

# 獨占禁止政策研究

丁 炳 然

<目 次>	
<b>I. 序 論——獨占禁止政策의 成立</b> 1. 코몬·로(Common Law) 2. 反트러스트運動 3. 州 反트러스트法	3. 競爭減殺의 獨占形成을 招來하는 行 動의 禁止 4. 不公正하거나 非倫理的인 競爭方法 의 禁止
<b>II. 反트러스트法의 實體規定</b> 1. Sherman 法 2. Clayton 法과 FTC 法 3. Robinson-Patman 法 4. Wheeler-Lea 法 5. Celler-Kefauver 反合併法	<b>IV. 反트러스트法의 施行</b> 1. 司法節次에 의한 施行 2. 行政節次에 의한 施行
<b>III. 反트러스트法의 內容</b> 1. 競爭者間의 共謀的協定の 禁止 2. 獨占行爲 또는 獨占의 防止	<b>V. 反트러스트政策의 評價</b> 1. 政策目標로서의 競爭維持 2. 反트러스트法의 評價 3. 施行에 대한 批判 4. 反트러스트政策의 貢獻

## I. 序 論——獨占禁止政策의 成立

오늘날 大部分의 産業分野를 支配하고 있는 獨占 및 寡占企業들은 價格, 生産 또는 販賣面에서 單獨的 또는 共同的 行動을 함으로서 市場成果 나아가서는 國民의 福祉에 至大한 影響을 미치고 있다. 그런데 이러한 獨寡占問題에 對處하는 政府의 態度로서는, 첫째 公共利益을 獨寡占企業의 裁量의 選擇에 맡김으로서 袖手傍觀하거나, 둘째 競爭力을 回復維持함으로써 公共利益을 保護하기 위하여 現存하는 獨占을 分解하고 새로운 獨占의 形成을 防止하거나, 셋째 獨寡占의 存在를 容認하되 그 서어비스나 價格을 規制함으로써 公共利益을 確保하거나, 또는 넷째로 獨占을 公有化할 수도 있을 것이다.

그러나 국민에게 자유와 進歩 및 豐饒한 生活을 保障해야 할 政府로서는 獨占을 그대로 放任하고 袖手傍觀할 수는 없다. 왜냐하면 獨寡占企業은 市場에 대한 自由로운 接近을 막고 다른 企業들의 새로운 進入을 排除하며, 固定投資의 安全性에 力點을 두고 現在의 生産 및 經營方法을 固守함으로써 進歩를 沮害하고, 財貨와 서어미스의 生産을 制限함으로써 자기의 利潤을 增大시키고 產出量擴大를 制限할 것이기 때문이다. 그러므로 自由와 進歩 및 豐饒를 達成하려면 獨占은 防止되거나 統制되어야 하는 것이다. 즉 政府는 競爭을 維持하든가, 公的 規制를 擴大하든가, 또는 이것을 公有로 함으로써 獨占到 對處할 必要가 있는 것이다.

獨占을 防止하고 競爭을 維持하려는 政府의 公共政策의 代表的인 例를 우리는 美國의 反트러스트政策에서 볼 수 있다. 勿論 美國의 反트러스트政策은 一貫性 있게 계속적으로 그리고 包括적으로 追求되지는 않은 것이 事實이다. 競爭을 制限하고 獨占을 促進하는 關稅制度나 特許制度가 併存하였고, 不況期나 戰爭時에는 一時的으로 反트러스트政策의 施行이 停止되기도 하였다.<sup>(1)</sup> 그리고 公益事業의 경우에는 獨占을 容認하여 行政的 直接 規制를 하고, 경우에 따라서는 어떤 慣行이나 産業을 例外로 認定하였다. 그러나 이러한 制限이 있음에도 불구하고 競爭의 維持는 美國政府의 基本的 公共政策이었다.

傳統的으로 政府가 獨占到 대하여 反對하는 立場을 취해 온 나라는 美國이고, 이와 비슷한 政策을 追求해 온 나라는 캐나다라고 할 수 있다.<sup>(2)</sup> 그리고 第2次大戰前까지는, 獨逸, 프랑스, 벨지움, 和蘭, 伊太利 및 其他 유럽諸國에서는 主要産業을 巨大한 企業結合으로 組織化하고 強力한 칼텔에 의하여 生産과 流通을 規制하는 公共政策이 實施되었고, 封建社會에 産業主義가 導入된 日本에서는 少數의 財閥들이 企業을 掌握하였다. 海外로부터의 競爭 때문에 오랫동안 獨占의 形成이 沮止되어 온 英國에서는, 1932년에 自由貿易이 抑制되고, 이어서 國內經濟의 急激한 칼텔化가 容認되었다. 뿐만 아니라 各國間의 國際貿易도 國際的 칼텔에 의하여 統制되었다.

그러나 第2次大戰後로는 이러한 國家들의 産業構造와 公共政策에 相當한 變化가 생겼다. 獨逸과 日本의 戰前의 칼텔은 占領國에 의해서 分解되고, 새로운 獨禁政策을 立案 實

(1) 1929년의 大不況을 克服하기 위해서 1933년에 實現된 全國産業復興法(NIRA)은 1890年 以來 美國政府의 基本的 政策의 하나이었던 獨占禁止法의 効力을 停止시켜서, 이와 反對로 企業相互間의 協定에 의하여 價格이 維持되는 것을 政府가 積極적으로 推進한 것이었다.

(2) 캐나다에서는 美國에서 Sherman 法이 制定되기 1年前인 1889년에 共謀, 結合, 合意 또는 協約에 의하여 不法의인 去來를 하는 行爲를 刑事上의 犯罪로 하는 法律이 制定되었다. 그리고 1910년에는 처음으로 「企業結合調査法(Combines Investigation Act)」이 制定되었다.

施하게 되었고<sup>(3)</sup>, 英國과 그밖의 西유럽諸國에서는 獨占을 抑制하려는 措置가 取해졌다.<sup>(4)</sup> 歐洲石炭·鐵鋼共同體(ECSC)와 歐洲經濟共同體(EEC)의 條文속에는<sup>(5)</sup> 獨占規制條項이 插入되어있고, UN에서는 國際카탈의 制限的慣行을 統制하는 諸手段이 檢討되었다. 이러한 趨勢에도 불구하고, 아직까지는 美國의 反트러스트政策에서 競爭維持政策이 가장 完全하게 表現되고 있다고 볼 수 있을 것이다.

1. 코몬·로(Common Law)

獨占의 合法性이 美國의 裁判所에서 문제로 된 것은 獨占禁止法이 州法이나 聯邦法으로 發效되기 훨씬 以前의 일이다. 어떤 事件은 原告가 競爭의 自由를 制限하는 契約條件을 被告가 遵守하기를 要求한 것이었고, 또 어떤 事件은 原告가 被告의 獨占의 慣行으로 被害를 입었다고 告發함으로써 損害賠償을 請求한 것이었다. 法官들은 이러한 事件에 부딪치는 경우에는 州의 判例나 植民地時代 또는 옛날의 英國의 判例를 參考로 하여 判決하였다.<sup>(6)</sup> 그러므로 코몬·로를 形成하는 이러한 一連의 判例에 의해서 獨占의 行動의 合法性을 規定하는 基準이 처음으로 出現하게 되었다.

英國法廷은 17世紀에는 王에 의하여 附與된 獨占은 違法이라고 判決하고<sup>(7)</sup>, 이것을 國會가 附與한 獨占, 個人的 努力으로 獲得한 獨占 또는 私的協定으로 생긴 獨占에는 擴大 適用하지 않았다. 그러나 18세기에는 獨占의 協定도 有罪로 되었다. 즉 從前까지는 共謀라는 概念은 共謀者들이 正道(course of justice)를 違背하려고 하는 경우에 限定되었으나, 이 때에는 獨占과 共謀의 兩概念이 獨占하기 위한 共謀라는 原則 속에 統合되었다. 이 原則에 의하면 單一한 所有者가 保有하는 獨占은 역시 違法이 아니었으나, 競爭制限的 協定은 違法으로 되고, 따라서 被害者는 損害賠償을 받고, 裁判所는 契約條項의 遵守를 要求하지 않았다.

또한 英國의 法廷은 15세기 以來 去來 制限的 契約의 遵守를 要求하지도 않았다. 즉 營業

---

(3) 獨逸에서는 1957년에 競爭制限禁止法(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)이 成立되고, 日本에서는 1947년에 「私的獨占의 禁止 및 公正去來의 確保에 관한 法律」이 制定되었다.

(4) 制限的 商慣行의 規制에 관한 現代 英國의 制定法으로서 最初의 法律은 1948년의 「獨占 및 制限的 慣行(調査 및 規制)法(Monopolies and Restrictive Practices(Inquiry and Control) Act)」이다. 그리고 스웨덴에서는 1953년에 「去來에 있어서의 特定한 競爭制限行爲의 規制에 관한 法律(Act to Counteract Restraint of Competition in Business in Certain Instances)이 制定되었다.

(5) 1952년에 發效된 ECSC 條約 第65條, 66條에 共同市場에 있어서의 競爭制限의 規制에 관한 特別規定이 있다. 그리고 로마條約(EEC 條約)에서는 第85條부터 90條까지에서 競爭規則이 具體적으로 規定되고 있다.

(6) 코몬·로에 있어서의 去來制限에 관한 原則은 1415년의 다이어事件(Dyer's Case)까지 溯及된다.

(7) 코몬·로에 있어서 獨占을 違法으로 한 事件의 起源은 1602년의 잉글랜드의 獨占事件(Darcy v. Allein Case)까지 溯及된다.

의 賣渡者나, 그 營業에서 離脫하는 同業者, 또는 營業에서 떠나는 被傭者가 營業의 買受者나 同業者 또는 從前의 雇傭主와 競爭을 하지 않는다는 合議를 하는 것은 去來制限이 된다고 보았다. 裁判所의 觀點으로는 이러한 協定은 契約當事者의 社會에 대한 奉仕를 剝奪하고, 스스로 營業을 營爲하는 自由를 制限하기 때문에 公共政策에 反하는 것이었다. 19세기에 이 原則은 修正되었다. 즉 이러한 制限이 賣渡된 營業의 價値를 保有하기 위하여 必要하거나 또는 그 範圍나 期間이 不當하지 않을 정도로 制限된 경우에는 그러한 去來制限의 契約은 合法的인 것이었다. 그러나 從前의 所有者나 同業者 또는 被傭者를 一般的으로 制限하는 것은 역시 不法이라고 생각되었다.

코몬·로상의 이러한 判例는 19세기의 獨占的 協定에 관한 諸事件에서 利用되었다. 去來制限의 原則은 그 意味가 擴張되어 競爭者들이 아웃사이더를 市場에서 排除하거나 또는 競爭의 自由를 制限하려는 모든 措置를 포함하게 되었다. 그리고 法廷은 產出量減縮, 市場分割, 價格固定 및 利潤풀 등과 같은 慣行에 관계되는 모든 契約을 違法으로 判決하였다. 이러한 모든 慣行은 그 本質上 公益을 害친다고 생각되었으며, 따라서 條理의 原則은 適用되지 않았다.

以上과 같이 코몬·로는 競爭의 維持를 밀받침하는 것이었다. 그러나 이러한 코몬·로의 有效性은 公共政策으로서는 不充分하였다. 즉 行動을 취하는 權利는 民事上の 原告에 달려 있었으므로 契約當事者들이 自發적으로 그 條項을 遵守하거나, 아무도 損害賠償을 請求할 勇氣나 手段을 가지지 않는 경우에는, 事件은 成立될 수 없으며, 獨占은 아무런 支障없이 存續될 수 있었다. 그러므로 이런 경우에 競爭을 回復하려면 公訴를 規定하고 公的 處罰을 課할 수 있는 立法이 必要하였다.

## 2. 反트러스트運動

美國에서는 南北戰爭以後로 產業組織의 패턴이 急變하였다. 鐵道網의 建設과 더불어 局部的이고 地域적인 市場들이 全國的 規模의 市場으로 바뀌었다. 이와 같이 市場의 範圍가 擴大됨에 따라서 產業運營의 規模가 增大되고, 生産은 機械化되고, 小規模事業場은 大規模工場으로 바뀌었다. 工場의 規模가 增大되자 보다 많은 資本蓄積이 必要하게 되고, 個人業主에 비하여 株式會社가 늘어났다. 결국 會社組織은 產業의 統合을 容易하게 하고, 集中을 增大시켰다. 그리고 되풀이 되는 不景氣에 수반되는 物價水準의 下落때문에 獨占은 더욱 助長되었다. 過重한 固定費를 投下한 事業體들은 原價를 어느 정도 充當하기 위하여 價格을 계속적으로 切下하지 않을 수 없었다. 이러한 경우의 競爭은 서로 破滅을 가져 올 危險이 있었기 때문에, 企業은 獨占的 協定이나 結合에 依持하려 하였다. 또한 이러한 움

직임을促進한 것은 會社組織과 獨占力의 行使를 통해서 實現되리라고 기대되는 舊想利潤이었다. 그 結果로 1880年代에는 多數의 重要한 產業들이 어떤 形態의 集中的 支配下에 놓이게 되었다. 獨占의 方法으로 市場支配力을 獲得한 產業은 石油, 棉實油, 亞麻油, 食肉통조림, 船舶用索具, 雪糖, 鉛, 石炭, 위스키, 煙草 등이었다.

이러한 集中의 進行過程에서 農民, 原料供給者, 小經營者 및 勞動者들은 被害를 입었다. 특히 農民들은 農產物價格의 持續的 下落과 鐵道運賃, 銀行金利, 農機具 및 其他工業製品의 高價格에 當面하였다. 獨占의 製品의 原料供給者들은 原料價格을 떨어뜨리려고 市場을 操作하는 需要獨占者에게 販賣하게 되었다. 大經營者들에게 吸收되기를 拒否하는 小經營者들은 無慈悲하게 逐出되었다. 新興工業都市에 모여든 勞動者들은 不確實한 就業에 대한 競爭에 直面하였다.

이러한 事態의 進展으로 國民들은 그들의 福祉와 自由가 企業集中때문에 위협을 받게 되었다고 判斷하고, 그 結果로 獨占을 反對하는 強力한 政治運動을 展開하였다. 美國의 獨占形成은 鐵道業으로부터 시작했었기 때문에 처음의 反獨占運動은 西部와 南部의 農民들의 鐵道獨占到 대한 反對運動의 形態를 취했다.<sup>(8)</sup> 이것이 이른바 그랜저 運動(Granger Movement)이다. 이러한 運動은 또한 勞動組合과 獨立的 企業者들의 支持를 받게 되고, 80年代에 이르러 그들은 獨占을 反對하는 大統領候補와 國會議員을 내세우고, 數個州에서는 立法府를 支配하기에 이르렀다. 그런 結果로 既存政黨들도 獨占反對의 立場을 闡明하게 되고, 80年代 末에는 反트러스트諸法이 州 및 聯邦政府에 의하여 制定되기에 이르렀다.

一般的으로 美國에서 獨占禁止政策을 反트러스트政策, 또는 獨占禁止法을 反트러스트法이라고 부르게 된 이유는 80年代부터 代表的인 獨占形態로서 國民의 指彈을 받은 것이 트러스트였기 때문이다.<sup>(9)</sup> 이 트러스트는 競爭의 企業들을 支配할 수 있는 株式의 所有者들이 이 株式에 대한 法的權限을 單一한 受託者團(group of trustees)에게 讓渡하고, 그 代身に 트러스트證書(trust certificate)를 받는 制度였다. 따라서 受託者團은 參加企業들의 重役選任 및 企業運營 등에 單一企業과 같은 支配權을 가진다. 그리고 트러스트 證券의 所有者들은 結合된 企業의 利潤에 參與할 權限만을 가지는 것 뿐이다. 1879年의 Standard Oil 트러스트가 이러한 트러스트의 嚆矢였는데, 그 후 10年 동안에 그밖의 수많은 產業에서도 이 制度를 採用하기에 이르렀던 것이다.

### 3. 州 反트러스트法

州 反트러스트法은 1890年의 聯邦법인 Sherman法 成立을 前後하여, 1889年의 Kansas

(8) 越後和典, 「反獨占政策論」 1965, p. 39 註(1).

(9) R. Caves, *American Industry, Structure, Conduct, Performance*, 1964, p. 56.

州의 立法을 筆頭로 하여 1891년에 이르기까지 18州에서 制定되었다. 그리고 現在는 43個州에 反트러스트制定法이 存在하고 있다. 이러한 州法은 그 內容이 상당히 相異하며, 어떤 州法은 産業量制限, 市場分割, 價格固定 또는 價格差別과 같은 特定한 獨占의 慣行을 禁止하고, 어떤 州法은 一般的으로 去來를 制限하는 獨占行爲와 協定을 禁止하고 있다. 대부분의 경우에 있어서 同法은 州檢察總長의 命令으로 地方檢察가 提訴하도록 되어 있고, 法院은 5,000 달리까지의 罰金과 大概 1年以內의 禁錮刑을 加할 수 있으며, 또한 禁止命令을 發하거나, 3倍의 損害賠償을 請求하는 民事訴訟도 規定되고 있다.

그러나 이러한 法律은 獨占防止의 手段으로서는 不充分한 것이었다. 몇몇 州에 있어서는 同法을 實施하려는 努力이 있었지만, 大部分의 州에 있어서는 그렇지 않았고, 특히 施行을 위한 豫算도 不足하였다. 當局은 이러한 實施가 新産業의 進入을 阻止하거나 現存産業을 他州로 驅逐할지도 모를 두려움 때문에 提訴하기를 꺼려했다. 뿐만 아니라 同法은 州界를 넘어서 運營이 擴張됨으로서 州의 힘이 미치지 않는 主要産業의 協定 또는 結合을 統制하기에는 無力하였다. 물론 建築業이나 印刷業처럼 그 地域市場이 單一한 州에 局限되어 있는 몇가지 産業이 있었지만, 이런 産業에도 間歇的으로 適用되었을 뿐이었다. 그러므로 競爭維持의 課題는 거의 全的으로 聯邦政府의 힘에 依存하게 되었던 것이다.

## II. 反트러스트法の 實體規定

### 1. Sherman 法

1888年의 大統領選舉에서 民主・共和兩黨은 獨占反對를 表明함으로써 農民票를 吸收하려고 하였다. 與黨인 民主黨은 關稅가 트러스트의 產母라고 非難한데 대하여, 野黨인 共和黨은 高關稅를 提案하면서 海外로부터의 競爭을 防止하더라도 國內에서 競爭이 促進될 수 있다고 對應하였다. 그러나 두 政黨 모두가 反獨占立法의 實施를 公約하였다. 드디어 共和黨이 勝利를 하게 되자 Harrison 大統領은 1889年에 이러한 公約의 實踐을 要求하는 敎書를 發送하고, Ohio 州出身 上院議員 Sherman의 法案以外에 많은 反獨占法案이 提出되었다. 當時에는 同立法 보다도 오히려 關稅를 올려서 産業과 勞動을 競爭으로부터 保護하고, 銀買入法(Silver Purchase Act)을 通過시켜서 農民에게 높은 價格을 保障하는 努力에 더 큰 關心이 있었다. 그러므로 反트러스트法은 이러한 對策에 대한 批判을 鎮定시키기 위하여 一括立法에 포함된 것이었다. 그러므로 아무런 聽聞會도 거치지 않았으며, 分料委員會에서 最終的으로 提案된 法案은 간단한 討論을 거친 다음, 上院에서는 反對 1票로 下

院에서는 無投票로 通過되었다. 1890年 7月 2日에 大統領이 署名한 同法은 처음에 Sherman 議員이 提案한 法案과는 類似하지 않았으나 Sherman 法이라고 불려졌다.

Sherman 法은 全文八條로 된 간단한 法律이고, 그 實體規定은 第1條와 2條에 포함되어 있다. 第1條는, 「數州間 또는 外國과의 去來나 商業을 制限하는 모든 契約, 트러스트 또는 그 밖의 形態에 의한 結合(combination) 이나 共謀(compiracy)는 이것을 違法으로 한다. …여기서 違法으로 하는 契約을 縮結하거나 結合 또는 共謀를 하는 者는 輕罪를 犯한 것으로서 그 罪의 認定이 있을 때에는 裁判所의 裁量에 의하여 50,000달러 以下の 罰金이나 1年 以下の 禁錮 또는 이를 併科한다」고 規定하고 있다. 이 去來制限의 禁止는 코몬·로의 原則을 踏襲하고 이것을 確認한 것이라고 할 수 있다.

第2條는 「數州間 또는 外國과의 去來 또는 商業의 어떤 部分이라도 獨占하고(monopolize), 獨占하기를 企圖하고(attempt to monopolize), 또는 그 目的을 가지고 1人 또는 數人 과 結合하거나 共謀하는 者는 輕罪를 犯한 것으로서 그 罪의 認定이 있을 때에는 裁判所의 裁量에 의하여 50,000 달러 以下の 罰金이나 1年 以下の 禁錮 또는 이를 併科한다」고 規定하고 있다. 이 規定도 코몬·로의 獨占排擊의 理念을 踏襲하는 것이다. 따라서 同法은 去來制限과 獨占行爲(monopolization)의 概念을 그 意味를 더 規定하지 않고 코몬·로에서 따왔다. 그리고 第1條는 2人 以上の 協定에 適用되고, 第2條는 보다 廣義의 獨占하려는 個人의 努力에도 適用되는 것이다.

Sherman 法은 實質의 새로운 것을 포함한 것은 없다. 그 事實上의 寄與는 去來制限과 獨占行爲를 聯邦法의 違反으로 한 것, 聯邦政府가 同法의 實施를 맡은 것, 그리고 刑罰을 課한 規制를 한 데 있다. Sherman 法은 民主·共和兩黨에 의하여 1890年부터 거의 4半世紀동안 實施된 단 하나의 重要한 反트러스트法이었다. 그리고 1894年에는 美國으로 財貨를 輸入하는 者도 Wilson Tariff 法에 의하여 비슷한 規定의 適用을 받았고, Sherman 法을 違反하는 船舶業者는 1912年의 Panama Canal 法에 의하여 同運河의 通過權을 剝奪당했다. 그러나 同法을 크게 補強한 것은 1914年에 制定된 Clayton 法과 FTC 法이었다.

## 2. Clayton 法과 FTC 法

Sherman 法의 運營에 대한 不滿은 1914年에 이르기까지 增大하고 있었다. Cleveland 와 McKinley 의 行政府下에서는 同法은 거의 實施되지 않아서 鐵鋼, 주석광동, 옥수수製品, 農業機械 및 그밖의 多數 產業에서 強力한 새로운 結合이 形成되었다. 이리하여 Roosevelt 와 Taft 의 行政府下에서는 獨占의 濫用이 國會의 聽問會에서 혹은 公共機關의 報告書나 法院에 提起된 事件의 證據資料에서 드러나고 있었다. 競爭이 特定한 事業慣行으로 排

除되는 것이 밝혀졌지만, 이러한 慣行이 Sherman 法에 違反되는 것이라고 보지는 않았다. 그리고 1911 年에 最高裁判所에서는 不條理하지 않은 結合은 容認될 수 있다고 判決하였던 것이다.<sup>(10)</sup> 이러한 變化에 대하여 또 다시 trusts가 1912 年의 大統領選舉의 爭點으로 擡頭되었다. 그리하여 모든 立候補者들은 獨占을 非難하고 또 다른 立法을 約束하였다.

