

디지털 플랫폼 독과점 규제의 쟁점과 규제 방향

홍대식 교수(서강대학교 법학전문대학원)

I. 디지털 플랫폼에 대한 독과점 규제의 기초

1. 공정거래법상 독과점규제의 기초

우리나라에서 경쟁법의 성격을 갖는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(‘공정거래법’)상 독과점규제는 시장에서의 힘과 시장의 경쟁 상황을 분석하기 위한 규제를 말하는 것으로, 구조규제와 행위규제의 두 가지 방식으로 구분할 수 있다. 먼저 구조규제는 힘을 보유한 사업자의 특정 행위를 매개로 하지 않는다는 점에서 구조에 대한 규제라고 할 수 있다. 공정거래법 제4조(독과점적 시장구조의 개선)는 공정거래위원회(‘공정위’)에 현황 조사, 분석 및 정책 추진의 구조규제 방식의 독과점규제 권한을 부여한다. 다음으로 행위규제는 힘을 보유한 사업자의 특정 행위를 매개로 한다는 점에서 행위에 대한 규제라고 할 수 있다. 공정거래법 제5조(시장지배적 지위의 남용금지)는 공정위에 구체적인 사건 조사, 분석 및 제재, 시정의 행위규제 방식의 독과점규제 권한을 부여한다.

공정거래법상 경쟁법으로서의 독과점규제 규범은 시장의 변화와 기술적 발전에 대처하기에 충분할 만큼 유연한 것으로 평가된다. 이러한 평가는 경쟁법이 전제로 하는 시장의 모습과 시장의 규칙으로서 경쟁법이 갖는 역할에서 도출된다. 경쟁법이 전제로 하는 시장의 모습은 동일 또는 유사한 상품 또는 용역을 공급하는 다수의 사업자가 소비자의 선택을 받기 위하여 경쟁하는 시장이다. 이러한 시장에서는 보이지 않는 손으로서 가격이 시장의 균형추 구실을 한다. 가격의 균형추 구실을 가능하게 하는 메커니즘은 시장에서의 경쟁의 규칙이다. 시장의 규칙으로서 경쟁법의 역할은 경쟁의 규칙을 위반하는 반칙행위에 대한 보이는 손으로서 정부의 개입이다. 정부개입의 법적 수단이 경쟁법 또는 반독점법이라고 할 수 있다.

독과점규제 규범은 관할 국가별로 차이가 있다. 미국은 시장에서의 힘에 대한 가장 높은 기준으로 독점력(monopoly power) 기준을 채택한다. 다만 미국은 독점력 보유의 경우만이 아니라 그 보유 시도도 규제대상으로 한다. 미국은 또한 시장의 경쟁 상황 분석에 관하여 경제학적 접근인 소비자 후생 기준(consumer welfare standard)을 위주로 판단하고 있다. 이에 대하여 유럽연합(EU)은 시장에서의 힘에 대한 상대적으로 높은 기준으로 시장지배력(dominant power) 기준을 채택한다. 다만 EU는 시장지배력 보유의 경우만을 규제대상으로 한다. EU에서는 시장의 경쟁 상황 분석에 관한 행태적 접근과 경제학적 접근이 공존한다. 이는 EU의 경우 미국과 달리 행태적 접근에 해당하는 시장지배적 사업자의 사회적 책임론과 경쟁 보호 기준(protection of competition standard)도 적용하고 있는 점에서 알 수 있다. 우리나라의 경우 법적 형태는 유럽연합과 유사하지만, 적용 방식은 발전 과정에 있어 미국

방식과 유럽연합 방식이 교차하고 있는 모습을 볼 수 있다.

2. 디지털 플랫폼에 대한 독과점규제의 기초

최근 몇 년 사이에 해외의 주요국의 정부 또는 연구기관에서 디지털 플랫폼 경제에 대한 전반적인 이해를 돕기 위한 전문가보고서들이 쏟아져 나오고 있다. 이들 보고서에서는 디지털 플랫폼 경제의 주요 특징을 여러 가지 방식으로 설명하고 있다. 이 중에 EU 특별 자문가보고서(2019)¹⁾는 디지털 플랫폼 경제의 특징을 규모 수익체증(increasing returns to scale)과 네트워크 효과, 범위의 경제, 그리고 데이터의 역할 3가지로 설명한다. 네트워크 효과는 수요 측면의 규모의 경제로서, 디지털 플랫폼의 부상을 설명해주는 원리이다. 범위의 경제는 투입요소인 데이터의 역할과 연결되고 디지털 생태계의 출현과 성장을 설명해주는 원리이다. 데이터의 역할은 특히 소비자행동에 대한 데이터 축적에 의한 역할로 설명된다. 그 밖에 주요 전문가보고서인 영국 퍼만 보고서(2019)²⁾와 미국 스티글러 보고서(2019)³⁾에서 추가적인 특징으로 거론되는 사항으로는 극히 낮은 한계비용, 시장의 글로벌 성격, 자본 원천에 대한 특권적인 접근 등을 들 수 있다.

