

경쟁법과 경쟁의 관계



김 두 진
한국법제연구원 부연구위원

경쟁제한을 제거해야 한다는 경쟁정책적 결론에 관해서는 이견이 있을 수 없다. 그리고 어느 경쟁개념의 관점에서나 인위적 시장진입장벽은 경쟁제한이다. 그래서 어떤 기업이면 최소한 경쟁압력을 받도록 유지시키고, 독점적 지위가 궁극적으로 제거될 수 있도록 전체 시장들의 개방유지가 합리적인 경쟁정책의 주요과제가 되어야 한다. 시장진입장벽은 국가에 의해서도 연유할 수 있으므로 효과적인 경쟁정책을 위해서는 국가와 관련된 경쟁제한도 경쟁의 예외영역이 아닌 한 제거하여야 한다. 과규제 되고 기존기업의 보호를 위해 폐쇄된 시장이 존재한다면, 개방이 추진되어야 하고, 공공기업의 불필요한 독점의 제거를 통한 규제완화도 더욱 필요하다.

I. 경쟁법의 개념

경쟁법은 당해 시장에서의 독점 등 경쟁제한적 행태와 구조를 규제하는 내용의 법규범을 말한다고 정의할 수 있다. 하나의 법역에서의 경쟁법 시스템은 이와 같은 경쟁법과 그것을 집행하기 위한 제도와 기구를 포괄하여 사용된다. 우리의 경우에는 독점규제및공정거래에관한법률(이하 '독점규제법'으로 지칭한다)이 경쟁법에 해당하는 대표적인 법률이라고 볼 수 있다. 이하에서는 몇몇 외국에서의 경쟁법의 생성 및 현황, 그리고 경쟁법이 보호하려고 하는 경쟁의 이념형에 관

하여 간단히 고찰함으로써 경쟁법과 경쟁의 관계에 관한 논의에 같음하려고 한다.

미국에서는 경쟁법은 반트러스트법(antitrust law)이라고 지칭된다.¹⁾ 그러나 트러스트(trust)가 당초부터 독점을 의미한 것은 아니었다. 미국에서는 남북전쟁(1861-1865)이 끝나고, 1865년부터 1910년의 사이에 산업구조와 사업의 전통적 방식들이 급격하게 변화하였는데, 산업구조의 변화는 처음에 카르텔화가 그 다음에는 합병과 수직적 통합 등이 이어졌고 이를 통하여 소기업들의 연쇄들이 독과점의 복잡한 네트워크를 형성하게 되었다.²⁾ 경제성장의 시대가 도래하였

1) antitrust law는 독점금지법이라고 번역된다. 연방차원의 독점금지법으로는 1890년 제정된 셔먼법(Sherman Act)과 1914년 제정된 클레이튼법(Clayton Act) 및 연방거래위원회법(Federal Trade Commission Act) 등이 있다.

2) E.M. Fox, et al., Cases And Materials On Antitrust, 2nd ed., (1989), p. 22.

지만, 그 와중에 트러스트 형태의 거대결합기업 앞에서 중소기업의 몰락과 노동자의 빈곤 등의 심각한 사회경제적 문제가 발생하였다.³⁾ 그러한 상황에서 트러스트는 독점(monopoly)을 뜻하게 되고, 독점은 바로 오명이 되었던 것이다. 공화당이 다수당이던 의회는 트러스트에 대한 적절한 조치를 희망하던 대중의 요구에 부응하기 위하여 거의 세계 최초의 경쟁법인⁴⁾ 셔먼법의 제정을 결의하였다. 제안자인 존 셔먼 상원의원은 “우리가 정치적 권력으로서의 군주를 허용할 수 없다면, 생산, 운송 및 생필품판매 등에 대한 군주도 허용해서는 아니 된다”고 연설하였다.

