

日本の 獨占禁止政策 考察

丁 炳 然

<目 次>

I. 序 言	V. 獨占禁止法の 內容과 運用
II. 二次大戰末까지의 日本의 産業政策	1. 獨占禁止法の 目的과 構成
1. 一次大戰以後	2. 獨占禁止法の 基本概念
2. 世界大不況以後	3. 私的獨占의 意味와 그 豫防規定
3. 戰時統制時代	4. 不當한 去來制限의 意味와 그 豫防規定
III. 聯合軍의 日本管理政策과 獨占禁止法の 制定	5. 不公正한 去來方法의 意味와 그 豫防規定
1. 統制의 解除	6. 獨占禁止法の 運用機關
2. 財閥解體	7. 獨占禁止法違反事件의 審理節次
3. 獨占禁止法の 成立	VI. 獨占禁止法の 適用除外
4. 原始獨占禁止法の 概要	1. 適用除外의 性質
IV. 獨占禁止法の 改正과 補完	2. 獨占禁止法上의 適用除外
1. 1949年의 一次改正	3. 單獨立法에 의한 適用除外
2. 1953年의 二次改正	4. 勸告操業短縮
3. 1958年의 三次改正의 試圖	VII. 結 語
4. 附屬法律의 制定	

I. 序 言

周知하는 바와 같이 獨占禁止政策의 課題는 特別한 規制를 받는 自然獨占의 경우를 除外한 産業部門을 對象으로 하여, 競爭의 有効性⁽¹⁾을 確保助長함으로써 資本主義經濟를 維持發展시키려는 것이다.

특히 오늘날과 같은 寡占의 市場構造下에서는 卡텔의 結成 또는 企業間 共謀에 의하여 競爭의 壓力을 減殺하려는 誘引이 不斷히 作用하고 있고, 또한 市場支配力의 強化를 目的으로 하는 獨占의 形成이나 企業의 合併이 進行될 可能性도 크다. 그러므로 이러한 傾向을 國家權力의 介人으로 阻止하고, 競爭을 維持함으로써 自由企業制度의 經濟的 成果를 높

(1) 拙稿, 「有効競爭論의 研究」, 『經濟論集』, 第Ⅷ卷, 第1號(1969, 3), 參照.

이러는 獨占禁止政策은 先後進國을 莫論하고 하나의 經濟政策으로서 重要한 意義를 가지는 것이다.⁽²⁾

獨占禁止政策 換言하면 競爭維持政策의 中心的인 手段은 獨占禁止法이다. 獨占禁止立法의 嚆矢는 1890년에 制定된 美國의 셔먼法(Sherman Anti-trust Act)이고, 美國은 近一世紀에 가까운 經驗을 가진 獨占禁止政策施行의 母國이다.⁽³⁾ 1947년에 美國의 獨禁三法⁽⁴⁾을 母法으로 하여 導入된 日本의 獨占禁止法은 지난 四半世紀 동안의 施行過程을 통하여 어느 程度 定着되었고, 從來 企業의 大規模化나 協調 또는 統制 등에 關한 日本의 傳統과 思想的 風土 속에서 競爭原理의 重要性이 認識되고 있는 것이 事實이다.

또한 近者에는 寡占體制의 高度化로 因한 物價問題와 不公正한 去來行爲로부터의 消費者 保護의 問題, 그리고 經濟의 國際化, 開放化에 따른 國際的 競爭制限問題 등에 對處하기 위한 經濟政策의 一支柱로서 日本의 獨占禁止政策의 役割은 새로운 評價를 받고 있다.

日本의 獨占禁止法을 中心으로 하여 同國의 獨占禁止政策을 考察하는 것을 目的으로 하는 本稿는 7章으로 構成된다. 第I章 序言에 이어 第II章에서 二次大戰末까지의 日本의 產業政策을 살펴 본 다음, 第III章에서는 聯合軍에 의한 日本管理政策과 獨占禁止法 制定 經緯를 알아 보고, 第IV章에서 獨占禁止法이 그 뒤로 어떻게 改正되었는가를 略述한다. 以上은 主로 日本의 獨占禁止法制의 背景 및 生成過程을 考察한 것이다. 第V章에서는 獨占禁

(2) 지금까지 獨占禁止法을 制定하거나 이와 類似한 目的을 가진 規制를 하는 國家들은 다음과 같다.

1890年, 美國

1920年代, 노르웨이, 스웨덴, 알젠친, 南阿聯邦, 獨逸

1930年代, 덴마크, 불가리아, 유고슬라비아, 루마니아, 멕시코(노르웨이와 덴마크를 除外하고는 이러한 나라들의 大部分은 大不況의 過程에서 修正 乃至 廢止하였다)

1946年, 스웨덴, 알젠친

1947年, 日本

1948年, 英國

1949年, 덴마크

1951年, 오스트리아

1953年, 佛蘭西, 愛蘭, 노르웨이

1955年, 南阿聯邦

1957年, 獨逸

1958年, 和蘭, 핀란드, 뉴질랜드

1959年, 이스라엘, 콜롬비아

1960年, 벨기에

1962年, 브라질

1963年, 스페인

1964年, 스위스

1965年, 오스트리아

(3) 拙稿, 「獨占禁止政策研究」, 『經濟論集』, 第X卷, 第3號(1971, 9), 參照.

(4) Sherman 法, Clayton 法 및 FTC 法을 가리킨다.

止法의 內容과 運用面을 可及的 昭詳하게 分析하고, 第VI章에서 獨占禁止法의 適用除外 措置를 一瞥한 다음 第VII章에서 日本의 獨占禁止政策을 간단히 評價하는 것으로서 結語로 삼는다.

II. 二次大戰末까지의 日本의 產業政策

二次大戰이 끝나기까지의 日本의 產業政策은 特許를 擁護하고 卡텔을 助長하는 競争制限政策을 基調로 한 것이었다. 이것은 產業發展의 初期段階에 있어서는 「殖産興業」을 위하여 企業을 大規模化하고 激烈한 不況期를 當하여는 企業間競争을 排除할 必要에서 나온 것이다. 특히 中日戰爭 以後 그리고 二次大戰이 시작되면서 日本의 모든 產業은 戰時統制下에 놓이게 되고 競争原理가 作用할 餘地는 거의 없었던 것이다. 一次大戰 以後로 日本에서 展開된 產業政策과 그 實態를 略述하면 다음과 같다.

1. 一次大戰以後

日本經濟에 巨大한 財閥이 出現하고 廣汎하게 卡텔化가 시작된 것은 一次大戰의 終結以後 1920年代의 일이다. 淸日戰爭 後의 輕工業과 露日戰爭 後의 重工業의 定着으로 그 基盤을 構築하기 시작한 日本產業은 一次大戰을 契機로 하여 크게 發展하고, 특히 軍需產業과 輸出產業이 急速한 成長을 하였다. 그러나 戰爭景氣를 타고 雨後竹筍처럼 簇生한 群小企業들은 1918年의 戰爭終結과 더불어 되돌아온 恐慌과 過剩生産으로 崩壞하거나 다른 企業들에 吸收合併되었다. 그 結果로 企業의 巨大化가 進行되고, 三井, 三菱, 住友, 安田, 第一 등 이른바 巨大財閥이 出現하게 되었다. 이러한 콘체른은 1927年의 金融恐慌을 契機로 하여 銀行의 整理統合이 이루어짐으로써 더욱 強力하게 되었다.

또한 日本 政府는 1925年에 重要輸出品工業組合法과 輸出組合法을 制定하여 卡텔形成을 積極적으로 助長하였다.

重要輸出品工業組合法은 生産業者의 卡텔을 認定한 것이고, 輸出組合法은 貿易業者의 卡텔 設立을 許可한 것이다. 이러한 卡텔이 合議할 수 있는 事項은 價格設定, 生産量割當, 生産減縮 및 市場分割 등을 包含한다. 뿐만 아니라 政府는 卡텔에 加盟하지 않은 아웃 사이더도 合議事項을 遵守할 것을 命令할 權限을 가졌기 때문에 이 兩法律은 아웃 사이더를 規制하는 最初의 準強制卡텔(quasi-compulsory cartel)을 法制化한 것이다.⁽⁵⁾ 이 兩法律에 의하여 日本政府는 企業들이 獨自의 形成하는 卡텔을 肯定的으로 支援, 強化할 수 있

(5) E.M. Hadley, *Antitrust in Japan*, 1970, p. 365.

는 制度를 마련한 셈이다.

2. 世界大不況以後

이와 같은 立法에 의한 卡텔의 成功으로, 日本政府는 1930年代의 經濟的 不況에 부딪친 거의 모든 主要産業에 卡텔支持政策을 擴大하였다.

1931년에는 主要輸出品工業組合法이 修正擴大되어 工業組合法으로 改稱되고, 國內市場이나 輸出市場을 위한 主要工產品生産을 모두 이에 포함시켰다. 1933년에는 商業組合法이 制定되어 都賣業者와 小賣業者間的 卡텔이 認定되었다.

이러한 法律中에서 가장 包括的인 것은 生産業者間的 卡텔協定을 一般的으로 支持한 1931年의 重要産業統制法이다.

1929年의 世界大恐慌과 1930年의 金解禁恐慌에 對處하기 위하여 産業合理化運動의 一環으로서, 臨時産業調查委員會의 勸告에 의하여 制定된 同法의 要旨은 다음과 같다. (i) 重要産業으로 指定된 産業의 生産業者數의 2分の 1 以上(또는 生産額이나 賣出額의 2分の 1 以上——1936年의 改正으로 追加)이 卡텔을 結成한 때에는 商工省에 届出해야 한다.⁽⁶⁾ (ii) 이 法律에 의하여 認定된 卡텔構成員의 3分の 2 以上(또한 卡텔構成員의 生産額이나 賣出額의 3分の 2 以上——1936年의 改正으로 追加)의 申請이 있을 때에는 商工省은 適當하다고 認定하는 경우에는 그 産業의 모든 生産者로 하여금 그 卡텔規定을 遵守하도록 要求할 수 있다.⁽⁷⁾(아웃 사이더規制) (iii) 또한 商工省은 만일 그러한 卡텔協定이 그 産業의 利益이나 다른 産業 또는 公共의 利益에 有害하다고 認定한 때에는 그 協定의 變更 또는 取消을 命할 수 있다.⁽⁸⁾

以上에서 우리는 同法이 典型的인 準強制卡텔立法임을 알 수 있다. 또한 同法에서 注目되는 것은 一次大戰 終了後 産業의 民主化 乃至 社會化的 世界的 風潮가 反映되어 以上(iii)에서와 같이 同法에 競争制限의 卡텔의 弊害防止가 包含된 點이다. 重要産業統制法에 의하여 重要産業으로 指定된 産業部門은 1934년까지 24個 部門에 達하고, 同法에 의하여 形成된 卡텔의 數는 35年의 中半까지 35個에 이르렀다. 특히 이러한 卡텔은 當該産業部門의 生産額이나 賣出額의 약 90%를 支配하고, 그 중에서도 財閥系企業이 그 大部分을 차지하였다.

(6) 重要産業統制法, 第1條, 第1項

(7) 同上法, 第2條

(8) 同上法, 第3條

3. 戰時統制時代

日本經濟의 一般의이고 強制的인 칼텔化는 1930年代의 不景氣, 海外貿易의 擴大 및 滿洲事變을 비롯한 戰爭遂行으로 造成된 產業統制의 產物이었다.⁽⁹⁾

1931年의 滿洲事變으로부터, 36年의 中日戰爭 그리고 41年의 太平洋戰爭에 이르는 戰爭期間에 日本經濟는 戰時統制經濟로 轉換되었다. 그 代表的인 法的措置를 보면 다음과 같다. 첫째로 日本政府는 重化學工業의 一環으로 1933年에 日本製鐵株式會社法을 制定하여 34년에는 官營 八幡製鐵所와 民營 製鐵會社 7社를 合同하여 半官半民의 大製鐵트러스트인 日本製鐵株式會社를 設立하였다. 그리고 1937년에는 資金과 物資統制를 目的으로 하는 臨時資金調整法과 輸出入品等臨時措置法이 制定되고, 製鐵事業法, 工作機械製造事業法, 航空機製造事業法, 人造石油製造事業法 등 軍需物資 增產을 目的으로 하는 여러가지 事業法이 制定되었으며, 계속해서 重要物資의 使用制限과 配給制度가 實施되었다. 또한 1938년에는 統制立法의 基本法으로서 國家總動員法이 制定되어 生産, 流通 各分野에 대한 統制가 더욱 強化되었으며, 마침내 1943년에는 企劃院과 商工省을 廢止하고 軍需省이 設置되는 등 日本經濟는 完全한 戰時統制經濟下에 놓이게 되었다.

특히 이 時期에 注目되는 것은 各產業分野에 政府에 의한 強制칼텔(compulsory cartel)이 形成되었다는 事實이다. 즉 1941년부터는 重要產業團體令에 依據하여 各重要產業部門에 強制設立, 強制加入을 前提로 하는 統制會 또는 統制組合이 設立되어 從來의 칼텔을 吸收 解消하고 生産과 配給을 綜合的으로 統制하였다. 또한 1943년에는 工業組合法, 商業組合法 등을 廢止하여 商工組合法을 制定하되 重要產業團體令에 의한 統制組合도 同法에 의한 統制組合으로 取扱되게 되었다. 이리하여 日本經濟는 統制와 強制칼텔의 갈래 속에서 終戰으로 치닫고 있었던 것이다.

III. 聯合軍의 日本管理政策과 獨占禁止法の 制定

1945年에 日本이 포스담宣言을 受諾함으로써 二次大戰이 막을 내리자, 同宣言에서 要求된 日本의 民主主義의 傾向을 復活強化하기 위하여 一連의 經濟民主化政策이 계속하여 實施되었다. 즉 勞動部門에서는 勞動者의 團結權을 認定하고 그 地位를 向上시키기 위한 勞動三法이 制定되고, 農業部門에서는 農地改革의 實施와 아울러 農民의 團結과 地位向上

(9) Ariga and Rieke, "The Antimonopoly Law of Japan and Its Enforcement," *Washington Law Review*, August 1964, p. 437.

을 목적으로 하는 農業協同組合法이 制定되었다. 그리고 產業部門에서는 統制의 解除, 財閥解體와 아울러 獨占禁止法이 制定되는 등 產業民主化措置가 取해졌다.

이러한 一連의 經濟民主化政策은 軍國主義의 基盤으로 된 半封建的, 前近代의인 日本經濟를 平和의이고 民主主義的인 經濟로 改革하고, 近代의이고 合理的인 自由企業制度를 確立하기 위한 聯合軍總司令部의 日本管理政策의 一環이었으며 그것은 곧 美國의 對日占領政策을 反映한 것이었다.

다음 두 가지 重要文書는 美國의 對日占領政策의 基本方向을 明示하고 있다. 즉 2次大戰 終結 即後인 1945年 9月 1日에 트루먼大統領은 맥아더元帥에게 보낸 教書中에서,

“...Encouragement shall be given and favor shown to the development of organizations in labor, industry, and agriculture, organized on a democratic basis. Policies shall be favored which permit a wide distribution of income and of the ownership of the means of production and trade...

To this end it shall be the policy of the Supreme Commander:... To favor a program for the dissolution of the large industrial and banking combinations which have exercised control of a great part of Japan's trade and industry.”⁽¹⁰⁾ 라고 말하고, 民主的인 勞動組織, 產業組織 및 農業組織의 發展과, 所得 및 生産手段所有의 廣汎한 分配를 促求하면서, 그러한 目的을 위하여 日本의 商業과 產業의 大部分을 支配하고 있는 大規模의 產業結合과 金融結合을 解體하는 計劃을 支援하는 것이 最高司令官의 政策으로 되어야 한다고 指示하고 있다.

