

공정거래법상 필수설비의 거래거절
-방송 콘텐츠의 적용을 중심으로-
Refusal to Dealing of Essential Facilities under Fair Trade Act
-Focused on Adoption of Broadcasting Contents-

김희경*, 차영란**
미디어전략연구소*, 수원대 언론정보학과**

Hee-Kyung Kim(fourtvit@gmail.com)*, Young-Ran Cha(yrcha@suwon.ac.kr)**

요약

방송시장에서 지상파 재전송 제도의 개선과 PAR 등의 도입이 거론되는 이유는 방송 콘텐츠가 주요 경쟁수단으로 인식되고 있기 때문이다. 특히 유료방송시장에서 SO와 PP의 전략적 제휴는 경쟁 사업자에 대한 콘텐츠의 배타적 거래로 이어져 상대 사업자의 정상적인 경쟁을 저해하고 시청자의 접근권을 제한하는 결과를 초래하고 있다. 이로 인해 방송시장에도 필수설비 이론이 도입되어야 한다는 주장이 제기되고 있으며, IPTV법의 콘텐츠동등접근조항과 방송법상 금지행위 도입도 이와 같은 맥락에서 이해될 수 있다. 그러나 방송 시장에 대한 필수설비 이론의 적용은 일반 설비와 콘텐츠가 기반하는 철학적·경제적·법체계적 차이로 인해 부작용을 초래할 것으로 예상된다. 따라서 필수설비의 개념과 필수설비의 거래거절에 대한 기본적인 개념과 이것이 경쟁 시장에서 구현되는 구체적인 심결례 및 판례를 검토하는 기초작업이 필요한 시점이다. 본 연구는 이러한 검토를 통해 방송 콘텐츠에 필수설비 이론의 적용이 타당한 것인지 사전적인 제언을 하는데 그 목적이 있다.

■ **중심어** : 필수설비 | 거래거절 | IPTV법 | 공정거래법 |

Abstract

As broadcasting contents are recognized as a key competition means, there are issues raised such as improvement of terrestrial retransmission system, introduction of PAR in broadcasting market and so forth. Especially, in pay broadcasting market, strategic partnership between SP and PP leads to contents exclusivity for competitors, which causes to hinder normal competition and limit viewers' right of access. Consequently, not only is it claimed that essential facilities doctrine should be adopted in broadcasting market, but also clause of content equal access in IP TV law and adoption of prohibited acts regulation can be viewed in the same context. However, adoption of essential facilities doctrine in broadcasting market is likely to be counterproductive because of the differences of philosophies, economies and legal systems on which general facilities and contents are based. Therefore, it is time for a essential facilities concept, a fundamental concept of a refusal to dealing of essential facilities, and basic works to review specific cases and precedents implemented in competition laws market This study aims to review and propose beforehand if adoption of essential facilities doctrine is appropriate for broadcasting contents.

■ **keyword** : Essential Facility | Refusal to Deal | IPTV Act | Fair Trade Act |

1. 서론

방송시장에서 플랫폼사업자(SO, System Operator)와 콘텐츠사업자(PP, Program Provider)의 수직결합이 증가하면서 콘텐츠(본 연구에서 방송 콘텐츠는 방송용 실시간 프로그램의 개념으로 한정한다)에 대한 배타적 거래(exclusive contract)가 주요 이슈가 되고 있다. SO는 생산시설에 투여되는 막대한 매몰비용을 회수하고자 경쟁사업자가 제공하지 않는 인기 프로그램을 공급하여 생산시설을 효율적으로 운영할 수 있고, 가입자의 증가로 인해 채널 구매에 대한 협상력을 증가시켜 장기적으로 이익을 기대할 수 있다[1]. 또한 PP의 입장에서 확보된 유통망을 바탕으로 단위생산비용을 낮출 수 있기 때문에 하류 기업과 배타적 계약을 체결하고자 하는 유인은 가속화될 수 밖에 없다[2].

방송 콘텐츠에 대한 배타적 거래는 사적 계약의 보호를 받는다. 사적자치의 원칙은 각자가 자신의 법률관계를 자유의사에 따라 자유롭게 형성할 수 있고, 국가나 법질서는 여기에 직접적으로 개입하거나 간섭하지 않는다는 것을 의미한다. 이러한 사적자치의 원칙은 각 개인의 자유로운 가치형성을 공동체보다 앞세우는 이념이 민법에 투사된 것이라고 볼 수 있다[3]. 국내 민법은 사적자치를 기본원리로 받아들임으로써 사적 이익 추구를 동기 부여의 방법으로 채택하고 있다. 뿐만 아니라 사적자치의 원칙은 근대 시민사회에서 경제 질서의 기본 원리와 상호 의존적인 관계를 갖는 사회 구성적 원리이다. 이에 따라 사적자치의 원칙은 사유재산제와 자유경쟁시장을 기초로 하는 자본주의 경제 질서를 전제로 하고 있으며 시장에서의 자유경쟁 원리를 법적으로 표현한 것이다[4]. 이와 같은 측면에서 볼 때 콘텐츠의 배타적 거래 역시 그것이 기업의 효율성이라는 경제적 유인을 바탕으로 행해지는 자연스럽고도 자율적인 사적자치의 일환으로써 그 정당성을 갖게 된다.

그러나 사적자치로서의 계약이 갖는 정당성은 무한한 것은 아니며 계약의 성립 및 이행 과정에서 계약의 내용으로 인해 발생할 수 있는 문제를 구제할 수 있는 제한장치가 필요하다. 독과점화가 심화되어 시장기구가 정상적인 기능을 수행하지 못하는 경우에는 사법적

인 법률관계가 당사자 간의 이해관계를 합리적으로 조정할 수 없기 때문이다[5]. 따라서 자유경쟁의 원리를 법적인 질서의 원리로 파악하여 경쟁과 자기통제 기능이 원활하게 작동할 수 있도록 하는 동시에 그것의 남용을 막을 수 있는 법적인 장치가 필요한데, 그것이 경쟁제한성 판단이다.

배타적 거래로 인한 경쟁제한성은 경쟁자의 비용증가와 함께 경쟁자에 대한 배제를 초래하게 된다. 예를 들어 시장지배력이 높은 기업이 대리점이나 유통업자에게 배타적 거래를 요구할 경우, 이와 경쟁관계에 있는 기존 기업은 유통장구를 잃게 되고, 신규기업은 진입장벽에 부딪히게 되어 시장에서 배제될 수밖에 없다[6]. 이로 인해 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법')은 거래거절 행위 규제를 통해 유료방송사업자의 배타적 콘텐츠 거래를 통제해왔고, 인터넷멀티미디어방송사업법(이하 'IPTV법')은 콘텐츠 동등접근 조항을 신설했고, 방송법은 금지행위 도입을 통해 콘텐츠의 동등접근을 시도하고 있다. 그리고 지난 2011년 7월에는 콘텐츠의 거래거절을 금지행위로 규정하는 방송법 개정안이 국회를 통과한 바 있다. 방송법상 콘텐츠에 대한 거래거절을 규제하게 된 것은 콘텐츠를 필수설비로 인식하는 전제가 수반된 것이라고 파악할 수 있다(방송법 제82조의 2).

