

# 공정거래법상 자사우대에 대한 이해와 접근

정 재 훈\*

## 1. 공정거래법상 자사우대 문제

자사(自社)우대(優待)란 온라인 플랫폼 사업자가 자사 온라인 플랫폼에서 자사의 상품 또는 서비스를 경쟁사업자의 상품 또는 서비스 대비 유리하게 취급하는 행위를 말한다. 자사우대는 온라인 플랫폼 사업자가 자사의 상품 또는 서비스를 경쟁사업자의 상품 대비 우선적으로 노출하는 등 직접적으로 우대하는 행위 뿐만 아니라, 자사와 거래하는 온라인 플랫폼 이용사업자의 상품 또는 서비스를 그렇지 않은 이용사업자의 상품 또는 서비스 대비 우선적으로 노출하는 등 간접적으로 우대하는 행위도 포함한다.<sup>1)</sup> 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’이라고 한다)상 자사우대는 시장지배적 지위 남용으로서 차별적 취급<sup>2)</sup> 또는 불공정거래행위로서 차별적 취급<sup>3)</sup>이 적용될 수 있다.

이러한 자사우대 규제론은 한국은 물론 전세계적으로 디지털 경제로 전환이 빠른 속도로 이루어지며 온라인 플랫폼 중심의 경제구조가 심화되는 과정에서, 시장을 선점한 시장지배적 플랫폼이 신규 플랫폼의 시장진입을 경쟁제한적인 방법으로 방해하며, 시장지배력을 인접 시장이나 연관 시장으로 확장하여 경쟁이 제한될 우려가 높다는 점을 배경으로 하고 있다.<sup>4)</sup> 이러한 현상은 유럽연합의 구글 쇼핑 사건을 통하여 경쟁법적 논쟁이 확산되었으며,<sup>5)</sup> 한국에서도 자사우대를

\* 이화여자대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

1) 온라인 플랫폼 사업자의 시장지배적지위 남용행위에 대한 심사지침(2023. 1. 12. 공정거래위원회 예규 제418호) III. 2. 다.

2) 공정거래법 제5조 제1항 제3호, 시행령 제9조 제3항 제4호, 시장지배적 지위 남용행위 심사기준 중 “자사 또는 다른 거래상대방 대비 가격 또는 거래조건을 부당하게 차별하는 행위”.

3) 공정거래법 제45조 제1항 제2호, 시행령 제52조 별표 2.

4) 공정거래위원회 2023. 1. 12. 보도 자료 “온라인 플랫폼 독과점 심사지침 제정·시행”.

5) 장품·박상진, 플랫폼 사업자의 자기우대 규제—EU 구글쇼핑 사건을 중심으로, 플랫폼 경쟁

다른 네이버 쇼핑 사건에 대한 공정거래위원회의 판단 및 이에 대한 서울고등법원 판결, 카카오 모빌리티 사건에 대한 공정거래위원회 판단 등이 있었으며, 최근 시행된 ‘온라인 플랫폼 사업자의 시장지배적지위 남용행위에 대한 심사지침’에도 자사우대에 대한 규율이 포함되어 있다.

아래에서는 공정거래법상 자사우대 문제를 다음과 같은 순서로 언급하고자 한다. 먼저 첫째, 자사우대는 어떤 특성을 가지고 있으며, 무엇이 자사우대의 범위에 포함되는지에 대한 논의이다. 이는 자사우대 규제의 전제를 어떻게 확정해야 할 것인지의 문제이다. 둘째, 기존에 논의되던 행위유형인 지배력 전이, 차별행위, 이윤압착, 필수설비 등과 자사우대는 어떤 접점을 가지고 있는지에 대한 논의이다. 이는 경쟁법적 시각에서 자사우대의 정체성을 어떻게 이해해야 하는지에 대한 문제이다. 셋째, 자사우대의 경쟁제한성은 어떻게 증명할 것이며, 최근 선고된 네이버 쇼핑 판결의 경쟁제한성 논증을 어떻게 평가할 것인지의 문제이다. 이는 기존의 경쟁제한성 판단 기준이 자사우대의 국면에서 어떻게 적용되어야 하는지의 문제로, 어떤 자사우대가 경쟁법상 금지되어야 하는지의 문제이다. 아래에서는 이러한 순서대로 논의를 전개하고자 한다.

## 2. 자사우대는 어떤 특성을 가지고 있는가?<sup>6)</sup>

자사우대는 기존 공정거래법이 주로 다루지 않았던 새로운 유형에 속한다. 그 경쟁제한성을 어떻게 판단하고, 어떻게 규율한 것인지를 논의하려면, 자사우대에 어떤 현상적 특성이 있고, 어떤 규범적 특성이 있는지 생각해볼 필요가 있다.

### (1) 자사우대의 현상적 특성

첫째, 자사우대의 본질적 속성은 무엇인지 문제된다. 자사우대라고 불리는 유형에는 차별, 지배력 전이 등 2가지 속성은 최소한 나타나야 한다. 이러한 속성이 없다면 자사우대라고 보기 어렵다. 거래거절이나 수직결합 등의 문제는 자사우대 국면에서 나타날 수도 있고 그렇지 않을 수도 있지만, 자사우대라고 불리는 유형은 차별과 지배력 전이의 두 가지 속성은 있는 것이 대부분이다.

둘째, 플랫폼과 자사우대의 밀접불가분성 문제이다. 자사우대는 일종의 수익모델로, 플랫폼 이용에 대하여 별도로 과금(課金)을 하지 않는 플랫폼이 생존하

법(박영사, 2021), 55~69면.

6) 정재훈, 경쟁과 경쟁제한성의 이해(박영사, 2023), 295~300면.

기 위한 필수적인 수단이다. 이는 플랫폼이 존재하는 한 자사우대가 어떤 형식으로든 유지될 가능성이 높음을 의미한다. 따라서 자사우대에 대한 경쟁법 대응은 자사우대의 금지가 아니라 경쟁제한적인 자사우대를 선별하는 기준 문제임을 의미한다.

셋째, 자사우대는 1회성보다는 지속성을 가지고 있다. 이는 상품이나 서비스 설계(product design)와 영업모델(business model)로서 성격을 가지고 있다. 이 점에서 자사우대를 디자인 변경(design change) 차원에서 이해할 수 있다.<sup>7)</sup> 결국 자사우대에 대한 규제 문제는 문제가 되는 서비스의 본질적인 디자인이나 그 기업의 핵심적인 영업모델을 규제하려는 것이어서,<sup>8)</sup> 그만큼 법률적 공방이 치열해질 수 있다. 이를 집행의 측면에서 보면, 자사우대의 경쟁제한성이 인정될 경우 시정조치의 정당성, 시정조치의 실효성, 그리고 시정조치 위반에 대한 집행의 문제에 있어 공정거래법상 다른 행위 유형에 비하여 더 많은 어려움이 있음을 시사한다.

