

## 市場支配力の 經濟的 意味와 規制

李 奎 億  
崔 希 先

市場支配力 개념은 獨占禁止事件을 經濟的으로 分析하여 違法性을 판단하는 과정에서 핵심적 인 역할을 한다. 市場支配力은 어떤 市場構造가 競爭制限으로 인해 消費者의 厚生을 침해할 수 있는 潛在力을 갖는지에 대해서 명확하게 답변해 준다.

市場支配力 중심의 競爭政策體系는 市場支配力을 보유하는 企業의 競爭制限行爲는 상대적으로 큰 厚生減少效果를 초래한다는 觀點에서, 그들의 競爭制限行爲를 집중적으로 규제한다. 이 체계 는 消費者厚生과 效率을 높일 뿐만 아니라 中小生産者를 保護하고 支配力分散을 도모할 수 있 다. 또한 이 체계에서는 規制範圍가 簡明해지기 때문에, 政策當局이 그것을 쉽게 管理할 수 있 다. 이러한 管理可能性의 향상은 行政力의 낭비를 막음으로써 企業活動의 自由를 擴大하는 데에 도 도움이 될 것이다.

### I. 序 言

市場支配力이란 일정한 市場에서 價格을 統制하고 競爭者를 排除할 수 있는 能力이

筆者: 李奎億—本院 先任研究委員

崔希先—本院 主任研究員

\* 筆者들은 執筆過程에서 많은 助言을 해주신 本院의 申光湜 博士와 草稿를 읽고 유익한 助言을 해주신 成均館大學校의 李成舜 教授에게 깊은 감사를 드린다.

1) 獨占의 弊害 혹은 市場에서의 競爭制限을 規制하기 위한 獨占禁止法의 명칭은 국가별로

다. 市場支配力の 형성·남용을 규제하는 것이 獨占禁止法<sup>1)</sup>의 목적이므로, 시장지배력 개념은 獨占禁止法의 構成과 適用에 있어 핵심적 的의를 갖는다고 할 수 있다. 이 개념은 1980년대 이후 美國 獨占禁止法 理論과 運用을 주도해 온 시카고學派가 市場支配力 개념을 중심으로 獨占禁止法을 재구성함에 따라 더욱 중요하게 부각되었다. 競爭政策의 흐름과 관련해 볼 때 經濟學的 分析方法和 相關한 市場支配力 개념은 앞으로 公正去來法의 理論 및 運用過程에서 중요한

역할을 할 것으로 예상된다. 다만 市場支配力에 관한 논의 중에는 미국적인 경제사회를 배경으로 한 것도 있음에 유의해야 한다. 本稿는 市場支配力에 관한 논의들을 정리하고 이것이 우리나라 公正去來法에 대하여 갖는 의미를 살펴보도록 한다. 우선 本稿의 II章과 III章에서는 市場支配力の 概念과 推定方法에 관한 기존의 學說을 개괄적으로 살펴보고, 그 개념이 우리나라의 公正去來法에서 어떻게 나타나고 있으며, 推定된 市場支配力은 獨占禁止事件의 類型別 違法性 判斷에 어떠한 역할을 하는가를 밝힌다.

美國 獨占禁止法 運用過程에서 市場支配力에 입각한 法違反의 판단은 政策判斷의 여지를 줄이는 경향이 있는 것으로 간주되었다. 어떤 獨占禁止事件의 違法性 여부가 ‘과학적’으로 추정된 시장지배력에 의해 판단된다면, 이것은 價値判斷이 개입되는 政策

---

다르다. 우리나라의 獨占禁止法은 「獨占規制 및 公正去來에 關한 法律」이며, 日本은 「獨占禁止法」(「私的獨占の禁止及び公正取引の確保に 關する法律」)이다. 美國 獨占禁止法은 「셔먼」法 제1조, 제2조, 「클레이턴」法 제2조(일명 Robinson-Patman Act), 제3조 및 제7조, 「聯邦去來委員會法」(Federal Trade Commission Act) 제5조 등 6개의 核心條項으로 이루어져 있다. 本稿에서는 獨占禁止法 일반을 가리킬 때에는 「獨占禁止法」으로 호칭하며, 우리나라의 獨占禁止法의 호칭은 「公正去來法」으로 한다. 우리나라의 경우 일부 法學者들은 「獨占規制法」이라는 용어를 사용하기도 하나, 獨占規制는 經濟學上 自然獨占의 公益事業에 대한 收益率 規制 등을 지칭하므로, 혼동을 피하기 위하여 「公正去來法」이라는 용어를 사용하기로 한다.

의 문제를 벗어나게 되기 때문이다. 그러나 아직 市場支配力과 관련된 논의들이 과학적 엄밀성을 가지고 있는 것은 아니다. 獨占禁止法에 違反되는 市場支配力 수준은 이론적으로도 명확하게 결정될 수 없을 뿐만 아니라 競爭政策이 추구하는 目的價値에 따라서도 달라지기 때문이다.

이론적으로 볼 때 市場支配力이 市場過程 속에서 얼마나 빨리 자동적으로 소멸될 수 있는가에 따라서 競爭政策의 役割과 市場支配力에 대한 規制範圍가 달라진다. 市場支配力の 소멸 속도에 관한 논쟁에서, 1960~70년대 産業組織論의 주류를 이루었던 Bain流의 하버드學派는, 기업이 일단 市場支配力を 획득하면 외생적인 시장여건의 변동으로부터 그들의 시장지배력을 보호할 수 있으므로 效率에 근거하지 않는 市場支配力이라도 상당기간 유지될 수 있다고 주장하였다. 만약 市場의 動態的 過程에 관한 그들의 이론이 옳다면 競爭政策은 資源配分の 效率性を 높이고 市場支配力を 빠르게 소멸시키기 위하여 시장지배력을 엄격하게 규제해야 할 것이다.

반면 1980년대 이후 주목받고 있는 Demsetz를 비롯한 시카고學派는 市場機能은 그 자체의 힘으로도 市場支配力を 급속히 붕괴시킬 수 있다고 주장한다. 시장지배력은 市場過程이 효율적으로 작동한 결과일 수 있기 때문에, 시장지배력은 주로 그것이 남용되어 폐해를 초래할 경우에만 문제가 된다. 따라서 시카고學派에 따를 경우 法違反이

되는 시장지배력의 범위는 줄어들게 된다. 市場支配力の 소멸 속도에 관한 이러한 논쟁은 쉽게 해결되지 않을 것이며 또한 그것을 기대할 수도 없다. 사실 競爭政策이 기초하고 있는 産業組織論의 다양한 接近方法은 단일한 명제로 일반화하기 어려운 것이 많기 때문에 어떤 이론이 다른 이론을 완전히 구축한다는 것은 상상하기 어렵다.

競爭政策의 範圍를 정하기 어려운 좀더 근본적인 이유는 獨占 혹은 市場支配力 자체에 대한 평가가 어렵기 때문이다. 만약 경제학자들이 獨占이 초래하는 부정적 효과의 정도와 범위에 대하여 합의한다면 競爭政策當局은 기존독점의 폐해나 독점의 형성방법 뿐만 아니라 기존의 독점 그 자체에 대해서도 적극적으로 대처할 수 있을 것이다. 하지만 Posner(1978)가 지적하였듯이 經濟學者들은 獨占理論의 핵심적인 부분에 대해서도 합의하지 못하고 있다.

그리고 競爭政策은 政策으로서 일정한 가치판단을 전제로 하는 것이지만, 다른 經濟政策에 비하여 그것이 추구하는 目的 혹은

價値에 관한 의견 대립이 심각하다.<sup>2)</sup> 이것은 어떤 면에서는 경쟁정책이 추구하는 목적 혹은 가치가 經濟發展段階나 정치사회적 상황에 따라 달라져 왔다는 사실을 반영한다. 競爭政策의 前提가 되는 目的 혹은 價値를 검토하는 것은 實體的인 규정이나 運用方法을 논의하는 것만큼이나 중요하다. 本稿의 IV章에서는 競爭政策이 추구하는 目的價値에 초점을 맞추어 우리나라 競爭政策 環境에 맞는 市場支配力の 規制理念을 모색한다.

## II. 市場支配力の 概念

### 1. 經濟學的 接近과 競爭政策的 接近

完全競爭市場에서는 어떤 기업도 그들의 產出量을 변화시킴으로써 價格에 영향을 줄 수 있는 힘을 행사할 수 없다. 각 기업은 상품 각 단위에 대하여 그것의 限界費用과 일치하는 競爭價格을 받을 수 있을 뿐이며 價格에 대해 어떤 統制力도 행사할 수 없다. 반면 獨占者는 限界費用이 限界收入과 일치하는 產出量 수준으로 생산을 제한함으로써 利潤을 極大化할 수 있다. 여기에서 어떤 기업이 限界費用, 곧 競爭價格보다 높은 가격을 설정할 수 있는 능력을 市場支配力(market power)으로 概念化할 수 있다. Landes and Posner(1981)는 市場支配力을 다음과 같이 定義한다.

2) Bork(1978)는 獨占禁止法の 目的價値에 대한 문제의 중요성을 다음과 같이 언급한다. “오늘날 獨占禁止法 發展의 속도와 방향을 놓고 볼 때, 독점금지법에 가장 필요한 것은 合理的인 社會政策의 한 도구로서 그것이 갖는 可能性과 限界에 대한 一般理論이다. … 그러나 獨占禁止에 관한 가장 기초적인 문제들에 대해서도 의견의 일치가 없다. 意見 不一致는 결국은 두가지에 관한 것이다. 첫째, 獨占禁止法으로 정당하고도 유익하게 시행할 수 있는 目的이나 價値들, 둘째 그 법이 경제의 현실 모습을 보는 視角의 타당성 등이다.”

市場支配力이란 한 기업 혹은 결합적으로 행동하는 기업들이 賣出의 損失이 크지 않을 정도로, 價格을 競爭價格 수준 이상으로 신속하게 올릴 수 있는 능력이다.

美國 法務部 合併指針(Merger Guideline)의 定義도 이와 유사하다. 1984년 合併指針에 의하면, 市場支配力이란 ‘한 기업 또는 그 이상의 기업들이 상당기간 동안 價格을 競爭價格 수준 이상으로 收益性 있게 유지할 수 있는 능력’이다.

經濟學的 定義는 市場支配力을 新古典派 經濟模型내에서 精緻하게 분석할 수 있게 한다. 이 定義는 分析의 基準이 되는 價格을 競爭價格으로 설정함으로써, 基準價格에 관한 혼란을 제거한다. 完全競爭下에서 價格은 限界費用과 일치한다. 그리고 일반적으로 현실의 시장에서도 분석의 편의상 기준이 되는 경쟁가격은 한계비용 수준으로 잡을 수 있다. 이 경우 市場支配力은 어떤 기업이 價格을 限界費用 수준 이상으로 올림으로써 이윤을 얻을 수 있는 能力으로 볼 수 있다. 限界費用 혹은 需要의 彈力性 등을 알 수 있다면, 이러한 定義하에서 市場支配力은 Lerner 指數와 같은 측약된 공식하에서 매우 정밀하게 計量化될 수 있다. Lerner 指數는 企業이 獨占力을 가지면 價格을 調整하는 힘을 행사할 것이므로 獨占力의 정도는 獨占價格과 限界費用간의 차이로 측정할 수 있다는 데 착안한 것이다.

그러나 어떤 產業에 종사하는 企業의 需

要曲線이 하향한다고 해서 곧바로 그 기업이 市場支配力을 가지고 있다고 결론을 내릴 수는 없다. 下向需要曲線이 競爭政策的으로 문제가 되는 市場支配力과 직접적으로 연결될 수 없는 이유는 다음 두가지이다. 첫째, 下向需要曲線은 그 산업의 商品差別化(product differentiation)를 의미할 수 있다. 下向需要曲線에 직면한 어떤 기업도 그 需要曲線 기울기의 절대값이 매우 작더라도 限界費用보다 높은 價格을 매김으로써 利益을 볼 수 있다. 競爭價格을 限界費用 수준으로 잡는다면, 差別化된 商品을 생산하는 어떤 기업들도 價格을 ‘收益性 있게’ 競爭價格 수준 이상으로 유지할 수 있다. 그러나 Chamberlin의 商品差別化에서는 공급자가 獨占禁止法이 관심을 가지고 있는 競爭制限을 추구하기보다는 競爭의 適所(niche)를 추구하는 것이므로, 商品差別化에 의한 超過利潤의 획득은 獨占利潤의 획득과는 다르다.

둘째, 需要曲線은 經濟學的으로 寡占模型을 어떻게 설정하는가에 따라 달라지므로, 競爭政策的으로 볼 때 寡占市場의 需要曲線은 의미가 없다. 그리고 寡占市場에서는 기업들간의 끊임없는 相互作用이 존재하므로, 集中率이 높은데도 불구하고 소속 기업은 價格統制力을 가지고 있지 않은 경우가 많다. 예를 들어 獨占者라 하더라도 높은 潛在的 競爭에 직면한 경우 그 기업은 價格統制力을 마음대로 발휘할 수 없다. 높은 潛在的 競爭에 직면하여 市場構造는 獨占과 유사하나 市場行動과 市場成果는 競爭市場의 그것

과 같은 시장을 準競爭市場(contestable market)이라 한다.<sup>3)</sup> 그 시장에서 독·과점자는 市場支配力을 보유한다고 할 수 없다.

市場支配力에 대한 經濟學的 定義는 經濟模型에 기초한 經濟學的 分析을 가능하게 한다. 따라서 이 定義는 競爭政策에서 經濟學的 分析이 중요하게 됨에 따라 관심을 끌게 되었다. 그러나 經濟學的 定義는 다음과 같은 이유에서 競爭政策에서 사용하기 곤란하다. 첫째, 市場支配力을 計量化하는 데 있어 어떤 기업의 限界費用과 利潤極大化 價

格的 관계에 대한 定式化가 개념적으로 옳다 하더라도 限界費用이나 利潤 등을 산업의 실제 상황에서 측정하기 어렵다. 둘째, 그러한 定義에 따른 市場支配力은 정도의 차이는 있지만 어느 市場에나 존재한다.

市場支配力 개념이 競爭政策的으로 유용하려면, 市場支配力의 存在와 行使가 違法性 判斷基準과 연결될 수 있어야 한다. 즉 그 개념이 獨占禁止法을 위반한 특정 사건을 적발하는 데 유용하기 위해서는, 그것은 한 기업 또는 一團의 기업들이 價格을 收益性 있게 상당히 높게 유지할 수 있는 상황, 그리하여 超過利潤을 얻음으로써 ‘消費者의 利益에 害惡을 끼칠 危險’이 있는 상황과 연결되어야 한다. 따라서 競爭政策에서는 Hovenkamp(1990)의 다음과 같은 競爭政策的 定義가 유용하다.

3) 準競爭市場理論은 구조적으로 自然獨占인 시장에서도 新規進入에 필요한 설비투자액과 退出時 회수되는 轉賣價格과의 차이인 埋沒費用이 무시될 수 있는 경우에는 新規進入의 위험이 존재하여 기존기업은 독점적으로 행동할 수 없으며, 따라서 그 시장의 成果는 競爭市場의 그것에 준한다는 것이다. Baumol, Panzar, and Willig(1982) 참조.

4) 1984년 美國 法務部 合併指針에 따른 合併分析에서는 競爭價格을 기업들의 現行價格으로 잡아, 작으나 유의한 가격상승이 있는 경우 얼마나 많은 판매자가 市場에 進入할 수 있는가 혹은 얼마나 많은 購買者가 이탈할 수 있는가의 분석에 기초하여 市場支配力을 추정한다. 現行價格을 合併分析의 출발점으로 사용하는 것은 이 合併指針의 목적이 이미 존재하고 있는 市場支配力을 극소화하는 데에 있는 것이 아니라 기업들이 기존에 보유하고 있는 수준 이상으로 市場支配力을 확대하려는 것을 막는 데에 있기 때문이다. 그런데 기존의 市場支配力을 極小化하는 것이 목적인가 아니면 그것의 확대를 억제하는 것이 목적인가의 문제는 政策的 選擇의 문제이며, 최근의 競爭政策은 후자에 비중을 두는 경향이 있다. 이것은 IV章에서 언급하는 新自由主義的 思考, 즉 市場過程의 결과 초래된 기존의 市場支配力은 효율적이라는 견해와 일정한 관련이 있다. Hovenkamp(1990) 참조.

市場支配力이란 어떤 기업이 그들 제품의 價格을 일정기간 동안 收益性 있게 상당히 높은 수준으로 올릴 수 있는 能力이다.

