

수직적 통합이 이루어지지 않은 시장에서의 거래거절에 관한 고찰 *

김 영 열 **

【초 록】

『독점규제 및 공정거래에 관한 법률』은 단독의 거래거절을 시장지배적지위 남용행위(같은 법 제3조의2) 및 불공정거래행위(같은 법 제23조 제1항 제1호)로 이원적으로 규율하고 있다. 이때 불공정거래행위로서의 거래거절의 부당성 판단기준에 대해 그간 많은 논란이 제기되어 왔는데, 이러한 배경에서 공정거래위원회는 최근 한국마이크로소프트 사건(이하 “대상 의결”)을 통해 다시 한번 거래거절의 부당성을 경쟁제한성을 중심으로 판단하였다.

한편 불공정거래행위로서의 거래거절의 부당성을 경쟁제한성을 중심으로 이해할 경우, 거래거절이 관련시장에서 경쟁을 제한하는지 여부를 위주로 판단하게 된다. 이때 관련시장은 행위자가 속한 시장뿐만 아니라 거래거절의 상대방이 속한 시장을 포함하는데, 이로 인해 - 거래거절의 전형적인 모습이라 할 수 있는 - 엄격한 의미의 수직적 통합이 이루어진 시장에서의 거래거절뿐만 아니라, 비단 이러한 통합이 이루어지지 않아도 행위자가 상대방시장의 경쟁사업자를 배제하기 위한 경우나 행위자가 하방시장의 경쟁사업자를 배제하기 위한 경우 또는 순수한 수직적 거래거절의 경우 등 거래거절이 성립될 수 있는 유형이 다양하게 나타나고 있다.

본고는 거래거절이 성립될 수 있는 유형들을 그간의 심결례나 판례 등을 통해 살펴보고, 특히 대상 의결을 포함하여 엄격한 의미의 수직적 통합이 이루어지지 않은 시장에서 발생할 수 있는 거래거절의 모습과 각 유형별 고려사항에 대해 검토해 보기로 한다.

주제어 : 단독의 거래거절, 경쟁제한성, 수직적 통합, 수직적 거래거절, 한국마이크로소프트 사건

* 본고는 필자의 개인적인 견해이며, 소속 법무법인의 입장과는 무관합니다.

** 법무법인(유) 충정 구성원 변호사.

목 차

- I. 서설
- II. 한국마이크로소프트 거래거절 사건
- III. 거래거절 유형 분류
- IV. 거래거절 유형별 검토
- V. 대상의결에 대한 검토 및 맺음말

I. 서설

『독점규제 및 공정거래에 관한 법률』(이하 “공정거래법”)은 단독의 거래거절을 시장지배적지위 남용행위(같은 법 제3조의2) 및 불공정거래행위(같은 법 제23조 제1항 제1호)로 이원적으로 규율하고 있다. 이로 인해 시장지배적지위 남용행위로서의 거래거절과 불공정거래행위로서의 거래거절의 관계에 대해 그간 지속적인 논란이 제기되어 왔으며, 이와 더불어 불공정거래행위로서의 거래거절의 부당성 판단기준에 대해서도 마찬가지로 많은 논란이 제기되어 왔다.

특히 후자의 경우 법원은 불공정거래행위로서의 거래거절의 부당성 판단기준을 기본적으로 불공정성을 중심으로 이해하고 있는 반면, 공정거래위원회의 최근 실무 경향과 현행 심사지침¹⁾은 경쟁제한성을 중심으로 판단이 이루어지고 있어 혼란을 야기하고 있는 상태이다.²⁾ 이러한 배경에서 공정거래위원회는 최근 한국마이크로소프트 사건(이하 “대상 의결”)을 통해 다시 한번 거래거절의 부당성을 경쟁제한성을 기준으로 판단하였는바, 현재까지도 법원과 공정거래위원회의 간극이 좁혀지지 않고 있는 모습이다.

한편 불공정거래행위로서의 거래거절의 부당성을 경쟁제한성을 중심으로 이해할 경우, 거래거절이 관련시장에서 경쟁을 제한하는지 여부를 위주로 판단하게 된다. 이때 관련시장은 행위자가 속한 시장뿐만 아니라 거래거절의 상대방이 속한 시장을 포함하는데(심사지침 V. 1. 나. (2)), 이로

1) 불공정거래행위 심사지침(공정거래위원회 예규 제351호)를 말한다(이하 “심사지침”).

2) 이러한 부당성 판단기준에 대한 고려가 필요한 이유는 사안별로 어떠한 판단기준을 적용하는지에 따라 아래의 표와 같이 결론이 달라질 수 있기 때문이다.

	경쟁제한성	불공정성	공정거래위원회	법원
사례 ①	O	X	O (부당성 인정)	X (부당성 부정)
사례 ②	X	O	X (부당성 부정)	O (부당성 인정)
사례 ③	O	O	O (부당성 인정)	O (부당성 인정)
사례 ④	X	X	X (부당성 부정)	X (부당성 부정)

인해 - 거래거절의 전형적인 모습이라 할 수 있는 - 엄격한 의미의 수직적 통합이 이루어진 시장에서의 거래거절뿐만 아니라,³⁾ 비단 이러한 통합이 이루어지지 않아도 상방시장에서의 경쟁사업자 배제나 하방시장에서의 참여사업자 배제 등 거래거절이 성립될 수 있는 유형이 다양하게 나타나고 있다.

이러한 배경 하에서 본고는 거래거절이 성립될 수 있는 유형들을 그간의 심결례나 판례 등을 통해 살펴보고, 특히 엄격한 의미의 수직적 통합이 이루어지지 않은 시장에서 발생할 수 있는 거래거절의 모습과 각 유형별 고려사항에 대해 검토해 보기로 한다. 이하에서는 우선 최근 대상 의결에서 문제된 사실관계와 이에 대한 공정거래위원회의 판단 내용을 살펴보고 (II), 그간의 거래거절 사례를 각 유형별로 분류해 본 후 (III), 이와 관련된 국내외에서의 논의와 판례 등을 소개하고 (IV), 그 시사점과 대상 의결과의 관계 등을 정리하면서 글을 끝맺고자 한다 (V).

II. 한국마이크로소프트 거래거절 사건

1. 배경

이 사건 교육기관 업무용 소프트웨어 라이선스 공급은 입찰에 의하여 이루어지는데, 통상 소프트웨어 제조사 - 총판 - 공인파트너 - (일반파트너) - 교육기관 순으로 공급된다. 즉, 공인파트너인 대리점이나 일반파트너인 대리점이 낙찰을 받게 되면 제조사, 총판을 거쳐 대리점을 통해 교육청에 공급된다.

한편 이 사건 입찰은 적격심사제로 사업자가 적격심사 우선순위자가 될 경우 제조사의 공인인 증파트너를 증명할 수 있는 인증서와 공급증명원을 발주처에 제출하여야 하는 조건을 두고 있으며, 미제출 시에는 해당 우선순위자는 부적격 처리되어 배제되고 후순위자가 적격심사 대상자가 되는 구조를 갖고 있다.

2. 사실관계

한국마이크로소프트(유)는 이 사건 입찰의 예산과 규격 특성상 단독 공급이 불가능하였기 때문에, 한글과컴퓨터(주)와 협의하여 MS오피스와 ●●의 조합으로 이 사건 입찰에 참여하는 대리점

3) 이러한 수직적 통합의 전형적인 모습은 가령 해당 사업자가 상방시장(예: 원재료 공급)과 하방시장(예: 완제품 생산 및 유통)에 모두 참여하고 있는 상태에서, 하방시장의 경쟁사업자(예: 독립된 완제품 유통업자)를 배제하기 위해 거래거절을 하는 경우를 들 수 있다.

들에게 공급하기로 결정하였다. 한편 G사는 한국마이크로소프트의 공인파트너 대리점으로서 주로 강원도 소재 교육기관의 업무용 소프트웨어 구매 입찰에 참여하여 한국마이크로소프트 제품을 납품하여 온 업체인데, 이 사건 입찰에 참여하여 2017. 10. 20. 1순위 적격심사 대상자로 선정되었다.

이에 한국마이크로소프트는 G사가 이 사건 입찰 참여 전 자신과 공급수량 및 공급가격 등 건적에 대해 협의하지 않은 점이나, G사가 자신이 결정한 ●●이 아닌 다른 제품을 납품할 계획인 점 등을 이유로 G사를 이 사건 입찰에 탈락시킬 의도로 G사의 공급자증명원 발급 요청을 수차례 거절하였다. 결국 G사는 적격심사 대상자에서 제외되어 이 사건 입찰에서 탈락하였다.