넷째, 자사우대 문제는 주로 가격보다 거래조건에서 문제되는 경우가 많다. 예를 들면, 플랫폼을 운영하는 사업자가 노출의 순서 및 빈도를 자사 상품 등에 유리하게 설정하거나, 알고리즘<sup>9)</sup>을 통하여 이를 조율하는 행위 등이다.

## (2) 자사우대의 규범적 특성

첫째, 자사우대는 유럽연합, 한국 등과 같이 시장지배력 남용행위를 유형화한 입법례에서 종래 남용행위의 분류 유형과 부합하지 않는 특색을 지니고 있다. 이는 경쟁제한성 평가에서도 종래 남용행위에서 누적된 경쟁제한성 평가의 선례가 그대로 적용되기 어려움을 의미한다.

이와 같이 자사우대가 기존 남용행위 유형에 정확하게 포섭되지는 않지만, 종래 남용행위 유형과 비교한다면 자사우대는 기본적으로 차별, 특히 거래조건 차별이면서도, 여기에 지배력 전이<sup>10)</sup>가 결합된 유형에 가깝다.

7) Newman, Anticompetitive Product Design in the New Economy, 39 FLA.ST.U.L.Rev. 681(2012). 다수의 선택가능한 방법이 존재함에도 상호호환성(interoperability)을 제한하는 디자인 변경은 경쟁자 봉쇄의 동기에 기한 행동일 가능성이 높음을 지적하며, 디자인 변경에 우호적인 미국 판례의 입장을 비판하고 있다.

8) Colomo, Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles, 43 World Competition, 2020, p.36.

9) 알고리즘을 통한 자사우대는 법리상으로는 경쟁제한성 증명이 쉽지 않고, 소비자에게 어느 정도 정보가 제공되었는지에 따라 정당화 사유가 있을 수도 있다.

둘째, 자사우대의 주체 문제이다. 자사우대는 주체의 문제, 즉 거대 플랫폼이 자사우대를 한다는 점에서 관심이 집중되고 있다. 그 점에서 자사우대의 주체가 누구인지가 중요하다.<sup>11)</sup> 자사우대를 일반적인 시장지배적 사업자가 시행하는 경우와 시장지배적 사업자인 플랫폼 사업자가 하는 경우에 어떤 차별성이 있는지가 문제된다.

셋째, 자사우대의 효율성의 문제이다. 수직적 거래제한이나 수직형 기업결합에서 발생하는 경쟁제한성과 효율성의 형량 문제는 플랫폼 시장과 (자사우대의) 대상 시장이 수직적 관계에 있는 경우 동일하게 발생할 수 있다. 혼합형 기업결합에서 발생하는 경쟁제한성과 효율성의 관계도 플랫폼 시장과 대상 시장의 관계에서 원용될 수 있다. 이러한 평가가 가능하기 위하여 특별한 유형에 매몰되지 않고 자사우대의 경쟁제한성 평가와 효율성 평가를 종합적으로 할 수 있어야 한다.

넷째, 자사우대는 경쟁법제와 소비자보호법제에서 모두 문제된다. 자사우대가 발생하는 상황은 소비자보호법제와 경쟁법제가 혼재한 국면이 된다.

소비자보호법제는 자사우대를 소비자에게 알리지 않은 것에 주목하고 있다. 따라서 소비자보호법제 차원의 시정(是正)은 비교적 간명하다. 소비자에게 고지 의무를 다하는 방향으로 시정이 가능하다.<sup>12)</sup> 이와 달리 경쟁법제는 시장에 미친 경쟁제한성에 주목하게 된다. 따라서 소비자에 대한 고지만으로 경쟁제한효과가 해소되기 어렵다.

다섯째, 자사우대를 둘러싼 경쟁법제와 소비자보호법제의 교차는 한국에서 독특한 양상을 보이고 있다. 즉, 경쟁법인 공정거래법에 포함되어 있으나, 불공정성 시정과 소비자보호의 기능을 가진 위계에 의한 고객유인 문제로 드러나고 있다. 네이버쇼핑 사건<sup>13)</sup>에서 공정거래법상 차별행위와 함께 위계에 의한 고객유인이 적용된 것과 같다. 과거 우리 대법원이 위계에 의한 고객유인을 넓게 인정한 사례도 있으나,<sup>14)</sup> 노출 등 자사우대 행위에 기만적 요소가 없다면, 자사우대

10) 플랫폼 시장의 시장지배력이 판매시장으로 전이된다.

11) 자사우대와 유사한 유형으로 부당한 지원행위와 계열회사를 위한 차별 등이 있다. 지원행위는 일상생활에서 자주 발생함에도 주로 기업집단의 지원행위가 문제되는 것처럼, 자사우대는 일상적으로 발생하지만 특정한 주체의 자사우대만이 문제된다.

12) 소비자에게 정보를 제공하더라도 소비자가 이를 이해하지 못하거나 실제 확인하지 않을 가능성 등 상당한 문제가 남아 있다.

13) 공정거래위원회 2021. 1. 27. 의결 제2021-027호.

에 위계에 의한 고객유인(공정거래법 제45조 제1항 제4호)을 적용하기 어려울 것이다.

한편 자사우대와 소비자에 대한 잘못된 정보제공은 별개의 문제이다. 자사우대 행위에 소비자에 대한 위계행위가 포함될 수도 있고, 그렇지 않을 수도 있다. 자사우대가 행위의 종착점이라면 그 과정에서 위계행위가 사용될 수도, 그렇지 않을 수도 있다. 그 점에서 자사우대와 위계에 의한 고객유인행위는 반드시 일치하지 않는다.

### 3. 자사우대에 어떤 행위가 포함되는가?<sup>15)</sup>

구체적 사안이 자사우대의 문제인지, 아닌지가 반드시 명확한 것은 아니다. 그 점에서 자사우대를 식별하는 문제는 중요한 과제가 된다. 이는 시장에서 차별행위로 강화상 분류될 수 있는 범주가 다양함에도 실제 차별행위로 규율되는 행위는 일부분인 것과 비교할 수 있다.

아래와 같이 편의상 그 유형을 분류할 수 있으나, 실제 자사우대의 유형은 훨씬 다양하다. 아래 네 유형 중 첫째 유형에 근접할수록 자사우대 유형에 가깝고, 넷째 유형에 근접할수록 자사우대 유형에서 멀어진다.

