

必須設備와 競爭排除⁽¹⁾

李 仁 鎬

본 연구에서는 필수설비에 대한 거래거절행위가 가지고 있는 경쟁배제 효과에 대해 살펴본다. 시장지배적 지위 남용의 한 유형으로 규제되는 필수설비에 대한 거래거절은 미국에서 판례법의 일부로 확립되어 집행되고 있고 국내에서도 그 사례가 발견된다. 필수설비에 대한 거래거절 규제는 통상 수직적 관계를 가진 기업들 간의 거래에 적용이 되는 것으로 알려졌으나 수평적인 관계를 가진 기업들 간에서도 적용이 되고 있다. 본 연구에서는 필수설비에 대한 거래거절 규제의 가장 중요한 성립요건은 관련기업들이 수직적 혹은 수평적인 관계를 가졌는가가 아니라 그들이 생산하는 제품들 간의 補完性 (complementarity) 성립 여부를 보였다.

주제어: 필수설비, 시장지배적 지위 남용, 보완성

1. 머리말

시장의 경쟁은 소비자들이 보다 좋은 상품을 보다 싼 가격에 소비하도록 만드는데 매우 효과적인 도구이다. 종종 시장의 경쟁은 시장 참여자들의 자유로운 선택을 보장하는 것으로 해석되지만, 역설적으로 시장에서의 경쟁을 보장하기 위해 경쟁 당국이 기업들의 행위에 대해 제한을 가하는 것이 불가피한 경우가 있다. 특히 시장에서의 독점적 지위를 가진 사업자들의 행위는 여러 경우 규제의 대상이 된다. 이러한 시장지배적 지위 남용에 대한 규제가 취해지는 것은 그들이 이미 가지고 있는 독점적 위치 자체 때문은 아니고 그들이 기존에 가지고 있는 독점적 위치를 이용하여 다른 시장에서의 경쟁을 훼손시키기 때문이다.

우리나라의 공정거래법은 제3조의 2에서 시장지배적 지위 남용을 규제하고 있다. 시장지배적 지위 남용에는 여러 가지 행위가 포함되는데 그들 중의 하나로 필수설비에 대한 거래거절을 생각할 수 있다. 거래거절이란 한 경제주체가 다른 경제주체와의 거래를 거절하는 것인데 자유시장 경제하에서 모든 경제주체는 자신이 거래하거나 하지 않거나를 결정할 수 있는 기본적인 권리가 있다는 점에서 거래거절에 대한 규제는 시장 내 자유로운 의사결

(1) 이 논문은 제원연구재단의 지원을 받아 이루어졌다. 제원연구재단의 지원에 감사드린다.

정 권리에 대한 상당한 제약이라고 생각할 수 있다. 본 연구는 일반적인 거래거절의 특수한 형태인 필수설비에 대한 거래거절의 경쟁배제 효과에 대해 분석하고자 한다.

必須設備 理論(essential facility doctrine)이라고 불리는 필수설비에 대한 거래거절 규제는 원래 미국에서 하나의 사례에 대한 판결로부터 비롯되어 확립되었다. 미국 연방대법원은 1912년 Terminal Railroad Association에 대한 판결에서 경쟁자에 대한 거래거절이 항상 존중되지 않는다고 판시하였고 이 판결이 필수설비에 대한 거래거절의 시초로 인용된다.⁽²⁾

필수설비에 대한 거래거절은 한 기업이 그의 경쟁자에 대해 취할 수 있는 전략의 범위를 제한하고 있다는 점에서 매우 특별한 의미를 가진다. 시장에서의 경쟁은 궁극적으로 소비자의 후생 극대화를 가져오기 때문에 바람직하다고 간주된다. 그런데 경쟁적 시장에 있어서 기업들이 자신의 생존을 위해 경쟁기업을 압박하는 것도 일반적인 시장의 경쟁원리 중의 하나이다. 사실 경쟁이 시장의 효율적 자원 배분을 가져오는 이유는 기업들 간의 경쟁에서 효율적이지 못한 기업들이 효율적인 기업들의 압박을 견디지 못해 도태되기 때문이다. 즉 시장 내의 기업들이 경쟁기업의 생존을 위해 협력해야 할 필요는 없고 이로 인해 자원의 효율적 배분이 이루어진다고 생각할 수 있다. 그런데 필수설비에 대한 거래거절 규제는 이러한 원칙에 대해 예외를 만들고 있다.

필수설비에 대한 거래거절 규제는 두 가지 다른 경우에 대해 이루어진다. 첫째는 수직적 관계를 가진 두 기업에 있어 상방시장의 독점사업자가 하방시장의 경쟁사업자에 대해 거래거절을 하는 경우 이를 규제하는 것이다. 이 경우 상방시장의 독점사업자는 두 가지 역할을 한꺼번에 수행하고 있다. 즉 상방시장의 독점사업자, 그리고 하방시장의 경쟁사업자들 중의 하나로서 역할을 하고 있다. 이러한 두 가지 역할을 하는 사업자의 경우 하방시장에서의 경쟁을 보장하기 위해 상방시장에서 사용할 수 있는 전략이 제한되는 것이다.

필수설비에 대한 거래거절의 두 번째 형태는 수평적 시장에서 발생한다. 이 경우는 하나의 수평적 상품 시장에서 경쟁하고 있는 사업자들 간에 상호 접속이 가능한 경우 시장 지배력을 가진 사업자가 자신의 상품을 다른 사업자들의 상품과 함께 사용할 수 있도록 허용하는 것이 강제되는데, 이 규제의 경제적 효과를 가늠하기는 쉽지 않다고 생각된다. 그럼에도 이 형태의 필수설비에 대한 거래거절 규제 사례가 미국에서 더러 발견되고 있다.

본 연구는 필수설비에 대한 거래거절 규제의 효과를 경제학적으로 분석하고 실제 사례에서 그러한 분석이 어떻게 적용되는가를 살펴보고자 한다. 다음 장에서는 필수설비에 대한 거래거절의 요건을 미국과 EU에 대해 소개하고 그 효과를 경제학적인 관점에서 분석한

(2) Reiffen and Kleit(1990) 참조.

