



이화여자대학교
생명의료법연구소
Ewha Institute for Biomedical Law & Ethics

이슈페이퍼 2020 - 1

의료서비스의 결합판매와 경쟁제한성의 판단

Cascade Health 사건을 중심으로

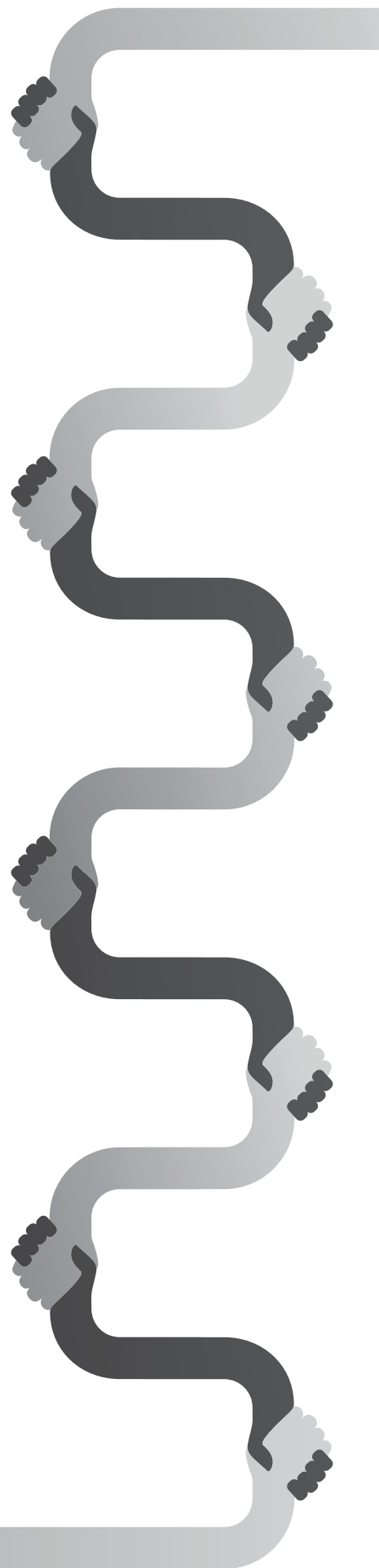
정 재 훈



의료서비스의 결합판매와 경쟁제한성의 판단

Cascade Health 사건을 중심으로

정 재 훈



I

제1장 서론

- 시장지배적 사업자의 결합판매는 경쟁법 적용에 있어 어려운 문제 중 하나임
 - 결합판매는 통상 할인을 수반하는데, 소비자 입장에서는 낮은 가격에 많은 상품을 구매할 수 있는 혜택을 보게 되고, 공급자도 별개로 판매할 경우에 소요되는 판매비용보다 더 낮은 비용으로 판매할 수 있게 되어 효율적인 측면이 있음
- 시장지배적 사업자의 결합판매를 경쟁법에서 문제 삼는 것은 시장지배력이 남용되어 동등 혹은 더 효율적인 경쟁사업자를 시장에서 배제할 우려가 있기 때문임
- 유럽연합은 집행위원회 가이드라인으로 동등효율경쟁자 배제 기준을 도입했으나, 실례는 많지 않고 법원의 선례도 드문 편임¹⁾
- 미국에는 비용기반 분석을 채택하지 않은 소위 ‘LePage 판결’의 접근법과 비용기반 분석에 적극적인 접근법이 모두 존재함
- 대상판결²⁾은 결합판매에서의 시장지배적 사업자의 경쟁제한적인 남용행위를 증명하기 위해 비용기반 접근법의 적용에 대한 정치하고 논리적인 판시로 평가받음
 - 시장지배적 지위에 있는 의료공급자가 보험자에 대해 의료서비스를 결합판매하면서 할인을 한 행위가 경쟁법상 문제된 사례로, 의료산업과 경쟁법 적용의 문제를 살펴볼 수 있음

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).

II

제2장 사실관계 및 소송경과

1. 사실관계

- 원고 맥킨지(Mckenzie)³⁾와 피고 피스헬스(Peacehealth)는 오레곤 주 레인 카운티(Lane County, Oregon)의 병원 의료서비스를 공급하는 법인임. 원고는 레인 카운티에서 1차, 2차 의료서비스를 제공함. 피고는 레인 카운티에서 1, 2, 3차 의료서비스를 제공함. 피고는 레인 카운티에서 3차 의료서비스 중 약 90%를 공급하고, 1, 2차 의료서비스 중 약 75%를 공급하고 있음⁴⁾
- 원고는 3차 의료를 제공하지 않음.⁵⁾ 피고는 1, 2, 3차 의료를 모두 제공함. 이 점에서 피고는 결합판매가 가능함. 여기에서 문제된 가격은 보험자가 의료공급자에게 지급하는 상환율임.⁶⁾ 피고는 결합판매를 하면서 할인정책을 시행함. 의료법인인 피고는 환자에게 1, 2, 3차 의료서비스를 제공하지만, 실제로 의료서비스 가격을 지급하는 사업자는 보험회사가 되므로, 보험회사에 대해 결합판매를 제공하며 할인이 이루어짐
- 특히, 2001년 이후, 1차 및 2차 의료서비스에 관한 보험계약을 체결함에 있어 의료공급자인 원고와 피고가 치열하게 경쟁하게 됨. 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 함. 이에 따르면 보험자가 피고를 선호

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. 병원은 의료서비스를 환자에게 제공하고, 그 대가로 보험회사(제3지불자, third party payer)로부터 보험금을 지급받는다. 보험자가 지급하는 가격은 상환율이 되는데, 보험회사는 낮은 상환율에 따른 지급을 선호하고, 의료공급자는 높은 상환율에 따른 수량을 선호한다. 515 F.3d 883, 892.

