

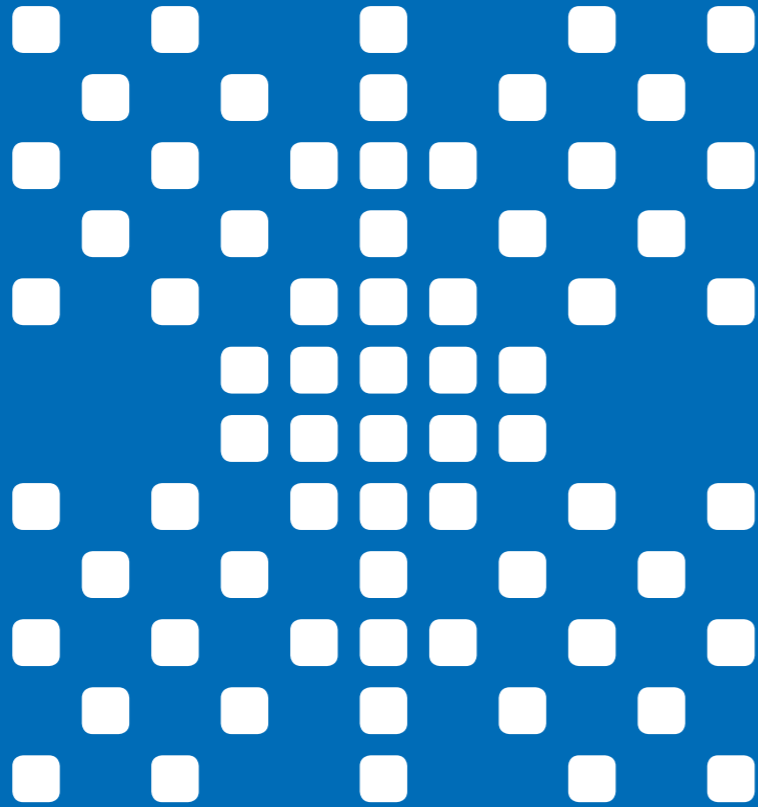


미디어 알고리즘과

민주주의

플랫폼과 민주주의 : 중립성에 대한 오해와 진실

임용(부교수, 서울대학교 법학전문대학원)



웹에서 PDF 바로 보기

요약

통신망 사업자에 대한 특수한 규제 논리로 출발한 중립성(neutrality) 논의는 시장 환경의 변화에 맞춰 망중립성에서 검색중립성으로, 그리고 최근에는 대규모 플랫폼 일반에 대한 중립성의 요구로 진화해오고 있다. 그 과정에서 경쟁법은 중립성을 관철하기 위한 규제 도구 중 하나로 동원되거나 거론되어 왔다. 그런데, 검색중립성의 경우에서 보듯 관련 산업 또는 시장의 특성에 따라 때로는 중립성의 요구가 경쟁을 오히려 제약하거나 심지어 그와 충돌할 수도 있다. 따라서 경쟁법을 중립성 규제의 도구로 활용하기에 앞서 경쟁의 보호라는 법의 목적이 저해하지 않도록 주의할 필요가 있다.

그렇다고 하여 중립성의 요구가 경쟁법과 전혀 무관하거나 그에 완전히 배치되는 것은 아니다. 경쟁법은 사업자가 필수설비에 해당하는 자신의 자산에 대한 접근을 허용함에 있어 거래상대방이 자신과 경쟁한다는 이유로 다른 거래상대방과 비교하여 부당하게 차별하는 것을 금지한다. 이러한 범위 내에서는 경쟁법의 적용이 플랫폼의 중립성을 달성하는 데 기여할 수 있을 것이다. 다만, 이 경우에도 문제되고 있는 플랫폼이 필수설비에 실제로 해당하는지, 그리고 차별적 행위로 인한 반경쟁적 효과가 주장되어지는 친경쟁적 효과를 상회하는지를 신중하게 검토해야 한다. 특히 플랫폼 사업자가 거래상대방 중 한 쪽을 차별하는 경우와 사업자 자신을 제3자와 비교하여 우대(차별)하는 경우를 구별하여 사회적으로 유용한 서비스나 자산에 대한 초기투자 유인이 과도하게 제약되지 않도록 유의해야 할 것이다.

한편 경쟁법과 별개로 중립성 규제를 고려하는 경우에도 플랫폼 사업자에게 부과하는 의무와 사업자의 책임 문제가 조화롭게 접근되도록 노력해야 할 것이며, 플랫폼에 대한 중립성 규제가 민주주의의 실현에 기여할 수 있는 범위와 내재적 한계를 명확히 인식하여 합리적인 규제 정책을 펼쳐야 할 것이다.

I. 도입

바야흐로 플랫폼 전성시대다. ‘플랫폼’은 시장 내에서 상호의존성을 가지고 있는 둘 또는 그 이상의 시장참여자 그룹을 효율적으로 연결시키는 사업 모델(business structure)을 지칭하는데, 실은 예전의 아날로그 시대에도 존재하였다. 광고를 게재하는 신문 사업이 그 대표적인 예다. 그런데, 상시적이고 편재적인 연결성을 가능케 하는 네트워크 및 모바일 기술이 발전하면서 플랫폼이 디지털 경제의 중요한 비즈니스 모델 중 하나로 부상하였고, 오늘날 시장을 선도하는 기업 중에 플랫폼 비즈니스 기반인 경우를 쉽게 찾아볼 수 있다¹.

이처럼 플랫폼 비즈니스가 시장 내에서는 맹위를 떨치고 있지만, 동시에 위기라고 할 정도로 외부로부터의 도전에 직면한 상태다. 대규모 플랫폼 사업자들이 경제는 물론이고 언론이나 선거 과정의 왜곡을 통해 민주주의의 근간을 위태롭게 만들지도 모른다는 우려 속에 규제당국의 적극적인 개입을 요구하는 목소리가 높아진 상태다. 이러한 사업자들의 최고경영자가 미국 의회에 불려가서 추궁 당하는 것을 우리는 이미 수차례 목격한 바 있다. 그 와중에 미국, EU, 영국, 일본 등 주요 관할국에서는 디지털 경제의 대형 플랫폼들에 대한 특수한 규제나 입법이 필요하다는 주장이 지속적으로 나오고 있고, 그런 시도들이 실제로 이루어지고 있다.²

