

미국 공정거래정책의 변천과정 연구 (I)*

이 의 영**

〈 目 次 〉

- I. 서 론
- II. 공정거래정책의 도입배경
- III. 공정거래법의 변천과정
- IV. 적용대상행위별 변천과정
- V. 결론

I. 서 론

GATT체제이후의 새로운 세계경제질서인 WTO체제의 출범과정에서 우리나라를 비롯한 세계각국에 공정거래의 문제가 주요한 관심사로 부각되었다. 특히 우리경제에 있어서는 WTO체제를 주도하는 국가이자 우리의 주요 교역 상대국인 미국의 공정거래정책(독점금지정책, Antitrust Policy)이 주요한 변수가 아닐 수 없다. 국제공용의 공정거래규범 마련을 위한 다자간 논의, 외국 기업에 대한 미국 공정거래법의 역외적용의 강화 움직임을 비롯하여 EU출범에 대비한 공정거래정책적 대응, 그리고 우리나라의 OECD가입에 따른 공정거래법의 정비 요구 등 많은 과제들을 안고있는 우리의 경제여건은 미국의 공정거래정책에 대한 다각적인 연구를 필요로 하고 있다. 게다가 급변하는 국내의 경제여건변화에 대응하여 우리나라의 공정거래정책의 방향성을 모색함에 있

* 이 논문은 1994년도 교육부 학술연구조성비의 지원에 의해 연구되었음.

** 군산대학교 경제학과 조교수

어서도 가장 오랜 역사를 가지고 있는 미국의 공정거래정책의 경험으로부터 많은 것을 배워야 할 필요가 있다.

미국의 공정거래정책은, 경쟁원리가 자원배분에 있어 최선의 방법이라는 전제¹⁾하에 완전하고 자유로운 경쟁²⁾을 고양시켜 불법적인 거래제한과 독점으로부터 거래를 보호하고자³⁾ 시행되어 온 최초의 근대적인 공정거래정책으로 우리나라를 비롯하여 세계 각국의 공정거래정책의 형성 및 발전에 지대한 영향을 끼쳐왔다. 그럼에도 불구하고 미국 공정거래정책의 변천과정을 체계있게 분석한 연구가 미흡한 형편이며, 미국 공정거래정책의 구체적 내용에 대해서도 충분한 연구가 부족한 것이 우리의 실정이다.

이에 본 연구는 미국 공정거래정책의 변천과정을 분석하고자 하는 바, 이를 분석함에 있어 먼저 초기 공정거래제도의 도입배경을 경제적 배경, 사회적 배경, 정치적 배경, 법적 배경으로 구분하여 고찰하고, 이어서 1890년의 셔먼법 이후 100여년에 걸친 공정거래정책의 변천과정을 공정거래 주요3법의 변천과정 즉 셔먼법, 클레이튼법, 연방거래위원회법의 개정과정을 고찰하고자 한다. 이와 함께 미국 공정거래법의 적용대상인 경제행위별로 관련 법규정의 분석과 더불어 구체적인 사례에 있어서의 법의 적용 즉 판례에 나타나는 법해석과 구체적 적용기준의 변천에 대한 분석을 시도하고자 한다. 이를 위해 본 연구는 미국의 연방의회 회의록과 100여년간의 관계입법자료, 행정부의 발표자료, 대법원의 판례집 등 1차자료의 분석에 비중을 두고 있다.

II. 공정거래정책의 도입배경

1. 경제적 배경

최초의 공정거래법인 셔먼법이 입법되던 해인 1890년으로부터 그 이전의 약 30년간 미국경제는 급속한 산업화와 획기적인 고도성장을 이룩하였다. 이 기간 중 미국은, 대규모의 이민 등에 의한 인구팽창, 이에 따른 노동력의 증가와

1) National Society of Professional Engineers v. U. S., 435 US 679, 681 (1978)

2) 셔먼(John Sherman)에 의해 의회에 처음 제출된 법안 S. 3445 본문

3) 셔먼법의 명칭 (An Act To protect trade and commerce against unlawful restraint and monopolies)

대규모 시장의 형성, 그리고 막바지에 이르는 서부개척과정에서의 교통 및 통신의 발전, 새로운 자원의 개발, 이와 더불어 기술개발, 대규모 자본의 투자, 새로운 기업조직 등에 의해 산업생산이 크게 증가하였다.

미국의 국민총생산은 1870년의 약 67억달러에서 1890년에 이르러는 131억달러로 20년만에 두배로 증가되었고, 1890년대에는 세계 제1위의 공업국가로 부상하였다. 이와 같은 고도의 생산증가의 원인이자 당시의 특이할 만한 현상 중의 하나가 인구의 증가이다. 1860년 당시 3,151만 3천명에서 1890년에는 6,305만 6천명으로 2배 증가하여 연평균 약 25%의 급속한 증가율을 기록하였는데 이는 주로 대량의 이민에 기인하고 있다.⁴⁾ 이와 더불어 이 시기는 서부개척이 급속도로 이루어져 마무리되는 시기로 1870년부터 1900년의 30년간 개척된 지역이 1870년까지의 미국의 전 역사를 통해 정착된 지역보다 더 넓어, 1870년까지 개척된 지역은 4억 700만 에이커인 반면 그 이후 30년간 개척된 땅은 8억 3900만 에이커에 이르고 있다.⁵⁾ 이 서부개척은 인구증가와 더불어 미국경제의 급속한 성장에 중요한 영향을 미쳐, 한편으로 공산품에 대한 대규모 시장이 새롭게 형성되었으며 다른 한편으로는 새로운 대규모의 농산자원 및 지하자원의 주요한 공급원으로서의 역할을 담당하게 되었다.

시장의 대형화, 각종 자원 등 원재료의 개발, 기술혁신, 그리고 교통 및 통신의 발전에 따른 유통 및 배분의 원활, 특히 노동을 절약케 하는 기계화, 그리고 부품의 표준화와 이에 따른 호환성 등은 경제를 급속도로 팽창시켰고 특히 대량생산을 가능케 하였다. 이러한 생산의 대량화는 당연한 귀결로 대기업의 형성을 촉진시켰으며, 기업이 대규모화함에 따라 기업은 그에 맞춰 조직형태를 다양화해 나갔다. 이 시기에 일반화된 주식회사는 계속 팽창하는 경제와 산업화과정 속에서 대규모기업으로 성장하여 점차 소수 대기업 및 개인에게 경제력이 집중되는 현상이 나타나게 되었으며, 시장지배력이 강화된 대기업들은 자신의 이익을 극대화하고자 경쟁기업간에 경쟁을 배제하는 각종의 기업연합을 도모하게 되었다.

이 중 대표적인 기업조직의 형태가 풀과 트러스트이다. 특히 트러스트는

4) U. S Bureau of the Census, Historical Statistics (1979), pp. 56-57

1860년부터 1890년까지의 이민의 수는 1,050만명에 이르고 있다.

5) Fite and Reese, An Economic History of the United States (1959), p. 294

1879년 오하이오 주에서 Standard Oil Co.에 의해 처음 결성된 후⁶⁾ 급속도로 확산되어 주요한 산업에 걸쳐 거의 트러스트가 각 산업을 지배하는 양상이 나타났다으며, 더 나아가 당시에는 독점력을 보유하고 그를 행사하는 기업간 연합은 조직의 형태에 상관없이 모두 트러스트로 불리게 되었다.⁷⁾ 이러한 트러스트는 공무원 및 상, 하원의원들을 매수하여 자신에게 유리한 입법활동과 정책의 시행을 유도하여 거래의 자유를 제한하고 독점적인 시장지배력을 이용하여 일방적이고 불공정한 거래방법으로 중소기업의 경쟁기업을 시장에서 몰아내고 소비자를 억압하며 노동자의 노동기회를 박탈하는 등 여러 부당한 착취행위를 함으로서 많은 비난을 불러 일으켰다.

이에 따라 경쟁을 배제하고 시장을 지배하여 부당한 독점이윤을 취득하고 시장의 성과를 왜곡시켜 산업조직적 폐해를 크게 노정시키는 트러스트를 규제하는 연방정부적 차원의 입법이 필요하게 되었던 것이다.

2. 사회적 배경

트러스트의 형태로 등장한 독점을 거부하는 당시 미국의 사회적 움직임은 크게 농민운동과 노동운동으로 나눌 수 있다. 남북전쟁이후의 급변하는 경제 성장과정에서 농민은 상대적으로 열악한 상태에 놓이게 되었다. 농산품의 공산품과의 심한 부등가교환, 무거운 농가부채, 높은 운송비, 과다한 판매비, 무거운 조세부담 등에 의해 농민은 상대적으로 더욱 가난해지게 되었고 종국적으로 이에 대한 반발이 트러스트에게로 향하게 되었다.

