

온라인 플랫폼과 공정경제 정책

— 거래공정화 규제의 쟁점 —

홍대식*

◆ 목 차 ◆

- | | |
|--|--|
| I. 들어가는 말 | 1. 사전 사업분야 제한 규제로서의
사전 투명성 및 공정성 규제 |
| II. 공정경제 정책과 독과점 규제와의
관계 | 2. 상생협력 규제 |
| 1. 공정경제 정책에 대한 이해: 시장
에서의 독과점 규제를 중심으로 | 3. 온라인 플랫폼 환경에서의 착안점 |
| 2. 공정거래와 거래공정화의 구별 및
그 둘 사이의 관계 | 4. 온라인 플랫폼 특별법안에 대한
시사점 |
| III. 거래공정화 규제의 쟁점과 온라인
플랫폼 특별법안에 대한 시사점 | IV. 결론에 갈음하여 |

I. 들어가는 말

공정거래위원회(‘공정위’)는 2020. 9. 28. 「온라인 플랫폼 중개거래의 공정화에 관한 법률」 제정안(‘온라인 플랫폼 중개거래 공정화법안’)을 마련하고 입법예고하였다.¹⁾ 이 법안은 입법예고, 규제심사, 법제처 심사, 차관회의 및 국무회의 의결을 거쳐²⁾ 2021. 1. 28. 국회에 제출되었다. 이 법안의 제정 추진은 공정위가 2020. 6. 22. 제6차 반부패정책협의회에서 발표한 온라인 플랫폼 불공정 근절 및 디지털 공정경제 정책³⁾의 추진 과제 중 하나로 제시된 것으로서, 공정위가 디지털 공정경제에서

* 서강대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

1) 공정위, “「온라인플랫폼 공정화법」 제정안 입법예고-디지털 생태계에서의 공정거래 및 상생협력 기반 마련 본격화-”, 보도자료, 2020. 9. 28.자.

2) 공정위, “「온라인플랫폼 공정화법」 제정안 국무회의 통과-공정하고 혁신적인 플랫폼 생태계 구축을 위한 제도적 기반 마련-”, 보도참고자료 2021. 1. 25.자

의 문제점의 하나로 지적한 온라인 플랫폼의 입점업체에 대한 불공정거래행위 위험에 대응하기 위한 것이다. 다른 두 개의 과제는 소비자 피해 발생 우려에 대응하기 위한 「전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률」(‘전자상거래소비자보호법’) 개정 추진과 잠재적 경쟁 저해 우려에 대응하기 위한 ‘플랫폼 분야 단독행위 심사지침’ 제정 추진이다. 영어로 digital fair economy’로 번역될 수 있는 디지털 공정경제 정책은 유럽연합(EU)의 행정부인 유럽 집행위원회(European Commission)가 2020. 2. 19. 발표한 ‘유럽의 디지털 미래 조성’(Shaping Europe’s Digital Future)⁴⁾ 통신문(communucation)⁵⁾에서 제시한 정책 목표 중 하나인 ‘공정하고 경쟁력 있는 디지털 경제’(fair and competitive digital economy)에 비견될 수 있다.

공정위는 2020. 6. 25.자 보도자료에서 미국, EU, 일본 등의 해외 주요 경쟁당국도 새롭게 등장한 플랫폼 문제에 적극 대응하고 있다는 점을 강조하는 한편, 이중규제 또는 과잉규제 논란에 적극 대응하여 2020. 6. 26.자 보도해명자료에서는 EU와 일본에서도 ‘공정위와 유사하게’ 투명성·공정성 제고를 기본원칙으로 하는 플랫폼에 관한 법을 제정하였거나 제정할 계획이라는 점을 밝혔고,⁶⁾ 2020. 11. 5.자 보도설명자료에서는 온라인 플랫폼 중개거래 공정화법안이 EU나 일본보다 규제수준이 높다거나 과도한 규제라는 주장이 사실이 아니라고 반박하였다.⁷⁾ 적어도 특히 EU와 일본을 중심으로 글로벌 온라인 플랫폼 제공자를 상대로 기존의 독과점 규제 또는 경쟁규제 외에 새로운 규제수단을 도입하려는 시도가 계속 이루어지고 있다는 점은

3) 공정위, “온라인 플랫폼 중개 거래의 공정화에 관한 법률 제정 추진-온라인 플랫폼 불공정 근절 및 디지털 공정경제 정책 발표-”, 보도자료 2020. 6. 25.자.

4) European Communication, *Shaping Europe’s Digital Future*, COM(2020) 67 final, Feb 2020. https://ec.europa.eu/info/publications/communication-shaping-europes-digital-future_en (2021. 2. 9. 방문)

5) 통신문은 TFEU 제288조에 열거되어 있지는 않으나, 집행위원회의 관행을 통해 정립된 구속력 없는 법적 수단 중 하나이다. 통신문은 정책 평가, 실행 중인 프로그램의 주석 또는 설명, 장래의 정책에 관한 간략한 개요 또는 현재의 정책에 관한 정리를 포함한다. 정책 제안이 통신문을 수단으로 하여 제시되는 것은 아니다. https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/community_legal_instruments.html; <https://www.eumonitor.eu> (2021. 2. 9. 방문)

6) 공정위, “플랫폼 산업 특성 무시한 채...네이버·쿠팡·배민 옥죄는 공정위(한국경제, 6. 26. 보도 관련)”, 보도해명자료, 2020. 6. 26.자.

7) 공정위, “온라인플랫폼법, 세계 최고 수위 규제...스타트업 성장 막아(연합뉴스, 11. 5. 보도 관련)”, 보도설명자료, 2020. 11. 25.자.

분명하다.

그러나 우리나라는 기본적으로 경쟁법의 성격을 갖고 있는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(「공정거래법」)에 경쟁제한성에 기초한 엄밀한 판단을 요하지 않는 공정거래 규제수단이 마련되어 있을 뿐만 아니라, 약관에 의한 거래에 일반적으로 적용되는 「약관의 규제에 관한 법률」(「약관규제법」)이 사업자와 소비자 간의(B2C) 거래관계와 사업자와 사업자 간의(B2B) 거래관계를 모두 규율하고 있다. 이는 EU와 다른 점이고 약관규제법에 관한 부분은 일본과도 다른 점이다. EU에서 온라인 중개 서비스에 적용되는 특별법⁸⁾을 제정하게 된 데에는 EU 경쟁법의 경우 경쟁제한적인 행위만을 규율하고 EU 소비자법의 경우 불공정한 상관행(unfair commercial practices)과 불공정한 약관(unfair contract terms)을 규율하지만 사업자와 소비자 간의 거래관계만을 규율하여 온라인으로 중개되는 B2B 관계를 규율하는 법률이 없다는 점이 배경이 되었다.⁹⁾ 한편 일본에서 제정된 특정 디지털 플랫폼에 특화된 특별법¹⁰⁾은 일본 공정거래법과의 직접적인 관련성이 적은 산업규제법의 성격을 갖고 있다.¹¹⁾ 이에 비하여 기존 규제 틀에 의하여 온라인 플랫폼 중개거래를 규율할 수 있는 우리나라의 규제 지도에서 온라인 플랫폼에 특화된 거래공정화 특별법 도입 논의의 맥락은 EU나 일본과 다를 수밖에 없고 달라져야 할 것이다.

이런 문제의식을 배경으로 하여 이 연구는 몇 가지 연구문제를 탐구하면서 최근 진행되고 있는 온라인 플랫폼 규제 움직임에 대한 의문을 제기하는 한편, 대안을

8) EU에서는 2019. 6. 20. 「온라인 중개 서비스의 사업이용자에 대한 공정성과 투명성 증진을 위한 법률」(REGULATION(EU) 2019/1150 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services, ‘온라인중개서비스법’)이 제정되어 2020. 7. 12.부터 시행되고 있다.

9) European Commission, Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services, Brussels, 26.4.2018 COM(2018) 238 final, April 2018. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/regulation-promoting-fairness-and-transparency-business-users-online-intermediation-services> (2021. 2. 9. 방문), pp.2-3.

10) 일본에서는 2020. 6. 3. 「특정 디지털 플랫폼 투명성 및 공정성 향상에 관한 법률」이 제정, 공포되었다.

11) 홍순강, “일본의 디지털 플랫폼 사업자 규제 지침 및 법률에 관하여”, 『경쟁저널』 제204호, 2020, 33면.

모색하는 것을 목적으로 한다. 탐구 대상인 연구주제는 다음과 같다.

- 연구문제 1. 공정경제 정책은 무엇이고 독과점 규제와의 관계는 무엇인가?
- 연구문제 2. 공정경제 정책을 구성하는 공정거래 정책 및 거래공정화 정책은 무엇이고, 그 둘의 공통점과 차이점은 어떤 것인가?
- 연구문제 3. 공정경제 정책의 주된 구성요소인 거래공정화 규제의 쟁점과 이러한 쟁점이 온라인 플랫폼 특별법안에 주는 시사점은 무엇인가?

II. 공정경제 정책과 독과점 규제와의 관계

1. 공정경제 정책에 대한 이해: 시장에서의 독과점 규제를 중심으로

2017년 7월 발표된 문재인 정부의 국정운영 5개년 계획에서 제시된 5개 국정목표 중 경제정책과 관련된 목표인 ‘더불어 잘사는 경제’는 5개의 전략으로 구성되어 있는데, 그 중의 하나가 ‘활력이 넘치는 공정경제’이다. 이 계획 발표를 통하여 현 정부의 경제목표로서 ‘공정경제’라는 용어가 등장하였다. 정부의 설명에 의하면, 공정경제는 기업·시장의 불공정을 시정하고 우리 경제·사회 각 분야의 기울어진 운동장을 바로잡는 것을 수단으로 하며, 기회의 균등, 공정한 경쟁, 공평한 분배를 핵심 3요소로 한다. 현 정부는 ‘국민의 나라 정의로운 대한민국’이라는 국가 비전하에 5개의 국정목표, 20개의 국정전략, 100개의 국정과제를 제시하였는데, ‘활력이 넘치는 공정경제’ 전략을 구체화하는 국정과제는 ① 공정한 시장질서 확립(공정위), ② 재벌 총수 일가 전횡 방지 및 소유, 지배구조 개선(공정위), ③ 공정거래 감시 역량 및 소비자 피해 구제 강화(공정위), ④ 사회적 경제 활성화(기재부), ⑤ 더불어 발전하는 대·중소기업 상생협력(중기부)으로 제시되었다. 5개의 공정경제 관련 국정과제 중 ①, ②, ③의 3개가 공정위 담당 과제인데, 이는 공정위가 담당하는 국정과제의 전부이다.

공정경제라는 개념 하에 추진되는 정부의 정책은 공정거래법, 소비자법 및 관련 법률 집행을 통하여 공정위가 담당하는 대기업집단정책, 경쟁정책, 소비자정책뿐만

아니라 사회적 경제 정책, 상생협력 정책까지 포함하고 있기 때문에, 공정경제 정책의 공통분모를 추출하는 것은 매우 어렵다. 다만 경쟁정책의 핵심을 이루는 시장에서의 독과점 규제를 중심으로 그 외연을 넓히는 방식으로 공정경제를 이해할 때, 여기에는 대체로 첫째, 공정경쟁, 둘째, 공정거래, 셋째 상생협력이 포함될 수 있다. 이론적인 관점에서는 해외에서도 넓은 의미에서의 경제체제에서의 공정한 조건 하의 시장 관여(engagement in markets)에 초점을 맞추기 위하여 공정경제라는 개념을 사용하는 사례가 있다.¹²⁾ 이런 이론적 개념은 정부에서 정책적 목적으로 채택하여 그 구성요소 사이의 관련성이 다소 떨어지는 공정경제 개념보다는 시장의 관점에서 보다 관련성 높은 구성요소로 이루어진 공정경제 개념이라는 점에서, 필자가 이해하고자 하는 공정경제 개념과 더 가깝다.