3. 공정거래위원회의 판단(공정거래위원회 2020. 8. 24. 의결 제2020-252호)

(1) 한국마이크로소프트가 G사의 공급자증명원 발급 요청을 거절함으로써 G사는 이 사건 입찰에 탈락하여 소프트웨어 라이선스를 공급받지 못하였는바, 한국마이크로소프트가 공급자증명원 발급을 거절한 행위는 실질적으로 G사와의 소프트웨어 라이선스 거래 개시를 거절한 행위에 해당한다.

(2) 한국마이크로소프트의 행위는 G사를 이 사건 입찰에서 탈락시킬 의도와 목적으로 행하여졌고, 이로 인해 이 사건 입찰시장에서의 대리점 간 경쟁이 부당하게 제한되었다. 즉, 한국마이크로소프트는 G사의 공급자증명원 발급 요청을 수차례 거절하였고, 그 결과 G사는 이 사건 입찰에 탈락하여 경상북도교육청이 발주하는 업무용 소프트웨어 라이선스 입찰 시장에 진입할 기회를 상실하였다.

(3) 또한 한국마이크로소프트의 행위는 - 대리점들 간 각 시·도 교육청이 발주하는 교육기관 업무용 소프트웨어 라이선스 입찰 시장에서 각자의 영업지역을 존중해 주는 관행이 있었던 점이나(공정거래위원회 2020. 8. 12. 의결 제2020-216호)⁴⁾ 이 사건 입찰에서도 역시 대리점들 간 담합 행위가 있었던 점(공정거래위원회 2020. 8. 12. 의결 제2020-217호)⁵⁾을 감안해 볼 때 - 이러한 대리점들 간 관행 내지 경쟁제한효과를 더욱 고착화하거나 가중시킨 것으로 판단할 수 있다.

(4) 한편 한국마이크로소프트의 행위는 - G사 입장에서 한국마이크로소프트 외에는 대체거래선이 존재하지 않았던 점을 고려해 볼 때 - 이 사건 입찰 시장에서 경쟁제한 효과 발생의 직접적인 원인이 되었다. 그 밖에 한국마이크로소프트의 행위에 달리 합리적 사유가 있다고 보기도 어려우므로, 결국 한국마이크로소프트의 행위는 단독의 거래거절에 해당하여 위법하다(시정명령).

4) 이에 관한 자세한 설명은 각주 18) 참조.

5) 이에 관한 자세한 설명은 각주 19) 참조.

이러한 공정거래위원회의 처분에 대하여 현재 한국마이크로소프트가 행정소송을 제기하였는지 여부는 확인되지 않는다.

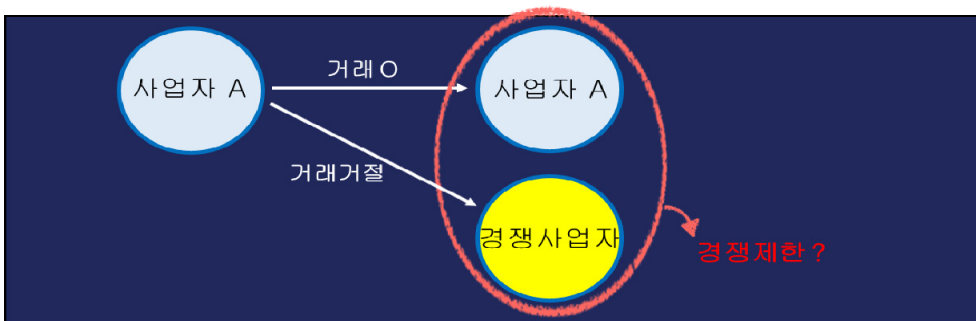
Ⅲ. 거래거절 유형 분류

계약의 자유가 보장되는 법질서 하에서 거래거절은 거래에 필연적으로 수반되는 결과로 이해된다. 즉, 계약자유 원칙 하에서 사업자는 거래를 개시 또는 계속할 것인지 여부와 누구와 거래할 것인지를 자유로이 결정할 수 있으며, 비교법적으로도 미국의 Colgate 사건이나 EU의 Oscar Bronner 사건에서 법원은 원칙적으로 사적 거래주체들은 거래상대방을 자유로이 선택할 수 있고, 이에 대한 제한은 신중한 접근이 필요하다는 원칙을 제시한 바 있다.

다만 사업자가 거래거절을 함으로써 다른 사업자의 사업활동을 현저히 곤란하게 하고 그 결과 당해 시장에서 경쟁의 정도가 감소하거나, 거래거절이 공정거래법상 금지된 행위의 실효성을 확보하기 위한 수단으로 활용될 경우에는 관련시장에서 경쟁을 제한할 수 있으므로 예외적으로 이를 제한할 필요성이 있다. 이하에서는 그간 문제된 거래거절의 유형에 대해 살펴보고, 특히 행위자가 하방시장에 참여하고 있지 않은 시장, 즉 엄격한 의미의 수직적 통합이 이루어지지 않은 시장에서 이루어진 거래거절을 중심으로 그 부당성 판단기준에 대해 고찰해 보고자 한다.

1. 행위자가 하방시장에 참여하고 있는 경우

거래거절의 가장 전형적인 모습이라 할 수 있다. 즉, 해당 유형은 행위자가 상방시장(예: 원재료 공급) 및 하방시장(예: 완제품 제조 및 유통) 모두에 참여하고 있는 상태에서, 하방시장의 경쟁사업자(예: 독립된 완제품 유통업자)를 배제하기 위해 거래거절을 함으로써 자신이 속한 하방시장에서 경쟁제한효과를 발생시키는 모습을 갖고 있다.

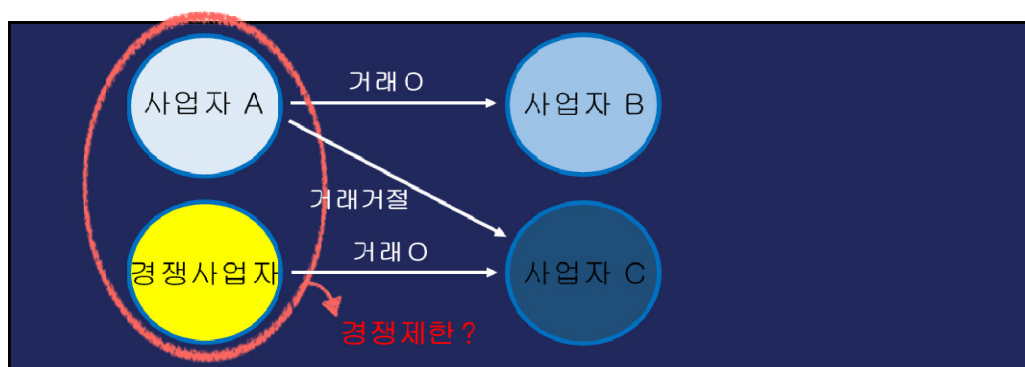


해당 유형은 비교법적으로 미국이나 EU 등에서 가장 전형적인 거래거절의 형태로 이해되고 있으며, 특히 EU의 경우 대부분의 거래거절 사례가 해당 유형을 중심으로 형성되어 온 것으로 보인다.⁶⁾ 국내에서도 POSCO 사건이나 SKC 사례 등이 이에 해당한다(대법원 2001. 6. 12. 선고 2001두1628 판결, 대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 판결).⁷⁾

2. 행위자가 하방시장에 참여하고 있지 않은 경우

(1) 가

거래거절 중 일부 사례가 이에 해당한다. 즉, 해당 유형은 행위자가 상방시장(예: 원재료 공급)에 참여하고 있는 상태에서, 상방시장의 경쟁사업자(예: 독립된 원재료 공급업자)를 배제하기 위해 그와 거래하는 하방시장의 사업자를 상대로 거래거절을 함으로써 자신이 속한 상방시장에서 경쟁제한효과를 발생시키는 모습을 갖고 있다.



6) 이와 관련하여 EU Guidance Paper(“Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings”을 말한다)는 “일반적으로 경쟁법 문제는 시작 지배적사업자가 하방시장에서 (자신이 공급을 거절한) 구매자와 경쟁하고 있는 경우에 발생하게 되며 (중략) 본 장(section)은 오로지 이러한 유형의 거래거절만을 다루고 있다”고 규정하고 있다(Guidance Paper, para. 76).

