

최종 연구개발 결과보고서

방송통신분야 전문규제기관과 일반규제기관간
바람직한 역할 정립 방안 연구

A Study on the Relationship between General Antitrust Regulator and
Sector-Specific Regulator of the Telecommunications Industry :
Recommendations for Establishment of their Desirable Respective Roles

2008. 12.

주관연구기관 서울대학교

방 송 통 신 위 원 회

방송통신분야 전문규제기관과 일반규제기관간
바람직한 역할 정립 방안 연구

2008. 12.

주관연구기관 서울대학교

방 송 통 신 위 원 회

제 출 문

방송통신위원회 위원장 귀하

본 보고서를 “방송통신분야 전문규제기관과 일반규제기관간 바람직한 역할 정립 방안 연구”의 연구개발결과 보고서로 제출합니다.

2008년 12월

주관연구기관 : 서울대학교

연구 책임자 : 이 원 우 교수(서울대학교)

참여 연구원 : 이 희 정 교수(한양대학교)

김 태 호 연구원(헌법재판소)

송 시 강 교수(홍익대학교/변호사)

윤 혜 선 연구원(서울대학교 공익산업법센터)

김 보 람 변호사(법률사무소 밀알)

김 태 오 연구원(서울대학교 공익산업법센터)

요 약 문

1. 제목

방송통신분야 전문규제기관과 일반규제기관 간 바람직한 역할 정립 방안 연구

2. 연구개발의 목적 및 중요성

방송·통신의 융합 현상이 가속화되는 가운데 방송통신위원회의 출범으로 인하여 구 정보통신부와 구 방송위원회 사이의 규제 중복 및 혼선을 극복할 수 있게 되었지만, 공정거래위원회의 통신·방송 영역에 대한 규제로 인한 규제중복은 난제로 남아 있다. 지난 십수 년간 규제중복 사례가 다수 누적되어 왔는데, 이는 현행법령상 동일하거나 유사한 행위 유형에 대한 규제가 통신법과 일반 경쟁법에 모두 존재하는 데 기인하는바가 크다. 이에 중복규제가 발생하는 구체적인 영역을 살핀 후, 비교법을 통하여 현행법령의 적절한 해석 방안은 무엇인지 검토하고, 법 개정의 방향을 모색하고자 한다.

3. 연구개발의 내용 및 범위

가. 기업결합

전기통신사업법 제13조 제7항이 방송통신위원회가 인가하고자 하는 경우에 공정거래위원회와의 협의를 거쳐야 한다고 규정하는 의미가 문제된다. 즉, 협

의와 별도로 공정거래위원회가 당해 기업결합을 심사할 수 있는지 여부가 쟁점이다. 이점에 대해 독점규제및공정거래에관한법률(이하 ‘독점규제법’이라 한다) 제12조 제4항의 기업결합 신고면제 규정을 단지 신고만 면제하여 준 것이라는 취지로 새기면서 처음부터 독자적으로 심사 개시할 수 있다는 견해나, 협의절차 후에 방송통신위원회가 공정거래위원회의 의견을 반영하지 않았을 때 절차를 개시할 수 있다는 견해가 있지만, 이들 모두 위 전기통신사업법의 취지에 정면으로 반하고, 중복규제를 초래하여 피규제자의 법적안정성을 해친다는 점에서 부당하다. 공정거래위원회는 협의과정에서 방송통신위원회에 의견을 제출할 수 있을 뿐이고, 그 의견이 반영되지 않더라도 독립하여 처분을 발령할 수는 없다고 함이 타당하다.

나. 금지행위와 불공정거래행위

전기통신사업법 제36조의 3, 동법 시행령 제42조 [별표 3]에 실시된 금지행위의 유형과 독점규제법 제23조, 동법 시행령 제36조 [별표 1]의 불공정거래행위의 유형 사이에는 동일하거나 유사한 경우가 다수 존재한다. 이때 양 법령을 중첩 적용가능한지 여부가 문제되는데, 이점은 전기통신사업법 제37조의 3의 해석과 관련이 있다. 즉, 동 규정은 전기통신사업법상 금지행위에 해당하여 시정조치 또는 과징금이 부과된 경우 동일한 사유로 공정거래위원회에서 시정조치 또는 과징금을 부과할 수 없다고 규정하는바, 이점에 대해 다른 사유로는 가능하더라도, 전기통신사업법상의 조치를 내리지 않았거나 내리지 않기로 결정한 경우에는 가능하다는 식의 견해들이 있는데, 이들 모두 통신영역에서 특수한 불공정거래행위를 별도로 유형화한 전기통신사업법의 입법취지에 정면으로 반하는 점에서 부당하다. 즉, 전기통신사업법상의 금지행위는 독점규제법의 불공정거래행위에 대해서 특별법 관계에 있으므로, 특별법 우선의 원칙에 따라 전자만 적용됨이 타당하다.

한편, 금지행위에는 존재하지 않는 유형이 불공정거래행위에 존재하는 경우에는 어떠한지 문제된다. 이점은 전기통신사업법 시행령 [별표 3]이 한정적 열거인지, 예시규정인지에 대한 해석과 관련이 있다. 이점에 대해 명확성의 원칙 등을 근거로 한정적 열거로 새기는 견해가 있으나, 통신산업의 역동성에 비추어 볼 때 사전에 모든 유형을 구체적으로 규정할 수 없는 내재적인 한계와 시행령에 의해 법률의 규정이 한정 축소되는 결과는 있을 수 없다는 법해석론적 한계를 고려하면 예시규정으로 봄이 타당하다. 따라서 우선적으로는 통신 영역의 특별법의 적절한 해석을 통해 해결해야 하고, 이러한 해석을 통해서도 해결되지 않는 경우에 비로소 일반경쟁법을 적용할 수 있는 것이며, 이때에도 통신영역의 특별법의 규정의 전체적인 취지에 반하지 않아야 한다. 향후 입법론적인 명확화와 금지행위 유형 추가가 필요하다.

다. 이용요금

전기통신사업법 제29조는 요금 및 이용조건을 담은 약관에 대한 신고제 및 일정 규모 이상 사업자에 대한 인가제를 규정함으로써 사전규제를 채택하고 있다. 이에 반하여 독점규제법은 일반적인 경쟁규제의 관점에서 요금을 사후적으로 통제하는 규정을 가지고 있다.

그런데 기간통신요금의 적절성에 대해서 검토를 할 때에는 일반경쟁법적 관점을 넘어서 보편적 역무의 제공 등과 같은 공익을 고려하여야 하므로, 규제기관을 방송통신위원회로 일원화할 필요가 있다. 이는 LG 텔레콤 기본요금제 사건에서 극명하게 드러나는바, 구 통신위원회는 LG 텔레콤의 위 요금제로 인한 KT의 사업방향 예측 및 그로 인한 열위사업자들에 대한 경쟁제한성까지 단계적으로 검토하고 있음에 반하여, 공정거래위원회는 현 상태만을 고려하고 단순한 구조로 파악하여 경쟁제한성이 없다는 취지로 판단하였다.

현 단계에는 양 기관이 협력 절차를 통하여 국민에 대한 행정의 단일성 원리를 확보하는 것이 시급하다.

라. 필수설비제공의무

전기통신사업법은 필수설비제공에 관한 다수의 규정을 두고 있으며, 이를 위반할 경우의 제재에 대하여도 명확히 규정하고 있다. 이에 반하여 독점규제법에는 명시적 규정이 없으나, 이점에서 미국의 판례 및 학설을 통해 발전되어 온 필수설비이론을 원용하면서, 시장지배적 지위 남용에 관한 규정 중 해석상 가능한 조항을 통해 규제할 수 있다는 견해가 있다.

그러나 입법자는 전형적인 망 사업 부분에서의 필수설비 제공의무를 전기통신사업법에 적극적으로 규정하고 있는바, 통신영역에서는 굳이 일반경쟁법상 필수설비이론을 끌어들이 필요 없이 위 규정들에 대한 해석을 통해 규제함이 타당하다.

이와 관련하여, 인터넷멀티미디어방송사업법(이하 ‘인터넷멀티미디어법’이라 한다) 시행령 제12조 제1항은 ‘사용의 불가피성’을 요건으로 규정하고 있는바, 이는 일반경쟁법상 필수설비이론상의 요건보다 완화된 것으로서, 통신·방송 융합 분야에 일반경쟁법상 필수설비이론을 차용할 필요가 없음을 단적으로 보여주는 것이다.

요컨대, 통신법상의 필수설비규제는 일반경쟁법상 필수설비이론에 비해 그 대상이 더 넓은 뿐만 아니라 그 강도가 더 높은바, 따로 후자가 적용될 여지는 없다.

4. 연구개발결과

가. 현행법의 해석론

전기통신사업법은 독점규제법에 대한 특별법의 지위에 있으므로, 특별법 우선의 원칙에 따라 전기통신사업법을 적용해야 하는바, 이에 의하면 중복규제 문제가 해소된다.

한편, 독점규제법 제58조의 적용제외조항은 다른 법령에 따른 정당한 행위의 경우 독점규제법이 적용되지 않는다는 취지로 해석함이 타당하다.

나. 배타적 관할권에 대한 법률개정안 제시

전기통신사업법에 동법이 독점규제법보다 전체적으로 우위에 있다는 취지를 밝혀 공정거래위원회의 개입을 원천적으로 봉쇄하는 방안을 제시하였다.

다. 구체적인 검토

기업결합에 대해서는 전기통신사업법 등 관계 제 법령을 개정해서라도 방송통신위원회로 규제기관을 일원화 할 필요가 있다.

전기통신사업법상의 금지행위에 관하여 공정거래위원회의 개입을 원천적으로 봉쇄하는 해결방안이 필요하다. 차선으로서 동일한 사유 부분을 삭제하는 방향으로 입법개선이 이루어져야 한다. 그리고 현재 금지행위 유형에는 없으나 독점규제법상의 불공정거래행위 유형에는 존재하는 것에 대해서 전기통신사업법을 개정하여 이를 추가할 필요가 있다.

이용요금에 대한 규제도 전문규제기관의 권한으로 일원화 할 필요가 있다. 일반경쟁규제기관은 통신시장의 특수성을 제대로 인식하지 못한 상태에서 단순히 가격에 대한 일반적 검토를 하므로, 부당한 결론이 도출될 가능성이 농후하기 때문이다.

필수설비에 대해서는 개별적인 법률규정이 존재하고, 그 내용이 일반경쟁법상 필수설비이론보다 더욱 정치하므로, 당해 법령을 해석, 적용하는 것으로 충분하고, 일반경쟁법상 필수설비이론을 원용할 필요가 없다.

라. 협의

중요한 점에서 중복규제가 발생하거나 그 발생이 예상되는 상황에서 협의를 통하여 갈등을 해결하는 방안을 제시하였다.

5. 활용에 대한 건의

규제완화 및 친기업적 환경조성이라는 관점에서 볼 때, 현재의 중복규제 상황은 반드시 시정되어야 하는바, 전문규제기관의 권한으로 일원화 하는 것이 상당하다고 사료된다. 따라서 전기통신사업법에 그 우선적인 적용을 명시적으로 규정하는 방향으로 법률을 개정할 필요가 있다.

6. 기대효과

중복규제를 해소함으로써 피규제자의 법적 안정성을 도모하고, 규제의 예측가능성을 제고하여 기업활동의 활성화에 기여하며, 궁극적으로는 국가경쟁력을 강화하는 데 이바지할 것으로 전망한다.

SUMMARY

1. Title

A Study on the Relationship between General Antitrust Regulator and Sector-Specific Regulator of the Telecommunications Industry : Recommendations for Establishment of their Desirable Respective Roles.

2. Objectives and Importance

In the midst of accelerating the convergence of telecommunications and broadcasting, the problems of duplication of regulations and confusion between the former Ministry of Information and Communications and Korean Broadcasting Commission has been overcome by the establishment of the Korea Communications Commission(hereinafter the "KCC"), however, the duplication of regulations still remains as a difficult problem, because of the Fair Trade Commission(hereinafter the "FTC") regulation in the telecommunications and broadcasting sectors. Since the last decade, the cases of overlap and duplication of regulations have accumulated in large numbers, this can be largely traced to identical or similar forms of actions existing in both communications law and competition law within the current legal system. As such, this study intends to first examine the specific areas where duplication of regulations arises and, then, by making reference to the cases of other countries, seek to search for appropriate

interpretation of and the direction to amend current laws.

3. Contents and Scope

A. Corporate Merger

The paragraph 7 of Article 13 of the Telecommunications Business Act which requires consultation with the FTC in the case where the chairman of the KCC intends to authorize corporations to merge, brings up a question: the issue is whether, apart from the consultation, the FTC can review the merger in question. Some argue that the notification exemption provision of paragraph 4 of Article 12 of the Monopoly Regulation and Fair Trade Act purports to exempt only the notification, thus the FTC may independently review *de novo* the case, and others that, after the consultation process, when the KCC does not reflect the FTC's opinions, it may initiate the process. However, such views are incorrect because they all blatantly contradict the legislative objectives contained under the provision of the Telecommunications Business Act and also undermine the legal stability of those subject to the regulation by causing duplication of regulations. It would be correct to say that the FTC is only allowed to present an opinion to the KCC during the consultation process, and even if that opinion is not adopted, it cannot independently make a disposition.

B. Prohibited Practices and Unfair Trade Practices

A large number of identical or similar practices exist between the types of prohibited practices described in the Annex III to Article 42 of the Enforcement Decree of the Telecommunications Business Act for Article 36.3 of the Telecommunications Business Act and those of unfair trade practices in the Annex I to Article 36 of the Enforcement Decree of the Monopoly Regulation and Fair Trade Act for Article 23 of the Monopoly Regulation and Fair Trade Act. This begs two questions. The first question asks whether both Decrees are applicable, which is related to the interpretation of Article 37.3 of the Telecommunications Business Act. The said provision states that in the case where a corrective order has been made to or a penalty surcharge imposed on any practice that happened to correspond to one of the prohibited practices under the above mentioned Act, the FTC shall not make a corrective measure or impose a penalty surcharge on the same ground. Some interpret that this enables the FTC to take a measure on other grounds or when the KCC did not or decided not to take a measure. However, such interpretations are incorrect as they blatantly contradict the legislative intent of the Telecommunications Business Act to have separated out unfair trade practices that are specific to the telecommunications sector and prescribed them as the prohibited practices. Thus, since the prohibited practices under the Telecommunications Business Act are in a special law relationship with respect to the unfair trade practices under the Monopoly Regulation and Fair Trade Act, it would be correct that according to the principle that special law prevails over general law, the Telecommunications Business Act would prevail.

The second question is what happens when a type that does not exist under the prohibited practices exists under the unfair trade practices. This is related to the interpretation as to whether the Annex III to the Enforcement Decree of the Telecommunications Business Act is a limited list or statement of some examples of prohibited practices. While some take a view that that is a limited list based on the principle of clear statement, etc., it would be correct to construe it as a provision providing some examples since a type cannot be embodied ahead of time by taking into account the dynamics of telecommunications industry and an enactment can neither be limited nor compromised by an enforcement decree.

Thus, it should be solved by proper interpretation of special laws in the telecommunications sector, and only when it cannot be solved even by interpretation, then the general competition law may be applied in a manner which does not defeat the general legislative intent of provisions of the special laws. It would be desirable to legislatively establish types for the areas where the types of prohibited practices under the Telecommunications Business Act do not exist.

C. Usage Rates

Article 29 of the Telecommunications Business Act adopts *ex ante* regulation by providing for the system of notification of a Terms and Conditions containing a rate policy and terms and conditions and of authorization for carriers above certain size. In contrast, the Monopoly Regulation and Fair Trade Act chooses *ex post* regulation from the angle

of general price regulation.

However, a review of the appropriateness of rates for the telecommunications services provided by a common carrier requires consideration of public interests that include provision of universal service, etc., which goes beyond the level of consideration from the viewpoint of general competition law, thus there is a need to centralize it within the KCC. This has been revealed very clearly in the LG Telecom's Gibunzone service rate case where, while the former Telecommunications Commission has systematically analyzed the impact of the LG Telecom's service rate, first, on the KT's future business direction and, then, on competition restrictiveness with respect to the minor carriers, the FTC, by having considered only the current state, understood it as a simple structure and has accordingly concluded to the effect that there is no competition restrictiveness.

In the current stage, through the cooperation from both agencies, securing an a unity of administration for the citizens is urgent.

D. Obligation to Provide Essential Facilities

The Telecommunications Business Act has many provisions on the provision of essential facilities, and also precisely states punishment in cases of violation. In contrast, the Monopoly Regulation and Fair Trade Act has no such express provisions; instead, there is an effort to control through provisions that can be open for interpretation from the articles on abuse of a market dominant position by invoking the essential facilities doctrine, which has been developed through case law and academic

commentaries in the United States.

As the Telecommunications Business Act, under the lawmakers' active plan, provides for obligations to provide essential facilities in the area of typical network business, it would be proper to regulate through interpretation of those provisions, without bringing the essential facilities doctrine, in the telecommunications area.

In the meantime, since paragraph 1 of Article 12 of the Enforcement Decree of the Internet–Multimedia–Broadcasting Business Act uses the "use inevitability" as a requirement, which is a lesser requirement than the those under the essential facilities doctrine, this shows that it needs not bring in the essential facilities doctrine to the telecommunications and broadcasting convergence area.

In sum, for the essential facilities regulation under the telecommunications law is broader in scope and stronger in intensity than the essential facilities doctrine, there is no room for the latter doctrine.

4. Results

A. Interpretation of Current Law

For the Telecommunications Business Act is approved for the status of a special law on the Monopoly Regulation and Fair Trade Act, the problem of duplication of regulations can be solved according to the principle that the Telecommunications Act should prevail by virtue of the principle that special law prevails over general law.

In the meantime, it would be correct to interpret to the effect that the exemption clause of Article 58 of the latter Act does not apply in the cases where a practice is lawful in accordance to other acts and decrees.

B. Amendment Proposal for Exclusive Jurisdiction

It has been suggested that, as a plan to ultimately block the intervention of the FTC, an amendment clarifying the intent that the jurisdiction of KCC generally prevails over that of the FTC should be made to the Telecommunications Business Act.

C. Specific Cases

With respect to corporate merger, there is a need to centralize the regulatory power within the KCC, even by means of amending all related acts and decrees such as the Telecommunications Business Act.

With respect to the prohibited practices under the Telecommunications Business Act, in principle, there is a need for a solution that would ultimately block the intervention of the FTC. Alternatively, the following improvements need to be made to the legislation; "the same ground" part should be deleted and types established for the areas where the prohibited practices under the Telecommunications Business Act do not exist but the unfair trade practices under the Monopoly Regulation and Fair Trade Act do.

With respect to the usage rate, its regulation should also be centralized within the telecommunications specific regulator. The general competition

authority, which simply performs a general examination on price without recognizing the particularity of the telecommunications market, would most likely arrive at an unjust conclusion.

Lastly, with respect to the essential facilities regulation, for there are specific provisions on essential facilities in the Telecommunications Business Act and their contents are more refined than those of the essential facilities doctrine, it would be appropriate to solve the problem of duplication of regulations by interpreting the Act and its related Decree.

D. Consultation

In cases where substantial duplication of regulations arises or is expected to arise, a consultation is suggested as a means of solving disagreements.

5. Recommendation for Use

From the viewpoint of deregulation and creation of pro-corporate environment, the current duplication of regulations situation must be corrected, and it would be appropriate to say that the standard for centralization should be the sector-specific regulator. Therefore, a legislative improvement needs to be made to the Telecommunications Business Act by adding a provision which would clearly make the Act prevail over general competition laws.

6. Expected Effect

This study would expect to, by solving the problem of duplication of regulations, protect the legal stability for those subject to regulations, and to secure the predictability of regulation and thereby to stimulate corporate activities. This would ultimately contribute to the national competitiveness enhancement.

CONTENTS

Chapter I	Significance and Objectives	29
Section 1	Significance	29
1.	Background	29
2.	Necessity	30
3.	Significance	30
Section 2	Objectives and Scope	30
1.	Objectives	30
2.	Scope and Contents	31
Chapter 2	Overlap in Jurisdiction Between the Korea Communications	
	Commission and Fair Trade Commission	32
Section 1	Examination of Relevant Statutes	32
1.	Founding Principles and Regulatory Goals of Each Agency	32
2.	Duplication of Regulations by the Telecommunications Business	
	Act(TBA) and Monopoly Regulation and Fair Trade Act(MRFTA)	33
Section 2	Case Study	36
1.	Corporate Merger	38

2. Prohibited Practices under the TBA	42
Chapter 3 Examination of Specific Areas of Overlap in Jurisdiction	46
Section 1 Corporate Merger between Electronic Communications Carriers ..	46
1. Authorization Provisions for Merger, etc. of the TBA	46
2. Merger Review under the MRFTA	47
3. Consultation with Both Agencies	47
Section 2 Relationship between Prohibited Practices under the TBA and Unfair Trade Practices under the MRFTA	51
1. Discussion on the Interpretation of General Provisions of the TBA ...	51
2. Comparison of Individual Provisions of the TBA	55
3. Problems in Regulation of Unfair Practices relating to Broadcasting and Telecommunications Convergence	60
Section 3 Regulation of Usage Rates of Telecommunications Carriers	69
1. Current Regulatory Status under Individual Acts	69
2. Applicability of the Consultation Provision	72
Section 4 Regulation of Essential Facilities	72
1. Current Status and Problems	72
2. Statutory Grounds	73
3. Lesson from the Provisions of the Enforcement Decree of the Internet-Multimedia-Broadcasting Business Act	76

4. Analysis	76
Chapter 4 Comparative Legal Analysis	78
Section 1 The United Kingdom	78
1. OFT and Ofcom's Concurrent Jurisdiction over General Competition Regulation	78
2. Concurrency Arrangements between OFT and Ofcom	82
3. Law-Application Standard of Each Agency	86
4. Jurisdiction over Merger	87
Section 2 The United States of America	88
1. History and Regulatory Goals	88
2. Sector-Specific Regulator in the Telecommunications Industry	92
3. Division of Authority between General Competition Authorities and Sector-specific Regulator in the Telecommunications Industry	94
4. Relationship between the Federal Trade Commission and Department of Justice	98
5. Applicability of the Antitrust Laws in the Telecom Sector	112
Section 3 Germany	115
1. Overview	115
2. Relationship between General Competition Authority and Sector Specific Regulator	121
3. Current Status of Competition Regulation of Individual	

Issues Arising under German Telecommunications Law	129
4. Summary	134
Chapter 5 Conclusions	135
Section 1 General Methodologies To Eliminate Duplication in Regulations	135
1. Interpretational Approach: Construing Current Statutes	135
2. Legislative Approach: Specifying Exclusive Jurisdiction	141
Section 2 Examination of Specific Areas	142
1. Corporate Merger	142
2. Prohibited Practices under the TBA	142
3. Rate Regulation	146
4. Obligation to Provide Essential Facilities	147
Section 3 Recommendation for Mutual Cooperation between Regulatory Agencies	147
1. Issues	147
2. Significance and Types of Consultation	148
3. Case Law Analysis	149
4. Legal Effect of Consultation and Disposition	150
5. Proposal For Amendment	152
6. Analysis	153

Section 4 Need for Enforcement and Legislation Suitable for	
Our Condition and Environment	153
1. Assessment of Status of Competition in Our	
Electronic Communications Market	154
2. Discussion on Standards for Division of Authority :	
Suggestions and Criticisms	156
3. Need for Better Understanding of and Improvement	
in Korean Administration Culture	161
<References>	162

목 차

요약문	3
SUMMARY	9
제 1 장 연구의 의의 및 목적	29
제 1 절 연구의 의의	29
1. 연구 배경	29
2. 연구의 필요성	30
3. 연구의 의의	30
제 2 절 연구의 목적 및 범위	30
1. 연구의 목적	30
2. 연구의 범위 및 내용	31
제 2 장 방송통신위원회와 공정거래위원회의 관할권 중복 현상	32
제 1 절 관계법령에 대한 검토	32
1. 각 행정기관의 설치목적 및 규제의 목표	32
2. 전기통신사업법과 독점규제법상 규제 중복	33
제 2 절 중복 규제 사례 검토	36
1. 기업결합	38

2. 전기통신사업법상의 금지행위	42
제 3 장 관할권의 중복에 대한 분야별 구체적 검토	46
제 1 절 방송통신사업자의 기업결합	46
1. 전기통신사업법의 합병 등에 대한 인가규정	46
2. 독점규제법의 기업결합 심사	47
3. 양 기관의 협의 관련	47
제 2 절 방송통신사업 관련 법령상 금지행위와 독점규제법상 불공정거래행위와의 관계	51
1. 전기통신사업법상 일반조항의 해석에 대한 논의	51
2. 전기통신사업법상 개별 규정상의 비교	55
3. 방송·통신 융합 관련 불공정행위 규제의 문제	60
제 3 절 전기통신사업자의 이용요금에 대한 규제	69
1. 개별법상의 규제 현황	69
2. 협의규정의 활용 가능성	72
제 4 절 필수설비규제에 대한 검토	72
1. 현황 및 문제점	72
2. 법률상의 근거	73
3. 인터넷멀티미디어법 시행령 규정을 통한 시사점	76
4. 검 토	76

제 4 장	비교법적 검토	78
제 1 절	영 국	78
1.	OFT와 Ofcom의 일반경쟁규제에 관한 동시관할권	78
2.	OFT와 Ofcom의 권한조정	82
3.	각 기관의 법 적용기준	86
4.	합병규제권한	87
제 2 절	미 국	88
1.	역사적 특징 및 규제목표	88
2.	통신산업 규제기관	92
3.	통신전문규제기관과 일반경쟁규제기관 간의 규제권한 배분	94
4.	연방거래위원회와 법무부의 관계	98
5.	통신법 적용영역에서의 반독점법 적용여부	112
제 3 절	독 일	115
1.	개 관	115
2.	일반경쟁규제기관과 전문규제기관 간의 관계 일반	121
3.	독일 통신법상 개별 쟁점별 경쟁규제의 현황	129
4.	총 괄	134
제 5 장	결 론	135
제 1 절	중복규제 해소를 위한 일반적인 방법론	135
1.	현행법령의 해석론	135

2. 입법론-배타적 관할권의 명시	141
제 2 절 분야별 구체적 검토	142
1. 기업결합	142
2. 전기통신사업법의 금지행위	142
3. 요금규제	146
4. 필수설비제공의무	147
제 3 절 규제기관 상호간의 협력방안	147
1. 문제의 소재	147
2. 협의의 의의 및 유형	148
3. 판례의 검토	149
4. 협의와 처분의 법적 효력	150
5. 개정안	152
6. 검토	153
제 4 절 우리나라의 현실에 맞는 집행 및 입법의 필요	153
1. 우리나라의 방송통신시장의 경쟁상황에 대한 평가	154
2. 권한배분 판단척도에 대한 몇 가지 관점 및 그에 대한 비판	156
3. 한국적 행정문화의 이해와 개선의 필요성	161
참고문헌	162

제 1 장 연구의 의의 및 목적

제 1 절 연구의 의의

1. 연구 배경

2008년 2월 가속화되는 방송·통신의 융합 현상에 적극 대처하고자 방송통신위원회가 출범하였다. 이는 정부의 친기업적 규제환경 조성기조에 부응하는 측면도 있는바, 통신·방송 융합서비스에 대한 단일한 규제창구의 마련요청에 부합하는 것이다. 즉, 종전의 정보통신부 및 그 산하 통신위원회와 정부조직 밖에 별도로 존치하였던 방송위원회가 서로 다른 입장을 취한 것이 융합 서비스 발전에 걸림돌이 되었기 때문이다.

그러나 독점규제법에 따라 공정거래위원회가 방송·통신 영역에 대해 규제하는 문제는 여전히 남아 있는바, 이로 인해 중복규제의 결과가 초래될 위험이 상존한다. 실제로 2008년 3월 SK 텔레콤의 하나로텔레콤 인수 사건에서, 공정거래위원회는 구 정보통신부의 조건부 인가결정과 별개로 직접 사업자에게 시정명령을 발령하였는바, 위와 같은 위험이 노정되었다. 이외에도 방송·통신 영역에 대한 중복규제 사례들이 누적되어 왔는바, 대표적으로 1998년 이동통신 3사의 가입비면제를 통한 가입자 유치행위에 대하여 구 정보통신부와 공정거래위원회가 각 시정명령을 발령하거나, 2006년 LG 텔레콤의 기본준요금제에 대하여 구 통신위원회가 시정명령을 발령하였음에 반하여 공정거래위원회가 부당염매에 해당하지 않는다고 판단하여 혼선을 초래하거나, 2005년 이동통신 3사의 무선인터넷 망 개방에 대하여 구 통신위원회가 조사를 진행 중이었음에도 불구하고 공정거래위원회가 조사를 시행하여 피규제자

에게 부담을 가중한 경우가 그러하다.

2. 연구의 필요성

이러한 현상은 동일하거나 유사한 행위에 대하여 각각 별도로 규제할 수 있는 것처럼 해석될 수 있는 법률규정이 존재하는 데에서 비롯하는 측면이 있는바, 이에 통신 영역을 규율하는 전기통신사업법과 일반적인 경쟁제한성 등을 규율하는 독점규제법이 경합 또는 충돌하는 분야를 구체적으로 살펴 볼 필요가 있다.

또한 방송통신위원회의 존재의의를 감안할 때, 공정거래위원회가 방송·통신 영역에서 수행하는 역할의 범위를 어떻게 설정할 것인지에 초점을 맞추어, 각 위원회의 역할 분담에 관한 체계를 정립하는 것이 필요하다.

3. 연구의 의의

본 연구는 통신·방송 영역의 규제와 관련하여 통일성 및 일관성을 확보함으로써 사업자들에게 예측가능성을 보장하여 활동을 원활히 할 수 있게 하고, 궁극적으로는 방송·통신 영역에서 국가경쟁력을 강화하는 데에 그 의의가 있다.

제 2 절 연구의 목적 및 범위

1. 연구의 목적

이에 본 연구에서는 현재의 관할권 중복 현상을 해결하는 데 가장 적절한

법해석론은 무엇이며, 이를 통해 양 기관 상호간의 관계를 어떻게 정립해야 하는지를 살펴보고, 나아가 향후 법령 개정 시 나아갈 방향에 대해서 모색하고자 한다.

2. 연구의 범위 및 내용

이를 위해 현재의 관할권 중복현상의 근본적 원인이 되고 있는 법령을 살펴보고, 이를 적용해서 발생한 중복규제 사례를 일별한 다음(제2장), 중요 쟁점별로 전기통신사업법과 독점규제법이 중복적으로 적용될 가능성이 있는 조항을 구체적으로 검토하고(제3장), 영국·미국·독일 등 선진국이 이러한 문제에 어떻게 대처하고 있는지를 알아봄으로써(제4장), 현행 법령에 대한 합리적인 해석과 앞으로의 입법방향, 규제기관 상호간의 협력방안을 논의하고자 한다(제5장).

제 2 장 방송통신위원회와 공정거래위원회의 관할권 중복 현상

제 1 절 관계법령에 대한 검토

1. 각 행정기관의 설치목적 및 규제의 목표

방송통신위원회는 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률(이하 ‘방송통신위원회법’이라 한다)에 의거하여 설립되었는데, 위 법률 제2조에 규정된 운영원칙은 ① 방송과 통신 이용자의 복지 및 보편적 서비스의 실현, ② 방송·통신의 기술과 서비스의 발전을 장려, 공정한 경쟁 환경의 조성, ③ 방송통신사업이 공공의 이익에 부합될 수 있도록 필요한 대책 마련인바, 이는 방송통신위원회의 규제의 목표 및 지향점과도 일맥상통한다.

한편, 공정거래위원회는 그 존립의 근거를 독점규제법에 두는데, 위 법률 제1조는 ‘목적’이라는 표제 하에 공정하고 자유로운 경쟁 촉진을 통한 창의적인 기업활동 조장, 소비자 보호, 국민경제의 균형 있는 발전을 도모함을 규정하고 있다. 위 규정은 공정거래위원회에 의한 규제의 궁극적 목표 및 지향점을 제시하는 것인바, 위 법률은 위 궁극적 목표의 달성을 위한 중간 목표로, ① 사업자의 시장지배적 지위 남용 방지, ② 과도한 경제력의 집중 방지, ③ 부당한 공동행위 및 불공정거래행위 규제를 규정하고 있다.

위 두 기관의 설치목적 및 규제 목표에는 다음과 같은 중첩 가능성 및 상이점이 각 존재한다. 즉, 방송·통신 사업자도 독점규제법에서 규정하는 사업자에 해당하고, 그 사업자가 시장지배적 지위 남용, 경제력 집중, 부당한 공

동행위 및 불공정거래행위를 할 가능성이 있다는 점에서 규제대상의 중첩 가능성이 있다. 그 반면에, 방송·통신 서비스는 다른 산업과 달리 보편적 역할을 제공해야 할 필요성에 기인하는 공익성을 그 특징으로 하는바, 따라서 다른 산업분야와 달리 특수하게 취급할 필요성이 있다는 점에서 차이가 있다. 규제의 목표라는 측면에서도 그러하다. 방송통신위원회가 ‘공정한 경쟁 환경의 조성’에 규제의 목표를 두는 것과 마찬가지로 공정거래위원회도 ‘공정하고 자유로운 경쟁 촉진’에 규제의 목표를 두는 점에서, 양 기관은 경쟁규제권한을 함께 행사하고 있다고 볼 수 있으므로 중첩가능성이 있다. 그러나 방송통신위원회가 방송·통신 영역에서 하는 경쟁규제는 당해 영역에 고유한 다른 공익 목적과의 관련성을 고려해야 하는 점에서, 다른 산업 분야에서 이루어지는 일반적인 경쟁규제와 동일하다고 볼 수 없다. 즉, 방송통신위원회는 ‘공정한 경쟁 환경 조성’을 통해 ‘창의적인 기업 활동 조장·소비자 보호·국민경제의 균형 있는 발전을 지향’하기보다는 방송과 통신 이용자의 복지 및 보편적 서비스의 실현, 방송·통신의 기술과 서비스의 발전을 장려하고, 방송통신사업이 기타 공공의 이익에 부합될 수 있도록 하는 점에서 다르다. ‘공정한 경쟁 환경 조성’은 방송통신위원회가 추구하는 다른 목표들과 충돌하거나 배치되지 않도록 조율된다.

2. 전기통신사업법과 독점규제법상 규제 중복

통신 영역에 대한 사업 및 역할을 규율하는 법령으로 전기통신사업법 및 그 시행령이 있는데, 위 법 제3조는 전기통신에 관한 사항은 이 법 또는 다른 법률에 특별히 규정한 것을 제외하고는 방송통신위원회가 관장한다고 규정하고 있다. 같은 취지의 규정이 방송통신위원회법 제11조에도 있는바, 위원회의 소관 사무에 관하여 동조 제1항 제2호는 ‘통신에 관한 사항’을 명시하고 있다.

한편, 방송 영역에 대해서는 방송법이 존재하는데, 현재 변화된 환경에 맞도록 그 내용을 개정할 필요가 있다는 논의가 진행 중에 있다. 다만, 방송 영역을 방송통신위원회에서 관장함은 명백하고, 방송통신위원회법 제11조 제1항 제1호에도 그 내용이 명시되어 있다. 그리고 방송·통신 융합서비스의 대표적인 형태라 할 수 있는 인터넷 프로토콜 텔레비전(Internet Protocol Television; IPTV) 영역을 규율하는 법령으로 2008년 4월 시행된 인터넷멀티미디어법이 있는데, 위 법 제4조는 인터넷멀티미디어 방송제공사업을 하고자 하는 자는 방송통신위원회의 허가를 받아야 한다고 규정하고 있는바, 위 영역에 대한 규제기관도 방송통신위원회라는 점에 의문이 없다.

한편, 일반경쟁규제와 관련하여서는 대표적인 독점규제법 외에 약관규제에 관한법률도 일부 그 기능을 담당하고 있다.

본 연구에서는 전기통신사업법과 독점규제법을 각 기본으로 하여 그 규제의 중복에 관하여 검토한다. 구체적으로, ① 기업결합, ② 전기통신사업법상의 금지행위와 독점규제법상의 불공정거래행위, ③ 전기통신사업법상의 요금규제와 독점규제법을 통한 가격통제, ④ 전기통신사업법상의 필수설비 규제와 관련하여 일반경쟁법상 필수설비이론의 적용가능성 등에 대해서 살펴본다.

기업결합과 관련하여 전기통신사업법 제13조가 일정한 경우에 방송통신위원회의 인가를 받도록 규정하는 한편으로, 독점규제법 제12조는 일정 규모 이상의 사업자의 경우 공정거래위원회에 신고하도록 규정하고 있다. 이에 일정 규모 이상의 사업자가 전기통신사업법이 규정하는 기업결합을 하는 경우 양 기관이 모두 규제 권한을 갖게 되는 문제가 있다. 다만, 독점규제법 제12조 제4항은 관계중앙행정기관의 장이 다른 법률의 규정에 의하여 미리 당해 기업결합에 관하여 공정거래위원회와 협의한 경우 위 신고의무를 면제하고 있지만, 공정거래위원회의 심사권한 자체에 대해서는 명확히 규정하고 있지

않으므로 문제점이 그대로 존재한다.

전기통신사업법 제36조의 3은 금지행위를 규율하고 있는바, 그 구체적인 내용은 동법 시행령 제42조 [별표 3]에 규정되어 있다. 동 별표가 한정적 열거규정이라는 견해와 예시규정이라는 견해가 대립하는바, 포괄적인 규율이 가능하도록 예시로 봄이 타당하다. 한편, 독점규제법은 제23조에서 불공정거래행위를 금지하고 있고, 동법 시행령 제36조 [별표 1]에서 이를 구체화하고 있다. 그런데 각 유형 간에는 동일하거나 유사한 항목이 다수 존재하는바, 사업자의 단일한 행위에 대하여 각 기관이 적용법률을 달리하여 규제할 가능성이 있다.

전기통신사업법 제29조는 기간통신사업자에 대하여 요금을 포함하는 이용약관을 신고할 것을 규정하고, 일정 규모에 해당하는 전기통신역무에 대하여는 방송통신위원회의 인가를 받도록 규정하고 있다. 한편, 독점규제법은 부당염매에 대한 금지 등 여러 가지 수단을 통해 가격에 대한 통제를 하고 있다. 이에 사업자의 단일한 요금제에 대하여 서로 다른 기준에 의한 평가가 가능하므로 규제 혼선을 빚게 될 우려가 있다. 대표적으로 LG 텔레콤의 기본존 요금제 사례에서 그 상이함이 극명하게 드러난바 있는데, 이점에 대해서는 다음 절에서 자세히 살피기로 한다.

전기통신사업법에 필수설비에 대한 다수의 규제가 존재하는데 반하여, 일반경쟁법 영역에서는 미국의 판례와 학설을 통해 발전한 필수설비이론을 원용해서 독점규제법의 시장지배적 지위 남용 규정을 적용하려는 논의가 있다. 이에 전기통신사업법의 필수설비에 관한 규정 외에 일반경쟁법상 필수설비이론을 매개로 해서 독점규제법 제3조의 2를 적용하는 것이 과연 가능한지가 문제된다.

제 2 절 중복 규제 사례 검토

다음의 [표 1]은 2000년부터 2007년까지 구 정보통신부와 공정거래위원회 간의 중복규제 사례에 대해서, 각 적용된 독점규제법과 전기통신사업법의 관련 조문 및 그 심결결과를 서로 비교한 것이다.

