

규제연구 제23권 제2호 2014년 12월

# 수요독점형 포털사업자에 대한 다층적 규제에 관한 연구

이 영 대\* · 최 경 규\*\*

콘텐츠 산업의 변화와 무선 통신의 발달은 거래 환경을 급속도로 바꾸어, 예술(art)을 기반으로 하는 콘텐츠 유통 경로가 對面的 시장(mart)에서 스마트(smart) 플랫폼으로 바뀌고 있다. 이러한 새로운 방식의 콘텐츠 거래 관계의 변화 흐름이 안정된 생태계로 정립되기 위해서는 시장 참여자들의 공존을 보장할 수 있는 공정거래의 확립이 필수적이다. 콘텐츠 불공정거래의 구조적 원인으로는 산업구조 측면에서 제작단계의 사업자 규모가 소규모 다수라는 점, 거래구조 측면에서는 유통 사업자들의 거래상 지위의 우위로 요약된다.

본 연구는 포털을 중심으로 극심한 변화와 경쟁 속에서 각 경제주체 간 공정한 거래를 위한 법제도 개선방안을 모색한다. 권리취득에 있어서 수요독점형인 포털 관련 규율법제의 체계적인 개선방안을 제시하기 위해, 법원의 판례와 공정거래위원회의 심결례 및 해외 주요국들의 재판 자료들을 조사하여, 포털의 법적 지위를 분석한다. 그리고 이러한 사례들을 바탕으로 하여, 포털 시장 내의 불공정거래행위와 공정거래행위를 분별할 수 있는 법제도 개선 방안을 사업법, 경쟁법 및 계약법의 관점을 통합한 다층적 규제방안을 제안한다.

핵심용어: 경업금지, 공정거래, 교환 계약, 소프트웨어, 쌍방대리, 출판, 콘텐츠 산업, 포털

\* 제1저자: 법무법인 수호 대표변호사, 서울시 서초구 서초중앙로 69, 서초르네상스빌딩 301호(pydl@unitel.co.kr)

\*\* 단독고신저자: 동국대학교 서울 경영학부 교수, 서울시 중구 필동로 1길 30, 경영관 L422(gchoi@dongguk.edu)  
(이 논문은 2013년도 동국대학교 연구년 지원에 의하여 이루어졌음. 이 논문의 개선을 위하여 조언을 주신 익명의 심사자분들께 깊이 감사드립니다.)

접수일: 2014/5/9, 심사일: 2014/11/5, 게재확정일: 2014/11/21.

## I. 서론

토마스 핀천(Thomas Pynchon)은 그의 소설 ‘제49호 경매품의 외침(The Crying of Lot 49)’에서 사설 우표가 제49호 품목으로 분류되어 경매에 부쳐지는 상황을 묘사한다. 이는 정부의 공식적인 우편제도를 거부하고 자신들만의 은밀한 우편제도를 통해 교류하는 상징으로 묘사되었다.<sup>1)</sup> 저자는 인간사이의 교류가 단절된 폐쇄사회에서 열린사회로의 전환을 새로운 우편제도로 암시한다. 새롭게 주장되는 열린사회의 모습은 소통(communication), 공동체(community), 거래(commerce), 이야기(contents), 찾기(search) 등 이른바 1S-4C(Search, Contents, Communication, Community, Commerce)로 설명되는 포털의 특성과 이 지점에서 교차한다.<sup>2)</sup>

이용자(end-user)들에게 포털은 검색, 이메일, 쇼핑물, 뉴스, 블로그, 커뮤니티, 게임, 전자상거래 등 다양한 서비스를 제공하는 신세계로의 관문으로서의 역할을 수행한다.<sup>3)</sup> 그렇다면, 과연 포털은 기존의 폐쇄된 패러다임의 소멸을 막고, 주변부와 타자를 포용하고자 하는 핀천의 이상이 실현되는 장소인가? 아니면 정상을 해체하고 무질서와 혼란을 이용하는데 불과한 것인가?<sup>4)</sup> 정보통신기술과 네트워크의 발달은 우리가 이러한 선택의 기로에 서있음을 확인시켜 준다.<sup>5)</sup> 핀천의 암시대로 스마트 플랫폼의 생태계로서의 성공 여부는 대기업과 중소기업을 ‘이것 아니면 저것(either~or)’으로 나누는 이분법적 풍토에서 ‘이것과 저것(both~and)’

1) 김성근, 제49호 품목의 경매, 민음사, 2007, 247면

2) 한국신용평가정보 인터넷 포털 산업보고서(2007년 2월)

3) 대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812 판결

4) 손승우, “인터넷 포털에 있어서 디지털콘텐츠 이용자 보호 및 불공정거래 개선방안”, 『법학논총』 제33권 제1호, 2009.

5) 김창규, “방송통신융합시대의 디지털콘텐츠산업 진흥체계 정비방안”, 『공법연구』, 제36집 제2호, 한국공법학회, 2007. 12.

의 공존의 존재로 허용하는 공정거래의 이념으로 연결되는 것은 아닐까?6) 즉, 이미 생필품의 지위를 획득한 포털의 기능을 우리의 생존에 필수적이고 삶을 풍요롭게 하는 다양성의 원천으로 고양시키고, 아울러 그 강력한 경제적·사회적 영향력으로 인한 병폐를 극복하는 질서를 창출하는 일이야 말로 당연한 과제임을 부인할 수 없다.

네이버(NHN)와 판도라TV(이하, ‘판도라’) 사건은 이런 충돌과 긴장을 여실히 보여준다.7) 이 사건에서 NHN은 동영상 콘텐츠제공자(Contents Provider: CP)와 색인 데이터베이스 제공 계약을 체결하면서 “네이버의 검색결과로 보여지는 동영상 정보서비스에 네이버와 협의 없이 광고를 게재할 수 없다”는 거래조건을 설정하였다. 공정거래위원회(이하, ‘공정위’)는 포털업체를 하나의 시장으로 보고 시장지배적지위를 심사하는데, 이 기준에 따라 국내 포털업체 중 1S-4C를 모두 제공하는 업체들의 매출액 기준으로 시장지배적지위 여부를 판단하였다.

반면 법원은 이 사건의 관련시장(relevant market)을 “동영상 콘텐츠제공자와 이용자들이 중개하는 시장”으로 보았다. 이렇게 볼 경우 종합적인 포털사이트가 아니더라도 동영상 콘텐츠를 중개하는 역할을 하는 사이트의 경우에는 모두 관련시장에 포함되며, 따라서 네이버가 반드시 시장지배적지위에 있다고 단정하기 어렵다. 뿐만 아니라 “중개시장”을 관련시장으로 보게 될 경우 다양한 서비스로부터 발생할 수 있는 총매출액은 적당한 시장지배력의 판단 지표가 될 수 없다.

포털과 정부의 갈등은 현시점에서 두 갈래로 해결의 실마리를 찾고 있다. 그 하나는 공법상 계약으로 충돌을 피해가고자 하는 노력이다. 예를 들어 2013. 3. 13. 공정위가 네이버 및 다음을 대상으로 자사 서비스를 제공할 경우 반드시 자사 서비스임을 밝히고 경쟁사 서비스에 대한 링크를 노출시킬 것과 키워드 광고를 검색 광고와 명확히 구별하도록 하는 등의 내용을 담은 동의의결을 채택한 것은 이러한 노력의 결실이다. 하지만 공법상 계약에 의한 해결방안에 관하여 살펴보면, 네이버는 동의의결 제도를 이용해 과징금을 면했지만, 약속한 지원 금액의 이행에 대해 무소식이고, 공정위는 이행유무에 대해 기본적인 점검조차 하지 않았다.8)

6) 한양사이버대학교, 『인터넷 포털서비스의 신뢰회복 및 사업자 간 상생방안 제도화 연구』, 한국인터넷진흥원, 2009. 12.

7) 서울고등법원 2009.10.8. 선고 2008누27102

8) ‘네이버 다음 동의의결 항목별 이행실적’ 자료에 의하면, 네이버는 ‘소비자 후생제고 및 중소기업자 등 상생 지원’ 명목으로 2014년 상반기까지 101억 9,500만 원을 지원해야 했다. 이는 현금 43억 5,000만 원, 현물 58

다른 하나는 이러한 문제를 입법적으로 해결하려는 시도로 2013. 9. 5. 포털사업자가 제공하는 모든 서비스를 하나의 시장으로 보고, 해당 시장에서 독과점 상태에 있는 인터넷 포털 사업자는 시장지배적 사업자로 추정할 수 있다는 특례 조항을 신설한 공정거래법 일부 개정 법률안이 그 예이다. 하지만 이 방안은 포털 전체를 하나의 시장으로 확정하는 접근이 포털의 산업적 특성을 정확히 반영한 것인지에 관하여 설득력이 떨어진다. 따라서 새로운 포털법 제정 논의에 앞서 기존의 규제체제에 대한 종합적인 이해와 이를 활용할 수 있을지 여부에 대한 논의가 선행되어야 한다.

본 연구는 인터넷 포털사업자를 대상으로 한 법 적용에서 포털을 통신사업자로만 판단함으로써 콘텐츠의 내용과 특성에 따른 사업법적 고려가 없이 경쟁법적 규제만이 무차별적으로 이루어진다는 문제점을 개선하여 관점과 적용기준의 차별화 및 계약관계 상의 권리의무 관계를 고려한 규제체계를 모색하고자 한다. 물론 새로운 입법체계의 구축 등 다른 접근법도 가능하지만 급변하는 기술과 그에 따라 산업이 융·복합화하는 현실에서 입법적 접근은 전체 법체계를 중층적으로 복잡화시키고 법령이 현실을 따라가지 못하여 현실과 법규제 간의 괴리가 발생할 수 있다. 그러므로 현존하는 규제체계 내에서 효과적이며 적시의 법규제적 정합성을 세울 수 있는 방안에 대해 깊이 있는 모색이 필요하다.

따라서 경쟁법 적용의 대전제인 시장획정을 할 때 고려할 요소가 무엇인지에 대하여 다층적인 접근이 필요하다. 이를 위하여 포털에 적용 가능한 여러 법규의 내용을 검토하여 시장획정에 필요한 요소를 추출해 낸다. 아울러 구체적 시장획정을 위해서는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」(이하, '정보통신망법')상 망중립성, 망경제성, 망외부성에 대한 이해를 통해 포털사업자를 중심으로 형성된 권리·의무 관계 외에 다양한 이해관계자들의 법률관계를 다층적으로 규명하고 이를 의미있는 시장획정의 지표로 활용가능성을 검증한다. 나아가 포털사업자와 이를 둘러싼 이해관계자들이 체결하는 계약의 내용을 살펴보고, 여기에 적용되는 계약법의 내용에 따른 계약통제를 통해 시장획정의 단서를 찾아본다.

포털의 법적 규제의 필요성은 이와 같이 사업자로서의 포털에 대한 사업법적 규제, 계약

---

억 4,500만 원 규모다. 전체적으로는 2014년 상반기 하반기를 합쳐 170억 4,000만 원, 2015년 69억 4,000만 원, 2016년 60억 2,000만 원으로 총 300억 원을 소비자와 중소기업자에게 지원하겠다는 계획이다. 하지만 공정위는 이러한 이행유무에 대해 기본적인 점검조차 하지 않은 것으로 나타났다. 네이버는 지난 6월까지 101억 9,500만 원을 지원해야 했지만, 실제 지원이 됐는지에 대해서는 알 수 없는 상황이다.

법적 규제를 포함하여 경쟁법적 규제가 다면적으로 논의될 때 완결적이고 입체적인 규제의 효과를 달성할 수 있다. 이러한 측면에서 본 연구는 포털의 법적 규제에 관하여 포괄적이고 입체적인 관점을 견지한다.

## II. 포털사업자 대상 적용법과 기존 규제의 문제점

### 1. 관련 법률 및 규제의 추진 현황

인터넷 포털 사업은 「전기통신사업법」(이하, ‘전기통신법’)상 ‘부가통신사업’으로서의 법적 지위를 갖는다. 네이버와 같은 인터넷종합정보제공사업자는 종합적인 부가통신 서비스를 수행하고 있는 것이라고 할 것이다. 전기통신법은 ‘기간통신역무’ 이외의 모든 전기통신역무를 ‘부가통신역무’로 정의하고 있고(제2조 제12호), 부가통신역무를 제공하는 사업을 ‘부가통신사업’이라 한다. 부가통신사업은 다양한 방식에 따라 분류할 수 있는데, 크게는 ‘인터넷접속 및 관리’, ‘부가통신 응용’, ‘콘텐츠 제공 및 포털 서비스’로 나눌 수 있다. 콘텐츠 제공 및 포털 서비스는 각종 콘텐츠의 제공 및 포털 그리고 인터넷 광고 서비스를 포함하는 것이다.<sup>9)</sup>

인터넷 포털은 기본 서비스에 부가되는 서비스를 제공한다는 점에서 부가통신사업자로서의 법적 지위를 갖는다. 하지만, 특히 다른 부가통신사업자가 제공하는 데이터의 검색과 처리에 특화되어 있다. 거액의 투자로 개발한 검색엔진을 바탕으로 사업을 운영하여, 디지털 콘텐츠의 온라인 제공에서 소비자들의 생산자 선택·변경권을 실질적으로 박탈하는 공급독점적 지위를 향유한다는 점에서 망 경제성을 보유한 특수한 부가통신사업자의 성격을 갖는다. 따라서 망경제성을 보유한 독점적인 포털 사업자가 시장지배적지위 남용 행위를 하는 경우, 기존의 부가통신사업자에 대한 규제만으로는 적절한 감독권의 행사가 어려우며 새로운 규제를 모색할 필요가 있다.<sup>10)</sup>

9) 광주원·이명호·김창완·김현수·김봉식·김한나, 『전기통신사업 체계 개편 및 부가통신서비스 규제개선 방안 연구』, 정보통신정책연구원, 방송통신위원회, 2012. 11.