이와 같이 방송 콘텐츠의 배타적 거래 규제의 입법화가 시도된 가장 큰 이유 중의 하나는 콘텐츠가 방송시장에서 중요한 경쟁수단으로 인식되고 있다는데 있으며, 필수설비의 개념이 유형재(tangibles)에서 무형재(intangibles)로 확대되는 경향을 반영하고 있다. Microsoft社에 대한 반독점 소송에서 운영체계 부분의 분리 요구 혹은 경쟁사들의 윈도우 소스코드 공개요구는 무형재에서 나타나는 필수설비 원리다[7]. 이로 인해 방송 콘텐츠를 방송시장에서의 경쟁을 위해 반드시 필요한 필수적인 요소 즉 필수설비(essential facility)의 개념에 적용시켜야 한다는 주장도 다수 존재한다[8-12].

이와 같은 이유로 본 연구는 방송 콘텐츠의 배타적 거래 문제를 공정거래법상 필수설비의 거래거절 행위를 통해 검토하고자 한다. 일반 경쟁법에 기초하고 있

는 국내 공정거래법에서는 필수설비의 거래거절 행위를 명시적으로 규정하고 있으며, 이것이 발생하는 시장의 조건과 과정, 결과를 통해 시장지배적 사업자의 남용행위로서 필수설비의 거래거절 행위를 규제해왔다는 점에서 방송시장의 배타적 콘텐츠 거래에 시사점을 제공할 것으로 기대된다.

II. 이론적 배경

1. 필수설비(essential facility)의 거래거절

필수설비(essential facility)라 함은 “그에 대한 접근(access)없이 어떠한 경쟁기업도 그 기업의 소비자들에게 서비스(또는 재화)를 제공할 수 없는 설비(facility or infrastructure)”라고 정의된다(B&I Line plc v Sealink Harbours and Sealink Stena). 보다 구체적으로는 “일반적으로 한 사업자가 관련시장에서 상품이나 서비스를 제공하기 위해 반드시 필요하면서도 법률상 또는 사실상의 이유로 둘 이상의 사업자가 중복하여 구축하기가 곤란한 설비”[13]를 말한다. 이러한 필수설비의 성격으로 인해 필수설비를 독점적으로 보유한 사업자가 경쟁사업자에게 적절한 대가를 제공하지 않을 경우, 경쟁사업자는 반드시 필수설비를 이용한 상·하류 모든 시장에 진입할 수 없고, 필수설비 보유 사업자가 필수설비를 이용한 모든 시장을 독점하게 된다.

때문에 상대 사업자에게 필수설비의 거래를 거절하는 것은 시장의 공정경쟁 질서를 저해하는 하나의 요인이 된다. 필수설비의 거래거절은 ‘의도(intent)’와 ‘필수설비’ 기준이라는 서로 연관된 두 가지 기준에 의해 판단된다. 일반적으로 기업이 경쟁자에 대해 협조할 의무는 없다. 수직적 거래관계에 있는 다른 기업과 거래를 거절하는 경우에도 원칙적으로는 반경쟁적이라고 하기 어렵다. 거래는 상대방을 선택하는 일련의 과정을 거치며, 그 과정에서 불가피하게 거래의 기회를 갖지 못하는 자가 나타나게 되는데, 거래 상대방의 선택과 거절은 경쟁의 가장 자연스러운 결과라는 점에서 거래주체는 상대방을 선택할 수 있는 자유를 가지며, 내용적으로 거래거절도 계약자유에 속한다는 것은 경쟁법상 거래거절을 다룸에 있어 논의의 출발점이 된다[14].

적어도 경쟁법이 거래거절을 문제 삼기 위해서는 이러한 행위가 해당 거래와 거래가 이루어지고 있는 시장에서 거래거절 대상을 배제할 가능성과 관련되어야 하는데, 특정 사업자가 시장을 지배하는 상황은 거래거절의 상대방이 시장에 지속적으로 참가할 가능성이 제한될 수 있음을 시사한다. 물론 독점적 지위에 있는 사업자라도 거래 요청에 응할 일반적 의무를 부담하는 것은 아니다. 때문에 이러한 의무를 부담하게 되는 거래거절이 경쟁법상 위법한 것으로 평가될 수 있는 특별한 근거가 제시되어야 한다.

거래거절의 위법성 기준으로 가장 중요시되고 있는 기준이 이른바 필수설비 이론이다. 필수설비(Essential Facility)란 경쟁사업자가 관련시장에서 재화나 서비스 제공을 위해 필수적인 시설(생산요소)이지만 경쟁사업자가 동일한 시설을 재생산하는 것이 경제적으로 비효율적이거나 실행 가능하지 않아 기존 시설을 사용할 수 없는 경우, 그 기존 시설을 의미한다. 대표적인 필수설비로는 철도망, 공항시설, 항만, 전력중계시설, 통신가입자선로설비, 버스종합정류장, 지적재산권 등이 있다[15]. 때문에 필수설비라는 개념은 어느 정도의 유일성(uniqueness) 또는 시장지배(market control)의 의미를 포함하며, 다른 대체수단이 존재하지 않거나 재생산이 불가능하여 일정한 비용 상의 이점이 있거나 유일성이 있어 독점력이나 시장 지배력을 야기하는 대상물을 의미한다[16]. 이로 인해 필수설비 이론은 대부분 해당 설비를 보유하는 행위가 시장에 초래하는 독점력이나 시장지배력과 관련된다.

특히 미국의 경우 필수설비 이론은 반독점법상 거래거절의 특수한 형태로 등장했고, 규제 범리로써 정식화된 요건도 시장 지배적 사업자의 거래거절 관점에서 이해될 수 있다[17]. 서번법 제2조 위반과 관련한 거래거절 사건은 모두 ‘의도’와 ‘필수설비’라는 상호 관련된 기준에 의해 접근되었다. Colgate 사건[18]에 의거하고 있는 의도기준은 “사업자가 독점을 창출 또는 유지하려는 목적이 없는 한 자유롭게 자기가 원하는 자와 거래할 수 있다”는 것이다. 중요한 것은 독점기업의 심리상태가 아니라 당해 행위의 영향이라는데 있다[19][20]. 이 기준을 충족하기 위해서는 단순히 반경쟁적인 의도 이

상의 것이 필요한데, 필수설비 거래거절의 위법성을 판단하는 요건을 정립한 역사적인 사건은 1983년 MCI 소송의 항소심 판결[13]에서 나타났다. 이 소송은 거래거절이 서면법 위반으로 규정되기 위한 필수설비 제공의 무의 요건을 다음과 같이 정리했다. 가) 독점기업에 의한 필수설비의 통제, 나) 필수설비에 대한 실질적 또는 합리적 이유에 의한 복제 불가능(*inability practically or reasonably to duplicate*), 다) 필수설비 사용요구에 대한 거부, 라) 설비제공의 실행 가능성이 그것이다. 즉 설비가 필수적이기 위해서는 시설이 경쟁적 생존 가능성에 있어 필수적이고 그와 같은 설비에 대한 접근 없이는 관련시장에서 경쟁업체들이 유효경쟁을 할 수 없어야 한다는 것이다.

