

■ 논 단

온라인 플랫폼 사업자의 관련시장과 시장지배력 판단기준에 대한 고찰*

주 진 열

부산대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

요 약 문

본고는 헌법상 독과점 규제 및 시장지배 남용 방지 조항과 독점규제법상 시장지배력 관련 조항의 연혁 및 체계적 해석 그리고 포스코 전원합의체 판결의 의미 등을 종합적으로 고려할 때, 시장지배력은 유료상품 또는 유료시장과 관련한 시장지배력으로 해석하는 것이 타당하다는 점을 논증하였다. 상품시장에는 유료상품시장 외에 무료상품시장도 있을 수 있지만, 독점규제법상 시장지배력 남용 금지의 목적상 시장지배력 대상이 되는 상품은 유료상품으로만 제한된다. 이러한 해석은 통상적인 시장지배력 의미를 뛰어 넘어서거나 시장지배력 남용 금지 목적에 비추어 무리하게 해석하는 것도 아니며 헌법상 시장지배 남용 방지 의미를 지나치게 좁히는 것도 아니다. 온라인 플랫폼 사업자가 제공하는 무료상품의 경우 유료상품과 달리 생산량 감소를 통한 가격인상이 불가능하고 가격인상에 의한 초과이윤 획득도 불가능하다. 무료상품의 품질을 저하시킬 경우 부정적 교차효과 때문에 오히려 유료상품 판매가 감소할 수 있어 무료상품 품질저하로 추가이윤을 얻는 것은 상상하기 어렵다. 더욱이 현실에서 플랫폼 무료상품의 품질은 계속 향상되는 경향이 목격된다. 공정거래위원회는 무료상품 시장지배력을 인정할 수 있다는 입장인데, 이는 자의적 해석일 뿐 독점규제법에 합치되지 않는다. 독일의 제9차 GWB 개정처럼 한국 독점규제법을 개정하여 무료상품 시장지배력을 특별히 인정할 필요가 있는지와 관련하여서는 다양한 찬반론이 있을 수 있을 것이다. 이러한 입법론과는 별론, 독점규제법의 해석상 시장지배력은 유료상품에 대한 것이므로 무료상품 또는 무료시장과 관련한 시장지배력 인정은 불가하다고 본다.

주제어 : 독점규제법, 경쟁법, 온라인 플랫폼, 다면 플랫폼, 무료상품, 관련시장, 시장점유율, 시장지배력

* 이 과제는 부산대학교 기본연구지원사업(2년)에 의하여 연구되었음.

— 目 次 —

I. 서 론	3. EU와 독일
	4. 한국
II. 플랫폼 양면시장과 독점규제법상 관련시장	V. 한국 헌법과 독점규제법상 무료상품
1. 개관	시장지배력 문제
2. 양면 · 다면시장	1. 개관
3. 관련시장 확정 사례	2. 헌법상 ‘독과점 폐해 규제’와 ‘시장지배의 남용 방지’의 의미
4. 플랫폼에 특유한 문제	3. 시장지배력이 무료상품에 대해서도 성립하는 것으로 해석되는지 여부: 소극
III. 플랫폼 유료상품에 대한 시장지배력 판단기준	4. 무료상품 시장지배력 성립을 가정할 때 시장지배력 의미와 판단기준 문제
1. 개관	5. 법개정으로 무료상품 시장지배력을 인정할 필요가 있는지 여부
2. 주요 판단기준: 시장점유율과 진입장벽	
IV. 플랫폼 무료상품에 대한 시장지배력 문제 사례	VI. 결 론
1. 개관	
2. 미국	

I. 서 론

주지하다시피 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘독점규제법’ 또는 ‘법’)상 온라인 플랫폼 사업자¹⁾가 공급하는 상품의 관련시장확정 및 그 시장에서 단독 시장지배력 또는 시장지배적지위(이하 ‘시장지배력’²⁾으로 통칭함) 존부 판단³⁾과 관련하여 많은 논란이 있다. 시장지배

1) 본고의 목적상 온라인 플랫폼 사업자라고 함은 인터넷에서 (i) 어떤 집단에게는 무료로 서비스를 제공하고 (ii) 이들 무료 이용자에게 접근하여 유료 상품·서비스를 판매하고자 하는 제3의 판매업자 집단에게는 유료 광고나 유료 거래중개 등 유료상품·서비스를 공급하는 사업자를 의미한다.

2) 서구권에서는 monopoly power, market power, market position, dominant position, dominance 등이 혼용되어 쓰이고 있다. 한국 독점규제법에서는 ‘가격, 수량, 품질, 그 밖의 거래조건을 결정·유지 또는 변경할 수 있는 시장지위’(제2조 제3호 전문) 또는 ‘시장지배적지위’(제5조)라는 용어가 쓰이고 있으나, 판례에서는 ‘시장지배력’도 자주 등장하며, 학계에서도 편의상 ‘시장지배력’이 자주 쓰인다. 시장지배력은 어떤 상품을 판매하는 공급자(seller)의 시장지배력과 어떤 상품을 구매하는 수요자(buyer)의 시장지배력으로 구별할 수 있는데, 본고에서

력 남용 사건은 물론이고 기업결합 사건에서 관련시장의 범위가 어떻게 정해지는지, 시장지배력이 인정되는지 여부에 따라 사건 향방이 크게 달라질 수 있다. 한국뿐 아니라 경쟁법 집행 역사가 가장 오래된 미국에서도 관련시장 확정과 시장지배력 판단 문제는 가장 중요하지만 가장 난해하기로 악명이 높다. 이처럼 복잡했던 관련시장·시장지배력 문제가 온라인 플랫폼과 관련하여 훨씬 더 복잡하게 논란이 되고 있다. 그 이유는 시장지배력이란 개념이 경쟁법에서 차지하는 중요성에 비해 너무 추상적이고 모호하기 때문이기도 하지만, 다음과 같이 복잡다기한 정치·사회적 요소, 즉 (i) 유럽에서는 역내 토종 플랫폼 대기업을 차별적으로 보호·육성하기 위해 이른바 ‘GAFA’⁴⁾를 강하게 규제하려는 움직임과 사회주의 시각에서 GAFA로 상징되는 플랫폼 자본주의 반대론⁵⁾이 있고, (ii) 미국에서는 GAFA 해체를 목표로 경쟁법상 합리의 원칙(Rule of reason)⁶⁾ 폐기를 주창하는 반독점 혁명론 또는 신브랜다이스 운동(New Brandeis movement)⁶⁾과 구글과 페이스북의 대통령 선거 여론 조작 음모론⁷⁾ 등이 어지러울 정도로 복잡하게 뒤엉켜 있기 때문이다.⁸⁾ 이러한 해외 사정을 기화로 한국 공정거래위원회(이하 ‘공정

별다른 언급 없이 시장지배력이라고 함은 ‘하나의 공급자의 단독 시장지배력’을 의미한다. 한편 시장지배력이란 사업자가 공급하는 ‘상품에 대한 시장지배력’이고, 관련시장 그 자체에 대한 지배력을 의미하는 것은 아니다. 즉 시장지배력이란 그 용어에도 불구하고 (완전독점이 아닌 한) 관련시장 전체에 대해 성립하는 것이 아니라 그 시장에서 어떤 시장지배적사업자가 판매하는 해당 상품에 대해 성립하는 것이다. 물론 시장지배력 ‘남용’으로 초래되는 가격상승 등 경쟁제한효과는 관련시장에서 나타난다.

- 3) 경쟁법상 관련시장은 일반적 의미의 시장과 다르다. 경쟁법에서 관련시장은 문제된 사업자의 시장지배력, 즉 가격인상력을 억제할 수 있는 대체 가능한 상품들 집합으로 정의되는데, 관련상품시장과 관련지역시장으로 구별될 수 있다. 본고에서 별다른 언급 없이 관련시장이라고 함은 관련상품시장을 의미한다. 문제된 사업자의 시장지배력 존부는 관련시장에서 그 사업자의 매출액 기준 시장점유율로 추정되므로, 관련시장을 확정하지 않으면 시장지배력 존부 판단을 할 수 없다.
- 4) 미국 온라인 플랫폼 대기업인 구글(Google), 애플(Apple), 페이스북(Facebook), 아마존(Amazon)을 통칭하는 GAFA라는 용어는 미국 문화 제국주의라는 부정적 의미로 2012년 프랑스 일간지 르몽드에서 처음 사용되었고, 그 후 유럽 전체로 확산되었다고 한다. Kabir Chibbe, “American cultural imperialism has a new name: GAFA...”, Quartz (December 1, 2014), <https://qz.com/303947/us-cultural-imperialism-has-a-new-name-gafa>.
- 5) 예컨대 다음 참조. Nick Srnicek, *Platform Capitalism* (Polity, 2016); James Muldoon, *Platform Socialism: How to Reclaim our Digital Future from Big Tech* (Pluto Press, 2022).
- 6) 예컨대 다음 참조. Lina Khan, “The New Brandeis Movement: America’s Antimonopoly Debate,” 9(3) Journal of European Competition Law & Practice (2018); Amy Klobuchar, *Antitrust: Taking on Monopoly Power from the Gilded Age to the Digital Age* (Knopf, 2021); Tim Wu, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age* (Columbia Global Report, 2018); Tim Wu, “The Utah Statement: Reviving Antimonopoly Traditions for the Era of Big Tech” (Nov 19, 2019), <https://onezero.medium.com/the-utah-statement-reviving-antimonopoly-traditions-for-the-era-of-big-tech-e6be198012d7>.
- 7) 예컨대 다음 참조. Peter J. Hasson, *The Manipulators: Facebook, Google, Twitter, and Big Tech’s War on Conservatives* (Regnery Publishing, 2020).
- 8) 자세한 논의는 다음 참조. 주진열, “플랫폼기업결합 규제론에 대한 고찰-데이터독점론과 킬러 인수론을 중심으로”, 『경쟁법연구』, 제46권(2022), 12-21면; 주진열, “Antitrust Politics of Bashing Big Tech: Rhetoric of Competition Law”, 한국경쟁법학회 국제학술대회 「Competition Law and Policy on the Digital Economy」 자료집(2022. 12. 15). Becky Chao, “Preventing the Politicization of Antitrust Enforcement,” New America Weekly (May 9, 2019); Herbert Hovenkamp, “President Biden’s Executive Order on Promoting Competition: an Antitrust Analysis”, 63 Arizona Law Review 383 (2022); Phil Gramm & Jerry Ellig, “The Misguided

위')는 플랫폼 산업에 대한 규제 영향력을 확보하고 싶어서인지 경쟁법 기본 원리에서 벗어난 플랫폼 규제안을 2021년부터 계속 마련해 왔는데, 이 과정에서 방송통신위원회 등 다른 정부 부처와 플랫폼 규제 권한을 두고 갈등이 일어나 규제권한 밥그릇 싸움이라는 언론기사까지 나왔다.⁹⁾

GAFA 등 플랫폼 대기업의 경쟁제한행위가 객관적으로 증명되면 당연히 경쟁법으로 제재할 수 있다. 그러나 GAFA 반대론은 온라인 검색, 온라인 동영상, 온라인 거래중개 등 무료로 공급되는 각종 플랫폼 서비스로 인한 소비자 후생 증진을 의도적으로 경시하고, 특히 GAFA의 경쟁행위를 경쟁제한행위로 프레임을 짜는 과정에서 시장지배력이 성립될 수 없는 무료상품에 시장지배력이 성립된다고 하거나 배타적 소유가 불가능한 개인정보 데이터를 경쟁법상 필수설비라고 하는 등 근거 없는 스토리텔링으로 경쟁법 위반을 만연히 주장하고 있는 것으로 보인다. 이 때문에 GAFA 반대론은 힙스터 반독점(Hipster antitrust), 즉 대중 인기주의 운동으로 시장경쟁과 소비자 후생을 오히려 저해한다는 비판이 있는 것이다.¹⁰⁾ 이러한 비판과 상관 없이, EU는 역내 플랫폼 대기업 육성을 위해 미국 GAFA를 억제할 목적으로 시장지배력과 무관하게 일정 규모 이상의 플랫폼 대기를 지정하여 규제하는 디지털시장법(Digital Markets Act)을 제정하여, 2023. 5.부터 시행 예정이다. 한국 공정위도 유럽과 미국에서 GAFA 규제 목소리가 크다고 하면서 국내에서도 플랫폼 대기를 규제해야 한다는 입장인데, 국내 시장에서 경쟁제한성에 관한 객관적 증거도 없이 플랫폼 규제 강화만 추구하고 있다는 비판도 있다.¹¹⁾

한편 한국의 경우 미국이나 유럽과 달리 시장지배력 남용 규제가 경쟁법뿐 아니라 헌법에도

Antitrust Attack on Big Tech," Wall Street Journal (Sep. 20, 2020),

<https://www.wsj.com/articles/the-misguided-antitrust-attack-on-big-tech-11600125182>.

9) 예컨대 다음 참조. 매일경제(2021. 3. 24), 공룡 넷플릭스와 전쟁 중인데...규제 놓고 부처 밥그릇 싸움만, <https://www.mk.co.kr/news/economy/9802051>; 전자신문(2021. 5. 2), 인앱결제 규제 권한 놓고 공정위·과방위·방통위 충돌, <https://www.etnews.com/20210512000208>; 주간조선(2021. 8. 4), 공정위·방통위, 구글 규제법 놓고 또 밥그릇 싸움, <http://weekly.chosun.com/news/articleView.html?idxno=17756>.

10) 예컨대 다음 참조. Chris Anstey, "Summers Warns on 'Hipster Antitrust' Push Eyeing Private Equity: Former Treasury chief worries about tilt toward populism", Bloomberg (May 21, 2022), <https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-05-20/summers-warns-on-hipster-antitrust-push-eyeing-private-equity?leadSource=uverify%20wall>; Aurelien Portuese, "Biden Antitrust: The Paradox of the New Antitrust Populism," 29 Geo. Mason L. Rev. 1087 (2022); Richard Epstein, "Beware of Populist Antitrust Law," Forbes (Jan 23, 2019); Carl Shapiro, "Antitrust in a Time of Populism," 61 INT'L J. INDUS. ORG. 714 (2018); Joshua D. Wright et al, "Requiem for a Paradox: The Dubious Rise and Inevitable Fall of Hipster Antitrust," 51 Ariz. St. L.J. 293 (2019); Christopher S. Yoo, "Hipster Antitrust: New Bottles, Same Old W(h)ine?" (2018), Faculty Scholarship at Penn Carey Law. 2168, https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/2168.

11) 예컨대 다음 참조. 이코리아(2022. 12. 22), "유럽은 플랫폼산업 키우고, 한국은 규제에 떨고", <http://www.ekoreanews.co.kr/news/articleView.html?idxno=64504>; 매일경제(2022. 12. 23), "플랫폼 기업 압박 수위 높이는 공정위: 네카오 향한 칼날...벌벌 떠는 벤처 업계", <https://www.mk.co.kr/economy/view/2022/1152762>; 파이낸셜뉴스(2022. 12. 8), "과도한 플랫폼 규제, 소비자 후생·산업발전 저해", <https://www.fnnews.com/news/202212081501418789>; 매일경제(2022. 10. 25), "온라인 플랫폼 자사우대 규제론은 허상...경쟁법 전문가 한목소리", <https://www.mk.co.kr/news/business/10501983>.

규정된 헌법 사항이라는 특징이 있다. 본고는 한국 헌법과 독점규제법상 시장지배력 남용 규제 차원에서 온라인 플랫폼 사업자의 관련시장과 시장지배력 판단기준 문제를 유료상품과 무료상품으로 나누어 검토하되, 최근에 특히 논란이 많아진 무료상품 시장지배력 문제에 좀 더 많은 비중을 두고 살펴본다.

II. 플랫폼 양면시장과 독점규제법상 관련시장

1. 개관

독점규제법상 시장지배력 존부 판단을 위해서는 먼저 관련시장¹²⁾부터 확정해야 하므로, 온라인 플랫폼 사업자의 시장지배력 존부를 판단함에 있어서도 먼저 관련시장부터 확정해야 한다. 관련시장은 시장지배력 존부 판단을 위한 시장과 경쟁제한효과 존부 판단을 위한 시장으로 구별되는데, 전자와 후자는 같은 것이 원칙이지만 포스코 판결(대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결)에서 언급된 것처럼 사안에 따라서는 서로 다를 수도 있다. 전자의 경우, 즉 시장지배력 존부 판단을 위한 관련시장은 대체가능성 또는 경쟁관계가 있는 재화나 서비스(이하 '상품'으로 통칭함)의 집합으로 정의된다. 이처럼 관련시장을 추상적으로 이해하는 것은 어렵지 않으나, 실제 사건에서 시장지배력 남용으로 문제된 사업자가 판매하는 해당 상품과 대체가능하거나 또는 경쟁관계에 있는 상품의 범위를 논란의 여지가 없이 정할 수 있는 경우는 극히 드물다. 특히 온라인 플랫폼 사업자의 관련시장 확정 문제는 일반 단면시장 사업자의 경우보다 좀 더 복잡한 특수 문제가 있다. 대법원에서 최종 확정된 온라인 플랫폼 사업자의 시장지배력 남용 사건으로는 이베이마켓(ebayGmarket) 1 사건¹³⁾, 이베이마켓 2 사건¹⁴⁾, NHN(네이버) 사건¹⁵⁾이 있는데,¹⁶⁾ 이들 사건에서 관련시장 확정 관련 핵심 쟁점만 간략

12) 경쟁법상 관련시장은 어떤 사업자의 시장지배력 존부를 파악하기 위해 상품간 대체가능성을 고려한다는 점에서, 일반적 의미의 시장과는 다르다. 이 점을 강조하기 위해 관련시장을 'antitrust market'이라고도 한다. 관련시장 개념은 1953년 미국 연방대법원의 *Picayune Pub. Co. v. United States* 판결에서 다음과 같이 처음 언급되었다: "For every product, substitutes exist. But a relevant market cannot meaningfully encompass that infinite range. The circle must be drawn narrowly to exclude any other product to which, within reasonable variations in price, only a limited number of buyers will turn; in technical terms, products whose 'cross-elasticities of demand' are small." 유럽에서는 1978년 구 EC 법원의 *United Brands v. Commission* 판결에서 다음과 같이 언급되었다: "the relevant market is the totality of products which, with respect to their characteristics, are particularly suitable for satisfying constant needs, and are only to a limited extent interchangeable with other products in terms of price, usage, and consumer preference."

13) 공정위 의결 제2007-555호 2007. 12. 18; 서울고법 2008. 8. 20. 선고 2008누2851 판결; 대법원 2011. 6. 10. 선고 2008두16322 판결(원고 승).

14) 공정위 의결 2010-120호 2010. 10. 22; 서울고법 2011. 10. 12. 선고 2010누40634 판결; 대법원 2012. 2. 23.

하게 소개한다.

2. 양면 · 다면시장

플랫폼 사업이 유료상품만 판매하는 사업(이하 편의상 ‘단면 사업’이라고 함)과 구별되는 특징은 해당 플랫폼을 통하여 소비자와 단면 사업자 사이의 거래비용을 감소시켜서 이들 사이에 거래가 보다 쉽게 일어날 수 있도록 하기 위해서,¹⁷⁾ (i) 소비자에게는 무료 또는 원가 이하의 가격으로 어떤 상품을 공급하고, (ii) 해당 플랫폼을 이용하는 개인 소비자에게 접근하여 유료 상품을 판매하고 싶어 하는 제3의 사업자에게는 유료광고, 유료중개서비스 등 유료상품을 공급한다는 점이다.¹⁸⁾ 플랫폼 사업의 특징인 네트워크 효과는 ① 소비자 집단 내에서 네트워크 효과(예컨대, 메신저 이용자 수가 많아지거나 적어지면 새로운 이용자 수가 급속도로 증가하거나 감소하는 효과), ② 제3의 사업자 집단 내에서 네트워크 효과, ③ 소비자 집단이 사업자 집단에 미치는 네트워크 효과(예컨대, 온라인 검색 이용자 수가 많아질수록 이들에게 접근하고자 하는 제3의 사업자 수가 많아지는 효과), ④ 사업자 집단이 소비자 집단에 미치는 네트워크 효과(예컨대, 온라인 쇼핑 판매자가 많아질수록 개인 이용자 수가 많아지는 효과, 온라인 광고가 너무 많아지면 개인 이용자 수가 감소하는 효과) 등 네 가지로 나눌 수 있는데, ①과 ②를 직접 또는 집단 내 네트워크 효과, ③과 ④를 간접 또는 교차 네트워크 효과(이하 ‘교차 효과’)라고 칭하기도 한다. 경제학에서는 양면시장을 2개 이상의 서로 다른 경제주체들 사이의 거래비용을 ‘0’의 수준으로 감소시켜 이들 사이의 거래를 용이하게 연결시켜주는 서비스를 제

선고 2011두28677 판결(심리불속행 기각: 원고 승).

15) 공정위 의결 제2008-251호 2008. 8. 28.; 서울고법 2009. 10. 8. 선고 2008누27102 판결; 대법원 2014. 11. 13. 선고 2009두20366 판결(원고 승).

