

시장지배적 의료기기 사업자의 경쟁제한적 차별행위 - 지멘스 사건을 중심으로 -

정 재 훈*

- I. 서론
- II. 사실관계 및 판결요지
 - 1. 사실관계
 - 2. 판결요지
- III. 시장지배적 지위 남용행위 부분
 - 1. 관련시장 확정
 - 2. 시장지배적 지위
 - 3. 정상적인 거래관행 위반
 - 4. 거래조건 차별
 - 5. 경쟁제한성
- IV. 불공정거래행위 부분 판단
 - 1. 차별적 취급
 - 2. 부당한 고객 유인
- V. 결론

I. 서론

의료기기 시장과 의료 시장은 밀접불가분한 관계에 있다. 의료기기 시장은 현실적으로 의료 시장에 비하여 공공성이 상대적으로 완화되어 있어 경쟁의 범위가 비교적 넓은 분야이다. 지식재산권과 남용의 문제, 특허권과 경쟁법의 교차 문제 등이 다채롭게 전개되는 특징도 있다. 이 점에서 의료기기 시장의 경

* 논문접수: 2022. 3. 4. * 심사개시: 2022. 3. 9. * 게재확정: 2022. 3. 18.

* 이화여자대학교 법학전문대학원 교수(jhunjeong@naver.com).

쟁법 문제는 다양한 철학과 제도적 접근방법이 융합되는 분야가 된다.

최근 의료기기 시장에서 시장지배력의 남용이 문제되는 사건이 있어 관심을 끌고 있다. CT, MRI 장비를 공급하는 시장의 1위 사업자가 자신의 의료장비를 구입한 병원이 독립 유지보수 사업자(independent service organization)와 거래하는지 여부에 따라 장비안전관리 및 유지보수에 필요한 필수적인 서비스키 발급조건을 차별적으로 적용한 행위가 정상적인 거래관행에 비추어 타당성이 없는 조건을 제시하거나 가격 또는 거래조건을 부당하게 차별하는 행위[구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 구 공정거래법이라고 한다)¹⁾ 제3조의2 제1항 제3호, 시행령 제5조 제3항 제4호, 심사기준 IV. 3.]와 함께 불공정거래행위로서 차별(구 공정거래법 제23조 제1항 제1호, 시행령 제36조 제1항 별표1의2)에 해당하는지 등이 문제되었다.

이 사건에서 법원은 공정거래위원회의 판단과 다른 판단을 하였다. 위 법원은 의료기기 시장에서 고착효과를 고려할 때 관련시장을 어떻게 획정해야 하는지, 의료기기 시장에서 정상적인 거래관행은 무엇인지, 의료기기 시장에서 경쟁제한효과를 어떻게 평가해야 할지, 구 공정거래법 위반이 문제된 사안에서 지식재산권을 어떻게 보호해야 할지 등 다양한 쟁점에 대하여 의미 있는 판단을 하였다. 이 글은 대상판결의 판결요지를 설명한 후, 관련시장과 시장지배력, 남용행위의 객관적 요건, 경쟁제한효과의 평가 등을 다루면서, 이 판결의 시사점을 제시하기로 한다.

II. 사실관계 및 판결요지

1. 사실관계

원고 지멘스는 CT, MRI 장비를 공급하는 시장의 1위 사업자이다. 지멘스

1) 이 사건은 2021. 12. 30. 전면개정되기 전의 법이 적용된 사건이므로, 조문 표기는 구 법을 기준으로 표기한다. 다만, 전면개정 이후에도 조문 번호만 변경되었을 뿐 법률의 실질적 내용은 변경되지 않았다.

는 자신의 의료장비를 구입한 병원이 독립 유지보수 사업자(independent service organization, ISO)와 거래하는지 여부에 따라 장비안전관리 및 유지보수에 필요한 필수적인 서비스키 발급조건을 차별적으로 적용하였다. 이 행위에 대하여 공정거래위원회(이하 ‘공정위’라고 한다)는 시장지배적 사업자의 정상적인 거래관행에 비추어 타당성이 없는 조건을 제시하거나 가격 또는 거래조건을 부당하게 차별하는 행위(구 공정거래법 제3조의2 제1항 제3호, 시행령 제5조 제3항 제4호, 심사기준 IV. 3.)와 함께 불공정거래행위로서 차별(구 공정거래법 제23조 제1항 제1호, 시행령 제36조 제1항 별표1의2)을 적용하였다.

지멘스는 독립사업자의 유지보수 서비스를 받는 경우 발생할 수 있는 안전 업데이트의 문제, 저작권 침해 문제의 위험을 기재한 공문을 발송하였다. 이러한 행위에 대하여 위계에 의한 고객유인(구 공정거래법 제23조 제1항 제3호, 시행령 제36조 제1항 별표1의2)을 적용하였다.²⁾

2. 판결요지

서울고등법원 2020. 2. 6. 선고 2018누43110 판결의 요지는 다음과 같다.³⁾

첫째, 장비안전관리 및 유지보수에 필요한 필수적인 서비스키 발급조건을 차별적으로 적용한 행위에 대한 시장지배적 지위 남용 여부이다. 이와 같은 서비스키 발급조건 제시행위에 대하여 위 법원은 ‘거래관행에 반하는 타당성 없는 조건 제시’가 인정되기 어렵고, 가격 또는 거래조건을 차별하는 행위에 해당된다고 보기 어렵다고 판단하였다. 둘째, 같은 행위에 대하여 적용된 불공정거래행위 부분에 대하여 차별취급과 공정거래저해성을 모두 인정하기 어렵다고 판단하였다. 셋째, 원고의 위와 같은 공문발송행위에 대하여 위계에 의한 고객

2) 공정거래위원회 2018. 3. 13. 의결 제2018-094호(지멘스 사건).

3) 원고는 처분의 절차적 하자로, 원고가 조사 단계부터 타 제조사 거래관행에 관련된 자료의 열람·등사를 신청하였으나, 공정위가 거부사유가 없음에도 이를 거부하여 방어권을 침해하였음을 주장하였으나, 이 부분 주장은 인정되지 않았다.

유인행위가 인정되고 공정거래저해성도 인정될 수 있다고 판단하였다.

III. 시장지배적 지위 남용행위 부분

시장지배적 지위 남용이 인정되기 위하여, 주체 요건으로 시장지배적 사업자로 인정되어야 한다. 시장지배적 사업자의 판단을 위하여 관련시장을 획정해야 하고, 관련시장 획정은 시장지배력의 존부뿐 아니라 남용행위와 경쟁제한성을 인정하기 위한 전제도 된다. 아래에서는 관련시장, 시장지배적 지위, 남용행위의 객관적 요건, 경쟁제한성의 순서로 살펴본다.

1. 관련시장 획정

가. 서울고등법원의 판단

위 법원은 관련시장을 국내 유지보수서비스 시장으로 보았다.⁴⁾

첫째, 관련시장 중 상품시장을 유지보수서비스 시장으로 본 논거는 다음과 같다. 주상품은 2015년 기준 CT의 경우 최저 1억 7,300만 원에서 최고 13억 2,900만 원으로 평균 약 7억 원에 거래되고, MRI의 경우 최저 5억 6,700만 원에서 최고 21억 100만 원으로 평균 약 13억 원에 거래되는 등 그 구입가격이 매우 높다. 반면 유지보수서비스 가격은 원고들이 제공하는 통합 유지보수서비스 중 가장 고가인 TOP Premium을 기준으로 하더라도 평균 장비가격의 10%대에 불과하다. 한편 주상품의 사용연한은 약 10~12년으로 비교적 장기이나, 그에 비하여 무상보증기간은 1년으로 짧은 편이고, 이로 인하여 무상보증기간 만료 후 장비를 중고로 매각하면 수리비용에 대한 부담 등으로 인해 감가상각이 크게 발생한다.

4) 서울고등법원 2020. 2. 6. 선고 2018누43110 판결문(이하 '이 사건 판결문'이라고한다) 30, 31면.

둘째, 관련시장 중 지역시장을 국내 시장으로 본 논거는 다음과 같다. CT, MRI는 병원 내에 고정적으로 위치시켜 사용하는 설비로서 그 규모 및 설치, 사용방법의 특성상 설치 장소를 벗어나 유지보수서비스를 받는 것이 용이하지 않다. 또한, CT, MRI에 대한 유지보수서비스는 고장 발생 후 수 시간 이내에 신속하게 이루어져 장비의 가동률을 보장하는 것이 중요하므로 해외의 유지보수서비스 업체로부터 서비스를 받는 것은 상정하기 어렵다.

나. 평가

원고는 주상품 시장(CT, MRI 등 공급시장)과 부상품 시장(유지보수서비스 시장)을 결합 시장으로 보아야 한다는 전제에서 원고가 시장지배적 지위에 있지 않다는 주장을 하였다. 이때 쟁점은 CT, MRI 등 주상품 시장과 유지보수서비스 등 부상품 시장을 결합하여 하나의 시장으로 이해할 것인지에 있다.

(1) 유지보수서비스 시장의 별도 획정 여부

대상판결은 유지보수서비스 시장을 주상품 시장과 별개로 획정하였고, 이는 타당하다. 주상품 시장과 유지보수서비스 시장이 밀접하게 관련되어 있다고 하더라도 이를 하나의 시장으로 보기 어렵다. 대상판결이 적절하게 지적한 바와 같이, 주상품 시장의 대상 내지 목적은 재화인 CT, MRI 등 의료기기이고, 부상품 시장의 목적은 용역인 유지보수서비스이다. 유지보수서비스가 의료기기에 부수되어 독립성이 없는 용역으로 평가하기 어렵고, 거래실태를 고려해도 특별한 사정이 없는 한 별개의 시장으로 볼 수 있다.⁵⁾ 시장의 참가자

5) 공정거래위원회 2018. 3. 13. 의결 제2018-094호 의결서(이하 '이 사건 의결서'라고 한다) 30면은 특별한 사정을 다음과 같이 기재하고 있다. 차별화된 주상품(primary product)과 이를 보완하는 부상품(secondary product)이 존재하는 시장의 경우 주상품과 부상품을 결합하여 하나의 시장으로 획정할지 브랜드 특정성(brand-specific)이 있는 별도의 후속시장(aftermarket)인 부상품 시장만을 관련 상품시장으로 획정할지 여부가 핵심 쟁점이 되는데, 특정 사업자가 부상품의 가격을 경쟁가격 이상으로 인상할 경우 부상품 자체의 판매 감소는 물론 주상품의 구매전환과 이로 인해 파생되는 부상품의 매출 감소의 영향으로 추가 이윤을 확보하는 것이 어렵다면 주상품과 부상품이 결합하여 하나의 시스템 시장으로 작동한다고

(market participant)를 고려하더라도 주상품 시장에서 활동하지 않으면서 부상품 시장에서 유지보수서비스만 제공하는 사업자가 다수 있음을 알 수 있다.⁶⁾ 이 사건에서 공정위가 위반행위로 특정한 행위도 독립 유지보수서비스 사업자(independent service operator)를 배제하여 경쟁을 제한하였다는 점이다. 이러한 점을 종합하여 보더라도 두 시장은 대체성이 없는 별개의 시장으로 획정하는 것이 타당하다.

수리서비스가 문제된 비교법적 사례를 보더라도 대상판결의 입장은 쉽게 수긍할 수 있다. Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services(이하 ‘코닥 사건’이라고 한다) 판결⁷⁾은 복사기와 복사기에 대한 수리서비스를 별도의 시장으로 획정하였다. In re Independent Service Organizations Antitrust Litigation, 203 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2000) 판결⁸⁾도 복사기와 수리서비스를 별도의 시장으로 획정하였다.

볼 수 있다.