필수설비의 특성으로 인해 이를 보유한 사업자는 경쟁법상 관련시장에서 시장지배적 사업자일 경우가 대부분이며, 이들의 거래거절 행위는 필수설비의 접근을 차단하기 위해 작용한다. 따라서 시장 지배적 사업자의 거래거절에 대한 법리가 주로 필수설비이론을 중심으로 발전해왔다는 것은 시사하는 바가 크다. 필수설비 이론의 정립에 기여를 했던 미국의 많은 판례에서는 필수설비를 보유한 기업이 그것을 보유하지 않고서는 시장에서 경쟁할 수 없는 기업에게 재화나 서비스에 합리적으로 접근하는 것을 거부할 때 법적 책임을 부과한다 [19][21]. 그렇기 때문에 희귀한 설비를 보유한 기업이나 기업집단은 경쟁자들에게 합리적으로 보유 설비에 접근을 허용해야 하는 의무를 가진다[22][23].

그러나 필수설비와 관련된 거래거절 사건에 있어서 상기 기준을 기계적으로 적용해야 하는 것은 아니며, 구체적인 사건마다 여러 요인을 종합적으로 판단하여 법 위반 여부를 판단하여야 한다는 것이 지배적인 의견이다[24]. 필수설비에 대한 접근을 허용하도록 명령하는 것은 그 편익이 비용보다 명백히 클 경우에 한정되어야 한다. 필수설비론이 지나치게 확장될 경우 경쟁상대방과의 거래를 강요하는 결과를 가져오며, 따라서 경쟁보다 경쟁자들에게만 이익이 될 수 있기 때문이다. 즉 필수설비 이론이 궁극적으로 규제기관에 의한 가격 조정으로 이어질 수 밖에 없다는 점, 장기적인 관점에서 대체 설비를 만들려는 유인이 감소하여 근본적으로

소비자 이익에 반할 수 있다[25].

2. 방송 콘텐츠의 필수설비 이론 적용 가능성에 대한 기존 논의

방송시장에서 콘텐츠에 필수설비 이론을 적용하는 것은 드문 일이고, 콘텐츠는 곧 필수설비라는 가정은 많은 이론적 검토가 필요하므로 이를 직접적으로 주장하는 것은 매우 조심스러운 일로 간주되어 왔다. 공익성과 비경제체에 기반하는 콘텐츠의 성격은 일반 시장의 경쟁체에 해당하는 필수설비와 엄연히 다르기 때문이다. 우선 콘텐츠는 창의력과 지식의 집약 산업으로 문화적인 맥락(context)이 매우 중요한 요소로 작용한다. 따라서 제조업이나 여타 서비스업과 전혀 다른 기업 문화를 가질 뿐만 아니라 재무적인 관점에서의 의사결정이 제한될 수 밖에 없다. 둘째 콘텐츠는 비경합성, 비배제성과 같은 공공재의 성격을 가진다. 때문에 콘텐츠에 대한 무임승차(*free riding*)가 자연스럽게 야기된다. 셋째, 콘텐츠는 수요의 불확실성이 존재한다. 경험해보기 전에는 상품에 대한 결과를 예측할 수 없기 때문에 소비되기 이전에는 수요시장의 성과를 가늠하기 어려운 구조다. 넷째, 직접지불이 일반화된 여타 경제체와 달리 콘텐츠는 직접지불(유료시장)과 광고시장(무료시장)의 이원적 시장으로 구성되어 있다. 다섯째, 독립적인 소비자 접점이 부재하므로 B2B 사업의 주를 이루며, 플랫폼에 대한 의존성이 매우 높은 산업구조의 특성을 가진다[41].

그러나 유료방송시장의 규모가 확대되면서 MSP 및 MPP의 채널 제공 거절 현상이 증가하고, 디지털 콘텐츠의 활용으로 방송 시장에서 실시간 콘텐츠의 보유여부가 방송시장의 진입장벽의 주요 요소로 등장하고 있다는 주장이 설득력을 가지면서 방송시장에도 콘텐츠에 대한 필수설비 이론이 적용되기 시작했다[25].

염수현 외[10]는 방송 콘텐츠를 필수설비의 원칙에 적용하기 위해서는 필수성, 복제불가능성, 대체 불가능성 등이 만족되어야 하는데, 영국의 프리미엄 콘텐츠(스포츠, 영화 채널 등) 채널에 대한 *must-offer* 제도는 이와 같은 필수설비의 이론이 전제되었다고 주장한 바 있다.

홍대식[5]은 전송망 또는 설비가 중요한 경쟁수단인 통신시장과 달리 방송시장에서는 방송 프로그램 또는 채널이 중요한 경쟁수단이 된다고 주장했다. 특히 유료 방송시장에서의 수평적 경쟁제한과 수직적 거래 제한의 문제는 콘텐츠가 주요 경쟁수단으로 부각되는데 직접적인 영향을 미치는 요인으로 SO와 PP의 전략적 제휴는 거래거절 대상인 SO나 위성방송사업자의 방송서비스 가입자 또는 시청자의 다양한 방송을 시청할 권리를 침해해서 필수설비 적용 가능성을 높이게 된다는 것이다. 즉 방송 프로그램의 확보는 방송시장에 참여하는 플랫폼 사업자에게는 단순한 경쟁 요소가 아닌 공정한 경쟁의 기반이 되는 요소로서의 성격을 가지므로 방송 프로그램에 대한 동등한 접근의 보장은 단순히 시장의 기본적 여건이 주어진 상태에서 이루어지는 경쟁의 보호라는 측면이 아니라 유효한 경쟁기반 형성을 위한 기본적 여건의 마련이라는 측면에서 고려되어야 한다는 것이다.

김희수 외[8]은 유료방송시장에서 방송 콘텐츠 거래의 무부과에 대한 정당성을 구하기 위해서는 필수설비 이론의 적용이 필요하다고 주장한 바 있다. 지상파 채널의 재전송은 공익의 원리나 공공재 이론에서 찾을 수 있지만 유료방송시장은 필수설비의 원칙이 더욱 중요한 규범적 근거가 될 수 있다는 것이다. 즉 방송 콘텐츠에 대해서도 거래의 자유는 보장되어야 하기 때문에 거래를 강제하기 위해서는 경쟁법이나 통신법의 적용에서 볼 수 있는 구체적이고 엄격한 기준이 마련되어야 하는데, 방송의 공익성이라는 논리는 추상적이며 상업 방송이나 유료방송 시장에서는 설득력이 약할 수 있기 때문에 방송 콘텐츠에 대한 접근 제도를 마련하고 방송 콘텐츠의 공급 거절 사안에 대해 사후적으로 평가를 내리기 위해 필수설비 원칙의 적용이 검토되어야 한다는 것이다.

이상우[11]는 콘텐츠에 대한 배타적 거래 및 접근과 관련된 미국의 판례를 검토한 결과, PAR 제정 이전의 대부분의 판례에서는 필수설비원칙 및 이의 근간이 되는 서면법 제1조(경쟁 제한적 계약, 결합 및 공모금지)와 제2조(독점 및 독점기도 등)에 근거하여 판결이 이루어지고 있음을 주시했다. 즉 필수설비를 보유하고 있

는 기업이 정당한 사유없이 경쟁사업자의 설비접근을 거부하여 하부시장에서도 독점을 유지하려는 경우에 서면법 위반에 해당한다고 보는 것이며, 그 필수설비의 대상이 MVPD 시장에서의 필수적 프로그램이라는 논리다.

