

“방송통신시장과 시장지배력 전이이론 문제”: 토론문

서울대학교 경제학부 교수

이 상 승

2016년 3월 18일

서강대 ICT 법경제 연구소 세미나

I

예비적 논의

II

Trinko (2004): The American Exceptionalism

III

지배력 전이 이론의 부활: Post-Chicago 학파

IV

ACT: Articulate, Check & Test (2006년)

V

통신 결합 서비스 가이드라인의 제시 (2006년)

I. 예비적 논의

- 주 진열교수님의 문제제기에 동의.
- 제대로 된 이론적 기반 없이, “시장지배력 전이”에 대한 주장만 무성한 것은 문제.
- 경쟁법의 기본 원칙에 입각해서 논의를 진행할 필요:
- 경쟁법은 경쟁[과정]을 보호하는 것이지, 경쟁사업자를 보호하는 것이 아님. (“Antitrust law protects competition, not competitors.”)

Brown Shoe Co. v. United States, [370 U.S., at 320](#)

II. *Trinko* (2004): The American Exceptionalism

- 한편, 주 교수님이 지적하듯이, *Trinko* 판결은 monopoly leveraging이 Section 2 위반 행위가 되려면, “별도의 시장을 독점화하는데 성공할 확률이 위험한 수준”일 것을 요구함으로써,
 - “The Court of Appeals also thought that [*Trinko*]'s complaint might state a claim under a ‘monopoly leveraging’ theory We disagree. To the extent the Court of Appeals dispensed with a requirement that there be a ‘dangerous probability of success’ in monopolizing a second market, it erred.” *Trinko*, 540 U.S. at 415.
- “독립적인 Section 2 위반 행위로서의 monopoly leveraging 을 무덤으로 보냄”
 - “[I]n case there was lingering doubt, the Court buried monopoly leveraging as a distinct offense.”
 - Bruce McDonald (DAAG, Antitrust Division) “ANTITRUST DIVISION UPDATE: TRINKO AND MICROSOFT” Apr. 8, 2004
 - <https://www.justice.gov/atr/speech/antitrust-division-update-trinko-and-microsoft>

II. *Trinko* (2004): The American Exceptionalism

- 하지만, 미국만의 독특한 제도적 상황을 인식해야, *Trinko* 판결의 진정한 의미를 이해할 수 있음
- 미국 대법원은 지난 30여년 간 단독 행위에 관한 법집행의 범위를 지속적으로 축소하여 왔는데, (대표적인 예: 약탈적 가격 책정) 그 이유는 3가지.
- 첫째, 미국은 벤처 캐피탈 시장이 고도로 발달하여, 기술력과 사업 모델이 있는 신규 기업들의 진입이 용이해 “합법 오판(false acquittals)”에 따른 독점의 폐해가 시장의 힘에 의해 치유될 가능성이 다른 나라에 비해 상대적으로 높음
- “The American exceptionalism #1”

II. *Trinko* (2004): The American Exceptionalism

- 둘째, 3배손(treble damages)/중복 배상(연방법에 따라 직접 구매자, 일부 주법에 따라 간접구매자가 중복적으로 배상 받음)/배심원 재판/집단 소송/광범위한 증거개시 제도(discovery)로 인해
- 사소가 과도하게 제기되며, 이에 따른 과도한 소송 비용(직접적 비용, 합의 비용 등 포함)을 우려하여 시장지배적 기업들이 공격적이지만 친경쟁적인 행위를 하지 않게 된다는 인식
- "The American exceptionalism #2"

II. *Trinko* (2004): The American Exceptionalism

- 셋째, 경제이론의 발달에 따라 단독행위의 효율성 증대 효과에 관한 인식 확산.
- 이는 당연히 바람직하며, 시카고 학파가 큰 기여.
- 시카고 학파의 통찰력은 감탄할 수준이나, 과점적 상황이나 정보의 비대칭성을 고려하지 않은 단순한 가격 이론(price theory: 학부 미시경제 교과서)에 의존하여,
- 한 시장의 독점기업이 끼워 팔기/배타적 계약/조건부 할인판매/연계 할인 판매 등을 통해 다른 시장으로 지배력을 전이하여 더 높은 이윤을 획득할 가능성, 즉
- “하나의 독점력을 이용하여 두 개의 독점이윤을 획득”하는 것은 불가능하다는 단정적 결론을 내리는 오류를 범함.

II. *Trinko* (2004): The American Exceptionalism

- Bork (1978):

"The entire theory of tying arrangements as menaces to competition is completely irrational."

