면).

8) 515 F.3d 883, 893.

이러한 결합판매가 독점화(monopolization), 독점 공모(conspiracy to monopolize), 독점화 기도(attempted monopolization), 배타조건부거래(exclusive dealing), 가격차별(price discrimination), 불법행위(불법적 간섭, tortious interference)에 해당한다는 주장을 하였다.

1심(오리건 연방지방법원, the U.S. District Court for the District of Oregon)에서 끼워팔기 주장은 사실심리 생략판결(summary judgment)로 기각되었고, 본안심리에 들어간 부분 중 배심이 독점화(monopolization), 독점 공모(conspiracy to monopolize), 배타조건부거래(exclusive dealing)에 대하여는 피고의 책임을 부정하는 평결을, 독점화 기도(attempted monopolization), 가격차별(price discrimination), 불법행위(불법적 간섭, tortious interference) 주장에 대하여는 피고의 책임을 인정하는 평결을 내렸고, 그에 따라 책임이 인정된 부분에 대하여 피고의 손해배상책임을 인정하였다. 그 중 결합판매를 통한 독점화기도가 있었는지에 대하여 서면법 2조 위반을 인정한 부분이 논란이 되었다.⁹⁾ 이에 대하여 피고가 항소를 하였고, 원고도 부대항소(cross appeal)를 하였다.

항소심(연방 제9항소법원)은 1심과 결론을 달리하여 피고가 항소한 부분 중 독점화 기도, 불법행위 부분은 원고의 손해배상청구를 인정하기 어렵다는 판단을 하였고, 가격차별 부분은 오리건주 대법원 결정 후에 진행하기로 하였다. 원고가 부대항소한 부분인 끼워팔기 부분은 강제성이 인정될 가능성이 있어 사실심리 생략판결이 적정하지 않다는 이유로 파기하였다.¹⁰⁾

9) 515 F.3d 883, 891.

10) 이 사건은 연방대법원에 상고되지 않았다.

III. 대상판결의 요지

1. 결합판매의 특성

결합판매와 비슷한 유형으로 끼워팔기를 들 수 있다. 끼워팔기는 강제성 요건을 증명해야 한다. 끼워팔기의 강제성 요건과 달리, 결합판매에서는 별도로 구매할지 한꺼번에 구매할지 소비자에게 선택권이 있다.¹¹⁾ 결합판매 자체는 소비자에게 긍정적일 수 있고, 공급자에게도 이익이 될 수 있다.¹²⁾ 결합판매는 할인을 수반하므로 소비자 입장에서는 더 낮은 가격에 더 많은 상품을 구매할 수 있는 혜택을 보게 된다. 공급자도 별개로 판매할 경우에 소요되는 판매비용보다 더 낮은 비용으로 판매할 수 있게 된다. 이와 같이 소비자 입장에서는 가격인하의 혜택을, 공급자 입장에서는 판매비용 인하의 혜택을 보는 효율적인 측면이 있다. 이러한 이유에서 결합판매는 빈번하게 발생하고 시장지배력이 없는 사업자도 결합판매를 하므로 결합판매 자체를 부정적으로 볼 이유는 없다. 따라서 결합판매를 통한 할인에 경쟁제한성을 인정하는 것은 신중할 필요가 있다.¹³⁾

이러한 장점에도 불구하고 결합판매가 경쟁법에서 문제되는 것은 이론상 동등효율이거나 더 효율적인 경쟁자를 배제하고, 장기적으로 소비자후생을 저해할 위험이 존재하기 때문이다. 대상판결은 이 문제를 다음과 같은 사례로 설명하였다. 사업자 A는 샴푸와 컨디셔너를 모두 생산하고 있고, 사업자 B는 샴푸만을 생산하고 있다. 사업자 A와 B는 샴푸를 3달러에 판매하고 있고, 원가는 A가 1.5달러, B가 1.25달러로서 B가 더 효율적인 생산자이다. A가 판매

11) the package discount gives the buyer the choice of accepting the cost savings by purchasing the package, or foregoing the savings by purchasing the products separately.

12) Bundled discounts generally benefit buyers because the discounts allow the buyer to get more for less. Bundling can also result in savings to the seller because it usually costs a firm less to sell multiple products to one customer at the same time than it does to sell the products individually.

13) 515 F.3d 883, 896. Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp, 724 F.2d 227, 234(1st Cir. 1983) 부분을 원용하고 있다. Consistent with that principle, we should not be too quick to condemn price-reducing bundled discounts as anticompetitive, lest we end up with a rule that discourages legitimate price competition.

하고 있는 컨디셔너는 원가 2.50달러이고, 판매가는 5달러인데, A는 샴푸와 컨디셔너를 결합판매하면서 5.25달러에 판매하는 전략을 취할 수 있다. 이 경우 A는 샴푸와 컨디셔너의 원가 합계 4달러보다 높은 가격이므로 손실이 없다. 반면 B는 컨디셔너를 별개로 구입할 경우 소비자가 5달러에 구매한다는 점을 고려하면, 샴푸를 0.25달러에 판매해야 A와 경쟁할 수 있는데, 이는 B의 원가(1.25달러)보다 현저히 낮은 가격으로 손실을 보아 A와 경쟁에서 배제될 수밖에 없다.¹⁴⁾ 이러한 기초적인 모델에 따르면 첫째, 동등효율 경쟁자이지만 다양한 상품을 결합판매할 수 없는 B가 A의 결합판매로 배제될 수 있음을 알 수 있다.¹⁵⁾ 둘째, A는 결합판매에서 전체의 비용보다 높은 가격에 판매하면서도 경쟁사업자를 배제할 수 있다.¹⁶⁾ 이 점에서 단일상품에서 비용, 특히 평균가변비용을 기준으로 이보다 높은 경우에 가격을 통한 경쟁사업자 배제가 발생하기 어려운 것과 대비된다. 따라서 단일상품의 할인정책과 결합상품의 할인정책에 대한 경쟁법적 평가는 달라져야 하고, 결합상품에서는 전체의 가격과 비용을 기준으로 할 것이 아니라, 경쟁이 발생하고 있는 결합상품에 대하여 할인된 부분을 배분하여 비용보다 가격이 낮은지를 심리할 필요가 있게 된다.

2. 결합판매와 동등효율 경쟁자의 배제

1심이 연방 제3항소법원의 LePage 판결¹⁷⁾을 배심원에 대한 평결지침(jury

14) 515 F.3d 883, 896. A가 할인한 2.75달러(할인 전 8달러 - 할인 후 5.25달러)를 전체에 배분하지 않고 결합부분인 샴푸에 배분한다. 따라서 샴푸판매가격인 3달러에서 할인한 2.75달러를 차감할 경우 판매액은 0.25달러가 되고, 이는 A의 원가 1.50달러보다 낮아서 비용보다 낮은 가격에 판매하여 경쟁자를 배제한 것으로 이해할 수 있다.

15) 515 F.3d 883, 897, Bundled discounts can also pose the threat of anticompetitive impact by excluding less diversified but more efficient producers.

16) 515 F.3d 883, 897.

17) LePage's, Inc. v. 3M, 324 F.3d 141(3d Cir. 2003). 이 사건에서, 원고는 투명 테이프 생산업자로 저가 투명테이프, 판매자상표 부착 투명테이프를 생산하고 있으며, 피고는 투명테이프뿐 아니라 다른 문구류를 생산하고 있다. 피고는 투명테이프 등 문구용품, 생활용품, 여가용 제품, 홈케어 제품, 건강제품, 자동차 제품 등 6개 제품에 대하여 번들 리베이트(bundle rebate)를 제공하였다. 원고는 피고가 이러한 번들 리베이트를 통하여 셔먼법 제1, 2조, 클레이튼법 제3조를 위반하였다고 주장하며 손해배상을 구하였다. 1심은 셔먼

instruction)에서 언급하면서, 대상판결에서도 LePage 판결이 선례로 적용될 수 있는지가 문제되었다. LePage 판결에서 피고는 약탈적 가격설정의 요건을 갖추지 못하였다고 주장하였으나, 법원은 원고가 약탈적 가격설정을 주장한 것이 아니므로, 원고가 비용보다 가격이 낮다는 것을 증명할 필요가 없다고 판단하였다. 즉 LePage 판결의 법원은 사건이 약탈적 가격설정과 같은 ‘약탈적(predatory)’ 행태가 아니라 ‘배제적(exclusionary)’ 행태라고 보았고, 그 결과 비용보다 가격이 낮은지의 문제, 회수(recoupment)의 요건 등을 원고가 증명하지 않아도 된다는 결론에 이르렀다. LePage 판결의 법원은 원고와 피고의 매출 변화, 진입장벽, 진입 여부, 피고의 소비자에 대한 행태, 가격인상의 의도, 리베이트의 규모 등 정성적인 지표를 통하여 경쟁제한성을 인정하였다. 특히 피고의 할인 프로그램 이후 원고의 판매량이 급감한 원인을 두고 다툼이 있었음에도 LePage 판결의 법원은 원고 주장을 수용하였다. 그러나 이러한 경쟁자의 판매량 감소는 경쟁자의 손해일 뿐 경쟁을 저해한 것으로 단정하기 어렵다는 비판을 받고 있다.¹⁸⁾ 그 결과 정당한 결합할인과 그렇지 않은 결합할인의 차이가 무엇이고, 그 판단 기준이 무엇인지를 알 수 없으며, 경쟁자를 배제하지만 소비자에게 낮은 가격과 다양한 선택권을 부여하는 등 소비자후생을 증진하는 결합할인까지 규제할 위험성이 있다는 점에서 난점이 있다.¹⁹⁾

이에 대하여 대상판결은 LePage 판결을 평결지침으로 적용한 1심 법원에 동의할 수 없다고 판시하였다. 동등효율 경쟁자가 배제되는지 여부를 고려하

법 제1조, 클레이튼법 제3조 위반을 부정하고, 셔먼법 제2조 위반을 인정하였다. 항소심에서 셔먼법 제2조 위반이 쟁점이 되었고, 소부(panel)는 위반을 부정하였으나, 전원합의체(en banc)는 위반을 인정하였다. 배타조건부 거래는 통상 셔먼법 제1조, 클레이튼법 제3조의 문제로도 다루어지지만, 이 사건과 같은 배제적인 할인(exclusionary discounting practice)은 셔먼법 제2조의 문제로 논의되고 있다. 정재훈, 『공정거래법 소송실무(제2판)』, 육법사, 2017, 633, 634면.