또한 1945年 11月 1日 美國聯合參謀本부는 보다 더 具體的으로 맥아더將軍에게 내린 基本指示에서,

“...you will require the Japanese to establish a public agency responsible for reorganizing Japanese business in accordance with the military and economic objectives of your government. You will require this agency to submit, for approval by you, plans for dissolving large Japanese industrial and banking combines or other large concentrations of private control.”⁽¹¹⁾ 라고 말하고, 日本으로 하여금 日本企業을 再編成할 公的機關을 設立케 하여 이 公的機關이 巨大한 日本의 產業結合과 金融結合 또는 其他의 巨大한 私企業의 集中體를 解體할 計劃을 樹立하여 同將軍의 承認을 받을 것을 맥아더將軍에게 要求하고 있다.

(10) T.A. Bisson, *Zaibatsu Dissolution in Japan*, Berkeley, 1954, p. 239.

(11) E.M. Martin, *The Allied Occupation of Japan*, New York, 1948, pp. 139~40.

그러므로 廣義의 獨占禁止政策으로 볼 수 있는 日本의 産業民主化政策은 二次大戰의 終結을 契機로 하여 만들어진 歷史的 產物이었던 것이다.

1. 統制의 解除

聯合軍은 既存하는 各種의 統制團體의 除去 및 競爭制限的 統制立法의 廢止로서 칼텔을 排除하였다. 우리는 前章에서 戰時統制經濟下의 日本에서 多數의 統制立法이 制定되고 許多한 統制團體가 設立되어서 獨占的 統制가 廣汎하게 強行되고 있었음을 보았다.

그러나 1945年 10월에 있었던 新聞事業令 및 出版事業令의 廢止로부터 시작하여 從來의 統制立法이 廢棄됨으로써 統制會, 統制組織 등 여러가지 統制團體의 解散이 促進되었다. 특히 1947년에는 統制團體를 더욱 徹底하게 解體, 整理하기 위하여 閉鎖機關令, 閉鎖機關整理委員會令이 制定되고, 1,022個의 經濟統制關係 閉鎖機關이 一掃되었다.

2. 財閥解體

戰前, 戰中을 통하여 日本經濟는 커다란 經濟力의 集中을 가져 오고 產業界는 巨大한 特權의 支配下에 있었으며, 二次大戰이 끝나기까지 日本의 經濟, 政治 및 軍國主義化에 미친 日本財閥의 影響은 實로 莫大한 것이었다. 이를테면 一次大戰 終了時에 三井, 三菱, 住友, 安田의 四大財閥과, 이에 다음가는 鮎川, 淺野, 古河, 大倉, 中島, 野村의 6個 財閥을 합한 10大財閥은 全國拂込資本總額의 24.5% 및 32.2%를 각각 차지하고 있었다.⁽¹²⁾ 그러므로 聯合軍總司令部는 日本의 軍國主義의 據頭를 막고 産業의 民主化를 追求하기 위하여 財閥(트러스트와 콘체른) 解體를 要求하였던 것이다.

財閥解體의 基本方向은 日本政府의 四大財閥 解體計劃(Yasuda Plan)에 대한 回答으로서 聯合軍總司令部가 1945年 11月 6일에 提示한 指示覺書「持株會社 解體의 件」⁽¹³⁾에 明示되어 있다.

이 覺書에 따라서 1945년에는 制限會社令이 公表되어 財閥의 資産凍結이 行하여지고, 46년에는 持株會社整理委員會令이 公布되었다. 持株會社整理委員會는 持株會社와 財閥家族를 指定하고, 그들이 所有하는 證券을 管理, 處分하였다. 또한 制限會社 등이 所有하는 證券도 同年에 公布된 會社證券保有制限令에 의하여 同委員會의 監視와 指導 아래 公開되었다. 그리고 1947년에는 聯合軍總司令部의 直接命令에 의하여 三井物產과 三菱商事의 二

(12) 公正去來委員會, 『獨占禁止政策 20年史』, 1968年, p. 7.

(13) *Directive Accepting Japanese Proposal Under Title of "Dissolution of Holding Companies,"* SCAPIN 244, November 6, 1945를 말함. 그 內容에 관하여는 Hadley, *op. cit.*, Appendix IV, pp. 460~463, 參照.

大持株會社가 解散되고 財閥解體措置의 總決算으로서 過度經濟力集中排除法이 制定되었다. 同法은 企業自體를 分割, 再編成하여 市場支配력과 非關聯事業支配를 排除하려는 것이로서 生産部門 257社, 商業서비스部門 68社 都合 325社가 指定企業者로서 同法の 適用을 받게 되었다. 뿐만 아니라 1948년에는 財閥同族支配力排除法에 의하여 財閥家族 및 財閥企業役員의 役員就任의 禁止가 행하여지고, 會社證券保有制限令에 의하여 制限會社間의 役員兼任이 禁止되었다. 이리하여 日本의 巨大한 財閥企業間의 資本的, 人的 結合關係는 斷切되게 되었다.

3. 獨占禁止法の 成立

獨占禁止法(正式名稱은 「私的獨占의 禁止 및 公正去來確保에 관한 法律」(Act Concerning Prohibition of Private Monopoly and Maintenance of Fair Trade)이다)과 그 補完法인 事業者團體法은 前述한 統制團體의 解除, 財閥解體 및 集中排除 등의 諸措置가 모두 臨時的인 것이었음에 反하여, 이러한 臨時的 諸措置의 成果를 永久히 維持하고, 獨占的 企業結合과 事業者團體의 共同行爲의 復活을 事前에 防止하기 위한 恒久法으로서의 意義를 가지는 것이다.

日本의 獨占禁止法 制定의 淵源은 前述한 1945年 11月 6日附 聯合軍總司令部의 指示 「持株會社 解體의 件」에서 찾을 수 있다. 財閥解體를 위한 安田計劃을 承認한 同指示의 第6條 C項에서 맥아더將軍은 日本政府에 대하여,

“Its program for the enactment of such laws as will eliminate and prevent private monopoly and restraint of trade, undesirable intercorporate security ownership, and [assure] the segregation of banking from commerce, industry and agriculture and as will provide equal opportunity to firms and individuals to compete in industry, commerce, finance, and agriculture on a democratic basis.”

을 指示하여 「私的獨占과 去來制限, 所望스럽지 않은 企業間 株式保有를 除去하고, 銀行을 商業, 産業 및 農業으로부터 分離하며, 企業과 個人에게 産業, 商業, 金融 및 農業에서 民主的으로 競爭할 수 있는 同等한 機會를 賦與하는 法律을 制定하는 計劃」을 迅速히 提出하여 聯合軍最高司令部의 承認을 받을 것을 要求하였다. 이에 따라서 日本政府는 産業秩序法案을 檢討하는 등 立法準備를 하고 있었는데 1946年 1월에 美國政府는 이에 대한 包括的인 指針을 마련하기 위하여 노스웨스턴大學 經濟學 教授 兼 國務省 國際企業慣行局의 칼넬問題 顧問인 Corwin D. Edwards를 團長으로 하고, 司法省 反트러스트部 3人, 聯邦去來委員會 1人, 證券去來委員會 1人, 聯邦動力委員會 1人, 關稅委員會 1人을 委員

으로 하는 調査團을 派遣하였다. 그 結果로 日本의 獨占禁止制度는 이 調査團⁽¹⁴⁾의 勸告를 크게 받아들여지게 되었다.

1946年 12月에는 日本政府는 關係者代表에 의한 獨占禁止準備調査會를 設置하고 聯合軍總司令部와 連絡을 維持하면서 獨占禁止法案의 作成을 推進하였다. 同法案은 1947年 2月에 日本國會에 提出되고 同年 3月에 成立, 同年 4月에 公布되었는 바, 그것이 立法過程에서 美國의 占領政策의 影響을 얼마나 크게 받았는가는 同法의 內容을 1947年 1月 22日 附로 美國의 占領政策을 밝힌 「日本에 있어서의 過度經濟力集中에 관한 美國政策의 陳述書」의 第14節 「獨占禁止法」⁽¹⁵⁾과 比較해 보면 明白하다.

(14) 正式名稱은 State-War Mission on Japanese Combines 이다. 有名한 FEC 230 號는 極東委員會에 提出된 이 調査團의 報告書를 말한다.

(15) *Statement of U.S. Policy with Respect to Excessive Concentrations of Economic Power in Japan*, State War-Navy Coordinating Committee, SWNCC 302/2, January 22, 1947의 14. *Anti-Trust Law* 를 가리킨다. 그 原文은 以下와 같다. (Hadley, *op. cit.*, Appendix, pp. 508-9)

A Japanese anti-trust law should be enacted, prohibiting, among other things:

a. concerted business activity which burdens trade, including, but not by way of limitations to, such activities as fixing of prices, restriction of sales or output, and allocation of markets, commodities, or customers;

b. individual or concerted activity which has the purpose or effect of coercing business enterprises to conform to business policies, or participation in programs carried on by the coercing concern or group which are designed to drive selected enterprises out of any line of business, through means which include but are not limited to intimidation of a rival's customers or sale to a rival at discriminatory prices;

c. the creation of excessive concentrations of economic power, as such concentrations are defined in paragraph 2; (where considerations of structural or technological unity require the creation of large concentrations, government ownership or strict regulation of these concentrations should be provided for);

d. types of industrial growth and of intercorporate connection which are particularly likely to monopoly or to excessive size, including mergers (i.e., acquisitions of any substantial portion of the capital assets) of going concerns of other than negligible size which are in competition with one another, or mergers of non-competing concerns which might lead to the creation of large scale enterprises capable of developing into an excessive concentration of economic power, where such mergers are not explicitly found to be required in the public interest.

e. types of intercorporate relations (e.g., those described in paragraph 4d) which restrain competition.

This anti-trust law should be enforced by a specialized agency operating at a high governmental level and exercising broad investigatory and remedial powers. Consideration should be given to including in this agency representatives of the groups most likely to be aggrieved by excessive corporate growth; in any event, special care should be taken not to allow representatives of large scale business, or of political groups sympathetic to large scale business to be named to this agency.

Exemption from the provisions of this law should be provided for the joint activities of cooperatives, where such activities are not coercive or monopolistic, and where they are conducted according to the democratic principles characteristic of genuine cooperatives. Similar exemption should be provided for labor activities other than those involving the restriction of commercial competition, and for natural-monopolies and public utilities in so far as they are owned or closely regulated by the government.

4. 原始獨占禁止法の 概要

이 獨占禁止法은 公正하고 自由로운 競爭을 促進하는 것에 의하여 一般消費者的 利益을 確保함과 아울러 國民經濟의 民主적이고 健全한 發達을 促進하는 것을 基本理念으로 한 것이다.⁽¹⁶⁾

또한 그 實體規定은 私의 獨占 및 不當한 去來制限의 禁止⁽¹⁷⁾와 不公正한 競爭方法의 禁止⁽¹⁸⁾를 세 가지 基本的인 支柱로 하고, 이 基本的 支柱를 補完하는 豫防的 規定으로 構成되었다.

補完的 豫防規定으로서는 不當한 去來制限을 防止할 目的으로 칼텔의 共同行爲의 全面的 禁止⁽¹⁹⁾, 私의 統制團體의 設立禁止⁽²⁰⁾를 規定하고, 私의 獨占을 防止할 目的으로 不當한 事業能力的 較差排除⁽²¹⁾와 아울러 株式保有, 役員兼任, 合併, 營業讓受에 의한 持株會社의 劃一的 制限規定⁽²²⁾을 두었다. 또한 同法の 實施機關으로서 7人의 委員으로 組織되는 公正去來委員會를 두고 獨立하여 그 職權을 行使할 수 있게 하였다.⁽²³⁾

또한 1948年에는 獨占禁止法の 補完的 豫防法으로서 事業者團體法이 制定되었는데 同法은 事業者團體가 칼텔的 行爲를 할 餘地를 封鎖하기 위하여, 모든 事業者團體의 公正去來委員會에 대한 肩出義務⁽²⁴⁾, 許容되는 活動範圍⁽²⁵⁾ 및 禁止되는 行爲⁽²⁶⁾를 廣範하게 規定한 것이다.

同法에 의하면 事業者團體에게 許容되는 活動範圍는 (i) 統計資料의 自由意思에 의한 受領, (ii) 特定事業者를 指稱하지 않은 總括的 資料의 公刊, (iii) 有關公共機關과의 協力에 의한 品質改善, 規格改良 및 生産과 配分の 能率向上, (iv) 團體의 一般的 目的에 관한 事業의 啓蒙, (v) 勞動組合과의 團體交渉 등 9項目과 公正去來委員會가 認可한 事項에 限定하고, 事業者團體의 禁止行爲로는 (i) 原材料의 割當 등에 의한 生産, 配分の 統制와 政府에 대한 그 割當案의 提出, (ii) 一定事業分野의 事業者數의 制限, (iii) 構成事業者에 대한

(16) 1947年 制定法, 第1條

(17) 同上法, 第3條

(18) 同上法, 第19條

(19) 同上法, 第4條

(20) 同上法, 第5條

(21) 同上法, 第8條

(22) 同上法, 第4章

(23) 同上法, 第8章, 現在는 委員長 1人, 委員 4人으로 構成된다.

(24) 事業者團體法, 1948年 7月 29日, 法律 第191號, 第3條

(25) 同上法, 第4條

(26) 同上法, 第5條

報告提出 強要, 監査 및 調査, (iv) 株式, 社債의 所有, 構成事業者를 위한 集金, (v) 構成事業者의 紛爭의 仲裁, 解決 등 18 項目이었다.

이 法의 制定에 앞서서 1947 年 6 月에 總司令部는 民主의 事業者團體의 形態를 例示하기 위하여 「産業團體의 模範定款例」를 日本政府에 內示하였다. 그러나 日本政府가 이를 積極의이고 迅速하게 받아들이지 아니하자, 同年 12 月末에 總司令部는 아무런 事前豫告 없이 強力하게 法律化를 要求하여 Trade Association Law 를 提示하였다. 本法는 거의 全的으로 이것을 받아들인 立法措置였다.

IV. 獨占禁止法の 改正과 補完

1947 年 7 月부터 獨占禁止法은 全面的으로 施行되고 이것을 前後해서 同法의 目的에 違背되는 法令은 차례로 改廢되어 同法은 經濟秩序에 관한 基本法으로서의 地位를 確保하기에 이르렀다.

그러나 同法(原始獨占禁止法)은 占領當局의 강한 影響下에 制定되었기 때문에 그 母法인 美國의 反트러스트諸法보다도 嚴格하였으며, 지나치게 競爭의인 産業組織을 實現하려는 純粹理想的인 性格과, 戰爭再發을 막기 위한 懲罰的 意圖가 內包된 것이었다. 따라서 日本의 經濟復興과 國際情勢의 變化에 따라서 몇차례의 修正을 겪게 되었다. 그리고 1947 年부터는 前述한 財閥解體措置와 經濟力集中排除政策은 大幅 緩和되어 當初의 嚴格한 施行이 解除되었다.

1. 1949 年의 一次改正

1949 年의 一次改正은 1947~48 年에 걸쳐서 日本經濟가 復興을 시작하자 企業의 證券消化와 外資導入이 必要하게 된 데 그 原因이 있었다. 즉 公正去來委員會가 聯合軍總司令部에 提出한 理由書⁽²⁷⁾에서도指摘된 바와 같이, 同法은 專業會社나 金融機關의 證券取得을 嚴格하게 制限하고 있기 때문에 會社의 新設增資를 위한 巨額의 證券消化는 零細한 個人投資에 依存할 수 밖에 없고, 民間企業이 直接 技術이나 資材의 形態로 民間外資를 導入하는 것도 다른 나라들에 비하여 嚴格한 制約을 받고 있었다.

그러므로 이러한 諸問題를 解決하기 위하여 1949 年 6 月에 獨占禁止法의 一部改正이 一次的으로 行하여졌다.