위와 같은 우려에 대한 처방으로 자주 거론되는 것이 다른 아닌 플랫폼 사업자에 대한 ‘중립성(neutrality)’의 요구다. 그리고 이러한 논의 과정에서 경쟁법은 중립성의 요구를 관철시킬 하나의 규제 도구 내지 보완책으로 종종 등장한다. 또한 주요 플랫폼 사업자들이 사업을 영위함에 있어서는 알고리즘을 활용하는 것이 보통이다. 그렇다면 플랫폼 사업자들에게 대한 중립성의 요구는 그와 같이 적용되는 알고리즘의 중립성에 대한 요구로 자연스럽게 이어질 수 있고, 그 결과 중립성 이슈는 향후 인공지능 분야에서도 논란거리가 될 것으로 보인다.³

1 The Guardian, *Apple becomes world's first trillion dollar company* (2018.8.2.), <https://www.theguardian.com/technology/2018/aug/02/apple-becomes-worlds-first-trillion-dollar-company>. 구글, 아마존, 페이스북, 애플, 마이크로소프트 등 소위 GAFAM 기업들도 구체적인 형태와 핵심 사업은 서로 차이가 있지만 플랫폼 모델을 활용한다고 말할 수 있다.

2 Stigler Center (Univ. Chicago), Committee for the Study of Digital Platforms, Draft Report (2019.5.15.); EU Regulation 2019/1150 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services (2019.6.20.); U.K., Unlocking digital competition, Report of the Digital Competition Expert Panel (2019.3); The Japan Times, *FTC compiles draft guidelines for tighter regulations on tech giants and use of customer data* (2019.8.30.), <https://www.japantimes.co.jp/news/2019/08/30/business/protect-customers-japan-introduce-tougher-rules-tech-giants/#.XbkTYZozYaY> 등 참조.

3 황용석, 알고리즘 중립성 논의할 때, 한겨레 [미디어 전망대] (2016.5.23.), <http://www.hani.co.kr/arti/society/media/745104.html>.



이 글은 중립성을 디지털 경제의 플랫폼과 관련한 하나의 정책적 목표로 설정한다고 했을 때 과연 경쟁법을 그 달성 수단으로 활용하는 것이 적정한지, 만일 그렇다면 경쟁법이 어느 범위에서 어떤 역할을 할 수 있을지 살펴보는 것을 목적으로 한다. 그리고 그 과정에서 경쟁법과 중립성의 관계에 대한 오해와 편견들을 일부나마 불식시키고자 한다.

II. 중립성 논의의 진화: 망에서 플랫폼에 이르기까지

잘 알려진 바와 같이 규제로서의 중립성 논의는 2000년대 초 망중립성(net neutrality)을 둘러싸고 본격적으로 시작되었다. 당시 중립성은 인터넷 서비스 제공자(Internet Service Provider, 이하 “ISP”)가 망을 오가는 콘텐츠를 취급함에 있어 원칙적으로 차별하지 못하도록 해야 한다는 논의로 시작되었고, 그 기저에는 망을 독과점적으로 지배하고 있는 통신 사업자들이 그 시장력을 이용하여 자신에게 잠재적 위협이 될 수 있는 OTT 사업자를 배제하거나 콘텐츠 사업자간의 경쟁을 왜곡시킬 지도 모른다는 염려가 자리잡고 있었다. 이처럼 초기의 중립성 논의는 자유롭고 개방적인 인터넷 트래픽을 ISP의 횡포로부터 보호하자는 취지에서 출발했다고도 말할 수 있다. 대신 ISP가 자신의 망을 그저 배관(conduit)처럼 온라인 트래픽에 비차별적으로 열어주는 만큼 망 이용자의 행위나 문제가 있는 콘텐츠로 인해 발생할 수 있는 각종 법적 책임으로부터는 벗어날 수 있도록 한다는 것이 기본 컨셉이었다.

사실 인터넷 망과 관련하여 논의된 중립성 규제의 의미나 취지는 일원적이지 않다. Andrea Renda 교수에 따르면 종래 망중립성과 관련하여 거론되어 왔던 중립성의 취지는 아래와 같이 다양하다.⁴

익명성

중립성 논의의 태동기라고 할 수 있는 1990년대에는 중립성이 자유로운 인터넷 환경을 조성하는 데 필요한 이용자의 익명성을 보장하기 위한 전제로 거론되었다.

공정한 경쟁

Tim Wu 교수가 망중립성 논의를 촉발한 2000년대 이후로 중립성은 앞서 살펴본 바와 같이 ISP인 통신 사업자와 망을 이용하는 OTT 사업자간에 공정한 경쟁의 장을 구축하기 위한 선결적 요건으로 주장되었다.

4 Andrea Renda, *Antitrust, Regulation and the Neutrality Trap: A plea for a smart, evidence-based internet policy*, CEPS Special Report (2015), pp. 2-4.

혁신

망중립성에 관한 논의 속에는 중립성의 요구가 망을 이용한 후속 경쟁을 보호함으로써 시장에서의 지속적인 혁신에 기여할 수 있을 것이라는 기대가 포함되어 있다. 특히 자본이 한정되어 있는 신규 사업자들이 ISP에 의한 차별의 대상이 될 경우 기존 사업자를 대체할 경쟁의 기회를 초기부터 봉쇄당할 염려가 있다는 것이다.

사용자의 선택권과 개방성

트래픽 또는 망 이용자간의 차별적인 취급은 최종 사용자들에게 제공되는 정보의 양과 질을 제한할 수 있고 이는 결국 사용자들의 선택권을 제약하는 것이므로 중립성의 요구가 최종 사용자들이 희망하는 인터넷 콘텐츠에 대한 선택권의 보장에 이롭다는 논리다. 중립성은 또한 인터넷 이용자가 원하는 콘텐츠를 희망하는 시점에 제공되거나 받을 수 있도록 망에 대한 접근성(개방성)을 유지하기 위한 전제 조건으로도 거론된 바 있다.

다원주의와 표현의 자유

다원적인 미디어 환경을 유지하고 표현의 자유를 보장하기 위한 수단으로서 중립성이 역할이 점차 강조되고 있다. 그 시작은 ISP가 다양한 이유로 특정 매체 또는 집단의 의사 표현을 과도하게 제약 내지 배제시킬 수 있다는 우려에 기초한 것이었으나, 최근 들어 뉴스 또는 미디어 시장에서 플랫폼들의 영향력이 커지면서 특정 의견을 부당하게 배제하지 않는다는 소극적인 의미에서 벗어나 타인에게 해악을 가하거나 타인의 권익을 침해할 수 있는 표현 등을 규제하거나 미디어 콘텐츠의 편향성을 해소할 적극적인 의무로 해석하려는 시도들이 늘고 있다.

