



## 미국의 계속적 거래관계에서의 거래거절에 대한 경쟁법상 규제

정보신청기관 : 한국공정거래조정원

거래거절에 대하여 우리나라 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법'이라 한다)은 불공정거래행위의 한 유형으로 규제하고, 거래거절을 부당하게 거래를 거절하는 행위, 즉 특정사업자에 대하여 부당하게 거래의 개시를 거절하거나, 계속적인 거래관계를 중단하거나, 거래하는 상품 또는 서비스의 수량이나 내용을 현저히 제한하는 행위라고 정의하고 있다. 또한 시장 지배력이 있는 사업자가 거래거절을 할 경우에는 시장지배적 지위남용행위로서 규제할 수도 있어 두 규제 사이의 관계가 문제될 수 있다.

공정거래법이 이와 같이 거래거절을 규제하고 있는 것은 거래상대방 선택의 자유라는 사업자의 기본권리와 충돌하는 부분이 존재하며, 거래거절 규정의 지나친 확대는 자유시장 경제원리에 반하게 된다는 비판에 부딪히게 된다. 근대 민법의 기본원칙인 계약자유의 원칙, 특히 거래상대방 선택의 자유의 원칙 하에서 상대방을 선택하는 일련의 과정 중에 불가피하게 거래의 거절이 발생할 수 있다는 점에서 일회적인 거래거절의 경쟁법상 문제될 여지는 크지 않지만, 적어도 거래거절이 문제가 되기 위해서는 이러한 행위가 당해 거래에서만 아니라, 거래가 이루어지고 있는 시장에서 거래거절의 상대방을 배제할 가능성과 관련되어야 한다. 따라서 거래거절은 본질적으로 배제적인 의미를 가지며, 유형별

로 분류하면 계속적 거래관계의 중단과 새로운 거래 요청의 거부, 공급 측면에서의 거래거절과 수요 측면에서의 거래거절, 수평적 거래거절과 수직적 거래거절, 다른 위법행위에 부수하는 형태의 거래거절, 가격 압착과 같은 실질적 의미에서의 거래거절 등으로 분류하여 이해할 수 있다.<sup>1)</sup>

새로운 거래의 요청의 경우나 기존의 거래관계를 중단하는 경우는 각각의 경쟁법적 평가를 별론으로 하고, 모두 거래거절에 해당하며, 또한 거래의 양적 또는 내용적 감소가 현저한 경우에 실질적으로 거래거절에 해당할 수 있다는 것에 대해서도 의문이 없다. 거래거절의 행태를 계약법적으로 보면, 청약에 대한 승낙의 의사표시가 주어지지 않은 경우를 말하고, 위법성 판단의 대상이 되는 거래거절을 확정하는 단계에서 계약적 관계를 파악하는 것은 유력한 접근방식이 될 수 있다. 그러나 거래관계 또는 거래관계의 종료는 계약적 구속력이 발생하는 법적 의미에서의 계약관계에 전적으로 의존하는 것은 아니다. 예를 들어 기존의 계약관계가 종료된 상태라 하더라도 당사자 사이에 거래관계가 실질적으로 지속되고 있는 경우에, 새로운 계약체결에 대한 요청을 거절하는 것은 거래 중단의 의미로 이해될 것이다. 또한 경쟁법상 거래거절의 위법성이 계약당사자

의 이해관계를 조정하는 관점, 즉 계약법적인 정당성 판단에 의하는 것은 아니기 때문에 사실관계로서 거래의 내용과 특성을 분석하는 것은 보다 중요한 의미를 갖는다. 이러한 점에서 경쟁법상 거래거절은 내용적으로 사업자가 거래관계를 통하여 달성하고자 하는 전체적인 계획에 기초한다.<sup>2)</sup>

## 1. 우리나라 공정거래법상 거래거절의 규제

### 1. 우리나라 공정거래법의 규정

#### 1) 불공정거래행위의 한 유형으로서의 거래거절

공정거래법 제23조 제1항 제1호는 '부당하게 거래를 거절'하는 행위를 불공정거래행위의 하나로 열거하고 있고, 동법 시행령 제36조 제1항 [별표1의2] '불공정거래행위의 유형 및 기준'은 제1호 (가)목에서 '공동의 거래거절'을, (나)목에서 '기타의 거래거절'을 규정하고 있다.

공동의 거래거절은 미국 법상 소위 'Group Boycotts' 또는 'Concerted Refusals to Deal'에

1) 홍명수, 시장지배적 지위 남용으로서 거래거절의 의의와 위법성 판단, 부산대학교 법학연구, 제51권 제1호(2010. 2.), 738면 참조.

2) 위의 논문, 740면.

해당하고, 기타의 거래거절은 미국 법상 소위 ‘단독의 거래거절(Unilateral Refusals to Deal)’에 해당하는 것으로서 ‘공동성’이 존재하지 않는 경우를 말하며, 서면법 제2조의 독점화의 한 유형으로 다루어진다. 또한 법 시행령은 거래거절의 위법성에 대하여 공동의 거래거절은 ‘

정당한 이유 없이’로 규정하고, 기타의 거래거절은 ‘부당하게’라고 규정하고 있어 전자의 위법성이 상대적으로 더 큰 것으로 간주하고 있음을 알 수 있다. 단독의 거래거절<sup>3)</sup>은 공동의 거래거절과 달리 요건으로 부당성을 요하므로 그 판단기준의 문제가 있다.

