

〈논문〉

독점규제법상 재판매가격유지행위의 성격과 규제체계에 관한 소고*

李 奉 儀**

I. 배경 및 문제제기

1. 논의의 배경

대부분의 상품과 일부 서비스는 제조업자가 곧바로 소비자에게 제공하지 않고 중간에 도매업자 또는 소매업자(이하에서는 양자를 합쳐 “판매업자”라 한다)를 거쳐 제공된다. 그리고 후자의 경우 판매업자는 다른 판매업자와의 경쟁을 고려하여 적절한 가격을 자율적으로 책정하게 된다. 그런데 경우에 따라서는 판매업자의 재판매가격을 제조업자가 미리 정하기도 하는바, 이때 재판매가격유지행위(resale price maintenance; 이하 “RPM”이라 한다)란 흔히 제조업자가 판매업자의 최저 또는 최고판매가격을 지정하는 행위를 말한다.

그런데 독점금지법제를 두고 있는 대부분의 나라에서는 RPM, 특히 최저RPM에 대해서 판매단계에서의 브랜드 내 가격경쟁을 제한함을 이유로 가격카르텔과 마찬가지로 당연위법식의 접근방법이 이루어지고 있다. 우리나라에서도 RPM은 다양한 분야에서 서로 다른 동기로 행해지고 있는바, ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’(이하 “독점규제법”이라 한다)은 이를 매우 원칙적으로 금지하는 태도를 취하고 있다.¹⁾ 그런데 우리나라에서 RPM의 규제사례는 많지 않으며, 이에 관한 연구 또한 상대적으로 매우 미진한 상태에 머물고 있고,²⁾ 그 결과 독점규

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2007학년도 학술연구비의 보조를 받았음.

** 서울대학교 법과대학 부교수.

1) RPM금지에는 대통령령이 정하는 저작물과 공정위가 지정한 상품에 대하여 예외가 인정되어 있으나(법 제29조 제2항, 령 제43조), 현재는 지정상품이 없으므로 RPM이 가능한 상품은 제한된 범위의 저작물에 한정되어 있다.

제법상 RPM을 둘러싼 많은 쟁점이 불확실하게 남아 있다.

2. 문제제기

무엇보다 독점규제법상 RPM규제의 근거, 위법성 요건을 둘러싸고 폭넓은 오해가 자리 잡고 있다. 오해는 RPM에 대한 당연위법의 법리, 브랜드 내 경쟁제한의 강조, 불공정거래행위와의 불확실한 관계에서 두드러지게 나타난다. 그 이유는 아무래도 공정위나 법원이 RPM규제의 원조적인 미국 독점금지법의 법리와 다분히 일반론적인 경제분석을 독점규제법의 체계와 법률상 금지요건에 대한 면밀한 고민 없이 거의 맹목적으로 소개하고 있는 데에서 찾을 수 있을 것이다. 독점규제법의 목적과 ‘브랜드 내 경쟁’(intra-brand competition)의 관계가 명료하게 정립되지 않은 것도 이러한 논란에 일조하고 있는 것으로 보인다.³⁾

아래에서는 먼저, 흔히 RPM의 경쟁법적 성격과 이를 규제하는 근거를 이론적으로 살펴보고(II), 외국의 입법례와 실무를 다루어 본다(III). 이어서 이들 일반이론과 외국의 입법례가 독점규제법의 RPM규제와 상이한 부분을 국내의 학설과 실무를 중심으로 제시함으로써, 동법상 RPM규제의 체계와 해석론을 동법의 전체 체계와 결부지어 제시하기로 한다(IV).

II. RPM의 경쟁법적 성격과 일반이론

1. 수직적 거래제한과 RPM

(1) 수직적 거래제한의 개념

수직적 거래제한(vertical restraints of trade)이란 경쟁법·정책에 있어서 널리 사용되는 만큼이나 그 개념이 명확한 것은 아니다. 수직적 거래제한은 흔히 경쟁

2) RPM에 관한 국내 논문으로는 김영호, “재판매가격유지제도: 현행 법제의 문제점 및 개선책을 중심으로”, **경쟁법연구** 제1권, 1989; 신광식, “재판매가격유지행위의 규제제도 개선방안”, **경쟁법연구** 제5·6권, 1994; 이동신, “재판매가격유지행위 규제와 가격표시제의 문제점, **경제법의 제문제**, 재판자료 제87집, 2000 등을 들 수 있을 뿐이다.

3) 이 문제는 독점규제법이 보호하고자 하는 ‘경쟁’이 금지행위의 규범목적에 따라 상이하게 이해될 수 있고, 이러한 맥락에서 ‘브랜드 내 경쟁’이 동법의 고유한 보호대상인지, 그 자체만으로 보호가치가 있는 것인지에 관한 논의와 결부되는바, 이에 관하여는 뒤에서 다시 언급한다.

관계가 아니라 서로 다른 거래관계에 있는 사업자간에 행해지는 경쟁제한행위로 이해되기도 하고, 경쟁제한의 효과가 참가사업자가 속한 시장뿐만 아니라 그 거래 상대방이 속한 시장에도 미치는 경쟁제한행위를 지칭하기도 한다.

그런데 ‘수직적’의 의미는 위법성을 판단함에 있어서 수평적 거래제한, 대표적으로 카르텔과 구별되는 요소로 흔히 제시되고 있는 이른바 ‘브랜드 내 경쟁제한’(intra-brand restraints of competition)의 맥락에서 이해하여야 수직적 거래제한에 대하여 이를 규제하는 규범목적에 부합하는 개념정의를 가능할 것으로 보인다. 이 경우 수직적 거래제한은 그 효과를 중심으로 거래단계에 따른 둘 이상의 시장에 영향을 미치는 행위로 이해하는 것이 일반론으로서는 타당할 것이다.⁴⁾ 이러한 정의는 동시에 수직적 거래제한이 브랜드 내 경쟁뿐만 아니라 브랜드간 경쟁과도 관련될 수 있음을 암시하고 있기도 하다.

이때 브랜드 내 경쟁제한은 ‘브랜드간 경쟁제한’(inter-brand competition)을 수반하지 않는 경우가 많고, 이를 수반하는 경우에는 독점규제법상 별도의 범위내 행위를 구성하게 된다. 예컨대, 어떤 제조업자가 판매업자에게 재판매가격유지의무를 부과하면서, 동시에 다른 제조업자의 물품구입을 금지하는 경우에는 구속조건부거래가 동시에 문제될 수 있고, 시장지배적 사업자가 약탈적 가격을 효과적으로 실행하기 위하여 최고RPM을 실행하는 경우에는 지위남용이 함께 문제될 수 있을 것이다.

(2) 수직적 거래제한의 유형 및 성격

RPM은 수직적 거래제한의 대표적인 예로 알려져 있는바, 수직적 거래제한에는 여러 가지 행위유형이 있다. 통상 이를 수직적 가격제한(vertical price restraints; RPM)과 수직적 비가격제한(vertical non-price restraints)으로 나누기도 하고, 후자에는 주로 수직적으로 이루어지는 시장분할이나 거래상대방 제한 등이 포함된다. 독점규제법상 전자에는 제29조의 RPM금지가, 후자에는 제23조의 불공정거래행위 금지가 적용된다. 수직적 가격제한은 따로 행해지는 경우가 별로 없고, 대체로 비가격제한과 결부되어 행해진다.

수직적 거래제한은 그 수단에 따라 다시 계약, 즉 양 당사자의 합의에 의한 경우와 일방당사자의 강요 등에 의한, 즉 사실상의 강제에 의한 경우로 나눌 수

4) 이호영, “독점규제법상 상표 내 경쟁제한행위의 규제에 관한 연구”, 서울대학교 법학박사 학위논문, 2003, 2면.