競爭政策的 定義 역시 經濟學的 定義와 마찬가지로 市場支配力을 價格統制力으로 정의하고 있다. 그러나 競爭政策的 定義는 經濟學的 定義와는 달리 基準價格에 대한 언급이 없으며 ‘상당히’라는 단어의 의미도 모호하고 主觀的이어서 計量化하기 어렵다. 결국 市場支配力에 대한 이상의 두 정의 모두 엄밀한 것은 아니며 論爭의 여지가 있다.<sup>4)</sup>

## 2. 公正去來法上 市場支配力の 概念

우리나라 公正去來法에서 市場支配力은 ‘一定한 去來分野에 있어서 競爭을 實質的으로 制限’할 수 있는 능력에 해당된다. 이러한 市場支配力の 概念은 公正去來法の 주요 실제규정과 직·간접적으로 관련되어 있다. 公正去來法에서 ‘一定한 去來分野에 있어서 競爭을 實質的으로 制限’한다는 조건이 직접적인 違法性的의 요건으로 明文化된 條項은 제7조의 企業結合의 제한, 제19조의 부당한 共同行爲의 제한, 제26조의 事業者團體의 禁止行爲 등이며, 이 조건은 제32조 國際契約의 경우에도 해당된다. 여기에서 ‘一定한 去來分野’는 ‘去來의 客體別, 段階別 또는 地域別로 競爭關係에 있거나 競爭關係가 성립될 수 있는 分野’이며 ‘競爭의 實質的 制限’은 어떤 시장이 市場支配力에 의하여 경

쟁의 유효한 기능이 억제되는 상태를 의미한다.<sup>5)</sup>

公正去來法에서 시장지배력의 개념은 기존의 시장지배력이 행사되는 경우와 시장지배력이 형성·강화되는 경우에 다소 다르게 표현된다.<sup>6)</sup> 기존의 시장지배력에 대한 규제는 公正去來法 제3조 市場支配的地位의 濫用禁止 조항에서 보듯이, 일정한 市場占有率을 가진 獨·寡占事業者를 市場支配의 事業者로 미리 지정하여 이들의 市場支配力 濫用行爲를 특별히 감시·규제하는 방식을 취하고 있다. 市場支配의 事業者란 최근 1년간의 國內總供給額이 500億원 이상인 동종 또는 유사한 상품이나 용역을 공급하는 事業者로 1사업자의 市場占有率이 100분의 50 이상이거나, 3이하의 사업자의 市場占有率의 合計가 100분의 75이상(다만, 이 경우에 시장점유율이 100분의 10미만인 者는 제외)인 事業者이다(公正去來法 제2조 제7항 및 同法 施行令 제4조). 市場支配力을 간접적으로 규제하는 市場支配的地位 濫用行爲 規制는 公正去來法の 前身인 「物價安定法」의 獨·寡占 價格規制로부터 유래된 것이다. 市場支配力을 순전히 市場占有率과 規模로부터 추정하여 이를 보유한 사업자를 특별히 관찰하는 市場支配의 事業者의 指定制度는 우리나라의 독특한 제도이다. 獨逸의 「競爭制限禁止法」에도 市場支配力濫用을 규제하는 제도가 있기는 하나 내용이 약간 다르며, 美國과 日本의 獨占禁止法에는 이에 상응하는 법규가 없다.<sup>7)</sup> 市場支配의 事業者

5) 競爭의 實質的 制限에 가장 가까운 美國法상의 概念은, 「클레이턴」法の ‘競爭을 實質的으로 減少시키는 것으로 되는, 또는 獨占을 형성할 우려가 있는’이라는 문구이다. 그러나 이러한 개념도 추상적으로 표현되고 있어서, 이것을 ‘競爭의 實質的 制限’이라는 문구와 직접 비교하는 것은 곤란하다. 村上政博(1991, 1992) 참조.

6) 市場支配의 事業者의 능력으로서의 시장지배력은 앞에서 논의한 市場支配力の 概念보다는 獨占力の 概念과 유사하다.

7) 獨逸의 「競爭制限防止法」은 한 기업이 일정한 종류의 상품이나 용역에 관하여 3분의 1이상의 市場占有率을 가진 경우에는 市場支配의 事業者로 추정하고 있다. 단, 그 기업의 최근 會計年度의 賣出額이 2億 5千萬마르크(DM)에 미달하는 경우에는 이 推定이 적용되지 않는

의 推定과 관련된 市場支配力の 개념은 직접적으로 市場占有率과 規模로써 정의되기 때문에, ‘一定한 去來分野에서 競爭을 實質的으로 制限’하는 일반적인 시장지배력의 개념과 구별되지만, 시장지배력의 판단은 주로 市場支配的事業者의 判定基準에서 정한 市場占有率 수준에 준하는 경향이 있으므로 실제로 그 구별이 엄격한 것은 아니다.<sup>8)</sup>

한편 제23조 不公正去來行爲의 違法性 要件이 되는 ‘공정한 去來를 저해할 우려’, 즉 公正競爭沮害性은 ‘一定한 去來分野에서 競

爭을 實質的으로 制限’하는 능력과 規制對象으로 하는 行爲類型은 다르나, 市場을 劃定하여 행위자의 市場占有率을 산정하고 그 행위가 市場競爭에 주는 영향을 평가한다는 의미에서 市場支配력과 관련이 있다.<sup>9)</sup> 단, 不公正한 去來方法의 行爲類型은 다양하기 때문에 公正競爭沮害性의 내용은 不公正한 去來方法의 多樣性을 반영하도록 해석해야 한다.

### 3. 企業力과 經濟力

앞에서 언급한 市場支配力 개념은 價格統制力에 초점을 맞춘 것이다. 新古典派 經濟學에 기초한 競爭政策은 단일시장 내지 관련시장에서 價格統制力이 존재하는지의 여부에 주목한다. 價格은 市場이 제대로 작동되고 있는지를 나타내는 核心指標이므로 價格機構의 원활한 작동을 저해하는 市場支配力을 제한함으로써 競爭을 活性化할 수 있기 때문이다. 그런데 新古典派 經濟學은 시장에 존재하는 價格統制力에만 관심을 두고 그 밖에 巨大企業의 規模 자체가 초래할 수 있는 영향력은 등한시한다. 즉 新古典派 經濟學은 ‘힘’(power)에 대한 분석과 대응이 미흡하다. 우선 그 이론에는 強制(coercion)라는 본질적인 의미에서의 힘이 존재하지 않으며, 힘은 일차적으로 規模 자체로부터 온다는 사실이 경시되고 있다. Bartlett (1989)는 이것을 다음과 같이 설명한다.

다(同法 제22조 제3항 제1호). 그리고 일정한 종류의 상품이나 용역에 관하여 3이하의 기업들이 합하여 50%이상의 市場占有率을 가지거나 5이하의 기업들이 합하여 3분의 2이상의 市場占有率을 가지는 경우에는 市場支配的事業者로 추정한다. 단, 그 기업의 최근 會計年度의 賣出額이 1億마르크에 미달하는 경우에는 이 推定이 적용되지 아니한다(同法 제22조 제3항 제2호). 그리고 EC의 로마條約 86 조하의 支配的地位(dominant position)의 개념은 市場支配的地位의 개념보다 「서면」法 2 조의 市場支配力 개념과 유사하지만, 衡平性(fairness)이나 유럽市場統合(unification)과 같은 정치·사회적 가치가 포함된다는 점에서 市場支配力の 개념보다 훨씬 포괄적인 개념이다. Constantine(1992) 참조.

8) 우리나라의 경우 市場支配的事業者 指定에 있어 占有率 10%이하인 기업은 市場(支配)力의 行使能力이 없다고 보아 指定對象에서 제외하고 있다. 이를 근거로 하여 申光湜(1992)은 公正去來法의 內的 一貫性 維持라는 측면에서 일단 10%이상의 占有率을 가진 기업을 市場支配力을 보유할 수 있는 기업으로 볼 것을 제안하고 있다.

9) 이것은 일본의 不公正去來方法의 違法性 判斷基準인 公正競爭沮害性에 관한 論爭에 따른 것이다. 村上政博(1991, 1992) 참조.

新古典派 經濟學내에는 強制라는 본질적인 의미에서의 ‘힘’이 존재하지 않는다. 市場은 兩面的이며 自發的인 去來의 集合體로 정의되고 있기 때문에, 시장과 힘은 相互排除的이다. 따라서 시장을 중요시하는 新古典派 經濟學에서 힘은 外部性으로 인한 市場失敗 등 부차적인 경우에 등장할 뿐이다. 新古典派 微視經濟學내에서 존재하는 유일한 힘, 獨占力<sup>10)</sup>도 시장이 제대로 기능하지 않을 경우에 등장한다. 그러나 이러한 힘조차 強制的 의미를 가지지 않는다. 만약 사람들이 어떤 조건하에서 실제로 거래하고 있다면, 그것은 去來하지 않는 편보다 거래하는 편이 더 낫다고 가정하기 때문이다. 이와 같이 그 理論에서 힘은 市場이 존재하지 않거나 市場機能이 제대로 작동하지 않을 경우에 등장한다.

新古典派 經濟學은 強制와 관련된 힘을 도외시함으로써 증대된 企業力(corporate power)을 적절히 고려하지 못하는 측면이

10) 獨占力은 상당한 수준의 유의한 市場支配力으로 보면 무리가 없으나 경우에 따라서는 混用되기도 한다. 獨占力에 대해서는 하버드學派의 Areeda and Turner(1978)는 상당 정도의 市場支配力(substantial market power), 시카고學派의 Landes and Posner(1981)는 높은 수준의 市場支配力(a high degree of market power)으로 정의하므로, 상당 정도의 有意한 市場支配力으로 이해하면 무리가 없을 것이다. 이러한 논의는 상당수준의 市場支配力만이 競爭政策상의 관심을 불러일으킨다는 것을 시사한다.

있다. 產業의 각 부문으로 多邊化된 巨大株式會社의 힘은 일정한 범위에 한정되지 않는다. 점점 더 市場보다는 巨大企業이 주된 資源配分의 주체로 된다. 따라서 消費者의 權益을 보호한다는 競爭政策의 목적을 달성하기 위해서는 獨·寡占化된 市場 이상으로 大企業의 勢力增加를 감독해야 한다. 현재와 같이 巨大企業의 多邊化가 심화된 상황에서는 어떤 시장을 관찰하여 市場支配力이 存在하는지 혹은 濫用되고 있는지를 관찰하는 것만으로는 충분치 않다. 이제는 市場을 관찰하여 企業의 행동을 설명할 뿐만 아니라, 企業 자체를 관찰하여 그 企業의 市場行態를 예측·설명할 수 있어야 한다. 즉 競爭政策의 목적을 위해서는 기업이 어느 정도의 힘 또는 影響力을 보유하고 있는지를 살핀 다음에 市場支配力의 行使可能性을 살피는 것도 좋은 방법이다. 예를 들어 食品產業에 종사하는 巨大複合企業은 여러 종류의 제품을 생산할 것이므로 한 製品市場에서의 기업의 힘은 자동적으로 다른 제품의 시장에 영향을 줄 것이다. 이 경우 어떤 한 시장에서 그 기업이 市場支配力을 행사하고 있는지를 분석하는 것만으로는 문제의 본질에 접근하지 못할 수 있다. 더욱이 우리나라와 같이 大企業의 複合連結組織인 企業集團이 많이 존재하는 경우, 競爭政策은 企業集團의 힘을 고려하지 않고는 市場支配力을 적절히 규제할 수 없다. 따라서 공정거래법에서는 大企業集團 系列企業의 不公正去來行爲에 있어 行爲者의 영향력은 企業集團 전반의



행태와 관련하여 평가된다. 즉 「大規模企業集團의 不公正去來行爲에 대한 審査基準」(1992년)은 이들 기업의 불공정거래행위에

- 11) 經濟力(economic power)은 매우 불분명한 개념이다. 美國의 경우 經濟力을 Munkirs(1988)와 같이 大企業의 힘으로 보는 견해가 가장 일반적이지만, Peterson(1988)과 같이 그 힘은 獨占者나 支配的事業者가 아니더라도 우월한 去來能力 혹은 去來相對方으로부터 양보를 얻어낼 수 있는 者도 가질 수 있는 것으로 보는 견해도 있다. Peterson은 經濟力을 商品, 販賣條件, 혹은 購買者選好의 속성에 기초한 우월한 去來能力으로 정의한다. 이러한 정의는 Chamberlin이 獨占的 競爭의 市場構造를 구상할 때 고려한 經濟力 개념과도 관계가 있다. 그 밖에 經濟力을 市場支配力과 구별하지 않는 경우도 있다.
- 12) Dugger(1988)는 금세기 經濟組織의 변화를 大企業內 利潤中心모듈(profit-center module)에 기초한 經營革命의 시각에서 설명한다.
- 13) 市場에 존재하는 支配力뿐만 아니라 經濟規模全般에 비해 절대적으로 큰 大企業의 힘에 대한 관심은, 産業化過程 자체가 獨·寡占企業의 成長過程이었던 後進國뿐만 아니라, 방대한 經濟規模로 인해 大企業의 힘이 상대적으로 은폐되었던 미국에서도 중요하게 부각되었다. 그런데 현대의 經濟力은 그 影響力이 사회 전반에 미친다는 점에서뿐만 아니라 拮抗力(countervailing power)이 존재하지 않는다는 점에서 심각한 문제가 있다. 單一國家내에서 市場支配力 혹은 經濟力은 항상 다른 組織에 의한 拮抗力의 견제를 받았다. 과거에는 증대되는 기업의 힘은 다른 기업에 의해 견제되었을 뿐만 아니라, 기업내부적으로는 勞動組合의 힘에 의하여 완충되었고, 기업외부적으로는 政府의 政策에 의하여 간섭받아 왔다. 그러나 현재 巨大企業의 支配力의 확대는 可視的인 對應力의 성장 없이 진행되고 있다. 이른바 帝國的 巨大複合企業(imperial conglomerate)은 市場에 의한 효과적인 社會的 統制로부터 상당히 자유로울 수 있으며, 이러

대한 위법성의 판정은 특정 거래와 관련된 個別企業의 영향력의 유무를 고려하여 판단하는 것이 원칙이지만, 大規模企業集團에 소속된 기업의 경우에는 系列企業간의 經濟的 同一性이 인정되기 때문에 企業集團 全般의 行態를 고려하여 行爲者의 影響力을 판단할 필요가 있음을 밝히고 있다.

이와 같이 經濟力 혹은 企業力의 개념은 競爭政策에서 일정한 위치를 차지한다. 經濟力은 強制할 수 있는 組織의 能力이라는 관점에서 볼 때 現代資本主義에 있어 가장 중요한 經濟組織인 大企業에 귀속된 힘으로 정의할 수 있다. 美國의 경우 이러한 관점에서 經濟力이라는 용어는 大企業의 힘, 즉 企業力과 구별없이 사용되기도 한다.<sup>11)</sup> 반면 우리나라의 경우 經濟力은 경제의 핵심적인 조직인 企業集團과 좀더 밀접하게 관련되므로 경제력은 대기업의 힘보다는 기업집단의 힘과 관계가 있다.

巨大企業의 多邊化와 함께 企業의 組織이 변화하고 活動範圍가 확대됨에 따라 巨大複合企業의 힘은 競爭政策에 새로운 문제를 제기한다.<sup>12)</sup> 關聯市場을 넘어서 全經濟領域에 미치는 巨大複合企業의 힘은, 存在 자체로부터 자동적으로 濫用된다고 할 수는 없더라도 심각한 위협이 되는 것은 분명하다.<sup>13)</sup> 따라서 競爭政策은 기업이 生産製品市場에 대하여 미치는 영향력뿐만 아니라 경제사회 전반에 대하여 미치는 영향력에 대해서도 주의를 기울일 필요가 있다.

經濟力 개념이 競爭政策에서 차지하는 비

중이 확대되고 있음에도 불구하고 이에 대한 分析과 對應은 별로 진전되고 있지 못하고 있는 실정이다. 經濟力에 대한 分析과 對應이 진전되고 있지 못한 것은 經濟學에 있어서 힘의 연구는 아직 前學問的인<sup>14)</sup> 상태에 있기 때문이다. 經濟力 概念에 대해서도 合意하지 못하고 있으므로 指標의 設定 및 推定方法도 初步的 段階에 머물고 있다는 것은 두말할 나위 없다.<sup>15)</sup> 經濟力은 企業의 規模에 근거한 企業力이 원천이므로 여러 종류의 集中指數가 고려되고 있는 정도이다.

한 企業의 확대는 個別國家가 그들의 國家經濟를 관리하는 능력을 크게 약화시킨다.

- 14) 前學問的(prescientific) 상태란 Thomas Kuhn에 따르면 패러다임이 존재하기 이전의 核心概念을 정의하고 방어해야 하는 기간을 의미한다. 힘은 政治學이나 社會學에서는 중심적 주제인 반면, 主流 經濟學에서는 오직 주변적인 관심사이며, 制度學派에서만 중심적인 주제로 다루어지고 있다. 따라서 아직 힘을 經濟學的으로 연구하기 위하여 사용될 수 있는 잘 구성된 理論은 존재하지 않는다. 힘에 대한 經濟學的 논의로는 Galbraith(1984) 등이 있으나, 이 분야는 아직 經濟學的 다른 분야처럼 精緻한 분석수준에는 도달하지 못하고 있다.
- 15) 經濟力의 指標는 資産, 賣出額, 雇傭 등의 規模를 나타내는 것이나, 異種 産業간의 指標를 직접 비교하는 것은 의미가 없다. 예컨대 製造業에 종사하는 企業의 資産規模와 서비스業 企業의 資産規模를 평면적으로 비교할 수는 없다. 企業集團은 대개 여러 産業에 종사하는 企業들로 구성된 것이므로 이러한 企業集團의 經濟力을 算定하는 것은 간단한 문제가 아니다. 李奎億·李成舜(1985) 참조.

### III. 市場支配力の 推定

#### 1. 市場支配力の 指標

傳統的으로 競爭政策에서는 市場支配力을 직접적으로 ‘상당 수준’의 市場占有率로부터 직접 추론해 내었다. 이러한 추론은 높은 市場占有率은 시장구조가 비경쟁적이라는 것을 의미하므로, 그 시장에는 市場支配力이 존재할 가능성이 높다는 데 근거한다. 하지만 최근에는 競爭政策이 시장의 獨·寡占構造보다 企業의 競爭制限行爲라는 市場行動的인 要因을 중요시함에 따라, 일부 계량경제학 모형은 시장의 集中率이나 당해기업의 市場占有率과 같은 構造的 要因을 언급하지 않고 需要彈性性 등 經濟學的 指標에 의존하여 직접적으로 그 企業의 市場支配力을 산정한다.

經濟學的 方法論에 대한 관심은 競爭政策이 市場構造보다 市場行爲의 經濟的 成果를 중요시함에 따라 더욱 높아졌다. 미국에서는 1970년대 중반 이후 獨占禁止法의 중점적 대상이 獨·寡占의 市場構造로부터 競爭制限的 企業行爲로 바뀌고, 合併 등과 같이 市場構造가 문제되는 경우에도 市場支配力의 존재보다는 그것의 증가가 문제됨에 따라 市場占有率과 같은 構造的 指標의 중요성은 상당히 감소했다.