공정경제를 구성하는 첫 번째 구성요소인 공정경쟁(fair competition)은 수평적인 경쟁관계에서 문제되는 것이므로, ‘수평적인’ 공정성의 문제이다. 공정경쟁은 균등한 경쟁의 출발선이 존재하는지를 중시하므로, 이를 보호할 경우 경쟁의 출발선에서 불리한 지위에 있는 경쟁자, 즉 경쟁상 열위에 있는 경쟁자를 보호하는 결과가 될 수 있다. 경쟁 과정에서의 기회의 평등 보호는 경쟁의 기본적 여건인 경제적 자유가 존재하기 위한 전제조건이 될 수 있다. 다만 공정경쟁은 자유경쟁질서 안에서 발생하는 경쟁상의 불리함을 전제로 하는 것이므로,¹³⁾ 공정경쟁이 반드시 자유경쟁에 선행하는 것이 아니라 오히려 자유경쟁을 전제로 하는 것으로 볼 필요가 있다. 경쟁법에서 공정성 이해의 핵심은 공정성 개념과 독립적이어야 하는 경쟁제한성 개념에 기초하여야 한다.¹⁴⁾

경쟁관계에 있는 경제주체 간의 공정성 문제는 절차적인 측면과 내용적인 측면에서 모두 나타날 수 있다. 절차적인 측면에서의 공정성 문제는 사회적 상호작용 속에서 영향을 주는 행위와 관련되어 나타나므로, 절차적 공정성 규칙을 필요로 한다. 절차적 공정성 규칙을 구성하는 전형적인 요소로는 동등한 취급, 비차별성, 동등한(사업)기회 또는 절차적 기준의 준수를 들 수 있다.¹⁵⁾ 내용적인 측면에서의 공정성은

12) Fikentscher, Wolfgang, Philipp Hacker and Rupprecht Podszun, *FairEconomy: Crises, Culture, Competition and the Role of Law*, Springer, 2013, Foreward.

13) 헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 96헌가18 결정(주세법 제38조의7등에 대한 위헌 제청)

14) Nazzini, Renato, *The Foundation of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Article 102*, Oxford University Press, 2011, p.24.

행위의 목적과 수단 사이의 비례적인 관계의 문제이다.¹⁶⁾ 사업자가 경쟁의 성과를 추구하면서 그와 비례하는 경쟁수단을 사용하지 않는 경우 이는 능력 또는 장점에 의한 경쟁(competition on the merits)¹⁷⁾에 반하는 것이다. 경쟁 과정에서 장점에 의한 경쟁에 의하지 않는 수단을 사용하는 사업자가 경제적 강자에 국한되는 것은 아니기 때문에, 이런 의미의 공정성은 반드시 경제적 약자 보호만을 의미하는 것이 아니라 경제적 강자의 정당한 경쟁수단의 보호¹⁸⁾도 포함하는 개념이라는 점에 유의할 필요가 있다. 다만 공정성 규칙의 수범자를 시장지배력 또는 시장력 보유 사업자로 한정할 경우 공정경쟁 규제는 독과점 규제의 연장선상에 있는 정책목표가 될 수 있다. 그러나 보호 대상이 되는 경쟁자의 범위를 합리적으로 제한¹⁹⁾하지 않을 경우 경쟁

15) Fikentscher et. al., Op. cit., pp.72-73.

16) Ibid., p.73.

17) 장점에 의한 경쟁은 EU 경쟁법 집행에서는 집행위원회의 AKZO 사건 의결(OJ 1985 L 374/1, para. 81)에서 처음으로 사용된 용어로서, 시장지배적 지위의 구성요소인 경쟁 저해 능력을 반영하는 수단이 아니라 우월한 효율성에 기초를 둔 경쟁을 말한다. Nazzini, Renato, “Unequal Treatment by Online Platforms: A Structured Approach to the Abuse Test in Google”, in Damien Gerard, Massimo Merola and Bernd Meyring (eds), *The Notion of Restriction of Competition: Revisiting the Foundations of Antitrust Enforcement in Europe*, GCLC Annual Conference Series, Bruylant, 2017.

18) 은행 CD공동망 사건에서는 CD공동망의 참가은행들이 하나은행으로 하여금 삼성카드 고객의 가상계좌서비스와 연결된 CD공동망을 사용하지 못하도록 단절한 행위가 문제되었는데, 법원은 이를 허용하게 되면 삼성카드가 CD공동망을 이용하여 모든 참가은행들로부터 제한 없는 현금서비스를 제공받게 됨으로써 참가은행들보다 부당하게 경쟁우위에 설 가능성이 큰 점에 주목하여 오히려 공정한 경쟁을 저해할 우려가 있다고 보았다. 대법원 2006. 5. 12. 선고 2003두 14253 판결(국민은행 외 6) 및 그 원심인 서울고법 2003. 10. 23. 선고 2002누 1641 판결; 이처럼 공정성 규칙의 수범주체에 제한이 없는 법제도를 불공정경쟁법(unfair competition law)이라고 부르기도 한다. 우리나라에서는 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」 제2조 제1항 카호에 부정경쟁행위의 일반규정으로 규정되어 있는 “그 밖에 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위”가 불공정경쟁법에 해당한다고 볼 수 있다.

19) 공정거래법상 시장지배적 지위 남용행위 규제에서 경쟁자의 범위를 합리적으로 제한하기 위한 개념은 ‘유리한’ 경쟁사업자(대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두 8626 전원합의체 판결. 포스코)인데, 판례가 이와 관련된 기준인 ‘동등하게 효

보호가 아니라 경쟁자 보호, 특히 효율적이지 않은 경쟁자 보호에 빠질 수 있다.

공정경제를 구성하는 두 번째 구성요소인 공정거래(fair trade)는 B2B, B2C를 포함한 수직적 거래관계에서의 공정성 문제를 다루는데, 특히 공정경제의 정책목표로서 문제가 되는 것은 B2B의 ‘수직적’ 관계에서의 공정성 문제이다. 수직적 공정성에서도 협상력, 정보 및 사업기회의 측면에서의 절차적 공정성뿐만 아니라 그에 더하여 목적과 수단 간의 비례성에 관한 내용적 공정성이 문제가 된다. 특히 수직적 거래관계에서는 거래 당사자 간에 투입과 재고의 위험부담, 성과의 배분에서 이해가 대립될 수 있으므로, 내용적 공정성은 위험과 책임, 투입과 혜택 간의 비례성의 문제가 될 수 있다.²⁰⁾

공정경제를 구성하는 세 번째 구성요소인 상생협력(collaborative cooperation)은 수직적 거래관계를 공동의 비전, 목표를 공유한 동반자 관계, 네트워크 관계로 전환하기 위한 개념이다. 공동의 비전, 목표는 상호의존성이 높은 네트워크 산업 영역에서 창의적인 과정을 통하여 형성되고 공유되는 것이라는 점에서, 대립관계에서 발생하는 문제에 초점을 맞추어 기존의 특별 규제 영역에서 적용해온 공정거래 규제, 특히 거래공정화 규제와는 상충되는 측면이 있다. 피켄셔 외 2인(2013)의 연구에서는 시장이 필요로 하는 공정성의 3가지 특징적인 요소로서 절차주의(proceduralism)와 비례성(proportionality) 외에 공동체 정신(community spirit)을 제시하고 있는데,²¹⁾ 이 중 공동체 정신이 상생협력과 관련될 수 있다.

2. 공정거래와 거래공정화의 구별 및 그 둘 사이의 관계

공정거래법에서 공정거래 정책은 불공정거래행위 규정의 집행을 통해 주로 구현된다. 불공정거래행위를 금지하는 규정은 ‘공정한 거래질서 또는 경쟁질서’의 확립을 위한 것이다.²²⁾ 대법원은 공정거래법 제23조 제1항이 공정한 거래질서 또는 경쟁

율적인 경쟁자(equally efficient competitor, EEC) 기준’이나 ‘합리적으로 효율적인 경쟁자(reasonably efficient competitor, REC) 기준’ 또는 ‘덜 효율적이지만 경쟁상 제약으로 작용할 수 있는 경쟁자 기준’ 등 중에 어떤 기준을 채택하고 있는지는 분명하지 않다.

20) Fikentscher et. al., Op. cit., p.73.

21) Ibid., p.73.

22) 대법원 2015. 9. 10. 선고 2012두18325 판결(금보개발).

질서의 확립을 위하여 경제에 관한 규제와 조정이라는 공법적 관점에서 불공정한 거래행위를 금지하는 규정이라고 보아야 한다고 하면서, 불공정거래행위 규정의 집행이 불공정한 계약내용이나 사법상 권리의무를 조정하는 것과 구별된다는 점을 분명히 한다.²³⁾ 그 근거로 대법원은 불공정거래행위에서의 ‘거래’란 통상의 매매와 같은 개별적인 계약 자체를 가리키는 것이 아니라 그보다 넓은 의미로서 사업활동을 위한 수단 일반 또는 거래질서를 뜻하는 것으로 보아야 한다는 점을 들고 있다.²⁴⁾

‘거래’를 질서의 관점에서 이해하는 경우 불공정거래행위라는 용어에 비록 ‘불공정’이라는 표현이 포함되어 있다고 하더라도 그 위법성 판단기준은 계약내용의 불공정성과는 다른 내용으로 정립할 필요가 있다. 최근 대법원은 ‘거래질서와의 관련성’이라는 기준을 새로 제시하면서 불공정거래행위 중 그 외연이 가장 넓은 거래상 지위 남용행위의 부당성 판단기준을 명확히 하기 위한 법리를 정립해가고 있다.²⁵⁾ 판례에 의하면, 널리 거래질서에 대해 미칠 파급효과의 유무 및 정도가 거래질서와의 관련성을 평가하기 위한 기준으로 작용하고, 비교를 통한 소비자의 합리적인 선택을 저해하는 경우나 다수 소비자들이 궁극적으로 피해를 볼 우려가 있는 경우가 널리 거래질서에 대해 파급효과가 있는 사례로 제시되고 있다.²⁶⁾

공정거래와 유사하게 법에서 거래공정화라는 개념도 사용하고 있는데, 이 두 개념은 구별해서 사용할 필요가 있다. 거래공정화는 공정거래법상 불공정거래행위 유형 중 가장 포괄적이고 완화된 위법성 판단기준이 적용되고 있는 거래상 지위 남용행위 규정에서 파생된 일련의 특별법인 「하도급거래의 공정화에 관한 법률」(‘하도급법’), 「대규모유통업 거래의 공정화에 관한 법률」(‘대규모유통업법’), 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」(‘가맹사업법’) 그리고 「대리점거래의 공정화에 관한 법률」(‘대리점법’)에서 범명에 사용되고 있는 용어이다. 이들 법률이 공정거래법과 구별되는 특징은 다음과 같이 세 가지 측면에서 살펴볼 필요가 있다.

첫째, 이들 법률에 규정된 사후규제(ex post regulation)²⁷⁾는 거래상 지위 남용행위

23) 대법원 2015. 9. 10. 선고 2012두18325 판결(금보개발).

24) 대법원 2010. 1. 14. 선고 2008두14739 판결(삼성화재 외) 참조.

25) 정재훈, “거래상 지위 남용 규제에서 거래질서와 적용 범위의 문제: 대법원 2015. 9. 10. 선고 2012두18325 판결(금보개발 사건)”, 『경쟁저널』 제186호, 2016, 94-95면.

26) 대법원 2015. 9. 10. 선고 2012두18325 판결(금보개발), 대법원 2018. 7. 12. 선고 2017두51365 판결. 더리본, 변경 전 상호: 케이엔엔라이프).

규정에서 파생되었으나, 금지되는 행위 유형이 거래상 지위 남용행위보다 더 세분화, 구체화되거나 선행행위로 확대되고 위법성 요건의 증명책임이 완화되거나 전환됨으로써 규제의 강도가 거래상 지위 남용행위 규정보다 더 강화된다. 대규모유통업법을 예로 들 경우, 금지되는 행위 유형이 거래상 지위 남용행위보다 더 세분화, 구체화된 사례는 공정거래법상 거래상 지위 남용행위로서의 불이익 제공행위보다 더 세분화, 구체화된 행위 유형이 열거된 불이익 제공행위의 금지 규정(법 제17조)²⁸⁾을 들 수 있다. 또한 대규모유통업법상 경영정보제공 요구 금지행위(법 제14조)는 공정거래법상 거래상 지위 남용행위의 한 유형인 부당한 경영간섭행위의 선행행위로서 이런 행위가 후발적인 불공정거래행위에 이용되어 공정하고 자유로운 거래질서가 제한될 우려가 있다는 사정을 고려하여 선제적(pre-emptive) 또는 능동적으로(proactive) 규제하기 위한 것이다.²⁹⁾ 아울러 대규모유통법상 금지행위 규정의 위법성 요건은 공정거래법의 ‘부당하게’라는 요건 대신에 ‘정당한 이유 없이’라는 요건으로 되어 있는 경우가 많은데,³⁰⁾ 이는 위법성 요건에 대한 증명책임을 완화하거나 사업자에게 전환하는 것이다.