16) 판례평석으로는 다음 참조. 주진열, “인터넷 포털 사업자의 온라인 동영상광고 제한 관련 시장지배적지위 남용 사건에 대한 고찰 - 대법원 2014. 11. 13. 선고 2009두20366 판결”, 「선진상사법률연구」, 제77호(2017); 주진열, “이베이마켓(온라인 거래중개서비스 사업자)의 배타조건부거래 사건에 대한 비판적 고찰 - 대법원 2011. 6. 10. 선고 2008두16322 판결”, 「법경제학연구」, 제13권 3호(2016). 최근 네이버 비교쇼핑 사건도 시장지배적지위 남용 사건인데, 서울고법 판결이 2022. 12. 14. 선고되었다. 서울고법은 관련시장을 비교쇼핑 시장이라고 보고 이 시장에서 원고 네이버가 거래액 기준 80% 이상 점유율을 이유로 시장지배적사업자라고 한 공정위 판단을 수긍하였는데, 판결문은 아직 공개되지 않았다. 이 사건은 공정위가 EU의 구글 비교쇼핑 사건에서 착안한 것인데, 세부 쟁점은 EU와 차이가 있다. 네이버 비교쇼핑 사건과 구글 비교쇼핑 사건에 대한 설명은 다음 참조. 심재한, “자사우대 행위에 대한 공정거래법 적용 - 네이버쇼핑 사건을 중심으로”, 「유통법연구」, 제9권 1호(2022); 이기중, “다면시장에서의 배제적 행위와 시장지배적지위 남용금지 - EU의 구글 쇼핑 심결과 구글 안드로이드 심결을 중심으로”, 「경제법연구」, 제17권 3호(2018); 이봉의, “디지털플랫폼의 자사 서비스 우선에 대한 경쟁법의 쟁점 - Monopoly Leverage와 Equal Treatment를 중심으로”, 「법학연구」, 통권 87호(2020); 이황, “디자인 변경에 대한 경쟁법 규제와 구글쇼핑 사건”, 「선진상사법률」, 통권 90호(2020).

17) Paul Bellflamme & Martin Peitz, *The Economics of Platforms* (Cambridge University Press, 2021), pp. 28-29.

18) David Evans & Richard Schmalensee, “Markets with Two-Sided Platforms,” *Issues in Competition Law and Policy*, Vol. I (American Bar Association, 2008), pp. 668-674.

공하면서 교차 효과를 고려해 해당 서비스가 성립되기 위한 전제 조건인 일방 이용자 A 집단에게는 무료 또는 상대적으로 낮은 가격을 부과하는 반면, A 집단을 상대로 유료상품을 판매하고자 하는 타방 이용자 B 집단에게는 상대적으로 높은 가격을 부과하는 비대칭적 가격설정이 이루어지는 비즈니스 모델로 정의한다.¹⁹⁾ 플랫폼 사업은 소비자와 유료상품만 판매하는 제3의 사업자 사이에 실제 거래가 발생할 수 있도록 거래비용을 낮추어 거래를 촉진하는 역할을 하는 것이지 소비자와 제3의 판매업자 사이의 거래를 통제하는 것이 아니다.

오늘날에는 플랫폼 사업이라고 하면 온라인 플랫폼 사업을 떠올리는 경우가 많으나, 플랫폼 사업은 온라인이 아니라 종이신문이나 신용카드처럼 오프라인에서 먼저 시작되었다. 오프라인 종이신문 사업의 경우 유료광고 판매를 위해 필수적인 구독자를 최대한 확보를 위해서 신문을 무료로 공급할 수도 있으나 (+) 가격이지만 원가보다 낮은 가격으로 신문을 판매할 수도 있다. 구독자에게 무료 공급 또는 원가 미만의 가격 판매로 인한 손해는 이들 구독자에게 어떤 유료상품을 판매하고 싶어하는 제3의 사업자에게 광고상품을 높은 가격에 판매함으로써 만회할 수 있다. 오프라인 신용카드 사업도 개인 가입자에게는 무료 또는 원가보다 낮은 가격으로 카드 결제 서비스를 제공하고, 이로 인한 손해는 이들 카드 소유자에게 어떤 유료상품을 판매하려는 제3의 사업자에게 카드 결제 서비스를 높은 가격에 판매함으로써 만회할 수 있다. 공중파 라디오 광고를 유료로 판매하는 방송 사업도 물론 플랫폼 사업인데, 공중파라는 특성상 라디오 청취자에게는 방송을 무료로 공급할 수밖에 없다. 이처럼 플랫폼 또는 양면시장 사업은 오래 전부터 있었으나, 인터넷 브라우저, 인터넷 검색, 소셜미디어, 메신저, 이메일, 스마트폰에서 작동하는 각종 앱 등이 온라인을 통해 누구에게나 무료로 공급하는 온라인 플랫폼 사업이 2000년대 중반부터 폭발적으로 증가하여, 오늘날 플랫폼 사업이라고 하면 주로 온라인 플랫폼 사업을 떠올리게 된다. 온라인이든 오프라인이든 플랫폼 사업은 어느 한 면이 없으면 양면이 형성되지 못하므로, 양자는 불가분의 관계에 있다는 점에서 소비자에 대한 유료판매의 면만 있는 단면 사업과 구별된다. 현실에서 온라인 플랫폼 사업은 대단히 복잡하다. 하나의 무료상품과 하나의 유료상품을 공급하는 양면 플랫폼 사업자도 있지만, 복수의 무료상품과 복수의 유료상품을 공급하는 다면 플랫폼 사업자도 다수 있다. 네이버, 카카오, 구글과 같은 플랫폼 대기업도 처음에는 양면 플랫폼으로 사업을 시작했지만, 오늘날에는 양면보다 훨씬 복잡한 다면 플랫폼으로 진화하였다.²⁰⁾

19) Mark Armstrong, "Competition in Two-Sided Markets," *The RAND Journal of Economics*, Vol. 37, No. 3 (2006), pp. 668-691; Bernard Caillaud & Bruno Jullien, "Chicken and Egg: Competing Matchmakers," *The RAND Journal of Economics*, Vol. 34, No. 2 (2003), pp. 309-328; Jean-Charles Rochet & Jean Tirole, "Platform Competition in Two-Sided Markets," *Journal of the European Economic Association*, Vol. 1, No. 4 (2003), pp. 990-1029; Jean-Charles Rochet & Jean Tirole, "Two-Sided Markets: A Progress Report," *The RAND Journal of Economics*, Vol. 37, No. 3 (2006), pp. 645-647.

20) 예를 들면, 네이버는 일반 소비자에게 인터넷 검색, 인터넷 웹브라우저, 인터넷 쇼핑 거래 서비스, 온라인 결제 등의 서비스를 무료로 공급하고, 제3의 사업자에게 인터넷 검색 광고, 인터넷 쇼핑 거래 서비스 등을

온라인 플랫폼 사업도 (오프라인 플랫폼 사업과 같은 방식으로) 개인 이용자를 먼저 최대한 많이 확보하기 위해 좋은 품질의 무료상품(예컨대, 인터넷 검색, 소셜미디어, 동영상 시청, 온라인 메신저, 외국어 번역, 건강관리, 숙박예약)부터 공급하고, 무료 공급에 따른 손해는 개인 이용자에게 접근하여 유료상품을 판매하고자 하는 제3의 단면 사업자에게 광고나 거래중개 서비스를 유료로 판매하여 얻은 수익으로 만회해야 한다. 온라인 플랫폼 사업자에게는 무료 이용자(소비자)와 유료 이용자(제3의 사업자) 둘 다 고객이고, 플랫폼 무료 이용자는 제3의 사업자에게 잠재적 고객이다. 플랫폼 사업은 소비자와 제3의 사업자 사이의 거래비용을 낮추어 이들 사이의 거래를 촉진할 수 있어야 존립할 수 있다. 플랫폼의 양면시장 또는 다면시장 중에서 어느 한 면이 독점규제법상 관련시장과 일치하는 것은 아니다.

3. 관련시장 확정 사례

독점규제법상 관련시장은 제2조 제4호에 “일정한 거래분야”²¹⁾라는 용어로 “거래의 객체별·단계별 또는 지역별로 경쟁관계에 있거나 경쟁관계가 성립될 수 있는 분야”로 정의되어 있다. 독점규제법에는 ‘일정한 거래분야’로 규정되어 있지만, ‘관련시장’이란 용어가 더 더 간명하기 때문에, 학계와 실무에서는 전자보다 후자를 더 선호하는 경향이 있다. 한편 법 제2조 제4호에서 거래 객체별 경쟁관계라고 함은 상품 대체가능성을 의미하는데, 포스코 전원합의체 판결에 따르면 ‘작지만 의미 있고 비일시적인 가격인상’(Small but significant non-transitory increase in price: 이하 ‘SSNIP’) 테스트로 판단해야 한다. SSNIP 테스트와 관련한 복잡한 쟁점은 생략하고,²²⁾ 이하에서는 이베지마켓 1 사건과 NHN(네이버) 사건에서 유료상품과 관련하여 SSNIP 테스트가 제대로 이용되었는지 여부만 간략하게 살펴본다.

이베지마켓 1 사건에서, 공정위는 관련시장을 이른바 ‘오픈마켓 운영시장’(이하 ‘오픈마켓 시장’)으로 정하였는데, 원심과 대법원도 수긍하였다.²³⁾ 그런데 공정위와 원심은 ① ‘오픈마켓 시장’의 대체성 여부를 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률(이하 ‘전자상거래법’) 제

유료로 판매한다. 카카오는 일반 소비자에게 메신저, 인터넷 쇼핑 거래 서비스, 온라인 결제 등의 서비스를 무료로 공급하고, 제3의 사업자에게 온라인 디스플레이 광고, 인터넷 쇼핑 거래 서비스 등을 유료로 공급한다. 구글은 일반 소비자에게 검색 서비스와 앱스토어 서비스 등을 무료로 공급할 뿐 아니라 삼성전자와 같은 스마트폰 제조업자와 앱 개발자에게 스마트 모바일 OS를 무료로 공급하고, 제3의 사업자에게 인터넷 검색 광고와 앱스토어 결제 서비스 등을 유료로 판매한다.

21) Cf. 1890년 서면법상 “any part of the trade or commerce”, 1914년 클레이튼법상 “any line of commerce”라는 문구를 일본이 먼저 ‘일정한 거래분야’로 번역하였다.

22) SSNIP 테스트와 관련한 경제분석 및 오류 문제 등에 대한 자세한 논의는 다음 참조. 주진열, “독점규제법상 시장지배적사업자 개념과 관련 문제”, 「경쟁법연구」, 제33권(2016), 36-39면; 주진열, “Market Definition, Antitrust Error, and Digital Platforms in Korean Competition Law and Policy”, 「법학연구」, 제61권 3호(2020), 227-237면.

23) 서울고법 2008. 8. 20. 선고 2008누2851 판결; 대법원 2011. 6. 10. 선고 2008두16322 판결.

2조 제4호²⁴⁾의 통신판매중개에 해당하는 ② ‘인터넷 종합쇼핑몰 시장’과 ③ ‘포털사이트 및 가격비교사이트의 광고시장’(이하 ‘포털사이트 등 광고시장’)과 비교하였고, SSNIP 테스트를 실증적으로 이용하지 않았다. 한편 전자상거래법상 통신판매중개 시장은 독점규제법상 관련시장과 다르다. 즉 판매자와 구매자가 서로 거래할 수 있는 시장으로는 ②시장과 ③시장 외에도 다른 시장이 있을 수 있음에도 불구하고, 오픈마켓 시장의 대체성 여부를 판단하기 위한 비교 대상을 ②시장과 ③시장으로만 한정하는 것은 납득하기 어렵다.

NHN(네이버) 사건에서, 공정위는 원고 NHN의 시장지배력 존부를 판단하기 위한 관련시장은 이른바 ‘IS4C’²⁵⁾ 이용자 시장이라고만 하고,²⁶⁾ SSNIP 테스트를 실증적으로 이용하지 않았다. 원심은 관련시장은 ‘IS4C 이용자 시장’이 아니고 ‘원고가 판도라 TV 등 온라인 동영상 공급업자와 자신의 이용자들을 중개하는 시장’²⁷⁾이라고 하였고,²⁸⁾ 대법원도 수긍하였다.²⁹⁾ 그런데 이 사건에서 시장지배력 남용으로 문제된 행위가 유료 동영상 광고 제한이므로, 관련시장은 유료 동영상 광고 및 이와 대체가능성이 있는 광고상품 집합이어야 한다. 즉 관련시장 획정의 출발점은 시장지배력 남용으로 문제된 행위가 발생한 시장이어야 하므로, 유료 동영상 광고는 물론이고 이와 대체가능성이 있는 광고상품이 관련시장으로 정해졌어야 한다고 본다. 물론 현실에서 대체성이 이미 실증된 경우에는 SSNIP 테스트 없이도 관련상품 범위를 정할 수 있을 것이다. 예컨대, 온라인 지역 광고가 이미 오프라인 전단지 광고를 대체하고 있으므로, 이 경우 온라인 광고상품의 관련시장에는 오프라인 광고상품이 포함되어야 한다.

4. 플랫폼에 특유한 문제

가. 플랫폼 또는 양면시장 자체가 하나의 시장인지 여부

플랫폼 자체가 하나의 시장(single market)인지, 아니면 플랫폼의 양면 중에서 어느 한 면만 따로 떼어내어 관련시장이라고 할 수 있는지 여부가 문제될 수 있는데, 아직까지 한국에서 이 문제가 제기된 사례는 없다. 미국 연방대법원은 2018년 *Ohio v. American Express Co* 판결에서

24) “통신판매중개란 사이버물(컴퓨터 등과 정보통신설비를 이용하여 재화등을 거래할 수 있도록 설정된 가상의 영업장을 말한다. 이하 같다)의 이용을 허락하거나 그 밖에 총리령이 정하는 방법에 의하여 거래 당사자간의 통신판매를 알선하는 행위를 말한다.”

25) 인터넷검색(Search), 이메일·메신저 등 커뮤니케이션(Communication), 블로그 등 커뮤니티(Community), 뉴스 등 각종 콘텐츠(Contents), 온라인 쇼핑 등 전자상거래(Commerce) 서비스.

26) 공정위 의결 제2008-251호 2008. 8. 28.

27) 이 시장은 원래 무료시장이 아니라 유료시장이다. 다만 원고는 CP가 네이버 검색 결과로 나온 동영상에는 광고를 게재하지 않는다는 조건으로 원래 유료인 검색 인덱스 서비스를 CP에게 무료로 제공한 것이다. 즉 유료시장에서 특정한 조건으로 무료 인덱스 서비스를 제공한 것이다.

28) 서울고법 2009. 10. 8. 선고 2008누27102 판결.

29) 대법원 2014. 11. 13. 선고 2009두20366 판결.

신용카드 플랫폼 자체를 하나의 시장이라고 하였는데,³⁰⁾ 신용카드 플랫폼의 양면 중에서 어느 한 면, 즉 개인 이용자나 가맹점을 따로 분리시켜 이를 관련시장으로 정할 수 없다는 것이다. 신용카드 플랫폼이 아닌 다른 온라인 플랫폼의 경우에도 그러한가? 사업자가 공급하는 무료상품(예컨대, 무료 동영상 시청 서비스)와 대체가능성이 있는 다른 상품(예컨대, 유료 동영상 시청 서비스)이 존재할 수도 있으므로, 이 경우에는 플랫폼 자체를 하나의 시장이라고 하기는 어려울 것이다. 만약 플랫폼 유형에 상관없이 무조건 플랫폼 자체를 하나의 시장이라고 하게 되면, 어느 한 면의 상품과 경쟁관계가 성립되는 상품 집합이 분명히 있음에도 불구하고, 그러한 상품 집합을 관련시장으로 정할 수 없다는 납득하기 어려운 결과가 초래될 수 있다. 물론 사안에 따라서는 어떤 플랫폼 자체를 하나의 시장으로 보는 것이 적절한 경우가 있을 수 있으므로, 플랫폼 전체가 하나의 시장인지 여부는 추상적 차원에서 일률적으로 판단할 수 있는 문제는 아니라고 생각된다.

나. 교차 효과가 있는 유료시장

SSNIP 테스트는 교차 효과가 없는 유료시장을 전제로 하는 것이므로, 교차 효과가 있는 유료시장의 경우 SSNIP 테스트를 적용하면 교차 효과가 무시되어 수요대체성이 과소하게 평가되어 관련시장이 너무 좁게 확정될 수 있다.³¹⁾ 예컨대, 이베이마켓 1 사건에서 판매자·구매자는 오픈마켓 시장의 판매비용이나 상품가격이 다른 시장에 비해 너무 높다면 인터넷 종합쇼핑몰 시장은 물론이고 TV홈쇼핑 시장이나 판매자가 직접 운영하는 웹사이트 등을 통해서도 얼마든지 거래할 수 있다. 이러한 측면이 교차 효과와 함께 고려되었다면, 관련시장은 오픈마켓 시장보다 훨씬 넓게 확정될 수도 있었을 것이다. 단 아직까지는 교차 효과를 완벽하게 반영할 수 있는 SSNIP 테스트는 없다.³²⁾

다. 무료상품도 관련시장이 될 수 있는지 여부

앞서 살펴본 것처럼 플랫폼 사업자의 무료상품과 대체가능성이 있는 다른 상품이 있다면 이들 상품 집합을 법 제2조 제3호의 관련시장이라고 할 수 있다. 그런데 독점규제법상 관련시장

30) Ohio v. American Express Co., 585 U.S. ____ (2018). 평석으로는 다음 참조. 조성국, “Amex 판결의 경쟁법적 쟁점에 관한 연구 - 직접적 효과 테스트와 거래플랫폼에서의 관련시장 확정을 중심으로,” 「법학논문집」, 제44권 2호(2020), 409-434면.

31) David S. Evans & Michael Noel, “The Analysis of Mergers That Involve Multisided Platform Businesses,” 4 J. Competition L. & Econ 663 (2008). p. 675; David Evans & Richard Schmalensee, “Markets with Two-Sided Platforms,” Issues in Competition Law and Policy, Vol. I (American Bar Association, 2008), pp. 688-689.

32) Cf. Ralf Dewenter, Ulrich Heimeshoff & Franziska Löw, “Market Definition of Platform Market,” Helmut Schmidt University Hamburg Department of Economics Working Paper No. 176.

을 정하는 이유는 단순히 관련시장 자체를 정하기 위한 것이 아니라, 시장지배력 존부나 경쟁 제한효과 존부를 판단하기 위한 것이다. 따라서 애당초 무료상품에 대해서 시장지배력이 성립될 수 없다면(이에 대해서는 본고 V에서 상술함), 무료상품만으로 관련시장을 정해도 시장지배력 존부 판단 차원에서 본다면 아무런 의미가 없을 것이다. 미국 연방하급심 판례의 입장도 이와 같다(본고 'IV.2' 참조).

한편 ❶ 시장지배력 존부 판단을 위한 관련시장과 ❷ 경쟁제한효과 존부를 판단하기 위한 관련시장은 일치하지만, 포스코 사건처럼 상방(upstream)시장에서 수직통합사업자의 거래거절 행위가 시장지배력 남용으로 문제되는 경우 ❶과 ❷는 일치하지 않을 수 있다. 대법원은 2007년 포스코 전원합의체 판결에서 “경쟁제한의 효과가 문제되는 관련시장은 시장지배적사업자 또는 경쟁사업자가 속한 시장뿐만 아니라 그 시장의 상품 생산을 위하여 필요한 원재료나 부품 및 반제품 등을 공급하는 시장 또는 그 시장에서 생산된 상품을 공급받아 새로운 상품을 생산하는 시장도 포함될 수 있다.”라고 함으로써, ❶과 ❷는 일치하지 않을 수 있음을 밝혔다. 같은 맥락에서 유료상품이 상방시장이고 무료상품이 하방(downstream)시장인 경우가 있다고 하면, 유료시장에서 수직통합사업자의 거래거절로 인한 경쟁제한효과는 무료시장에서 나타날 수 있다는 의미에서 무료시장도 관련시장이 될 수 있다고 할 것이다. 이는 이론적 가능성일 뿐 실제로 이러한 사례가 문제된 경우는 아직까지는 없어 보인다.

III. 플랫폼 유료상품에 대한 시장지배력 판단기준

1. 개관

독점규제법은 온라인 플랫폼 사업자에 특유한 시장지배력 판단기준을 두고 있지 않다. 시장지배력 개념은 어떤 사업자가 관련시장에서 ❶ 경쟁가격보다 높게 판매가격을 설정하여 경쟁이윤 수준보다 높은 초과이윤을 얻을 수 있는 능력(이하 ‘가격인상력’)³³⁾, ❷ 경쟁을 배제할 수 있는 능력(이하 ‘경쟁배제력’),³⁴⁾ ❸ 경쟁자나 소비자를 의식하지 않고 독자적으로 행동할 수

33) Abba P. Lerner, “The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power,” *Review of Economic Studies*, Vol. 1, No. 3 (Jun., 1934); Joe S. Bain, “The Profit Rate as a Measure of Monopoly Power,” *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 55, No. 2 (Feb., 1941); Kenneth G. Elzinga & David E. Mills, “The Lerner Index of Monopoly Power: Origins and Uses,” *The American Economic Review*, Vol. 101, No. 3, *Papers and Proceedings of the One Hundred Twenty Third Annual Meeting the American Economic Association* (May 2011) 등 경제학상 시장력 또는 시장지배력 개념으로서, 미국 연방대법원 판례도 이와 같은 입장이다. 시장지배력을 가격인상력으로 설명한 경제학 문헌은 본고에서 일일이 열거할 수 없을 정도로 많다.

34) *AstraZeneca AB and AstraZeneca plc v European Commission*, Case T-321/05 (1 July 2010).

