

규제연구 제15권 제2호 2006년 12월

기업의 본질과 경쟁

-경쟁개념의 법경제학 접근-

신 석 훈*

현대의 경쟁법은 재산권에 근거한 기업의 “내부적 또는 일방적” 행동과 계약에 기초한 기업의 “집단적 또는 협조적” 행동을 구분하며 전자의 행동에 대해서는 합법이라고 추정하는 반면 후자의 행동에 대해서는 시장지배이론의 관점에서 보다 면밀히 검토하고 있다. 이러한 경향은 최근의 경쟁법이 전통적인 가격이론을 전제로 한 기업의 본질(블랙박스)과 여기서 파생된 유효경쟁개념에 기초하고 있기 때문이다.

그러나 신제도학과 경제학을 적용할 경우에는 이러한 내부적 행동과 계약적 행동 사이의 구별이 무의미해진다. 신제도학과 경제학에서 기업의 본질은 자신이 소유하고 있는 재산권에 근거하며 일방적으로 행동할 수 있는 하나의 독립된 실체가 아니라 시장에서 경제적 행위를 수행할 경우 발생하는 거래비용을 회피하기 위한 생산요소 소유자들 사이 「계약의 결합체」이고 경쟁의 본질 역시 여기서 파생된 「계약적 경쟁」이다. 기업의 본질과 경쟁에 대한 이러한 접근은 또한 경제학자와 법학자들이 완벽한 수직적 통합에 이르지 못하는 다양한 계약적 조직형태에 대해 새로운 해석을 가능하도록 한다.

핵심용어: 기업의 본질, 유효경쟁, 가격이론, 신제도학과 경제학, 계약적 경쟁

* 연세대학교 법학연구소, 서울 서대문구 신촌동 134 (e-mail: sshun15@freechal.com)

접수일: 11/17, 게재확정일: 12/11

I. 들어가며

경쟁법이 “경쟁”을 보호하고 이를 촉진시켜야 한다는 사실은 누구나 잘 알고 있다. 그러나 경쟁법이 입법목적으로 추구해야 하는 경쟁이란 개념은 원래 법학이 아닌 경제학에서 주로 다루는 경제학상의 개념이므로 경쟁법은 경제학의 도움을 필요로 할 수밖에 없을 것이다.

전통적인 경제학에서는 완전경쟁 상황이 가장 이상적인 경쟁상태라고 보고 있으나 현대의 대부분의 경쟁법 학자와 경쟁법을 해석하는 법원은 이러한 완전경쟁개념은 지나치게 현실과 괴리된 이상적이고 교과서적인 경쟁개념이므로 이러한 개념을 경쟁법의 규범적 기초로 삼는 것은 무리가 있다는 것을 인정하며 완전경쟁개념을 근간으로 하더라도 보다 현실적으로 경쟁정책의 목적으로 삼을 수 있는 유효경쟁개념을 경쟁법의 규범적 목표로 삼고 있다. 완전경쟁개념과 이를 기초로 한 유효경쟁개념은 전통적인 신고전학과 가격이론을 전제로 한 것으로 여기서는 시장에서 독립된 기업들이 서로를 제한하거나 구속하지 않고 자유스럽고 독자적인 판단하에서 의사결정을 하는 기업들간의 맞대결(Rivalry)의 상황을 경쟁(Competition)상태라고 보고 있으므로 경쟁법의 목표를 이러한 경쟁을 제한하는 행동들을 규제하는 데 두게 된다. 그러나 지금까지 경쟁법의 규범적 기초를 제공해 온 완전경쟁개념과 이를 전제로 한 유효경쟁개념은 기업을 소비자와 마찬가지로 이익을 극대화하기 위해 행동하는 하나의 실체로 규정하며 이러한 실체가 행동하는 시장에서는 거래비용이 소요되지 않는다고 가정하고 있다. 그리고 이러한 사실을 전제로 분석된 경제적 성과를 가장 이상적인 것으로 보며 이를 경쟁법 운용의 기준으로 삼고 있는 것이다.

이와 같이 경쟁법에서 요구되는 경쟁의 규범적 개념을 경제학에서의 유효경쟁개념의

도움을 받아 설정하고자 하는 시도도 분명 법학과 경제학의 학제적 접근이라고 할 수 있다. 그러나 법학은 현실을 기초로 형성된 학문이고 현실적인 시장은 여러 형태의 거래비용과 이러한 거래비용에 직간접적으로 영향을 미치는 다양한 형태의 제도들로 얽혀 있다. 또한 이러한 시장에서 행동하는 기업도 선형적으로 존재하는 독자적인 실체가 아니라 시장에서 현실적으로 존재하는 다양한 제도적 요소에 영향을 받으며 경제행위를 수행해 나가는 개별적 생산요소 소유자들로 구성된 조직인 것이다.