1. 사실관계

제공자⁷⁾로 지정해 피고로부터 1, 2, 3차 의료서비스를 모두 구매할 경우 할인된 보험료를 지급함으로써 비용을 절감할 수 있음. 이로 인해 보험자가 1, 2차 의료서비스와 3차 의료서비스를 별개로 구입하지 않고, 할인된 보험금을 지급하기 위해 결합상품을 구입하게 됨 - 레전시(Regency) 보험사가 원고를 보험료 지급을 위한 진료기관에 추가하지 않았다는 것, 또한 다른 보험사(Providence Health Plan)가 원고를 진료기관에 추가하자, 피고는 보험회사가 병원에 지급해야 하는 상환율을 90%에서 93%로 인상했다는 것 등이 고려됨. 이러한 결합판매 할인정책의 시행결과 피고로부터 1, 2, 3차 서비스를 모두 공급받은 보험회사는 개별적으로 구입한 보험회사에 비해 낮은 가격(상환율)을 지급하게 됨⁸⁾

2. 소송경과

- 원고는 경쟁자인 피고가 결합판매를 통하여 보험사에게 할인을 제공한 행위가 셔먼법 제 1조 및 제2조에 위반된다고 보아 소를 제기함
- 원고는 피고의 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 해당한다고 주장함
- 1심(오레곤 연방지방법원, the U.S. District Court for the District of Oregon)에서 끼워팔기 주장은 사실심리 생략판결(summary judgment)로 기각
- 본안심리에 들어간 부분 중 배심이 독점화, 독점 공모, 배타조건부거래에 대하여는 피고의 책임을 부정
- 독점화 기도, 가격차별, 불법행위 주장에 대하여는 피고의 책임을 인정하고, 그에 따라 책임이 인정된 부분에 대해 피고의 손해배상책임을 인정

2. 소송경과

- 이 중 결합판매를 통한 독점화기도가 있었는지에 대해 셔먼법 2조 위반을 인정한 부분이 논란이 됨⁹⁾. 이에 대하여 피고가 항소했고, 원고도 부대항소 함
- 항소심(연방 제9항소법원)은 1심과 결론을 달리해 피고가 항소한 부분 중 독점화 기도, 불법행위 부분은 원고의 손해배상청구를 인정하기 어렵다는 판단을 했고, 가격차별 부분은 오레곤 주 대법원 결정 후에 진행하기로 함
- 원고가 부대항소한 부분인 끼워팔기 부분은 강제성이 인정될 가능성이 있어 사실심리 생략판결이 적정하지 않다는 이유로 파기함¹⁰⁾

7. 선호제공자 조직(Preferred Provider Organizations)은 미국의 관리의료제도의 일종으로 의사, 병원 등 의료공급자가 보험자 등 제3지불자와 계약을 체결하여 제3지불자의 고객에게 할인된 가격으로 서비스를 제공하는 것이다. 선호제공자 조직을 의료유지기구(Health Maintenance Organization)와 비교할 때 ① 의료유지기구에서는 일차진료의가 전문의에게 의뢰하나 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 진료가 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.

9. 515 F.3d 883, 891.

10. 이 사건은 연방대법원에 상고되지 않았다.

III

제3장 대상판결의 요지

1. 결합판매의 특성

- 결합판매와 비슷한 유형인 끼워팔기는 강제성 요건을 증명해야 함. 한편, 결합판매는 소비자에게 별도로 구매할지 한꺼번에 구매할지에 대한 선택권이 있음
- 결합판매는 소비자에게 긍정적일 수 있고, 공급자에게도 이익이 될 수 있음. 결합판매는 할인을 수반하므로 소비자는 더 낮은 가격에 더 많은 상품을 구매할 수 있고, 공급자는 별개로 판매할 경우보다 더 낮은 비용으로 판매할 수 있게 됨
- 결합판매를 부정적으로만 볼 수는 없기 때문에 이에 대한 경쟁제한성 인정 여부 판단은 신중할 필요가 있음.¹¹⁾ 경쟁법상 결합판매가 문제되는 것은 이론상 동등효율이거나 더 효율적인 경쟁자를 배제하고, 장기적으로 소비자후생을 저해할 위험이 존재하기 때문임
- 대상판결은 이 문제를 다음과 같은 사례로 설명함
 - 사업자 A는 샴푸와 컨디셔너를 모두 생산하고, 사업자 B는 샴푸만 생산함. 사업자 A와 B는 샴푸를 3달러에 판매하고, 원가는 A가 1.5달러, B가 1.25달러로 B가 더 효율적인 생산자임. A가 판매하는 컨디셔너는 원가 2.50달러이고, 판매가는 5달러인데, A는 샴푸와 컨디셔너를 결합판매하면서 5.25달러에 판매하는 전략을 취할 수 있음. 이 경우 A는 샴푸와 컨디셔너 원가의 합계 4달러보다 높은 가격이므로 손실이 없음. 반면 B는 컨디셔너를 별개로 구입할 경우 소비자가 5달러에 구매한다는 점에서, 샴푸를 0.25달러에 판매해야 A와 경쟁할 수 있는데, 이는 B의 원가(1.25달러)보다 현저히 낮은 가격으로 손실을 보아 A와 경쟁에서 배제될 수밖에 없음¹²⁾



1. 결합판매의 특성

- 이러한 모델에 따르면 첫째, 동등효율 경쟁자이자만 다양한 상품을 결합판매할 수 없는 B가 A의 결합판매로 배제될 수 있음.¹³⁾ 둘째, A는 결합판매에서 전체의 비용보다 높은 가격에 판매하면서도 경쟁사업자를 배제할 수 있음.¹⁴⁾ 단일상품에서 비용, 특히 평균 가변비용을 기준으로 이보다 높은 경우에 가격을 통한 경쟁사업자 배제가 발생하기 어려운 것과 대비됨
- 이에 따르면, 할인정책에서 단일상품과 결합상품에 대한 경쟁법적 평가는 달라져야 하고, 결합상품에서는 전체의 가격과 비용이 아닌, 경쟁이 발생하고 있는 결합상품에 대해 할인된 부분을 배분해 비용보다 가격이 낮은지 심리할 필요가 있음

11. 515 F.3d 883, 896. Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp, 724 F.2d 227, 234(1st Cir. 1983) 부분을 원용하고 있다.

12. 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 낮아 비용보다 낮은 가격에 판매하여 경쟁자를 배제한 것으로 이해할 수 있다.

13. 515 F.3d 883, 897.

14. 515 F.3d 883, 897.

