『저스티스』 통권 제188호(2022. 2), 347~406면 https://doi.org/10.29305/tj.2022.2.188.347

플랫폼법*

서울대학교 법학전문대학원 조교수 박 상 철

논 문 요 지

전 세계적인 플랫폼의 편재화와 시장집중으로 플랫폼에 대한 경쟁법 집행 강화 논의와 함께 별도의 플랫폼 규제 체계의 창설이 논의되고 있다. 우리도 전기통신사업법의 지속적 개정을 통해 고강도의 규제조항들이 추가되고 있을 뿐 아니라 플랫폼법안들이 심의 중이다. 이들 중 플랫폼공정화법안은 빅테크에 시장을 넘겨준 유럽과 일본의 법제를 참고한 이용사업자 보호법안이고, 플랫폼이용자법안은 통신규제의 확장을 지향하면서 포괄적 금지행위뿐 아니라 수수료통제의 근거로 남용될 우려가 있는 이용약관 신고제와 적정수익 배분의무까지 규정하고 있다. 이처럼 입법이 이례적으로 자국 플랫폼을 보유한 우리의 시장구조와 환경을 반영하지 않은 채 과잉·중복규제로 향해가는 상황에서, 규제개편 방향을 이하와 같이 재검토한다. 첫째, 플랫폼이 전기통신사업법상 부가통신사업이라는 해석관행은 체계적 정합성과 정책적 합리성이 없으므로 통신규제의 적용·확장은 중단되어야 한다. 둘째, 플랫폼법안들과 같은 별도 규제체계는 이용사업자의 직접 보호를 중심으로 하는 유럽식 접근을 거쳐 결국 "원조 플랫폼"인 신용카드시장에서의 여신전문금융업법상 적격비용 산출제와 같은 원가기반 수수료통제법으로 퇴행할 가능성이 크다. 그러나 이러한 계획경제적 처방보다는 본원적 경쟁법을 중심에 두고 사실과 증거에 입각한 법집행에 주력해야 한다. 셋째, 플랫폼 특유의 지배력 전이 등에 효과적으로 대응하고 과소집행 문제를 극복하기 위해 상시적 경제분석 체제를 갖춰 경쟁법 집행을 고도화해야 한다. 이러한 총론적 검토를 근거로 사후구제와 사전규제 항목들을 시장구조에 대한 접근방식별로 구분하고, 우리의 시장환경과 정책목표에 부합하는 합리적인 정책 처방을 선별한다. 특히, 이용사업자의 직접 보호와 준공법적 통제를 중심으로 한 처방들보다는 충분한 사업자 수 내지 잠재적 진입의 확보와 유지, 구체적으로 자국 플랫폼과 빅테크의 공존을 지향하는 끈기 있는 처방을 제안한다. 이어 규제일변도의 법안들에 가리어 간과되었던 입법과제인 플랫폼의 국가기능 수탁의 합리화 문제를 재조명하고, 관련 규정과 법리들을 정보통신망법에 모아 체계화하여 디지털서비스법으로 개편할 것을 촉구한다. 이로써 플랫폼의 전체적인 기능과 소비자와 소상공인의 후생을 균형 있게 고려하면서 자국 플랫폼의 존속 및 혁신 역량도 놓치지 않는 법제 개편의 방향성을 제시한다.

검색용 주제어: 플랫폼, 온라인플랫폼, 전기통신사업법, 부가통신사업, 규제

* 논문접수: 2021. 12. 10. 심사완료: 2022. 1. 4. 게재확정: 2022. 1. 14.

* 이 논문은 서울대학교 법학연구소의 2021학년도 학술연구비 지원을 받았습니다(서울대학교 법학발전재단 출연). 국내외 법집행 및 학계의 논의 동향에 대해 많은 조언을 주신 임용 교수님 및 세심한 검토 의견을 주신 익명의 심사위원님께 특히 감사의 말씀을 드립니다.

Ⅰ. 들어가며

플랫폼(platform)이 서로 구분되나 상호의존적인 이용자군들 간의 상호작용을 촉진하여 가치를 창출하는 매개자를 뜻한다면,[1] 하늘 아래 새로운 것이 아니다. 서로를 필요로 하는 매도인-매수인, 위탁자-수탁자, 구인자-구직자 등을 짝짓고(matchmaking) 때론 흥정도 해줘 가며 대가로 수수료를 취하는 **중개업자**(broker)〔客主/居間〕는 유구한 역사를 가진 플랫폼이다. 인맥과 정보, 입소문의 힘으로 사업가들의 목을 죄는 재고의 공포로부터 해방되어 손에 때도 안 묻히고 돈을 버는 중개업은 수완 좋은 업자들이 대대로 누려온 사업모델로서, 여기서 주로 논의할 온라인플랫폼도 대개 거간꾼이다.[2]

플랫폼은 실재를 넘어 전 산업영역을 잠식하는 **偏在化**(ubiquitization)의 도상에 있는데, 이에 이르기까지 몇 가지 轉機가 있었다. 첫째, 물류, 통신, 전산자원의 급격한 발달을 계기로 문호를 활짝 열어 네트워크의 크기를 극대화하는 이용자 확보전이 대세가 되었다. 물류의 발달로 우선 대형할인점들(big-box stores)이 출현하여 참여자 수와 선택을 극대화하는 **원스톱쇼핑**(one-stop shopping) 전략을 통해 비용을 절감하고 할인을 제공하여 더 많은 참여자를 끌어들였다. 땅 대신 사이버공간에 자리 잡은 온라인플랫폼들은 이용자 추가에 따른 한계비용과 혼잡비용이 그만큼 낮아진 상황에서 이용자가 늘수록 플랫폼의 가치도 상승하는 **동일면네트워크효과**(same-side network effect)[3]를 누리고자 이용자를 선점하고 임계치(critical mass)를 달성하는 전략을 추구하였다. 이들도 사이트 내에서 다양한 서비스를 제공하는 원스톱쇼핑 전략을 펼치나, 그 효과는 이용자들이 다른 사이트로 쉽게 넘어가 함께 즐기는 **다중거점**(multihoming) 현상으로 인해 제약된다.[4]

---

1) OECD, "An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation" (March 2019), p. 21.

2) 다만 중개업자와 달리 자기명의로 구매 후 재판매하는 중간상인(distributor; seller-of-record)은 플랫폼적 특성이 일견 약해 보이나, 이들도 브랜드를 매개로 공급사슬의 상하류를 이어주고 상호작용을 촉진한다〔Jean-Charles Rochet and Jean Tirole, "Two-Sided Markets: A Progress Report," *Rand Journal of Economics,* Vol. 37 No. 3 (2006), p. 657 (note 28) 참조〕. 특히 대규모유통업이나 제조자설계생산(original design manufacturing; ODM)에서 소비자와 제조자를 연결하는 플랫폼적 특성이 두드러진다. 노동·자본·기술·생산요소를 결합하는 제조기업의 역할조차 플랫폼적 성격이 없지 않다. 따라서 플랫폼 해당 여부는 일도양단하기 어려우며, 재화보다는 서비스나 콘텐트의 재판매가 서비스의 직접성·현장성, 콘텐트의 복제성·유통성으로 인해 플랫폼에 더 근접할 뿐이다. 이로 인해 플랫폼에 대한 일률적인 정의로부터 입법이나 학문적 검토를 시작하려는 시도들은 그다지 성공적이기 힘들다.

3) David S. Evans, "The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets," *Yale Journal on Regulation,* Vol. 20 No. 2 (2003), p. 332〔직접네트워크효과(direct network effect)라 지칭〕.

4) Bernard Caillaud and Bruno Jullien , "Chicken & Egg: Competition among Intermediation Service Providers," *Rand Journal of Economics,* Vol. 34 No. 2 (2003), p. 315-320.

둘째, 플랫폼들은 나아가 이용자군의 수요의 가격탄력성(price elasticity of demand)의 차이를 이용한 가격차별로 이윤을 극대화한다.[5] 가격에 더 민감한 그룹에 수수료를 감면해 주거나 심지어 陰의 가격(rebate)을 미끼로 이들을 끌어들이고 자산화하여 더 간절한 그룹의 지갑을 여는 수법이다. 즉, "돈을 내지 않은 자는 고객이 아닌 상품이다."[6] 이를 가능케 하는 것은 일면의 선호를 타면의 규모가 좌우하는 **교차네트워크효과**(cross-side network effect)이다.[7] 미디어산업에서는 1704년에 보스턴뉴스레터(The Boston News-Letter)에 미국 최초의 신문광고가 게재된 이래,[8] 구독자·시청자들(eyeballs)에게 헐값 또는 공짜로 신문, 잡지, 지상파방송 콘텐트를 제공하고 대신 광고주들로부터 돈을 버는 사업모델이 확립된다. 이어 1950년 출범한 Diners Club과 1958년 출범한 American Express의 성공에 힘입어 카드소지자들에게 낮은 회비에 서비스를 제공하고 대신 가맹점으로부터 수수료를 수취하는 신용카드 네트워크가 형성되었는데[9] 이들이 바로 "원조 온라인플랫폼"이다. 온라인플랫폼의 경우 관객면에서는 콘텐트와 서비스를 무료로 제공하되[10] 대신 광고주·이용사업자·앱개발자 등 수익창출면(profit-making side; subsidizing side)에서 돈을 버는 사업구조가 보편화된다.[11] 유통을 디지털화한 전자상거래에 이어 스마트기기의 보편화는 온라인 호출·주문·예약·거래와 운수·배달·숙박·금융 등 오프라인 업장 간의 융합을 촉발하였다. 이 과정을 통해 플랫폼은 획기적으로 거래비용을 낮추고 정보의 생산·유통·활용을 늘린다. 이는 거래량·선택의 증대, 상품의 개인화·세분화, 생산성 향상과 비용 감소, 진입장벽의 완화, 투명성으로 이어지며 효율을 창출하고 있다.

그런데 디지털전환에 따른 시장재편의 결과 개방경제를 운용하는 주요국들의 플랫폼 시장은 미국계 **빅테크**(Big Tech)들이 장악한 상황으로서, 우리처럼 자국 플랫폼이 의미 있는 수준으로 살아남은 경우가 드물다.[12] 특히 유럽(러시아 제외)은 역내시장 대부분을 빅테크에 넘겨준 상황이다.[13] 개방경제가 아닌 중러 등을 제외하면 자국 플랫폼이 의미 있

5) Jean-Charles Rochet and Jean Tirole, "Platform Competition in Two-Sided Markets," *Journal of the European Economic Association,* Vol. 1 No. 4 (2003), p. 996-998.

6) Andrew Lewis, Twitter @andlewis (Sep 13, 2010) 〔이진규·이재림, "Google의 FLoC 적용과 프라이버시 고려사항", DAIG 제2호(2021. 9), 183면에서 재인용〕.

7) D.S. Evans, *supra* note 3, p. 332 〔간접네트워크효과(indirect network effect)라 지칭〕.

8) Steven J. Shaw, "Colonial Newspaper Advertising: A Step toward Freedom of the Press," *Business History Review,* Vol. 33 (1959), p. 411-413.

9) Rochet and Tirole, *supra* note 5, p. 1013-1014.

10) 특히 국내의 2002년 "프리챌 유료화 사태"로 인해 일반 무료이용자 등 관객면(audience side; subsidized side)의 수요의 가격탄력성이 매우 높다는 점이 실증되었다.

11) Rochet and Tirole, *supra* note 5, p. 1015.

12) 2021. 12. 현재 미국계 플랫폼의 세계 순방문자(UV) 기준 점유율은 검색은 96% 이상(Google 91.9%), 소셜미디어는 99% 이상(Facebook 76.6%, Instagram 4.0%)이라 한다(StatCounter, GlobalStats, http://gs.statcounter.com). 엄밀한 통계인지는 의문이 있으나 위상은 실감할 수 있다.

13) 전자상거래만 영국 Argos, 독일 Otto, 프랑스 Cdiscount 등 일부 역내 플랫폼이 남아 있으나 시장을 선

는 수준으로 버티는 나라는 한일 정도인데, 일본마저도 빅테크에 잠식되는 추세다.

[표 1] 각국의 선도 플랫폼 (2021년 말 현재)

	폐쇄경제	개방경제				
	중국	한국	일본	영국	독일	프랑스
검색, 온라인광고	바이두	네이버	Google	Google	Google	Google
전자상거래	알리바바 (타오바오, 티몰)	네이버	Amazon	Amazon	Amazon	Amazon
앱마켓	(경합 중)	Google (Google Play)	Apple (App Store)	Google (Google Play)	Google (Google Play)	Google (Google Play)
소셜미디어	시나 (웨이보)	Meta (Instagram, Facebook)	Twitter	Meta (Facebook)	Meta (Facebook)	Meta (Facebook)
MIM	텐센트 (위챗)	카카오	LINE	Meta (WhatsApp)	Meta (WhatsApp)	Meta (WhatsApp)
비디오 스트리밍	(경합 중)	Google (YouTube)	Google (YouTube)	Google (YouTube)	Google (YouTube)	Google (YouTube)
여객운송	디디추싱	카카오 모빌리티	(경합 중)	Uber	BlaBlaCar	BlaBlaCar
음식배달	메이투언	Delivery Hero (배민)	Uber (Uber Eats)	Just Eat	Just Eat	Uber (Uber Eats)

이러한 편재화와 시장집중화로 인해 세계적으로 플랫폼 규제법령들이 부상하였는데, 다만 배경이 된 시장상황이 다르다. 먼저 미국, 중국과 같이 **자국 플랫폼이 살아 있는 경우**에는 **기존 경쟁법의 집행을 강화**하여 독점의 유지·강화의 저지나 시장구조의 개선에 주력하는 경향이 있다. 미국은 빅테크들로의 경제력집중을 겨냥하여 초당적으로 발의한 2021. 6. 11.자 하원 5대 플랫폼반독점법안[14]을 통해 기업결합심사를 강화하고 지배력전이를 억제하며 상호운용성을 강화하여 독점을 완화하고자 하는 등 경쟁법 집행을 보완·강화하기 위한 움직임을 보인다(단, 2021. 8. 앱마켓개방법안[15]은 앱개발자 보호법적 성격). 해외 플랫폼의 진입을 차단한 중국은 국무원이 2021. 2. 7. 반독점법(反垄断法) 가이드라인인 "플랫폼 경제영역에 관한 반독점 지침"[16]을 공포하고 시감총국(国家市场监督管理总局)이

도하는 Amazon, eBay와 힘겨운 경쟁을 벌이고 있다.

14) American Innovation and Choice Online Act (H.R. 3816); Ending Platform Monopolies Act (H.R. 3825); Platform Competition and Opportunity Act of 2021 (H.R. 3826); Merger Filing Fee Modernization Act of 2021 (H.R. 3843); Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Service Switching (ACCESS) Act of 2021 (H.R. 3849).

15) 상원에 8. 11.자 Open App Markets Act (S. 2710), 하원에 8. 13.자 동명 법안 (H.R. 5017) 발의.

16) 关于平台经济领域的反垄断指南. 핵심은 필수설비이론, 차별금지강화, 가변이익법인(VIE) 기업결합심사, 구조적 조치 등이다.

2021. 4. 10. 알리바바에 반독점법 위반으로 사상 최고액의 과징금을 부과[17]하는 등 대형 플랫폼들을 차례로 제재하고 있으며, 2021. 11. 18.에는 시감총국 산하 반독점국을 국가반독점국(国家反垄断局)으로 분리·격상하였다.

반면 역내 플랫폼 시장을 미국계 빅테크에 넘겨준 **EU와 일본**의 경우 시장 탈환에 대한 의지를 잃고 빅테크의 독점을 현실로 받아들인 상태에서 수세적 대응을 하고 있다. 특히 빅테크에 공익사업(utility)처럼 **공법원리(공정성·투명성 등)를 투영**하거나 자국 이용사업자(business user; merchant)와의 관계(P2B)에서의 **수요독점**(monopsony)을 기정사실화하고 **이용사업자를 직접 보호**하려는 내용의 법체계를 경쟁법과 별도로 창설하려는 경향이 있다. EU는 경쟁법에 기해 Google에 2017년 비교쇼핑, 2018년 모바일 OS, 2019년 검색광고 관련 제재[18]를 내렸으나 한계를 느끼고 2019. 6. 20. 이용사업자 보호를 위한 "온라인매개서비스 이용사업자를 위한 공정성 및 투명성 촉진법"[19]("P2B법")을 제정하여 2020. 7. 12. 시행하였고, P2B법 적용대상 중에서도 특히 핵심플랫폼서비스(core platform services; CPS)를 제공하는 게이트키퍼(gatekeeper)[20]에 대한 이용사업자 보호와 탈중개화 등 규제를 강화한 2020. 12. 15.자 디지털시장법안(proposal for the Digital Markets Act; "DMA안")을 입안하였다. EU는 DMA안과 함께 기존 전자상거래지침(Directive on Electronic Commerce; Directive 2000/31/EC)[21]을 보완하며 플랫폼을 포함한 매개서비스(intermediary service) 전반을 규율하되 특히 게이트키퍼에 상응하는 초대형플랫폼(very large online platform; VLOP)[22]에 대한 고강도 규제를 추가한 디지털서비스법안(proposal for the Digital Services Act; "DSA안")(DMA안과 통칭하여 "DSA 패키지(DSA package)")도 입안하였다. 일본이 2020. 5. 27. 제정(2021. 2. 1. 시행)한 "특정디지털플랫폼의 투명성 및 공정성의 향상에 관한 법률"[23]("특정플랫폼법")도 P2B법을 참고했으나 규제강도와 적용범위가 완화되어 있다.

17) 国市监处〔2021〕28号.

18) Google Search (Shopping) (Case AT.39740) (27 June 2017); Google Android (Case AT. 40099) (18 July 2018); Google Search (AdSense) (Case AT.40411) (20 March 2019).

19) Regulation (EU) 2019/1150 of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services.

20) CPS는 온라인매개(마켓플레이스, 앱스토어, O2O 등), 검색엔진, 소셜네트워킹, 비디오공유플랫폼, 번호독립적 개인 간 통신, 운영체제, 클라우드 및 (이상의 서비스의 제공자가 제공하는) 광고 서비스이고(art 2(2)), 게이트키퍼는 CPS를 제공하면서 EU내부시장에 영향을 미치는 규모, 이용사업자가 최종이용자에 접근하는 중요 관문의 통제, 지위의 확고성 또는 지속성을 기준으로 추정하고 이 기준을 맞추지 못해도 지정될 수 있다(arts 2(1), 3). 미국계 대형 플랫폼(이른바 GAFA)이 대상이 될 것으로 전망된다.

21) Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market.

22) EU 역내 월평균활동이용자가 4,500만명 이상인 온라인플랫폼으로 정의된다(art 25(1)).

23) 特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律. 경제산업성은 2021. 4. 1. 특정디

우리의 경우 자국 플랫폼의 예외적 존속이 빅테크의 세계적인 압도적 독점을 완충하고 있다. 일례로 검색시장에서 2021년 한해간 평균 월간활성사용자(MAU) 기준 점유율은 네이버가 56.1%, Google이 33.7%로서,[24] 세계적으로 드문 수준의 경합이 이뤄졌다. 거시경제적 관점에서 자국 플랫폼의 존속은 인공지능과 한국어 자연어처리(NLP) 등 선도기술 투자, 양질의 개발자 일자리의 창출, 자국문화의 유통, 각 산업의 효율화 등을 통해 국민경제에 미치는 효과가 클 것으로 추측된다. 네이버의 자회사[25]였던 라인(LINE)은 일본 모바일인스턴트메시징(MIM) 시장을 장악하는 등 해외진출까지 이뤄냈다. 그러나 우리의 최근 플랫폼 규제법안은 자국 플랫폼을 잃은 법역들의 법안들을 따라가고 있을 뿐 아니라 과도한 통제 조항까지 덧붙이고 있다. 이용사업자의 보호를 목표로 EU P2B법과 일본 특정플랫폼법을 참고하여 제정된 공정위의 "온라인 플랫폼 중개거래의 공정화에 관한 법률안"("플랫폼공정화법안")과 사실상 방송통신위원회("방통위")의 안으로서 통신규제의 확장을 지향하며 가격통제를 위해 남용될 우려가 있는 조항들이 포함된 "디지털 플랫폼 발전과 이용자 보호를 위한 법률안"("플랫폼이용자법안")이 심의 중이다. 이들은 우리 현실에서 "원조 플랫폼"인 신용카드 시장을 피폐화한 여신전문금융업법상 적격비용 산출제와 같은 가격통제 체제로 퇴행할 우려가 크다. 당장 플랫폼 수수료에 대해 정부가 신용카드처럼 원가기반으로 적정성 여부를 점검하겠다는 것이 여당의 대선공약이다.[26] 그런데 빅테크에 원가기반 수수료통제를 적용하면 한미 자유무역협정(FTA) 위반이므로,[27] 국내 플랫폼만 수수료통제를 받게 되며, 해외에서 자유롭게 이윤을 축적하고 재투자하는 빅테크와의 격차는 벌어질 우려가 있다. 국내 기업들이 주도하던 비디오스트리밍 시장을 2009~2012년간 시행된 구 정보통신망법상 제한적 본인확인제를 계기로 Google에 넘겨준 과거사가 재현될 수 있다.[28]

지털플랫폼제공자 중 물판종합온라인몰 운영사업자로 Amazon Japan, 라쿠텐, Yahoo! Japan을, 앱스토어 운영사업자로 Apple, Google을 지정하였다.

24) BizSpring, "Internet Trend," http://www.internettrend.co.kr/.

25) 현재는 네이버와 소프트뱅크 간 합작회사의 자회사가 LINE과 Yahoo! Japan을 지배한다.

26) 중앙일보, "이재명, 네이버·카카오 겨눴다… 온라인 플랫폼 수수료 정부가 점검" (2021. 11. 28.).

27) 플랫폼이 한미FTA상 부가서비스라면 우리는 미국 플랫폼에 "서비스 요율을 비용상 정당화할 것", "서비스의 요율표를 제출할 것"을 요구할 수 없다(제14.13조제1항 나, 다목). 제14.13조제2항은 특정 경우에 있어 반경쟁적 관행 시정, 경쟁의 촉진, 소비자 이익 보호를 위해 필요한 경우 예외를 인정하나, 이는 특정한 경쟁법 위반 조사 건 등을 의미하는 것으로서 일률적 수수료통제를 정당화할 수 없다.

28) 제한적 본인확인제가 2009. 4. 시행될 당시 국내 점유율이 15%였던 YouTube가 역외사업자라는 이유로 본인확인제 적용에서 빠져나가면서 실명인증에 발이 묶인 다음TV팟, 판도라TV, 아프리카TV를 빠르게 누르고 본인확인제가 위헌무효(헌재 2012. 8. 23. 2010헌마47)가 될 때까지 점유율을 55%까지 끌어올렸으며, 이후 Google의 시장독점이 견고히 유지되고 있다(이데일리, "유튜브, 실명제 덕에 점유율 2%에서 74%로 국내 시장 싹쓸이", 2013. 10. 8.). 단, 위 법과 시장성과 간의 상관성에 대한 실증은 필요하다.

이 상황에서 이 논문은 우리의 법체계와 현실에 초점을 두어 기존 규제체계의 문제점, 별도 법률 제정의 한계, 시장구조 개선에 대한 처방, 플랫폼 본연의 기능에 대한 규율을 재검토한다. 특히 우리나라엔 독특한 산업규제 및 거래규제 체계가 존재하여 플랫폼에 적용되나 기존 법체계와의 정합성에 대한 검토가 이루어지지 않았으므로 상세히 분석한다. 단, 경쟁법의 적용방식에 대한 본격적인 논의는 경쟁법 및 산업조직론 학계에 맡기고, 대신 현행법 및 개정안들의 모순을 걷어내고 본원적 경쟁법과 실증을 중심으로 플랫폼을 둘러싼 상충하는 이해관계를 최적으로 조정하는 규제환경을 조성하는 방안의 검토에 집중한다.

Ⅱ. 플랫폼법 총론: 현 규제체계의 문제와 대안

1. 개요

이하에서는 (1) 플랫폼은 부가통신사업자가 아니며 통신규제를 적용하거나 확장해서는 아니 됨, (2) 플랫폼에 대한 별도 규제체계는 유럽식 접근을 거쳐 수수료통제로 진화할 가능성이 높으나 현 시장환경에서는 본원적 경쟁법 집행을 중심에 두어야 함, (3) 경쟁법 집행의 고도화와 과소집행의 방지를 위해 상시적 경제분석 체제가 필요함을 살펴본다.

2. 통신규제 적용의 문제점

먼저 플랫폼을 **전기통신사업법상 부가통신사업자**로 간주하여 통신규제를 적용하는 현 관행과 계속적인 전기통신사업법의 개정과 플랫폼이용자법안으로써 그 적용을 확장하려는 움직임의 체계적 취약성과 정책적 문제점을 살펴본다.

(1) 현황

해외 주요국들의 정보통신법제는 통신과 정보를 준별하여 커먼캐리어(common carrier)를 중심으로 한 전송사업자(유무선통신사 등)만 통신법으로 규제하고 플랫폼과 콘텐트제공자(CP) 등 정보사업자들은 통신법의 적용범위로부터 제외하여 표현의 자유를 극대화하고 정보유통을 촉진한다. 그러나 우리 전기통신사업법은 정보서비스도 통신으로

간주하여 통신법으로 규제하고자 하는바, 그 근저에 동법상 **부가통신사업자** 개념이 있다.

구체적으로, 정보통신망법상 정보통신서비스는 (1) 전기통신사업법상 전기통신역무와 (2) 전기통신역무를 이용하여 **정보를 제공**하거나 **정보의 제공을 매개**하는 것을 통칭하고(제2조제2호), 전기통신사업법상 전기통신역무는 (1) 전기통신설비를 이용하여 **타인의 통신을 매개**하거나 (2) 전기통신설비를 **타인의 통신용으로 제공**하는 것을 의미한다(제2조제6호). 전기통신역무는 기간통신역무와 부가통신역무로, 기간통신역무는 전송서비스와 회선설비임대서비스로 구분된다.[29] 전송은 "음성·데이터· 영상 등을 **그 내용이나 형태의 변경 없이 송신 또는 수신**하게 하는 전기통신역무"로 정의하되(전기통신사업법 제2조제11호), (1) "**기간통신역무를 이용하여** 음성·데이터·영상 등을 그 내용이나 형태의 변경 없이 송신 또는 수신하게 하는 전기통신서비스"는 제외하고, (2) 유무선전화에 발착신하는 인터넷전화(VoIP)는 덧붙인 개념이다.[30] 전기통신회선설비임대는 "음성·데이터·영상 등의 송신 또는 수신이 가능하도록 전기통신회선설비를 임대하는 전기통신역무"로 정의한다(같은 항). 부가통신역무는 기간통신역무 이외의 전기통신역무이다(같은 조 제12호).