새로운 民主黨 國會는 1913 年에 關稅를 引下하고, 聯邦準備制度를 新設하고, 所得稅를 賦課하였다. 그리고 1914 年에는 獨占問題에 눈을 돌렸다. 이 때에는 1890 年의 Sherman 法制定 當時에 있어서 보다도 더 철저한 檢討가 있었다. Wilson 大統領은 競爭이 除去되고 獨占이 이루어지는 慣行을 엄격히 禁止함으로써 Sherman 法의 不明確한 點을 除去할 것을 勸告하였다. 그는 또한 同法の 遵守와 實施를 強化하기 위하여 特別한 行政機關을 設立해야 한다는 것도 提案하였다. 그리하여 聯邦去來委員會(Federal Trade Commission)를 設立하는 法律은 손쉽게 制定될 수 있었으나, 모든 獨占的 慣行에 關하여 合意가 이루어 질 수는 없었다. 즉 어떤 慣行에 대하여는 合意가 이루어 질 수 없었고, 現行 慣行을 엄격히 規定한다거나 將來의 慣行까지 포함하는 定義를 내리기는 不可能하였다. 뿐만 아니라 한번 만들어진 定義는 좁게 해석되어서 法律의 範圍를 限定하고, 그 有効性을 크게 沮害할 염려도 있었다. 그런 까닭에 이런 企圖는 廢棄되고 특히 違法으로 되는 慣行을 4個로 縮少하여 그 禁止規定을 Clayton 法에 明文化하였다. 그리고 論議의 對象이 된 다른 慣行은 FTC 法의 不公正한 競爭方法의 一般的 禁止規定에 包含하게 되었다. 이 두 法은 兩院의 大多數 贊成으로 通過되고 大統領은 1914 年 가을에 署名하였다.

Clayton 法에 의하여 禁止된 特定한 慣行은 價格差別, 排他的 및 拘束的 契約, 會社間 株式保有 및 重役兼任이다.

同法 第 2 條는 販賣者들이 “商品의 相異한 購買者間에 價格上 差別을 하는 것”을 禁止하였으나, “去來된 商品의 等級, 質 및 數量에 差異”가 있거나 낮은 價格이 “다만 販賣 또는 輸送費의 差異에 대한 正當한 考慮”만으로 매겨졌거나 또는 “善意로 競爭에 對抗하려고” 提示된 경우에는 이러한 價格 差別은 容認되었다.

第 3 條는 販賣者가 “商品의 賃貸者 또는 購買者가……競爭者의……商品을……利用하거나 取扱하지 않는다는 條件으로 그러한 商品을 賃貸, 販賣 또는 販賣契約을 하는 것”을 禁止하였다.

第 7 條는 商業에 從事하는 會社가 競爭會社의 株式을 取得하거나, 競爭하고 있는 두개

(10) *U.S. v. Standard Oil Co. of New Jersey*, 221 U.S. 1(1911).

*U.S. v. American Tobacco.*, 221 U.S. 106(1911).



以上の 會社の 株式을 購買하는 것을 禁止하였다.

이러한 禁止는 絶對的인 것이 아님을 留意해야 한다. 즉 以上 세가지 慣行은 그 結果가 同法의 用語를 빌리자면 “實質的으로 競争을 滅殺하거나 또는 獨占을 發生케 하는……” 경우에 禁止되었다.

第 8 條는 商業에 從事하는 會社중 그 하나가 1 백만달라 以上の 資本金과 積立金(surplus)을 가지는 경우와 “그들 間의……競争의 排除가 反트러스트法의 規定違反을 構成하는” 경우에는 이러한 會社間의 重役兼任을 禁止하였다.

FTC 法 第 5 條에 포함된 보다 廣汎한 禁止는 다만 “商業에 있어서의 不公正한 競争方法은 이것을 違法으로 한다”고 規定하였다.

實質的으로는 이러한 法律들은 反트러스트法의 內容에 새로운 것을 附加하는 것은 아니다. 왜냐하면 여기서 禁止된 具體的 慣行들은 Sherman 法의 規定에 禁止되어 있는 去來制限의 共謀나 獨占하려는 企圖라고 볼 수 있기 때문이다. 또한 不公正한 競争方法은 이미 코몬·로에 의하여 有罪이었다. 그러나 重要한 差異는 있었다. Sherman 法은 用語에 있어서 一般的이었으나 Clayton 法은 明示的이었다. 舊法은 獨占을 達成된 事實로 取扱하였으나 新法은 獨占이 일어나는 方法에 관한 것이었다. 前者는 處罰에 重點을 두었는데 後者는 豫防을 指向했다. 明確한 共謀가 아니라면 法律違反으로 되지 않은 慣行도 이제는 그 自體만으로 禁止되었다. 그리고 보다 더 重要한 것은 Clayton 法과 FTC 法의 다른 規定들에 의하여 反트러스트法의 實施가 強化되었다는 事實이었다. 뿐만 아니라 FTC 法에 의하여 不公正한 競争方法에 대한 攻撃은 私訴에 마껴지는 代身에 官僚에 의하여 提訴되고 聯邦政府의 豫算으로 負擔되 되었다. 이러한 여러가지 점에서 볼 때 新立法은 反트러스트政策의 強化에 가장 重要한 貢獻을 하였다고 할 수 있다.

### 3. Robinson-Patman 法

價格差別에 관한 Clayton 法의 第 2 條는 1936 년에 Robinson-Patman 法의 通過로 完全히 修正되었다. Clayton 法의 原條文의 目的은 主로 大製造業者들이 特定製品과 特定市場에서 다른 製品과 市場의 價格은 維持하면서 一時的으로 價格引下를 하여 群少競争者를 除去하는 것——몇몇 初期 트러스트가 取한 惡名 높은 慣行——을 防止하는데 있었다. 修正法은 이와 相異한 狀況에서 나온 것이다. 一次大戰以後로 獨立都賣業者와 小賣業者들은 連鎖店과 그밖의 大量配給業者들의 甚한 競争에 直面하고 있었다. 連鎖店과 그밖의 大量配給業者들이 매기는 낮은 販賣價格은 적어도 部分的으로는 그들이 支給하는 낮은 購買價格에 起因한 것이었다. 그들은 스스로의 交渉力에 의하여 供給者들로부터 여러가지 形態의 讓許를

일 수 있었다. 즉 仲介人을 쓰지 않는 경우의 仲介手數料, 財貨의 配達에 隨伴하여 供給者들이 提供하는 서어비스, 供給者들의 製品을 廣告하는 費用 및 大量購買에 대한 割引 등이 그것이다. 獨立的 商人들은 이러한 讓許가 正當化될 수 있는 정도를 超過한다고 主張하고, 供給者들이 差別할 수 있는 自由가 보다 더 엄격히 制限되어야 한다고 要求했다. Robinson-Patman 法은 이러한 要求에 副應해서 通過되었다.

Clayton 法의 第 2 條를 修正한 Robinson-Patman 法에 의하면 獨立的 仲介人이 없는 경우에 仲介手數料를 支給하는 것은 禁止되었다. 그리고 販賣者가 補助的인 서어비스를 購買者에게 提供하거나, 그에게 提供한 購買者의 서어비스에 대하여 補償을 하는 것은, 만일 이러한 讓許가 “比例的 平等的 條件(Proportionally Equal Terms)”으로 모든 購買者들에게 利用可能하지 않는다면, 禁止되었다. 또한 數量割引(quantity discounts)과 같은 그밖의 形態의 差別도 그 結果가 販賣者間이나 購買者間에 “어떤 商業의 分野에서 實質적으로 競爭을 減殺하거나 獨占을 形成하게 되는” 경우에 禁止되었다. 이러한 差別로 告發된 者는 자기의 낮은 價格이 다만 費用差에 대한 “正當한 報償”이고 또한 善意로 競爭者의 同等한 낮은 價格에 對抗하기 위하여 提示되었음을 立證함으로서 자기의 立場을 擁護할 수 있었다. 그러나 低費用 때문에 커다란 割引이 正當化될 수 있는 경우라도 FTC는 大量購買者들이 獨占을 얻게 되는 것을 막기 위해서 그 이상으로는 割引을 할 수 없는 數量制限을 할 權限이 주어져 있었다. 끝으로 同條項은 누구든지 禁止된 價格差別을 “故意로 誘請 또는 受領”하는 것을 違法으로 하고 있다.

#### 4. Wheeler-Lea 法

不公正한 競爭方法을 막으려는 FTC 法은 1931 년에 있었던 最高裁判所의 Raladam Co. 事件의 判決에 의하여 甚한 制限을 받았다. 이 事件에서<sup>(11)</sup> 聯邦去來委員會(FTC)는 Raladam Co.가 그 製品을 肥滿症의 治療劑라고 表示하는 것에 대하여 留止命令을 내렸다. 그러나 法院은 Raladam의 廣告에 의하여 消費者가 欺瞞당했음은 認定하였으나, 그러한 虛僞表示는 이러한 秘藥販賣者間에는 通例라고 認定하고 이에 立脚하여 Raladam의 競爭者들에게 아무런 被害가 없었다고 結論지음으로서 FTC의 命令을 取消하였다. 이리하여 FTC는 競爭者에게 被害가 없더라도 消費者를 保護할 수 있었던 權限을 剝奪當했다.

이러한 虛點은 FTC法의 第 5 條가 1938 年の Wheeler-Lea 法의 通過로 修正됨으로서 없어졌다. 이 修正된 條項에 의하여 지금은 “公正한 競爭方法”뿐만 아니라 “不公正 또는 欺瞞的인 行動이나 慣行”도 違法으로 되었다.

(11) *FTC v. Raladam Co.* 283 U.S. 643.

### 5. Celler-Kefauver 反合併法

Clayton 法 第 7 條도 最高裁判所의 判決에 의하여 그 有效性이 損傷되었다. 즉 1926 年에 裁判所는 어떤 會社가 不法으로 取得한 議決株로 合併을 實現했다라도 FTC는 그 會社로 하여금 競爭者의 資産을 拋棄할 것을 命令할 수 없다고 判決하였다.<sup>(12)</sup> 또한 1934 年에 裁判所는 持株會社가 두개의 競爭의 會社의 株式을 取得한 後에 그것을 株主들에게 分配해서 그들로 하여금 두 會社를 合併하도록 議決시키는 경우에도 FTC는 關與할 權限이 없다고 判決하였다.<sup>(13)</sup> 이러한 判決의 結果로 이와 같은 迂回的 方法에 의한 合併이 크게 進行되었다.

마침내 Celler-Kefauver 反合併法으로 이러한 狀況은 是正되고, Clayton 法 第 7 條의 禁止는 株式의 取得 뿐 아니라, 議決權이나 代理權의 委任 등에 의한 株主權의 行使 및 競爭의 會社의 資産의 全部 또는 一部를 取得하는 것 등을 포함하도록 擴大修正을 가져왔다. 그리고 이러한 取得은 從前처럼 實質的으로 競爭을 滅殺하거나 獨占을 形成하는 結果를 가져오는 경우에 違法으로 되었다. Clayton 法 第 7 條를 修正한 Celler-Kefauver 反合併法은 1950 年 12 月 29 日에 Truman 大統領에 의하여 署名되었다.

## III. 反트러스트法의 內容

本章에서는 反트러스트諸法에 의한 競爭政策의 內容을 詳述하는 것을 目的으로 한다. 그런데 前章의 反트러스트法의 實體規定에 의하여 禁止된 行動을 要約하면 다음과 같다.

- (1) 去來를 制限하는 契約, 結合 또는 共謀를 하는 것(Sherman 法, 第 1 條),
- (2) 去來를 獨占하고, 獨占을 企圖하고 또는 이러한 目的으로 結合 乃至 共謀하는 것(Sherman 法, 第 2 條)

은 違法이다. 그리고 實質的으로 競爭을 滅殺하거나 獨占을 形成하게 되는 경우에는,

- (3) 競爭關係에 있는 會社의 株式이나 資産을 取得하는 것(Celler-Kefauver 法으로 修正된 Clayton 法, 第 7 條).
- (4) 排他的 및 拘束的 契約의 締結(Clayton 法, 第 3 條).
- (5) 費用差나 또는 善意로 競爭者의 價格에 對抗하려는 企圖로서 正當化될 수 없는 程度의 購買者들에 대한 價格差別(Robinson-Patman 法, 第 2 條 a 項으로 修正된

(12) *Thatcher Manufacturing Co. v. FTC, Swift & Co. v. FTC.*, 272. U.S. 554.

(13) *Arrow-Hart & Hegeman Electric Co. v. FTC*, 291 U.S. 587.

Clayton 法, 第 2 條)

은 違法이다. 또한 一般的으로

- (6) 獨占的 仲介人이 없는데 仲介料를 支給하는 것(Robinson-Patman 法, 第 2 條 c 項),
- (7) 모든 購買者들이 同等한 讓許를 얻지 못하는 경우에 어떤 購買者에게 補足的 서비스를 提供하거나 어떤 購買者가 提供한 서비스를 補償하는 것(Robinson-Patman 法, 第 2 條 d 項 및 e 項),
- (8) 同種財貨를 同量으로 購買하는 다른 사람에게 보다도 더 큰 割引을 하거나 또는 다른 地域보다도 어떤 地域에 더 낮은 價格을 매기는 것(Robinson-Patman 法 第 3 條),
- (9) 意識的으로 不法의 價格差別을 誘請하거나 受領하는 것(Robinson-Patman 法 第 2 條 a 項),
- (10) 競爭的 會社의 取締役으로 되는 것(Clayton 法, 第 8 條),
- (11) 不公正競爭方法의 利用(FTC 法, 第 5 條),
- (12) 不公正 또는 欺瞞의 行動이나 慣行의 採用(Wheeler-Lea Act, 第 3 條로 修正된 FTC 法, 第 5 條)

도 違法이다. 우리는 以上과 같은 여러가지 現行立法의 實質的 內容을, 첫째 競爭者間의 共謀的 協定에 의한 競爭制限의 禁止, 둘째 獨占行爲 또는 獨占의 防止, 셋째 競爭을 滅殺하거나 獨占을 形成하게 되는 그밖의 企業行動의 禁止, 그리고 넷째 不公正하거나 非倫理的인 競爭的 慣行의 禁止로 大別하여 차례로 考察할 것이다.

### 1. 競爭者間의 共謀的協定の 禁止

競爭者間의 競爭을 制限 또는 排除하는 共謀的 協定(collusive agreements)은 聯邦反트러스트諸法에 의하여 가장 直接的이고도 廣汎하게 適用된 規制行動이다. 여기서 共謀的 協定이란, 첫째 水平的 協定으로서 같은 種類의 財貨나 서비스의 競爭的 販賣者間의 協定 또는 이러한 財貨나 서비스의 競爭的 購買者間의 協定을 가리키며, 따라서 販賣者와 購買者間의 協定에서 볼 수 있는 垂直的 協定은 除外된다. 그리고 그것은 둘째 緩漫한 協定(loose-knit agreements)으로서 서로 分離되고 獨占되어 있는 企業間의 協定을 가리키며, 따라서 企業들을 單一한 統一의 管理下에 두기 위하여 合併 乃至 統合하는 ‘協定’과는 相異하다.

共謀的 協定の 禁止는 주로 前示한 Sherman 法 第 1 條에 의하여 規定되고 있다. 그것은 州際商業과 關係되거나 또는 그것에 영향을 미치는 共謀的 水平的 協定을 全面的으로 禁止하고 있다. 그리고 이 Sherman 法의 禁止는 不公正한 競爭方法을 禁止한 FTC 法 第 5

條로 補強되고 있다. 이것은 不公正한 競爭方法의 하나가 競爭制限의 方法이라는 裁判所의 認識에서 나온 것이다. 그러므로 FTC 法 第 5 條를 施行하는 FTC의 管轄權과 Sherman 法 第 1 條의 共謀的 協定에 관한 管轄權은 重複되는 面을 가지게 되었으나, 실제로 共謀的 協定에 관한 法的手續은 대부분 司法省에 맡겨져 왔다.

Sherman 法이 通過될 當時에는 共謀的 協定の 禁止는 一般的으로 州際通商에 影響을 미치는 모든 產業이나 市場에 適用되었으나, 그 뒤로는 어떤 特定한 產業이나 經濟部門은 例外로 되었다. 즉 勞動組合, 農業協同組合과 農務省이 承認한 農產物販賣協定, 海外市場의 販賣에 共同行動을 하기 위한 輸出組合, 鐵道 其他 政府의 直接規制產業 등은 除外되고 나머지 大部分의 企業經濟는 一般的으로 共謀禁止의 拘束을 받게 되었다.

Sherman 法 第 1 條에 의한 水平的 共謀禁止의 內容과 意味는 司法長官이 同法을 施行하기 위하여 提訴한 一連의 事件에 대한 聯邦地方裁判所의 一審判決과 最高裁判所의 最終判決로 나타난다. 그리고 最高裁判所に 의하여 重要的 法解釋이 내려진 것은 少數의 事件에 局限되었으나, 1890 年부터 1965 年 사이에 司法府에 提訴한 약 1880 件의 事件중에서 거의 大部分은 水平的, 公謀的 協定에 관한 것이었다.

Sherman 法 第 1 條를 緩漫한 水平的 協定에 適用하는 경우에 法院이 採擇, 補強 또는 精密化한 原則은 協定當事間에 競爭制限의인 明白한 目的과 結果를 가져오는 모든 共謀的 協定을 當然違法(*per se illegal*)으로 하는 比較的 單純明確한 것이다. 이러한 態度는 價格의 固定과 維持, 產出量이나 生産能力의 制限 또는 市場分割 등과 같은 價格·產出量決定에 影響을 미치는 모든 協定을 禁止하는 것이다.<sup>(14)</sup>

그러므로 法院은 이러한 協定을 禁止함에 있어서 적어도 名目上으로는 合當한(*reasonable*) 協定과 그렇지 않은 協定을 區別하거나, 合當한 協定을 容認하려 하지는 않았다. 만일 競爭制限의인 緩漫한 協定の 存在를 認知한다면, 그것은 當然히 不合當한 것으로 看做되고 따라서 違法이었다. 특히 競爭制限의 協定은 그 成果가 合當하거나 協定當事者들의 意圖가 바람직하거나, 또는 制限되지 않는 競爭으로 생기는 弊害가 除去된다고 하더라도 違法이었다. 그리고 이러한 協定은 그들이 市場에서 競爭을 完全히 抑制할 能力을 가지지 않더라도 違法이었다. 만일 그들이 共同으로 競爭을 制限하려는 明確한 目的과 結果를 가지고 協定을 했다면 그들의 行動은 法을 違反한 것이다.

이러한 原則에 의하면 違法性的의 基準은 바로 共謀的 市場行動 그 自體이며, 어떠한 直接

(14) 이 禁止는 또한 販賣費나 製品分化에 의한 非價格競爭을 制限하는 共謀에도 論理的으로 適用 可能하지만 이러한 法適用의 先例는 없다.

의 意味에서도 이러한 行動에서 潛在적으로 나오는 바람직하지 못한 市場成果는 아니다. 市場成果에 관한 證據가 法院의 解釋에 參考로 되기는 하지만은, 그러나 그것은 다만 市場 行動의 성질에 관한 推論을 밀받침하는 것에 지나지 않는다. 이러한 原則은 直接的으로는 Sherman 法의 解釋에 관한 것이지만, 共謀에 適用되는 FTC 法 第 5 條의 法律構成과도 合致하는 것이다.<sup>(15)</sup>

물론 競爭者間의 共謀에 대하여 以上の 原則을 適用하기는 단순하지 않다. 이 原則이 複雜하고 不明確한 理由는 주로 違法的 ‘協定’을 法院이 規定하고 確認하기가 어려운데 있다. 왜냐하면 Sherman 法의 直接的인 禁止 때문에 協定當事者들은 書面上의 協定이나 그밖의 비슷한 明白한 共謀를 回避하게 되고, 또한 그러한 事實을 自發적으로 認定하려 하지 않기 때문이다. 따라서 實際的 共謀는 隱蔽되고, 秘密의 紳士協定이나 暗默의 共謀를 促進하는 여러가지 間接的 方法이 採擇되게 되었다는 것이다.

이러한 適用上의 複雜性을 가장 代表的으로 內包하고 있는 것은 事業者團體(trade association)의 경우와 단순한 平行的 行動(mere parallelism)의 경우이다. 事業者團體는 加盟者들로부터 正規적으로 그들의 公表價格, 賣出量 및 顧客에 관한 자세한 情報을 提供받고, 이러한 情報은 加盟者들 뿐 아니라 顧客이나 다른 非加盟員에게도 利用되는 것이 보통 이다.

이러한 경우에 法院은 事業者團體의 合法的 行動과 違法的 行動間에 약간의 伸縮性을 두었다. 즉 事業者團體가 加盟員으로부터 去來情報을 蒐集·配布하더라도 단일 該 情報가 顧客과 다른 非加盟員에게도 利用可能하고, 또한 情報의 蒐集과 配布行動이 直接 去來를 制限하기 위한 協定의 一部分이 아니라면, 그러한 行動은 合法的이다. 그러나 이와 반대로 蒐集된 情報가 價格統制, 產出量制限 등의 手段으로 重要한 役割을 한 證據가 있다면, 그러한 行動은 違法的이다.

合法的 團體行動과 違法的 團體行動을 區別함에 있어서, 法院은 一般的으로 去來制限의 協定의 存在을 推斷할 수 있는 明白한 團體活動을 한 證據를 크게 重視하기 때문에, 이러한 明白한 行動이나 慣行의 證據가 없으면 法院은 단순한 事業者團體의 存在만으로 違法的인 共謀를 推斷하려 하지는 않았다. 그러나 이러한 法律的 見解는 經濟學的으로는 問題가 있다. 왜냐하면 經濟學的으로 볼 때, 寡占의 市場의 競爭者들에 의한 去來情報의 단순

(15) 여기서 市場行動 또는 市場成果라는 概念은 市場構造와 더불어 產業組織論의 基礎를 이루고 있다. Joe S. Bain, *Industrial Organization*, 1968 및 Richard Caves, *American Industry, Structure Conduct, Performance*, 1967 參照.

한 體系的 交換은 販賣者間的 寡占的 相互依存性을 強化할 뿐 아니라 販賣者集團에 의한 보다 協調的이고 보다 獨占的인 價格產出量政策을 보다 容易하게 遂行할 수 있게 할 것이기 때문이다. 그러나 오늘날의 法律解釋에 의하면 間接的으로 競爭制限을 增大시키는 어느 정도의 行動은 合法的인 것이 되고 있다.