- 6) 공정위 의결도 이 점을 하나의 정황으로 고려하였다. CT 및 MRI를 제조·판매하지 않으면서도 핵심인 장비에 대한 유지보수서비스만을 전문적으로 제공하는 다수의 ISO들이 활동하고 있는바, 이러한 사실은 주상품 시장과 구별되는 부상품 시장으로서의 유지보수서비스 시장이 실제로 작동하고 있다는 실증적 지표가 될 수 있다(의결서 38면).
- 7) Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., 504 U.S. 451 (1992). 피고(코닥)는 복사기, 마이크로 그래픽 기계를 생산하고, 수리서비스도 제공하는 사업자이다. 원고(Image Technical Services)는 피고가 생산한 복사기 등에 대하여 수리서비스를 제공하는 사업자이다. 피고는 원고에 대하여 수리서비스에 필요한 부품 공급을 거절하였다. 원고는 피고가 수리서비스와 부품을 끼워팔기하였으므로 서면법 제1조에 위반되고, 수리서비스 시장에서 독점화 또는 독점화기도를 하였으므로 서면법 제2조에 위반된다고 주장하였다. 1심은 원고의 청구를 기각하는 사실심리 생략판결(summary judgment)을 하였다. 2심은 1심을 파기하며 원고 승소 취지의 판결을 선고하였다. 대법원은 2심을 유지하여 원고 승소 취지의 판결을 하였다. 즉, 대법원은 서면법 제1조, 제2조 위반을 모두 인정하였다. 정재훈, 『공정거래법 소송실무(제2판)』, 육법사, 2017, 614면.
- 8) In re Independent Service Organizations Antitrust Litigation, 203 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2000). 원고(CSU 등 Independent Service Organization)는 복사기 등 수리업체이고, 피고(Xerox)는 복사기 제작업체이다. 피고는 원고에 대하여 부품 및 소프트웨어 등의 공급을 거절하였다. 이에 대하여 원고는 독점금지법 위반으로 소를 제기하였고, 피고는 특허권 침해 등의 반소를 제기하였다. 1심은 사실심리 생략판결(summary judgment)로 원고 청구를 기각하였고, 2심도 원고 패소 취지로 항소를 기각하였으며, 상고가 허가되지 않았다. 정재훈, 『공정거래법 소송실무(제2판)』, 591면.

(2) 자사(自社) 유지보수서비스 시장의 별도 획정 여부

대상판결이 유지보수서비스 시장을 자사의 단일 브랜드 시장(single branded market)으로 볼지에 대하여 일관된 판단을 하지 못한 것은 아쉬운 점이다. 공정위는 주상품인 CT 및 MRI 장비시장과 구분되는 부상품 시장인 원고의 CT 및 MRI 유지보수서비스 시장을 관련 상품시장으로 획정하였다. 대상판결은 관련 상품시장을 CT 및 MRI 장비시장과 구분되는 ‘국내 유지보수서비스 시장’으로 판시하고 있다.⁹⁾ 그런데 시장지배적 지위 판단에서 ‘원고의 자사(自社) 유지보수서비스 시장 점유율’ 등에 기초하여 시장지배적 지위를 인정하고 있다.¹⁰⁾ 유지보수서비스 시장을 원고의 CT 및 MRI 외에도 다른 회사의 CT 및 MRI까지 포함하여 획정하는 것과 원고의 원고의 CT 및 MRI 시장으로 국한하는 것은 크게 다르다. 시장점유율도 달라진다.

관련시장에 대한 판단과 관련시장의 시장지배적 지위(시장지배력) 판단은 괴리되기 어려움에도 대상판결이 관련시장은 ‘유지보수서비스 시장’으로, 시장지배력은 ‘원고의 자사(自社) 유지보수서비스 시장’으로 기재한 것은 정당하지 않다. 대상판결이 의도한 바는 ‘전체 제품을 포괄한 국내 유지보수서비스 시장’이 아니라 ‘원고 제품에 대한 국내 유지보수서비스 시장’으로 선해할 수 있다. 이를 일관되게 기재하고, 그 과정에서 고착효과나 이에 준하는 법리를 설시하는 것이 논리적인 설명이 된다. 이 점에서 대상판결보다 오히려 공정위의 의결서가 일관성이 있는 것으로 보인다.

2. 시장지배적 지위

가. 서울고등법원의 판단

서울고등법원은 다음과 같은 사정을 들어 시장지배적 지위를 인정하였다.¹¹⁾

9) 이 사건 판결문 30면.

10) 이 사건 판결문 32면.

11) 이 사건 판결문 32면.

첫째, 이 사건에서 문제된 유지보수서비스 시장과 의료장비 시장에서 원고들의 시장점유율을 고려하였다. 원고들은 최근 4년간 자사 CT 유지보수서비스 시장에서 약 98~99%의 시장점유율을, MRI 유지보수서비스 시장에서 약 93~99%의 점유율을 차지하고 있다. 원고들은 최근 4년간 주상품인 CT, MRI 시장에서도 시장점유율 1위를 차지하였다. 둘째, 기술적 진입장벽으로 신규사업자의 시장진입이 어려운 점이다. 즉, 유지보수서비스 시장에 일반 사업자가 진출하기 어려운 기술적 진입장벽이 있고, 원고들의 서비스 소프트웨어 임의 사용 제한과 유상 라이선스 정책으로 신규 사업자의 시장진입이 어려운 점을 고려하였다.

나. 평가

(1) 시장지배력

이 사건에서 의료장비 시장과 수리서비스 시장이라는 별개의 시장이 존재하므로 2개의 시장 중 어느 하나에는 시장지배력(시장지배적 지위)이 존재해야 그 다음 단계로 남용행위를, 그리고 최종적으로 남용행위에 따른 경쟁제한 효과를 검토할 수 있다.

(가) 의료장비 시장

먼저 의료장비 시장(주상품 시장)에서 원고는 시장지배력을 가지고 있는가? CT 시장에서 장비 대수 기준으로(2016년 7월 말) 원고는 30.4%의 시장점유율을 가지고 있고, 매출액 기준으로(2012~2015년) 33~40%의 시장점유율을 가지고 있다. MRI 시장에서 장비 대수 기준으로(2016년 7월 말) 원고는 35%의 시장점유율을 가지고 있고, 매출액 기준으로(2012~2015년) 45~63%의 시장점유율을 가지고 있다.¹²⁾

이 자료만으로 보면 원고의 시장점유율은 다양한 판단이 가능한 회색지대

12) 이 사건 판결문 6~8면.

에 속하여 원고가 의료장비 시장에서 시장지배력을 가지고 있는지는 명확하지 않다.¹³⁾ 단지 CT 시장에 비하여 MRI 시장에서 시장지배력을 가지고 있을 가능성이 상대적으로 높다는 정도를 알 수 있다. 구 공정거래법 제4조는 사업자의 시장점유율이 일정한 수준을 넘는 경우, ① 1 사업자의 시장점유율이 50/100 이상이거나(단독 추정, 법 제4조 제1호), ② 3 이하 사업자의 시장점유율의 합계가 75/100 이상인 경우(합산 추정, 단 시장점유율이 10/100 미만인 사업자는 제외, 법 제4조 제2호) 시장지배적 사업자로 법률상 추정하고 있는데, 이 사건에서 단독 추정보다는 합산 추정의 가능성이 상대적으로 높다.

(나) 유지보수서비스 시장

유지보수서비스 시장의 시장점유율 산정에는 양론이 있을 수 있다. 구체적으로, 원고의 시장점유율을 산정함에 있어 원고 자사 제품의 유지보수서비스만 반영할지, 전체 제품의 유지보수서비스를 반영할지가 문제된다. 주된 상품 시장(CT, MRI)에서 경쟁자인 다른 장비제조사로 GE, 도시바, 필립스, 히타치 등이 존재하므로, 전체 CT, MRI 제품에 대한 유지보수서비스를 고려할 경우에는 원고의 시장점유율은 하락하게 된다.

후속시장을 별도의 관련시장으로 획정할 경우, 주로 쟁점이 되는 부분은 주상품 시장의 경쟁이 치열할 경우 주상품 시장의 시장지배적 사업자가 아님에도 후속시장에서 시장지배력을 가질 수 있는지의 문제이다.¹⁴⁾ 예를 들면, 코닥 사건에서, 서면법 제1조의 끼워팔기가 적용되려면 어느 정도의 시장지배력이 필요하고, 서면법 제2조의 적용을 위하여도 시장지배력을 심리해야 하므로

13) U.S. v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945, 'Alcoa 판결')에서 시장점유율과 독점의 관계에 관하여 시장점유율 90%는 독점으로 보기에 충분하고, 64%는 충분하지 않으며, 33%는 독점이 아니라는 유명한 판시를 남겼고, 이 부분은 후속 판례에도 많은 영향을 미쳤다. 다만 현재는 시장점유율이 50%면 독점력이 인정될 여지가 있다(구 공정거래법 제4조, 2005년 ABA model jury instruction 등 참조). 정재훈, 『공정거래법 소송실무(제2판)』, 559면.

14) 주상품 시장에 시장지배력이 있는 경우보다, 주상품 시장이 경쟁적인 경우, 부속 시장에서 고착효과를 이용하여 독점 가격을 부과할 수 있는지의 문제이다. Hovenkamp, Federal Antitrust Policy, West, 2016, p. 125.

부품시장과 수리서비스 시장에서 시장지배력이 있는지가 핵심적인 쟁점이 되었다. 복사기 시장의 점유율에 비추어 피고의 시장지배력이 인정되기 어려움에도, 미국 연방대법원은 소비자의 입장에서 복사기의 교체가 쉽지 않다는 ‘고착효과(lock-in effect)’에 기하여 ‘single brand market’ 이론을 매개로 시장지배력을 인정하였다.¹⁵⁾

고착효과에 따라 단일 브랜드 상품으로 관련시장을 획정할 수 있는 사례(single brand relevant market)는 예외적이고 특수한 상황에 가능하며, 이를 일반화하는 것은 곤란하다.¹⁶⁾ 코닥 사건 이후 하급심이 위 법리를 제한적으로 적용하고 있는 점도 이러한 한계를 고려한 취지로 보인다. 위 법리를 넓게 인정하면, 시장지배력을 쉽게 인정하게 되어, 어느 정도 집중된 시장에서 차별화된 상품을 공급하는 경우 그 후속시장의 시장지배력이 과도하게 인정되는 문제가 발생한다.¹⁷⁾ 코닥 사건에서 제시된 ‘고착의 법리’가 끼워팔기 등 일부 유형에서 시장지배력 평가의 새로운 국면(new dimension to the evaluation of economic power)을 연 것은 사실이지만,¹⁸⁾ 그 적정한 범위를 제한할 필요도 있다.

코닥 사건에서 코닥이 독립서비스 사업자보다 동일 서비스에 대하여 높은 가격을 부과할 수 있었고, 가격차별을 하는 등 시장지배력에 부합하는 일단의 증거가 있었음에 유의할 필요가 있다. 그 점에서 고착효과와 시장지배력은 구분할 필요가 있다.¹⁹⁾ 차별화된 제품, 구매자가 상대적으로 높은 비용을 투자하여 구입한 제품 등에서 판매자가 소비자의 고착에 따른 장점(advantage)을 누리는 것은 부정할 수 없으나, 이러한 장점이 시장지배력 수준까지 이르는지

15) 고착효과는 구매자의 매몰비용(sunk cost)의 문제로 설명될 수 있다. 매몰비용은 생산자의 경우에 주로 발생하지만, 구매자도 정보(information)의 문제, 특정 제품에 대한 친밀도(familiar with a product), 고가의 구입 비용 등에 따라 매몰비용으로 인하여 제품 선택의 자유가 제한된다. 그 결과 경제학에서 논하는 ‘installment base opportunism’의 문제가 발생하게 된다. Sullivan, the law of antitrust, West, 2016., p. 360.

16) Hovenkamp, Federal Antitrust Policy, p. 125.

17) *Ibid.*, p. 127, 130.

18) ABA, Antitrust Law Development, 2017., p. 190.

19) Hovenkamp, Federal Antitrust Policy, p. 128.