따라서 법학과 경제학의 학제적 연구인 법경제학의 진정한 가치는 경제학적 방법론을 통해 추상적이고 이상적인 시장만을 분석하는 것이 아니라 시장에서 현실적으로 존재하고 있는 다양한 법과 제도를 분석함으로써 시장과 제도와와의 상관관계를 규명하고 시장친화적인 법과 제도를 어떻게 설계할 것인가를 고민할 수 있는 계기를 마련해 주는데 있을 것이다.

경쟁법 역시 이러한 제도적 틀의 일부를 구성하고 있는 것이고 이러한 제도적 틀을 형성하기 위한 작업은 우선 경쟁의 주체인 기업의 존재를 이미 주어진 것으로 보며 추상적인 시장과 이러한 시장에서의 경쟁을 연구할 것이 아니라 기업의 본질이 무엇이고 이러한 기업이 다양한 제도들로 구성되어 있는 시장에서 구체적으로 어떻게 행동하는지를 관찰하는 것에서부터 시작되어야 할 것이다. 특히 경쟁법이라는 것이 궁극적으로 불완전한 현실의 시장에서 행동하는 기업들이 경쟁을 통해 보다 바람직한 사회적 가치를 창출하도록 유도하기 위해 직접적으로 규제를 하거나 또는 그러한 방식으로 행동하도록 인센티브를 제공해 주기 위한 제도라면 당연히 기업의 행동원리를 제대로 파악하는 것이 전제되어야만 할 것이다.

다만 경쟁법과 기업의 행동 사이의 상관관계를 분석하는 경우 소극적으로 경쟁관련 법과 제도가 단순히 주어지고 이러한 제약조건하에서 기업이 어떻게 행동할 것인가를 분석하는 데 그칠 것이 아니라 보다 적극적으로 이러한 법과 제도가 기업조직과 구체적으로 어떻게 맞물려 있는지 항상 염두에 두어야 할 것이다. 즉 기업조직의 본질을 분석하는 과정에서 기업의 행동원리와 관련 제도와와의 상관관계를 동시에 인식할 수 있는 계기를 마련해 줄 수 있는 보다 적극적이고 거시적인 접근이 이루어져야만 할 것이다. 그리고 경쟁이라는 개념도 이러한 접근의 과정을 통해 규정되어야만 할 것이다. 이와 같이 기업의 본질이 과연 무엇인가라는 보다 궁극적인 질문에서 출발하며 경쟁법에

서 필요로 하는 경쟁개념을 도출하고자 하는 것이 「경쟁개념의 법경제학적 접근」인 것이다.

이하에서는 완전경쟁과 유효경쟁 개념의 경제학적 기초를 제공해 온, 즉 경제현상을 기본적으로 선택의 렌즈(Lens of Choice)를 통해 분석하는 전통적인 신고전학과 가격이론과 이러한 이론에 반대하며 때로는 이를 보충하며 경제현상을 계약의 렌즈(Lens of Contract)를 통해 분석하고자 하는 신제도학과 경제학 각각에서 바라보는 기업의 본질과 여기에 함축되어 있는 경쟁개념이 경쟁법 운용에 있어서 구체적으로 어떠한 차이를 나타낼 수 있는지를 살펴보고자 한다. 그리고 이러한 논의를 통해 경쟁법상의 구체적인 운용과정에서 요구되는 경제학적 분석이 법학과 경제학의 진정한 학제적 연구인 법경제학적 분석이 되기 위해서는 어떠한 조건을 갖추어야 할 것인가에 대해 인식해 볼 수 있는 계기를 마련하고자 한다.

II. 신고전학과 가격이론과 경쟁정책

1. 기업의 본질과 경쟁

(1) 블랙박스(Black Box) 기업이론과 완전경쟁

오랫동안 경제학자들은 미시경제학적 문제를 분석하는 데 있어 획일적인 접근방식인 신고전학과 가격이론(Neoclassical Price Theory)을 사용해 왔고 이러한 가격이론이 산업조직의 주제인 기업이 어떻게 조직되고 행동하는가에 관한 연구를 지배해 왔다.¹⁾ 이러한 가격이론에서는 마찰이 없는 세상을 가정하는 물리학자와 마찬가지로 시장에서 거래비용이 존재하지 않는 “완전경쟁(Perfect Competition)” 모델에서 출발한다. 이러한 모델에서는 어떠한 개인이나 기업도 일방적으로 가격, 생산량, 또는 그 밖의 거래조건에 영향을 미칠 수 없는 원자론적(Atomistic) 세상을 가정하고 이러한 가상적 세상에서 개인들과 기업들의 독립되고 분산화된(Decentralize) 선택(Choice)이 인간사회의 제한된 자원을 가장 높

1) Alan J. Meese, “Intrabrand Restraints And The Theory of The Firm,” 83 *North Carolina Law Review* 5, December 2004, p.39.