독점을 반대하는 농민들의 조직적인 움직임은 그랜저운동(The Granger)⁸⁾으로부터 시작된다. 그랜저운동은 1867년 위싱턴에서 결성되었는데, 본래 설립목적이 정치적인데 있지 아니하였으나 대부분의 농민들이 독점에 대한 정부의 규제 특히 철도에 대한 규제를 요구하고 있었으므로 이에 관한 입법에 강력

6) Standard Oil Co. of N. J. v. U. S., 221 US 1, 30-43 (1911)

최초의 트러스트인 Standard Oil Co. 는 14개 회사의 주식 전부와 26개 회사의 대부분의 주식을 보유하여 전 미국의 석유정제산업과 석유수송산업의 약 90% 가량을 지배하였다.

Standard Oil Co. 에 관해서는 Montague, "The Rise and Supremacy of the Standard Oil Company", QJE (1902) 참조

7) 당시의 트러스트의 양상에 관해서는, Jones, The Trust Problem in the United States (1924)와 Moody, The Truth about the Trusts(1904) 참조

8) the Patrons of Husbandry 라고도 함. Buck, The Granger Movement (1913) 참조

한 영향력을 행사하였다. 다음으로는 그린백운동(The Greenback Movement)이 있다. 철도산업의 규제요구를 주로 하는 그랜저운동만으로는 농민들의 소득을 증대시킬 수 없다고 판단한 농민들은 그들의 소득증대가 농산물 가격인상으로 실현될 수 있으며 이는 화폐 인플레이션으로 가능하다고 믿고 이러한 신념하에 정치적인 그린백운동을 결성하였다. 이 운동은 1874년 인디애나폴리스에서 열린 회의로부터 출발하여 1876년에는 지폐발행의 증대와 인플레이션을 지지하는 선거운동을 벌이며 대통령후보를 내세우기도 하였다.⁹⁾ 세 번째로는 1874년 텍사스의 람파사스에서 시작된 농민연맹(the Farmers' Alliance)을 들 수 있는 바, 이들은 그린백의 주장을 포함하여 국립은행 및 국립은행지폐의 폐지, 자유롭고 무제한적인 은화의 주조, 부채지주의 토지소유를 금하는 소득세제, 교통 및 통신시설의 국유화 등을 주장하였다. 이 농민연맹은 더 나아가 노동기사단(the Knights of Labor)과 함께 1890년 토페카에서 인민당(People's Party)을 결성하여 정치조직으로 발전하였다.¹⁰⁾

한편 농민들과 함께 급속한 경제성장과정에서 그 혜택을 누리지 못하고 희생되어오던 노동자들의 움직임도 트러스트를 대항하는 거부운동에 있어서 중요한 역할을 하고 있다. 미국에서 노동자들이 단체로 공동의 이익을 추구하기 시작한 것은 1820년대말부터이고 1830년대중반에 이르러는 노동조합이 시작되었으며, 남북전쟁이후에는 전국적인 조직으로 성장하게 되었다. 1866년 볼티모어에서 전국노동협의회(National Labor Congress)가 열리는데 이것이 전국노동조합(National Labor Union)의 시초가 된다. 그러나 이 조직은 몇년 가지 않아 그 영향력이 감소되었고 이에 대신하여 1869년 새로운 전국적 조직인 노동기사단(the Knight of Labor)이 나타나게 된다. 그러나 이 역시 1880년대 후반에 가면 그 조직이나 영향력이 극히 감소하고 종국에 가서는 미국노동연맹(The American Federation of Labor)이 그 영향력을 대신하게 된다. 이 조직은 1886년의 콜롬부스회의로부터 시작되었는데, 노골적인 정치성을 배제하고 있지만 노동자의 이익을 대변하는 정치인을 지원하였고 반트러스트, 반독점법의 즉각적인 제정을 요구하였다.¹¹⁾

이와 같은 노동운동은 노동자들의 데모 및 파업으로 주로 나타났는데 미 하

9) Fite and Reese, *An Economic History of the United States* (1959), pp. 435-436

10) Ibid., pp. 436-440

11) von Kalinowski, *Antitrust Laws and Trade Regulation* (1994), pp. 2-28

원의 산업위원회의 보고에 의하면, 1881년부터 1900년까지 22,739건의 데모가 있었으며 이는 117,000기업체에 영향을 미쳤다.¹²⁾ 이러한 데모는 더욱 극렬하여져 폭동으로 번지기도 하였는데 1877년 7월 피츠버그에서 일어난 철도업 데모에는 연방정부 정규군이 투입되어 발포함으로 20명이 사망하였고, 1886년 5월 시카고의 헤이마켓광장의 데모에서는 사제폭탄이 투척되어 경찰이 사망하기도 하는 등 그 사회적 심각성이 날로 더해갔다.

결국 19세기 후반의 농민운동 및 노동운동은 그 목적 자체가 독점금지입법이라고 할 수는 없겠지만 그 입장과 행동이 트러스트와 독점을 배척하는 국민 여론을 반영하고 있을 뿐 아니라 한편으로 강하게 그 여론을 불러 일으켰다고 할 수 있겠다.

3. 정치적 배경

이처럼 독점을 거부하는 국민의 목소리가 커져감에 따라 서서히 정치권에도 여론이 반영되기 시작하였다. 1873년부터 1876년까지 소수정당으로서 반독점당(Antimonopoly Party)이 11개 주에서 주단위로 결성되어 독점반대 선거캠페인을 벌이기 시작하였고,¹³⁾ 1876년에 결성된 그린백당(Greenback Party)도 1880년부터 전당대회를 통해 독점을 반대해 왔다. 그럼에도 불구하고 이러한 외침은 소수당의 의견에 불과하였으며 정작 미국의 정치를 주도하던 공화당과 민주당은 국민의 여론에 비해 그 반응이 더디었다. 당시 공화, 민주 양당은 날로 더해가는 국가가 직면한 주요한 문제들을 외면하고 있었을 뿐만 아니라 트러스트 및 대기업으로부터 선거자금을 받아 그들에 유리한 입법을 한다는 언론의 공격을 받고 있었고, 특히 공화당의 경우는 독점당으로 불리기도 하였다.¹⁴⁾

그러나 1880년대 말 이후 독점 및 트러스트를 비난하는 국민여론이 갈수록 거세어져 1888년에는 최고로 고조되었으며, 결국 민주, 공화 양당은 1888년에 반트러스트 입법을 권고하는 조항을 정강정책에 채택하고 있다. 남북전쟁이후 경제적 팽창 및 산업화과정에서 발생한 많은 문제점과 갈등에 대한 여론을 집약적으로 반영하고 있는 트러스트문제는 당시 대통령선거 및 상, 하원선거의

12) U. S. Congress, Report of Industrial Committee (1900), p. 192

13) Jones, "Historical Development of the Law of Business Competition", YLR (1927), p. 216

14) U. S. Congress, Report of Industrial Commission (1900), p. 197

중요한 쟁점이 되어 이것이 전당대회와 그 전후의 정치적 현상에 잘 반영되고 있음을 보게 된다. 그후 1888년의 선거결과 공화당이 대통령 및 상원의 다수당을 차지하게 되었고 그에 따라 선거쟁점의 하나로 그들이 권고하였던 반트러스트 입법은 공화당의 책임으로 남게 되었다.

이러한 흐름속에 1888년에 처음으로 반트러스트 법안이 공화당의 하원의원 겐더(Richard Guenther)에 의해 제출되고, 역시 공화당의 유력한 정치지도자였던 셔먼(John Sherman)의 법안도 1888년 8월 14일 제50회 상원에 제출됨으로 반트러스트 입법이 시작되었다.

4. 법적 배경

독점 및 거래제한에 대한 당시 미국의 법적 입장은 관습법과 주법 일부에 의해 나타나 있다. 그러나 이들만으로는 미국 전역의 거래에 나타나는 트러스트 문제를 해결하는데 부적합하였다.

그 이유는 첫째, 영국에서와 같은 일관성있는 관습법¹⁵⁾이 연방정부로서의 미국에서는 형성되지 못하였다는 점이다. 즉, 미연방의 각 주마다 서로 다른 판결에 의해 관습법이 형성되어 왔으며 심하게는 서로 상충되는 경우도 있었던 것이다. 그리하여 결국 연방정부적 차원에서는 독점적 관행에 관한 금지의 기준으로 삼을 수 있는 일관성있는 관습법이란 존재하지 않았다고 할 수 있는 것이다. 셔먼법의 입법을 위한 의회의 토론 중에서도, 한 의원이 관습법에서 이를 금하고 있는데 왜 이러한 반트러스트법을 제정할 필요가 있는가 라고 묻는데 대하여, 호어(Hoar)의원은, “왜냐하면 미연방합중국에는 그 어떤 관습법도 존재하지 않기 때문이다. 우리는 관습법이 없는 미연방합중국을 보게 된다.”¹⁶⁾고 답변하였다.