문기탁[9]은 방송의 공익성 개념과 통신시장의 보편적 서비스를 경쟁법상 필수설비 이론에 대입하여 방송 콘텐츠에 대한 공정하고 합리적인 가격이 결정되어 방송 이용료의 불합리한 상승이 억제될 수 있다면 필수설비 이론의 방송시장 적용이 오히려 방송의 공익성을 담보하는 기능을 가질 것으로 예측했다. 이를 위해서는 IPTV특별법의 콘텐츠 동등접근조항을 개정하고 방송법 제76조 1항에 대해서도 필수설비 이론에 근거한 개정이 필요하다고 주장했다.

한철[12]은 국내 공정거래법상 필수설비의 원리를 논의하는 과정에서 외국의 필수설비 관련 판례들을 소개 하면서 필수설비의 개념을 네트워크뿐만 아니라 특수 원재료, 컴퓨터 인터페이스 정보 등 네트워크 접속에 필수적인 기술표준 등의 정보, TV 프로그램 등도 포함 되도록 확대하는 방향으로 발전되어야 할 것으로 판단했다.

이상의 논의들은 대부분 방송 콘텐츠가 해당 시장에서의 공정경쟁과 시청자의 접근 보장을 위해 주요 경쟁수단이 되고 있으며, 이를 규제할 수 있는 근거로 필수설비 이론의 적용을 주장하고 있다. 그러나 대부분의 논의에서 방송시장의 불공정 경쟁 상황에 초점을 맞춘 결과, 일반 설비와 방송 콘텐츠의 속성이 가지는 차이점을 무시하는 결과를 초래하고 있으며, 이는 곧 논리의 비약으로 귀결되고 있다. 이와 같은 문제를 극복하기 위해 본 연구는 필수설비의 거래거절 이론을 재검토하고, 이것이 방송 시장에 적용되기 위한 전제사항을 검토하고자 한다.

III. 연구문제 및 연구방법

연구문제 1. 필수요소의 거래거절에 대해 공정거래법과 공정거래위원회의 심결례는 어떤 태도를 보이는가?

상기한 바와 같이 국내 공정거래법에서는 독자적인 조항으로 시장 지배적 지위남용행위로서 필수설비 거래거절을 규제하고 있다. 공정거래법상 필수설비의 개념과 이와 같은 개념이 심결례에서 적용되는 기준과 문제점을 고찰하자 한다. 해당 심결사례는 ‘포항종합제철(주)의 시장 지배적 지위 남용행위에 대한 건’(2001경축 0389)을 검토하기로 한다.

연구문제 2. 공정거래법상 시장지배적 사업자의 필수설비 거래거절행위와 불공정행위로서의 거래거절의 위법성 근거는 무엇이며, 어떤 차이점을 가지는가? 그리고 이것이 함의하는 바는 무엇인가?

본 연구문제에서는 시장지배적 사업자의 필수설비 거래거절과 불공정행위로서의 거래거절과 같은 두 가지 차원의 위법성 근거의 차이가 무엇이며, 이와 같은 차이가 함의하는 바는 무엇인지 검토하고자 한다. 이와 같은 검토는 궁극적으로 방송시장의 배타적 콘텐츠 거래거절에 대한 위법성 근거에 일정한 함의를 제공할 것으로 예상된다.

이와 같은 연구문제를 고찰하기 위해 공정거래법과 대법원 판례 등을 검토하고자 한다. 대법원 판례로는 포스코(주)와 하이스코 주식회사(주)의 필수설비 거래거절(대법원 2007.11.22 선고 2002두 8626)을 선정했다.

IV. 연구결과

1. 필수설비의 거래거절에 대한 공정거래위원회의 심결 태도

국내 공정거래법에서는 시장지배적 사업자의 지위 남용행위 규정을 통해 필수설비에 대한 접근을 강제하고, 이를 명시적으로 수용함으로써 독자적인 근거 규정을 두고 있다(공정거래법 제3조의 2). 공정거래법상 시장지배적 지위 남용행위 중 거래거절은 “다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위”(법 제3조의 2 1항 3호 사업활동방해)와 새로운 경쟁사업자의 참가를 부

당하게 방해하는 행위(법 제3조의 2 1항 4호 진입방해)에 해당한다.

불공정거래행위로서의 거래거절은 부당하게 거래를 거절하거나 거래의 상대방을 차별하여 취급하는 행위(법 제23조 1항의 1호)이며, 거래거절의 유형은 공동의 거래거절과 기타의 거래거절로 구분된다(시행령 제36조 제1항 관련 별표 1 일반불공정거래행위의 유형 및 기준).

시장 지배적 지위 남용과 불공정거래행위로서의 거래거절의 대상이 되는 필수설비의 개념은 공정거래위원회가 2002년 기존의 시장 지배적 지위의 남용 심사지침을 개정, 위법성의 판단기준을 대폭 보강하면서 구체화되었다. 미국, EU 등 해외사례에서는 ‘필수설비(facility)로 규정되는데 비해 국내에서는 다소 포괄적인 개념인 ‘필수요소’로 명칭이 변경되었으며[32], ‘네트워크, 기간설비 등 유무형의 요소를 포함하는 것’으로 정의되고 있다. 필수요소의 위법성 요건은 “당해 요소를 사용하지 않고서는 상품이나 용역의 생산·공급 또는 판매가 불가능하여 일정한 거래분야에 참여할 수 없거나 당해 거래분야에서 피할 수 없는 중대한 경쟁열위 상태가 지속될 것(필수성)”, “특정사업자가 당해 요소를 독점적으로 소유 또는 통제하고 있을 것(독점성),” 당해 요소를 사용하거나 이에 접근하려는 자가 당해 요소를 재생산하거나 다른 요소로 대체하는 것이 사실상, 법률상 또는 경제적으로 불가능할 것(복제 및 재생산 불가능)의 요소를 충족할 경우로 한정하고 있다.

때문에 경쟁제한성과 시장지배적 사업자의 이해관계에 대한 균형점을 찾는 것이 중요해진다. 필수요소의 제공거절에 의한 남용은 시장지배적 사업자가 필수요소의 이용을 거절할만한 정당한 사유를 입증하지 못하는 한 그 정당성을 담보할 수 없다. 그러나 시장지배적 사업자는 자신이 투자한 설비나 기술혁신에 대해 경쟁자의 이용이 강제될 경우, 무임승차를 용이하게 하여 동태적 효율성을 저해하거나 오히려 기술혁신을 늦출 수 있다[28]. 또한 경쟁 정책적 관점에서 설비이용 강제를 통해 단기적으로는 경쟁을 촉진할 수 있으나, 중장기적으로는 설비경쟁 내지 혁신경쟁이 보다 바람직하다는 지적도 간과할 수 없다[30]. 결국 ‘필수성’의 정

도나 필수요소의 거래거절이 경쟁이 미치는 효과에 대한 명확한 기준을 정립할 필요가 있다[29].

이와 관련하여 공정거래위원회가 시장 지배적 지위의 남용행위로서 거래거절에 대해 필수요소이론을 근거로 위법결정을 내린 심결 사례인 <포항종합제철(주)의 시장지배적 지위 남용행위에 대한 건>[31]을 살펴볼 필요가 있다. 포철은 시장지배적 사업자로서 종합제철업을 운영하고 있는데, 냉연강판생산에 필수적인 생산요소인 열연코일에 대한 현대 하이스코의 요청에도 불구하고 이를 전혀 공급하지 않았다. 공정거래위원회는 포철의 공급거절이 열연코일시장에서의 국내 독점공급생산지로서의 지위를 이용하여 냉연강판 생산에 필수적인 열연코일의 공급을 거절함으로써 냉연강판시장에서 현대 하이스코의 사업 활동을 방해하고 자신의 지배적 지위를 지속했다고 심결했고, 현대 하이스코가 열연코일을 수입할 경우 비용 및 기타 여러 어려움이 존재한다는 점을 들어 필수요소 이론을 적용한 것이다.