유럽에서는 오스트리아에서 1890년대에 가장 먼저 경쟁법에 대한 생각이 형성되었는데, 그것은 Vienna의 비범한 창조적인 지적 활동의 산물이었다. 경쟁법 입법론은 경쟁적 과정을 정치적 및 이념적 공격으로부터 보호하기 위한 의도였고, 그렇게 함에 있어서 관료에 의한 공익기준의 적용에 크게 의존하는 내용이었다. 이러한 제안들 중 하나는 상당한 정치적 지지를 얻었고, 경쟁법이 거의 제정될 뻔했으나, 오스트리아 입법절차의 불통일 때문에 중지되었다. 정치적 사건들 때문에 오스트리아에서의 더 이상의 경쟁법 이념의 발전은 방해받았지만, 이러한 경쟁법 사고는 독일의 지적·정치적 영역에서 극심한 논쟁거리가 되었다. 이들 논쟁으로부터 유럽의 초기 경쟁법 입법에 대해 그 실체를 차용한 학설들이

형성되었다. 이 학설들의 다수는 유럽경쟁법 사고의 기반이 되었다.

독일에서는 경쟁법이라는 의미로 카르텔법(Kartellrecht)이라는 용어가 흔히 사용된다. 제1차대전후 독일경제의 위기상황에 대한 대응책으로 법규명령으로서 발해진 1923년의 경제력남용금지명령⁵⁾ 유럽 최초이자 독일 최초의 경쟁법이다.⁶⁾ 이처럼 독일에서 경쟁법이 카르텔법이라고 불리운 까닭은 전전의 독일경제에서 카르텔이 큰 영향력을 발휘하였고, 따라서 연합국이 종전후 이를 우선적으로 개혁대상으로 삼았던⁷⁾ 데에서 찾아 볼 수 있을 것이다. 나찌(NAZI) 집권기에 프란츠 뵘(Franz Böhm), 레오나르드 므쉬(Leonard Miksch), 발터 오이켄(Walter Eucken) 등의 신자유주의(neo-liberalism) 사상가들에 의해서 경쟁법의 입법이 준비되었다. 이들은 비밀리에 개인적 위험을 부담하면서 독일이 전후에 재건될 방법에 대하여 모색하였다. 그들의 이른바 질서자유주의적(ordoliberal) 사회상에 있어서 경제적 자유와 경쟁은 변영은 물론 정치적 자유의 원천이었다. 이것들은 사회의 경제헌법을 대표했고, 법은 이 헌법을 보호하고 실행해야 했다. 이러한 관점에서는, 경쟁법은 정치적 시스템의 기본구조를 만들었기 때문에 매우 중요하였다. 이들은 또한 경쟁법은 행정적 재량보다 사법적 원칙과 절차에 따라서 작동되어야 한다고 하였다. 그 결과 1957년에 경쟁제한금지법

3) A.D. Neale, et al., *The Antitrust Laws Of The U.S.A.*, 3rd ed., (1980), p. 15.

4) 캐나다의 기업결합조사법(Combines Investigation Act)은 미국의 셔먼법보다 1년전인 1989년에 제정되었다.

5) Die Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2. Nov. 1923, RGBl. I 1067.

6) F. Rittner, *Kartellrecht*, 5. Aufl., (1995), 5 Rdnr. 12.

7) 한편 나찌집권기에 제정된 1933년의 강제카르텔법(Zwangskartellgesetz)은 경쟁을 규제하는 내용으로 인하여 경쟁법이라고 해석하기 어렵다.

8) 독일경제는 특히 카르텔, 신디케이트, 트러스트 및 기타 독점단체들로 설명되는 과도한 경제력의 집중을 근절하기 위하여 가능한 한 최단기간내에 분산되어야 한다(포츠담협정 제3부제12조).

(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)이 제정되었다.

영국에서는 말 그대로 경쟁법(competition law)이라는 용어가 사용된다. 또한 현재 1998년 경쟁법(The Competition Act 1998)이 시행중이 기도 하다.⁹⁾

EU에는 유럽공동체조약 제81조와 제82조 및 그에 부속된 유럽평의회규칙과 유럽위원회규칙으로 구성된 이른바 유럽공동체경쟁법(European Community Law of Competition)이 존재한다. 각 회원국은 이탈리아처럼 EU경쟁법에 맞춰 새로이 경쟁법을 제정하거나 프랑스, 독일, 영국처럼 자국의 경쟁법을 EU경쟁법에 맞춰 수정하는 등 점차 역내에서 그 비중이 증대해 가고 있다.

