

# 아마존의 반독점 패러독스(Amazon's Antitrust Paradox)

## 소개(서론)

### I. 시카고 학교 혁명: 경쟁 과정과 시장 구조에서 탈피

- A. 약탈적 가격 책정
- B. 수직적 통합

### II. 경쟁 과정과 구조가 중요한 이유

- A. 가격 및 산출 효과 (price and output effects) 는 소비자 복지에 대한 위협을 모두 포함하지 못한다
- B. 독점 금지법은 다양한 이해 관계를 충족시키기 위한 경쟁을 촉진시킨다

### III. 아마존의 사업 전략

- A. 지배력을 확립하기 위해 이익을 포기하려는 의지
- B. 여러 사업분야로의 확장

### IV. 구조적 우위 확립

- A. 베스트셀러 전자책의 원가 이하 가격책정과 현대 보상의 한계 분석
- B. Quidsi 인수 및 진입 및 퇴장장벽에 대한 잘못된 가정
- C. Amazon 배송 및 부문 전반에 걸친 지배력 활용
- D. Amazon Marketplace 및 데이터 악용

### V. 플랫폼 경제 및 자본 시장의 반경쟁 구조와 행동 촉진

### VI. 플랫폼 전력 처리를 위한 두 가지 모델

- A. 경쟁을 통한 온라인 플랫폼 시장 관리
  - 1. 약탈적 가격 책정
  - 2. 수직 통합
- B. 규제를 통한 지배적 플랫폼 관리

*“아마존이 미국에서 가장 큰 소매업체 중 하나가 되었음에도 불구하고, 아마존은 충분한 이익을 내는 것에 관심이 없는 것 같았다. 고객들은 축하했고, 경쟁은 시들어졌다”*

- 뉴욕 타임즈<sup>1</sup>

*“록펠러 씨의 가장 인상적인 특징 중 하나는 인내심이다”*

- IDA TARBELL, A HISTORY OF THE STANDARD OIL COMPANY<sup>2</sup>

아마존의 초창기 시절, 월스트리트의 분석가들 사이에서는 아마존의 CEO 제프 베이조스 (Jeff Bezos) 가 하우스 오브 카드를 짓는다는 말이 농담처럼 돌았다. 2000년도에 6년째를 접어들면서도 아마존은 여전히 이익을 남기지 못하고, 매 분기마다 지난 분기보다 더 큰 수백만 달러의 지속적으로 손실만 쌓아가고 있다. 그럼에도 불구하고 아마존의 몇몇 주주들은 아마존이 광고와 파격적인 할인에 거액을 투자함으로써 안전한 투자를 하고 있으며 이는 e-commerce가 빛을 볼 때 큰 이익을 산출할 수 있을 것이라 믿었다. 분기마다 회사는 손실을 보고했고 그의 주가는 올라갔다. 이 현상에 대해 한 뉴스 사이트는 이 질문을 통해 상반되는 견해를 보였다: “아마존: 폰지 사기인가 웹사이트계의 월마트인가?”<sup>3</sup>

16년째가 되어가며 아무도 아마존이 21세기 상업의 거물이라는 사실을 의심하지 않는다. 2015년, 아마존은 1070억 달러(\$107 billion)의 수익을 냈고<sup>4</sup>, 2013년까지 12개의 온라인 경쟁사들의 판매량을 모두 합한 것 보다 더 많이 판매했다.<sup>5</sup> 계산해본다면, 아마존은 이제 온라인 쇼핑의 46%를 차지하고 있고 여전히 빠른 속도로 성장하고 있다.<sup>6</sup> 아마존은 소매업자일 뿐만 아니라 이제는 마케팅 플랫폼, 배달 및 물류 네트워크, 결제 서비스, 신용 대출 기관, 경매장, 주요도서 출판사, 텔레비전 및 영화 제작자, 패션디자이너, 하드웨어 제조업체이자 클라우드 서버 산업의 선두주자이다.

매년 두자릿 수의 순매출액 (net-sales) 증가를 보고하며 아마존은 충격적인 성장을 기록하고 있음에도 여전히 공격적인 투자를 지속하며 빈약한 수익을 내고 있다. 회사는 비즈니스를 시작한 이래로 첫 7년간 20억 달러 (\$2 billion)의 적자를 내며 지속적인 손실을 기록했다.<sup>7</sup> 지금도 더 정기적으로 적자가 빠져나가는 반면에 마이너스 수익률은 여전히 있다.<sup>8</sup> 예를 들어 지난 5년 중 2년 동안 회사는 손실을 보고했고 그의 가장 높은 순수익도 여전히 그

<sup>1</sup> David Streitfeld, as competition wanes, amazon cuts back discounts, n.y. Times (july 4, 2013), <http://www.nytimes.com/2013/07/05/business/as-competition-wanes-amazon-cuts-back-its-discounts.html> [<http://perma.cc/j48l-8cpz>].

<sup>2</sup> ida tarbell, john d. Rockefeller: a character study, 25 mcclure's mag. 227,245 (1905).

<sup>3</sup>Amazon: ponzi scheme or wal-mart of the web?, slate: moneybox (feb. 8, 2000, 5:52 pm), [http://www.slate.com/articles/business/moneybox/2000/02/amazon\\_ponzischeme\\_or\\_walmart\\_of\\_theweb.html](http://www.slate.com/articles/business/moneybox/2000/02/amazon_ponzischeme_or_walmart_of_theweb.html) [<http://perma.cc/xq22-yr9k>].

<sup>4</sup> Allison Enright, amazon sales climb 22% in q4 and 20% in 2015, internet retailer (jan. 28, 2016, 4:06 pm), <http://www.internetretailer.com/2016/01/28/amazon-sales-climb-22-q4-and-20-2015> [<http://perma.cc/n6s3-xtsb>].

<sup>5</sup> Shelly Banjo & Paul Ziobro, after decades of toil, web services remain small for many retailers, wall st. J. (aug. 27, 2013, 8:31 pm), <http://www.wsj.com/articles/sblooo4241278873249063045790391568397122> [<http://perma.cc/c8qj-jyrm>].

<sup>6</sup> Olivia Lavecchia & Stacy Mitchell, amazon's stranglehold: how the company's tightening grip is stifling competition, eroding jobs, and threatening communities, inst. For loc. Selfreliance 10 (nov. 2016), <http://ilsr.org/wp-content/uploads/2016/11/ilsr-amazon-report-final.pdf> [<http://perma.cc/a4nd-2ndj>].

<sup>7</sup> Amazon posts a profit, cnn money (jan. 22, 2002, 3:39 pm), <http://money.cnn.com/2002/01/22/technology/amazon> [<http://perma.cc/smf3-2uck>].

<sup>8</sup> Partly due to the success of amazon web services, amazon has recently begun reporting consistent profits. See nick wingfield, amazon's

들 순매출액의 1% 미만이었다.<sup>9</sup>

아마존의 빈약한 수익률에도 불구하고 투자자들은 이들을 열렬히 지원하고 있다: 아마존 주식, 희석순이익의 900 배 이상에 거래되며 Standard & Poor's 500 (S&P 500)에서 가장 비싼 주식으로 자리잡다.<sup>10</sup> 한 리포터는 이에 경이로움을 표했다, "이 회사는 수익은 거의 내지 않고 확장과 무료 배송에 엄청난 돈을 투자하며 자신들의 비즈니스 활동이 불투명하기로 유명하다. 그럼에도 투자자들은 거액을 그들의 주식에 투자한다."<sup>11</sup> 또다른 이는 말하길 "아마존은 그들만의 평가 가치를 가지고 있다"고 한다.<sup>12</sup>

기자들과 금융전문가들은 이러한 아마존의 투자와 손실이 언제 그리고 어떻게 이득으로 이어질지 계속해서 추측하고 있다.<sup>13</sup> 이런 와중 소비자들은 아마존이라는 회사를 사랑하는 것으로 보인다. 온라인 소비자들의 반은 물건 구매를 위해 곧장 아마존 찾는다.<sup>14</sup> 2016년 레퓨테이션 연구소 (reputation Institute) 는 아마존을 3년 연속 미국에서 가장 평판이 좋은 회사로 꼽았다.<sup>15</sup> 하지만 최근 기자들이 아마존의 공격적인 비즈니스 전략을 폭로했다. 그의 한 예는 아마존의 '가젤 프로젝트(The Gazelle Project)'로, 이 전략은 "치타가 약한 가젤에게 다가가듯" 아마존은 작은 출판사들에게 접근하는 것이다.<sup>16</sup> 이는 다른 보도와 마찬가지로<sup>17</sup> 아마존의 지배력의 잠재적 사회적 비용을

- 
- cloud business lifis its profit to a record, n.y. Times (apr. 28, 2016), <http://www.nytimes.com/2016/04/29/technology/amazon-q1-earnings.html> [<http://perma.cc/zhl6-jezu>]. Though this trend departs from the history on which i focus, my analysis stands given that i am interested in (1) the losses amazon formerly undertook to establish dominant positions in certain sectors, (2) the investor backing and enthusiasm that amazon consistently maintained despite these losses, and (3) whether these facts challenge the assumption- embedded in current doctrine-that losing money is only desirable (and hence rational) if followed by recoupment. See id. ("amazon often flip-flops between showing profits and losses, depending on how aggressively it decides to plow money into big new business bets. Investors have granted the company much wider leeway to do so than other technology companies of its size often receive, because of its history of delivering outsize growth."); see also infra part iii.
- <sup>9</sup> Amazon.com, inc., annual report (form 10-k) 17 (jan. 29, 2016), <http://www.sec.gov/archives/edgar/data/1018724/000101872416000172/amzn-20151231x10k.htm> [<http://perma.cc/gb6a-ywzt>].
- <sup>10</sup> Matt Krantz, Amazon breaks barrier: now most costly stock, USA Today (nov. 11, 2015, 5:16 pm), <http://www.usatoday.com/story/money/markets/2015/11/11/amazon-pe-ratio-valuation-price/75519460> [<http://perma.cc/p5ba-5reb>].
- <sup>11</sup> Meagan Clark & Angelo Young, Amazon: nearly 20 years in business and it still doesn't make money, but investors don't seem to care, int'l bus. Times (dec. 18, 2013, 10:37 am), <http://www.ibtimes.com/amazon-nearly-20-years-business-it-still-doesnt-make-money-investors-dont-seem-care-1513368> [<http://perma.cc/6nmh-hnc4>].
- <sup>12</sup> Krantz, supra note 10 ("amazon's [price/earnings ratio] isn't just high relative to the market-but the stock is richly valued even if the company achieves the high expectations investors have. Amazon's [price/earnings ratio] is now 14 times higher than the astounding 67% annual growth analysts expect long term from the company. That's an off-the-charts valuation using traditional rules of thumb. Investors start to think a stock is pricey when its[price/earnings ratio] is just 2 times its expected growth rate.").
- <sup>13</sup> See, e.g., Farhad Manjoo, How Amazon's long game yielded a retail juggernaut, n.y. Times (nov. 18, 2015), <http://www.nytimes.com/2015/11/19/technology/how-amazons-long-game-yielded-a-retail-juggernaut.html> [<http://perma.cc/62wg-kq67>] ("for years, observers have wondered if amazon's shopping business -you know, its main business could ever really work. Investors gave mr. Bezos enormous leeway to spend billions building out a distribution-center infrastructure, but it remained a semi-open question if the scale and pace of investments would ever pay off could this company ever make a whole lot of money selling so much for so little?").
- <sup>14</sup> Sam Moore, Amazon commands nearly half of consumers' first product search, bloomreach (oct. 6, 2015), <http://bloomreach.com/2015/10/amazon-commands-nearly-half-of-consumers-first-product-search> [<http://perma.cc/lvd9-f6w9>].
- <sup>15</sup> Karsten Strauss, America's most reputable companies, 2016: amazon tops the list, Forbes (mar. 29, 2016, 12:00 pm), <http://www.forbes.com/sites/karstenstrauss/2016/03/29/americas-most-reputable-companies-2016-amazon-tops-the-list> [<http://perma.cc/mn74-k3nb>]; see also Melissa Hoffmann, Amazon has the best consumer perception of any brand, Adweek (july 16, 2014), <http://www.adweek.com/news/advertising-branding/amazon-has-best-consumer-perception-any-brand-158945> [<http://perma.cc/fg7w-yd7n>] (observing that amazon continues to be the best-perceived brand despite negative news reports).
- <sup>16</sup> David Streitfeld, A new book portrays amazon as bully, n.y. Times: Bits Blog (oct. 22, 2013, 6:00 am), <http://bits.blogs.nytimes.com/2013/10/22/a-new-book-portrays-amazon-as-bully> [<http://perma.cc/e893-5een>].
- <sup>17</sup> An article on Amazon's treatment of workers in its warehouses, see Spencer Soper, Inside Amazon's warehouse, Morning Call (aug. 17, 2015, 12:13 pm), <http://www.mcall.com/news/local/amazon/mc-allentown-amazon-complaints-20150917-story.html> [<http://perma.cc/6bxx-rpcx>], was a finalist for the prestigious Loeb Award, see Morning Call's watchdog journalism recognized, Morning Call (june 2, 2012), <http://articles.mcall.com/2012-06-02/news/mc-morning-call-keystones-20120602> [<http://perma.cc/9f3e-ebzs>]. A New York Times piece on Amazon's white-collar workplace generated more than five million page views, ranking among the Times's most-read pieces of 2015. see Nick Wingfield & Ravi Somaiya, Amazon spars with the Times over 3 investigative article, n.y. Times (oct. 19, 2015), <http://www.nytimes.com/2015/10/20/business/amazon-spars-with-the-times-over-investigative-article.html> [<http://perma.cc/vdg6-wzzq>].

잠시나마 경험할 수 있다는 기대를 제공하며 널리 이목을 끌었다.<sup>18</sup> 또한 2014년 Hachette과의 공공분쟁 (아마존이 비즈니스 협상 중 해당 출판사의 책들을 웹사이트에서 제외시킨 일) 도 광범위한 언론조사를 야기했다.<sup>19</sup> 더 나아가 아마존이 인터넷 경제의 필수적인 부분으로서 자리잡았고,<sup>20</sup> 그들의 지배력이 위협을 가할 수도 있다는 대중의 인식이 자라나고 있다.<sup>21</sup> 하지만 왜? 라는 질문이 던져졌을 때 평론가들은 설명을 망설인다. 소비자들에게 막대한 혜택을 제공하고 e-commerce의 혁명을 일으킨 회사가 어떻게 우리 시장을 위협할 수 있는지 말이다. 이러한 모순을 이해하기 위해 한 기는 평론가들의 주장이 “아마존의 행동이 책의 가격을 낮추며 소비자들에게 이익을 주지만, 결국에는 소비자들에게 해가 된다”는 것 같다고 말한다.<sup>22</sup>

아마존의 성장하는 지배력은 어떤점에서는 변경된 반독점 법률과도 연관이 있다. 1970년과 1980년대에 변화한 법적 사고와 실천으로 인해 반독점 법률은 이제 경쟁을 시장전체의 건전성과 생산자들이 아닌 단기적인 소비자 이익에 초점을 맞추어 평가한다. 반독점 정책은 낮은 소비자 가격을 건전한 경쟁의 증거로 인정한다. 이러한 기준에 의한다면 아마존은 뛰어난 면모를 보여주고 있는 거지만, 아마존은 소비자 가격을 낮추기 위한 비즈니스 전략과 수사법(rhetoric)에 시간을 들이며 정부의 감사망을 피하고 있다. 아마존이 반독점 관계자들과 가장 가까이 대면했던 때는 법무부가 다른 회사들을 아마존에 맞서 협력하였다는 혐의로 고소했을 때이다.<sup>23</sup> 이는 마치 Bezos가 회사의 성장을 계획할 때 반독점 법률들을 나열해 놓고 이들을 피해갈 수 있는 방법들을 창안한 것 같다. 아마존은 마치 소비자에 대한 선교적 열의로 현재 반독점의 노래를 부르며 독점을 향해 나아가고 있다.

이 글은 아마존의 지배력의 측면을 보여줄 것이다. 특히 아마존 성장의 근원을 찾고 그들의 지배력이 가진 잠재적인 영향들을 분석할 것이다. 이를 통해 우리는 그들의 비즈니스 전략을 이해하고 Amazon의 구조 및 행동의 반경쟁적 측면을 조명할 것이다. 또한 분석을 통해 현재의 반독점 체제 (경쟁을 평가하는 기준을 단기 가격과 산출량에 따른 소비자 복지에 맞춘 체제)<sup>24</sup> 는 21세기의 시장 (marketplace) 속 시장 지배력의 구조를 이해하는데 부적합 하다는 것을 보여줄 것이다. 다시 말해 아마존의 독점으로 인해 발생할 수 있는 반경쟁의 위협은 단순히 가격과 생산량에 따른 경쟁 측정을 통해서만 절대 알아차릴 수 없다는 말이다. 이러한 측정 기준에만 초점을 맞추게된다면 잠재적인 위험을 인식하지 못할 것이다.

내 주장은 21세기 시장-특히 온라인 시장-의 진정한 경쟁을 측정하기 위해서는 근본적인 마켓의 구조와 역학

<sup>18</sup> David streitfeld, supra note 16.

<sup>19</sup> See Paul Krugman, Amazon's monopsony is not o.k., n.y. Times (oct. 19, 2014), <http://www.nytimes.com/2014/10/20/opinion/paul-krugman-amazons-monopsony-is-not-ok.htm> [http://perma.cc/kj2e-szpx] ("amazon.com, the giant online retailer, has too much power, and it uses that power in ways that hurt america.").

<sup>20</sup> See farhad manjoo, tech's 'frighjul 5' will dominate digital life for foreseeable future, n.y. times (jan. 20, 2016), <http://www.nytimes.com/2016/01/21/technology/techs-frightful-5-will-dominate-digital-life-for-foreseeable-future.html> [http://perma.cc/yh6n-kg6j] ("by just about every measure worth collecting, these five american consumer technology companies [amazon, apple, facebook, google, and microsoft] are getting larger, more entrenched in their own sectors, more powerful in new sectors and better insulated against surprising competition from upstarts. though competition between the five remains fierce and each year, a few of them seem up and a few down - it's becoming harder to picture how any one of them, let alone two or three, may cede their growing clout in every aspect of american business and society"); brooke masters, hooked on a feeling that amazon is too addictive by far, fin. times (mar. 11, 2016), <http://www.ft.com/intl/cms/s/o/d2d2e376-e768-11e5-bc31-138df2ae9ee6.html> [http://perma.cc/x25d-6nts].

<sup>21</sup> At a recent hearing held by the senate judiciary committee's subcommittee on antitrust, competition policy, and consumer rights, both republican and democratic senators interrogated assistant attorney general for antitrust bill baer and federal trade commission (ftc) chair edith ramirez about their treatment of online platforms, and urged the department of justice (doj) and ftc to study closely the anticompetitive hazards these dominant firms may pose. see oversight of the enforcement of the antitrust laws: hearing before the subcomm. on antitrust, competition policy & consumer rights of the s. comm. on the judiciary, 114th cong. (2016); see also oversight of the antitrust enforcement agencies: hearing before the subcomm. on regulatory reform, commercial & antitrust law of the h. comm. on the judiciary, 114th cong. (2015).

<sup>22</sup> Vauhini Vara, Is Amazon Creating a Cultural Monopoly?, NEW YORKER (Aug. 23, 2015), <http://www.newyorker.com/business/currency/is-amazon-creating-a-cultural-monopoly> [http://perma.cc/VZ84-8UX8].

<sup>23</sup> See United States v. Apple Inc., 952 F. Supp. 2d 638, 650 (S.D.N.Y. 2013).

<sup>24</sup> See, e.g., Nat'l Collegiate Athletic Ass'n v. Bd. of Regents of Univ. of Okla., 468 U.S. 85, 107- 08 (1984) ("Congress designed the Sherman Act as a 'consumer welfare prescription.' . . Restrictions on price and output are the paradigmatic examples of restraints of trade that the Sherman Act was intended to prohibit." (quoting Reiter v. Sonotone Corp., 442 U.S. 330, 343 (1979))); see also infra Part I.

(dynamics)을 분석하는 것이 중요하다. 이러한 분석을 통해 우리는 생산량이라는 좁은 기준을 벗어나 경쟁 프로세스 자체를 검토해볼 수 있다. 우리가 비즈니스의 구조와 시장에서의 구조적 역할을 살펴보지 않는다면 그 회사의 권력과 그 권력의 잠재된 반경쟁적 본성을 온전히 이해할 수 없다. 이러한 생각을 적용시킨 정책은 다음의 예시들을 검토할 수 있어야 한다: 그 회사의 구조가 특정한 반경쟁적 이해의 충돌을 발생시키는지, 회사가 서로 다른 비즈니스 라인에 마켓 어드밴티지 (market advantage) 를 교차로 적용(cross-leverage)을 할 수 있는지, 시장의 구조가 포식적 가격 책정 (predatory pricing) 을 허가 하고 장려하지는 않는지.

이것이 내가 본문에서 채택한 접근법이다. 먼저 시장 구조에 대한 현대 독점 금지법의 처리에 대해 탐색(도전)하는 것부터 시작한다. 파트 1에서는 반독점 체제가 어떻게 경제 구조주의에서 가격이론(price theory)에 따른 전환이 이루어졌는지와 이러한 변화가 2가지의 법의 집행, 약탈적 가격 책정과 수직적 통합에 있어 어떤 영향을 끼쳤는지 살펴볼 것이다. 파트 2에서는 소비자 복지를 가격을 통해 평가하는 협소한 기준을 비판하며 중요한 반독점 가치들을 지켜 내기 위해서는 구조를 평가하는 것이 필수적이라고 주장한다. 그리고 이러한 시장 구조적 시선을 통해 아마존 전략과 행동의 반경쟁적 측면을 보여줄 것이다. 파트 3에서는 아마존의 공격적인 투자와 그에 따른 손실, 회사 전략, 다분야 비즈니스 라인들의 통합에 대해 논의할 것이다. 파트 4에서는 아마존이 지속적인 손실을 감수하므로서 경쟁사들을 무력화시킨 두 가지 사례, 그리고 아마존의 다양한 비즈니스 라인들에 걸친 경영 활동이 현재 구조에서는 알아챌 수 없는 반경쟁적 위협 제기에 대한 두 가지 사례를 살펴볼 것이다. 그리고 반독점법들이 어떻게 아마존 온라인 플랫폼이 발생시키는 문제들에 대처할 수 있을지 알아볼 것이다. 파트 5에서는 자본 시장이 아마존과 다른 인터넷 플랫폼들의 자본 환경에 대해 무엇을 제안하는지 다룰 것이다. 파트 6에서는 지배적인 플랫폼들의 힘을 제한 할 수 있는 2가지 접근에 대해 언급할 것이다: (1) 전통적인 반독점 및 경쟁 정책 복원을 통한 제한 (2) 공통운수업체(common carrier) 의무 부여를 통한 규제.

## I. 시카고 학파 혁명: 경쟁 과정과 시장 구조에서 탈피

가장 눈에 띄는 독점 금지 법률과 해석의 변화는 경제구조주의(economic structuralism)로부터 벗어난 것이다. 이 챕터에서 나는 구조에 기반한 경쟁 평가가 어떻게 가격이론(price theory)에 의해 대체되었고 이러한 전환이 법과 정책에 어떤 영향을 주었는지 알아볼 것이다.

일반적으로 경제적 구조주의 (economic structuralism) 는 집중된 시장 구조 (concentrated market structure)가 반경쟁적 행동을 촉진시킨다는 생각에 기반한다.<sup>25</sup> 이 관점에 의하면 적은 수의 큰 회사들이 모여 있는 시장이 많은 수의 중/소 기업들이 모여 있는 시장보다 덜 경쟁적이라고 주장한다. 그 이유는 1) 독점적이고 (monopolistic) 소수에 의해 시장이 독점되는 (oligopolistic) 시장 구조는 우세한 기업들이 가격 조정 (price-fixing), 시장 분할 (market division), 암묵적 협조적인 행동을 더 쉽고 교묘하게 가능하게 만들기 때문이다. 2) 이러한 우세한 회사들이 그들의 지배력을 통해 새로운 회사들의 진입을 막을 수 있다. 3) 이러한 회사들은 소비자, 공급회사, 노동자 등을 상대로 더 큰 협상력을 갖는데, 이러한 협상력은 수익을 유지하면서 가격은 올리고 서비스와 퀄리티를 떨어트릴 수 있게 한다.

1960년대까지는 이러한 시장 구조 기반의 경쟁 이해가 독점 금지 사상과 정책의 기반이었다. 이에 따라 법정은 반경쟁적인 시장 구조로 이어질 것 같은 합병들을 제재하였다. 수평적인 합병 (같은 시장이나 제품 라인의 두 경쟁회사가 합병하는 것)을 통해 하나의 큰 독립체가 되어 시장의 더 큰 부분을 차지하는 것을 막았다.<sup>26</sup> 또한 수직적인 합병 (같은 공급품이나 생산 체인의 다른 단계의 회사들이 합병하는 것)을 막아 경쟁을 배제하는 것을 방지했다.<sup>27</sup> 이러한 접근은 기업들을 감시할 때 사이즈만 보는 것이 아니라 이해의 충돌까지 고려하는 것이다. 예를 들어 이미 우세한 신발 제조사가 판매까지 사업을 확장함으로써 인해 다른 경쟁 판매사들에게 불평등한 불이익을 줄 수 있는지를 판단하는 것이다.<sup>28</sup>

그러나 1970-1980년대에 큰 호응을 얻은 시카고 학파의 반독점 관련 사상은 이러한 구조주의에 반론을 제기했다.<sup>29</sup> 시카고 학파의 핵심 인물인 Richard Posner 은 반독점 문제를 바라보는 올바른 방법은 가격 이론을 통해서라고 주장했다.<sup>30</sup> 가격 이론은 수익을 극대화하는 기업들에 의해 성장하는 시장의 효율성에 초점을 맞췄다. 시카

<sup>25</sup>See, e.g., JOE S. BAIN, INDUSTRIAL ORGANIZATION (2d ed. 1968); DONALD F. TURNER & CARL KAYSER, ANTITRUST POLICY: AN ECONOMIC AND LEGAL ANALYSIS (1959); Joe S. Bain, Workable Competition in Oligopoly: Theoretical Considerations and Some Empirical Evidence, 40 AM. ECON. REV. 35, 36-38 (1950). The institutionalists -scholars who emphasized the importance of social rules and organizations in producing economic outcomes -were also influential in this vein. See, e.g., JOHN R. COMMONS, LEGAL FOUNDATIONS OF CAPITALISM (1924).

<sup>26</sup> See, e.g., United States v. Phila. Nat'l Bank, 374 U.S. 321, 364-65 (1963).

<sup>27</sup> See, e.g., Brown Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294, 328-34 (1962).

<sup>28</sup> See id.

<sup>29</sup> I use "The Chicago School" to refer to the group of legal scholars and economists, primarily based at the University of Chicago, who developed neoclassical law and economics in the mid-twentieth century. But it is worth noting that a new group of scholars at the University of Chicago - such as Luigi Zingales and Guy Rolnik - have departed from the neoclassical approach and are studying market competition with an eye to power. See, e.g., RAGHURAM RAJAN & LUIGI ZINGALES, SAVING CAPITALISM FROM THE CAPITALISTS (2003). See generally PROMARKET, <http://promarket.org/about-this-blog> [<http://perma.cc/G3CD-45K2>] ("This is the goal of the 'ProMarket blog': to educate the public about the many ways special interests subvert competition in order to make the market system work better.").

<sup>30</sup> Richard A. Posner, The Chicago School of Antitrust Analysis, 127 U. PA. L. REV. 925, 932 (1979). The key assumptions of price theory are "that demand curves slope downward, that an increase in the price of a product will reduce the demand for its complement, [and] that resources gravitate to areas where they will earn the highest return." Id. at 928.

고 학파의 산업 구조 관련 접근은 다음과 같은 이론적 전제를 따른다: 시장의 허용 범위 내에서 활동하는 이성적인 기업들은 가장 효율적인 투자를 통해 최대 이익을 취하려 할 것이다. 그리고 이를 행하지 못했을 경우에는 다른 시장 경쟁자들에 의해 도태 될 것이다.<sup>31</sup>

이에 대해 경제 구조주의를 지지하는 사람들은(economic structuralist) 이러한 산업 구조가 기업들이 특정한 행동들을 하게 만들어 전체적인 시장의 성과를 조종할 것이라고 믿었다. 반면 시카고 학파는 기업의 규모, 산업 구조, 밀집도 등을 포함한 시장의 성과는 독립형의 자유 시장 방식과 생산의 기술적인 요구의 상호작용을 보여줄 것이라고 했다.<sup>32</sup> 다시 말해 구조주의자들은 산업구조(industry structure)를 시장의 역학을 이해할 수 있는 통로라고 주장했고 시카고 학파는 산업구조가 단지 이러한 역학 반영할 뿐이라고 했다. 시카고 학파에게 있어 “존재하는 것은 궁극적으로 존재해야 할 것에 대한 최고의 지침이다.”<sup>33</sup>

실제로 가격이론으로의 전환은 반독점 분석에 있어 두 가지 큰 영향을 끼쳤다. 첫번째, 가격이론은 진입장벽의 개념을 눈에 띄게 협소하게 해석했다. 진입장벽이란 산업 진출을 모색하는 기업은 지불해야 하는 비용지만, 이미 산업에 진출한 기업은 부담하지 않아도 되는 비용이다.<sup>34</sup> 시카고 학파에 의하면 이미 진출한 기업들이 대량 생산에 의한 원가 절감, 상품의 차별화 등으로 누리는 혜택들은 진입장벽에 포함되지 않는다고 주장한다. 이러한 혜택들은 단지 생산과 유통에 대한 객관적인 기술적 수요라 판단했기 때문이다.<sup>35</sup> 따라서 너무나 많은 진입 장벽..... 절감되었기에 회사의 수와 밀집도와 상관 없이 모든 회사들이 잠재적인 경쟁 위협의 대상이다.”<sup>36</sup> 이 말대로라면 시장 지배력은 일시적이고, 이러한 이유로 반독점 집행은 필요가 없다.

두번째, 소비자 가격이 경쟁을 평가하는 주된 기준이 되었다. The Antitrust Paradox의 저자인 Robert Bork 는 주장하길 반독점의 주된 규범적 목표는 경제의 효율성 축진을 통한 소비자들의 복지 극대화라고 했다.<sup>37</sup> 여기서 Bork 는 소비자 복지(consumer welfare)를 배분적 효율성(allocative efficiency)<sup>38</sup>의 의미로 사용했지만, 법정과 반독점 정부 관계자들은 이를 소비자 가격에 미치는 영향을 통해 측정하였다. 1979년, 대법원은 이러한 Bork의 작업에 따라 의회는 셔먼법 또는 셔먼매입조례(Sherman Act)라는 “소비자 복지 처방(consumer welfare prescription)”을 설계했음을 발표했다.<sup>39</sup> 많은 사람들이 이 법률에 대해 비판의 시선을 보냈지만<sup>40</sup>, 이는 여전히 많은 정책과 원칙에 영

<sup>31</sup> MARC ALLEN EISNER, ANTITRUST AND THE TRIUMPH OF ECONOMICS: INSTITUTIONS, EXPERTISE, AND POLICY CHANGE 107 (1991).

<sup>32</sup> See ROBERT H. BORK, THE ANTITRUST PARADOX: A POLICY AT WAR WITH ITSELF (1978).

<sup>33</sup> EISNER, *supra* note 31, at 104.

<sup>34</sup> GEORGE J. STIGLER, THE ORGANIZATION OF INDUSTRY 67 (1968).

<sup>35</sup> EISNER, *supra* note 31, at 105.

<sup>36</sup> *Id.*

<sup>37</sup> BORK, *supra* note 32, at 7 (“[T]he only legitimate goal of antitrust is the maximization of consumer welfare.”); *id.* at 405 (“The only goal that should guide interpretation of the anti-trust laws is the welfare of consumers .... In judging consumer welfare, productive efficiency, the single most important factor contributing to that welfare, must be given due weight along with allocative efficiency.”); see also Daniel A. Crane, The Tempting of Antitrust: Robert Bork and the Goals of Antitrust Policy, 79 ANTITRUST L.J. 835, 847 (2014) (“Bork’s big move [was] his rejection of alternatives to efficiency or consumer welfare-oriented theories of anti-trust enforcement. . .”).

<sup>38</sup> As has been widely noted, Bork defines consumer welfare not as consumer surplus but as total welfare. As a result, for Bork, outcomes that might otherwise be understood to harm consumers are not thought to reduce consumer welfare. For example, Bork concludes that wealth transfers from consumers to monopolist producers would not harm consumer welfare. See BORK, *supra* note 32, at 110 (“Those who continue to buy after a monopoly is formed pay more for the same output, and that shifts income from them to the monopoly and its owners, who are also consumers. This is not dead-weight loss due to restriction of output but merely a shift in income between two classes of consumers. The consumer welfare model, which views consumers as a collectivity, does not take this income effect into account.”). For critiques of Bork’s conflation of consumer welfare and allocative efficiency, see John J. Flynn, The Reagan Administration’s Antitrust Policy, “Original Intent” and the Legislative History of the Sherman Act, 33 ANTITRUST BULL. 259 (1988); Eleanor M. Fox, The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium, 66 CORNELL L. REV. 1140 (1981); Herbert Hovenkamp, Antitrust’s Protected Classes, 88 MICH. L. REV. 1 (1989); Robert H. Lande, A Traditional and Textualist Analysis of the Goals of Antitrust: Efficiency, Preventing Theft from Consumers, and Consumer Choice, 81 FORDHAM L. REV. 2349 (2013) [hereinafter Lande, A Traditional and Textualist Analysis]; Robert H. Lande, Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged, 34 HASTINGS L.J. 65 (1982) [hereinafter Lande, Wealth Transfers]; and Maurice E. Stucke, Reconsidering Antitrust’s Goals, 53 B.C. L. REV. 551 (2012).

<sup>39</sup> *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330, 343 (1979) (quoting Bork, *supra* note 32, at 66).

<sup>40</sup> See Barak Orbach, Foreword: Antitrust’s Pursuit of Purpose, 81 FORDHAM L. REV. 2151, 2152 (2013).

향을 끼쳤다. 1982년 레이건 정부의 집행 아래 발행된 합병 가이드라인(1968년에 쓰여진 이전의 지침과는 급진적인 변화를 보여줌)이 이러한 새로운 초점을 잘 반영하였다. 1968년 가이드라인에 의하면 합병의 “주요 역할”은 “경쟁에 도움이 되는 시장 구조(market structure)를 보존하고 촉진하는 것이다.”<sup>41</sup> 하지만 1982년 가이드라인은 합병은 “시장 지배력(market power)을 부여하거나 강화하도록 허락해서는 안된다고 쓰여 있는데, 여기서의 시장 지배력은 “몇몇의 회사가 경쟁 불가능한 가격을 유지시킬 수 있는 힘”으로 정의한다.<sup>42</sup> 현재 독점 금지 상해를 증명하기 위해서는 가격 상승과 생산의 제약으로 나타나는 소비자 복지의 피해를 입증해내야만 한다.<sup>43</sup>

반독점 관계자들도 강화된 시장 지배력이 가격 외적으로 끼치는 영향을 무시하지 않고 있다. 예를 들어, 2010 수평적 합병 지침은 시장 지배력이 제품 품질 저하, 제품의 다양성 저하, 서비스의 저하, 혁신 감소 등의 형태로 가격 외적으로 부정적인 영향을 끼칠 수 있음을 인정했다.<sup>44</sup> 특히 오바마 정부가 반대한 대형합병 중 하나였던 Comcast/TimeWarner 합병도 가격때문이 아닌 이러한 시장 접근에 대한 우려 때문이었다.<sup>45</sup> 연방거래위원회 (The Federal Trade Commission) 또한 지난 10년간 이루어진 합병의 1/3 정도가 혁신을 제약한다는 혐의를 제기했다.<sup>46</sup> 하지만 이러한 혁신 및 가격 외적인 요소들에 대한 우려는, 특히 합병이 아닌 경우에는 더더욱 조사나 집행으로 이어지지는 않는다.<sup>47</sup> 좁게 정의 된 시장에서의 가격의 영향, 생산량, 생산적 효율 등과 같은 더 측정하기 쉬운 경제적 요소들이 “불균형하게” 더 중요시되고 있다.<sup>48</sup>

법률적 집행에 있어 이러한 사상전환이 가장 극적으로 영향을 끼친 부분은 약탈적 가격 책정(predatory pricing)과 수직 통합(vertical integration) 이다. 시카고 학파는 약탈적 가격 책정, 수직 통합 및 결합계약은 소비자 복지에 전혀 또는 거의 악영향을 끼치지 않는다고 주장한다.<sup>49</sup> 약탈적 가격 책정과 수직 통합은 아마존의 장악력과 영향력의 원천을 분석하는데 매우 중요한 요소이다. 아래에는 어떻게 시카고 학파가 약탈적 가격 책정 정책과 법집행자들이 수직 통합을 대하는 자세에 영향을 끼쳤는지 알아볼 것이다.

#### A. 약탈적 가격 책정 (Predatory pricing)

20세기 중반에 미국 의회는 반복적으로 약탈적 가격 책정을 겨냥한 법률 제정을 시행했다. 의회뿐 아니라 주의회들도 약탈적 가격 책정을 자본이 많은 기업들이 라이벌 기업을 망치고 경쟁을 없애기 위한 전략, 즉 통제를 집중

<sup>41</sup>1968 Merger Guidelines, U.S. DEP'T JUST. 1 (1968), <http://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2007/7/11/11247.pdf> [<http://perma.cc/884H-BGUH>]. The guidelines continue, "Market structure is the focus of the Department's merger policy chiefly because the conduct of the individual firms in a market tends to be controlled by the structure of that market." Id.

<sup>42</sup>1982 Merger Guidelines, U.S. DEP'T JUST. 2 (1982), <http://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2007/07/11/11248.pdf> [<http://perma.cc/7J32-ZQLY>].

<sup>43</sup> See, e.g., *Ginzburg v. Mem'l Healthcare Sys., Inc.*, 993 F. Supp. 998, 1015 (S.D. Tex. 1997) ("[B]ecause 'the purpose of antitrust law is the promotion of consumer welfare,' the court must analyze the antitrust injury question from the perspective of the consumer . . . Thus, in order to show that he suffered an antitrust injury, 'an antitrust plaintiff must prove that the challenged conduct affected the prices, quantity or quality of goods or services and not just his own welfare.'" (quoting *Reazin v. Blue Cross & Blue Shield of Kan.*, 899 F.2d 951, 960 (10th Cir. 1990); *Angelico v. Lehigh Valley Hosp., Inc.*, 984 F. Supp. 308, 312 (E.D. Pa. 1997))).

<sup>44</sup>Horizontal Merger Guidelines, U.S. DEP'T JUST. & FTC (Aug. 19, 2010), <http://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/00819hmg.pdf> [<http://perma.cc/SQ8H-AB7P>].

<sup>45</sup> See Emily Steel, Under Regulators' Scrutiny, Comcast and Time Warner Cable End Deal, N.Y. TIMES (Apr. 24, 2015), <http://www.nytimes.com/2015/04/25/business/media/comcast-time-warner-cable-deal.html> [<http://perma.cc/H4XS-9LMY>].

<sup>46</sup> Edith Ramirez, Chairwoman, FTC, Keynote Remarks at 10th Annual Global Antitrust Enforcement Symposium (Sept. 20, 2016) (citing Richard J. Gilbert & Hillary Greene, Merging Innovation into Antitrust Agency Enforcement of the Clayton Act, 83 GEO. WASH. L. REV. 1919, 1933 (2015)), <http://www.ftc.gov/public-statements/2016/09/keynote-remarks-ftc-chairwoman-edith-ramirez> [<http://perma.cc/FNS8-6FL9>].

<sup>47</sup> And even merger review has "migrated towards assessing what is measurable—namely short-term pricing effects, primarily understood under their unilateral effects theory, and short-term productive efficiencies." MAURICE E. STUCKE & AILEN P. GRUNES, BIG DATA AND COMPETITION POLICY 107 (2016). "Price has become the common denominator in merger review." Id. at 109.

<sup>48</sup> Id. at 105.

<sup>49</sup> Crane, *supra*note 37, at 852.



시키는 도구라고 생각했다. 약탈적 가격 책정을 금지하는 법들은 더 큰 범위의 가격 책정법률에 포함되어 권력(power)과 기회를 공평하게 분배하기 위해 쓰여 졌다. 그러나 1960년대에 논란이 된 대법원 판결은 비평가들로 하여금 현 제도를 비판할 기회를 제공하였다. 이러한 지적 반발은 1990년대에 이르러 보상 검증(recoupment test)의 형태로 대법원 법률에 영향을 끼쳤다.

