
온라인 플랫폼 기업의 경쟁법 적용 타당성에 대한 논의

—표준필수특허권자와의 상관관계를 중심으로—

윤영진*

- | | |
|----------------------------------|---|
| I. 논의의 출발점 | 경쟁적 위험 |
| II. 온라인 플랫폼 기업의 친경쟁적 이익과 반경쟁적 위험 | 3. 표준필수특허권자에 대한 경쟁법 적용 여부에 대한 논의 |
| 1. 빅데이터와 인공지능 시대의 온라인 플랫폼 기업의 특성 | 4. 소 결 |
| 2. 온라인 플랫폼 기업의 친경쟁적 이익과 반경쟁적 위험 | IV. 경쟁법의 관점에서, 표준필수특허가 온라인 플랫폼에 주는 함의 |
| 3. 온라인 플랫폼 기업의 반경쟁적 행위의 유형 | 1. 표준필수특허와 온라인 플랫폼의 상관관계 |
| 4. 소 결 | 2. 표준필수특허권자에 대한 경쟁법 적용이 온라인 플랫폼 기업에 주는 함의 |
| III. 표준필수특허의 경쟁법 적용에 대한 논의 | 3. 온라인 플랫폼의 경쟁 제한성을 저감하기 위한 제안들 |
| 1. 표준필수특허와 FRAND 선언 | V. 결 론 |
| 2. 표준필수특허의 친경쟁적 이익과 반 | |

* 특허청 사무관, 변리사.

초록

기술의 발달과 인터넷 편의성이 증진됨에 따라 온라인 플랫폼 기업에 새로운 반경쟁적 이슈가 제기되고 있다. 특히 빅데이터와 인공지능을 활용하는 온라인 플랫폼 기업은 기존의 규제만으로는 해결하기 어려운 특성이 존재하여 새로운 접근이 필요하다. 이에 본고에서는 빅데이터와 인공지능을 활용하는 온라인 플랫폼 기업의 특성, 친경쟁적 이익 및 반경쟁적 위험을 분석한다. 이와 더불어, 기술혁신을 통해 신규시장을 창출하여 시장지배력을 획득한 선례인 표준필수특허권자의 친경쟁적 이익과 반경쟁적 위험에 대한 평가를 온라인 플랫폼 기업과 비교하여 살펴본다. 표준필수특허의 경쟁 제한적 특징은 빅데이터와 인공지능을 이용하는 온라인 플랫폼 기업의 경쟁 제한적 특징과 유사한 것으로 파악된다. 온라인 플랫폼 기업의 사업 방식이 사실상의 표준에 해당하여 표준필수특허와 상당히 유사한 시장지배력과 반경쟁적 위험이 존재하는 것으로 분석된다. 이와 같은 분석을 기초로, 표준필수특허에 대한 경쟁법 적용이 당연히 받아들여지고 있는 현재 상황처럼 빅데이터와 인공지능 시대의 온라인 플랫폼 기업에도 경쟁법 적용이 당연한 것으로 받아들여질 날이 머지않은 것으로 보인다. 그러나 기존의 경쟁법의 틀은 빅데이터와 인공지능을 활용하는 온라인 플랫폼 기업에 적용하기에 어려움이 있으므로, 경쟁당국은 새로운 법적 틀(legal frame)을 마련해야 하며, 이 새로운 법적인 틀은 기술발전의 특성과 시장지배적 지위를 얻게 된 과정을 함께 고려한 새로운 체계이어야 할 것이다.

주제어

온라인 플랫폼, 경쟁법, 반경쟁적 위험, 친경쟁적 이익, 표준필수특허, 사실상의 표준, FRAND

I. 논의의 출발점

디지털 경제(Digital Economy)는 고전적인 경제 패러다임의 한계로 지적되는 시간과 공간을 넘어서는 새로운 경제 패러다임으로 주목을 받고 있다. 디지털 경제의 주요한 사업 모델이자 동시에 다양한 논란의 중심에 서 있는 온라인 플랫폼 분야는 빅데이터와 인공지능을 활용하면서 무서운 기세로 기업의 사업 구조와 비즈니스 방식을 변화시키고 있다. 특히 COVID-19 팬데믹의 영향으로 비대면에 대한 수요가 급증하면서, 빅데이터와 인공지능 활용에 대한 수요는 급증하였고, 이런 수요를 기반으로 한 온라인 플랫폼의 성장세가 무서울 정도이다. 통계청에 따르면, 2021년 7월 기준으로 온라인쇼핑 거래액은 16조 1996억 원으로 전년 동월대비 24.9% 증가하였고, 온라인쇼핑 중 모바일쇼핑 거래액은 11조 7139억 원으로 33.8% 증가하였으며, 온라인쇼핑 거래액 중 모바일쇼핑 거래액 비중은 72.3%를 차지하였다.¹⁾ 또한, 미국의 5개 ICT 기업(Apple, Microsoft, Amazon, Alphabet, Facebook)의 시가총액의 합은 약 8,092조 원으로 우리나라 2020년 예산(512조 원)의 약 16배에 달하며,²⁾ 2020년 세계 기업 시가총액 순위 기준으로 Top 10 안에는 Amazon, Alphabet (Google), Facebook, Tencent 등의 온라인 플랫폼 기업들이 다수 랭크되어 있다.³⁾

이처럼 급성장하는 온라인 플랫폼 기업은 친경쟁적 이익과 반경쟁적 위험을 모두 가지고 있으며, 최근에는 빅데이터와 인공지능을 활용하여 시장지

1) 통계청, “2021년 7월 온라인쇼핑 동향”, 통계청 보도자료, <https://www.kostat.go.kr/portal/korea/kor_nw/1/12/3/index.board?bmode=read&bSeq=&aSeq=391745&pageNo=1&rowNum=10&navCount=10&currPg=&searchInfo=&sTarget=title&sTxt=>, 검색일: 2021. 9. 19.

2) 이소원, “주요국 ICT 기업의 시가총액 변화와 디지털 기업의 부상”, 전국경제인연합회 언론홍보, <http://m.fki.or.kr/bbs/bbs_view.asp?cate=news&content_id=a392e1d2-958f-4285-a34c-97f39c918ee7>, 검색일: 2021. 4. 30.

3) CorporateInformation, “Top 100 Lists”, CorporateInformation 보도자료, <<https://www.corporateinformation.com/Top-100.aspx?topcase=b>>, 검색일: 2021. 4. 30.

배력을 유지 및 강화하는 온라인 플랫폼 기업에 대하여 경쟁법⁴⁾을 적용하여 규제하는 것이 타당한지 논란이 일고 있다.⁵⁾ EU는 글로벌 플랫폼 기업인 Google에 대해 2017년 온라인 검색시장, 2018년 안드로이드 운영체제 시장, 2019년 온라인 광고시장에서의 시장지배적 지위 남용에 대해 과징금을 부과했다.⁶⁾ 우리나라 정부도 온라인 플랫폼의 규모가 비대해지자 플랫폼 사업을 규제하는 방안을 고심하고 있다. 2020년 6월 25일 공정거래위원회는 오픈마켓, 배달앱 등을 규제하는 ‘온라인 플랫폼 중재 거래의 공정화에 관한 법률’, 플랫폼 사업자가 입점업체에 비용을 전가하는 행위 등을 규율하기 위한 심사지침, 플랫폼 분야의 독과점을 예방하고 이를 감시하기 위한 ‘플랫폼 분야 단독행위 심사지침’의 제정을 추진할 계획을 밝히기도 했다.⁷⁾ 또한 공정거래위원회는 네이버(NAVER)의 검색엔진 시장의 시장지배적 지위 남용에 대한 제재, 온라인 여행플랫폼의 불공정행위에 대한 감시 진행,⁸⁾ 부동산 정보 불공정 경쟁을 이유로 과징금을 부과하였다.⁹⁾ 이러한 경쟁 당국의 제재는 온라인 플랫폼 기업의 특성을 무시하고 혁신을 저해하며 경쟁자의 무임승차를 조장하는 부당한 처분이라는 우려의 목소리도 크다.¹⁰⁾

4) 본고에서는 공정거래 또는 경쟁 질서를 규율하는 각국의 법규를 경쟁법으로 부른다. 다만 미국의 경우 독점금지법(Antitrust Act)이라는 용어를 사용한다. 우리나라에서는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 ‘공정거래법’이라 함)이 경쟁법의 예이다.

5) 주진열, “디지털 플랫폼 사업자의 빅데이터와 관련한 시장지배력 및 프라이버시 문제에 대한 고찰”, 『경쟁법연구』, 39권(2019), 160-162면.

6) 김환용, “[글로벌·Biz 24] 구글, 유럽서 시장 지배적 지위 남용 잇단 벌금”, 글로벌 이코노믹, <https://news.g-enews.com/view.php?ud=201904240747596762f806fa96c5_1>, 검색일: 2021. 4. 30.

7) 공정거래위원회, “오픈마켓·배달앱 등 온라인 플랫폼 공정거래법 제정”, 공정거래위원회 보도자료, <https://www.ftc.go.kr/www/FtcNewsView.do?key=5&news_lg_div_gb=1&nwstype=1&news_no=4336>, 검색일: 2021. 6. 3.

8) 박양신·신위뢰, “디지털 경제의 특성과 경쟁정책 방향: 온라인 플랫폼과 알고리즘 담합을 중심으로”, 경제·인문사회연구회, 2020, 2면.

9) 공정거래위원회, “네이버 부동산의 경쟁사 배제행위 제재”, 공정거래위원회 보도자료, <http://www.ftc.go.kr/www/selectReportUserView.do?key=10&rptype=1&report_data_no=8713>, 검색일: 2021. 6. 3.

10) 백지수, “토종기업 혁신 가로막는 플랫폼공정화법”, 머니투데이, <<https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2020103011285548258>>, 검색일: 2021. 4. 30.

이러한 논란이 줄어들지 않는 이유는 온라인 플랫폼 기업과 경쟁 당국의 입장에 따라 온라인 플랫폼 기업의 친경쟁적 이익과 반경쟁적 위험에 대한 평가가 다르기 때문으로 파악된다. 다시 말해 온라인 플랫폼이라는 새로운 형태의 사업 방식에 대한 이해가 부족하고, 이들 사업 방식의 친경쟁적 이익 및 반경쟁적 위험의 평가에 대한 명확한 기준이나 선례가 없기 때문이다. 온라인 플랫폼에 대한 이해 및 평가 정보의 부재로 인해, 급변하는 외부 환경 속에서 생존을 위해 항상 변화와 혁신을 추구하는 온라인 플랫폼 기업이 친경쟁적 이익과 반경쟁적 위험 사이의 균형을 유지하기는 쉽지 않아 보인다. 그리고 경쟁 당국도 빅데이터와 인공지능이라는 경쟁우위 수단을 지닌 글로벌 플랫폼 기업의 혁신과 발전을 저해하지 않으면서 소비자의 후생을 극대화하는 방향으로 규제하기도 어려워 보인다.

