

# 통신에서 반독점과 불공정 경쟁 사이에서 규제 영역의 획정

(Defining the Regulatory Space Between Antitrust  
and Unfair Competition in Telecoms)

James B. Speta\*

譯: 권경현(Kwon, Kyoung Hyun)\*\*

## < 목 차 >

- I. 왜 불공정 경쟁 모델인가?
- II. 무엇이 불공정 경쟁모델에 할당되는가?
- III. 제도적 차원

통신시장이 점차 경쟁적으로 되어 감에 따라 보다 가벼운 규제에 대한 요구가 계속해서 증가되고 있다. 미국 통상위원회는 통신에서의 경쟁과 규제 개혁 그리고 통신법의 포괄적인 개정을 담은 법안에 대한 일련의 청문절차를 예정하고 있다. 현행 법률은 예전의 낡은 기술과 서비스에 기초한 범주에 바탕하고 있어서 인터넷 시대에 있어 직접적인 경쟁 서비스의 상이한 규제 형태를 위협하고 있다. 그러한 결과는 누구도 원하지 않는 것으로 아마 회사에 최대한의 규제 수익을 얻기 위해 서비스를 어떻게 구조할 것인지에 대해 조언하는 변호사를 제외한다면 보다 대부분의 합리적인 입법 구도에서는 실효성이 떨어지고 있다.

결과적으로 실질적 노력은 상당 부분 새로운 통신법을 입안하는 것으로 이른다. 그러나 기본적인 법률이 없는 경우에도 연방 통신 위원회(FCC)는 이미 인터넷에 대해 규제 권한이 있다고 하며, 연방 대법원은 이러한 FCC 권한에 대한 확장개념을 인정하고 있다. 현재까지 FCC는 이러한 권한을 보다 부담이 따르는 연방과 주의 규제 구도에 사용해 왔지만 인터넷 서비스는 상당 부분 규제를 하지 않았다.<sup>1)</sup> 前 FCC 상임위원은 FCC의 인터넷 서비스에 대한 접근을 초기 서비스 이론으로 기술하여 인터넷 서비스를 전통적인 공익시설이 지는 의무를 부담하지 않는 것으로 본다.<sup>2)</sup>

그렇지만, FCC의 인터넷 사업자에 대한 규제 권한의 행사가 항상 규제를 자제하는 것 중의 하나는 아니다. 예를 들어 FCC는 인터넷 사업자가 연계되지 않는 기업에 의해 발전된 내용의 수행을 요구할 권한을 가진다고 한 바 있다. 때로 망 중립성 규제는 비차별적인 공익 시설의 개념을 인터넷 영역까지 확장하고 있다. FCC는 인터넷에서 디지털 저작권 관리를 디지털 방송 서비스에까지 도입하도록 하는 것과 같은 법적 권한에도 의존하고 있다. 이러한 후자의 관점에서 항소법원은 이를 파기했으나 대법원에 의해서 그 권한이 인정되었다.

인터넷 서비스가 성숙되면서 음성전화와 비디오 전송과 같은 전통적인 통신서비스가 인터넷 네트워크로 계속 도입되었고 포괄적인 FCC 규제에 대한 압력이 증가될 것이다. 그래서 새로운 법제정

\* Professor, Northwestern University School of Law, Chicago, Illinois USA. Comments are welcomed to j-speta@northwestern.edu

\*\* SK Telecom 변호사, 서울대학교 행정법 박사 수료,  
tel 02)6100-3446, fax 02)6100-7967; lhr0828@sktelecom.com.  
원문보기: www.clt.re.kr/윅크숍

1) Nat'l Cable & Telecoms. Ass'n v. Brand X Internet Servs., 125 S. Ct. 2688 (2005).

2) Kathleen Abernathy, Speech to the New York City Bar Ass'n (www.fcc.gov/Speeches/Abernathy/2002/spkqa217.html).

에 대한 필요 내지 적어도 일관된 합의 원칙에 대한 필요가 증가된다.

이 논문은 현대의 인터넷 규제에 관한 모델을 논의하는데, 그 모델은 불공정 경쟁 (unfair competition)을 통제하는 규제 권한에 기초하고 있다. 이 특별 형태를 선택함에 있어 독점금지법에 대한 관계를 인용하지만, 그 법 이상의 규제 권한을 포함하고 있다. 이러한 불공정 경쟁 모델은 통신법을 개정하기 위해 소개되는 하나의 법률안 중 기초가 된다.<sup>3)</sup> 이 논문에서는 간단하게 왜 불공정 경쟁과 비경쟁 모델이 적어도 중간 시점에 가장 최선의 선택인지에 대해 그 전제를 개관한다. 불공정 경쟁이 어떠한 의미로 해석되어야 하는지에 대해 검토한다. 마지막 논의는 미국 FTC(Federal Trade Commission)의 역사가 보여주는 바대로 결코 작은 일이 아니다. FTC는 또한 불공정한 경쟁 방법을 금지하기 위한 법률 제정권을 가지나, 법률 문언 아래서 역사는 상당히 변화했다. 시간이 지나면서 경쟁 경제학에서 잘 지지되지 않는 정책을 택했고 법원은 그 결정을 비평적으로 조사하면서 대응해 왔으며 아마도 상당부분 독점 금지법을 넘어서 행위할 권한의 상당부분을 제한하고 있다. 이 논문은 그 역사를 살펴되지만 FCC가 불공정경쟁을 규제하기 위해 해온 규제 행위의 유형에 대해 중점을 두고 있다.