게 평가하고 이를 가장 잘 사용할 수 있는 사람에게 배분되도록 함으로써 사회적 후생을 극대화할 것이라고 가정한다.²⁾ 그리고 완전경쟁 상황에서의 이러한 자원배분 상태가 현실적인 시장구조의 경제적 결과를 평가하는 기준역할을 하게 되는 것이다.

이러한 완전경쟁모델에서는 기업과 개인들이 경제적 행위를 수행함에 있어 비용이 소요되지 않는 시장에 의존할 수 있다고 가정하므로 매수자들은 자신이 구입하고자 하는 품목에 대한 모든 정보를 알고 있고 만일 그렇지 않다면 기업들이 그러한 정보를 충분히 전달해 주고 매수자들은 특별한 비용을 들이지 않고도 이를 충분히 받아들일 수 있다. 또한 거래 당사자들 사이의 협상비용과 이러한 협상의 결과를 집행하는 비용은 존재하지 않는다고 가정하므로 당사자들은 자신들의 거래관계에서 발생할 수 있는 모든 문제들을 포섭할 수 있는 완전 계약(Complete Contracts)을 체결할 수 있게 된다. 이와 같이 완전경쟁모델에서는 시장에서 이루어지는 경제적 행위에는 비용이 소요되지 않는다고 가정하며 이러한 시장은 기업들의 집합소이고 이러한 기업들은 시장에서의 완벽한 계약을 통해 서로 상호작용을 하게 된다는 것이다.

따라서 완전경쟁모델에서 분석의 가장 기본적인 단위는 기업이고 이러한 기업에서 인식의 출발이 이루어지므로 과연 기업 자체는 어떻게 조직화되어 있고 기업 내부에서는 어떠한 일이 벌어지고 있는지에 대해서 특별히 관심을 가지지 않았던 것이다.³⁾ 그러

2) 전통적인 신고전학과 경제학은 선택의 과학(Science of Choice)으로 간주되어 왔다. 즉 경제학은 목적과 이러한 목적을 달성하기 위해 제한되어 있는 수단들 사이에서의 선택적 관계에 직면한 인간의 행동을 연구하는 과학이다. 여기서의 선택은 크게 두 부류로 구분될 수 있다. 첫째는 효용을 극대화하고자 하는 소비자행동이론이고 또 다른 하나는 이익을 극대화하고자 하는 기업의 행동이론이다. 따라서 신고전학과 가격이론에서는 기업을 소비자에 대응되는 하나의 독자적인 실체로 보고 있는 것이다. 반면 이러한 선택의 관점에서 경제를 분석하는 것이 아니라 계약(Contract)의 렌즈를 통해 시장에서 현실적으로 발생하고 있는 복잡한 계약적 관계를 분석하고자 하는 것이 후술하는 신제도학과 경제학이고 여기서는 전통적인 경제학이 일반적으로 독점으로 해석해 왔던 비전형적(Non-Standard)이고 익숙하지 않은(unfamiliar) 계약적 관행·조직적 구조를 거래의 경제화를 위한 수단으로 인식하고 있다(Williamson Oliver E., "The Theory of the Firm as Governance Structure; From Choice to Contract," *Journal of Economic Perspectives*, Vol.16, No.3, 2002, p.172. "Examining economic organization through the lens of contract," *Industrial and Corporate Change*, Vol.12, No.4, 2003, p.917.

3) 완전계약=완전시장을 전제로 하는 신고전학과 기업이론에서는 시장과 구별되는 자원배분 메커니즘으로서 기업의 존재를 별도로 인식하지도 못했고 기업내부조직을 분석할 필요성을 크게 느끼지 못했다. 왜냐하면 기업의 본질은 후술하는 바와 같이 완전한 시장에서의 계약과 구별되는 '계약형태' 또는 '계약구조'로 정의될 수 있는데 전통적 신고전학과 가격이론에서는 시장에서의 거래비용이 제로라고 전제하며 분석하였고 따라서 이러한 시장에서의 계약행위에는 계약비용이 소요되지 않게 되므로 이러한 비용을