2. 결합판매와 동등효율 경쟁자의 배제

- 1심이 연방 제3항소법원의 LePage 판결¹⁵⁾을 배심원에 대한 평결지침(jury instruction)에서 언급하면서, 대상판결에도 LePage 판결이 선례로 적용될 수 있는지 문제됨
- LePage 판결에서 피고는 약탈적 가격설정의 요건을 갖추지 못하였다고 주장하였으나, 법원은 원고가 약탈적 가격설정을 주장한 것이 아니므로, 원고가 비용보다 가격이 낮은 것을 증명할 필요가 없다고 판단함
 - 즉 LePage 판결의 법원은 사건이 약탈적 가격설정과 같은 ‘약탈적(predatory)’ 행태가 아니라 ‘배제적(exclusionary)’ 행태라고 보았고, 그 결과 비용보다 가격이 낮은지의 문제, 회수(recoupment) 요건 등을 원고가 증명하지 않아도 된다는 결론에 이름
- LePage 판결은 원고와 피고의 매출 변화, 진입장벽, 진입 여부, 피고의 소비자에 대한 행태, 가격인상의 의도, 리베이트의 규모 등 정성적인 지표를 통해 경쟁제한성을 인정함
- 피고의 할인 프로그램 이후 원고의 판매량이 급감한 원인을 두고 다툼이 있었음에도 원고 주장을 수용함
- 경쟁자의 판매량 감소는 경쟁자의 손해일 뿐 경쟁을 저해한 것으로 단정하기 어렵다는 비판이 있음.¹⁶⁾ 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 점에 난점이 있음¹⁷⁾
- 대상판결은 동등효율 경쟁자가 배제되는지 여부를 고려하지 않은 점에서 소비자 희생으로 경쟁자를 보호하는 결과가 될 수 있고, 가격 경쟁의 장점이 고려될 수 없으며, LePage 판결에 따를 경우 경쟁보호가 아니라 경쟁자보호가 된다는 점을 논거로 제시하면서 평결지침으로 적용한 1심 법원에 동의할 수 없다고 판시함



3. 결합판매와 할인귀속 기준

- 대상판결이 LePage 판결과 다른 기준을 적용함에 따라 결합판매를 통한 할인에서 피고의 비용을 어떻게 측정할지에 대해 다음과 같은 쟁점이 주로 문제됨
- 첫째, 단일상품에서의 가격비용 기준이 결합상품에 그대로 적용될 수 있는지의 문제
 - 단일상품에서 약탈적 가격설정이 문제되는 경우, 가격이 비용보다 높다면 동등효율 경쟁자를 배제하기 어렵지만 앞의 샴푸 사례와 같이 결합판매에서 원가보다 높은 경우에도 동등효율경쟁자를 배제할 수 있음¹⁸⁾
 - 이 점에서 약탈적 가격설정에 대한 Brooke Group¹⁹⁾ 판결이 제시한 바와 같이, 비용 이상의 가격이면 경쟁제한성이 인정되기 어렵다고 볼 수는 없음. 대상판결은 결합판매에 단일상품의 가격비용 기준을 그대로 적용할 수 없다고 봄
- 둘째, 결합판매에서 할인분을 어떻게 적용할 것인가의 문제
 - 대상판결은 할인귀속기준(discount attribution standard)을 적용함에 따라 할인분을 결합판매한 전체 상품이 아닌 경합부분에 대해 적용함²⁰⁾

15. 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 셔먼법 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.

16. 이 판결은 원고가 봉쇄의 비율을 증명하지 못했음에도 경쟁제한효과를 인정했다는 점에서 주류적인 흐름에서 벗어났다는 시각도 있다. 전계서, 634면.

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

18. 515 F.3d 883, 903, 904.

19. 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, 피고도 저가판매를 하면서 18개월간 가격전쟁이 발생한 사건을 배경으로 하고 있다. 원고는 피고가 비용보다 낮은 저가로 판매함으로써 로빈슨 패트먼트법의 1선 가격차별 행위를 하였다는 이유로 손해배상을 구하였다. 1심에서 배심은 손해배상을 인정하였으나, 담당 판사가 법률상의 이유로 원고 패소판결을 하였고, 2심, 대법원도 같은 취지로 원고 패소판결을 하였다. 정재훈, 『공정거래법 소송실무(제2판)』, 620, 621면.

20. 515 F.3d 883, 906.

3. 결합판매와 할인귀속 기준

- 할인귀속기준의 채택을 통해 가격경쟁에서 허용되는 행위와 금지되는 경쟁제한적인 행위 사이에서 적절한 균형을 설정할 수 있게 됨²¹⁾

● 셋째, 누구의 비용을 기준으로 할 것인지의 문제

- 대상판결은 경쟁자의 비용이 아닌 자신의 비용을 기준으로 함.²²⁾ 이 경우 위반행위자가 스스로 셔먼법 위반을 회피할 수 있는 자기 테스트로 기능할 수 있음²³⁾

● 넷째, 결합판매에 있어서도 Brooke Group²⁴⁾에서 언급된 비용기반 접근법(cost based approach)의 기본원칙은 달라지지 않으므로, 평균 가변 비용(average variable cost)을 기준으로 판단해야 함을 지적함²⁵⁾

● 결론적으로 대상판결은 피고가 1, 2차 및 3차 의료서비스에 대해 할인한 금액을 경합하는 상품인 1, 2차 의료서비스에 대해 배분할 경우, 경합상품인 1, 2차 의료서비스에 대해 평균가변비용 이하로 판매하였음을 원고가 증명해야 한다고 판단함

- 이때 피고의 결합판매 정책으로 원고가 비용 이하로 가격을 책정할 수밖에 없었는지가 문제되는 것이 아니라 피고가 비용 이하로 가격을 책정했는지 문제된다고 보고²⁶⁾ 피고의 행위가 배제적인 의미에서든 약탈적인 의미에서든 남용행위에 해당한다고 보기 어렵다고 판단함²⁷⁾

21. 시장지배적 사업자에게 경쟁자를 저해하지 않는 가격정책을 취할 의무를 부과할 경우 소규모 사업자 등 경쟁자는 보호되지만, 소비자는 편익을 누리지 못하게 될 위험이 있으므로 균형이 필요하다. 515 F.3d 883, 907.

22. 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.

23. 515 F.3d 883, 907.

24. Brooke Group Ltd. v. Brown & William Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993). 연방대법원은 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 제외했다는 것에 의의가 있다. 정재훈, 『공정거래법 소송실무(제2판)』, 621면.

25. 515 F.3d 883, 910.

26. 515 F.3d 883, 910, 911.

27. 대상판결은 1심에 인정한 독점화기도의 요건으로 경쟁제한행위(anticompetitive conduct), 특정의도(specific intent), 독점력 취득의 위험성(a dangerous probability of achieving monopoly power)이 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.