둘째, 이들 법률은 사업자의 사업활동에 대한 규제수단이 사후규제에 머무르지 않고 사전규제(ex ante regulation)도 포함한다. 사전규제에는 사전 투명성 의무와 사전 공정성 의무가 있다. 이는 사업자가 어떤 사업활동을 하기 위한 준비 단계에서부터 투명하고 공정하게 그 업무를 수행할 의무를 사업자에게 부과하는 것이다.³¹⁾

27) 이 글에서는 규제의 유형을 사전규제와 사후규제로 구분한다. 사실이 발생하기 전을 뜻하는 ‘사전’(ex ante)은 사업자가 향후 사업을 운영하는 방식을 능동적으로 통제하는 규제적 조치에 관하여 사용하고, 사실이 발생한 후를 뜻하는 ‘사후’(ex post)는 사업자의 의사결정 또는 행위에 대응하여 일어나는 조치를 가리킨다.

28) 대규모유통업법 제17조는 상품권이나 물품을 구입하게 하는 행위(제1호), 통상적인 시장의 납품 가격보다 현저히 낮은 가격을 납품하게 하는 행위(제2호) 등 9가지 행위 유형을 열거하고 제10호에서 그 밖에 이에 준하는 행위를 불이익 제공행위로 인정할 수 있는 근거를 두고 있다. 제1호 내지 제9호에 열거된 행위는 그 자체로 불이익 제공행위로 규정된 것이므로, 그 요건에 형식적으로 해당하면 별도의 판단이 없이 불이익 제공행위로 간주될 수 있다.

29) 대법원 2017. 12. 22. 선고 2015두36010 판결(롯데쇼핑) 참조.

30) 상품의 반품 금지(제10조), 경제적 이익 제공 요구 금지(제15조), 불이익 제공행위의 금지(제17조).

31) 사전 투명성 의무와 사전 공정성 의무에 관한 보다 자세한 논의는 III. 1. 참조.

공정거래법상 불공정거래행위의 경우 사업자의 행위를 사후적으로 일정한 기준에 의하여 평가하는 방식이기 때문에, 사업자 입장에서는 자신의 행위가 불공정거래행위 규정에 의하여 어떻게 평가될 것인지를 고려할 필요가 생기는 하지만 그로 인하여 특정한 방식으로 행위를 할 의무가 부과되지는 않는다. 이에 비하여 거래공정화 규제에 포함되는 제도화된 투명성 및 공정성 규칙은 사업자에게 행위 전에 이행할 일정한 의무를 부과하는 사전규제, 특히 사전 사업분야 규제(ex ante line of business regulation)의 성격을 갖는다. 이처럼 거래공정화 규제는 사후규제인 공정거래 규제를 포함하면서 특정 산업분야 규제(sector-specific regulation)에서 주로 볼 수 있는 사전규제 수단도 갖추고 있다는 점에서, 경쟁규제와 특정 산업분야 규제의 혼성 규제(hybrid regulation)의 모습을 보이고 있다.³²⁾

셋째, 이들 법률은 B2B 관계에서의 상생협력에 기반을 둔 규제수단을 포함하고 있다. 상생협력 규제³³⁾는 대기업과 중소기업을 대립적인 지위가 아닌 상생할 수 있는 동반자관계로 이해하고, 이를 실현하기 위한 주된 방식으로 양 당사자의 자율적인 협력에 의존하는 규제이다. 이는 넓게 보아 중소기업정책의 일환으로 시행되는 경제규제의 틀에 포함될 수 있으나, (1) 대기업과 중소기업 간의 관계를 대립관계가 아닌 상생협력관계로 본다는 점, (2) 규제의 실현수단이 타율적인 강제가 아니라 자율적인 협력이라는 점에서 구별된다. 대규모유통업법에 규정된 제도 중에는 자발적 상생협력에 관한 협약체결제도(법 제19조)와 신속한 분쟁 해결을 위한 분쟁의 조정제도(제20조 내지 제28조)가 상생협력 규제로 분류될 수 있다.

32) 홍대식, “온라인 플랫폼 중개거래 공정화법의 입법 과제 및 정비”, 『경쟁저널』 제205호, 2020, 19면.

33) 익명의 심사위원 중 한 분은 필자가 상생협력제도를 ‘규제’라고 지칭하는 것에 대하여 부정적인 인식을 드러내었다. 이런 인식은 상생협력법의 입법취지가 규제 중심의 대·중소기업 관계 정책의 문제점을 극복하여 규제가 아닌 새로운 제도를 마련하는 것에 있다는 점(맹수석, “대·중소기업 상생협력촉진제도의 쟁점과 개선방안”, 『경제법연구』 제19권 제2호, 2020, 141-142면 참조)에 착안한 것으로 이해된다. 그러나 이 논문의 논의 범위를 벗어나는 주제라 자세한 논의는 할 수 없지만 상생협력법에 규정된 제도가 모두 규제와 관련이 없는 것이라고 볼 수는 없다고 생각한다. 위의 글에서도 상생협력법상 제도 중 위·수탁기업 간 거래 관련 제도에 대하여는 명시적으로 ‘규제’라고 표현하고 있다(위의 글, 145-148면).

Ⅲ. 거래공정화 규제의 쟁점과 온라인 플랫폼 특별법안에 대한 시사점

1. 사전 사업분야 제한 규제로서의 사전 투명성 및 공정성 규제

사업분야 제한 규제는 사업자의 사업분야, 즉 사업활동의 범위를 제한하는 사전 및 사후규제를 의미한다.³⁴⁾ 사업분야 제한 규제는 경쟁법 집행 과정에서 설계되는 사후적인 규제수단으로 나타날 수도 있지만, 이 규제가 전통적으로 필수설비(essential facilities)의 성격을 갖고 있는 자연독점적인 기반시설이 존재하는 피규제 산업인 공익재산업(utilities industries)에 적용되어 왔다는 점에서, 대체로 사전규제로 설계된다.³⁵⁾ 사전규제 수단에는 회계 분리, 기능 분리, 구조 분리 등 다양한 조직 분리(separation)³⁶⁾ 수단에 의한 구조적 규제와 투명성, 비차별성, 접근 강제 의무 부과 등과 같은 행태적 규제가 포함된다. 이들 규제 수단을 침익적 효과가 낮은 순에서 높은 순으로 배치하면, 투명성, 비차별성, 접근 강제, 회계 분리, 기능 분리, 구조 분리의 순이 될 수 있다.³⁷⁾ 여기서 투명성 규제는 사전 투명성 의무를 부과하는 방식으로, 비차별성 규제는 사전 공정성 의무를 부과하는 방식으로 나타난다.

사전 투명성 의무 부과는 다양한 사전 사업분야 제한 규제 수단 가운데 가장 개입의 수준이 낮은 수단이다. 투명성 의무는 사업분야에 참여하기 위한 준비 단계에 부과되는 것으로 개입의 수준이 조직 분리 수단이나 다른 행태적 규제에 미치지

³⁴⁾ Pike, Chris, *Lines of Business Restrictions-Background note By the Secretariat*, DAF/COMP/WP2(2020)18, OECD, June 2020, p.4.

³⁵⁾ Ibid., pp.4-6.

³⁶⁾ 조직 분리는 기업을 수평적 혹은 수직적으로 분할하거나 기업 간 합병을 규제하는 등 시장구조의 집중화 현상을 개선하기 위한 수단을 강구하는 것을 의미한다. 기존의 국내 관련 연구에서는 조직 분리를 구조 분리, 기능 분리, 운영 분리, 회계 분리 등 4유형으로 구분하는 견해가 있다. 권남훈·이광훈, “조직분리와 경쟁: 최근 해외사례 및 시사점을 중심으로”, 『정보통신정책연구』 제14권 제4호, 2007, 145-146면; 노일수·이경재, “융합환경에서의 유선시장 지배적 사업자의 구조분리 논의: EU 국가를 중심으로”, 『전자통신동향분석』 제23권 제2호, 2008, 48면 참조.

³⁷⁾ Ibáñez Colomo, Pablo, “Line of business restrictions in competition law and regulation”, OECD, June 2020.

않기 때문이다. 투명성 의무 부과 기반이 되는 투명성 원칙은 거래상대방이 충분한 정보를 갖고 합리적인 의사결정을 할 수 있도록 필요한 정보를 제공하고 설명해야 한다는 원칙으로서, 설명가능성, 해석가능성, 기타 소통행위, 정보 공개 등을 주요 내용으로 한다.³⁸⁾ 투명성 원칙은 중립성(neutrality) 원칙과 구별된다. 중립성 원칙은 다양한 이해관계 또는 가치 사이에 어느 한쪽에 치우치지 않는 원칙을 말하고, 경쟁법상 필수설비 이론에서 파생된 망 중립성(net neutrality) 원칙으로 구현된 바 있다. 그러나 중립성 원칙은 이념적인 원칙으로서의 성격이 강하고 이로부터 운용 가능한 기준이 도출되기는 어려우므로, 중립성 원칙을 표방하더라도 실제로 그것이 운용 가능한 기준을 도출하기 위해서는 투명성 원칙에 기초한 투명성 의무를 부과하는 방식으로 제도화되는 것이 보통이다.³⁹⁾

사전 투명성 의무 부과 규정은 일반법보다는 특정 산업이나 거래분야에 적용되는 특별법에서 찾을 수 있다. 전기통신산업의 경우 이러한 사례로서 EU의 「보편적서비스 지침(Universal Service Directive)」⁴⁰⁾과 「전자상거래지침(Directive on Electronic Commerce)」⁴¹⁾의 사례를 들 수 있다. 보편적서비스 지침은 전자 커뮤니케이션 네트워크(electronic communications network, ECN)와 전자 커뮤니케이션 서비스

38) 투명성 원칙을 구성하는 주요 내용에 관해서는 최근 특히 인공지능 윤리 원칙으로서의 투명성 원칙에 관한 논의에서 많이 다루어지고 있다. 이에 대한 메타 분석 연구로는 Jobin, Anna, Marcello Ienca and Effy Vayena, “The global landscape of AI ethics guidelines”, *Nature Machine Intelligence* 1(2), 2019, pp.389-399.

39) 이념적 원칙으로서의 중립성 및 공정성을 실제 운용 원칙으로서의 투명성 및 비차별과 구별하는 견해로서 Bosoen, Friso, “Neutrality, fairness or freedom? Principles for platform regulation”, *Internet Policy Review*, Vol. 7. Issue 1, 2018, pp.13-14. <https://policyreview.info/articles/analysis/neutrality-fairness-or-freedom-principles-platform-regulation> (2021. 2. 9. 방문)

40) 보편적서비스 지침(Universal Service Directive)의 정식 명칭은 Directive 2002/22/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services이다. 보편적서비스 지침은 2009년 시민의 권리 지침(Citizens' Rights Directive, Directive 2009/136/EC)에 의해 개정되었다.

41) 정식 명칭은 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 (Directive on electronic commerce).