이에 본고에서는, 기술혁신으로 획득한 시장지배적 지위에 대한 경쟁법 적용 시 참고할 만한 선례인 표준필수특허권자에 대한 경쟁법 적용 경과와 사례를 살펴보고, 이를 시장지배적 지위를 갖는 온라인 플랫폼 기업과 비교해보고자 한다. ‘특허’와 ‘표준화’에 기초한 기술혁신을 통해 시장지배적 지위를 획득한 표준필수특허권자의 친경쟁적 이익과 반경쟁적 위험은 빅데이터와 인공지능을 기초로 한 기술혁신을 통해 시장지배적 지위를 강화하는 온라인 플랫폼 기업과 유사한 측면이 있다. 표준필수특허권자의 남용행위도 불법행위에 기한 손해배상 청구와 같은 다른 사법적 구제수단이 존재함에도 경쟁법을 적용해야 한다는 강한 요구가 있었고, 현재는 세계적으로 표준필수특허권자의 남용행위에 경쟁법 적용을 당연한 것으로 받아들이고 있는 현상은 온라인 플랫폼 기업에 좋은 참고자료가 될 것으로 생각된다. 표준필수특허와 온라인 플랫폼 사이의 상관관계 검토를 통해, 온라인 플랫폼 기업의 사업 방식이 ‘사실상의 표준(de facto standard)’에 해당하여 표준필수특허와 상당히 유사한 시장지배력과 반경쟁적 위험이 있는지 여부를 검토해 보며, 온라인 플랫폼 기업에 미치는 영향과 그 의미를 살펴보겠다. 이런 분석을 통해 온라인 플랫폼 기업에 경쟁법을 적용할 때 어떠한 기준과 방식으로 적용해야 하는지 기준을 제시해 보고, 표준필수특허에 대한 경쟁법 적용 사

례를 기초로 온라인 플랫폼 기업이 경쟁법 적용을 회피하기 위해 유념해야 할 사항들에 대하여 검토해 보겠다.

II. 온라인 플랫폼 기업의 친경쟁적 이익과 반경쟁적 위험

1. 빅데이터와 인공지능 시대의 온라인 플랫폼 기업의 특성

(1) 온라인 플랫폼 기업의 정의

온라인 플랫폼 기업은 생산자(또는 판매자)와 소비자를 매개하여 발생하는 경제적 가치로부터 수익을 창출하는 비즈니스를 영위하는 사업자이다. 인터넷을 통해 공공이 참여할 수 있는 양면적 또는 다면적 서비스를 제공하며, 온라인 플랫폼 기업이 제공하는 서비스는 일반적으로 무상이다. 온라인 플랫폼 기업의 수익 창출 방법은 무상의 서비스를 통해 이용자를 유인하여 확보하고, 확보된 이용자를 대상으로 제품 또는 서비스를 제공하는 판매자, 광고업자 등으로부터 수수료나 광고 수익을 창출하는 비즈니스 모델이다. 검색 서비스, 소셜미디어, 상거래, 앱스토어, 배달앱, 온라인 광고 시장 등이 대표적인 온라인 플랫폼이며, 그 영역은 금융, 교통, 정치, 안보 등으로 확대되고 있다.

(2) 온라인 플랫폼 기업의 특징

1) 선(先) 성장, 후(後) 수익 창출 구조

온라인 플랫폼 기업에는 온라인 플랫폼 이용자들을 충분히 확보하는 것이 급선무이다. 충분한 사용자 확보는 시장을 선점하고 네트워크 외부효과를 통한 시장지배적 지위를 확보하기 위해 필수적이다. 따라서 온라인 플랫폼 기업은 무상의 서비스를 제공하여 사용자 확보에 노력하지만, 일정 수준 이상의 이용자가 확보되어 개별시장에서 점유율이 늘어나면 중개 수수료 및 광고 수익을 통해 수익을 창출한다.¹¹⁾ 초기에는 이윤보다 성장을 우선시하

여 경쟁을 통한 발전이라는 이점이 있으나, 독점적 지위 확보 시 오히려 소비자의 후생을 저하시킬 우려가 있다.¹²⁾

2) 양면(Two-sided) 또는 다면 시장(Multi-sided Market)

양면 시장이란 두 종류의 이용자(생산자와 소비자)가 특정한 온라인 플랫폼을 통해 상호작용함으로써 가치가 창출되는 시장이다. 다면 시장이란 양면 시장이 복수로 존재하는 시장이다. 양면 또는 다면 시장에는 수요를 달리하는 복수의 이용자 그룹이 존재하며, 복수의 이용자 그룹은 온라인 플랫폼을 통해 상호작용하고, 온라인 플랫폼 사업자는 이들 각 그룹에 서로 다른 상품 또는 서비스를 제공한다. 양면 또는 다면 시장의 특징으로 인해 관련 시장 확정 문제¹³⁾가 발생하며, 네트워크 외부효과가 발생하는 특징이 있다.

3) 중개자 및 규제자

온라인 플랫폼 기업은 소비자와 판매자의 거래를 중개하는 ‘중개자(intermediator)’로서의 기능과 함께 소비자와 판매자 간의 관계를 관리하여 전체 플랫폼의 가치를 증대시키는 ‘규제자(regulator)’로서의 기능을 한다. ‘규제자’로서의 행위는 플랫폼의 효율성을 증진시키나, 이런 효율성이 극대화

11) 주진열(2019), 전제논문, 169-170면.

12) Khan, Lina M. “Amazon's antitrust paradox”, *Yale IJ* 126 (2016), pp. 737-739. Khan(2016)에 따르면, 가격과 소비자 후생이라는 결과에 기초한 전통적인 경쟁법의 적용 기준은 최상위 온라인 플랫폼에는 더이상 적용되지 않는다고 주장한다. 그 이유로, 장기적인 관점에서 소비자는 질 좋은 제품, 다양한 제품, 혁신적인 서비스를 원하는데, 시간이 갈수록 온라인 플랫폼은 가격인하를 통한 소비자 후생을 견인할 뿐이어서(즉, 장기적으로 볼 때 제품의 질 저하, 제품 단일화, 비혁신적 제품으로 고착됨) 다양한 소비자 만족을 채우지 못한다고 지적한다.

13) 온라인 플랫폼의 이윤 극대화 전략에 따라 특정 면의 이용자에게는 가격을 부과하지 않으면서 다른 면의 플랫폼 이용자에게는 높은 가격을 부가할 수 있으므로, 가격을 시장확정의 요인으로 삼아서는 안 되고, 각 면을 별개의 시장으로 확정할 것인지, 하나의 단일시장으로 확정할 것인지에 관한 판단이 필요하다고 보는 것이 관련 시장 확정 문제이다. 관련 시장 확정에 따라 시장지배적 지위에 관한 판단이 달라지며, 시장지배적 지위의 남용 관련 사건의 경우 관련 시장의 확정은 시장에서 사업자의 반경쟁적 행위 정도를 평가하는 도구가 된다.

되면 시장지배적 지위가 발생해 반경쟁적 위험이 늘어날 소지가 크다.¹⁴⁾

4) 네트워크 외부효과(Network Externality)

온라인 플랫폼은 네트워크 외부효과를 가지는데, 이 네트워크 외부 효과는 직접 네트워크 외부효과와 간접 네트워크 외부효과로 구분된다. 직접 네트워크 외부효과는 플랫폼 내에 같은 서비스를 이용하는 이용자 수가 증가할수록 온라인 플랫폼의 가치가 증가하는 효과로, 예를 들어, 페이스북 이용자가 증가할수록 플랫폼 이용자의 이용가치는 상승해서 플랫폼의 수익과 가치는 증대된다. 간접 네트워크 외부효과는 이용자 증대로 인한 플랫폼 가치의 증대가 판매자, 플랫폼 개발자, 콘텐츠 제공자 등의 증가로 이어지는 효과로, 한쪽(side)의 이용자 혜택이 다른 쪽(other side)의 이용자의 증가로 이어지는 효과이다.¹⁵⁾ 이러한 네트워크 외부효과를 기초로, 온라인 플랫폼 기업은 시장을 확대시키며, 시장 확대를 통해 비용 절감과 같은 규모의 경제(Economy of Scale)의 이점을 얻게 된다. 네트워크 외부효과는 시장 초기에는 소비자에게 유리한 경쟁으로 기능하나, 결국 시장이 한쪽으로 집중되어 반경쟁적 위험을 상승시키는 요인이 되기도 한다.

5) 빅데이터와 인공지능

빅데이터와 인공지능 기술이 발전함에 따라, 앞서 설명한 네트워크 외부효과와 규모의 경제가 더욱 강화되는 특징이 있다. 빅데이터와 인공지능 기술을 기초로 한 온라인 플랫폼 기업의 무상 서비스는 소비자의 수요 및 성향을 이해해 더 개인화된 서비스를 제공할 수 있어 더 많은 이용자를 유인하고, 더 많은 이용자에 대한 데이터를 기초로 학습한 인공지능이 더 개인적이고 다각적인 무상 서비스를 제공함에 따라 시장지배력이 강화되는 특징이 있다. 또한 빅데이터와 인공지능으로 경쟁우위를 갖춘 온라인 플랫폼 기업

14) 최계영, “디지털 플랫폼의 경제학 I: 빅데이터·AI 시대 디지털 시장의 경쟁 이슈”, 정보통신정책연구원(KISDI Premium Report), 2020, 10면.

15) 최계영(2020), 전계보고서, 12면.

은 자신의 제품 또는 서비스의 질(Quality)을 다른 경쟁 플랫폼에 비해 낮은 비용으로 제공함으로써 다른 신규시장에도 쉽게 진입할 수 있게 된다.¹⁶⁾ 이를 통해 시장지배적 지위가 확장되는 특징이 있다.

6) 멀티호밍(multi-homing)

온라인 플랫폼은 그 특성상 동시에 여러 개의 플랫폼에 가입할 수 있으며, 이용자가 다른 플랫폼으로 이동하는 전환비용(Switching cost)이 낮다. 이를 멀티호밍(multi-homing)이라고 한다. 멀티호밍의 비배타적 특징 때문에, 초기 플랫폼 사업자는 이용자에게 무료 또는 부가서비스를 제공하여 소비자의 충성도를 높여 자신의 서비스에 이용자를 고착화하는 전략을 필수적으로 활용한다. 한편, 멀티호밍의 비배타적인 특징상 여러 온라인 플랫폼 기업들이 유사 데이터를 동시에 수집할 수 있으므로, 멀티호밍은 온라인 플랫폼 기업의 시장지배력을 감소시키는 효과가 있다는 의견도 있다.¹⁷⁾ 이에 대한 반대 의견으로, 실질적으로 멀티호밍이 완벽하게 실현되기 어려워 이용자의 입장에서 플랫폼 전환비용이 커지므로 시장지배력이 강화된다는 의견도 있다.¹⁸⁾

2. 온라인 플랫폼 기업의 친경쟁적 이익과 반경쟁적 위험

(1) 친경쟁적 이익

1) 초기 경쟁 촉진 및 시장확대 효과

온라인 플랫폼에 시장지배적 지위가 발생하기 전까지 여러 플랫폼 기업들이 무상 서비스 제공 경쟁을 펼치므로 이용자에게 유리한 경쟁이 존재한다.

16) 최계영(2020), 전계보고서, 14면.

17) Evans, Davis S. & Schmalensee, Richard, "The Industrial Organisation of Markets with Two-Sided Platforms", *Competition Policy International*, Vol. 3 No.1(2007), pp. 151-179; Armstrong, Mark, "Competition in two-sided markets", *RAND Journal of Economics*, Vol. 37 No.3(2005), pp. 668-691.