제23조 제1항	사업자는 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다. 1. 부당하게 거래를 거절하거나 거래의 상대방을 차별하여 취급하는 행위
시행령 제36조	법 제23조(불공정거래행위의 금지) 제2항의 규정에 의한 불공정거래행위의 유형 또는 기준은 별표 1의2와 같다. <개정 2010. 5. 14>
[별표1의2] <개정 2010.5.14.> 제1호 가목 및 나목	가. 공동의 거래거절 정당한 이유 없이 자기와 경쟁관계에 있는 다른 사업자와 공동으로 특정사업자에 대하여 거래의 개시를 거절하거나 계속적인 거래관계에 있는 특정사업자에게 대하여 거래를 중단하거나 거래하는 상품 또는 용역의 수량이나 내용을 현저히 제한하는 행위 나. 기타의 거래거절 부당하게 특정사업자에 대하여 거래의 개시를 거절하거나 계속적인 거래관계에 있는 특정사업자에 대하여 거래를 중단하거나 거래하는 상품 또는 용역의 수량이나 내용을 현저히 제한하는 행위

관계법령을 종합하면 단독의 거래거절 성립 요건은 (i) 특정사업자에 대하여, (ii) 거래의 개시를 거절하거나, 계속적인 거래관계에 있어서 거래를 중단하거나, 거래하는 상품 또는 용역의 수량이나 내용을 현저히 제한하고, (iii) 그 거래거절이 부당하여야 한다. 따라서 그 ‘부당성’이 주로 논의된다.

불공정거래행위의 부당성은 (i) 공정거래저

해성, (ii) 수단의 불공정성, (iii) 내용의 불공정성을 포함한다는 것이 학계의 다수설이다.<sup>4)</sup> 이러한 불공정거래행위의 부당성 판단기준을 고려하여 거래거절의 부당성 판단기준에 적용해보면, (i) 경쟁자가 용이하게 다른 거래처를 찾을 수 없거나 찾을 수 있더라도 거래조건이 불리해서 경쟁자로서 충분히 기능하기 어려운 경우 등으로 경쟁자의 거래기회를 배제하여 그

3) 단독의 거래거절은 개별적 거래거절 또는 기타의 거래거절과 동일한 의미를 가진다.

4) 이러한 학계의 다수설은 일본의 판례를 받아들인 것으로, 단독의 거래거절에 있어서도 대체로 동일하게 적용된다.

사업 활동을 곤란하게 할 우려가 있는 경우이다. (ii) 공정거래법상 위법, 부당한 목적을 달성하기 위하여 거래거절이 사용된 경우로 위법한 재판매가격유지를 구속하는 수단으로서 또는 위법한 구속조건부거래의 실효성 확보를 위해 거래를 거절하는 경우가 해당될 것이다. (iii) 유력한 사업자가 거래 상대방을 곤란에 빠뜨리는 것 외에는 별다른 이유 없이 거래를 거절하는 경우이다.<sup>5)</sup>

한편 부당성 요건은 계속적 거래의 거절과 거래개시의 거절의 경우에 따라 달리 적용되는 것으로, 통상 계속적 거래계약의 기간 중에 중단하는 것은 현실에서 이례적인 것으로 기간 만료 후 갱신을 거절하는 경우보다 부당성이 강하게 추정된다고 하는 견해가 있다. 따라

서 거래를 중단한 사업자로서는 합리적인 사업상의 이유를 들어 행위의 정당성을 해명하여 부당성의 추정을 저지할 현실적 필요가 있게 된다.<sup>6)</sup>

## 2) 시장지배적 지위 남용행위로 규제

공정거래법 제3조의2 제1항 제3호의 ‘다른 사업자의 활동을 부당하게 방해하는 행위’를 규정하고 있고, 시행령 제5조 제3항에서 부당한 방해에 해당하는 4가지 행위를 제시하는데, 이 중 거래거절은 3호<sup>7)</sup>와 4호가 적용될 수 있다. 또한 시장지배적 지위 남용행위 심사기준<sup>8)</sup> IV.3.다. 및 IV.3.라.(1)항 및 IV.4.다. 및 IV.4.라.(1)항에서 규정하고 있다.

### 〈현존 경쟁자에 대한 거래거절의 경우〉

공정거래법 제3조의2 제1항	시장지배적 사업자는 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.
법 제3조의2 제1항 제3호	다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위
시행령 제5조 제3항 제3호	정당한 이유 없이 다른 사업자의 상품 또는 용역의 생산·공급·판매에 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 거절·중단하거나 제한하는 행위
심사기준IV.4.다	정당한 이유 없이 새로운 경쟁사업자의 상품 또는 용역의 생산·공급·판매에 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 거절하거나 제한하는 행위

5) 이황, 공정거래법상 단독의 위반행위 규제의 체계(II)-불공정거래행위로서의 거래거절행위의 위법성, 그 본질과 판단기준(판례를 중심으로), 경제법연구 제9권 제2호, 112~113면 참조.  
 6) 김차동, 단독거래거절에 의한 불공정거래행위의 규제원리, 권오승 편, 공정거래와 법치, 법문사, 2004.  
 7) 3호의 경우 필수설비이론이 문제가 된다.  
 8) 2012. 8. 13. 개정된 공정거래위원회 고시 제2012-52호.