(electronic communications service, ECS)⁴²⁾를 규율하는 EU의 통신 규제체계를 구성하는 5개 지침⁴³⁾ 중 하나이다. 이 지침 제21조는 투명성과 정보의 공개라는 표제하에 회원국은 규제당국이 공중이 이용하는 ECN 및/또는 ECS를 제공하는 사업자에게 투명성 의무를 부과하도록 보장할 것을 규정한다. 투명성 의무의 내용은 요금 및 이용조건, 계약 해지시 부과되는 위약금, 최종이용자와 소비자에게 제공되는 서비스 접근 및 이용 관련 약관에 대한 투명하고, 비교 가능하며, 적절한 최신의 정보를 공개하는 것이다. 이와 같은 투명성 보장 조치는 선택을 최적화하는 고객의 능력을 증진시켜 경쟁의 혜택을 충분히 누릴 수 있게 한다(동 지침 전문 제30호). 또한 정보사회서비스(information society service, ISS)를 규율하는 전자상거래지침은 전문 제10호에서 이 지침이 ISS가 온라인에서 발생하는 광범위한 경제적 활동을 포괄한다고 밝히면서,⁴⁴⁾ 제5조에서 제공되어야 할 일반적 정보라는 표제하에 회원국은 ISS

42) ECN과 ECS는 2003. 7.부터 시행된 새로운 규제체계에서 종전에 사용되던 전기통신(telecommunications)을 대체하는 개념이다. Walden, Op. cit., p.146. 대체로 우리 전기통신사업법상 전기통신역무에 대응하는 개념이나, 우리 법상 전기통신역무는 전기통신설비를 이용한 타인의 통신 매개(통신매개형 전기통신역무)와 전기통신설비의 통신용 제공(설비제공형 전기통신역무)을 포괄하는(법 제2조 제6호) 반면에, EU에서는 설비제공형 전기통신역무를 ECN, 통신매개형 전기통신역무를 ECS로 구별한다. 또한 우리 법은 전기통신을 전자기신호의 전송으로 폭넓게 정의하여 기간통신역무 외의 전기통신역무도 부가통신역무로서 법의 적용범위에 포함하는(법 제2조 제1호, 제12호) 반면에, EU에서는 ECS의 개념요소를 ‘전적으로 또는 주로 ECN에서 신호를 전송하는 것’으로 규정하여, 우리 법상 부가통신역무에 해당하는 정보사회서비스(information society service, ISS)는 규제체계의 적용대상에서 제외한다. EU에서 ECS와 ISS의 구별 기준은 신호의 전송을 주로 하는 것인지의 여부인데, 그 경계가 점차 흐려지고 있다. Walden, Op. cit., p.147.

43) EU의 통신 규제체계를 구성하는 5개 지침은 2002. 5. 제정되고 2003. 7.부터 시행된 규제체계 지침(Framework Directive)과 4가지 특별 지침(인가 지침, 접근 지침, 보편적서비스 지침, 프라이버시 지침)으로 구성되고, 이를 통틀어 ‘전자커뮤니케이션 규제 패키지’(Electronic Communications Regulatory Package) 또는 ‘새로운 규제체계’(New Regulatory Framework, NRF)라고 한다. 이 새로운 규제체계는 전기통신시장의 모든 영역에서 경쟁이 도입되고 전기통신, 미디어와 정보기술의 융합이 일어나는 환경에 대처하기 위하여 마련되었다. Walden, Ian ed., *Telecommunications Law and Policy*, 4th Ed., Oxford University Press, 2012, pp.145-146.

44) 이 지침이 전자상거래지침으로 약칭되고 있어서 전자상거래에 관한 규율만 하는 것으로 오해될 수 있으나, 이 지침은 정식 명칭(정보사회서비스, 특히 전자

제공자가 서비스의 수령자 및 관할당국에게 신원정보 등 일정한 정보를 쉽고 직접적, 영구적으로 접근가능하게 하도록 보장할 것을 규정한다.

우리 「전기통신사업법」에는 이러한 의미의 투명성 의무를 규정하는 대신 일정한 규모 이상의 기간통신사업자에 대하여는 요금 및 이용조건(‘이용약관’)의 신고제 또는 유보신고제⁴⁵⁾(법 제28조)를 운영하고 있고, 특수한 유형의 부가통신서비스에 대한 요금의 신고와 신고한 내용의 공개의무(법 제22조의4)를 규정한다. 또한 대규모유통업법을 비롯한 거래공정화 특별법에 규정된, 필수적 계약사항이 기재된 계약서면 교부의무는 사전 투명성 의무의 성격을 갖고 있다. 예컨대, 대규모유통업법상 대규모유통업자에게 부과되는 거래형태 등 일정한 계약사항이 기재된 계약서면 교부의무(법 제6조 제1항)는 사전에 사업자가 계약서면에 포함하여야 하는 필수적 기재사항을 정하고 이에 관하여 상대방에게 충분한 정보를 제공할 의무를 부과하는 것이다.

사업분야 제한 규제 수단 중 사전 공정성 의무 부과는 투명성보다 한 단계 더 침익적인 규제에 분류될 수 있는 것이다. 공정성은 규제법에서 지도적인 원칙(guiding principle)으로 종종 등장한다. 공정성은 경쟁관계와도 관련되지만 보다 규제적 성격을 갖는 것은 B2B, B2C를 포함한 수직적 거래관계에서의 공정성에 관한

상거래에서의 일정한 법적 측면에 관한 지침에서 나타나듯이 우리나라의 기간통신서비스에 해당하는 EU의 ECN 및 ECS와 달리 규제체계 지침의 규율을 받지 않는 ISS에 대한 법적 규율을 마련하기 위한 것으로서 적용범위가 전자상거래에 한정되지 않는다. 지침은 목적, 정의와 적용범위에 관한 제1장과 규율 원칙에 관한 제2장으로 구성되고, 제2장은 다음과 같은 4가지 부분으로 구성된다. 이는 1) 설립과 정보 요건(사전 인가 배제 원칙과 정보 제공 원칙), 2) 상업적 통신(commercial communications), 3) 전자적 수단에 의한 계약, 4) 중개서비스(intermediary service) 제공자의 책임이다. 집행위원회가 2020. 12. 15. 초안을 제시한 디지털 서비스 법(Digital Service Act)은 전자상거래지침의 내용을 상당 부분 이어받으면서 이를 형식적으로 계승하는 성격을 갖고 있다. 이병준, “유럽 연합 디지털 서비스법을 통한 플랫폼 규제-디지털 서비스법 초안과 그 시사점을 중심으로-”, 한국유통법학회 2021년 춘계학술대회 자료집, 2021, 28면.

- 45) 공정거래법상 시장지배적 사업자에 상응하는 전기통신서비스의 요금, 이용조건 및 전기통신설비의 이용 대가 등을 이용자와 다른 전기통신사업자에 대하여 독립적으로 결정·유지할 수 있다고 인정되어 전기통신서비스별로 지정·고시된 기간통신사업자(전기통신사업법 제34조 제4항)의 이용약관이 이용자 이익이나 공정경쟁을 저해하지 않도록 15일 내 검토하여 수리 또는 반려하는 제도(같은 법 제28조 제4항)로서, 2020. 6. 전기통신사업법 개정으로 도입되었다.

것이다. 이런 의미에서의 사후 공정성 규제는 일반법인 공정거래법에서도 불공정거래행위의 형태로 존재하고 있다. 그러나 사전 공정성 의무를 부과하는 규정은 일반법에는 없고 거래공정화 특별법에만 존재한다. 이는 사업자가 어떤 행위를 특정한 방식으로 하는 경우 당연(per se)⁴⁶⁾ 불공정 또는 준당연(quasi-per se)⁴⁷⁾ 불공정으로 규정하여 사전에 사업자가 법령이 정하는 방식으로 행위를 하도록 하는 의무를 부과하는 규정이다. 대규모유통업법상 상품대금 감액의 금지(법 제7조), 상품판매대금의 지급(법 제8조), 상품 수령 거부 지체 금지(법 제9조), 판매촉진비용의 부담전가 금지(법 제11조), 납품업자들의 종업원 사용 금지등(법 제12조)이 그와 같은 사례이다.

그러나 수직적 거래관계에서의 공정성을 해치는 행위를 사전적으로 판단하는 기준은 명확하게 정립되어 있지 않다. 거래공정화 특별법에서 구체적으로 규정된 사전 공정성 의무의 내용은 대체로 해당 거래분야에서의 불공정거래행위 규제 집행을 통하여 사후적으로 보더라도 언제나 또는 거의 언제나 공정거래를 저해할 우려가 있는 행위에 해당한다는 논리와 경험칙에 근거한 정책적 판단이 내려진 행위와 관련된 것이다. 예컨대, 대규모유통업법상 상품판매대금의 지급의무(법 제8조)는 예외가 허용되지 않는 당연 규칙의 형태로 되어 있는데, 이는 대규모유통업자가 특약매입거래로 납품받은 상품을 판매하는 경우와 같은 일정한 경우에는 납품업자에게 상품판매대금을 40일 이내에 지급하지 않는 것이 언제나 수직적 거래관계에서의 공정성을 해치는 행위라는 정책적 판단의 결과이다. 그에 따라 공정위가 이 규정을 엄격히 집행하여 대규모유통업자의 상품판매대금 지급의무 발생만을 사유로 하여 시정명령을 할 경우 대규모유통업자는 납품업자의 채무불이행 등 민사적으로 타당한 다른 지급거절사유가 있더라도 일단 대금을 지급한 후 별도의 민사절차를 통하여 다룰 수밖에 없게 된다.⁴⁸⁾

46) 당연 규칙은 일정한 행위 요건이 인정되면 위법성이 추정되고 추정의 번복(rebuttal)이 허용되지 않는 규칙이다. 대규모유통업법상 상품판매대금의 지급(법 제8조)은 의무를 면할 수 있는 번복이 허용되지 않으므로 당연 규칙의 사례이다.

47) 준당연 규칙은 일정한 행위 요건이 인정되면 위법성이 추정되지만 추정의 번복이 허용되거나 번복이 허용되기 위한 예외 요건이 제공되는 규칙이다. 대규모유통업법상 상품대금 감액의 금지(법 제7조)는 의무를 면할 수 있는 번복이 허용되기 위한 예외 요건이 제공되는 준당연 규칙의 사례이다.

48) 대규모유통업법 제8조는 하도급법 제13조와 유사한 구조로 되어 있는데, 대법원은 하도급법 제13조 위반 여부를 판단할 때 공정위가 특별한 사정이 없는 한 원사업자가 하도급대금이나 어음할인료의 지급을 거절하거나 그 지급을 미

그런데 공정성 원칙은 이념적인 원칙으로서의 성격이 강하고 그 의미가 매우 다양하기 때문에 이로부터 운용 가능한 기준을 도출하기가 어렵다. 따라서 공정성 원칙을 표방하더라도 그로부터 운용 가능한 기준을 도출하기 위해서는 보다 구체화된 원칙이 필요한데, 이러한 원칙으로 논의될 수 있는 것이 비차별성(non-discrimination) 원칙이다.⁴⁹⁾ 비차별성 원칙에 기초한 비차별성 의무는 계약사항에 대한 정보를 공개하도록 하는 투명성 의무에서 한 걸음 더 나아가 일정한 계약사항에 대해서는 자신 또는 제3자와 비교하여 다르게 취급하지 않도록 하는 것을 내용으로 한다. 차별적 취급은 경쟁의 관점에서는 경쟁제한적인 효과를 초래할⁵⁰⁾ 수 있으나, 공정성의 관점에서는 공정한 경쟁이나 소비자 이익을 저해하는 효과를 초래할 수 있다.⁵¹⁾ 경쟁제한성은 사전에 판단하는 기준으로 적절하지 않기 때문에 사전적으로 차별적 취급을 금지할 경우 이는 문제되는 계약사항이 이행될 경우 언제나 또는 거의 언제나 공정한 경쟁이나 소비자 이익을 저해하는 효과를 초래할 것이라는 논리와 경험칙에 근거한 정책적 판단을 배경으로 하는 것이다.

비차별성 원칙에 근거를 둔 사전 공정성 규제 역시 일반법보다는 특정 산업이나

루고 있는 사실 자체로써 위반행위가 되는지 여부를 판단하면 되고, 원사업자가 그 지급을 거절하거나 그 지급을 미룰 만한 상당한 이유가 있는지 여부에까지 나아가 판단할 필요는 없다고 판시하고 있다(대법원 1995. 6. 16. 선고 94누10320 판결, 대법원 1999. 3. 26. 선고 98두19773 판결 등). 이에 대하여 하도급법 제13조 위반 여부를 판단할 때 민사적인 권리 또는 항변에 관한 주장을 판단할 필요가 있다는 반대 견해에 대한 소개는 윤신승, “하도급거래 공정화에 관한 법률상 하도급대금 지급의무 위반에 관한 소고”, 『경쟁법연구』 제41권, 2020, 503-506면.

49) Bosoen, Op. cit., pp.13-14.