미국에서 가장 먼저 약탈적 가격 책정이 소개된 건 1911년 대법원에 소개된 Standard Oil 케이스로 정부의 독점 금지 소송이었다.<sup>50</sup> Ida Trabel의 엑스포, A History of the Standard Oil에서 자세히 설명했듯이 Standard Oil이 경쟁자들을 시장에서 내쫓기 위해 일부러 가격을 대폭 인하한다는 혐의가 제기되었다.<sup>51</sup> 이 뿐 아니라 이들의 교차보조(cross-subsidization) 혐의도 함께 제기 되었다. Standard Oil이 경쟁자들을 견제하고 시장에서 제거하기 위해 극단적으로 가격을 낮추었다는 것이다.<sup>52</sup> Standard Oil을 상대로 한 반독점 위반 기소에서 정부는 약탈적 가격책정을 포함한 기업의 관행이 셔먼 액트의 섹션 2를 위반했다고 주장했다. 대법원은 정부의 손을 들어주었고 Standard Oil의 해산을 요구했다.<sup>53</sup> 후속법원은 독점권을 추구하는 과정에서 “가격 인하가 아마도 대기업의 가장 효과적인 무기가 될 것”이라고 결정을 언급했다.<sup>54</sup>

이 사건 이후 약탈적 가격 책정의 위협에 대한 인식이 늘었고, 의회는 그에 따른 제재 법안들을 만들었다. 1914년에는 셔먼 액트를 강화하기 위한 클레이튼 액트(Clayton Act)<sup>55</sup>를 제정하여 가격 차별(price discrimination)과 약탈적 가격 책정을 제한했다.<sup>56</sup> The House Report에 의하면 클레이튼 액트의 섹션 2는 대기업들이 다음과 같은 의도와 목적으로 가격을 생산비용보다 낮게 책정하는 것을 막는다: “특정 지역이나 분야에서 가격 차별을 통해 독점”과 “경쟁사를 제거하고 이윤을 남기려는 의도”.<sup>57</sup>

또한 의회는 약탈적 가격 책정을 막는 주 공정거래 법(fair trade law)도 옹호하였다. 공정거래법은 생산자들에게 자신들의 생산품에 최종 소매 가격을 정할 수 있는 권한을 부여하고 체인점들이 임의적으로 할인을 진행하는 것을 막았다.<sup>58</sup> 하지만 대법원이 이러한 “재판매 가격 유지”를 위한 법을 폐지하려 하였고 의회는 이를 막기 위해 힘썼다. 결국 1911년 대법원이 공정거래법을 통한 재판매 가격 유지법을 폐지했고<sup>59</sup>, 1937년 의회는 주공정거래법의 예외인 밀러 타이딩스 액트(Miller-Tydings Act)를 제안했다.<sup>60</sup> 1951년 대법원은 생산자가 계약서를 작성한 소매업자만을 상대로 최소가격을 제한할 수 있다고 했고<sup>61</sup>, 의회는 이에 계약서를 작성하지 않은 업자들도 포함해서 최소가격을 부여할 수 있는 법을 다시 제정했다.<sup>62</sup>

이러한 공정거래 관련 움직임으로 인한 또다른 부산물은 1936년의 로빈슨 패트먼 액트이다(Robinson-Patman Act

<sup>50</sup> See Christopher R. Leslie, Revisiting the Revisionist History of Standard Oil, 85 S. CAL. L. REV. 573, 575 (2012).

<sup>51</sup> See IDA TRABELL, A HISTORY OF THE STANDARD OIL COMPANY 6-7 (1904).

<sup>52</sup> Monopoly price refers to the price profitably above cost that a firm with monopoly power can charge.

<sup>53</sup> Standard Oil Co. v. United States, 22 U.S. 1 (1911).

<sup>54</sup> Leslie, *supra*note 50, at 576 (quoting United States v. A. Schrader's Son, 264 F. 175, 181 (D. Ohio 1919), *rev'd*, 252 U.S. 85 (1920)).

<sup>55</sup> Ch. 323, 38 Stat. 730 (1914) (codified as amended at 15 U.S.C. §§ 12-27, 29 U.S.C. §§ 52-53 (2012)).

<sup>56</sup> This legislative history makes plain that section 2 of the Clayton Act "was born of a desire by Congress to curb the use by financially powerful corporations of localized price-cutting tactics which had gravely impaired the competitive position of other sellers." FTC v. Anheuser-Busch, Inc., 363 U.S. 536, 543 (1959).

<sup>57</sup> H.R. REP. No. 63-627, at 8 (1914). Section 2 of the Clayton Act made it "unlawful for a firm to charge a low price in a targeted community while selling similar goods at a higher price elsewhere." Herbert J. Hovenkamp, United States Competition Policy in Crisis: 1890-1955, 94 MINN. L. REV. 311, 363 (2009).

<sup>58</sup> Lawrence Shepard, The Economic Effects of Repealing Fair Trade Laws, 12 J. CONSUMER AFF. 220, 221 (1978) ("Fair trade marketing or 'resale price maintenance' enabled manufacturers to require retailers to charge producer-specified prices on certain goods.").

<sup>59</sup> See Dr. Miles Med. Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 U.S. 373 (1911).

<sup>60</sup> Pub. L. No. 75-314, 50 Stat. 693 (1937).

<sup>61</sup> Schwegmann Bros. v. Calvert Distillers Corp., 341 U.S. 384 (1951).

<sup>62</sup> McGuire Act, Pub. L. No. 82-542, 66 Stat. 632 (1952).

of 1936). 이 법안은 생산자와 판매자 사이에 있을 수 있는 가격 차별을 모두 금지했다.<sup>63</sup> 이 법안의 목적은 대기업들이 자신들의 영향력을 이용해 작은 기업들에게 가격적인 불이익을 주는 것을 방지하고 대형 생산 및 판매 회사들이 경쟁사를 대상으로 협력하는 것을 막는 것이었다.<sup>64</sup> 약탈적 가격 책정을 막는 법률과 마찬가지로 가격 차별을 금지하는 법은 규모에서 비롯되는 힘, 즉 불공평한 영향력을 효과적으로 제한했다. 로빈슨 패트먼 액트의 섹션 3는 단호하게 약탈적 가격 책정을 범죄로 지정하여 경쟁을 무력화 시키거나 단순히 경쟁사를 무너뜨리기 위한 목적으로 비합리적으로 낮은 가격을 책정하는 것을 금했다.<sup>65</sup> 클레이튼 액트를 통해 약탈적 가격 책정은 민사적 책임을 지게 되었고, 로빈슨 패트먼 액트는 이에 형사적 처벌까지 가능하게 했다.<sup>66</sup>

이러한 반독점 법률 제정들을 통해 우리는 의회가 약탈적 가격 책정이 경쟁시장에 위협이 된다는 걸 인지하고 있었음을 알 수 있다. 20세기 중반 대법원 또한 이러한 의회의 뜻을 인정해 주었다. 법원은 로빈슨 패트먼 액트를 여러 기소에서 인정했다. 다만 중요한 결정요소는 판매자가 경쟁을 없애려는 의도를 가지고 실제 행동으로 옮겨 이러한 가격 책정을 했다는 걸 증명해야 했다.<sup>67</sup> 그러나 모든 원가 이하 가격 책정이 불법은 아니었다. 예를 들어 부패성 상품이나 초과 생산된 물품들을 청산하기 위한 원가 이하 가격 책정은 공정한 거래로 인정해주었다.<sup>68</sup> 오직 합법적인 상업적 목적 없이 경쟁을 파괴할 특정한 의도를 가지고 이루어진 원가 이하 판매만이 명백히 제 3항을 위반하는 것이었다.<sup>69</sup> 다른 경우에는 법원은 뛰어난 기술과 생산에서 이루어진 경쟁 우위와 규모와 자본의 막강한 힘에서 이루어진 경쟁 우위 구별했다.<sup>70</sup> 법원은 후자를 불법이라고 판결했다.<sup>71</sup>

그러던 중 Utah Pie Co. vs Continental Baking Co. 케이스로 인하여 법원은 약탈적 가격 책정의 불법성을 더욱 강화했다.<sup>72</sup> Utah Pie 와 Continental Baking은 냉동 디저트 파이를 제조하는 경쟁사였다. 지리적 우위로 인해 Utah Pie는 더 저렴한 가격으로 Salt Lake City 마켓에 물건을 제공할 수 있었고, 이들은 이를 활용해 경쟁사보다 더 저렴한 소비자 가격으로 상품을 판매했다. Continental Baking을 포함한 다른 경쟁사들은 Salt Lake City 마켓에서는 원가 이하의 가격으로 상품을 팔고 다른 지역에서는 더 높은 가격(above cost)으로 판매했다. 이에 대해 Utah Pie는 Continental Baking을 상대로 약탈적 가격 책정 혐의를 제기했다. 대법원은 Utah Pie의 손을 들어주었다. 판결은 경쟁사들의 가격 책정 전략이 Utah Pie의 비즈니스에 해를 가했고 그로 인해 계속해서 더 낮은 가격을 책정하게 만들어 전체적으로 “하락하는 가격 구조”를 만들었다고 선언했다.<sup>73</sup> 또한 Continental Baking은 Utah Pie와 판매업자들의 비즈니스 관계를 고의적으로 망치기 위해 산업 스파이를 파견한 사실을 인정했고 법원은 이를 고의성의 증거로 발탁했다.<sup>74</sup>

<sup>63</sup> Pub. L. No. 74-692, 49 Stat. 1526 (codified as amended at 15 U.S.C. §§ 13, 21 (2012)).

<sup>64</sup> See FTC v. Henry Broch & Co., 363 U.S. 166, 168 (1960) ("The Robinson-Patman Act was enacted in 1936 to curb and prohibit all devices by which large buyers gained discriminatory preferences over smaller ones by virtue of their greater purchasing power.").

<sup>65</sup> 15 U.S.C. § 13(a) (2012).

<sup>66</sup> § 3, 49 Stat. at 1528.

<sup>67</sup> See United States v. Nat'l Dairy Prods. Corp., 372 U.S. 29, 35 (1963) ("[I]n prohibiting sales at unreasonably low prices for the purpose of destroying competition, [the Act] listed as elements of the illegal conduct not only the intent to achieve a result-destruction of competition - but also the act - selling at unreasonably low prices - done in furtherance of that design or purpose.").

<sup>68</sup> See id. at 37.

<sup>69</sup> Id.

<sup>70</sup> See, e.g., Moore v. Mead's Fine Bread Co., 348 U.S. 115, 119 (1954).

<sup>71</sup> Id. This basis for distinguishing legitimate from illegitimate price-cutting echoed other decisions. See FTC v. Morton Salt Co., 334 U.S. 37, 43 (1948) ("The legislative history of the Robinson-Patman Act makes it abundantly clear that Congress considered it to be an evil that a large buyer could secure a competitive advantage over a small buyer solely because of the large buyer's quantity purchasing ability. The Robinson-Patman Act was passed to deprive a large buyer of such advantages. . . ."); United States v. N.Y. Great Ad. & Pac. Tea Co., 173 F.2d 79 (2d Cir. 1949).

<sup>72</sup> 386 U.S. 685 (1967).

<sup>73</sup> Id. at 703.

<sup>74</sup> Id. at 696-97.

법원의 결정은 굉장한 논란을 일으켰다. Continental의 전략은 준독점자의 지배력을 느슨하게 만들어주었다. Utah Pie는 경쟁자들을 상대로 혐의를 제기하기 전까지 Salt Lake City 마켓의 66.5% 를 차지하고 있다가 Continental Baking의 전략으로 인해 45.3% 떨어졌는데<sup>75</sup> 이는 시장을 더욱 경쟁적으로 만든것이기에 Continental의 행위가 포식이었다고 보기는 어렵다는 것이었다. Stewart판사는 반대 의견에서 “Utah Pie의 독점적 지위가 효과적인 가격 경쟁으로부터 연방 독점 금지법에 의해 보호되었다고 주장할 수 없습니다”라고 밝혔다.<sup>76</sup>

이 사건은 약탈적 가격 책정 법안의 비평가들에게 법안의 문제점을 지적할 기회를 제공하였다. 예일 법대의 경제 학자인 Ward Bowman은 Utah Pie “10년 동안 반경제적인 반독점 결정”이라는 기사에서 약탈적 가격 책정 법들의 전제가 잘못되었다고 주장했다.<sup>77</sup> 그는 다음과 같이 이렇게 주장했는데 “로빈슨 패트먼 법은 가격 차별이 독점 기술로 사용할 수 있거나(can) 사용 될 수 있다(might)는 가정에 기초한다. 보다 최근의 경제 문헌에서 확인했듯이 이것은 매우 모호한 가정이다”라고 말했다.<sup>78</sup> Bork는 사건 판결에 대해 “사건 사실관계로 경쟁에 피해를 줄 수 있는 것에 대한 결맞는 경제 이론은 없다. 피고인(continental)은 경쟁을 해쳐서가 아니라 오히려 경쟁을 해서 유 죄를 받았다”고 주장했다.<sup>79</sup> 그는 약탈적 가격 책정은 일반적으로 “아마도 존재하지 않는 현상’으로, 로빈슨 패트 먼 법은 “완전히 잘못된 경제 이론과 결합된 견딜 수 없는 기괴한 산물”이라고 설명했다.<sup>80</sup> 다른 학자들 특히 시 카고 학파는 Utah pie를 비판하는데 힘을 실었다. <sup>81</sup>

Bowman과 Bork의 저술에서 알 수 있듯이 시카고 학파의 약탈적 가격 측정에 대한 평론은 원가 이하의 가격 책 정은 비합리적이고 그러한 이유로 거의 일어나지 않는다고 말한다.<sup>82</sup> 평론가들은 말하길 가격인하가 경쟁자들을 시장에서 쫓아낼지, 그들로 하여금 경쟁을 그만하도록 설득이 될지 보장할 수 없다고 말한다. 또한, 가격인하를 통해 경쟁자가 떨어져 나가더라도 회사는 손해를 되찾고 독점 가격 책정에 이끌린 새로운 잠재적인 경쟁자들의 진입을 막기 위해 낮은 가격을 충분히 오래 유지해야 할 것이라고 한다. 이러한 불확실성과 감당해야할 비용을 생각한다면 약탈적 가격 책정은 그닥 매력적인 전략이 아니라는 것이다. <sup>83</sup>

이러한 학자들의 영향력과 신뢰도가 높아지며 그들의 의견이 정부 정책에 영향을 주기 시작했다. 1970년대에는 FTC의 로빈슨 패트먼 액트 케이스들의 숫자가 크게 줄었고 이는 이 케이스들이 경제적 우려로서의 관심을 받지 못하는 현실을 보여줬다.<sup>84</sup> 레이건 정부의 집행 아래 FTC는 로빈슨 패트먼 액트 케이스는 단 건도 법원으로 올리 지 못했다.<sup>85</sup> 한편, Bork가 법무차관으로 임명되면서 반독점 이슈들에 있어 대법원의 결정에 큰 영향을 주게 되었 고, 다음 세대를 위해 대법원에서 논쟁을 펼칠 많은 변호사들을 훈련하고 영향을 끼치게 되었다.<sup>86</sup>

<sup>75</sup> Id. at 689.

<sup>76</sup> Id. at 706 (Stewart, J., dissenting).

<sup>77</sup> Ward S. Bowman, Restraint of Trade by the Supreme Court: The Utah Pie Case, 77 YALE L.J. 70, 86 (1967).

<sup>78</sup> Id. at 70.

<sup>79</sup> BORK, supra note 32, at 387.

<sup>80</sup> Id. at 154, 382.

<sup>81</sup> See 3 PHILLIP AREEDA & DONALD F. TURNER, ANTITRUST LAW: AN ANALYSIS OF ANTITRUST PRINCIPLES AND THEIR APPLICATION 189-90 (1978); HERBERT HOVENKAMP, ECONOMICS AND FEDERAL ANTITRUST LAW 188-89 (1985); RICHARD A. POSNER, ANTITRUST LAW: AN ECONOMIC PERSPECTIVE 193-94 (1976).

<sup>82</sup> See Jonathan B. Baker, Predatory Pricing After Brooke Group: An Economic Perspective, 62 ANTITRUST L.J. 585, 586 (1994) (“The Chicago School view of predatory pricing was perhaps best captured by a 1987 dispute between two FTC Commissioners over the aptness of a metaphor: the animal that best represents price predation. For one Commissioner, predatory pricing was a ‘white tiger,’ an extremely rare creature. For the other Commissioner, price predation more closely resembled a ‘unicorn,’ a complete myth. The narrow spectrum of views between a white tiger and a unicorn fairly reflects the Chicago School view that predatory pricing is almost always irrational, and so is unlikely actually to occur.” (citations omitted)).

<sup>83</sup> See BORK, supra note 32, at 149-55.

<sup>84</sup> See D. Daniel Sokol, The Transformation of Vertical Restraints: Per Se Illegality, the Rule of Reason, and Per Se Legality, 79 ANTITRUST L.J. 1003, 1014-15 (2014).

<sup>85</sup> Id.

<sup>86</sup> Id. At 1008.

이렇게 시카고 학파의 평론이 대법원의 약탈적 가격 책정에 관련된 정책을 만드는데 영향을 주게 되었다. 그들의 영향력은 Matsushita Electric Co vs Zenith Radio Corp. 케이스에서 더욱 두드러졌다.<sup>87</sup> 미국의 가전제품 제조사인 Zenith가 일본회사인 Matsushita를 상대로 셔먼 액트 섹션 1 위반 혐의로 고소했다. 이들의 주장에 따르면 Matsushita가 미국 경쟁사들을 제거하기 위해 미국시장에서 약탈적 가격 책정을 했다는 것이다.<sup>88</sup> 대법원은 3순회 법원이 Matsushita에 대한 지방 법원의 약식 판결을 취소하는 데 올바른 기준을 적용했는지 검토할 수 있는 증명서를 부여하는데 이는 법원이 약탈 혐의에 대한 합리성을 평가하는 조사이다.<sup>89</sup>

법원은 Bork의 The Antitrust Paradox를 인용하며 약탈적 가격 책정 책략 혐의는 타당하지 않으며 Zenith의 추측은 합리적이지 않다고 결론 내렸다. 법원은 “Bork가 주장 했듯 이러한 가격 책략의 성공은 매우 불확실하고, 확실한 단기 손실에 비해 장기적인 이득은 경쟁을 완벽하게 중립화 해야만 얻을 수 있다.”<sup>90</sup> 이러한 이유로 인해 약탈적 가격 책정은 거의 일어나지 않으며 성공확률은 그보다도 더 낮다”<sup>91</sup> 고 선언했다.

Bork의 비용편익 체제 (cost-benefit frame)를 인정함과 동시에 법원은 그의 가격경쟁이 오히려 독점으로 오해 받을 수 있다는 우려에도 동의했다. 그의 글에서 Bork는 “진정한 법률의 위협은 포식현상을 농치는데서가 아닌 정상적인 경쟁적 행동이 포식으로 오해되고 그로 인해 억압되는데에 있다”고 했다.<sup>92</sup> Powell 판사는 Bork의 주장에 동의했다. “사업의 성장을 위해 가격을 낮추는 행위는 경쟁의 본질이다. 고로 이번 사건과 같은 오해는 우리 경제에 더 큰 타격이 될 수 있다. 이는 반독점 법률이 지키고자 했던 경쟁을 오히려 막을 수 있기 때문이다.”<sup>93</sup>

Matsushita 케이스는 편협한 문제에 초점을 두었지만(당사자간의 조정을 목표로 하는 셔먼 액트 제 1조에 따른 청구에 대한 즉결 표준-<sup>94</sup>, 셔먼 액트 섹션 2 에 해당하는 독점 관련 케이스들에 많은 영향을 끼쳤다. 다시 말해, 한 맥락에서 시작된 추론은 심지어 근본적인 위반 사항이 크게 다를지라도 완전히 다른 상황에 적용되는 법리주의로 귀결되었다.<sup>95</sup> 이 사건 이후 하급 법원은 Matsushita의 약탈적 가격 책정 분석을 셔먼 액트 제 2조의 법리로 형성하며 독점 및 일방적인 반경쟁 행위 관련 케이스들에 적용시켰다.<sup>96</sup> Matsushita 케이스의 중점이 된 “약탈적 가격 책정 전략은 많이 시도되지도 않으며 성공 확률은 그보다도 더 낮다”<sup>97</sup> 라는 주장은 약탈적 가격 책정의 존재 자체를 부인하며 간혹 법원에서 피고인들을 보호하는데 사용되었다.

Brooke Group Ltd. Vs Brown & Williamson Tobacco Corp<sup>98</sup> 케이스에서 대법원은 위의 전제를 정책 검증으로 공식화 하였다. 담배 생산 산업을 독점하고 있는 6개의 대기업이 연관된 사건이었다.<sup>99</sup> 대기업 중 하나인 Liggett이 일반 담배 라인을 제작하였고 이는 브랜드 담배보다 30% 낮은 가격에 팔렸다.<sup>100</sup> 이에 따라 경쟁사인 Brown & Williamson은 손해를 감수하고 본인들만의 일반 담배를 팔기 시작했다.<sup>101</sup> Liggett은 이 경쟁사가 가격 책략을 통

<sup>87</sup> 475 U.S. 574 (1986). The government argued in the case as amicus curiae in support of Matsushita. Brief for the United States as Amicus Curiae Supporting Petitioners, Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574 (No. 83-2004), 1985 WL 669667.

<sup>88</sup> Matsushita, 475 U.S. at 577-78.

<sup>89</sup> Id. at 580, 588-92.

<sup>90</sup> Id. at 580, 589.

<sup>91</sup> Id.

<sup>92</sup> BORK, supra note 32, at 157.

<sup>93</sup> Matsushita, 475 U.S. at 594; see also Cargill, Inc. v. Monfort of Colo., Inc., 479 U.S. 104, 116 (1986) (finding that a meat-packing company's price-cutting practices constituted vigorous competition rather than an antitrust violation).

<sup>94</sup> Christopher R. Leslie, Predatory Pricing and Recoupment, 113 COLUM. L. REV. 1695, 1702 (2013).

<sup>95</sup> Id.

<sup>96</sup> See, e.g., A.A. Poultry Farms, Inc. v. Rose Acre Farms, Inc., 881 F.2d 1396 (7 th Cir. 1989).

<sup>97</sup> Matsushita, 475 U.S. at 589.

<sup>98</sup> 509 U.S. 209 (1993).

<sup>99</sup> Id. at 213.

<sup>100</sup> Id. at 214.

해 본인들의 브랜드 담배 수익은 높이고 Liggett에서 판매하는 무상표 상품들의 가격을 올리도록 유도하고 있다며 고소했다. 배심원은 Liggett의 주장에 동의했지만, 지방 법원 판사는 Brown & Williamson이 평결불복법률심리를 할 권리가 있다고 판결했다.<sup>102</sup>

Liggett의 혐의 주장에서 중요한 부분은 Brown & Williamson이 그들의 손실을 보상하기 위해 현재 대폭 할인중인 일반 라인의 담배가 아닌 브랜드 담배의 가격을 인상할 것이라는 거다. 하지만 Matsushita케이스를 통해 인정된 분석에 의거해 법원은 Liggett이 해당 경쟁사가 경쟁을 초월한 가격 책략을 통해 성공적으로 손실을 복구함으로써 그들이 전략을 성공적으로 실행할 수 있다는 걸 제대로 증명하지 못했다고 선언했다. “원가 이하의 가격 책정 만으로는 손실 회수 가능성을 추론하기 어렵고 경쟁을 해한다고 인정하기 어렵다”고 Kennedy 판사는 밝혔다.<sup>103</sup> 고소인은 “약탈적 가격 책정이 추후 경쟁 수준 이상의 가격으로 이어지고 이는 독점을 위해 감수한 손실(시간적, 금액적)을 보상하기 충분할 것이라는 걸 증명해야 한다.”<sup>104</sup> 이는 이제 Recoupment test로 불린다.

보상적인 면을 약탈적 가격 책정 분석의 가장 중요한 요소로 놓으면서 법원은 직접적인 수익의 극대화가 약탈적 가격 책정의 유일한 목표라고 여기는 것이다.<sup>105</sup> 더 나아가 약탈적 가격 책정이 추후 더 높은 가격으로 이어질 때만 해가 가해진다고 여김으로써 법원은 이전 비평가들이 우려했던 부분들은 고려하지 않고 있다. 이에는 대기업들의 규모 확장을 통한 지역 장악 횡포도 포함되어 있었다. 대신 법원은 시카고 학파의 편협한 기준에 따라 불이익을 정의하고 (높은 가격) 추후 손해를 본 같은 물품의 가격을 인상하며 손해를 보상한다고 판단했다.<sup>106</sup>

오늘날 약탈적 가격 책정 혐의를 인정받기 위해선 고소인이 Brooke Group 케이스의 Recoupment test를 증명해 피고인이 초경쟁의 가격을 통해 기존의 손실을 보상받을 것이라는 걸 보여주어야 한다. Recoupment test가 도입되면서 약탈적 가격책정과 관련된 고소인들의 승률은 눈에 띄게 떨어졌다.<sup>107</sup> 하지만 법원의 주장과는 달리 많은 리서치에서 약탈적 가격 책정은 여전히 매력적인 반경쟁 전략이며 우세한 회사들이 경쟁을 피하기 위한 수단으로 사용된다는 걸 보여준다.<sup>108</sup>

## B. 수직 통합 (Vertical integration)

마찬가지로 수직적 통합에 대한 분석도 구조적 문제에서 벗어났다. 수직 통합은 “제품의 둘 이상의 연속적인 생

<sup>101</sup> Id. at 216.

<sup>102</sup> Id. at 218.

<sup>103</sup> Id. at 226.

<sup>104</sup> Id.

<sup>105</sup> See id. at 224 (“Recoupment is the ultimate object of an unlawful predatory pricing scheme; it is the means by which a predator profits from predation. Without it, predatory pricing produces lower aggregate prices in the market, and consumer welfare is enhanced.”).

<sup>106</sup> As some commentators have noted, the Court’s reliance on scholarship advocating a re- trenchment of enforcement against predatory pricing schemes did not reflect a dearth of op- posing views. See, e.g., F.M. Scherer, *Conservative Economic sand Antitrust: A Variety of Influences*, in *HOW THE CHICAGO SCHOOL OVERSHOT THE MARK* 30, 33 (Robert Pit of sky ed., 2008) (“Already by the time of the Matsushita decision, the rewasa substantial scholarly lit-erature documenting what should have passed for predation by any reasonable definition and showing the rationality of sharp price-cutting by a dominant firm to discourage new en-trants. Since there was a diversity of scholarly views at the time key Supreme Court pronouncements were rendered on predation, the fault for ignoring one side of the scholarship must be attributed to the Court’s myopia or (without the obiter dictum) compelling facts, and not to economists’ contributions.” (citation omitted)); id. at 34 (“If there was favorit- ism, it was not in the economic literature evaluated, but in the weighing of alternative per- spectives.”).

<sup>107</sup> Sokol, *supra* note 84, at 1013 (“The recoupment prong eviscerated the Utah Pie standard and made it nearly impossible in practice for plaintiffs to win a primary line Robinson-Patman claim going forward.”). The only recent case in which plaintiffs survived a motion for summary judgment is *Spirit Airlines, Inc. v. NorthwestAirlines, Inc.*, 431 F.3d 917 (6th Cir. 2005), where the court denied summary judgment on the grounds that a reasonable trier of fact could find sufficient evidence of predatory pricing.

<sup>108</sup> Sandeep Vaheesan, *Reconsidering Brooke Group: Predatory Pricingin Light of the Empirical Learning*, 12 *BERKEY Bus. L.J.* 81, 82 (2015); see also Richard O. Zerbe, Jr. & Michael T. Mumford, *Does Predatory[Pricing Exist? Economic Theory and the Courts After Brooke Group*, 41 *ANTITRUST BuLL.* 949, 957-64 (1996) (discussing the empirical research that companies engage in predatory pricing).

산 및 유통 라인의 회사가 합병" 하였을 경우를 말한다.<sup>109</sup> 지난 세기의 대부분 법집행자들은 수직 통합을 수평 합병과 같은 기준으로 평가하였다. 이는 The Sherman Act, the Clayton Act, 그리고 the Federal Trade Commission Act에 포함되어 있다. 수직 통합은 심각하게 "경쟁을 줄이거나"<sup>110</sup> 무역의 제한<sup>111</sup> 및 "불공정한 경쟁 방법"으로<sup>112</sup> 간주되었을 때 금지되었다. 그러나 시카고 학파는 수직 통합이 오히려 일반적으로 경쟁을 격려한다고 주장했고, 이러한 견해는 법집행에 있어서 수직통합 관련 사건들의 수가 눈에 띄게 줄어드는 현상으로 이어졌다.

수직 통합의 문제에 대한 우려는 Great Depression (대공황) 때 법과 경제이론이 모두 현상에 비판적인 시선을 보내며 더욱 심해졌다.<sup>113</sup> 1930년대 법무부 보좌관이었던 Thurman Arnold는 합병과 계약을 통해 얻은 수직적 소유권에 대한 제재를 가했고 1950년대 법원과 반독점 관계자들은 수직 통합이 반경쟁적이라고 인정했다. 이는 부분적으로 대법원이 현존하는 법으로 인수를 통한 수직통합을 규제하는데 실패했다고 믿었기 때문이다. 의회는 1950년에 the Clayton Act의 섹션 7을 개정하여 수직 통합에도 적용할 수 있도록 하였다.<sup>114</sup>

수직 통합 비평가들은 수직 통합의 2가지 잠재적 위험에 초점을 맞췄다: 레버리지(leverage) 와 담보권 행사 (foreclosure)이다. 레버리지는 회사가 자신의 한 비즈니스 라인의 우세함을 이용해 다른 라인에도 영향을 끼칠 때 사용되는 단어이다. 한 시장 또는 생산의 단계에서의 수평적인 권력은 레버리지로 작용해 다른 단계의 비즈니스를 입성하는데 유리할 수 있다. 그렇기에 수직 통합과 수평적인 시장 장악력을 둘 다 가진다면 수평적 장악력만을 가지는 것 보다 훨씬 치명적으로 경쟁을 해칠 수 있다.<sup>115</sup> 담보권 행사의 경우 회사가 한 비즈니스 라인을 이용해 경쟁사의 다른 비즈니스 라인에 영향을 줄 때 일어난다. 예를 들어 한 제분소가 빵집을 함께 운영한다면 경쟁하는 빵집에게 판매할 때 보다 낮은 퀄리티의 상품을 팔거나 가격을 높이는 등의 불평등한 행동을 취할 수 있다. 혹은 그들과 사업을 하기를 거부할 수도 있다. 이 예를 통해 본다면 합병한 회사가 경쟁사를 배제하기 위한 전략에만 의지하지 않더라도 협의를 통해 집입 장벽을 높일 수 있다. 이 때 신생 회사들은 하나가 아닌 둘 이상의 비즈니스 라인에서 경쟁사와 경쟁해야 하기 때문이다.

정부는 수직 합병을 막기 위한 사건을 처리할 때 이 두 이론 (레버리지와 담보권 행사)을 바탕으로 사건을 처리했고, 1960년대에 법원은 대부분 이러한 방식을 사용했다.<sup>116</sup> 예를 들어 Brown Shoe v. United States 케이스에서 정부는 신발 제조와 판매에 있어 두 선두 기업이 합병하는 것을 막으려 했다. 정부는 이들의 합병이 담보권을 행사할 수 있게 하고 Brown이 다른 경쟁 제조사, 유통사, 판매사를 상대로 경쟁 우위를 점할 수 있게 할 것<sup>117</sup>이라고 주장했다. 법원은 클레이튼 법이 "모든 수직 합병이 불법은 아니지만, 이 합병은 앞으로의 개방된 시장으로부터의 독립 제조자들을 끌어내림으로서 경쟁을 저해할 것이라고 주장했다."<sup>118</sup> 한 번 합병되면, 합병 이후 기업의 제조업체가 담보권 행사를 통해 판매사가 다른 독립적인 제조업체로부터 신발을 받아 판매하는 걸 금지할 수 있으며,

<sup>109</sup> Robert H. Cole, General Discussion of Vertical Integration, in VERTICAL INTEGRATION IN MARKETING 9, 9 (Nugent Wedding ed., 1952).

<sup>110</sup> Clayton Act, ch. 323, § 7, 38 Stat. 730, 731 (1914) (codified as amended at 15 U.S.C. § 18 (2012)).

<sup>111</sup> Sherman Act, ch. 647, §§ 1, 3, 26 Stat. 209, 209 (1890) (codified as amended at 15 U.S.C. § 1 (2012)).

<sup>112</sup> Federal Trade Commission Act, ch. 311, § 5, 38 Stat. 717, 719 (1914) (codified as amended at 15 U.S.C. § 45(a) (1) (2012)).

<sup>113</sup> See Herbert Hovenkamp, Robert Bork and Vertical Integration: Leverage, Foreclosure, and Efficiency, 79 ANTITRUST L.J. 983, 988-92 (2014).

<sup>114</sup> Clayton Act, ch. 1184, § 7, 64 Stat. 1125, 1125-26 (1950) (codified as amended at 15 U.S.C. § 18 (2012)); see Hovenkamp, supra note 113, at 985.

<sup>115</sup> Friedrich Kessler & Richard H. Stem, Competition, Contract, and Vertical Integration, 69 YALE L.J. 1, 16 (1959).

<sup>116</sup> See, e.g., FTC v. Consol. Foods Corp., 380 U.S. 592, 594-95 (1965); United States v. Yellow Cab Co., 332 U.S. 218, 226-27 (1947); Miss. River Corp. v. FTC, 454 F.2d 1083, 1091 (8th Cir. 1972); see also Anchor Serum Co. v. FTC, 217 F.2d 867, 873 (7th Cir. 1954) ("It would require a naive mind to conclude, as petitioner would have us do, that the arrangements under consideration could result in other than an adverse effect upon competition."). But see United States v. Columbia Steel Co., 334 U.S. 495, 507-08 (1948) (finding that a vertical combination did not violate antitrust law).

<sup>117</sup> 370 U.S. 294, 297 (1962).

<sup>118</sup> Id. at 324, 332.

이는 경쟁을 저해할 것이라는 우려였다. 법원은 이러한 형태의 압류를 “수직적 합병의 주요 악습”이라고 부르면서<sup>119</sup> “모든 확정된 수직적 협정은 적어도 당분간은 공급업체의 경쟁자들에게 수직적 협정에 대한 고객 당사자의 거래의 일부 또는 전부를 위해 경쟁할 기회를 주지 않는다”고 언급했다.<sup>120</sup> 판사 Harlan은 합병이 부분적으로 동의하면서 이 거래가 Brown에게 신발 시장을 독점할 수 있는 기회를 줄 것이라 판단했다.<sup>121</sup> 법원은 합병을 명령했다. <sup>122</sup>

법원이 이 합병을 반대한 또다른 이유는 수직 통합이 잠재적 경쟁자들을 제거하기 때문이다. 이는 합병이 산업 구조의 재배열로 이어질 수 있다는 걸 인지한 것이다. Ford사의 장비 제조사 매입에 대한 FTC의 이의를 인정하며 법원은 인수 이전 Ford사가 제조업체들의 경쟁력을 견제하고 가격 완화 효과를 보였던 점에 주목했다.<sup>123</sup> 외부의 회사도 “언젠간 입성하여 명확한 경제력의 분배를 향한 장을 마련할 수 있을 것”이며<sup>124</sup> “그것이 가장 끝에 머무르는 동안 이는 현재의 경쟁자들에 대한 억제책이다” 라고 말했다.<sup>125</sup> 다시 말해 Ford사의 진입으로 인한 잠재적 위협이 중요한 규율 역할을 했다는 것이다. 이와 관련하여 법원은 경쟁이 심한 시장의 한 회사가 과점 시장의 한 회사와 합병했을 때, 한 산업의 과점시장 구조의 엄격함이 다른 산업까지 전염시키는 결과를 낳을 수 있다는 걸 목격했다. 이는 미래 시장의 탈 집중화 가능성을 낮추게 된다.<sup>126</sup> 법원은 Ford사에게 제조사를 처분하도록 지시했다.<sup>127</sup>

1950년대에 의회, 집행기관, 그리고 법원이 수직 통합으로 인한 잠재적 위협에 대해 인지하고 있을 때 시카고 학파는 수직 통합이 반경쟁적 효과를 가져오는지에 대한 의견에 의구심을 품었다.<sup>128</sup> 그들의 주장에 따르면 시장거래를 행정 결정으로 대체함으로써 수직 통합은 반독점 법률이 추구해야 하는 효율성을 높여줄 것이라고 말했다. 그리고 통합이 효율성을 내는데 실패하더라도 합병이 된 회사가 합병하지 않은 경쟁사들을 상대로 비용 우위 (cost advantage)가 생기지는 않을 것이라고 주장했다. 그렇기에 수직 통합이 새로운 회사의 진입을 방해하는 위협을 가하지 않는다고 말이다. 더 나아가 수직 통합은 회사의 가격 책정과 생산 정책에 영향을 주지 않을 것이라고 했다. 이러한 관점 아래에선 수평적 통합만이 시장 장악력을 높이며 경쟁에 해를 가하지 수직 통합은 전혀 영향을 주지 않는 것으로 보인다.<sup>129</sup>

시카고 학파는 레버리지와 담보권 행사에 대한 우려는 잘 못 알려진 것이라 주장한다. 단일 독점 이익 정리 (Single monopoly profit theorem)에 의하면 한 기업이 다른 시장에 진출 하더라도 고정된 비율로 제품이 사용된다면 한 시장에서 창출할 수 있는 수익은 고정 되어있다고 한다.<sup>130</sup> 이러한 전제 속 독점 레버리지는 수익이 아닌

---

<sup>119</sup> Id. at 323.

<sup>120</sup> Id. at 324.

<sup>121</sup> Id. at 372 (Harlan, J., concurring in part and dissenting in part).

<sup>122</sup> Id. at 294 (majority opinion).

<sup>123</sup> Ford Motor Co. v. United States, 405 U.S. 562, 567 (1972) (quoting United States v. Ford Motor Co., 286 F. Supp. 407, 441 (E.D. Mich. 1968)).

<sup>124</sup> Id. (quoting Ford Motor Co., 286 F. Supp. at 441).

<sup>125</sup> Id. (quoting Ford Motor Co., 286 F. Supp. at 441).

<sup>126</sup> Id. at 568.

<sup>127</sup> Id. at 575.

<sup>128</sup> In an influential 1954 essay that presaged his later arguments in *The Antitrust Paradox*, Bork defended vertical integration as nearly always procompetitive. Robert Bork, *Vertical Integration and the Sherman Act: The Legal History of an Economic Misconception*, 22 U. CHI. L. REV. 157, 194-201 (1954); see also Ward S. Bowman, Jr., *Tying Arrangements and the Leverage Problem*, 67 YALE L.J. 19 (1957) (arguing that tying arrangements - a form of vertical control cannot be used to leverage monopoly power from one market to another).

<sup>129</sup> BORK, *supra* note 32, at 231.

<sup>130</sup> See, e.g., id. at 372-75, 380-81; Posner, *supra* note 30, at 925, 927 ("[I]t makes no sense for a monopoly producer to take over distribution in order to earn monopoly profits at the distribution as well as the manufacturing level. The product and its distribution are complements, and an increase in the price of distribution will reduce the demand for the product. Assuming that the product and its distribution are sold in fixed proportions ... the conclusion is reached that vertical integration must be motivated by a desire for efficiency rather than for monopoly"); id. at 929 ("If the [service] is already being priced at the optimal monopoly level, an increase in the price of [one component]

효율성을 보고 동기를 부여한다. 고로 경쟁 문제를 초래하지 않을 뿐더러 생겨난다 해도 오히려 경쟁을 촉진시킨다고 주장했다.

Bork 또한 담보권 행사(foreclosure)에 대한 우려는 근거가 없다고 지적했다. 그는 수직 통합을 통한 독식은 잘 일어나지 않는다고 말한다.<sup>131</sup> 제조사는 자회사를 다른 판매사들에 비해 편애할 이유가 없다. 비용적으로 절약이 되지 않는 이상은 말이다. 혹 이런 경우에는 이러한 차별이 효율을 끌어 올리고 이를 소비자들에게도 전달할 수 있게 된다. 추가적으로 자회사를 편애하는 제조사는 이득이 되는 대안을 찾아 몰려오는 수많은 신생 회사들의 진입을 마주하게 될 것이다.<sup>132</sup> 다시 말해, Bork는 수직통합이 일반적으로 가격 상승이나 생산 통제를 할 수 있는 마켓 파워를 만들어내지 않는다고 주장한다. 아주 드물게 수직 통합이 마켓파워를 부여한다 하더라도 이는 새로 진입하는 경쟁자들에 의해 제한될 것이라고 말이다.<sup>133</sup> 이러한 이유로 수직 통합을 향한 우려는 합리적이지 않다고 주장한다. "수직적 합병을 금지하는 법은 효율 창출을 금지하는 법에 불과하다."라고 말한다.<sup>134</sup>

레이건 대통령의 취임과 함께 이러한 수직 통합 사상은 국가 정책에 반영되었다. 1982년과 1984년에 미국 법무부(DOJ)와 FTC는 수평 통합을 검토할 때 사용될 새로운 합병 가이드라인을 발급했다.<sup>135</sup> 그 중 1984년 가이드라인은 수직 통합에 관한 구체적 조항을 포함하고 있다.<sup>136</sup> 독점금지법 시행을 전면 재검토하기 위한 노력의 일부로 이 새로운 가이드라인(1984년에 추가된 가이드라인)은 수직통합이 문제가 될 수 있는 정황(환경)을 대폭 축소했다.<sup>137</sup> 가이드라인은 수직 통합이 반경쟁 문제를 간혹 일으킬 수도 있다고 인정했으나 실제로 수직 통합의 사실 증명 (de facto approval)을 요했다. 레이건 대통령의 재임 기간 중 DOJ와 FTC는 단 한 건의 수직 통합 관련 문제도 제기하지 않았다.<sup>138</sup>

이후 정부는 계속해서 수직 통합 거래들을 검토했으나 대부분은 반경쟁 문제를 일으킬 위협이 없다는 시카고 학파의 의견이 지배적이었다.<sup>139</sup> 1960-1970년대에 제약을 받았던 수직 통합은 이제 거의 없는 사례가 되어버렸다.<sup>140</sup>

---

above the competitive level will raise the total price of the service to the consumer above the optimal monopoly level and will thereby reduce the monopolist's profits.").