18) 이 판결은 관련시장에서 봉쇄의 비율을 원고가 증명하지 못했음에도 경쟁제한효과를 인정하였다. 이 점에서 이 판결이 주류적인 판결의 흐름에서 벗어났다는 시각도 있다(이 판결을 대법원이 심리할 것인지 관심이 집중되었으나 상고를 허가하지 않았다). 전개서, 634면.

19) 권남훈, “방송통신 산업의 결합판매와 시장지배력 전이 판단기준”, 경제규제와 법(제10권 2호), 2017, 274-275면.

지 않은 점에서 소비자 희생으로 경쟁자를 보호하는 결과가 될 수 있고,²⁰⁾ 가격 경쟁의 장점이 고려될 수 없으며,²¹⁾ LePage 판결에 따른 경우 경쟁보호가 아니라 경쟁자보호가 된다는 점을 논거로 제시하고 있다.²²⁾ 미국 독점금지법 현대화 위원회(Antitrust Modernization Commission)는 결합할인이 유발하는 장점을 고려하지 않고, 배제되었음을 주장하는 원고가 피고만큼 효율적인 생산자였는지를 고려하지 않은 점에서 LePage 판결에 근본적인 문제가 있다고 지적하였는데, 대상판결은 이러한 지적에 전적으로 동의하였다.

3. 결합판매와 할인가속 기준

대상판결이 LePage 판결과 다른 기준을 적용함에 따라 가격 비용 기준을 어떻게 적용할지가 문제된다. 구체적으로는 결합판매를 통한 할인에서 피고의 비용을 어떻게 측정할지가 문제되었다. 다음과 같은 쟁점이 주로 문제되었다.

첫째, 단일상품에서 가격을 통한 배제와 결합상품에서 가격을 통한 배제에서 어떤 차이가 있는지 문제이다. 즉, 단일상품에서 가격비용 기준이 결합상품에 그대로 적용될 수 있는지의 문제이다. 단일상품에서 약탈적 가격설정이 문제되는 경우, 가격이 비용보다 높다면 동등효율 경쟁자를 배제하기 어렵다. 그러나 앞에서 본 샴푸 사례와 같이 결합판매에서 원가보다 높은 경우에도 동등효율경쟁자를 배제할 수 있다.²³⁾ 이 점에서 약탈적 가격설정에 대한 Brooke Group²⁴⁾ 판결이 제시한 바와 같이, 비용 이상의 가격이면 경쟁제한성이 인정

20) The LePage's standard could protect a less efficient competitor at the expense of consumer welfares.

21) The Supreme court has undoubtedly shown a solitude for price competition. mistaken finding of liability would chill the very conduct the antitrust laws are designed to protect.

22) The antitrust laws protect the process of competition, and not the pursuit of any particular competitor. The antitrust laws do not punish economic behavior that benefits consumers and will not cause long-run injury to the competitive process.

23) 515 F.3d 883, 903, 904. A defendant offering a bundled discount, without pricing below cost either the individual products in the bundle or the bundle as a whole, can, in some cases, exclude a rival who produces one of the products in the bundle equally or more efficiently than the defendant.

되기 어렵다는 명제는 단일 상품에 대한 것일 뿐 결합판매에서 그대로 적용될 수 없으므로, 대상판결은 이 점에서 결합판매의 경우 단일상품의 가격비용 기준을 그대로 적용할 수 없다고 보았다.

둘째, 결합판매에서 할인분을 어떻게 적용할 것인가의 문제에서 할인귀속 기준(discount attribution standard)을 적용함에 따라 할인분을 결합판매한 전체 상품에 대하여 적용하는 것이 아니라 경합부분에 대하여 적용하였다.²⁵⁾ 이 점에서 단일상품의 테스트와 결합판매의 테스트는 크게 다를 수 있다. 이러한 할인귀속기준의 채택을 통하여 가격경쟁에서 허용되는 행위와 금지되는 경쟁제한적인 행위 사이에서 적절한 균형을 설정할 수 있게 된다.²⁶⁾

셋째, 누구의 비용을 기준으로 할 것인가의 문제이다. 대상판결에 따르면 경쟁자의 비용이 아니라 자신의 비용을 기준으로 한다.²⁷⁾ 자신의 비용을 기준으로 할 때 스스로 위반 여부를 알 수 있는, 즉 위반행위자가 스스로 서면법 위반을 회피할 수 있는 자기검증(self test)으로 기능할 수 있다.²⁸⁾

넷째, 결합판매에 있어서도 Brooke Group²⁹⁾에서 언급된 비용기반 접근법

24) Brooke Group Ltd. v. Brown & William Tobacco Corp., 509 U.S. 209(1993). 원고('Brooke Group Ltd.'에서 'Liggett & Myers'로 변경되었다)와 피고(Brown & William Tobacco Corp.)는 모두 담배회사이다. 원고가 브랜드(brand name) 담배 대신 가격이 30% 낮은 제네릭(generic) 저가담배를 판매하고, 이에 대하여 피고도 저가판매를 판매하면서 담배시장에서 18개월간 가격전쟁이 발생한 사건을 배경으로 하고 있다. 원고는 피고가 비용보다 낮은 저가로 판매함으로써 로빈슨 패트만법의 1선 가격차별 행위를 하였다는 이유로 손해배상을 구하였다. 1심에서 배심은 손해배상을 인정하였으나, 담당 판사가 법률상의 이유로 원고 패소판결을 하였고, 2심, 대법원도 같은 취지로 원고 패소 판결을 하였다. 정재훈, 『공정거래법 소송실무(제2판)』, 620, 621면.

25) 515 F.3d 883, 906. discount attribution standard. The full amount of the discounts given by the defendant on the bundle are allocated to the competitive product or products.

26) 시장지배적 사업자에게 경쟁자를 저해하지 않는 가격정책을 취할 의무를 부과하게 될 경우 소규모 사업자 등 경쟁자는 보호되지만, 소비자는 낮은 가격으로 인한 편익을 누리지 못하게 될 위험이 있으므로 적절한 균형이 필요하다. 515 F.3d 883, 907.

27) A potential defendant will likely not have access to information about its competitors' costs. 이 점에서 대상판결이 검토한 유력한 판결 중 하나인 Ortho 판결(920 F.Supp 469)은 행위자의 비용이 아니라 경쟁자의 비용을 기준으로 했다는 점에서 난점이 있다고 보았다.

28) A seller can easily ascertain its own prices and costs of production and calculate whether its discounting practices run afoul of the rule. 515 F.3d 883, 907.

29) Brooke Group Ltd. v. Brown & William Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993). 연방대법원은

(cost based approach)의 기본원칙은 달라지지 않으므로, 평균 가변 비용(average variable cost)을 기준으로 판단해야 함을 지적하였다.³⁰⁾

결론적으로 대상판결은 피고가 전체 상품인 1, 2차 및 3차 의료서비스에 대하여 할인한 금액(the discount on the entire bundle of products)을 경합하는 상품인 1, 2차 의료서비스에 대하여 배분할 경우, 경합상품인 1, 2차 의료서비스에 대하여 평균가변비용 이하로 판매하였음을 원고가 증명해야 한다고 판단하였다. 이때 문제되는 비용은 결합판매를 한 피고의 비용이므로, 피고의 결합판매 정책으로 원고가 비용 이하로 가격을 책정할 수밖에 없었는지가 문제되는 것이 아니라 피고가 비용 이하로 가격을 책정했는지가 문제된다고 보았다.³¹⁾ 이러한 이유에서 피고의 행위가 배제적인 의미에서든 약탈적인 의미에서든(exclusionary or predatory) 남용행위에 해당한다고 보기 어렵다고 판단하였다.³²⁾

4. 끼워팔기

원고의 끼워팔기 주장을 원심은 사실심리 생략판결로 배척하였으나, 대상판결은 강제성이 인정될 가능성이 있다는 이유로 추가의 증거조사가 필요하다고 보아 파기하였다.

항소심에서 원고는 끼워팔기에 대하여 강요(coercion) 요건의 증명이 필요하지 않다고 주장하였다. 그 근거로 끼워팔기 합의에 있어 원고는 당사자가 아

비용의 측정방법에 대하여 언급하지 않았고, 당사자들이 평균가변비용으로 비용을 특정하는 데 합의하였다는 사실만 지적하고 있다. 약탈적 가격설정에서 가격이 평균총비용(average total cost)보다 낮더라도 평균가변비용(average variable cost)보다 높은 경우에는 적법하다고 보았다. 약탈적 행위(predation)에서 평균총비용(average total cost)에 의한 위법성 판단을 제외하였음에 의의가 있다. 정재훈, 『공정거래법 소송실무(제2판)』, 621면.

30) 515 F.3d 883, 910.

31) 515 F.3d 883, 910, 911.

32) 대상판결은 1심이 인정한 독점화기도의 요건으로 경쟁제한행위(anticompetitive conduct), 특정의도(specific intent), 독점력 취득의 위험성(a dangerous probability of achieving monopoly power)가 필요하다는 선례에 따라 심리한 결과, 경쟁제한행위가 증명되지 못하였다는 점에서 나머지 두 요건에 대하여는 구체적인 판단을 하지 않은 것으로 보인다. 515 F.3d 883, 893 & n.3.

년 제3자이므로 증명도가 완화된다는 점을 제시하였다. 그러나 항소심은 미국 연방대법원의 제퍼슨 패리쉬(Jefferson Parish) 판결³³⁾ 등을 선례로 제시하면서 원고가 합의의 제3자인 경우에도 강요의 요건 증명이 필요하며, 강요는 끼워팔기의 위법성을 판단하는데 여전히 중요한 요소라고 판단하였다.