10) 이영대, 『공익사업의 독점규제에 관한 연구』, 서울대학교 대학원 석사논문, 1990, 14면

포털의 행태는 종종 검색엔진의 기능을 활용하여 다른 사업자의 활동을 방해하거나 신규 진입자의 허용을 방해하는 모습으로 나타난다. 만일 포털사업자를 통신 시장에서 우위를 점하고 있는 사업자로 정의한다면, 필수요소(essential facilities)의 사용 또는 접근 거부에 의한 행위를 시장지배적지위 남용행위의 유형으로 다룰 여지도 있다. 하지만, 이러한 규제의 적용을 위해서는 포털이 제공하는 다양한 서비스를 포괄적인 하나의 시장으로 볼지 개별적으로 볼지가 선결되어야 한다. 한편 포털은 흔히 “양면시장”의 특징을 가진다고 하는데 이는 두 종류 이상의 구별되는 이용층이 있다는 의미이다. 포털의 경우 이용자와 콘텐츠제공자 및 광고주 등 복수의 고객층이 있어 이 중 누구를 기준으로 시장을 판단해야 하는지의 문제가 있다.<sup>11)</sup>

## 2. 기존 규제의 문제점 및 사례 검토

### (1) 시장지배적지위 남용과 기존 규제의 문제점

포털의 규제와 관련하여 적용될 수 있는 규제의 핵심 내용은 경쟁법규이며, 구체적으로는 시장지배적지위 남용의 금지이다. 여기에는 포털사이트의 시장지배적지위를 확립하는 것이 가장 중요하다. 이를 위해서는 포털이 속한 관련시장을 확정하고 그러한 시장 안에서 특정 포털사이트가 차지하는 점유율을 구해야 하는데 포털의 특성상 이 과정에서 다양한 이론적 난점이 존재한다. 특히 포털이 이용자들에게 대부분의 서비스를 무료로 제공한다는 점에서 이용자 측면의 시장을 판단할 경우 시장 분석을 쉽게 할 수 없다는 문제점이 있다.

포털에 대한 기존 규제의 관점은 구체적으로 대체가능성이 인정되는 경쟁관계의 설정을 전제로 하는 경쟁법적 규제에서 명백한 한계에 봉착한다. 구글의 DoubleClick 매입 사례에서 미국의 FTC는 포털이 온라인 광고회사와 직접적 경쟁상대가 되는 것은 아니어서 기업합병이 실질적 경쟁을 저해하지 않는다고 판단하였다. 이는 같은 온라인 광고 시장 내에서도 경쟁관계에 있지 않을 가능성이 있으므로 세분화된 시장분석이 필요하다는 점을 보여준다.<sup>12)</sup> 구글의 AdMob 매입 사례에서도 FTC는 안드로이드 플랫폼에서 검색연동형 광고를

11) 이영대, “통신에서의 시장지배적 사업자에 대한 비대칭 규제의 법적 성격에 관한 소고”, 『정보법학』, 제9권 제1호, 2005

12) FTC, “Statement of Federal Trade Commission Concerning Google/DoubleClick”, FTC File No. 071-0170, 2007. 12. 20.

제공하는 구글은 AdMob을 매입해도 iPhone 플랫폼에서 절대적인 경쟁력을 갖는 것이 아니라고 판시하여 모바일 광고네트워크 시장도 보다 구체적으로 시장획정의 근거가 제시되어야 한다는 점을 강조하였다.<sup>13)</sup>

## (2) NHN 사건에서 공정위 입장에 대한 비판적 검토

국내에서 포털의 시장획정이 문제가 된 판례는 NHN 사건이 사실상 유일한 사례이다.<sup>14)</sup> 이 사건은 공정위와 법원은 관련시장의 획정에 대하여 견해 차이를 나타내는데 이는 결국 포털의 다양한 서비스, 즉 1S-4C를 하나의 시장으로 파악할 것인지 개별 서비스별로 파악할 것인지에 따라 달라진다.

공정위의 시장획정을 살펴보면 시장을 지나치게 포괄적으로 획정한다는 문제점이 있다. 경쟁법상 시장획정에서 가장 중요한 개념은 대체가능성이다. 대체가능한 상품이나 서비스를 제공한다든 그 형태가 다소 다르더라도 하나의 시장으로 보아야 한다. 그러나 포털이 제공하는 다양하고 이질적인 5개의 별개의 서비스인 1S-4C를 하나로 묶어 이러한 서비스를 모두 제공하는 것을 하나의 시장으로 정의하기는 어려울 듯하다. 예를 들어 검색서비스만 제공하는 사이트의 경우 네이버나 다음 등과 검색서비스에 있어서는 거래대체성이 있지만 1S-4C 중 다른 서비스를 제공하지 않기 때문에 다른 시장으로 보게 되는 문제점이 있다.

물론 경쟁법상 시장획정에 있어 묶음접근법(bundling)을 통하여 대체가능성이 없는 여러 상품들을 하나의 시장으로 보는 경우도 있다. 이는 거래비용 등의 이유로 소비자가 여러 상품을 하나의 주체로부터 구매하게 되는 경우 즉, “거래적 보완성”이 있는 경우 이를 하나의 시장으로 평가한다는 개념이다. 그러나 포털 시장의 경우 온라인이라는 환경의 특성상 거래비용 절감효과를 평가하기가 곤란하다<sup>15)</sup>. 뿐만 아니라 연구결과 실제 이용자들은 검색과 블로그는 네이버에서, 이메일과 카페는 다음에서, 미니홈피는 네이트에서 이용하는 등 여러 포털사이트를 혼용사용하고 있는 것이 현실인 이상 묶음접근법을 통하여 포털을 하나의 단일한 시장으로 이해하는 것은 현실과 맞지 않다.<sup>16)</sup> 특히 이러한 접근에 의하면 일정한 서비

13) FTC, “Statement of the Commission Concerning Google/AdMob”, FTC File No. 101-0031, 2010. 5. 21.

14) 서울고등법원 2009. 10. 8. 선고 2008누27102 판결; 시장감시국, “인터넷 포털사업자의 공정거래법 위반행위 시정조치”, 보도자료, 공정거래위원회, 2008. 5. 8.

15) 김현수, “네이버의 시장지배적지위 남용 사건에 대한 검토”, 『경쟁법연구』 제24권, 2011, 118면

16) 김현수, 위 논문, 118면

스 분야에 우위를 가지고 있는 포털 사이트는 다른 서비스 분야에서는 열등한 시장지위를 가지는 경우에도 언제나 시장지배적지위에 있게 되는 불합리한 결과가 발생할 수 있어 법원도 이러한 점을 지적하고 있다.

### 3. 다층적 규제의 필요성

본 연구는 포털사업자에 대한 실체를 규명하는 현재의 논의가 포털을 하나의 시장으로 확정하는 것이 부당하며, 실제로 이른바 1S-4C라는 다기능의 시장성과를 수행해 내는 것이 부인할 수 없는 현실이라면, 규제도 이에 상응해야 한다는 문제의식에서 출발한다. 즉, 포털이 다양한 콘텐츠를 향하는 관문이라면, 그 콘텐츠의 형식과 내용에 따라 시장을 확정하는 문제가 다루어져야 한다는 것이다. 시각·청각·텍스트에 따른 다양한 시장획정의 논의가 수용되어야 하며, 거래·소통·친교 등의 콘텐츠의 목적이 시장획정 수단에 반영되어야 한다.<sup>17)</sup>

아울러 포털사업자에 대한 시장획정의 논의는 실제로 시공간적 제약을 받는 물리적·실존적 개념이 아니라, 경쟁법 적용을 위한 구성요건 해당성을 결정하는 규범적 의미로 이해해야 한다. 살피건대, 공정거래법 제2조는 사업자의 정의에서 “사업자라 함은 제조업, 서비스업, 기타 사업을 행하는 자를 말한다.”라고 규정한다. 이 때, 사업의 의미를 해석함에 있어서는 우리 법제도가 이를 다루는 방식과 적용 원리를 참조해야 한다. 여기서 사업은 일정한 제품이나 용역을 전제로 한다는 면에서 산업(industry)의 정의와 그 궤를 같이 한다. 종래 「건설사업법」이 「건설산업법」으로 명칭이 변경된 것도 이러한 대체가능성을 시사한다. 따라서 현행 전기통신사업법, 전기사업법, 석유사업법, 담배사업법, 석탄산업법, 인삼산업법, 엔지니어링 산업진흥법, 스포츠산업진흥법, 소프트웨어산업진흥법, 광업법, 여신전문금융업법, 대부업법, 보험업법 등의 규정의 범위는 대상 시장을 확정할 때 중요하게 참작되어야 하며, 단지 이를 법률 적용 문제로만 한정해야 한다는 입장을 심각하게 논박하기 보다는, 오히려 위 법 제정 목적과 취지, 운영 방침에 비추어 그 법률 적용이 법조경합, 실체적 경합, 상상적 경합의 논리 구조에 따라 규제자와 수범자에 대한 억제 효과나 산업에서의 경쟁저해 효과, 국민경제적 효과에 어떠한 영향을 주는지를 숙고하는 생산적인 논의의 전환이 필요하다.

17) 이영대·최경규, 『해외통신시장 사후규제 사례 연구』, 국회입법조사처, 2013, 13면

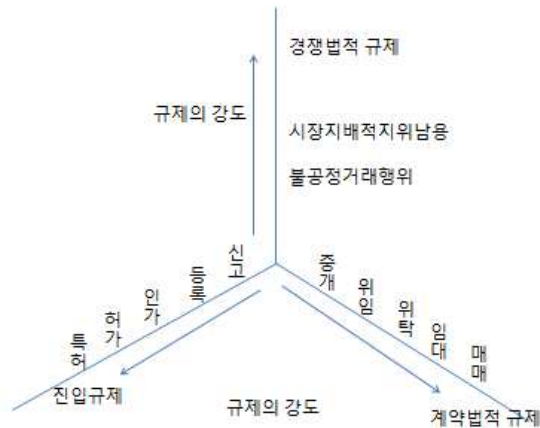
이렇게 보면, 포털사업자에 대하여 지금까지 적용하지 않았던 새로운 법적용의 실천적 범위를 넓히고 그 내용을 채워가는 과정은 다층적 규제로 해석되어, 기존의 규제의 공백과 진공 상태를 채우는 대안으로 고려될 수 있다. 또한 포털사업자에 대한 시장획정의 어려움을 적용되는 법규범에서 정의되는 사업의 범위를 통해 해소하고자 하는 모색은 현행 법체계를 충실히 준수하면서도, 장래 새롭고 포괄적인 규범의 등장까지 충실히 독점적 지위를 규율할 수 있는 연결고리가 될 수 있다.

### III. 다층적 규제의 관계법 검토

#### 1. 연구의 분석틀

본고에서 수행하는 포털사업자에 대한 다층적 규제 연구는 <그림 1>과 같이 경쟁법적, 사업법적, 계약법적 접근의 3가지 측면으로 요약된다.

<그림 1> 포털의 규제 방향



첫째, 포털의 시장지배력을 규율하는 경쟁법적 규제가 실효성을 거두기 위해서는 먼저 시장의 획정이 이루어져야 한다. 물론 엄격한 시장획정과정 없이도 경쟁법적 규제를 적용할

수도 있다. 필수요소 이론을 통하여 시장지배적지위를 추단하는 방법도 있고 시장지배적지위가 요구되지 않는 불공정거래행위(공정거래법 제23조)를 적용하는 방법도 있다. 그러나 이러한 경쟁법 적용은 기존의 시장획정이론을 완전히 대체하는데 한계가 있는 보충적 방법이며, 법원도 이러한 접근에 대한 뚜렷한 수용의 입장을 확립하지는 않고 있다. 포털이라고 해서 기존의 시장과 완전히 다른 접근법을 택할 필요는 없다. 포털의 서비스가 무료라고 하여도 일정한 거래조건이 부과될 경우 이를 “가격”으로 파악할 수 있기 때문이다.