## 1. 왜 불공정 경쟁 모델인가?

불공정 경쟁 모델에 대한 정당화는 주로 두 개의 극단적인 모델 사이에서 위치를 찾는데, 두 모델은 한편으로는 전통적인 공익 시설 규제 (public interest utility regulation)와 다른 한편으로는 독점 금지법만으로 감독하는 것이다. 이러한 위치 설정은 장래의 통신 시장의 가능한 형성과 일치한다. 즉 통신시장은 이전 보다 경쟁적이지만, 강한 네트워크 효과로 특징지어지며, 일정 영역에서는 유선 기술에 있어서 상당한 규모의 경제를 반영하는 시장 구조이다.

공익 (public interest) 규제의 소멸. 통신에서 공익규제는 공급자들이 그들의 투자에 대해 적절한 수익을 얻도록 확인할 뿐만 아니라 자연독점을 통제하도록 고안되어 있다. 이러한 규제의 시설모델은 보편적 서비스와 고도의 신뢰할 만한 하부구조를 내부 교차보조금과 외부의 질적 통제를 통하여 사회목적을 추구할 것을 허용하였다. 원래의 의미대로 통신법은 단지 두 유형의 서비스를 확인할 필요가 있었다. 전통적인 양방향 메시지 서비스인 전송과 전화는 기간 사업자로 규제되고, 일 방향 방송 서비스는 라디오와 후기 텔레비전이다.

원래의 모델은 부서지고, 부가적인 서비스 유형으로서 순수한 메시지 서비스도 아니고 순수한 방송도 아닌 부분이 발전되었다. 한 가지 예로 케이블 텔레비전이 1984년 통신법에 부가되었다. 이는 일 방향 서비스였기 때문에 법률은 기간 사업자 규칙으로 부과하지는 않았다. 그러나 그것이 유선 서비스이고, 공중파를 사용하지 않기 때문에 상당부분 공익 규제를 피해 갔다. 연방정부는 일정 기간 가격 규제를 했지만, 방송에서 했던 것처럼 가입비의 부과를 금지하지도 않았고 프리미엄 서비스에 대해 가격을 규제하지 않았다. 그러므로 케이블은 방송에 대해 기술적 장점을 가지는데, 케이블이 보다 많은 채널을 제공하고 규제에 있어 장점이 있기 때문이다. 평균적인 소비자는 가입비에 대한 선호도와 상업광고에 대한 선호도를 가입비에 대한 대체로서 가진다. 케이블은 이러한 두 가지 지불 방법 사이에서 소비자의 선호에서 긍정적 거래를 찾을 사업모델을 발전시킬 수 있었다. 즉 전통적인 텔레비전은 분명한 방식으로 방송할 것을 요구받았지만 그렇게 할 수 없었다.

3) Digital Age Communications Act of 2005, S. 2113 (introduced in Senate, Dec. 15, 2005); see also The Project and Freedom Foundation, Proposal of the Regulatory Framework Working Group, Digital Age Communications Project (June 2005) (available at <http://www.pff.org/daca/>). I am one of the two co-chairs of the working group that produced the framework proposal.

기술변화와 규제에 대한 사고의 패러다임 이동은 공익 시설 모델에 대해 상당한 변화를 가져왔다. 기술수준에서 자연독점 규제의 가설은 공격받고 있다. 마이크로웨이브와 광섬유 기술이 도입되면서 장거리 전화 시장은 1980년대와 1990년대 경쟁적으로 되었다. 자연 독점의 대상으로 보였던 접속 시장은 마찬가지로 보다 경쟁적으로 되었다. 고밀도 도심 지역에서 다수 사업자들이 대규모와 중소 규모 사업에 접속 서비스를 제공한다. 소비자들은 그들의 시간을 무선전화로 이동하고 소비자의 대략 5%는 유선에 대해 무선접속으로 대체하고 있다.

경쟁은 기술적 컨버전스에 의해 촉진되고 위성 텔레비전과 VoIP는 경쟁의 차원을 증가시키고 있다.<sup>4)</sup> 위성은 현재 급속도로 성장하는 멀티 채널 비디오 제공자인 반면, VoIP가입자는 이제 수백만에 이르고 있다. 비록 VoIP가 물리적인 접속 연결, 전형적으로 광대역 접속에 의존하고 정확히 협대역 음성 서비스와 같은 가은 경제 시장을 아닐 수 있을 지라도, 광대역 서비스에 대한 계속된 관철은 소비자들이 두 가지 대신에 하나의 접속 제공자 내지 접속 기술에 의존하고 있음을 의미한다. 그래서 대부분의 미국 지역에서 통신 회사의 DSL 서비스는 케이블 모뎀 서비스와 경쟁하는데, 음성, 데이터 그리고 비디오를 결합하는 능력뿐만 아니라 케이블 사업자로부터 가능한 보다 빠른 속도로 인해 불완전 할지라도 그러하다. 그러므로 계속되는 경쟁은 광섬유 발전을 통하여 하부구조를 상당부분 업그레이드 하는 것에 의존할 것이다. 그러나 그러한 계획은 작업 중에 있는 것으로 보인다.