"The law's theory of tying arrangements is merely another example of **the discredited transfer-of-power theory**, and perhaps no other variety of that theory has been so thoroughly and repeatedly demolished in the legal and economic literature. That the law's course remained utterly undeflected for so long casts an illuminating and, if you are of a sardonic turn of mind, amusing sidelight upon the relationship of scholarship to judicial lawmaking."

III. 지배력 전이 이론의 부활: Post-Chicago 학파

- 1970년대 후반부터 발달한 “게임 이론에 기반한 산업조직이론”—법학계에서는 Post-Chicago 학파로 불림—은 시카고 학파의 주장은 규모의 경제/네트워크 외부효과가 존재하여 시장 구조가 과점적이며, 기업과 금융 시장 간 정보의 비대칭성이 존재하는 경우 성립하지 않으며, “한 시장의 독점기업이 관련 시장으로 지배력을 전이하여 두 개의 독점 이윤을 경쟁제한적 방식으로 벌 수 있음”을 입증함.
- 중요한 것은 “지배력이 전이된다”라고 막연한 주장만 하는 것이 아니라, “ACT”하는 것

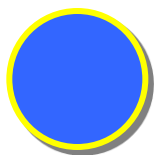
IV. ACT: Articulate, Check and Test

- First, articulate internally consistent theory of harm that produces testable hypothesis.
- Second, check if the premises of the theory are satisfied by the particulars of the case.
- Third, test the theory's predictions against real data, especially when the alleged abuse has gone on for a substantial period of time.
- Burden of proof should be squarely on the plaintiff.
 - 이 상승, "Comments on Commissioner Kroes's Speech on EC's Review of Article 82 "Exclusionary Abuses by Dominant Firms"" EU-Korea annual bilateral meeting/2nd International Seminar, Korea Competition Forum, 2006년 6월 27일

V. 통신/방송 서비스 결합 판매에의 적용

- 현재 이슈가 되고 있는 통신/방송 서비스의 결합 판매는, 한편으로는 할인 제공을 통해 소비자의 편익을 증대시키는 반면, 다른 한편으로는 지배력 전이의 수단으로 사용될 수도 있음.
- 이를 어떤 기준으로 판단할 것인가?
- 2006년 발표 자료로 같음.

**이하는 아래 발표 자료에서 일부 발췌



통신시장 결합판매 규제제도 개선방안

서울대학교 경제학부 교수
이 상 승

2006년 10월 25일

한국경제학회/서울대법학연구소 공동세미나

V.1. 가이드라인의 출발점: 순수결합판매와 복합결합판매의 구별

- 결합판매에 대해 가지는 일반적 우려(주상품의 독점사업자가 자신이 지정하는 부상품을 소비자에게 강매하여 소비자의 자유로운 선택을 저해하고, 부상품 시장의 자유로운 경쟁을 봉쇄)는 순수결합판매에 적용됨.
- 복합결합판매의 경우, 개별 서비스를 소비자가 선택적으로 구매할 수 있으므로, 소비자의 자유로운 선택이 저해되지 않고, 부상품 시장의 경쟁이 자동적으로 봉쇄되지도 않음.
- 따라서, 복합결합판매는 원칙적으로 허용의 대상.

V.1. 가이드라인의 출발점: 순수결합판매와 복합결합판매의 구별

- 복합결합판매가 문제가 될 수 있는 것은 번들에 대한 할인의 정도가 매우 커 사실상 “약탈적 가격(predatory pricing)”의 수준이 될 때임.
- 순수결합판매와 복합결합판매를 구별하고, 지배력의 보유 여부, 특히 필수설비가 관련되어 있는지의 여부에 따라 다른 규제를 적용하는 것이 중요.

V.2. 가이드라인의 핵심 포인트: 시장 지배력 테스트, 원가 테스트, 신기술 테스트

(1) 시장 지배력 테스트 (Market power test)

- 전이하거나 보호할 시장지배력이 없는 “비지배적 사업자”는 복합결합판매 뿐 아니라, 순수결합판매까지 전면 허용. By definition, 비지배적 사업자는 소비자들이 원하지 않는 순수결합판매를 강요할 수 없음. 다른 사업자로 전환 가능.
- 시장지배력의 보유 여부는 해당 서비스별로, 경쟁법의 시장획정(market definition)의 원칙에 따라 판단.
- 지배력의 기준? 사전적, 일률적 기준 제시 매우 힘들. 굳이 제시하라면 공정거래법의 추정 기준(1사 50% 이상, 3사 합계 75% 이상, 단 10% 미만 제외) 원용 가능. 결합 판매는 오히려 경쟁을 촉진하는 경우 많으므로, 더 완화된 기준 사용이 바람직. (예: 1사 50% 이상, 3사 합계 80% 이상, 20% 미만 제외.)