다. 3장에서는 거래거절의 경쟁배제 효과를 수직적 시장과 수평적 시장의 경우로 나누어 이론적으로 분석하고 4장에서는 국내의 대표적 사례를 살펴본다. 마지막 장에서는 결론을 제시한다.

2. 必須設備 理論의 適用條件

시장 경제체제하에서는 거래의 자발성을 보장한다는 원칙이 있다. 즉 모든 경제 주체들은 자신이 원하지 않는 거래를 하지 않아도 되는 자유를 보장받고 있다. 필수설비에 대한 거래거절을 규제하는 경우 이러한 기본적인 권리가 제한되는 결과를 가져오므로 필수설비 이론의 적용은 매우 신중하게 이루어져야 한다. 실제적으로 필수설비 이론이 최초로 확립된 미국의 경우 적용조건에 대해 어느 정도 공식화되어 있고 유럽의 경우에도 비슷한 조건을 찾을 수 있다. 미국의 독점금지정책의 집행을 살펴보면 연방대법원이 필수설비 이론을 명확히 지지하거나 확인한 바는 없지만, 여러 하급심 판결을 통해 필수설비 이론이 적용됐음을 확인할 수 있다.

필수설비에 대한 거래거절은 20세기 초 미국 대법원의 판례로부터 시작되었다. 최초의 필수설비에 대한 거래거절 규제 사례로 불리는 Terminal Railroad 사건은 반독점법의 시초인 Sherman 법이 제정된 지 얼마 되지 않아서 발생한 사건으로 기존의 세인트루이스 지역 철도회사들이 독점적으로 가지고 있던 터미널 등 철도 시설에 새로이 진입한 기업이 접근을 허용해 달라는 요청에서 비롯되었다. 이를 시초로 보통 물리적인 설비를 주로 필수설비라고 구분하는 경향이 있었으나 최근에는 知的財産權(intellectual property right)에도 적용되는 등 그 범위가 확대되고 있다. 따라서 필수설비를 일정한 물리적 설비로 정의하는 접근은 최근의 경쟁정책 집행이란 관점에서 본다면 의미가 작다고 보인다.

필수설비에 대한 거래거절에 대한 규제는 결국 다툼의 대상이 되는 설비가 필수설비인가의 여부가 가장 중요한 문제이므로 이에 대한 보다 명확한 조건을 정하는 것이 규제의 불확실성을 줄여준다는 점에서 규제 당국뿐 아니라 피규제 기업들에게도 바람직하다. 필수설비 이론이 최초로 확립된 미국에서는 필수설비에 대한 거래거절 규제를 적용하기 위해서 보통 4가지 조건을 충족시킬 것을 요구한다. 이 조건들은 소위 MCI test 불리는 것으로서 1983년 통신설비 회사인 MCI 사에 대한 거래거절 사건에서 하급심이 구체적으로 제시한 조건들로서 이들은 다음과 같다.⁽³⁾

(3) Pitofsky, Patterson, and Hooks(2002) 참조.

- i) 한 사업자가 필수설비를 독점적으로 소유하고 있을 것 (control of the essential facility by a monopolist)
- ii) 경쟁사업자가 필수설비를 복제하는 것이 현실적 혹은 합리적으로 불가능할 것 (a competitor's inability practically or reasonably to duplicate the essential facility)
- iii) 경쟁사업자가 필수설비에 접속하는 것이 거절되고 있을 것 (the denial of the use of the facility to a competitor)
- iv) 필수설비를 경쟁자에게 제공하는 것이 가능할 것 (the feasibility of providing the facility to competitors)

첫 번째 조건은 필수설비에 대한 거래거절이 시장지배적 지위 남용의 한 유형으로 규제 받는다는 것을 의미한다. 두 번째 조건은 필수설비가 자연독점 같은 기술적 특성을 가진 산업에서 발생할 가능성이 크다는 것을 의미한다. 이들 4개의 조건이 특정 사건에서 충족되고 있는지를 증명하는 것은 단순치가 않은 작업으로 특히 조건 iv)와 관련하여 필수설비에 대한 거래거절이 합리적인 이유로 행해질 경우에는 규제가 이루어지지 않으므로 이에 대한 다툼이 흔히 발생한다. 미국, 그리고 다음에 살펴보는 유럽 모두 필수설비 이론의 적용을 위해서 거래거절의 정당한 사유가 없을 것을 요구하고 있다. 여기서 이야기하는 정당화 사유의 예로 제3자에게 설비를 제공하기에 기존의 설비 여력이 없는 경우를 들 수 있다.

한편, 유럽에 있어서도 필수설비 이론의 적용은 일정한 조건을 충족시키는 경우에만 가능하다. 그러나 유럽에서도 미국과 마찬가지로 경쟁법상 필수설비를 직접 언급하고 있는 조항은 존재하지 않는다. 따라서 필수설비 이론의 적용은 다음과 같은 EU 조약 제82조의 해석을 거쳐 이루어진다.

“Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the common market in so far as it may affect trade between Member States.

Such abuse may, in particular, consist in:

- (a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;
- (b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;
- (c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;
- (d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of

supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.”

이러한 EU 조약 82조는 필수설비 이론에만 적용되기보다는 일반적인 시장지배적 지위 남용에 적용된다는 점에서 보다 포괄적인 내용을 담고 있다.

3. 必須設備의 競爭排除 效果

필수설비 이론을 적용하기 위해서는 통상 MCI test의 4가지 조건의 성립 여부를 살펴본다. 이 조건의 성립 여부에 따른 규제의 적용은 수직적 관계를 가진 기업들 간의 거래에서 가장 용이하다. 수직적 관계를 가진 기업들 간에서 발생하는 필수설비에 대한 거래거절 규제는 상방시장에서 시장지배적 지위를 가진 사업자가 경쟁을 배제하기 위해 하방시장 내 경쟁기업과의 거래를 거절하는 것으로 이해된다. 그러나 Aspen Skiing 사건에서는 수직적 관계가 아닌 수평적 관계를 가진 기업들 간의 문제에서도 필수설비 이론을 암시적으로 적용하는 것이 발견되고 있다. 따라서 수직적 시장구조는 필수설비 이론의 적용을 위한 필요 조건은 아니다. 그렇다면 어떻게 필수설비 이론이 이런 상이한 시장구조에서 발생한 사건들에 동시에 적용이 될 수 있는지를 살펴보자.

