

법경제연구회

2022년 5월 19일

뉴 브랜다이스(New Brandeis) 독점 규제와 플랫폼 경제

지인엽(동국대)



Outline



1. New Brandeis Movement (NBM) 소개
2. NBM에 대한 반박 (Review of IO special ed.)
3. 환경 변화
4. Antitrust 2.0

주요 인물

- ◆ **Louis Brandeis**
 - 1916년부터 1939년까지 연방 대법관
 - 대표적인 진보 법률가
- ◆ **Louis K. Liggett Co. v. Lee, 288 U.S. 517 (1933)**
 - 대법원이 다수의견으로 개인 사업자에 비해 기업에게 높은 세금을 부과한 세무당국의 손을 들어 주어 기업 일부 승소
 - 그러나 브랜다이스는 원고 기업에 대해 전부 패소의 소수의 견을 내면서 기업에게 더 엄격한 법령해석을 제시
 - “The curse of bigness”
- ◆ 경제분석에 기반을 둔 현행 규제기준에 대해 비판적인 이들은 브랜다이스의 사상이 규제철학의 대안이 될 수 있다고 주장→ **“New Brandeis Movement (NBM)”**
 - 역사학자, (일부) 법률가, 정치학자

주요 인물

- ◆ **Lina Khan**
 - Author: “Amazon Antitrust Paradox”
 - 뉴브랜다이스 운동 논쟁의 촉매제 역할을 한 저자로 로스쿨 재학 당시 *Yale Law Journal*에 발표하여 주목을 받음.
 - 연방거래위원회(FTC)의 Rohit Chopra 위원은 초년생 법률가인 Khan을 자문관으로 임명.
 - Tim Muris(2000년대 초반 FTC 의장)는 2018년 9월 열린 연방거래위원회 공청회 연설에서 뉴브랜다이스 운동 언급.
- ◆ **Elizabeth Warren**
 - 민주당 상원의원이며 차기 미 대선 유력 주자
 - 미국의 경쟁법 집행이 본래의 입법취지(?)에 맞게 집행될 수 있도록 개혁이 필요하다고 주장하며 주요 플랫폼의 분할 가능성을 내비침

From Consumer Welfare to Competitive Process



◆ Tim Wu

- Professor of Law, Columbia Law School
- Author: “The Curse of Bigness: Antitrust law in the New Gilded Age”
- Consumer Welfare(CW) 기준에 다음의 이유로 비판적
 1. Focused on static harms, not dynamic harms: “price fixation”
 2. dynamic harms: blocking of potential competition, slowing of innovation, loss of quality competition, and overall industry stagnation (price fixation makes it harder to fight exclusionary practices)
 3. Indeterminacy: only experts (economists and some lawyers) can make credible consumer welfare arguments. an antitrust system captured by lawyers and economists advancing their own self-referential goals, free of political control and economic accountability.

5

From Consumer Welfare to Competitive Process



◆ Wu proposed alternative: protection of competition.

- More predictable and determinate than CW (예측가능성; 구체성)
- More consistent with the legislative intent (입법의도와 일치성)

◆ Competitive Process (CP) standard

- Given a suspect conduct (or merger): Is this merely part of the competitive process, or is it meant to “suppress or even destroy competition?”
- 경쟁의 결과 (가격) 보다는 경쟁 과정 (process & structure) 중심

6

NB Prescriptions

1. Who is the complaint? An incumbent or a challenger? An entrant with at least a putatively better product, a price-cutting maverick, or an incumbent facing decline and possible displacement?
2. Who is the alleged lawbreaker? An entrant, or a long-standing monopolist, an incumbent who has been losing market share? Does the firm appear to have sufficient market power to actually affect the process of competition?
3. What is the complained-of conduct? It is competition on the merits (i.e. a better or cheaper product) or a potentially illegitimate methods (sabotage, exclusionary deals, tying, predation, manipulation of a standards process, and so on). It is here that any procompetitive justification for the conduct is considered.
4. Is there some evidence of distortion or suppression of the competitive process — anticompetitive effects, exclusion, or the raising of rivals' costs — as defined by competition on the basis of price and quality? **It is here that potential harm to consumer welfare might be considered, but it is ultimately suppression of competition that is the concern.**
5. Does the complained-of conduct or merger tend to implicate important non-economic values, particularly political values? Might it tend to preserve a long-standing, politically influential oligopoly, or preserve the position of a longstanding monopolist insulated from competition by the power of the state?