[표 2] 전기통신역무와 정보통신서비스의 분류체계

<table>
<tr><td colspan="4">정보통신망법상 정보통신서비스</td></tr>
<tr><td></td><td colspan="2">전기통신사업법상 전기통신역무</td><td>전기통신역무 외
정보통신서비스</td></tr>
<tr><td>정의</td><td>전기통신설비를 이용하여 타인의 통신을 매개</td><td>전기통신설비를 타인의 통신용으로 제공</td><td>전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개</td></tr>
<tr><td>기간통신역무</td><td>전송("음성·데이터·영상 등을 그 내용이나 형태의 변경 없이 송신 또는 수신하게 하는 전기통신역무")(예: 유무선전화, ISP) + (전화 발착신) 인터넷전화(VoIP)</td><td>전기통신회선설비임대("음성·데이터·영상 등의 송신 또는 수신이 가능하도록 전기통신회선설비를 임대하는 전기통신역무")(예: 전용회선)</td><td rowspan="2"></td></tr>
<tr><td>부가통신역무</td><td>내용·형태 변경 타인통신매개(예: VAN) + "기간통신역무를 이용하여 음성·데이터·영상 등의 전자기신호를 그 내용이나 형태의 변경 없이 송신 또는 수신하는 전기통신역무"(예: 이메일, 메시징?)</td><td>전기통신회선설비임대 외 타인통신용 설비제공 (일본 전기통신사업법은 동법 적용 범위에서 명시적 제외)</td></tr>
</table>

29) 구 전기통신사업법 시행령(2010. 10. 1. 개정 전) 제7조는 기간통신역무를 전송역무, 주파수를 할당받아 제공하는 역무, 전기통신회선설비임대역무로 구분하였다. 이 구분은 2010. 10. 1.자로 폐지, 일원화되었으나, 전기통신사업법 제2조제11호 본문 전단은 전송, 후단은 회선설비임대를 의미하는 것으로 해석된다.

30) 전기통신사업법 제2조제11호 단서, "기간통신역무가 아닌 전기통신서비스"(과기정통부 고시 제2020-23호) 제2조, 제3조제1호.

결국 플랫폼이 통신서비스(전기통신사업법상 전기통신역무)인지 정보서비스(전기통신역무 이외의 정보통신망법상 정보통신서비스)인지 여부는 **타인통신매개** 또는 **타인통신용설비제공**인지, 아니면 기타 **정보제공** 또는 **정보제공매개**인지에 달려 있는데, 양자의 구분기준은 명확히 제시된 바 없다. 과학기술정보통신부("과기정통부")(중앙전파관리소 포함)의 실무관행은 인터넷에서 제공되는 온라인서비스면 모두 부가통신역무로 간주하여 부가통신사업 신고를 하도록 하고 통신으로 규제하는 것이다. 즉, 전기통신사업법상 부가통신사업과 정보통신망법상 정보통신서비스를 사실상 동일 개념으로 간주하여 전송사업자 뿐 아니라 플랫폼도, CP도, 자체 쇼핑몰에서 판매하는 통신판매업자도 부가통신사업으로서 전기통신사업법으로 규제해 왔다. 이 해석대로라면 정보통신망법상 정보제공도 정보제공매개도 의미 없는 요건이 되지만 실무상 당연시됐다.[31] 하급심이 구 Facebook의 소셜미디어 사업을 특별한 설시 없이 부가통신사업으로 간주하기도 하는 등,[32] 법원도 이러한 관행을 부인하지 못했다.[33] 그러나 이는 잘못된 해석인데, 이하에서 살펴본다.

(2) 법체계상 문제점

1) 플랫폼의 매개 기능이 타인통신매개에 해당하는지 여부

일방향 정보전송 CP들과 플랫폼 이용사업자 등이 전기통신사업법상 타인통신매개를 한다는 해석은 어의의 가능한 범위를 한참 넘으며, 정보통신망법상 정보제공일 뿐이다. 플랫폼의 경우에도 참여자들을 서로 매개(intermediation)하는 것이 정보통신망법상 정보제공매개를 넘어 전기통신사업법상 타인통신매개라 볼 근거는 취약하다. 전기통신사업법상 "전기통신"은 "유선·무선·광선 또는 그 밖의 전자적 방식으로 부호·문언·음향 또는 영상을 **송신하거나 수신**하는 것"을 의미하는데(제2조제1호), 플랫폼은 전송망에 서버를 접속(access)시켜 애플리케이션과 데이터를 업로드할 뿐, 전송(transmission)에 관여하거

31) 2020년 11월 국정감사 과정에서 카카오페이와 카카오뱅크가 전기통신사업법상 부가통신사업 신고를 하지 않고 영업을 하였음이 지적되었고, 언론은 은행·카드·증권·유통·언론·핀테크·인터넷 등 다수 기업이 부가통신사업 신고를 누락하였다고 보도하였으며, 이에 따라 2020년 1월부터 10월까지 월 10~37건 수준을 유지하던 부가통신사업 신고 건수가 11월에 갑자기 205건으로 뛰어오르는 등 부가통신사업 신고 붐이 일어났는데, 영문도 모른 채 신고를 해야 했던 사업자들은 대개 플랫폼 및 일방향 정보전송 CP들이었다(아이뉴스, "'카카오페이 미신고 논란' 그 이후… 부가통신사업자 신고 10배↑", 2021. 1. 5.).

32) 서울행판 2019. 8. 22. 2018구합64528(서울고판 2020. 9. 11. 2019누57017에서 그대로 인용).

33) 대법원이 이베이코리아의 지마켓 서비스가 "상품의 판매활동을 중개 또는 알선하기 위한 목적에서 단지 상품의 판매 또는 구매에 필요한 범위 내의 데이터베이스나 정보를 제공한 것에 불과"하다면 "상품중개업이나 전자상거래업을 영위한 것으로 볼 수 있을지언정 부가통신업을 영위한 것으로 볼 수는 없다"고 판시하여 상품거래 플랫폼을 부가통신업에서 제외한 것은 의미가 있으나(대판 2013. 9. 26. 2013두11086), 조세특례제한법 및 한국표준산업분류상 부가통신업 해당 여부에 대한 판단이라는 한계는 있다.

나 매개하지 않기 때문이다. 플랫폼들이 서버에 올려놓은 데이터를 이용자들의 클라이언트 시스템에 송신하고, 또 이용자들이 보낸 요청을 플랫폼의 서버가 수신하도록 전송하는 역할은 (기간통신사업자인) 인터넷접속서비스제공자(ISP)가 수행한다. 해외 주요국들도 같은 이유로 통신법을 플랫폼과 같은 정보서비스에 적용하지 않는다.

① 미국 1996년 통신법(Telecommunications Act of 1996)은 전송사업을 Title II의 통신서비스(telecommunications service)로 분류하여 강한 규제를 가하나 플랫폼이나 CP는 Title I의 정보서비스(information service)로 분류하여 규제 대상에서 제외한다. ISP마저 인터넷 규제를 최소화하고자 정보서비스로 분류하고[34] 미연방대법원이 2005년 Brand X 판결에서 이 분류의 적법성을 인정하는 판에,[35] 플랫폼이나 CP를 통신으로 규제한다는 것은 상상할 수 없다.[36] Google이 1934년 통신법(Communications Act of 1934)[37]상 커먼캐리어로서 검색서비스와 관련하여 공익산업적 규제를 받아야 한다는 주장이 소송 중 제기되었으나, 캘리포니아 북부 연방지방법원은 2006년 Google이 통신설비를 제공하지 않는다는 이유로 일축했다.[38]

② EU의 기본지침(Framework Directive; Directive 2002/21/EC)[39]도 (통신서비스에 해당하는) 전기통신네트워크(electronic communications network; ECN)와 전기통신서비스 (electronic communications service; ECS)의 제공만 인가제 등으로

34) 단, 오바마 행정부는 ISP에 망중립성 원리들(net neutrality principles)을 관철하기 위해 통신서비스로 분류한 바 있다. 우선 FCC 2010 Open Internet Order를 통해 ISP에 투명성(transparency), 차단금지(no blocking), 비합리적 차별금지(no unreasonable discrimination)를 요구하였으나, DC항소법원은 차단금지와 비합리적 차별금지는 커먼캐리어에만 적용될 수 있고 FCC가 과거 Title I로 분류함으로써 ISP에 대한 이러한 규제를 포기했으니 더 이상 할 수 없다고 보되, 투명성만 유지하였다〔*Verizon Communications Inc. v. FCC,* 740 F.3d 623 (D.C. Cir. 2014)〕. 그러자 오바마 행정부는 Statement on Net Neutrality (Nov 10, 2014)를 통해 FCC에 ISP를 Title II로 재분류하라 명하였고, FCC는 2015 Title II Order를 통해 이를 이행했다. 트럼프 행정부는 FCC 2017 Restoring Internet Freedom Order를 통해 2015 Title II Order를 취소하고 ISP를 Title I로 재분류하였고, 캘리포니아주가 2018년 주법인 정보보호법(data protection law)에 망중립성 조항을 추가하자 법무부(DoJ)는 즉시 취소소송을 제기했다. 바이든은 취임 직후인 2021. 2. 8. 캘리포니아에 대한 소를 취하하고, ISP의 Title II 재분류에 따른 망중립성 의무 부활을 추진 중이다.

35) *Nat'l Cable & Telecomms. Ass'n v. Brand X Internet Servs.,* 545 U.S. 967 (2005).

36) 신브랜다이스운동(New Brandeis Movement) 진영에서 빅테크를 커먼캐리어로 의제하자는 주장이 제기되나〔Lina M. Khan, "Amazon's Antitrust Paradox," *Yale Law Journal,* Vol. 126 No. 3 (2017), p. 797-802〕, 학문적으로 큰 의미를 부여하기는 어렵다.

37) 47 U.S.C. §151 *et seq.*

38) *Kinderstart.com LLC v. Google, Inc.,* No. C06-2057 JF (RS) (N.D. Cal. July 13, 2006).

39) Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Framework Directive) 〔2002〕 OJ L108/33.

강력히 규제할 뿐, (정보서비스에 해당하는) 정보사회서비스(information society service)는 거의 규제하지 않고, 전자상거래지침(Directive 2000/31/EC)은 회원국이 정보사회서비스에 인허가나 준하는 요건을 요구하는 것을 금한다(art 4(1)). 유럽사법법원(ECJ)은 2019년 Google의 웹메일(Gmail)의 경우 (전송을 수행하고 책임지는 것은 인터넷접속제공자와 인터넷을 구성하는 다양한 네트워크의 운용자들이므로) 기본지침상 ECS의 정의(전부 또는 주로 ECN상의 신호의 전송으로 구성된 서비스)에 해당하지 않는다고 판시하여 통신서비스가 아니라고 보았다.[40] DMA안은 적용범위에서 ECN과 ECS를 제외하여(art 1(3)(a), (b))[41] 플랫폼이 통신이 아님을 재확인한다.

③ 우리 전기통신사업법이 계수한 일본 전기통신사업법(電気通信事業法)의 주무부서인 총무성도 "서버를 이용하여 인터넷을 통해 정보를 이용자에게 제공하는 경우 등 자기의 전기통신설비를 자기와 타인 간의 통신에 사용하는 것"은 타인통신매개에 해당하지 않음을 분명히 하고 있다.[42]

이처럼 플랫폼의 매개활동이 타인통신매개에 해당한다고 볼 수 없으나, 예외적으로 플랫폼이 **이메일, 메시징, 채팅, 인터넷전화(VoIP)**[43] 등 송신자의 의뢰에 따라 내용을 바꾸지 않고 수신자에게 원하는 그대로 보내는 서비스를 제공할 경우 이에 한하여 타인통신매개로 보는 것이 (ECJ의 위 Gmail 판결에도 불구하고) EU[44]와 일본[45]의 입장이다.

---

40) Google LLC v Bundesrepublik Deutschland (C-193/18) EU:C:2019:498 (13 June 2019).

41) 단, "개인 간 통신서비스(ICS)"(각주 44 참조)에 적용할지는 각 회원국 법에 맡긴다(art 1(4)).

42) 総務省, 電気通信事業参入マニュアル[追補版], 2017. 6. 23., 9頁, https://www.soumu.go.jp/main-content/000493134.pdf.

43) 이하, (기간통신역무인) 유무선전화발착신 VoIP가 아닌 앱 회원 간 VoIP를 의미.

44) EU는 ECJ의 2019년 Gmail 판결을 일부 번복하는 입법을 하였다. 즉, 기본지침을 개정하는 유럽전기통신규약〔European Electronic Communications Code (EECC); Directive 2018/1972〕(2020. 12. 21. 시행)이 ECS의 정의에 "개인 간 통신 서비스(interpersonal communications services; ICS)"를 추가하고(art 2(5)) **인터넷전화, 이메일, 메시징, 그룹채팅**을 예시하였다(Recital 17). 단, ICS에 해당하기 위해 "개인 간 상호적 정보교환(interpersonal and interactive exchange of information)", 특히 상호성(interactivity) 요건을 충족해야 하는데, 일방향 방송, 주문형비디오(VOD), 웹사이트, 소셜네트워크, 블로그, 기계 간 정보교환은 이에 해당하지 않아(Recital 17), 플랫폼의 일반적 매개활동이 아닌 우편·전화 등 전통적 통신에 상응하는 기능에 한함을 확인할 수 있다. 더욱이 ICS 중에서도 번호기반 ICS (number-based ICS)만 EECC상 인가제 등 규제를 전면 적용받을 뿐, 번호비기반ICS (number-independent ICS)는 EECC상 규제는 제한적이고 주로 디지털콘텐트지침(Digital Content Directive; Directive 2019/770)상 디지털서비스(digital service)로 규율된다〔Karin Sein, "Interplay of Digital Content Directive, European Electronic Communications Code and Audiovisual Media Directive in Communications Sector," *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law,* Vol. 12 No. 2 (2021), p. 174-176〕.

45) 일본 총무성은 플랫폼의 매개활동(검색엔진, 마켓플레이스, 전자게시판, 오픈채팅 포함)을 타인통신매개가 아니라는 이유로 전기통신사업법의 적용대상으로부터 제외하나, (공중에 대한) 이메일, 클로즈드 채팅은

우리법상은 이들이 "**기간통신역무를 이용하여** … 내용이나 형태의 변경 없이 송신 또는 수신할 경우"[46]에 해당하여 예외적으로 부가통신역무에 해당할지 여부가 쟁점이며,[47] 통신비밀 보호 목적상 통신(헌법 제18조, 통신비밀보호법 제2조제1, 3호)에는 해당한다.

다만 이러한 예외적인 경우를 제외하면, 플랫폼의 여타 활동들이 **타인통신매개에 해당하지 않음**은 체계적 해석상 의문의 여지가 없고 **정보통신망법상 정보제공매개**일 뿐이다. 이렇게 보면 추가로 기간통신역무에 해당하는 전송서비스 이외의 타인통신매개로서 부가통신역무에 해당하는 경우(즉, 내용이나 형태를 변경하는 송수신)란 대체 무엇인가 의문이 남게 되는데, VAN (Value-Added Network)이 답이며, 구체적 의미는 후술한다.

2) 플랫폼과 CP의 서버 기반 서비스가 타인통신용 설비제공에 해당하는지 여부

다음 쟁점은 플랫폼과 CP가 전기통신설비인 서버 등을 **타인의 통신용으로 제공**하는 것으로 보아 통신으로 간주할 수 있는지이다. 역시 전기통신이 신호의 송수신으로 정의(제2조제1호)되어 있는 점을 고려하면 (타인통신매개에 해당하지 않는 이상) 서버가 ISP를 통해 클라이언트의 요청을 받아 정보를 보내는 것을 "자기와 타인 간의 통신"도 아닌 "타인의 통신"을 위해, 그것도 서버를 자기 목적으로 백본에 접속한 것이 아니라 방문자에 전송 목적으로 "제공"하는 것으로 해석하는 것은 무리이다. 그렇게 해석하면 전기통신설비(전주, 관로, 맨홀 등 선로설비 포함) 중 하나라도 네트워크에 부착시키면 타인통신용 설비의 "제공"에 해당하게 되고, 특히 서버가 아닌 클라이언트 시스템도 "타인"(서버운영자)의 통신용으로 제공하는 것이어서 전기통신사업이 된다는 것인데 스마트폰을 들고 다니면 통신사업

타인의 의뢰를 받아 정보를 그 내용을 변경하지 않고 전송·교환하고 격지자 간의 통신을 매개하여 완성시키는 경우이므로 예외적으로 타인통신매개로서 동법의 적용을 받고 신고의무도 있다고 해석한다〔総務省, 前掲註(42), 11-19頁〕.

46) 전기통신사업법 제2조제11호 단서, "기간통신역무가 아닌 전기통신서비스"(과기정통부 고시 제2020-23호) 제2조.

47) 기간통신역무의 정의 중 "**그 내용이나 형태의 변경 없이 송신 또는 수신**"이란 개념은 미국 통신법상 통신(telecommunications)의 정의, 즉 "송신 및 수신되는 정보의 형태나 내용의 변경 없이 이용자가 특정한 지점 간 이용자가 선택한 정보의 전송(transmission, between or among points specified by the user, of information of the user's choosing, without change in the form or content of the information as sent and received)"(47 U.S.C. §153(50))에서 유래하나, 우리 전기통신사업법은 "**기간통신역무를 이용하여**" 변경 없이 송수신하면 예외적으로 기간통신역무가 아닌 부가통신역무로 분류하므로 이메일 등의 경우 이에 해당하는지가 문제되었다. 방통위는 2008년 KT가 유선전화망(PSTN)에서 대량 SMS 착발신이 가능한 장치로 Computer-2-Phone (C2P) SMS 서비스를 제공한 사안에서 "데이터를 그 내용이나 형태의 변경 없이 송신"하고 다른 기간통신역무가 아닌 KT 자체의 유선전화망을 통해 전송행위를 하므로 기간통신역무라고 판단하면서, 방론으로 이메일의 경우 기간통신역무인 인터넷접속서비스를 이용한 송수신이므로 부가통신역무에 해당한다고 설시하였다(방통위 2008. 12. 17. 의결 제2008-45-222호). 특히 우리 전기통신사업법상 전기통신은 EU법과 달리 "전부 또는 주로" 송수신일 것을 요하진 않으므로 ISP의 전송에 대한 역할과 책임에도 불구하고 이메일, 메시징 등에 대해서는 통신적 성격을 인정할 여지는 있다.

이라는 식이어서 불합리하다. 결국 타인통신용 설비제공은 자기통신 목적으로 설비를 네트워크에 접속하는 경우는 제외하며, 전송을 통해 타인통신을 매개할 수 있는 설비의 임대(대부분의 경우 기간통신역무인 **전기통신회선설비의 임대**)에 한한다고 해석해야 한다. 일본[48]과 EU[49]도 같은 입장이다.[50]

3) 법체계상 문제점의 지속적 심화

플랫폼의 부가통신사업자 의제에서 비롯된 체계상 문제점은 입법과정에서 심화 중이다. 특히 근래 플랫폼을 겨냥하여 추가 중인 "부가통신사업자"로서의 플랫폼 규제 조항들에는 처분입법적인 별칭들이 달려 있는데 무리함을 넘어 破法의 과정에 있는 느낌이다.[51]

---

48) 일본 총무성은 같은 결론을 내리나, 단 그 근거가 좀 다르다.
- 일본 전기통신사업법 제2조제3호는 우리 법 제2조제6호와 거의 똑같이 전기통신역무를 "전기통신설비를 이용하여 타인의 통신을 매개하거나 그 밖에 전기통신설비를 타인의 통신용으로 제공하는 것"이라 정의하지만, 우리 법과 달리 "전기통신설비를 이용하여 타인의 통신을 매개하는 전기통신역무 이외의 전기통신역무(도메인명 전기통신역무 제외)를 전기통신회선설비를 설치하지 않고 제공하는 전기통신사업"은 전기통신사업법의 적용을 배제하여(제164조제1항제3호), 타인통신용 설비제공 중 전기통신회선설비임대만 동법을 적용하고 있다.
- 다만 총무성은 서버를 전기통신설비로 간주하고 "타인의 통신"에 "자기와 타인 간의 통신"도 포함함으로써 기업이 스스로 운용하는 서버를 통해 이용자 사이에서 통신을 행하는 경우(검색엔진, 마켓플레이스, 전자게시판, 오픈채팅 등) 일단 타인통신용 설비제공에는 해당한다고 보되〔総務省, 前掲註(42), 2頁〕, 전기통신회선설비를 사용하진 않는다는 이유로 제164조제1항제3호에 따라 전기통신사업법의 적용을 배제한다(15-19頁).
- 이러한 해석방식은 애써 제164조제1항제3호의 존재의의를 살리는 한편, (동 조항으로 다른 전기통신사업법 조항의 적용은 배제되나) 예외적으로 동조 제3항에 따라 통신비밀(제4조)의 적용은 배제되지 않고, 프로바이더 책임제한법 제2조제1호는 적용 대상인 특정전기통신을 정의함에 있어 전기통신사업법상 전기통신을 참조하기 때문에, 이들만은 플랫폼 등에 적용시키기 위한 것으로 보인다. 그러나 제164조제1항제3호와 같은 조항이 없는 우리 법상 해석에 있어서는 "타인의 통신"에 "자기와 타인 간의 통신"을 포함시키거나 서버를 인터넷망에 접속시키기만 해도 "제공"이라 보는 억지스러운 해석을 할 필요 없이 자연스럽게 같은 결론에 이를 수 있다.

49) EU의 기본지침(Framework Directive)에서 타인통신용 설비제공에 해당하는 것이 전기통신네트워크의 제공(provision of ECN)인데, 전기통신네트워크는 유선・무선・광선 또는 그 밖의 전자적 방식으로 신호의 전송(conveyance of signals)을 허용하는 전송시스템, 교환설비, 라우팅설비를 의미하여, 대체로 우리 법상 회선설비임대에 상응하는 개념임을 확인할 수 있다.

50) 미국 통신법상 통신은 전송(transmission)에 한하므로 쟁점이 아니다(47 U.S.C. §153(48)).

51) 사례는 다음과 같다.
- 전기통신사업법의 수범자와 정보통신망법의 수범자를 혼동하면서 규제조항들이 양법에 임의로 흩어져 들어가고 있다. 2020. 6. 9.자 이른바 "n번방 방지법"의 경우 불법촬영물등 사전조치의무사업자(대형 플랫폼과 웹하드)의 기술적 조치 등 유통방지 의무는 전기통신사업법 제22조의5에, 불법촬영물등 유통방지책임자 및 투명성보고서 제출의무는 정보통신망법 제44조의9, 제64조의5에 들어갔다.
- 전기통신사업법의 2018. 12. 24.자 개정 이래 약 3년 동안 제2조제13호에 부가통신역무 해당성을 의제한 "앱 마켓사업자"의 정의만 들어가고 해당 조항이 없는 상태가 계속되다, 이 정의에 입각한 이른바 "인앱결제 강요 금지법"이 2021. 9. 14. 마련된다.
- 2020. 6. 9.자 전기통신사업법 개정(제22조의7 신설) 및 2020. 12. 8.자 시행령 개정(제30조의8 신설)을 통해 "서비스 안정성 확보 의무 대상사업자"를 부가통신사업자로 규정한 후 서비스 안정성 확보 등 조치를 하도록 했는데, ("자신의 권한과 책임 범위 내에서" 이러한 조치를 하도록 하기는 하였으나) 전

(3) 정책적 문제점

전송(송수신)에 관여하지 않는 플랫폼을 부가통신사업자로 간주하는 관행은 이상과 같이 법체계상 문제가 많을 뿐 아니라, 정책적 타당성도 없다. 이동통신사나 ISP 등 전송사업자는 플랫폼과 달리 전송을 담당한다는 바로 그 점 때문에 전송망(회선설비)에 대한 대규모의 초기 고정비용 투자가 필요하고, 이로 인한 규모의 경제 효과로 자연독점화되어 유효경쟁 확보가 어려워질 수 있어, 망세분화에 의한 수직적 통합의 해소(특히 네트워크-마케팅의 분리)에 따른 전송망의 도매제공 의무 부과(전기통신사업법 제38조) 등 일반 경쟁법상 조치보다 과감한 조치로써 유효경쟁을 확보할 필요가 있다. 아울러 필수설비를 보유한 전송사업자가 그렇지 못한 전송사업자에게 설비제공(제35조), 가입자선로공동활용(LLU)(제36조), 무선통신시설 공동이용(roaming)(제37조), 설비공동사용(infrastructure sharing)(제41조) 등의 형태로 필수설비를 개방하도록 함으로써 이미 구축된 전송망의 활용도를 극대화하면서 중복투자로 인한 사회적 낭비를 최소화한다. 그러면서도 신규 전송망의 투자 의욕을 꺾지 않도록 투자보수의 적정 산정 등 정책적 조치를 해야 한다. 이와 같은 전송사업자 특유의 시장실패의 원인, 법적 처방, 최적규제수준은 막대한 초기고정비용 투자가 필요한 전송망 구축과 관련된 것으로서,[52] 접속만 할 뿐 전송에 관여하지 않는 플랫폼들은 하등 관련이 없다. 플랫폼의 네트워크효과는 일견 통신사업의 그것과 관련되어 보이고 데이터지배(data control)와 맞물려 승자독식(winner-take-all)으로 이어진다고 주장되나,[53] Hovenkamp (2021)의 지적대로 플랫폼의 네트워크효과가 곧바로 단일기업독점(single-firm dominance)으로 이어진다는 점에 대한 증거는 희소하며, 오히려 미국에서 웹브라우저 시장의 주도권을 Netscape, Internet Explorer, Chrome이 차례로 넘겨받고, 구 Facebook이 2004년 탄생하여 4년 만에 MySpace를 압도하고, Google이 AltaVista의 아성을 무너뜨리고,[54] 국내에서도 eBay가 2009년 공정거래위원회(“공정위”)의 지마켓 기업결합 허용[55]으로 오픈마켓 시장점유율을 거래금액 기준 87.5%, 수수료 기준 90.8%로 끌어올렸으나 10%대까지 떨어진 끝에 2021년 이마트에 매각되는 등, 시장역동성을 뒷받침하는 반대증거들이 더 많다. 네트워크효과와 데이터집중 관련 쟁점을 3장에서 더 검토할 것이나, 통신법 특유의 자연독점 규제법 체계를 그대로 가져다 쓸 일이 아님은 명확하다.[56] 이희정 교수(2015)는

송을 수행하지 않는 사업자에게 이러한 의무를 부과한 것이 타당한지는 재검토가 필요하다.

52) 이원우, “통신시장에 대한 공법적 규제의 구조와 문제점”, 행정법연구 제11호(2004. 11), 64면.

53) Kahn, *supra* note 36, p. 785.

54) Herbert Hovenkamp, “Antitrust and Platform Monopoly,” *Yale Law Journal,* Vol. 130 (2021), p. 1978-1988.

55) 공정위 2009. 6. 25. 의결 제2009-146호.

부가통신사업에 전송사업에 버금가는 "생존배려적 서비스에 해당하는 보호"를 적용하는 것은 과도하여 일반적 수준의 소비자 보호를 적용함이 타당하며, 전기통신사업법상 네트워크 서비스 시장의 유효경쟁 형성을 위한 규제조항들을 부가통신사업에 적용하는 것은 입법취지를 벗어난 것이라 지적하였는데[57] 지극히 타당하다.

실제로도 정작 전기통신사업법을 보면 제2장 제2절(기간통신사업)(제6~20조) 이외에도 명시적으로 기간통신사업자에만 적용되는 조항들이 많고,[58] 법률 조항이 "전기통신사업자"가 수범주체인 것처럼 규정하더라도 실제 다수는 하위 행정입법 또는 해석으로 기간통신사업자에게만 적용되고 있는데, 그 예로는 제4조(보편적 역무),[59] 제30조(타인 사용 제한),[60] 제32조의4~8(단말기부정이용방지, 명의도용방지, 청소년유해매체물차단, 착신전환),[61] 제35조의2(공중케이블 정비의무),[62] 제39~40조(상호접속),[63] 제48조(번호자원관리계획)와 제48조의2(번호매매금지),[64] 제56조의2(정보제공)[65] 등이 있다. 통신과 본질이 다른 정보서비스를 통신규제에 끼워 넣으며 발생하는 문제를 하위 행정입법 등으로 일일이 적용을 배제함으로써 실질적 부작용은 줄였을지언정 법체계상 혼란은 가중되었다. 반면 전기통신사업법상 부가통신사업자에만 적용되는 조항은 제2장 제3절(제22~27조)(부가통신사업) 외에 제34조의2(부가통신사업 실태조사) 정도이고, "전기통신사업자"가 수범자인 것처럼 규정하면서 실제 부가통신사업자에도 적용되고 있는 조항도 소수에 불과하다.[66]

---

56) 앞서 살펴본 이메일·메시징·채팅 등 상호적 메시지 교환이 이루어지는 예외적인 경우에조차 (통신비밀 보호 외에) 통신규제를 적용할 정책적 근거를 찾기 어렵다.