그렇지만 최소한 경쟁과 기술적 컨버전스는 전통적인 시설 모델이 개인적 서비스에 초점을 두고 그러한 서비스의 기술적 기능적 특성에 기초한 규제를 만들어 가고자 한 것이 더 이상 다루어 질 수

없다는 것을 의미한다. 현행법은 주제를 분류하여 통신서비스, 주파수 면허 그리고 케이블 서비스에 대해 규칙을 나누는데, 비록 기업들이 이제는 경쟁하고 있는데도 그렇게 규제하고 있다. FCC는 가벼운 규제로 통합되는 데이터 서비스를 포괄하려고 정보서비스라는 범주를 만들었지만, 그러한 제도의 부담을 경감하는 능력은 역시 제한적일 뿐이다.

기술이 자연독점의 이론적 근거를 약화시키는 데 도움이 됨에 따라 규제에 대해 생각함에 있어서 상당한 변화가 있다. 규제의 단순한 비용은 약관심사를 준비하고 행정청에 다른 심사서류를 제출하는 비용에서부터 규제기관 위상별 조직 비용에까지 이르는 것으로 인식되고 있다. 1960년대와 1970년대 시작하여 오늘날까지 전문 규제에 내재된 공공선택의 문제가 강조되고 있다. 즉 규제 대상인 산업의 절차에서의 이익은 그 목적을 추구함에 있어 보다 잘 정비되도록 해야 하고, 기존사업자들은 신규진입이 규제기관의 승인을 요구하기 때문에 진입을 방해하기 위하여 전통적인 모델을 사용할 수 있고, 규제기관은 때로 피규제 산업이 제공하는 개인적 고용의 문과 관련하여 광범위하게 포획될 수도 있다.

이러한 두 가지 흐름, 시장이 보다 경쟁적이 되어 가서 규제 없이도 가격을 낮게 유지하고 높은 품질의 서비스를 제공한다는 것과 사전적 규제 비용이 공익과 규제모델을 고려할 때 매우 심각하게 고려된다는 점에 우리는 직면하고 있다.

반독점법만으로는 부적절하다. 경쟁적인 시장은 일반적으로 경제적 규제를 하는 전문규제기관을 보유하지 않는다. 필요하다면 시장은 마약이나 항공안전의 규제에서와 같이 안전 규제를 보충하기 위하여 전문 규제 기관을 둘 수 있다. 그러나 일반적으로 전문적인 경제 규제와 반독점법의 사용은 보충적인 규제기관으로 된다.<sup>5)</sup> 이러한 모델을 보여주는 중요한 선례들이 있다. 트럭은 규제가 실질적으로 경쟁을 감소시킨다고 인식되었을 때 본질적으로 주간통상 위원회의 관할에서 제외되었다. 항공도 철도 서비스에서 그랬던 것처럼 탈규제

4) James B. Speta, *Deregulating Telecommunications in Internet Time*, 61 Wash. & Lee L. Rev. 1063 (2005).

5) Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise* 3 (2006) (describing the role of antitrust as a "residual regulator").

가 이루어졌다. 교통부는 여전히 이러한 형태의 운송에 대하여 규제권한을 가지는데, 다만 그 대부분의 권한이 안전에 대해서 그러하다.<sup>6)</sup>

통신에 대해서 반독점법 만의 규제가 그 시장에서 일어날 수 있는 경쟁 문제를 해결하는 데 부적절할 수 있다는 점에 대해서는 두 가지 이유가 있다. 첫째로 통신서비스는 강한 네트워크 효과의 특징이 있는데, 이는 진입 장벽이면서 경쟁적인 도구로서 전략적인 배제의 가능성을 만들 수 있다. 유사하게 몇몇 통신 서비스, 특히 광대역 접속 서비스는 규모의 경제와 밀도의 경제로 인해 상당부분 집중된 상태로 갈 수 있다. 이러한 특징들은 회사들이 상호접속을 하지 않으려는 유인을 갖게 하고, 그러한 유인들은 사회적 최적화로부터 벗어날 수 있다. 즉 성공적인 규제는 특히 상호접속 요건에 있어서 전체 소비자의 이익을 증진시킬 수 있다.<sup>7)</sup> 최소한 상호접속 요구는 신규 진입을 허용하는 필수 요건이고 다가올 기술 혁신은 그러한 신규 진입에서 도출될 수 있다는 점에선 광범위한 의견일치가 이루어진다.<sup>8)</sup>