하지만 計量經濟學的 方法論을 사용한 市

市場支配力の 分析은 學術論文으로는 많이 발표되었으나 실제로 競爭政策에 적용된 예는 매우 적다. 競爭政策에서는 아직도 市場占有率이 市場支配力を 판단하는 데 핵심적인 역할을 한다. 市場占有率이 政策基準으로서 인기가 있는 것은 競爭政策當局으로 하여금 限界費用이나 利潤과 같은 불명확한 개념에서 벗어나게 하기 때문이다. 우리나라의 경우에는 市場支配의 事業者가 市場占有率로 정의되고 있으며, 다른 行爲類型의 市場支配力の 推定에도 市場占有率이 주로 참작되고 있어서 市場占有率 指標는 매우 중요하다. 반면 市場占有率을 市場支配力の 주된 指標로 사용하는 경우에도 당해 企業行爲의 意圖와 競爭에 대한 效果가 參작되어야 한다. 이것은 다음 2節의 獨占禁止事件에 대한 2段階 分析過程에 관한 논의에서 언급한다.

### 가. 市場占有率

市場占有率(market share)  $S_i$ 는  $i$ 번째 기업이 당해 시장의 總規模에서 차지하는 비중을 나타내는 것으로, 소수 대기업의 市場

支配力を 측정하는 絕對的 指數 중 가장 대표적인 것이다. 우리나라 公正去來法은 施行令 제4조 제3항에서 市場占有率을 상품 또는 용역의 國內總공급액 중에서 당해 사업자의 상품 또는 용역의 國內總공급액이 점하는 比率로 정의한다.<sup>16)</sup>

市場占有率은 劃定된 市場의 範圍에 대하여 계산되는 것이므로 劃定된 範圍에 절대적인 영향을 받는다. 일단 어떤 範圍로 시장을 劃定할 것인가에 관하여 합의한다면 市場占有率은 어떤 기업이 그 시장에서 행사하는 統制力 혹은 그러한 힘의 潛在力을 나타내는 좋은 指標가 될 것이다. 美國 法務部 合併指針도 높은 市場占有率이 높은 市場支配력을 나타내도록 시장을 劃定한다. 하지만 市場劃定の 문제는 그리 간단하지 않다. 法違反事件의 原告는 被告의 市場支配력을 입증하기 위하여 시장을 보다 좁게 劃定하려고 할 것이며, 被告는 시장이 넓게 劃定되도록 할 것이다. 더욱이 오늘날과 같이 商品差別化가 심화된 시장에서 일정한 범위의 시장을 劃定하는 문제는 쉬운 일이 아니다.

또한 有意한 市場占有率 水準은 產業과 違反行爲 類型에 따라 달라진다. 예를 들어 重工業과 같이 規模의 經濟를 실현하고 있는 산업의 경우에는 규모를 확대하는 것이 효율적일 수 있으므로, 消費者에게 害惡을 끼칠 위험이 있는 市場占有率의 수준은 다른 산업에 비해 높을 것이다. 그리고 合併의 違法性 判斷基準에 사용되는 市場占有率 수준은 不公正去來行爲의 그것에 비해 높은

16) 市場占有率은 통상 生産量을 기준으로 산정한다. 즉 關聯市場의 總生産量에서 어떤 사업자 혹은 사업자들 그룹의 生産量 合計가 차지하는 比率에 의해 산출한다. 生産量보다는 生産施設을 기준으로 하는 것이 개념적으로는 더 정확하지만 生産費 關係 등으로 生産施設이 완전히 가동되는 것은 아니기 때문에 生産량을 기준으로 하는 것이 타당하다. 그리고 해당기업 등에 垂直的 結合이 없는 경우에는 總販賣額이 生産量의 정확한 대체기준이 될 수 있다. Areeda and Turner(1978) 참조.

경향이 있다. 반면 같은 産業, 같은 유형의 위반행위의 경우라도 다른 제반 여건의 맥락에서 동일한 수준의 市場占有率의 효과가 달라질 수 있다.

더욱이 市場占有率은 後向的(backward-looking)인 指標라는 점에 한계가 있다. 즉 市場占有率은 어떤 기업이 일정기간 동안 그 시장에서 다른 기업과 비교하여 얼마만큼 팔았는가라는 과거의 성과를 나타내 준다. 반면, 어느 기업이 행사하고 있는 市場支配力의 수준은 그 기업이 가까운 장래에 價格을 올릴 경우 販賣量이 얼마나 줄어들 것인가에 달려 있다. 따라서 계획된 合併이나 合作投資가 미래에 경쟁을 줄일 것인지의 여부를 과거의 시장점유율로 판단하는데는 한계가 있다. 현대의 시장은 끊임없이 力動的으로 변화하고 있으므로 과거에 높은 市場占有率을 보였던 기업이라 해도 그것이 곧바로 현재 혹은 미래의 그 기업의 市場支配力의 척도가 될 수는 없다. 또한 市場支配

力의 判斷基準을 市場占有率에만 의존하는 방법은 지나치게 경직적이어서, 經濟原理에 입각한 行態規制가 어렵다. 따라서 市場占有率은 市場支配力의 指標로서 가장 중요한 것이지만, 단순히 높은 市場占有率은 市場支配力을 입증해 주는 必要條件에 지나지 않는다.

#### 나. Lerner 指數

市場占有率의 이러한 한계는 일부 經濟學者들의 깊은 불신을 자아냈다. Landes and Posner(1981)와 같은 이들은 적어도 원리 상으로는 한 기업에 의해 행사되고 있는 市場支配力의 정도를 計量化하기 위하여 市場을 劃定하거나 市場占有率을 측정할 필요가 없다고 주장했다. 이들은 그 기업이 매기는 價格이 限界費用으로부터 괴리되는 정도로써 市場支配力을 측정한다. 어떤 기업이 한계비용보다 높은 가격을 매길 수 있다면 이것은 그 기업이 價格에 대한 統制力을 가지고 있다는 것을 나타낼 수 있기 때문이다. 完全競爭하에서 價格은 限界費用과 일치한다. 따라서 이론적으로는 市場價格이 限界費用과 괴리되는 정도로써 그 시장이 完全競爭 상태로부터 어느 정도 이탈되었는가를 측정할 수 있다. 價格이 限界費用에서 괴리되는 정도로부터 직접적으로 獨占力 혹은 市場支配力을 측정하는 대표적인 指標로 Lerner 指數가 있다.<sup>17)</sup> Lerner指數  $L$ 은 (1)식과 같이 정의된다.

17) Lerner 指數로 추정된 市場支配力은 新古典派 靜態模型에서 독점의 후생적 손실과 잘 연결된다. 즉 그 모형에서는 市場支配力에 의하여 초래된 厚生の 損失의 크기가 市場支配力 정도와 정밀하게 연결된다. 이에 대한 Ordober (1990)의 설명을 살펴보자. 完全競爭市場에서 長期均衡價格은 限界費用과 일치한다. 아래의 [圖 A]에서 競爭價格은  $p^*$ , 이 가격에서의 均衡產出量은  $q^*$ 이다. 이제 獨占者 혹은 市場支配力을 갖는 기업이 생산량을  $q^m$ 으로 제한하여 가격을  $p^m$ 으로 올렸다고 가정해 보자. 이 경우 獨占 혹은 市場支配力의 결과 초래되는 厚生純損失(deadweight loss ; DW)은 삼각형 ABC의 면적으로 나타낼 수 있다.

$$L = (p^m - MC) / p^m = 1 / |\epsilon| \dots\dots (1)$$

$0 < L < 1$ ,  $0 =$  完全競争,  $1$ 에 가까워

질수록 獨占力이 증가

단,  $p^m$ 는 獨占價格,  $MC$ 는 限界費用,

$\epsilon$ 는 需要의 彈力性.

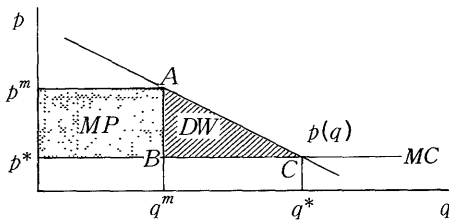
(1)식에서 Lerner指數  $L$ 은 다시 市場需要의 彈力性  $\epsilon$ 과 역으로 相關된다. 따라서 어떤 기업의 市場支配力을 평가하기 위해서는 彈力性을 精確하게 測定하여야 한다. 그러나 精確한 탄력성을 計算하는 方法이 문

제이다. 전통적으로 이 彈力性은 代替財나 補完財와 같은 다른 모든 相關상품의 價格은 變하지 않은 채 그 商品의 價格만이 變한다는 假定하에 計算되나 現實적으로 이러한 假定은 타당하지 않다. 또한 限界費用 등의 計算과 相關된 問題 또는 앞에서 市場지배력에 대한 經濟學的 定義와 相關된 問題 등을 고려할 때, Lerner指數가 市場支配力을 精確히 나타내 준다고는 생각할 수 없다.

일반적으로 볼 때 市場需要曲線의 彈力性이 그 市場에 속한 어떤 기업의 價格統制力을 精確히 나타내 주는 것은 아니다. 需要彈力性에 기초하여 市場支配力을 推定하는 方法은 市場需要의 彈力性이 낮다면 그 기업은 價格을 높여도 상대적으로 적은 賣出損失을 초래할 것이므로 限界費用보다 높은 價格을 매길 수 있다는 데 근거한다. 그러나 限界비용보다 높은 價格은 商品差別化에 기인할 수 있다는 것을 언급한 바 있다. 商品差別化는 市場지배력의 한 요인이지만, 消費者의 厚生을 높이는 측면도 있으므로, 이를 일률적으로 평가하기 어렵다. 또한 競爭政策 當局은 현재의 需要의 彈力性뿐만 아니라 수요의 탄력성을 줄이기 위한 기업의 노력에도 注意를 기울여야 한다. 企業은 競爭者를 排除함으로써 需要의 彈力性을 낮추어 이득을 얻을 수 있으므로 그러한 노력을 할 것이기 때문이다.

需要曲線의 기울기로써 市場支配力을 推定하는 方法은 全體 市場構造의 非競爭性과 相關된다. 반면 어떤 단일 기업의 價格統制

[圖 A] 獨占의 純厚生損失



이 삼각형  $ABC$ 의 면적은 Ordover에 따르면 (a)식과 같이 나타낼 수 있다. 즉 市場支配力에 대한 經濟學的 定義는 (b)식에서 보는 것과 같이 Lerner指數를 통하여 市場支配力의 결과 초래되는 厚生純損失  $DW$ 를 매우 精確히 나타낼 수 있다.

$$DW = (1/2) \cdot \epsilon \cdot [(p^m - MC) / p^m]^2 \cdot (p^m q^m) \dots\dots\dots (a)$$

이를 정리하면,

$$DW = [(1/2) p^m q^m] \cdot L = [(1/2) p^m q^m] / \epsilon \dots\dots\dots (b)$$

즉 獨占의 厚生純損失  $DW$ 는 需要의 彈力性  $\epsilon$ 와 반비례하며 Lerner指數  $L$ 로 나타나는 市場支配력과 비례한다. 이와 같이 (b)식은 獨占의 厚生純損失  $DW$ 는 市場支配力을 나타내는 Lerner指數  $L$ 과 일정한 비례관계에 있음을 나타낸다.

力은 그 기업이 직면한 殘餘需要(residual demand)의 彈力性에 의해 잘 나타낼 수 있다. 獨占禁止事件에서 殘餘需要란 總市場需要에서 被告 이외의 生産者들에 의해 공급되는 供給量을 뺀 나머지 수요를 의미한다. 이 방법은 특히 한 시장 안에서 어떤 특정 기업이나 기업들의 그룹이 市場支配力을 갖는가를 조사할 경우에 적합하다.

殘餘需要 分析方法에서 被告인 大企業이 價格을 올린 데 대해 많은 小規模 生産者들이 單位生産費用을 크게 높이지 않고 販賣量을 급속히 증가시킬 수 있다면 被告는 市場支配力을 갖지 않는 것으로 판정된다. 被告가 生産하는 商品에 대한 總市場需要가 비탄력적이라 하더라도 그 기업이 직면한 殘餘需要는 매우 탄력적일 수 있기 때문이다. 美國의 경우 이러한 분석방법은 被告인 大規模企業의 시장지배력을 부정하는 데 많이 사용되었다. 즉 需要의 統計的 分析에 기초하여 제기된 訴訟中止節次는 상당수가 이 접근방법을 사용했다. 그러나 殘餘需要의 彈力性은 이미 시장지배력을 보유하고 있는 기업에 대해서는 잘못된 지표를 제공할 수 있다. 어떤 支配的企業이 잔여수요가 탄력적이기 때문에 價格을 올리지 못한다 하더라도, 이미 그 기업은 價格이 한계비용을 초과한다는 의미에서 시장지배력을 보유하고 있

18) 그 밖에도 殘餘需要分析方法은 초기에는 상당한 寡占的 協調가 있었으나, 후기에는 小企業들에 의한 공격적인 가격인하로 인해 이러한 협조가 깨진 경우에도 被告의 自己價格彈力性을 비현실적으로 작게 나타내 준다.

을 수 있기 때문이다. 또한 殘餘需要函數의 추정은 그 시장의 생산자 1인, 즉 獨占禁止事件의 被告만이 價格을 올리는 경우에 대해서 분석하는 것인데, 被告만의 個別的 價格上昇誘因을 분리해 내는 데는 어려움이 있다.<sup>18)</sup>

#### 다. 收益率

經濟的 超過利潤도 市場支配力의 指標가 될 수 있다. 競爭企業은 長期均衡 상태에서 그 자산에 대한 正常利潤만을 벌 수 있는 반면 市場支配力을 가지고 있는 기업은 이러한 正常利潤 이상의 超過利潤을 얻을 수 있기 때문이다. 사실 超過利潤이 쉽게 측정될 수 있다면 Ordovery(1990)의 말대로 그것은 어떤 시장에서는 Lerner 指數보다 훨씬 나은 市場支配力 指標가 될 수 있다. 하지만 收益率은 經濟學的 分析을 위해서는 매우 다루기 힘든 개념이다. 예를 들어 이것은 會計士가 資產價値에 대한 減價償却을 어떻게 시간적으로 조정하는가에 따라 많이 달라진다.

현실적으로 收益率 혹은 利潤率과 集中率은 陽의 상관관계를 보이고 있지만, 이것은 시장의 독·과점구조가 심화될수록 그 시장에 속한 기업들의 利潤率이 높아진다는 것을 의미하는 것은 아니다. 利潤率과 集中率의 因果關係에 대해서는 이론적·실증적으로 많은 연구가 있었다. 1950~60년대의 産業組織論의 構造主義學派는 ‘談合假說’에 입각하여, 市場集中率이 높아질수록 上位企業

들의 談合이 용이해지기 때문에 쉽게 競爭이 제거되어 높은 利潤率을 실현할 수 있다고 주장하였다. 기업들은 기업규모가 증가할수록 더욱 많은 이윤을 얻을 수 있으므로 企業規模를 늘리려는 강한 誘因을 가진다. 이러한 관점에 설 경우 높은 超過利潤은 消費者의 厚生을 해치는 市場支配力을 입증하는 것이다.

반면 Demsetz(1974)를 비롯한 시카고學派는 企業이 利潤極大化를 위하여 效率的으로 되려고 노력하는 과정에서 다른 기업보다 빠르게 성장하여 결국 市場占有率이 높아진다는 '效率假說'을 주장하였다.<sup>19)</sup> 이들은 규모가 클수록 효율적이라는 傳統的 假說이 가정한 因果關係의 방향을 역전시켜, 效率이 급속한 規模擴大를 초래한다고 주장하였다. 즉 Demsetz가 주장한 '新假說'에 의하면 높은 이윤을 내는 효율적인 기업은 競爭者보

19) 이러한 해석은 獨占禁止法의 엄격성을 약화시키는 經濟學에서의 중요한 두가지 理論發展 중의 하나이다. 위의 가설 이외에 다른 하나는 垂直的 契約이 效率을 증진시킬 수 있다는 去來費用 接近方法이다. 이러한 논의들은 「다윈」적 社會進化論을 思想的 背景으로 하고 있다. 「다윈」적 競爭過程은 殘存者를 가장 效率的이라고 가정한다. 그러나 이러한 假說은 競爭政策的으로 볼 때 지나치게 단순하다는 비판을 받고 있다. 예를 들어 Mueller(1986)는 이러한 개념이 先行者의 利點, 높은 市場占有率을 노린 地代追求로 인한 손실, 非價格競爭의 社會的 費用 등을 무시한 것이라고 비판한다.

20) 日本의 경우에도 產業의 종류에 관계없이 先導的 企業이 상대적으로 매우 높은 利潤을 거두고 있다는 조사연구가 있다. 土井教之(1988) 참조.

다 빨리 성장하여 다른 기업에 비해 상대적으로 급속히 규모를 확대함으로써 支配的 企業이 된다.

集中率이 높은 산업에 소속된 기업이 평균적으로 높은 收益率을 얻고 있는지에 대해서는 일률적으로 말하기 어렵다. 오히려 어떤 산업에서든 빠르게 성장하고 있는 先導的 企業은 상대적으로 높은 收益率을 거두고 있음이 자주 발견된다. 이것은 그 기업이 상대적으로 우월한 요소에 기초하여 높은 이윤을 내면서 급속히 成長하고 있다는 것을 의미한다.<sup>20)</sup> 따라서 效率假說에 입각할 경우 높은 收益率은 경쟁정책이 문제시하는 市場支配力의 지표가 될 수 없다. Elzinga(1989)에 따르면 최근의 美國 獨占禁止法廷에서 높은 收益率이 違法性의 근거로 언급되는 경우는 별로 없다.