첫째, 자사우대의 전형은 자사 플랫폼에서 자사의 상품과 타사의 상품이 경쟁관계로 모두 판매되는 경우 등이다. 심사지침<sup>16)</sup>은 이러한 경우를 자사우대로 정의하고 있다. 그러나 그 외에 자사우대가 검토되거나 의심될 수 있는 유형은 훨씬 다양할 수 있다. 이는 행위유형으로서 자사우대에 포함되는지 문제이므로 경쟁제한성 평가와 국면을 달리한다.

둘째, 자사 플랫폼에서 자사가 판매하는 제품 중에서 자사가 제조한 제품과 타사 제품의 관계(예를 들면 PB 상품과 일반 상품)에서 자사우대가 발생할 수 있는지가 문제된다. 예를 들면, 자사 플랫폼에서 자사가 판매하는 제품 중에서 자사가 제조한 제품(PB 상품)과 타사 제품(일반 제품)에 대하여 노출을 달리했다면 이 문제도 자사우대의 범주에 포함되는지의 문제이다. 직매입 상품과 PB 상품

14) 대법원 2019. 9. 26. 선고 2014두15047 판결, 휴대전화 보조금 사건.

15) 정재훈(주 6), 298~300면.

16) 온라인 플랫폼 사업자의 시장지배적지위 남용행위에 대한 심사지침 III. 2. 다. 온라인 플랫폼 사업자가 자사 온라인 플랫폼에서 자사의 상품 또는 서비스를 경쟁사업자의 상품 또는 서비스 대비 유리하게 취급하는 행위.

은 수요자에 대하여 경쟁하는 관계에 있다. 직매입 상품의 매출 확대가 (PB 상품과 경쟁하는) 타사제품의 판매 증가로 직결되고, PB 상품의 매출 확대는 타사 제품의 판매 감소로 연결될 가능성이 높다는 점에서 자사우대의 법리가 적용될 가능성이 있다. 플랫폼 사업자 입장에서 PB 상품의 매출 확대가 직매입 상품의 매출 확대보다 수익이 높을 가능성이 높다. 이러한 사안에 대하여 자사 제품과 타사 제품의 노출 등 거래조건을 달리 설정했다는 점에서 자사 우대가 검토될 수 있다.

셋째, 자사 플랫폼에서 자사가 판매하는 자사 제품 사이(자사제품 1과 자사 제품 2)에서 차별을 한 것이라면 자사와 타사의 우대가 발생한다고 보기 어렵다. 예를 들면, 배달중개 서비스를 제공하는 플랫폼이 서비스 1과 서비스 2를 운영하는데, 서비스 1은 판매업자가 직접 배달원을 고용하거나 선정하는 경우이고, 배달서비스 2는 플랫폼의 자회사 등이 배달서비스를 제공하는 상황에서 서비스 1과 서비스 2에서 차별이 발생한 경우이다. 이 사안은 플랫폼이 서비스 1과 서비스 2를 모두 판매한다는 점에서 자사 제품 사이에 차별이 발생하였으나, 그 결과 관련 서비스에서 외부업체와 플랫폼의 자회사의 매출에 영향을 미칠 수 있는 사안이다.

물론 제품 1과 제품 2의 매출에 따라 다른 사업자의 수익 등에 영향을 미칠 수는 있으나, 다른 사업자가 시장지배적 사업자의 거래상대방이 아니라면 이런 경우까지 자사우대를 확대하기는 어려울 것이다. 이는 자사 제품의 판매 전략에 차등을 둔 것으로 한정된 자원을 경영판단에 따라 효율적으로 활용한 것에 불과하며, 자사우대 문제와는 성격을 달리하기 때문이다. 이는 위에서 자사 제품(PB 상품)과 타사 제품(일반 제품)의 노출을 달리한 것과 구별된다.

참고로, 대법원 2010. 5. 27. 선고 2009두1983 판결(티브로드 사건)과 비교할 필요가 있다. 이 사건은 사업자가 복수의 상품을 운영하면서 저가 상품에 대한 혜택을 줄인 사건이다.<sup>17)</sup> 이 사건에서 시장지배적 지위 남용이 인정되지 않았다.

넷째, 자사 플랫폼에서 자사가 매입하여 판매하는 타사 제품 사이(제품 1과 제품 2)에서 차별을 한 것이라면 자사와 타사의 우대가 발생한다고 보기 어렵다. 물론 제품 1과 제품 2의 매출에 따라 다른 사업자의 수익 등에 영향을 미칠 수는 있으나, 이는 자사우대의 범위에 포함되지 않는다.

17) 소비자의익 저해(공정거래법 제5조 제1항 제5호 후단)가 적용되었다.

#### 4. 자사우대와 지배력 전이 및 차별행위는 어떤 관계인가?

##### (1) 자사우대와 지배력 전이

자사우대의 범위가 명확한 것은 아니지만, 지배력 전이를 필수적으로 수반하는 차별행위라는 점이 특징적이다. 그런데, 지배력 전이는 주로 끼워팔기에서 문제가 되었고, 전통적인 차별에서 문제되지 않았다. 자사우대는 차별행위임에도 지배력 전이가 핵심이라는 점에서 종래의 차별과 다른 특성을 보이고 있다.

자사우대와 지배력 전이에 관한 일반적인 설명은 다음과 같다.<sup>18)</sup> 온라인 플랫폼 사업자는 자사 플랫폼 내 규칙을 제정하고 운영하는 동시에 해당 플랫폼에서 직접 자사 상품 또는 서비스를 판매하는 등으로 온라인 플랫폼 이용사업자와 경쟁관계에 있을 수 있다. 온라인 플랫폼 사업자는 이러한 이중적 지위를 이용하여 자사 상품 또는 서비스에 대한 접근성을 높이고 경쟁사업자의 상품 또는 서비스에 대한 접근성을 낮추는 방식으로 플랫폼을 운영할 수 있다. 이러한 자사우대 행위를 통해 온라인 플랫폼 시장의 영향력을 지렛대(leverage)로 하여 연관 시장으로 지배력을 전이시킬 수 있다. 또한 연관 시장에서 온라인 플랫폼 사업자의 지배력이 강화되면 이는 다시 기존 온라인 플랫폼 시장의 지배력을 유지·강화하는 방향으로 작용해 독과점적 지위를 더욱 공고히 할 수 있다.

다만, 자사우대를 지배력 전이로 접근함에는 다음과 같은 점에 유의할 필요가 있다.