여기에서 쟁점이 되는 사항은 첫째, 필수설비 이론이 합리적인 근거로 적용되었는가의 문제이다. 공정위는 포철의 열연코일 공급거부로 인해 현대 하이스코(주)가 열연코일의 구입을 전적으로 수입에 의존할 수 밖에 없는 상황에서 열연코일 수입에 따른 추가비용부담, 거래의 불안정성 등으로 인해 사업 활동에 상당한 어려움을 당하였으며, 동 제품의 국내 구매가 불가능하다는 사실로 인해 외국으로부터 동 제품 수입 시 구매력(buying power)이 약해지고 거래조건협상이 불리한 여건에 처함으로써 결과적으로 국민경제적 측면에서도 부정적인 영향을 미친 점 등을 고려할 때 그 부당성이 인정된다는 결론을 내린 바 있다.

그러나 필수설비의 거래거절의 위법성을 판단하기 위해 단지 거래상대방에게 사업상의 불가함이나 비용 증가에 따른 금전상 손실을 초래하는 정도로 거래거절의 부당성이 인정된다면 대부분의 거래거절의 경우 상대방은 대체거래선 확보에 따른 영업상의 불합리함이나 금전적 손실이 초래될 것이고, 사실상 시장지배적 사업자에게는 거래 상대방 선택의 자유가 허용되지 않게 될 것이다. 비록 소규모 사업자의 입장에서 대체설비의 마련이 경제적으로 불가능할지라도 이 점이 필수

설비에의 접근이 필수적이라는 점을 인정하기 위한 사전적 조건이 되지 못하며, 사전적 조건을 충족하기 위해선 최소한 기존 설비보유 기업 정도 규모의 기업이 대체설비를 마련하는 것이 경제적으로 불가능해야 한다[32].

두 번째 쟁점이 되는 사항은 공정위가 필수설비에 대한 시장 지배적 지위 남용행위의 위법성 요건으로 제시한 근거의 합리성이다. 공정위는 상품의 기능 및 효용과 수요 대체성, 공급 대체성, 한국표준산업분류 등을 종합적으로 고려하여 판단할 때, 자동차 냉연강판용 열연코일 시장을 별도의 시장으로 확정할 수 없으며, 해당 시장에서 지배적 지위를 가진다고 심결했다. 그러나 시장지배적 사업자가 경쟁자를 배제하거나 방해한다는 것은 시장의 경쟁구도 자체가 영향을 받는다는 것을 의미하는 것이지, 어느 하나의 거래에서 특정사업자가 거래에 방해를 받았다는 의미는 아니다. 때문에 시장지배적 지위남용행위는 수범자나 수범자가 속한 시장의 구조적 특성에서 구별되어야 한다[33].

그럼에도 불구하고 공정거래법 및 시행령, 시장지배적 지위남용행위 심사지침에서는 남용행위의 유형이 단순 열거되어 있을 뿐, 위법성의 구체적 요건은 충분히 설명되지 못하는 한계를 보이고 있다.

관련시장에서 설비의 필수성 여부, 시설보유자의 설비이용 거부사실, 실제적·합리적인 필수설비 재생산 가능성, 다른 대체적 설비공급원의 존재 여부, 시설보유자가 다른 사업자의 이용 요구를 충족시킬 수 있는 잉여시설을 보유하고 있는지의 여부, 기존 계약상의 권리, 네트워크 보유자의 정당한 사업 이익, 기타 공정거래위원회가 적절하다고 판단하는 요소 등이 기준이 되어야 한다. 한편 정당한 거부사유로서 기술적 이유로는 설비용량의 한계, 설비의 안전성 저해, 기술표준상 부적합, 상업적 이유 등이 있을 것이다[12].

세 번째 쟁점은 시장지배적 사업자의 재산권 보호 등 사업자의 권리 요건이 충분히 전제되었는가의 문제이다. 포철은 냉연강판 제조기술은 포철의 지적재산이므로 상대방에게 공급할 수 없다고 주장한 반면, 공정위는 지적재산권 보호문제는 제품판매의 문제가 아니라 제조기술상의 문제로서 본 건과는 관련이 없으며, 당해

제품의 개발에 많은 투자비가 소요되었다면 그에 상응하는 대가를 받고 판매하면 되는 것이므로 이를 제품공급거절을 정당화시키는 사유로 볼 수 없는 점을 들어 지적재산권 보호에 대한 포철의 주장을 거부했다. 여기에서 쟁점이 되는 부분은 냉연강판 제조기술이 지적재산권으로 보호받을 수 있는 것인가의 문제와 지적재산권이지만 필수설비로 보호받을 수 없는 요건은 무엇인가의 문제다.

냉연강판 제조기술은 그 자체로 상품이 아니라 2차 시장에 영향을 미치는 기술이라는 점에서 지적재산권 여부에 대한 심층적 조사가 필요하다. 물리적인 재산권과 달리 공개(disclosure)와 동시에 가치가 떨어지는 특성이 있으므로, 현행 법제도에서는 신지식 개발의 유인을 유지하기 위해 일정기간 배제성(exclusivity)을 인정하고 있다. 필수설비 원칙은 강제적인 설비의 공유 및 거래를 특징으로 하므로 배제를 인정하는 지적재산권 보호제도와는 모순된다. 특히 필수설비 원칙에 의하면 새로운 개발이 유일하고, 가치 있고, 복제할 수 없는 것일수록 이를 공유해야 하는 의무의 강도가 커지는 반면, 지적재산권의 취지는 이러한 개발일수록 더욱 보호를 받아야 한다고 본다. 지적재산권이 필수설비에 해당하는지의 여부를 판단하기 위해서는 지배적 지위를 가진 기업이 하류시장을 혼자서만 보유하도록 하고자 하는 시도가 있었는지에 대해서 면밀한 조사가 필요하다 [8].

2. 시장 지배적 지위 남용행위와 일반적 불공정행위로서 거래거절의 위법성

공정거래법상 필수요소의 제공거절은 불공정거래행위인 기타의 일방적 거래거절에 비해 그 요건이 비교적 명확하고, 거절에 정당한 사유가 없는 한 원칙적으로 금지된다는 점에서 차이가 있다. 뿐만 아니라 필수요소의 제공거절은 시장지배적 사업자의 행위만 문제되지만, 불공정행위로서의 거래거절은 시장지배력이 없는 일반사업자의 행위도 문제될 수 있다는 점에서도 차이가 있다. 그러나 이러한 차이에도 불구하고 불공정거래행위로서 거래거절의 위법성을 경쟁제한성 위주로 판단할 경우, 필수설비의 제공거절과 불공정행위로서의

거래거절의 위법성 요소의 근본적인 차이를 찾기가 어렵다[29].