반대 의견 - Legal and economic criticisms of the NB approach (Dorsey et al 2018; Coniglio 2017, 2018)

- ◆ 현행 독점규제가 소비자 후생과 기업의 후생을 동일하게 보호하지 못할 가능성 인정. 그러나...
- ◆ 법령의 사회 정치적 가치를 반영한 해석(substantive interpretation)은 법원이 아니라 입법(construction)의 문제로 원문주의(textualist interpretation, a la Scalia) 해석 적용 시 소비자 후생이 Sherman Act의 입법의도라고 해석해야 함
 - consumer choice (not surplus) is an additional goal of Sect 1.
 - no fault monopoly statute in Sect 2
 - Sect 2 need not to be interpreted as no fault monopoly statute but as requiring a showing of additional bad conduct e.g. anticompetitive intent
 - CP standard 채택시 분배 정의 추구 차원에서 법령을 해석할 경우 어떤 분배 정의 이론을 선택할 문제가 생기며, 어느 수준의 시장 집중도를 규제 기준으로 판단할지 모호

반대 의견 - Legal and economic criticisms of the NB approach (Dorsey et al 2018; Coniglio 2017, 2018)



- ◆ “반독점(anti-monopoly)은 사회의 민주적 기반을 세우는 데 핵심적인 철학적 수단(Khan)”
 - 반독점은 정치적 자유와 무관; 미국 헌법에 경제적 요소 없음; 헌법의 요체는 경제력 집중이 아니고 권력 집중
 - 정치적 영향을 행사할 수 없는 독점 기업이나 정치적 영향을 행사할 수 있는 경쟁 기업 존재
 - 오히려 공공경제학과 capture theory는 반독점은 경제력 집중을 보호함을 시사
 - Protection of competition or protection of competitor?
 - NBM은 경제력 집중의 경제적 자유 침해를 노사 간 임금협상이나 상업계약 조항의 협상 맥락에서 이해; 모호한 공정성이 민주주의의 근간이라고 가정; 이런 식의 규제철학이 유럽방식이라고 가정해도 유럽 경쟁법의 지극히 일부에 제한 됨

9

반대 의견 - Legal and economic criticisms of the NB approach (Dorsey et al 2018; Coniglio 2017, 2018)



- ◆ “Anti-monopoly is more than antitrust.” and “Anti-monopoly does not mean ‘big is bad.’”
 - 현행 독점규제가 반독점의 일부로 규정하면서 현행 규제가 이미 시장 집중력 증가 이유로 기업결합 행위를 기소하고 있음을 간과. Big is bad는 이미 현행 규제 기준.
 - Dynamic vs static competition: 경제학에 대한 이해 부족. 독점시장 존립 자체로 경쟁과정(CP)이 작동하지 않는다고 볼 수 없음 (Schumpeter).
 - 사회적 가치는 시장행위의 결과
- ◆ “반독점 규제는 경쟁의 결과 보다 과정을 감시해야”
 - 결과 vs 과정 무의미한 논쟁; 경쟁과정을 기준으로 삼을 경우 경쟁 보호가 아닌 경쟁자 보호
 - 정작 중요한 문제는 “시장집중을 높이는 행위가 경쟁을 저해하는 지를 어떻게 판단하는가?” NBM 구체적 기준 제시 실패;
- ◆ “There are no such things as market ‘forces.’”
 - NBM: 시장의 결과는 자연스럽게 필연적
 - 경제학에 대한 이해 부족; 경쟁의 결과는 merit과 소비자 선택에 의해 발생; 당연히 발생하는 현상 아님

10

반대의견 - Melamed and Petit (2018)

- ◆ **NBM 옹호자들은 경쟁법이 법원과 규제관청의 목적이 CW를 극대화하는 것으로 착각**
 - 현행 법령은 오로지 반경쟁 행위를 금지하고 법령의 적용을 돕기 위한 가이드로 CW를 사용
 - 사기, 오염 등 소비자 후생을 감소시키지만 market power와 무관한 사업행위는 경쟁법 적용 대상이 아님
- ◆ **Price Fixation and Antitrust Reductionism**
 - CW standard uses a narrow lens (Wu 2018): practical problem, not legal or conceptual; 법리/경제학적 논쟁 아님
 - 경제학의 영향력 지나치게 크고 기술적 (Wu 2018): 경제학은 규제 판단의 수단일 뿐; 물론 CW standard를 사용해도 다른 결과 가능. 유럽과 미국의 규제 판단이 다른 경우 발생. 그러나 사실관계 판단이 다르기 때문.
 - Wu가 지적한 문제들은 사실상 CW standard와 무관. (cf. Katz (2018)는 이에 동의하지 않음)

11

반대의견 - Melamed and Petit (2018)

- ◆ **Hipster antitrust; void in merits of argument; 모호한 사회정치적 접근; 광범위한 규제재량 허용**
 - CW standard 때문에 정교한 독점규제
 - 규제의 모호성은 지대추구 초래; 유인이라는 기본적인 개념에 대한 무지; 역사적으로 CW도입 이후 지대추구에 대한 유인 감소
- ◆ **근본적으로 경제학에 대한 이해 부족:**
 - Wu: fan welfare is maximized by low prices.
 - Wu is confused between physical measurements such as weight, temperature and distance, and economic measurements

12

Is the NBM a frivolous claim?