위에서 본 바와 같이 망중립성은 인터넷 아키텍처의 하부에 해당하는 통신망이 속한 산업의 특수한 규제 논리로 발전되어 왔다. 그러다가 논의가 아키텍처의 상층부로 침투하기 시작하였고, 2010년 전후로 온라인 검색과 관련하여 ‘검색중립성(search neutrality)’이라는 개념이 등장한다. 이 검색중립성을 실질적으로 경쟁침해이론(liability theory)의 한 내용으로 포섭하여 경쟁법을 집행한 사건이 바로 EU의 구글 쇼핑(Google Shopping) 사건이다.

EU 구글 쇼핑 사건(Case AT.39740)

유럽연합 집행위원회(European Commission, 이하 “EC”)는 2017.7.27. 구글이 제3의 쇼핑 비교 서비스보다 자사의 쇼핑 비교 서비스를 부당하게 우대한 것이 일반검색 시장에서의 시장지배적 지위를 남용한 것이라는 이유로 24.2억 유로의 과징금을 부과하였다.

EC는 구글이 유럽연합의 전 국가의 일반검색 시장에서 압도적인 점유율을 보유하고 있다고 지적하면서 시장지배적 지위를 인정하였다. EC의 결정에 따르면 구글은 다음의 두 가지 행위를 통해 일반검색 시장에서의 지배력을 별개 시장인 쇼핑 비교 서비스 시장에서 남용하였다.

- 구글의 쇼핑 비교 서비스의 검색 결과가 구글의 일반검색 알고리즘에 의해 연관성이 높다고 판단되는 검색 결과보다 상단에 게시되었는데, 이는 구글의 쇼핑 비교 서비스가 일반검색 알고리즘의 적용을 받지 않고 있음을 의미한다. 검색 결과의 순위(검색 페이지에서의 게시 위치)는 사용자들의 클릭/트래픽에 결정적인 영향을 미치는 관계로 이러한 취급은 일반검색 알고리즘의 적용을 받는 경쟁 쇼핑 비교 서비스보다 자사의 서비스를 부당하게 우대한 것이다.
- 구글의 쇼핑 비교 서비스와 달리 경쟁 쇼핑 비교 서비스들은 일반검색 알고리즘의 적용을 받았고, 그로 인한 검색 순위의 강등도 가능했다. 그 결과 경쟁 쇼핑 비교 서비스들은 후순위 페이지의 검색 결과로 게시되는 경우가 많았으며, 이는 경쟁 서비스에 관한 검색 결과가 사용자들에게 거의 노출되지 않았음을 의미한다.

EC에 따르면 이러한 구글의 행위로 인해 구글의 쇼핑 비교 서비스의 트래픽은 상당히 증가한 반면, 경쟁 쇼핑 비교 서비스들은 항구적인 (그리고 경우에 따라서는 급격한) 트래픽의 감소를 경험하는 등 행위로 인한 반경쟁적 효과가 관측되었으며, 동 행위는 유럽 소비자들의 진정한 선택권과 혁신을 저해하는 것이었다.

EC는 구글이 검색 결과를 도출함에 있어 자사의 쇼핑 비교 서비스와 경쟁 쇼핑 비교 서비스간에 검색 순위와 게시의 절차와 방법에 있어 “동등한 취급의 원칙(principle of equal treatment)”을 준수할 것을 요구하였으며, 이를 실현할 수 있는 조치를 취하도록 명하였다. 구글은 그에 따라 자사의 쇼핑 비교 서비스를 독자적인 예산을 가진 독립

사업부로 개편하고 자사 서비스의 결과만 게시되었던 페이지 상단의 광고 자리를 입찰(경쟁자도 참여 가능)에 불임으로써 자사의 서비스가 경쟁 서비스와 같은 위치에서 경쟁하도록 하는 개편을 단행하였다. 구글은 동시에 EC의 결정에 대해 유럽연합 일반법원(General Court)에 항소하였으며 현재 사건이 법원에 계류 중이다.

2018년 6월경 EC는 구글의 위 조치로 인해 경쟁 상황이 일응 호전되고 있다고 자평하였다. 그러나 경쟁자들은 구글의 서비스가 내부 사업부인 이상 동등한 위치에서 경쟁한다고 말할 수 없고, 상단의 광고 자리를 두고 서로 경쟁적으로 입찰하게 만드는 것은 결국 자신들의 잠재적 수익을 구글에게 넘기는 것과 다름 없다는 이유로 이를 비판하였다.⁵

검색중립성을 요구하는 입장에서는 검색 플랫폼에 대한 접근 및 이용 기회가 원칙적으로 모두에게 중립적으로(동등하게) 제공되어야 하므로, 구글이 자신의 서비스를 그와 경쟁하는 제3의 서비스와 다르게 취급(우대)하는 것은 이러한 요구에 위배되어 일견 부당하다고 생각할 수 있다. EC의 경우도 결정문에 중립성에 대한 명시적인 언급은 피하고 있으나, 경쟁 서비스에 대해 자사 서비스와 “동등한 취급”을 하라고 명한 것을 보면 이러한 시각이 엿보인다. 또한 이와 같은 동등한 취급을 요구한다는 것은 사실상 검색 플랫폼을 통신망과 같은 필수설비 내지는 그와 비견되는 경쟁에 필요한 핵심 요소(resource)로 판단한 것이라 할 수 있는데, 이 점도 망 관련 중립성에 대한 논의의 영향을 간접적으로 보여주는 것이다.

5 구글은 이외에도 안드로이드 운영체제 및 모바일 앱(Case AT.40099 Google Android)과 애드센스(Case AT.40411 Google Search (AdSense))에 관한 EC의 결정들을 유럽 법원에서 다루고 있다.

한편 미국 연방거래위원회(Federal Trade Commission, 이하 "FTC")도 2011년부터 구글의 유사 또는 동일한 행위에 대한 조사를 진행하였으나 소위 검색 편향성(search bias) 이슈에 대해서는 조치 없이 사건을 종결하였다. 미 FTC는 구글의 행위들이 개별 경쟁자에게 해를 입혔을 수는 있으나 구글의 서비스를 개선하고 사용자들에게 혜택을 제공하는 혁신의 일환으로 정당화될 수 있다는 점을 종결의 주요 근거로 삼았다.⁶

중립성 논의를 검색 플랫폼에 적용해 본 것이 검색중립성이라면, 최근에는 이를 디지털 경제에서 문지기(gatekeeper) 역할을 할 정도의 전략적 위치에 있는 일정한 플랫폼의 적극적인 의무로 확장하려는 시도가 있는 바, 그것이 바로 '플랫폼 중립성(platform neutrality)'의 개념이다.⁷ 그리고 데이터와 알고리즘 기술을 활용하여 플랫폼 비즈니스를 영위하는 디지털 경제 하에서는 플랫폼 중립성이 '알고리즘 중립성(algorithm neutrality)'으로 이어짐은 앞서 지적한 바와 같다. 중립성이 인터넷의 하부 아키텍처에 위치한 특정 산업의 규제 논리에서 그 위치나 산업 유형과 상관없이 주요 플랫폼 사업자 일반에 대해 다양한 의무를 발동할 수 있는 근거 논리로의 진화를 시도하고 있는 것이다.