둘째, 시장획정의 필요성과 난해성을 극복하는 방안은 포털은 콘텐츠제공업이 주요 기능이라는 측면에서 해당 콘텐츠별로 분리하여 시장을 획정해야 한다. 이때 앞서 언급한 것과 같은 적용법의 탐색이 기존 정립을 위한 중요한 과정이 될 수 있다. 예를 들면, 진입규제를 하는 법제도에서 정의하는 사업자의 범위를 살펴보고 이에 따라 시장을 획정할 수 있다. 이러한 접근 방법을 사업법적 규제라고 부르기로 하는데, 이는 공정거래법상 ‘사업자’의 지위를 확정하기 위한 방법이라는 점, 진입·퇴출·행위 규제를 정한 여러 법의 명칭이 ‘○○사업법’이라는 이름으로 명명되어 입법화된 점, 종래 독점을 규제하는 법체계에서 경쟁법에 대응하는 이름으로 ‘사업법’이라는 명칭을 사용해 온 점 등을 근거로 한다.<sup>18)</sup> 이러한 과정을 통해 시장획정 문제는 특정 행위가 포털의 서비스 중 어떠한 영역에 해당하며 해당 서비스를 규제하는 사업법은 무엇인가 하는 적용법의 문제로 전환된다. 구체적으로 포털의 사업은 저작물을 복제, 배포한다는 점에서 출판에 해당하는지, 그렇다면 「출판문화산업진흥법」(이하, ‘출판법’) 및 이에 대한 특별법이라 할 수 있는 「신문 등의 진흥에 관한 법률」(이하, ‘신문법’), 「영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률」(이하, ‘영비법’) 등이 적용될 수 있는지를 검토하는 것이 필요하며 이 논의는 결국 시장획정의 해결책으로 귀결된다. 이러한 방법론의 실익은 현재 포털과 관련하여 대안으로 언급되는 망중립성 개념의 이론적 타당성에 대한 논의보다는 콘텐츠제공자로서의 지위를 강조하여 내용적 통제에 초점을 맞추도록 하는데 있다.

셋째, 해당 행위의 계약법적 유형이 어떻게 되는지를 살펴보고, 이에 따른 구체적 권리·의무 관계를 규정하는 것이다. 계약은 당사자 사이의 가장 중요한 법원(法源)으로 포털과 콘

18) 사업법으로 본문에서 약칭한 예로는 土田和博(2006), 양용석(2009) 등이 있다. 土田和博, “獨占禁止法と事業法による公益事業規則の在り方に關する一考察”, 土田和博·須網隆夫 編著, 『政府規制と經濟法: 規制改革時代の獨禁法と事業法』, 日本評論社, 2006. 양용석, “이중규제 구조의 통신산업 선진화를 위한 대안적 연구”, 『과학기술법연구』, 제14집 제2호, 2009

텐츠제공자(CP)와의 계약관계를 통한 포털의 규제방안을 찾는 것이다. 포털과 CP와의 계약 관계는 상법상 대리상, 위탁매매 또는 중개의 형식과 유사한 경우가 많다. 따라서 해당 제도상의 권리의무관계가 포털에게 적용된다. 즉, 포털은 위임인의 이익을 위하여야 할 선관주의 의무가 있고 경우에 따라 경업금지 의무가 부과될 수 있다.

## 2. 경쟁법적 규제

### (1) 경쟁법 적용 가능성

#### 1) 수요독점형 양면시장

유럽위원회는 구글 대 DoubleClick의 사건에 관하여, 구글은 회원국 시장에서 50~80%의 시장점유율을 갖는다고 인식하고 있다. 미국 법무부는 구글이 70% 이상의 점유율을 갖고 있다고 되어 있다. 포털사업자가 시장지배력을 남용하는 주 대상은 콘텐츠공급사업자이다. 대형 포털사업자는 콘텐츠공급사업자가 제작한 콘텐츠를 유통하는 훌륭한 유통 채널이 되므로, 양자의 지위에서 포털사업자의 거래상 지위는 상대적으로 우월할 수밖에 없다. 따라서 포털사업자는 중소 콘텐츠공급사업자와 거래할 때 자신의 수요독점적 지위를 이용하여 부당한 계약 내용을 강제하여 불공정거래를 조장하게 된다.

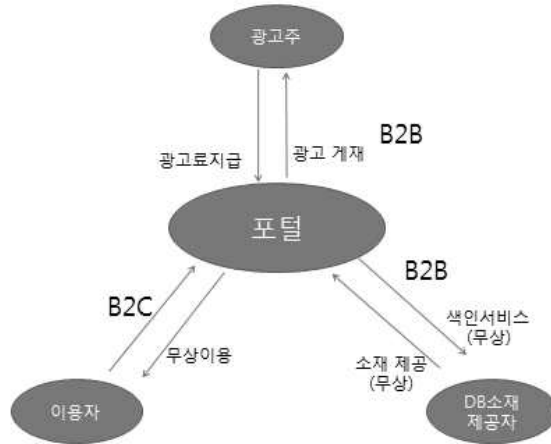
포털사업자의 불공정거래행위를 살펴보기 위해서는 포털사업자의 실체를 파악하기 위하여 포털사업자가 어떠한 시장에서 활동하고 있으며, 그 시장에서의 어떠한 사업자들과 거래를 하는지를 선행하여 판단하여야 한다. 따라서 ‘시장의 범위’를 확정하는 ‘관련시장 확정’의 문제가 있다.

#### 2) 망 외부성

통신 사업자에 있어서 망 외부성이란 네트워크의 외부에서 네트워크로 인하여 효용이 증감하는 성향을 의미하며, 가장 중요한 구성요소는 이용자의 수이다. 망 외부성을 통하여 포털은 광고주, DB 소재제공자(CP 등), 이용자 3가지 측면을 연결하게 된다. 한편 포털의 각 축의 사업이 독립된 사업이라고 볼 경우에는 유상부문(광고)이 무상부문(이용자)을 지탱한다.

인터넷 포털사업의 특성에 대하여 살펴보면서 포털의 양면성 때문에 포털사업자는 자신

〈그림 2〉 포털 사업의 구조



의 사이트가 광고주들에게 매력적인 광고매체로 인식되게 노력하며, 이때의 매력적인 광고 매체는 이용자 수를 기준으로 하기 때문에 검색, 커뮤니티, 커뮤니케이션 등 다양한 서비스를 이용자에게 무료로 제공하여 많은 이용자 확보에 노력을 기울이고 있다. 이에 따라 포털의 검색시장에서의 점유율은 곧 광고 시장에서의 점유율로 이어진다고 볼 수 있다.

포털의 주된 매출은 검색 광고, 디스플레이 광고, 전자상거래 등 온라인 광고 및 각종 중개수수료 매출, 디지털아이템 매출 등으로 구성된다.<sup>19)</sup> 포털의 주된 수익은 온라인 광고 부문에서 발생하고 있다.<sup>20)</sup> 온라인 광고는 다양한 형태로 구분된다. 첫째, 검색 광고, 즉 키워드광고는 검색 사이트를 통해 광고하는 방법을 말한다. 둘째, 디스플레이 광고, 즉 배너광고는 광고주가 원하는 온라인상의 특정화면에 계속적 또는 주기적으로 나타나는 광고를 말한다. 마지막으로 동영상 광고는 동영상 재생 프로그램에서 동영상 프로그램을 재생하는 경우에 동영상 콘텐츠 전후 또는 중간에 광고가 삽입되는 경우를 의미한다.

19) 네이버, 『반기보고서』, 네이버, 2013. 8. 14, 21면

20) 네이버, 『반기보고서』, 네이버, 2013. 8. 14, 27면

## (2) 경쟁법 적용 시 고려 사항

### 1) 시장획정의 모색

#### 가) 온라인 광고시장

한국온라인 광고협회는 2012년 온라인 광고매출이 전년대비 18% 증가한 약 2.2조 원을 달성한 것으로 추정한 바 있다. 검색 광고는 2012년 기준으로 온라인 광고의 60%를 차지한 1조3,000억 원의 시장 형성 중이며 디스플레이 광고는 32%에 해당하는 7,000억 원의 규모를 기록하고 있다고 한다. 한편 모바일 광고 시장은 전년대비 174% 성장한 2012년 1,800억 원의 규모이다. 미국의 경우에는 온라인 광고의 형태를 더욱 세분화하고 있는데 2013년 기준으로 검색 광고는 43%, 디스플레이 광고는 19%, 모바일 광고는 17%, 동영상 광고는 7% 등으로 나타나고 있다<sup>21)</sup>.

#### 나) 데이터베이스 구축

시장획정이라는 개념은 결국 시장지배력을 판단하기 위한 것으로 시장 지배력을 인정할 수 있는 다른 지표가 있다면 시장획정에 지나치게 연연할 필요가 없다<sup>22)</sup>. 미국의 경우 전화번호부의 발행과 관련하여 전화이용고객의 정보(directory listing information: DLI)를 가지고 있는 전화회사와 그 자회사(전화번호부를 발행하는 자회사)는 필수설비를 보유하고 있다고 본 사례가 있다. 통신사인 Southwestern Bell Corporation(SWB)의 자회사인 Southwestern Bell Telephone Company(이하, 'Telephone')와 Yellow Pages라는 회사가 텍사스주의 Yellow Pages 시장에서 독점적 지위 또는 독점적 의도를 가졌다는 이유로 손해배상을 명령한 사례가 그것이다<sup>23)</sup>. 사안에서는 SWB의 자회사인 Telephone이 보유하고 있는 고객정보(DLI)의 판매가격을 인상한 것이 문제되었다.

위 판례에 따르면 DLI는 Yellow Pages를 발행하기 위한 필수설비에 해당하는 것으로서 해당 설비에의 합리적 접근을 차단하는 것은 독점적 의도를 추단할 수 있다고 하였다. 전화번호부의 발행은 오프라인 사업 중 포털과 가장 유사한 형태를 지닌다고 할 수 있다. 사례에

21) PWC, "IAB Internet Advertising Revenue Report", PWC, 2014

22) 이호영, 『독점규제법』(제3판), 홍문사, 2011, 14면

23) Great Western Directories, Inc. v. Southwestern Bell Telephone Co., 63 F.3d 1378(5th Circuit, 1995)

서 고객의 정보가 필수설비로 인정되었듯이 데이터베이스의 정보력이 절대적 우위를 차지하는 경우 해당 업체는 독점적 지위를 인정할 수 있다.

시장지배적지위 남용을 판단하기 위하여 시장획정을 하는데 있어 전통적으로 사용되는 방법은 ‘작지만 유의미하고 일시적이지 않은 가격인상’(small but significant non-transitory increase in price: SSNIP) test이다. SSNIP test란 어떤 상품의 가격이 일정액 오를 경우 거래의 이동이 있는지 여부를 확인하는 방법이다. 상품의 가격을 올렸음에도 불구하고 대체제가 없어 수요가 유지되어 해당 기업의 수익이 오른다면 해당 기업은 해당 시장에서 시장지배적지위에 있다고 할 수 있다. 이러한 SSNIP test를 통하여 소비자들 인접시장으로의 이동이 있는지 없는지를 파악하면 해당 기업이 시장지배적지위를 갖는 구체적 시장의 범위를 확정지을 수 있다.

포털의 경우 대부분의 서비스가 무료라는 점에서 SSNIP test 적용이 쉽지 않은 측면이 있다<sup>24)</sup>. 그러나 포털의 경우 양면시장의 특성상 이용자 측면 이외에도 CP 또는 광고주와의 거래도 존재한다. 실제로 영국에서는 위에서 언급한 바와 같이 전화번호부와 관련된 사안에서 전화번호부는 이용자들에게 무료로 제공되지만 광고주들에게 돈을 지급받으므로 광고 시장을 기준으로 SSNIP test를 한 사례가 있다.<sup>25)</sup>

#### 다) 디렉토리 서비스

BT의 Yellow Pages 사건(2006)에서 영국 법원은 시장을 광고주에 대한 Classified Directory 시장으로 확정하고, BT의 시장지배적지위의 남용 및 약탈적 가격설정에 대하여 공정경쟁저해성이 있다고 판단하여 요금상한규제를 적용하였다.<sup>26)</sup> 이 사안에서 영국의 경쟁당국은 전화번호부의 양면시장으로서의 특징을 강조하고 있다. 즉, 전화번호부의 이용자 측면과 광고주 측면이 있는데 광고주 시장에서의 효과를 극대화하기 위하여 이용자에게는 무상으로 제품을 제공하고 있다. 이에 따라 영국 경쟁당국은 이용자 측면이 아닌 광고주 측면을 기준으로 시장분석을 하고 있고 SSNIP test를 통하여 광고료의 변화가 있을 경우 다른 대체제가 있는지 분석하였다. 이 결과 신문광고 등의 경우 전화번호부 광고와는 대체성이 낮다고 판

24) 한국정보사회진흥원, 『플랫폼으로서 인터넷포털의 경제적 이해』, 2008, 47면

25) Competition Commission, *Classified Directory Advertising Services: Final Report*, Department for Business, Innovation and Skills(BIS), 2006

26) Competition Commission, 2006

단되어 Yellow Pages의 시장지배적지위가 인정되었다.