50) 공정거래법상 시장지배적 지위 남용행위 또는 불공정거래행위로서의 차별적 취급은 사후적으로 경쟁제한 효과에 의하여 위법성이 판단된다. 이는 효율적 경쟁자의 실제적 또는 잠재적인 배제를 초래하거나 초래할 우려가 있는 배제적인(exclusionary) 차별을 말한다. Krämer, Jan, Daniel Schnurr and Alexandre de Streel, *Internet Platforms and Non-Discrimination*, Project Report, Centre on Regulation in Europe(CERRE), 2017, p.30.

51) 공정한 경쟁을 저해하는 효과는 경쟁자의 배제를 가져오지 않더라도 경쟁자에게 경쟁상 불이익을 주어 하방시장에서 경쟁 과정이 왜곡되는 경우를 말하고, 소비자 이익을 저해하는 효과는 경쟁자에게 배제적 영향을 주지 않으면서 소비자 잉여를 뺏아내어 소비자 후생을 감소시키는 경우를 말한다. Krämer et. al., Op. cit., p.31.

거래분야에 적용되는 특별법에서 찾을 수 있다. 전기통신사업법은 전기통신설비에 대한 의존성이 매우 높은 기간통신서비스의 특성상 유효경쟁을 형성, 촉진하기 위해서 전기통신설비에 대한 접근성과 상호운용성을 높이기 위한 접속(access) 및 상호접속(interconnection) 제도를 운영하고 있는데, 이런 제도들은 접속사업자 간 차별이 없도록 하는 동등접속을 기반으로 하고 있다(법 제39조, 전기통신설비의 상호접속 기준⁵²⁾ 참조). 대규모유통업법상 준당연 불공정 규칙으로 분류될 수 있는 사전 공정성 의무 규정들도 대부분 비차별성 원칙에 의하여 설명될 수 있다. 예컨대, 판매촉진비용의 부담전가 금지 규정(법 제11조)은 판매촉진비용의 부담 등을 납품업자등과 사전에 약정하고 판매촉진비용의 부담 비율을 예상이익의 비율에 따라 정한 판매촉진행사를 원칙적으로 허용하되, 납품업자등의 자발적인 요청에 의한 차별화된 판매촉진행사는 예외로 하는 것을 내용으로 한다. 그에 의하면, 대규모유통업자는 자발성과 차별성이 인정되지 않는 일반적인 판매촉진행사의 경우에는 계약 방식과 비용 부담 비율에 관하여 참여하는 납품업자들에게 법률에 정한 요건에 따라 동등하게 기획, 진행하여야 하므로, 이 규정은 판매촉진행사에 대한 비차별성 원칙에 근거를 둔 것으로 볼 수 있다. 다만 판매촉진행사가 차별적, 선별적으로 진행되더라도 정태적으로는 경쟁을 촉진하거나 소비자 후생을 증대시키는 경우가 있음에도⁵³⁾ 비차별성 원칙에 근거를 둔 판매촉진행사에 관한 준당연 규칙을 엄격하게 적용할 경우, 판매촉진행사의 기획, 진행에 관한 경제적 자유와 사업혁신을 제한할 수 있다.

2. 상생협력 규제

우리나라의 상생협력 규제는 「대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률」(‘상생협력법’)에 주로 규정되어 있다. 상생협력법은 대기업과 중소기업 간 상생협력(相生協力) 관계를 공고히 하여 대기업과 중소기업의 경쟁력을 높이고 대기업과 중소기업의 양극화를 해소하여 동반성장을 달성함으로써 국민경제의 지속성장 기반을 마련함을 목적으로 한다. 법에서는 상생협력을 대기업과 중소기업 간, 중소기업 상호간

52) 2020. 3. 6. 개정 과학기술정보통신부 고시 제2020-0010호.

53) 예컨대, 품질 경쟁이 활발한 상품시장에서 특정 상품에 대하여 선별적인 가격 할인행사가 진행될 경우 자신의 상품에 대한 소비자 선택 유도를 통한 선호도 증대 효과를 기대하는 납품업자나 좋은 상품을 저렴한 가격에 구매할 수 있게 된 소비자 모두 경제적 효용이 증대될 수 있다.

또는 위탁기업과 수탁기업 간에 기술, 인력, 자금, 구매, 판로 등의 부문에서 서로 이익을 증진하기 위하여 하는 공동의 활동을 말한다고 정의한다(상생협력법 제2조 제3호).

상생협력법은 동반성장지수, 성과공유제, 중소기업적합업종 지정제도 등을 규정하고, 공정거래법 적용, 대기업과 중소기업 간의 거래공정화에 관한 특례 규정을 두는 것을 주된 내용으로 한다. 이 법은 대기업과 중소기업 간 거래에서 대기업 측의 이득을 중소기업에게 이전하도록 하는 내용을 포함하거나 중소기업이 있는 영역에 대기업 계열사의 시장진입을 제한하는 특성이 있다. 또한 헌법적 한계를 고려하여 시장의 평판효과에 의한 자발적 협력을 유도하는 방식으로, 대기업이 자발적으로 중소기업과의 상생협력관계를 형성하도록 유도하기 위하여, 정보제공, 공표, 지도 권고 등의 조치수단을 두고 있다.

상생협력 규제는 경쟁규제와는 차이가 크지만, 공정거래 규제와는 거래의 공정화를 이루려는 목적을 공유한다. 다만 상생협력 규제는 공정거래 규제와 비교할 때 거래질서의 불공정성을 해소하는 차원을 넘어서 전체 생산·유통 과정에서 발생하는 이익의 공정한 배분을 직접적으로 고려한다는 점에서 차이가 있다. 대·중소기업 관계를 협력적인 관계로 구성하기 위한 상생협력 규제의 시도는 공정거래 규제에 비하여 양자 사이의 불균형 관계를 해소하기 위한 본질적인 방안으로서 의의가 있다.⁵⁴⁾ 또한 상생협력 규제는 공정거래 규제뿐만 아니라 수평적인 공정성 규제도 포괄한다. 상생협력법상 중소기업적합업종 지정제도가 대표적인 규제수단이다. 이처럼 중소기업 문제에 대하여 대기업과의 관계에서 수평적인 경우와 수직적인 경우를 아우르는 접근 방식을 취하고 있다는 점을 상생협력 규제의 또 하나의 차별적 특성으로 볼 수 있다.⁵⁵⁾

3. 온라인 플랫폼 환경에서의 착안점

공정거래 규제는 온라인 플랫폼 환경에도 모두 적용될 수 있다. 온라인 플랫폼 환경에서는 온라인 플랫폼 제공자⁵⁶⁾ 간의 경쟁이 이루어질 뿐만 아니라 온라인 플랫

54) 홍명수, “대중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률(상생법)의 의의와 개선에 관한 고찰”, 『법학연구』, 21(3), 인하대학교 법학연구소, 2018, 415면.

55) 위의 글, 416면.

품 제공자와 그가 제공하는 플랫폼 서비스를 이용하여 사업을 영위하는 중소기업자 또는 영세사업자와의 거래관계, 온라인 플랫폼 제공자와 그가 제공하는 플랫폼 서비스를 통하여 판매되거나 제공되는 상품 또는 용역을 이용하는 소비자와의 거래관계가 형성되기 때문이다.

다만 온라인 플랫폼 환경에서 이루어지는 경쟁과 거래에는 종전의 오프라인 시장 환경에서 이루어지는 것과는 다른 특성이 있기 때문에, 기존에 경쟁이나 공정거래에 대한 침해 여부를 판단하는 분석 틀이나 구제수단을 그대로 적용하기에 적합하지 않은 측면이 있다. 흔히 디지털 경제라고 불리는 온라인 플랫폼 주도 경제는 전통적인 경제와는 근본적으로 다른 역동성이 존재하고, 이러한 역동성의 특징을 잘 나타내주는 것이 네트워크 효과(network effect)와 시장에서의 경합성(contestability)의 증대이다.⁵⁷⁾ 특히 EU와 그 회원국을 중심으로 글로벌 온라인 플랫폼 제공자를 상대로 여러 형태의 새로운 경제규제를 도입하려는 시도가 이루어지고 있는데, 그 과정에서 이런 특성을 고려하여야 한다는 필요성이 강조되고 있다. 그럼에도 불구하고 시장의 역동성을 해치지 않으면서 인터넷 생태계를 구성하는 시장 참여자의 다양한 이해관계를 조정하기 위한 최적의 정책조합(policy mix)을 달성하기가 쉽지 않은 상황이다.

한편 온라인 플랫폼 환경이 시스템 경제의 관점에서 수직적인 가치사슬(value

56) 여기서는 편의상 플랫폼 제공자라고 표현하였으나, 플랫폼 배후에 있는 실체는 그 구조와 운영에 대한 책임과 관련하여 플랫폼 관리자와 플랫폼 스폰서의 두 가지로 나누어볼 수 있다. 많은 경우 이 두 실체가 동일하지만 온라인 플랫폼의 통제와 개방성의 정도에 따라 이 두 실체가 다르고 그 관계가 다양한 모델도 나누어질 수 있다. 마셜 W. 벤 엘스타인, 상지트 폴 초더리, 제프리 G. 파커(이현경), 『플랫폼 레볼루션』, 부키, 2016, 233-237면. 따라서 보유자가 동시에 제공자가 되는 전기통신설비와 달리 온라인 플랫폼의 경우 그것이 서비스로 제공될 때 그 구조와 운영에 대한 책임을 갖고 있는 실체가 누구이고 그들 사이에 어떤 관계가 있는지를 규명하여야 할 필요가 있다. 그에 비하여 정부가 국회에 제출한 온라인 플랫폼 중개거래 공정화법안에는 한편으로는 온라인 플랫폼을 정의하고 다른 한편으로는 온라인 플랫폼 중개사업자 및 온라인 플랫폼 중개서비스를 정의하여 이 둘을 구별하고 있으나, 이 둘의 관계가 무엇인지가 분명하지 않다.

57) Nicolai VAN GORP and Olga BATURA, Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy, Study for the European Parliament's ECON Committee, July 2015, p.17.[http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU\(2015\)542235](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU(2015)542235) (2021. 2. 9. 방문)

chain)보다는 복합적인 가치 웹(value web) 또는 생태계(ecosystem)의 체계에 더 적합하다는 점이 고려될 수 있다. 가치 웹은 서비스와 자산의 거미줄로 통합된 다수의 상호 연결된 가치사슬로 이해될 수 있다.⁵⁸⁾ 생태계라는 용어는 원래 생태학에서 사용되던 용어⁵⁹⁾인데, 산업 환경에서는 가치사슬에서 다른 단계에 속하는 기업들이 상호보완적인 공생(symbiotic) 관계를 통해 효율적인 생산과 혁신이라는 공동의 목표를 달성하는 분산형 생산, 혁신 시스템을 말한다.⁶⁰⁾ 이러한 가치 웹 또는 생태계에서는 수직적 거래관계 및 수평적 경쟁관계를 공동의 비전, 목표를 공유한 동반자관계, 네트워크 관계로 전환하기 위한 개념 틀과 그에 따른 규제체계가 필요하다.

온라인 플랫폼 환경에서의 경쟁 또는 거래관계에 대응하는 규제체계의 설계와 규제수단의 개선을 위한 이론적인 토대는 플랫폼 시장 경제학에서 찾을 수 있다. 플랫폼 시장 경제학은 사업자 간의 상호의존성에 대한 관심을 증대하여 규제의 구조적 형태의 효과에 대한 보다 나은 이해, 시장의 단면을 넘는 관점의 확대, 비대칭규제의 잠재적 비용에 대한 보다 명확한 관점을 제공한다.⁶¹⁾ 이 관점에서는 보완적인 서비스와 혁신을 가능하게 하는 자(enabler)로서의 정보 플랫폼의 역할을 중시한다. 플랫폼 제공자는 보완적 서비스의 공급자에 대하여 개방적 접근을 허용할 유인이

58) Ibid., p.17.