原始獨占禁止法이 改正되어 變更된 骨子は (i) 事業會社의 株式保有制限을 緩和하여 그

(27) 公正去來委員會, 「獨占禁止政策 20 年史」, 1968 年, pp. 53~54.

것이 競爭의 實質的 制限으로 되는 경우에 限定한 것⁽²⁸⁾, (ii) 役員兼任의 制限을 競爭關係에 있는 會社間的 경우로 限定한 것⁽²⁹⁾, (iii) 合併 등의 認可制를 事前 届出制로 한 것⁽³⁰⁾, (iv) 外國事業者와의 國際協定 또는 國際契約의 認可制를 事後 届出制로 한 것⁽³¹⁾, (v) 「競爭」의 定義를 規定한 것⁽³²⁾ 등이다. 또한 同法이 改正되기 數日前에는 海上運送法과 中小企業協同組合法과 같은 適用除外法의 制定도 있었다.

2. 1953 年の 二次改正

1953 年の 獨占禁止法改正은 1949 年の 一次改正에 비하여 커다란 變更이었으며, 그 뒤로 同法の 實質的 改正은 거의 없는 채로 現在에 이르고 있다.

우리는 이러한 大幅的 改正이 있게 된 理由를 韓國動亂을 前後하여 日本이 當面한 經濟狀況과 國際情勢의 變化에서 알아 볼 수 있다. 日本經濟는 1950 年の 韓國動亂을 契機로 하여 大活氣를 띠었으나 翌年 7 月の 休戰成立 以後로는 特需景氣의 終結, 世界不況에 의한 輸出不振 등에 의해서 戰後 最初로 深刻한 不景氣에 부딪치게 되었다.

그 結果로 1952 年에는 特定中小企業의 安定에 관한 臨時措置法과 輸出去來法이 成立되고, 特定部門의 共同行爲가 一定한 要件下에서 容認되게 되었으며, 또한 通商産業省의 行政勸告에 의하여 綿紡績, 化學纖維 등에 操業短縮이 있게 되어(勸告短縮), 獨占禁止法の 實質的 緩和가 企圖되었다.

이러한 背景下에서 「本法의 諸規定中에는 日本의 經濟特質과 實態에 맞지 않는 것이 있고 이것 때문에 經濟의 發展에 도리어 支障을 招來할 憂慮가 있음이 感知되어…公正하고 自由로운 競爭을 促進하려는 獨占禁止法の 根本精神은 어디까지나 尊重해야 할 것이지만, 此際에 内外諸情勢의 趨勢에 비추어, 獨占禁止法에 適當한 調整을 加할 必要가 있다」⁽³³⁾고 생각되었던 것이다.

또한 二次改正의 重要한 契機로 된 것은 東西對立의 激化로 美國의 對日占領政策이 緩和된 事實이다. 1951 年 5 月 1 日 리지웨이 聯合軍最高司令官은 日本政府에 보낸 覺書(리지웨이 聲明)에서,

“to review existing ordinances issued in an implementation of directives from this

(28) 同上法, 第10條

(29) 同上法, 第13條

(30) 同上法, 第15條 第2項

(31) 同上法, 第6條 第3項

(32) 同上法, 第2條 第2項

(33) 緒方國務大臣의 對國會 獨占禁止法改正法案 提案理由中에서 拔萃.

headquarters, for the purpose of evolving through established procedures such modifications as past experience and the present situation render necessary and desirable”⁽³⁴⁾

라고 달하고 「過去の經驗과 現在の狀態에 비추어 修正이 必要하고 바람직한 경우에는 現行節次에 의하여 修正할 目的으로, 本總司令部指示를 實施하는 동안에 公布된 現行法令을 再審査하는 (下線筆者)」權限을 日本政府에 賦與하였다. 그리하여 日本은 이 聲明에서 밝혀진 方針을 따라서 占領期間中에 公布된 諸法令을 再檢討하기 위하여 政令諮問委員會를 設置하였다. 政令諮問委員會는 獨占禁止法の 改正, 事業者團體法の 廢止 및 財閥解體關係諸法令의 原則的 廢止 등을 內容으로 하는 「經濟法令의 改廢에 관한 意見」을 1951年 6月에 報告하고, 이 答申에 의하여 獨占禁止法改正案도 만들어졌다. 그러나 總司令部의 事業者團體法 改正承認, 獨占禁止法改正 不承認通告를 받게 되어 日本政府는 講和條約 發効 後까지 獨占禁止法の 改正은 미루게 되었다.

1952年 4月 對日講和條約 發効 後 同法の 改正은 再檢討되고 드디어 1953年 9月에 그 實現을 보았다. 變更된 改正法の 主要한 內容은 (i) 原則으로서의 共同行爲(칼텔)의 全面的 禁止規定(第4條)의 削除, (ii) 事業者團體의 設立, 組織 또는 加入의 禁止規定(第5條)의 削除, (iii) 不當한 事業能力의 較差의 排除措置(第8條)의 削除, (iv) 株式保有, 役員兼任, 合併 및 營業의 讓受 등의 制限(第4章)은 競爭을 實質的으로 制限하는 것으로 되는 경우에 限定한 것, (v) 不公正한 競爭方法의 禁止(第5章)를 不公正한 去來方法의 禁止로 改正한 것, (vi) 再販賣價格維持契約을 許容한 것(第24條의 2), (vii) 不況에 對處하기 위한 共同行爲(不況칼텔)의 一定制約下的 許容(第24條의 3), (viii) 企業의 合理化를 위한 共同行爲(合理化칼텔)의 一定制約下的 許容(第24條의 4), (ix) 廢止된 事業者團體法の 規定 一部를 第8條에 代置한 것 등을 포함하고 있다.⁽³⁵⁾

이 獨占禁止法 改正에 의하여 이제까지 原則으로서 禁止되고 있던 칼텔은 緩和되어 獨占禁止法 自體內에 不況칼텔, 合理化칼텔의 制度가 導入되고 企業分割에 관계되는 不當한 事業能力의 較差排除規定이 削除되어 巨大企業의 分割이 한층 不可能하게 되었으며, 再販賣價格維持契約制度의 導入으로 指定業種에서는 메이커가 販賣業者를 支配할 수 있는 可能性이 생겼다. 그러므로 칼텔의 原則禁止에 관한 獨占禁止法の 規定에 대한 例外措置는 이미 中小企業關係의 칼텔을 認定하는 中小企業安定臨時措置法과 輸出關係의 칼텔을 認定

(34) Bisson, *Zaibatsu Dissolution*, p. 179.

(35) 1947年 制定法, 49年, 53年 改正法の 比較對照를 위해서는 上掲 『獨占禁止政策 20年史』, 附屬資料, pp. 401~453을 參照한 것.

하는 輸出去來法(1953년에 中小企業安定法, 輸出入去來法으로 擴充改正됨) 및 政府의 勸告操短 등으로 認定되게 되었음은 上述한 바와 같지만 1953年改正後로는 獨占禁止法の 테두리內에서도 不況칼텔이나 合理化칼텔은 認定받게 된 것이다.

獨占禁止法の 칼텔禁止規定에 대한 適用除外法은 그 뒤 1960年 頃까지 계속 制定되었다. 그 結果로 칼텔行爲는 現在 獨占禁止法에서 認定된 不況칼텔, 合理化칼텔 以外에 약 40개의 適用除外法律에 의하여 合法化되고 있는 實情이다.

3. 1958年의 三次改正의 試圖

日本經濟의 寡占化가 進行됨에 따라 產業界와 政府는 第2次改正 以後에도 獨占禁止法改正의 움직임을 멈추지 않았다. 1957년에는 獨占禁止法審議會가 內閣에 設置되어 獨占禁止法改正에 관한 答申을 提出하고, 이 答申에 의거해서 1958년에 同法의 改正法案이 國會에 提出되었다.

同改正案의 骨子は 共同行爲와 合併制限規定을 緩和하여 獨占禁止法을 事實上 有名無實하게 만드는 것이었다. 그러나 이 때에는 이미 獨占禁止法の 重要性이 中小企業團體, 消費者團體 및 農業團體 등 뿐 아니라 國民一般에게도 相當히 浸透되어 있었으므로 同法改正案은 國會의 審議未了로 廢棄되었다. 이 改正法案의 廢棄過程을 契機로 하여 政府當局은 獨占禁止法改正이 容易하지 않다는 認識을 가지게 되고 獨占禁止法은 점차 日本社會에 定着하게 되었다.

廢棄된 同法案이 가지는 問題點으로 指摘할 수 있는 것은 (i) 合理化를 위한 것이라면 獨占을 낳게 되는 合併이라도 可하다는 것(이는 獨占禁止法の 根本理念에 反한다.), (ii) 칼텔을 公共利益에 反하는 “惡한 칼텔”과 公共利益에 合致하는 “善한 칼텔”로 區別하는 것이다. 이는 獨占禁止法の 規制方式이 原則禁止主義로부터 弊害規制主義로 轉換하는 것을 意味한다.

一般的으로 유럽은 弊害規制主義, 美國은 原則規制主義에 立脚하고 있다. 그러나 英國에서는 弊害規制主義를 取하고 있을지라도 칼텔은 公共의 利益에 反하는 것으로 推定되고 있기 때문에, 칼텔側은 그것이 法律이 規定한 公共의 利益에 合致되는 것을 立證해야만 한다. 그리고 美國에서는 칼텔을 거의 認定하고 있지 않지만, 例外的으로 輸出貿易關係와 海上運賃同盟에 관해서 강한 制限規定을 두고 認定하고 있다. 日本은 原則禁止라고 하지만 獨占禁止法の 該當條文을 비롯 약 40個 法律에서 칼텔을 認定하고 있기 때문에, 日本의 칼텔은 中小企業政策, 貿易振興對策 其他 여러가지 政策上의 目的으로 相當히 大幅的으로 認定되고 있음을 否定할 수는 없다.

4. 附屬法律의 制定

以上에서 우리는 獨占禁止法의 推移를 보았거니와, 한편으로 同法을 補完하는 附屬法律도 制定된 바 있다. 1956年의 下請代金支拂遲延等防止法(下請法)과 1962年의 不當景品類 및 不當表示防止法(景表法) 등이 그것이다.

下請法은 大企業이 中小企業者인 下請事業者에 대하여 下請代金の 支給을 遲延하거나 또는 不當한 價格引下要求 또는 不當한 返品の 強要 등을 하는 것을 取締하는 法律이다. 그리고 景表法은 최근기동조립 事件이 일으킨 輿論을 契機로 하여 不當한 方法으로 顧客을 誘引하는 것을 防止하기 위한 것이다. 直接 消費者를 保護하려는 同法은 不當한 顧客誘引은 不公正한 去來方法이라고 하는 獨占禁止法의 不公正한 去來方法의 한 形態를 補完한 것이다.

V. 獨占禁止法의 內容과 運用

前章에서 우리는 日本의 獨占禁止法의 生成過程을 略述하였으므로 여기에서는 日本의 現行獨占禁止法의 內容과 適用方法을 考察하기로 한다.

1. 獨占禁止法의 目的과 構成

獨占禁止法의 目的을 밝힌 同法 第1條에 의하면, ① 獨占禁止法의 直接的 目的은 公正하고 自由로운 競爭을 促進하는데 있으며, ② 그 目的達成의 手段으로서는 私的獨占(private monopolization), 不當한 去來制限(unreasonable restraint of trade) 및 不公正한 去來方法(unfair business practices)을 禁止하고, ③ 그 結果 窮極의 目的으로서 事業者의 創意性 發揮, 事業活動의 活潑化, 雇傭 및 國民所得水準의 向上으로써 一般消費者의 利益 確保와 國民經濟의 民主的이고 健全한 發達을 促進한다고 밝히고 있다.

그러므로 本條에 의하면 國民經濟의 民主的이고 健全한 發達의 促進이라는 窮極의 目的을 實現하기 위하여 公正하고 自由로운 競爭을 確保하는 것이 本法의 直接的이고 具體的인 目的임을 알 수 있다. 따라서 本法의 窮極의 目的은 實質的 平等으로의 要求에 對應하여 그 實現을 圖謀하는 것, 즉 經濟法의 基本原理의 實現에 있고, 그것은 바로 經濟的 民主主義와 關係되는 것이다. 물론 實質的 平等을 實現하기 위하여 取해지는 方案은 競爭秩序와 關聯되는 것에 限定되는 것은 아니다. 그러나 自由企業主義社會를 前提로 하고 資本의 私的所有을 原則으로 하는 以上, 經濟的 民主主義, 實質的 平等으로의 要求에 合致되는 方向이 公正하고 自由로운 競爭을 確保하는데 있음을 否定할 수는 없다.

現行獨占禁止法은 本文 100條 및 附則으로 構成되어 있다. 本文 100條 중에서 第6章 (第24條의 4)까지의 規定이 大體로 實體規定의 部分이고, 나머지 4章은 損害賠償, 公正去來委員會, 違反行爲에 대한 規制, 그러기 위한 審理節次 등을 規定하고 있다.

그리고 前6章의 實體規定의 部分을 分類하면 (i) 私的獨占의 禁止와 그 豫防規定, (ii) 不當한 去來制限의 禁止와 그 豫防規定, (iii) 不公正한 去來方法의 禁止와 그 豫防規定으로 三大別된다. 私的法獨占의 禁止(第3條), 持株會社(holding company)의 禁止(第9條), 株式保有(stockholding)의 制限(第10, 11條, 第14條), 役員兼任(interlocking directorates)의 制限(第13條), 合併(merger or consolidation), 營業의 讓受(acquisition of business) 등의 制限(第15, 16條) 등은 私的獨占의 禁止와 그 豫防規定에 關한 것이며, 不當한 去來制限의 禁止(第3條), 國際去來에 關한 規制(第6條), 事業者團體(trade association)에 대한 活動規制(第8條) 등은 不當한 去來制限의 禁止와 그 豫防規定에 屬한다고 볼 수 있을 것이다.

日本の 獨占禁止法은 大略 以上과 같은 構成을 가지고 있지만, 競爭制限防止政策이 아닌 다른 政策原理가 適用되어야 할 經濟部門이나 國民經濟의 利益의 觀點에서 一定期間 競爭의 制限이 必要한 行動에 대해서는 獨占禁止法の 適用除外立法이 制定되어 있고, 또한 獨占禁止法の 補完法으로서 그 內容을 明白히 하고 節次를 簡素化하기 위하여 下請法과 景表法이 制定되어 있음은 前章에서 言及한 바 있다. 그러므로 日本の 獨占禁止政策의 體系를 完全히 把握하기 위해서는 基本이 되는 獨占禁止法과 아울러 이러한 諸立法도 包括的으로 考察할 必要가 있을 것이다.

2. 獨占禁止法の 基本概念

日本の 獨占禁止法은 다른 經濟法規과 달라서 經濟秩序의 基本을 規定한 法律로서 가끔 經濟憲法이라고도 불리고 있다. 特別히 制定된 適用除外立法에서 獨占禁止法の 規定은 適用하지 않는다고 明文으로 規定하고 있는 것도 獨占禁止法の 다른 法律에 대한 實質的 優越性を 立證하는 것이다.

그러나 同法은 美國에서 發達한 英美法の 繼受法이기 때문에 大陸法的 色彩가 강한 日本에서는 獨占禁止法을 具體的으로 適用하기가 困難한 立場에 있다. 특히 經濟行爲를 法律的으로 評價하는 것을 規範內容으로 하여 獨占禁止法을 正當하게 運用하기 위해서는 競爭制限行爲의 經濟的 側面인 事實問題와 그 法律的 價值評價 즉 法律問題와를 結合시켜야 하므로, 獨占禁止法の 解釋, 運用을 위해서는 經濟의 實體에 대한 올바른 理解가 必要하

게 된다. 그러므로 本節에서는 獨占禁止法을 解釋하는데 問題로 되는 몇가지 基本的 概念을 經濟學的 側面에서 考察하기로 한다.