4. 끼워팔기

- 원고의 끼워팔기 주장을 원심은 사실심리 생략판결로 배척하였으나, 대상판결은 강제성이 인정될 가능성이 있어 추가 증거조사가 필요하다고 보아 파기함
- 항소심에서 원고는 끼워팔기에 대해 강요 요건의 증명이 필요하지 않다고 주장하고 끼워팔기 합의에서 원고는 당사자가 아닌 제3자이므로 증명도가 완화된다는 점을 근거로 제시함
- 그러나 항소심은 미연방대법원의 제퍼슨 패리쉬(Jefferson Parish) 판결²⁸⁾ 등을 선례로 제시하면서 원고가 합의의 제3자인 경우에도 강요 요건의 증명이 필요하며, 강요는 끼워팔기의 위법성을 판단하는데 중요한 요소이고, 정황상 강요 요건이 인정될 가능성이 있음에도 원심이 이 주장을 사실심리 생략판결로 처리한 것은 정당하지 않다고 봄
 - 이 사건에서 보험회사 담당 직원이 피고로부터 결합판매된 의료상품을 구입하지 않으면 피고가 가격을 인상할 수 있다는 점이 의사결정에 중요한 영향을 미쳤다고 증언²⁹⁾했는데, 이것만으로 강요의 요건을 충족하는 것은 아니지만, 피고가 시장지배적 사업자라는 점에서 강요 인정가능성이 있다고 본 것임

28. Jefferson Parish Hospital District No.2 v. Hyde, 466 U.S. 2(1984). 1971년 2월, 피고(병원 법인)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 계약상 계약기간 동안 Roux만이 병원의 마취과 업무를 수행할 수 있고 제3자는 서비스를 제공할 수 없게 되었다. 1977년 7월, 마취과 전문의인 원고(Edwin G. Hyde)는 병원을 이용할 수 있는 참여의(參與醫)로 지원했으나, Roux와 병원 간의 위 계약으로 인해 거절되었다. 원고는 연방지방법원에 이 사건 계약이 서면법 제1조에 위반되어 위법하다는 확인 및 자신을 병원의 참여의로 지정하도록 하는 구제명령을 구하는 소를 제기하였다. 1심에서는 원고가 패소하였으나, 2심에서는 경쟁제한성이 인정되어 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 폐기되는 것이라든가 신중한 심리(detailed inquiry)가 필요하다고 봄으로써 당연위법의 법리와 합리의 원칙 사이에서 균형을 취한 판결로 평가받고 있다. 정재훈, 『공정거래법 소송실무(제2판)』, 613면, 29. 515 F.3d 883, 914.

IV

제4장 대상판결의 평가

1. 대상판결의 경쟁법상 함의

- 결합판매는 고정된 형태의 결합판매만이 가능한 단순 결합판매(pure bundling)와 결합 상품을 별개로 구매하는 것이 가능하지만 더 높은 가격을 지급해야 하는 혼합 결합판매(mixed bundling)로 구분됨. 주로 혼합 결합판매가 문제되며³⁰⁾ 대상판결도 혼합 결합판매의 문제를 다루고 있음
- 첫째, 결합판매 자체는 경쟁촉진적일 수도, 경쟁제한적일 수도 있으며, 시장지배적 사업자가 아니더라도 거래관행상 광범위하게 이루어지고 있으므로 중립적이고 객관적으로 경쟁제한성 평가를 할 필요를 전제로 함³¹⁾
- 둘째, 결합판매의 주요 특성은 할인에 있으므로 가격과 비용을 비교하는 가격비용 테스트가 필요하다는 전제에서 동등효율 경쟁자를 배제할 위험이 있는지를 심사해야 한다는 입장을 취해, 제1심이 선례로 고려한 LePage 판결을 따르지 않고 비용 기반 분석이 필요하다고 봄³²⁾
 - 대상판결이 연방대법원의 Brooke Group³³⁾ 판결에서 제시된 약탈적 가격설정의 법리를 그대로 따른 것이라고 보는 견해도 있으나,³⁴⁾ 대상판결은 단일상품과 결합상품의 할인에서 차이를 충분히 고려하고 있고, 전체의 비용보다 가격이 높은 경우에도 경쟁제한성이 인정될 수 있으며 할인귀속기준을 통해 결합상품에 할인을 배분하는 점에서 차별성이 있음.³⁵⁾ 특히 약탈적 가격설정의 중요한 기준인 회수 요건이 필요한지에 대해 명시적인 판단을 하지 않은 점도 다름
- 셋째, 결합판매에서 경쟁제한성 평가의 방법론에 있어, 할인귀속 기준을 채택해 결합판매에 따른 할인분을 전체 상품이 아니라 결합하는 상품에 적용한 후, 비용보다 가격이



1. 대상판결의 경쟁법상 함의

낮은지 심리해야 함을 지적함. 또한 비교적 이해하기 쉬운 방법론을 채택하면서도 결합상품 할인과 단일상품 할인의 차이를 반영함³⁶⁾

- 결합판매는 경합 부분(contested purchase)과 비경합 부분(non-contested purchase)으로 나누어지고, 결합판매의 경우에 비경합부분의 할인을 이용해 경합부분에서 경쟁자를 배제하는 속성이 있으므로 이러한 귀속 방식은 결합판매의 본질에 부합하는 방식으로 이해할 수 있음.³⁷⁾ 그 결과 경합부분에 있어서 시장지배적 사업자와 경쟁할 능력을 가진 경쟁자가 가격인하를 할 수 있는 수준을 비교해 배제 여부를 판단함³⁸⁾

- 대상판결 이전에도 할인귀속기준을 채택한 판결로 Virgin Atlantic Airways Ltd. v. British Airways PLC 판결,³⁹⁾ Information Resources, Inc.(IRI) v. Dun & Broadstreet Corp. 판결⁴⁰⁾ 등이 있으나,⁴¹⁾ 대상판결의 할인귀속기준 채택은 할인판매의 위법성 평가에 영향을 준 대표적 선례로 평가할 수 있음

30. 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.

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

32. 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.

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

34. 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 견해로 Durkin(2014). Monopoly Matters. Volume 12. No.1. ABA, p. 29.