競爭的企業이 價格形成이나 그밖의 市場政策에서 취하는 단순한 平行行動을 法院이 違法行動이라고 推斷하는 것도 水平的 協定 및 寡占的 市場의 市場行動과 관계되는 복잡한 문제이다. 이를테면 어떤 產業의 모든 販賣者들이 同一한 工場引渡價格을 매기고, 價格先導者(price leader)를 따라서 똑같이 價格을 變動시키는 價格先導制의 경우, 또한 그들이 製品이 引渡되는 여러 地域의 引渡價格을 決定하는데 同一한 基點算式(basing-point formula)을 採用하고, 그 結果로 각引渡地點에 있어서의 모든 販賣者들의 引渡價格이 같아지는 基點價格制度의 경우에는, 明白한 共謀的 行動을 한 다른 證據가 없더라도 違法的 協定이 存在한다고 推斷할 수 있을 것인가.

이러한 문제에 대한 法院의 傳統的 見解는 價格先導制와 같은 市場政策의 단순한 平行行動은 어떤 明白한 共謀的 行動으로 歸屬되지 않는다면 違法的 協定이 存在한다는 充分한 證據로 되지 않는다는 것이었다. 그러나 또 한편으로 法院은 違法的 協定으로 認定하기 위해서는 平行行動을 하는 企業間的 公式協定이나 協定에 到達할 意圖를 가지고 合議하였음을 確認할 必要가 없는 것이라고 보고 있다. 다만 必要한 것은 違法的 目的에 대하여 明確한 相互理解에 到達할 수 있을 정도의 意思疎通이다. 그리고 이러한 意思疎通이 있었다는 推斷은 競爭制限을 目標로 하는 明白한 行動의 여러가지 斷片的 證據로부터 끌어 내 진다. 만일 最少限의 이러한 明白한 行動이 주어진다(이를테면 個別的 意思疎通, 價格을 引下한 者에 대한 說得이나 壓力, 또는 價格引下를 할지도 모르는 販賣者들의 殘餘產出量의 共同購買 등), 違法的 去來制限協定을 推斷할 수 있으며, 그 推斷은 價格決定이나 그밖의 市場政策에 대한 一致된 平行行動에 의하여 補強된다. 즉 平行行動은 競爭制限의 共謀의 存在를 立證하는 다른 證據가 補強됨으로서 違法的 去來制限으로 確認된다.

Sherman法 第1條와 FTC法 第5條의 解釋이 이렇게 不確實한 것은 平行行動만으로 違法的 共謀가 存在한다고 推斷하는 根據로 삼으려는 法律原則의 變化에서 由來된다. 比較的 最近의 몇가지 事件에서 法院은 共謀的인 明白한 行動은 發見되지 않을지라도 모든 當事者들이 諒解的으로 함께 움직이는 協調的 行動(a concert of action)으로부터 違法的 協定을 推斷할 수 있다고 보았다. 그러나 現在로서는 法院은 販賣者間的 單순한 販賣價格의 一律性만을 違法的 行動으로 推斷하는 根據로 보려 하고 있지는 않다.

現行의 法律解釋에 비추어 볼 때 우리는 다음과 같이 共謀的 協定에 관한 結論을 내릴 수 있을 것이다. 즉 去來制限的인 水平的 協定의 法的 禁止는 共謀的 平行行動을 抑制하는데 상당히 광범하게 適用되고 있지만, 比較的 高度로 集中된 寡占市場에서 存在하고 있는 暗黙的이고 相互依存的인 共謀行動에 대하여는 莫大하게 그리고 部分的으로 適用되고 있다고.

## 2. 獨占行爲 또는 獨占의 防止

여기서는 獨占行爲나 獨占의 存在와 存續을 防止하려는 聯邦反트러스트法의 規制를 考察하기로 한다. 이 規制는 간단하지 않으며, 그것이 복잡한 가장 基本的 理由는 現行法の 解釋上 獨占行爲(monopolization) 및 獨占(monopoly)의 意味가 多樣한데 있다. Sherman法 第2條에 의하여 明確하게 禁止되고 있는 獨占行爲는 1개의 企業이 單獨으로 또는 少數의 企業이 共同으로 競爭的인 敵對企業을 除去·排除 또는 抑壓함으로써 市場의 壓倒的 支配를 形成·維持하는 것을 意味한다. 그러므로 獨占行爲는 一次的으로 獨占의 市場地位를 確保 乃至 維持하려는 行動과 관계된다. 反트러스트法에서 明示的으로 禁止되고 있지는 않은 經濟學的 概念인 獨占은 1개 企業 또는 共同으로 行動하는 少數企業에 의한 單순한 壓倒的 市場支配의 存在를 意味하고, 이러한 支配를 形成·維持시킨 行動과는 關係가 없다. 그러므로 獨占은 構造概念이며 이를테면 掠奪的 또는 排他的 行動이기 보다는 市場狀態와 關係된다. 그러므로 여기서는 오늘날의 違法的 獨占行爲의 意味와 獨占行爲 또는 獨占이 現行法에 의하여 어느 정도로 또는 어떤 意味에서 禁止되고 있는가가 重要한 問題이다.

두번째로 복잡한 理由는 獨占行爲나 獨占을 禁止하는 것을 目的으로 하는 補完的 立法이 多樣한데 있다. 獨占行爲의 基本的 禁止는 Sherman法 第2條에 表明되고 있으나, 去來制限的 協定과 關係되는 同法 第1條도 또한 그 制限的 協定이 排他的 目的과 效果를 가지는 경우에는 獨占行爲와 關係된다. 뿐만 아니라 Clayton法 第2條, 3條 및 7條도 獨占의 市場狀態를 形成하려는 目的이나 效果를 가지는 特定한 行動과 直接 關聯을 가지고 있다. 그러므로 이러한 規制에 대한 考察을 하기 위해서 本節에서는 Sherman法에 의한 獨占行爲나 獨占을 다루고, 다음 節에서 獨占을 形成하거나 競爭의 滅殺를 가져오게 되는 行動, 慣行 및 政策을 禁止하는 Clayton法을 다루기로 한다.

Sherman法 第2條에 의하면 數州間 또는 外國과의 去來나 商業의 어떤 部分을 獨占하거나 獨占을 企圖하거나 또는 이것을 目的으로 하여 結合하거나 共謀하는 者는 輕罪를 犯하는 것으로 되며, 이 禁止는 犯法行爲에 대한 法律的 解釋에 따라서 罰金を 課하는 刑事訴訟이나 救濟命令을 내리는 民事訴訟을 통하여 司法長官이 施行하고 있다.



法律上の一次的意味에 좇아서 獨占行爲를 競爭者의 排除行爲라고 본다면, 어떤 獨占行爲는 去來 制限的 契約, 結合 또는 共謀를 禁止하는 Sherman法 第1條에 의하여도 禁止될 수 있다. 既述한 競爭者間의 水平的 協定以外에도 競爭者를 弱化, 除去 또는 排除함으로서 去來를 制限할 수 있는 두가지 協定이 存在한다. 그 하나는 販賣者와 購買者間의 垂直的 協定인 바, 이것은 競爭的 販賣者들이 購買者들에게 同等하게 接近하는 것을 排除하거나 또는 競爭的 購買者들이 販賣者들에게 그리고 製品이나 原料에 同等하게 接近하는 것을 排除하는데 쓰여지는 販賣者와 購買者間의 協定이다. 또 하나는 같은 産業에 속하는 少數의 企業들이 競爭的 企業을 除去 또는 排除할 目的을 가지는 政策을 共同으로(in concert) 遂行하는 水平的 協定 또는 共謀行爲이다. 그러므로 만일 이러한 共謀의 去來制限이 市場을 獨占하려는 目的과 結果를 가진다면, 그 獨占行爲는 Sherman法 第1條과 2條를 同時에 違反하게 된다. 만일 獨占行爲가 또한 市場의 壓倒的 占據 즉 獨占을 意味한다면 第1條는 數個企業에 의한 共同獨占(joint monopoly)의 경우에도 適用可能하다. 왜냐하면 市場占據를 意味하는 共同獨占이 밝혀지기 위해서는 相互間의 競爭을 制限하는 共同獨占者間에 水平的 協定の 第1條 違反이 內包되어야겠기 때문이다. 이런 경우에는 第1條 違反이 第2條 違反으로 되는 重要한 要因이다. 끝으로 第1條는 第2條와 함께 支配的 占據를 위한 競爭的 企業의 合併形態의 ‘協定’에도 適用可能하다. 그러나 法院은 合併의 경우에는 第1條 違反으로 다루지 않는 것이 보통으로 되어 있다.

Sherman法의 獨占行爲禁止가 適用되지 않는 民間企業의 分野는 規制되는 獨占(regulated monopoly) 産業이다. 이러한 産業은 그 進入에 當局의 許可를 要하며, 市場行動과 成果뿐만 아니라 市場構造도 여러 行政委員會의 直接規制를 받는 公益事業과 輸送分野이다. Sherman法은 이러한 規制된 獨占産業을 除外한 모든 民間企業部門에 適用可能하다.

#### 가. 獨占行爲 또는 獨占到 대한 Sherman法의 解釋

獨占行爲禁止에 관한 Sherman法의 現實的 解釋은 歷史적으로 항상 같지는 않았다. 同法의 一般的 範圍가 法院에 의하여 밝혀진 1905년부터 1945년에 이르는 동안 違法的 獨占行爲에 관한 支配的 原則은 매우 寬大한 것이었다. 즉 違法的 獨占行爲는 Sherman法 第1條를 違反하게 되는 排除와 掠奪을 意味하였다. 만일 이러한 慣行들이 一貫적으로 遂行되고 그 結果로 壓倒的 占據가 있게 된다면, 違法的 獨占行爲가 있다고 보고, 상당히 무거운 救濟措置가 加해질 수 있었다.

그러나 이러한 原則에 따르면, 상당히 많은 獨占이 違法으로 되지 않는 경우가 있었다. “規模만으로는 違法이 아니다(size alone is no offence)”라는 되풀이 해서 쓰여지는 法

律用語는 單一企業에 의한 壓倒的 支配라는, 意味의 "단순한 占據"는 違法이 아님을 意味하였다. 이 原則은 실제로는 單一企業이 市場을 90~100% 支配하는 경우보다도, 相當한 部分의 市場을 支配하는 경우에 適用되었다. 따라서 壓倒的 市場占據가 違法으로 되려면 그것이 明白한 掠奪的 또는 排他的 慣行에 의하여 招來된 것을 밝혀야 했다. 그러므로 壓倒的 市場占據의 경우라도 그것이 明白한 掠奪的 또는 排他的 慣行에 의하여 招來維持되고 있지 않음을 立證함으로써 Sherman 法の 責任은 免除될 수 있었다. 이것은 다만 市場占據를 確保, 維持하려는 "平常的 및 細心한(normal and prudent)" 企業慣行으로 市場의 壓倒的 占據를 取得한 것은 違法이 아님을 意味하였다.

이 原則에 부수되는 한가지 問題는 合併이나 統合의 形態를 취하는 去來制限의 結合을 어떻게 다루느냐이었다. "規模만으로는 違法이 아니다"라는 原則에 의하면, 實사 그 合併이 單一한 所有로 들어가고 커다란 生産能力으로 企業들을 支配하는 結合일지라도 合併만으로는 違法이 아님을 意味하였다. 이 原則은 合當한 去來制限을 認定하는 條理의 原則(rule of reason)이 가져온 重要한 結果의 하나이다. 合併을 통한 去來制限이 合當性을 가질 수 있다는 見解는 合併은 이를테면 效率性의 提高와 같은 바람직한 目的을 가질 수 있다는 事實에 立脚하는 것이다. 이렇게 볼 때 單一企業에 의한 產業의 壓倒的 支配는 그 企業이 競爭者들의 結合을 통해서 形成되었다는 理由만으로 攻擊될 수는 없었다. 따라서 法院은 合併企業과 競爭하는 다른 企業이 가질 수 있는 自由와 合併企業 쪽의 排他的 慣行에 留意했던 것이다.

이와 반대로 一般的으로 合併보다는 競爭制限의 效果가 크다고 할 수 없는 "緩漫한 協定"에 대하여는 法院은 合當性을 認定하지 않았다. 그 結果로 合併에 의한 競爭制限은 緩漫한 協定의 競爭制限보다도 寬大하게 다루어지고, 高位寡占的 集中은 칼텔組織보다도 더 적게 抑制되었다.

이렇게 시작된 法律上의 原則은 1940 年代初 以後로는 Sherman 法 違反의 本質的 部分으로서 市場占據에 보다 더 큰 重點을 두고, 明白한 排除的 效果와 目的을 가지는 平常的 및 細心한 事業慣行(normal and prudent business practices)을 獨占的 意圖가 있는 違法行動의 충분한 證據로 생각하는 方向으로 發展하였다.

그러나 이러한 發展으로 現在의 原則이 단순한 市場占據를 違法으로 생각하게 되었는가는 分明하지 않다. 이러한 立場에 가장 가까운 것은 Aluminum Co. of America 가 1 次알미늄의 國內市場의 90% 以上을 오랫동안 支配해온 Alcoa<sup>(16)</sup>事件에 대한 判決에서 볼 수

(16) *U.S. v. Aluminum Co. of America*, 148 F. 2d 416(1945).

있다. 이 判決에서 法院은 同法違反이 되려면 占據率에 加하여 排除를 目的으로 하는 第1條 違反이나 또는 “正當한 意味에서 産業的이라기 보다는 단순히 競爭을 沮害하려는 術策”이 確認되어야 한다는 從來의 觀念을 否定한 것이 분명하다. 즉 壓倒的 市場地位를 維持하려는 힘과 意圖만이 違法의 要件이며, 그 힘은 市場의 壓倒의 支配에 內在되고 있고 그 意圖는 明白한 掠奪的 또는 排除的 術策이 없더라도 壓倒的인 市場地位를 獲得, 維持하려는 市場行動으로부터 推斷된다는 見解를 法院은 가졌다. 그러므로 단순한 占據率이 違法으로 될지라도, 그것은 當然違法이 아니라, 그것이 他를 排除하는 內在的 힘을 가지기 때문이라고 보았다.

Alcoa 事件 以後의 獨占行爲事件에서 法院은 그 原則을 약간 緩和하였으나, 그 一般的 傾向은 變化하지 않았다. 즉 法院은 壓倒的 占據率과 아울러 排除의 行動(비록 이 違法行爲가 排除의 效果와 目的을 가지는 正常의 事業慣行을 포함하고, 第1條 其他의 明白한 掠奪과 排除는 아니더라도)을 同法違反의 要件으로 보았다. 壓倒的 市場占據는 從前의 原則에 의해서 보다도 더 容易하고 效果的으로 攻擊될 수 있기는 하지만, 同法違反은 主로 壓倒的 市場占據에 隨半되는 市場行動이었다.

이 修正된 原則은 擴張되고 複雜해졌다. 즉 그것은 共同으로(in concert) 行動하는 獨立된 會社들에 의한 市場의 共同獨占의 禁止로 擴大되었다. Sherman 法 施行의 歷史上 2次 大戰前에는 獨占行動은 典型的으로 市場의 壓倒的比率를 支配하는 單一企業에 대한 것이었으나 그 뒤로 그것은 7개의 필립 生産·配給業者와 관계되는 Paramount Picture 事件<sup>(17)</sup>과 7개의 커다란 煙草會社와 관계되는 American Tobacco 事件<sup>(18)</sup>에서 寡占企業의 集團에 대해서도 適用되었다. 이러한 獨占行動에 대한 判決은 共同行動을 하는 寡占集團은 水平的 共謀行動을 함으로서 Sherman 法 第1條를 違反할 뿐 아니라, 그들의 共同市場을 獨占함으로서 同法 第2條를 違反한다는 原理를 確立하였다.

또한 이 修正된 原則이 가지는 복잡한 문제는 市場範圍를 規定하는 것과 어느 정도의 占據率에서(排除의 行動의 證據가 주어졌을 때) 違法인가를 決定하는 것이다.

市場의 範圍를 決定하기가 어려운 것은 獨占者 또는 共同獨占者들이 다른 企業들의 製品이나 서비스와 競爭하는 不完全代替財를 供給하고 있기 때문이다. 이러한 경우에 만일 市場의 範圍를 그 獨占者가 供給하는 特定한 財貨나 用役만을 포함하도록 좁게 規定하면 壓倒的 占據를 하는 것이 되지만, 만일 다른 販賣者들의 不完全代替財까지 포함하도록 넓게 規定하면 市場의 壓倒的 占據는 낮아지게 된다. 이를테면 Alcoa 事件의 경우, 同會

(17) *U.S. v. Paramount Pictures*, 334 U.S. 131(1948).

(18) *American Tobacco Co. v. U.S.*, 328 U.S. 781(1946).

社는 國內產 一次알루미늄의 90% 이상을 供給했으나, 스크랩알루미늄과 輸入알루미늄을 포함하는 總供給에 대해서는 3분의 2를 차지하는데 불과했다. 以上과 같은 市場範圍의 문제는 地域市場의 地理的 限界를 規定하는 경우에도 마찬가지로 문제로 된다.

法院은 市場의 範圍를 定義함과 아울러 어느 정도의 市場占據率을 違法으로 할 것인가도 決定해야 한다. 이에 관한 原則은 不分明하나 대부분의 경우에는 80%나 90% 以上の 매우 높은 占據率은 違法的 獨占이었다. 그리고 單一企業獨占과 관계되는 Alcoa 事件에서 法院은 90%의 市場支配는 違法的 占據로서 充分하고, 60% 또는 64%의 支配가 違法인가는 疑心스럽고, 33% 支配는 확실히 違法이 아님을 밝혔다.<sup>(19)</sup> 最近의 American Tobacco 事件에서는 3個企業에 의한 68%의 共同支配는 違法으로 되기에 充分한 것이라고 보았다.

그밖의 事件에서는 市場占據率에 관한 原則이 밝혀지지 않고 있으나, 現行法 解釋下에서는 違法行動에 加하여 獨占者나 共同獨占者들에 의한 3분의 2 以上の 市場占據가 違法的 獨占行動으로 된다고 推斷할 수 있을 것이다. 그러나 이러한 原則의 有效性은 특히 共同獨占의 行動面에서의 違法性을 確認하기가 어렵기 때문에 制限的이라고 할 수 있다.

#### 나. 垂直的 統合의 문제

以上の 論議는 市場構造의 면에서 주로 水平的 市場占據와 관계되는 것이다. 그러나 企業의 市場占據는 그 企業이 2개 以上の 垂直的 市場을 占據하기 위하여 어느 정도 統合되어 있는가에 의하여도 測定可能하다.

企業이 垂直적으로 統合되는 경우에는 潜在的인 排除效果가 있거나 또는 다른 競爭者들에게 不利益을 가져온다. 만일 連續的인 市場에 垂直으로 統合되지 않은 販賣者들이 있게 되고, 이러한 非統合企業이 個別市場으로부터 購買, 生産 또는 販賣하는 경우에는 특히 이러한 傾向이 나타난다. 統合企業은 非統合企業에 대하여 다음과 같은 排除의 影響을 미친다. 첫째 統合企業은 垂直的 關係를 통하여 그 自身の 가장 좋은 顧客으로 되며, 낮은 生産段階로부터 높은 生産段階로 直結된다. 그러기 때문에 統合企業은 非統合企業으로부터의 購買를 拒絕하거나 販賣業者들이 不利한 條件으로 購買함으로써 非統合企業들의 潜在的 市場에 대한 同等한 接近을 阻止한다. 또한 統合企業은 直接 小賣店을 獨占함으로써 非統合企業의 販賣活動을 막기도 하고, 非統合企業의 原料供給을 拒絕함으로써 原料市場에 대한 同等한 接近을 막는다. 이러한 現象은 垂直的 統合이 均衡되지 않아서 어떤 段階의 市場占據率이 다른 段階에서 보다 크기 때문에 統合企業과 非統合企業과의 去來가 不可避한

(19) U.S. v. Aluminum Co. of America, 148 F. 2d 416 (1945), reprinted in I.M. Stalzer, Selected Antitrust Cases, 3rd ed., 1916, p. 19.

경우에 특히 중요한 문제로 된다.

둘째 垂直的 統合企業은 어떤 경우에는 非統合企業 보다도 效率的이기 때문에 統合企業은 非統合企業 보다도 싼 價格으로 最終市場에 販賣할 수 있게 되면, 非統合企業은 存續하지 못하게 되기도 한다.

셋째 統合企業이 各生産段階의 設備를 支配하고 있는 경우에는(특히 輸送施設의 경우), 非統合企業은 이러한 設備를 利用하지 못하게 되거나 또는 이러한 設備를 마련할 資金이 不足하기 때문에 進入하기가 困難하기도 하다. 이러한 例는 統合된 石油會社가 原油의 輸送施設을 거의 모두 支配하고, 非統合精油業者가 이것을 利用할 수 없게 된다면, 새로운 非統合精油業者의 進入이 事實上 杜絶되는데서 볼 수 있다.

Sherman 法에 의한 法院의 態度에 의하면 이러한 垂直的 統合은 競爭者들이 그들의 製品을 販賣하거나 또는 必要한 物資를 取得하는 機會를 不當하게 制限하는 結果를 가져오는 경우에만 違法이었다. 換言하면 이것은 (1) 垂直的 統合은 그것이 獨占者의 壓倒的 水平的 市場支配와 結付되는 경우(이것은 壓倒的 水平的 占據의 形成이나 維持를 招來한 證據로 된다)에만 違法으로 된다는 것, (2) 違法的 垂直的 統合의 除去가 이러한 占據의 基礎를 무너뜨릴 수 있다는 의미에서 壓倒的 市場占據의 維持에 어느 정도 重要한 關係를 가져야 한다는 것, (3) 違法的 垂直的 統合은 적어도 排除의 結果와 目的을 가지는 平常的이고 細心한 事業慣行에 의하여 이루어져야 한다는 것을 의미한다. 이것으로부터 一般的으로 생각할 수 있는 것은 垂直的 統合은 그 自體만으로는 違法이 아니며, 壓倒的 水平的 占據와 違法的 排除行動을 포함하는 違法的 獨占行爲의 한 類型으로서 違法으로 될 뿐이다.

以上の 論議에 의하여 우리는 壓倒的 市場占據가 違法으로 되는 것은 平常的이고 細心한 事業慣行과 같은 市場行動이 이러한 占據를 形成, 維持하는 結果와 目的을 가진 것이어야 하고, 또한 共同獨占到 있어서는 產業內的 競爭을 支配하고 다른 業者를 排除하기 위한 政策에 意識의인 平行性이 存在하는 경우에 限한다는 獨占行爲에 대한 原則을 理解할 수 있다. 그러므로 市場占據라는 構造要因이나 市場成果는 점차로 重要視되고 있기는 하나 아직도 그것들은 市場行動에 관해서 推斷을 하는 手段으로서 重要하다고 할 수 있다.

### 3. 競爭滅殺와 獨占形成을 招來하는 行動의 禁止

本節에서는 第Ⅱ章에서 略述한 Clayton 法과 그 위의 여러가지 修正法을 中心으로 하여 價格差別, 販賣者와 購買者間의 協定 및 合併에 관하여 차례로 考察하기로 한다. 이러한 法律의 規定들은 두가지 理由에서 Sherman 法 第2條의 反獨占規定과 分離해서 論議하는

것이 適當하다. 그것은 첫째 Clayton 法의 禁止는 Sherman 法의 實現된 獨占行爲나 獨占보다도 다만 獨占을 形成하게 되는 企業行動의 具體的 類型을 對象으로 하며, 둘째 Clayton 法에 의한 여러가지 行動의 違法性的 基準은 獨占을 形成하는 傾向을 가질 뿐 아니라 實質적으로 競爭을 滅殺하는 傾向을 가지는 것에 이르기까지 擴大되고 있기 때문이다.

