

경쟁저널

Journal of Competition

제173호

2014 March

특집 독점규제법상 형벌규정의 타당성에 대한 고찰

홍순강 | 일본 독점금지법상 불공정한 거래방법과 형벌규정의 고찰

오행록 | 독점규제법상 경쟁제한행위에 대한 형벌규정의 정비방향

공정거래 제도 · 정책 해설

김재신 | 2014년 공정거래정책 방향

대법원 판결 요지

김정중 | 대법원의 공정거래사건 판결 요지 : 2014년 1, 2월

공정거래사건 요약

케이블제조사업자의 부당한 공동행위 사건 外

국내외 심 · 판결 평석

정재훈 | 하도급법상 부당한 하도급대금의 결정금지 중 경쟁입찰에서의 정당한 사유

천준범 | 역지급합의에 관한 미국 연방대법원의 FTC v. Actavis 판결과 그 시사점

해외 경쟁법 집행동향

미국, 영국, 호주 경쟁당국의 2013-2014 회계연도 업무계획 요약

글로벌 경쟁 리포트

Pete Levitas, 김용상 | 서먼법 제2조, 독점화 금지

김희은 | EU의 Article 9 동의를결제도 관련 논의의 시사점

박제현 | 중국 경쟁법의 주요 입법동향

오피니언

전성훈 | 경쟁법 집행의 국가별 특수성과 세계적 보편성



셔먼법 제2조, 독점화 금지 (Sherman Act Section 2, Monopolization)

Arnold & Porter LLP, 변호사 | Pete Levitas(Partner), 김용상(Counsel)

I. 서론

미국 셔먼법(Sherman Act)의 제2조(Section 2)¹⁾는 시장을 독점화(monopolization)하거나 독점화하려는 시도(attempt to monopolize)를 하는 행위를 불법으로 규정한다.²⁾ 반드시 둘 이상의 행위자가 필요한 제1조(Section 1)의 공모행위 금지와는 달리, 제2조는 다른 사업자와의 공모를 통해서 뿐만 아니라 단독행위로도 위반이 가능하다.

한국의 기업들은 셔먼법 제2조를 관심을 가지고 살펴볼 필요가 있다. 우선 시장주도적인 대기업의 입장에서는 그동안 아무런 문제가 없던 행위들이, 시장에서 지배적인 위치를 점하게 되는 순간부터 문제가 될 수 있기 때문에 이에 대한 새로운 이해가 필요하다. 세계 유수 기업들과 치열한 경쟁을 거쳐 드디어 미국에서 특정 상품에 관한 우월적 지위를 확보하게 되는 순간, 승리의 부산물로 따라오는 것이 셔먼법 제2조의 규제이다. 또한 아직 시장지배적인 위치에 도달하지 못한 후발기업의 입장에서도 상품의 가격과 품질로는 경쟁력이 있음에도 불구하고, 시장에서 지배적 위치에 있는 기업의 횡포로 말미암아 공정한 경쟁의 기회를 누리지 못하는 경우가 발생할 수 있다. 후발기업의 입장에서 공정한 경쟁의 기회가 방해되고 있을 때 도움을 찾을 수 있는 것 또한 바로 셔먼법 제2조이다.

본고에서는 셔먼법 제2조의 기본 내용을 살펴보고, 실제 기업활동에서 어떠한 행위가 제재대상이 되는지를 간략하게 소개해본다.

1) 15 U.S.C. §2. "Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony...."

2) 본고에서는 독점화 시도(attempt to monopolize)보다는 독점화(monopolization)의 행위에 초점을 맞추었다. 독점화 시도에 대한 분석도 독점화에 대한 분석과 유사하지만, 독점화를 하려는 구체적 의도(specific intent to monopolize)와 독점화가 이루어질 성공 가능성(dangerous probability of success)이 고려된다는 정도의 차이가 있다. See, e.g., Spectrum Sports v. McQuillan, 506 U.S. 447, 456 (1993).