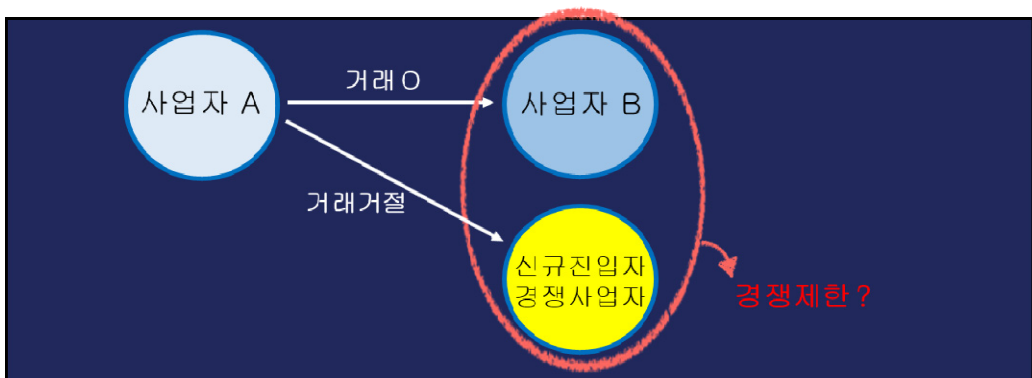
7) 이와 관련하여 심사지침은 “상당한 정도의 시장력(market power)을 보유한 사업자가 하위시장에 참여하고 있지 않은 경우에는 통상 경쟁사업자 배제효과가 수반되지 않으므로 위법성이 인정되기 어렵다”고 규정하고 있다(심사지침 <별첨> 경쟁제한성 판단기준). 이에 반해 실제 그간 문제된 거래거절 사례들을 찾아보면 아래에서 살펴보는 바와 같이 행위자가 하방시장에 참여하고 있지 않은 사례들이 상당수 축적되어 있다.

해당 유형은 비교법적으로 미국이나 EU 등에서 - 행위자가 하방시장에 참여하고 있는 수직적 봉쇄(vertical foreclosure)의 형태와 대비하여 - 수평적 봉쇄(horizontal foreclosure)의 한 형태로 이해되고 있으며, 해당 유형을 대상으로 일부 거래거절 사례가 발견된다. 국내에서도 DMC 사건이나 타이코헬스케어코리아 사건 등이 이에 해당한다(대법원 2005. 5. 26. 선고 2004두3038 판결, 대법원 2012. 5. 9. 선고 2010두24098 판결).

(2) 가

(A)

거래거절 중 일부 사례가 이에 해당한다. 즉, 해당 유형은 행위자가 상방시장(예: 원재료 공급)에 참여하고 있는 상태에서, 하방시장에서 가격을 교란시키는 신규진입자 내지 경쟁사업자(예: 독립된 완성품 유통업자)를 배제하기 위해 해당 사업자를 상대로 거래거절을 함으로써 거래 상대방이 속한 하방시장에서 경쟁제한효과를 발생시키는 모습을 갖고 있다.⁸⁾



해당 유형은 비교법적으로 미국이나 EU 등에서 특별히 유사 사례를 찾기 어려우며, 다만 EU의 경우 병행수출(parallel exports)을 통제하기 위한 목적으로 하방시장의 사업자를 상대로 한 거래거절을 규제한 사례가 일부 발견된다.⁹⁾ 국내에서는 한일사 사건, 하이트맥주 사건, 녹십자 사건 등

8) 이 경우 행위자는 하방시장의 신규진입자 내지 경쟁사업자(가령, 염가전략을 구사하는 사업자 등)를 배제함으로써 하방시장의 가격경쟁을 제한하고 이로 인해 상방시장의 공급가격, 즉 자신이 공급하는 원재료 가격을 통제 내지 인상시키려는 의도 및 효과를 갖고 있다.

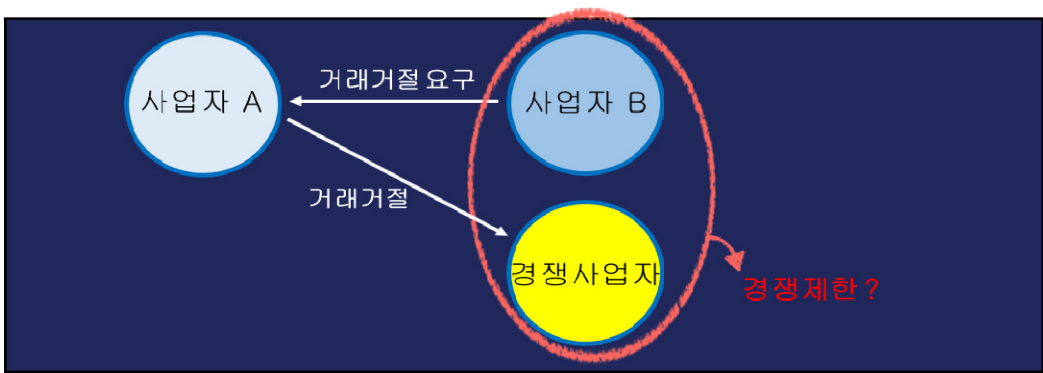
9) 이 경우 행위자는 하방시장의 사업자가 다른 EU 회원국 국가(가령, 자국보다 소매가격이 높게 형성되어 있는 국가 등)로 해당 물품을 수출하는 것을 제한하고 이로 인해 하방시장의 가격경쟁을 통제하는 효과가 발생할 수 있다.

이 이에 해당한다(대법원 1996. 6. 25. 선고 96누2019 판결, 대법원 2006. 8. 31. 선고 2006두9924 판결, 서울고등법원 2015. 8. 19. 선고 2013누51085 판결).

(3) 가

(B)

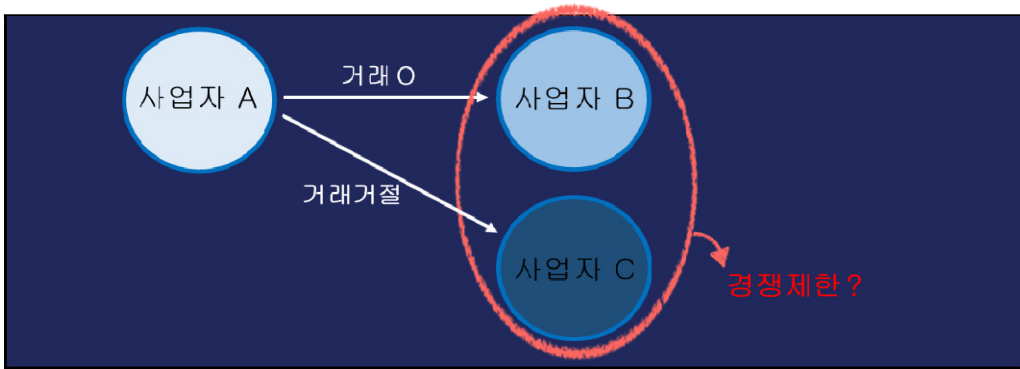
거래거절 중 일부 사례가 이에 해당한다. 즉, 해당 유형은 행위자가 상방시장(예: 원재료 공급)에 참여하고 있는 상태에서, 하방시장의 특정 사업자의 경쟁자 배제 전략(예: 배타조건부거래 / 구속조건부거래 / 거래거절 요구 / 답합 등)에 동조하여 해당 사업자의 다른 경쟁사업자(예: 독립된 완성품 유통업자)를 상대로 거래거절을 함으로써 거래상대방이 속한 하방시장에서 경쟁제한 효과를 발생시키는 모습을 갖고 있다.



해당 유형은 비교법적으로 미국이나 EU 등에서 특별히 유사 사례를 찾기 어려우며, 다만 해당 유형의 거래거절에 관한 일부 논의들이 발견된다. 국내에서는 황산판매대리점 사건, 듀폰 사건, 유케이케미팜 사건, 벨벳 사건 등이 이에 해당한다(서울고등법원 1999. 10. 13. 선고 99누3999 판결, 대법원 2005. 5. 27. 선고 2005두746 판결, 대법원 2008. 5. 15. 선고 2008두1474 판결, 대법원 2018. 6. 15. 선고 2018두36080 판결).

(4)

거래거절 중 일부 사례가 이에 해당한다. 즉, 해당 유형은 행위자가 상방시장(예: 원재료 공급)에 참여하고 있는 상태에서, 하방시장의 특정 사업자를 상대로 거래거절을 함으로써 거래상대방이 속한 하방시장에서 해당 사업자가 배제되는 모습을 갖고 있다.



해당 유형은 비교법적으로 미국이나 EU 등에서 특별히 유사 사례를 찾기 어려우며, 다만 해당 유형의 거래거절에 관한 일부 논의들이 발견된다. 국내에서는 현대오일뱅크 사건 등 다수의 사례가 이에 해당한다(헌법재판소 2004. 6. 24. 선고 2002헌마496 결정, 대법원 2008. 2. 14. 선고 2004다39238 판결).

3. 소결

위에서 살펴본 바와 같이 거래거절은 다양한 형태로 이루어질 수 있는바, 그간 문제된 거래거절 사례들을 각 유형별로 정리해보면 다음의 표와 같다.