57) 이희정, "인터넷상 부가서비스 규제에 대한 일고(一考)", 경제규제와 법 제8권 제1호(2015. 5), 157-158면.

58) 제4조의2, 제28조, 제29조, 제32조의2, 제32조의9, 제34조제2~4항, 제35조, 제36조, 제37조, 제38조, 제41조, 제42조, 제44조, 제49조 등.

59) 시행령 제6조제2항이 부가통신사업자 및 지역무선호출사업자를 법 제4조제2항제1호의 전기통신역무의 특성상 보편적 역무 제공 또는 손실 보전 의무 부여가 적절하지 아니하다고 인정되는 전기통신사업자로 규정한다.

60) 시행령 제5조제2항이 부가통신사업자를 법 제4조제2항제1호의 전기통신역무의 특성상 보편적 역무 제공 의무 부여가 적절하지 아니하다고 인정되는 전기통신사업자로 규정한다.

61) 제32조의4, 5는 이동통신서비스 제공자(시행령 제37조의6제1항), 제32조의6은 별표 3의 4에 열거된 기간통신사업자(시행령 제37조의8) 제32조의 7은 전파법에 따라 할당받은 주파수를 사용하는 기간통신사업자, 제32조의8은 전화 서비스를 제공하는 기간통신사업자에 적용된다.

62) 회선설비를 보유한 기간통신사업자에게만 적용될 수 있는 조항이다.

63) 상호접속기준 제3조제1항제1호의 "다른 통신망 상호간"의 해석상 회선설비 보유 기간통신사업자에만 적용된다.

64) 전기통신번호를 사용하는 유무선, 인터넷 전화사업자에게만 적용될 수 있는 조항이다.

65) 전기통신역무 선택에 필요한 정보제공 기준(과기정통부 고시 제2019-27호, 2019. 6. 10.) 제4조에 따라 이동통신(5G, LTE, IMT2000), 무선랜(WiFi), 인터넷가입자접속서비스에 한해 적용된다.

66) 제3조(역무의 제공 의무 등), 제32조(이용자 보호), 제32조의3(전기통신역무 제공의 제한), 제33조(손해배상), 제45~47조(방통위의 재정), 제50조제1항제5호, 제5의2호(금지행위), 제51~55조(기타 금지행위 관련 조항) 등.

우리의 법제는 이처럼 문제가 많음에도 중국법에 상당히 영향을 미친 것으로 추정된다. 2000. 9. 25. 전신조례(电信条例)(국무원령 제291호)의 제정 과정에서도 우리 법상 부가통신사업의 직역에 가까운 증치전신업무(增值电信业务)를 규정하고(제8조)[67] 인터넷 사업을 증치전신업무로 간주하여 면허제,[68] 외국인 지분 제한,[69] 검열체계〔金盾工程〕로써 강도 높게 통제하고 있다. 인터넷시대에 정보서비스를 부가통신역무로 오인하여 통신으로 규제하는 한중 통신법의 실체적 문제점은 통신에 걸맞은 강한 사전규제로 인터넷을 옥죈다는 것인데, 인터넷이 자발적 상호접속, 표현의 자유, 콘텐트 생산을 통해 발전해 온 연혁에 부합하지 않는다. 한중이 21세기 한복판에 모든 종류의 인터넷 기반 사업에 진입규제(한국의 부가통신사업 신고 수리와 중국의 ICP비안(备案) 또는 허가(许可))를 가하는 것도 현재 소비자 상대 사업(B2C) 중 오프라인으로만 운영되는 경우가 거의 없음을 고려하면 모든 영업활동에 인허가를 요하는 것과 다름없어 시대착오적이다.[70] 그러면서 우리는 역외 플랫폼과 CP에는 WTO 서비스무역에 관한 일반협정(GATS)[71]과 각 자유무역협정(FTA)[72]에 기하여 부가통신사업신고를 면제[73]하고 있으니 불합리하기 이를 데 없다.

(4) 그렇다면 "부가통신사업"이란 과연 무엇인가: 연혁적 고찰

본래 부가통신사업은 말 그대로 **VAN (value-added network)**을 의미할 뿐 플랫폼과는 하등 관련이 없다. VAN이란 컴퓨터와 단말을 접속하여 통신처리와 정보처리를 결합

67) 증치전신업무에는 이메일, 음성사서함, 온라인정보DB저장·검색, 전자데이터교환, 온라인데이터·거래처리, 부가가치팩스, 인터넷접속, 인터넷정보, 화상회의가 포함된다(전신조례 부칙 전신업무분류목록 제2항).

68) 플랫폼이나 유료콘텐트는 증치전신업무 경영허가(增值电信业务经营许可)〔경영성 ICP허가(经营性ICP许可)〕가, 기타 증치전신업무는 비경영성 ICP비안(非经营性ICP备案)의 수리가 필요하다〔전신조례 제14조, 인터넷정보서비스관리방법(互联网信息服务管理办法) 제3, 7, 8, 11조〕.

69) 경영증치전신업무(경영성ICP)는 50%의 외국인지분제한이 있다〔외상투자전신업무관리규정(外商投资电信企业管理规定) 제6조〕. 외국인투자자들은 가변이익법인(VIE)으로 우회하나 합법이라는 보장은 없다.

70) 앞서 보았듯이 EU 전자상거래지침(Directive 2000/31/EC)은 회원국이 정보사회서비스에 인허가나 그에 준하는 요건을 요구하는 것을 금한다(4(1)).

71) GATS 제1조제2호가목, 제16조에 따라 회원국 서비스 공급자의 국경간 공급에 의한 제한 없는 시장접근을 보장해야 한다. 통신에 관한 부속서 제5조바항(6)에 따라 공중통신서비스의 국경간 공급의 경우 예외적으로 신고·등록·면허를 요할 수 있으나, 이는 기간통신사업에 한한다.

72) 한-EU FTA의 경우 제7.5조(시장접근), 부속서 7-가-4(대한민국의 양허표)상 국경 간 부가서비스 공급을 통한 시장접근에 대한 당사국의 제한이 금지되어 있다. 한미FTA의 경우 제12.4조(시장접근), 부속서 I(대한민국의 유보목록)를 신고 면제의 근거로 해석할 수 있다.

73) 방통위는 2018년 Facebook Ireland Limited와 관련하여 "피심인은 국내에서 부가통신사업자로 신고하지 않았으나 아일랜드 소재 사업자로 한-EU FTA 협정에 따른 협정국 소관 해외사업자에 해당하고, WTO GATS 및 FTA 협정에 따라 해당 협정국 소관 해외사업자에 대해서는 부가통신사업의 국경 간 공급을 허용하고 있어, 해당 협정 소관 해외사업자가 해당국에서 부가통신사업을 하고 있는 때에는 국경 간 공급방식으로 국내 지사나 지점의 설치 없이 서비스 제공이 가능하다"고 판단하였다(방통위 2018. 3. 21. 의결 제2018-13-099호).

한 기술을 구사함으로써 정보의 변환·축적·가공처리 등 부가가치 있는 정보를 제공하는 것,[74] 즉 **전송과 정보처리가 결합된 하이브리드(hybrid) 서비스**이며, 패킷교환(packet switching), 프레임릴레이(frame relay), 비동기전송모드(ATM)를 포함한다.[75] 예컨대 전송망을 기간통신사업자로부터 임차하여 이용자에 재임대할 경우, 재임대가 독자서비스(stand-alone service)면 내용이나 형태가 변경되지 않으므로 (회선설비 미보유) 기간통신사업[76]이나, 정보처리를 결합하여 정보처리 과정에서 전송 중인 호의 내용이나 형태가 변경되면 VAN이다.[77]

최초의 VAN은, 미국의 연방통신위원회(FCC)가 1973년 당시 독점사업자 AT&T로부터 전용회선을 임차한 후 전기통신설비를 접속해 최종이용자에게 서비스를 제공하는 것을 허용하면서, Telenet Communications이 인터넷의 전신이자 최초의 패킷망인 ARPANet 구축 참여로 쌓은 노하우를 바탕으로 FCC로부터 1974년 인가를 받아 1975년부터 패킷교환 서비스를 제공한 것이다.[78] FCC는 1980년 제2컴퓨터조사(Computer Inquiries II) 절차를 통해 통신과 정보처리가 혼합된 서비스(enhanced communication service; ECS)를 인정하고 VAN을 포함했으며, 커먼캐리어를 의미하는 기본통신서비스(basic communication service)와 달리 ECS는 규제의 범위에서 제외하였다.[79] 한미FTA 상으로도 미국은 통신법에 규정된 서비스 중 우리의 부가통신역무 = VAN = ECN에 상응하는 것은 전화교환접속 뿐임을 명확히 했고 우리는 동의했다.[80]

---

74) 林健二, "VAN(付加価値通信網)の現状と将来展望:通信処理と情報処理を融合するVAN", 電学誌111巻11号 (1991), 893頁.

75) 구 정보통신부가 2007. 12. 15. 시행되는 개정 전기통신사업법 시행규칙을 통해 기간통신역무를 전송역무, 주파수를 할당받아 제공하는 역무 및 회선설비임대역무 등 3가지로 통합하면서 종전에는 부가통신역무로 분류되었던 패킷교환, 프레임릴레이, ATM 등을 "데이터전송서비스"라며 기간통신역무로 편입해서 혼란이 있었다.

76) 2018. 12. 24.자 전기통신사업 개정(2019. 6. 25. 시행) 전에는 별정통신사업.

77) VAN도 전송의 요소가 있음에도 각국은 다양한 서비스의 활성화를 위해 VAN을 진흥하고자 재판매사업자(reseller)(회선설비 미보유 기간통신사업자, 구 별정통신사업자)보다 약하게 규제하였다.

78) Lawrence G. Roberts, "The Evolution of Packet Switching," *Proceedings of the IEEE,* Vol. 66 No. 11 (1978), p. 1309.

79) In the Matter of Amendment of Section 64.702 of the Commission's Rules and Regulations (Second Computer Inquiry), 77 FCC 2d 384, 419 (1980) (Computer II Final Decision). FCC의 3차에 걸친 컴퓨터 조사의 배경에 대해서는 Robert Cannon, "The Legacy of the Federal Communications Commission's Computer Inquiries," *Federal Communications Law Journal,* Vol. 55 No. 2 (2003), p. 167-206 참조.

80) 한미FTA 제14.24조는 부가서비스(value-added services)를 "제고된 기능(enhanced functionality)을 통하여 통신서비스에 가치를 부가하는 서비스"로서 구체적으로 "미합중국의 경우, 미합중국 법전 제47권제153조제20항에 정의된 서비스를 말하며, 대한민국의 경우, 전기통신사업법(인용주: 구 전기통신사업법(2010. 3. 22. 법률 제10166호로 개정 전)을 지칭) 제4조제4항에 정의된 서비스를 말한다"라고 규정한다. 전자는 교환접속(exchange access)이고[47 U.S.C. §153(20)(1996년 통신법)은 교환접속을 "전화요금서비스의 착발신 목적으로 전화교환서비스 또는 설비에 대한 접근을 제공하는 것"으로 정의], 후자는 부가통신역무이다. 국내법상으로만 플랫폼을 부가통신역무라고 하면 한국 플랫폼은 미국 내에서

일본의 경우 1982년 제2차 통신회선개방으로 일본전신전화공사(NTT) 및 국제전신전화공사(KDD)의 통신 독점 체제의 예외로 중소기업VAN을 처음 허용했다. 본래 구 우정성에서는 데이터처리를 위한 회선 이용의 자유화를 위한 공중전기통신법 개정안과 더불어 VAN을 허용하기 위한 "부가가치데이터전송업무에 관한 법률안(付加価値データ伝送業務に関する法律案; VAN법안)"을 준비했으나, 조정 결과 VAN법을 제정하지 않고 일단 "중소기업VAN성령"[81]에 기하여 중소기업VAN만 허용하였다.[82] NTT와 KDD의 민영화와 맞물려 1984년 신규 제정되어 1985년 시행된 전기통신사업법은 미국의 ECS에 해당하는 제2종 전기통신사업자(第二種電気通信事業者)를 규정하여 사업을 허용했는데, VAN이 그 핵심이었다.[83] 이후 제2종 통신사업자가 제1종 통신사업자의 회선설비를 활용한 다양한 서비스들을 포함하면서 한때 규제범위가 넓어지기도 하였으나, 2001년 전기통신사업법이 개정되고 2004년 시행되면서 제1, 2종 구분이 폐지되고 전반적으로 규제가 완화된다.

반면, 우리나라의 경우 전기통신사업법이 1991년 전면개정 과정에서 VAN에 상응하는 개념을 "부가통신사업"으로 칭하여 오늘에 이르고 있다. 초창기 VAN은 그 본원적 의미에 맞게 한국통신과 데이콤으로부터 회선설비를 임차하여 부가가치를 붙여 재판매하는 전송과 정보의 결합서비스를 의미했다. 실제 전기통신사업법의 2010. 3. 22.자 전부개정(2010. 9. 23. 시행)으로 부가통신사업의 정의가 현재와 같이 "부가통신역무를 제공하는 사업"(제5조제4항)으로 바뀌기 전까지 부가통신사업은 "**기간통신사업자로부터 전기통신회선설비를 임차**하여 제2항의 규정에 의한 기간통신역무외의 전기통신역무를 제공하는 사업"(구법 제4조제3항)으로 정의되어 있었다. 적어도 1997년까지는 회선설비의 임차 및 정보의 네트워크·하드웨어와의 결합이 부가통신사업의 핵심 개념으로 인식되고 있었다.[84] 그러다 2010년경 회선설비의 임차라는 VAN의 핵심 요소를 법개정으로 뺐다 해서 전송과는 무관한 플랫폼, CP가 VAN이 되는 것은 아니다.[85] All-IP화의 물결 속에 VAN들은 사라지고 있으나 기간통신사업자로부터 전용회선 등을 임차하여 신용카드사와 가맹점 단말기들을 이어주고 결제·승인 데이터를 전송하는 신용카드VAN(여신전문금융

FTA의 보호를 못 받는 상황에서 미국 플랫폼만 한국 내에서 FTA의 보호를 받게 되어 더 불합리해진다.

81) 公衆電気通信法第５５条の１３第２項の場合等を定める臨時暫定措置に関する省令（昭和５７年郵政省令第５５号).

82) 林秀弥/武智健二, オーラルヒストリー電気通信事業法, 勁草書房, 2015, 106−128頁. 武智健二, 通信法制70年史, 信山社, 2021, 201−207頁.

83) 林秀弥/武智健二, 前掲註(82), 128−136頁.

84) 차양신, "부가통신사업 활성화 정책방향", 월간 정보화사회 1997년 12월호(1997. 12.), 41면.

85) 국내 플랫폼이나 CP가 ISP의 백본에 접속(access)하려고 전용회선을 이용하는 것을 VAN의 회선설비 임차 및 전송(transmission)적 요소와 똑같이 취급할 수도 없다. 2010년 개정 전에는 국내 플랫폼/CP는 국내 기간통신사업자의 전용회선을 "임차"하므로 부가통신사업자이지만, 해외 플랫폼/CP는 해외 캐리어(carrier)의 전용회선을 "임차"하므로 부가통신사업자가 아니라고 지극히 부당한 해석을 하기도 했다.

업법상 신용카드등부가통신업, 부가통신업자(제2조제8의2, 3호))이 명맥을 유지하고 있다. 그리고 구 전기통신사업법 시행규칙 제3조제5호가 2004. 7. 20. 개정되어 종전에는 부가통신역무였던 인터넷접속서비스(ISP)가 기간통신역무에 편입되어 오늘에 이르나, 패킷교환에 입각한 ISP가 기간통신역무의 핵심 요소인 "내용이나 형태의 변경 없이"(전기통신사업법 제2조제11호)를 당연히 충족하는 것은 아니고,[86] 미국 망중립성 논쟁에서도 핵심 쟁점이었다.[87]

(5) 소결

요컨대 플랫폼의 매개활동은 통신이 아니고, 부가통신사업(VAN) 간주도 指鹿爲馬이며, 통신규제를 적용할 정책적 타당성도 없다. 플랫폼에 통신규제를 가하는 관행은 지양하고 적용을 확장하려는 움직임도 중단해야 하며, 법 개정을 통해 혼란을 정리해야 한다.

3. 플랫폼에 대한 독자적 규제체계의 문제점

(1) 개요

플랫폼을 전기통신사업법으로 규제할 수 없다면, 경쟁법과 별도의 사전규제 체계를 만들어 적용할지 논의가 뒤따른다. 플랫폼공정화/이용자법안의 입법 여부와 관계없이, 우리 시장구조에 합당한 의제의 설정과 그에 따른 근본적인 재검토가 필요하다. 서두에서 자국 플랫폼 유지 여부 등에 따른 상이한 규제방식을 언급하였는데, 부연하면 이하와 같다.

첫째, **전통적인 경쟁법적 접근**은 독점의 유지·강화를 억제하여 시장경쟁을 유지하고자 한다. 소비자 후생의 극대화가 최종적인 정책목표이며, 주된 처방으로는 기업결합심사, 남용행위의 시정을 들 수 있다. 특히 자국 플랫폼을 유지 중인 미국과 중국은 기존 경쟁법의 적용과 강화에 초점을 두고 있다. 단, 미국에서도 전통적 접근에 반기를 든 신브랜다이스

86) 패킷교환은 데이터를 패킷 단위로 잘게 잘라 여러 노드를 통해 목적지로 전송한 후 재결합하는 정보처리 과정을 거치기 때문에 "형태의 변경 없이"가 의심 없이 충족되진 않는다. 특히 자가망이 아닌 임차망을 통한 ISP는 플랫폼이나 CP에 비해 본원적 VAN에 훨씬 더 가깝다.

87) 트럼프 행정부가 FCC 2017 Restoring Internet Freedom Order를 통해 오바마 행정부의 2015 Title II Order를 취소하고 ISP를 Title I로 재분류하는 과정에서 핵심논거 중 하나가 전송에 정보처리(information processing)가 결합되므로 통신서비스가 아닌 정보서비스라는 점이었고, "인터넷에서의 데이터전송은 정보처리, 특히 몇몇 경우 패킷변환(transforming packets)을 수반한다"는 이해관계자(CTIA)의 코멘트가 근거로 인용되었다[In the Matter of Restoring Internet Freedom: Declaratory Ruling, Report and Order, and Order (FCC 17-166) (2018), p. 28].

운동이 주목받고 있으나, 플랫폼이 가만히 둬도 독점이 되는 승자독식 시장이라면서[88] 약탈적 가격설정의 처벌에 집중해야 한다는 등[89] 주장이 일관되지 않고, 전통적 접근을 시카고학파의 독단이라 치부하나 생산자·공급자 보호나 추상적 원리들 외에 구체적 대안을 제시하지는 못하며,[90] 처방도 상충하는 정책목표의 조정보다는 플랫폼의 커먼캐리어 의제를 주장하는 등,[91] 정치적 영향력은 별론 학문적으로 의미가 있거나 우리 현실에 적합한 논의라 보기는 어렵다. 둘째, **유럽식 접근**은 빅테크의 독점의 지속성을 현실로 수용하고 이들을 사회화하고 준공법적으로 통제하여 이용자, 특히 이용사업자를 직접 보호하는 것에 초점을 둔다. 본래 유럽 경쟁법이 미국 경쟁법과 달리 공정성 및 모든 경쟁자를 "평평한 운동장(level playing field)"에 두는 것을 중시하나,[92] 자국 플랫폼 망실 등을 계기로 경쟁법과 별도의 규제법 체계에 입각하여 탈중개화와 이용사업자에 대한 남용행위의 금지, 공정성·투명성 규제 등 고강도의 처방을 내리고자 한다. 셋째, **계획경제적 접근**은 국가의 가격통제(arbitrary price control)를 핵심으로 하는데, 우리 신용카드 시장에서의 여신전문금융업법상 적격비용 산출제가 대표적 예이다.

플랫폼공정화법안은 시장경쟁의 활성화보다는 이용사업자의 직접 보호를 추구하는 유럽식 접근에 입각해 있고,[93] 하도급법에서 대규모유통업법으로 이어진 이른바 "갑을관계법"의 전통도 따른다.[94] 나아가 플랫폼이용자법안상 이용약관 신고제와 적정수익 배분의무는 후술하듯이 계획경제적 수수료통제의 근거로 전용될 우려가 있다.

(2) 유럽식 접근과 수수료통제가 우리 시장환경에 부합하는가

유럽식 접근이 **미국계 빅테크 플랫폼의 사회화**(Vergesellschaftung)까지 지향하는 것이라면 EU의 현 상황에는 적합할 수 있다. 자본주의 체제들도 시장의 대외종속이 심화

88) Kahn, *supra* note 36, p. 785.
89) *Id.*, p. 786−789, 791−792.
90) *Id.,* p. 743−744.
91) *Id.,* p. 797−802.
92) A. Douglas Melamed, Randal C. Picker, Philip J. Weiser, and Diane P. Wood, *Antitrust Law and Trade Regulation,* 7th Ed., Foundation Press, 2018, p. 1049. "평평한 운동장"이란 문구는 DMA안의 입법취지 및 서문에 총 세 번 등장한다.
93) 플랫폼공정화법안은 중개계약 기재사항 및 교부, 중개계약 변경 등 사전통지, 이용사업자에 대한 불공정거래행위 금지를 핵심으로 하는 P2B법이다. 플랫폼이용자법안은 국회 심사 과정에서 P2B적 요소가 일부 제거되었으나, 준공법적 통제의 특성이 유지되었다.
94) 계약서 작성·교부, 보복조치금지, 상생협약체결, 분쟁조정위원회, 서면실태조사, 시정명령, 동의의결, 과징금, 벌칙, 과태료 등은 대규모유통업법과 유사하다. 대규모유통업법이 재판매(직매입·특약매입), 위탁매매(위·수탁거래) 모델에만 적용되고 중개거래에 적용되지 않음으로써 구매대행(과거의 소셜커머스 포함) 등을 제외한 전자상거래에 미적용되는 한계를 보완한다는 것도 입법취지 중 하나였다.

하면 보호주의나 준공법적 통제를 통해 문제를 해결하는 경우가 있다. 유럽식 접근은 미국의 빅파마(Big Pharma)가 세계제약시장을 압도하면서 미국을 제외한 전 세계가 약가를 직접 통제해온 상황[95]이나 개도국들이 지재권 보호에 미온적인 상황과 흡사하다. 제약시장처럼 미국 소비자가 높은 가격 또는 낮은 법적 보호로 혁신을 보조(subsidize)하면, 그 결과물의 활용을 회원국들이 사회화를 통해 극대화하는 편리공생(commensalism)이 유럽의 손에 쥐어진 마지막 선택일 수 있다. 그래서 유럽집행위원회(EC)는 DSA안의 규제영향분석서에서 빅테크 플랫폼은 "사실상의 공적 공간(de facto public spaces)"을 대표한다고 주저 없이 선언한다.[96]

일본도 전자상거래시장에서 Amazon Japan이 2016년 라쿠텐(楽天市場)을 제치고 1위에 오른 것[97]이 특정플랫폼법의 제정을 통해 유럽식 접근을 받아들인 계기가 된 것으로 보인다. 소비자에게 환불을 잘해주지 않던 라쿠텐, Yahoo! Japan 등 기존 플랫폼들[98]과 달리 급부상한 Amazon Japan이 파격적인 30일 무조건 환불정책을 시행하면서 환불강요에 대한 이용사업자들의 민원이 급증한 것이 입법과정에서 고려되었다.[99]

그러나 우리의 경우 앱마켓, 소셜미디어 등을 제외하면 자국 플랫폼이 생존하고 있는바, 자국 플랫폼의 빅테크와의 의미 있는 시장경합의 유지 대신 자국 이용사업자의 직접 보호에 집중하며, 탈중개화, 착취·차별남용 시정, 공정성·투명성 위주의 처방을 통해 후발사업자가 파고들 틈을 오히려 좁히고 시장역동성을 떨어뜨리는 유럽식 접근이 추진된 것은 합리의 관점에서는 설명하기 어렵다. 부처 간 권한 경쟁이 방아쇠를 당겼으나, 정치와 언론의 관료에 대한 비대칭적 우위로 주요국에 법이 생겼는데 들여오지 않았을 때 훗날 당할 규제공백에 대한 질타(bashing)를 감당할 수 없기 때문[100]에 각 부처 입장에서는 불가피한 선택이었을 수 있다. 나아가 자영업종사율이 2020년 기준 24.6%으로 G7 평균인 약 12%의 갑절을 넘는[101] "자영업공화국"에서 팬데믹으로 고통 받은 소상공인들의 이해관계가 걸린 이상 참을성 있게 시장원리로 해결하자고 제안하는 것에는 정치적 부담이 따른다. 그리하여 규제가 한번 자리 잡으면 변화의 이익이 클지라도 그 이익이 다수의 소비자에 분

95) OECD, "Pharmaceutical Pricing Policies in a Global Market" (Sep 2008), p. 85-159.
96) EC, "Impact Assessment of the Digital Services Act," SWD(2020) 348 final, Part 2/2 (2020), p. 64.
97) 2016년 Amazon Japan이 20.2%에 달하여 20.1%인 라쿠텐을 추월했다(日本貿易振興機構, ジェトロ世界貿易投資報告2017年版, 2017, 11頁).
98) 일본 특정상거래법(特定商取引に関する法律) 제15조제3항상 통신판매업자의 청약철회 조항은 임의규정이므로 약관으로 배제할 수 있고 실무상 약관으로 빈번히 배제된다.
99) 公正取引委員会, デジタル・プラットフォーマーの取引慣行等に関する実態調査について, 2019. 10. 31., https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/2019/oct/191031-2.html.
100) 박재완, "'좋은 행정'에서 본 행정현장과 행정학의 과제: 정부실패를 중심으로", 행정논총 제54권 제4호 (2016. 12), 45, 48면.
101) OECD, Data: Self-Employment Rate, https://data.oecd.org/emp/self-employment-rate.htm.

산되는 반면 비용은 보다 응집된 소상공인에 집중되는 관계로 돌이킬 수 없게 되고 강화일로를 걷게 된다.[102] 이 과정을 거쳐 플랫폼 규제는 수수료통제로 퇴행할 가능성이 높다.

특히 **2007년 이후 "원조 온라인플랫폼"인 신용카드 수수료의 국가통제**가 숨 가쁘게 추진된 과정을 복기해 보면 이대로 두었을 때 후배 플랫폼들이 걷게 될 운명도 짐작할 수 있다. 여신전문금융업법 제정 전에는 구 신용카드업법 제8조에 따라 구 재무부가 업종별로 수수료율의 최고한도를 정했으나, 1997년 외환위기 전후에 여신전문금융업법이 1997. 8. 28. 제정되어 1998. 1. 1. 시행되면서 신용카드 수수료가 자율화되었다. 그러다 참여정부는 2007. 8. 30. "신용카드 가맹점 수수료 체계 합리화 방안"을 발표하고,[103] 금융연구원의 원가산정표준안에 근거하여 2007. 11. 수수료 상한을 4.5%에서 3.6%(중소가맹점 2.2%)로 인하함으로써,[104] **수수료통제**를 재개하였다. 이후 정치권의 압박으로 거의 매년 수수료가 인하되고,[105] 2012년부터는 여신전문금융업법 제18조의3 제2항에 명문화하여 3년 주기로 적격비용을 산출하여 이에 따라 수수료율을 산정함으로써[106] 현재 수수료 상한은 공식적으로는 2.3%까지 떨어졌으나, 실제로는 같은 조 제3항에 따라 전체 가맹점 중 약 96%가 중소가맹점으로 분류되어 0.5~1.5%의 우대수수료를 적용받으며,[107] 세액공제를 고려한 실질 수수료는 연매출 3억원 이하 가맹점은 -0.5%, 3억원 초과 5억원 이하 가맹점은 0이다. 소상공인들이 과도한 결제수수료 부담을 감내하지 않도록 시장구조를 개선하는 것은 중요한 정책 과제이나, 애초 카드사의 가맹점에 대한 협상력을 일방적 우위로 만들어 수수료 인하에 대한 시장압력을 상실시킨 것은 1987년 이래 세수증

102) 박재완, 앞의 논문(주 100), 47면.