둘째로 전통적인 반독점법 제도는 통신시장에서 요구되는 일정 업무에 적합하지 않다. 포즈너 판사는 컴퓨터 과학과 통신기술은 판사나 배심원들이 일정한 결정을 내리기 위해 파악함에 있어서 일반적인 과학이나 공학보다 훨씬 어려운 영역이라고 지적한 바 있다.<sup>9)</sup> 바로 지난 봄에 미국 대법원은 반독점법이 기존 망사용자가 신규 경쟁자와 협력하지 않으려는 행위의 원인을 인식하지 못하고 있다고 판시하였다.<sup>10)</sup> 대법원은 반독점법이 심지어 독점 사업자도 자신의 사업 파트너를 선택할 수 있다고 보기 때문에 그러한 협력을 요구하지 않고 있으며, 법원의 제도적 부적절성도 그러한 행위의 원인에 영향을 미친다고 판단했다. 특히 법원은 이러한 유형의 소송이 일반법원에게는 과중한 업무가 될 것으로 보았는데, 이는 반독점법원을 중심 계획입안자로서 적절한 가격, 양 그리고 남용되었다고 제기된 거래의 다른 조건까지 확인할 것을 요구하기 때문이다.<sup>11)</sup>

확실히 미국 법원의 반독점법의 범위에 대한 이러한 판단이 세계적으로 수용된 것은 아니다. 유럽 위원회는 경쟁법이 통신을 감독할 수 있고, 심지어 규제가 활동적인 역할을 수행해야 하는 부분에서도 그렇게 본다.<sup>12)</sup> 그리고 몇몇 주석자들 중에는 미국 반독점법원도 그런 사안에서 규제기관이 경쟁자와의 협력을 요구할 수 있는 동의를 말하는 규제책을 계속 해결해야 한다고 주장하기도 한다.<sup>13)</sup> 그렇지만 전체적인 판단에서 Trinko는 미국의 주류적인 생각을 대표한다. 반독점법은 과점을 공격하지 못하고, 공동사용을 강제하지도 못한다.<sup>14)</sup>

시장은 강한 네트워크 효과로 인해 과점 경쟁의 특징을 가질 수 있고, 일반적인 반독점 법원은 적절한 제도적 기관으로 보이지 않기 때문에 반독점법이 해결할 수 없는 부분을 해결할 규제기관이 적절한 균형이 될 것으로 보인다. (어떤 규제기관이 될 것인지는 아래에서 상세히 언급한다.)

## II. 무엇이 불공정 경쟁모델에 할당되는가?

불공정경쟁 모델은 반독점과 공익 시설 규제의

6) Speta 2005, supra, at 1069-77. In railroads, the Surface Transportation Board, an "independent agency" within the Department of Transportation has regulatory authority over certain railroad markets not yet fully competitive.

7) Michael L. Katz & Carl Shapiro, System Competition and Network Effects, 8 J. Econ. Persp. 93, 112-13 (1994).

8) James B. Speta, A Common Carrier Approach To Internet Interconnection, 54 Fed. Comm. L.J. 225 (2002) (collecting sources).

9) Richard A. Posner, Antitrust in the New Economy, 68 Antitrust L.J. 925, 937 (2001); see also James B. Speta, Antitrust and Local Competition under the Telecommunications Act, 71 Antitrust L.J. 99 (2003).

10) Verizon Comms., Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2005).

11) Trinko, 540 U.S. at 414, 408.

12) 2003/707 of 21 May 2003, Deutsche Telekom AG, [2003] OJ L 263/9.

13) Philip J. Weiser, Goldwasser, The Telecom Act, and Reflections on Antitrust Remedies, 55 Admin. L.J. 1519, 1522 (2003).

14) Philip Areeda, Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles, 58 Antitrust L.J. 841, 853 (1989).

중간 영역을 차지하는데, 비록 반독점에 가까울지라도 그러하다. 불공정경쟁모델에서의 규제는 반독점법의 중심에 있는 경제적인 분석에 기초하지만 구체적인 관심을 망산업인 통신 시장에서 발생할 수 있는 경쟁문제에 두고 있다. 그 목적은 기존 사업자들이 신규진입을 방해하지 못하도록 하고, 상호접속과 공공의 통신망을 유지하도록 하는 것이다.

불공정 경쟁이라는 용어는 FTC법에서 유래된 것으로 의회는 그 용어를 반독점법에서 규정하지 않은 권한을 위임하는 용어로 사용했다. 1914년에 의회는 대법원의 합리성 판단 원리가 매우 제한적이어서 트러스트의 작용에 대해 보다 증가된 조사를 원했다.<sup>15)</sup> 대법원은 FTC가 불공정 경쟁 행위를 정의하고 확정할 권한이 있다고 일관되게 판단했는데, 비록 그러한 행위가 반독점법의 문언이나 취지를 침해하지 않는 경우에도 그러했다.<sup>16)</sup> 이러

한 권한이 반독점법과 분리된 것은 아니고 그러한 법에서의 경쟁적인 주요사항에 연결되어야 한다. 법원이 유명한 Brown Shoe 판결에서 언급했듯이 FTC는 서면법과 클레이튼법의 기본정책에 위반되는 거래 관행에 관하여 광범위한 권한을 보유하고, 이는 그러한 관행이 이러한 법을 실제로 위반하지 않을 수 있는 경우에도 그러하다.<sup>17)</sup>

그렇지만 FTC의 지난 사건들을 돌아볼 때 법원은 FTC의 권한을 제한하면서 대응했다. 1950년대와 1960년대 FTC는 대부분의 에너지를 가격차별 사안을 다루는 데 보냈는데, 비록 소비자에게 해를 미친다고 볼 강력한 증거가 없었음에도 그렇게 했다.<sup>18)</sup> 나중에 FTC는과점이 공모라거나 진입을 배제하는 등의 증거가 없음에도 다시 과점을 규제했다.<sup>19)</sup>