유형		세부 유형	관련 사례
행위자가 하방시장에 참여하고 있는 경우	행위자가 속한 시장에서 경쟁이 제한되는 경우	-	SKC 사건 (대법원 2001. 6. 12. 선고 2001두1628 판결), POSCO 사건 (대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 판결) 등
행위자가 하방시장에 참여하고 있지 않은 경우	행위자가 속한 시장에서 경쟁이 제한되는 경우	① 행위자가 상방시장의 경쟁사업자를 배제하기 위한 경우	DMC 사건 (대법원 2005. 5. 26. 선고 2004두3038 판결), 타이코헬스케어코리아 사건 (대법원 2012. 5. 9. 선고 2010두24098 판결) 등

	상대방이 속한 시장에서 경쟁이 제한되는 경우	② 행위자가 하방시장의 경쟁사업자를 배제하기 위한 경우 (A)	한일사 사건 (대법원 1996. 6. 25. 선고 96누2019 판결), 하이트맥주 사건 (대법원 2006. 8. 31. 선고 2006두9924 판결), 녹십자 사건 (서울고등법원 2015. 8. 19. 선고 2013누51085 판결) 등
		③ 행위자가 하방시장의 경쟁사업자를 배제하기 위한 경우 (B)	황산판매대리점 사건 (서울고등법원 1999. 10. 13. 선고 99누3999 판결), 듀폰 사건 (대법원 2005. 5. 27. 선고 2005두746 판결), 유케이케미팜 사건 (대법원 2008. 5. 15. 선고 2008두1474 판결), 벨벳 사건 (대법원 2018. 6. 15. 선고 2018두36080 판결) 등
		④ 순수한 수직적 거래거절의 경우	코카콜라 사건 (대법원 2001. 1. 5. 선고 98두17869 판결), 현대오일뱅크 사건 (헌법재판소 2004. 6. 24. 선고 2002헌마496 결정, 대법원 2008. 2. 14. 선고 2004다39238 판결), 동양전자 사건 (대법원 2010. 8. 26. 선고 2010다28185 판결) 등

IV. 거래거절 유형별 검토

1. 행위자가 상방시장의 경쟁사업자를 배제하기 위한 경우

앞서 살펴본 바와 같이, 해당 유형은 비교법적으로 수평적 봉쇄의 한 형태로 이해되고 있으며, 해당 유형을 대상으로 일부 거래거절 사례가 발견된다. 보다 구체적으로 해당 유형은 ① 상방시장의 경쟁사업자와 거래하는 거래상대방을 상대로 거래거절을 하는 경우, ② 상방시장의 잠재적

경쟁사업자를 상대로 거래거절을 하는 경우, ③ 상방시장의 현실의 경쟁사업자를 상대로 거래거절을 하는 경우로 나누어 볼 수 있다.¹⁰⁾

이와 관련하여 우선 ①의 경우 EU 사법재판소는 과거 United Brands 사건¹¹⁾에서 자신의 대리점이 경쟁사업자의 광고 캠페인에 참여하는 것을 막기 위해 거래거절을 한 행위에 대해, 비록 사업자는 자신의 상업적 이해를 보호하기 위해 합리적인 조치를 취할 수 있으나, (i) 일상적인 상관례(regular commercial practice)를 준수하는 오래된(long-standing) 거래처를 상대로 거래거절을 하는 것은 남용행위에 해당하는 점, (ii) 사업자가 자신의 상업적 이해를 보호하기 위해 행하는 조치는 해당 위협에 대응하여 비례적(proportionate)이어야 하는 점, (iii) 해당 행위는 경쟁사업자 제품 판매를 제한하기 위해 이루어진 점 등을 종합하여 남용행위의 성립을 인정한 바 있다.

다음으로 ②의 경우 EU 위원회는 과거 Boosey & Hawkes 사건¹²⁾에서 자신의 대리점이 상방시장에 진입하여 경쟁제품 생산을 계획하고 있음을 이유로 거래거절을 한 행위에 대해, 비록 사업자는 자신의 상업적 이해를 보호하기 위해 합리적인 조치를 취할 권리가 있으나, 이러한 조치는 해당 위협에 대응하여 공정하고 비례적(proportional)이어야 함을 이유로 (따라서 사안에서 해당 사업자가 모든 공급을 즉시 중단하거나 해당 거래처를 대상으로 보복행위를 하는 것은 이러한 비례 원칙에 위반된다는 이유로) 남용행위의 성립을 인정하였다.

마지막으로 ③의 경우 EU 위원회는 과거 Aer Lingus 사건¹³⁾에서 경쟁사업자가 London-Dublin 노선에 진입하자 그 후 2년간 해당 경쟁사업자와 환승(interline)을 거절한 행위에 대해, 환승(interline)은 항공사들이 각 사의 항공권을 수락하는 것으로 항공업계의 관행인 점에 비추어 볼 때, 이러한 거래거절행위는 매우 이례적인 조치로서 인위적인 진입장벽을 형성시킨다는 이유 등으로 남용행위의 성립을 인정하였다.

국내 선례의 경우 DMC 사건이나 타이코헬스케어코리아 사건 등을 들 수 있는데, 이들 사건은 자신의 대리점이 경쟁사업자 제품을 수입 판매하려는 것을 막기 위해 거래거절을 하였거나(DMC 사건), 자신의 대리점이 경쟁사업자 제품을 취급하고 자신의 제품과 유사한 제품을 자체개발하여 판매하였다는 이유로 거래거절을 한 사안으로(타이코헬스케어코리아 사건), 위 ① 및 ②의 분류에 해당한다고 볼 수 있다.

한편 이상의 사례들 중 ①의 경우 엄밀한 의미에서 배타조건부거래의 외형을 갖고 있지 않았음에 주목할 필요가 있다. 즉, 이상의 United Brands 사건이나 DMC사건 및 타이코헬스케어코리아

10) Richard Whish and David Bailey, "Competition Law"(9th Edition), Oxford University Press, 2018. P. 713-714, 725.

11) Case 27/76 United Brands v Commission EU:C:1978:22.

12) BBI/Boosey & Hawkes [1987] OJ L286/36.

13) British Midland v Aer Lingus [1992] OJ L96/34.

사건에서 해당 사업자는 자신의 대리점과 명시적으로 배타조건부계약을 체결한 사실이 없었는 바, 이에 따라 이들 사안은 모두 거래거절을 기준으로 판단이 이루어졌음에 주목할 필요가 있다.¹⁴⁾ 물론 실무상 배타조건부거래와 거래거절은 그 구별이 어려운 경우가 많으며, 양 행위의 유형적 분류와 관계없이 경쟁법적 평가는 동일하게 이루어지는 것이 바람직하다는 점에서 이러한 구별에 큰 의의를 찾기 어려울 수도 있으나¹⁵⁾, 앞서 살펴본 바와 같이 국내 법원은 거래거절의 부당성 판단기준을 경쟁제한성이 아닌 불공정성을 중심으로 판단하고 있다는 점에서, 적어도 국내 실정상 이러한 구별은 일정한 실익이 있다고 생각된다.

그 밖에 이상의 DMC사건 및 타이코헬스케어코리아 사건에서 법원이 해당 사업자와 대리점 간 사실상 전속거래가 이루어졌는지 여부에 따라 거래거절의 부당성을 달리 판단한 것 역시 참고해 볼만하다. 즉, 이들 사건에서 해당 사업자는 자신의 대리점과 명시적으로 배타조건부계약을 체결하지는 않았지만, 전자의 경우 실질적으로 전속대리점으로 볼 사정이 있었던 반면, 후자의 경우에는 이러한 사정이 존재하지 않았는바, 법원은 전자의 경우 자신의 영업권 및 영업이익 방어를 위해 거래를 거절한 것은 정당하다고 판단하였으나, 후자의 경우에는 자신의 영업권 등을 보호하기 위한 불가피한 사유가 있다고 볼 수 없다는 이유로 거래거절의 부당성을 인정하였다(대법원 2005. 5. 26. 선고 2004두3038 판결, 공정거래위원회 2008. 6. 25. 의결 제2008-186호, 대법원 2012. 5. 9. 선고 2010두24098 판결).