위와 같은 문헌에서 디지털 플랫폼 경제의 주요 특징으로 제시하는 사항이 관련 시장들에 주는 효과는 원칙적으로 중립적이다. 다만 위와 같은 문헌은 공통으로 디지털 플랫폼 경제의 주요 특징이 초래하는 새로운 위험으로 쏠림 효과(tipping effect)를 지적하고 있다.⁴⁾ 쏠림 효과는 시장이 단일한, 초시장지배적인(ultra-dominant) 공급자를 중심으로 집중되는 현상을 말한다. 디지털 플랫폼 경제의 주요 특징이 작용하는 시장들은 쏠림의 경향이 나타난다고 한다. 쏠림 효과를 가진 시장을 얻기 위한 경쟁 초기에는 강한 경쟁을 촉진하나, 일단 쏠림 효과가 발생한 후에 경쟁이 약화하는 현상이 나타난다. 그에 따라 시장에서의 힘이 계속 성장하고 견고하게 지속되며 인접 시장으로 확대될 우려가 있다. 쏠림 효과가 발생한 시장(tipped market)에서 힘을 갖는 사업자는 복잡한 생태계를 구축하여 데이터 수집 및 분석 역량을 증대함으로써, 자신의 힘을 보호할 수 있다.

문헌에 나타나는 디지털 플랫폼 경제의 특징과 그 특징들이 결합하여 나타날 수 있는 예상 효과를 통해 볼 때, 디지털 시장에서의 디지털 플랫폼 이해의 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않는다. 무엇보다 디지털 시장에서의 경쟁은 전통적인 시장에서의 경쟁과 다른 양상을 보인다. 전통적인 시장에서는 사업자가 수익증대를 위하여 낮은 가격과 상품 설계(product design) 및 생산 기술에서의 혁신을 통해 시장점유율을 얻기 위하여 경쟁한다. 그러

1) JACQUES CRÉMER, YVES-ALEXANDRE DE MONTJOYE & HEIKE SCHWEITZER, COMPETITION POLICY FOR THE DIGITAL ERA, European Commission (2019), <https://perma.cc/H2NL-8LAF>

2) Digital Competition Expert Panel, Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel (2019), <https://perma.cc/RHM4-RMR7>

3) STIGLER COMM. ON DIGITAL PLATFORMS, Sub-committee on Market Structure and Antitrust Report, in STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS FINAL REPORT, STIGLER CTR. FOR THE STUDY OF THE ECON. AND THE STATE AT CHICAGO BOOTH 23 (2019), <https://perma.cc/RWV9-KRL5>

4) Lancieri, Filippo and Sakowski, Patricia, "Competition in Digital Markets: A Review of Expert Report", 26 Stan. J.L. Bus. & Fin. 65 (2021), pp.75-76. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3681322>

나 디지털 시장에서는 이런 경쟁이 반드시 실현 가능한 것이 아니다. 디지털 시장에서의 경쟁 변화의 주된 요인은 디지털 플랫폼의 특성에 기인한다는 점에 유의하여야 한다.

디지털 플랫폼 경제의 출현에 따른 변화는 전통적인 파이프라인 경제와 디지털 플랫폼 경제에서의 경쟁의 모습을 비교함으로써 설명될 수 있다. 전통적인 파이프라인 경제에서의 경쟁의 모습은 규모의 경제를 갖는 주요 공급자를 중심으로 수직적인 가치사슬에 의한 일방향적인 공급과 수요에 의하여 이루어진다. 여기서 혁신은 점진적(incremental) 혁신과 돌파적(breakthrough) 혁신⁵⁾을 포함하는 현상유지적(sustaining) 혁신⁶⁾의 모습으로 나타나고, 대부분의 경쟁은 시장 내에서의 경쟁(competition in the market)의 성격을 갖는다. 이에 대하여 디지털 플랫폼 경제에서의 경쟁의 모습은 네트워크 효과를 갖는 플랫폼 양쪽에 있는 고객과 파트너를 포함하는 생태계에서의 양방향적인 상호작용으로 이루어진다. 여기서 혁신은 파괴적(disruptive) 혁신과 시장의 경계를 옮기는 현상으로 나타나고, 두드러진 경쟁은 시장을 얻기 위한 경쟁(competition for the market)의 성격을 보인다.

디지털 플랫폼 경제에서는 인공지능 기술이 창출하는 시장의 출현에 따른 변화에도 주목할 필요가 있다. 인공지능 기술, 특히 기계학습(machine learning) 기술의 특징은 ‘데이터 입력→알고리즘에 의한 처리→결과 출력’이라는 기존의 프로그램 과정을 ‘데이터 및 원하는 결과 입력→기계학습→알고리즘 출력’이라는 과정으로 전환하는 것으로 설명된다. 이 전환 과정에서 기계학습의 원천이 되는 유용한 데이터의 확보와 자동화된 의사결정 알고리즘의 중요성이 증대된다. 그에 따라 인공지능 기술이 경쟁 구도와 사업자 간의 역학관계에 대한 중요한 변화를 초래하는 요인이 된다는 인식이 필요하다. 그로 인한 새로운 이슈는 투입 요소로서의 데이터 확보 및 접근 관련 이슈와 산출물로서의 알고리즘의 시장 이용 관련 이슈이다. 투입 요소로서의 데이터 확보 및 접근 관련 이슈는 인공지능 시대의 경쟁에서의 데이터와 데이터 접근의 중요성이 증대함에 따른 것이다. 산출물로서의 알고리즘의 시장 이용 관련 이슈는 인공지능의 ‘블랙박스’로서의 성격과 그로 인한 행위유형 평가의 어려움에서 비롯된다.