있다(vertical restraints by contact or by force). 그런데 양자의 구분은 특히 우리나라에서 각각의 경우 수직적 거래제한의 성격과 위법성 판단의 핵심요소가 상이할 수 있다는 점에서 중요한 의미를 갖는다. 다만, 수직적 거래제한을 그 효과를 기준으로 폭넓게 정의하고, 합의 또는 강제에 의한 경우를 모두 포섭하는 개념으로 이해할 경우, 끼워팔기나 거래거절 등 시장지배적 사업자의 일방적 거래제한이 모두 수직적 거래제한으로 이해될 수 있고, 그 결과 수직적 거래제한이라는 개념 자체가 갖는 경쟁법적 함의가 과연 무엇인지에 대하여 근본적인 의문이 제기될 수 있다.⁵⁾

2. RPM규제의 일반이론과 한계

RPM을 규제하는 논거는 다양하며, 시장집중도가 높고 유통계열화가 진전되는 과정에서 시장독점의 방지 및 판매업자의 가격경쟁촉진이라는 과제가 강조되어 왔다. 아래에서는 가장 흔히 문제되는 최저RPM을 중심으로 규제논거를 살펴보고, 그 문제점을 지적하고자 한다.

(1) 카르텔방지노리

일반적으로 제조업자로서는 자신이 판매한 상품의 가격이 판매업자들간의 경쟁으로 낮아지고, 그 결과 판매량이 늘어남으로써 이익을 얻게 된다. 그런데 제조업자가 오히려 최저RPM을 통하여 가격을 일정 수준 이상으로 유지하려는 행위를 합리적으로 설명하려는 대표적인 논리가 바로 카르텔이다. 즉, 판매업자들이 가격경쟁의 압력을 피하기 위하여 제조업자에게 집단보이코트나 차별취급 등을 수단으로 RPM을 요구 또는 강제할 수 있다는 것이다.⁶⁾ 그런데 이 문제는 판매업자카르텔의 성격을 갖는 RPM이 현실적으로 얼마나 가능한지 여부를 차치하고, 판매업자들의 카르텔이나 불공정거래행위로 규제할 사안이지, 독점규제법상을 별도의 금지요건으로 규정할 근거로 보기 어렵다.⁷⁾ 또한 카르텔과 결부될

5) 필자는 이론적으로 수직적 거래제한은 브랜드 내 경쟁제한을 필수적인 개념요소로 할 수밖에 없는데, 브랜드 내 경쟁제한에 고유한 규범적 의미를 부여할 필요가 없다는 입장에서 수직적 거래제한이라는 유형화가 카르텔과 같은 수평적 거래제한과의 구별 외에 경쟁법상 독자적인 분석틀을 제공하기 어렵다는 견해를 갖고 있다.

6) 대표적으로 Bowmann, "The Prerequisites and Effects of Resale Price Maintenance", 22 *U. Chi. L. Rev.* 825 (1955).

7) Bork, "The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market

수 있는 RPM은 그 예를 찾기도 어렵고, 대부분의 RPM은 제조업자가 판매업자에 대하여 상당한 지배력을 행사할 수 있는 대리점관계에서 발생하고 있는 점을 고려하더라도,⁸⁾ 카르텔방지논리는 우리나라의 기업현실에 맞지 않는 것으로 보인다.

(2) 브랜드 내 경쟁제한

RPM을 규제하는 가장 큰 이유로는 그것이 판매업자로 하여금 동일 브랜드 제품을 취급하는 다른 판매업자와 가격경쟁을 하지 못하게 한다는 점, 즉 판매업자간 브랜드 내 가격경쟁을 제한한다는 점을 들 수 있다. 이러한 특정 브랜드의 상품 내에서 경쟁제한성을 상정하기 위해서는 제조업자가 거의 모든 판매업자에게 RPM을 빠짐없이 부과하고, 그 이행 여부를 실효성 있게 감시하여야 함은 물론이다. RPM의 속성상 대체로 브랜드 내 경쟁제한을 수반하며, 이는 합의에 의한 일방적 강요에 의한 마찬가지이다.

이러한 수직적 가격제한에 대해서는 가격카르텔과 동일한 맥락에서 엄격한 규제를 주장하는 견해⁹⁾가 있는 반면, 제조단계에서 상당한 수준의 시장지배력을 가진 사업자가 경쟁 수준 이상의 가격을 책정할 수 있는 때에만 RPM이 규제되어야 한다는 상반된 견해¹⁰⁾가 존재한다. 특히 후자에 의하면 RPM은 판매업자의 마진을 보장함으로써 유통망을 효과적으로 확보할 수 있고, 무임승차를 방지하며, 가격 대신 품질이나 서비스를 중심으로 한 경쟁을 촉진한다는 점에서 다분히 긍정적인 측면, 무엇보다 브랜드간 경쟁을 촉진하는 효과를 가질 수 있다고 한다.

그런데 흔히 제시되는 RPM의 긍정적 효과는 암묵적으로 ‘합의’에 의한 RPM을 상정하고 있으며, 이 경우 브랜드 내 경쟁과 브랜드간 경쟁 내지 RPM의 긍정적 효과를 종합적으로 고려하여 위법성을 판단하여야 한다는 주장¹¹⁾은 — 독

Division”, 75 *Yale L. J.* 373, 406 (1966). 이와 같은 맥락에서 제조업자들이 카르텔을 유지하기 위하여 공동으로 RPM을 행하는 경우 또한 카르텔이나 집단적 거래거절 등 불공정거래행위의 문제이지, RPM의 고유한 위법성 판단요소가 되지 않는다.

8) 신광식, 전계논문, 161면.

9) Comanor, “Vertical Price Fixing, Vertical Market Restrictions and the New Antitrust Policy”, 98 *Harvard L. R.* 983 (1985).

10) Posner, *Antitrust Law*, 2001, pp. 171; Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, 3rd Ed., 2005, pp. 491도 같은 맥락에서 수직적 가격제한과 수직적 비가격제한을 효과면에서 달리 취급할 이유가 없다고 한다.

11) RPM에 대하여 합리성의 원칙을 적용해야 한다는 견해이기도 하다. 이호영, 전계논문,

점규제법 제29조와 달리 — 어디까지나 RPM의 위법성을 경쟁제한성에서 찾을 때에만 제한적으로 정당성을 가질 수 있음에 유의할 필요가 있다.

III. RPM에 대한 외국의 입법례

1. 미국 독점금지법의 예

(1) 개관

미국에서 재판매가격유지행위는 1890년 제정된 셔먼법 제1조의 거래제한에 해당한다. 동조는 수평적 거래제한, 즉 카르텔을 포함하여 수직적 거래제한을 폭넓게 포섭하고 있으며, 그로 인하여 법원이 거래제한의 금지여부를 판단함에 있어서 합리성의 원칙과 당연위법의 원칙을 발전시키게 되었다.

RPM에 대해서는 그간 막대한 판례가 축적되어 있는바, 크게는 RPM에 대한 당연위법의 원칙에서 출발하여 최저 및 최고RPM에 대하여 단계적으로 합리성의 원칙을 정립하기에 이르렀다. 다만, 미국에서 RPM은 원칙적으로 제1조가 요구하는 계약이나 협정을 요구하기 때문에, 계약에 의한 수직적 거래제한이 주로 문제되었고, 약정에 의하지 않고 재판매가격을 정한다는 것은 이례적이다.

다만, 예외적으로 약정이 없이 RPM이 행해지는 경우에 셔먼법 제1조의 적용 여부가 다투어졌고, 1919년 Colgate 판결¹²⁾에서는 계약의 부재를 이유로 셔먼법의 적용을 부인하였으나, 1960년 Parke, Davis 판결¹³⁾에서는 제조업자가 통지한 재판매가격을 준수하지 않는 판매업자에게 이를 강제하는 경우에도 동법 위반이 성립할 수 있다고 판시하였다. 이어서 1988년 Sharp 판결¹⁴⁾에서는 RPM에 대한 합의가 요구된다는 입장으로 회귀하였으나, 다만 구체적인 재판매가격에 대한 합의가 없는 한 셔먼법 제1조의 당연위법(*per se illegal*)은 적용되지 않는다고 판시하였다.