둘째, 당시 사회문제가 되던 트러스트 등 대부분의 기업조직이 주간 통상에 해당되었던 관계로 주법원판례 등에서 형성된 미국 관습법이나 주법만으로는 금지가 어려웠던 것이다. 각 주의 법의 운용은 주내 영역의 행위에 대해서만 적용이 가능했기 때문에 주간 또는 국제 통상에 대한 규제를 위해서는 연방정부 차원의 법이 필요하였던 것이다. 호어 의원도, “이 법안의 강점은, 오래 전

15) 이의영, “미국 독점금지정책의 관습법 배경”, 『산업조직연구』 (1992) 참조

16) 21 Cong. Rec. 3152

영국에서 거래에서의 공정한 경쟁을 보호하여 왔던 관습법의 원리를 미국의 국제거래 및 주간거래에 확장하는 것”¹⁷⁾이라고 한 바 있다.

세째로는 기존의 관습법은 독점적 관행에 대한 처벌규정이 미흡하였다. 관습법에 있어서 그러한 관행들이 불법이라고 하는 것은 형사적인 불법이 아닌 것은 물론이려니와 민사적으로도 벌과금이나 피해에 따른 손해배상 등을 명할 수 없는 것이었으며, 단지 그러한 관행이 무효이며 법적 효력을 가지지 않는다는 것을 선언할 뿐이었던 것으로 법집행의 강제성을 가지지 못하였던 것이다.

이러한 이유로 인해 미국의 관습법 및 주법은 당시의 트러스트 등의 독점을 금지하기에는 미흡한 실정이었으며, 이에 따라 국민의 여론은 독점을 금지하는 연방정부의 입법을 강력히 요구하게 되었던 것이다.

Ⅲ. 공정거래법의 변천과정

1. 셔먼법의 변천과정

1890년 7월 2일 Sherman Act가 입법되었다. 제정 당시의 셔먼법은 8개 조항으로 구성되어 있는데, 그 중에 법의 근간이 되는 조항은 제1조와 제2조이다. 제1조는 주간 또는 국가간 거래나 통상을 제한하는 모든 계약, 트러스트, 기타의 형태에 의한 연합, 또는 공모 등을 불법으로 규정하였다. 제2조는 주간 또는 국가간 거래나 통상의 일부를 독점하거나, 독점을 시도하거나, 또는 독점하기 위한 연합이나 공모를 불법으로 규정하였다. 즉, 셔먼법은 주간거래 및 국제거래에 있어서의 거래제한과 독점화를 금지하였다.

셔먼법에 대한 첫번째 중요한 개정은 1937년 8월 17일 제정된 Miller Tydings Act를 들 수 있다. 이는 셔먼법 제1조를 개정하고 있는데, 그 동안 당연위법(Per Se Illegal)으로 금지해오던 최저재판매가격유지행위를 합법적인 것으로 인정하였다. 즉, 동종상품의 주내거래에 있어서 상표간경쟁이 자유로우며 또한 개방되어 있는 경우 상표내경쟁에 있어 주범상 합법적인 재판매가격의 최저가격설정행위는 셔먼법의 적용을 받지않을 뿐만 아니라 연방거래위원회법 제5조의 “불공정한 경쟁방법”에 해당되지 않는다고 하였다.

17) Ibid.

다음으로 1970년대 석유파동이후의 경제상황에 대처하기 위하여 1975년 12월 12일 제정된 Consumer Goods Pricing Act of 1975를 들 수 있다. 이는 서면법 제1조의 두 단서조항, 즉 1937년의 Miller Tydings Act로 부가된 두 단서조항을 폐지하는 것을 그 내용으로 하고 있다. 뿐만 아니라 이 법은 1952년의 McGuire Act에 의해 개정된 연방거래위원회법의 재판매가격유지행위의 완화조항도 함께 폐지하고 있어 이 법 이후 재판매가격유지행위는 더욱 강력히 금지할 수 있게 되었다.

1982년 10월 8일의 Foreign Trade Antitrust Improvements Act of 1982는 서면법의 현재의 제7조를 신규 부가하고 있는데, 이는 수출무역에 대하여 서면법의 적용을 제외한다는 점을 주된 내용으로 하고 있다. 그러나 다음의 경우는 본 조항의 적용에서 제외하였다. 즉, 수출무역상의 행위가 국내통상이나 수입무역 또는 다른 사람의 수출무역에 직접적이고 실질적이며 합리적으로 예측가능한 영향을 미치는 경우에는 본 조항이 적용되지 않음을 명시하고 있다.

이와 같은 주요 변천과정을 거친 서면법의 10차에 걸친 개정내용의 개요는 <표 1>과 같다.

<표 1> 서면법의 개정과정

	개 정 법	개정일시	번 호	개정내용
1	Sherman Act	1890. 7. 2	c. 647, 26Stat. 209	8개조항제정
2	Miller Tydings Act	1911. 3. 3	c. 647, 36Stat. 1167	담당법원변경
3		1937. 8. 17	c. 690, 50Stat. 693	재판가일부허용
4		1948. 6. 25	c. 646, 62Stat. 909	담당 검사변경
5		1955. 7. 7	c. 281, 69Stat. 282	벌금액증액
6		1955. 7. 7	c. 283, 69Stat. 210	민사규정일원화
7	Antitrust Procedure and Penalties Act	1974. 12. 21	Pub. L. 93-528 88Stat. 1708	3배액배상삭제 처벌규정 강화
8	Consumer Goods Pricing Act of 1975	1975. 12. 12	Pub. L. 94-145 89Stat. 801	재판가허용소거
9	Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976	1976. 9. 30	Pub. L. 94-435 90Stat. 1397	서면법명칭명시
10	Foreign Trade Antitrust Improvements Act of 1982	1982. 10. 8	Pub. L. 97-290 96Stat. 1246	수출예외조항 신설
	Antitrust Amendments Act of 1990	1990. 11. 16	Pub. L. 101-588 104Stat. 2880	벌금인상

2. 클레이튼법의 변천과정

1914년 10월 15일 제정당시의 Clayton Act는 26개 조항으로 되어 있었는데, 그 중 주요항목은 제2, 3, 7, 8조이다. 제2조는 가격차별에 대한 금지조항으로, 경쟁을 제한하거나 독점을 형성하게 되는 가격차별을 금지하였으며, 제3조는 배타적 거래행위 등을 불법으로 규정하였다. 제7조는 다른 기업의 주식취득 등을 금지하는 기업결합의 금지조항으로 어느 기업도 다른 기업의 주식의 전부 또는 일부를 취득하는 것을 금지하였는 바, 주식취득으로 인하여 주식의 취득 기업과 피취득기업간의 경쟁이 상당히 감소되거나 거래의 제한 또는 독점이 형성되게 되는 경우 이를 불법으로 규정하였다. 그리고 제8조는 기업간 임원겸임 금지조항이다.

클레이튼법에 대한 최초의 중요한 개정은 1936년 6월 19일의 Robinson Patman Act이다. 이는 당시 유통업계를 주도하기 시작한 대규모 체인스토어 및 대규모 도매업자의 염가구매, 염가판매방식에 의한 가격차별행위로 인하여 중소소매업자 등의 중소기업이 도산지경에 이르자 이에 따른 여론의 거센 반발에 의해 결실을 맺게 되었다. 로빈슨패트만법의 가격차별에 관한 조항인 클레이튼법 제2조의 기존의 내용을 수정하여 (a)항으로 하고 이어 (b)-(e)항을 신설하였다. 먼저 (a)항은, 가격차별로 인하여 경쟁이 제한되거나 독점이 형성되는 경우와 가격차별의 수혜자와 그 수혜자인 고객과의 경쟁이 제한되는 경우에도 불법으로 규정하여 제1단계의 시장에서 뿐만 아니라 제2, 제3단계의 시장에서의 경쟁제한도 금지할 수 있도록 하였다. (b)항은 법적절차에 있어 가격차별의 정당성은 피고가 입증하도록 하였으며, 가격 및 기타의 차별이 경쟁기업의 낮은 가격 등에 선의로 대처하기 위한 경우에는 정당성을 인정하였다. (c)항은 부당한 중개료의 수수도 차별의 일종으로 불법으로 규정하였고, (d)항과 (e)항에서는 용역 및 설비의 차별적인 보상, 수리 또는 제공도 불법으로 규정하였다. (f)항에서는 의식적으로 차별가격을 유도하거나 수혜받는 구매자도 불법으로 규정하였다.