2. 행위자가 하방시장의 경쟁사업자를 배제하기 위한 경우(A)

앞서 살펴본 바와 같이, 해당 유형은 비교법적으로 미국이나 EU 등에서 특별히 유사 사례를 찾기 어려우며, 다만 EU의 경우 병행수출(parallel exports)을 통제하기 위한 목적으로 하방시장에서 활동하고 있는 사업자를 대상으로 한 거래거절을 규제한 사례가 일부 발견된다.¹⁶⁾

국내 선례의 경우 하이트맥주 사건이나 녹십자 사건 등을 들 수 있는데, 이들 사건은 부산 및 경남지역 주류 도매업 시장에서 신규도매상의 시장진입으로 촉발될 수 있는 가격경쟁을 봉쇄

14) 이에 반해 EU Guidance Paper는 “다른 유형의 부당한 거래거절 - 공급이 구매자가 일정한 제한을 수용하는 것을 조건으로 이루어지는 경우 - 본 장(section)에서 다루지 않는다. 예를 들어 고객이 경쟁사업자와 거래하였음을 이유로 벌을 주기 위해 공급을 중단하거나, 끼워팔기에 응하지 않는 고객에 대해 공급을 거절하는 것은 배타조건부거래나 끼워팔기에 관한 장(section)에 기재된 원칙에 따라 검토된다”라고 하여 해당 유형의 경우 (배타조건부계약을 체결하였는지 여부와 관계없이) 배타조건부거래에 관한 판단기준에 따라 그 부당성을 판단하는 것으로 규정하고 있다(Guidance Paper, para. 77).

15) 서정, “배타조건부거래의 위법성 판단에 관한 검토”, 경쟁법연구, 2014, 16-18면.

16) Case 226/84 BL v Commission EU:C:1986:421; Case C-468/06 and C-478/06 Sot. Lelos kai Sia EE v GlaxoSmithKline EU:C:2008:504.

하기 위해 염가판매전략을 구사하는 신규 주류도매업자에게 거래거절을 하였거나(하이트맥주 사건), 해파빅 제품 납품 시장에서 신규도매상의 시장진입으로 촉발될 수 있는 가격인하경쟁을 차단하고 자신의 영향력을 유지하기 위해 신규 의약품도매업자에게 거래거절을 한 사안으로(녹십자 사건), 이 경우 거래거절은 전반적으로 하방시장의 신규진입자 내지 경쟁사업자를 배제함으로써 하방시장의 가격경쟁을 제한하고 이를 통해 상방시장의 공급가격 내지 마진을 통제할 수 있는 효과를 갖고 있다.¹⁷⁾

한편 해당 유형은 위와 같이 ① 직접적으로 하방시장의 가격경쟁을 제한하기 위한 수단으로 사용될 수 있을 뿐만 아니라, ② 간접적으로 하방시장의 가격경쟁제한을 강화하기 위한 수단으로 사용될 수 있다. 즉, 대상 의결에서 공정거래위원회는 한국마이크로소프트의 행위가 - 대리점들 간 각 시·도 교육청이 발주하는 교육기관 업무용 소프트웨어 라이선스 입찰 시장에서 각자의 영업지역을 존중해 주는 관행이 있었던 점이나(공정거래위원회 2020. 8. 12. 의결 제2020-216호)¹⁸⁾ 이 사건 입찰에서도 역시 대리점들 간 담합행위가 있었던 점(공정거래위원회 2020. 8. 12. 의결 제2020-217호)¹⁹⁾을 감안해 볼 때 - 대리점들의 입찰담합 관행을 더욱 고착화시키거나, 대리점들

17) 이와 관련하여 해당 유형의 경우 사실상 행위자가 하방시장에 참여하고 있는 경우의 거래거절과 유사한 효과를 갖게 된다. 즉, 행위자가 물리적으로 하방시장에 참여하고 있지 않아도, 하방시장의 가격통제를 위해 염가판매전략을 구사하는 신규진입자나 경쟁사업자를 배제할 경우, 하방시장의 가격인하경쟁을 제한하고 상방시장의 공급가격 내지 마진을 통제할 수 있으므로 행위자가 하방시장에 참여한 상태에서 경쟁사업자를 배제하기 위해 거래거절을 하는 것과 유사한 효과를 낳게 된다.

18) 당시 각 시·도 교육청에 교육기관 업무용 소프트웨어 라이선스를 납품하는 각 대리점들 간에는 - 본인의 영업지역 외의 지역은 낙찰되어도 사후관리 비용 부담이 커서 이득이 크지 않은 반면, 각 대리점 영업지역 별로 낙찰 받는 분위기가 유지되면 안정적인 이윤 획득이 가능하기 때문에 - 각자의 연고지역을 존중해 주는 관행이 있었고, 이에 따라 각 시·도에 위치한 12개 대리점들은 각 시·도 교육청이 발주하는 교육기관 업무용 소프트웨어 라이선스 구매 입찰 시장에서 발주처가 소재한 지역을 영업지역으로 하는 대리점을 낙찰 예정자로 정하기로 합의하고 이를 실행하였다(공정거래위원회 2020. 8. 12. 의결 제2020-216호). 이와 관련하여 한국마이크로소프트의 행위는 이러한 대리점들 간 관행을 고착화한 것으로 볼 수 있다(대상 의결 18면). 참고로 대상 의결은 특별히 해당 부분에 관한 설명을 부연하고 있지 않으나, 한국마이크로소프트가 해당 대리점이 자신의 연고지역이 아닌 입찰에 참여하였다거나 이 사건에서와 같이 자신과 사전 협의를 거치지 않았다는 등의 이유로 해당 대리점을 대상으로 공급자증명원 발급을 거절할 경우 이상의 대리점들간의 입찰담합의 실효성을 확보하는 효과를 갖게 된다는 점을 감안하여 위와 같이 판단한 것으로 보인다.

19) 이 사건 입찰의 경우 코아인포메이션과 포스텍은 - 기존부터 경상북도교육청을 대상으로 영업을 담당해 온 - 코아인포메이션을 낙찰 예정자로 정하기로 합의 후 이 사건 입찰에 참여하였고, 개찰 결과 이들 회사가 아닌 G사가 1순위 적격심사 대상자가 되었으나 G사가 공급자증명원을 제출하지 못하게 됨에 따라 코아인포메이션이 2순위 적격심사 대상자로 선정되어 경상북도교육청과 계약을 체결하게 되었다(공정거래위원회 2020. 8. 12. 의결 제2020-217호). 이와 관련하여 이 사건 입찰에서 대리점들 간 경쟁이 제한된 것은 대리점들 간의 담합행위로 인하여 발생된 측면도 있으나, 한국마이크로소프트의 행위가 없었다면 담합 내용과는 다르게 G사가 낙찰자가 되었을 것이므로 한국마이크로소프트의 행위로 담합에 따른 대리점들 간 경쟁제한 효과가 가중된 것으로 볼 수 있다(대상 의결 각주 24).

의 입찰담합으로 인해 발생한 경쟁제한효과를 더욱 가중시킨 것으로 판단하였는바(공정거래위원회 2020. 8. 24. 의결 제2020-252호, 18-19면 참조), 이를 통해 볼 때 거래거절은 ②-1 담합행위 등 다른 경쟁제한적 행위의 실효성을 확보하기 위한 수단으로 활용되거나, ②-2 다른 경쟁제한적 행위와 결합하여 관련시장 내의 경쟁제한효과를 가중시키는 효과를 가질 수 있다.

3. 행위자가 하방시장의 경쟁사업자를 배제하기 위한 경우(B)

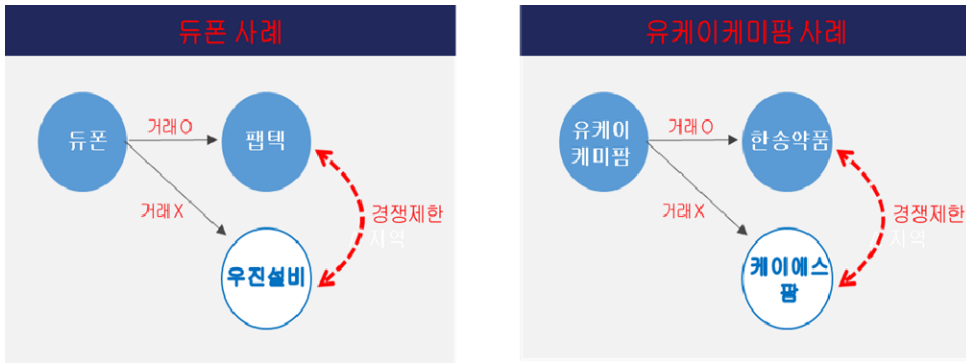
앞서 살펴본 바와 같이, 해당 유형은 비교법적으로 미국이나 EU 등에서 특별히 유사 사례를 찾기 어려우며, 다만 해당 유형의 성립가능성이나 그 범위 등에 관한 일부 논의가 발견된다. 가령 Hovenkamp 교수는 현재 하방시장의 특정거래처와의 배타조건부계약을 이유로 거래거절이 이루어지거나,²⁰⁾ 하방시장의 거래처들간의 담합이나 동조적 행위에 편승하여 거래거절이 이루어지는 경우²¹⁾ - 일반적인 수직적 거래거절의 경우와 달리 - 예외적으로 경쟁법의 적용대상이 될 수 있음을 인정하고 있으며, 이와 유사한 견지에서 EU에서도 현재 하방시장의 거래처와 적법한 배타조건부계약이 체결되어 있을 경우에는 이를 이유로 한 거래거절 역시 적법한 것으로 보아야 한다는 논의가 발견된다.²²⁾