18) Lasserre, Bruno & Mundt, Andreas, "Competition Law and Big Data: The Enforcers' View", *Antitrust & Public Policies* 4, 1 (2017), p. 95.

이런 경쟁을 통해 서비스의 질이 향상되고 관련 기술이 발전되어 관련 시장이 확장되어 소비자 후생이 증대되는 이점이 있다.

2) 낮은 시장 진입 비용 및 새로운 디지털 생태계 구축

온라인 플랫폼은 누구나 이용할 수 있는 개방형 플랫폼으로, 소상공인들도 적은 비용으로 플랫폼에 가입하여 제품 또는 서비스를 판매할 수 있으며, 오프라인 시장 대비 시장 진입비용이 낮다. 이를 통해 소비자와 판매자를 연결하는 디지털 생태계가 구축되어 새로운 시장이 창출되거나 시장이 확대된다.

3) 이용자 서비스 개선 및 규모의 경제를 통한 비용절감

온라인 플랫폼 이용자의 데이터를 수집하고 활용하여 더 개인화되거나 더 좋은 서비스 제공이 가능하며, 이용자 수가 늘어날수록 맞춤형 서비스의 질도 함께 개선된다. 이런 피드백 루프(Feedback Loop)를 기초로 시장 확대를 통해 규모의 경제(Economy of Scale)의 이점(비용 절감)이 발생한다.

4) 시장 투명성 제고

소비자는 오픈마켓 등 온라인 플랫폼에서 제공하는 정보를 통해 가격비교와 다른 소비자의 선호도를 쉽게 파악할 수 있어 시장의 투명성이 제고된다. 그 결과 판매자 간의 가격 및 품질 경쟁이 촉진된다. 또한 이러한 오픈된 데이터를 활용하여 다른 판매자의 신규 시장 진입도 촉진된다.¹⁹⁾

(2) 반경쟁적 위험

1) 자물쇠(Lock-in) 및 쏠림(Tipping) 효과를 통한 승자독식 구조

온라인 플랫폼 기업은 이용자를 고착(Lock-in)시키기 위해 무상 서비스를 확대하는 등 다각적인 비즈니스 전략을 구사하며, 이를 통해 시장이 한 플랫폼으로 집중되는 쏠림현상(Tipping)이 발생한다. 쏠림현상으로 인해 승자독

19) Lasserre, Bruno & Mundt, Andreas (2017), *op. cit.*, pp. 93.

식 구조가 발생한다. 예를 들어 구글, 페이스북 등의 인공지능 플랫폼은 알고리즘, 학습데이터, 인프라를 제공함으로써 이용자들을 구글, 페이스북의 인공지능 플랫폼에 고착화시켜 다른 플랫폼으로 이전할 수 없게 만든다. 결국 구글과 페이스북이 모든 수익을 독식하게 되는 것이다.²⁰⁾

2) 시장 규제자로서의 온라인 플랫폼 기업

온라인 플랫폼 기업이 시장지배적 지위를 갖게 되면 가격설정 권한 등 통제적 행위를 할 가능성이 높아진다. 즉 온라인 플랫폼 기업은 중개자를 넘어 규제자(regulator)로서 소비자와 판매자를 규제하게 된다.²¹⁾ 규제자로서의 온라인 플랫폼 기업은 플랫폼 이용자에게 다른 플랫폼과 같거나 더 낮은 가격으로 판매할 것을 요구하거나, 다른 플랫폼 이용을 제한하는 배타적 이용을 강요하는 등의 반경쟁적 조건(데이터 봉쇄, 전환비용 조정, 자사 플랫폼 우대 조치 등)을 부과할 수 있다. 이와 같은 반경쟁적 위험은 빅데이터²²⁾와 인공지능을 활용하는 온라인 플랫폼에서 높아지는 경향이 있다.

3) 수직적 통합²³⁾ 및 높은 전환비용

소규모 플랫폼은 최상위 플랫폼과의 수직적 구조로 인해 소비자의 고착효과가 강화되어 다른 플랫폼으로 쉽게 이탈하기 어려워 결국 전환비용이 높

20) Bamberger, Kenneth A. & Lobel, Orly, "Platform market power", *Berkeley Tech. LJ* 32 (2017), pp. 1065-1070.

21) Khan, Lina M.(2016), *op. cit.*, pp. 796-800.

22) 빅데이터가 반경쟁적 위험을 가진다는 의견에 반대하는 의견이 있다. 데이터는 비경합성(non-rivalry)을 가지고 있어 빅데이터만으로는 경쟁우위를 보장하지 않는다는 의견이다. 또한 데이터가 경쟁우위를 가지기 위해서는 쉽게 모방할 수 없어야 하고, 희소성이 있어야 하며, 대체성이 없어야 하는데, 빅데이터 보유 자체만으로는 이러한 성질들을 가지고 있지 않아 경쟁우위를 보장하지 않는다고 주장한다(Lambrecht, Anja & Tucker, Catherine E., "THE LIMITS OF BIG DATA'S COMPETITIVE EDGE", *MIT IDE RESEARCH BRIEF*, VOL.2016.03.(2016), pp. 2-4). 또한 무상 서비스를 제공하면서 구축한 빅데이터 자체는 진입장벽이라고 보기 어렵고, 따라서 빅데이터 활용 행위도 경쟁 제한 행위로 보기 어렵다는 견해도 있다[주진열(2019), 전계논문, 181-185면].

23) Khan, Lina M.(2016), *op. cit.*, pp. 731, 792-796.

아진다. 그 결과 경쟁과 혁신이 저해되고, 이는 최종적으로 소비자의 후생을 저하시킨다.

4) 동의 범위를 벗어난 데이터의 유용

수집된 데이터를 동의 범위를 벗어난 영역으로 활용하는 것과 이용자에게 광범위한 데이터 수집 및 활용 동의를 강제하는 약관 등은 반경쟁적 행위를 조장하는 요소로 평가될 수 있다. 또한 이용자의 데이터를 수집하는 과정은 불법적으로(또는 동의 없이) 수행될 수 있고, 개인정보가 포함되어 이용자의 개인정보가 의사에 반해 활용되어 사생활 침해 우려가 발생한다.

3. 온라인 플랫폼 기업의 반경쟁적 행위의 유형

(1) 가격차별

가격차별은 상품이나 서비스의 선택, 접근성, 다양성을 증진시켜 경쟁을 촉진하는 긍정적인 효과가 있는 반면, i) 독점 플랫폼 기업에 의해 가격차별이 이루어지거나, ii) 이용자가 온라인 플랫폼 기업에 고착화되어 있거나, iii) 가격차별의 형태가 매우 복잡하여 이용자가 이해하기 어려울 때 반경쟁적 효과가 커지게 된다. 이런 가격차별의 반경쟁적 위험을 약탈적 가격정책(Predatory Pricing)²⁴⁾이라고 한다.

(2) 이용자 차별

온라인 플랫폼 기업은 수집된 데이터를 기초로 학습된 인공지능을 이용하여 소비자 편향성(bias) 전략을 강화할 수 있다. 이 전략은 더 나은 개인화된 서비스를 제공하여 소비자의 편의성이 증대되는 장점이 있는 반면, 이용자

24) Khan, Lina M.(2016), *op. cit.*, pp. 722-725, 791. 약탈적 가격정책의 예로, 쿨킴은 2009년과 2011년 사이 다른 칩셋 제조 경쟁사들을 시장에서 배제하기 위해 원가 이하로 칩셋을 판매하였다. 이에 EU 경쟁당국은 칩셋 후발경쟁업체인 Icera가 더욱 개선된 데이터 전송속도로 쿨킴을 추격하자 이를 막기 위한 조치인 것으로 보고 조사를 진행하였다.

별로 정보의 제공과 이용을 비대칭적으로 규제할 경우 소비자의 소비형태에 따른 차별이 발생하고 결국 소비자의 후생이 감소할 수 있다.²⁵⁾ 시장지배적 플랫폼 기업은 기술적 조치를 통해 이용자의 콘텐츠 이동성을 제한 또는 방해함으로써 이용자 차별 정책을 용인시키고 있다.

(3) 끼워팔기 및 배타적 거래

이용자에게 하나의 주(主)된 서비스를 이용함에 있어서 종(從)된 다른 서비스 이용을 강제하는 행위, 즉 끼워팔기(또는 구입강제) 행위가 발생할 수 있다. 온라인 플랫폼 상의 광고업자에게 키워드 광고에 원하지 않는 키워드를 통합해서 구매할 것을 강제할 수도 있으며, 구글은 시장의 영향력 제고를 위해 Google+SNS 계정을 만든 경우에만 유튜브 영상에 댓글을 달 수 있도록 하는 등의 끼워팔기(tying) 전략을 활용하여 비난을 받았다. 이러한 구입강제 또는 끼워팔기 전략이 받아들여지지 않는 경우 온라인 플랫폼 기업은 거래를 거절하거나 서비스에 대한 접근을 차단 또는 방해하는 방식으로 배타적 거래를 조장한다.²⁶⁾

(4) 암묵적 담합

온라인 플랫폼 기업들은 인공지능을 통해 가격과 공급량을 조정하고, 경쟁기업도 이런 추세를 빅데이터와 인공지능을 활용해 쉽게 파악할 수 있어 묵시적인 담합이 조장된다.²⁷⁾ 즉 사람의 개입 없이도 정보교환, 가격조정 및

25) Newman, Nathan, “The costs of lost privacy: Consumer harm and rising economic inequality in the age of Google”, *Wm. Mitchell L. Rev.* 40 (2013), pp. 863-873.

26) 구글은 안드로이드 기기 제조사에게 안드로이드, 구글 플레이 사용을 조건으로 구글 검색, 크롬 브라우저 등 구글 앱을 선택재하도록 요구하였고, 유럽연합 집행위원회는 모바일 검색과 브라우저 시장의 경쟁을 제한했고 소비자의 선택을 제한했다고 판단하여 과징금을 부과하였다. 또한 애플과 구글은 자사의 앱스토어에 입점한 사업자의 부가 서비스도 자사의 플랫폼에서 거래(앱 내 구매)되도록 강제하여 수수료 수익을 획득하여 논란이 되었다.

27) OECD, “Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age”, OECD Report, 2017, pp. 24-32.

모니터링이 이루어짐으로써 암묵적 담합의 편익은 증가하고, 결국 소비자의 후생이 저하된다. 중심이 되는 하나의 온라인 플랫폼 기업이 다른 온라인 플랫폼 기업들에 정보교환 또는 데이터를 제공함으로써 온라인 플랫폼 기업들 사이에 사실상 수평적 담합이 이루어지는 경우이다. 아마존의 마켓 플레이스를 통해 드러나는 수직적 및 수평적 지배력 전이 문제 및 우버의 가격설정 알고리즘으로 인해 제기되는 담합이 실제 일어나고 있다.²⁸⁾

(5) 데이터의 독점적 이용

빅데이터와 인공지능을 통해 더욱 개선된 이용자 지향형 데이터가 축적 및 활용됨에 따라 데이터를 통한 지배력이 확산되어 경쟁기업에 대한 데이터 접근 방해, 제한 및 차별적 허용과 같은 방식으로 신규시장 진입자를 배제하는 진입장벽을 설정하게 된다.²⁹⁾ 이렇게 축적된 데이터는 다른 시장에서 새로운 비즈니스를 위해 사용될 수도 있다. 즉, 데이터를 통제하는 시장 지배적 플랫폼 기업은 현재의 지배적 지위를 다른 시장으로 전이시켜 시장 지배적 지위의 확산을 가속할 수 있다.