59) 생태계(ecosystem)란 용어는 원래 영국의 식물생태학자인 탠슬리(A.G. Tansley)에 의해 제시된 개념으로, 특정 자연환경과 그 속에서 생존·번식·진화하는 유기체와의 관계를 설명하기 위해 사용되었다. 일반적으로 생태계는 일정한 지역에 살고 있는 생물(유기체, organism)과 이를 둘러싸고 있으면서 유기체와 상호작용을 하는 물리적 환경(무기체) 전체를 의미한다. 2006년 스위스 다보스에서 개최된 세계경제포럼에서는 ‘네트워크화된 디지털 생태계(networked digital ecosystem)’라는 주제를 통해 생태계 개념에 기초한 ‘디지털 생태계’라는 개념을 글로벌 화두로 천명하였다. 여기서 디지털 생태계 개념은 가치창출 개념의 변화를 반영하는데, 상호 네트워크화된 기관들을 위해 상호 협력, 지식 공유, 개방된 적용 기술 개발, 진화된 사업모델 등을 지원하는 디지털 환경을 창출할 목적으로 존재하는 자기조직적 디지털 인프라를 지칭한다. 김원제, 『콘텐츠 실�크로드 오디세이』, 이담북스, 2009, 276면.

60) Fransman, Martin, *The New ICT Ecosystem: Implications for Policy and Regulation*, Cambridge University Press, 2010에서 제시한 ELM(ecosystem layer model)에 따른 정의이다.

61) Bauer, Johannes M., “Platforms, systems competition, and innovation: Reassessing the foundations of communications policy.” *Telecommunications Policy* 38, 2014, pp.662-673.

있기 때문에, ICT 체계 내에서의 수직적 관계와 그 관계에서 발생하는 공정거래 개념에 대한 재평가가 필요하다. 다만 정책적 개입이 필요한 예외적 상황은 플랫폼 제공자가 수직적으로 통합된 서비스를 제공하여 플랫폼 서비스와 보완적인 관계에 있는 서비스가 플랫폼 제공자가 제공하는 서비스의 대체재도 되는 상황이다. 이런 상황에서는 플랫폼 제공자의 시장 또는 거래에서의 행위가 차별성 또는 공정성의 문제를 야기할 수 있다.

온라인 플랫폼 환경에 적합한 방안을 모색하기 위해서는 정책적 대응이 필요한 상황을 식별하기 위한 판단기준인 분석 틀의 개선을 필요로 한다. 이러한 판단기준으로서 새로운 역할이 요구되는 것은 투명성 분석 틀과 비차별성 분석 틀이다. 또한 플랫폼 제공자의 사업 원천으로서 데이터가 더 중요한가 아니면 알고리즘이나 데이터 분석 기술이 더 중요한가에 대하여 논란이 있지만, 어느 쪽이 더 중요한지 여부와 관계없이 데이터 수집·처리·이용에 따른 투명성(transparency)과 알고리즘과 관련된 공적책무에 대한 응답책임(accountability)은 중요한 원칙이 될 필요가 있다. 이러한 원칙 하에 온라인 플랫폼 생태계 환경에서 플랫폼 제공자의 전략적 행위에 대하여, 그리고 그로 인하여 직접적인 영향을 받는 플랫폼 참여자와의 이익 균형을 위하여, 경쟁당국 또는 규제당국이 투명성과 비차별성에 관한 발전된 기준을 갖고 이를 증진하기 위한 규제 개선 방안을 마련할 필요가 있다.

4. 온라인 플랫폼 특별법안에 대한 시사점

EU에서의 온라인 플랫폼 규제 동향은 기존의 경쟁법과 소비자법으로 대처하기 어려운 온라인 플랫폼 관련 법률관계를 다루면서 경쟁법과 소비자법의 제도적 틀과 규제기관의 설계 방식을 고려하고 있지만, 동시에 온라인 플랫폼이 통신 규제체계와 밀접한 관련을 갖는 정보사회서비스(ISS)의 성격을 갖고 있다는 점에서 실제 입법 과정에서는 그 규제 방식과 내용은 통신 규제체계의 모델을 많이 따르고 있다. 이런 맥락에서 EU의 온라인 중개서비스법은 B2B 관계의 거래관행에서의 투명성에 관한 여러 의무를 도입하였으나, 비차별성에 관한 추가적인 의무는 부과하지 않았고, 법이 비차별성과 관련된 거래관행을 그 자체로 금지하는 것은 아니라는 점에 주의할 필요가 있다.

이 법은 그 제목에서 공정성과 투명성 증진의 목적을 제시하고 있으나, 사전 공정

성 의무를 부과하는 규정은 두고 있지 않다. 온라인 중개 서비스 이용에서 문제될 수 있는 주요 약관조항의 공정성에 대해서는 실체법적 판단을 내리지 않고 단지 그러한 조항의 경제적·사업적 근거 명시 등을 통해 거래의 투명성을 보장하고자 함이 이 법의 기본 취지이다.⁶²⁾ 다만 절차적 공정성 확보의 수단으로 몇 가지 규정을 두고 있다. 절차적 공정성 확보수단을 두고 있는 규정으로는 내부적인 불만처리시스템, 행동규약(code of conducts), 자율적 조정, 의무 부준수 행위에 대한 대표자 조직과 공공기관에 의한 집합적 구제 청구 권한을 부여하는 규정이 있다. 의무 위반에 대한 제재 수단 마련은 회원국에 맡겨져 있다. 이런 사전규제도 온라인 플랫폼 관련 경쟁법적 쟁점의 일부로 보는 견해도 있으나,⁶³⁾ 구조적인 사전규제인 기업결합의 제한과 달리 행태적인 사전규제는 그 성질상 경쟁법적 쟁점과는 거리가 있는 것이다. 플랫폼 제공자의 거래관행에서의 투명성이 아니라 거래관행 그 자체를 규제하기 위해서는 EU나 회원국의 경쟁법을 적용하거나 일부 회원국⁶⁴⁾이 국내법으로 마련하고 있는 공정거래법(unfair trade practice laws)을 적용함으로써 사후적인 위법성 판단이 이루어져야 한다.

2021. 1. 28. 국회에 제출된 정부의 온라인 플랫폼 중개거래 공정화법안은 온라인 플랫폼 중개거래 분야에 적용되는 거래공정화 특별법의 성격을 갖고 있다. 법안은 공정한 온라인 플랫폼 중개거래질서의 확립과 플랫폼 중개사업자와 온라인 플랫폼 이용사업자의 대등한 지위에서의 균형 있는 발전을 직접적인 목적으로 규정하고 있다(법안 제1조). 이는 거래공정화 특별법으로 분류될 수 있는 대규모유통업법 등의 목적 규정과 동일한 구조이다. 공정한 거래질서의 확립은 거래공정화 특별법의 하나의 구성요소인 공정거래 규제와 연결되는 목적이라면, 비대칭적인 거래상 지위에 있는 사업자 간의 대등한 지위에서의 균형 있는 발전은 거래공정화 특별법의

62) 강지원, “EU의 온라인 플랫폼 시행규칙 시행이 유통분야에 주는 시사점”, 『유통법연구』 제7권 제2호, 2020, 54-57면.

63) 조혜신, “온라인 중개 서비스 및 검색엔진 관련 EU 이사회 규칙 개관”, 『경쟁저널』 제204호, 2020, 17면.

64) 이런 회원국의 사례로 상법전에 경제적 의존 남용행위 규정을 두고 있는 프랑스와 경제법전에 유사한 규정을 두고 있는 벨기에를 들 수 있다. Krämer et al., Op. cit., p.32. 벨기에 입법례에 대한 국내 소개 문헌으로는 이상윤, “벨기에 경쟁법상 경제적 의존 남용행위의 규제”, 유럽연합 경쟁법 동향 시리즈 18, 고려대학교 혁신·경쟁·규제법센터, 2019.

다른 하나의 구성요소인 상생협력 규제와 연결되는 목적이다. 법안은 공정거래 규제에 관하여 거래관계의 투명성 및 공정성을 제고하기 위한 사전 및 사후규제 수단으로서 일정한 사항이 기재된 계약서면 교부의무, 사전통지의무와 금지행위를 규정하는 한편, 상생협력 규제에 관하여 자발적 상생협력과 분쟁해결을 위한 제도적 기반을 마련하기 위한 표준계약서, 공정거래협약, 서면실태조사, 분쟁조정협의회 제도를 규정하고 있다.

유통 거래 분야 중 가맹사업거래, 대규모유통업 거래, 대리점거래와 같은 특정한 분야에 대하여는 공정거래 규제보다 확대된 거래공정화 규제 특별법이 마련되어 있다. 법안의 적용 대상이 되는 온라인 플랫폼 중개사업자가 제공하는 온라인 플랫폼 중개서비스는 재화 또는 용역의 유통 거래와 관련이 되지만 온라인 플랫폼 중개사업자가 다른 사업자로부터 상품을 납품받아 판매하는 것이 아니기 때문에 대규모유통업법의 적용 대상이 아니다. 또한 온라인 플랫폼 이용사업자는 온라인 플랫폼 중개사업자의 가맹점사업자나 대리점의 지위에 있는 것이 아니므로, 이러한 서비스는 가맹사업법이나 대리점법의 적용 대상도 아니다. 따라서 온라인 플랫폼 중개거래 분야에 특화된 거래공정화 특별법이 마련된다고 하여 외형적으로 중복규제의 문제는 생기지 않는다.⁶⁵⁾ 그러나 다른 거래공정화 특별법의 적용 대상이 아니라고 하여 당연히 새로운 특별법 제정이 정당화되는 것은 아니다. 중요한 것은 과연 온라인 플랫폼 중개거래 분야가 거래공정화 특별법의 제정을 필요로 할 만큼 규제의 필요성이 절실한 분야인지 하는 점이다. 이를 위해서는 먼저 온라인 플랫폼 환경이 특별법의 제정을 필요로 하는 환경인지를 검토하고, 어떤 형태로든 특별법의 제정이 필요하다고 가정하더라도 현재 마련된 온라인 플랫폼 중개거래 공정화법안의 내용이 적절한 것인지를 검토할 필요가 있다.

입법 추진과 입법예고 과정에서 발표된 공정위의 보도자료⁶⁶⁾에 의하면, 원래 공정

65) 대규모유통업법은 인터넷쇼핑몰업자의 소매업인 통신판매업 분야에도 적용되지만, 온라인 플랫폼 중개거래에 해당하는 통신판매중개업(이른바 ‘오픈마켓’)에는 적용되지 않는다. 인터넷쇼핑몰업자가 소매업과 통신판매중개업을 겸하여 영업하는 경우 온라인 플랫폼 중개거래 공정화법안의 적용 대상이 되는 것은 통신판매중개업 분야이다. 따라서 하나의 사업자에게 두 개의 법률이 적용되는 것처럼 보여도 적용되는 사업 영역이 다르므로 중복규제라고 할 수는 없다. 공정위 2020. 6. 26.자 보도해명자료 참조.

66) 2020. 6. 25.자 보도참고자료, 2020. 9. 28.자 보도자료.

위의 입법 추진 의도는 소비자에 대한 상품 판매와 관련하여 대규모유통업법의 적용을 받는 일반 인터넷 쇼핑몰과 경쟁관계에 있으면서 중개거래라는 특성으로 인해 적용범위에서 배제된 오픈마켓 사업자나 시장은 다르지만 소비자에 대한 상품의 일종으로 볼 수 있는 배달음식 중개거래 사업자인 배달앱 사업자에 대하여도 유사한 규제를 도입하려는 취지였던 것으로 추측된다. 공정위는 인터넷 쇼핑 분야와 관련하여 공정거래법과 대규모유통업법 적용을 통하여 B2B 관계를 규율하고, 전자상거래 소비자보호법의 적용을 통해 B2C 관계를 규율한다. 그런데 공정거래법은 적용 대상에 제한이 없지만 일반법으로서의 한계가 있고, B2B 관계를 규율하는 특별법인 대규모유통업법은 상품의 판매 거래에 한정되며, B2C 관계를 규율하는 특별법인 전자상거래소비자보호법은 재화 또는 용역의 판매 거래에 한정되는 한계가 있다.⁶⁷⁾

공정위 법안은 EU와 일본의 관련 입법 추이에 적극적으로 대응하면서 온라인 플랫폼 중개거래 분야를 거래공정화 특별법의 영역에 포함시킴으로써, 이 영역에 대하여 공정거래와 관련된 새로운 규제를 도입하면서 규제기관의 설계(*institutional design*)라는 정책적 판단에 속하는 사항에 관하여 경쟁 및 공정거래 규제당국으로서의 공정위의 우선권을 확보한다는 의미를 갖고 있다. 그런데 공정위 법안은 비록 적용범위를 정함에 있어서는 온라인 플랫폼의 특성을 고려한 것으로 보이나, 실제 규제 내용의 측면에서는 기존의 유통 거래에 관한 거래공정화 특별법과 유사한 형태로 되어 있다. 특히 상생협력 규제로서 표준계약서, 공정거래협약, 서면실태조사, 분쟁조정협의회 제도를 두고 있는데, 정부 주도의 이와 같은 제도가 가치 웹 또는 생태계에 더 적합한 온라인 플랫폼 환경의 특성에 부합하는지 의문이다. 이는 EU의 온라인 중개 서비스법이 이에 상응한 제도로서 내부적인 불만처리시스템, 행동규약, 자율적 조정 등과 같이 정부와 산업 간의 협력적 규제(*co-regulation*) 모델에 기초한 제도를 두고 있는 점과도 비교되는 점이다. 또한 서면실태조사의 경우 전기통신사업법 제34조의2에 규정된 과학기술정보통신부장관의 부가통신사업 실태조사 권한과 중복되는 문제도 있다.