첫째, 지배력의 (인접시장에 대한) 영향과 지배력 전이는 구별되어야 한다. 지배력 전이 중에도 경쟁을 제한하는 지배력 전이와 그렇지 않은 경우를 구별해야 한다. 지배력 전이가 독자적인 남용행위 유형인지 논란은 별론으로 하더라도, 지배력 전이는 일반적으로 말하는 ‘지배력의 영향’과 다르다. 그 점에서 영향력과 전이를 혼용하는 것은 곤란하다. 특정 시장의 지배력이 인접 시장에 영향을 미치는 것은 자연스럽지만 이를 모두 지배력 전이로 볼 수는 없다. 지배력 전이만으로 경쟁제한성이 인정된다면, 지배력을 당해 시장에서 남용하는 경우에 비하여 지배력이 전이되는 경우에 경쟁제한성이 쉽게 인정되는 불균형의 문제가 발생할 수 있다. 그 점에서 지배력 전이와 지배력 영향을 어떻게 구별할 것인지는 어려운 과제로 남아 있다.

18) 온라인 플랫폼 사업자의 시장지배적지위 남용행위에 대한 심사지침 III. 2. 다.

둘째, 지배력 전이가 인정되어도 경쟁제한효과가 별도로 인정되어야 한다. 즉 지배력 전이와 경쟁제한효과 인정은 다른 차원의 문제이다. 지배력 전이가 발생하여도 그만으로 바로 경쟁제한효과를 인정할 수는 없다. 지배력 전이 현상 자체는 중립적이고, 성과경쟁의 산물일 수도 있다. 따라서 자사우대는 차별행위나 끼워팔기 같은 별개의 확립된 유형을 통하여 집행이 가능하다. 지배력 전이 자체를 남용행위로 보는 것은 근거가 부족하다.<sup>19)</sup> 특히 개별적·유형적 집행을 하는 우리 법제에서는 지배력 전이를 독자적 유형으로 보기 어렵다.

다만, 이러한 구분론은 이론상으로는 가능해도 실제로는 실익이 적을 수 있다. 지배력이 전이되었는지는 결국 경쟁제한효과로 평가할 수 있다. 요컨대, 지배력 전이보다는 경쟁제한효과 발생 여부에 대한 판단이 문제의 핵심이 되어야 한다. 또한, 경쟁제한효과가 발생한 경우에도 발생한 경쟁제한효과의 원인이 지배력 전이였음이 인정되어야 한다. 즉 지배력 전이와 경쟁제한효과 사이에 인과관계가 인정되어야 한다.

셋째, 지배력 전이의 경쟁제한성 증명에서 봉쇄효과, 경쟁자비용상승, 동등효율경쟁자배제 문제가 모두 제기될 수 있으나, 봉쇄효과의 증명이 핵심이 될 수 있다.

근래 자사우대 문제가 부각되기 전까지, 지배력 전이를 통하여 경쟁제한효과가 발생할 수 있는 유형은 지배력 전이 이론이 제기된 초기에 비하여 끼워팔기 정도에 그치고 있었다. 그 점에서 지배력 전이의 경쟁제한효과에서 기존에 지배력 전이가 논의된 끼워팔기를 참고할 수 있다. 끼워팔기의 경우 독점화기도(attempted monopolization)의 수준에 준하는 증명을 요하거나, 봉쇄효과의 증명이 필요하다. 자사우대에서 드러나는 지배력 전이의 경우에도 끼워팔기와 비교할 때 봉쇄효과(foreclosure)를 증명해야 하는 경우가 많을 것이다. 동시에 독점화기도에 준하는 봉쇄효과의 증명 없이 경쟁제한성을 인정하는 것은 위험할 수 있음을 의미한다.

## (2) 자사우대와 차별(차별적 취급)

차별(2선차별)의 경쟁제한효과는 뚜렷한 선례가 없다. 비교법적으로도 차별행위에 대한 경쟁제한성 증명이 어려울 뿐 아니라, 한국에서 공정위가 차별을 적용

19) 이봉의, “디지털플랫폼의 자사 서비스 우선에 대한 경쟁법의 접근”, 『법학연구』 제30권 제3호(2020), 389, 390면.

한 사례에서 법원이 차별의 경쟁제한성에 높은 수준을 요구하며 경쟁제한성을 부정하였다.<sup>20)</sup> 차별의 경쟁제한효과는 가격, 공급량 등에서 직접적인 증거가 제시되거나 완전한 경쟁자 배제와 경쟁부재 상태가 증명되는 경우가 아니면 증명하기가 어려울 수 있다. 다만, 최근의 서울고등법원 2022. 12. 14. 선고 2021누36129 판결(네이버쇼핑 사건)에서는 차별행위의 경쟁제한성을 인정하였다. 이 부분은 후술한다.

#### 5. 자사우대와 이윤압착은 어떤 관계인가?<sup>21)</sup>

자사우대를 이윤압착과 비슷한 구도로 이해할 수 있다. 첫째, 자사우대와 이윤압착은 모두 복수의 시장에서 문제된다. 자사우대는 플랫폼 시장과 개별 시장(상품 또는 용역 시장) 등 2개의 시장에서 차별행위나 지배력 전이가 문제된다. 이는 이윤압착에서 상류시장과 하류시장이 존재하는 것과 유사하다.

둘째, 이중지위(심판과 선수)의 구조에 비견할 수 있다. 플랫폼 시장에서 심판의 역할을 하는 것(자사우대)과 상류시장(이윤압착)에서 심판의 역할을 하는 것은 비교될 수 있다는 취지이다.<sup>22)</sup>

이는 끼워팔기보다 이윤압착이 자사우대에 유사하다는 논거가 될 수 있다. 끼워팔기도 복수의 시장이 문제되지만, 제1시장과 제2시장의 이중지위를 심판과 선수의 역할에 속하는 것으로 평가하기는 어렵다. 이러한 이중지위는 이윤압착에서 잘 드러난다.

셋째, 이윤압착의 경우에는 가격과 비용이라는 기준이 적용되고 동등효율경쟁자배제 기준이 적용가능하다. 자사우대의 경우에는 비가격조건이 문제된다는 점에서 이러한 가격, 비용 기준이 유용할지 문제된다. 자사우대의 경우에도 비가격 조건을 비용으로 치환할 수 있다면 동등효율경쟁자 기준의 적용이 가능할 것이다. 예를 들면, 구글쇼핑 사건<sup>23)</sup>에서 구글이 자사에만 가장 좋은 위치(top position)를 제공한 것은 암묵적으로 도매가격을 낮춘 것으로 산정할 수 있다.

20) 대법원 2006. 5. 26. 선고 2004두3014 판결; 서울고등법원 2017. 2. 15. 선고 2015누39165 판결; 서울고등법원 2019. 10. 12. 선고 2018누76721 판결.

21) 정재훈(주 6), 307면.