103) 재경부/금감위/금감원, "신용카드 가맹점 수수료 체계 합리화 방안", 2007. 8. 30.

104) 금감위/금감원, "신용카드사의 가맹점 수수료 인하 계획", 2007. 9. 19.

105) 2008. 10. 중소가맹점 수수료율을 평균 2.74%에서 2.57%로, 2009. 2. 재래시장 수수료율 상한을 3.5%에서 2.2%로 내렸고(금융위/금감원, "재래시장 신용카드 가맹점 수수료 인하", 2009. 1. 21.), 2010년부터 2012년까지 세 차례에 걸쳐 중소가맹점 수수료율을 1.8%까지 내렸으며(금융위/금감원, "신 신용카드 가맹점수수료 체계 도입 방안", 2012. 7. 4.), 중소가맹점 범위도 연매출 4,800만원 미만(2007. 8. 기준)에서 2억원 미만(2012. 1. 기준)으로 지속 확대되었다(위 자료). 2012년 여신전문금융업법 개정 이후에도 2013년 2.7%〔중소(연매출 2억원 이하) 1.5%〕, 2015년 2.7%〔중소(3억원 이하) 매출구간별 1.5~2.0%〕, 2016년 2.5%〔중소(3억원 이하) 0.8~1.3%〕, 2017년 2.5%〔중소(5억원 이하) 0.8~1.3%〕, 2018년 2.3%〔중소는 기존과 동일〕, 2019년 2.3%(평균 1.97~2.04%)〔중소(30억원 이하) 0.8~1.6%〕로 지속 인하되었고(머니투데이, "한국만 있는 규제 때문에… '혜자카드' 못 쓰는 소비자들", 2021. 11. 10.), 2022년 적용 중소가맹점 수수료는 0.5~1.5%로 더 인하되었다〔금융위/금감원/여신금융협회, "영세가맹점의 카드수수료 부담을 경감하고, 향후 지속가능한 수수료체계를 위한 제도개선도 추진하겠습니다" (2021. 12. 23.)〕.

106) 2012. 3. 21.자 여신전문금융업법 개정(2012. 12. 22. 시행)으로 추가된 동법 제18조의3 제2항, 여신전문금융업감독규정 제25조의4에 따라 2012년부터 금융당국, 여신금융협회, 카드사 합동의 태스크포스가 3년 주기로 적격비용을 산출하여 마진을 더해 수수료율을 산정한 후 이듬해부터 적용하고, 동법 제18조의3 제3항에 따라 "영세한 중소신용카드가맹점"에 대해서는 우대수수료율을 따로 정하도록 하고 있다. 실제로는 3년도 채 기다리지 못하고 거의 매년 수수료율이 인하되고 중소가맹점의 범위가 늘어났다.

107) 금융위/금감원/여신금융협회(주 105).

대를 목적으로 가맹점에 강제된 신용카드의무수납제(여신전문금융업법 제19조제1항)이다.[108] 모든 카드사의 네트워크 접속을 필수설비화하는 의무수납제를 폐지하여 가맹점에 거래거절권을 부여하고 카드사 간 경쟁을 유도하여 수수료가 시장가격에서 균형을 이루도록 시장구조를 개선하는 대안은 존재하였으나, 신용카드 네트워크를 사회화하는 대증요법이 구사되었다.

플랫폼 전체에 여신전문금융업법과 같은 수수료통제가 확산되는 과정은 생각보다 빠르게 진행될 수 있다. 당장 플랫폼이용자법안이 통과되면 향후 정치적 지형에 따라 이용약관 신고 수리심사나 보완요구,[109] 적정수익 배분 거부·제한에 대한 조사·제재[110] 형태의 수수료통제가 시작될 수 있고, 플랫폼 수수료의 원가기반 통제가 여당 대선공약이다. 배달앱(third-party food delivery service)에 대해 미국의 샌프란시스코[111]와 뉴욕[112] 시의회가 수수료상한을 온라인 주문금액 대비 각각 합계 15%, 23%로 정하는 조례를 제정·시행하였고 배달앱 업체들이 이 조례의 위헌무효를 구하는 소를 제기한 상태이니, 팬데믹으로 온 세계가 戰時나 다름없었던 상황에서 수수료통제론이 우리만의 예외적 현상은 아니다. 그러나 직접적 가격통제는 피해야 한다. 신용카드 수수료 통제는 경제이론의 예측대로 높은 사회적 비용을 초래하였고 산업을 피폐화하였으며 다면시장 구조에서 소비자 후생을 저해하였다.[113] 국내 플랫폼들의 현 수수료 수준 또한 직접통제가 필요할 정도는 아니다.

---

108) 윤성중·강경훈·김정규, "신용카드시장의 의무수납제도가 신용카드 수수료체계에 미치는 영향", 경제분석 제19권 제4호(2013. 12), 113-141면.

109) 이용약관 신고제를 정하는 현 법안 제14조는 전기통신사업법 제28조와 달리 "요금 및 이용조건"에서 "요금"을 뺐고 신고반려제, 요금산정 근거자료 제출의무를 규정하진 않으나, 신고수리, 보완요구 절차를 통해 언제든지 수수료에 개입할 수 있는 가능성이 열려 있다.

110) 현 법안 제15조제7호는 "정당한 사유 없이 적정한 수익배분을 거부하거나 제한하는 행위"를 금지행위로 규정하는데, 이통사가 폐쇄인터넷망을 운용하던 시절인 2010. 3. 22. 제정(9. 23. 시행)된 전기통신사업법 제50조제7항에서 가져온 것이다. 동조는 금지행위라는 사후규제의 형식을 취하였고, 동법 시행령 〔별표 4〕 "금지행위의 유형 및 기준"상 직접적 수수료통제의 근거로 볼만한 조항은 없으나, 실제로는 방통위가 2009. 6. 19.자 "모바일 콘텐츠 정보이용료 수익 배분에 관한 가이드라인"으로 이통사의 CP에 대한 수익배분율을 70%에서 85%로 늘린 것에 대한 법적 근거를 확충하면서, 시행 이후에도 CP 수익배분율을 직접 규제하는 근거로 사용되었다〔방통위, "이통사-모바일 콘텐츠 제공사업자간 정보이용료 수익배분 개선된다" (2011. 5. 3.)〕.

111) 샌프란시스코시장은 2020. 2. 25.자 지역긴급선언(Local Emergency Declaration)의 제9보칙(9th Supplement) 형식으로 4. 10. 배달앱 수수료 상한을 팬데믹 동안 한시적으로 15%로 정하였다. 같은 시 의회(SF Board of Supervisors)는 2020. 11. 20. 치안조례(Police Code)에 §5302 (cap on per-order fees)를 추가하는 형태의 수수료 상한제 조례안(Ord. 234 20)을 가결(12. 21. 시행)했고, 2021. 7. 9. 일몰조항을 삭제하여 항시적용(6. 15.로 소급)하는 개정안(Ord. 97 21)을 가결했다.

112) 뉴욕시의회(New York City Council)는 2021. 9. 26. 뉴욕시행정조례(NYC Administrative Code)에 §20 563.3 (fee caps)을 추가하여 배달앱의 배달료 15%, 서비스수수료 5%, 결제수수료 3% 초과 청구를 금지하는 조례안(Int. 2390 2021)을 가결(2022. 1. 24. 시행)했다. 이는 기존의 한시조례를 항시화한 것이고, 면허제(§20 563.1 2), 점주의 데이터접근권(§20 563.7)도 추가되었다.

113) 적격비용에 마진을 더해 가격을 정하는 코스트플러스(cost-plus) 방식은 원가절감과 이윤확대를 위한 혁신의 유인을 증발시켰다. 다면시장의 특성상 수수료 인하 압박은 연회비 면제와 마일리지의 축소 등 소

[표 3] 플랫폼 수수료 수준[114)]

	국내			미국	
	수수료	VAT 포함?	결제수수료 포함?	수수료	결제수수료 포함?
오픈마켓	· 네이버 스마트스토어: 2.0~3.3% 〔+ 네이버쇼핑 연동 2% (VAT 포함)〕 (2021. 12.) · 쿠팡: 품목별 4~11% (쿠팡 내 검색) (2021. 12.)	×	○	Amazon: 6~45%	×
간편결제	· 네이버페이: 1.1~2.5% (카드수수료 제외 시 0.2~0.3%) (2021. 9.) · 카카오페이: 2.0~3.2% (2021. 8.)	×	○	PayPal: 1.90~3.49% + 고정비	○
앱마켓	· 원스토어: 20% (중소 10%, 자체결제 5%) (2021. 7.)	×	○	Google, Apple: 30%	○
배달	· 배민: 광고비 오픈리스트(6.8%), 울트라콜 (8만원/월) (별도 중개수수료 없음) (2021. 12.) · 요기요: 12.5% (2021. 12.)	×	× (배달비도 별도)	15~30%	× (배달비도 별도)
숙박	· 야놀자/여기어때: 중개수수료 10%, 광고비 평균 각각 34.3만원/월(최대 300만원/월), 39만원/월(최대 250만원/월) (2021. 2.)	○	○	14~22%	× (광고비도 별도)
여객운송	· 카카오T: 비가맹 프로멤버십 39,000원/월. 가맹(카카오T블루) 3.3%(16.7% 페이백 후 기준) (2021. 11.)	×	×	Uber: 25% + 고정비	×

가격통제까진 아니더라도 유럽식 처방들은 시장구조의 개선이나 플랫폼의 충분한 투자비 회수 보장에 따른 생존·혁신·해외진출 여력 확보, 소비자와 이용사업자의 후생 등 상충되는 정책목표들의 최적 조정보다는 이용사업자의 즉각적 보호에만 편중되어 있다. 소상공인 보호는 매우 중요하나, 시장경쟁의 유지라는 덜 비싼 정책수단으로 달성하는 것을 일차적 목표로 두어야 하며, 유럽과 달리 우리는 이 수단이 수중에 남아 있다.

(3) 경쟁법적 접근 하에서도 사전규제 또는 당연위법 조항을 고려할 수 있는가

다만 (Easterbrook (1984)의 오류비용체계(error cost framework)에 따른 예

비자(카드소지자)에 대한 혜택 축소로 직결되었다. 카드사들의 채산성 악화로 VAN사 수수료가 삭감되자 VAN사들은 가맹점서비스를 유료화했고 이로 인해 손실을 본 가맹점도 생겨났다. 카드사는 카드론, 현금서비스 등 대부업 성격의 서비스에 골몰하게 되었다. 해외진출은 불가능했고 대외종속으로 인해 국제 브랜드카드에 적잖은 로열티가 지급되고 있다.

114) 출처는 각사 웹사이트 및 언론 기사로서 지면 관계상 일일이 명시하지는 못했다.

측[115]과 달리) 플랫폼의 경우 (리스크의 실재를 양성으로 볼 때) 위양성(false positive; 과다집행오류)보다 위음성(false negative; 과소집행오류)이 더 심각할 수 있어 사전규제 체제나 당연위법(per se illegal) 조항으로 이를 보완해야 한다는 시각이 있으므로 추가 검토가 필요하다.[116] 다만, 피해자들이 행위와 침해자에 대해 많은 정보를 가지고 있고 집행비용이 높은 경우 사전예방적 규제는 구체적인 위해의 발생에 근거한 사후규제에 비해 사회후생을 감소시키므로,[117] 사전규제를 정당화하려면 사후규제의 실패에 대한 합당한 근거가 있어야 한다.

먼저 이론적 근거를 찾아보면 플랫폼이 커먼캐리어가 아님은 2장에서 논의했고, 필수설비(essential facility)에 해당할 만큼 필수불가결(indispensable)[118]하거나 복제불능(unduplicable)[119]하지도 않으며, 한계비용은 낮지만 경합적이어서 공공재(public goods)도 아닐 뿐 아니라, 중립성(neutrality)이나 특별책임(special responsibility) 개념은 불확정적(ill-defined)이다. 이론보다는 실증적 근거가 필요한데, 특히 **네트워크효과**로 인한 이용자 쏠림(tipping), **데이터 피드백루프**(data feedback-loop), 보완적 서비스들을 통한 **포획**(platform envelopment)과 고착화(lock-in)가 거론된다.[120] 그러나 현실에서 이러한 효과들이 상쇄 또는 완화된다는 보고들이 나오고 있다. 네트워크효과로 인한 시장집중은 가격·품질 등 경쟁요인에 못 미치거나, 다중거점, 한계효과체감, 수익창출면의 과밀(congestion), 제품차별화·시장세분화, 후발플랫폼의 각개격파(divide-and-conquer), 보완관계에 있는 경쟁플랫폼의 성장(cross-platform network effects) 등으로 완화될 수 있다.[121] 데이터 축적의 경우 데이터의 수익이 체감하고,[122] 플랫폼 기업의 성과의 데이터의 양(volume)과의 상관관계도 불확실하며[123] 그보다는 데이터의

115) Frank H. Easterbrook, "The Limits of Antitrust," *Texas Law Review,* Vol. 63 No. 1 (1984), p. 2-3.

116) 홍대식, "플랫폼 경제에 대한 경쟁법의 적용: 온라인 플랫폼을 중심으로", 법경제학연구 제13권 제1호 (2016. 4.), 94면. Herbert Hovenkamp, "Antitrust Error Costs," University of Pennsylvania Institute for Law & Economics Research Paper No. 21-32 (2021).

117) Steven Shavell, "The Optimal Structure of Law Enforcement," *Journal of Law and Economics,* Vol. 36 No. 1 (1993), p. 255-288.

118) *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG,* C-7/97, ECLI:EU:C:1998:264.

119) *MCI Communications Corp. v. AT&T,* 708 F.2d 1081, 1132 (7th Cir.), *cert. denied,* 464 U.S. 891 (1983).

120) 박민수, "플랫폼 규제이슈에 관한 경제학적 검토", 2021년 공정위-한국경제학회-한국산업조직학회 공동학술대회(2021. 11).

121) 위 자료.

122) Hal Varian, "Big Data, Personalization, and Competition," 126th Meeting of OECD Competition Committee (2016) 〔박민수, 앞의 발표자료(주 120)에서 재인용〕.

123) Lesley Chiou and Catherine Tucker, "Search Engines and Data Retention: Implications for Privacy and Antitrust," NBER Working Paper 23815 (2017) 〔박민수, 앞의 발표자료(주 120)

다양성(variety)과 품질(veracity)이 상관관계가 있다는 점[124]이 보고되었다. 플랫폼 포획의 경우 구글의 앱 출시가 경쟁자의 혁신은 줄였으나 신규분야 투자는 늘렸다는 보고가 있다.[125]

사전규제는 이처럼 정당화 사유가 논쟁적이며 반대증거가 실증된다면 현시점에선 부적절하다. 특히 "경합되는 이익들 중 특정 이익이 늘 우선적으로 보호받아야 하는 것이 아니라 개별 상황에 대한 이익형량의 결과 보호되어야 할 이익이 달라질 수 있으며, 규제의 대상과 상황의 변동가능성이 큰 경우"[126]로서 사전규제보다는 사후규제가, 일도양단적 룰(rule)보다는 판단여지를 허하는 스탠더드(standard) 형식의 법체계가 적절한 경우에까지 사전규제와 룰을 적용함으로써 "짧은 기간에도 다양한 참여자들의 다양한 시도들이 이루어질 수 있는 역동적인 시장에서 … 심각한 비효율을 낳을 수 있"[127]다. 특히 빅테크 일색의 외국과 달리 치열한 경합이 이뤄지고 있어 과다집행의 기회비용이 더 심각할 수 있다.

(4) 소결

우리 플랫폼법은 시장이 대외종속되지 않았음에도 유럽식 접근이나 수수료통제로 치닫고 있다. 그러나 플랫폼은 다른 시장과 별도로 수직규제할 만큼 별종(unicorn)도 아니고 단일 원리로 일괄 수평규제할 만큼 단일체(monolith)도 아니다.[128] 경쟁법의 규제법 대비 가장 큰 장점인 사실에 입각한 방법론(fact-driven methodology)[129]을 살린 **제대로 된 경제분석에 기한 본원적 경쟁법 집행**을 통해 플랫폼들이 소상공인과 소비자의 선택을 받고자 치열하게 경쟁하는 시장구조를 조성하는 것에서 해법을 찾아야 한다. 플랫폼 특유한 이슈에 대한 기능적 규제로 일부 보완할 수 있을 것이나, 어디까지나 경쟁법 집행이 중심이 되어야 한다. 시장획정과 가격인상압력 분석 등 경제분석 방법론은 지속적으로 발전중이고 데이터접근성은 향상되고 있다.[130] 다만 기존 경쟁법 집행사를 회고하면 특히 플

에서 재인용].

124) Francesco Cappa, Raffaele Oriani, Enzo Peruffo, and Ian McCarthy, "Big Data for Creating and Capturing Value in the Digitalized Environment: Unpacking the Effects of Volume, Variety, and Veracity on Firm Performance," *Journal of Product Innovation Management,* Vol. 38 No. 1 (2021), p. 49-67 [박민수, 앞의 발표자료(주 120)에서 재인용].

125) Wen Wen and Feng Zhu, "Threat of Platform-Owner Entry and Complementor Responses: Evidence from the Mobile App Market," *Strategic Management Journal,* Vol. 40 (2019), p. 1336-1367 [박민수, 앞의 발표자료(주 120)에서 재인용].

126) 이희정, 앞의 논문(주 57), 151면.

127) 위 논문, 151면.

128) Hovenkamp, *supra* note 54, p. 2003.

129) *Id.,* p. 2002.

130) 박민수, 앞의 발표자료(주 120).

랫폼의 포획으로 인한 지배력 전이 등에 효과적으로 대응하지 못했고, 네트워크효과와 데이터 축적 효과에 대한 측정과 평가도 필요하므로, **과소집행의 문제**를 줄이기 위해 어떻게 경쟁법 집행을 체계화할지 장을 넘겨 좀 더 고민한다.

4. 본원적 경쟁법의 과소집행 문제의 해결 방안

(1) 경쟁당국 관할 하의 거래규제: 불공정거래행위와 약관법

우리의 경우 경쟁당국의 관할 하에 불공정거래행위, 약관법 등 시장지배력의 입증을 요하지 않는 거래규제(trade regulation)[131]가 존재하는데, 이들은 시장지배적 지위 남용 금지("시지남용")와 기업결합 등 본원적 경쟁법의 과소집행을 보완하기보다는 독자적 집행 근거로 남용되며 경쟁법의 체계화를 저해하고 있다. EU 경쟁법은 시지남용(art 102 TFEU)을 규정할 뿐 불공정거래행위에 상응하는 단독행위 제한이 없다. 독일 경쟁제한금지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; GWB)에는 과거 시지남용(§19) 이외의 단독행위 제한이 존재했으나 §20(상대적 또는 우월적 시장력 사업자)[132], §21(보이콧 등) 외에는 EU 경쟁법으로의 합치를 위해 삭제되었다.[133] 우리법상 불공정거래행위는 일본 사적독점금지법[134]상 "불공정한 거래방법(不公正な取引方法)"(제2조제9항, 제5장)을 계수한 것인데, 이는 전후 일본을 점령·통치한 연합군최고사령부(GHQ)가 미 연방거래위원회법(FTC Act of 1914) 제5조(15 U.S.C. §45), 클레이튼법(Clayton Antitrust Act of 1914) 제2조(15 U.S.C. §13; 일명 라빈슨-팻먼법(Robinson-Patman Act of 1936)), 제3조(15 U.S.C. §14)를 토대로 초안하여 일본 정부와의 협의 과정에서 유형을 구체화한 "불공정한 경쟁방법(不公正な競争方法)" 조항이 시초이다.[135] 동 조항은 1953년 현재 명칭으로 바뀌고 우월적 지위 남용이 추가되어 오

131) 이들은 민사에서의 당사자의 궁박·경솔·무경험으로 인하여 현저하게 공정을 잃은 법률행위(제104조)와 같이 계약에 사후 개입하는 거래규제의 실질을 가진다.

132) 단, GWB §20의 경우 제10차 개정인 GWB디지털화법(GWB-Digitalisierungsgesetz)(2021. 1. 18. 개정, 1. 19. 시행)을 통해 다면시장 상 매개자(Vermittler auf mehrseitigen Märkten)((1)), 타사 데이터 접근(Zugang zu Daten)에 대한 의존((1a)) 경쟁사의 네트워크효과(Netzwerkeffekt) 달성 방해((3a))를 추가로 고려하도록 하는 등 플랫폼 맞춤형 규율 문구들이 추가되었다.

133) 단, 이후 제10차 개정으로 §19a (경쟁에 대해 우월하고 시장경계를 넘어선 의미를 가진 사업자의 남용행위)가 추가되는 등 단독행위 규제의 범위가 다시 넓어지고는 있다.

134) 私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律.

135) GHQ 점령 중인 1946. 8. 미 법무부(DoJ) 소속 변호사인 Posey T. Kime이 작성한 최초 경쟁법 초안〔카임안(「カイム」案)〕에는 당시 FTC법 제5조의 불공정한 경쟁방법(unfair methods of competition) 금지가 구체화 없이, 클레이튼법 Sec. 2, 3의 내용이 그대로 들어간다. 일본 상공성(商工省)은 특히 FTC법 제5조의 행위유형을 세분화하는 수정의견을 제시하여 "불공정한 경쟁방법" 조항이 형

늘에 이르고 있다. 이 중 배타조건부거래, 끼워팔기를 규제하는 클레이튼법 제3조는 셔먼법(Sherman Antitrust Act of 1890) 제1조(15 U.S.C. §1)상 (수직적) 합의(agreement)의 범주에도 들어가며 셔먼법을 보충해주나, "불공정한 경쟁방법"과 "불공정·기만행위"를 막연히 금하는 FTC법 제5조는 그에 기한 연방거래위원회(FTC)의 경쟁규제를 "불확실성의 바다(sea of uncertainty)"로 빠뜨렸고,[136] 대형체인점의 할인으로부터 중소마트를 지킨다며 만든 가격차별 금지법인 라빈슨-팻먼법은 폐지론에 끊임없이 시달릴 뿐 아니라 1970년대 중반 이후에는 거의 적용되지도 않았다.[137] 미국의 경쟁법 집행(기업결합 외)은 이들보다는 셔먼법을 중심으로 이루어지나, 유독 우리 불공정거래행위는 시지남용을 보충하기보다는 독자적(standalone) 집행근거로 남용되고 있다.

특히 불공정거래행위는 대부분, 약관법은 일부[138]가 소비자 후생보다는 사업자의 직접 보호에 편중되어 있고, 특히 플랫폼의 경우 P2B 관계, 즉 이용사업자와의 거래를 규제하게 된다. 그러나 실증보다는 재량에 의존하는 부당성 판단을 중심으로 거래계를 규율하기엔 한계가 많다.[139] 이들이 플랫폼공정화법안상 불공정거래행위와 플랫폼이용자법안상 금지행위까지 추가되어 3중, 4중으로 중복적용되고 시장분석 없이 적용되면 폐단은 증폭될 수밖에 없다. 이들의 존재로 인해 경쟁당국이 굳이 시간과 노력을 들여 플랫폼 시장에

성된다[西村暢史, 泉水文雄, "一九四七年独占禁止法の形成と成立: 原始独禁法における主要規定の制定過程", 神戸法學雜誌56卷2号(2006), 170-194頁. Harry First, "Antitrust in Japan: The Original Intent," *Pacific Rim Law & Policy Journal,* Vol. 9 No. 1 (2000), p. 35-67].

136) Maureen K. Ohlhausen, "Section 5 of the FTC Act: Principles of Navigation," *Journal of Antitrust Enforcement,* Vol. 2 Issue 1 (2014), p. 3-6.

137) D. Daniel Sokol, "Analyzing Robinson-Patman," *The George Washington Law Review,* Vol. 83 (2015), p. 2066-2076.

138) 약관법 제2조제3호의 "고객"은 "계약의 한쪽 당사자로서 사업자로부터 약관을 계약의 내용으로 할 것을 제안받은 자"로 정의되며, 사업에 종사하는 거래상대방도 포함한다.

139) 필자가 불공정거래행위를 시지남용과 달리 본원적 경쟁법이 아니라고 보는 이유는 이하를 포함한다.
- 시장지배력 여부를 불문하고 적용되며 시장역동성을 상실시키고 관제카르텔을 형성시킨다. 예컨대 후발플랫폼이 선두플랫폼을 추격하고자 교차네트워크효과가 큰 이용사업자들과 독점약정을 체결하면 배타조건부거래이고 보조하면 부당한 고객유인이며 할인해주면 차별적 취급이라, 선두플랫폼의 네트워크효과를 깨뜨릴 각개격파 전략이 좌절된다.
- 시장성과의 핵심인 가격보다는 비가격조건(독점·최혜당사자·해지 등)에 집착하는데, 시장상황에 따라서는 비가격조건 규제로 인한 비용의 전보 과정에서 가격이 올라갈 수 있고, 법적 보호의 끼워팔기(tying)를 거부하고 비가격조건을 수용하는 대가로 좋은 가격조건을 누리고픈 거래상대방의 선택권도 무시하여, 거래상대방의 후생을 되레 악화할 수 있다.
- 거래상 지위남용은 거래상대방 입장에서 본래 거래가 가능한 것 중 일부를 불가양(inalienable)하게 만들어 시장에서 퇴장시키고 후생을 저해시킨다. 민법상 구두계약이나 묵시적 계약도 가능하고, 계약의 본질이 돈을 받고 이익을 주거나 불이익을 받는 것인데, 부당성 판단으로 이익제공강요와 불이익제공을 처벌하다보니 예견가능성도 떨어진다.
- 부당지원은 이해상충행위로 소수주주 이익이 바로 침해될 때에도 공정거래저해성이 입증되지 않으면 제재하지 못한다. 같은 법인 내 사업부문의 지원과 별도 법인의 지원은 경쟁에 미치는 영향이 같은데 후자만 처벌하는 것은 이것이 진정한 경쟁법이 아님을 보여준다. 상법상 기업지배구조의 공적 집행으로 넣을 조항을 공정거래법에 잘못 넣은 결과이다.

서의 시장획정의 대안을 마련하거나 전이효과를 입증하거나 시장역동성을 측정하는 등 치밀한 경제분석을 할 유인이 없어졌는데, 이하에서 살펴본다.

(2) 경쟁당국의 시장분석에서의 시행착오와 거래규제로의 퇴행

기업결합심사와 더불어 **시지남용**이 시장구조 개선을 위한 경쟁법 집행의 핵심인데, 공정위는 양면시장 특유의 네트워크 외부성으로 인한 쏠림현상과 규모의 경제에 대한 언급 외에 전통적 시장획정의 한계를 극복할만한 대안, 특히 전이이론의 개발에 성공적이지 못하였고 **불공정거래행위 등 거래규제에 안주**하는 모습도 보여 왔다.