28) United States v. Topkins 사건(2015)에서, David Topkins(Amazon marketplace에서 포스터를 판매한 회사의 임원)는 합의된 높은 가격을 경쟁 사업자와 공동으로 책정하기 위해 동일한 알고리즘 사용을 공모한 혐의로 유죄 판결되었다. Meyer v. Uber Technologies, Inc. 사건(2017)에서, Uber의 운전자들(차량 서비스 제공자)은 Uber가 설계한 가격 알고리즘을 공통적으로 사용하도록 되어 있으며, Uber의 알고리즘은 급상승 가격설정(surge pricing, 서비스 수요가 높은 시간대에 서비스 가격이 급상승하도록 설정되어 있는 알고리즘)을 채택하고 있어, Uber의 가격 알고리즘으로 인해 서비스 제공자들 사이의 경쟁이 제한되고 특정 시간대에 반경쟁적 가격이 설정되어 소비자의 후생을 침해한다는 1심 판결이 나왔다.

29) EU 집행위원회는 페이스북이 왓츠앱 인수 후 당초 약속을 어기고 회원 데이터를 통합하자 1억 1천만 유로의 과징금을 부과하였다. 그리고 미국에서 페이스북은 8천 7백만 명의 회원 정보가 빅데이터 분석업체 캠브리지 아날리티카(cambridge analytica)로 불법 유출된 사실을 인지하고도 2년간 사실을 숨겼다.

4. 소 결

이상에서 살펴본 바와 같이, 온라인 플랫폼 기업은 친경쟁적 이익과 반경쟁적 위험을 모두 가지고 있다. 앞서 살펴본 바와 같이, 친경쟁적 이익과 반경쟁적 위험은 명확히 구분되는 요소가 아니며, 서로 공존하며 얽힌 복합적인 요소이다. 이런 복합적 요소는 시장지배력이 커짐에 따라 친경쟁적 이익보다 반경쟁적 위험이 커지는 경향이 있으며, 빅데이터와 인공지능의 활용에 의해 반경쟁적 위험이 강화되는 특징이 있다. 온라인 플랫폼 기업의 반경쟁적 위험이 강화되는 상황에서, 기존 온라인 플랫폼 기업은 중개사업자로서 대규모 유통업법이 적용되지 않고, 공정거래법에는 계약서 제공 의무, 표준계약서 등 분쟁예방 및 거래관행 개선을 위한 근거 규정이 부재하는 등의 기존 정책수단에 한계가 있었으며, 이런 한계를 극복하고자 공정거래위원회는 「온라인 플랫폼 공정화법」을 입법예고 하였다.³⁰⁾ 그러나, 「온라인 플랫폼 공정화법」은 ① 플랫폼 분야에 대한 중복규제 또는 과잉규제 우려가 있고, ② 계약서 작성 및 교부의무는 플랫폼 산업의 특성에 부합하지 않는 전통적인 사전규제이며, ③ 영업비밀과 같은 알고리즘까지 공개될 우려가 있고, ④ 스타트업도 규제대상에 포함될 수 있어 혁신을 저해할 우려가 있다는 비판을 받고 있다. 이번 논란의 쟁점은 공정거래위원회가 온라인 플랫폼이라는 새로운 사업방식에 대한 명확한 이해가 전제되지 않은 상황에서 온라인 플랫폼의 특징을 전통적인 시각에서 규제대상으로 지목한 것은 아닌지 여부이다. 규제당국은 시대나 환경의 변화에 따라 친경쟁적 이익과 반경쟁적 위험 사이의 ‘균형’을 탄력적으로 조정하여야 할 것이며, 이런 조정 작업에는 온라인 플랫폼 산업의 특수성과 외부환경에 대한 명확한 이해가 요구된다. 온라인 플랫폼은 기술혁신을 통한 신규 시장을 창출하기 때문에 시장지배적 지위를 얻기 쉬우며, 기술혁신을 기초로 신규시장을 창출하는 산업에 대한 친

30) 공정거래위원회, “공정위, 「온라인 플랫폼 공정화법」 제정안 입법예고”, 공정거래위원회 보도자료, <https://www.ftc.go.kr/www/selectReportUserView.do?key=10&rpttype=1&report_data_no=8746>, 검색일: 2021. 6. 3.

경쟁적 이익과 반경쟁적 위험을 평가한 선례를 찾아 참고할 필요가 있다.

표준필수특허권자는 기술혁신을 통해 시장지배적 지위를 획득한 사업자로, 표준필수특허권자에 대한 경쟁법 적용 경과 및 사례는 시장지배적 플랫폼 기업에게 참고할 만한 선례이다. 표준필수특허권자와 시장지배적 플랫폼 기업 사이의 관련성을 지적한 선행연구들도 많다. 시장지배적 플랫폼 기업에 대한 경쟁법 적용을 위한 새로운 대안으로서 표준필수특허의 FRAND 체계가 유용한 통찰력을 제공한다는 의견이 있다.³¹⁾ 이 의견에 따르면, 신규사업자가 시장지배적 플랫폼에 진입하기 위해 FRAND 접근 체계가 활용될 수 있으며, FRAND 접근 체계는 효과적인 경쟁을 가능하게 하고 공익을 충족시켜 반경쟁적 위험이 감소할 수 있다고 한다. 비슷한 의견으로, 개방적이며 공정하며 비차별적인 온라인 플랫폼 산업의 법적 프레임워크를 구성함에 있어서, 통신표준특허 분야에서 상당히 성공을 거둔 FRAND 모델이 시장지배적 플랫폼 기업의 권한을 제한하는 역할을 할 것이라고 한다.³²⁾ 또한 기술혁신과 경쟁촉진을 위한 균형있는 경쟁법 집행에 관한 선행연구로 자주 검토되는 분야가 표준필수특허권자에 대한 경쟁법 적용 사례이며,³³⁾ 경쟁법 집행 시 동태적 혁신경쟁을 어떻게 고려해야 하는지에 대한 논의에서도 ‘표준특허제도’와 ‘온라인 플랫폼’이 함께 검토된다.³⁴⁾

31) Nikolic, Igor & Heim, Mathew, “A FRAND Regime for Dominant Digital Platforms”, *JIPITEC* 10.1 (2019), pp. 53-55.

32) Tao, Minh Hung, “FRAND to address competition issues posed by major digital platforms?”, *European Competition Journal*, Volume 16 (2020), pp. 604-606.

33) 권영관, “기술혁신과 경쟁촉진을 위한 균형있는 경쟁법 집행에 관한 연구: 표준필수특허의 FRAND 실시로 분쟁과 대안적 분쟁해결 방안 도입을 중심으로”, *공정거래조정원*, 2015, 46-48면.

34) 권영관, “동태적 혁신경쟁과 경쟁법 집행에 관한 고찰”, 『규제연구』, 27권 1호(2018), 104면. 권영관(2018)에 따르면, “경쟁법을 집행함에 있어 동태적 혁신경쟁을 어떻게 고려해야 하는지와 관련해 경쟁법과 지식재산권법 간의 복잡한 관계가 연관되어 있으며, 예를 들어 라이선스 거절 사건, 표준필수특허(SEPs)사건, 특허풀 및 크로스라이선싱 사건 등이 있다고 한다. 뿐만 아니라 ICT분야의 경우에는 온라인 플랫폼(Platform)이 경쟁 전략으로 급속히 확산되고 있지만, 플랫폼 시장에서의 경쟁법 집행 방안에 대해서도 역시 아직까지 충분한 결론에 도달했다고 보기에는 어려운 상황이다.”라고 지적하며, 표준필수특허 사건이 온라인 플랫폼의 동태적 혁신 시장에 대한 경쟁법 집행에서 관련성

따라서 시장지배적 플랫폼 기업에 대한 경쟁법 적용 여부를 탐구함에 있어서 표준필수특허권자에 대한 경쟁법 적용 경과는 의미있는 통찰력을 제공할 것으로 판단된다. 표준필수특허권자의 남용행위도 불법행위에 기한 손해 배상 청구와 같은 다른 사적 구제조치가 가능함에도 경쟁법 적용이 타당한지 논란이 있었고, 현재는 우리나라를 포함한 유럽과 미국에서 표준필수특허권자의 남용행위에 경쟁법 적용을 당연한 것으로 받아들이고 있다. 따라서 이하에서는 경쟁법을 적용하여 표준필수특허권자의 남용행위를 규제하게 된 과정을 살펴보고, 이 과정에서 온라인 플랫폼 기업의 남용행위에 대해 경쟁법 적용 시 참고할 만한 사항을 검토해 보겠다.

III. 표준필수특허의 경쟁법 적용에 대한 논의

1. 표준필수특허와 FRAND 선언

표준(Standard)이란 제품이나 공정에 공통된 디자인을 제공하거나 제공할 목적으로 규정된 기술적 특징의 집합으로 정의된다. 표준필수특허(Standard Essential Patent, SEP)란 표준에 기재된 내용을 실행하기 위해서 특허기술을 침해하지 않고는 해당 표준을 실행할 수 없도록 설계된 특허, 즉 표준기술을 구현하기 위해 반드시 실시되어야 하는 특허를 의미한다. 따라서 표준필수특허를 침해하지 않기 위해서는 반드시 표준필수특허권자로부터 라이선스를 받아야 한다. 이런 표준필수특허는 국제전기통신연합(ITU), 유럽통신표준기구(ETSI), 국제전기전자기술자협회(IEEE), 미국통신산업협회(TIA) 등의 표준화 기구에서 제정한 표준규격에 포함된 특허들로서, 각 표준화 기구는 FRAND(Fair, Reasonable, and Non-Discrimination) 선언을 요구하고 있다.

FRAND 선언을 요구하는 이유는 다른 특허들과 달리 표준필수특허는 공

이 있음을 지적하고 있다.

익적 측면이 사적 이익 보호 측면보다 중요하기 때문이다. 즉 ITC 산업의 경우 하나의 제품에 존재하는 특허가 매우 많기 때문에 제품의 혁신과 개발을 위해서는 사업자들 사이의 협력이 필수적인데 이 협력이 원활하지 못할 경우 분쟁이 빈번할 수 있어 이런 분쟁을 예방하기 위해 표준특허 실시에 관한 상호 협약 또는 선언문을 요구하는 것이다. 이런 FRAND 선언에 의해 표준필수특허권자는 표준특허를 실시하려는 자에게 FRAND 조건에 따른 라이선스를 제공하고 성실하게 협상할 의무가 발생한다. 이를 종합하여 살펴보면, 표준필수특허제도는 기술보호제도인 ‘특허제도’에 표준화의 ‘공익적 및 친경쟁적 측면’을 적용한 것이 ‘표준필수특허’라고 볼 수 있으며, 이런 공익적 및 친경쟁적 이익을 달성하기 위해 조정역할을 하는 단체가 ‘표준화 기구’이고, 그 공익적 및 친경쟁적 이익은 ‘FRAND 선언’이라는 수단을 통하여 구현되고 있는 것으로 볼 수 있다.³⁵⁾

2. 표준필수특허의 친경쟁적 이익과 반경쟁적 위험

(1) 친경쟁적 이익

1) 비용 절감과 기술개발 촉진을 통한 소비자 후생 증진

기술의 표준화를 통해 기술개발의 중복을 방지하여 기업들의 연구개발 비용이 절감된다. 또한 표준기술 채택에 따른 경제적 유인으로 인해 기업들의 기술개발과 투자가 촉진된다. 그리고 기술의 표준화로 소비자의 전환비용과 거래비용이 감소되어 제품 가격인하 및 품질향상 등을 통해 소비자의 후생이 증진된다.³⁶⁾

35) 윤영진, “지식재산권 보호 정당성 고찰을 통한 인공지능 창작물의 새로운 보호 방안 연구”, 『LAW & TECHNOLOGY』, 16권 4호(2020), 50면.

