

디지털 플랫폼의 규제 근거에 관한 검토*

이 한 영
중앙대학교 경제학부 교수
: 제1저자

차 성 민**
한남대학교 법학부 교수
: 교신저자

A Study on the Regulatory Basis of Digital Platform

Han Young Lie (Professor, Department of Economics, Chung-Ang University, South Korea)

Seong-Min Cha (Professor, Department of Law, Han-Nam University, South Korea)

Abstract

(Purpose) This study aims to examine the regulatory foundations for addressing the abuse of market dominance by large digital platform operators wielding significant power in the digital economy.

(Design/methodology/approach) To achieve this objective, the study analyzes the regulatory framework and legal principles governing digital platforms. Specifically, it reviews the evolution of the essential facilities doctrine, explores the concept of quasi-essential facilities, and examines regulatory jurisprudence under individual industry-specific regulatory laws.

(Findings) The essential facilities doctrine, which has been discussed in both theoretical and case law contexts for over a century, aims to prevent dominant firms controlling bottleneck facilities from abusing their market power to the detriment of competition. However, the stringent or ambiguous requirements under existing case law have posed challenges for its application. In response, the quasi-essential facilities theory has emerged as a viable alternative, easing the regulatory authorities' evidentiary burdens. Additionally, the proposal to regulate digital platforms as key telecommunication operators has gained traction. In Korea, the adoption of the quasi-essential facilities theory appears to be a practical and effective solution.

(Research applications or Originality) Legal research on the essential facilities doctrine as a regulatory mechanism for digital platforms remains limited in Korea. However, given the global regulatory trends, such research is both timely and necessary. This study synthesizes and analyzes three key international perspectives on the issue and offers policy recommendations tailored to the Korean regulatory landscape.

주제어: 필수설비론, 디지털 플랫폼, 준필수설비론, 개별산업규제법, 기간통신사업자

Keywords: Essential Facilities Doctrine, Digital Platform, Quasi-essential Facility, Individual Industrial Regulation Act, Facilities-based Operator

* 이 논문은 2022년도 중앙대학교 연구년 결과물로 제출됨.

** Corresponding Author: smcha@hnu.kr

Copyright © 2024 by the Korean Association for Comparative Government. This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution Non-Commercial License which permits unrestricted non-commercial use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

I. 서론

오늘날 빅테크(Big Tech)라고 일컫는 거대 기술 회사들(technology companies)은 대규모의 디지털 플랫폼을 운영하며 다양한 서비스를 제공한다. 이들 사업자는 대부분 기술 게이트키퍼(tech gatekeeper)이며, 이들이 정한 정책을 준수하지 않으면 이들이 운영하는 온라인 시장에서 활동하는 데에 제약이 따른다. 이는 디지털 플랫폼 사업자가 플랫폼 이용자의 활동에 실제로 영향을 미칠 수 있다는 것을 의미한다.

이처럼 디지털 경제에서 막강한 힘을 발휘하는 거대 디지털 플랫폼 사업자의 남용 행위를 규제하기 위한 법리로서 최근 몇 가지 견해가 제시되고 있다. 하지만 이러한 논의는 100여 년 전에 이미 탄생하여 병목 시설을 보유한 지배적 사업자의 남용 행위를 규제하는 법리인 필수설비론에서 시작한다. 그리고 뒤를 이어서 필수설비론의 적용상 한계를 보완하기 위한 여러 견해가 등장한다. 이들 중에는 ‘디지털 플랫폼은 필수설비인가’라는 보다 근본적인 물음에서 출발하는 견해도 있고, ‘필수설비론으로 디지털 플랫폼을 어떻게 규제할 것인가’라는 규제 관점의 물음에서 출발하는 견해도 있다. 이처럼 접근 방식이 다르므로, 각각의 견해를 일관된 관점에서 비교하기란 쉽지 않지만, 이 글에서는 이해의 편의를 위해 필수설비론, 준필수설비론 그리고 기간통신 사업자로 의제하는 법리의 순서로 소개함으로써 전체 규제 맥락 속에서 향후 국내 디지털 플랫폼 정책 입안과 집행에 시사점을 제공하고자 한다.

II. 필수설비론

1. 디지털 플랫폼과 필수설비론

독점에 관한 법리인 필수설비론(essential facilities doctrine)은 ① 독점사업자가 필수설비를 통제하고, ② 그가 경쟁자에게 그 설비의 이용을 거부하지만, ③ 독점사업자가 필수설비에 대한 접근권을 제공하는 것이 정당하며, ④ 독점사업자의 경쟁사업자가 필수설비를 실질적 또는 합리적으로 복제할 수 없는 경우에 적용된다(MCI v. AT&T, 1983).

캘리포니아 북부 지방법원은 2017년에 디지털 플랫폼에 필수설비론을 적용했다. 링크드인(LinkedIn) 사건에서 소셜 미디어 시장이 독점화되는 것에 대해 필수설비론을 적용한 것이다(hiQ v. LinkedIn, 2019). 링크드인은 개발자가 이용할 수 있는 정보인 사용자 프로필에 접근하는 것을 막았다. 이에 개발자는 링크드인이 소셜 네트워킹 시장에서 독점권을 행사했으며 경쟁을 제한하기 위해 데이터 접근을 제한했다고 주장했다. 여기서는 링크드인의 데이터가 소셜 네트워킹을 위한 필수설비인지가 주요 이슈였는데, 이에 관해 법원은 “링크드인이 반경쟁적 목적으로 소셜 네트워킹 시장에서 자사의 영향력을 부당하게 활용하여 심각한 문제를 제기했다는 하이큐(hiQ)의 주장에

동의”하고, 원고에게 유리한 예비 금지 명령을 했다.

한편 디지털 공간에서 소비자들이 방문하는 웹사이트, 특히 검색 및 소셜 미디어 웹사이트는 소비자가 어떤 기업과 제품에 주목하는지에 대해 엄청난 통제력을 발휘할 것이다. 아마존, 페이스북, 구글, 넷플릭스, 유튜브 등 많은 디지털 플랫폼 사업자의 플랫폼에는 모두 자체 제품과 서비스, 타사 제품이 섞여 있다. 이런 경우 필수설비론은 디지털 플랫폼 사업자가 반경쟁적 행위를 하고 있는지를 평가할 수 있는 효과적인 도구이다. 이런 점에서 디지털 플랫폼을 필수설비로 쉽게 인정해 버릴 수도 있다.

그러나 디지털 플랫폼이 경쟁법상 필수설비로 특징지어지기 위해서는 위에서 살펴본 요건들을 충족해야 한다. 또한 이 법리를 적용하기 위해서는 필수설비가 무엇인지를 정의해야 한다. 필수설비는 주어진 시장에서 기업활동을 위해 필요한 것이다(Hecht v. Pro-Football, 1977). 필수설비론은 터미널 철도 협회(Terminal Railroad Ass'n) 사건에서 확립되었는데, 여기서 문제가 된 설비는 미주리주 세인트루이스의 철도 터미널 시설이었다. 이 터미널 시설의 배타적 운영 특성과 미시시피강을 따라 위치한 지리적 특성으로 인해 경쟁자가 독점사업자의 터미널 시설과 경쟁하기 위해 새로운 설비를 건설하는 것은 불가능했다는 점에서 필수설비론이 적용되었다(United States v. Terminal Railroad, 1912).

이러한 현상은 디지털 플랫폼 시장에서도 나타난다. 즉, 많은 소비자가 특정 플랫폼을 선택함으로써 이와 비슷한 효과가 발생한다. 소비자들은 소수의 웹사이트에 집중되어 있으며, 기업들이 소비자들에게 다가가기 위해서는 이미 소비자들이 시간을 소비하고 있는 특정 디지털 플랫폼에서 제품을 홍보해야 한다. 즉 소비자나 기업은 자신들의 니즈(needs)를 효과적으로 달성하기 위해서는 특정 디지털 플랫폼을 이용해야만 하는 것이다. 이하에서는 필수설비의 요건들을 디지털 플랫폼에 적용할 때 발생할 수 있는 이슈들을 기존 판례들을 바탕으로 검토한다.