Terminal Railroad 사건은 필수설비 이론의 시초로 불리는 사건으로 그 내용은 다음과 같다. 세인트루이스市를 지나는 대부분의 철로를 소유하는 철도회사들의 조합인 Terminal Railroad Association of St. Louis는 미시시피 강을 건너는 2개의 다리와 이에 연결된 선로 시설, 창고 및 터미널 그리고 미시시피 강으로 자동차를 배에 실어 운반하는 선착터미널 등의 시설을 소유하여 운영하고 있었다. 그런데 지리적으로 어떤 철도회사도 이들 조합이 지배하고 있는 설비를 이용하지 않고는 세인트루이스를 통과하거나 진입하는 것이 불가능하였다. 이러한 조합의 시설 취득과 관련된 일련의 행위가 서면법 제1조에 반하는 행위라는 법무부의 주장에 대하여 이들 조합이 실제로 설비에 대한 접근 혹은 이용을 거절하였다는 증거는 발견되지 않았는데도 연방대법원은 서면법 제1조 위반을 인정하여 조합에게 제3의 철도회사의 조합가입을 개방하도록 명하였다. 이 사건에서 연방대법원은 특별히 필수설비 이론을 언급하지는 않으면서도 조합이 모든 거래의 공평한 대리인으로서 정당하게 행동하여야 한다고 판시하였다. 이 판결은 대부분의 논의에서 필수설비 이론의 최초 사례로 간주되고 있다. 단 가끔 이 사건을 수직적 관계가 아닌 수평적 맥락에서 문제된 사건으로 간주하기도 하고 혹은 필수설비 이론을 적용한 것이 아니라고 보는 견해도 있으나 주류

이론은 아니라고 보인다.

다음에는 이러한 최초의 미국 판례로부터 비롯된 필수설비 이론의 구조를 수직적 관계를 가진 기업들 간의 거래와 수평적 관계를 가진 기업들 간의 거래의 경우로 나누어 살펴 보자.

3.1. 垂直的 關係를 가진 企業들 間의 必須設備 理論

우선 필수설비 이론의 적용이 보다 용이한 수직적 관계를 가진 기업들 간의 거래의 경우 부터 살펴보자. 수직적 관계를 가진 기업들 간의 거래에 필수설비 이론을 적용하기 위해서는 대부분의 시장지배적 지위 남용에 대한 규제에서 발견되는 이론적인 문제점을 극복하여야 한다.

시장지배적 지위 남용 행위에 대한 규제는 독점사업자의 특정 행위가 가질 수 있는 競爭排除(foreclosure) 가능성에 대한 규제이다. 그런데 많은 경우 시장지배적 지위 남용 행위는 경쟁자를 배제시키기 위한 필요조건인 경쟁기업 제품의 판매를 위축시키기 위해 가격을 낮추는 등 소비자 후생에 도움이 되는 친소비자적인 측면을 가지고 있다. 더욱이 Chicago Critique이라고 불리는 주장은 경쟁자를 배제시키기 위한 행위가 그런 행위를 저지르는 기업에 추가적인 이윤을 가져오지 못한다는 것을 특정한 맥락에서 보여주고 있어 이들 행위의 반경쟁적 성격을 입증하는 것이 규제의 합리성을 보이기 위해 필요하다.

시장지배적 지위 남용이란 한 시장에서 시장지배력을 가진 사업자가 이를 이용하여 다른 시장에서 경쟁자를 배제시키려는 전략을 사용하는 것을 의미한다. 예를 들어 복사기 시장에서 독점력을 가진 사업자가 복사기 부품 시장 혹은 복사기 수리 서비스 시장에서도 독점력을 갖기위해 자기로부터 복사기 부품을 사는 경우에만 복사기를 판다면 끼워팔기 행위에 대한 규제의 대상이 될 수 있다.⁽⁴⁾ 이러한 시장지배적 지위 남용에 대한 규제는 복사기를 독점적으로 공급하는 사업자가 반드시 복사기의 부품이나 복사기 수리 서비스 공급에서도 가장 효율적인 사업자가 아닐 수 있다는 가능성으로부터 비롯된다.

시장에서의 경쟁은 효율적인 기업이 그렇지 않은 기업을 밀어내고 살아남아서 소비자들에게 보다 좋은 상품을 싸게 공급하게 되기 때문에 보호되는데 만일 효율적이지 않은 사업자가 오히려 효율적인 사업자를 밀어낸다면 그 결과는 바람직하지 못하다. 위의 끼워팔기 예에서 복사기의 독점 공급자가 복사기 수리 서비스 시장에서는 가장 효율적이지 않고 경쟁사업자가 보다 좋은 수리 서비스를 같은 가격에 공급할 수 있다고 가정해 보자. 만일 복사기 공급이 수리 서비스와 독립되게 이루어지고 있다면 복사기 생산기업은 서비스 수리

(4) 여기서는 순수 끼워팔기, 즉 결합상품 외에 개별 상품은 판매하지 않는 전략만을 생각한다.

시장에서는 보다 효율적인 경쟁사업자에게 밀려나고 시장의 경쟁은 가장 효율적인 기업을 선택하게 된다. 그러나 복사기의 독점 공급자가 끼워팔기를 하는 경우 복사기에 대한 수리 서비스도 복사기 생산 기업으로부터 구매해야 한다. 따라서 고객들이 모두 복사기를 생산하는 기업으로 옮겨가고 복사기 수리 서비스 시장에서는 효율적인 사업자가 살아남지 못하는 결과가 생겨난다. 이러한 경우 경쟁 당국은 끼워팔기에 대한 규제를 하여 경쟁을 보장하는 것이다.