이와 같은 결과는 불공정거래행위 유형이 경쟁제한성뿐만 아니라 거래수단이나 내용의 불공정성도 함께 규정하는 공정거래 저해성의 개념까지 포괄하고 있기 때문인 것으로 파악된다. 즉 공정거래행위의 위법성을 판단함에 있어 '공정거래 저해성'과 '경쟁제한성'의 관계에 기인한다고 볼 수 있다. 공정거래저해성과 경쟁제한성의 관계에 대해 양자를 동일한 의미로 해석하는 견해와 공정거래 저해성을 경쟁제한성보다 넓은 개념으로 해석하는 견해가 있다. 전자의 경우는 '사업자 간 또는 사업자와 소비자 간의 개별적인 거래질서의 유지'는 일반 사법 또는 소비자보호법의 영역에서 해결해야 할 문제로서 공정거래법의 규제영역은 경쟁질서의 유지에 있는 것이 바람직하며 경쟁 질서를 저해할 우려가 있는 것이 무엇인가의 문제는 불공정거래행위의 규제를 통하여 법이 추구하는 목적이 무엇인가를 염두에 두고 파악해야 할 것이다'고 주장한다. 따라서 여기서 공정한 거래는 공정한 '경쟁'의 의미로 파악하는 것이 타당하다는 것이다[34].

그러나 후자의 견해는 독점규제법이 불공정거래행위를 금지하는 목적은 공정한 거래를 유지하기 위한 것인데, 여기서 공정한 거래(fair trade)란 공정한 경쟁(fair competition)보다 넓은 개념으로서 경쟁의 수단이나 방법의 공정성뿐만 아니라 거래조건, 공정성까지 포함하는 개념이라는 것이다. 따라서 불공정거래행위의 금지의 경쟁의 공정성뿐만 아니라 경쟁자와 소비자의 이익도 함께 보호하는 매우 포괄적인 제도라는 것이다 [35].

임영철[36]은 공정한 거래를 공정한 경쟁의 의미로 파악하는 견해가 입법론적으로는 타당하지만 현행 공정거래법과 그 하위 규범들의 해석론으로는 후자의 견해 즉 공정한 경쟁이 공정한 거래의 하위 개념에 속한다는 견해에 동의할 수 밖에 없다고 주장하고 있다. 단일한 법조항(제23조 제1항) 내에서 '경쟁제한성'과 '불공정성'이라는 상이한 위법성 판단기준이 혼재되고 있을 뿐만 아니라 행위 주체의 시장지배력 유무에 관계없이 경쟁제한성을 판단할 수 있도록 하고 있으며 시장경

쟁상항과는 직접적인 관련성이 낮은 거래수단이나 거래내용의 불공정성까지 규제대상에 포함시킴으로써 경쟁법의 순수성이 훼손될 수 있다고 주장한 바 있다. 결국 거래거절 행위는 그것의 위법성 판단요건을 경쟁제한성에 한정시켜야 하며, 경쟁제한성을 판단하기 위해서는 시장상황과 지배력에 대한 판단이 우선시되어야 한다는 것을 의미한다.

다른 문제로 지적될 수 있는 사항은 필수설비 이론을 공정거래법에 적용하는 방법에서도 찾을 수 있다. 미국이나 독일, 유럽의 법제 및 각종 판례[13][37][38]에서는 독점화(시도)나 시장 지배적 지위남용의 한 유형으로 거래거절이 이해되고 있고, 거래거절의 하위범주로 필수설비 이론이 존재한다. 때문에 이들 법제와 판례에서는 시장에 대한 영향력이나 지배력을 전제로 하지 않는 거래거절이란 원칙적으로 문제 삼지 않으며, 굳이 필수설비론을 적용하지 않고도 애로설비의 독점적 이용에 따른 문제를 어느 정도 해결할 수 있다[28].

이와 관련하여 ‘포스코(주)와 하이스코 주식회사(주)의 필수요소 거래거절’[38] 판례는 시장지배력 남용규제로서의 거래거절과 불공정거래행위 규제로서의 거래거절의 구분에 대한 유의미한 시사점을 제공한다. 포스코는 냉연강판을 제조하기 위해 필요한 열연코일을 독점 생산 공급하고 있었으며, 냉연강판 시장은 포스코가 58.4%의 시장 점유율을 가지고 있었다. 이와 같은 상황에서 현대 하이스코 주식회사가 냉연강판 시장에 진입했고, 시장 진입을 위해 포스코에 열연코일의 공급을 요청했으나 포스코는 이러한 공급요청을 거부했다. 이에 대해 공정위는 포스코가 열연코일을 원료로 하는 냉연강판 시장에서 높은 시장점유율을 보유하며 현대 하이스코(주)와 경쟁하는 관계에 있으므로 부당하게 특정사업자에 대해 거래를 거절하는 행위에 해당한다고 의결했고(공정거래위원회 의결 제2001-068호), 포스코는 이에 대한 부당성을 증명하며 대법원에 청구한 사건이다.

본 사례는 시장지배력 남용규제로서의 거래거절은 시장경쟁을 실질적으로 제한하는 효과의 존재 여부를 기준으로 하여 부당성을 판단하지만 불공정거래행위 규제로서의 거래거절은 시장에 미치는 영향을 고려하지 않고 공정거래 저해성에 주목하여 거래상대방과의

관계 속에서 대상 사업자가 해당 거래거절 행위로 인해 어떤 불이익을 입었는지 여부를 기준으로 하여야 한다고 판시했다.

결국 대법원은 시장 지배적 지위의 남용으로서의 거래거절이 성립하기 위해서는 단순히 거래거절 상대방의 사업 활동에 곤란을 겪게 되거나 곤란을 겪게 될 우려가 발생했다는 것만으로는 부족하고, 관련시장에서의 독점을 유지·강화할 의도나 목적, 즉 시장에서의 자유로운 경쟁을 제한함으로써 인위적으로 시장 질서를 왜곡시키려는 목적과 의도를 가지고 객관적으로도 그러한 경쟁제한의 효과(상품의 가격상승, 산출량 감소, 혁신저해, 유력한 경쟁사업자수의 감소, 다양성의 감소 등)가 생길 우려가 있는 행위로 평가될 수 있는 것이어야 한다고 판단한 것이다. 또한 대법원은 거래거절의 경위 및 동기, 거래거절 행위의 태양, 관련시장의 특성, 거래거절로 인하여 그 거래상대방이 입은 불이익의 정도, 관련시장에서의 가격 및 산출량의 변화 여부, 혁신저해 및 다양성 감소 여부 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 거래거절 행위가 경쟁제한의 효과가 생길만한 우려가 있는 행위로서 그에 대한 의도와 목적이 있었는지를 판단해야 할 것이라고 판시하고 있다.

본 판례는 이와 같이 필수설비를 보유한 시장지배적 사업자가 지위를 남용해서 거래거절을 했다는 정황을 파악하기 위한 근거와 함께 이를 제한하기 위해서는 엄밀한 기준이 요구된다는 것을 판시한 사건으로 향후 방송시장의 배타적 콘텐츠 거래거절의 위법성 근거를 파악하는데 일정한 시사점을 제공할 것으로 예측된다.