1950년 12월 29일 제정된 합병금지법인 Celler Kefauver Act는 제2차세계 대전이후 급격히 증가함과 동시에 다양화해가는 기업결합 및 그로 인한 경제력집중을 억제하기 위하여 제정된 것으로 클레이튼법의 합병금지조항인 제7조의 수정을 주된 내용으로 하고 있다. 제7조에서 주식취득만을 금지하던 항목을

주식 및 자산의 취득도 금지하도록 하였으며, 또한 금지원인인 경쟁감소나 독점형성이 발생하는 구체적 영역으로 상품시장 또는 지역시장의 개념을 새로 표현하였으며, 금지대상에 있어서도 취득기업과 피취득기업 상호간의 경쟁이 감소되는 경우에 적용한다는 부분을 삭제함으로써 수평적 합병만 금지하던 것에서 확장하여 모든 유형의 합병을 다 금지할 수 있도록 하였다.

1976년 9월 30일 제정된 Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976은 클레이튼법 제7조 다음에 제7(a)조를 부가하여 합병사전신고제 (premerger notification)에 관한 규정을 신설하는 것을 주된 내용으로 하고 있으며, 본 조항에 관한 집행절차 등에 관한 보완규정을 두었다.

1980년 9월 12일 제정된 Antitrust Procedural Improvements Act는 클레이튼법 제7조를 개정하여 기업결합금지의 범위를 확장하였다. 즉 제7조에서 금지하는 주식 및 자산의 취득, 합병 등의 행위자를 “회사”에서 “사람”으로 수정하여 개인에게도 적용토록 하였으며, 합병 또는 주식 및 자산의 취득자가 “통상에 종사하고 있는” 경우 뿐만 아니라 “통상에 영향을 미치는” 경우에 대해서도 적용토록 개정하였다.

이러한 변천과정을 중심으로 26차에 걸친 클레이튼법의 개정내용의 개요는 <표 2>와 같다.

3. 연방거래위원회법의 개정 과정

1914년 9월 26일 제정된 Federal Trade Commission Act는 제정 당시 11개 조항으로 구성되었으며, 주된 조항은 제5조이다. 제5조는 통상에 있어서의 불공정한 경쟁방법을 불법으로 선언하면서, 연방거래위원회로 하여금 은행업, 운송업 등을 제외한 모든 기업 및 개인이 불공정한 경쟁방법을 사용하는 것을 금지하도록 하였다.

1938년 3월 21일 제정된 Wheeler Lea Act는 연방거래위원회법에 관하여 제정 이후 처음으로 이루어진 중요한 개정이라 하겠다. 제5조에서 금지하고 있는 불법행위에 “불공정한 경쟁방법”뿐만 아니라 “부당한 거래관행 및 기만적 행위”를 추가함으로써 소비자보호라는 측면을 크게 보강하였으며, 그외에 연방거래위원회법의 집행절차에 관한 조항들을 수정, 보완하였다. 또한 제12조를 신설하여 식료품, 의약품, 의료기구, 화장품 등의 구매를 유도하기 위한 거짓

〈표 2〉 클레이튼법의 개정과정

	개 정 법	일 시	번 호	개정내용
	Clayton Act	1914. 10. 15	c. 323, 38Stat. 730	26개조항제정
1		1916. 5. 15	c. 120, 39Stat. 121	제8조부분수정
2		1920. 5. 26	c. 206, 41Stat. 626	제8조부 분수정
3		1928. 3. 9	c. 165, 45Stat. 253	제8조부분수정
4		1929. 3. 2	c. 581, 45Stat. 1536	제8조부분수정
5	Banking Act of 1933	1933. 6. 16	c. 89, 48Stat. 194	제8(a)조신설
6	Communications Act	1934. 6. 19	c. 652, 48Stat. 1102	담당 기구첨가
7	Banking Act of 1935	1935. 8. 23	c. 614, 49Stat. 704	제8조부분수정 제8(a) 조폐지
8	Robinson Patman Act	1936. 6. 19	c. 592, 38Stat. 730	가격차별금지
9	Civil Aeronautics Act of 1938	1936. 6. 23	c. 601, 52Stat. 1028	담당 기구첨가
10		1948. 6. 25	c. 645, 62Stat. 683	사법절차정리
11		1948. 6. 25	c. 646, 62Stat. 869	사법절차정리
12	Celler Kefauver Act	1950. 12. 29	c. 1184, 64Stat. 1125	합병금지강화
13		1955. 7. 7	c. 283, 69Stat. 283	보상규정강화
14		1958. 8. 28	P. L. 85-791, 72S. 943	집행절차수정
15		1959. 7. 23	P. L. 86-107, 73S. 243	집행절차수정
16	Antitrust Procedure and Penalties Act	1974. 12. 21	Pub. L. 93-528, 88Stat. 1708	집행절차수정
17	Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976	1976. 9. 30	Pub. L. 94-435, 90Stat. 1397	클레이튼법명칭 합병사전신고제 집행절차수정
18		1978. 10. 17	P. L. 95-473, 92S. 1466	관할법수정
19	Antitrust Procedual Improvements Act	1980. 9. 12	Pub. L. 96-349, 94Stat. 1156	집행절차수정 합병금지강화
20	Gasohol Competition Act of 1980	1980. 12. 2	Pub. L. 96-493, 92Stat. 1466	Gasohol규제
21		1982. 12. 29	P. L. 97-393, 96S. 1964	외국정부보상
22	Civil Aeronautics Board Sunset Act	1984. 10. 4	Pub. L. 98-443, 98Stat. 1708	담당기구변경
23	Trade Mark Clarification Act of 1984	1984. 11. 8	Pub. L. 98-620, 98Stat. 3358	집행절차수정
24	Financial Institutions Refirm, Recovery, and Inforcement Act of 1989	1989. 8. 9	Pub. L. 101-73, 103Stat. 529	부분수정
25	Antitrust Amendments Act of 1990	1990. 11. 16	Pub. L. 101-588, 104Stat. 2880	손해배상수정
26		1993. 12. 17	Pub. L. 103-203, 107Stat. 2368	부분수정

〈표 3〉 연방거래위원회법의 개정과정

	개 정 법	개정일시	번 호	개정내용
	Federal Trade Commission Act	1914. 9. 26	c. 311, 38Stat. 717	11개조항제정
1	Budget and Accounting Act	1921. 6. 10	c. 18, 38stat. 718	제2조부분수정
2		1925. 2. 13	c. 229, 43Stat. 939	집행절차 수정
3	Wheeler Lea Act	1938. 3. 21	c. 49, 52Stat. 111	부당한행위금지 집행절차수정
4		1948. 6. 25	c. 646, 62Stat. 846	집행절차수정
5		1950. 3. 16	c. 61, 64Stat. 21	집행절차수정
6		1950. 5. 24	R. P. 8, 64Stat. 1265	행정절차수정
7	McGuire Act	1952. 7. 14	c. 745, 66Stat. 632	재판가예외확대
8	Federal Aviation Act	1958. 8. 23	P. L. 85-726, 72S. 809	문구수정
9		1958. 8. 28	P. L. 85-791, 72S. 942	집행절차수정
10		1958. 9. 2	P. L. 85-909, 72S. 1750	문구수정
11		1960. 6. 11	P. L. 86-507, 72S. 200	문구수정
12	Organized Crime Control Act of 1970	1970. 10. 15	Pub. L. 91-452, 38Stat. 722	집행절차수정
13	TransAlaska Pipeline Authorization Act	1973. 11. 16	Pub. L. 93-153, 87Stat. 591	집행절차수정
14	Magnuson-Moss Warranty FTC Improvement Act	1975. 1. 4	Pub. L. 93-637, 88Stat. 2193	금지대상확대 집행절차수정
15	Consumer Goods Pricing Act of 1975	1975. 12. 12	Pub. L. 94-145, 89Stat. 801	집행절차수정
16	Medical Device Amendments of 1976	1976. 5. 28	Pub. L. 94-295, 90Stat. 575	부분수정
17		1976. 5. 29	P. L. 94-299, 90S. 588	부분수정
18		1978. 10. 17	P. L. 94-473, 92S. 1466	문구수정
19		1979. 7. 23	P. L. 96-37, 93S. 95	적용절차수정
20		1980. 3. 25	H. R. 549	명칭변경
21	Depository Institutions Deregulation and Monetary Control Act of 1980	1980. 3. 31	Pub. L. 96-221, 94Stat. 174	부분수정
22	Federal Trade Commission Improvements Act of 1982	1980. 5. 28	Pub. L. 96-252, 94Stat. 376	집행절차수정
23	Foreign Trade Antitrust Improvements Act of 1982	1982. 10. 8	Pub. L. 97-290, 96Stat. 1246	수출적용제외
24	Trade Mark Clarification Act of 1984	1984. 11. 8	Pub. L. 98-620, 98Stat. 3358	집행절차수정
25	Competitive Equality Banking Act of 1987	1987. 8. 10	Pub. L. 100-86, 101Stat. 655	적용대상수정
26	Financial Institutions Reform, Recovery, and Inforcement Act of 1989	1989. 8. 9	Pub. L. 101-73, 103Stat. 529	부분수정
27	Federal Deposit Insurance Corporation Improvement Act of 1991	1991. 12. 19	Pub. L. 102-242, 105Stat. 2302	용어정의보완
28	Housing And Community Development Act of 1992	1992. 10. 28	Pub. L. 102-550, 106Stat. 4082	자구수정
29	Telemarketing and Consumer Fraud and Abuse Prevention Act	1994. 8. 16	Pub. L. 103-297, 108Stat. 1545	자구수정
30	Federal Trade Commission Act Amendments of 1994	1994. 8. 26	Pub. L. 103-312, 108Stat. 1691	농협에 대한 FTC권한제한 집행절차보완

된 광고선전행위를 불법으로 규정하였으며, 이러한 행위는 연방거래위원회법 제5조의 부당한 거래관행 및 기만적 행위에 속한다고 명시하였다.