므로 기업의 존재를 당연한 것으로 받아들이며 기술적이고 배분적인 기능을 수행하는 불가분의 하나의 실체(Entity)인 블랙박스(Black Box)로 다룬다.⁴⁾ 결국 기업은 완전한 시장에서 생산요소를 구입하여 이를 최종생산물로 전환한 후 완전한 시장에 다시 판매하는 기능만을 수행하는 것이다. 기업이 얼마의 비용을 들여 얼마를 생산할 것인가를 결정하는 것은 다양한 생산요소의 비용과 산출물 사이의 관계를 수학적으로 표현하고 있는 “생산함수(Production Function)”이다. 이러한 관계는 주어진 생산물의 수량을 생산하는 데 필요한 생산요소의 수량과 이러한 생산요소들을 서로 어떻게 조합할 것인가를 결정하는 생산기술을 의미하는 것이고 이러한 기술적 관계는 기업 내부에서 결정되는 것이며 시장이나 관련 제도와는 외생적 관계에 있는 것이다. 그렇다면 가격이론하에서의 기업의 본질은 이러한 생산과정을 계산하는 기계의 한 종류에 불과하고 이 기계는 생산물 ‘시장’에서 결정된 가격을 관찰하고, 생산요소 ‘시장’에서 결정된 요소가격을 관찰한 다음 이에 따라 기업 자신의 생산수준을 결정하게 되는 것이다.

이러한 가격이론에서는 기업의 범위를 결정하는 것 역시 기술적 관점에서 설명한다. 최종 산출물의 생산을 위해 필요한 품목이나 서비스를 시장에서 구입할 것인지 또는 기업 내부에서 자체적으로 조달(예를 들어 수직적 통합)할 것인지에 대한 기업의 선택은 내부적으로 생산하는 경우의 비용과 동일한 품목을 시장에서 외부적으로 조달하는 경우 지불해야 되는 가격을 비교하여 이루어진다. 그런데 이러한 비교에 결정적 역할을 하는 것은 생산기술이고 따라서 기술적 효율성에 근거를 두지 않는 수직적 통합은 시장지배력을 취득하거나 유지하기 위한 것으로 보게 된다.⁵⁾

극복하기 위해 일반적인 완전경쟁시장에서의 계약과 구별되는 계약형태 또는 계약구조를 만들 이유가 없기 때문이다. 그러므로 제로의 거래비용(Zero-Transaction Costs)이 소요되는 세상에서는 기업(Firms)의 존재도, 이를 규율하는 조직법(Business Organization Law)도 존재할 필요가 없게 되는 것이다. Dooley, Michael P., “Two Models of Corporate Governance,” 47 *Business Lawyer* 461, February 1992, p.465 참조.

4) Coase, “Institutional Structure of Production,” 82 *The American Economic Review*, 713, Vol.82, Iss. 4, 1992, p.714. Reza Dibadj, “Reconceiving the Firm,” 26 *Cardozo Law Review* 1459, March 2005, pp.1464-1465.

5) Alan J. Meese, “Monopolization, Exclusion, And The Theory of The Firm,” 89 *Minnesota Law Review* 743, February 2005, p.778.

(2) 유효경쟁

가격이론을 지지하는 경제학자들이 현실의 세상이 항상 완전경쟁을 흉내 내야 한다거나 완전경쟁이 가장 바람직한 상태라고 믿는 것은 아니다. 예를 들어 이들은 시장에서 최적의 자원배분을 창출하는 데 실패하는 외부효과의 존재를 인정하였고, 더 나아가 현실적인 소비자들은 특정한 시장에서 다양한 선호를 가지고 있기 때문에 기업들은 아마도 서로 차별화된 제품을 생산함으로써 이러한 다양한 선호들을 만족시키려고 할 것이라는 사실을 인정하고 있다. 따라서 기업들은 자신들이 생산하는 제품의 질을 향상시키기 위해 생산함수를 변화시키며 새로운 기술을 개발하려고 할 것이다. 이러한 기업들의 노력은 결국 기술적인 규모의 경제의 추구나 합병을 통해 기업의 규모를 확장해 나가도록 할 것이다. 이와 같이 제품의 차별화를 인정한다는 것은 궁극적으로 소비자들의 선호를 충족시키는 기업들은 일정 부분의 시장지배력(Market Power)을 가질 수 있다는 것을 의미하는 것이고 이는 특정 시장에서 소수의 기업들이 가격의 결정에서 지배력을 발휘할 수 있게 되는 상황을 인정한다는 것이다.