1) 독점사업자의 필수설비 통제

디지털 플랫폼 사업자는 여러 가지 방법으로 자신의 플랫폼에 대한 통제권을 행사한다. 이를 위해 특허와 저작권으로 플랫폼이 기능하는 데 필요한 독점적 코드와 발명품을 확보한다. 예를 들어 아마존의 소매업자는 공통 아파치 라이선스 2.0.136으로 보호되는 회사의 Selling Partner API에 의존한다. 그런데 아파치 라이선스는 제3자의 특허권을 방해하는 조항을 포함하고 있다. 아마존이 판매자에 대한 제한적 행동 지침을 통해 판매자에 대한 통제권을 확보하고 있다는 의미이다. 이는 플랫폼 사업자들이 필수설비를 통제하기 위해 사용하는 방법의 하나로서, 페이스북이나 애플 같은 기업들도 앱스토어를 통해 이와 유사한 정책을 시행하고 있다.

필수설비를 통제하기 위해서는 독점사업자가 “하류 시장에서 경쟁을 제한”할 수 있는 능력이 있어야 한다(Alaska Airlines v. United Airlines, 1991). 이러한 경쟁제한 행위는 대부분 간단하게 행해질 수 있다. 예를 들면, 예약 서비스를 통제하면 항공 여행 시장에 영향을 미치며, 철도 터미널 시설을 통제하면 화물 운송 시장에 영향을 미친다(United States v. Terminal Railroad, 1912).

2) 경쟁사의 설비사용 요구 거부

디지털 플랫폼 사업자는 플랫폼을 채울 콘텐츠를 만들기 위해 개발자, 판매자, 생산자에 의존한다. 이들이 생산하는 콘텐츠가 없으면 디지털 플랫폼 사업자는 모든 콘텐츠를 자체 제작해야 한다. 디지털 플랫폼 사업자가 경쟁자에게 자신의 플랫폼 사용을 전면적으로 거부하는 것이 자기 파괴적이라는 지적은 이러한 이유 때문이다. 이와 관련하여 선개방 후폐쇄(이하 OFCL; open first-closed later)라고 불리는 전략이 있다. OFCL은 디지털 플랫폼의 수명 주기 초기에 그 플랫폼 사업자가 사용자를 끌어들이기 위해 제3자의 콘텐츠를 사용하여 그들의 디지털 플랫폼에서 제3자 개발을 장려한 후, 디지털 플랫폼이 상당한 사용자 수에 도달하면 점차 개발자를 상대로 플랫폼을 폐쇄하는 것이다. 이러한 OFCL은 전환비용이 높고, 충성도가 고착되는 디지털 플랫폼 시장의 특성으로 인해 반경쟁적인 영향을 끼친다.

3) 설비 접근의 타당성

디지털 플랫폼이 제공하는 서비스에 대한 접근(access)을 허용하기란 어렵지 않다. 디지털 플랫폼에 대한 접근을 허용하는 것은 플랫폼을 운영하는 데에 있어 본질적인 부분이기도 하다. 그러나 디지털 플랫폼에 임계치 이상의 많은 접근이 일어날 경우, 플랫폼 운영자는 그들의 서비스를 호스팅하고 제공하는 데에 높은 비용이 든다는 점을 근거로 들면서 이용자들을 플랫폼의 접근에서 배제하는 것을 정당화하곤 한다. 그러나 디지털 플랫폼은 물리적 공간의 제한을 받지 않는다. 그러므로 이러한 이유로 디지털 플랫폼에의 접근을 제한하려는 시도는 설득력이 떨어진다. 디지털 플랫폼에서는 오프라인에서는 할 수 없는 방식으로 이용자의 수요에 맞게 접근을 확장할 수 있을 것이기 때문이다.

4) 설비의 복제 불가

필수설비론의 정의에 따르면, 경쟁사업자가 독점사업자의 설비를 복제할 수 있다면 그 경쟁사업자는 독점사업자의 설비에 접근할 권한이 발생하지 않는다(MCI v. AT&T, 1983). 역사적으로 보면, 지리적, 물리적 제약이 세인트루이스 터미널과 같은 설비를 복제할 수 없게 만들었다(United States v. Terminal Railroad, 1912). 그러나 디지털 플랫폼의 경우 이런 물리적인 구조는 크게 중요하지 않다. 그보다는 지적 재산권이나 사용자 기반으로 인해 디지털 플랫폼이 복제될 수 없다는 점이 더 중요하다. 즉 지적 재산권으로 보호받음으로써 디지털 플랫폼이 복제되는 것을 방지할 수 있다는 것이다. 만약 어떤 플랫폼이 저작권이 있는 프로그래밍 코드나 특허받은 필수요소를 이용하고 있다면, 그러한 설비의 복제는 불가능할 것이다(Nelson, 2021).

그러나 소셜 미디어 커뮤니케이션, 전자상거래 또는 스트리밍 비디오를 운영하는 많은 디지털 플랫폼이 비교적 단순한 아이디어에 의존한다는 점에서 지적 재산권으로 인해 복제 불가능한 경우는 실제로는 드물 것이다. 여기서 사용자 기반이 문제 된다. 사용자 기반은 앞으로 지배적인 디지털 플랫폼이 되고자 하는 사업자들에게 중요한 문제이다. 지배적인 디지털 플랫폼과 경쟁 관계에 있는 플랫폼은 어떤 설비를 성공적

으로 복제하더라도 기업과 개인이 자신의 플랫폼을 사용하도록 유인할 수 있을 때만 지배적인 플랫폼에 심각한 경쟁 위협을 가할 수 있다. 이는 네트워크 효과와 밀접한 관련이 있다. 네트워크 효과는 특정 소셜 미디어 서비스에 대한 친구, 가족, 동료의 밀도에 관한 것이다. 소셜 미디어 플랫폼이 친구, 가족, 지인에게 연결하도록 지원하지만, 그 사람들이 플랫폼에 있지 않다면 그 본래 목적을 달성하지 못할 것이다. 또한 구매할 흥미로운 제품이나 서비스가 없는 전자상거래 플랫폼이나 시청할 만한 흥미로운 콘텐츠가 없는 스트리밍 비디오 플랫폼은 지배적인 플랫폼과 경쟁할 수 없을 것이다. 그러므로 설령 지식재산권을 침해하지 않고 어떤 플랫폼을 기능적으로 복제할 수 있다고 하더라도 그 성공이 보장되는 것은 아니다. 그보다는 대중의 선택에 상당히 의존한다. 어떤 디지털 플랫폼이 지배적인 플랫폼보다 더 나은 서비스, 개인정보보호 정책 또는 편리함을 제공한다고 하더라도 경쟁 관계에 있는 지배적인 플랫폼에 비해 의미 있는 연결, 상거래 또는 엔터테인먼트가 부족하면 성장은 저해될 가능성이 크다.

이와 관련하여, 디지털 플랫폼 사업자들이 대규모 사용자 기반을 유지하고 성장시킬 수 있는 영향력을 지닌 대중의 선택을 받고자 여론을 통제하는지에 관해 의문이 제기되고 있다. 거대 디지털 플랫폼 사업자들은 대중들이 잠재적 경쟁사업자의 플랫폼에 접근하는 것을 초기에 차단하여 경쟁사업자가 향후 자신의 경쟁상대가 되는 것을 미리 방지할 수 있다. 예를 들어 거대 디지털 플랫폼에 도전이 될 수 있는 많은 스타트업이 성장하여 위협을 가할 능력을 지니기도 전에 거대 플랫폼 사업자에게 인수되는 사례가 있다(Frick, 2020).