22) 다만, 플랫폼 시장이든 상류시장이든 심판으로서 중립적 의무가 인정되는지, 그 근거가 무엇 인지는 논란의 대상이다.

23) Google and Alphabet v. Commission, Case T-612/17(2021).

## 6. 자사우대와 필수설비는 어떤 관계인가?<sup>24)</sup>

첫째, 자사우대가 거래거절의 유형으로 드러난 경우는 필수설비 이론의 검토가 가능하다. 플랫폼을 전통적인 의미의 필수설비로 보기는 어렵다. 그 점에서 플랫폼이 준 필수설비(quasi essential facilities)로서 성격을 가진다는 점이 제시되어야 한다. 다만, 필수설비에서 주로 거래거절이 문제되는 것과 달리, 자사우대에서 거래거절과 같은 극단적인 행위가 드러나는 사례는 많지 않다.

둘째, 자사우대가 차별의 형태로 드러나는 경우에 필수설비 이론의 적용이 가능한지 문제이다. 유럽연합 일반법원(general court)의 구글 쇼핑 사건 판결<sup>25)</sup>은 거래거절의 상황이 아닌 경우(예를 들면 차별)에도 필수설비에 준하는 법리 구성이 가능하다는 취지로 이해될 소지가 있다. 이 점에서 거래거절의 상황이 아닌 경우에도 필수설비와 같은 법리의 적용이 가능할지, 가능하다면 어떻게 이론을 구성하는 것이 합리적일지가 문제된다.

자사우대가 차별의 형태로 드러나는 경우 필수설비 이론을 매개로 하여 경쟁제한성을 증명할 이유는 없다. 차별 행위에서 필수설비성이 반드시 필요하지는 않다. 그 점에서 필수설비 이론의 증명 요부가 모든 경우에 쟁점이 되기는 어려운 것으로 보인다.

다만 차별행위에서 위법성 가설을 세움에 있어 필수설비를 근거로 제시할 수도 있고, 그렇지 않을 수도 있다. 이를 나누어서 검토해본다.

먼저 필수설비를 위법성 가설에 포함하는 경우이다. 경쟁제한성을 증명하는 측(경쟁당국이나 민사소송에서 원고)에서 필수설비 이론을 근거로 차별의 경쟁제한성을 증명하려고 시도할 수는 있다. 필수설비성이 위법성 가설에 포함되고 증거로 뒷받침될 경우 경쟁제한성 증명이 쉬워진다.

그 경우 필수설비 이론이 차별에서 어떤 방식으로 작용할 수 있는지가 분명하게 제시되어야 한다. 차별행위에서 필수설비를 원용하려면 그에 기초한 위법성 가설이 선행해야 하기 때문이다. 반면, 거래거절에서 적용되는 필수설비 이론을 차별행위에서 적용하면서 ‘동등대우 의무’ 정도로 변형하는 것은 곤란하다. 이는 필수설비 이론을 과도하게 확장하는 결과가 된다. 동등대우 위반을 경쟁제한성의

24) 정재훈(주 6), 308~309면.

25) Google and Alphabet v. Commission, Case T-612/17(2021).

근거로 평가할 경우 경쟁제한성 심사가 사실상 형해화될 우려가 있다.

다음으로 필수설비를 위법성 가설에 포함하지 않는 경우이다. 거래거절이 아닌 차별행위에서 필수설비를 매개로 하지 않는다면, 그에 맞추어 새로운 위법성 가설이 제시되어야 한다.

셋째, 자사우대가 거래거절, 차별 외의 형태로 드러나는 경우에도 이론상으로는 필수설비 문제가 적용가능하다. 이는 차별에 준하여 해결하면 될 것으로 보인다.

넷째, 자사우대와 필수설비 문제에서 비례의 원칙과 관련된 문제가 제기되고 있다. 그 이유는 다음과 같다.

필수설비의 거래거절은 그 위법성이 인정될 수 있다. 자사우대는 거래를 유지하면서 차별을 하는 것이어서 거래거절을 수반하지 않고, 거래거절보다 상대방에 대한 불이익이 적다. 그런데도, 자사우대는 필수설비에 해당하지 않아도 위법성이 인정될 수 있다는 것이 위 구글 판결 등의 논지이다.

그렇다면 침익성이 상대적으로 큰 거래거절은 필수설비성을 증명해야 하므로 증명수준이 높아 엄격한 기준하에서 위법성이 인정되는 반면, 침익성이 상대적으로 작은 자사우대는 필수설비성을 증명할 필요가 없어 증명수준이 완화된 기준에서 위법성이 인정된다.

그 결과 플랫폼 사업자가 거래거절을 하면 적법할 가능성이 높다. 이와 달리 플랫폼 사업자가 그보다 온건한 전략으로 거래를 유지하면서 자사우대를 하면 위법할 가능성이 높다. 따라서 플랫폼 사업자는 거래거절을 하는 것이 더 안전한 전략이 된다. 이는 비례의 원칙에 비추어 균형에 맞지 않는다는 취지이다.

다만, 이러한 문제 제기에 대하여, 거래거절에서 필수설비성이 필요하고, 자사우대에서 필요하지 않은 것은 행위유형이나 성격이 다름에 기인한 것일 뿐, 다른 행위에 대하여 다른 기준이 적용되는 것은 당연하며 비례성을 기할 필요는 없다는 반론도 가능하다.

## 7. 자사우대의 경쟁제한성은 어떻게 평가할 것인가?<sup>26)</sup>

자사우대에 대하여 시장지배력 남용, 예를 들면 차별적 취급 조항을 적용하기 위하여 다음과 같은 요건을 갖추어야 한다.

26) 정재훈(주 6), 302~306면.

첫째, 제1 시장(플랫폼 시장 등)에서 시장지배력이 인정되어야 한다. 시장지배력이 인정되지 않는다면 시장지배력 남용으로서 자사우대를 문제삼기 어렵다. 자사우대가 문제된 네이버 쇼핑 사건<sup>27)</sup>은 시장지배력이 전제된 사건이었다. 둘째, 시장지배력이 인정되는 경우에도 제2 시장에서 발생하는 차별의 수준은 일정 수준에 이르러야 한다. 셋째, 경쟁제한성이 증명되어야 한다.

제1요건인 시장지배력 문제는 종래의 기준과 다르지 않다. 제2요건인 차별의 문제는 앞서 언급한 자사우대의 식별 문제이다. 제3요건인 자사우대의 경쟁제한성이 인정되기 위하여는, 차별에서 드러나는 경쟁제한효과와 지배력 전이에서 드러나는 경쟁제한효과가 모두 존재하거나, 최소한 어느 하나는 존재해야 한다.