II. 독점적 지위 vs. 독점화

독점적 지위에 오르는 것(being a monopolist)과 독점화(monopolization)라는 것은 엄격하게 구별되는, 전혀 별개의 사안이다. 경쟁을 통하여 독점적 위치에 오르는 것은 미국 경쟁법 하에서는 완전하게 합법적인 것으로, 미국 연방대법원은 독점적 지위에 오를 수 있다는 가능성이야말로 경쟁을 촉진시키는 장려책으로, 반드시 보호되어야 한다는 점을 분명히 하였다.³⁾

그렇기 때문에 단순히 독점력(monopoly power)을 가지고 있다는 것만으로는 서면법 제2조 하의 독점화 규제에 대한 법률의 적용대상이 되지 않는다. 물론 제2조의 독점화 규제에서는 먼저 독점력을 가지고 있는 것이 전제된다. 그러나 제2조의 적용대상 기업이 제2조에서 금지하고 있는 배타적 행위를 행함으로써 독점적 위치에 오르거나 독점력을 유지·강화하였다는 것이 입증되지 않는다면, 단순히 독점력을 가지고 있다는 것만으로는 제2조를 위반하지 않는다는 것이다. 미국 연방대법원은 ‘배타적’이라는 용어를 설명함에 있어서, 합법적인 것으로 간주되는 독점력은 우수한 상품, 뛰어난 사업감각, 그리고 역사적인 우연 등의 결과로 얻어진 성장이나 발전을 의미하며, 이러한 독점력은 제2조의 규제대상이 아니라고 하였다. 제2조의 규제대상이 되는 배타적 행위는 의도적으로 독점력을 획득하고 유지하는데 이용되는 것에 한한다.⁴⁾ 즉, 특정행위가 ‘배타적’인지 아닌지에 대한 판단이 제2조 관련 사건들의 주요 쟁점사항이다.

일반적으로 배타적 행위라는 것은 경쟁을 제한하는 것을 의미한다. 흔히들 경쟁할 기회를 경쟁사로부터 박탈하는 행위를 배타적 행위로 보는 듯하다. 그 이유는 경쟁사로부터 고객이나 공급자들을 접촉할 기회를 막거나, 시장에서 독점적 위치에 있는 기업과 경쟁할 기회를 막는 행위가 배타적이라고 생각되기 때문이다. 그러나 단순히 경쟁자에게 불이익이 가게 하는 것만으로는 서면법 제2조의 위반행위가 성립되지 않는다. 그보다는 경쟁 자체를 제한하거나 경쟁적 과정에 위해를 가하는 행위가 바로 제2조의 위반행위인 것이다.⁵⁾ 마찬가지로 법원도 제2조 위반 여부를 판가름하기 위한 기준으로, 불필요하게 제한적인 방식으로 경쟁이 제한되었는지를 판단한다.⁶⁾ 그렇기 때문에 만약 특정행위가

3) Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP., 540 U.S. 398, 407 (2004) (“The mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful; it is an important element of the free-market system. The opportunity to charge monopoly prices—at least for a short period—is what attracts ‘business acumen’ in the first place; it induces the risk taking that produces innovation and economic growth.”).

4) United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563, 570–71 (1966) (“the willful acquisition or maintenance of … power as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen, or historic accident.”).

5) See, e.g., United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34, 58 (D.C. Cir. 2001).