의 문제와 구별되어야 한다.²⁰⁾ 시장지배력을 쉽게 인정할 경우 독점금지법의 문제가 아니라 소비자 보호의 문제로 희석될 수 있다.²¹⁾

고착효과를 이 사건에서 고려하면, 전체 제품의 유지보수서비스보다 자사 의료장비에 대한 유지보수서비스를 시장지배력 판단에서 고려할 여지가 있다. 공정위는 현저히 높은 주상품 가격,²²⁾ 주상품의 사용연한이 장기인 점,²³⁾ 주상품 처분 시 소요비용의 부담, 비가격 측면의 고착효과²⁴⁾를 종합하여 높은 전환비용과 그에 따른 고착효과를 인정하였다.²⁵⁾ 다만, 공정위는 이 사건의 경우 주상품 시장에서도 시장지배력이 인정된다는 점에서 주상품 시장의 시장 지배적 사업자가 아님에도 후속시장에서 시장지배력을 가질 수 있는지의 문제와 구별된다고 보았다.²⁶⁾

대상판결은 고착효과에 관하여 명시적인 판시를 하지 않았으나, 관련시장에 대한 판단에서 높은 주상품 가격, 주상품의 사용연한이 장기인 점 등을 고려하는 등 실질적으로 고착효과를 결론에 반영한 것으로 이해할 수 있다. 이 점에

20) *Ibid.*, p. 125.

21) *Ibid.*, p. 126.

22) 이 사건 의결서 31면. CT 및 MRI는 일반적으로 거래되는 소비재와 현저한 가격 차이를 보이는 초고가의 내구재로서 피침인 장비의 평균 구입가격은 CT 약 7억 원, MRI 약 11억 원에 이른다. 반면, 연간 유지보수서비스 가격은 피침인이 제공하는 통합 유지보수서비스 중 가장 고가인 TOP Pre를 기준으로 할 경우에도 평균 장비가격의 약 10%대에 불과하다. 이처럼 주상품 가격이 부상품에 비하여 현저히 높은 경우 주상품 처분에 따른 거래비용 등 전환비용이 부상품의 가격인상분 보다 더 클 수 있기 때문에 병원이 이미 구매한 장비를 중고로 처분하고 타사 장비를 재구매할 가능성은 매우 제한적이다.

23) 이 사건 의결서 31, 32면. 이 사건 CT 및 MRI의 경우 사용연한이 약 10~12년으로 길고, 2016년 7월말 기준 사용연한이 10년을 초과하여 교체 시기가 임박한 것으로 볼 수 있는 장비가 일부에 불과하여 유지보수서비스 가격을 인상하더라도 상당수의 장비는 고착된 상태로 볼 수 있으므로 이에 상응하게 주상품 간 대체가능성은 상당히 제한적이다.

24) 이 사건 의결서 32면. CT 및 MRI는 병변의 진단을 위한 고도의 기술적 장비이므로 병원의 장비 운영자는 장비 구매 이후 제조사로부터 지속적으로 장비의 사용법에 대한 교육을 이수하고, 적용하는 과정을 거치게 된다. 이에 피침인은 온콜 상태의 장비의 경우 유료로 장비 애플리케이션 교육 등의 서비스를 제공하고 있다. 이처럼 의료기관이 특정 제조사의 장비에 최적화될 경우 비가격적인 고착효과가 높아져 장비 교체 시점이 되어도 타사 장비로의 전환율을 낮추는 요인이 된다.

25) 공정위 의결이 *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.* 사건과 같은 접근법이라는 견해로는, 김형배, 『공정거래법의 이론과 실제』, 삼일, 2019., 99면.

26) 이 사건 의결서 37면.

서 유지보수서비스 시장에서 원고의 시장지배력을 인정한 대상판결의 판단은 수긍할 수 있다.

대상판결이 지적한 바와 같이, 원고가 자사 CT 유지보수서비스 시장에서 98~99%의 점유율을, 자사 MRI 유지보수서비스 시장에서 93~99% 점유율을 가지고 있다. 이러한 사정에 기초한다면 시장지배적 지위는 인정된다. 물론 원고의 장비시장에서 시장지배적 지위가 인정된다면, 유지보수서비스 시장의 시장지배력이 한층 더 공고하게 존재하는 것으로 볼 수 있다. 그러나 설령 의료장비 시장에서 시장지배적 사업자로 볼 수 없더라도 유지보수서비스 시장에서 시장지배력이 존재하는 이상 구 공정거래법 제3조의2를 적용하기 위한 주체요건은 무리 없이 구비하고 있다.

대상판결에는 구체적으로 나오지 않지만, 공정위 의결 단계에서는 관련시장과 시장지배력 판단에서 총 소유비용(Total Cost of Ownership) 기반 구매결정이 쟁점이 되었다. 원고는 장비를 구매하는 고객이 일반인이 아닌 전문성을 갖춘 의료기관으로 활발한 정보교류가 이루어지고 있어 총 소유비용 기반 결정을 하기 위한 비용 예측이 가능한 점, 제조사도 공급가격 결정에서 총 소유비용 기반결정을 기반으로 하고 있는 점 등을 주장하였다.²⁷⁾ 이에 대하여 공정위는 고객이 주상품 구매 시점에 부상품의 구매 빈도 및 가격 등을 종합적으로 분석하여 총 소유비용을 정확하게 파악하고 구매할 수 있다면 주상품과 부상품을 결합하여 시장을 획정할 수 있으나, 상당수의 비용이 총 소유비용을 예측하여 구매결정을 하는 것이 어렵다고 판단하였다.²⁸⁾ 총 소유비용의 고려는, 결국 구매자가 총 비용(total life cycle costs)를 고려하여 선택을 하고 전환을 할 수 있는지에 영향을 미친다.²⁹⁾

공정위 판단은 총 소유비용의 고려를 부정한 코닥 사건 판결과 같은 입장인 것으로 보인다. 코닥 사건에서, 코닥은 소비자 등 거래상대방이 복사기를 구입

27) 이 사건 의결서 35, 36면.

28) 이 사건 의결서 34면.

29) ABA, *op.cit.*, p. 190.

하였을 때 전체적으로 소요되는 비용(the total cost of the equipment over its life cycle)을 고려하므로, 후속시장인 수리서비스 시장에서 과도한 요금 청구는 복사기 판매감소로 귀결된다고 주장하였다. 그러나 연방대법원은 구매 당시에 전체 비용을 알기는 어렵고, 소비자의 전환 비용 등을 고려하면 위 주장을 받아들이기 어려우며, 실제 코닥이 경쟁자를 배제하고 수리서비스 비용을 인상한 사실이 인정된다고 판단하였다.³⁰⁾ 그러나 이와 달리 계약 당시 거래 상대방이 과다 청구될(overcharge) 위험을 평가할 수 있었고, 거래 당시에 이를 예상할 수 있었던 경우는 위와 같은 코닥 사건의 연방대법원 법리가 적용되기 어렵다고 본 유력한 후속 사례들이 있다.³¹⁾ 이 점에서 알 수 있듯이, 거래 상대방이 수리비용 등 유지비용을 포함한 전체 비용을 예측할 수 있는 근거가 있어 총 소유비용 기반결정을 할 수 있는 사안에서라면 관련시장과 시장지배력 판단이 달라질 수 있을 것으로 보인다.

(2) 시장지배력, 남용행위, 경쟁제한효과

남용행위는 유지보수서비스 시장에서 장비안전관리 및 유지보수에 필요한 필수적인 서비스키 발급조건을 차별적으로 적용한 행위로서 의료장비 시장의 거래과정에서 발생한 것이 아니라 유지보수서비스 시장의 거래과정에서 발생하였다. 즉, 남용행위는 유지보수서비스 시장에서 발생한 것으로 볼 수 있다. 공정위도 경쟁제한효과의 측면에서 유지보수서비스 시장의 경쟁 저해 가능성을 지목한 것으로 이해할 수 있다.

이렇게 보면 공정위 의결이나 대상판결은 ‘유지보수서비스’ 시장의 시장지배력을 전제로 ‘유지보수서비스’ 시장에서 시행된 남용행위로 인하여 ‘유지보수서비스’ 시장의 경쟁제한효과를 판단한 것으로 이해할 수 있다. 시장지배력과 남용행위, 경쟁제한효과가 동일한 시장에서 발생한 것으로 구성되어 있고, 외형상 이러한 구성은 자연스럽다. 다만, 시장지배력, 남용행위, 경쟁제한효과

30) *Ibid.*, p. 238.

31) *Queen City Pizza v. Comino's Pizza*, 124 F.3d 430 (3d Cir. 1997). *Ibid.*, p. 239.

를 동태적인 흐름의 시각에서 접근하면, 이러한 공정위나 원심의 접근방법은 이 사건의 본질을 종합적으로 이해하고 분석하는 데 한계도 있다. 이는 구 공정거래법 제3조의2를 적용하기 위한 요건, 특히 ‘행위 주체의 요건’을 위하여 ‘시장지배적 지위’가 인정되는지 등 해석론적 관점이 아니라, 행위 전반을 개관하는 동태적인 메커니즘에서 남용행위의 본질을 이해하는데 필요한 접근방법이 된다.³²⁾

이 사건에서 남용행위로 문제된(alleged abuse) 원고의 행위가 가능하였던 근본적인 이유는 무엇일까? 원고가 의료장비 시장에서 유력한 사업자로서 수요자인 병원이 원고의 의료장비를 구입한 이후에는 원고에 고착되고, 거래상 대방을 대체할 수 없었기에 원고의 일방적인 행위(unilateral action)가 가능하였다. 원고가 필수적인 서비스키 발급조건을 차별적으로 시행하는 상태에서, 병원은 다른 경쟁자보다 원고와 거래할 강한 유인이 생기게 되고, 대체적인 공급자로 전환하려면 그 비용(switching cost)이 지나치게 높게 된다. 이는 코닥 사건에서 지적된 바와 같이 장비 시장과 수리서비스 시장에서 발생하는 전형적인 고착효과의 모습이다.

이 점에서 원고가 유지보수서비스 시장의 시장지배력을 가지고 있는 점만으로는 남용행위를 분석하는 단계에서, 그리고 남용행위를 최종적으로 인정한 후 시장의 경쟁 질서를 회복하기 위하여 어떤 조치(시정조치, corrective measure)를 선택해야 하는 단계에서 한계가 있게 된다. 원고가 의료장비 시장에서 시장지배력 또는 그에 미치지 않더라도 상당히 유력한 지위에 있었는지, 이러한 지위가 수리서비스 시장의 시장지배력과 어떻게 연결되어 있는지, 그 결과 원고가 장비시장과 수리서비스 시장에서 모두 참여하여 두 시장의 지배력 또는 영향력이 어떻게 서로 상호작용을 하였는지를 분석할 필요가 있다.³³⁾

32) 특히 우리 공정거래법상 시장지배적 지위 남용에서 ‘다른 사업자’는 경쟁사업자에 한정되지 않고, 거래상대방을 포함하는 개념으로 보고 있다[임영철·조성국, 『공정거래법(개정판)』, 박영사, 2020, 51면]. 따라서 시장지배력의 행사는 당해 관련시장 외에 전방시장과 후방시장으로 모두 연결될 수 있다[신현운, 『경제법(제7판)』, 법문사, 2017, 163면].

33) 공정위는 다음과 같은 사유로 원고가 주상품 시장에서 시장지배력을 가지고 있다고 보았다(의결서 37면). 원고가 주상품인 CT 및 MRI 장비시장에서도 약 40%로 시장점유율

이러한 전제에서 의료장비시장에서 고착효과(lock-in effect)가 출발하였음을 기반으로 하여 남용행위를 논증하는 것이 자연스럽다. 앞서 지적한 바와 같이 관련시장과 시장지배력 판단에서 고착효과에 대한 충분한 분석이 이루어지지 못한 것과 같은 맥락에서, 시장지배력, 남용행위, 경쟁제한효과를 논증함에 있어서도 공정위 의결서나 대상판결은 모두 고착효과의 본질에 대한 논증을 충분히 하지 못한 한계를 가지고 있다.