#### (1) 지배력 전이와 경쟁제한효과

우리 판결은 지배력 전이의 법리를 아직 인정하지 않은 것으로 보인다. 아래와 같이 지배력 전이가 논의된 대법원 2008. 12. 11. 선고 2007두25183 판결(티브로드 I 사건), 대법원 2011. 10. 13. 선고 2008두1832 판결(에스케이 멜론 사건) 등에 비추어 보면 지배력 전이 사안에서 성과경쟁과 남용행위의 구분이 어려움을 의미한다.

첫째, 대법원 2008. 12. 11. 선고 2007두25183 판결(티브로드 I 사건)<sup>28)</sup>에서 원심은 상품시장을 프로그램송출서비스 시장으로, 지역시장을 전국시장으로 보면서도 시장지배력 전이(轉移)를 인정하여 시장지배적 지위를 인정하였다. 대법원은 원심의 시장확정에 동의하면서 시장지배력의 전이를 부정하였다.

둘째, 대법원 2011. 10. 13. 선고 2008두1832 판결(에스케이 멜론 사건)<sup>29)</sup>에서 원심은 “원고는 이동통신서비스 시장에서의 네트워크를 기반으로 하고 방대한 단말기 가입자 숫자라는 차별화 요인을 이용하여 그 시장지배력을 멜론으로 전이하였다고 볼 수 있으며, 특히 원고의 음악사이트인 ‘멜론’이 <http://www.tworld.co.kr/>

27) 공정거래위원회 2021. 1. 27. 의결 제2021-027호.

28) 티브로드 강서방송과 지에스디 방송이 원고로 통합하며 각각 운영하던 채널번호를 조정하였는데, 그 과정에서 선호채널인 8번을 사용하던 우리홈쇼핑이 사용료로 6,500만 원을 제시하고, 현대홈쇼핑은 9,000만 원을 제시하자, 원고는 현대홈쇼핑에게 8번을, 우리홈쇼핑에게 18번을 배정하였다.

29) 원고는 멜론 사이트의 음악파일과 SKT용 MP3폰에 자체개발한 DRM(Digital Rights Management)을 탑재한 후 멜론사이트에서 구매한 음악파일만 재생할 수 있도록 하고, 다른 사이트에서 구매한 음악은 멜론 회원에 가입한 후 컨버팅(converting)을 거치도록 하였다. 이러한 행위에 대하여 사업활동방해 중 불이익강제 및 소비자이익침해가 적용되었으나, 모두 인정되지 않았다.

와 같은 SKT 가입 고객만을 위한 서비스사이트가 아닌 음원판매사이트라는 점을 고려한다면 멜론사이트에 가입해야만 하는 것만으로도 시장지배력이 전이되었다고 해석할 수 있다”고 판시하였다. 원고가 이동통신서비스 시장에서의 지배력을 이용하여 ‘온라인 음악서비스 시장’에서 남용행위를 하였다는 공정거래위원회의 판단을 받아들인 것인데, 이에 관한 명시적인 대법원 판단은 없었다.

이 판결에서 문제된 사업활동방해 중 불이익강제는 동일한 관련시장의 경쟁자보다는 거래상대방 등에 대하여 발생할 가능성이 높고, 특히 수직적 관계에서 발생하는 경우를 흔히 예상할 수 있다. 이러한 불이익강제의 성격에 비추어 이동통신서비스 시장과 다운로드서비스 시장이 밀접한 경우에는 남용행위가 인정될 수 있으므로, 시장지배력 전이 이론에 기초하여 남용행위를 구성하는 것은 필요하지 않았던 것으로 볼 수 있다.<sup>30)</sup>

## (2) 차별과 경쟁제한효과

자사우대에 대하여 공정거래법상 차별적 취급이 적용되고 있다. 그런데 차별적 취급행위에서 경쟁제한성 증명은 상당히 어렵다. 비교법적으로 차별행위에 대한 경쟁제한성 증명이 어려울 뿐 아니라, 한국의 판례도 차별의 경쟁제한성에 매우 높은 수준을 요구하여 공정거래위원회가 패소한 전례도 있다.<sup>31)</sup> 다만, 최근의 서울고등법원 2022. 12. 14. 선고 2021누36129 판결(네이버쇼핑 사건)에서는 차별행위의 경쟁제한성을 인정하였다.

## (3) 봉쇄효과

경쟁제한성 인정이 어려운 지배력 전이와 경쟁제한성 인정이 어려운 차별행위가 결합한 자사우대 사안에서 경쟁제한성 증명에 필요한 증명의 수준이 높을 수 있다. 다만, 자사우대에서 드러나는 지배력 전이에서 봉쇄효과, 경쟁자비용상승, 동등효율경쟁자배제 이슈가 모두 나올 수 있으나, 경쟁제한성 증명에서 봉쇄효과가 가장 중요할 것으로 보인다. 그 경우에도 경쟁자비용상승이나 동등효율경쟁자배제도 관련성은 있으므로, 자사우대, 특히 지배력 전이가 수반되는 자사우대에서 경쟁자비용상승, 동등효율경쟁자배제 기준이 어떤 방식으로 적용될 수 있을지에 대한 검토는 여전히 필요하다.

30) 정재훈, 공정거래법 소송실무(제3판), 육법사, 2020, 575면.

31) 대법원 2006. 5. 26. 선고 2004두3014 판결; 서울고등법원 2017. 2. 15. 선고 2015누39165 판결; 서울고등법원 2019. 10. 12. 선고 2018누76721 판결.

#### (4) 경쟁제한효과의 상쇄

자사우대의 경쟁제한성 평가에서는 경쟁제한성 상쇄 요소에 대한 평가도 필요하다. 만약 시장지배적 사업자가 자사우대에 따른 위험을 줄이기 위한 방향으로 노출에 따른 우대의 정도를 일정한 수준 내로 줄였다면, 그 경우 차별에 해당 하는지 여부, 그리고 그 차별이 경쟁을 제한할 수준에 이르렀는지 등이 고려될 수 있다. 특히 자사 상품과 다른 상품을 식별하는 수준에서 노출을 한 경우(별도의 구역이나 카테고리를 제시하는 정도에 그치는 경우)이면 소비자 입장에서 식별이 용이하여 편리하고, 소비자에게 유익한 정보를 제공한다는 정당화 사유가 있다. 이는 오프라인 매장에서 자사 상품과 다른 상품을 구별하여 전시하는 것과 본질적으로 다르지 않다. 경쟁에서 특별한 우위를 제공하지 않는 수준이라면 차별이 인정되더라도 경쟁제한성이 부정될 수 있다.