한편 높은 收益率은 進入障壁과 관련된 경우가 많다. 競爭市場에서도 단기적으로는 技術革新이나 다른 여러가지 요인에 기인된 일시적으로 높은 地代나 獨占利潤이 존재한다. 반면 지속적으로 높은 收益率은 그 기업의 優越한 要素에 기인하는 경우가 아니면 進入障壁과 관련되는 경우가 대부분이다. 그런데 진입장벽과 관련하여 商品差別化의 효과는 競爭政策的으로 판단하기가 매우 어렵다. 商品差別化 중에는 그 기업의 우월한 요소로 기능하는 것도 있으며, 새로운 기업의 진입의 수단으로 될 수 있는 것도 있다. 반면 Schmalensee가 언급한 이른바 先行者의 利點(first mover advantages)에 기인한 기

존기업들의 進入障壁으로 작용할 수 있는 것도 있다.<sup>21)</sup> 더욱이 商品差別化는 廣告와 결부되어 그 효과가 증폭된다.<sup>22)</sup> 지금까지 논의한 進入障壁의 구조적 원천은 주로 시

장이나 산업의 내재적 요인에 의한 것이다. 반면 독점의 유지나 형성에서는 특히 法律的 進入障壁도 매우 중요한 역할을 한다는 데 유의해야 한다.<sup>23)</sup>

21) 많은 수의 높은 市場占有率을 가진 기업들에서 발견되는 正常水準보다 훨씬 높은 利潤率은 品質 및 效率과 관계되지 않는 先行者의 利點에 기인할 수 있다. 만약 後者가 중요한 이유라면 한 기업 또는 기업들에 의한 市場支配는 보다 값싸고 품질 좋은 제품을 공급하는 進入企業들이 살아남기 위한 수준의 利潤을 벌지 못하게 함으로써 厚生水準을 낮추게 될 것이다. Mueller(1986) 참조.

22) 進入障壁은 반드시 높은 收益率과 관련되는 것은 아니다. 市場占有率이 높은 支配的企業은 限界費用보다 낮은 價格을 설정함으로써, 競爭企業의 進入을 저지할 수 있기 때문이다. 이 경우 그 기업이 단기적으로 손실을 보고 있다 하더라도 潛在的 競爭企業의 進入을 막는다는 점에서 그 기업은 市場支配력을 행사하고 있는 것이다.

23) 法律的 進入障壁이 독점의 형성·유지에 대하여 중요한 역할을 한다고 주장하는 학파로는 시카고學派 외에 新오스트리아學派가 있다. 國家를 유일한 獨占者로 보는 Rothbard는 물론 Mises, Hayek, Kirzner 등 自由市場에서도 독점이 형성될 가능성을 인정하는 論者들도 그 독점의 형성과 유지에는 많은 경우 국가의 造成이 유력한 역할을 한다는 것을 인정한다. 즉 이들은 국가에 의해 형성된 進入障壁 이외의 人爲的 進入障壁은 競爭에 의해 상대적으로 쉽게 소멸한다고 생각한다. 越後和典(1985) 참조.

24) ‘競爭의 實質的 制限’은 美國 「서먼」법의 ‘substantial injury to competition’을 의미한다.

25) 法律 用語로서의 ‘一定한 去來分野’의 개념은 經濟學에서의 市場의 개념과 정확하게 일치하는 것은 아니나 本稿에서는 混用하기로 한다. 일정한 거래분야는 美國 「서먼」법의 ‘any line of commerce’에 해당하는 것으로 언어감각상 ‘any’와 ‘일정한’에는 차이가 있다. 이러한 차이가 앞으로 法適用상 어떠한 차이가 있

결국 競爭政策의 分析目的에 맞는 市場支配력을 추정하기 위해서는 市場占有率과 集中率뿐만 아니라 進入障壁, 收益率 등 여러 가지 요인을 고려해야 한다. 이에 대해 일부 法學者들은 獨占禁止法이 왜 다루기 힘든 經濟學的 概念에 의존하지 않으면 안되는가에 대하여 불만을 표시한다. 그럼에도 불구하고 이러한 推定方法은 競爭政策의 발전에 기여했다는 데에는 인식을 같이한다.

## 2. 類型別 市場支配力の 推定

### 가. 一定한 去來分野

競爭이 實質的으로 制限되는지의 여부를 판단하기 위해서는, 우선 경쟁이 이루어지는 범위를 구획할 필요가 있다. 즉 논리상 ‘一定한 去來分野’ 혹은 市場의 劃定은 ‘競爭의 實質的 制限’<sup>24)</sup>의 유무를 인정하는 전단계 작업이다. 一定한 去來分野란 去來의 客體別, 段階別 또는 地域別로 競爭關係에 있거나 競爭關係가 성립될 수 있는 分野이다. 즉 一定한 去來分野란 특정한 商品 또는 用役에 관하여 供給者와 需要者의 사이에 거래가 행해지는 場을 일컫는 公正去來法의 용어로, 經濟學的으로는 市場을 의미한다.<sup>25)</sup> 그런데 ‘一定한 去來分野에 있어서 競爭의



實質的 制限'이라는 요건은 다양한 規制의 共通要件이 되므로 市場의 劃定은 '競爭의 實質的 制限'으로부터 독립적으로 결정되는 것은 아니며, 競爭의 實質的 制限을 초래하

을지는 比較法學的으로 연구해 볼 가치가 있을 것이다. 그런데 一定한 去來分野는 標準産業分類上의 5單位別 市場, 예를 들어 면직물(32161), 전기세탁기(38333) 등과 같이 事前的이고 객관적으로 확정되는 것은 아니다. 市場劃定은 市場占有率을 算定하는 기초로서, 또한 競爭에 미치는 영향을 분석하는 무대로서 매우 중요하나 그 이론은 經濟學 영역에서나 競爭政策의 영역에서 整合的으로 구성되지 못하고 있다.

26) 市場劃定에 관하여 1984년 美國 法務部 合併 指針이 채택한 방법은 다음과 같다.

우선 最少規模의 市場으로 확실하게 인정되는 製品群, 企業群으로부터 假想的인 單一企業을 설정하여 계속적으로 반복하여 소폭 혹은 유의한 價格引上이 있다고 가정할 때 어떤 범위의 제품이 代用品·代替品으로 될 것인가 혹은 어떤 범위의 주변에 있는 기업이 제품을 공급하게 될 것인가 등을 살펴, 최종적으로 質的 隔差를 발생시키는, 따라서 거기에서 假想的인 單一企業이 市場支配力을 행사할 수 있는 특정의 製品群·企業群을 關聯市場으로 결정한다.

물론 이러한 市場劃定方法은 需要·供給의 彈力性이 測定不可能하기 때문에 價格引上도 檢證不可能하다는 점에서 현실적으로 적용되는 것은 아니며 다만 思考過程을 보이는 것이다.

27) 絲田省吾(1988)는, 日本의 경우에는 關聯市場의 劃定에 관한 經濟學的 論議는 거의 진행되지 않았는데, 이것은 日本의 경우 대부분의 '一定한 去來分野'의 劃定이 價格協定에 관한 것이었음과 무관하지 않다고 설명한다. 즉 日本의 경우에는 價格協定 規制가 압도적으로 많아서, 去來의 對象, 地理的 範圍 등을 결정하는 데 있어 미국에서 製品市場의 劃定에 사용되는 機能的 交換可能性, 需要의 交叉彈力性, 供給의 交叉彈力性 등과 같은 經濟學的인

는 行爲의 性質·樣態 등 구체적 사안에 따라 확정되는 것이 보통이다.

市場劃定은 전통적으로 市場支配力이 違法性 判斷의 결정적인 근거로 되고 있는 合併 등 構造關聯事件에서 중요하였다. 「클레이턴」法 7조에 기초한 合併規制는 合併의 결과 당해회사가 關聯市場에서 市場支配力을 보유하게 될 것인지의 여부를 판단하는 것이므로, 競爭制限 可能性을 事前的으로 판단해야 한다. 이러한 경우 競爭制限 可能性을 판단하기 위해서는 關聯市場을 엄밀히 확정할 필요가 있다. 또한 合併規制 이외에도 「셔먼」法 2조 중 單獨企業에 의한 獨占 行爲의 規制인 이른바 獨占規制의 경우에도 關聯市場 劃定の 문제는 중요하다.<sup>26)</sup>

日本 獨占禁止法의 경우 '一定한 去來分野'는 私的獨占이나 不當한 去來制限의 定義上의 要件이 되며, 또한 合併이나 株式保有 등의 企業結合에 대해서도 規制의 요건으로 되고 있다. 그런데 日本의 경우 일정한 거래 분야는 事例別로 매우 유연하게 해석되고 있으며, 상당히 細分化된 去來의 場도 일정한 거래분야로 확정된다. 그것은 日本 獨占禁止法의 運用方向과 관련이 있다. 日本의 경우 客觀的 市場劃定을 필요로 하는 私的 獨占이나 合併과 같은 構造規制가 적었고, 價格協定이나 合理의 原則이 적용되는 水平的 共同行爲 등에 대한 規制가 많았기 때문이다.<sup>27)</sup>

우리나라의 경우에는 公正去來法 시행 이래 지난 10년간 公正去來委員會의 公刊된

審決例나 法院의 判例에서 一定한 去來分野에 관하여 구체적으로 논의된 적은 없었다. 다만 최근 市場支配的事業者的 지정과 관련하여 市場劃定基準에 대하여 논의가 전개되고 있다. 그것은 國內的으로는 業種專門化의 추진에 따라 大企業集團을 비롯한 企業 全般의 結合이 확대되고 國際的으로도 引受·合併(M&A) 등 諸類型의 企業結合이 진전되는 상황을 배경으로 한다.

公正去來法에서 一定한 去來分野는 제7조 企業結合의 制限, 제19조 不當한 共同行爲의 제한 등에서 定義上의 요건이 되며, 제26조 事業者團體의 禁止行爲 및 제32조 國際契約에서도 規制의 요건이 되고 있다. 그리고 제23조 不公正去來行爲의 違法性의 요건인 公正競爭阻害性도 市場支配力과 관련된다는 의미에서 一定한 去來分野의 劃定과 관계가 있다. 이 개념은 一定한 去來分野에 있어서 競爭을 實質的으로 制限하는 행위를 규제한다는 개념과는 다소 다르지만, 市場을 劃定하고 行爲者의 市場占有率을 산정하여 그 市場支配力을 평가하고 나아가 여러가지 요인을 고려한 뒤에 市場競爭에 惡影響을 미치고 있는가를 판단하여 違法性을 인정한다는 의미에서는 차이가 없다. 이와 같이 市

---

劃定基準을 사용할 수 없는 경우가 많다. 사실 價格協定事件에 적용되는 市場의 劃定에 대하여 經濟學的 基準을 사용하는 것은 實務적으로도 불가능하다. 한편 美國의 경우 價格協定에 대해서는 當然違法의 原則이 적용되어 關聯市場의 劃定에 관한 문제가 제기되지 않는다.

場을 劃定하여 市場支配力을 推定하는 과정은 개념적으로는 公正去來法의 모든 實體規定과 관계가 있다. 이것은 아래에서 설명하듯이 獨占禁止事件에 대한 違法性 判斷過程에서 市場支配力의 유무를 판단하는 제1단계 과정이 점차 필수적으로 되고 있다는 것 과도 관계가 있다.

#### 나. 獨占禁止事件에 대한 2段階 分析過程

獨占禁止法 違反事件의 違法性을 판단하는 데는 구체적인 行爲類型別로 實質的인 基準이 적용되고 있지만, 대체로 보아 이러한 유형들은 두가지로 구분될 수 있다. 이것을 미국의 競爭政策에 대한 Hay(1992)의 설명을 통해 살펴보자. 첫번째 유형에는 合併事件이나 미국 「셔먼」法 2조 獨占化事件 등 構造關聯事件 등이 속한다. 이 유형의 사건이 法違反이 되는지의 여부는 객관적으로 확정된 시장에서 해당회사가 市場支配力을 형성 혹은 증가시키는지의 여부에 달려 있다. 예를 들어 合併에 의해 市場支配力이 형성될 것으로 판단된다면 그 合併은 위법이다. 그런데 合併에 의해 市場支配力이 형성되는지의 여부는 客觀的으로 關聯市場을 어느 범위로 劃定하는가에 좌우된다. 따라서 이 경우 關聯市場을 엄밀히 확정하여 그 시장의 구조가 어떻게 변화할 것인지를 살펴 보아야 한다.

두번째 유형에는 「셔먼」法 1조 去來制限事件 등이 해당된다. 예를 들어 不當한 去來制限은 行爲 자체가 경쟁을 실질적으로 제

한하므로, 一定한 去來分野를 劃定하여 市場 支配力을 엄밀하게 산정할 필요가 없다. 이 경우에는 對象으로 되는 상품이 일정하게 정해지기 때문에 競爭의 實質的 制限, 더욱이 一定한 去來分野는 그 商品을 중심으로 판단하면 된다. 이러한 사건은 市場構造의 競爭性, 즉 關聯市場의 경쟁이 구조적으로 제한되고 있는지의 여부보다는 行爲 자체의 競爭制限性, 즉 行爲 자체가 競爭制限을 초래할 것인가가 문제로 된다. 그리고 競爭制限이 있었는지의 여부를 판단하는 데 있어서도 市場占有率과 같은 구조적인 지표보다는 經濟的 過程에 대한 분석을 많이 참작한다.

반면 미국에서는 최근에는 垂直的 非價格 制限, 끼워팔기, 일부 보이콧 등 「셔먼」法 1條 違反事件에 대해서도 市場支配力을 분석하는 것이 違法性 判斷의 요건으로 되고 있다. 즉 「셔먼」법 1조와 2조 또는 「클레이턴」법 제3조가 적용되는 垂直的 非價格制限에 대한 美國 法務部의 1985년 「垂直的制限 指針」(1985 Vertical Restraints Guidelines)에 따르면, 이들 獨占禁止事件의 違法性은 대체로 2段階의 分析過程을 통해 판단된다. 第1段階 過程은 ‘市場構造스크린’으로, 제품 및 지리적 시장을 획정한 후 市場占有率이 낮은 기업이 행하는 制限, 集中되어 있지 않은 시장에서 쓰이는 制限, 그리고 제2시장(차단된 시장)의 販賣量의 상당부분에 적용되지 않는 制限 등을 가려낸다. 이 범주에 속하는 기업은 대개 이러한 垂直的 制限을

통하여 反競爭的 效果를 초래할 수 없으므로, 그러한 制限의 사용은 문제되지 않는다. 第2段階 過程은 ‘構造的 合理原則 分析’으로 제1단계 스크린에서 제외되지 않은 垂直的 制限에 대해 적용되는 것이다. 제2단계 스크린은 反競爭的 效果의 여부를 결정하기 위해 다른 여러가지 조건을 검토한다. 이 단계의 분석은 검토대상 기업과 산업의 모든 측면을 전반적으로 조사하는 것은 아니며 競爭에 미치는 效果에만 전적으로 초점을 맞춘다.

이와 같이 최근에는 第1段階 過程, 즉 市場支配力 정도를 평가하는 과정은 이전에 그 과정을 거치지 않았던 독점금지사건들에 대해서도 적용되는 경향이 있다. 이제 대부분의 獨占禁止事件에 대한 違法性判斷過程은 市場支配力의 程度를 추정하여 競爭侵害의 가능성을 결정하는 제1단계 과정과, 그 企業行爲가 競爭에 미치는 效果를 직접적으로 평가하는 제2단계 과정의 2段階 分析過程으로 되는 경향이 있다.

#### 다. 公正去來法의 主要實體規定과 市場占有率 水準

合併事件의 경우 違法으로 되는 市場占有率 수준은 美國 法務部 合併指針의 예를 들 수 있다. 合併指針에서는 市場集中度에 따라 違法이 되는 市場占有率의 수준을 다르게 적용하고 있다. 즉 關聯市場에서의 集中傾向이 심각한 경우에는 더욱 엄격하게 접근하며 큰 기업이 작은 기업과 合法的으로 결합

할 수 있는 작은 기업의 규모를 낮춤으로써 集中의 경향을 막는다.<sup>28)</sup>

우리나라의 경우 1981년 4월 公正去來法이 시행된 이래 經濟企劃院에 신고된 企業結合은 1990년까지 총 2,003건으로 매년 약 200건에 이르고 있으나, 公正去來法 제7조 企業結合의 制限 규정에 입각하여 조치한 예는 단 2건밖에 없으므로 사례를 중심으로 市場占有率의 分岐點을 논하기 어렵다. 따라서 현행 「企業結合에 관한 審査要領」의 規定을 중심으로 살펴보기로 한다. 市場支配力의 形成可能性에 대한 判斷基準은 水平結合의 경우 기본적으로 다음 세가지를 기준으로 하고 있다. 첫째, 당사회사의 어느 쪽이든 1社의 市場占有率 또는 당사회사의 市場占有率의 합계가 50% 이상인 경우, 또는 50% 미만이라 하더라도 제1위에 해당되며 이때 제2위 혹은 제3위 회사의 市場占有率과 비교해서 그 격차가 큰 경우, 둘째 당사회사 중 어느 1社 또는 합계의 市場占有率이 제3

위 이내에 포함되며 또한 당해 상위 제3위까지의 회사의 市場占有率의 합계가 70% 이상인 경우, 셋째 당사회사 이외의 競爭者數가 상당히 少額인 경우 등이다. 또한 垂直結合의 경우에도 企業結合으로 인하여 다른 競爭會社의 판매나 구매 대상자가 대부분 바뀜으로써 既存의 競爭關係가 현저히 영향을 받게 되는지 여부를 검토한 다음 위와 같은 水平結合에 대한 考慮事項을 準用한다.