제품의 차별화와 규모의 경제를 통해 발생하는 이러한 시장지배력은 그러한 지배력을 가지고 있는 기업들이 사회적으로 최적인 수준 이하로 생산을 함으로써 최적의 자원배분에서 이탈하는 결과를 낳게 될 것이다. 그러나 시장지배력으로 인해 완전경쟁의 결과에서 이탈하는 이러한 결과에도 불구하고, 대부분의 경제학자들은 그러한 지배력은 사회 전체적인 관점에서 보았을 경우에는 바람직하다는 사실을 인정한다. 예를 들어, 상품의 차별화는 다양한 소비자들의 선호를 충족시켜 줄 수 있고 이것은 시장지배력의 행사로 야기될 수 있는 일정 부분의 손실을 보충하고도 남는 후생의 증진을 가져다줄 것이라고 한다. 또한 규모의 경제의 달성으로 인한 이득과 이로 인한 생산비용의 절감은 특정한 시장지배력으로 인해 발생하는 자원배분의 손실을 능가하게 될 것이고 따라서 완전경쟁으로부터의 이러한 이탈은 순효율성(Net Efficiencies)을 실현하고 사회후생을 극대화하는 데 오히려 필요하다는 것을 인정한다.

이러한 관점에서 완전경쟁개념을 현실화시킨 유효경쟁(Workable Competition)개념을 전제로 할 경우, 규제를 통해 현실의 시장을 완전경쟁의 상태로 만들려고 하는 시도는 생산의 효율성과 제품의 차별화가 가져다주는 혜택을 빼앗아가 오히려 사회전체적인 후생은 감소하게 될 것이다. 따라서 가격이론을 지지하는 대부분의 학자들은 “완전경쟁”

이 아니라 “유효경쟁”개념을 경쟁정책의 규범적 기준으로 삼고 있는 것이다.

그러나 유효경쟁이 완전경쟁으로부터의 이탈을 어느 정도 인정한다고는 하지만 여전히 산업조직의 문제들을 다룰 때에는 완전경쟁모델의 기본적 가정들을 그대로 유지하고 있다.⁶⁾ 유효경쟁모델에서도 기업이 성장하는 원동력으로 기술적 측면을 강조하며 기업의 본질을 기술적 측면에서 설명하려는 완전경쟁모델의 기업이론을 지지하고 있다. 더구나, 유효경쟁개념을 따르는 경제학자들은 완전경쟁모델에서와 마찬가지로 기업과 소비자 사이에서는 정보의 비대칭성이 없고 협상비용은 존재하지 않으므로 기업은 거래비용을 들이지 않고 공급자나 소비자와 거래를 할 수 있다고 가정한다.⁷⁾

2. 유효경쟁과 경쟁법

(1) 「내부적·일방적 행위」와 「계약적 행위」의 구별

유효경쟁모델에서는 기업의 본질을 생산요소와 산출물 사이의 기술적 관계를 나타내는 생산함수로 보며 이러한 생산함수를 변화시키거나 규모의 경제를 실현하려는 과정에서 발생하는 기술적 효율성의 증진을 중요시한다. 생산함수의 변화를 통한 이러한 기술적 효율성의 증진은 모두 기업 내부에서 발생하는 것이고 기업 내부에서의 이러한 효율성의 증진은 기업이라는 하나의 독자적 실체가 자신의 재산(Property)에 대한 재산권의 행위로 인해 발생하는 것이라고 보고 있다.

따라서 기업이 기업 내부에서 기술적 효율성을 달성하며 생산요소를 최종 산출물로 변환한 후에는 거래비용이 소모되지 않는 외생적인 시장에 의해 산출물이 자동적으로

6) Alan J. Meese, *supra* note 5, pp.782-783.

7) 완전경쟁과 유효경쟁개념을 전제로 하며 경쟁의 본질을 ‘산업구조’와 ‘시장지배력’의 관점에서 주로 분석하려고 하는 것이 “Structure-Conduct-Performance(SCP)” 패러다임이다. 이러한 패러다임에 의하면 특정한 산업의 구조(예를 들어 산업집중도)는 기업의 행동(예를 들어 가격전략)을 유도하고 이러한 행동은 시장의 성과(예를 들어 가격과 이익)를 결정하게 된다. 따라서 고도의 산업집중은 기업들이 실질적인 시장지배력을 행사할 수 있는 능력을 반영하는 것이고 기업의 규모가 크고 고도로 집중된 산업은 완전경쟁의 이상적 상황에서 상당히 벗어났기 때문에 강력한 반트러스트 규제를 필요로 한다고 본다. 즉 SCP 접근에서는 수많은 작은 기업들로 구성된 원자론적(Atomistic)인 시장을 이상적인 시장이라고 보며 집중화된 바람직하지 못한 시장구조를 해체시키기 위해 정부의 적극적인 개입이 필요하다는 것이다. Susan C.S. Lee and James Nieberding and David A. Weiskopf, “Game Theory,” 20 *SPG Antitrust* 98, Spring 2006, p.98.