36) 윤영진, “인공지능 창작물 보호제도에 관한 연구 — 강한 인공지능 창작물의 특허법상 보호를 중심으로”, 『지식과 권리』, 통권 제20호(2017), 28면.

2) 네트워크 효과 및 규모의 경제

표준화를 통한 상호 호환성 증대로 시장이나 기술의 변화에 대한 불확실성이 줄어든다. 이에 따라, 표준화된 제품을 사용할 때 얻는 효용은 동일한 제품을 사용하는 다른 사용자의 전체 규모에 따라 증가하게 되어 효용성이 극대화된다. 이러한 네트워크 외부효과(Network Externality)를 기초로 하여 관련 시장이 확대되며, 이를 통해 비용 절감과 같은 규모의 경제(Economy of Scale)의 이점을 얻게 된다.³⁷⁾

3) 특허풀을 통한 거래비용 절감 및 특허침해 우려 감소

표준필수특허권자들은 특허풀을 형성하는 경우가 많으며, 시장의 신규진입자들은 사업에 필요한 특허를 특허풀을 통해 통합적으로 라이선스 받을 수 있어 거래 및 관리가 편리해진다. 특허권자 입장에서는 특허풀을 통해 특허풀 가입자들 사이의 침해소송 우려가 감소하고, 라이선스를 받은 라이선 시도 침해 범위를 명확히 이해할 수 있어 특허 침해 우려가 감소한다.³⁸⁾

(2) 반경쟁적 위험

1) 기술적 진입장벽 및 특허 홀드업

표준기술의 채택으로 특정 기술이 표준으로 설정되면, 표준설정 이전에 대체관계에 있었던 기술들의 경쟁력은 사라지게 된다. 즉, 표준설정으로 인해 해당 기술시장에 기술적 진입장벽이 생기게 된다.³⁹⁾ 그 결과 표준기술을 보유한 기업은 시장지배력을 획득하게 되고, 시장지배력을 남용하여 FRAND 선언을 위반하여 라이선스를 거절하거나 불합리한 조건 또는 과도한 로열티를 요구할 수 있다. 이러한 표준필수특허권자의 남용행위를 특허

37) 박정수·이덕희, “표준화 결정요인 분석과 표준획득 전략 — IT 산업을 중심으로”, 산업연구원, 2003, 47-50면.

38) Jurata Jr, John & Luken, Emily, “Glory Days: Do the Anticompetitive Risks of Standards-Essential Patent Pools Outweigh Their Procompetitive Benefits?”, *San Diego Law Review* 58.2 (2020), pp. 6-7.

39) 정상조·박준석, 『지식재산권법』, 홍문사, 2020, 27면.

홀드업(Patent hold-up)이라고 한다.

2) 자물쇠 효과 및 쓸림 효과

이런 남용적 행위와 별도로, 특정기술을 표준으로 설정하고 나면 시장이 해당 표준기술로 고착되는 자물쇠 효과(Lock-in effect) 및 쓸림 효과(Tipping effect)가 발생한다. 즉 기술 고착화 현상으로 인해 다른 경쟁 기술이나 대체 기술의 개발이 제한되고 해당 표준기술로만 기술개발이 집중되는 현상이다.⁴⁰⁾ 이로 인해, 기술 다양성이 감소해 시장 참여자들은 다른 기술로의 전환이 어려워 소비자의 전환비용이 증가하게 된다.

3) FRAND 선언의 한계

이러한 반경쟁적 위험은 FRAND 선언의 한계에 기인한 것으로 지적된다. FRAND 선언은 계약상 의사표시를 외부에 공개한 것에 불과하여 FRAND 선언을 준수하도록 강제할 수 있는 강제수단이 없기 때문이다. 강제수단이 없다 하더라도, FRAND 선언을 위반하는 경우 해당 특허기술을 표준에서 제외 시킴으로써 이러한 반경쟁적 위험을 제거할 수 있다는 의견이 있다. 그러나 표준이 설정되고 나면 막대한 후속 투자가 이루어지고 앞서 살핀 바와 같이 자물쇠 효과 및 쓸림 효과가 발생하기 때문에, 표준을 배제하더라도 해당 특허기술은 사실상의 표준(de facto standard)이 된다. 따라서 표준필수특허권자의 반경쟁적 위험을 제거할 강제수단이 현실적으로 부재한 것으로 평가된다.

4) 담합 및 불공정 거래

표준필수특허들이 특허풀에 가입됨에 따라 담합의 여지가 높아진다. 담합을 통하여 그랜트백(grantback)과 같은 부당한 조건을 라이선싱에 포함시킬 수도 있다. 또한 특허풀에 실제로는 표준특허가 아닌 특허를 포함시키거나 대체 기술이 있는 비필수특허를 포함시킴에 따라 실제 거래비용을 증가시키

40) 박준석, “표준특허의 제문제 - ICT의 배제명령 발동가능성 문제를 포함하여”, 『서울대학교 법학』, 제54권 제4호(2013), 113면.

거나 부당하게 초과 로열티 징수를 강요할 수 있다.⁴¹⁾

3. 표준필수특허권자에 대한 경쟁법 적용 여부에 대한 논의

(1) 특허권 남용과 경쟁법 위반 사이의 관계

특허법 제94조는 특허기술 공개의 대가로 일정한 독점적 지위를 특허권자에게 보장하고 있어, 특허권은 본질적으로 남용될 소지를 내포하고 있는 권리이다. 한편 공정거래법을 포함한 경쟁법은 사적 독점을 엄격히 금지함으로써 공정하고 자유로운 경쟁질서를 확보하는 것을 목적으로 발전된 법으로, 특허법과 본질적으로 상충된다. 그래서 특허권은 독점권의 행사 범위와 관련하여 공정거래법과 저촉되는 경우가 자주 발생한다. 역사적으로도 특허권자의 독점권은 경쟁법과의 충돌을 거치면서 독점권 행사 범위의 경계와 기본 틀이 형성되었다고 볼 수 있다.⁴²⁾ 즉, 특허권 남용이론이 발전되어 온 경과를 살펴보면 공정거래법 위반과 밀접한 관련성이 있다.

먼저 특허권 남용이론에 대하여 살펴보면, 특허권 남용이론은 특허권자의 독점권 행사에 대한 형평법상 방어수단으로 발전한 것으로, 미국의 독점금지법이 발전하기 전에 특허권의 행사에 일정한 제한을 가하는 수단으로 활용되었다. 미국에서 특허권 남용 이론이 형성되는 초기 미국 연방대법원 판례들(1917년 Motion Picture 사건,⁴³⁾ 1942년 Morton Salt 사건⁴⁴⁾)을 살펴보면, 특허권 남용이론은 특허법 목적과 관련하여 공공의 이익 또는 공공 정책 등의 기준으로부터 특허권 남용 여부를 판단했음을 알 수 있다.⁴⁵⁾

이후 미국 독점금지법 관련 법규가 정비되고 관련 판례 이론이 축적됨에

41) Jurata Jr, John & Luken, Emily(2020), *op. cit.*, pp. 7-8.

42) 랜디스, 윌리엄 M. & 포스너, 리처드 A., 『지적재산권법의 경제 구조』, 정갑주 외 2인 번역), 일조각, 2011, 547면.

43) Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Mfg. Co., 243 U.S. 502(1917).

44) Morton Salt Co. v. G. S. Suppinger Co., 314 U.S. 488, 52 U.S.P.Q. 30(1942).

45) 조원희, “미국 특허법상 특허권 남용(Patent Misuse)의 법리”, 『저스티스』, 통권 제104호(2008), 102면.

따라 특허권 남용 사건에 대해 독점금지법 적용이 먼저 검토되기 시작했고, 특허권 남용과 경쟁법 위반 사이의 관계에 관하여 많은 연구가 이루어지기 시작했다. 특허권 남용 이론은 주로 특허권자의 권리 행사를 배제하는 방어적인 수단으로 활용됨에 반하여, 독점금지법 위반 주장은 손해배상 청구 등의 공격적인 수단으로 활용된다는 점에서 차이가 있다. 이런 차이로 특허권의 행사에 대한 적극적 방어수단 또는 공격수단으로 독점금지법 위반 주장을 특허권 남용 주장보다 먼저 하는 것이 일반화되었고, 현재는 경쟁질서를 실질적으로 저해하는 모든 특허권 남용 사건에 대하여 독점금지법이 적용될 수 있는 것으로 받아들여지고 있다. 특히 표준필수특허는 표준화에 따른 이점으로 인해 일반적인 비표준특허와 비교하여 반경쟁적 위험 및 시장지배력이 높아 독점금지법 적용이 적극적으로 검토되고 있다. 그러나 표준필수특허는 표준화와 특허권이라는 본질적 특징에 의해 당연하게 주어지는 독점적 권리라는 측면에서 독점금지법을 적용함에 있어 신중을 기해야 한다는 의견도 있다. 이하 표준필수특허에 대한 경쟁법 적용 여부에 대한 긍정설과 부정설을 살펴본다.