II. 경쟁법의 역할

경쟁법의 역할에 대하여 미국에서는 그것이 소비자후생이나 효율성 등의 경제적 목적만을 갖는 것인지 아니면 그 외에 서로 경쟁이 가능한 중소기업의 유지와 같은 탈중앙집권적인 정치경제적 목적까지 포괄하는 것인지에 관하여 서면법 제정당시부터 논란이 되어왔다.

반면 유럽에서 경쟁법은 현대적 유럽의 사고, 경험 및 정체성의 중심적 구조를 제공하여 온 전통적 자유주의(liberalism)로부터 성장하였는 바, 그 전통에서 법과 경제적 자유는 사회를 이루는 중심적 수단이고, 경쟁법은 이들 두 핵심 요소

들을 결합시킨다. 경쟁법은 또한 사회적 형평, 착취로부터의 자유 및 소비자후생에 대한 관심도 반영하며, 경쟁 보호의 목적은 흔히 사회적 정의의 수호 사상과 혼합되곤 한다. 유럽통합의 과정에서 경쟁법의 중요성은 더욱 높아졌는데, 그 과정에서 핵심은 유럽단일시장의 창설이고, 그 성공은 시장이 경제적으로 효율적이고 정치적으로 바람직한 것이 되도록 하는 규범과 제도를 수립하는 것에 달려있다. 경쟁법은 통합의 동력장치의 구실을 하고 유럽 기관들의 신뢰를 조성함으로써, 이 성공에 주요 원인이 되어왔다. 따라서 경제적 효율성 이외에 당연히 정치경제적 목적까지 포괄하는 것으로 인정되고 있다.

경쟁법이 어떠한 역할을 하여야 하는가에 관해서는 각국의 입법자가 입법정책적으로 결정할 문제이다. 다만 우리 경쟁법은 경쟁제한을 제거함으로써 소극적으로 경쟁을 보호하면 오히려 적극적으로 경쟁을 촉진할 수단을 마련할 필요까지는 없지 않을까 한다. 후자의 경우에는 자칫 통제경제나 계획경제의 결과를 초래할 위험이 있어서 개별 경제주체의 자율적 경제활동을 기본으로 하는 우리 헌법상 사회적 시장경제질서(soziale Marktwirtschaft)와 부합하지 않을 우려가 생기기 때문이다. 요컨대 경쟁법은 경쟁제한적 환경을 친경쟁적인 것으로 조성하면 되고 그러한 환경하에서 경쟁을 하는 것은 사업자, 즉 기업의 몫이다.

9) 1973년 공정거래법(The Fair Trading Act 1973)의 독점조항은 효력을 유지하고 있다. 그러나 1980년 경쟁법(The Competition Act 1980)상의 반경쟁적 관행에 대한 조항이나, 1976년 제한적 거래관행법(The Restrictive Trade Practices Act 1976)과 1976년 재판매가격법(The Resale Prices Act 1976) 등은 폐지되었다.

Ⅲ. 경쟁의 개념과 경쟁정책의 이념형

기본적으로 경쟁은 “둘 이상의 사람들 또는 집단의 동일한 목적을 향한 추구나 노력(Streben)”이라고 정의할 수 있다. 여기에서 한 주체의 목적 성취도가 높아지면 다른 주체의 그것은 낮아지는 것이 통상의 조건이다.

경제생활 영역의 경쟁에는 첫째, 시장의 존재가 전제되고, 둘째, 최소한 둘 이상의 공급자와 수요자가 있어서, 그들이 서로 대립적으로 행동하며, 셋째, 하나 이상의 행동개변수의 투입을 통해 다른 경제주체에게는 불리하게 자기의 목적성취도를 개선하려한다는 특징을 갖는다.¹⁰⁾

이처럼 초안을 잡은 경쟁의 내용을 어떻게 보충할 것이냐에 관해서 아래에서 보는 것과 같은 경쟁정책적 이념형이 개발되어 왔다. 그것을 통하여 한 법역의 경쟁정책적 목적 및 그 목적에 부합하는 기구와 경쟁정책 담당자의 일관된 관계를 이해하고 정립할 수 있다.