소비자에게 이전될 수 있으므로 기업 내부의 범주를 벗어나는 이 단계에서 기업은 이러한 산출물의 질이나 소비자가 이러한 산출물에 대해 느끼는 만족도에 영향을 줄 수 있는 어떠한 것도 할 수 없게 된다. 그러므로 기업이 생산한 산출물에 대한 소유권이 이미 다른 사람에게 이전된 경우 기업이 이러한 산출물의 처분과 사용에 대해 계약을 통해 제한을 가할 어떠한 합리적 이유도 발견할 수 없게 되는 것이다.

이러한 관점에서 보면 사회적으로 인정되는 경쟁은 이러한 개별 기업 내부에서 기술적 효율성을 달성하기 위해 자신의 재산권에 근거한(Property-Based) 기술적 경쟁이고 이러한 범위를 벗어나는 독립된 경제주체들 사이의 계약적(Contractual)행위에 대해서는 의심を 가지고 접근하게 된다. 따라서 기업이 생산한 산출물을 다른 독자적인 경제주체에 게 이전하기 위한 계약, 즉 권리를 기업으로부터 소비자(혹은 유통업자)에게 이전시키는 것을 단순히 매개하는 판매자와 구입자 사이의 합의인 표준적 계약(Standard Contracts)⁸⁾만이 인정된다. 그리고 기업이 거래 상대방으로부터 재산을 취득하기 전에 혹은 기업이 자신의 산출물에 대한 재산을 거래 상대방에게 이미 이전한 후에 이러한 거래상대방의 재량을 통제하려는 합의인 소위 “비전형 계약(Nonstandard Contracts)”은 기업 내부의 범주를 넘어서는 행위이므로 효율성과는 무관한 행동이라고 보게 된다.

이러한 비전형 계약형태는 완전경쟁모델과 유효경쟁모델이 암시하고 있는 경쟁개념, 즉 기업 ‘내부’에서의 ‘기술적 효율성’에 기초한 기업들 사이의 단기적인 개별적 맞대결(Moment-to-Moment Atomistic Rivalry)을 제한하는 것이므로 이는 기술적 효율성의 관점에서

8) 완전경쟁을 전제로 하는 가격이론에서 인정하고 있는 표준적 계약이란 시차를 두지 않고 자원이 즉시적으로 이전하는 데 필요한 합의를 의미한다고 볼 수 있다. 왜냐하면 완전경쟁시장에서는 자원의 이동을 방해하는 협상비용과 정보비용 및 그 밖의 장애물이 없으므로 시장에서의 이러한 자원의 할당은 시차가 존재하지 않고 즉시 발생하게 되고 이러한 자원의 즉시적 이동을 방해하는 대부분의 협력형태의 계약은 규제의 대상이 될 수밖에 없기 때문이다. Alan J. Meese, “Competition And Market Failure In The Antitrust Jurisprudence of Justice Stevens,” 74 *Fordham Law Review* 1775, March 2006, pp.1777-1778 참조.

따라서 완전경쟁모델에서는 기업의 존재를 설명하기가 어렵다. 왜냐하면 기업이란 궁극적으로 다양한 생산요소 소유자들이 지속적으로 관계를 맺고 있는 장기계약의 형태를 띠 수밖에 없는데 완전경쟁모델을 전제로 할 경우 이러한 장기계약은 개인들의 자유로운 행위를 제한하며 자원의 즉시적인 이동을 방해하게 되기 때문이다. 그러나 후술하는 바와 같이 시장에서 다양한 거래비용이 소요되는 상황에서 계약이라는 수단을 통해 이러한 비용을 극복하기 위한 개인들의 계약적 대응의 결과물을 기업의 본질로 바라보는 계약주의 기업관을 취할 경우에는 기업의 본질을 분명히 인식할 수 있는 계기가 마련될 수 있을 것이다.

는 설명될 수 없고 거래를 제한하기 위한 또는 독점화를 시도하기 위한 반경쟁적인 행위라고 보게 되는 것이다.⁹⁾

결국 가격이론과 유효경쟁개념을 전제로 할 경우에는 재산권에 기초한 기업의 행위를 비전형적인 계약행위보다 우위에 두며 개별적인 기업이 독자적이고 내부적 또는 일방적으로 행동하는 것은 경쟁적인 행위로 추정을 받으나 이러한 범위를 벗어나 다른 기업과 협력적·계약적으로 행동하는 것은 거래를 제한하는 것 또는 독점화를 시도하는 것으로 보며 반경쟁적인 관점에서 접근하게 되는 것이다.