경쟁촉진적인 이익을 위하여 필요하다거나 그 외의 적법한 사업상의 목표를 달성하기 위하여 행해진 것이라면, 법원이 그 행위가 제2조를 위반하였는가를 판단하기 위해서는 경쟁제한적인 측면과 경쟁촉진적인 측면을 비교·평가하여 판단한다.⁷⁾

Ⅲ. 독점화 금지의 주요 이슈 및 원칙

우선 셔먼법 제2조 하에서 독점화와 관련한 주장이 법원에서 받아들여지려면, 소송의 대상이 되는 기업이 특정한 지리적 시장과 상품시장에서 독점력을 가지고 있다는 점이 먼저 증명되어야만 한다.⁸⁾

셔먼법 제2조 하에서의 독점력⁹⁾이라는 것은 가격을 결정하고 경쟁을 배제할 수 있는 힘을 말하는데, 이것은 직접증거나 간접증거를 통하여 증명될 수 있다. 직접증거에는 실제로 가격을 통제하였던 사례나 경쟁을 제한한 실제적 사례가 포함된다. 그러나 이러한 류(類)의 직접증거를 확보한다는 것은 사실상 쉽지 않고 기업들도 이렇게 직접적인 위반행위는 피하기 때문에, 대부분의 제2조 사건에서 법원은 간접증거에 의존한 판결을 하게 된다. 간접증거 중에서 가장 흔하고 중요한 두 가지 요소는 시장점유율과 시장진입장벽을 들 수 있다. 시장진입장벽이란 시장지배적 사업자가 가격을 올리더라도 다른 경쟁사업자들이 시장에 진입하거나, 시장에 이미 진입해있는 경쟁사업자가 시장점유율을 늘리는 것이 어렵거나 불가능한 상황인 것을 일컫는다.¹⁰⁾ 시장점유율과 관련하여, 일반적으로 법원은 70% 이상의 시장점유율을 가지고 있는 회사는 독점력을 가지고 있는 것으로 간주한다. 만약 시장진입장벽이 높은 경우라면 더욱 그러하다.¹¹⁾ ‘시장점유율 70%’라는 것은 유용한 지침이지만, 사실 시장점유율 하나만으로 독점력을 판단하는 것이 확정된 방침으로 볼 수는 없다. 또한 시장점유율 50~70% 사이의 경우는 법원마다 판단이 엇갈리는 것도 종종 볼 수 있다. 시장점유율이 낮은 경우라도 시장진입장벽이 높다면 독점력이 있는 것으로 판단한 법원의 판결도 어렵지 않게 접할 수 있다. 반면, 시장진입장벽

6) Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U.S. 585, 605 (1985).

7) 가격담합 등의 제1조 위반행위와는 달리, 대부분의 제2조 위반행위들은 당연위법(per se illegal)으로 간주되지 않는다.

8) 각주 2)에서 언급하였듯이, 독점화 시도의 경우는 독점화를 하려는 구체적 의도와 독점화를 이룰 수 있는 성공 가능성이 증명되어야 한다.

9) 제2조는 상품과 서비스의 생산자 혹은 판매자에게만 적용되는 것이 아니라, 가격결정권을 가지고 있는 구매자에게도 적용된다. 시장지배적 위치에 있는 생산자나 판매자에게 적용되는 ‘monopoly’라는 용어 대신, 구매자에게는 ‘monopsony(구매자독점)’라는 용어가 사용된다. 구매자독점의 경우는 독과점에 비하여 흔하지 않지만, 다수의 판매자가 대규모의 구매자 하나를 놓고 경쟁하는 상황에서 충분히 발생할 수 있다.

10) 시장진입장벽의 예로, 특허권 등을 이용한 라이선싱(licensing) 제한, 명성과 전통이 있는 일부 업체만 활동 가능한 분야 또는 초기에 막대한 자본투자가 요구되는 경우 등을 들 수 있다.

11) See, e.g., Bailey v. Allgas, Inc., 284 F.3d 1237, 1250 (11th Cir. 2002).