1) 競爭

競爭(competition)의 概念은 獨占禁止法이 「公正하고 自由로운 競爭을 促進」하는 것을 目的으로 하는 것에서 알 수 있듯이 獨占禁止法의 核心的 概念이다.

競爭에 관한 獨占禁止法의 定義를 보면 原始法에서는 「競爭 또는 競爭者는 潛在的인 競爭 또는 競爭者를 包含하는 것으로 한다」⁽³⁶⁾는 規定을 두고 있을 뿐이었으나, 現行法에서는 「이 法律에서 競爭이란, 2 以上の 事業者가 그 通常의 事業活動의 範圍內에서, 또한 當該事業活動의 施設 또는 態樣에 重要한 變更을 加하지 않고 左의 各號의 1에 舉示하는 行爲를 하고, 또한 할 수 있는 狀態를 말한다. …(i) 同一한 需要者에게 同種 또는 類似한 商品 또는 役務를 提供하는 것, (ii) 同一한 供給者로부터 同種 또는 類似한 商品 또는 役務의 供給을 받는 것」⁽³⁷⁾이라고 定義하고 있다. 이 定義에 의하면 競爭은 販賣者間 또는 購買者間에서 他를 排除하고 去來하려는 機會를 얻고자 하는 努力 또는 그 狀態를 意味한다.

그러므로 獨占禁止法上의 競爭은 特定事業者의 個別的인 競爭行爲보다도 特定市場에 있어서의 全體로서의 競爭機能을 意味하며, 또한 競爭에는 顯在的인 競爭 뿐만 아니라 企業의 通常의 活動에 있어서 工場, 機械 등의 施設이나 生産, 都賣, 小賣 등 事業活動의 態樣에 重要한 變更을 加하지 않고 競爭關係에 들어갈 수 있다는 意味의 潛在的인 競爭(potential competition)도 포함되고 있다. 그리고 이와 같은 意味의 競爭關係가 成立되기 위해서는 客觀的으로 去來對象, 去來段階 및 去來領域이 같아야 할 것임은 勿論이다.

2) 一定한 去來分野에 있어서의 競爭의 實質的 制限⁽³⁸⁾

이 概念은 一定한 行爲를 本法에서 規制하는 경우에 適用되는 가장 重要한 基本이며, 「公正하고 自由로운 競爭의 促進」을 위하여 防止, 除去되어야 할 行爲이다.

여기서 規定한 一定한 去來分野(field of trade)란 相互間에 競爭關係에 있는 事業者들로 構成된 市場을 意味한다. 그러나 이러한 市場의 範圍(market boundary)는 그것이 地域的인 것이든, 生産, 都賣, 小賣 등 業態에 의한 것이든 固定的인 것이 아니라, 競爭의 具體的인 性質에 따라서 可變的으로 判斷되어야 할 性質의 것이다.

(36) 1947年 制定法, 第2條 第2項

(37) 現行法, 第2條 第4項

(38) 現行法, 第2條 第5, 6項 參照.

그리고 이러한 市場의 範圍內에서 어느 정도의 競爭制限을 競爭의 實質的 制限(substantial restraint of trade)으로 볼 것인가에 관하여는 公正去來委員會는 「私的獨占禁止法에서 말하는 競爭의 “實質的 制限”이란 競爭의 “實効性”있는 制限과 同一한 意味에 歸着되며, 有效한 競爭을 期待하거나 거의 不可能한 狀態를 가리키는 것」⁽³⁹⁾이라고 解釋한다. 어떤 企業이 一定한 去來分野에 있어서, 어느 程度로 事業을 支配하면 競爭의 實質的 制限으로 되는가는 一般的으로 論斷하기가 困難하다. 특히 몇%의 市場占有率을 實質的 制限으로 解釋할 것인가를 計數的으로 表現하는 것은 거의 不可能하다. 그것은 業種, 市場의 狀況, 競爭의 態樣 등 여러가지 事情을 綜合해서 具體的으로 判斷할 事項이며 이를 劃一的으로 決定할 수는 없는 것이다.

다만 大體的인 基準으로 되는 集中度에 관해서는 大概 30% 또는 그 以下 程度가 한 가지 基準으로서 危險線으로 되고 있다. 이는 英國의 獨占禁止法이 英國 또는 그 有意한 一定地域에서 供給되는 當該種類的 全商品의 적어도 3分の1의 供給이 1人에 의하여 또는 1人에 대하여 행하여지고, 相互結合關係에 있는 2個 以上の 法人에 의하여 또는 이러한 2個 以上の 法人에 대하여 行[하여지는]...」⁽⁴⁰⁾(下線筆者) 경우에는 同法을 適用할 수 있다고 規定한 것과 相通하는 點을 가진다.

3) 公共의 利益

獨占禁止法에서 規制하고 있는 私的獨占과 不當한 去來制限은 「公共의 利益에 反하여 (contrary to the public interest)」⁽⁴¹⁾ 一定한 去來分野에 있어서의 競爭을 實質的으로 制限하는 것이라고 定義되고 있다. 따라서 公共의 利益이란 概念은 그 解釋如何에 따라서 獨占禁止政策의 實施에 重大한 影響을 招來하는 것이 된다.

本法은 競爭秩序의 維持를 그 直接的 目的으로 하기 때문에, 公共의 利益의 內容은 自由 競爭秩序의 維持와의 關聯下에서 論議되는 것이 普通이며 그러한 論議는 大別해서 두 가지로 區別된다.

그 하나는 自由競爭秩序의 維持 그 自體가 公共의 利益에 合致된다는 見解이며, 이것은 獨占禁止法의 解釋法으로 強力하게 主張되고 있고, 公正去來委員會와 法院도 이 立場을 取하고 있다. 第2의 見解는 주로 獨占禁止政策의 緩和를 意圖하는 政策論的, 立法論的 立場과 關聯되어 主張되는 것이며, 公共의 利益은 生産者와 消費者를 포함하는 廣範한 國民

(39) 1950年 9月 29日, 「東寶, 스마루事件」의 審決文

(40) Monopolies and Restrictive Practices (Inquiry and Control) Act, 1948, 第3條, (1)의 (a). OECD 編, 日本公正去來委員會事務局 譯編, 『海外主要國의 獨占禁止法』, 1970, p. 151에서 引用.

(41) 現行法, 第2條 第5, 6項 參照.

經濟 全般의 利益이라는 高次的 見地에서도 判斷되어야 한다는 것이다.

第1의 見解는 칼텔과 特許는 價格을 管理하고, 技術進歩를 阻害하고, 關聯事業者를 壓迫하기 때문에 그 自體가 惡한 것이라는 생각에 立脚하고 있으며, 따라서 칼텔과 特許는 언제나 公共의 利益에 反한다는 것이다. 이에 反하여 第2의 見解는 칼텔이나 特許 中에는 國民經濟的으로 生産의 合理化, 輸出振興과 國際收支의 改善, 國民生活의 向上 등에 寄與하는 善한 것도 있는 것이므로, 價格引上, 技術革新의 阻害, 關聯事業者의 壓迫 등을 招來하는 칼텔만이 惡한 칼텔이나 特許트라는 것이다. 따라서 惡한 칼텔이나 特許트만 公共의 利益에 反한다는 主張이다.

從來의 學說이나 審決, 判例에 의하면 競爭의 維持가 바로 公共의 利益이라는 主張이 支配的이다. 즉 公正去來委員會의 審決에 의하면, 「事業者가…共同으로 價格을 決定하는 것과 같은 行爲는 自由競爭의 確保를 眼目으로 하는 獨占禁止法 第1條의 規定의 精神에 違反되는…것이므로, 그 行爲自體를 公共의 利益에 違反한다고 認定하는 것이 妥當하고, 協定價格의 內容이 妥當한가 안한가, 事業者가 不當한 利益을 얻었는가 안얻었는가, 또는 國家에 損失이 있었는가 없었는가 등의 事項은 반드시 公益違反의 有無를 判斷하는 基準으로는 되지 않는다」⁽⁴²⁾고 밝히고 있고, 裁判所의 判決⁽⁴³⁾도 또한 이와 같은 立場을 취하고 있다.

이와 같이 審決, 判例는 大體로 一貫하여 第1의 見解를 좇아서 限定的으로 解釋하고 있다. 그 理由는 公共의 利益을 넓게 解釋하면 法的 安定性이 顯著하게 阻害되고 結果적으로 獨占禁止法이 有名無實하게 될 憂慮가 있기 때문이라고 생각된다.

그러나 不況칼텔이나 合理化칼텔 등을 許容하고 있는 現在의 日本의 獨占禁止法體系와 許多한 適用除外立法, 經濟界의 實情으로는 公共의 利益을 널리 國民經濟 一般의 利益이라고 생각하는 立場을 強力하게 排除하기는 어려운 形便에 놓여 있는 것으로 생각된다.

3. 私的獨占의 意味와 그 豫防規定

1) 私的獨占의 意味

本法에 의한 私的獨占(private monopolization)은 「事業者가 單獨으로, 또는 다른 事業者와 結合(combination)하거나 또는 通謀하거나(conspiracy), 그 밖에 어떤 方法으로써 하는가를 不問하고, 他事業者의 事業活動을 排除하거나, 또는 支配하는 것에 의하여, 公共의 利益에 反하여, 一定한 去來分野에 있어서의 競爭을 實質的으로 制限하는 것」을 말한다.⁽⁴⁴⁾

(42) 湯淺木材 其他 64名에 대한 事件, 1949年 8月 30日, 公正去來委員會 審決

(43) 朝日新聞 其他 26名에 대한 事件의 審決取消請求事件, 1953年 3月 9日 東京高裁 判決

(44) 現行法, 第2條, 第5項

그러므로 私的獨占이라고 하는 競爭制限의 態樣은 事業者가 單獨으로, 또는 他事業者와 結合하거나 通謀하여, 他事業者의 事業活動을 排除하거나 支配한다는 點에 特徵이 있고, (i) 壓倒的 市場占有率을 가지는 集中型寡占(트러스트)에 의한 單獨支配, (ii) 合併, 株式保有, 役員兼任 등에 의한 結合型트러스트 및 큰계륜에 의한 企業結合的 支配, (iii) 通謀 또는 暗黙의 諒解에 의한 支配, 이룰테면 價格先導制와 같이 特定한 指導의 企業에 追從하기로 企業間에 諒解가 成立되어 있는 경우 등을 포함한다.

그런데 이러한 私的獨占을 다루는데 있어서는 獨占(monopoly) 그 自體 즉 트러스트나 巨大한 規模 그 自體가 違法으로 되는가 또는 獨占力의 行使 즉 獨占하는 것(monopolization)이 違法으로 되는가가 問題로 되었다. 美國의 셔만法의 경우에도 이 點에 관하여 오랜 論爭이 계속되었으며, 結局 獨占力의 行使를 違法으로 하고 트러스트 그 自體는 違法으로 하는 것이 아니라는 方向으로 기울어졌는데 이렇게 된 것은 巨大트러스트 自體의 違法性을 立證하기가 困難할 뿐 아니라, 그 違法狀態를 어떻게 排除할 것인가도 어려운 問題였기 때문이라고 보여진다.

實際問題로서 오늘날의 近代의 工業의 경우에는 工場의 規模가 커지면 平均生産費가 떨어지는 傾向 즉 規模의 經濟(economies of scale)를 否認할 수 없으며, 企業이 巨大化되면 同時에 企業의 數도 적어지기 때문에 寡占狀態가 생기지 않을 수 없다. 이와 같이 大規模化의 技術的 메리트와 競爭單位로서의 企業數의 減少 즉 産業의 集中化乃至 트러스트化는 不可分의 關係에 있다. 따라서 技術的인 規模의 利益을 追求하는 한편으로 트러스트化의 側面을 排除하기 위한 獨占禁止政策은 實際上的 困難에 부딪치지 않을 수 없는 것이다. 그러므로 오늘날의 私的獨占의 規制는 트러스트의 獨占力(monopoly power)의 行使, 이룰테면 價格先導制(price leadership)에 의한 管理價格(administered price)이나 去來의 拘束行爲 등을 對象으로 하지 않을 수 없게 되었다. 특히 日本의 獨占禁止法은 1953年의 2次 改正으로 舊法 第8條, 不當한 事業能力의 較差排除의 規定을 削除하여 巨大한 規模의 企業을 分割할 수가 없게 되었음은 周知의 事實이다.

私的獨占을 獨占力의 行使로 보는 경우, 그것은 他事業者의 事業活動을 排除하거나 支配하는 行爲를 가리킨다. 그리고 여기서 排除한다는 것은 他事業者가 그 産業에 새로이 進入하는 것을 不可能하게 하거나, 現在 事業을 하고 있는 者를 어떠한 手段에 의하여 그 産業에서 驅逐하는 것을 意味한다. 이룰테면 어떤 事業者가 原料나 製品市場을 支配하여 競爭事業者의 出現이나 既存業者의 事業의 繼續을 어렵게 하는 경우에는 他事業의 事業活動을 排除하는 것으로 된다.

또한 支配한다는 것은 價格先導制 등에 의하여 他事業者에 制約을 加하고 自己意思에 따르게 하는 것을 意味한다. 그러나 이러한 獨占力의 行使를 規制하는 것도 어려운 일이다. 왜냐하면 이를테면 管理價格을 規制하려면 어떤 價格이 競爭價格(competitive price)乃至 適正價格(fair price)인가를 算出하고 公正去來委員會가 그것을 要求할 能力을 가져야 하는데 그것은 制度的, 理論的으로 至難한 일이기 때문이다.

2) 私的獨占의 豫防規定

以上과 같은 意味를 가지는 私的獨占의 禁止는 日本의 獨占禁止法이 追求하는 基本的 規範의 하나이기 때문에, 同法은 私的獨占을 未然에 防止하기 위한 豫防規定을 두고 있다. 이 豫防規定의 重要한 것은 株式保有, 役員兼任, 合併 및 營業讓受 등에 관한 것이다.

첫째로 株式은, (i) 持株會社의 禁止, (ii) 會社의 株式保有의 制限, (iii) 金融會社의 株式保有의 制限에 의하여 그 保有가 制限되어 있다. 本法에 의한 持株會社는 株式을 所有하는 것에 의하여 國內會社의 事業活動을 支配하는 것을 主要한 事業으로 하는 會社이며, 이러한 會社의 設立이나, 既存會社가 持株會社로 되는 것을 禁止함으로써⁽⁴⁵⁾ 過去の 財閥會社와 같은 것이 存在할 餘地를 封鎖하였다. 그리고 會社의 株式保有는, 그것이 一定한 去來分野에 있어서의 競爭을 實質的으로 制限하는 것이 되는 경우 및 不公正한 去來方法에 의하는 경우에는 國內會社의 株式을 取得하거나 또는 所有하는 것을 禁止⁽⁴⁶⁾함으로써 이를 制限하고 있다. 끝으로 金融會社는 특별한 경우를 除外하고는 國內의 會社의 株式을 그 既發行株式의 總數의 100 分の 10 을 超過하여 所有할 수가 없다.⁽⁴⁷⁾

둘째로 役員兼任의 制限에 관하여는 會社의 役員 또는 從業員이 國內의 會社의 役員の 地位를 兼하는 것에 의하여 一定한 去來分野에 있어서의 競爭을 實質的으로 制限하는 것이 되는 경우에는, 當該役員の 地位를 兼하는 것을 禁止하고⁽⁴⁸⁾ 會社는 不公正한 去來方法에 의하여, 自己와 國內에 있어서 競爭關係에 있는 國內의 會社에 대하여, 自己의 役員이 그 會社의 役員 또는 從業員의 地位를 兼하고, 또는 自己의 從業員이 그 會社의 役員の 地位를 兼하는 것을 認定하는 것을 禁止⁽⁴⁹⁾하고 있다.