국내 선례의 경우 황산판매대리점 사건, 듀폰 사건, 유케이케미팜 사건, 벨벳 사건 등을 들 수 있는데, 이들 사건에서 법원 및 공정거래위원회는 ① 자신과 밀접한 관계에 있는 거래처(예: 황산 판매대리점, 팍텍, 한송약품)의 거래중단 요구 내지 경쟁자 배제 전략에 동조하여 해당 경쟁사업자(예: 서□화학, 우진설비, 케이에스팜)에 대해 거래거절을 하였거나(황산판매대리점, 듀폰, 유케이케미팜 사건), ② 동물병원을 운영하는 일부 수의사들의 구속조건부거래 등을 이유로 동물병원과 경쟁관계에 있는 동물약국 등에 대해 거래거절을 한 사안에서(벨벳 사건) 거래거절의 성립을 인정하였다.

20) PE Areeda and H Hovenkamp, "Antitrust Law", Vol. III A, Little, Brown and Company, 1996. Para. 771a.

21) Herbert Hovenkamp, "Federal Antitrust Policy" (6th Edition), West Academic Publishing, 2020. P. 403-404.

22) O'Donoghue and Padilla, "The Law and Economics of Article 102 TFEU" (3rd Edition), Hart Publishing, 2020, P. 684.



이상의 내용을 종합해 보면, 배타조건부거래 / 구속조건부거래 / 거래중단 요구 / 담합 등 하방 시장의 거래처의 경쟁자 배제 전략에 동조하여 해당사업자의 다른 경쟁사업자를 대상으로 거래거절이 이루어질 경우 배타조건부거래 등 해당 경쟁제한적 행위에 대한 평가와 별개로 거래거절의 위법성에 대한 평가가 이중으로 이루어질 가능성이 있음을 알 수 있다. 또한 배타조건부거래 등 해당 경쟁제한적 행위가 적법한 경우라면 그에 따른 거래거절행위 역시 적법하다는 평가를 받을 가능성이 높다고 볼 수 있다.

다만 전자의 경우 실무상 이에 대한 뚜렷한 기준이 마련되어 있는 것으로 보이지는 않는다. 가령 아래의 표와 같이 황산판매대리점 사건이나 벨벳 사건의 경우 거래거절을 촉발시킨 사업자들은 거래거절을 하게 한 행위나 구속조건부거래행위로 각각 처벌되었던 반면, 듀폰 사건이나 유케이케미팜 사건의 경우 해당 사업자들은 별도로 처벌되지 않았는데²³⁾, 이는 각 사안별로 구체적인 사실관계에 따라 판단할 문제로 생각된다.

	황산판매대리점 사건	듀폰 사건	유케이케미팜 사건	벨벳 사건
거래거절을 한 사업자	-	거래거절 (제23조 제1항 제1호 전단)	거래거절 (제23조 제1항 제1호 전단)	거래거절 (제23조 제1항 제1호 전단)
거래거절을 하게 한 사업자	거래거절 (제23조 제1항 제1호 전단)	-	-	구속조건부거래 (제23조 제1항 제5호 전단)

23) 이봉의, “모회사 및 대규모수요자의 요청에 의한 거래거절”, 경제법판례연구, 2006, 128-129면. 이에 따르면 듀폰 사건의 경우 팜텍은 듀폰 측에 대하여 부당한 거래거절을 하게 한 사업자에 해당하고, 그에 따른 책임은 일차적으로 팜텍에서 부담하되, 듀폰 측에서 그러한 부당한 요청을 거절할 여지가 충분하였다면, 듀폰 측 역시 거래거절을 행한 자로 보아 규제가 이루어져야 한다고 한다.

후자의 경우 역시 실무상 이에 관한 명확한 기준이 마련되어 있는 것으로 보이지 않으나, 다만 기존의 선례 - 가령, 법원은 과거 DMC사건 및 타이코헬스케어코리아 사건에서 전속대리점의 경우 경쟁사제품을 취급하였다는 이유로 거래거절을 하는 것은 영업권 방어를 위한 부득이한 조치라는 취지로 판단한 점이나(대법원 2005. 5. 26. 선고 2004두3038 판결, 공정거래위원회 2008. 6. 25. 의결 제2008-187호, 대법원 2012. 5. 9. 선고 2010두24098 판결), 유케이케미팜 사건에서 원고와 현재 거래처인 한송약품 간 전속적 공급계약을 체결한 것으로 보이지 않는다는 이유로 원고의 거래거절을 위법하다고 판단한 점(대법원 2008. 5. 15. 선고 2008두1474 판결) - 등을 고려해 볼 때, 배타조건부거래 등 일정한 사유가 존재하거나 해당 거래 자체가 적법한 경우라면 그에 따른 거래거절행위 역시 적법하다는 평가를 받을 가능성이 있다고 보인다.

4. 순수한 수직적 거래거절의 경우

앞서 살펴본 바와 같이, 해당 유형은 비교법적으로 미국이나 EU 등에서 특별히 유사 사례를 찾기 어려우며, 다만 해당 유형의 성립가능성 등에 관한 논의가 일부 발견된다. 이들 논의의 공통점은 순수한 수직적 거래거절의 경우에도 경쟁법상 문제될 가능성 자체를 완전히 배제하지는 않으나,²⁴⁾ 일반적으로 경쟁제한적 결과를 발생시키기 어려운 이상 원칙적으로 경쟁법의 적용 대상이 아니라고 보고 있다.

즉, 이들 논의의 결론은 순수한 수직적 거래거절의 경우 가격인상이나 생산량제한 등의 결과를 가져오는 등 반경쟁적 효과를 가져오거나 소비자 후생에 영향을 미치기 어려울 뿐만 아니라, 자신의 독점력을 유지하기 위해 경쟁사업자를 봉쇄하는 등 배제적 효과를 야기하기 어려우므로, 전반적으로 경쟁제한효과를 발생시키기 어렵다는 것이다.²⁵⁾ 또한 단순히 거래거절을 당한 사업자가 관련시장에서 퇴출된다고 하여 경쟁제한효과와 필연적인 관계가 있는 것으로 볼 수 없으며 (특히 해당 사업자가 규모가 작거나 비효율적인 경우에는 더욱 그러하다), 그 밖에 United Brands 사건이나 Boosey & Hawkes 사건에서의 실시와 같이 특정 거래거절이 해당 위협에 대응한 비례적 (proportional)인 조치인지 여부를 기준으로 거래거절의 부당성을 판단하는 것도²⁶⁾ 그 기준이 모호

24) Richard Whish and David Bailey, "Competition Law" (9th Edition), Oxford University Press, 2018. P. 713-714; Bellamy and Child, "European Union Law of Competition" (8th Edition), Oxford University Press, 2018. P. 959-960.

25) Herbert Hovenkamp, "Federal Antitrust Policy" (6th Edition), West Academic Publishing, 2020. P. 403-405. O'Donoghue and Padilla, "The Law and Economics of Article 102 TFEU" (3rd Edition), Hart Publishing, 2020, P. 681-689. 이와 관련하여 Hovenkamp 교수는 이러한 예로 필수설비인 천연가스 파이프라인의 소유자가 이미 다수의 천연가스 운송업자에게 파이프라인 구역(space)을 임대하고 있는 상황에서 다른 천연가스 운송업자에게 임대를 거절하는 것은 - 해당 운송업자에게 손해를 입히는 것과는 별개로 - 관련시장을 덜 경쟁적으로 만드는 등 경쟁에는 아무런 영향을 미칠 수 없다고 한다.

할 뿐만 아니라 - 이는 계약법이나 다른 로컬(local) 법령에서 규율해야 하는 문제로 - 적어도 경쟁법이 담당할 역할은 아니라는 것이다.²⁷⁾

국내 선례의 경우 현대오일뱅크 사건 등 여러 사건을 들 수 있는데, 이들 사건은 기본적으로 불공정거래행위로서의 거래거절의 부당성 판단기준에 관한 법원 및 공정거래위원회의 입장 차이 때문에 발생한 것으로, 향후 부당성 판단기준이 경쟁제한성으로 수렴될 경우 더 이상 거래거절로 의율되지 않을 가능성이 높다고 생각된다.