이 낮은 경우는 매우 높은 시장점유율이 있는 경우도 독점력을 가지고 있지 않은 것으로 판단되는 경우도 있다.¹²⁾

독과점을 비롯한 모든 시장참여자들은, 그들이 누구와 어떠한 조건 하에서 거래할 것인가를 결정할 수 있는 기본적인 권리를 가지고 있다.¹³⁾ 그러나 그러한 기본권이 무제한적으로 보장되는 것은 아니다. 경쟁당국과 법원이 서면법 제2조 하에서 독점적 사업자의 단독행위가 반경쟁적이었는지에 대하여 판단하기 때문이다.¹⁴⁾ 비록 독점적 사업자가 반경쟁적 효과가 있는 행위를 행한다고 할지라도, 만약 그 행위가 상당한 사업적 근거에 의하여 정당화 될 수 있다면, 그 행위도 허용될 수 있다는 점이 당연위법으로 금지되는 제1조 하의 행위들과의 근본적 차이이다.

IV. 제2조 독점화 금지에서 주로 문제시 되는 행위들

독점적 사업자가 행하였을 경우, 서면법 제2조 하에서 문제가 될 수 있는 행위들 중에서 대표적인 행위를 열거하자면 다음과 같다.

1. 약탈가격

약탈가격(predatory pricing)이란 단기간에 경쟁사를 제거하고 장기적으로 경쟁을 약화시키기 위하여, 가격을 적정 수준의 원가 이하로 낮추어 책정하는 행위를 말한다.¹⁵⁾ 이러한 약탈가격을 책정하는 이유는 가격을 낮추어 경쟁사들이 더 이상 해당 상품시장에서 견디지 못하게 되면, 추후 시장에서 확보한 독과점의 위치를 이용하여 약탈자가 가격을 마음대로 올릴 수 있는 환경이 조성되기 때문이다. 그러나 미국 연방대법원에서도 지적하였듯이, 약탈자는 경쟁사를 시장에서 몰아낼 수 있어야만 자신이 스스로 발생시킨 손해를 복구할 수 있고, 만약 그 계획이 성공하지 못한다면 낮은 가격으로 인하여 소비자들만 혜택을 보는 효과가 나올 수 있다.¹⁶⁾ 그렇기 때문에 약탈가격으로 인한 서면법 제2

12) See, e.g., *Handicomp, Inc. v. U.S. Golf Ass'n*, 2000 WL 426245, at *3-4 (3d Cir. 2000); *Image Technical Servs. v. Eastman Kodak Co.*, 125 F.3d 1195, 1208 (9th Cir. 1997). ("A § 2 plaintiff must establish more than just market share.").

13) *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300, 307 (1919) ("In the absence of any purpose to create or maintain a monopoly, the [Sherman] act does not restrict the long recognized right of trader or manufacturer engaged in an entirely private business, freely to exercise his own independent discretion as to parties with whom he will deal.") (emphasis added).

14) 253 F.3d at 79 [citing 3 Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law* ¶ 650, at 69 (1996)].

15) *Cargill, Inc. v. Montfort of Colo., Inc.*, 479 U.S. 104, 117 (1986).

조 위반행위를 입증하기 위해서는, 원고는 피고가 가격을 원가 이하로 책정하였음은 물론, 스스로 발생시킨 손해를 충분히 회복할 수 있는 가능성(dangerous probability of recoupment)이 있다는 점도 함께 입증해야 한다.¹⁷⁾