#### 가. 價格差別의 禁止

價格差別을 다루는 Clayton 法 第 2 條가 1936 年에 Robinson-Patman 法에 의하여 크게 修正, 補完되었음은 前章에서 論及한 바와 같다. 修正 第 2 條의 (a)項에 의하면, “商業에 從事하는 者가…… 同種, 同等한 商品의 相異한 需要者間에 價格上 差別을 하는 것은…… 이러한 差別의 結果가 商業의 어떠한 分野의 競爭을 實質적으로 滅殺하는 것이 되고, 또는 獨占을 形成하는 것이 되고, 또는 이러한 差別의 利益을 許與하는 者나 이것을 알고 받는 者와의 競爭이나 이 중의 어떤 者의 顧客과의 競爭을 侵害, 破壞 또는 沮害하는 것으로 되는 경우에는 이것을 違法으로 한다…… 단, 製造, 販賣 또는 引渡하는 費用의 差異의 正當한 考慮만에 의한 差別的 價格差異는 無妨하다……”. 그리고 第 2 條의 다른 諸項에서는 價格差別의 間接的 手段에 대하여 특히 大量購買者에게 낮은 價格을 매기서 差別하는 行爲에 대하여 制限을 加하고 있다.

따라서 Clayton 法 第 2 條는 競爭을 滅殺하고 獨占을 招來하는 結果를 가져오는 價格差別의 慣行을 對象으로 한 것이다. 이러한 價格差別은 差別的 販賣者의 販賣市場의 段階에서, 또는 購買者의 再販賣市場의 段階에서 競爭의 滅殺나 獨占의 傾向을 가져온다. 前者의 경우에는 差別的 販賣者는 差別價格을 利用하여 競爭의 販賣者와의 競爭을 制限하거나 獨占을 獲得하게 되고, 後者の 경우에는——이것이 修正條項의 主要한 攻擊對象이었다——財貨를 再販賣하는 購買者가 이러한 財貨의 生産에 要하는 材料의 購買에 價格差別의 惠澤을 입게 됨으로서 다른 競爭의 再販賣者의 競爭能力을 沮喪하거나 再販賣市場의 獨占을 誘發한다.

Clayton 法 第 2 條는 Sherman 法 보다도 다음과 같은 점에서 훨씬 엄격하게 施行되고 있다. 첫째 違法的 價格差別은 共謀的인 것이 아니라 단순히 獨占으로 行動하는 單一 販賣者들의 一方的 慣行이다. 둘째 最少限의 違法性的 要件은 市場을 獨占하는 것 또는 市場의 實質的 競爭滅殺가 아니라 多數의 販賣者가 있는 市場에 있어서의 少數의 販賣者間, 또는 多數의 購買者가 있는 市場에 있어서의 少數의 購買者間의 競爭에 대한 侵害를 意味한다. 그러므로 同法의 趣旨은 競爭보다도 競爭者를 保護하려는 것이라고 볼 수 있을 것이다.

法院의 解釋에 의하면 第 2 條는 세가지 價格差別을 禁止하고 있다. 첫째 販賣者는 자기의 競爭者를 侵害 또는 排除할 目的이나 效果를 가져오도록 자기의 購買者를 差別해서는 안된다. 이 禁止는 掠奪的 販賣者가 자기의 購買者中의 一部(이를테면 特定地域의 購買者들에게)에 대하여 價格을 引下하여 자기의 競爭的 販賣者의 顧客을 빼앗으려는 掠奪的 價格引下(predatory price cutting)에 適用된다. 이러한 價格差別의 禁止는 一般的인 그 市場의 競爭의 實質的 滅殺보다도 어떤 競爭者에 대한 侵害를 違法으로 하는 것이므로 獨占을 形成하는 가장 萌芽的이고 初期的 傾向만으로 足할 것이다.

둘째 單일 價格差別 때문에 한 購買者가 다른 購買者와 競爭하는 能力이 滅殺됨으로서 購買者間의 競爭이 侵害되는 結果를 가져오는 경우에는, 販賣者는 購買者間에 價格差別을 해서는 안된다. 이 禁止는 購買者들이 자기가 取得한 製品을 그대로 또는 製品으로 加工해서 再販賣할 경우에 適用된다. 이 경우에도 違法으로 되는 條件은 一般的인 市場의 競爭의 實質的 滅殺가 아니라 다만 다른 少數의 競爭者에 대한 侵害이다.

세째 여러가지 基點價格制度에서 볼 수 있는 것처럼, 單일 一團의 競爭者들이 同一한 價格差別을 共同으로 採擇함으로써 어떤 購買者集團에 대한 非競爭的 引渡價格이 同一하게 形成되는 경우에는 이러한 價格差別도 違法이다. Clayton 法 第 2 條의 이러한 適用은 競爭을 制限하는 水平的 協定的 한가지를 禁止하는 것이 되므로 이러한 協定은 Sherman 法 第 1 條와 FTC 法 第 5 條 違反도 成立된다.

1936년에 Robinson-Patman 法으로 修正된 Clayton 法 第 2 條에 의한 價格差別의 禁止는 다음과 같은 經濟的 效果를 가져 왔다. 첫째 그것은 美國產業의 差別價格과 割引政策의 修正을 가져오고, 그 結果로 供給者들의 差別價格政策에서 생기는 大量購買者들의 獨占的 購買價格利得을 排除함으로써 小企業들의 競爭의 立場을 強化하는 좋은 結果를 가져 왔다. 그러나 그 反面으로 그것은 販賣者들의 어떠한 價格讓許나 割引을 막는 것이 되기 때문에 寡占的 產業의 販賣者들의 價格競爭의 手段을 制限하는 傾向이 있었다. 이러한 產業에서의 競爭的 價格引下는 보통 公表價格의 引下보다도 內密的 價格讓許로 되고, 따라서 混沌的 價格差別(chaotic price discrimination)로 된다. 그러므로 이러한 價格差別을 違法으로 하는 것은 現實的 競爭을 위한 중요한 手段을 막는 바람직하지 못한 結果를 가져왔다. 또한 그것은 체인스토아와 같은 大規模 購買者들이 同法違反을 回避하기 위하여 排他的 供給源을 스스로 確保하는 後方統合을 促進시키고, 그 結果로 產業構造의 變化, 垂直的 統合의 增大를 가져왔다. 뿐만 아니라 그것은 Robinson-Patman 法의 基本目標었던 配給業의 集中의 減縮이나 大量配給業者의 弱화에 成功하지 못했다. 그 原因은 그들의 後方統合

과 그들의 優越한 效率性에 있었다.

그러므로 Clayton 法 修正 第 2 條는 結果的으로 바람직하지 못한 立法이라고 볼 수 있다. 그것은 競爭보다도 競爭者 保護를 指向함으로써 오히려 市場의 競爭을 抑制하는 傾向을 가진 것이라고 볼 수 있을 것이다.

나. 拘束契約와 排他的 去來協定の 禁止

Clayton 法 第 3 條는 市場構造의 變更을 가져오는 市場行動인 拘束契約( tying contracts )과 排他的 去來協定( exclusive dealing agreements )의 利用을 禁止한다. 第 3 條의 規定에 의하면 商業에 從事하는 者가 賃借者 또는 購買者가…… 그 賃貸者 또는 販賣者의 競爭者의 財貨를 使用하거나 去來하지 않는다는 條件, 協定 또는 諒解下에……財貨를 賃貸 또는 販賣하거나……價格을 設定하는 것은……違法이다”. 그러므로 이 規定은 賃貸者나 販賣者가 顧客에게 同等하게 接近하는 것을 排除하는 結果를 가져오는 購買者와 販賣者間 또는 賃貸者와 賃借者間의 垂直的 協定인 拘束契約와 排他的 去來協定과 관계된다.

代表的인 拘束契約은 特許로 保護받고 있는 機械, 設備 또는 製品의 販賣者 또는 賃貸者가 그것을 購買하거나 賃借하는 者로 하여금 特許로 保護되지도 않고 자기가 一手供給하지도 않는 자기의 다른 財貨를 供給받는다(또는 그의 競爭者로부터 供給받지 않는다는) 約束下에서만 자기의 特許品을 販賣 또는 賃貸하는 協定이다.

통상 製造業者와 商人間에 存在하는 排他的 去來協定은 販賣者인 製造業者가 購買者인 特定한 商人에게 財貨를 販賣하는 경우에 販賣者의 競爭者의 財貨를 그 商人이 購買 乃至 再販賣하지 않는다는 協定이다. 이러한 協定은 自動車製造業者와 小賣業者間의 一手販賣 協定에서 볼 수 있다. 이러한 協定은 競爭的 製造業者가 市場에 接近하는 것을 制限함으로써 커다란 排除效果를 가지는 경우가 있다. Clayton 法 第 3 條가 第 2 條와 다른 점은 이러한 協定이나 契約은 競爭의 侵害보다도 市場에 있어서의 實質的 競爭의 滅殺 또는 獨占을 形成하는 傾向이 있는 경우에 違法이라는데 있다.

그러므로 違法與否를 判斷하는데 있어서는 이러한 慣行을 實施하는 販賣者의 市場占據率을 考慮할 必要가 있다. 2 次大戰 以前の 諸事件에서는 單一販賣者가 70% 以上の 壓倒的 比率를 支配하는 경우에만 그러한 垂直的 協定은 禁止되어야 한다는 것이 法院의 態度이었다. 그러나 寡占市場에서 數個의 競爭的 販賣者들이 서로 競爭的으로 그러한 慣行을 利用하고 있는 경우에는 違法的인 競爭滅殺나 獨占形成의 傾向이 있다고 보지는 않았다. 그러므로 單一企業에 의한 壓倒的 市場占據가 3 條違反의 核心을 이룬다.

그러나 2 次大戰後로는 法院은 市場의 壓倒的 占據를 要求하지 않는 方向으로 態度를 바



꾸었다. 즉 法院은 이러한 垂直的 協定을 하는 販賣者의 市場占據率이 僅少하고 또한 비  
슷한 協定을 하는 競爭者가 있더라도, 만일 그 協定에 의하여 相當한 絶對量의 去來가 영  
향을 받았다면 違法的인 競爭減殺로 보았다. 이러한 解釋은 壓倒的 市場占據가 없더라도  
排除行動을 통해서 獨占을 形成하는 初期의 傾向을 가지는 拘束契約과 排他的 去來協定을  
禁止하는 것이다. 그것은 또한 어떤 市場의 寡占者들이 共同으로 垂直的 協定을 하는 경  
우도 攻擊할 수 있었다. 따라서 만일 이러한 解釋이 支持를 받게 된다면, Sherman 法의  
壓倒的 市場占據를 前提로 하여 垂直的 協定을 制限하는 것보다도 嚴格할 것이다. 그러나  
아직도 法院이 가지는 競爭의 實質的 制限의 意味가, 높은 販賣者集中과 관계되는 比率의  
實質性으로부터 커다란 絶對的 去來量과 관계되는 絶對的 實質性으로 바뀌었다고 斷言할  
수는 없다. 따라서 法院의 最近의 立場은 變動의이었고, 第3條를 解釋하는 明確한 原則  
은 아직 確立되어 있지 않다.

#### 다. 合併과 Clayton 法

한 企業이 다른 企業을 取得함으로써 成立되는 企業合併을 規制한 第7條는 Clayton 法  
의 가장 重要한 部分이다. 그러나 同法은 1950 年에 Celler-Kefauver 修正法이 通過된 뒤로  
實質的인 效力을 發生했으므로 그 經濟的 意義를 評價하는 것은 時期尙早이다.

修正 第7條의 要旨는 다음과 같다.

“商業에 從事하는 會社가……마찬가지로 商業에 從事하는 다른 會社의 株式이나……資產  
의 全部 또는 一部를 取得하는 경우에 있어서 이러한 取得의 結果가 國家의 어떤 地域의  
商業의 어떠한 分野에 있어서 競爭을 實質的으로 減殺하는 것이 되고, 또한 獨占을 形成  
하는 傾向이 있을 때에는 이를 해서는 안된다”. 이것은 實質的으로 競爭을 制限하거나 또  
는 獨占을 形成할 念慮가 있는 合併이나 取得에 의한 市場構造의 變化를 禁止하는 것이  
다. 그러므로 그것은 合併에 관하여 Sherman 法 보다도 더 嚴格한 것이며, 合併에 의하여  
形成되는 企業을 法院이 Sherman 法 第1條를 違反하는 去來 制限的 結合으로 보기를 躊躇  
하는에서 생기는 間隔을 메꿔주는 것이다.

第7條를 適用하는데 있어서 法院이 合併에 관해서 規定해야 할 諸問題는 주로 다음과  
같은 것이다.

첫째, “國家의 어떤 地域의 商業의 어떠한 分野”로서의 關聯市場의 範圍.

둘째, 合併이 關聯市場의 競爭에 實質的으로 영향을 미친다고 할 때의 “實質的”의 意味,  
즉 그 實質的이라는 單語가 比率的 實質性을 가리키느냐 絶對的 實質性을 가리키느냐가  
문제이고, 또 比率的이건 實質的이건 그 크기는 어느 정도로 보아야 할 것이냐가 문제이

다. 이러한 문제는 Clayton法 第3條의 解釋에서도 생기지만, 法院의 第7條의 解釋에서 보다 더 엄격한 實質性的 原則을 適用하였다.

셋째, 競爭을 滅殺하는 경우, 그 滅殺가 現實의 滅殺를 意味하느냐 또는 競爭이 滅殺될 蓋然性(probability)만을 意味하느냐의 문제.

네째, 合併이 市場의 顯著한 競爭滅殺를 가져오는 것이 아니라 다만 競爭을 滅殺하는 初期的 傾向을 反映, 招來 또는 隨伴하는 경우에 違法인가의 문제.

最高裁判所가 Clayton法 第7條를 修正한 Celler-Kefauver法을 適用한 判決은 10指에 未達하는 정도이지만, 以上과 같은 문제들에 대한 解釋은 상당히 명백하였다고 할 수 있다. 그것은 可能的 限 合併을 沮止하려는 것이었다.

關聯市場에 관하여 法院은 市場의 範圍를 實質的 競爭制限을 確認하려는 方向으로 規定하려고 하였다. 즉 어떤 事件에서는 關聯市場을 좁게 規定하여 合併企業들이 供給하는 製品이나 地域을 少範圍로 局限하였다. 어떤 경우에는 合併이 競爭滅殺를 가져 오는 것을 確認하려고 關聯市場을 넓게 定義하기도 했다. 結局 國家의 어떤 地域의 商業의 어떤 分野를 締縮的으로 把握함으로써 違法的 競爭滅殺를 遏止하였다.

法院은 關聯市場의 競爭制限의 程度를 나타내는 “實質的”의 意味를 경우에 따라서 比率的 實質性이나 絕對的 實質性으로 把握하였다. 그리고 法院은 동상 關聯市場을 産業의 全 產出量에 대한 市場보다도 훨씬 좁게 規定함으로써 이 두가지 實質性을 大同小異한 것이 되게 하였다.

法院은 거의 一貫的으로 合併이 關聯市場의 競爭을 滅殺할 蓋然性을 가지게 되거나 初期的 競爭滅殺傾向이 있는 경우에는 違法이라고 判斷하였다. 여러가지 法院의 意見을 綜合하면 第7條의 目的은 競爭의 滅殺 또는 獨占形成의 傾向을 萌芽狀態에 있을 때 切除하는(nip in the bud) 것이었고, 따라서 Sherman法의 基準보다도 훨씬 엄격하다. 初期性和 蓋然性 및 “實質的”의 意味에 대한 그 동인의 法院의 態度에 의하면 法院은 合併을 強力하게 沮止하려는 原則을 展開했다고 볼 수 있다.

同法에서 禁止된 合併은 대개 水平的 合併이었고, 垂直的 合併도 만일 違法的 競爭滅殺를 가져온다면 違法이라고 생각되었다. 1957년에 最高裁判所가 du Pont이 壓倒的 購買者인 General Motors를 支配하는 것을 禁止한 것은 垂直的 合併禁止의 典型的 例이며, 그 理由는 競爭의 供給者를 潜在的 購買市場의 相當한 部分으로부터 排除한데 있었다.

最高裁判所는 1950년의 同法 修正以來 1914年의 Clayton法 第7條가 垂直的 合併에 適

된다고 생각하였다. 1957年의 du Pont 事件<sup>(20)</sup>에서 最高裁判所는 du Pont이 1917~19年間에 G.M.의 株式의 23%를 購買한 것은 Clayton 法 第7條 違反이라고 判決하였다. G.M.에 대한 主要供給者인 du Pont은 自動車用 塗料業과 自動車用 布織業의 競爭을 滅殺했던 것이다. 最高裁는 G.M.은 巨大한 自動車産業의 巨人이고, du Pont의 支配的 位置는 株式의 取得으로 促進되고 단순히 競爭을 통해서 일어나지 않았다고 指摘했다. 이리하여 Clayton 法이 施行된지 40年이 지난 뒤에 그 第7條는 ‘잠자는 巨人’<sup>(21)</sup>이었음이 처음으로 밝혀졌던 것이다.

이에 反하여 集塊의 合併(conglomerate merger)은 1967年 4월에 最高裁判所의 判決<sup>(22)</sup>이 있기까지는 7條 違反이 안된다고 생각되었다. 즉 어떤 製品을 販賣하는 企業이 完全히 相異한 製品을 販賣하기 때문에 相互間에 競爭하고 있지 않는 企業과 合併하거나 또는 現實的 潜在的으로 서로 供給者—顧客의 關係를 가지지 않는 다른 企業과 合併하는 경우에는 違法的인 實質的 競爭의 滅殺가 없다고 보았던 것이다.

그러나 最高裁判所는 1967年에 美國의 三大 비누製造業者 중에서 最大의 販賣者인 Procter & Gamble Co.가 家庭用 液體漂白劑의 約 切半을 供給하는 美國 最大의 供給者인 Clorox Chemical Co.를 取得하는 것을 違法으로 하였다. 最高裁判所는 이 合併을 純粹한 集塊의이기 보다는 製品擴張(product extension) 合併이라고 보았다. 왜냐하면 固型洗劑와 家庭用 液體漂白劑는 織物洗濯이나 집안 清掃에 補完的으로 使用되고 있기 때문이다. 뿐만 아니라 Procter & Gamble과 Clorox의 製品들은 같은 顧客에게 같은 商店에서 그리고 같은 去來方法으로 販賣되고 있었던 것이다.

또한 FTC와 巡回裁判所는 Procter & Gamble이 스스로 家庭用 液體漂白劑市場에 進入할 妥當한 蓋然性을 否認하였으나, 最高裁判所는 이 分野에 進入할 可能性이 크다고 보았다. 그러므로 家庭用 液體洗劑分野에 대한 潜在的 進入者の 數는 많지 않았기 때문에 한 企業의 進入이 除外되는 것은 重要한 意味를 가졌다.

Procter & Gamble은 多數製品生産者로서 宣傳과 販賣促進에 實質的으로 有利한 立場에 있었다. 이를테면 Procter & Gamble은 라디오와 텔레비放送에 割引을 받았기 때문에 單一製品企業 보다는 낮은 單位費用으로 宣傳할 수 있었다. 反對로 Clorox는 割引을 받을 수 없었고 廣告費가 적었다. 最高裁判所의 指摘에 의하면, “……小規模企業 대신에 強力한 統合企業의 出現은 進入障壁을 높이고 小規模企業의 積極的 競爭을 抑制함으로써, 그 產

(20) *U.S. v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 353 U.S. 586, 1957.

(21) R.W. Harbeson, 'The Clayton Act: Sleeping Giant of Antitrust?', *American Economic Review*, March, 1958.

(22) *Procter & Gamble Co. v. FTC*, 386 U.S., 568, 1967.

業의 競爭의 構造를 實質的으로 減少한다”. 進入障壁은 Procter & Gamble의 커다란 廣告能力 때문에 높아지는 것이다. 그러므로 最高裁判所의 意見에 의하면, 새로운 進入者는 小規模의 Clorox에 대하는 것보다도 Procter & Gamble과 대하기를 꺼려할 可能性 때문에 家庭用 液體漂白劑分野로의 進入障壁이 높아진다. 따라서 이러한 合併은 漂白劑産業의 競爭을 實質的으로 滅殺하는 危險이 있다고 判決되었다. 그러므로 集塊的 合併도 水平的 垂直的 또는 그밖의 合併과 마찬가지로, 만일 어떤 商業의 分野에서 競爭의 滅殺를 招來할 妥當한 蓋然性이 있으면 Clayton法 第7條 違反이며, 따라서 그러한 合併은 禁止 또는 分解될 수 있다고 보아지는 것이다.

修正 第7條의 實施로 생기는 經濟的 效果를 評價하기는 너무 빠르지만, 지난 20年 동안의 適用을 통하여 相當數의 合併이 禁止乃至 分解되고 여러가지 産業의 市場構造에 상당한 影響을 미친 것이 事實이다. 그러나 이와 같은 7條의 解釋에 대한 한가지 注目할 批判은 適用된 絶對的 實質性的 原則이 너무 過度하고 따라서 競爭에 有益한 結果를 가져올 合併까지도 禁止하게 된다는 것이다. 이에 대해서는 相對的으로 集中되지 않은 産業에서 크게 集中을 增大시키지 않는 合併에 比率的 實質性的 原則을 採用하고, 大規模의 經濟나 垂直的 統合의 經濟가 實現되는 合併을 容認하는 條理의 原則의 適用이 提示되고 있다. 그러나 高度로 集中된 寡占의 産業에서 2位以下の 企業이 合併으로 커지는 것은 競爭을 強化하는 것으로 看做되고 있지는 않다.

#### 4. 不公正하거나 非倫理的인 競爭方法의 禁止

不公正하거나 非倫理的인 競爭方法의 禁止는 競爭維持政策의 내번째 範疇에 속하며, 그것은 企業의 詐欺나 欺瞞行爲를 法的으로 禁止함으로써 競爭의 倫理的 側面을 確保하는데 目的이 있다. 이러한 行爲에는 거의 全的으로 FTC法 第5條가 適用되는데, 원래의 FTC法은 不公正한 競爭方法을 그리고 同法을 修正한 Wheeler-Lea法은 商業에 있어서 不公正하거나 欺瞞의인 行爲이나 慣行까지도 禁止하고 있다. FTC法 第5條의 不公正한 方法에는 去來制限의 協定이 포함된다는 것과 이러한 協定에 대한 同法の 適用은 本章의 第1節에서 論하였으므로, 여기서는 不公正한 競爭으로서 競爭者의 誹謗, 商業的 賄賂, 商業스파이, 詐稱通用<sup>(23)</sup>, 不當表示, 商標偽造 및 虛偽廣告 등과 같은 具體的 行爲에 대한 法適用을 간략하게 考察하기로 한다.