법 제3조의2 제1항 제4호	제1호 내지 제3호와의 부당한 방법으로 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위로서 공정거래위원회가 고시하는 행위
심사기준 IV.3.라.(1)	부당하게 특정사업자에 대하여 거래를 거절하거나 거래하는 상품 또는 용역의 수량이나 내용을 현저히 제한하는 행위

〈새로운 경쟁자에 대한 거래거절의 경우〉

공정거래법 제3조의2 제1항	시장지배적 사업자는 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.
법 제3조의2 제1항 제4호	새로운 경쟁사업자의 참가를 부당하게 방해하는 행위
시행령 제5조 제4항 제3호	정당한 이유 없이 새로운 경쟁사업자의 상품 또는 용역의 생산·공급·판매에 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 거절하거나 제한하는 행위
심사기준 IV.4.다.	정당한 이유 없이 새로운 경쟁사업자의 상품 또는 용역의 생산·공급·판매에 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 거절하거나 제한하는 행위 <sup>9)</sup>
시행령 제5조 제4항 제4호	제1호 내지 제3호 외의 부당한 방법으로 새로운 경쟁사업자의 신규진입을 어렵게 하는 행위로서 공정거래위원회가 고시하는 행위
심사기준 IV.4.라.(1)	정당한 이유없이 신규진입 사업자와 거래하거나 거래하고자 하는 사업자에 대하여 상품의 판매 또는 구매를 거절하거나 감축하는 행위

시장지배적 지위남용행위 규제는 남용행위의 주체로서 시장지배적 지위를 전제하며, 전제적으로 시장지배력 남용에 대한 규제는 시장지배력의 존부에 대한 판단과 남용행위 여부에 대한 판단의 2단계 심사과정을 거치게 된다.

9) 심사기준에 따른 구체적인 요건은 다음과 같다.

- (1) 「필수적인 요소(이하 '필수요소'라 한다)」라 함은 네트워크, 기간설비 등 유·무형의 요소를 포함하며, 다음 각호의 요건을 충족하여야 한다.
  - (가) 당해 요소를 사용하지 않고서는 상품이나 용역의 생산·공급 또는 판매가 사실상 불가능하여 일정한 거래분야에 참여할 수 없거나, 당해 거래분야에서 피할 수 없는 중대한 경쟁열위상태가 지속될 것
  - (나) 특정 사업자가 당해요소를 독점적으로 소유 또는 통제하고 있을 것
  - (다) 당해 요소를 사용하거나 이에 접근하려는 자가 당해 요소를 재생산하거나 다른 요소로 대체하는 것이 사실상·법률상 또는 경제적으로 불가능할 것

### 3) 양자의 관계

〈공정거래법상 시장지배적 지위 남용행위와 불공정거래와의 차이점〉<sup>10)</sup>

구분	시장지배적 남용행위	불공정거래행위
경쟁과의 관련성	분명하지 않음.	공정거래저해성 입증
형사처벌 여부	3년 이하 징역, 2억 원 이하 벌금	2년 이하 징역, 1억 5천만 원 이하 벌금
과징금	매출액 3%, 10억 원 이하	매출액 2%, 5억 원 이하

(1) 공정거래위원회의 심사지침  
공정거래위원회의 불공정거래행위 심사지침 II.3에서는 이 지침에서 규정된 “불공정거래행위가 법 제3조의2(시장지배적 지위의 남용금지) 위반에도 해당될 경우에는 법 제3조의 2를 우선적으로 적용함을 원칙으로 한다.”고 규정하고 있다.<sup>11)</sup>

(2) 불공정거래행위와 시장지배적 지위 사업자의 부당성 판단  
최근 포스코 판결<sup>12)</sup>에서 대법원은 양자의 입법목적 및 부당성의 판단기준을 별개의 것으로 보고 시장지배적 지위 남용행위와 불공정거래행위의 관계에 관한 기준을 제시하고 있다. 다수의견은 양자의 입법목적 및 부당성 판단기준

을 별개의 것으로 보고, 각각 독자적으로 부당성을 판단해야 한다는 전제 하에 동일한 거래거절 행위라 하더라도 시장지배적 지위 남용행위인 경우에는 경쟁제한성에 의해 부당성을 판단하고, 불공정거래행위의 경우에는 당해 행위가 시장에 미치는 영향을 고려하지 않고 거래 상대방이 불이익을 입었는지 여부에 따라 부당성을 판단하여야 한다고 한다. 따라서 제3조의 2 제1항 제3호의 시장지배적 사업자의 지위 남용행위로서의 거래거절의 부당성은 ‘독과점적 시장에서의 경쟁촉진’이라는 입법목적에 맞추어 해석하여야 할 것이므로, 시장지배적 사업자가 개별 거래의 상대방인 특정 사업자에 대한 부당한 의도나 목적을 가지고<sup>13)</sup> 거래거절을 한 모든 경우 또는 그 거래거절로 인하여 특정