이러한 진화는 시장 환경의 변화와도 밀접한 관계가 있다. 망중립성 논의의 초기에는 시장에서의 위치가 확고해 보이는 ISP의 횡포로부터 이제 막 시장에 진입하는 OTT 사업자를 보호하려는 정책적 고려가 있었음은 앞서 살펴본 바와 같다. 그런데 디지털 경제가 발전하면서 대규모 OTT 사업자가 등장하고 코드 단절(cord-cutting) 등을 통해 시장간의 경계가 모호해지고 있을 뿐만 아니라, 그러한 OTT 사업자들이 발생시키는 대용량 트래픽의 처리와 비용 문제가 망 네트워크의 업그레이드를 위한 지속적인 투자의 필요성과 맞물리면서 망을 여전히 지배하고 있는 ISP들의 지위가 전만큼 확고해 보이지 않는 것도 사실이다. 망 사업자에게 요구했던

6 U.S. FTC, Press Release, *Google Agrees to Change Its Business Practices to Resolve FTC Competition Concerns In the Markets for Devices Like Smart Phones, Games and Tablets, and in Online Search* (2013.1.3.), <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2013/01/google-agrees-change-its-business-practices-resolve-ftc>. 사건이 종결된 이후인 2015년에 미 FTC 조사관들의 2012년 내부 검토보고서 중 일부가 WSJ에 유출되면서 FTC의 종결 결정이 과연 정당했는지에 대한 논란이 촉발되었다. 최근 미국 법무부(Department of Justice, 이하 "DOJ")가 구글의 광고 및 검색 정책에 대한 반독점법 조사의 개시 영부를 검토 중이라는 보도가 나온 바 있다(NYTimes, *Justice Dept. Explores Google Antitrust Case* (2019.5.31.), <https://www.nytimes.com/2019/05/31/business/google-antitrust-justice-department.html>).

7 Opinion no. 2014-2 of the French Digital Council on platform neutrality, Building an open and sustainable digital environment (2014.5), https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/platformneutrality_va.pdf 등 참조. 프랑스의 디지털 위원회는 이러한 플랫폼 중립성을 통해 의견의 다원성과 문화적 다양성과 같은 가치를 추구할 것을 촉구하고 있다.

중립성을 이제는 상충부의 주요 플랫폼 사업자에게 동등하게 또는 더 광범위하게 요구하려는 시도는 이러한 시장 환경의 변화와 맞물려 있다. 디지털 경제의 규제 정책을 논함에 있어 빠르게 변화하고 있는 시장 환경과 기술의 발전에 민감해야 함을 보여주는 대목이다.

III. 경쟁법과 중립성: 그 진실과 오해

이하에서는 앞서 살펴본 중립성 논의를 경쟁법의 관점에서 접근하여 경쟁법이 중립성의 정책적 목표에 기여할 수 있는지에 관하여 검토하고자 한다.

먼저 실제 사건화되었던 검색중립성에 대해 살펴보자. 검색 서비스와 관련된 중립성의 요구는 경쟁의 보호라는 경쟁법의 목표와 긴장관계에 있다. 검색과 관련한 시장 경쟁의 핵심은 큐레이션(curation)에 있기 때문이다. 이해를 돕기 위해 아래의 전시 시장 사안을 살펴보자.

아트 전시(art exhibition) 시장에서 경쟁하는 두 미술관이 있다. 두 미술관은 요즘 대중에게 인기를 끌고 있는 뉴트로(new-tro)를 테마로 하는 전시회를 같은 날 같은 시간에 각각 개최하기로 되어 있다. 미술관들은 그 날 보다 많은 관람객을 자신의 전시관으로 유인하기 위해 (잠재적) 관람객들로부터 가장 흥미를 끌 수 있는 구체적인 뉴트로 주제들을 골라서 이를 조합하고, 또 그러한 기획 의도를 가장 잘 구현할 수 있는 최적의 작품을 선정하는 한편, 예상되는 관람객의 연령과 배경 등을 고려하여 그들이 가장 이해하기 쉽고 감상하기 편하도록 작품들의 배치 순서와 위치를 정하기 위해 고심한다. 기획자가 만일 다른 미술관과 그저 유사 동일한 전시회를 기획하려고 하거나, 객관적이고 보편성이 있다는 이유로 전시 시장에서 종래 흔히 볼 수 있는 식상한 스타일과 방식을 만연히 채택한다면 결과는 뻔하다. 관람객들은 다른 미술관으로 향할 것이다.

온라인 검색 시장도 이와 근본적으로 다르지 않다. 사용자들은 자신이 실제로 궁금해 하거나 전에는 몰랐더라도 유용하거나 흥미로운 검색 결과를 이해하기 쉽고 보기 편한 디자인으로 보여주는 검색 서비스로 모이기 마련이다. 이 경우 시장에서의 경쟁은 어떤 질의에 대한 유일한 '답'을 찾아서 그대로 보여주는 데 있는 것이 아니라, 질의를 한 사용자의 의도와 선호를 고려하여 보다 만족도가 높은 검색 결과를 만드는 것을 핵심으로 한다. 다시 말하면 누구에게나 공통된 시험문제의 정답을 맞추는 (따라서 동일한 정답을 적은 복수의 응시자가 있을 수 있는) 경쟁이 아니라, 마치 미술관의 전시를 담당하는 큐레이터들이 뭔가 특별하고 차별화된

전시를 기획하기 위해 서로 경쟁하는 것에 더 가깝다. 요컨대 온라인 검색 시장에서의 경쟁은 검색 결과로 나타나는 정보의 큐레이션, 즉 편집을 누가 더 잘하느냐의 경쟁이라고 말할 수 있다.