대상판결은 강요의 요건이 필요하다는 전제에 서면서, 이 사건에서 사실관계에 나타난 여러 정황을 보면 강요의 요건이 인정될 가능성이 있음에도 원심이 이 부분 주장을 사실심리 생략판결로 처리한 것은 정당하지 않다고 보았다. 예를 들면, 보험회사의 담당 직원이 피고로부터 결합판매된 의료상품을 구입하지 않으면 피고가 가격을 인상할 수 있다는 점이 보험회사의 의사결정에 중요한 영향을 미쳤다고 증언하였다.³⁴⁾ 물론 구매자가 결합판매된 상품 대신 별개로 상품을 구매할 경우 지불가격이 더 높아진다는 것 자체만으로 강요의 요건을 충족하는 것은 아니지만, 이 사건에는 기록상 보험회사가 피고로부터 분리해서 의료상품을 구매하던 중 결합판매로 전환하는 과정에서 강요(coercion)로 볼 정황이 발견되었다. 이 사건에서 피고가 3차 의료서비스 시장

33) Jefferson Parish Hospital District No.2 v. Hyde, 466 U.S. 2(1984). 1971년 2월, 피고(병원법인)가 운영하는 'East Jefferson Hospital' 병원은 'Roux & Associates' 마취과 의사 단체와, Roux가 피고 병원에 마취과 의사를 제공하고, 병원은 마취과의 운영을 위해 필요한 공간, 장비 기타 서비스는 물론 약품 및 물품 등의 구매를 제공하기로 하는 배타적 계약을 체결하였다. 이 계약을 통하여 계약기간 동안 Roux만이 병원의 마취과 업무를 수행하고, 제3자가 병원 내에서 마취과 서비스를 제공할 수 없게 되었다. 1977년 7월, 다른 마취과 전문의인 원고(Edwin G. Hyde)는 병원을 이용할 수 있는 참여의(參與醫)로 지원했으나, Roux와 병원 간의 배타적 계약으로 인하여 거절되었다. 원고는 연방지방법원에 이 사건 계약이 서면법 제1조에 위반되어 위법하다는 확인(declaratory judgment) 및 자신을 병원의 참여의로 지정하도록 하는 구체명령(injunctive relief)을 구하는 소를 제기하였다. 1심에서는 원고가 패소하였으나, 2심에서는 경쟁제한성을 인정하며 원고가 승소하였고, 대법원은 경쟁제한성을 부정하며 원고 패소 취지로 항소심을 파기하였다. 별개의 상품성이 인정되는지에 관하여 다수의견은 이를 인정한 반면, 소수의견은 부정하였다. 끼워팔기에 대하여 당연위법의 법리를 유지할 것인지에 관하여, 다수의견은 당연위법의 원칙을 폐기하지 않은 채 시장지배력을 부정함으로써 위 계약이 적법하다고 본 반면, 소수의견은 당연위법의 법리가 적용되지 않는다는 전제에서 위 계약이 당연히 적법하다고 보았다. 이 점에서 다수의견은 끼워팔기에서 당연위법이 폐기되지 않는더라도 신중한 심리(detailed inquiry)가 필요하다고 봄으로써 당연위법의 법리와 합리의 원칙 사이에서 절묘한 균형을 취한 판결로 평가받고 있다. 정재훈, 『공정거래법 소송실무(제2판)』, 613면.

34) 515 F.3d 883, 914.

의 유일한 공급자로서 시장지배적 사업자임을 고려하면 끼워팔기의 요건으로서 ‘강요’가 인정될 가능성이 있다고 본 것이다.

IV. 대상판결의 평가

1. 대상판결의 경쟁법상 함의

결합판매는 고정된 형태의 결합판매만이 허용되는 단순 결합판매(pure bundling)와 결합상품을 별개로 구매하는 것이 가능하지만 이 경우 더 높은 가격을 지급해야 하는 혼합 결합판매(mixed bundling)로 구분할 수 있는데, 주로 결합판매에서 문제되는 경우는 혼합 결합판매이다.³⁵⁾ 대상판결도 혼합 결합판매의 문제를 다루고 있다. 이 판결은 연방대법원 판결이 아니라 연방항소법원 판결이지만 결합판매의 경쟁제한성 평가에 있어 정치한 분석을 한 판결로 평가받고 있다.

첫째, 결합판매 자체는 경쟁촉진적일 수도 있고, 경쟁제한적일 수도 있으며, 시장지배적 사업자가 아니더라도 거래관행상 광범위하게 이루어지고 있으므로 중립적이고 객관적으로 경쟁제한성 평가를 할 필요가 있다. 대상판결에서도 이러한 전제에서 결합판매의 경쟁제한성 평가를 시도하고 있다.³⁶⁾

둘째, 결합판매의 가장 큰 특성은 할인에 있으므로 가격과 비용을 비교하는 가격비용 테스트(price cost test)를 할 필요가 있다는 전제에서 동등효율 경쟁자를 배제할 위험이 있는지를 심사해야 한다는 입장을 취함으로써 제1심이 선례로 고려한 LePage 판결을 따르지 않고 비용 기반 분석(cost based

35) Guidance on Article 102 Enforcement Priorities[Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings(2009/C 45/02)], para. 48.

36) 유럽연합 Guidance on Article 102 Enforcement Priorities(2009)도 결합판매에서 공급자의 비용(packaging and distribution costs) 감소와 소비자의 거래비용(transaction costs) 감소의 측면에서 발생하는 효율성을 고려하고 있다(para. 62.).

approach)이 필요하다고 보았다.³⁷⁾ 이와 동시에 결합판매의 경쟁제한성 평가에 있어 비용보다 높은 가격에 판매를 하더라도 경쟁제한성이 인정될 수 있다는 점에서 단일상품의 할인판매와 차별화된다는 점을 명시하였다.

이와 달리 대상판결이 연방대법원의 Brooke Group³⁸⁾ 판결에서 제시된 약탈적 가격설정(Predatory Pricing)의 법리를 그대로 따른 것이라고 보는 견해도 있다.³⁹⁾ 그러나 대상판결은 단일상품과 결합상품의 할인에서 차이를 충분히 고려하고 있고, 전체의 비용보다 가격이 높은 경우에도 경쟁제한성이 인정될 수 있으며 할인귀속기준을 통하여 경합상품에 할인을 배분한다는 점에서 차별성이 있다.⁴⁰⁾ 특히 대상판결은 약탈적 가격설정의 중요한 기준인 회수(recoupment) 요건이 필요한지에 대하여 명시적인 판단을 하지 않은 점에서도 차이가 있다.

셋째, 이 판결의 가장 돋보이는 점은 결합판매에서 경쟁제한성 평가의 방법론에 있어, 할인귀속 기준을 채택하여 결합판매에 따른 할인분을 전체 상품이 아니라 경합하는 상품에 적용한 후, 비용보다 가격이 낮은지를 심리해야 한다는 점을 지적한 점이다. 결합판매는 경합 부분(contested purchase)과 비경합 부분(non-contested purchase)으로 나누어지고, 결합판매의 경우에 비경합 부분의 할인을 이용하여 경합부분에서 경쟁자를 배제하는 속성이 있음에 비추어 이러한 귀속 방식은 결합판매의 본질에 부합하는 방식으로 이해할 수 있다.⁴¹⁾ 그 결과 경합부분에 있어서 시장지배적 사업자와 경쟁할 능력을 가진

37) ABA(2017). Antitrust Law Developments. p. 261. 유럽연합 집행위원회도 가이드라인을 통하여 결합판매에서 리베이트를 통한 할인문제를 동등효율경쟁자 배제의 시각에서 접근하고 있다[Jones, Alison(2016). EU Competition Law. Oxford. p. 495]. 다만, 대상판결과 같이 할인귀속기준을 적용하는지는 명백하지 않은 것으로 보인다.

38) Brooke Group Ltd. v. Brown & William Tobacco Corp., 509 U.S. 209(1993).

39) Sullivan(2016). The law of antitrust. West. p. 129, 130. 할인귀속 기준을 적용함에 따라 결합판매를 통하여 비경합 부분에서 제공하는 할인이 경합부분에서 얻는 수익보다 클 경우에는 약탈적으로 행위한 것으로 볼 수 있다는 점에서 약탈적 가격설정의 법리와 공통점이 있는 것으로 보는 견해로는 Durkin(2014). Monopoly Matters. Volume 12. No.1. ABA, p. 29.

40) 대상판결을 분석하면서 약탈적 가격설정의 법리와 차이가 있다는 전제에 선 견해로는 Hovenkamp(2011). Federal Antitrust Policy. West. p. 406.

경쟁자가 가격인하를 할 수 있는 수준을 비교하여 배제 여부를 판단하게 된다.⁴²⁾ 그뿐만 아니라 비교적 이해하기 쉬운 방법론을 채택하면서도 결합상품 할인과 단일상품 할인의 차이를 반영하고 있다는 점에서 장점이 있다.⁴³⁾

대상판결 이전에도 할인귀속기준을 채택한 판결로 Virgin Atlantic Airways Ltd. v. British Airways PLC 판결,⁴⁴⁾ Information Resources, Inc.(IRI) v. Dun & Broadstreet Corp. 판결⁴⁵⁾ 등이 있었으나,⁴⁶⁾ 대상판결의 할인귀속기준 채택은 할인판매의 위법성 평가에 영향을 준 대표적인 선례로 평가할 수 있다.

넷째, 동등효율 경쟁자의 배제 문제는 결국 행위자 자신이 스스로 위반여부를 판단할 수 있어야 하므로, 이때 문제되는 비용은 경쟁자의 비용이 아니라 행위자의 비용임을 명시한 점이다. 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’이라고 한다)상으로도 시장지배적 사업자의 부당염매에서 시장지배적 사업자의 비용과 경쟁사업자의 비용 중 어떤 것을 기준으로 할지가 문제된 바 있다. 이와 관련 서울고등법원 2018. 1. 31. 선고 2015누38131 판결(케이티 사건)⁴⁷⁾에서 “통상거래가격을 산정함에 있어서 ‘해당사업자’가 그 공급

41) Durkin, *op. cit.* p. 28.

42) *Ibid.*

43) 권남훈, 전계논문, 277, 279면. 할인귀속 기준은 미국과 유럽연합에서 상당한 지지를 받고 있으나, 모든 경우에 적합성이 있는지는 아직 분명하지 않은 상태로 보인다. 할인귀속 기준에 대하여도 시장지배적 사업자에 대하여 지나치게 엄격한 기준이라는 평가부터 지나치게 느슨한 기준이라는 평가까지 다양한 의견이 존재하는 상태이다.

44) Virgin Atlantic Airways Ltd. v. British Airways PLC, 69 F. Supp. 2d 571(S.D.N.Y. 1999).