67) 전자상거래소비자보호법은 상품뿐만 아니라 ‘용역’ 판매 거래도 포함하지만, 일상 생활용품, 음식료 등을 인접지역에 판매하기 위한 거래에는 대부분 적용되지 않기 때문에(법 제3조 제4항), 최근에 급성장한 배달앱 사업자를 포섭하지 못하는 한계가 있다.

IV. 결론에 갈음하여

온라인 플랫폼 중개거래 분야에 대한 새로운 공정거래 규제 도입 여부나 그 수준, 그리고 규제기관의 설계 문제는 입법자에게 비교적 폭넓은 재량이 부여된 정책적 판단에 속하는 사항이다.⁶⁸⁾ 그런 점에서 어떤 형태로든 특별법의 제정이 필요하다고 가정하더라도 정부가 국회에 제출한 온라인 플랫폼 중개거래 공정화법안의 내용이 적절한 것인지를 검토할 필요가 있다. 공정위 법안의 내용에 대하여 제기될 수 있는 의문은 첫째, 온라인 플랫폼 환경의 특성에도 불구하고 법안의 내용을 기존의 유통 거래에 관한 거래공정화 특별법과 유사한 형태로 만들 필요가 있는지 하는 점, 둘째, 유통 거래에 관한 거래공정화 특별법과 유사한 형태로 만들면서 그 적용범위를 유통 거래와 거리가 먼 분야에까지 확장할 필요가 있는지 하는 점, 셋째, 기존의 유통 거래에 관한 거래공정화 특별법이 공정위가 전속적으로 관할하는 법이라고 하더라도 온라인 플랫폼 중개거래의 대상인 온라인 플랫폼 중개서비스가 부가통신서비스이고 이에 관하여 통신 분야 전문규제당국의 규제 경험과 전문성이 축적되어 있다는 점에서 정부 내 협력적 거버넌스 구축을 위한 제도적 장치를 전혀 두지 않는 것이 적절한가 하는 점이다. 결론적으로 이 논문은 우리나라 법제가 공정위에서 참조한 EU 법제와 다르다는 점과 거래공정화 규제의 쟁점이 온라인 플랫폼 환경에 적합하지 않다는 점을 근거로 하여 제기된 의문에 대하여 대체로 부정적인 관점을 취한다.

또한 근본적으로 온라인 플랫폼의 사업모델 중 유통 거래 분야를 따로 떼어 사전 규제 거버넌스를 설계하는 것이 적절한 것인지에 대한 의문이 제기될 수 있다. 온라인 플랫폼의 사업모델의 다양성, 복잡성과 유연성으로 인하여 중개거래 사업 분야만을 특정하여 규제 범위를 설정하기가 쉽지 않을⁶⁹⁾ 뿐만 아니라 유통 거래 분야는

68) “입법자는 경제현실의 역사와 미래에 대한 전망, 목적 달성에 소요되는 경제적·사회적 비용, 당해 경제문제에 관한 국민 내지 이해관계인의 인식 등 제반 사정을 두루 감안하여 독과점 규제와 공정거래의 보장을 위하여 가능한 여러 정책 중 필요하다고 판단되는 경제정책을 선택할 수 있고, 입법자의 그러한 정책 판단과 선택은 그것이 현저히 합리성을 결여한 것이라고 볼 수 없는 한 경제에 관한 국가적 규제·조정권한의 행사로서 존중되어야 할 것이다.”(헌법재판소 2003. 7. 24. 선고 2001헌가25 결정)

69) 공정위의 2020. 9. 28.자 보도자료에 의하면, 공정위의 온라인 플랫폼 중개거래 공정화법안의 적용범위에 포함되는 사업자는 오픈마켓, 앱마켓과 같이 전자상거래소비자보호법의 적용 대상인 통신판매중개업자에 국한되지 않고 배달앱,

온라인 플랫폼 사업자의 다양한 서비스 제공을 위한 사업모델의 중요한 한 축을 이루는 것이기 때문이다. 온라인 플랫폼 사업자가 영위하는 사업은 전통적인 방송통신사업 분야에 국한하지 않고 정보통신융합등 서비스,⁷⁰⁾ 데이터, 인공지능, 클라우드 컴퓨팅 등 지능정보서비스⁷¹⁾에도 미치는데, 온라인 플랫폼의 유통 거래 분야가 이러한 사업 및 기술 혁신의 기반이 된다는 점도 고려되어야 한다.

이와 관련하여 공정위 법안은 온라인 플랫폼 중개서비스를 ‘온라인 플랫폼 이용사업자와 소비자 간의 거래의 개시를 중개하는 서비스’로 정의하면서, 그 서비스의 범위에 재화 또는 용역에 대한 정보 제공과 온라인 플랫폼 이용사업자와 연결수단 제공을 결합한 서비스, 재화 또는 용역에 대한 청약의 접수, 이에 준하는 서비스, 이러한 서비스에 부수하여 이루어지는 광고, 결제, 배송지원 및 고객관리 등의 서비스를 포함하는 방식으로 규정하고 있다(법안 제2조 제5호). 이런 입법 방식은 입법예고 기간에 제기된 적용범위의 문제에 오히려 적극적으로 대응하여 순수한 유통 거래뿐만 아니라 그에 인접한 거래까지도 모두 포괄될 수 있도록 하는 것이나, 그로 인하여 유통 거래에 관한 거래공정화 특별법에 유사한 형태로 만든 법안의 규제 내용이 잘 들어맞지 않는 모순이 발생할 수 있다.

숙박업, 승차중개업과 같은 O2O 사업자, 가격비교사이트, 부동산·중고차 등 정보제공서비스, 검색광고서비스까지도 포함될 수 있으며, 시행령에 위임한 사항을 어떻게 정하는지에 따라 그 적용 범위가 확장될 수 있다.

- 70) “정보통신융합”이란 정보통신 간 또는 정보통신과 다른 산업 간에 기술 또는 서비스의 결합 또는 복합을 통하여 새로운 사회적·시장적 가치를 창출하는 창의적이고 혁신적인 활동 및 현상을 말한다(정보통신 진흥 및 융합 활성화 등에 관한 특별법 제2조 제2호).
- 71) “지능정보서비스”란 ①「전기통신사업법」 제2조 제6호에 따른 전기통신역무와 이를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 것, ② 지능정보기술을 활용한 서비스, ③ 그 밖에 지능정보화를 가능하게 하는 서비스 중 어느 하나에 해당하는 서비스를 말하고(지능정보화기본법 제2조 제7호), “지능정보기술”이란 ① 전자적 방법으로 학습·추론·판단 등을 구현하는 기술, ② 데이터(부호, 문자, 음성, 음향 및 영상 등으로 표현된 모든 종류의 자료 또는 지식을 말한다)를 전자적 방법으로 수집·분석·가공 등 처리하는 기술, ④ 물건 상호간 또는 사람과 물건 사이에 데이터를 처리하거나 물건을 이용·제어 또는 관리할 수 있도록 하는 기술, ⑤「클라우드컴퓨팅 발전 및 이용자 보호에 관한 법률」 제2조 제2호에 따른 클라우드컴퓨팅기술, ⑥ 무선 또는 유·무선이 결합된 초연결 지능정보통신기반 기술, ⑦ 그 밖에 대통령령으로 정하는 기술 중 어느 하나에 해당하는 기술 또는 그 결합 및 활용 기술을 말한다(동법 제2조 제4호).

특히 문제가 되는 부분은 검색광고서비스이다. 검색광고서비스는 이용자의 키워드 기타 입력이라는 검색행위에 기초하여 요청된 콘텐츠에 관련된 정보의 형태로 그 결과를 보여주는 검색서비스에 부수하여 검색결과와 관련된 상품 정보를 자세히 알려주고 그 상품을 판매하는 인터넷사이트로 안내하는 역할을 하는 서비스이므로, 그 주된 기능은 특화된 정보 제공에 있는 것이지 거래의 개시 중개에 있지 않다. 공정위도 전형적인 온라인 플랫폼 중개서비스인 오픈마켓 서비스와 검색광고서비스는 서비스의 성격 및 기능이 달라 별개의 시장으로 확정하여야 한다고 인정하였다.⁷²⁾ EU의 온라인 중개 서비스법도 검색서비스를 비롯한 온라인 중개 서비스 제공자의 광고행위는 온라인 중개 서비스로 보고 있지 않다.⁷³⁾ 또한 검색광고서비스 사업자와 광고주 또는 퍼블리셔 간의 관계는 공정위가 법안 추진의 배경으로 제시한 온라인 플랫폼과 입점업체 간의 전형적인 관계와도 다르다.

나아가 검색광고서비스의 주요 내용 및 관련 쟁점은 공정위 법안의 주된 신설 규제인 중개계약서의 필수적 기재사항 규제와 잘 맞지 않다. 재화 또는 용역의 노출 순서, 형태 및 기준 등에 관한 사항(법안 제6조 제5호)이 검색광고서비스에 주로 적용될 수 있는 것이나, 이 사항은 온라인 플랫폼 중개서비스에 내포된 특화된 (specialised) 검색서비스와 일반(general) 검색서비스 간의 특성 차이를 잘 반영하지 못한다. 특화된 검색서비스는 이용자 입력 또는 제3자 제공 정보에 검색 기능을 의존하지만, 일반 검색서비스는 웹 크롤링과 같은 자동화된 과정에 의하여 수집하는 정보에 검색 기능을 의존한다는 점에서 구별되는데,⁷⁴⁾ 정부 법안이 정하는 사항은 특화된 검색서비스에만 타당한 사항이다. 정부 법안과는 구조나 입법취지에서 다소 차이가 있는 EU 온라인 중개서비스법 제5조에서는 온라인 중개서비스 제공자와 온라인 검색엔진 제공자의 순위결정(ranking) 관련 투명성 의무의 내용을 다르게

⁷²⁾ 공정위 2010. 10. 22.자 제2010-120호 의결(이베이마켓).

⁷³⁾ European Commission, COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services, COM(2018) 238 final, 2018, pp.7-8.

⁷⁴⁾ COMMISSION DECISION of 27.6.2017 relating to proceedings under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the Agreement on the European Economic Area (AT.39740 - Google Search (Shopping)), p.31.

정하고 있다.

검색서비스와 그에 부수된 검색광고서비스의 투명성 및 공정성 쟁점은 정부 법안의 목적인 공정한 거래질서 확립의 문제라기보다는 전기통신사업법의 목적인 전기통신사업의 건전한 발전과 이용자 편의 도모의 문제에 더 밀접한 관련이 있다고 생각된다. 검색서비스와 그에 부수된 검색광고서비스는 유통 거래의 기능보다는 전기통신서비스의 기능인 타인 간의 통신 매개 기능과의 관련성이 더 높은 서비스이므로, 간접적으로만 연결되어 있는 재화등의 판매 거래 기능보다는 그 주된 기능인 통신 매개 기능에 규제의 초점이 맞추어져야 하기 때문이다. 검색광고서비스 포함 여부에 대한 논란의 여지를 없애기 위해서는 ‘온라인 플랫폼 이용사업자와 소비자 간 거래 개시의 중개’라는 표현을 EU 온라인 중개서비스법 제2조 제2항의 입법 방식⁷⁵⁾을 참고로 하여 ‘온라인 플랫폼 이용사업자와 소비자 간의 재화 또는 용역의 제공을 통한 직접적인 거래 개시의 중개’라는 표현으로 바꾸는 등의 방법으로 온라인 플랫폼 중개서비스의 범위를 유통 거래의 성격에 맞게 명확하게 할 필요가 있다.