10) 조성국, 시장지배적 지위 남용행위 위법성 판단기준에 관한 연구, 포스코 판결 5주년: 판결의 의미와 향후 발전방향-21세기 중요 판결 재조정I- 2013년 ICR센터 기획 세미나(2013. 1), 84면.  
11) 학계에서의 논의 또한 시장지배적 지위 남용행위는 사업자의 시장지배적 지위를 전제로 하고 있고, 불공정거래행위는 그러하지 않으므로 시장지배적 지위 남용의 금지는 불공정거래행위의 금지에 대하여 특별법적인 지위에 있다고 보는 것이 일반적인 견해라 보여지고, 실무에서는 대체로 일본의 유통사업자 기준과 유사한 기준에 의해 시장에서 일정한 지위를 가진 사업자에 대해서만 규제하고자 하는 경향이 있어 왔다(조성국, 위의 논문, 384면).  
12) 대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결. 이 판결은 계속적 거래의 거절이 아닌 새로운 거래개시의 거절 유형에 해당한다.  
13) 미국 반독점법 판례에서 반독점법 행위에 대한 의도(intent)가 언급되는 경우는 있지만, 이는 행위로부터 추론되는 객관적 증거로 이해되어야 하며, 주관적 증거로서 의도에 대한 입증의 요구로 보는 것은 타당하지 않다는 견해가 있다(홍명수, 위의 논문, 758면 참조).

사업자가 사업활동에 곤란을 겪게 되었다거나 곤란을 겪게 될 우려가 발생하였다는 것과 같이 특정 사업자가 불이익을 입게 되었다는 사실만으로는 그 부당성을 인정하기에 부족하고, 그 중에서도 특히 시장에서의 독점을 유지·강화할 의도나 목적, 즉 시장에서의 자유로운 경쟁을 제한함으로써 인위적으로 시장질서에 영향을 가하려는 의도나 목적을 갖고, 객관적으로도 그러한 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로 평가될 수 있는 행위로서의 성질을 갖는 거래거절 행위를 하였을 때에 그 부당성이 인정될 수 있다 할 것이다.

한편 반대의견은 시장지배적 사업자의 지위 남용행위로서의 거래거절행위의 부당성은 불공정거래행위로서의 거래거절행위의 부당성과 같은 의미로 평가·해석하여 경쟁제한의 우려 여부와 관계없이 이를 규제하여야 한다고 보았다.

## 2. 계속적 거래관계에서의 거절

### 1) 의 의

전술한 것처럼 거래거절은 새로운 거래 요청의 거절과 기존 거래의 중단 모두를 포함하는

것으로 이해된다. 따라서 거래거절에 해당하는지 여부와 관련하여 양자 사이에 차이가 존재하는 것은 아니지만, 각각의 위법성 평가는 달라질 수 있다는 점에서 이러한 구별이 무의미한 것은 아니다.

‘기타의 거래거절’은 개별 사업자가 그 거래 상대방에 대하여 하는 이른바 개별적 거래거절을 가리키는 것으로서 계약의 해지 내지 갱신 거절의 방법을 통해서도 할 수 있는바, 그 거래 거절이 특정 사업자의 거래기회를 배제하여 그 사업 활동을 곤란하게 할 우려가 있거나 오로지 특정 사업자의 사업 활동을 곤란하게 할 의도를 가진 유력 사업자에 의하여 그 지위 남용행위로서 행하여지거나 공정거래법이 금지하고 있는 거래강제 등의 목적 달성을 위하여 그 실효성을 확보하기 위한 수단으로 부당하게 행하여진 경우에는 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 거래거절행위로서 공정거래법이 금지하는 불공정거래행위에 해당한다.<sup>14)</sup>

계속적 거래계약의 기간 중에 중단하는 경우는 기간 만료 후 갱신을 거절하는 경우와 달리 이례적인 경우로 부당성이 강하게 추정된다 할 것이므로, 중단한 사업자측으로서는 그 중단에 관한 합리적인 사업상의 이유를 들어 자신의 중단행위의 정당성을 해명하여 부당성의 추정

14) 대법원 2012. 6. 14. 선고 2010다26035판결. 이 사건에서 대법원은 계약을 해지한 것은 피고가 그 지위를 남용하여 원고의 거래기회를 배제하여 그 사업 활동을 곤란하게 할 우려가 있거나 공정거래법이 금지하고 있는 거래강제 등의 목적 달성을 위하여 곤란하게 할 우려가 있거나 공정거래법이 금지하고 있는 거래강제 등의 목적 달성을 위하여 그 실효성을 확보하기 위한 수단으로 부당하게 행한 것으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 거래거절 행위에 해당함이 상당하다고 판시하였다.

을 저지할 필요가 있다.<sup>15)</sup>

한편 새로운 거래요청에 대한 거절과 기존 거래의 중단을 사실관계에서 확정하는 것이 용이하지 않을 수 있으며, 이상에서 검토한 바와 같이 양자에 대한 경쟁법의 적용에 의미있는 차이가 발생할 수 있다는 점을 감안하면, 사실관계에서 양자를 구별하는 것은 유력한 쟁점이 될 수 있다.<sup>16)</sup>

## 2) 실무의 판단

코카콜라(주)의 거래거절행위에 대한 건에서 공정거래위원회<sup>17)</sup>는 1974년 5월 27일 이후부터 약 23년 동안 보틀러 계약을 통한 계속적 거래관계에 있었으며, 계약이 기간만으로 종료하였음에도 양자 사이에 묵시적인 계약연장이 이루어졌고, 계약 당사자 사이의 합치된 의사에 반하는 점을 부당한 거래거절로 판단하였다. 그러나 법원<sup>18)</sup>은 공정거래위원회와 달리 계약기간의 만료되고 더 이상 연장할 수 없는 것이 명시되어 있었고, 고발인이 이미 독자적인 콜라음료를 개발하여 판매하고 있는 점을 고려하여 부당하게 이루어진 개별적 거래거절행위로써 법상의 불공정거래행위에 해당하지 않는다고 판시하였다.