수직적 관계를 가진 기업들 간에 있어서 발생하는 거래거절은 앞서 설명한 끼워팔기와 매우 유사한 구조를 가지고 있다. 수직적으로 연결된 두 개의 시장이 있고 상방시장에는 한 개의 기업(기업 A)이 독점적으로 생산을 하여 하방시장의 기업들에게 중간재를 공급하고 있다고 가정하자. 편의상 하방시장에는 두 개의 기업이 경쟁하고 있다고 가정하는데 그 중 하나는 상방시장에 있는 독점 기업의 한 부분이라고 가정하자. 즉 하방시장에는 기업 A와 기업 B가 경쟁을 하고 있다.⁽⁵⁾ 이러한 시장에서 상방시장의 독점 기업인 A가 B에게 중간재 공급을 거절한다면 중간재를 구입할 수 없는 B는 시장에서 축출되고 하방시장에서도 기업 A가 독점사업자가 된다. 이러한 결과는 상방시장에서의 독점 사업자인 기업 A가 중간재를 자신의 하방시장에서의 생산품과 결합하여 판매하는 경우 기업 B를 시장에서 축출하는 효과를 얻는 것과 동일하다.

이와 같이 수직적 관계를 가진 기업들이 속한 시장에서의 거래거절은 끼워팔기와 동일한 경제적 효과를 갖고 있다. 그런데 Chicago Critique이라는 주장은 상방시장에서의 독점사업자가 끼워팔기를 할 유인이 없음을 보이고, 따라서 끼워팔기는 여러 기능을 하나의 상품에 복합적으로 만들어 넣을 때 생겨날 수 있는 시너지 때문이라고 설명하였다. 만일 수직적 관계를 가진 기업들 간의 거래거절이 끼워팔기와 같은 경제적 효과를 갖고 있다면 끼워팔기에 대한 반박인 Chicago Critique은 거래거절의 경우에도 유효해지고 Chicago Critique이 옳다면 수직적 관계를 가진 시장에서 거래거절은 경쟁자 배제 효과가 없다는 결론에 이르게 도출된다.

Chicago Critique의 주된 논리를 이해하기 위해 간단한 모형을 분석해 보자. 기업 A가 만드는 상품은 하방시장에서 중간재로서만 사용을 할 수 있고, 이 중간재를 사용하여 기업 A의 하방시장 상품 혹은 기업 B가 만드는 상품에 대해서 모든 소비자는 p 라는 가격을 지불할 용의가 있다고 가정하자. 상방시장에서의 제품을 생산하는 비용이 c_a 라고 하고 하방시장에서 상방시장이 생산한 중간재를 이용하여 제품을 생산하는 데 드는 추가적인 비용이

(5) 분석의 편의를 위해 하방시장에서 두 기업은 가격을 전략 변수로 경쟁, 즉 Bertrand 경쟁의 경우를 가정하자.

c_b 라고 가정하자.

만일 기업 A가 자신이 생산하는 상품들을 독립적으로 판매한다면 최종재의 가격이 p 이고 하방시장 상품의 생산비용이 c_b 이므로 하방시장에서의 경쟁은 중간재에 대한 가격을 $(p - c_b)$ 로 결정하게 된다. 따라서 기업 A는 한 단위의 중간재 생산마다 $(p - c_a - c_b)$ 의 이윤을 남기게 된다.

한편, 기업 A가 자신의 중간재를 하방시장에서의 추가적인 생산공정과 결합하여 최종재만 판매한다면 기업 B는 이러한 최종재를 구매하여 자신의 생산공정과 결합하여 제품을 생산할 여지가 없어지므로 생산을 멈추게 된다. 그러나 기업 A의 관점에서 문제를 살펴보면 이 경우에도 기업 A는 한 단위의 최종재 생산 시마다 $(p - c_a - c_b)$ 의 이윤을 남기게 된다. 따라서 기업 A는 끼워팔기로부터 추가적인 이윤을 누릴 수 없어진다는 것이 Chicago Critique의 요지이다. 즉 Chicago Critique 논리의 요지는 상방시장과 하방시장을 모두 합쳐서 소비자들이 상품에 대해 지불하고자 하는 가격이 정해져 있고 따라서 거둘 수 있는 최대 이윤이 고정되어 있다면 상방시장의 시장지배적 사업자가 그 액수를 끼워팔기로 벌든지 독립적인 판매로 벌든지 변화가 있을 수 없다는 것이다.

여기까지의 논의를 정리하면 시장지배적 지위를 가진 사업자는 수직적으로 연관된 시장에서 끼워팔기를 통해 경쟁사업자를 배제시킬 유인이 있다는 주장⁽⁶⁾에 대해 Chicago Critique은 끼워팔기 전략이 경쟁사업자를 배제시킬 전략으로 사용될 수 있더라도 시장지배적 사업자가 추가적으로 얻을 수 있는 이윤이 없어 끼워팔기 전략은 경쟁사업자 배제를 목적으로 사용되지 않는다는 주장을 하고 있다. 그러나 지렛대 이론에 대한 Chicago Critique의 논리는 전자가 근본적으로 동학적인(dynamic) 주장인 데 비해 후자는 정학적인(static) 주장이라는 점에서 문제가 크다. 즉 지렛대 이론에서는 시장지배적 사업자가 경쟁사업자를 시장에서 배제시킨 후에 추가적인 이윤을 누릴 가능성을 우려하고 있는 데 비해 Chicago Critique은 시장지배적 사업자가 경쟁사업자를 배제시키는 과정에서 추가적인 이윤을 누릴 가능성이 없다는 주장이므로 이러한 주장은 경쟁사업자가 시장에서 배제된 이후의 시장 진화에 대해서는 아무런 시사점을 주지 못하고 있다.

최근에는 Chicago Critique에 대한 반론을 제기한 연구가 다수 발표되었다. 예를 들어 Carlton and Waldman(2002)은 하방시장에서의 경쟁기업이 상방시장에 진입할 가능성이 있는 경우 상방시장의 시장지배적 사업자는 끼워팔기를 통해 경쟁기업의 시장배제를 피할 충분한 유인이 있음을 보여 주었다.

(6) 이러한 주장을 지렛대 이론(leverage theory)이라고 부른다. 지렛대 이론의 세부내용은 Whinston(1990)을 참조하라.