2. 거래거절

거래거절(refusal to deal)은 시장지배적 위치에 있는 사업자가, 자신의 경쟁사와 거래를 하였다는 이유로 소비자나 공급자 등과의 거래를 중단하는 경우에 발생한다. United States v. Dentsply¹⁸⁾ 사건이 이러한 행위를 다룬 대표적인 사례 중 하나이다. Dentsply 사건은 미국에서 인공치아시장에서 지배적 위치에 있던 제조사가, 독립된 유통업자들이 경쟁사의 치아를 공급하지 못하도록 하는 독단적 행위를 취한 것이 문제가 되었다. 유통업자들이 경쟁사의 인공치아를 공급할 경우, Dentsply는 유통업자들에게 자사의 인공치아를 더 이상 판매하지 못하도록 하였다.¹⁹⁾ Dentsply의 이러한 공급정책이 없었다면 유통업자들이 다양한 제조사의 인공치아를 공급하는 선택을 내렸을 수도 있었을 상황이었지만, 이러한 정책 하에서는 유통업체가 Dentsply와 다른 경쟁사들 중에서 하나만 선택해야 하는 상황에 처하게 되었다. Dentsply의 시장지배적 지위 때문에 경쟁사들은 유통업체들이 자신들만을 선택하도록 충분한 경제적 반대급부를 제공할 수 없었고, 결과적으로 이 정책은 Dentsply가 독과점의 위치를 유지하는데 도움을 주었다.²⁰⁾ 이 사건에서 법원은, 이 정책이 비록 경쟁사들을 완전히 경쟁에서 배제하지는 않았지만, 셔먼법 제2조를 위반하였다고 판결하였다. 법원은 판결 이유에 대하여, “이러한 상황에서 제2조 위반 여부를 가리는 적절한 테스트는 완전한 배제(total foreclosure)가 아니라, 시험의 대상이 된 행위가 시장의 영역을 심각하게 제한하거나 다수의 경쟁자를 배척하는가”라고 판시하였다.²¹⁾ 또한 법원은 이러한 공급정책은 특정한 경쟁촉진적 정당성이 없다는 점에서도 반경쟁적이었다고 판결하였다.²²⁾

16) Brooke Group v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209, 224 (1993). 어느 수준의 원가 이하의 가격을 책정하였을 때 문제가 되는가의 여부는, 아직 확정되지 않은 분야이기 때문에 사안별로 분석할 필요가 있다.

17) 이 기준은 충족시키기가 상당히 어렵다. 그 이유는 가격을 낮추는 행위는 일반적으로 경쟁법이 장려하는 행위이기 때문이다. 미국 연방대법원은 판매를 촉진하기 위하여 가격을 낮추는 것이야말로 경쟁의 핵심이라고까지 판단하였다. Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574, 594 (1986). 그렇기 때문에 비록 가격인하로 인하여 경쟁사가 위해를 당할지라도 가격인하는 대체적으로 허용된다고 보는 것이 옳다.

18) 399 F.3d 181 (3d Cir. 2005).

19) Id. at 185.

20) Id. at 189-90.

21) Id. at 191.

22) Id. at 196.

3. 배타조건부거래

배타조건부거래(exclusive dealing)방식은 구매자가 하나의 공급자로부터 모든 제품 혹은 대부분의 제품을 구매하도록 요구하는 방식이다. 이 방식은 때때로 경쟁촉진적일 수도 있지만, 시장에서의 경쟁을 제한할 수도 있기 때문에 경쟁당국과 법원에서 세심하게 검토하는 행위 중 하나이다. 일반적으로 배타조건부거래계약은 관련 시장에서 상당한 양을 차지하는 경쟁이 해당 거래로 인하여 배제될 경우만 문제가 된다.²³⁾ 어떠한 것이 상당한 양의 배제가 될 것인지를 정확하게 판단하는 것은 쉽지 않은 일이다. 그러나 관련 시장에서 40% 혹은 그 이상이 배제된다면 서면법 제2조 위반행위에 해당할 수 있다고 보는 견해가 지지를 받고 있다.²⁴⁾ 이 외에도 배타조건부거래의 분석에는 다른 많은 요소들이 고려되어야 한다. 예를 들면, 배타적 규정이 가지고 있는 경쟁적 여파, 문제가 되는 계약의 지속기간 - 물론 계약기간이 길수록 경쟁제한성이 큰 것으로 판단된다 - 그리고 구매자가 일방적으로 계약을 파기할 수 있는지 여부, 구매자 스스로 그 계약에 서명한 것인지 아니면 강요에 의한 것인지, 그리고 피고가 제시하는 경쟁촉진적 혜택들이 고려의 대상이다. 이 모든 것들은 어느 정도의 경쟁배제가 있을 경우에 제2조를 위반하는지 여부를 법원이 판단하는데 있어서, 그 결정에 영향을 미치게 된다.