284면, 286-289면; 신광식, 전제논문, 164-166면.

12) U.S. v. Colgate & Co. 250 U.S. 300 (1919).

13) U.S. v. Parke, Davis & Co. 362 U.S. 29 (1960).

14) Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp. 485 U.S. 717 (1988).

(2) 판례의 변천

미국에서 연방대법원이 최저RPM협정에 대해서 당연위법의 원칙을 확립한 것은 1911년 Dr. Miles 판결¹⁵⁾에서 비롯되었다. 이 사건에서는 제약회사인 Dr. Miles가 의약품의 소매가격을 정하는 계약을 체결한 것이 문제되었고, 브랜드 내 경쟁의 제한이 아니라 다분히 보통법(common law)에 기초하여 그 위법성을 인정하였다. 그 후 일련의 변천을 겪으면서도 유지되던 당연위법의 원칙은 최근인 2007.6.28. 연방대법원이 Leegin 판결¹⁶⁾에서 96년에 걸친 당연위법의 원칙에 일대 변화를 가져올 판결을 내리면서 와해되기에 이르렀다. Leegin 판결이 최저RPM에 대해서 경쟁촉진효과를 아울러 고려할 것을 밝힌 것도 수직적 비가격제한이 가질 수 있는 긍정적 효과를 수직적 가격제한에서도 원용할 수 있다는 의미로서 기본적인 맥락은 후술하는 최고RPM의 경우와 마찬가지로이다.

한편, 미국에서는 최고RPM에 대해서도 1968 Albrecht 판결¹⁷⁾ 이후 30여 년간 당연위법의 원칙이 지배하다가 1997년 Khan 판결¹⁸⁾을 계기로 합리성의 원칙으로 전환하였다. Kahn 판결에서 연방대법원은 최고RPM의 경쟁제한성은 당연위법에 의하지 않고도 통제가능하고, 이를 언제나 금지할 경우 제조업자의 수직통합을 조장함으로써 오히려 독립적인 판매업자의 존속을 어렵게 할 수 있다는 점을 지적하였다. 이러한 태도는 제조업자가 최고RPM을 시행하는 취지가 주로 구역별 독점판매업자의 남용을 방지하거나 판매업자간 카르텔을 방지하기 위한 데에 있음이 적극적으로 고려된 때문이다.¹⁹⁾ 즉, 그 동기가 주로 구역별 독점을 유지하고 있는 판매업자의 높은 가격책정이나 판매업자들간의 가격담합으로 인하여 제조업자의 생산량이 감소할 우려가 있기 때문이며, 따라서 최고 RPM이 경쟁제한의 폐해를 상쇄할 정도의 공급량증가나 소비자후생증가의 효과를 기대할 수 있다는 합리성의 원칙(rule of reason)식 접근방법이 채택된 것이다.

15) Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co. 220 U.S. 373 (1911).

16) Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc. 127 S. Ct. 2705 (2007). 동 판결에도 불구하고 시장지배적 사업자의 RPM이나 제조업자 또는 판매업자간 수평적 경쟁 제한을 조장하는 RPM은 여전히 금지될 가능성이 매우 높고, 여전히 당연위법의 원칙을 고수하고 있는 각 주의 독점금지법이 적용될 수도 있다.

17) Albrecht v. Herald Co. 390 U.S. 145 (1968). 여기서는 신문사가 배달업체에 대하여 최고가격을 정한 것이 문제되었고, 연방대법원은 이를 당연위법으로 판시하였다.

18) State Oil Co. v. Khan 522 U.S. 3 (1997).

19) 이처럼 효율성이나 소비자후생을 증대시킨다는 점에서 바람직한 RPM을 *bona fide* RPM이라 한다.

2. 유럽경쟁법의 예

(1) 개관

유럽경쟁법은 크게 유럽공동체조약 제81조(거래제한의 금지), 제82조(시장지배적 지위남용의 금지)와 경쟁제한적 기업결합을 규제하는 합병통제규칙으로 이루어져 있으며, 1957년 조약의 발효와 함께 출범한 유럽경쟁법은 다분히 미국의 영향을 많이 받은 것으로 알려져 있다. 특히, 조약 제81조는 서면법 제1조와 마찬가지로 수평적, 수직적 거래제한을 모두 포섭하고 있을 뿐만 아니라 계약이나 협정, 결의 등에 의한 각종 경쟁제한행위에 널리 적용된다는 의미에서 일반조항(general clause)의 성격을 갖고 있다.

RPM에 관한 한 조약 제81조나 제82조에는 이를 금지하는 명시적인 조항이 없고, 유럽집행위원회나 유럽법원의 실무에서 전개된 해석론이 가장 중요한 법리를 형성하고 있다. 그에 따라 수직적 거래제한의 대표적 형태인 RPM은 먼저 조약 제81조 제1항의 적용을 받는다. 특히 최저RPM은 원칙적으로 제1항에 반하여 위법한 것으로 보고 있다. 이처럼 엄격한 태도는 최근 수직적 거래제한에 관한 보다 탄력적이고 긍정적인 방향으로의 전환추세에도 불구하고 조만간 근본적으로 변화할 여지는 없어 보인다.²⁰⁾ 다만, 최고RPM은 카르텔에 비하여 효율성증대효과나 소비자후생증대효과를 가져올 수 있는 점을 고려하여 수직적 거래제한에 관한 일괄예외규칙 제2790/1999호에 따라 허용될 수 있다.²¹⁾

한편, 조약 제81조는 언제나 계약이나 협정을 통한 RPM에 대해서만 적용되기 때문에, 일반적 내지 강요에 의한 RPM은 제82조의 남용규제, 즉 방해남용금지로만 포섭할 수 있다. 이 경우 특정 RPM의 남용여부 판단에 있어서는 단순히 브랜드간 경쟁제한이 아니라 사업활동방해 및 그로 인한 유효경쟁의 저해가 중요한 요소로 고려됨에 유의할 필요가 있다.

20) Ritter/Braun, *European Competition Law*, 3rd Ed. 2004, p. 321.

21) Comm., Regulation on the application of Article 81(3) of the Treaty to Categories of vertical agreements and concerted practices, OJ L 336/21. 최저RPM 외에 판매지역이나 거래상대방의 제한과 같은 경성의 거래제한행위는 일괄예외규칙의 적용을 받지 못한다. 이들은 당해 사업자의 시장점유율과 무관하게 금지되며, 조약 제81조 제3항에 따른 개별예외를 기대하기도 어렵다.

(2) 실무의 변천

당초 위원회는 순수하게 회원국의 국내에 국한된 RPM의 경우 회원국간의 거래에 영향을 미치지 않는다는 이유로 조약 제81조를 적용하지 않았다. 그러나 위원회는 소비자가 어느 회원국에서나 가장 유리한 가격으로 상품을 구입할 수 있어야 한다는 인식하에 국내적 RPM이 공동시장에서 물품의 자유이동을 저해하는 한도에서 이를 금지하고자 하였다.²²⁾ 실제로 다른 회원국으로부터의 수입이 자유롭게 이루어지는 경우 RPM을 유지하기란 거의 불가능하기 때문이다. 이어서 유럽법원은 비록 원재료에 최저RPM을 정하는 계약이라도 완제품이 회원국간에 거래되는 경우에는 공동체 내의 거래에 영향을 미칠 수 있다고 판시하였다.²³⁾

반면, 최고RPM은 위원회가 암묵적으로 이를 허용하는 태도를 취함으로써 실제 규제된 예가 거의 없으며, 이러한 태도는 전술한 규칙 제2790/1999를 통하여 뒷받침되었다. 아울러 흔히 프랜차이즈에서 행해지던 가격권고(price suggestions)에 대해서는 경쟁제한성이 없다는 이유로 조약 제81조 제1항 위반을 인정하지 않고 있다.²⁴⁾

다만, RPM을 심사함에 있어서 위원회는 회원국간 거래제한과 공동시장의 경쟁왜곡을 고려하고 있으며, 그것이 갖는 경제적 효과는 그다지 중요시하지 않고 있다. 예컨대, Hennessy/Henkell사건²⁵⁾에서 프랑스의 코냑제조업자가 RPM을 실행한데 대하여 위원회는 다른 브랜드의 가격에 대해서는 RPM이 존재하지 않고 독일 내에 상당한 브랜드간 경쟁이 이루어지고 있음에도 불구하고 개별예외를 인정하지 않았다.