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

36. 권남훈, 전제논문, 277, 279면. 할인귀속 기준은 미국과 유럽연합에서 상당한 지지를 받고 있으나, 모든 경우에 적합성이 있는지는 아직 분명하지 않은 상태로 보인다. 할인귀속 기준에 대하여도 시장지배적 사업자에 대해 지나치게 엄격한 기준이라는 평가부터 지나치게 느슨한 기준이라는 평가 등 다양한 의견이 있다.

37. Durkin, op. cit. p. 28.

38. Ibid.

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

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

41. Hovenkamp, op. cit., p. 405.

1. 대상판결의 경쟁법상 함의

- 넷째, 동등효율 경쟁자 배제 문제는 행위자 자신이 스스로 위반여부를 판단할 수 있어야 하므로, 문제되는 비용은 경쟁자의 비용이 아닌 행위자의 비용임을 명시함
 - 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’)상으로도 시장지배적 사업자의 부당염매에서 시장지배적 사업자의 비용과 경쟁사업자의 비용 중 어떤 것을 기준으로 할지가 문제됨
 - 서울고등법원 2018. 1. 31. 선고 2015누38131 판결(케이티 사건)⁴²⁾에서 “통상거래 가격을 산정함에 있어서 ‘해당사업자’가 그 공급에 소요되는 비용을 고려하지 않고 ‘경쟁사업자’가 공급에 소요되는 비용을 기준으로 산정하는 것은 부당하다”고 판시함
 - 시장지배적 사업자라고 하더라도 영업비밀에 속해 알기 어려운 경쟁자의 비용을 고려해 남용행위를 회피할 의무는 수긍하기 어렵다는 점, 시장지배적 사업자의 비용을 기준으로 남용행위를 판단할 때, 위반자 스스로 위반행위를 회피할 수 있는 자기검증(self test)이 가능하다는 점 등에서 위 판시는 정당한 것으로 보임
- 다섯째, 대상이 되는 비용은 측정하기 용이한 평균가변비용으로 보았고, 이는 단일상품의 할인과 다르지 않음⁴³⁾
 - 할인귀속기준을 적용하면서 한계비용을 적용하는 것이 경제학적으로 더 정확하므로 긍정오류⁴⁴⁾를 줄일 수 있겠지만, 증명의 부담을 고려하면 평균가변비용을 채택하는 것이 현실적임⁴⁵⁾

42. 기간통신사업자로서 이동전화서비스 및 유선통신서비스를 제공하고 있는 원고는, 기업메시징서비스를 판매하면서 자신이 SK텔레콤 또는 엘지유플러스로부터 구입하는 전송서비스 이용요금보다 낮고, 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 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 해당하여 공정거래법 제3조의2 제1항 제5호, 공정거래법 시행령 제5조 제5항 제1호에 위반하여 위법하다는 이유로, 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.

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

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

45. Hovenkamp, op. cit., p. 405.



2. 결합판매에 대한 경쟁제한성 평가

가. 대상판결에 대한 찬반론

- 결합판매를 통한 할인(bundle pricing)에 대해 연방대법원의 판단이 없는 상태에서,⁴⁶⁾ 연방항소법원 차원의 결합판매에 대한 다양한 접근법이 있음.⁴⁷⁾ 비용기반 분석을 채택하지 않은 LePage 판결의 접근법과 비용기반 분석에 적극적인 대상판결의 접근법이 모두 존재하는데,⁴⁸⁾ 후자가 하급심의 지지를 더 넓게 받고 있는 것으로 보임⁴⁹⁾
- 대상판결에 따른 경우 시장지배적 사업자는 가격결정에서 더 큰 재량을 가지게 되고, 경우에 따라 다양한 상품을 판매하는 시장지배적 사업자가 그렇지 못한 소규모 사업자에 대해 결합판매로 배제정책을 취할 수 있다는 우려도 있음.⁵⁰⁾ 이 점에서 결합판매의 배제적인 성격에 초점을 맞춘 LePage 판결이 더 타당하다는 비판도 있음

나. 결합판매의 경쟁제한성 심사 기준과 증명책임 분배

- 결합판매는 약탈적 가격설정, 끼워팔기, 충성할인(loyalty discount) 등 다양한 틀에서 분석이 가능함.⁵¹⁾ 결합판매의 경쟁제한성 평가는 일의적인 방법으로 이루어지기는 어렵고 다양한 방법으로 이루어질 수 있음.⁵²⁾

46. Pacific Bell Telephone Co. v. Linkline Communications, Inc., 129 S.Ct. 1109(2009)은 단일상품의 이윤압착이 문제된 사건으로, 약탈적 가격설정이 아닌 이상 이러한 행위가 위법하지 않다고 보아 이윤압착을 독자적인 위반유형으로 인정하지 않아 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 전용회선을 높은 가격에 공급하고, 인터넷 서비스를 낮은 가격으로 제공하는 등 이윤압착 행위를 하였으므로 서면법 제2조에 위반된다고 주장하며 소를 제기하였다. 1심, 2심은 피고의 서면법 제2조 위반을 인정하였으나, 대법원은 이를 부정하였다. 정재훈, □공정거래법 소송실무(제2판)□, 622면.

47. ABA(2017). Antitrust Law Developments, p. 260.

48. Guidance on Article 102 Enforcement Priorities(2009)은 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 & Bailey(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].

49. 대상판결을 지지하는 판결로는 Collins Inkjet Corp. v. Eastman Kodak Co., 781 F.3d 264 (6th Cir. 2015), Vesta Corp. v. Am-docs Management, 2015 U.S. Dist. LEXIS 118188 (D.Or.2015) 등이 있다.

50. Sullivan, op. cit., p. 129, 130.

51. ABA(2017). Antitrust Law Developments, p. 259.

52. 결합상품의 형태에 따라 다른 접근을 하는 것이 합리적이라는 견해로는 권남훈, 전제논문, 279면.