이상의 논점들을 고려해 보면, 지배적인 지위에 있는 거대 디지털 플랫폼의 복제 가능 여부를 판단하기는 쉽지 않을 것이다. 이러한 가능성을 평가할 때는 저작권이 있는 코드나 특허 기술의 존재 또는 사용자 집단과 같은 모든 요소를 종합적으로 고려해야 할 것이다.

2. 필수설비론의 적용에 관한 견해

일반적으로 독과점사업자의 남용행위(거래 거절)에 대해 필수설비론을 적용하는 것에 대해서는 견해가 다양하다. 가령 필수설비론의 적용을 찬성할지라도 적용의 근거와 전제 등에서는 차이가 있다. 여기서는 필수설비론 적용에 소극적인 견해와 적극적인 견해로 크게 양분하여 그 핵심 주장만 설명하기로 한다.

1) 소극적 견해

필수설비론의 적용에 소극적인 Areeda는 그 적용을 제한해야 하는 6가지 근거를 제시한다. 즉 ① 공동 이용을 해야 한다는 일반적인 의무는 존재하지 않는다. 설령 강제적 접근 의무를 인정한다고 하더라도 이는 지극히 예외적인 경우이어야 한다. ② 단독사업자의 설비는 공동사업자의 설비와는 달리, 원고(경쟁자)의 경쟁 활동을 위해 불가결하며(그것 없이는 효과적으로 경쟁할 수 없고 복제나 현실적 대체 수단이 없을 것), 원고가 시장에서의 경쟁에 꼭 필요한 경우에만 불가결하다. ③ 거래함으로써 가

격 인하, 생산량이나 기술 혁신의 증가를 통해 시장에서의 경쟁을 실질적으로 개선할 가능성이 없는 한, 누구도 거래를 강요받아서 안 된다. ④ 이러한 조건을 모두 충족하는 때에도 접근 거절 그 자체는 결코 위법이 아니며 정당한 사업목적이 있으면 피고(독점사업자)는 구제된다. ⑤ 피고의 의도를 파악하기 위해서는 피고에게 부적절한 수단으로 상대방을 배제할 의도가 있었는지를 확인해야 한다. ⑥ 법원을 납득시킬 수 없거나 혹은 적절하고 합리적으로 감독할 수 없는 거래 의무를 부과해서는 안 된다(Areeda, 1989). 트린코 판결 중 “독점사업자의 거래 거절은 예외적인 경우에만 위법으로 보아야 한다.”라는 부분에는 이같이 필수설비론의 적용에 소극적이었던 Areeda의 견해가 인용되어 있다. 이러한 표현은 다른 하급심 판결에도 영향을 주어 한동안 필수설비론이 거의 인정되지 않게 되었다.

2) 적극적 견해

이에 반해 Pitofsky·Patterson·Hooks(2002)는 연방대법원 판결 및 그 밖의 판결을 분석해 보면, 필수설비론을 이용해서 단독의 거래 거절을 셔먼법 제2조 위반의 독점적 행위로 인정하고 책임을 물을 수 있음을 명확히 하고 있다고 주장한다.

Salop(2010)은, 거래 거절을 위법으로 볼 우려와 이를 반경쟁적 행위로 오인할 가능성에 관한 우려가 트린코 판결에서 나타나고 있다고 한다. 그러나 경제 분석에 따르면, 이러한 우려는 과장된 것이라고 주장한다. 그는 거래 거절 문제에 대해 실제로는 위법이 아닌데 이를 위법으로 볼 가능성이 더 크기 때문에 거래 거절을 쉽게 위법으로 간주해서는 안 된다는 Areeda의 입장에 반대하며, 실제로는 독점사업자의 행위가 위법일 가능성이 더 크다고 주장한다.

Waller(2008)는 필수설비론이 기능적으로 사라진 원인의 대부분은 Areeda의 주장에 기인한다고 한다. 또한 많은 법원과 학자들이 Areeda의 본래 의도와 다르게 그의 주장을 오해했다고 비판한다. 그리고 그는 필수설비론의 바탕에 깔려있는 기존 공급 측면의 고려 사항에 수요 측면의 요소를 더해 인프라 이론(Infrastructure Theory)이라는 것을 재구성했다. 대부분의 인프라는 상업재, 공공재, 사회재의 조합이며, 예를 들면, 인터넷은 이 3가지 유형 인프라의 조합이라고 한다. 그리고 인프라 이론을 디지털 플랫폼 사업자에 적용하는 것에 대해 철도·전기·가스에 현대의 플랫폼이 더해졌다고 보면서, 디지털 플랫폼 사업을 공익사업으로 보고 규제 당국이 규제해야 한다면 필수설비론 적용은 가능하다고 본다.

Lao(2009)는 상호운용성과 접근성은 오늘날 경제의 핵심을 이루는 네트워크 산업의 주요 이슈라고 전제한 뒤, 필수설비론을 독점사업자가 정보에 대한 접근을 거절함으로써 상호운용성을 저해하고 그 결과 인접 시장에서의 경쟁을 저해하는 경우 발생할 수 있는 반경쟁적 문제를 적절히 해결하는 데 필요한 법리라고 평가한다.

Abrahamson(2014)은 인터넷 경제에서 특정 사업자는 데이터 거래를 거절함으로써 경쟁사를 배제할 가능성이 있으며, 그러한 행위는 혁신을 저해할 가능성이 있다고 하며 디지털 플랫폼에서 데이터 공유의 필요성을 언급하였다. 이는 인터넷 경제에서 데이터를 필수적인 설비로 보고 이것의 공동 이용을 주장한 것으로 이해할 수 있다.

<Table 1> A Positive Opinion on the Application of Essential Facilities Doctrine

Opinion	Key Contents
Pitofsky(2002)	An analysis of Supreme Court decisions and other relevant case law demonstrates that the essential facilities doctrine clarifies the possibility of holding a unilateral refusal to deal as monopolistic conduct in violation of Section 2 of the Sherman Act, thereby establishing grounds for liability.
Waller(2008)	The decline in the functional application of the essential facilities doctrine is largely attributed to Areeda's arguments. However, many courts and scholars have been criticized for misinterpreting his assertions, diverging from his original intent. It is further argued that if digital platform businesses are viewed as public utilities and subject to regulatory oversight, the application of the essential facilities doctrine could remain viable.
Lao(2009)	Interoperability and accessibility are foundational issues in network industries, which form the backbone of today's economy. Against this backdrop, the essential facilities doctrine is regarded as a necessary legal principle to address anticompetitive concerns arising when a dominant firm denies access to information, thereby hindering interoperability and subsequently restricting competition in adjacent markets.
Salop(2010)	While the *Trinko* decision expressed concerns about deeming refusals to deal as unlawful, economic analysis suggests that such concerns are overstated. Critics have opposed Areeda's stance, which cautioned against readily classifying refusals to deal as unlawful, arguing instead that the greater risk lies in treating conduct that is not actually unlawful as a violation.
Abrahamson (2014)	In the internet economy, certain businesses may exclude competitors by refusing to share data, a practice that has the potential to stifle innovation. This underscores the necessity of data sharing in the context of digital platforms.

3) 최근의 견해

2020년 이후에 등장한 최근의 견해로는 Nikolas Guggenberger(2021)와 Erik Hovenkamp(2022)가 있다. 먼저 Guggenberger는 필수설비론을 디지털 시장에서의 경쟁과 혁신을 확보하기 위한 포괄적인 수단으로 평가해서, 이를 다른 규제 접근 방식인 수평분리, 수직분리(플랫폼과 커머스의 분리), 상호운용성 규제, 무차별 규칙, 데이터 공유와 정보공개의 의무이행 등을 보완하는 것으로 본다. 즉 필수설비론을 대체물이 아닌 보완물로 파악한다.