디지털 플랫폼 경제에서의 시장의 변화는 경쟁법에도 새로운 도전이 되고 있다. 그 도전은 전통적인 경쟁법의 분석 틀의 유효성에 대한 도전으로 나타난다. 즉 전통적인 반독점 분석 틀 적용으로 디지털 플랫폼 경제에서 발생하는 경쟁 문제에 대처하는 것이 충분한가 하는 의문이다. 경제학적 연구 성과는 전통적인 반독점 분석의 각 단계, 즉 관련시장 획정 단계부터 시장진입과 효율성 판단 단계에 이르기까지 모든 단계에서 분석의 유효성에 대한 의문을 제기하고 있다. 그에 따라 플랫폼 경제에서 일어나는 사업에 대한 경쟁법 집행 또는 경쟁정책 수립에 신중해야 하고 위법오판의 오류에 주의하여야 한다는 주장이 대두되고 있다.

그런데도 이 글에서는 전통적인 반독점 분석이 여전히 유효하다는 가정에서 출발한다. 전

5) 점진적 혁신은 고객이 기대하는 방법으로 하는 상품의 개량이고, 돌파적 혁신은 기대하지 않은 것이지만 그럼에도 불구하고 기존 시장에 영향을 주지 않는 것이다. 두 유형 다 기존 시장에 영향을 주지 않는 기존 상품의 개량이라는 점에서 공통적이다. Inge Graef, EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility, Wolters Kluwer (2016), p.69.

6) 현상유지적 혁신을 파괴적 혁신과 구별하는 방식은 Bower와 Christensen (1995)의 연구에서 도입되었다. J. L. Bower and C. M. Christensen, “Disruptive Technologies: Catching the Wave”, Harvard Business Review, Vol. 73, No. 1 (1995)

통적인 반독점 분석은 과거에도 원래 상정하였던 것과 다른 상황이 새롭게 대두될 때마다 도전을 받아 왔다. 그때마다 그 틀을 확장하거나 수정하는 방식으로 새로운 상황에 적응해 왔다. 따라서 플랫폼 경제에서 발생하는 상황에서도 전통적인 반독점 분석이 여전히 유효하다고 가정해볼 수 있다.

II. 시장에서의 힘에 대한 판단

1. 시장에서의 힘을 판단하는 방식

이 글에서 시장에서의 힘이란 시장에서 형성될 수 있는 다양한 형태의 힘을 포괄해서 지칭하는 용어로 사용한다. 경쟁법과 경제분석에서는 흔히 시장력(market power)이라는 용어가 사용되지만, 이 용어는 경쟁 게임의 다양한 차원(자본조달, 기술적 자산과 원천의 중요성, 차별화와 싱글호밍의 전략, 소비자행동 편향의 부당 이용 등)을 모두 고려하지 않는 미시적인 개념이라는 한계를 갖는다.⁷⁾ 따라서 디지털 경제에서 경쟁의 복잡성과 그 경쟁이 일어나는 여러 다른 분야에서 전통적인 시장력 개념에 제기하는 중요한 도전에 대처하기 위해서는 시장에서의 힘을 판단하는 방식을 다양화할 필요가 있다.

시장에서의 힘을 판단하는 방식은 전통적인 관련시장을 전제로 한 판단방식과 전통적인 관련시장을 전제로 하지 않는 판단방식으로 구분해볼 수 있다. 전통적인 관련시장을 전제로 한 판단방식은 관련시장 내의 단일 단계(single stage)를 전제로 한 수평적 관점에서 힘의 원천 또는 형성 과정을 포착하는 방식이다(구조 또는 과정의 측면). 시장력(market power) 또는 시장지배력(dominant power) 개념이 여기에 해당한다. 전통적인 관련시장을 전제로 하지 않는 판단방식은 관련시장의 범위를 넘거나 교차하는(cross-market) 총체적 관점에서 힘의 원천 또는 형성 과정을 포착하는 방식(구조 또는 과정의 측면)과 관련시장 간의 이중적 단계(dual stage)나 관련시장 내부의 세분화된(fragmented) 시장을 전제로 한 수직적 관점에서 거래관계의 불균형, 비대칭 상황을 포착하는 방식(관계의 측면)이 여기에 포함된다. 경제력(economic power) 개념은 구조 또는 과정의 측면을 포착하는 방식에, 우월적 협상력(superior bargaining power) 개념은 관계의 측면을 포착하는 방식에 해당한다.

2. 전통적인 관련시장을 전제로 한 판단 방식

(1) 관련시장

관련시장 확정은 경쟁상품의 범위를 기초로 경쟁상 제약(competitive constraints)을 이해하

7) Lianos, Ioannis, Competition Law for the Digital Era: A Complex Systems' Perspective, Center for Law, Economics and Society, Faculty of Laws, UCL (2019), p.112. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3492730>

고 이를 통하여 특정한 상품에 대하여 사업자가 가진 시장력의 정도를 이해하도록 돕기 위한 것이다.⁸⁾ 관련시장 획정의 방법론으로는 가상적 독점자 테스트 또는 SSNIP 테스트 그리고 개별시장 접근방식이 있다.