1952년 7월 14일 제정된 McGuire Act는 연방거래위원회법 제5조를 개정하였는데, 그 주된 내용은 Miller Tydings Act 이후 최저재판매가격유지행위가 인정되어 왔으나 그 협정의 서명자에 한해서만 인정되던 것을 비서명자의 경우에도 포함시킬 수 있도록 명문화하였다.

1975년 1월 4일 제정된 Magnuson - Moss Warranty - Federal Trade Commission Improvement Act는 제5조에서 “통상에 있어서”를 “통상에 있어서 또는 통상에 영향을 미치는”으로 수정하여 그 금지의 범위를 넓혔으며, 기타 관계 집행절차에 관하여 수정, 보완하였다.

1980년 5월 28일 제정된 Federal Trade Commission Improvements Act of 1980은 여러 조항에 걸쳐 연방거래위원회의 운용 및 법집행절차에 관하여 대대적으로 보완, 수정하였다.

1982년 10월 8일 제정된 Foreign Trade Antitrust Improvements Act of 1982는 제5조를 수정하여, 불공정한 경쟁방법 및 부당한 거래관행에 대한 금지규정을 수입무역이 아닌 외국과의 통상, 즉 수출무역에 대해서는 적용치 않음을 선언하였다.

이와 같은 개정을 비롯하여 30차에 걸친 개정과정을 밟아 현재의 법에 이르러 있는 바, 그 30차의 개정의 개요는 <표 3>과 같다.

IV. 적용대상행위별 변천과정

1. 기업결합

기업결합(Merger and Acquisition)은 셔먼법 제1조와 제2조, 클레이튼법 제7조, 연방거래위원회법 제5조 모두에 의해 금지되지만, 특히 클레이튼법 제7조가 주된 법적근거로 활용된다.

기업결합의 규제는 1914년의 클레이튼법 제7조의 제정 이후 몇 차례 중요한 변천과정을 거쳤다. 1950년에는 합병금지법이라는 별칭을 가지고 있는 Celler Kefauver Act가 제정되었는데, 이 법은 기업결합의 규제에 획기적인 공헌을 하였다. 그 주요한 개정내용으로는, 기존의 법이 주식취득에 의한 기업결합만

금지하였던 데에 반하여 신규 법은 당시 기업결합의 주된 수단이었던 자산취득에 의한 기업결합도 금지하였고, 또한 수평적 기업결합뿐만 아니라 수직적 기업결합과¹⁸⁾ 복합적 기업결합까지도¹⁹⁾ 금지할 수 있도록 하였으며, 경쟁저해의 개연성이 존재하는 초기상태에서부터 금지할 수 있도록 하였다.

1976년의 Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act에서는 기업결합의 금지를 더욱 원활하게 하기 위하여 합병사전신고제를 도입하였으며, 이로 인해 기업결합에 관한 정보를 사전에 입수, 조사분석하여 조치할 수 있게 함으로써 기업결합을 효과적으로 감시, 규제할 수 있게 하였다. 이 조항의 주된 내용을 보면, 1. 연방거래위원회와 법무부에 사전에 신고하지 않고는 기업결합을 하지 못하도록 하였으며, 2. 사전신고 후 30일간의 유예기간을 두도록 하였고, 3. 본조항을 위반할 때에는 매 일당 10,000달러의 벌금을 부과하도록 하였다. 4. 단, 경쟁제한적 요소가 없는 기업결합에 관하여는 예외로 하였다.

한편 법무부 반트러스트국은 1962년이후 1982년과 1984년, 1992년에 각각 합병가이드라인을 새로 공포하여 기업결합의 금지에 지침으로 삼고 있다. 이 가이드라인은 법무부가 기업합병에 대해 기소하려 할 때 참고로 하는 것인 바, 일차적으로 검토되는 것이 경쟁저해의 정도이며 이는 시장지배력으로 파악된다. 이 때 기소여부를 결정짓는 가장 중요한 요소는 합병후의 집중의 수준과 집중의 증가정도이며 집중의 정도와 그 증가의 정도를 측정하는 지수로서 허핀달-허쉬만 지수(Herfindahl-Hirschman Index, HHI)를 사용하는데 HHI의 수준에 따라 3등급으로 구분한다. 먼저 HHI가 1000이하인 경우는 '비집중'(unconcentrated)으로 분류하여 여타 조건에 관계없이 문제삼지 않으며, 다음으로 HHI가 1000이상 1800이하인 경우는 '중위 집중'(moderately concentrated)으로 분류하여 집중의 증가정도를 고려하게 되는데 그 증가정도가 HHI기준으로 100을 넘지 않으면 문제삼지 않으며 그 이상인 경우에는 여타조건을 고려하여 기소하게 된다. 마지막으로 HHI가 1800이상인 경우는 '고위 집중'(highly concentrated)으로 분류하여 집중의 증가정도가 HHI기준으로 50이하이면 불기소, 50이상 100이하이면 여타조건을 고려하여 기소, 100이상이면 여타조건에 관계없이 기소하게 된다.

18) Brown Shoe Co. v. U. S., 370 US 294, 310 (1962)

19) FTC v. Procter & Gamble Co., 386 US 568, 577 (1967)

서면법의 제정 이후 기업결합에 관한 최초의 판례는 U. S. v. Knight Co.²⁰⁾인데, 이 사건에서 대법원은, ‘제조’(manufacture)는 ‘통상’(commerce)이 아니라는 논리하에 주간통상의 의미를 축소해석하여 기업결합을 금지하지 않은 바 있으나, 그 이후 Nothern Securities Co. v. U. S.²¹⁾에 이르러는 이를 반복하여 수평적 기업결합을 당연위법으로 금지하였다. 그 후 법원은 기업결합에 관해 서면법 및 클레이튼법을 적용하여 계속 강력히 금지하여 왔으나, 제2차 대전을 전후하여 기업결합의 양태가 기존의 주식취득의 방법에서 자산취득의 방법으로, 그리고 수평적 기업결합에서 수직적 기업결합과 복합적 기업결합으로 크게 변화됨에 따라 기존의 법만으로는 증가하는 기업결합의 추세를 억제할 수 없게 되었다. 이러한 상황이 극명하게 나타난 판례가 1948년의 U. S. v. Columbia Steel Co.²²⁾이다. 이 판례에서 대법원은 기존의 당연위법의 원칙을 철회하고 합리성의 원칙을 적용하여 자산취득에 의한 기업결합을 정당화하였던 것이다. 이러한 배경하에서 1950년의 Celler Kefauver Act가 제정되었으며, 이 법 제정이후로는 다시금 기업결합에 대한 금지가 강화되어 기업결합금지의 황금기를 구가하게 되었다.

기업결합의 금지에 있어서 수평적 기업결합에 관하여는 별다른 이론의 여지 없이 지속적으로 강력히 금지되어 온 입장이나, 수직적 기업결합의 경우에는 U. S. v. E. I. du Pont de Nemours & Co.²³⁾ 때까지 많은 논란을 겪었으며 Brown Shoe Co. v. U. S.²⁴⁾에 이르러서야 1950년의 법에 의해 확실히 금지됨이 천명되었고, 복합적 기업결합의 경우에는 FTC v. Procter & Gamble Co.²⁵⁾에 이르면 그 금지원칙이 분명해진다.

그러나 1980년대이후에는 서서히 그 금지의 강도가 완화되어 수평적 기업결합의 경우에는 현재까지도 당연위법의 원칙에 의해 강력히 금지되고 있지만, 수직적 및 복합적 기업결합의 경우에는 그 금지가 크게 둔화된 실정이다.

20) 156 US 1 (1895)

21) 193 US 197 (1904)

22) 334 US 495 (1948)

23) 353 US 586 (1957)

24) 370 US 294 (1962)

25) 386 US 568 (1967)

2. 독점화

서면법 제2조는 독점화, 독점화의 기도, 또는 독점화하려는 연합이나 공모를 불법으로 규정하고 있다. 이는 결국 시장의 독점을 금지하는 조항이지만 이를 세분하여 독점화, 독점화의 기도, 독점화를 위한 연합이나 공모로 나누어 구분하고 있다.