투고일: 2021. X. X.

심사완료일: 2021. X. X.

계재확정일: 2021. X. X.

75) EU 온라인 중개서비스법 제2조 제2항은 온라인 중개서비스의 요건으로 ① 정보사회서비스일 것, ② 사업이용자와 소비자 간의 직접적인 거래 개시(initiating of direct transactions) 촉진을 목적으로 하는 소비자에 대한 상품 또는 용역 제공 허락, ③ 중개서비스 제공자와 사업이용자 간의 계약관계를 규정하고 있다.

【 참고문헌 】

1. 국내 문헌

1) 단행본

- 김원제, 『콘텐츠 실크로드 오디세이』, 이담북스, 2009
 신동권, 『중소기업보호법』, 박영사, 2020
 마셜 W. 벤 엘스타인, 상지트 폴 초더리, 제프리 G. 파커(이현경), 『플랫폼 레볼루션』, 부키, 2016

2) 논문

- 강지원, “EU의 온라인 플랫폼 시행규칙 시행이 유통분야에 주는 시사점”, 『유통법연구』 제7권 제2호, 2020
 권남훈·이광훈, “조직분리와 경쟁: 최근 해외사례 및 시사점을 중심으로”, 『정보통신정책연구』 제14권 제4호, 2007
 노일수·이경재, “융합환경에서의 우선시장 지배적 사업자의 구조분리 논의: EU 국가를 중심으로”, 『전자통신동향분석』 제23권 제2호, 2008
 맹수석, “대·중소기업 상생협력촉진제도의 쟁점과 개선방안”, 『경제법연구』 제19권 제2호, 2020
 윤신승, “하도급거래 공정화에 관한 법률상 하도급대금 지급의무 위반에 관한 소고”, 『경쟁법연구』 제41권, 2020
 이병준, “유럽연합 디지털 서비스법을 통한 플랫폼 규제-디지털 서비스법 초안과 그 시사점을 중심으로-”, 한국유통법학회 2021년 춘계학술대회 자료집, 2021
 이상윤, “벨기에 경쟁법상 경제적 의존 남용행위의 규제”, 유럽연합 경쟁법 동향 시리즈 18, 고려대학교 혁신·경쟁·규제법센터, 2019
 정재훈, “거래상 지위 남용 규제에서 거래질서와 적용 범위의 문제: 대법원 2015. 9. 10. 선고 2012두18325 판결(금보개발 사건)”, 『경쟁저널』 제186호, 2016
 조혜신, “온라인 중개 서비스 및 검색엔진 관련 EU 이사회 규칙 개관”, 『경쟁저널』

제204호, 2020

홍대식, “온라인 플랫폼 중개거래 공정화법의 입법 과제 및 정비”, 『경쟁저널』 제205호, 2020

홍명수, “대중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률(상생법)의 의의와 개선에 관한 고찰”, 『법학연구』, 21(3), 인하대학교 법학연구소, 2018

홍순강, “일본의 디지털 플랫폼 사업자 규제 지침 및 법률에 관하여”, 『경쟁저널』 제204호, 2020

3) 자료

공정위, “온라인 플랫폼 중개 거래의 공정화에 관한 법률 제정 추진-온라인 플랫폼 불공정 근절 및 디지털 공정경제 정책 발표-”, 보도자료 2020. 6. 25.자.

공정위, “플랫폼 산업 특성 무시한 채...네이버·쿠팡·배민 옥죄는 공정위(한국경제, 6. 26. 보도 관련)”, 보도해명자료, 2020. 6. 26.자.

공정위, “「온라인플랫폼 공정화법」 제정안 입법예고-디지털 생태계에서의 공정거래 및 상생협력 기반 마련 본격화-”, 보도자료, 2020. 9. 28.자.

공정위, “온라인플랫폼법, 세계 최고 수위 규제...스타트업 성장 막아(연합뉴스, 11.5. 보도 관련)”, 보도설명자료, 2020. 11. 25.자.

공정위, “「온라인플랫폼 공정화법」 제정안 국무회의 통과-공정하고 혁신적인 플랫폼 생태계 구축을 위한 제도적 기반 마련-”, 보도참고자료 2021. 1. 25.자

2. 외국 문헌

1) 단행본

Fikentscher, Wolfgang, Philipp Hacker and Rupprecht Podszun, *FairEconomy: Crises, Culture, Competition and the Role of Law*, Springer, 2013

Fransman, Martin, *The New ICT Ecosystem: Implications for Policy and Regulation*, Cambridge University Press, 2010

Krämer, Jan, Daniel Schnurr and Alexandre de Streel, *Internet Platforms and Non-Discrimination*, Project Report, Centre on Regulation in Europe(CERRE), 2017

- Nazzini, Renato, *The Foundation of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Article 102*, Oxford University Press, 2011
- Pike, Chris, *Lines of Business Restrictions -Background note By the Secretariat*, DAF/COMP/WP2(2020)18, OECD, June 2020
- VAN GORP, Nicolai and Olga BATURA, Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy, Study for the European Parliament's ECON Committee, July 2015. [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU\(2015\)542235](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU(2015)542235)
- Walden, Ian ed., *Telecommunications Law and Policy*, 4th Ed., Oxford University Press, 2012

2) 논문

- Bauer, Johannes M., “Platforms, systems competition, and innovation: Reassessing the foundations of communications policy.” *Telecommunications Policy* 38, 2014
- Bosoen, Friso, “Neutrality, fairness or freedom? Principles for platform regulation”, *Internet Policy Review*, Vol. 7. Issue 1, 2018, <https://policyreview.info/articles/analysis/neutrality-fairness-or-freedom-principles-platform-regulation>
- Jobin, Anna, Marcello Ienca and Effy Vayena, “The global landscape of AI ethics guidelines”, *Nature Machine Intelligence* 1(2), 2019
- Nazzini, Renato, “Unequal Treatment by Online Platforms: A Structured Approach to the Abuse Test in *Google*”, in Damien Gerard, Massimo Merola and Bernd Meyring (eds), *The Notion of Restriction of Competition: Revisiting the Foundations of Antitrust Enforcement in Europe*, GCLC Annual Conference Series, Bruylant, 2017

3) 자료

- European Commission, Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services, Brussels,

26.4.2018 COM(2018) 238 final, April 2018. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/regulation-promoting-fairness-and-transparency-business-users-online-intermediation-services>

European Commission, COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services, COM(2018) 238 final, 2018

European Communication, *Shaping Europe's Digital Future*, COM(2020) 67 final, Feb 2020. https://ec.europa.eu/info/publications/communication-shaping-europes-digital-future_en

Ibáñez Colomo, Pablo, "Line of business restrictions in competition law and regulation", OECD, June 2020

https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/community_legal_instruments.html

<https://www.eumonitor.eu>

<국문요약>

온라인 플랫폼과 공정경제 정책 — 거래공정화 규제의 쟁점 —

홍 대 식

공정거래위원회(‘공정위’)가 마련한 「온라인 플랫폼 중개거래의 공정화에 관한 법률」 제정안(‘온라인 플랫폼 중개거래 공정화법안’)이 2021. 1. 28. 국회에 제출되었다. 이 법안은 공정위가 디지털 공정경제에서의 문제점의 하나로 지적한 온라인 플랫폼의 입점업체에 대한 불공정거래행위 위협에 대응하기 위한 것이다. 그러나 우리나라는 기본적으로 경쟁법의 성격을 갖고 있는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」에 경쟁제한성에 기초한 엄밀한 판단을 요하지 않는 공정거래 규제수단이 마련되어 있을 뿐만 아니라, 약관에 의한 거래에 일반적으로 적용되는 「약관의 규제에 관한 법률」이 사업자와 소비자 간의(B2C) 거래관계와 사업자와 사업자 간의(B2B) 거래관계를 모두 규율하고 있다. 기존 규제 틀에 의하여 온라인 플랫폼 중개거래를 규율할 수 있는 우리나라의 규제 지도에서 온라인 플랫폼에 특화된 거래공정화 특별법 도입 논의의 맥락은 EU나 일본과 다를 수밖에 없고 달라져야 할 것이다.

이런 문제의식을 배경으로 하여 이 연구는 몇 가지 연구문제를 탐구하면서 최근 진행되고 있는 온라인 플랫폼 규제 움직임에 대한 의문을 제기하는 한편, 대안을 모색하는 것을 목적으로 한다. 탐구 대상인 연구주제는 첫째, 공정경제 정책은 무엇이고 독과점 규제와의 관계는 무엇인가, 둘째, 공정경제 정책을 구성하는 공정거래 정책 및 거래공정화 정책은 무엇이고, 그 둘의 공통점과 차이점은 어떤 것인가, 셋째, 공정경제 정책의 주된 구성요소인 거래공정화 규제의 쟁점과 이러한 쟁점이 온라인 플랫폼 특별법안에 주는 시사점은 무엇인가로 나누어진다. 이 논문은 이와 같은 연구주제에 대한 탐구를 통하여 어떤 형태로든 온라인 플랫폼 중개거래 분야에 대한 특별법의 제정이 필요하다고 가정할 때, 온라인 플랫폼 중개거래 공정화법안 입법의 타당성과 관련하여 제기될 수 있는 몇 가지 의문을 검토한다. 결론적으로 이 논문은 우리나라 법제가 공정위에서 참조한 EU 법제와 다르다는 점과 거래공정화 규제의 쟁점이 온라인 플랫폼 환경에 적합하지 않다는 점을 근거로 하여 제기된 의문에

대하여 대체로 부정적인 관점을 취한다.

핵심어 : 온라인 플랫폼, 공정경제, 공정거래 규제, 거래공정화 규제, 투명성, 공정성, 온라인 플랫폼 중개거래 공정화법안

<Abstract>

Online Platform and Fair Economy Policy — Issues of Transactions Fairness Regulation —

Dae-Sik Hong*

On January 28, 2021, a bill of enactment of the Act on the Fairness of Online Platform Intermediary Transactions (“the Online Platform Intermediary Transactions Fairness Bill”) prepared by the Korea Fair Trade Commission (“the KFTC”) was submitted to the National Assembly. This bill is aimed at addressing the risk of unfair trade practices against businesses by online platforms that the KFTC pointed out as one of the problems in the digital fair economy. However, in Korea, not only the Monopoly Regulation and Fair Trade Act, which is basically a competition law, has a means of fair trade regulation which does not require a rigorous judgment based on restrictions on competition, but also the Act on the Regulation of the Terms and Conditions, which is generally applied to transactions by terms and conditions, regulates both the business relationship between business operators and consumers(B2C) and the business relationships between business operators and business operators(B2B). In Korea's regulatory map, which can regulate online platform intermediary transactions according to the existing regulatory framework, the context of the discussion on the introduction of a special transaction fairness act specialized for online platforms is inevitably different from that of the European Union or Japan and must be different.

Against this backdrop, this study aims to explore some research issues while raising questions about the recent online platform regulatory movements, while seeking alternatives. The subject of research to be explored is: First, what is the fair economy policy and what is its relationship with monopoly regulation, and second, what are the fair trade policy and transactions fairness policy that constitute the fair economy

* PhD in Law. Professor of Law, Sogang University Law School.

policy, and what are their commonalities and differences, and third, the issues of the transactions fairness regulation, which is the main component of the fair economy policy, and what are the implications of the issues in the online platform special law. Through exploration of such research topics, this paper examines some questions that may arise regarding the content of the online platform intermediary transactions fairness bill, assuming that it is necessary to enact a special law on the field of online platform intermediary transactions in any form. In conclusion, this paper takes a negative point of view on those questions, based on the fact that Korea's legal system differs from the EU legislation referenced by the KFTC, and that the issues of transactions fairness regulation are not suitable for the online platform environment.

Key Words : online platform, fair economy, fair trade regulation, transactions fairness regulation, transparency, fairness, online platform intermediary transactions fairness bill