45) Information Resources, Inc.(IRI) v. Dun & Broadstreet Corp., 359 F.Supp.2d 307(S.D.N.Y. 2004) 판결.

46) Hovenkamp, *op. cit.*, p. 405.

47) 기간통신사업자로서 이동전화서비스 및 유선통신서비스를 제공하고 있는 원고는, 기업메시징서비스를 판매하면서 자신이 SK텔레콤 또는 엘지유플러스로부터 구입하는 전송서비스 이용요금보다 낮고, 또한 자신이 다른 기업메시징사업자들에게 제공하는 전송서비스 최저 이용요금 단가보다 낮은 수준인 8원대부터 판매하는 등 기업메시징서비스를 전송서비스 건당 평균 최저 이용요금 수준보다 낮은 가격에 판매하였다. 공정거래위원회는 2015. 2. 23. 전원회의 의결 제2015-050호로, 이 사건 행위는 아래와 같은 이유로 국내 무선통신망을 통한 기업메시징서비스 시장의 시장지배적 사업자인 원고의 시장지배적 지위 남용행위로서 ‘부당하게 상품 또는 용역을 통상거래가격에 비하여 낮은 대가로 공급하여 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 경우’에 해당하므로 공정거래법 제3조의2 제1항 제5호, 공정거래법 시행령 제5조 제5항 제1호에 위반하여 위법하다는 이유로,

에 소요되는 비용을 고려하지 않고 ‘경쟁사업자’가 공급에 소요되는 비용을 기준으로 산정하는 것은 부당하다”라고 판시하였다. 시장지배적 사업자라고 하더라도 영업비밀에 속하는 경쟁자의 비용을 알 수 없음에도 경쟁자의 비용을 고려하여 남용행위를 회피할 의무가 있다는 것은 수공하기 어렵다는 점에서 위와 같은 판단은 정당한 것으로 보인다. 시장지배적 사업자의 비용을 기준으로 남용행위를 판단할 때, 위반자 스스로도 위반행위를 회피할 수 있는 자기검증(self test)이 가능하다는 점에서도 자연스럽다.

다섯째, 대상이 되는 비용은 측정하기 용이한 평균가변비용이라고 보았고, 이 점에서 단일상품의 할인과 다르지 않다.⁴⁸⁾ 물론 할인귀속기준을 적용하면서 한계비용을 적용하는 것이 경제학적으로 더 정확하므로 긍정오류(false positive)⁴⁹⁾를 줄일 수 있겠지만,⁵⁰⁾ 증명의 부담을 고려하면 평균가변비용을 채택하는 것이 현실적이다.

2. 결합판매에 대한 경쟁제한성 평가

가. 대상판결에 대한 찬반론

결합판매를 통한 할인(bundle pricing)에 대하여 연방대법원의 판단이 없는 상태에서,⁵¹⁾ 연방항소법원 차원에서 결합판매에 대한 다양한 접근법이 있

공정거래법 제5조, 제6조, 제55조의3에 따라 원고에게 시정명령 및 과징금납부명령을 하였다. 이에 대하여 원고는 위 처분의 취소를 구하는 소를 제기하였고, 서울고등법원은 공정거래위원회의 관련시장 확정은 적법하고, 원고의 시장지배적 사업자로서 지위도 인정되지만, 통상거래가격을 증명하지 못하였고, 경쟁사업자를 배제시킬 우려와 경쟁제한의 의도 및 목적을 증명하지 못하였다는 이유로 공정거래위원회의 처분을 취소하였다.

48) ABA(2017). Antitrust Law Developments. p. 261. 가격이 평균가변비용을 상회하는지 여부를 평가하는 소위 ‘Areeda-Turner Test’가 적용된 것이다.

49) 실제 음성인 것을 양성으로 판정하는 것을 1종 오류(type I error, false positive)라고 하는데, 경쟁제한성이 없는 행위를 경쟁제한성이 있는 것으로 판정한다면 이에 해당한다. 이와 달리 실제 양성인 것을 음성으로 판정하는 것은 2종 오류(type II error, false negative)가 된다. 정재훈, “부당한 공동행위와 관련시장의 확정”, 법조(제686호), 2013, 303, 304면.

50) Hovenkamp, *op. cit.*, p. 405.

51) Pacific Bell Telephone Co. v. Linkline Communications, Inc., 129 S.Ct. 1109(2009)은 단일

다.⁵²⁾ 그 결과 비용기반 분석을 채택하지 않은 LePage 판결의 접근법과 비용기반 분석에 적극적인 대상판결의 접근법이 모두 존재하는 상태라고 볼 수 있다.⁵³⁾ 이 두 접근법 중 대상판결이 하급심의 지지를 더 넓게 받고 있는 것으로 보인다.⁵⁴⁾

대상판결에 대하여는, 대상판결의 결론에 따른 경우 시장지배적 사업자는 가격결정에 있어 더 큰 재량을 가지게 되었고, 경우에 따라서는 다양한 상품을 판매하는 시장지배적 사업자가 그렇지 못한 소규모 사업자에 대하여 결합판매

상품의 이윤압착이 문제된 사건에서, 약탈적 가격설정이 아닌 이상 이러한 행위가 위법하지 않다고 보아 이윤압착을 독자적인 위반유형으로 인정하지 않은 판결로 결합판매의 선례로 보기는 어렵다. 피고(AT&T, Pacific Bell)는 디지털 전용회선의 공급과 인터넷서비스를 모두 운영하고 있다. 원고(Linkline)는 피고로부터 디지털 전용회선을 공급받아 인터넷 서비스를 운영하고 있다. 원고는 피고가 원고 등에게 디지털 전용회선에 대하여 높은 가격에 공급하고, 인터넷 서비스를 낮은 가격으로 제공하는 등 이윤압착 행위를 하였으므로 셔먼법 제2조에 위반된다고 주장하며 사소를 제기하였다. 1심, 2심은 피고의 셔먼법 제2조 위반을 인정하였으나, 대법원은 이를 부정하였다. 정재훈, 『공정거래법 소송실무(제2판)』, 622면.

52) ABA(2017). Antitrust Law Developments. p. 260.

53) Guidance on Article 102 Enforcement Priorities(2009)는 결합판매를 통한 할인의 경우에도 동등효율 경쟁자가 가격경쟁을 할 수 없다면 경쟁제한적인 효과가 있는 것으로 보고 있다(para 59.). 이를 위하여 증분 비용과 증분 수입을 비교하는 것이 바람직하지만, 현실적으로 가격이 LRAIC(Long-Run Average Incremental Cost)보다 낮은 경우에 경쟁당국이 개입하는 것으로 보고 있다(para 60.). 유럽연합의 판례의 경우 시장지배력의 남용으로 결합판매(bundling)에서 어떤 방법론에 의할 것인지는 명확하지 않은 것으로 보인다 [Whish & Baily(2015). Competition Law. Oxford. p. 780]. 집행위원회가 조사를 개시한 후 합의(settlement)로 종결된 사건으로 Coca-Cola Italia Undertaking(1989) 사건과 Digital Undertaking(1995) 사건이 있다 [Jones, Alison(2016). EU Competition Law. Oxford. p. 480].

54) 대상판결을 지지하는 판결로는 Collins Inkjet Corp. v. Eastman Kodak Co., 781 F.3d 264 (6th Cir. 2015), Vesta Corp. v. Amdocs Management, 2015 U.S. Dist. LEXIS 118188 (D.Or. 2015) 등이 있다. Collins Inkjet v. Eastman Kodak 판결에서, 프린터 잉크와 프린터 헤드를 모두 판매하는 Eastman Kodak은 자신으로부터 잉크를 구입할 때, 프린터 헤드를 할인해주는 영업방식을 채택하였다(프린터헤드가 tying product, 잉크가 tied product이다). 프린터 잉크 카트리지 제조업체인 Collins는 프린터 잉크와 프린터 헤드를 모두 판매하는 Eastman Kodak에 대하여 끼워팔기가 위법하다는 이유로 예비적 금지명령을 청구하였다. 연방지방법원이 이를 받아들이자, 코닥이 항소하였으나, 항소심은 1심 판단을 유지하였다(affirmed). 효율적인 경쟁자 배제의 측면에서 끼워팔기에 접근한 사건이다. 할인을 제공하는 것은 구매자가 'tying product'에 대한 할인을 다른 곳에서 상쇄할 수 없을 정도의 낮은 가격으로 시행할 때 강제된다는 전제이다. 비용기반 접근법에 따라 할인의 총량을 경쟁하는 상품들에 배분하여 한계비용(incremental cost, 증분원가)보다 가격이 낮은지를 평가하여, 차별화된 가격을 통한 끼워팔기는 경쟁관계에 있는 'tied product'가 비용 이하일 경우에 법을 위반한 것으로 볼 수 있다는 취지이다.

를 통한 배제정책을 취하는 것이 가능할 것이라는 우려도 있다.⁵⁵⁾ 이 점에서 결합판매를 통한 배제적인 성격에 초점을 맞춘 LePage 판결이 더 타당하다는 비판론도 있다.

나. 결합판매의 경쟁제한성 심사 기준과 증명책임 분배

이와 같이 대상판결에 대하여는 다양한 평가가 있을 수 있다. 이는 결합판매가 가지는 다양한 성격에 따른 차이일 수 있다. 주지하다시피, 결합판매는 약탈적 가격설정, 끼워팔기, 충성할인(loyalty discount) 등 다양한 틀에서 분석이 가능한 유형이다.⁵⁶⁾ 따라서 결합판매의 경쟁제한성 평가는 일의적인 방법으로 이루어지기는 어렵고 다양한 방법으로 이루어질 수 있다.⁵⁷⁾ 이는 결합판매의 성격과 그 행위와 효과가 다양한 방법으로 나타나는 점에서 비롯되는 불가피한 결과이기도 하다.

결합판매를 통한 할인은 소비자가 별개로 구입할 수 있는 선택권을 침해받지 않으면서도 저가에 상품을 구입할 수 있는 긍정적인 효과가 있다. 따라서 결합판매를 경쟁법 차원에서 규제할 수 있는 근거로는, 가격할인에도 불구하고 동등효율 경쟁자를 배제한다는 점이 합리적인 설명이 될 것이다.⁵⁸⁾ 그 점에서 대상판결이 제시한 동등효율 경쟁자의 배제 위험 문제를 가격비용 테스트와 할인귀속기준을 통하여 적용한 점은 설득력이 있다. 시장지배적 사업자에게 모든 경쟁자를 배제하지 않을 가격을 책정하도록 요구한다면, 이는 결국 소비자의 손실을 통하여 비효율적인 경쟁자를 배제하는 결과가 되고, 장기적으로는 유효한 가격경쟁이 배제되는 문제를 피할 수 없다.