Carlton and Waldman(2002)의 모형에서 가장 중요한 요소는 하방시장에서의 경쟁이 다른 시장으로 다시 확산되어 나갈 가능성인데 이러한 논리를 확장시키면 많은 경우에 시장 지배적 사업자의 끼워팔기가 반경쟁적인 효과를 가지고 있다는 것을 증명할 수 있다. 예를 들어 앞서 설명한 모형에서 하방시장에서의 경쟁이 마지막이 아니고 그 이후에 새로운 하방시장이 또 생겨난다면 상방시장에서의 시장지배적 사업자가 하방시장에서도 독점력을 유지하는 것이 새로이 생겨나는 하방시장에서의 이윤을 확보하기 위해 필수적이다.

한편, 이러한 시장지배적 사업자에 의한 끼워팔기가 경쟁사업자를 배제시키는데 사용될 수 있고 또한 이러한 전략이 시장의 경쟁을 훼손시킨다는 주장은 시장지배적 사업자가 필수설비에 대한 거래거절을 하는 경우에도 동일하게 적용이 된다. 즉 앞서 설명한 모형에서 상방시장의 독점기업인 기업 A가 기업 B에게 필수설비인 중간재를 공급하기를 거절한다면 끼워팔기의 경우와 동일한 효과를 얻을 수 있다. 즉 Chicago Critique이 주장하듯이 시장지배적 사업자는 필수설비에 대한 거래거절로부터 추가적인 이윤을 얻을 수는 없다. 그러나 Chicago Critique에 대한 반론들이 주장하듯이 필수설비에 대한 거래거절은 추가적인 시장에서의 경쟁을 훼손시키는데 사용될 수 있다. 따라서 필수설비에 대한 거래거절은 경쟁 당국의 규제를 받는 것이 정당하다.

3.2. 水平的 關係를 가진 企業들 間의 必須設備 理論

수직적 관계를 가진 기업들 사이의 필수설비 이론은 비교적 간단하고 끼워팔기 등 다른 시장지배적 지위 남용 행위와 같은 원리를 적용하여 이해할 수 있다. 그런데 1985년의 Aspen Skiing 사건에서는 필수설비 이론이 수평적인 관계를 가진 사업자들 간의 거래거절에 적용된 바 있는데 이 경우에는 거래거절의 반경쟁성을 증명하기가 좀 더 까다롭다고 보인다.⁽⁷⁾

Aspen Skiing 사건이란 미국 콜로라도주의 Aspen 지역에 있는 4개의 스키활강 시설 사업자들 간의 다툼을 의미한다. 1945년부터 1960년까지 3개의 스키활강 시설이 건설되었고, 1967년에 마지막으로 한 개가 더 개설되어 총 4개의 스키활강 시설이 운영되기 시작하였다. 1958년부터 1964년까지는 3개의 스키활강 시설을 3개 회사가 경쟁적으로 운영하였으며 각자 자기시설에 대한 리프트티켓을 판매해 오다가 1962년부터 소위 six day all-

(7) 필수설비 이론의 최초 사례로 불리는 Terminal Railroad 사건도 수평적 기업들 간의 거래거절로 해석하기도 하지만 엄밀히 살펴보면 그 사건의 경우에는 열차 터미널과 교량 등에 대한 독점력을 가지고 있던 사업자들이 열차 터미널과 교량을 갖추지 못한 채 새로이 진입한 열차회사들의 접근을 막은 것으로 수직적 기업들 간의 거래로 이해하는 것이 타당하다고 생각된다. 그 사례와 비교하여 Aspen Skiing 사건에서는 양측 모두 스키 활강시설을 소유하고 있어 수평적 구조가 명백하다.

Aspen ticket(앞으로 “all-Aspen 티켓”으로 지칭함)을 공동으로 판매하기 시작하였다. 그런데 1967년 마지막 새로운 시설이 설치되고부터 all-Aspen 티켓의 매출비중이 다른 종류의 티켓매출을 앞지르기 시작하였다. 한편, 이 all-Aspen 티켓으로 인한 수입은 각 시설의 사용인원 산정에 관하여 합의한 바에 따라 분배되었다.

1977-78년 시즌에 이르러 이들 중의 한 회사인 Ski Co.가 다른 회사인 Highlands에 대하여 매출액 분배를 위해 이미 합의한 사용인원 추정치 기준 대신에 고정비율 기준을 사용할 것을 요구하였고, 1978-79 시즌에 이르러서는 Highlands에게 더욱 불리한 분배안을 제시한 후 공동판매를 중지하고 자신의 스키시설 이용권을 파격적인 가격에 판매하였는데 그 결과 Highlands의 매출이 급감하였다. 이에 대해 Highlands 측이 다시 all-Aspen 티켓을 공급할 수 있도록 Ski Co.가 스키활강 시설을 제공할 것을 요구한 것이 사건의 요지이다.

우선 이 사건의 특이한 점은 Highlands와 Ski Co.가 동일한 서비스 상품을 공급하는 사업자라는 것이다. 즉 두 사업자 모두 스키활강 시설을 가지고 리프트 티켓을 판매하고 있었으므로 동일한 상품을 공급하고 있었다고 생각할 수 있다. 더욱이 이들 사업자는 서로 다른 사업자가 서비스 생산을 위해 중간재로 사용할 상품을 공급하고 있지 않다. 물론 이 두 사업자가 가지고 있는 스키활강 시설의 입지적 차이는 이 두 사업자가 공급하는 상품들이 차별화되어 있음을 의미하며 이러한 차별화는 상품들 간의 대체성을 약화시키는 요인으로 작용할 수 있다. 그러나 이런 차별화된 상품 특성을 고려하더라도 이 사건은 흔히 수평적 관계를 가진 기업들 간의 필수설비 거래거절의 예로 간주된다.