1. 완전경쟁개념

완전경쟁(perfect competition)의 개념은 고전학파의 동태적 경쟁의 개념이 신고전학파의 경제학자들에 의하여 발전된 것이다. 완전경쟁시장은 소비자와 생산자가 다수이고, 주어진 시장가격하에서 동질의 상품을 자유롭게 거래하는 시장이다. 완전경쟁시장에서 각 소비자와 생산자가 사고 파는 상품수량은 전체 시장거래량에 비추어 볼 때 미미하여서, 개별 소비자나 생산자

는 시장가격을 스스로의 힘으로 변경시킬 수 없고, 주어진 시장가격의 수준에서 자기가 사고자 하거나 팔고자 하는 수량을 결정할 수 있을 뿐이다. 완전경쟁시장은 양방향의 다점, 재화의 동질성, 완전한 요소유동성과 요소유연성, 완전한 시장투명성, 일물일가의 법칙, 개별 수요자나 공급자는 가격수용자(price taker)이며, 수량조정자인 것 등을 특징으로 한다.

그러나 완전경쟁은 원자론적 경쟁과 규모의 경제 사이의 목적갈등, 동질성 조건과 다양한 소비자욕망을 만족시키는 상품차별화 간의 목적갈등 그리고 비현실성 때문에 경쟁정책의 목표로 사용하기에 부적절한 점을 가지고 있다.

2. 하바드학파의 유효경쟁개념

존 클라크(J.M. Clark)는 1940년에 「유효경쟁론(Toward A Concept of Workable Competition)」에서 완전경쟁모델의 전제조건은 대체로 비현실적이라는 결론을 도출하고, 불완전성을 특징으로 하는 전체 시장에서 이러한 불완전성의 가능한 한 포괄적인 배제가 반드시 좋은 경제적 효과를 가져 오지는 않으며, 모든 불완전성을 제거하는 것이 아직 불가능하다면, 오히려 존재하는 불완전성을 그 이상의 불완전성으로 철저히 퇴치하는 것이 필요하다는 것을 주장하였다. 이는 “차선의 이론(Theorie des Zweitbesten)” 또는 “해독제(치료하기 위한 불완전성)이론”으로 불리운다.¹¹⁾ 유효경쟁론은 규범적 이론의 일종이다. 이것이 이상형을 정의하

10) I. Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 6. Aufl., (1999), SS. 1-2.

11) 유효경쟁의 개념은 존 클라크(J.M. Clark)에 의하여 처음 제시된 이후 에드워드 메이슨(E.S. Mason), 조 배인(J.S. Bain), 리차드 케이브스(R.E. Caves), 프레드릭 셰러(F.M. Scherer) 등 하바드학파 또는 산업조직론학파(Industrial Organization School)에 의해 발전되어 왔다.

고, 그것의 도움으로 일정한 경제적 상황이 부정적이어서 경쟁정책의 수단들을 가지고 대응해야 하는지의 여부를 판단하기 때문이다.

하바드학파는 시장을 구조·행동·성과의 세 가지 측면에서 여러 기준을 만들어 시장에서의 경쟁이 작동하고 있는가 여부를 판단하고자 한다. 이들에 의하면 시장구조와 행동 및 성과간에는 밀접한 인과관계가 있다고 본다. 시장구조가 경쟁적 구조이면 시장행동도 경쟁적이며 이는 시장성과에서 구체적으로 나타난다는 것이다.

시장구조에 있어서는 기업이 단기적으로 크게 영향을 미칠 수 없는 변수, 예컨대 공급자 및 수요자의 수·시장점유율·시장투명도·인위적인 시장진입 또는 탈퇴제한의 유무와 제도적인 것 등이 판단기준이 된다. 시장행동에 있어서는 경쟁에 참여한 기업의 전략적 변수, 예컨대 기업의 가격·판매·생산전략·모험성향·기술혁신활동·경쟁제한행위 성향 등이 기준이 되는데 하바드학파는 이러한 기업행동은 시장구조에 의하여 크게 영향을 받는다고 가정하고 있다. 시장성과에 있어서는 가격·비용·이윤·품질·시장점유율·가동율·기술혁신의 정도 등이 측정의 기준이 된다. 시장평가시 시장구조와 행동 및 성과간에는 인과관계가 있다고 보기 때문에 시장구조의 평가에서 경쟁의 작동여부가 분명히 가려지면 행동이나 성과 측면의 심사는 불필요하게 된다.