현대오일뱅크 사건에서 인천정유는 그 전신인 한화에너지를 통해 옛 한화에너지프라이자를 통해 인천정유와 석유제품 공급계약을 맺었던 곳으로 현대오일뱅크가 한화에너지프라이자를 인수하면서 이러한 판매대리점 계약 또한 승계되었다. 해당 판매대리점 계약은 계약기간은 1년으로 일방이 계약기간 종료 90일 전에 서면으로 반대의사를 상대방에게 통지하지 않는 한 자동연장하기로 됨에 따라 해당 계약은 매년 묵시적으로 자동 갱신되던 중, 현대오일뱅크는 인천정유와의 지분관계가 청산되었고, 극심한 경영악화를 극복할 필요가 있다는 등의 이유로 2002년 3월 27일경 인천정유에게 위 판매대리점 계약을 같은 해 6월 30일자로 종료시킨다는 계약갱신거절의 의사표시를 하였다. 이에 인천정유는 2002년 5월 22일 공정거래위원회에 현대오일뱅크의 계약갱신거절이 공정거래법 제 23조 제1항 제1호의 불공정거래행위에 해당된다는 이유로 신고하였으나, 공정거래위원회는 이에 대하여 위법한 거절거래에 해당하지 않는다고 보아 무혐의 결정을 하였다. 이에 불복한 인천정유는 헌법재판소에 공정거래위원회 결정의 취소를 구하는 헌법소원심판을 청구하였고, 헌법재판소<sup>19)</sup>는 무혐의처분의 취소를 명하는 결정을 하였다. 한편 인천정유는 2002년

15) 김차동, 앞의 논문, 12면.

16) 홍명수, 앞의 논문, 6면.

17) 공정거래위원회 의결 제97-133호 97경축0614.

18) 대법원 2001. 1. 5. 선고 98두17869 판결.

19) 헌법재판소 2004. 6. 24. 선고 2002헌마496 결정.





5월 29일 대전지방법원 서산지원에 대리점계약 존속 확인을 구하는 소송을 제기하였으나 1심 법원<sup>20)</sup>과 2심 법원<sup>21)</sup>은 인천정유의 청구를 기각하였으며, 대법원<sup>22)</sup>도 상고를 기각하였다. 대법원은 (i) 이 사건 거래거절로 인한 인천정유의 불이익에 대해서는 현대오일뱅크와의 거래 기회가 배제되어 상당한 불이익을 받은 것은 사실이나 사업활동이 곤란했다고 볼 정도는 아니고 거래거절로 인하여 시장에서 퇴출될 우려가 있었다고 인정할 만한 증거도 없다. (ii) 현대오일뱅크의 부당한 의도 여부에 관하여는 현대오일뱅크의 거래거절이 자구노력의 차원이 아니라 인천정유의 사업활동을 어렵게 할 의도에서 비롯된 것임을 인정하게 어렵다. (iii) 현대오일뱅크의 사업상 정당한 사유에 관하여는 거래거절 당시 현대오일뱅크가 극심한 부도위기에

직면해 있었다고 단정할 수 없다고 하더라도 적어도 심각한 경영위기에 봉착해 있었고 이를 극복하기 위한 다양한 자구노력이 절실한 상태에서 그 타개책으로 나온 것으로 보이므로 현대오일뱅크의 거래거절행위가 부당하다고 보기는 어렵다고 판시하였다.<sup>23), 24)</sup>

## II. 미국에서의 거래거절 규제

### 1. 개 관

미국은 연방차원에서 Sherman법, FTC법, Clayton법 등 세 가지의 독점규제법을 가지고 있다. 법무부가 집행하는 Sherman법 제1조는 공동행위를 규제하고, Sherman법 제2조는 단

20) 대전지방법원 서산지원 2003. 6. 19. 선고 2002가합433 판결.

21) 대전고등법원 2004. 6. 24. 선고 2003나4974 판결.

22) 대법원 2008. 2. 14. 선고 2004다39238 판결.

23) 헌법재판소 또한 기본적인 사실관계와 법리에 있어서는 거의 유사함에도 다른 결론에 이른 것은 인천정유가 입은 피해의 정도와 대체 가능성, 그리고 현대오일뱅크의 사업경영상 필요에 대한 다른 판단에서 기한 것으로 보인다.