2. 결합판매에 대한 경쟁제한성 평가 - 나) 결합판매의 경쟁제한성 심사 기준과 증명책임 분배

- 결합판매에 대한 경쟁법상 규제는 가격할인에도 불구하고 동등효율 경쟁자를 배제한다는 점이 합리적인 근거가 될 것임⁵³⁾ 이 점에서 동등효율 경쟁자의 배제 위험 문제를 가격 비용 테스트와 할인귀속기준을 통해 적용한 대상판결은 설득력이 있음
- 시장지배적 사업자에게 모든 경쟁자를 배제하지 않을 가격을 책정하도록 요구하면 결국 소비자의 손실을 통해 비효율적인 경쟁자를 배제하는 결과가 되고, 장기적으로는 유효한 가격경쟁이 배제됨
- 반면, 끼워팔기에서 단일상품을 판매하는 경쟁자가 경쟁하지 못하는 이유가 계약에 따른 구속력이라면, 결합판매에서는 결합판매된 상품의 할인된 가격으로 경쟁자의 가격 경쟁이 불가능하게 된다는 점에서 결합판매와 끼워팔기의 유사성이 있음⁵⁴⁾
- 결합판매의 경쟁제한성 판단에서 시장지배적 사업자의 경합부분에 대한 가격이 비용보다 낮은지를 검토해 경쟁제한성을 인정하는 것이 바람직하지만, 그러한 증명이 이루어지지 않은 경우에도 정성적인 요소 등을 통해 동등효율 경쟁자의 배제가 이루어진 것으로 의심할 합리적 사유가 있는 경우에는 경쟁제한성을 사실상 추정할 수 있고, 시장지배적 사업자에게 그러한 추정을 반복하도록 하는 증명책임을 부과하는 방안을 고려할 수 있음
- 이는 경쟁당국 또는 경쟁자가 경쟁제한성을 증명해야 하는 증명책임의 원칙과 상충되는 것은 아닌지 문제 될 수 있으나,
 - 비용에 대하여는 시장지배적 사업자가 가장 잘 알 수 있다는 점에서도 가격을 통한 배제행위가 문제된 사안에서 일응의 증명이 이루어지면, 시장지배적 사업자가 비용기반 분석을 통해 벗어날 수 있도록 하는 방안이 증명책임 분배의 측면에서 합리성이 있음
 - 나아가, 결합판매와 약탈적 가격설정은 차별적으로 운영될 필요가 있으므로,⁵⁵⁾ 결합판매에서 가격할인을 통해 경쟁자를 배제한 후 할인으로 발생한 손실을 회수할 것을 증명할 필요가 있다고 보기 어려움



3. 공정거래법상 합의

가. 공정거래법상 결합판매

- 결합판매는 다양한 산업분야에서 많이 사용되고 있으나, 결합판매에서 시장지배력의 문제는 주로 방송통신 시장에서 논의되고 대상판결이 선례로 인용됨⁵⁶⁾
- 방송통신 서비스가 발달한 주요국가에서 결합상품 통신서비스 이용 비율이 높음.⁵⁷⁾ 국내에서도 시장지배력을 가진 통신사업자가 새로운 기술을 통해 낮은 가격으로 상품을 제공하는 경쟁사업자를 배제하기 위해 결합상품의 할인수준을 낮추는 방식을 채택할 우려가 제기되었음⁵⁸⁾
- 공정거래법에 따른 시장지배적 지위 남용행위 심사지침에 기재된 시장지배적 사업자의 남용행위 유형에 결합판매가 명시되어 있지는 않으나, 결합판매는 그 성격에 따라 부당영매, 배타조건부거래, 기타의 사업활동방해 유형 등의 적용이 가능할 것으로 보임
- 결합판매가 강제되고 있는지에 따라 끼워팔기에 해당하는지를 먼저 판단하고,
 - 거래상대방에게 개별 구매의 선택권이 있어 끼워팔기에 해당하지 않는 경우에도 결합판매의 성격을 거래상대방과 사실상 구속력과 배타성에 있다고 보는지[시장지배적 사업자의 배타조건부 거래(공정거래법 제3조의2 제1항 제5호 전단,⁵⁹⁾ 시행령 제5조 제5항 제2호⁶⁰⁾], 불공정거래행위로서 배타조건부거래(공정거래법 제23조 제1항 제5호 전단,⁶¹⁾시행령 제36조 제1항 별표 1의2⁶²⁾]],

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

54. Hovenkamp, op. cit., p. 406.

55. 약탈적 가격설정과 근본적인 차이가 있음을 강조하는 견해로 Ibid., p. 406.

56. 권남훈, 전계 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.

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

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

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

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

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

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

3. 공정거래법상 합의 - 가)공정거래법상 결합판매

- 비용에 비해 낮은 가격을 통해 경쟁사업자를 배제하는지[시장지배적 사업자의 경쟁사업자 배제로서 부당염매(공정거래법 제3조의2 제1항 제5호 전단,⁶³⁾ 시행령 제5조 제5항 제1호⁶⁴⁾), 불공정거래행위 중 경쟁사업자배제로서 부당염매(공정거래법 제23조 제1항 제2호,⁶⁵⁾ 시행령 제36조 제1항, 별표 1의2⁶⁶⁾]]에 따라 달라질 것으로 보임

- 전자는 통상 비용에 기반한 접근을 하지 않겠으나, 후자는 비용에 기반한 접근이 필수적일 것으로 보임

- 결합판매 사건은 아니지만, 시장지배적 사업자의 리베이트 제공행위의 경쟁제한성이 문제된 대법원 2019. 1. 31. 선고 2013두14726 판결(1차 쉐컴 사건)⁶⁷⁾에서, 아래와 같이 판시함

- “조건부 리베이트 제공행위로 인한 부정적 효과와 그러한 행위가 반드시 소비자 후생 증대에 기여하지는 않는 점, 장기간의 배타조건부 거래계약을 체결함으로써 부당한 배타 조건부 거래행 위에 해당하게 되는 경우에도 그 계약체결을 위해 반대급부로 제공된 이익이 비용 이하에 해당하는지 여부를 반드시 고려해야 한다고 볼 수는 없는 점과의 균형 등을 고려하면, 이른바 ‘약탈 가격 설정(predation)’과 비교해 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 인정의 전제조건으로, 리베이트 제공이 실질적으로 비용 이하의 가격으로 판매한 경우에 해당해야 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 등을 통한 공정거래위원회의 증명이 필수적으로 요구되는 것은 아니라고 할 것이다.”