있는 능력³⁵⁾, ④ 가격 등 기타 거래조건을 결정할 수 있는 지위 등 각양각색으로 정의될 수 있다. ① 내지 ④는 서로 같은 말인가? 아니면 서로 완전히 다른 개념인가? ① 내지 ④ 중에서 어느 하나에 의하더라도 실제 사건에서 문제된 단독 사업자의 시장지배력 존부를 구체적으로 어떻게 알 수 있는가? 평생 시장지배력을 연구해 온 Hall 교수는 2018년 논문에서 “시장지배력은 판매자가 생산량을 늘리면 가격을 올릴 수 없다는 점을 인지하는 경우에 나타난다”(Market power arises in the case where a seller is aware that raising output will depress price)라고 하였는데,³⁶⁾ 이때 시장지배력은 물론 가격인상력을 의미한다.

독점규제법상 시장지배력을 경쟁수준보다 높은 초과이윤을 얻기 위한 가격인상력으로 이해하더라도, 실제 사건에서 어떤 관련시장에서 경쟁가격이나 경쟁이윤을 어떤 기준으로 어떻게 정할 수 있는지, 경쟁가격이나 경쟁이윤을 이견 없이 정할 수 있다고 하더라도 이로부터 얼마나 가격을 인상할 수 있고 그 결과 얼마나 이윤을 더 얻을 수 있어야 시장지배력을 인정할 수 있는지 등 오늘날까지 해결되지 못한 난제들이 있는데,³⁷⁾ 앞으로도 쉽게 해결될 것으로 보이지 않는다. 이 때문에 실무에서는 ‘매출액 기준 시장점유율’로 시장지배력을 추단한다. 독점규제법상 시장지배력 의미에 대해서는 본고 V.3에서 상술하고, 이하에서는 제2조 제3호 후문의 판단기준과 관련 사례만 간략하게 살펴본다.

2. 주요 판단기준: 시장점유율과 진입장벽

시장지배력을 유료상품에 대한 가격인상력이라고 해도 이를 측정하기가 어렵기 때문에, 오래전부터 경제학 분야에서는 객관적으로 비교적 쉽게 얻을 수 있는 수치, 예컨대, 매출액 기준 시장점유율, 판매량 또는 생산능력 기준의 시장점유율, 허쉬만-허핀들 지수 등 각종 수치를 이용하여 단독 시장지배력과 공동 시장지배력을 추단하고자 하였다.³⁸⁾ 법 제2조 제3호 후문에 시장지배적사업자 판단기준으로 규정된 “시장점유율, 진입장벽의 존재 및 정도, 경쟁사업자의 상대적 규모 등”은 1950년대부터 산업조직 경제학에서 단독 또는 공동 시장지배력을 추정하는

35) Hoffman-La Roche v. European Commission, 3 CMLR 211 (13 February 1979).

36) Robert E. Hall, “Using Empirical Marginal Cost to Measure Market Power in the US Economy”, NBER Working Paper No. 25251 (November 2018).

37) 예를 들어, 어떤 관련시장을 커피음료수 판매시장이라고 할 때 무엇을 기준으로 커피음료수 판매업자들의 경쟁가격이나 경쟁이윤을 정할 수 있는가? 가격담합이 없음을 전제로 전체 판매업자들의 가격 평균이 경쟁가격인가? 아니면 개별 판매업자가 가격담합 없이 정한 가격이 바로 경쟁가격인가? 또는 경제학상 커피음료수의 한계생산비용이 경쟁가격인가? 그렇다고 하더라도 한계생산비용은 구체적으로 어떻게 계산할 수 있는가? 커피음료수의 경쟁가격이 어떻게든 정해지더라도 그 가격보다 얼마나 높게 가격을 설정하여 얼마나 더 이윤을 얻을 수 있어야 시장지배적사업자라고 할 수 있는가?

38) 자세한 설명은 다음 참조. Andreas G. Papandreou, “Market Structure and Monopoly Power,” American Economic Review, Vol. 39, No. 5 (Sep., 1949), pp. 883-897; Bradley T. Gale, “Market Share and Rate of Return,” The Review of Economics and Statistics, Vol. 54, No. 4 (Nov., 1972), pp. 412-423.

방법으로 제시된 요소들이다. 예를 들어, 경쟁자가 소수만 있는 과점시장에서 경쟁자들의 규모가 서로 비슷하면, 가격인상 담합 가능성이 높아지고, 명시적 담합이 아니더라도 묵시적인 공동 시장지배력의 형성과 행사, 즉 암묵적으로 가격을 공동으로 인상할 수 있다는 것이다.³⁹⁾ 제2조 제3호 후문에 규정된 요소를 구체적으로 어떻게 이용하여 시장지배력을 추단할 수 있는지는 개별 사안마다 다르기 때문에, 모든 사안에 일괄적으로 적용할 수 있는 판단기준의 제시는 사실상 불가능하다. 이하에서는 온라인 플랫폼 사업자의 시장지배력 사례와 함께 시장점유율과 진입장벽만 살펴보기로 한다.

가. 유료상품시장을 전제로 한 시장점유율

(1) 매출액 기준

한국은 물론이고 미국, EU, 독일에서도 시장지배력 남용 사건에서 시장지배력을 직접 측정하여 시장지배력을 인정하거나 부정한 사례는 없어 보이고, 전통적으로 매출액 기준 시장점유율(이하 별다른 언급 없이 시장점유율이라고 함은 매출액 기준 시장점유율을 의미함)로 시장지배력을 인정해왔다.⁴⁰⁾ 미국과 EU는 판례를 통해 시장점유율에 의한 시장지배력 추정을 인정하였고, 독일과 한국은 경쟁법 조항에 시장점유율에 의한 시장지배적사업자 추정을 명문으로 규정하였는데, 시장지배력을 추단하는 시장점유율 기준은 나라마다 다르고 개별 사건마다 다르다. 한국 독점규제법상 시장점유율에 의한 시장지배적사업자 판단기준과 추정 조항은 다소 복잡한데, 표로 정리하면 다음과 같다(이하 밑줄 및 강조 첨가).

법 제2조 제3호 후문	법 제6조	관련 시행령
시장지배적사업자를 판단할 때에는 <u>시장점유율</u> , <u>진입장벽</u> 의 존재 및 정도, 경쟁사업자의 상대적 규모 등을 종합적으로 고려한다.	일정한 거래분야에서 <u>시장점유율</u> 이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업자(일정한 거래분야에서 <u>연간 매출액</u> ...이 40억원 미만인 사업자는 제외한다)는 시장지배적사업자로 추정	제2조 ① 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 “법”이라 한다) 제2조제3호 후단에 따른 시장점유율은 법 제5조를 위반한 혐의가 있는 행위의 종료일이 속하는 사업연도의 직

39) Jack W. Aarts, *Antitrust Policy versus Economic Power* (H. E. Stenfert Kroes BV, 1975), pp. 53-54.

40) 단 매출액 산정이 가능하더라도 물량기준 점유율로 시장지배력을 추정하는 것이 더 적절한 경우가 있을 수 있다. 예를 들어, 고가품과 중저가품으로 구성된 관련시장의 경우 매출액 대신에 물량기준을 사용하는 것이 더 적절할 수 있고, 여객항공의 경우도 매출액이 아니라 유료 탑승객의 숫자를 사용하는 것이 더 적절할 수도 있다. 대규모 석유화학 시설이나 초대형 수력발전 시설의 경우 매출액보다 생산능력에 의한 시장지배력 추정이 더 적절할 수도 있을 것이다.

법 제2조 제3호 후문	법 제6조	관련 시행령
	한다. 1. 하나의 사업자의 시장점유율이 100분의 50 이상 2. 셋 이하의 사업자의 시장점유율의 합계가 100분의 75 이상. 이 경우 시장점유율이 100분의 10 미만인 사업자는 제외한다.	전 1년 동안에 국내에서 공급...된 상품이나 용역의 금액 중 해당 사업자가 같은 기간 동안 국내에서 공급...구매한 상품이나 용역의 금액의 비율로 한다. 다만, 시장점유율을 금액기준으로 산정하기 어려운 경우에는 물량기준 또는 생산능력기준으로 산정할 수 있다. 제11조(시장지배적사업자의 추정) ① 법 제6조에 따른 시장점유율은 제2조에 따른 시장점유율로 한다.

위와 같이 공급자의 시장지배력을 추정할 수 있는 시장점유율은 공급금액 기준 시장점유율인데, 이는 ‘매출액 기준 시장점유율이 가격인상력을 비례적으로 나타낸다’는 가설에서 비롯된 것이다. 그러나 Mason의 지적처럼 시장점유율은 가격인상력의 정도를 비례적으로 보여주는 지표가 아니기 때문에,⁴¹⁾ 시장점유율에 의한 추정은 항상 오류를 발생시킬 수 있다. Kaplow는 3편의 논문에서 시장점유율로 시장지배력을 정확하게 파악하는 것은 사실상 불가능하므로 시장점유율 추정 방식을 폐기해야 한다고 주장하였으나,⁴²⁾ 현재로서는 실무에서 시장점유율 외에 다른 대안이 없는 실정이다.

이베이지마켓 1 사건에서, 관련시장으로 정해진 오픈마켓 시장에서 원고 이베이지마켓의 매출액 기준 시장점유율은 34%였는데, 인터파크와 계열사 관계에 있다는 이유로 인터파크의 시장점유율 5.5%를 원고의 시장점유율에 합산한 39.5%가 원고의 시장점유율로 인정되었다. 2006년 오픈마켓 시장에서 판매수수료 매출액 기준으로 상위 5개사의 시장점유율은 옥션 51.9%(1위), 원고 34%(2위), 인터파크 5.5%(3위), GS이스토어 3.5%(4위), 다음온켓 2.7%(5위)였는데, 원심은 옥션과 원고의 시장점유율 합계가 91.4%라는 이유로 원고의 시장지배력을 인정하였다.

41) Edward S. Mason, "Market Power and Business Conduct: Some Comments," 46 American Economic Review (1956), p. 312 ("It is not possible nor will it be possible, by calculating market shares...to present an unambiguous measure of the degree of monopoly").

42) Kaplow, Louis, "Why (Ever) Define Markets," 124 Harvard Law Review 437 (2010); "Market Definition Alchemy," 57 Antitrust Bulletin 915 (2012); "Market Definition: Impossible and Counterproductive," 79 Antitrust Law Journal 361 (2013).

그런데 이베이마켓 1 사건과 사실관계 및 쟁점이 거의 동일한 이베이마켓 2 사건⁴³⁾에서는 원고의 시장지배력을 부인한 원심의 다음과 같은 판단이 상고심에서 심리불속행으로 확정되었다.⁴⁴⁾

피고는 옥션이 원고의 계열회사이므로 원고의 시장점유율을 고려하는 데에 옥션의 시장점유율까지 합산하여야 한다는 취지로 주장하나, 이 사건 행위는 원고가 단독으로 행한 것일 뿐, 원고와 옥션이 공동으로 행함으로써 옥션에서 실시하는 메인노출 프로모션의 상품 노출까지 배제한 것은 아니므로 단순히 원고의 계열회사라는 사정만으로 옥션의 시장점유율까지 고려할 수는 없다.⁴⁵⁾

이베이마켓 2 사건의 경우 원고와 옥션 사이에 계열사 관계가 있었으나 단독행위가 문제된 사안이라는 이유로 점유율 합산을 부정한 원심판단은 타당하다. 이베이마켓 1 사건의 경우 원고와 옥션 간에는 계열사 관계도 없었기 때문에, 원고와 옥션의 공동 시장지배력이 문제될 수 있는 사안이 아니었다. 그럼에도 불구하고 구법 제4조 제2호에 따라 원고의 시장점유율 39.5%와 옥션의 시장점유율 51.9%를 합산하여 원고의 시장지배력을 인정한 것은 납득하기 어렵다.

(2) 매출액 기준으로 산정하기 어려운 경우

한편 시행령 제2조 제1항 단서는 “시장점유율을 금액기준으로 산정하기 어려운 경우”에는 “물량기준 또는 생산능력기준”으로 시장점유율을 산정할 수 있다고 규정하였는데, 여기서 “금액기준으로 산정하기 어려운 경우”가 어떤 경우인지 명문 규정이 없다. 다만 법 제8조에 규정된 시장지배력 남용 행위에 대한 정액 과징금 부과기준인 “매출액이 없거나 매출액의 산정이 곤란한 경우”와 관련하여 시행령 제13조 제3항 제2호에 규정된 경우를 의미하는 것으로 이해할 여지도 있다. 이들 조항을 표로 정리하면 다음과 같다(이하 밑줄 첨가).

예컨대, 온라인 플랫폼 사업자도 유료상품과 관련하여 “재해 등으로 매출액 산정자료가 소멸 또는 훼손되는 등의 사유로 객관적인 매출액의 산정이 곤란한 경우”가 있을 수 있는데, 이 경우 유료상품의 물량 또는 생산능력 기준으로 시장점유율을 산정할 수 있을 것이다. 그러나 제2조 제1항 단서의 “물량기준 또는 생산능력기준”은 전통적인 제조업을 염두에 둔 것이다. 예를 들어, 대규모 석유 화학 시설이나 초대형 전기 발전 시설의 경우도 가동하지 않는 대규모 유휴 설비가 있는 경우에는 단순 매출액보다 생산능력에 의한 시장지배력 추정이 적절할 수도

43) 이 사건에서 문제된 원고 이베이마켓의 행위는 그 대상만 다를 뿐(애플온라인과 거래하던 ‘11개’ 소규모 판매업체), 이베이마켓 1 사건에서 문제된 행위와 같다.

44) 대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두28677 판결.

45) 서울고법 2011. 10. 12. 선고 2010누40634 판결.

비 교		법 제8조 단서 관련 시행령 제13조 제3항
법시행령 제2조 제1항 단서 (시장점유율)	법 제8조 단서 (과징금)	
시장점유율을 금액기준으로 산정하기 어려운 경우	매출액이 없거나 매출액의 산정이 곤란한 경우로서 대통령령으로 정하는 경우	법 제8조 단서에서 “대통령령으로 정하는 경우”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다. 1. 영업을 개시하지 않거나 영업 중단 등으로 영업실적이 없는 경우 2. <u>채해 등으로 매출액 산정자료가 소멸 또는 훼손되는 등의 사유로 객관적인 매출액의 산정이 곤란한 경우</u> 3. 위반기간 또는 관련 상품이나 용역의 범위를 확정할 수 없어 관련매출액의 산정이 곤란한 경우

있다. 온라인 플랫폼 사업자의 유료상품, 예컨대 온라인 광고상품의 물량이나 온라인 광고의 생산능력을 어떤 수치(예컨대, 온라인 광고 계약 건수, 온라인 광고 노출 횟수, 컴퓨터 서버 용량) 기준으로 측정할 수 있을지, 그러한 수치가 과연 품질저하 능력을 비례적으로 나타낸다고 볼 수 있을지와 관련하여 문제가 제기될 수 있다. 무료 회원수나 웹사이트 방문자 수는 시행령 제4조 제2항의 유료상품 시장점유율이 아니므로, 그러한 수치로부터 시장지배력을 추정할 수는 없다.

나. 유료상품 가격인상력을 평가하기 위한 진입장벽

경쟁법에서 진입장벽 이론은 매출액 기준 시장점유율에 의한 시장지배력 추정을 정당화시키거나 복멸시키는 요소로 기능하는데, 그 이유는 시장점유율이 시장지배력을 직접 보여주는 증거가 아니라 가설적 지표에 불과하기 때문이다.⁴⁶⁾ 예컨대, 어떤 사업자의 시장점유율이 50%를 넘는다고 하더라도 이 수치가 바로 시장지배력을 직접 증명하는 것은 아니다. 이 때문에 시장점유율로 시장지배력을 ‘추정’하더라도, 시장지배력을 최종 확정하기 위해서 진입장벽을 고려하는 것이다. 매출액 기준 시장점유율이 높은 사업자가 판매가격을 경쟁가격보다 높게 올려

46) 진입장벽에 대한 자세한 논의는 다음 참조. 주진열, 각주 22), 28-31면.

추가이윤을 얻더라도 잠재적 경쟁자의 신규진입이 없다면 중대한 진입장벽이 있는 것으로 볼 수 있고, 그 시장점유율로 시장지배력을 인정할 수 있을 것이다. 그러나 높은 시장점유율을 가진 사업자라도 관련시장에 중대한 진입장벽이 없다면, 잠재적 경쟁자의 신규진입을 우려하여 가격을 인상하지 못할 수 있으므로, 시장점유율이 높더라도 시장지배력 추정을 복멸시킬 수 있을 것이다.

그런데 지금까지 공정위와 법원이 진입장벽을 이유로 시장지배력 추정을 복멸시킨 사례는 없고, 오히려 시장점유율이 50% 미만인 사안에서 시장지배력이 있다고 하기 위해 진입장벽을 원용한 사례는 다수 있다. 이베이마켓 1 사건에서, 원심은 오픈마켓 사업에 필요한 “영업노하우, 영업조직 및 운영프로그램 등 인프라 구축비용, 인지도 및 신뢰도 등”을 진입장벽이라고 하면서, 시장점유율이 50% 미만인 원고의 시장지배력이 인정된다고 하였다. 그러나 원심이 든 영업노하우 등은 효율경쟁에 관한 요소일 뿐 시장지배력을 추단할 수 있는 진입장벽이라고는 볼 수 없다. 물론 경제학에서는 영업노하우, 노동력, 브랜드, 고객 충성도, 광고비, 경영 능력, 자금 동원 능력, 필요 자산 등 사업에 필요한 모든 것이 진입장벽이 될 수 있으나,⁴⁷⁾ 이러한 접근 방식은 시장점유율에 기한 시장지배력 추정을 확정 또는 복멸시키는데 도움이 되지 못한다. 사업을 위해 누구나 부담해야 하는 투자·비용이나 사업에 당연히 갖추어야 할 기술이나 지식을 갖고 있다는 이유로 어떻게 시장지배력을 인정할 수 있다는 것인가? 이베이마켓 1 사건 당시 오픈마켓 시장에는 이미 15개 사업자가 진출하여 서로 경쟁하고 있었을 뿐 아니라, 공정위가 중대한 진입장벽이 있다고 한 의결이 나온지 불과 2개월 뒤인 2008. 2. ‘11번가’가 새로 진입하였다. 따라서 원심 변론종결시를 기준으로 보더라도 오픈마켓 시장에 높은 진입장벽이 있다고 보기란 어렵다.

IV. 플랫폼 무료상품에 대한 시장지배력 문제 사례

1. 개관

시장지배력도 관련시장처럼 추상적으로 이해하기는 쉽지만, 실제 사건에서는 (정부 인허가에 의한 법령상 독점사업자를 제외하고는) 어떤 사업자를 시장지배적사업자라고 할 수 있는지를 이견 없이 정하기란 극히 어렵다. 다만 매출액 기준 시장점유율이 가격인상력을 비례적으로 나타낸다는 가설하에 실무에서 시장점유율로 시장지배력을 추정 또는 간주해왔다. 국내외

47) 예컨대, George Stigler, *The Organization of Industry* (R. D. Irwin, 1968), p. 67: “[C]ost of producing (at some or every rate of output) which must be borne by a firm which seeks to enter an industry but is not borne by firms already in the industry.”

에서 출간된 수많은 경쟁법 문헌과 경제학 문헌을 보면 알 수 있듯이, 시장지배력 개념은 당연히 유료상품에 대한 것이어서 굳이 유료라는 말을 쓰지 않았을 뿐이다.⁴⁸⁾ 독점규제법상 시장지배력 남용을 규율하는 이유도 시장지배적사업자가 초과이윤을 위해 부당하게 경쟁을 제한하여 유료상품시장에서 가격상승 또는 이에 상응하는 품질저하나 혁신저해 등 경쟁제한효과를 초래하면 소비자 후생이 저해되기 때문이다.

그런데 2010년대 초중반부터 유럽과 미국 일각에서는 구글(Google)의 무료 검색, 무료 쇼핑 비교, 무료 스마트 모바일 운영체제(Operation System, 이하 'OS'), 무료 유틸리티 애플리케이션(이하 '앱'), 페이스북(Facebook)의 무료 소셜미디어와 같이 온라인 플랫폼 사업자의 무료상품에 대해서 시장지배력이 성립될 수 있고 그러한 무료시장에서 구글과 페이스북이 시장지배력을 남용하였다는 주장이 나타났다.⁴⁹⁾ 유럽연합(European Union, 이하 'EU') 위원회는 구글이 무료로 공급한 안드로이드 오픈소스 프로젝트(Android Open Source Project, 이하 'AOSP')라고 하는 스마트 모바일 OS 등에 대하여 시장지배력을 갖고 이를 남용했다고 하였고, 2022년 EU 1심 법원은 이를 수긍하였다.⁵⁰⁾ 2019년 독일 연방카르텔청도 페이스북이 무료로 공급하는 소셜미디어에 대하여 시장지배력을 갖고 이를 남용했다고 하였다.⁵¹⁾ 2021년 한국 공정거래위원회(이하 '공정위')도 (EU 구글 안드로이드 사건을 참조하여) 구글이 누구에게나 무료로 공급한 AOSP에 대하여 시장지배력을 갖고 이를 남용했다고 하였는데,⁵²⁾ 이 사건은 2023년 1월 현재 서울고등법원에서 계속 중이다. 이들 각 사건 모두 사실관계가 대단히 복잡하고 하나의 사건마다 하나의 평석 논문이 충분히 가능할 만큼 복잡한 쟁점도 많기 때문에, 이하에서는 각 사건을 세세하게 다루지 않고, 사건 개요만 간략하게 소개하는 정도로 그치고, 우리 헌법과 독점규제법의 해석상 무료상품 시장지배력이 인정될 수 있는지 등의 문제는 본고 V에서 상술한다.