24) 피고가 이 사건 판매대리점계약 제3.1.2조의 규정에 따른 채무를 정산하지 아니하였으므로 그 조항에 따라 위 계약이 자동연장되었다는 원고의 주장에 대한 예비적 판단으로, 그 채용 증거를 종합하여, 이 사건 판매대리점계약 제3.1.2.조에서는 “당사자 일방이 계약기간 연장에 대하여 반대의를 통지한 경우에 양 당사자는 이 계약 및 이 계약과 관련하여 양 당사자 간에 체결된 자금대여계약 등 관련 계약에 따른 모든 채무를 계약 종료일 이전에 이행완료하여야 한다. 단, 계약기간 연장에 대하여 반대의를 통지한 당사자가 계약 종료일 이전에 그의 채무이행을 완료하지 아니할 경우 위의 계약기간 연장에 대한 반대의를 통지한 당사자가 계약 종료일 이전에 그의 채무이행을 완료하지 아니할 경우 위의 계약기간 연장에 대한 반대의를 통지한 것으로 본다.”라고 규정하고 있는 사실 등 판시와 같은 사실을 인정할 다음, 당사자가 이 사건 판매대리점계약을 체결한 취지와 목적, 위 계약조항을 삽입하게 된 의도, 거래금액의 규모, 정산과정, 피고 회사의 변제능력 및 변제자력 등을 감안하여 보면, 설령 피고 회사가 이 사건 판매대리점계약과 관련하여 정산을 다하지 못한 미정산금액이 남아 있다고 할지라도 그 미정산의 이유가 오로지 정리회사와 피고 회사 사이의 정산금액에 관한 다툼에서 비롯된 것일 뿐이고, 또 미정산된 금액이 있다면 피고 회사가 언제든지 이를 지급할 의사와 능력을 갖추고 있다고 인정되는 이상, 그 미정산을 이유로 피고 회사의 계약갱신거절 의사표시에 따른 이 사건 계약의 해지효력 자체를 부정할 수는 없다고 봄이 위 계약조항에 대한 합리적인 해석이라고 하여, 원고의 위와 같은 주장을 배척하였다.

독행위를 규제한다. 그리고 일반적으로 FTC가 집행하는 FTC법 제5조는 Sherman법 제1조 및 제2조 및 Clayton법을 포함하여 그 이상의 적용범위를 갖는 것으로 해석된다. 법집행 초기에는 소위 ‘맹아이론(incipiency theory; incipieny doctrine)’에 기초하여 시장지배력을 갖지 않는 사업자에 대하여도 사전예방적 차원에서 경쟁제한성이 구체적으로 입증되지 않는 행위에 적용할 수 있는 것으로 해석하였고, 이러한 이론에서 FTC법의 적용범위가 Sherman법보다는 훨씬 넓지만, 그 제재의 수준은 낮게 규정되었다. 현재에도 FTC법 제5조는 Sherman법, Clayton법 등을 합한 것보다 범위가 넓다고 해석되기는 하지만 그 차이가 많이 줄었으며, FTC법 제5조는 ‘불공정한(unfair)’이라는 표현을 사용하고 있으나 경쟁제한성 위주로 위법성 판단이 이루어지고 있기 때문에 경쟁과는 직접적인 상관관계가 없어 보이는 거래상 지위 남용행위의 규제가 많았던 우리나라나 일본과는 의미의 차이가 있다. 한편 법무부와 FTC가 공동으로 집행하는 Clayton법은 가격차별이나

배타적 행위 등에 적용되고 있으나 상당부분 Sherman법이나 FTC법과 겹치기 때문에 오늘날은 Sherman법이나 FTC법과 차별화되는 성격을 많이 상실한 것으로 해석되고 있다.<sup>25)</sup>

## 2. Sherman법 제2조<sup>26)</sup>

Sherman법 제2조<sup>27)</sup>는 단독 또는 복수의 사업자에 의한 독점화(monopolization) 또는 독점화 기도(attempt to monopoly)를 금지하고 있다.

### 1) 독점화와 독점화의 시도

독점화에 대하여 Grinnell판결<sup>28)</sup>에서 “(1) 관련시장에서 독점력을 가지고, (2) 탁월한 제품, 사업수단, 역사적인 사건의 결과로서의 성장·발전과 구별되는 그러한 독점력의 의도적인 획득 또는 유지”라는 두 가지 성립요건을 제시하였다. Swift 판례<sup>29)</sup>는 독점화의 기도의 성립요건에 대하여 (1) 배제적 또는 반경쟁적 행위,

25) 조성국, 앞의 논문, 79~81면 참조.

26) 미국 판례에 대해서는 Kenneth L. Glazer & Abbott B. Lipsky, Jr. Unilateral Refusals to Deal Under Section 2 of the Sherman Act, American Bar Association Vol.63, No 3, 1995, pp.749~765, 참조.

27) Sherman Act §2 (Monopolizing trade a felony; penalty)

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, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000 or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

28) United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563, 86 S.Ct. 1687(1966).

29) Swift & Co. v. U.S. 196U.S. 375, 396(1905).

(2) 가격을 통제하거나 경쟁을 파괴하려는 구체적인 의도, (3) 성공의 높은 가능성(dangerous probability of success)을 제시하였다.

## 2) 초기의 판례

Colgate 판결<sup>30)</sup>에서 독점을 창출 또는 유지를 목적으로 하는(purpose to create or maintain a monopoly) 거래거절은 독점금지법 위반이라는 판결은, 후에 거래거절이 서면법 제2조에 위반하는 독점화의 행위인지 여부를 판단하는 기준이 되었다. 이러한 원칙이 독점화 사건에 처음 적용된 것은 South Photo 판결이다.<sup>31)</sup> Kodak사는 Atlanta에서 사진용품소매를 수직통합하기 위해 기존 사진용품점들을 매수하였으나, 이를 거절한 소매상에 대하여는 도매가격으로 제공할 것을 거절하였다. 의심할 여지없이 이러한 전략은 Kodak 제품의 소매상들간의 경쟁을 어렵거나 불가능하게 만들었으며, 연방대법원은 피고의 이러한 판매거절이 독점화의 목적을 추구하기 위하여 행하여졌으므로 위법하다고 판시하였다.