때때로 법원은 배타적 거래가 계약서 상에서 필수적인 조건으로 들어가 있는 경우가 아니라, 일정 조건을 갖추게 되면 얻게 되는 충성할인(loyalty discounts)을 얻기 위하여 필요한 경우도 배타조건부거래인지 여부를 분석하기도 한다. 시장점유율에 따른 할인이나 리베이트(rebate)와 같은 충성할인 규정이 들어가 있는 계약²⁵⁾이 배타적 규정과 명시적으로 연계되어 있는 경우, 이러한 계약은 실질적인 배타조건부거래계약으로 간주된다.²⁶⁾ 법원은 종종 이러한 규정들이 어떠한 배타적 영향을 끼치며, 얼마나 오랫동안 그 효과가 존속하며, 다른 경쟁사들이 실질적으로 그 배타적 규정들에 제시되어 있는 경제적 반대급부를 제공할 능력이 되는가 등을 판단한다. 또한 법원은 피고가 제시하는 경쟁촉진적인 근거들에 대해서도 고려한다.

23) Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co., 365 U.S. 320, 328 (1961).

24) For example, the court in Microsoft relied on a "40% standard drawn from the case law" to analyze exclusive dealing claims. 253 F.3d at 70.

25) 일반적으로 일정 규모 이상의 거래를 하게 되면 제공되는 통상적인 수량할인(volume discount)은 시장지배적 독점기업에게도 허용되는 행위이다.

26) ZF Meritor, LLC v. Eaton Corp., 696 F.3d 254, 275 (3d Cir. 2012) ("Indeed, contracts in which discounts are linked to purchase targets are frequently challenged as de facto exclusive dealing arrangements,"), cert.denied, 133S. Ct.2025(U.S. 2013).

충성할인의 다른 형태로 들 수 있는 것이 번들링 가격정책(bundled pricing)이다. 이 형태의 할인은 수량할인(volume discount)과 비슷하게 보이지만, 한 제품을 다량 구매하는데 적용되는 것이 아니라 여러 제품을 함께 구매하는 경우에 적용된다는 점에서 차이가 있다. 이러한 경우에 야기되는 경쟁적 문제는, 다양한 제품을 모두 제조하지 않는 소규모 경쟁사의 경우는 효과적인 경쟁을 할 수 없다는데 있다. 소비자의 입장에서 한 두 가지의 제품이 그 제품시장 내에서는 품질과 가격 면에서 경쟁력이 있다고 할지라도, 필요한 모든 제품을 고려하였을 때 번들링(bundling)을 통하여 종합적으로 낮은 가격을 제시하는 기업의 제품을 구매할 가능성이 높기 때문이다. 법원은 번들링 가격정책에 대하여 아직 명확한 답을 제시하지 못하고 있다. 그 하나의 대표적인 사건은 할인가격의 양과 경쟁배제의 양에 분석의 초점을 중점적으로 맞추었는가 하면, 다른 대표적인 사건은 할인으로 인하여 가격이 원가 이하로 내려가지 않는 한 번들링 가격정책은 일반적으로, 제2조를 위반하지 않는다고도 판결하였다.²⁷⁾ 이 분야의 판례는 아직 유동적이기 때문에 사안별로 분석할 필요가 있다.