[표 1] 공정거래위원회와의 규제권한 중첩 현황: 사례(2000~2007)¹⁾

독점규제법		심 결 내 용	전기통신 사업법
시장지배적 지위 남용 금지	경쟁사업자 배제/ 소비자이익 저해	<ul style="list-style-type: none"> ○ 에스케이텔레콤(주)의 시장지배적지위 남용행위 등에 대한 건(2007. 2. 6.) <ul style="list-style-type: none"> - 자기의 이동통신서비스를 이용하는 고객 중 MP3폰 소지자들에 대하여 자기가 운영하고 있는 음악사이트(http://www.melon.com)에서 구매한 음악 파일만 재생할 수 있도록 함으로써, 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려 - 과징금 부과(330백만원) 	법 제36조의3 제1항 제4호, 시행령 [별표 3] IV. 7. 가목. 이용자의 자유로운 선택을 제한
부당공동 행위금지	1. 가격협정	<ul style="list-style-type: none"> ○ 2개 시내전화사업자의 부당공동행위에 대한 건(2005. 8. 18.) <ul style="list-style-type: none"> - KT는 기존 시내전화요금을 유지, 하나로텔레콤은 시내전화요금을 인상, 유지 또는 조정하기로 합의함으로써 시내전화시장의 가격경쟁을 부당하게 제한 - 시정명령 받은 사실의 공표명령, 2사 과징금 부과 ○ 2개 이동통신사업자의 부당공동행위에 대한 건(의결 제2006- 253호, 2006. 11. 2.) <ul style="list-style-type: none"> - KTF와 LGT가 음성통화요금에 대하여 합의함으로써, 이동전화서비스 시장에서의 경쟁을 부당하게 제한 - 2사 과징금 부과(총계 6,698백만원) 	
		<ul style="list-style-type: none"> ○ 4개 시외전화사업자의 부당한 공동행위 등에 대한 건(2005. 12. 15.) <ul style="list-style-type: none"> - KT, 데이콤, 온세통신이 시외전화 맞춤형 정액요금제를 공동출시하기로 합의함으로써 시외전화 시장에서의 가격경쟁을 부당하게 제한 - KT, 데이콤, 온세통신, 하나로텔레콤이 시외전화 요금수준을 공동으로 결정·유지하기로 합의하는 방법으로 시외전화 시장에서의 경쟁을 부당하게 제한 - 시정명령 받은 사실의 공표명령, 4사 과징금 부과 	
		<ul style="list-style-type: none"> ○ 4개 이동통신사업자의 부당한 공동행위에 대한 건(2000. 5. 31.) <ul style="list-style-type: none"> - 단말기보조금의 지급규모를 축소하기로 합의하여 이동통신 영역의 거래조건을 공동으로 결정하는 행위를 함으로써 이동통신 영역의 거래시장에서 경쟁을 실질적으로 제한 	법 제36조의3 제1항 제5호 (삭제)

1) 김희수/오기환/황주연, 『새로운 통신환경 하에서의 효과적인 통신시장 사후관리체계 연구』, 정보통신정책연구원, 2007. 12, 225-227면.

		<ul style="list-style-type: none"> - 시정명령 받은 사실의 공표명령, 사업자별 과징금 부과 	
	3. 공급제한 협정	<ul style="list-style-type: none"> ○ 4개 시외전화사업자의 부당한 공동행위 등에 대한 건(2005. 12. 15.) - KT, 데이콤, 온세통신, 하나로텔레콤이 시외전화 사전선택제 가입자 수를 분할·상호 협력하기로 합의하는 방법으로 시외전화 시장에서의 경쟁을 부당하게 제한 - 시정명령 받은 사실의 공표명령, 사업자별 과징금 부과 	
부당공동행위금지	6. 상품종류/규격제한 협정	<ul style="list-style-type: none"> ○ 3개 이동통신사업자의 부당공동행위에 대한 건(2006. 7. 27.) - SKT, KTF, LGT가 무제한 요금상품의 판매를 중단하거나 출시하지 않을 것을 합의함으로써, 이동전화서비스 시장에서의 경쟁을 부당하게 제한 - 3사 과징금 부과 	<ul style="list-style-type: none"> 법 제36조의3 제1항 제4호, 시행령 [별표 3] IV. 7. 이용자의 자유로운 선택을 제한
		<ul style="list-style-type: none"> ○ 4개 시외전화사업자의 부당한 공동행위 등에 대한 건 (2005. 12. 15.) - KT, 데이콤, 온세통신, 하나로텔레콤이 유선통신 역무 간 결합상품 출시를 금지하기로 합의하는 방법으로 시외전화 시장에서의 경쟁을 부당하게 제한 - 시정명령 받은 사실의 공표명령, 4사 과징금 부과 	
불공정거래행위의 금지	1. 거래거절	<ul style="list-style-type: none"> ○ 한국전기통신공사의 거래거절행위에 대한 건(2001. 3. 31.) - 자신이 발행하는 전화번호부에 경쟁사업자의 가입자에 대한 통합수록을 거절하거나, 거래상 의존관계에 있는 한국전화번호부(주)로 하여금 업종부 전화번호부에 경쟁사업자의 가입자에 대한 통합수록을 거절하도록 함으로써 시내전화시장에서의 경쟁을 저해 	<ul style="list-style-type: none"> 법 제36조의3 제1항 제4호, 시행령 [별표 3] IV. 5. 부당한 이용자 차별
	2. 차별취급	<ul style="list-style-type: none"> ○ SKT의 구속조건부거래행위 등에 대한 건(2001. 9. 10.) - 대리점에 대하여 자신의 계열회사인 에스케이글로벌로부터 구입한 단말기를 무이자 할부판매한 경우에만 할부채권을 매입하고 단말기 제조업체로부터 직접 구입한 단말기에 대해서는 채권매입대상에서 제외하여, 대리점으로 하여금 피심인의 계열회사를 위한 차별적 취급행위를 하게 함으로써 단말기 판매시장에서의 공정한 거래를 저해하거나 저해할 우려 - 계약 내용의 수정 또는 삭제 명령 	<ul style="list-style-type: none"> 법 제36조의3 제1항 제1호, 시행령 [별표 3] I. 1. 부당차별
	5. 거래강제	<ul style="list-style-type: none"> ○ KT의 거래강제행위에 대한 건(2004. 8. 31.) - 정상적인 거래관행에 반하여 시설공사 협력업체 탈락여부를 결정하는 협력업체 사후운영평가에 상품판매실적을 평가내용으로 반영한다는 조건을 협력업체에게 제시하여 자사의 상품을 판매하도록 강제 - 시정명령 받은 사실의 공표명령 	<ul style="list-style-type: none"> 법 제36조의3 제1항 제4호, 시행령 [별표 3] IV. 7. 이용자의 자유로운 선택을 제한
	6. 거래상지위 남용	<ul style="list-style-type: none"> ○ LGT의 거래상지위남용행위에 대한 건(2004. 9. 7.) - 거래상지위를 부당하게 이용하여 수탁업체 및 그 소속 직원들에게 빈호 이동 목표를 부여하고 실적을 관리하는 등의 방법으로 거래상대방이 구입할 의사가 없는 상품을 구입 또는 판매하도록 강제 	<ul style="list-style-type: none"> 법 제36조의3 제1항 제4호, 시행령 [별표 3] IV. 7. 이용자의 자유로운 선택을 제한
		<ul style="list-style-type: none"> ○ LGT의 거래상지위 남용행위에 대한 건(의결 제2003-127호, 2003. 8. 4.) - 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 대리점에 판매목표를 부과하고 이를 달성하도록 강제하고, 대리점과 계약을 체결하면서 약정서에 대리점에 불이익이 되도록 소송의 재판 관할 법원을 설정 - 계약 내용의 수정 또는 삭제 명령 	
			<ul style="list-style-type: none"> ○ LGT의 구속조건부거래행위에 대한 건(2001. 8. 23.)

7. 구속조건부 거래	<ul style="list-style-type: none"> - 패스트푸드업체와 멤버십카드 업무제휴계약을 체결함에 있어 다른 이동통신사업자와 유사한 협약 및 서비스를 체결하지 못하도록 하는 조항을 설정하여 제휴사업자를 부당하게 구속하는 조건으로 거래함으로써 공정한 거래를 저해하거나 저해할 우려 ○ SKT의 구속조건부거래행위 등에 대한 건(2001. 9. 10.) - 제휴사업자와 멤버십카드 업무제휴계약을 체결함에 있어 피심인과 동종 또는 유사업종을 영위하는 다른 경쟁사업자와의 업무제휴를 금지하거나 업무제휴시 피심인의 동의를 얻도록 하는 등 경쟁사업자와의 거래를 제한하는 조항을 설정함으로써 제휴사업자를 부당하게 구속하는 조건으로 거래 - 계약 내용의 수정 또는 삭제 명령 	제1항 제4호, 시행령 [별표 3] IV. 7. 이용자의 자유로운 선택을 제한
8. 사업활동 방해	<ul style="list-style-type: none"> ○ 한국전기통신공사의 사업활동방해행위에 대한 건(2000. 9. 4.) - 초고속통신망 구축사업을 함에 있어 다른 사업자가 가입자를 모집하는 초고속통신망에 대해 사실과 다른 내용 또는 자기에게는 유리한 반면 다른 사업자에게는 불리한 내용을 가입대상자에게 전달·설명하여 다른 사업자가 모집하는 초고속통신망 가입대상자로 하여금 피심인과 계약을 체결도록 하는 등 부당한 방법으로 다른 사업자의 사업활동을 방해 - 시정명령 받은 사실의 공표명령 	법 제36조의3 제1항 제4호, 시행령 [별표 3] IV. 7. 이용자의 자유로운 선택을 제한
10. 부당한 자금/자산/인력 지원	<ul style="list-style-type: none"> ○ 엘지전자의 부당지원행위에 대한 건(2001. 11. 5.) - 임직원에게 계열회사인(주)엘지텔레콤의 019 이동전화가입자 유치비용을 지급하는 방법으로 부당하게(주)엘지텔레콤을 지원 - 과징금 부과(141,100천원) ○ 한국전력공사의 부당지원행위 등에 대한 건(2004. 1. 19.) - 광섬유복합가공지선(OPGW) 광코어와 배전전주를 현저히 저가로 임대하여 과도한 경제상 이익을 제공함으로써 관계회사인(주)파워콤을 부당하게 지원 - 시정명령 받은 사실의 공표명령, 과징금 부과(911백만원) 	법 제36조의3 제1항 제3호, 시행령 [별표 3] III. 3. 제3자에게 부당한 거래조건 제공

이하에서는 가장 최근의 사례를 포함한 몇 가지 경우를 구체적으로 살펴보도록 하겠다.

1. 기업결합

가. SK 텔레콤의 신세기통신 인수

SK 텔레콤은 1999년 12월 21일 포항제철로부터 신세기통신 주식 51.19%를 취득하는 계약을 체결하였다. 그 당시 포항제철은 코오롱상사로부터 신세기통신 주식 23.53%를 매입한 후 자사가 기존에 보유하고 있던 주식까지 합하

여 SK 텔레콤에 양도하면서 그 대가로 현금 1조 874억과 SK 텔레콤의 신주 6.5%를 받았는데, 그 중 현금은 다시 코오롱상사에 주식 매입대금으로 지불했다. SK 텔레콤은 1999년 12월 23일 공정거래위원회에 기업결합을 신고하였다.

이에 대하여 공정거래위원회는 2000년 5월 SK 텔레콤과 신세기통신의 기업결합을 위법으로 판정하고, 그에 대한 시정명령으로 '한시적 시장점유율 상한규제'를 발령했다. SK 텔레콤은 2001년 6월말 시장점유율을 50% 이하로 낮추어 위 시정명령에 기재된 조건을 이행하고, 2001년 9월 28일 정보통신부에 합병인가 신청을 하였다. 정보통신부는 2002년 1월 11일 위 기업결합을 인가하였다.

이 사건에서, 공정거래위원회는 시장점유율을 가장 중점적으로 고려하여 그 상한을 규제하는 조치를 취하였고, 정보통신부는 위 조건을 이행한 신청에 대하여 그대로 인가하는 결정을 내렸다. 그러나 SK 텔레콤의 신세기통신 인수는 일반경쟁법적 차원에서 시장점유율만 규제할 문제가 아니라 통신 전문 규제적 관점에서 800MHz 독점 사용의 측면을 중점적으로 다루어 규제할 필요가 있는 사안으로 평가받고 있다. 즉, 그 당시 다른 이동통신사업자인 KTF와 LG 텔레콤은 모두 PCS 사업자로서 1800~1900MHz 대역의 주파수를 사용하는데, SK 텔레콤과 신세기통신은 모두 800MHz 대역의 주파수를 사용하는 업체인 점에서 그 통화 품질이 우수하고, 기지국 설치 등 비용 면에서 비교우위에 있었다. 이와 같은 우량 주파수의 독점적 사용이라는 관점에서 규제하기 위해서는 공학적·기술적 지식이 전제되어야 하는바, 공정거래위원회보다는 정보통신부가 중심이 되어 위 사안을 다룰 필요가 있었던 것으로 사료된다.

나. SK 텔레콤의 하나로 텔레콤 인수

SK 텔레콤은 2007. 12. 1. AIG-Newbridge 컨소시엄으로부터 하나로통신의 주식 38.99%를 취득하였는바, 이로써 하나로통신의 최대주주가 되었다. 이에 정보통신부에 인가신청을 하였는데, 정보통신부는 전기통신사업법 제13조 제7항에 따라 공정거래위원회에 협의를 하기 위해 알렸고, 공정거래위원회는 심사결과 부가할 조건들을 정보통신부에 통지하였으나, 정보통신부는 위 조건들 중 일부를 포함시키지 않은 조건부 인가결정을 하였다. 그 후 공정거래위원회는 직접 SK 텔레콤을 상대로 정보통신부가 인가조건에 포함시키지 않은 조건 등을 명시한 시정명령을 발령하였다. 다음 [표 2]는 공정거래위원회가 정보통신부에 보낸 공문에 기재된 조건들과 정보통신부의 인가조건, 공정거래위원회의 시정명령의 내용을 대비한 것이다.

[표 2] 시정조치·인가조건 대비표

정보통신부에 보낸 공문	공정거래위원회의 시정명령	정보통신부의 인가조건
1. 5년간 가~나 행위 금지 가. SK 텔레콤 이동전화와 하나로텔레콤의 유선통신서비스를 결합하여 판매하는 경우 다음 행위를 금지	1. 5년간 가~나 행위 금지 가. SK 텔레콤 이동전화와 하나로텔레콤의 유선통신서비스를 결합하여 판매하는 경우 다음 행위를 금지	1. 5년간 가~나 행위 금지 가. SK 텔레콤 이동전화와 하나로텔레콤의 전기통신서비스와 IPTV와 결합 판매시 다음 행위를 금지(단, 결합판매 금지행위 고시에따라 조치된 사항 적용 제외)
(1)결합상품만 강요하는 행위	(1)결합상품만 강요하는 행위	(1)좌동
(2)유통망에 불리한 거래조건 등을 제시하여 당해 결합판매 강요	(2)유통망에 불리한 거래조건 등을 제시하여 당해 결합판매 강요	(2)좌동
(3)SK 텔레콤 이동전화서비스와 결합상품 구성을 요청할 경우 이를 거절하는 행위	(3)SK 텔레콤 이동전화서비스와 결합상품 구성을 요청할 경우 적정한 대가를 제시함에	(3)SK 텔레콤 이동전화서비스와 결합상품 구성을 요청할 경우 <u>정당한 사유 없이</u> 이를

(4)SK 텔레콤의 이동전화서비스의 제공조건을 하나로텔레콤과 달리 불리하게 하는 행위	도 이를 거절하는 행위 또는 SK 텔레콤의 이동전화서비스의 제공조건을 하나로텔레콤과 달리 불리하게 하는 행위	거절하는 행위 (4)SK 텔레콤의 이동통신서비스의 제공조건을 하나로텔레콤과 달리 <u>정당한 사유 없이 불리하게 하는 행위</u>
나. SK 텔레콤은 무선통신서비스를 다른 전기통신사업자가 재판매하도록 제공하는 경우 거래조건을 하나로텔레콤과 달리 불리하게 하거나 <u>거절하여서는 안됨</u>	나. SK 텔레콤은 무선통신서비스를 다른 전기통신사업자가 재판매하도록 제공하는 경우 거래조건을 하나로텔레콤과 달리 불리하게 하거나 <u>적정한 대가를 제시함에도 이를 거절하여서는 안됨</u>	2. SK 텔레콤은 이동통신서비스를 다른 전기통신사업자에게 재판매하도록 제공하는 경우 비계열사에 제공하기 이전에는 계열사에 제공하여서는 아니되며, 계열회사와 달리 거래조건을 <u>정당한 사유 없이 불리하게 하거나 거절하여서는 안됨</u>
2. 800MHz 로밍 요청시 정당한 이유가 없는 한 거절 금지	<좌동>	<미반영>
-	-	3. 2012년까지 전국 농어촌 지역에 광대역 통합정보통신망 구축을 위한 계획을 제출 · 승인받아야 함
-	-	4. 무선인터넷망 등의 개방 조건 부과 (1)무선인터넷 접속 체계 변경계획 제출 (2)내 외부 CP 간 요금제 등 차별 금지 (3)IPTV와 유무선 연동 서비스를 위해 SK 텔레콤 무선망 연동 요구시 부당거부 금지
3.매분기별 1.2 각 사항의 이행결과를 공정거래위원회에	3.매분기별 1.2 각 사항의 이행결과를 공정거래위원회에	5. 주식취득 인가일로부터 3년간 <u>매분기별로 인가조건 이</u>

보고	보고	행현황을 <u>정보통신부에 보고</u> ※사업자, 관계기관 등의 의 <u>견청취</u>
4. 2011. 6. 30. 경과 후 시정 명령 재검토 요청 가능, 시장 여건 변화 및 관련 시장 경쟁 상황 등 검토 후 시정명령의 전부 또는 일부를 철회하거나 변경 가능	<좌동>	6. 정보통신부 장관은 시장 경쟁상황 등을 검토하여 전부 또는 일부를 철회하거나 변경 가능, SK 텔레콤은 <u>주식취득 인가일로부터 3년이 경과한 이후 90일 이내</u> 에 인가조건 재검토 요청 가능

SK 텔레콤은 공정거래위원회의 시정명령에 대하여 이의신청을 하였다. 이 점에 대해 공정거래위원회는 정보통신부의 협의에 응하여 의견을 제시할 수 있을 뿐 사업자에 대하여 직접 시정명령 등 행정행위를 할 권한이 전혀 없음에도 불구하고 이를 하였으므로, 이는 그 위법함이 명백하여 무효라는 견해가 제시되고 있다. 행정기관 내부에서는 서로 의견을 교환하고 그 의견이 서로 상충되어 경쟁할 수 있을지라도 외부, 즉 국민에 대해서는 단일한 입장을 취해야 한다는 행정의 단일성 원리(Einheit der Verwaltung)에 비추어 볼 때, 정보통신부가 조건부 인가한 후에 공정거래위원회가 시정명령을 발령한 조치는 부적절한 것이 분명하다.

2. 전기통신사업법상의 금지행위

가. 양 기관이 동일 행위에 대하여 중복 제재한 사례

(1) 이동통신 3사의 가입비 면제를 통한 가입자 유치행위

구 정보통신부는 부당한 이용자 차별로 보아 시정명령하고, 공정거래위원회는 부당한 고객 유인행위로 파악하여 시정명령을 하였다.

(2) KT 비영업직 직원의 PCS 재판매 행위

공정거래위원회가 2002년에 사원판매로 시정명령을 하였는데, 구 통신위원회는 2004년에 이용자이익저해로 보아 시정명령을 하였다.

(3) LG 텔레콤의 기본존 요금제

(가) 구 통신위원회의 시정명령²⁾

구 통신위원회는 2006년 9월 11일 기본존 요금제가 ‘부당한 요금산정’에 해당하는지 여부를 판단하면서, 기본존 요금제가 유선사업자의 합리적인 가격 경쟁력을 제한할 가능성이 농후하여, 유선사업자를 직접적으로 경쟁에서 배제하기는 어려우나 간접적으로 배제할 가능성이 있다고 파악하였다. 특히 지배적 사업자가 아닌 LGT가 모든 유선사업자를 경쟁에서 배제할 가능성은 없지만, 이에 대응하기 위해 KT가 원가 이하의 요금설정을 할 경우, 하나로 텔레콤·온세통신과 같은 유선후발사가 경쟁에서 배제되는 연쇄효과가 존재하므로, 경쟁사업자 배제 가능성이 있다는 것이다.

원가 이하로 설정된 기본존 내 ML통화료는 특정 이용자층에 대해서 유선사업자와의 공정경쟁을 저해할 가능성이 높은 점에서, 금지행위의 하나인 ‘부당한 요금산정’에는 직접 해당하지 않더라도, 사실상 유선사업자와의 공정경쟁을 저해할 가능성이 있어 전기통신사업법령에서 추구하고 있는 합리적 요금설정은 아닌 것으로 판단하였다. 이에 통신위원회는 이러한 경쟁제한성에 대응하여 LGT에게 요금제에 관한 3가지 사항을 권고하였다.

또한 가입자와 비가입자의 이용자 차별 여부 판단에 있어서도, 이용자 선택권 보장을 전제로 한 합리적 차별은 전체적인 사회후생을 증대시킬 수 있다고 인정하면서도, 일부 이용자의 혜택을 증진시킬 수 있음에도 불구하고 신규 통화량 증가와 무관하고, 유선사업자와의 공정경쟁을 저해한다는 이유

2) 통신위원회 의결 2006. 9. 11. 제2006-114호 200605조사048.

로 부당한 차별에 해당한다고 보았다.

이 사건에서 나타나는 통신위원회의 관점은 ① ‘현재’ 상태(요금제 초기)만 보지 않고 ‘장래’ 진행방향을 예측하여 평가한 점, ② 유선시장에서 KT의 행위를 매개로 한 유선후발사업자들에 대한 영향을 평가한 점, ③ 요금제에 의한 직접적 효과 외에 장기적으로 시장구조에 미치는 과급효과에 관심을 둔 점에 그 특징이 있는바, 이는 결국 통신위원회가 적극적 시장형성자로서의 입장에 서 있는 것으로 이해된다.³⁾

(나) 공정거래위원회의 부당염매행위 심사

통신위원회의 판단을 상당부분 근거로 인용하고 있으나, 위 요금제가 유선전화사업자들 배제시킬 우려가 있다고 보기는 어렵다고 판단하였다.⁴⁾

오히려 LGT의 당해 요금제가 소비자의 선택권과 편리성을 증대시켜 가입자의 통신비용이 감소하는 점 등을 이유로 관련 소비자의 후생을 증대시킨다고 보았다. 장기적으로, 유·무선 통신사업자 간의 상호경쟁을 촉진하는 촉매제의 역할을 기대한다고 긍정적으로 평가하였다.

이상과 같은 공정거래위원회의 관점은 ① 현재 상태에 대한 평가에 제한되어 있으며, ② 경쟁사업자에 대한 직접적인 배제효과의 유무만 판단한다는 데 그 특징이 있다. 한편, 공정거래위원회는 통신위원회의 분석의 일부와 그 결론의 일부를 인용하면서, 공정거래위원회의 결정이 통신위원회의 결정과 배치되지 않는 것으로 실시하고 있으나, 유선서비스와의 경쟁문제에 대해 근본적으로 다른 관점을 취하고, 결론도 달리 하였다고 볼 수 있다.

(다) 소결론

3) 사건에 대한 보다 자세한 개요는 김윤정, “통신위원회의 최근 주요심결례 분석”, 『경제규제와 법』 제1권 제1호, 서울대학교 공익산업법센터, 2008. 5, 199-206면 참조.

4) 공정거래위원회의 심결은 없었다. 공정거래위원회 2007. 1. 8. 보도자료 참조.

동일한 행위를 두고 ‘유선전화의 대체제로서 유선전화와 공정경쟁을 저해할 가능성이 있는지’에 대해서 양 기관은 관점의 차이로 상호 모순적인 판단을 하고 있다고 볼 수 있다. 이는 양 기관의 중복적인 권한 행사가 모순적인 판단으로 귀결될 가능성이 있음을 보여준다.

나. 양 기관이 동일한 행위에 대하여 중복 조사한 사례

피규제자는 최종적으로 시정명령과 같은 규제를 받는 데 이르지 않더라도 단지 조사를 받는 것만으로도 상당한 압박을 받는다. 중복조사 자체만으로도 중복 관할권의 문제가 일부 노정되는 것이라 하겠다. 사업자로서는 그만큼 가중된 압박을 피할 수 없기 때문이다.

(1) 이동통신 3사의 무선인터넷 망 개방 관련

2005년 구 통신위원회가 위 건에 관한 조사를 진행하는 동안에, 공정거래위원회 역시 위 건에 대한 조사를 개시한 바 있다.

(2) 번호이동성 시행초기에 이동통신3사의 약정할인 요금 광고

2004년 번호이동제도 시행 초기에 각 이동통신사업자는 타 이동통신사업자에 가입한 고객을 유인하기 위한 광고에 주력하였는바, 그 광고의 문제점을 시정할 필요가 크게 대두되었다. 구 통신위원회와 공정거래위원회가 위 건에 대하여 동시에 조사를 시행한 바 있다.

제 3 장 관할권의 중복에 대한 분야별 구체적 검토

제 1 절 방송통신사업자의 기업결합

1. 전기통신사업법의 합병 등에 대한 인가규정

전기통신사업법 제13조는 다음의 각 경우에 방송통신위원회의 인가를 받도록 정하고 있다.

- ① 기간통신사업자의 사업의 전부 또는 일부를 양수하고자 하는 자
- ② 기간통신사업자의 법인을 합병하고자 하는 자
- ③ 허가받은 기간통신역무의 제공에 필요한 전기통신회선설비를 매각하고자 하는 기간통신사업자
- ④ 특수관계인과 합하여 기간통신사업자의 발행주식 총수의 100분의 15 이상을 소유하고자 하는 자 또는 기간통신사업자의 최대주주가 되고자 하는 자

이것은 기간통신사업에 진입하기 위해서는 방송통신위원회의 허가를 받아야 하는바, 합병 등의 방법을 통해 방송통신위원회의 허가 없이 진입하는 것을 방지하기 위한 것이라 하겠다. 나아가 기간통신사업자 간 합병 등을 통해 공정경쟁이 저해되거나, 보편적 서비스 수행에 지장이 초래되는 결과를 피하기 위해 공익을 심사할 필요성이 있는 것이다.

그런데 위 조 제7항은 방송통신위원장이 인가를 하고자 하는 경우에 공정거래위원회와 협의를 거쳐야 한다고 명시하고 있다.

2. 독점규제법의 기업결합 심사

독점규제법 제7조는 ‘누구든지’ 직접 동법 시행령이 정하는 특수한 관계에 있는 자를 통하여 다음에 해당하는 각 행위로서 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위를 하여서는 아니 된다고 규정하고, 다만 일정 규모 이하의 경우는 여기서 제외하고 있다.

- ① 다른 회사의 주식의 취득 또는 소유
- ② 임원 또는 종업원에 의한 다른 회사의 임원지위의 겸임
- ③ 다른 회사와의 합병
- ④ 다른 회사의 영업의 전부 또는 주요부분의 양수·임차 또는 경영의 수임이나 다른 회사의 영업용 고정자산의 전부 또는 주요부분의 양수
- ⑤ 새로운 회사설립에의 참여(다만, 일정한 경우는 제외)

독점규제법 제12조는 자산총액 또는 매출액의 규모가 일정한 정도 이상인 기업결합에 대해서 이를 신고하도록 규정하고 있다. 다만, 동조 제4항은 관계 중앙행정기관의 장이 다른 법률의 규정에 의하여 미리 당해 기업결합에 관하여 공정거래위원회와 협의한 경우에는 신고의무를 면제하고 있다.

3. 양 기관의 협의 관련

가. 문제의 소재

전기통신사업법 제13조에 제시된 유형과 독점규제법에 제시된 유형 간에는 동일성 내지 유사성이 인정되는바, 기간통신사업자이면서 독점규제법 시행령에서 정한 일정규모 이상의 자산총액 또는 매출액을 갖고 있는 사업자는 양

법령을 동시에 적용받을 가능성이 있다.

전기통신사업법 제13조 제7항과 독점규제법 제12조 제4항이 적용되는 경우에, 양 기관의 협의가 어떻게 진행될 것인지가 문제된다.

나. 해석론

이에 대해서는 다음과 같이 3가지 형태로 해석될 가능성이 있다는 견해가 제시된 바 있는데⁵⁾, 이를 살펴보고 적절한 결론을 모색하고자 한다.

(1) 제1안: 공정거래위원회의 독자적 심사권 인정

정부규제가 가해지는 산업분야일지라도 시장과 경쟁의 원칙이 배제되지 않는다는 전제 하에, 독점규제법에서 명시적으로 적용제외로 규정하고 있지 않는 한 공정거래위원회의 심사권이 인정된다는 주장이다. 이는 독점규제법 제58조가 주의적 확인규정에 불과하다는 입장과 일맥상통한다. 이 주장에 따르면, 공정거래위원회는 방송통신위원회가 인가결정을 위해서 하는 조사와 무관하게, 그와 병행하여 별도로 조사를 개시하여 승인여부를 결정할 수 있다.

이 주장에 따르면, 독점규제법 제12조 제4항의 취지는 단지 신고의무만을 면제해 준 것이 된다. 전기통신사업법상의 합병규제조항은 위반에 대한 제재조치가 충분하지 못하므로, 규제의 실효성 확보를 위해서 공정거래위원회의 개입이 불가피하다고 한다.

그러나 이와 같은 해석에 따르면 중복규제를 낳을 수 있으며, 이는 사전협의제도의 본래의 취지에도 반한다.

5) 신영수, “기간통신사업자에 대한 현행 합병규제의 문제점과 해석론-전기통신사업법 제13조를 중심으로-,” 『기업법연구』 제18권 제2호, 2004. 2, 192-196면 참조.

(2) 제2안: 방송통신위원회의 인가결정 후 공정거래위원회의 절차개시

독점규제법의 적용은 긍정하면서도, 처음부터 절차를 동시에 개시할 경우에 발생할 수 있는 행정력의 낭비 및 사업자에 대한 법적안정성 저하 문제를 고려하여, 방송통신위원회의 인가결정 이후 공정거래위원회가 시정조치를 내릴 수 있다는 해석이다. 이는 일차적으로는 방송통신위원회가 심사절차를 진행하되, 협의절차에서 공정거래위원회의 의견이 반영되지 않으면 공정거래위원회가 독점규제법에 의거하여 기업결합심사를 진행하는 방식이다. 이에 따르면, 사전협의 단계에서 이미 조사를 수행했기 때문에 별도로 조사를 다시 할 필요는 없으며, 곧바로 시정조치를 명하는 것이 가능하다.

그러나 이 모델 역시 사업자에 대한 중복규제 폐단을 시정하지 못하며, 법적 안정성 또한 해치는 결과가 된다.

(3) 제3안: 공정거래위원회의 심사불가

독점규제법과 전기통신사업법의 관계를 일반법과 특별법 관계로 보는 전제하에, 공정거래위원회의 심사는 불가하다는 해석이다. 이러한 해석은 시장경제를 원칙으로 하는 경쟁메커니즘으로는 포섭할 수 없는 다양한 보호법익들이 존재하며, 이러한 분야에서는 정부의 규제가 시장과 경쟁의 역할을 일정 부분 대신하게 된다는 논거를 기초로 한다. 우리의 현행 법체계상 독점규제법이 모든 경제 분야에 걸쳐 적용될 수 있다고 볼만한 명확한 근거가 없으며, 독점규제법이 기초하고 있는 경쟁 개념도 주로 제조업 중심으로 되어 있는 점에서 정보통신서비스 시장에서 적절치 않을 수 있다는 주장도 여기에 해당한다.⁶⁾

사전협의의 근거규정인 전기통신사업법 제13조 제7항과 독점규제법 제63조

6) 이명호/전영섭/조신, 『정보통신산업의 공정경쟁과 규제정책』, 서울대출판부, 1998. 8. 348-353면 참조.

의 취지에 비추어 보면, 공정거래위원회의 의견을 반영할 수 있도록 한 것 자체가 통신 영역에서 독점규제법의 적용을 배제시킨 증거가 된다. 이에 따르면, 공정거래위원회는 사전협의 단계에서만 합병심사에 관여할 수 있을 뿐이고, 제시한 의견이 방송통신위원회 위원장의 인가결정에 반영되지 않을지라도 이를 별도로 공표할 권한은 없다.

다. 입법자의 의사 고려

전기통신사업법 제13조 제7항의 협의조항이 제정되는 과정에서 나타난 입법자의 의사는 공정거래위원회의 기업결합심사를 배제하여 중복규제를 방지하고자 한 것이었는바, 이점은 동 조항을 해석함에 있어서 충분히 고려되어야 한다. 이러한 입법의도가 드러난 문건은 구체적으로 다음과 같다.

(1) 1999년 정보통신부 잔존규제 정비계획

전기통신사업법상 기간통신사업자의 인수·합병에 대한 인가 규정은 독점규제법의 기업결합제한과 중복규제의 가능성이 있으므로, 인가신청에 대한 심사를 할 때 공정거래위원회와 협의토록 관련 절차를 신설하여 중복규제를 회피할 필요성이 있다는 취지가 명시되어 있다.

(2) 1999년 전기통신사업법 중 개정법률안 심사보고서

협의조항 신설은 기간통신사업자의 인수·합병 시 공정거래위원회의 심사를 생략토록 함으로써 중복규제 문제를 해소하는 데 목적이 있다는 취지가 명시되어 있다.

(3) 2005년 전기통신사업법 중 개정법률안 심사보고서

기간통신사업자의 인수·합병에 대한 인가 시 공정거래위원회와 협의를 거쳐야 하고, 독점규제법은 공정거래위원회와 협의한 경우 신고의무를 면제하므로, 중복규제 논란의 소지가 없을 것이라는 취지가 명시되어 있다.

라. 소결론

이상에서 살펴본 바에 의하면, 공정거래위원회는 방송통신위원회의 협의절차에 응하여 의견을 개진할 수 있을 뿐 별도로 심사를 개시할 수 없다고 봄이 타당하고, 이렇게 해석함이 중복규제를 해소하려는 입법자의 의도에 부합할 뿐만 아니라 사업자의 법적 안정성을 보장하여 정부의 친기업적 환경 조성 및 규제완화 기조에도 부응하는 것으로 사료된다.

제 2 절 방송통신사업 관련 법령상 금지행위와 독점규제법상 불공정거래행위와의 관계

1. 전기통신사업법상 일반조항의 해석에 대한 논의

가. 전기통신사업법 제37조의 3 해석론

전기통신사업법 제37조의 3은 통신사업자의 금지행위 또는 이용자이익 저해행위에 대하여 방송통신위원회가 시정조치 또는 과징금을 부과한 경우에는 그 사업자의 동일한 행위에 대하여 동일한 사유로 독점규제법에 의한 시정조치 또는 과징금의 부과를 할 수 없다고 규정하고 있는바, 이 조항으로부터 전기통신사업법의 독점규제법에 대한 특별법적 지위가 도출되는지를 먼저 살

펴보기로 한다.

(1) 독점규제법의 적용을 배제하는 견해

전기통신사업법은 특별법으로서 전기통신사업법이 적용되는 영역에 대하여 독점규제법 적용을 배제한다고 보는 견해이다.⁷⁾ 이는 독점규제법 제58조의 해석에 관하여, 개별 관련 법률에 근거한 행위에 대해서는 독점규제법 적용이 배제된다는 입장과 일맥상통한다. 위 규정의 취지상 독점규제법은 일반법으로서의 지위를 갖는다고 볼 수 있는바, 전기통신사업법에 의해 정당화되는 행위에 대해서는 독점규제법의 적용이 배제된다고 봄이 타당하다는 것이다.

(2) 독점규제법의 적용을 인정하는 견해

그런데 이에 대해서는 방송통신위원회의 권한이 배타적인 것이 아니라 ‘우선적’일 뿐이라는 반론이 있다.⁸⁾ 즉, 방송통신위원회가 시정조치나 과징금을 부과한 경우에 대해서만 규정하고 있기 때문에, 시정조치나 과징금을 아직 내리지 않았거나 내리지 않기로 결정한 경우에 대해서는 명확히 규정하고 있지 않다고 보는바, “통신위원회가 조사를 개시하지 않은 사안에 대해 공정거래위원회가 먼저 조사에 착수할 수 있으며, 나아가 통신위원회가 시정조치나 과징금을 내리지 않기로 한 사안에 대해서는 공정거래위원회가 독점규제법에 의한 시정조치나 과징금을 부과할 수 있다.”고 보는 견해이다.

(3) 결 토

전기통신사업법 제37조의3이 “다른 법률에 우선하여 이 법을 적용한다.”와

7) 류지태, “통신행정에서의 국가의 역할”, 『공법연구』 제30집 제2호, 2001, 134면; 이원우, “통신시장규제에 있어서 전문통신규제기관과 일반경쟁규제기관의 관계”, 『행정법연구』 14호, 행정법이론실무학회, 2005, 323면 이하 등 참조.

8) 권오승/신영수, “통신산업에 있어서 규제와 경쟁”, 권오승 편, 『통신산업과 경쟁법』, 법문사, 2004, 46-47면.

같은 규정 형식을 취하지 않고 있기 때문에, 그것이 독점규제법과의 관계에서 특별법적 지위를 갖는 것은 아니라는 견해가 성립이 불가능한 것은 아니다. 그러나 이러한 주장은 결과적으로 전기통신사업법 제37조의3이 규제관할 배분에 대해 갖는 지침적 기능을 현저히 축소한 해석임은 분명하다. 즉, 방송통신위원회가 문제된 거래행위의 불공정성을 인정할 수 없다고 판단한 다음에도 공정거래위원회가 불공정거래행위를 인정하여 제재를 가할 수 있다고 보면, 공정거래위원회가 방송통신위원회의 규제권한을 사후심사하는 결과가 초래되는바, 전기통신사업법상 금지행위에 대해 방송통신위원회에 규제권한을 부여한 실질적인 의미가 없게 된다는 문제가 있다.⁹⁾ 나아가 방송통신위원회가 조사 여부에 대해 결정하지 않은 상태에서 공정거래위원회가 먼저 조사를 개시할 수 있다고 보는 해석은 규제정책적인 차원에서도 문제가 있다. 왜냐하면 규제권한을 가급적 자신의 것으로 하려는 경향이 강한 우리 행정문화에서 이와 같이 해석한다면, 규제의 타당성이 충분히 검토되지 않은 상황임에도 불구하고 다른 기관이 조치를 취하기 전에 먼저 규제권한을 발동하기 위해 방송통신위원회와 공정거래위원회가 서로 경쟁하게 될 것인바, 이를 부추기는 법해석은 적정규제가 아닌 규제과잉을 유발하게 될 가능성이 클 것이기 때문이다.

결국 독점규제법 제58조 및 전기통신사업법 제37조의3에 비추어 보면, 통신사업자의 전기통신사업법상 규제조치, 특히 금지행위 규제에 대해서는 독점규제법의 적용이 배제된다고 해석하는 것이 간명하다고 생각된다. 다만, 이러한 견지에 서더라도 전기통신사업법에 명문의 규제조항이 없는 경우에 공정거래위원회의 규제권한이 남아 있다고 볼 것인지는 여전히 분명하지 않다. 따라서 개별 구체적 규율의 존재 여부에 따라 경쟁규제의 관할권이 분배된다고 할 때 발생하는 비효율 등을 제거하기 위해서는 법률개정을 통해 경쟁규

9) 박정훈/이원우/한기정, 『전기통신사업법상의 통신이용자보호 및 통신사업자 간 공정경쟁에 관한 연구』, 정보통신정책연구원, 1998, 47면.