2. 미국

연방대법원은 시장지배력을 유료상품에 대한 가격인상력으로 보기 때문에,⁵³⁾ 무료상품에

48) 독점규제법상 시장지배력이 (유료상품을 전제한) 가격인상력임을 언급한 국내 문헌 일부만 소개하면 다음과 같다. 김두진, "시장지배적 지위의 남용", 「비교사법」, 제14권 1호(2007), 223면; 김형배, 공정거래법의 이론과 실제 (도서출판 삼일, 2019), 153면; 권오승·홍명수, 경제법 제14판 (법문사, 2021), 153면; 정갑영, 산업조직론 개정판 (박영사, 2001), 59면; 정호열, 경제법 전정 제5판 (박영사, 2016), 108-109면; 주진열, 각주 22), 16-24면.

49) 이러한 동향을 소개한 국내 문헌으로는 다음 참조. 변정욱·김정현, "온라인 양면 거래 플랫폼의 시장획정 및 시장지배력 판단", 「경쟁법연구」, 37권(2018); 이경원, "온라인 플랫폼 시장의 공정경쟁 이슈", 「한국경제의 분석」, 제27권 3호(2021); 이상규, "온라인 플랫폼 관련 다양한 지배력 개념과 판단 기준", 「정보통신정책연구」, 제28권 4호(2021).

50) Judgment-14/09/2022-Google and Alphabet v Commission (Google Android) Case T-604/18.

51) Bundeskartellamt Press Release, *Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources* (2019. 2. 7).

52) 공정위 의결 제2021-329호 2021. 12. 30.

대한 시장지배력은 성립될 수 없다.

2007년 *Kinderstart.com v. Google* 판결에서 연방하급심은 셔먼법상 관련상품시장은 유료상품을 판매하는 시장이므로, 구글의 검색 서비스 무료 공급은 ‘유료상품 판매(sale)’가 아니므로 무료 검색 서비스는 셔먼법 제2조의 시장지배력 존부 판단을 위한 관련시장으로서 의미가 없다고 하였다.⁵⁴⁾ 즉 무료 검색시장도 일반적 의미의 시장이라고 할 수는 있지만 셔먼법 목적상 관련시장이 아니라고 한 것이다.⁵⁵⁾

2021년 *Federal Trade Commission v. Facebook* 사건에서 연방하급심은 “연방 반독점법상 시장 지배력의 정확한 경제적 의미는 관련시장에서 이윤을 더 얻을 수 있게 가격을 인상시킬 수 있는 능력이다. 피고 [페이스북]의 무료시장 점유율이 60%가 넘는다는 주장만으로는 [시장지배력 증명]이 부족하다.”라고 하면서,⁵⁶⁾ “연방거래위원회는 페이스북이 소셜미디어 시장에서 시장지배력을 가졌다는 점을 충분히 증명하지 못했다”라고 하고,⁵⁷⁾ 소장 변경을 하지 않으면 연

53) *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377 (1956) (“Monopoly power is the power to control prices or exclude competition...It is inconceivable that price could be controlled without power over competition, or vice versa.”). 자세한 설명은 다음 참조. 주진열, 각주 22), 9-10면.

54) 2007 WL 831806 (N. D. Cal.): “Failure to allege adequately the relevant market is an appropriate ground for dismissal of a Sherman Act claim... ‘A ‘market’ is any grouping of sales whose sellers, if unified by a monopolist or a hypothetical cartel, would have market power in dealing with any group of buyers.’ ...KinderStart has failed to allege that the Search Market is a ‘grouping of sales... It does not claim that Google sells its search services, or that any other search provider does so. Providing search functionality may lead to revenue from other sources, but KinderStart has not alleged that anyone pays Google to search. Thus, the Search Market is not a ‘market’ for purposes of antitrust law.”

55) Martin Samson, “Kinderstart.com, LLC v. Google, Inc.”, Internet Library of Law and Court Decisions (May 8, 2008): “Plaintiff’s Sherman Antitrust Act claims failed because plaintiff did not allege a ‘relevant market’ Google purportedly attempted to monopolize, an essential prerequisite to such a claim. Because the Sherman Act only applies to attempts to monopolize ‘a group of sales,’ the ‘Search Market’ alleged by plaintiff as the relevant market did not qualify, because users are not paid to search.”

56) US District Court for the District of Columbia, Civil Action No. 20-3590 (JEB), pp. 31-32: “‘monopoly power’ is a term of art under federal law with a precise economic meaning: the power to profitably raise prices or exclude competition in a properly defined market. To merely allege that a defendant firm has somewhere over 60% share of an unusual, nonintuitive product market — the confines of which are only somewhat fleshed out and the players within which remain almost entirely unspecified — is not enough. The FTC has therefore fallen short of its pleading burden.”

57) *Id.*, p. 2: “The FTC has failed to plead enough facts to plausibly establish a necessary element of all of its Section 2 claims — namely, that Facebook has monopoly power in the market for Personal Social Networking (PSN) Services. The Complaint contains nothing on that score save the naked allegation that the company has had and still has a ‘dominant share of th[at] market (in excess of 60%)’. Such an unsupported assertion might (barely) suffice in a Section 2 case involving a more traditional goods market, in which the Court could reasonably infer that market share was measured by revenue, units sold, or some other typical metric. But this case involves no ordinary or intuitive market. Rather, PSN services are free to use, and the exact metes and bounds of what even constitutes a PSN service — i.e., which features of a company’s mobile app or website are included in that definition and which are excluded — are hardly crystal clear.”

방거래위원회의 청구는 기각될 것이라고 하였다.

3. EU와 독일

가. EU 구글 사건과 그 배경

2010년대 초반부터 유럽에서는 미국 플랫폼 대기업인 GAFA가 미국 문화 제국주의를 표상하고 유럽의 디지털 주권을 침해한다며, GAFA를 대체할 유럽의 온라인 플랫폼 대기를 2030년까지 10개를 육성해야 한다는 유럽 산업 보호주의 운동이 진행되고 있다.⁵⁸⁾ 2014년 독일 정부는 EU 차원에서 경쟁법을 이용한 구글 규제를 주장하였고,⁵⁹⁾ 실제로 EU 위원회는 구글을 겨냥하여 EU기능조약 제102조의 시장지배력 남용 혐의가 있다며 조사하였다. 2015년 미국 오바마 대통령은 EU와 독일의 구글 규제 움직임을 차별적 보호주의라고 비판하였다.⁶⁰⁾ 2017년 EU 위원회는 구글 쇼핑검색 사건에서 개별 회원국의 무료 검색 시장에서 구글 점유율이 이용자 수 기준으로 90%대이고 진입장벽이 있다는 이유 등으로 무료상품에 대한 시장지배력을 인정하였다.⁶¹⁾ 2018년에도 EU 위원회는 구글의 무료상품 안드로이드 OS와 구글플레이에 대해서도 시장지배력을 인정하였는데,⁶²⁾ 2022년 10월 EU 제1심법원도 수궁하였다.⁶³⁾ 이처럼 EU 위원회와 법원은 구글 사건에서 처음으로 무료상품 시장지배력을 인정하였다.

그런데 구 EC 법원은 1979년 호프만-라로슈 판결에서 시장지배력을 경쟁에서 벗어난 독자적 행동 능력⁶⁴⁾(이하 '독행력')이라고 하였는데, 2010년 아스트라제네카 판결에서는 그러한 독행력은 가격인상력⁶⁵⁾이라고 하였다. 이들 판결에 따르면, 시장지배력은 독행력을 의미하고, 독

58) EU에서 '스케일-업 유럽'(Scale-Up Europe)이라고 하는데 프랑스 마크롱 대통령의 제안으로 시작되었다. 자세한 내용은 다음 참조. Ben Deighton, "EU needs its own GAFAs -reports", The EU Research & Innovation Magazine (11 March 2016), <https://ec.europa.eu/research-and-innovation/en/horizon-magazine/eu-needs-its-own-gafas-report>; French Presidency of the Council of the European Union, Scale-up Europe Spurs Collective Action to Accelerate European Tech (7 February 2022).

59) Jeevan Vasagar et al., "Europe's demands on Google mount", Financial Times (November 27, 2014), <https://www.ft.com/content/66b5149e-758a-11e4-b082-00144feabdc0>.

60) James Vincent, "Obama accuses EU of attacking American tech companies because it 'can't compete'", The Verge (Feb 17, 2015), <https://www.theverge.com/2015/2/17/8050691/obama-our-companies-created-the-internet>.

61) European Commission Decision (27/06/2017) AT.39740 - Google Search (Shopping), pp. 57-73, 179-180.

62) European Commission Decision (18/07/2018) AT.40099 - Google Android, pp. 92-127, 128 -147.

63) Judgment-14/09/2022-Google and Alphabet v Commission (Google Android) Case T-604/18.

64) Hoffman-La Roche v. European Commission, 3 CMLR 211 (13 February 1979): "[D]ominant position...referred to relates to a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, its customers and ultimately of the consumers. Such a position...enables the undertaking...to have an appreciable influence on the conditions under which that competition will develop...".

행력은 가격인상력을 의미하므로,⁶⁶⁾ EU 경쟁법상 시장지배력도 결국 가격인상력을 의미한다. 그런데 구글 사건에서 어떻게 갑자기 무료상품 시장지배력이 성립된다는 것인지 경쟁법 원리 차원에서는 이해하기 어렵다.

나. 독일

(1) 2017년 제9차 경쟁제한방지법 개정과 페이스북 사건

1957년 제정된 독일 경쟁제한방지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 이하 ‘GWB’)상 시장지배력 개념도 (그 당시 무료시장에서 지배력 관념은 없었기 때문에) 유료상품을 전제로 한 것이다. 그런데 2017년 독일 연방의회는 제9차 GWB 개정안을 채택하여, 플랫폼 사업자의 무료상품에 대한 시장지배력이 인정될 수 있도록 ‘시장지배’(Marktbeherrschung)에 관한 제18조에 서비스가 무료로 공급되더라도 시장이 성립될 수 있다⁶⁷⁾는 내용의 (2a)항과 ‘특히 다면 시장(multi-sided markets)과 네트워크의 경우, 직접 또는 간접 네트워크 효과, 이용자의 무료상품 동시 이용 가능성과 전환비용, 네트워크 효과로 인한 규모의 경제, 경쟁에 필요한 데이터 접근성, 혁신에 의한 경쟁 압력 등을 고려하여 시장지배력을 판단한다’⁶⁸⁾라는 내용의 (3a)항을 신설하였다.

위와 같이 (2a)와 (3a)가 신설된 이유는 독일에서도 시장지배력은 유료상품을 전제로 했기 때문이다. 독일도 한국처럼 특히 1960년대부터 1970년대까지는 인플레이션 원인을 시장지배력 남용이라고 보았고,⁶⁹⁾ 연방카르텔청도 2016년 발간한 보고서에서 무료서비스는 경쟁제한방지법상 시장이 아니라는 독일 판례 입장을 확인한 바 있다.⁷⁰⁾ 예컨대, 2015년 뒤셀도르프 고등법

65) AstraZeneca AB and AstraZeneca plc v European Commission, Case T-321/05 (1 July 2010), para. 267: “market power, that is to say the ability of an undertaking to behave to an appreciable extent independently of its competitors, its customers and, ultimately, consumers, in the sense that it is in particular able to maintain prices at a higher level...” (밑줄 첨가).

66) Luis Ortiz Blanco, Market Power in EU Antitrust Law. Translated by Andrew Read (Hart Publishing, 2012), p. 47.

67) 원문: (2a) Der Annahme eines Marktes steht nicht entgegen, dass eine Leistung unentgeltlich erbracht wird.

68) 원문: (3a) Insbesondere bei mehrseitigen Märkten und Netzwerken sind bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens auch zu berücksichtigen:

1. direkte und indirekte Netzwerkeffekte,
2. die parallele Nutzung mehrerer Dienste und der Wechsellaufwand für die Nutzer,
3. seine Größenvorteile im Zusammenhang mit Netzwerkeffekten,
4. sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten,
5. innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck.

69) David J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe* (Clarendon Press, 1998), p. 307: “When in the late 1960s and the 1970s the [Federal Cartel Office] and the academic community began to pay closer attention to the abuse concept as a tool for dealing with inflation and economic concentration.”

원은 온라인 호텔 예약 양면 플랫폼 사업자인 HRS GmbH의 최저가 보장(best price clause) 사건에서 플랫폼 사업자의 경쟁법상 시장은 유료서비스라고 하였다.⁷¹⁾ 이에 (2a)항을 신설하여 ‘서비스가 무료로 공급되는 경우에도 (시장지배력 인정을 위한) 시장이 성립될 수 있음을 분명하게 한 것’⁷²⁾이다.

실제로 2019년 2월 독일 연방카르텔청은 신설된 제18조 (2a)와 (3a)항에 따라 페이스북이 무료상품인 소셜미디어 시장에서 무료 이용자 수 기준으로 90%의 점유율을 갖고 독일 이용자의 페이스북 고착 현상과 소셜미디어 시장에 진입장벽이 있다는 이유로, 무료상품에 대한 시장지배력을 처음으로 인정하고, 페이스북이 독일 이용자의 진정한 동의를 얻지 않아 EU 데이터보호법(General Data Protection Act)을 위반하는 방식으로 독일 이용자의 개인정보를 활용함으로써 프라이버시 보호 수준이 낮추어진 결과가 되었으므로 시장지배력 남용이라는 독특한 논리로 페이스북을 제재하였다.⁷³⁾ 독일에서도 연방카르텔청의 페이스북 사건 처리 방식은 경쟁법의 본질을 벗어난 것이라는 비판이 있다.⁷⁴⁾ 그러나 제9차 개정이 있었기 때문에 뒤셀도르프 고등법원도 페이스북의 집행효력정지 가처분 사건에서는 (위에서 2015년 HRS GmbH 판결 입장과 달리) 무료 소셜미디어에 대한 시장지배력을 인정하였고, 연방대법원도 시장지배력을 인정하였다.⁷⁵⁾ 그래도 독일은 GWB를 개정하여 먼저 법률적 근거를 분명하게 만들어 놓고,⁷⁶⁾ 그 다음 실제 사건에서 무료상품 시장지배력을 인정하였다는 점에 주의할 필요가 있다.

독일이 무료상품 시장지배력을 인정하기 위하여 GWB를 개정한 이유는 독일에서도 시장지

70) Bundeskartellamt, *Working Paper - The Market Power of Platforms and Networks* (June 2016), https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Berichte/Think-Tank-Bericht-Zusammenfassung.pdf?__blob=publicationFile&v=4, p. 8: “Previous (national) case law has not recognized free platform use as a market because it considered monetary turnover and price-setting essential competitive parameters without which a market did not exist.”

71) OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.01.2015 - VI - Kart 1/14 (V), para. 50: “Jede unternehmerische Tätigkeit dann, wenn sie entgeltlich erfolgt, einem Markt zuzuordnen. Soweit eine Leistung - so wie hier - nach der einen Seite entgeltlich, nach der anderen Seite unentgeltlich erbracht wird, ist sie nur mit der entgeltlichen Seite Teil des Marktes.”

72) Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (9. GWB-ÄndG, p. 47: “Absatz 2a stellt klar, dass auch im Fall einer unentgeltlichen Leistungsbeziehung ein Markt vorliegen kann.”

73) Bundeskartellamt Press Release, Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources (2019. 2. 7), <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2019/07022019Facebook.pdf?blob=publicationFile&v=2.2019.5>.

74) German competition authority pushes the boundaries of abuse of dominance with infringement finding on online data collection Lexology (April 15 2019), <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=5a9decf5-1038-4a03-9947-e4af6dbfeef5>.

75) Adam Satariano, Facebook Loses Antitrust Decision in Germany Over Data Collection, New York Times (June 23, 2020), <https://www.nytimes.com/2020/06/23/technology/facebook-antitrust-germany.html>.

76) 한국과 달리 독일 헌법에는 시장지배력 남용 조항이 없으므로, 법률로 무료상품 시장지배력을 인정해도 위한 문제가 없다.

배력이 유료상품에 대한 것이었기 때문이다. 같은 맥락에서 한국도 (설령 헌법을 논하지 않더라도) 독점규제법상 시장지배력 관련 조항을 개정하여 무료상품 시장지배력을 명시적으로 인정하지 않는 이상, 독점규제법상 무료상품 시장지배력은 성립될 수 없다고 본다. 독일과 달리 한국 독점규제법상 시장지배력 남용은 형사처벌 대상이기도 하므로, 더욱 그러하다.

(2) 미국 GAFA 사전규제를 위한 제10차 경쟁제한방지법 개정

2020년 독일은 사실상 미국 GAFA를 겨냥하여 이른바 ‘디지털경쟁법’이라고 불리는 제10차 GWB 개정을 단행했는데, ‘교차 효과가 있는 여러 시장에 걸친 경쟁에서 중요한 플랫폼 사업자’(이하 ‘중요 플랫폼 사업자’)라는 새로운 개념을 도입하고, 연방카르텔청이 ‘(i) 1개 시장 또는 2개 이상 시장에서 시장지배적 지위 여부, (ii) 자금력, 기타 자원에 대한 접근성, (iii) 수직 계열화 여부 및 관련 인접시장에서의 활동, (iv) 경쟁과 관련된 데이터에 대한 접근성, (v) 해당 플랫폼의 제3자(즉 판매자)에 대한 중요도 및 이들의 사업활동에 대한 영향력 등’을 고려하여 ‘중요 플랫폼 사업자’를 지정할 수 있도록 하고, 경쟁제한성 여부와 상관 없이 이들의 일정한 행위⁷⁷⁾를 금지하는 조항을 신설하였다. 이 조항이 2021. 2. 22. 발효되자, 연방카르텔청은 바로 구글, 애플, 아마존, 메타(페이스북)을 중요 플랫폼 사업자로 지정하고 이들을 규제하였다.⁷⁸⁾

참고로 한국에서 1980년대 경제기획원이 독점규제법 집행기관이었을 때 시장지배적사업자 사전 지정제도라는 사전규제 제도가 있었으나, 경쟁법 원리에 맞지 않는다는 이유로 결국 폐지되었다. 이러한 사전규제를 독일이 미국 GAFA 억제를 목적으로 도입한 것도 주목할 만한데, 이는 독일식 ‘규제적 경쟁법’(regulatory competition law)⁷⁹⁾의 면모를 잘 보여준다.

4. 한국

구글 안드로이드 사건은 독점규제법 역사상 처음으로 무료상품에 대한 시장지배력 성립 문

77) Silke Heinz, “Draft German competition rules on powerful digital gatekeepers,” Kluwer Competition Law Blog (December 11, 2020), <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/12/11/draft-german-competition-rules-on-powerful-digital-gatekeepers>.

78) 다음 참조. Bundeskartellamt, *Proceedings against large digital companies - on the basis of Sec. 19a GWB - (as of January 2023)*, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Downloads/List_proceedings_digital_companies.pdf?sessionid=13B9FAC2F38BDCCCF2EEB0B39AD017C.2_cid390?__blob=publicationFile&v=8.

79) 유럽에서 경쟁법에 사전규제를 도입하는 방식이 적절한지에 대한 논의로는 다음 참조. Niamh Dunne, *Competition Law and Economic Regulation* (Cambridge University Press, 2015), pp. 87-97. 유럽 문제와는 별론, 필자 소견으로는 민법에 형법 조항을 규정하는 것이 바람직하지 않은 것과 같은 이유로 경쟁법에 사전규제를 도입하는 것은 바람직하지 않다고 본다. 사전규제 입법이 필요한 경우에는 경쟁법이 아닌 개별 입법으로 처리하는 것이 바람직하다.

제가 다투어지고 있다는 점에서 주목할 가치가 크다. 공정위는 EU 위원회 결정과 동일하게 관련시장을 ‘전 세계(중국 제외) 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장’이라고 하고, 구글이 누구에게나 AOSP를 무료로 제공하였기 때문에, 구법 시행령 제4조 제2항 단서(“시장점유율을 금액기준으로 산정하기 어려운 경우에는 물량기준으로 이를 산정”)에 따라 “스마트 모바일 OS의 시장점유율은 물량(스마트 모바일 기기 판매대수)을 기준으로 산정하는 것이 타당하다”라고 하면서,⁸⁰⁾ 구글의 무료상품 시장지배력 인정 근거로 다음과 같은 <표 39>를 제시하였다.

<표 39> 전 세계(중국제외) 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장점유율 (IDC)

(단위: %)

OS 유형	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
안드로이드	30~40	70~80	80~90	90~100	90~100	90~100	90~100	90~100	90~100	90~100
심비안	40~50	10~20	0~10	0~10	0~10	0~10	0~10	0~10	-	-
윈도우 모바일	0~10	0~10	0~10	0~10	0~10	0~10	0~10	0~10	0~10	0~10
마에모/미고	0~10	0~10	0~10	0~10	-	-	-	-	-	-
리모	0~10	0~10	0~10	0~10	0~10	0~10	0~10	-	-	-
바다	0~10	0~10	0~10	0~10	0~10	-	-	-	-	-
타이젠	-	-	-	-	-	0~10	0~10	0~10	0~10	0~10
파이어 OS	-	0~10	0~10	0~10	0~10	0~10	0~10	0~10	0~10	0~10
알리운 OS	-	0~10	0~10	0~10	0~10	0~10	0~10	0~10	0~10	0~10
기타	0~10	0~10	0~10	0~10	0~10	0~10	0~10	0~10	0~10	0~10
합계	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0

공정위는 위와 같은 <표 39>에 따라 구글의 무료상품 시장점유율이 “2011년부터 시장지배적사업자 추정 시장점유율인 50%를 초과한 이래로 계속 50%를 초과하였으며 2019년에는 97.7%의 시장점유율을 기록하였다”라고 하면서,⁸¹⁾ 스마트 모바일 OS는 (i) 개발비용이 많이 소요되고, (ii) 네트워크 효과가 있고, (iii) OS 전환비용에 따른 고착효과가 있기 때문에, 스마트 모바일 OS 시장에 중대한 진입장벽이 있으므로, 구글의 시장지배력이 인정된다고 하였다.⁸²⁾

또한 공정위는 ‘안드로이드 스마트 모바일 기기 앱마켓’이라는 관련시장에서 구글의 무료상품인 구글플레이 앱의 선택재 점유율이 50% 이상이라는 등의 이유로 시장지배력이 성립된다고 하였다.⁸³⁾

80) 공정위 의결 제2021-329호 2021. 12. 30, 115면.