이러한 유효경쟁개념에 대해서는 다음과 같은 비판이 가해진다.

- 판단의 기준이 너무 많고 경계가 모호하며 가치판단이 개입되어서 실제 적용에는 자의

성이 개재될 가능성이 높다.

- 판단의 기준들은 각기 중요성과 성질이 다르기 때문에 어떤 기준을 가지고 경쟁의 작동 여부를 판단할 지 결정하기가 어렵다.
- 클라크는 "신상품, 신기술, 새로운 원료원, 신조직형 등의 경쟁"에 대한 슈페터의 혁신이론 및 미국에서의 산업조직론의 영향을 받아 1961년에 「동태적 과정으로서의 경쟁 (Competition as a Dynamic Process)」에서 불완전성요소가 기술진보를 위해서는 불가결하다는 점 때문에 차선의 이론에서 결별했다. 그는 종래에는 완전경쟁이 희망할 만하지만 현실성이 없는 것으로 간주, 그때부터는 더 이상 달성하기 위한 목표로 고려하지 않았다. 왜냐하면 경제적 발전을 위하여 시장의 불완전성은 원칙적으로 불가결한 것으로 평가되었기 때문이다(예컨대 특허권).

3. 신고전파의 자유경쟁 또는 경쟁의 자유구상

프리드리히 폰 하이에크(Fr.A.v. Hayek)와 에리히 호프만(E. Hoppmann)에 의해서 처음 설명된 경쟁의 자유(Wettbewerbsfreiheit)구상은 특히 전체적인 규범적 단서의 포기에서 유효경쟁구상과 분명한 차이가 있다. 이들은 고전학파의 자유경쟁의 개념에 뿌리를 두면서 이를 동태적 기업의 경쟁정신과 결합시키고자 함으로써 경쟁을 동태적 과정으로 파악하고 있다. 이런 이유 때문에 이들의 경쟁개념을 신고전파(Neuklassik)¹²⁾의 자유경쟁(Der freie Wettbewerb)개념이라고도 한다. 이들에 의하면 더 많

12) 신고전파에 속하는 학자로는 프리드리히 폰 하이에크(Fr.A.v. Hayek), 에리히 호프만(E. Hoppmann), 루트비히 폰 미세스(L.V. Mises), 이스라엘 커즈너(I.M. Kirzner), 도미니크 아르멘타노(D.T. Armentano) 등이 있다.

은 경쟁자유는 더 능률적인 행동을 가능케 하며 더 좋은 경제적 성과를 가져올 수 있고, 반대로 경쟁자유가 제한되면 경제적 효율도 떨어지고 시장성과는 나빠진다는 것이다.

하이에크는 경쟁을 “탐색과정 및 발견방법(Suchprozess und Entdeckungsverfahren)”으로 이해하고, “그 성과를 누구도 예측할 수 없는 것”을 경쟁과정의 본질로 묘사했다. 호프만은 Kantzenbach와의 논쟁을 통하여 자유경쟁과 시장성과 간에는 조화적 관계가 존재한다는 조화론을 주장하였다. 경쟁이란 경제활동의 자유가 보장되면 개인은 누구나 자기의 이익을 위해서 최선을 다하게 되고 이는 결국 국민경제 전체의 이익으로 이어진다고 보았다. 호프만은 경쟁제한의 원인을 인위적 경쟁장애와 자연적 경쟁장애로 구분하였다.

- 인위적 경쟁장애는 기업가나 국가의 행동 양쪽에 다 연원을 둘 수 있고, 국가적 조치(경쟁정책 또는 국가적 경쟁제한조치의 중단)에 의해서 저지하거나 감소시킬 수 있다. 인위적 경쟁장애의 사례에서는 정책적 예외영역이 문제된다.
- 자연적 경쟁장애는 잠정적 속성을 가지며 진행되는 시장과정의 지배를 받는다. 이러한 영역에서는 경쟁은 불가능하므로, 경쟁의 자유와 경제적 시장성과 간의 갈등은 생기지 않는다. 이른바 자연적 예외영역이 된다. 자연독점과 같이 경쟁이 불가능하거나 경쟁이 오히려 바람직스럽지 못한 결과를 가져오는 경우를 말한다.