<sup>131</sup> BORK, supra note 32, at 232.

<sup>132</sup> Id. at 234.

<sup>133</sup> Bork later modified his position on entry barriers when he consulted for Netscape in the Antitrust Division's challenge to Microsoft's exclusionary practices, which the company had employed primarily against Netscape. Although Bork had been a fierce critic of "leverage theory" he described Microsoft's attempt to tie its operating system to its software as a way "to leverage the [Windows] asset to make people use [Internet Explorer] instead of [Netscape] Navigator." Hovenkamp, supra note 113, at 996-97 (citing Robert Bork, High-Stakes Antitrust: The Last Hurrah?, in HIGH-STAKES ANTITRUST: THE LAST HURRAH? 45, 50 (Robert W. Hahn ed., 2003)). But in an article later commissioned by Google, Bork returned to a critique of leverage theory, deriding the idea that Google could leverage its position in the general search market to gain additional profits in downstream markets. See Robert H. Bork & J. Gregory Sidak, What Does the Chicago School Teach About Internet Search and the Antitrust Treatment of Google, 8 J. COMPETITION L. & ECON. 663, 675-77 (2012).

<sup>134</sup> BORK, supra note 32, at 234.

<sup>135</sup> 1982 Merger Guidelines, supra note 42; 1984 Merger Guidelines, U.S. DEP'T JUST. (1984), <http://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2007/07/11/11249.pdf> [<http://perma.cc/Y5JL-5PQS>].

<sup>136</sup> 1984 Merger Guidelines, supra note 135, at 24-32.

<sup>137</sup> Id.

<sup>138</sup> William E. Kovacic, Built To Last? The Antitrust Legacy of the Reagan Administration, 35 FED. B. NEWS & J. 244, 245 (1988) ("Since 1981, the government antitrust agencies have issued no complaints or consent agreements in Robinson-Patman matters that originated after the arrival of Reagan appointees to head the FTC and the Justice Department. Reagan FTC leadership has said the Commission has not abandoned Robinson-Patman enforcement, but the government's failure to initiate new enforcement actions during the Reagan Administration suggests that firms are virtually immune from federal prosecution for conduct the statute proscribes."); Joseph Guinto, Antitrust Targets Vertical Deals, INV.'s BUS. DAILY, June 17, 1999, at Aol.

<sup>139</sup> For example, Democrat-appointed antitrust leaders have also adopted the Chicago School view that most vertical mergers are benign. As then-FTC Commissioner Christine Varney (who would later go on to be assistant attorney general for antitrust in the Obama Administration) observed in a speech, "[M]ost vertical arrangements raise few competitive concerns." Christine A. Varney, Comm'r, FTC, Vertical Merger Enforcement Challenges at the FTC (July 17, 1995), <http://www.ftc.gov/public-statements/1995/07/vertical-merger-enforcement-challenges-ftc> [<http://perma.cc/JDQ8-H51a>].

<sup>140</sup> James B. Stewart, Why a Media Merger that Should Go Through Might Not, N.Y. TIMES (Oct. 25, 2016), <http://www.nytimes.com/2016/10/26/business/economy/why-a-media-merger-that-should-go-through-might-not.html>



예를 들어 잠재적인 해를 입힐 수 있을 거래일지라도 바로 차단하는 것이 아니라 구제 조치 및 기업 분할을 요구하였다.<sup>141</sup> 오바마 정부는 지난 세기의 가장 큰 수직 합병이었던 Comcast/NBC 그리고 Ticketmaster/LiveNation를 이러한 접근으로 다루었다. 소비자 대표는 두 경우 모두 반대하며<sup>142</sup> 이러한 합병은 막대한 힘을 한 회사에게 주어주는 것이라고 경고했다.<sup>143</sup> 그리고 회사는 이 힘을 이용해 소비자 가격을 인상하고 콘텐츠 제작자들을 상대로 가격협상을 하는 등 배제적 행동을 보일 것이라고 했다. 이러한 우려에도 불구하고 DOJ는 특정한 행동 제약과 최소한의 매각만을 요구한 채 결국 두 거래를 모두 허가하였다.<sup>144</sup> 지방 법원은 공공의 이익을 위해 동의령을 내렸다.

## II. 경쟁 과정과 구조가 중요한 이유

현존하는 반독점 체제는 반경쟁의 특정한 형태를 제대로 짚어내지 못하고 있고 고로 진정한 경쟁을 촉진시키기에 부적합하다. 이로 인한 결점은 온라인 플랫폼과 데이터 기반 시장에서 더욱 두드러지게 보인다. 이런 오류는 시카고 학파의 주장 속 잘못된 전제와 이 전제가 경쟁을 평가하는 방식에서 나온다.

반독점 체제는 소비자의 이익만을 추구해야 한다는 생각을 갖더라도 현재의 반독점을 대하는 접근 방식은 잘못되었다. 왜냐하면 소비자의 이익에는 가격 뿐 아니라 상품의 질, 상품의 다양성, 그리고 혁신성 또한 포함되어 있기 때문이다. 이러한 장기적인 이득을 보장하기 위해서는 현재 접근의 바탕이 되는 소비자 복지의 정의를 다시 세워야 한다. 하지만 더 중요한건 소비자 복지에 지나친 초점을 맞추는 것은 잘못된 것이다. 이는 입법부가 과거 반독점 법률을 통과시키며 우리의 노동자, 생산자, 사업가, 또는 시민으로서 얻는 다양한 이득을 보장하려 했던 걸 무시하는 행위이다. 또한 결과에만 맞춘 초점은 경쟁프로세스와 시장의 구조에 대한 우려를 보지 못하게 한다. 예를 들어 소비자가 실질적으로 더 나은지 여부 또는 건전한 경쟁 시장을 유지시키기 위해 힘의 분배가 잘 공평하게 이루어지고 있는지 말이다.

반독점법과 경쟁을 위한 정책은 복지가 아닌 경쟁 시장을 촉진시켜야 한다. 과정과 구조에 다시 집중하는 이러한 접근법은 주요 독점 금지법의 입법 이력에 충실할 것이다. 또한 실제 경쟁을 배제하는 위험을 감수하는 권력의

---

[<http://perma.cc/NTN7-LB9N>] ("Over the last 40 to 50 years, antitrust law has evolved to be almost completely indifferent to vertical mergers," said Tim Wu, an antitrust and internet expert at Columbia Law School . . .").

<sup>141</sup> By imposing conduct remedies, the antitrust agencies set out behavioral conditions that the merging parties must comply with, subject to agency oversight. By requiring divestitures, the antitrust agencies ask the merging parties to sell off a part of their business to another entity.

<sup>142</sup> Martin H. Bosworth, Consumer Groups Oppose Comcast-NBC Merger, CONSUMER AFF., (Dec. [<http://perma.cc/N347-MTKQ>]; David Segal, Calling Almost Everyone's Tune, N.Y. TIMES (Apr. 3, 2009), <http://www.consumeraffairs.com/news04/2009/12/comcastnbc.html> (2010), <http://www.nytimes.com/2010/04/25/business/25ticket.html> [<http://perma.cc/3TT3-FHYA>] ("To say this new conglomerate has inspired fear in the live-concert business doesn't capture the extent of the quaking."); Ethan Smith & Thomas Catan, Concert Deal Wins Antitrust Approval, WALL ST. J. (Jan. 26, 2010, 12:01 AM), <http://www.wsj.com/articles/SB10042452748704762904575025332380117008> [<http://perma.cc/FVR9-WUSR>].

<sup>143</sup> As Bork pointed out, the vertical deals would not increase the market share of either company. See BORK, supra note 32, at 231. In Ticketmaster/LiveNation's case, the deal instead "creates one company that will have a hand in just about every corner of the music business," Smith & Catan, supra note 142, while in Comcast/NBC's case, the merger created "a \$30 billion media behemoth that controls not just how television shows and movies are made but how they are delivered to people's homes," Yinka Adegoke & Dan Levine, Comcast Completes NBC Universal Merger, REUTERS (Jan. 29, 2011, 11:50 AM), <http://www.reuters.com/article/us-comcast-nbc-idUSTRE7o52WZ20110129> [<http://perma.cc/EXC3-4PAU>].

<sup>144</sup> Press Release, Office of Pub. Affairs, U.S. Dep't of Justice, Justice Department Allows Comcast-NBCU Joint Venture To Proceed with Conditions (Jan. 18, 2011), <http://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-allows-comcast-nbcu-joint-venture-proceed-conditions> [<http://perma.cc/8FHZ-AL4W>]; Press Release, Office of Pub. Affairs, U.S. Dep't of Justice, Justice Department Requires Ticketmaster Entertainment Inc. To Make Significant Changes to Its Merger with Live Nation Inc. (Jan. 25, 2010), <http://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-requires-ticketmaster-entertainment-inc-make-significant-changes-its> [<http://perma.cc/PZ2E-X2FL>]; see also Jeremy Pelofsky & Yinka Adegoke, LiveNation, Ticketmaster Merge; Agree to U.S. Terms, REUTERS (Jan. 25, 2010, 8:13 PM), <http://www.reuters.com/article/us-ticketmaster-livenation-idUSTRE6004E52o1ool26> [<http://perma.cc/QT7K-LPHA>] ("The conditions seem to be relatively benign," said Tuna Amobi, equity analyst at Standard & Poor's. "There are no major divestitures required. I don't know that is going to create the kind of even, competitive field that was intended."); Smith & Catan, supra note 142.

집중을 감독하고 있는 현재의 체제와 달리 실제 경쟁을 촉진시킬 것이다.

A. 가격 및 산출 효과 (price and output effects) 는 소비자 복지에 대한 위협을 모두 포함하지 못한다

파트 1에서 다루었 듯 현재의 체제는 소비자의 복지를 성장시키는 것이 반독점의 유일한 목표라고 가정한다. 그러나 반독점을 대하는 소비자 복지 중심적 접근은 지나치게 편협하고 방대한 학회에서 문서화된 바와 같이 의회의 의도를 위반한다. 인터넷 플랫폼이 성장세를 보이며 소비자 복지 중심의 반독점 체제의 결점이 더욱 두드러졌으며 이는 변화되어야 한다는 걸 보여준다.

놀랍겠지만 소비자 이익을 가장 중요한 요소로 두어야 한다는 걸 믿는다 하더라도 지금의 접근법은 잘못되었다. 가격과 생산량에 초점을 맞추는 것은 효과적인 반독점 법률 시행을 방해한다. 이는 한 기업에 의해 시장 지배력이 이미 행사된 후 뒤늦은 개입을 할 수 밖에 없게 만들고 기업이 어떻게 이러한 힘을 얻을 수 있었는지 보지 못하게 한다. 다시 말해, 반경쟁의 위험을 높은 가격과 낮은 생산량에만 기준하고 시장의 구조와 시장력을 갖게 하는 경쟁 프로세스는 무시함으로써 기업이 이미 우세한 시장 지배력을 통해 경쟁시장을 장악한 뒤에야 정부의 개입이 가능하다는 것이다.

이러한 접근의 허점은 시장 경쟁을 다시 되돌리기 위해서는 경쟁이 줄어들 위험이 보이는 시점에 개입을 해야 이미 경쟁이 없어져버린 후 개입하는 것보다 효과적이기 때문이다. 반독점법은 이러한 기준을 바탕으로 사건이 일어난 초기에 문제를 해결해야 한다.<sup>145</sup> 하지만 시카고 학파의 시장 지배력과 높은 밀집성이 효율성을 높인다는<sup>146</sup> 잘못된 믿음이 초기 문제 해결을 방해하고 법률집행 전체를 위태롭게 만든다. 실제로 법의 집행관들은 시장 구조 검토를 통해 회사가 어떻게 시장력을 축적하였고 행사하였는지 평가하는 섹션 2의 독점 금지 조항을 무시해왔다.<sup>147</sup> 대신 가격과 생산량에 초점을 맞춰 경쟁을 평가하며 경쟁 구조의 약화를 간과하고 효과적인 문제 해결의 때를 놓친다. 이는 결국 소비자의 복지 또한 위협한다.

시카고 학파의 주장과는 달리 소비자 복지 중심의 체제는 실제로 더 높은 가격과 낮은 효율로 이어진다는 증거들이 발견되고 있다.<sup>148</sup> 그리고 이는 더 나아가 새로운 비즈니스의 성장을 막고 사업가들의 기회를 뺏으며 침체된 경제로 이어지고 있다.<sup>149</sup> 장기적인 소비자의 이익에는 상품의 질, 다양성, 그리고 혁신성이 포함되어 있다. 이러한 요소들은 건전한 경쟁 프로세스와 오픈마켓을 통해서 얻어질 수 있다. 대조적으로 한 곳에 밀집된 시장 구조를 유지하는 것은 위와 같은 장기적 이익을 위협에 빠뜨리는 것이다. 왜냐하면 경쟁이 없는 시장의 회사들은 이

<sup>145</sup> Clayton Act, ch. 323, 38 Stat. 730 (1914) (codified as amended at 15 U.S.C. §§ 12-27, 29 U.S.C. §§ 52-53 (2012)). Former Assistant Attorney General for Antitrust Bill Baer described the incipency standard as seeking to "prevent competitive conditions from deteriorating even when competition was not clearly problematic at the time of the lawsuit." He continued, "Second, in order to arrest potential restraints 'in their incipency,' the Act banned these practices where their effect 'may be to substantially lessen competition.' The intent was to consider likely future effect - not just palpable impact - in determining whether these practices were illegal." Bill Baer, Assistant Att'y Gen., Antitrust Div., Dep't of Justice, Remarks at the American Bar Association Clayton Act 100th Anniversary Symposium (Dec. 4, 2014).

<sup>146</sup> See Hovenkamp, *supra* note 57, at 359.

<sup>147</sup> Daniel A. Crane, Has the Obama Justice Department Reinvigorated Antitrust Enforcement?, STAN. L. REV. ONLINE (July 18, 2012), <http://www.stanfordlawreview.org/online/has-the-obama-justice-department-reinvigorated-antitrust-enforcement> [<http://perma.cc/56J4-NNSP>] ("The final category is monopolization cases. Over the eight years of the Bush Administration, the Justice Department filed no monopolization cases. To date, the Obama Administration has filed only one case, hardly evidencing a major shift in tactics.").

<sup>148</sup> A growing body of work shows that the consumer welfare frame has failed even on its own terms -namely, by leading to higher prices without any clear efficiency gains. See JOHN KWOKA, MERGERS, MERGER CONTROL, AND REMEDIES: A RETROSPECTIVE ANALYSIS OF U.S. POLICY (2015); Benefits of Competition and Indicators of Market Power, COUNCIL ECON. ADVISERS (Apr. 2016), [http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/page/files/20160414cea\\_competitionbissue-brief.pdf](http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/page/files/20160414cea_competitionbissue-brief.pdf) [<http://perma.cc/9NMS-4U9L>]; Divs. of Research Statistics & Monetary Affairs, Evidence for the Effects of Mergers on Market Power and Efficiency, FED. RES. (2016), <http://www.federalreserve.gov/econresdata/feds/2016/files/2016082pap.pdf> [<http://perma.cc/CY4Y-DGB2>].

<sup>149</sup> See Barry C. Lynn & Lina Khan, The Slow Motion Collapse of American Entrepreneurship, WASH. MONTHLY (July/Aug. 2012), <http://washingtonmonthly.com/magazine/julyaugust-2012/the-slow-motion-collapse-of-american-entrepreneurship> [<http://perma.cc/P9VM-9FM5>]; see also Ian Hathaway & Robert E. Litan, What's Driving the Decline in the Firm Formation Rate? A Partial Explanation, BROOKINGS INST. (NOV. 2014) (documenting business consolidation as a contributing factor in the declining formation of new firms), [http://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/driving-18-decline-firm-formationrate-hathaway\\_1itan.pdf](http://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/driving-18-decline-firm-formationrate-hathaway_1itan.pdf) [<http://perma.cc/QA9M-ZGAT>].

전의 상품을 발전시키거나 새로운 상품을 개발할 이유가 없기 때문이다. 우리가 소비자 복지를 반독점의 가장 중요한 목표로 하더라도 건전한 경쟁 프로세스를 보장하는 것에 집중해야 한다. 소비자 복지 중심의 현체제가 더 높은 소비자 가격을 초래한다는 실증 연구 결과들도 이제는 우리가 반독점을 바라보는 다른 접근을 시도해야 한다는 걸 보여준다.

#### B. 독점 금지법은 다양한 이해 관계를 충족시키기 위한 경쟁을 촉진시킨다

입법부의 기록을 통해 “의회가 Sherman Act를 소비자 복지 처방(해결법)으로 만들었다”<sup>150</sup> 는 생각은 틀렸다는 걸 알 수 있다.<sup>151</sup> 의회는 19세기 후반에 생기기 시작한 대형 기업들의 산업 신뢰(industrial trust)의 힘을 통제하기 위해 반독점법을 제정했다. 한 곳에 집중된 권력의 위협을 감지하여 반독점법은 힘을 고루 분배 하려했다. 이때의 반독점법은 원칙에 의해 인도되었다.<sup>152</sup> 이 법은 시장의 다양성과 접근성을 보장하고 힘의 몰림 현상과 남용을 막는 것이 목표였다.<sup>153</sup>

단일 목표보다 더 관련성이 높은 것은 이 일반적인 비전이었다. 1890년대 의회가 Sherman Act 를 통과시키며 상원 의원 John Sherman은 이를 “bill of rights” 그리고 “charter of liberty”라 칭하며 이의 정치적 중요성을 강조했다.<sup>154</sup> 그는 원내에서 이렇게 선언했다.

만약 우리가 정권권력 자체인 왕을 견디지 못한다면, 우리의 삶은 어떤 필수적인 연대의 생산, 운송, 판매에 대해서도 견뎌서는 안된다. 우리가 황제에게 복종하지 않는다면, 경쟁을 막고 어떤 상품의 가격도 정할 수 있는 힘을 가진 무역 독재자에게 굴복해서는 안 된다. <sup>155</sup>

그는 오픈마켓을 유지하고 산업의 독점으로부터 지키는 유일한 방법은 자유 (freedom)라 했다.

과도하게 부여된 경제력은 정치적 힘까지 강화할 것이고 이는 반민주주의적인 압박을 가할 것이라고 믿었다.<sup>156</sup> 작은 소수의 회사들이 과도한 부를 축적하게 되면 이를 이용해 정부에도 영향을 주려 할 것이다. 또한 소수의 회사가 경제 분야에서의 개인 재량으로 전체의 복지를 조종 (control)하려 한다면 개인과 비즈니스의 자유를 박탈할 것이다.<sup>157</sup> Sherman Act를 통과하기 까지 또다른 상원 의원 George Hoar은 독점이 Republican institutions 스스로에게도 위협적일 것이라고 경고했다. 이러한 비전은 여러 결과를 초래했다. <sup>158</sup>

이 비전은 다양한 목적을 포괄했다. 첫번째로 경쟁 정책은 대기업들이 생산자와 소비자들을 상대로 독점적인 이득을 취하지 못하게 했다.<sup>159</sup> Sherman 의원은 독점자들에 의한 과도한 요금청구를 사람들을 가난하게 만드는 강탈이라 비판했다.<sup>160</sup> 이에 Richard Coke의원도 이를 도둑질이라 칭했다.<sup>161</sup> John Heard는 이러한 믿음이 국민들로부터 수백만을 빼앗겼다고 발표했고<sup>162</sup>, Ezra Taylor하원 의원은 the beef trust가 “한편으로는 농부를 강탈하고 다른 한편으로는 소비자를 강탈한다고” 언급했다.<sup>163</sup> James George 상원의원의 말에 따르면 “국민을 가난하게 만드는

<sup>150</sup> Reiter v. Sonotone Corp., 442 U.S. 330, 343 (1979).

<sup>151</sup> Heaps of scholarship delve into this legislative history. See, e.g., sources cited supra note 38.

<sup>152</sup> Eleanor Fox, Against Goals, 81 FORDHAM L. REV. 2158, 2158 (2013).

<sup>153</sup> Id.

<sup>154</sup> 21 CONG. REC. 2461 (1890) (statement of Sen. Sherman).

<sup>155</sup> d. at 2457 (statement of Sen. Sherman).

<sup>156</sup> Robert Pitofsky, The PoliticalContentofAntitrust, 127 U. PA. L. REV. 1051, 1051 (1979).

<sup>157</sup> Id. is8. 21 CONG. REC. 3146 (1890) (statement of Sen. Hoar). 7

<sup>158</sup> 1 CONG. REC. 3146 (1890) (statement of Sen. Hoar)

<sup>159</sup> Lande, Wealth Transfers, supra note 38, at 96-97.

<sup>160</sup> 21 CONG. REC. 2461 (1890) (statement of Sen. Sherman, quoting Sen. George).

<sup>161</sup> Id. at 2614 (statement of Sen. Coke).

<sup>162</sup> Id. at4101 (statement of Rep. Heard).

고문으로 엄청난 부를 축적했다고” 했었다. <sup>164</sup>

특히, 부의 이동에 대한 이러한 초점은 경제적인 것만은 아니었다. Sherman Act의 통과와 함께 미국의 물가 수준은 천천히 안정을 되찾았다.<sup>165</sup> 만약 주된 우려가 높은 물가였다면 의회는 물가가 높은 산업들에만 집중하면 되었을 것이다. 의회가 불공평한 재분배를 비난했다는 것은 높은 물가만이 아닌 또다른 중요한 고려 요소(대중이 부유해지는 방식보다 부의 감소에 의해 덜 영향을 받았다)가 있었다는 뜻이다.<sup>166</sup> 다른 말로 하자면, 비록 그 해악이 경제적 효과, 즉, 부의 이전을 통해 등록되었지만, 불운한 것이라는 말이다. 시민들은 자신들의 부가 줄어드는 것보다 착취당하는 현상에 더욱 분노를 표출했다. 이는 부의 축적 문제가 경제 뿐 아니라 동시에 정치적인 문제라는 걸 보여준다. <sup>167</sup>

두번째로 경쟁 정책은 오픈마켓을 보장해 새로운 비즈니스와 사업자들이 공평한 진입 기회를 갖게 하는 것을 목표로 했다. 많은 의원들이 소규모의 비즈니스를 도울 수 있는 Federal Trade Commission Act를 지지했다. James Reed의원은 분명히 말하길 이 법의 통과는 독립적인 회사들에게 시장을 오픈해주기 위함이라 했다.<sup>168</sup> Sherman Act를 논의하며 George의원은 대규모의 산업이 규제 없이 성장하도록 둔다면 다른 모든 작은 자본가들과 산업들을 망가트릴 것이라고 비통해 했다. <sup>169</sup>

1950년대 법원과 법집행관들은 이러한 다양한 목표를 이루기 위해 반독점법을 적용시켰다. 이의 바탕에는 반독점법이 산업의 자유를 지키기 위해 존재한다는 믿음이 있었는데 Louis Brandeis 판사는 이를 산업 자유라 불렀다.<sup>170</sup> 핵심은 과도한 민간 경제력은 공공 위협을 가하고 소수의 이득만을 추구한다고 인식이었다. “경제를 통제하는 권력은 선출된 국민의 대표들의 손에 있어야지 산업 과두 정치의 손에 맡겨서는 안된다”고 William O. Douglas 판사가 말했다.<sup>171</sup> 이 권력을 분산시키는 것은 “국민의 운명이 번덕이나 정치적 편견, 소수의 자칭된 사람들의 정서적 안정에 의존하지 않을것이다”라고 말했다.<sup>172</sup>

파트 1에서 서술했다시피 시카고 학파는 기존의 방식을 반대하며 반독점법의 가장 적합한 목표는 소비자 복지이며 이는 경제 효율을 높임으로써 이룰 수 있다고 주장했다. John Kenneth Galbraith를 포함한 몇몇의 진보주의자들은 시카고 학파의 의견에 동의하며 중앙집권화를 옹호했다.<sup>173</sup> 또한 1970년대 인플레이션과 함께 Ralph Nader과 다른 소비자 대표들도 이러한 낮은 물가에 초점을 맞춘 반독점체제를 지지했다.<sup>174</sup> 반독점법을 정치적인 목적이

<sup>163</sup> Id. at 2461 (statement of Sen. Sherman, quoting Sen. George).

<sup>164</sup> Id. at 2461 (statement of Sen. Sherman, quoting Sen. George).

<sup>165</sup> Lande, *Wealth Transfers*, supra note 38, at 96-97.

<sup>166</sup> Id. at 98.

<sup>167</sup> For a seminal discussion of why antitrust laws must take political values into account, see Pitofsky, supra note 156, at 10p5 ("It is bad history, bad policy, and bad law to exclude certain political values in interpreting the antitrust laws. By 'political values,' I mean, first, a fear that excessive concentration of economic power will breed antidemocratic political pressures, and second, a desire to enhance individual and business freedom by reducing the range within which private discretion by a few in the economic sphere controls the welfare of all. A third and overriding political concern is that if the free-market sector of the economy is allowed to develop under antitrust rules that are blind to all but economic concerns, the likely result will be an economy so dominated by a few corporate giants that it will be impossible for the state not to play a more intrusive role in economic affairs.").

<sup>168</sup> 51 CONG. REC. 13,231 (1914) (statement of Sen. Reed).

<sup>169</sup> 21 CONG. REC. 2598 (1890) (statement of Sen. George).

<sup>170</sup> Louis D. BRANDEIS, *THE CURSE OF BIGNESS* 38 (Osmond K. Fraenkel ed., 1934).

<sup>171</sup> *United States v. Columbia Steel Co.*, 334 U.S. 495, 536 (1948) (Douglas, J., dissenting).

<sup>172</sup> Id.

<sup>173</sup> In *Economics and the Public Purpose*, Galbraith concluded that centralized planning, rather than open markets, was the best way to stabilize industries and boost prosperity. JOHN KENNETH GALBRAITH, *ECONOMICS AND THE PUBLIC PURPOSE* 55 (1973).

<sup>174</sup> See MICHAEL SANDEL, *DEMOCRACY'S DISCONTENT* 246 (1996) ("Although Nader and his followers did not disparage, as did Bork, the civic tradition of antitrust, they too rested their arguments on considerations of consumer welfare . . . According to Nader, the 'modern relevance' of traditional antitrust wisdom lay in its consequences for 'the prices people pay for their bread, gasoline, auto parts, prescription drugs, and houses.'").

아닌 물질적인 부분에 맞추며 신고전학과와 평론가들은 실질적으로 경쟁보단 중앙집권을 지지한 셈이다.<sup>175</sup>

반독점법을 단순히 소비자 복지에만 맞추는 것은 어리석다.<sup>176</sup> 첫째로, 이는 입법부의 의도를 무시하는 것이다. 의회는 반독점법을 통과시키며 경제력의 중앙집권화를 막고자 했다. 이를 통해 다양한 목적을 이루고자 했는데 그 중에는 오픈마켓을 보장하는 것, 독점으로부터 생산자와 소비자를 보호 하는 것, 그리고 정치<sup>177</sup> 및 경제적<sup>178</sup> 힘을 분산 시키는 것들이 포함되어 있다. 둘째, 소비자 복지에만 집중한다는 것은 우리 경제를 해할 수 있는 다른 여러 중앙집권화의 문제들을 무시하는 것이다. 대기업들은 이러한 힘을 통해 생산자와 공급자들에게 압박을 가할 수 있고(예시로 회사가 너무 커져서 실패하는 것을 허용함)<sup>179</sup> 미디어의 다양성도 해할 수 있다.<sup>180</sup> 이러한 문제점들을 방지하기 위해서는 경쟁 프로세스의 중립을 지키고 시장의 개방성을 유지할 수 있는 반독점 접근법이 필요하다.

### C. 경쟁을 격려하기 위해서는 프로세스와 구조의 분석이 필요하다

시카고 학파가 주장하는 소비자 복지에 집중된 반독점법은 적어도 2가지의 이유로 문제가 있다. 첫째, Section II에서 기술 된 바와 같이, 소비자 복지 중심 접근은 과도한 민간권력을 막으려 했던 입법부의 결정들을 위반한다. 이러한 결정을 통해 의회는 현재 소비자복지 중심 접근이 다루지 못하는 다양한 이익을 보장하고자 했다. 둘째, 새로운 접근법을 주장하며 시카고 학파는 분석의 초점을 과정(경쟁에 필요한 요건)에서 결과로 옮겨왔다.<sup>181</sup> 다시 말해 시장의 구조에 관한 고찰(시장의 경쟁력을 유지하기 위해 힘이 충분히 분배 되었는가?) 대신 계산(값이 올랐는가?) 선택한 것이다.<sup>182</sup> 이 뜻은 건전한 경쟁 시장이 유지될 수 있도록 힘이 고루 분배되어 있는지를 살피는 것이 아닌 물가상승에만 집중한다는 말이다. 이러한 편협한 접근은 진정한 경쟁을 해하고 이는 지배적인 온라인 플랫폼에서 두드러진다.

<sup>175</sup> See Lina Khan, *New Tools To Promote Competition*, DEMOCRACY (Fall 2016), <http://democracyjournal.org/magazine/42/new-tools-to-promote-competition> [<http://perma.cc/VZ4N-CZBN>].

<sup>176</sup> I am by no means alone in arguing this. See, e.g., BARRY C. LYNN, *CORNERED: THE NEW MONOPOLY CAPITALISM AND THE ECONOMICS OF DESTRUCTION* (2010); Fox, *supra* note 38, at 1153-54; Maurice E. Stucke, *Better Competition Advocacy*, 82 ST. JOHN'S L. REV. 951, 993 (2008); Stucke, *supra* note 38, at 564.

<sup>177</sup> For a more recent argument in favor of rebalancing antitrust away from technocracy and toward democracy, see Harry First & Spencer Weber Waller, *Antitrust's Democracy Deficit*, 81 FORDHAM L. REV. 2543, 2544 (2013) ("[A]ntitrust is also public law designed to serve public ends. Today's unbalanced system puts too much control in the hands of technical experts, moving antitrust enforcement too far away from its democratic roots.").

<sup>178</sup> See Fox, *supra* note 38, at 1153-54 ("Rather than standing for efficiency, the American anti-trust laws stand against private power. Distrust of power is the one central and common ground that over time has unified support for antitrust statutes. Interests of consumers have been a recurrent concern because consumers have been perceived as victims of the abuse of too much power. Interests of entrepreneurs and small business have been a recurrent concern because independent entrepreneurs have been seen as the heart and lifeblood of American free enterprise, and freedom of economic activity and opportunity has been thought central to the preservation of the American free enterprise system. One overarching idea has unified these three concerns (distrust of power, concern for consumers, and commitment to opportunity of entrepreneurs): competition as process. The competition process is the preferred governor of markets. If the impersonal forces of competition, rather than public or private power, determine market behavior and outcomes, power is by definition dispersed, opportunities and incentives for firms without market power are increased, and the results are acceptable and fair." (citations omitted)).

<sup>179</sup> For more on this connection, see SIMON JOHNSON & JAMES KWAK, *13 BANKERS: THE WALL STREET TAKEOVER AND THE NEXT FINANCIAL MELTDOWN* (2011); and LYNN, *supra* note 176.

<sup>180</sup> The Justice Department recently cited the importance of media diversity when suing to block a merger between two newspapers. See Michaela Ross, *Even for Ailing Newspapers, U.S. Says a Monopoly Is a Monopoly*, BLOOMBERG (Mar. 22, 2016), <http://www.bloomberg.com/news/articles/2016-03-21/tribune-loses-out-on-local-newspaper-deal> [<http://perma.cc/U2E5-ZHM9>]. For why competition policy is important for promoting media diversity, see Maurice E. Stucke & Allen P. Grunes, *Toward a Better Competition Policy for the Media: The Challenge of Developing Antitrust Policies that Support the Media Sector's Unique Role in Our Democracy*, 42 CONN. L. REV. 101 (2009).

<sup>181</sup> see Fox, *supra* note 152.

<sup>182</sup> For one perspective on how the Chicago School's philosophy has shaped antitrust, see generally HOW THE CHICAGO SCHOOL OVERSHOT THE MARK: THE EFFECT OF CONSERVATIVE ECONOMIC ANALYSIS ON U.S. ANTITRUST *supra* note 106. In his essay within this collection, Richard Schmalensee states, "Competition ... generally means now, consumer or total welfare." Richard Schmalensee, *Thoughts on the Chicago Legacy in U.S. Antitrust*, in HOW THE CHICAGO SCHOOL OVERSHOT THE MARK: THE EFFECT OF CONSERVATIVE ECONOMIC ANALYSIS ON U.S. ANTITRUST *supra* note 106, at 17.

안타깝게도 현재의 반독점 정책은 이러한 잘못된 사상을 반영하고 있다. 그 예로는 약탈적 가격 책정을 증명하기 위한 recoupment test가 있다. 경쟁에 진정한 해를 가했다고 증명하기 위해서는 해당 회사가 손실을 보상받기 위해 추후 상품의 가격을 과도하게 인상할 것이라는 걸 보여주어야 한다.<sup>183</sup> 이 논리는 프로세스와 구조는 전혀 신경 쓰지 않는다. 대신 경쟁의 건전성을 가격과 생산량으로만 판단한다. 수직통합관련 케이스들도 마찬가지이다. 지금의 법은 수직통합 거래를 평가할 때 진입 장벽 및 구조적 요소가 아닌 효율성만을 고려한다.<sup>184</sup>

전반적으로 지금의 정책은 마켓 파워가 본질적으로 유해한 것이 아니며 효율성을 불러올 것이라 주장한다. 마켓 파워는 높은 물가로 이어지거나 생산력의 저하로 이어지지 않는 이상 무해하다고 가정하는 것이다. 즉, 좁은 계산으로 경쟁과정에 관한 질문을 얼버무리는 것이다.<sup>185</sup> 다시 말해 이러한 접근은 유해함을 평가할 때 회사가 가격적인 레버리징을 통해 마켓파워를 행사하는지를 보고 정작 시장경쟁에 유해한 다른 문제를 일으키며 이 힘을 축적한 건 아닌지에 대해서 고려하지 않는 것이다.<sup>186</sup> 기업들이 기업이 적절한 규제 없이 시장 지배력을 축적할 수 있게 하는 것은 추후에 더 커진 힘을 왜곡된 방식으로 사용할 수 있고 통제하기 어려워진다.

진정한 경쟁을 이해하기 위한 더 나은 접근은 경쟁 과정과 시장 구조에 초점을 맞춘 접근이다.<sup>187</sup> 시장의 구조에 초점을 맞춘다는 것이 구조-행위-성과 패러다임으로 돌아가자는 이야기는 아니다. 단지 시장경쟁을 평가하는데 시장 구조의 역할을 살펴보지 않는 것은 실수라는 것이다. 왜냐하면 시장 경쟁은 시장의 구조와 밀접한 관계가 있기 때문이다. 다시 말해, 경쟁 프로세스와 시장 구조를 분석하는 것이 진정한 경쟁을 평가하는 좋은 수단이라는 것이다.

게다가 이러한 접근 법은 예전 의회가 추구했던 시장의 경쟁력(Section II에서 언급했던)과 그 외 여러 이익을 지킬 수 있다. 특히 경쟁 프로세스를 지켜낼 수 있다면 법적 규제의 개입의 필요성도 줄어들 것이다. 그리고 이러한 프로세스를 지켜내기 위해선 정부에게 시장 환경을 조성하는 임무가 주어질 것이다.<sup>188</sup>

실제로 이러한 접근법을 적용시키기 위해서는 시장의 개방성과 경쟁 프로세스의 중립성을 증명할 수 있는 여러 가지 요소들을 평가해 보아야 한다: 1) 진입 장벽 2) 이해의 충돌 3) 게이트키퍼와 보틀넥현상의 발생 4) 데이터의 사용과 컨트롤 5) 협상력의 역학 관계 (dynamics). 이러한 요소들을 모두 고려한 접근법은 시장이 어떠한 구조로 되어있는지 확인하고 특정한 기업이 전체 경쟁 결과를 왜곡할 수 있는 과도한 힘을 축적하지는 않았는지 검토할 것이다.<sup>189</sup> 이러한 요소들과 관련해 우리가 물어야 할 질문을 다음과 같다: 1) 기업이 어떤 비즈니스 라인들에 관여하고 있고 그 비즈니스 라인들 사이 어떤 상호작용이 있는지? 2) 시장의 구조가 특정 기업들로 하여금 의존성

<sup>183</sup> See *supra* Section I.A

<sup>184</sup> See BORK, *supra* note 32, at 278 ("Absent the power to restrict output, the decision to eliminate rivalry can only be made in order to achieve efficiency."); see *supra* Section I.B.

<sup>185</sup> See *Hovenkamp, supra* note 57, at 359 ("[T]he guiding principle of the Chicago School critique of the S-C-P paradigm was that market power is not inherently a bad thing. Indeed, often market power as well as high concentration result from efficiency.").

<sup>186</sup> One line of argument holds that the concentration of private control-and the power it hands to a few over our economy-is itself problematic, and *if and how* those wielding this power choose to exercise it is beside the point. See, e.g., *United States v. Columbia Steel Co.*, 334 U.S. 495, 536 (1948) (Douglas, J., dissenting) ("In final analysis, size in steel is the measure of the power of a handful of men over our economy. That power can be utilized with lightning speed. It can be benign or it can be dangerous. The philosophy of the Sherman Act is that it should not exist.").

<sup>187</sup> I am not the first to argue that preserving a competitive process is vital to promoting competition. See, e.g., *Fox, supra* note 38, at 1152-54. Instead, my contribution here is in (1) identifying how a consumer welfare-based approach is failing to detect and deter anticompetitive harms in the context of internet platforms, thereby (2) highlighting the need for a process-based approach as applied to internet platforms, and (3) detailing that this process-based approach would pay particular attention to entry barriers, conflicts of interest, the emergence of gatekeepers and bottlenecks, the use of and control over data, and dynamics of bargaining power.

<sup>188</sup> This is one line of argument President Franklin Roosevelt offered in favor of robust anti-trust. In a 1938 speech to Congress he said, "The enforcement of free competition is the least regulation business can expect." Franklin D. Roosevelt, *Message to Congress on Curbing Monopolies*, AM. PRESIDENCY PROJECT <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=15637> [<http://perma.cc/WP9P-83RF>].

<sup>189</sup> By "distorting," I mean that a single player has enough control to dictate outcomes. This is the definition offered by Milton Friedman, a figure popular with the neoclassical school. See MILTON FRIEDMAN, *CAPITALISM AND FREEDOM* 119-20 (2002) ("Monopoly exists when a specific individual or enterprise has sufficient control over a particular product or service to determine significantly the terms on which other

을 조성하지는 않는지? 3) 경쟁에 위협을 가할 게이트키퍼 역할을 하는 독점적인 기업이 나타나지는 않았는지?

구조적인 문제와 경쟁 프로세스에 관심을 기울이는 것은 특히 온라인 플랫폼에서 중요하다. 온라인 플랫폼에서 가격 기준의 측정법은 시장의 다이내믹스를 보여주고 데이터의 사용과 역할을 보여주기에는 부적합하다.<sup>190</sup> 인터넷 플랫폼이 커뮤니케이션과 산업 활동들에 점점 더 많은 영향을 주고 있으며 그렇기에 이런 특수한 시장에서의 경쟁형태에 적합한 체제를 구축하는 것이 중요하다. 이제부터는 아마존 권력의 이면을 살펴보고자 한다. 아마존 성장의 원천은 무엇인지 그리고 그들의 독점력이 어떠한 영향을 주는지 분석할 것이다. 시장 구조와 경쟁 프로세스를 평가하는 접근 방식을 통해 아마존 전략을 이해하고 반경쟁적 측면을 살펴볼 것이다.