그는 또한 디지털 플랫폼에서의 혁신을 위해 2단계 구조 프레임워크를 설계하여, 디지털 커머스의 병목현상을 개방하기 위해 2단계 접근법을 제안한다. 이에 따르면, 제1단계는 시장이 합리적으로 설비를 구축할 수 없는 사업자에게 충분한 대체 수단을 제공하지 않는 경우, 디지털 플랫폼 사업자의 차별적 취급과 자기 우대를 금지하여

제3자를 위한 접근권을 보장하는 것이다. 100여 년에 걸친 판례법은 제1단계를 위한 탄탄한 기초를 제공하고 있으며, 디지털 플랫폼은 철도라는 오래된 형태의 네트워크 인프라와 비슷하다고 한다. 제2단계는 투자를 회수할 수 있는 적절한 상각 기간을 두고 적절한 수준의 상호운용성 및 공정한 가격조건을 디지털 플랫폼에 요구함으로써, 네트워크 효과에 근거한 독점 이윤 획득의 가능성을 없애는 것이다.

한편 Hovenkamp는 ‘2차적 거래 거절’이라는 개념을 제시하고 배타적인 2차적 거래 거절을 비난하는 것은 정당하다고 본다. 즉, 거래 거절에는 두 가지 종류가 있는데, 1차적 거래 거절과 2차적 거래 거절이 있고 이들에 서로 다른 책임 기준을 적용하자고 한다. 전자의 경우에는 지적재산권법이나 개별산업규제법에서 경쟁사업자를 배제할 권리가 없다고 명시하지 않은 한 독점금지법을 적용해서는 안 된다고 한다. 후자의 경우에는 결합 판매에서와 같이, 디지털 플랫폼 사업자가 2차 시장(중된 시장)을 상당히 봉쇄 foreclosure할 수 있는 경우에만 그에게 책임을 물을 수 있다고 한다. 그리고 디지털 플랫폼 사업자의 거래 거절은 2차적 거래 거절 사례가 많다고 한다.

<Table 2> A Recent View on the Application of Essential Facilities Doctrine

Opinion	Key Contents
Guggenberger (2021)	The essential facilities doctrine is evaluated as a comprehensive tool for ensuring competition and innovation in digital markets. It is considered complementary to other regulatory approaches, such as horizontal and vertical separation (e.g., separating platforms from commerce), interoperability regulations, non-discrimination rules, data-sharing requirements, and obligations for information disclosure. In this sense, the essential facilities doctrine is viewed not as a substitute but as a supplement to these regulatory measures.
Erik Hovenkamp (2022)	Refusals to deal can be categorized into two types: primary and secondary refusals to deal, with proposals to apply distinct liability standards to each. For primary refusals, it is suggested that antitrust law should not apply unless intellectual property law or sector-specific regulatory laws explicitly deny the dominant firm the right to exclude competitors. In contrast, secondary refusals, such as those involving tying or bundling, should incur liability only when the digital platform operator substantially forecloses competition in a secondary market. Furthermore, it is observed that refusals to deal by digital platform operators predominantly fall under the category of secondary refusals to deal.

III. 준필수설비론

1. 개관

2021년 11월 10일 EU일반법원은 구글쇼핑 판결에서 구글 검색엔진을 준필수설비

(quasi-essential facility)라고 했다(Google Shopping, 2021). 즉 EU일반법원은 구글 검색을 필수설비에 준하는 것으로 판단한 것이다. 여기에는 ① 접근을 왜곡하는 것은 본질적으로 반경쟁적일 것이고, ② 사업자는 거래상대방에게 차별 없이 접근을 보장할 특별한 책임이 있다는 전제가 깔려 있다. 다만, 필수설비의 요건을 적용한 것이 아니라, 웹상 정보 접근 문제에서 검색엔진이 인터넷 사용자에게 중요하다는 측면에서 필수설비와 유사한 특성이 있다는 점에 주목했다.

즉, “..... 시장에서 경제적으로 실행 가능한 방식으로 대체할 수 있는 실제 또는 잠재적인 대체물이 현재 존재하지 않는 한 필수설비와 유사한 특성을 가진다. 그러나 EU일반법원은 그러한 시설에 대한 접근과 관련된 모든 행위가 반드시 구글이 자신의 주장을 뒷받침하기 위해 인용한 브론너 판결에 명시된 공급 거절에 적용되는 조건에 비추어 평가되어야 한다는 것을 의미하지는 않는다는 것을 확인한다. 이러한 맥락에서, EU일반법원(2021)은 당해 행위가 공급 거절이 아니라 구글이 자신이 제공하는 서비스만이 유리하도록 하는 차별적 취급에 기초하고 있으며, 따라서 브론너 판결은 이 경우에 적용되지 않는다고 본다.”라고 했다. 이에 따르면 접근을 방해하는 것은 객관적인 정당성이 없는 한 경쟁제한행위가 된다. 이에 따라 EU위원회는 접근의 필수불가결성을 입증할 필요가 없다.

또한 EU일반법원은 이 사건을 필수설비론(계약거절)이 적용되는 사례로는 보지 않았다. 이전에는 자유로운 접근과 동등한 대우를 받았던 인프라에 대한 제3자의 접근을 왜곡하는 경우였기 때문이다. 이러한 행위는 절대적 (시장)봉쇄까지는 아니더라도 적어도 상대적 (시장)봉쇄에는 해당하여, 일부 설비(infrastructure)에 대한 접근을 점진적으로 제한하는 것으로 볼 수 있다.

2. 사례

2010년 11월 검색 서비스 제공업체들의 불만에 따라 EU위원회는 구글이 온라인 검색 시장에서 지배적인 지위를 남용했다는 주장에 대해 반독점 조사를 개시했다. 공식 절차를 개시하고 동의를결절차(commitments procedure)가 실패한 지 7년 후, EU위원회는 구글이 자신의 비교 서비스에서 불법적인 이득을 취함으로써 검색엔진의 지배력을 남용했다는 이유로 24억 2천만 유로의 과징금을 부과하는 결정을 했다. 이러한 EU위원회의 결정에 대해 Bostoen(2022)은 “지배력 전이(leveraging)와 자사 우대(favouring) 사이의 어느 지점에 있는” 남용으로서, 그 법적 요건이 비교적 “모호하다”라고 평가했다. 그는 또한 ‘전이’를 공급 거절을 포함하여 다양한 형태의 남용을 포함하는 “우산”과도 같은 용어라고 했다. 개념의 모호성을 언급한 것이다. 구글은 위원회의 결정에 항소했다. 그러나 2021년 11월 10일 T-612/17 결정에서 EU일반법원은 구글의 항소를 기각하고 EU위원회 결정에 따라 구글 검색엔진이 경쟁사의 비교쇼핑 서비스보다 자사의 비교쇼핑 서비스를 우대함으로써 지배적 지위를 남용했다고 하였다.

구글은 사업 초기에는 자사 플랫폼을 개방한 후 나중에 서비스 접근을 차별하는 전

략을 구사했다. 디지털 시장에서의 이러한 “선개방 후폐쇄(OFCL)” 전략은 경제학적으로 검토되었다. EU일반법원은 구글이 제3자보다 자사를 우대하는 검색 결과에 대해 “비정상”이라고 지적했는데, 그 근거는 구글 검색엔진의 초기 성공을 뒷받침하는 경제 모델과는 반대였기 때문이다(Google Shopping, 2021). 또한 선개방 단계에서 이용자와 사업자들이 시장에 진입함으로써, 그들은 그 이후 전환이 거의 불가능한 구글의 시장지배력에 의해 간혀버리게 된다. 시장에서의 일반적인 행동에서 벗어난 이러한 구글의 행위는 지배적 사업자로서의 특별한 책임을 위반한 것으로 평가됐다.