81) 상동, 104-105면.

82) 상동, 106-108면.

V. 한국 헌법과 독점규제법상 무료상품 시장지배력 문제

1. 개관

본고 IV에서 살펴본 것처럼 최근 유럽과 미국에서 GAFA 억제가 문제되기 전까지, 시장지배력은 유료상품에 대한 것이라는 점에 의문의 여지가 없었다. 세계 최초의 경쟁법인 미국의 1890년 셔먼법, 1914년 연방거래위원회법과 클레이튼법은 물론이고, 일본의 1947년 독점금지법, 독일의 1957년 경쟁제한방지법, 한국의 1981년 독점규제법상 시장지배력은 ‘유료상품이 판매되는 유료시장’을 당연한 전제로 한 것이어서, 경쟁법 조항이든 판결문이든 학술논문이든 교과서든 시장지배력을 언급하면서 굳이 ‘유료’라는 말을 명시할 필요가 없었다. 경쟁법학과 경제학계에서 시장지배력과 관련하여 다양한 갑론을박이 있어도 시장지배력은 유료상품에 대한 것임이 너무나 명백하여 유료라는 말을 쓸 필요가 없었던 것이다. 이러한 용례는 일일이 열거할 수 없을 정도로 많은 경쟁법 문헌과 경제학 문헌에서 쉽게 확인할 수 있다.

물론 공중과 라디오방송이나 무료신문처럼 불특정 다수에게 무료상품⁸⁴⁾을 공급하는 플랫폼(platform) 또는 양면시장(two-sided market) 사업⁸⁵⁾은 이미 오래전부터 있었고, 한국에서는 2000년대 초반 메트로 등 무료신문의 급속한 팽창으로 인해 유료신문사들의 광고수익이 급감하고 유료신문 가판업자의 수입도 급감하자, 무료신문 때문에 신문시장이 난장판이 되었다며 제재해야 한다는 시위도 있었으나,⁸⁶⁾ 플랫폼 사업자의 무료상품에 대해 시장지배력이 성립될 수 있다는 관념은 없었다. 그런데 2022. 10.경 카카오 서버가 소재한 SK 데이터센터 화재 사건으로 카카오톡 서비스 장애 복구에 상당 시간이 소요되자, 공정위는 이를 온라인 플랫폼 독과점 문제라고 하면서,⁸⁷⁾ “시장지배력 평가에 있어서 온라인 플랫폼 사업자의 데이터 수집·보유 능력 및 격차, 이용자 수 등 매출액 이외의 점유율 산정 기준을 고려”해서 무료상품에도 시장

83) 상동, 108-113면.

84) 본고에서 무료상품이라고 함은 처음부터 계속 ‘0’의 가격으로 설정되는 상품을 의미하며, 유료상품의 판매촉진 목적으로 해당 상품을 일시적으로 한정 수량만 무료로 제공되는 상품은 제외한다.

85) 플랫폼 사업(platform business)이라고 함은 잠재적 소비자에게 어떤 상품을 무료 또는 원가 이하로 제공하여 유인하고, 이들 소비자에게 접근하여 유료상품을 판매하고자 하는 제3의 사업자에 대해서는 광고 또는 거래중개 상품을 유료로 판매하는 사업을 말하며, 소비자라는 한 면과 제3의 사업자라는 다른 면을 동시에 갖고 있다는 양면시장이라고 칭하기도 한다. 보다 자세한 내용은 본고 II. 1에서 살펴본다.

86) 다음 참조. 홍원기, “무료신문 난립과 과당경쟁”, 『관훈저널』, 통권 제90호(2004), 65-72면; 브레이크뉴스(인터넷판 2004. 7. 2), “무료신문 난립, 더 이상 못 살겠다”, <https://m.breaknews.com/a.html?uid=8655§ion=section5>.

87) 그러나 카카오톡 서비스 장애 문제는 화재 등 재난 리스크에 대비하여 온라인 플랫폼 사업자가 ‘서버와 데이터 백업’을 어떻게 관리해야 하는지에 관한 문제이지, 독점규제법상 시장지배력 문제가 아니다. 예컨대 다음 참조. 한국경제(2022. 10. 18), “독점 타한 카카오 사태, 번지수 틀렸다. 데이터센터 백업 시스템 안 갖춘 ‘기업의 책임 방기’가 본질,” <https://www.hankyung.com/economy/article/2022101864921>.

지배력이 성립될 수 있도록 하는 내용의 심사지침을 만들겠다고 공표한 바 있다.⁸⁸⁾ 결국 공정위는 2023. 1. 12.부터 시행한 「온라인 플랫폼 사업자의 시장지배적지위 남용행위에 대한 심사지침」에서 무료상품에 대해서도 시장지배력이 성립될 수 있다고 하였는데, 언론기사에 의하면 향후 법제화까지 추진될 예정이라고 한다.⁸⁹⁾

한편 일각에서는 플랫폼 사업자의 무료상품은 생산비용이 '0'이 아니므로 'free'가 아니라는 주장⁹⁰⁾도 있으나, 이는 무료상품(free of charge)과 경제학상 자유재(free goods, 예컨대, 공기)를 혼동한 것이다.⁹¹⁾ 또는 무료상품 시장지배력은 불가능하다는 지적을 피하기 위하여 이용자가 온라인 플랫폼 사업자에게 동의한 개인정보 활용이 사실상 대가이므로 무료상품은 유료상품이라는 주장⁹²⁾도 있으나, 인공지능 프로그램에 의한 개인 타겟 광고에 개인데이터가 활용된다고 해서 무료상품이 유료상품이 되는 것은 아니다. 예컨대, 누군가가 네이버 검색을 1회 이용하면서 컴퓨터 화면에서 개인 타겟 광고를 1회 보았다고 해서, 네이버가 검색 서비스를 유료상품으로 판매했다고 간주하는 것은 지나친 비약이다.

독점규제법 제2조 제3호 전문의 시장지배적사업자 정의에 '유료'라는 말이 없이 '상품'이라고만 규정되어 있고 시행령 제2조 제1항에 '금액 기준 시장점유율 산정이 어려운 경우 물량 또는 생산능력 기준의 시장점유율 산정'이 규정되어 있어 무료상품의 경우 금액 기준 시장점유율 산정이 불가능하므로 물량기준이나 생산능력기준의 점유율로 무료상품 시장지배력을 추정할 수 있다는 해석이 가능한 것처럼 보일 수도 있다. 그러나 "법을 해석할 때에는 그 결과를 감안"해야 하며 "법문이 그 자체로 다양한 해석의 가능성을 내포하고 있는 경우 설령 외견상 문언, 논리와 체계에 부합하는 것으로 보이는 해석이라 하더라도 그 결과가 심히 부당하고, 특히 그것이 헌법 등 상위법의 가치에 반하는 것이라면 달리 생각"해야 한다(대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결 참조).

이하에서 상술하겠지만 헌법과 독점규제법상 시장지배력 남용은 원래 유료상품 또는 유료

88) 공정위 보도자료(2022. 10. 21), 독과점 온라인 플랫폼 시장의 경쟁촉진방안 추진, <https://www.ftc.go.kr/www/selectReportUserView.do?key=10&rpttype=1>.

89) 뉴시스(2023. 1. 12), 카카오 사태 막는다...온라인 플랫폼 독과점 심사지침 제정, https://newsis.com/view/?id=NISX20230112_0002156622&cID=10401&pID=10400 ("공정위는 향후 이와 관련해 법제화도 검토한다. 유 국장은 "심사지침과는 별개로 법제화를 추진해 나갈 계획"이라고 밝혔다.")

90) 예컨대, John M. Newman, "Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations," 164 U. Pa. L. Rev. 149 (2016). Evans도 플랫폼 사업자의 무료상품을 'free goods'이라고 표현하였는데(예컨대, Evans, David S., "The Antitrust Economics of Free," 7 Competition Policy International (2011), <http://ssrn.com/abstract=1813193>), 이러한 용례는 누구도 비용을 부담하지 않는 자유재인 'free goods'와 같기 때문에 불필요한 논란을 일으키기 쉽다. 플랫폼 사업자의 무료상품에 대한 비용은 해당 사업자가 부담하기 때문에 공기와 같은 자유재를 의미하는 'free goods'는 아니다.

91) 그런데

92) 예컨대, Alec J. Burnside, "No Such Thing as a Free Search: Antitrust and the Pursuit of Privacy Goals," Competition Policy International (May 29, 2015).

시장에 관한 것인데, 헌법 문제는 별론으로 하더라도 최소한 독일처럼 법개정도 없이 무료상품에 대해서도 시장지배력을 인정할 수 있는가? 무료시장 시장지배력 문제는 헌법과 독점규제법상 시장지배력 남용 규제의 근간에 관한 것이라는 점에서 현재 서울고법에 계속 중인 구글 안드로이드 사건은 어쩌면 포스코 전원합의체 판결보다 더 무겁고 더 중요한 사건일 수 있다. 이하에서는 헌법 및 독점규제법의 해석상 무료상품에 대한 시장지배력이 인정되는지부터 살펴본다. 그 다음 무료상품 시장지배력이 성립될 수 있다고 가정할 때, 시장지배력의 의미와 판단기준 문제를 살펴보고, 무료상품 시장지배력이 성립될 수 없다면 독일처럼 법개정을 통해 무료상품 시장지배력을 인정할 필요가 있는지 여부를 시론적 차원에서 검토한다.

2. 헌법상 ‘독과점 폐해 규제’와 ‘시장지배의 남용 방지’의 의미

가. 개관

38개 경제협력개발기구(OECD) 회원국 중에서 헌법에 경쟁법 사항인 ‘시장지배 남용 방지’가 명문으로 규정된 나라는 한국이 유일하다. 1987년 개정된 현행 헌법 제119조 제2항에서 ‘시장지배 남용 방지’에서 ‘시장지배’는 1987년 당시 독점규제법상 유료시장에서 시장지배력 남용 규제가 헌법 차원으로 승격되어 반영된 것이다. 따라서 한국에서 시장지배력 남용 규제는 법률 사항이면서 동시에 헌법 사항이다. 한편 1987년 헌법상 ‘시장지배 남용 방지’는 1980년 헌법 제120조 제3항의 ‘독과점 폐해 규제’가 그 표현 방식만 바뀐 것인데, 1980년 당시 독과점 폐해란 1960년대부터 국가적 차원에서 문제된 ‘유료상품시장에서 독과점 폐단’이다. 1980년 헌법상 독과점 폐해 규제는 1975. 12. 31. 법률 제2798호로 제정된 물가안정 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘물가안정·공정거래법’)로 규율하던 유료상품시장에서 시장지배적 독과점 폐해 규제가 헌법 차원으로 승격되어 반영된 것이다. 결국 헌법상 ‘시장지배 남용 방지’는 1975년 물가안정·공정거래법상 시장지배적 독과점 폐해 규제를 반영한 1980년 헌법을 거쳐 1987년 당시 구법상 시장지배력 남용 규제를 반영한 것이므로, 크게 볼 때 1987년까지 독점규제법상 유료상품시장을 전제로 한 시장지배력 개념과 다르지 않다고 보아야 한다.

나. 1980년 헌법상 ‘독과점 폐단 규제’

1980. 10. 27. 헌법 제9호로 개정된 헌법 제120조 제3항에 “독과점의 폐단은 적절히 규제·조정한다”라는 내용이 한국 헌정사에서 처음으로 규정되어, 독과점 규제가 헌법 사항이 되었다. 독과점 폐해 규제 조항을 독과점기업의 과도한 사적 이윤 추구로 인한 국민경제 악영향을 시정하기 위한 헌법적 결단으로 설명하는 견해도 있다.⁹³⁾ 참고로 1970-80년대 당시 경제학계

에서 쿠르노 균형 이론에 입각하여 경쟁자들이 소수인 과점시장에서는 가격의 동조적 인상이 일어나 결과적으로 완전독점시장과 같은 독점가격이 형성된다고 여겼는데, 이를 반영하여 ‘독점’과 ‘과점’을 엄밀히 구별하지 않고 ‘독과점’이라는 하나의 용어가 사용되었다. (가격의 동조적 인상 가설이 아니라면 과점을 독점과 같이 동일하게 취급할 수 없다.)

한국에서 유료상품시장의 독과점이 심각한 국가적 문제로 처음 대두된 계기는 1963년 이른바 ‘3粉(밀가루, 설탕, 시멘트) 파동’이었다. 1963년 설탕 가격이 몇 개월 사이에 무려 1,000%나 인상되었고, 밀가루 가격은 400% 인상되었으며, 시멘트 가격도 폭등하여 심각한 사회 문제가 되었다. 당시 설탕시장, 밀가루시장, 시멘트시장이 독과점 상태였고, 관련 독과점기업이 폭리를 취하기 위해 가격을 폭등시킨 것이라는 지적에 독과점규제법을 제정해야 한다는 여론이 급등하여, 독과점사업자의 가격인상을 규제하는 법안들이 국회에 제출되었으나 대기업들의 반대로 인해 입법되지 못하였다.⁹⁴⁾ 그러다 1970년대 초반 심각한 인플레이션이 발생하였고, 그 원인이 독과점사업자들의 가격인상 폭리 때문이라는 지적이 있었다. 이에 정부가 더 이상 독과점을 방치해서는 안된다는 인식에서, 대기업들의 반대를 물리치고 1975년 물가안정·공정거래법이 경제기획원을 소관 부처로 하여 제정된 것이다. 물가안정·공정거래법에는 독과점사업자의 가격인상 규제 조항(제5조) 외에도 가격담합 등 경쟁제한 공동행위를 금지하는 조항(제8조)⁹⁵⁾과 불공정거래행위를 금지하는 조항(제7조)⁹⁶⁾이 있었기 때문에, 경쟁법으로서의 성격도 있었다. 경제기획원에 설치된 물가안정위원회가 독과점, 부당공동행위, 불공정거래행위 규제를 맡았다(제5호).⁹⁷⁾

1970년대에는 (시장을 지배한) 독과점사업자라는 용어가 사용되었다. 물가안정·공정거래법 제5조는 “독과점사업자의 가격신고라는 제목에서 독과점사업자를 “일정한 사업분야의 시장을 지배함으로써 실질적으로 경쟁을 제한하고 있는 단독 또는 소수의 사업자(밀줄 및 강조 첨가)로 정의하고, 이러한 시장지배적 독과점사업자가 가격을 결정한 때에는 주무부장관에게 신

93) 성낙인, “憲法上 經濟秩序와 獨寡占規制,” 「공법연구」, 제10집(1982), 112면.

94) 현경득, “독과점가격의 규제,” 「기독교사상」, 통권 제126호(1968); 이갑연, “獨寡占規制나 企業 成長이나,” 「마케팅」, 제3권 1호(1969); 정병휴, “韓國의 獨寡占規制政策에 관한 考察,” 「경제논집」, 제21권 3호(1982); 정의창, “독과점 규제정책의 형성과정에 관한 분석: 1964-1980년을 중심으로,” 「사회과학연구」, 제27권 1호(2014).

95) 각호의 내용은 다음과 같다: “1. 가격을 결정·유지 또는 인상하는 행위 2. 상품의 판매조건, 용역의 제공조건 또는 그 대가의 지급조건을 정하는 행위 3. 상품의 생산, 판매나 출고의 제한 또는 용역의 제공을 제한하는 행위 4. 거래지역 또는 거래상대방을 제한하는 행위.”

96) 각호의 내용은 다음과 같다: “1. 부당하게 거래상대방을 차별적으로 취급하는 행위 2. 부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 강제하는 행위 3. 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위 4. 거래상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하는 행위 5. 상품 또는 용역에 대한 허위 또는 과장된 광고를 하거나 상품의 질 또는 량을 속이는 행위 6. 폭리를 목적으로 물품을 매점하거나 기피하는 행위 7. 고의로 물품의 생산을 중단 또는 감축하거나 당해 물품의 출고를 제한하는 행위.”

97) 물가안정위원회가 오늘날 공정거래위원회의 전신이다. 오늘날 시각에서는 이해하기 어려울 수 있으나, 그 당시로는 물가안정위원회가 독과점사업자를 지정하고 규제해야 할 만큼 인플레이션이 심각한 문제였다.

고하도록 하고(제1항), 주무부장관은 독과점사업자가 신고한 가격이 부당하다고 인정할 때에는 가격 변경을 명하고(제2항 본문), 가격을 신고를 하지 않은 독과점사업자에 대하여는 그 가격을 지정하도록 하고(제3항), 독과점사업자의 범위와 기준은 대통령령으로 정하고(제4항), 경제기획원 장관의 명령을 위반하거나 지정된 가격보다 높게 가격을 설정하면 경제기획원 장관의 고발로 2년 이하 징역 또는 3천만원 이하 벌금(제24조 제1호 및 제2호)에 처하도록 하였다.

독과점사업자의 범위·기준에 관한 물가안정·공정거래법 시행령(1976. 3. 29. 대통령령 제 8046호로 제정된 것) 제2조 제1항은 독과점사업자를 시장점유율 30% 이상인 사업자(제1호), 3이하 사업자의 시장점유율이 60% 이상인 경우 그 중에서 점유율 20% 이상인 사업자(제2호), 또는 가격형성 주도 등 시장을 실질적으로 지배하는 단독 또는 소수의 사업자(제3호) 중에서 경제기획원장관이 물가안정위원회의 의결을 거쳐 정하는 자로 정의하였다. 시장지배적 독과점 사업자 개념에 ‘유료’라는 용어가 없으나, 시장지배적 독과점사업자의 가격인상력이 유료상품을 전제로 한다는 점은 너무나 명백했기 때문에 ‘유료’라는 용어를 법령에 쓰지 않았을 뿐이다.

위와 같이 1980년 개정된 헌법 제120조 제3항의 “독과점의 폐단”은 유료상품시장에서 시장지배적 독과점 폐단으로 해석된다. 이러한 헌법 개정 이후에 종전 물가안정·공정거래법에 의한 ‘독과점사업자’ 규제가 1980. 12. 31. 법률 제3320호로 제정된 독점규제법에서는 ‘시장지배적 사업자’ 규제로 변경되었고, 1981. 4. 1. 대통령령 제10267호로 제정된 독점규제법 시행령 제3조 제1항은 시장지배적사업자를 “최근 1년간의 국내총공급액이 300억원 이상”인 사업자로서 “1사업자의 시장점유율이 50% 이상”(제1호) 또는 “3이하의 사업자의 시장점유율의 합계가 70% 이상(단 5% 미만인 자 제외)”(제2호)으로 정의하고, 경제기획원장관이 매년 1회 시장지배적사업자를 지정·고시(제5조 제1항)하도록 하였다. 이처럼 시장지배적사업자는 유료상품을 전제로 하였다.

1980년 헌법 개정 당시에도 인플레이션이 심각한 사회적·국가적 문제였기 때문에, 특히 공동 시장지배력 행사인 ‘가격의 동조적 인상’ 규제가 관건이었고, 시장지배적사업자에게 가격인하 명령을 할 수 있도록 한 것이다. 참고로 미국에서는 1950년대부터 시장지배력에 의한 인플레이션 촉발 이론이 있었는데,⁹⁸⁾ 여기서 시장지배력은 유료상품에 대한 것이다. 한국 경제학자

98) Gardiner C. Means, Hearings on Administered Prices, Part 9, Senate Subcommittee on Antitrust and Monopoly, Washington 1959, pp. 4745-4760; Gardiner C. Means, “The Administered-Price Thesis Reconfirmed,” American Economic Review, Vol. 62, No. 3 (1972), pp. 292-306; John R. McKean, “A Note on Administered Prices with Fluctuating Demand,” Journal of Financial & Quantitative Analysis, Vol. 4 Issue 1 (1969), p15-23; Robert E. Hall, “The Relation between Price and Marginal Cost in U.S. Industry,” Journal of Political Economy, Vol. 96, No. 5 (1988), pp. 921-947. 시장지배력에 의한 인플레이션 논의는 다음 문헌에서 알 수 있듯이 최근에도 계속되고 있다. Robert S. Chirinko & Steven M. Fazzari, “Market Power and Inflation,” The Review of Economics and Statistics, Vol. 82, No. 3 (2000), pp. 509-513; Chad Syverson, “Macroeconomics and Market Power: Context, Implications, and Open Questions,” The Journal of Economic Perspectives, Vol. 33, No. 3 (2019), pp. 23-43.

들도 시장지배력이 인플레이션 원인이라고 보고 시장지배적사업자의 가격인상 억제책을 연구하였다.⁹⁹⁾ 과점시장에서 가격의 동조적 인상이 (미국에서는 셔먼법 위반이 아니었지만) 한국에서는 공동 시장지배력 행사로서 불법으로 취급되었다.