먼저 독점화(Monopolization)의 경우에 있어서, 대법원은 불법적인 독점화의 구성요건으로 2가지 요소를 지적하고 있다. 첫째로는 독점력의 보유이다. 대법원은 독점력을, “가격을 조정하거나 경쟁을 배제시킬 수 있는 힘”²⁶⁾이라고 정의하고 있으며, 그 독점력의 획득과정의 정당성여부와는 무관하다고 하였다.²⁷⁾ 그리고 둘째로는 독점화의 의도가 있어야 한다.²⁸⁾ 즉, 독점화의 결과 독점력이 확보되었어야 하며, 뿐만 아니라 그 행위의 의도가 독점을 획득함에 있어야 한다는 것이다.

독점화의 기도(Attempt to Monopolize)에 관하여는, 그 의미에 대하여 대법원은, “만약 성공한다면 독점화를 성취시킬 수 있거나 그 가능성이 아주 큰 방법이나 수단 또는 관행을 사용하는 것”²⁹⁾이라고 정의하고 있으며, 실질적인 독점화와는 달리 그 불법성의 요건으로 독점력의 획득 여부는 필요치 않다.³⁰⁾ 즉, 기도라는 개념 자체가 아직 미완임을 내포하고 있는 것이다. 또한 그 의도성도, “그 행동을 하려는 단순한 의도 이상의 의도”³¹⁾인 구체적인 의도를 포함하고 있어야 한다.

독점화를 위한 연합 또는 공모(Combination or Conspiracy to Monopolize)에 있어서는 역시 독점력의 획득 여부는 고려치 않고 있으며, 단지 구체적인 독점화의 의도만 그 조건으로 하고 있다. 그리고 이에 있어서 “그 행위가 초기 상태에 있거나 실패한 경우이든지 또는 성공한 경우이든지 구별치 않고” 금지된다.³²⁾ 또한 그 불법적 공동행위가 “공식적인 방법에 의해서 이루어지지 않아도

26) U. S. v. E. I. du Pont Nemours & Co., 351 US 377, 391 (1956)

27) Schine Chain Theaties, Inc. v. U. S., 334 US 110, 130 (1948)

28) op. cit., 389-392

29) American Tobacco Co. v. U. S., 328 US 781, 785 (1946)

30) Attorney General's Report (1955), p. 61

31) Aluminum Co. of America v. U. S., 148 F. 2d 416, 432 (1945)

32) U. S. v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 US 150, 224-226 (1940)

무방하며, 거래과정이나 대화, 또는 주변 환경에 의해서도 판단할 수 있다.”³³⁾ 고 하였다.

그러나 최근에는 독점화에 관하여 대법원은 상당히 완화된 입장을 견지하고 있다.³⁴⁾

3. 가격고정행위

가격고정행위(Price Fixing, Price Cartel)는 서면법 제정이후로 현재까지 가장 강력히 금지되는 거래제한행위로서 당연위법의 원칙에 의해 금지되어 왔는 바, 이는 서면법 제1조가 금지하는 거래를 제한하는 공동행위의 대표적인 예라 할 수 있다.

서면법이 제정된 이후 대법원에서 가격고정행위가 불법적 공동행위로 판결된 최초의 판례는 U. S. v. Trans-Missouri Freight Association³⁵⁾으로 대법원은 이 사건에서 18개 철도회사의 가격고정행위를 불법으로 규정한 바 있으며, 그 후 U. S. v. Trenton Potteries Co.³⁶⁾에 이르면 가격고정행위가 어떠한 예외도 허용되지 않는 당연위법의 원칙에 의해 금지됨이 확실해지고, 그 합리성 여부는 금지에 전혀 고려되지 않는다고 명시하고 있다. 이 판례는 가격고정행위가 당연위법의 원칙에 의해 금지되어야 함을 명시적으로 밝힌 최초의 판례, 즉, 처음으로 당연위법의 원칙을 성립시킨 판례라 할 수 있으며, 이것이 나아가 U. S. v. Socony-Vacuum Oil Co.³⁷⁾에 이르러서는 가격고정행위에 대한 당연위법의 원칙이 확고하게 자리잡게 되는 것을 볼 수 있다. 대법원은 이 사건에서 가격고정행위는 그 협정가격의 합리성의 여부에 관계없이 불법일 뿐 아니라 시장을 통제할 수 있는 위치, 즉 가격을 고정시킬 수 있는 힘이 없는 경우에도 당연위법의 원칙을 적용하여야 한다고 판시하면서, “서면법하에서 어떤 상품의 가격을 상승, 하락, 고정, 또는 안정시키는 목적 또는 효과를 가지는 기업연합은 당연위법이다.”³⁸⁾라고 확실히 언급하고 있다. 그 이후로 오늘날까지

33) American Tobacco Co. v. U. S., 328 US 781, 809-810 (1946)

34) FTC v. Indiana Federation of Dentists, 106 S. Ct. 2009 (1986)

35) 166 US 290 (1897)

36) 273 US 392 (1927)

37) 310 US 150 (1940)

38) Ibid., 221

가격고정행위는 지속적으로 강력히 금지되어 왔으며, 독점금지에 소극적인 시카고학파의 논자들도 이에 관한 한 시장의 경쟁유지를 위하여 금지의 필요성을 강조하고 있다.

그러나 한편, 1980년대에 들어서는 법원이, “경험이 불충분한 특정분야에 있어서는 당연위법의 적용을 일부 유보하여 합리성의 원칙을 적용”³⁹⁾ 하기도 하여, 예를 들면 전문직협회의⁴⁰⁾나 프라운동팀⁴¹⁾들간의 공동행위에 관한 판례들에서 그러함을 볼 수 있다. 그러나 이 경우 역시 최근들어 해당분야에 관한 경험의 쌓여 다시 당연위법의 원칙이 적용되는 경향이 있다.⁴²⁾

4. 재판매가격유지행위

재판매가격유지행위(Resale Price Maintenance)는 서면법 제1조와 연방거래위원회법 제5조에 의해 금지되어 왔으며, 특히 그 법 해석 및 적용에 있어 일찍부터 당연위법의 원칙이 적용되었다. 1984년의 *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*⁴³⁾에서 대법원은, “재판매가격유지행위는 국가의 반트러스트법 시행초기부터 서면법 제1조에 위배되는 당연위법이었다.”⁴⁴⁾고 명시하고 있다.

재판매가격유지행위에 관한 최초의 대법원판례로는 1911년의 *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons*⁴⁵⁾를 들 수 있는데, 대법원은 이 사건에서 재판매가격유지행위를 불법적인 행위로 규정하였으며, 그 이후로 지금까지 지속적으로 수평적 가격고정행위와 더불어 수직적 가격고정행위로서 강력히 금지하여 왔다.

그런데 이 재판매가격유지행위에 관하여는 중요한 몇 가지 입법의 역사가 있는 바, *Miller Tydings Act*, *McGuire Act*, 그리고 *Consumer Goods Pricing Act of 1975*가 그것이다. 즉, 재판매가격유지행위는 서면법 제정 이후 계속 금지되어 왔는데, 대공황을 거치면서 기업간의 생존경쟁과정에서 파멸의 위기

39) *Arizona v. Maricopa County Medical Society*, 457 US 332, 350 (1982)

40) *Ibid.*

41) *National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 US 85 (1984)

42) *Kreuzer v. American Academy of Periodontology*, 735 F. 2d 1479 (D. C. Cir. 1984)

43) 465 US 752 (1984)

44) *Ibid.*, 761

45) 220 US 373 (1911)

에 있던 중소기업을 보호하기 위하여 각 주에서 최저재판매가격유지행위를 인정하는 입법들이 많이 이루어졌고, 그 결과 연방법에서도 이것이 추인되어 Miller Tydings Act로 서면법에 예외조항을 두는 결실을 맺게 되었다. 그러나 이 이후로도 여러 판례들⁴⁶⁾에서 재판매가격유지협정에 대한 직접적인 서명자 이외의 경우에는 구제받지 못하게 되자 1952년에 이르러 McGuire Act를 통해 연방거래위원회법 제5조를 개정하여 비서명자의 경우에도 주법에 의한 최저재판매가격유지행위가 인정되도록 하였던 것이다. 그러던 것이 1970년대에 이르러서는 석유파동이후 경제상황의 변동에 따라 위 두 법에 의한 예외 조항이 Consumer Goods Pricing Act of 1975에 의해 폐지됨으로 인하여 명실공히 재판매가격유지행위가 금지되게 되었다.

한편 대법원에서는 1911년의 판례이후로 FTC v. Beech-Nut Packing Co.,⁴⁷⁾ U. S. v. Parke, Davies & Co.,⁴⁸⁾ Albrecht v. Herald Co.⁴⁹⁾ 등을 거쳐 최근의 Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.⁵⁰⁾에 이르는 대표적인 판례들을 통해 강력히 금지하여 왔으며, 일반적인 재판매가격유지행위 뿐만 아니라 최저재판매가격 및 최고재판매가격의 유지행위도 당연위법의 원칙에 의해 불법으로 규정하여 왔다.