영국의 BT사례와 미국의 SWB사례는 그 근거는 다르지만 모두 전화번호부의 시장지배력을 인정하고 있다. 포털사이트의 경우 전화번호부와 유사한 구조로 운영되는 측면이 있다. 즉, 포털사이트와 전화번호부는 3가지 방향의 거래가 이루어진다. 포털사이트와 전화번호부 모두 일정부분의 콘텐츠(전화번호부의 경우에는 연락처 정보, 포털사이트의 경우에는 뉴스, 동영상 등의 콘텐츠)는 이용자들에게 무료로 제공한다. 이에 대한 수익은 광고주들과의 광고계약을 통하여 취득한다. 따라서 위와 같은 전화번호부에 대한 판례들은 포털에도 시사점을 가지고 있다.

## 2) 계약의 유상성(有償性)

포털의 경우에는 이용자와의 관계뿐 아니라 CP와의 관계에서도 무료로 콘텐츠 색인 서비스 계약을 체결하는 경우가 많다는 점을 추가로 고려하여야 한다. 그러나 이 때 포털과 CP와의 계약관계가 실제로 “무상계약”인지 살펴볼 필요가 있다.

포털과 CP 간의 콘텐츠 색인 데이터베이스 제공계약은 CP는 포털에 콘텐츠를 제공하고 포털은 해당 콘텐츠에 대한 데이터베이스 소재 서비스를 제공하는 계약이다. 따라서 일반적으로 포털은 CP에게 콘텐츠 사용에 대한 대가를 제공해야 하고 콘텐츠 사업자는 포털에게 데이터베이스의 이용료를 지불해야 하지만 양 당사자가 각 방향의 서비스의 가치를 동일하다고 여기기 때문에 별도의 금전적 대가 없이 계약이 이루어지는 것이다. 즉, 외형상 무상계약의 형태를 하고 있지만 실상은 유상계약으로서 그 가격을 산정할 수 있는 것이다. 또한 포털과 CP의 거래에는 비가격적 거래요소가 큰 비중을 차지하고 있다. 앞서 살펴본 네이버와 판도라 사건의 경우에도 광고계제 금지와 같은 비가격적 거래조건이 문제된 경우였다.

이러한 거래조건을 모두 수치적으로 계량화하는 것이 쉽지 않다고 하더라도 시장획정의 원리에 있어서 일반적인 SSNIP test와 달리 볼 이유는 없다. 즉, 거래조건에서 불리하게 가격적 요소 또는 비가격적 요소가 변경될 경우 거래 상대방이 거래를 종료하지 못하는 범위를 시장지배적지위가 있는 시장으로 확정해야 한다.

영국의 온라인사업체 협회인 ICOMP(Initiative for a Competitive Online Marketplace)는 구글과 Mozilla사의 계약에 대해서 유럽위원회에 소송을 제기하였다.<sup>27)</sup> Mozilla사는 유럽에서 사용자가 약 1억 명이 되는 인터넷 브라우저를 제공하고 있고, 구글은 이들 사용자에게 독점적

으로 액세스하기 위해서 10억 달러를 지불했다. 그 결과 경합타사의 검색엔진이 1억 명에게 액세스를 저지당하고, 검색 엔진에 지극히 중요한 규모를 확보할 수 없게 된 것이다. 경합하는 지도제공회사는 이용료가 들지만, 구글맵은 무료로 제공되어 많은 경합타사가 폐업에 처해지고, 그 시점에서 구글이 지도를 유료로 한 것으로, 약탈적 가격설정이 문제가 되었다. 통상 지도제공회사는 지역의 지도제작회사로부터 데이터를 구입하고 있으며, 상호 계약이나 조건을 존중하는데, 구글은 그 조건을 무시함으로써 상거래 상의 우위를 누린다는 것이다.

라쿠텐 사례(2007)에서 일본 공정위는 전자서점 분야에서 다이렉트 메일송부 등 영업활동의 제한, 수수료율의 일방적인 변경, 과대한 포인트 자원의 부과 및 운영사업자에 의한 크레디트 카드결제대행업자의 이용의무화를 독금법 위반으로 판단하였다. 이탈리아 신문잡지출판협회인 FIEG(Federazione Italiana Editori Giornali)사와 구글 간의 분쟁도 유상 계약을 전제로 한 것이다. 이 사안에서 구글이 출판사가 기사를 자사의 뉴스 서비스에 게시하지 않는 경우 구글의 검색결과에도 표시되지 않도록 한 행위가 문제되었다. 이 경우 검색결과에서 제거하는 행위는 구글이 내부적으로 결정한 사항으로 검색결과에 대한 FIEG와 거래관계가 있는 것은 아니다. 그러나 FEIG가 자신의 뉴스 기사를 구글에 게재할 것인지 여부, 즉 저작권 거래를 할 것인지 여부를 제약하는 거래강제에 해당할 여지가 있다.

### 3. 사업법적 규제

#### (1) 사업법의 활용 가능성

인터넷 포털과 그 시장에 대하여 연구한 많은 문헌들이 포털에 대한 규제가 어려우나, 규제의 필요성은 크다는 점에 대하여 지적해왔다. 이 같은 문헌이 공통적으로 지적하고 있는 바는 그야말로 ‘새로운 미디어’인 포털의 사회적·경제적·법적 지위를 파악하는 것이 힘들며, 따라서 기존의 법체계 안에서 인터넷 포털에 일률적으로 적용될 법령을 파악하는 것이 어렵다는 점이다. 따라서 포털이 어떠한 사회적·경제적·법적 지위에 있는지를 밝히는 작업은 포털 규제에 대한 논의에 앞서서 진행되어야 할 것이다.

포털사업자의 업종을 파악하기 위해서는 통계청의 한국표준산업분류에 따른 구분이 유효

한 기준이 될 수 있을 것이다. 한국표준산업분류에서 대분류로 규정된 ‘출판, 영상, 방송통신 및 정보서비스업’은 중분류로 58 출판업, 59 영상, 오디오 기록물 제작 및 배급업, 60 방송업, 61 통신업, 62 컴퓨터 프로그래밍, 시스템 통합 및 관리업, 63 정보서비스업으로 나뉜다. 중분류 63 정보서비스업은 소분류로 631 자료처리, 호스팅, 포털 및 기타 인터넷 정보매개 서비스업, 639 기타 정보 서비스업이 있다. 소분류 631 자료처리, 호스팅, 포털 및 기타 인터넷 정보매개 서비스업은 세분류로 6311 자료처리, 호스팅 및 관련 서비스업, 6312 포털 및 기타 인터넷 정보매개 서비스업으로 나뉘며, 세분류 6312 포털 및 기타 인터넷 정보매개 서비스업의 세세분류로 63120 포털 및 기타 인터넷 정보매개 서비스업이 있다.

요컨대 한국표준산업분류에 의하면 인터넷 포털사이트를 운영하는 포털사업자는 대분류로 출판, 영상, 방송통신 및 정보서비스업 중 중분류 63 정보서비스업, 소분류 631 자료처리, 호스팅, 포털 및 기타 인터넷 정보매개 서비스업, 세분류 6312 포털 및 기타 인터넷 정보매개 서비스업, 세세분류 63120 포털 및 기타 인터넷 정보매개 서비스업에 해당한다.

포털에 관한 문제는 기존에는 주로 경쟁법의 영역으로 다루어졌다. 앞서 언급한 국내외의 동의를결의 경우 모두 경쟁당국과의 합의를 통하여 성립되었다. 그러나 이러한 경쟁법적 접근은 시장획정에 난점이 있고 현재 대부분의 사건이 동의를결로 종료됨으로서 판례 법리가 발전하지 못하였다. 한편 포털에 대한 규제는 경쟁법적인 측면 외에도 공공성의 보호라는 사업법적 측면이 있어야 한다. 포털은 많은 사람들에게 이미 관문이라는 필요재의 성격을 가지고 있는 이상 공익적인 요소가 강화되어야 한다. 따라서 포털의 검색에 관한 사업법적 규제에 대한 논의가 필요하다.

NHN사건의 경우 판례는 동영상 서비스 중개시장을 관련시장으로 설명하였다. 포털의 서비스는 복수의 서비스를 포함하고 있고 이에 대하여 적용되는 사업법이 모두 다르다. 이 사안에서 판도라와 관련하여 문제가 된 사업은 영비법상 비디오물의 시청제공에 해당한다. 비디오물의 시청제공 중에서도 정보통신망에서의 비디오물의 시청제공은 오프라인 환경에서의 비디오물 시청제공과 구별되는 특성이 있고 영비법상의 조문 구조도 구별되어 있다. 따라서 사안의 경우 온라인상의 비디오물의 시청제공업을 하는 시장이 관련시장인 것이 타당하고 이는 판례상의 “동영상서비스와 이용자의 중개”와 개념적으로 연결된다.

## (2) 사업법상 규제의 내용

Google이 2007. 5. 검색 알고리즘과 디자인을 개편하여 쇼핑, 뉴스, 항공 등 자사의 전문 검색 서비스의 결과를 경쟁사 콘텐츠보다 화면상단에 노출한 사례에서, FTC와 구글은 2013. 1. 경쟁사가 구글의 서비스에서 탈퇴해도 검색순위에 영향이 없도록 한다는 사항에 합의하여 종결되었다. 이러한 규제는 검색결과 표시의 부당성을 교정하면서도 구체적 시장획정의 난점을 우회할 수 있다는 면에서 효과적이다.

비슷한 맥락으로는 FIEG가 2009. 9. 구글뉴스 서비스에 참가하지 않으면 검색결과에서 제외된다는 규정에 대한 제재를 독점금지당국에 요청한 사례가 있다. 경쟁당국은 구글이 다른 신문잡지출판사가 구글뉴스에 기사를 표시하지 않는 경우에, 구글의 검색결과에도 표시되지 않도록 조작함으로써 기사 사용법을 자유로이 선택하지 못하게 한 것은 위법하다고 하여, 2012. 2. 구글의 서비스를 탈퇴하여도 검색결과에 영향을 미치지 않도록 하는 동의를 결로 종결되었다. 본 사안도 구글뉴스 참가여부와 검색결과와의 강제적 연계를 시정하면서도 시장획정은 하지 않은 점에서 전통적인 경쟁법적 규제와는 구별된다.<sup>28)</sup>

위 사례들은 포털에 대한 규제 가능성을 보여준다. 주로 검색결과와 표시와 관련된 사항들로서 이러한 사례들은 반드시 경쟁법적 논의를 통해서가 아니라 사업법상 콘텐츠에 대한 내용적 규제로 접근하는 것이 더욱 타당할 것이라는 점을 시사한다.

### 1) 망중립성 규제

현재 포털에 대한 논의는 주로 통신업으로서 포털의 기능에 초점을 맞추고 있다. 따라서 정보통신망법 또는 전기통신사업에 관한 논의가 많이 이루어지고 있다. 특히 포털에 대하여 “망중립성”이라는 개념을 근거로 포털의 규제방안을 찾으려는 노력이 많다.<sup>29)</sup> 망중립성의 개념은 규제의 기본 근거이다<sup>30)</sup>. 실제로 포털의 업무는 부가통신사업에 해당함과 동시에 콘텐츠제공사업에 해당한다<sup>31)</sup>.

통신사업의 경우 사회기반시설로서의 성격을 가지기 때문에 공공재로서의 성격이 강조된다. 따라서 현행 전기통신법 제4장 전기통신사업의 경쟁촉진 등(제34조 내지 제60조)에서는 통

28) The Economist, “Google, the EU and Antitrust: Search Over,” The Economist, 2014. 2. 8.

29) Verizon v. Federal Communications Commission, 740 F.3d 623(D.C. Cir. 2014)

30) Comcast Corp. v. FCC, 600 F.3d 642(D.C. Cir. 2010)

31) 김선광, “포털사업자의 시장지배적지위에 관한 법적 고찰”, 『법학논총』, 제24권 제2호, 2007, 613면

신사업자에 대하여 통신설비의 공동이용에 관한 규제를 하고 있다. 이러한 규제는 통신시설을 효율적으로 활용하기 위하여 고안된 내용이다. 이러한 부분은 통신의 망중립성을 강조한 측면이라고 할 수 있다.

포털에 대한 규제에서도 통신으로서의 성격으로 접근하여 망중립성이라는 규제 철학을 정립할 필요가 있다. 이에 따라 부가통신사업의 본질인 콘텐츠 내용에 대한 규제 측면을 살펴보아야 한다. 이에 아래에서는 현행 정보통신망법 및 전기통신사업법의 망중립성이 출판으로서의 포털의 사업법에 어떻게 구현되어야 하는지 살펴본다.

## 2) 편집권 규제

부가통신사업이란 기간통신 외의 통신업무를 의미한다. 부가통신은 콘텐츠의 편집을 전제로 하는 행위이기 때문에 해당 콘텐츠와 관련된 규제를 따라야 한다. 특히 신문법, 잡지법 등에는 편집권에 대하여 일정한 공익적 제한을 가하고 있는데 이러한 제한은 포털에도 적용되어야 한다.

우선 일반 출판물에 대한 규제법인 출판법에 따르면 출판업자의 편집권을 직접적으로 제한하는 규정은 없다. 그러나 출판법 제23조에는 출판물의 유통질서 확립을 위하여 자신의 간행물을 부당하게 구매하는 행위를 규제하고 있다. 이러한 행위를 규제하는 논거는 출판물의 판매순위를 오도하여 소비자들에게 잘못된 정보를 줄 수 있기 때문이다.