이처럼 EU위원회는 구글의 행위를 “비정상적인” 행위로 간주한 것에 비해, 구글은 그러한 판단이 공급 거절을 논함에 있어서 서비스에 대한 접근이 실제 또는 잠재적인 대체물이 없는 시장에서 사업을 수행하는 데 필수불가결해야 한다는 브론너 판결에서 정한 불가결성 기준에 맞지 않는다고 항변했다. 이러한 구글의 항변은 위원회가 시정 조치로서 공급의무를 부과하기 위해서는 공급 거절에 적용되는 필수설비론의 모든 기준을 충족해야 한다는 선례를 따른 주장이었다. 구글이 제3자의 결과보다 자신의 결과를 우대한 행위는 남용을 초래한 검색엔진의 특성이 “경제적으로 실행 가능한” 대체 수단이 없다는 점에서 필수설비와 유사하다는 점에서 가능했다. 그러나 접근 가능한 다른 대안이 있었기 때문에 위원회가 필수불가결성 기준을 입증할 수 없었지만, 구글의 검색 결과 페이지는 “현재 이용 가능한 다른 트래픽 소스로는 대체할 수 없을” 정도의 트래픽 비율을 차지했다. 실제로 위원회는 일반 검색 서비스 시장을 특징 짓는 높은 진입장벽으로 인해 다른 일반 검색 서비스로부터의 트래픽을 “상당하지 않고 증가할 가능성도 적다(insignificant and unlikely to increase)”라고 설명한다(Google Shopping, 2021).

이 사건 이전에도 판례법상 불가결성 기준을 충족하지 못한 사례들이 있었다. 미국에서는 트린코 사건이 있고(Verizon v. Trinko, 2004), EU에서는 마이크로소프트 사건이 있다(Case COMP/C-3/37.792 Microsoft, 2004). 트린코 사건을 이해하기 위한 전제로서 미국의 통신 산업의 변천을 이해할 필요가 있다. 1982년의 AT&T 분할의 결과, 장거리 통신과 전화기기는 AT&T, 지역 전화는 7개의 지역 벨 전화 회사가 맡게 되어 지역 전화와 장거리 통신 사이의 상호 진입은 인정되지 않았다. 지역 전화에 독점을 인정한 것은, 동일 지역에 복수의 기본 전화망을 구축하는 것이 경제적으로 불합리하기 때문이었다. 그 후 1996년 전기통신법에서는 경쟁 지역 전화사업자에 의한 지역 전화 시장의 참가를 촉진하기 위해, 1996년 2월 8일 시점에서 존재하고 있던 기존 지역 전화사업자에게 여러 가지 의무를 부과했다. 그중에 지역 전화 역무의 제공에 필요한 전기 통신설비의 각 요소에 대해서 ‘개별 판매’를 해서 ‘공정하고 합리적이며 비차별적’인 조건으로 접속을 제공하는 상호 접속 의무에 관해서는 임의의 교섭이 정리되지 않는 경우를 대비해, 주 당국에 의한 조정·중재 등의 이해 조정 방법이나 주 당국에 의한 인가 절차가 규정되었다. 이에 지역 전화에 대해 주 당국의 인가를 받은 구속력이 있는 상호접속협정을 체결하고 있는 것이 기존 지역전화업자가 장거리 전화에 진입할 때 연방통신위원회(이하 FCC; Federal Communications Commissions)의 인가 조건의 하나로 여겨졌다.

Verizon Communications Inc.(이하 버라이즌)는 뉴욕주에서의 기존 지역전화사업자이며 AT&T를 포함한 같은 주에서의 경쟁 지역전화사업자들과의 사이에 상호접속 협정을 체결하고 뉴욕주 공익사업위원회(이하 PSC)의 인가를 취득했다. 게다가 뉴욕주로부터 발신되는 장거리 전화에 대해서도 FCC의 인가를 받았다. 그 후, 경쟁 지역전화업자로부터 버라이즌이 상호 접속 의무를 이행하지 않고 있어 경쟁 지역전화업자를 경유한 지역 통화 요구가 처리되고 있지 않다는 신고가 있어 PSC와 FCC가 함께 조사에 나섰다. 조사 결과, 버라이즌의 1996년 전기통신사업법 위반이 인정되어 버라이즌에게 제재금 부과, 경쟁 지역전화사업자에 대한 배상, 시정조치 등이 이루어졌다. FCC가 해당 처분 공표를 한 다음 날, 경쟁 지역전화사업자인 AT&T의 지역전화 고객인 트린코는 서면법 제2조 위반을 주장하며, 버라이즌을 피고로 하는 3배 배상을 요구하는 집단소송을 제기했다. 구체적인 청구 내용은 연방통신법에 의거한 손해배상 청구, 서면법 제2조 위반에 근거한 손해배상 청구, 불법행위에 근거한 주법에 따른 손해배상 청구였다.

이러한 청구에 대하여, 원고의 당사자적격과 주장 자체가 부당한 것이 아닌지 등을 다투게 되었고, 제1심은 1996년 전기통신법 위반 주장만으로 서면법 제2조에 따른 청구는 주장 자체가 부당하다고 하여 원고의 청구를 기각했다. 그러나 항소심은 기술한 필수설비론과 더불어, 어떤 시장에서의 독점력을 다른 시장에서의 세력 확장에 이용하는 행위를 서면법 제2조에서 규제하려고 하는 독점의 전이(monopoly leverage) 이론에 따라 서면법 제2조를 이용한 청구가 성립할 가능성을 인정하며 제1심판결을 뒤집었다. 항소심 판결에 대해 피고 버라이즌은 상고 수리 신청을 했다. 연방대법원은 이 신청을 인정하고 수리하여, 1심과 같은 결론을 판결했다. 즉 기존 전화사업자가 1996년 전기통신법에 근거한 접속 제공 의무를 위반했다는 주장만 인정할 뿐, 기존 전화 사업자의 서면법 제2조 위반을 이유로 하는 청구를 적법하게 주장한 것으로 보지 않은 것이다.

이 사건은 통신회선의 접속과 관련된 사건이었지만, 접속의 가부 자체가 문제 됐던 것은 아니며, 접속 의무 불이행으로 인한 최종 소비자의 손해배상 청구가 문제가 되었다. 다만 그 배경에는 통신회선과 같은 필수설비를 법원이 어떻게 보는지가 관심사였다. 이에 대해 전기통신에 관한 전문적인 지식이 충분하다고 할 수 없는 법원은 접속 의무 위반과 관련한 판단을 하는 것에 소극적이었다는 평가를 받고 있다.

한편 마이크로소프트 사건은 구글 사건과 몇 가지 유사점이 있는데, 다른 사업자에게 정보에 대한 접근을 허용한 다음에 공유되었던 정보를 철회하는 전략을 구사한 것이다. 결국 이러한 사건들에서는 접근 가능한 대안의 존재 판단 및 필수불가결성 기준이 판단에서 제외되는지가 쟁점이라고 할 것이다.

3. 관련 문제

EU위원회(2009)의 커뮤니케이션에서는 ‘공급 거절’을 다룬 섹션의 첫 문장에서 “지

배적이든 아니든 모든 사업은 거래상대방을 선택하고 자산을 자유롭게 처분할 권리를 가져야 한다.”라고 명시하고 있다. 이는 사적자치의 원칙을 관철한 것이라고 해석할 수 있다. 같은 문단에서 위원회는 경쟁사업자가 자신의 노력에 무임 승차할 것을 예상하여, 기업이 투자하고 혁신할 유인의 감소 등 공급의무의 위험성도 표명했다. 공급의무는 시장 참여자들의 투자나 혁신 노력으로부터 혜택을 받지 못하게 하여 소비자들에게 피해를 줄 수 있다. 따라서 위원회가 공급 거절을 평가할 때는 “신중한 고려”가 필요하다. 혁신과 투자를 보호하기 위한 신중한 고려의 필요성은 모든 필수설비 사건의 핵심이다. 그리고 EU 경쟁법에서 도출된 브론너 판례법은 이미 언급한 바 있는 설비에 대한 접근을 허용하는 세 가지 요건을 정했다. 즉, 공급 거절이 시장의 모든 경쟁을 제거할 가능성이 크고, 그 거절이 객관적으로 정당화될 수 없으며, 투입물(설비)이 필수불가결해야 한다.