이처럼 경쟁의 요체를 편집의 기술로 본다면 중립성의 요구와 배치되는 측면이 있음을 부인할 수 없다. 규제로서의 중립성 의무는 감시 및 사후적인 검증이 가능해야 하는 관계로 일반적이고 보편적인 기준에 기댈 수 밖에 없고, 이는 결국 특정한 기준(예를 들어 링크 개수에 기초한 연관성의 수준)을 사업자들에게 요구하고 그로부터 이탈하는 것을 문제 삼는 것이어서 차별화가 핵심인 시장에서의 경쟁을 오히려 제한할 수 있기 때문이다. 나아가 이러한 중립성의 요구는 차별화(편집)를 적극적으로 해야 성장할 수 있는 신규 사업자에게 불리한 측면이 있어 규제가 의도치 않게 시장의 진입장벽을 오히려 높일 우려도 있다. 현재 온라인상의 서비스들이 많은 경우 무료(명목상의 가격이 '0')로 제공되고 있는 관계로 사업자들이 가격 경쟁보다는 서비스의 차별화를 통해 경쟁하고 있어 중립성과 경쟁간의 충돌이 검색 시장에만 제한될 것이라는 보장도 없다.

온라인 검색 시장에서의 중립성 규제는 집행상의 문제도 야기한다. 오늘날 검색 플랫폼들은 모두 알고리즘을 활용하여 검색 결과를 제시하고 있는데, 규제의 준수 여부를 확인하기 위해서는 사업자의 핵심 기술인 알고리즘을 규제기관이나 사법당국, 나아가 규제 위반으로 인한 피해를 주장하는 원고(이에는 경쟁자도 포함될 수 있다)에게 일정 부분 공개해야 하는 문제가 발생한다. 공개로 인한 문제를 어떻게 해결한다고 하더라도 규제기관이나 사법당국의 입장에서 그러한 알고리즘을 분석하여 위법 여부를 판단할 기술적인 전문성을 갖추는 것도 쉽지 않고, 오판으로 인한 규제비용의 문제도 경시할 수 없다.⁸

이처럼 적어도 경쟁법의 관점에서는 관련 산업 또는 시장의 특성과 상관없이 유력한 플랫폼 사업자라는 이유만으로 중립성을 하나의 보편적 원칙으로 요구하는 것은 문제가 있음을 알 수 있다. 그렇다면 반대로 중립성의 요구는 경쟁법과 완전히 배치되는 것일까? 중립성을 둘러싼 논의가 플랫폼 중립성으로까지 번지고 그 정책적 목표에 다원주의, 표현의 자유, 선거의 공정성과 민주주의 등과 같은 비가격적인 목표들이 포함되는 것에 대해 일각에서는 중립성을 경쟁법의 위법성 판단기준으로 포섭하거나 고려하는 것은 경쟁의 보호라는 법의 취지를 몰각하고 때로는 경쟁과 상충되는 목표를 추구하도록 함으로써 그 실효성을 저해할 것이라고

8 우리나라 소비자들도 온라인 시장에서 정부의 실패에 대한 우려가 적지 않은 것으로 보인다. 최근 논란이 되고 있는 실시간 검색어 서비스에 대한 설문조사에서 사용자들은 규제를 하더라도 정부가 주체가 되기보다는 산업의 자율규제를 선호하는 것으로 나타났다(연합뉴스, "포털 실시간 검색어, 입법보다 자율 규제가 바람직" (2019.10.25.), <https://www.yna.co.kr/view/AKR20191025100600017>).

우려한다. 그러면서 중립성 규제를 적용하는 경우에도 경쟁법과 준별하여야 한다고 주장한다.

시장이라는 옥타곤 안에서 치열한 싸움을 벌여야 하는 사업자에게 스포츠 경기의 심판처럼 중립을 지키라고 요구할 수 없는 것처럼, 경쟁 자체가 중립성과 긴장관계에 있음은 앞서 살펴본 바와 같다. 그러나 다음과 같은 이유로 중립성의 논의가 경쟁법과는 완전히 이질적인 것이라는 주장에도 쉽게 동의할 수 없다.

우선 이론적으로 위에서 열거한 비가격적인 (또는 경제 논리와 친숙해 보이지 않는) 목표들도 시장 참여자들이 가치 있게 생각하여 거래를 함에 있어 고려한다면 경쟁의 과정을 통해 얼마든지 실현 내지 강화될 수 있다. 사용자들이 편향된 콘텐츠를 제공하는 서비스를 저열하게 평가하거나, 프라이버시를 중요한 품질 요소로 고려하는 시장에서는 그러한 소비자들의 선호에 부응하기 위한 치열한 경쟁이 보다 다원적인 언론이나 프라이버시를 촉진할 수 있는 것이다. 다만 경쟁법을 집행함에 있어서는 이러한 정책적 목표들이 경쟁을 통해 궁극적으로 실현된다는 점을 유의해야 하고, 반대로 정책적 목표를 추구한다는 명목 하에 경쟁을 저해하는 방식으로 법을 집행하거나 법의 보호 대상을 경쟁이 아닌 다른 가치로 만연히 대체 또는 치환해버리는 잘못을 범해서는 안 될 것이다.

한편 실무적으로 경쟁법의 집행에 있어서도 중립성의 고려가 전혀 없었던 것도 아니다. 중립성의 핵심 요구 중 하나가 비차별성(non-discrimination)인데, 경쟁법에서도 일정한 조건이 갖춰질 경우 거래상대방의 차별적인 취급을 금한 경우를 쉽게 찾아볼 수 있다. 그 대표적인 예가 거래거절 사건의 특수한 경우라고 할 수 있는 소위 필수설비(essential facility) 사안들이다. 필수설비 이론은 유효한 경쟁이 이루어지기 위해 그 활용이 반드시 필요한 경쟁 자산을 어떤 사업자가 실질적으로 독점하고 있는 경우, 경쟁자에게 그러한 자산을 스스로 창출하는 것을 경제적으로 기대하는 것이 어렵고 시장에서 유효한 대체품도 존재하지 않는다면 그러한 자산을 필수설비로 평가한다. 그리고 이를 지배하는 사업자가 경쟁자 또는 제3자의 필수설비의 이용을 거절하거나 제한함으로써 경쟁을 제한하는 경우에는 거래거절을 해야 할 정당한 사유가 있고 그로 인한 친경쟁적 효과가 거절로 인한 반경쟁적 효과를 상회하지 않는 한 경쟁법 위반으로 보고 경쟁자 등이 필수설비에 접근하도록 허용한다. 동 이론에 대해서는 법정정책적으로 논란이 없지 않으나, 우리나라 실무에서도 활용되고 있는 이론이다.