### III. 아마존의 사업 전략

아마존은 2가지 비즈니스 전략으로 온라인 플랫폼에서의 우세를 확립했다: 1) 기꺼이 수익을 희생하며 손실과 공격적인 투자를 지속하는 것 2) 다양한 비즈니스 라인의 통합.<sup>191</sup> 이 두 전략은 각각 매우 중요하며 서로 밀접히 연결되어 있으며, 앞서 언급한 수익률 통해서 많은 영역으로 확장할 수 있었던 한 가지 방법이다. 아마존이 단기적인 이익 대신 시장 장악력을 선택한 이 전략은 시카고 학파가 주장한 기업의 이성적인 이윤추구에 반기를 든다. 특히 아마존이 손실을 감수하면서까지 선택한 기업성장을 위한 투자와 여러 비즈니스라인의 통합이 가져온 아마존의 구조적 힘을 완전히 이해하기 위해서 우리는 이들을 통합된 독립체로 보아야 한다. 이 기업의 시장에서의 역할을 판단하기 위해 특정한 비즈니스 라인을 따로 선택해 가격적인 면만 본다면 (1) 아마존 독점의 실체 그리고 (2) 한 비즈니스 라인에서의 권력을 활용해 다른 비즈니스 라인에도 영향을 끼치는 방법 이 두가지 모두 제대로 분석할 수 없을 것이다.

#### A. 시장 지배력을 위한 이윤 희생 의지

최근 들어 아마존은 아마존 웹 서비스의 성공으로 인해 지속적인 이윤을 보고하기 시작했다.<sup>192</sup> 그러나 북미의 소매업은 그보다 훨씬 웹서비스 보다 훨씬 미미한 수익을 내고 있고 국제 시장은 여전히 손실을 보고 있다.<sup>193</sup> 아마존의 20년 가까운 비즈니스 중 대부분은 이익이 아닌 손실을 낳았다. 아마존은 2013년까지 재무보고 분기의 절반을 조금 넘는 기간 동안 순이익을 창출했고, 심지어 흑자에 진입한 4분의 1분기와 놀라운 성장에도 불구하고 이윤은 매우 작았다. 아래의 그래프는 일반적인 추세를 보여준다.

194

individuals shall have access to it."). The Chicago School accepts this definition with regard to price and output, but ignores other metrics of control.

<sup>190</sup> See STUCKE & GRUNES, *supra* note 47, at 107-09.

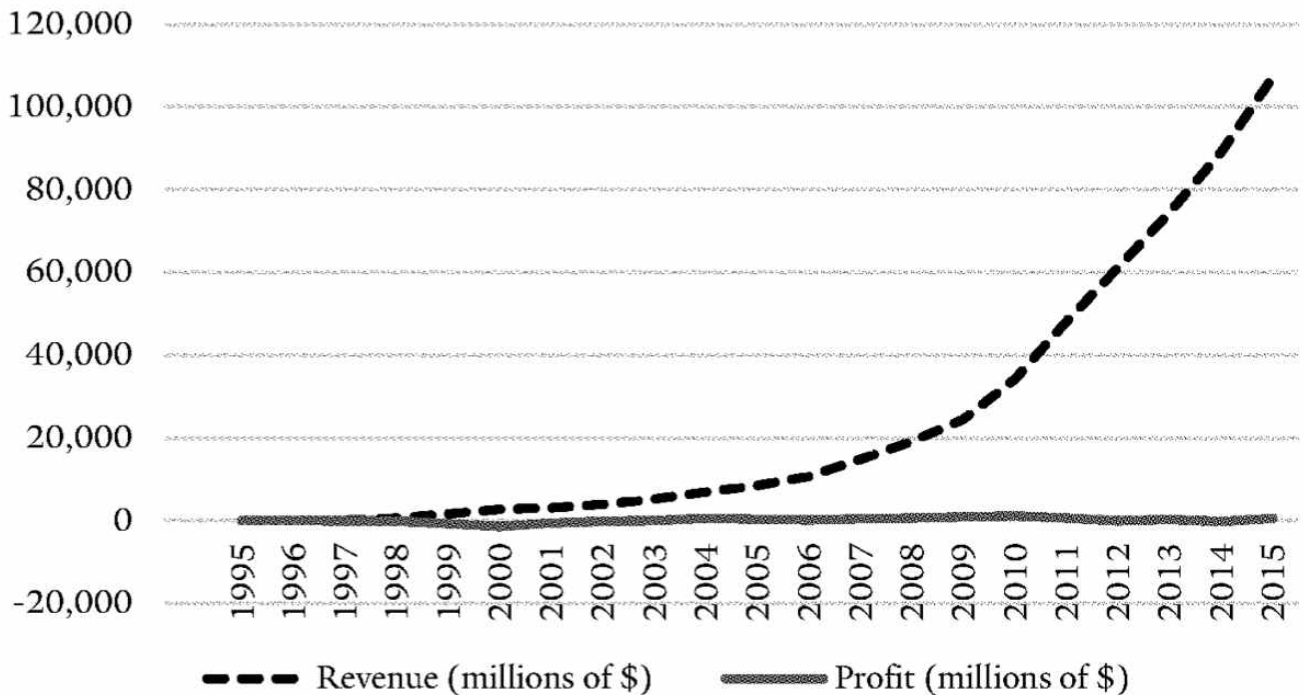
<sup>191</sup> I am using "dominance" to connote that the company controls a significant share of market activity in a sector. I do not mean to attach the legal significance that sometimes attends "dominance."

<sup>192</sup> See Greg Bensinger, *Cloud Unit Pushes Amazon To Record Profit*, WALLST.J. (Apr. 28, 2016, 7:31 PM), <http://www.wsj.com/articles/amazon-reports-surge-in-profit-1461874333> [<http://perma.cc/L4QS-RJ26>] ("The cloud division's sales rose 64% to \$2.57 billion. While that is less than one-tenth of Amazon's overall revenue, [Amazon Web Services] generated 67% of the company's operating income in the quarter.").

<sup>193</sup> *Id.*

<sup>194</sup> *Amazon's Profits*, BEN-EVANS (Aug. 2013), <http://ben-evans.com/benedictevans/2013/8/8/amazons-profits> [<http://perma.cc/G5JC-7XBL>]; *Amazon.com Inc.*, MARXETWATCH, <http://www.marketwatch.com/investing/stock/amzn/historical-A6241>.

**FIGURE 1.**  
**AMAZON'S PRICES<sup>194</sup>**



하지만 이러한 아마존의 이익에 대한 무관심이 오히려 투자자들을 끌어들었다.<sup>195</sup> 2014년의 몇 분기를 제외하고 아마존의 주주들은 아마존이 내는 손실에 상관 없이 투자를 지속했다. 정기적으로 아마존은 손실을 리포트 했고 그때마다 회사의 주가는 급증하였다.<sup>196</sup> 한 분석가는 뉴욕 타임즈에서 "아마존의 주가는 실제 경험과 어떤 식으로도 관련이 없는 것 같습니다." 라고 답했다.<sup>197</sup>

많은 분석가들과 기자들이 이러한 아마존을 둘러싼 기이한 현상을 이해해보려 노력했다. 한 평론가는 "아마존은 내가 아는 한, 소비자의 이익을 위해 투자계의 요소들에 의해 운영되는 자선 단체입니다."라고 농담을 던졌다.<sup>198</sup>

하지만 아마존의 행보는 CEO인 Bezos 가 회사를 설립하며 발표한 그의 철학을 잘 보여주고 있다. 주주들을 향한 편지에 그는 이렇게 적었다:

*저는 저희 회사의 성공을 보여줄 수 있는 핵심적인 measure은 장기적으로 일궈낼 주주가치 라고 생각합니다. 이*

<sup>195</sup> ee Streitfeld, *supra* note 1 ("In its 16 years as a public company, Amazon has received unique permission from Wall Street to concentrate on expanding its infrastructure, increasing revenue at the expense of profit. Stockholders have pushed Amazon shares up to a record level, even though the company makes only pocket change. Profits were always promised tomorrow.").

<sup>196</sup> See, e.g., Justin Dini, *Amazon Losses Widen but Shares Rise After-Hours*, THESTREET (Feb. 2, 2000, 7:01 PM), <http://www.thestreet.com/story/875924/1/amazon-losses-widen-but-shares-rise-after-hours.html> [<http://perma.cc/P6HJ-3VDG>]; Quick Pen, *What's Driving the Amazon Stock Up Despite 188% Full Year Income Drop?*, GURUFOCUS (Feb. 8, 2015), <http://www.gurufocus.com/news/315124/whats-driving-the-amazon-stock-up-despite-188-full-year-income-drop> [<http://perma.cc/K6FJ-JWNA>].

<sup>197</sup> David Streitfeld, *Amazon Reports Unexpected Profit, and Stock Soars*, N.Y. TIMES (July 23, 2015), <http://www.nytimes.com/2015/07/24/technology/amazon-earnings-q2.html> [<http://perma.cc/WJX9-CYG7>]; see also Philip Elmer-DeWitt, *This Is What Drives Apple Investors Nuts About Amazon*, FORTUNE (July 24, 2015, 2:58 PM), <http://fortune.com/2015/07/24/apple-amazon-profits> [<http://perma.cc/56U5-Z2E3>] (noting the same).

<sup>198</sup> Matthew Yglesias, *Amazon Profits Fall 45 Percent, Still the Most Amazing Company in the World*, SLATE: MONEYBOX (Jan. 29, 2013, 4:23 PM), [http://www.slate.com/blogs/moneybox/2013/01/29/amazon\\_q4\\_profits-fall\\_45\\_percent.html](http://www.slate.com/blogs/moneybox/2013/01/29/amazon_q4_profits-fall_45_percent.html) [<http://perma.cc/J8AZ-R9S6>].



런 가치야 말로 저희의 시장 지도력을 굳히고 확장할 능력을 보여주는 결과라 생각합니다. 이러한 가치를 평가할 수 있는 기준은: 소비자 와 매출 증가 입니다. 소비자들일 지속적이고 반복적으로 저희 기업의 상품을 구매하는 정도와 저희 브랜드의 가치를 통해 보여줄 것입니다. 저희는 지속적으로 아낌없는 투자를 통해 고객층, 브랜드, 그리고 기반을 확충하고 오래가는 프랜차이즈를 설립할 것 입니다.<sup>199</sup>

다시 말해 아마존의 비즈니스 모델의 전제는 scale 을 설립하는 것이다. 그리고 그러기 위해서는 회사의 성장을 최우선으로 두었고 공격적인 투자가 매우 중요한 부분이었다. 소비자들의 one-stop shop이 되기 위해서 일시적인 금액손해는 감수해야 하는 부분이다. 이러한 접근법을 사용한다는 것은 아마존이 어떠한 결정을 내리고 가치를 비교할 때 다른 회사들과는 사뭇 다른 기준을 적용할 수도 있다고 Bezos는 스스로 다른 이들에게 경고했다.<sup>200</sup> "이 단계에서는 확장성이 비즈니스 모델의 잠재력을 달성하는 데 가장 중요하다고 생각하기 때문에 성장의 우선 순위를 정합니다."<sup>201</sup>

Bezos는 아마존이 이러한 비즈니스 모델을 성공시키기 위해서는 scale이 가장 중요한 요소라고 주장했다. 아마존이 계속해서 주장하는 시장 지도력 (market leadership)은 아마존의 독점의도를 보여준다.<sup>202</sup> 그리고 실제로 다양한 면에서 아마존은 성공했음을 알 수 있다. 그들의 전년대비 매출 성장이 다른 온라인 시장에 비해 크게 앞서고 있는게 그 증거이다.<sup>203</sup> 자신들의 온라인 시장을 성장시키려던 대형 할인점 Walmart, Sears, 그리고 Macy's 의 노력에도 불구하고 아무도 아마존에 대적하지는 못했다. <sup>204</sup>

아마존이 성장하는데 가장 크게 기여한 것 중 하나는 아마존 프라임이다 (Amazon Prime). 아마존이 아낌 없이 투자한 고객보상 프로그램이다. 프라임 서비스는 2005년에 시작하여 79달러의 가격에 무제한 2일 배송을 약속했다.<sup>205</sup> 이후 계속해서 더 나은 혜택들을 제공했다-e-book 렌탈, 음악 다운로드, 당일 배송 등. 아마존 프라임은 틀림없이 아마존의 가장 큰 성장 동력이었다.<sup>206</sup> 아마존은 이 프라임 서비스 사용자의 정확한 수를 밝히지 않았지만 분석가들은 그 수가 6천 300만에 이를 것이라고 추측한다. 이는 2015년에 비해 1천 900만명 증가인 것이다.<sup>207</sup>

<sup>199</sup> Jeffrey P. Bezos, Letter to Shareholders, AMAZON.COM, INC. (Mar. 30, 1998), [http:// media.corporate-ir.net/media\\_files/irol/97/97664/reports/Shareholderletter97.pdf](http://media.corporate-ir.net/media_files/irol/97/97664/reports/Shareholderletter97.pdf) [[http:// perma.cc/793G-YML7](http://perma.cc/793G-YML7)].

<sup>200</sup> Id. at 2.

<sup>201</sup> Id.

<sup>202</sup> Id. at 1-2.

<sup>203</sup> Tonya Garcia, *Amazon Accounted for 60% of U.S. Online Sales Growth in 2015*, MARKETWATCH, (May 3, 2016, 3:17 PM), <http://www.marketwatch.com/story/amazon-accounted-for-60-of-online-sales-growth-in-2015-2016-05-03> [<http://perma.cc/8C5W-SNYW>] ("Amazon makes up a larger percentage of e-commerce in the U.S. than any other player, and its retail growth has outpaced overall online retail."); see also *The Everything Shipper: Amazon and the New Age of Delivery*, BI INTELLIGENCE (June 5, 2016), <http://www.businessinsider.com/the-everything-shipper-amazon-and-the-new-age-of-delivery-2016-6> [<http://perma.cc/2SGJ-5ADY>].

<sup>204</sup> See Phil Wahba, *This Chart Shows Just How Dominant Amazon Is*, FORTUNE (Nov. 6, 2015, 11:48 AM), <http://fortune.com/2015/11/06/amazon-retailers-ecommerce> [<http://perma.cc/9YPV-SKM5>]. The fact that Amazon was exempt from sales taxes for the first fifteen years of its existence gave it an 8-10% price advantage over brick-and-mortar stores. Its pricing lead over both traditional and online retailers, however, has been and still continues to be far greater than 8-10%. A review of a new price comparison tool stated: "And, as expected, it reported that Amazon indeed had the best prices for nearly everything we searched." Zach Epstein, *Amazon Isn't Always the Cheapest Option-Here's How To Find the Best Prices*, BGR (July 17, 2014, 12:55 PM), <http://bgr.com/2014/07/17/amazon-price-comparison-tool-lowest-price> [<http://perma.cc/J7P3-BBY5>].

<sup>205</sup> Dawn Kawamoto, *Amazon Unveils Flat-Fee Shipping*, CNET (Feb. 2, 2005), <http://www.cnet.com/news/amazon-unveils-flat-fee-shipping> [<http://perma.cc/Q8F5-7SQ7>].

<sup>206</sup> It has also been a key force driving up Amazon's stock price. "Analysts describe Prime as one of the main factors driving Amazon's stock price - up 296 percent in the last two years - and the main reason Amazon's sales grew 30 percent during the recession while other retailers flailed." Brad Stone, *What's in Amazon's Box? Instant Gratification*, BLOOMBERG BUSI- NESSWEEK (Nov. 24, 2010, 5:00 PM), <http://www.bloomberg.com/news/articles/2010-11-24/whats-in-amazons-box-instant-gratification> [<http://perma.cc/Q7VL-95DQ>]; see also Tom DiChristopher, *Prime Will Grow Amazon Revenue Longer than You Think: Analyst*, CNBC (Sept. 11, 2015, 11:01 AM), <http://www.cnbc.com/2015/09/11/prime-will-grow-amazon-revenue-longer-than-you-think-analyst.html> [<http://perma.cc/QG8H-Z4A6>] ("During Amazon's second quarter conference call, management said growing Prime adoption was one factor behind acceleration in domestic and international revenue growth.").

<sup>207</sup> Devin Leonard, *Will Amazon Kill FedEx?*, BLOOMBERG (Aug. 31, 2016), <http://www.bloomberg.com/features/2016-amazon-delivery> [<http://perma.cc/GE8F-D3BE>].

가입자의 수는 2011년에서 2013년 사이 두배로 늘었고, 분석가들은 이 숫자가 2017년까지는 또 다시 2배를 넘을 것이라 예측한다.<sup>208</sup> 이러한 추세라면 2020년엔 미국가정 절반이 아마존 프라임을 사용하고 있을지 모른다.<sup>209</sup>

아마존의 다른 사업들과 마찬가지로 아마존은 프라임 서비스를 제공하면서도 많은 금액적 손실을 보았다. 2011년에 추정한 것에 의하면 아마존 프라임 고객 한 명당 아마존이 일년에 투자해야 하는 금액은 적어도 90달러이다. 배송비는 55달러, 디지털 비디오는 35달러이다. 그리고 아마존은 고객 한명 당 일년에 11달러의 손해를 보고 있는 것이다.<sup>210</sup> 이 서비스로 인해 아마존은 매년 10억~20억 달러에 가까운 손해를 보고 있다.<sup>211</sup> 아마존 프라임의 전체 비용은 회사가 프라임 고객들을 위한 납품을 가속하기 위한 계획의 일환으로 창고, 배달 시설, 트럭에 막대한 투자를 해왔기 때문에 여전 가파르게 치솟아있다.<sup>212</sup>

그럼에도 여전히 프라임은 아마존의 온라인 사업의 성장에 결정적인 역할을 한다. 분석가에 따르면 소비자들은 프라임 멤버가 된 후 150% 소비증가 패턴을 보여주었다.<sup>213</sup> 프라임 멤버는 미국의 아마존 이용 고객 중 47%를 차지하며 프라임이 아닌 소비자들에 비해 더 큰 소비금액을 보여 주었다.<sup>214</sup> 아마존 프라임 멤버는 매년 평균 1천 500 달러, 일반 고객은 평균 625달러를 아마존 온라인매장에서 소비한다.<sup>215</sup> 경영 전문가들이 말하기를 프라임이 무료 배송으로 함으로서 이에 대한 온라인 쇼핑에서 가장 많이 느끼는 부채감을 없애주었다고 말한다.<sup>216</sup> 연회비도 오히려 최고의 이득을 취하려는 회원들의 마음을 공략해 아마존 온라인 소비를 촉진시켰다.<sup>217</sup>

그 결과 아마존 프라임 멤버들은 아마존 플랫폼에서 상품을 구매할 확률이 높아짐과 동시에 다른 곳에서 쇼핑을 할 확률은 크게 떨어졌다. 63%의 아마존 프라임 멤버는 온라인 사이트를 방문한 날 결제를 진행하였다 (일반 고객은 13% 정도이다).<sup>218</sup> Walmart 와 Target의 경우 그 수는 5% 와 2%에 불과하다.<sup>219</sup> 한 리서치 결과에 의하면 아마존 프라임 멤버들이 쇼핑을 한 번 할 때 아마존이 아닌 다른 온라인 판매처를 찾을 확률은 1% 미만이라고

<sup>208</sup> Brad Tuttle, *Amazon Prime: Bigger, More Powerful, More Profitable than Anyone Imagined*, TIME (Mar. 18, 2013), <http://business.time.com/2013/03/18/amazon-prime-bigger-more-powerful-more-profitable-than-anyone-imagined> [http://perma.cc/WNL5-MC29].

<sup>209</sup> Dan Frommer, *Half of US Households Could Have Amazon Prime by 2020*, QUARTZ (Feb. 26, 2015), <http://qz.com/351726/half-of-us-households-could-have-amazon-prime-by-2020> [http://perma.cc/ZW4Z-47UY].

<sup>210</sup> Stu Woo, *Amazon 'Primes' Pump for Loyalty*, WALL ST. J. (Nov. 14, 2011), <http://www.wsj.com/articles/SB1000424529702350324577036102353359784> [http://perma.cc/87WW-TVNW].

<sup>211</sup> Deepa Seetharaman & Nathan Layne, *Free Delivery Creates Holiday Boon for U.S. Consumers at High Cost*, REUTERS (Jan. 2, 2015, 12:22 PM), <http://www.reuters.com/article/us-retail-shipping-holidays-analysis-idUSKBN0KBoP72oI50102> [http://perma.cc/CPH8-932W].

<sup>212</sup> See Elizabeth Weise, *Amazon Prime Is Big, but How Big?*, USA TODAY (Feb. 3, 2015, 1:31 PM), <http://www.usatoday.com/story/tech/2015/02/03/amazon-prime-10-years-old-anniversary/22755509> [http://perma.cc/51C2A-M3HA]. Amazon's filings with the SEC show that its shipping costs have grown as a percentage of sales each year since 2009. See Amazon.com, Inc., *supra* note 9, at 26; Amazon.com, Inc., Annual Report (Form 10-K) 25 (Jan. 30, 2013), <http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/o18724/ooo119312513o28520/d445434d1ok.htm> [http://perma.cc/RX85-5RJ3]; Amazon.com, Inc., Annual Report (Form 10-K) 27 (Jan. 29, 2010), <http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/o18724/ooo119312510o16o98/diok.htm> [http://perma.cc/L27R-CHUY].

<sup>213</sup> Stone, *supra* note 206.

<sup>214</sup> Brad Tuttle, *How Amazon Prime Is Crushing the Competition*, TIME (Jan. 25, 2016), <http://time.com/money/4192528/amazon-prime-subscribers-spending> [http://perma.cc/Y9VT-VHD5].

<sup>215</sup> Chad Rubin, *The Evolution of Amazon Prime and Their Followed Success*, SKUBANA (Mar. 31, 2016), <http://www.skubana.com/e-commerce-trends/evolution-of-amazon-prime> [http://perma.cc/T9ET-C6V8].

<sup>216</sup> Ben Fox Rubin, *As Amazon Marks 20 Years, Prime Grows to 44 Million Members in US*, CNET (July 15, 2015, 4:26 AM), <http://www.cnet.com/news/amazon-prime-grows-to-estimated-44-million-members-in-us> [http://perma.cc/CEQS-G996].

<sup>217</sup> See Brad Tuttle, *How Amazon Gets You To Stop Shopping Anywhere Else*, TIME (Dec. 1, 2010), <http://business.time.com/2010/12/01/how-amazon-gets-you-to-stop-shopping-anywhere-else> [http://perma.cc/GLQ2-65AT].

<sup>218</sup> Clare O'Connor, *Walmart and Target Being Crowded Out Online by Amazon Prime*, FORBES (Apr. 6, 2015, 12:59 PM), <http://www.forbes.com/sites/clareoconnor/2015/04/06/walmart-and-target-being-crowded-out-online-by-amazon-prime> [http://perma.cc/CM2E-GPER].

<sup>219</sup> Id.

한다. 그에 반해 일반 소비자들은 한 번에 아마존과 타겟을 모두 둘러볼 확률이 무려 8배나 높았다.<sup>220</sup> 아마존 프 라임 부서에서 일했던 직원의 말에 의하면 가입비인 79달러는 중요한 게 아니라고 말한다. 그보다 더 중요하게 소비자들 아마존이 아닌 다른 곳에서 쇼핑을 하고 싶지 않도록 마음을 바꾸는 것이 목표였다.<sup>221</sup> 아마존은 그 목 표를 이루었다.<sup>222</sup>

2014년 아마존은 연회비를 \$99로 인상했지만, 일부만 동요하고 많은 회원들이 이에 동요되지 않았다.<sup>223</sup> 조사에 응한프라임 회원들 중 95%는 확실히 혹은 아마도 회원 자격을 갱신할 것이라 말했고<sup>224</sup>, 아마존이 상당한 규모 의 바이인(buy-in)을 창출했으며 현재 비교적 값싼 서비스를 더 낮은 가격에 제공하는 경쟁업체는 없다고 말했다. 이는 아마도 어떻게 보면 온라인 쇼핑의 고착도를 보여주는 것이다. 비록 온라인 서비스에 대한 경쟁은 “그저 한 번 클릭”으로 비울 수도 있지만, 행동 경향의 연구에 따르자면 이는 웹서비스를 바꾸는데 드는 기회 비용 (switching cost) 이 생각보다 크다는 것을 알 수 있다.<sup>225</sup>

의심의 여지 없이 아마존은 대규모의 온라인 상업의 개척자로서 혜택을 누리고 있다. 하지만 역시 가장 큰 성장 의 주역은 아마존의 낮은 가격 책정과 공격적인 투자성향이다. 이는 독점 (predation)을 하는 것은 성장보다 수익 을 우선시하는 기업들에게 비합리적인 방법이라는 현대의 약탈적 가격 정책의 전제를 약화시키는 표본이다.<sup>226</sup> 이러한 방법으로 아마존은 약탈적 가격 전략을 사용하면서도 관련 정책의 조사를 피해갔다.

## B. 다양한 비즈니스 라인으로 확장

또다른 아마존의 전략은 다양한 비즈니스 라인으로의 공격적인 확장이다.<sup>227</sup> 부분적으로는 손실을 기록했음에도 많은 성장을 이룬 능력에 의해 가능했다. 아마존은 소매업자일 뿐만 아니라 이제는 마케팅 플랫폼, 배달 및 물류 네트워크, 결제 서비스, 신용 대출 기관, 경매장, 주요도서 출판사, 텔레비전 및 영화 제작자, 패션디자이너, 하드 웨어 제조업체이자 클라우드 서버 산업의 선두주자이다.<sup>228</sup> 대부분의 경우, 이는 이미 존재하는 회사들을 인수하

<sup>220</sup> Id.

<sup>221</sup> Stone, *supra* note 206.

<sup>222</sup> See Tuttle, *supra* note 217 ("What this program has done is something that's normally very difficult to accomplish: It's changed consumer habits, and, perhaps even more remarkably, it's changed them in ways that solely favor Amazon. The service is better than any freebie promotion, which even if it's good at driving traffic to the website, is short-lived. Instead, the Prime membership program gets consumers in the regular habit of at least checking with Amazon before making any online purchase.').

<sup>223</sup> Greg Bensinger, Amazon Raises Prime Subscription Price to \$99 a Year, WAIL ST. J. (Mar. 13, 2014, 7:22 PM), <http://www.wsj.com/articles/SB1000424052702303546204579436903309411092> [<http://perma.cc/33TK-76GS>].

<sup>224</sup> Lance Whitney, Amazon PrimeMembers Will Renew Despite PriceHike, Survey Finds, CNET (July 23, 2014), <http://www.cnet.com/news/amazon-prime-members-will-almost-all-renew-despite-price-increase> [<http://perma.cc/Z585-YU8P>].

<sup>225</sup> See Adam Candeub, *Behavioral Economics, Internet Search, and Antitrust*, 9 I/S 407, 409 (2014) (" [O]nline market behavior may differ from the brick and mortar world .... In par- ticular, behavioral tendencies related to habit and information costs may disrupt conventional economic assumptions.").

<sup>226</sup> As Justice White wrote in his dissent in *Matsushita*, "The Court, in discussing the unlikeli- hood of a predatory conspiracy, also consistently assumes that petitioners valued profit- maximization over growth." *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 604 (1986) (White, J., dissenting).

<sup>227</sup> ndeed, to get a sense of Amazon's breadth, it is helpful to see the range of actors Amazon lists among its "current and potential competitors":

(1) online, offline, and multichannel retailers, publishers, vendors, distributors, manu- facturers, and producers of the products we offer and sell to consumers and businesses; (2) publishers, producers, and distributors of physical, digital, and interactive media of all types and all distribution channels; (3) web search engines, comparison shopping websites, social networks, web portals, and other online and app-based means of dis- covering, using, or acquiring goods and services, either directly or in collaboration with other retailers; (4) companies that provide e-commerce services, including website de- velopment, advertising, fulfillment, customer service, and payment processing; (5) companies that provide fulfillment and logistics services for themselves or for third parties, whether online or offline; (6) companies that provide information technology services or products, including on-premises or cloud-based infrastructure and other services; and (7) companies that design, manufacture, market, or sell consumer elec- tronics, telecommunication, and electronic devices.

Amazon.com, Inc., Annual Report (Form lo-K) 4 (Apr. 6, 2016), <http://phx.corporate-ir.net/External.File?item=UGFyZW50SUQ9NjI4NTgofENoaWxkSUQ9MzI5NTMwfrFR5cGU9MQ=&t=1> [<http://perma.cc/96HQ-TZDT>].

<sup>228</sup> See generally id. (describing Amazon's businesses).

며 확장한 것이다.<sup>229</sup>

다양한 라인의 비즈니스를 운영하고 있다는 것은 아마존의 경쟁사들이 그들의 고객이기도 하다는 뜻이다. 아마존과 경쟁하는 다른 소매업자도 아마존의 배송 시스템을 사용할 수도 있는 것이다. 콘텐츠를 개발하는 미디어 회사들도 아마존의 온라인 플랫폼 또는 클라우드 시스템을 사용할지 모른다. 기본적으로 이러한 구조는 이해의 충돌을 일으킨다. 왜냐하면 아마존은 경쟁사의 제품이나 서비스 대신 본인들의 것을 선호할 수 있는 위치에 있기 때문이다.

결정적으로 아마존은 여러 라인의 비즈니스를 통합하였을 뿐만 아니라 인터넷 경제의 중요 인프라로 자리 잡았다. 아마존 초기 직원말에 의하면 Bezos가 아마존을 설립했을 때 단순히 온라인 서점이나 매장을 만들고자 한 것이 아니라 상업의 필수적인 'utility'가 되는 것을 목표로 삼았다.<sup>230</sup> 이 말은 Bezos의 타겟 소비자는 개인소비자들 뿐 아니라 다른 비즈니스들도 포함되었던 것이다.

이제 아마존은 인터넷 경제의 중요한 기반을 컨트롤 하고 있다. 이는 새로운 사업들로 하여금 아마존의 시스템을 따라하거나 경쟁하기 굉장히 어렵게 만든다. 경쟁을 커녕 경쟁사들이 아마존에게 의지하도록 만들었다. 이 전략 또한 현대의 반독점 분석이 틀렸음을 증명한다. 이성적인 기업들은 그들의 라이벌을 쫓아낼 것이라고 주장했지만 아마존은 경쟁사들과 경쟁을 하는 동시에 경쟁사들로부터 일을 받아내고 있다. 더 나아가 경쟁자로부터 얻은 정보를 이용하여 우세한 자리를 더욱 단단히 굳히고 있다.

#### IV. 구조적 우위 확립

아마존은 이제 미국의 모든 상업의 46%를 컨트롤하고 있다.<sup>231</sup> 아마존은 급속도로 성장중인 메이저 소매업자일 뿐만 아니라 전체 e-commerce (전자상거래) 보다 더 빨리 성장하고 있다.<sup>232</sup> 2010년 아마존은 33,700명의 직원을 고용하였고 2016년 6월엔 268,900명으로 그 수가 증가했다.<sup>233</sup> 그들은 최근 확장한 비즈니스 분야들에서도 성공을 이끌어내고 있다. 그 예로 의류시장이 있다. 최근 시작한 분야임에도 불구하고 아마존 의류업은 향후 5년 내로 미국시장 점유율을 3배로 늘릴 것으로 예상되고 있다.<sup>234</sup> 미국 6대 백화점의 온라인 매출은 5억 달러 이상 감소했음에도 불구하고 아마존 의류 판매 수익은 최근 11억 달러 정도 증가했다<sup>235</sup>. 이러한 수치들로도 이미 아마존은 위압적으로 느껴지는데 이 조차도 그들의 진정한 역할과 권력을 모두 보여주지는 못한다. 그들의 강력한 두 전략 (1. 손실을 감수한 공격적인 투자 2. 여러 비즈니스 라인 통합)을 통해 아마존은 시장에서 우세한 구조적 역할을 하게 되었다.

<sup>229</sup> As of 2012, Amazon had acquired or invested in over seventy companies. See SUCHARITA MULPURU & BRIAN K. WALKER, FORRESTER, WHY AMAZON MATTERS NOW MORE THAN EVER 5 (2012).

<sup>230</sup> Id. at 17.

<sup>231</sup> See LaVecchia & Mitchell, *supra*note 6, at 1

<sup>232</sup> Tiernan Ray, Amazon: All Retail's SKUs Are Belong to Them, Goldman Tells CNBC, BARRON'S: TECH TRADER DAILY (June 16, 2016, 11:40 AM), <http://blogs.barrons.com/techtrader/daily/2016/06/16/amazon-all-retails-skus-are-belong-to-them-goldman-tells-cnbc> [<http://perma.cc/Z95R-JYGR>] (quoting a Goldman Sachs analyst as saying, "[p]rojected e-commerce growth of 22% this year is largely thanks to Amazon," and "Amazon 'is going to outgrow that, with perhaps 'mid to high 20S growth,' . . . given 'Amazon is taking share, and seeing acceleration in their international business'"). See generally Leonard, *supra* note 207 ("Amazon's growth has been preposterous .... The company is the fifth-most valuable in the world: Its market capitalization is about \$366 billion, which is roughly equal to the combined worth of Walmart, FedEx, and Boeing.").

1.<sup>233</sup> Leonard, *supra*note 207.

<sup>234</sup> Shelly Banjo, Amazon Eats the Department Store, BLOOMBERG: GADFLY (Sept. 20, 2016, 9:27 AM), <http://www.bloomberg.com/gadfly/articles/2016-09-20/amazon-clothing-sales-could-soon-top-macy-s> [<http://perma.cc/63UJ-5Y671>].

<sup>235</sup> Its clothing sales are greater than the combined online sales of its five largest online apparel competitors: Macy's, Nordstrom, Kohl's, Gap, and Victoria's Secret's parent. Id.

이어지는 부분에서는 아마존이 어떻게 구조적 우세함을 갖게 되었는지 몇가지 예들을 살펴보도록 할 것이다.<sup>236</sup> 전자책과 개인 온라인 리테일러간의 갈등 등과 같은 예를 들어가며 약탈적 가격 책정 활동에 대해 초점을 맞추는 것이다. 이러한 사례들은 비록 아마존이 손해를 본 상품의 가격을 올리지 않더라도 이로부터 이익을 얻을 수 있는 방법들을 암시한다. 또 다른 예시로는 아마존과 아마존 마켓플레이스가 어떻게 물리적 제공과 전자상거래를 위한 인프라 회사가 되었는지, 이러한 수직적 통합이 어떻게 시장 경쟁을 의미하는지 이야기 할 것이다. 이러한 사례들은 아마존이 인프라 제공업체로서의 역할을 어떻게 활용하여 다른 사업 부문에서 이익을 얻거나 줄 수 있었는지를 보여줄 것이다. 이러한 예들로 인해 진입 장벽이 높아 잠재적 경쟁자들이 이러한 영역에 진입하는 것이 얼마나 어렵게 되는지, 예측 가능한 미래에 아마존의 지배력을 제한할 수 있는지 보여줄 것이다. 이 네 가지 이야기 모두 아마존과 다른 지배적인 온라인 플랫폼에 의해 제기되는 반경쟁적 위협을 알아가고 해결할 수 있는 현대의 독점금지 능력에 대한 우려를 제기할 것이다.

#### A. 베스트셀러 E-book의 원가 이하 가격 책정과 현대 recoupment 논리의 한계

첫번째, e-book 시장에서의 아마존의 태도를 통해 현재 recoupment (보상) analysis 의 한계를 찾을 수 있다. 아마존은 베스트셀러의 가격을 원가 이하로 책정하며 e-book 시장에 진입하였다. 아마존은 이러한 전략적 가격 책정을 통해 e-book 시장에서 크게 성장할 수 있었다. 그러나 정부는 아마존의 이런 가격 책정이 문제가 없다고 판단했다. 이러한 판단의 근거를 전체적인 e-book 판매수익에 초점을 맞추며 아마존의 베스트셀러 가격 책정방식을 약탈적 가격 책정이 아닌 손해보는 방식 (loss-leading)이라고 판단했다. 아마존의 행동에 대한 잘못된 이해와 판단은 전반적인 온라인 시장에 대한 무지와 아마존 전략의 잘못된 이해로부터 발생했다. 또한 이 사건을 통해 아마존은 현재 반독점 논리가 짚어내지 못한 다른 방법으로 그들의 손실을 메꿀 수 있다는 것을 알 수 있다.

2007년 후반기에 아마존은 자신들의 e-book 서비스를 사용하기 위한 기기인 Kindle과 더불어 새로운 e-book library를 출시하였다.<sup>237</sup> Kindle을 출시하기 전 Bezos는 베스트셀러 e-book 들을 9.99달러에 판매하기로 결정한 다.<sup>238</sup> 이는 하드커버 책들이 평균 12달러~30달러 하는 것에 비해 눈에 띄게 낮은 가격이다.<sup>239</sup> 그에 반해 아마존 이 출판사들에게서 책을 사올때의 가격은 낮아지지 않았다. 결국 아마존은 e-book 베스트셀러를 원가 이하의 가격으로 판매하기로 한 것이다.<sup>240</sup> 분석가들에 의하면 이들은 Kindle또한 제조가 이하로 판매했다고 한다.<sup>241</sup> 이를 통해 알 수 있는 Bezos의 목적은 Apple이 디지털 음원의 go-to 플랫폼이 된 것처럼 e-book 시장을 독점하고 싶었던 것으로 보인다.<sup>242</sup> 그는 성공적으로 목적을 이루었다. 2009년에 아마존은 전체 e-book의 90%을 판매하며

<sup>236</sup> In some contexts, "dominance" connotes a legal definition. I am not using it in this way. See *supra* note 191.

<sup>237</sup> See Caroline McCarthy, *Amazon Debuts Kindle E-Book Reader*, CNET (Nov. 19, 2007, 10:33 AM), <http://www.cnet.com/news/amazon-debuts-kindle-e-book-reader> [<http://perma.cc/VF4Z-2V77>].

<sup>238</sup> See *Id.*

<sup>239</sup> See BRAD STONE, *THE EVERYTHING STORE* (2013); George Packer, *Cheap Words*, NEW YORKER (Feb. 17, 2014), <http://www.newyorker.com/magazine/2014/02/17/cheap-words> [<http://perma.cc/42AN-Y6UT>].

<sup>240</sup> Prior to 2009, many publishers set a wholesale price for e-books at a 20% discount from the equivalent physical book, at which point Amazon's \$9.99 price point roughly matched the wholesale price of many of its e-books. In 2009, publishers eliminated the wholesale discount, yet Amazon continued to price e-books at \$9.99. This is the point at which it clearly sold e-books below cost. See *United States v. Apple, Inc.*, 952 F. Supp. 2d 638, 649-50 (S.D.N.Y. 2013); see also Packer, *supra* note 239 ("The price was below wholesale in some cases, and so low that it represented a serious threat to the market in twenty-six-dollar hard- covers"); Jeffrey A. Trachtenberg, *E-Book Sales Fall After New Amazon Contracts*, WALL ST. J. (Sept. 3, 2015), <http://www.wsj.com/article-email/e-book-sales-weaken-amid-higher-prices-1441307826-IMyQjAxMTE1MzAxNDUwMjQ2Wj> [<http://perma.cc/LVZ9-DK9Y>] ("Amazon was willing to buy a title for \$14-99 and sell it for \$9.99, taking a loss to grab market share and encourage adoption of its Kindle e-reader.").

<sup>241</sup> See Eric Savitz, *Amazon Selling Kindle Fire Below Cost, Analyst Contends*, FORBES (Sept. 30, 2011, 5:40 PM), <http://www.forbes.com/sites/ericsavitz/2011/09/30/amazon-selling-kindle-fire-below-cost-analyst-contends> [<http://perma.cc/3AQ8-X9LZ>]; Woo, *supra* note 210 ("Mr. Munster estimated that Amazon sells each Kindle model at a loss of \$10 to \$15-").