#### 8. 자사우대의 행위로서 중첩성은 경쟁제한성에도 영향을 미치는가?<sup>32)</sup>

경쟁제한성의 중첩성 문제이다. 자사우대를 규제해야 한다는 적극적 집행론은 자사우대의 경우 여러 남용행위가 중첩되는 만큼 증명의 수준을 낮추어야 한다는 주장이 그 기저에 포함되어 있는 것으로 볼 여지가 있다. 차별행위의 경쟁제한성은 그 증명수준이 높고, 지배력 전이의 경쟁제한성도 증명수준이 높지만, 차별과 지배력 전이가 더해지면 남용행위가 실질적으로 2개가 합해진 것이므로 경쟁제한성 증명 수준이 낮아질 수 있다는 고려이다. 무엇인가 의심스러운 행위를 2개 했다면 그만큼 위법성이 인정될 가능성도 높을 수 있다는 취지이다.

참고로, 구글 안드로이드 사건<sup>33)</sup>은 두 개의 끼워팔기(bundle로 표현하고 있다)를 평가하면서 그 사이에 보완효과가 있다는 점을 논거로 제시하고 있다. 이는 남용행위가 여러 개인 경우 증명수준을 낮출 수 있다는 취지로 평가될 수 있다. 이러한 논리를 확대하면 종합적 증명의 논리와 유사하다. 경쟁법 사건에서 종합적인 증거 판단(conclusive approach)이 이루어지는 경향이 있다. 개별 남용행위로는 증거가 부족한 것처럼 보여도 여러 남용행위를 종합해서 경쟁제한성을 인정할 수 있다는 결론으로 연결될 수 있다.

다만, 자사우대에서 남용행위가 단일한 행위인지, 복수의 행위인지는 일률적

32) 정재훈(주 6), 301~302면.

33) Case AT.40099 (2018).

으로 말하기 어렵다. 자사우대의 복합적인 성격에도 불구하고 실질적으로 단일의 행위가 복수의 위반행위로 평가를 받는 경우일 수도 있고(중첩된 단일 행위), 그와 달리 복수의 행위이어서 복수의 위반행위로 평가받는 경우일 수 있다(독립된 행위).<sup>34)</sup> 자사우대로 문제되는 유형은 다양하기 때문이다.

### 9. 자사우대의 선례로서 ‘네이버 쇼핑’ 판결의 경쟁제한성 논증은 어떻게 평가할 것인가?

서울고등법원 2022. 12. 14. 선고 2021누36129 판결(네이버쇼핑 사건)<sup>35)</sup>은 네이버가 2012. 2.부터 2020. 8.까지 자사가 운영하는 비교쇼핑서비스인 ‘네이버쇼핑’의 상품 검색결과 노출순위 결정 알고리즘을 자사가 운영하는 쇼핑물 플랫폼 서비스인 ‘스마트 스토어’ 입점업체에 유리하게 조정하고 유지한 행위가 문제되었다. 서울고등법원은 이러한 행위가 시장지배적 지위 남용행위로서 차별행위 및 불공정거래행위로서 차별행위 및 위계에 의한 고객유인행위에 해당한다고 판단하였다. 이 판결은 한국 공정거래법상 사례가 많지 않은 시장지배적 지위 남용행위로서 차별행위 사건이며, 동시에 자사우대가 문제된 선례이며, 기존의 판결이 차별행위의 경쟁제한성을 대체로 인정하지 않은 것에 비추어 경쟁제한성을 인정하였다는 점에서 주목을 받고 있다.

다만, 이 판결의 결론의 당부를 떠나서 이 판결의 핵심인 경쟁제한성을 논증함에 있어 그 논리와 표현에 오해의 소지가 있는 표현은 아쉬운 점이다.<sup>36)</sup>

첫째, 시장지배력, 남용행위, 경쟁제한효과가 발생하는 시장의 관계 문제이다. 대상판결은 ‘공정거래법 및 시행령의 규정에 의하면 경쟁제한효과 발생 시장이 시장지배력이 존재하는 시장과 같은 시장일 것을 요구하는 조항이 없다’는 점을 상세하게 판단하며 강조하고 있다(판결문 74~76면).

그러나 이러한 조항이 공정거래법에 없는 것은 당연하며, 비교법적으로도 이러한 조항을 두는 예는 찾아보기 어려우므로 명문의 규정 존부는 논할 필요가 처음부터 없었다. 이는 경쟁법에서 논의되는 시장지배력 존재 시장, 남용행위 발생

34) 이는 형법상 상상적 경합범이나 실제적 경합범 논리와 유사하다.

35) 대법원 2023두32709 사건으로 상고 중.

36) 판결에 사용되는 표현과 용어의 중요성에 대하여는 정재훈, 대법원 판결에 사용된 용어와 표현의 무게 — 대법원 2021. 6. 30. 선고 2018두37700 판결, 『인권과 정의』 제509호(2022) 등 참조.

시장, 경쟁제한효과 발생 시장의 관계 문제이다.<sup>37)</sup> 핵심은 경쟁제한효과가 발생하였는지와 그러한 효과가 발생한 원인이 시장지배력에서 비롯되었는지 여부일 뿐이다.

둘째, 지배력 전이 문제이다. 대상판결은 미국 등의 독점력 전이 이론에 얽매이지 않고 공정거래법 문언과 입법취지에 따라 판단한 점을 강조하는 것으로 해석될 소지가 있다.<sup>38)</sup>

그러나 끼워팔기, 차별(2선 차별을 의미하며 특히 자사우대가 전형적이다) 등 복수의 시장을 전제로 한 남용행위에서 지배력 전이가 논의되지만, 지배력 전이만으로는 부족하고 봉쇄효과 등 경쟁제한효과의 증명이 필요하다는 점에서는 미국과 유럽 등 다른 국가를 포함하여 한국의 공정거래법도 달라지기 어렵다.

특히, 이 판결은 “사업자가 어느 시장에서 시장지배력이 있고 그 시장에서의 행위가 자신이 참여하고 있는 다른 시장에 상당한 영향을 미칠 수 있는 관계에 있을 때 부당하게 점유율을 확대하고자 하는 유인이 크고, 이와 같은 경우에 지위가 전이되는 양상을 띠므로 규제의 요청이 더 강하다는 부분(판결문 75, 76면)”이라고 실시하고 있다. 그러나 단일 시장보다 복수 시장에서 경쟁제한 우려가 더 높다는 판시는 경쟁법 이론이나 판례상 근거를 찾기 힘든 표현으로 의문이다. 지배력 전이는 ‘지배력 영향’과 구별될 뿐 아니라, 지배력 전이 현상 자체는 중립적이고, 성과경쟁의 산물일 수 있어 지배력 전이가 발생하여도 그만으로 바로 경쟁제한효과를 인정할 수 없다.