이 요건 중 ‘불가피성 기준이 얼마나 필수불가결해야 하는지’에 대한 논쟁은 구글 쇼핑 사건과 일부 유사점을 공유하는 슬로바키아 텔레콤 사건과 관련해서도 다루어졌다(Rivas, 2021). 실제로 지배적인 사업자는 경쟁사업자에게 데이터를 공급했다. 그러나 가입자망(local loop)의 공동 활용을 위해 필요한 네트워크 정보에 대해서는 일부 사업자들에게 제공하지 않았다. 즉 데이터에 대한 접근이 거절된 것이 아니라 위원회의 2009년 커뮤니케이션에서 언급된 “사실상(constructive) 공급 거절”의 의미에서 ‘감소’한 것이다. 이 판결에서 EU일반법원은 공급 거절 이외의 다른 남용행위에서는 필수불가결성 기준이 결정적이지는 않다는 것을 명확히 했다. 이를 통해 경쟁제한 행위 중 공급 거절에 한정하여 필수불가결성 기준을 적용하려는 EU판례법의 의도를 확인할 수 있다.

향후도 필수설비에 대한 판례법의 발전 속도는 빠르지 않을 것이므로, 서비스 접근에 대한 구글의 OFCL 전략은 경쟁제한행위 중 자사 우대로 평가될 수 가능성이 크다(Vezzoso, 2018). 이를 공급 거절로 본다면 필수설비의 요건, 특히 필수불가결성의 요건을 현재와 같이 엄격하게 해석하여야 하기 때문이다. 그러나 특정 조건에서 자사 우대가 소비자 후생을 증진할 수 있다는 점을 고려하면, 자사 우대행위의 반경쟁 효과와 후생 효과 간의 구별을 법적으로 어떻게 판단할지의 문제가 남는다. Servizio Elettrico Nazionale 사건의 예비 판결에 대한 레퍼런스(reference)에서 Advocate General(이하 AG) Rantos의 결론은 경쟁사업자는 해를 입지만 소비자에게는 긍정적인 효과가 발생할 가능성이 있는 경우에 관한 지침을 제공한다. 그는 경쟁구조의 유지가 소비자 후생이라는 목적을 당연히 대체하지는 않는다고 한다. AG Rantos는 “유효경쟁(effective competition structure)의 유지는 본질적으로 궁극적인 목적, 즉 소비자 보호와 연결되어 있다.”라고 했고, 법원도 같은 입장이다. 그러므로 특정 시장 구조의 보호가 아니라 소비자 후생의 보호가 “궁극적 목적”이라는 AG의 결론에 따라, 효율적인 정당성을 가진 수직적으로 통합된 기업이 행한 자사 우대가 EU 경쟁법의 제재를 받지 않을 수도 있음을 예상할 수 있다(Servizio Elettrico Nazionale and Others, 2021).

IV. 개별 산업규제법적 접근

규제 산업에서 발생하는 거래 거절에 대해 필수설비론을 적용하는 것에 대해서는 의문을 제기하기도 한다. 앞에서 본 트린코 사건은 규제 시장에 대한 미국 내 독점금지사건 법 집행의 좋은 예이다. 이 사건은 부문별 규제기관이 규제 수단을 집행할 수 있는 필수설비에 대해 접근을 거절하는 경우 반독점 절차와의 관계에 관한 것이었다. 미연방대법원의 결정은 비용수익분석에 기반했다(Petit, 2004). 즉 이미 경쟁을 저해할 위험을 줄일 수 있는 규제 프레임워크가 존재하는 경우 행해지는 독점금지법 집행은 추가로 수익을 제한할 수 있다는 것이다. 그러나 EU위원회의 접근법은 다르다. 부문별 규제기관이나 그의 규제 수단이 경쟁법의 적용을 배제하지 않는다고 보기 때문이다(Deutsche Telekom AG, 2003).

디지털 플랫폼 시장은 구조적인 경쟁 실패(structural competition failures)에 상대적으로 많이 노출되어 있다. 승자독식의 논리가 적용되는 특성이 있는 시장에서 비교적 오랜 기간의 사업을 통해 진입장벽(활동의 다양성 및 방대할 뿐 아니라 계속 갱신되는 다양한 데이터 이용의 통제와 관련 있음)을 구축하며 지배적 지위를 획득한 사업자에게 도전하기란 사실상 매우 어렵다. 이는 소비자 선택의 자유를 변화시키거나 회복할 수 없는 시장 구조의 악화를 수반하며 혁신과 시장의 역동적 효율성을 저해할 것이다. 이러한 관점에서는 다음과 같은 두 가지 해결책이 제시되고 있다.

1. 기간통신사업자 의제

이는 분야별 규제 수단을 통해 게이트키퍼 자격을 갖춘 사업자에게 비대칭적 의무를 부과하거나, 규제 당국이 특정 생태계에 대한 규제 권한을 보유함으로써 경쟁법을 보완하는 방법이다. EU의 디지털 시장법(이하 DMA; Digital Market Act), 디지털 서비스법(DSA; Digital Service Act) 및 P2B규칙(P2B Regulation)들이 이러한 예이다. 이들은 주어진 생태계에서 정보에 대한 더 나은 접근성, 데이터의 이동성 보장, 알고리즘 투명성, 결정에 대한 책임 등에 관해 게이트키퍼에게 일정한 의무를 부과한다.

한편 미국에서는 특정 디지털 플랫폼에 대해 기간통신사업자의 지위를 부여하거나 이를 공공재로 보아 규제하려고 한다. 예를 들어, 2021년 6월 8일 오하이오주 주법무장관은 구글을 공익사업자로 보아야 한다는 소송을 제기했다(Common pleas court of Delaware County, 2021). 법적으로 구글을 정부의 적절한 규제를 받는 기간통신사업자(또는 공익사업자)로 다루어야 한다는 주장이다. 이에 따르면 디지털 플랫폼 규제와 관련하여 공익사업이라는 개념과 함께 기간통신사업자를 고려해야 한다. 이는 디지털 플랫폼에 경쟁법 집행 외에 그 밖의 다른 규제법이 적용될 수 있다는 점을 시사한다.

이렇게 되면 문제의 설비가 필수설비인지를 판단하는 절차를 생략할 수 있다. 인프라를 필수적인 것으로 특성화할 필요 없이, 공익사업자 또는 기간통신사업자라는 자

격을 이용하여 플랫폼과 같은 경제주체가 제3자를 배제할 수 있는 권한을 제어할 수 있다(Kirat and Marty, 2022). 미국의 법체계에서 공권력은 기간통신사업자의 배제권 행사를 규제할 수 있다(Candeub, 2020). 주어진 관련 시장에서 지배적인 지위를 입증할 필요도 없다. 나아가 이러한 자격은 네트워크 산업에 국한되지 않으며 ‘자연 독점’의 범위를 넘어서는 범위를 포괄할 수 있다. “상황과 성격에 따라 민간사업자에서 공익사업자로 전환될 수 있다.”라는 미국 연방대법원 판례법이 이러한 주장을 뒷받침한다(German Alliance v. Lewis, 1914).