(2) 경쟁법 적용 긍정설

경쟁법의 적용이 필요하다는 입장에는, i) 표준특허권자는 표준설정을 통해 시장지배적 지위가 강력하게 유지 및 보장되기 때문에 일반적인 특허권자나 일반적인 시장 지배적 사업자와 조금 달리 취급되어야 하며, ii) 이와 같은 시장지배적 지위는 경쟁을 통한 시장 메커니즘에 의해 획득된 것이 아니므로 자유로운 경쟁을 통해 획득한 시장 지배적 사업자보다 더 강력히 시장지배적 지위 남용행위를 규제할 필요가 있고, iii) 표준화 기구에 의한 표준 설정 자체가 사적 기구에 의한 '담합'의 가능성을 배제할 수 없는 한 표준필수특허 자체에 경쟁법 위반 소지를 안고 있다고 보는 것이 타당하다는 견해이다. iv) 또한 FRAND 선언을 한 표준필수특허권자는 FRAND 선언이 요구되는 이유와 의미를 잘 알고 있고, 이를 위반할 경우 경쟁제한적 결과가 초래될 수 있다는 것도 잘 알고 있으므로, FRAND 선언을 위반한 것 자체로

경쟁제한 의도를 추정하게 하기 때문에 경쟁법의 적용이 필요하다는 견해도 있다.⁴⁶⁾

(3) 경쟁법 적용 부정설

경쟁법의 적용을 반대하는 입장에서는, i) 시장 참여자들에 의한 시장 중심적 해결방안이 정부 주도형 규제보다 문제 해결에 더 적합하고, ii) 시장 중심적 해결방안은 손해배상 소송 등을 통한 사적 구제수단으로 처리할 수 있으며, iii) 경쟁법 적용을 허용할 경우 실시료 협상에 불만을 품은 제조업자들이 경쟁법에 호소할 여지가 커짐으로 필수표준특허에 대한 인센티브가 줄어들어 표준특허제도가 목적인 바대로 운영되지 못한다는 것이다.⁴⁷⁾ iv) 그리고 FRAND 선언의 계약적 성격 및 경쟁당국이 FRAND 선언 위반 여부를 판단할 방법이 없다는 이유로 FRAND 조건의 준수 여부가 경쟁법 규제의 근거가 될 수 없다는 견해도 있다.⁴⁸⁾

4. 소 결

표준필수특허권의 남용행위에 대한 경쟁법 적용 초기에는 앞서 살핀 바와 같은 뜨거운 논쟁이 있었으나, 현재는 표준필수특허권자의 남용행위에 대하여 공정거래법과 같은 경쟁법 또는 미국의 독점금지법 적용이 타당하다는 의견이 지배적이다. 우리나라를 포함한 미국, 유럽에서도 표준필수특허권자의 남용행위에 경쟁법을 적용한 사례가 많다. 이와 같은 결론의 근거에는 표준필수특허권자가 누리는 시장지배적 지위는 자신의 노력에 의한 것 이상의

46) 정상조, “FRAND 확약과 특허법상 구제수단”, 『LAW & TECHNOLOGY』, 제14권 제5호(2008), 17면. 정상조(2008)에 따르면, FRAND 확약을 위반하여 소비자 후생을 감소케 하는 경우 계약법 및 특허법에 의한 해결에 한계가 있다고 지적한다.

47) 권국현, “표준설정과정에서 나타나는 표준화기구 기만행위에 대한 경쟁법 적용의 타당성과 그 적용 요건에 관하여”, 혁신·경쟁·규제법 센터, 2011, 132-134면.

48) 권남훈·홍대식, “지식재산권에 대한 실시료의 수준과 경쟁법의 역할”, 『정보법학』, 제15권 제2호(2011), 119-124면.

지위를 누리고 있다라는 합의에 있다. 즉 시장지배적 지위를 얻게 된 과정을 살펴보면 자유경쟁에 의한 것 이상의 지위를 표준설정이라는 외적 요인을 통해 얻고 있다고 본 것이다. 그리고, 표준필수특허권자의 남용행위에 대한 경쟁법 적용 여부의 기준은 ‘경쟁촉진’과 이를 통한 ‘소비자 후생 증대’에 대한 판단으로 해석된다. 따라서 시장지배적 지위 사업자에 대한 경쟁법 적용에는, 첫째로 시장지배적 지위의 획득 과정을 살핀 후(시장지배적 지위가 자유경쟁에 의한 것 대비 외부효과에 의해 얻어진 비율), 둘째로 시장지배적 지위의 남용행위가 경쟁을 저해하고 소비자의 후생을 저하시키는지 여부를 살펴서 개별적으로 판단하는 것이 타당하다고 보인다.

IV. 경쟁법의 관점에서, 표준필수특허가 온라인 플랫폼에 주는 합의

1. 표준필수특허와 온라인 플랫폼의 상관관계

(1) 표준필수특허와 온라인 플랫폼의 유사성 고찰

표준에 따르는 것이 사실상 강요되는 현실은 플랫폼 이용자가 시장지배적 플랫폼의 서비스 및 데이터의 사용으로부터 벗어날 수 없는 현실과 닮았다. 표준화에 의해 전환비용이 높아 다른 기술로 이전하지 못하는 상황과 마찬가지로, 이용자의 고착화 및 스킬 현상에 의해 전환비용이 높아져 사실상 이용자들은 최상위 온라인 플랫폼을 사용할 수밖에 없는 상황, 즉 다른 플랫폼 경쟁자가 배제되어 이용자의 선택이 제한되는 상황이 서로 유사하다.

시장의 양면성 특징도 유사하다. 표준화 기구를 중심으로 표준필수특허권자(Licenser)와 표준필수특허 이용자(Licensee)가 상호 연결되는 양면성은 온라인 플랫폼을 중심으로 소비자와 판매자가 상호 연결되는 양면성과 비슷하다. 또한 표준화 기구는 복수의 표준 기술들을 대상으로 각각 다른 특허풀이 복수로 구성될 수 있다. 하나의 표준화 기구 내에 복수의 특허풀이 공존하는

다면성을 가지는 점에서 온라인 플랫폼과 유사하다.

시간의 흐름을 기초로 살펴더라도, 표준필수특허와 온라인 플랫폼은 초기에 친경쟁적 이익이 높음에 반하여 시간이 갈수록 반경쟁적 위험이 늘어나는 구조도 유사하다(반경쟁적 위험의 전저후고(前底後高) 현상). 이는 새로운 기술과 혁신적인 서비스 제공에 의해 초기 시장 창출 효과 및 경쟁 촉진 효과가 있으나, 이후에는 네트워크 효과 및 스펀 효과에 따른 고착효과가 발생하여 오히려 새로운 사업자의 시장진입 및 경쟁을 제한함으로써 소비자의 선택권을 제한하는 측면도 동일하다(친경쟁적 이익의 전고후저(前高後低) 현상).

그리고 온라인 플랫폼이 사실상 표준으로 자리 잡는 현상은 특허기술의 표준화 설정 과정과 유사하다. 표준필수특허는 사적 기구인 표준화 기구의 합의에 의해 시장지배력을 쉽게 획득한 것으로 온전히 특허권자의 노력에 의한 것이라고 보기 어렵다. 온라인 플랫폼의 시장지배적 지위도 이용자의 데이터 제공 및 축적으로 얻어진 것이라는 현실을 부정할 수 없으므로, 온라인 플랫폼의 시장지배적 지위는 온전히 온라인 플랫폼 기업의 노력에 의한 것이라고 보기 어렵다. 즉 자유경쟁을 통해 얻은 시장지배적 지위보다 외적 요인에 의해 얻어진 시장지배적 지위 요소가 많이 포함된 것으로 평가될 수 있다.

또한 최상위 온라인 플랫폼을 기준으로 한 중소 온라인 플랫폼들이 수직 구조화되는 현상은 표준필수특허를 기준으로 관련 기술들이 수직적 구조로 통합되는 현상과 유사하다. 그리고 특허풀 형성을 통한 담합 가능성은 빅데이터와 인공지능을 이용한 담합 가능성과도 유사하다.

이러한 상황적 유사성뿐만 아니라 온라인 플랫폼도 표준필수특허와 유사한 장단점이 존재하는 것으로 분석된다. ① 온라인 플랫폼과 표준필수특허는 이전에 존재하지 않았던 새로운 시장의 창출을 촉진할 것으로 예측되고, ② 기업들은 온라인 플랫폼과 표준필수특허가 창출하는 새로운 시장 및 생태계의 주도권을 쟁취하기 위한 경쟁과 투자를 이어갈 것이다. ③ 네트워크 외부 효과 및 규모의 경제로 인한 소비자의 편의성 및 유용성이 확대되고, 기존 시장의 규모가 확대될 것이다. 이에 반하여 ① 온라인 플랫폼 및 표준

필수특허로의 이용자 및 관련 시장이 고착화 및 쏠림 현상이 발생하고, ② 고착화 및 쏠림 현상으로 전환비용 및 매몰 비용이 증가하며, ③ 시장지배력을 통한 끼워팔기, 배타적 거래, 가격차별, 이용자(라이선시) 차별이 가능하고, ④ 이런 차별 정책으로 결과적으로 신규시장 진입자의 진입장벽이 높아지며, ⑤ 시장지배력을 이용하여 남용이나 소비자를 기만할 우려가 커져 소비자 후생이 저하될 것이다.

(2) 표준필수특허와 온라인 플랫폼의 차이점 고찰

시장의 복잡성에서 차이가 있다. 앞서 살핀 바와 같이 서로 독립된 양면 시장이 복수로 존재하는 양면성의 측면에서는 유사하나, 온라인 플랫폼에서는 하나의 양면 시장이 다른 양면 시장에 영향을 미치는 복잡성이 존재하나, 표준필수특허는 이러한 복잡성이 존재하지 않거나 극히 드물다. 이런 복잡성의 차이로 인해, 온라인 플랫폼에서는 어느 하나의 양면 시장이 다른 양면 시장의 가격결정에 영향을 미치는 특징이 있으나, 표준필수특허는 그런 가격 연동적인 특징이 없거나 낮다. 온라인 플랫폼은 이런 복잡성을 기초로 시장지배적 지위를 유지하면서 다른 시장으로 이동할 수 있으나, 표준필수특허는 그렇지 못하다.

한편, 이용자가 부담하는 가격 측면에서도 차이가 있다. 온라인 플랫폼의 경우 시장 조건에 따라 어느 한쪽의 이용자는 플랫폼 이용료를 거의 내지 않는 대신 다른 측 이용자는 높은 이용료를 지불하는 등 특수한 요금 구조가 시장의 효율성 달성에 중요한 역할을 한다. 그러나 표준필수특허의 경우 이러한 특수한 요금 구조가 존재하지 않거나 극히 드물다. 표준화 기구는 특허권자와 실시권자에게 모두 비용을 부과하는 점에서 온라인 플랫폼과 차이가 있다.

2. 표준필수특허권자에 대한 경쟁법 적용이 온라인 플랫폼 기업에 주는 함의

(1) 사실상의 표준화

빅데이터와 인공지능을 활용하는 시장지배적 온라인 플랫폼 기업은 이용자의 데이터 제공에 의한 네트워크 효과 및 스펀 효과에 의해 시장지배적 지위가 강력하게 유지 및 보장되기 때문에 일반적인 온라인 플랫폼 기업이나 일반적인 시장지배적 사업자와 조금 달리 취급되어야 한다.⁴⁹⁾ 즉 시장지배적 온라인 플랫폼은 당해 시장에서 사실상의 표준으로 설정된 것과 마찬가지로 지이다. 최상의 온라인 플랫폼 기업의 시장지배적 지위는 자유경쟁에 의해 얻어진 것 이상으로, 표준필수특허의 표준설정과 유사하게, 이용자의 데이터 제공 및 축적에 의한 눈덩이 효과(snowball effect)라는 외적 요인에 의해 얻어진 것이라는 것을 인식해야 한다. 최상의 온라인 플랫폼 기업의 시장지배적 지위는 자유경쟁을 통한 시장 메커니즘에 의해 시장지배적 지위를 획득한 사업자와 동일하게 취급될 수 없다고 할 것이다.

(2) 반경쟁적 행위의 유사성

표준필수특허권자의 반경쟁적 행위들이 시장지배적 온라인 플랫폼 기업에서도 동일하게 확인되고 있다. 앞서 살핀 가격차별 정책이 대표적으로 공통되는 반경쟁적 행위이다. 가격차별과 함께 이용자 차별, 끼워 팔기, 배타적 거래, 경쟁자 배제⁵⁰⁾ 등의 행위가 동일하게 시장지배적 온라인 플랫폼 기업에서 확인되므로, 표준필수특허권자의 반경쟁적 행위에 대한 선례를 기초로 온라인 플랫폼 기업의 반경쟁적 행위를 규제할 필요가 있다. 한편 표준필

49) Akman, Pinar, “An Agenda for Competition Law and Policy in the Digital Economy”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 10, No. 10(2019), pp. 589.