특히 근 13여년에 걸쳐 네이버에 경쟁법 집행이 집중되었으나, 첫 단추부터 차질이 있었다. 구 NHN(현 네이버)이 2006. 4. ~ 2007. 3. 판도라TV 등 동영상 CP와 체결한 색인DB 제공 계약상 협의 없는 동영상광고 게재 금지 조항의 시지남용 여부가 쟁점인 사안에서, 공정위는 관련시장을 "국내 인터넷 포털서비스 이용자시장"(1S-4C: 검색, 커뮤니케이션, 커뮤니티, 콘텐트)이라는 묶음시장으로 획정하면서, 시장점유율 3개 사업자 합계 75% 이상으로서 시지사업자로 추정하고, 동영상광고 삽입 여부는 CP들의 자율적 결정사항이라면서 남용행위(불이익강제)를 인정하였다.[140] 그러나 대법원은 광고제한은 동영상 CP와 이용자 간 중개 과정에서 이뤄졌으므로 시지남용은 NHN의 중개시장에서의 지배력 보유 및 남용 여부를 기준으로 판단하여야 하고, 검색서비스만을 통해서도 동영상 이용이 가능하므로 1S-4C 획정은 부당하다 보아, 공정위의 시장획정을 부인하였다.[141]

그 결과 묶음시장 획정(cluster market approach)이 패퇴하여 검색시장-특정CP매개시장-특정CP시장의 층위별로 지배력이 형성되는 시장(이하 "시지형성시장")과 지배력이 행사되는 시장(이하 "시지행사시장")을 별도로 분석해야 하게 되었으므로, 이후 경쟁법의 효과적인 집행을 위해서는 전자에서 후자로의 **지배력전이**(leveraging)를 입증했어야 했다. 공정위는 인터넷 기반 플랫폼 이외의 정보기술 시장과 관련해서는 끼워팔기(tying),[142] 묶음할인(bundled discount),[143] 이윤압착(margin squeeze)[144] 등에

140) 공정위 2008. 8. 28. 의결 제2008-251호. 필자가 공정위, 1심에서 구 NHN을 대리하였음을 밝힌다.

141) 대판 2014. 11. 13. 2009두20366 (그 밖에 광고제한으로 인해 CP의 광고수익이 줄어들 가능성이 있다는 사정만으로 경쟁제한의 결과, 의도·목적이 인정되지 않다고 보아 남용행위도 부인). 공정위 결정 직후, 대법원이 티브로드강서방송〔종합유선방송사업자(SO)〕의 우리홈쇼핑〔방송채널사용사업자(PP)〕 채널변경이 시지남용인지 여부가 쟁점인 사안에서 티브로드 강서방송이 SO와 가입자 간 시장(강서구 프로그램 송출시장)에서의 시지사업자라 할지라도 티브로드〔복수종합유선방송사업자(MSO)〕가 MSO와 PP 간 시장(전국 프로그램 송출서비스시장)에서의 시지사업자는 아니며 채널변경이 남용행위도 아니라는 이유로 판시하였기 때문에(대판 2008. 12. 11. 2007두25183) 이 대법원 판결은 어느 정도 예견된 것이었다〔황창식, "다면적 플랫폼 사업자에 대한 공정거래규제: 양면시장이론의 경쟁법적 적용 및 대법원의 티브로드 강서방송 판결 등의 사례분석을 중심으로", 정보법학 제13권 제2호(2009. 8), 97-148면〕.

서 전이의 근거를 모색하였으나, 플랫폼에 대해서는 양면시장의 네트워크 외부성만 반복적으로 언급할 뿐 전이 자체를 구성하기보다는 이하의 우회로들을 탐색하였다.

우선 네이버/네이버비즈니스플랫폼 및 다음에 대하여 2014. 5. 8. 정보검색결과와 전문서비스 구분표시, 정보검색결과와 키워드광고 구분표시, 광고대행사 간 광고주 이관 제한 중지 등에 대한 **동의의결**(공정거래법 제7조의2)이 이루어졌다.[145] 네이버는 동의의결을 전후한 사회적 압박 하에서 결국 부동산·웹소설·맛집·여행정보 등 전문서비스에서 자진 철수했다. 이는 이후 O2O 시장의 판도에 심대한 영향을 미쳤을 뿐 아니라, 경쟁법이 본업에 충실하라는 놈(norm)의 관철을 위해 轉用되었음을 시사한다.

이러한 이례적인 경우를 제외하면 공정위는 (1) **주로 시지행사시장에서도 시지사업자 추정이 가능할 때만 시지남용으로 구성**하고, (2) 시지형성시장에서만 시지사업자 추정이 가능하면 시지행사시장으로의 전이를 입증하기보다는 **불공정거래행위나 약관법[146]에 안주하거나 무혐의로 처리**해 왔다. 전자의 예는 2021년 네이버가 자신과 업무제휴한 부동산정보업체들이 카카오(다음부동산)에 매물정보를 제공하는 것을 금지하였다며 시지남용(경쟁사업자 배제) 등으로 제재한 것인데, 네이버가 (시지행사시장인) "온라인 부동산플랫폼 정보 제공자 시장"에서 열람수(PV, UV) 기준 점유율이 50% 이상임을 근거로 하였다.[147] 후자의 예는 네이버가 영상검색제휴사업자에게 자신만 특정 검색 키워드를 입력할 수 있는 것처럼 오인시키거나 자신의 동영상에만 가점을 부여하는 방법으로 검색결과를 상위에 노출하였다며 불공정거래행위(위계에 의한 고객유인)로 제재한 것인데,[148] 네이버가 YouTube가 지배하는 광고기반 무료동영상서비스 시장에서 월별 재생수, 재생시간 기준 6%의 점유율뿐이었다는 점에서 공정거래저해성에 대한 논란을 야기했다. 또한 Google

142) Microsoft (PC OS 시지)의 미디어플레이어, 메신저 결합 관련 공정위 2006. 2. 24. 의결 제2006-042호, 서울중앙지판 2009. 6. 11. 2007가합90505 및 SK텔레콤(이동통신 시지)의 DRM을 통한 MP3 다운로드 결합 관련 서울고판 2007. 12. 27. 2007누8623(대판 2011. 10. 13. 2008두1832로 확정) 참조.

143) Qualcomm (CDMA 라이선싱 시지 보유)의 모뎀칩 및 RF칩 조건부 리베이트 관련 공정위 2017. 1. 20. 의결 2017-025호, 대판 2019. 1. 31. 2013두14726 참조. 단, 엄밀한 묶음할인 이론이 아닌 시지행사시장에서의 사업활동방해로 구성한 한계가 있다.

144) LG유플러스(무선통신망 착신독점)의 기업메시징서비스 이윤압착 관련 공정위 2015. 2. 23. 의결 제2015-049호, 대판 2021. 6. 30. 2018두37700 참조.

145) 공정위 2014. 5. 8. 의결 제2014-103, 104호.

146) 공정위는 2019. 3. Google, 구 Facebook, 네이버, 카카오, 2020. 4. Twitch TV, 2020. 6. 배민, 2020. 10. 아프리카TV의 이용약관을 심사하는 등 플랫폼 약관심사를 꾸준히 진행하였다.

147) 공정위 2021. 1. 20. 의결 제2021-019호. 한편, 전이 관련 사안은 아니나 공정위는 2010년 이베이지마켓이 경쟁사와 거래하는 이용사업자를 메인노출 프로모션에서 제외한 것을 시지남용으로 보았는데(공정위 2010. 10. 22. 의결 제2010-120호), "오픈마켓 운영시장"을 종합쇼핑몰, 포털, 가격비교와 별개 시장으로 획정하였다. 대법원은 시장획정은 인정하되 남용행위 해당성을 부인하였다(대판 2011. 6. 10. 2008두16322).

148) 공정위 2021. 1. 25. 의결 제2021-021호.

이 Android OS에 검색앱을 선탑재한 것과 관련하여 모바일 OS시장의 지배력 전이를 입증하기보다는 2013. 7. 18. Google이 선탑재 전후에도 국내 검색시장 점유율이 10% 내외이고 소비자가 경쟁사 앱을 쉽게 설치한다는 점에 주목하여 무혐의 결정을 내렸다.

예외적으로 공정위가 (EU의 2017년 Google Shopping 건과 유사하게) 2021년 네이버가 온라인 비교쇼핑서비스(네이버쇼핑)의 검색노출 순위 결정 시 자사의 오픈마켓(스마트스토어) 이용사업자의 상품을 많이 상위에 노출함으로써 전자의 시장지배력(시장점유율 70% 이상)을 후자에 전이하여 시지남용(사업활동방해, 거래조건차별, 위계고객유인)을 하였다고 보아 지배력전이를 인정한 것[149]은 의미가 있으나 전이의 근거가 치밀하게 설시되지는 못했다.

(3) 소결: 경쟁상황평가에 기초한 규제모델

상기 경쟁법 집행사의 조망을 통해, 플랫폼의 시지행사시장에 대한 그때그때의(ad hoc) 분석으로는 진단과 처방에 한계가 있어 특히 과소집행 또는 거래규제로의 퇴행 우려가 있고, **시장획정**과 다양한 서비스들에 대한 조회가 집중되는 **관문**들의 식별 및 각 시지행사시장으로의 **전이효과**의 측정, 대체경로와 잠재적 진입 가능성 등 **시장역동성**의 평가, **데이터**의 영향력 측정 등을 위한 상시적 경제분석이 필요함을 확인할 수 있다.

사실 설득력 있는 전이이론의 구성은 다른 법역에서도 난제로 남아 있다. 미국은 전이이론 자체가 그것을 긍정한 제2연방항소법원의 1979년 Eastman Kodak 판결[150] 이후 오랫동안 항소심 간 불일치와 답보상태에 있을 뿐 아니라, 지배력행사시장에서의 실제 독점화 우려가 인정되지 않는 한 전이 자체가 셔먼법상 독점화기도로 인정되기는 어려운 구조이다.[151] 연방거래위원회(FTC)가 2013. 1. 3. Google Shopping 관련 자기우대(self-preferencing; self-favoring) 혐의에 대해 일찌감치 무혐의결정을 내리기도 하였다.[152] 유럽일반법원(General Court)은 마침내 2021. 11. 10. Google Shopping의 자기우대에 대한 EC의 2017년 처분을 인용하였는데, 검색엔진의 쇼핑검색에 대한 동등취급(equal treatment) 의무를 전이남용(leveraging abuse)에서 도출하긴 했으나, 그 근거를 검색엔진의 자기우대에서 드러나는 "비정상의 양태(a certain form of abnormality)" 및 일반검색결과의 (EU 경쟁법 판례상 필수설비의 요건인 불가결성

149) 공정위 2021. 1. 27. 의결 제2021-027호.
150) *Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.,* 603 F.2d 263 (2d Cir. 1979).
151) 권남훈, "방송통신 산업의 결합판매와 시장지배력 전이 판단기준", 경제규제와 법 제10권 제2호(2017. 11), 265~266면. 이봉의, "디지털플랫폼의 자사 서비스 우선에 대한 경쟁법의 쟁점: Monopoly Leverage와 Equal Treatment를 중심으로", 법학연구 제30권 제3호(2020. 9), 374~377면.
152) In the Matter of Google Inc., FTC File Number 111-0163 (Jan 3, 2013).

(indispensability)까지는 아니더라도) "필수설비에 준하는 특성(characteristics akin to those of an essential facility)"(흔히 준필수설비성(quasi-essentiality)으로 칭함)에서 찾았다.[153] 이에 앞서 DMA안이 지배력 전이가 쉬운 핵심플랫폼서비스(CPS)를 온라인매개(마켓플레이스, 앱스토어, O2O 등), 검색엔진, 소셜네트워킹, 비디오공유플랫폼, 번호독립적 개인 간 통신, 운영체제, 클라우드 및 (이상의 서비스의 제공자가 제공하는) 광고 서비스로 못 박은 것(art 2(2))은 선험적 접근의 한계를 보인다.

이러한 상황일수록 실증을 무기로 집행을 고도화하는 시스템을 갖추어야 한다. 특히 **경쟁상황평가에 기초한 규제모델**은 불확실성, 전문성 결여 우려, 비용 등 단점이 있으나 "규제의 심층적 합리화"가 뚜렷한 장점이며,[154] 그 어떤 시장보다 역동적이라 적시의 실증분석이 절실한 플랫폼 시장은 장점이 단점보다 클 것이다. 통신시장에서 이뤄지는 경쟁상황평가를 참고하여 플랫폼에 대한 상시 경제분석 체계를 갖추고,[155] 그 결과로써 경쟁법 집행을 체계화하고 시장분석의 불충분으로 인한 과소집행도 줄여야 한다.

Ⅲ. 플랫폼법 각론: 구제 및 규제 항목의 개별 검토

1. 개요

본 각론에서는 플랫폼의 특정 행위의 경쟁제한성에 대한 평가 결과 내리게 될 구제조치 또는 이를 보충할 규제들의 항목 중 우리 현실에 부합하는 것이 무엇일지 검토하고, 규제일변도의 법안들에 가리어 간과되었던 플랫폼의 국가기능 수탁의 합리화 문제를 재조명하며, 기타 플랫폼에 적용되는 법령들의 전체적인 체계화 방안도 모색한다.

2. 시장구조에 대한 접근방식과 처방

이하 수수료통제를 배제한 각 접근방식별 도출되는 정책처방들을 나누어 분석한다. 국내

153) Case T-612/17, Google and Alphabet v. Commission (Google Shopping).
154) 이희정, "경쟁상황평가를 기초로 한 통신규제모델의 연구", 행정법연구 제18호(2007. 8), 1-28면.
155) 부가통신사업자의 경우 과기정통부가 매년 실시하는 기간통신사업자 경쟁상황평가(전기통신사업법 제34조제2~4항)와 같은 시장분석을 확대한다는 취지에서 2018. 12. 24. 전기통신사업법 제34조의2가 추가되어 실태조사를 실시할 수 있게 되었다. 단, 플랫폼 관련 데이터의 가용성은 확대되고 있으므로 실태조사 등 행정조사적 제도보다는 경제분석을 중심으로 운용되어야 한다.

에서 경쟁이 부족한 시장으로 모바일OS/앱마켓, 온라인광고, 소셜미디어, MIM, 비교쇼핑이 거론되는데,[156] 더 많은 실증이 필요하나 편의상 이들을 중심으로 설명한다.

(1) 경쟁법적 접근: 독점의 유지·강화행위의 억제와 시장경쟁의 활성화

경쟁법적 접근은 전통적으로 (가격통제, 준공법적 통제, 이용사업자 직접 보호 등 직접적 시장개입보다는) 시장경쟁의 활성화를 선호한다. 단, 본원적 경쟁으로 독점을 달성한 사업자(pristine monopolist)의 지위[157] 내지 독점의 자멸적(self-destructive) 성격[158]을 인정하는 미국 경쟁법의 전통적 입장보다는, 충분한 사업자 수 내지 시장진입을 확보하고자 좀 더 적극적인 대응을 모색하는 입장에서 검토한다.

1) 배제남용(exclusionary abuse)과 전이남용(leveraging abuse)의 시정

선두플랫폼이 배타조건부거래(exclusive dealing), 로열티 리베이트/할인(loyalty rebate or discount), 거래거절(refusal to deal), 결합판매(tying), 묶음할인(bundled discount), 이윤압착(margin squeeze) 등으로 후발플랫폼을 배제하면 시장구조에 직접 영향을 미치므로 배제남용[159]으로서 시정이 필요하다. 특히 선두플랫폼의 배타조건부거래는 다중거점(multihoming)을 방해하고 고착화(lock-in)를 촉진하므로 엄정한 조치가 필요하나,[160] 후발플랫폼이 교차네트워크효과가 큰 대형 이용사업자와 독점계약을 체결할 경우 불공정거래행위 등 경직된 거래규제를 자제해야 한다. DMA안은 이용사업자 또는 최종이용자에게 핵심플랫폼서비스(CPS) 이용의 조건으로 다른 CPS에 접근·가입·등록시키는 것을 금하여(art 5(f)), 결합판매를 당연위법화한다. DMA안은 최종이용자의 다른 앱·서비스로의 전환에 대한 기술적 제한도 금한다(art 6(1)(e))

배제의 정도에 이르지 않을 경우 전이남용 해당 여부가 문제된다. 앞서 논의한대로 "선수와 심판을 겸하는" 과정에서의 자기우대가 주목받고 있다. EU의 2017년 Google Shopping 건에서는 검색→비교쇼핑의 전이가, 공정위의 2021년 네이버 건에서는 비교쇼핑→오픈마켓의 전이가 문제되었고, 현재 공정위가 택시호출플랫폼→가맹택시와 관련하여

156) 양용현, "플랫폼 분야 시장획정의 쟁점과 경쟁정책적 함의", 2021년 공정위-한국경제학회-한국산업조직학회 공동 학술대회(2021. 11).
157) *Berkey Photo,* 603 F.2d 263 at 297.
158) Easterbrook, *supra* note 115, p. 2.
159) 미국 경쟁법상으로는 셔먼법 제2조(15 U.S.C.§2)의 독점화(monopolization), 독점화기도(attempt to monopolize) 또는 클레이튼법 제3조 위반에 해당.
160) 공정위가 Google이 국내 대형 모바일 게임사들로부터 원스토어 등 서드파티마켓을 배제한 혐의 등으로 심사보고서를 작성한 것으로 알려져 있다.

조사 중이다. P2B법은 온라인매개서비스제공자·검색엔진제공자(종속법인 등 포함)가 각각 이용사업자·웹사이트이용사를 겸할 경우 차별취급의 약관 명시를 요하고(art 7), DMA안은 순위결정(ranking)에 있어 자기우대를 금하고 공정하고 비차별적 조건을 적용하도록 한다(art 6(1)(d)). 미 온라인혁신·선택법안(American Innovation and Choice Online Act)은 자기우대의 경쟁제한성에 대한 입증책임을 대상플랫폼으로 전환하고(§2(a)(1)(2), (c)), 미 플랫폼독점종식법안(Ending Platform Monopolies Act)은 대상플랫폼의 이용사업자 지배, 이용사업자에게 자신의 플랫폼에 대한 접근 또는 플랫폼 상 지위·배치 우대의 조건으로 피지배회사의 제품이나 서비스를 구매 또는 이용하도록 하는 것, 이해상충을 유발하는 타 사업 지배를 금한다(§2).

플랫폼이 별개의 앱이나 기능을 기술적으로 통합(integration)하여 하류시장에 지배력을 전이할 경우 필요한 구제조치에 대해서는 단계별 분석이 필요하다. 첫째, 가장 약한 형태는 **선탑재**(preloading; preinstalling)와 **디폴트설정**(default setting)인데, 특히 Google의 Android OS의 검색 및 브라우저 앱 선탑재가 문제 되었다. EC는 결합판매로 보아 중지를 명하였으나,[161] 공정위는 검색앱 선탑재에 무혐의 결정을 내렸다. 순식간에 앱을 설치·삭제할 수 있는 등 컴퓨팅 자원의 발달로 전환비용(switching cost)이 낮아진 상황에서 인간의 디폴트편향(default bias)을 이용하는 것이 어디까지 위법한지가 관건이라 배제남용보다는 전이남용 여부가 쟁점이며 실증에 따라 위법 여부 및 필요한 구제수단을 검토해야 한다. 둘째, 나아가 **선탑재된 앱의 삭제가 불가**하면 결합판매로 취급된다. 구 미래창조과학부(현 과기정통부)는 2014. 1. 23. "스마트폰 앱 선탑재에 대한 가이드라인"을 통해 "선택앱"에 대한 삭제권한 부여를 행정지도했는데, 이는 이후 전기통신사업법상 금지행위로 명문화되었으며(제50조제1항제8호), DMA안도 이용자의 선탑재 앱 삭제 허용 의무를 명시한다(art 6(1)(b)). 그런데 공정위는 2006년 Microsoft의 Windows와 미디어플레이어(WMP)/메신저 결합에 대한 시정조치 시 (미국이나 EU 경쟁당국과 달리) OS에 자신의 WMP/메신저를 탑재하려면 경쟁사의 다운로드 사이트로 연결해 주는 아이콘을 동반탑재하도록 명하였다.[162] 단지 선탑재 소프트웨어의 삭제가 불가한 것만이 문제였다면 삭제를 허용하라 명하기만 하면 되었을 것을, 분리판매 또는 동반탑재 중 택일까지 요구한 것은 선탑재 자체가 문제라는 시각이 전제되어 있을 뿐 아니라 경쟁 제품의 판촉을 명했다는 점에서 규제강도도 적잖았다. 셋째, **기술적으로 수직봉쇄**(vertical foreclosure)되어 제3자 앱·앱마켓·서비스가 아예 접근이 안 되는 경우이다. 우선 모바일 OS와 관련하여 (원스토어 등 서드파티마켓의 경합을 허용하는 Android OS와 달리) 서

161) Google Android (Case AT. 40099) (18 July 2018).
162) 공정위 2006. 2. 24. 의결 제2006-042호.

드파티마켓을 기술적으로 배제하는 iOS[163]로부터 앱마켓을 언번들링하여 서드파티마켓을 의무접근(unbundled access)시키자는 움직임이 있으나(미국 앱마켓개방법안 등), 이는 iOS와 앱마켓의 통합으로 확보한 보안성에 대한 소비자선호 및 보안경쟁을 간과한다는 반론도 제기된다.[164] 다음으로는 플랫폼의 중개와 결제(전자금융거래법상 전자지급결제대행(PG) 또는 정보통신망법상 통신과금서비스(carrier billing) 등)를 언번들링하려는 움직임이 있다. 이른바 "인앱결제 강요 방지법"(전기통신사업법 제50조제1항제9~11호 등)은 본래 (인앱결제는 앱마켓에서 이탈하여 직거래하도록 해줘야 한다는) 탈중개화론에서 출발한 듯하나, 정작 실제 입법은 (미국 애리조나 주 상원이 심의 중인 2021. 2. 10. 자 정보기술법(ARS Title 18) 개정안(H.B. 2005)처럼) 앱마켓이 앱개발자에 "특정한 결제방식을 강제"하는 것을 금지(제9호)함으로써 앱마켓으로부터 결제를 언번들링하고 제3자 결제를 의무접근시키는 규제로 귀결되었다. 중개와 결제의 별개상품성(separateness)이라는 근본적 쟁점을 큰 고민 없이 긍정한 것인데, 국내 플랫폼들은 이 조항의 도입을 앱개발자로서 지지했으므로 향후 유사한 규제가 플랫폼 전체로 파급될 때 반대할 명분을 잃은 측면이 있다. 단, 언번들링은 접근가격(access pricing) 통제가 따르지 않으면 실효성을 잃기 마련인데, 특히 앱마켓 사업자가 기존 수수료(인앱결제 포함) 중 대부분이 결제수수료가 아닌 중개수수료였다고 주장해버리면 그만이라, 만약 수수료의 인하가 숨은 정책목표였다면 효과적으로 부응할 수 없다. 모바일OS의 경우 중개와 결제의 분리라는 한계가 분명한 규제보다는 쉽진 않지만 서드파티마켓의 의미 있는 점유율 달성(iOS의 경우 그 이전에 서드파티마켓의 가능화)을 지향할 필요가 있다. 참고로 DMA안은 OS에서의 서드파티 앱·앱마켓의 설치·이용 허용 의무를 명시하나 하드웨어나 OS의 정상작동(integrity) 유지를 위한 비례적 조치는 허용한다(art 6(1)(c)).

2) 상호운용성 등 좀 더 공세적인 조치

상호운용성은 플랫폼 A의 이용자가 플랫폼 A에 머물면서 플랫폼 B로 넘어가지 않은 채로 플랫폼 B 이용자의 정보를 매개 받는 등 플랫폼 B의 기능을 이용할 수 있으면 달성된다. 상호운용성은 구조적 조치만큼의 비용을 발생시키지 않으면서 네트워크효과와 독점의 폐해를 크게 완화할 수 있다.[165]

앞서 II. 2장에서 플랫폼의 정보매개 중 이메일, 메시징, VoIP 등만 예외적으로 통신적 성격이 있음을 살펴보았는데 이들에 대해서는 특히 기간통신사업자 간 상호접속(전기

163) iOS에서는 서드파티마켓(Cythia 등)을 쓰려면 탈옥(jailbreak)해야 하는데 보안업데이트로 막고 있다.
164) Randal C. Picker, "Security Competition and App Stores," *Concurrentialiste*, August 2021.
165) Hovenkamp, *supra* note 54, p. 2032.

통신사업법 제39조)과 유사하게 다른 플랫폼 간 수발신이 가능한 **상호접속성**(interconnectivity)이 상호운용성의 핵심이다. 이메일은 도메인네임서버(DNS)의 매개를 통해 Gmail과 네이버메일 간 수발신이 보장되어 상호접속성이 보장될 뿐 아니라, 제3자 메일 앱에서 POP 또는 IMAP 방식으로 네이버메일을 읽고 SMTP 방식으로 Gmail을 보낼 수 있는 등 프로토콜(protocol)의 표준화를 통해 풀링까지 완벽하게 구현되어 있다.[166] 메시징의 경우, 상호접속성이 SMS에 대해 기간통신사업자 간 상호접속(전기통신사업법 제39조)에 따라 강제되었지만 MIM으로 대체되는 과정에서 상실되었기에, MIM의 시장구조가 개선되지 않고 폐해가 발생하면 상호접속성 확보 규제도 고려해야 한다. 공정위가 2006년 Microsoft의 결합판매에 대한 시정조치 시 MSN메신저의 다른 메신저와의 "상호호환"을 위해 "성실하게 노력"할 것을 명하기도 했다.

풀링(pooling)과 **이동성**(portability)은 상호운용성에서 각각 정보 공유와 이전이 더 강조된 개념인데,[167] 정보 공유와 이전 없이 상호운용성을 확보하기는 어려우므로 상대적 차이이나,[168] 이 과정에서 일정 정도의 기능적 언번들링을 수반할 경우 비용이 클 수 있어 신중한 판단이 필요하다. 개인정보에 해당하는 데이터의 경우 정보주체의 의사에 의하지 않고 임의로 풀링할 수 없으므로, **데이터이동성**은 실제로는 정보주체의 요청에 따라 그 정보주체의 데이터만 이동시키는 **전송요구권**으로 축소되며, 그 점 때문에 데이터이동성이 각국 법령과 법안에 필수요소처럼 들어가고 있음에도 불구하고[169] (정보주체의 자기정보관리통제권 측면은 별론) 경쟁촉진효과는 기대만큼 크지 않을 수 있다. DMA안은 게이트키퍼가 부대서비스의 이용사업자·제공자에게 자기가 부대서비스를 제공할 때 이용될 수 있거나 이용되는 것과 같은 운영체제·하드웨어·소프트웨어 기능에 접근하고 상호운용하도록 허용할 의무(art 6(1)(f))와 이용사업자 및 최종이용자에 대한 데이터이동성 보장 의무(art 6(1)(h))를 규정하고, 미국의 ACCESS Act 안이 이동성과 상호운용성을 규정한다.

동등접근의 경우 인앱결제 관련 개정안 논의 과정에서 주요 게임업체 등 대형 앱개발자들에게 Android OS 환경에서 Google Play 외에도 서드파티마켓에 앱을 제공하도록 의무를 부과하는 법안이 함께 제출, 심사되면서 화제가 되었다. 빅테크에 상호운용성을 강제하기 부담스러우니 대신 교차네트워크효과가 큰 대형이용사업자에 앱 제공의무를 부과하자는 취지

166) *Id.,* p. 2035.
167) *Id.,* p. 2032.
168) 예컨대 소셜미디어 C 이용자들의 포스팅이나 거래플랫폼 D 이용사업자의 판매정보에 경쟁플랫폼 E가 웹스크레이핑(web scraping)에 의존하지 않고 C, D가 의무제공한 API 등을 통해 접근하여 C의 이용자의 포스팅을 E의 서비스를 위해 활용하거나 E의 이용자들이 E 플랫폼상에서 D의 이용사업자에 주문을 보내거나 D와 가격비교를 할 수 있도록 풀링을 보장할 수 있다.
169) EU GDPR 제20조의 데이터이동권(right to data portability), 신용정보법 제33조의2의 본인신용정보전송요구권, 개인정보법 개정안상 개인정보전송요구, 미국 ACCESS Act 안상 이동성 등.