포털의 경우 자신이 정보를 제공함과 동시에 검색결과 화면을 통하여 해당 정보의 순위를 매긴다는 점에서 독특한 지위에 있다. 일반적으로 포털사이트의 검색순위는 해당 검색어에 대한 관련성, 정보로서의 가치, 인기도(방문 빈도) 등을 고려하여 결정되고 소비자들은 이러한 정보를 신뢰한다. 따라서 부당매입행위를 통하여 출판물의 인기도에 관한 정보를 왜곡할 수 있는 것과 마찬가지로 포털사이트의 경우 검색순위 변경을 통하여 정보의 가치에 대한 평가를 왜곡시킬 수 있다. 예를 들어, 특정 주제를 검색할 경우 포털이 자신의 사이트 내에서 게시된 정보(블로그 게시물, 카페 게시물 등)를 우선적으로 또는 독점적으로 검색결과에 표시하는 행위가 문제될 수 있다. 이러한 경우 검색서비스 시장에서 우위를 점하고 있는 포털업체의 경우 타 포털업체의 블로그나 카페 내의 정보를 차단하는 효과를 발생할 수 있기 때문이다.

한편 뉴스, 동영상의 경우 편집권에 대한 규제의 정도가 더욱 강하다. 예를 들어, 신문법

제10조에서는 “인터넷뉴스서비스사업자는 기사배열의 기본방침이 독자의 이익에 충실하도록 노력”하여야 하며 이에 대하여 해당 법 시행령에서는 광고와 본문의 분리가 명확해야 한다는 점을 분명히 하고 있다.

### 3) 광고 규제

실제로 우리나라를 비롯한 세계 각국에서는 이러한 방향의 규제가 진행 중이다. 앞서 언급한 바와 같이 미국과 EU등에서는 구글의 검색결과 표시에 대한 경쟁당국의 조사가 이루어진 바 있다. 이들 사건은 대부분 동의의결의 형식으로 마무리 되었다. 예를 들어, 구글 이탈리아의 뉴스서비스에 기사를 제공하지 않은 언론사의 경우 검색결과에서 불이익을 입은 사건의 경우, 구글과 이탈리아 당국의 동의의결을 통하여 해당 문제를 시정하기로 합의한 바 있다(위의 유럽의 사례 중 참조). 국내에서도 앞서 언급한 바와 같이 네이버와 다음이 키워드 광고와 관련하여 “광고”임을 명확히 표시하기로 하는 동의의결을 하였다.

이러한 동의의결은 판결이나 공정위 심결의 형식은 아니지만 법적 강제성이 있다는 점에서 규제로서 의미가 있는 것은 사실이다. 그러나 동의의결의 형식을 취하는 경우 법적 규범력이 약화된다. 특히 경쟁당국이 이러한 동의의결의 형식을 취하는 이유는 포털의 검색결과가 과연 경쟁법적 규제의 대상인지에 대한 확신이 부족함에 따라 생긴 것이다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 포털의 콘텐츠 배포자로서의 기능을 고려해 보면 포털의 행위는 반드시 경쟁법적으로 규제하여야 할 필요는 없고 콘텐츠에 대한 내용적 규제에 접근할 수 있다. 포털의 검색결과 관련행위는 소비자 보호의 차원에서 이루어질 수 있는 것이다.

### (3) 시장획정에 있어서 개별 사업의 고려

포털의 콘텐츠 제공업자로서의 특징을 고려한 시장획정만이 설득력을 얻을 수 있다. 개별 시장에서 수요층을 주도하는 포털서비스의 콘텐츠는 창의력을 바탕으로 발전하므로 포털이 어떤 콘텐츠를 어떻게 활용하느냐에 따라 단기간의 수익률 변동이 크다. 따라서 포털 산업의 시장구조를 파악하는데 필요한 개별적인 분석연구는 포털시장을 구성하고 있는 개별서비스시장 분류가 전제된다<sup>32)</sup>.

32) 김선광, 위 논문, 619면

이때의 개별서비스시장 분류는 사업법에서의 구분을 참조할 수 있다. 일반적인 상품시장과 달리 서비스 시장은 개별적인 사업법에 따라 해당 사업을 하려는 경우 일정한 절차를 거쳐야 한다. 앞서 언급한 포털의 적용 사업법에 따를 경우 출판사(출판법 제9조 제1항), 온라인 음악 서비스 제공업(음악산업법 제16조 제2항) 모두 관할 지자체에 신고를 해야 하는 영업이다. 반면 인터넷뉴스서비스업은 관할 지자체에 등록을 해야 하는 영업이다. 온라인상의 비디오물의 배급은 ‘영화’ 비디오라면 일정한 진입규제 면제 규정의 적용을 받고, ‘비영화’ 비디오는 디지털시네마에 해당하여 시정권고대상이 된다.<sup>33)</sup>

〈표 1〉 사업법적 규제

적용 사업법	포털사업자의 지위	진입규제	내용 규제
전기통신사업법	부가통신사업자	신고(22조)	
출판문화산업진흥법	출판사업자	신고(9조)	간행물 부당구입 금지 등 유통질서 유지(23조)
음악산업진흥에 관한 법률	온라인음악서비스제공업자	신고(16조 2항)	
신문등의진흥에 관한 법률	인터넷뉴스서비스사업자	등록(4조) 예외적 등록제외(7조)	기사배열 기본방침과 기사배열 책임자 공개원칙(8조)
영화및비디오물의 진흥에 관한 법률	(온라인)비디오물 시청제공업자	등록제외(58조 제1항)	
	(온라인)비디오물배급업자	신고제외(57조 1항)	
	디지털시네마		시정권고대상 (3조 3항)

포털의 경우에는 위에서 언급한 사업 중 복수의 사업을 영위하는 자이다. 따라서 동영상서비스의 제공, 게임, 음악, 뉴스 등의 서비스는 모두 각각 별개의 시장으로 보는 것이

33) 포털에서 보여지는 비디오물은 정보통신망법상의 정보인 동시에 영비법상 비디오물이다. 이는 전자문서가 전자거래기본법상 “전자적 형태로 저장된 정보”라고 규정되어 있으면서도, 문서라는 형식을 잃지 않아 문서에 대한 규제의 대상이 되는 것과 같은 이치이다. 어느 한 법의 적용이 반드시 다른 법의 적용을 배제하는 것은 아니며, 특히 어느 한 법의 적용으로는 필요한 규율을 할 수 없을 때, 가능한 법 적용을 모색하는 것은 자연스럽고 오히려 바람직하다.

타당하다.

### 1) 출판법

일반적으로 국립도서관 등 도서관의 자료수집·보존 등의 운영을 위하여 출판업자에게 해당 출판사에서 발행한 도서의 공급의무는 여러 나라에서 널리 인정되고 있는데, 이러한 출판업자의 고유한 의무를 ‘납본의무’라 하며 우리나라의 현행 도서관법도 이러한 납본의무를 규정하고 있다.<sup>34)</sup> 포털사업자를 출판업자로 보아 관련법의 적용을 받도록 규율하는 형태는 납본에 관한 비교법적 검토에서 명확히 드러난다. 핀란드 납본법은 ‘온라인출판자’라는 개념을 이용하여 포털사업자와 같은 자를 출판업자의 한 분류로 파악하고 있다. 위 법은 ‘온라인자료 수집·보존에 대한 권한부여와 온라인자료의 공급’에 대해 정하면서 제3장 제7절 제1조에서 ‘온라인출판자(On-line publisher)는 온라인자료들이 수집·보존할 수 있는 권한을 가지며, 이를 자발적으로 도서관에 공급할 수 있다고 규정하고 있다.<sup>35)</sup>

뉴질랜드 국립도서관법도 포털사업자를 직접적으로 출판업자로 규정하고 있는 바, ‘출판자(publisher)’의 정의를 (a) 인쇄물인 공공문서의 경우 당해 문서의 출판자 혹은 제작자, (b) 인터넷문서가 아닌 그 밖의 문서의 경우 뉴질랜드에서 당해 문서를 제작한 자, 뉴질랜드 외에서 그 제작을 의뢰한 자, (c) 인터넷 문서의 경우 당해 웹사이트(혹은 문서가 위치한 웹의 일부)의 지배·운영하는 자로 정하고 있다.<sup>36)</sup> 즉, 뉴질랜드 국립도서관법에 의하면 포털사업자를 포함하여 모든 웹사이트 운영자를 위 법상 출판자에 해당되게 출판업자의 개념을 넓게 보고 있다.

또한 독일 국립도서관법은 납본의무를 부담하는 주체를 독일어 ‘주소, 거소, 사무소 또는 영업소가 있는 납본의 대상이 되는 매체(media)를 유통시킬 권리(right of distribution)를 가지고 있는 모든 자’라고 규정하고 있어<sup>37)</sup>, 납본의무를 지는 도서관 자료의 발행자·제작자의 범위를 폭넓게 보고 있다. 이 같은 독일 도서관법에 따르면 유형적인 일반 서적뿐 아니라 무형

34) 도서관법 제2조 제8호 “납본”이라 함은 도서관자료를 발행하거나 제작한 자가 일정 부수를 법령에서 정한 기관에 의무적으로 제출하는 것을 말한다.

제20조 ① 누구든지 도서관 자료(온라인 자료를 제외한다)를 발행 또는 제작한 경우 그 발행일 또는 제작일 부터 30일 이내에 그 도서관 자료를 국립중앙도서관에 납본하여야 한다.

35) Legal Deposit Act Chapter 3 Section7(1)

36) National Library of New Zealand(Te Puna Matauranga o Aotearoa) Act 2003 29

37) Draft Law regarding the Deutsche Nationalbibliothek(DNBG) §14(2)

적으로 일반 공중에게 배포·공중송신되는 미디어물을 배포·공중송신할 권한이 있는 자가 납본의무를 진다는 해석을 할 수 있는 것이다.

결국 핀란드법, 뉴질랜드법, 독일법은 공통적으로 도서관에 납본해야 할 도서관 자료의 대상을 일반서적과 같은 출판물뿐만 아니라 전자적 형태로 작성·송신·수신·저장되는 전자문서까지 포함시켜 규정하고 있으며, 이 같은 납본관련 조항에서 위 법들이 결국 도서관 자료를 발행·제작하는 출판업자의 범위 안에 온라인에서의 전자문서를 배포·공중송신하고 있는 온라인 웹사이트 운영자들을 포함시키고 있다는 것을 알 수 있다. 결국 무수히 많은 웹사이트들 중에서 특히 많은 이용자들이 포털사이트를 통하여 전자문서를 배포·공중송신 받게 되는 바, 포털사이트 운영자들이 도서관 자료를 발행·제작하고 있는 출판업자에 해당하게 되는 것이다.

이러한 근거는 「전자문서 및 전자거래 기본법」(이하, ‘전자문서법’)을 통해 더욱 강화된다. 동법은 전자문서의 작성·변환, 송신·수신 또는 저장을 위하여 이용되는 정보처리능력을 가진 전자적 장치 또는 체계를 ‘정보처리시스템’이라 정의하며, 이러한 정보처리시스템에 의하여 전자적 형태로 작성·송신·수신 또는 저장된 정보를 ‘전자문서’라 정의하고 있다(위법 제2조 제1호, 제2호). 전자문서법의 조항 및 입법 취지를 종합적으로 고려할 때 컴퓨터나 모바일 기기 등의 정보처리시스템을 통하여 컴퓨터의 모니터 화면이나 모바일 기기 등의 액정 등의 화면으로 전송되어 이용자들이 수신하게 되는 정보는 곧 ‘전자문서’에 해당하는 것이다. 따라서 이용자가 컴퓨터나 모바일 기기 등의 정보처리시스템을 통하여 인터넷 포털에 접속하여 포털의 서비스를 이용할 때, 이용자들이 접속하는 인터넷 포털의 화면은 곧 전자문서에 해당하는 것이다.<sup>38)</sup>

결론적으로 현행 도서관법 및 전자문서법의 규정을 종합적으로 해석할 때 인터넷 포털은 정보처리시스템을 통하여 전자적 형태로 정보를 작성·송신·수신 또는 저장하는 바, 이는 ‘전자문서를 발행·제작하는 자’ 혹은 ‘전자문서 출판업자’라는 논리적 귀결에 이를 수 있다. 이러한 전자문서는 도서관법에서 규정하는 온라인 자료로서 도서관 자료에 해당하는 것이기도 하다.<sup>39)</sup>

38) 이영대·김규관, “전자책과 디지털도서관, 그리고 현행법의 상생 가능성”, 『정보화정책』, 제8권 제4호, 2011

39) 현행 출판문화산업진흥법에 따르면 전자출판물은 출판법에 따른 신고를 한 출판사가 간행해야 한다. 예를 들면, 포털 ‘다음’은 출판업 신고를 하였으므로, 전자출판물 적격이 인정된다. 만일 출판업 신고를 하지 않은 포털업체에 대해서 전자출판물 해당성이 없다고 주장한다면, 이는 앞뒤가 전도된 논리 전개이다. 출판업 신

실제로 명예훼손 영역에서는 포털을 출판업자로 보는 것에 대하여 많은 근거를 제시한다. 특히 미국의 경우 출판물에 의한 명예훼손에 따른 책임 유무 및 정도는 해당 출판물에 대하여 출판자의 지위 혹은 배포자의 지위를 가지는지와 직결되어 이에 대한 논의가 다양하다<sup>40)</sup>. 국내의 경우에는 최근에 뉴스 기사에 의한 명예훼손이 성립하고 그러한 뉴스 기사가 포털에 게재된 것과 관련하여 포털을 출판업자로 보아야 한다는 취지의 판시를 하였다.<sup>41)</sup>

## 2) 음악산업법, 신문법 및 영화비디오산업법

현행 출판법에 의하면 출판이란 “저작물 등을 종이나 전자적 매체에 실어 편집·복제하여 간행물(전자적 매체를 이용하여 발행하는 경우에는 전자출판물만 해당한다)을 발행하는 행위<sup>42)</sup>”로 정의된다. 출판이란 전자적 매체를 포함하는 개념이기 때문에 포털의 행위는 사실상 모두 다 출판에 해당한다. 다만, 출판법 제3조 각호에 따라 음악, 영화 및 비디오, 게임, 잡지·신문 등의 개별법은 이에 대한 특별법에 따른다. 따라서 해당 분야에 대한 특별법도 포털의 사업범위와 겹치는 내에서는 포털에게 적용된다.