반면, 결합판매의 기본적인 구조는 끼워팔기의 강제성 요건과 유사한 측면이

55) Sullivan, *op. cit.*, p. 129, 130.

56) ABA(2017). Antitrust Law Developments. p. 259.

57) 결합상품의 형태에 따라 다른 접근을 하는 것이 합리적이라는 견해로는 권남훈, 전계논문, 279면.

58) 공정거래법상 경쟁제한성 심사에도 경쟁사업자의 비용 상승 효과 등을 심사하고 있다[시장지배적지위 남용행위 심사기준(공정거래위원회고시 제2015-15호) IV. 6. 바.].

있다는 지적도 경청할 필요가 있다. 끼워팔기에서 단일상품을 판매하는 경쟁자가 경쟁하지 못하는 이유가 계약에 따른 구속력(a contractual obligation)이라면, 결합판매에서는 결합판매된 상품의 할인된 가격으로 경쟁자의 가격 경쟁이 불가능하게 된다는 점(inability to match the price)에서 유사성이 있다.⁵⁹⁾

따라서 결합판매의 경쟁제한성을 판단함에 있어 이상적으로는 시장지배적 사업자의 경합부분에 대한 가격이 비용보다 낮은지를 검토하여 경쟁제한성을 인정하는 것이 바람직하지만, 그러한 증명이 이루어지지 않은 경우에도 정성적인 요소(qualitative factor) 등을 통하여 동등효율 경쟁자의 배제가 이루어진 것으로 의심할 합리적 사유가 있는 경우에는 경쟁제한성을 사실상 추정할 수 있고, 이에 대하여 시장지배적 사업자에게 그러한 추정을 반복하도록 하는 증명책임을 부과하는 방안을 고려할 수 있다. LePage 판결이 제시한 것처럼 경쟁자의 배제효과가 나타난 것만으로 경쟁제한성을 인정하는 것은 곤란하겠지만, 가격 비용 테스트를 충족하지 못한 경우에도 정성적인 증거에 의하여 충분히 효율적인 경쟁자가 배제된 것으로 인정할 소지가 있는 경우에는 사실상 추정력을 적용하여 증명책임을 완화 내지 전환을 기함으로써 대상판결과 LePage 판결의 중간 지점에서 합리적인 균형점을 모색하는 방안이다.

이는 경쟁당국 또는 경쟁자가 경쟁제한성을 증명해야 하는 증명책임을 원칙과 상충되는 것은 아닌지 문제가 될 수 있다. 그러나 비용에 대하여는 시장지배적 사업자가 가장 접근성이 높고 잘 알 수 있다는 점에서도 가격을 통한 배제행위가 문제된 사안에서 일응의 증명이 이루어지면, 시장지배적 사업자가 비용기반 분석을 통하여 벗어날 수 있도록 하는 방안이 증명책임 분배의 측면에서도 합리성이 있다. 나아가, 결합판매와 약탈적 가격설정은 차별적으로 운영될 필요가 있으므로,⁶⁰⁾ 결합판매에서 가격할인을 통하여 경쟁자를 배제한 이후 할인으로 발생한 손실을 회수할 것(recoup)을 증명할 필요가 있다고 보기 어렵다.⁶¹⁾

59) Hovenkamp, *op. cit.*, p. 406.

60) 약탈적 가격설정과 근본적인 차이가 있음을 강조하는 견해로는 *Ibid.*, p. 406.

61) 공정거래법령 상으로는 부당염매에 회수(recoupment) 내지 보상의 요건이 필요한지 명확

3. 공정거래법상 합의

가. 공정거래법상 결합판매

결합판매의 문제는 다양한 산업분야에서 많이 사용되고 있으나,⁶²⁾ 결합판매에서 시장지배력의 문제는 주로 방송통신 시장에서 상품이나 광고의 결합판매에서 논의되는 경향이 있고, 대상판결도 주로 방송통신 시장의 사례에서 선례로 인용되고 있다.⁶³⁾ 예를 들면, 인터넷과 일반전화, 이동전화, IPTV 등을 결합하여 판매하고 그에 따른 할인율을 적용하는 경우가 문제된다. 전기통신사업법 시행령 제42조에 따른 별표 4의 4. 나. 2)는 “전기통신서비스와 다른 전기통신서비스, 「방송법」 제2조에 따른 방송, 「인터넷 멀티미디어 방송사업법」 제2조에 따른 인터넷 멀티미디어 방송을 묶어서 판매하면서 전기통신서비스의 비용이나 수익을 부당하게 다른 서비스의 비용이나 수익으로 분류하거나, 다른 서비스의 비용이나 수익을 부당하게 전기통신서비스의 비용이나 수익으로 분류하여 전기통신서비스의 이용요금(전기통신서비스와 다른 서비스의 이용요금의 구분이 불분명한 경우에는 결합판매서비스의 요금을 말한다)이나 상호접속 등의 대가를 산정하는 행위”를 금지행위의 유형 중 하나로 규정하고 있고, 이러한 방송통신법령과 별도로 공정거래법의 적용이 문제된다. 방

하지 않음에도 시장지배적 사업자의 부당염매를 다룬 서울고등법원 2018. 1. 31. 선고 2015누38131 판결(케이티 사건)에서 이 요건이 필요하다는 전제에서 “원고에게 경쟁사업자 배제 이후 사후적인 이윤회수의 가능성이 존재한다고 보기 어렵다.”고 판단한 점은 의문이다.

- 62) 시장지배적 사업자가 아닌 사업자가 결합판매를 할 경우에는 주로 결합판매 과정에서 불공정성이나 소비자 보호의 문제에 대한 문제가 대두되고 있다. 예를 들면 선불식 할부거래에서의 소비자보호 지침(공정거래위원회 2017. 12. 27. 제289호) III. 4.는 “상조사업자등은 상조상품에 다른 상품을 결합(이하 “결합상품”이라 한다)하여 판매할 때 소비자가 각각의 계약조건을 명확히 인지한 후 계약여부를 결정할 수 있도록 사전에 각 계약이 할부거래법상 별개의 계약에 해당한다는 점과, 각 계약의 계약대금 및 월 납입금(할부금), 납입기간(할부기간), 청약철회의 대상 등 계약의 주요사항에 대해 충분히 설명하여야 한다.”는 규정 등을 두고 있다.
- 63) 권남훈, 전제 논문. 안일태, “혼합결합판매의 경쟁효과: 일방적인 품질우위가 있는 수직차별화 제품 경쟁에서”, 산업조직연구(제25권 4호), 2017; 신영수, 최근의 방송-통신 결합판매에 관한 경쟁법적 쟁점, 경북대학교 IT와 법 연구소, 2013; 황태희. “방송, 통신 서비스의 결합판매에 대한 경쟁법적 검토”, 경쟁법연구(제27권), 2013.

송통신 서비스가 발달한 주요국가에서 결합상품 형식으로 통신서비스를 이용하는 비율은 높고, 국내 통신시장도 동일하다.⁶⁴⁾ 이런 환경 속에서 국내에서도 시장지배력을 가진 통신사업자가 새로운 기술을 통하여 낮은 가격으로 상품을 제공하는 경쟁사업자를 배제하기 위하여 결합상품의 할인수준을 낮추는 방식을 채택할 우려가 제기된 바 있다.⁶⁵⁾

공정거래법에 따른 시장지배적 지위 남용행위 심사지침에 기재된 시장지배적 사업자의 남용행위 유형에 결합판매가 명시되어 있지는 않으나, 결합판매의 경우 그 성격에 따라 부당염매, 배타조건부거래, 기타의 사업활동방해 유형 등의 적용이 가능할 것으로 보인다. 이는 결합판매가 강제되고 있는지에 따라 끼워팔기에 해당하는지를 먼저 판단하고, 거래상대방이 별개로 구매할 수 있는 선택권이 있어 끼워팔기에 해당하지 않는 경우에도 결합판매의 성격을 거래상대방과 사실상 구속력과 배타성⁶⁶⁾에 있다고 보는지[시장지배적 사업자의 배타조건부 거래(공정거래법 제3조의2 제1항 제5호 전단⁶⁷⁾, 시행령 제5조 제 5항 제2호⁶⁸⁾], 불공정거래행위로서 배타조건부거래(공정거래법 제23조 제1항 제5호 전단⁶⁹⁾, 시행령 제36조 제1항 별표 1의²⁷⁰⁾], 비용에 비하여

64) 홍명수, “방송·통신 서비스 결합상품과 경쟁법적 규제”, 경쟁저널(제182호), 2015, 17면.

65) 박추환, “통신시장의 구조를 통하여 살펴본 결합상품의 문제점과 개선방안”, 경쟁저널(제182호), 2015, 9면.

66) 시장지배적 사업자의 배타조건부 거래에 관한 대법원 2019. 1. 31. 선고 2013두14726 판결(1차 췌킵 사건)은 “조건의 준수에 계약에 의한 법적 강제력 내지 구속력이 부과되는지 여부에 따라 배타조건부 거래행위의 성립요건을 달리 보는 것은 타당하지 않다. 따라서 경쟁사업자와 거래하지 않을 것을 내용으로 하는 조건의 준수에 이익이 제공됨으로써 사실상의 강제력 내지 구속력이 있게 되는 경우라고 하여 ‘경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 거래하는 행위’에 형식적으로 해당되지 않는다고 볼 수는 없다.”라고 판시하여 사실상 구속력만 인정되면 배타적 조건이 인정된다고 보고 있다.

67) 부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래하거나 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위.

68) 부당하게 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 경우.

69) 거래의 상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하거나 다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위.

70) 부당하게 거래상대방이 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자와 거래하지 않는 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 행위를 말한다.