양면플랫폼 사업에는 전통적인 관련시장 획정 방법론이 잘 맞지 않는다.⁹⁾ 네트워크 효과가 작용하는 양면 플랫폼의 경우 가격이 소비자에 대하여 갖는 상품의 경제적 가치를 반영한다는 전제 자체가 성립하지 않는다는 점이 경제학적으로 많이 지적되고 있다. 따라서 관련시장을 획정하더라도 양면시장의 특성에 따라 분석 틀을 확장, 수정할 필요가 있다. 이를 위해서는 관련시장을 획정할 때 먼저 양 측면에 대한 고려가 필요하다. 많은 수의 양면시장형 사업의 경우 간접적 네트워크 효과와 피드백 루프(feedback loop) 효과, 그리고 양 측면 간 저가격-고가격의 비대칭적 가격구조와 플랫폼의 통제 가능성¹⁰⁾이라는 특성이 존재한다. 양 측면의 상호의존성이 강하게 나타날 때 개별 측면만을 고려하는 개별시장 접근방식에 한계가 있다. 양 측면에 대한 고려는 사업의 한 측면에서의 가격 효과를 검토하기 위해서 사업의 다른 측면에 미치는 효과와 양 측면 사이의 연쇄적 파급효과를 발생시키는 피드백 루프 효과를 모두 고려하는 방식으로 이루어질 수 있으나, 구체적 방식은 해결되어야 할 과제이다.

경제분석의 어려움 때문에 수요대체성을 판단하는 정성적 기준이 강조되기도 한다. 전통적인 방법론에서도 수요대체성을 판단하기 위해 SSNIP 테스트 외에 상품의 기능 및 효용이 고려되었고, 출발점으로 작용하였다. 양면 플랫폼 사업에서는 서비스의 기능이 중심적인 기준이 될 수 있는데, 이를 특성 기반(characteristics based) 시장 획정이라고 한다.¹¹⁾ 양면 플랫폼의 특성을 이해하기 위해 양면 플랫폼을 분류하는 다양한 방법이 참고될 수 있다. 예컨대, 미국 연방대법원의 American Express 판결(2018)¹²⁾의 다수의견은 양면 플랫폼을 일반화하지 않고 이를 양면 거래(transaction) 플랫폼과 양면 비거래(non-transaction) 플랫폼으로 구분하여 별도로 접근하였다.¹³⁾ 특히 매칭(matching) 플랫폼의 성격을 강하게 갖는 양면 거래 플랫폼의 경우 양 측면과 구별하여 플랫폼이 제공하는 매칭 서비스가 별도의 서비스로 인식될 필요가 있다.

8) Evans, David S., "Lightening Up on Market Definition", Einer Elhauge, ed., RESEARCH HANDBOOK ON THE ECONOMICS OF ANTITRUST LAW, New York: Edward Elgar (2010); 홍대식, "플랫폼 경제에 대한 경쟁법의 적용-온라인 플랫폼을 중심으로-", 법경제학연구 제13권 제1호 (2016), 97면.

9) OECD, Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms (2018), pp.45-46. Available at <https://www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm>; Jacques Crémer, et. al, Competition Policy for the Digital Era (2019), pp.42-43.

10) 가격 구조가 비중립적이기 위해서는 양 측면의 수요 간에 외부성이 존재하여 부분적인 가격전가(pass-through)는 이루어지더라도 완전한 전가가 이루어지지 않아 플랫폼이 양 측면에 부과되는 상대적인 가격 구조를 통제할 수 있어야 한다. 전가가 완전한 경우 이는 단면시장이다. Filistrucchi, Geradin, Van Damme, & Affeldt, Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice, 10 J. Competition L. & Econ. 293 (2014)

11) Jacques Crémer et. al., Competition Policy for the Digital Era (2018), pp.45-46.

12) Ohio v. Am. Express Co., 138 S. Ct. 2274, 201 L. Ed. 2d 678 (2018)

13) 김성환·남재현·홍대식, 해외 경쟁법 집행 관련 최신 사례 연구, 공정거래위원회 연구용역보고서 (2020), 50면.

디지털 시장에서는 시장 확정의 한계로 인해 시장 확정보다 경쟁침해이론과 반경쟁적인 전략의 식별에 더 중요성이 부여될 필요가 있다. 시장을 개별 측면시장으로 확정할 것인지 양 측면을 연결하여 확정할 것인지는 경쟁분석의 경제적 논리에 영향을 주지 않지만, 사건 판단에 실제적인 중요성을 가질 수 있다. 효율성은 동일시장인 경우에 비하여 별개의 연결된 시장인 경우 제한적인 상황에서만 고려된다는 점에서 관련시장 확정에 따라 사건 판단에서 효율성의 고려 범위가 달라질 수 있다.¹⁴⁾

(2) 시장력과 시장지배력

시장력은 시장가격 기타 거래조건에 영향을 주는 사업자의 능력 또는 경쟁 수준을 초과하는 이익을 얻는 사업자의 능력으로 정의된다. 시장지배력은 시장력 중에서도 상당한 정도의 지속적인 시장력을 가리킨다(시장력 + 상당한 정도 + 지속성). 시장력과 시장지배력의 차이는 그 정도의 차이로 볼 수 있다. 시장력 또는 시장지배력의 평가방식은 행태적 접근(기업의 가격 인상 능력을 나타내는 러너 지수에 기초한 접근)과 구조적 접근(러너 지수의 대리 변수로서 시장점유율을 지표로 삼는 접근)으로 구분된다.