예를 들어, 포털이 제공하는 음악서비스와 뉴스서비스는 모두 개별 법률에 별도로 규정되어 있는 영업의 형태이다. 음악산업법 제2조 제11호에는 온라인음악서비스제공업을 규정하고 있다.<sup>43)</sup> 신문법 제2조 제6호에는 인터넷뉴스서비스사업을 규정하고 있다<sup>44)</sup>.

한편 포털의 동영상 서비스의 경우 영비법이 적용된다. 영비법에서는 비디오물 영업을, 제작, 배급, 시청제공업의 3가지로 분류하고 있다. 포털의 ‘영화’ 비디오 제공 영업은 이용자들에게 동영상을 온라인상으로 시청할 수 있게 한다는 점에서 시청제공업으로 볼 수 있다.

---

고를 하지 않은 부분에 대한 과태료 등 제재가 가능하므로 이는 이미 출판법의 적용 범위에 해당되며, 오히려 출판법 적용의 필요성을 역설적으로 나타낸다. 이는 식품위생법상 영업허가를 받지 않은 사업자가 만든 음식은 식품이 아니라고 주장하는 것과 다를 바 없는 궤변이다.

40) 이상욱, “명예훼손에 대한 인터넷서비스제공자의 불법행위책임”, 『영남법학』, 제34호, 2012. 06.

41) 대법원 2009. 4.1 16. 선고 2008다53812 판결

42) 출판문화산업 진흥법 제2조 제1호

43) “온라인음악서비스제공업”이라 함은 정보통신망법 제2조제1항제1호의 규정에 따른 정보통신망을 이용하여 음악파일·음악영상파일을 소비자의 이용에 제공하는 영업을 말한다.

44) “인터넷뉴스서비스”란 신문, 인터넷신문, 「뉴스통신진흥에 관한 법률」에 따른 뉴스통신, 「방송법」에 따른 방송 및 「잡지 등 정기간행물의 진흥에 관한 법률」에 따른 잡지 등의 기사를 인터넷을 통하여 계속적으로 제공하거나 매개하는 전자간행물을 말한다. 다만, 제2호의 인터넷신문 및 「인터넷 멀티미디어 방송사업법」 제2조제1호에 따른 인터넷 멀티미디어 방송, 그 밖에 대통령령으로 정하는 것을 제외한다.

비록 현행 영비법의 범집행이 오프라인 환경에서의 비디오물 시청제공업을 주요한 규제대상으로 삼고 있다 하더라도 영화 비디오 제공업이 영비법의 적용에서 제외된다고 볼 수는 없다. 영비법 제58조제1항에 따르면 비디오물 시청제공업을 하기 위해서는 관할 지방자치단체에 등록을 하여야 하지만 위 조항의 단서 제2호에 따르면 정보통신망만을 이용하여 비디오물 시청을 제공하는 경우 등록 대상이 아닌 것으로 규정하고 있는 것을 보아도 영화 비디오물의 오프라인에서의 제공과 온라인에서의 제공이 개념적으로는 모두 영비법의 규율 대상임을 보여 주는 것이며, 다만 진입 규제의 수준과 내용이 상이할 뿐이다. 포털의 ‘비영화’ 비디오 제공 영업은 영비법 제2조 제19조에서 “디지털 시네마”라는 개념을 별도로 정의하고 있다<sup>45)</sup>. 포털의 비영화 동영상 서비스도 여기에 해당하는 것으로 보인다. 문화체육부장관은 디지털시네마에 관하여 특정 사안에 대하여 권고할 수 있도록 되어있다(영비법 제3조제2항). 결국 포털에 적용되는 사업법은 음악산업법, 신문법, 영비법, 그리고 그 외의 포털의 서비스에 대하여는 출판법이 적용된다.

## 4. 계약법적 규제

### (1) 계약법의 활용 가능성

#### 1) 계약상 조건에 의한 규율

포털에 대한 규제를 논할 때 주로 사업법적 측면과 경쟁법적 측면이 강조된 행정법적 규제로 접근하는 경우가 많고 계약상의 문제는 당사자 간의 문제로 취급되어 이에 대한 체계적인 접근이 없는 현실이다. 계약상의 쟁점은 물론 당사자 간의 문제라고 할 수 있지만 해당 계약의 성질을 파악하고 해당 계약관계 전반에 적용되는 일반적인 원칙에 대한 논의가 필요하다. 이러한 논의를 통해서 계약의 당사자가 직접 자신이 상대방의 행위로 인하여 얻은 손해 등을 주장하게 되면 이는 효율적인 규제방안이라고 할 수 있다.

45) “디지털시네마”란 영상저작물을 디지털파일 형태로 가공·처리하고 이를 디스크 등의 디지털매체나 정보통신망법 제2조제1항제1호에 따른 정보통신망을 통하여 디지털영상기 및 전기통신기자재로 공중에게 상영하거나 이용자에게 제공하는 것을 말한다.

## 2) 포털의 상법상 지위

콘텐츠제공자(CP)와 포털사업자와의 계약관계의 핵심은 CP의 콘텐츠를 포털 사이트의 이용자에게 중개하는 행위로 볼 수 있다. 실제로 앞서 살펴본 NHN 사안에서도 대법원은 관련 시장을 중개시장이라고 한 바 있다.

상법에서는 이러한 중개적 위치에 있는 계약관계를 크게 3가지로 분류하여 규제하고 있다. 중개인, 대리상, 위탁매매인이 그것이다. 이들은 사실행위만 중개하는지 아니면 실제로 법률행위에 개입하는지 여부, 계속적 관계인지 여부, 특정 상인을 위한 행위인지 여부에 따라 구별된다. 우선 중개인의 경우에는 사실행위만을 불특정다수를 상대로 중개한다는 점이 특징이다. 대리상의 경우에는 계약 내용에 따라 법률행위의 대리를 하는 계약대리상이 되기도 하고, 사실행위의 중개만을 하는 중개대리상이 되기도 한다. 대리상과 중개인의 구분은 대리상의 경우 특정한 상인을 위하여 계속적인 행위를 한다는 점에 있다. 상인의 특정성만 있다면 그러한 상인이 복수인지 여부는 중요하지 않다. 마지막으로 위탁매매의 경우에는 특정 상품에 대한 권리를 완전히 이전한 다음 위탁매매인이 실제 법률행위를 하고 이에 따른 경제적 이익을 본인에게 반환하는 형식의 거래이다.

포털 사이트의 경우 특정한 CP들과 콘텐츠 제공계약을 맺을 뿐 아니라 이러한 관계는 계속적이라는 점에서 ‘중개대리상’과 가장 유사한 법적지위를 가지는 것으로 보인다. 하지만 구체적인 계약관계에 따라서 중개 또는 위탁매매에 해당하는 경우도 얼마든지 있을 수 있다.

한편 중개인, 대리상, 위탁매매인은 본인에 대하여 부담하는 의무의 정도가 다르다. 우선 위 세 가지 종류의 계약 모두 위임의 일종이므로 수임자에 관한 일반원칙인 선량한 관리자의 주의의무를 부담한다(민법 제681조). 따라서 본인을 위하여 중요한 사항인 시장관계의 변동, 공중의 취향변화, 경쟁관계, 고객의 재산상태의 변화 등에 대하여 조사하고 통지할 의무가 있다<sup>46)</sup>. 이에 더하여 대리상의 경우 동일한 영업부류에 종사하지 못하는 경업금지의무가 있다(상법 제88조).

경업금지의무의 경우 “동일한 영업부류”의 범위가 문제된다. CP는 특정한 콘텐츠 제공에 집중하는 반면 포털사이트의 경우 검색기능을 포함한 다양한 서비스를 제공한다는 점에서 별개의 영업에 종사하는 자로 보일 수가 있다. 그러나 온라인사업의 경우 대부분의 서비스

46) 최기원, 『상법학신론(상)』(제19판), 박영사, 2011, 301면

가 무료로 제공된다는 점에 주목할 필요가 있다. 결국 CP와 포털사이트 모두 광고수입에 많은 부분 의존하고 있다. 결국 CP와 포털사이트 모두 영리행위를 구성하는 유상계약의 원천은 콘텐츠의 제공 자체가 아닌 이에 따른 광고업이라는 측면에서 동일한 수익 모델을 구현하고 있다

포털사이트의 경우 중개적 역할인 검색기능을 제공함과 동시에 직접 콘텐츠를 제공하기 때문에 경업금지의무의 문제가 발생한다. 앞서 살펴본 판도라 사건 역시 근본적으로 NHN과 판도라가 모두 자체적인 동영상 콘텐츠를 제공한다는 점에 따라 발생한 사건이다. 이외에도 포털은 자신이 직접 제공하는 콘텐츠와 자신이 중개하는 콘텐츠와의 문제로 갈등을 겪은 적이 있다. 예를 들어 과거에는 포털에 “부동산”을 검색할 경우 다수의 온라인 부동산 중개 사이트로 접속이 되었으나 이후 포털이 직접 온라인 부동산 정보제공업을 하기 시작하면서부터는 포털에서 “부동산”을 검색하면 자기 사이트 내의 부동산 서비스로 연결되었다. 이러한 부분에 대하여 공정위와의 합의를 통해 동의를결의 형식으로 개선하기로 하였다.

또한 경업금지의무가 적용되지 않는다고 하더라도 일반적인 선관주의의무에 따라 위임인의 경쟁관계 등의 변화가 있을 경우 이를 통지하여야 할 의무가 있다고 할 수 있다. 포털이 위임인과 동일한 영업을 시작하는 경우에는 적어도 이러한 점에 대하여 통지하여 줄 의무가 있다.<sup>47)</sup>

## (2) 계약법 적용 시 고려 사항

### 1) 약관 규제

포털사이트와 CP 간의 계약은 약관의 형태로 이루어지는 경우가 많다. 따라서 약관법에 따라 불공정한 약관으로 인정되는 경우 이에 대한 개선명령이 있을 수 있다. 이러한 예로 공정위의 네이트에 대한 개선명령을 들 수 있다<sup>48)</sup>. 네이트는 콘텐츠제공사업자와 콘텐츠에 관련하여 체결한 “디지털아이템정보제공계약”에서 “디지털아이템제공사업자가 제공하는 단

47) 물론, 실제 계약의 내용에 따라 수입인의 의무와 역할이 조금 다를 수는 있지만 상법의 해당 부분은 민법의 정형계약과 같이 빈번하게 사용되는 계약 형태에 대한 일반규정에 해당하는 것이다. 따라서 경업금지의무 혹은 선관주의의무를 배제하거나 완화하는 개별계약에 대해서는 일반 민사법, 상사법의 해석 원칙에 입각한 사법심사의 대상이 된다.

48) 2008.7.15. 5개 포털사이트에 대한 개선명령 중

위서비스에 대한 가격은 네이트의 가격정책에 의하여 정한다.”라고 하고 있어 디지털 아이 템에 대한 가격결정을 포털사이트가 하도록 규정하고 있었다. 공정위는 이에 대하여 재화의 가격은 사업자간의 협의에 의하여 정하는 것이 원칙이므로 포털사가 일방적으로 가격을 정 하도록 한 것은 부당하다고 하였다.

이러한 약관 관련된 분쟁은 표준약관의 보급으로 해결될 수 있다. 현재 미래창조과학부는 콘텐츠의 이용에 관한 표준계약을 제정하는 작업을 진행 중인데 해당 표준계약서는 콘텐 츠의 도급, 하도급, 위탁, 중개, 퍼블리싱 등의 유형으로 나누고 있다. 이 중 위탁, 중개, 퍼블 리싱의 유형은 포털과 CP간에도 충분히 적용될 수 있다. 이러한 표준약관을 적극 활용할 필 요성이 있고 위와 같은 5가지 유형에 해당하지 않는 거래 형태에 대하여도 표준약관을 제정 할 필요성이 있다.