다. 현행 헌법상 ‘시장지배 남용 방지’

1980년 헌법의 ‘독과점 폐해 규제’는 1987. 10. 29. 헌법 제10호로 개정된 현행 헌법 제119조 제2항에서 ‘시장의 지배와 경제력의 남용 방지’로 그 표현 방식이 바뀌었다. 현행 헌법상 “시장의 지배”도 1975년 물가안정·공정거래법 제5조의 “시장을 지배”와 그 의미가 다르다고 보기 어렵다.

한편 1987년 헌법 개정 후에 1990. 1. 13. 법률 제4198호로 개정된 독점규제법 제2조 제7호는 시장지배적사업자를 동종 또는 유사한 상품이나 용역의 공급에 있어서 시장점유율을 기준으로 “1사업자의 시장점유율이 50% 이상”(가목) 또는 “3이하의 사업자의 시장점유율 합계가 75% 이상(단 10% 미만인 자는 제외)”(나목)인 경우로 정의하고, 공정위가 매년 시장지배적사업자를 지정·고시하도록 하였고(제4조), 1990. 4. 14. 대통령령 제12979호로 개정된 법 시행령은 법 제2조 제7호의 시장지배적사업자를 “최근 1년간의 국내총공급액이 300억원 이상인 동종 또는 유사한 상품이나 용역을 공급하는 자”(밑줄 첨가)로 한정하였으므로(제4조 제1항), 시장지배력은 당연히 유료상품만을 전제로 한 것이다. 1999. 2. 5. 법률 제5813호로 개정된 독점규제법 제2조 제7호는 시장지배적사업자 정의에서 “일정한 거래분야에서 연간 매출액...이 10억원미만인 사업자를 제외한다”(밑줄 첨가)라는 단서를 두었는데, 이에 따르면 공급자의 경우 연간 매출액이 10억원 이상인 사업자만 시장지배적사업자에 해당될 수 있었으므로, 시장지배력은 유료상품만을 전제로 하였다.

만약 1987년 헌법상 시장지배 남용이 무료시장까지 염두에 둔 것이었다면, 1990년 및 1999년 독점규제법상 시장지배적사업자를 정의하면서 유료상품만을 전제로 하지 않았을 것이다.

라. 소결

지금까지 살펴본 것처럼 헌법상 ‘시장지배 남용 방지’는 유료상품시장에서 시장지배력 남용 금지를 의미하므로, 합헌적 법률해석 원칙에 따르면 독점규제법상 시장지배력도 유료상품에 대한 것으로 해석되어야 할 것이다. 만약 법원이 무료상품 시장지배력을 인정한다면, 헌법재판

99) 이상태, “物價安定을 위한 提言,” 『月刊 경영과 마케팅』, 第16卷 第3號(1982); 김인제, “독과점품목의 가격변동과 변동요인의 분석,” 『경영과 사례연구』, 제7호(1982), 1-34면; 박용수, “독과점기업의 이익조정행위에 관한 분석,” 『경영연구』, 제14권 2호(1999), 27-44면; 송기철, “독과점규제 및 공정거래법,” 『주류공업』, v.1 no.1(1981), 1-10면; 이규억 등, 독과점가격관리제도의 개선방안 (한국개발연구원, 1981).

소에서 위헌적 법률해석 문제가 다투어질 수도 있어 보인다.

논의를 더 진전시키기 위해, 이하에서는 헌법을 고려하지 않고 오로지 독점규제법 차원에서만 살펴볼 때 시장지배력이 무료상품에 대해서도 성립하는 것으로 해석되는지를 살펴본다.

3. 시장지배력이 무료상품에 대해서도 성립하는 것으로 해석되는지 여부: 소극

가. 독점규제법상 시장지배력 개념 요소와 의미

독점규제법 제5조 제1항은 시장지배력 남용 행위의 유형에 대해서만 규정할 뿐, 시장지배력의 의미에 대해서는 언급이 없다. 단 제2조 제3호 전문이 공급 측면에서 단독 시장지배적사업자를 “일정한 거래분야의 공급자...로서 단독으로...상품이나 용역의 가격, 수량, 품질, 그 밖의 거래조건을 결정·유지 또는 변경할 수 있는 시장지위”(밑줄 첨가) (이하 ‘가격 등 결정’이라고만 함)를 가진 사업자라고 규정하였기 때문에, 가격 등 결정력이 제5조의 표제인 ‘시장지배적 지위’, 즉 시장지배력이라고 할 수 있다. 현행법 제2조 제3호 전문은 구법 제2조 제7호 전문(2007. 8. 3. 법률 제8631호로 개정된 것)의 시장지배적사업자 정의와 같은데, 2021. 12. 법개정으로 제7호에서 현재 제3호로 조문 번호만 변경되었다. 여기서 “일정한 거래분야”, 즉 관련시장과 관련하여, 포스코 전원합의체 판결은 시장지배력 존부 확인을 위한 관련시장은 “일반적으로 시장지배적사업자가 시장지배력을 행사하는 것을 억제하여 줄 경쟁관계에 있는 상품들의 범위를 말하는 것으로서, 구체적으로는 거래되는 상품의 가격이 상당기간 어느 정도 의미 있는 수준으로 인상...될 경우 그 상품의 대표적 구매자...가 이에 대응하여 구매...판매를 전환할 수 있는 상품의 집합”(100)(밑줄 첨가)이라고 하였다. 이러한 판시에 따르면 시장지배력은 유료상품에 대한 가격인상력임이 명백하므로, 온라인 플랫폼 사업자의 무료상품의 경우 가격인상력 자체가 없으므로 (유료상품은 별론) 시장지배력을 인정할 수 없을 것이다.

제2조 제3호 전문의 ‘상품의 가격 등 결정력’을 문언 그대로만 해석하면 모든 공급자는 자기가 판매하는 상품의 가격 등을 결정할 수 있으므로 모든 공급자가 시장지배적사업자가 된다는 납득하기 어려운 결과가 초래된다. 즉 모든 공급자가 시장지배적사업자라면 독점규제법에서 불공정거래행위와 구별되는 시장지배력 남용 조항이 별개로 규정될 이유가 없을 것이다. 단순 문언 해석으로는 시장지배력 남용 주체인 시장지배적사업자의 의미를 밝히기가 어렵고,¹⁰¹⁾ 입

100) 즉 어떤 사업자 A가 상품 X의 가격을 상당기간 어느 정도 의미 있는 수준으로 인상할 경우 구매자들이 다른 사업자의 상품 Y를 구매하여 A가 초과이윤을 얻을 수 없다면, Y가 A의 시장지배력, 즉 가격인상력 행사를 억제하여 줄 경쟁관계에 있는 상품이므로, 관련상품시장에는 X뿐만 아니라 Y도 포함되어야 한다는 것이다.

101) 참고로 공정위는 「불공정거래행위 심사지침」의 <별첨>에서 ‘시장력(market power)’ 개념을 “사업자가 시장의 가격이나 거래조건 등 시장경쟁의 성과에 어느 정도 영향을 미칠 수 있는 힘”이라고 독자적으로 정의하였는데, 법 제2조 제3호 전단의 가격 등 결정력과 마찬가지로 너무나 추상적이어서 그러한 정의만으로 누가

법자료에도 위 문구에 대한 설명이 없다. 실제로 공정위가 제2조 제3호 전문의 정의 요건을 직접 증명하여 시장지배적사업자가 인정된 사례는 없다.

한편 제2조 제3호 전문의 시장지배력은 제9조 제1항의 경쟁을 실질적으로 제한하는 기업결합과 관련하여 제2조 제5호의 “특정 사업자...의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격, 수량, 품질, 그 밖의 거래조건 등의 결정...”(밑줄 첨가)과 문언상 별로 다르지 않다. 특히 제9조 제1항의 기업결합규제에서는 ‘시장지배력을 초래하는 기업결합’이 경쟁을 실질적으로 제한하는 기업결합이라는 점을 고려하면,¹⁰²⁾ 제2조 제3호 전문의 ‘가격·수량·품질 기타의 거래조건 결정’과 제2조 제5호의 ‘어느 정도 자유로이 가격, 수량, 품질, 그 밖의 거래조건 등의 결정’은 표현 방식만 약간 다를 뿐, 둘 다 ‘시장지배력’을 의미하는 것으로 이해된다.

시장지배력 개념은 시장지배력 남용을 전제로 했을 때 그 의미가 보다 정확하게 드러나는 데, 배제남용과 관련하여 보면 어떤 사업자가 부당하게 경쟁자를 배제하고 경쟁을 제한한 상태에서 초과이윤을 얻기 위해 가격을 인상하기 위해서는 먼저 생산량 감소를 통한 수요 초과 상태를 만들어야 한다. 수요공급 법칙에 의하면 일반적으로 수요량을 모두 충족시킬 수 있는 산출량을 유지하면서 가격을 인상할 수는 없고, 인위적으로 산출량을 감소시켜 수요 초과 상태부터 만들어야 가격을 인상할 수 있기 때문이다. 경험칙에 비추어보더라도 유료상품을 판매하는 사업자의 가격인상은 다른 조건에 변동이 없을 때 생산량 감소를 통해서 이루어진다. 가격을 인상한 사업자는 추가이윤을 얻을 수 있지만 그만큼 소비자 후생은 감소되기 때문에, 시장지배력 남용을 규율할 공익상 필요가 있는 것이다. 그렇다면 독점규제법상 시장지배력의 핵심 징표인 가격과 수량은 ‘초과이윤을 얻기 위하여 어느 정도 자유롭게 인위적으로 생산량을 감소시켜 가격을 인상할 수 있는 능력’으로 이해하는 것이 가장 타당하다. 한편 직접적인 가격상한(price ceiling) 규제로 인해 가격인상이 불가능한 경우 그 대신에 품질을 인위적으로 저하시키면, 품질을 반영한 가격(quality-adjusted price)이 인상된 것과 같은 효과가 나타날 수 있다.¹⁰³⁾ 이처럼 시장지배력 징표로서 품질은 추가이윤을 위한 가격인상에 상응하는 품질저하로 이해될 때에만 의미가 있다.

포스코 전원합의체 판결도 시장지배적사업자의 사업활동 방해가 관련상품시장에서 초래할

시장력이 있는지를 논란의 여지 없이 정하기란 극히 어렵다. 다만 공정위는 위 <별첨>에서 “시장점유율이 30% 이상인 경우에는 행위주체의 시장력(market power)이 인정되나, 시장점유율이 20%에서 30% 사이인 경우도 시장집중도, 경쟁상황, 상품의 특성 등 제반사정을 고려하여 시장력(market power)이 인정될 수 있다. 시장점유율이 10% 이상인 경우에는 다수의 시장참여자들이 동일한 행위를 하고 그 효과가 누적적으로 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우(누적적 봉쇄효과)에 한하여 시장력(market power)이 인정될 수 있다”고 하였는데, 이는 공정위의 일방적 판단일 뿐 이론적 근거도 없고 법적 구속력도 없다.

102) 경쟁제한적 기업결합의 추정 요건은 시장지배력 추정 요건 외에도 추가적 요건이 있기는 하지만, 이들 모두 시장지배력 형성에 관한 것이다.

103) 제2조 제3호 및 제5호의 ‘품질’은 이러한 맥락에서 궁극적으로 가격인상력에 상응하는 품질저하력으로 이해될 수 있을 것인데, 실제 사건에서는 품질저하력도 결국 매출액 기준 시장점유율로 추단할 수밖에 없을 것이다.

수 있는 경쟁제한효과로서 ‘상품의 가격상승, 산출량 감소’를 들었는데, 사업활동 방해로 유력 경쟁자를 배제시켜 시장에서 경쟁을 제한한 뒤에 궁극적으로 가격 인상을 통해 초과 이윤을 얻으면 그만큼 소비자 후생이 저해된다. 사업활동 방해로 인해 유력 경쟁자가 시장에서 부당하게 퇴출된 결과인 ‘상품의 다양성 감소’를 동반한 유력 경쟁자의 수 감소’도 궁극적으로 가격 상승을 초래할 수 있기 때문에, 경쟁제한효과로 제시된 것이다. 또 다른 경쟁제한효과인 ‘상품의 혁신 저해’도 생산량 감소에 동반한 가격상승에 상응하는 정도의 품질 저하, 즉 품질을 반영할 경우 실질적 가격인상으로 이해할 수 있을 것이다.¹⁰⁴⁾ 이러한 상품의 혁신 저해로 인한 소비자후생 저해 효과도 실질적으로는 가격인상과 다르지 않기 때문에, 시장지배력 남용의 경쟁제한효과는 궁극적으로 가격과 생산량으로 설명될 수 있는 것이다.¹⁰⁵⁾ 실제로 대법원이 포스코의 시장지배력 남용을 부인하면서 명시적으로 언급한 경쟁제한효과는 ‘냉연강판의 가격과 생산량(공급량)’인데, 해당 판시 내용을 발췌하면 다음과 같다(이하 밑줄 및 강조 첨가).

“냉연강판의 생산량이 줄었다거나 가격이 상승하는 등 경쟁이 제한되었다고 볼만한 자료도 나타나 있지 않으므로, 경쟁 저해의 결과를 초래하였다는 원심의 판단을 수긍하기 어렵다.”;
 “기존 냉연강판시장의 가격이나 공급량 등에 직접적으로 영향을 미치지지는 아니하므로...”;
 “생산량 감소나 가격 상승과 같은 경쟁제한 효과가 발생할 우려가 있었다는 사정에 관한 자료도 없는 점...”

한편 제2조 제3호 전문의 ‘기타의 거래조건’은 그 내용이 너무 불분명하여 시장지배력 징표로 삼기에는 부적절하다. 판례는 물론이고 국내에서 어떤 학술 논문도 ‘기타의 거래조건’으로 시장지배력 존부를 어떻게 판단할 수 있는지 구체적 판단기준을 제시하지 못하였다. ‘기타의 거래조건’은 명문으로 규정되어 있기는 하지만 시장지배력 판단에서는 너무나 공허한 문구라고 볼 수 있다. 실제로 시장지배적사업자 판단기준에 관한 제2조 제3호 후문은 ‘기타의 거래조건’에 관한 구체적 예시 없이 “시장지배적사업자를 판단함에 있어서는 시장점유율, 진입장벽의 존재 및 정도, 경쟁사업자의 상대적 규모 등을 종합적으로 고려한다.”(밑줄 및 강조 첨가)라고 규정하였고, 제6조는 “시장점유율”에 의한 시장지배적사업자 추정을 규정하였다. 제2조 제3호 후문과 제6조의 시장점유율은 ‘매출액 기준 시장점유율’인데(시행령 제2조 제1항 본문 및 제11조 제1항 참조), 이는 매출액 기준 시장점유율이 해당 사업자의 가격인상력, 즉 시장지배력을 간접적으로 나타낸다는 가설을 전제로 한 것이다. 그게 아니면 매출액 기준 시장점유율로 시장지배적사업자를 판단하거나 추정할 수 있는 아무런 근거가 없다. 제2조 제3호 후문에

104) 직접적인 가격상한 규제가 있는 경우 생산량을 감소시켜도 가격을 인상할 수 없기 때문에, 인위적으로 상품의 품질을 저하시켜(즉 상품의 혁신 저해) 초과이윤을 얻을 수 있을 것이다.

105) 만약 경쟁자의 사업활동을 방해했다고 하더라도 가격인상력, 즉 시장지배력이 없어서 가격인상을 할 수 없다면, 그러한 방해 행위는 민사 불법행위나 또는 독점규제법 제23조 제1항의 불공정거래행위에 해당될 수는 있는지 여부는 별론, 시장지배력 남용이 문제될 수는 없다.

시장지배적사업자 판단기준으로 '진입장벽의 존재 및 정도'가 규정된 것도 관련시장에 중대한 진입장벽이 있다면 잠재적 경쟁자의 신규 진입을 걱정할 필요 없이 가격인상이 가능하므로¹⁰⁶⁾ 시장지배력이 있을 수 있고, 중대한 진입장벽이 없다면 신규 진입 때문에 가격인상이 어려워 시장지배력이 없을 수 있으므로, 시장지배적사업자를 판단함에 있어서는 진입장벽을 고려한다는 것이다. 이처럼 시장지배적사업자 판단기준도 가격인상을 할 수 있는 유료상품을 전제로 한 것이다.

나. 2007년 법개정에서 '연간 매출액 10원 미만 사업자 제외' 라는 단서 삭제가 무료상품 시장지배력 인정 근거가 될 수 있는지 여부: 소극

2021. 12. 29. 법률 제17799호로 개정된 현행법 제2조 제3호의 시장지배적사업자 정의 조항의 내용은 2007. 8. 3. 법률 제8631호로 개정된 구법 제2조 제7호의 시장지배적사업자 정의 조항과 같다. 2007년 구법 제2조 제7호에서는 공급자의 경우 "연간 매출액이 10억원 미만인 사업자를 제외한다"는 종전 단서가 삭제되었고, 그 대신 제4조의 시장지배적사업자 추정 조항에서 공급자의 경우 "연간 매출액이 40억원 미만인 사업자는 제외"라는 단서가 신설되었다. 이 개정에 관한 입법자료에는 구법 제2조 제7호 단서 조항 삭제에 대해서는 아무런 언급이 없고, 시장지배적사업자 추정과 관련하여 "제4조 각 호 외의 부분 중 각호의 1을 각 호의 어느 하나로, 사업자를 사업자(일정한 거래분야에서 연간 매출액 또는 구매액이 40억원 미만인 사업자는 제외한다)로 한다."라고만 기록되어 있다.

실제 사건에서 공정위든 법원이든 시장지배력 존부 판단을 구법 제4조에 해당하는 현행법 제6조의 추정 조항에 의존하여 왔음을 고려하면, 위 개정은 유료상품의 연간 매출액이 40억원 미만인 사업자는 제6조에 따라 시장지배적사업자로 추정될 수 없을 뿐 아니라 아예 시장지배력남용 규제 대상도 아니라고 해석하는 것이 합리적이다.¹⁰⁷⁾ 설령 연간 매출액 40억원 미만인 사업자는 제6조에 의한 추정 대상이 아닐 뿐이라고 해석하더라도, 이는 매출액이 있는 유료상품 판매업자를 전제로 한 것이므로, 온라인 플랫폼 사업자의 무료상품에 대해서 시장지배력을

106) W. Kip Viscusi, John M. Vernon, and Joseph E. Harrington, Jr., *Economics of Regulation and Antitrust*, 3rd ed. (The MIT Press, 2000), p. 64: "The significance of entry barriers is that they may permit existing firms to charge prices above the competitive level without attracting entry."

107) 同旨. 양명조, "2007년 개정 독점규제법에 대한 고찰," 「성균관법학」, 제19권 2호 (2007), 502-503면: "개정법에서 생길 수 있는 한가지 의문은 시장지배적 사업자의 추정규정에서 연간매출액 또는 구매액이 40억원 미만인 사업자를 제외하는 것이 그러한 소규모 사업자는 추정대상에서만 제외하는 것인지, 아니면 아예 시장지배적 사업자로 규제하지 않겠다는 것인가 하는 점이다. 법개정의 맥락에서 본다면 그러한 소규모 사업자는 법에서 정한 유형의 남용행위를 하더라도 제재대상이 되지 않는다고 이해하여야 할 것이다. 불공정거래행위금지에 위반되는 것으로 규율하는 것은 별도의 문제이다." 이에 따르면, 매출액 40억원 미만인 사업자는 불공정거래행위 여부는 불문 시장지배적사업자가 아니므로 시장지배력 남용 규율 대상도 아니라는 것이다. 필자 견해도 이와 같다.

인정하기 위한 법개정이 아니었다. 따라서 현행 제2조 제3호에 “연간 매출액 10억원 미만인 사업자”라는 문구가 없다는 이유로 온라인 플랫폼 사업자가 무료상품에 대해서도 시장지배력을 가질 수 있다고 해석할 수는 없다.

다. 법 시행령 제2조 제1항 단서가 무료상품 시장지배력 인정 근거가 될 수 있는지 여부:
소극

법 시행령 제2조 제1항 단서의 “시장점유율을 금액기준으로 산정하기 어려운 경우”가 무료상품 시장지배력을 전제로 한 것인가? 앞서 살펴본 것처럼 물량기준 또는 생산능력기준을 시장점유율로 할 수 있는 경우인 “시장점유율을 금액기준으로 산정하기 어려운 경우”라고 함은 무료상품이라서 매출액 자체가 없는 경우가 아니라, 유료상품이지만 매출액 산정이 곤란한 경우를 의미한다. 왜냐하면 독점규제법상 시장지배력을 추단케 하는 시장점유율은 유료상품을 전제로 하기 때문이다. 즉 물량기준 또는 생산능력기준을 시장점유율로 사용하는 경우인 “시장점유율을 금액기준으로 산정하기 어려운 경우”라고 함은 무료상품이라서 매출액 자체가 없는 경우가 아니라, 법 시행령 제13조 제3항 제2호처럼 “재해 등으로 매출액 산정자료가 소멸 또는 훼손되는 등의 사유로 객관적인 매출액의 산정이 곤란한 경우”라고 이해하는 것이 타당하다.