올해 방송법에 도입된 금지행위 조항(85조의2)은 합리적 이유 없는 콘텐츠의 거래거절을 규제하는 내용으로 콘텐츠에 대한 필수설비 개념을 도입한 것이라고 볼 수 있다. 즉 방송시장에서 콘텐츠는 사업자 간 경쟁제한을 초래하는 중요한 변수로 취급되고 있으며, 이와 같은 조항의 도입으로 인해 콘텐츠를 거절하는 합리적 이유에 대한 다양한 주장과 입장이 콘텐츠를 제공받으려는 입장과 침해한 대립각을 세우게 될 것으로 판단된다. 그러나 앞서 심결례 사례에서 증명된 바와 같이 방송시장에 콘텐츠의 거래거절을 규제하는 금지행위 등의 도입은 일반 제조업이나 설비업에서 논의되는 필수

설비의 개념을 적용하기 어려운 구조적 한계를 지닐 수밖에 없다. 첫째, 방송 콘텐츠는 원가를 계산할 수 없는 속성으로 인해 거래와 관련된 사업자 간 합리적 대가 산정이 매우 어려운 구조적 한계를 지닌다. 이로 인해 콘텐츠의 합리적 대가산정 방식에 대한 사업자 간 갈등이 예상되며, 이 부분은 이미 지상파방송과 케이블방송의 지상파방송 유료화에 대한 소송과 방통위의 합리적 대가 산정 방식에 대한 중재가 결렬되는 사례에서 충분히 확인된 바 있다. 둘째, 필수설비 거래거절의 핵심문제라고 할 수 있는 시장지배적 사업자의 존재 여부이다. 현재 방송시장은 지상파, 위성, 케이블, IPTV와 같이 유료와 무료, 방송과 통신이 혼재되어 있는 시장으로 방송시장에서의 시장획정이 애매한 상황이다. 특히 IPTV와 같이 방송법이 아니라 별도의 특별법을 적용받는 사업자의 경우에는 방송법상 금지행위 대상에 포함되지 않는 문제도 발생하고 있다. 시장획정이 선행되지 않은 시장지배적 사업자의 거래거절은 규명하기 어려운 구조를 가질 수밖에 없다. 셋째, 콘텐츠는 창의적 지식산업으로 그것의 고유한 재산적, 저작권적 가치를 가진다. 때문에 이를 강제적으로 거래하도록 규제하는 것은 사업자의 재산권 침해 등 위헌의 논란이 제기될 수 있다. 넷째, 콘텐츠에 대한 거래거절 행위를 규제하는 것은 차별화된 콘텐츠의 부재와 이를 만회하기 위해 가격경쟁에 집중하는 방송 콘텐츠 시장의 문제점을 증폭시킬 우려가 높다. 다섯째, 막대한 비용을 투입해서 제작한 콘텐츠를 타사업자에게 제공해야 한다는 것은 해당 제작사업자가 손해를 보면서까지 콘텐츠를 제공해야 한다는 것을 의미하는데, 기존 심결례에서도 이와 같은 근거는 명백히 거래거절 행위에 포함되지 않는다고 판시된 바 있다. 때문에 손해를 보는 범위와 정도가 어느 정도인가에 대한 논의도 쟁점사안으로 떠오르게 될 것이다.

한편, 제조업이나 설비분야와 달리 방송분야는 위법성을 판단할 근거가 매우 애매한 영역이다. 이는 방송법의 규제대상이 방송사업자라는 측면과 일반 경쟁법으로 다루기 어려운 특수한 분야를 규제한다는 측면에서 기인하고 있음을 유추할 수 있다. 방송이라는 특수한 영역의 개념을 일반 경쟁법에서 유래된 방법론을 사

용하여 위법성의 준거로 사용한다면 방송시장 특유의 경제적 효과나 철학적 의미 등을 판단하는 근거가 매우 모호해질 수 밖에 없을 것이다. 방송법의 목적인 방송의 다양성과 공정성, 독립성이 위법성 판단의 근거로 제시될 가능성이 높지만 이들 개념은 그 자체로 매우 복잡할 뿐만 아니라 이것이 방송시장이나 규제의 철학과 연관될 경우 발생하는 효과는 단순 경제적 결과나 경쟁의 상황으로 판단할 수 없다는 측면에서 고려의 대상이 되어야 한다.

V. 연구결과의 논의

본 연구는 최근 들어 콘텐츠가 방송시장의 주요경쟁수단으로 부각되고 있으며, 이로 인해 콘텐츠를 방송시장의 필수요소로 규정함으로써 거래거절에 대한 규제가 본격화되어야 한다는 주장에 대한 정당성을 검토하고자 했다. 이를 위해 국내 공정거래법과 심결, 판례 등을 검토하여 필수설비의 거래거절로 규정되기 위한 전제조건 및 근거 등을 검토했다.

연구결과, 공정거래법상 필수요소의 '필수성'의 정도나 필수요소의 거래거절이 경쟁이 미치는 효과에 대한 명확한 기준을 정립할 필요가 있다는 것을 알 수 있었다. 특히 시장지배적 지위남용행위로서의 거래거절을 명시적인 필수설비 거래거절로 해석하고 있는 현행 공정거래법상 관련시장 획정과 독점성, 경쟁제한성 등의 문제가 반드시 고려되어야 하며, 이를 위해서는 필수요소의 독점이 시장과 소비자 후생에 미치는 광범위한 효과도 검토되어야 할 것으로 예상된다.

방송 콘텐츠가 무형의 요소라는 점과 방송시장에서 주요 경쟁수단이라는 점을 감안하면 필수요소의 성격을 띠고 있는 것은 분명하나 그것이 필수요소로 규정되기 위한 전제조건에 있어서는 모호한 측면이 많다.

상기한 바와 같이 미국, EU 등 해외사례에서는 '필수설비(facility)'로 규정되는데 비해 국내에서는 '필수요소'로 다소 광범위하게 정의하고 있어 유·무형의 요소가 폭넓게 인정될 가능성이 높다. 필수요소를 폭넓게 규정하는 것은 필수요소의 범위의 확대 및 사업자의 영업

및 재산권에 대한 자유를 제한하는 수단으로 활용될 수 있다는 점에서 신중한 접근이 요구된다.

특히 방송법 상 도입되는 금지행위 규정에서는 콘텐츠의 배타적 거래거절에 해당하는 요소를 실무적으로 어떻게 판단하고, 해석하여 적용할 것인지에 대한 기준이 제시되지 않고 있다. 물론 시행령과 고시 작업을 통해 보다 구체화된 기준과 위법성 요건이 제시될 수 있지만 콘텐츠의 속성이 일반 시장의 경제제와 확연한 차이점을 가지고 있고, 거래거절 행위의 전제조건인 시장 획정과 시장지배적 사업자에 대한 범위 설정이 모호하기 때문에 이에 대한 사업자와 규제기간 간 해석의 차이와 사업자 간 갈등 양상 등 상당한 논란이 예상된다.

즉 콘텐츠의 배타적 거절을 규제하기 위해서는 해당 콘텐츠의 필수성에 대한 개념 정의와 범위, 위법성의 근거, 방송시장에 미치는 영향 등에 대한 검토 등이 선행되어야 하기 때문이다.

특히 경쟁법의 관점에서 볼 때 방송시장에서의 경쟁 제한성은 채널사용에 대한 배타적 권리 자체의 문제가 아니라 수직적으로 통합되어 있는 채널을 경쟁사업자에게 공급하는 것을 봉쇄하거나 특정 사업자가 자신이 가지고 있는 시장 지배력을 이용하여 불공정하게 배타적 권리를 요구하는 경우에 발생하는 것임을 전제로 한다[41]. 때문에 배타적 거래는 해당 사업자의 구체적 행위 및 사안 별로 상이한 결과를 야기할 수 있으며, 배타적 거래의 부당성과 경쟁제한성을 판단하기 위해서는 배타적 거래가 어떤 절차를 거쳐 독점력 형성에 기여했으며, 어떤 조건 하에서 독점력이 발휘될 것인가에 대한 명확한 분석이 요구된다.