Lorain Journal 판결<sup>32)</sup>에서 대법원은 일간지 회사인 Lorain Joirnal사가 신생 지역라디오 방송국(WEOL)에 광고하는 고객의 광고를 게재

할 것을 거절한 것은 서면법 제2조의 위반이라고 판시하였다. Lorain지역에서 99%의 고객을 확보하고 있는 일간지는 동 지역에서 필수적인 광고 매체수단이라서 이러한 정책은 WEOL을 파괴시키고 1948년 이전의 상당한 독점력을 회복하려는 시도에 해당하기 때문이다.

Otter Tail 판결<sup>33)</sup>에서 또한 전력송출사업을 독점하고 있던 피고가 지역 가맹점 계약이 만료한 후 독자적인 소매유통구조를 구축하고자 시도한 지방자치단체들에게 전력을 도매가로 공급하는 것을 거부한 행위는 서면법 제2조 위반이라고 하면서, Lorain Journal 판결을 인용하였다.

### (1) 거래거절에 대한 하급심 판결의 발전

하급법원들은 연방대법원의 판결에서 제시된 단독의 거래거절이 서면법 제2조에서 금지하는 행위 유형에 해당하기 위하여 연방 거래거절에 대한 기준을 명확히 하기 위해 명백하지만 다소 중첩되는 ‘의도기준(intent test)’과 ‘필수설비기준(essential facilities doctrine)’을 제시하였다

#### a. 의도기준

의도기준은 Colgate 판결의 독점을 창출하거

30) United States v. Colgate, 250 U.S. 300, 307(1919).

31) Eastman Kodak Co. v. Southern Photo Materials Co., 273 U.S. 359(1927).

32) Lorain Journal Co. v. United States, 342 U.S. 143(1951).

33) Otter Tail Power Co. v. United States, 410 U.S. 366(1973).

나 유지하려는 목적에서 그 기원을 찾을 수 있다. 이러한 의도기준은 Southern Photo 판결에서 완벽하게 적용되었으나 후에 의도기준은 부적절한 명칭이 되었다. 대부분의 하급심 판결을 의도기준하에서 주관적인 동기나 목적에 대한 단순한 구두 주장에 제한시키지 않고 의도와 경쟁적인 효과까지도 고려하였다. 이에 대하여 어떠한 법원은 “중요한 것은 시장지배적 사업자의 마음이 아니라 그러한 행위로 인한 전체적인 효과가 불공정하거나 약탈적이 될 수 있는가이다. 오직 비합리적으로 반경쟁적인 경우에 한하여”라고 판시하였다.

이에 대하여 10순환법원은 Feist 판결<sup>34)</sup>에서 독점화의 고의만으로는 서면법 제2조의 위반이라기에 불충분하며, 시장지배적 사업자의 행위의 효과와 그 동기라는 두 가지 판단으로 그 여부를 결정하여야 한다고 판시하였다.

#### b. 필수설비기준

하급심 판결이 필수설비이론을 적용한 기원은 서면법 제1조 위반사건인 Terminal Railroad 판결<sup>35)</sup>에서 찾을 수 있다. 또한 Otter Tail 판결에서는 필수설비이론을 서면법 제1조의 적용을 받는 공동행위에서 서면법 제2조의 적용을 받는 단독행위에 적용시키게 되었고, MCI 판

결<sup>36)</sup>에 이르러 오늘날과 같은 골격이 되었다. 이 판결에서 연방대법원은 비차별적인 조건으로 필수설비를 통제하는 사업자는 이러한 통제를 풀어야 한다고 판시했던 Terminal Railroad 판결을 인용하면서 다음과 같은 필수설비기준의 4가지 적용요건을 제시하였다. (i) 시장 지배적 사업자에 의한 필수설비의 통제일 것, (ii) 경쟁사업자가 사실상 이러한 설비의 복제가 불가능할 것, (iii) 경쟁사업자에 의한 필수설비의 접근거부, (iv) 필수설비의 공유가 가능할 것이다.

그러나 많은 판결에서 필수설비기준은 명확하게 나타나지 않으며, 이러한 모호함을 차치하더라도 필수설비기준과 의도기준이 적용되는 사건들을 분명히 구분하기가 어렵다. Aspen 사건에서 또한 10순환법원은 “이러한 두 가지 기준을 완전히 적용하기란 어려우며, 두 가지 기준 사이에는 상당한 중복(overlap)이 존재한다”고 판시하였다.

#### (2) 연방대법원의 판결

단독의 거래거절 사건에서 연방대법원은 필수설비기준과 의도기준 어느 쪽에 대해서도 명확한 입장을 밝히지 않고 있다. Aspen 사건<sup>37)</sup>에서 Colorado주 Aspen 지역에서 3개의 스키장

34) Rural Telephone Service Co. v. Feist Publications, Inc., 957 F.2d 765 (10th Cir.), cert. denied, 113 S.Ct. 490(1992).

35) United States v. Terminal Railroad Association, 224 U.S. 383(1912).

36) MCI Communications v. AT&T Corp., 708 F.2d 1081 (7th Cir.), cert. denied, 464 U.S. 891(1983).

37) Aspen Highlands Skiing Corp. v. Aspen Skiing Co., 738 F.2d 1509, 1519-20(10th Cir. 1984).

을 운영하는 피고와 1개의 스키장을 운영하는 원고는 4개의 산 모두에서 리프트를 이용할 수 있는 티켓을 공동 판매하여 오다가 수익배분에 이견이 생기면서 피고는 공동판매를 거부하고, 자신의 스키장의 리프트 이용권을 원고에게 판매할 것을 거절하면서 원고가 여러 스키장에서 널리 쓰일 수 있는 티켓을 판매하는 것을 곤란하게 하였다. 연방대법원은 피고의 이와 같은 행위가 독점화에 해당한다고 보았다.