그리고 재판매가격의 '유지'(maintenance)가 아닌 '권장'(suggestion)의 경우에는 강요가 개입되지 않았을 때에는 합법적인 행위로,⁵¹⁾ 강요가 개입되었을 때에는 불법적인 행위로 간주하고 있다.⁵²⁾

5. 가격차별

클레이튼법 제2조 (a)항은 차별가격을 금지하고 있는데, 차별가격이 불법적인 것이 되기 위해서는 다음 조건을 만족해야 한다. 즉, 그것은 차별가격이 형성될 수 있는 기초조건들과 경쟁제한적 요소이다. 이는 6가지로 요약할 수 있

46) Schwegmann Brothers v. Calvert Distillers Corp., 341 US 384 (1951)

47) 257 US 441 (1922)

48) 362 US 29 (1959)

49) 390 US 145 (1968)

50) 465 US 752 (1984)

51) U. S. v. Colgate & Co., 250 US 300 (1919)

52) Simpson v. Union Oil Co., 377 US 13 (1964)

는데, 1. 주간거래과정에서의 발생, 2. 가격의 차이, 3. 상이한 구매자간의 차별, 4. 상품가격의 차별, 5. 유사한 등급과 품질, 6. 미 영토안에서의 차별 등이 그것이다. 이에 덧붙여 “가격차별의 영향으로 경쟁이 상당히 감소되거나, 독점을 형성하게 되는 경우, 또는 가격차별의 공여자나 수혜자, 또는 그 고객과의 경쟁이 파괴되거나 저해되는 경우”에 불법이라고 함으로써 경쟁의 제한을 그 조건으로 제시하고 있으며, 한편 “그 경쟁저해의 사실은 가격차별의 불법성을 주장하는 원고가 증명해야 한다.”⁵³⁾ 고 연방거래위원회는 말하고 있다.

경쟁저해에 관하여 개정이전의 클레이튼법 제2조는, “경쟁을 상당히 감소시키거나 독점을 형성하게 되는” 가격차별을 금지함으로써 단지 경쟁의 저해만 문제삼아 경쟁저해의 증명수단으로 경쟁기업의 피해는 배제시키고 있었던 데에 반하여, 개정된 제2조는 이를 보완하여 “가격차별의 공여자나 수혜자, 또는 그 고객과의 경쟁을 저해하는” 경우도 포함시킴으로써 경쟁기업의 피해만으로도 그 증명조건을 만족시킬 수 있도록 하였다.

실제로 판례에서도 개별 경쟁기업의 피해상황에 대한 증명만으로도 가격차별을 금지하고 있는데, 대표적인 판례중의 하나인 *FTC v. Morton Salt Co.*⁵⁴⁾에서 대법원은 클레이튼법의 제정 및 개정의 배경과 역사를 검토하면서, “클레이튼법 제2조는 경쟁여건의 일반적인 피해상황의 제시를 요구함에 있어 너무 경직적이었다는 확신”을 강조하였고,⁵⁵⁾ “여기에서 다루고 있는 새로운 조항은 차별에 의해 희생된 경쟁자의 피해의 확인을 정당화하려는 의도를 가지고 있다.”⁵⁶⁾ 고 하였다.

이와 같이 금지하고 있는 가격차별에는 부당한 중개료 수수(제2조 (c)항), 부당한 용역 및 시설 공여(제2조 (d),(e)항)도 포함되며, 차별가격에 의한 수혜구매자에 대해서도 불법으로 규제하였다.

6. 끼워팔기

끼워팔기(Tying Agreement)는 셔먼법 제1조, 클레이튼법 제3조, 연방거래위원회법 제5조 모두에 적용되는 반경쟁적인 거래제한행위로서 당연위법의 원

53) *General Foods Corp.*, 50 F. T. C. 885, 890 (1954)

54) 334 US 37 (1948)

55) *Ibid.*, 49

56) *Ibid.*

칙에 의해 강력히 금지되어왔다.

끼워팔기에 관한 가장 대표적인 판례중의 하나인 Northern Pacific Railway v. U. S.⁵⁷⁾에서 대법원은, “끼워파는 품목에 대해 시장에서의 경쟁을 상당히 제한할 수 있는 충분한 경제력을 가지고 있고, 주간거래가 적지않게(not insubstantial) 영향을 받는 경우에 끼워팔기는 항상 그 자체로서 불합리하다.”⁵⁸⁾고 함으로써 끼워팔기행위는 당연위법의 원칙이 적용되는, 그 자체로서 불법인 행위라고 명시하였다. U. S. v. Loew's, Inc.⁵⁹⁾와 United States Steel Corp. v. Fortner Enterprises, Inc.⁶⁰⁾에 의하면, 끼워팔기에 당연위법의 원칙이 적용되기 위해서는 3가지 요건이 구비되어야 한다. 첫째는 확실하게 구분되는 두 제품, 둘째는 끼워팔기하는 제품시장에 있어서의 충분한 경제력, 셋째는 적지않은 양이어야 한다는 것이 그것이었다.⁶¹⁾ 그러나 최근 1984년의 Jefferson Parish Hospital District no. 2 v. Hyde⁶²⁾에서 대법원은 위의 3요소이외에 네번째 요소로서 강요가 있었음이 증명되어야 하며 그 증명의 의무는 원고에게 있다고 함으로써,⁶³⁾ 그 금지의 강도가 어느 정도 완화되고 있는 듯한 느낌을 준다.

7. 집단적 거래거절

거래거절(Refusal to Deal)은 개인적 거래거절과 집단적 거래거절로 나눌 수 있다. 이에서 개인적 거래거절은 그 자체만으로는 불법적인 행위가 아니고, 집단적 거래거절(Group Boycott)은 불법적 공동행위로서 법적 제재를 받는바, 셔먼법 제1조와 제2조, 클레이튼법 제3조, 그리고 연방거래위원회법 제5조 등의 적용을 받아 당연위법의 원칙에 의해 금지되고 있다.

거래거절에 대한 판례의 연원을 거슬러 올라가면, 먼저 개인적 거래거절에

57) 356 US 1(1958)

58) Ibid., 6

59) 371 US 38 (1962)

60) 429 US 610 (1977)

61) U. S. v. Loew's, Inc., 371 US 38, 45 (1962), United States Steel Corp. v. Fortner Enterprises, Inc., 429 US 610, 617-619 (1977)

62) 466 US 2 (1984)

63) Ibid., 16-18

관한 판례는 *Great Atlantic & Pacific Tea Co. v. Cream of Wheat Co.*⁶⁴⁾에서 찾을 수 있다. 이 판례에서 법원은 거래선 선택의 자유를 들어 피고의 개인적 거래거절행위가 합리적이라고 판시하고 있다.

그러나 집단적 거래거절은 당연위법의 원칙을 적용하여 강력히 금지해 왔다. 이에 관한 초기의 판례로는 *Eastern States Retail Lumber Dealers' Association v. U. S.*⁶⁵⁾를 들 수 있는데, 법원은 이에서 이미 집단적 거래거절행위에 대해 당연위법의 원칙을 적용하여 금지하였다. 대표적인 판례중의 하나인 *Klor's Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc.*⁶⁶⁾에서도, “그룹 보이코트로 인한 희생자가 극히 소규모기업이어서 비록 경제에 미치는 영향이 거의 없다 할지라도 그룹 보이코트 그 자체만으로도 불법으로 금지된다.”⁶⁷⁾고 확인하고 있다.

이와 같이 당연위법의 원칙에 의한 강력한 금지는 1980년대초까지 계속되다가 최근 들어 조금 후퇴하는 기미가 보이기도 한다. 1985년의 *Northwest Wholesale Stationers, Inc. v. Pacific Stationary and Printing Co.*⁶⁸⁾에서 대법원은 집단적 거래거절을 합리적인 것으로 판정하였다. 이 사건은 전단계 법원에서 이전의 전례대로 당연위법의 원칙에 의해 불법행위로 규정하였던 것인데, 대법원에 와서 이를 다시 번복하였던 것이다. 또한 그 이듬해인 1986년의 *FTC v. Indiana Federation of Dentists*⁶⁹⁾에서는 집단적 거래거절을 불법적인 행위로 판정하기는 하였으나 그 근거를 합리성의 원칙에 두고 있어 당연위법의 원칙을 적용하는 기준이 최근 들어 서서히 바뀌어가고 있는 추세이다.

8. 배타적거래

배타적거래(*Exclusive Dealing*)는 셔먼법 제1조와 클레이튼법 제3조, 그리고 연방거래위원회법 제5조의 적용을 받아 금지되고 있지만, 당연위법의 원칙이 적용되지는 않고 합리성의 원칙에 의해 그 위법성여부가 판가름난다.