라. 소결

원래 시장지배력 남용 문제는 어떤 사업자가 초과이익을 얻을 목적으로 먼저 경쟁자를 부당한 방법으로 시장에서 배제한 뒤에 궁극적으로 가격을 인상한 만큼 소비자의 후생이 저해된다는 문제에서 비롯된 것이다. 이처럼 시장지배력은 추가이익을 위한 인위적 가격인상¹⁰⁸⁾을 전제로 한 유료상품 또는 유료시장을 전제로 한 것이라는 점에는 의문의 여지가 없다. 물론 독점규제법에는 오로지 유료상품에 대해서만 시장지배력이 성립될 수 있다는 명시적 언급이 없다는 이유로 무료상품에 대해서도 시장지배력이 성립될 수 있다는 주장도 있을 수 있다. 그러나 독점규제법상 시장지배적 사업자 개념에 유료라는 용어가 없는 이유는 시장지배력이 유료상품 또는 유료시장에 관한 것임이 너무나 당연하여 유료라는 용어를 쓰지 않았을 뿐, 무료상품에 대해서도 시장지배력이 성립될 수 있다는 의미에서 유료라는 용어를 명시하지 않은 것은 아니다. 시장지배력은 유료상품에 대한 것이지만, 온라인 플랫폼 대기업의 등장으로 인해 시장지배력은 무료상품에 대해서도 성립하는 것으로 확장해석¹⁰⁹⁾될 수 있다는 주장도 있을 수

108) 가격이 고정된 경우 인위적 품질저하도 인위적 가격인상으로 볼 수 있다.

109) 형사 사건에서 대법원 1997. 5. 30. 선고 97도 597 판결, 대법원 2003. 5. 30. 선고 2003도1256 판결 등 확장해석 사례로 볼 수 있는 판례도 물론 있다.

있겠으나, 판례에 따르면 “법규정의 가능한 의미를 벗어나 법형성이나 법창조 행위”에 해당하는 해석은 불가하다(대법원 1994. 12. 20.자 94모32 전원합의체 결정 참조). 온라인 플랫폼에서 가격 자체가 없는 무료상품의 가격인상은 있을 수 없으며 가격인상에 상응하는 품질저하로 무료상품으로부터 추가이윤을 얻는 것도 불가능하므로, 무료상품 시장지배력 인정은 독점규제법상 가능한 의미를 벗어난 법형성이나 법창조에 이른다고 할 것이다. 따라서 온라인 플랫폼 대기업이 등장했다고 해서 무료상품 시장지배력이라는 확장해석이 정당화될 수는 없다. 불공정 거래행위는 시장지배력을 전제로 하지 않으므로 무료시장에서도 가능하지만, 온라인 플랫폼 대기업이라고 할지라도 시장지배력은 유료상품에 대해서만 성립할 수 있다.

4. 무료상품 시장지배력 성립을 가정할 때 시장지배력 의미와 판단기준 문제

이하에서는 논의의 진전을 위해 무료상품 시장지배력이 성립될 수 있다고 가정할 때, 시장지배력의 의미와 판단기준 문제에 대해 좀 더 살펴보기로 한다.

가. 품질저하력

무료상품 시장지배력을 가정하더라도, 그러한 시장지배력이 과연 무엇인지가 문제된다. 이와 관련하여 무료상품의 경우 소비자 후생 기준에서 본다면 경쟁수준의 품질보다 품질을 더 낮출 수 있는 능력(이하 ‘품질저하력’)을 시장지배력으로 볼 수 있을 것이다.¹¹⁰⁾ 무료상품 시장지배력을 품질저하력이라고 가정하면, 시장지배력 존부는 문제된 무료상품의 품질을 평가함으로써 바로 판단할 수 있을 것이다. 예컨대, 온라인 플랫폼 사업자가 자신이 공급하는 무료상품의 품질을 계속 향상시켜 왔다면, 시장지배력이 없다고 할 것이다. 예컨대, 구글의 무료상품인 AOSP 품질은 최초 출시부터 지금까지 계속 향상되어 왔다는 점을 고려하면, 구글의 시장지배력을 인정할 수 없을 것이다. 더욱이 구글이 애플과 경쟁하기 위해 AOSP를 핸드셋 제조업자들에게 무료로 제공하기 이전에 모바일 OS가 스마트폰 원가에서 차지하는 비중이 5분의 1 정도였는데, 구글의 무료 공급 덕분에 스마트폰 판매가격이 대폭 낮아질 수 있었다.¹¹¹⁾ 이처럼 소비자 후생 증진 효과가 명백한 무료 AOSP에 대해 구글이 어떻게 시장지배력을 형성하여 남

110) 무료상품 품질과 경쟁법 이슈와 관련하여 미국 연방거래위원회, 일본 공정거래위원회, EU 위원회, 독일 연방카르텔청 등 주요 경쟁당국의 개별 견해에 대해서는 다음 참조. OECD(2018), *Quality considerations in the zero-price economy - Summaries of Contributions*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)147/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)147/en/pdf). 이 문제에 관하여 한국 공정위는 견해를 제시하지 않았다.

111) David S. Evans & Richard Schmalensee, *Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms* (Harvard Business Review Press, 2016), p. 115: “Until Android, the cost of the operating system and other software was about a fifth of the cost of a handset. A free operating system could lower the price of handsets and stimulate adoption.”

용할 수 있다는 것인지 이해하기 어렵다. 2010년 당시 삼성전자는 AOSP 외에도, 자체 개발한 바다 OS, 심비안 OS, 윈도우 모바일 OS 등 다양한 OS를 탑재한 스마트폰을 만들었는데, 결국 구글 안드로이드 생태계가 가장 뛰어났기 때문에, 심비안과 윈도우 모바일을 버리고 스스로 안드로이드 폰 제조에 집중하게 된 것이다. 오늘날 삼성전자의 갤럭시 폰 시리즈의 대성공도 구글의 AOSP가 없었다면 가능하지 않았을 것이다.

한편 프라이버시 보호를 무료상품의 품질 경쟁요소로 보고, SSNIP 테스트에서 착안한 이른바 SSNDQ, 즉 ‘작지만 의미 있고 비일시적인 품질저하’(Small but significant and non-transitory decrease in quality) 테스트를 이용하면 프라이버시 보호에 관한 관련시장을 정하여 시장지배력을 인정할 수 있다는 주장이 있다.¹¹²⁾ 그러나 SSNDQ 테스트 실행 자체가 극히 어렵고,¹¹³⁾ 더욱이 프라이버시는 인격권이지 거래상품이 아니므로 독점규제법상 프라이버시 관련시장이란 있을 수 없고, 온라인 플랫폼 사업자의 개인정보 이용과 관련한 프라이버시 보호 문제는 개인정보보호법으로 규율하는 것이 합당하다. 만약 개인정보 활용 약관에 기만적 내용이 있다면, 시장지배력 남용이 아니라 제45조의 불공정거래행위나 약관규제법 등 소비자 보호법으로 규율하는 것이 합당하다.

나. 무료상품 시장점유율과 진입장벽 문제

앞서 살펴본 것처럼 EU 법원과 한국 공정위는 구글의 무료상품인 AOSP에 대한 시장지배력을 인정하였는데, 이와 관련하여 안드로이드 OS 장착 기기 점유율이 높다고 해서 어떻게 시장지배력이 인정된다는 것인지에 대한 설명은 없다. 이 문제를 명쾌하게 설명한 학술 문헌도 찾아볼 수 없고, 필자 역시 어떤 이론적·실증적 근거도 찾아내지 못했기 때문에, 이하에서는 시론적 차원에서 생각해볼 문제를 제시하는 정도로 그친다.

(1) 무료상품 시장점유율

유료상품 시장지배력을 가격인상력이라고 할 때, 추가이윤을 위해 생산량 감소를 통해 가격이 인상되면 그만큼 소비자 후생이 감소하기 때문에, 시장지배력의 부당한 형성과 행사가 문제될 수 있고, 그러한 시장지배력은 매출액 기준 시장점유율과 비례한다는 전제에서 시장점유율로 가격인상력을 간접적으로 파악할 수 있다는 것이 전통적 시각이다. 이에 비해 무료상품의 경우 소비자 후생을 저해하는 품질저하력과 비례적 관계가 있다고 볼 수 있는 점유율이 무

112) Maurice Stucke & Allen Grunes, *Big Data and Competition Policy* (Oxford University Press, 2016), pp. 116-118 등.

113) 자세한 설명은 다음 참조. 주진열, “디지털 플랫폼 사업자의 빅데이터와 관련한 시장지배력 및 프라이버시 문제에 대한 고찰,” 『경쟁법연구』, 제39권(2019), 190-191면.

엇인지 명확하지 않다. 이 때문에 무료상품 시장점유율이 무료상품 시장지배력을 나타내는 지표라고 단정하기가 어렵다. 무료상품 시장지배력을 품질저하력이라고 한다면, 어떤 기준의 시장점유율이 아무리 높아도 유료상품 매출을 올리기 위해서는 무료상품 품질을 향상시켜야 하므로, 무료상품 시장점유율이 품질저하력을 비례적으로 나타낸다고 보기 어렵기 때문이다.

설령 무료상품 시장점유율이 품질저하력을 비례적으로 나타낸다고 가정하더라도, 구체적으로 어떤 기준의 점유율을 이용해야 하는지가 문제될 수 있다. 예컨대, 인터넷 검색의 경우 검색 이용자 수, 검색 단어 입력 수, 기타 수치 중에서 무엇을 기준으로 점유율을 산정해야 하며, 그 이유는 무엇인가? 소셜미디어 시장점유율의 경우 가입자 수, 실제 이용자 수, 이용 시간, 기타 수치 중에서 무엇을 기준으로 점유율을 산정해야 하며, 그 이유는 무엇인가? 일부 마케팅 전문 회사는 편의상 이용자 수 등을 기준으로 시장점유율을 공표하기도 하는데, 이는 해당 회사의 자체 기준에 따른 것일 뿐 무료상품 품질저하력과는 무관하다. 인터넷 포털 사업자의 경우 웹사이트 방문자 수, 인터넷 검색 건수로 무료시장 점유율을 산정하여 시장지배력을 추단할 수 있다는 견해도 있으나,¹¹⁴⁾ 일단 이러한 점유율은 법 시행령 제2조 제1항 단서의 물량기준도 아니고 생산능력기준도 아니며, 품질저하력과도 상관이 없다.

무료상품 시장점유율이 높으면 교차 효과로 인해 유료상품 시장점유율도 높을 수 있다는 논리로 품질저하력을 설명할 수 있는가? 높은 무료상품 시장점유율은 높은 유료상품 시장점유율의 필요조건일 수 있지만 충분조건은 아니다. 이는 인스타그램(Instagram) 사례를 보면 쉽게 알 수 있는데, 인스타그램은 2010년 무료 소셜미디어 시장에 스타트업으로 진입하여 단기간에 수천만 명의 이용자 확보에 성공하였다. 인스타그램은 페이스북과 같은 개인 타겟 광고 영업을 하지 않겠다고 하였으나, 수익 모델을 찾지 못해 적자가 누적되어 결국 2012년 페이스북에게 매각되었다. 페이스북은 인스타그램이 처음 약속한 것처럼 개인 타겟 광고 영업을 하지 않겠다고 하였는데, 판매업자의 광고 계정만 유료 계정으로 전환하고 온라인 쇼핑 기능도 추가함으로써¹¹⁵⁾ 비로소 수익을 낼 수 있었다. 무료상품 시장점유율이 높다면 유료상품 시장점유율이 높을 수 있다는 논리라면, 전자에 의해 유료상품 시장지배력을 추정할 수 있는지가 문제될 수 있어도, 품질저하력을 설명하기란 어렵다.

즉 무료상품 시장점유율은 독점규제법상 '시장지배력을 추단할 수 있는 유료상품 시장점유율'과 반드시 비례하지는 않으므로, 마케팅 차원에서는 몰라도 독점규제법 차원에서는 별 의미가 없다. 예를 들어, 한국판 아마존이라고 하는 쿠팡의 경우 네이버쇼핑과 11번가와 함께 무료 온라인 쇼핑 중개 점유율이 높지만, 2022년 4월 「최대 매출에도 최대 적자 왜... "고객 많아져

114) 김현수, "네이버의 시장지배적지위 남용 사건에 대한 검토 - 서울고등법원 2009. 10. 8. 선고 2008누27102 판결을 중심으로", 「경쟁법연구」, 제24권(2011), 141면.

115) Techcrunch.com(2019. 3. 10), Instagram launches shopping checkout, charging sellers a fee, <https://techcrunch.com/2019/03/19/instagram-checkout>.

손해” 쿠팡의 비밀」이라는 제목의 언론기사가 나올 정도로 5년 연속 적자를 보았다.¹¹⁶⁾ 이처럼 플랫폼 사업자의 경우 무료상품 점유율이 높아도 큰 적자를 보고 있을 수 있기 때문에, 무료상품 관련 지표로는 유료상품 시장지배력도 판단할 수가 없다. 즉 유료상품 시장지배력은 유료상품 시장점유율로 추단할 수는 있어도 무료상품 시장점유율로 추단할 근거도 이유도 없다.

(2) 무료시장 진입장벽

시장지배력과 관련한 진입장벽(barrier to entry) 이론은 미국의 산업조직 경제학자 Joe S. Bain이 1940년대에 제시한 것으로서 유료상품시장에서 경쟁자의 시장진입을 초래하지 않을 정도의 판매가격 인상에 따른 초과이윤을 설명하는 도구적 개념에서 시작된 것이다.¹¹⁷⁾ 무료상품의 경우 가격인상에 따른 초과이윤이 없으므로, 진입장벽 이론으로 무료상품 시장지배력을 논하는 것이 적절한지부터 문제될 수 있다. 즉 진입장벽 이론은 초과이윤을 얻기 위한 가격 인상력 여부를 평가하기 위한 것이므로, 이를 무료상품 품질저하력을 평가하기 위한 것으로 이용하는 것이 타당한지가 문제될 수 있는 것이다. 예컨대, 어떤 관련시장에서 문제된 무료상품의 품질이 계속 향상되었다면, 이러한 품질 향상에도 불구하고 시장점유율이 높고 진입장벽도 있다는 기계적 이유로 시장지배력을 인정할 수는 없을 것이다.

다. 네트워크 효과와 전환비용 문제

플랫폼 사업에서 네트워크 효과나 개인 이용자의 플랫폼 전환비용이 무료상품 시장지배력을 형성하는 진입장벽이라는 주장이 있다. 실제로 독일 GWB 제18조 (3a)항은 네트워크 효과와 이용자의 전환비용을 고려하여 시장지배력을 인정할 수 있다고 하였고, 한국 공정위는 구글 안드로이드 사건에서 스마트 모바일 OS라는 플랫폼에서는 네트워크 효과가 있고 AOSP를

116) 중앙일보(2022. 4. 21), <https://www.joongang.co.kr/article/25065147#home>.

117) Joe S. Bain, *Industrial Organization*, Second ed. (Wiley & Sons, 1968), p. 252: “[T]he extent to which, in the long run, established firms can elevate their selling prices above the minimal average costs of production and distribution...without inducing potential entrants to enter the industry.” Bain은 자신의 이론은 가설이므로 검증이 필요하다고 밝혔고, 1950년대 미국의 23개 제조업 분야에서 생산유통 최소평균비용(minimal average cost of production and distribution)라는 개념을 상정하고 판매가격이 최소평균비용보다 높게 형성된 원인을 진입장벽이라는 개념으로 설명한 것이다. Bain은 진입장벽의 정도를 최소평균비용보다 판매가격이 몇 퍼센트 높은지에 따라 다음과 같이 구별하였다. 최소평균비용보다 ① 10% 높은 가격이 형성된 산업(자동차, 담배, 트랙터, 타자기, 고급만년필)은 진입장벽이 매우 높은 것으로(very high) 분류하고, ② 6 내지 8% 높은 가격이 형성된 산업(구리, 대형농기계, 정유, 철강, 비누, 고급신발)은 진입장벽이 상당히 높은 것으로(substantial) 분류하고, ③ 4% 미만으로 높게 가격이 형성된 산업(시멘트, 중 소형농기계, 저가만년필, 석면제품, 강통, 인건, 저가신발, 타이어와 튜브, 상업용 바닥재, 캔 과일 및 채소, 포장육)은 진입장벽이 보통이거나 낮은 것으로(moderate to low) 분류하였다. Id., pp. 278-279. 이처럼 진입장벽은 최소평균비용보다 높은 가격을 설명하기 위한 도구적 개념으로 만들어진 것이다.

이용하는 제조업자의 고착 효과가 진입장벽을 만들기 때문에 구글이 무료로 공급하는 AOSP에 대해 시장지배력이 있다고 하였다.¹¹⁸⁾ 그러나 다음과 같은 이유로 플랫폼 사업에 네트워크 효과가 있다는 이유로 시장지배력을 인정할 근거는 없다.

플랫폼 사업에서 네트워크 효과는 긍정적으로 나타날 수도 있고 부정적으로 나타날 수도 있다. 플랫폼 사업에서 무료상품은 유료상품 매출 수익을 위한 수단이므로, ① 무료상품이라고 해서 경쟁수준보다 품질을 떨어트리면, ② 소비자 고객이 감소하고, 그렇게 되면 부정적 교차 효과로 인해 ③ 판매업자 고객도 감소하여, 결국 ④ 유료상품 판매 수익이 감소될 수 있다. 이러한 부정적 교차 효과가 누적되면 해당 플랫폼 사업자는 파산에 이를 수도 있을 것이다. 따라서 온라인 플랫폼에 네트워크 효과가 있다는 일반적인 이유로 문제된 플랫폼 사업자의 시장지배력을 인정할 근거는 없다. 예컨대, 개인 이용자에게 무료로 제공되는 검색 서비스의 품질이 좋을수록 교차 효과가 긍정적으로 증폭되어 검색 광고 판매가 급증할 수 있다. 그러나 검색 서비스가 아무리 무료라도 검색 품질이 나빠서 이용자가 감소하면 교차 효과가 부정적으로 증폭되어 검색 광고 판매가 급감할 수 있다. 초기에는 검색 품질이 좋아서 긍정적 교차 효과가 컸다고 하더라도, 다른 검색 서비스에 비해 품질이 상대적으로 낮아지면 부정적 교차 효과가 나타날 수 있다. 이처럼 네트워크 효과는 개별 사안에 따라 달라질 수 있기 때문에, 플랫폼 사업에 네트워크 효과가 존재한다는 이유로 특정 사건에서 시장지배력을 인정할 수는 없다. 네트워크 효과는 시장지배력을 초래하는 진입장벽이 아니라 오히려 효율성 증진을 통하여 소비자 후생을 증진시킨다는 분석도 있다.¹¹⁹⁾

경쟁법에서 원래 고착(lock-in) 이론은 내구재의 경우 최초 판매시점으로부터 상당 기간이 지난 뒤에 부속품으로부터 초과이윤을 얻기 위해 독점가격을 책정할 수 있겠는지에 관한 것인데,¹²⁰⁾ 이러한 개념으로 애당초 무료상품에 대한 것이 아니다. 예컨대, 네이버 검색 이용자가 네이버 검색이 좋아서 네이버 검색만 이용하는 것을 두고, 고착효과와 전환비용 때문에 네이버가 독점가격에 상응하는 만큼 검색 품질을 떨어트리려 초과이윤을 얻을 수 있는 시장지배력을 갖는다고 할 수는 없다. 소셜미디어 이용자도 각자 선호에 따라 1개 소셜미디어만 이용할 수도 있고 여러 개를 동시에 이용할 수도 있기 때문에, 고착이나 전환비용이 있다고 말할 수 있는 경우가 아니다.

5. 법개정으로 무료상품 시장지배력을 인정할 필요가 있는지 여부

118) 공정위 의결 제2021-329호 2021. 12. 30, 106-108면.

119) William H. Page & John E. Lopatka, *The Microsoft Case: Antitrust, High Technology, and Consumer Welfare* (The University of Chicago Press, 2007), p. 98: "[N]etwork effects are largely positive for consumer because they add value...Moreover, network effects do not necessarily drive the market to a single dominant operating system."

120) Herbert Hovenkamp, *Principles of Antitrust* (West Academic Publishing, 2017), pp. 79-80.

한국도 독일처럼 법개정으로 무료상품 시장지배력을 인정할 필요가 있는가? 이 문제에 답하기 위해서는 먼저 플랫폼 사업에 대한 정확한 이해가 필요하다. 온라인 플랫폼 사업은 소비자와 단면 판매업자가 서로 보다 쉽게 접근하여 실제 거래가 발생할 수 있도록 거래비용을 획기적으로 낮추어 거래를 촉진하는 역할을 하고, 이때 소비자 고객에게는 무료 플랫폼 서비스를 제공하고, 단면 판매업자 고객에게는 유료 플랫폼 서비스를 판매하는 것이다. 유료상품의 경우 가격상한 규제가 있는 경우라면 판매업자는 해당 상품의 품질을 낮추어 이윤을 더 얻을 수 있겠지만, 플랫폼 사업의 경우 무료상품 품질을 낮추면 부정적 교차 효과로 인해 오히려 이윤이 감소할 수 있다. 따라서 플랫폼 사업자가 일반적으로 무료상품 품질을 인위적으로 낮춤으로써 추가이윤을 얻을 수 있다고 보기란 극히 어렵다. 현실에서도 플랫폼 사업자가 이윤을 더 얻기 위해 무료상품 품질을 인위적으로 낮춘 사례는 찾아보기 어렵다. 오히려 제3의 판매업자 고객, 즉 유료 고객을 많이 확보하기 위해서는 먼저 소비자 고객부터 많이 확보해야 하고, 이를 위해서는 무료상품 품질을 일정 수준 이상으로 유지해야 하므로, 무료상품 점유율이 높다고 해서 품질을 낮출 개연성은 매우 낮다. 따라서 플랫폼 사업자가 경쟁수준보다 품질을 낮출 수 있다면 시장지배력을 인정할 수 있다는 관념은 이론적 차원에서는 그럴듯하게 보이지만 현실과 너무 괴리되어 있다. 가설적 이론은 현실에서 검증받아야 하며, 현실을 가설적 이론에 끼워 맞추려고 해서는 곤란하다. 필자 소견으로는 우리 독점규제법을 독일처럼 무료상품 시장지배력을 인정하는 방향으로 개정하면, 국내 플랫폼뿐 아니라 인공지능, 모빌리티, 바이오 등 관련도가 높은 산업 생태계의 성장과 일자리 창출 그리고 공정경쟁과 소비자 후생 증진에도 전혀 도움이 되지 않으므로, 독일식 개정을 추종해서는 안 된다고 본다.