**It is impossible to please everyone.
But nothing is impossible**

Hostility against the Platform Regulation

- ◆ **Antitrust may be no longer a (traditional) economic problem**
 - 다수의 경제학자(McAfee, Murphy 등)은 CW 이외의 사항을 고려할 필요성에 대하여 여전히 동의하지 않음. 그러나...
 - 사람들은 이제 **platform economy**의 **antitrust** 문제에서 CW 이상의 것을 질문하기 시작했다는 것도 사실
 - E.g. US Congress Democrats (2017) "A Better Deal: Cracking Down on Corporate Monopolies and the Abuse of Economic and Political Power"
- ◆ **Warren's assault on large platforms**
 - 입법으로 대형 플랫폼 기업을 Platform Utilities로 규정하고 분할 추진 (아마존, 구글 등)
 - 기업 결합 취소 추진 (아마존 Whole Foods and Zappos, 페이스북 WhatsApp and Instagram, 구글 Waze, Next, DoubleClick 등)

Doubts from a group of Economists

◆ Zingales (2017, 2019)

- 오늘날의 거대 기술 플랫폼은 “전례없는 존재 (unprecedented in nature)”이며 전통적 경제학의 법칙을 이들 기업에 적용하는 것이 타당하기는 어려움
- Google 같이 거대하고 영향력 있는 기업은 우리가 접하게 되는 정보에 대한 강력한 영향을 주며 이는 민주주의에 대한 위협이 될 수 있음

◆ Shapiro (2018)

- While antitrust enforcement has a vital role to play in keeping markets competitive...
- Antitrust law and antitrust institutions are ill suited to directly address concerns associated with the political power of large corporations or other public policy goals such as income inequality or job creation

15

Add insult to injury?



◆ Ohio vs American Express

- Facts: 신용카드 회사가 가맹점에게 “no-steering” rule을 적용하여 소비자가 (가맹점) 수수료가 낮은 타 카드를 사용할 때 가격 할인 제공 금지
- Question of law: “no-steering” rule의 위법 여부
- 비자와 마스터는 DoJ와 합의했으나 Amex 최종적으로 대법원에서 승소 → 플랫폼 기업에 대한 반독점 적용 어려워짐? (App Store, Google Play)
 - 꼭 그런 것은 아닐 수도: Melamed and Petit (2019): Misapplication of the CW standard, 법리 오해

16

Room for improvements



- ◆ **Werden (2018) : New Brandeis School**은 경쟁 정책의 근본에 대하여 다음 두 가지 질문을 던짐:
 1. 어떠한 가치들에 기반하여 반독점 규정들을 정해야 하는가? (what source of wisdom or set of values should inform antitrust rules)
 2. 어떠한 기준에 의거하여 반독점 건에 대한 판결이 이루어져야 하는가?(what criterion should govern antitrust case adjudication.)
- **Werden**은 (old-school) **Chicago school**이 첫번째 질문에 대하여 여전히 더 나은 답을 주고 있지만 두번째 질문은 **NBM**의 지적 내용이 보다 타당하다는 의견 제시

17

Antitrust should be an Economic Problem.

But...



- ◆ 만일 비경제적 요인들을 고려하기 시작한다면 예측 가능한 반독점 정책 운용은 불가능
 - 기업이 경제 외적인 문제를 일으킨다면 이는 경제 외적인 접근을 통해 해결하는 것이 타당 (**Shapiro, 2018**)
 - 가령 **Google**이 과거의 독점 대기업과 다르다면 그것은 무엇인가? 그것이 경제적인 문제인가?
- ◆ 그러나, **Competition ≠ Consumer Welfare (Katz, 2018)**
 - Economists are aware that harm to competition is different from harm to CW, and EU's decision against Intel is exactly based on the former.
 - In practice, CW is often proxied/measured by the quantity of trades/outputs, not surplus.

18

Antitrust should be an Economic Problem.

But...



- ♦ **Multi-sided platform arguments should not be a panacea for defendants.**
 - Burden-of-proof is not fairly allocated between plaintiffs and defendants, and we'd better change the allocation.
 - For example, if the plaintiff show a harm in a single market, then it should be the defendant's burden to show that it does not do a harm to CW.

19

Antitrust should be an Economic Problem.

But...



- ♦ **No one-size-fits-all solution: CW would better be A, not THE, criterion.**
 - For example, Barkai (2016) says "Khan gets one point correct: the connection between excessive market concentration and inequality, [Lina Khan] said, has been understudied for a long time."
 - Reducing inequality is not the primary goal of antitrust policy, but it should not exacerbate the problem.

20

Thank you...