경쟁법 집행자는 이러한 필수설비 사안에서 두 개의 목표를 저울질하게 된다. 하나는 해당 설비의 창출을 위한 초기 투자 유인의 보호다. 경쟁자가 규제당국에게 이에 접근할 수 있도록 도와달라고 요청하고 있다는 것에서

해당 설비의 경제적 가치가 높다는 점을 알 수 있고, 사회의 입장에서는 그런 자산이 볼 수 있도록 그에 필요한 초기투자가 이루어지는 것이 무엇보다 중요하다. 해당 설비가 존재해야만 법 집행의 대상이 생기기 때문이다. 한편 해당 설비가 일단 창출되고 나면 그러한 설비를 이용한 후속경쟁이 가능한 한 활발한 것이 사회적으로 바람직하다는 것도 부인할 수 없다. 경쟁법은 이 두 마리의 토끼를 잡아야 하는 입장인 것이다.

혹자는 일단 사업자가 해당 설비를 창출하고 나면 이를 다른 경쟁자와 공유하도록 하면 되지 않느냐고 생각할지도 모르겠다. 그러나 이는 매우 위험한 생각이다. 실패의 가능성과 투자로 인한 리스크를 부담하면서 세상에 없는 유용한 설비를 창출한다는 것은 쉬운 일이 아니다. 보통 이러한 위험한 투자는 성공 후의 과실에 대한 기대가 사회적으로 보장되어야만 감행할 수 있다. 그리고 그러한 과실의 보장 수준 또한 높은 리스크(비용)을 상쇄하고 난 이후에도 투자를 감행할 정도의 이윤을 취할 수 있는 정도가 되어야 할 것이다. 따라서 해당 설비의 창출 후 사업자가 그 이용에 여하한의 제한을 가할 수 없거나 가격남용이라는 이유로 투자비용을 회수하고도 남은 정도의 이용가격을 부과하지 못하도록 하는 것은 사회적으로 유용한 자산의 창출 유인을 저해하는 반경쟁적인 정책이라 할 수 있다. 이러한 창출 유인의 저감은 해당 사업자에게만 나타나는 것이 아니다. 법의 집행은 향후에 있어 시장에 계고 효과가 있기 때문에 특정 사업자에 대한 잘못된 법 집행은 그러한 투자를 고민하고 있는 다른 사업자들의 창출 유인도 자칫 감소시킬 수 있다. 경쟁자의 경우에도 마찬가지다. 위험천만한 시도를 감행하는 것보다는 다른 사업자가 리스크를 안고 해당 설비를 창출하기를 기다렸다가 나중에 규제기관의 도움을 받아 그 설비를 이용하는 것이 보다 경제적일 수 있기 때문이다. 사회적으로 보았을 때에도 해당 설비 하나만 존재하는 것보다는 대체 가능한 다른 혁신적인 설비들이 계속 창출되면서 설비를 둘러싼 경쟁이 촉진되는 것이 더 바람직할 것이다. 결국 경쟁법의 입장에서는 창출을 위한 투자 유인과 해당 설비를 이용한 후속 경쟁간의 형량이 필요하다. 해당 설비의 창조 및 이를 둘러싼 혁신으로 인한 사회적 효익과 이를 이용한 후속경쟁을 통한 사회적 효익을 각각 살펴보고 그러한 효익이 극대화될 수 있도록 기준을 정하고 법을 집행하는 것이 올바른 경쟁법 정책이 될 것이다. 당연한 것이지만 이는 쉬운 작업이 아니고, 오판의 위험 또한 적지 않다.

그런데, 이러한 판단을 내림에 있어 사업자가 해당 설비의 이용 여부를 거래상대방이 자신과 경쟁하는지 여부에 따라 달리 허용하는, 즉 거래상대방간에 차별하는지 여부가 하나의 유용한 기준이 될 수 있다. 그 이유는 다음과 같다. 우선 사업자가 법의 개입 없이 현재도 제3자에게 해당 설비의 이용을 허용하고 있다는 사실에서 사업자가 투자 감행 시점에서

거래를 강제 당할 수 있음을 알았더라도 해당 설비를 창출했을 것이라는 추론이 가능하다. 따라서 거래 강제로 인한 창출 유인의 감소에 대한 우려는 낮아진다. 한편 사업자가 자발적으로 해당 설비의 이용을 허용하고 있다는 사실에서 그러한 이용이 거래상대방 양측 모두에게 경제적으로 효율적이라는 점도 확인된다. 그런데, 사업자가 이러한 효율성에도 불구하고(즉, 이윤을 창출할 수 있음에도 불구하고) 자신과 경쟁한다는 또는 할 것이라는 이유로 특정 상대방에게만 차별적으로 거래를 거절하는 것은 친경쟁적이라고 말하기 어렵다. 이런 방식으로 경쟁을 제한하는 거래거절에 대해서는 경쟁법이 개입하여 설비 창출의 유인을 크게 해하지 않으면서 그 설비를 이용하는 거래상대방간 또는 거래상대방과 해당 설비를 지배하는 사업자간의 후속경쟁을 보호할 수 있다.⁹ 그리고 필수설비를 지배하는 사업자에게 자신과 경쟁한다는 이유로 거래상대방간에 부당한 차별을 하지 말라는 이러한 요구를 통해 경쟁법은 해당 설비의 이용을 둘러싼 중립성(차별적 취급의 금지)에 기여하게 될 것이다.

플랫폼 중립성과 관련해서도 사업자가 자신의 플랫폼을 이용하는 상대방간에 차별적 취급을 하고, 그러한 차별적 취급(거래제한)의 주된 이유가 상대방이 해당 사업자와 경쟁 관계에 있기 때문이며, 그러한 차별로 인한 별다른 친경쟁적인 효과가 인정되지 않을 경우 경쟁법은 이와 같은 부당한 차별을 금지함으로써 플랫폼의 중립성 확보에 기여할 수 있을 것이다. 다만 이 경우에도 정책 입안자 혹은 규제당국이 유념해야 할 것들이 있다.