최근에 FTC의 불공정 경쟁 사례들은 전통적인 반독점법 이론에 대해서 보다 강하게 축소하고 있는데<sup>20)</sup>, 즉 과거에 법원이 'incipiency doctrine'<sup>21)</sup>에 상당한 여지를 두지 않았기 때문이다. FTC의 이러한 우선 접근에 대하여 법원은 FTC가 항공 가이드의 독점 출판업자에게 항공 운송을 전송하도록 강요할 수 없다고 판시했는데, 비록 위원회가 그 시장에서의 진입 장벽을 볼 수 있었을 경우에도 그러하다고 보았다.<sup>22)</sup> 그러면서 법원은 위원회는 사업관행을 금지하거나 허용할 정확한 기준 선을 확정할 수 없다는 근거에서 다른 incipiency doctrine을 받아들이지 않았다.<sup>23)</sup>

이 논문에서는 FTC의 그러한 집행원리를 방어하거나 비판할 의도는 없다. 그러나 FTC의 역사와 법원의 대응은 불공정 경쟁 규제기관의 도안에 대한 두 가지 중요한 사항을 보여준다. 첫째, 규제 부과는 규제기관이 해결해야 할 경쟁 문제 유형에 대한 제한된 개념에서 기초해야 한다. FTC 부과의 막연한 본질은 법원이 행정청의 정책 결정에 대해 이차적인 추측을 하도록 한다. 둘째 규제 부과 또한 제한되어야 한다. 공공 규제의 어려움은 규제기관이 어떤 것에 대하여든 하도록 허용하는 데 있다. FTC와 반대로 FCC에 대한 사법 심사의 역사는 많

15) G. Henderson, *The Federal Trade Commission* 1-2 (1924); Eugene R. Baker & Daniel J. Baum, *Section 5 of the Federal Trade Commission Act: A Continuing Process of Redefinition*, 7 *Vill. L. Rev.* 517, 520-25 (1962).

16) *FTC v. Sperry & Hutchinson Co.*, 405 U.S. 233, 239 (1972); see generally 1 *American Bar Ass'n, The FTC as an Antitrust Enforcement Agency: The Rule of Section 5 of the FTC Act in Antitrust* 26-35 (1981).

17) *FTC v. Brown Shoe Co.*, 384 U.S. 316, 321 (1966).

18) A. Posner, *The Federal Trade Commission*, 37 *U. Chi. L. Rev.* 47 (1969).

19) Ernest Gellhorn, *Trading Stamps, S&H, and the FTC's Unfairness Doctrine*, 1983 *Duke L.J.* 903, 957; Caswell O. Hobbs, *Unfairness at the FTC*, 47 *Antitrust L.J.* 1023 (1979).

20) Robert Pitofsky, *Past, Present, and Future of Antitrust Enforcement at the Federal Trade Commission*, 72 *U. Chi. L. Rev.* 209, 215 (2005).

21) 역주: 독점금지법에서 합병, 주식취득의 규제에 사용했던 이론으로 합병, 주식취득이 실질적으로 경쟁을 감소하지 않는 경우에도 장래 독점을 생성할 수 있다면 예방적으로 경쟁감소의 개연성을 규제하고자 하는 이론. 독점의 초기 발생 단계에서 독점으로 성장하는 것을 예방하고자 만든 원리.

22) *Official Airline Guides, Inc. v. FTC*, 630 F.2d 920, 927 (2d Cir. 1980).

23) *Boise Cascade Corp. v. FTC*, 637 F.2d 473, 581-82 (9th Cir. 1980); Clark R. Silcox, *Unfair Methods of Competition: The Courts Revive Proof of Injury to Competition in Antitrust Cases under Section 5 of the FTC Act*, 29 *Antitrust Bull.* 423, 426-32 (1984).

은 사안에서 법원이 경제학에 의해 지원되지 않는 목적을 행정청이 추구하는 것에 대해서도 허용했음을 보여 준다. 통신 규제에서는 이러한 두 가지 점이 관련된다.

## 1. 규제부과의 실질

통신시장에서 초기 전략적 배제 가능성의 논의, 특히 상호접속의 거절은 중심적인 규제부과의 토대를 제공했다. 통신에서의 불공정 경쟁은 전통적인 반독점법 위반을 포함하지만, 상호접속 거절이나 소비자에게 손해를 주는 망에 대한 다른 행위까지 포함하는 것으로 확장했다. 즉 법은 공공 통신 서비스의 제공자가 다른 망과 사업자와 상호접속할 것에 대해 강한 전제를 포함하고 있다. 이러한 전제는 현존하는 망 손상을 막을 뿐만 아니라 기존 사업자에 대하여 진정한 시설 기반 경쟁으로 성장할 수 있는 신규 사업자의 진입을 활성화할 것이다.