法律解釋上 중요한 問題는 不公正하다고 看做되는 競爭方法이나 慣行의 範圍를 定하는

(23) 詐稱通用(passing-off)이란 자기의 商品이나 營業을 他人의 그것인 것처럼 보여서 一般人에게 誤認할 危險性을 가져오는 行爲를 말하고 私法上으로 不法行爲가 된다.

것이다. 그런데 法院은 FTC가 不公正한 方法의 範圍를 擴大할 餘地를 주지 않고 코몬·로下的 不公正한 競爭의 概念을 쫓게 하였으므로, 違法的인 不公正한 方法의 範圍는 上述한 여러 欺瞞의 行爲에 限定되었다.

그러나 1937 年에 Wheeler-Lea 修正法이 通過되기 前까지는 不公正한 競爭方法은 이 보다는도 狹義로 解釋되었다. 즉 法院은 販賣者의 欺瞞行爲가 購買者에게 被害를 줄 뿐 아니라, 그 欺瞞行爲 때문에 被害를 입는 競爭者가 存在하고, 또한 그 競爭者가 그러한 欺瞞行爲를 하지 않아야 違法이라고 主張하였다. 이러한 狹義의 法適用의 未備點은 Wheeler-Lea 修正法의 “不公正하거나 欺瞞的인 行動이나 慣行의 禁止”로써 克服되고, 그 뒤로는 不當表示, 虛僞廣告 또는 僞造商標가 競爭者에게 影響을 미치지 않더라도 購買者를 欺瞞하고 損害를 준다면 違法으로 되었다. 그 結果로 競爭의 手段으로서의 同상의 欺瞞行爲를 抑止하는 競爭의 倫理的 側面이 確固하게 되었다. 이것은 現行法의 實施가 報道的인 아닌 說得的 廣告나 非價格競爭의 濫用을 크게 制限하고 있다고 볼 수는 없다. 그러나 그것은 商品表示의 誤用과 疑心적은 商慣行을 禁止함으로써 倫理的 市場行爲의 適正한 基準을 確立하고 있다.

단일 否定的 側面에서 보면, 그러한 禁止는 자칫하면 여러가지 競爭手段을 禁止함으로써 市場活動의 規制手段으로서의 競爭의 要因이나 有效性을 弱화할 可能性을 가진다. 現在의 解釋과 實施에 따르면 FTC法 第5條는 競爭의 一般의 有效性을 威脅하고 있지는 않다. 그러나 不公正한 競爭의 概念이 直接, 間接의 價格競爭을 포함하도록 擴張되고, 그런 경우에 不公正한 競爭의 除去로 競爭自體가 排除되는 위험이 存在한다. 이런 경우에는 競爭의 維持는 競爭者保護를 위한 競爭의 排除로 化하기가 쉬운 것이다. 그러나 이러한 위험은 FTC法 第5條 보다는 Clayton法 第2條의 實施로 招來될 可能性이 더 크다.

끝으로 不當表示와 虛僞廣告의 規制는 대개 枝葉的인 것이 많고, 이러한 것을 FTC가 攻撃하는 것은 反트러스트政策의 目標達成에 그다지 중요한 것이 아니라고 생각된다. 그러나 不公正하거나 非倫理的인 市場慣行을 禁止하는 이러한 法律이 全般的인 競爭政策의 面에서는 어느 정도의 寄與를 하고 있는 것이 확실하다.

#### IV. 反트러스트法의 施行

反트러스트諸法의 規定은 事件마다 違反者를 告發하는 形式으로 施行된다. 그러므로 이러한 事件에 대한 判決이나 命令은 產業全般에 適用되는 것은 아니다. 個別的인 特定事件

의 被告에만 適用된다. Sherman 法은 司法省이 聯邦裁判所에 提訴하는 刑事的 또는 民事的 訴訟이나 民間人의 提訴를 통하여 施行되고, FTC 法의 第5條는 FTC의 命令을 통하여 施行하되 單일 이러한 命令을 不服할 때에는 司法省의 提訴로 施行된다. Clayton 法의 施行에는 司法省과 FTC가 共同管轄權을 가지고 있다. 그러므로 反트러스트法은 司法節次와 行政節次를 통하여 施行되고 있다.

### 1. 司法節次에 의한 施行

#### 가. 反트러스트部의 規模

Sherman 法을 違反했을 경우에는 檢察이나 民間人原告가 處罰, 救濟措置 또는 損害賠償을 要求하는 訴訟을 提起하게 된다. 그러나 民事訴訟은 補助的인 것이며 同法의 施行은 主로 政府의 提訴에 의한다.

司法省內에 Sherman 法 施行을 擔當하는 獨立된 部署로 反트러스트部가 設立된 것은 1903年이었다. 同部는 現在 約 40個의 法律과 그밖의 여러 行政機關의 命令을 施行하고 있으나 그 主된 機能은 Sherman 法을 施行하는 일이다.

Sherman 法 施行을 위한 同部の 豫算은 항상 不充分하였다. 처음 13年 동안은 反트러스트部가 設置되지 않았고, 反트러스트 業務는 司法省의 一般活動의 一部分으로 遂行되었기 때문에 獨立된 豫算이 없었다. 反트러스트部가 設立된 後의 그 1년 豫算을 보면, 1908年까지는 약 100,000\$이었고, 1964년에는 6,600,000\$에 이르렀다. 이 金額은 아직도 反트러스트部가 지니는 責任의 性質이나 被告가 反트러스트訴訟에 支拂하는 金額 또는 政府가 다른 活動에 支出하는 金額에 比較하면 僅少한 것이다. 1件當 訴訟費用은 100,000\$에서 500,000\$에 이르므로 訴訟事件의 數는 自然히 制限되지 않을 수 없었으며, 어떤 年度의 豫算은 違反者들로부터 徵收한 罰金에 未達하기도 하였다.

그리고 幹部職員의 數도 制限을 받았다. Theodore Roosevelt 大統領 時代에는 7名의 辯護士가 있었고, 1949年까지는 300名 未滿이었으며, 1965년에는 약 300名의 辯護士와 30名의 經濟學者가 있었다. 그러나 이러한 數字가 대단한 것이 아니었음은 反트러스트事件의 政府側辯護人團이 被告側辯護人團 보다도 항상 少數이었던 것에서 알 수 있다. Hartford-Empire 事件<sup>(24)</sup>에서 反트러스트部 辯護士는 5名, 被告側辯護士는 30名이었고, Madison Oil 事件에서는 5名대 103名이었다. 1964年의 反트러스트部 辯護士의 俸給은 6,000\$~16,000\$이고, 그 대부분은 年間 10,000\$ 정도를 받았다. 被告側辯護人들은 이보다 10倍

(24) *Hartford-Empire Co. vs. U.S.* 323, U.S. 386(1945).

를 더 받았으리라고 짐작된다. 그 결과 同部の 轉職率은 높았다고 생각된다. 行政府가 同法の 施行에 積極的이었다고 假定하더라도 僅少한 豫算, 不足된 人員, 低報酬, 急速한 轉職率 및 責任者의 移動 등으로 反트러스트部の 活動의 低調를 免치 못할 것은 분명하다.

#### 나. 反트러스트部の 活動經過

政府는 언제나 反트러스트法을 活潑하게 施行한 것은 아니었다. Harrison, Cleveland 및 McKinley 大統領은 同法에 대하여 그다지 關心을 보이지 않았다. 이를테면 事件數를 보면 Harrison 任期의 나머지 약 3년에는 7件, Cleveland 二次任期에는 8件, McKinley 任期에는 3件에 不過했다. 最初로 施行이 活潑해진 것은 Theodore Roosevelt 時代이었다. 그는 자기의 두번 任期동안에 44件을, Taft는 한 任期동안에 90件을, Wilson도 90件을 立件했으나, 그들의 이러한 試圖는 1次大戰으로 挫折되었다. Harding의 3年 任期동안에는 50件, Coolidge의 5年동안에는 83件이었고, Hoover의 4年동안에는 38件에 不過했다. 30年代 後期에 이르기까지의 活動은 “告發은 象徴的인 것에 지나지 않았다. 每年 6件 乃至 12件의 犯法事件이 審査를 위하여 任意로 選擇되었다. 可用資金의 制約 때문에 少數의 犯法者의 告發은 결국 다른 사람들의 免責을 保證하게 되었다”<sup>(25)</sup>라는 Cowin D. Edward의 말에서 指摘했듯이 低調하였다.

1933年의 大不況의 밑바닥에서 Franklin D. Roosevelt는 New Deal 政策의 一環으로 反트러스트諸法の 施行을 停止하고, 去來制限協定은 産業復興의 促進手段으로서 支持를 받았다. 그러나 1935年에 NIRA(全國産業復興法)는 違憲判決을 받게 되고, 1937년부터는 行政府가 熱誠的으로 活潑한 反트러스트活動을 進行시켰다. 그 中心人物은 1938~1943年에 反트러스트部擔當 司法次官補이었던 Thurman Arnold이었으며, 그가 反트러스트部에 붙여 넣은 生氣는 後年까지 영향을 미치고 있다고 볼 수 있다. 1964年까지 司法省이 Sherman 法 및 Clayton 法違反으로 告發한 事件數는 1,800件에 達하지만, 이 중에서 500件 未滿은 처음 50年 동안에 1,300件 以上은 나중 25年동안에 立件한 事件이었으며, 大規模로 施行된 것은 近年의 現象이라고 할 수 있다.

Eisenhower 行政府가 들어선 뒤에도 法施行은 初期水準으로 줄어들지 않았다. 즉 反트러스트部가 立件한 事件數는 1953년에 29件이던 것이 1960년에는 90件으로 增加하였고, Bethlehem Steel Corporation 과 Youngstown Sheet & Tube Co. 兩社의 合併禁止(1958), 大電氣機器會社의 不法의 共謀의 禁止(1960) 및 du Pont 會社와 General Motors 와의 支配關

(25) Cowin D. Edwards. *Maintaining Competition* 1949, p. 293.

係의 撤回(1957)와 같은 重要な 判決이 있었던 것이다.

Kennedy 行政府 初期에는 그가 鐵鋼產業의 價格引上을 公開적으로 禁止했으므로 大企業에 대한 反트러스트告發을 緩和할 것이라는 推測이 있었으나, 1962年의 立件數는 記錄의으로 많은 92件에 이르렀고, 反合併法의 施行에 實質的 進歩가 있었다. Johnson 行政府下에서는 1965년에 Donald F. Turner가 反트러스트部長으로 任命됐는데, 그도 反트러스트施行을 緩和하지는 않았다. 그러므로 1936年 以後 現在에 이르기까지 反트러스트法은 계속 超黨的으로 施行되어 오고 있는 것이 확실하다.

#### 다. 訴訟節次

대부분의 경우 反트러스트部는 會社의 競爭者나 顧客의 提訴에 의하여 活動을 開始한다. 그러나 만일 이런 사람들이 萎縮되어 있거나 不法的 協定에 관계되는 모든 사람들이 그것에 滿足하고 있는 경우에는 提訴를 받을 수 없으므로, 이러한 節次는 不充分한 것이 分明하다. 또한 모든 提訴가 起訴되는 것도 아니다. 어떤 事件은 除外되고 어떤 事件은 起訴對象이 된다. 이러한 選擇의 決定은 反트러스트部의 法律家에 의하여 이루어지고, 經濟專門家는 關與하지 않는다. 따라서 그것은 그 事件이 가지는 經濟的 意義以外的 考慮에 左右되고, 體系的이고 持續적이기 보다는 偶然的 斷續的으로 施行될 可能性을 가진다.

反트러스트部는 어떤 事件에서 勝訴하기 위해서는 確實한 證據를 蒐集해야 한다. 그러나 反트러스트部는 그 自體의 調査員을 두고 있지 않으므로 聯邦搜查局(FBI)에 의존하게 된다. 事件을 審理하는 反트러스트部는 그가 얻은 情報를 略述한 覺書를 FBI에 提出하면, FBI는 通常의 經路를 따라서 地方要員들(이들은 反트러스트法의 特別한 要求에 맞도록 訓練되어 있지는 않다)을 통하여 資料를 蒐集한다. 다음에 이렇게 蒐集된 資料는 報告書形式으로 反트러스트部에 傳達된다. 만일 事件이 어떤 實質的 內容을 가진다고 생각되면 訴訟이 始作된다. 그리고 刑事事件이 大陪審<sup>(26)</sup>에 붙여졌을 때에는, 帳簿書類의 提出과 證人出頭가 要求될 수 있다.

그러나 最近까지는 民事事件의 경우에는 提訴가 法院에 接收되기 前에는 證據를 請求할 수 없었다. 그러므로 民事로 充分한 경우에도, 情報를 얻기 위해서 刑事事件으로 調査되었다. 이러한 狀態를 改善하기 위해서 1962년에 國會는 司法長官이 審査中인 會社로부터 文書로 된 資料를 要求하는 民事審査請求(civil investigative demands)權을 가지는 法律을

(26) Grand Jury는 正式起訴를 위한 機關이고, 一般人으로부터 召集된 12名~24名에 의한 陪審員이 이를 構成한다. 그 評決의 手續은 秘密로 되어 있으나 陪審員中의 一定數가 贊成하면 어떤 行爲에 관한 起訴가 決定된다.



成立시켰다. 따라서 反트러스트部는 먼저 起訴하고 나중에 審査할 必要가 없게 되었다.

刑事事件에 있어서는 檢察은 먼저 大陪審에 出頭하여 被告의 嫌疑을 밀받침하는 證據가 裁判을 하기에 足하다는 것을 納得시켜야 한다. 만일 이것이 成功한다면 告發狀이 回送되고, 그 事件은 地方裁判所의 陪審에 繫留된다. 이 段階에서 被告가 法院判決을 願치 않을 때에는 不抗爭答辯(nolo contendere)<sup>(27)</sup>의 訴願을 提起할 수 있다. 그러나 法院이 이 訴願을 받아 들인다면 刑事的 處罰이 課해지게 된다. 政府도 어떤 手續段階에서든지 原告訴訟 中止(nollo prosequi) 申請을 함으로서 事件을 포기할 수 있다. 이러한 行動이 없는 경우에는 그 事件은 裁判에 回附된다.

政府가 反트러스트訴訟에 勝訴하기는 쉽지 않다. 民事에 있어서는 充分한 證據로 有罪가 成立되어야 하고, 刑事에 있어서는 그 罪가 疑心の 餘地없이 立證되어야 한다. 그러나 證據는 大部分 間接의이다. 즉 書面證據는 不足하고, 證人은 證言하기를 주저하며, 企業組織과 慣行의 複雜性은 檢察의 說明이나 陪審員과 裁判官의 理解를 어렵게 한다. 被告는 보통 社會的 有志들이며 그들의 告發된 行爲는 아주 正常的으로 보이기도 한다. 陪審員은 有罪로 하기를 주저하고, 裁判官은 適當한 救濟措置를 마련하기를 주저한다. 또한 判決이 내려지기까지는 많은 時間이 걸리기 마련이다.

訴訟은 公共政策의 手段으로서는 短點을 가진다. 裁判에서 중요한 問題는 어떤 產業의 將來의 行動인데, 論議되는 問題는 過去의 잘못에 대한 것이고, 被告는 無罪放免을 追求해야 한다. 그리고 그 結果는 法律의 技術의 事項에 의하여 영향을 받게 될 것이다. 뿐만 아니라 그러한 訴訟事件은 裁判官에게 特異한 어려움을 준다.

裁判官은 자기의 意見을 準備하는데 스스로 審査하는 것이 아니라, 檢察의 辯護人團과 被告의 辯護人團으로부터 그에게 提出된 代案中에서 選擇한다. 그는 또한 방대한 記錄을 읽어야 한다. 이를테면 A & P 事件(1949)에서 法院은 45,000 페이지의 證言과 7,000 點의 證據物件을 接受하고, Aluminum 事件(1945)에서는 58,000 페이지의 證言과 15,000 페이지의 證據書類를 提出받았다. 이러한 大量의 資料에서 裁判官은 事實을 發見하고, 그 事實을 法律에 適用하여야 한다. Sugar Institute Case (1936)에서 裁判官은 50 페이지의 事實認定書와 178 페이지의 意見書를 쓰는데 실로 14 個月을 消費하였다. 그러나 裁判節次上의 規則을 修正하여 裁判官이 事實分析에 助力하는 專門家的 證人으로서 經濟學者를 雇傭할 權限을 가지게 된 것은 1945 年에 이르러서 이었다. 이 慣例는 Boston 地方裁判所의 判

(27) 刑事訴訟에서 被告人이 有罪를 自認하지는 않으나 檢察의 主張에 反對하지 않는다는 趣旨의 答辯으로서 起訴事實을 承認했다고 하는 效果는 있으나, 다른 訴訟에서 自己에게 不利益한 證據로 되지는 않는다.

事 Charles E. Wyzansky Jr. 가 United Shoe Machinery 事件(1953)을 다루기 위하여 Carl Kaysen 을 雇傭한 것에서 시작되었다. 실제로 最終判決이 있기 까지에는 오랜 時間이 걸리기 마련이다. 訴訟의 提起, 地方裁判所의 判決, 控訴院의 審理, 最高裁判所의 却下 또는 審理, 그리고 地方裁判所의 救濟措置가 있기 까지에는 時間이 걸린다. M.S. Massel 은 提訴된 反트러스트事件이 完結되는데 平均 5年半이 걸렸다고 指摘하고 있다.<sup>(28)</sup> 가장 많은 時間이 걸린 事件으로는 1901년에 設立되고 1912년에 被訴, 1920년에 無罪 放免된 U.S. Steel 事件과 20년이 걸린 Aluminum Co. 事件에 대한 訴訟을 들 수 있다.

#### 라. 民事訴訟

Sherman 法에 의하면 違法行爲의 被害者는 三倍損害賠償請求의 民事訴訟을 할 수 있다. 이러한 民事事件의 三倍損害賠償의 目的은 犯法者를 處罰할 뿐 아니라 被害者의 提訴를 促求하려는 데도 있다. 이것을 促求하기 위해서는 訴訟을 始作하는데 附隨되는 障害를 없애주어야 한다. 왜냐하면 訴訟에는 費用이 들고, 原告의 資力은 被告의 資力에 比하여 弱少하며, 訴訟을 始作하려면 커다란 冒險이 前提되어야 하기 때문이다.

Sherman 法이 公布된 뒤 처음 50年 동안에는 民事事件이 150件에 不過하였고, 그 중에서 原告가 成功한 것은 그 10分の 1에 지나지 않았다. 그러나 이러한 訴訟事件은 1957~1961年 동안에는 1,200件에 達하고, 1962~1963年에는 약 2,400件이었으며, 그 중에서 1,800件은 電氣機器産業이었다. 또한 原告의 勝訴件數는 5分の 2에 이르고, 어떤 事件의 損害賠償額은 數百萬弗에 達하기도 하였다. 그러나 이러한 民事事件은 反트러스트法 施行機關의 活動을 補充하는 것이고, 그것을 代行하는 것은 아니며 同法의 施行에 必要한 包括性과 連續性을 確保한다고 생각될 수는 없는 것이다.

#### 마. 刑事的 處罰

刑事事件에서 被告가 放免되면 그 事件은 終結되지만, 만일 有罪로 되면 그들은 抗訴할 수 있다. 다시 控訴院이 그들을 放免하면 그 事件은 끝난다. 그러나 控訴院이 下級法院을 支持하면 最高裁判所의 審査를 請願할 수 있다. 이 請願은 받아들여지거나 拒否된다.

元來 Sherman 法에 規定된 處罰은 法律違反을 한 個人이나 會社에 課해지고 犯法會社의 重役이나 幹部는 그들의 個人的 犯罪가 立證되지 않는다면 處罰될 수 없었다. 그러나 Clayton 法의 第14條는 會社行動에 대한 會社重役과 幹部의 責任을 確定하고, 그들이 罰金, 禁錮 또는 兩者의 處罰을 받도록 擴大하였다. Sherman 法으로 課해지는 罰金은 처음

(28) Mark S. Massel, *Competition & Monopoly*, 1962, p.123.

에는 5,000\$까지 限定되었으나 1955년에는 國會에 의하여 50,000\$까지 上昇하였다.<sup>(29)</sup>

그러나 한 事件에 대하여 課해지는 罰金の 總額은 이러한 限度를 超過할 수 있었다. 왜냐하면 1955年 以前에도 告發事件의 各訴因(獨占하는 것, 獨占하려는 企圖, 共謀, 去來 制限 등)에 대하여 各被告에게 즉 事業者團體, 그 團體에 속하는 各會社 및 各重役과 責任者에게 處罰이 加해질 수 있었기 때문이다.

政府의 刑事事件에 대한 處罰은 最近까지는 制止的 役割을 크게 하지는 못하였다. 禁錮 刑은 드물었고, 罰金은 大端치 않은 것이 보통이었다. 1890~1958년까지 懲役刑을 宣告 받은 사람은 206名이었다. 처음에 處罰된 198명중 103名은 勞組員, 75名은 大端치 않은 恐喝犯, 8名은 戰時間諜이었고, 實業家は 7名뿐이었다. 더구나 後者の 경우 執行猶豫로 되었다. 重要한 實業家로서 Sherman法 違反으로 하루라도 監獄에 들어간 사람은 없었다. 刑事訴訟은 典型的으로 少額의 罰金を 내는 不抗爭의 訴願으로 落着되었다. 이렇게 課해진 平均 罰金은 1946~54년에 2,600\$에 不過하였다.<sup>(30)</sup> 어떤 事件의 被告들에게 課해진 罰金 總額은 이를테면 Aluminum Co. 事件에 있어서의 105,000\$, A & P 事件에 있어서의 175,000\$, 3個의 大煙草會社가 關聯된 事件의 312,000\$처럼 훨씬 巨額이었지만, 이러한 處罰은 關聯된 會社의 收入에 比하면 僅少한 것이었다. 1936~48年 동안의 反트러스트法 違反으로 因한 罰金總額의 1948年의 純益에 대한 比率은 General Motors 0.001%, du Pant 0.017%, Alcoa 0.037%, A & P 0.113%에 불과하였다. 그러므로 刑事事件의 實質的 處罰은 이러한 法院의 刑事的 處罰보다도 그러한 企業에 대한 告發, 裁判에 수반되는 辯護 費用 및 좋지 않은 世評에 있다. 아무리 強力한 被告라고 할지라도 反트러스트訴訟은 企業의 聲價를 떨어뜨리고 그 威信을 損傷할 것이기 때문에 重要하지 않다고 할 수는 없다.

1959년에 있었던 Ohio州의 先例에 따라서 Pennsylvania의 地方判事は 1960年엔 重電 機器事件의 被告人 31名에 대하여 30日間の 懲役刑을 매겼다. 그런데 24名은 執行停止되고, General Electric 과 Westinghouse의 副社長을 포함하는 7名은 실제로 懲役을 살았다. 이 反트러스트法 違反으로 因한 罰金과 損害賠償額 및 其他 費用을 合한 總費用은 400萬\$로 推算되었다. 그러므로 지금은 反트러스트法 違反의 處罰은 無視할 수 있다고만 할 수는 없게 되었다.