제의 일반적 관할에 관한 규율을 명확히 하는 것이 바람직할 것이다. 이점에 대해서는 결론에서 좀 더 살펴볼 것이다.

한편, 전기통신사업법 전체가 특별법적인 지위를 갖는 것은 아니지만, 적어도 동법에 금지행위 목록이 있는 경우에는 독점규제법이 배제된다는 견지에서 면, 전기통신사업법에 규정되어 있는 금지행위 목록이 한정적 열거규정인지, 예시적 규정인지의 문제는 또 다른 중요한 논점이다. 이하에서 계속 살펴기로 한다.

나. 전기통신사업법상 금지행위 규정의 성격

(1) 전기통신사업법 해석에 관한 학설대립

(가) 한정적 열거규정설

법치주의 원칙 및 국민의 예견가능성, 명확성 원칙을 고려할 때 행위유형이 사전에 명확하게 규정되어야 함을 근거로 한다. 나아가, 전기통신사업법 제36조의 3 제1항에 해당하는 행위는 전기통신사업법 제70조에 따른 처벌의 대상이 되는바, 죄형법정주의의 원칙상 명확하지 않은 행위에 대하여 형벌을 부과할 수 있다고 하면, 이는 위헌에 해당하게 된다. 또한 입법취지를 고려할 때 한정적으로 열거하여 위임한 것으로 봄이 타당하다고 한다.

(나) 예시규정설

경제규제의 특수성을 고려할 때 대상산업 발전의 동태성 및 역동성을 감안하면 모든 유형을 미리 열거해 둔다고 상정하는 것 자체가 곤란하고, 이는 입법기술상의 한계에 봉착할 수밖에 없다. 나아가, 위에서 이미 언급한바와 같이 분명히 불공정한 행위임에도 불구하고 시행령 별표에 열거되어 있지 않다는 이유로 규제할 수 없다면, 이는 규제의 공백이 발생하는 부당한 결과를

초래한다.

또한 시행령은 법률의 집행수단에 불과한 하위규범인 점에서 시행령이 법률의 취지를 축소하는 것으로 해석되어서는 안 되고, 법률 자체에 대한 해석은 시행령의 해석에 우선하므로, 별표에 유형이 명시되어 있지 않더라도 법률해석상 금지행위에 해당한다면 이에 대한 규제권한을 발동할 수 있다고 봄이 타당하다.

(2) 소결론

이상에서 살펴본 바와 같이, 입법목적을 적극적으로 해석하여 예시규정으로 봄이 통신역무의 특성 및 통신·방송의 융합 후 통일적 규제체계 마련을 위해서 타당하다고 할 것이다. 다만, 이에 대해서는 문언의 해석상 한정적 열거규정으로서 불 여지가 있는 것도 사실인 만큼, 이는 제6장에서 살펴본 바와 같이 입법적인 해결이 필요하다.

한편, 이하에서 전기통신사업법의 개별 규정을 검토함에 있어서는 한정적 열거규정으로 해석할 가능성을 인정하고 논의를 전개하기로 한다. 왜냐하면 현행 규정을 예시규정으로 보아야 전기통신사업법에 금지행위 추가 필요성을 논의하는 실익이 부각될 수 있기 때문이다.

2. 전기통신사업법상 개별 규정상의 비교

가. 개관

위에서 본 바와 같이 전기통신사업법이 독점규제법에 대해서 특별법의 지위를 가지는지 여부에 대해 논란의 여지가 있는 만큼, 구체적으로 해당 행위가 전기통신사업법상의 금지행위에 해당하는지 여부에 대한 판단이 매우 중

요한 의미를 가진다. 이하에서는 전기통신사업법상의 개별 규정을 좀더 구체적으로 검토하기로 한다.

전문규제기관인 방송통신위원회가 통신시장에서 불공정행위 규제를 할 수 있는 법적 근거는 전기통신사업법이다. 즉, 전기통신사업법은 통신시장에서 ‘공정경쟁을 저해하는 행위’와 ‘이용자의 이익을 저해행위’를 규제하기 위해서 공정경쟁 또는 이용자이익을 저해하거나 저해할 우려가 있는 다양한 행위들을 ‘금지행위’로 묶어서 규정하고(제36조의3), 같은 법 제37조·제37조의2에서 금지행위를 위반할 경우 방송통신위원회가 시정조치 등을 내리거나 과징금을 부과할 수 있도록 정하고 있다.

나. 유형별 검토

(1) 유형상 중복이 존재하는 경우(전기통신사업법상 금지행위 유형이 있고 독점규제법에도 그와 유사한 규정이 있는 경우)

전기통신사업법 제36조의3 제1항 및 동법 시행령 제42조 [별표 3]은 공정한 경쟁과 이용자 보호를 목적으로 한 금지행위를 규정하면서, 통신사업자의 불공정행위 유형을 규정하고 있다. 그런데 그와 같은 불공정행위 유형은 불공정행위에 대한 일반경쟁법적 규율이라고 할 수 있는 독점규제법에서 정한 금지행위 유형과 일정 부분 중복된다. 그 결과, 같은 행위에 대해 방송통신위원회가 전기통신사업법상의 금지행위 규정을, 공정거래위원회가 독점규제법상의 금지행위 규정을 각각 집행할 가능성을 배제할 수 없는 것이다(물론 이 경우에도 방송통신위원회가 우선적으로 규제조치를 취한 경우에는 전기통신사업법 제37조의3에 따라 공정거래위원회는 독점규제법에 의한 시정조치 또는 과징금 부과를 할 수 없다).

[표 3] 독점규제법 제23조와 전기통신사업법 시행령 [별표 3]의 유사규정 비교¹⁰⁾

독점규제법 제23조		전기통신사업법 시행령 [별표 3]	
제23조 불공정 거래행위	1. 거래거절 - 공동의 거래거절 - 단독의 거래거절	- I. 제2호	- 협정체결 지연/거부
	2. 차별취급 - 가격차별 - 거래조건 차별 - 계열회사를 위한 차별 - 집단적 차별	- IV. 제5호 가목 - I. 제1호, 제4호 IV. 제5호 나목, 다 목	- 이용자 차별 - 사업자 간 차별/일부이용자에게 차별적 조건제공
	3. 경쟁사업자 배제 - 부당염매 - 부당고가매입	없음	
	4. 부당한 고객유인 - 부당한 이익에 의한 고객유인 - 위계에 의한 고객유인 - 기타의 고객유인	- IV. 제5호, 7호	- 부당한 이용자차별, 전기통신역무 선택 이용 방해
	5. 거래강제 - 끼워팔기 - 사원판매 - 기타(불이익 제시)	- IV. 제6호 - IV. 제7호 가목	- 결합판매 - 이용자의 선택 제한
	6. 거래상 지위남용 - 구입강제 - 이익제공 강요 - 판매목표 강제 - 불이익제공 - 경영간섭	- IV. 제7호	- 전기통신역무의 선택/이용 방해
	7. 구속조건부 거래 - 배타조건부 거래 - 거래지역/상대방 제한	- IV. 제7호	- 전기통신역무의 선택/이용 방해
	8. 사업활동 방해 - 기술의 부당이용 - 인력의 부당유인/채용 - 거래처 이전 방해 - 기타	- I. 각 호	- 협정체결 거부 등
	9. 부당한 자금/자산/인력 지원	없음	

독점규제법과 전기통신사업법에서 불공정거래행위 유형 간 중복되는 영역은 위의 [표 3]에서 보듯이 다양하다. 그만큼 중복 규제의 문제가 상시적으로

10) 김희수 외, 『전기통신사업 금지행위 유형 재정립 및 시정조치 다양화 방안 연구』, 정보통신정책연구원, 2007. 12., 87-88면의 표를 현행법령에 맞게 수정하였다.

발생할 수 있는 것이다. 현재로서는 위에서 본 전기통신사업법 제37조의3에 대한 적절한 해석을 통해 중복규제를 최소화하는 수밖에 없는 상황이다.

(2) 전기통신사업법에는 해당 금지행위 유형이 없는 통신시장에서의 불공정거래행위의 경우

위에서 살핀 바와 같이 전기통신사업법령은 불공정행위로서 금지되는 행위의 유형을 규정하고, 그러한 유형에 포섭되는 행위를 ‘금지행위’로 취급하는 입법형태를 취하고 있기 때문에, 금지행위의 유형에 포섭되지 않는 불공정한 행위 및 이용자 이익침해 행위에 대해서는 이를 허용한다는 것인지, 보충적으로 독점규제법상의 금지행위가 적용될 수 있다는 것인지가 불분명한바, 이에 대해 검토가 필요하다.

원칙적으로 전기통신 역무의 급속한 변화와 발전을 감안할 때 금지행위의 유형을 빈틈없이 사전에 유형화하는 것에는 한계가 있을 수밖에 없는 점을 감안할 때, 위에서 본 바와 같이 전기통신사업법의 금지행위를 예시적 규정을 해석하여 전기통신사업법에 의한 해결을 찾고 독점규제법을 적용할 가능성을 배제하는 것이 타당하겠으나, 일단 해당 규정을 열거규정으로 보고 논의를 전개해 보기로 한다.

만약 전기통신사업법에 의한 규제가 가능하지 않다면, 독점규제법은 위 [표 3]에서 보듯이 독점규제법상 금지행위의 포괄범위가 전기통신사업법의 그것에 비해 보다 넓고, 또 동법 제23조 제1항 제8호는 “제1호 내지 제7호 이외의 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위”를 불공정행위로 한다고 하여 추상적 포괄규정을 두고 있으므로,¹¹⁾ 전기통신사업법의 금지행위 유형에 해당하지 않는 경우에도 독점규제법의 해당 규정이 적용될 여지가 있

11) 다만, 최근 대법원은 독점규제법상의 해당 조항에 대해 특정한 행위에 직접 적용할 수는 없는 수권규정에 불과한 것이라 판시한 바 있다. 대법원 2008. 2. 14. 선고 2005두1879 판결. 대법원의 이러한 판시는 전기통신사업법 및 시행령에 추상적 포괄규정을 도입하는 경우에도 참고할 필요가 있을 것이다.

다.

생각건대 이러한 경우에는 독점규제법 제58조 및 전기통신사업법 제37조의 3의 취지에 비추어 볼 때 전기통신사업법에 의거 허용되는 행위라고 인정되면 독점규제법의 적용이 배제되지만, 그에 대한 판단이 명확하지 않은 경우에는 독점규제법이 보충적으로 적용될 여지가 있다고 본다. 가령 현행 전기통신사업법에 의하면 규제가 가능하지 않은 부당염매 또는 부당한 사업지원에 대해서는 독점규제법의 적용 가능성이 배제되지 않는다고 보아야 할 것이고, 공정거래위원회는 관련 규정을 통신시장의 특수성을 감안하여 직접 규제할 수 있다고 보아야 할 것이다. 다만, 공정거래위원회는 관련 규정을 통신시장에 적용할 경우 재량범위 내에서 통신시장의 특수성을 감안한 해석을 하여야 할 것인데, 이 경우에 전기통신사업법 전체의 해석 취지에 반하는 결정을 할 수는 없다고 보아야 할 것이다.

(다) 소결

입법론적으로는 전기통신사업법에 금지행위 유형이 정해져 있는가의 여부에 따라서 통신시장에서의 불공정거래행위를 각기 다른 행정기관이 규율한다는 것은 적절한 관할 설정이라고 할 수 없을 것이므로, 통신시장의 사후규제를 통일적으로 집행하고, 단일 규제기관의 집행을 통해 금지행위 불공정성 판단기준을 지속적으로 구체화할 수 있도록 하기 위해서는 전기통신사업법을 개정하여 필요한 금지행위 유형을 추가하는 것과 함께 추상적 포괄규정도 돕으로써 전문규제기관이 이를 일관성 있게 담당하는 것이 바람직하다고 판단된다.¹²⁾ 특히 방송통신융합에 의해 관련시장 획정 등에 불분명한 점이 커질 수 있음을 감안할 때, 피규제자 입장에서 규제의 예측성을 강화하기 위해서는 더욱 더 전문규제기관 쪽으로 금지행위 규제를 통일하는 입법적 조치가

12) 금지행위 유형의 추가 및 추상적 포괄 규정의 추가를 통한 개정 방안에 대해서는 김희수 외, 『전기통신사업 금지행위 유형 재정립 및 시정조치 다양화 방안 연구』, 정보통신정책연구원, 2007을 참조하라.

필요하다.

3. 방송·통신 융합 관련 불공정행위 규제 의 문제

가. 방송법상 경쟁규제

(1) 현황

현행 방송통신위원회법은 방송통신위원회로 하여금 방송의 공정한 경쟁 환경의 조성을 위해 노력하도록 규정하면서(제2조), 구 방송법과 마찬가지로 방송통신위원회의 심의·의결사항의 하나로 “방송프로그램 유통상 공정거래 질서 확립에 관한 사항”(제1항 제6호)을 규정하는 한편(제12조), 방송통신위원회가 위 제6호의 사항을 심의·의결할 경우 공정거래위원회의 의견을 듣도록 규정하고 있으며, ‘방송사업자의 금지행위에 대한 조치 및 과징금 부과에 관한 사항’(제10호)이 방송통신위원회의 직무사항에 해당하는 것으로 규정하고 있다. 그 밖에 방송통신위원회법 시행령은 종전과 달리, 방송통신위원회가 불공정거래행위라고 판단하더라도 공정거래위원회에 이를 통보하도록 한 규정을 두고 있지 않다.

현행법의 해석에 의할 때 방송시장에서의 불공정거래행위에 대해 방송통신위원회는 일반적인 조사·제재 권한을 갖고, 공정거래위원회는 이에 대해 의견을 개진할 수 있는 권한을 가진다고 볼 수 있다. 그러나 현행 방송법에는 방송사업자의 불공정거래행위에 관한 금지행위 및 구체적 시정조치의 유형에 대해 규정이 없는바, 다음에 살필 방송법상의 금지행위에 해당하지 않는 불공정행위에 대해서 방송통신위원회법의 규정만으로 구체적인 시정조치를 부과할 수 있는지는 논란에 여지가 있는 만큼, 당분간 구체적 시정조치와 같은 제재적 조치는 방송통신위원회의 요청에 의해 공정거래위원회가 일반경쟁법

을 적용하여 시정조치를 부과할 수 있는 것으로 보아야 할 것으로 생각된다.

(2) 방송법상의 금지행위

현행 방송법에서 경쟁 및 공정거래에 관한 실체법적인 규정은 제76조부터 제76조의5까지가 있고, 절차법적인 규정으로는 제77조와 제99조가 있다. 이 조항에 따른 금지행위 위반에 대한 규제관할은 방송통신위원회가 가진다.¹³⁾ 방송법 제76조의4는 국민적 관심행사 등의 중계방송권에 대하여 계약이전 단계에서의 제한(공동계약 권고)을 가할 수 있도록 하고 있으며, 거래 단계에서는 방송법 제76조 제3항에 의해 일반국민이 전국민적인 관심사항을 시청할 수 있도록 중계방송권자가 중계방송권을 다른 방송사에게도 공정하고 합리적인 가격으로 차별 없이 제공할 것을 규정하고 있다. 나아가 중계방송권 계약 이후의 단계에서도 방송법 제76조의5에 따라 과도한 중복편성으로 인하여 시청자의 권익을 침해하지 않도록 채널별·매체별로 순차편성을 위해 노력하여야 하며, 방송통신위원회는 채널별·매체별 순차편성이 효율적으로 이뤄질 수 있도록 방송사에 대해 권고할 수 있도록 규정하고 있다.

특히 같은 법 제76조의 3에서는 국민의 ‘보편적 시청권’을 보장하기 위해서 시행령 제60조의3에서 정한 금지행위를 이행하도록 하고, 이를 위반할 경우 시정조치 및 과징금을 부과할 수 있도록 하고 있다. 이 조항은 방송법에서 금지행위 형태로 정한 대표적인 조항이다.

그밖에 방송법 제77조는 유료방송의 이용요금 및 기타 조건에 관한 약관의 신고, 특히 이용요금에 대한 승인에 관해 규정하면서, 방송통신위원회는 신고

13) 방송법 제76조는 방송사업자에게 구체적인 행위금지의무를 부과하였다고 볼 수 있을 만큼 구성요건이 명확하다고 할 수 없고 법 위반 여부 판단을 위한 구체적인 기준 및 절차 규정이 마련되어 있지 않아 제재 근거로는 미흡한 것이 사실이다. 그런 점에서는 당분간 구체적 시정조치는 위에서 본 바와 같이 방송통신위원회의 요청에 의해 공정거래위원회가 독점규제법에 근거하여 행사하는 것이 타당할 것으로 생각된다. 같은 취지, 홍대식, “방송시장에서의 금지행위 규제의 문제점과 개선방안”, 『경제규제와 법』 제1권 제1호, 서울대학교 공익산업법센터, 2008. 5. 75면; 김성삼, “방송·통신 융합에 따른 경쟁당국의 역할”, 『경쟁법연구』 제15호, 2007, 25면.

대상인 유료방송 이용약관이 현저히 부당하여 시청자의 이익을 현저히 저해한다고 판단하는 때에는 그 약관의 변경을 명할 수 있도록 하고 있다(제77조 제2항). 이는 방송통신위원회가 시청자의 권익 보호를 목적으로 유료방송사업자의 불공정거래행위에 대해 취할 수 있는 시정조치의 일환으로 이해된다.¹⁴⁾ 다만, 이 규정은 시청자에 대한 이용요금 및 기타 조건을 정하는 약관의 심사에 한정되어 적용되는 조항이라는 점에서 방송사업자 간의 행위에 확대하여 적용할 수 없는 한계를 가진다.

이와 같이 방송법으로부터 방송통신위원회의 구체적 시정조치 권한을 도출하기는 어렵기 때문에, 현재로서는 방송통신위원회가 방송시장의 특수성을 감안한 강제성 없는 지침을 운용함으로써 방송시장에서의 경쟁질서를 조율하고 있는 상황이다.¹⁵⁾

(3) 방송시장에서의 경쟁규제에 관한 개정 논의의 필요성

방송시장에서의 경쟁규제에 대해서는 종래 이를 공정거래위원회가 담당해 온 만큼 공정거래위원회가 이를 계속 규율하는 것이 타당하고, 그렇다면 방송법에 따로 금지행위를 둘 필요가 없다는 견해가 가능하다.¹⁶⁾ 이 견해는 첫째, 방송산업의 구조와 관련되어 있지 않은 수직적 거래제한과 같은 경쟁제한 형태의 경우에는 불공정성 내지 경쟁제한성 판단과정에서 방송산업의 공익성이나 특수성을 고려해야 할 필요성이 크지 않고, 둘째 통신영역과 달리 방송영역에 대해서는 방송통신위원회의 경쟁법 집행노하우가 없으며, 셋째 현행법상 금지행위의 심사기준이 없는 점을 보더라도 이에 대해서는 독점규

14) 홍대식, “방송시장에서의 금지행위 규제의 문제점과 개선방안”, 『경제규제와 법』 제1권 제1호, 서울대학교 공익산업법센터, 2008. 5, 76면.

15) 방송위는 2005. 2. 방송시장의 불공정거래행위에 대한 사전적 예방효과 실현과 방송사업자의 자율적인 공정거래질서 준수 유도를 목적으로 “방송프로그램과 채널의 유통 등 방송시장에서의 공정거래질서 정착을 위한 가이드라인”을 공표한 바 있다. 이 가이드라인은 현재로서 방송시장에서의 불공정거래행위에 대한 하나의 지침으로서의 의미를 가진다.

16) 가령 신영수, “통방융합 시대의 경쟁법 집행-공정거래위원회의 역할을 중심으로-”, 『경쟁법연구』 제13권, 2006. 5, 127면.

제법상의 확립된 기준을 적용하지 않을 수 없다고 주장한다. 그 외에도 방송 콘텐츠의 경우 방송 이외 분야의 교육, 유통, 음반, 출판 사업자 등이 결합하여 새로운 온라인 서비스를 제공할 경우 이에 대한 규제를 종합적으로 판단할 필요가 있으므로, 그에 대한 규제의 기준도 공정거래위원회의 그것으로 일관되게 유지될 필요가 있다는 주장도 하나의 논거가 될 수 있을 것이다.¹⁷⁾

그러나 방송시장의 특수성을 인정할 수 있는 범위 내에서는 다음과 같은 이유에서 방송시장에 대한 경쟁규제 역시 방송통신위원회에서 관할하는 것이 규제의 통일성을 유지하는 데 바람직하다고 생각된다.

첫째, 경쟁제한성을 방송산업의 구조와 전체 공익성 고려와 완전히 유리시켜 판단할 수는 없으므로, 이에 대해서는 방송시장에 대한 전문적 규제의 필요성이 있다. 사실 민영방송과 공영방송, 유료방송과 무료방송이 동일한 시장을 놓고 경쟁을 하고 있는 점에서, 방송시장의 경쟁규제는 방송시장의 구조적인 문제로부터 완전히 독립되어 규제될 수 없는 측면이 있고, 방송시장에 대한 규제에는 시장의 획정 단계부터 미디어산업에 대한 평가가 개입되지 않을 수 없으며,¹⁸⁾ 경우에 따라서는 공공성을 기준으로 경쟁정책이 적용되는 민간방송과 시장에서 제공되지 않는 서비스를 제공하는 공공방송을 가려서 후자에 대해서는 경제적인 목적이 아닌 사회문화적, 정치적 이유에서 오히려 경쟁을 제한할 필요성도 있을 수 있다.¹⁹⁾

둘째, 방송위원회의 실무 경험을 통합한 방송통신위원회가 설치된 이상 방송통신위원회의 경쟁법 집행노하우가 전혀 없다고 볼 수 없고, 셋째 인터넷 멀티미디어법이 제정되었으므로 수평적 규제체계 하에서 방송통신 분야에 규제권한을 가진 방송통신위원회가 관련 방송시장 경쟁규제까지를 포괄하는 것이 오히려 통일적 규제의 차원에서 바람직한 측면이 있다. 특히 방송·통신의

17) 김성삼, “방송·통신 융합에 따른 경쟁당국의 역할”, 『경쟁법연구』 제15호, 2007, 26면.

18) 김대호, “방송산업에서의 공정경쟁정책, 방송통신법의 현안과 쟁점”, 서울대학교 공익산업법센터 세미나 (2007. 12. 15.) 자료집, 57면.

19) 윤석민, “신문방송산업과 경쟁정책”, 권오승·이원우 편, 『공정거래법과 규제산업』, 2007, 720면.

융합과정에서 인터넷 멀티미디어 ‘방송’에 대한 경쟁규제관할은 방송통신위원회가 가지면서 방송시장에서의 경쟁규제를 공정거래위원회가 관할하게 한다면, 사업자의 입장에서 보더라도 동종 서비스에 대해서 동일한 규제강도를 유지할 수 없게 되는 문제가 발생할 수 있다.

다만, 방송시장의 특수성이 크지 않은 영역에 대해서는 일반경쟁의 차원에서 공정거래위원회가 이를 포괄적으로 규제하는 것이 바람직한 영역도 있을 것이다. 가령 일반 유통시장적 측면이 더 강한 영역이라면, 이는 공정거래위원회에서 규율하는 것이 타당할 수도 있다. 방송채널사용사업자(PP) 간의 경쟁규제만 보더라도, 이는 일반적 서비스 경쟁규제와 차이가 크지 않다는 점에서 독점규제법이 적용될 수 있으리라고 보인다.²⁰⁾²¹⁾

결국 입법론적으로는 방송시장에 대한 경쟁규제 역시 방송법에 금지행위 규정을 추가하거나 방송통신융합법을 제정하여 통합적인 금지행위 규정을 둬으로써 방송통신위원회의 관할권을 인정하는 것이 전문규제기관의 통일적이고 효율적인 규제를 도모하는 방법이 될 수 있으리라고 생각된다.

나. 인터넷멀티미디어법의 제정과 경쟁규제 기능의 권한배분

(1) 인터넷멀티미디어법의 구조

IPTV 사업 규제는 향후 방송·통신 융합현상이 어떻게 진행될 것인지, 그

20) 게다가 방송콘텐츠의 경우 지상파를 제외한 개별 PP의 시청점유율이 10% 미만인 까닭에 배타적 거래행위 등에 대해 경쟁제한성 위주로 부당성을 판단하기에는 어려움이 존재하므로 독점규제법에서 이를 실효적으로 규제하기도 쉽지 않으리라고 본다. 같은 취지, 홍대식, “방송시장에서의 금지행위 규제의 문제점과 개선 방안”, 『경제규제와 법』 제1권 제1호, 서울대학교 공익산업법센터, 2008. 5, 79면.

21) 공정거래위원회는 방송채널사용사업자(PP)의 불공정거래행위에 대해서 실제 규제를 한 바가 있다. 공정거래위원회 2002. 12. 30.자 제2002-216호 의결, 사건번호 2002유거1644(온미디어의 거래상 지위 남용 및 거래거절 행위에 대한 시정명령). 그 밖에도 공정거래위원회는 종합유선방송사업자에 대해 시장지배적 지위를 인정하여 독점규제법 제3조의2 제1항 각 호에 따른 시장지배적지위 남용행위를 인정하여 제제한 바도 있으나(공정거래위원회 2007. 3. 28. 자 제2007-153호 의결, 사건번호 2006서경2329), 이에 대해서는 최근 대법원이 시장지배적 지위 남용행위로서의 성격을 부정하였다. 대법원 2009. 1. 13. 선고 2007두25183 판결 참조.

리고 그에 대한 법적 규율을 어떤 방식으로 진행할 것인지에 대해 일종의 시험 무대로서의 의미를 갖는다. 우리나라는 IPTV 사업이 갖는 방송적 측면과 통신적 측면을 각기 방송법 또는 전기통신사업법에 특칙을 두어서 규율하는 방식을 택하지 않고, 별도로 IPTV에 대한 단행법, 즉 인터넷멀티미디어법을 제정하였다.

인터넷멀티미디어법에 따르면 방송통신시장에서의 수평적 규제 틀을 수용하여 IPTV 관련 역무를 전송(네트워크와 플랫폼을 포괄함)과 콘텐츠로 2분류 체계를 채택하고, 이에 따라 IPTV 사업을 인터넷 멀티미디어 방송제공사업과 인터넷 멀티미디어 방송콘텐츠사업으로 구분한 다음 사업자 유형별로 규제권한 및 제재조치를 달리 규율하고 있다.

경쟁규제와 관련하여 인터넷멀티미디어법은 제3조에서 IPTV 사업에 대하여는 "다른 법률에 우선하여 이 법을 적용한다."고 하여 독점규제법의 적용배제를 명문화하고 있다. 따라서 인터넷멀티미디어법의 경쟁규제와 관련하여서는 방송통신위원회만이 그에 대한 규제권한을 가지는 것으로 이해할 수 있는데, 이 법에 따르면 방송통신위원회는 효율적 경쟁체제 구축, 공정한 경쟁환경 조성 및 부당한 시장지배력 전이의 방지를 정책 목표로 경쟁상황을 평가할 수 있는 절차를 마련하여야 하고(제12조) 시장점유율 제한(제13조), 전기통신설비의 동등제공(제14조)과 같은 사전적인 시장형성을 위한 규제를 하며, 경쟁 및 공정거래질서 확립을 위한 사후적인 행위규제 수단으로서 금지행위(제17조)를 규정하고, 이를 위반 시 과징금·시정조치 등의 제재를 하도록(제17조 제2항·26조) 규정하고 있다. 다만, 이 경우에도 인터넷멀티미디어법에 기업결합 및 담합행위에 대한 구체적인 조항은 없으므로, 이에 대해서는 독점규제법이 적용될 여지가 있다.

이와 같이 인터넷멀티미디어법이 사전규제와 사후규제를 모두 규정하는 한편으로 경쟁규제에 대해 자세한 규정을 두고 있는 것은 IPTV 사업의 경우

방송·통신의 융합 영역에서 시장경쟁을 형성하여야 할 과제가 있고, 특히 그 과정에서 기존 방송 및 통신사업자가 결합상품 등을 통해 시장에서 지배력을 전가(leverage)하는 문제를 미연에 방지하여야 할 필요성이 있기 때문이다.

나아가 주목할 만한 것은 인터넷멀티미디어법이 금지행위를 규정하면서 전기통신사업법 제36조의3과 유사한 구조 아래 방송통신위원회에게 우선적인 규제권한을 부여하고 있다는 점이다. IPTV 사업이 통신 영역뿐만 아니라 방송 영역까지 포괄하는 점에서, 이러한 인터넷멀티미디어법의 규제방식은 향후 방송·통신의 융합 영역에 있어 전범이 될 수 있다고 하겠다.

(2) 인터넷멀티미디어법의 경쟁규제 규정

(가) 인터넷 멀티미디어 방송제공사업자의 불공정행위 규제

인터넷멀티미디어법 제17조 제1항은 인터넷 멀티미디어 방송사업자가 사업자 간의 공정한 경쟁 또는 이용자의 이익을 저해하거나 저해할 우려가 있는 일정한 행위를 하거나 제3자로 하여금 이를 하게 하는 행위를 금지하고, 동법 시행령 제15조 [별표 3]은 금지행위의 구체적인 유형 및 기준을 정하고 있다. 인터넷멀티미디어법에 따른 금지행위의 유형으로는 서비스 제공 거부 행위, 이용약관과 다른 서비스 제공 또는 이용요금 청구행위, 이용자 정보의 부당한 유용행위, 부당한 이용자 차별행위, 다른 방송사업자의 사업을 방해하는 행위, 필수설비의 사용·접근의 거절, 중단, 제한 행위 등이 있는바, 전기통신사업법상의 불공정행위와 비교되는 대표적인 금지행위 유형을 살펴보면 다음과 같다.

먼저, IPTV 방송제공사업자는 이용요금 산정에 있어서 이용자를 차별하여 현저하게 유리하거나 불리한 이용요금 또는 이용조건을 걸지 못한다(법률 제17조 제1항 제4호). 이는 요금제에 대해 금지행위 조항을 두고 있지 않은 전기통신사업법과 다른 점이다.

다음으로, 법률 제17조 제1항 제5호에 따르면, 방송제공사업자가 ‘우월적 지위를 이용하여’ 방송콘텐츠사업자에게 부당한 계약을 강요하거나 적정한 수익 배분을 거부하는 것 역시 불공정거래행위에 해당한다. 이 역시 망 제공사업자와 콘텐츠제공사업자 간의 관계에 대해 규정이 없는 전기통신사업법과 다른 점이다. 여기서 우월적 지위 남용 행위라 함은 인터넷 멀티미디어 방송 콘텐츠사업자에게 현저히 불리한 계약을 강요하는 행위, 다른 인터넷 멀티미디어 방송제공사업자와의 콘텐츠공급계약 체결을 거부하도록 하거나, 부당하게 차별적인 조건으로 체결하도록 강요하는 행위, 인터넷 멀티미디어 방송 콘텐츠사업자에게 현저히 불리한 수익 배분 또는 정상적인 관행에 비추어 정상적인 관행보다 과도한 경제상의 이익을 요구하거나 현저한 경제상의 손해를 감수하도록 강요하는 행위를 뜻한다.

그 밖에 법률 제17조 제1항 제6호는 다른 방송사업자의 방송 시청을 부당하게 방해하거나 서비스제공계약의 체결을 방해하는 행위를 금지행위 유형으로 설정하고 있는바, 부당하게 이용자와 배타적 이용계약(다른 인터넷 멀티미디어 방송제공사업자의 인터넷 멀티미디어 방송서비스제공을 배제하는 것)을 체결하는 행위가 여기에 해당하는가 하면, 법률 제17조 제1항 제7호는 필수설비의 사용·접근에 관한 불공정행위를 규제하고 있다.

(나) 인터넷 멀티미디어 방송 콘텐츠사업자에 대한 경쟁규제

인터넷 멀티미디어 방송콘텐츠사업자에 대한 인터넷멀티미디어법상 경쟁 및 공정거래 관련 규정으로는 콘텐츠 동등접근 보장의무 규정(제20조)만이 있다. 이 규정은 신고·등록하거나 승인을 받은 인터넷 멀티미디어 방송 콘텐츠사업자가 제공하는 방송프로그램 중 시행령이 정하는 기준에 따라 방송통신위원회가 고시하는 주요 방송프로그램에 대해서는 이를 다른 방송제공사업자에게 공정하고 합리적인 가격으로 차별 없이 제공할 의무를 부과함으로써

써 일반 국민이 그 방송콘텐츠를 향유할 수 있도록 하고, 주요 방송프로그램의 계약 행위 등에 있어 시청자의 이익 및 공정거래질서를 저해하는 행위를 금지하도록 정하고 있다(제20조 제1항). 그리고 그와 같은 동등접근 보장 의무를 지는 콘텐츠를 정하는 기준으로는 해당 실시간 방송프로그램의 시청률 또는 시청점유율이 방송통신위원회가 정하는 비율 이상인지 여부, 그 방송프로그램의 공익성, 프로그램의 접근·이용 또는 거래를 거절·중단 및 제한할 경우 인터넷 멀티미디어 방송제공사업자의 경쟁력이 현저히 저하됨으로써 다른 사업자와의 공정한 경쟁이 저해되는지 여부 등이 있다(같은 법 시행령 제19조). 이 경우 콘텐츠 동등접근 보장 의무를 둔 것이 보편적 시청권을 보장하기 위한 취지인지, 공정경쟁을 담보하기 위한 제도적 보장 차원의 취지인지가 명확하지는 않으나, 시행령의 내용에 비추어 볼 때 양자의 목적을 모두 갖고 있는 것으로 이해하여야 할 것이다.

한편, 방송통신위원회는 동등접근 보장 의무 또는 계약행위 관련 금지행위를 위반한 사업자에 대하여는 시정조치를 할 수 있다(제20조 제3항).

(3) 방송통신 융합 시장에서의 경쟁규제에 관한 개정 논의의 필요성

인터넷멀티미디어법은 해당 시장의 경쟁규제에 관한 권한을 방송통신위원회에 부여하고, 경쟁규제에 관한 금지행위의 유형을 비교적 상세히 규정하고 있으며, 금지행위 위반시 과징금을 부과할 때 공정거래위원회에 협의하도록 하는 조항을 둠으로써 경쟁규제에 대한 전문규제기관의 적극적 역할을 인정하였다는 점에서 의미가 있는 입법인 것으로 생각된다.

그러나 문제로 지적될 수 있는 것은 보다 근본적으로 방송법과 전기통신사업법과 별개로 인터넷멀티미디어법을 규율하는 것이 과연 바람직한가 하는 의문이다. 인터넷멀티미디어법은 방송·통신 융합의 과정에서 등장한 입법형태인데, 방송·통신의 양 속성을 함께 가지는 인터넷멀티미디어를 별도로 규

을하게 되면 이는 오히려 수평적 규제에 의한 방송·통신 융합의 촉진이라는 정책적 목표에 배치되는 결과를 가져올 수 있기 때문이다. 가령 현재 인터넷 멀티미디어법은 인터넷 멀티미디어 방송사업자에 대해서는 방송콘텐츠에 대한 동등접근 의무규정을 두고 있으나, 기존 방송시장에서의 유료방송사업자는 이와 같은 의무가 부과되지 않으므로, 인터넷멀티미디어방송 역시 방송으로서의 속성을 가진다는 점에서 볼 때 경쟁관계에 놓일 수 있는 사업자 간 규제의 강도가 달라지는 문제가 발생할 수 있다. 이런 점에서 볼 때 수평적 규제를 근본적으로 관철하기 위해서는 인터넷멀티미디어법 대신 방송·통신을 아우르는 단일법에서 경쟁규제에 관한 금지행위 유형을 세분화하는 것이 바람직할 것으로 생각된다.

제 3 절 전기통신사업자의 이용요금에 대한 규제

1. 개별법상의 규제 현황

가. 전기통신사업법상의 규제

전기통신사업법 제29조는 기간통신사업자는 제공하고자 하는 전기통신역무에 관하여 그 역무별로 요금 및 이용조건을 정하여 방송통신위원회 위원장에게 신고할 것을 규정하고, 나아가 일정 규모 이상의 기간통신역무의 경우 방송통신위원회 위원장의 인가를 받을 것을 정하고 있다. 이 때 요금산정의 근거도 제출하여야 한다.

이에 따라 방송통신위원회는 요금제 시행 전에 요금의 적정성에 관하여 심사할 권한을 갖는바, 이는 사전규제의 성격을 띠고 있으며, 방송통신위원회는

당해 요금제의 시장에 미치는 효과, 보편적 서비스 공급 등의 공익에 비추어 적정한지 등을 비롯하여 경쟁제한성 여부까지 다양한 기준에 의거하여 심사하게 된다. 특히 일정 규모 이상의 역무에 대해서는 인가여부에 대한 결정을 통해 확실한 통제를 가할 수 있게 된다.

그러나 이상의 규정은 요금제의 사전규제에 관한 것이므로, 요금제의 사후규제에 대한 명확한 금지행위 규정은 없다고 할 수 있다. 그렇다면 이러한 경우에 요금에 대한 사후규제는 현행 전기통신사업법에 의해서는 할 수 없다는 것인가. 이에 대해 전기통신사업법 시행령 별표는 ‘이용요금 등의 부당한 산정’에 대해서 규제하면서 회계규칙 위반, 역무 간 내부보조 등을 통해 이용요금을 부당하게 산정하는 것을 금지하는 규정을 두고 있다. 그 밖에도 LG텔레콤의 기본존 요금제 사건에서 본 바와 같이 명확하지는 않지만 전기통신사업법상 여타 금지행위 규정을 유추적용하여 부당한 요금에 대한 제재조치를 할 가능성이 있을 수 있다.

그러나 현재로서 요금에 대한 사후규제에 관한 금지행위 규정은 불충분한 것이 사실이며, 요금규제야 말로 전문규제기관이 담당해야 할 영역이라는 점, 사전적인 요금규제와 사후적인 요금규제가 유기적으로 연결될 필요가 있다는 점²²⁾에서 금지행위 목록에 가장 시급하게 추가되어야 할 사항이라고 할 수 있다.

나. 독점규제법상의 규제수단

독점규제법 제23조에 규정된 불공정거래행위 및 이를 구체화한 법 시행령 [별표 1]에 의한 일반적 가격규제의 관점으로 통신역무의 요금을 규제할 여지가 있다.

22) 이런 점에서 LG텔레콤의 기본존 요금에 대한 통신위원회의 규제 조치는 사전에 요금을 인가해 주었다는 관점에서 볼 때는 문제의 소지가 없지 않았다.

즉, [별표 1] 불공정거래행위의 유형 및 기준 중 3. 가. 부당염매가 그 대표적인 예에 해당한다. 부당염매란 자기의 상품 또는 용역을 공급함에 있어서 정당한 이유없이 그 공급에 소요되는 비용보다 현저히 낮은 대가로 계속하여 공급하거나 기타 부당하게 상품 또는 용역을 낮은 대가로 공급함으로써 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 행위인바, 전기통신사업자가 위 요건에 해당할 경우 규제가능성이 있게 된다.