그래서 경쟁은 분권적 계획수립을 통해서 개별 경제주체들의 모든 능력과 인식의 포괄적 사용을 가능하게 하는 유일한 절차라는 귀중한 장점을 가진, “타율적으로 정해진 목적과 목표가 부여되지 않은” 추상적 질서로 논증된다. 이것이 하이에크의 “자생적 질서(die spontane Ordnung)”이다. 이스라엘 커즈너(I.M. Kirzner)는 경제활동에서 효율성 기준의 관점에서 분석될 수 없는 경제 외적인 기업가요소가 존재한다고 보고, 미지의 기회에 대한 기민성으로부터 역할이 발생하는 의사결정자인 순수기업가(pure entrepreneur)개념을 발전시켰다.¹³⁾ 그는 경쟁을 쿠르노적 이해에 입각한 ‘상태’가 아닌 ‘과정’으로 강조하고¹⁴⁾ 기업가정신과 경쟁성은 동전의 양면과 같아서 기업가적 행동은 항상 경쟁적이고, 경쟁적 행동은 항상 기업가적이라고 하였다.¹⁵⁾

호프만은 경쟁제한의 종류에 따라 다음의 경쟁정책적 결론들을 도출하였다.

- 기업이나 국가에 의한 인위적 경쟁제한은 저지되어야 한다. 경쟁정책의 과제는 경쟁의 일반적 규칙을 정해주고 경쟁이 부당하게 제한되지 않도록 경쟁장애를 제거하는 데 있다.
- 적절한 경쟁규칙은 당연위법의 원칙이다. 예컨대 합병이나 배타적구속 같은 방해책략의 경우에 합리성의 원칙은 독점규제기관에게 재량여지를 부여하기 때문에 배제되어야 한다.
- 자연적 경쟁계약분야는 예외로 인정하여 경쟁 대신에 국가가 직접 경영하는 것이 바람직하다.

13) I.M. Kirzner, Competition And Entrepreneurship, (1973), p. 39.

14) id, p.89ff.

15) id, p.94.

이러한 경쟁자유개념에 대해서는 다음과 같은 비판이 가해진다.

- 경쟁이 불가능한 이른바 자연적 예외영역을 허용함으로써 경쟁의 자유와 경제적 장점 간에 갈등이 없다고 보는 신고전학파적 조화론에 대한 반박가능성을 열어주고 있다.
- 경쟁의 자유와 좋은 시장성과는 그 존재를 위한 사회심리적 조건 또는 경쟁정신의 형성처럼 이론적, 경험적으로 충분히 연구되지 않았다는 점이 지적된다.

4. 시카고학파의 경쟁개념

시카고학파(Chicago School)는¹⁶⁾ 경험적으로 증명될 수 있는 시장구조·행동·성과 사이의 관련을 부정하고 경쟁정책의 과제는 보다 큰 경쟁의 자유를 보장함으로써 가격기구를 잘 작동하게 하는 데 있다고 보므로 기본적으로 경쟁자유 개념과 맥을 같이 하나, 국가적 경쟁정책의 목표로서 다만 일반후생의 증대와 개별기업의 효율성만을 인정하여 국가의 경쟁정책적 개입은 시장의 움직임을 방해하는 것으로서 원칙적으로 불필요하거나 폐해를 낳으므로, 국가는 질서정책적인 틀만 만들어 주고 시장기구에만 맡겨 두면 자원의 최적배분은 이뤄지고 소비자후생의 극대화를 가져오게 된다고 본다. 또 이들은 장기간의 관찰법에 의거해서 포괄적으로 경쟁의 자기치유력을 신뢰한다. 이들은 인위적 시장진입장벽이 없는 시장에서의 집중도는 항상 기업간의 서로 다른 비용상황만을 반영한다고 보고, 국

가의 과제는 본질적으로 인위적 시장진입장벽에 대한 투쟁으로 국한해야 한다는 결론을 내린다. 그 외에는 국가의 시장구조에의 개입은 엄격히 부정된다. 시카고학파의 결론은 경쟁정책은 카르텔에 대한 투쟁에 국한해야 한다는 것이다.