전통적인 관련시장을 전제로 한 판단에서 시장력 또는 시장지배력 판단의 어려움 역시 양면시장의 특성에서 비롯된다. 양면시장의 특성을 갖는 디지털 플랫폼 분야에서는 양면의 상호의존성으로 인한 실제적 측정상의 어려움, 기술혁신으로 인한 대체가능성이라는 특성, 시장력이 지속되기 어려운 불안정성이라는 특성이 작용한다. 따라서 분석 틀의 확장, 수정의 필요성이 제기된다. 시장력 또는 시장지배력을 판단할 때 시장점유율 등 단순한 지표 평가보다는 진입 또는 확장장벽, 브랜드 효과의 존재, 고객의 대항구매력 등 시장구조에 대한 종합적인 판단에 기초하여 접근할 필요가 있다.¹⁵⁾ 또한 기존의 고려요소 외에 간접 네트워크 효과의 방향 및 크기(임계규모), 멀티호밍 현상 등 양면의 상호의존성을 고려요소에 추가하고, 새로운 지표로서 시장력 또는 시장지배력을 혁신을 저해하는 능력 또는 소비자 선택 가능성을 저해하는 능력으로 확장 정의하고 그 분석 방법을 개발할 필요가 있다.

시장력 또는 시장지배력 판단에 고려되는 중요한 요소로는 진입장벽 또는 확장장벽의 존재 및 그 정도가 있다(공정거래법 제2조 제3호 제2문). 디지털 플랫폼 경제에서는 선발자의 특별한 우위가 진입장벽 또는 확장장벽으로 작용할 수 있다. 이와 같은 것으로는 이용자의 임계수치(critical mass) 장벽, 응용프로그램 또는 데이터 장벽을 들 수 있다. 2006년 공정위의 Microsoft 사건¹⁶⁾에서는 관련 응용프로그램 상품의 편재성으로 인한 시장에서의 쏠림 현상과 진입장벽 구축 효과의 발생을 경쟁제한 효과와 연결하였다. 다만 디지털 플랫폼 경제에서 이러한 진입장벽 구축은 일정한 기간에 걸친 중요한 위험부담을 감수한 투자의 결과일

14) OECD, Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms (2018), p. 55; Thomas Kramler, "Competition Law to the Digital Economy", The Evolution of Antitrust in the Digital Era: Essays on Competition Policy, Vol. 1, CPI (2020), p. 74.

15) Thomas Kramler, "Competition Law to the Digital Economy" (2020), p. 76.

16) 공정위 2006. 2. 24.자 제2006-042호 의결.

수 있음을 고려하여, 기존 사업자가 신규 진입자가 복제할 수 없는 특별한 우위를 가지는지에 초점을 맞출 필요가 있다.

3. 전통적인 관련시장을 전제로 하지 않는 판단방식

전통적인 관련시장을 전제로 하지 않는다면 관련시장의 범위를 넘거나 교차하는 힘이나 관련시장 간의 이중적 단계(dual stage) 또는 관련시장 내부의 세분화된(fragmented) 시장을 전제로 한 수직적 관계에서 발생하는 힘을 포착할 수 있다.

관련시장의 범위를 넘거나 교차하는 힘을 포착하는 것은 혁신을 강조하는 디지털 경제의 미래적 차원에 관한 문제이다. 이는 관련시장을 전제로 하는 수요, 공급 측면의 시장지배력이 아닌 플랫폼의 양면성(다면성), 생태계화에 따른 새로운 힘의 원천과 형성 과정에 주목한다. 이와 관련된 개념으로는 한국의 공정거래법 제4장에 규정된 경제력(economic power), 독일의 「경쟁제한방지법」 제19조의a에 규정된 압도적이고 시장 교차적인 힘(power with paramount significance across market), EU의 「디지털시장법」(Digital Markets Act, DMA)¹⁷⁾ 제2조 제1호에 규정된 관문을 지키는 힘(gatekeeper power)을 들 수 있다.

관련시장 간의 이중적 단계 또는 관련시장 내부의 세분화된 시장을 전제로 한 수직적 관계에서 발생하는 힘을 포착하는 것은 정보비대칭 또는 더 일반적으로는 협상력 격차로 비롯되는 시장실패의 문제와 관련된 것이다. 이와 관련된 개념으로는 우월한 협상력(superior bargaining power)과 중개력(intermediary power) 또는 경쟁적 병목의 힘(bottleneck power)을 들 수 있다. 우월한 협상력은 한국의 공정거래법 제45조 제1항 제6호에서는 거래상 지위로, 독일의 경쟁제한방지법 제20조 제1항에서는 관계적인(relational) 시장력으로 표현된다. 중개력 또는 경쟁적 병목의 힘은 독일의 경쟁제한방지법 제18조 제3b항에서는 시장지배력 판단 기준이 되는 요소인 중개력으로, EU 특별 자문가보고서(2019)에서는 불가피한 거래상대방으로, 영국 퍼만 보고서(2019)에서는 전략적 시장지위로 표현된다.

III. 경쟁 영향의 매개가 되는 행위의 식별

1. 독과점규제 대상이 되는 행위 요건 포섭의 문제

독과점규제 대상이 되는 행위 요건 포섭의 방식은 형태 중심의(form-based) 접근과 효과 중심의(effects-based) 접근으로 구분할 수 있다. 형태 중심의 접근은 법에 정한 일정한 행위

17) DMA는 2022년 9월 14일 각료이사회 승인을 받은 후 2022년 10월 12일 관보에 게재되었고, 2022년 11월 1일부터 시행되고 있다.