즉, 법원은 불공정거래행위로서의 거래거절의 부당성 판단기준을 - 시장지배적지위 남용행위로서의 거래거절과 구분하여 - 경쟁제한성보다는 불공정성에서 찾는 듯한 입장을 보여온 반면²⁸⁾, 공정거래위원회의 최근 심사 경향과 현행 심사지침은 이를 경쟁제한성을 위주로 판단하고 있는 바²⁹⁾, 그간 순수한 수직적 거래거절이 문제된 사건들은 대부분 (공정거래위원회의 선결 조치 없이) 법원에 바로 소제기가 이루어지거나 공정거래위원회의 과거 일부 입장에 따른 것으로, 향후 거래거절의 위법성 판단기준을 경쟁제한성으로 보게 될 경우에는 일반적으로 거래거절로 의율되기는 어려운 사례들로 생각된다.

또한 심사지침 역시 “다수 사업자가 경쟁하는 시장에서 특정사업자가 배제된 것에 불과하여 시장경쟁의 성과에 변화가 초래되지 않는 경우라면 경쟁제한효과는 없으며, 단순히 경쟁사업자

26) Case 27/76 EU:C:1978:22 (United Brands); OJ [1987] L286/36 (Boosey & Hawkes).

27) O'Donoghue and Padilla, “The Law and Economics of Article 102 TFEU” (3rd Edition), Hart Publishing, 2020, P. 681-689. 이와 관련하여 O'Donoghue 변호사는 수직적 거래거절의 경우 일정한 요건의 충족 하에 TFEU(“Treaty on the Functioning of the European Union”)을 말한다, 이하 동일) 102조(c)에 따른 2선 차별의 문제로 접근할 수 있다고 한다.

28) 가령 법원은 “공정거래법 제23조 제1항 제1호의 불공정거래행위로서의 거래거절행위의 경우 그 거래거절행위가 시장에 미치는 영향을 고려하지 아니하고 그 거래상대방인 특정 사업자가 당해 거래거절행위로 인하여 불이익을 입었는지 여부에 따라 그 부당성의 유무를 판단하여야 한다”고 판시하였으며(대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 판결), 불공정거래행위로서의 거래거절에 관한 대표적인 판결이라 할 수 있는 이른바 “Coca-Cola” 판결에서 “(i) 거래거절이 특정 사업자의 거래기회를 배제하여 그 사업활동을 곤란하게 할 우려가 있거나 (ii) 오로지 특정사업자의 사업활동을 곤란하게 할 의도를 가진 유력 사업자에 의하여 그 지위 남용행위로서 행하여지거나 혹은 (iii) 같은 법이 금지하고 있는 거래강제 등의 목적 달성을 위하여 그 실효성을 확보하기 위한 수단으로 부당하게 행하여진 경우라야 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 거래거절행위로서 같은 법이 금지하는 불공정거래행위에 해당한다”고 판시하여 기본적으로 불공정거래행위로서의 거래거절의 부당성을 불공정성을 중심으로 판단하고 있다(대법원 2001. 1. 5. 선고 98두17869 판결).

29) 공정거래위원회는 최근 의결에서 지속적으로 경쟁제한성을 위주로 거래거절의 부당성을 판단하는 경향을 보이고 있다(의결 제2012-052호, 의결 제2013-177호, 의결 제2017 - 054/055호, 의결 제2020-252호 등). 다만 이러한 최근 경향과 달리 공정거래위원회가 과거 불공정거래행위로서의 거래거절을 다른 사안들을 살펴보면, (i) 경쟁제한성을 위주로 심사한 의결(의결 제2012-052호, 의결 제2013-177호, 의결 제2017 - 054/055호 등), (ii) 불공정성을 위주로 심사한 의결(의결 제2008-186호, 의결 제2011-177호 등), (iii) 경쟁제한성과 불공정성을 함께 고려한 의결(의결 제2013-177호) 등 여러 유형의 의결들이 다양하게 발견된다.

가 배제되었다는 이유만으로 경쟁제한성이 없는 행위를 규제하는 것은 시장의 경쟁을 보호하는 것이 아니라 경쟁사업자를 보호하는 과도한 시장개입이 될 우려가 크다”거나 “경쟁사업자가 아닌 단순히 고객 등에 대한 단독의 거래거절은 위법성이 인정되기 어려우며, 다만 경쟁자 배제를 위한 것일 경우에는 예외적으로 위법성이 인정될 수도 있다”고 설시하고 있는 것을 볼 때(심사지침 <별첨> 경쟁제한성 판단기준), 순수한 수직적 거래거절 시 경쟁제한성이 인정될 수 있는 경우를 상정하기는 대체로 어려울 것으로 생각된다.

그 밖에 심사지침은 “사업자가 거래상대방에 대해 거래상지위가 있음을 이용하여 불이익을 일환으로 합리적 이유 없이 거래거절을 하거나 거래상대방의 사업활동을 곤란하게 할 목적으로 거래거절을 하는 경우에는 거래상지위남용(불이익제공) 또는 사업활동방해(기타의 사업활동방해)에 해당될 수 있는데 이 경우에는 경쟁제한성 분석이 요구되지 않는다”고 규정하고 있는바(심사지침 V. 1. 나. (3)), 실제 공정거래위원회의 최근 심사 경향을 살펴보면 수직적 거래거절의 경우 거래거절이 아닌 거래상지위남용으로 규율되는 경우가 많은 것으로 보인다(공정거래위원회 2019. 12. 23. 의결 제2019-300호, 공정거래위원회 2020. 4. 3. 의결 제2020-013호 등 참조).

V. 대상의결에 대한 검토 및 맺음말

대상의결에서 공정거래위원회는 ① 한국마이크로소프트의 행위로 인해 A사는 이 사건 입찰 시장에 진입할 기회를 상실하는 등 이 사건 입찰시장에서의 대리점 간 경쟁이 부당하게 제한된 점, ② 한국마이크로소프트의 행위는 대리점들의 입찰담합 관행을 더욱 고착화시키거나, 대리점들의 입찰담합으로 인해 발생한 경쟁제한효과를 더욱 가중시킨 점, ③ 그 밖에 한국마이크로소프트의 행위에 달리 합리적 사유가 있다고 보기도 어려운 점 등을 종합하여 한국마이크로소프트의 행위를 부당한 거래거절에 해당하는 것으로 판단하였다.

즉, 공정거래위원회는 한국마이크로소프트가 A사가 이 사건 입찰 참여 전 자신과 공급수량 및 공급가격 등 견적에 대해 협의하지 않은 점이나, A사가 자신이 결정한 ●●이 아닌 다른 제품을 공급할 계획인 점 등을 이유로 A사를 이 사건 입찰에 탈락시킬 의도로 거래거절을 한 점, 이러한 거래거절은 대리점들 간의 담합행위와 맞물려 경쟁제한효과를 더욱 강화시킨 점 등에 주목하여 경쟁제한성을 인정하였는바, 이를 통해 볼 때 대상 의결은 위에서 살펴본 여러 거래거절 유형 중 (i) 행위자가 하방시장의 경쟁사업자를 배제하기 위한 경우(A) 및 (ii) 순수한 수직적 거래거절의 경우와 유사하다고 보여진다.

이와 관련하여 대상 의결에서 한국마이크로소프트의 행위는 기본적으로 - 경쟁제한의 목적보

다는 - 자신의 영업방침에 따르지 않은 대리점을 배제하고자 하는 데 주된 목적이 있었던 것으로 예상되며, 직접적으로 이 사건 입찰 시장의 경쟁을 제한하여 가격인상 등 경쟁제한효과를 의도한 것은 아니라고 생각된다. 즉, 한국마이크로소프트는 자신의 영업방침에 따라 각 지역별로 대리점들을 운영해 오면서 입찰 참여 전 해당 지역 대리점과 사전에 견적가격 등에 대해 협의하고, 이를 통해 사실상 이 사건 입찰의 납품가격이나 품목에 대해 주도적으로 결정해 왔을 가능성이 있다.³⁰⁾

이에 반해 G사의 경우 이러한 영업방침 내지 관행과 달리 이 사건 입찰 참여 전 한국마이크로소프트와 견적가격 등에 대해 협의 없이 입찰에 참여하였고, 더욱이 한국마이크로소프트가 결정한 ●●이 아닌 다른 제품을 공급할 계획이었으므로, 한국마이크로소프트는 G사를 이 사건 입찰에서 배제하기 위해 거래거절을 한 것으로 보인다. 그렇다면 앞서 살펴본 바와 같이 수직적 거래거절의 경우 원칙적으로 경쟁제한성이 인정되기 어려운 점을 고려해 볼 때, 한국마이크로소프트의 행위를 거래거절로 의율하기 어려운 문제가 발생한다.