한편, RPM의 위법성판단과 관련하여 중요한 사례가 바로 Metro/Saba판결²⁶⁾이

22) 대표적인 사례가 Metro판결(ECJ, Deutsche Grammophon v. Metro, 1971 ECR 487)이다. Metro는 Deutsche Grammophon이 제작한 레코드판을 프랑스에서 구입하여 이를 다시 독일로 수입하여 정식판매업체보다 낮은 가격에 판매하고자 하였다. 당시 독일 경쟁제한방지법은 RPM을 금지하는 규정을 두지 않고 있었고, Metro는 그러한 판매금지구를 구하는 소를 제기하였다. 이에 대하여 유럽법원은 배타적 권리를 보유한 자라도 조약 제81조에서 금지하는 가격책정을 목적으로 다른 회원국에서 수입되는 레코드판의 판매를 금지하기 위하여 권리를 행사하고자 하는 것은 허용되지 않는다고 판시하였다.

23) ECJ, BNIC v. Clair, 1971 ECR 487; Bureau National Interprofessionnel du Cognac (BNIC) v. Clair 1985 ECR 391.

24) ECJ, Pronuptia de Paris v. Irgard Schillgallis, 1986 ECR 353.

25) Comm., Hennessy/Henkell, [1981] 1 CMLR 601.

26) ECJ, Metro/Saba, 1977 ECR 1875.

다. 여기서 유럽법원은 Saba의 선택적 판매가 조약 제81조 제1항 위반에 해당하지 않는다고 판시하면서, 무엇보다 가격경쟁이 경쟁의 유일한 형태는 아니고, 추가적인 서비스제공을 보장하는 수준의 가격을 유지하고자 하는 행위가 언제나 조약 제81조 제1항에 따라 금지되는 것은 아니라고 판시하였다. 가격경쟁이 중요하기는 하나, 선택적 판매업자로부터 보다 높은 가격에 구입할지 아니면 서비스 수준은 낮지만 저렴한 매장에서 구입할지를 소비자가 선택할 수 있어야 한다는 것 또한 중요하다는 것이다.

IV. 독점규제법상 RPM규제의 특징

1. RPM의 개념

독점규제법은 RPM을 “사업자가 상품 또는 용역을 거래함에 있어서 거래 상대방인 사업자 또는 그 다음 거래단계별 사업자에 대하여 거래가격을 정하여 그 가격대로 판매 또는 제공할 것을 강제하거나 이를 위하여 규약 기타 구속조건을 붙여 거래하는 행위”(법 제2조 6호)로 정의하는 한편, 재판매가격유지행위에 관한 한 일견 달리 ‘부당성’ 내지 ‘경쟁제한성’ 여부를 추가로 묻지 않고 금지하고 있다(법 제29조 제1항 1문).²⁷⁾ 다만, 최고재판매가격유지행위(maximum RPM)의 경우로서 정당한 이유가 있는 때에는 금지되지 아니한다(법 제29조 제1항 1문 단서).²⁸⁾

2. RPM의 위법성 판단기준

(1) 총설

RPM은 전형적으로 수직적 거래관계에서 발생하나, 독점규제법 제2조 6호 및 제29조의 해석상 RPM의 성격에 대한 두 가지의 접근방법이 가능하다. 첫째, 법 제29조가 명문으로 경쟁제한성을 금지요건으로 삼지 않고 있으나, RPM이란 일반적으로 경쟁을 제한하거나 또는 소비자후생을 감소시킨다는 전제에서 서면법

27) 독점규제법이 재판매가격유지행위에 대하여 미국식의 당연위법원칙을 채용하고 있다는 견해로는 정호열, **경제법**, 2006, 참조.

28) 최고RPM에 대한 특칙은 2001년 1월 독점규제법 개정으로 도입되었다.

제1조의 해석에 관한 당연위법의 원칙을 받아들인 것이라는 해석이 가능할 것이다. 둘째, 경쟁법상 RPM은 서면법 위반으로 출발하였으나, 적어도 우리나라의 경우에는 불공정거래행위의 특수한 유형으로 입법화되었다는 해석도 가능할 것이다.²⁹⁾ 이는 독점규제법 제1조가 동법상 금지되는 행위를 열거하면서, RPM을 따로 언급하지 않고 있다는 점에서도 추론할 수 있다.

그런데 독점규제법 제29조 제1항에서 일견 ‘경제분석’이나 ‘가치판단’(Werturteil)을 요하지 않고 금지하고 있는 RPM은 제2조 6호의 정의에서 나름의 무가치판단이 내려져 있는 것으로 볼 수 있다. 동호에 따르면 RPM이란 재판매가격을 ‘강제’하거나 ‘구속조건’을 붙여 거래하는 행위로서, 강제성이나 구속조건성은 모두 불공정거래행위의 대표적 징표에 해당한다. 독점규제법상 제조업자가 단 하나의 판매업자에 대하여 재판매가격을 강제하는 경우에도 그에 따른 경쟁효과와 상관없이 금지되는 것으로 해석되는 점도 바로 이 때문이다.³⁰⁾ 그리고 이때에는 특정 판매업자에 대한 재판매가격의 구속이 언제나 브랜드간 경쟁조차 제한한다고 단정하기도 어렵다.

다른 한편으로 Hovenkamp가 지적한 바와 같이 수평적 관계에서는 가격합의가 일견 경쟁제한성 내지 위법성을 추론할 수 있으나, 수직적 관계에서 가격의 협의·요청은 사업상 흔히 수반되는 것으로서 합의의 의도나 내용을 종합적으로 살펴야 한다³¹⁾(the fact vs. the content of agreement)는 것은 RPM이 어디까지나 양 당사자의 합의에 기초하고 있는 경우를 전제로 하는 것이어서, 독점규제법 제29조가 규정하고 있는 거래조건의 강제나 구속조건의 부과 등과 같이 사실상 일방적 성격의 행위와는 사정이 다르다는 점에 유의할 필요가 있다.

이처럼 법 제29조의 문언상 경쟁제한효과를 묻지 않기 때문에 동조의 RPM이란 전술한 ‘브랜드 내 경쟁’이 제한되는 것을 문제 삼는다는 의미에서 전통적인 수직적 거래제한의 문제는 아니고, 강제 내지 구속조건을 요한다는 점에서 RPM의 개념정의 속에 불공정거래행위와 유사한 부당성 요건을 내포하고 있다고 보아야 한다. 따라서 독점규제법 제29조는 거래상대방의 가격결정의 자유를 침해하는 형태의 RPM은 달리 경쟁제한성을 묻지 않고 이를 금지하는 태도를 취하고

29) 불공정거래행위와 재판매가격유지행위에 대한 과징금상한은 매출액의 2%로 동일하다.

30) RPM의 위법성에 브랜드 내 경쟁제한성을 요구할 경우에는 모든 또는 대부분의 판매업자에게 RPM이 통용될 수 있어야 한다.