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_6906

요건에 해당하면 위법성을 당연히 인정하거나 일단(prima facie) 추정하는 법 적용 방식이다. 효과 중심의 접근은 법에 정한 일정한 행위 요건에 해당하더라도 사례별로 효과를 분석하여 위법성을 판단하는 법 적용 방식이다. 형태 중심의 접근이 규칙 기반의 접근이지만 효과 중심의 접근은 기준 기반의 접근이다.

독과점규제에서 이 중 어떤 접근을 우선할 것인가의 문제가 있다. 형태 중심의 접근을 채택하면 행위유형 포섭의 비중이 커지지만, 효과 중심의 접근을 채택하면 그 비중이 작아질 수 있다. 형태 중심의 접근에 의하더라도 행위의 성격을 단순히 논리와 경험칙에 의존하지 않고 문제 되는 행위와 관련된 상품 또는 시장의 특성에 대한 분석에 기초하여 객관적으로 평가하면 효과 중심의 접근에 근접하게 된다. 대법원 판례는 2019년 쉐컴 I 판결¹⁸⁾에서 법의 입법 목적이 경쟁제한적 효과를 중심으로 시장지배적 지위 남용행위를 규제하려는 것에 있다고 보면서, 이를 고려하여 배타조건부 거래행위의 경우 형식적 성립요건에 해당하는 행위 요건의 포섭 범위를 유연하게 해석하고 있다.

2. 플랫폼 사업자의 전략적 행위에 대한 평가

디지털 플랫폼 경제에서의 독과점규제에 대한 형태 중심의 접근은 플랫폼 사업자의 전략적 행위를 새로운 형태의 착취적 또는 배제적 전략으로 포착하는 방식으로 나타나고 있다. 플랫폼 사업자는 양의 네트워크 효과의 방향과 크기를 이용하여 수익을 창출하기 위하여 일정한 사업모델을 전략적으로 채택하는데, 이를 착취남용 또는 배제남용의 가능성이 있는 전략으로 포착하는 사례가 늘고 있다.

적용대상이 되는 새로운 형태의 착취적 전략으로 논의되는 것은 과도한 개인 데이터 수집, 과도한 플랫폼 접근 가격 부과, 과도한 광고 노출, 과도한 플랫폼 접근 가격 부과, 과도하게 불리한 거래조건 부과¹⁹⁾ 등이다. 적용대상이 되는 새로운 형태의 배제적 전략으로 논의되는 것은 멀티호밍 제한행위, 최혜대우 요구 조항(most favored nation clause), 자사우대 행위(self-preferencing)²⁰⁾와 순위결정(검색 알고리즘), 평판 도구(추천 시스템) 그 밖의 유사한 수단에 대한 통제의 지렛대 이용(leveraging), 잠재적 경쟁자 제거 등이다.

18) 대법원 2019. 1. 31. 선고 2013두14726 판결.

19) 공정위의 딜리버리히어로코리아(요기요) 사건은 일반 소비자에 대한 최저가보장제 시행으로 배달음식점의 다른 판매 경로를 통한 더 저렴한 판매를 사실상 금지한 행위가 과도하게 불리한 거래조건 부과로 문제 되어 경영간섭에 의한 거래상 지위 남용행위 규정이 적용된 사례이다. 공정위 2020. 8. 24. 자 제2020-251호 의결(2016서경2277).

20) 2023. 1. 12. 제정된 공정위의 ‘온라인 플랫폼 사업자의 시장지배적지위 남용행위에 대한 심사지침’(공정거래위원회 예규 제418호, ‘온라인 플랫폼 심사지침’)은 이 세 가지 행위유형을 온라인 플랫폼 분야에서 발생할 수 있는 대표적인 행위유형으로 열거하고 있다(III.2.). 이 중 자사우대행위에 대하여 공정위는 시장지배적 지위 남용행위 규정을 적용할 경우 차별행위에 의한 부당한 사업활동 방해행위 규정을 적용하였고(네이버 쇼핑 사건(2021)), 불공정거래행위 규정을 적용할 경우 부당한 거래조건 차별 규정 또는 위계에 의한 부당한 고객 유인행위 규정을 적용하였다(네이버 쇼핑 사건(2021)과 네이버 동영상 사건(2021)).

IV. 경쟁제한성 판단

1. 독과점규제를 위한 경쟁제한성 판단 일반론

(1) 경쟁제한성 판단을 위한 이론적 분석도구

독과점규제를 위한 경쟁제한성 판단을 위해서는 이론적 분석도구가 필요하다. 경쟁제한성 판단을 위해서는 행위의 제한에 대한 사실적 분석과 경쟁의 제한에 대한 실증적 분석이 전제가 된다. 분석 결과를 기초로 하여 행위의 경쟁제한성을 심사하기 위해 법리적으로 필요한 것은 이론적 분석도구이다. 이론적 분석도구는 이론적 모형과 규범적 분석 틀로 구성된다.²¹⁾

이론적 모형은 경쟁침해이론(Theories of Harm)을 말하는데, 이는 문제가 되는 어떤 사건이나 경제 현상이 경쟁, 효율성 및 소비자후생에 미치는 영향이 발생하는 메커니즘을 설명하기 위한 것이다. 독과점규제를 위한 행위의 경쟁제한성 판단에서 사용되는 주된 경쟁침해이론은 착취남용과 배제남용으로 요약된다. 배제남용을 설명하는 경쟁침해이론으로 더 경제학적인 것으로는 약탈(predation) 이론, 반경쟁적인 봉쇄 이론, 경쟁자 비용상승 이론, 시장 지배력 전이 이론, 진입장벽 이론, 잠재적 경쟁 저해 이론 등이 있고, 더 규범적인 것으로는 차별 이론, 배타성 이론, 필수설비 이론 등이 있다.