여기서의 내부적 혹은 일방적 행위란 하나의 기업 내부에서 발생하는 행위로서 시장에서 다른 독립된 기업이나 개인과의 협력을 요구하지 않는 행위유형을 의미한다. 연구와 신상품 개발, 규모경제의 실현, 특허권의 획득과 시행, 다른 기업과의 기술공유의 거절, 그리고 가격결정 등이 그 예라고 할 수 있다.¹⁰⁾ 반면, 외부적 혹은 계약적 행동은 배타적 거래계약, 끼워팔기 계약, 유통업자들에게 특정한 제조업자의 제품을 선택하도록 요구하는 내용을 가진 계약 등과 같이 시장에서의 독립된 거래주체와 상품의 판매에 수반하여 체결되는 계약 등이 그 예라고 할 수 있다.¹¹⁾

(2) 반트러스트에 대한 냉대적 태도

가격이론과 유효경쟁개념은 단순히 경제학 분야에서만 논의된 것이 아니라 경쟁법 운용에 관심을 가지는 법학자와 정책가들에게도 직접적인 영향을 미치게 되었다. 특히 유효경쟁개념은 비전형계약이 경쟁법에 위반될 것인지의 여부를 결정함에 있어 결정적인 규범적 기준을 제시해 왔다.¹²⁾¹³⁾

9) 따라서 가격이론에서는 오직 두 유형의 계약만이 존재하게 된다. 기업이 생산한 제품을 소비자나 다른 기업에게 판매하기 위해 필요한 전형계약으로서의 경쟁적 계약과 그 밖의 비전형 계약으로서의 반경쟁적 계약이 그것이다. Richard N. Langlois, "Contract, Competition, And Efficiency," 55 *Brooklyn Law Review* 831, Fall 1989, p.835.

10) *Conwood Co. v. U.S. Tobacco Co.*, 290 F.3d 768, 783 (6th Cir. 2002) (규모의 경제를 실현하기 위한 기업의 행동은 서면법 제2조를 위반하지 않는다고 판시하고 있다) *Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 603 F.2d 263, 274-75, 281-82 (2d Cir. 1979) (규모의 경제나 기술적 혁신을 실현하기 위한 기업의 행동은 서면법 제2조를 위반하는 것이 아니라고 판시하고 있다)

11) *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 576 (1966) (5년 동안 배타적으로 거래하도록 하는 계약은 서면법 제2조에 위반한다고 판시하고 있다)

12) Alan J. Meese, *supra* note 5, p.788.

이러한 영향은 ‘반트러스트에 대한 냉대적 태도(Inhospitality Tradition of Antitrust)’를 야기하게 되었고 이 시기에 있어서의 경쟁정책은 비전형 계약에 의해 제한을 받지 않는 완벽하게 독자적인 기업들 사이의 기술적 맞대결(Technological Rivalry)의 상태를 경쟁법이 보호해야 할 경쟁(Competition)이라고 보며 기업들 사이의 직접적인 맞대결(Head to Head Rivalry)의 자유를 제한하는 계약적 제한에 대해서는 기본적으로 반경쟁적인 거래행위로 규정하였다. 만일 특정한 기업관행이 이러한 가격이론에서 도출되는 경쟁개념에서 설명될 수 없다면 이러한 관행은 독점력을 획득하거나 행사하기 위한 반경쟁적인 시도라고 보며 이러한 관행은 궁극적으로 이상적인 자원배분상태에서 벗어나게 되므로 바람직하지 못하다고 본 것이다.¹⁴⁾

이러한 경향은 특히 브랜드 내의 제한(Intrabrand Restraint)에서 분명히 나타나고 있다. 법원과 학자들은 특별한 반증 없이도 당연히 브랜드 내 제한은 “반경쟁적”이라고 가정하며 브랜드 내 제한과 그 밖의 수직적 계약적 조정을 당연위법 또는 준당연위법으로 보려는 경향이 많았다.¹⁵⁾¹⁶⁾ 반면 다른 기업과의 거래가 아닌 기업의 내부적·일방적 행동은 특별한 제재를 받지 않았다.¹⁷⁾

법원은 개별적인 기업들 사이에서 발생했다면 경쟁을 제한하는 행위로 간주되는 경

13) 우리나라 경쟁법 학자 대부분도 공정거래법의 목적은 이러한 유효경쟁을 실현하는 것이라고 한다. 신현운, 『경제법』, 법문사, 2006, p.127 및 각주 73의 인용문헌 참조.

14) Alan J. Meese, “Price Theory, Competition, And The Rule of Reason,” *University of Illinois Law Review*, 2003, pp.124-125.

15) *United States v. Topco Assocs.*, 405 U.S. 596, 608 (1972). *Albrecht v. Herald Co.*, 390 U.S. 145, 151-153 (1968). *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365, 379 (1967). *Fortner Enters. v. United States Steel Corp.*, 394 U.S. 495, 503-504 (1969). *United States v. Loew’s, Inc.*, 371 U.S. 38, 45-46.