<sup>242</sup> See Packer, *supra* note 239 ("In the mid-aughts, Bezos, having watched Apple take over the music-selling business with iTunes and the iPod, became determined not to let the same thing happen with books. In 2004, he set up a lab in Silicon Valley that would build Amazon's first piece of consumer hardware: a device for reading digital books. According to Stone's book, Bezos told the executive running the project, 'Proceed as if your goal is to put everyone selling physical books out of a job.'").

e-book 판매 시장을 독점하였다.<sup>243</sup>

출판사들은 아마존의 9.99달러 e-book 가격이 영구적으로 모든 책들의 가격을 낮추게 할까 두려워하며 가격 통제권을 다시 되찾아 오려 노력했다. Apple과 파트너십을 맺고 iBookstore를 통해 e-book 을 팔 기회가 생겼을 때 “Big Six” 중 다섯개의 출판사가 Apple에게 본인들이 원하는 최종판매 가격을 제시하였다. 그리고 Apple은 수익의 30%를 받기로 하였다.<sup>244</sup> 이러한 거래가 성사된 후 대형 출판사 중 하나인 MacMillan은 아마존도 이와 동일한 가격책정모델을 적용시켜야 한다고 요구했다.<sup>245</sup> 처음에 아마존은 이 제안을 거절하고 MacMillan 출판사의 책들을 아마존 e-book 시장 에서 제외시켰으나<sup>246</sup> 결국은 동의하게 된다. 다만 아마존은 독자들에게 이 거래에 대해 설명할 때 “우리는 MacMillan의 조건에 동의할 수 밖에 없었다. 왜냐하면 그들은 독점권을 가지고 있기 때문이다”라고 진술했다.<sup>247</sup> 다른 출판사들도 MacMillan의 요구에 동의하며 아마존이 e-book 을 9.99달러에 판매하는 걸 막았다.<sup>248</sup>

그러나 2012년 DOJ는 Apple과 다른 출판사들을 e-book 가격을 인상하기 위해 공모한 혐의로 고소하였다.<sup>249</sup> 그들은 DOJ가 잘못된 사람들을 추궁하는 것이라고 주장했고 자신들은 아마존의 약탈적인 책략을 막기 위해 힘을 합칠 수 밖에 없었다고 주장했다. 이후 DOJ는 아마존의 가격 책정 전략을 조사했으나 아마존이 약탈적 가격책정을 했다는 설득력 있는 증거가 부족하다고 결론 내렸다.<sup>250</sup> 정부에 의하면 출시 이후 아마존의 e-book 유통 비즈니스는 베스트셀러들과 신간들을 할인된 가격에 판매하였음에도 불구하고 지속적으로 수익성이 있었다고 판단했다.<sup>251</sup>

지방법원의 Cote판사는 이러한 정부의 결정에 동의하기 꺼려했다.<sup>252</sup> 그러나 정부의 결정은 현재 많은 법원들과 법집행인들이 따르는 우세한 반독점정책의 이념을 잘 보여주는 케이스다. 동시에 현재 정책이 얼마나 문제가 많은지도 보여주고 있다. 특히나 정부의 판단 오류는 아마존 e-book 시장의 수익성을 전체적으로 본 것과 그들의 전략을 약탈적이 아닌 손해(loss-leading)로 본 것이다.<sup>253</sup> 이러한 정부의 잘못된 조치는 아마존 전략의 매우 중요한 핵심을 제대로 보지 못했다는 걸 증명한다: 1) 한 기업이 플랫폼 기반 상품에 대한 파격적인(steep) 할인을 진행했을 때 (다른 플랫폼 기반이 아닌 일반 상품들에 대한 할인보다) 그 기업이 독점력을 갖게 될 위험이 높아진다. 2) 아마존이 기존에 할인을 진행했던 e-book 베스트셀러가 아닌 다른 여러 상품의 가격 조정을 통해 손실을 메꿀 수 있다는 점이다.

정부는 아마존의 전체적인 e-book 비즈니스가 수익을 내고 있다는 판단 하에 그들의 전략이 독점이 아니라고 주

---

<sup>243</sup> *Apple*, 952 F. Supp. 2d at 649.

<sup>244</sup> *Id.* at 658-61.

<sup>245</sup> *Id.* at 672.

<sup>246</sup> *Id.* at 679.

<sup>247</sup> *Announcement: Macmillan E-Books*, AMAZON (Jan. 31, 2010, 2:22 PM), <http://www.amazon.com/forum/kindle/Tx2MEGQWTNGIMHV> [<http://perma.cc/K64A-RF2C>]; *see also Apple*, 952 F. Supp. 2d at 680-81 (describing the struggle between the publishing houses and Amazon leading up to Amazon's capitulation).

<sup>248</sup> *Apple*, 952 F. Supp. 2d at 681.

<sup>249</sup> *Id.* at 645.

<sup>250</sup> Response of Plaintiff United States to Public Comments on the Proposed Final Judgment at 21, *Apple*, 952 F. Supp. 2d 638 (No. 12-CV-2826-DLC).

<sup>251</sup> *Id.* at 21-22 (quoting Complaint at 9, *Apple*, 952 F. Supp. 2d 638 (No. 12-CV-2826-DLC)).

<sup>252</sup> *Apple*, 952 F. Supp. 2d at 708 (“This trial has not been the occasion to decide whether Amazon’s choice to sell NYT Bestsellers or other New Releases as loss leaders was an unfair trade practice or in any other way a violation of law.”).

<sup>253</sup> *See id.* at 650 (noting that Amazon “continued to sell many NYT Bestsellers as loss leaders”); Complaint, *supra* note 251, at 9 (“From the time of its launch, Amazon’s e-book distribution business has been consistently profitable, even when substantially discounting some newly released and bestselling titles.”); Response of Plaintiff United States to Public Comments on the Proposed Final Judgment, *supra* note 250, at 21-22.

장했다. 이러한 관점은 전체적인 e-book 비즈니스가 수익성이 있었을지라도 특정한 e-book 라인(베스트셀러 또는 신간)의 큰 손실이 경쟁을 방해할 수 있다는 사실을 간과한다. DOJ가 e-book 시장을 베스트 셀러 e-book 과 같이 조금 더 세부적인 라인이 아닌 큰 틀에서 정의한 것 또한 큰 실수이다. 플랫폼 기반의 상품 경제가 그렇지 않은 상품들과 다른 결정적인 부분을 인지하지 못한 결과이다.<sup>254</sup> 그 결과로 DOJ는 e-book 시장을 분석할 때 일반 오프라인 출판시장을 분석하듯 평가한 것이다.

E-book과 오프라인 출판시장의 차이를 인지하지 못했다는 사실은 정부와 Cote판사가 아마존의 원가 이하 가격 책정을 약탈적 가격 책정 대신 손해로(loss-leading)으로 판단했다는 데에서 증명된다.<sup>255</sup> <sup>256</sup> Loss-leading과 약탈적 가격 책정의 명확한 차이는 법률에 명시되어 있지 않다. 대신 그 차이는 원가 이하 책정의 본질에서 나오는데, 특히 그 정도와 의도를 통해 구분할 수 있다. Cote판사의 loss leading 판결은 아마존의 원가 이하 가격 책정이 1) 전체적이지 않고 선택적이다 그리고 2) 독점하려는 의도가 없었다 라는 두 관점에서 나온 것이다.<sup>257</sup> 이게 사실 이라면 아마존의 목적은 다른 e-book 경쟁사들을 시장에서 쫓아내고 책의 가격을 인상할 수 있는 힘을 가지려 했던 것이 아니라 단지 아마존의 다른 상품들 (e-book 이외)의 추가 판매율을 높이기 위함이라는 것이다.<sup>258</sup> 다시 말해서 아마존의 단기 목표는 경쟁사들에게 피해를 주고 가격을 올리기 보다는 더 많은 전자책과 전자책을 파는 것이었기 때문에 아마존의 행위는 약탈적 가격 책정보다는 손실이라는 것으로 여겨진다. DOJ 와 지방 법원이 놓친 부분은 이 경우에 사용된 원가 이하 가격 책정은 아마존이 시장을 독점하고 그 위치를 굳건히 할 수 있도록 도왔다는 사실이다. 이는 오프라인 매장들에서 일어날 수 있는 loss leading과는 확연한 차이가 있다.

온라인 쇼핑과 실제로 매장을 방문하는 것은 큰 차이가 있다. 예를 들어보자. 만약 월요일에 Walmart에서 양말을 파격세일 하고 있다고 치자. 소비자는 양말을 사고자 방문했고 양말 구매 후 간김에 우유도 구매할 수 있다. 그리고 소비자가 목요일에 다시 Walmart를 방문한다면 이는 Walmart가 종종 파격할인을 한다는 사실을 알기 때문이지 지난 월요일에 양말 파격할인을 했고 그걸 구매했기 때문이 아닌 것이다.

그러나 온라인 구매는 다르다. 예를 들어 월요일에 아마존에서 Harper Lee's Go Set a Watchman의 e-book 버전을 파격할인해서 판매했고 소비자는 e-book과 kindle을 모두 구매했다고 치자. 그리고 소비자는 목요일에 다시 아마존 사이트를 방문하게 되는데 이는 단순히 아마존이 좋은 할인을 많이 해서가 아니다. 여러가지 다른 이유가 존재한다. 하나는 다른 e-book 판매사와 같이 아마존은 디지털 저작권 관리(digital rights management, DRM)라는 제도를 사용한다. 이는 특정한 형태의 e-book(파일)을 읽을 수 있는 장치를 제한한다.<sup>259</sup> 아마존은 저렴한 e-book 가격을 통해 kindle 구매를 부추긴다. 그리고 이 구매로 인해 그 소비자는 추후 e-book 구매도 아마존에서 하게 될 확률이 매우 높다.<sup>260</sup> 더욱이 아마존 플랫폼에서 e-book 을 구매하거나 둘러보는 것만으로도 소비자는 아마존

<sup>254</sup> See generally Jean-Charles Rochet & Jean Tirole, *Platform Competition in Two-Sided Markets*, 1 J. EUR. ECON. AS'SN 990 (2003) (explaining the dynamics of competition in two-sided markets).

<sup>255</sup> Traditionally, a retailer loss-leads when it prices one good below cost in order to sell more of another good, assuming that discounts on one good will attract and retain consumers. Walmart choosing to price t-shirts below cost to sell more shorts would be an example of loss leading.

<sup>256</sup> John B. Kirkwood, *Collusion To Control a Powerful Customer: Amazon, E-Books, and Antitrust Policy*, 69 U. MIAMI L. REV. 1, 38-39 (2014).

<sup>257</sup> *Id.* at 39.

<sup>258</sup> See *id.*

<sup>259</sup> See Cory Doctorow, *Why the Death of DRM Would Be Good News for Readers, Writers and Publishers*, GUARDIAN (May 3, 2012, 10:25 AM), <http://www.theguardian.com/technology/2012/may/03/death-of-drm-good-news> [<http://perma.cc/H77L-7KZ8>] ("If Tor sells you one of my books for the Kindle locked with Amazon's DRM, neither I, nor Tor, can authorise you to remove that DRM. If Amazon demands a deeper discount (something Amazon has been doing with many publishers as their initial ebook distribution deals come up for renegotiation) and Tor wants to shift its preferred ebook retail to a competitor like Waterstone's, it will have to bank on its readers being willing to buy their books all over again.").

<sup>260</sup> See Ana Carolina Bittar, *Unlocking the Gates of Alexandria: DRM, Competition and Access to E-Books* 1 (July 25, 2014) (unpublished manuscript), <http://ssrn.com/abstract=2620354> [<http://perma.cc/6RHH-6QM4>] ("[S]ince each bookseller uses a different proprietary DRM scheme on their e-books, compatible with a limited number of reading platforms, consumers face problems with interoperability. For example, a Kindle owner cannot buy books from Barnes & Noble, and a Nook owner cannot buy books from Apple. This lack of interoperability can

에게 그들의 리딩습관이나 책의 취향을 알려주게 된다. 아마존은 이 정보를 통해 소비자에게 딱 맞는 책 추천과 여러 이벤트들을 소개할 수 있는 것이다.<sup>261</sup> 이후 추가적인 상품구매를 통해 이 과정이 반복될수록 아마존이 이 소비자를 잡아둘 수 있는 힘은 더욱 강해진다. 이렇게 된다면 이후 이 소비자가 다른 서점에서 NOOK 과 e-book 반스 앤 노블을 통해서 구매할 확률은 매우 적어진다. 그 가게가 매우 파격적인 할인을 한다 해도 말이다.

달리 말하자면 플랫폼 기반 전자상거래에서의 loss leading은 오프라인에서의 loss leading 보다 더 큰 리턴을 가져온다. 특히나 e-book 과 같은 디지털 상품들에서는 그 차이가 매우 뚜렷하다. 첫 판매 또는 초기판매가 같은 한계가치는 (marginal value) 프린트된 책들보다 e-book 에서 훨씬 높다. 왜냐하면 기술적인 디자인과 personalization(맞춤형) 가치로 인한 lock-in효과가 발생하기 때문이다. 정부와 Cote판사는 e-commerce와 디지털 상품들을 실제 오프라인 매장과 상품들과 동일하게 여겼고 이로 인해 아마존의 원가 이하 가격 책정의 반경쟁적인 면을 보지 못했다. 아마존이 e-book 베스트셀러 가격책정을 통해 초기에 얻고자 한 효과는 더 많은 e-book 판매였을지 모르나 이 전략을 통해 그들은 온라인 시장을 독점할 수 있었고 미래에 가격을 다시 인상할 수 있는 힘도 얻게 되었다. 이러한 면에서 전통적인 접근의 loss leading과 약탈적 가격 책정의 구분은 맞지 않다.

플랫폼의 경제성이 호스팅되는 플랫폼의 원가 이하 가격이 장기적인 지배력을 촉진하는 경향이 있다는 것을 의미하는 대신, 정부는 산업이 “동적이고 진화하고 있다”고 위안하며 “기술을 가진 대기업 및 다국적 서적 출판사 및 전자책 사업 대한 국내 소매업체의 지속적인 투자”로 아마존이 지배하는 시장을 불가능하게 만들었다고 결론 지었다.<sup>262</sup> 아마존의 이러한 초기 선두권은 장기적인 독점으로 이어졌다. 아마존은 이제 e-book 시장의 65%정도를 차지하며<sup>263</sup> e-reader 시장은 74%를 웃돈다.<sup>264</sup> 이에 대적해 몇 년에 새로운 기업들이 나타났으나 그들마저도 이제는 시장에서 발을 빼기 시작했다. Sony는 U.S Reader 스토어를 닫았고 이제는 새로운 e-reader들을 생산하지 않는다. Barnes & Noble도 NOOK에 투자하는 펀딩을 74% 삭감했다. 불과 몇 년 전만 해도 유망주였던 업체들은 이제 시장에서 후퇴하고 있다. 소니는 미국 리더기 매장을 폐쇄하고 더는 미국 시장에 새로운 전자책 리더기를 선보이지 않고 있다.<sup>265</sup> 반스 앤 노블은 누크에 대한 자금을 Nook를 74% 삭감했다.<sup>266</sup> 유일하게 남은 e-book 경쟁사는 Apple정도이다.<sup>267</sup>

정부가 총수익률에 초점을 맞춰 약탈적 가격 책정 혐의를 부인하는 바람에 정부와 법원 모두 recoupment (보상)에 대한 질문은 묻지도 못했다. 현재 정책에 따르면 원가 이하 가격 책정이 약탈적인지 아닌지에 대한 여부는 기

increase barriers to entry, switching costs, and network effects. Consequently, consumers are often locked into an e-book ecosystem, which permits booksellers to act as gatekeepers of the e-book market.”).

<sup>261</sup> See Alexandra Alter, *Your E-Book Is Reading You*, WALL ST. J. (July 19, 2012, 3:24 PM), <http://www.wsj.com/articles/SB1000424052702304870304577490950051438304> [<http://perma.cc/6LQW-BCKJ>] (“The major new players in e-book publishing—Amazon, Apple and Google—can easily track how far readers are getting in books, how long they spend reading them and which search terms they use to find books. Book apps for tablets like the iPad, Kindle Fire and Nook record how many times readers open the app and how much time they spend reading. Retailers and some publishers are beginning to sift through the data, gaining unprecedented insight into how people engage with books.”).

<sup>262</sup> Response of Plaintiff United States to Public Comments on the Proposed Final Judgment, *supra* note 250, at 22.

<sup>263</sup> *October2015 - Apple, B&N, Kobo, and Google: A Look at the Rest of the Ebook Market*, AUTHOR EARNINGS (Oct. 2015), [http://authorearnings.com/report/october-2015-apple-bn-kobo-and](http://authorearnings.com/report/october-2015-apple-bn-kobo-and-google-a-look-at-the-rest-of-the-ebook-market) <http://perma.cc/GKN4-SA43> (noting that Amazon also sells 85% of indie e-books).

<sup>264</sup> *Statistics and Facts About Amazon*, STATISTA (2016), <http://www.statista.com/topics/846/amazon> [<http://perma.cc/YR3Q-D7YE>].

<sup>265</sup> Sony Gives Up on Selling E-Readers, BBC (Aug. 5, 2014), <http://www.bbc.com/news/technology-28663878> [<http://perma.cc/D29U-W7NZ>].

<sup>266</sup> Jim Milliot, B&N Cut Nook Investment by 74% in Third Quarter, PUBLISHERS WEEKLY (Mar. 7, 2014), <http://www.publishersweekly.com/pw/by-topic/industry-news/bookselling/article/61331-b-n-cut-nook-investment-by-74-in-third-quarter.html> [<http://perma.cc/846M-28HZ>].

<sup>267</sup> Nor is the decline of Amazon competitors unique to e-books. “Now, with Borders dead, Barnes & Noble struggling and independent booksellers greatly diminished, for many consumers there is simply no other way to get many books than through Amazon.” Streitfeld, *supra* note 1.



업이 소실을 보상받느냐에 달려있다. 그러므로 우리는 아마존이 자신들의 영향력을 통해 지금의 정책이 지적하지 못하는 다른 방법으로 손실을 보상받지는 않는지 검토해보아야 한다.

가장 당연한 방법은 손실을 본 e-book 베스트셀러의 다른 라인의 책 또는 e-book 전체의 가격을 인상하는 것이다. 이런 intra-product market 형태의 보상법이 법원이 인정하는 약탈적 가격책정을 인정하는 방법이다. 그러나 아마존이 e-book의 가격을 인상했는지 불분명하다. New York Times가 언급하길 “아마존의 가격 변동을 철저히 추적하는 것은 매우 어렵다.” 이 뜻이 즉 아마존 가격의 트렌드는 일시적이고 단편적이란 뜻이다 (anecdotal and fragmentary).<sup>268</sup> 한 아마존 고객은 증언하길 아마존 상품들은 특별한 이유 없이 가격 변동이 심하다고 했다.<sup>269</sup>

이는 아마존을 상대로 recoupment analysis를 진행하기에 어려움이 있음을 보여준다. 아마존이 언제 얼마나 가격을 인상하는지는 뚜렷이 보이지 않을 수 있다. 온라인 상업은 2가지의 방법으로 아마존이 가격 인상을 티나지 않게 할 수 있도록 도와준다: 1) 빠르고 거듭되는 가격변동과 2) 개인별로 차별화된 가격책정 (personalized pricing) 이다.<sup>270</sup> 반복적인 가격변동은 소비자로서 하여금 가격의 트렌드를 알 수 없게 한다. 일설에 의하면 아마존은 하루에 250만번 가격 변동이 있다고 한다.<sup>271</sup> 또한 아마존은 개인 고객들에 맞춰 가격을 책정할 수 있다. 이는 1급 가격차별(first degree price discrimination)이라고 부른다. 아마존이 현재 personalized pricing을 하고 있다는 공식적인 증거는 없다.<sup>272</sup> 다만 많은 온라인 매장들이 이를 어떻게 티 안나게 적용시킬지 방법을 찾는데 많은 자원을 투자한다.<sup>273</sup> 2014년 National Retail Federation 연례회의에서의 주된 대화 주제는 어떻게 하면 소비자들의 비난을 피해 차별가격제를 도입할 수 있을지였다.<sup>274</sup> 언급된 한 가지 방법은 세일 기간에 차별화된 쿠폰을 발송하는 것이었다. 이 방법을 사용하면 소비자들에게 온라인에서 서로 다른 가격을 제시할 필요 없이 차별적 가격제를 적용시킬 수 있기 때문이다.<sup>275</sup>

만약 아마존을 포함한 온라인 매장들이 이러한 차별가격제를 사용한다면 소비자들은 자신들만의 가격동향이 생겨 전체적으로 일관된 가격트렌드를 알 수 없을 것이다. 이런 상황이라면 recoupment analysis를 위한 가격 인상을 검토할 때 어떻게 할 수 있을지 분명하지 않다. 일부 소비자들은 더 높은 가격을 직면하고, 다른 소비자들은 더 낮은 가격을 즐긴다면 명백한 결론은 없을 것이다. 아마존이 그동안 축적한 방대하고 정확한 데이터를 통한다면 차별가격제를 사용하는 것은 충분한 가능성이 있어 보인다.<sup>276</sup> 아마존이 가격인상을 했는지 했다면 얼마나 했

<sup>268</sup> Id.

<sup>269</sup> See id.

<sup>270</sup> Several journalists have tracked instances of price discrimination in e-commerce. See, e.g., Julia Angwin et al., *The Tiger Mom Tax: Asians Are Nearly Twice as Likely To Get a Higher Price* from Princeton Review, PROPUBLICA (Sept. 1, 2015), <http://www.propublica.org/article/asians-nearly-twice-as-likely-to-get-higher-price-from-princeton-review> [<http://perma.cc/L96N-SZKR>]; Jennifer Valentino-Devries et al., *Websites Vary Prices, Deals Based on User Information*, WALL ST. J. (Dec. 24, 2012), <http://www.wsj.com/articles/SB1000424127887323777204578189391813881534> [<http://perma.cc/BF3S-ZX3C>].

<sup>271</sup> Roberto A. Ferdman, *Amazon Changes Its Prices More than 2.5 Million Times a Day*, QUARTZ (Dec. 14, 2013), <http://qz.com/157828/amazon-changes-its-prices-more-than-2-5-million-times-a-day> [<http://perma.cc/W25A-EUNP>].

<sup>272</sup> But recent reporting does suggest that Amazon manipulates how it presents pricing in order to favor its own products. See Julia Angwin & Surya Mattu, *Amazon Says It Puts Customers First. But Its Pricing Algorithm Doesn't*, PROPUBLICA (Sept. 20, 2016), <http://www.propublica.org/article/amazon-says-it-puts-customers-first-but-its-pricing-algorithm-doesnt> [<http://perma.cc/RR6C-FTS4>] (“[T]he company appears to be using its market power and proprietary algorithm to advantage itself at the expense of sellers and many customers.”).

<sup>273</sup> See Lina Khan, *Why You Might Pay More than Your Neighbor for the Same Bottle of Salad Dressing*, QUARTZ (Jan. 19, 2014), <http://qz.com/168314/why-you-might-pay-more-than-your-neighbor-for-the-same-bottle-of-salad-dressing> [<http://perma.cc/IL3-QCBC>].

<sup>274</sup> Id.

<sup>275</sup> Id. (“Coupons will be the doorway in to differential pricing,” said Scott Anderson, principal consultant at FICO, which provides data analytics and decision-making services. In other words, we could all end up paying significantly different amounts for the same items, even if we see the same prices while browsing.”).

<sup>276</sup> As a group of authors stated in a recent letter to the Justice Department:

[T]he corporation's detailed knowledge of the buying habits of millions of readers—which it amasses through a minute-by-minute tracking of their actions online - puts it in a powerful position to use such 'personalized' pricing and marketing to influence the decisions of readers and thereby extract the most amount of cash possible from each individual.

는지를 판별하는 것은 Matsushita나 Brooke Group 법원이 예상했던 것보다 훨씬 어려울 것이다.<sup>277</sup>

오프라인의 매장들도 고객들의 소비 성향을 파악하고 차별화된 쿠폰을 발송하는 건 마찬가지다. 그러나 온라인 기업들이 모을 수 있는 소비자 행동정보들은 감히 따라갈 수 없다. 예를 들어 소비자가 특정한 상품을 얼마동안 보고 있었는지, 특정상품이 소비자의 장바구니에 얼마나 오랫동안 있었는지, 또는 특정 상품을 매장에서 찾기 전 어떤 패션 블로그를 방문했었는지 등 말이다. 온라인 매장들이 소비자들에게 제공할 수 있는 개인 맞춤형 쇼핑 experience는 오프라인이 절대 따라갈 수 없는 수준이다. 그 이유는 온라인 매장들이 훨씬 더 디테일하고 니앙스적인 소비자 행동들을 정확히 파악할 수 있기 때문이다. 그리고 오프라인 매장에서는 할인을 한다고 해도 모든 고객이 같은 가격을 보게 되는 반면, 인터넷 매장들은 완벽하게 개인에 맞춘 가격 책정과 동향을 통해 가격의 변동을 가늠할 기본적인 가격대를 알 수 없게 만든다.

아마존이 어떤 상품시장에서 가격인상을 결정할지도 알 수 없는 일이다. 법원은 일반적으로 기업이 손실을 본 상품들에 한에서 다시 가격인상을 할 것이라고 가정한다. 하지만 다른 시장을 통해 보상을 받는 것도 충분히 가능한 전략이다. 특히 아마존처럼 다양한 상품과 서비스를 제공하는 기업이라면 더욱 가능성이 높아진다. 보고에 의하면 아마존이 2013년에 이러한 전략을 썼다고 한다. 기업은 최근 학술도서와 소형출판사책들의 가격을 인상하며 two-tier system의 위험을 감수했다. 이런 경우 몇몇의 책들이 소비자가 구매할 수 없을 정도로 가격이 높아질 수 있다.<sup>278</sup> 아마존은 e-book 대신 프린트된 책들의 가격을 인상함으로써 기존에 있던 손실을 보상받을 수도 있을 것이다. 그러나 이런 cross-market recoupment는 법집행관들이 보통 고려하지 않는 상황이다.<sup>279</sup> 이러한 오류가 생겨난 큰 이유 중 하나는 시카고 학파의 주장 때문일 것이다. 그들이 주장하는 한 상품 시장에서의 recoupment는 잘 일어나지 않는다는 가정으로 인해 여러 상품시장에 걸친 (multi-product market) recoupment 또한 타당해 보이지 않는 것이다.<sup>280</sup>

현재의 약탈적 가격 정책은 소비자의 가격이 인상되는 형태의 recoupment만 고려하고 있다. 그러나 아마존은 출판사들에게 더 높은 비용을 받으며 손해를 메꿀 수도 있을 것이다. 대형 서점인 Barnes & Noble은 오랜시간 동안 본인의 시장 점유율을 이용해 출판사들을 상대로 다양한 추가 비용을 받아냈다. 예를 들면 서점 앞 유리쪽의 자리배치 라던지 이달의 책 선정 등 말이다.<sup>281</sup> 아마존의 독점력은 e-book 시장에서 그들이 출판사들을 상대로 아주 기본적인 서비스를 더 높은 비용을 요구할 수 있게 했다. 그 예로 작년 Hachette과 재계약을 할 때, 아마존은 사전예약주문버튼, 도서 추천, 그리고 아마존 직원의 배치등 기본적인 서비스를 위해 높은 비용을 요구하였다.<sup>282</sup>

Letter from Authors United to William J. Baer, Assistant Att'y Gen., Antitrust Div., Dep't of Justice (July 14, 2015), <http://www.authorsunited.net/july/longdocument.html> [<http://perma.cc/L9RN-YESR>]; see also David Streitfeld, *Accusing Amazon of Antitrust Violations, Authors and Booksellers Demand Inquiry*, N.Y. TIMES (July 13, 2015), <http://www.nytimes.com/2015/07/14/technology/accusing-amazon-of-antitrust-violations-authors-and-booksellers-demand-us-inquiry.html> [<http://perma.cc/G8QF-5LYY>] (reporting on the Authors United letter to the Assistant Attorney General and its claim that Amazon seems to be "engag[ing] in content control" in its decisions to sell certain books).

<sup>277</sup> See *supra* Section I.A. For accounts of how some retailers have successfully implemented discriminatory pricing online, see *supra*note 270 and accompanying text.

<sup>278</sup> Streitfeld, *supra*note 1.

<sup>279</sup> See PHILLIP AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, *FUNDAMENTALS OF ANTITRUST LAW* 7-72 (2010) ("There may be cases in which a predator who makes more than one product or operates in more than one region selects only one for below-cost pricing but reaps recoupment benefits in all . . . The courts have not dealt adequately with this problem."); Leslie, *supra* note 94, at 1720 ("Courts apparently do not appreciate the prospect of recoupment in another market."); Timothy J. Trujillo, Note, *Predatory Pricing Standards Under Recent Supreme Court Decisions and Their Failure To Recognize Strategic Behavior as a Barrier to Entry*, 19 J. CORP. L. 809, 813, 825 (1994) ("The . . . recoupment analysis in *Matsushita*, *Cargill*, and *Brooke* refers to recoupment only in the market in which the predation actually occurs. Thus, the Court's analyses and test . . . ignore the possibility that successful predation could occur because the dominant firm can spread its gains from predation over several markets.").

<sup>280</sup> See Leslie, *supra* note 94, at 1720-21.

<sup>281</sup> See Randy Kennedy, *Cash Up Front*, N.Y. TIMES (June 5, 2005), <http://www.nytimes.com/2005/06/05/books/review/cash-up-front.html> [<http://perma.cc/H9L2-RUPU>].

<sup>282</sup> See James B. Stewart, *Booksellers Score Some Points in Amazon's Spat with Hachette*, N.Y. TIMES (June 20, 2014), <http://www.nytimes.com/2014/06/21/business/booksellers-score-some-points-in-amazons-standoff-with-hachette.html>

계약에 참여했던 사람의 말에 의하면 “아마존은 기본서비스에 대한 개념이 굉장히 창의적이다”이며 “만약 이런 서비스를 이용하고 싶으면 그것에 대한 대가를 지불해야한다며 약올리는 것 같았다”라고 말했다.<sup>283</sup> 아마존은 기존에 무료로 제공했던 서비스들에 대한 비용을 요구하며 또다른 수익을 올리고 있다. 아마존이 이러한 무리한 비용들을 요구할 수 있는 바탕에는 원가 이하 가격 택정을 통해 얻은 독점력이 있다. 아마존이 수직통합을 통해 도서 출판으로도 비즈니스를 넓힌 것은 비용을 인상할 수 있는 힘을 더욱 굳건히 해주었다. 비용을 지불하길 거부하는 출판사는 아마도 아마존이 자신들의 책을 더 선호하며 차별하는 모습을 볼 수 있을 것이다. 이는 명백한 이해의 충돌을 보여준다. 아마존의 Kindle 베스트셀러 리스트에 자회사 출판사의 책들이 과반수를 차지하는 걸 흔히 볼 수 있다.<sup>284</sup>

현재의 정책으로는 제지를 가하지 못하지만 아마존이 다른 출판사들에게 주는 압박은 우려가 되는 부분이다.<sup>285</sup> 첫째로, 아마존의 가격책략과 더 나은 조건을 위해 도서 판매자들의 통합은 출판사들의 통합으로 이어졌다. 출판사들의 결합은 1990년대에 전성기에 이르렀는데 이들은 커져만 가는 Borders 와 Barnes & Noble의 영향력에 맞서 힘을 합쳐 본인들의 크기를 키우기로 결심한다. 그리하여 2000년대 초반에 들어서 출판사들은 Bix Six로 자리 잡았다.<sup>286</sup> 이러한 트렌드는 작가들과 독자들에게 모두 피해를 입히게 된다. 작가들은 자신의 작품을 팔 시장을 찾기가 어려워졌고 독자에게는 한정된 도서시장이 제공되었다. 아마존의 성장과 함께 주요 출판사들의 합병 현상은 더욱 심해져 Bix Five가 되었다.<sup>287</sup>

둘째, 아마존의 높아지는 계약비용은 출판사들의 비즈니스 모델을 변화시키고 있다. 그리고 이에 따라 다양성을 해칠 수 있는 위험도 높아졌다. 일반적으로 출판사들은 cross-subsidization 모델을 기반으로 베스트셀러 수익을 통해 더 큰 투자가 필요한 조금 더 무겁고 도전적인(risky) 책들을 보조해왔다.<sup>288</sup> 그러나 아마존에게 내야하는 높은 계약비용 때문에 출판사들은 다양한 종류의 책들에게 투자할 돈이 부족하다고 말한다. 최근 작가 단체가 DOJ 에게 쓴 편지에 의하면 “아마존의 행동이 도서산업에 있어 필수적인 자원을 제한하고 있고 양질의 다양한 도서를 출판할 기회를 박탈 시키고 있다”<sup>289</sup> 고 했다. 작가들에 의하면 출판사들은 아마존과의 계약비용을 충당하기 위해 더 적은 양의 출판물을 내고 그나마도 유명인 또는 베스트셀러 작가의 작품만을 출판하고 있다고 했다.<sup>290</sup> 이는 미국의 사상의 자유 시장 (marketplace of ideas) 을 약화시키는 일이다.<sup>291</sup>

---

[<http://perma.cc/PD34-M285>].

<sup>283</sup> *Id.*

<sup>284</sup> See LaVecchia & Mitchell, *supra* note 6, at 2.

<sup>285</sup> Acquisition and maintenance of monopsony power are still recognized harms under the Sherman and Clayton Acts, even though few cases are brought today. *But cf* Complaint at 12-13, United States v. George's Foods, LLC, No. 5:11-cv-00043-gec (W.D. Va. May 10, 2011) (arguing that a company's acquisition of a chicken complex would "substantially lessen competition for the purchase of broiler grower [chicken farmer] services . . . in violation of Section 7 of the Clayton Act").

<sup>286</sup> Boris Kachka, *Book Publishing's Big Gamble*, N.Y. TIMES (July 9, 2013), <http://www.nytimes.com/2013/07/10/opinion/book-publishings-big-gamble.html> [[http://perma.cc/AP\\_5X](http://perma.cc/AP_5X)] ("The merger, announced last October and completed on July 1 after regulatory approval, shrinks the Big Six, which publish about two-thirds of books in the United States, down to the Big Five.").

<sup>287</sup> *Id.* Publishers have also merged divisions internally. See, e.g., Alex Shephard, *The Vanishing Mass Market: Penguin Merges Two Mass Market Publishing Houses To Create New Mass Market Publishing House*, MELVILLE HOUSE (June 26, 2015), <http://www.mhpbooks.com/the-vanishing-mass-market-penguin-merges-two-mass-market-publishing-houses-merge-to-create-new-mass-market-publishing-house> [<http://perma.cc/F4V6-GGLU>].

<sup>288</sup> Cross-subsidization schemes can have widely different effects, depending on how the two submarkets are or are not interrelated. In Amazon's case, losses do have cross-market effects: Amazon prices below cost in order to generate higher sales in another line of business; its losses in one market *actively boost* another market. By contrast, the cross-subsidization model used by publishers has no analogous crossover effects. A publisher might decide to publish an obscure book, even if it knows it will lose money, and subsidize those losses through profits made on a more popular book. However, the publisher's choice to sustain a loss on the obscure book does not *boost* sales of its popular books. The major difference in Amazon's case is that it is an online platform. The market effects across its different segments are significant in ways that do not hold for brick-and-mortar stores or other non-platform entities.

<sup>289</sup> Letter from Authors United to William J. Baer, *supra* note 276. — 35 —

<sup>290</sup> *Id.*

아마존의 이러한 행동은 시카고 학파 이전의 반독점 시각을 통해서도 충분히 제지가 되었을 것이다. 그때의 약탈적 가격 책정 금지법에서는 넓은 범위의 가치를 지키려 했다. 20세기 초중반의 약탈적 가격 책정 관련 법률에 의하면 도서시장에서의 생각 (idea)의 다양성과 활기를 저해하는 행위는 정부의 검토와 제지를 받았을 것이다. 아마존의 시장 독점으로 인한 위험들은 반독점법을 만들게 된 우려들과도 연관이 있다. 예를 들어 아마존이 자신들이 선호하지 않는 책들을 상대로 보복을 한다면 이는 언론 자유에 대한 우려를 일으킨다. 아마존이 복수를 하는 이유는 다양할 수 있다. 출판사들에게 더 많은 압박을 가하기 위함일 수도 있고, 다른 정치적인 이유일 수도 있다. 이유가 어찌 되었든, 아마존의 독단적인 통제의 정도는 이전 반독점 analysis를 따랐던 법집행자들에 의해 문제로 제기되었을 것이다. 그때의 반독점 analysis는 speech와 idea의 다양성도 주요한 요소로 포함시켰으니 말이다.

지금의 소비자 복지 기준의 체제조차도 아마존이 출판사들에게 비용을 요구하며 자신들의 손실을 메꾸려고 하는 행동은 해롭다는 것을 알아차려야 한다. 독자들의 선택과 다양성을 제한하는 시장은 소비자피해로 이어진다. DOJ가 Apple과 다른 출판사들을 상대로 한 소송에서 이러한 우려를 고려하지 못했다는 것은 지금의 약탈적 가격 정책이 아마존의 행동이 가할 수 있는 해를 제대로 인지하지 못하고 있다는 걸 뜻한다.<sup>292</sup>

아마존은 e-book 시장에서의 원가 이하 가격책정을 통해 그 시장의 65%를 차지할 수 있었다.<sup>293</sup> 이는 현존하는 약탈적 가격 정책을 여러 측면에서 시험한다. 우선 아마존은 정책에서 주장하는 전제와 달리 손해를 본 베스트셀러 e-book 이 아닌 다른 분야의 e-book 또는 하드카피 책들의 가격을 인상함으로써 손해에 대한 보상을 취할 수 있다. 어느 경우든 아마존은 손실을 입은 원래 시장 밖에서 회복할 것이기 때문에 법원은 이러한 시나리오를 찾거나 고려할 것 같지 않다. 또한 지속적인 가격변동과 차별적인 가격책정을 통해 아마존은 아무도 모르게 상품 가격을 인상할 수도 있다. 그 뿐 아니라 아마존 플랫폼에 의존하는 출판사들에게 더 많은 fee를 요구하며 손해를 메꿀 수도 있다. 이는 출판되는 작품들의 다양성과 퀄리티를 저하시킬 수 있다. 하지만 소비자보다는 공급자측의 손해이기 때문에 정부의 제재를 받을 확률은 매우 낮다. 지금의 약탈적 가격 정책은 아마존의 전략으로 인해 도서시장이 마주한 손해를 지적하는데 실패했다.

#### B. Quidsi 인수와 진입/퇴출 장벽에 대한 잘못된 가정

아마존은 다시 한번 원가 이하 가격책정을 통해 경쟁 기업을 압박하고 인수하는데 성공했다. 이는 지금의 반독점 법이 가정하는 약탈적 가격 책정이 독점으로 이어질 수 없다는 전제를 다시한번 시험한다. 이 전제에 의하면 온라인 소매업의 진입장벽은 낮다고 가정한다. 그러나 성공적으로 온라인 플랫폼을 설립하고 고객들을 모으기 위해서는 실제로 상당한 초기 투자가 필요하다. 또한 아마존의 행동을 통해 심리적인 위협이 독점기업의 힘을 제지할 수 있는 새로운 기업의 진입을 좌절시킬 수 있다는 걸 볼 수 있다.

2008년에 Quidsi는 세계에서 가장 빠른 성장을 보여준 e-commerce회사 중 하나였다.<sup>294</sup> 여러 플랫폼을 통해 아기 용품, 가정용품, 뷰티용품 등 다양한 상품들을 판매했다. 아마존은 2009년 이런 Quidsi를 인수하려 했고 처음엔 거절 당했다.<sup>295</sup> 하지만 곧바로 아마존은 자신의 플랫폼 내 아기 용품 가격을 30% 까지 낮추었고<sup>296</sup> 이는 서

<sup>291</sup> Id.

<sup>292</sup> That said, the DOJ did consider how rising consolidation in the media sector-specifically in the context of a proposed merger between two newspapers -would risk undermining the spread of ideas. Press Release, Office of Pub. Affairs, U.S. Dep't of Justice, Justice Department Files Antitrust Lawsuit To Stop L.A. Times Publisher from Acquiring Competing Newspapers (Mar. 17, 2016), <http://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-files-antitrust-lawsuit-stop-la-times-publisher-acquiring-competing-newspapers> [http://perma.cc/3MNY-8XZE] ("Newspapers continue to play an important role in the dissemination of news and information to readers. . . ." (quoting Assistant Attorney General Bill Baer of the DOJ's Antitrust Division)).

<sup>293</sup> At the height of its market share, this figure was closer to 90%. After Apple entered the market, Amazon's share fell slightly and then stabilized around 65%. See Packer, *supra* note 239.

<sup>294</sup> STONE, *supra* note 239, at 297 ("Quidsi [grew] from nothing to \$300 million in annual sales in just a few years. . .").

<sup>295</sup> Id. at 295-96.

<sup>296</sup> Id. at 296.

서히 Quidsi의 판매에도 영향을 끼쳤다. 아마존의 가격책정 프로그램이 Quidsi의 아기용품 가격을 철저히 감시하며 Quidsi가 가격 변화를 줄 때마다 아마존은 그에 맞춰 자신들의 상품가격을 확 낮추었다.<sup>297</sup> 2010년 9월 아마존은 Amazon Mom을 추가로 출시했고 1년동안 two-day 프라임 배송 서비스를 제공했다. (원래는 연회비 79달러에 해당하는 서비스이다)<sup>298</sup> 또한 소비자들은 “Subscribe and save”라는 서비스를 통해 monthly delivery를 신청하면 기저귀 추가 30% 할인을 받을 수 있었다.<sup>299</sup> Quidsi 경영진의 계산에 따르면 아마존은 이 서비스로 인해 기저귀용품 한해서만 3달동안 1억 달러에 달하는 손해를 볼 상황이었다.<sup>300</sup>

결국 아마존의 낮은 가격 정책은 Diaper.com의 성장이 잠식했고, 아마존의 가격 압박에 굴복했다.<sup>301</sup> 반면에 아마존의 도전을 감안할 때 투자자들은 Quidsi에 더 많은 돈을 쏟아 붓지 않도록 경계했다.<sup>302</sup> 이러한 아마존의 가격 전쟁을 따라잡기 위해, Quidsi는 Walmart와 잠재적으로 사업을 매각하는 것에 논의하기 시작했다. 그러나 아마존이 끼어들어 공격적인 반격을 가했다.<sup>303</sup> 비록 Walmart가 더 높은 최종 입찰가를 제시했지만, Quidsi는 결국 그들의 영향력에 대한 두려움으로 인해 아마존에게 인수를 동의하게 된다.<sup>304</sup> FTC는 아마존과 Quidsi 합병을 검토하였고 이 거래가 반경쟁적 위협을 가하지 않는다고 판단해 허락해주었다.<sup>305</sup> Quidsi인수를 통해 아마존은 온라인 아기용품에서의 가장 강력한 경쟁사를 제거할 수 있었다. 아마존은 파격적인 가격책정과 손실을 감안하며 이 거래를 성사시켰다.<sup>306</sup> 그러나 아마존에게 이러한 거래의 힘을 준 것은 결국 투자자들이다. 이런 투자자들의 도움이 없는 Quidsi와 같은 작고 신생의 회사들은 아마존과 같은 손실을 감내할 수 없었던 것이다.