셋째로 合併制限을 보면, 國內의 會社는 그 合併에 의하여 一定한 去來分野에 있어서의

(45) 現行法, 第9條

(46) 現行法, 第10條 第1項

(47) 現行法, 第11條 第1項

(48) 現行法, 第13條 第1項

(49) 現行法, 第13條 第2項

競争을 實質的으로 制限하는 것이 되는 경우와, 그 合併이 不公正한 去來方法에 의한 것인 경우, 이를 禁止⁽⁵⁰⁾하고 있다.

또한 國內의 會社가 合併하려는 경우는 公正去來委員會規則의 定하는 바에 의하여 届出하여야 하며, 原則的으로 届出이 受理된 後로 30日 以內에 公正去來委員會가 排除措置를 취하지 않는 경우에 限하여 合併이 成立된다.⁽⁵¹⁾

네째로 營業讓受 등의 制限은 會社가 다른 會社의 國內에 있어서의 全部 또는 重要部分에 관하여 營業을 讓受, 賃借하거나, 營業上의 固定資産을 讓受하거나, 經營을 受任하거나 또는 다른 會社와 損益共同契約을 締結하는 경우에도 前項의 合併과 똑같은 制限을 課하고 있다.⁽⁵²⁾

4. 不當한 去來制限의 意味와 그 豫防規定

1) 不當한 去來制限의 意味

日本の 獨占禁止法の 第2의 기동인 不當한 去來制限(unreasonable restraint of trade)은 「事業者가 契約(contract), 協定(agreement) 其他 어떠한 名義로써 하는가를 不問하고 他事業者와 共同하여 對價(prices)를 決定하고, 維持하고, 或은 引上하고, 또는 數量, 技術, 製品, 設備 或은 去來의 相對方을 制限하는 등 相互間에 그 事業活動을 拘束하거나, 또는 遂行하는 것에 의하여, 公共의 利益에 反하여, 一定한 去來分野에 있어서의 競争을 實質的으로 制限하는 것」⁽⁵³⁾을 意味한다.

그러므로 私의 獨占과 같이 中心의 企業에 의한 主導가 아니라, 他事業者와 共同으로 하는 協調的 市場行動이 不當한 去來制限에 該當한다. 法條文中에 있는 「對價를 決定하고, 維持하고, ..., 去來의 相對方을 制限하는 등」이라고 한 것은 共同行爲 즉 卡텔의 目的別種類를 列擧한 것이며, (i) 價格協定, (ii) 生産制限, 出荷制限, (iii) 技術制限(特許풀制 등) (iv) 生産品種의 制限(生産分野의 協定), (v) 設備制限(設備投資의 自律規制), (vi) 去來制限(市場分割協定)등을 包含하는 것으로 解釋된다.

以上の 不當한 去來制限行爲는 原則的으로 禁止되고 있으나⁽⁵⁴⁾ 本法의 施行過程中에서 政府에 의한 勸告操短카텔과 特別法에 의한 適用除外카텔이 公開的으로 存在하게 되고, 1953年의 二次改正으로 獨占禁止法體系上으로도 不況카텔⁽⁵⁵⁾과 合理化카텔⁽⁵⁶⁾이 容認되게

(50) 現行法, 第15條 第1項

(51) 現行法, 第15條 第2, 3, 4項

(52) 現行法, 第16條

(53) 現行法, 第2條 第6項

(54) 現行法, 第3條 後段

(55) 現行法, 第24條의 3

(56) 現行法, 第24條의 4

되어 이른바 칼텔에 대한 規制가 緩和되고 있음은 第IV章에서 考察한 바와 같다.

2) 不當한 去來制限의 豫防規定

上述한 意味의 不當한 去來制限行爲를 豫防하는 規定으로는 事業者團體에 대한 活動規制와 國際去來에 관한 規制를 들 수 있다. 事業者團體는 흔히 共同行爲의 溫床으로 되기 쉽기 때문에 이것을 監視하고 豫防하기 위하여 事業者團體가 (i) 一定한 去來分野에 있어서의 競爭을 實質적으로 制限하거나, (ii) 不當한 去來制限 또는 不公正한 去來方法을 內容으로 하는 國際的 協定이나 國際契約을 締結하거나, (iii) 一定한 事業分野에 있어서의 現在 또는 將來의 事業者數를 制限하거나, (iv) 構成事業者의 機能 또는 活動을 不當하게 制限하거나, 또는, (v) 事業者에게 不公正한 去來方法에 該當하는 行爲를 하도록 하는 것을 禁止하고 있다.⁽⁵⁷⁾ 또한 事業者團體는 그 成立과 變更, 解散을 公正去來委員會에 届出하여야 한다.⁽⁵⁸⁾

國際去來에 관한 規制措置는 國際칼텔에 대한 規制를 意味한다. 國際칼텔은 國際機構를 통한 規제도 考慮되고 있지만 國內法에 있어서도 禁止措置를 취하는 것이 普通인데, 日本의 獨占禁止法은 以上에서 본 것처럼 事業者가 不當한 去來制限 또는 不公正한 去來方法에 該當하는 事項을 內容으로 하는 國際的 協定이나 國際契約을 締結하는 것을 禁止하고 있다. 이에 더하여 當事者는 如何한 國際的 協定이나 國際協約을 하더라도 公正去來委員會에 이를 届出하여야 한다.⁽⁵⁹⁾

5. 不公正한 去來方法의 意味와 그 豫防規定

1) 不公正한 去來方法의 意味

不公正한 去來方法(unfair trade practices)은 價格, 品質 및 서비스 面에서의 公正한 競爭秩序를 阻害할 可能性이 있는 經濟行爲를 意味한다. 不公正한 去來方法의 禁止는 私的 獨占이나 不當한 去來制限의 發生을 未然에 防止하고 公正한 競爭秩序를 形成하려는 것이므로, 欺瞞的 行爲에 의하여 侵害되는 私權을 保護하기 위한 不正競爭防止法과는 相異하다.

第IV章에서 考察한 바와 같이 獨占禁止法의 改正과 더불어 私的 獨占이나 不當한 去來制限에 관한 規定은 緩和되었지만, 不公正한 去來方法에 관한 規定은 強化되었다. 이러한 傾向은 1953 年の 改正에서 從前의 「不公正한 競爭方法」을 「不公正한 去來方法」으로 바꾸어서⁽⁶⁰⁾ 公正한 競爭을 阻害할 念慮가 있는 行爲에 公正한 商慣習을 阻害하는 行爲까지

(57) 現行法, 第8條 第1項

(58) 現行法, 第8條 第2, 3, 4項

(59) 現行法, 第6條 第1, 2項

(60) 舊法, 第2條 第6項 前段 및 現行法, 第2條 第7項 前段 參照.

包含시킨데서 나타나고 있다.

現行法上으로는 不公正한 去來方法은 (i) 他事業者의 不當한 差別的 取扱(undue discrimination), (ii) 不當對價去來(dealing at undue prices), (iii) 顧客의 不當한 誘引 또는 奪取, (iv) 不當한 拘束條件이 붙는 去來, (v) 去來上の 地位(bargaining position)를 不當히 利用하는 去來 및 (vi) 競爭事業者의 去來 및 事業活動의 不當한 妨害 등에 관한 行爲로서 公正去來委員會가 具體的으로 指定(designation)한 것을 가리킨다.⁽⁶¹⁾

2) 不公正한 去來方法의 豫防規定

不公正한 去來方法에 대한 公正去來委員會의 指定은 모든 事業者에게 適用되는 一般指定(general designation)과 特定한 事業分野에 屬하는 事業者를 對象으로 하는 特殊指定(specific designation)으로 區別되며, 該當事業者는 각각 該러한 指定된 行爲를 하는 것이 禁止되어 있다.⁽⁶²⁾

特殊指定은 一般指定에 비하여 보다 具體的이고 詳細할 뿐 아니라, 當該業界에 큰 影響을 주기 때문에 公聽會를 열어서 一般의 意見을 參考로 하여 指定하기로 되어 있다.⁽⁶³⁾ 現在 간장, 성냥, 畜肉, 鯨肉 등의 통조림, 新聞, 百貨店, 海運 등 12業種에 대하여 그 業界에서 행하여지기 쉬운 特有한 不公正한 去來方法을 特殊指定으로 하여 이를 全面的으로 禁止하고 있다. 이를테면 간장業界에 대한 特殊指定을 보면, 「간장의 生産 또는 販賣를 業으로 하는 者가 그 販賣手段으로서, 간장의 販賣業者 또는 消費者에 대하여, 간장의 購買를 條件으로 하여, 直接이거나 間接이거나를 不問하고, 物品, 饗應(觀劇, 旅行, 宴會 등으로의 招待를 말함), 抽籤券, 其他 이에 類似한 經濟上의 利益을 供與하고, 또는 供與하는 것을 提議하는 것」을 禁止하고 있다.

一般指定으로는 1953年에 「公正去來委員會告示 第11號(Fair Trade Commission Notification No. 11)」⁽⁶⁴⁾로서 12項目의 行爲가 禁止되었다. 이 12個의 一般指定과 6개의 獨占禁止法上の 不公正한 去來方法과는 다음과 같은 關聯이 있다고 보아진다.

(i) 他事業者의 不當한 差別的 取扱行爲와 關聯된 것은 不當한 去來拒絕(指定 1), 去來條件의 差別的 取扱(指定 2), 共同行爲에 있어서 特定事業者의 不當한 差別的 取扱(指定 3) 및 差別對價(指定 4) 등 4種의 指定이다.

指定 1의 不當한 去來拒絕은 이른바 보이콧에 관한 規定이고, 指定 2의 去來條件의 差

(61) 現行法, 第2條 第7項

(62) 現行法, 第19條 및 公正去來委員會 編, 『獨占禁止政策 20年史』, 1968, pp. 216-225 參照.

(63) 現行法, 第71條

(64) 公正去來委員會編, 『獨占禁止政策 20年史』, p. 216.

別的取扱은 같은 價格下에서 支拂條件, 引渡條件, 割賦販賣條件 등에 差를 두는 行爲이고, 指定 3의 共同行爲에 있어서의 特定事業者의 不當한 差別的 取扱은 適用除外立法 등으로 認定된 場合에서, 特定事業者에 대하여 不利益을 주는 行爲를 말하고, 指定 4의 差別對價는 地域이나 相對方에 따라서 去來價格에 差別을 두는 것을 말한다.

(ii) 不當對價去來에 關聯된 것으로는 不當對價(指定 5)에 대한 一般指定이 있으며, 이는 競爭事業者를 驅逐하기 위한 不當廉賣(덤핑)와 不當한 高價에 의한 買占을 意味한다.

(iii) 顧客의 不當한 誘引 또는 奪取에 關聯된 것으로는 顧客의 誘引과 奪取(指定 6)를 指定하고 있다. 이는 不當한 利益 또는 不利益이 있도록, 直接 또는 間接으로 競爭者의 顧客을 自己와 去來하도록 誘引하거나 또는 強制하는 行爲를 禁止한 것이다.

(iv) 不當한 拘束條件附去來에 關聯되는 것으로는 排他條件附去來(指定 7)와 拘束條件附去來(指定 8)의 二種類의 一般指定이 있다.

指定 7의 排他條件附去來는 繼續의 去來에 있어서 生産者가 特定販賣業者에 대해서만 그 製品을 供給하는 것을 約束하는 一手販賣契約, 販賣業者가 特定生産者의 製品만을 販賣하고, 그 競爭品을 取扱하지 않는다고 約束하는 排他的 特約店契約, 그리고 販賣業者와 生産業者가 多같이 相對方이 아닌 者와 去來하지 않기로 約束하는 相互排他條件附 去來로서 競爭秩序를 阻害할 憂慮가 있는 行爲를 말한다.

또한 指定 8의 不當한 拘束條件附 去來는 相對方의 第三者와의 去來活動을 拘束하는 條件을 相對方에게 붙이는 것이며, 相對方이 자기와 하는 去來와 同種의 去來를 第三者와 하는 것을 制限하는 排他條件附 去來와 區別된다. 가장 흔히 있는 拘束條件附 去來는 供給者가 相對方에게 販賣地域, 販賣相對方 또는 再販賣價格 등에 관해서 條件을 붙이는 것이다.

메이커와 都賣商, 小賣商間의 去來에서 자기의 去來와 直接 關係가 없는 再販賣價格을 매기고, 이를 維持시키는 行爲는 이 指定에 該當한다. 再販賣價格維持契約은 公正去來委員會의 指定을 받은 商品에 관해서만 許容되고 있다.

(v) 去來上의 地位를 不當히 利用하는 去來에 關聯되는 것으로 指定된 것은 不當한 人事干涉(指定 9)과 去來上의 優越의 地位의 濫用(指定 10) 行爲이다.

이 두 가지 一般指定은 經濟적으로 優越한 힘을 가진 事業者가 弱小事業者에 대하여 그 힘을 不當하게 利用하여 支配를 強化하는 手段을 規制하려는 것이다.

(vi) 競爭事業者의 去來 및 事業活動의 不當한 妨害에 관해서는 競爭事業者에 대한 去來妨害(指定 11)와 競爭會社의 內部攪亂(指定 12)의 行爲가 一般指定으로 되어 있다.

以上과 같은 不公正한 去來方法으로 指定된 行爲는 獨占禁止法の 適用除外立法의 경우 일지라도 適用除外가 認定되지 않는다. 또한 去來上의 優越的 地位의 濫用을 막기 위한 下請代金支拂遲延等防止法과 顧客의 奪取를 막기 위한 不當景品類 및 不當表示防止法은 이러한 不公正한 去來方法의 內容을 擴充하고, 違反事件의 審理節次를 簡素化할 目的을 가진 것임은 第IV章에서 略述한 바와 같다.

6. 獨占禁止法の 運用機關

日本の 獨占禁止法の 運用을 擔當하는 機關은 公正去來委員會(正式名稱은 公正取引委員會 (Fair Trade Commission))이다. ⁽⁶⁵⁾ 이 機關은 公正中立이어야 하기 때문에 다른 어떤 部處에도 屬하지 않는 獨立된 委員會制度의 行政官廳으로 되어 있다.

公正去來委員會는 內閣總理大臣의 所轄에 屬하고, ⁽⁶⁶⁾ 委員長 및 委員은 獨立해서 그 職權을 行하며, ⁽⁶⁷⁾ 그 職務에 關係서는 內閣總理大臣의 指揮監督을 받지 않는다. 그 까닭은 公正去來委員會는 事業者들의 重要하고 複雜한 經濟活動을 判斷, 規制하기 위하여 準司法的 權限을 가지고 있기 때문이다.

公正去來委員會는 委員長 1人, 委員 4人으로 構成되는 合議體이며, 委員長과 委員 (commissioner)은 內閣總理大臣이 國會의 同意를 얻어 任命하는 任期 5年(再任도 無妨)의 特別職 國家公務員이다. ⁽⁶⁸⁾

公正去來委員會는 國會에 대한 年次報告書의 提出 및 必要한 事項에 대한 意見提出 등 ⁽⁶⁹⁾ 一般行政事務 以外에, 獨占禁止法 違反事件에 대한 審査, 審判 및 審決을 行하고, ⁽⁷⁰⁾ 不公正한 去來方法을 指定 ⁽⁷¹⁾ 하고, 또한 事件審理節次, 届出, 認可申請 其他에 관한 規則을 制定 ⁽⁷²⁾ 하는 權限을 行使한다. 그러므로 公正去來委員會는 準立法的 機關과 準司法的 權限을 가지는 合議體의 行政官廳인 것이다.