또한 시장지배력 남용이 문제되는 근원적 이유도 유념해야 할 필요가 있다. 즉 시장지배력 판단은 그 자체로서 중요한 것이 아니라 시장지배력 남용 여부를 판단하기 위한 사전 작업이어서 중요한 것이다. 배제남용을 금지하는 이유는 어떤 사업자가 부당하게 경쟁자를 배제하고 경쟁을 제한한 상태에서 추가이윤을 위해 인위적인 생산량 감소를 통해 높은 가격을 설정하면 (또는 초과이윤을 위해 인위적으로 품질을 저하시키면) 그만큼 유료상품 소비자의 후생이 저해되기 때문이다. 그런데 온라인 플랫폼의 무료상품 시장은 생산량 감소를 통한 가격인상이 불가능하고, 무료상품 품질저하를 통한 추가이윤도 부정적 교차 효과 때문에 사실상 불가능하다. 무료상품은 그 자체가 소비자 후생을 약간이라도 증진시키므로, 플랫폼이라는 이유로 무료상품 시장지배력을 특별히 인정해야 할 근거를 찾기 어렵다. 예를 들어, 품질이 낮은 무료 영어사전 앱이나 무료 건강관리 앱을 사용하다가 만족스럽지 않다면, 그 앱을 바로 삭제하면 된다. 이 과정에서 유료상품 가격인상이나 품질저하에 상응하는 소비자 후생 저해를 찾아보기란 어렵다. 더욱이 현실에서 온라인 플랫폼 무료시장에서 경쟁은 대단히 치열하며, 어떤 무료시장에서 소비자 후생을 저해하는 객관적 경쟁제한효과가 나타났다는 증거도 없다. GAFA 반대론

의 스토리텔링식 소비자 후생 주장은 증거가 아니라 증명 대상임에 유의할 필요가 있다.

물론 무료상품 이용 과정에서 개인정보 활용 등 다른 문제가 발생할 수 있으나, 그런 경우에는 해당 관련 법률로 규율하면 되므로 독점규제법이 일부러 나서서 개입할 필연성은 없다. 따라서 시장지배력은 유료상품에 대한 것이라는 전통적 원칙을 유지하는 것이 타당하다고 생각된다. 만약 한국에서도 온라인 플랫폼 대기업을 사전 규제할 필요가 있는지가 문제되면, 무료상품 시장지배력을 논할 것이 아니라 차라리 디지털시장법과 같은 새로운 규제법을 도입할 필요가 있는지를 산업계와 전문가의 의견을 진지하게 수렴하여 심도 있게 논의해보아야 할 것이다. 다만 이 경우에도 EU의 디지털시장법은 미국 플랫폼 대기업을 규제함으로써 유럽 플랫폼 산업을 보호·육성한다는 정치적 배경에서 비롯된 것이라는 점도 유의해야 할 것이다. 만약 온라인 플랫폼 사업자를 경쟁 이슈와 무관하게 규율해야 할 필요가 있다면 독점규제법을 무리하게 동원하지 말고 개인정보보호법 등 다른 적절한 법률로 규율하는 것이 바람직하다.

VI. 결 론

헌법상 독과점 규제 및 시장지배 남용 방지 조항과 독점규제법상 시장지배력 관련 조항의 연혁 및 체계적 해석 그리고 포스코 전원합의체 판결의 의미 등을 종합적으로 고려하면, 온라인 플랫폼 사업자의 시장지배력이란 플랫폼 유료상품과 관련하여 가격인상 등을 통하여 추가 이윤을 얻을 수 있는 능력이다. 상품시장에는 유료상품시장 외에 무료상품시장도 있을 수 있지만, 독점규제법상 시장지배력 남용 규제 차원에서 시장지배력의 대상이 되는 상품은 온라인 플랫폼이라고 해서 무료상품으로까지 확장될 수 없다. 이러한 해석은 통상적인 시장지배력 의미를 벗어나거나 시장지배력 남용 금지 목적에 비추어 무리하게 해석하는 것도 아니며 헌법상 시장지배 남용의 의미를 불합리하게 좁히는 것도 아니다. 따라서 2010년대부터 온라인 플랫폼 대기업을 본격적으로 등장했다는 이유로 헌법과 독점규제법상 시장지배력 대상이 무료상품도 포함하는 것으로 확장 해석되어야 한다는 논리는 성립될 수 없다. 물론 순수 이론 차원에서 보면 유료시장에서 형성된 시장지배력의 남용 효과가 무료시장에서 나타날 수도 있겠으나, 아직까지 실제로 증명된 사례는 없다.

온라인 플랫폼 사업자가 제공하는 무료상품의 경우 유료상품과 달리 생산량 감소와 가격인상 또는 품질저하에 의한 초과이윤이 불가능하다. 무료상품의 품질이 계속 향상되고 있는 현실을 고려하면, 무료상품 시장지배력 남용이라는 관념은 이론적·실증적 근거가 없는 막연한 상상에 불과하거나 GAFA 제재를 정당화시키기 위한 수사적 표현임을 알 수 있다. 실제로 유럽의 무료상품 시장지배력 남용 사건들은 경쟁법 사건의 외관을 가졌을 뿐 유럽 토종 플랫폼

대기업 육성을 위해 GAFA 억제를 겨냥한 (오바마가 미국 대통령 당시 비판하였듯이) 차별적 보호주의 의도가 숨겨져 있다는 점에 유의할 필요가 있다. 공정위는 구글 안드로이드 사건과 2023. 1. 12. 시행된 「온라인 플랫폼 사업자의 시장지배적지위 남용행위에 대한 심사지침」에서 무료상품 시장지배력이 인정된다고 하였으나, 자의적 해석일 뿐이다.

독일의 제9차 GWB 개정처럼 한국 독점규제법을 개정하여 온라인 플랫폼 사업자의 무료상품 시장지배력을 특별히 인정할 필요가 있는지와 관련하여서는 입법론상 다양한 찬반론이 있을 수 있을 것이다. 추상적 이념에 경도된 공법 방법론은 이론 차원에서 무익할 뿐 아니라 현실에서 위험한 결과를 초래할 수 있다¹²¹⁾는 19세기 스위스 공법학자 Bluntschli의 경고는 오늘날 플랫폼 규제 논의에서도 여전히 유효하다. 여하튼 입법론은 별론, 설령 헌법을 고려하지 않더라도 독점규제법 개정이 없다면 (무료시장에서 불공정거래행위 문제는 별론) 시장지배력은 유료상품에 대해서만 성립하는 것으로 해석되어야 할 것이다. ☐

(논문접수 : 2022. 12. 25. / 심사개시 : 2023. 1. 5. / 게재확정 : 2023. 1. 17.)

121) Johann Kaspar Bluntschli, *Allgemeine Staatslehre* 6. Aufl. (J. G. Cotta, 1885), translated by D.G. Ritchie et al., *The Theory of the State* 2nd ed. (Clarendon Press, 1895), pp. 5-6.

참 고 문 헌

[국내문헌]

- 김두진, “시장지배적 지위의 남용,” 「비교사법」, 제14권 1호(2007)
- 김형배, 공정거래법의 이론과 실제 (도서출판 삼일, 2019)
- 권오승·홍명수, 경제법 제14판 (법문사, 2021)
- 김현수, “네이버의 시장지배적지위 남용 사건에 대한 검토 - 서울고등법원 2009. 10. 8. 선고 2008누27102 판결을 중심으로,” 「경쟁법연구」, 제24권(2011)
- 김인제, “독과점품목의 가격변동과 변동요인의 분석,” 「경영과 사례연구」, 제7호 (1982)
- 김현수, “네이버의 시장지배적지위 남용 사건에 대한 검토 - 서울고등법원 2009. 10. 8. 선고 2008누27102 판결을 중심으로,” 「경쟁법연구」, 제24권(2011)
- 박용수, “독과점기업의 이익조정행위에 관한 분석,” 「경영연구」, 제14권 2호(1999)
- 변정욱·김정현, “온라인 양면 거래 플랫폼의 시장획정 및 시장지배력 판단,” 「경쟁법연구」, 37권(2018)
- 성낙인, “憲法上 經濟秩序와 獨寡占規制,” 「공법연구」, 제10집(1982)
- 심재한, “온라인플랫폼의 관련시장획정에 관한 연구,” 「경영법률」, 제29권 2호(2019)
- _____, “자사우대 행위에 대한 공정거래법 적용 - 네이버쇼핑 사건을 중심으로,” 「유통법연구」, 제9권 1호 (2022).
- 송기철, “독과점규제 및 공정거래법,” 「주류공업」, v.1 no.1(1981)
- 양명조, “2007년 개정 독점규제법에 대한 고찰,” 「성균관법학」, 제19권 2호(2007)
- 이갑연, “獨寡占規制나 企業 成長이나,” 「마케팅」, 제3권 1호(1969)
- 이기중, “다면시장에서의 배제적 행위와 시장지배적지위 남용금지 - EU의 구글 쇼핑 심결과 구글 안드로이드 심결을 중심으로,” 「경제법연구」, 제17권 3호(2018).
- 이규억 등, 독과점가격관리제도의 개선방안 (한국개발연구원, 1981).
- 이경원, “온라인 플랫폼 시장의 공정경쟁 이슈,” 「한국경제의 분석」, 제27권 3호(2021)
- 이봉의, “디지털플랫폼의 자사 서비스 우선에 대한 경쟁법의 쟁점 - Monopoly Leverage와 Equal Treatment를 중심으로,” 「법학연구」, 통권 87호 (2020)
- _____, 공정거래법(박영사, 2022)
- 이상규, “온라인 플랫폼 관련 다양한 지배력 개념과 판단 기준,” 「정보통신정책연구」, 제28권 4호(2021)
- 이상태, “物價安定을 위한 提言,” 「月刊 경영과 마케팅」, 제16권 3호 (1982)
- 이황, “디자인 변경에 대한 경쟁법 규제와 구글쇼핑 사건,” 「선진상사법률」, 통권 90호 (2020)

- 정갑영, 산업조직론 개정판 (박영사, 2001)
- 정병휴, “韓國의 獨寡占規制政策에 관한 考察,” 「경제논집」, 제21권 3호(1982)
- 정의창, “독과점 규제정책의 형성과정에 관한 분석: 1964-1980년을 중심으로,” 「사회과학연구」, 제27권 1호(2014).
- 정호열, 경제법 전정 제5판 (박영사, 2016)
- 조성국, “Amex 판결의 경쟁법적 쟁점에 관한 연구 - 직접적 효과 테스트와 거래플랫폼에서의 관련시장 획정을 중심으로,” 「법학논문집」, 제44권 2호(2020)
- 주진열, “독점규제법상 시장지배적사업자 개념과 관련 문제,” 「경쟁법연구」, 제33권(2016)
- _____, “디지털 플랫폼 사업자의 빅데이터와 관련한 시장지배력 및 프라이버시 문제에 대한 고찰,” 「경쟁법연구」, 제39권(2019)
- _____, “인터넷 포털 사업자의 온라인 동영상광고 제한 관련 시장지배적지위 남용 사건에 대한 고찰 - 대법원 2014. 11. 13. 선고 2009두20366 판결,” 「선진상사법률연구」, 77호(2017)
- _____, “이베이마켓(온라인 거래중개서비스 사업자)의 배타조건부거래 사건에 대한 비판적 고찰 - 대법원 2011. 6. 10. 선고 2008두16322 판결,” 「법경제학연구」, 제13권 3호(2016)
- _____, “플랫폼기업결합 규제론에 대한 고찰-데이터독점론과 킬러인수론을 중심으로,” 「경쟁법연구」, 제46권(2022)
- _____, “Antitrust Politics of Bashing Big Tech: Rhetoric of Competition Law”, 한국경쟁법학회 국제학술대회 「Competition Law and Policy on the Digital Economy」 자료집(2022. 12. 15)
- _____, “Market Definition, Antitrust Error, and Digital Platforms in Korean Competition Law and Policy”, 「법학연구」, 제61권 3호(2020)
- 홍명수, “플랫폼 규제 개선을 위한 독일 경쟁제한방지법 개정에 관한 고찰 - 시장지배적 지위남용 규제를 중심으로,” 「동아법학」, 제94호(2022)
- 홍원기, “무료신문 난립과 과당경쟁,” 「관훈저널」, 통권 제90호(2004)
- 현경득, “독과점가격의 규제,” 「기독교사상」, 통권 제126호(1968)

[해외문헌]

- Aarts, Jack W., *Antitrust Policy versus Economic Power* (H. E. Stenfert Kroes BV, 1975)
- Bain, Joe S., *Industrial Organization*, Second ed. (Wiley & Sons, 1968)

- _____, "The Profit Rate as a Measure of Monopoly Power," *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 55, No. 2 (Feb., 1941)
- Bellflamme, Paul & Martin Peitz, *The Economics of Platforms* (Cambridge University Press, 2021)
- Blanco, Luis Ortiz, *Market Power in EU Antitrust Law*. Translated by Andrew Read (Hart Publishing, 2012)
- Bluntschli, Johann Kaspar, *Allgemeine Staatslehre*, 6. Aufl. (J. G. Cotta, 1885), translated by D.G. Ritchie et al., *The Theory of the State*, 2nd ed. (Clarendon Press, 1895), pp. 5-6.
- Bundeskartellamt Press Release, *Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources* (2019. 2. 7)
- Chao, Becky, "Preventing the Politicization of Antitrust Enforcement," *New America Weekly* (May 9, 2019)
- Caillaud, Bernard & Bruno Jullien, "Chicken and Egg: Competing Matchmakers." *The RAND Journal of Economics*, Vol. 34, No. 2 (2003)
- Chirinko, Robert S. & Steven M. Fazzari, "Market Power and Inflation," *The Review of Economics and Statistics*. Vol. 82, No. 3 (2000)
- Dewenter, Ralf, Ulrich Heimeshoff & Franziska Löw, "Market Definition of Platform Market," Helmut Schmidt University Hamburg Department of Economics Working Paper No. 176
- Deighton, Ben, "EU needs its own GAFAs -reports", *The EU Research & Innovation Magazine* (11 March, 2016)
- Dunne, Niamh, *Competition Law and Economic Regulation* (Cambridge University Press, 2015)
- European Commission - Press release, Antitrust: Commission fines Google €4.34 billion for illegal practices regarding Android mobile devices to strengthen dominance of Google's search engine (Brussels, 18 July 2018).
- Elzinga, Kenneth G. & David E. Mills, "The Lerner Index of Monopoly Power: Origins and Uses", *The American Economic Review*, Vol. 101, No. 3, Papers and Proceedings of the One Hundred Twenty Third Annual Meeting the American Economic Association (May 2011)
- Evans, David S., "The Antitrust Economics of Free," 7 *Competition Policy International* (2011), <http://ssrn.com/abstract=1813193>

- Evans, David S., "Multisided Platforms, Dynamic Competition, and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms," University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper No. 753 (2016)
- Evans, David S. & Michael Noel, "The Analysis of Mergers That Involve Multisided Platform Businesses," 4 J. Competition L. & Econ 663 (2008)
- Evans, David S., Andrei Hagiu & Richard Schmalensee, *Invisible Engines: How Software Platforms Drive Innovation and Transform Industries* (The MIT Press, 2006)
- Evans, David & Richard Schmalensee, "Markets with Two-Sided Platforms," Issues in Competition Law and Policy, Vol. I (American Bar Association, 2008)
- _____, *Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms* (Harvard Business Review Press, 2016)
- _____, "Network Effects: March to the Evidence, Not to the Slogans," Antitrust Chronicle, Special Edition (2018)
- French Presidency of the Council of the European Union, *Scale-up Europe Spurs Collective Action to Accelerate European Tech* (7 February 2022)
- Gale, Bradley T., "Market Share and Rate of Return," The Review of Economics and Statistics, Vol. 54, No. 4 (Nov., 1972)
- Gerber, David J., Law and Competition in Twentieth Century Europe (Clarendon Press, 1998)
- Gramm, Phil & Jerry Ellig, "The Misguided Antitrust Attack on Big Tech," Wall Street Journal (Sep. 20, 2020)
- Hall, Robert E., "Unsing Empirical Using Empirical Marginal Cost to Measure Market Power in the US Economy," NBER Working Paper No. 25251 (November 2018)
- Hasson, Peter J., *The Manipulators: Facebook, Google, Twitter, and Big Tech's War on Conservatives* (Regnery Publishing, 2020)
- Hovenkamp, Herbert, *Principles of Antitrust* (West Academic Publishing, 2017)
- _____, "President Biden's Executive Order on Promoting Competition: an Antitrust Analysis", 63 Arizona Law Review 383 (2022)
- Judgment - 14/09/2022 - Google and Alphabet v Commission (Google Android) Case T-604/18
- Kaplow, Louis, "Why (Ever) Define Markets," 124 Harvard Law Review 437 (2010)
- _____, "Market Definition Alchemy," 57 Antitrust Bulletin 915 (2012)
- _____, "Market Definition: Impossible and Counterproductive," 79 Antitrust Law

- Journal 361 (2013)
- Khan, Lina, "The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate," 9(3) Journal of European Competition Law & Practice (2018)
- Klobuchar, Amy, *Antitrust: Taking on Monopoly Power from the Gilded Age to the Digital Age* (Knopf, 2021)
- Lerner, Abba P., "The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power," Review of Economic Studies, Vol. 1, No. 3 (Jun., 1934)
- Mason, Edward S., "Market Power and Business Conduct: Some Comments," 46 American Economic Review (1956)
- McKean, John R., "A Note on Administered Prices with Fluctuating Demand," Journal of Financial & Quantitative Analysis, Vol. 4 Issue 1 (1969)
- Means, Gardiner C., Hearings on Administered Prices, Part 9, Senate Subcommittee on Antitrust and Monopoly, Washington 1959
- _____, "The Administered-Price Thesis Reconfirmed," American Economic Review, Vol. 62, No. 3 (1972)
- Muldoon, James, *Platform Socialism: How to Reclaim our Digital Future from Big Tech* (Pluto Press, 2022)
- Newman, John M., "Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations," 164 U. Pa. L. Rev. 149 (2016)
- OECD(2018), *Quality considerations in the zero-price economy - Summaries of Contributions*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)147/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)147/en/pdf).
- Page, William H. & John E. Lopatka, *The Microsoft Case: Antitrust, High Technology, and Consumer Welfare* (The University of Chicago Press, 2007)
- Papandreou, Andreas G., "Market Structure and Monopoly Power," The American Economic Review, Vol. 39, No. 5 (Sep., 1949)
- Portuese, Aurelien, "Biden Antitrust: The Paradox of the New Antitrust Populism," 29 Geo. Mason L. Rev. 1087 (2022)
- Samson, Martin, "Kinderstart.com, LLC v. Google, Inc.," Internet Library of Law and Court Decisions (May 8, 2008)
- Shapiro, Carl, "Antitrust in a Time of Populism," 61 INT'L J. INDUS. ORG. 714 (2018)
- Shapiro, Carl & Hal R. Varian, *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy* (Harvard Business Review Press, 1999)
- Srnicek, Nick, *Platform Capitalism* (Polity, 2016)

- Stucke, Maurice & Allen Grunes, *Big Data and Competition Policy* (Oxford University Press, 2016)
- Stigler, George, *The Organization of Industry* (R. D. Irwin, 1968)
- Syverson, Chad, "Macroeconomics and Market Power: Context, Implications, and Open Questions," *The Journal of Economic Perspectives*, Vol. 33, No. 3 (2019)
- Vasagar, Jeevan et al., "Europe's demands on Google mount", *Financial Times* (November 27, 2014), <https://www.ft.com/content/66b5149e-758a-11e4-b082-00144feabdc0>
- Viscusi, W. Kip, John W. Vernon & Joseph E. Harrington, Jr., *Economics of Regulation and Antitrust*, Third ed. (The MIT Press, 2000)
- Wright, Joshua D. et al, "Requiem for a Paradox: The Dubious Rise and Inevitable Fall of Hipster Antitrust," 51 *Ariz. St. L.J* 293 (2019).
- Wu, Tim, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age* (Columbia Global Report, 2018)
- Yoo, Christopher S., "Hipster Antitrust: New Bottles, Same Old W(h)ine?" (2018), Faculty Scholarship at Penn Carey Law. 2168, https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/2168

Abstract

How to Deal With Some Issues Concerning Monopolistic Power of Online Platforms under South Korean Competition Law

Ju, Jin-Yul

This article addressed some legal and political issues concerning monopolistic power over zero-price goods in European Union, Germany, U.S., and South Korea. There is little doubt that the established concept of market power under the Korean competition law has presumed positive-price goods rather than zero-price goods. The Korean Constitution has also presumed market power over positive-price goods. But some argues that big online platforms may have monopolistic power over zero-price goods such as internet search services. In December 2021, the Korean Fair Trade Commission (KFTC) sanctioned Google for the reason of its abuse of monopolistic power over zero-price goods. In January 2023, the KFTC introduced its new guidelines on monopolistic power over zero-price goods. Considering various aspects of zero-price goods as well as the jurisprudence of the Korean Constitution and competition law, this article concluded that a misleading concept of monopolistic power over zero-price goods should not be accepted in South Korea.

Key Words : Korean competition law, online platforms, multi-sided market, zero-price goods, monopolistic power, market power