- 행위의 배타적인 성격에 따른 봉쇄효과를 문제 삼는 경우에는 비용기반 분석이 필수적 아니라고 본 것도 같은 맥락에 있는 것으로 이해할 수 있음



- 비용에 기반한 접근을 하는 경우에도 단일상품과 달리 결합판매의 할인의 경우에는 대상 판결이 지정한 바와 같이 할인된 부분을 경합 부분에 적용하여 가격과 비용을 산정함으로써 전체적으로 비용보다 가격이 낮지 않은 경우에도 경쟁사업자 배제가 가능한 것으로 평가할 수 있음
- 기업결합 심사에서 잠재적 경쟁(potential competition)의 저해가 우려되는 혼합형 결합(conglomerate merger)에서 결합판매의 가능성이 문제되고 있음
 - 이때 잠재적 경쟁자는 진입이 확정된 진입자, 신속 진입자⁶⁸⁾, 진입가능성이 있는 사업자, 단기간 내에 진입가능성이 높지 않더라도 밀접하게 관련된 시장에 소속된⁶⁹⁾ 사업자 등 다양한 스펙트럼의 사업자가 포함될 수 있음
- 우리의 기업결합 심사기준⁷⁰⁾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 타당함.⁷¹⁾ 또한, 혼합결합의 외연도 시장이 밀접하게 관련되어 있어 결합판매가 가능한 범위로 이해하는 것이 타당함⁷²⁾

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

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

65. 부당하게 경쟁자를 배제하는 행위.

66. 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.

67. 원고 쉐컴은 모뎀칩 전체 수요량의 일정 비율 이상을 원고 쉐컴으로부터 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 제공되었으며, 구매비율이 증가할수록 리베이트 지급률이 누적적으로 높아지는 구조이다. 이러한 리베이트 제공행위에 대하여 배타조건부거래(공정거래법 제3조의2 제1항 제5호)가 적용되었는데, 원심 및 대법원은 모두 배타조건부거래행위의 경쟁제한성을 인정하였다.

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

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

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

71. 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.

72. 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.).

3. 공정거래법상 함의

나. 의료 시장의 결합판매

- 의료시장에서는 진료비가 대표적인 가격으로, 한국은 요양급여비용을 보험자와 의료공급자 사이의 계약에 의해 정하는 수가계약에 의함.⁷³⁾ 수가계약이 결렬되면 건강보험정책심의위원회의 의결을 거쳐 보건복지부 장관이 수가를 일방적으로 고시하여 사실상 수가 고시제가 적용됨⁷⁴⁾ 이에 의료공급자들이 공동행위를 하거나 시장지배적 지위를 남용하는 행위는 급여 부분에서는 원칙적으로 가능하지 않음⁷⁵⁾
- 반면, 비급여 부분에 대하여는 다른 접근이 가능하고 비급여 부분은 법정 비급여와 임의 비급여로 나뉨
 - 법정 비급여에 대하여 의료기관은 신고의무만 부담하고 가격결정권을 가짐. 법정 비급여 항목에 해당하지 않는 비용을 요양기관이 임의로 또는 환자들의 동의를 얻어 비급여 항목으로 처리한 후 이를 전액 환자들에게 부담시키는 것을 “임의 비급여”라 함⁷⁶⁾
 - 한국은 공적 건강보험 체계가 당연지정 요양기관 제도와 결합하면서 의료서비스에 대한 가격 경쟁은 요양급여에서는 불허되며 비급여 부분을 중심으로 가격경쟁이 존재하므로⁷⁷⁾ 이에 대한 의료공급자들의 시장지배적 지위 남용이 가능함⁷⁸⁾
- 한편, 공적 건강보험제도로 인하여 건강보험에서의 경쟁도 국민건강보험을 보완하는 민간의료보험 상품을 중심으로 존재함. 민영보험은 본인부담 부분과 비급여 부분 등에 대하여 제한된 상태에서 보장을 하는 방식으로 운영됨.⁷⁹⁾ 민간보험회사의 상환가격에 관한 공동행위, 시장지배적 남용행위도 요양급여 중 본인 부담금 부분과 비급여 부분에 대하여 제한적으로 존재함⁸⁰⁾
- 의료공급자 중 시장지배적 사업자의 결합판매를 통한 경쟁사업자의 배제는 비급여 부분에 대하여 민간보험회사와 관계에서 결합판매를 통한 할인계약을 통하여 가능함.⁸¹⁾ 다만, 한국의 의료시장에 존재하는 공적 규제로 인하여 대상판결과 같이 의료공급자가 보험자 등에게 결합할인을 통하여 배제적인 행위를 할 여지는 크지 않음



- 반면, 제약회사가 병원 등에 의약품을 공급하면서, 필수적이거나 시장지배적인 의약품을 경쟁관계에 있는 의약품과 결합판매하면서 할인을 제공하여 경쟁 제약회사를 배제하는 사례가 발생할 가능성이 상대적으로 큼
- 미국의 경우 Smithkline v. Eli Lilly 사건⁸²⁾에서,
 - 피고 제약회사는 병원이 필수적으로 구입하는 2개의 항생제와 원고 제약회사와 경쟁관계에 있는 1개의 의약품을 결합판매하면서 할인을 제공함
 - 원고는 피고와 경쟁하기 위하여 피고가 제공하고 있는 전체 할인을 원고 제품에 적용해야 피고와 경쟁할 수 있는 상황이 되었고, 법원은 피고의 셔먼법 제2조 위반을 인정함⁸³⁾
- 한편, 필수적인 의료장비에 대하여 특정 장비회사가 시장지배적 지위에 있을 때, 경쟁관계에 있는 의료장비를 병원에 결합판매하여 경쟁자인 장비회사를 배제한 사례가 있음.⁸⁴⁾

73. 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.

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

75. 정재훈, 『의료분야에 대한 독점규제법 적용에 관한 연구-미국 반독점법의 시사점을 중심으로』, 고려대학교 대학원 박사학위 논문, 2011, 276-277면.

76. 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 혈액약침술은 안전성을 인정받지 못하여 법정 비급여 항목에 해당하지 않는다고 판단하였다(대법원 2016두34585 판결, 법률신문 2019. 7. 22. 제 4718호 제5면).

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

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

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

80. 김나경, “의료보험체계에서 이념의 갈등과 조화: 의료보험에서 경쟁의 억제와 유인”, 의료법학(제10권 2호), 2009, 163면.

81. 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.)].

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

83. 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).

84. 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.