이러한 상호 접속 가정은 양 방향 통신 사업자간의 수평적 관계에 초점을 두고 있다. 이는 두 가지 중요한 제한을 포함한다. 첫째 불공정 경쟁은 망 중립성이라는 개념을 포함하지 않는데, 이는 사업자와 정보 내지 콘텐츠 제공자 사이에서 보다 수직적인 관계를 강조하는 것이다.<sup>24)</sup> 그러한 수직적인 관계에서는 독점에 대한 유인이 사업자간의 수평적인 관계에서처럼 강하지는 않은 것으로 보인다.<sup>25)</sup> 보다 중요한 것은 네트워크가 TCP/IP와 같이 일반적인 목적의 데이터 프로토콜을 향해 계속 흘러간다면 수평적 상호접속 요건은 보다 적은 규제로 망 중립성으로서 상당부분 같은 결과를 가져올 것이다. 정보와 콘텐츠 제공자는 일정 사업자와의 송신 관계에 도달함으로써 모든 사업자의 소비자에게 도달할 수 있을 것이다.<sup>26)</sup>

둘째로 다른 사업자를 배제할 강한 유인을 일으키는 네트워크 효과는 단지 양 방향 통신시장에서만 발생한다. 결과적으로 상호접속 요구는 케이블이나 위성 텔레비전 방송과 같은 일 방향 네트워크에는 적용되지 않을 것이다. 다른 사업자를 배제하

려는 유인도 적어지고, 배제의 결과도 통합 통신 네트워크의 분열이 되지 않을 것이다.

이러한 점에서 강한 상호접속 전제가 또한 비경제적 과정에서 지지될 수 있다는 것을 솔직히 인식할 것을 요구한다. 통합 통신은 경제적 발전을 위해 중요하지만 또한 교육, 시민 그리고 공동체를 위해서도 중요하다. 이러한 것은 중요한 가치이다. 이를 규제기관의 독립적인 주도하에 추구하는 것은 공익 규제의 재발명으로 이러한 새로운 규제 프레임의 토대가 되지 않는다. 그러나 경쟁 경제학이 또한 상호접속의 전제조건에 대한 일정한 토대가 되므로 이를 더 논의할 것은 아니라고 본다.

## 2. 규제자 제한

규제 요건으로서 단순히 상호접속을 확인하는 대신에 불공정 경쟁이라는 용어를 사용하는 점은 규제기관이 변화하는 기술과 사업 관행에 대응할 수 있는 유연성을 갖게 한다. 물론 기술혁신은 통신 분야에서 법에 가장 중요한 도전 중의 하나이고, 광범위한 위임은 규제기관에 새로운 문제를 제기한다. 그렇지만 이는 위기상황이 되는데, 광범위한 위임은 공익산업 규제에서와 유사한 전략적 규제행위 뿐만 아니라 규제비용을 초래하기 때문이다. 그러므로 그러한 도전은 행정청의 유연성 즉 재량 행사를 제한할 일련의 장벽을 개발하게 된다. 첫 번째 그런 장벽의 하나가 유럽연합의 정보통신에 있어서의 새로운 규제 프레임워크이다.<sup>27)</sup> 즉 EU의 지침은 모든 정보 통신에 대하여 통일된 규제를 시도하는데, 비록 주파수 할당 결정은 다루지 않지만,

24) Timothy Wu, Broadband Neutrality, Network Discrimination, 1 J. Telecom. & High Tech. L.J. 25 (2002).

25) James B. Speta, Handicapping the Race for the Last Mile?: A Critique of Open Access Rules for Broadband Platforms, 17 Yale J. on Reg. 39 (2000).

26) Compare Eli Noam, The Impending Death of Common Carriage and Universal Service, 97 Colum. L. Rev. 1219 (1997).

27) Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the

통신, 미디어 그리고 정보 기술 분야의 컨버전스는 모든 전송 네트워크와 서비스는 단일한 규제 프레임워크에 의해서 포괄되어야 한다는 전제를 반영하고 있다.<sup>28)</sup> 이와 관련하여 규제 지침은 대부분의 규제는 규제 기관이 하나 또는 그 이상의 사업자가 특정 시장에서 상당한 시장지배력(SMP 사업자)을 가진 경우라고 판단한 경우에만 이루어져야 한다는 것이다. SMP(Significant Market Power)는 경제적인 방식으로 결정되는데, EU는 미국 반독점법에서는 적용하지 않는 관련시장 지배력 또한 확인하고 있다.

불공정 경쟁을 해결하려는 규제 권한은 일반적으로 상당한 시장지배력을 가진 단체에 대한 조치로 제한되어질 것이다. 이는 FTC의 1994년 개정법과도 유사한데, 의회는 FTC가 소비자에게 합리적으로 판단했을 때 회피가능할 수 없는 실질적인 피해를 발생하게 하거나 할 수 있으며, 소비자 내지 경쟁에 대한 수익을 평가 했을 때 이를 초과하지 않는 경우에는 불공정하다고 판단할 수 있다고 규

정하고 있다.<sup>29)</sup> 대조적으로 상호접속 전제는 SMP 사업자에 명시적으로는 제한된 것이 아니지만, 쌍방향 시장에서 강한 네트워크 효과의 기준을 충족한 모든 기존 사업자에게 적용될 것이지만, 과점 경쟁은 사회적으로 부차적인 독점을 만들 수 있다. 사실 신규 공공 사업자도 포함하여 상호접속 요건을 적극적인 경쟁 형성이 만들어진 경우에 한하여 포함하는 것이 타당할 수 있다. 기존사업자에게만 상호접속 요구를 하는 것은 일정 범위까지 그들의 전체 수익을 해칠 수 있지만, 통신시장에서의 보다 장기적인 경쟁 요구를 위해서는 기존 사업자는 다르게 처리되어야 한다.