한편, 공정거래위원회는 이동통신사업자들의 가격책정에 대하여 부당한 공동행위로 보아 규제권한을 발동한 바 있는데, 그 당시 구 정보통신부의 행정지도에 의한 것이라는 사업자들의 주장이 있어서 논란이 되었다. 위 사례에서 살펴보는 바와 같이, 공정거래위원회는 여러 사업자들의 가격동향에 일정한 특징을 포착하여 부당한 공동행위를 규정을 근거로 요금규제를 할 여지도 있다. 그밖에도 약관규제법에 의하여 부당한 약관에 의한 요금제도에 대해서는 공정거래위원회가 규제조치를 취할 여지가 있다.

다. 소 결

요금규제에 있어서는 현재 시장상황이 사전적·사후적 규제가 모두 필요한 상황이다. 따라서 요금규제에 대해 사전적·사후적 규제의 통일성을 기할 필요가 있다는 점에서도 요금규제에 관해서는 전문규제기관이 통일적 규제를 담당하는 것이 타당하다고 생각된다.

2002년도 시외전화 맞춤형 정액요금상품 공동출시 합의와 관련한 공정거래위원회 결정에서 행정지도에 의해 요금합의를 하게 된 것은 독점규제법 제58조에 의한 '법률에 의한 명령'에 해당하므로 독점규제법의 적용이 배제되어야 하는지가 문제된 사건을 보더라도, 법원의 판시가 요금규제에 대해 공정거래위원회가 일반적인 사후적 개입을 할 수 있다는 의미라기보다는 당사자들의

공동행위가 정통부에 의한 행정지도에 의한 것이라고 보기 어렵거나 행정지도의 범위를 벗어난 것이었기 때문이었다고 보아야 할 것이다.

한편, 요금에 대한 사후적 규제와 관련하여서 입법론적으로는 요금에 대한 금지행위 규정을 전기통신사업법에 명확히 규정하고, 이용자 보호를 충분히 하기 위해 약관변경과 관련된 제도를 사후 정비할 필요가 있을 것이다.

2. 협의규정의 활용 가능성

앞서 LG 텔레콤의 기본준 요금제 사례에서 규제기관 상호간 견해대립으로 규제 혼선이 발생할 가능성을 살펴보았는바, 통신시장의 특성을 감안하여 전문규제기관이 요금에 대한 사후규제 업무를 담당할 경우에 공정거래위원회의 일반적인 가격 규제 정책을 반영할 필요가 있는지를 검토할 필요가 있다. 이에 협의제도를 보다 적극적으로 검토할 필요가 있다.

특히 독점규제법 제63조는 관계행정기관의 장으로 하여금 사업자의 가격 거래조건의 결정 등에 있어서 경쟁제한사항을 내용으로 하는 승인 기타의 처분을 하고자 하는 때에 미리 공정거래위원회와 협의하여야 한다고 규정하고 있는바, 방송통신위원회는 전기통신사업법에 규정된 고유 권한에 따라 요금제 인가를 함에 있어서 공정거래위원회에 협의절차를 거침으로써 사업자가 추후 공정거래위원회로부터 별도의 조사 및 제재를 받을 가능성을 사전에 차단할 필요가 있을 것이다.

제 4 절 필수설비규제에 대한 검토

1. 현황 및 문제점

가. 필수설비의 의의

사업자가 관련시장에서 상품이나 서비스를 제공하기 위하여 반드시 필요하면서도 법률상 또는 사실상의 이유로 둘 이상의 사업자가 중복하여 구축하기 곤란한 설비를 의미하는바, 예를 들어 철도, 기간통신설비(망), 항구, 송·배전설비 등이 그에 해당한다.

나. 필수설비 이론

필수설비의 전후방시장에서 경쟁이 효과적으로 이루어지기 위해서는 필수설비를 제3자에게 적정한 대가로 대여하도록 해야 하는데, 이를 위해 고안, 발전된 이론이다. 어떤 설비에 대한 접근 거절이 ① 독점성, ② 필수성, ③ 대체 및 복제불가능성, ④ 정당화사유 부존재라는 요건을 충족하면 서면법 제2조에 해당한다고 하여, 그 거절을 위법하다고 봄으로써 궁극적으로 접근 가능케 하는 취지이다.

다. 작금의 상황과의 관련성

최근 공정거래위원회는 SK 텔레콤에 대해 로밍을 허용해야 한다는 취지로 시정명령을 하였는데, 이는 800MHz 주파수 대역을 필수설비로 보아 이를 개방하도록 하는 문제로 볼 수 있다. 이에 대해서 이의신청이 제기되었는바, 미국의 경우 필수설비의 범리가 소멸되어 가는 데 반하여, 유럽의 경우 이를 명문화하는 단계에까지 나아가는 상황에서 어떠한 방향이 바람직한지 문제된다.

2. 법률상의 근거

가. 전기통신사업법

(1) 설비 등 제공의무 관련규정

① 종합유선방송사업자 등의 전송 선로설비제공 (32조의 4), ② 기간통신사업자의 전기통신설비제공(33조의 5), ③ 가입자선로의 공동활용(33조의 6), ④ 무선통신설비의 공동이용(33조의 7), ⑤ 전기통신설비의 상호접속 및 이를 위한 전기통신설비의 공동사용(34조, 34조의3), ⑥ 정보제공의무(34조의 4), ⑦ 협정의 신고 및 재정제도(34조의 6)가 각 규정되어 있다.

(2) 위반에 대한 제재

금지행위로 규정하고(36조의 3), 시정명령(37조) 및 과징금을 부과할 수 있고(37조의 2), 형사제재도 수반된다.

(3) 입법취지 및 의의

통신망설비는 필수설비이론이 적용될 수 있는 전형적인 설비유형에 해당하는 특성을 지니고 있다. 그러나 위 전기통신사업법의 다양하고 구체화된 다수의 규정들은 전기통신설비에 대한 규제의 필요성에 입각하여 입법자의 결단 하에 적극적으로 입법화된 것으로서 통신법 독자적인 의의를 지닌다. 즉, 일반경쟁법상 필수설비이론의 불명확성을 극복한 것인바, 이론의 인정여부 논란과 무관하게 법 규정에 명시된 바에 따라 해석 적용되어야 한다는 취지이다.

나. 일반경쟁법상의 근거

(1) 명시적 근거규정 없음

현행 독점규제법은 명시적으로 필수설비에 대한 규제를 규정하고 있지 않다. 다만, 미국에서 판례와 학설을 통해 발전된 필수설비이론을 받아들여 독점규제법 제3조의 2 시장지배적 지위의 남용 금지, 불공정거래행위 등의 한 유형으로 파악하여 규제할 수 있다는 견해가 제시되고 있다. 즉, 다음에 실시하는 규정을 적용가능하다고 한다.

독점규제법은 제3조의 2(시장지배적 지위의 남용 금지) 제1항에서 시장지배적사업자는 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다고 규정하는바, 그 중 제3호 및 제4호는 각 다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위 및 새로운 경쟁사업자의 참가를 부당하게 방해하는 행위를 규정하고 있다.

법시행령 제5조(남용행위의 유형 또는 기준) ③ 법 제3조의 2 제1항 제3호의 규정에 의한 다른 사업자의 사업활동에 대한 부당한 방해는 직접 또는 간접으로 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 함으로써 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 경우로 한다.

3. 정당한 이유없이 다른 사업자의 상품 또는 용역의 생산·공급·판매에 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 거절 중단하거나 제한하는 행위

④ 법 제3조의 2 제1항 제4호의 규정에 의한 새로운 경쟁사업자의 참가를 부당하게 방해하는 행위는 직접 또는 간접으로 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 함으로써 새로운 경쟁사업자의 신규진입을 어렵게 하는 경우로 한다.

3. 정당한 이유없이 다른 사업자의 상품 또는 용역의 생산·공급·판매에 필수적인 요소의 사용 또는 접근을 거절 중단하거나 제한하는 행위

(2) 불명확성으로 인한 문제

그러나 필수설비에 해당하기 위한 필수성 인정요건이 매우 불명확한 결과, 구체적인 사안에서 문제되는 설비가 필수설비인지에 대한 논란을 피하기 어려운바, 이러한 필수설비이론에 의거하여 강도 높은 규제를 하는 것은 명확성원칙, 비례원칙 등 법치주의 원칙에 반할 가능성이 매우 크다.

3. 인터넷멀티미디어법 시행령 규정을 통한 시사점

최근 입법이 이루어진 대표적인 방송통신융합서비스 영역에 대한 법률인 인터넷멀티미디어법 시행령은 제12조 제1항에서 종래 필수설비이론이 적용되기 위한 요건인 ‘복제 및 대체불가능성’이 아니라 ‘사용의 불가피성’을 규정하여 그 요건을 완화하고 있다.

이는 확립되지도 않은 일반경쟁법상 필수설비이론을 차용할 것이 아니라 그 이론에 구애됨이 없이 해당 법률규정을 당해 영역에 직접 적용함으로써 구체적으로 타당한 결론에 이르러야 함을 의미한다. 위 인터넷멀티미디어법 제12조 제1항을 보면, 방송통신산업에서의 필수성 판단은 당해 산업에서의 특수성을 반영하여 적극적으로 경쟁을 형성 촉진하는 의미가 있음을 알 수 있는바, 이것은 앞으로 융합 환경에서는 이러한 기준을 토대로 필수성 판단이 이루어질 것임을 시사한다.

4. 결 토

요컨대, 전기통신사업법상의 필수설비 규제는 대상에 있어서 더욱 넓은 범위를 포괄하고 규제강도가 더 높은 방안을 입법적으로 채택한 것이다.

따라서 통신설비에 대한 규제는 전기통신사업법상의 규제가 특별법의 성격을 가지며, 특히 ‘대는 소를 포함한다.’는 법칙에 따라 전기통신사업법상의 설

비규제의 대상에 대해서는 일반경쟁법의 필수설비이론 적용이 배제된다고 봄이 타당하다.

만약 통신영역의 필수설비와 관련된 특정 행위가 독점규제법의 시장지배적 지위 남용 또는 불공정거래행위에 해당하면서 전기통신사업법상의 금지행위 유형에는 해당하지 않는 경우가 있다면, 이에 대하여 독점규제법 규정 그 자체를 적용하는 것은 별론 필수설비이론에 의해 규제할 것은 아니다.

제 4 장 비교법적 검토

제 1 절 영 국

영국은 통신을 비롯한 공익서비스의 민영화를 가장 먼저 시도한 나라로서, 그 전문규제체계에 있어서도 스스로 새로운 모델을 개척하는 역할을 해오고 있다. BT의 민영화와 함께 설치된 전문규제기관은 처음부터 통신시장에 대한 경쟁도입이라는 사명을 가지고 있었으므로, 이 기관이 경쟁법의 집행권한을 가지는 것이 상대적으로 자연스러웠다고 할 수 있다.

1998년 경쟁법이 발효하기 이전에 독점규제법(Fair Trading Act) 하에서도 이미 OFT와 Oftel은 독점이 의심되는 경우 독점합병위원회(Monopolies and Mergers Commission)에 이의 심의를 요청할 동시관할권(concurrent powers)을 보유하고 있었다. 또한 Oftel은 전기통신운영자에 대한 특허에 유럽공동체 조약 제81, 82조와 유사한 조건을 포함시키고 있었으므로, 그 조건을 집행하면서 일반경쟁법 집행과 마찬가지로 기능을 하였다. 그러다가 2000. 3. 1. 부터 발효되어 오늘날에 이르는 1998년 경쟁법은 OFT와 Oftel에게 전기통신부문에서 동시 관할권을 부여하고 있다.

1. OFT와 Ofcom의 일반경쟁규제에 관한 동시관할권

가. 관련 법령들

영국의 일반경쟁법은 1998년 경쟁법(Competition Act 1998)과 2002년 기업법(Enterprise Act 2002)로 구성된다. 이 중 우리의 공정거래위원회와 유사한

기능을 하는 일반경쟁규제기관으로서 대표적인 것으로 OFT(Office of Fair Trade)가 있다. 그런데, 1998년 경쟁법 제54조의 규정에 따르면, 통신·가스·전기·상하수도·철도 및 항공서비스 영역에 대한 전문규제기관은 2002년 기업법의 일부 규제권한과 1998년 경쟁법을 집행할 권한을 OFT와 동시에 가진다.²³⁾²⁴⁾²⁵⁾ 2002년 기업법상 주요 권한은 합병심사에 관한 것과 시장의 경쟁저해행위조사(market investigation)에 관한 것으로서, 후자에 대해서 전문규제기관이 OFT와 동시관할권을 갖는다.

나. 관할권 성립을 결정하는 요소

대개 이러한 동시관할권(Concurrent Jurisdiction)이 성립되는 상황에서 기업은 위 전문규제 관계 법률에 의한 특허기업(licensees, franchises) 또는 어떤 특별한 권리의 보유자이겠으나, 복수규제관할의 성립 여부를 결정하는 요소는 관련된 기업이 누구인가가 아니라 경쟁법의 규제대상행위인 합의 또는 남용행위가 관련된 사안(subject matter)의 성질을 기준으로 한다. 통신의 경우 특허제가 폐지된 지금 더욱 그러할 것이다. 예컨대, 2003년 통신법 제371

23) 1998년 경쟁법 제54조 Schedule 10

다음과 같은 행위에 관련된 합의(agreements) 또는 행위	법률	전문규제기관
통신, 방송, 주파수	Communications Act 2003	Ofcom
가스의 선적·양도·공급 등	Gas Act 1986	OFGEM
전기의 발전, 송전, 및 공급	Electricity Act 1989	OFGEM
상하수도 서비스의 공급 및 저장	Water Industry Act 1991	OFWAT
철도 관련 서비스	Railways Act 1993(2000 Transport Act 에 의해 개정)	ORR
항공교통서비스의 공급	2000 The Transport Act	CAA

24) 또한 이들은 EC 조약 제81, 82조를 집행할 권한도 OFT와 함께 가진다. EC Regulation 1/2003(현대화 규칙)에 의하면, 회원국간의 교역에 영향을 미칠 가능성이 있거나, 제82조에 의해 금지된 행위에 각국의 국내 경쟁법이 적용되는 경우에는 각 회원국의 지정된 경쟁규제기관(NCAs)과 법원에서는 국내경쟁법 외에 제81조, 제82조를 적용하여 집행하여야 한다. 영국에서는 OFT 및 동법 하에서 그와 함께 경쟁규제권한을 가지는 전문규제기관들이 위 “지정된 경쟁규제기관(NCAs)”에 해당하므로, 제81조, 제82조를 적용할 권한을 가진다.

25) Competition Law Guideline, "Concurrent application to regulated industries," Office of Trading, 2004.

조는 Ofcom이 OFT와 함께 권한을 갖는 대상을 “통신영역 관련된 활동에 관한(… relate to activities connected with communications matters) 경쟁법 제1장(경쟁저해적 공동행위), 제2장(시장지배적 지위남용행위) 상의 합의 또는 행위”로 규정하고 있다. 그리고 제369조에 “통신영역”을 다음과 같이 정의하고 있다:

- (a) 전기통신망의 공급
- (b) 전기통신서비스의 공급
- (c) 아래와 같은 수단, 형태 또는 목적으로 공급되거나 이용에 제공되는 서비스 또는 설비를 공급하거나 또는 이용에 제공하는 것
 - (i) 전기통신망/서비스의 (동일인 또는 타인에 의한) 공급을 수단으로 하거나 그와 결합하여(in association with) 제공하거나,
 - (ii) 그러한 망/서비스의 이용을 용이하게 할 목적으로 제공되는 것
- (d) 위에서 규정한 것을 공급하거나 이용에 제공하기 위해 이용되는 장치
- (e) 방송 및 관련된 영역

다. 동시관할권의 구체적 내용

전문규제기관들은 각 규제영역에서 반경쟁적 합의 또는 지배적 지위를 남용하는 행위를 규제하기 위해 유럽공동체조약 제81조, 제82조 및 경쟁법을 적용·집행하는 OFT의 대부분의 권한을 동시에 가진다. 1998년 경쟁법 집행과 관련하여 전문규제기관이 행사할 수 있는 권한은 다음과 같다:

- 경쟁법상 금지행위 위반에 대한 신고사건 조사;

- 심각하고 회복하기 어려운 손해를 방지하기 위한 예비조치(interim measures);
- 전문규제기관의 직권 또는 위반행위 신고에 의해 정식조사권한(서류 및 정보 제출명령권과 가택수색권) 행사;
- OFT의 지침에 따라 제재금 부과;
- 위반행위 중지 명령 등을 발령 및 집행;
- 기업과 구속력 있는 약정 체결;
- 경쟁법상 금지규정이 각 영역에서 어떻게 적용되는지에 대해 정보 및 비공개적인 비정식권고 발함.
- 특정 사안이 경쟁법 적용에 관한 새로운 쟁점 또는 미해결 쟁점을 제기하는 경우, 또는 일반에게 규범의 해석 등을 명확히 할 필요가 인정되는 경우 의견(Opinion) 형식의 서면지침을 발한다.

라. 동시관할권의 예외

그러나 이에는 몇 가지 예외가 있다. 즉, 아래와 같은 권한은 OFT의 독점적 권한에 속한다.

- 행정제재금에 관한 지침 제정
- 당사자의 약정(undertaking)에 관한 지침 제정
- 경쟁법 집행절차에 관한 규칙(OFT절차규칙)등의 발령 및 개정.

단, OFT는 그러한 지침 및 OFT규칙이 전문규제기관의 동시관할권과 관련되는 경우 전문규제기관들과 협의하여야 한다.

2. OFT와 Ofcom의 권한조정

Ofcom과 OFT가 동시관할권을 갖는 경쟁법 집행의 경우, 한편으로는 동일한 공익목적 실현을 위해 규제기관들이 경쟁하거나, 또는 단일한 규제 작용으로 포섭될 수 없는 다양한 공익들을 각 규제기관들이 분담하여 추구하게 함으로써 결과적으로 적정한 규제수준이 달성될 가능성이 있는 반면, 다른 한편으로는 피규제자에게는 중복규제 또는 일관성 없는 규제의 위험을, 그리고 규제제도 일반에 대해서는 비효율성과 빈번한 권한분쟁의 위험을 내포한다. 이하에서는 이러한 위험을 피하기 위해 마련된 제도적 장치를 살펴보기로 한다.

가. 주무장관의 조정권한

주무장관은 관할권 조정에 있어서 중요한 역할을 한다. 첫째, 관할권의 결정에 대한 일반적 규칙을 정할 권한을 가진다.²⁶⁾ 또한 통신법의 경우 주무장관은 1998년 경쟁법과 2002년 기업법의 집행과 관련하여 전문규제기관에게 동시관할권을 부여하는 규정 또는 그 동시관할권의 행사와 관련된 규정에서 행위의 대상범위를 정하고 있는 부분들을 명령을 통해(by order) 개정할 권한을 부여하고 있다. 이는 구체적으로 동시관할권이 적용되는 범위에 대해

26) 1998년 경쟁법 제54조(5)는 그러한 규칙의 내용으로 다음과 같은 것을 들고 있다:

- (a) 특정 사건에서 누가 권한을 행사할 지 결정할 때 권한있는 기관들이 따라야 할 절차
- (b) 한 기관이 특정 사건에서 권한을 행사하기 전에 밟아야 할 절차적 단계
- (c) 특정 사건에서 어느 기관이 권한을 행사하는가에 관해 발생하는 문제를 결정할 절차
- (d) OFT와 하나 또는 복수의 전문규제기관, 그리고 둘 또는 그 이상의 전문규제기관들이 공동으로 권한을 행사하여야 할 경우 따라야 할 절차
- (e) 한 기관이 권한을 행사하면 다른 기관에 의한 권한행사가 배제되어야 하는 상황에 관한 사항
- (f) 한 기관이 행사하고 있는 권한을 다른 기관에게 이전해야 하는 상황에 관한 사항
- (g) 한 기관이 다른 기관을 자신을 대신하여 권한을 행사하도록 수권하는 경우 또는 다른 기관의 소속 공무원을 자신의 공무원으로 대신 활동하도록 임명하는 경우에 관한 사항
- (h) 특정 사건에서 누가 권한을 행사하고 있는지에 대한 고지에 관한 사항

주무장관이 제반 사정을 고려하여 적절한 변경을 가할 수 있도록 한 것으로 보인다. 장관은 이러한 명령을 발할 때 그 명령의 초안을 의회에 보내어 양원 각각의 의결에 의해 승인을 받아야 한다.²⁷⁾ 또한 특정 사안과 관련하여 Ofcom이 1998년 경쟁법상 권한을 행사할 수 있는지 여부의 문제가 제기될 경우 이 문제는 주무장관이 결정하도록 해야 한다.²⁸⁾

나. 관할권 결정에 관한 규칙 제정

관할권 조정이 원활히 이루어지기 위해서는 무엇보다 가능하고 적절한 범위에서 실체적·절차적 기준을 명확히 제시하는 것이 필요할 것이다. 그 필요에 대응하여 주무장관이 동시관할권 규칙(Concurrence Regulations)을 발령하였다.²⁹⁾ 그러나 동시관할권규칙은 OFT와 전문규제기관의 관계를 모든 측면에서 포괄적으로 다루는 것은 아니다. 동시관할권규칙에서 특정하여 다루지 않은 쟁점은 OFT와 전문규제기관 사이의 비공식 협의(informal arrangements)에 의해 다루어지고 있다. 동 규칙의 내용을 관할권 조정의 실체적 기준, 절차적 장치, 조직에 관한 사항으로 나누어 보면 다음과 같다.

(1) 실체적 기준

(가) 적합성

관할권 배분의 원칙은 OFT 또는 Ofcom 중 당해 사안에 대한 규제권한행사에 더 적합하거나 가장 적합한 기관에 의해 규제가 이루어져야 한다는 것이다. 다음과 같은 사항들이 그 적합성의 판단요소가 된다.

27) 2003년 통신법 제369조(2),(3).

28) 2003년 통신법 제371조(9).

29) The Competition Act 1998 (Concurrence) Regulations 2004.

- 전문규제기관의 관련 영역에 대한 전문지식
- 당해 사건이 하나 이상의 규제영역에 영향을 미치는 것인지 여부
- 전문규제기관 또는 OFT가 당사자 또는 신고인과 과거에 접촉한 경험의
준부
- 그 절차에 관련된 기업 또는 유사한 쟁점을 최근에 다루어본 경험의 준부

위 요소들을 고려하면 통상 통신산업에 대한 경쟁법 적용은 통신전문규제기관이 처리하게 되지만, 그렇지 않은 경우도 있다.³⁰⁾ 이러한 기준은 OFT와 전문규제기관들의 동시관할권이 성립하는 것으로 보이는 사안에 대해서 의견 표명을 요청받은 받아, 그 관할에 대한 협의를 할 때에도 적용된다.

(나) 침익적 권한행사에 대한 특별한 규율

다음으로 두 기관에 의한 권한의 중복 행사가 심각히 문제되는 경우는 피규제자에게 권력적 방식의 침익적 효과를 미치는 권한행사에 관해서일 것이다. 동 규칙에서는 이러한 권한을 명시하고(제2조), 그 명시된 권한에 대해서는 특별히 중복행사를 방지할 수 있는 강력한 규칙을 정하고 있다. 다음이 그러한 권한에 해당된다:

- 경쟁법 제25조에서 제29조상 정식조사권한의 행사,
- 개인적 합의에 관한 경쟁법 Chapter I의 적용배제의 철회 및
- 경쟁법상 위반행위중지명령, 가처분 명령, 서약수락결정 및 벌금부과를 포함한 특정한 정식결정.

30) OfTel은 1998년 경쟁법이 2000. 4. 발효한 이후 동법을 적용한 3가지의 결정을 공표하였다. 하나는 전화장 치시장(telephone equipment market)에서의 수직적 합의(vertical agreements)에 관해 chapter I 위반이 아니라는 결정이다. 다음은 BT의 Surf Together가 chapter II위반이 아니라는 결정이며, 마지막으로 컴퓨터 전화 통합(Computer telephony integration)에 관해 Chapter I, II 위반이 아니라는 것이다.

위에 해당되는 권한은 아래의 절차에 따라 어느 기관이 권한을 행사할 지가 결정되기 전에는 누구도 행사해서는 안 된다. 또한 일단 한 기관이 당해 사안에 대해 위 ‘명시된 권한(prescribed functions)’을 행사하기로 결정한 후에는 다른 기관은 그 사건이 동 규칙에 따라 이관되는 경우 외에는 그 사건에 관해 위 권한을 행사할 수 없다(제6조).

(2) 절차적 장치

원활한 관할권 행사를 위한 환경 조성을 위해 양 기관은 평소 경쟁법 집행에 관한 정보를 공유할 것을 규정한다.

OFT와 Ofcom은 사건에 관한 신고(complaint)를 접수한 때, 그리고 동시관할권에 속하는 권한을 행사하는 경우에는, 사전에 상대방 기관에 고지하고 협의를 통해 누가 관할권을 행사할 지 합의로 결정하여야 한다. 사인의 경쟁법 위반 신고사건의 경우, 그 신고자에게 어느 행정기관이 그 사건을 담당하게 되는지를 통보해야 한다(제4조). 통상 신고접수 후 1월 이내에 어느 기관이 가장 적합한지에 대해 합의가 이루어진다. 합의로 결정되지 않을 때는 주무장관이 각 기관의 의견을 들어서 이를 결정한다(제5조).

사건을 이관하고자 할 때, 일정한 경우에는 조사 대상 기업에게 그 이관에 대한 의견을 진술할 기회를 부여하며, 그 결과를 고지해준다.

신고는 OFT 또는 Ofcom 어디에든 할 수 있다. 신고자가 유럽공동체 조약 제81조, 제82조, 1998년 경쟁법 Chapter I, II 금지조항의 위반과 동일한 사항에 관한 통신법상 허가조건(또는 이에 상응하는 것)의 위반을 동시에 주장하는 경우, 통상 Ofcom이 검토할 것이다. 그러나 신고는 OFT나 Ofcom 둘 중 하나에만 할 수 있고, 양자에 모두 해서는 안 된다. 통신법 위반에만 관련된 신고는 Ofcom에 직접 제출되어야 한다. 실질적으로 동일한 신고를 다른 기관에 다시 하는 경우 이에 대한 재조사가 실시되지는 않는다. 원래의 신고

이후에 나타난 실질적으로 새로운 사실증거(이전의 심사청구 시에는 알려지지 않았던)는 원래의 신고사건을 담당하였던 행정청에 제출되어야 한다.

(3) 관할권조정기구의 설치

1997년 OFT와 전문규제기관의 대표들로 구성되는 동시관할권조정위원회(Concurrency Working Party, 이하 CWP라 칭함)가 구성되었다. OFT의 대표가 그 의장이 된다. CWP는 전문규제기관들과 OFT가 경쟁법 하의 기능과 권한을 수행함에 있어서 일관된 접근이 이루어지도록 지원하고, 이들 상호간의 실무협약을 심의하고, 공동의 관심사항에 대한 정보교환의 장을 제공하며, 국민에게 경쟁법 집행에 대한 자문과 정보를 제공한다. 관할권 행사주체에 대해 의견이 불일치하는 경우, 그에 대한 자문을 하기도 한다.

(4) 동시관할권을 이유로 하는 분쟁가능성 차단

일단 한 기관에 의해 경쟁법상 권한이 행사되고 난 후에는 ‘동시관할권’에 근거한 관할권 행사가 적정한 것이었는지는 분쟁의 쟁점이 될 수 없도록 하고 있다. 즉, 통신법 제371조(10)는 1998년 경쟁법 하에서 Ofcom이 행하거나 또는 Ofcom과 관련하여 행하여진 결정에 대해서는 그것이 OFT에 의해 행해졌어야 한다거나 OFT와 관련하여 이루어졌어야 함을 근거로 이의를 제기할 수는 없다고 규정하고 있다. 이는 동시관할권을 부여하면서, 자칫 관할권의 소재 자체를 쟁점으로 소모적인 분쟁이 발생할 여지를 줄이기 위한 것이라고 보인다.

3. 각 기관의 법 적용기준

전문규제기관이 일반경쟁법의 집행권한까지도 부여받고 있는 경우 특별히

제기되는 문제로는 동일한 행정기관(전문규제기관)이 적용하는 두 실체법, 즉 경쟁법과 전문규제법의 충돌이다. 즉, 한 사안에 대해 경쟁법과 전문규제법이 동시에 적용될 때, 양자 모두의 집행권을 가진 통신규제기관은 어느 법을 적용할 것인가의 문제가 제기될 수 있다. 통신규제기관의 고유권한인 허가조건의 위반과 경쟁법의 위반이 동시에 인정되는 사건이 그러한 경우이다. Oftel은 어느 한 법을 적용하기로 미리 정하여둬으로써 사전에 그 재량을 구속할 수는 없다고 한다. 이는 곧 개별사안별로 판단해야 함을 의미한다. 또한 반대로 양자를 다 적용함으로써 피규제자를 이중위험(double jeopardy)에 빠뜨리는 것도 허용되지 않는다. Oftel은 자신의 전문규제권한을 이용하여 조사하는 중에 경쟁법의 적용이 더 적절하다고 판단하면, 당사자들에게 이를 고지해야 한다. 다만, 통신법 상 규제권한을 이용하여 수집된 정보들은 경쟁법상 목적을 위해 이용될 수 있고, 반대로도 마찬가지이다. Ofcom이 경쟁법상 권한을 행사할 경우, 자신의 통신법상 규제책임을 고려할 의무는 없다. 그러나 당해 통신법상 책임에 해당하는 사항들이 OFT가 경쟁법상의 권한을 행사할 때 고려할 수 있는 사항이라면, Ofcom도 이를 고려할 수 있다. 또한 사안에 따라 Ofcom이 통신법상의 허가조건을 집행해야 하는 상황에서 경쟁법상 권한을 사용하는 편이 더 효과적이거나 효율적인 경우가 있을 수 있는데, 이러한 경우에 Ofcom이 굳이 통신법상 허가조건집행소송을 할 의무는 없으므로 경쟁법상 규제권한을 행사할 수 있으며, 다만 그 경우 당사자들에게 이를 알려야 한다.

4. 합병규제권한

2002년 기업법 상 합병에 대한 규제권한은 원칙적으로 OFT와 경쟁위원회(competition commission)에 의한 경쟁분석에 의해 이루어지지만, 별도의 공익적 요소가 있는 경우 장관이 개입할 수 있다. 방송통신산업의 합병에 대해

서도 기본적으로 2002년 기업법의 규정이 적용되는 것으로 보이지만, 2003년 Communications Act는 미디어 합병(media merger)에 관한 별도의 규정을 두고, Ofcom의 특별한 역할에 대해 규정하고 있다. 2003년 통신법 제375조에 서는 미디어 합병과 관련된 특별한 공익으로서 ① 영국 전국 또는 특정 지역 또는 지방에 거주하는 모든 다양한 시청자들을 위해 미디어 기업에 대한 지배력을 가진 기업들이 충분히 다양하게 존재할 필요성, ② 전국적으로 질이 높고 광범하게 다양한 취향과 이익에 맞출 수 있는 다양한 방송의 이용가능성, ③ 미디어 기업을 운영하는 자 및 이를 지배하는 자가 방송에 있어서 통신법 제319조의 프로그램과 공정성 기준을 진지하게 준수하도록 할 필요를 들고 있다. 장관이 미디어 합병 시 위와 같은 공익적 요소를 이유로 개입하고자 하는 경우[장관의 개입고지(intervention notice)] Ofcom은 장관에게 관련 사항에 대한 고려 및 그 효과에 대한 보고서를 제출하여야 한다. 그 보고서에는 이러한 미디어 관련 공익적 고려에 대한 자문 및 권고사항으로서 장관이 이를 경쟁위원회에서 조사하도록 지시할 지 여부를 결정하는데 관계되는 사항과 Ofcom이 받은 그 사안에 대한 의견들이 포함되어야 한다. Ofcom은 이러한 보고서 작성을 위해 필요한 조사를 수행하여야 한다. 이러한 방식으로 미디어 기업의 합병에 대해서 Ofcom은 OFT나 Competition Committee와 함께 중요한 실질적 역할을 하고 있다.

제 2 절 미 국

1. 역사적 특징 및 규제목표

미국은 통신산업에 대한 규제가 가장 먼저 법제화된 국가이자 통신전문규

제기관이 최초로 설립·운용된 국가이다. 미국에서의 통신산업 규제의 목표는 크게 3가지로 요약할 수 있다.³¹⁾ 첫째, 독점기업이 전형적으로 사용하는 가격결정권한을 제한해, 소매가격이 독점가격수준보다 낮게 유지되도록 하는 것, 둘째, 모든 미국인이 적절한 통신서비스에 접속하도록 보장하는 것(이른바 ‘보편적 서비스’규제), 그리고 셋째, AT&T의 독점범위를 통제하는 것이 그것이다.

가. 통신시장의 변화와 규제 역사

Bell이 전화를 발명한 1년 후인 1877년 설립된 Bell Telephone Company는 자신의 특허를 이용해 19세기 말까지 독점적 지위를 유지하였다. Bell System의 모회사인 AT&T의 대부분의 특허가 20세기 들어 만료되자 6,000여 개의 시내전화회사가 시장에 신규로 진입하였고 그에 따라 가격이 지속적으로 하락하였다. 그러나 AT&T는 지속적인 합병을 통해 기업규모 및 시장점유율을 확대해 갔고, 1930년대에 이르러서는 미국 전화시장의 80%를 점유하는 시내전화사업자이자 유일한 장거리전화사업자가 되었다.

AT&T의 시장지배력 증가로 인한 문제에 대응하기 위해 연방(주간통상위원회 Interstate Commerce Commission: ICC)과 주정부는 전화규제를 시작하였고, 1934년 통신법 제정을 통해 연방통신위원회(및 각주의 공익산업위원회; ‘PUC’)에 통신시장규제권이 부여되었다.

1934년 통신법의 제정 이후에도 AT&T의 반경쟁적 활동이 계속 문제되자, 1949년 법무부는 AT&T를 독점금지법 위반으로 제소하였으며, 마침내 1956년 AT&T로부터 그 장비사업자인 Western Electric Company를 분할하는 내용의 동의명령(Consent Decree)에 대한 합의도출에 이르렀다.

31) Howard A. Shelanski, “U.S. Telecommunications in Transition: Why the New Market Requires a New Regulatory Approach”, SNU/Berkeley Law & Tech. 3rd Hawaii Conference, 2006. 2.

1969년 MCI의 장거리전화시장 진입 이후 Sprint, WorldCom 등 다수의 경쟁사업자들이 신규로 시장에 진입하면서 장거리전화시장에 경쟁의 압력이 높아졌음에도 불구하고, AT&T는 상호접속 거부 또는 지연, 낮은 품질의 접속 허용, 과도한 망사용료 요구 등 반경쟁적 행위를 계속하였다. 이에 1974년 법무부는 AT&T를 재차 독점금지법 위반으로 제소하였고, 1982년 AT&T와 법무부는 새로운 합의안(수정동의판결 Modified Final Judgment: MFJ)에 동의하게 된다. 이 수정동의판결에 따라 1984년 AT&T는 시내전화서비스를 제공하는 7개의 시내전화지주회사(RBOCs)와 장거리전화서비스, 장비와 R&D를 제공하는 AT&T로 분리되게 되었다.

그 후에도 통신기술의 발전과 통신수요의 증가에 따라 통신시장환경은 급속히 변화되었다. 통신시장 참여자의 새로운 요구와 수정동의판결의 한계는, 소비자의 후생증진, 보다 나은 보편적 서비스의 확보, 새로운 통신기술의 개발을 촉진하기 위하여 통신시장의 경쟁강화와 규제완화를 내용으로 하는, 1996년 통신법의 개정으로 나타나게 되었다.

나. 통신법제의 변화

미국은 법제화된 통신산업 규제를 통해 저렴한 요금으로 모든 미국인에게 유무선의 통신서비스를 제공토록 제도화(이른바 ‘보편적 서비스’)하였고, 기간통신사업자(Common Carrier)의 일반적 의무를 부여하였다. 또, 그 집행과정에서 나타난 통신사업자와 규제기관 간의 갈등을 해소하는 과정에서 다른 많은 나라의 통신정책에 심대한 영향을 미치고 있다. 특히, 1996년 통신법은 통신시장의 진입장벽 완화와 시장환경의 변화에 따른 불필요한 규제의 철폐, 그리고 시장에서의 경쟁도입과 같은 새로운 변화를 가져왔다는 점에서 각국의 통신규제와 경쟁정책에 많은 시사점을 주고 있다.

(1) 통신법의 제정과 연방통신위원회의 창설

1930년대에 이르러 Bell System의 지주회사로서 AT&T는 미국 전화업체의 80% 가량을 소유하고 있었으며, 유일한 장거리전화사업자이기도 하였다. 나머지 20%의 군소전화회사들은 장거리전화서비스 및 타사업자와의 상호접속을 위해 AT&T에 의존해야 하였다. 이러한 상황에서 AT&T의 독점적 지위가 문제되었고, 연방의회는 마침내 세계 최초의 통신규제법인 1934년 통신법(The Communications Act of 1934)을 제정하였으며, 주간서비스를 제공하는 기간통신사업자에 대한 관할권을 보유하던 ICC(주간통상위원회)와 무선주파수에 대한 배분권을 보유하던 연방무선위원회를 통합하여 연방통신위원회(Federal Communications Commission: FCC)를 창설하였다.

1934년 통신법이 추구한 가장 기본적인 원칙은 ‘공공의 편익과 이익 혹은 필요성’이었으며, 이를 위해 통신법은 FCC에 광범한 권한을 부여하였다. 다만, 州內 통신서비스에 대한 규제권한은 여전히 각주에 남겨져 있었다.

(2) 1996년 통신법의 제정

1996년 통신법은 전화산업은 물론 방송, 케이블 및 비디오산업분야의 규제 완화와 경쟁촉진에 근본적 전기를 마련하는 법이었다. 1996년 통신법은 전화를 비롯한 일련의 산업분야에서 서비스를 공급하는 사업자들을 새로운 시장 현실에 맞추어, 나아가서는 장래의 시장상황에 부합되도록 규제하는 것을 목표로 한다.

이에 따라 전화나 케이블TV 서비스 규제에 대한 전통적 접근방식은 철폐되고 FCC가 주도하는 새로운 규제체제로 대체되었다. 새로운 통신법 아래에서 일반경쟁규제기관인 법무부의 역할은, 기업결합과 관련된 경우를 제외하고는, 상호협약의 창구로서의 역할로 축소되었다.³²⁾

32) 권오승 편, 『통신산업과 경쟁법』, 법문사, 2004, 91면.

2. 통신산업 규제기관

다른 분야에서와 마찬가지로 통신산업분야 역시 연방과 주의 두 차원에서 규제가 이루어지고 있으며, 다양한 기관이 통신규제에 관여하고 있다.

연방차원의 통신규제기관으로는 FCC, 즉 연방통신위원회가 대표적이다. FCC는 주간통신이나 외국과의 통신에 관할권을 가지며, 주내통신의 특정부분에 대해서도 개입하고 있다. FCC의 업무분야는 매우 다양해서 유무선통신, 위성통신, 방송의 인허가 및 집행의 전반을 담당한다. 그러나 연방의 통신규제업무가 모두 FCC에 의해서만 처리되는 것은 아니다. FCC 이외에도 상무부 국가정보통신본부(National Telecommunication and Information Administration: NTIA), 법무부(DOJ) 독점금지국, 연방거래위원회(FTC) 등이 직간접적으로 통신문제에 개입하거나 FCC를 보완하는 역할을 수행하고 있다.