3. 정상적인 거래관행 위반

가. 정상적인 거래관행과 경쟁제한행위

구 공정거래법 제3조의2 제1항 제3호는 ‘다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위’를 규정하고 있고, 시행령 제5조 제3항은 구체적인 유형으로 원재료 구매 방해(제1호), 필수적인 인력 채용(제2호), 필수요소 제한(제3호)와 함께 ‘제1호 내지 제3호 외의 부당한 방법으로 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위로서 공정거래위원회가 고시하는 행위’를 규정하고 있다(제4호). 따라서 시행령의 위임에 따라 기타 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위로 공정위가 고시한 유형은 시행령의 위임에 따라 법령을 보충하는 법규사항을 정하는 행정규칙으로 행정조직 내부적으로는 물론 대외적으로도 구속력을 가지는 것으로 이해할 수 있다.³⁴⁾

같은 이유에서, 시장지배적 지위 남용행위 심사기준³⁵⁾ IV. 3. 라. (2)에 명시된 ‘거래상대방에게 정상적인 거래관행에 비추어 타당성이 없는 조건을 제시하거나 가격 또는 거래조건을 부당하게 차별하는 행위’도 법규성을 가지는 구성

1위를 차지하고 있고, 상위 3개 사업자의 시장점유율의 합계가 80% 이상이므로 법상 시장 지배적사업자로 추정된다. 또한 CT 및 MRI는 고도의 복잡·정밀한 기기로서 장비시장의 법적·기술적 진입장벽이 높고, 제조사별로 고객의 특정 수요에 맞추어 사실상 주문 제작되는 차별화된 상품을 판매하는 것이므로 제조사간 장비의 대체가능성이 상당히 제한적이다. 그러나 원고의 주상품 시장에서 시장지배력이 공고한 것으로 보기는 어렵다. 40%의 시장점유율은 경쟁이 치열한 상태라면 달리 볼 여지가 있다.

34) 정재훈, 『공정거래법 소송실무(제3판)』, 육법사, 2020, 552면.

35) 2015. 10. 23. 공정거래위원회 고시 제2015-15호(이 사건 당시 적용된 고시이다)

요건으로 이해할 수 있다. 이 유형은 전단의 부당한 조건 제시와 후단의 차별적 취급으로 구성되어 있다. 그 중 전단의 ‘거래상대방에게 정상적인 거래관행에 비추어 타당성이 없는 조건을 제시하는 행위’는 시장지배적 지위 남용행위의 위반유형으로 적절한지 의문이다. 정상적인 거래관행은 불공정거래행위, 즉 불공정성을 판단기준으로 하는 유형에서 문제된다. 시장지배적 지위 남용행위에 ‘정상적인 거래관행’을 판단해야 하는 유형을 둔 것은 자연스럽지 않다.³⁶⁾

나. 서울고등법원의 판단

원고들은 과거부터 서비스 소프트웨어에 관하여 유상의 라이선스 정책을 가지고 있었음을 알 수 있고, 장비 구매자인 병원 또한 장비 구매 당시 최소한 서비스 소프트웨어의 존재 및 이에 대한 원고들의 저작권과 유상 라이선스 정책을 인지하였다.³⁷⁾ 원고들의 표준 유지보수서비스 계약에서도 서비스 소프트웨어의 사용은 유상임을 명시하고 있다. 원고들이 유지보수 수요 발생 시 다른 비용과 함께 인건비를 청구하였는데, 인건비에도 유상의 서비스키 사용 대가가 포함되어 있다고 볼 수 있다. 다만, 대형병원의 경우 원고들로부터 구입하는 장비와 이후 체결하는 유지서비스 계약의 수가 많아 매출 규모가 큰 거래처에 해당하고, 장래에도 장비 교체 또는 추가 구매 가능성이 큰 고객이므로, 원고들은 저작권자로서 갖는 재량 또는 양해 하에 고객관리 차원에서 예외적으로 서비스키를 무상으로 발급한 것으로 보인다.³⁸⁾

다. 평가

객관적 구성요건에서 원고들이 서비스 소프트웨어 사용에 필요한 서비스키

36) 서울고등법원 2019. 12. 4. 선고 2017누48 판결(상고 중)에서 ‘경쟁 모뎀칩셋 제조사에 대한 이동통신 표준필수특허의 라이선스 거절 또는 제한행위’에 대하여 ‘거래상대방에게 정상적인 거래관행에 비추어 타당성이 없는 조건을 제시하는 행위’가 적용되었고, 위 법원은 이를 인정하였다.

37) 이 사건 판결문 34면.

38) 이 사건 판결문 35, 36면.

를 무상으로 제공하는 거래관행이 존재한다고 인정하기 부족하므로, 이를 전제로 한 ‘거래관행에 반하는 타당성 없는 조건 제시’가 인정되기 어렵다고 판단하였다. 거래관행이 존재하지 않는 상태에서 거래관행에 반한다는 이유로 법 위반을 인정하는 것은 모순이다. 이는 저작권자가 실시료를 받고 저작권을 실시하는 행위는 정당한 권리행사이며, 원고가 유상의 라이선스 정책을 가지고 이를 실행하며, 예외적인 경우에만 무상으로 실시를 하였으므로 공정위가 주장하는 무상실시 관행을 증거로 인정할 수 없음을 지적한 것이다.³⁹⁾

공정위가 문제 삼은 거래관행은 ‘무상의 거래관행’이다. 관련시장에서 거래는 유상으로 이루어지는 것이 일반적이다. 그 점에서 ‘무상의 거래’는 예외적으로 특별한 경우에 이루어지며, 이러한 거래가 관행으로 정착되었다고 보는 것은 더욱 신중해야 한다. 무상의 거래관행을 인정하기 위하여 당사자의 합리적 의사가 무엇인지, 당사자가 무상으로 거래를 할 동기가 무엇인지 등이 충실하게 제시되어야 한다. 거래의 필요에 따라 무상으로 제공되는 관행이 일부 존재한다고 하여 이를 두고 무상의 거래관행이 존재한다고 단정하기 어렵다. 무상의 거래가 일시적인 현상에 불과하다면 이를 두고 일반화하는 것은 위험할 수 있다. 예를 들면, 사업자가 판매를 촉진하기 위하여 일시적으로 할인행사를 하였다고 하여 할인거래가 관행이라고 보고, 할인거래를 하지 않은 행위를 비난하는 것은 정당하지 않은 것과 마찬가지이다.

대상판결은 저작권의 정당한 권리행사를 지적하였다. 이 사건 행위가 저작권의 정당한 행사와 밀접한 관련이 있음을 부정하기 어렵다. 다만, ‘무상의 거래관행’ 문제는 비단 저작권에 국한된 문제는 아니다. 무상의 거래관행이 존재하고 그 관행이 일시적이 아니라 지속적으로 정착되었음을 보이는 상당히 유력한 증거가 존재해야 한다.

39) 정재훈, 『공정거래법 소송실무(제3판)』, 565면.

4. 거래조건 차별

가. 서울고등법원의 판단

원고들의 서비스키 무상제공의 거래관행을 인정할 수 없는 상태에서, 원고들이 ISO가 독자적인 유지보수서비스를 제공하는 영역에서 어떠한 재량 또는 양해 없이 유상 라이선스 정책에 따라 서비스키를 유상으로 제공하는 것을 두고 부당한 가격차별을 하였다고 볼 수 없다.⁴⁰⁾ 원고들의 라이선스 정책은 ISO 대상 서비스키 제공의 범위를 AIAT⁴¹⁾ 등 유지보수서비스 제공에 필수적인 베이직 레벨(레벨 3~4)을 한도로 규정하고 있고, 이는 저작권자가 저작권 행사의 일환으로 제3자에 대한 저작물 사용 허락의 범위를 정한 것으로 부당하다고 볼 수 없으므로, 원고들이 라이선스 정책에 따라 ISO와 거래하는 병원에 대하여 베이직 레벨을 한도로 서비스키를 유상 발급한 것이 서비스키의 기능 및 접근권한을 부당하게 차별한 것이라고 볼 수 없다.⁴²⁾

나. 평가

대상판결은 원고의 서비스키 발급조건 제시행위가 가격 또는 거래조건을 차별하는 행위에 해당된다고 보기 어렵다고 판단하였다. 유상 라이선스 정책이 정당하다는 전제에서 서비스키를 유상으로 제공하는 것은 합리적인 영업모델로 차별이라고 보기 어렵다는 취지로 이해할 수 있다.⁴³⁾

차별행위는 어떤 규범에서, 어떤 이유에서, 그리고 어떤 기준에 따라 판단하는가에 따라 그 의미가 달라질 수 있다. 예를 들면 헌법의 시각에서 논의하는 차별⁴⁴⁾과 공정거래법이 문제 삼는 차별은 다르다.⁴⁵⁾ 공정거래법이 문제삼는

40) 이 사건 판결문 39면.

41) 장비의 조립(Assembling), 설치(Installation), 조정(Adjustment), 시험(Testing) 등 4가지 항목의 기능을 'AIAT'라고 한다.

42) 이 사건 판결문 39, 40면.

43) 정재훈, 『공정거래법 소송실무(제3판)』, 565면.

44) 헌법 제11조 제1항

45) 경쟁법이 문제 삼는 차별 중 경쟁자를 배제하기 위하여 낮은 가격으로 공급하는 행위를

차별은 동일한 상품에서 비용의 차이가 없음에도 일정한 경제적 목적 달성을 위하여 서로 다른 가격, 기타 거래 조건을 부과하는 경우에 부당성이 문제된다.⁴⁶⁾ 시장지배적 지위 남용행위로서 차별과 불공정거래행위로서 차별에서 기준이 반드시 일치하지 않을 수 있다.

시장지배적 지위 남용행위에서 부당성은 경쟁제한성이다. 부당한 차별행위는 경쟁제한적인 차별행위이다. 이 사건에서 차별행위가 존재하였음에도 그 행위가 범위반이 아니라면 경쟁제한성을 인정할 수 없기 때문이다. 원고의 입장에서 사업상 정당화 사유가 있었는지도 경쟁제한성의 범위에서 함께 논의되어야 한다. 예를 들면 원고가 경쟁제한성을 상쇄하는 효율성을 제시한 경우이다.⁴⁷⁾ 그렇다면, 대법판결이 차별행위의 부당성과 경쟁제한성을 별도로 판단한 것은 타당하지 않다.⁴⁸⁾ 차별에 경쟁제한성이 없다면 최소한 구 공정거래법상 시장지배적 지위 남용에서 문제삼기 어렵다. 그 점에서 차별행위의 부당성과 차별행위의 경쟁제한성을 단일한 기준으로 판단하는 것이 원칙적이고 일관성이 있다.

1선 차별(primary line discrimination)인 약탈적 가격설정(predatory pricing)이고, 선택된 상대방과 그렇지 않은 상대방과 수직적 관계에서 차별을 하는 행위를 2선 차별(secondary line discrimination)이라고 하며(Sullivan, Secondary Line Differential Pricing and the Robinson Patman Act, Legal Studies Research Paper Series No. 2013-138, p. 2.), 이러한 분류는 우리 공정거래법에서도 유효하다.

46) 홍명수, “독점규제법상 차별적 취급”, 『비교사법』 12(2), 2005, 643-646면.

47) 미국의 경우 합리의 원칙에 따라 경쟁제한효과와 경쟁촉진효과가 모두 심리되는 사건에서, 원고가 경쟁제한효과를 증명하고, 피고가 경쟁촉진효과를 증명하게 된다(Sagers, Antitrust, Wolters Kluwer, 2011, p. 109./ABA, *op.cit.*, p. 61). 그러나 행정처분의 형태로 이루어지는 우리의 실무에서는 경쟁제한성은 처분사유가 되므로, 처분사유로서 경쟁제한효과가 경쟁촉진효과를 넘어서서 전체적인 경쟁제한성이 인정됨을 심의단계에서 심사관이, 소송단계에서 공정위가 증명해야 할 것으로 보인다. 이런 경우에도 사업자에게 적극적으로 반증할 의무가 있음은 물론이다.