31) Hovenkamp, supra, p. 465.

있는 것으로 해석하는 것이 타당할 것이다.

이러한 맥락에서 다시 두 가지 쟁점이 고려되어야 한다. 하나는 독점규제법상 RPM의 본질을 이와 같이 이해할 경우 법 제29조 제1항 단서에서 최고RPM을 예외적으로 허용하는 것을 어떻게 체계적으로 설명할 수 있는지 여부이고, 다른 하나는 독점규제법의 체계상 시장지배적 사업자가 RPM을 행하는 경우에도 법 제29조가 그대로 적용되는지 여부이다. 이 문제는 항을 바꾸어 차례로 상술하기로 한다.

(2) 기존의 학설 및 공정위 지침

우리나라에서 다수설은 독점규제법 제29조 제1항이 최저RPM에 대하여 미국식의 당연위법원칙을 취하고 있는 것으로 이해하고 있다.³²⁾ 해석론상 일단 동법 제2조 6호의 RPM이 성립하면 그것이 구체적으로 경쟁에 어떠한 영향을 미쳤는지를 고려하지 않고 위법성을 인정하고 있다거나, 법령 또는 공정위의 지정에 의한 예외에 해당되지 않는 한 일체의 RPM이 금지된다는 것이다. 위법성의 근거에 대해서는 다소 차이가 나타나는데, 대체로 법문에 충실하게 ‘구속성’, 즉 재판매가격의 유지가 계약상 또는 사실상 강제되어 있는지 여부를 들고 있으며,³³⁾ 그밖에 입법취지로 브랜드 내 가격경쟁이나 판매업자의 영업활동의 자유를 언급하기도 한다.³⁴⁾ 이들 견해가 입법론으로 RPM에 대하여 합리성의 원칙을 주장하는 점 또한 대체로 유사하다. 즉, RPM 규제를 브랜드 내 가격경쟁 내지 경쟁제한성과 결부시켜 설명하는 것은 법 제29조의 해석론과는 무관하며, 현행법이 강제성 내지 구속성을 기준으로 RPM을 확일적으로 금지하는데 대한 반론으로서 오히려 RPM의 경쟁촉진성이나 효율성 증대효과 등을 강조하는 것이 특징이다.

한편, 2006.8. 제정된 「재판매가격유지행위 심사지침」³⁵⁾은 RPM에 관하여 크게 행위요건과 위법성기준을 구분하고, 전자를 판단하는 단계에서 거래가격의 지정 및 이를 준수하도록 강제하는 행위의 유무를 고려하고 있다. 그리고 위법성 심사 단계에서는 RPM을 최저 및 최고RPM으로 구분한 후, 전자의 경우 사업자가 설

32) 정호열, **경제법**, 2006, 411면; 신현윤, **경제법**, 2006, 345면; 이동신, **전계논문**, 543-544면.

33) 신현윤, **상게서**, 347-348면; 이호영, **독점규제법의 이론과 실무**, 2006, 395-396면; 이동신, **상계논문**, 544면 이하.

34) 정호열, **전계서**, 411면; 이호영, **상게서**, 388면.

35) **공정거래위원회 예규 제34호**.

정된 최저가격을 유지하기 위해서 강제력을 사용하거나 규약 및 계약 등의 구속 조건을 붙이는 행위가 있는지 여부를 위주로 판단하되, 일단 최저RPM에 해당하면 유통단계에서의 경쟁을 제한하고 사업자의 자율성을 침해하므로 “경쟁제한성이나 불공정성에 대한 분석 없이 당연위법으로 본다”고 규정하고 있다.

반면, 최고RPM의 경우에는 효율성증대효과와 소비자후생증대효과를 비교·형량하여 정당한 이유가 존재하는 경우에는 위법성이 부인될 수 있다고 한다. 이러한 태도는 거래중단이나 위약금부과 등의 수단을 통하여 RPM을 강제하는 경우에도 최고RPM에 따른 긍정적 효과가 기대되는 경우에는 이익형량(balancing interests)을 하겠다는 것으로서, RPM에 따른 판매업자의 가격결정의 자유와 사업자의 효율성증대효과를 조화시킨다는 어려운 과제를 떠안게 되고, 이러한 논지라면 최저RPM의 경우에도 이익형량 내지 합리성의 원칙을 적용하지 못할 이유가 없다는 비판에 직면하게 된다.

(3) 최고RPM의 문제

최고RPM이란 상품이나 용역을 일정한 가격 이상으로 거래하지 못하도록 하는 행위로서 정당한 이유가 있는 경우에는 독점규제법 제29조에 따라 금지되지 않는다. 이러한 해석은 일견 최고RPM에 대하여 합리성의 원칙을 채용한 것으로 해석될 여지도 있는바, 이는 법 제2조의 RPM에 대한 일반적 개념정의와 부합하지 않을 뿐만 아니라 전술한 바와 같이 RPM의 본질적 성격을 불공정거래행위로 파악할 경우 이때 ‘정당한 이유’를 어떻게 이해할 것인가가 문제된다.

이 문제는 RPM에 대하여 과거 당연위법의 원칙을 고수하다가 최고 RPM에 대해서 합리성의 원칙으로 전환한 미국 독점금지법의 예를 참고하면 나름의 해답을 찾을 수 있을 것으로 보인다. 즉, 미국에서 최고RPM에 대한 합리성의 원칙은 철저하게 그것이 생산량과 소비자후생 및 경쟁에 미치는 효과를 고려하기 위한 것으로서, 당초부터 독점규제법이 강제성이나 구속조건을 이유로 RPM을 금지하는 경우에 대한 예외사유로는 적합하지 않다.³⁶⁾

이와 관련하여 「재판매가격유지행위 심사지침」은 최고RPM을 정당화할 수 있

36) 이 경우에도 정당한 사유를 인정하기 위해서는 강제성이나 구속조건에 따른 판매업자의 선택권 내지 가격결정권의 침해와 생산량 또는 소비자후생의 증대효과를 비교형량하지 않으면 안 되는바, 양자의 성격상 비교형량의 대상이 되기에는 적절치 않아 보인다.

는 이유의 존재 여부를 경쟁제한효과와 효율성 증대효과·소비자후생증대효과와의 비교형량을 통해서 판단하는 것으로 규정하고 있다. 그리고 동 지침은 구체적인 예로서 i) 시장지배력이 없는 사업자가 유통업자와 전속판매계약을 체결하면서 유통업자가 지나치게 높은 이윤을 추구하지 못하도록 가격을 일정한 수준 이상으로 올리지 못하도록 하는 경우와 ii) 제조업자가 자사상품을 판매하는 유통업체가 소수이고 유통업체간 담합 등을 통한 가격인상의 가능성이 높아 경쟁사에 비하여 자사 상품의 경쟁력이 저하될 것을 우려하여 일정한 범위 내에서 최고가격을 설정하는 경우를 들고 있다.