첫째, 위 논의는 문제되는 플랫폼이 소위 필수설비에 해당할 정도로 관련시장에서 필수불가결한 경쟁 자산인 경우를 전제한 것이다. 만일 경쟁자들이 그러한 자산을 자체적으로 창출하거나 제3자로부터 대체재를 구할 수 있다면 해당 플랫폼(또는 서비스)는 필수설비가 아닐 것이다. 통신망과 달리 오늘날 플랫폼 서비스는 대규모 초기투자 비용 없이 구축 가능한 것이 보통이다. 따라서 특정 플랫폼 또는 그 하부 서비스 등을 필수설비라고 손쉽게 단정해서는 아니 된다. 플랫폼에 관한 특수 규제를 모색해야 한다고 주장하는 쪽에서도 경쟁 과정에서 필수불가결성(indispensability)을 가지는 플랫폼만 규제 대상이 되어야 한다고 말한다. 그리고 디지털 경제의 혁신을 저해하지 않기 위해서 이러한 필수불가결성은 실증적 증거를 가지고 엄격하게 해석하는 것이 일반적으로 타당할 것이다.

9 규제당국이 거래를 강제하는 경우 하나의 큰 부담은 합리적인 거래조건이 설정되는지를 감독하는 것이다. 그런데, 제3자와 이미 거래가 이루어지고 있는 경우에는 이를 시장가격으로 보고 참고하면 되므로 규제비용이 상당히 경감된다.

둘째, 해당 플랫폼이 필수불가결하다고 하더라도 플랫폼 이용자간의 차별과 플랫폼 사업자 자신과 이용자간의 차별은 구분해서 생각해야 한다. 전자는 앞서 살펴본 바와 같이 일정한 조건 하에서 경쟁법의 개입이 정당화될 수 있다. 그런데, 후자의 경우는 반드시 그렇지 않다. 설비를 창출한 후 제3자에게는 전혀 이용하게 않고 자신의 서비스에만 활용하고 있는 사업자가 있는 경우 제3자와의 거래를 강제한다면 전자와 달리 설비 창출의 유인이 저해되지 않는다고 바로 추론할 수 없다. 설비 창출을 위한 투자를 할 당시 기업 내부적으로만 사용할 수 있을 것이라는 전제 하에 투자를 감행했을 수 있기 때문이다. 즉, 거래상대방간의 차별이 아닌 자신과 타인간의 차별은 구별해야 한다. 물론 후자의 경우에도 거래강제가 초기투자 유인에는 큰 영향이 없는 반면에 후속경쟁으로 인한 기대 효익이 상대적으로 매우 클 경우 경쟁법의 개입을 고려해볼 여지는 있을 것이다. 그러나 이 경우에도 자신과 타인간의 독립성의 요구가 결과적으로 플랫폼 사업자의 하류 또는 인접시장으로의 신규 진입 내지 그런 시장에서의 경쟁을 억제하는 방식으로 집행되지 않도록 유의해야 할 것이다.¹⁰

셋째, 플랫폼 사업자가 (잠재적 혹은 현재적) 경쟁자라는 이유로 거래상대방간에 차별을 했다는 사실은 위법성 판단의 필요조건일 뿐 충분조건은 아니라는 점에 유의해야 한다¹¹ 그런 경우에도 차별행위가 경쟁에 미치는 효과를 아울러 살펴보아야 하고, 반경쟁적 효과가 친경쟁적 효과를 상회하는 경우에만 위법하다는 판단을 내릴 수 있다. 이는 당연히 실증적으로 검토되어야 할 것이다.

넷째, 경쟁법이 추구하는 이상적인 플랫폼 시장의 모습을 생각해보면 다양한 플랫폼들이 사용자들의 선호에 맞춰 알고리즘을 개발하고 다양한 기능과 서비스를 제공하면서 차별화를 통한 치열한 경쟁을 벌이는 모습일 것이다. 경쟁법은 부당한 차별을 금지함으로써 이러한 이상의 달성에 기여할 수 있으나, 경쟁법이 독립성 규제의 목적 달성을 위해 오히려 위와 같은 이상에 역행하는(특히 초기투자의 유인 저해) 일은 없어야 할 것이다.

다섯째, 경쟁법과 별개의 특별 규제로 플랫폼 독립성을 요구하는 경우에도 플랫폼의 책임 문제와 조화시킬 필요가 있다. 플랫폼에 엄격한 독립성을 요구한다면 플랫폼 위에서 이루어지는 이용자들의 행위에 대한

10 우리나라의 경우 재벌의 문어발식 경영과 확장에 대한 트라우마가 있는 관계로 시장지배적 사업자의 시장 진입을 배격시키기도 한다, 골목상권 논쟁이 바로 그 예다. 그러나 시장진입 자체를 막기보다는 후속경쟁을 유지하거나 활성화할 수 있는 방안이 없을까 우선 살펴보는 것이 더 바람직할 것이다. 물론 시장력을 갖춘 사업자의 시장진입 목적이 실제로는 자신의 주력시장에 대한 잠재적 경쟁자를 사전에 축출하는 등 경쟁의 싹을 자르려는 시도로 판단된다면 경쟁법이 개입할 수 있을 것이다.

11 Einer R. Elhauge, *Defining Better Monopolization Standards*, 56 Stan. L. Rev. 253, 305-314 (2003).

개입(내지 제한)을 최소화해야 할 터인데, 그에 맞춰 이용자들의 행위에 따른 플랫폼의 책임도 경감되어야 할 것이다. 반대로 적극적인 감독 의무와 플랫폼의 책임을 인정한다면 그에 맞춰 독립성의 요구는 완화되는 것이 맞을 것이다. 개입과 독립성은 이처럼 긴장관계에 놓여있기 때문이다. 아울러 규제를 통해 플랫폼에게 일정한 의무를 부담시키는 경우에도 그러한 의무를 성실하고 적극적으로 수행할 경우 플랫폼 이용자의 행위에 대한 플랫폼 자신의 책임을 한정하거나 면제시키는 방안을 함께 고려하여 규제 준수의 유인을 높이는 것이 바람직할 것이다.

마지막으로 독립성의 요구가 미디어의 다원주의나 언론의 편향성 해소를 달성하는데 한계가 있음을 인식할 필요가 있다. 예를 들어 뉴스 플랫폼이 독립적이기 위해 편집을 가급적 자제해야 한다면 가장 손쉬운 대안은 이용자의 객관적인 선호에 맞춰 (인기) 뉴스를 제공하는 것이다. 그러나 이는 이용자들의 내재적 편향성을 어느 정도 따르는 것이 되므로 다원주의나 편향성 해소에 기여하는데 한계가 있다. 그와 달리 모든 매체의 뉴스를 일률적으로 동등하게 취급하도록 하는 방법도 있을 것이다. 그러나 이는 보도의 품질 등에 기초한 뉴스 매체간 능력경쟁을 사실상 봉쇄한다는 단점이 있다. 이 문제는 결국 구체적인 규제별로 달성되는 목표간에 우열을 따지고 형량을 함으로써 해결해야 할 것이다.