48) 시장지배적 지위 남용행위 심사기준 IV. 3. 라 (2)에 명시된 ‘가격 또는 거래조건을 부당하게 차별하는 행위’의 부당성과, 구 공정거래법 제3조의2 제1항 제3호는 ‘다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위’의 ‘부당성’을 별개의 판단 요건으로 보기는 어렵다. 즉, 심사기준의 부당성과 법률의 부당성은 모두 경쟁제한성으로 이해하고, 법률의 부당성 요건이 반복하여 심사기준에도 나오는 것으로 봄이 자연스럽다. 이렇게 이해하지 않을 경우에는 부당성에 관하여 중복된 기준을 적용해야 하고, 그 기준이 서로 불일치할 수 있는 문제가 발생한다.

결국 거래에 차이가 있다고 모든 경우에 차별이라고 보기 어렵다. 차별에 어느 정도 합리적인 근거가 필요하다면 차별 자체가 아닐 수 있다. 그 점에서 대 상판결이 부당한 차별행위인지 판단한 것은 차별의 부당성을 판단한 것이 아 니라 차별행위 자체에 해당하는지를 판단한 것으로 선해할 수 있다.

5. 경쟁제한성

가. 서울고등법원의 판단

원고들의 유상 라이선스 정책에 의하더라도 ISO는 자신과 통합 유지보수서 비스 계약을 체결한 병원에 대하여 원고들보다 저렴한 가격으로 유지보수서비 스를 제공할 수 있다. 한편 온콜 영역 서비스의 경우, 서비스키 유상 발급으로 인하여 ISO가 기존보다 더 많은 비용을 지출하여야 하는 결과가 된다고 하더 라도, 온콜 매출액의 대부분을 차지하는 부품 교체에 따른 수익 등을 고려하면, ISO의 사업활동에 무조건 손해가 발생한다고 단정하기 어렵다. 피고가 발급기 간의 차별로 든 사례는 전체 중 2회에 지나지 않으며 오히려 대부분의 경우 하 루 또는 당일 에 발급된 사례가 더 많은 점 등에 비추어 보면, 피고가 차별행위 로 문제 삼는 사례만으로는 그것이 원고들과 ISO가 경쟁하는 시장에 영향을 미쳐 ISO의 사업활동을 부당하게 방해한다고 볼 수 없다.⁴⁹⁾ 원고들의 서비스 키 발급 가격은 유상 라이선스 정책이 시행된 2013년말 이래 일정하게 유지되 어 온 반면, ISO의 유지보수서비스 시장 점유율은 2013년부터 2016년까지 CT의 경우 0.4%에서 1.9%로, MRI의 경우 0.0%에서 6.4%로 꾸준히 성장하 였다.⁵⁰⁾ 원고들은 병원이 ISO로부터 유지보수서비스를 받는 것 자체를 제한 하지 않고 있고, 병원은 원고들을 통하지 않고 의료기기를 보수 또는 정비하는 경우 원고들과 유상 라이선스 계약을 체결함으로써 언제든지 유지보수에 필수 적인 범위 내에서 서비스 소프트웨어를 사용할 수 있다.⁵¹⁾

49) 이 사건 판결문 43면.

50) 이 사건 판결문 43면.

51) 이 사건 판결문 43면.

나. 평가

이 사건에서 법원의 판단은 공정위가 경쟁제한효과는 물론이고 경쟁제한의 우려도 증명하지 못하였고, 오히려 경쟁제한효과가 발생하지 않은 것으로 판단할 반대 정황(negative inference)이 존재한다는 취지이다. 대상판결에 기재된 사실을 전제한다면, 경쟁제한효과가 발생한 것으로 볼 직접적인 사유가 부족한 것으로 보이고, 경쟁제한의 우려도 높은 것으로 단정하기 어렵다. 예를 들면, 발급기간의 차별로 든 사례는 전체 중 2회에 지나지 않으며 대부분의 경우 하루 또는 당일에 발급된 사례가 더 많은 점(양적 측면, quantitative standard),⁵²⁾ 병원은 원고들을 통하지 않고 의료기기를 보수 또는 정비하는 경우 원고들과 유상 라이선스 계약을 체결함으로써 언제든지 유지보수에 필수적인 범위 내에서 서비스 소프트웨어를 사용할 수 있는 점(질적 측면, qualitative standard), ISO의 유지보수서비스 시장 점유율은 2013년부터 2016년까지 CT의 경우 0.4%에서 1.9%로, MRI의 경우 0.0%에서 6.4%로 꾸준히 성장한 점(시장점유율의 변화) 등이 이에 해당한다.

(1) 경쟁자 비용 상승

공정위는 경쟁사업자 비용 상승(raising rival's cost) 문제를 경쟁제한효과의 중요한 논거로 제시하였다.⁵³⁾ 즉, 서비스키의 유상판매의 문제로, 경쟁사업자 비용 상승의 효과는 유지보수 대상 장비 중 온콜 영역과 통합 유지보수서비스 영역을 구분하여 살펴볼 필요가 있는데, 우선 온콜 영역에서는 원고가 서

52) 전체 시장에서 문제된 행위에 의하여 영향을 받는 비율이 높을수록, 행위의 기간이 길수록, 행위가 정기적으로 이루어질수록 경쟁제한의 우려는 높게 된다. Whish & Baily, Competition Law, Oxford, 2015, p. 220.

53) 경쟁자 비용 상승(raising rival's cost)을 통한 경쟁자 배제는 배제남용을 설명하는 중요한 방법 중 하나이다. 다만, 가격인상은 사업자에게 이익이 되므로, 독점사업자가 아니더라도 경쟁자의 비용상승을 통한 가격인상을 통하여 자신의 가격을 인상할 동기가 있다는 설명으로는 Easterbrook, The Limits of Antitrust, Occasional Papers from the Law School, The University of Chicago, 1985., p. 16, 20. 경쟁자 비용 상승 효과는 포스트 시카고 학파가 주목한 것으로 설명되기도 하지만(권오승·서정, 『독점규제법』, 법문사, 2018., 428면), Easterbrook 등 주류 시카고 학파도 경쟁자배제를 설명하는데 자주 사용하고 있다.

비스키를 현재와 같은 가격으로 유상판매 하게 되면 ISO는 가격경쟁력을 완전히 상실한다는 점을 제시하였다.⁵⁴⁾

이 부분에 대하여 서울고등법원은 온콜 영역 서비스의 경우, 서비스키 유상발급으로 인하여 ISO가 기존보다 더 많은 비용을 지출하여야 하는 결과가 된다고 하더라도, 온콜 매출액의 대부분을 차지하는 부품 교체에 따른 수익 등을 고려하면, ISO의 사업활동에 무조건 손해가 발생한다고 단정하기 어렵다고 판단하였다. 공정위 심의 단계에서, 원고는 온콜 서비스 관련 매출 중에는 부품판매로 인한 매출이 90% 이상을 차지하는데, 심사보고서는 ISO의 부품판매로 인한 마진을 고려하지 않고 인건비만을 비교하였다고 주장하였다.⁵⁵⁾

이에 대하여 공정위는 온콜 서비스 매출 중에서 부품 판매로 인한 매출이 인건비의 10배에 달한다는 피심인(원고) 주장의 근거자료를 분석해 보면 피심인이 협력업체에게 부품만 판매한 내역까지 모두 포함하여 지나치게 과다계산된 것이고, 오히려 상당수의 온콜 서비스는 부품판매 없이 인건비만 청구된 사실이 확인되며, ISO에 대한 피심인 본사의 부품가격 제한 정책으로 인해 합법적 경로로는 ISO가 부품매출을 통해 마진을 확보하기도 어려운 구조라는 이유로 위 주장을 배척하였다.⁵⁶⁾ 그러나 서울고등법원은 공정위의 판단보다 원고의 주장에 수긍하였다. 이 판단은 경쟁자 비용 상승을 인정하더라도, 경쟁자가 충분히 이를 감수하고 경쟁할 수 있음을 지적한 것으로 이해할 수 있다.

나아가 원고들의 유상 라이선스 정책에 의하더라도 ISO는 자신과 통합 유지보수서비스 계약을 체결한 병원에 대하여 원고들보다 더 저렴한 가격으로 유지보수서비스를 제공할 수 있으므로 전체적인 경쟁에 미치는 영향이 크지 않다고 본 것이다. 여기에 경쟁자의 비용 상승이 있더라도 저작권의 정당한 행사에 해당한다면 이를 경쟁제한효과로 보기는 부족하다는 법리도 포함된 것으로 보인다.

54) 이 사건 의결서 54면.

55) 이 사건 의결서 59면.

56) 이 사건 의결서 60면.

경쟁자 비용 상승은 공동의 거래거절(concerted refusal to deal), 끼워팔기⁵⁷⁾, 배타조건부 거래 등에서 경쟁자 배제를 위하여 사용되고 있고,⁵⁸⁾ 필수 설비에 대한 접근 거절(denial of access to an essential facility), 디자인 변경(predatory design change), 위약벌(enforcement of contract penalty clauses) 등도 그 범주에 속한다.⁵⁹⁾

경쟁자의 비용을 상승시키는 방법론에 대하여 다양한 이론적인 설명이 존재한다.⁶⁰⁾ 시장지배적 사업자의 경쟁자 비용 상승의 문제에 대하여 경쟁자 비용 상승을 위하여 정부 규제 절차를 청원하는 경우, 소규모 사업자에 대하여 소송을 제기하는 경우, 노동조합을 통하여 임금 인상을 유도하는 경우, 규모의 경제를 갖추어야 경쟁이 가능한 기술을 선택하는 경우, 시장에서 필요한 원재료

57) U.S. v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (D.C.Cir. 2001) 사건에서, 법무부 반독점국은 레버리지 이론이 아니라 경쟁자 비용상승의 이론에 따라 MS가 경쟁자의 인터넷 브라우저의 유통 비용을 인상하였다는 주장을 하였다. Sullivan, the law of antitrust, p. 117, 118.

58) 단독의 거래거절에서 경쟁자 비용 상승이 문제될 수 있다. Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Co., 472 U.S. 585 (1985) 사건에서 피고(Aspen Skiing Co.)는 콜로라도주 아스펜 시에 속한 3개의 산에서 스키장을 운영하였다. 원고(Aspen Highlands Skiing Co.)는 같은 시에 속한 1개의 산에서 스키장을 운영하였다. 원고와 피고는 1971년부터 1978년까지 4개의 산에 위치한 스키장을 일괄하여 티켓을 공동판매하였다. 수익의 분배를 둘러싸고 다툼이 있자, 피고는 공동판매의 중단을 원고에 대하여 통보하였다. 피고로서는 조인트 벤처를 유지하는 것이 피고에게 이익이 됨에도 거래거절을 하였으므로 이는 경제학적 시각에서 합리적으로 설명이 되지 않고, 경쟁자의 비용을 올려서 경쟁자를 배제하려는 행위로 볼 수 있다. Hovenkamp, Federal Antitrust Policy, p. 429[정재훈, 『공정거래법 소송실무(제2판)』, 589, 590면].

한편 Salop & Scheffman, Raising Rivals' Costs, 73 Am. Econ. Rev. 267 (1983), p. 267, 268도 경쟁자비용상승의 유형으로 거래거절, 배타조건부거래, 제품기준, 정부규제, 광고비용, 수직적 가격압착 등을 들고 있다. 협상력의 집단적 사용이나 자본집약적인 기업이 임금인상을 주도하여 노동집약적인 경쟁기업의 비용을 인상하거나, 대기업이 광고비 지출을 주도하여 중소기업의 비용을 인상시킬 수도 있다[Anderson, Abuse of Dominant Position, in Competition Law Today(Dhall ed., Oxford, 2019), p. 98].

59) Sullivan, the law of antitrust, p. 117.