낮은 가격을 통하여 경쟁사업자를 배제하는지[시장지배적 사업자의 경쟁사업자 배제로서 부당염매(공정거래법 제3조의2 제1항 제5호 전단,⁷¹⁾ 시행령 제5조 제5항 제1호⁷²⁾), 불공정거래행위 중 경쟁사업자배제로서 부당염매(공정거래법 제23조 제1항 제2호,⁷³⁾ 시행령 제36조 제1항, 별표 1의2⁷⁴⁾]]에 따라 달라질 것으로 보인다. 전자의 경우에는 통상 비용에 기반한 접근을 하지 않겠으나, 후자의 경우에는 비용에 기반한 접근이 필수적일 것으로 보인다.

결합판매 사건은 아니지만, 시장지배적 사업자의 리베이트 제공행위의 경쟁제한성이 문제된 대법원 2019. 1. 31. 선고 2013두14726 판결(1차 췌컴 사건)⁷⁵⁾에서, “조건부 리베이트 제공행위로 인한 부정적 효과와 그러한 행위가 반드시 소비자 후생증대에 기여하지는 않는 점, 장기간의 배타조건부 거래계약을 체결함으로써 부당한 배타조건부 거래행위에 해당하게 되는 경우에도 그 계약체결을 위하여 반대급부로 제공된 이익이 비용 이하에 해당하는지 여부를 반드시 고려해야 한다고 볼 수는 없는 점과의 균형 등을 고려하면, 이른바 ‘약탈 가격 설정(predation)’과 비교하여 그 폐해가 발생하는 구조와 맥락이 전혀 다른 조건부 리베이트 제공행위를 그와 마찬가지로 보아 약탈 가격 설정에 적용되는 부당성 판단 기준을 그대로 적용할 수는 없다. 따라서 이러한 부당성 인

71) 부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래하거나 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위.

72) 부당하게 상품 또는 용역을 통상거래가격에 비하여 낮은 대가로 공급하거나 높은 대가로 구입하여 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 경우.

73) 부당하게 경쟁자를 배제하는 행위.

74) 자기의 상품 또는 용역을 공급함에 있어서 정당한 이유 없이 그 공급에 소요되는 비용보다 현저히 낮은 대가로 계속하여 공급하거나 기타 부당하게 상품 또는 용역을 낮은 대가로 공급함으로써 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 행위를 말한다.

75) 원고 췌컴은 모뎀칩 전체 수요량의 일정 비율 이상을 원고 췌컴으로부터 구매할 것을 조건으로 국내 휴대폰 제조사에 리베이트를 제공하였다. 이 사건 모뎀칩 리베이트는 휴대폰 제조사가 일단 본래 가격을 지불하고 모뎀칩을 구매한 후 전체 수요량 중 ‘일정 비율 이상 구매’라는 리베이트 지급조건을 달성하면 비로소 소급적으로 리베이트가 제공되었으며, 또한 구매비율이 증가할수록 리베이트 지급률이 누진적으로 늘어나는 구조이다. 이러한 리베이트 제공행위에 대하여 배타조건부거래(공정거래법 제3조의2 제1항 제5호)가 적용되었는데, 원심 및 대법원은 모두 배타조건부거래행위의 경쟁제한성을 인정하였다.

정의 전제조건으로, 리베이트 제공이 실질적으로 비용 이하의 가격으로 판매한 경우에 해당하여야 한다는 점이나 시장지배적 사업자와 동등한 효율성을 가진 가상의 경쟁사업자 또는 실제 경쟁사업자들이 리베이트 제공에 대하여 가격 및 비용 측면에서 대처하는 데 지장이 없었다는 점 등에 관하여 회계적·경제적 분석(이하 ‘경제분석’이라고만 한다) 등을 통한 공정거래위원회의 증명이 필수적으로 요구되는 것은 아니라고 할 것이다.”라고 판시함으로써 행위의 배타적인 성격에 따른 봉쇄효과를 문제 삼는 경우에는 비용기반 분석이 필수적이지 아니라고 본 것도 같은 맥락에 있는 것으로 이해할 수 있다.

비용에 기반한 접근을 하는 경우에도 단일상품의 할인과 달리 결합판매의 할인의 경우에는 대상판결이 지적한 바와 같이 할인된 부분을 경합 부분에 적용하여 가격과 비용을 산정함으로써 전체적으로 비용보다 가격이 낮지 않은 경우에도 경쟁사업자의 배제가 가능한 것으로 평가할 수 있을 것이다.

참고로 기업결합 심사에서 경쟁자 사이의 수평형 결합(horizontal merger)이나 원재료, 생산, 판매로 연결되는 수직적 결합(vertical merger)은 아니더라도, 잠재적 경쟁(potential competition)의 저해가 우려되는 혼합형 결합(conglomerate merger)에서 결합판매의 가능성이 문제되고 있다. 이때 잠재적 경쟁자는 진입이 확정된 진입자, 신속 진입자(rapid entrant)⁷⁶⁾, 진입가능성이 있는 사업자, 단기간 내에 진입가능성이 높지 않더라도 밀접하게 관련된 시장에 소속된(active in closely related markets)⁷⁷⁾ 사업자 등 다양한 스펙트럼의 사업자가 포함될 수 있다. 우리의 기업결합 심사기준⁷⁸⁾은 혼합형 기업결합을 ‘수평형 또는 수직형 기업결합 이외의 기업결합’이라고 넓게 정의하고 있으나, 진입이 확정된 진입자, 신속 진입자에 대하여는 수평형 기업결합으로 분류하고, 그에 따라 단독효과나 협조효과를 심사하는 것이 타당하다.⁷⁹⁾ 또

76) 생산은 하지만 판매하지 않는 경우, 필요한 생산시설(necessary assets)을 갖추고 있는 경우 등이 포함된다. 미국의 Horizontal Merger Guidelines, 5.1.

77) 유럽연합의 Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers(2008/c 265/07), para. 91.

78) 공정거래위원회 고시 2019. 2. 27. 제2019-1호, II. 9.

한, 혼합결합의 외연도 시장이 밀접하게 관련되어 있어 결합판매가 가능한 범위로 이해하는 것이 타당할 것이다.⁸⁰⁾ 이 점에서 결합판매는 혼합결합의 범위를 이해함에 있어 중요한 의미가 있다.

나. 의료 시장의 결합판매

대상판결의 직접 대상이 된 의료서비스에서 결합판매의 경쟁제한성이 한국 의료시장에서 적용 가능한지 검토해 본다.

의료시장에서는 진료비가 대표적인 가격이다. 의료기관이 진료를 행한 대가로 어느 정도의 진료비를 지불받게 할 것인지는 진료비 지불의 제도에 따라 달라진다. 한국은 요양급여비용을 보험자와 의료공급자 사이의 계약에 의하여 정하도록 하고 있고 이 계약을 수가계약이라고 부른다.⁸¹⁾ 수가계약이 결렬되면 건강보험정책심의위원회의 의결을 거쳐 보건복지부 장관이 수가를 일방적으로 고시하게 되므로 사실상 수가고시제가 적용되는 것이다.⁸²⁾ 이와 같이

79) 신속 진입자 등에 대하여 유럽연합의 Guidelines on the assessment of horizontal mergers(2004/c 31/03)는 수평형 기업결합으로 심사를 하고 있고(para. 5, 58, 59, 60), 미국의 Horizontal Merger Guidelines, 5.1.도 수평형 기업결합으로 심사를 하고 있다. 이와 달리 신속 진입자 등에 대하여도 혼합결합으로 심사하고 있는 공정거래위원회의 현재 심사실무는 혼합결합의 범위를 지나치게 넓게 이해하는 것으로 바람직하지 않다.

80) 유럽연합의 Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers(2008/c 265/07)은 혼합결합에서 봉쇄효과가 발생하는 사례를 끼워팔기, 결합판매, 기타 배제적인 행위가 가능한 상품의 결합으로 보고 있다(para. 93.).

81) 국민건강보험법제45조(요양급여비용의 산정 등) ① 요양급여비용은 공단의 이사장과 대통령령으로 정하는 의약계를 대표하는 사람들의 계약으로 정한다. 이 경우 계약기간은 1년으로 한다. ② 제1항에 따라 계약이 체결되면 그 계약은 공단과 각 요양기관 사이에 체결된 것으로 본다. ③ 제1항에 따른 계약은 그 직전 계약기간 만료일이 속하는 연도의 5월 31일까지 체결하여야 하며, 그 기한까지 계약이 체결되지 아니하는 경우 보건복지부장관이 그 직전 계약기간 만료일이 속하는 연도의 6월 30일까지 심의위원회의 의결을 거쳐 요양급여비용을 정한다. 이 경우 보건복지부장관이 정하는 요양급여비용은 제1항 및 제2항에 따라 계약으로 정한 요양급여비용으로 본다. ④ 제1항 또는 제3항에 따라 요양급여비용이 정해지면 보건복지부장관은 그 요양급여비용의 명세를 지체 없이 고시하여야 한다. ⑤ 공단의 이사장은 제33조에 따른 재정운영위원회의 심의·의결을 거쳐 제1항에 따른 계약을 체결하여야 한다. ⑥ 심사평가원은 공단의 이사장이 제1항에 따른 계약을 체결하기 위하여 필요한 자료를 요청하면 그 요청에 성실히 따라야 한다. ⑦ 제1항에 따른 계약의 내용과 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

82) 이상돈, 『수가계약제의 이론과 현실』, 세창출판사, 2009, 6-7면.

정부가 가격을 고시하는 것이 일반적이어서 의료공급자들이 공동행위를 하거나 시장지배적 지위를 남용하는 행위는 급여 부분에서는 원칙적으로 가능하지 않다.⁸³⁾

반면, 비급여 부분에 대하여는 다른 접근이 가능하다. 비급여 부분도 법정 비급여와 임의 비급여로 나누어 볼 수 있다. 법정 비급여에 해당하는 부분에 대하여 의료기관은 신고의무만 부담할 뿐 가격결정권을 가지고 있으므로 의료기관 사이의 가격 경쟁이 가능하다. 의료계의 관행상 법정 비급여 항목에 해당하지 않는 비용을 요양기관이 임의로 또는 환자들의 동의를 얻어 비급여 항목으로 처리한 후 이를 전액 환자들에게 부담시키는 행위가 관행적으로 이루어지고 있는데 이를 통상 ‘임의 비급여’라고 부른다.⁸⁴⁾ 한국은 공적 건강보험 체계가 당연지정 요양기관 제도와 결합하면서 의료서비스에 대한 가격 경쟁은 요양급여에서는 불허되며 비급여 부분을 중심으로 존재한다.⁸⁵⁾ 이러한 비급여 부분을 중심으로 의료가 발달한 분야에서도 가격에 관한 의료공급자들의 시장지배적 지위의 남용이 가능하다.⁸⁶⁾

한편, 공적 건강보험제도로 인하여 건강보험에 있어서 경쟁도 국민건강보험에 대하여 보충적으로 혹은 보완적으로 존재하는 민간의료보험 상품을 중심으로 존재하므로 민간보험회사의 상환가격에 관한 공동행위, 시장지배적 남용행위도 요양급여 중 본인 부담금 부분과 비급여 부분에 대하여 제한적으로 존재하게 된다.⁸⁷⁾ 즉 요양급여에 대한 건강보험은 국민건강보험공단이 전담

83) 정재훈, 「의료분야에 대한 독점규제법 적용에 관한 연구-미국 반독점법의 시사점을 중심으로」, 고려대학교 대학원 박사학위 논문, 2011, 276-277면.