50) 퀵컴(2016)은 경쟁 칩셋사의 요청에도 불구하고 칩셋 제조판매에 필수적으로 사용되는 표준필수특허에 대해 라이선스를 거절하거나 제한하여 시장에서 경쟁 모델 칩셋사를 배제하였다.

수특허권자에게서 발견되는 반경쟁적 행위 중 ‘부품단계에서의 실시허락 거절 행위’, ‘차별적인 로열티⁵¹⁾ 및 라이선스 부여 행위’, ‘과도한 로열티 요구 행위(royalty stacking)’ 등도 향후 온라인 플랫폼 기업의 남용행위로 발견될 소지가 크다. 즉 최상위 온라인 플랫폼 기업은 데이터의 독점적 지위를 이용해 일정 수준 이하의 플랫폼 기업에 데이터의 이용 허락을 거절하거나 차별적으로 데이터 이용료 및 데이터 이용권을 부여할 수 있을 것이고, 받아들이기 어려운 서비스 또는 데이터 이용료를 요구할 수 있을 것으로 예측된다. 따라서 경쟁당국은 표준필수특허권자의 반경쟁적 행위들로부터 예측 가능한 온라인 플랫폼 기업의 반경쟁적 행위를 예측하고 발견하며, 이를 규제할 수 있는 연구와 대책 마련이 필요하다.

(3) 필수설비이론

필수설비이론은 경쟁자를 배제할 수 있는 독점사업자의 권한을 제한하기 위하여 미국 경쟁법하에서 발전한 것으로, 경쟁에 필수적인 설비를 보유한 독점사업자가 기술상 또는 경영상의 정당한 이유 없이 경쟁자에게 당해 설비에 대한 접근을 거절하는 경우 서면법 제2조에 따라 위법한 단독의 거래거절로 본다. 필수설비이론을 지식재산권에까지 확대할 수 있는지 논란이 있다. 지식재산권 분야에 필수설비이론을 적용하는 것은 자칫 지식재산권 제도의 취지에 반할 수 있고 적극적인 기술개발을 저해할 우려가 있으므로 매우 제한된 상황에서 인정되어야 한다.

현행 공정거래법은 표준필수특허를 ‘필수설비’로 명시하고 있지는 않으나, 우리나라 법원은 표준필수특허를 공정거래법상의 ‘필수설비’로 판단하여 표준필수특허에 필수설비이론을 적용하고 있는 것으로 보인다.⁵²⁾ 필수설비이

51) 퀄컴은 CDMA 이동통신 기술을 라이선싱하면서 퀄컴의 모뎀칩을 사용한 경우 5%의 로열티, 비퀄컴 모뎀칩을 사용한 경우 5.75%의 로열티를 차별적으로 적용하는 등 경쟁사의 칩을 사용하는 경우에는 차별적으로 높은 실시료를 부과하는 정책으로 인해 불공정행위로 판결되었다(서울고등법원(2013.6.19) 선고, 2010누3932 판결).

52) 삼성 v. 애플 사건(서울중앙지방법원 2012. 8. 24. 선고 2011가합39552 판결)에서 표준필수특허를 필수설비로 인정했다. 또한, 퀄컴 사건(서울고등법원 2019. 12. 4. 선고 2017

론은 시장지배력을 가진 사업자로 하여금 경쟁자들과 거래를 하게 하려고 고안된 이론이다. 이런 표준필수특허에 대한 필수설비론 적용 여부와 같은 취지에서, 온라인 플랫폼의 ‘빅데이터’를 ‘필수설비’로 볼 수 있는지 논란이 있을 수 있다. 통상적으로 온라인 플랫폼의 빅데이터는 ‘필수설비’에 해당하지 않을 것이나, 시장지배적 지위가 너무 높아서 빅데이터에 대한 독점권과 통제권이 인정되고 해당 플랫폼 산업에 진입하기 위해 당해 빅데이터에 대한 접근이 필수적이라고 인정되며 다른 대체가능한 빅데이터가 있다고 인정되지 않는 특수한 상황에서는 ‘빅데이터’도 ‘필수설비’로 인정될 개연성이 높다 할 것이다. ‘빅데이터’의 ‘필수설비’에 대한 논의도 표준필수특허에 대한 선례를 참고하는 것이 바람직하다.

(4) 빅데이터 보호 행위는 경쟁법 위반인가?

온라인 플랫폼의 시장지배적 지위는 축적된 이용자의 데이터에 근거한 것임에는 다툼의 여지가 없다. 이렇게 축적된 데이터는 저작권법⁵³⁾상의 ‘데이터베이스 제작자의 권리’로서 보호를 받을 수 있는 여지가 있다. 우리 대법원은 타인이 체계화해 놓은 정보를 탈취하는 행위가 저작권법상 데이터베이스(DB) 제작자의 권리를 침해한다는 점을 명확히 하고 있다.⁵⁴⁾ 한편 논란이 있지만, 빅데이터는 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제1호 (카)목에 의해 보호받을 여지도 있다.⁵⁵⁾ 즉 빅데이터가 플랫폼 기업의 노력으로 만들어지거나 취득되고, 타인에 의해 탈취가 시도될 정도로 경제적

누48 판결)에서 서울고등법원은 표준필수특허가 ‘필수요소’에 해당한다고 보았지만, 제반사정에 비추어 표준필수특허의 라이선스 거절이 공정거래법 시행령 제5조 제3항 제3호의 ‘필수요소의 사용 또는 접근의 거절·중단 또는 제한행위’에 해당하지 않는다고 보았다.

53) 저작권법 제93조 제1항 및 제2항.

54) 2015나2074198 판결, 2016나2019365 판결, 모두 상고기각으로 원심판결이 확정되었다.

55) 박성호, “저작권법에 의한 보호가 부정되는 경우 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제1호 (차)목의 적용범위”, 『한양법학』, 29권 1호(2018), 105면. 박성호(2018)는 빅데이터에 관한 부정경쟁행위를 <범주 1>과 <범주 2>로 나누고, <범주 2>의 경우 (차)목 적용이 배제된다고 단정하기 어렵다고 한다.

의미가 있으며, 이러한 탈취, 사용 또는 공개에 따라 플랫폼 기업에 손해가 끼쳐진다면 그 보호 가능성을 배제할 수 없다.⁵⁶⁾ 이와 같은 빅데이터에 대한 보호 조치가 반경쟁적 행위로서 제한되어야 하는지 논란이 발생할 수 있으며, 이에 대한 경쟁당국의 검토가 필요한 시점이다. 이러한 예측 가능한 논란에 대한 답은 표준필수특허권자의 침해금지청구권 행사 가능 여부에 대한 논의로부터 찾을 수 있다고 생각된다. 따라서 경쟁당국은 ‘표준필수특허권의 침해금지청구에 관한 심사지침’을 참고하여 온라인 플랫폼 기업의 데이터 보호 행위에 대해 대응하는 기준을 마련할 필요가 있다.

3. 온라인 플랫폼의 경쟁 제한성을 저감하기 위한 제안들

(1) 전통적인 경쟁법 기준에서 탈피

표준필수특허에 대한 경쟁법 적용 여부는 ‘소비자 복리후생 증진 및 경쟁 촉진’과 같은 결과 위주의 고찰만이 아닌 시장지배적 지위를 획득하게 된 과 정도 살피고 있다. 즉 표준필수특허권자의 시장지배적 지위는 자유경쟁에 의해 얻어진 시장지배적 지위와 달리 평가되어야 하고, 표준필수특허권자는 FRAND 선언을 통해 자신들의 행위가 경쟁 제한적 결과를 초래할 우려가 크다는 것을 인식하고 있음을 고려하고 있다.

따라서 온라인 플랫폼 사업자에 대한 경쟁법 적용도 과정 위주의 심사 기준이 필요하다. 이에 동조하는 의견으로, Khan(2016)⁵⁷⁾은 아마존이라는 플랫폼 기업의 특징과 시장지배력에 대하여 논하면서, 현 독점규제법이 인터넷 시대에 맞추어 발전하지 못해 심각한 공백이 발생하고 있다고 지적하고 있다. 소비자 후생만을 강조하는 현 독점규제법의 체계는 아마존의 시장지배력에 대한 독점규제법 적용을 어렵게 만드는 요인이라고 지적하며, 시장

56) 현재까지 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률을 빅데이터 또는 데이터베이스에 적용하는 데 부정적인 견해가 많은 것은 사실이나, 법을 개정하여 경제적 가치가 높은 빅데이터 또는 데이터베이스를 보호하자는 견해도 있다.

57) Khan, Lina M.(2016), *op. cit.*, pp. 721.

지배력을 갖는 구조와 과정을 자세히 살펴야 한다고 주장하고 있다.

사건으로, 온라인 플랫폼의 시장지배적 지위는 혁신적인 서비스에 의한 것이기도 하지만, 결국 이용자들이 의해 축적된 빅데이터에 의한 것임을 고려하지 않을 수 없다. 혁신적인 서비스의 제공은 자유경쟁에 의한 것으로 보는 것이 타당하나, 그 이후에 얻어지는 독점적 지위의 유지 및 강화는 눈덩이 효과(snowball effect)에 의한 것으로 보는 것이 타당하다. 다시 말해 최상위 온라인 플랫폼 기업이 누리는 시장지배적 지위는 자신의 노력에 의한 것 이상의 지위를 누리고 있는 것이다. 이러한 인식에 대한 경쟁당국과 온라인 플랫폼 기업 사이의 합의가 선행된다면, 데이터 독점, 가격 및 이용자 차별, 경쟁 배제와 같은 반경쟁적 행위에 가담한 온라인 플랫폼 기업의 반경쟁적 위험은 더 크게 평가될 수 있을 것이다.

(2) 입증책임의 전환

앞서 살핀 바와 같이, 최상위 온라인 플랫폼 기업이 누리는 시장지배적 지위는 자신의 노력에 의한 것 이상의 지위를 누리고 있다는 합의를 전제로, 데이터 독점, 가격 및 이용자 차별, 경쟁 배제 등과 같은 반경쟁적 행위에 직접 가담하지 않았다는 입증책임을 최상위 온라인 플랫폼 기업이 지도록 입증책임을 전환할 필요가 있다. 또한 정보의 비대칭성을 고려하여, 이용자 데이터 수집(동의) 과정 및 이용자에 대한 서비스 제공 과정 등이 자유적 의사에 의한 것인지 아니면 이용자의 동의 범위를 벗어난 데이터의 유용에 의한 반강제적인지에 대한 입증책임도 전환할 필요가 있다.

(3) 데이터 브로커 활성화

데이터 브로커 또는 데이터 중개자는 비식별 데이터의 공용 또는 공유를 가능하게 하여 시장지배적 온라인 플랫폼의 데이터 독점이용을 제한할 것이다. 즉 데이터 브로커 또는 데이터 중개자는 신규 플랫폼의 시장 진입 장벽을 낮추고 플랫폼 이용자의 전환비용을 낮출 것이다.