60) 경쟁자비용상승 전략은 위험한 투자를 하거나 초기 손실을 감수할 필요가 없다. 회수가 행위와 동시에 가능하다. 경쟁자 퇴출이 필요 없다. 경쟁자의 한계 비용을 상승시키게 되면, 경쟁자는 가격을 인상하고 공급량을 감축하게 된다. 경쟁자비용상승은 독점사업자에게 더 높은 비용이 들지 않는다. 경쟁자비용상승 전략은 경쟁촉진적인 정당화사유를 내포하고 있을 수 있다. 경쟁자비용상승 전략은 가격인하 등에 따른 단기적인 소비자 이익 발생을 전제로 하지 않는다(Salop, "The raising rivals' cost paradigm, conditional pricing practices and the flawed incremental price-cost test", Antitrust Law Journal (2017), p. 376, 377, 378).

공급이나 유통채널을 선점하는 경우 등이 논의되고 있다.⁶¹⁾

저작권이 존재하는 권리에 대하여 유상의 사용권을 부여한 것은 경쟁자 비용 상승에 따른 배제행위로 보기에는 이례적인 사안으로 보인다. 사용권 거래는 시장에서 정당한 거래에 속한다. 그 점에서 공급량을 증가하여 경쟁자로 하여금 비용을 상승하게 하더라도(홍보 등에 많은 비용을 지출하는 경우를 포함한다), 공급량 증가는 경쟁의 본질(the heart of competition)에 속하므로 이를 두고 남용행위로 보기 어려운 것과 유사한 측면이 있다.⁶²⁾

다만, 대상판결이 경쟁제한성을 부정하면서 고려한 일부 요소는 선뜻 납득하기 어려운 측면이 있다. 예를 들면, ISO 등 경쟁자의 손익을 경쟁자의 비용 상승이 경쟁에 초래하는 영향과 연결하지 않고 고려한 부분⁶³⁾은 경쟁자의 불이익에 그칠 뿐이어서 경쟁자에 대한 영향을 넘어서 경쟁제한효과가 발생하였는지에 대한 직접적인 논거가 되기 어려울 수 있다. 같은 이유에서, 경쟁제한의 효과가 일부 나타난다고 하더라도 저작권 보호 필요성 등에 비추어 경쟁제한의 정도가 수인 범위를 넘어 과도하지 않다고 판단한 부분⁶⁴⁾은 수긍하기 어렵다. ‘수인(受忍) 정도’의 판단은 정당한 권리행사를 벗어난 위법한 가해행위 사안⁶⁵⁾이나 권리남용 사안에서 검토되는 개념으로, 개별 경쟁자의 불이익을 넘어 경쟁에 대한 저해를 판단하는 경쟁제한행위에 적용하기에 적절하지 않은 판단으로 보인다. 경쟁자에 대한 제한이 수인가능한지와 관련시장에서 발생하는 경쟁제한효과는 동일선상에서 이해하기 어렵다.

(2) 경쟁자 차별, 불이익

공정위는 경쟁제한효과의 논거로, 서비스기 기능 차별 및 발급지연의 문제

61) Hovenkamp, Federal Antitrust Policy, p. 428, 429. 430.

62) *Ibid.*, p. 429-430.

63) 이 사건 판결문 42면.

64) 이 사건 판결문 43면.

65) 예를 들면 일조방해행위의 위법성에서 사회통념상 수인한도를 고려한 대법원 2004. 9. 13. 선고 2003다64602 판결 참조.

를 들었다. 즉, 원고가 ISO와 거래하지 않는 병원에게는 기존과 같이 레벨5 또는 레벨7의 서비스를 무상으로 제공하고 ISO와 거래하는 병원에게는 이보다 기능이 제한된 레벨3의 서비스를 유상으로 판매하였는데, 이로 인해 ISO와 거래하는 병원들은 고장부위 자동 진단 등 레벨5 이상의 고급 유지보수서비스 기능에 대하여 원천적으로 접근이 차단되는 불이익을 감수하게 된 점, 원고는 ISO와 거래하는 병원이 서비스키 유상 발급을 요청한 2건의 사례에서 각각 20일 및 25일의 기간 소요 후 서비스를 발급한바 있는데, ISO와 거래하는 병원의 장비 고장상태가 2.51일만 지속되어도 통합 유지보수서비스 대상 장비의 평균 가동률을 99%로 유지⁶⁶⁾하고 있는 피심인의 서비스 수준보다 ISO의 평균 가동률이 떨어질 수밖에 없어 ISO와 거래하는 병원들은 장비의 가동률 측면에서도 불이익을 감수하여야 하는 점 등⁶⁷⁾을 제시하였다.

이에 대하여 대상판결은, 원고들이 병원이 ISO로부터 유지보수서비스를 받는 것 자체를 제한하지 않고 있고, 병원은 원고들을 통하지 않고 의료기기를 보수 또는 정비하는 경우 원고들과 유상 라이선스 계약을 체결함으로써 언제든지 유지보수에 필수적인 범위 내에서 서비스 소프트웨어를 사용할 수 있고, 피고가 차별행위로 문제 삼는 사례만으로는 그것이 원고들과 ISO가 경쟁하는 시장에 영향을 미쳐 ISO의 사업활동을 부당하게 방해한다고 볼 수 없다고 판단하였다. 즉, 차별행위가 경쟁에 미친 영향이 크지 않다고 본 것이다.

(3) 진입장벽

원고가 ISO와 거래하는 병원에게만 서비스를 유상판매 함으로써 관련 시장의 진입장벽이 더욱 강화되어 신규 ISO의 시장 진입을 제한할 우려가 크다. 이러한 진입장벽은 ISO가 시장에 진출하는 진입통로 역할을 하는 온콜 영역으로부터 구축되는데, 원고가 책정한 서비스키 유상판매 가격이 ISO의 평균

66) 2014년 10월부터 2015년 9월까지 피심인과 통합 유지보수서비스 계약을 체결한 CT 및 MRI 장비의 평균 가동률이다.

67) 이 사건 의결서 57, 58면.

적인 온콜 서비스 가격을 상회하고 부품 가격을 제외한 저가 옵션의 연간 통합 유지보수서비스 가격과 유사한 수준이라는 점이 중요하게 작용한다.⁶⁸⁾ 진입장벽의 문제는 공정위 의결에서 중요한 쟁점으로 다루어졌다. 이와 달리 대상판결은 진입장벽의 문제에 대하여 구체적으로 판단을 하지 않았으나, 원고의 서비스키 유상판매 정책이 정당하고, ISO의 실질적 경쟁도 가능한 이상 이러한 진입장벽을 경쟁제한성 판단에 고려하기는 어렵다는 입장으로 보인다.

(4) 봉쇄효과

공정위 의결이나 대상판결은 봉쇄효과의 문제를 다루지 않았다. 봉쇄효과가 거래거절이나 배타조건부거래의 유형에서 주로 문제되는 것은 사실이지만, 그 외의 유형에서도 경쟁제한성을 가늠해보는 자료로 참조될 수 있다.⁶⁹⁾

봉쇄효과의 판단을 위하여 양적 봉쇄와 질적 봉쇄를 모두 보아야 한다는 것이 보편적인 이론이다. 양적 측면과 질적 측면을 모두 보아야 하지만, 그럼에도 양적 봉쇄를 기본으로 보아야 한다. 질적 봉쇄는 논란의 여지가 없을 정도로 강한 경우 등에 주로 의미가 있다. 질적 봉쇄에 지나치게 가중치를 두면 자의적인 판단이 나올 수 있다.⁷⁰⁾ 다만, 양적 봉쇄도 일시적이라면 이를 문제삼기 어려울 것이다. 이는 시장점유율이 높더라도 진입장벽이 낮은 경우에 일시적으로 점유율이 높은 경우라면 시장지배력을 추론하기 어려운 것과 같은 맥락이다. 배타조건부거래와 다른 남용행위 유형에서 고려되는 ‘봉쇄 또는 영향을 받은 비율⁷¹⁾’은 반드시 일치하지 않는다. 행위유형과 효과가 달라지는 이상 고

68) 이 사건 의결서 62면.

69) 앞서 언급한 경쟁자 비용 상승 효과와 봉쇄효과는 밀접한 관련성을 가지고 있다. 경쟁자비용 상승은 봉쇄효과를 계량하여 대체하는(a metered alternative to foreclosure) 의미를 가지고 있다. 경쟁자 비용을 점진적으로 상승시키면 경쟁자는 더 이상 경쟁을 할 수 없게 되고, 결국 봉쇄에 이르게 된다. 이러한 전제에서 미국 수직적 기업결합 가이드라인에는 경쟁자비용 상승 부분과 봉쇄 부분이 함께 기재되어 있다(Hovenkamp, Competition harm from vertical mergers, University of Pennsylvania ILE Research Paper, 2020, p. 7, 8.).

70) 성적평가나 입학사정평가에서 정량평가와 정성평가에서 구체적 타당성을 고려하지 못하는 정량평가와 객관성과 공정성을 잃을 염려가 있는 정성평가의 문제와 같다.

71) 배타조건부거래 유형이 아닌 유형에서 봉쇄효과를 사용하는 것은 오해의 소지가 있다.

려되는 양적 비율도 달라지는 것이 자연스럽다.

양적 영향을 받은 비율이 상대적으로 낮은 상태에서는, 질적 영향에 대한 평가가 중요하다. 계약에 의한 봉쇄의 경우에는 계약기간, 계약조건을 고려할 수 있다. 시장지배력을 고려할 수 있다. 시장지배적 사업자로 인정되더라도 사안마다 시장지배력은 다를 수 있다. 봉쇄효과의 질적 판단에서 진입장벽이 상당한 중요한 의미가 있다. 양적 봉쇄비율이 높다고 하더라도, 진입장벽이 낮다면 봉쇄효과가 부정될 수 있다. 반면 양적 봉쇄비율이 다소 애매하더라도, 진입장벽이 높다면 봉쇄효과가 인정될 수 있다. 수익성이 낮아서 경쟁사업자가 진입하지 못하는 경우는 그 이유를 분석해 보아야 한다. 봉쇄효과가 원인인지, 다른 원인이 문제인지 검토가 필요하다.

미국의 경우, 봉쇄비율이 높은 경우에는 위법성이 추정된다. 봉쇄비율이 기준(threshold)보다 낮은 경우에 다른 요소를 본다(30% 또는 40%). 실제 경쟁에 미친 영향(actual impact on competition)과 계약기간, 공모의 가능성, 진입장벽, 유통시스템의 성격 등을 고려한다.⁷²⁾ 유럽연합의 경우 수직적 합의로서 배타조건부거래에서 시장점유율, 경쟁자의 상태(position of competitors), 진입장벽 등을 고려한다.⁷³⁾ 공정거래법상 배타조건부거래의 판단 기준도 크게 다르지 않다. 한편, 무임승차 방지, 지식재산권 보호를 위한 배타조건부거래 등이 정당화사유로 논의되고 있다. 정당화 사유가 인정되는 봉쇄는 어느 범위에서 허용되어야 하는지, 무임승차를 방지하기 위한 다른 수단이라고 하더라도, 특별히 덜 침익적인 수단(less restrictive means)이 있는지가 문제된다.

이 사건에서 원고의 행위로 인하여 ISO가 병원과 용역 계약을 체결하는 것이 봉쇄되었는지가 문제된다. 이 점에서 공정위와 대상판결의 평가는 대조적이다. 공정위는 ISO에 대한 피심인 본사의 부품가격 제한 정책으로 인해 합법적 경로로는 ISO가 부품매출을 통해 마진을 확보하기도 어려운 구조라는 이유

72) Hovenkamp, Federal Antitrust Policy, p. 597.

73) Guidelines on vertical restraints, 2010/c 130/01. para. 153~155.

에서⁷⁴⁾ 경쟁사업자인 ISO는 원고의 정책에 의하여 실질적으로 봉쇄된 것으로 보았다. 이와 달리 대상판결은 원고들의 유상 라이선스 정책에 의하더라도 ISO는 원고들보다 더 저렴한 가격으로 유지보수서비스를 제공할 수 있으므로 전체적인 경쟁에 미치는 영향이 크지 않다고 보아 실질적인 봉쇄를 부정하면서, 여기에 경쟁자의 비용 상승이 있더라도 저작권의 정당한 행사에 해당하므로 정당화사유가 존재하는 것으로 보았다.