64) 227 F. 2d 46 (2nd Cir. 1915)

65) 234 US 600 (1914)

66) 359 US 207 (1959)

67) Ibid., 213

68) 105 S. Ct. 2613 (1985)

69) 106 S. Ct. 2009 (1986)

최근의 관계판례중 대표적인 것의 하나인 1984년의 Jefferson Parish Hospital District no. 2 v. Hyde⁷⁰⁾에서 대법원은, “배타적거래의 적법성여부의 판단기준으로는 전통적으로 합리성의 원칙이 채택되어 왔으며... 배타적거래에 관한 계약이 경쟁에 미치는 실질적 영향에 대한 조사가 필요하다.”⁷¹⁾고 하면서, 그 계약이 불합리하게 경쟁을 제한하였음을 원고가 증명해야 한다고 판시하고 있다. 즉, 배타적거래는 법원에서 합리성의 원칙에 의해 그 불법성여부가 가려져 왔다.

V. 결 론

최근 한국경제의 주요 과제인 공정거래문제와 관련하여 본 연구는 미국 공정거래정책의 변천과정을 분석하였다. 이를 위해 본 연구는 초기 공정거래제도의 도입배경을 경제적 배경, 사회적 배경, 정치적 배경, 법적 배경으로 구분하여 고찰하였으며, 공정거래 주요3법의 개정과정을 추적하여 그간 서면법 10회, 클레이튼법 26회, 연방거래위원회법 30회에 걸친 개정내용을 파악하였다. 그리고 공정거래정책의 적용대상인 구체적인 경제행위들에 대하여 각각의 금지내용의 변천과정을 분석하였다.

이와 같은 연구를 통하여 미국의 공정거래정책은 당시의 사회경제적 상황을 배경으로 형성되고 변천되어 그 시대적 요구를 어느정도 충족시켜 왔음을 볼 수 있었다. 특히 초기의 공정거래정책 도입은 더욱 그러하였다. 급격한 경제성장과정에서 기업규모의 확대와 기업조직의 다양화가 이루어졌고 결국 소수 대규모 기업조직에 의한 경제력집중 현상이 나타나 많은 경제적, 사회적 문제를 야기하였으며 이로 인해 농민운동, 노동운동을 비롯하여 독점을 배격하는 사회여론이 거세게 일어나게 되었다. 이는 바로 정치문제화되어 대통령선거와 의회선거의 주요쟁점이 되었으며 결국 당시 집권당인 공화당의 주도하에 서면법이 입법되어 미국의 공정거래정책이 형성되었던 것이다.

미국의 공정거래정책은 제정된 법의 내용과 그 법의 해석으로 크게 나눌 수 있다. 법은 서면법, 클레이튼법, 연방거래위원회법에 의해 큰 줄기를 형성하고 있는 바, 이 법의 개정내용의 변천만으로 평가한다면 많은 개정횟수에도 불구하고

70) 104 S. Ct. 1551 (1984)

71) Ibid., 1567

하고 법의 중심내용이 되는 규정은 그동안 비교적 변화가 적었다고 할 수 있으며, 그 변화된 내용은 지속적으로 강화되어 왔다고 할 수 있다.

그러나 법의 해석 즉 구체적 판례에 나타나는 대법원에 의한 법의 적용을 중심으로 분석한 결과로는 적용대상행위별로 시대에 따라서 법규정에 대한 해석이 달라져 왔음을 알 수 있다. 당연위법의 원칙과 합리의 원칙이라는 두 축을 사이에 두고 그 시대의 사회경제적 필요에 부응하여 미국의 공정거래정책은 변천해 왔으며, 이를 통해 자본주의경제체제의 범주안에서 독점에 의한 경제력집중을 억제하고 자유와 평등의 동시적 실현이라는 이상을 추구하는 역할을 어느정도 감당해 왔다고 할 수 있다.

적용대상행위별 분석의 결과 미국의 공정거래정책은 전반적으로 구조규제적 성향이 강함을 알 수 있다. 독점화나 기업결합 등과 같이 경제력집중을 유발하는 행위, 가격고정행위나 재판매가격유지행위 등과 같이 시장의 경쟁기능을 약화시키는 행위 등에 대하여 당연위법의 원칙을 적용하여 독점적 시장구조의 형성을 금지하고 경쟁적인 시장기구를 통한 효율성과 공정성의 제고를 추구하여 온 것이다.

한편 미국의 공정거래정책은 기본적으로 상기 3법과 이 법을 개정하고 있는 주요법률에 의해 운용되고 있으나 이 외에도 경제의 부분적인 특정분야에 적용되는 수많은 관련법들로 보완되어 있는 바, 지난 100여년간 입법된 235개의 공정거래 관련 제,개정법들을 발굴할 수 있었다. 이에 대한 분석도 중요한 연구과제라 할 수 있는 바, 특정분야별 관련법규의 변천과정에 대한 연구도 본 연구와는 별도로 진행되고 있다.

참 고 문 헌

1. 김기태, 이의영, “서면독점금지법의 형성과정 연구”, 『경쟁법연구』, 제4권, 한국경쟁법학회, 1993, pp. 1-30
2. 이의영, “독점금지의 기원 고찰”, 『산업조직연구』, 제3집, 한국산업조직학회, 1994, pp. 102-119
3. 이의영, “미국 독점금지정책의 관습법 배경”, 『산업조직연구』, 제1집, 한국산업조직학회, 1992, pp. 139-153
4. ABA *Section of Antitrust, Antitrust Law Developments*, vol. 1-2,

- Chicago, American Bar Association, 1992
5. Bock, B. and et. al., *Is Antitrust Dead?*, N. Y., The Conference Board, 1990
6. Buck, S. J., *The Granger Movement*, Nebraska, Univ. of Nebraska, 1913
7. Calvani, T. and M. L. Sibarium, "Antitrust Today : Maturity or Decline", *Antitrust Bulletin*, 1990, pp. 123-135
8. Fite, G. C. and J. E. Reese, *An Economic History of the United States*, Boston, Houghton Mifflin Co., 1959
9. Hobbs III, C. O., "The State of Antitrust - Past, Present, Future", *Antitrust Law Journal*, 1992, pp. 81-82
10. Jones, E., *The Trust Problem in the United States*, N. Y., Macmillan, 1924
11. Jones, F. D., "Historical Development of the Law of Business Competition", *Yale Law Review*, vol. 36, 1926, pp. 207-234
12. Kantor, H. M., "U. S. Trade Policy in Transition : Globalization in a New Age", *Law & Policy in International Business*, vol. 25, 1994, pp. 1227-1234
13. Kintner, E. W., *Federal Antitrust Law : A Treatise on the Antitrust Laws of the United States*, Cincinnati, Anderson, 1980, and Supplement, 1992
14. Letwin, W. L., *Law and Economic Policy in America : the Evolution of the Sherman Antitrust Act*, N. Y., Random House, 1965
15. Montague, G. F., "The Rise and Supremacy of the Standard Oil Company", *Quarterly Journal of Economics*, vol. 16, 1902, pp. 265-292
16. Moody, J., *The Truth about the Trusts : a Discription and Analysis of the American Trust Movement*, N. Y., the Moody Publishing Company, 1904
17. Pitofsky, "Antitrust Policy in a Clinton Administration", *Antitrust Law Journal*, 1993, pp. 217-223
18. Queen, T. W., "Recent Developments in Federal Antitrust Legis-

- lation", *ABA Antitrust Law Journal*, 1986, pp. 529-545
19. Scherer, F. M., "Antitrust Past and Present", in *Champions of Freedom*, Moris, L., ed., Hillsdale, Hillsdale College Press, 1986, pp. 77-97
 20. Thorelli, H. B. and J. M. Patterson, "Longer Live the Sherman Act!", *Antitrust Bulletin*, 1990, pp. 537-574
 21. U. S. Department of Commerce Bureau of the Census, *Historical Statistics of the United States*, Washington, D. C., U. S. G. P. O., 1979
 22. U. S. Congress, *Bills and Debates in Congress Relating to Trusts*, Washington, D. C., U. S. G. P. O., 1903
 23. U. S. Congress, *Report of Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws*, Washington, D. C., U. S. G. P. O., 1955
 24. U. S. Congress, *Report of Industrial Commission*, Washington, D. C., U. S. G. P. O., 1900
 25. U. S. Congressional Record
 26. U. S. Codes
 27. U. S. Supreme Court Report
 28. Van Cise, J. G., "Antitrust Past-Present-Future", *Antitrust Bulletin*, 1990, pp. 985-999
 29. von Kalinowski, J. O., *Antitrust Laws and Trade Regulation*, N. Y., Matthew Bender and Co., Inc., 1994
 30. Walker, A. H., *History of The Sherman Law of The United States of American*, Westport, Greenwood Press, 1910