이처럼 디지털 플랫폼을 공익사업으로 보아 규제하는 것은 비차별적인 조건에서 사회기반시설에 대한 접근을 보장한다는 점에서 정당화될 수 있다. 사업자에게 비차별적으로 자격을 부여하고 모든 사용자에게 서비스에 대한 접근을 차별 없이 제공하도록 규제를 유도할 수 있는 것이 공익이다. 이 같은 논거는 앞서 언급한 구글에 대해 공익사업에 관한 오하이오 주법을 적용하자는 제안에서도 찾아볼 수 있다. 오하이오 주법에 따르면 공익사업자의 정의는 다음과 같다: “사업자의 운영 성격이 공공의 관심사이고 이용자의 자격이 무차별적이며 합리적으로 대중에게 제공되는 경우 그 사업자는 공익사업자로 특징 지어질 수 있다. 사업자가 운영 방법을 공공의 관심사, 복지 등과 관련하여 공공의 상당 부분에 서비스를 제공할 때 그러한 서비스는 공익사업 또는 기간통신사업의 지위에 속한다.”

이처럼 디지털 플랫폼 사업자를 기간통신사업자(공익사업자)로 보는 접근법은 효율성의 차원을 넘어서 경쟁법으로 해결하기 어려운 중요한 경쟁법 관련 이슈를 해결할 수 있는 수단으로 평가받고 있다. EU의 DMA도 마찬가지이다. 그 목적은 경쟁법(유럽기능조약 제102조)상 효율성과는 관련이 없다. DMA는 2020년 6월의 NCT(New Competition Tool)와는 달리 경쟁법을 보완하는 차원에서 추진되었다. 이 법은 시장 접근성(경쟁 가능성)과 왜곡되지 않은 경쟁 보장(공정성)의 문제를 다루면서, (생태계 간) 시장을 위한 경쟁과 (생태계 내) 시장에서의 경쟁 모두를 유지하고자 한다.

2. 언번들링

네트워크 산업의 자유화 과정에서 실현되었던 언번들링(unbundling)을 통한 해결 방안도 제시되었다. 이는 두 가지 방법으로 나뉜다. 하나는 기능적 분리이다. 이는 물리적인 분리는 아니고, 서로 다른 기능 사이에 장벽의 존재를 보장할 수 있을 정도로 충분히 강력한 규정의 제정·준수 및 기업 지배 구조 규칙을 통해 이루어진다. 다른 하나는 구조적 해결책, 즉 수직적으로 통합된 기업의 해체이다(Khan, 2019). 이는 아직 거의 이용된 적이 없으며 절차적 비용 및 효율성 저하 가능성 측면에서 강한 논쟁의 여지가 있지만, 미국 반독점 역사에 뿌리를 두고 있다. 이러한 구조적 해결책은 1982년 AT&T 사건에 적용된 바 있다(United States v. American Tel. And Tel., 1983).

EU의 DMA에서도 역시 반복적인 실패 시 구조적인 해결을 규정하고 있다. 즉 이 법 제75조에서는 “위원회는 게이트키퍼가 이 규정에 명시된 의무 중 하나 또는 몇 가

지를 체계적으로 준수하지 않음으로써 이 규정의 목적을 좌절시킬 수 없도록 추가적인 행동 또는 적절한 경우 구조적 구제책(structural remedies)이 정당한지를 조사하고 평가해야 한다. 이는 위원회가 8년 이내에 게이트키퍼를 상대로 최소 3건의 불이행 결정을 내린 경우로, 이 규정에 명시된 다양한 핵심 플랫폼 서비스 및 다양한 의무와 관련될 수 있으며, 게이트키퍼가 내부 시장, 비즈니스 사용자 및 최종 사용자의 경제적 종속성 또는 게이트키퍼의 핵심 플랫폼 서비스에 대한 영향력을 유지, 연장 또는 더욱 강화한 경우이다. 게이트키퍼가 위원회의 집행 조치에도 불구하고 비즈니스 사용자가 최종 사용자에게 도달할 수 있는 관문으로서 게이트키퍼의 중요성을 여전히 유지, 연장 또는 강화한 것으로 간주되어야 한다. 이 경우 위원회는 비례 원칙에 따라 행동적 또는 구조적 구제책을 부과할 권한이 있다.”

이에 따라 구조적 경쟁 실패의 상황을 해소하기 위해서는 먼저 시장 구조에 개입이 필요할 수 있다. 예를 들어 영국에서의 시장 조사(market investigations) 제도가 이에 해당한다. 이는 일종의 시장 개입인데, 이러한 시장 조사는 기업이나 사회 모두에게 좋지 않지만, 더 나은 시장 균형으로 전환하기 위해서는 일정한 개입은 필요한 것으로 본다(Fletcher, 2021).

V. 결론

비록 지배적인 디지털 플랫폼 사업자에게도 근대 사법의 기본원칙인 사적자치의 원리는 인정되므로, 거래상대방 선택과 계약의 내용을 정함에 있어 자유로워야 한다. 또한 자신의 자산을 자유롭게 처분할 권리를 가진다. 시장에서 필수설비를 지나치게 적용하는 경우 경쟁사업자의 무임승차나 시장에서 혁신의 저해 등 폐해도 발생한다. 이를 위해 EU위원회는 공급 거절을 평가할 때 ‘신중한 고려’를 지침으로 삼고 있으며, 브론너 판결 등 여러 판례에서도 필수설비론의 요건을 엄격하게 적용하여 지배적 사업자의 권리가 지나치게 제한되는 것을 막고자 했다. 특히 브론너 판결에서는 공급 거절(거래 거절)과 관련하여 필수설비론의 요건 중 ‘필수불가결성’의 판단을 엄격하게 해석하였다. 이렇게 필수불가결성 판단을 판례법상 공급 거절과 관련해서만 엄격하게 해석하기 때문에 지배적 사업자에 대한 규제 필요성이 있음에도 적절한 규제를 하기 어려운 문제가 발생했다. 이에 지배적 사업자의 행위를 공급 거절이 아닌 차별적 취급에 따른 자사 우대행위로 보아 위법하다고 판단한 사례도 있다.

디지털 플랫폼은 1912년 미연방 대법원이 ‘당시’에 필수설비로 인정한 철도에 상응하는 새로운 필수설비라고 해도 과언이 아니다. 오늘날 디지털 플랫폼에 의존하지 않고서는 제3의 사업자들이 소비자들에게 가치 있고 필요한 서비스를 제공하기가 사실상 불가능한 사례가 자주 발생하기 때문이다. 그러나 판례법상 필수설비론에 근거하여 필수설비로 인정받기 위해서는 앞서 살펴본 4가지 요건 충족이 전제되어야 하므로, 디지털 플랫폼을 필수설비로 보기 위해서도 역시 이러한 요건들을 충족해야 한다.

그러나 디지털 플랫폼에 필수설비론의 요건 적용에 있어 필수불가결성 요건 등 다소 판단이 모호한 부분들이 있다. 이를 위해 판례법상 필수설비론의 요건을 완화하자는 견해도 있고, 필수불가결성 요건이 필요치 않은 준필수설비론이 등장하기도 했다. 또한 아예 관점을 바꿔 필수설비론의 주 활동 범위인 경쟁법의 테두리에서 벗어나 개별 산업규제법으로 규제가 필요한 설비를 규제하자는 견해도 있음을 살펴보았다.

최근 디지털 플랫폼 사업자, 특히 병목 시설을 보유한 지배적 사업자에 대한 규제 의 필요성에 관해서는 대체로 긍정적인 것으로 보인다. 이에 미국과 EU의 독점금지법에서 정한 규제 방식 및 그간의 판례법을 고려한 적절한 규제 논리를 모색하고자 노력하고 있다. 이 글에서는 그러한 최근까지의 논의를 소개하였다.

EU, 영국, 독일, 일본 등에서 플랫폼 독과점 관련 입법이 이루어졌고, 미국, 인도 등에서는 입법 논의가 진행된 바 있다. 이처럼 플랫폼 관련 입법이 국제적인 추세를 이루고 있는 상황에서 우리나라 또한 그 흐름에 가세하여 국회에서 온라인 플랫폼 독점규제 법률 제정 등 관련 입법 논의가 진행된 바 있고, 특히 지난해 12월 공정거래위원회(이하 공정위)가 ‘플랫폼 경쟁 촉진법’ 입법 추진계획을 발표하면서 논의가 본격화되었다. 그러나 미국 재계가 공식적으로 문제를 제기하면서 한미 간 마찰 우려가 제기되었고, 국내 업계에서도 반발이 커지자 신속한 입법 추진을 천명했던 공정위는 충분한 의견 수렴을 이유로 제정을 연기하였다.