제19조 不當한 共同行爲의 制限 조항을 적용하는 경우에도 일단 市場支配力 스크린을 거치는 방향으로 가야 한다는 것은 분명하다. 미국에서는 우리나라의 水平的 共同行爲에 해당되는 不當한 去來制限의 違法性을 判斷하는 데 있어 市場支配力을 신중히 고려한다는 점을 지적한 바 있다. 반면 우리나라 公正去來法의 審決例에서 볼 때, 市場支配力은 違法性 判斷의 前提條件이 되지 못했다. 그러나 支配的 大企業들의 共同行爲가 經濟秩序에 미치는 폐해는 小企業들의 共同行爲로부터의 그것과 비교할 수 없다는 의미에서 市場支配力의 기준은 중요하다. 金英鎬(1989) 등은 不當한 共同行爲의 競爭制限의 效果와 관련하여 공동행위, 즉 카르텔 참가자의 시장에서의 영향력이 중요하므로 違法性 判斷基準은 이것을 고려해야 한다고 주장한다.

共同行爲의 違法性의 판단은 市場支配力의 形成與否에 따라 예를 들어 다음과 같은 3가지 경우로 나눌 수 있다. 첫째,

28) 市場占有率로 水平企業結合의 違法性을 판단하는 방법은 미국에서 1963년 Philadelphia Bank事件에서부터 채용되었으며, 法務部 合併指針에서도 이 原則을 채택하였다. 水平結合의 경우 CR<sub>i</sub>가 75% 이상으로 市場集中度가 높은 경우에는 예를 들어 取得企業의 占有率이 10%이면 被取得企業의 占有率이 2% 이상인 경우, 前者가 15% 이상인 경우에는 後者가 1% 이상인 경우 違法性이 인정된다. 반면 CR<sub>i</sub>가 75% 이하인 경우에는 取得企業의 占有率이 10% 이상이면 被取得企業의 占有率이 4% 이상인 경우, 前者가 15%이면 後者가 3% 이상인 경우 違法性이 인정된다. Areeda and Turner (1978) 참조.

카르텔 참가자가 市場支配力을 형성한 경우에는 競爭制限的 效果는 立證 없이 推定되는 것으로 본다. 따라서 이 경우는 共同行爲의 成立과 카르텔 참가자의 市場支配力 形成을 입증함으로써 違法性이 추정된다. 둘째, 카르텔 참가자가 市場支配力을 형성하고 있지 않으나, 시장에 영향을 미칠 수 있는 정도인 경우에는 구체적인 競爭制限的 效果를 입증하여야 한다. 셋째, 카르텔 참가자의 市場支配 정도가 아주 미약한 경우에는 違法性 여부를 검토하지 않는다.

제3조 市場支配的地位의 濫用禁止 조항의 내용은 위의 不當한 共同行爲의 制限 조항의 내용과 많은 점에서 유사하다. 반면 이 두 규정의 차이는 전자는 이미 市場支配力을 보유하고 있는 獨·寡占事業者의 濫用行爲를 규제하는 것인 반면 후자는 여러 기업이 談合 등을 통하여 공동으로 市場支配力을 형성하는 경우에 적용되는 것이다.

그리고 제23조 不公正去來行爲의 禁止 조항과 市場支配力의 관계는 과거 公正去來法의 運用過程에서 다른 類型보다 훨씬 불명확하였다. 이론적인 관점에서든 不公正去來行爲는 행위 자체의 競爭制限性이 문제로 되었기 때문에, 이들 행위에 대한 위법성의 판단에는 市場支配力의 立證이나 이를 위한 市場占有率이 심각히 고려되지 않았다.

반면 不公正去來行爲의 違法性 判斷에 市場支配力을 고려하는 것은 앞의 공동행위의

경우와 마찬가지로, 같은 불공정거래행위라 하더라도 中小企業이 행하는 경우에는 競爭秩序에 별다른 영향을 주지 않으나 市場支配力이 있는 大企業이 행하는 경우에는 그것에 심각한 영향을 주기 때문이다. 오히려 전자의 경우에는 경쟁을 촉진하는 측면도 있다. 예를 들어 기존의 독·과점기업이 자신의 제품을 광범위한 代理店組織을 통하여 판매하며 또한 그들 제품에 대해 많은 양의 廣告를 행할 경우, 中小 進入企業은 기존의 競爭方法으로는 그들의 제품을 팔 수 없다. 그들은 유통업자에게 再販賣價格維持나 拘束條件附去來 등의 방법으로 競爭者보다 높은 利潤을 보장해 주지 않는다면 제품을 유통시킬 수 없다. 이때 獨占禁止法이 그들의 不公正去來行爲를 규제한다면 그들은 사업을 그만두지 않을 수 없을 것이다.

이러한 맥락에서 申光湜(1992)은 不公正한 去來行爲의 違法性은 市場支配力이 전제되어야 한다고 주장한다. 그에 따르면 특히 垂直的 去來制限行爲와 같은 유형의 不公正去來行爲는 行爲者가 市場支配力을 가지는 경우에만 경쟁을 저해한다. 그는 不公正去來行爲의 違法性 判斷의 전제가 되는 市場占有率 수준을 다음과 같은 이유에서 대략 10% 정도로 정할 것을 제안한다. 물론 이 경우 일정한 점유율 기준을 초과한다고 해서 사업자의 행위가 當然違法으로 되는 것은 아니다. 不公正한 去來方法의 多樣性에 비추어 볼 때, 고려되는 市場占有率의 수준은 개별 사건에 따라 다소 달라지게 될 것이다.

우리나라의 경우 市場支配的事業者 指定에 있어 占有率 10% 이하인 기업은 市場(支配)力の 行使能力이 없다고 보아 指定對象에서 제외하고 있으므로 公正去來法の 內的 一貫性 유지라는 측면에서 일단 10% 占有率 基準을 적용할 수 있을 것이다. 또한 美國 法務部 「垂直的制限指針」에서는 行爲者의 占有率이 10% 이하인 경우를 조사대상에서 제외하고 있으며, 日本의 경우에도 占有率 10% 이상 또는 그 順位가 3위 이내인 것이 ‘市場에서의 유력한 메이커’로 인정되는 기준이 되고 있다.

따라서 市場支配力과 관련하여 볼 때 앞으로 公正去來法の 運用이 市場支配力을 갖는 企業들의 競爭制限行爲를 規制하는 데 초점이 두어져야 한다는 것은 명백하다. 市場支配力이 있는 獨·寡占企業에 대한 규제는 이들 기업의 市場支配力 擴大와 濫用을 억제함으로써 競爭을 촉진한다. 반면 한걸음 더 나아가 公正거래법이 시장지배력을 보유하지 않는 中小企業 혹은 新規 進入企業까지 규제하게 되면, 그때에는 오히려 시장에서 競爭과 競爭單位를 보호한다는 獨占禁止法 본연의 목적을 해칠 수 있다.

## IV. 市場支配力 規制의 目的

### 1. 競爭制限性的 除去와 消費者厚生

어떤 政策이든 그 목적이 확실치 않다면 완전한 것이 아니다. 市場支配力の 形成·維持·行使를 제한하는 競爭政策도 마찬가지이다. 目的으로 하는 價値가 무엇인가의 문제가 해결되어야만 비로소 實體的 原則들의 일관된 체계를 구성하고 실제적인 문제를 이러한 체계하에 해석할 수 있게 된다. 競爭政策은 직접적으로는 市場經濟秩序 안에서 일어나는 각종의 競爭制限을 제거하고 競爭을 유지하고 촉진하며, 궁극적으로는 競爭制限性的 제거를 통하여 消費者利益과 같은 바람직한 목적을 달성하는 것이다. 즉 競爭政策의 目的은 直接的 目的과 窮極的 目的이라는 2段階構造로 되어 있다.

2段階構造로 이루어진 競爭政策의 目的은 종종 어느 단계에 중점이 두어지는가에 따라 경쟁정책적으로 다른 의미를 가질 수 있다. 競爭制限性的 제거라는 직접적 목적을 중요시하는 입장에서는 競爭制限性이 제거되면 자동적으로 消費者厚生이 극대화될 수 있다고 보기 때문에, 競爭政策은 경쟁제한성을 제거하는 것으로서 충분하다고 생각한다. 競爭의 產業構造를 중요시하는 構造論者들은 이러한 관점에서 경제적 성과를 판단하기에 앞서 시장구조가 경쟁적인가의 여부를

살핀다. 이들은 구조·행동·성과 패러다임에 입각하여 競爭의 構造가 조성되면 經濟가 活性化되고 經濟效率이 향상됨으로써 社會的 總厚生이 증진된다고 생각한다.

이에 대하여 시카고學派는 競爭制限性的 제거는 궁극적으로 消費者厚生을 높이는 수단이므로, 獨占禁止法은 消費者厚生の 증진을 유일한 목적으로 삼아야 한다고 주장한다. 그들은 經濟的 成果를 중요시하기 때문에 競爭制限性的 제거는 궁극적으로 그것이 초래하는 바람직한 결과의 관점에서 평가해야 한다는 것이다. 반면 이들도 競爭이 效率적인 것으로 생각하고 있으며 대부분의 경우 競爭制限性的 제거는 消費者厚生을 높일 것이라고 생각하고 있으므로, 競爭政策의 두 가지 목적을 둘러싼 의견차이는 결국 어느 단계에 중점이 두어지는가의 차이로 집약된다. 그럼에도 불구하고 이러한 차이는 競爭政策에 대하여 다소 다른 의미를 주는데 우리는 그것을 다음의 2절과 3절에서 살펴볼 것이다.

우리나라 公正去來法의 目的은 동법 제1

29) 公益, 즉 公共의 利益에 대한 다양한 견해를 萩原念(1990)은 다음과 같이 정리한다. 첫째, J.S.Mill과 같이 一般的 幸福으로 보는 관점, 둘째 Thomas Aquinas와 같이 共通의 利益으로 보는 관점, 셋째 消費者의 利益으로 보는 관점, 넷째 公的 正義로 보는 관점. 이 중 公共의 利益을 J.S.Mill과 같이 一般的 幸福으로 해석하는 견해는 사회를 많은 개체의 총계로 간주하는 個人主義의 接近方法에 불과하다. 또 Thomas Aquinas처럼 公共의 利益으로 보게 되면 公共의 利益이 國家의 利益과 혼동될 수 있다.

조에 나타나 있다. 이 조항에 따르면 동법은 ‘公正하고 自由로운 競爭’을 유지하고 촉진함으로써 創意的인 企業活動을 조장하고 消費者를 보호하며 國民經濟의 균형있는 발전을 추구하는 것이다. 여기에서 自由競爭의 의미는 純粹資本主義하의 그것과 본질적으로 다르다. 자본이 집중되고 대기업의 비중이 증가함에 따라 經濟秩序가 변화하고 이에 따라 競爭의 의미도 변질되었기 때문이다. 競爭은 독·과점 대기업이 경제의 중심이 된 管理經濟의 법률 테두리 안의 경쟁이다. 따라서 자유경쟁보다는 공정경쟁이 강조되었는데, 공정경쟁은 金永秋(1989)에 따르면 私益과 公益의 調和, 즉 企業의 營利追求가 國民經濟라는 共同體의 繁榮으로 연결되는 것을 의미한다. 日本 獨占禁止法에서 公正·自由競爭에 대한 논의는 주로 公正競爭이 갖는 의미를 중심으로 전개되어 왔는데, 공정경쟁은 대체로 公益에 기초한 경쟁의 의미로 해석되었다. 絲田省吾(1988)에 따르면 公益, 즉 公共의 利益은 法 條文상으로는 私的獨占이나 不當한 去來制限의 定義 중에서만 규정되고 있으나, 모든 독점금지법 위반을 정하는 규정에 이러한 違法性 除斥事由가 내재한다고 해석할 수 있다.<sup>29)</sup>

그리고 創意的인 企業活動의 助長과 消費者保護는 일견 상반되는 法益들로 보이지만 생산측면과 수요측면 등의 제반 경제활동이 自律的인 市場機能을 통해 조정되는 과정에서 궁극적으로 國民經濟의 均衡있는 發展을 가져오는 것으로 이해될 수 있다. 이러한 과

정은 서로 대립될 수 있는 法益이 動態적으로 조화되어 나아가는 過程이다. 여기에서 消費者保護는 직접적인 消費者施策을 통하여 달성되는 것이 아니라 公正·自由競爭을 유지·촉진하여 이것의 성과가 간접적으로 消費者의 利益으로 연결됨으로써 달성된다.<sup>30)</sup> 消費者保護는 消費者厚生을 의미하는데 Bork(1978)에 따르면 이것은 곧 國富를 지칭한다. 뿐만 아니라 消費者의 選擇은 市場機構가 효율적으로 작동하기 위한 기본조건이기 때문에 競爭過程에 대해서 중요한 의미를 갖는다. 소비자가 선택한 상품은 競爭過程에서 이긴 것이며, 市場過程은 이러한 상품을 생산하는 기업을 골라내는 과정이다. 따라서 消費者의 選擇을 보호함으로써 市場過程을 원활하게 작동하게 하고 社會의 總厚生을 높일 수 있다.

그런데 獨占禁止法에서 消費者의 의미는 단순히 기업 생산물의 수요자로서의 소비자 뿐만 아니라 ‘市民’의 의미도 내포하고 있음에 주의해야 한다. 최초의 獨占禁止法인 「셔먼」法の 制定理念에는 당시 발흥하는 巨

大獨占企業의 支配力에 대하여 반대하는 同質的인 小生産者들의 「제퍼슨」式 民主主義의 理想이 포함되었다. 즉 獨占禁止法에서의 消費者는 私的 所有權과 契約의 自由에 기초한 市民法的 秩序에서 활동하는 平等的 去來主體로부터 유래하는 의미가 내포되고 있으므로 主流經濟學에서 의미하는 단순한 消費者 이상의 존재이다.

## 2. 效 率

美國 獨占禁止法 運用過程에서 效率은 垂直的 去來制限行爲의 違法性 判斷에 있어서 가장 중요한 基準으로 되었을 뿐만 아니라, 다른 獨占禁止事件에 대해서도 중요하게 부각되었다.<sup>31)</sup> 효율을 중요시하는 시카고학파는 어떤 企業行爲의 위법성을 판단하는 데 있어 그 행위가 효율을 높였는지의 여부를 신중히 고려한다. 즉 어떤 競爭制限行爲가 독점금지법에 위반되는지의 여부는 競爭制限에 따른 厚生減少라는 費用과 그 행위를 통하여 기업이 얻게 될 效率增進이라는 便益을 比較衡量하여 판단된다.

價格理論을 競爭政策의 기초로 삼는 시카고學派는 獨占禁止法の 궁극적 목표인 消費者厚生의 극대화는 效率 추구를 통해서 달성될 수 있다고 주장한다. Bork(1978)에 따르면 여기에서 消費者厚生 혹은 富의 수준은 效率에 의해 결정되며, 效率, 즉 全體的 效率은 경제내에서 消費者들이 산출물을 가장 높이 평가하는 용도에 자원이 사용되

30) 競爭을 통한 消費者保護가 아닌 直接的인 消費者保護는 「消費者保護法」의 法益이다.

31) 獨占禁止法の 解釋을 어떤 企業行爲의 效率創出能力이라는 判斷基準에 입각하는 접근방법은 미국의 경우 1977년 Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc. 判決 이후 관심을 끌어들였다. 美國에서 獨占禁止法이 경직적으로 시행된 1960~70년대에는 많은 垂直的 制限事件들이 當然違法으로 判決되었으나, 이 사건에서 聯邦大法院이 經濟的 接近方法을 수용하면서, 效率基準에 입각한 合理的 原則으로의 反轉이 시작되었다.



고 있는가와 관련된 配分的 效率과 개개의 企業들이 자원을 효과적으로 사용하고 있는가와 관련된 生産的 效率로 이루어져 있다.<sup>32)</sup>

效率를 중요시하는 시카고학파의 관점에서는 어떤 기업의 행위가 명백히 效率를 증진시키는 경우에 초래되는 去來의 制限은 違法이 아니다. 效率이라는 獨占禁止法の 違

法性 判斷基準은 어떠한 판단기준보다도 우월하기 때문이다. 이러한 관점에서는 效率의인 獨占도 가능하며 이것은 獨占禁止法이 제한해야 할 성질의 것이 아니다. 獨占이 非效率의이라면 市場機能이 작동하고 있고 人爲的 進入障壁이 없을 경우 그 독점적 지위는 조만간 붕괴될 것이다. 獨占企業이 누리 는 超過利潤은 조만간 效率의인 競爭者의 進入을 유발할 것이기 때문이다. 이 경우 기존의 독점을 제한하기 위하여 政府가 개입한다는 것은 오히려 효율을 해치는 것이며 企業의 自由를 侵害하는 것이다.

이 경우 경쟁정책의 기능은 시장기구의 작동을 저해하는 제요인을 제거하는 것이다. 市場機構가 제대로 작동하고 있다면 既存의 市場構造가 독·과점적이라 하더라도 그것은 가장 效率的일 수 있다. 市場過程의 위력은 막강하기 때문에 市場機構가 正常的으로 작동하는 한 競爭에서 살아남은 기업은 가장 效率的이며, 그러한 기업이 모여 있는 산업은 構造의 競爭性 여부에 관계없이 효율적이기 때문이다. 이것은 效率를 중요시하는 시카고學派의 思想이 社會進化論과 일정한 관련이 있음을 의미한다. 存在하는 것이 正當하다는 社會進化論(Social Darwinism)의 理念은 시카고學派를 비롯한 新自由主義의 思想的 基礎이다.<sup>33)</sup> 그 이론에 따르면 自由 競爭 자체로부터 獨占이 진화되었다는 歷史的인 관점으로부터 獨占은 효율적이며 우월할 수 있다.<sup>34)</sup>

또한 어떤 기업이 市場에서 높은 占有率

32) 新古典派 經濟學에 기초한 競爭政策은 配分的 效率의 제거에만 관심을 기울임으로써, 효율의 또 다른 중요한 성분인 生産的 效率의 효과를 간과하였다. 따라서 新古典派 經濟學에 기초한 競爭政策은 配分的 效率은 낮추지만 生産的 效率을 크게 높이는 獨占 혹은 그와 유사한 行爲를 法違反으로 잘못 취급할 우려가 있다.