이다. 앱마켓사업자의 "특정 결제방식의 강제를 금지"한 최종 개정법보다는 시장구조 개선을 지향한 한에서 더 나은 입법목적을 가지고 있으나, 서드파티마켓용 빌드개발비 등을 고려하면 수단에 있어 이용사업자에 거래를 강제하는 것은 위헌적이다. 더 나은 수단은 서드파티마켓이 교차네트워크 효과가 큰 대형 앱개발자들에게 빌드개발비 등 리베이트의 지원, 수수료 인하, 독점조항 등 다양한 **각개격파(divide-and-conquer) 전략**[170]의 구사를 **허용**하는 등 **비대칭규제**를 하는 것이다.[171]

3) 기업결합심사

미국과 유럽 경쟁당국의 구 Facebook에 대한 2012년 Instagram, 2014년 WhatsApp 인수 심사 등 빅테크의 기업결합심사가 느슨했고, 특히 초기경쟁자의 싹을 뽑아가는 인수(killer acquisition)[172]에 무력했다는 지적이 제기되고 있다.[173] 미국 플랫폼경쟁·기회법안(Platform Competition and Opportunity Act)은 대상플랫폼(covered platform)이 경쟁제한성이 없음을 입증하지 못하면 기업결합을 금한다. Meta를 조직분리(divestiture)하여 위 인수 전으로 돌리려는 움직임까지 있다.[174]

그러나 우리 현실은 다르다. 스타트업과 벤처캐피탈 입장에서는 사업 초기 M&A야말로 단비와 같은 회수(exit)인데 우리는 기업공개(IPO) 위주이고 M&A가 부진하다.[175] 정부도 최근 회수 수단 중 M&A와 장외매각이 부진하고 오히려 감소세임을 지적하면서 "회수의 다양화"를 창업정책 관련 3대 정책보완과제 중 하나로 선정하였다.[176] 대형플랫폼이

170) Bruno Jullien, "Competition in Multi-Sided Markets: Divide and Conquer," *American Economic Journal: Microeconomics,* Vol. 3 No. 4 (2011), p. 186-219 〔박민수, 앞의 발표자료(주 120)에서 재인용〕.

171) 획일적 거래규제로써 수수료율의 비차별(일물일가)에만 집착하면 시장구조의 개선은 어렵다. 원스토어는 수수료율이 20%이나 중소개발자만 10%를 적용하는데, 이른바 "3N" 등 소비자들을 몰고 다니는 대형개발자를 낮은 요율로 유치하여 시장구조에 균열을 일으키는 것도 중요하다. 신용카드의 경우 여신전문금융업법이 카드사의 가맹점수수료율 차등을 금하고(제18조의3제1항), 대형가맹점의 수수료율 인하나 리베이트 요구도 금하나(동조 제4항제1, 2호), VAN사가 카드사로부터 받은 수수료 일부를 대형가맹점에 리베이트로 지급해 왔고, 동법이 이를 다시 금하는 등(제24조의2제3항) 땜질처방이 이어지고 있다.

172) Colleen Cuningham, Florian Ederer, and Song Ma, "Killer Acquisitions," *Journal of Political Economy,* Vol. 129 No. 3 (2021), p. 649-702.

173) U.S. House Judiciary Committee, "Investigation of Competition in Digital Markets" (Oct 2020), p. 38-39.

174) FTC와 48개 주·특별구는 2020. 12. 9. 구 Facebook을 상대로 Instagram과 Whatsapp 인수의 셔먼법 위반을 주장하며 이들을 다시 분리하라는 소를 제기하였다〔*FTC v. Facebook Inc.,* No. 1:2020cv03590 (D.D.C. 2021); *State of New York, et al. v. Facebook Inc.,* No. 1:2020cv03589 (D.D.C. 2021)〕. DC연방지방법원은 2021. 6. 28. Facebook의 각하신청(motion to dismiss)을 인용하였으나 FTC와 주들이 소장을 보정하여 공방이 계속되고 있다.

175) 양용현, 앞의 발표자료(주 156) (2019년 국내 VC시장 회수 2.3조원 중 M&A는 0.5%임을 지적).

176) 관계부처 합동, "글로벌 4대 벤처강국 도약을 위한 벤처 보완 대책" (2021. 8. 26.).

스타트업의 사업모델을 모방하여 경합하기보다는 값을 쳐주는 M&A가 낫다. 결국 우리 현실에선 탄력적 기업결합심사를 지속해야 한다.[177] 한편, 상시적 경제분석 체제를 통해 혼합결합(conglomerate merger)에 대한 보다 체계적인 심사도 기대할 수 있다.

(2) EU식 또는 공익사업법적 접근방식: 준공법적·수요독점법적 규제

플랫폼법안들의 EU식 또는 공익사업법적 접근방식에 대해 비판적 시각에서 검토한다.

1) 착취남용(exploitative abuse)의 시정

착취남용의 시정은 특히 독점을 현실로 수용할 경우 의미가 더 커지기에 이 항목으로 분류했으나, 어떤 접근 하에서든 중요성은 크다. 다만 플랫폼 최종이용자에 대한 착취남용의 경우 양면시장의 특성상 가격탄력성이 높은 관객면에서의 남용이 쉽지 않고, 정보비대칭은 청약철회 제도(전자상거래법 제17조)와 플랫폼이 제공하는 상품평(customer review) 기능으로 크게 완화되는 면이 있어, 일반적으로는 사업이용자에 대한 착취남용이 더 큰 쟁점이다. 특히 우려는 플랫폼이용자법안이 **이용자이익 저해행위**("이용자의 이익을 해치거나 해칠 우려가 있는 행위로서 대통령령으로 정하는 행위")를 금지행위로 규정하고 있는 점이다(제15조제1항제11호). 이 문구의 모델인 전기통신사업법의 이용자이익 저해행위 금지(제50조제1항제5호)는 위법성 요건이 불분명하고 집행이 자의적이며 체계가 혼란스러운 점[178], 그에 대응하는 사전적 행위규제가 존재하지 않아 예견가능성이 떨어지고 세계적으로 경쟁법과 별도로 이러한 사후규제를 두는 경우도 드물다는 점[179]에 대한 비판이 제기되었다. 이 조항을 위반하면 매출액 3%의 과징금을 부과할 수 있는데, 이용사업자와의 계약위반 뿐 아니라 그 "우려"만 있어도 처할 수 있어 과중하다. 금지행위는 전력·통신·가스 등 공익사업(utility)에 적합한 규제로서, 플랫폼 규제에 있어 실증·경제분석·비교형량이 자리 잡을 폭을 좁히고 과잉·중복규제에 이를 우려가 크다. 이용사업자에 대한 착취

177) 공정위는 2009년 eBay의 지마켓 기업결합과 관련하여 양사의 오픈마켓 점유율 합계가 약 90%임에도 "오픈마켓 시장은 지속적으로 성장하고 있을 뿐만 아니라 인터넷기반 산업으로 역동적으로 변화하고 있는 동태적 시장이므로 장기적으로 경쟁제한 가능성이 낮아질 것으로 전망"하여 이를 승인했는데(공정위 2009. 6. 25. 의결 제2009-146호), 이후 활발한 진입으로 오픈마켓이 경쟁적 시장이 되었기에 미래를 내다본 결정이라 하겠다. 단, 서비스 매개 플랫폼은 전자상거래와 달리 땅에 묶여(landlocked) 있어 세계적 경쟁은커녕 지리적 시장이 좁아 국내에서 최소 복점(duopoly)은 목표로 해야 한다. 2021년 딜러버리히어로의 우아한형제들 기업결합 심사(공정위 2021. 2. 2. 의결 제2021-032호)도 승인을 통해 회수를 허용하면서도 인수인의 기존 사업의 매각을 조건으로 붙여 사업자 수를 유지했다.

178) 이호영, "전기통신사업법상 이용자이익 저해행위의 금지 재론", 경제규제와 법 제10권 제1호(2017), 43-60면.

179) 홍대식, "전기통신사업자에 대한 사후적 행위규제 제도", 경쟁법연구 제22권(2010), 6, 38면.

남용 규제는 경쟁법으로 일원화하는 것이 타당하다.[180]

2) 탈중개화(disintermediation)

탈중개화는 확립된 개념은 아니나 두 가지로 구분할 수 있다. 첫째, 이용사업자가 플랫폼은 떠나지 않으면서 플랫폼을 통해 유치한 최종이용자와 플랫폼을 우회하여 플랫폼에 대한 수수료 지급 없이 **직거래**하도록 해주는 경우이다. 둘째, 나아가 이용사업자가 현 플랫폼을 떠나 **다른 플랫폼으로 전환하는 비용(switching cost)까지 낮춰 주는** 경우이다. 전자의 조치를 하면 후자도 용이해져서 양자를 명확히 분리하기 어려운 경우도 있으나, 나누어 살펴보면 이하와 같다.

전자(직거래 허용의무)의 가장 대표적인 예로는 DMA안이 게이트키퍼에게 이용사업자가 핵심플랫폼서비스(CPS)로 유치한 최종이용자에게 그 CPS 이용 여부와 상관없이 판촉하거나 체약하고, 최종이용자가 CPS에 의하지 않고 이용사업자로부터 얻은 콘텐트·가입·기능 등에 CPS를 통해 접근·이용하도록 허용할 의무를 부과하는 것(art 5(c))을 들 수 있다. 플랫폼의 이용사업자에 대한 **최저가보장**(price parity) 조항 적용의 경우, EU에서는 넓은(wide) 최저가보장(어디서도 더 싸게 팔 수 없음)[181]과 좁은(narrow) 최저가보장(자기 온오프라인 매장에서 더 싸게 파는 것만 금지)으로 나누는데, 좁은 최저가보장까지 금하면 직거래를 보장하도록 하는 것과 다름없다. EU 회원국들 내에도 좁은 최저가보장의 경쟁법 위반 여부에 대해 판단이 엇갈리는데, 독일 연방최고법원(BGH)은 2021. 5. 18. Booking.com의 좁은 최저가보장을 수직적 합의(art 101(1) TFEU)로 보아 제재한 연방카르텔청(BKartA)의 처분을 취소한 뒤셀도르프고등법원(OLG Düsseldorf)의 판결을 파기하여 BKartA의 손을 들어주었다.[182] 공정위는 2020년 배달앱 요기요의 음식점에 대한 "넓은" 최저가보장 뿐 아니라 "좁은" 최저가보장까지 불공정거래행위 중 거래상 지위 남용(경영간섭)으로 제재했다.[183] 이용사업자가 플랫폼 외에서 같은 재화·용역을 다른 조건으로 판매하는 것을 제한할 경우 P2B법은 제한의 근거를 약관에 명시하도록 하고(art 10), DMA안은 제한 자체를 금한다(art 5(b)).

180) 공정거래법상 착취남용의 규제 근거로는 (가격남용, 출고조절 외에) 부당한 소비자 이익의 현저한 저해 행위(제5조제1항제5호후단)가 있는데, 시행령과 심사기준에서 그 유형을 구체화하지 않고 있다[최난설헌, "디지털 시장에서의 독과점 규제 적용 가능성에 대한 검토: 독일의 Facebook 사례를 중심으로", 법학논총 제42권 제2호(2018. 6), 420-421면]. 플랫폼의 착취남용을 적정히 규율하도록 법조항의 정비, 행위유형의 구체화 등을 검토할 수 있다.

181) 넓은 최저가보장제의 경우 거래비용을 낮춰주고 당해 플랫폼에 대해서는 가격을 인하하는 효과가 있을 수 있으나 이용사업자가 더 이상 가격할인을 못하게 하므로 EU 회원국들의 경쟁당국들은 대체로 이를 엄격히 금하고 있다.

182) BGH, 18.05.2021 - KVR 54/20.

183) 공정위 2020. 8. 24. 의결 제2020-251호.

전자 뿐 아니라 후자(전환촉진)에도 관련 있는 예로는 먼저 **이용사업자의 데이터 접근권**을 들 수 있다. 플랫폼이용자법안은 이용사업자가 해당 플랫폼 서비스 이용 과정에서 생성된 관련 정보에 접근·이용할 수 있도록 할 의무를 규정하는바(제11조), DMA안을 따온 것이다(art 6(1)(i)). DMA안은 특히 광고주와 퍼블리셔의 온라인광고 플랫폼으로부터의 탈중개화를 촉진하기 위해, 광고주와 퍼블리셔에게 수수료 및 퍼블리셔에 지급된 액수에 관한 정보(art 5(g)) 및 성과측정툴(art 6(1)(g))의 제공을 의무화한다. DMA안은 게이트키퍼가 CPS 이용사업자에게 자기 인증서비스를 이용·제안·상호운용하도록 요구하는 것도 금한다(art 5(e)).

전반적으로 후자의 경우 이용사업자 차원에서의 다중거점(multi-homing)을 촉진하여 고착화(lock-in)를 완화할 수 있어, 독점의 폐해가 극심한 경우 (현 플랫폼에 머무르면서 다른 플랫폼의 일부 기능도 이용하도록 하는) 상호운용성보다 한 단계 더 나간 강도 높은 구제조치로서 검토해볼 여지는 있다. 그러나 전자의 경우는 플랫폼 독점의 지속성을 인정하면서 대신 공유지처럼 무임승차(free riding)하라는 것에 가깝고 신규진입의 유인을 떨어뜨리는 등 시장구조의 개선을 지향하는 방식은 아니어서 이용사업자와 플랫폼 간 소득의 이전 외에 의미가 크지는 않다고 생각된다.

3) 공정성(fairness)과 투명성(transparency)

플랫폼 규제에 공법원리인 공정성과 투명성이 전면에 투영된 계기는 EU의 P2B법과 이를 계수한 일본 특정플랫폼법으로서 제목에부터 양 개념이 들어가 있다. 플랫폼이용자법안은 국회 심의 과정에서 "디지털 플랫폼 사업자의 책무" 조항이 제3조로 삽입되었는데, 제3항이 "공정하고 차별 없는 디지털 플랫폼 서비스를 제공하여야 한다"고 규정한바, 플랫폼이 커먼캐리어라 선언한 것에 다름 아니다. 현 플랫폼법안들과 각국 입법(안)의 공정성과 투명성 조항을 보면, 대체로 공정성은 차별금지나 불공정거래행위 금지,[184] 해지·변경·제한·정지 등의 사전통지[185] 등을, 투명성은 계약서 교부와 거래조건 명시, 검색·추천 순서 결정의 공개, 기타 정보제공 또는 감사[186] 등을 주로 의미하는 것으로 보인다. 이 중 실질적 중요성이 있는 사항들만 검토하면 다음과 같다.

184) 플랫폼공정화법안은 공정거래법상 불공정거래행위 규정들을 반복하고 있다(제9조).
185) 플랫폼공정화법안은 P2B법(art 4)의 예에 따라 해지·제한·정지의 사전통지를 정한다(제7조).
186) DSA안은 투명성보고(arts 13, 23, 33), 온라인광고투명성(arts 24, 30), VLOP의 외부감사(art 28) 등을 규정한다.

① **차별금지**: 플랫폼이용자법안은 통신법식의 차별금지 및 서비스제공의무 조항을 포함한다.[187] 이는 헌법 제11조제1항처럼 차별금지사유(성별, 종교, 사회적 신분 등)를 정하고 이를 기준으로 한 불합리한 차별을 금하는 것이 아니라 막연히 차별을 금지한다. 그러면 진정한 차별금지가 아니라 통신법적인 상호보조(cross-subsidization) 방지 규제, 더 나아가 시대착오적 일물일가법칙(Law of One Price)에 입각한 라빈슨-팻먼법 식의 차등가격(differential pricing) 규제(데이터 기반 개인화와 맞춤형 서비스의 금지, 서비스와 가격의 획일화 등)로 퇴행할 수 있다. 경직된 차등금지는 후발플랫폼의 비대칭 전략을 좌절시키는 등 시장역동성도 상실시킨다. 입법되더라도 합리적 차등은 허용해야 한다.

② **계약서 교부와 거래조건 명시**[188]: 계약서 작성·교부 의무를 부과하는 것은 P2B법에서 일본 특정플랫폼법으로, 다른 한편 하도급법, 대규모유통법등 이른바 "갑을관계법"에서도 이어진 방식인데, 직접 규제보다는 약관을 매개로 공사법적 규율을 혼합하는 상대적으로 가벼운(light-touch) 규제로서의 측면이 있으나 그만큼 실효성도 떨어질 수 있다.[189] 단, 개별플랫폼의 특성상 필수기재사항이 입점사업자나 품목별로 달라질 경우 도리어 과도한 준수비용을 초래할 수도 있다.

③ **검색·추천 순서 결정 공개**: 양 플랫폼법안 모두 이를 규정하는데,[190] (EU의 2017년 Google Shopping 건이나 DMA안 art 6(1)(d)와 같이 플랫폼이 이용사업자 지위를 겸유하여 전이남용이 문제되는 경우 이외에) 이러한 의무를 부과하기 위해서는 인공지능 모델의 불투명성(opacity)과 같은 사고실험에 그치는 추측(conjecture)이 아니라 플랫폼

187) 플랫폼이용자법안은 "정당한 사유 없이 서비스 이용을 거부·지연하거나 제한하는 행위"(제15조제1항제9호)와 "이용자에게 부당하게 차별적인 조건으로 서비스를 제공하는 행위"(동항제8호)를 금지행위로 규정하여 차별적 계약 체결과 차별적 거래조건 설정을 모두 금한다. DMA안은 이용사업자의 앱스토어에 대한 공정하고 비차별적인 접근을 의무화한다(art 6(1)(k)). 미 온라인선택·혁신법안은 유사한 상황의 이용사업자 간 차별의 경쟁제한성에 대한 입증책임을 대상플랫폼으로 전환한다(§2(a)(3), (c)). 자기우대가 차별의 견지에서 논의되기도 하나 이에 대해서는 전이남용 관련 논의 참조.

188) 플랫폼공정화법안의 중개거래계약서 기재·교부는 P2B법(art 3)과 DSA안(art 12)의 약관명시, 일본 특정플랫폼법의 제공조건개시(제5조)처럼 정보제공에 초점을 둔다. 플랫폼이용자법안은 환불·반품·교환정보, 비용손해분담·수수료·광고비 등 경제적 이익 내역의 공개를 요한다(제10조).

189) 정보개시규제(mandated disclosure)들은 다들 실제로는 잘 읽지 않아 실효성은 낮은 반면 유용한 정보를 밀어내고 실질적 보호를 하지 않는 기업들의 발뺌 수단으로 전락할 수 있으며 수용능력의 차이에 따른 불평등도 초래한다[Omri Ben-Shahar and Carl Schneider, "The Failure of Mandated Disclosure," *University of Pennsylvania Law Review,* Vol. 159 No. 3 (2011), p. 729-742].

190) 플랫폼공정화법안은 "거래되는 재화 또는 용역이 온라인 플랫폼에 노출되는 주요 순서, 주요 형태 및 주요 기준 등"에 관해 과기정통부와 협의하여 공정위가 정하는 사항을 중개거래계약서에 포함시키도록 하고 있고, 플랫폼이용자법안은 "검색결과·추천서비스 등을 제공하는 경우 그러한 정보의 노출 순서·방식 등을 결정하는 주요 기준"을 공개하도록 한다(제13조).

의 공적 지위가 인정되어야 한다. 그러나 이에 대한 논의는 충분하지 않았다. 나아가 플랫폼법안들은 노출순서의 "주요 기준" 등을 공개하도록 하는데, 기술적으로 공개의 대상은 알고리듬(algorithm)이 아니라 모델(model)(알고리듬이 데이터셋으로부터 추출한 모수(parameter)들의 벡터) 또는 이에 대한 설명이다. 예컨대 이용사업자들이 랜덤포레스트(알고리듬)로 모델을 적합(fitting)했다는 사실을 알고 싶을 리 없고, 구매가 한 건씩 이뤄질 때마다 얼마나 순위가 올라가는지(모수 또는 이에 대한 설명)가 관심사일 것이다. 예컨대 회귀모델(regression model)의 경우 구매건수, 상품평점수 등 특성값(feature; x_0, x_1, …)이 변할 때마다 노출순서($\hat{y}$)가 얼마씩 변하는지의 모수/매개변수(parameter)(예컨대 $\hat{y}=\alpha x_0+\beta x_1+\gamma$라면, α, β, γ이 모수)를 그대로 공개해도 된다. 그러나 보다 복잡한 모델(특히 비선형모델)의 경우 모수(예컨대 딥러닝의 경우 노드(node)별 가중치(weight)와 층(layer)별 편이(bias))만으로 이용사업자를 이해시킬 순 없으므로 설명가능인공지능(XAI)이 필요하다. 따라서 P2B법(art 5)과 DSA안(art 29)이 각각 온라인매개서비스·검색엔진의 순위결정(ranking)과 초대형플랫폼(VLOP)의 추천시스템(recommender system)에 대해 주요 모수(main parameter)를 공개대상으로 규정하는 것은 약간의 기술적 이해는 보이나 모든 경우에 정확하진 않다. 나아가 EC가 P2B법의 집행을 위해 고시한 순위결정 투명성 가이드라인[191]은 모수와 특성값을 완전히 혼동하고 있다. 우리가 법안이나 가이드라인을 만든다면 EU의 오답을 답습할 것이 아니라 상기 기술적 사항의 이해가 선행되어야 한다. 한편, 이러한 공개가 순위상승을 위한 입력값 조작 등 상대방의 게이밍(gaming)을 유발하여 오히려 공정성을 해하고 모델의 기능 자체를 무력화하는 결과를 초래[192]하지 않도록 제약을 두어야 한다.[193] 사견으로는, 공개 대상인 주요 모수를 공정성과 관련이 깊으며 게이밍의 우려가 적은 불변특성값(immutable feature)(예컨대 성별, 인종 등)에 대한 모수에 한정할 필요가 있다. 또한 지나친 공개가 경쟁사의 모델탈취(model stealing)를 유발하여 보안을 약화시키고 모델 구축의 유인을 꺾지 않도록 적용범위를 합리적으로 제한해야 한다.

191) Commission Notice, Guidelines on ranking transparency pursuant to Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council (2020/C 424/01), OJ C 424, 8.12.2020, p. 1-26.

192) Jane Bambauer and Tal Zarsky, "The Algorithm Game," *Notre Dame Law Review,* Vol. 94 (2018), p. 1-48.

193) P2B법 art 5(6)은 검색결과의 조작으로 소비자기만·피해가 유발될 수 있으면 "알고리듬 또는 기타 정보"를 공개하지 않을 수 있다고 규정한다. 플랫폼이용자법안은 게이밍 방지를 위해 "노출 순서·방식 등을 결정하는 연산 방식 등의 세부내용은 노출 순서·방식을 의도적으로 변경하는 행위 등을 방지하기 위하여 공개하지 아니할 수 있다"고 규정한다(제13조). 그러나 게이밍 방지를 위해 공개가 자제되어야 하는 것은 알고리듬(=연산방식)이 아닌 모델(=결정기준)이다.

(3) 소결

전반적으로 이용사업자의 직접 보호와 준공법적 통제를 중심으로 한 처방들보다는 충분한 사업자 수 내지 잠재적 진입의 확보와 유지, 보다 구체적으로 자국 플랫폼과 빅테크의 공존을 지향하는 끈기 있는 처방이 필요하다. 전자의 처방이 입법될 경우일지라도 소비자의 후생과 균형을 이루는 집행이 이루어지도록 보다 철저한 검토가 이루어져야 한다.

3. 플랫폼의 국가기능 수탁

플랫폼에 대한 규제일변도의 입법들이 추진되면서, 자국 플랫폼을 보유한 우리 현실에서 더 중요한 과제일 수 있는 **플랫폼의 국가기능 수탁에 대한 규율의 합리화**가 간과되었다. 특히 EU의 DSA 패키지 중 우리 현실에서 가장 긴요히 참조할 만한 것이 DSA안 전반부의 핵심인 매개자책임 조항들인데, 이것만 쏙 뺀 채 우리 현실에 맞지 않는 나머지 조항들만 참고한 법안들만 준비되었다. 플랫폼이 자기 테두리 내에서 국가기능의 일부를 국가기관을 대신하여 수행하는 범위는 나날이 확대되고 있고, 우리 법은 그 속도를 따라가지 못하고 있다. 플랫폼의 이러한 "사적 규제자(private regulator)"[194]로서의 활동은 플랫폼 스스로가 다양성과 생산성을 증진[195]하고 보완재적 요소들의 시장을 효율적으로 조성[196]하기 위해 자발적으로 수행하기도 하고 국가가 법체계를 통해 위탁 또는 의무화하기도 한다. 이조차도 빅테크가 "게임설정자(gamemaker)"로서 경쟁의 프로세스 자체를 설계한다는 우려가 제기되는 등[197] 경쟁법적 관점으로 치환되기도 하나, 이하에서는 플랫폼의 국가기능 수탁 기능 자체의 합리화, 체계화 방안을 검토한다. 플랫폼이 수탁받아 수행하는 국가기능 중 입법작용은 외국의 경우 플랫폼의 규칙설정자(rule-setter)로서의 역할에 대한 논의가 이루어져 왔으나 우리나라의 경우 특유의 약관법상 규제 문제로 환원되는 측면이 있어, 이하 **행정·사법작용의 수탁**에 초점을 맞추어 검토한다.

194) Kevin J. Boudreau and Andrei Hagiu, "Platform Rules: Multi-Sided Platforms as Regulators," in *Platforms, Markets and Innovation,* Annabelle Gawer Ed., Edward Elgar, 2009, p. 167-171.

195) Marco Iansiti and Roy Levien, *The Keystone Advantage: What the New Dynamics of Business Ecosystems Mean for Strategy, Innovation, and Sustainability,* Harvard Business Press, 2004, p. 68-72. Recited from *Id.*, p. 164-165.

196) Joseph Farrell and Michael L. Katz, "Innovation, Rent Extraction, and Integration in Systems Markets," *Journal of Industrial Economics,* Vol. 48 Issue 4 (2000), p. 431. Recited from Boudreau et al., *supra* note 194, p. 165.

197) Maurice E. Stucke and Ariel Ezrachi, *Competition Overdose: How Free Market Mythology Transformed Us from Citizen Kings to Market Servants,* Harper Collins, 2020, p. 192-225.

(1) 행정작용의 수탁

1) 이용자생성콘텐트에 대한 치안(policing UGCs): 매개자책임(intermediary liability)

국가가 이용자들이 플랫폼에 게시하는 위법·침해적인 **이용자생성콘텐트**(user-generated content; UGC) 또는 이용사업자들이 판매하는 위법·침해적인 **상품**을 일일이 감시·차단하는 것은 비효율적이므로 그 전부 또는 일부를 플랫폼에 위임한다. 예외적으로 미국이 표현의 자유의 극대화를 위해 통신품위법(Communications Decency Act of 1996) §230 (47 U.S.C. §230)에 따라 플랫폼을 완전면책(CDA immunity)한 것을 제외하면, 다른 법역들은 대체로 플랫폼에 일정한 매개자책임을 지움으로써 그에 따른 조치의무를 지운다. 우리의 경우 관련 조항들이 여러 법령들에 산일(fragmented)되어 있는데, (1) 플랫폼에 일정한 매개자책임을 지워 감시의무의 범위와 수준을 정하거나 직접 기술적 조치[198]를 취하게 하고, (2) 권리주장자 또는 규제관청의 플랫폼에 대한 위법 UGC의 게시중단요청(notice and takedown) 절차를 마련하며,[199] (3) 판매자의 신원정보를 확인하도록 하면서[200] 권리주장자가 게시자에게 직접 법적 책임을 묻기 위해 신원정보 개시를 요청할 경우 절차를 정하고,[201] (4) 책임자를 지정하도록 한다.[202] 그런데 매개자책임의 판단기준은 다음과 같이 갈려 있다.