84) 김규현, “임의비급여 허용여부에 관한 검토”, 서울고등검찰청 송무자료집(제13집), 2009, 386-387면. 최근 대법원은 국민건강보험법상 비급여항목이 되기 위하여 의료법에 따라 안전성, 유효성을 인정받아야 한다는 전제에서 ‘산삼약침’으로 불리는 혈맥약침술은 안전성을 인정받지 못하여 법정 비급여 항목에 해당하지 않는다고 판단하였다(대법원 2016두34585 판결, 법률신문 2019. 7. 22. 제4718호 제5면).

85) 정재훈, “의료분야에 대한 독점규제법 적용에 관한 연구-미국 반독점법의 시사점을 중심으로”, 278-279면.

86) 김나경, “의료행위의 규범적 통제 방식에 대한 소고, 독일의 의료보험체계에 비추어 본 임의비급여 통제의 정당성”, 인권과 정의(제392호), 2009, 78면.

87) 김나경, “의료보험체계에서 이념의 갈등과 조화: 의료보험에서 경쟁의 억제와 유인”, 의료

하고 있고, 건강보험을 보충하는 의미에서 민영보험이 도입되어 있다. 이러한 민영보험은 본인부담 부분과 비급여 부분 등에 대하여 제한된 상태에서 민간 보험회사들이 보장을 하는 방식으로 운영되고 있다.⁸⁸⁾

위와 같은 진료비에 대한 가격결정에서 공적 건강보험 제도와 민간의료보험의 관계를 검토해보면, 의료공급자 중 시장지배적 사업자의 결합판매를 통한 경쟁사업자의 배제는 비급여 부분에 대하여 국민건강보험공단이 아닌 민간 보험회사와 관계에서 결합판매를 통한 할인계약을 통하여 가능할 것이다.⁸⁹⁾ 다만, 한국의 의료시장에 존재하는 공적 규제로 인하여 대상판결과 같이 의료공급자가 보험자 등에게 결합할인을 통하여 배제적인 행위를 할 수 있는 여지는 크지 않다.

반면, 제약회사가 병원 등에 의약품을 공급하면서, 필수적이거나 시장지배적인 의약품을 경쟁관계에 있는 의약품과 결합판매하면서 할인을 제공하여 경쟁 제약회사를 배제하는 사례가 발생할 가능성이 상대적으로 크다. 미국의 경우 *Smithkline v. Eli Lilly* 사건⁹⁰⁾에서 피고 제약회사는 병원이 필수적으로 구입하는 2개의 항생제와 원고 제약회사와 경쟁관계에 있는 1개의 의약품을 결합판매하면서 할인을 제공하였다. 원고는 피고와 경쟁하기 위하여 피고가 제공하고 있는 전체 할인을 원고 제품에 적용해야, 피고와 경쟁할 수 있는 상황이 되었고, 법원은 피고의 셔먼법 제2조 위반을 인정하였다.⁹¹⁾ 이 사건은 미국에서 발생한 사건이지만, 국내에서도 제약회사가 병원에 대하여 결합할인을 통하여 상대적으로 적은 품목을 판매하고 있는 제약회사를 배제할 수 있는 가능

법학(제10권 2호), 2009, 163면.

88) 정재훈, “의료분야에 대한 독점규제법 적용에 관한 연구-미국 반독점법의 시사점을 중심으로”, 280면.

89) 의료시장에서 시장집중도는 높아지는 것으로 볼 여지가 있다. 중앙일보, 2019. 7. 3, “서울 대형병원 쏠림 심해졌다”[<https://news.joins.com/article/23513869>(검색일 2019. 7. 9.)].

90) *Smithkline v. Eli Lilly*, 575 F.2d 1056(3d Cir. 1978).

91) ABA(2018). *Pharmaceutical Industry Antitrust Handbook*. p. 376, 377. 의약품 시장에서 발생한 결합할인이 문제된 사건으로 *John Doe 1 and John Doe 2 v. Abbott Laboratories*, 571 F.3d 930(9th Cir. 2009).

성이 있다.

또 다른 사례로 의료장비에 관련된 결합판매를 고려할 수 있다. 필수적인 의료장비에 대하여 특정 장비회사가 시장지배적 지위에 있을 때, 경쟁관계에 있는 의료장비를 병원에 결합판매하여 경쟁자인 장비회사를 배제하는 사례이다.⁹²⁾ 의료장비의 경우 의료서비스나 의약품에 비하여 국가의 공적 규제가 상대적으로 적은 부분이어서 결합판매에 따른 남용행위의 가능성이 상대적으로 높다.

최근 공정거래위원회도 의료장비 공급업자로서 CT, MRI 장비를 공급하는 시장의 1위 사업자인 지멘스에 대하여 시장지배적 지위 남용행위 규정을 적용하였다.⁹³⁾ 즉, 지멘스는 자신의 의료장비를 구입한 병원이 독립 유지보수 사업자(independent service organization)와 거래하는지 여부에 따라 장비안전 관리 및 유지보수에 필요한 필수적인 서비스키 발급조건을 차별적으로 적용하였다. 이 행위에 대하여 공정거래위원회는 시장지배적 사업자의 거래조건 차별[공정거래법 제3조의2 제1항 제3호, 시행령 제5조 제3항 제4호, 시장지배적 지위 남용행위 심사기준 IV. 3. 라. (2)]과 함께 불공정거래행위로서 거래조건 차별(공정거래법 제23조 제1항 제1호, 시행령 제36조 제1항 별표1의2)을 적용하였다. 또한, 지멘스는 독립사업자의 유지보수 서비스를 받는 경우 발생할 수 있는 안전 업데이트의 문제, 저작권 침해 문제의 위험을 기재한 공문을 발송하였다. 이 행위에 대하여 공정거래위원회는 위계에 의한 고객유인(공정거래법 제23조 제1항 제3호, 시행령 제36조 제1항 별표1의2)을 적용하였다.

아직 의료공급자의 결합판매가 공정거래법 집행에서 문제된 사례는 없으나, 장기적으로 이러한 사례에서 대상판결의 법리는 시사성을 가질 것이고, 특

92) 미국의 경우 의료장비에 관련된 다양한 결합판매 사례가 발생하고 있다. Ortho Diagnostic Systems v. Abbott Laboratories, 920 F.Supp. 455(S.D.N.Y. 1996). Masimo Corporation v. Tyco Healthcare, 2006 U.S. Dist. LEXIS 29977(C.D.Cal. 2006). Applied Med. Res. Corp. v. Ethicon, 2006 U.S. Dist. LEXIS 12845(C.D.Cal. 2006). ABA(2018). Pharmaceutical Industry Antitrust Handbook. p. 377~379.

93) 공정거래위원회 2018. 3. 13. 의결 제2018-094호. 이 사건은 지멘스가 공정거래위원회의 처분에 대하여 취소소송을 제기하여 현재 서울고등법원에서 심리 중이다.

히 대상판결의 법리는 한국 의료시장에서 의약품이나 의료장비분야의 시장지배적 사업자에 대하여 적용될 가능성이 있다. 경쟁당국으로서도 의료시장에서 이러한 남용행위가 발생하고 있는지 관심을 가질 필요가 있다. 이와 달리 의료시장의 기업결합 심사 문제는 우리의 의료시장에서 기업결합이 적극적으로 허용되는 경우에 문제될 것으로 보인다.

V. 결론

대상판결은 결합판매 자체는 경쟁촉진적일 수도 있고, 경쟁제한적일 수도 있으며, 시장지배적 사업자가 아니더라도 거래관행상 광범위하게 이루어지고 있으므로 중립적이고 객관적으로 경쟁제한성 평가를 할 필요가 있음을 전제로 하고 있다. 대상판결은 동등효율 경쟁자를 배제할 위험이 있는지를 심사해야 한다는 입장을 취함으로써 제1심이 선례로 고려한 LePage 판결을 따르지 않고 비용 기반 분석(cost based approach)이 필요하다고 봄으로써 결합판매의 비용기반 분석에 관한 대표적인 판결로 평가받고 있다. 이 판결의 핵심은 결합판매의 경쟁제한성 평가에 있어, 할인귀속 기준을 채택하여 결합판매에 따른 할인분을 전체 상품이 아니라 경합하는 상품에 적용한 후, 비용보다 가격이 낮은지를 심리해야 한다는 점을 지적한 점이다. 동등효율 경쟁자의 배제 문제는 결국 행위자 자신이 스스로 위반여부를 판단할 수 있어야 하므로, 이때 문제되는 비용은 경쟁자의 비용이 아니라 행위자의 비용임을 명시하였다.

결합판매를 통한 할인은 소비자가 별개로 구입할 수 있는 선택권을 침해받지 않으면서도 저가에 상품을 구입할 수 있는 긍정적인 효과가 있다. 따라서 결합판매를 경쟁법 차원에서 규제할 수 있는 근거로는, 가격할인에도 불구하고 동등효율 경쟁자를 배제한다는 점이 합리적인 사유가 될 것이다. 그 점에서 대상판결이 제시한 동등효율 경쟁자의 배제 위험 문제를 가격비용 테스트와 할인귀속기준을 통하여 구체화한 점은 설득력이 있다. 반면, 결합판매의 기본적

인 구조는 끼워팔기의 강제성 요건과 유사한 측면이 있다는 지적도 경청할 필요가 있다. 결합판매의 경쟁제한성을 판단함에 있어 이상적으로는 시장지배적 사업자의 결합부분에 대한 가격이 비용보다 낮은지를 검토하여 경쟁제한성을 인정하는 것이 바람직하지만, 그러한 증거가 이루어지지 않은 경우에도 정성적인 요소 등을 통하여 동등효율 경쟁자의 배제가 이루어진 것으로 의심할 합리적 사유가 있는 경우에는 경쟁제한성을 사실상 추정할 수 있고, 이에 대하여 시장지배적 사업자에게 그러한 추정을 반복하도록 하는 증명책임을 부과하는 방안을 고려할 수 있다.