Quidsi 인수 후 아마존은 다시 상품 가격을 인상하였다. 2011년 11월에는 Amazon Mom 프로그램의 새로운 회원도 더 이상 받지 않았다.<sup>307</sup> 이후 회원을 다시 받기 시작했으나 그들은 서서히 이전에 제공했던 관대한 할인과 쇼핑요건들을 줄이기 시작했다. 2012년 2월에 되었을 땐, 30% 였던 할인은 20%로 줄었고 1년동안 제공했던 무료 프라임 멤버십도 3달로 줄었다.<sup>308</sup> 2014년 11월 아마존은 가격을 더욱 인상하였다. 한달에 4개 이상의 상품을 구매하

<sup>297</sup> 2Id.; Brad Stone, *The Secrets of Bezos: How Amazon Became the Everything Store*, BLOOMBERG (Oct. 10, 2013, 5:57 AM), <http://www.bloomberg.com/news/articles/2013-10-10/jeff-bezos-and-the-age-of-amazon-excerpt-from-the-everything-store-by-brad-stone> [http://perma.cc/TD96-G6HV].

<sup>298</sup> Brad Tuttle, *It's Target Versus Amazon in the Battle for Moms*, TIME (Sept. 26, 2013), <http://business.time.com/2013/09/26/its-target-versus-amazon-in-the-battle-for-moms> [http://perma.cc/UJE6-Y3R9].

<sup>299</sup> STONE, *supra* note 239, at 297.

<sup>300</sup> *Id.* at 298.

<sup>301</sup> Jason Del Ray, *How Jeff Bezos Crushed Diapers.com so Amazon Could Buy Diapers.com*, ALL THINGS D (Oct. 10, 2013, 5:09 AM), <http://allthingsd.com/20131010/how-jeff-bezos-crushed-diapers-com-so-amazon-could-buy-diapers-com> [http://perma.cc/K9SD-VGNP].

<sup>302</sup> Will Oremus, *The Time Jeff Bezos Went Thermonuclear on Diapers.com*, SLATE (Oct. 10, 2013, 12:37 PM), [http://www.slate.com/blogs/future\\_tense/2013/10/10/amazon\\_book\\_how\\_jeff\\_bezos\\_went\\_thermonuclear\\_on\\_diapers-com.html](http://www.slate.com/blogs/future_tense/2013/10/10/amazon_book_how_jeff_bezos_went_thermonuclear_on_diapers-com.html) [http://perma.cc/A9JE-VNWR].

<sup>303</sup> Stone, *supra* note 297 (noting that Amazon offered \$540 million, giving Quidsi a forty-eight-hour window in which to respond and "ratchet[ing] up the pressure," telling Quidsi that Bezos was "such a furious competitor [that he] would drive diaper prices to zero if they went with Walmart," in which case "the Amazon Mom onslaught would continue").

<sup>304</sup> *Id.*

<sup>305</sup> The FTC reviewed the deal under Section 7 of the Clayton Act, the provision that governs mergers, as well as section 5 of the Federal Trade Commission Act, which targets general unfair practices. See Letter from Donald S. Clark, Sec'y, FTC, to Peter C. Thomas, Simpson Thacher & Bartlett LLP (Mar. 23, 2011), [http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/closing\\_letters/amazon-com-inc./quidsi-inc./o323amazonthomas.pdf](http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/closing_letters/amazon-com-inc./quidsi-inc./o323amazonthomas.pdf) [http://perma.cc/7E5A-LYMB]; see also Stone, *supra* note 297 ("The Federal Trade Commission scrutinized the acquisition for four and a half months, going beyond the standard review to the second-request phase, where companies must provide more information about a transaction. The deal raised a host of red flags, such as the elimination of a major player in a competitive category, according to an FTC official familiar with the review.").

<sup>306</sup> See STONE, *supra* note 239, at 298.

<sup>307</sup> "At this time, [Amazon Mom is] not accepting new members," a company spokesman stated, declining to explain why. Thad Rueter, *Let's Hope Amazon Doesn't Make Them Wait Until Potty Training Ends*, INTERNET RETAILER (Nov. 30, 2011, 3:35 PM), <http://www.internetretailer.com/2011/11/30/now-amazon-closes-membership-moms-discount-program> [http://perma.cc/L76R-XEHP].

<sup>308</sup> Thad Rueter, *Amazon Tweaks Its Diaper Program, Moms Vent and Competitor Pounces*, INTERNET RETAILER (Feb. 23, 2012, 4:19 PM), <http://www.internetretailer.com/2012/02/23/amazon-tweaks-diaper-program-moms-vent-competitor-pounces> -KYNF].

는 고객들에게 제공되었던 20% 할인권도 없어졌으며 프로그램의 가장 판매율이 높았던 아기 물티슈에 대한 20% 할인도 5% 할인으로 줄어들었다.<sup>309</sup> 이러한 변화들을 지켜보며 한 기자는 “Amazon Mom 프로그램의 관대함이 2010년 처음 출시되었을 때보다 현저히 줄어들었다”고 말했다.<sup>310</sup> 온라인 토론회에서 이러한 아마존의 태도에 화가 난 소비자들은 다시 Quidsi의 사이트로 돌아가서 구매하겠다는 의사도 밝혔다. 그러나 다른 소비자가 지적했듯이 이는 더 이상 가능한 옵션이 아니었다.<sup>311</sup> 이러한 전략을 통해 아마존은 이제 아기용품 시장에서도 안정적인 위치를 차지하게 되었다.<sup>312</sup>

아마존의 이러한 행동은 현대 약탈적 가격 정책의 전제를 또다시 반복한다. Antitrust Paradox에서 Bork가 언급하기를 “현대 사회의 수평적 합병 법칙은 약탈자가 희생자를 단순히 추격함으로써 전쟁을 끝내는 것을 거의 불가능하게 만든다. 포식자의 목적을 달성하기 위해 합병은 독점을 먹여치워야하고 법은 포식의 이윤을 남기기 위해 필수적은 독점의 달성을 방해할 것이다.”<sup>313</sup> 또한, 지금의 정책은 진입장벽이 낮은 시장은 계속적으로 새로운 라이벌이 생겨나기 쉽기 때문에 약탈적 가격 책정이 일어나기 힘들다고 주장했다. 예를 들어 신발 소매업자는 쉽게 시장에서 쫓겨날 수 있지만 그만큼 쉽게 다시 시장에 진입할 수도 있다는 것이다. 그리고 진입장벽이 높은 시장의 경우 (Bork의 말에 의하면) 경쟁자의 퇴출은 일어날 확률이 낮다고 주장한다.<sup>314</sup> 그 이유는 퇴출되기 위해서는 기업의 경영진들이 다른 기업의 포식으로 인해 자신들 기업의 가치가 보잘것 없어졌다고 믿어야 하기 때문이다. 예를 들어 철도사업은 특수한 시설의 건축을 요하기 때문에 시장진입이 어렵다. 그러나 이미 진입한 기업을 시장에서 몰아내기란 쉽지 않을 것이다. 왜냐하면 철도사업의 특수한 시설은 다른 산업에서 대체해서 사용할 수가 없기 때문이다.<sup>315</sup>

그렇다면 온라인 아기용품 판매는 신발 판매와 같은 부류일까 아니면 철도사업과 같은 부류일까? 공식적인 장애물이 없다면 진입은 쉬울 것이다. 철도사업과 달리 아기용품을 온라인에서 판매하는 것은 과도한 투자나 고정비용이 들지 않는다. 그러나 온라인 소매업의 경제학은 전통적인 오프라인 소매업과 차이가 있다. 개인 온라인 사업가로서 새로운 고객층을 확보하고 판매수익을 내기 위해서는 큰 탐색비용이 들게 된다. 그렇기 때문에 대부분의 전자상거래는 판매자들과 구매자들을 이어주는 플랫폼을 통해 이루어진다. 실제로 새로운 기저귀 회사가 시장에 진입하고자 한다면 새로운 온라인 플랫폼을 설립하는 비용을 지불하거나 이미 존재하는 회사의 고객들을 끌어들이 수 있을 만큼 강력한 브랜드를 만들어내야 한다. 이처럼 온라인 플랫폼으로서 성공적인 진입 후 지속적으로 운영을 하기 위한 진입 장벽은 굉장히 높다. 특히나 초기에 시장에 진입한 기업들이 축적한 데이터와 네트워크 효과를 이기기란 쉬운 일이 아니다.<sup>316</sup> Bork가 언급한 철도사업의 높은 퇴출 비용 또한 온라인 플랫폼에는 적

<sup>309</sup> Id.

<sup>310</sup> Laura Owen, *Amazon Cuts the Benefits Again in Amazon Mom, Its PrimeProgramfor Parents*, GIGAOM (Sept. 29, 2014, 7:42 AM), <http://gigaom.com/2014/09/29/amazon-cuts-the-benefits-again-in-amazon-mom-its-prime-program-for-parents-JPZN>].

<sup>311</sup> In response to complaints about Amazon's abrupt change, followed by customers recommending Diapers.com, one customer stated, "Diapers.com has a different shipping program, but they were recently bought out by Amazon. I would think that their shipping policies might change soon as well." Shopaholic, Comment to Amazon Mom Benefits Misleading!, AMAZON (June 15, 2011, 4:56 PM), [http://www.amazon.com/forum/baby/ref=cm\\_cd\\_pg-pg2?\\_encoding=UTF&cdForum=FxSKWDWQRZo3WU&cdPage=2&cdThread=Tx1ZC5GMKB4JEQP](http://www.amazon.com/forum/baby/ref=cm_cd_pg-pg2?_encoding=UTF&cdForum=FxSKWDWQRZo3WU&cdPage=2&cdThread=Tx1ZC5GMKB4JEQP) [http://perma.cc/E5NH-JCJ7].

<sup>312</sup> Amazon leads the online market for baby supplies, holding 43%. Walmart and Target follow, with 23% and 18%, respectively. Target, Walmart, Amazon Dominate the Online Baby Goods Market, BUS. INSIDER (Apr. 22, 2016, 8:30 PM), <http://www.businessinsider.com/target-walmart-amazon-dominate-the-online-baby-goods-market-2016-4-QQCR>].

<sup>313</sup> BORK, *supra* note 32, at 153.

<sup>314</sup> Id.

<sup>315</sup> Id.

<sup>316</sup> See generally TIM WU, *THE MASTERSWITCH: THE RISE AND FALL OF INFORMATION EMPIRES* (2010) (arguing that all American information industries since the telephone have resulted in monopolies); Candeub, *supra* note 225 (suggesting that network effects may produce anticompetitive results in the online market because of the cognitive effort necessary to switch search engines); Nathan Newman, *Search, Antitrust, and the Economics of the Control of User Data*, 31 YALE J. ON REG. 401 (2014) (proposing a new approach to antitrust investigations that would focus on the anticompetitive effects of corporations' control of personal data); Frank Pasquale, *Privacy, Antitrust, and Power*, 20

용되지 않는다. 온라인 플랫폼에 드는 투자는 퇴출 후 재사용될 실질적인 구조물이 아니라 브랜드인지도와 같은 보이지 않는 가치들이기 때문이다. 이렇게 보이지 않는 투자가치들은 경쟁사에 의해 쉽게 흡수될 수 있다.<sup>317</sup> 다시 말해, Quidsi와 같은 온라인 소매업은 철도산업과 같은 높은 진입장벽과 그에 비해 낮은 퇴출장벽에 맞서야 한다. 이러한 복합적인 장벽은 Bork와 법원이 고려하지 못한 점이었다.

또한 법원은 독점기업이 경쟁사들을 견제하기 위해 심리적인 위협을 가할 수도 있다는 점을 간과한다.<sup>318</sup> 아마존의 Quidsi인수는 다른 경쟁자들에게 뚜렷한 메시지를 전달하였다: 막대한 손실을 감수하며 아마존과 맞설 자본이 없다면 시장에 진입할 가치가 없다는 것이다. 아마존이 Amazon Mom 프로그램의 가격을 다시 인상했음에도 불구하고 그 분야의 새로운 경쟁자는 아직 나타나지 않고 있다. 이는 심리적 위협의 영향력을 절실히 보여주고 있다.<sup>319</sup>

전세계 가장 큰 온라인 매장으로써 아마존은 많은 온라인 쇼퍼들이 고정적으로 가장 먼저 찾는 사이트이다. 한 리서치에 의하면 44%의 미국 소비자들이 필요한 물건을 찾기 위해 바로 아마존을 찾는다고 한다.<sup>320</sup> 더욱이 아마존이 축적한 방대한 양의 소비자들의 인터넷 검색 기록에 대한 데이터는 새로운 경쟁자들에게 극복할 수 없는 장벽을 만들어낸다.<sup>321</sup> 한 기업이 아마존에 대항하기 위해 새로 매장을 열었으나<sup>322</sup> 그마저도 최근에 Walmart에 인수되었다.<sup>323</sup> 이는 현재 아마존에 대항할 수 있는 기업은 이미 존재하고 있는 다른 대기업들 뿐이라는 현실을 보여준다. 하지만 이러한 생각조차도 의심을 받는다.<sup>324</sup> 이미 자리를 잡은 대형 오프라인 매장인 Target은 온라인 고객을 유치하기 위해 대형 할인과 싼 배달서비스를 제공하였다.<sup>325</sup> 그러나 여전히 아마존이 아기용품계의 주요 온라인 판매처이다.<sup>326</sup> 아마존은 막대한 손실을 감내한 파격적인 가격 인하를 통해 독점권을 얻게 되었다. 그러나 놀랍게도 약탈적 가격 책정의 혐의를 받지 않았다. 부분적으로 그 이유는 Bork의 의견에 따라 온라인 플랫폼과 같이 진입장벽이 낮은 시장은 한 기업이 독점하기 전에 새로운 경쟁기업이 계속해서 생겨날 것이라는 잘못된 전제 때문이다.

GEo. MASON L. REV. 1009 (2013) (advocating reforms to privacy and antitrust policy to take into account the connections between market share and control over data).

<sup>317</sup> For example, Amazon acquired Zappos.com in 2009 but chose to maintain the brand as a standalone rather than absorbing it within Amazon.com. Sarah Lacy, Amazon Buys Zappos; The Price Is \$928m., Not \$847m., TECHCRUNCH (July 22, 2009), <http://techcrunch.com/2009/07/22/amazon-buys-zappos> [<http://perma.cc/5NGV-P2AU>].

<sup>318</sup> See, e.g., Leslie, *supra* note 94, at 1728-29.

<sup>319</sup> Jet.com, the one company that *did* try to tackle Amazon, was recently purchased by Walmart. See Steven Davidoff Solomon, *Tech Giants Gobble Start-Ups in an Antitrust Blind Spot*, N.Y. TIMES: DEALBOOK (Aug. 16, 2016), <http://www.nytimes.com/2016/08/17/business/dealbook/expect-little-antitrust-challenge-to-walmarts-bid-for-jet-com.html> [<http://perma.cc/WRC9-QGKR>].

<sup>320</sup> Moore, *supra* note 14. Google has stated that its biggest rival in search is not Bing or Yahoo, but Amazon. See Jeevan Vasagar & Alex Barker, *Amazon Is Our Biggest Search Rival, Says Google's Eric Schmidt*, FIN. TIMES (Oct. 13, 2014), <http://www.ft.com/cms/s/o/748bff70-52f2-11e4-b917-00144feab7de.html> [<http://perma.cc/3PHW-77EW>].

<sup>321</sup> Newman, *supra* note 316, at 409.

<sup>322</sup> See Vauhini Vara, *Can Jet.com Take On Amazon and Win?*, NEW YORKER (July 21, 2015), <http://www.newyorker.com/business/currency/can-jet-com-take-on-amazon-and-win> [<http://perma.cc/S2K2-SMHA>].

<sup>323</sup> Shannon Pettypiece & Selina Wang, *Wal-Mart To Acquire Jet.com for \$3.3 Billion To Fight Amazon*, BLOOMBERG (Aug. 8, 2016), <http://www.bloomberg.com/news/articles/2016-08-08/wal-mart-agrees-to-buy-jet-com-for-3-billion-to-fight-amazon> [<http://perma.cc/FEK9-NMR9>].

<sup>324</sup> See Grace Noto, *Jet. Com Acquisition Not Enough To Challenge Amazon, Experts Say*, BANK INNOVATION (Aug. 22, 2016), <http://bankinnovation.net/2016/08/jet-com-acquisition-not-enough-to-challenge-amazon-experts-say> [<http://perma.cc/CQ3Y-6J8X>] ("[M]here remains a healthy amount of skepticism in the industry about anyone's ability to topple Amazon from its throne. 'Amazon is quite dominant and will continue to be in the foreseeable future, because the resources they are putting into ecommerce and all of their other initiatives are formidable,' said vice president and principal analyst at Forester Research Sucharita Mulpuru-Kodali. 'Walmart has slowly been gaining some share in some ways, but it's often two steps forward, one step back for them.'"); Pettypiece & Wang, *supra* note 323 ("Amazon is such a machine .... You aren't going to out-Amazon Amazon.").

<sup>325</sup> See Tuttle, *supra* note 298.

<sup>326</sup> See *id.* (noting that Amazon's market share is double Target's).

이번 사례에서 아마존은 프로그램 확장을 포기하고 이전에 제공했던 할인을 멈추면서 상품 가격을 인상하였다. 만약 새로운 기업이 아마존의 이러한 행보를 새로운 시장 진입의 기회로 볼 수 있다 하더라도 그 외 다른 요소들이 그들을 망설이게 한다. 중요한 건 현재 정책은 이러한 요소들을 보지 못한다는 것이다. 이론상으로 온라인 소매업은 낮은 진입장벽을 가지고 있다고 생각될 수 있다. 고정비용 없이 누구나 온라인 매장을 시장할 수 있으니 말이다. 그러나 현실에서 성공적으로 온라인 시장에 진입하는 것은 매우 어렵다. 왜냐하면 성공적인 진입을 위해서는 개인 사이트로 고객을 끌어올만큼 강력한 브랜드 인지도를 형성하거나 아마존과 이베이 등 이미 존재하는 플랫폼을 사용해야 되기 때문이다.<sup>327</sup> 현실에서 많은 소매업자들은 아마존을 통해 판매를 하게 된다. 이는 역시나 반경쟁 문제를 야기시킨다.<sup>328</sup> 아마존의 가격 인상 이후에도 그에 대적할 새로운 경쟁사가 나오고 있지 않다는 것은 현재 반독점 정책의 전제가 틀렸다는 것을 보여준다.

### C. 아마존 배송시스템과 부문 전반에 걸친 우위점

아마존의 Quidsi 인수과정에서 볼 수 있듯이 아마존의 손실을 감수하는 원가 이하 가격 전략은 그들이 온라인 소매업자로서의 우세함을 가질 수 있게 해주었다. 그들은 자신들의 영향력을 이용해 배송부문에서도 협상력을 갖게 되었고 제3의 배송회사들과 원하는 조건에 계약을 맺을 수 있었다. 그로 인해 아마존은 Fulfillment-by-Amazon이라는 서비스를 출시하며 다른 소매업자들에게도 영향력을 행사할 수 있게 되었다. 여기서 볼 수 있듯이 한 기업이 우세한 플랫폼을 통해 성공적으로 다른 부문까지 확장할 수 있다는 것을 알 수 있다. 그러나 이는 다시 한번 반경쟁적ダイナ믹스를 조성한다. 다른 경쟁사들은 원치 않는 두가지 선택의 기로에 놓이게 된다: 불리함을 감안하고 아마존과 경쟁하거나 경쟁사인 아마존에 의존해 배송을 맡기거나.

아마존의 전자상거래 점유율이 높아지면서 그들은 배송 비즈니스에도 더 큰 영향을 미치기 시작했다. 그 예로 2015년 UPS는 아마존 으로부터 10억달러에 달하는 일을 받았다.<sup>329</sup> 아마존이 배송기업들의 성장에 기여하였다는 사실은 그들을 상대로 금액적 협상을 할 수 있는 유리한 위치가 되도록 만들었다.<sup>330</sup> 아마존은 일반적인 배송 가격의 70% 할인된 가격으로 거래를 할 수 있었다.<sup>331</sup> 배송 기업들은 아마존과의 거래로 인해 손해보는 금액을 보상받기 위해 개인판매자들에게 더 높은 금액을 요구하기 시작했다.<sup>332</sup> 이러한 현상을 “waterbed” 현상이라고 부른다.<sup>333</sup> 학자들은 이 효과에 대해 이리 말했다.

<sup>327</sup> See *infra* Section IV.D

<sup>328</sup> See LaVecchia & Mitchell, *supra* note 6, at 18.

<sup>329</sup> Laura Stevens & Greg Bensinger, *Amazon Seeks To Ease Ties with UPS*, WALL ST. J. (Dec. 22, 2015, 8:52 PM), <http://www.wsj.com/articles/amazon-seeks-to-ease-ties-with-ups-1450835575> [<http://perma.cc/8385-A7AJ>].

<sup>330</sup> In its 10-K, UPS states that while no single customer accounts for more than 10% of its consolidated revenue, its business remains vulnerable to the choices of some big clients. UPS, Inc., Annual Report (Form 10-K) 15 (Jan. 29, 2016), <http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1090727/000109072715000008/ups-12312014x10k.htm> [<http://perma.cc/TU7T-B4Q4>] (“[S]ome of our large customers might account for a relatively significant portion of the growth in revenue in a particular quarter or year .... These customers could choose to divert all or a portion of their business with us to one of our competitors, demand pricing concessions for our services, require us to provide enhanced services that increase our costs, or develop their own shipping and distribution capabilities. If these factors drove some of our large customers to cancel all or a portion of their business relationships with us, it could materially impact the growth in our business and the ability to meet our current and long-term financial forecasts.”).

<sup>331</sup> See Stephanie Clifford & Claire Cain Miller, *Wal-Mart Says 'Try This On': Free Shipping*, N.Y. TIMES (Nov. 11, 2010), <http://www.nytimes.com/2010/11/11/business/11shipping.html> [<http://perma.cc/ULM8-3ASC>] (“[A]ir shipping prices for big retailers are about 70 per- cent less than for a small company. Shipping at Amazon costs about 4 percent of sales, and Amazon loses money on it because it offers marketing benefits .... [S]hipping at small sites usually costs about 35 percent of sales . . . .”). Congress passed the Robinson-Patman Act precisely to prevent this sort of “waterbed effect.” As I describe earlier, Chicago School hostility to Robinson-Patman has meant that both the antitrust agencies and courts have largely stopped enforcing the law. See *supra*text accompanying notes 77-108.

<sup>332</sup> See Laura Stevens, *'Free' Shipping Crowds Out Small Retailers*, WALL ST. J. (Apr. 27, 2016, 10:39 PM), <http://www.wsj.com/articles/for-online-shoppers-free-shipping-reigns-supreme-1461789381> [<http://perma.cc/R7YL-2FTS>].

<sup>333</sup> See Paul W. Dobson & Roman Inderst, *The Waterbed Effect: Where Buying and Selling Power Come Together*, 2008 WIS. L. REV. 331, 336-37 (“If, in contrast, the discounts to one or a few buyers were to put other buyers in a worse bargaining position to the extent of them paying even-higher prices (e.g., premiums rather than discounts) then the knock-on consequence could be higher retail prices and dampened competition. This latter case is an instance of a waterbed effect -where differential buyer power means that some buyers gain at both the



*Waterbed* 효과가 힘있는 기업에게 두배의 이익을 가져다 주며 시장의 건전한 경쟁을 더욱 더 해할 수 있다고 말한다. 유리한 금액적 거래를 통해 우세 기업은 자신들의 비용을 절약하는 동시에 경쟁사들의 구매비용을 높일 수 있는 것이다.<sup>334</sup>

아마존은 이러한 이점을 활용해 또다른 비즈니스의 기회를 얻었다. 2006년 아마존은 개인 판매자들을 위한 Fulfillment-by Amazon 서비스를 소개했다.<sup>335</sup> FBA를 신청한 판매자들은 아마존 소유의 창고에 자신들의 상품을 보관했고 아마존이 이상품들을 포장, 배송 후 주문건에 대한 고객센터를 제공했다. FBA를 통해 판매된 상품들은 아마존의 프라임 서비스도 사용할 수 있어 무료 two-day 배송의 편의도 누릴 수 있었다.<sup>336</sup>

아마존이 FBA 서비스로 많은 개인 판매자들을 끌어올 수 있었던 이유는 그들이 UPS나 FedEx에게는 더 많은 서비스 비용을 지불해야 했기 때문이다. 하지만 결국 이러한 결과도 아마존이 그들과 아주 낮은 비용에 거래를 했기 때문에 나타난 현상이다.<sup>337</sup> FBA를 통한 주문건들은 여전히 UPS 또는 FedEx를 통해 배송되었다.<sup>338</sup> 아마존이 이들과 거래를 맺고 있기 때문이다. 하지만 아마존이 이미 파격적으로 할인된 가격으로 이 회사들과 계약을 맺었기 때문에 개인 사업자들은 직접적으로 UPS와 FedEx와 거래하는 것 보다 아마존을 통한 것이 비용을 절약할 수 있었다. 아마존은 본인들의 판매부문의 우세함을 통해 새로운 배달 사업도 성공적으로 시작하였고 기존에 있던 배달 기업들 사이에서도 우뚝 설 수 있었다.

이기세를 이어 아마존은 물류 제국을 건설하기로 결정한다. 실제 오프라인 시설들은 지음으로써 아마존은 배송 시간을 줄이고 동시에 다른 경쟁사들의 진입장벽을 더욱 높일 수 있었다. 그들만이 가진 공격적인 투자 수용력이 이들로 하여금 빠르게 광범위한 유형 기반시설 네트워크를 생성할 수 있게 했다. 2010년부터 아마존은 창고를 짓는데 139억달러의 비용을 들였다.<sup>339</sup> 그리고 2015년에만 배송으로 115억 달러의 비용을 지불했다.<sup>340</sup> 아마존은 180개 이상의 창고를 건설했고<sup>341</sup> 28개의 분류 센터, 59개의 배달국, 그리고 65개 이상의 Prime Now hubs를 개설했다.<sup>342</sup> 특히 대도시 부근에 위치한 아마존 Fulfillment 센터들은 몇몇의 장소에는 1시간 이내 배송 그외에는 당일 배송을 가능하게 만들었다. 여러 배송 경쟁사들이 아마존과 겨루기 위해 시장에 진입했으나 그 중 대부분은 사업을 철수하고 있는 실정이다. 한 분석가는 말하길 "풀필링 센터의 위치 때문에 아마존은 인구의 31%에서 21마일

---

relative and absolute expense of other buyers."); John Kirkwood, *Powerful Buyers and Merger Enforcement*, 92 B.U. L. REV. 1485, 1544 (2012) ("[Suppose a firm] demands price or other concessions from ... suppliers .... [and] that those concessions nevertheless cause the suppliers to increase prices to smaller buyers or otherwise worsen their terms.").

<sup>334</sup> Dobson & Inderst, *supra* note 333, at 337.

<sup>335</sup> Press Release, Amazon, Amazon Launches New Services To Help Small and Medium-Sized Businesses Enhance Their Customer Offerings by Accessing Amazon's Order Fulfillment, Customer Service, and Website Functionality (Sept. 19, 2006), <http://phx.corporate-ir.net/phoenix.zhtml?c=97664&p=irol-newsArticle&ID=906817> [<http://perma.cc/MC8G-9LRJ>].

<sup>336</sup> *Id.* ("Amazon.com customers can now use offers such as Amazon Prime and Free Super Saver Shipping when buying products with the 'Fulfilled by Amazon' icon next to the offering listing.").

<sup>337</sup> See Paul Cole, *Should You Use Amazon Discounted UPS Shipping?*, SELLERENGINE (2012), <http://sellerengine.com/should-you-use-amazon-discounted-ups-shipping> [<http://perma.cc/54ND-B2WH>] ("Probably the most common choice is to use Amazon's discounted rate with UPS. For many sellers, this is the way to go. It's a lower rate than you're likely to receive from UPS or FedEx if you have your own account. Currently, Amazon's UPS rate is about 20% cheaper than an average FedEx account, \$.38/lb. compared to \$.48/lb.").

<sup>338</sup> Before building out its own delivery operations, Amazon used (among others) UPS and FedEx. See, e.g., Marcus Wohlsen, *Amazon Takes a Big Step Towards Finally Making Its Own Deliveries*, WIRED (Sept. 25, 2014, 2:30 PM), <http://www.wired.com/2014/09/amazon-takes-big-step-toward-competing-directly-ups> [<http://perma.cc/42AT-Y4JK>].

<sup>339</sup> Daniella Kucera, *Why Amazon Is on a Building Spree*, BLOOMBERG (Aug. 29, 2013 8:51 AM), <http://www.bloomberg.com/bw/articles/2013-08-29/why-amazon-is-on-a-warehouse-building-spree> [<http://perma.cc/999P-MLSN>].

<sup>340</sup> Leonard, *supra* note 207.

<sup>341</sup> Greg Bensinger & Laura Stevens, *Amazon's Newest Ambition: Competing Directly with UPS and FedEx*, WALL ST. J. (Sept. 27, 2016, 1:45 PM), <http://www.wsj.com/articles/amazon-s-newest-ambition-competing-directly-with-ups-and-fedex-1474994758> [<http://perma.cc/BB7F-PXJP>].

<sup>342</sup> *Id.*

이내, 그리고 핵심 당일 기준의 60%에서 20마일 이내를 차지할 것으로 추정했다.”<sup>343</sup> 또한 이 거대한 주문 처리 센터의 네트워크는 아마존이 일부 지역에서는 1시간 다른 지역에서는 당일 배송을 제공 할 수 있도록한다.<sup>344</sup> 여러 경쟁사들이 아마존과 경쟁하기 위해 물류 시장에 진입했지만, 일부는 이제 후퇴하고 있다.<sup>345</sup> “프라임 시스템은 경쟁사들로 하여금 따라하기 굉장히 힘들다”고 주장했다.<sup>346</sup>

가장 최근 아마존은 화물 운송업으로도 확장하고 있다. 지난 12월 회사는 수천개의 트럭을 출시한 계획을 내놓았다. 이는 소비자들에게 더 빠른 배송을 약속하기 위함이었다.<sup>347</sup> 아마존은 이제 4천개의 화물 트레일러를 소유하고 있고 그 외 화물 선박, 비행기<sup>348</sup>, 드론<sup>349</sup> 등과도 계약을 맺은 상태이다. 2016년 10월 현재 아마존은 최소 40대의 제트기를 임대했다.<sup>350</sup> 아마존 전 직원에 의하면 그들의 장기 목표는 UPS와 FedEx의 도움을 완전히 벗어나는 것이라고 한다.<sup>351</sup>

아마존이 자신들의 온라인 판매 지배권을 사용해 배송까지 수직 통합을 한 사례는 여러모로 유익한 자료가 될 수 있다. 첫째, 이는 한 기업이 특정 비즈니스 라인에서의 우세함을 이용해 다른 라인에서 이점으로 활용하는 교과서적인 예이다. 이러한 다이내믹은 본질적으로는 반경쟁적이지 않다. 그러나 아마존의 사례에서 우려가 되는 점은 아마존이 이러한 cross-sector 우위점을 얻게 된 배경에는 그들의 협상력이 있었다는 것이다. 아마존이 UPS와 FedEx를 상대로 파격적인 가격절감 계약을 성사시켰기 때문에 다른 개인 판매자들은 더 높은 비용을 감당할 수 밖에 없었다. 그리고 이는 아마존이 개인 판매자들을 고객으로 하는 새로운 비즈니스를 할 수 있는 발판을 제공했다. 협상력과 같은 구조적 요소를 간과함으로써 현반독점 정책은 경쟁시장의 이러한 위협을 알아채지 못하고 있다.

둘째, 아마존은 온라인 판매와 배송을 아우르는 전 부문에서의 우세함을 통해 높은 진입장벽을 만들 수 있는 위치에 있다.<sup>352</sup> 아마존이 배송 부문에서 만든 불균형이 판매 부문에서도 반경쟁적 위협을 가한다. 예를 들어, FBA

<sup>343</sup> Jillian D'Onfro, *Here Are All of Amazon's Warehouses in the US*, BUS. INSIDER (Mar. 24, 2015, 1:48 PM), <http://www.businessinsider.com/how-many-fulfillment-centers-does-amazon-have-in-the-us-2015-3#ixzz3f3AX8zda> [http://perma.cc/TF8G-BJ72].

<sup>344</sup> Bensinger & Stevens, *supra* note 341.

<sup>345</sup> See Spencer Soper, *EBay Ends Same-Day Delivery in U.S. in Face of Amazon Effort*, BLOOMBERG (July 27, 2015, 3:53 PM), <http://www.bloomberg.com/news/articles/2015-07-27/ebay-ends-same-day-delivery-in-u-s-in-face-of-amazon-effort> [http://perma.cc/5TD9-XDC5].

<sup>346</sup> Stone, *supra* note 206; see also JP Mangalindan, *Amazon's Prime and Punishment*, FORTUNE (Feb. 21, 2012, 8:02 PM), <http://fortune.com/2012/02/21/amazons-prime-and-punishment> [http://perma.cc/68KL-8C5Z] ("If you're a competing retailer, it should be in your plans that Prime will someday be a next-day or same-day delivery service with 100,000 free movies- it's going in that direction, chimes analyst [Matt] Nemer. If that day comes, Prime won't just be a nominal loyalty program or balance sheet customer acquisition cost. It'll be a monolith few can compete with.").

<sup>347</sup> Jason Del Ray, *Amazon Buys Thousands of Its Own Truck Trailers as Its Transportation Ambitions Grow*, RECODE (Dec. 4, 2015, 8:00 AM), <http://recode.net/2015/12/04/amazon-buys-thousands-of-its-own-trucks-as-its-transportation-ambitions-grow> [http://perma.cc/8LBF-NCYB]; Leonard, *supra* note 207.

<sup>348</sup> Robin Lewis, *Amazon's Shipping Ambitions Are Larger than It's Letting On*, FORBES (Apr. 1, 2016, 8:30 AM), <http://www.forbes.com/sites/robinlewis/2016/04/01/planes-trains-trucks-and-ships/#260c3aa1408c> [http://perma.cc/HZ4V-KCCLE].

<sup>349</sup> Farhad Manjoo, *Think Amazon's Drone Idea Is a Gimmick? Think Again*, N.Y. TIMES (Aug. 10, 2016), <http://www.nytimes.com/2016/08/11/technology/think-amazons-drone-delivery-idea-is-a-gimmick-think-again.html> [http://perma.cc/9A7F-VAY6].

<sup>350</sup> *Id.*

<sup>351</sup> See Del Ray, *supra* note 347; see also Leonard, *supra* note 207 ("Others believe that Amazon will make a business out of its delivery network, as it did with Amazon Web Services, thereby challenging the world's leading shipping companies .... The fear has spread to Wall Street, where analysts say investors worry about what Amazon's strategy means for the shipping industry. 'The natural inclination among any observers of the market when they see Amazon is to be scared, says David Vernon, a Sanford C. Bernstein analyst who tracks the shipping market. 'Amazon is the epitome of a zero-sum game.'").

<sup>352</sup> A tie is created when a firm requires consumers interested in purchasing good A to purchase good A (the tying good) and good B (the tied good) from the firm. The practice forces an unwilling customer to purchase the tied good while a refusal-to-deal turns away a willing customer. See Einer Elhauge, *Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theorem*, 123 HARV. L. REV. 397, 466-67 (2009).

를 사용하는 판매자들은 그렇지 않은 사람들에 비해 아마존의 검색 결과 리스트의 상단에 위치할 확률이 높아진다.<sup>353</sup> 또한 아마존은 자신들의 물류 인프라를 통해 자신들의 판매 상품들을 더 빨리 배송할 수 있다. FBA를 사용하는 개인 판매자들의 물품일지라도 말이다. 이는 이전 전문가들이 수직통합의 위험성을 경고하며 우려했던 차별의 명백한 예이다. 그리고 손실을 감수할 수 있는 자본과 물류 능력을 통해 그들은 자신들의 상품을 편애하면서 동시에 개인 판매사들에게 더 싸고 빠르게 상품을 배송할 수 있는 기회를 제공한다. (직접적으로 FedEx나 UPS를 사용하는 것 보다).

아마존의 배송사업 확장은 시카고 학파의 편협한 진입장벽 기준에 대해 의문을 품게 한다. 투자자들에 의해 얻어진 아마존의 손실수용능력은 그들이 배송과 물류부분에서 성공적인 성장을 할 수 있게 해준 핵심이었다. 이런 아마존의 네트워크와 경쟁하기 위해서 경쟁사들은 막대한 투자를 하거나 무료 또는 원가 이하의 배송 서비스를 제공할 수 밖에 없다. 기사와의 인터뷰에서 벤처투자자들은 아마존과 경쟁해야 할 기업에 그렇게 막대한 투자를 할 가치가 떨어진다고 말한다.<sup>354</sup> 이렇듯 아마존의 손실수용능력은 동일한 혜택을 누리지 못하는 기업들로 하여금 진입장벽을 만든다.

셋째, 아마존의 프라임과 FBA는 그들이 전자상거래의 중심에 위치하게 만들었다. 이미 기존에도 44%의 미국의 온라인 쇼퍼들은 아마존 플랫폼을 가장 먼저 찾았다.<sup>355</sup> 아마존에 몰리는 소비자들을 보면 개인 사업자들이 전자상거래에서 성공하기 위해서는 아마존의 인프라를 필요로 할 수밖에 없는 것이다. 아마존이 자신의 플랫폼에 의존하는 다른 기업들과 경쟁을 한다는 것은 여러가지 이해의 충돌을 야기시키며 자신의 상품들을 편애할 수 있는 힘을 가지게 된다.

지금의 반독점 정책은 아마존의 지배력이 만들어내는 차별문제와 진입장벽을 제대로 인지하지 못하고 있다. 이는 지금의 소비자 복지 기준의 체제가 정의한 유해함은 소비자 가격의 인상으로 나타난다는 인식 때문이다. 시카고 학파의 전제에 따르자면 아마존의 수직확장은 그들이 자신의 우세함을 이용해 소비자들에게 더 많은 비용을 지불하게 만들었을 때만 그 위험성이 증명된다. 아마존은 이미 프라임 가격을 인상하였다.<sup>356</sup> 그러나 반독점법 집행자들은 아마존이 전반적인 전자상거래를 컨트롤 할 힘이 있다는 점도 똑같이 걱정해야 할 것이다. 아마존이 자신의 경쟁사들을 지원함과 동시에 경쟁하는 것은 명백한 이해의 충돌이다. 이는 시장의 경쟁을 약화시킬 수 밖에 없다. 아마존의 이러한 이해의 충돌은 경쟁 프로세스의 중립성을 위험에 빠뜨린다. 아마존의 철도를 타고 시장에 진출해야 하는 수천 개의 소매 업체와 독립 기업은 점점 더 큰 경쟁 업체에 의존하고 있다.

#### D. 아마존 시장과 데이터의 악용

위에서 보았듯이 판매부문과 유통부문이 수직통합 되었을 때 아마존은 cross-sector우위점을 가지게 된다. 그리고 이는 시장에 잠재적인 반경쟁적 위협을 가하고 있다. 하지만 현재 반독점 정책은 이를 알아차리지 못하고 있다. 아마존의 온라인 인프라 부문에서의 지배력도 비슷한 상황이다. 아마존이 이 분야에서 정확히 어떤 전략을 사용하는지에 대한 정보는 한정적이기에 이번 문단을 짧을 예정이다. 하지만 아마존 비즈니스 전략의 반경쟁적 요소를 제대로 알아보기 위해 인터넷 비즈니스에서의 수직통합이 어떻게 더 정교한 cross-market 이익과 경쟁사 제거로 이어질 수 있는지 분석하는 것은 매우 중요하다.

이를 가장 잘 보여주는 예는 제 3의 판매자들이 물건을 파는 아마존 시장이다. 아마존이 전자상거래의 대부분을 지휘하고 있기 때문에 소규모의 판매사들은 구매자를 찾기 위해 아마존의 플랫폼을 필요로 한다.<sup>357</sup> 판매자들은

<sup>353</sup> See Will Mitchell, *How To Rank Your Products on Amazon-The Ultimate Guide*, STARTUPBROS, <http://startupbros.com/rank-amazon> [<http://perma.cc/6X3E-KNHF>].