최근 공정위는 플랫폼 규제에 대한 접근 방식을 전환하여 새로운 입법 방침을 제시하였다. 지난 9월 9일 플랫폼 공정경쟁 촉진을 위한 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 공정거래법) 개정 방침을 발표한 것이다. 기존과의 주요 차이점은 입법 형태를 별도의 특별법 제정이 아니라 공정거래법 개정으로 추진하고, 규제 방식은 사전 지정 방식이 아니라 사후 추정 방식을 도입한다는 것이다. 이에 관한 방송통신위원회나 과학기술정보통신부 등 다른 부처의 움직임은 보이지 않는다. 따라서 앞서 살펴본 규제 근거 중 개별 산업규제법을 통한 규제는 현재로서는 국내에서 실현 가능성이 적다고 볼 수 있다.

별도의 특별법 제정이 아닌 공정거래법을 통한 규제를 추진한다는 점에서 현행 시장지배적 사업자의 지위남용행위 중 하나로 명시하고 있는 필수설비론 조항(공정거래법 시행령 제9조 제3항 3호)을 지배적 디지털 플랫폼에 적용할 수 있을 것이다. 이 경우 필수설비론의 적용 요건 4가지를 얼마나 엄격하게 판단할 것인지와 입증 책임을 누가 부담할 것인가가 실무상의 관건이 될 것으로 예상된다. 만일 적용 요건의 완화 또는 일부 요건 면제 및 입증 책임의 전환 등을 통한 필수설비론의 적극적 적용을 추진하는 데는 준필수설비론이 더 유용하다는 것은 이미 살펴본 바와 같다. 이러한 준필수설비론의 도입을 입법적으로 해결할지, 판례와 심결의 축적으로 해결할지는 정책적인 결정이 필요하지만, 어느 쪽이든 상당한 기간이 필요할 것으로 예상할 수 있다. 전자의 경우에는 입법을 위한 사회적 합의가 이루는 기간이 소요될 것이며, 후자의 경우에는 관련 판례·심결을 축적하는 데에 상당한 기간이 필요할 것이기 때문이다. 이와 동시에 규제 대상이 지배적인 기술기업(tech companies), 특히 대부분 미국 거대 기술 기업(big tech)이므로 글로벌 규제 추세도 고려해야 할 것이다.

Conflicts of interest

The authors declared no conflict of interest.

References

- Areeda, Phillip. (1989). “Essential Facilities: An Epithet in need of limiting principles”. *Antitrust Law Journal*, 58(3), 841–853.
- Bostoen, Friso. (2022). “The General Court’s Google Shopping Judgment Finetuning the Legal Qualifications and Tests for Platform Abuse”. *Journal of European Competition Law & Practice*, 13, 75–86.
- Candeub, Adam. (2020). “Bargaining for Free Speech: Common Carriage, Network Neutrality and Section 230”. *YALE Journal of Law & Technology*, 22, 391–433.
- EU Commission. (2009). “Communication from the Commission – Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings”. OJ C 45, 7–20.
- Fletcher, Amelia. (2021). “Market investigations for digital platforms: Panacea or complement”. *Journal of European Competition Law & Practice*, 12, 44–55.
- Frick, Walte.r (2020). *Big Tech’s 15-Year Acquisition Spree Had a Hidden Cost* (Webpage). Available from <https://qz.com/1883377/how-big-techs-acquisition-strategies-suppress-entrepreneurship/>
- General Court of the European Union. (2021). *The General Court largely dismisses Google’s action against the decision of the Commission finding that Google abused its dominant position by favouring its own comparison-shopping service over competing comparison shopping services* (Webpage). Available from <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2021-11/cp210197en.pdf>
- Guggenberger, Nikolas. (2021), “Essential Platforms”. *Stanford Technology Law Review*, 24, 237–343.
- Hovenkamp, Erik. (2022). “The Antitrust Duty to Deal in the Age of Big Tech”. *Yale Law Journal*, 131(5), 1483–1558.
- Khan, Lina. (2019). “The Separation of platforms and commerce”. *Columbia Law Review*, 119, 973–1098.
- Kirat and Marty. (2022). “Affectation with a public interest, between antitrust laws and regulation: Lessons from the U.S. experience of the first

- decades of the 20th century for online ecosystems". OFCE Working Papers No.1/2022, 1–34.
- Lao, Marina. (2009). "Networks, Access, and 'Essential Facilities': From Terminal Railroad to Microsoft". *Southern Methodist University Law Review*, 62, 557–595.
- Nelson, Joshua. (2021). "TECH PLATFORMS ARE ESSENTIAL FACILITIES". *Nevada Law Journal*, 22(1), 379–404.
- Petit Nicolas. (2004). "Circumscribing the scope of EC competition law in network industries? A comparative approach to the US supreme court ruling in the Trinko case". *Journal of Network Industries*, 5(3–4), 347–363.
- Pitofsky, Robert, Donna Patterson and Jonathan Hooks. (2002). "The Essential Facilities Doctrine Under U.S. Antitrust Law". *Antitrust Law Journal*, 70(2), 443–462.
- Rivas, Jose (2021). *How indispensable is the indispensability criterion in cases of refusal to supply competitors by Dominant Companies? (Slovak Telekom, C-165/19 P)* (Webpage). Available from <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2021/04/01/how-indispensable-is-the-indispensability-criterion-in-cases-of-refusal-to-supply-competitors-by-dominant-companies-slovak-telekom-c-165-19-p/>
- Salop, Steven C. (2010). "Refusals to deal and price squeezes by an unregulated, vertically integrated monopolist". *Antitrust Law Journal*, 76(3), 709–740.
- Vezzoso, Simonetta (2018). *Android and Forking Restrictions: On the Hidden Closeness of 'Open'* (Webpage). Available from https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3251345
- Waller, Spencer W. (2008). "Areeda, Epithets, and Essential Facilities". *Wisconsin Law Review*, 12(3), 359–386.
- 2003/707/CE, Deutsche Telekom AG, 2003, §54.
- Alaska Airlines, Inc. v. United Airlines, Inc., 948 F.2d 536, 543 (9th Cir. 1991).
- Case C-377/20 Servizio Elettrico Nazionale and Others [2021] Opinion of AG Rantos, §96 & §106.
- Case C-7/97 Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitung (Bronner), 1998.
- Case COMP/C-3/37.792 Microsoft, 2004.
- Case T-612/17 Google and Alphabet v Commission (Google Shopping), 2021.
- Common pleas court of Delaware County, Ohio civil division, case n°21 CV H 06 0274, 2021.

- German Alliance Ins. Co. v Lewis, 233 U.S., 389, 1914.
- Hecht v. Pro-Football, Inc., 570 F.2d 982, 992-93 (D.C. Cir. 1977).
- hiQ Labs, Inc. v. LinkedIn, Corp., 273 F. Supp. 3d 1099, 1117 (N.D. Cal. 2017),
aff'd, 938 F.3d 985 (9th Cir. 2019).
- MCI Communications Corp. v. AT&T Co., 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983).
- United States v. American Tel. And Tel. Co. [1983] 552 F. Supp. 131 (D.D.C.
1983).
- United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis, 224 U.S. 383
(1912).
- Verizon Communications Inc. v. Law Office of Curtis V. Trinko, LLP, 2004, US
Supreme Court (02-682) 540 U.S. 398.

Received November 24, 2024

Revised December 1, 2024

Accepted December 1, 2024