그런데 이와 같은 정당화사유가 인정되는 경우란 RPM의 위법성을 경쟁제한효과에서 찾고 있는 미국의 입법례에서나 통용될 수 있는 것이고, 그에 따라 경쟁이론상 최고RPM이 허용될 수 있는 것으로 제시되는 전형적인 예를 그대로 지침에 옮긴 것인 반면, 독점규제법상 재판매가격을 강제하거나 구속조건을 일방적으로 정함에 있어서 이를 정당화할 사유란 쉽게 상정하기 어렵고, 굳이 경쟁제한성을 논하는 경우에도 관건은 관련시장에서의 경쟁제한성, 즉 브랜드간 경쟁제한이라는 점에서 타당하지 않다.³⁷⁾

먼저 i)의 경우 시장지배력이 없는 사업자가 전속적 내지 배타적 판매계약을 체결하더라도 관련시장에서 브랜드간 경쟁이 충분히 이루어지고 있는 경우를 상정한다면 판매업자들이 지나치게 높은 가격을 책정하는 것이 당초부터 불가능할 뿐만 아니라, 결국 경쟁시장에서 판매가격의 책정은 판매업자의 자율에 맡겨지는 것이라는 점을 감안할 때 가격인상을 억제하기 위한 RPM이라도 현실적인 정당성을 찾기 어렵다. 또한 ii)의 경우에도 유통업체간 담합가능성이 높고, 설사 담합이 현실화되어 경쟁사업자보다 높은 가격이 책정되더라도 이는 추후 카르텔규제로 해결할 사안이며, 소수의 유통업체가 가격을 담합하더라도 다른 브랜드와의 가격경쟁은 제한을 받지 않을 뿐만 아니라, 최고RPM을 통한 제조업자의 가격경쟁력확보가 과연 제조업자와 판매업자의 이익을 적절히 형량한 것인지도 매우 의문스럽다. 더구나 후술하는 실무에서 알 수 있는 바와 같이 제조업자가 최고RPM을 통하여 오히려 판매업자카르텔을 유도하거나 그 수준으로 가격인상을 피하는 수단으로 악용되는 것이 일반적일 것이다.

37) 최고 RPM은 오히려 효율성이 낮거나 고비용구조의 판매업자를 시장에서 도태시키는 효과를 가질 수 있는바, 이를 실행하는 것이 제조업자에게 이익이 될 여지는 별로 없으며, 오히려 판매시장의 구조를 악화시킬 수도 있다.

다른 한편으로 다수설이 우리나라에서도 최고RPM에 대하여 미국식의 합리성 원칙을 받아들인 것으로 해석하는 것은 법 제2조가 RPM의 개념요소로 강제성을 명시하고 있는 것과 부합하기 어렵다. 미국에서는 주로 RPM약정에 따른 브랜드 내 경쟁제한을 폭넓게 금지한다는 의미에서 종래 당연위법의 원칙을 채택하고 있었고, 그 후 브랜드간 경쟁촉진이나 판매효율성의 증대를 비교형량하는 원리로서 합리성의 원칙을 수용한 반면, 독점규제법은 당초부터 경쟁제한보다는 강제성과 그에 따른 판매업자의 자율침해에서 위법성을 찾고 있었기 때문이다. 그렇다면, 입법론상으로도 RPM을 굳이 별도의 금지행위로 규정할 필요가 있는지, 법 제23조 제1항 5호의 구속조건부거래에 통합하여 규정하는 것이 보다 일관된 체계는 아닌지 검토할 필요가 생기게 된다.³⁸⁾

요컨대, 독점규제법 제29조 제1항 단서를 미국식의 합리성원칙을 반영한 것으로 해석하기는 곤란하며, 이 경우 RPM의 성격을 ‘경쟁제한성’이든 ‘불공정성’이든 일관되게 설명하기가 어려워지는 난점이 있다는 점에서 일부 불공정거래행위의 유형에서 발견되는 ‘정당한 이유 없이’와 같은 맥락에서 이해하는 것이 타당할 것이다.³⁹⁾ 즉, 최고RPM도 강제성을 갖는 한 원칙적으로 금지되나, 사업자가 이를 정당화할 사유를 입증할 책임을 진다는 것이다. 실제로 우리나라와 같이 제조업자와 판매업자 또는 대리점이 수직계열화되어 있는 경우가 많고, 합의보다는 사실상 제조업자의 일방적 지시나 강요에 의하여 RPM이 행해지고 있으며, 판매업자에게 비교적 낮은 수준의 마진이 허용되는 경우가 많은 점을 감안할 때, 현실적으로 최고RPM의 정당화사유를 상정하기란 매우 어려울 것이다.

(4) 시장지배적 사업자의 RPM약정

본래 RPM은 서면법 제1조 위반으로서 재판매가격에 대한 ‘합의’를 전제로 한다. 그런데 시장지배적 사업자가 일방적으로 RPM을 정하는 경우에는 그것이 최고RPM이든 최저RPM이든 판매업자의 가격결정의 자유를 침해한다는 점을 고려할 때 여전히 그 불공정성을 인정할 수 있을 것이다.

반면, 시장지배적 사업자가 판매업자와 RPM약정을 하는 경우에는 그것이 비

38) 일찍이 이러한 제안으로는 신광식, 전제논문, 167-168면.

39) 불공정거래행위 공동의 거래거절, 계열회사를 위한 차별, 계속적 엄매는 당해 행위의 외형이 있는 경우에 정당한 이유가 없는 한 금지되고, 정당한 이유의 존재에 대한 입증책임은 피심인이 부담한다. 대법원 2001.12.11. 선고 2000두833 판결.

록 양 당사자의 진정한 합의에 기초하고, 따라서 아무런 강제적 요소가 없음에도 불구하고 독점규제법상 문제될 수 있다. 왜냐하면 시장지배적 사업자의 RPM 약정은 경우에 따라서 관련시장에서 브랜드 내 경쟁뿐만 아니라 브랜드간 경쟁 내지 관련시장에서의 경쟁을 저해할 우려가 있기 때문이다. 이 점을 이해하기 위해서는 먼저 브랜드 내 경쟁과 브랜드간 경쟁을 올바르게 이해할 필요가 있다.

첫째, RPM이 브랜드 내 경쟁을 제한한다고 할 때, 과연 제한되는 ‘경쟁’이란 무엇을 가리키는가? 경쟁을 일견 사업자가 한계비용(MC) 이상으로 가격을 인상할 수 없는 상태를 가리키는 것으로 이해할 경우, 최저RPM을 통하여 가격인상 효과를 누릴 수는 있을 것이다. 또한 경쟁을 생산량증가나 가격인하의 압력으로 이해할 경우에는 최저RPM을 통하여 판매량이 감소할 경우에도 가격인하의 압력을 피할 수 있다는 점에서 여전히 경쟁제한적일 수 있다. 이때 문제는 이러한 효과가 시장지배력이 없는 사업자의 RPM인 경우에도 여전히 동일하게 나타날 것인지 여부이다. 예컨대, 시장점유율이 5%에 불과한 제조업자가 판매업자들과 최저 RPM을 합의한 경우 설사 당해 브랜드제품의 생산량이 감소하고 가격이 인상될지는 몰라도 관련시장 전체의 관점에서는 전혀 상반된 효과가 나타날 수 있기 때문이다. 이 문제는 브랜드 내 경쟁의 제한이 관련시장과 무관하게 논의될 수 있는지 여부와 관련되는바, 소극적으로 해석하여야 할 것이다.

둘째, 이러한 맥락에서 브랜드간 경쟁은 경쟁의 장을 특정 브랜드가 아니라 ‘관련시장’으로 확장하고 있다는 점에서 일단 경쟁제한성 분석의 대상으로서 보다 적합해 보인다.⁴⁰⁾ 다만, 이때의 문제는 흔히 얘기하는 RPM이 브랜드 내 경쟁을 제한하는 반면 브랜드간 경쟁을 촉진한다는 논리가 언제나 설득력이 있는지 여부이다. 이러한 설명은 RPM이 유인염매의 방지를 통한 브랜드보호와 무임승차의 방지를 통한 유통효율성 제고를 가져오는 측면을 염두에 두고, 이는 결국 다른 제조업자와의 효율성 경쟁을 자극할 수 있다는 전체에서 나온 듯하다. 그런데 이같은 브랜드간 경쟁촉진효과는 언제나 당연히 발생하는 것은 아니라 매우 복합적인 요소에 좌우되는 것이고, 따라서 구체적인 사건에서 여러 정황을 종합하여 고려하지 않으면 안 된다. 예컨대, RPM이 가격(인하)경쟁을 방지하기 위한 것이거나 가격을 무단으로 인하하였다는 이유로 대리점계약이 해지된 예가 있는지, 당해 제조업자의 시장점유율에는 어떤 변화가 있는지 등을 모두 고려하여야

40) 최근 미국 최고법원이 전술한 Leegin판결에서 반트러스트법의 우선적 목적이 브랜드간 경쟁보호에 있음을 천명하고 있는 것도 이러한 맥락에서 이해할 수 있다.