그러나 刑事的 處罰은 그것이 아무리 嚴格하더라도 救濟措置를 規定하는 것은 아니다. 被告들은 處罰을 받을지라도 產業의 構造와 그 慣行은 變化하지 않는다. 1946년에 大法

(29) 現在 500,000\$까지 올리는 것이 妥當하다는 主張이 있다.

(30) Report of the Attorney General's National Committee to Study the Anti-trust Laws, 1956, p. 350.

院에서 判決이 난 主要 담배會社事件에서 政府는 壓倒的 勝利를 거두었고, 무거운 罰金이 課해졌다. 그러나 그들의 壓倒的 市場占據率은 그대로 두었고, 그들이 葉煙草를 購買하고 담배를 販賣하는 方式은 크게 영향받지 않았다. 그 結果를 分析한 W.H. Nichollas의 意見에 의하면, 이 訴訟事件으로 短期的으로는 담배價格을 若干 下落하기도 했지만 市場分割과 價格先導制는 如前히 行하여졌었다.<sup>(31)</sup> 그러므로 法律을 違反하는 行動을 고치려면 民事上의 救濟措置가 講究되어야 한다.

#### 바. 救濟措置

政府는 通常 被告에 대하여 刑事訴訟이나 民事訴訟 또는 이 두가지 訴訟을 함께 提起할 수 있으며, 後者의 경우에는 두가지 訴訟을 同時에 提起하거나 차례로 提起할 수 있다. 民事訴訟의 目的은 處罰으로써 犯法을 막으려는 것보다도, 救濟措置를 마련함으로써 競爭的 條件을 回復하려는 데 있다. 이러한 訴訟은 陪審에서 審理되지 않으며, 下級裁判所의 判決이 如何하든 政府나 被告는 抗訴할 수 있다. 抗訴로 政府의 主張이 支持를 받게 되면 그 事件은 地方裁判所로 返送되고, 여기에서 政府가 提案한 救濟措置를 兩當事者가 論議하는 聽問이 있는 다음에 法院은 判決을 내린다.

判決에 포함되는 規定에는 두가지 타입이 있다. 그 하나는 否定的인 것이고, 被告가 計劃한 行動을 實行하는 것을 禁止하거나 그가 過去에 한 일을 하지 않도록 勸告하는 것이다. 이런 禁止判決(injunction)은 合併을 禁止하기도 하고, 價格差別이나 排他的 또는 拘束的 契約과 같은 違法行動의 되풀이를 막는다. 이 경우는 過去의 罪를 處罰하지 않고 將來의 犯罪를 防止하는 것이다. 禁止判決은 그 範圍나 效果에 있어서 限定的이다. 그것은 指目된 當事者나 특별한 問題에만 適用된다. 그것은 法律에 違反한 것이 밝혀진 慣行만을 禁止할 수 있다. 이러한 禁止判決은 하나하나의 事件에 適用하는데 效果的이었다. 그것은 人爲的 方法이나 契約關係에 의하여 市場을 支配하는 諸制限行爲를 粉粹하고, 排他的 去來, 拘束的 契約 및 價格差別化를 없애고, 基點價格制度를 不法化했으며, 特許權의 制限的 使用이나 合併을 막는데 寄與하였다.

두번째 타입의 判決은 積極的인 것이며, 어떤 일이 행해지기를 要求하는 것이다. 그것에 의하여 法院은 特許가 있는 機械를 賃貸보다는 販賣를, 또는 競爭者에게 特許權의 使用許可를 要求함으로써, 獨占을 깨뜨릴 수 있다. 그것은 事業者 團體의 廢止, 持株會社의 解散, 會社結合의 再組織 또는 支配可能株式의 販賣 등을 命令할 수 있게 된다.

(31) William H. Nicholls, *Price Policies in the Cigarette Industry*, 1951, Chap. xxviii.

사. 分割, 分離 및 強制處分

少數의 大企業에 의하여 分割되어 있는 市場에서 有効競爭을 回復하기 위해서는, 分割 分離 및 強制處分의 方法을 엄밀하게 適用할 必要가 있다. 分割은 經營單位를 몇개 部分으로 水平적으로 쪼개는 것이고, 分離는 結合體의 經營單位를 垂直적으로 나누는 것이다. 強制處分은 被告에게 다른 會社의 實物資產이나 株式과 같은 特定資產의 處分을 要求하는 것을 말한다. 그러므로 分割, 分離 및 強制處分은 어떤 共通企業의 分解(disintegration)를 意味한다.

1960년까지 分解 命令이 있었던 것은 100件 未滿이었다. 더구나 그 對象이 된 것은 製造業體가 아니라 事業者團體 또는 共同販賣機關이 大部分이었다. 分解된 生産業體의 數는 30個未滿이었고, 그 中에는 初期에는 鐵道, 石油, 煙草 및 彈藥트러스트, 食肉통조림 및 屠畜會社, 그리고 穀物製品 및 寫眞機會社가 있었다. 1932년에는 General Electric 과 Westinghouse 가 RCA 의 支配를 拋棄하라는 命令을 받았고, 1943 年에는 NBC 가 ABC 의 Blue Network 을 販賣하라는 要求를 받았다. 1944 年에는 寢臺車를 運營하는 Pullman 支社가 製作會社로부터 獨立되었다. 1948 年에는 映畫產業에서 大製作者들과 大上演業者들이 分離되었다. 그리고 1958 年에는 United Fruit 는 1970 年 以前에 그 資產中에서 美國에 輸入되는 바나나의 35%를 다룰 수 있는 競爭業者를 設立하는 것을 要求하는 同意判決(consent decree)을 받아 들었다. 이러한 判決에 의하여 水平的 結合, 垂直的 結合 또는 이 두가지 結合이 깨졌다. 1962 年에는 最高裁判所는 歷史上 最大의 強制處分을 命令하였는데, 그것은 du Pont 會社, 그 家族 및 그 會社들로 하여금 General Motors 의 支配株를 處分해야 한다는 것이었다. 60 年代에도 Celler-kefauver 法에 관계되는 여러 事件에서 強制處분이 命令되었다.

分割에는 여러가지 困難이 隨伴하기는 하지만 克服不可能하지는 않다. 事業者團體나 共同販賣機關을 撤廢하기는 比較的 容易하지만, 어떤 會社가 他會社의 자기 株式을 處分하게 하기에는 어렵고, 單一會社를 몇개 部分으로 分割하기는 더욱 어렵다. 처음 경우를 除外하고는 主要한 財產上의 利害關係가 따르게 되고, 또한 나중 경우들에 있어서는 會社再組織이라는 어려운 問題가 있기 때문이다. 그러므로 反트러스트事件에 있어서 法院은 統合된 것을 分離하기를 주저한다. 過度한 法律濫用만 없으면 法院은 既存의 財產權을 變更하기를 忌避한다. 分解의 結果는 豫見할 수 없기 때문에, 그들은 效率性的 阻害를 冒險하기를 주저한다. 그러므로 法院은 다른 救濟措置가 있다면 그것을 擇하고, 단지 最後手段으로서만 分解를 고려하고 있는 것이다.

아. 同意判決

民事訴訟은 法院이 判決을 내리기 前에 被告와 政府間의 合議에 의하여 終結될 수 있다. 이러한 合議는 法院의 同意를 얻는 同意判決로 具體化된다. 同意判決의 規定은 Sherman 法에는 없었고, Clayton 法에서 비로소 擧示됨으로서 含蓄的으로 認定되었다. 最初로 反트러스트事件에서 同意判決이 받아 들여진 것은 1906 年이었다. 現在는 政府가 提起한 民事訴訟의 10 分의 9가 同意判決로 解決되고 있다.

同意判決에 의한 解決은 먼저 被告의 辨護人團에 의하여 提起된다. 처음에 提出되는 條件은 反트러스트部에 의하여 不充分하다고 拒否되는 것이 보통이다. 다음에 兩側 辨護人들 사이에 一連의 非公式調停이 뒤 따른다. 이 調停을 通하여 提案과 反對提案이 오감으로서 意見差異는 좁혀진다. 交涉過程에서 생기는 解決案은 兩側에 의하여 最善의 方案이라고 받아 들여진다. 다음에는 ——통상 調査나 審問을 거치지 않고——地方裁判所에 의하여 받아 들여지고 다른 法廷判決과 마찬가지로 方法으로 發表되며, 그것과 同一한 效果를 가진다.

이 方法은 많은 長點을 가진다. 그것은 時間과 金錢을 節約한다. 同意判決을 調停하기 위한 時間은 法廷에서 裁判하는 時間의 2 分의 1도 못된다. 또한 同意判決은 裁判보다 伸縮的이다. 왜냐하면 그것은 어떤 產業의 特殊性에 맞게 提案될 수 있으며, 同法의 禁止規定을 넘어서 肯定的 救濟措置를 할 수 있기 때문이다. 뿐만 아니라 裁判所가 要求하는 것보다도 더 徹底한 變更을 받아 들이게 할 수 있다.

그러나 이러한 方法은 危險性도 가지고 있다. 調停은 私的으로 進行되며, 그 過程은 公表되지 않으므로, 만일 政府代表가 腐敗했거나 無能하면 犯法者는 事實이 알려지지 않은 채로 가볍게 放免되기도 할 것이다. 評價基準을 갖지 않은 法院의 同意는 法律濫用을 막는 保障이 될 수 없다. 最近까지만 하더라도 同意判決의 條件은 効力を 發生하기까지는 發表되지 않았다. 그러므로 關係당사자가 反對하는 경우 이미 異議를 提起하기에는 너무 늦게 된다. 그러나 1961 年 이후로 同意判決은 法院에 回附되기 30日前에 發表되고 있으며, 當事者들은 그것이 効力を 發生하기 前에 反對할 機會를 갖게 되었다.

同意判決은 그 利用方式에 따라서 法施行을 強化 또는 緩化한다. 1959 年에 下院反트러스트分科委員會는 그 委員들의 過半數가, 지금까지 받아 들여진 同意判決의 條件을 不充分하다고 批判하는 報告書를 發表했다. 그들은 民間原告들이 三倍損害賠償을 할 수 있는 機會를 剝奪함으로써 反트러스트法의 施行을 弱化했다고 非難하면서, 이 方法을 利用하는 것을 節制하도록 勸하였다.

同意判決의 文案은 法律專門家가 作成하며, 反트러스트部의 經濟學者들은 關與하지 않는다. 産業組織과 慣行에 대한 經濟學者들의 寄與는 이것에 先行되기 때문에 非現實의인 救濟措置가 決定되는 수가 있음을 否認할 수 없다.

## 2. 行政節次에 의한 施行

### 가. 聯邦去來委員會

司法節次는 競爭維持方法으로서는 分명한 弱點을 가지고 있다. 왜냐하면 그것은 複雜하고 非經濟的이며 非實效的이기 때문이다. 그것은 産業을 規制하는 手段으로 만들어진 것은 아니다. 따라서 反트러스트法의 施行은 法院에서 行政機關의 手中으로 넘겨서, 그 行政機關으로 하여금 産業에 대한 細密한 知識을 가지는 不偏不黨한 專門機關이 되게 하고, 各産業에 대하여 去來를 制限하거나 獨占을 促進하는 結合과 事業慣行을 禁止하는 制裁權을 갖게 해야한다는 主張이 나오게 되었다.

이러한 主張은 새로운 것은 아니다. 그것은 어느정도 同意判決의 協議와도 관계가 있다. 그러나 競爭의 行政的 施行에 가장 가까운 接近이 이루어진 것은 聯邦去來委員會(FTC)에서 始作된다.

FTC가 다루는 大部分의 事件은 競爭의 産業에 있어서의 不公正한 方法(unfair methods)의 使用이나 欺瞞的 慣行(deceptive practices)이다. 그러나 同委員會는 Clayton 法에 포함된 獨占의 方法(monopolistic devices)을 禁止하는데 司法省과 共同의 管轄權을 가지고 있다. 그것은 또한 操業短縮, 市場分割 및 價格固定을 FTC 法 第5條에 의한 不公正競爭方法으로 認定하고, 그러한 協定을 審査하였다. 또한 大法院은 1948年에 “去來를 制限하는 行動은 그 行動이 또한 Sherman 法 違反이 되는 경우에도, FTC는 이를 不公正한 競爭方法이라고 判定할 수 있는 管轄權을 가진다”고 言明하였다.<sup>(32)</sup> 그러므로 同委員會는 不公正한 方法의 使用을 막을 뿐 아니라, 競爭 그 自體를 維持하는데 主要한 役割을 하게 되었다.

FTC는 上院의 同意로 大統領에 의하여 任命되는 任期 7年의 委員 5名으로 構成되는 獨立의 行政機關이다. 同一한 政黨에 속하는 委員이 三名을 超過할 수 없으며, 重任規定에 의하여 連續性を 維持하고 있다. 1950年까지는 各委員들이 1年交代로 委員長을 맡았으나,

(32) *FTC v. Cement Institute*, 333 U.S. 683.

그 이후로委員長은 大統領에 의하여 指名되고 委員會의 活動을 管轄할 責任을 가지게 되었다.

委員會의 機能은 研究와 報告書發刊, 法遵守의 勸獎, 不公正한 競爭方法, 欺瞞的 慣行, 獨占의 方法 및 去來制限 協定の 調査와 告發을 포함한다. Clayton 法과 FTC 法에 주어진 義務以外에 同委員會는 1918 年の Webb-Pomerene 法에 의한 輸出事業者團體에 대한 適用除外의 管理, 1938 年の Wheeler-Lea 法에 의한 食品, 藥品 및 化粧品 廣告의 規制, 1939 年の 毛製品表示法, 1951 年の 毛皮製品表示法, 1953 年の 可燃性織物法, 1958 年の 織物製品確認法의 施行을 맡고 있다.

當初 FTC 는 經濟學者와 法律家와 같은 專門家로 構成되고, 産業組織과 慣行을 調査報告하는 廣範한 權力을 가지며, 法律의 效力을 가지는 命令을 發할 權限을 가지는 活氣있는 기관이 될 것이라고 期待되었다. 그러나 近 40年 동안 이러한 希望은 實現되지 않았다. FTC 는 시멘트와 鋼鐵産業의 基點價格制度를 反對하는데 큰 役割을 하였고, 1936年 이후에는 Robinson-Patman 價格差別法의 施行에 많은 時間을 보냈다. 그러나 이러한 活動을 除外한다면, 그것은 零細事業者에 대한 消費者의 保護 및 零細事業者를 그들의 競爭者로부터 保護하는데 大部分의 精力을 기울였다. 그리고 積極的인 活動은 하지 않고, 마치 法院처럼 外部로부터의 告發을 기다리는 被動的 活動을 하였다.

이렇게 된 責任의 大部分은 國會에 있다고 할 수 있다. 1918 年까지의 年間豫算은 約 500,000 \$, 1930 年까지는 100 萬 \$, 1935 年까지는 200 萬 \$, 1949 年까지는 300 萬 \$ 이었다. 그리고 行政府도 無關心하였다. 그러나 Eisenhower 大統領이 執權하게 되자, FTC 는 活氣를 찾았다. 그리고 이러한 發展은 Kennedy 와 Johnson 時代에도 強化되어, 1964 年の 豫算은 1,200 萬 \$ 을 超過했고, 그 幹部職員들은 1,200 名에 가까와 졌다.

#### 나. 調査와 發表 및 自發的 遵守의 勸獎

FTC 는 어떤 法律的 行動에 대한 事件을 準備하기 위하여 特定會社의 具體的 慣行을 審査하는 것과 別途로, 보다 더 一般的 事項에 대하여 研究하고, 報告書を 發表하고 있다. (第 6 條). 또한 FTC 는 여러가지 方法으로 FTC 法規의 遵守를 促進시키기 위한 일을 한다. 그것에는 去來 慣行規則의 規定에 대한 同意, 去來規制規則의 發布, 産業가이드의 發行, 諮問的 意見의 提供, 反對되는 慣行을 따르지 않겠다는 確認을 얻는 것에 의한 事件의 解決 등이 포함된다. 이러한 節次에 의한 非公式的 解決은 公式命令을 發하는 것 보다도 迅速하고 低廉하고 그와 마찬가지로 有效하다. 그러나 이러한 方法은 消費者를 欺瞞하는 慣行이나 小規模業體의 不公正去來方法에 관한 事件에 利用될 수 있는 것이며, 獨占과 去



來制限과 관계되는 主要한 事件에는 보다 더 公式手續이 典型的으로 利用되고 있다.

#### 다. 留止命令

FTC가 어떤 事件에 着手하는 것은 當該會社와의 競爭者, 그 會社에 대한 供給者 또는 會社의 顧客으로부터의 申告나 委員會 自體의 認知에 의거한다. 審理要求 申告書는 FTC의 專門家의 調査를 거친 다음, FTC가 그 中의 어떤 것에 대하여 審判手續을 取하기로 決定하면, 審判開始決定書(complaint)라고 부르는 公式文書를 準備하게 된다. 다음으로 FTC는 違反者에게 審判開始手續을 할 意思를 알린 다음에, 그들이 同事件을 同意(consent)에 의한 解決方法을 願하는가의 與否를 알릴 수 있도록 10日間の 猶豫를 준다. 만일 그들에게서 이에 찬성한다는 回答이 있으면, 30日以內에 FTC와 더불어 合議事項을 調停하고 同意命令이 完決되어야 한다. 이러한 命令은 有罪의 決定을 意味하지는 않으며, 反트러스트部의 同意判決과 같다. FTC의 事件의 大部分은 現在 이런 方法으로 解決되고 있다.

만일 그들이 回答을 않거나, 同意命令을 위한 調停에 失敗한다면, 審判開始決定書가 公表되고 正規의 手續이 進行된다. 事件은 第1次로 審判審査官(trial examiner)의 審問을 받는다. 이 段階에서 審判開始決定書가 棄却되거나, 被審人이 有罪인 경우에는 그들의 不法行爲를 禁止하는 것을 指示하는 留止命令을 내리거나 함으로서 事件은 一段落된다. 이 合議는 FTC가 自己意思로 또는 不服에 의하여 再審을 하지 않는 경우에는 有効하게 된다. 再審의 경우에는 法廷의 役割을 하는 FTC에서 마지막 審問이 行해진다. 提出된 要領書(briefs)와 論證書(arguments)를 檢討한 뒤에 FTC는 審判開始命令을 棄却 또는 留止命令을 내린다. 이것이 FTC의 權限으로서의 唯一한 委任行動이다.

留止命令은 甚한 弱點을 가진다. 그것은 매우 消極的이지만 그 自體만으로 違法的인 慣行을 禁止할 수는 있다. 따라서 그것은 被審人에게 하지 말아야 할 것을 命令할 수는 있으나, 그들로 하여금 過去의 잘못을 고치기 위해서 또는 장래의 過誤가 없도록 確認하기 위한 肯定的 行動을 取하도록 要求할 수는 없다.

留止命令의 當事者들은 巡回控訴裁判所의 再審을 請求할 수 있다. 命令을 再審하는 경우 FTC의 事實認知는 그것의 立證이 있으면, 確定的이다. 그러나 委員會는 法律的 觀點에서 잘못이 있을 수 있다. 法院은 命令의 認定, 그 調整要求 또는 取消을 할 수 있다. 最高裁判所가 또 再審을 認定하지 않는 한 巡回裁判所에서 認定된 命令은 最終的이다. 最終命令의 違反者는 法廷侮辱罪로 司法部에 依해서 告發된다.

#### 라. 政治的 脆弱性

法的 訴訟은 그 많은 短點에도 不拘하고, 한가지 특출한 長點이 있다. 왜냐하면 檢察과

法院은 그 스스로의 職務가 容認되어 있다고 생각되기 때문이다. 그러나 行政機關은 政治的 攻撃에 脆弱하기 때문에 活潑하지도 않고 非效果의이다. 활발하게 그 義務를 遂行하면 그것은 골치 아픈 일을 당하기도 한다.

1948년에 最高裁判所가 基點價格制度에 反對하는 FTC의 命令을 支持하자, FTC를 反對하는 熾烈한 攻撃이 일어났다. FTC는 그 權限外의 일을 했다던가 議會의 特權을 侵犯했다든가 異質의 이데오로기를 가졌다는 非難을 받기도 하였다. 上院調査委員會의 辯護人團인 基點制度法律家は FTC를 解體하고, 그 研究機能을 商務省으로 그리고 反트러스트 機能을 司法省으로 移轉해야 한다고 要求했다. 따라서 FTC는 그 기관이 存續하려면 유연한 행동을 취하게 된다는 意味에서 政治的 脆弱性을 가지고 있다.

#### 마. 二重施行의 問題

FTC法을 만든 사람들은 FTC가 反트러스트施行의 主要役割을 하게 하려고 생각했다. FTC는 法院의 依賴로 判決案을 만들고, 司法長官의 依賴로 違法的 結合의 再組織을 計劃하게 되었다. 그러나 이러한 依賴는 실제로 實行되지 않았기 때문에 이 機能은 遂行된 일이 없다. 反트러스트部와 FTC라는 두개의 施行機關을 統合하는 問題는 이루어지지 않고 있다. 따라서 現在로서는 反트러스트政策이 두개의 指揮系統에 의해서 獨自의으로 施行되고 있다.

FTC와 反트러스트部와의 公式的 關係는 1948년에 確立되어 重複施行은 回避할 수 있게 되었다. 그러나 어떤 事件이 留止命令의 對象이 되느냐 또는 刑事訴訟으로 되느냐는 FTC나 司法部中 어느 쪽이 먼저 事件을 取扱하느냐에 依存한다. 統一된 方向이 없기 때문에 反트러스트政策은 包括性的 결여, 時間的 錯誤 및 政策의 不一貫性을 가진다고 看做되는 것은 當然하다.

이러한 狀況을 是正하기 위해서는 세가지 相異한 解決方法이 提示될 수 있을 것이다. 그 첫째는 反트러스트部와 FTC를 共同命令下의 單一機關으로 結合하는 것이다. 이것은 1949년에 兩機關이 相互補完的이라는 理由로 Hoover Commission에 의하여 拒否되었다. 둘째번 提案은 모든 共謀와 結合事件은 反트러스트部에 그리고 모든 去來慣行事件은 FTC에 맡김으로서, 兩機關의 管轄權을 分離하는 것이다. 이 提案은 1955년에 反트러스트法研究 司法長官全國委員會(Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws)에 의하여 두 機關은 相異한 手續을 同時에 利用함으로써 反트러스트政策의 目標遂行에 이바지하고 있다는 理由로 拒否되었다.<sup>(33)</sup> 세번째 提案은 두 機關의 密接한 協力과 不斷한

(33) Report of the Attorney General's National Committee to Study the Anti-trust Laws, pp.372-74.

協議를 통한 職務의 調停을 要求하는 것이다. 이 解決案은 바람직하지만 官僚의 惰性的 변화가 없다면 크게 期待하기 困難한 것이기도 하다.

## V. 反트러스트政策의 評價

競爭을 維持, 促進하려는 反트러스트政策을 評價하기 위하여, 여기서는 첫째 反트러스트政策이 追求하는 競爭이 바람직한 것인가, 둘째 그러한 政策을 具現한 反트러스트法이 適當한 것인가, 그리고 셋째 同法이 有效하게 施行되고 있는가를 알아보고, 끝으로 美國의 反트러스트政策에 대한 綜合的 成果 및 反트러스트政策을 밑받침할 其他의 補完措置를 考察하기로 한다.