특히 콘텐츠와 같은 무형재는 필수설비에 대한 개방을 요구하는 데 있어 규제의 집행이 어렵고 현실적으로 규제의 실패 가능성이 높다는 점에서 우려가 제기될 수 있다. 이는 결합시장이나 향후 디지털화된 콘텐츠 시장에서 더욱 가지적으로 나타날 확률이 높다.

참 고 문 헌

[1] 이영주, "유료TV방송시장의 공정 경쟁을 위한 프로그램 접근 규정 도입 방안 연구", 한국정보법학

회 발표문, 2005.

- [2] J. Olson and L. Spiwak, "Can Short-term limits in strategic vertical restraints improve long-term limits in strategic vertical restraints improve long-term cable industry market performance?," *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Vol.13, No.283, pp.283-315, 1995.
- [3] 양창수, *민법입문*, 박영사, 2005.
- [4] 박세일, *법경제학*, 박영사, 2004.
- [5] 홍대식, "방송시장에서의 금지행위 규제의 문제점과 개선방안", *경제규제와 법*, 제1권, 제1호, pp.70-90, 2008.
- [6] 장귀동, "공정거래법상 배타적 거래에 관한 연구", 전남대학교 석사학위논문, 1998.
- [7] *United States v. Microsoft Corp*, 253 f. 3d 34, 85(D.C. Cir), 2001.
- [8] 김희수, 이종화, 염수현, 김득원, 김형찬, 오기환, 오기석, "통방융합 및 All-IP 환경하에서의 필수요소 분석 및 제도적 접근방안 연구", 기본연구 08-10, 정보통신정책연구원, 2008.
- [9] 문기탁, "필수설비이론의 방송콘텐츠에 대한 적용가능성에 대한 연구-방송의 공공성과 관련하여-", *외법논집*, 제33권, 제3호, pp.677-704, 2009.
- [10] 염수현, 황준호, 신호철, 정은옥, 이상우, "방송통신 콘텐츠 동등접근 규제", *연구정책연구*, 제8권, 제41호, 정보통신정책연구원, 2008.
- [11] 이상우, "다채널 방송시장에서의 배타적 프로그램 거래 행위에 관한 연구-미국과 한국사례의 비교 분석", *한국방송학보*, 제20권, 제1호, pp.322-359, 2006.
- [12] 한철, "공정거래법상의 필수설비원리", *경쟁법률*, 2002.
- [13] *MCI Communication, Corp. v. AT&T*, 708 F.2d 1081, 1132-1133(7th Cir.), 1983.
- [14] 홍명수, "시장지배적 지위 남용으로서의 거래거절의 의의와 위법성 판단", *부산대학교 법학연구*, 제51권, 제1호, 통권63호, pp.737-765, 2010.
- [15] OECD, "The Essential Facility Concept in

- Organization for Economic Co-operation and Development”, Paris, OECD Series2. Applications, OECD/GD, 1996.
- [16] 김희수, 김형찬, 변정욱, 광정호, 오기환, “시장지배적 사업자의 필수설비 규제에 대한 법경제학적 접근”, 연구보고, 제1권, 제34호, 정보통신정책연구원, 2001.
- [17] R. Pitofsky, D. Patterson, and H. Jonathan, “The Essential Facilities Doctrine Under U.S. Antitrust Law,” *Antitrust Law Journal*. Vol.70, pp.443-462, 2002.
- [18] *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300, 1919.
- [19] *Byars v. Bliff City News Co.*, 609 F.2d 843,856 & n.34(6th Cir), 1980.
- [20] *Alaske Airlines, Inc, v. United Airlines, Inc.*, 948 F.2d 536, 542(9th Cir), 1991.
- [21] 박병형, “시장획정의 기준과 기업결합심사지침”, 한국개발연구원, 1999.
- [22] *Associated Press v. United States*, 326 U.S.1, 1945.
- [23] *Hecht v. Pro-Football, Inc.*, 570 F.2d 982, 992(D.C.Cir), 1977.
- [24] P. Areeda and H. Hovenkamp, “Antitrust Law 1991 Supplement,” Little Brown & Co, 1991.
- [25] H. Hovenkamp, “Federal Antitrust Policy,” Thomson/West, 2005.
- [26] Foster, R(2005, 6), “Competition and the Public Interest: A More Transparent Approach,” *A Paper for the OECD/Ofcom Roundtable on Communications Convergence*,
- [27] 이재형, “거절규제의 법리와 경제분석”, 정책연구시리즈 2005-12, 한국개발연구원, 2005.
- [28] 전민철, “공정거래법상의 필수설비 원리에 관한 연구-미국, EU의 사례분석을 중심으로-”, 연세대학교 대학원 석사학위논문, 2004.
- [29] 이봉의, “공정거래법상 필수설비 법리의 현황과 과제”, 상사판례연구, 제19집, 제1권, pp.3-29, 2006.
- [30] 이봉의, “통신산업과 경쟁법”, 법문사, 2004.
- [31] 포항중합제철(주)의 시장지배적 지위 남용행위에 대한 건’(2001경촉 0389)
- [32] *Oscar Bronner CmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs-und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG et al*, 1998.
- [33] 홍명수, “경제법론I”, 경인문화사, 2008.
- [34] 신현운, “경제법”, 법문사, 2006.
- [35] 권오승, “경제법”, 법문사, 2005.
- [36] 임영철, “공정거래법-해설과 논점-”, 법문사, 2007.
- [37] *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*, 224 U.S. 383, 45 L. Ed. 810, 32 S. Ct. 507. 1912.
- [38] *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 U.S. 366. 1973.
- [39] 포스코(주)와 하이스코 주식회사(주)의 필수요서 거래거절(대법원 2007.11.22 선고 2002두8626)
- [40] 임준, 정경오, 황주연, 이인선, “금지행위 세부유형 등 개선방안 연구”, 정책연구 09-39, 정보통신정책연구원, 2009.
- [41] 조은기, “방송통신융합과 공정경쟁: 융합시장의 특성과 기업결합을 중심으로”, 한국뉴미디어방송협회 방송통신포럼 발표문, 정책연구 04-51, 정보통신정책연구원, 2004
- [42] 장용호, “디지털 문화콘텐츠의 생산, 유통, 소비 과정에 관한 모형”

저 자 소 개

김 희 경(Hee-Kyung Kim)

정회원



- 1993년 2월 : 제주대학교 사회학과(문학사)
- 1997년 8월 : 성균관대학교 신문방송학과(정치학석사)
- 2004년 2월 : 성균관대학교 신문방송학과(언론학박사)

▪ 2005년 5월 ~ 2011년 3월 : 한국케이블TV협회 연구위원

<관심분야> : 방송정책 및 제도, 미디어산업, 융합서비스

차 영 란(Young-Ran Cha)

종신회원



- 1982년 2월 : 이화여자대학교 의류직물학과(학사)
- 1987년 2월 : 중앙대학교 광고홍보학과(문학 석사)
- 2002년 8월 : 중앙대학교 광고홍보학과(언론학 박사)

▪ 2005년 3월 ~ 현재 : 수원대학교 언론정보학과 교수

<관심분야> : 광고, 홍보, 마케팅, 정치커뮤니케이션, 미디어 정책