비로소 RPM이 브랜드간의 경쟁에 어떤 영향을 미칠지 추론할 수 있는 것이다.

이러한 점을 고려할 때 시장지배적 사업자의 RPM이라 하더라도 이를 브랜드 간 또는 브랜드 내 경쟁의 관점에서 접근하기 보다는 기존의 남용행위, 특히 배제 또는 방해남용의 범주에서 포착하는 것이 바람직해 보인다. 이를테면 약탈가격의 실행을 위한 RPM의 경우나 경쟁사업자의 신규진입을 막기 위한 RPM, 기존 사업자의 배제를 위한 RPM 등 관련시장에서 시장구조의 악화를 가져올 수 있는 수단으로 악용되는 RPM의 경우에는 이를 남용행위로 규제하는 것이 타당할 것이다. 이러한 해석에 따르자면 시장지배적 사업자의 RPM약정이 언제나 경쟁제한적인 것은 아니고, 마찬가지로 경쟁제한성을 기준으로 할 경우에 당연위법의 태도를 받아들일 수는 없을 뿐만 아니라,⁴¹⁾ 단지 시장지배적 사업자의 RPM은 그만큼 관련시장에서 경쟁을 저해할 우려가 있다는 점에서 주의를 요한다는 결론이 도출될 수 있다.

3. 공정위의 심결 및 법원의 판례

우리나라에서는 1981.8. 유공 등 정유 5개사의 석유판매대리점에 대한 재판매가격유지행위가 금지된 이후 RPM에 대한 시정조치는 꾸준히 계속되고 있으며, 최근에도 주요 산업에서 RPM에 대한 공정위의 시정조치가 이어지고 있다. 주로 제조업체의 대리점에 대한 RPM이 문제되었고, 재판매가격을 계약서에 명시하지 않고 대리점에 이를 일방적으로 통지하는 한편 정해진 재판매가격을 준수하지 않을 경우 대리점계약의 해지나 거래중단, 본사지원의 중단, 리베이트 등의 차별 취급 등 제재를 가하겠다는 통지가 함께 이루어진 예가 많았다.⁴²⁾

이들 사례에서 공정위는 일관되게 RPM규제의 취지가 판매업자의 가격결정의 자유를 보호하는 데에 있음을 지적하고, 피심인의 시장지배적 지위나 시장에서의 경쟁제한효과 또는 RPM이 약정에 의한 것인지 일방적 통지에 의한 것인지 그 형식과 상관없이 재판매가격의 강제성 및 구속성, RPM의 성격상 판매단계에서 흔히 나타나는 브랜드 내 가격경쟁의 제한을 이유로 위법성을 인정하고 있다. 「재판매가격유지행위 심사지침」이 거래단계별 판매가격의 지정행위 외에 ‘강제성’

41) RPM에 대하여 당연위법식의 엄격한 접근은 오히려 제조업자의 유통계열화를 촉진하여 독립 판매업자들이 시장에서 구축될 우려도 있다. 이때 과연 RPM 규제의 목적이 경쟁인지, 독립 판매업자의 존속인지에 대한 검토가 필요할 것이다.

42) 실무상 RPM의 실효성 확보수단에 대해서는 이동신, 전계논문, 550-555면.

유무를 기준으로 위법성을 판단하고, 최저 RPM에 해당하면 ‘유통단계에서의 가격경쟁을 제한하고 사업자의 자율성을 침해하므로 경쟁제한성이나 불공정성에 대한 분석 없이 당연위법으로 본다’고 규정하고 있는 것도 이러한 맥락에서 이해할 수 있다.⁴³⁾

RPM에 관한 유일한 대법원판결 또한 이러한 맥락에서 이해할 수 있다. 즉, 출고량조절사례로 더 잘 알려진 남양유업판결⁴⁴⁾에서 법원은 “사업자가 재판매업자에게 상품을 판매함에 있어 일방적으로 재판매가격을 지정하여 그 가격대로 판매할 것을 지시·통지하는 행위는 그것이 단지 참고가격 내지 희망가격으로 제시되어 있는 것에 그치는 정도인 경우에는 이를 위법하다 할 수 없고, 거기에서 그치지 아니하고 재판매업자로 하여금 그 지시·통지에 따르도록 하는 것에 대하여 현실로 그 실효성을 확보할 수 있는 수단이 부수되어 있는 경우에만, 법제2조 제6호에서 규정하는 ‘그 가격대로 판매할 것을 강제하거나 이를 위하여 규약 기타 구속조건을 붙여 거래하는 행위’로서 위법하다”는 전제에서 본건 남양유업의 판매가격 조사·점검행위의 목적이 거래처로 하여금 그 가격대로 판매하게 하는 데에 있음을 인정할 자료가 없는 등 동사의 권장소비자가격 통보에 그 실효성을 확보할 수 있는 수단이 부수되어 있었다고 보기는 어렵고, 남양유업이 매출액이 큰 대형할인매장에 대하여 염매를 이유로 함부로 공급중단을 결정할 수 있는 입장에 없었으며 실제로도 이를 이유로 공급을 중단한 바 없었고, 영업사원의 위 각 매장에 대한 판매가격 인상요청에도 현실로 그 실효성을 확보할 수 있는 수단이 부수되어 있었다고 보기는 어렵다는 점을 들어 결국 남양유업의 거래처에 대한 권장소비자가격 통보나 판매가격 인상요청은 모두 그 실효성을 확보할 수 있는 수단이 부수되어 있었다고 할 수 없고, 따라서 독점규제법상 재판매가격유지행위에 해당하지 않는다고 보아 공정위의 결정을 지지한 원심을 과기하였다.

2001년 독점규제법 개정 이후 최고RPM에 대한 규제사례는 지극히 드물다. 대표적으로, 아이비클럽사건⁴⁵⁾에서는 교복제조업체가 판매대리점에 대하여 동복 및

43) 동 지침의 체계상 RPM의 행위요건과 위법성 심사기준에 모두 ‘강제성’을 두고 있는 것은 의문이며, 최저 RPM에 대하여 이미 강제성을 기준으로 위법성을 판단한다고 규정하면서 불공정성에 대한 분석 없이 이를 당연위법으로 본다는 태도는 모순일 뿐 아니라, ‘당연위법’ 태도를 둘러싼 불필요한 오해만 불러일으킬 우려가 있다는 점에서 재검토를 요한다.

44) 대법원 2001. 12. 24. 선고 99두11141 판결.

하복의 판매가격을 각각 195,000원과 85,000원으로 지정하고, 그 준수 여부에 따라 대형유통업체 입점수수료를 차등지원하는 방법으로 이행을 강제하였다는 이유로 법 제29조 제1항 위반이 인정되었다. 이에 피심인은 자신의 행위가 “언론 및 시민단체 등의 사회적 비난을 예방하여 기업이미지를 제고하고 대리점들의 지나친 이윤추구행위를 방지하고자 적정이윤을 고려하여 최고가격을 설정”한 것이라고 정당한 이유를 주장하였으나, 공정위는 심사지침에 충실하게 동 행위가 오히려 대리점간 수평적 가격협정으로 기능하였거나 기능할 우려가 크고, 가장 핵심적인 경쟁수단인 대리점의 가격결정권을 제한하는 대신 효율성증대 내지 소비자후생증대효과를 기대할 수 없다는 이유로 이를 받아들이지 않았다. 한편, 시장지배적 사업자의 최고RPM에 대하여 독점규제법 제3조의2에 따라 남용을 인정할 예는 아직 없다.