규범적 분석 틀을 구성하는 전통적인 방법은 관련시장 획정-시장(지배)력 -진입장벽을 평가하고 이에 기초하여 경쟁제한 효과를 식별한 후 효율성증대 효과와 같은 정당화 사유와 비교형량하는 방법이다. 대법원의 판례는 배제남용에 관하여 경쟁 성과 또는 과정과 관련된 경쟁제한 효과를 열거하고 경쟁제한 효과의 우려와 경쟁제한의 의도·목적의 2가지 요소를 제반 사정을 참작하여 종합적으로 판단하는 규범적 분석 틀을 제시한다.²²⁾ 이때 분석의 대상이 되는 경쟁자 기준을 어떻게 정할 것인가²³⁾에 따라 그리고 현재 상황을 가상의 경쟁 상황과 비교하는 데 사용하는 반사실 방법론(counterfactual method)²⁴⁾에 의한 평가를 요구

21) 홍대식, “플랫폼 경제에 대한 경쟁법의 적용-온라인 플랫폼을 중심으로-” (2016), 95면.

22) 대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결(포스코)

23) 예를 들어 분석의 대상이 되는 경쟁자를 동등하게 효율적인 경쟁자로 설정할 경우에 비해 합리적으로 효율적인 경쟁자 또는 덜 효율적이지만 경쟁압력으로 작용할 수 있는 경쟁자로 설정할 경우 증명의 정도가 완화된다.

24) 실증적 경제분석의 영역에서 어떤 사건의 효과를 평가하기 위하여 그 사건이 없었을 경우(but for)의 상황을 설명하는 방법론을 ‘반사실 방법론’(Counterfactual Method)이라고 한다. 어떤 사건은 실제 사건일 수도 있고 가상의 사건일 수도 있다. 실제 사건일 경우에는 대안이 되는 과거를 상정할 필요가 있고, 아직 일어나지 않은 가상의 사건일 경우에는 대안이 되는 미래를 상정할 필요가 있다. Geradin, Damien and Ianis Girgenson, “The Counterfactual Method in EU Competition Law: The Cornerstone of the Effects-Based Approach”, 1 (2011. 12.). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1970917>; 위반행위로 인한 상품 가격 감소와 산출량 증가가 인정되더라도 비교 시장의 혁신이나 경쟁 상황과 비교하여 시장지배적 사업자의 지위가 지속적으로 유지되었다는 점에서 위반행위를 경쟁제한 효과나 그 우려와 연결한 사례로는 서울고법 2019. 12. 4. 선고 2017누48 판결(윌컴 II) 참조.

할 것인가에 따라 분석의 강도가 달라질 수 있다.

(2) 독과점규제를 위한 경쟁제한성 판단 일반론

경쟁제한 효과의 판단 범위는 경쟁 과정에 미치는 영향과 경쟁 성과에 미치는 영향을 포함한다. 대법원 판례는 경쟁 과정과 관련된 경쟁제한의 효과로 유력한 경쟁자의 수의 감소를 제시하고, 경쟁의 성과에 관련된 요소는 상품의 가격상승, 산출량 감소, 혁신 저해, 다양성 감소 등을 예시적으로 열거하고 있다.²⁵⁾ 경쟁 과정 및 경쟁 성과에 미치는 영향을 모두 고려할 것인가, 경쟁 과정에 미치는 영향을 중심으로 하거나 더 중시할 것인가, 경쟁 성과에 미치는 영향을 중심으로 하거나 더 중시할 것인가에 따라 경쟁제한성 판단의 내용과 정도가 달라질 수 있다. 경쟁 과정에 미치는 영향을 중심으로 하거나 더 중시할 경우 효과 발생의 추상적 위험성으로 충분하다고 볼 수 있는 반면에, 경쟁 성과에 미치는 영향을 중심으로 하거나 더 중시할 경우 현실적인 효과 발생 또는 그 구체적 위험성을 필요로 할 수 있다.