이 사건에 있어 제1심 법원은 Ski Co.의 행위가 셔먼법 제2조에 위반된다고 판단하였다. 항소심은 Aspen 지역의 스키활강 시설이 필수설비임을 암시하여 1983년 MCI 판결에서 제시된 필수설비 이론의 4가지 요건을 따진 후 필수설비 이론의 모든 요건을 충족하는 것으로 보아 Ski Co.는 Highlands와 티켓을 공동으로 판매할 의무를 부담한다고 판시하였다. 상고심에서 연방 대법원은 비록 독점사업자라 하더라도 경쟁사업자와 공동마케팅을 할 의무는 없으며 항소심이 필수설비 이론을 적용한 것은 잘못이라는 Ski Co.의 주장에 대하여 셔먼법은 각 사업자에게 거래의 자유를 보장하지만, 이 자유는 절대적인 것이 아니며 독점사업자의 경우 정당한 사유가 존재하는 경우에만 거래거절을 할 수 있다고 지적하였다. 따라서 Highlands에게 자신의 고객이 다른 세 개의 리프트를 이용할 수 있는지의 여부가 경쟁상 매우 중요한 상황에서 Ski Co.가 사업상 합리적 사유 없이 공동마케팅을 중단하고 지나치게 저가의 상품을 판매한 행위는 셔먼법 제2조에 반한다고 판시하였다.

이 사건의 당사자들이 생산하는 서비스들이 동일한 시장에 속한다는 것은 Ski Co.가 자신의 스키시설 사용권의 가격을 낮추었을 때 경쟁자인 Highlands의 매출이 급감하였다는

데서 확인할 수 있다. Highlands는 Ski Co.이 가격을 낮추었을 때 같이 가격을 낮추지 않았으므로 이러한 매출의 감소는 판매량의 감소로 인한 것으로 Highlands의 서비스와 Ski Co.의 서비스가 대체관계임을 의미하고 이는 달리 이야기한다면 동질성이 강한 서비스들이라는 것이다. 따라서 이들 사업자를 수평적으로 동일한 시장에서 활동하고 있는 기업이라고 판단하는 것은 타당하다.

한편, 이 사건의 당사자 중에 피해를 보았다고 주장하는 Highlands 사는 이 피해를 복구하기 위해서 Ski Co.의 스키활강 시설 사용을 포함하는 all-Aspen 티켓을 다시 공급할 수 있도록 요구했다는 것이 이 사건의 핵심이라고 생각된다. 앞서 살펴본 바와 같이 이들은 동일한 시장에서 경쟁하는 기업들이므로 Highlands의 매출 감소를 가져온 Ski Co.의 가격 인하를 약탈적 가격 전략을 통한 시장지배적 지위 남용행위로 접근할 수도 있다. 즉 Ski Co.가 경쟁사업자인 Highlands를 시장에서 배제하기 위하여 한계비용 이하로 제품가격을 낮추었다면 이는 시장지배적 지위 남용의 한 형태인 약탈적 가격으로 규제의 대상이 된다. 그러나 이 사건에서 Ski Co.의 가격결정에 대한 다툼은 중요한 요소가 아니었다. 그렇다면 이들 사업자 간의 경쟁 관계에서 생겨나는 마찰은 이 사건의 핵심이 아니고 이들 간의 수평적 관계는 문제의 핵심과는 무관하다.

이 사건에서 Highlands 사가 손해의 복구를 위해 요구한 사항은 Ski Co.의 스키활강 시설을 포함하는 all-Aspen 티켓의 판매인데 이는 이 사업자들이 생산하고 있는 서비스들 간의 補充性(complementarity)으로 인한 것으로 해석할 수 있다. Highlands사와 Ski Co.가 제공하고 있는 스키활강 시설들은 스키를 위한 동일한 리프트 서비스를 제공한다는 데서는 대체재이지만 서로 다른 입지를 가지고 있어 스키어들이 보다 다양한 스포츠 경험을 할 수 있다는 점에서 보완재적인 성격을 가진다. 만일 이들이 대체재적인 성격만을 가지고 있다면 Highlands는 Ski Co.의 가격이 한계비용보다 낮아 자신을 시장에서 배제하기 위한 약탈적 가격 전략을 썼다고 주장했어야 한다.

그러나 Highlands는 Ski Co.의 상품과 결합한 all-Aspen 티켓을 공급할 수 있도록 해달라고 요구한 것은 이들 간의 보완재적인 성격으로 인한 것이다.

또한, 이러한 해석은 법원이 명시적으로 필수설비 이론의 적용을 언급하지는 않았지만, Highlands의 요구를 들어준 것과는 일관성이 있다. 경쟁 당국의 규제는 궁극적으로 소비자들의 후생 증대를 목적으로 하고 있다. 만일 이들이 대체재적인 성격만을 가지고 있었다면 all-Aspen 티켓의 계속적 공급은 여러 대체재를 계속 시장에 공급시키는 효과만을 가져오므로 소비자들의 후생 증대에 기여할 수가 없다. 그러나 이들이 보완재의 성격을 가지고 있는 경우 이 서비스들을 모아 싸게 살 수 있도록 해주는 것은 소비자의 후생 증대에 기여

할 수 있다. 따라서 소비자들의 후생 증대를 목적으로 하는 법원이 Highlands의 요구를 들어준 것은 일관성이 있다고 생각된다.

또한, 이러한 보완재적인 성격을 가진 서비스들을 묶어서 공급하는데서 오는 소비자 후생의 증가는 거래거절이 유지되어 경쟁기업이 시장에서 배제될 경우 발생할 수 있는 경쟁의 약화 가능성과 함께 고려되어야 한다. 이 점에서 이 사례는 흥미로운 시사점을 제시하고 있다. 보완재적인 성격을 가진 서비스의 공급자들 간의 거래였다고 하더라도 Ski Co.의 거래거절은 궁극적으로 Highlands를 시장에서 배제하기 위해 이루어졌다고 볼 수밖에 없다. 왜냐하면, 그 외에는 Ski Co.가 이러한 거래거절로부터 얻을 수 있는 추가이윤이 없기 때문이다.

만일 Ski Co.의 거래거절이 그들이 목적인바, 즉 경쟁기업의 시장 배제를 달성하였을 경우 시장에 가져올 수 있는 효과는 Highlands이라는 차별화된 서비스의 부재로부터 오는 전체 서비스의 品質 惡化와 더불어 시장에 하나의 서비스 공급자만이 남아서 생겨나는 독점력으로 인한 價格 上昇을 포함한다. 이러한 거래거절을 통한 경쟁기업의 시장배제의 효과 중 서비스의 품질 악화는 앞서 설명한 보완재적인 성격을 가진 상품들 중 일부를 소비하지 못하여 발생하는 후생의 감소 효과와 동일한 것이다. 이 사건에서는 이 효과에 더하여 경쟁기업의 시장배제 후 생겨나는 독점력에 의한 가격 상승이라는 추가적인 부정적 효과를 감안하여야 한다. 따라서 거래거절로 인한 시장배제를 고려하면 거래거절에 대한 규제는 더욱 정당성을 가지게 된다.