셋째, 경쟁제한효과 인정 문제이다. 이 판결의 논지가 경쟁제한효과를 인정한 것인지, 경쟁제한효과를 실증할 수 없어서 그 우려를 인정한 것인지 명백하지 않다. 판결의 목차는 ‘경쟁제한 효과 발생의 우려(판결문 74면)’라고 기재되어 있으나, 그 내용은 경쟁제한효과를 직접 인정할 수 있는 것처럼 보일 소지가 있다. 이는 정확한 표현으로 보기 어렵다.

또한, 대상판결이 경쟁제한효과 발생의 우려에 대하여 언급한 내용(판결문 84~88면)이 추상적인 일반론에 가까운 실시에 그치고 있는 점은 아쉬운 점이다. 경쟁제한의 우려는 단순한 가능성을 의미하는 것이 아니라 상당한 수준의 발생

37) 정재훈(주 6), 146~150면 참조.

38) 서울고등법원, ‘서울고등법원 2022. 12. 14. 선고 2021누36129 판결 판결 설명자료’, 3면. “이 판결은 미국의 독점력의 전이 이론에 얽매이지 않고 우리 공정거래법 규정의 문언과 입법취지에 근거하여 판단함” 부분 참조.

가능성 또는 개연성을 의미하는 것으로 해석해야 한다.<sup>39)</sup> 경쟁제한의 우려를 확대해석할 경우 경쟁자가 배제되는 모든 경우에 경쟁제한성이 인정되어 경쟁법이 경쟁자보호법이 되는 결과에 이를 수 있음에 유의해야 한다. 그 점에서 경쟁자에 대한 불이익을 바로 경쟁제한효과로 이해한 듯한 표현은 오해의 소지가 있다(판결문 85, 86, 87면).

이 판결은 시장점유율 변화, 노출 점유율 변화, 거래액, 입점사업자 등을 경쟁제한효과의 근거로 제시하고 있다. 다만, 이러한 시장의 변화는 성과경쟁의 산물일 수도 있으므로, 남용행위의 결과임이 실증될 필요도 있을 것이다.

이 판결은 남용행위가 발생한 시장과 경쟁제한효과가 발생한 시장이 다른 경우에는 남용행위와 경쟁제한효과 사이의 인과관계를 신중하게 판단해야 한다고 판시하고 있음에도(판결문 76면), 이어지는 판시에서 이러한 신중한 판단이 보이지 않는 점도 아쉬운 점이다.

대상판결이 ‘가격 상승이나 산출량 감소’ 등은 경쟁제한성 유무를 판단함에 있어서 고려될 수 있는 사정일 뿐 반드시 검토되어야 하는 요소가 아니라고 판시한 부분(판결문 88면)도 오해의 소지가 있다. 이는 경쟁제한성의 직접 증명이 어려운 경우에 간접 증명이 가능함을 염두에 둔 것으로 보이지만, 경쟁제한효과의 직접 증명이 없는 경우에는 상당한 수준의 간접 증명이 이루어져야 할 것이다.<sup>40)</sup>

넷째, 경쟁제한의 의도나 목적의 문제이다. 행위의 의도나 목적만으로 경쟁제한효과가 인정될 수는 없으나, 경쟁제한효과의 판단이 어려운 경우에 참고가 될 수 있다.<sup>41)</sup> 그 점에서 대상 판결이 행위자의 주관적 의도에 지나치게 의존하는 듯한 판시를 한 것에도 동의하기 어렵다(판결문 85면).

## 10. 글을 맺으며

이 글에서 검토한 바와 같이 자사우대는 기존의 남용행위 유형 어느 하나로 보기 어려운 유형으로, 다양하고 복잡한 쟁점을 가지고 있고 종합적인 접근이 필요한 문제이다. 또한, 역동적으로 변하는 시장 속에서 플랫폼 산업의 본질적인 속성과 맞물려 지속적으로 발생하고 있고, 다양한 시장과 비즈니스 모델에서 문

39) 정재훈(주 6), 168~171면.

40) 정재훈(주 6), 248~252면.

41) 정재훈(주 6), 157~159면.

제되고 있다.

이러한 자사우대의 특성에 비추어 사안별 발생할 수 있는 집행의 편차가 발생하지 않도록 유의해야 한다. 어떤 행위가 범위반이 의심되는 자사우대인지, 그 경우 경쟁제한성을 어떤 수준으로 심사하여 범위반을 판단할 것인지에 대하여 일관된 기준이 필요하다. 사실관계의 차이를 고려하더라도 집행과정에서 사건별 또는 조사담당자별로 그 편차가 클 경우 시장에 불필요한 혼란이 발생할 수 있다. 특히 플랫폼마다 상당한 차이가 존재하는 점에 비추어 이러한 우려는 더 커진다. 물론 이러한 편차는 여러 사건을 거치면서 장기적으로 자연스럽게 해결될 수도 있으나, 그러한 과정에서 집행오류와 예측불가능성으로 인한 비용이 상당히 클 수 있다.

따라서 선례가 누적된 시장지배력 남용행위에 대한 집행에 비하여, 자사우대 사안에서 집행을 담당하는 경쟁당국의 고도의 균형감각과 지혜로운 판단, 그리고 그 일관성이 요청된다. 자사우대 중 경쟁제한성이 드러나는 행위를 선별하여 정확하게 집행하여 시장에 메시지를 던지는 작업이 필요한 이유가 여기에 있다.<sup>42)</sup>

---

42) 이와 달리 자사우대 규제를 실적 위주로 접근한다면 합리적 선별 기능은 작용하기 어렵게 된다.

### [참고문헌]

이봉의, “디지털플랫폼의 자사 서비스 우선에 대한 경쟁법의 접근”, 『법학연구』 제30권 제3호, 2020.

장품·박상진, “플랫폼 사업자의 자기우대 규제 — EU 구글쇼핑 사건을 중심으로”, 『플랫폼 경쟁법』, 박영사, 2021.

정재훈, 『경쟁과 경쟁제한성의 이해』, 박영사, 2023.

정재훈, “대법원 판결에 사용된 용어와 표현의 무게 — 대법원 2021. 6. 30. 선고 2018두37700 판결”, 『인권과 정의』 제509호, 2022.

정재훈, 『공정거래법 소송실무』(제3판), 육법사, 2020.

Colomo, Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles, 43 World Competition, 2020.

Newman, Anticompetitive Product Design in the New Economy, 39 FLA. ST.U.L.Rev. 681, 2012.