IV. 결론

통신망 사업자에 대한 특수한 규제 논리로 출발한 중립성 논의는 시장 환경의 변화에 맞춰 망중립성에서 검색중립성으로, 그리고 최근에는 대규모 플랫폼 일반에 대한 중립성의 요구로 진화해오고 있다. 그 과정에서 경쟁법은 중립성을 관철하기 위한 규제 도구 중 하나로 동원되거나 거론되어 왔다. 그런데, 검색중립성의 경우에서 보듯 관련 산업 또는 시장의 특성에 따라 때로는 중립성의 요구가 경쟁을 오히려 제약하거나 심지어 그와 충돌할 수도 있다. 따라서 경쟁법을 중립성 규제의 도구로 활용하기에 앞서 경쟁의 보호라는 법의 목적이 저해하지 않도록 주의할 필요가 있다.

그렇다고 하여 중립성의 요구가 경쟁법과 전혀 무관하거나 그에 완전히 배치되는 것은 아니다. 경쟁법은 사업자가 필수설비에 해당하는 자신의 자산에 대한 접근을 허용함에 있어 거래상대방이 자신과 경쟁한다는 이유로 다른 거래상대방과 비교하여 부당하게 차별하는 것을 금지한다. 이러한 범위 내에서는 경쟁법의 적용이 플랫폼의 중립성을 달성하는 데 기여할 수 있을 것이다. 다만, 이 경우에도 문제되고 있는 플랫폼이 필수설비에 실제로 해당하는지, 그리고 차별적 행위로 인한 반경쟁적 효과가 주장되어지는 친경쟁적 효과를 상회하는지를 신중하게 검토해야 한다. 특히 플랫폼 사업자가 거래상대방 중 한 쪽을 차별하는 경우와 사업자 자신을 제3자와 비교하여 우대(차별)하는 경우를 구별하여 사회적으로 유용한 서비스나 자산에 대한 초기투자 유인이 과도하게 제약되지 않도록 유의해야 할 것이다.

한편 경쟁법과 별개로 중립성 규제를 고려하는 경우에도 플랫폼 사업자에게 부과하는 의무와 사업자의 책임 문제가 조화롭게 접근되도록 노력해야 할 것이며, 플랫폼에 대한 중립성 규제가 민주주의의 실현에 기여할 수 있는 범위와 내재적 한계를 명확히 인식하여 합리적인 규제 정책을 펼쳐야 할 것이다.

참고 문헌

논문

- Einer R. Elhauge, Defining Better Monopolization Standards, 56 Stan. L. Rev. (2003)
- Geoffrey A. Manne & Joshua D. Wright, If Search Neutrality is the Answer, What's the Question? 2012(1) Columbia Bus. L. Rev. (2012)
- Daniel A. Crane, Search Neutrality as an Antitrust Principle, 19 Geo. Mason L. Rev. (2012)
- Marina Lao, "Neutral" Search as a Basis for Antitrust Action?, 26(2) Harvard J. L. & Tech. (2013)
- Andrea Renda, Antitrust, Regulation and the Neutrality Trap: A plea for a smart, evidence-based internet policy, CEPS Special Report (2015)
- A. Douglas Melamed & Andrew W. Chang, What thinking about Antitrust Law can tell us about Net Neutrality, 15(1) Colo. Tech. L. J. (2016)
- Maureen K. Ohlhausen, Antitrust over Net Neutrality: Why we should take competition in broadband seriously, 15(1) Colo. Tech. L. J. (2016)
- 최지연, 알고리즘 중립성 보장을 위한 법제 연구, 디지털사회 법제연구(V), 한국법제연구원 (2017)
- Richard S. Whitt, Old School Goes Online: Exploring fiduciary obligations of care and loyalty in the platforms era, TPRC 47 Conference Paper (2019)

보고서

- U.K., Unlocking digital competition, Report of the Digital Competition Expert Panel (2019.3)
- Stigler Center (Univ. Chicago), Committee for the Study of Digital Platforms, Draft Report (2019.5.15.)
- Opinion no. 2014-2 of the French Digital Council on platform neutrality, Building an open and sustainable digital environment (2014.5)

기사

- The Guardian, Apple becomes world's first trillion dollar company (2018.8.2.)
- NYTimes, Justice Dept. Explores Google Antitrust Case (2019.5.31.)
- The Japan Times, FTC compiles draft guidelines for tighter regulations on tech giants and use of customer data (2019.8.30.)
- 연합뉴스, "포털 실시간 검색어, 입법보다 자율 규제가 바람직" (2019.10.25.)

기타

- U.S. FTC, Press Release, Google Agrees to Change Its Business Practices to Resolve FTC Competition Concerns In the Markets for Devices Like Smart Phones, Games and Tablets, and in Online Search (2013.1.3.)
- 황용석, 알고리즘 중립성 논의할 때, 한겨레 [미디어 전망대] (2016.5.23.)

서울대학교
인공지능정책
이니셔티브 안내

서울대학교 인공지능정책 이니셔티브는 인공지능과 관련된 다양한 사회경제적, 법적, 정책적 이슈들을 연구하고 논의하기 위해 시작된 서울대학교 법과경제연구센터의 프로그램입니다. ‘소셜랩(Social Lab)’ 개념을 지향하여, 여러 배경과 관심을 가진 분들 사이의 협업과 지속적인 대화를 추구합니다. 서울대학교 법학전문대학원의 교수와 임용 교수가 함께 이끌고 있습니다.

1. 발간물 안내

서울대학교 인공지능정책 이니셔티브의 주요 발간물은 이슈페이퍼와 워킹페이퍼가 있고, 비정기적으로 발간되는 단행본 및 학술행사 자료집 등이 있습니다. 이슈페이퍼와 워킹페이퍼 등의 자료들은 홈페이지를 통해 다운로드 받으실 수 있습니다.

2. 행사 안내

서울대학교 인공지능정책 이니셔티브의 주요 행사는 이슈페이퍼를 발표하고 논의하는 행사(상반기 및 하반기 각 1회) 그리고 국내외 연구자들을 초빙하여 진행하는 대규모 국제학술대회(연 1회) 등이 있습니다. 그 이외에 비정기적으로 진행하는 행사들도 있습니다.

3. 이슈페이퍼 2019-2

이번 이슈페이퍼는 서울대학교 인공지능정책 이니셔티브의 두 번째 이슈페이퍼로, 2019.11.07. D2 Startup Factory에서 열린 행사에 맞춰 준비되었습니다.