198) 대규모 소셜미디어/웹캐스팅/검색엔진, 웹하드/P2P 등의 불법촬영물등 사전조치의무(전기통신사업법 제22조의5), 웹하드/P2P 등의 저작권 침해 방지를 위한 기술적 조치 의무(저작권법 제104조, 전기통신사업법 제22조제2항제1호, 제22조의3) 등.

199) 명예훼손 등 타인 권리 침해 정보 삭제·임시조치(정보통신망법 제44조의2)(대판 2012. 12. 4. 2010마817은 상표권 침해가 타인 권리 침해에 해당하지 않는다고 판시), 저작물 복제·전송 중단 요구(저작권법 제103조) 등.

200) 전자상거래법은 호스팅서비스제공자(제9조제2항), 전자게시판서비스제공자(제9조의2제3항), 통신판매중개자(제20조제2항)에게 신원확인 의무를 부과한다.

201) 실무상 민사는 피고를 성별불상자로 기재한 소장과 플랫폼에 대한 사실조회신청서를 제출하여 인적사항을 전달받아 소장을 보정하여 민사소송을 하고, 형사는 수사기관이 통신자료 제공 절차로 인적사항을 입수하나, 각 법령에서 추가적인 절차를 규정한다: (1) 명예훼손 등은 방심위(명예훼손분쟁조정부)에 제공청구(정보통신망법 제44조의6), (2) 저작권침해는 문화체육부(저작권보호심의위원회 심의)의 플랫폼에 대한 제출명령을 요청(저작권법 제103조의3), (3) 마켓플레이스는 입법예고된 전자상거래법 개정안상 분쟁 발생 시 사업자면(B2C) 소비자에 정보를 제공하고, 사업자가 아니면(C2C) 소비자에 정보를 제공하여 분쟁해결에 협조하도록 하였으나, 개보위가 2021. 4. 28.자 의결로 개인정보 침해 우려를 지적하여, 성명을 제외한 "회원의 주소 수집 및 제공의무"는 개정안에서 삭제되었다. 한편, 대법원은 오픈마켓이 상표권침해 의심 물품을 게시한 판매자의 신원·판매정보를 상표권자에게 제공할 의무는 없다고 판시하였다(대판 2012. 12. 4. 2010마817).

202) 수령인(저작권법 제103조제4항), 불법촬영물등유통방지책임자(정보통신망법 제44의9), 자료제공업무책임자(자살예방법 제19의4) 등.

[표 4] 현 법령(한-EU FTA 포함) 및 판례상 플랫폼의 매개자책임

	완전면책 (immunity)	통지기반책임 (notice-based liability)	실제인식기반책임 (actual knowledge-based liability)	추정적인식기반책임 (constructive knowledge-based liability)	엄격책임 (strict liability)
민사 책임	도관 관련 저작권[203] 또는 EU 서비스 제공자[204] 침해, 거래비관여형 플랫폼의 전상법상 책임[205]	(캐싱 저작권 침해[206]) 저장 저작권 침해 판례[207]	저장·검색 저작권 침해[208], EU 서비스 제공자 호스팅·캐싱 침해[209]	불법행위: 명예훼손[210], 상표권 침해[211], 저작권 침해 판례 (2011년 개정 전)[212]	(거래 관여형 플랫폼의 전상법상 책임[213])
형사 책임	(해석상 도관의 경우 위와 같을 듯)	-	부작위 방조책임 일반	-	-
행정 제재	-	명예훼손 등 타인의 권리 침해[214]	불법촬영물등[215], 불법의약품[216], 생활화학제품등[217], 전기·생활용품[218]	-	도서 정가제 위반[219]

203) 저작권법 제102조제1항제1호(각목 조건 충족 시 면책). 단, 도관은 플랫폼보다는 주로 ISP이다(단, 플랫폼의 이메일, 메시징, VoIP 등 통신 유사 기능들을 도관으로 볼 여지는 있다).

204) 한-EU FTA 제10.63조.

205) 현 전자상거래법상으로는 플랫폼이 (1) 자신이 통신판매 당사자가 아님(disclaimer)을 고지(제20조제1항)하면 이용사업자의 고의·과실로 소비자에게 발생한 손해에 대한 연대책임을 면하고(제20조의2제1항), (2) 이러한 고지와 더불어 이용사업자의 책임약정(indemnity)을 고지하면 정보제공·주문확인·공급·환불·통판신고 불이행에 대해 면책된다(제20조의2제3항). 개정안에서는 위 (1)의 경우에도 플랫폼이 계약당사자의 외관이 있으면(플랫폼 명의 표시·광고, 공급, 계약서 교부 등) 연대책임을 지고, 위 (2)의 면책사유는 삭제되었다.

206) 저작권법 제102조제1항제2호〔중단요구를 받은 경우(A), 본래의 사이트에서 삭제·접근차단된 경우(B), 또는 유관기관이 이를 명한 사실(C)을 실제 알게 된 경우 즉시 삭제·접근차단하는 것(바목)이 면책요건 중 하나〕. DMCA의 계수 과정에서 축조상 오류가 발생했다. 즉, 〔A and {(B or C)의 인식}〕으로 규정했어야 하나, 〔A, B, or (C의 인식)〕인양 잘못 축조되었는데, 일단 후자(잘못된 축조에 따른 문리해석)이 아닌 전자(합목적적 해석)를 기준으로 통지기반책임으로 분류한다.

207) 대판 2019. 2. 28. 2016다271608 (원고가 조치를 요구하는 요청서까지 보냈으나 URL이나 게시물 제목을 특정하지 않았으므로 피고 플랫폼은 구체적·개별적인 게시물의 삭제와 차단 요구를 받지 않은 것이고 따라서 차단 등 적절한 조치를 취할 의무가 없었다고 판시).

208) 저작권법 제102조제1항제3호〔침해를 실제 알게 되거나 중단요구 등을 통하여 침해가 명백하다는 사실·정황을 알게 된 때 복제·전송을 즉시 중단시키는 것(다목)이 면책요건 중 하나〕.

209) 한-EU FTA 제10.64, 10.65조.

210) 대판(전합) 2009. 4. 16. 2008다53812 (게시물의 불법성이 명백하고, 구체적·개별적인 게시물의 삭제 및 차단 요구를 받았거나, 또는 게시물 게시 사정을 구체적으로 인식하고 있었거나 인식할 수 있었음이 외관상 명백히 드러나고 기술적·경제적으로 관리·통제 가능하면 차단의무).

211) 대결 2012. 12. 4. 2010마817 (위 대판 2008다53812와 같은 기준으로 판단).

212) 대판 2010. 3. 11. 2009다4343, 80637, 2009다5643 (플랫폼들은 저작권 침해 게시물이 게시된 사정을 인식하였거나 인식할 수 있었으므로 차단의무).

213) 현 전자상거래법상으로는 플랫폼이 통신판매의 중요일부업무(청약접수, 대금수령 등)를 수행할 경우 이용사업자의 불이행시 대신 이행해야 하고(제20조의3). 개정안에서는 해당 업무를 직접 수행하며 고의·과실로 소비자에게 발생한 손해에 대하여 연대책임을 진다. 단, 이 책임은 매개자책임보다는 이용자에 대해

외국 법제들도 혼란상에 있기는 매한가지인데, 요약하면 다음과 같다.

[표 5] 외국 법령상 플랫폼의 매개자책임

	완전면책	통지기반책임	실제인식 · 인지기반책임[220]
미국	연방 지재권 외 기본 원칙 (CDA immunity), 수동도관(passive conduit) 저작권 침해[221]	연방 상표권 침해[222], 캐싱(caching) 저작권 침해[223]	온라인저장(online storage) 및 검색(search) 저작권 침해[224], 아동성착취·약취(sex trafficking)[225]
EU	단순도관(mere conduit)[226]	-	캐싱[227], 호스팅(hosting)[228]
일본	-	-	매개자책임 일반[229]

이용사업자의 계약이행을 보증하는 성격이 강하다.

214) 정보통신망법 제44조의2 (요청에 따른 임시조치 등), 제64조제4항.

215) 전기통신사업법 제22조의5제1항(불법촬영물등 유통 사정을 신고, 삭제요청 또는 기관·단체 요청 등을 통하여 인식한 경우 지체 없이 삭제·접속차단 등 유통방지에 필요한 조치 의무).

216) 약사법 제61조의2제3항(불법의약품 또는 통신판매 발견 시 즉시 식약처장에 통보).

217) 화학제품안전법 제35조제2항〔안전확인대상생활화학제품·살생물(처리)제품은 발견 즉시 삭제하고 소비자가 확인할 수 있도록 기술적 조치 시 면책〕.

218) 전기생활용품안전법 제9조제4항, 제10조제2항, 제18조제4항, 제19조제2항, 제25조제4항, 제26조제2항(미인증 제품을 발견 즉시 삭제하고, 중개의뢰자가 상품등록 시 인증 정보를 입력하도록 하는 한편, 소비자가 확인할 수 있도록 기술적 조치 시 면책).

219) 대결 2019. 9. 10. 2019마5464 (출판법 제22조제4, 5항에 따라 도서정가제 준수의무를 부담하는 간행물 판매자에는 전상법상 통신판매업자 뿐 아니라 통신판매중개업자도 포함).

220) 침해의 실제인식(actual knowledge)이 없어도 사실·상황의 인지(awareness)에 근거하여 책임이 인정되면 포함.

221) DMCA §512(a) (17 U.S.C. §512(a)) 〔일시적디지털네트워크통신(transitory digital network communications)은 각목 요건 충족 시 면책〕.

222) 래넘법(Lanham Act) §32(2)(B), (C) (15 U.S.C.§1114(2)(B), (C))의 규율을 받는데, 면책의 대상인 선의의 침해자(innocent infringer) 해당 요건에 대해 명확한 판례가 형성되어 있지 않았으나, 연방제2항소법원은 *Tiffany (NJ) Inc. v. eBay Inc.,* 600 F.3d 93 (2d Cir. 2010), *cert. denied,* 131 S. Ct. 647 (2010) 판결에서 통지기반책임에 입각한 판단을 내렸다.

223) DMCA §512(b) (17 U.S.C. §512(b)) 〔시스템캐싱(system caching)은 중단요구〔단, 본래의 사이트에서 삭제·접근차단(법원의 삭제·접근차단명령 포함)되었고 그 사실이 중단요구에 기재되어 있어야 함〕를 받고 신속하게 삭제·접근차단하는 것이 면책요건(para (2)(E)) 중 하나〕.

224) DMCA §512(c), (d) (17 U.S.C. §512(c), (d)) ("이용자의 지시에 따라 시스템 또는 네트워크에 저장 중인 정보(information residing on systems or networks at direction of users)"((c)(1)(A)) 와 "정보검색도구(information location tools)((d)(1))"는 침해의 실제인식 및 침해활동이 명백히 드러나는 사실·상황의 인지가 없거나, 인식·인지 후 신속히 삭제·접근차단하는 것이 면책요건 중 하나).

225) Allow States and Victims to Fight Online Sex Trafficking Act and Stop Enabling Sex Traffickers Act (FOSTA-SESTA), Pub. L. 115-164, 47 U.S.C. §230(e)(5) (일부 민형사 관련 CDA상 완전면책 배제).

226) DSA안 art 3, EU 전자상거래지침 art 12 (각목 요건 충족 시 면책).

227) DSA안 art 4, EU 전자상거래지침 arts 13 (본래의 사이트에서 삭제·접근차단된 사실 또는 유관기관이

참고로 미 연방저작권법(DMCA) §512 (17 U.S.C. §512; OCILLA)는 통신품위법상 완전면책의 중대한 예외를 이루는데, (1) 한미FTA 발효를 앞둔 2011. 6. 30. 동 협정 제18.10조제30항의 이행을 위해 우리 저작권법 제102조에 계수되었고, (2) EU의 기존 전자상거래지침 art 12-15와 DSA안 제2장(art 3-9)에 들어와 저작권침해 뿐 아니라 모든 매개자책임에 확대 적용되었으며,[230] 전자가 한-EU FTA 제10.62~10.66조에 반영되었다.[231] 다만 EU도 대상 사업자, 안전지대의 조건, 게시중단의무, 모니터링의 범위에 대해 회원국들마다 기준이 제각각이고[232] 유럽연합법원(CJEU)조차 충분한 지침을 제기하지 못하여[233] 혼란이 가중되고 있다. 근래에는 미국의 통신품위법상 완전면책도 빅테크의 횡포로 받아들이는 시각이 늘고 있다.[234] DSA안도 평균·합리적으로 잘 고지 받은 소비자가 플랫폼(플랫폼이 통제하는 서비스이용자 포함)이 정보·재화·용역을 직접 제공한 것으로 오인될만한 방식으로 정보를 제공하거나 거래를 도우면 소비자보호법령상 면책을 배제하는데(art 5(3)), 이는 책임을 전자상거래지침보다 강화한 것이다.

이 상황에서 우리의 파편화된 법체계를 합리화하는 실마리는 적발→판단→차단의 역할별로 **최소비용회피자(least cost avoider)**를 식별하여 할당하는 것이다.

이를 명한 사실을 실제인식 시 신속히 삭제·접근차단하는 것이 면책요건 중 하나).

228) DSA안 art 5, EU 전자상거래지침 arts 14 (위법 활동·콘텐트에 대한 실제인식이 없고, 배상책임과 관련해서는 위법 활동·콘텐트가 명백히 드러나는 사실·상황을 인지하지 못하거나, 인식·인지 시 신속히 삭제·접근차단하면 면책). 참고로 DSA안상 온라인플랫폼(online platform)은 호스팅서비스제공자(provider of a hosting service)의 하위개념이다(art 2(h)).

229) 프로바이더책임제한법(特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律) 제3조(침해를 알았거나, 정보유통을 알고 있던 경우로서 그에 의한 침해를 알 수 있었다고 인정하기에 충분한 이유가 있어야만 책임). 단, 지적재산고등재판소는 라쿠텐이 상표권 침해 통지 후 8일 내 조치를 취했음을 이유로 책임을 부인하여 통지기반책임에 유사하게 판시하였다(知財高判平成24年2月14日(平成22年(ネ)第10076号)).

230) DSA안은 호스팅 제공자에 대해 게시중단요청 메커니즘(art 14), 삭제·접근차단 시 게시자에 대한 고지·안내(art 15), 신고담당자(trusted flagger) 지정(art 19), 불법콘텐트에 대한 조치(art 20), 범죄에 대한 조치(art 21), 판매자 신원확인 의무(art 22)도 규정한다.

231) 한-EU FTA의 매개자책임 조항들은 지재권 침해와 관련해서만 적용되는지, 아니면 매개자책임 전반에 적용되는지가 조문상 명확하지 않아 분쟁의 소지가 있다.

232) 예컨대 파리지방법원(Tribunal de grande instance de Paris)은 2000년 LICRA c. Yahoo! 판결에서 Yahoo!가 나치상징물의 온라인 경매에 대한 프랑스 거주자의 접속을 차단할 작위의무를 불이행한 것에 따른 형사책임을 인정했고(T.G.I. Paris, le 22 mai 2000 et le 22 novembre 2000, n ° RG: 00/0538), 2017년 발효된 독일의 소셜네트워크 법집행 개선법(NetzDG)은 소셜미디어들이 나치상징물, 테러, 홀로코스트의 부인, 아동성착취물, 프라이버시 침해, 모욕·명예훼손 등 불법콘텐트에 대해 불법이 명백하면 24시간 내에, 기타 7일 내에 차단하도록 요구한다.

233) European Parliamentary Research Service, "Reform of the EU Liability Regime for Online Intermediaries" (May 2020), p. 4-7.

234) 바이든 행정부는 플랫폼의 매개자책임을 강화하는 쪽으로 통신품위법 §230를 개정하는 방안을 추진 중이고 일단 2021. 5. 14. 트럼프 행정부의 온라인검열 금지를 위한 2020년 행정명령(Executive Order 13295)을 취소시켰다. 그 밖에 통신품위법 §230의 범위를 좁히는 다수의 개정 법률안들이 의회에 제출되어 있다.

[표 6] 이용자생성콘텐트(UGC) 치안을 위한 역할의 할당

	최소비용 회피자	완전면책	통지/실제인식 기반책임	추정적인식 기반책임	엄격책임
적발	권리주장자	권리주장자	권리주장자	(모순)	플랫폼
판단	제3자	제3자(법원)	플랫폼	플랫폼	플랫폼
차단	플랫폼	게시자	플랫폼	플랫폼	플랫폼

이 경우 각 단계별 최소비용회피자는 권리주장자(right asserter), 제3자, 플랫폼인데, 그 근거는 이하와 같다.

① **적발(detection)**: 플랫폼보다 권리주장자가 쉽게 할 수 있고 유인도 크다. 플랫폼이 책임회피를 위해 공세적 모니터링을 할 때 초래될 표현의 자유 위축(chilling effect), 프라이버시 침해 등 사회적 비용도 고려해야 한다. 매개자책임에 관한 선도 판례인 대판(전합) 2009. 4. 16. 2008다53812[235]의 다수의견이 적용한 추정적인식기반책임의 가장 큰 문제는 언뜻 플랫폼에 적발 책임을 지우는 것처럼 보이나 실은 플랫폼이 열심히 모니터링할수록 추정적 인식(책임의 근거)이 강화되는 모순이 발생한다는 점이다. 위 사건에서 별개의견(박시환, 김지형, 전수안 대법관)은 통지기반책임을 원칙으로 하는 기준을 제시하면서, 그 근거 중 하나로 상기 모순에 따른 "법익의 불균형"을 들었다.[236] 통신품위법 제정 시 연방의회의 핵심 논거 중 하나도 뉴욕 주 대법원이 1995년 Stratton Oakmont 판결[237]에서 매개자책임을 지운 것으로 인해 역설적으로 플랫폼의 자율적 UGC 관리가 위축될 것이라는 점이었다.[238] 주요 법역 중 우리 대법원 판례와 중국 전자상무법(电子商务法) 제45조를 제외하면 추정적인식기반책임에 입각한 경우를 찾기 힘든 것이 우연이 아니다. 국내외 법령들 중 플랫폼의 일반적 감시의무를 부정하거나,[239] 법 준수를 위해 자

235) 필자가 위 사건의 상고인 대리인들 중 하나였음을 밝힌다. 당시 통지기반 책임 적용을 주장했으나 주로 별개의견에 반영되었다.

236) "피해자의 삭제요구가 있기도 전에 인터넷 종합 정보제공 사업자가 스스로 알게 된 경우에도 삭제의무가 생긴다고 한다면, 인터넷상의 게시물에 대하여 아예 아무런 관리·감시도 하지 않아 명예훼손 게시물의 존재를 전혀 모르고 있는 사업자는 아무런 책임을 지지 않게 되는 반면에 오히려 자진하여 비용과 노력을 들여 관리·감시를 함으로써 그러한 게시물을 알게 된 사업자의 경우에는 법적 책임을 부담하게 될 위험성이 높아지는 '법익의 불균형'이 초래될 가능성이 있어 불합리하다."

237) *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co.,* No. 31063/94 (N.Y. Sup. Ct. May 24, 1995).

238) Congressional Record, Vol. 141, Part 16 (1995), p. 22045 (Aug 4, 1995) (statement of Rep. Chris Cox).

239) 저작권법 제102조제3항, 17 U.S.C. §512(m)(1), 한-EU FTA 제10.66조, EU 전자상거래지침 art 15(1), DSA안 art 7.

발적인 조사나 감지·식별·제거·접근 거부 등을 했다는 이유만으로 책임면제의 자격이 없는 것으로 해석되지 않음을 명확히 하는 경우[240]가 있는데, 법 정비 과정에서 이를 일반원칙으로 명시해야 한다.

② **판단(judgment)**: 통상 플랫폼이 담당하나 플랫폼 입장에선 차단에 따른 게시자의 예상 손해보다 방치에 따른 권리주장자의 예상 손해가 크기 때문에 권리주장자의 차단요구를 맹종하게 되고,[241] 표현의 자유 위축 등 사회적 비용이 커진다. 그 비용을 줄이려면 자율기구 등 제3의 기관이 판단하게 하고 플랫폼이 그 판단에 따를 시 면책해야 한다.

③ **차단(takedown)**: 서버관리자인 플랫폼이 직접 하는 것이 비용이 가장 낮다.[242]

이를 종합하면 **통지기반책임**(권리주장자가 없는 경우까지 포괄하려면 **실제인식기반책임**)이 최소비용회피자에 역할을 배분하여 효율적일 것이고, 이들의 경우에도 판단은 플랫폼 스스로가 아닌 사업자단체나 자율기구 등 **제3의 기관**에 맡김으로써 더 효율화할 수 있다. 위 대법원 판례 다수의견을 수정하는 입법을 추진하고, 그 과정에서 파편화된 기준들을 통합하고 합리화해야 한다. 이러한 법제 정비 과정에서 추가로 고려할 점은 다음과 같다. 첫째, 이른바 **가짜뉴스**(fake news; disinformation) 규제를 명분으로 뉴스플랫폼의 매개자책임을 강화하려는 것은, 표현의 자유가 民主政(democracy)이란 政體(*politeia*)가 단순한 다수지배가 아닌 그 진정한 의미를 지닐 수 있게 해주는 보루 중 하나라는 점에 비추어볼 때, 위헌성이 강하다.[243] 둘째, **매개자책임의 비례성을 회복**해야 한다. 특히 2020년의 "n번방 방지법"(전기통신사업법 제22조의5 등)의 유예기간이 2021. 12. 10. 경과함으로써 불법촬영물 등의 적발·판단·차단을 위한 과한 기술적·관리적 조치의무[244]가 발동되자, 이로 인한 오류에 의한 콘텐트 차단, 이용자 불편, 전산자원 소모 등 우려가 현실화되고 있으므로 재정비가 필요하다. 셋째, 매개자책임 법리를 말뭉치(corpus) 등 **비정**

240) DSA안 art 6.

241) 언론보도를 그대로 인용한 게시물 외에는 게시중단 요청이 오면 대부분 임시조치를 하는 것이 일반적인 실무이다.

242) 미국식 완전면책의 가장 큰 문제는 권리주장자가 익명피고 소송을 통해 소환장(subpoena)을 받아 게시자를 찾아낸 후 승소판결을 받아 게시자가 직접 내리도록 해야 한다는 점이다.

243) 언론중재법 개정안의 경우 동법상 "언론등"에 해당하는 뉴스플랫폼(인터넷뉴스서비스)이 허위·조작보도를 매개할 경우 손해액의 5배 이하로 배상(quintuple damages)시킬 수 있도록 하여 엄격책임을 부과하고자 하는데, 이는 자기검열을 조장할 뿐 아니라 뉴스플랫폼의 신문기사 내용 감독에 대한 의무와 명분을 강화시킬 수 있다.

244) 불법촬영물등 발견자의 신고·삭제요청 기능, 검색어 필터링, 방심위가 제공하는 불법촬영물 등 특징정보(DNA) DB와 비교하여 식별 결과가 일치하면 게재를 제한하는 조치, 이용자에 대한 경고 고지를 포함한다(전기통신사업법 시행령 제30조의6제2항).

형데이터(unstructured data)의 처리에 확대적용해야 한다.[245] 자연어처리 기술로 막대한 양의 한국어 말뭉치를 투입하여 초거대 임베딩(embedding)을 만들어 활용할 때 한 단어에라도 식별성·유해성·편향성 등이 있다는 이유로 책임을 묻는다면 한국어를 구사하는 휴머노이드(humanoid)는커녕 챗봇조차 구경하기 어려워질 것이다. 합리적인 면책으로써 한국어와 정보기술의 위대한 결합을 촉진해야 한다.

2) 데이터에 대한 치안(policing data): 개인정보 보호와 보안

플랫폼은 다량의 개인정보를 보관(custody)하나 개인정보의 오남용·유출로 인한 피해는 대부분 각각의 정보주체에게 전가(pass on)되고 플랫폼 스스로가 내부화(internalize)하지 않으며, 특히 거대 플랫폼의 정보유출 시 유출된 정보를 활용한 다른 웹사이트 등에서의 2차 보안침해가 유발될 수 있는데, 이로 인한 사회적 비용도 내부화되지 않기에, 결국 플랫폼은 정보보호 및 보안에 사회적 최적수준보다 과소투자(underinvest)하는 결과가 초래된다.[246] 따라서 플랫폼이 직면하는 사적 비용(private cost)과 사회적 비용(social cost)을 일치시키기 위해 정보 유출이나 오남용에 대해 손해배상책임을 지우거나 보안투자를 하도록 규제한다. 우리나라의 경우 플랫폼들은 (1) 개인정보 오남용 방지를 위해 개인정보법상 개인정보처리자로서 일반적인 규제 뿐 아니라 정보통신서비스 제공자로서 동법 제6장의 특례가 규정하는 추가적인 의무[247]를 부담하고, (2) 개인정보 유출 방지를 위해 "개인정보의 기술적, 관리적 보호조치 기준"(개인정보위원회 고시 제2020-5호)에서 규정하는 보안조치를 준수하면서 보안침해 사고 시 손해배상책임을 질 수 있으며,[248] 일정 규모 이상[249]이면 정보보호관리체계(ISMS) 인증을 받아야

245) 현 개인정보보호법은 완벽한 비식별화를 요하고 있으나, 영상·말뭉치 등 비정형데이터는 개인정보가 일정 규칙에 따라 체계적으로 데이터베이스화되어 있지 않고 다른 데이터의 일부로 섞여 있어 데이터의 규모가 커질 경우 완벽한 비식별화가 거의 불가능하다. 비정형데이터는 체계적으로 배열되어 있지 아니하므로 개인정보보호법 제2조제4호의 "개인정보파일"이 아니고 따라서 제5호의 "개인정보처리자"도 아니라는 해석의 가능성은 있으나[서울중앙지판 2016. 12. 15. 2016고합538, 558(병합)(대판 2017. 11. 29. 2017도9747로 확정)], 일반적으로 수용되진 않는다. 영상정보의 경우 현 개인정보보호법 개정안상 "이동형 영상정보처리기기"의 경우 고지, 동의 없는 처리의 범위를 넓혔으나, 말뭉치의 경우 특칙이 없고, 개보위가 2021년 이루다 챗봇 사건으로 스캐터랩을 제재 시 비정형데이터의 특수성을 명시적으로 고려하지는 않았다(개보위 2021. 4. 28. 심의의결 제2021-007-072호).

246) Sangchul Park, "Why Information Security Law Has Been Ineffective in Addressing Security Vulnerabilities: Evidence from California Data Breach Notifications and Relevant Court and Government Records," *International Review of Law and Economics,* Vol. 58 (2019), p. 132-134.

247) 개인정보 유효기간제(제39조의6), 개인정보 이용내역의 매년 통지(매출액 100억원 또는 일평균 이용자 수 100만명 이상)(제39조의8) 등.

248) 법원은 보안침해 사건에서 플랫폼의 책임 인정에 적극적이진 않았으나(2008년 옥션 웹셸 업로드 공격 관련 대판 2015. 2. 12. 2013다43994는 고시상 기술적·관리적 보호조치를 다했으면 법률상·계약상 의무 위반을 인정하기 어렵다는 이유로, 2011년 네이트/싸이월드 APT 공격 관련 대판 2018. 1. 25.