<sup>354</sup> "One of the biggest themes is the challenge of getting product to your consumers, and relying on [fulfillment companies], but they don't have another option, they can't make investments [if] Amazon is in fulfillment." Ray, *supra* note 232.

<sup>355</sup> Moore, *supra*note 14.

<sup>356</sup> SeeBensinger,*supra*note 223.

자신들의 상품을 아마존 플랫폼에 올리고 아마존은 이들을 통한 판매수익의 6%~50%를 가져간다.<sup>358</sup> 2015년에 아마존 플랫폼을 사용하는 판매사들은 2백만개가 넘었다. 이는 2006년에 백 만명정도 였던 것에 비해 2배 가량 증가했다.<sup>359</sup> 아마존 성장에 큰 기여를 한 것 중 하나는 단연 아마존 marketplace 수익이다. 아마존시장에서의 총 판매 상품 중 제3의 판매자 상품이 차지하는 비율이 2011년 36%에서<sup>360</sup> 2015년에는 50%를 넘어섰다.<sup>361</sup>

제 3 판매자들은 아마존의 플랫폼에서 판매하는 것이 그들을 불리하게 한다는 것을 알고 있다. 하지만 한 상인은 말하길 “아마존에서 팔지 않는 이상 대규모 판매를 하기 어렵다 하지만 우리는 아마존이 우리의 주된 경쟁사라는 걸 누구보다 잘 알고 있다” 고했다.<sup>362</sup> 그들의 이런 고충에는 이유가 있다. 아마존은 자신들의 시장 플랫폼을 통해 새로운 판매 상품을 찾거나 신상품 테스트 세일 해보는 듯하다.<sup>363</sup> 더 자세히 말하자면 아마존은 외부 판매 자들에 의한 판매데이터를 통해 새로 구매할 상품들을 정하고 그게 대해 낮은 가격을 책정한다.<sup>364</sup> Pillow Pets가 그 예이다. 이는 처음 외부 판매자에 의해 아마존 사이트에서 판매된 NFL 마스코트를 따라 만들어진 인형들이 다.<sup>365</sup> 몇 달 동안 이 인형은 하루에 백개씩 판매되었다.<sup>366</sup> 그러던 중 연휴를 앞두고 판매사는 아마존이 동일한 인형을 동일한 가격에 판매하고 있다는 걸 알아차렸다. 단 다른 점은 아마존이 본인의 상품을 사이트에서 가장 잘 보이는 곳에 홍보하고 있었던 것이다.<sup>367</sup> 이후 판매사의 매출을 급격히 떨어져 하루에 20개 정도밖에 팔지 못 했다.<sup>368</sup> 아마존은 이 소규모 판매사를 상대로 전면적인 경쟁을 한 것이다. 직접적으로 인형 생산회사와 거래하며 개인 판매사를 몰아낸 것이다.

또다른 사례에서는 아마존이 제3 판매사에 의해 소개된 상품을 직접 생산하며 이들을 압박하였다. 작년 10년이 넘게 아마존의 플랫폼에서 알루미늄 노트북 스탠드를 판매하던 판매자는 자신의 상품과 매우 비슷한 상품이 반 값에 판매되고 있는 것을 알아차렸다. 판매사는 그 브랜드가 곧 AmazonBasics라는 것을 알 수 있었다. AmazonBasics는 아마존이 2009년부터 준비하던 자회사이다.<sup>369</sup> 뉴스에 의하면 이 브랜드는 원래 배터리와 DVD등의 증별물품을 파는 곳이었다. 이들은 몇 년동안 조용히 다른 판매자들에 의한 성공적인 판매 물품들에 대한 정보를 모았다.<sup>370</sup> 그리고 이제 AmazonBasics는 그동안 축적한 데이터를 바탕으로 3천개가 넘는 상품을 판매하고 있다.<sup>371</sup> 한 연구에 따르면 여성 의류의 경우 아마존은 시장 공급 업체를 통해 처음 판매 된 상위 품목으 25%를 판매하기 시작했다고 말했다.<sup>372</sup>

<sup>357</sup> See Angus Loten & Adam Janofsky, *Sellers Need Amazon, but at What Cost?*, WALL ST. J. (Jan. 14, 2015, 6:30 PM), <http://www.wsj.com/articles/sellers-need-amazon-but-at-what-cost-1421278220> [<http://perma.cc/4MYB-PHQN>] ("If you say no to Amazon, you're closing the door on tons of sales.").

<sup>358</sup> Id.

<sup>359</sup> Id.

<sup>360</sup> Greg Bensinger, *Competing with Amazon on Amazon*, WALL ST. J. (June 27, 2012, 6:15 PM), <http://www.wsj.com/articles/SB0001424o527023o44414o4577482902o55882264> [<http://perma.cc/W9AG-BDRC>].

<sup>361</sup> Nancee Halpin, *Third-Party Merchants Account for More than Three-Quarters of Items Sold on Amazon*, BUS. INSIDER (Oct. 16, 2015, 2:55 PM), <http://www.businessinsider.com/third-party-merchants-drive-amazon-grow-2015-10> [<http://perma.cc/5XL9-NTCQ>].

<sup>362</sup> Loten & Janofsky, *supra*note 357.

<sup>363</sup> Bensinger, *supra*note 360.

<sup>364</sup> Id.

<sup>365</sup> Id.

<sup>366</sup> Id.

<sup>367</sup> Id.

<sup>368</sup> Id.

<sup>369</sup> Spencer Soper, *Got a Hot Seller on Amazon? Prepare for E-Tailer To Make One Too*, BLOOMBERG (Apr. 20, 2016, 7:00 AM), <http://www.bloomberg.com/news/articles/2016-04-20/got-a-hot-seller-on-amazon-prepare-for-e-tailer-to-make-one-too> .cc/ 7 9GL- 5A8E].

<sup>370</sup> Id. (quoting a report by Skubana, an e-commerce company).

<sup>371</sup> Id.

<sup>372</sup> George Anderson, *Is Amazon Undercutting Third-Party Sellers Using Their Own Data?*, FORBES (Oct. 30, 2014, 9:23 AM),

오프라인 매장들도 가끔 다른 브랜드의 판매 실적을 바탕으로 자사 브랜드 상품을 내놓기도 한다. 다만 아마존의 차이점은 그들이 축적하는 방대한 양의 데이터와 그 데이터의 정교함이다. 보통 오프라인 매장들이 데이터를 수집할 땐 실제 판매된 상품들에 한정된 정보들이다. 그러나 아마존은 고객들이 온라인에서 찾으려다 못 찾은 상품들의 목록, 여러 번 검색한 상품 목록, 심지어는 마우스가 많이 머물렀던 상품들까지도 추적할 수 있다.<sup>373</sup>

아마존은 본인들의 marketplace를 이런 방식으로 활용하며 위험요소 없이 판매율을 높이고 있다. 피해를 보는 건 오롯이 아마존 플랫폼을 사용하는 제3의 소규모 판매사들이었다. 이는 명백히 반경쟁적 행동이다. 아마존의 자신의 고객들이 동시에 경쟁사라는 점을 악용하고 있다. 아마존이 이러한 힘을 가질 수 있는 데는 여러 이유가 있다: 1) 플랫폼의 지배력으로 인해 개인 사업자들이 아마존의 플랫폼에 의지할 수 밖에 없게 만들었다. 2) 수직통합 덕분이다. 그들은 본인들의 상품을 판매함과 동시에 다른 판매자들의 상품들까지 같이 판매하고 있다. 3) 인터넷 기업으로써 방대한 데이터를 수집할 수 있는 능력 덕분이다. 마지막 데이터에 대한 컨트롤이 앞선 2문제를 야기시키는 이유이기도 하다.

들리는 소문으로는 아마존이 자사의 클라우드 서비스를 통해 얻은 정보들을 활용해 투자 결정을 내린다고 한다. 어떤 스타트업 회사가 아마존의 웹 서비스를 많이 사용하는지 조사해 그 회사의 성공률을 미리 가늠해 볼 수 있기 때문이다.<sup>374</sup> 아마존은 이러한 이점을 활용해 자사 플랫폼을 사용하는 유망한 스타트업 회사들의 성공 가능성을 평가하고 결과에 따라 투자를 하기도 한다. 아마존은 기술 스타트업 세계로의 유니크한 창"을 사용하여 클라우드 비즈니스의 고객이기도 한 여러 스타트업에 투자했다.<sup>375</sup>

아마존이 전반적인 비즈니스라인에 걸쳐 영향력을 행사할 수 있었던 것은 지금의 법이 수직 통합의 반경쟁적 위험성을 제대로 인지하지 못했기 때문이다. 이러한 오류는 온라인 플랫폼에서 더욱 두드러졌다. 빈틈을 활용한 아마존은 다른 기업들을 위한 인프라 역할을 함과 동시에 그들로부터 방대한 데이터를 수집하고 이를 새로운 비즈니스로 이어갔다. 이런 식으로 현재의 독점 금지 체제는 데이터에 대한 통제가 집중된 기업이 시장을 체계적으로, 유리하게 기울여 원하는 부문을 극적으로 재구성할 수 있다는 사실을 아직 인식하지 못 했다. <sup>376</sup>

## V. 플랫폼 경제 및 자본 시장의 반경쟁 구조와 행동 촉진

위에서 보았듯이 지금의 반독점 정책은 아마존의 반경쟁적 구조와 행동을 멈추지 못한다. 이는 우리가 인터넷 시대에 맞춰 반독점법을 제대로 개정하지 못한 데에 있다. 이 파트에서는 온라인 플랫폼이 어떻게 현재의 정책을 무시하고 시장을 어지럽히는지 알아보겠다. 특히 어떻게 온라인 플랫폼의 경제와 비즈니스 다이내믹스가 기업들로

---

<http://www.forbes.com/sites/retailwire/2014/10/30/is-amazon-undercutting-third-party-sellers-using-their-own-data> [<http://perma.cc/SQE3-SEUS>].

<sup>373</sup> As one analyst said of Amazon employees, "They're data scientists. They know what people want and they're going to mop it up." Nick Bravo, Amazon PrivateLabels Threaten Manufacturers, TRENDSOURCE (July 5, 2016, 8:00 AM), <http://trustedinsight.trendsource.com/trusted-insight-trends/amazon-private-labels-threaten-manufacturers> [<http://perma.cc/W7VE-LXSS>].

<sup>374</sup> See Alistair Barr, Amazon Finds Startup Investments in the 'Cloud,' REUTERS (Nov. 9, 2011, 3:44 PM), <http://www.reuters.com/article/amazon-cloud-idUSNIE7A727Q2o1111o9> [<http://perma.cc/BH4Q-JPW7>].

<sup>375</sup> Id.

<sup>376</sup> European antitrust authorities do investigate how concentrated control over data may have anticompetitive effects, and-unlike U.S. antitrust authorities-investigated the Facebook/WhatsApp merger for this reason. Complaints from companies that their rivals are acquiring an unfair competitive advantage through acquiring a firm with huge troves of data may also prompt U.S. authorities to take the exclusionary potential of data more seriously. In September, Salesforce announced it would urge regulators in the United States and in Europe to block Microsoft's bid to acquire LinkedIn, on grounds that the deal would foreclose competition by giving Microsoft too much control over data. See Rachael King, Salesforce.com To Press Regulators To Block Microsoft-LinkedIn Deal, WALL ST. J. (Sept. 29, 2016, 7:18 PM), <http://www.wsj.com/articles/salesforce-com-to-press-regulators-to-block-microsoft-linkedin-deal-1475178870> [<http://perma.cc/5EZE-GVBC>].

하여금 수익 대신 기업의 성장을 장려하는지 알아볼 것이다. 또한 온라인 시장과 데이터 활용을 통해 생겨나는 새로운 반경쟁적 행동들에 대해서도 알아볼 것이다.

경제학자들은 플랫폼 시장이 어떻게 반독점법 대항하여 특정한 문제를 제기하는지 분석하려 노력했다.<sup>377</sup> 그들은 단일 시장의 기업들에게 맞춰진 analysis는 쌍방호가시장 (two-sided market)의 기업들에게 적용되었을 때 문제가 발생할 수 있다고 강조했다.<sup>378</sup> 이는 두 시장사이의 다른 가격 구조와 네트워크 외부성 때문이다.<sup>379</sup> 이러한 연구들은 쌍방호가시장<sup>380</sup>에서의 기업들이 양쪽 모두를 만족시키기 위해 마주하는 어려움들에 대해 초점을 맞췄다. 그러면서 이러한 어려움을 겪는 기업들을 상대로 반경쟁적일수도 있는 행동은 조금 눈감아줘야 한다고 결론 내렸다.<sup>381</sup>

온라인 플랫폼에 대한 법적 분석은 상대적으로 많이 연구되어 있지 않다. 1990년대 법무부가 Microsoft를 상대로 한 고소가 two-sided market 관련 중요 케이스로 남아있다. 2011년 FTC는 Google을 상대로 조사를 들어갔다. 이는 Google이 search engine으로서의 우세함을 통해 다른 비즈니스 라인에도 영향을 끼치고 있다는 혐의가 있었기 때문이다. FTC는 결국 아무런 혐의도 밝히지 못하고 케이스를 마무리했는데 추후 소문에 의하면 그 당시 FTC직원은 사실 Google이 3분야에서 자신들의 지배력을 남용하고 있다고 결론 내렸었다고 한다.<sup>382</sup> 유럽 연합은 이런 구글을 상대로 반독점법 위반으로 고소했다. <sup>383</sup>

온라인 플랫폼 시장의 가장 중요 요소는 winner-take-all이다. 이는 네트워크 효과 (network effect) 와 데이터 제어 (control over data) 덕분이다. 그 결과 기술 플랫폼 시장이 소수의 기업에 의해 우위를 점하게 될 것이다. Walmart가 최근 온라인 소매업 체인 Jet.com에서 아마존에 도전하고자하는 스타트업을 인수한 것은 이러한 현실을 잘 보여준다.<sup>384</sup>

네트워크 효과는 한 소비자의 상품 utility가 다른 사람들도 같은 상품을 사용할 때 증가되는 것을 말한다. 인기는 쌓이고 강화되기 때문에 네트워크 효과를 본 시장은 독점으로 갈 확률이 높아진다.<sup>385</sup> 아마존의 사용자 리뷰가 네트워크 효과의 좋은 예이다. 고객들이 더 많은 상품을 구매하고 리뷰를 플랫폼에 남길수록 새로운 구매자들은 그 사이트를 통해 얻을 수 있는 정보가 많아진다. 정보가 많을수록 더 많은 고객들을 유치할 수 있을 것이다.<sup>386</sup> "한 번 지배가 달성되면 위협은 주로 지배 시장 외부에서 발생한다. 왜냐하면 그러한 시장의 지배 정도가 너무 극단적으로 나타는 경향이 있기 때문이다."<sup>387</sup> 이는 네트워크 효과가 진입장벽의 역할을 하고 있음을 보여준다.

<sup>377</sup> See David S. Evans, *The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets*, 20 YALE J. ON REG. 325 (2003); King, *supra* note 376; David S. Evans & Richard Schmalensee, *The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses* (Coase-Sandor Inst. for Law & Econ., Working Paper No. 623, 2012).

<sup>378</sup> See Julian Wright, *One-Sided Logic in Two-Sided Markets*, 3 REV. NETWORKECON. 44 (2004).

<sup>379</sup> See DAVID S. EVANS, PLATFORM ECONOMICS: ESSAYS ON MULTI-SIDED BUSINESS 112 (2011).

<sup>380</sup> Two-sided markets are platforms that have two distinct user groups that offer each other network benefits.

<sup>381</sup> See EVANS, *supra* note 379, at 112 ("The pricing and investment strategies that firms in two-sided markets use to 'get both sides on board' and 'balance the interests of both sides' raise novel ones. These pricing and other business strategies are needed to solve a fundamental economic problem arising from the interdependency of demand on both sides of the market. In some cases, the product could not even exist without efforts to subsidize one side of the market or the other.").

<sup>382</sup> Brody Mullins et al., Inside the U.S. Antitrust Probe of Google, WALL ST. J. (Mar. 19, 2015, 7:38 PM), <http://www.wsj.com/articles/inside-the-u-s-antitrust-probe-of-google-1426793274> [<http://perma.cc/H4PZ-JZ9K>].

<sup>383</sup> Mark Scott & James Kanter, Google Faces New Round of Antitrust Charges in Europe, N.Y. TIMES (July 14, 2016), <http://www.nytimes.com/2016/07/15/technology/google-european-union-antitrust-charges.html> [<http://perma.cc/2SYP-5Z4B>].

<sup>384</sup> See *supra* note 319.

<sup>385</sup> STUCKE & GRUNES, *supra* note 47, at 163.

<sup>386</sup> This is a form of "scale of data" network effect rather than a "traditional network effect." Id. at 170.

<sup>387</sup> *Novell Inc. v. Microsoft Corp.*, 505 F.3d 302, 308 (4th Cir. 2007).

또한 플랫폼의 데이터를 제어할 수 있는 능력도 회사가 더욱 단단히 자리 잡을 수 있게 해준다.<sup>388</sup> 소비자 데이터 수집을 통해 플랫폼들은 더 나은 맞춤형 서비스를 제공할 수 있고 고객들의 수요를 파악할 수 있다. 이렇게 하나의 시장에서 수집된 데이터는 다른 라인의 비즈니스에게도 도움이 될 수 있다.<sup>389</sup> 아마존은 Marketplace에서 얻은 데이터를 통해 소매 영업에서 이득을 보았다. 데이터의 제어기능도 진입장벽으로 작용해 이를 가진 우위의 플랫폼들은 큰 어려움 없이 새로운 시장에도 진입한다. 기사에 의하면 아마존은 보유하고 있는 다양한 쇼핑 데이터를 통해 광고 비즈니스로도 확장할 수 있을 것이라고 한다.<sup>390</sup> 다른 말로 데이터에 대한 제어도 진입 장벽 역할을 한다.

온라인 플랫폼들이 네트워크 효과와 데이터 제어 능력을 통해 초기의 우세함을 강화해갈 때 새로운 기업이 이들과 경쟁하고자 한다면 이들을 막아야 한다. 가장 효과적이 방법은 시장의 점유율을 높이고 경쟁사를 몰아내는 것이다. 당장의 이익을 포기하고 기업을 성장 시키는 것만이 장기적인 이익을 보장해 줄 수 있을 것이다. 이러한 현상으로 인해 경쟁사를 몰아내고 시장 점유율을 높이는 독점의 방식은 합리적인 판단으로 보인다. 사실 이러한 방법을 선택하지 않는 것이 더 불합리해 보인다. 투자자들은 기업들이 초기의 손해를 감수하고 공격적인 투자를 통해 성장하였을 때 시장을 독점할 수 있을 거라 확신하고 이런 전략의 기업들을 지지하고 있다.

아마존은 원가 이하 가격 책정과 physical and online 인프라 구축을 통해 어마어마한 성장을 거두었다. 아마존의 주가는 낮은 수익률에도 불구하고 계속해서 급증하였다. 이는 마치 투자자들이 아마존에게 손실 걱정 없이 성장에만 집중하도록 free pass를 준 것이나 마찬가지다. 그리고 아마존은 이러한 혜택을 활용해 성장을 계속했고 전자상거래 시장을 독점할 수 있게 됐다.

투자자들의 지지로 플랫폼 우위를 차지할 수 있었던 또다른 기업은 Uber이다. 2015년 Uber는 4억 1천 5백만 달러 수익 중 4억 7천 달러의 손실을 보았다. 이는 Uber가 급성장하고 시장 점유율을 위해 수익을 희생했음을 보여준다.<sup>391</sup> 중국에서는 연간 10억 달러 이상의 손실을 입었다.<sup>392</sup> 이는 아마존의 성장과 매우 비슷한 형태를 보이며<sup>393</sup> 많은 투자자들의 관심을 끌기 시작했다. 2015년 7월 현재 벨류에이션은 거의 510억달러로 페이스북이 2012년에 세운 기록과 동일하다.<sup>394</sup> 최근에 35억달러의 투자를 확보하여 총 자금을 135억 달러로 늘렸는데 이는 우버가 성공적으로 투자를 이끌어낸 것을 보여주었다.<sup>395</sup>

<sup>388</sup> See Guy Rolnik & Asher Schechter, *Is the Digital Economy Much Less Competitive than We Think It Is?*, PROMARKET (Sept. 23, 2016), <http://promarket.org/digital-economy-much-less-competitive-think> [<http://perma.cc/K2R6-TB7Q>]-

<sup>389</sup> Interestingly, agencies have required vertically merging parties to erect firewalls to prevent anticompetitive use of data. See, e.g., *In re Coca-Cola Co.*, 150 F.T.C. 520, 2010 WL 9549986 (2010) (ordering Coca-Cola to set up a firewall to ensure that its merger with a bottling subsidiary does not give it access to information from its competitor, Dr. Pepper Snapple Group); Press Release, FTC, *FTC Puts Conditions on Coca-Cola's \$12.3 Billion Acquisition of its Largest North American Bottler* (Sept. 27, 2010), <http://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2010/09/ftc-puts-conditions-coca-colas-123-billion-acquisition-it> [<http://perma.cc/BP7U-EY33>] (discussing the Coca-Cola settlement and a similar PepsiCo settlement).

<sup>390</sup> Mike Shields, *Amazon Looms Quietly in DigitalAd Landscape*, WALL ST. J. (Oct. 6, 2016, 3:28 PM), <http://www.wsj.com/articles/amazon-looms-quietly-in-digital-ad-landscape-1475782113> [<http://perma.cc/5ACL-MJ7D>].

<sup>391</sup> See Eric Newcomer, *UberDrawsFreshAmazon Comparisonsas Growth Trumps Profit*, BLOOMBERG (July 1, 2015, 12:30 AM), <http://www.bloomberg.com/news/articles/2015-07-01/uber-draws-fresh-comparison-with-amazon-as-growth-trumps-profit> [<http://perma.cc/AYF9-9RJ7>]. Uber does not just lose money in the aggregate by reinvesting more than it generates, but also by pricing rides below what it pays drivers. In other words, it is pricing below its variable costs -which enforcers traditionally read as a sign of predatory pricing. "As any- one who has taken an Uber and talked to the driver knows, sometimes the fare collected from the rider is less than what Uber pays the driver." *Id.*

<sup>392</sup> Charles Clover & Leslie Hook, *Uber Losing More than \$1bn a Year in China*, FIN. TIMES (Feb. 18, 2016, 7:25 PM), <http://www.ft.com/content/f889f812-d664-11e5-829b-8564e7528e54> [<http://perma.cc/6U6P-JQ7Q>].

<sup>393</sup> "They're wise to expand as fast as they can," said Lou Shipley, a lecturer at the MIT Sloan School of Management. "I would liken it to what Amazon did with books." Newcomer, *supra* note 391.

<sup>394</sup> Douglas MacMillan & Telis Demos, *Uber Valued at More than \$50 Billion*, WALL ST. J. (July 31, 2015, 8:50 PM), <http://www.wsj.com/articles/uber-valued-at-more-than-50-billion-1438367457> [<http://perma.cc/T6GW-SY2J>].

<sup>395</sup> Leslie Hook, *Uber Cranks Up Ride-HailingBattle with\$3.5 bn Saudi Investment*, FIN. TIMES (June 2, 2016), <http://www.ft.com/content/3ac7c982-2879-11e6-8b18-91555f2f4fde> [<http://perma.cc/RXV8-TPBP>].

투자자들이 손해만 보는 아마존과 Uber를 높게 평가하고 지속적인 투자를 하는 이유는 이들의 플랫폼이 결국에는 큰 보상으로 돌아올 것이라 믿기 때문이다. 한 벤처 캐피탈리스트가 최근 언급했듯이 “자본 전체를 단일 회사에 투자하고 향후 10년 동안 보유해야 한다면 아마존을 선택할 것이다. 지금은 주식 시장에서 구매할 수 있는 더 깨끗한 독점권이 보이지 않는다”<sup>396</sup> 즉, 이 플랫폼 기업에 후원을 하는 것은 아마존과 우버처럼 손실을 만회할 것이라는 믿음이 있기 때문이다.

한편 투자자들도 눈치를 챈 이들의 전략을 현재 반독점 정책은 제대로 인지하지 못하고 있다. 과거 대법원의 analysis는 효율적 시장 가설 (Efficient Market Hypothesis)의 전제를 따랐다. 이는 시장가격이 모든 정보를 반영한다는 생각이다.<sup>397</sup> 법무부는 또한 시장 정보, 예를 들어 인수의 재무 조건이 “경쟁 효과와 관련하여 유익할 수 있다”는 점을 인정한다.<sup>398</sup> 지금의 상황에 EMH의 전제를 적용시킨다면 아마존과 우버 플랫폼들은 손실을 보상받을 자리를 잡고 있다. 그러나 이러한 온라인 플랫폼들을 상대로 약탈적 가격 책정 혐의를 묻는 것은 recoupment requirement로 인해 거의 불가능에 가깝다. 놀랍게도 현재의 법도 포착하지 못한 현실을 시장은 반영하고 있는 것이다. <sup>399</sup>

더불어 지금의 정책은 이 기업들이 어떤 방식으로 자신들의 손해를 배상받을 수 있는지 다 알지 못한다. 투자자들의 도움으로 인해 기업들은 더 많은 시간을 들여 어떻게 손해를 보상 받을지 고민하고 전략을 짤 수 있게 되었다. 이러한 시간적 여유는 기업들이 recoupment mechanism을 만들어낼 기회를 제공한다. 또한 기업들은 굳건히 자리잡은 플랫폼을 통해 막대한 양의 소비자 관련 데이터를 축적하고 있다. 그리고 이런 데이터를 통해 고객들을 상대로 맞춤형 서비스를 제공하며 주도권을 가져왔다. 투자자들로부터 얻은 자유와 데이터 컨트롤을 통해 이러한 플랫폼들은 이전의 손해를 본 시장이 아닌 다른 시장에서 티안나게 보상을 받을 수 있게 되었다.

이러한 recoupment mechanism은 판사나 경쟁사들이 생각하는 것만큼 쉽게 알아채기 쉽지 않다. 우버 또한 다이내믹 가격 책정을 통해 고객들로 하여금 가격변동에 익숙해지게 만들었다. Uber는 가격의 변화가 그 시간대의 수요와 공급을 반영한 것이라고 했지만 이전 연구에서 이미 Uber가 의도적으로 가격을 조작한다고 밝혀진 바 있다.<sup>400</sup> 그에 더해 그들은 쿠폰을 선택적으로 발송하여 고객별로 다른 금액을 제시했다.<sup>401</sup>

이렇듯 플랫폼들이 인터넷 경제의 근간이 되는 동안 현존하는 관련 법률들은 충분한 검토를 거치지 않고 있다.<sup>402</sup> 아마존의 행보를 통해 우리는 약탈적 가격책정과 관련사업 통합이 독점을 쟁취하는 중요한 전략들이라는 것을 알 수 있다. 이에 데이터를 제어할 수 있는 능력까지 더해진다면 우세한 플랫폼들과 경쟁하기는 더욱 어려울 것이다. 그럼에도 불구하고 현재의 약탈적 가격 정책은 recoupment 의 개념을 너무 편협하게 정의하여 경쟁

<sup>396</sup> Eugene Kim, *Billionaire VC Says that Most Companies Will Eventually Pay an Amazon 'Tax,'* Bus. INSIDER (Jan. 21, 2016, 4:21 AM), <http://www.businessinsider.in/Billionaire-VC-says-that-most-companies-will-eventually-pay-an-Amazon-tax/articleshow/5662558.cms> [http://perma.cc/4ZGS-VSL7].

<sup>397</sup> The Supreme Court has affirmed the validity of EMH. See *Halliburton Co. v. Erica P. John Fund*, 134 S. Ct. 2398, 2409-11, 2417 (2014).

<sup>398</sup> *Horizontal Merger Guidelines*, *supra* note 44, at 4 ("For example, a purchase price in excess of the acquired firm's stand-alone market value may indicate that the acquiring firm is paying a premium because it expects to be able to reduce competition or to achieve efficiencies.").

<sup>399</sup> Ironically, the logic that is motivating investors -the idea that it is worth encouraging platforms to bleed money to establish a dominant position and capture the market, at which point these firms will be able to recoup those losses -maps on to the logic underpinning current predatory pricing doctrine. The main issue is how narrowly the law currently conceives of recoupment, which does not account for how Amazon can leverage its multiple lines of business.

<sup>400</sup> See Tim Hwang & Madeleine Clare Elish, *The Mirage of the Marketplace: The Disingenuous Ways Uber Hides Behind Its Algorithm*, SLATE (July 27, 2015, 6:00 AM), <http://www.slate.com/articles/technology/future-tense/2015/07/uber-s-algorithm-and-the-mirage-of-the-marketplace.html> [http://perma.cc/B5UR-P9PN].

<sup>401</sup> See Felix Salmon, *Why the Internet Is Perfect for Price Discrimination*, REUTERS (Sept. 3, 2013), <http://blogs.reuters.com/felix-salmon/2013/09/03/why-the-internet-is-perfect-for-price-discrimination> [http://perma.cc/NZ4E-SVJJ].

<sup>402</sup> See David Singh Grewal, *Before Peer Production: Infrastructure Gaps and the Architecture of Openness in Synthetic Biology*, 20 STAN. TECH. L. REV. (forthcoming 2017).



사들이 이들을 상대로 유효한 혐의점을 이끌어내지 못하게 하고 있다. 또한 현재 정책은 진입장벽의 영향을 간과하고 있어 수직 통합의 반경쟁적 요소를 인지하지 못하고 있다.

그나마 다행인 것은 최근에는 법집행자들이 현재의 정책이 인터넷 플랫폼 시장에서의 경쟁을 장려하고 독점을 막기에는 적합하지 않다는 인식을 보여주기 시작했다는 것이다. 그 예로 2014년 미국은 online rating과 reviews 플랫폼의 선두주자인 두 기업의 합병을 고소했다. 이에 DOJ는 데이터 기반의 산업들은 네트워크 효과로 특징지어질 수 있는데 이는 switching cost와 진입장벽을 높인다고 인정했다.<sup>403</sup> FTC위원 Terrell McSweeney는 말하길 “데이터는 진입장벽의 역할을 할 수 있고 경쟁촉진 집행자들은 데이터의 반경쟁적 위협을 검토해야 한다”고 했다. 그리고 고위 관리자들은 어떻게 플랫폼 시장에서의 경쟁을 판단하고 측정할지 고민을 하기 시작했다고 한다.<sup>404</sup>

이러한 변화는 긍정적이나 여전히 반독점법을 플랫폼 시장의 특수한 특징들에 맞춰 어떻게 적용시킬지에 대한 고민은 필요하다. 우세한 기업이 자신들의 입지를 굳히고 플랫폼 비즈니스 모델을 만드는데 scale (크기)은 매우 중요한 역할을 한다. 이에 맞춰 반독점법은 기업들이 수익대신 성장을 택하는 선택이 합리적이라는 것을 인정해야 할 것이다. 온라인 플랫폼 시장의 현실에 적절히 대응하여 정책은 다양한 recoupment mechanism을 이해해야 한다. 온라인 플랫폼의 다이내믹스를 반영한 새로운 반독점법을 개정하는 것은 이제 필수이다.

## VI. 플랫폼 전력 처리를 위한 두 가지 모델

플랫폼 시장의 경제가 반경쟁적인 시장 구조를 조성한다는게 사실이라면 우리는 2가지 방법을 택할 수 있다. 중요한 것은 우리가 경쟁을 통해 온라인 플랫폼 시장들을 관리하고 싶은지 아니면 그들을 독점기업으로 인정하고 그에 맞춰 제지를 가할 것인지 선택해야 한다. 우리가 첫번째 방법을 택한다면 기업들이 독점을 할 수 있게 scale이나 영향력을 키우지 못하도록 현재의 반독점법을 개정해야 한다. 우리가 두번째 방법을 택한다면 독점기업들의 이득을 함께 취하되 적절한 규제를 통해 그들이 힘을 남용하는 것을 막아야 한다.

### A. 경쟁을 통한 온라인 플랫폼 시장의 통제

플랫폼 시장의 반 경쟁적 위험을 없애기 위해 반독점법을 개정한다면 아래와 같은 조건들을 개선해야 할 것이다:

1) 약탈적 가격 책정을 막는 법을 더욱 강력하게 만드는 것이다. 2) 경쟁을 없애기 위해 행해지는 수직 통합들을 더 엄격하게 감시하는 것이다. 이러한 변화를 주는데 가장 중요한 것은 결국 반독점법이 경쟁 프로세스를 지켜내고 이해의 충돌을 막는 것이다.

#### 1. 약탈적 가격 책정

엄밀히 따지면 약탈적 가격 책정은 지금도 불법이다. 그러나 recoupment requirement로 인해 혐의를 인정받는 것은 매우 어렵다. 거의 불가능에 가까워졌다. 요즘 기업들은 투자자들의 도움을 통해 오랜 시간에 걸쳐 티가 거의 나지 않게 손실에 대한 보상을 하고 있다.<sup>405</sup> 그렇기에 이런 변화된 recoupment mechanism에 대항하기 위해서는 recoupment requirement를 없애는게 중요하다. 또한 독점 쟁취 방법으로 우세한 플랫폼들이 원가 이하의 가격 책정을 하는 경향이 있다는 것을 인정해야 한다. 이러한 전제를 두어야 하는 이유는 여러가지가 있다.

<sup>403</sup> The Justice Department wrote, "[A]s more retailers purchase Bazaarvoice's PRR platform, the Bazaarvoice network becomes more valuable for manufacturers because it will allow[ ] them to syndicate content to a greater number of retail outlets. The feedback between the manufacturers and retailers creates a network effect that is a significant and durable competitive advantage for Bazaarvoice." Complaint at 18, *United States v. Bazaarvoice, Inc.*, No. 13- 0133 2014 (N.D. Cal. Jan. 10, 2013), 2014 WL 203966.

<sup>404</sup> Terrell McSweeney, Comm'r, FTC, Remarks to the U.S. Chamber of Commerce at TecNation 2016 (Sept. 20, 2016), [http://www.ftc.gov/system/files/documents/publicstatements/985773/mcsweeney\\_-\\_tecnation](http://www.ftc.gov/system/files/documents/publicstatements/985773/mcsweeney_-_tecnation) [http://perma.cc/N7GA-YN5P].

<sup>405</sup> See *supra* Section I.

첫째, 기업들은 기존의 손실을 메꾸기 위해 몇 년이 지난 후에 가격을 인상할 수도 있고, 또는 기존에 손실을 본 상품이 아닌 다른 상품의 가격을 인상해서 보상을 받을 수 있다. 이러한 점이 법정에서 약탈적 가격 책정을 증명하기 어려운 부분이다. 둘째, 기업은 고객별 차별화 된 가격 책정을 통해 이익을 얻을 수도 있다. 이 경우 발견하고 증명하기도 매우 어렵다. 셋째, 독점은 소비자 가격 인상의 형태가 아닌 다른 다양한 형태로 시장에 해를 가할 수 있다. 소비자 복지 기준으로 본다면 이러한 피해에는 상품의 질 하락, 다양한 선택의 제약이 있을 수 있다.<sup>406</sup> 이러한 피해는 아마존이 자신들의 협상력을 악용해 생산 회사들과 공급 회사들에게 무리한 계약을 요구해도 일어날 수 있다. 아마존에게 막대한 거래 비용을 지불해야 되는 기업들은 그 대가로 상품의 질을 하락 시키거나 다양성을 줄일 수 밖에 없게 된다. 더 큰 틀에서 보자면 잠재적인 피해에는 고용인들의 낮은 임금문제와 더 이상 새로운 비즈니스가 생겨나지 않는 문제도 있을 수 있다.<sup>407</sup>

결정적으로 과도한 정치적 경제적 힘이 소수의 손에 쥐어질 위험이 있다. 그렇다면 얼마가 below cost인지를 파악해야 하는데 이는 아직도 논쟁의 여지가 있다. 다만 대부분의 항소법원들은 평균 variable cost가 좋은 기준일 것이라고 말한다.<sup>408</sup> “원가 이하”는 불안정한 필터이며, 특히 관련 원가를 구성하는 것은 먼저 내부 또는 비용 구조에 따라 다를 수 있기 때문이다. 그리고 법원과 집행관이 채택하는 “비용”의 구체적인 정의는 약탈적 가격 책정에 대한 테스트가 비즈니스 정당화 방어를 허용하는 경우에는 궁극적으로 덜 중요할 수 있으며, 이는 위정을 알아내는 데 큰 도움이 된다.<sup>409</sup> 사업 정당화 방어는 신제품 구매 위험을 감수하는 구매자를 위한 보상, 규모의 경제를 달성할 수 있는 수준으로 수요 확대, 비용 감소를 예상하면서 가격 경쟁력이 있는 수준으로 유지, 그리고 매칭 경제 등으로 볼 수 있다.<sup>410</sup>

플랫폼이 트리거를 유발할 만큼 지배적인지 여부는 시장 점유율을 통해 평가할 수 있다. 예를 들어 특정 서비스 라인(예: 클라우드 컴퓨팅, 승차 공유 등)에서 시장 점유율이 40% 이상 차지하는 기업은 “지배적”으로 지정 될 수 있다. 집행자는 이 시장 점유율을 전국적으로 측정하기보다는 현지 통제 수준을 고려해야 한다. 하지만 전국 시장의 35%만의 점유율을 차지하만, 네슈빌 시장의 75%를 점유하고 있는 승차 공유 플랫폼은 여전히 네슈빌에서 지배적으로 간주되고, 가격 인하를 목적으로 봐야 할 것이다.

## 2. 수직 통합

현재의 독점금지법 정책은 수직 통합이 어떻게 반경쟁적 이해의 충돌 일으킬 수 있는가를 충분히 설명하지 못하며, 지배적인 기업의 다른 사업 부문의 발전을 위해 다른 부문에서 지배력을 이용하는 부분도 적절하게 잡아내지 못한다. 이러한 문제는 특히나 수직 통합된 플랫폼에서 고조되고, 전 부문에 걸쳐서 축적한 데이터를 데이터를 다른 라인에 영향을 끼치며 경쟁자들을 몰아내는 현상에서 두드러진다. 이를 보완할 수 있는 방법으로는 회사들의 합병을 더욱 철저히 검토하는 거나 또다른 방법은 이해관계의 충돌이 있을 수 있는 합병을 미리 예방하고 금지하는 것이다.

데이터를 교차 활용하는 기업의 능력에 대한 우려를 해결하는 한 가지 방법은 이를 합병 검토에 명시적으로 포함시키는 것이다.<sup>411</sup> 현재 접근 방식에서는 특정 금전적 임계값을 초과하는 합병에만 기관 검토가 필요하지만,<sup>412</sup>

<sup>406</sup> See Stucke, *supra* note 38; *Horizontal Merger Guidelines*, *supra* note 44, at 2.

<sup>407</sup> See K. Sabeel Rahman & Lina Khan, *Restoring Competition in the U.S. Economy*, in *UNTAMED: How To CHECK CORPORATE, FINANCIAL, AND MONOPOLY POWER* 18, 18 (Neil Abernathy et al. eds., 2016)

<sup>408</sup> See Leslie, *supra* note 94, at 1753..

<sup>409</sup> See *id.* at 1759.

<sup>410</sup> *Id.* at 1758.

<sup>411</sup> Admittedly, this approach would not reach vertical integration that arose due to internal expansion. That type of vertical integration could be covered by the prophylactic approach discussed below. — 50 —

<sup>412</sup> For a list of FTC thresholds, see Revised Jurisdictional Thresholds for Section 7 A of the Clayton Act, 81 Fed. Reg. 4,299 (Jan. 26, 2016).

거래의 금전적 가치는 위험에 처한 데이터의 범위와 규모에 대한 좋은 대용물이 아닐 수도 있다. 따라서 기관이 특정 형식(또는 특정 수량)의 교환을 품하는 모든 거래를 자동으로 검토하는 것이 합리적일 수도 있다.