公正去來委員會에는 그 事務를 處理하기 위하여 事務局이 設置되어 있고, 官房과 經濟部, 取引部, 審事部 ⁽⁷³⁾ 및 地方事務所로 構成되어 있다. 經濟部는 事業活動과 經濟實態의

(65) 現行法, 第27條

(66) 現行法, 第27條 第2項

(67) 現行法, 第28條

(68) 現行法, 第29, 30條

(69) 現行法, 第44條

(70) 現行法, 第45~70條

(71) 現行法, 第71, 72條

(72) 現行法, 第76條

(73) 現行法, 第35條의 2

調査, 法令의 調整, 갈뉘의 認可, 企業合併 등에 관한 各種 屆出 및 國際契約에 관한 事務를 擔當하고, 取引部는 不公正한 去來方法의 指定, 下請調査, 景表法 違反의 取締 및 公正競爭規約의 認可 등의 事務를 擔當하고, 審査部는 事件審査, 勸告 및 勸告의 立會, 告發, 緊急命令의 申立 등 準司法的 事務를 擔當하고 있다.

7. 獨占禁止法 違反事件의 審理節次

公正去來委員會의 業務中에서 가장 重要한 것은 獨占禁止法-違反事件의 取締에 관한 準司法的 業務이다. 獨占禁止法 違反事件은 公正去來委員會의 審査와 審判節次를 거쳐 排除措置 등으로 處理되며, 경우에 따라서는 訴訟에 의하여 處罰이 課해진다.

1) 審査

獨占禁止法 違反事件에 대한 公正去來委員會의 審査는 公正去來委員會의 職權認知, 一般人的 申告,⁽⁷⁴⁾ 檢事總長의 請求,⁽⁷⁵⁾ 또는 中小企業廳⁽⁷⁶⁾의 請求에 의하여 시작된다.

公正去來委員會의 指名된 審査官은 強制調査 등의 方法으로 認知한 事件을 審査하고, (i) 事件의 端緒, (ii) 審査經過, (iii) 事實의 概要, (iv) 關係法條文, (v) 審査官의 意見 등을 記載한 審査報告書를 公正去來委員會에 提出한다.

公正去來委員會가 審査報告書를 檢討한 結果 法律違反으로 認定하지 않으면, 事件은 不問에 붙여지고 申告人에게 通知된다. 그러나 法律違反으로 認定하면 審判開始決定을 하거나, 勸告(recommendation)에 붙여진다. 勸告의 경우에는 勸告文에 記載된 排除措置를 被審人이 應諾하면 審判節次를 거치지 않고 審決은 確定된다. 이를 勸告審決이라고 한다.⁽⁷⁷⁾ 만일 勸告를 不應하는 경우에는 審判開始決定이 내려진다.

2) 審判

審判開始決定(issue of complaints)이 있는 다음, 被審人(respondent)은 審判開始決定書(complaints)에 記載된 事實과 法律의 適用을 認定하고, 排除措置에 관한 具體的 計劃을 提出할 수 있다. 만일 公正去來委員會가 이를 適當하다고 認定한 경우에는, 委員會는 審判節次를 停止하고 그 內容을 審決로 할 수가 있다. 이를 同意審決(consent decision)이라고 한다.⁽⁷⁸⁾

同意審決이 없는 경우에는 正式審判을 거쳐서 公正去來委員會가 審決(decision)을 命令

(74) 現行法, 第45條

(75) 現行法, 第74條

(76) 中小企業廳設置法, 第3條 第7項

(77) 現行法, 第48條

(78) 現行法, 第53條의 3

하게 된다. 審判은 委員會 또는 審判官(trial examiner)에 의하여 主宰되는데 委員會審判보다도 審判官審判이 행해지는 것이 普通이다.

審査官과 被審人에 대한 事件의 審理가 終結되면, 審判官審判의 경우에는 公正去來委員會가 異議申立期間 經過後 審判官의 審決案, 事件記錄, 異議申立書에 依據하여 審決을 한다. 審決에는 違反事實이 認定되지 않는다는 審決, 違法宣言審決 및 違法狀態의 排除를 命令하는 審決 등이 있으며, 이러한 審決의 効力은 이 審決內容을 記載한 委員會의 審決書謄本이 被審人에 到着한 때부터 發生한다.

그러므로 委員會審判은 委員會가 直接 審判을 開始하고 또한 스스로 審判, 審決하는 反面, 審判官審判의 경우에는 第三者的 立場에 있는 審判官이 審判을 하고 그 結論에 따라서 委員會가 審決한다는 節次를 밟고 있어서 事件의 審理에 公正을 期하고 있다고 생각된다.

또한 公正去來委員會는 審判進行中에 緊急의 必要가 있다고 認定하는 경우에는, 裁判所에 대하여 違反行爲의 緊急停止命令을 請求할 수가 있다.⁽⁷⁹⁾

3) 訴 訟

公正去來委員會의 審決에 不服이 있거나, 또한 그것에 의하여 自己의 權利를 侵害當했다고 생각하는 當事者는 東京高等裁判所에 行政事件訴訟을 提起할 수 있으며, 다시 不服하는 경우에는 最高裁判所에 上告할 수 있다.

또한 獨占禁止法 違反行爲의 民事法上的 効力을 問題로 삼는 경우에는 民事訴訟法の 規定에 의하여 訴訟을 提起할 수가 있고, 公正去來委員會의 告發이 있는 경우에는 通常의 刑事訴訟手續에 의하여 處罰된다.

以上の 審査, 審判, 訴訟의 節次를 圖示하면 別表와 같다.

4) 排除措置와 罰則

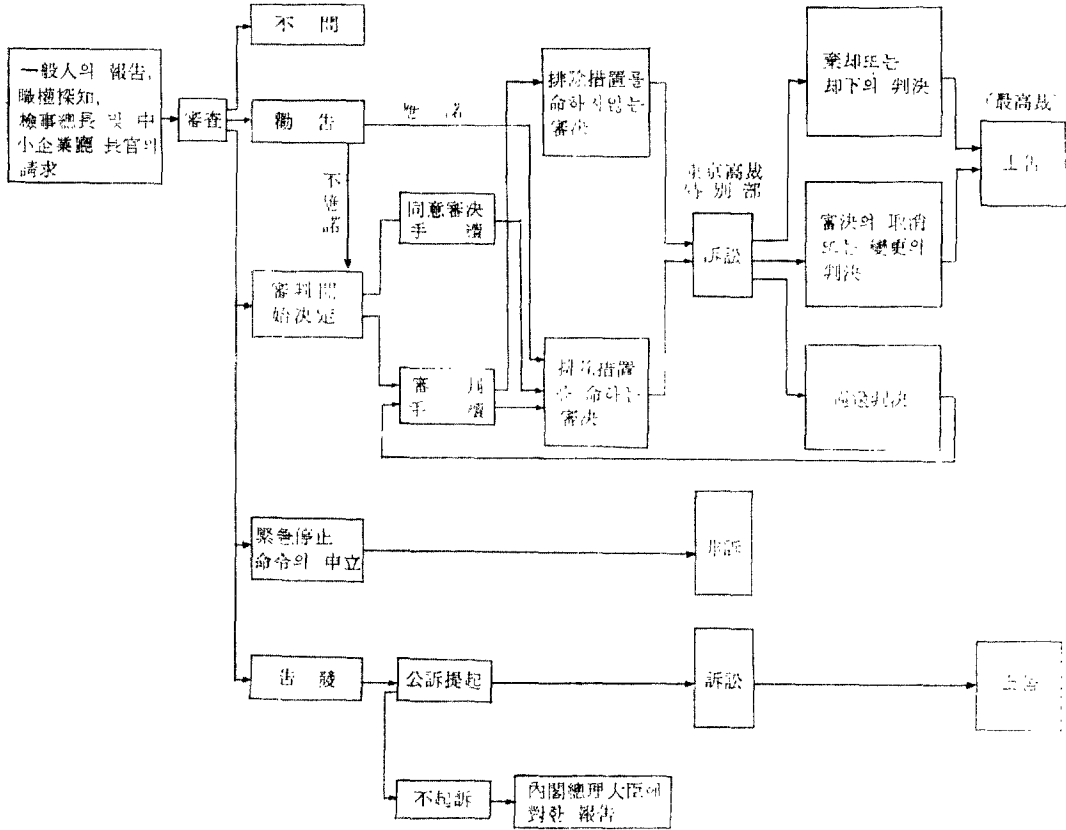
排除措置는 審査, 審判過程을 통하여 事業者 또는 事業者團體의 行動을 獨占禁止法 違反行爲라고 判斷한 公正去來委員會가, 審決書의 主文에서 違反行爲者에 대하여 命令하는 違法狀態除去를 위한 措置를 말한다.

즉 (i) 私的獨占 또는 不當한 去來制限을 하거나, (ii) 不當한 去來制限 또는 不公正한 去來方法을 內容으로 하는 國際協定이나 國際契約을 한 事業者에 대하여는 公正去來委員會는 届出의 命令, 當該行爲의 留止, 營業 1 部の 讓渡, 其他 이러한 規定에 違反하는 行爲를 排除하는데 必要한 措置를 命令한다.⁽⁸⁰⁾

(79) 現行法, 第17條

(80) 現行法, 第8條

審査審判 및 訴法の 節次圖



그리고 事業者團體가 (i) 一定한 去來分野의 競爭을 實質的으로 制限하거나, (ii) 不當한 去來制限 또는 不公正한 去來方法을 內容으로 하는 國際協定이나 國際契約을 締結하거나, (iii) 事業者의 數를 制限하거나, (iv) 構成事業者의 機能이나 活動을 不當하게 制限하거나, 또는 (v) 事業者에게 不公正한 去來方法을 要求하는 경우에는, 公正去來委員會는 그 事業者團體(또는 그 關係者)에 대하여 届出命令 또는 當該行爲의 留止, 當該團體의 解散, 其他 當該行爲의 排除에 必要한 措置를 命令하도록 規定되어 있다. 또한 (i) 會社의 株式保有 制限, (ii) 金融會社의 株式保有 制限 및 (iii) 合併制限 등의 規定에 違反하는 事業者에 대하여는 公正去來委員會는 報告書의 提出, 株式의 全部 또는 一部의 處分, 營業의 一部 讓渡, 其他 이러한 規定에 違反하는 行爲를 排除하는데 必要한 措置를 命한다.⁽⁸¹⁾

(81) 現行法, 第17條

그리고 만일 事業者가 不公正한 去來方法을 使用하는 경우에는 公正去來委員會는 當該 行爲의 留止를 命한다.⁽⁸²⁾

以上은 公正去來委員會가 取해야 할 重要한 行政措置인 바, 이러한 排除措置는 前述한 바와 같은 運用節次와 手續⁽⁸³⁾에 따라서 취해진다.

다음으로 考察할 罰則適用은 公正去來委員會가 가지는 從屬的 機能이다. 왜냐하면 獨占禁止法을 運用하는 公正去來委員會의 本來의 機能은 同法 違反事實을 除去하는 것, 즉 排除措置에 있기 때문이다.

그리고 罰則의 適用은 그것이 必要하다고 認定하는 公正去來委員會가 東京高等裁判所에 告發하고, 그 告發에 의한 裁判所의 判決로써 행하여진다. 그러므로 公正去來委員會가 告發하지 않은 事件은 裁判所가 이를 취급할 수도 없다.⁽⁸⁴⁾ 그럼에도 불구하고 지금까지 公正去來委員會가 罰則適用을 必要하다고 認定하여 告發한 事件은 數件에 그치고 있다.

罰則의 內容을 보면, 私的獨占, 不當한 去來制限, 事業者團體의 競爭制限行爲의 罪에 대하여는 3年 以下の 懲役 또는 50萬圓 以下の 罰金에 處하고,⁽⁸⁵⁾ 國際的 協定 등, 事業者團體 其他의 禁止行爲의 罪에 대하여는 1年 以下の 懲役 또는 30萬圓 以下の 罰金에 處하며,⁽⁸⁶⁾ 持株會社, 株式保有, 役員兼任의 制限, 禁止, 違反 등의 罪에 대하여는 1年 以下の 懲役 또는 20萬圓 以下の 罰金에 處한다.⁽⁸⁷⁾ 그리고 其他 屆出 등에 관한 規定違反 등 違法行爲에 대하여도 罰金 또는 懲役을 課하고 있다.

그리고 勸告審決, 同意審決, 또는 正式審決에 違反한 者는 5萬圓 以下の 過料에 處하고,⁽⁸⁸⁾ 審決이 確定된 뒤에 이를 遵守하지 않는 者는 2年 以下の 懲役 또는 30萬圓 以下の 罰金에 處한다.⁽⁸⁹⁾

이 밖에 私的獨占이나 不當한 去來制限을 하거나, 또는 不公正한 去來方法을 使用한 事業者는 被害者에 대하여 無過失損害賠償의 責任도 있음은⁽⁹⁰⁾ 앞에서 言及한 바와 같다.

(82) 現行法, 第20條

(83) 現行法, 第8章, 第2節, 45~70條

(84) 現行法, 第96條

(85) 現行法, 第89條

(86) 現行法, 第90條

(87) 現行法, 第91條

(88) 現行法, 第97條

(89) 現行法, 第90條 第3號

(90) 現行法, 第25條

VI. 獨占禁止法の 適用除外

1. 適用除外의 性質

日本の 獨占禁止政策이 칼텔禁止의 原則에 立脚하고 있음은 同國의 獨占禁止法이 「事業者團體는 一定한 去來分野에 있어서의 競爭을 實質的으로 制限하는 行爲를 해서는 안된다」⁽⁹¹⁾고 規定한 것에서 明白하다. 그러나 前述한 바와 같이 同法을 施行하는 過程에서 特定한 칼텔行爲는 單獨立法⁽⁹²⁾ 또는 獨占禁止法上의 適用除外規定⁽⁹³⁾에 의하여 廣範하게 認定되게 되었으며 1971年 末 現在로 存續되고 있는 칼텔의 數는 976件에 이르고 있다.⁽⁹⁴⁾

이러한 適用除外規定과 特別法은 각각 그 法律에 特有한 國民經濟的 事由에 의하여 만들어졌는데 그것을 大別하면 다음과 같다.

(i) 運輸業이나 保險業과 같이 事業 그 自體가 公益的 見地에서 競爭原理를 그대로 適用하는 것이 適當하지 않은 경우가 있다.

왜냐하면 이들에면 運輸業은 本來 獨占的 性格을 가지는 것이므로 營業과 料金 등을 競爭에 맡겨두면 公益을 害치게 되고 交通機關의 相互出入, 連絡運輸, 共同乘車券制와 같은 同業者의 共同行爲는 오히려 公共의 利益을 增進시키기 때문이다. 그리고 保險業도 業者間의 料率競爭이 甚해지면 保險本來의 公益的 目的이 達成되기 어렵다. 그러므로 이런 경우에는 政府는 그들의 共同行爲를 認定하고, 公益的 見地에서 國家가 營業의 免許, 料金の 認可 등을 直接的으로 規制하고 있다.

(ii) 新規進入(new entry)도 容易하고 事業者數도 많아서 競爭이 熾烈할 뿐아니라 大企業과의 去來나 競爭에 弱한 小規模事業의 分野에서 事業者의 協同化, 組織化를 위하여 一定한 範圍內에서 共同行爲를 認定하는 것이 適當한 경우가 있다.

이들에면 相互扶助的인 協同組合에 의한 共同事業, 組織화된 組合에 의한 事業調整行爲 등이 이에 該當하며, 특히 過當競爭을 防止하기 위한 中小企業者들의 商工組合과 衛生基準의 遵守, 施設改善을 하기 위한 環境衛生同業組合 등은 이러한 目的에서 그 設立이 認定되고 있다.

(iii) 貿易關係의 分野에서, 만일 國內貿易業者들의 競爭이 지나치면, 外國의 바이어들의 支配를 받게 되거나, 海外市場에서 덤핑의 非難을 받게 되어 오히려 國家利益에 違背되는

(91) 現行法, 第8條 第1項 第1號

(92) 이러한 特別法은 事業法과 臨時法을 合하여 約 40개에 이르고 있다.