불공정 경쟁 규제 권한의 범위를 제한하는 두 번째 방법은 규제기관이 부과할 수 있는 해결책을 제한하는 것인데 절차적인 제한과 실질적인 제한이 중요할 것이다. 절차적으로 규제기관은 사후적인 재결을 통해 대부분의 사안에서 SMP 판단을 해야 한다. FTC는 원래 재결청으로 고안된 것이어서 규칙제정권한이 없었다.<sup>30)</sup> 대부분의 공익규제 기관에서 관여하는 확장하는 규칙제정은 진입과 기존 사업자 행위의 가능성에 장벽을 만들고 있다.<sup>31)</sup> 행정청은 아마도 규칙을 부과함에 있어서 보다 높은 표준의 증거를 보유한다면, 규칙제정권을 여전히 보유한다.<sup>32)</sup> 그렇지만 재결 이후에 행정청은 또한 반경쟁 행위로 판명된다면 벌금을 부과할 권한이 있는데 왜냐하면 신규 진입자는 실제 배타 행위의 경우에 가혹한 벌칙이 따를 것이라는 확신이 필요하기 때문이다. 마찬가지로 행정청은 재결절차에서 보다 빨리 움직일 필요가 있는데, 아마 입법에서 제안하듯이 의무적으로 간단한 절차를 제한된 기간내에 처리해야 한다. 이 점에서 행정청은 FTC가 갖지 못한 (비록 FCC는 하고 있지만) 개인의 이익에 관한 관할을 보유할 필요가 있다.

실질적으로 그러한 구체적은 일반적으로 행정청에서 제기된 구체적인 행위의 처분이나 벌금을 정지하거나 감소하는 데 제한되어야 한다.<sup>33)</sup> 이는 산업관행에 대한 일상적인 감독 수준을 감소시킬 것이다. 상호접속은 특별한 사안에 해당될 것인데,

Council of 7 March 2002 on A Common Regulatory Framework for Electronic Communications Services, 2002 OJ L 108/33, ; see also JensBraun & Ralf Capito, The Framework Directive, in EC Competition and Telecommunications Law 309, 312 (C. Koenig, et al. eds., 2003).

28) Framework Directive, p. 1 (clause 5).

29) FTC Act Amendments of 1994, 15 U.S.C. § 45(n).

30) Thomas W. Merrill & Kathryn Tongue Watts, Agency Rules with the Force of Law: The Original Convention, 116 Harv. L. Rev. 469, 556 (2002) - FTC법의 입법 배경을 보면 의회는 FTC에 규칙제정권한을 부여하지 않을 의도였다는 증거가 다수 있다.

31) 물론 이전에 제기된 상호접속의무 부과 규칙은 진입을 활성화 했지만, 복합적으로는 상당한 비용이 들었다.

32) DACA는 규칙제정 이전에 분명하고 확신을 주는 증거를 요구하는데, 물론 이의 절차에서의 증거 입증부담처럼 구체화하는 것은 아니다. 단지 규제기관으로 하여금 FTC법이나 행정법에서 보다 일반적인 재결 절차를 함에 있어서 선례로서 일반적인 적용가능성을 갖는다면 상이한 증거표준은 타당하지 않을 수 있다. SEC v. Chenery Corp., 332 U.S. 194 (1947) (행정청은 일반적으로 규칙 제정 뿐만 아니라 재결을 통해서도 적용할 수 있는 법을 만든다.) 그럼에도 불구하고 보다 높은 증거의 부담은 행정청이 해를 미칠 것으로 예상되는 행위를 규제하기 보다는 현재 해를 미치고 있는 경우에 한하여 절차를 진행 시킬 것이라는 요구를 하는 것이다.

33) 법원은 일반적으로 FTC가 재결전에 일련의 관련 행위에 대해서 처분을 정지하고 그만둘 것을 요구한다. See ABA Comm'n, supra.

불공정한 경쟁의 관할의 하나로 전문적인 규제기관은 일반법원이 상호접속의 가격결정과 품질 태양을 조절할 수 있는 능력이 없기 때문에 이를 포괄해야 한다. 규제의 어렵고 부정확한 업무를 피할 방법이 없다.<sup>34)</sup> 규제기관들이 “bill and keep”<sup>35)</sup> 협정에 관한 상호접속 규칙을 단순히 가격 규제라는 오해가 아니라 “good default rule”<sup>36)</sup>로 이어가길 바란다. 그러나 “bill and keep” 규칙에 대한 강한 위임은 가격 수준을 재조정할 기회를 줄일 것이다. 1996년의 분리제공 요건의 맥락에서 ILECs은 오랜 시간에 걸쳐 주 PUC(공익시설위원회)에 대하여 요구하는 데 성공하여 결국 경쟁자들이 DSL과 관련 시장에서 경쟁하기에 비경제적이었던 가입자선로 비용 수준을 올리게 되었다.<sup>37)</sup>

### III. 제도적 차원

앞에서의 개관은 이러한 증가되지만 여전히 불완전한 경쟁적인 통신시장에 대하여 새로운 규제기관에 의해 행사되는 규제권한의 의미를 부여한 것이다. 이러한 점에서 전통적인 전문 규제 기관은 이러한 새로운 법률을 집행할 것을 묵시적으로 전제하고 있다. 그렇지만 이는 선택이 아니라 제도적인 디자인을 고려하기 위해 조명하기를 원한다.