## 2) 계약 이행상의 규제: 쌍방대리 금지

포털은 두 개의 다른 이용자 그룹을 연결하는 플랫폼으로서 기능한다. 따라서 이 과정에 서 쌍방대리가 문제될 수 있다. 다음은 미국과 유럽에서 플랫폼 사업자가 문제된 사례들이 다<sup>49)</sup>. VISA와 소매업자와의 분쟁(1986) 사안에서는 신용카드 업체인 VISA가 소매업자들과 의 결제대행 계약에서 신용카드와 체크카드를 모두 사용하게 한 것이 끼워팔기에 해당하 는지 문제되었다. 이 사안은 소매업자들과의 화해를 통해서 끼워팔기를 정지하는 것으로 결론 이 내려졌다.

경매업체 소더비와 크리스티의 가격협정(2002) 사례에서는 경매업체인 소더비와 크리스티 에 대하여 가격카르텔이 인정되고 벌금이 부과되는 한편 책임자는 형사처벌되었다. 애플과 대형출판사 간의 분쟁(2012) 사례에서는 2011년에 애플과 대형출판사 5사가 전자서적시장에 서 에이전시모델이나 최혜국대우조항 등에 관해서 공모한 것에 대하여 경쟁법 위반으로 제 소됐다. 당시의 시장 상황은 아마존의 킨들서비스로 인하여 전자서적 시장이 증가하는 추세 였고 아마존은 고객층의 확대와 매출의 증가를 목표로 전자서적을 타사보다 낮은 가격으로 판매하려고 하였다. 이에 대하여 애플 및 5개 대형 출판사들은 전자서적 가격의 유지를 꾀 하고, 전자서적의 저가격화를 저지하기 위해서, 출판사업자 5사와 공모하여 애플은 홀세일

49) Evans, D. S., “The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform”, *Yale Journal on Regulation*, Vol.20, 2003, 325-381면

모델에서 에이전시모델로 전환하고, 최혜국대우조항을 포함하는 조약을 출판사와 사이에서 체결했다. 이 사안에서는 다음과 같은 경쟁법적 쟁점이 발생하였다. 우선 애플과 출판사가 공동으로 홀세일 모델에서 에이전시모델로 전환한 행위는 유럽 경쟁법에서의 카르텔금지 및 구속조건부거래금지 등 규정에 위반하는 혐의가 있다. 에이전시모델은 출판업자에게 가격지배력을 주는 거래형태이며, 에이전시모델로의 전환은 애플과 출판업자가 전자서적의 소매가격을 향상시키는 것을 목적으로 공모한 것으로 보인다. 또한 애플과 출판사는 iBOOK Store(애플의 전자서적 판매 플랫폼)에서의 전자서적의 판매가격을 다른 전자서점에서의 소매가격보다 높은 수준으로 설정해서는 안 되는 것에 관해서 합의했다. 이러한 최혜국대우조항은 애플을 소매가격경쟁에서 보호하고, 시장경쟁을 제한하는 효과가 있는 것으로 보인다. 이 사안은 2012.12.13. 문제된 위 조항들을 폐지하는 것으로 합의되었다. 한편 미국에서도 동일한 사안이 문제되었는데 미국 법원에서 셔먼법 위반을 인정하는 판결을 내렸다<sup>50)</sup>.

위의 판례들은 모두 중개적인 역할을 하는 소위 “플랫폼” 사업자가 중개의 대상이 되는 시장에 부당하게 개입한 사례들이라고 할 수 있다. 애플 사례의 경우에는 출판사와의 담합이 문제가 된 사례이고, 페이스북 사례의 경우에는 기존의 지불시스템을 자사의 지불시스템으로 대체하기 위한 시도라고 할 수 있다. 이처럼 중개적인 역할을 해야 하는 플랫폼 사업자가 중개의 대상이 되는 영업에 적극적으로 개입할 경우 이에 대한 제재가 따른다는 것을 볼 수 있다.

앞서 설명한 바와 같이 포털은 중개와 유사한 구조를 가지고 있다. 중개업자의 경우 원칙적으로 쌍방대리가 금지된다. 중개업의 가장 전형적인 형태인 부동산중개업과 관련된 「공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률」 제33조에서는 중개업자에게 금지되는 행위로서 중개대상매물의 매매를 업으로 하는 행위(제1호)와 중개의뢰인과 직접 거래를 하거나 거래당사자 쌍방을 대리하는 행위(제4호)를 언급하고 있다. 여기에서 볼 수 있듯이 중개인은 원칙적으로 중개대상자와 동일한 영업을 하거나 양측을 모두 대리하면서 양측이 이해충돌 관계를 발생해서는 안 되는 것이다. 만약 당사자의 동의 등에 의해서 쌍방대리를 하게 될 경우에는 중개인은 쌍방의 이해관계를 모두 고려해야 한다. 상법 제100조에서 중개인의 보수는 쌍방 당사자가 균분하게 부담하도록 한 것 역시 중개인은 쌍방 당사자의 이해관계를

50) U.S. v. Apple Inc., et al, U.S. District Court, Southern District of New York, 12 Civ. 2862(DLC)

모두 고려해야 한다는 점을 반영한 것이다. 애플 사례의 경우에는 중개의 일방 당사자인 출판사와 공모한 사례이다. 이러한 결정의 핵심은 포털업체가 중개와 본 사업 2개의 비즈니스를 동시에 해서는 안 된다는 것으로 민·상법상 쌍방대리 금지 규정을 경쟁법적으로 해석한 것이다.

## IV. 다층적 규제의 적용 방안

### 1. 이론적 근거

#### (1) 미시 규제와 거시 규제

위와 같은 사업법적 규제의 경우 아래에서 언급할 경쟁법적 규제와 어떠한 관계가 있는지 문제된다. 서울고등법원 2009. 2. 4. 선고 2008누16959 판결에서 공정거래법과 방송법과의 관계가 문제되었는데 법원은 해당 판결에서 양 법률은 그 입법 목적을 달리하고 있다고 하면서 특히 방송법의 경우 방송의 자유와 독립을 보호하고 방송의 공적책임을 높이는 데에 있다고 판시하고 있다.

경쟁법과 사업법의 규제의 관계는 미시경제적 규제와 거시경제적 규제의 측면에서 접근할 수 있다. 사업체 간의 경쟁이 심화되고, 시장지배적 사업자가 끼워팔기나 배타적 협정을 통해서 지위를 남용하거나, 시장지배적이지는 않다고 하더라도 독점협정 등 다양한 형태의 불공정거래 행위를 하는 경우, 그리고 합작투자 혹은 인수합병 등의 형태로 기업이 결합하는 경우 등 사업체 간 발생하는 경쟁적 요소로 인한 기업 활동들이 일어나면서 이에 대하여 기업들 간 혹은 한 기업에 직접적으로 영향을 주고받는 공급자와 경쟁자들의 시장 내 역학관계 및 기업의 직접적인 이해당사자들을 살펴, “경쟁저해성”의 관점에서 규제가 이루어지는 것이 미시경제적 규제이며, 이것이 경쟁법 규제의 본체라고 할 것이다.

그러나 포털산업의 규모, 특징, 현대사회에서 포털이 사회나 개인에게 미치는 영향 등을 고려할 때 미시경제적 관점에 의한 규제의 틀에서 벗어난 거시경제적 관점에서의 접근 역시 필요하다고 할 것이며, 여기서 종래의 경쟁법 당국의 규제와는 차별화된 사업법 당국 규제의 존재의 의미가 되살아난다고 할 것이다.

정보통신산업의 발전을 위한 방향성, GDP 대비 중요도, 소득과 부의 재분배, 실업예방, 물가안정, 서비스 및 품질의 보호, 보편적 역무의 확보, 가격보호, 다양한 정보관점에 대한 소비자의 접근성 보장, 지역사회 및 문화발전 등의 거시적인 관점에 의한 규제는 사업법 당국에 의하여 가능한 것이며, 이러한 규제 관점의 차이에서 권한배분의 문제는 극복될 것으로 보인다.

## (2) 실제적 경합과 상상적 경합

사업법과 경쟁법이 모두 적용된다고 할 경우 중복규제의 문제가 제기될 수 있다. 사업법과 경쟁법 양자의 관계에 관해서는 일반법과 특별법이라는 형식적 구분에 근거하여 양자가 모두 문제가 되는 경우에 사업법이 우선한다는 입장과<sup>51)</sup> 사업법과 경쟁법을 완전한 실제적 경합으로 인정하여 모든 경우에 함께 적용하는 것으로, 통칙적 법으로서의 경쟁법의 적용을 어떤 사업영역이든 우선 고려하고 사업법의 적용은 이외는 완전히 독립적으로 존재하여 필요성 및 적용 범위가 완전 배타적이라는 것이라는 입장<sup>52)</sup>의 양 극단이 존재한다.

그러나 위의 양 견해 모두 개별·구체적인 문제 해결에 있어서 그 필요성이 높다고 보이는 경우에 사업법의 적용이 고려될 뿐, 일률적으로 형식적인 기준에 의하여 적용의 우선이 결정되거나 혹은 경쟁법이 전면적으로 적용되거나 하는 것은 아닌 현실을 반영하지 못하고 있다.

따라서 사업법과 경쟁법의 중복 규제의 문제는 양자 모두가 문제되는 경우에 그 법률효과와 제재 조치를 유기적으로 해석하여 이를 상상적 경합관계로 보아야 한다. 이에 따르면 진입·퇴출 규제, 보편적 역무 제공의무 위반, 약관 및 요금 규제 및 접속의무 위반 등의 개별적 사안에서 사업법과 경쟁법 위반의 효과와 제재수위에 관하여 심층적으로 검토한 후에 그 중 중한 제재를 선택하여 처벌하는 것이 필요하게 된다. 더불어 이에 의하면 위원회 심결 수준이 아닌 법원에 의한 제재를 받는 경우 기판력의 확장으로 인한 이중처벌도 금지되며, 과징금을 부당이득의 환수로 보는 입장에서 과다 징수가 있는 경우, 환급청구 내지 반환청구가 인정되거나 과징금 부과단계에서는 적극적 공제요소가 될 것이다.

51) 土田和博, “獨占禁止法と事業法による公益事業規則の在り方に關する一考察”, 土田和博, 須網隆夫 編著『政府規制と經濟法: 規制改革時代の獨禁法と事業法』, 日本評論社, 2006, 159면

52) 岸井大太郎, “公益事業の規制改革と獨占禁止法”, 『日本經濟法學會年報』第23号, 2002, 33면

### (3) 효과 분석과 의도 분석

경쟁법적 규제를 적용하기 위해서는 경쟁제한적 효과 외에 경쟁제한적 의도가 고려되어야 한다. 경쟁법상 규율 대상이 되는 행위는 모두 경쟁제한적 의도가 있어야 처벌가능한 것이다. 따라서 경쟁법적 규제에 있어서 시장효과를 검토하는 과정에서 어떤 사업 의도를 가지고 있는지 파악할 필요가 있고 이 때 사업법적 접근이 의미를 갖는다.

## 2. 실천적 적용

지금까지 위에서 검토한 3가지 접근법을 네이버와 판도라 간의 사건에 적용해본다. 이를 위해서는 우선 네이버와 판도라의 관계를 정확히 이해할 필요가 있다. 기존의 접근법에서는 포털사이트인 네이버와 CP인 판도라를 다른 시장에서 활동하는 별개의 당사자로 파악하는 경향이 있다. 그러나 온라인 사업의 특성상 포털과 CP의 시장은 엄격히 구별할 수 없다. 우선 포털사이트와 CP 모두 광고수익이 매출의 대부분을 차지한다는 공통점을 가지고 있다. 따라서 포털과 CP의 외관상 형태가 다소 다르더라도 근본적으로는 매출액과 점유율 산정은 모두 광고시장을 기준으로 정해야 한다.

그러나 그렇다고 하여 광고를 획일적으로 하나의 시장으로 볼 수는 없다. 앞서 설명한 바와 같이 온라인 광고는 다양한 형태로 제공되는데 각 광고의 형태별로 광고주가 표현할 수 있는 내용에 차이가 있기 때문에 광고의 형태에 따라 광고주의 성향과 광고 의도가 달라지기 때문이다. 따라서 광고의 형태별로 시장획정이 필요하다.

특히, 동영상 광고의 경우 동영상에 부착된다는 점에서 사업법적으로는 영비법이 적용되는 영역이 되기 때문에 텍스트를 기반으로 하는 여타의 온라인 광고와는 차별적인 지위에 있다. 따라서 온라인 광고 중에서 동영상 광고를 별도의 시장으로 획정할 필요가 있다. 결국 판도라와 네이버 모두 이용자들을 동영상 콘텐츠로 유도하는 동일한 영업을 수행하고 있는 것이고 이는 모두 동영상 광고 수익을 위한 행위라고 할 수 있다. 여기에서 영비법이 적용된다는 것은 적용법을 정하는 동시에 관련 시장을 획정하는 근거가 된다. 따라서 경쟁법을 적용함에 있어 사업법을 교차 적용함으로써 포털업체에 대한 시장획정이 실정법적 근거를 갖게 된다. 이러한 면에서 다층적 규제란 올바른 법적용을 위한 논리필연적 타당성을 지닌다.