한다(정보통신망법 제47조). 정보보호·보안과 경쟁법 간의 상호작용은 점점 복잡한 양상을 띠고 있는데 유형화하면 다음과 같다.

① **최종이용자 정보의 오용(misuse)을 착취남용으로 제재**: 독일 연방최고법원(BGH)은 2020. 6. 23. 구 Facebook이 이용자 동의 없이 Instagram, Whatsapp, Masquerade, Oculus 등 계열서비스로의 통합로그인 기능(Facebook Login)을 활용하여 이용자의 Facebook 내외의 데이터를 결합한 것을 시지남용(§19(1) GWB)으로 제재한 연방카르텔청(BKartA)의 처분에 대한 뒤셀도르프고등법원(OLG Düsseldorf)의 집행정지결정을 파기하여 BKartA의 손을 들어주었고,[250] 현재 본안이 계속 중이다. DMA안은 위 사건의 경험을 반영하여 (일반정보보호법(GDPR)에 기한 동의가 없는 한) 핵심플랫폼서비스(CPS)로부터 얻은 개인정보와 다른 서비스 또는 제3자 서비스로부터 얻은 개인정보의 결합 및 결합을 위한 다른 서비스로의 회원가입 요구를 금지한다(art 5(a)). 그러나 우리 현실에서 이런 규제를 하는 것은 중복규제로서 자제해야 한다.

② **이용사업자 활동 정보의 이용사업자와의 경쟁을 위한 활용을 전이남용으로 제재**: 플랫폼이용자법안이 이를 금하는데(제10조), DMA안을 따왔고(art 6(1)(a)), 미 온라인선택·혁신법안도 그 경쟁제한성에 대한 입증책임을 전환한다(§2(b)(3)). 이는 이해상충과 정보비대칭에 의한 시장실패를 유발할 수 있으므로 적극 시정할 필요가 있다.

③ **법령상 요구사항을 뛰어넘는 최종이용자의 정보의 보호를 이용사업자에 대한 배제남용으로 제재**: 프라이버시 보호 강화를 위해 Apple이 2020. 6.경 앱들이 최종이용자의 사전동의(opt-in) 없이 광고ID (IDFA)에 접근하여 앱 바깥의 데이터를 트래킹하지 못하게 하겠다는 방침("AppTrackingTransparency framework")을 발표하면서[251] 2021. 4. 26. iOS 14.5 업데이트부터 이를 적용하고,[252] Google이 2021. 3. 3.

2015다24904는 보호조치 미이행과 해킹사고 간 상당인과관계가 인정되지 않는다는 이유로 책임을 부인), 2016년 인터파크 APT 공격 관련 서울중앙지판 2020. 11. 9. 2016가합563586에서는 구 정보통신망법은 현 개인정보법과 달리 법정손해배상책임 발생 요건으로 인과관계를 요하지 않는다는 이유로 인과관계 여부와 무관하게 책임을 인정하였고 항소심에서 2021.11. 9.자로 1인당 위자료 10만원씩 배상하는 조정이 성립되었다.

249) 매출액 100억원 또는 일평균 이용자수 100만명 이상(정보통신망법 제47조제2항제3호, 동 시행령 제49조제2항제2, 3호).

250) BGH, 23.06.2020 - KVR 69/19. 사안의 상세는 최난설헌, 앞의 논문(주 181), 402-413면 참조.

251) Apple Developer, "App Tracking Transparency", https://developer.apple.com/documentation/apptrackingtransparency.

252) Google도 앱의 광고ID 접근을 통한 트래킹에 대한 이용자의 사후철회(opt-out) 허용 기능을 2021년말 Android 12 업데이트부터 적용하기 시작했다.

Chrome 브라우저에서 2023년말까지 제3자 쿠키(third-party cookies) 및 기타 개인 트래킹 기술의 지원을 중단하겠다는 방침("Privacy Sandbox initiative")을 발표하자,[253] 최종이용자 정보를 예전처럼 수집하지 못하게 된 맞춤형 광고 플랫폼, 앱개발자 등이 반발하였고 전 세계 경쟁당국이 양사의 배제남용 혐의에 대해 동시다발적인 조사에 착수했다.[254] 단, 우리의 경우 2017. 3. 23.부터 시행된 정보통신망법 제22조의2에 따라 모바일앱 개발자가 이용자가 이용과정에서 생성한 정보에 접근하기 위해 사전에 동의를 얻도록 규제하고 있기 때문에, 특히 모바일 환경에서의 사전동의 요건은 외국과 달리 법령상 요구사항을 뛰어넘는 보호라 하긴 어려운 측면이 있다.

④ **경쟁 활성화를 위한 구제나 규제가 개인정보 보호·보안과 충돌**: 상호운용성, 풀링, 탈중개화 등의 많은 조치들이 개인정보를 포함하는 데이터의 이전을 수반할 수 있고, (정보주체의 의사에 기한 데이터 이동성 등을 제외하면) 개인정보법령상 동의원칙과 충돌하고 정보보안을 위협할 수 있다. DMA안은 준수를 위해 GDPR 등에 따른 개인정보 수집·처리 동의가 필요할 경우 플랫폼이 이용사업자로 하여금 직접 동의를 얻도록 해주거나 익명화 등 절차를 밟도록 하고 있고, 이용사업자의 동의취득을 자신의 동의취득보다 번거롭게 하는 것을 금한다(art 11(2)). 미국 ACCESS Act 안도 데이터이동성과 상호운용성과 관련하여 데이터를 받는 이용사업자의 보안조치 의무(§3(b), §4(b))와 특히 상호운용성의 경우 대상 플랫폼의 프라이버시 및 보안기준 설정의무(§4(d))를 규정한다. 데이터 남용에 대한 구제조치나 상호운용성 등 조치는 개인식별성의 제거를 전제로 시행해야 할 것이다.

3) 기타 행정작용

플랫폼의 본인확인[255], 재난대응[256], 주조자(mint) 역할[257], 징세협조[258], 공용제

253) The Chromium Projects, "The Privacy Sandbox," https://www.chromium.org/home/chromium-privacy/privacy-sandbox. 상세는 이진규·이재림, 앞의 논문(주 6), 174-191면 참조.

254) 상세는 류시원, "기업의 프라이버시 증진 활동의 경쟁법적 쟁점: 탐색적 고찰", 고려법학 제101호(2021. 6), 127-140면 참조.

255) 플랫폼들은 전자서명법에 기해 전자서명인증사업자로 인정된데 이어(전자서명법 제7~16조), 향후 정보통신망법에 따라 이동통신 3사에 이어 본인확인기관으로 지정(정보통신망법 제23조의2~4)되면 주민센터에 유사한 본인확인업무를 수행하게 된다.

256) 팬데믹에 대처하기 위해 2020. 6. 10. 전자출입명부(KI-Pass)가 시행되었는데(감염병예방법 제49조 제1항제2의2), 이동통신3사와 함께 네이버, 카카오가 QR발급회사로서 방역행정을 지원하고 있다.

257) 전자화폐, 선불·직불전자지급수단, 마일리지, 가상화폐 발행 등에서 주조적 특성이 나타나고, 규제가 없으면 국가가 독점하던 주조차익(seigniorage)을 취하기도 하며, 통화정책을 약화시키기도 한다. 주조의 민간이양은 하이에크가 1976년 저작에서 예언한 바이기도 하다(Friedrich A. Hayek, *The Denationalization of Money: The Argument Refined,* 3rd Ed., Institute of Economic Affairs, 1990).

258) 향후 이용사업자 또는 개인판매자에 대한 과세 확보를 위해 원천징수, 정보보고 절차 등이 검토될 수 있

한[259] 등 역할도 쟁점이 될 수 있다.

(2) 사법작용의 수탁

1) 형사사법협조(law enforcement)

플랫폼은 (예외적으로 통신적 성격이 있는 이메일, MIM을 중심으로) 이용자의 인적 사항은 전기통신사업법상 통신자료제공(제83조제3항)[260]으로, 실시간 송수신 신호는 통신비밀보호법상 통신제한조치(제6, 7, 8조)[261]로, 송수신이 완료되어 서버에 저장 중인 것은 형사소송법상 압수(제107조)로, 송수신 내역은 통신비밀보호법상 통신사실확인자료(제2조제11호)로 법원·수사기관에 제공하여 사법절차에 협조하고, 협조를 위해 통신사실확인자료를 일정 기간 보관한다(제15조의2).

특히 미국계 빅테크의 협조 확보가 관건인데, (전기통신프라이버시법(Electronic Communications Privacy Act of 1986; ECPA)[262]의 보호를 받지 않는 인적 사항 외에) 통신내용을 확보하려면 국제사법공조(MLAT)에 의해야 하나 절차가 번거롭고 시간이 걸리므로 사이버범죄협약(Convention on Cybercrime) 가입이나 ECPA 제2장(Stored Communications Act)[263]의 개정법인 클라우드법(CLOUD Act)[264]에 따른 행정협정(executive agreement) 체결을 추진해야 한다.

2) 민사분쟁해결(dispute resolution) 등

플랫폼 내 최종이용자와 이용사업자 간 배송·환불 등 분쟁에 대해서는 플랫폼이 법원과

다. 신용카드사의 가맹점 부가세 원천징수가 먼저 검토 중인데 2019. 1. 1.부터 우선 유흥·단란주점업에 적용되었다[조세특례제한법 제106조의10, 시행령 제106조의14, "부가가치세 대리납부를 운영하는 신용카드업자의 지정 등에 관한 고시"(국세청 고시 제2021-60호)].

259) 망중립성(전기통신사업법 제3조제1항 참조)이 플랫폼에 전송망에 대한 사실상의 공용제한권을 부여한다는 시각이 있을 수 있다.

260) 단, 통신자료제공이 이용자의 개인정보자기결정권이나 익명표현의 자유 등을 위법하게 침해한 것이라 판시한 서울고판 2012. 10. 18. 2011나19012 이후 주요 플랫폼들은 법원 영장 없는 통신자료제공을 거부하고 있다. 이후 대판 2016. 3. 10. 2012다105482가 위 판결을 파기환송하였으나 플랫폼들의 실무는 과거로 되돌아가지 않았다.

261) 통신제한조치의 경우 체신관서나 "통신기관등"에 집행을 위탁하거나 집행에 관한 협조를 요청할 수 있는데(통신비밀보호법 제9조), 이에 근거하여 플랫폼이 일정 기간의 실시간 통신 내용을 모아 사법기관에 제공하는 이른바 "셀프감청"을 할 수 있는지에 대한 논란이 촉발되었다.

262) 18 U.S.C. §2510 *et seq.*

263) 18 U.S.C. §§2701-2712.

264) Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act, Pub.L. 115-141. 연방대법원의 *United States v. Microsoft Corp.,* 584 U.S. —, 138 S.Ct. 1186 (2018) 판결로 아일랜드 내 서버 저장 데이터에 대한 영장의 효력이 부인된 것에 대한 대응입법이다.

유사한 준사법기능을 수행하며 분쟁을 빠르고 값싸게 해결하고 있다. 다수 법령들이 플랫폼 내 민원처리·분쟁해결 절차를 규정하는데,[265] 일원화·체계화가 필요하다.

(3) 소결

플랫폼은 국가작용을 폭넓게 위탁받아 수행하고 있다. DSA안에서 볼 수 있듯 그 합리화는 중요한 입법과제이나, 규제일변도의 법안들에 가려져 간과되었다. 산일된 관련 규정·법리들을 현 정보통신망법에 모아 체계화하여 **디지털서비스법**으로 개편할 필요가 있다.

4. 각 산업별 규제체계와의 조정

나아가 시야를 더 넓혀 플랫폼에 적용되는 개별 법령들의 합리화도 병행해야 한다. 첫째, 이미 **분야별·수직적 규제체계**(vertical silo model)에서 **기능별·수평적 규제체계**(horizontal layered model)로의 전환[266]이 추진되던 영역에서는 플랫폼이 새로운 기능별 규제를 받게 되는데,[267] 도리어 저인망·백화점식 규제로 빠져 규제총량이 과도하게 상향되지 않도록 유의해야 한다. 둘째, 플랫폼 등을 별도로 규율하기 위한 **새로운 수직적 규제를 추가**하는 경우,[268] 온·오프라인간 형평성과 등가성을 갖춰야 한다. 셋째, **기존 규제**를 그대로 적용할 경우에는,[269] 플랫폼이 법적 공백에 놓이지 않으면서도 활성화되도록

265) 전자상거래법(제20조제3항), 소비자기본법(제53조), 전기통신사업법(제32조), 플랫폼이용자법안(제7, 19조) 등〔참고로 외국의 경우 P2B법(art 11), DSA안(art 17), 특정플랫폼법(제7, 8조) 등〕.

266) Richard S. Whitt, "A Horizontal Leap Forward: Formulating a New Communications Public Policy Framework Based on the Network Layers Model," *Federal Communications Law Journal,* Vol. 56 (2004), p. 587-672.

267) 수평적 규제로의 전환의 예는 다음과 같다.
- 데이터3법 개정으로 플랫폼의 정보처리는 정보통신망법이 아닌 개인정보법의 규율을 받게 되었다.
- 금융규제 중 건전성규제는 은행업·금융투자업·보험업 등 업역별 수직규제로 남아 있으나 판매규제는 금융소비자보호법(2021. 3. 25. 시행)으로 통합하였고 예금성·투자성·보장성·대출성의 4대 기능 기준의 6대 판매규제로 재편되었다. 핀테크 플랫폼은 주로 금융상품판매대리·중개업자(제2조제2호나목, 제3호나목) 또는 금융상품자문업자(제2조제4, 5호)로서 기능별 동일 규제를 적용받는다.
- 전자금융거래법은 현행 7개 전자금융업을 기능별(송금·결제·대행)로 구분하고 지급지시전달업을 추가하여, 전자금융업을 자금이체업, 대금결제업, 결제대행업, 지급지시전달업으로 개편하는 과정에 있다.
- 온라인시청각미디어를 방송법, IPTV법과 통합적으로 규제하자는 움직임이 있다.

268) 여객자동차운송플랫폼사업(여객자동차플랫폼운송·가맹·중개사업으로 구분)(여객자동차운수사업법 제2조제7호, 제49조의2~19), 인터넷뉴스서비스(뉴스포탈)(신문법 제2조제5, 6호), 자체등급분류사업자(게임플랫폼)(게임법 제21조의2), 온라인음악서비스제공업(음원플랫폼 포함)(음악산업법 제2조제11호), 온라인투자연계금융업(P2P대출플랫폼)(온라인투자연계금융업법 제2조제2, 3호), 온라인소액투자중개업(크라우드펀딩플랫폼)(자본시장법 제9조제27항, 제117조의3~16) 등이 예이다. 구매대행업도 광의의 플랫폼으로 보면, 수입식품등 인터넷구매대행업(수입식품법 제14조제1항, 시행령 제2조제3호), 전기·생활용품 구매대행(전기생활용품안전법 제2조제16호)도 있다.

정비해야 한다. 넷째, 플랫폼 자체의 **금지**[270]는 지양해야 한다.

Ⅳ. 결어

결국 우리에게 필요한 것은 해외 법안의 무분별한 계수보다는 우리 현실에 대한 이해, 실증, 긴 안목, 종합적 판단이다. 물론 소상공인들은 팬데믹 중 보건정책을 위한 영업제한으로 불균형한 고통을 받았다. 공리주의적 정의는 大를 위한 小의 일방적 희생만 강요하는 것이 아니라 小에 합당한 보상을 지급할 것을 요한다(Kaldor-Hicks criterion). 그런데 보상의 재원을 산일하고 대신 플랫폼의 수수료를 직접 통제하거나 고강도 규제를 가해 메꾸려는 시도가 이어졌다. 이래서는 신용카드 수수료통제처럼 시장을 피폐화하거나 인터넷 실명제가 그러했듯 대외종속만 심화시킬 뿐이다. 소상공인의 보호는 소득세제와 재정지원 등 합목적적 수단에 맡기고, 이제라도 국내 플랫폼의 생존 및 빅테크와의 공존 전략을 정립해야 한다. 그로써 실증을 무기로 충분한 사업자 수 내지 잠재적 진입의 확보와 유지를 지향하며 치열한 경쟁을 통한 수수료의 자연스러운 하락도 유도하는 신중하고 끈기 있는 처방을 도출해야 한다. 또한 규제일변도의 사고에서 시야를 넓혀 그간 외면되었던 국가기능 수탁 등 공적 역할의 합리화 및 관련 법령들의 전체적인 개선도 추진해야 한다. 이를 위해서는 플랫폼이 우선 사실·증거·합리에 입각한 법체계의 영역에 편입되어야 한다는 점을 재차 강조하며 글을 마친다.

269) 프랍테크(PropTech) 플랫폼은 중개업(공인중개사법 제2조제3호)과 감정평가업(감정평가법 제2조제3호), 구직 플랫폼은 유·무료직업소개사업(직업안정법 제2조의2제4, 5호) 등으로 규제된다.

270) 여객운송플랫폼도 한때 금지되었으나〔서울중앙지판 2017. 4. 26. 2014고단9688, 2015고단3869(병합)〕 법원판결(서울중앙지판 2020. 2. 19. 2019고단7006)을 계기로 법 개정을 통해 양성화되었다.

〈참고문헌〉

I. 국내문헌

1. 논문

권남훈, "방송통신 산업의 결합판매와 시장지배력 전이 판단기준", 경제규제와 법 제10권 제2호(2017. 11).

류시원, "기업의 프라이버시 증진 활동의 경쟁법적 쟁점: 탐색적 고찰", 고려법학 제101호(2021. 6).

박재완, "'좋은 행정'에서 본 행정현장과 행정학의 과제: 정부실패를 중심으로", 행정논총 제54권 제4호(2016. 12.).

윤성중/강경훈/김정규, "신용카드시장의 의무수납제도가 신용카드 수수료체계에 미치는 영향", 경제분석 제19권 제4호(2013. 12).

이봉의, "디지털플랫폼의 자사 서비스 우선에 대한 경쟁법의 쟁점: Monopoly Leverage와 Equal Treatment를 중심으로", 법학연구 제30권 제3호(2020. 9).

이원우, "통신시장에 대한 공법적 규제의 구조와 문제점", 행정법연구 제11호(2004. 11).

이진규·이재림, "Google의 FLoC 적용과 프라이버시 고려사항", DAIG 제2호(2021. 9).

이호영, "전기통신사업법상 이용자이익 저해행위의 금지 재론", 경제규제와 법 제10권 제1호(2017. 5).

이희정, "인터넷상 부가서비스 규제에 대한 일고(一考)", 경제규제와 법 제8권 제1호(2015. 5).

———, "경쟁상황평가를 기초로 한 통신규제모델의 연구", 행정법연구 제18호(2007. 8.).

최난설헌, "디지털 시장에서의 독과점 규제 적용 가능성에 대한 검토: 독일의 Facebook 사례를 중심으로", 법학논총 제42권 제2호(2018. 6).

홍대식, "플랫폼 경제에 대한 경쟁법의 적용: 온라인 플랫폼을 중심으로", 법경제학연구 제13권 제1호(2016. 4).

———, "전기통신사업자에 대한 사후적 행위규제 제도", 경쟁법연구 제22권(2010. 11.).

황창식, "다면적 플랫폼 사업자에 대한 공정거래규제: 양면시장이론의 경쟁법적 적용 및 대법원의 티브로드 강서방송 판결 등의 사례분석을 중심으로", 정보법학 제13권 제2호(2009. 8).

2. 발표자료

박민수, "플랫폼 규제이슈에 관한 경제학적 검토", 2021년 공정위-한국경제학회-한국산업조직학회 공동 학술대회(2021. 11).

양용현, "플랫폼 분야 시장획정의 쟁점과 경쟁정책적 함의", 2021년 공정위-한국경제학회-한국산업조직학회 공동 학술대회(2021. 11).

Ⅱ. 외국문헌

1. 단행본

A. Douglas Melamed, Randal C. Picker, Philip J. Weiser, and Diane P. Wood, *Antitrust Law and Trade Regulation,* 7th Ed., Foundation Press, 2018.

Friedrich A. Hayek, *The Denationalization of Money: The Argument Refined,* 3rd Ed., Institute of Economic Affairs, 1990.

Marco Iansiti and Roy Levien, *The Keystone Advantage: What the New Dynamics of Business Ecosystems Mean for Strategy, Innovation, and Sustainability,* Harvard Business Press, 2004.

Maurice E. Stucke and Ariel Ezrachi, *Competition Overdose: How Free Market Mythology Transformed Us from Citizen Kings to Market Servants,* Harper Collins, 2020.

武智健二, 通信法制70年史, 信山社, 2021.

林秀弥/武智健二, オーラルヒストリー電気通信事業法, 勁草書房, 2015.

2. 논문

Bernard Caillaud and Bruno Jullien, "Chicken & Egg: Competition among Intermediation Service Providers," *Rand Journal of Economics,* Vol. 34 No. 2 (2003).

Bruno Jullien, "Competition in Multi-Sided Markets: Divide and Conquer," *American Economic Journal: Microeconomics,* Vol. 3 No. 4 (2011).

Colleen Cuningham, Florian Ederer, and Song Ma, "Killer Acquisitions," *Journal of Political Economy,* Vol. 129 No. 3 (2021).

David S. Evans, "The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets," *Yale Journal on Regulation,* Vol. 20 No. 2 (2003).

D. Daniel Sokol, "Analyzing Robinson-Patman," *The George Washington Law Review,* Vol. 83 (2015).

Francesco Cappa, Raffaele Oriani, Enzo Peruffo, and Ian McCarthy, "Big Data for Creating and Capturing Value in the Digitalized Environment: Unpacking the Effects of Volume, Variety, and Veracity on Firm Performance," *Journal of Product Innovation Management,* Vol. 38 No. 1 (2021).

Frank H. Easterbrook, "The Limits of Antitrust," *Texas Law Review,* Vol. 63 No. 1 (1984).

Hal Varian, "Big Data, Personalization, and Competition," 126th Meeting of OECD Competition Committee (Nov 2016).

Harry First, "Antitrust in Japan: The Original Intent," *Pacific Rim Law & Policy Journal,* Vol. 9 No. 1 (2000).

Herbert Hovenkamp, "Antitrust and Platform Monopoly," *Yale Law Journal,* Vol. 130 (2021).

————————, "Antitrust Error Costs," University of Pennsylvania Institute for Law & Economics Research Paper No. 21-32 (2021).

Jane Bambauer and Tal Zarsky, "The Algorithm Game," *Notre Dame Law Review,* Vol. 94 (2018).

Jean-Charles Rochet and Jean Tirole, "Platform Competition in Two-Sided Markets," *Journal of the European Economic Association,* Vol. 1 No. 4 (2003).

————————, "Two-Sided Markets: A Progress Report," *Rand Journal of Economics,* Vol. 37 No. 3 (2006).

Joseph Farrell and Michael L. Katz, "Innovation, Rent Extraction, and Integration in Systems Markets," *Journal of Industrial Economics,* Vol. 48 Issue 4 (2000).

Karin Sein, "Interplay of Digital Content Directive, European Electronic Communications Code and Audiovisual Media Directive in Communications Sector," *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law,* Vol. 12 No. 2 (2021).

Kevin J. Boudreau and Andrei Hagiu, "Platform Rules: Multi-Sided Platforms as Regulators," in *Platforms, Markets and Innovation,* Annabelle Gawer Ed., Edward Elgar, 2009.

Lawrence G. Roberts, "The Evolution of Packet Switching," *Proceedings of the IEEE,* Vol. 66 No. 11 (1978).

Lesley Chiou and Catherine Tucker, "Search Engines and Data Retention: Implications for Privacy and Antitrust," NBER Working Paper 23815 (2017).

Lina M. Khan, "Amazon's Antitrust Paradox," *Yale Law Journal,* Vol. 126 No. 3 (2017).

Maureen K. Ohlhausen, "Section 5 of the FTC Act: Principles of Navigation," *Journal of Antitrust Enforcement,* Vol. 2 Issue 1 (2014).

Omri Ben-Shahar and Carl Schneider, "The Failure of Mandated Disclosure," *University of Pennsylvania Law Review,* Vol. 159 No. 3 (2011).

Randal C. Picker, "Security Competition and App Stores," *Concurrentialiste* (Aug 2021).

Richard S. Whitt, "A Horizontal Leap Forward: Formulating a New Communications Public Policy Framework Based on the Network Layers Model," *Federal Communications Law Journal,* Vol. 56 (2004).

Robert Cannon, "The Legacy of the Federal Communications Commission's Computer Inquiries," *Federal Communications Law Journal,* Vol. 55 No. 2 (2003).

Sangchul Park, "Why Information Security Law Has Been Ineffective in Addressing Security Vulnerabilities: Evidence from California Data Breach Notifications and Relevant Court and Government Records," *International Review of Law and Economics,* Vol. 58 (2019).

Steven J. Shaw, "Colonial Newspaper Advertising: A Step toward Freedom of the Press," *Business History Review,* Vol. 33 (1959).

Steven Shavell, "The Optimal Structure of Law Enforcement," *Journal of Law and Economics,* Vol. 36 No. 1 (1993).

Wen Wen and Feng Zhu, "Threat of Platform-Owner Entry and Complementor Responses: Evidence from the Mobile App Market," *Strategic Management Journal,* Vol. 40 (2019).

西村暢史, 泉水文雄, "一九四七年独占禁止法の形成と成立: 原始独禁法における主要規定の制定過程", 神戸法學雜誌56巻2号(2006).

林健二, "VAN(付加価値通信網)の現状と将来展望:通信処理と情報処理を融合するVAN", 電学誌111巻11号(1991).

3. 보고서

European Parliamentary Research Service (EPRS) (Tambiama A. Madiega), "Reform of the EU Liability Regime for Online Intermediaries" (May 2020), https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS-IDA(2020)649404.

Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), "An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation" (March 2019), https://doi.org/10.1787/53e5f593-en.

————, "Pharmaceutical Pricing Policies in a Global Market" (Sep 2008), https://doi.org/10.1787/9789264044159-en.

United States House Judiciary Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law (Jarrold Nadler and David N. Cicilline), "Investigation on Competition in Digital Markets" (Oct 2020), https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition-in-digital-markets.pdf.

Platform Law

Sangchul Park*

<Abstract>

As digital platforms get ubiquitous and grow their market power, the world is plunging into a debate over how to strengthen antitrust enforcement or create new regulatory regimes to control them. Korea's legislature is not only adding a series of stringent provisions to the Electronic Communications Business Act (ECBA) but is on the way to pass a couple of new platform regulation bills: the Platform Fairness Act, a merchant protection law modeled after the EU and Japan's platform-to-business regulations, and the Platform User Protection Act, a common carrier regulation regime that includes a potential legal mandate for direct commission control. Without considering Korea's unique market situation where local platforms fiercely compete with the Big Tech, the bills aim to tightly regulate platforms based on public law principles. In this context, this paper proposes a complete reversal of policy. First, Korea must stop applying and extending common carrier regulations to platforms as they are information service providers that do not fall under value-added networks under the ECBA. Second, Korea's legislative moves are likely to follow in the footsteps of a cost-based commission control regime as applicable to the credit card industry, but the arbitrary price control must give way to evidence-based and fact-driven antitrust enforcement. Lastly, Korea's competition agency must effectively cope with platforms' leveraging abuses and underdeterrence through a regular economic analysis system. Based on this agenda, this paper reviews each item of potential remedies and regulations to sort out those suited for Korea's market status. Doing so, it proposes market-based solutions aiming at preserving market dynamics rather than hastily transplanting a Europe-style merchant protection regime, so as to balance consumer and merchant welfare without stifling innovation and competition.

Keywords: Platform, Regulation, Telecommunication, Common carrier, Value-added Network, Antitrust

* Assistant Professor, Seoul National University School of Law