### 1. 政策目標로서의 競爭維持

競爭維持政策을 反對하는 主張은, (1) 反트러스트政策의 目標을 經濟學에서 假定하는 抽象的 完全競爭이라고 보고, 그러한 目標은 達成不可能하다는 것, (2) 大規模生産의 經濟는 大企業에서만 實現되기 때문에 그러한 企業들은 반드시 製品市場을 支配하게 된다는 것, (3) 經濟的 進歩에 要하는 研究開發은 獨占力을 가지는 企業에서만 期待하게 된다는 것, (4) 大企業을 分解하더라도 역시 寡占的 市場構造를 가지기 때문에 그러한 分解는 競爭促進에 實效가 없다는 것 등에 根據를 두고 있다.

#### 가. 完全競爭과 有效競爭

그러나 反트러스트政策이 競爭을 回復, 維持할 수 있느냐 없느냐는 競爭의 定義如何에 달려 있으며, 오늘날의 反트러스트政策은 完全競爭 보다도 有效競爭을 追求하고 있다.<sup>(34)</sup> 完全競爭은 政策的 概念이 아니라 分析的 概念이며, 動態的인 現實經濟에는 適合하지 않은 靜態的 性格을 가졌기 때문에 拒否되어야 함은 獨占擁護論者인 Schumpeter<sup>(35)</sup> 뿐만 아니라, 有效競爭論者인 J.M. Clark<sup>(36)</sup>와 構造基準論者인 J. Stigler<sup>(37)</sup> 등 많은 學者들에 의하여 指摘된 바 있다.

이와 같이 競爭의 維持가 바람직 하고 實現되어야 한다고 생각하는 反트러스트論者들은 옛날과 같은 自由競爭으로 돌아가거나, 敎科書的인 完全競爭이나 純粹競爭의 理論을 固守

(34) 丁炳杰 「有效競爭論의 研究」 經濟論集, 第Ⅶ卷, 第1號, 1969年 3月.

(35) J. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, 3rd ed., 1950, p. 106.

(36) J.M. Clark, "Toward a Concept of Workable Competition", *A.E.R.*, June 1940, p. 241.

(37) G.J. Stigler, "The Extent and Bases of Monopoly," *A.E.R.*, June 1942, No. 2, Part 2, p. 1.

하지는 않는다. 그들이 主張하는 것은 分權的 意思決定과 有效競爭으로 특징지워지는 民間產業의 構造改善이다. 따라서 有效競爭에 必要한 條件에서 가장 重要한 것을 들면<sup>(38)</sup>, (1) 實質적으로 同一한 生産物에 대한 販賣者와 購買者의 數가 相當하고, 따라서 販賣者와 購買者가 어느 정도 選擇을 할 수 있을 것, (2) 法律的, 經濟적으로 市場에 進入하거나 原料에 接近할 수 있는 自由가 있을 것, (3) 競爭者間의 暗黙的 結託이나 公開的 結託의 不在, (4) 支配의 企業에 의한 明示的 또는 潛在的 強壓行動의 不在, (5) 法律, 政治 또는 商業上의 관계에 의하여 重要한 去來者가 特惠를 받는 位置에 없을 것, (6) 巨大企業이 어떤 市場의 商業上의 原則을 回避할 수 있을 정도로 多角化, 補助政策 및 政治的 動機化가 없을 것 등이다.

그러므로 反트러스트政策이 目標로 하는 有效競爭에 의하면 資源配分의 完全한 伸縮性이나 그 最適配分을 期待할 수는 없지만 대체적으로는 이러한 目的을 達成한다. 그리고 去來者들로 하여금 有效競爭의 原則에 따르게 함으로서 意圖的인 產出量減縮이나 지나치게 非效率的 企業의 殘存을 不可能하게 하고, 需要와 供給의 本源的인 여러가지 源泉에 接할 수 있게 함으로서 強力한 去來者가 強要하는 不利한 去來로부터 弱한 去來者를 保護한다. 뿐만 아니라 그 것은 機會에 대한 門戶를 開放함으로서 製品, 工程 및 價格에 대한 試行을 促進하고, 既存企業이 革新을 抑制하는 것을 막는다. 따라서 이 概念은 完全競爭의 概念보다도 嚴格하지는 않지만 公共政策의 目標로서 有用성을 가진다.

#### 나. 大規模生産의 經濟

다음에는 大規模生産의 經濟는 競爭의 維持가 不可能한 程度로 큰 規模에서만 實現되고, 따라서 高度의 產業集中은 이러한 經濟 때문에 容認되어야 한다는 主張을 檢討해 보자. 이 문제에 답하기 위해서는 먼저 個別工場의 規模의 經濟(scale economies of plant-size or single plant)와 企業規模의 經濟(scale economies of firm-size or multi-plants)를 區別할 必要가 있다.

大規模工場은 一般적으로 規模의 經濟를 가지기 때문에, 어떤 產出量水準에 이르기까지는 平均生産費가 下落하는 傾向을 가지는 것은 널리 認定되고 있는 事實이며, 그 理由는 作業上의 分業, 機械化, 一貫作業, 副産物의 利用, 不用原料의 再生, 調查研究 및 管理部門의 專門化가 可能한데 있다고 할 수 있다.

그러나 이러한 結論을 斷定할만한 實證的 研究은 아직 없다. 왜냐하면 여러가지 規模의

(38) C.D. Edwards, *Maintaining Competition*, 1949, pp.9-10.

工場에 있어서의 產出量의 單位費用이나 產出에 要하는 物的 投入을 測定하려 할 때, 다른 條件을 不變으로 하고 規模의 影響만을 測定하기가 困難하기 때문이다. 그러나 여러가지 實證의 研究結果에 의하면 最大規模工場에서는 높은 費用이 들고 中規模工場에서 낮은 費用이 드는 것이 밝혀진 바 있다. (39), (40)

이 밖에 規模의 增大가 반드시 有利하지 않은 것은 大企業들이 從前의 工場을 擴大하기 보다는 新工場을 建設하고 그러한 新工場은 항상 보다 더 큰 規模로 建設하고 있지 않은 데서 볼 수 있다. Kaplan은 美國의 主要産業의 工場의 約 切半이 小規模이고, 産業全般에 걸쳐서 規模가 커져가는 傾向을 發見하지 못하고 있다. (41) 그러므로 技術의 發展은 항상 規模의 增大를 가져오고 있지는 않다.

뿐만 아니라 설사 大規模에서 費用이 더 낮아진다는 치더라도, 그것에서 바로 市場이 獨占되어야 한다는 結論은 나오지 않는다. 왜냐하면 통상 市場의 支配는 單一工場規模의 增大가 아니라 몇개의 工場을 共同所有로 統合함으로써 얻어지고, 따라서 效率성을 위하여 要求되는 工場規模와 獨占到 要하는 企業所有의 範圍는 區別되기 때문이다.

우리는 工場規模의 經濟가 市場의 獨占을 必然의으로 隨伴한다는 主張이 根據가 없음을 Bain의 研究(42)에서 볼 수 있다. 그는 20個産業에서 單位費用이 最低로 되는 工場規模를 技術의 側面에서 推算하고, 다음에 이러한 最低費用工場의 產出量의 그 産業의 總產出量에 대한 比率를 計算하였다. 그 결과에 의하면 다음 表에서 보는 바와 같이, 20個産業중 11個産業에서 最低費用 工場의 產出量이 2.5%未滿이고, 15個産業에서 7.5%未滿이었으며, 다만 1個産業에서만 20%以上이었다. 그는 또한 어떤 工場의 賣出額은 地域市場에 局限되므로, 最低費用工場의 產出量을 그러한 部分市場의 產出量과도 對比하였다. 다음 表에서 보는 것처럼 이러한 工場은 18個産業의 最大部分市場에서 15%未滿, 12個産業에서 最小部分市場의 15%未滿을 차지하는데 불과하였다. 그리고 Heflebower의 推計에 의하면 새로운 技術을 體化하는 最小適正工場規模는 Bain이 推計한 現存最低費用工場規模보다도 더 작다. (43) 그러므로 이런 경우에는 效率的 運營에 要하는 市場占據率은 Bain의 計算보다도 훨씬 줄어 질 것이다.

(39) FTC, *Relative Efficiency of Large, Medium-Sized, and Small Business*, T.N.E.C. Monograph No. 13.

(40) John M. Blair, "The Relation between Size and Efficiency of Business," *Review of Economics & Statistics*, Vol. xxiv, pp.125-36.

(41) A.D.H. Kaplan, *Big Enterprise in a Competitive System*, 1954, p. 79.

(42) Joe S. Bain., *Barriers to New Competition*, 1956, Chap, iii.

(43) R.B. Heflebower, "Barriers to New Competition", *A.E.R.*, Vol. XLVII, 1957, pp.363-72.

最大效率規模 單一工場이 가지는 個別  
市場能力的 比率에 의한 20個產業의 分布\*

最適規模工場이 가지는 個別市場能力的 比率(%)	最大部分市場에서最適工場規模를가지는產業數	最小部分市場에서最適工場規模를 가지는 產業數	全國市場에서 最適工場規模를 가지는 產業數
0.0—2.4	5	3	11
2.5—4.9	3	1	1
5.0—7.4	6	4	3
7.5—9.9	0	1	2
10.0—14.9	4	3	2
15.0—19.9	1	1	0
20.0—24.9	1	1	1
25.0—29.9	0	3	0
30.0—34.9	0	1	0
35.0—39.9	0	1	0
40.0—49.9	0	1	0
合計	20	20	20

\*Joe, S. Bain, *Barriers to New Competition*, p.77.

企業이 水平的 統合, 垂直的 統合 또는 集塊的 統合으로 複數의 工場을 所有하여도 規模의 經濟는 생긴다. 水平的 統合은 製品과 製造過程의 標準化, 經營의 專門化, 二重輸送의 除去, 販賣費의 節減을 가져오고, 垂直的 統合은 原料의 供給과 製品市場의 確保, 品質管理의 改善을 可能케 하고, 集塊的 統合은 研究와 마케팅을 共同으로 遂行하여 費用을 切減하고, 多角的 經營으로 投資危險을 分散한다. 뿐만 아니라 이러한 統合은 資本과 信用을 얻기가 쉽고, 이것을 原料의 大量購買나 研究開發에 支出할 수 있다.

그러나 한편으로 企業規模의 不經濟도 있다. 그것은 企業規模가 龐大하고, 工場이 分散되어 있으며, 多角化되어 있기 때문에 效率的인 管理가 어렵게 되고, 따라서 더 많은 調整上의 努力과 間接管理費가 增加한다.

그러므로 企業規模와 利潤, 生産性 또는 單位費用과의 관계에 관해서는 明確한 結論을 내릴 수는 없으며, 따라서 企業規模의 經濟性이 반드시 獨占을 招來한다는 見解는 옳지 않다. 어떤 企業은 너무 작아서 現代技術이 가지는 經濟性을 實現할 수가 없고, 어떤 企業은 너무 커서 效率的인 管理가 不可能한 경우, 最適效率의 規模는 이 中間에 있을 것이다. 그러나 이 規模는 產業에 따라서 相異할 뿐만 아니라, 新生産方法이나 新管理技術이 發展되면 갑자기 變更되지 않을 수 없다. 그러므로 누구든지 어떤 時點의 어떤 產業의 最適規模를 알기는 困難하고, 특히 어떤 產業에서 最大規模의 企業이 最低費用으로 生産하고 있는 根據는 없다.

뿐만 아니라 大規模企業의 利益은 生産過程보다도 市場의 流通過程에서 생긴다. 水平的 統合으로 原料購買市場과 製品販賣市場에서 커다란 占據率을 가지는 企業은 자기에게 有利한 價格差別을 原料供給者에게 強要하고, 製品購買者로부터는 높은 獨占價格을 받는 供給需要獨占者(monopolist-monopsonist)<sup>(44)</sup>로서 市場支配力을 行使한다. 垂直的 統合體인 大企業은 獨立的 企業을 壓搾(squeeze)<sup>(45)</sup>하고, 多角經營을 하는 集塊的 企業은 다른 特定企業을 驅逐할 때까지 다른 分野의 收入으로 어떤 分野의 損失을 補充할 수도 있다. 그러므로 大企業은 規模의 經濟를 가지기 때문에 容認되어야 한다는 主張은 首肯할 수 없는 것이다.

#### 다. 革新과 規模

Schumpeter 에 의하면 近年의 수많은 重要的 技術的 發展은 少數의 大企業이 主導하였고, 이러한 大企業들의 技術革新은 “創造的 破壞의 끊임없는 烈風”<sup>(46)</sup>을 통하여 經濟的 進歩를 가져 왔다. 그리고 獨占을 擁護하는 Galbraith 는 이러한 結果를 보고 “이제까지 우리의 苦惱 때문에 우리를 사랑한 慈悲로운 神意는 少數의 大企業으로 된 近代産業을 技術變化를 誘導하는 거의 完全한 機構가 되게 하였다”<sup>(47)</sup>는 樂觀的 結論을 맺게 하였다. 그러나 이러한 主張은 반드시 妥當한 것은 아니다.

企業이 大規模로 되면 研究開發에 支出할 수 있는 資金이 豊富하기 때문에 企業規模가 革新에 寄與한다고 볼 수는 있다. 이를테면 du Pont 社長 Greenwalt 의 證言에 의하면, du Pont 이 1940 年에 비로소 나이론 1 파운드를 生産하는데 12 年의 歲月과 2,700만달러의 資金을 投入했다. 그러나 새로운 아이디어가 大會社의 研究所에서만 나온 것은 아니다. Jewkes, Sawers 및 Stillerman 의 最近의 가장 重要的 60 개의 發明에 관한 研究에 의하면 그 50% 以上은 獨立的 發明家에 의하여, 50% 未滿이 會社의 研究로, 그리고 그 보다도 더 적은 發明이 大企業의 研究로부터 나왔다.<sup>(48)</sup> 그리고 瀝靑炭, 精油 및 鐵鋼業에 있어서의 1918~1958年 동안의 企業規模別 革新에 관한 Mansfield 의 研究에 의하면, 石炭과 精油部門에서는 上位 4 社의 革新의 占據率이 賣出額의 占據率보다도 더 컸으나, 鐵鋼業에서는 그 反對이었다.<sup>(49)</sup> 또한 13 個産業의 技術進出에 관한 Maclaurin 에 의하면, 一般의으

(44) 스토너·헤이그共著, 丁炳然譯, 「新經濟原論」, 1970, pp. 254-256.

(45) Richard Caves, *American Industry: Structure, Conduct Performance*, 1964, p. 50.

(46) Joseph Schumpeter, *Capitalism, Socialism, and Democracy*, 2nd ed., 1947, Chap. vii.

(47) J.K. Galbraith, *American Capitalism*, 1952, p. 91.

(48) John Jewkes, David Sawers, and Richard Stillerman, *The Sources of Invention*, 1958, Chap. iv.

(49) Edwin Mansfield, “Size of Firm, Market Structure, and Innovation,” *J.P.E.*, Vol. LXXI, 1963, pp. 556-76.

로 企業이 零細하고 多數인 경우보다도 大規模이고 少數인 경우에 進歩가 많은 것을 볼 수 있다.<sup>(50)</sup> 그러나 U.S. Steel의 경우에 볼 수 있는 것처럼, 巨大한 企業인 경우에는 會社의 責任者들은 莫大하게 設備한 資産의 投資價値의 維持에 커다란 관심을 가지고 新技術의 開發과 導入에는 怠漫하였다.<sup>(51)</sup> 그리고 Adams와 Dirlam은 鐵鋼工業을 例로 하여 革新에 관한 Schumpeter의 假說의 普遍性에 관하여 反對意見을 提起하고 있다.<sup>(52)</sup>

설사 큰 規模의 企業일수록 革新에 크게 이바지한다 손 치더라도, 特許獨占을 除外하고는 獨占이 革新을 가져온다는 結論은 나오지 않는다. 왜냐하면 革新은 研究開發에 支出될 수 있는 財政能力에 의하여 左右될 뿐 아니라, 革新을 하려는 動機賦與(motivation)를 必要로 하기 때문이다. 그런데 競爭者와 獨占者 사이에는 뚜렷한 動機賦與의 差異가 있다. 競爭者는 스스로의 存續을 위하여 그리고 相對方 企業을 앞지르기 위하여 研究開發에 留意하지 않으면 안된다. 그리고 이것은 競爭의 寡占企業에서 特徵적으로 나타난다. 革新에 대한 動機賦與는 獨占企業의 경우에는 微弱하다. 이를테면 獨占産業인 알미늄産業과 製靴機産業에서는 革新이 있었으나, 그 速度는 競爭의 産業에 있어서 보다도 느렸었고, 電信産業은 數年 동안 停滯狀態에 있었고, 電話獨占産業인 AT & T會社의 研究는 電話事業以外的 分野에 대한 것이었다. 그러므로 설사 革新은 企業規模와는 관계가 있다고 하더라도, 市場의 獨占은 革新에 寄與하지는 않는다.

革新과 企業規模와의 관계는 1965년에 上院司法委員會의 反트러스트 및 獨占小委員會(Subcommittee on Antitrust and Monopoly)가 “集中, 革新 및 發明”을 主題로 開催한 聽問會에서 여러 經濟學者들이 開陳한 意見에서 볼 수 있다. 그들의 意見에 의하면 “어떤 臨界의 企業規模를 超過하면 研究開發費는 企業規模의 增加와 더불어 크게 增加하지는 않거나, 어떤 경우에는 전혀 增加하지도 않는다”<sup>(53)</sup>는 1964년의 J. Markham의 主張을 밑받침하고 있다.

우리는 이러한 立場을 이 聽問會에서 내린 F.M. Scherer 教授의 다음과 같은 結論에서 알 수 있다.

(50) W. Rupert Maclaurin, “Technological Progress in Some American Industries,” *A.E.R.*, vol. XLIV, No. 2, 1954.

(51) *Hearings before the Subcommittee on Study on Monopoly Power, Committee on the Judiciary, House of Representatives*, (81st Cong., 2d Sess.) Serial 14, Part 4A, p. 967.

(52) W. Adams & J.B. Dirlam, “Big Steel, Invention and Innovation,” *Q.J.E.*, Vol. LXXX, May 1966, No. 2.

(53) Jesse W. Markham, “Market Structure, Business Conduct, and Innovation,” *A.E.R.*, Proceedings, Vol. LV (May, 1965), pp. 323-32.



“結論적으로 나의 研究結果에 의하여 내릴 수 있는 最善의 解釋은 巨大한 企業規模는 가장 活潑한 發明과 革新의 前提條件이 아니라는 것이다. 어떤 規模以下에서는 企業들이 研究開發의 規模經濟를 거둘 수 없으며 危險을 分散하거나 그들의 研究結果를 利用할 수 있는 커다란 市場을 開拓할 수가 없다. 그러나 賣出額이 1億弗을 超過하는 美國의 多數의 企業들은 이러한 限界를 超過했다고 생각된다. 이 限界보다도 크다는 것은 확실히 커다란 利益이 없으며, 이러한 不利益이 특히 將來를 내다보는 效果의인 經營에 의하여 克服될 수 있다. 순 치더라도 技術進步를 沮害하는 要因으로 될 것이다.”<sup>(54)</sup>

#### 라. 寡占의 市場構造

企業은 그 規模가 커짐에 따라서 어느 정도까지 效率性和 革新을 隨伴하고, 그 結果로 獨占乃至 寡占을 招來하는 傾向을 가진다. 그리고 이러한 寡占者들이 競爭을 하리라고 期待할 수는 없기 때문에, 競爭維持政策의 批判者들은 이러한 政策은 非現實의이고 無用하다고 主張한다.

그러나 어떤 產業의 企業合併을 反對하고 販賣者의 數를 增加시키는 反트러스트政策은 有用한 것임에 틀림없다. 왜냐하면 그것은 企業行動의 劃一性を 줄이고, 購買者들에게 여러가지 代案을 提供할 것이기 때문이다. 個別販賣者들의 環境은 각각 相異하며, 따라서 賣出額의 크기, 立地, 生産技術, 效率性和 費用, 研究開發의 計劃 등이 相異할 것이다. 그러므로 販賣者의 數가 많을 수록 市場展望 및 需要의 彈力性에 대한 判斷이 다를 可能性이 있고, 따라서 相異한 價格과 製品政策이 있게 된다. 그리고 販賣者의 數가 많을 수록 制限的 協定을 하기가 어려워지고 그들이 獨立的으로 行動하면 더 有利해진다. 이러한 事實은 “精油와 레이언과 같은 緩漫한 寡占構造에서는 담배와 板유리와 같은 緊密한 寡占에서 보다는 大企業의 行動이, 보다 더 競爭的인 것처럼 보인다”<sup>(55)</sup>는 Kaysen 과 Turner의 指摘에서도 알 수 있다. 이와 같이 一般的으로 獨占보다도 寡占이 그리고 같은 寡占이라면 企業의 數가 많은 경우가 더 바람직하다.

#### 2. 反트러스트法の 評價

美國의 反트러스트法에 관한 問題點으로서 指摘되고 있는 것은 첫째 同法の 規定이 模糊하고 法院의 解釋이 曖昧하기 때문에 自發的 遵守의 길이 막혀 있다는 것, 둘째 法院이

(54) *Economic Concentration* (Hearings before the Subcommittee on Antitrust and Monopoly, Senate Judiciary Committee, 89th Cong., 1st sess.), U.S. Gov't Printing Office, 1965, Part 3, p. 1, 200.

(55) Carl Kaysen and Donald F. Turner, *Antitrust Policy*, 1959, p. 115.

너무 많은 組織形態와 慣行을 그 結果보다도 當然違法으로 判斷한다는 것이다. 그러나 이 두가지 指摘은 相互矛盾의이다. 왜냐하면 어떤 法律에 있어서나, 不確實性이 除去되기 위해서는 違法事項이 明示의이어야 하고, 伸縮性이 維持되려면 嚴密性이 희생되지 않을 수 없기 때문이다. 그러므로 反트러스트法을 批判하기 위해서는 論理的으로는 한가지 立場을 취해야 할 것이다.

以上的 문제점을 解決하는 方案으로는 세가지 主張이 있다. 첫째는 處罰하는 公的 節次를 크게 줄이고 大部分을 非公式節次에 맡겨서 解決하라는 것, 둘째는 法律을 보다 더 明白하게 規定하여 그것을 誤解하지 않도록 하라는 것, 그리고 셋째로 產業組織과 慣行의 合法性을 判定할 때에는 그것이 公共利益에 미치는 成果를 重視하라는 것이다. 그러나 다음에서 考察하는 것처럼 이러한 主張들은 亦是 許多한 難點을 內包하고 있다.

#### 가. 非公式節次의 문제

이것은 企業이 어떤 計劃을 實施하기 前에 反트러스트 當局과 事前協議함으로써 事後에 違法으로 被訴되는 것을 防止하는 것을 意味한다.