33) 市場 혹은 市場經濟를 중요시하고 自由의 價値를 높이 평가하는 新自由主義學派에는, 시카고學派뿐만 아니라 新奧스리아學派, 프라이부르크學派 등이 속한다. 新自由主義者들은 일반적으로 市場 내지 市場經濟는 自由와 兩立하는 유일한 秩序形態라고 생각한다. 이들의 극단적인 부류는 政府와 市場은 兩立할 수 없는 것으로 간주하고 競爭政策 자체에 대해서 거부하기도 하지만 西獨의 「競爭制限防止法」을 제정한 프라이부르크학과에서 보듯이 적절한 競爭政策을 통하여 市場에서의 自由를 높이려고 시도한다. 自由는 放任되면 그 자체가 없어지기 때문이다. 이들은 自由를 계속 확보하기 위하여 法秩序에 의하여 經濟가 감시되어야 한다고 생각한다.

34) 이러한 視角에서 많은 實證研究가 행해졌으며, 극단적으로는 Scherer(1973)의 模擬實驗과 같이 制度的 進入障壁과 같은 社會的 規制 없이 自由競爭이 지속되는 경우에도 企業人의 創意性의 차이, 市場戰略의 차이, 企業情報의 차이와 같은 企業間 能力의 差異에 따라 市場이 獨占化될 수 있다는 實驗的 研究도 행하여졌다.

을 보이고 있다고 해서 그 기업이 자동적으로 市場支配力을 행사할 수 있는 것은 아니다. 그 기업은 이른바 準競爭市場에서 높은 潛在的 競爭에 직면하여 높은 경쟁압력을 받고 있을 수 있기 때문이다. 準競爭市場의 獨占者는 높은 市場占有率에도 불구하고 가격을 통제할 수 있다든지 경쟁자를 배제할 수 있다는 의미에서의 市場支配力을 보유하고 있다고 할 수 없다.<sup>35)</sup>

따라서 效率에 입각한 競爭政策 運用은 獨占形成方法에 대한 규제에 중점을 둔다. 즉 效率에 입각한 競爭政策에서는 단순히 큰 企業規模나 價格에 영향을 주는 단순한 支配力보다는 기업이 그러한 支配力을 획득하려고 하는 方法을 주로 문제삼는다. 또 效率에 입각한 競爭政策은 기업 혹은 기업들이 순수한 능력이나 효율과는 무관하게 不公正한 利益을 협의함으로써 독점을 확대하

려는 것을 규제한다. 이 경우 獨占禁止法은 어떤 기업이 效率的인 生産技術보다는 공격적이거나 부당하게 배제적인 전략에 기초하여 支配的 地位를 형성하려는 것을 제한하는 데 초점을 둔다. 따라서 共同行爲 規制와 不公正去來規制와 같은 行態規制가 獨占禁止法의 중점적 대상으로 된다. 예를 들어 共同行爲에 대한 규제는 시카고學派가 가장 중요시하는 行爲類型이다.<sup>36)</sup>

그런데 시카고학파가 效率과 같은 경제적인 가치기준을 유일한 價値判斷基準으로 할 수 있었던 것은 美國經濟社會의 특성을 반영하는 것이다. 반면 우리나라의 경우에는 그들이 效率基準을 강조하였다는 것보다는 市場支配力이 없는 기업의 競爭制限行爲는 競爭政策의 分析對象으로 삼지 않았다는 것에 주목할 필요가 있다. 市場支配力 중심의 競爭政策 運用은 결과적으로 中小競爭者를 보호함으로써 産業構造가 大企業만의 단선적인 구조로 바뀌는 것을 막을 수 있다. 또한 그 체계는 競爭政策이 厚生 혹은 效率增減의 방향이 명백하지 않고 競爭制限性도 심하지 않은 사건을 규제하는 데 시간과 노력을 낭비하지 않게 함으로써 行政力의 낭비를 막고 政策運用過程을 效率化할 것이다.

### 3. 競爭의 意味와 支配力分散

競爭은 經濟的 支配力을 分散시킬 수 있는 수단이며, 支配力分散은 經濟活動의 自由뿐만 아니라 個人의 自由에 대하여 공헌한

35) 이것은 獨占禁止法이 競爭을 靜態的 意味에서 해석할 경우 제기되는 문제를 나타내 준다. 사실 競爭政策이 관심을 가지는 競爭은 動態的 競爭으로 해석해야 한다. 즉 競爭政策은 有效競爭過程을 유지하고 촉진함으로써 資源의 效率的인 配分을 달성하는 것을 목적으로 해야 한다.

36) Posner(1976)에 따르면 많은 獨占禁止法 違反行爲의 經濟的 效果가 불분명함에도 불구하고 '다행히도' 談合的 價格策定이 經濟的 利得을 가져온다고 믿는 經濟學者는 거의 없다. 여러 기업이 競爭하는 도중에 共謀하여 競爭을 갑자기 중지하는 경우 消費者厚生에 손실을 초래하는 것은 비교적 분명하다는 것이다. 따라서 그는 談合은 競爭政策의 주된 규제대상이 되어 왔고, 앞으로도 그럴 것이며, 또한 그래야만 한다고 주장한다.

다.<sup>37)</sup> 競爭은 서로 거래에 참가하고 있는 모든 사람들과 組織이 기본적으로 平等한 地位를 갖고 交渉力에 있어서도 큰 차이가 있을 정도로 不平等하지 않다는 것을 의미한다. 따라서 競爭을 통하여 支配力分散이나 自由, 公正性, 衡平性 등과 같은 價値를 추구할 수 있다. 즉 獨占禁止法은 競爭을 촉진 시킴으로써 거대한 규모의 獨占으로부터 오는 支配力을 막을 수 있다.

37) 政治的 概念으로서의 競爭은 세가지 측면을 갖고 있다. 첫째는 勞働者도 企業家도 여러 방법간의 選擇의 可能性을 요구하는 經濟的 活動의 自由에 관련된다. 둘째는 公開성과 관련이 있으며, 셋째는 經濟的 支配力의 分散과 관련이 있다. 萩原念(1990) 참조.

38) 그런데 이 競爭概念에는 어떤 기업이 다른 기업에 앞서 價格引下를 한다든지 製品을 差別化한다든지 生産方法의 改善에 노력하는 등 企業間的 對抗的 努力이라는 日常的인 競爭의 요소가 빠져 있다. 반면 A. Smith의 『國富論』 이전부터 이미 經濟學의 基本概念으로 된 경쟁의 개념에는 원래 對抗性的의 의미가 있었으며, 적극적인 價格對應을 통하여 市場價格을 自然價格에 일치시키는 힘의 의미가 있었다. 이러한 古典派 經濟學의 競爭概念은 Cournot 이후 經濟學 分析用具가 세련화되면서 기업이 직면하는 需要曲線이 水平인 상태를 의미하는 것으로 변하게 되었다.

39) 費用과 效用에 관해 엄격한 主觀主義的 接近을 특징으로 하는 新오스트리아學派는 개인의 人間行爲는 合目的이며 개인은 자신이 선택한 諸目的을 그들의 목적과 整合的인 資源使用計劃을 통해 달성한다고 본다. 또 이러한 개인의 행위는 Kirzner의 企業家에 있어 價格이라는 情報을 자동적으로 발생시켜 전달하여 企業家精神을 일으킬 수 있는 ‘방해받지 않는 시장’에서 효율적으로 수행된다. Hayek와 Kirzner로 대표되는 新오스트리아學派의 競爭론에 대해서는 Shand(1990) 참조.

이것은 Koslowsky(1983)가 언급했듯이 競爭이 效率 등 最終的인 目的을 추구하기 위한 수단으로서의 가치뿐만 아니라, 기업의 自由와 自己利益과 함께 資本主義의 基本的인 調整力으로서의 本質的 價値도 가지고 있다는 것을 의미한다. 競爭過程에 대한 新념은 節次가 궁극적인 목표가 될 수 있다는 Kant流의 節次論的 哲學과도 관계가 있다. 競爭이 過程으로서 중요하다면 結果가 좋은지의 관점에서만 競爭의 장단점을 논할 수 없다. 市場메커니즘과 마찬가지로 節次로서의 競爭도 結果의 價値와 분리되기 어렵지만, 거꾸로 競爭에 대한 평가가 結果에만 의존할 수 있는 것도 아니다.

이와 같은 경쟁에 대한 해석의 차이는 競爭의 의미가 學派別로 다르게 해석되는 것과도 관련이 있다. 新古典派 經濟學에서 競爭은 完全競爭 혹은 완전경쟁에 가까운 市場構造를 의미한다. 競爭政策에 있어서 이른바 有效競爭의 構造基準이라는 것도 실은 完全경쟁의 조건을 다소 완화한 것에 불과하고, 시장구조가 시장행동과 시장성과를 규정한다는 Bain流의 產業組織論의 패러다임 또한 完全競爭論的 競爭觀의 소산에 지나지 않는다.<sup>38)</sup>

Bork(1978)에 따르면 경쟁정책에서 이러한 경쟁의 개념은 競爭을 기업간의 對抗的 努力 혹은 經濟的 角逐(economic rivalry)으로 정의하는 新오스트리아學派의 競爭의 개념과 마찬가지로 쓸모가 없다.<sup>39)</sup> 그는 競爭을 “司法的 命命을 통하여 상황을 변화시

켜도 消費者厚生이 증대될 수 없는 상태”로 정의해야만 消費者厚生을 궁극적 목적으로 하는 競爭政策과 論理的으로 일관성을 유지한다고 주장한다. 이와 같은 競爭에 대한 다양한 定義는 獨占禁止法の 目的을 혼동시키는 한 요인이기도 하다.

獨占禁止法이 競爭을 통하여 效率뿐만 아니라 支配力分散도 구현해야 한다는 신념은 1940년대 美國 Populist의 理論體系와 政策運用에 깊이 반영되었으며, 그후 1970년대 말까지 하버드를 중심으로 한 構造主義 學派에도 영향을 주었다.<sup>40)</sup> 그들은 競爭過程에서 中小生産者 혹은 中小販賣業者를 보호함

으로써 競爭을 보호하고 이를 통해 支配力分散을 추구해야 한다고 생각하고 있었다. 獨占者는 여타 경제주체에 비해 우월한 정치적 결정권을 행사할 개연성이 높기 때문에, 政治權力의 分散을 원리로 하는 民主主義的 秩序에 위협이 될 수 있다.

반면 1970년말 이후 시카고學派에 의하여 獨占禁止法 運用方向이 效率 중심으로 전환되자, 競爭者保護를 통한 競爭保護 혹은 支配力分散 方法은 폐기되었다. 市場에서 競爭者數를 조정함으로써 競爭을 인위적으로 보호하는 방법은 競爭政策的으로 더 이상 의미가 없다. 그들에 따르면 競爭政策이 정책으로서 효과적이라면 效率을 통한 消費者厚生の 極大化만이 유일한 목적이 되어야 한다.<sup>41)</sup> Bork(1978)에 따르면 獨占禁止法이 支配力分散을 목적으로 小企業을 保護하는 수단으로 쓰이는 것은 生産的 效率을 해치고 消費者厚生을 손상시키는 결과를 초래한다. 물론 대기업에 비해서 소기업이 특별한 장점을 지니고 있다는 생각이 타당성이 전혀 없는 것은 아니다. 하지만 競爭政策은 그 성격상 전적으로 禁止的이고 受動的이어서, 私的 當事者가 스스로 시작한 행위를 심사하는 일에만 효과적인 경쟁정책을 소기업을 촉진시키기 위한 수단으로 사용하는 것은 적절하지 못하다는 것이다. 소기업을 촉진시키기 위해 大企業의 행동의 自由를 제한하는 정책은 效率의 측면에서나 自由의 측면에서 모두 잘못된 것이다.<sup>42)</sup>

美國 獨占禁止法은 1970년대 중반 이후

40) 美國에서 독점금지법의 정치사회적 목적추구를 正當化하는 사람들은 그것의 연원을 「서던」法の 立法意圖로까지 소급한다. Rodino(1990)에 따르면 共和黨 上院議員 Sherman으로부터 시작되어 兩黨聯명으로 제정된 獨占禁止法の 制定意圖는 독점의 경제적 폐해뿐만 아니라 정치사회적 폐해도 제거하는 것이었다. 즉 制定者들은 獨占禁止를 自由市場 經濟體制를 유지하기 위하여 政治的으로 수용할 수 있는 방도로 간주하였다.

41) 미국에서 消費者利益에 배치되는 사회적 목적들은 주로 1936년의 Robinson-Patman法과 1950년의 「클레이턴」法 修正 7조와 관련되어 주장된 것이다. Robinson-Patman法은 체인店 등 새로운 流通方法의 발전으로부터 독립적인 상인을 보호하려 했던 것이다. 또 「클레이턴」法 修正 7조는 企業結合이 미국경제의 一般集中 및 특정 산업에서의 集中度를 높임으로써 市民의 個性과 創意性 그리고 責任感에 나쁜 영향을 준다는 인식에 근거한 법이다. 하지만 이러한 立法들은 결국 단편적인 산업구조의 온존을 조장함으로써 效率의 손실을 초래하는 것이다.

42) Posner(1976)도 이와 유사한 견해를 취한다. 그에 따르면 獨占禁止法이 政治社會的 고려에

더 이상 정치사회적 차원에서 中小競爭者를 보호할 수 없게 되었다. 그 중요한 이유 중의 하나는 美國 製造業의 競爭力이 弱화되었다는 것이다. 競爭政策은 1950~60년대에는 강력한 美國의 競爭力을 바탕으로 效率과 衡平 모두를 추구할 수 있었던 반면, 1970년대 말 이후에는 經濟環境의 악화로 더 이상 支配力分散이나 經濟的 自由와 같은 '사치스러운' 價値에 눈을 돌릴 만한 여유가 없게 되었다.

그러나 일반적으로 볼 때 競爭過程에서의 中小競爭者의 保護는 競爭政策에서 일정한 위치를 차지하고 있다. 예를 들어 유럽의 경쟁정책은 이에 대해 상당한 의미를 부여한다. 經濟에 대한 社會的 統制 중 가장 비인칭적이고 차별적인 수단을 사용하는 競爭政策의 役割은 國家와 時代에 따라 달라져 왔

---

서 中小競爭者를 보호하는 것은 競爭政策의 일관성을 해치고 그것의 知的 基盤을 극히 취약하게 하는 것이다. 그러나 최근에는 다시 構造的 競爭觀과 政治社會的 目的을 중요시하는 주장이 많이 대두되고 있다. 그러한 주장은 1980년대 이후 經濟效率의 기준에 입각하여 競爭政策의 運用을 완화시킨 것이 競爭力 強化에 그다지 도움이 되지 못했다는 인식에 기초한다. 日本의 경우에도 다시 經濟力集中 抑制를 위해 株式保有에 대하여 직접적으로 제한을 가하는 등 競爭政策을 엄격하게 운용하는 방식으로 전환하고 있다.

- 43) 예를 들어 國家의 規模가 작은 開放經濟에서는 自由貿易政策의 역할은 너무 중대해서 競爭政策이 부차적인 역할밖에 할 수 없을 것이다. 또한 開發途上國家에서는 幼稚産業保護가 중요한 문제이다. 이 경우에도 競爭政策보다는 産業政策이 강조된다고 할 수 있다. Jacquemin(1990) 참조.

다. Jacquemin(1990)은 競爭政策의 目標을 대략 3가지 유형으로 구분하였다. 첫째는 經濟力의 分散, 個人的 自由와 權利의 保護 등이다. 獨占과 카르텔은 個人主義와 크게 배치되는 것이다. 나치스는 고도로 집중되고 카르텔화된 경제가 全體主義의 中央計劃經濟로 얼마나 쉽게 바뀔 수 있는가를 보여주었다. 둘째는 競爭者의 經濟的 自由의 보호이다. 이러한 종류의 접근은 특히 不公正한 競爭을 방지하는 것을 목표로 한다. 셋째는 配分的 效率과 生産의 效率의 향상을 통하여 消費者 厚生을 높이는 것이다.

결국 獨占到 대한 評價나 競爭政策의 運用方向은 제반 社會經濟的 要因과 관련이 있다고 할 수 있다. 競爭政策의 目標가 국가와 시대에 따라 다른 것은 經濟의 規模나 發展段階뿐만 아니라 정치·문화·윤리적 배경이 다르기 때문이다.<sup>43)</sup> 예를 들어 競爭은 유럽에서도 바람직한 것으로 생각되어 왔지만 미국에서와 같이 適者生存의 과정으로는 생각되지 않았다. 오히려 競爭은 經濟的 過程 속에서 公正하게 이루어져야 한다는 倫理的 責任이 강조되어 왔다. 이것은 유럽의 경우 既存의 富와 所得의 分配構造가 상대적으로 불평등하기 때문에, 適者生存의 競爭過程만을 지나치게 강조한다면 그 分配構造가 더욱 악화되어 심각한 정치사회적 문제를 초래할 것이기 때문이다. 美國의 獨占禁止法이 效率을 중심으로 운용될 수 있었던 것은, 미국경제가 가장 순수한 형태의 資本主義로부터 진화되었으며 정경유착의

폐해가 상대적으로 적었다는 美國經濟 특유의 조건에 기인한다.<sup>44)</sup>

그리고 獨占禁止法은 ‘法’의 한 분야이다. 獨占禁止法은 ‘科學의 경지에 이른’ 經濟學과 복합되어 그 영향을 받고 있지만, 다른 한편 法 본연의 성격을 보존한다.<sup>45)</sup> 따라서 經濟力分散이나 衡平性·公正性を 추구하는

44) 純粹資本主義에서 競爭은 개개의 經濟主體간에 經濟力을 널리 분산시키는 작용을 한다. 美國은 다른 어느 나라보다도 평등한 기반 위에서 資本主義가 발전하였으므로 경쟁에 대해서는 競爭市場에서의 利己의 動機의 相互作用으로서의 의미가 강조되는 것이다.