FCC는 규제기관이면서 동시에 준입법기관으로서 막강한 정책입안권을 보유하고 있다. 1934년 통신법이 FCC의 권한을 제한하는 규정을 두고 있었음에도 불구하고 FCC가 통신문제에 대해 광범한 관할권을 행사할 수 있었던 것은 바로 이 규칙제정권 때문이라고도 할 수 있다.³³⁾

주차원에서는 미국 내 50개 주와 워싱턴 DC에 공익산업을 담당하는 규제기관(공익산업위원회 : PUC)이 설치되어 있으며, 이를 통해 해당 주내에서 발생하는 통신에 관한 대부분의 사안들, 가령 통신정책, 통신인허가 및 집행 등에 관한 규제가 행해지고 있다. 그러나 1996년 통신법의 영향으로, 그리고 이른바 ‘연방우선의 원칙’(Federal Preemption doctrine)에 따라 주내에서 발생하는 특정 사안에 대해 PUC 대신 FCC가 직접 개입하는 경우도 많다. 아울러 전국규제산업위원회의(National Association of Regulatory Utility Commissioners)도 PUC의 업무를 공조하고 있다.

33) 권오승 편, 『통신산업과 경쟁법』, 법문사, 2004, 98면.

이하에서는 연방차원의 규제기관에 한하여 살펴보기로 한다.

가. 통신전문규제기관

연방통신위원회(Federal Communications Commission: FCC)는 독립적인 연방의 정부기관이며, 연방의회에 대해 직접 책임을 진다. FCC는 1934년 통신법에 의해 설치되었으며, 라디오, 텔레비전, 유선, 위성 및 케이블을 통한 주간 그리고 국제적인 통신의 규제를 임무로 한다. FCC의 관할권은 50개 주와 워싱턴DC, 그리고 미국령에 미친다.

나. 일반경쟁규제기관

미국의 반독점법은 역사적으로 전화사업 규제에서는 핵심적인 역할을 수행한바 있으며, 그 밖에 케이블이나 방송 등에 관해서도 상당한 정도의 역할을 수행하고 있다.³⁴⁾ 미국의 반독점법제는 크게 셔먼법(15 U.S.C. §§1-7)³⁵⁾과 클레이튼법(15 U.S.C. §§12, 27, 28, 29, 52, 53)³⁶⁾, 그리고 연방거래위원회법(15 U.S.C. §§41-58)³⁷⁾ 등 3개의 법을 주축으로 하고 있는데, 이들 법의 집행은 법무부 독점금지국과 연방거래위원회 경쟁국에서 담당하고 있다. 양 기관의 관할권은 중첩되지만, 특정사안에 대한 조사를 어느 기관이 담당할 것인지는 실무상으로는 상호협의를 통해 조정되고 있다.

34) 권오승 편, 『통신산업과 경쟁법』, 법문사, 2004, 101면.

35) 셔먼법은 기업들이 트러스트를 조직하여 가격인상, 거래상대방 배제 등의 횡포를 자행함에 따라 이로부터 농민, 중소기업, 근로자, 일반소비자 등의 권익을 보호할 목적으로 1890년 제정되었다. 셔먼법 제1조는 가격담합(price-fixing)과 같은 거래제한적 계약, 결합, 공모를 금지하고 있으며, 셔먼법 제2조는 독점화, 독점화기도, 독점화를 위한 타인과의 결합, 공모를 금지하고 있다.

36) 셔먼법 제정 이후에도 만족스럽지 못했던 경쟁상황을 개선하기 위해 1914년 제정한 클레이튼법은 '실질적으로 경쟁을 저해하거나 독점화를 초래할 경향이 있는' 반경쟁적 행위에 한정된 것이기는 하지만, 가격차별, 연계판매, 배타적 거래협약, 합병 등 금지행위를 보다 구체적으로 명시하고 있다.

37) 1914년에 제정된 연방거래위원회법은 엄격하고 효율적인 법적용을 위해 조사 및 裁定機能을 갖는 특수기관의 설립을 목적으로 하고 있다.

(1) 법무부

통신시장에서는 상대적이거나 법무부(DOJ) 독점금지국의 역할이 크다. 연혁적으로도 통신사업자 간의 제한적 거래관행, 지배적 지위남용행위에 관하여 법무부에 의한 독점금지법 집행이 두드러졌으며, 통신시장에서의 기업결합의 경쟁제한성을 평가함에 있어서도 법무부는 FCC와 함께 상당히 깊이 관여하도록 제도화되어 있다. 가령 AT&T와 영국 BT 간의 합작투자건이나, SBC의 Pacific Bell 인수건, MCI WorldCom의 Sprint 주식매입건 등에서 법무부가 독점금지법 위반으로 조사를 행한 바 있다.

(2) 연방거래위원회

연방거래위원회(FTC)는 클레이튼법 제11조³⁸⁾와 연방거래위원회법 제5조에 의해 기간통신사업자(Common Carrier)에 대해서는 관할권을 행사할 수 없도록 되어 있다. 반면, 케이블 및 오락산업에서의 기업결합에 대해서는 관할권을 가지고 있으며, 특히 최근의 AOL-Time Warner 간의 기업결합건에서는 주도적인 역할을 수행하였다.

3. 통신전문규제기관과 일반경쟁규제기관 간의 규제권한 배분

통신산업에 대한 일반경쟁법의 적용을 배제하고 있지 않은바, 일반경쟁법은 통신산업영역에 전적으로 적용될 수 있다. 그 결과 통신전문규제기관(FCC)과 일반경쟁규제기관(주로 DOJ)이 통신사업자의 경쟁제한적 행위와 관련하여 관할을 공유하게 되며, 그에 따라 양 기관 간에 업무를 조정하거나 공동으로 수행해야 할 필요가 생긴다.³⁹⁾

38) 15 U.S.C. §21(a) 위원회 및 이사회 의 법준수 집행권한.

15 U.S.C. §§13, 14, 18, 19(즉, 클레이튼법 제2조, 제3조, 제7조, 제8조)의 적용을 받는 자에게 이들 규정을 준수시킬 권한은 ... <중략> ... 유선통신, 무선통신 또는 라디오송신에 종사하는 기간통신사업자에 대해서는 聯邦通信委員會에게 ... <중략> ... 부여되며, 그 행사는 다음과 같이 한다.

가. 통신산업영역에 대한 규제권한의 배분

통신산업영역에 대한 규제권한은 통상 통신산업정책결정기관, 통신전문규제기관, 일반경쟁규제기관 3자에 분점되어 있다. 일반적으로 정책결정기관은 규제의 틀을 수립하고, 전문규제기관은 그 규제의 틀을 집행한다. 미국의 경우 연방통신위원회가 정책결정 및 전문규제를 겸유하고 있으며 구체적으로 시장진입규제, 상호접속규제, 전파관리정책, 번호정책, 요금규제, 보편적 서비스제도 및 품질규제 등을 직접 관장하고 있다.

나. 통신사업자의 기업결합(합병)에 대한 2중규제

경쟁문제에 관한 집행권한의 중첩에 따른 잠재적 갈등을 최소화하기 위해 노력하고 있다. FCC는 기간통신사업자(telecommunications common carriers)에 대해 클레이튼법 제7조⁴⁰⁾를 집행함에 있어 DOJ와 중첩되는 관할을 가진다.⁴¹⁾ 뿐만 아니라 FCC는 기업결합 심사에 관한 클레이튼법 제7조의 경합적 관할에 입각할 필요 없이, FCC의 규제대상이 되는 사업인가나 승인의 이전에 대한 보다 일반적인 ‘공익’심사권에 근거하여서도 규제권한을 행사할 수 있다. FCC와 DOJ는 통상의 경우 통신사업의 합병과 관련하여 상호 모순되는 결정을 회피할 수 있는데, 이는 양 기관이 서로에 의한 결정에 앞서 비공식적으로 의견을 교환하기 때문이다.

(1) FCC의 권한

(가) 통신법

39) 이 부분까지는 경건, “미국통신시장에 있어서 전문규제기관과 일반경쟁규제기관의 관계”, 이원우 편, 『정보통신법연구 I』, 경인문화사, 2008, 331-397면의 내용을 기초로 재구성 하였다.

40) 5 U.S.C. §18 [한 기업에 의한 다른 기업의 주식취득].

41) 이는 클레이튼법 제11조(15 U.S.C. §21(a))에 의한 것이다.

1934년 통신법은 일정한 행위에 대해서는 사전에 FCC의 인허가를 받도록 하고 있으며, 이러한 인허가의 양도를 수반하는 기업결합은 FCC의 승인을 요한다. 통신사업자들은 일반적으로 하나 이상의 인가를 갖고 있으므로, 기업결합을 위해서는 FCC의 승인을 사전에 얻어야 한다.

통신법은 기업결합의 규제와 관련하여 FCC에게 광범한 재량을 부여하고 있다. 우선, FCC는 공익(public interest)기준에 입각하여 인가 여부를 판단한다. ‘공익’이라는 기준은 경쟁정책적 요소뿐 아니라, 전통적인 독점금지 심사의 경계를 벗어나, 다양한 사회경제적 정책요소까지 감안하여 판단된다.

(나) 클레이튼법

FCC는 클레이튼법 제7조⁴²⁾ 및 제11조에 의해 유무선통신 또는 방송에 종사하는 기간통신사업자의 인수가 관련시장의 경쟁을 실질적으로 감쇄하거나 독점을 야기할 위험이 발생하는 효과가 있는 경우 이를 금지하는 권한을 갖는다. 다만, 통신법과는 달리, 클레이튼법은 FCC가 법 제7조에 따라 기업결합을 금지하고자 하는 경우에는 일정한 행정절차(administrative complaint proceeding)를 거치도록 하고 있다.

(2) 법무부의 권한

통신산업에 관한 정책을 결정하는 FCC와는 달리 DOJ는 단순히 법을 집행하는 기관이다. 따라서 FCC처럼 정책을 결정하는 ‘공익’기준이 아니라, 독점금지법 특히 클레이튼법 제7조에 근거하여 “경쟁의 실질적 제한”이라는 기준에 의해 기업결합에 대한 제소 여부를 판단한다.

42) 15 U.S.C. §18 [한 기업에 의한 다른 기업의 주식취득].

거래나 거래에 영향을 미치는 활동에 종사하는 자가 직접 또는 간접적으로 주식이나 기타 지분의 전부 또는 일부를 취득하거나, 연방거래위원회의 관할에 속하는 자가 거래나 거래에 영향을 미치는 활동에 마찬가지로 종사하는 여타의 자의 자산의 전부 또는 일부를 취득하는 경우에, 그와 같은 취득행위의 효과가 국가의 특정분야에서의 일정한 거래분야나 거래에 영향을 미치는 활동에 있어서 실질적으로 경쟁을 감소시키거나 독점을 형성할 우려가 있는 때에는, 그와 같은 취득을 하여서는 아니된다.

심사절차도 서로 다른데, 통신법에 근거하여 기업결합을 심사할 때 FCC는 정책결정기관으로서 일반적으로 판단의 근거를 공개된 기록(public record)과 준비서면(pleadings)에 전적으로 의존하는 반면, DOJ는 상세한 심문과 서면 제출명령이 중시되는 증거조사를 거치게 된다.

(3) 중복규제의 문제점을 해결하기 위한 방안

FCC와 DOJ는 각각 독자적으로 통신산업에서의 기업결합을 심사하여 허용 여부를 결정하고 있다. 이러한 중복규제에 따라서 예측불가능성 및 가중된 비용 등 문제점의 발생이 예상되는데, 이러한 문제점을 해결하는 방안으로 다음과 같은 것이 제안되고 있다.

(가) 상호협력의 제도화

FCC와 DOJ 사이에는 이미 비공식적인 대화와 협력이 상당히 이루어지고 있다.⁴³⁾ 첫 번째 해결책은 FCC와 DOJ가 입법 또는 부처 간 협정을 통해 이러한 상호협력을 제도화하는 것이다.

FCC와 DOJ 사이에 협력이 제도화되어, 업무의 유형에 따른 분장이 실현된다면, 중복적 증거조사의 방지와 국민 대중의 부담 경감 등의 효과를 기대할 수 있다.

이러한 방안에 따른 좋은 예로는 DOJ와 FCC 사이의 업무분장절차(Clearance Process)를 들 수 있다.⁴⁴⁾ 이에 따르면 DOJ와 FCC는 특정 사안을 어느 기관이 처리할지 결정하는 데 9일의 기간을 갖는다. 사안을 분장하는 기준은 기관의 전문성과 경험이다. 이러한 기준에 따르면, 기간통신사업자

43) 지난 2006. 5. 26. 개최된 서울대학교 공익산업법센터 개소기념 국제학술대회(「통신시장에 있어서 전문규제 기관과 일반경쟁규제기관의 관계」)에서 미국측 발표자인 UC San Diego의 Peter Cowhey 교수 역시 양 기관 간의 비공식적인 대화·협력의 중요성을 강조하였다.

44) 또 다른 예로 FTC, DOJ 및 전국검찰총장협의회(National Association of Attorney General)가 협력을 촉진하고 국민 대중의 부담을 최소화하기 위해 합의한 의정서(Protocol)가 있다.

와 관련된 사안은 사실상 모두 DOJ가 처리하게 된다. DOJ의 전문성이 AT&T에 대한 과거의 성공적인 소송수행을 통해 증명되었다고 보기 때문이다.

(나) 통신법 제271조의 방식

두 번째 해결책은 통신법 제271조를 기업결합 심사에 적용하는 것이다. 1996년 통신법 제271조는 BOCs가 일정 기준을 충족하는 경우, 자신들의 서비스구역 안에서 장거리전화시장에 진입할 수 있는 요건을 규정하고 있다. 법 제271조(d)⁴⁵⁾에 따르면, 진입신청의 심사는 FCC가 담당하지만, 신청서를 접수한 후 DOJ 및 주 PUC와 협의하여야 하고, DOJ는 서면으로 의견을 제출할 수 있다. DOJ의 평가가 FCC의 결정에 구속력을 갖는 것은 아니지만, FCC는 DOJ의 평가를 충분히 존중(substantial weight)해야 한다.

4. 연방거래위원회와 법무부의 관계

한편, 통신영역에 직접 관련된 것은 아니지만 기관들 사이의 관할 조정이 라는 관점에서 연방거래위원회(FTC)와 법무부(DOJ)의 관할조정합의에 대하여 고찰하고자 한다.

FTC와 DOJ는 미국 반독점법상의 일부 규제권한을 동시에 부여받고 있다.

45) 47 U.S.C. §271 [BOC의 LATA 간 서비스 진입].

- (d) 절차적 규정.
 - (1) FCC에 대한 신청.
 - (2) 협의.
 - (A) 법무부장관과의 협의.
 - (B) 주 PUC와의 협의.
 - (3) 결정.
 - (4) FCC에 대한 제한.
 - (5) 공표.
 - (6) 조건의 집행.
 - (A) FCC의 권한.
 - (B) 이의신청의 접수와 심사.

이 때 반독점법 집행권한이라는 점에서 양자는 일반경쟁규제기관으로서 지위를 가지며, 법률상 명시적으로 양 기관에게 권한이 부여되고 있다는 점에서, 방송통신위원회와 공정거래위원회의 관계와는 차이가 있다. 그러나 양 기관이 관할조정합의에 대한 고찰은 이 글의 주제와 관련하여 다음과 같은 의미를 가진다.

첫째, 이는 행정기관 간 권한의 중첩이 일어나고 있는 분야에서 그 권한의 조정을 목적으로 한다는 점에서, 즉, 가장 일반적 차원에서 시사하는 바가 있을 것이다. 둘째, 통신 영역에서 국한하여 보면, 공정거래위원회와 방송통신위원회의 권한의 중첩이 일어날 수 있는 것은 결국 경쟁규제의 영역일 것이므로, 경쟁규제권한 상호간의 중첩을 조정하는 예가 공정거래위원회와 방송통신위원회의 권한 충돌문제와 무관하지 않을 것이다.

가. FTC와 DOJ의 권한의 중첩 및 문제점

(1) 반독점법 제정 및 양 기관 설립의 역사

1890년 셔먼법(Sherman Act)이 제정되어 독점과 카르텔과 같은 반경쟁적 행위를 불법으로 만들고, 법무부(Department of Justice, DOJ)가 이 법에 대한 집행권한을 가졌다. 이후 1914년 제정된 클레이튼 법(Clayton Act)에서는 반경쟁규제의 초점은 독점이 완전히 실현되기 전 잠재적 단계에서 경쟁을 심각하게 저해하거나 독점이 형성될 가능성을 사전에 차단하는데 초점을 맞추었다. 가격차별, 결합 또는 독점판매계약, 기업결합, 겸직임원회의제도 등이 그 대상이 되었으며, 이는 곧 정부의 조사 및 규제권한의 확장을 의미하였다. 같은 해, 연방거래위원회법(Federal Trade Commission Act)이 제정되어 “상거래에 영향을 미치는 불공정한 경쟁방식이나 거래행위들을 예방할 독립행정청으로서, FTC를 설치하였다. 이후 입법과 판례에 의해 위 3가지 경쟁법(셔

면법, 클레이튼법, FTC법)의 집행에 있어서 FTC의 권한은 점차 확대되어왔다. 그 후 1933년 프랭클린 루즈벨트 대통령에 의해 법무부 내에 현대적인 반경쟁국(Antitrust Division)이 설치되었다. FTC와 DOJ는 반경쟁법의 집행에 있어서 각각 특정 영역에 대한 배타적인 관할권을 갖지만, 클레이튼 법 제2, 3, 7, 8조의 집행에 관해서는 동시에 관할권을 부여받고 있다(dual jurisdiction). 이로 인해 양 기관 사이에 중복과 비효율이 발생할 가능성이 상존하게 되었다.

(2) Sherman법과 Clayton법 하의 합병에 대한 규제방식

이 중 클레이튼 법 제7조에 근거한 합병규제권한의 행사는 다음과 같은 방식으로 이루어진다. 우선 두 행정청이 진행 중인 합병이 경쟁법상 문제가 있다고 의심하면 법원에서 임시중지명령(temporary restraining order) 또는 가명령(preliminary injunction)결정을 받아서 합병의 진행을 일단 중지시키고 그 문제를 더 상세히 조사할 시간을 확보한다. 조사 결과 범위반이라고 판단되면 합병 완료 전이라면 금지시키고 합병완료 후라도 사후적으로 다시 조직분리를 명하는 (중국적) 명령판결(injunction)을 받을 수 있었다. 그러나 이러한 임시중지명령이나 가명령의 결정절차에서는 정부가 입증책임을 부담한 까닭에 적기에 이를 얻기는 매우 어려웠다.⁴⁶⁾ 즉, 합병에 대한 사전고지제도가 없는 상태에서 정부는 합병이 진행된다는 정보 자체를 얻기 위해서도 매우 적극적으로 정보를 수집해야 했으므로, 이를 인지하였다 하더라도 그 합병이 경쟁법을 위반할 가능성이 있음을 증명할 만한 자료를 수집하다 보면, 이미 합병이 상당히 진행되어 버리는 경우가 많았다. 합병이 완료된 후에는 이미 회사의 자산, 기술, 마케팅시스템, 상표 등이 대체, 이전, 판매 또는 결합된

46) 사전고지가 없는 상태에서, 그 합병의 적법성에 대한 판단을 하기 위해 필요한 데이터도 없고, 그 사건을 준비하는 데 적어도 수주가 걸리므로, 정부는 그 입증책임을 다하여 합병을 중단시키는 가명령을 얻는 데 성공할 만한 의미있는 기회를 갖지 못하였다. H.R.Rep. No. 94-1373, at 8 (1976), as reprinted in 1976 U.S.C.C.A.N.2637, 2640.

상태라서, 설령 이미 합병된 회사를 분리시킨다 하더라도 그로 인한 반경쟁적 효과를 막을 수 없는 경우가 많았다.

(3) HSR법 하의 합병규제방식의 변화

이러한 문제를 해결하기 위해 1976년 의회가 Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976("HSR Act")을 제정하였다. 동법은 합병규제를 위해 사전고지제도와 대기기간(premerger notification and waiting period)제도를 신설함으로써 정부의 입증책임 부담과 정보의 부족을 해결하고자 하였다. 즉, 동법은 계획 중인 합병의 가치가 일정 금액 이상인 경우 합병을 하고자 하는 자에게 법무부의 반경쟁국(Antitrust Division)과 FTC에게 이를 사전에 신고하고, 신고 시에 그러한 합병이 경쟁법을 위반하는지 여부를 결정하는데 필요하고 적절한 서면자료와 정보를 제출할 의무를 부과하였다. 신고 시부터 30일간의 대기기간(waiting period)이 개시되며, 그 기간 중에 위 두 경쟁규제기관들이 당해 합병의 경쟁법 위반 가능성을 찾지 못한 경우에는 그 행정청은 대기기간을 종료시키거나(조기종결, early termination) 그 시간이 흐르도록 내버려두어 당사자들이 합병을 진행시킬 수 있도록 한다. 조사 중에 위 두 기관 중 어느 하나라도 계속 조사하고자 하는 쟁점을 발견하면, 당사자들에게 추가적인 자료의 제출을 요구할 수 있다(2차 자료제출요구, second request). '2차 자료제출요구'를 받으면 대기기간의 진행이 중단되고, 행정청은 연방지방법원(District Court)에 합병을 중단시킬 가명령을 구할지 여부를 결정할 추가적인 시간을 가지게 되며, 이 합병이 클레이튼 법 제7조를 위반하였다는 소송을 제기하게 된다. HSR 법에 의한 이러한 규제구조의 변화는 Sherman 법에 근거하여 이미 완료된 합병을 다시 구조분리하는 규제방식의 이용을 줄이고, 합병이 최종화되기 전에 반경쟁적인 합병을 사전예방하는 것으로 초점을 이동시키는 것을 목적으로 하였다.

(4) 중복규제관할권의 조정방안

위에서 본 바와 같이 클레이튼 법 제7조에 근거한 합병규제권한은 FTC와 DOJ에 동시에 부여되었으나, HRS 법 제정 전 클레이튼 법에서는 이러한 관할권 중첩에 관해 아무런 언급도 없었다. 따라서 특정 사안에 대한 조사를 어느 행정청이 맡을 것인지에 대한 결정은 묵시적으로 양 기관들의 재량으로 인정되었다고 할 수 있다. HSR 법이 제정되기 전 수십년 동안 양 기관 중 누가 더 특정사안을 처리하기에 적합한가 하는 문제는 1948년 양 기관이 합의한 권한조정절차에 의해 이루어졌다. 이에 따르면, 둘 중 어느 한 행정청이 조사를 개시하기 전에 그 두 행정청들은 누가 이를 행사할지를 먼저 합의하여야 하였다.⁴⁷⁾

그러다가 HSR 법이 합병신고제도를 마련하면서, 양 기관 상호간에 관할조정합의를 고안해 낼 수 있는 일응의 틀이 만들어졌다고 할 수 있다. 다만, 이는 매우 일반적인 차원에 머물고, 관할 조정의 구체적인 지침은 제시되지 않았다. 우선, 합병의 신고가 유효하게 이루어져서 대기기간이 개시되기 위해서는 신고자가 FTC와 DOJ 양자에게 모두 신고하여야 한다. 그런데 일단 신고가 이루어진 후 '2차자료제출요구'는 둘 중 한 기관만이 하도록 규정하고 있다. 따라서 신고를 받은 두 기관이 2차자료제출요구를 할 수 있는 한 기관으로 압축되어야 하는 과정에서 필연적으로 관할의 조정이 이루어지지 않으면 않게 되었다. 다음으로, HSR 법상 합병의 사전심사에는 엄격한 시한이 적용되므로, 양 기관이 권한조정에서 시간을 많이 소요할 경우 실제로 사안을 조사할 시간이 부족하게 되어 규제권한행사에 지장을 초래하게 되었다. 마지막으로, 동법은 FTC에게 그 규정의 목적을 수행하기 위해 필요하고 적절한 기타 규정을 정할 수 있는 권한을 부여하고 있다. 그 밖에 권한조정의 세부적 기준에 대해서는 전혀 언급되어 있지 않으므로, 이 기준의 공백을 메울 임무가

47) 이 절차는 이후 1963년, 1993년, 그리고 1995년에 개선되었다고 한다.

양 기관에게 부여되어 있다고 할 수 있다.

따라서 관할권조정에 관한 합의가 좀 더 효과적이고 효율적으로 개선될 필요가 있었다. 1993년 FTC와 DOJ는 “조사권한조정절차(Clearance Procedures for Investigations)”를 정립하여 발하였다. 그 주된 기준은 문제된 상품에 대한 행정청의 ‘전문성’이었는데, 1993년의 지침에서는 어느 기관이 더 전문성을 가지고 있는가를 결정하기 위해 각 기관의 ‘(규제)경험’들 상호간의 위계 질서를 제시하였다. 그러나 이 지침 하에서는 어느 기관도 규제의 적시집행을 위해 자신의 전문영역을 양보할 유인이 크지 않았으므로, 권한조정을 신속하게 하는데 실패하였다. 결국 1995년 행정청들은 “합병사전규제제도 개선협약(Hart-Scott-Rodino Premerger Program Improvements agreement)”을 채택하여, 모든 권한조정을 합병 신고일 후 9일 이내에 종료하기로 합의하였다.

한편, 급속한 기술변화로 인해 개별 영역을 구분하던 경계가 불분명해지고, 규제완화(deregulation)조치로 인해 기업들이 다양한 구조와 활동을 전개해감에 따라, 전통적인 권한배분의 기준, 즉 각각의 상품영역의 규제에 대한 역사적 경험이라는 기준만으로는 이것이 잘 해결되지 않는 경우가 생기게 되었다. 즉, FTC와 DOJ 양 기관이 모두 관심을 갖는 중요한 경제영역에서 기존의 규제경험을 기초로 하는 권한조정합의에 기초한 권한배분방식의 실효성은 상당히 감소하게 되었다. 이로써 권한분쟁의 조정이 지연되고, 그 결과 경쟁 규제가 적시에 이루어지지 않는 등 문제가 발생하게 되었다.⁴⁸⁾

48) 2000~2002년 기간 동안 FTC와 DOJ가 정식으로 권한조정문제를 제기하여 처리한 136건의 경우 이를 해결하는 데 평균 3.5주가 걸렸고, 정식으로 권한조정문제가 제기되지 않은 164건의 경우에도 권한조정절차를 마치는데 1주일 이상 걸렸다고 한다. 이를 합해 보면, 이 기간 중 권한조정요청이 이루어진 모든 사건의 24%에 해당하는 위 300건의 사건들의 경우 평균적으로 3주 정도 지연되었다고 할 수 있다. 그러나 때로는 권한분쟁으로 인해 조사가 수개월 동안 지연되기도 하였다. 새로운 권한조정합의는 이러한 사건의 80% 이상에 대해 권한조정이 2일 이내에 완료될 수 있도록 하는 것을 목적으로 하였다.

<http://www.ftc.gov/opa/2002/03/clearance.shtm>

나. 2002년 FTC와 DOJ의 권한조정합의

이러한 규제권한행사의 지연은 필요한 규제를 지연시킴으로써 경쟁규제의 궁극적 수혜자인 소비자의 이익에 대한 침해를 방지하는 결과가 되는 동시에, 기업결합에 대한 사전심사의 경우 피규제자의 기업결합에 대한 최종결정의 시점을 지연시킴으로써 피규제자에게도 불이익한 결과를 초래하였다. 이를 해결하기 위해, 2002년 1월 FTC와 DOJ는 권한조정합의⁴⁹⁾를 체결하였다. 이 합의는 기업결합에 대한 사전심사권한의 행사뿐만 아니라 그 밖의 일부 경쟁규제권한 행사시에도 적용된다. 그 주된 목적은 권한조정에 소요되는 시간을 실질적으로 감소시킴으로써 경쟁법의 집행을 더욱 효과적으로 하는 것이었다.

(1) 2002년 권한조정합의의 법적 성질

이 합의의 법적 성질은 우선 합의의 내용 자체에서 밝히고 있는 바를 중심으로 판단하여야 할 것이다.

이러한 관점 자체에서 법률상 각 행정기관에게 법률에게 부여된 권한과 책무에는 영향을 미치지 않음을 자체적으로 명시하고 있다. 즉, 이 합의에도 불구하고 각 행정기관은 자신의 법률상 권한을 온전히 보유하며, 어떤 사안을 조사할 것인지를 독자적으로 결정할 수 있고, 그 법률상 임무를 완수하는 데 있어 어떤 제약도 받지 않는다. 이는 이 합의의 법적 성질을 잘 드러내 준다. 법률상 권한을 부여받은 행정기관들이 기관 상호간의 합의로 법률이 부여한 행정조직법상 권한에 대한 변동을 가져올 수는 없다. 다만 각 행정기관이 권한행사에 있어 법에 의해 허용되는 재량권의 한도 내에서 그 재량권을 행사하는 방식의 하나로서 다른 기관과 관할권 행사에 관한 합의를 하는 것으로

49) Memorandum of Agreement between the Federal Trade Commission and the Antitrust Division of the United States Department of Justice concerning Clearance Procedures for Investigations.

볼 수 있다.⁵⁰⁾

다음으로, 이 합의문은 개인에게 어떤 법적으로 실현할 수 있는 권리나 이익도 부여하지 않음을 명시하고 있다. 이는 행정법의 관점에서는 국가행정조직 내부의 관계이고, 행정기관 상호간의 협력적 수단의 하나로 볼 수 있다. 이에 관해서는 행정조직법정주의와의 관점에서 검토되어야 하고, 행정조직내부의 관계이지만 이것이 소비자 등으로 포착되는 국민의 공익을 위하여 피규제자인 국민에 대한 권한행사와 직결된다는 점에서 행정의 적정성과의 관계에서 문제가 없는지 검토되어야 할 것이다.

(2) 실체적 기준

2002년 권한조정합의 상 권한분배의 실체적 기준으로 아래와 같이 두 가지 유형을 두고 있다.

(가) 산업별 명시적 분배(rule approach)

권한조정의 1차적 기준은 산업별 분배이다. 동 합의서 별표 A(Appendix A)에는 산업별로 FTC와 DOJ의 권한을 배분하고 있다.⁵¹⁾ 이 산업별 유형은 그 자체로서 비교적 명확한 기준이나, 그 명확성을 높이기 위해 다음과 같은 해석의 기준들이 제시되고 있다.

- 보다 구체적인 산업유형에 관해 관할이 명시된 경우 설령 이것이 더 일반적인 산업유형에 포괄되는 하위유형으로 볼 수 있다 하더라도 그 구체적인 산업유형에 대해 명시된 대로의 관할이 적용된다(구체적 규정 우선

50) 따라서 아래 볼 합의에 따라 특정 산업분야가 FTC와 DOJ 중 어느 한 기관의 '관할권'에 속한다라는 표현은 그것이 '법적 관할권'을 의미하는 것이라면 오류에 해당한다 하겠다. 양 기관이 모두 법적 관할권을 가지고 있을 수 있기 때문이다. 따라서 아래에서 조정의 대상이 되는 '관할권'은 '관할권의 사실상의 행사'라는 의미로 사용함을 명시하여 둔다.

51) Appendix A

적용의 원칙).

- 각 산업분야가 명시된 뒤에 그 산업분야에 속하는 구체적인 업종, 상품 또는 용역이 '... 이 포함된다' 는 식으로 규정되어 있는 바, 이 경우 그 구체적인 업종 등은 당해 산업분야에 포함될 수 있는 것을 한정적으로 열거한 것이 아니고, 다만 이를 명확히 하고 예시하기 위한 것이다.

한편, 이 글의 주제와 매우 밀접한 관련이 있는 부분으로서, 특정 통신영역과 정보기술(IT)영역 간의 융합을 대비한 특별한 규정을 두고 있다. 이러한 융합이 계속될 것이라는 예측 하에, 그러한 융합으로 인해 제기되는 관할권 조정 문제를 해결하기 위해 FTC와 DOJ는 각각 2인의 대표를 임명하여 행정청 간 기구인 "융합위원회(Convergence Committee)"를 구성하고, 이 위원회

FTC	DOJ
<ol style="list-style-type: none"> 1. 기체(민간,군용항공기 기체, 헬리콥터,기체부속품) 2. 자동차 및 트럭(관련 부속품, 중개인 포함) 3. 건축자재 4. 화학약품(페인트, 플라스틱 포함) 5. 컴퓨터 하드웨어(컴퓨터소프트웨어가 하드웨어와 같이 선적되었다는 이유만으로 이 분류상 하드웨어로 분류되지 않는다. 하드웨어와 소프트웨어가 함께 문제된 사안의 경우, 조사대상인 경쟁효과가 일어날 가능성이 상대적으로 더 큰 시장을 기초로 권한배분이 이루어짐.) 6. 에너지(가스, 전기, 석탄,파이프라인, 석유, 주유소 포함) 7. 보건 (병원, 의료서비스, 의료장치, 의료도구) 8. 산업 가스 9. 군수품 10. 식품소매업 및 제조업 (주류, 담배 포함) 11. 소매점 운영 12. 제약, 생명공학(농업과 관련된 것 제외) (인체용 및 동물용 약품 포함) 13. 전문직 서비스 14. 위성 제조 및 발사, 발사대 15. 섬유 	<ol style="list-style-type: none"> 1. 농업 및 관련생명공학기술 (종자, 곡물, 가축; 농산물, 육류, 가공류, 생선, 해산물, 낙농제품; 제조제, 곰팡이제거제, 살충제, 농약; 모든 관련 생명공학기술 포함) 2. 항공전자공학, 항공학, 군수전자학 3. 맥주 4. 컴퓨터 소프트웨어 5. 화장품 및 모발제품 6. 금융서비스/보험/스톡 및 옵션/ 상품 시장 7. 평판유리 8. 건강보험, FTC가 관할권이 없다고 결정하는 건강관리 제품 및 서비스 9. 산업장비 (농업, 제조, 건축, 정련, 제공, 처리 및 동력 생산에 이용되는 고정 또는 이동용 장비 또는 기계 포함) (도로상 수송차량 배제) 10. 미디어 및 오락산업 (케이블서비스, 위성서비스, 텔레비전 및 라디오 방송, 출판, 신문, 잡지, 영화, 극장, 비디오도매매, 광고, 음악, 장난감 및 게임, 스포츠) 11. 금속, 광산, 광물 (철광 및 철강제품 포함) 12. 미사일, 탱크, 무장차량 13. 해군의 군사용제품 14. 사진 및 필름 15. 펄프, 종이, 원목 16. 전기통신서비스 및 장치 (셋톱박스, 케이블 설치 및 관련 인프라, 위성데이터 및 프로그래밍, 통신인프라, 전기통신장치 (예: 전화, 페이지, 스위치, 인터넷 백본, 전화 케이블)) 17. 여행 및 운송 (항공권, 철도, 트럭운행, 해상화물수송, 크루즈 선박, 유조선, 여행사, 컴퓨터화된 예약시스템) 18. 폐기물

에 6개월 안에 Appendix A에 대해 좀 더 명확한 규정을 추가할 임무를 부여하고 있다. 개인용 컴퓨터(PC), PDAs, 휴대용 게임기와 같이 통신이 가능한 무선장치들은 FTC의 책임에 속하는 하드웨어로 분류되지만, 전화의 경우 이것이 계산 능력을 포함하고 있는지 여부에 상관없이 DOJ의 책임에 속하는 통신영역으로 분류됨을 밝히고 있기도 하다.

마지막으로, 각 행정청은 Appendix A에 따르면 상대 행정청에 할당된 산업영역이라도, 기업결합 이외의 사안에 대해서는 권한조정을 요청할 수 있다. 다만, 그러한 경우 상대 행정청은 그 사안의 조사에 대한 1차적 거부권을 갖는다.

(나) 전문성 기준 분배(standard approach)

Appendix A의 적용으로는 해결되지 않는 사안들에 대한 권한분배는 "문제된 사안에 관련된 상품 및 조사대상쟁점에 관해 과거 7년 내에 당해 상품에 대한 실질적인 경쟁규제조사를 통해 얻은 전문성"을 그 주된 기준으로 한다. 이러한 기준은 'standard' 형태의 기준에 해당되므로, 구체적인 사안에서 해석을 통해서 적용되어야 하므로 일반적으로는 위에서 본 'rule' 형태의 기준에 비해 객관성이나 예측가능성이 떨어진다고 할 수 있다. 그러나 이 합의서에는 이러한 'standard'의 객관적 해석을 위한 여러 세부기준을 제시하고 있다.

첫째, 규제경험의 대상이 되는 '상품'에 해당될 수 있는 것을 중요도 순으로 열거하고 있다. 이를 보면 문제된 상품과 ① 동일한 상품 → ② 대체재 또는 대응가능한 상품 → ③ 문제된 상품에 대한 주요 투입요소 또는 문제된 상품으로부터 나올 수 있는 주요 산출물의 순으로 고려될 수 있다.

둘째, "실질적인 경쟁규제 조사"란 다음에 해당하는 것을 의미한다:

- 합병조사에 있어서 2차자료제출요구 및 이행강제절차가 개시되어 서면자

료가 제출되고 심사된 경우

- 동일 상품에 관련된 민사조치조사(civil conduct investigation)로서 강제 절차가 개시되고 서면심사가 이루어진 경우;
- 민사소송의 명령판결 또는 동의명령이 발해져서 아직 종료되지 않은 경우로서, 그 시기는 불문하고, 조사를 통해 그 상품에 관해 지속적인 익숙함이 인정되거나, 제안된 조사로 인해 당해 명령의 집행에 개입하게 되는 경우

셋째, 두 기관이 모두 실질적 전문성이 인정되는 경우, 민사사건형태의 경우 소송이 이루어진 경우가 소송이 제기되었으나 화해로 종료된 경우보다 우위의 경험에 해당되고, 다음으로 당해 합병이 일정한 조치가 없으면 소송의 대상이 될 것이라는 행정청의 결정에 대해 당사자들이 먼저 행동을 수정한 경우 등 단지 행정청의 의심을 선언하였던 경우, 다음으로 기타 기업결합조사, 민사적 조치를 위한 조사, 형사재판 또는 조사의 순으로 경험의 우위가 인정된다. 민사상 명령판결 또는 동의명령이 관련된 경우 그 문제는 구체적인 사안별로 고려될 것이다.

넷째, 두 행정청이 모두 실질적 전문성이 인정되지 않는 경우, 관련 당사자에 관한 행정청의 전문성이 다음과 같은 제한된 맥락에서 고려되어야 한다.

(1) 그 당사자에 대한 조사 또는 소송으로 인해 지속적인 접촉을 갖고 있는 경우, 또는 (2) 제안된 조사와 관련된 'failing firm issues'가 있는 3년 이내의 조사가 그것이다.

(다) 그 밖의 기준

위의 두 기준 - 산업별 분류와 전문성 평가에 의한 기준 - 을 적용하여도 해결하기 어려운 사안에 대한 기준을 마련하고 있다.

첫째, 복수의 상품시장이 관련된 사안의 경우, 수평적 효과가 수직적 효과나 복합적 효과보다 우선하며, 경쟁효과가 평가될 상품시장으로서 상대적으로 거래액이 큰 시장이 작은 시장보다 우선한다. 당해 상품시장이 그 산업에 대해 단지 초보적인 지식만을 가진 경쟁규제자의 관점으로 보기에 경쟁관련 우려가 없는 경우 이 상품시장은 배제된다. Appendix A에 있는 상품과 거기에 없는 상품이 함께 관련된 경우에는 A에 있는 상품을 기준으로 관할을 결정한다. 이러한 기준은 산업별 분류기준이 적용되는 경우와 전문성 평가기준이 적용되는 경우 모두에 적용된다.