V. 한국 기업들을 위한 고찰

지난 수십 년간 한국 기업들이 이룬 성과는 가히 놀라울 따름이다. 많은 기업들이 후발 주자의 위치에서 선두기업들을 위협하는 자리로, 그리고 이제는 해당 시장에서 선두기업 혹은 특정 상품에 대하여 미국과 EU에서도 시장지배적 위치에 올라있거나 근접하여 있다. 그러한 성공에 부수적으로 따라오는 것이, 바로 경쟁법 규제당국의 훨씬 잦아지고 엄격해지는 제재와 법적 검토이다. 특별히 특정 제품시장에서 높은 시장점유율을 이룩한 기업일수록 변화된 그들의 위상에 걸맞은 높은 수준의 준법경의의식과 경쟁법에 대한 깊은 이해를 갖추어야만 한다. 미국의 경쟁법 위반을 사전에 방지하기 위하여 가장 추천하고 싶은 방법은, 효과적인 컴플라이언스 프로그램(compliance program)을 갖추고 실행하는 것이다. 임직원들에게 미국 경쟁법 교육을 기본적으로 시키는 것은 물론이며, 시장에서 독점적 지위에 있는 기업들은 일반적으로, 셔먼법 제2조의 독점화 금지와 관련하여, 특별히 앞에서 언급한 구체적 행위들에 대해서도 깊은 이해를 갖고 사업을 추진해야

27) Compare LePage's Inc. v. 3M Co., 324 F.3d 141 (3d Cir. 2003) (en banc), with Cascade Health Solutions v. PeaceHealth, 515 F.3d 883, 892, 903 (9th Cir. 2008); see also Brooke Group, 509 U.S. at 224.

할 것이다.

앞에서 언급하였듯이, 서면법 제1조가 당연위법으로 금지하고 있는 일련의 경성카르텔(hardcore cartel) 행위와는 달리, 제2조 하에서의 독점화 금지에 근거한 주장들은 당연위법이 아니기 때문에 적법한 사업상의 이유를 가지고 행해질 경우에 허용될 수 있다. 물론 이 말은 어떠한 사업상의 이유만 있으면 제2조를 위반할 위험성이 사라진다는 것을 의미하는 것은 아니다. 사업상의 이유는 실질적인 것이어야만 하며, 제2조의 규제대상에서 벗어나기 위한 구실이어서는 안 된다. 또한 그 행위로 인하여 발생하는 경쟁촉진적인 혜택이 반경쟁적 위해와의 비교에서 우위를 점해야만 한다. 제2조의 조사와 소송에서는 균형시험(balancing test)이 그 척도로 사용되기 때문에, 한국 기업들은 사업적 결정을 내리는 과정 및 절차, 그리고 결정을 내리게 된 배경이 된 경쟁촉진적 이유들에 대하여 문서로 정리하고 보전할 필요가 있다. 조사나 소송과정에서 문제로 삼는 행위에 대하여, 그 행위가 있었던 바로 그 시점에 기록되고 보존된 문서의 증거능력과 중요성은 아무리 강조하여도 지나치지 않다.

마지막으로, 한국 기업들은 서면법 제2조를 바르게 이해함으로써 법에 보장된 권리를 누리면서 사업활동에 유리한 환경 하에서 경쟁할 수 있다는 점도 고려해야 한다. 한국 기업들은, 많은 경우에 경쟁법이 기업활동을 규제하고 제한하는 것만으로 오해하는 경우가 있는 듯하다. 그러나 제2조의 경우에서 볼 수 있듯이, 시장지배적 사업자의 행위는 제한하지만 새롭게 시장에 진입하려는 기업과 경쟁을 촉진하는 후발기업들의 활동이 제한되는 것을 막고 경쟁을 촉진하는 제도적 장치가 있음을 인지하고, 이를 사업활동에 적극 활용할 수 있어야 할 것이다. 이와 같이 제2조는 시장지배적 사업자들뿐만 아니라 그렇지 못한 다른 경쟁사들에게도 연관성이 있는 규정으로, 한국 기업들이 이에 대하여 깊은 이해를 가지고 범위반으로 인한 어려움을 사전에 예방해야 할 것이다. 그리고 여타 기업들의 위법적 행위에 대해서는 적절하게 대응할 수 있는 근거로 사용할 수 있기를 바란다.