V. 요약 및 결어

1. 요약

(1) 독점규제법 제29조 제1항이 금지하고 있는 최저RPM은 브랜드 내 경쟁제한과 무관하게 거래관계에서 판매업자의 가격결정의 자유를 제약하는 행위를 의미하고, 따라서 최저RPM을 강제하는 행위에 대해서는 합리성의 원칙에 따른 이익형량의 여지가 없는 것으로 해석된다. 학설, 공정위의 심결 및 판례 또한 이와 태도를 같이 하고 있다. 해석론으로는 최고RPM에 대해서도 경쟁촉진이나 효율성증대와 결부된 합리성의 원칙을 도입한 것으로 보기 어려우며, 강제 내지 구속 조건을 통한 RPM의 실효성 확보수단이 인정되고 이를 정당화할 사유가 제조업자에 의해서 입증되지 않는 한 원칙적으로 위법한 것이 된다.

(2) 이와 같은 RPM에 대한 독점규제법의 태도를 당연위법으로 해석하기는 곤란한데, 그 이유는 법 제2조 6호가 RPM의 개념을 정의하면서 이미 ‘강제성’이나 ‘구속조건’을 규정함으로써 판매업자의 자율적 가격결정권 침해라는 규범적 무가

45) 공정위, 의결 제2007-402호(2007.8.14.). 이 사건에서도 대리점계약서에 본사의 가격 정책에 협력하지 않을 경우 계약을 해지할 수 있다는 다소 포괄적인 조항이 들어 있었다.

치판단을 포함시키고 있기 때문이다. 입법론적으로 최저RPM에 대해서도 합리성의 원칙으로 전환하자는 주장은 RPM의 개념 및 규제근거를 강제성보다는 브랜드 내 경쟁제한으로 상정하는 경우에 가능한데, 브랜드 내 경쟁이 독점규제법상 그 자체로 보호가치 있는 독자적인 경쟁형태인지는 의문이다.

(3) 강제 내지 구속성과 무관하게 당사자간의 합의에 의한 RPM을 금지할 수 있는 근거는 바로 경쟁제한성이며, 이러한 경우란 시장지배적 지위에 있는 제조업자가 다수의 판매업자와 RPM약정을 하는 때에 상정할 수 있다. 이처럼 RPM약정을 경쟁보호의 관점에서 파악할 경우에는 동종 또는 유사상품의 존재, 경쟁 제조업자의 존부와 시장점유율, RPM의 동기와 소비자후생에 미치는 긍정적 효과, 비가격경쟁과의 관계 등을 종합적으로 고려하여 남용 여부를 판단하여야 할 것이다.

2. 결어

독점규제법은 수평적 거래제한과 수직적 거래제한을 명시적으로 구분하지 않고 있고, 수직적 거래제한에 해당되는 행위유형 또한 시장지배적 지위남용, 불공정거래행위 재판매가격유지행위 등으로 분산되어 있으며, 이들 각각의 행위를 금지하기 위한 요건도 상이하어 수직적 거래제한에 공통된 법원칙을 도출하기가 쉽지 않다. 그 중에서도 재판매가격유지행위, 즉 RPM은 수직적 가격제한으로서 판매업자에게 재판매가격을 강제 또는 구속하는지 여부를 기준으로 위법성이 판단되나, 미국 셔먼법 제1조의 거래제한유형으로서 판례법으로 발전된 법리가 우리나라에 그대로 수용되면서 독점규제법상 RPM규제의 성격과 체계적 지위 등에 대하여 적지 않은 혼선이 존재하고 있는 것이 현실이다.

이 글에서는 독점규제법 제29조가 금지하는 RPM을 그 실질에 있어서 제조업자와 판매업자간의 개별적 거래관계에서 나타나는 불공정거래행위의 하나로 이해하고, 브랜드 내 경쟁제한효과는 고려되지 않는다는 점을 확인하였다. RPM은 계속적 거래관계에서 배타조건부거래와 결부되어 행해지는 것이 일반적이라는 점을 고려할 때, RPM의 강제성이나 구속성 판단 및 나아가 정당한 이익형량에 있어서 관련된 계약관계 전체를 종합적으로 분석할 필요가 있을 것이다.

그리고 동법 제29조 제1항에 따라 위법성을 판단함에 있어서 경쟁제한성을 고려하지 않는다는 점에서 RPM을 정당화하는 사유 또한 경쟁촉진효과와는 무관할

수밖에 없으며, 최고RPM의 경우에 한하여 그것이 가져올 독점적 판매업자의 남용방지나 판매업자간 담합억제효과 등이 제한적으로 고려될 수 있을 뿐이다. 다만, 이러한 비교형량이 현실적으로 가능할 것인지는 의문이다. 한편, 시장지배적 사업자가 RPM을 약정하는 경우에는 법 제29조와 무관하게 제3조의2가 정하는 남용에 해당하는지 여부를 따져보아야 하며, 이때 위법성 판단기준은 거래상대방의 착취나 경쟁사업자의 방해 또는 배제에서 찾을 수 있을 것이다. 그 당연한 결과로 RPM약정이 남용규제에 포섭될 경우에는 그것이 관련시장에서 미치는 경쟁촉진효과를 충분히 고려할 여지가 있다.

향후의 경쟁정책적 이슈로는 독점규제법상 RPM규제에 있어서 진정한 합의에 의한, 즉 어떠한 강제나 구속이 없는 RPM약정을 어떻게 취급할 것인지, 판매업자의 가격결정의 자유가 침해되는 부분과 제조업자의 RPM도입에 따른 이익을 어떻게 비교형량할 것인지, 브랜드 내 경쟁이 위법성 판단에 있어서 고려되어야 할 독자적 의의를 갖는지 여부 등을 들 수 있다.

주제어: 재판매가격유지행위(RPM), 브랜드 내 경쟁, 브랜드간 경쟁제한, 수직적 거래제한, 당연위법, 합리성의 원칙, 강제성, 구속조건, 비교형량, RPM약정, 경쟁촉진효과

<Abstract>

Legal Status and Regulatory Issues of RPM in Korean Anti-Monopoly Act

Bong Eui Lee*

This article aims to clarify the status of “Resale Price Maintenance” (hereafter “RPM”) in the “Korean Anti-Monopoly Act” (hereafter “the Act”) and to analyse some regulatory issues of RPM. The Act prohibits vertical non-price restraints like exclusive dealership, geographic market division, and vertical price fixing (RPM) in some separated provisions and therefore any common approach to assess their illegality has not been found yet.

Above all, in case of RPM, the Act defines it as the act whereby an Enterprise which manufactures and sells certain goods fixes the resale price of such goods and coerces other Enterprises, which purchase and resell such goods, to resell the said goods at such fixed price, or imposes on such other Enterprises restrictions on the transaction to achieve such end. The definition focuses, unlike U.S. *per se* approach emphasizing the restraint of intrabrand competition in the Act, on the “coersion” and “restriction” similar to some other unfair trade practices. In this regard, the Act doesn’t adopt *per se* rule against RPM and allows no room for balancing interests.

Contrary to *de facto* unilateral coercion of resale price, RPM agreement should be assessed in terms of interbrand competition or competition on the relevant market and be subject to the prohibition of abusive conducts by a market dominant undertaking. In this case, the Competition Authority should take market structure, intent and/or effect of that RPM, size and market share of competitors, efficiency-enhancing character etc. into full account. Whether the intrabrand

* Associate Professor, College of Law, Seoul National University

competition itself deserves unique status to be protected by the Act, needs further analysis, but it seems skeptical.

Key words: resale price maintenance (RPM), intrabrand competition, interbrand competition, vertical restraints of trade, *per se* illegal, rule of reason, coercion, restrictive conditions, balancing interests, RPM agreement, competition-enhancing effect