둘째, 경쟁규제법(antitrust laws) 위반으로 형사상 제제가 필요하다고 판단되는 경우, FTC가 조사 중에 범죄행위가 발생하였을 개연성을 보여주는 증거가 발견된 경우, 이 사안들은 DOJ의 관할로 결정된다. 일단 DOJ가 Sherman Act의 형사적 위반이나 기타 범죄행위의 증거를 발견하지 못한 경우, 이 사안은 원래 FTC의 소관으로 결정되었던 것이거나 결정되었어야 하는 것인 경우 FTC로 이송된다.

셋째, 특정 사안에서 문제된 상거래의 전부 또는 일부가 인터넷상에서 또는 인터넷을 통해 발생한 것인지 여부는 권한조정문제에 영향을 미치지 않는다. 즉, Appendix A상의 산업분배 또는 관련된 경우에 전문성을 평가하는 경우 당해 산업의 기본 성질이 권한조정문제를 결정하게 된다. 마찬가지로, 컴퓨터 기반 또는 컴퓨터에 관련된 서비스에 관한 사안에서 그 서비스가 하드웨어를 통해 전달된 것인지 소프트웨어를 통해 전달된 것인지는 중요하지 않고, 제공된 서비스의 기본적인 성질에 의해 관할이 조정된다.

넷째, HRS법이 적용되지 않는 사안에 있어서, 한 행정기관이 조사를 진행하고 있는데 다른 기관이 원하는 조사를 개시하면 이것이 영향을 받을 가능성이 있는 경우가 있을 수 있다. 이러한 경우 행정청들은 계속 중이던 조사가 영향을 받지 않도록 할 필요가 있다.

다섯째, 이 합의서상의 절차는 FTC가 자문의견 또는 전문가의견을 내는 경우, 법무부가 업계동향(business review letters)에도 적용되어야 한다.

다. 권한조정 절차의 정립

(1) 의사소통채널의 확보

각 기관에 권한조정문제를 전담하는 직원을 지정하여 두고(이하 '전담관'이라 함), 이들의 임무는 기관 간 협력과 신속한 분쟁해결에 있으며, 각자 소속 행정청을 위한 권한조정을 달성하는 데 있지 않음을 강조하여야 한다고 하고 있다. 전담관들은 미해결현안에 대한 대화를 자주 하고, 그 절차와 지속도니는 문제들에 대해 논의하기 위해 매주 회합을 갖는다. 전담관들은 현황에 관한 주차 보고서를 작성하여, 권한조정이 신청된 사건의 현황, 각 사안의 처리에 걸린 시간, 그 해결시 적용된 기준, 및 미사안의 수 등을 담아야 한다. 그리고 분기별로 각 기관의 장, 고위 관료, 전담관, 기타 권한조정문제에 대한 책임이 있는 사람들이 모여서 이 새로운 절차가 잘 작동하는지, 그로 인한 결과가 어떠한지, 개선점이 있는지 등을 검토하여야 한다.

(2) 절차 및 시한의 이원화

절차 및 시한을 권한조정결정이 명확하게 이루어질 수 있는 사안과 그렇지 않은 경우로 이원화하여 정하고 있다. 명확한 경우에는 권한조정전담관이 기관 내 전문가(line staff)에게 판단을 요청할 필요없이 결정하도록 하여야 하고, 그 결정은 최초의 권한조정신청을 접수받은 후 48시간 내에 이루어져야 한다. 이러한 사안에 대하여는 48시간 내에 다른 기관에 의한 권한조정신청이 없으면 이는 권한조정신청을 한 행정기관의 관할로 한다.

두 기관이 모두 권한조정신청을 한 사안에 대해 행정청은 신청 후 96시간

내에 이에 대한 각자의 입장을 서면으로 상대방에게 송부한다. 이 시간 내에 이를 하지 않으면 상대방 행정청의 관할로 결정된다.

각 행정청은 상급자 1인을 지정하여 당해 권한 분쟁을 최초 신청후 144시간 이내에 해결하도록 한다. 이들이 144시간 내에 이를 해결하지 못하면, 당해 사안은 FTC와 반경쟁국 담당 법무부 부장관(Assistant Attorney General in charge of Antitrust Division)에게 이 문제를 이송한다.

이송으로부터 48시간 내에 당해 기관장들은 상대방 기관에게 이를 양보하거나, 이 권한분쟁을 중립인평가분쟁해결절차(Neutral Evaluation dispute resolution mechanism)에 회부할지 여부를 결정한다.

(3) 재판외분쟁해결절차 - 중립인평가(Neutral Evaluation)의 이용

행정청의 장이 이를 중립인평가절차에 회부하기로 결정하면, 사전에 상호 합의하에 작성하여 둔 전문가 패널(학계, 은퇴한 공직자, 또는 기타 확실있는 자)로부터 무작위로 선택된 중립인에게 시한과 함께 이를 보낸다. 이 패널에 속한 자들은 비밀보장의무, 윤리지침, 법령 및 각종 규칙의 구속을 받는다. 각 행정청은 중립인에게 자신의 입장을 서면으로 제출한다.

중립인은 48시간 내에 권고안을 내야 한다. 행정기관 중 하나가 권고안을 내기 전에 중립인에게 진술하여야 한다고 주장하는 경우, 중립인은 1시간 이하의 회의를 마련하여 각 행정청을 대표하여 참석한 단 1인의 입장표명과 토의를 거친다.

중립인이 권고안을 만들 때 고려할 수 있는 유일한 기준은 당해 특정 사안에서 어느 행정청이 효과적인 경쟁규제조사를 통해 공익을 더 효율적으로 실현할 수 있겠는가 하는 것이어야 한다. 그러므로 중립인은 이 합의서에 나타나는 고려요소들 - 각 행정청이 당해 산업, 쟁점, 관련당사자들에 관해 가지고 있는 과거의 경험 및 전문성을 포함 - 을 고려하여야 한다.

중립인은 이러한 절차와 관련된 모든 사실 - 중립인평가가 이용된 사실, 당사자들의 신분, 관련산업 및 기타 행정청으로부터 얻은 모든 정보가 법률상 제한을 포함한 비밀보장의무의 적용대상이며, 이를 당해 특정 관할분쟁에 관련된 행정공무원 이외의 자에게 어떤 방식으로건 공개해서는 안 된다.

행정청의 장이 위와 같은 방식은 명백히 비효율적인 결과를 낳을 것이라고 판단하는 경우, 그는 즉시 상대 행정청의 장에게 이를 고지하고 상호 협의하여 다른 적절한 분쟁해결절차에 합의하여야 한다. 만약 더 적절한 분쟁해결 절차를 합의해 내지 못하는 경우, 이 합의서가 적용된다.

5. 통신법 적용영역에서의 반독점법 적용여부

미국에서는 필요한 경우 관련법을 통해 정부규제산업에 대해 독점금지법의 적용을 제외하는 명시적 규정을 두기도 한다. 또 명시적인 적용배제규정이 없는 경우에도 규제의 성격상 독점금지법을 적용시키는 것이 적절하지 아니한 때에는 독점금지법의 적용을 묵시적으로 배제시키기도 한다. 나아가, 규제기관이 피규제사업자에 대한 독점금지법의 적용을 배제시킬 수 없다고 본 경우에도, 법원이 규제기관의 전문성을 존중하여 독점금지법 위반소송에서 제기된 문제들을 규제기관이 검토를 마칠 때까지 소송의 진행을 정지시키기도 한다. 이를 ‘제1차적(우선적) 관할의 원칙(Doctrine of Primary Jurisdiction)’이라고 한다.

가. Trinko 판결 이전의 법원의 입장

1996년 통신법과 독점금지법의 관계는, 주로 통신법에 따른 규제를 받고 있는 특정설비에의 접근에 대한 거절행위 등의 독점금지법상의 규제에 논의가 집중되고 있다.

1996년 통신법과 독점금지법의 관계를 특히 이론적인 측면에서 명시적으로 해석한 사안으로는, Goldwasser 사건⁵²⁾이 있다. Goldwasser 사건은 시내전화서비스의 최종사용자인 소비자⁵³⁾가 1996년 통신법에 따라 부과된 경쟁사업자(CLEC)에 대한 비차별적 거래 등 제 의무를 준수하지 않는 기존 시내전화사업자(ILEC)에 의해 피해를 받았다고 하며 ILEC를 셔먼법에 기하여 제소한 사안이다. 연방지방법원과 연방항소법원은 ① 1996년 통신법에 규정되어 있는 ILEC의 제의무는 배타적 행위가 금지되어 있는 독점자의 의무와 동일하지는 않다, ② 1996년 통신법에 위반하는 행위를 자동적으로 셔먼법 제2조의 목적에 비추어 규제되어야 할 배타적 행위로 파악하는 것은 바람직하지 않다고 하였다. 그리고 ③ 1996년 통신법에 규정되어 있는 ILEC의 제의무는 독점금지법에는 존재하지 않는 점, ④ 통신법은 독점금지법보다 훨씬 상세하고 광범한 의무를 부과하고 있다는 점 등을 지적하고 있다.

Goldwasser 사건에서의 법원의 입장은 통신법이 일반경쟁법에 우선한다는 것이다. 법원이 주목한 것은 통신법에 의해 ILEC에게 부과된 의무가 독점금지법상의 의무보다 구체적이고 광범한 적극적 의무라는 점이다(반경쟁법에는 독점사업자에게 경쟁사업자를 지원하도록 의무지우는 규정은 존재하지 않는다). 따라서 보다 구체적이고 광범한 통신법상의 의무를 준수하는 한 독점금지법을 위반하지 않은 것으로 보아야 한다는 것이 법원이 견해이다.

Goldwasser 사건 판결을 뒤이어 다수의 연방항소법원에서 다양한 판단이 제시되었다. 그 중에는 위의 Goldwasser 사건 연방항소법원 판결과는 정반대의 결론에 이른 연방항소법원도 있다.

52) Goldwasser v. American Corp., 222 F.3d 390(7th Cir. 2000).

53) 미국 독점금지법의 가장 큰 특징으로 개인소송제도의 발달을 들 수 있다. DOJ 또는 FTC를 거치지 않고도 누구나 법원에 독점금지법 위반으로 손해배상소송을 제기할 수 있다. 독점금지법 위반소송 가운데 개인소송이 전체의 약 85% 내지 90%를 차지하며, 따라서 독점금지법과 관련한 법해석 및 정책집행의 방향은 민간의 제소와 이에 대한 법원의 판결을 중심으로 운영되고 있다고 하여도 과언이 아니다.

나. Trinko 판결의 의의

미국에서의 일반경쟁법과 통신법의 관계에 관한 연방법원의 판결로서 주목할 만한 것으로는 이른바 Trinko 사건 판결이 있다. 이 사건은 시내전화망을 보유하는 Bell Atlantic⁵⁴⁾의 경쟁자인 AT&T⁵⁵⁾의 고객이, Bell Atlantic에 의한 AT&T에 대한 자기 시내전화망에의 접속지연 등의 행위는 경쟁배제를 목적으로 하는 행동으로 일반경쟁법인 셔먼법 제2조에 위반한다고 주장하며 집단소송(Class Action)을 제기한 사건이다. 연방지방법원은, CLEC인 AT&T 고객의 원고적격은 인정하였지만, (Goldwasser 사건의 항소법원 판결처럼) 독점금지법상의 청구를 받아들이지는 않았다. 제2순회구 연방항소법원은, 우선, 원고적격 부분은 지방법원과 마찬가지로 인정하고, 다음으로 본안과 관련하여 원고는 1996년 통신법 위반행위만을 주장했던 것은 아니고, 셔먼법 제2조에 근거하는 주장(‘필수설비에의 접근 거부’)도 마찬가지로 행해졌다고 하면서, 지방법원의 판결을 파기하였다.⁵⁶⁾ Trinko 사건은 연방대법원에 상고되었으며, 연방대법원은 통신법이 규정하고 있는 시내전화망에의 접속을 경쟁자에게 제공할 의무에 위반한 것은 셔먼법 위반을 구성하는 것은 아니라고 하며 연방항소법원 판결을 파기환송하였다.⁵⁷⁾

연방대법원은, 1996년 통신법이 정하는 시내전화망에의 접근을 경쟁자에게 제공할 의무에 위반한 것은 셔먼법 위반을 구성하는 것은 아니라고 하였다.

이 판결의 의의는 통신법에 의해 규율되는 사안이라면 통신법의 규율에 의해 반경쟁법의 이념이 구체적으로 오히려 더욱 적극적으로 실현될 수 있기 때문에 통신법의 적용으로 그쳐야 하며 반경쟁법을 추가적으로 적용할 필요

54) 이 사건에서 ‘기존 시내전화사업자’, 즉 Incumbent Local Exchange Carriers (ILEC)이다.

55) 이 사건에서 ‘경쟁사업자’, 즉 Competitive Local Exchange Carriers(CLEC)이다.

56) Law Offices of Curtis V. Trinko v. Bell Atlantic Corp., 305 F.3d 89(2002).

57) Verison Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398(2004). Bell Atlantic Corp.은 소송 중에 Verison Communications Inc.로 명칭을 변경하였다.

가 없다는 것이다. 즉, 반경쟁법 적용을 인정하면 원고들에게 3배 배상을 긍정하게 됨에도 불구하고 통신법만 적용함으로써 사업자에 대한 제재만 가하는 수준으로 종결함이 적정하다는 취지이다.

제 3 절 독 일

1. 개 관

가. 역사적 특징 및 규제목표

(1) 통신법의 발전과정

(가) 제1차 우편개혁

독일 통신시장은 오랜 기간을 거쳐 자유화를 추진해 왔다. 이에 따라 독일의 입법자들은 세 단계에 걸쳐 국가독점을 철폐하였다. 첫째 단계인 1989년의 1차 우편개혁에서 독일 연방우편청은 우편서비스, 통신서비스, 금융서비스로 조직을 개편하였다. 이로써 실질적으로 국가의 고권적 임무는 영업성을 띠는 기업의 임무와 분리되었고, 통신장비시장에서의 국가독점은 철폐되었으며 위성, 이동통신시장은 경쟁을 위해 개방되었다. 1989년 이전까지 통신망의 운영과 통신서비스의 제공은 국가독점의 대상이었으며, 이러한 독점권은 독일 연방우편청에 의해 담당되었다. 1단계 자유화조치로 텍스트 및 정보전송 서비스와 통신단말기의 판매가 완전히 경쟁에 개방되었고, 1992년 디지털 이동통신서비스가 도입되면서 이동통신시장에 경쟁이 도입되었다. 1993년에는 일정한 폐쇄된 집단 내에서 도이체텔레콤(DT)망을 임차하여 음성전화서비스를 제공하는 것이 자유화되었다. 그 밖에 중요한 변동은 통신서비스청구권을

위한 계속적 법 관계는 공법에 속하는 행정행위를 통해 형성되어지는 것이 아니라, 순전히 사법상의 계약에 속하게 되었다는 점이다.

(나) 제2차 우편개혁

1995년 1월 1일의 제2차 우편개혁에 의해서는 독일 우편회사, 도이체텔레콤, 독일우편은행이 생겨나게 되었다. 특히 이 과정에서 독일 기본법 제87조f가 신설되어 입법자는 통신자유화와 관련된 허가, 조성 및 경쟁을 위해 헌법상 의무를 지게 되었다. 연방은 모든 영역을 포괄하는 적절하고도 충분한 통신서비스를 보장해야 하며, 이러한 서비스는 도이체텔레콤과 그 밖의 개인서비스제공자를 통해 사경제적인 활동으로부터 이뤄져야 한다. 1996년 8월에는 유선시외음성전화를 제외한 모든 통신서비스를 위한 회선사업에 경쟁이 도입되었다. 도이체텔레콤의 광케이블사업은 위성방송과의 경쟁에 노출되었고, 국제전화사업은 ByPass와 Call Back 그리고 재판매를 통한 시장참여자에 의해 경쟁에 들어가게 되었다.

(다) 제3차 우편개혁

각 부문에서의 경쟁의 점진적 확대는 1998. 1. 1. 제3차 우편개혁을 통해 DT의 유선음성전화서비스 독점권이 철폐됨으로써 막을 내리게 되었는데, 제3차 우편개혁에서는 최종적으로 전화서비스 및 통신망을 통한 사업과 이용에 관한 국가독점이 기본법 제143조 b의 유예기간의 경과로 인해 폐지되었다. 이 단계는 통신시장의 완전자유화를 의미하는 것으로서 결국 경쟁이 질서정착상 보편화되었다는 것을 의미한다고 한다. 1996년 통신법(TKG vom 25.07.1996, BGBl. I S. 1120)상의 규정들은 이때로부터 모두 발효되었는데, 여기서 완전히 새롭게 만들어진 통신법은 동시에 분야별 특화된 유럽공동체의 통신정책에 부합하여 생겨난 것이다.

이후 1999년에 EU 집행위원회는 유럽법의 틀에 수정을 가하였다. 개정의 결과 전기통신망과 서비스에 대한 새로운 법적 틀이 형성되었고, 이것은 접속지침(2002/19/EG), 허가지침(2002/20/EG), 보편적서비스지침(2002/22/EG), 정보보호지침(2002/58/EG) 및 통합지침(2002/21/EG)으로 구성되어 있으며 이 지침들은 2002년 중순에 공표되었고, 독일의 입법자는 이렇게 마련된 법적 틀을, 현행 통신법(vom 22. Juni 2004, BGBl. I S. 1190)을 통해 국내법으로 전환하였다. 이러한 통신법의 발전을 제4차 자유화의 단계로 칭할 수 있을 것이다.

(2) 통신법상 규제의 기본특징

독일의 현행 통신법의 기본이념은 한편으로는 통신사업자의 경영자율성을 최대한 보장하면서, 다른 한편으로는 규제를 통하여 공공성을 동시에 보장하는 것이다. 따라서 외형상 일견 모순되어 보이며 긴장관계에 있는 양 정책목표의 조화로운 달성을 위해서는 일반경쟁법적 규제와는 달리 통신법 특유의 경쟁규제를 달성하기 위한 법체계의 마련이 불가피하며, 그러한 점에서 독일 통신법상의 경쟁규제체계는 일반경쟁규제와 다른 특수성을 갖고 있다.

우선 독일 통신법은 경쟁시장의 촉진을 위하여 일정한 능력을 갖춘 기업에 대하여 원칙적으로 무제한의 시장진입을 허용하고 있다. 독일 통신법의 기본 목적은 규제적 조치를 통한 통신부문의 경쟁촉진, 전 독일 내에서 적절하고 충분한 통신역무(보편적 역무)의 보장, 주과수규제 등이다. 이 목적을 달성하기 위해 독일 현행 통신법은 특정한 통신역무제공에 대한 종래의 허가제를 신고제로의 전환하였고(제6조), 그밖에 주과수의 할당, 보편적 역무의 보장, 시장지배적 통신사업자에 대한 특별한 규제 등을 규정하고 있다.

한편 독일 통신법은 유효경쟁의 촉진을 위하여 시장지배적 지위에 있는 기업인지 여부에 따라 비대칭적 규제를 하고 있으나, 역무영역별로 규제를 차

별화하지는 않고 있다. 따라서 유선사업자, 광케이블사업자, 이동전화사업자, 위성사업자 등 역무내용에 상관없이 그 규제체계는 동일하다. 다만 요금규제에 있어서는 비대칭규제를 채택하고 있다.

나. 일반경쟁규제기관

독일의 경쟁법제는 주로 경쟁제한방지법을 중심으로 하고 있는데, 이는 연혁적으로 카르텔에 대한 규제를 위한 목적으로 1923년 제정된 「경제력남용방지령(Verordnung gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung)」에서부터 비롯된다. 경제력남용방지령은 기본적으로 카르텔 제한법으로서 성격을 가지는 것으로서 출발하였고, 이후 여러차례 연혁적 변화를 거친 결과, 2차 대전 이후 독일 상황에 맞는 자유경쟁체제의 확보를 위한 법률로서 「경쟁제한방지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB)」이 1957년 제정되었다.⁵⁸⁾ 동 법은 전문 109조로 구성되어 있으며, 이 법의 집행을 위한 규제청으로 연방카르텔청이 설치되었다.

이후 경쟁제한방지법은 사회상황의 변화 및 특히 EU경쟁법과의 조화의 필요에서 7차례에 걸쳐 개정되었는데, 현행법인 제7차 개정은 「EU조약 제81조 및 제82조에 규정된 경쟁규범의 시행에 관한 규칙(Regulation Nr. 1/2003)」과 「EU 기업결합 통제규칙(Regulation Nr. 139/2004)」의 시행에 따라 경쟁제한방지법을 EU 경쟁법과 조화시키는 동시에, 시장에 있어서 경쟁의 원칙을 유지 또는 강화하기 위한 목적으로 2003년 3월부터 개정작업이 진행되어, 2005. 9. 9. 개정이 완료되었다.

다. 전문규제기관

58) 독일 경쟁제한방지법의 연혁에 관한 상세한 내용은 권오승, 『경제법』, 2005, 법문사, 118면 이하 참조.

(1) 통신시장 규제의 특수성

헌법과 유럽공동체법상의 규정의 고려 하에서 독일 통신법은 지금까지 통신영역에서의 국가독점을 자유화하기 위한 법적인 대강의 규정을 부문별로 특화하여 규율하고 있다. 따라서 과거 국가에 의해 독점되었던 영역이 이제는 기업에 의해 조달해야 하는 것으로 받아들여지게 되었다.

전통적인 독점적 시장을 경쟁시장으로 구조적으로 변화시키기 위해 필요한 규제에 대한 요청은 이미 기회의 균등과 유효경쟁이 존재하는 다른 시장에서 보다 더 강하다고 할 수 있다. 예컨대 지금까지 독점적 지위에 있었던 도이체텔레콤(주)은 통신시장의 자유화 이후에도 상당기간 동안 여전히 시장지배적 지위를 고수하고 있으며 이로써 위성통신과 전기통신서비스의 제공에서 시장지배력을 행사하고 있다. 그 결과, 배타적인 독점적 권리가 없어진 이후에도 도이체텔레콤은 시장개방이 이루어지는 초기에는 거의 100%에 가까운 시장지분을 가지고 있었다.

그 외에 신규경쟁자들에 대한 전통적 독점사업자의 경쟁상의 이점들로서 여전히 두드러진 것은, 특히 도이체텔레콤이 독일에서 4천만이 넘는 고객을 보유하고 일정지역을 커버하는 현대적인 통신망을 사용하고 있으며, 일정지역을 커버하는 임대회선공급에 대한 망인프라를 사용하고 있다는 것이다. 그 때문에 규제의 중심적인 임무는 이러한 지배적 사업자의 시장권력적 지위를 통제하고 새롭게 시장에 진입하는 기업들에게 균등한 기회의 경쟁여건을 조성하는 것이다.

이를 위해서는 당연히 경쟁제한방지법(GWB)상의 일반경쟁법을 넘어서는 도구가 필요하다. 경쟁제한방지법은 시간적으로 사후에 작동된다. 이 법에 의한 사후감독은 시장지배적 기업의 남용이 존재하는 경우에 행위를 통제하는 개입과 규정들을 정하는 것이다. 이에 반해 통신영역에서는 시장진입을 용이하게 하기 위한 일종의 사전적 방식이 요구된다. 통신법에 따르면 시장을 형

성하는 임무도 인정되어야 한다. 이로써 경쟁자를 위해 시장진입이 일단 가능하게 되어야 하고 시장지배자의 전략적 행동들이 제지당해야만 하는 것이다.

그 때문에 시장지배적 기업의 요금은 시장에 도입되기 전에 사전적으로 심사를 받아야 한다. 또한 새로운 경쟁자들은 차별적 가격형성을 통해서 뿐만 아니라, 현존하는 통신망과의 상호접속거부에 의해서도 시장으로부터 확실히 격리될 수 있다. 새로운 경쟁자들은 무엇보다 첫 단계에서 기존에 있던 인프라를 공동 사용하는 데 의존하고 있으며, 특히 시내통신배선망의 영역에서는 더 그러하다.

이와 더불어 경쟁자가 성공적으로 시장에 진입하기 위해서는 시장지배적 사업자의 중요한 재원에 접근할 수 있어야 하며, 이는 망접근에 관한 규정을 통해 가능해 진다. 이로부터 사전적 통제와 행위감독이 행해지며, 이는 통신법상 특유하게 필요한 것이다.

결국 통신법상의 규제는 통신시장의 특수성으로부터 사전적이고 형성적인 규제를 필요로 하며, 그러한 점에서 일반 경쟁법과 유효경쟁의 형성 및 촉진을 목적으로 하는 점은 동일하더라도 일반 경쟁법과 규율내용 및 범위를 달리한다.

(2) 전문규제기관의 설립

독일 통신법 제정과정을 연혁적으로 살펴보면, 일반경쟁규제와 전문경쟁규제 사이의 통일성 확보를 위해 통신시장의 경쟁규제임무도 처음에는 연방카르텔청에게 부여하여야 한다는 주장이 상당수 제기되었으나,⁵⁹⁾ 결국 이상에서 언급한 통신시장의 특수성을 고려하여 통신시장에 특수한 전문규제기관을 설치하는 방향으로 입법이 이루어졌다. 즉, 통신시장에 대한 공공성통제는 고

59) Monopolkommission, Die Telekommunikation im Wettbewerb, Sondergutachten 24, 1996, Tz. 52; Mestmäcker, FS Wolfgang Fikentscher, 1998, 557, 562 f.

권적 임무로서, 이는 현재 연방망규제청(Bundesnetzagentur)이 담당하도록 되어 있다(통신법 제116조 및 연방망규제청법 제1조).

연방망규제청은 독일연방경제기술부의 사무관할에 속하는 연방행정청으로서 이 기관은 독일통신법(TKG) 및 다른 법률의 규정에 따라 망규제청에 속한 권한과 임무를 수행함에 있어 광범위한 독립성을 갖는 독립행정청이다(연방 망규제청에 관한 법률 제1조).

2. 일반경쟁규제기관과 전문규제기관 간의 관계 일반

가. 연방망규제청과 연방카르텔청의 관계

위에서 본 바와 같이 통신시장에서 연방카르텔청과 연방망규제청이 공존하게 됨에 따라, 독일에서도 연방카르텔청과 연방망규제청의 권한이 상호 어떠한 관계에 있는가에 대하여는 법적으로 불명확성이 존재하고, 이에 대한 학술도 대립되어 있는 실정이다. 독일 통신법과 경쟁제한방지법상 많은 규정들은 유사한 목적과 기능을 수행하고 있다. 가령 독일 통신법 제16조 이하와 경쟁제한방지법 제19조 및 제20조는 모두 망개방성 내지 망접근권에 관하여 규정하고 있기 때문에, 같은 사안에 대하여 두 규제기관이 모두 권한을 발동할 수 있는 가능성을 내포하고 있다. 독일의 경우에는 특히 통신규제청의 결정에 대한 소송은 행정소송의 대상으로 행정법원의 관할인데 반하여, 연방카르텔청의 결정에 대한 소송은 민사법원관할로 되어 있기 때문에, 관할중복으로 인한 문제가 법원의 결정에서도 차이를 가져올 우려를 낳고 있다.

물론 법실제적으로는 연방카르텔청은 지금까지 통신영역에서는 자신의 권한을 매우 소극적으로 제한적으로만 사용하고 있어 관할권중복의 문제가 두드러지게 나타나고 있지는 않는 것으로 보인다. 그러나 개별적인 사안에서 법적 근거가 명확하지 않음에도 불구하고 연방카르텔청이 권한을 사용하는

예가 나타난 바가 없는 것은 아닌데, 연방카르텔청이 도이체텔레콤(DT)이 이
용자정보를 경쟁업체에게 제공함에 있어서 불공정행위를 하였다는 이유로 규
제권한을 발동하여 행정절차를 개시한 바가 있었던 것이다.⁶⁰⁾

나. 통신법과 경쟁제한방지법의 관계

통신법 및 경쟁제한방지법의 규율목적상 대략적으로, 경찰·경제·환경·
사회행정법상의 규제는 통신법이 추구하는 목적으로 이에 대한 권한은 일반
적으로 연방망규제청이 가지는 데 비해, 경쟁법상 규제는 본래 경쟁제한방지
법이 추구하는 목적으로 이에 대한 권한은 경쟁제한방지법을 통해 연방카르
텔청에게 일반적·포괄적으로 부여되어 있다. 그럼에도 불구하고 통신시장의
특수성으로 인해 통신영역에서의 경쟁규제에 대한 권한의 상당수를 통신법은
연방망규제청에 부여함으로써, 적어도 통신사업에 대한 경쟁법적 규제에 있
어서는 외형상 관할권의 중복, 충돌의 문제가 발생할 수 있게 된다.

특히, 통신법 제2조 제3항은 ‘이 법에서 배타적인 규정을 두지 아니하는 한
경쟁제한방지법이 적용될 수 있다. 연방카르텔청의 임무와 관할권은 영향받
지 아니한다’고 규정하고 있는바, 구체적인 사항별로 관할권이 어떻게 분배되
고 있는지 살필 필요가 있다.

(1) 경찰·경제·환경·사회행정법상의 규제에 대한 권한

(가) 기술규제

망의 호환성 및 안정성 유지, 망 표준화, 망시설의 안전성, 기타 사회적 위
해방지를 위한 기술규제에 대한 권한은 대부분 통신법에 근거하여 연방망규
제청에게 부여되어 있다.

60) 다만 이 사안에서 DT가 사실을 시인함으로써 절차가 종결되었다.

(나) 경제규제

통신시장에 대한 진입규제, 사업영역규제, 가격규제, 품질규제, 차별금지, 보편적 의무제공보장 등의 경제적 측면에서의 규제는 소극적인 경찰법적 측면과 적극적인 경쟁법적 측면이 병존할 수 있는 규제영역인바, 일반적으로 이에 대한 규제권한은 통신법에 의해 연방망규제청이 가지는 것으로 보이나, — 명시적이든 묵시적이든 — 시장지배력 남용행위 또는 불공정거래행위와 관련되는 경우에는 연방카르텔청의 규제권한 역시 인정될 여지가 있다.

(2) 경쟁법상의 규제에 대한 권한

(가) 시장구조규제

통신시장구조의 왜곡을 방지하기 위해 기업결합의 규제, 담합 내지 부당한 공동행위의 제한에 대한 권한은 기본적으로 경쟁제한방지법이 의도하는 목적으로 연방카르텔청에게 부여되어 있다. 다만 이러한 경우에도 규제대상행위가 통신법상의 의무와 관련되는 경우(법 제126조 이하)이거나 유효경쟁이 존재하지 않는 경우(법 제9조)에는 연방망규제청의 권한이 인정될 수 있다.

(나) 행태규제

통신시장에서의 불공정거래행위금지, 필수적 망에 대한 접근성 보장 또는 차별금지 등을 내용으로 하는 행태규제는 전형적으로 경쟁제한방지법은 물론, 유효경쟁을 촉진하고자 하는 통신법의 영역에서도 주된 규율대상영역이라고 할 것이다. 따라서 행태규제영역에서는 규제권한이 법제상으로 충돌할 수 있는 우려가 크다고 할 것인바, 가령 경쟁제한방지법 제20조가 차별금지를 규정하고 있는데 대해, 통신법 역시 접속규제와 관련하여 차별금지를 명시적으로 규정하고 있으며(법 제19조), 시장지배력 남용의 감독(경쟁제한방지법 제21조, 통신법 제42조), 부당이득 환수에 관한 권한(경쟁제한방지법 제34조, 통신법 제43조) 역시 중첩적으로 규정

되어 있다. 그러나 독일 경쟁제한방지법 위반의 경우에는 이를 연방카르텔청이 집행하는 것이 아니라 민사소송에 의해 해결하도록 하고 있기 때문에 관할 충돌의 문제가 발생하지는 않는다.

(다) 시장지배력 측정

시장지배력 측정의 목적에 따라 일반경쟁규제기관과 전문규제기관의 권한이 중첩적으로 존재한다. 일반경쟁법상 규제목적은 위해서는 연방카르텔청이 시장지배적 지위를 결정하며(경쟁제한방지법 제9조), 통신법상의 규율목적은 위해서는 연방망규제청이 시장의 유효경쟁 존재 여부를 판단한다(통신법 제9조).

다. 양 기관의 관계에 대한 일반조항의 해석 문제

(1) 독일 통신법 제2조 제3항

독일 통신법(TKG) 제2조 제3항은 “경쟁제한방지법(GWB)의 규정은 통신법의 명문규정에 의한 종국적 규제가 없는 한 적용되며, 연방카르텔청의 관할과 임무를 해하지 않는다”라고 규정하고 있다.⁶¹⁾ 따라서 통신법의 명문 규정에 의한 종국적 규제가 있다는 것의 의미가 무엇인가에 따라서 통신법과 일반경쟁법의 관계가 결정되는바, 그 해석에 대해서는 학설의 대립이 있다.⁶²⁾

(가) 통신법 우선적 관할권설

61) Die Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen bleiben, soweit nicht durch dieses Gesetz ausdrücklich abschließende Regelungen getroffen werden, anwendbar. Die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden bleiben unberührt. 이와 달리 독일 에너지법 제111조 제2항은 양 자의 관계에 대해 보다 명시적인 규정을 두고 있다.

62) Holzangel/Enaux/Nienhaus, Telekommunikationsrecht, 2판, 2006, 55-57면 참조. 이에 대한 국내문헌으로는 이원우, 통신시장에 대한 공법적 규제의 구조와 문제점, 행정법연구 제11호, 2004, 75면 이하; 이원우·조성규, “독일 통신시장에 있어서 전문통신규제기관과 일반경쟁규제기관의 관계”, 이원우 편, 『정보통신법연구 1』, 2008, 534면 이하 참조.

통신법의 우선적 관할권설은 입법자의 의사⁶³⁾와 목적론적 해석에 의해 통신법상 전문규제가 일반경쟁법에 대해 특별법적 지위를 갖는다고 본다. 이에 따르면 통신법 제2조 제3항의 문언 해석을 통해서 보건대 통신법에 특정한 의무가 보다 상세히 규율되어 있는 경우에는 제2조 제3항의 특별법 취지에 따라서 통신법의 적용이 우선한다고 해석해야 하고, 다만 특별한 규정이 없는 경우에 한해 보충적으로 경쟁제한방지법이 적용될 수 있는 것으로 보는 것이다.⁶⁴⁾

(나) 병존적 관할권설

반면 이에 대해서는 연방카르텔청과 연방망규제청의 병존적 관할권을 인정하는 병존적 관할권 인정설이 있다. 이는 통신법 제123조가 연방망규제청과 연방카르텔청의 상호 협력권을 규정하고 있으므로 그에 비추어 볼 때 연방카르텔청 역시 통신시장에서 규제권한을 가진다는 것이다. 다만 병존적 관할권 인정설 내에서도 양 기관 간의 모순된 결정의 가능성을 배제하기 위하여 연방망규제청이 일정한 사안에 대하여 결정을 내린 경우에는 행정행위로서 구성요건적 효력 내지 구속력을 인정하여 연방카르텔청이 이에 구속되는 것으로 이해하는 견해도 있다고 한다.⁶⁵⁾

(다) 소결

살피건대 독일 문헌에 따르면 독일 통신법 제2조 제3항의 해석만을 놓고 볼 때는 통신시장에 대한 연방카르텔청의 권한이 명시적으로 배제된다고 해석할 수는 없고, 따라서 통신법 전체가 경쟁제한방지법에 대해 일반법으로서의 의미를 가진다고 보고 있지는 않은 것으로 보인다.⁶⁶⁾ 즉, 통신법이 특별법

63) 입법이유서 참조. Begründung zum Entwurf des TKG, BT-Drs. 13-3609, 36면.

64) Holznapel/Enaux/Nienhaus, 위의 책, 갯번호 136.

65) 이원우·조성규(2008), 535면 이하 참조.

66) Säcker, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, 2006, S. 17-23.

으로서 경쟁제한방지법을 배제하는 지위를 가진다고는 볼 수 없고, 나아가 만약 통신법에 특별한 규정이 없는 경우에는 경쟁제한방지법을 적용하여 경쟁규제를 할 수 있는 것으로 볼 수 있다.⁶⁷⁾ 그러나 만약 통신법에서 개별 구체적인 조항이 있고 그 조항이 우선적 지위를 가지는 조항으로 해석될 수 있다면, 즉 독일 통신법 제21조 이하의 규정에 따른 접속의무에 관한 사전규제와 이와 연관된 제30조에서 37조까지의 요금규제 및 제38조, 39조 및 28조에 따른 시장지배적 사업자의 남용행위와 관련된 사후요금규제와 최종소비자에 대한 요금규제, 제38조, 39조 및 28조에 따른 시장지배적 사업자의 남용행위와 관련된 제42조에 따른 특별 남용감독 등이 적용되는 경우에는 경쟁제한방지법 제19조와 20조의 일반적 남용감독이 적용될 여지는 없고, 따라서 연방카르텔청이 다시 경쟁제한방지법 조항에 문의하여 판단할 수는 없다고 해석하는 것으로 보인다.⁶⁸⁾

그런데 이러한 일반 조항의 불분명함에도 불구하고 실제 독일에서 통신시장에 대한 경쟁규제는 거의 대부분 망규제청에 의해서 이루어지고 있는 것은 다음 3.에서 보게 될 경쟁상황평가를 기반으로 설계된 경쟁규제 구조 때문이다.

라. 양 기관의 협력 절차

(1) 연방망규제청이 규제의 주체인 경우

독일 통신법 제123조는 ‘통신법 제10조, 11조, 61조 제3항, 62조 제2항 3문을 집행할 경우, 규제청은 연방카르텔청과 합의하여(in agreement with) 결

307-309; Trute/Spoerr/Bosch, Telekommunikationsgesetz mit FTEG, Kommentar, §2, Rn. 26 ff.; Paulweber, Regulierungszuständigkeiten in der Telekommunikation, 1999.

67) 다만 독일의 경우 불공정행위에 대해서는 연방카르텔청이 관할권을 가지는 것이 아니고 직접 법원이 그 위법 여부를 심사한다.

68) 이에 대해서는 확립된 견해가 없다고 보는 견해도 있다. 보다 자세히는 Enaux, Effiziente Marktregulierung in der Telekommunikation, 2004, 206면 이하 참조.

정하여야 한다.'고 규정하고 있는바, 각 규정의 내용은 다음과 같다.

- ① 제10조 시장획정
- ② 제11조 시장분석
- ③ 제61조 제3항 주파수 배분과정에서 공정경쟁을 저해할 입찰자를 배제하는 결정
- ④ 제62조 제2항 3문 주파수 거래제도의 기본조건과 절차가 관련 상품시장과 지리적 시장에서의 경쟁왜곡이 일어나지 않도록 할 것

연방망규제청은 통신법 제2장, 제2절-5절에 따른 결정을 내릴 때, 연방카르텔청에게 그 사건이 종료되기 전 상당한 시점에 그 견해를 밝힐 기회를 주어야 하는데, 각 규정의 내용은 다음과 같다.

제2장 Market Regulation 시장규제

제2절 접속규제

제3절 요금규제

제4절 기타 의무 (사전선택제 등)

제5절 현저한 시장지배력을 가진 기업의 반경쟁적 활동에 대한 남용 통제

(2) 연방카르텔청이 규제의 주체인 경우

연방카르텔청이 통신영역에서 경쟁제한방지법 제19조, 20조 제1항 및 제2항, 유럽공동체법 제82조, 경쟁제한방지법 제40조 제2항을 집행할 수 있다. 그러나 전문규제기관에 그 사건이 종료되기 전 상당한 시점에 그 견해를 밝힐 기회를 주어야 한다. 양 기관은 통신법을 통일되게 해석하도록 협력하여야 하며, 경쟁법과 일관되도록 해석하여야 한다. 양 기관은 그들 각각의 기능

행사에 대해 중요할 수 있는 모든 관찰이나 발견사항들을 상호 고지해 주어야 한다. 주요 조문의 내용은 다음과 같다.