위에서 언급한대로 규제의 효율성에 대한 사고의 변화는 규제 제도 자체를 새롭게 바라보는 사람들에 의해서 증진되고, 이러한 관심사항의 하나는 전문 규제자가 그들의 관료적 생존을 보장하기 위하여 그들의 권한을 계속해서 행사할 수 있다는 것인데, 비록 창조로 이끌 아무런 경제적 토대가 더 이상 존재하지 않는 경우에도 그러하다. 산업은 영원히 독점으로 잔존할 것이라는 예언에 기초하여 규제를 부과하는 것은 규제기관의 행위 자체를 통하여 이루어지는 자기만족의 예언이 될 수 있다.<sup>38)</sup> 이러한 주장은 불공정 경쟁의 관할을 FTC 내지 반독점국에 맡기는 데 있어서 실질적인 사례가 된다. 보다 일반적인 관할 행정청으로서 그들은 단지 그들의 존재를 유지하기 위하여 통신시장을 과잉 규

제하지는 않을 것이다. 다양한 산업과 그 관할 하에 있는 업무 가운데 그러한 정치적 관점을 극대화하기 위해 행정청은 최대한의 문제로 그러한 산업에 초점을 두게 된다. 통신이 경쟁적이 된다면 행정청은 다른 규제 업무로 옮겨질 것이다. 여기서 대응은 결정적으로 만족스럽진 않지만, 판단하기에 궁극적으로는 타당하다고 본다. 통신 규제에 대한 필요성은 분명하다. 규제기관에 대해 최소한의 개입으로 제한하는 것은 현실적이다. 특정 산업에 대한 전문가의 발전은 통신 기술과 경제학에서 전문화된 제도를 요구하고 있다. 그러므로 비록 FTC와 법무부 반독점국(DOJ)이 관련 전문가를 초빙한다 해도 이는 실제 내지 사실상 통신 관료를 신설하는 것으로 동일한 제도적 구조를 만들 것이다.

보다 실질적인 쟁점은 전문 규제 기관이 공익시설 규제기관처럼 독립 행정청을 모델로 할 것인지 아니면 정부 조직 내에 설치해야 할 것인가에 있다. 독립행정청은 다양한 인원의 위원회에 의해 운영되며 의사합치와 타협을 이끌 수 있지만, 후자는 발전된 정책을 내놓지 못할 수 있다. 집행부에 있는 행정청은 대통령이 궁극적으로 정치적인 책임을 질 것이기 때문에 공공선택 문제의 대상은 적게 될 수 있다. 혹은 이론적으로는 그렇게 된다. 사인의 이익제기를 재결하는 행정청의 모델은 보다 강한 정도의 독립성을 요구한다고 보는데, 비록 현재 집행부의 행정청으로 되는 EPA와 같은 그런 권한의 예가 있지만 말이다. 궁극적인 판단은 현재 FCC가 업무를 잘 수행하는지 그렇지 못한 지에 대해 신뢰

34) 공정하게 판단할 때 Katz와 Shapiro 또한 규제기관이 최적의 규제에 영향을 미칠 적절한 정보를 발생할 수 있는 능력에 대해서는 유보하고 있다.

35) 역주 : bill and keep협정은 상호접속하는 두 사업자가 상대 사업자에게 상대 사업자의 망에서 발신하는 통신 트래픽의 착신에 대하여 요금을 부과하지 않는 것으로 상호정산의 한 방법임.

36) 역주 : 약관에 계약사항으로 명시한 것은 아니더라도 일반적으로 인정되는 계약상 원리

37) 이러한 유추는 불완전한데, 분리제공요소(UNE)에는 “bill and keep” 가격을 설정할 수 없기 때문이다.

38) Richard A. Posner, Natural Monopoly and its Regulation, 21 Stan. L. Rev. 548, 636 (1969).

하는 정도에 기초할 것이다. FCC가 현재까지 인터넷 시장에 대하여 가벼운 규제를 행하고 있는 점을 고려할 때, 제도적 개선이 절박하다고 판단되지 않는다.

새로운 통신법이 필요한 것은 분명하다. 불공정 경쟁은 통신시장이 앞으로의 시기에 차지하게 될

영역을 포괄한다. 보다 경쟁적이지만 여전히 불완전한 부분이 될 것이다. 반독점법과 반독점 제도는 경쟁과 통합된 통신망을 유지하지 못할 것으로 보이며 이에 부가하여 행정적 관할 기관으로 규제기관이 최상의 타협안이 될 것으로 보인다.