(4) 기타 필요한 조치들

1) 데이터의 공정이용과 데이터 독점적 이용을 배제하기 위한 투명성 강화 조치가 필요하다. 이와 같은 투명성 강화 조치는 신규시장 진입자들의 진입장벽을 낮추고 기술혁신과 시장 확대를 동인할 것이다.

2) 수직적 구조의 하위 온라인 플랫폼 사업자 및 온라인 플랫폼 이용자에 대하여 공정하고 합리적이며 비차별적 조건(FRAND)을 부가할 것을 최상위 온라인 플랫폼 기업에 권고하는 규정이 필요하다.

3) 이용자가 생성한 콘텐츠의 이동 자율성을 보장하여 멀티호밍(multi-homing)의 실효성을 확보할 필요가 있다.

4) 인공지능에 의한 담합을 제한할 수 있는 필요적 조치를 플랫폼 사업자가 마련했는지 검토할 필요가 있다.

5) 경쟁당국에 지식재산권 및 기술 전문가 채용을 확대할 필요가 있다. 앞서 살핀 실효적 조치를 마련하고 규제를 집행하기 위해서는 경쟁당국에 지식재산권 및 기술 전문가 채용을 확대하는 것이 선제되어야 할 것이다.

V. 결론

새로운 기술과 혁신적인 아이디어를 기초로 한 온라인 플랫폼은 초기에 시장을 창출하고 경쟁을 촉진하며 무상의 서비스를 제공하여 소비자 후생을 증진하는 효과가 있음에 다툼의 여지가 없다. 그러나 전통적인 비즈니스와 달리 빅데이터와 인공지능을 활용하는 온라인 플랫폼은 시간이 흐를수록 네트워크 효과와 풀림 효과에 의해 시장지배력을 유지 및 강화해 나가며, 결과적으로는 오히려 경쟁을 제한하는 특징이 강하게 나타나고 있다. 이런 특징은 공정하고 자유로운 경쟁질서를 확보하는 것을 목적으로 하는 경쟁법에 반하는 것이나, ‘소비자 복리후생 증진’이라는 결과론적 기준에 따르는 기존의 경쟁법의 틀에서는 온라인 플랫폼 기업을 규제하기에는 한계가 있다.⁵⁸⁾ 즉 통상 인간 행위자를 가정하고 그 행위자의 의도, 두려움 그리고 합의라는

기준을 통해 담합행위를 적발하는 기존의 경쟁법의 틀은 빅데이터와 인공지능을 활용하는 온라인 플랫폼 기업에 적용하기에 어려움이 있다. 따라서 경쟁당국은 새로운 법적인 틀(legal frame)을 마련해야 하며, 이 새로운 법적인 틀은 기존의 경쟁법 영역에 기술발전의 특성을 고려한 새로운 것이어야 할 것이다. 그리고 새로운 법적인 틀은 시장지배적 지위를 얻게 된 과정을 함께 고려하는 것이 바람직해 보인다.

58) Khan, Lina M. (2016), *op. cit.*, pp. 716-717.

참고문헌

〈단행본(국내)〉

- 랜디스, 윌리엄 M. & 포스너, 리처드 A., 『지적재산권법의 경제 구조』, 정갑주 외 2인 번역, 일조각, 2011.
- 정상조·박준석, 『지식재산권법』, 홍문사, 2020.

〈논문(국내)〉

- 권남훈·홍대식, “지식재산권에 대한 실시료의 수준과 경쟁법의 역할”, 『정보법학』 제15권 제2호(2011).
- 권영관, “동태적 혁신경쟁과 경쟁법 집행에 관한 고찰”, 『규제연구』, 제27권 제1호(2018).
- 박성호, “저작권법에 의한 보호가 부정되는 경우 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제1호 (차)목의 적용범위”, 『한양법학』, 29권 1호(2018).
- 박준석, “표준특허의 제문제 — ICT의 배제명령 발동가능성 문제를 포함하여”, 『서울대학교 법학』, 제54권 제4호(2013).
- 윤영진, “인공지능 창작물 보호제도에 관한 연구 — 강한 인공지능 창작물의 특허법상 보호를 중심으로” 대한변리사회 학술지 지식과권리 통권 제20호(2017).
- _____, “지식재산권 보호 정당성 고찰을 통한 인공지능 창작물의 새로운 보호 방안 연구”, 『LAW & TECHNOLOGY』, 제16권 제4호(2020).
- 정상조, “FRAND 확약과 특허법상 구제수단”, 『LAW & TECHNOLOGY』, 제14권 제5호(2008).
- 조원희, “미국 특허법상 특허권 남용(Patent Misuse)의 법리”, 『저스티스』, 통권 제104호(2008).
- 주진열, “디지털 플랫폼 사업자의 빅데이터와 관련한 시장지배력 및 프라이버시 문제에 대한 고찰”, 『경쟁법연구』, 39권(2019).

〈논문(서양)〉

- Akman, Pinar, “An Agenda for Competition Law and Policy in the Digital Economy”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 10 No. 10(2019).
- Armstrong, Mark, “Competition in two-sided markets”, *RAND Journal of Economics*, Vol. 37 No.3 (2005).

- Bamberger, Kenneth A., & Lobel, Orly, “Platform market power”, *Berkeley Tech, LJ* 32 (2017).
- Evans, Davis S. & Schmalensee, Richard, “The Industrial Organisation of Markets with Two-Sided Platforms, *Competition Policy International*”, Vol. 3 No.1, (2007).
- John, Jurata Jr, & Luken, Emily, “Glory Days: Do the Anticompetitive Risks of Standards-Essential Patent Pools Outweigh Their Procompetitive Benefits?”, *San Diego Law Review*, 58.2 (2020).
- Khan, Lina M., “Amazon’s antitrust paradox”, *Yale LJ*, 126 (2016).
- Lambrecht, Anja & Tucker, Catherine E., “The Limits of Big Data’s Competitive Edge”, *MIT IDE RESEARCH BRIEF*, VOL.2016.03(2016).
- Lasserre, Bruno & Mundt, Andreas, “Competition Law and Big Data: The Enforcers’ View”, *Antitrust & Public Policies*, 4.1 (2017).
- Newman, Nathan, “The costs of lost privacy: Consumer harm and rising economic inequality in the age of Google”, *Wm. Mitchell L. Rev.*, 40 (2013).
- Nikolic, Igor & Heim, Mathew, “A FRAND Regime for Dominant Digital Platforms”, *JIPITEC*, 10.1 (2019).
- Tao, Minh Hung, “FRAND to address competition issues posed by major digital platforms?”, *European Competition Journal*, Volume 16 (2020).

〈국내외 보고서〉

- 권국현, “표준설정과정에서 나타나는 표준화기구 기만행위에 대한 경쟁법 적용의 타당성과 그 적용 요건에 관하여”, 혁신·경쟁·규제법 센터, 2011.
- 권영관, “기술혁신과 경쟁촉진을 위한 균형있는 경쟁법 집행에 관한 연구: 표준필수특허의 FRAND 실시료 분쟁과 대안적 분쟁해결 방안 도입을 중심으로”, 공정거래조정원, 2015.
- 박정수·이덕희, “표준화 결정요인 분석과 표준획득 전략 — IT 산업을 중심으로”, 산업연구원, 2003.
- 박양신·신위뢰, “디지털 경제의 특성과 경쟁정책 방향: 온라인 플랫폼과 알고리즘 담합을 중심으로”, 경제·인문사회연구회, 2020.
- 최계영, “디지털 플랫폼의 경제학 I: 빅데이터·AI 시대 디지털 시장의 경쟁 이슈”, 정보통신정책연구원, 2020.
- OECD, “Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age”, OECD Report, 2017.

〈인터넷 자료〉

공정거래위원회, “오픈마켓·배달앱 등 온라인 플랫폼 공정거래법 제정”, 공정거래위원회 보도자료, 〈https://www.ftc.go.kr/www/FtcNewsView.do?key=5&news_1g_div_gb=1&newstype=1&news_no=4336〉, 검색일: 2021. 6. 3.

_____, “네이버 부동산의 경쟁사 배제행위 제재”, 공정거래위원회 보도자료, 〈http://www.ftc.go.kr/www/selectReportUserView.do?key=10&rptype=1&report_data_no=8713〉, 검색일: 2021. 6. 3.

_____, “공정위, 「온라인 플랫폼 공정화법」 제정안 입법예고”, 공정거래위원회 보도자료, 〈https://www.ftc.go.kr/www/selectReportUserView.do?key=10&rptype=1&report_data_no=8746〉, 검색일: 2021. 6. 3.

김환용, “[글로벌-Biz 24] 구글, 유럽서 시장 지배적 지위 남용 잇단 벌금”, 글로벌 이코노믹, 〈https://news.g-enews.com/view.php?ud=201904240747596762f806fa96c5_1〉, 검색일: 2021. 4. 30.

이소원, “주요국 ICT 기업의 시가총액 변화와 디지털기업의 부상”, 전국경제인연합회 언론홍보, 〈http://m.fki.or.kr/bbs/bbs_view.asp?cate=news&content_id=a392e1d2-958f-4285-a34c-97f39c918ee7〉, 검색일: 2021. 4. 30.

백지수, “토종기업 혁신 가로막는 플랫폼공정화법”, 머니투데이, 〈<https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2020103011285548258>〉, 검색일: 2021. 4. 30.

통계청, “2021년 7월 온라인 쇼핑 동향”, 통계청 보도자료, 〈https://www.kostat.go.kr/portal/korea/kor_nw/1/12/3/index.board?bmode=read&bSeq=&aSeq=391745&pageNo=1&rowNum=10&navCount=10&currPg=&searchInfo=&sTarget=title&sTxt=〉, 검색일: 2021. 9. 19.

CorporateInformation, “Top 100 Lists”, CorporateInformation 보도자료, 〈<https://www.corporateinformation.com/Top-100.aspx?topcase=b>〉, 검색일: 2021. 4. 30.

A Discussion on the Feasibility of Applying Competition
Law to Online Platform Companies
—Focusing on the Correlation with Standard Essential
Patent Holders—

Yoon, Youngjin

A new anti-competitive issue has been raised for online platform companies that use big data and artificial intelligence, but there are characteristics that are difficult to solve by existing regulations alone, so a new approach is needed. Therefore, this paper analyzes the characteristics, pro-competitive benefits, and anti-competitive risks of online platform companies that use big data and artificial intelligence. In addition, this paper will compare the pro-competitive benefits and anti-competitive risk assessment cases of standard essential patent holders, which are precedents for gaining market dominance by creating new markets through technological innovation, with online platform companies. It is analyzed that the business method of an online platform company that uses big data and artificial intelligence corresponds to a de facto standard, and has market power and anti-competitive risks that are quite similar to standard essential patents. Based on such an analysis, it seems that the day when the application of the competition law for standard essential patents will be taken for granted even for online platform companies in the era of big data and artificial intelligence. However, since the existing framework of competition law is difficult to

apply to online platform companies that use big data and artificial intelligence, competition authorities must establish a new legal framework which considering the characteristic of technological advancement and the process of gaining market dominance.

Keyword

Online platform, competition law, anti-competitive risk, pro-competitive profit, standard essential patent, De facto standard, FRAND