그러나 대상 의결의 경우 이 사건 입찰시장에서 대리점들 간 입찰담합행위가 존재하였다는 특수한 상황이 존재한다. 즉, 당시 대리점들 간 각 시·도 교육청이 발주하는 교육기관 업무용 소프트웨어 라이선스 입찰 시장에서 각자의 영업지역을 존중해 주는 관행이 있었고(공정거래위원회 2020. 8. 12. 의결 제2020-216호), 이 사건 입찰에서도 역시 대리점들 간 담합행위가 존재하였는바(공정거래위원회 2020. 8. 12. 의결 제2020-217호), 한국마이크로소프트의 행위는 이러한 대리점들의 입찰담합 관행을 더욱 고착화시키거나, 실제 이 사건 입찰에서 발생한 대리점들의 입찰담합과 맞물려 이 사건 입찰시장에서의 경쟁제한효과를 더욱 가중시킨 것으로 볼 여지가 있다. 따라서 공정거래위원회가 이 점에 착안하여 결과적으로 한국마이크로소프트의 거래거절을 이 사건 입찰시장에서의 경쟁제한효과를 가중시킨 것으로 판단하고 이를 거래거절로 의율한 것은 타당하다고 생각된다.³¹⁾

다만 대상 의결에서 “한국마이크로소프트의 행위로 인하여 이 사건 입찰시장에서의 대리점 간 경쟁이 부당하게 제한되었다”는 부분이나 “한국마이크로소프트의 행위로 인하여 이 사건 입찰의 낙찰자가 변경되었고 결과적으로 경쟁 입찰의 목적인 입찰 참가자 간의 가격 경쟁이 무력화되었

30) 참고로 위 각주 20) 공정거래위원회 2020. 8. 12. 의결 제2020-216호 사건에 대한 행정소송에서 원고는 한글과 컴퓨터의 경우 영업방침에 따라 각 지역별로 대리점들을 운영하고, 입찰 참여 전 해당 지역 대리점과 사전에 견적가격 등에 대해 협의하였으며, 만일 대리점이 타 지역 입찰에 참여할 경우 라이선스 공급을 거절하였다는 취지로 주장하였는바(서울고등법원 2021. 7. 8. 선고 2020누56607 판결), 한국마이크로소프트의 경우에도 이와 유사하게 대리점을 운영해 왔을 가능성이 있다고 생각된다.

31) 다만 한국마이크로소프트의 행위는 기본적으로 - 경쟁제한의 목적보다는 - 자신의 영업방침에 따르지 않은 대리점을 배제하고자 하는 데 주된 목적이 있었던 것으로 보이는 점에서, 한국마이크로소프트의 거래거절행위와 이상의 경쟁제한효과의 직접적인 연결고리를 찾기는 어려웠을 것으로 보인다.

다”는 설시 등은, 수직적 거래거절의 경우 단순히 경쟁사업자가 배제되었다는 이유만으로 경쟁제한성이 있다고 보기는 어려운 점을 고려해 볼 때, 다소 오해의 여지가 있는 표현이라고 생각된다.

이상 그간 문제된 거래거절의 유형에 대해 살펴보고, 특히 행위자가 하방시장에 참여하고 있지 않은 경우 발생할 수 있는 거래거절 유형들과 각 유형별 고려사항들에 대해 살펴보았다. 이러한 유형의 거래거절의 경우 그 특성상 적용 범위가 상당히 포괄적일 수 있기 때문에 앞으로 더욱 다양한 형태의 거래거절이 발생할 수 있다고 생각된다. 이와 별개로 해당 분야에 대해서는 아직 국내에서 많은 연구가 이루어지지 않은 것으로 보이나, 이상 열거된 논점들을 포함하여 여러 가지 면에서 더 논의될 만한 요소가 있을 것으로 생각된다. 앞으로 해당 분야에 관한 더 많은 논의와 연구가 진행될 것을 기대해 본다.

참고문헌

- 단행본 -

- 권오승 외 6, 『독점규제법』, 법문사, 2020.
권오승·서정, 『독점규제법: 이론과 실무』, 법문사, 2020.
김형배, 『공정거래법의 이론과 실제』, 도서출판 삼일, 2019.
신동권, 『독점규제법』, 박영사, 2020.
신현윤, 『경제법』, 법문사, 2020.
이호영, 『독점규제법』, 홍문사, 2020.
임영철·조성국, 『공정거래법: 이론과 실무』, 박영사, 2018.
정재훈, 『공정거래법 소송실무』, 육법사, 2020.

- 논문 -

- 김문식, “단독의 거래거절 위법성 요건 고찰 - 대상 판결: 서울고등법원 2017누39862”, 『경쟁저널』 제197호, 한국공정경쟁연합회, 2018.11.
서정, “배타조건부거래의 위법성 판단에 관한 검토”, 『경쟁법연구』 제30권, 한국경쟁법학회, 2014.11.
이민호, “거래거절의 위법성 판단 기준”, 『경제법판례연구』 제2권, 법문사, 2005.8.
이민호·최승호, “단독의 거래거절의 부당성 판단 기준에 관한 고찰: 대상 판결 - 서울고등법원 2015. 8. 19. 선고 2013누51086 판결”, 『경쟁저널』 제185호, 한국공정경쟁연합회, 2016.3.
이봉의, “모회사 및 대규모수요자의 요청에 의한 거래거절”, 『경제법판례연구』 제3권, 법문사, 2006.11.
정재훈, “공정거래법상 거래거절 규제: 시장지배적 지위 남용행위와 불공정거래행위의 관계를 중심으로”, 『경쟁저널』 제169호, 한국공정경쟁연합회, 2013.7.
홍명수, “부당한 거래거절”, 『경제법판례연구』 제1권, 법문사, 2004.7.

- 외국문헌 -

- Alison Jones and Brenda Surfin, “EU Competition Law” (7th Edition), Oxford University Press, 2019.

- Bellamy and Child, "European Union Law of Competition" (8th Edition), Oxford University Press, 2018.
- E. Thomas Sullivan, "Antitrust Law, Policy, and Procedure" (8th Edition), Carolina Academic Press, 2019.
- Faull and Nikpay, "The EU Law of Competition" (3rd Edition), Oxford University Press, 2014.
- Herbert Hovenkamp, "Federal Antitrust Policy" (6th Edition), West Academic Publishing, 2020.
- Herbert Hovenkamp, "Principles of Antitrust" (2nd Edition), West Academic Publishing, 2021.
- O'Donoghue and Padilla, "The Law and Economics of Article 102 TFEU" (3rd Edition), Hart Publishing, 2020.
- PE Areeda and H Hovenkamp, "Antitrust Law" (Vol. III A), Little, Brown and Company, 1996.
- Richard A. Posner, "Antitrust Law" (2rd Edition), The University of Chicago Press, 2019.
- Richard Whish and David Bailey, "Competition Law" (9th Edition), Oxford University Press, 2018.

<Abstract>

Review of the Refusal to Deal in Non - Vertically Integrated Markets

Youngyoul Kim *

An unilateral refusal to deal is governed as either an abuse of market dominance(under Article 3-2) or an unfair trade practice(under Article 23(1)(1)) under the Monopoly Regulation and Fair Trade Act(the “MRFTA”). In this regard, there have been much disputes over the criteria of assessment of the unfairness of unilateral refusal to deal, and the Korea Fair Trade Commission(the “KFTC”) has recently issued the Microsoft Korea case(the “Microsoft Case”), in which it assessed an unilateral refusal to deal on the basis of criteria of restriction in competition.

On another note, based on the restriction in competition criteria as adopted by the KFTC, such unilateral refusal to deal shall be assessed based on whether or not it would restrict competition in the relevant market. In this regard, since the relevant market shall include a market to which the counterparty belongs (in addition to a market to which the undertaking belongs), a variety of refusal to deal cases in terms of its forms and how it affects competition have transpired to date – such as (i) where the undertaking intends to exclude competitors in the upstream market, (ii) where the undertaking intends to exclude competitors in the downstream market, or (iii) where the undertaking makes a pure vertical refusal to deal (i.e., excluding a certain counterparty in the downstream market).

This article is aimed at reviewing the types of refusal to deal based on the Korean court and the KFTC precedents, and in particular, reviewing refusal to deal cases in non-vertically integrated markets(including the Microsoft Case) and their implications, as appropriate.

Key Words : Unilateral refusal to deal, restriction in competition, vertical integration, vertical refusal to deal, Microsoft case

▶ 논문투고일 : 2021년 8월 5일 ▶ 심사완료일: 2021년 8월 22일 ▶ 게재확정일: 2021년 8월 24일.

* Attorney at Law at HMP Law.