(5) 소결

공정위는 경쟁제한성의 주된 논거로 경쟁사업자 비용 상승, 경쟁자 차별, 진입장벽을 통한 신규 경쟁사업자의 진입 제한을 주장하였다. 그리고 경험적인 증거(empirical evidence)로 ISO가 퇴출된 사례와 사업 확장을 하지 못한 사례를 들었다. 여기에 더하여 정황 증거로 다른 장비 제조사가 소프트웨어 사용권을 무상으로 제공하는 사례, CT 및 MRI에 대한 공공입찰 결과 등을 들었다. 마지막으로 경쟁제한을 통하여 소비자후생 저해, 혁신의 저해, 안전 저해 등을 언급하였다.⁷⁵⁾

경쟁제한효과의 주된 논거인 경쟁사업자 비용 상승, 경쟁자 차별, 진입장벽은 경쟁제한성을 보여주는 대표적인 징표이다. 그런데 이들은 모두 원고가 서비스 소프트웨어 사용에 필요한 서비스키를 유상으로 제공한 행위를 통하여 이루어졌다. 원고의 행위가 지식재산권의 행사로 정당하다면 설령 그러한 행위로 경쟁이 제한된다고 하여 이를 남용행위로 보기는 어렵게 된다. 정당한 권리범위 내의 특허권 행사로 인하여 경쟁이 제한되거나, 효율적인 생산 및 판매로 경쟁이 제한되더라도 이를 (배제)남용(exclusive abuse)이라고 보기 어려운 것과 같은 맥락이다. 서비스키 유상 제공 행위에 대한 공정위와 법원의 견해의 차이에서, 판단이 달라진 것으로 볼 수 있다. 그 점에서 유상 제공 행위 외에 원고의 남용행위를 설명할 수 있는 다른 요소가 제시되었다면 결론은 달라질

74) 이 사건 의결서 60면.

75) 이 사건 의결서 54-73면.

수 있었을 것이다.⁷⁶⁾

경쟁자인 ISO가 퇴출된 사례와 사업확장을 하지 못한 사례도 시장에서 발생한 소수의 사례라서 정량적인 측면에서 경쟁제한효과로 보기에는 한계가 있다. 경쟁법이 경쟁을 보호하기 위한 것이고 경쟁자를 보호하기 위한 것은 아니지만, 경쟁자에 대한 침해 사례가 광범위하게 발견되면 이를 경쟁제한성 판단에 고려할 여지도 있다.⁷⁷⁾ 다만 이를 위하여 어느 정도 사례가 누적되어 정량적인 판단이 가능할 필요가 있다. 시장에서 퇴출되거나 사업확장을 하지 못한 원인이 원고의 주장과 같이 전문화된 엔지니어를 확보하지 못하여 시장에서 기술적으로 좋지 못한 평가를 받지 못한 점⁷⁸⁾에 있다면 이를 두고 경쟁제한효과의 실증 사례로 보기에는 본질적인 한계가 있다. 대법원 2011. 6. 10. 선고 2008두16322 판결(이베이지마켓 사건)에서 원고의 배타조건부거래행위와 원고의 경쟁사업자가 매출부진을 견디지 못하고 오픈마켓 사업을 포기하고 회사를 청산한 사실을 인정하면서도, 경쟁제한성을 부정한 것과 같은 맥락이다.

특히 경쟁자인 ISO가 퇴출된 사례와 사업 확장을 하지 못한 사례를 경쟁제한효과의 사례로 무리 없이 설명하려면, ISO의 유지보수서비스 시장 점유율은 2013년부터 2016년까지 CT의 경우 0.4%에서 1.9%로, MRI의 경우 0.0%에서 6.4%로 꾸준히 성장한 점(시장점유율의 변화)을 합리적으로 설명할 수 있어야 한다. 예를 들면, 시장에서 ISO 점유율이 증가한 것은 사실이지만, 원고의 배제행위가 없었다면 점유율이 더 증가하였을 것이라는 사정 등이다. 그 밖에 공정위가 논거로 제시한 소비자후생 저해, 혁신의 저해, 안전 저해 등도 다분히 추상적인 가능성 제시에 그칠 뿐이다. 공정위가 제시한 증거가 이에 부합하는 증거로 보기에 반론의 여지가 있었던 점에서, 구체적인 증명에는 이르지 못

76) 예를 들면, 주상품을 염매로 판매하는 대신 후속시장에서 이윤을 남기는 등 주상품시장에서 판매량 증대를 목표로 하고, 후속시장에서 수익을 추구하는 경향을 보였다는 등의 사정이다(조형래·이민호, “후속시장이 가격결정에 미치는 영향 분석”, J. Soc. Korea Ind. Syst. Eng Vol. 43, No. 3. (2020), P. 27). 그러나 이 사건 의결서와 판결문으로 보면 이러한 사정이 증거로 드러난 바는 없는 것으로 보인다.

77) 정재훈, 『공정거래법 소송실무(제3판)』, 537면.

78) 이 사건 의결서 66면.

한 것으로 평가할 여지가 있다.

다. 경쟁제한의 의도나 목적

공정위 의결은 서비스키 발급 매뉴얼 제정·배포 및 실행 경위, 태스크포스 팀 구성을 통한 전사적·조직적 대응, ISO에 대한 부품 등 공급 거절 의도, ISO 서비스질 개선 방해를 위한 제3자 공급거절 방안, ISO와 제휴한 피심인 협력업체와의 계약해지 검토 등 다양한 정황을 제시하며 경쟁제한의 의도나 목적이 인정된다고 판단하였다.⁷⁹⁾ 위 의결에서 제시한 내용은 경쟁제한의 의도나 목적에 부합하는 정황이다. 이에 대하여 대상판결은 특별한 판단이 없다. 경쟁제한효과의 증명이 없다는 점에서 나아가 경쟁제한의 의도나 목적에 대하여 판단하지 않은 것으로 보이지만, 쌍방이 이 부분을 치열하게 다투었다면 이 부분에 대한 판단도 실시하는 것이 바람직하였을 것이다.

IV. 불공정거래행위 부분 판단

1. 차별적 취급

가. 서울고등법원의 판단

서비스 소프트웨어의 저작권자인 원고들이 저작권 행사의 일환으로서 그 사용에 필요한 서비스키를 유상으로 제공할지 여부 및 어느 범위까지 제공할지 여부를 결정하는 문제이고, 저작권 사용에 따른 사용료를 부과하고 그 사용허락의 범위를 유지보수에 필수적인 범위로 제한하는 것은 자신의 저작권을 보호하기 위한 나름의 합리적인 이유가 있는 것으로 보인다.⁸⁰⁾ 원고들이 라이선스 정책에 따른 이 사건 서비스키 발급조건 제시행위를 통하여 유지보수서

79) 이 사건 의결서 49-53면.

80) 이 사건 판결문 45면.

비스 시장에서 원고들과 경쟁하는 ISO를 견제하고자 하는 의도가 있었다고 하더라도, 이는 저작권자가 자신의 저작권을 보호하기 위해 이를 배타적으로 행사하는 과정에 수반되어 나타나는 것으로 그 정도가 지나쳐 저작권 행사의 남용에 해당한다고 보기 어렵다.⁸¹⁾

나. 평가

차별적 취급은 시장지배적 지위 남용행위와 불공정거래행위에 공통으로 존재하는 유형이다. 즉, 구 공정거래법 제3조의2 제1항 제3호는 ‘다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위’를, 구 공정거래법 시행령 제5조 제3항 제4호는 ‘제1호 내지 제3호외의 부당한 방법으로 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위로서 공정거래위원회가 고시하는 행위’를 규정하고 있고, 이에 따라 시장지배적지위 남용행위 심사기준은 ‘가격 또는 거래조건을 부당하게 차별하는 행위’를 규정하고 있다. 이에 비하여, 구 공정거래법 제23조 제1항 제1호 후단은 ‘거래의 상대방을 차별하여 취급하는 행위’를 규정하고 있고, 구 공정거래법 시행령 제36조 제1항 별표 1의2는 불공정거래행위 유형으로 ‘가격차별, 거래조건차별’ 등을 명시하고 있다.

이 사건에서 문제된 불공정거래행위로서 거래조건 차별의 문제도 경쟁제한성의 측면에서 공정거래저해성을 평가하는 것이 타당하다(대법원 2012. 6. 14. 선고 2010다26035 판결). 대상판결이 주로 저작권 행사에 따른 정당화 사유 측면에서 공정거래저해성을 부정하고 있으나, 먼저 경쟁제한성이 인정되는지를 판단하고, 여기에 더하여 저작권행사에 따른 합리성을 검토하는 것이 논리적이었을 것으로 보인다. 이는 우리의 경쟁제한성 평가에 유사한 미국의 합리의 원칙에 따른 평가에서 경쟁제한효과를 증명하는 상당한 수준의 증거가 제시되면, 이에 대하여 남용행위를 의심받는 사업자(주로 피고)가 경쟁촉진 효과를 증명하거나 다양한 정당화사유를 주장하는 것과 유사한 접근방법으로

81) 이 사건 판결문 45면.

이해할 수 있다. 이 점에서 경쟁제한효과에 대한 판단이 먼저 선행되는 것이 바람직하다.⁸²⁾ 구 공정거래법상 경쟁제한행위는 일반적인 권리남용과는 차이가 있으므로, 차별적 취급을 저작권행사의 남용 등 권리남용의 측면에서 접근하는 듯한 오해를 주는 판단을 하는 것은 바람직하지 않다.

2. 부당한 고객 유인

가. 서울고등법원의 판단

병원은 ISO와 거래할 경우 안전 관련 업데이트를 제공받을 수 없고, 저작권 관련 민·형사적 분쟁에 휘말릴 위험성을 감수해야 하는 것으로 오인할 가능성이 크다. 이와 같은 오인의 대상은 장비의 안전성 및 지식재산권 침해 등과 관련된 것이고, 이는 의료기기 장비로서 지속적이고 높은 안전성이 요구되는 CT와 MRI에 필수적인 유지보수서비스 선택에 영향을 미치는 중요한 요소이다. 이 사건 공문발송행위는 이를 수령한 병원으로 하여금 ISO와 거래조건이 실제보다 또는 원고들의 거래조건보다 현저히 불리한 것으로 오인하도록 하는 것에 해당한다.⁸³⁾

나. 평가

부당한 고객유인의 사례 중 다수는 부당한 이익에 의한 고객유인 사례이다. 표시광고에 의한 행위가 표시·광고의 공정화에 관한 법률에 따라 규율됨에 따라 구 공정거래법상 위계에 의한 고객유인 사례는 상대적으로 많지 않다. 대법원 2002. 12. 26. 선고 2001두4306 판결(오라클 사건)과 이동전화 보조금에 관한 대법원 2019. 9. 26. 선고 2014두15047 판결(에스케이텔레콤 사건) 등이 있다.

위계에 의한 고객유인행위를 불공정거래행위로 보아 규제하는 입법 취지에

82) ABA, *op.cit.*, p. 73-76.

83) 이 사건 판결문 48면.

비추어 보면, 위계에 의한 고객유인행위가 성립하기 위해서는 위계 또는 기만적인 유인행위로 인하여 고객이 오인될 우려가 있음으로 충분하고, 반드시 고객에게 오인의 결과가 발생하여야 하는 것은 아니다. 그리고 여기에서 오인이라 함은 고객의 상품 또는 용역에 대한 선택 및 결정에 영향을 미치는 것을 말하고, 오인의 우려라 함은 고객의 상품 또는 용역의 선택에 영향을 미칠 가능성 또는 위험성을 말한다(대법원 2002. 12. 26. 선고 2001두4306 판결). 이러한 판례의 입장에 비추어 보면 이 사건에서 위계에 의한 고객유인을 인정한 판단에는 무리가 없다.