- 시장구조(집중)에 대한 경쟁정책적 개입을 일반적으로 거부한다. 상당기간 어떠한 법적 진입제한이 없는 산업의 구조는 그 기초를 이루는 비용상황을 반영하는, 기업들의 상이한 효율성을 통하여 생성된 구조라는 것을 근거로 고도의 중국적 비대칭적 집중은 우월한 기업활동의 결과라는 것이다. 집중이 장기적으로 존재한다면 그 시장에서 규모의 경제의 효과로 단지 소수의 기업들만이 활동할 수 있으므로 기업의 추가진입이 소비자후생을 제고할 수 없거나 당해 기업이 비용절감이나 상품개량에 의하여 경쟁자나 신입자가 흉내낼 수 없는, 초경쟁적 수익을 올릴 수 있는 것임을 함축한다. 고집중시장의 장기적 존재는 효율성의 관점에서 정당화된다(효율성가설).¹⁷⁾ Bork의 관점에서는 당해 기업이 대규모를 내부적 성장에서 성취하였는지 아니면 약탈행위나 수평적 기업결합 등을 통하여 얻었는지의 여부에 따라 평가가 달라진다.¹⁸⁾
- 경쟁자들이 더 효율적인 재화의 생산과 서비스의 제공을 통하여 이기려고 시도하는 것에서 경쟁이 나타난다는 사고로부터 출발하여, 시카고학파는 행위규제론을 추구한다. 이들은 구조를 결정하는 집중보다 경쟁제한적 행

16) 시카고학파에는 아론 디렉터(A. Director), 로버트 보크(R.H. Bork), 레스터 텔서(L.G. Telser), 해롤드 덴셋(Demsetz), 리차드 포스너(R.A. Posner), 조지 스티글러(G.J. Stigler), 예일 브로젠(Y. Brozen), 존 맥기(J.S. McGee) 등이 속한다.

17) R.A. Posner, The Chicago School of Antitrust, 127 U. Pa. L. Rev. 925ff. (1979).

18) Richard H. Bork, The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself, Basic Books, Inc., 1978., p. 164.

위에 대해서 보다 비판적 입장을 취한다. 카르텔에 대해서는 매우 비판적 견해를 가지고 있으며, 특히 가격카르텔에 대해서는 금지시켜야 한다고 주장한다. 또한 수직적 계약이 효율을 증진시킬 수 있다고 하는 거래비용접근법을 주장하므로 독점금지법의 엄격성을 약화시킨다. 시카고학파는 배타적 거래조건, 끼워팔기, 약탈적 가격책정, 재판가유지행위 같이 일방적 행위방식은 각각 그 기업의 생산효율성과 전체적인 소비자후생의 제고에 기여한다고 본다. 이러한 행위방식들과 결부된 통제메카니즘과 조정메카니즘으로서의 경쟁의 가능한 침해는 과소평가 되고, 반면에 개별기업의 효율성만이 고찰의 중심에 놓인다.

그러나 시카고학파의 경쟁정책적 입장은 다음과 같은 비판을 받고 있다.

- 시카고학파의 경쟁정책적 개념이 근거하고 있는, 무계약의 완전한 시장을 조건으로 한 신고전학파적 가격이론, 특히 가게의 자동적 행동의 결정과정의 절대적 합리성, 시장의 다접구조화, 공급자와 수요자측면의 완전한 시장투명성, 신호의 부존재와 재화차별성 및 임의적 자원배분 등의 가정은 비현실적이다.¹⁹⁾
- 외적 기업성장은 원칙적으로 생산의 효율성의 표출로 보므로, 집중이 또한 규모의 비경제이고 라이벤슈타인(H. Leibenstein)의 X-비효율을 발생시킬 수 있다는 점, 거대산업에 있어서 관료주의현상 등이 간과되고 있다.