경쟁법 제19조 시장지배적 지위의 남용 규제의 근거 조문이다.

경쟁법 제20조 차별 금지, 부당한 방해 금지

(1) 지배적인 기업들, 제2, 3, 28(1)조의 규정에 해당하는 경쟁적 기업들의 단체 및 제 28(2)(농산품의 분류, 표시, 포장가격의 고정) 또는 30(1)(신문, 잡비 가격 고정)에 따라 소매가격을 설정하는 기업들은 직접 또는 간접적으로 다른 기업이 그와 유사한 기업들이 통상 종사하는 사업활동에 종사하는 것을 방해해서는 안 되며, 다른 기업을 객관적인 정당한 사유없이 유사한 기업들과 달리 취급해서는 안된다.

(2) 제1문은 또한 특정 유형의 재화 또는 용역의 공급자 또는 구매자들이 다른 기업을 통해 이를 할 수 있는 충분하고 합리적인 가능성이 없을 정도로 특정 기업들 및 기업협회에 의존하는 경우, 그러한 특정 기업들 또는 기업협회에 대해서도 적용된다. 어떤 구매자가 통상적인 거래상 할인 또는 기타 보상에 더하여 유사한 구매자들에게는 부여되지 않는 특별한 혜택을 받는 경우, 특정 유형의 재화 또는 용역의 공급자가 이러한 구매자에게 의존하고 있다고 간주된다.

경쟁법 40(2) 본 조사절차에서, 연방카르텔청은 그 소유 집중이 금지되는 것인지, 허용되는 것인지 결정을 내려야 한다.

(3) 연방망규제청과 연방카르텔청 간의 협력에 관한 절차 규정

시장획정 및 시장분석에 의하여 규제가 필요한 것으로 판단된 시장에 대해

서는 연방망규제청이 규제권한을 행사하게 되나, 연방망규제청은 개별 구체적 처분을 내릴 경우에 연방카르텔청으로 하여금 적시에 의견을 표명할 수 있는 기회를 부여하도록 하고 있다. 연방카르텔청 또한 경쟁제한방지법 제19조, 제20조 제1항 및 제2항에 따른 절차를 진행할 경우에 연방망규제청으로 하여금 의견을 표명할 기회를 부여하여야 한다(통신법 제123조). 이처럼 독일 통신법상 두 기관은 경쟁제한방지법과 통신법의 통일적인 해석·적용을 위하여 상호 협력하여야 할 의무를 지고, 구체적인 협력을 위하여 양 기관에 대해서는 상호 간에 통보의무를 부여하고 있다(통신법 제82조).

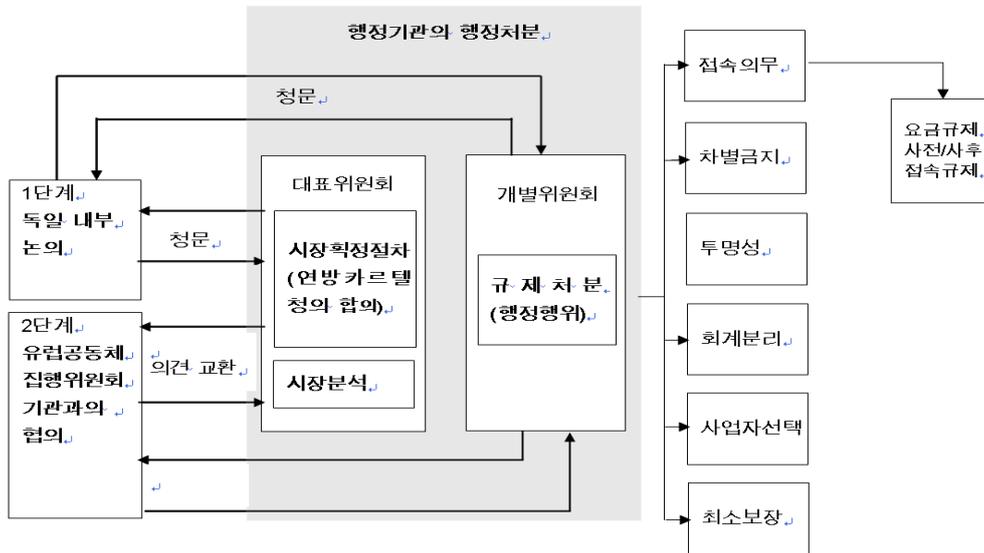
3. 독일 통신법상 개별 쟁점별 경쟁규제의 현황

가. 경쟁상황평가에 기반을 둔 규제체계

이하 [그림 1]은 독일 통신법에서 망규제청의 권한 행사의 대전제가 전문규제기관의 독자적 규제필요성에서 출발한다는 점을 잘 보여준다. 즉, 현재까지 이뤄진 논의의 대전제는 일반경쟁규제기관만에 의해 시장규제가 충분하다고 할만큼 시장질서가 확립된 상태에 이르지 못하는 시장상황에서 전문규제기관이 사전·사후규제의 방법으로 그 기능을 수행하는 상황을 놓고 이야기하는 것이므로, 우선 시장확정단계에서 그 시장이 전문규제기관에 의한 규제가 필요한 상황인지를 미리 정하도록 한다는 것이다(통신법 제10조 제1항 제1문). 이에 의하면 시장진입에 대한 제한이 있는지, 해당 시장이 경쟁적 경향을 보여주고 있지는 않은지, 일반 경쟁법만으로 시장실패를 저지하기에 충분하지 않은지의 세 가지 기준에 비추어 해당 시장을 평가하게 되는데, 특히 하나 혹은 하나 이상의 기업이 시장에서 현저한 시장지배력을 가지고 있다면 이 경우 유효경쟁은 존재하지 않는 것으로 보게 된다. 그리고 그러한 시장확장과 시장분석의 결과 더 이상 유효경쟁이 확보되어 전문규제의 필요성이 없

다고 하면 그 시장에 대해서는 더 이상 통신법상 전문규제기관에 의해 이뤄지는 특별한 규제가 적용되지 않게 되는 것이다. 이는 경쟁상황평가와 규제 체계 결정과의 강한 견련성을 인정한 EU 지침을 독일적 상황에 맞게 전환한 것으로서, 이러한 시장확정 및 시장분석 절차에 대해서는 연방카르텔청이 합의권을 가지므로(법 제123조 제1항 참조) 전문규제가 필요한지 여부를 결정하는 단계에서 양 기관 간의 협력이 이루어지게 된다.

[그림 1] 독일 통신법상 경쟁규제의 체계



결국 이와 같은 절차를 거쳐서 전문규제기관의 규제가 필요한 시장으로 확정될 경우 이에 대해서는 통신법상의 규율이 적용되게 되고, 그에 따라 전문 규제기관인 연방망규제청은 통신법이 부여한 권한으로부터 행정행위로서 개별처분을 부과하게 된다. 그러므로 우리와 마찬가지로 독일 통신법상의 개별 규제조치에 관한 조항과 경쟁제한방지법 제19조 이하의 조항도 중복적으로 적용될 여지가 없는 것은 아니나, 전문규제가 필요한 시장으로 인정된 이상

연방망규제청의 구체적인 처분에 대해서 연방카르텔청이 이의를 제기하여 중복규제를 하려 한 사례는 현재까지 한 차례도 없었던 것이다.⁶⁹⁾ 반면에 만약 더 이상 규제의 필요성이 없는 시장임이 확정된 경우에는 이에 대해서 통신법의 적용 여지는 없고, 경쟁제한방지법 제19조 제4항 제4호 이하와 같은 일반경쟁규제 조항이 적용되어 연방카르텔청이 규제관할권을 갖게 되는 것이다.

연방행정법원 또한 연방망규제청이 시장획정 및 분석절차에 의하여 규제가 필요한 것으로 정한 시장에 한하여 통신법상의 규제가 적용된다고 하고, 통신법상의 규제가 필요한 것으로 인정된 시장에 대해서는 연방망규제청이 규제적 조치를 취할 수 있으며, 특히 통신법 제42조에 따른 현저한 시장지배력을 가진 기업의 남용 행위 규제는 경쟁제한방지법 제19조 제4항 제4호와 비교할 때 특별법으로서의 지위를 가지므로, 특정 행위가 통신법 제42조에 의해 금지된 것이 아닌 것으로 해석되는 한, 그것이 경쟁제한방지법 제19조 제4항 제4호에 의한 남용적 행위로 인정될 가능성은 배제된다고 한 바 있다.⁷⁰⁾

나. 통신법에 의한 연방망규제청의 개별 규제권한 : 요금규제에 대해서는 망규제청이 관할권을 가진다.

앞서 본 바와 같이 시장획정 및 시장분석에 의해 규제가 필요한 것으로 인정된 시장에 대해서는 통신법에 의해 연방망규제청이 광범한 규제권한을 가진다. 즉, 연방망규제청은 통신법 제16조 이하의 규정에 의해 망 접속에 규제권한을 가지고, 통신법 제30조 내지 제38조까지의 규정에 의해 요금규제에 대한 규제권한을 가지며, 이용자보호에 대해서는 통신법 제43조a 이하의 규정에 의해 규제권한을 보유한다.

69) 이는 필자가 연방망규제청과 연방카르텔청을 방문하여 담당자를 인터뷰하여 확인한 바이다.

70) BVerwG 2007. 9. 19. 일자 결정 - 6 C 34.06; BVerwG 2007. 4. 18. 일자 결정 - 6 C 21. 06.

나아가 접속규제 및 요금규제 권한에 따른 망규제청의 권한행사가 적용되지 않는 경우에도, 연방망규제청이 현저한 시장지배력을 가진 기업의 남용행위에 대해서는 감독권을 가지므로 그러한 남용행위에 대해 연방망규제청은 일정한 의무 부과, 금지 또는 계약의 무효선언을 할 수 있는 권한을 가진다(법 제42조).

다. 기업결합 규제: 기업결합 규제에 대해서는 연방카르텔청이 관할권을 가진다.

독일법상 통신시장에서 기업결합의 심사에 대해서는 우리 통신법과 달리 연방카르텔청이 규제관할권을 가진다. 즉, 연방카르텔청은 경쟁제한방지법 제48조 제2항에 의해 같은 법 제37조에 따른 모든 종류의 기업인수합병에 대해서 관할권을 가지며, 이 때 인수합병과 관련된 시장의 종류를 구분하지 않으므로 통신시장에 대해서도 인수합병에 대한 규제관할을 연방카르텔청이 가지게 되는 것이다.⁷¹⁾ 이는 방송시장에서의 기업결합에 대해서도 마찬가지이나, 다만 방송시장의 경우에는 방송시장의 특수성 때문에 인수합병시에 미디어집중심사위원회(KEK, Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich)의 허가 또다른 인수합병의 요건으로 삼고 있다. 이는 방송시장의 경우 전문적 판단의 필요성을 긍정한 입법례로 이해할 수 있을 것이다.

한편 기업결합의 허용 여부에 대한 구체적 판단과 관련하여서는, 유럽연합의 회원국으로서 독일의 독자적인 판단기준이 형성될 여지는 더 이상 크지 않고, 유럽공동체 집행위원회의 판단이 기업결합에 대한 판단의 지침을 제공해 주게 되는데, 연방카르텔청은 유럽공동체조약 제81·82조에서 정한 경쟁법적 규율을 집행하는 기능을 담당하게 된다. 그리고 기업결합의 규모가 소

71) 다만 기업결합에 따라 주파수사용허가가 이전되는 경우에는 연방망규제청의 인가가 필요하다.

위 '공동체 규모'에 해당하는 기업결합에 대해서는 유럽집행위원회가 합병규칙(Merger Regulation 4064/89 amended by 139/2004)에 따라 원칙적으로 배타적으로 심사권한을 행사한다.⁷²⁾

라. 독일법상 필수설비론의 현황

경쟁법 이론으로서 이른바 필수설비이론은 미국에서의 퇴조와 대비되게 유럽에서는 여전히 그 적용가능성이 인정되고 있다. 유럽공동체 조약 제82조(b) 이하 및 독일 경쟁제한방지법 제19조 제4항 제3호에서는 필수설비론을 수용하고 있으며, 독일 경쟁제한방지법 제19조 제1항 제4호는 '시장지배적사업자의 남용행위'에 대해서 규율하면서 필수설비법리에 기반한 '망 및 인프라시설'에 대한 접근거절유형을 남용행위의 일 유형으로서 인정하고 있는 점이 특징적이다.

그러나 이러한 필수설비이론은 통신법 영역의 구체적인 규율에서 통신법의 구체적 규정과 별개로 독자적인 의미를 획득하고 있다고 보기는 어려운 것으로 생각된다. 가령 유럽공동체의 진입규제지침(Zugangsrichtlinie)은 필수설비이론의 함의를 통신시장에서 적극적으로 반영한 지침이고, 독일 통신법은 지침을 적극적으로 전환하여 제2절에서 필수설비에 대한 접속보장 등에 관한 규정을 구체적으로 두고 있기 때문이다. 따라서 이러한 점에 비추어 볼 때 통신법상의 구체적인 규정이 존재함에도 불구하고 따로 경쟁제한방지법의 추상적인 규정을 적용하여 통신망 중 무엇을 필수설비로 볼 것인지를 정하기도

72) 이호영, "기간통신사업자에 대한 기업결합규제 관할권 - 경쟁당국과 산업별 규제기관의 관계를 중심으로", 한양대학교 로포럼 발표문(필자소장). 참고로 최근에 논란이 된 SK텔레콤과 하나로텔레콤 간의 혼합기업결합과 관련하여 볼 때 유럽연합은 여전히 혼합형 기업결합에 대한 규제 가능성을 인정하고 있으며, 혼합형 기업결합의 경쟁제한성 판단 기준에 관해서는 2007. 11. 28. 발표된 '비수평 기업결합 가이드라인'(Non-horizontal Merger Guideline)이 그에 대한 기준을 제시하고 있다. 이에 의하면 혼합결합으로 인해 발생하는 이른바 봉쇄효과가 발생하였는지를 심사할 필요가 있는데, 그 심사기준으로는 봉쇄능력, 봉쇄의 유인의 존재 여부, 가격과 선택에 대한 전반적인 예상 효과에 대한 평가가 기준으로서 제시된다. 가이드라인 제93항 참조.

힘들 뿐만 아니라, 경쟁제한방지법에 의한 시장지배적 사업자와 통신법상의 현저한 지배력을 가진 사업자의 개념 또한 반드시 일치하는 것이 아니므로, 통신법에 따른 구체적 규정을 제쳐두고 경쟁제한방지법에 의한 필수설비이론을 적용할 여지는 없다고 보아야 할 것이다. 즉, 망 접근과 관련하여서는 특히 통신법에서 시장지배적 사업자가 경쟁자에게 해당 시장에 제공되는 통신역무에 대해, 그것이 사업행위를 위하여 본질적인 경우에는 비차별적인 접근을 정당한 조건 하에서 허용하도록 하고 있으며, 접근에 필요한 것 이상의 조건을 부과할 수는 없도록 하고 있는가 하면, 관련당사자 사이에 접속에 관한 합의가 이루어지지 않는 경우에 망규제청이 이에 개입할 수 있는 권한을 인정하고 있다.

4. 총괄

이상에서 독일법 체계가 주는 시사점은 전문규제기관의 기능이 왜 필요한 것인가를 시장획정 및 시장분석 단계에서 정하고, 그 기능을 인정할 경우에는 일차적으로 연방망규제청으로 하여금 해당 통신시장에서의 규제권한을 존중하고 있다. 세부적으로 전문규제적 속성이 강한 현저한 시장지배력을 가진 사업자의 남용행위 규제, 요금 규제 등에 대해서는 연방망규제청이 그 관할권을 가지고, 기업결합에 대해서는 연방카르텔청이 그 규제관할권을 가지고 있다. 다만 이 각각의 경우에 전문규제기관과 일반경쟁규제기관 간에는 상호 긴밀한 협력절차가 마련되어 있다.

제 5 장 결 론

제 1 절 중복규제 해소를 위한 일반적인 방법론

1. 현행법령의 해석론

가. 일반법과 특별법 관계 이론 적용

(1) 일반론

두 개의 상이한 법률의 적용범위가 중첩되는 경우 실체법적 차원에서 크게 두 가지 해결방안이 존재한다. 하나는 양 법률을 대등하게 파악하여 병행 적용하는 것이고, 다른 하나는 특별법 일반법 관계로 파악하여 특별법을 적용하는 것이다. 이 경우에도 다시 두 가지의 상황이 존재하는바, 특별법의 적용에 의해 일반법을 배제하는 경우와 특별법을 우선 적용하되 특별법에 적절한 규정이 없을 때 일반법을 보충적으로 적용하는 경우이다.

(2) 전기통신사업법과 독점규제법의 관계

(가) 통신영역에서의 특별법으로서의 전기통신사업법

독점규제법 제23조에 규정된 불공정거래행위와 전기통신사업법 제36조의 3에 규정된 금지행위는 일반법과 특별법 관계에 있다. 전기통신사업법상 금지행위 5가지 유형은 독점규제법상 불공정거래행위가 전기통신사업이라는 특정한 산업부문에서 발생할 수 있는 경우, 즉 전기통신사업에 특유한 불공정행위를 규정한 것이다. 이러한 전기통신사업 분야의 특수한 불공정거래행위들

에 대한 규제에는 전기통신사업에 대한 전문적 지식, 특히 기술적 내지 공학적 지식이 전제되어야 하고, 전기통신서비스라는 역무의 특수성에 대한 고려가 전제되어야 하기 때문에, 일반경쟁규제기관인 공정거래위원회보다는 전문 규제기관인 방송통신위원회가 그 규제임무를 수행하는 것이 합목적적이라는 입법자의 의사가 반영된 것이라 하겠다.

독점규제법에 따라 불공정행위에 대한 규제권한이 공정거래위원회에 부여되어 있음에도 불구하고, 전기통신사업법이 별도의 불공정행위 유형에 대해서 방송통신위원회에게 규제권한을 부여하고 있는 것은, 통신 영역을 규제하는 데 사용되는 통제의 척도(Kontrollmaßstäbe)가 일반적인 경우와 다르고, 따라서 그 임무도 일반경쟁규제기관과 다른 별도의 전문규제기관에게 배분하는 것이 타당하기 때문이다.

따라서 특별법 우선의 원칙에 따라 전기통신사업법상 불공정행위에 대해서는 동법이 독점규제법에 우선하여 적용되고, 그 규제권한은 방송통신위원회가 행사하는 것이 타당하다. 이 경우 공정거래위원회는 일반법인 독점규제법상 권한을 주장할 수 없다.

(나) 독점규제법의 보충적 적용가능성 여부

규제관할권이 문제되는 두 번째 상황은 통신법의 적용 영역에 해당되지만 통신법에 명문의 규정이 존재하지 아니하는 경우에 일반경쟁법의 규정을 적용할 수 있는지 여부이다. 이는 특별법이 일반법을 완전히 배제하는지 아니면 일반법이 보충적으로 적용되는지 문제라 하겠다. 독일 개정통신법 제2조 제3항과 같이 명시적으로 이를 해결할 수도 있으나, 우리나라 현행 법체계 하에서는 해석에 의해 결정될 수밖에 없다. 일반적으로 말한다면, 특별법이 일반법을 완전히 배제하는 것으로 인정되기 위해서는 명문의 적용제외규정이 있거나, 당해 특별법이 하나의 독자적인 체계로서 확고하게 인정받을 수 있

을 만큼 정비된 법률규정을 구비하고 있고, 당해 영역에 관한 법리가 정립되어 있어서 일반법에 의존함이 없이 특별법의 규정에 법리에 관한 해석만으로 완결된 법집행이 가능할 정도로 발전되어 있어야 할 것이다.

현행 전기통신사업법에는 독점규제법의 적용을 완전히 배제하는 취지의 명문의 규정은 존재하지 아니한다. 그렇다면 전기통신사업법 자체만으로 완결된 체계를 갖추고 있으며 그에 관한 법리도 정립되어 있다고 할 수 있는지 문제되는데, 독점규제법과의 관계에서는 그렇다고 볼 수 있다. 즉, 전기통신사업법은 위 제3장에서 논의한 바에 의할 때 충돌되는 규제 영역에 대하여 법 및 법 시행령에 그 집행에 필요한 내용을 완비하고 있으며, 독점규제법의 규정을 원용하거나 준용할 필요가 없기 때문이다.

다만, 완결성에 대한 평가는 논자에 따라 달리 볼 여지가 있는 것이니 만큼 제6장에서 살피는 바와 같이, 명확히 배제조항을 입론함이 타당할 것으로 사료된다.

(다) 특별법 규정의 합리적 해석을 통한 범명제의 적용

특별법 우선의 원칙은 특별법의 명문규정만을 의미하는 것이 아니라 특별법 규정의 합리적 해석상 도출되는 범 명제에 대하여도 적용된다. 이는 통신관련법령의 해석상 허용되는 행위에 관하여 독점규제법을 적용하여 금지할 수 있는지와 관련하여 문제된다.

실제로 통신사업자들 간의 요금카르텔과 관련하여 공정거래위원회가 강력한 제재조치를 취한바 있는데, 여기서 통신사업자들 간의 요금 관련 합의과정에 구 정보통신부의 행정지도가 존재하였다는 논란이 있었는바, 실제로 그와 같은 행정지도가 존재하였다면 그 경우에 독점규제법은 적용 배제되고 통신법에 의하여 허용된 행위로 보아야 한다. 그 근거의 핵심적 내용으로, 특별법의 해석상 도출되는 범명제가 허용하고 있다면, 이는 특별법우선의 원칙상

허용되는 것으로 봄이 타당하다는 것을 들 수 있다.

이는 다음 항에서 살피는 바와 같이, 독점규제법 제58조에 대한 해석과 관련하여, 다른 법률에 의거한 정당한 행위에 대하여 공정거래위원회에서 독점규제법의 기준으로 재차 심사할 수 없다는 결론과 일맥상통하는 것이다.

(3) 소결론

따라서 전기통신사업법과 독점규제법의 규정상 중복 가능성이 있는 부분에 대해서는 특별법 우선적용의 원칙에 의거하여 해결함이 타당하다.

나. 독점규제법 제58조의 해석론

(1) 현황 및 문제점

과거 국가독점이던 통신사업이 민영화됨에 따라 경쟁원리가 도입되고, 그 결과 일반경쟁규제기관에 의한 규제 필요성이 대두되지만, 공익을 기반으로 하는 전문규제기관에 의한 경쟁제한적 성격의 규제는 여전히 존치되고 있고, 나아가 방송·통신 융합의 가속화로 인하여 규제의 복잡성이 심화되는 상황에서, 조화로운 해결을 위해서는 일정한 경우 독점규제법의 적용을 배제할 필요가 있다.

전기통신사업법, 방송법, 인터넷멀티미디어법 등에 독점규제법의 적용제외가 명시적으로 규정된 경우는 없으나, 독점규제법에 규정된 포괄적이고 일반적인 성격의 적용제외조항을 활용하는 방법으로 최대한 합리적인 해결을 모색할 필요가 있다.

(2) 법률상의 근거, 사례, 판례

(가) 법조문

【법령에 따른 정당한 행위】

이 법의 규정은 사업자 또는 사업자단체가 다른 법률 또는 그 법률에 의한 명령에 따라 행하는 정당한 행위에 대하여는 이를 적용하지 아니한다.

(나) 판례

공정거래위원회의 시정조치 등에 대하여 제기된 행정소송에서, 독점규제법 제58조에 따른 정당한 행위를 명시적으로 인정한 판결은 아직 없다. 다만, 한국전기통신공사의 물품구매계약 관련 민사소송판결에서, 통신기자재납품계약 중 정산감가조건부개산계약조항이 정부투자기관관리기본법 및 동법시행령과 이에 근거를 둔 정부투자기관회계규정에 의한 정당한 행위로서 독점규제법의 적용제외가 인정된 적이 있다(서울고등법원 1998. 12. 3. 선고 97나34497판결).

한편, 위 조항의 의미에 대한 일관된 법원의 판시는 다음과 같다: 위 조항에서 말하는 법률은 당해 사업의 특수성으로 경쟁제한이 합리적이라고 인정되는 사업 또는 인가제 등에 의하여 사업자의 독점적 지위가 보장되는 반면 공공성의 관점에서 고도의 공적규제가 필요한 사업 등에 있어서 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률 또는 그 법률에 의한 명령의 범위 내에서 행하는 필요최소한의 행위를 말한다(대법원 1997. 5. 16. 선고 96누150 판결 등).

(다) 해석론

위 조항은 구법 제47조를 개정한 것인데, 구법은 일본의 구 사적독점의금지및공정의거래확보에관한법률(이하 ‘독점금지법’이라 함) 제22조와 동일하게 ‘특별한 법률’의 규정이 있는 경우 배제한다고 규정하고 있었다. 따라서 독점규제법의 적용이 배제되는 범위를 정하는 특별한 법률이 제정되었어야 하나,

결국 제정되지 않았다. 반면에, 일본은 구 독점금지법 시행 당시 사적독점의 금지및공정거래의 확보에 관한 법률의 적용제외등에 관한 법률(이하 ‘적용제외법’이라 함)을 제정하여 구체적 법률들을 열거, 지정하였다. 결국 현행 위 조항의 운용에 있어서 그 범위의 불명확성이 남아 있는바, 이에 적절한 해석이 요청된다. 즉, “정당한 행위”에 대한 해석에 있어서 다음과 같은 견해대립이 있다.

①설 : 관련 개별 법률 자체의 목적이나 이념에 의해 판단해야 한다는 견해로서 이는 당해 사업법에 의해 정당한 것으로 인정되는 행위에 대해서는 더 이상 반공익성 유무를 문제 삼지 않는다는 취지인바, 이로써 위 조항은 창설적 적용제외 규정의 의미로 해석된다.

②설 : 독점규제법의 관점에서 경쟁을 제한하여야 할 합리적인 이유가 있는 경우에 한한다는 견해로서, 그 근거로는 독점규제법은 우리나라 경제질서의 기본법이므로 그 실효성을 확보하고 사명을 다하기 위해서는 모든 거래에 일반적으로 적용되어야 함을 들고 있다⁷³⁾. 그런데 이 견해에 의할 경우 위 조항은 확인적 규정에 불과하게 된다. 이 견해와 같은 입장에 서는 것으로 볼 수 있는 입장으로, 주무관청의 허가나 인가가 있었다라도 법 제58조의 법령에 따른 정당한 행위임이 자동적으로 인정되는 것은 아니라는 주장이 있다.

(3) 정 리

본 조항은 일정한 경우 독점규제법의 적용을 배제함을 명확화하기 위해 의도적으로 고안된 것인 점에서, 확인적 규정으로 보는 것은 입법취지에 맞지

73) 권오승, 『경제법』, 법문사, 2004, 152-153면 참고.

않는다.

또한 판례에서 명시한 ‘자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하는 법령 내의 필요최소한의 행위’라는 것도 독점규제법의 잣대를 다시 거쳐야 함을 의미한다고 보이지 않는다. 위 ‘필요최소한의 행위’라는 것은 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙을 재천명한 것으로 볼 수 있는바, 헌법 제37조 제2항에 위반하는 법률은 위헌으로 해당 절차에 따라 폐기되어야 하며, 그렇지 않고 합헌적인 것으로 존치되는 법률인 경우에는 그 법률에 따라 이루어진 행위에 대하여 별도로 ‘필요최소한’인지 심사할 필요는 없다고 사료된다.

독점규제법의 관점에서 재검토한다면 적용제외 조항의 기능이 지나치게 위축되고, 이는 개별사업자에게 지나친 규제부담으로 작용하게 된다. 이와 같은 지나친 규제부담은 정부의 규제완화 및 친기업적 방향의 규제정비에 반한다.

따라서 관련 개별 법령의 목적이나 이념, 정책방향에 따라 적용배제조항을 운용하여야 할 것이다.

2. 입법론-배타적 관할권의 명시

통신 및 방송 영역의 법령에 공정거래위원회의 관할권 행사를 명시적으로 배제하는 규정을 신설함으로써 관할권 분배를 명확히 하는 방안이 향후 중복 규제에 대한 논쟁을 완전히 종식할 수 있는 최선의 대안이다.

즉, 2008. 4. 시행된 인터넷멀티미디어법 제3조는 [다른 법률관의 관계]라는 표제 하에, ‘인터넷 멀티미디어 방송사업에 대하여는 다른 법률에 우선하여 이 법을 적용한다.’라고 명시하였는바, 전기통신사업법 등 다른 방송·통신 관련 법률에도 같은 취지의 규정을 둬으로써 관할의 경계를 확실히 할 필요가 있다.

제 2 절 분야별 구체적 검토

1. 기업결합

전기통신사업법 제13조 제7항에 대한 타당한 해석에 따라, 방송통신위원회는 기간통신사업자의 기업결합에 대한 인가 여부를 심사하는 과정에서 공정거래위원회와 협의를 거쳐야 하고, 공정거래위원회는 별도로 시정명령 등 사업자에 대한 처분을 할 수 없다는 점은 앞에서 살펴 본 바와 같다.

현행 규정이 ‘공정거래위원회와의 협의를 거쳐야 한다.’고 되어 있을 뿐이고, 공정거래위원회의 직접 처분이 금지된다는 점이 명시적으로 규정되어 있지 않음을 기화로, 공정거래위원회가 이러한 해석과 달리 직접 시정명령에까지 나아간 사례가 있는 만큼 명확히 할 필요가 있다.

이에 전기통신사업법 제13조 제7항 2문으로 ‘이 경우 공정거래위원회는 사업자를 상대로 직접 시정조치 또는 과징금의 부과를 할 수 없다.’고 규정하는 방안을 제시한다.

2. 전기통신사업법의 금지행위

가. 전기통신사업법 제37조의 3 개정 방향

(1) 근본적 해소방안

현재 방송통신위원회가 시정조치 또는 과징금을 부과한 경우에는 사업자의 동일한 행위에 대하여 동일한 사유로 독점규제법에 의한 시정조치 또는 과징금을 부과할 수 없다고 규정되어 있는바, 앞서 설명한 바와 같은 해석상 논란의 소지를 없애기 위한 법률개정이 필요하다.

즉, 방송통신위원회의 일정한 조치를 전제하는 상황 한정적 문구를 삭제하고, 전기통신사업법의 금지행위에 대한 공정거래위원회의 개입을 원칙적으로 방지하는 방향으로 개정하여야 한다. 아래와 같다.

전기통신사업자의 제36조의3 제1항 각 호의 규정에 따른 행위 또는 제36조의4 제1항 내지 제6하의 규정을 위반한 행위에 대하여는 독점규제및공정거래에관한법률의 규정에도 불구하고 이 법을 우선 적용한다.

(2) 차선적 방안

위와 같이 개정함이 타당하고 합리적이지만 입법과정에서 원만한 합의가 어려운 경우에는 차선책으로 ‘동일한 사유’를 삭제하는 방향으로 개정이 이루어져야 한다.

동일한 행위에 의해 전적으로 서로 다른 위험이 야기된 경우에 각 위험에 따른 규제는 중복규제가 아니라 별개의 규제로 해석될 수 있다. 그러나 중복규제가 문제되는 대부분의 사안은 실질적으로 동일한 위험의 규제에 해당하는 경우이고, 극히 예외적으로 아주 미미한 부분에 있어서만 다른 위험이 존재한다. 이때에는 다른 위험이 존재한다는 이유만으로 중복규제가 정당화되기 어렵다. 규제의 필요성과 피규제자의 이익침해 사이의 비교형량이 필요하다. 미미하게 서로 다른 위험이 존재하는 경우 실사 규제의 필요성이 있다고 하더라도 중복규제로 인하여 피규제자의 자유를 지나치게 제한한다면 비례원칙에 반한다. 특히 피규제자 입장에서 규제부담의 총량이라는 관점을 고려하여야 한다. 과잉규제보다는 비규제가 타당한 상황이 많다는 것이 비례원칙의 핵심원리이므로 이러한 취지를 반영한다면 동일한 행위에 대해서는 비록 다른 사유를 근거로 하더라도 중복규제할 수 없도록 규정할 필요가 있다.

이에 따라 다음과 같이 개정하는 것을 제안한다.

電氣通信事業者의 제36조의3제1항 각 호의 규정에 따른 행위 또는 제36조의4제1항 내지 제6항의 규정을 위반한 행위에 대하여 第37條의 規定에 의한 措置 또는 第37條의2의 規定에 의한 課徵金의 賦課를 한 경우에는 그 事業者의 동일한 행위에 대하여 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」에 의한 是正措置 또는 課徵金의 賦課를 할 수 없다.

나. 금지행위 유형에 대한 개정안

통신시장의 사후규제를 통일적으로 집행하고, 단일 규제기관의 집행을 통해 금지행위 불공정성 판단기준을 지속적으로 구체화할 수 있도록 하기 위해서는 전기통신사업법을 개정하여 필요한 금지행위 유형을 추가함으로써 전문 규제기관이 이를 일관성 있게 담당하는 것이 바람직하다고 판단된다.⁷⁴⁾ 특히 이하에서 보듯 요금 규제의 경우 요금의 적정성 판단이야 말로 전문규제기관적 판단이 필요한 분야이므로, 약탈적 요금/독점적 요금/이윤압착에 대한 규정을 보완할 필요가 있을 것이다.⁷⁵⁾

74) 한 예로 김정현, “통신법상 금지행위 규제의 문제점과 개선방안”, 서울대학교 공익산업법센터 3회 세미나 (2008. 4.) 발표문 참조.

75) 이러한 개정필요성에 대해서는 다음과 같은 반론이 가능하다(이봉의, 위 김정현의 발표문에 대한 토론문 참조). 첫째 독점규제법으로 규제의 공백을 메울 수 있는 이상 새롭게 전기통신사업법에 이를 규정할 만한 ‘규제의 공백’이 있다고 보기 어렵고, 둘째 규제의 공백이 없더라도 입법의 필요성이 있다고 하려면 공정거래위원회의 사후규제가 비효율적이라는 등 문제가 있어야 하는데 그렇지 않으며, 셋째 비효율적인 것이 아니라 하더라도 전기통신사업법에 규정할 수 있다고 하려면 전문규제기관이 이를 규제할 때 더 효율적이라는 것을 논증해야 한다는 것이다. 그러나 통신시장에서 금지행위에 대해 적어도 전기통신사업법이 상당부분을 규율하고 있는 이상 동일한 행정기관이 금지행위를 전반적으로 규율하는 것이 규제의 효율성을 높일 수 있다는 점에서 개정 논의의 필요성은 인정된다고 생각한다.

[표 4] 전기통신사업법상 금지행위 규정 개선방향의 예⁷⁶⁾

현행 사업법 제36조의3	사업법 개선방향	시행령 별표 개선방향
1. 협정체결 거부 / 불이행 [신설]	1. 전기통신사업자간 협정체결 거부/불이행 (유지) 부당한 제한/거래조건부과 (보완)	I. 배타적 거래 / 구입강제 / 우월적 지위 남용 / 재판매 가격유지 / 기타 구속조건부 거래 (추가)
[신설]	2. 통신장비제조사업자 / 콘텐츠 제공사업자 등에 대한 부당한 제한 / 거래조건 부과	II. 배타적 거래 / 구입강제 / 우월적 지위 남용 / 기타 구속조건부 거래(신설)
[신설]	3. 결합판매	III. 선택권 제한 / 지배력 전이 (신설)
2. 정보유용	4. 정보유용	IV. (현행유지)
3. 비용/수익 부당분류 요금산정 [신설]	5. 비용/수익 부당분류 요금산정	V. (현행유지)
[신설]	6. 이윤압착	VI. 이윤압착의 세부유형 제시(신설)
[신설]	7. 독점적/약탈적 요금	VII. 독점적/약탈적 요금(신설)
[신설]	8. 부당한 차별	VIII. 선택권 제한/기타(추가)
4. 약관과 다르게/ 이용자 이익 저해	9. (약관과 다르게-삭제) 이용자 이익 저해	IX. 이용계약체결/변경/해지 부당한 요금청구/정보유용/ 기타 이용계약에 반한 역무제공 (추가)
[신설]	10. 기 타 (포괄규정)	X. 부당한 이익에 의한 고객유인 / 사업활동 방해 (추가)

76) 김정현, “통신법상 금지행위 규제의 문제점과 개선방안”, 서울대학교 공익산업법센터 3회 세미나 (2008. 4.) 발표문, 26면 참조.

다. 포괄적 규정의 신설

그리고 제3장 제2절 1. 나.의 (1)에서 살펴본 바와 같이, 전기통신사업법상의 금지행위의 유형이 예시적이라는 취지에 부합하게끔 추상적 포괄규정도 둘 필요가 있다.⁷⁷⁾

3. 요금규제

위 2항에서 살펴본 바와 같이 전기통신사업법의 요금규제에 대해서는 유형 신설 등을 통한 보완이 필요하다고 할 것이다. 이와 같이 전기통신사업법에서 요금에 대한 더 폭넓고 강도가 높은 규제를 하도록 하는 반면에, 일반경쟁법이 당해 영역의 요금규제에 개입할 수 없도록 함이 바람직하다.

이는 LG 텔레콤 기본권 사례에서 본 바와 같이, 장기적인 관점에서 통신시장의 특성을 감안하고 지속적인 관찰을 통해 내려진 판단이 그와 배치되는 일반경쟁법적 판단으로 인해 혼선을 빚을 우려가 있기 때문이다.

또한 전문규제기관에서 적절하다고 인가한 요금제에 대하여 공정거래위원회가 부당한 공동행위를 근거로 시정조치하고 나아가 과징금을 부과하게 되면 피규제자 입장에서는 법적안정성을 침해당하고 혼란을 겪을 수밖에 없다.

전기통신사업법 제29조에 방송통신위원회로부터 인가받은 요금제에 대해서는 공정거래위원회의 시정조치 또는 과징금 부과를 할 수 없도록 명시적으로 규정할 필요가 있다.

한편, 위와 같은 입법에 이르지 못할 경우에는 적절한 협의방안을 모색하여 피규제자의 법적안정성을 침해하지 않는 방안을 모색할 필요가 있다.

77) 금지행위 유형의 추가 및 추상적 포괄 규정의 추가를 통한 개정 방안에 대해서는 김희수 외, 『전기통신사업 금지행위 유형 재정립 및 시정조치 다양화 방안 연구』, 정보통신정책연구원, 2007. 12. 참고.

4. 필수설비제공의무

인터넷멀티미디어법은 시행령 제12조 제1항에서 종래의 필수설비이론에 따른 요건보다 완화된 ‘사용의 불가피성’을 기준으로 규정하였는바, 이는 앞으로의 방송 통신 융합 서비스 분야에서의 입법방향을 제시하는 것으로 사료된다.

현행 전기통신사업법의 망 설비 관련 규정에 포섭되지 않는 영역의 존재가능성에 대비하여 일반규정을 둘 필요성이 있는바, 위 인터넷멀티미디어법 시행령 규정에 예에 따라 신설함이 바람직하다.

이와 같이 신설할 경우 일반경쟁법이 적용될 여지는 없다고 사료된다.