이 사건에서 원고들의 독일 본사 내부 가이드라인에는 자사의 유지보수서비스를 이용하는지 여부와 관계 없이 장비 구매 고객에게 안전 관련 업데이트를 무상으로 제공하도록 규정하고 있었음에도 원고는 ISO와 거래하면 안전 관련 업데이트를 받을 수 없다는 취지의 공문을 발송하였다.⁸⁴⁾ 또한 저작권침해 문제가 발생하지 않는 유지보수서비스의 경우에도 병원이 ISO로부터 유지보수서비스를 받을 경우 원고들의 저작권을 침해한다는 내용의 공문을 발송하였다.⁸⁵⁾ 이러한 사실관계를 선례인 대법원 2002. 12. 26. 선고 2001두4306 판결⁸⁶⁾에서 문제된 행위와 비교해 볼 필요가 있다. 선례에서, 원고의 제품이 우량하고, 경쟁자의 제품이 불량하다는 내용이 포함되어 있었고, 원고의 이러한 행위가 위계에 의한 고객유인에 해당한다고 보았던 점에 비추어 보면, 이 사건에서 원고의 행위로부터 위계에 의한 고객유인을 도출할 수 있다. 원고는 공문 발송행위에 허위 또는 과장이 존재하지 않고 설명 존재하더라도 그 정도가 현저하지 않다는 취지로 주로 사실인정 문제를 다룬 것으로 보인다.⁸⁷⁾ 대법판결이 이와 달리 허위 또는 과장의 사실을 인정한 이상 법리적으로 다툼 소지가 적었던 것으로 평가할 수 있다.

84) 이 사건 판결문 47면.

85) 이 사건 판결문 48면.

86) 원고(오라클 주식회사)가 계약의 상대방이 될 삼성 에스디에스(서울대학교 병원으로부터 통합의료정보시스템 재구축 사업의 개발자로 내정됨)에게 본인과 경쟁사업자의 비교자료를 제출하였다.

87) 이 사건 판결문 25면.

V. 결론

대상판결은 시장지배적 지위 남용 사건이 많지 않은 우리의 구 공정거래법 집행 실무에서 다양한 쟁점을 다룬 점에서 의미있는 판결이다. 또한, 남용행위가 발생하여 경쟁제한효과가 문제된 시장이 의로기기 시장이라는 측면에서도 여러 시사점을 제시하고 있다.

첫째, 관련상품 시장의 측면에서 대상판결이 주상품(CT, MRI 등 의료기기) 시장과 부상품(유지보수서비스) 시장이 밀접하게 관련되어 있다고 하더라도 이를 하나의 시장으로 보기 어렵다고 판단한 것은 수긍할 수 있다. 그러나 대상판결이 관련시장은 ‘유지보수서비스 시장’으로, 시장지배력은 ‘원고의 자사(自社) 유지보수서비스 시장’으로 판시한 것은 일관되지 못하고, 시장지배력이 갖는 의미를 전달하지 못하는 문제가 있다. 둘째, 대상판결은 고착효과에 관하여 명시적인 판시를 하지 않았으나, 관련시장에 대한 판단에서 높은 주상품 가격, 주상품의 사용연한이 장기인 점 등을 고려하는 등 실질적으로 고착효과를 반영한 것으로 보인다. 다만, 고착효과에 따라 단일 브랜드 상품으로 관련시장을 획정할 수 있는 사례(single brand relevant market)는 예외적이고 특수한 상황에 가능하며, 이를 일반화하는 것은 곤란하다. 차별화된 제품, 구매자가 상대적으로 높은 비용을 투자하여 구입한 제품에서 판매자가 소비자의 고착에 따른 장점(advantage)을 누리는 것은 부정할 수 없지만, 이러한 장점이 시장지배력에 이르는지의 문제와 구별되어야 한다.

셋째, 객관적 행위 요건으로 ‘정상적인 거래관행에 반하는 타당성 없는 조건’에 대하여 대상판결은 저작권자가 실시료를 받고 저작권을 실시하는 행위는 정당한 권리행사이며, 원고가 유상의 라이선스 정책을 가지고 이를 실행하며, 예외적인 경우에만 무상으로 실시를 하였으므로 공정위가 주장하는 무상실시 관행을 증거로 인정할 수 없음을 지적하였다. 관련시장에서 거래는 유상으로 이루어지는 것이 일반적이다. 무상의 거래관행을 인정하는 것은 신중해야 한다. 무상의 거래관행을 인정하기 위하여 당사자의 합리적 의사가 무엇인지, 당

사자가 무상으로 거래를 할 동기가 무엇인지 등이 제시되어야 한다는 점에서 이 판단은 대체로 합리적인 것으로 보인다. 넷째, 경쟁제한효과에 대하여 공정위는 여러 논거를 제시하였지만 핵심적인 논거는 경쟁자의 비용 상승이다. 경쟁자 비용 상승은 배제남용의 이론적 근거로 합리적이다. 그런데, 이 사건에서 경쟁자의 비용 상승은 원고가 서비스 소프트웨어 사용에 필요한 서비스키를 유상으로 제공한 행위를 통하여 이루어졌다. 원고의 행위가 지식재산권의 행사로 정당하다면 설령 그러한 행위로 경쟁이 제한된다고 하여 이를 남용행위로 보기는 어렵게 된다. 정당한 권리범위 내의 특허권 행사로 인하여 경쟁이 제한되거나, 효율적인 생산 및 판매로 경쟁이 제한되더라도 이를 배제 남용(exclusive abuse)이라고 보기 어려운 것과 같은 맥락이다.

대상판결은 관련시장의 획정, 시장지배력의 존부, 객관적 행위 요건, 경쟁제한효과의 측면에서 모두 논쟁의 여지가 큰 쟁점을 다루고 있다. 대법원이 이러한 쟁점을 포함하여 시장지배적 지위 남용행위의 증명기준과 증명도에 방향을 제시할 기준을 판시할 것으로 기대한다.

[참고 문헌]

- 권오승·서정, 『독점규제법』, 법문사, 2018.
- 김형배, 『공정거래법의 이론과 실제』, 삼일, 2019.
- 신현윤, 『경제법(제7판)』, 법문사, 2017.
- 임영철·조성국, 『공정거래법(개정판)』, 박영사, 2020.
- 조형래·이민호, “후속시장이 가격결정에 미치는 영향 분석”, J. Soc. Korea Ind. Syst. Eng Vol. 43, No. 3. 2020.
- 정재훈, 『공정거래법 소송실무(제2판)』, 육법사, 2017.
- 정재훈, 『공정거래법 소송실무(제3판)』, 육법사, 2020.
- 홍명수, “독점규제법상 차별적 취급”, 『비교사법』 제12권 2호, 2005.
- ABA, Antitrust Law Development, 2017.
- Anderson, Abuse of Dominant Position, in Competition Law Today (Dhall ed., Oxford, 2019)
- Easterbrook, The Limits of Antitrust, Occasional Papers from the Law School, The University of Chicago, 1985.
- Hovenkamp, Federal Antitrust Policy, West, 2016.
- Hovenkamp, Competition harm from vertical mergers, University of Pennsylvania ILE Research Paper, 2020.
- Leslie, The probative synergy of plus factors in price-fixing litigation, 115 NW. U. L. Rev. 1581(2021)
- Sagers, Antitrust, Wolters Kluwer, 2011.
- Salop & Scheffman, Raising Rivals’ Costs, 73 Am. Econ. Rev. 267 (1983).
- Salop, “The raising rivals’ cost paradigm, conditional pricing practices and the flawed incremental price-cost test”, Antitrust Law Journal (2017).
- Sullivan, Secondary Line Differential Pricing and the Robinson Patman Act, Legal Stuidis Research Paper Series No. 2013-138
- Sullivan, the law of antitrust, West, 2016.
- Whish & Baily, Competition Law, Oxford, 2015.

[국문초록]

시장지배적 의료기기 사업자의 경쟁제한적 차별행위

정재훈(이화여자대학교 법학전문대학원 교수)

대상판결은 시장지배적 지위 남용에 관한 다양한 쟁점을 다루었을 뿐만 아니라, 경쟁 제한효과가 문제된 시장이 의료기기 시장이라는 측면에서도 여러 시사점을 제시하고 있다.

첫째, 관련상품 시장의 측면에서 대상판결이 주상품(CT, MRI 등 의료기기) 시장과 부상품(유지보수서비스) 시장이 밀접하게 관련되어 있다고 하더라도 이를 하나의 시장으로 보기 어렵다고 판단한 것은 수긍할 수 있다. 둘째, 대상판결은 고착효과에 관하여 명시적인 판시를 하지 않았으나, 관련시장에 대한 판단에서 높은 주상품 가격, 주상품의 사용연한이 장기인 점 등을 고려하는 등 실질적으로 고착효과를 반영한 것으로 보인다. 셋째, 객관적 행위 요건으로 '정상적인 거래관행에 반하는 타당성 없는 조건'에 대하여 대상판결은 저작권자가 실시료를 받고 저작권을 실시하는 행위는 정당한 권리행사이며, 원고가 유상의 라이선스 정책을 가지고 이를 실행하며, 예외적인 경우에만 무상으로 실시를 하였으므로 공정위가 주장하는 무상실시 관행을 증거로 인정할 수 없음을 지적하였다. 넷째, 이 사건에서 경쟁자의 비용 상승은 원고가 서비스 소프트웨어 사용에 필요한 서비스키를 유상으로 제공한 행위를 통하여 이루어졌고, 원고의 행위가 지식재산권의 행사로 정당하다면 설령 그러한 행위로 경쟁이 제한된다고 하여 이를 남용행위로 보기는 어렵다고 판단하였다.

대상판결이 다룬 관련시장의 획정, 시장지배력의 존부, 객관적 행위 요건, 경쟁제한효과 등 주요 쟁점에 대하여 대법원이 시장지배적 지위 남용행위의 증명기준과 증명도의 방향을 제시할 기준을 판시할 것으로 기대한다.

주제어: 의료장비시장, 시장지배적 지위 남용, 차별적 취급, 경쟁자비용상승, 봉쇄효과

A Review on the Dominant Undertaking's Abuse in the Medical Device Market

Jae Hun Jeong

Professor, School of Law, Ewha Womans University

=ABSTRACT=

Medical device market is strongly related with health care market. Public regulation in medical device market tends to be more lenient than health care market. In this market, competition law, administrative law and intellectual property law are intertwined, and thereby a variety of legal issues could be developed.

Recently, dominant undertaking's abuse case was dealt with KFTC(Korea Fair Trade Commission) and Seoul High Court. The issues were whether dominant undertaking discriminated trading partners and this discrimination was anticompetitive. In this case, Seoul High Court revoked the KFTC's decision, holding that the undertaking did not harm competition, though it has dominant power in the relevant medical device market.

This decision would be a meaningful precedent, not only that there have been small numbers of dominance abuse cases in Korea, but also that this case happened in medical device market. This case dealt with various issues like market definition, market power, alleged abuse and its anticompetitive effect.

The court held that medical device markets are distinguished from medical device repairing market. However, the court did not clarify that medical device repairing market is a single branded market only for repairing the plaintiff's medical devices. Second, plaintiff's dominance is based on the lock-in effect, which means that hospitals could not switch devices like CT or MRI from plaintiff to other competitors. This could be supplemented from the fact that medical devices are expensive and the using period are significantly long. However market definition based on single branded market theory could be

applied in rare and exceptional cases. Therefore the general application of single branded market theory might result in overestimate of market power.

This type of abuse pattern requires improper condition contrary to reasonable trade practice. KFTC asserted free charge for plaintiff's copy right. However, it is not clear whether the cases for free charge are general or not. Even if so, the intention and motive of providers for free charge should be proved.

The main issue of anticompetitive effect was whether plaintiff raised rival's cost. Competitor's cost was increased due to plaintiff's copy right and its license fee. However the charge for license could be within the scope of fair and legal exercise of copy right. If competitors are excluded due to legal exercise of copy right or efficiency, the exclusionary abuse could not be proved.

Keyword : Medical device market, Dominant undertaking's abuse, Discrimination, Raising rival's cost effect, Foreclosure effect