3. 공정거래법상 합의 - 나)의료 시장의 결합판매

- 최근 공정거래위원회도 의료장비 공급업자로서 CT, MRI 장비를 공급하는 시장의 1위 사업자인 지멘스에 시장지배적 지위 남용행위 규정을 적용함⁸⁵⁾
 - 지멘스는 자신의 의료장비를 구입한 병원이 독립 유지보수 사업자(independent service organization)와 거래하는지 여부에 따라 장비안전관리 및 유지보수에 필요한 필수적인 서비스키 발급조건을 차별적으로 적용함
 - 이 행위에 대해 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 적용함
 - 또한 지멘스는 독립사업자의 유지보수 서비스를 받는 경우 발생할 수 있는 안전 업데이트의 문제, 저작권 침해 문제의 위험을 기재한 공문을 발송함
 - 이 행위에 대하여 공정거래위원회는 위계에 의한 고객유인(공정거래법 제23조 제1항 제3호, 시행령 제36조 제1항 별표1의2)을 적용함
- 아직 의료공급자의 결합판매가 문제된 예는 없으나, 대상판결의 법리는 장기적으로 이러한 사례에서 시사성을 가질 것임. 특히 의약품이나 의료장비분야의 시장지배적 사업자에 대해 적용될 가능성이 있음. 경쟁당국이 관심을 가질 필요가 있음

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

V

제5장 결론

- 대상판결은 결합판매의 경쟁제한성 평가에 있어, 할인귀속 기준을 채택해 결합판매에 따른 할인분을 전체 상품이 아니라 경합하는 상품에 적용한 후, 비용보다 가격이 낮은지를 심리해야 한다고 지적하고, 동등효율 경쟁자의 배제 문제는 결국 행위자 자신이 스스로 위반여부를 판단할 수 있어야 하므로, 이때 문제되는 비용은 경쟁자의 비용이 아니라 행위자의 비용임을 명시한 판결로, 결합판매의 비용기반 분석에 관한 대표적인 판결로 평가받음
- 결합판매의 경쟁제한성 판단에서 시장지배적 사업자의 경합부분에 대한 가격이 비용보다 낮은지를 검토해 경쟁제한성을 인정하는 것이 바람직하지만, 그러한 증명이 이루어지지 않은 경우에도 정성적인 요소 등을 통해 동등효율 경쟁자의 배제가 이루어진 것으로 의심할 합리적 사유가 있는 경우에는 경쟁제한성을 사실상 추정할 수 있고, 시장지배적 사업자에게 그러한 추정을 반복하도록 하는 증명책임을 부과하는 방안을 고려할 수 있음
- 장기적으로 대상판결의 법리는 한국 의료시장에서 의약품이나 의료장비분야의 시장지배적 사업자에 대해 적용될 가능성이 있으므로 경쟁당국이 관심을 가질 필요가 있음



참고문헌

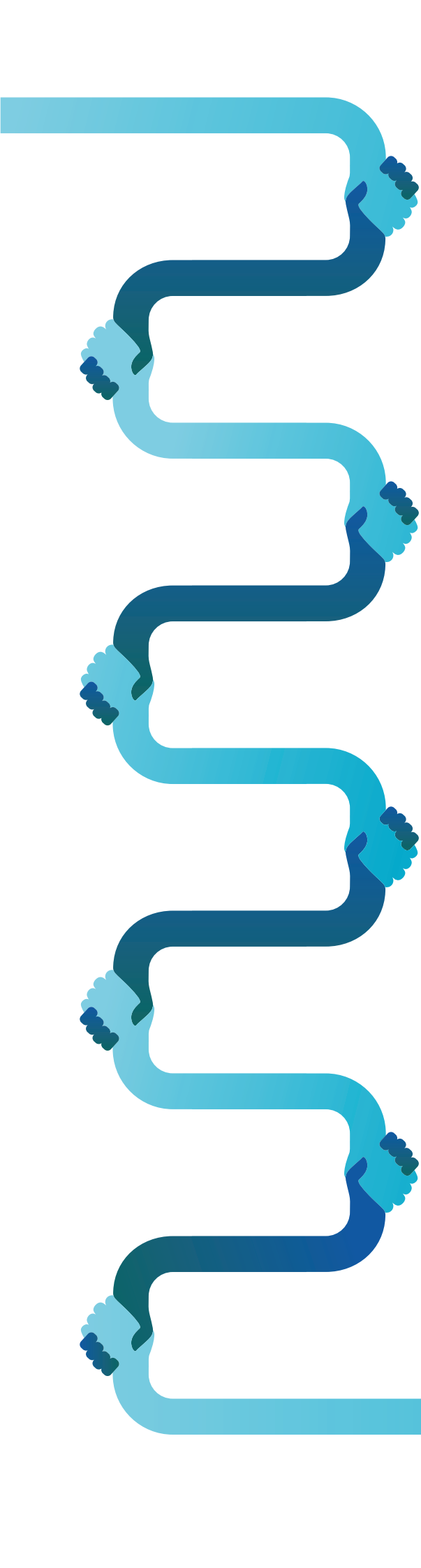
- 권남훈, “방송통신 산업의 결합판매와 시장지배력 전이 판단기준”, 『경제규제와 법』 제10권 제2호, 2017.
- 김규현, “임의비급여 허용여부에 관한 검토”, 『서울고등검찰청 송무자료집』 제13집, 2009.
- 김나경, “의료행위의 규범적 통제 방식에 대한 소고, 독일의 의료보험체계에 비추어 본 임의비급여 통제의 정당성”, 『인권과 정의』, 2009.
- 김나경, “의료보험체계에서 이념의 갈등과 조화: 의료보험에서 경쟁의 억제와 유인”, 『의료법학』 제10권 제2호, 2009.
- 김창엽, 『미국의 의료보장』, 한울아카데미, 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.
- 정재훈, “부당한 공동행위와 관련시장의 확정”, 『법조』 제686호, 2013.
- 정재훈, 『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 & Bailey (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).



의료서비스의 결합판매와 경쟁제한성의 판단

Cascade Health 사건을 중심으로

저자	정재훈
발행일	2020.12
호수	2020-1
발행처	이화여자대학교 생명의료법연구소
주소	03760 서울특별시 서대문구 이화여대길 52, 이화여자대학교 법학관 418호
연락처	TEL) 02-3277-4227 FEX) 02-3277-4221
홈페이지	http://my.ewha.ac.kr/eible/
이메일	admin@eible.org
디자인	스튜디오 7kg



의료서비스의 결합판매와 경쟁제한성의 판단

Cascade Health 사건을 중심으로



이화여자대학교
생명의료법연구소
Ewha Institute for Biomedical Law & Ethics