(93) 現行法, 第6章 第21~24條

(94) 『公正去來委員會 年次報告(獨占白書)』, 1972年版

경우가 있다.

그러므로 貿易業者들의 競爭을 制限하고 輸出入秩序를 整備하기 위한 共同行爲는 卡텔 禁止의 原則에서 除外되고 있다.

(iv) 一時的인 不況 때문에 特定商品의 需要와 供給이 不均衡으로 되고 이를 放置하면 大部分의 業者의 採算이 맞지 않아 倒産하게 되어 國民經濟적으로 커다란 損失을 가져올 憂慮가 있다. 이런 경우에는 緊急避難的 措置로서 卡텔이 認定될 必要가 있다.

또한 不況이라고 할만한 程度는 아니지만, 中小企業分野에서 계속 供給過剩의 傾向이 있어서 競爭이 過度하게 되고, 事業活動이 順調롭지 않아 經營이 不安定하게 되는 경우에도, 不況의 경우에 準하여 例外가 認定될 수가 있다.

(v) 오늘날 企業이나 産業의 合理化는 그 體質改善에 寄與하고 國際競爭力을 強化하는 등 國民經濟적으로 바람직한 面을 가지고 있다. 그러므로 企業의 合理化에 이바지하는 共同行爲로서 規格의 統一, 生産分野의 調整 등에 의하여 原價節減, 能率向上, 經營改善을 圖謀하는 것은 이를 獨占禁止法의 適用除外로 認定될 수 있다.

以上에서 우리는 獨占과 卡텔의 禁止를 解除하고 이것을 利用하는 것이 必要하게 집착되는 다섯 가지 경우를 알아 보았다. 이러한 適用除外(exemption)가 日本에서 어떻게 制度의 度의 度로 행해지고 있는가를 보다 더 具體的으로 考察하기로 한다.

2. 獨占禁止法上的 適用除外

獨占禁止法에 規定된 適用除外行爲⁽⁹⁵⁾는 (i) 自然獨占到 固有한 行爲, (ii) 事業法令에 依據하는 正當한 行爲, (iii) 無體財產權의 行使, (iv) 一定한 組合의 行爲, (v) 再販賣價格維持契約, (vi) 不況에 對處하기 위한 共同行爲, (vii) 企業合理化를 위한 共同行爲 등이다.

(i) 自然獨占到 固有한 行爲

事業의 性質上 當然히 獨占으로 되는 鐵道事業, 電氣事業, 개스事業 등을 經營하는 者가 행하는 生産, 販賣 또는 供給에 관한 行爲로서 그 事業에 固有한 것은 獨占禁止法이 適用되지 않는다.⁽⁹⁶⁾

이러한 事業들은 公益事業 또는 公共事業이며 大規模生産의 經濟가 있는 것을 特徵으로 하고 있다. 그러므로 이러한 事業들은 自然獨占(natural monopoly)이라고 하며 私的獨占의 規定을 適用하지 않는다. 이러한 企業들은 特別한 事業法을 適用하여 政府의 直接統

(95) 現行法, 第21~24條

(96) 現行法, 第21條

제를 받게 하고 그 弊害를 規制하고 있다.

(ii) 事業法令에 依據하는 正當한 行爲

特定한 事業에 관하여 特別한 法律이 있는 경우에는, 事業者 또는 事業者團體가 그 法律에 의하여 행하는 正當한 行爲는 獨占禁止法을 適用하지 않는다.⁽⁹⁷⁾

獨占禁止法の 適用除外로 되는 正當한 行爲를 規定한 事業法令으로는 地方鐵道法, 陸上交通事業調整法, 食糧管理法, 損害保險料率算出團體에 관한 法律 및 公衆電氣通信法 등이 있다.

(iii) 無體財產權의 行使

著作權法, 特許法, 實用新案法, 意匠法 또는 商標法에 의하여 權利行使를 하는 行爲에 관해서도, 獨占禁止法の 規定을 適用하지 않는다.⁽⁹⁸⁾ 왜냐하면 이러한 無體財產權은 創作 또는 發明을 促進하기 위하여 排他的 權利의 設定을 目的으로 하고 있기 때문이다.

(iv) 一定한 組合의 行爲

이 規定에 의하여 適用除外로 되는 것은 相互扶助를 目的으로 하고, 任意로 加入 및 脫退가 可能하며, 平等한 議決權을 保有하고, 一定한 制限下에서 利益分配가 행해지는 小規模 事業者 또는 消費者의 法的組合, 즉 協同組合과 그 聯合會의 行爲이다.⁽⁹⁹⁾

이러한 事業者團體는 前記 (ii)에 의하는 것 以外에 適用除外法에 列記되어 있는 法的團體들로서, 協同組合 및 이에 類似한 行爲를 하는 諸團體, 어음交換所, 證券去來所의 決済機關, 相互扶助를 目的으로 하는 零細事業者로 構成된 19人 未滿의 團體들이다.

(v) 再販賣價格維持契約

公正去來委員會가 指定하는 商品으로서 그 品質이 一定함을 容易하게 識別할 수 있는 것을 生産 또는 販賣하는 事業者나 著作物을 發行, 販賣하는 事業者가, 그 商品의 販賣 相對方인 事業者와 再販賣價格을 決定하고, 이것을 維持하기 위하여 행하는 正當한 行爲는 獨占禁止法の 適用에서 除外된다.⁽¹⁰⁰⁾

그러나 再販賣價格維持(resale price maintenance) 行爲가 一般消費者의 利益을 不當하게 害하거나, 그 商品의 販賣者가 生産業者의 意思에 反하여 이를 행하는 경우에는 適用除外로 되지 않으며,⁽¹⁰¹⁾ 公正去來委員會에 의한 商品의 指定은 그 商品이 一般消費者에 의

(97) 現行法, 第22條

(98) 現行法, 第23條

(99) 現行法, 第24條

(100) 現行法, 第24條의 2 第1項 第4項

(101) 現行法, 第24條의 2 第1項 後段

하여 日常使用되고 있는 것일 것, 그 商品에 관하여 自由로운 競爭이 행하여지고 있을 것을 前提條件으로 하고 있다.⁽¹⁰²⁾

公正去來委員會는 最近에 와서 放漫한 再販指定을 反省하고, 메이커의 競爭狀態의 審査를 嚴格하게 하는 등 再販指定商品의 品目を 줄이는 政策을 취하여, 카메라, 카라멜, 雜酒와 같은 商品을 再販指定에서 除外하였다. 그 結果 1972年 9月 末 現在 再販賣指定 商品으로 되어 있는 것은 香水, 샴푸, 整髮料 등 24 品目の 化粧品; 感氣藥, 神經安定劑, 消化劑, 비타민劑, 殺蟲劑 등 54 品目の 醫藥品; 齒藥; 家庭用浴用비누 및 家庭用合成洗劑 등 5 商品 81 品目이다.

(vi) 不況칼텔

獨占禁止法上的 不況칼텔(depression cartel)制度는 1953年의 改正으로 設定된 것인 바, 칼텔의 原則的 禁止主義를 취하는 日本의 獨占禁止法에 이와 같은 制度가 導入된 것은 다음과 같은 理由에서였다.

元來 自由競爭의 經濟體制下에서는 價格變動을 통하여 需要와 供給이 自動的으로 調節되는데, 不況이 深刻化한 경우에는 價格變動에 의한 需給의 自動調節作用을 放置하면 企業의 倒産이 한꺼번에 생기고, 當該産業에 回復하기 어려운 打擊을 줄 뿐 아니라, 關聯産業에도 重大한 損害를 끼치게 되어 國民經濟全體에 惡影響을 주게 된다는 것이다. 따라서 이러한 경우에는 칼텔에 의하여 競爭의 休戰狀態를 가져오고, 需給의 不均衡을 人爲的으로 調節하는 것이 不可避하다는 생각에 따라서 칼텔을 一時的, 例外的으로 許容하게 된 것이다.

그러나 不況은 景氣의 上昇過程에서 異常膨脹한 産業의 脆弱不要部分을 切開하고 體質을 改善하여, 다음의 發展을 準備하는 過程으로서의 意味를 가진다. 그러므로 不況時에 安易하게 칼텔을 認定하는 것은 過剩設備나 限界生産者를 維持溫有하고, 그 産業의 合理化를 阻害하는 結果로 될 뿐 아니라, 도리어 關聯事業者나 一般消費者의 利益을 侵害하는 것이 된다. 따라서 獨占禁止法은 不況칼텔의 認可要件을 嚴格하게 規定하고 있다.

不況칼텔의 結成이 法律上 認定되기 위하여는 그 特定商品이 不況狀態에 있음을 立證하는 積極的 要件과 칼텔의 內容에 관한 消極的 要件에 合致되어야 한다.

積極的 要件으로 들 수 있는 것은 當該商品의 需給이 顯著的한 不均衡狀況에 있기 때문에 (i) 그 價格이 平均生産費를 下回하는 狀態에 있고, (ii) 當該事業者의 相當部分의 事業을 繼續하기가 困難하게 될 憂慮가 있으며, 또한 (iii) 企業合理化에 의해서는 이러한 事態를

(102) 現行法, 第24條의 2 第2項

克服하기가 困難하다는 것 등이고, 消極的 要件으로서는 cartel의 內容이 不況狀態를 克服하기에 必要한 程度를 超過하지 않고, (ii) 一般消費者 및 關聯事業者의 利益을 不當하게 害칠 憂慮가 없으며, (iii) 不當히 差別의이 아니고, (iv) 그 共同行爲로의 參加와 脫退가 不當히 制限되지 않을 것을 必要로 하고 있다.

以上の 條件에 合致되는 경우에는 事業者 또는 事業者團體는 生産數量, 販賣數量 또는 設備의 制限(設備의 更新 또는 改良은 制限하는 行爲는 除外) 및 對價의 決定에 關하여 公正去來委員會의 認可를 얻어서 一定期間 동안⁽¹⁰³⁾ 共同行爲를 할 수 있다.⁽¹⁰⁴⁾ 이 중에서 對價의 決定에 關係되는 共同行爲(價格 cartel)는 技術的 理由로 生産數量을 制限하기가 顯著하게 困難한 경우, 또는 生産數量의 制限 등의 共同行爲를 한 以後에 있어서 그 共同行爲만으로 不況事態를 克服하기가 顯著하게 困難한 경우에 限하여, 이것을 認定하고 있다.

不況cartel의 認可件數를 보면, 不況cartel 制度가 생긴 1953年 以後 1972年 5月까지 37件에 達하고 있으며, 이를 時期的으로 보면 1958年 不況期 6件, 1962年 不況期 2件, 1965年 不況期 18件, 1972年 不況期 11件으로 되어 있다.⁽¹⁰⁵⁾ 그리고 72年 不況期에 承認된 11件의 不況cartel 중 代表的인 品目은 스텐레스鋼, 特定鋼材, 鹽化비닐樹脂, 폴리푸로피렌 등인데, 1973年 1月 1日 現在로 延長이 認定되고 있는 것은 다만 스텐레스에 대한 것 하나 뿐이다.

(vii) 合理化cartel

生産業者는 技術向上, 品質改善, 原價節減, 能率增進 및 其他의 企業合理化를 遂行하기 위하여 특히 必要한 경우에는, (i) 技術과 生産品種의 制限, (ii) 原材料와 製品을 保管하거나 運送하는 施設의 利用, 또는 (iii) 副產物, 屑, 廢物의 利用과 購入 등에 關하여, 公正去來委員會의 認可를 얻어서 合理化cartel(rationalization cartel)行爲를 할 수가 있다.

그러나 이렇게 規定된 積極的 要件에 合致된다고 하더라도, (i) 그것이 需要者의 利益을 害칠 憂慮가 없을 것, (ii) 一般消費者 및 關聯事業者의 利益을 不當하게 害칠 憂慮가 없을 것, (iii) 不當하게 差別의이 아닐 것, (iv) 그 共同行爲에 대한 參加 또는 脫退를 不當하게 制限하지 않을 것 및 (v) 共同行爲에 參加하고 있는 者 相互間에 生産品種의 制限內容이 相異한 경우에는, 特定品種의 生産을 不當하게 特定한 事業者에게 集中하는 것이 아닐 것 등 消極的 要件에 符合되지 않으면 公正去來委員會는 이를 認可하지 않고 있다.⁽¹⁰⁶⁾

(103) 現行法, 第24條의 3

(104) 通常 初回認可期間은 3個月 乃至 1年이다.

(105) 公正去來委員會事務局編, 『獨占禁止法不況cartel의 現狀』, 1972年 5月, p. 10.

(106) 現行法, 第24條의 4

지금까지 認可된 業種은 銅屑, 合成染料, 自動車타이어, 梳毛絲, 鐵屑 등 약 20개에 達하고 있다.

3. 單獨立法에 의한 適用除外

이와 아울러 適用除外法이 別途로 多數 制定되어 있기 때문에 日本에서는 弊害規制主義를 標榜하는 英國의 경우보다도 오히려 多數의 共同行爲가 存在하고 있다.

이러한 單獨의 適用除外法은 事業法이 大部分을 차지하고 있으며, 통상 公正去來委員會의 同意, 協議 또는 通知를 必要로 하고 있다. 그리고 主務長官과의 관계에 있어서는 認可, 指示, 命令, 届出 등을 必要로 하는 것과, 이를 必要치 않은 것이 있다.

칼텔의 適用除外規定을 가지는 單獨立法의 重要한 것은 다음과 같다. 中小企業에 관한 基本的인 것으로는 中小企業團體의 組織에 관한 法律, 中小企業等協同組合法, 酒稅의 保全 및 酒類業組合等에 관한 法律, 環境衛生關係營業의 運營의 適正化에 관한 法律 등이 있고, 海外去來에 관한 特別法으로서의 輸出入去來法, 外資에 관한 法律 등이 있다. 또한 各種事業法으로서의 地方鐵道法, 軌道法, 道路運送法, 通運事業法, 航空法, 海上運送法, 港灣運送事業法, 倉庫業法, 石油業法, 蠶絲業法, 中央都賣市場法, 特許法, 實用新案法, 意匠法, 商標法, 著作權法, 不正競爭防止法, 家庭用品品質表示法 등이 있다.

또한 臨時法에 속하는 것으로는 臨時金利調整法, 肥料價格安定等臨時措置法, 石炭鑛業合理化臨時措置法, 金屬鑛業等安定臨時措置法, 機械工業振興臨時措置法, 電子工業振興臨時措置法, 纖維工業設備等臨時措置法, 特定纖維工業構造改善臨時措置法, 砂糖의 價格安定等에 관한 法律 등이 있으며, 이 밖에 政府契約의 支拂遲延防止 等에 관한 法律, 美日友好通商航海條約 등이 있어서 適用除外는 모든 分野에 펼쳐고 있다.

4. 勸告操業短縮

獨占禁止法上の 칼텔과 關係되는 것은 이 밖에 行政官廳의 指導에 의한 勸告操業短縮(勸告操短=生産調整)이 있다.

勸告操短은 産業政策의 觀點에서 個個의 業者가 行政官廳의 勸告로 生産, 出荷 등을 調整하는 것을 意味한다. 이러한 措置는 法律的 根據가 없을 뿐만 아니라, 名目上으로는 行政指導의 形式을 취하면서 實際로는 業界의 發意와 主導로 행하여졌기 때문에 여러가지 問題點을 內包한다. 즉 그것은 實質的으로는 獨占禁止法에서 禁止된 칼텔行爲의 僞裝된 것이라고 볼 수가 있다.

그러므로 勸告操短은 慎重한 檢討를 거친 다음에 最少限度에 그쳐야 할 것이다. 따라서 獨占禁止法上の 不況칼텔의 要件에 合致되는 경우에는 勸告操短보다도 不況칼텔을 形成토

· 록 하되, 특히 業界의 步調가 맞지 않든지, 아웃사이더 때문에 共同行爲의 實效를 얻기가 어려운 경우에만 勸告操短의 行政指導가 要求된다.