특히 합병으로 인해 회사가 중요한 데이터를 얻고 다른 비즈니스 라인에도 영향을 끼칠 수 있을 때 말이다. 또 다른 방법은 이해관계의 충돌이 있을 수 있는 합병을 미리 예방하고 금지하는 것이다. 에이전시들을 통해 특정한 형태의 데이터를 교환하는 합병들을 자동으로 리뷰하는 것이다. 특히 경쟁 회사의 비즈니스에 대한 중요한 정보를 주는 데이터가 교환된다면 이는 리뷰가 필요하다. 이러한 합병들을 미리 막는 것이 합병이 일어나고 기업이 막강한 힘을 얻은 후 제지를 가하는 것보다 훨씬 쉽고 효과적일 것이다. 이러한 엄격한 접근이 이미 우세한 플랫폼들이 수직 통합을 통해 지배력을 얻는 것을 막을 수 있다. 우세한 플랫폼이 자신들에게 의존하는 회사들과 경쟁하는 것을 막음으로써 이해의 충돌이 일어나는 것도 예방할 수 있다. 예를 들어 사용자에게 경쟁사의 비즈니스 운영에 대한 심층적이고 직접적인 통찰력을 제공한 데이터가 검토를 유발 할 수 있다. 또한 이 체제 하에서 Facebook이 WhatsApp 및 Instagram<sup>413</sup>을 통해 구매하는 경우 데이터 수집이 경쟁을 얼마나 깊게 연루시킬 수 있는지를 인식하여 독점 금지 기관으로부터 더 많은 조사를 받게 하는 것이다. 또한 국제기업에서 자국 내의 정보를 접속할 수 있게 자격을 주는 거래들도 주의해야한다. Uber가 자신의 중국 내의 사업을 중국의 승차 공유 서비스인 Didi Chuxing에 매각하기로 한 결정(또한 Uber가 미국의 주요 경쟁업체인 Lyft<sup>414</sup>에 대한 부분 소유권도 얻게 되는 거래)은 이러한 체제 하에서 조사를 받아야 할 거래 중 하나입니다.<sup>415</sup>

보다 엄격한 접근 방식은 특정 수준의 지배력에 도달한 플랫폼에 의한 수직 통합에 대해 예방적 제하는 두는 것이다. 이는 여러 관련 비즈니스 라인에 걸친 플랫폼의 개입이 플랫폼 자신의 비즈니스에 특권을 부여하고, 다른 회사에 불이익을 주는 환경을 만들어 이해 상충을 일으킬 수 있다는 것을 인식해야한다.<sup>416</sup> 이러한 이해 상충을 유발하는 산어버 구조를 방지하는 것이 이해 상충을 단속하는 것 보다 더 효과적일 수 있다. 앞서 말한 예방적 접근 방식을 채택한다면 지배적 기업이 이미 플랫폼 역할을 하고 있는 시장에 진입하는 것을 금지한다.<sup>417</sup> 예를 들어 아마존의 경우, 앞서 말한 방식은 기업이 지배적인 소매 플랫폼과 타사 판매자를 위한 지배적인 플랫폼을 모두 실행하는 것을 금지한다. 이 두 비즈니스는 부분적으로 아마존이 소매 비즈니스에 이익을 주기 위해 제 3자 호스트로서 얻은 통찰력을 사용하는 걸 방지하기 위해 다른 부문으로 분류가 되어야 한다. <sup>418</sup>

이러한 형태의 예방적 금지는 은행법에서 오랜 역사를 가지고 있다.<sup>419</sup> 은행법의 핵심 원칙은 은행과 상업의 분리이다.<sup>420</sup> 미국 상업 은행은 일반적으로 '은행 업무'의 법적 개념에 속하지 않는 활동을 수행하는 것이 허용되지

<sup>413</sup> See STUCKE & GRUNES, *supra* note 47, at 74.

<sup>414</sup> For some of the potential concerns raised by this deal, see Kevin Carty, Will Uber Rouse the Trustbusters?, SLATE (Aug. 9, 2016, 11:22 AM), <http://www.slate.com/articles/technology/future-tense/206/o8/uber-s-deal-with-didi-chuxing-could-open-it-up-to-antitrust-scrutiny.html> [<http://perma.cc/F4NT-AYRZ>].

<sup>415</sup> See *id.* See generally STUCKE & GRUNES, *supra* note 47 (analyzing how Big Data issues relate to competition laws and policy).

<sup>416</sup> See, e.g., Scott & Kanter, *supra* note 383; Benjamin Edelman & Damien Geradin, Android and Competition Law: Exploring and Assessing Google's Practices in Mobile 1-2 (Harvard Bus. Sch. Negotiation, Orgs. & Mkts. Unit, Working Paper No. 17-018, 2016), <http://ssrn.com/abstract=2833476> [<http://perma.cc/7JA6-RXPN>].

<sup>417</sup> This is a version of the "Separations Principle" that Tim Wu recommends for information industries. Wu, *supra* note 316, at 305 ("More than anything else, the preceding chapters chronicle the corrupting effects of vertically integrated power. A strong stake in more than one layer of the industry leaves a firm in a position of inherent conflict of interest. You can not serve two masters, and the objectives of creating information are often at odds with those of disseminating it. That is the very first reason for the Separations Principle.").

<sup>418</sup> See *supra* Section IV.D.

<sup>419</sup> This prophylactic approach has also been applied in the power industry. For example, in 1996, the Federal Energy Regulatory Commission issued a mandate requiring vertically integrated utilities to "functionally separate their generation, transmission, and distribution business, and provide transmission access to all generators on transparent, nondiscriminatory terms." Sandeep Vaheesan, Reviving an Epithet: A New Way Forward for the Essential Facilities Doctrine, 3 UTAH L. REV. 911, 927 (2010).

<sup>420</sup> See, e.g., Saule T. Omarova, The Merchant of Wall Street: Banking, Commerce, and Commodities, 98 MINN. L. REV. 265, 268, 274-75 (2013); Bernard Shull, Banking and Commerce in the United States, 18 J. BANKING & FIN. 255, 267 (1994); Bernard Shull, The Separation of Banking

않는다.<sup>421</sup> 보다 구체적으로, 1956년 은행 지주 회사법은 미국 은행을 소유하거나 통제하는 회사가 은행 업무 또는 은행 관리 이외의 사업 활동에 참여하는 것을 금지했다.<sup>422</sup> 주요 예외는 '금융지주회사' 자격을 갖춘 은행이 "증권 거래 및 보험 인수를 포함하여 '본질의 금융'보다 광범위한 활동을 수행할 수 있음이다. <sup>423</sup>

이 체제의 정책 목표는 반독점 및 경쟁 정책과 유사하기 때문에 검토할 가치가 있다. 은행과 상업의 분리를 유지하기 위한 주요 정당화에는 보험예탁기관의 안전과 건전성을 보존, 생산적인 기업에 대한 신용의 공정하고 효율적인 흐름을 보장, 금융 부문의 금융 및 경제력 등이 있다.<sup>424</sup> 이 세가지 고려 사항 모두 은행이 우리 경제에서 중요한 중개자 역할을 한다는 사실과 연결되어있다. 안정과 공정성에 대한 것은 은행 시스템이 다른 비즈니스 활동의 위험에 노출되기에는 너무 중요하다는 생각에서 비롯되었다.<sup>425</sup> 이러한 특징은 은행이 상업 회사와 제휴 할 수 있도록 허용하는 것이 회사는 대출 결정이 상업 계열사에 미치는 영향에 따라 은행이 신용을 발행하도록 장려하여 경쟁을 왜곡할 수 있다는 생각 때문이다. 이것이 촉발할 수 있는 관행(가격 차별, 신용 접근에 대한 불공정한 제한, 기타 반경쟁적 은행 관행)은 은행과 제휴하지 않은 개별 상업 회사에 해를 끼치고 국가 생산성 및 성장을 저해할 것이다.<sup>426</sup> 마지막으로 대형 금융산업 대기업에서 경제적 권력의 과도한 집중 방지를 추구하는 것은 이러한 시장 지배력이 정치적 권력을 집중시키는 경향이 있음과<sup>427</sup> 동시에 "너무 커서 실패할 수 없다는" 단일한 시스템적 위험을 인식하고 있기 때문이다.<sup>428</sup>

은행 지주 회사와 마찬가지로 아마존은 다른 몇 가지 지배적인 플랫폼과 함께 이제 경제 활동의 중간 영역에서 중요한 역할을 해야한다. 아마존 자체가 인터넷 경제의 인프라를 효과적으로 통제하고, 이러한 수준의 집중 통제는 은행법에서 인정하는 것과 유사한 위험을 야기할 수 있다. 이러한 것을 비추어 볼 때, 아마존이 개별 사업부로 확장하면서 발생하는 이해 상충은 특히 문제가 될 수밖에 없다. 은행에서와 마찬가지로 필수 중개 기관이 이에 의존하는 회사와 경쟁할 수 있도록 하면 안좋은 영향이 생길지도 모른다. 수직적으로 통합된 지배적인 플랫폼이 누구에게 서비스를 제공하고, 어떤 조건으로 서비스를 제공하는 지 선택할 수 있도록 하는 것은 공정한 경쟁과 경제 전체를 왜곡할 가능성이 있다.

안전성과 건정성 뿐만 아니라 과도한 경제적, 정치적 권력도 분명 고려할 가치가 있는 부분이다. 그리고 아마존(Uber, Google 등과 같은 기타 지배적인 플랫폼)이 금융 서비스로 직접 확장한 것은 사실이다.<sup>429</sup> 그러나 이러한 비즈니스에 대한 아마존의 참여 수준은 적어도 현재 규모로 볼 때 우려를 정당화하는 방식으로 재정적 위험을 집중시킬 가능성은 낮다. 오히려 플랫폼 간 집중으로 인해 발생하는 시스템적 위험은 다른 종류이다. 하나는 데이터의 밀집도인데 소비자 데이터의 엄청난 부분이 단일 회사에 밀집 되어있다는 사실은 해당 회사의 해킹이나 기술적인 실패를 더욱 혼란스럽게 만든다. 2013년 Target의 시스템이 해킹을 당하며 1억만명이 넘는 소비자 정보가 유출되는 사고가 있었다.<sup>430</sup> 해킹된 주체가 만약 Amazon이었다면 훨씬 더 혼란을 야기할 수 있었을 것이다.

<sup>421</sup> Omarova, *supra* note 420, at 268.

<sup>422</sup> Bank Holding Company Act of 1956, Pub. L. No. 84-511, § 4, 70 Stat. 133, 135-37 (codified as amended at 12 U.S.C. §5 1841-48 (2012)).

<sup>423</sup> Omarova, *supra* note 420, at 268 (citing 12 U.S.C. § 184 3 (k)(1)(A)).

<sup>424</sup> *Id.* at 275.

<sup>425</sup> *See id.* at 275-76. <sup>426</sup> *Id.* at 276

<sup>426</sup> *Id.* at 276.

<sup>427</sup> *Id.*

<sup>428</sup> *Id.* at 275-77. Notably, several banking regulations that previously sought to prevent concentration of systemic risk in our financial system were repealed by Congress in the 1990s- leading in part to the "too-big-to-fail" crisis. *See* JOHNSON & KWAK, *supra* note 179.

<sup>429</sup> *See* Sara E. Needleman & Greg Bensinger, *Small Businesses Are Finding an Unlikely Banker: Amazon*, WALL ST. J. (Oct. 4, 2012, 1:17 PM), <http://www.wsj.com/articles/SB10000872396390443493304578034103049644978> [<http://perma.cc/PUH8-XFKS>]; Eric Newcomer Olivia Zaleski, *Inside Uber's Auto-Lease Machine, Where Almost Anyone Can Get a Car*, BLOOMBERG (May 31, 2016, 11:00 AM), <http://www.bloomberg.com/news/articles/2016>

또한 Amazon Web Service가 충돌한 몇가지 사례로 인해 Netflix를 비롯한 여러 비즈니스가 중단된 되기도 했었다.<sup>431</sup>

마지막으로 아마존이 플랫폼을 활용하여 비즈니스 라인 전반에 통합하도록 허용하는 것이 과도한 경제적, 정치적인 힘을 주는지에 여부를 묻는 타당한 이유가 있다.<sup>432</sup> 이 주제는 본문에서 다룬 것 보다 훨씬 더 깊은 고려를 요구하지만, 현재 아마존 소매업체, 제조업체, 출판사에 의존하고 있는 다수의 비즈니스를 인터뷰한 연구에서는 아마존이 휘두르고 있는 힘이 예리하다는 것을 보여준다.<sup>433</sup> 역사에 따르면 단일 행위자가 시장 조건을 설정하도록 허용하는 것은 대체로 확인되지 않는 상태에서 심각한 위험을 초래할 수 있다. 수직적 통합에 대한 예방적 금지를 통해 아마존의 범위를 제한하고 예를 들어 소매 및 마켓 플레이스 운영을 분할하도록 하면 이러한 우려를 완화하는 데 도움이 될 것이다

#### A. 규제를 통한 우세한 플랫폼의 독점 제지

두번째 방법은 우세한 온라인 플랫폼들의 독점을 인정하고 그들의 영향력을 규제할 수 있는 방법을 찾는 것이다. 이에는 2가지가 사용될 수 있다: 1) 공공사업규제, 2) common carrier 의무. 이 두가지 방법은 전통적으로 공공유틸리티 규정과 일반 운송업체 의무의 형태로 수행되었다. 역사적으로 공공사업으로 규제를 받았던 사업들은 주로 원자재 (물, 전기, 가스), 교통(철도, 선박), 그리고 통신(전신, 전화) 사업들이었다.<sup>434</sup> 이러한 공공사업 제도는 경쟁을 없애는 것을 목표로 한다: 독점으로부터 오는 이점을 인정하고 독점력을 남용하지 못하도록 규제하는 것이다.

435

요즘 시대에는 맞지 않을지 모르나 1900년대 초기에는 공공사업규제가 널리 사용되었다. 이는 산업시대의 기술을 통제하기 위해 사용되었다. 공공사업규제의 의도는 필수적인 네트워크 사업들 (철도산업, 전기 산업)의 서비스를 대중들에게 적절한 가격에 공평하게 제공하기 위해서였다. 이후 20세기의 진보적필수 세력은 공공사업을 정부를 이용해 개인 사업을 공공의 목적을 위해 통제하는 방식으로 받아들였다. 그 이유는 규제 받지 않은 개인 기업들

<sup>430</sup> Chris Isidore, *Target:Hacking Hit up to 110 Million Customers*, CNN MONEY (Jan. 11, 2014, 6:20 PM), <http://money.cnn.com/2014/01/10/news/companies/target-hacking> [<http://perma.cc/D6W3-TM75>].

<sup>431</sup> There have been some policy debates about whether Google should be considered "critical infrastructure." See, e.g., Eric Engleman, *Google Exception in Obama's Cyber Order Questioned as Unwise Gap*, BLOOMBERG (Mar. 5, 2013, 12:01 AM), <http://www.bloomberg.com/news/articles/2013-03-05/google-exception-in-obama-s-cyber-order-questioned-as-unwise-gap> [<http://perma.cc/5Z2M-HVU3>]. That debate has not yet extended to Amazon, but- given the growth of Amazon Web Services - it may be appropriate.

<sup>432</sup> That platforms' concentration of economic power also concentrates political power is becoming increasingly evident. Amazon, Google, and Uber have all shifted regulatory debates and- in some cases -directly shaped outcomes. See Liam Dillon, *Uberand Lyft Are Winning at the State Capitol-Here'sWhy*, L.A. TIMES (May 7, 2016, 12:05 AM), <http://www.latimes.com/politics/la-pol-sac-why-uber-is-winning-in-california-20160507-snap.htmlstory.htm> [<http://perma.cc/7BRX-F39U>]; Peter Elkind & Doris Burke, *Amazon's (Not So Secret) War on Taxes*, FORTUNE (May 23, 2013, 10:42 AM), <http://fortune.com/2013/05/23/amazons-not-so-secret-war-on-taxes> [<http://perma.cc/LN8G-GTNN>]; Simon Marks & Harry Davies, *Revealed:HowGoogleEnlistedMembersofUS CongressToFight\$6bnEUAnti-trust Case*, GUARDIAN, (Dec. 17, 2015, 7:30 AM), <http://www.theguardian.com/world/2015/dec/17/google-lobbyists-congress-antitrust-brussels-eu> [<http://perma.cc/NLA7-KNVC>]; Anna Palmer & Scott Wong, *Lobbying Drives Uber's Expansion*, POLITICO, (Sept. 18, 2013, 11:16 PM), <http://WWW.politico.com/story/2013/09/uber-taxi-lobbying-expansion-o97028> [<http://perma.cc/B3LA-7WUD>]; Sam Jewler & Taylor Lincoln, *Mission Creep-y: Google Is Quietly Becoming One of the Nation'sMost Powerful PoliticalForces While Expanding Its Information-Collection Empire*, PUB. CITIZEN (NOV. 2014), <http://www.citizen.org/documents/Google-Political-Spending-Mission-Creepy.pdf> [<http://perma.cc/83QR-X3PA>]; Martin Moore, *Tech Giants and Civil Power*, CTR. FOR STUDY MEDIA, COMM. & POWER (Apr. 2016), <http://www.kcl.ac.uk/sspp/policy-institute/CMCP/Tech-Giants-and-Civil-Power.pdf> [<http://perma.cc/D76X-NALM>].

<sup>433</sup> See LaVecchia & Mitchell, *supra* note 6; Barry C. Lynn, *Killing the Competition: How New MonopoliesAreDestroyingOpenMarkets*, HARPER'S MAG., Feb. 2012, at27.

<sup>434</sup> William Boyd, *PublicUtilityand the Low-CarbonFuture*, 61 UCLAL. REV. 1614, 1616 (2014).

<sup>435</sup> *Id.* at 1643.

이 종종 독점으로 인한 힘을 남용했고 이를 통제하기 위해서 필수 네트워크 산업들은 큰 규모와 힘이 필요했다. 가장 유명한 사례는 철도 회사를 대상으로 common carriage를 도입한 주제상업위원회(Interstate Commerce Commission)의 설립이다. 이 위원회는 철도사업이 힘을 남용하며 농업인들을 상대로 승자와 패자를 나누는 행위를 막기 위해 설립되었다.<sup>436</sup>

미국에서 개인 사업체에 공공사업규제를 처음 적용시킨 사례는 Munn v. Illinois였다. 대법원은 주 입법부의 뜻을 인정해 회사가 부과할 수 있는 곡물의 보관과 배송에 드는 비용의 최대 가격을 정했다.<sup>437</sup> 재판관은 판결을 내리며<sup>438</sup> “개인의 재산이 공공사용을 위해 이용되면 이는 공공규제를 따라야 한다”고 말했다.<sup>439</sup> 이러한 결정은 이후 common carrier의 원칙을 정할 때도 영향을 미쳤다. 다만 언제 비즈니스가 진정으로 공공의 이익에 걸리는지에 대한 것은 논란이 되었다. <sup>440</sup>

가장 중요한 점은 공공사업(public utility)을 공동기업으로서 시장력에 의존하게 두기에는 영향력이 너무 큰 필수적인 네트워크 산업들을 규제할 목적으로 쓰였다.<sup>441</sup> 그리고 정책들은 공공 사업 규제가 적은 비용으로 자본을 보장하고 이를 기술 시스템에 기여하도록 하였다. 일종의 중앙 시스템을 만들어 자연독점으로 인해 생길 수 있는 힘의 남용으로부터 대중들을 지키려 했다. <sup>442</sup>

아마존이 점점 더 인터넷 경제에 있어 필수적인 인프라의 역할을 하고 있기에 공공사업규제를 적용하는 것도 고려해 볼만하다.<sup>443</sup> 가장 대표적인 공공사업규제 정책에는 1) 차별 없는 가격과 서비스 2) 임금을 설정의 (rate-setting) 한도 세팅 3) 자본화와 투자를 강제하는 것이다. 이 셋 중 첫번째 차별 없는 가격과 서비스 측면의 규제를 적용하는 것이 가장 적합해 보인다.

아마존이 다른 생산자들과 소비자를 상대로 차별적인 행동을 하지 못하도록 막는 적절한 차별금지법이 있다면 큰 의미가 있을 것이다. 현재 아마존의 수직 통합으로 인해 생겨난 비즈니스 구조를 둘러싼 반경쟁적 우려들도 이러한 법을 통한다면 억제할 수 있을 것이다. 이러한 접근법은 기업으로 하여금 다양한 비즈니스를 지속하고 scale의 이점을 취하며 동시에 불공평하게 경쟁사들을 상대로 영향력을 남용하는 것을 막을 수 있을 것이다.<sup>444</sup> 차별금지법과 함께 common carrier 의무 (플랫폼이 다른 비즈니스들에게 공정한 기회를 제공하도록 강제) 를 따르게 한다면 아마존이 자신의 우세함을 통해 경쟁을 억제하는 행위를 더 효과적으로 막을 있을 것이다.

Rate-setting은 다소 어려울 수 있다. Rate-setting을 하기 위해서는 아마존이 생산자들과 소비자들에게 charge하는 비용의 한계를 정해야 하기 때문이다. 전통적으로 정부는 기업이 들인 투자에 대한 적절한 보수를 따져서 rate-setting을 했다. 그리고 이후 그에 맞춰 소비자 가격과 생산자 가격을 책정하였다.<sup>445</sup> 그러나 온라인플랫폼을

<sup>436</sup> See Christopher Leslie, *Antitrust Law as PublicInterest Law*, 2 U.C. IRVINE L. REV. 885, 887 (2012).

<sup>437</sup> 94 U.S. 113 (1877).

<sup>438</sup> *Id.* at 126.

<sup>439</sup> *Id.* at 130.

<sup>440</sup> *Id.*

<sup>441</sup> Boyd, *supra* note 434, at 1635.

<sup>442</sup> *Id.* at 1643

<sup>443</sup> See K. Sabeel Rahman, *From Railroad to Uber: Curbing the New CorporatePower*, Bos. REV. (May 4, 2015), <http://bostonreview.net/forum/k-sabeel-rahman-curbing-new-corporate-power> [<http://perma.cc/Y6TU-E449>]; K. Sabeel Rahman, *Private Power and Public Purpose: The Public Utility Concept and the Future of Corporate Law in the New Gilded Age*, Address at the Association of American Law Schools' n10th Annual Meeting (Jan. 8, 2016) (transcript on file with author).

<sup>444</sup> Net neutrality is a form of common carrier regime. For an exposition of why net neutrality and search neutrality should apply to major platforms, see Frank Pasquale, *InternetNondis- crimination Principles:Commercial Ethicsfor Carriersand Search Engines*, 2008 U. CHI. LEGAL F. 263.

<sup>445</sup> A "fair return" has been variously defined. For an overview of public utility regulatory re- gimes, see WILLIAM A. PRENDERGAST, *PUBLIC UTILITIES AND THE PEOPLE* 2 (1933) ("What is a utility? . . . It is commonly used to denote a business the product or use of which serves the public generally . . . . [It is] a business which cannot choose its clients or customers.").

상대로 적정한 보수를 정하는 것은 다소 어려울 것이다. 어려움 중 하나는 아마존은 그동안 너무 넓은 범위의 다양한 비즈니스 라인에 걸쳐 막대한 투자를 해왔기 때문에 어느 부문에 기준을 맞춰 rate of return을 정할지는 정확하지 않다. 또다른 문제는 아마존이 몇몇 플랫폼에 들인 투자는 오히려 원가 이하 가격 책정으로 인해 수익성이 없었다는 것이다.

자본화와 투자 강제의 필요성은 명확하지 않다. 이전에 이러한 법이 생겨난 원래 이유는 utility를 설립하고 운영하는 경제(economics)에 대한 평이 비판적이었고 종종 개인 기업들이 투자하기를 꺼려했기 때문이다. 아마존의 경우 기업이 스스로 손해를 감수하며 빠른 속도로 크게 성장하는 것을 선택한 것이다. 이러한 경우 그들의 행보가 정말 본질적으로 손해를 보는게 맞는지 명확하지 않다. 그런 의미에서 공공사업체제는 온라인 플랫폼으로써 성공하는 데에는 큰 손실이 따른다는 근거하에 정당화될 수 있다. 이러한 접근 아래 아마존과 Uber의 손해를 감수한 시장 점유율은 자본 투자로 볼 수 있을 것이다.<sup>446</sup> 따라서 공공사업의 영역에 포함시킬 수 있다.

그러나 사실 공공사업체제를 다시 도입하는 것은 어려울 것이다. 왜냐하면 mid-century에 들어서면서 공공 시설 규제는 지적, 정책적인 공격을 많이 받았다. 비평가들은 규제의 이유로 자연 독점 이론을 계속 사용하는 것을 비판했다. 빠르게 진행되는 경제적 기술적 변화는 독점을 일시적인 문제로 만들 것이라 주장했다. 두번째 이유로 비평가들은 공공시설을 부패의 일환으로 보았다. 개인 산업 경영진이 정부와 합동하여 임대료를 추구하려는 속셈이라 하였다. 결국 이러한 지속적인 비판들이 공공 시설의 개념을 흐리게 만들었다.<sup>447</sup> 새로운 트렌드는 경쟁 시장을 이상화하는 것이었다. 그리고 간섭하지 않는 것이 간섭하는 것보다 더 나은 결과를 가져온다고 믿었다. 공공 사업 규제는 여전히 다소 안 좋게 인식되고 있지만 공공사업과 비슷한 맥락의 규제를 하려는 움직임의 감새가 있다. 순 중립성 논란의 핵심은 21세기의 통신 인프라를 어떻게 규제할 것이냐는 근본적인 논의가 필요하다.<sup>448</sup> 순 중립성 체제는 결국 common carrier전통에 의해 밀려나게 된다.

아마존의 전체 전자상거래 점유율 증가와 플랫폼에 의존하는 막대한 수의 개인 판매자와 생산자들을 고려했을 때 공공사업규제의 일종을 적용하는 것은 이해가 된다. 하나의 접근은 다른 비즈니스들이 의존하는 아마존의 모든 비즈니스에 공공사업규제를 적용하는 것이다. 다른 방법은 아마존 비즈니스 일부를 해산시키고 차별금지법을 각각 적용시키는 것이다. 예를 들어, Amazon Marketplace와 Amazon Web service를 서로 다른 독립체로 보는 것이다. 이러한 체제를 도입하는데는 정치적 어려움이 있으니 예전의 반독점 정책을 강화하는 것이 가장 실현 가능해 보인다.

조금 더 가벼운 규제로는 필수 설비 정책(essential facilities doctrine)이 있다. 이 정책은 자연독점으로 생긴 자산(다른 시장의 필수적인 input역할을 할)을 공유하는 요구사항을 강제한다. Sandeep Vaheesan은 다음과 같이 말했다:

*이 정책은 두가지 전제를 바탕으로 한다: 첫째, 한 시장의 자연 독점자가 다른 시장의 경쟁사를 몰아내기 위한 의도로 중요 시설 접근을 거부하는걸 허락해서는 안된다. 둘째, 기업을 여러 단위로 나누는 근본적인 해결방법은 독점으로 인한 leveraging은 막을 수 있으나 중요한 효율성을 희생시킬 수 있다. <sup>449</sup>*

예방 차원의 통합 금지 법과는 달리 필수 설비 정책은 통합 소유권을 인정해준다. 수직통합을 통한 독점 기업이 다른 시장 경쟁자의 접근을 막는 것을 인지하고, 이 정책은 독점 기업이 경쟁자들에게 접근권을 주도록 요구하는 것이다. 이러한 의무는 원래 규제 감독을 통해 시행되었다. 아직 필수 설비 정책은 명확히 정의되어 있지 않지만 four-factor test (MCI test) 가 그 기초를 형성하고 있다.<sup>450</sup> 그 테스트에 의하면 하나의 시설이 다음과 같은 4가지

<sup>446</sup> I am indebted to David Kim for making this connection at the Yale LawJournal/Author Seminar Workshop on October 12, 2016.

<sup>447</sup> Boyd, *supra* note 434, at 1656.

<sup>448</sup> *Open Internet*, FED. COMM. COMMISSION, <http://www.fcc.gov/general/open-internet> [<http://perma.cc/ZL6S-6Q38>].

<sup>449</sup> Vaheesan, *supra*note 419, at 911.

경우에 해당한다면 이는 필수 시설에 해당하고 반드시 나누어야 한다고 정의한다: 1) 독점자(기업)가 필수 시설을 컨트롤한다 2) 경쟁사가 이 필수 시설을 따라하는 것은 실질적으로 불가능하다 3) 독점자(기업)가 경쟁사가 이 필수 시설을 사용하는 것을 거부한다 4)시설을 제공하는 것이 가능하다.<sup>451</sup> MCI는 또한 시설이 필수적인 것으로 간주되기 위해서는 “개별적이고 수직적으로 관련된 시장에서 필요한 투입물”이어야 한다고 판결했다.<sup>452</sup>

대법원이 직접적으로 명확히 essential facility에 대한 기준을 정해준 적은 없지만 3번의 대법원 판결을 통해 이 법의 기능적인 기반은 수립되었다고 볼 수 있을 것 같다.<sup>453</sup> 그러나 2004년 법원은 필수 설비 정책을 법으로 정하는 것을 반대했다.<sup>454</sup> 이러한 법원의 결정은 이전에 내렸던 관련 판결을 뒤집었다. 법원이 필수 시설에 대한 이전 판례법을 효과적으로 거부하기로 한 결정은 다른 측면에서도 이야기가 많았다. 특히 의회, 집행 기관, 학계의 학자들은 지배적인 기업이 재산을 공유하도록 요구하는 아이디어를 비판했다.<sup>455</sup>

아마존의 비즈니스를 essential facility로 보는 건 합당해 보인다. 적어도 한 아마존의 비즈니스 라인은 MCI test의 두번째, 세번째, 그리고 네번째 에 해당할 것이다. 첫번째 요소인 “아마존은 독점가인가”는 조금 애매하다. 왜냐하면 현재의 정책은 독점을 굉장히 편협한 기준으로 평가하기 때문에 아마존을 독점가로 보지 않을 수 있다.

필수 설비 정책은 지금까지 다리, 도로, 항구, 전력망, 그리고 전화망등 기본시설에 적용되었다.<sup>456</sup> 그러나 아마존이 전자상거래의 중요기반을 컨트롤한다는 사실을 보았을 때 이는 기본 시설로써 다른 기업들에게 평등한 접근의 기회를 주는게 타당해 보인다. 그리고 아마존의 현재 성장세를 보았을 때 아마존 비즈니스의 적어도 3가지 측면은 essential facility-like문제를 일으킬 수 있어 보인다: 1) 아마존 배송서비스인 fulfillment 서비스 2) marketplace 플랫폼 3) 아마존 웹 서비스. 아직 필수 설비 정책이 인터넷 경제에 적용된 적은 없지만 이를 추진 시키기 위한 제안서들은 만들어지고 있다.<sup>457</sup> 온라인 플랫폼에 이러한 체제를 적용시킨다면 scale의 이점은 유지하되 독점기업들이 힘을 남용하는 것을 막을 수 있을 것으로 보인다.

## 결론

인터넷 플랫폼은 상업과 communication에 있어 큰 부분을 차지하고 있다. 하지만 현재의 플랫폼 시장은 큰 기업을 중심으로 합병되며 경쟁이 활발하지 못하다.<sup>458</sup> 현재 e-commerce의 거장은 아마존이다. 아마존은 단기적인 수익 대신 공격적인 투자를 통한 기업의 성장을 추구하며 많은 라인의 비즈니스를 통합했다. 그 결과 자신의 플랫폼에 의존하는 많은 비즈니스들에게 필수적인 인프라 역할을 하게 되었다. 하지만 아마존의 비즈니스 전략과 현

<sup>450</sup> 708 F.2d 681, 1132-33 (7 th Cit. 1982).

<sup>451</sup> Id. This last factor allows for efficiency defenses.

<sup>452</sup> Vaheesan, *supra*note 419, at 921.

<sup>453</sup> Id. at 918 (citing Marianna Lao, Networks, Access, and 'EssentialFacilities,'62 SMU L. REv. 557 (2009)). The three cases that Vaheesan identifies are United States v. Terminal Railroad Ass'n, 224 U.S. 383 (1912); United States v. Associated Press, 326 U.S. 1 (1945); and Otter TailPowerCo. v. UnitedStates, 410 U.S. 366 (1973).

<sup>454</sup> See Verizon Commc'ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398, 410 (2004).

<sup>455</sup> See Brett Frischmann & Spencer Weber Waller, RevitalizingEssentialFacilities,75 ANTITRUST L.J. 1, 3 (2008).

<sup>456</sup> Id. at4.

<sup>457</sup> For more pieces grappling with the possibility of applying the "essential facilities" doctrine to internet platforms, see Frank Pasquale, Dominant Search Engines:An Essential Cultural PoliticalFacility,in THE NEXT DIGITAL DECADE 401 (Berin Szoka et al. eds., 2011); and Zachary Abrahamson, Comment, EssentialData, 124 YALE L.J. 576 (2014).

<sup>458</sup> See a Giant Problem, ECONOMIST (Sept. 17, 2016), <http://www.economist.com/news/leaders/2170721o-rise-corporate-colossus-threatens-both-competition-and-legitimacy-business> [http://perma.cc/DNN2-YKL3] ("[T]he most striking feature of business today is . . .the entrenchment of a group of superstar companies at the heart of the global economy .... But they have two big faults. They are squashing competition, and they are using the darker arts of management to stay ahead."); Davidoff Solomon, *supra* note 319.



재 시장 점유율은 반경쟁 우려를 제기한다. 이는 현존하는 소비자 복지 중심의 반독점 체제가 제대로 인지하지 못하고 있는 부분이다. 특히 지금의 관련법은 약탈적 가격 책정의 위험과 비즈니스간의 통합이 반경쟁을 불러일으킬 수 있다는 것을 인정하지 않고 있다. 이러한 문제점은 2가지의 이유로 온라인 플랫폼에서 더욱 두드러진다. 첫째, 플랫폼 시장의 경제는 기업들이 수익 대신 성장을 택하도록 장려하고 하고 있으며 투자자들은 이들에게 아낌없는 지지를 보여주고 있다. 이러한 조건 속에 약탈적 가격 책정 전략은 매우 합리적인 선택으로 보인다. 하지만 지금의 반독점 정책은 이러한 전략이 여전히 비합리적이라 주장한다. 둘째, 온라인 플랫폼은 중재자의 역할을 함으로써 전반적인 비즈니스 라인의 통합은 이런 플랫폼들로 하여금 다른 비즈니스들이 의존하는 인프라를 컨트롤할 수 있게 한다. 이러한 이중적인 역할은 우세한 플랫폼이 자신들의 서비스를 사용하는 비즈니스들에 대한 정보를 수집하고 그 정보를 이용해 경쟁자를 약화시킬 수 있게 한다.

반경쟁 문제를 해결하기 위해 우리는 소비자 복지 중심의 체제에서 경쟁 프로세스와 시장 구조를 지키는 체제로 바뀌어야 한다. 새로운 체제는 기업의 구조가 반경쟁적 이해의 충돌을 일으키지는 않는지 검토할 것이다. 또한 전반적인 비즈니스라인에 걸쳐 한 라인의 우세함을 이용해 다른 라인에도 영향을 끼치지 않는지 확인할 것이다. 온라인 플랫폼 시장의 경제가 약탈적인 행동을 장려하지는 않는지 그리고 자본 시장이 이를 허락하고 있지는 않는지 자세히 평가할 것이다. 다시 말해, 이전의 반독점 체제를 복원하여 독점 플랫폼의 포식의 전제를 수정하고 수직 통합을 막는 것은 이런 시장에서의 경쟁을 지켜낼 수 있다. 또 하나의 방법으로는 온라인 플랫폼이 자연독점기업이란 것을 인정하고 공공시설규제 또는 필수 시설의 의무를 강제하는 것이다. 이 경우 우세한 플랫폼들의 scale 적인 이점은 유지하되 그들이 힘을 악용하는 것을 막을 수 있다.

내가 주장하고자 하는 바는 현재 반독점 패러다임은 실패한 것이냐는 질문에 대한 대답이다. 수십년 동안 기술 관료로 강등당했지만 반독점정책과 경쟁정책은 다시 한번 대중의 관심을 얻고 있다.<sup>459</sup> 작년 Wall Street Journal은 점점 더 많은 미국의 산업들이 적은 기업들에 의해 지배되고 있다.<sup>460</sup> 2016년 3월 Economist는 “수익은 너무 높고 미국은 경쟁이 필요하다” 라고 선언했다.<sup>461</sup> 정책관련자들도 정책 문서를 발행하고 컨퍼런스를 열어 미국 전역에 걸친 경쟁의 감소와 그에 따른 피해에 대해서 논의하고 있다. 이들이 언급한 피해에는 스타트업 사업의 성장 정체와 경제적 불평등의 확대가 있다.<sup>462</sup> 반독점정책은 2016년 대통령 선거 캠페인에도 등장했다. 민주당은 1988년 이후 처음으로 경쟁정책을 그들의 당플랫폼에 추가했다. 그리고 같은 해 10월에는 대통령 후보였던 Hillary Clinton이 상세한 반독점 플랫폼을 출시하며 강력한 법집행을 주장했고 시장 구조를 고려한 집행철학을 강조했다.

463

<sup>459</sup> In a striking speech welcoming the public and political attention towards antitrust, Assistant Attorney General for Antitrust Renata Hesse stated, "Antitrust is too important to be left solely in the hands of antitrust experts." Renata Hesse, Assistant Att'y Gen., Antitrust Div., Dep't of Justice, Remarks at the 2016 Global Antitrust Enforcement Symposium: And Never the Twain Shall Meet? Connecting Popular and Professional Visions for Antitrust Enforcement (Sept. 20, 2016), <http://www.justice.gov/opa/speech/acting-assistant-attorney-general-renata-hesse-antitrust-division-delivers-opening> [<http://perma.cc/84E6-H4JB>].

<sup>460</sup> Theo Francis & Ryan Knutson, *Wave of Megadeals Tests Antitrust Limits in U.S.*, WALL ST. J. (Oct. 18, 2015), <http://www.wsj.com/articles/wave-of-megadeals-tests-antitrust-limits-in-u-s-1445213306> [<http://perma.cc/WA8J-ATZT>].

<sup>461</sup> *Too Much of a Good Thing*, ECONOMIST (Mar. 26, 2016), <http://www.economist.com/news/briefing/21695385-profits-are-too-high-america-needs-giant-dose-competition-too-much-good-thing> [<http://perma.cc/4YPA-G3HB>].

<sup>462</sup> See Eduardo Porter, *With Competition in Tatters, the Rip of Inequality Widens*, N.Y. TIMES (July 12, 2016), <http://www.nytimes.com/2016/07/13/business/economy/antitrust-competition-inequality.html> [<http://perma.cc/8Z8A-KCFJ>]; *America's Monopoly Problem*, NEW AM., <http://www.newamerica.org/open-markets/events/americas-monopoly-problem>

[<http://perma.cc/64YF-6IZV>]; Marc Jarsulic et al., *Reviving Antitrust*, CTR. FOR AM. PROGRESS (June 29, 2016), <http://www.americanprogress.org/issues/economy/report/2016/06/29/140613/reviving-antitrust> [<http://perma.cc/QCV8-52TV>]; *Making Antitrust Work for the 21st Century*, CTR. FOR EQUITABLE GROWTH, <http://equitablegrowth.org/event/making-antitrust-work-for-the-21st-century> [<http://perma.cc/HAX7-BRKC2>]; *Untamed: How To Check Corporate, Financial, and Monopoly Power*, ROOSEVELT INST. (2016), <http://rooseveltinstitute.org/wp-content/uploads/2016/06/Untamed-Final-Single-Pages.pdf> [<http://perma.cc/FM9R-DXJJ>].

<sup>463</sup> See Neil Irwin, *Liberal Economists Think Big Companies Are Too Powerful. Hillary Clinton Agrees*, N.Y. TIMES (Oct. 4, 2016), <http://www.nytimes.com/2016/10/05/upshot/liberal-economists-think-big-companies-are-too-powerful-hillary-clinton-agrees.html> [<http://perma.cc/8Z8A-KCFJ>].

이러한 비평에 생기를 불어넣는 것은 소비자 복지에 대한 피해가 아닌 경쟁이 없어진 시장이 낳은 더 큰 문제들이다.<sup>464</sup>

아마존은 계속해서 온라인 플랫폼 인프라로 얻은 영향력을 다른 새로운 비즈니스 시장으로 확장시켜가고 있다. 그들의 시장독점은 조사가 필요하다. 플랫폼 시장을 위한 반독점 법률과 경쟁 정책 개정을 위해서 우리는 2가지 질문을 해야 한다. 첫째, 현재 우리의 법적 틀은 독점기업들이 인터넷 경제에서 어떻게 힘을 얻고 행사하는지에 대한 현실을 잘 반영하는가? 둘째, 어떠한 형태와 정도의 힘을 경쟁에 대한 위협으로 판단할 것이냐? 이 두 질문에 대한 답을 고려하지 않는다면 우리가 금지하고자 했던 독점 기업들의 성장을 허락하는 것이나 마찬가지다.

---

[perma.cc/WXA9-RX2J](http://perma.cc/WXA9-RX2J)]; Hillary Clinton's Vision for an Economy Where Our Businesses, Our Workers, and Our Consumers Grow and Prosper Together, HILLARY CLINTON, <http://www.hillaryclinton.com/briefing/factsheets/2016/10/03/hillary-clintons-vision-for-an-economy-where-our-businesses-our-workers-and-our-consumers-grow-and-prosper-together> [<http://perma.cc/2EHG-PT9Z>] ("Promote Free and Fair Competition and Stopping Big Businesses from Hurting Small Businesses").

<sup>464</sup> One of the most striking aspects of Hesse's speech is that she distances herself from a strict consumer-welfare based approach - departing from current orthodoxy:

But, although we believe competition maximizes consumer welfare, the ultimate standard by which we judge practices is their effect on competition, not on consumer welfare. It is certainly relevant when a merger will lead to higher prices and reduced output because these results are hallmarks of reduced competition. But the law instructs us to examine whether a merger may substantially lessen competition and that means we must sometimes look to other evidence of harm to competition.

Hesse, *supra*note 459.