V.2. 가이드라인의 핵심 포인트: 시장 지배력 테스트, 원가 테스트, 신기술 테스트

(2) 원가 테스트 (Imputation test)

- 필수 설비를 보유하지 않은 시장 지배적 사업자의 경우, 복합 결합 판매를 허용 하되, 결합 서비스의 할인 정도에 대해 경쟁법의 “악탈적 가격(predatory pricing)”의 기준 적용.
- 결합상품에 포함된 부상품의 실질 가격이 부상품의 “원가” 미만인지 테스트. 원가 이상이면 허용.
- 원가의 기준: 장기증분비용 (LRIC) 사용.

V.2. 가이드라인의 핵심 포인트: 시장 지배력 테스트, 원가 테스트, 신기술 테스트

(2) 원가 테스트 (Imputation test)

- 허용 이유: 순수 결합판매와 달리, 복합 결합 판매의 경우, 소비자가 구성 서비스를 선택적으로 구매할 수 있으므로, 소비자의 선택이 저해되지 않음. 또한 부상품 시장의 경쟁이 자동적으로 봉쇄되지도 않음. (소비자가 지배적 사업자의 주상품과 경쟁 사업자의 부상품을 선택할 수 있음.)
- 특히, 경쟁 사업자들이 유사한 결합 서비스를 출시할 수 있다면 결합판매가 오히려 경쟁을 촉진하는 경우 많음.
- 필수설비(essential facility)가 관련된 경우에는 경쟁 사업자들이 유사한 결합 서비스를 출시할 수 없음. 이 경우에는 동등접근(equal access) 조치 마련.

V.2. 가이드라인의 핵심 포인트: 시장 지배력 테스트, 원가 테스트, 신기술 테스트

(2) 원가 테스트 (Imputation test)의 실제 적용

- 필자의 제안: 2단계 접근법.
- (i) 약식 사전 심사: 결합 서비스의 할인 정도가 “부상품”의 장기증분비용 미만이 라는 명확한 증거가 없는 한 출시 허용.
- (ii) 본격적 사후 심사: 출시 후 문제가 된다면, 경쟁법의 원칙에 따라 엄밀한 사 후 심사.

** 2단계 접근법의 장점

- 결합 가능한 통신서비스가 매우 다양하므로, 어느 정도의 가격할인이, 문제시되는 ‘약탈적 가격’ 수준인지를 일률적, 사전적으로 판단할 수 없고, 해당 서비스에 따라 달라질 수 밖에 없음.
- 따라서, 사전적으로 일률적인 할인 기준을 제시하는 방식보다, 2단계 접근법이 경제이론 및 미국의 판례법에 더 부합.
- 기업결합심사에서 사용하는 “안전항(safe harbor)” 개념(점유율이 낮으면 본격적 심사의 대상이 아님)을 가격할인에 적용하는 것(“x % 미만의 할인에 대해서는 허용”)은 어려움.
- 첫째, 모든 결합서비스의 “최소공통분모”에만 해당되는 할인율을 찾기가 쉽지 않음.
- 둘째, x% 이상은 허용 안되는 식으로 경직적으로 운용될 위험.

V.2. 가이드라인의 핵심 포인트: 시장 지배력 테스트, 원가 테스트, 신기술 테스트

(3) 신기술 테스트 (New technology embodiment test)

- 기존 별개 상품의 결합 판매가 아니라, 기술 혁신의 결과 과거에 별개의 상품으로 인식되던 서비스가 하나의 서비스로 융합되는 경우, 시장 지배적 사업자라고 해도 순수 결합 판매까지 허용.
- Carlton and Waldman (2002): “Other than in exceptional cases, plausible efficiency justifications for a physical tie should defeat an antitrust attack on tying.”

V.2. 가이드라인의 핵심 포인트: 시장 지배력 테스트, 원가 테스트, 신기술 테스트

(3) 신기술 테스트 (New technology embodiment test)

- 단, 이 경우에도 부상품 시장의 경쟁 보호를 위한 조치 마련 가능. 만약 복합 결합 판매가 기술적으로 용이하다면, 경쟁 사업자도 복합 결합할 수 있도록 조치.
- 예 1: 마이크로소프트 사건의 경우, 브라우저, 메신저, 미디어 플레이어, 이메일 기능을 윈도우에 통합하는 것은 허용하나, 아이콘을 삭제하고 경쟁 프로그램을 기본 프로그램으로 장착할 수 있도록 함. API 공개.
- 예 2: 원폰의 경우, 경쟁 사업자도 유사한 서비스 출시 가능하도록 조치.

(4) 요약