그런데 Carlton(2001)은 설사 Aspen Skiing 사건에서 이러한 복합 상품이 보완성으로 인한 효율성 제고 효과가 있다고 하더라도 이를 경쟁 당국에서 개입하여 규제하는 것은 잘못된 규제 사례라고 지적하고 있다. Carlton(2001)의 주장은 상품들 간의 보완성이 있다고 하더라도 이 사례에서 두 기업이 다투는 것은 둘 사이의 이윤 배분 문제이고 이에 관해서 규제기관이 기여할 바가 없다는 논리에 기초하고 있다. 이 주장에서 문제가 되는 것은 만일 두 기업이 결합된 상품을 판매하지 않는다면 소비자가 이들 보완적인 서비스를 소비하기 위해 높은 가격을 지불해야 하고 만일 이들이 가격을 전략변수로 이용하여 다투어 한 기업이 퇴출될 경우에는 독점으로 인한 가격 상승이 발생하게 된다는 것이다.

4. 國內 事例

국내에는 그동안에 축적된 거래거절에 대한 심결례가 여러 개 존재한다. 그 중 공정거래위원회의 심결례로는 한국전기통신공사의 전화번호부 수록 거절행위, 신용카드가맹점 공

동이용망의 이용거부, 그리고 한국종합유선방송협회의 지상파방송 재전송 방해행위를 들 수 있다. 또한 SK(주)의 송유관공사 인수행위는 기업결합사건이지만 필수설비에 대한 우려가 명시적으로 고려된 사례이다. 여기서는 우리나라의 거래거절 사건 중 가장 많이 알려진 사례로서 공정거래위원회의 심결을 거쳐 대법원의 심결까지 마친 포스코의 거래거절 사건에 대해 간략히 살펴본다.

포스코 사건은 최근 우리나라의 경쟁정책 집행 사례 중에 가장 많은 관심을 받은 대형 사건이다. 이 사건은 국내 유일의 열연코일 제조업자인 주식회사 포스코(이하 포스코)가 냉연강판 제조업자인 현대 하이스코(주)에 대하여 열연코일의 공급을 거절한 행위에 대한 것이다. 이러한 포스코의 행위에 대해 공정거래위원회는 독점규제법 제3조의 2 제1항 제3호 및 시행령 제5조 제3항 제3호 관련 심사기준 IV. 3. 다. (1)에서 규정하고 있는 '부당하게 특정사업자에 대하여 거래를 거절하는 행위'에 의하여 동법 제3조의 2 제1항 제3호의 사업활동 방해에 해당한다고 보아 규제를 의결하였는데 포스코는 이에 불복하여 취소소송을 제기하였다. 이 사건 행위 당시에는 아직 독점규제법 시행령에 필수요소에 대한 접근거절이 명문화되지 않았기 때문에, 문제의 열연코일이 필수요소에 해당되는지 여부는 직접 다루어지지 않았다. 그러나 공정거래위원회나 법원의 논리를 살펴보면, 거래거절의 부당성 판단에 필수설비 법리가 적지 않게 내포되어 있다고 보여 동 법리에 따라 거래거절행위의 위법성을 따져볼 수 있는 것으로 보인다.

포스코는 공정거래위원회의 심결에 불복하여 시정명령 및 과징금 납부 명령의 취소를 구하는 소송을 제기하였다. 포스코가 제출한 항변사유는 시장지배적 지위의 남용행위에 해당하는 거절행위의 위법성 판단의 전반에 걸치는 것이었다. 포스코는 우선 자신은 시장지배적 지위에 있지 않고 설사 시장지배적 지위가 인정된다 하더라도 열연코일은 순수하게 자기 소비용으로만 생산되는 것이어서 이에 대한 거래거절은 부당하지 않으며, 따라서 포스코의 공급거절을 시장지배적 지위의 남용행위로서 판단하여 이루어진 공정거래위원회의 의결은 취소되어야 한다는 주장을 전개하였다.

그러나 서울고등법원은 공정거래위원회의 입장을 대체로 수용하였다. 먼저 공급거절의 대상인 열연코일과 관련하여 법원은 자동차나 가전제품 등의 원자재로 사용되는 냉연강판의 제조에는 열연코일이 반드시 필요하고, 그러한 열연코일을 생산할 수 있는 사업자는 국내 유일의 제철업체인 포스코뿐이며, 포스코는 자가소비를 포함하여 2000년 기준으로 국내 열연코일 시장의 79.8%를 점유하고 있는 독점적 사업자임을 근거로 시장지배적 사업자에 해당한다는 것을 인정하였다. 또한, 포스코의 공급거절행위는 열연코일시장에서의 지위를 남용하여 냉연강판 시장에서의 다른 사업자의 사업활동을 방해하고 동 시장에서의 지

배적 지위를 유지하려는 것으로서 부당성이 인정되고, 따라서 포스코의 공급거절행위는 시장지배적 지위의 남용행위에 해당한다고 판단하였다.

그러나 이러한 판결은 대법원에서 바뀐다. 대법원은 포스코의 거래거절행위가 경쟁을 제한할 정도에 이르지 못하였으므로 원고 승소 판결을 내렸다. 이 판결의 사유를 대법원은 다음과 같이 설명하고 있다.

“원심이 들고 있는 사정들은 모두 원고의 이 사건 거래거절행위에 의하여 참가인이 입게 된 구체적인 불이익에 불과한 것들로서 현실적으로 경쟁제한의 결과가 나타났다고 인정할 만한 사정에 이르지 못할 뿐만 아니라, 오히려 원심에 제출된 증거들에 의하면, 원고의 이 사건 거래거절행위에도 불구하고 참가인은 일본으로부터 열연코일을 자신의 수요에 맞추어 수입하여 냉연강판을 생산·판매하여 왔고, 냉연강판공장이 완공되어 정상조업이 개시된 2001년 이후부터는 지속적으로 순이익을 올리는 등 냉연강판 생산·판매사업자로서 정상적인 사업활동을 영위하여 왔던 사실을 알 수 있으며, 또한 원고의 이 사건 거래거절행위 이후 국내에서 냉연강판의 생산량이 줄었다거나 가격이 상승하는 등 경쟁이 제한되었다고 볼 만한 자료도 나타나 있지 않으므로, 경쟁 저해의 결과를 초래하였다는 원심의 판단을 수긍하기 어렵다.”