이 판결은 시장지배적 기업에 의한 거래거절이 일반적으로 제2조 위반으로 된다는 견해를 보인 것이 아니라 경쟁적인 시장에서의 수년간 지속되어 온 분배의 패턴에 중요한 변화가 있었다는 것을 강조하였다. 원칙적으로 반트러스트법에서는 거래를 거절하는 것은 최초의 거래단계에서 거절하는 경우나, 일단 거래관계가 개시되고 난 후에 거절하는 경우나 모두 법의 적용을 받는다. 그렇지만 실제로 동 행위가 반트러스트법 위반사건으로 소송에 들어갈 경우 그 법적인 지위는 실질적으로 변화한다. 계속적인 거래관계를 단절하는 거래거절의 경우 당해 사업자 측으로서는 거래거절이 독점화 의도를 가지지 않았다는 것을 입증할 더 많은 책임을 안게 된다.<sup>38)</sup>

또한 필수설비기준과 의도기준 모두를 명시적으로 적용한 원심판결과 달리 연방대법원은 증거가 충분하기 때문에 필수설비의 원칙의 적

용 가능성이나 배제적이지 않은 행위라도 반경쟁적인 목적이 동기가 되었을 경우에는 시장지배력의 남용에 해당할 수 있는지 하는 가설적인 문제를 고려할 필요가 없다고 판시하였다.

또한 Kodak 판결에서 연방대법원은 kodak사가 자사제품의 부품판매를 거부한 데 대하여 시장지배력의 의도적 획득 또는 유지를 위한 책략에 해당한다고 판시하였지만, 위법성 판단 법리에 대하여는 논의하지 않았다.

### 3) 수직적 통합에서 가격 및 공급 압착 (the price or supply squeeze)<sup>39)</sup>

제조업자로서 시장지배적 사업자가 그 제품을 자사에 소속된 소매상들을 통해 혹은 독립소매상들을 통해서 판매하는 경우, 공급부족으로 독립소매상들에게 제품공급을 감소 또는 중단시키는 경우를 ‘공급압착’이라고 하며, 독립소매상에게 더 높은 가격을 부여하는 것을 ‘가격압착’이라고 한다. 이 둘은 경제적으로 거의 같은 효과를 가져오는데 시장지배적 사업자의 수직적 통합으로부터 야기된 이러한 압착은 독점규제법 위반행위가 되지 않는다.

그러나 이러한 행위는 세 가지 경우에 위법할 수 있다. 첫째, 지렛대 이론(leverage theory)으로, 한 시장에서 시장지배적 사업자가 그 시장지배력을 이용하여 다른 시장까지 지배하

38) 이재형, 거래거절규제의 법리와 경제분석, 정책연구시리즈 2005-12, 한국개발연구원, 27면.

39) H. Hovekamp. Antitrust Law Policy, Tomson/West, 2012, pp.324~327.

려 하는 경우, 둘째, 시장지배적 사업자의 수직적 통합이 신규진입을 원하는 사업자로 하여금 기존의 시장 외에 수직적으로 통합된 시장에도 동시에 진입하도록 함으로써 새로운 진입장벽을 형성하는 경우, 셋째, 시장지배적 사업자의 수직적 통합이 가격차별을 용이하게 하는 경우이다.

업상의 목적의 존부를 인용한다. ‘정당한 사업자의 목적’이란 의미가 모호하고 쉽게 오용될 수 있지만 이익을 향상시킬 수 있는 합법적인 행위를 나타낸다. 나아가 정당한 사업상의 목적은 단순히 피고에게 반경쟁적인 목적이 없었고, 문제된 행위가 오히려 더 적절하다는 두 가지 측면에서 사용될 수 있다.

4) 정당한 사업상의 목적(legitimate business purpose)<sup>40)</sup>

많은 거래거절의 사건에서 법원은 정당한 사

한 세 론

(한국법제연구원 인턴연구원)

참고문헌

김차동, 단독거래거절에 의한 불공정거래행위의 규제원리, 권오승 편, 공정거래와 법치, 법문사, 2004.  
 이재형, 거래거절규제의 법리와 경제분석, 정책연구시리즈 2005-12, 한국개발연구원.  
 이황, 공정거래법상 단독의 위반행위 규제의 체계(II)-불공정거래행위로서의 거래거절행위의 위법성, 그 본질과 판단기준(판례를 중심으로), 경제법연구 제9권 제2호.

조성국, 시장지배적 지위 남용행위 위법성 판단기준에 관한 연구, 포스코 판결 5주년 : 판결의 의미와 향후 발전방향-21세기 중요 판결 재조정I- 2013년 ICR센터 기획 세미나(2013. 1).  
 홍명수, 시장지배적 지위 남용으로서 거래거절의 의의와 위법성 판단, 부산대학교 법학연구, 제51권 제1호(2010. 2).  
 H. Hovekamp. Antitrust Law Policy, Tomson/West, 2012.  
 Kenneth L.Glazer & Abbott B.Lipsky, Jr.Unilateral Refusals to Deal Under Section 2 of the Sherman Act, American Bar Association Vol.63, No 3, 1995.

40) Id. p.335.