45) 經濟學이란 法學에 대하여 두가지 役割을 제 공한다. 첫번째는 法學者の 요구에 따라 단순히 그의 專攻을 제공하는 것이다. 法學者가 獨占禁止事件에서 市場의 範圍에 대해 혹은 國際去來에서의 덤핑에 관해 알고 싶다면 經濟學者는 그것을 설명해 줄 수 있다. 두번째는 經濟學의 役割에 대하여 論爭이 개재되는 부분으로 法的 制度나 原理에 관한 연구에서의 역할이다. 不動產權利移轉에 관한 제도를 예로 들어보자. 어떤 지역에만 그 제도를 적용할 것인지, 여러가지 權利移轉方法에 따른 비용은 어떻게 계산되는지, 그 비용은 누가 부담할 것인지 등에 대한 문제는 法學만으로는 해결할 수 없으며 그렇다고 경제학만으로도 해결할 수 없다. 그것은 政治體制의 作動을 포함하기 때문이다. 이러한 문제의 경우 法學과 經濟學의 共同研究는 도움이 될 것이다. Stigler(1992) 참조.

46) 獨逸의 「競爭制限防止法」의 경우에도 市場支配的 事業者의 濫用行爲에 대한 규제나 企業結合의 違法性 判斷에 있어 規模 자체가 法的 重要한 對象이 되고 있다. 예를 들어 企業結合規制에 적용되는 推定規定(23조 A)의 優越的 市場地位의 형성·강화에 관한 1항은 賣出額 規模를 기준으로 資金力에 의한 市場支配力을 추정한다. 여기에는 巨大企業에 의한 結合(1호)과 大企業들의 大規模結合(2호)의 두 가지가 포함된다. 이 중 후자의 경우 巨大結

데 대한 一般의 지지가 흔들리거나 더 이상 존재하지 않게 된다면, 獨占禁止法에서 그러한 목적가치는 존립하기 힘들게 될 것이다. 그러나 아직 開放的이며 자유로운 經濟體制와 이를 구현하는 政治社會的 目的에 대한 公共의 지지가 약화되었다고 볼 수 없다. 즉 支配力分散이나 經濟的 自由와 같은 가치는 경쟁정책에서 일정한 의미를 갖는다.

우리나라의 경우 競爭政策이 支配力分散에 가치를 두는 것은 단지 中小競爭者를 보호한다는 것 이상의 의미를 가진다. 우리나라에서는 企業集團과 같은 대기업간의 連結組織의 비중이 커서 獨占의 문제는 단일 大企業 문제가 아니라 企業集團의 문제, 즉 經濟力集中 문제로 나타나기 때문이다. 그리고 독·과점 현상은 단지 經濟領域에 그치는 것이 아니라 政治社會 제반 여건과 복합되어 있으며, 經濟的 成果는 政治와 밀접하게 연결되어 있다. 이는 政治가 民主化되어 經濟的 成果가 經濟領域내에서 교정될 수 있는 미국과 차이가 있다. 따라서 우리나라의 公正去來法에서는 支配力分散에 대해 상대적으로 큰 비중을 두고 있다. 공정거래법이 시장지배력의 분산을 꾀하는 방법은 다음과 같다. 첫째, 일정한 거래분야에서 競爭의 실질적 制限, 즉 전형적인 의미의 市場支配力을 제거한다. 둘째, 市場支配的地位 濫用行爲 規制條項에서 일정 규모 이상의 독·과점기업의 市場行爲를 특별히 감시한다. 셋째, 經濟力集中 抑制條項을 통하여 支配力集中을 직접적으로 억제한다.<sup>46)</sup>

#### 4. 經濟力集中의 規制

公正去來法에서 經濟力集中 抑制條項은 一般集中規制라는 規制形式상의 차이뿐만 아니라 支配力分散이라는 政治社會的 價値

合推定으로 불리며 市場構造나 占有率과는 직접 관련없이 規模 자체를 중요시한다. 李奎億·朴炳亨(1993) 참조.

- 47) 우리나라의 經濟力集中은 主要 資本主義國家의 獨·寡占化 過程과는 달리 經濟的 機會 및 利得의 偏在로부터 출발했다는 점에서 강한 政治社會的 的 의미를 함축한다. 즉 經濟力集中의 고유한 문제는 정치사회적 가치판단이 개입되는 所有集中의 문제이다. 所有集中의 문제점은 所有集中에 따라 分配的 衡平이 저해되고 少數 自然人的 의사가 市場機構의 自律 調整作用을 대체함으로써 分權主義에 입각한 經濟的 民主主義에도 역행한다는 데에 있다. 李奎億(1990) 참조.
- 48) 사실 經濟力集中 抑制가 經濟的 觀점에서 볼 때 效率的이라는 이러한 주장은 個別産業 혹은 全體産業 수준에 기초한 經濟力集中 혹은 企業集團組織의 效果에 대한 實證分析을 통해 보완되어야 할 것이다.
- 49) 2次大戰前 財閥의 政治社會的 弊害를 심각히 겪은 日本도 獨占禁止法에 一般集中에 대한 規制條項을 포함시켰다. 日本의 獨占禁止法에는 持株會社의 禁止 외에 經濟力集中에 대한 규정으로서 9조의 2 大規模事業會社의 株式保有의 總額規制條項이 있다. 日本 獨占禁止法의 경우에도 企業結合規制는 經濟力集中 抑制와 밀접히 관련되어 있다. 즉 위의 大規模會社의 株式保有總額 制限뿐만 아니라, 持株會社의 禁止(9조), 金融會社의 株式保有 制限(11조), 會社의 株式保有 制限(10조), 會社 이외의 者의 株式保有 制限(14조), 일정한 경우 株式所有申告義務 등도 經濟力集中 制限을 목적으로 한다. 즉 日本의 獨占禁止法은 株式保有를 일정하게 제한함으로써 私的獨占의 禁止를 보완하고 經濟力集中을 방지한다. 李奎億·朴炳亨(1993) 참조.

와 관련되기 때문에 많은 논쟁의 대상이 되어 왔다. 經濟力集中의 문제는 獨·寡占과 所有集中 등의 문제가 복합된 것인데, 이 중 특히 後者는 企業集團 高유의 문제로서 價値觀이 개재된다.<sup>47)</sup> 本稿에서는 經濟力集中 規制가 직접적으로 支配力分散을 추구하는 것이지만 效率과도 배치되지 않는다는 것을 설명하고자 한다.<sup>48)</sup>

우리나라 公正去來法은 1986년 대폭적인 改正으로 동법 제3장에 企業集團을 규제하기 위한 經濟力集中 억제 規定을 신설하게 되었으며, 1990년 및 1992년의 개정을 통하여 그 내용이 확충되었다.<sup>49)</sup> 經濟力集中 規制와 관련된 條項은 大企業集團規制에 관련된 同法 제8조(持株會社의 設立禁止等), 제9조(相互出資의 禁止等), 제10조(出資總額의 制限), 제10조의 2(系列會社에 대한 債務保證의 制限), 제11조(金融 및 保險會社의 議決權 制限) 등이 있다. 그 밖에 同法에서 一般集中規制는 아니지만 規模 자체가 違法性判斷의 前提條件이 되는 것으로서 同法 제3조(市場支配的地位의 濫用禁止)를 들 수 있다.

價格에 대한 統制力으로서의 市場支配力이 市場의 범위에서 나타나는 힘인 데 비해 經濟力은 일차적으로 企業의 規模로부터 나오는 힘이므로 經濟力規制는 規模에 대한 規制, 즉 一般集中(overall concentration)에 대한 規制의 성격을 갖는다. 一般集中規制는 一定한 去來分野에서 競爭이 實質的으로 制限되는지의 여부와 관계없이 일정한

형식요건하에서 일률적으로 적용된다. 이러한 一般集中規制는 規模 자체를 違法的의 요건으로 삼기 때문에 競爭을 實質的으로 制限하는 것을 違法的의 요건으로 하는 다른 獨占禁止法 違反類型과는 차이가 있다.

經濟力集中 規制의 비판론자들은 國內外的 競爭이 격화되어 더 이상 經濟力集中의 의미가 중요하지 않게 되었다고 주장한다. 이들 중에는 經濟力이 집중된 企業集團組織이 效率的이라고 주장하는 자도 있으며, 企業集團의 폐해는 크지만 世界市場에서 경쟁해야 하는 우리나라의 경우 다른 代案이 없다고 주장하는 이들도 있으나, 이들 모두 世界市場에서 지금과 같은 企業集團組織으로 경쟁해야 한다는 점에서는 동일하다. 經濟的 측면에서 볼 때 企業集團 組織은 系列企業間 여러가지 資源을 공유함과 아울러 市場活動에 공통적인 요소를 공유함으로써 包括的인 共同效果를 가져올 수 있다. 무엇보다도 가장 큰 강점은 企業集團만이 業種轉換 大規模投資가 가능하다는 점이다. 우리나라의 경우 경제발전 초기에 企業集團은 企業家的 能力을 바탕으로 끊임없는 業種轉換을 통하여 경제발전과 경제구조 고도화를 이룩하여 왔다. 또한 大規模投資를 위한 資金調

50) 물론 美國의 경우 大企業에 의한 業種轉換投資가 반드시 성공적이었다고는 할 수 없다. 美國의 경우 金融部門과 實物部門이 분리되어 大企業의 투자는 금융기관에 상대적으로 적게 의존한다. 이로부터 大企業 投資의 대부분은 短期收益 위주로 흐르게 되어 長期的이며 構造轉換的인 投資가 이루어지지 못했다고 비판하는 이들도 있다.

達은 企業集團 組織이 효율적이다. 企業集團은 특히 資金의 측면에서 規模의 經濟를 누려왔으며 그것 못지않게 對政府로비에서 큰 이점이 있었다. 한편 企業集團의 規模에 비례한 與信配分은 企業集團으로 하여금 相互出資, 무리한 多邊化, 不實企業 引受 등 수단을 가리지 않고 規模를 擴大하게 하는 요인으로 되었다.

그런데 자본형성 초기 利潤의 기회를 先占하는 企業家的 能力和 政府의 不均衡成長戰略으로 企業集團의 출현은 불가피한 것이었으며 이것은 발전의 기반이 조성되지 않은 우리나라 경제를 급속하게 발전시키는데 일조하였다고 해서 이러한 成長方式이 經濟가 성숙된 이후에도 계속 유효하리라고는 생각할 수 없다. 企業集團組織의 최강점으로 꼽히는 業種轉換投資를 보더라도 이것은 기업집단뿐만 아니라 일반 대기업도 할 수 있는 것이기 때문이다. 실제로 1980년대 말 이후 불황에 빠진 美國과 같은 先進國 經濟에서도 大企業들은 業種轉換을 위한 大規模 投資를 통해 自救策을 수행하고 있다.<sup>50)</sup> 우리나라의 경우 이것은 오히려 지나친 多邊化投資로 되어 이른바 문어발式 擴張의 要因이 되기도 하였다. 물론 企業集團의 무리한 확장은 企業集團의 所有構造와도 관련이 있다. 결국 世界市場에서 競爭을 할 수 있을 정도의 규모를 위한 투자나 미래에 높은 수익이 예상되는 새로운 산업분야로의 진출은 기업집단만이 할 수 있는 것은 아니다. 國際競爭力을 위해서는 오히려 系列企業



間 相互去來 혹은 相互投資를 통해 限界의 企業이 主力企業의 利益을 나누는 企業集團 組織의 非效率性이 더 큰 문제이다.

한편 문제의 성격은 다르지만 經濟力集中 規制 條項은 獨占禁止法 體系와 맞지 않는다는 法學者들의 비판에 대해 살펴보자.<sup>51)</sup> 이 주장은 우리나라 公正去來法이 獨占을 인정하고 獨占禁止規制가 아닌 弊害規制를 채택하고 있음에도 불구하고 獨占禁止의 規模에 대한 제한규정을 포함함으로써 法體系가 어색해졌다는 것이다. 물론 經濟力集中 抑制條項은 ‘一定한 去來分野에서의 競爭의 實質的 制限’을 違法性要件으로 하는 獨占禁止法 體系와는 다소 다르다. 반면 經濟力이 특히 문제가 되는 것은 우리나라 資本主義 發展過程의 特性和 관련되어 있으며 우리나라의 경우 市場支配力은 많은 경우 經濟力과 연관되어 있음을 언급하였다. 日本의 경우 經濟力集中의 문제는 美軍政에 의해 戰前 財閥이 해체됨으로써 기본적으로 해소된

51) 이 문제에 관해 金贊鎭(1989)은 다음과 같이 말한다. “현행 「獨占規制및公正去來에관한法律」은 獨占을 인정하고 있으며, 나아가 產業集中度가 확대되는 결과를 가져오는 기업의 행위 그 자체를 금지하는 것은 아니다. 오직 이러한 행위가 ‘競爭을 實質적으로 制限’하는 경우에 한하여 法の 規制對象이 되는 것이다. 기업의 크기만을 대상으로 삼고 있는 大規模 企業集團의 指定 및 規制制度는 깊이 재검토되어야 할 것이다. ... 만약 서로 다른 목적들이 한 법률 속에 자리잡게 된다면 法律 자체의 論理의 一貫性을 저해하고 法適用의 통일을 기하기도 어렵게 된다.”

52) 市場支配力 概念은 理論적으로는 獨占禁止法이 市場支配力の 形成과 行使를 다루는 것이

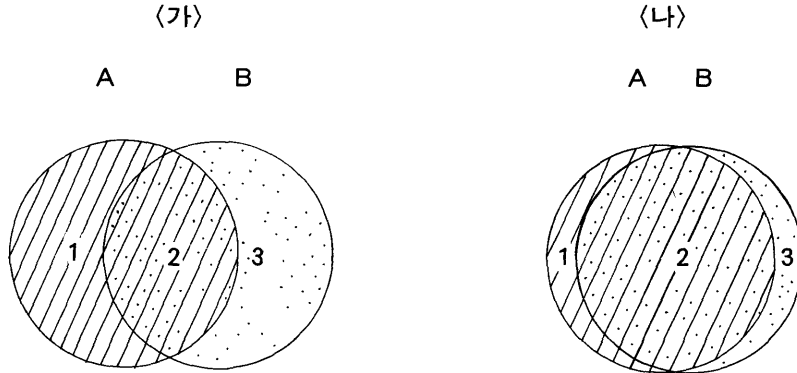
다음 獨占禁止法에서 다루어진 반면, 우리나라의 경우에는 이를 동시에 접근함으로써 특히 形式論理상의 문제가 제기된 것이다. 반면 企業集團을 다루는 수단은 多面的인 것이므로 法 效力면에서는 차이가 있다고 볼 수 없다. 따라서 앞으로 企業集團의 展開過程에 맞추어 法을 分離·體系화하는 것은 形式上의 문제로서 政策的·法的 實體의 기본적인 취지는 다를 수 없다.

## V. 結 言

市場支配力の 概念·推定에 관한 논의는 經濟學의 方法論이 獨占禁止法 分野에 미친 影響力을 단적으로 반영한다. 전통적으로 合併分析에 유효하였던 市場支配力 概念은 시카고學派 이후 獨占禁止法の 중심개념으로 되었으며, 모든 實體規定에 직·간접적으로 관련되었다. 市場占有率뿐만 아니라 여러가지 經濟學의 指標으로써 추정되는 市場支配力은 어떤 市場構造가 競爭制限으로 인해 消費者의 利益을 침해할 潛在力을 갖는지를 가장 명확하게 답변해 준다. 즉 시장지배력 개념은 獨占禁止事件을 經濟學적으로 分析하기 위한 기초개념으로서 獨占禁止法の 理論體系 및 實際의 運用過程에서 핵심적인 역할을 한다.<sup>52)</sup>

本稿는 II章과 III章에서 市場支配力の 概

[圖 1] 獨占禁止法の 潮流



註 : A의 영역은 市場支配力이 입증되는 경우.  
B의 영역은 去來方法이 직접적으로 競爭制限과 관련되는 경우.

念定義와 推定에 관련된 제문제에 대하여 살펴보고 市場支配力의 추정은 모든 獨占禁止法 違反事件의 違法性 判斷과 관련되는 추세에 있다는 것을 밝혔다. 즉 獨占禁止事件의 違法性은 經濟理論에 기초하여 엄밀하게 關聯市場을 劃定한 다음, 當該企業의 그 시장에서의 市場占有率을 계산하고 그 企業行爲가 市場競爭에 가하는 영향을 經濟學的方法으로 분석하여 판단한다. 이와 같은 市場支配力의 推定方法은 美國의 경우 「셔먼」法 2조 合併事件이나 獨占化事件과 같은 構造關聯事件뿐만 아니라 동법 1조 각종 去來制限事件에도 적용된다. 즉 이제 대부분의 獨占禁止事件의 違法性의 판단은 2段階 分

析過程에 기초한다. 제1단계는 市場支配力의 程度를 추정하여 시장지배력이 존재하는가의 여부를 판단한다. 제1단계에서 시장지배력이 존재하지 않는 것으로 밝혀졌다면 그 과정은 중단된다. 반면 市場支配力이 존재하는 것으로 밝혀졌다면, 제2단계로 나아가 그 행위의 競爭에 대한 效果를 평가하여 違法 與否를 결정한다. 우리나라 公正去來法 運用過程에서는 특히 共同行爲와 不公正去來行爲 違反事件의 違法性 判斷에 市場支配力이 고려되지 않은 경우가 종종 있었다. 반면 최근 학자들은 違法性 判斷에 違反類型別로 정도의 차이는 있으나 전반적으로 市場支配力이 고려되어야 한다는 점에 동의하는 추세이다.

市場支配力과 관련한 이러한 違法性判斷의 조류는 위의 [圖 1]에 잘 나타나 있다. 獨占禁止法 違反事件은 두 원의 내부에 속한다고 가정하자. 同法 違反事件 중 A의 영

라는 의미에서, 實際적으로는 測定된 市場支配力의 수준이 違法性與否의 판단에 중요하다는 의미에서 獨占禁止法에서 핵심적 역할을 하였다.