또한

“오히려, 이 사건에서는 앞서 본 바와 같이 원고의 거래거절행위에도 불구하고 참가인은 일본으로부터 열연코일을 자신의 수요에 맞추어 수입하여 냉연강판을 생산·판매하여 왔고 순이익까지 올리는 등 정상적인 사업활동을 영위하여 옴으로써 결국 냉연강판시장의 규모가 확대되었다고 할 것이다. 따라서 이와 같은 사정과 아울러 이 사건 거래거절행위로 인하여 거래거절 당시 생산량 감소나 가격 상승과 같은 경쟁제한 효과가 발생할 우려가 있었다는 사정에 관한 자료도 없는 점에 비추어 보면, 위에서 본 바와 같이 원심이 들고 있는 이 사건 거래거절로 인하여 참가인이 입게 된 불이익에 관한 사정들만으로는 이 사건 거래거절행위를 거래거절 당시 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로 평가하기에는 부족하다고 봄이 상당하다.”

이러한 판결문에서 우리가 주목해야 하는 것은 원고인 포스코의 거래거절은 현대하이스코로 하여금 다른 공급원 즉 일본의 생산기업을 찾아서 그로부터 공급을 받아 생산활동을 유지케 하였고 결과적으로 시장으로부터 배제되는 것을 피하였다는 것이다. 즉 이러한 사건의 진행은 포스코가 문제가 되는 설비를 독점적으로 공급하지 않고 있었음을 의미하고

따라서 미국에서 필수설비 이론의 조건으로 사용되는 MCI test를 통과하지 못한다. 그러나 대법원은 이 사건을 거래거절행위가 경쟁을 제한할 정도에 이르지 못해 부당성을 충족시키지 못하였다는 잘못된 판단을 내렸다.

즉 이 사건에서 원고인 포스코가 필수설비에 대한 거래거절행위를 범하지 않았다는 결론은 타당하지만 그 사유로 제시된 부당성의 결여는 잘못된 것으로 생각된다. 오히려 이 사건에서는 포스코가 속한 지리적 시장을 국내시장으로 획정하고 그에 따라 포스코를 시장지배적 사업자로 판단한 부분에 오류가 있었다고 보인다. 왜냐하면 포스코가 거래를 거절한 후에 현대하이스코는 일본의 생산자로부터 공급을 받을 수 있었는데 이는 지리적으로 일본을 포함하는 시장에서는 대체가 가능하였다는 사실을 의미하므로 국내시장은 그 자체로 하나의 독립된 지리적 시장으로 획정되어서는 안된다는 것을 의미하기 때문이다.

5. 結 論

필수설비에 대한 거래거절은 시장지배적 지위 남용 행위로서 경쟁 당국의 규제 대상이다. 본 연구에서는 이러한 규제의 근간을 이루는 필수설비 이론의 적용조건과 필수설비 이론 적용의 두 가지 형태에 대해 분석하고 국내의 대표적인 사례를 살펴보았다.

필수설비 이론의 적용은 통상 수직적으로 관련된 시장에서 이루어지는 것으로 간주되나 미국의 경우 수평적인 시장에서도 적용되었던 사례가 있다. 필수설비 이론이 수직적 시장과 수평적인 시장에 동시에 적용이 가능한 이유는 이들 시장에서 거래되는 상품들 간의 보완성 때문이다. 통상 동일한 수평적 시장에 속하는 상품들 간에는 대체성만을 생각할 수 있다고 간주되는데 필수설비 이론이 적용된 Aspen Skiing Co.의 경우에는 상품 간의 차별성으로 인해 보완성이 동시에 존재하였고 이로 인해 필수설비 이론의 적용이 가능하였다.

필수설비 이론의 경우 시장지배적 지위 남용에 대한 규제이론이므로 실제 적용을 위해서는 합리성의 원칙이 적용될 가능성이 크다. 본 논문에서 발견한 필수설비 이론의 적용을 위한 상품들 간 보완성의 여부는 앞으로 발생할 유사사례의 판단에서 유용하게 사용될 수 있으리라고 기대된다.

서울大學校 經濟學部 教授

151-746 서울특별시 관악구 관악로 599

전화: (02)880-6366

팩스: (02)886-4231

E-mail: ihl@snu.ac.kr

參考文獻

대법원 판례 검색 사이트. <http://glaw.scourt.go.kr/jbsonw/jbson.do>.

Carlton, D. W.(2001): "A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal – Why Aspen and Kodak Are Misguided," NBER Working Paper, **8105**.

Carlton, D. W., and M. Waldman(2002): "The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries," *Rand Journal Of Economics*, **33**, 194-220.

Pitofsky, R., D. Patterson, and J. Hooks(2002): "The Essential Facilities Doctrine Under U.S. Antitrust Law," *Antitrust Law Journal*, **70**, 443-462.

Reiffen, D., and A. N. Kleit(1990): "Terminal Railroad Revisited: Foreclosure of an Essential Facility or Simple Horizontal Monopoly?" *Journal of Law and Economics*, **33**, 419-438.

Whinston, M.(1990): "Tying, Foreclosure and Exclusion," *American Economic Review*, **80**, 837-859.

Abstract

Essential Facility and Foreclosure

In Ho Lee

This paper analyzes the anti-competitive effect of refusal to supply essential facility. Refusal to supply essential facility, which is a form of the abuse of dominance, has been established from a case in the U.S. and is also observed in Korea. Essential facility doctrine has been applied to cases among firms with horizontal relationship as well as vertical relationship. This paper demonstrates that the condition for the application of essential facility doctrine has to do mainly with the existence of complementarity among the products of the firms rather than with whether the firms are vertically or horizontally related.

Keywords: Essential facility, Abuse of dominance, Complementarity