또한 실사 不況判넬을 許可할만한 狀況은 아닐지라도, 企業의 採算性이 惡化하고, 設備 投資가 減退하여 産業의 長期的 發展이 크게 阻害될 憂慮가 있는 경우, 또는 價格下落이 顯著하여 海外로부터의 商談이 中斷되고, 그대로 두면 輸出이 不振할 可能性이 있는 경우에는 不得已 勸告操短을 發効할 必要가 있을 것이다.

勸告는 政府가 個個의 業者에 대하여 具體的 數量을 指示하는 것이 된다. 만일 政府가 事業者團體에 대하여 生産量이나 出荷量의 限度를 指示하고 個個業者의 數量은 事業者團體에 의하여 割當되는 行爲는, 中間에 事業者의 共同行爲가 介在하므로 獨占禁止法上 容納되지 않는다.

戰後의 勸告操短을 보면 1948年 頃부터 행하여지기 시작하고, 1958年의 不況期에는 33件, 1962年의 不況期에는 12件, 1965年의 不況期에는 1件에 이르렀지만, 1966年 8月 末로 廢止된 粗鋼에 대한 勸告操短을 마지막으로, 現在 勸告操短은 存在하지 않는다.⁽¹⁰⁷⁾

VII. 結 語

日本의 獨占禁止法은 今年 7月 20日에 滿 26年의 生日을 맞이하게 됨으로, 獨占禁止政策 施行의 經驗도 벌써 四半世紀를 넘게 되는 셈이다.

公正하고 自由로운 競爭을 促進하는 것을 目的으로 하는 이 「經濟憲法」은 1947年에 聯合軍總司令部의 日本經濟民主化政策의 重要한 支柱의 하나로서 第一歩를 내딛고, 이와 함께 同法의 施行機關인 公正去來委員會도 發足되었던 것이다. 그間 여러가지 經濟情勢의 變化를 겪으면서도 私的獨占, 競爭制限行爲 및 不公正한 去來方法의 禁止와 取締, 나아가서는 消費者保護 등 獨占禁止政策의 役割은 어느 程度 日本國民 속에 認識되고 定着되었다고 말할 수 있을 것이다.

그러나 지금까지도 戰後日本經濟의 發展을 위하여 獨占禁止政策은 매우 重要한 貢獻을 했다는 主張과, 反對로 日本에서는 競爭이 過多함으로 더욱 그것을 制限하여 寡占을 推進하고 獨占禁止法도 더욱 改正 乃至 彈力的으로 運用될 必要가 있다는 主張이 엇갈리고 있다. 그러므로 여기서는 이러한 主張들과 獨占禁止政策의 歷史와의 關聯을 살펴 본 다음, 日本의 獨占禁止政策이 앞으로 當面하는 課題를 알아봄으로써 結語로 삼고자 한다.

財閥이 解體되고 獨占禁止法이 制定된 占領時代에는 獨占禁止政策에 대하여 두 가지 見

(107) 公正去來委員會事務局 編, 『獨占禁止法不況判넬의 現狀』, 1972年 5月, p. 10.

解가 있었다. 그 하나는 終戰即後였기 때문에 財閥解體를 達成하고, 獨占禁止政策의 實施를 當然한 것으로 받아들이는 態度였다. 그러나 또 한편으로는 이것은 美國이 日本經濟를 弱體化하고 그 復興을 抑制하려는 占領政策이며, 敗戰後의 日本經濟를 위해서는 自由競爭의 導入보다도 企業의 結合 乃至 協同化가 必要하다는 批判的인 立場이 있었다. 勿論 占領當局은 이러한 批判과는 關係없이 持株會社의 整理, 財閥同族支配의 排除, 經濟力의 集中排除를 實行해 나간 것은 周知하는 바와 같다.

그러나 戰後 日本經濟의 活潑한 成長이 立證하는 바와 같이 財閥解體가 日本經濟의 活力을 損傷한다거나, 巨大財閥 乃至 獨占을 擁護되어야 한다는 批判은 妥當한 것이라고 보여지지 않는다. 뿐만 아니라 獨寡占의 排除, 公正하고 自由로운 競爭秩序의 維持는 좁은 意味의 經濟問題의 테두리를 벗어난 經濟的 民主主義를 위하여 커다란 意義를 가지는 것이라고 할 것이다.

勿論 이러한 歷史的 움직임은 東西對立의 激化라는 國際環境의 變化로 1948年 頃부터 變質하게 되었다. 美日關係는 옛날의 敵으로부터 파트너의 關係로 바뀌는 한편으로, 集中排除도 大幅 緩和되어 當初 指定된 257社는 結局 18社에 그치게 되었다. 經濟力의 集中排除가 보다 더 徹底했어야 할 것인가에 관해서는 斷言하기가 困難하다. 다만 東西對立이 日本經濟의 性格에 重要한 影響을 미친 것은 分明하다.

外部로부터 주어진 日本의 獨占禁止政策이 日本의 經濟政策으로서 眞正한 움직임을 보이게 되는 것은 1952年 以後의 일이다. 이 때부터 1960年 頃에 이르기까지는 獨占禁止政策의 後退 乃至 緩和의 時期로 볼 수 있는데, 이러한 後退가 大企業의 利益만을 위한 것이었는가 또는 嚴格한 獨占禁止法을 日本經濟의 實情에 맞추어 보려 한 것인가는 論者에 따라서 相異한 見解가 있을 수 있을 것이다.

이 期間에 獨占禁止政策이 後退한 事實은 다음과 같이 要約된다. 첫째로, 1952年 以後의 中小企業安定法, 輸出去來法, 環境衛生法, 機械工業臨時措置法, 纖維工業臨時措置法 등 適用除外法의 簇生이다. 둘째는 1953年에 있었던 獨占禁止法의 2次改正이다. 不況칼텔이나 合理化칼텔의 認定, 不當한 事業能力較差에 관한 規定의 削除, 再販賣價格維持契約의 導入 등으로 日本의 獨占禁止政策은 原則禁止主義로부터 弊害規制主義의 方向으로 轉換하였다. 셋째로, 1952年부터 政府의 行政指導에 의한 勸告操短이 登場하여 國家權力을 背景으로 하는 一種의 強制칼텔이 形成될 수 있게 되었다. 넷째로, 多數의 審査事件 중에서 그 大部分이 獨占禁止法違反으로 認定됨에도 불구하고, 公正去來委員會는 이것을 不問에 불임으로써 獨占禁止法의 運用을 消極化하였다. 뿐만 아니라 1958年의 雪印乳業과 클로버乳

業의 合併事件이나, 1959年의 新聞料金引上事件에서와 같이 公正去來委員會의 模糊한 處事로 獨占禁止當局의 權威가 損傷되는 몇가지 事件이 發生하였다. 다섯째로, 이 時期의 獨占禁止政策이 低調였다는 事實은 1958年에 獨占禁止法을 有名無實케 하는 改正案이 나왔다는 것에도 알 수가 있다. 이 案에 의하면 不況을 豫防하는 칼넬까지도 事前届出로 認定케 하려는 것으로서, 이는 自由競争에 대한 이 나라의 認識이 얼마나 貧弱한가를 보여 주는 것이다.

以上の 事例은 獨占禁止政策을 施行하는 어려움을 反映한 것이다. 獨占禁止政策을 運用하는 公正去來委員會는 그것을 嚴格하게 施行하는 경우에 생기는 經濟的 成果의 判斷에 어려움이 있을 것이고, 또 通産省의 産業政策強化의 主張이나, 業界의 獨占禁止法 緩和論도 그들의 權限擴大나, 利己主義의 所産이라고만 볼 수는 없을 것이다.

實際로 競争을 어느 程度로 促進할 것인가, 다시 말하면 協調를 어느 程度로 容認할 것인가를 決定한다는 것은 至難한 일이다. 그것을 위해서는 經濟學, 政治學, 哲學 등 모든 分野를 必要로 할 것이다. 事實 日本에서는 過當競争의 弊害를 主張하고, 獨占禁止法은 産業基盤의 育成, 輸出의 伸張, 業界의 協調體制를 阻害한다는 意見이 表明되기가 일쑤였고, 國民一般도 不當表示나 景品에 관해서는 公正去來委員會를 支援하면서도 獨占問題에 관해서는 無關心이었다. 이것은 根本的으로는 自由主義의 哲學, 民主主義의 政治學, 近代의 經濟學이 깊이 뿌리를 박고 있지 않은 日本의 環境 때문이라고도 할 것이다.

近年에 와서는 公正去來委員會의 活動은 다시 活潑해지고 있다. 그것은 칼넬이나 勸告 操短에 대하여 公正去來委員會가 嚴格한 態度를 取하고 있는 것에서 볼 수가 있다. 그러나 또 한편으로는 1963年의 三菱三重工의 合併을 비롯하여 1969年의 八幡·富士의 合併에 의한 新日本製鐵의 出生에 이르기까지 大規模合併이 續出하고 있다. 이러한 日本經濟의 寡占化傾向에 대한 公正去來委員會의 態度는 언제나 微溫的이었고, 따라서 學界의 注目과 批判의 對象으로 되고 있는 實情이다.

이렇게 볼 때, 日本의 獨占禁止政策이 앞으로 當面하는 問題는 다음과 같다. 그 첫째는 寡占의 經濟體制下에서 어떻게 競争政策을 推進해나갈 것인가이다. 日本의 經濟構造는 크게 寡占化되고 있어서 企業間의 共同行爲나 管理價格이 생기기 쉬운 環境이 造成되고 있고, 企業合併, 株式保有, 役員兼任 등을 통한 企業結合이 形成될 可能性 또한 크다. 또한 大企業은 一部品目에 대한 再販賣價格維持行爲를 통하여 流通過程을 支配하고, 景品 附販賣活動으로 非價格競争을 追求하며, 스스로의 優越한 地位를 利用하여 劣弱企業을 不當하게 壓迫하는 行爲가 增加되고 있다. 그러므로 칼넬規制에 있어서는 企業相互間의 合

議 뿐만 아니라, 價格先導, 意識的 平行行爲 등에 대하여도 規制를 強化할 必要가 있을 것이다. 다음으로 企業結合 乃至 企業集團의 問題는 獨占禁止政策上 困難한 問題가 있는 것이 事實이나, 이에 對處하기 위해서도 그것에 관한 徹底한 調査와 實態把握이 必要할 것이다. 그리고 再販賣價格維持制度和 같은 流通分野의 競爭制限行爲는 이를 보다 徹底하게 監視하는 것이 바람직할 것이다.

둘째로, 日本經濟의 國際化, 開放化에 따라 外國企業의 日本進出이 增大할 것이므로 競爭秩序維持를 위한 獨占禁止法의 運用強化가 要請된다. 그러기 위해서는 再販賣價格의 指示나 販賣地域의 制限 등 不公正한 法來行爲에 該當하는 違法的인 國際契約 乃至 國際칼텔의 規制를 強化하고, 外國資本에 의한 持株會社의 出現을 防止하며, OECD, UNCTAD, WHO, FAO 등에 속하는 關聯機關을 통하여 國際機構와의 提携를 強化해야 할 것이다.

셋째로, 消費者保護行政을 強化하기 위하여, 不當表示規制의 徹底, 公正競爭規約의 보다 더 積極的인 活用, 消費者 保護를 위한 適用除外칼텔의 整理 및 再販賣價格維持制度의 再檢討가 必要할 것이다.

自由競爭에 無關心한 風土에서 獨占禁止法을 弱화하려는 要求가 持續되어 왔음에도 불구하고, 日本의 獨占禁止政策이 公正去來委員會를 中心으로 하여 꾸준히 實施되어 왔음은 日本經濟를 위해서 뿐만 아니라 資本主義制度를 採擇하고 있는 여러 나라들을 위해서도 커다란 意義를 가지는 것이다.

그러나 經濟政策의 한 支柱로서의 獨占禁止政策의 位置는 四半世紀가 지난 오늘에 있어 시도 아직도 確固不動한 것은 아니다. 獨占禁止法이 日本의 現實에 맞지 않는다는 漠然한 主張은 過去에도 그랬는지 앞으로도 되풀이해서 獨占禁止政策에 대한 壓力으로 될 것이다. 制度로서의 公正去來委員會는 一旦 定着됐다고 볼 수 있겠지만, 그것이 참으로 活動할 것인가 또는 한낱 裝飾物로 化할 것인가는 이제부터의 問題이다. 獨占禁止政策이 日本에 더욱 確固한 뿌리를 박기 위해서는 그것이 가지는 經濟政策으로서의 重要한 意義가 더욱 明確하게 理解되고 認識되어야 할 것이다.

八幡·富士 및 王子系 3社의 이른바 「大型合併」問題가 提起된 1968년에 日本의 有數한 近代經濟學者 104名은 獨占禁止政策懇談會의 이름으로 「大型合併에 관한 意見書」⁽¹⁰⁸⁾를 公開한 바 있다. 筆者는 그 중에서 獨占禁止政策의 基本에 관계된다고 생각되는 部分을

(108) 104名의 近代經濟學者가 1968年 6月 15일에 「大型合併에 관한 意見書」를 發表한 獨占禁止政策懇談會의 發起人은, 青山 秀夫, 宇澤 弘文, 小宮 隆太郎, 熊谷 尙夫, 都留 重人, 福岡 正夫 外 12名이다. 日本經濟新聞社 編, 『大型合併』, 1968年, pp. 204~207.

引用하여 本稿의 大體로 한다.

「企業間の 競争은, 다만 資源의 最適配分을 達成할 뿐 아니라, 技術이나 經營의 不斷한 革新을 促進하는 것에 의하여, 經濟發展의 原動力으로서의 役割을 遂行한다. 戰後日本の 經濟發展도, 舊財閥이 解體되고 獨占禁止法이 實施된 것을 하나의 重要한 契機로 하여 競争이 活潑하게 해하여진 것에 힘입은 바가 매우 크다. 玆에 現行의 獨占禁止法을 變更 또는 有名無實化하는 것에 의하여, 여러가지 競争制限이나 私的獨占을 認定하려 한다면, 이와 같은 日本經濟의 原動力은 마침내 衰退하고, 今後의 日本의 經濟社會의 健全하고 民主的인 發展은 重大한 障礙에 直面하리라고 생각된다. 될 수 있는 한 競争條件을 確保한다고 하는 것은 獨占禁止法의 精神이기도 하지만, 이는 또한 發展하는 經濟의 基本的 原則이어야 한다.」

參 考 文 獻

- 公正取引委員會 編, 『獨占禁止政策 20年史』, 1968.
公正取引委員會, 『獨占禁止法不況カルテルの現狀』, 1972.
公正去來委員會 年次報告(獨占白書), 1972.
新野 幸次郎, 伊東 光晴, 『寡占經濟論』, 1970.
日本經濟新聞社 編, 『大型合併』 1968.
谷村 裕, 『國際化時代における獨禁政策』, 1971.
兩角良彦, 『競争と獨占の活』, 日經文庫, 9版, 1968.
正田 彬, 『獨占禁止法——新コンメンタル』, 1966.
御園生 等, 『公正取引委員會』, 日經新書, 1968.
阿久津 實, 『獨占禁止法の解説』, 日經文庫, 1967.
OECD 編, 公正取引委員會譯 編, 『海外主要國の獨占禁止法』, 1970.
丁炳然, 「有效競争論의 研究」, 『經濟論集』, 第VIII卷 第1號, 1969, 3月.
丁炳然, 「獨占禁止政策研究」, 『經濟論集』, 第X卷 3號, 1971, 9月.
Fair Trade Institute, ed., *Antimonopoly Legislation*, 1971.
Hadley, E.M., *Antitrust in Japan*, Princeton, 1970.

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