위와 같은 점을 고려해 볼 때 네이버와 판도라의 관련시장은 동영상 광고 시장이라고 할

수 있다. 경쟁법에서 관련시장을 확정하는 가장 기본적인 방법은 SSNIP test를 통해서이다. 이 사안의 경우 네이버가 동영상 광고에 대한 가격을 인상할 경우 광고주가 다른 사이트 또는 다른 형태의 광고로 이탈하는 지 여부에 따라 네이버가 독점적 지위를 가지는 시장을 설정할 수 있다. 위에서 보는 바와 같이 포털 사이트에 대한 경쟁법적 규제를 위해서는 사업법적 측면이 모두 고려되어야 한다.

포털업체에 대한 경쟁법과 사업법의 다층적 적용은 수요독점형 유통업자에 대한 필요하고도 적절한 규제를 하기 위함이다. 특히 포털업체가 네트워크 외부성을 향유하는 상거래의 중심에 있으므로, 이를 반영하는 CP와의 계약법적 관계에서 파생되는 의무와 법률상 지위는 포털업체를 규율하는 가장 직접적이고도 중핵적인 법적 근거가 된다. 살피건대, 판도라의 영업구조는 판도라의 동영상에 이용자를 유인하여 동영상에 부착된 광고에 노출되도록 하는데 있다. 네이버의 영업구조 역시 이용자를 유도하여 판도라를 비롯한 각종 콘텐츠를 이용하게끔 하는 것이다. 즉, 판도라는 자사의 동영상에 대한 유치 업무를 네이버에 위임한 것이다 이를 관례는 “콘텐츠와 이용자의 중개”라고 표현하고 있다. 포털업체는 동영상 제공중개인이면서 동시에 동영상 제공자의 법적 지위에서 쌍방위임의 법리, 선관주의 의무에 따라 당사자이면서 동시에 위임인의 경쟁자로서 일정한 업무의 내재적·목적적 한계를 지니게 되며, 그 의무불이행 여부는 엄격한 사법심사의 대상이 된다.

## V. 결론: 정책적 시사점

핀천의 경매품인 사설우표에는 음을 약하게 하는 약음기가 그려져 있다. 트럼펫의 나팔관에 공명을 억제하는 비금속 물체를 덧댄 형상이다. 이는 타자와의 교류를 회복하는 필연적 전제는 서로의 목소리를 낮추는데 있다는 메타포어이다. 포털에서 탐색되는 신호는 데시벨을 극단적으로 약화시킨 농아들의 무도회의 반주이어야 한다. 기존 세계의 주변부와의 교신은 이를 통해서만 가능하기 때문이다. 포털에 대한 규제는 기존의 무차별적 규제를 새로운 미디어에 대한 편집권 규제로 바꾸는데서 출발한다. 규제의 핵심이 편집권이라면 시장획정은 일반 출판물과 같이 광고수입으로 측정된다. 다만 콘텐츠와 구체적 계약 내용에 따라 시장을 세분화할 필요는 여전히 남는다.

이러한 다층적 규제의 관점에서 살펴보면, 현재의 포털에 대한 규제체계는 크게 두 가지 문제점이 있다. 포털을 통신사업자로만 판단하여 콘텐츠에 대한 내용적·사업법적 규제가 이루어지지 않고 있다는 점과 경쟁법적인 접근만 있다는 점이다. 따라서 포털에 대한 적절한 규제를 하기 위해서는 다음의 3가지 사항을 확정해야 한다. 첫째는 특정 행위가 포털의 서비스 중 어떠한 영역에 해당하며 해당 서비스를 규제하는 사업법은 무엇인가 하는 것이다. 둘째는 해당 행위의 계약법적 유형이 어떻게 되는지 이다. 마지막으로는 이에 대하여 경쟁법적으로 어느 수준의 규제를 할 수 있을지가 문제된다.

포털과 관련하여 현재의 사업법적 규제는 미미한 편이며 이에 대한 대안으로 언급되는 망중립성 개념은 포털에 적용하기에는 적절한 법적 이론이 아니다. 오히려 포털의 경우 콘텐츠제공자로서의 지위를 강조하여 내용적 통제를 하여야 한다. 구체적으로 포털의 사업은 저작물을 복제, 배포한다는 점에서 출판에 해당한다고 할 수 있다. 따라서 출판법 및 이에 대한 특별법이라 할 수 있는 신문법, 영비법 등이 적용될 수 있다.

포털의 경쟁법적 규제와 관련하여 가장 문제되는 것은 시장의 획정이다. 그러나 포털이라고 해서 기존의 시장과 완전히 다른 접근법을 택할 필요는 없다. 포털의 서비스가 무료라고 하여도 일정한 거래조건이 부과될 경우 이를 “가격”으로 파악할 수 있기 때문이다. 또한 포털은 콘텐츠제공업이 주요 기능이라는 측면에서 해당 콘텐츠별로 분리하여 시장을 획정해야 한다. 이때 앞서 언급한 것과 같은 적용 사업법이 하나의 기준이 될 수 있다. 해당 사업법에서 어떠한 진입규제를 하는지 살펴보고 이에 따라 시장을 획정할 수 있다. 한편 엄격한 시장획정과정 없이도 경쟁법적 규제를 적용할 수 있다. 필수설비이론을 통하여 시장지배적 지위를 추단하는 방법도 있고 시장지배적지위가 요구되지 않는 불공정거래행위(공정거래법 제23조)를 적용하는 방법도 있다.

마지막으로 포털과 CP와의 계약관계를 통한 포털의 규제방안이 있다. 포털과 CP와의 계약관계는 상법상 대리상, 위탁매매 또는 중개의 형식과 유사한 경우가 많다. 따라서 해당 제도상의 권리의무관계가 포털에게 적용된다. 즉, 포털은 위임인의 이익을 위하여야 할 선관주의의무가 있고 경우에 따라 경업금지의무가 부과될 수 있다.

포털업체에 대한 경쟁법과 사업법 및 계약법의 다층적 적용은 존재하지 않는 법을 가상하여 새로운 입법체계를 구축하기보다는 현존하는 규제의 적용범위 내에서 상거래의 중심에 있는 수요독점형 유통업자에 대한 적절하고 적시의 규제를 하기 위함이다. 다양한 콘텐츠

츠가 유통되는 플랫폼인 포털을 통신사업자로만 규율하는 것이 아니라 콘텐츠의 내용에 따라 그 영역의 시장을 규제하는 사업법으로 경쟁법 규제를 보완함으로써, 일률적인 규제가 아닌 산업적 특성을 반영한 규제가 이루어질 수 있다. 콘텐츠 특성에 따른 구체적인 시장획정은 포털사업자와 이를 둘러싼 다양한 이해관계자들의 계약법적 관계에서 파생되는 의무와 법률상 지위를 명확하게 하며 사업법상 법률관계와 함께 경쟁법적 규제를 보완하여 완결적이고 입체적인 규제를 달성할 수 있게 된다.

핀천의 49호 경매품의 매각절차는 아직 끝나지 않았다. 끝없이 목소리를 높이는 자는 아직도 선택을 기다리고 있다. 본 연구는 그 결말이 우리 사회 어디선가 음소거(mute) 단추를 장착하고 경청의 자세로 기다리는 자들을 위한 것이어야 한다는 소박한 바람의 표현이다.

## 참고문헌

- 곽주원 · 이명호 · 김창완 · 김현수 · 김봉식 · 김한나, 『전기통신사업 체계 개편 및 부가통신 서비스 규제개선 방안 연구』, 정보통신정책연구원, 방송통신위원회, 2012. 11.
- 김선광, “포털사업자의 시장지배적지위에 관한 법적 고찰”, 『법학논총』, 제24권 제2호, 2007.
- 김성곤, 『제49호 품목의 경매』, 민음사, 2007.
- 김창규, “방송통신융합시대의 디지털콘텐츠산업 진흥체계정비방안”, 『공법연구』, 제36집 제2호, 2007.
- 김현수, “네이버의 시장지배적지위 남용 사건에 대한 검토: 서울고등법원 2009. 10. 8. 선고 2008누27102 판결을 중심으로”, 『경쟁법연구』 제24권, 2011.
- 네이버, 『반기보고서』, 네이버, 2013. 8. 14
- 손승우, “인터넷 포털에 있어서 디지털콘텐츠 이용자 보호 및 불공정거래 개선방안”, 『법학논총』, 제33권 제1호, 2009.
- 시장감시국, “인터넷 포털사업자의 공정거래법 위반행위 시정조치”, 보도자료, 공정거래위원회, 2008. 5. 8.
- 양용석, “이중규제 구조의 통신산업 선진화를 위한 대안적 연구”, 『과학기술법연구』, 제14집 제2호. 2009
- 이상욱, “명예훼손에 대한 인터넷서비스제공자의 불법행위책임”, 『영남법학』, 제34호, 2012.
- 이영대, 『공익사업의 독점규제에 관한 연구』, 서울대학교 대학원 석사논문, 1990.
- 이영대, “통신에서의 시장지배적 사업자에 대한 비대칭 규제의 법적 성격에 관한 소고”, 『정보법학』, 제9권 제1호, 2005.
- 이영대 · 김규란, “전자책과 디지털도서관, 그리고 현행법의 상생 가능성”, 『정보화정책』, 제8권 제4호, 2011.
- 이영대 · 최경규, 『해외통신시장 사후규제 사례 연구』, 국회입법조사처, 2013.
- 이호영, 『독점규제법』(제3판), 홍문사, 2011.
- 최기원, 『상법학신론(상)』(제19판), 박영사, 2011.
- 한국신용평가정보, 『인터넷 포털 산업보고서』, 한국신용평가, 2007.
- 한국정보사회진흥원, 『플랫폼으로서 인터넷포털의 경제적 이해』, 한국정보사회진흥원, 2008.

- 한양사이버대학교, 『인터넷 포털서비스의 신뢰회복 및 사업자 간 상생방안 제도화 연구』, 한국인터넷진흥원, 2009. 12.
- 岸井大太郎, “公益事業の規制改革と獨占禁止法”, 『日本經濟法學會年報』, 第23号, 2002.
- 土田和博, “獨占禁止法と事業法による公益事業規則の在り方に關する一考察”, 土田和博·須網隆夫 編著, 『政府規制と經濟法: 規制改革時代の獨禁法と事業法』, 日本評論社, 2006.
- Evans, D. S., “The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform”, *Yale Journal on Regulation*, Vol.20, 2003.
- FTC, “Statement of Federal Trade Commission Concerning Google/DoubleClick”, FTC File No. 071-0170, 2007. 12. 20.
- FTC, “Statement of the Commission Concerning Google/AdMob”, FTC File No. 101-0031, 2010. 5. 21.
- ICOMP v. Google, Case COMP/AT.39.740, European Commission, 2013.
- PWC, *IAB Internet Advertising Revenue Report*, PWC, 2014.
- The Economist, “Google, the EU and Antitrust: Search Over,” *The Economist*, 2014. 2. 8.

<판례 등>

- 대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812
- 서울고등법원 2009. 2. 4. 선고 2008누16959
- 서울고등법원 2009. 10. 8. 선고 2008누27102
- Comcast Corp. v. FCC, 600 F.3d 642(D.C. Cir. 2010).
- Competition Commission, *Classified Directory Advertising Services: Final Report*, Department for Business, Innovation and Skills(BIS), 2006.
- Great Western Directories. Inc. v. Southwestern Bell Telephone Co., 63 F.3d 1378(5th Circuit, 1995).
- ICOMP v. Googe, Case COMP/AT.39.740, European Commission.
- U.S. v. Apple Inc., et al., U.S. District Court, Southern District of New York, 12 Civ. 2862(DLC).
- Verizon v. Federal Communications Commission, U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit. 740 F.3d 623(D.C. Cir. 2014).

## A Study of Multi-layered Regulation on the Monopsony Portals

Young-Dae Lee and Gyoung-Gyu Choi

In contents industry, the development of wireless communication has changed the contents transaction landscape. The distribution channel of contents has been changed from face to face transactions at the “mart” to the “smart” platforms. In order to integrate these new transaction trends into a stabilized contents ecosystem, it is essential to establish rules for fair transactions that would ensure coexistence among the market participants. The structural reasons for unfair transactions in contents are threefold: One, the industry consists of a large number of small-scale businesses. Two, the distributors maintain dominant positions in the transactions. And the economic valuation of the contents is difficult.

This study finds ways to improve the legal system that ensures the market participants fair shares from the competition in the dynamic industry, especially in portal with monopsony power. To do this, we explore the legal materials including case laws from South Korea, Japan, the U.S. and the decisions of the Fair Trade Commission, and analyze the legal position of the portal industry. Based on this analysis, this study provides evaluation standards to distinguish between fair and unfair transaction. Further, we suggest a multi-layered legal framework incorporating the perspectives of regulatory laws, competition law, and contract law.

Key words: Contents Industry, Dual Agent, Exchange Contract, Fair Trade, Non-Competition, Portal, Publication, Software,