이러한 方法은 表面上으로는 說得的이다. 그것은 費用節約, 迅速性 및 伸縮性을 가져오고, 處罰보다도 豫防의 面에서 效果의이다. 그러나 그것은 또한 濫用可能性을 가진다. 承認申請書에는 部分的 眞理가 強調되거나, 書類上으로 妥當한 計劃이 運用上으로 不實하거나, 또는 責任免除의 範圍가 政府보다도 業界에 의하여 廣義로 解釋될 憂慮가 있다.

#### 나. 法律의 具體化

反트러스트法의 禁止條項을 보다 더 엄밀하게 規定하지 않는 理由는 아무리 規定된 制限的 慣行이 많고 자세하다고 하더라도 相異한 慣行을 全部 包括할 수는 없으므로, 그러한 具體的 規定은 法律의 範圍를 制限하는 것이 되기 때문이다. 새로운 形態의 制限行爲는 豫見될 수 없으며, 따라서 法律에 禁止되지 않은 이러한 새로운 行爲는 特惠를 받는 것이 된다. 더구나 어떤 方法을 그 形態보다도 成果에 의하여 判斷할 적에는 그 合法性을 具體적으로 規定하기는 困難할 것이다.

특히 法律이 보다 더 明示의이어야 한다는 主張은 產業組織에 관해서 提起되었다. 이것은 企業의 總資產, 雇傭, 產出量 또는 販賣量을 基準으로 하는 規模를 絶對的 또는 相對的으로 明確히 規定하여, 그 限度를 超過하는 規模를 違法으로 하자는 主張이다. 그러나 이것은 문제를 너무 단순하게 取扱하는 것이라고 하지 않을 수 없다.

왜냐하면 規模에 대하여 效果的인 制限을 하기가 困難하기 때문이다. 만일 企業의 資產이나 雇傭者數를 基準으로 하여 絶對적으로 制限한다면, 그러한 制限의 意義가 產業에 따

라서 相異해질 것이다. 이를테면 賣出額과 生産規模가 적은 產業에서 競爭이 維持되도록 絶對的 規模가 定해진다면, 그것은 賣出額과 生産規模가 큰 產業에서 競爭을 維持하는데 要하는 規模보다도 낮아지고 效率的 運營을 위해서도 작을 것이다. 그리고 이와 反對로 規模가 너무 크게 規定된다면, 生産規模가 적은 產業의 獨占을 막을 수가 없을 것이다.

또한 規模의 限界를 相對的 比率 즉 市場占據率로 規定하더라도 다른 難點이 생긴다. 즉 어떤 市場範圍의 어느 期間에 있어서의 무엇을 基準으로 한 어느 정도의 占據率이나, 그리고 그것은 모든 產業에 一律적으로 適用할 것이냐 아니면 產業에 따라서 어떤 差別의 原則을 適用할 것이냐가 문제로 된다. 그리고 설사 이러한 問題에 대한 解答이 나온다고 하더라도, 그것이 相異한 企業에 同等한 影響을 미치는 것은 아니기 때문에, 이러한 限界를 그대로 適用하는 것은 公平의 原則에 反하는 것이 될 것이다.

產業의 集中狀態를 나타내는 市場占據率은 獨占을 攻擊하는 武器로서는 生硬한 것이다. 그것은 市場狀態에 관한 여러가지 事實중의 하나에 지나지 않는다. 이를테면 어떤 市場에 大部分의 製品을 供給하고 있는 製造業者는 強力한 獨占者일 수도 있고, 또는 곧 競爭이 熾烈해질 產業의 先驅者인 경우도 있다. 또는 敵對企業의 進入이 封鎖되거나 開放되기도 하고, 潛在的 競爭의 威脅이 弱하거나 強할 수도 있다. 또 한편으로 그는 能動的인 競爭의 購買者와 去來하기도 하고, 需要獨占者와 相對하고 있기도 한다. 그러므로 相對的 規模를 나타내는 市場占據率은 그것만으로는 獨占力의 指標라고 볼 수는 없는 것이다.

#### 다. 判斷基準의 문제

어떤 事件이 反트러스트法에 의하여 合法的이나 아니냐는 企業의 行動이나 市場構造 또는 市場成果를 基準으로 하여 判斷할 수 있다. 企業行動으로 違法인 것은 共謀的 價格固定, 市場分割, 去來拒絕, 排他的 去來 및 價格差別 등이고, 市場構造는 生産物의 定義, 市場範圍의 決定, 販賣者와 購買者數의 決定, 그들의 規模別分布와 市場占據率 및 進入과 成長의 障壁 등과 관계되며, 市場成果는 企業活動의 經濟的 成果를 의미한다.

市場成果를 合法性의 基準으로 삼는 것은 非公式 節次의 擴大主張, 法律의 具體化 主張과 더불어 反트러스트法을 批判하는 第三의 主張이다. 그것은 市場構造나 企業행정이 아니라, 그 結果가 合法性의 基準이 되어야 한다는 것이다. 만일 企業의 成果가 公共利益에 合致한다면, 그러한 市場構造나 市場慣行은 合法的이라는 것이다.

成果基準의 主張에는 두가지가 있다. 그 하나는 그러한 基準은 結合과 獨占行爲뿐 아니라 共謀的 協定과 制限的 慣行에도 適用되어야 한다는 것이고, 또 하나는 結合과 獨占行爲에만 適用하려는 것이다. 前者는 產出量 減縮, 產出量 割當 또는 價格固定을 위한 協定

도 그것이 結果的으로 有害하지만 않다면 容認하려는 것이다. 이러한 提案은 合當한 裁斷을 容認하는 日本이나 유럽諸國에서는 볼 수 있으나, 競爭을 追求하는 美國의 傳統과는 違背되는 것이다. 成果基準을 結合과 獨占行爲의 경우에만 局限하려는 後者는 이러한 問題에는 條理의 原則을 適用하는 것이 不可避하기 때문에 妥當하다고 할 수 있다. 實제에 있어서도 1911年 以後로 계속해서 採用되어온 條理의 原則은 法院이 獨占에 대하여 그다지 寬大하지 않은 態度를 취해 온 1945年 以後로도 存續되고 있다고 할 수 있다.

그러나 어떤 企業의 成果를 測定하기는 困難하다. 이를테면 成果의 內容이 되는 企業의 經濟的 및 技術的 效率性이나, 進歩에 대한 寄與 또는 價格과 利潤이 產出量과 需要量에 대하여 가지는 關係 등은 大部分 質的인 것이고, 測定不可能하며, 個人的 判斷에 左右되기 쉽다. 이를테면 過度한 生産物分化나 販賣促進費의 支出, 掠奪의 價格引下, 獨占的 過剩能力, 技術的 意圖的 抑制 등은 손쉽게 判別하기가 困難한 경우가 많다.

또한 大企業도 그 成果에 의하여 判斷되어야 한다는 主張도 批判을 免할 수 없다. 왜냐하면 첫째 그것은 成果가 좋지 않은 企業을 改善하는 것이 아니라, 成果가 좋은 企業의 合法性을 容認하는 것이고, 效率性이나 進歩性的 基準은 獨占에 대한 寬容手段으로 利用되기 쉬우며, 둘째 政府는 競爭이 沮害된 事實과 아울러 成果도 좋지 않음을 立證해야 하므로 政府의 負擔을 過重하게 하기 때문이다. 그러므로 成果主義는 競爭의 自動的 安全裝置로부터 統制的 行政規制를 指向하게 할 可能性이 있다고 생각된다. 그러므로 우리는 成果基準에 全的으로 贊成할 수는 없다.

成果基準에 反對되는 한가지 主張은 構造基準에 의하여 合法性을 判斷해야 한다는 主張이다. 이 主張에 의하면 政府는 企業活動의 成果에 關心을 가지는 것보다도 企業들이 公正하게 競爭할 수 있는 바탕을 마련 해주고, 그 成果는 企業들의 行動結果에 맡겨야 한다. 그리고 그 合法性은 企業의 社會的 成果보다도 그것이 가지고 있는 힘 乃至 그것을 밑받침하는 市場構造에 의하여 判斷되어야 한다. 따라서 단일 企業들이 結合에 의하여 다른 競爭者를 排除하거나, 強壓하고 또는 供給者나 顧客을 支配하는 힘을 가지는 경우에는 그러한 結合은 違法으로 되어야 한다. 그리고 실사 그 힘이 濫用된 일이 없으며, 公益을 위하여 自發的으로 行使된 것이라고 하더라도 違法이다.

그러나 市場構造基準에 의하여 判斷하는 것도 여러가지 短點을 가진다. 특히 市場構造의 가장 基本的 要因이라고 할 수 있는 集中率은 市場의 定義와 測定方法의 差異에 따라서 相異하고 그 意味도 模糊하다. 그리고 낮은 集中率은 언제나 競爭의 狀態를 나타내고, 높은 集中率은 競爭不在의 狀態를 나타낸다고 할 수도 없다. 왜냐하면 競爭은 少數의 大

企業이 있는 市場에서 活潑한 경우가 있는 반면에, 多數의 小規模企業이 있는 市場에서 共謀에 의하여 抑壓되기도 하기 때문이다. 뿐만 아니라 市場에 進入하려고 하는 企業들로부터의 潛在的 競爭도 考慮해야 할 것이다. 그러므로 우리는 販賣者數나 集中率과 같은 構造要因뿐만 아니라 代替商品, 市場에 있어서의 獨立성과 競爭關係 및 進入障壁에 관하여도 아울러 考察해야 하는 것이다.

成果基準에 反對되는 또 한가지 立場은 Sherman 法이 去來制限을 위한 共謀나 市場의 獨占行爲를 禁止하고 있는 趣旨에서 볼 수 있는 것처럼 合法性의 與否를 禁止된 行爲를 基準으로 하여 判斷하려는 市場行動基準論이다. 勿論 價格固定이나, 市場分割 또는 去來拒絶과 같은 行爲는 그 自體만으로 反競爭의이기 때문에 行爲에 의하여 合法性을 判斷할 수 있을 뿐만 아니라, 構造와 成果도 重要한 結合과 獨占行爲의 경우에도 市場行動은 考慮되어야 한다.

그러나 市場構造나 市場成果를 無視하고 市場行動만에 의하여 合法性을 判斷하는 것은 위험하다. 특히 結合과 獨占行爲의 合法性은 單一한 基準으로 決定될 수는 없다. 最終的 判斷을 위해서는 構造와 行爲와 成果에 관한 모든 證據를 考慮해야 한다. 왜냐하면 市場構造의 證據는 市場支配力의 程度를 把握하게 하고, 市場行動의 證據는 이 힘이 어떻게 얻어지고 어떻게 쓰여지는가를 보여주고, 市場成果의 證據는 構造와 行爲의 結果를 보임으로서 結合과 獨占行爲의 意味를 解釋하는데 도움을 주기 때문이다. 그러므로 合法性은 이러한 各基準에 알맞는 比重을 두면서 條理의 原則에 의하여 判斷되어야 한다. 우리는 다른 모든 法律이 그러한 것처럼, 反트러스트法이 다루어야 할 問題도 本質적으로 不確實성을 內包하고 있음을 認識해야 한다.

### 3. 施行에 대한 批判

세번째 反트러스트政策에 대한 批判은 反트러스트法의 施行이 徹底하지 않았다는 것이다. 事實 最近까지만 하더라도 法律을 實施하려는 熱意, 法律解釋上의 共感 또는 處罰과 救濟措置에 대한 勇氣가 缺如되었었다. 이를테면 1915~1935년에는 同法施行은 間歇적이고 微溫의이었으며, 1920~1945년에는 獨占行爲에 그렇게 適用되지 않았다. 뿐만 아니라 1959년까지는 同法의 規定에도 불구하고 1件의 體刑도 없었다. 그리고 法院은 共謀的 協定이나 獨占者들의 制限의 慣行에는 嚴格하였으나, 企業의 分割에는 躊躇하였던 것이 事實이다.

그러나 最近에는 이러한 傾向은 달라졌다. 1935年以來 同法은 一貫性 있게 그리고 活潑하게 施行되었고, 1945年 以後로는 共謀的 行爲뿐만 아니라, 獨占行爲에도 適用되었다.

이러한 事實은 1961年의 Westinghouse Electric Corp. 事件에 대한 判決에서 볼 수 있다. 이 判決에서 同會社의 幹部 7名이 30日間 投獄되고 그 罰金은 200萬\$에 達했다.<sup>(56)</sup>

우리는 以上에 의하여 反트러스트法의 施行에는 進歩가 있었음을 立證할 수 있다. 그러나 아직까지도 同法施行에 있어서 包括性과 一貫性 및 執行能力이 缺如되어 있고, 既存企業의 分解에는 消極的임을 認定하지 않을 수 없다. 따라서 反트러스트法의 施行은 不滿足스러운 것이 事實이다.

#### 4. 反트러스트政策의 貢獻

反트러스트政策의 有效性에 관한 少數의 見解에 의하면, 그것은 競爭維持에 失敗하고, 經濟力의 集中을 防止하지 못했으며, 市場이 卡텔이나 獨占 또는 寡占의 支配를 받게되는 것을 容認하는 結果를 가져 왔다. 우리는 이러한 極端的인 見解를, 反트러스트法이란 한낱 漫畫에 지나지 않는 것이라고 主張한 Galbraith의 「新產業國家論」<sup>(57)</sup>에서 볼 수 있다. 그러나 이러한 見解를 支持할 수 있는 證據는 不充分하다.

大部分의 經濟學者들은 이에 反하여 反트러스트政策이 現在까지, 進入의 障壁을 除去하고 合併을 防止했을 뿐 아니라, 이러한 行動에 대한 豫防手段의 役割을 함으로서 企業間의 競爭을 促進하는데 貢獻하였다고 認定하고 있다. 이러한 事實은 이 分野에 專門인 약 60名의 法律家와 經濟學者들로 構成된 「司法長官 全國反트러스트法研究委員會(Army General's National Committee to Study the Antitrust Laws)」의 報告書(1955)<sup>(58)</sup>가 競爭維持政策을 支持하고, 그동안 法院의 判決을 통하여 展開된 反트러스트政策의 實際的 原則을 一般的으로 贊成하고 있는 것과, 1967年 6월에 開催된 「美國上院 小企業特別委員會(Select Committee on Small Business)」의 「小賣, 流通 및 販賣慣行 小委員會(Subcommittee on Retailing, Distribution, and Marketing Practices)」와 「獨占小委員會(Subcommittee on Monopoly)」와의 共同세미나 討論에서, Galbraith의 獨禁政策無用論에 대하여 痛烈한 批判을 加하고 獨禁政策을 擁護한 Walter Adams, W.F. Mueller 및 D.F. Turner<sup>(59)</sup>의 主張에서 볼 수 있다.

(56) *City of Philadelphia v. Westinghouse Electric Corp.*, 210 F. Supp. 483 E.D. Penn., (1962) P. Neal P. Goldberg, "The Electrical Equipment Cases: Novel Judicial Administration," *American Bar Association Journal*, Vol. L (1964), pp. 621-28.

(57) J.K. Galbraith, *The New Industrial State*, 1967, 丁炳杰, 書評 "갈브레이드의 新產業國家論" 서울大學新聞, 1971年 5月 17日.

(58) *Report of the Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws*, 1955.

(59) *Planning Regulation, and Competition*, Hearing before Subcommittees of the Select Committee on Small Business, U.S. Senate, 1967.

첫째 우리는 反트러스트政策의 實施가 競爭的 經濟의 維持에 貢獻한 것 중에서 가장 重要한 것의 하나로서 進入障壁의 除去를 들 수 있다. 政府는 獨占的 慣行 때문에 潛在的 競爭者들의 市場進入이 沮害되거나 그들의 成長이 妨害되는 경우에는 그러한 方法을 禁止하였다. 우리는 이러한 事例를 特許使用의 條件附 開放, 技術의 公開, 機械의 賃貸와 販賣의 要求, 拘束的 및 排他的 契約의 無效化, 競爭者를 抑壓하기 위한 統合의 禁止 등에서 볼 수 있다. 새로운 進入을 排除하는 慣行을 不法化한 代表的 判例로 된 것은 International Business Machines Corporation 事件(1936)<sup>(60)</sup>, American Can Company 事件(1949)<sup>(61)</sup> 및 United Shoe Machinery Corporation 事件(1953)<sup>(62)</sup> 등이다. 이러한 判決은 企業의 分割로 생기는 여러가지 문제를 回避하고, 既存企業들간의 競爭을 要求하기 보다는 既存의 競爭力을 開放한다는데 意味를 가지는 것이다.

둘째 反트러스트政策은 既存의 結合을 깨뜨리는 것보다도 새로운 結合을 防止하는데 寄與하였다. Celler-Kefauver 法에 의한 Bethlehem Steel Corporation 과 Youngstown Sheet & Tube Company 의 合併禁止는<sup>(63)</sup> 그 合併이 實現된 것이 아니라 計劃中이었기 때문에 可能하였다. 왜냐하면 이런 경우에는 既得權者에게 被害가 가지 않기 때문이었다. 만일 이 反合併法이 이와 같은 先例에 따라서 活潑하게 施行된다면 장차 美國의 經濟構造에 커다란 影響을 미칠 것이 期待된다.

셋째 豫防手段으로서의 寄與를 들 수 있다. 이러한 寄與를 특히 強調한 學者들 중에는 S.N. Whitney, C.D. Edwards, E.S. Mason 및 R. Caves 가 있다. S.N. Whitney 는 美國의 反트러스트政策은 美國產業이 유럽과 같은 方向으로 剝奪化하는 것을 防止하고, 企業들의 合併을 막았으며, 進入의 自由와 機會均等에 도움을 줌으로서 競爭維持에 重要한 貢獻을 했는데, 특히 그 豫防手段으로서의 貢獻이 救濟措置의 可視的 效果보다도 더 컸음을 指摘하고 있다.<sup>(64)</sup> 또한 C.D. Edwards 는 美國의 反트러스트法은 獨占的 및 共謀的 去來制限行爲를 公開적으로 行할 수 없게 하고, 그렇게 함으로서 美國에 剝奪制度가 出現하는 것을 막았다고 主張하고, E.S. Mason 은 어떤 企業活動이 反트러스트法에 抵觸될지 모른다는 두려움이 企業의 判斷에 影響을 미치는 持續的 要因임을 強調하고 있

(60) *International Business Machines Corp. v. U.S.*, 298 U.S. 131 (1936)/188.

(61) *U.S. v. American Can Co.*, 87 F. Supp. 18(1949).

(62) *U.S. v. United Shoe Machinery Corp.*, 110 F. Supp. 295 (D. Mass., 1953), *Affirmed per Curiam* 347 U.S. 521 (1954)/51-53.

(63) *U.S. v. Bethlehem Steel Corp.*, 168 F. Supp. 576 (S.D.N.Y., 1958). Simon N. Whitney, *Antitrust Policies*, 1958, Vol. II, pp. 436-37.

(64) Corwin D. Edwards, *Maintaining Competition*, 1949, p. 294.

다.<sup>(65)</sup> 특히 R. Caves는 適切하게도 反트러스트法은 地方交通法規와 같다고 指摘한다.<sup>(66)</sup> 즉 그에 의하면 마치 交通法規가 모든 交通法規違反을 없애지는 못하나, 交通違反을 하지 않도록 하는 豫防的 效果를 가지는 것처럼, 反트러스트法도 反트러스트法 違反을 完全히 除去하지 못한 것이 확실하지만 모든 企業들의 行動에 대하여 一般豫防的 效果를 가지는 것이다.

以上에서 우리는 直接的인 公的規制나 公企業에 대한 公共政策과 對立되는 競争維持를 目的으로 하는 公共政策이라고 할 수 있는 獨占禁止政策에 관하여 美國의 經驗과 理論은 中心으로 하여 考察하였다. 筆者는 資本主義經濟가 그 基本原理을 追求함에 있어서나 그 效率을 되찾기 위해서는 民間產業에 競争의 原理가 作用해야 하고, 특히 오늘날과 같이 獨寡占企業이 市場을 支配하고 있는 狀況下에서는 有效한 競争原理의 作用을 위한 適切한 競争促進政策이 政府에 의하여 實施되어야 한다고 確信한다.

勿論 競争秩序가 維持되기 위해서는 以上과 같은 獨占禁止政策만으로 充分한 것은 아니며, 競争은 全體的인 經濟政策의 中心이 되어야 하고, 消極的인 維持보다도 積極的으로 促進되어야 한다. 그러기 위해서는 (1) 政府財産이나 公企業을 民間에 處分하는 경우에는 現在의 產業構造를 硬直化하기 보다는 競争의 新參者를 促進하는 方向으로 處分할 것, (2) 小規模企業의 成長에 不利한 法人稅體系를 再檢討할 것, (3) 小規模企業에 대한 政府 融資를 強化할 것, (4) 發明에 대한 誘因을 없애지는 않으면서도 特許權의 獨占의 濫用을 막기 위한 措置를 講究할 것, (5) 高度로 集中된 產業에 도움을 주는 保護關稅를 再調整할 것, (6) 會社法이나 營業許可에 관한 法律을 獨占權이나 制限的 慣行을 위한 手段으로 쓰지 말 것, (7) 過度한 宣傳費支出은 自由로운 進入을 막기 때문에 廣告에 대해서 累進稅를 賦課하는 것 등과 같은 政策의 配慮가 併行되어야 할 것이다.

#### 參 考 文 獻

- Adams, W., ed., *The Structure of American Industry*, 3rd ed., 1961.  
Bain, J.S., *Barriers to New Competition*, 1959,  
    " *Industrial Organization*, 2nd ed., 1967.  
Caves, R., *American Industry: Structure, Conduct, Performance*, 2nd ed., 1967.  
Edwards, C.D., *Maintaining Competition*, 1949.  
Galbraith, J.K., *The New Industrial State*, 1967.  
Kaysen, C. and Turner, D.F., *Antitrust Policy, An Economic and Legal Analysis*, 1965.  
丁炳炘, '有效競争論의 研究', 「經濟論集」, 第Ⅷ卷, 第1號, 1969年, 3月.

(65) *American Economic Review*, Vol. XXXIX (1949), p. 713.

(66) Richard Caves, *American Industry: Structure, Conduct, Performance*, 1964, pp. 64-65.



Kintner, E.W., *An Antitrust Primer*(有賀美智子監譯,「反トラスト法」, 1970).

Neale, A.D., *The Antitrust Laws of the U.S.A.*, 1960.

OECD 編, 日本公正去來委員會譯,「海外諸國の獨占禁止法」, 1970.

*Planning, Regulation, and Competition*, Hearing before Subcommittees of the Select Committee on Small Business, United States Senate, U.S. Government Printing Office, 1967.

*Report of the Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws*, U.S. Government Printing Office, 1955.

Schumpeter, J.A., *Capitalism, Socialism and Democracy*, 3rd ed., 1950.

Singer, E.M., *Antitrust Economics*, 1968.

Stelzer, I.M., *Selected Antitrust Cases*, 3rd ed., 1966.

Wilcox, C., *Public Policies toward Business*, revised ed., 1960.

〔筆者：서울大學校 商科大學  
韓國經濟研究所 研究員  
서울大學校 商科大學 教授〕