- 경쟁정책의 목적을 후생극대화만으로 제한하고, 유효한 경쟁을 통한 사적 권력통제의 사회정책적 목적을 간과하고 있다.
- 명확히 정의되지 않은 효율성기준이 다수의 경쟁제한행위를 정당화하기 위하여 동원된다(Scherer).
- 시카고학파의 효율성가설의 사상적 배경인 사회적 진화론은 잔존자를 가장 효율적이라고 추정하는 것이나 이것은 품질이나 효율과는 무관한 슈미란제(Schmalensee)가 연구한 선행자의 이점, 높은 시장점유율의 획득과 유지를 노린 지대추구로 인한 손실, 비가격 경쟁의 진화론적 과정의 사회적 비용 등을 모두 무시한 것이다.²⁰⁾
- 시카고학파는 극단적인 장기적 고찰방식(시간한계)을 채택한다.

IV. 결론

경쟁제한적 행태는 기업가의 영업의 자유와 연관되기 때문에 일괄적으로 금지하기 어려운 면이 있다. 또한 시간의 경과에 의해서 일정한 행동방식이 친경쟁적으로도 경쟁제한적으로도 변할 수 있다. 일부 사안은 이중적인, 즉 관점에 따라 경쟁적이거나 반경쟁적 활동으로 평가될 수도 있다. 그래서 특정 시점에서 어떤 행동방식이 경험상 경쟁질서에 특별히 위협하기 때문에 일단 경쟁제한적인 것으로 취급되어야 한다고 규범적으로 정할 도리밖에 없다.

19) Ingo Schmidt/ Jan B. Rittaler, Die Chicago School of Antitrust Analysis: Wettbewerbs

- theoretische und -politische Analyse eines Credos, 1.Aufl., (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1986), S. 91-92.

20) D.C. Mueller, United States' Antitrust: At the Crossroads, in: Mainstreams in Industrial Organization, Book I, (1986), p. 231.

경쟁정책적 조치의 발동근거와 수단의 종류나 한계 등을 결정하는 문제에 있어서, 유효경쟁론이나 시카고학파는 효율성과 같은 경제적 기준만에 의해 이를 정하는 경향이 있으나, 자유경쟁론은 경쟁의 기능으로서 경제적 목적 외에 사회적 정책적 목적을 인정하기 때문에 당대의 가치판단에 의하여 그러한 작업을 보다 유연하게 행할 수 있다는 장점이 있다. 그러므로 독점규제법의 보호대상인 경쟁의 이념형으로 유효경쟁론에 기초한 자유경쟁개념을 수용할 수 있을 것으로 본다.²¹⁾

경쟁제한을 제거해야 한다는 경쟁정책적 결론에 관해서는 이견이 있을 수 없다. 그리고 어느 경쟁개념의 관점에서나 인위적 시장진입장벽은 경쟁제한이다. 그래서 어떤 기업이건 최소한 경

쟁압력을 받도록 유지시키고, 독점적 지위가 궁극적으로 제거될 수 있도록 전체 시장들의 개방유지가 합리적인 경쟁정책의 주요과제가 되어야 한다. 시장진입장벽은 국가에 의해서도 연유할 수 있으므로 효과적인 경쟁정책을 위해서는 국가와 관련된 경쟁제한도 경쟁의 예외영역이 아닌 한 제거하여야 한다. 과규제 되고 기존기업의 보호를 위해 폐쇄된 시장이 존재한다면, 개방이 추진되어야 하고, 국공영기업의 불필요한 독점의 제거를 통한 규제완화도 더욱 필요하다. 자유경쟁론에서는 자연적 경쟁제한의 분야는 예외로 인정하여 경쟁 대신에 국가가 직접 관리하는 것이 바람직하다고 보나 이것에 관해서는 그 해당영역을 얼마나 오차 없이 정확하게 확정하느냐가 관건이 될 것이다. **공정**

21) 이남기, 「경제법」(2001), 19~22면은 케인즈 이후의 자유방임사상의 수정의 역사를 소개하고 경제적 후생의 극대화에 공정거래 제도의 경제적 목적이 있다고 하면서 또한 미제스의 정부에 의한 경제개입에 대한 비판론을 아울러 소개하고 있다.