이와 관련하여 소비자 후생(Consumer Welfare) 기준과 경쟁 보호(Protection of Competition) 기준을 비교할 수 있다. 소비자 후생 기준은 경쟁 그 자체에 대한 부정적 영향과 소비자 피해 간의 가능한 연결을 강조하는 기준이다. 1970년대 이후 미국에서는 소비자 피해 중 특히 가격에 초점을 맞추는 분석이 우세하였다. 이에 비하여 유럽 법원은 소비자 피해에 경쟁구조에 대한 피해도 포함되는 것으로 넓게 이해하고 있다.²⁶⁾ 경쟁 보호 기준은 소비자 피해와의 연결을 요구하지 않고 경쟁 그 자체 또는 경쟁 과정에 미치는 부정적 영향에 의하여 경쟁제한 효과를 판단하려는 기준이다.²⁷⁾

2. 전통적인 경쟁법의 분석 틀의 재구성 또는 확장

기존의 이론을 디지털 시대에 대두되는 이슈에 적용하기 위해 변형 또는 수정하기 위한 경쟁침해이론의 확장 시도가 일어나고 있다. 경쟁 과정의 측면에서는 반경쟁적인 봉쇄 이론과 그 확장, 시장력 또는 시장지배력 전이 이론과 그 확장, 시장진입 또는 확장 장벽 이론과 그 확장, 잠재적 경쟁 이론의 활용 사례가 있다. 이때 기존의 이론을 그대로 적용하기보다 행위가 초래하는 효과에 대한 증거 기반(evidence-based)의 사례별(case-by-case) 분석을 시행할 필요가 있다.

경쟁 성과의 측면에서는 가격 요소보다 비가격 요소의 비중이 커지고 있다. 그에 따라 비가격 요소로서의 소비자 선택과 혁신을 침해 대상으로 침해 이론을 재구성하려는 시도가 나

25) 대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결(포스코)

26) EU, Competition Policy for the Digital Era (2019), pp.40-41; Thomas Kramler, "Competition Law to the Digital Economy" (2020), p.69.

27) Tim Wu, "After Consumer Welfare, now what? The 'Protection of Competition' Standard in Practice", CPI Antitrust Chronicle, April (2018)

타난다. 소비자 선택의 경우 소비자 선택을 그 자체로 가치 있는 것으로 볼 것인지 아니면 선택 범위가 많아지는 것이 소비자 혜택을 더 크게 하는 것으로 볼 수 있는 경우에만 보호 되는 것으로 볼 것인지의 문제가 있다. 지나친 다양성 증대로 복잡성이 높아져 소비자가 선택을 내리기 어려워진 상황에서 인공지능 기술 등 디지털 기술의 기여가 있으므로, 이에 대한 평가를 경쟁제한성 판단에서 반영할 필요가 있다. 혁신의 경우 가치 네트워크 내부에서 일어나는 현상유지적 혁신(점진적 혁신과 돌파적 혁신)을 중시할 것인가, 가치 네트워크 외부에서 일어나는 파괴적 혁신을 중시할 것인가의 문제가 있다. 현상유지적 혁신과 파괴적 혁신 사이에는 상충관계가 있기 때문이다. 디지털 경제에서는 소비자 피해의 유형도 전통적인 경제와는 다른 모습으로 나타날 수 있으므로, 이를 잘 관찰하여 경쟁제한성과 연결될 수 있는 피해를 식별할 필요가 있다.

현실적으로 타당한 방식은 경쟁 과정과 경쟁의 성과에 대하여 균형잡힌 고려를 하는 방식이다. 이는 확장된 소비자후생 기준을 위주로 하여 경쟁 보호 기준을 보완적으로 고려하는 방식이라고 할 수 있다. 판례도 경쟁 과정과 관련된 유효한 경쟁(effective competition), 성과경쟁(competition on the merits)과 같은 다양한 경쟁 개념을 채택하고 경쟁제한 효과로서 소비자후생이 저해되는 모습을 보여주는 경쟁침해이론에 토대를 둔 경쟁제한성 판단을 함으로써 균형잡힌 고려를 시도하는 것으로 보인다.

시장지배적지위 남용행위를 비롯한 경쟁법 위반행위 유형에서는 유효경쟁을 원칙으로 하면서 현대 소비자후생 접근법에 공통적인 시장분석을 이용하여 경쟁 성과의 측면에서의 경쟁제한 효과(소비자후생 저해)에 대한 일정한 증명을 요구하는 법리가 발전할 필요가 있다. 이를 전제로 하여 경쟁 성과 측면에서의 경쟁제한 효과가 잠재적인 정도일 경우 이를 보완하기 위하여 경쟁 과정의 측면에서 성과경쟁 또는 장점에 의한 경쟁에서의 이탈로 볼 수 있는 경우 경쟁제한성이 일단 증명된 것으로 보는 법리에 의한 보완이 이루어질 수 있다.

V. 효율성 판단

효율성 증대 효과와 이에 대한 분석 틀에도 확장, 수정이 필요하다. 먼저 양면시장에서의 효율성 증대 효과로서 양면시장에서는 같은 행위라도 단면시장에서는 존재하지 않았던 새로운 경로를 통하여 효율성을 개선할 수 있다는 점이 지적될 필요가 있다. 결합판매가 간접적 네트워크 효과를 극대화하고 멀티호밍을 유도하며 가격구조를 개선하는 등의 효과를 가져오는 것이 그와 같은 사례이다.

효율성 분석 틀의 확장, 수정도 필요하다. 양면시장형 사업모델에 대하여 경쟁제한성을 더 중시하고 효율성 증대 효과를 제한적으로만 고려하는 전통적인 분석 틀을 그대로 적용하는 경우는 잘못된 판단에 이를 수 있다. 특히 양면성을 고려한 시장획정의 한계를 고려하여, 경쟁제한성이 인정되는 시장과 구별되지만 연결되는 인접 시장에서 발생하는 ‘시장교차적인(cross-market) 효율성’을 더 넓게 인정할 필요성이 있다.