나아가, 의료공급자들이 공동행위를 하거나 시장지배적 지위를 남용하는 행위는 급여 부분에서는 원칙적으로 가능하지 않다. 한국은 공적 건강보험 체계가 당연지정 요양기관 제도와 결합하면서 의료서비스에 대한 가격 경쟁은 요양급여에서는 불허되며 비급여 부분을 중심으로 존재한다. 이러한 비급여 부분을 중심으로 의료가 발달한 분야에서도 가격에 관한 의료공급자들의 시장지배적 지위의 남용이 가능하다. 진료비에 대한 가격결정에서 공적 건강보험 제도와 민간의료보험의 관계를 검토해보면, 의료공급자 중 시장지배적 사업자의 결합판매를 통한 경쟁사업자의 배제는 비급여 부분에 대하여 국민건강보험공단이 아닌 민간보험회사와 관계에서 결합판매를 통한 할인계약 사례에서 발생할 가능성이 있다.

아직 의료공급자의 결합판매가 공정거래법 집행에서 문제된 사례는 없으나, 장기적으로 대상판결의 법리는 한국 의료시장에서 의약품이나 의료장비 분야의 시장지배적 사업자에 대하여 적용될 가능성이 있다. 경쟁당국으로서도 의료시장에서 이러한 남용행위가 발생하고 있는지 관심을 가질 필요가 있을 것으로 보인다.

[참 고 문 헌]

- 권남훈, “방송통신 산업의 결합판매와 시장지배력 전이 판단기준”, 『경제규제와 법』 제10권 제2호, 2017.
- 김규현, “임의비급여 허용여부에 관한 검토”, 『서울고등검찰청 송무자료집』 제13집, 2009.
- 김나경, “의료행위의 규범적 통제 방식에 대한 소고, 독일의 의료보험체계에 비추어 본 임의비급여 통제의 정당성”, 『인권과 정의』 제392호, 2009.
- _____, “의료보험체계에서 이념의 갈등과 조화: 의료보험에서 경쟁의 억제와 유인”, 『의료법학』 제10권 제2호, 2009.
- 김창엽, 『미국의 의료보장』, 한울아카데미, 2005.
- 박추환, “통신시장의 구조를 통하여 살펴본 결합상품의 문제점과 개선방안”, 『경쟁저널』 제182호, 2015.
- 신영수, 『최근의 방송-통신 결합판매에 관한 경쟁법적 쟁점』, 경북대학교 IT와 법 연구소, 2013.
- 안일태, “혼합결합판매의 경쟁효과: 일방적인 품질우위가 있는 수직차별화 제품 경쟁에서”, 『산업조직연구』 25권 4호, 2017.
- 이상돈, 『수가계약제의 이론과 현실』, 세창출판사, 2009.
- 정재훈, 『공정거래법 소송실무(제2판)』, 육법사, 2017.
- _____, “부당한 공동행위와 관련시장의 획정”, 『법조』 제686호, 2013.
- _____, 「의료분야에 대한 독점규제법 적용에 관한 연구-미국 반독점법의 시사점을 중심으로」, 고려대학교 대학원 박사학위 논문, 2011.
- 황태희, “방송, 통신 서비스의 결합판매에 대한 경쟁법적 검토”, 『경쟁법연구』 27권, 2013.
- 홍명수, “방송·통신 서비스 결합상품과 경쟁법적 규제”, 『경쟁저널』 제182호, 2015.

ABA (2017). Antitrust Law Developments.

ABA (2018). Pharmaceutical Industry Antitrust Handbook.

Durkin (2014). Monopoly Matters. Volume 12. No.1, ABA.

Hovenkamp (2011). *Federal Antitrust Policy*. West.

Jones, Alison (2016). *EU Competition Law*. Oxford.

Sullivan (2016). *The law of antitrust*. West.

Whish & Baily (2015). *Competition Law*. Oxford.

Guidance on Article 102 Enforcement Priorities (2009).

Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (2009/C 45/02).

[국문초록]

의료서비스의 결합판매와 경쟁제한성의 판단

정재훈(이화여자대학교 법학전문대학원 교수)

시장지배적 사업자의 결합판매는 경쟁법 적용에 있어 어려운 문제 중 하나이다. 결합판매는 통상 할인을 수반하는데, 소비자 입장에서는 더 낮은 가격에 더 많은 상품을 구매할 수 있는 혜택을 보게 된다. 공급자도 별개로 판매할 경우에 소요되는 판매비용보다 더 낮은 비용으로 판매할 수 있게 된다. 이와 같이 소비자 입장에서는 가격인하의 혜택을, 공급자 입장에서는 판매비용 인하의 혜택을 보는 효율적인 측면이 있다.

대상판결은 결합판매 자체는 경쟁촉진적일 수도 있고, 경쟁제한적일 수도 있으며, 시장지배적 사업자가 아니더라도 거래관행상 광범위하게 이루어지고 있으므로 중립적이고 객관적으로 경쟁제한성 평가를 할 필요가 있음을 전제로 하고 있다. 대상판결은 동등효율 경쟁자를 배제할 위험이 있는지를 심사해야 한다는 입장을 취함으로써 제1심이 선례로 고려한 LePage 판결을 따르지 않고 비용 기반 분석(cost based approach)이 필요하다고 봄으로써, 결합판매에서 비용기반 분석의 대표적인 판결로 평가받고 있다. 이 판결의 가장 돋보이는 점은 결합판매에서 경쟁제한성 평가의 방법론에 있어, 할인귀속 기준을 채택하여 결합판매에 따른 할인분을 전체 상품이 아니라 경합하는 상품에 적용한 후, 비용보다 가격이 낮은지를 심리해야 한다는 점을 지적한 점이다. 동등효율 경쟁자의 배제 문제는 결국 행위자 자신이 스스로 위반여부를 판단할 수 있어야 하므로, 이때 문제되는 비용은 경쟁자의 비용이 아니라 행위자의 비용임을 명시하였다.

결합판매를 통한 할인은 소비자가 별개로 구입할 수 있는 선택권을 침해받지 않으면서도 저가에 상품을 구입할 수 있는 긍정적인 효과가 있다. 따라서 결합판매를 경쟁법 차원에서 규제할 수 있는 근거로는, 가격할인에도 불구하고 동등효율 경쟁자를 배제한다는 점이 합리적인 사유가 될 것이다. 그 점에서 대상판결이 제시한 동등효율 경쟁자의 배제 위험 문제를 가격비용 테스트와 할인귀속기준을 통하여 적용한 점은 설득력이 있다. 반면, 결합판매의 기본적인 구조는 끼워팔기의 강제성 요건과 유사한 측면이 있다는 지적도 경청할 필요가 있다.

한국은 공적 건강보험 체계가 당연지정 요양기관 제도와 결합하면서 의료서비스에 대한 가격 경쟁은 요양급여에서는 불허되며 비급여 부분을 중심으로 존재한다. 이러한 비급여 부분을 중심으로 의료발달 분야에서도 가격에 관한 의료공급자들의 시장지

배적 지위의 남용이 가능하다. 진료비에 대한 가격결정과 공적 건강보험 제도와 민간의료보험의 관계를 검토해보면, 의료공급자 중 시장지배적 사업자의 결합판매를 통한 경쟁사업자의 배제는 비급여 부분에 대하여 국민건강보험공단이 아닌 민간보험회사와 관계에서 결합판매를 통한 할인계약을 통하여 가능할 것이다.

주제어 : 결합판매, 결합할인, 의료서비스, 경쟁제한성, 동등효율경쟁자

Bundled Discounting of Healthcare Services and Restraint of Competition

Jae Hun Jeong

Professor, School of Law, Ewha Womans University

=ABSTRACT=

The bundled discounting which the dominant undertakings engage in is problematic in terms of competition restraint. Bundled discounts generally benefit not only buyers but also sellers. Specifically, bundled discounts usually costs a firm less to sell multiple products. In addition, Bundled discounts always provide some immediate consumer benefit in the form of lower prices. Therefore, competition authorities and courts should not be too quick to condemn bundled discounts and apply the neutral and objective standard in bundled discounting cases.

Cascade Health v. Peacehealth decision starts ruling from this prerequisite. This decision pointed out that the dominant undertaking can exclude rivals through bundled discounting without pricing its products below its cost when rivals do not sell as great a number of product lines. So bundled discounting may have the anticompetitive impact by excluding less diversified but more efficient producers.

This decision did not adopt Lepage case's standard which does not require the court to consider whether the competitor was at least as efficient of a producer as the bundled discounter. Instead of that, based on cost based approach, this decision said that the exclusionary element can not be satisfied unless the discounts result in prices that are below an appropriate measures of the defendant's costs. By adopting a discount attribution standard, this decision said that the full amount of the discounts should be allocated to the competitive products. As the seller can easily ascertain its own prices and costs of production and calculate whether its discounting practices exclude competitors, not the

competitor's costs but the dominant undertaking's costs should be considered in applying discount attribution standard.

This case deals with bundled discounting practice of multiple healthcare services by the dominant undertaking in healthcare market. Under the Korean healthcare system and public health insurance system, the price competition primarily exists in non-medical care benefits because public healthcare insurance in Korea is in combination with the compulsory medical care institution system. The cases that Monopoly Regulation and Fair Trade Law deals with, such as cartel and the abuse of monopoly power, also mainly exist in non-medical care benefits. The dominant undertaking's exclusionary bundled discounting in Korean healthcare markets may be practiced in the contracts between the dominant undertaking and private insurance companies with regards to non-medical care benefits.

Keyword : Bundling, Bundled discount, Healthcare service, Restraint of competition,
As efficient competitor