제 3 절 규제기관 상호간의 협력방안

1. 문제의 소재

전기통신사업법은 제13조 제7항에서 방송통신위원회가 기간통신사업자의 합병 등에 대해서 인가를 할 때 공정거래위원회와 협의할 것을 규정하고 있으며, 독점규제법 제63조는 관계 행정기관의 장이 경쟁제한성이 있는 법령을 제정하거나 처분을 할 경우 공정거래위원회와 협의할 것을 규정하고 있다.

이에 행정기관 내부의 협의에 관하여 살펴봄으로써 국민에게 법적 안정성을 보장하고, 행정의 단일성 원리를 실현할 수 있는 방안을 모색하고자 한다. 이는 특별법 우선의 원칙에도 불구하고, 현실적으로 중복 규제 사안이 빈발하고 있는 상황을 실질적으로 해결하기 위한 노력의 일환이다.

특히 영국, 미국 등이 행정기관 상호간의 비공식적 협의절차 등을 통해 중

복관할의 문제를 해결해 가고 있음을 살펴보았는바, 우리 현실에의 적용 가능성을 타진해 보고자 한다.

2. 협의의 의의 및 유형

가. 의 의

협의를 특정한 사항이 둘 이상의 행정기관에 관련되어 있는 경우에, 이들 행정기관 사이에 당해 사항의 처리를 위해 이루어지는 논의를 말한다.⁷⁸⁾ 이는 규제대상이 다양한 규제 목적이나 공익적 가치로 인하여 복수의 행정기관의 책무와 관련되어 있으나, 그 최종적인 결정권한은 그 중 한 기관에게 맡기는 경우에 유용한 제도이다. 따라서 협의는 아래에서 볼 그 구체적인 유형에 따라 정도의 차이는 있으나, 매우 넓은 의미에서는 복수의 행정기관이 권한을 공유하는 한 형태라고 볼 수도 있을 것이다.

실정법률에서 행정기관 간 '협의'는 빈번하게 사용되고 있다. 그러나 거기서 규정된 '협의'가 협의대상인 행정기관의 권한을 실제 어느 정도로 인정하는 것인지는 근거법령의 해석에 따라 다르다. 이에 협의를 유형화 해 보기로 한다.

나. 유 형

협의의 법적 성격은 협의규정을 두게 된 취지 또는 목적, 협의의 내용과 성질, 협의에 관한 법령의 규정형식, 협의의 필요성 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다. 또한 이러한 요소들을 발견하는 데는 당해 협

78) 경건, “관계기관과의 협의를 거치지 아니한 조례의 효력”, 2007 .9. 21. 행정판례연구회 제221차 월례발표회

의의 근거 규정 외에 그 협의와 관련된 처분의 근거규정들을 종합적으로 고려하여야 한다.

협이는 그 법적 성격에 따라 다음과 같은 유형으로 분류될 수 있다.⁷⁹⁾

(1) 관계행정기관의 자문 또는 의견을 구하는 협의

이는 행정권한을 행사하기 전에 그 업무와 관련하여 다른 행정기관의 전문적인 지식이나 경험을 빌림으로써 주된 행정기관이 행정권한의 행사 전에 그 권한 행사의 타당성과 적법성 등을 충분히 확보하기 위한 것이라고 할 수 있다.

(2) 관계행정기관의 합의 또는 동의를 구하는 협의

이는 일정한 행정권한의 행사에 관계행정기관의 소관사무가 관련되어 있어 그 권한행사에 의사의 합치가 필요하거나 이해관계인들의 입장 또는 이익을 고르게 반영하기 위하여 그 권한을 최종적으로 행사하기 전에 반드시 관계행정기관의 의사가 반영되도록 한 필수적인 절차로서, 단순히 행정행위의 신중을 기하기 위한 행정기관 간의 내부적인 절차와는 성격이 다르나.

(3) 그 밖에도 인·허가의제규정에서의 협의, 면허·허가 등에 상당하는 협의, 법령 제·개정과정에서의 협의 등이 있다.

3. 판례의 검토

가. 동의로 해석한 경우

국가지정문화재에 대해 현상변경행위 또는 보존에 영향을 미칠 우려가 있

79) 류철호, "법령상 협의규정에 관한 검토," 『법제』 제569호, 2005. 5

는 행위는 원칙적으로 문화재청장의 허가사항이나(문화재보호법 제20조), 그 보호에 지역적 특성을 고려하기 위하여 그 지역의 특성에 정통한 시·도지사가 문화재청장과 협의하여 조례로 정하는 지역 안의 건설공사에 대하여 문화재보전에 대한 영향을 검토하도록 하고 있는 동법 시행규칙에서 말하는 시·도지사와의 협의는 문화재청장의 동의를 말한다(대법원 2006. 3. 10 선고 2004추119 판결).

행정도시특별법 제13조 제3항에 기해 시·도지사가 행정도시 주변지역 안에서 사업계획의 승인을 할 경우 행정중심복합도시건설청장과 협의하도록 되어 있는 경우, 이 협의는 동의를 의미한다(대법원 2008.1.24 선고 2007누1659 판결).

나. 단순한 자문으로 해석한 경우

택지개발촉진법 제3조가 건설부장관이 택지개발예정지구를 지정함에 있어 미리 관계중앙행정기관의 장과 협의하라고 규정한 의미는 그의 자문을 구하라는 것이지 그 의견을 따라 처분을 하라는 의미는 아니라 할 것이다(대법원 2000.10.13 선고 99두653판결).

4. 협의와 처분의 법적 효력

가. 의무적·자문적 협의를 거치지 않은 경우

법령에서 협의 자체는 반드시 거치도록 규정하고 있는 때 협의를 거치지 않은 권한행사는 취소사유에 해당하는 하자라고 파악된다.

참고로, 환경영향평가를 거치지 않은 경우 당연무효사유로 본 판례가 있으나, 그로 인해 환경부장관과의 협의를 거치지 않게 될 뿐만 아니라 주민의견

수립절차가 누락되는 경우인 점에서, 순수한 의미에서 협의가 부재인 경우로는 볼 수 없다.

나. 의무적·자문적 협의를 거쳤으나, 협의의견에 따르지 않은 경우

협의절차는 거쳤으나 협의가 성립되지 아니하거나 협의내용과 다르게 권한이 행사된 경우에 처분의 효력에는 영향을 미치지 않는다.

다. 의무적·동의적 협의를 거치지 않거나 협의와 다른 처분을 한 경우

주된 행정기관에게 그 권한을 외부에 최종적으로 표시하게 하되, 그 권한의 행사 전에 반드시 관계행정기관의 합의 또는 동의를 얻도록 한 것이 그 취지인바, 협의를 거치지 않거나 협의내용과 다르게 권한이 행사된 경우에는 원칙적으로 취소사유에 해당한다. 참고로, 협의는 대내적으로 이루어지므로 명백성 요건을 충족하기가 어려워 무효사유로는 볼 수 없다.

라. 협의를 정한 규정이 법규명령이 아닌 경우

판례는 이 경우 협의의무가 법적으로 성립하지 않는다고 보는 경우도 있고, 이와 달리 성립한다고 보는 경우도 있다.

최근 판례(대법원 2006. 3. 24선고 2005두8351)는 시행규칙에 정해진 시·도지사의 다른 시·도지사에게 대한 협의규정에 대해 이익형량을 통해 그 의무성 여부를 판단하고 있다: 협의를 통해 확보될 수 있는 특별시·광역시의 수송수요와 수송능력공급 사이에 균형을 유지하여야 할 필요성이 특별시장·광역시장과의 협의나 건설교통부장관의 조정절차 없이 특별시·광역시를 거치

는 노선여객자동차운송사업변경계획을 인가받아 그 노선을 운행함으로써 얻어지는 시외버스운송사업자의 이익보다 우월하다.

마. 협의가 독자적인 항고소송의 대상이 될 수 있는지 여부

대내적 행위이므로 독자적으로 항고소송의 대상이 될 수는 없다. 이는 곧 협의권한만을 가진 행정청은 그 행위에 대하여 사인에게 법적 책임을 지지 않음을 의미한다.

5. 개정안

가. 협의절차개시요건

일반적으로 말하면, 모든 규제상황에서 협의절차가 필요한 것은 아니다. 제도의 취지에 비추어 볼 때 중복규제의 위험이 존재하는 경우에만 협의절차를 개시하면 된다. 일반적인 경우에 대해서까지 협의절차를 거치게 하는 것은 불필요한 행정력의 낭비와 분쟁의 소지만 크게 할 뿐이기 때문이다.

따라서 동일한 사안에 대하여 두 기관의 조사가 개시되었거나 개시될 것이 예견되는 상황에서, 피규제자의 신청이 있거나 어느 한 기관이 협의를 요청하는 경우에 협의절차를 개시하도록 함이 바람직하다.

나. 협의절차개시 효과

이러한 협의가 개시되면 다음과 같은 효력이 발생하는 것으로 보아야 할 것이다.

- ① 관계기관은 상대방에 대하여 관련 자료의 제공을 요구할 수 있으며, 자료제공의 요구를 받은 기관은 정당한 사유가 없는 한 이 요구에 따라 정보를 제공하여야 한다.
- ② 어느 기관에서 당해 사안을 규제할 것인지 결정하기 위해 양 기관이 교섭해야 하고(교섭의 기한은 단기간으로 정하여 확정할 필요 있음), 결렬될 경우 양 기관에 대한 직근 상급관청이 결정하여야 한다.
- ③ 위 결정에 대하여 이의할 수 없다.

6. 검토

영국, 미국, 독일 각국에서 협의절차가 상당히 자세히 마련되어 있음은 살펴본바 있다. 특히 미국 DOJ와 FTC 사이의 합의서 내용은 매우 명확하고 종국적 해결을 위한 단계별 절차가 선명한바, 음미하여 우리나라에 풍토에 맞게 적절히 수정하여 적용할 필요가 있다.

제 4 절 우리나라의 현실에 맞는 집행 및 입법의 필요

이상에서 방송통신위원회와 공정거래위원회의 관할권 분쟁 해결을 위한 법 집행 차원의 해결방안 및 입법의 방향을 살펴보았다.

국가 경쟁력을 제고하기 위하여 적절한 경쟁 환경을 조성할 필요성에 대해서는 공감대가 형성되어 있지만, 통신·방송 영역에서 그 적정 환경 조성을 어떻게 할 것인지에 대해서는 각 행정기관에 따라 관점 및 입장에 차이가 있다.

1. 우리나라의 방송통신시장의 경쟁상황에 대한 평가

가. 권한배분의 기본원칙

방송통신시장에서 경쟁이 형성되면 경쟁법적 규제가 이루어진다. 이러한 경쟁법적 규제는 대체로 사후규제로서의 특성을 지니게 되는데⁸⁰⁾, 사후규제는 원칙적으로 일반경쟁규제기관이 담당하는 것이라는 사고에서부터 경쟁규제에 대한 규제권한 분배의 혼선이 발생하는 것이다. 그러나 규제기관 간 권한배분의 기준은 규제의 시점에 의해서 정해지는 것은 아니고, 해당 시장에서의 규제 목적이 여타 일반 경쟁시장에서와 동일한 경쟁법적 규제만으로 충분히 달성될 수 있는가, 아닌가에 따라 정해져야 한다. 만약 이를 긍정하여 방송통신시장의 특수성이 특별히 인정될 필요가 없다면, 특수성이 인정되는 기술규제와 경제규제에 한정하여 이를 전문규제기관이 담당하고, 나머지 경쟁규제의 임무는 일반경쟁규제기관이 담당하면 될 것이다. 가령 경쟁규제에 관해서는 방송통신시장의 특수성이 특별히 인정되지 않는다는 전제에 서면서, 통신산업에 있어서도 원칙적으로 사업자 간의 경쟁관련 규제기능은 공정거래위원회가 담당하고, 다만 통신분야의 기술적·전문적 특수성을 감안하여 공정거래위원회와의 사전협의 하에 방송통신위원회를 통하여 회계분리·상호접속·설비제공·정보공개·전화번호 관련 기준의 설정 및 분쟁의 처리 등 일부 기술적 성격이 강한 규제기능을 전기통신사업법에 의해 규제할 수 있도록 하면 된다는 견해⁸¹⁾는 경쟁규제에 관한 한 일반경쟁규제기관의 규제로 충분하다는 입장에서 출발한 예로 이해할 수 있을 것이다.

80) 사후규제의 개념을 재구성하여 통신시장에서의 사후관리체계를 전반적으로 분석한 보고서로, 김희수 외, 『새로운 통신환경 하에서의 효과적인 통신시장 사후관리체계 연구』, 정보통신정책연구원, 2007. 12. 를 참조.

81) 이러한 입장에 대한 소개는 신영수, “통방융합 시대의 경쟁법 집행-공정거래위원회의 역할을 중심으로-”, 『경쟁법연구』 제13권, 2006. 5. 131-135면 참조.

나. 우리나라에의 적용

그러나 우리의 시장경쟁상황을 평가해 볼 때 여전히 국내 방송통신시장은 규제가 필요한 특수성이 인정되는 시장이라는 점⁸²⁾⁸³⁾, 그래서 현 단계에서 방송통신사업에서 여전히 사전규제와 사후규제가 나란히 병존함으로 인해 이에 관한 일관성 있는 규제 체계가 확보될 필요가 있다는 점, 현 단계에서는 관련 산업정책과 경쟁정책을 유기적으로 추진함으로써 규제기관에게 그 책임과 권한을 부여할 필요가 있다는 점, 특히 방송통신융합 과정에서 적극적인 유효경쟁을 창출하는 기능이 전문규제기관에게 부여되어 있다는 점 등을 고려할 때, 경쟁규제에 대해서도 이에 대한 규제의 관할은 원칙적으로 방송통신위원회에 부여하고, 일반경쟁규제정책적 관점에서 공정거래위원회가 의견을 표시할 수 있도록 참가절차를 규율하는 것이 권한 배분 논의의 출발점이 되어야 할 것으로 생각된다. 그런 점에서 공정거래위원회가 방송통신시장에서 경쟁규제기능을 담당해야 한다는 견해는 다음 몇 가지 논점을 기준으로 볼 때 타당하지 아니하다.

82) 경쟁상황평가제도의 취지와 체계에 대해서는 이희정, “경쟁상황평가를 기초로 한 통신규제모델의 연구”, 이원우 편, 『정보통신법연구 III』, 경인문화사, 2008. 109면 이하 참조.

83) 현행 전기통신사업법 제33조의 4는 방송통신위원회로 하여금 전기통신사업의 효율적인 경쟁체제의 구축과 공정한 경쟁환경의 조성을 위한 경쟁정책 수립을 위하여 매년 기간통신사업에 대한 경쟁상황 평가를 실시하여야 하도록 하고 있으며, 인터넷멀티미디어법 역시 제12조에서 정부로 하여금 효율적인 경쟁체제 구축과 공정한 경쟁 환경 조성을 위하여 경쟁상황 평가를 실시하기 위하여 위원장을 방송통신위원회 위원장으로 하는 평가위원회를 구성하도록 하고 있다.

2. 권한배분 판단척도에 대한 몇 가지 관점 및 그에 대한 비판

가. 일반경쟁규제기관도 산업 정책적 고려를 함으로써 사후규제에서 공익의 최대한을 달성할 수 있다는 견해

방송통신시장 규제에서 전문규제기관은 산업정책적 고려를 할 필요가 있다는 점에서 방송통신위원회에 독자적 규제권한을 부여하는 의의가 있음에 대해서는 별다른 이의가 없는 것으로 보인다. 그런데 이에 대해 일반경쟁규제기관의 역할을 강조하는 입장에서는 일반경쟁규제기관 역시 해당 시장의 특수성을 파악할 수 있기 때문에 산업 정책적 고려까지도 함께 할 수 있고, 또 하여야 한다고 주장하기도 한다. 가령 다음과 같은 주장이 그러한 맥락에 있는 것으로 보인다.⁸⁴⁾

“(…) 공정거래위원회는 예컨대 경쟁제한적인 기업결합에 대한 예외나 부당한 공동행위에 대한 인가 여부 등 일정한 경우에는 국민경제적 차원에서의 효과, 즉 고용증대나 지방경제발전에 대한 기여, 전·후방 연관산업의 발전에 대한 기여 또는 산업합리화, 산업구조조정, 불황극복 등 경제정책적, 산업정책적 요소를 고려하여 처분을 내릴 수 있는 권한도 부여받고 있다(법 제7조 제2항, 제19조 제2항 등). 이는 공정거래위원회가 소극적으로 공정하고 자유로운 경쟁의 왜곡을 예방 또는 제거하는데 국한되지 않고, 동법의 적용을 통하여 적극적으로 경제질서의 형성에 참가하고 있음을 의미한다.”

즉, 공정거래위원회가 독점규제법의 적용 시 재량을 행사할 때 경쟁 정책

84) 이봉의, 친시장주의와 경쟁법의 과제, 신발전체제 구축을 위한 규제개혁, 한국법제연구원·서울대 BK Law21 공동학술대회 자료집(2008. 5. 23), 29면.

적 고려만 할 것이 아니라 산업 정책적 고려요소를 함께 형량할 수 있고 또 하여야 하기 때문에, 방송통신시장에서의 ‘산업 정책적 고려’를 방송통신위원회만이 할 수 있는 것은 아니라는 것이다. 그러나 전문규제기관이 조직법적 근거를 갖고 존재하는 이상 그와 같은 주장은 타당하지 않다고 생각된다.

왜냐하면 그와 같은 산업 정책적 고려를 포괄하는 전문규제기관이 존재하지 않는다면 모르겠으되, 전문규제기관이 존재하는 이상 공정거래위원회는 경쟁정책 판단 시 산업 정책적 고려를 배제하는 것이 타당하다고 보기 때문이다. 만약 공정거래위원회가 경쟁규제에서 산업정책 등의 측면을 감안하기 시작한다면 경쟁정책에 대한 일관된 기준을 제시할 수 없게 되고, 전속고발권의 남용이라는 비판에 노출될 소지도 있으며, 공정거래위원회 스스로도 시장에 따라 각기 다른 산업 정책적 고려를 반영하여야 할 부담을 지게 될 것이다. 따라서 공정거래위원회의 산업 정책적 고려는 전문규제기관이 존재하지 아니하고 산업 정책적 고려를 하지 않을 경우 그것이 전체 공익에서 심각한 결과를 가져올 수 있는 사안에 한정하여 이루어질 수 있다고 봐야 하고,⁸⁵⁾ 그렇다면 방송통신시장의 경쟁에 관한 사후규제에서 산업 정책적 고려를 할 필요성은 전문규제기관에 의해 수행되는 것이 타당하다고 생각한다. 이는 만약 공정거래위원회가 방송통신시장의 세부 특성을 파악하여 그에 맞는 규제를 하려면 경쟁정책 전반을 관장함에 있어 업무역량의 분산을 초래하지 않을 수 없고, 만약 산업 정책적 고려를 하였다가 그것이 부적절한 것이었음이 드러날 경우에 오히려 행정의 책임 소재를 불분명하게 만들 결과를 초래할 우려가 있다는 차원에서도 그러하다. 전문규제기관에게 산업 정책적 고려를 일임하는 것은 그에 따르는 책임소재를 분명히 하는 의미도 있기 때문이다.

85) Zimmer, Der rechtliche Rahmen für die Implementierung moderner ökonomischer Ansätze, Wirtschaft und Wettbewerb 2007, S. 1198-1209.

나. 경쟁규제에 대한 전문성은 일반경쟁규제기관이 낫다는 견해

기술규제와 같이 전문성을 요구되는 규제에 대해서는 일반적으로 전문규제기관이 그 규제권한을 담당하는 것에 관해 대체로 이견이 없는 것으로 보이나, 일반경쟁규제기관이 경쟁규제에 대해서는 ‘전문성’을 가진 기관이기 때문에 경쟁규제를 전담해야 한다는 관점이 있을 수 있다.

생각건대 먼저 경쟁규제에 대한 전문성, 즉 그 노하우라는 것이 동일한 규제를 수차례 반복적으로 하여 그에 대한 일정한 조사기법과 판단기준을 정립하고 있다는 의미라면 공정거래위원회에 대해 그러한 전문성의 우위를 인정할 수 있을 것이다. 특히 방송시장에 대해서는 공정거래위원회가 그와 같은 전문성을 축적하고 있는 측면이 있다고 볼 여지가 있다. 그러나 전문성의 함의에는 당해 시장의 ‘경쟁상황’을 정확히 평가할 수 있는 정보를 축적하고 있는가가 관건이다. 따라서 현행 방송통신규제에서 방송통신위원회가 경쟁상황 평가를 담당하고 있는 이상, 통신시장의 현황과 각 사업자의 경쟁상황에 대해 방송통신위원회는 정보 축적의 의미에서 전문성의 우위를 가진다고 볼 수 있다.

따라서 전문성의 논변은 오히려 공정거래위원회가 아니라 방송통신위원회가 주장할 수 있는 성격의 것에 가깝고, 다만 그러한 특수한 경쟁상황을 판단할 필요가 없는 영역의 경쟁규제에 대해서는 현행법의 태도와 같이 앞으로도 공정거래위원회가 그 불공정성을 심사하는 것이 타당하다고 생각된다.

다. 전문규제기관의 경쟁규제 집행을 해태하거나 포기할 경우 일반경쟁규제기관이 보충적으로 개입할 수 있다는 견해

방송통신위원회와 같은 전문규제기관이 경쟁규제 집행에 미온적이라거나,

경우에 따라서는 전문규제기관에 대한 사업자의 포획(Capture) 현상이 발생하여 집행을 포기할 때, 이에 대해 공정거래위원회가 보충적으로 개입할 수 있는 것인가 하는 의문이 있다.

이에 대해서는 해당 행위가 독점규제법의 적용 범위에 해당하는 경우에는 공정거래위원회의 보충적인 집행 권한을 배제할 필요가 없다고 볼 여지가 있는 것이 사실이다. 그리고 행정조직 운영에 있어 견제와 균형, 효율이 동시에 추구되어야 한다고 할 때 관련 행정기관을 통한 견제기능을 전면적으로 배제할 것도 아니다.

그러나 공정거래위원회의 그와 같은 보충적 개입 권한을 인정하더라도, 이는 매우 한정적으로 인정할 수 있는 것이다. 왜냐하면 방송통신위원회 등의 규제가 위법·부당하여 경쟁 사업자에게 피해를 주었다면 경쟁사업자는 사법부를 통해 그 시정을 구할 수 있고, 사법부에서 이를 다룰 수 없는 이익구조라면 국무회의 등 행정조직 내부의 상급 행정기관에서 이를 시정할 수 있는 바, 그렇지 않고 공정거래위원회가 이를 대체하려 한다면 위에서 본 바와 같이 중복규제 및 규제혼선의 문제가 발생하지 않을 수 없다.

나아가 방송통신위원회로부터 사업자의 영향력을 차단하여야 한다는 것은 옳지만, 공정거래위원회가 특정 산업과의 접촉 횟수가 적다는 이유로 방송통신위원회에 비해 규제 포획의 가능성이 낮다고 보는 데에는 무리가 있다. 가령 대기업집단에 포함되는 통신사업자는 대기업집단의 영향력을 사용할 수도 있는 것이기 때문에, 양 규제기관 간에 포획의 우려라는 점에서 차이가 크다고 보기는 어렵다고 판단된다.

라. 경쟁 강화는 요금인하를 통해 항상 소비자후생을 증진시킨다는 견해

공정거래위원회는 복수의 케이블 TV 사업자들이 경쟁하는 구역과 그렇지

않은 구역을 비교분석하여 경쟁이 존재하지 않는 구역은 요금이 높고 채널수는 적다는 분석결과를 발표하면서 방송시장에서 경쟁규제를 강화할 목표를 제시한 바 있다.⁸⁶⁾ 따라서 경쟁규제를 강화하는 것이 소비자후생을 증진시켜 주므로 일반경쟁기관인 공정거래위원회의 경쟁규제가 산업적 고려에 의해 약화되어서는 안 된다는 것이다.

그러나 이 분석은 오히려 방송시장의 특수성을 감안하지 않은 경쟁규제가 규제목표를 왜곡할 수 있음을 보여주는 사례라고 할 수 있다. 그간 유료방송 시장은 다양한 사업자들이 경쟁하는 과정에서 이들 간의 관계에서 “지상파 채널들이 오락 PP화되고 PP들 역시 프로그램 공급료를 제대로 받지 못함으로써, 저수입 → 저비용 → 저급한 프로그램 품질 → 저수입으로 이어지는 악순환고리에서 벗어나고 있지 못한 상황”⁸⁷⁾인 점을 감안한다면, 방송시장에서의 경쟁상황 판단은 ‘가격’인하에 중심이 있는 것이 아니라 ‘서비스의 질’에 초점을 맞춰야 하기 때문이다. 더구나 방송시장을 육성하는 것이 결국 그로부터 나오는 콘텐츠의 양산하고 그로부터 다양한 프로그램을 보급하겠다는 목표는 달성될 수 없게 되는 것이다. 이처럼 경쟁의 강화가 반드시 공익의 최대한 달성을 가져오는 것이라고 볼 수는 없다면, 방송시장에서 방송의 공공성이라는 속성과 방송시장 육성이라는 산업정책적인 고려를 감안할 때 정책적으로는 방송통신위원회가 이에 대한 경쟁규제권한을 갖는 것이 타당하다고 생각된다.

86) 공정거래위원회 2006. 4. 발표.

87) 윤석민, “신문방송산업과 경쟁정책”, 권오승·이원우 편, 『공정거래법과 규제산업』, 2007.

3. 한국적 행정문화의 이해와 개선의 필요성

지금까지 살펴본 권한 배분의 문제가 증폭된 것은 법제도적 미비 외에도 규제관할 배분에 민감한 한국적 행정문화의 영향을 부정할 수 없을 것이다. 외국의 경우에도 법령상의 해석만을 놓고 볼 때에는 규제기관 간 권한분쟁의 소지가 있는 경우가 더러 있었으나, 연구과정에서 실제 규제기관 간에 규제 권한 분쟁이 실제화한 사례는 거의 찾을 수 없었다. 이는 참조한 국가들에서 행정기관 간 협력 문화가 정착되어 있기 때문일 수도 있으리라고 생각된다.

따라서 입법적으로 명확한 권한배분을 할 필요성이 더욱 크다고 하겠고, 기관들 사이의 협력 방안에 대해서도 구체적으로 제도화함이 타당하다고 사료된다.

【참고문헌】

1. 국내문헌

- 경건, “관계기관과의 협의를 거치지 아니한 조례의 효력”, 2007. 9. 21, 행정
판례연구회 제221차 월례발표회.
- 경건, “미국 통신시장에 있어서 전문통신규제기관과 일반경쟁규제기관의 관
계”, 이원우 편, 『정보통신법연구 I』, 경인문화사, 2008.
- 경건, “통신산업에의 필수설비원리의 적용”, 『정보통신법연구III』, 이원우 편,
경인문화사, 2008.
- 권오승(편), 『통신산업과 경쟁법』, 법문사, 2004.
- 권오승, 『경제법』, 법문사, 2008.
- 김권희, 『필수설비의 법리에 관한 연구』, 서울대학교 대학원 법학박사학위논
문, 2005.
- 김낙순, “필수설비로서의 시내전화에 대한 새로운 규제방안 연구”, 정기국회
정책자료집 2005-02, 2005. 9.
- 김대인, “프랑스 통신시장에 있어서 전문통신규제기관과 일반경쟁규제기관의
관계”, 이원우 편, 『정보통신법연구 I』, 경인문화사, 2008.
- 김대호, “방송산업에서의 공정경쟁정책”, 이원우 편, 『방송통신법연구 V』, 경
인문화사, 2008.
- 김동욱, “Restructuring Ministerial Organization for the Contents and
Media Convergence”, 2007 KDI International
Conference-Competition Policy in Regulated Sectors: Focusing on
the Institutional Design of Relationship between Competition

- Authority and Sectoral Regulators, 2007. 7.
- 김성삼, “방송·통신 융합에 따른 경쟁당국의 역할”, 『경쟁법연구』 제15호, 2007.
- 김윤정, “통신위원회의 최근 주요심결례 분석”, 『경제규제와 법』 제1권 제1호, 서울대학교 공익산업법센터, 2008. 5.
- 김정현, “통신법상 금지행위 규제의 문제점과 개선방안”, 서울대학교 공익산업법센터 제16회 세미나 발표문, 2008. 4.
- 김희수 외, 『새로운 통신환경 하에서의 효과적인 통신시장 사후관리체계 연구』, 정보통신정책연구원, 2007. 12.
- 김희수 외, 『전기통신사업 금지행위 유형 재정립 및 시정조치 다양화 방안 연구』, 정보통신정책연구원, 2007. 12.
- 김희수, “통신방송 융합의 경쟁영향과 필수요소 접근문제”, 『통신시장』, KT 경영연구소, 2007. Vol. 4, 66면.
- 류지태, “통신행정에서의 국가의 역할”, 『공법연구』 제30집 제2호, 2001.
- 류철호, “법령상 협의규정에 관한 검토,” 『법제』 제569호, 2005. 5.
- 문상덕, “일본 통신시장에 있어서 전문통신규제기관과 일반경쟁규제기관의 관계”, 이원우 편, 『정보통신법연구 I』, 경인문화사, 2008.
- 박정훈/이원우/한기정, 『전기통신사업법상의 통신이용자보호 및 통신사업자간 공정경쟁에 관한 연구』, 정보통신정책연구원, 1998.
- 방석호, 『정보통신법제론(I)』, 청림출판, 2007.
- 신동권, “유럽 및 독일의 통신법과 ‘필수설비’이론의 현황”, 『경쟁법연구』 제10권, 2004.
- 신영수, “기간통신사업자에 대한 현행 합병규제의 문제점과 해석론-전기통신사업법 제13조를 중심으로-”, 『기업법연구』 제18권 제2호, 2004. 2.
- 신영수, “통방융합 시대의 경쟁법 집행-공정거래위원회의 역할을 중심으로-”,

- 『경쟁법연구』 제13권, 2006. 5.
- 신영수, “통신시장의 경쟁촉진을 위한 규제기관의 권한 조정”, 『중앙법학』 제6집 제1호, 2004. 4.
- 윤석민, “신문방송산업과 경쟁정책”, 권오승·이원우 편, 『공정거래법과 규제산업』, 2007.
- 이명호/전영섭/조신, 『정보통신산업의 공정경쟁과 규제정책』, 서울대출판부, 1998. 8.
- 이봉의, “방송시장의 공정경쟁이슈에 관한 소고”, 『경쟁법연구』 제15호, 2007.
- 이봉의, “통신시장에서의 금지행위 규제의 문제점과 개선방안에 대한 토론문”, 『경제규제와 법』 제1권 제1호, 서울대학교 공익산업법센터, 2008. 5.
- 이봉의, 친시장주의와 경쟁법의 과제, 신발전체제 구축을 위한 규제개혁, 한국법제연구원·서울대 BK Law21 공동학술대회 자료집, 2008. 5. 23.
- 이원우, “경제규제와 공익”, 『법학』 제47권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2006. 9.
- 이원우, “규제개혁과 규제완화: 올바른 규제정책 실현을 위한 법정책의 모색”, 『저스티스』 제106호, 2008. 9.
- 이원우, “우리나라 통신시장에 있어서 전문통신규제기관과 일반경쟁규제기관과의 권한중복 및 개선방안”, 이원우 편, 『정보통신법연구 I』, 경인문화사, 2008.
- 이원우, “통신시장규제에 있어서 전문통신규제기관과 일반경쟁규제기관의 관계”, 『행정법연구』 14호, 행정법이론실무학회, 2005.
- 이원우, “통신시장에 대한 공법적 규제의 구조와 문제점”, 『행정법연구』 11호, 행정법이론실무학회, 2004.
- 이원우, “통신시장에 대한 규제법리의 특징과 행정지도에 의한 통신사업자

- 간 요금관련 합의의 경쟁법적 적용제외”, 『행정법연구』 13호, 행정법 이론실무학회, 2005.
- 이원우, “통신시장에서 금지행위 규제의 문제점과 개선방안”, 『경제규제와 법』 제1권 제1호, 서울대학교 공익산업법센터, 2008. 5.
- 이원우, “현행법상 통신이용요금의 규제”, 권오승 편, 『정보통신과 공정거래』, 법문사, 2006.
- 이원우/조성규, “독일 통신시장에 있어서 전문통신규제기관과 일반경쟁규제기관의 관계”, 이원우 편, 『정보통신법연구 I』, 경인문화사, 2008.
- 이종화 · 변정욱 · 오기석, ‘필수설비 규제에 대한 해외 동향 및 시사점’, 『KISDI 이슈리포트』, 03-14, 정보통신정책연구원
- 이호영, “기간통신사업자에 대한 기업결합규제 관할권 - 경쟁당국과 산업별 규제기관의 관계를 중심으로”, 한양대학교 로포럼 발표문.
- 이호영, “방송산업의 시장화에 따른 경쟁법적 쟁점 및 과제”, 『법제연구』 제 32호, 2007.
- 이희정, “경쟁상황평가를 기초로 한 통신규제모델의 연구”, 이원우 편, 『정보통신법연구 III』, 경인문화사, 2008.
- 이희정, “영국 통신시장에 있어서 전문통신규제기관과 일반경쟁규제기관의 관계”, 이원우 편, 『정보통신법연구 I』, 경인문화사, 2008.
- 이희정, “통신시장에 대한 경제규제권한의 배분과 조화 - 영국 모델의 시사점”, 『토지공법연구』 제37집 제1호, 2007. 8.
- 정영진, “Limits of Competition Law: Korea Experience”, 2007 KDI International Conference-Competiton Policy in Regulated Sectors: Focusing on the Institutional Design of Relationship between Competition Authority and Sectoral Regualtors, 2007. 7.
- 정인호 · 김재경 · 장민 · 배한철, 『경쟁환경 변화와 시내망 규제정책』, KT 경영

연구소, 2002. 9.

한국법제연구원, 『정보통신 분야의 경쟁법정책』, 2007. 1.

한철수, “Current Division of Roles between Competition Authority and Regulatory Agencies of Korea and its Prospects”, 2007 KDI International Conference-Competiton Policy in Regulated Sectors: Focusing on the Institutional Design of Relationship between Competition Authority and Sectoral Regualtors, 2007. 7.

홍대식, “방송시장에서의 금지행위 규제의 문제점과 개선방안”, 『경제규제와 법』 제1권 제1호, 서울대학교 공익산업법센터, 2008. 5.

홍명수, “필수설비론의 발전과 통신산업의 자유화”, 『비교사법』, 제11권 제2호, 한국비교사법학회.

2. 외국문헌

Basedow, Jurgen, 『Economic regulation and competition : regulation of services in the EU, Germany, and Japan』, Kluwer Law International, 2002.

Benjamin, Lichtman, Shelanski, Weiser, 『Telecommunications Law And Policy』, 7th Ed., Carolina Academic Press, 2006.

Brandenberg, Alexandra, 『Resale-Verpflichtungen von Mobilfunknetzbetreibern』, C.H. Beck, 2008.

Bryde, “Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem”, 『Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer(VVDStRL)』46, 1988.

- Cowhey, Peter F., “The Political Economy of U.S. Policy for Competition in the Communications and Information Technology Industries.”, 이원우 편, 『정보통신법연구 I』, 경인문화사, 2008.
- Dunbar, Laurence J. E., “Division of Power and Interaction between Competition Law Authorities and Sector-Specific Regulators in the Telecommunications Sector”, 2007 KDI International Conference-Competition Policy in Regulated Sectors: Focusing on the Institutional Design of Relationship between Competition Authority and Sectoral Regulators, 2007. 7.
- Elhauge, Einer/Geradin, Damien, 『Global Competition Law and Economics』, 2007, Hart Publishing.
- Enaux, Christoph, 『Effiziente Marktregulierung in der Telekommunikation』, 2004.
- Feintuck, Mike, “Rebuilt on shaky foundations: The UK’s experience of reforming the regulatory framework for telecommunications and media.”, 이원우 편, 『정보통신법연구 I』, 경인문화사, 2008.
- Garzaniti, 『Telecommunications, broadcasting and the internet : E.U. competition law and regulation』, Thomson/Sweet & Maxwell, 2003.
- Haverkarte, “Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem”, 『Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer(VVDStRL)』46, 1988.
- Holthoff-Frank, Abgrenzung von TKG, GWB und Art. 82 EG im Telekommunikationssektor – ein weiterer Ansatz, Kommunikation & Recht Beilage 2006.

- Holzangel/Enaux/Nienhaus, 『Telekommunikationsrecht』, 2. Aufl, 2006.
- Immenga, Ulrich /Mestmäcker, Ernst-Joachim, 『Wettbewerbsrecht GWB, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht』, 4. Aufl, 2007.
- Kennedy, 『An Introduction to U.S. Telecommunications』, 2003.
- du Marias, Bertrand, “The French administrative courts in the midst of conflicts between the general antitrust regulator and sector – specific regulator in telecommunications market.”, 이원우 편, 『정보통신법연구 I』, 경인문화사, 2008.
- Memorandum of Agreement between the Federal Trade Commission and the Antitrust Division of the United States Department of Justice concerning Clearance Procedures for Investigations.
- Monopolkommission, 『Die Telekommunikation im Wettbewerb』, Sondergutachten 24, 1996, Tz. 52.
- Nihoul/Rodford, 『EU Electronic Communication Law』, 2004.
- Office of Trading, Competition Law Guideline, “Concurrent application to regulated industries”, 2004.
- Oldiges, “Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem”, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1987.
- Paulweber, Michael, 『Regulierungszuständigkeiten in der Telekommunikation』, Nomos, 1999.
- Säcker, in: Säcker (Hrsg.), 『Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz』, 2006.
- Schadow, Helmut, “Verhältnis zwischen dem Bundeskartellamt als allgemeine Wettbewerbsaufsichtsbehörde und der sektorspezifischen Regulierungsbehörde für den Telekommunikationsmarkt.”, 이원우

- 편, 『정보통신법연구 I』, 경인문화사, 2008.
- Shelanski, Howard A., “U.S. Telecommunications in Transition: Why the New Market Requires a New Regulatory Approach”, SNU/Berkeley Law & Tech. 3rd Hawaii Conference, 2006. 2.
- Stober, Rolf, “Zum Leitbild eines modernen Regulierungsverwaltungsrechts”, 이원우 편, 『정보통신법연구 I』, 경인문화사, 2008.
- Trute/Spoerr/Bosch, 『Telekommunikationsgesetz mit FTEG』, TKG Kommentar, 2002.
- Wagemann, Markus, “Regulatory Powers under Law and Sector Regulation in the Area of Electricity and Gas Network in Germany.” 2007 KDI International Conference-Competiton Policy in Regulated Sectors: Focusing on the Institutional Design of Relationship between Competition Authority and Sectoral Regualtors, 2007. 7.
- Wandel/Angel (ed.), 『Telecommunications Law and Regulation』, 2005.
- Young, Frederik S., “Antitrust Enforcement and Sectoral Regulation in the United States Telecommunication Industry”, 2007 KDI International Conference-Competiton Policy in Regulated Sectors: Focusing on the Institutional Design of Relationship between Competition Authority and Sectoral Regualtors, 2007. 7.
- Zimmer, 『Der rechtliche Rahmen für die Implementierung moderner ökonomischer Ansätze』, Wirtschaft und Wettbewerb 2007.
- Zuckmann et al (ed.), 『Modern Communication Law』, Vol 2, 1999.

1. 본 연구보고서는 정보통신기금으로 수행한 정보통신연구개발사업의 연구결과입니다.
2. 본 연구보고서의 내용을 발표할 때에는 반드시 방송통신위원회 정보통신연구개발사업의 연구결과임을 밝혀야 합니다.