역은 市場支配力이 입증되는 사건이 속하는 것으로 가정한다.<sup>53)</sup> B의 영역에는 去來方法이 직접적으로 競爭制限과 관련되는 事件이 속한다고 가정하자. 즉 企業의 시장행동 자체가 문제되는 경우이며, 市場構造와 관련이 없는 경우도 많아서 그 경우에는 個別 慣行으로 끝날 수 있다. 그러면 A와 B가 겹치는 영역, 즉 영역 2에 속하는 事件은 市場支配力이 입증될 수 있으며 去來方法 또한 문제가 있는 경우이다.

이 그림에서 獨占禁止法の 조류는 〈가〉에서 〈나〉로의 이동으로 나타낼 수 있다. 즉 市場支配力만이 문제가 되는 영역 1과 去來方法만이 문제가 되는 영역 3이 축소되고 두 가지가 전부 문제가 되는 영역 2의 비중이 확대하는 것으로 특징지을 수 있다. 영역 1의 축소는 競爭制限의 市場行動과 관련되지 않는 非競爭의 市場構造 자체, 즉 순수한 市場支配力에 대해서는 관심을 덜 기울이게 되었음을 의미한다. 영역 2의 확대와 영역 3의 축소는 같은 類型의 去來制限行爲라 하더라도 市場支配力을 가진 기업의 행위는 그 市場의 競爭에 훨씬 惡影響을 미친다는 관점에서 獨占禁止法은 市場支配力을 보유하는 기업의 競爭制限行爲를 중점적으로 규제함을 의미한다.

獨占禁止法이 市場支配力이라는 단일한

53) 물론 최근의 市場支配力 概念은 共同行爲 등과 같이 여러 기업이 공통적으로 市場支配力을 형성하게 될 경향을 중요시하게 됨에 따라 市場支配力과 非競爭의 市場構造와의 관계는 이전보다 소원해졌다.

개념을 중심으로 재구성되고 있다는 것은 어떤 의미에서는 單線的인 學問傾向을 반영한다. 이것은 理念의 대립이 사라지고 經濟的 問題만이 가장 중요한 과제로 된 國際社會의 性格과도 관련이 있다. 미국의 경우 經濟뿐만 아니라 政治社會가 발전하여, 獨占의 政治·社會的 弊害에 대처하기 위한 「셔먼」法 制定理念은 상당히 퇴색하였고, 오늘날의 獨占禁止法은 獨占이 초래하는 經濟的 弊害, 즉 非效率을 제거하는 데 주력하게 되었다. IV章 3節에서는 시카고學派 중심의 獨占禁止法 체계에서 效率은 가장 중요한 그리고 유일한 목적가치임을 밝혔다. 그것은 配分的 效率과 生産的 效率로 결정되는 全體的 效率이 獨占禁止法の 궁극적 목적인 消費者厚生 수준을 결정짓기 때문이다. 이와 같이 獨占禁止法の 目的에 대해서 의견이 다른 것은 經濟社會背景의 차이뿐만 아니라 동법기초한 經濟理論의 차이 혹은 競爭概念의 多義性에도 기인한 것이다.

獨占禁止法 理論의 經濟學的 基礎가 확대되고 獨占禁止事件의 違法性 分析에 經濟學的方法論이 더욱 많이 적용되며 目的價値로서 經濟效率만이 고려된다면 獨占禁止法 理論과 運用體系의 內的 整合性이 높아질 것이다. Bork(1978)의 말대로 독점금지법의 性格은 전적으로 禁止的이고 受動的이어서 私的 當事者가 스스로 시작한 행위를 심사하는 일에만 효과적이기 때문에, 經濟政策으로서 分析的 威力을 가지려면 效率만을 추구하는 것이 효과적일 수 있다. 支配力分

散이나 經濟的 民主主義와 같은 개념은 指標化하기 어렵고 또한 經濟學的 方法論과 融合되지 않을 수 있기 때문이다.

반면 우리나라의 경우에는 아직도 經濟領域의 成果는 政治社會的 側面과 관련되어 있으므로 公正去來法에서 支配力分散이나 公正性·衡平性과 같은 價値는 일정한 의미를 갖는다. 따라서 Ⅳ章 2節에서는 公正去來法이 추구하는 ‘公正하고 自由로운 競爭’은 經濟效率뿐만 아니라 支配力分散과 같은 價値가 반영된 競爭으로 해석될 수 있다는 것을 밝혔다. 우리나라의 경우 한 기업의 市場支配力은 종종 企業集團의 經濟力의 한 형태로 발현되므로 企業集團에 대한 대응은 市場에서의 競爭制限에 적절히 대처한다는 의미에서도 중요한 관심사가 될 수 있다. 公正去來法은 ‘一定한 去來分野에서 競爭의 實質的 制限’으로 나타나는 市場支配力을 억제할 뿐만 아니라 직접적으로 經濟力集中을 억제함으로써 企業集團의 힘을 규제하고 있다. 規模에 기인하는 企業集團의 힘, 즉 經濟力에 대한 규제는 支配力分散이라는 정치·사회적 가치와 밀접하게 관련되나, 이 규제는 Ⅳ章 4節에서 지적한 바와 같이 效率을 무시한 것은 아니며 오히려 이 두 가치의 조화를 기대한 것이라고 보는 편이 타당하다.

支配力分散이 獨占禁止法의 목적가치가 될 수 있는가에 대해서는 競爭政策理論 發展過程에서 치열한 논쟁이 있었다. Ⅳ章 3節에서는 미국에서 獨占禁止法의 수단을 통

한 支配力分散은 대체로 競爭을 保護하기 위하여 中小競爭者를 保護한다는 것을 의미하여 왔으며, 이것은 效率을 중요시하는 시카고學派의 비판의 대상이 되었다는 것을 밝혔다. 반면 경제사회적 배경이 다른 유럽에서는 競爭政策에서 公正한 方法에 의한 競爭이 중요한 의미를 가지고 있었으며 또한 競爭은 支配力을 分散시킬 수 있는 수단으로 되었다.

이러한 관점에서 볼 때 支配力分散이 獨占禁止法의 목적가치가 될 수 있는지의 문제도 競爭政策의 範圍, 規制水準 등과 마찬가지로 시대와 국가에 따른 選擇의 문제일 수 있다. 원래 競爭政策의 選擇의 性格은 市場機能 不全으로 초래된 獨·寡占體制 혹은 市場失敗를 政府의 介入으로 교정한다는 모순적 성격에서 비롯된 것이다. 따라서 競爭政策은 처음부터 政府의 介入主義的 性格을 중요시할 것인지 市場의 自律的 機能을 중요시할 것인지를 選擇에 직면한다. 그 선택은 궁극적으로는 國民의 一般意思에 기초한 ‘法’에 의해 결정되어야 한다는 것은 말할 나위 없다. 民主主義 國家에서 국민들이 獨占 大企業 혹은 企業集團의 支配力 集中에 대하여 두려움을 가지고 있다면, 이들의 意思는 立法되어 支配力 集中에 대한 拮抗力을 형성하게 될 것이다. 그리고 政策은 기본적으로 政治社會的 價値를 필연적으로 내포하기 때문에 市場機構를 원활히 작동하기 위한 競爭政策 또한 이러한 價値를 전제로 하게 된다. 우리나라의 競爭政策은 行政主導

的으로 입법된 公正去來法에 기초하고 있기 때문에 위의 시각에 입각하여 정책에 대한 民間意思의 수렴을 더욱 확대할 필요가 있다. 법 규정의 實效性은 法の 命令規範의 內容이 國民의 法的 確信이나 法感情과 일치할 때 높아지기 때문이다.

競爭政策 理論의 發展過程과 관련하여 볼 때 公正去來法은 앞으로 經濟學的 分析方法에 기초하여 一定한 去來分野에서 競爭을 實質的으로 制限하는 市場支配力을 분석하는 방법을 많이 참작하게 될 것이다. 그러나 經濟學的 分析方法이 발전하고 效率基準이 더욱 진전된 이론 기반 위에서 추구된다 하더라도, 公正競爭이나 支配力分散과 같은 가치가 무시되어서는 안된다. 效率을 추구하면서도 支配力分散을 소홀히 하지 않는 公正去來法 體系는 市場支配力 概念을 적극적으로 수용함으로써 가능하다.

市場支配力 중심의 公正去來法 運用體系는 상당수준의 市場支配力을 가진 企業의 競爭制限行爲만을 獨占禁止法의 對象으로 삼음으로써 支配力分散에 공헌할 수 있다. 그것은 이 체계가 市場支配力을 보유하지 않은 中小生産者의 競爭制限行爲를 묵인함으로써 결과적으로 이들을 보호할 수 있기 때문이다. 競爭過程에서의 中小競爭者 保護는 우리나라와 같이 독·과점체제가 市場過程에 의해 형성되지 않은 경우에는 衡平性이나 公正性의 측면에서도 바람직하다. 그리고 이 체계는 規制範圍가 簡明하여 管理可能性을 높일 수 있으며 行政力의 浪費를 막

을 수 있다. 이것은 결국 企業活動의 自由를 확대하게 될 것이다.

그러나 영속적인 支配力이 가능한 것인가? 많은 經濟學者가 現代資本主義를 獨占資本主義로 규정하고 獨占化傾向이 심화되어 간다고 주장했지만, 최근의 國際的 競爭의 激化에서 보듯이 獨·寡占의 상태는 경쟁이 없는 상태라 할 수 없다. 이것은 다시 獨占과 競爭, 어느 편이 資本主義의 本質에 접근하는가라는 기본적인 의문을 제기한다. 資本主義는 힘의 遠心性에 입각한 競爭秩序 속에서 獨占化라는 求心力이 自生한다는 본질적 속성을 가지고 있다. 生産力의 發展過程에서 이루어진 集中化傾向은 求心力으로 작용하지만 그 과정에서 초래되는 속박에서 벗어나려는 구성원들의 遠心力이 작동된다. 이에 대하여 競爭이 資本主義에 더욱 본질적인 것이며 獨占化 자체도 競爭을 위한 수단이라고 보는 견해도 만만치 않다. 이러한 논쟁과정에서 분명한 것은 動態的으로 변화해 가는 獨·寡占構造하에서 市場支配力 혹은 經濟力도 부단히 바뀌어 갈 것이라는 점이다. 따라서 이에 대처하기 위한 競爭政策도 市場過程에 기초한 秩序政策의 테두리 안에서 부단히 변화해 갈 것이다.

▷ 參 考 文 獻 ◁

- 公正去來委員會・韓國開發研究院, 『公正去來 10年 - 競爭政策의 運用 成果와 課題』, 1991.
- 金英鎬, 「부당한 공동행위의 違法性 判斷基準」, 『公正去來』, 第2號, 經濟企劃院, 1989. 12.
- 金贊鎮, 「韓國 獨占規制法의 制定沿革」, 『競爭法研究』, 第1卷, 競爭法學會, 1989.
- 金永秋, 「不公正去來 規制의 理念과 規範體系」, 『公正去來』, 第2號, 經濟企劃院, 1989. 12.
- 李奎億, 「市場機構의 論理와 倫理 - 政府規制의 合理化를 위한 理念의 摸索」, 『韓國開發研究』, 1988 가을, 韓國開發研究院, 1988.
- \_\_\_\_\_, 「經濟力集中 - 基本視角과 政策方向」, 『韓國開發研究』, 1990 봄, 韓國開發研究院, 1990.
- 李奎億・李在亨・金周勳, 『市場과 市場構造 - 우리나라의 製造業을 중심으로』, 研究報告 84-06, 韓國開發研究院, 1984.
- 李奎億・朴炳亨, 『企業結合 - 經濟的 效果와 規制』, 研究叢書 66, 韓國開發研究院, 1993.
- 李奎億・李成舜, 『企業結合과 經濟力集中』, 研究報告 85-02, 韓國開發研究院, 1985.
- 申光湜, 『市場去來의 規制와 競爭政策』, 研究叢書 65, 韓國開發研究院, 1992.
- 絲田省吾, 『事例 獨占禁止法』, 青林書院, 東京, 1988.
- 越後和典, 『競爭と獨占 - 産業組織論批判』, ミネルウヰ書房, 東京, 1985.
- 村上政博, 『獨占禁止法の日美比較 - 政策・法制・運用の相違』(上, 中, 下), 弘文堂, 東京, 1991, 1992.
- 萩原念, 『歐美諸國にみる競爭政策の理論と實際』, 同友館, 東京, 1990.
- 土井教之, 「支配的企業の形成と持續性」, (市場構造研究シリーズ), No.449, 1988.
- Areeda, Phillips and Donald F. Turner, *Antitrust Law - An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Little, Brown and Company, Boston, 1978.
- Baker, Jonathan B. and Timothy F. Bresnahan, "Empirical Method of Identifying and Measuring Market Power," *Antitrust Law Journal*, Vol.61, 1992.
- Bartlett, Randall, *Economics and Power: An Enquiry into Human Relations and Markets*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 1989.
- Baumol, W., J. Panzar, and R. Willig, *Con-*

- testable Markets and the Theory of Industry Structure*, New York : Harcourt Brace Jovanovich, 1982.
- Bork, Robert H., *The Antitrust Paradox : A Policy at War with Itself*, 1978. [申光湜(譯), 『反트러스트의 모순』, 韓國學術振興財團翻譯叢書 114, 教保文庫, 1991]
- Constantine, Lloyd, "Introduction to the Cutting Edge of Antitrust : Market Power," *Antitrust Law Journal*, Vol. 60, Issue 3, 1992.
- Demsetz, Harold, "Two Systems of Belief About Monopoly," Harvey J. Goldschmid, H. Michael Mann, and J. Fred Weston(eds.), *Industrial Concentration : the New Learning*, Little, Brown and Company, Boston, 1974.
- Dugger, William M., "Corporate Power and Economic Performance," W.C.Peterson (ed.), *Market Power and the Economy : Industrial, Corporate, Governmental and Political Aspects*, Kluwer Academic Publishers, Boston, 1988.
- Elzinga, Kenneth G., "Unmasking Monopoly : Four Types of Economic Evidence," Robert J. Lerner and James W. Meehan, Jr.(eds.), *Economics and Antitrust Policy*, Quorum Books, New York, 1989.
- Galbraith, John K., *The Anatomy of Power*, Hamilton Publishing Co., 1984.
- Greer, Douglas F., "The Concentration of Economic Power," W.C.Peterson(ed.), *Market Power and the Economy : Industrial, Corporate, Governmental and Political Aspects*, Kluwer Academic Publishers, Boston, 1988.
- Hay, George A., "Market Power in Antitrust," *Antitrust Law Journal*, Vol.60, Issue 3, American Bar Association, Chicago, 1992.
- Hovenkamp, Herbert, "The Measurement of Market Power : Policy and Science," Frank Mathewson, Michael Trebilcock, and Michael Walker(eds.), *The Law and Economics of Competition Policy*, The Fraser Institute, Vancouver, 1990.
- Jacquemin, Alexis, "Introduction : Competition and Competition Policy in Market Economies," *Competition Policy in Europe and North America : Economic Issues and Institutions*, Harwood Academic Publishers, 1990.
- Kirzner, Israel M., *The Meaning of Market Process-Essays in the Development of Modern Austrian Economics*, Routledge, New York, 1992.
- Koslowsky, Peter F., "The Ethics of Capitalism," S. Pejovich(ed.), *Philosophical and Economic Foundations of Capitalism*, Lexington Books, 1983.

- Landes, David and Richard A. Posner, "Market Power in Antitrust Cases," *Harvard Law Review*, Vol. 94, 1981.
- Meehan, James W. Jr. and Robert J. Lerner, "The Structural School, Its Critics, and Its Progeny: An Assessment," Robert J. Lerner and James W. Meehan, Jr.(eds.), *Economics and Antitrust Policy*, Quorum Books, New York, 1989.
- Mueller, D.C., "United States' Antitrust: At Crossroad," H.W. de Jong and W. G. Shepherd(eds.), *Mainstreams in Industrial Organization: Book II*, Kluwer Academic Publishers, Boston, 1986.
- Munkirs, John R., "Economic Power: History and Institutions", W. C. Peterson (ed.), *Market Power and the Economy: Industrial, Corporate, Governmental and Political Aspects*, Kluwer Academic Publishers, Boston, 1988.
- Ordovery, Janusz A., "Foundations of Competition Policy," *Competition Policy in Europe and North America: Economic Issues and Institutions*, Harwood Academic Publishers, 1990.
- Peterson, W.C., *Market Power and the Economy: Industrial, Corporate, Governmental and Political Aspects*, Kluwer Academic Publishers, Boston, 1988.
- Posner, Richard A., *Antitrust Law-An Economic Perspective*, The University of Chicago Press, Chicago, 1976.
- Rodino, Peter W. Jr., "The Future of Antitrust: Ideology vs. Legislative Intent," *The Antitrust Bulletin*, Fall 1990.
- Scheffman, David, "Statistical Measure of Market Power: Use & Abuses," *Antitrust Law Journal*, Vol.60, Issue 3, 1992.
- Scherer, F., *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Rand McNally and Company, Chicago, 1973.
- Shand, Alexander H., *Free Market Morality: The Political Economy of the Austrian School*, Routledge, New York, 1990.
- Stigler, George J., "Law or Economics?" *The Journal of Law and Economics*, October 1992.
- Sullivan, Thomas E., "The Foundations of Antitrust," and "Postmodern Antitrust," Thomas E. Sullivan(ed.), *The Political Economy of the Sherman Act: The First One Hundred Years*, Oxford University Press, 1991.
- Weiss, Leonard W., "The Concentration-Profits Relationship and Antitrust," Harvey J. Goldschmid, H. Michael Mann, and J. Fred Weston(eds.), *Industrial Concentration: the New Learning*, Little, Brown and Company, Boston, 1974.