16) 우리나라의 공정거래법 운용도 크게 다르지 않다. 공정거래법은 대부분의 판매촉진 행위에 대한 위반 여부를 사안에 따라 심사하여 판정하도록 하고 있고, 재판매가격유지행위에 대해서는 그 행위 자체가 원칙적으로 위법인 것으로 규정하고 있으나 대부분의 불공정거래행위에 대한 심결사례분석은 공정거래위원회가 특정한 판매촉진책 자체를 위법으로 심결하는 경향을 보여 주고 있다. 이는 법상의 사안별 심사를 통한 위법성의 판단취지에 비추어 볼 때 정상적인 법적용이라고 볼 수 없다. 또한 심결 자체도 특정 판매촉진책이 경쟁에 미치는 친경쟁적 또는 반경쟁적 효과 또는 소비자후생에 미치는 효과에 대한 경제분석을 토대로 이루어지기보다는 경쟁자간의 관계에서 해당 판매촉진책이 어떤 역할을 하였는가를 보는 데 집중함으로써 경쟁자 보호에 치중하고 있다(조성봉 외, 『공정거래법 전면 개편방안(상)』, 한국경제연구원, 2004, p.382). 따라서 우리나라 역시 가격이론과 유효경쟁개념에 기초를 두고 개별 경제주체들 사이의 맞대결을 경쟁법상의 경쟁개념으로 하고 있는 것이다.

17) *Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 380-381. *Klor’s Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc.*, 359 U.S. 207, 212 n.6 (1959).

우라도 이것이 하나의 독립된 기업 내부에서 혹은 일방적으로 행해진 경우라면 셔먼법 1조를 전제로 검토할 필요가 없다고 본 것이다. 따라서 포드와 제너럴 모터사가 자동차의 가격에 대해 담합하는 것은 금지되지만 제너럴 모터사의 자회사들 사이에서는 가격에 대해 합의하더라도 경쟁법상의 규제대상이 아니라는 것이다. 당연위법으로 판단하는 개별적 회사들 사이의 가격 고정과는 달리 계열회사들간의 행위는 하나의 기업 내부에서의 행동이므로 셔먼법 1조를 위반하지 않는다는 것이다.¹⁸⁾¹⁹⁾

그러나 기업의 내부적 혹은 일방적 행동이 경쟁법상의 규제에서 전적으로 면제되는 것은 아니다. 독점과 독점화를 위한 시도를 금지하는 셔먼법 2조는 1조의 규제를 벗어난 순수한 일방적 행위라도 그러한 행동이 독점을 획득하거나 독점을 유지하기 위해 경쟁자를 배제(Exclusionary)하는 행위라고 판단되는 경우에는 이를 규제하고 있다. 그러나 2조의 적용에 있어서도 1조에서와 마찬가지로 기업의 “내부적·일방적 행동”과 독립된 기업과의 “계약적 행동”을 구분하여 다루고 있다.²⁰⁾

따라서 내부적·일방적으로 결정되는 상품의 디자인에 대한 선택, 시장전략, 구입 혹은 판매의 거절, 가격책정 등은 이러한 행동으로 인해 다른 경쟁자가 시장에서 배제되더라도 기업의 독자적인 능력에 기초한 경쟁(Competition on Merits)이므로 합법이라고 추정된다. 만일 피해를 본 원고가 합법적 추정을 반복하려면 이러한 행동이 상품의 가격을 생산비용 이하로 책정하는 약탈적(Predatory) 행위에 해당한다거나 또는 이러한 행동이 경쟁 상대방의 경쟁능력을 심각하게 훼손시키고 시장지배력을 유지·창출하는 것

18) Alan J. Meese, supra note 1, p.17.

19) 이와 같이 경쟁법의 적용에 있어 동일한 집단에 속하고 공통된 지배를 받는 계열회사들은 그 전체가 하나의 경제적 단일체, 즉 하나의 기업으로 취급되므로 이들 사이의 협정이나 거래에 대해서는 경쟁법이 적용되지 않는다. 이러한 단일체 이론(Theory of Enterprise Unity)은 미국을 비롯하여 유럽공동체, 독일, 일본 등에서 인정되고 있다. 그러나 우리나라에서는 계열사간의 내부거래를 엄격히 규제하고 있다. 조성봉 외, 전거서, p.369.

20) 유효경제모델이 ‘독점화’ 이론에 가장 중요하게 영향을 준 사건은 *United States v. United Shoe Machinery*이다. 이 사건에서 법원은 순수하게 내부적인 기술적 장점에 기초한 경쟁(Competition Based on Pure Merit)과 외부적인 계약적 배제(Contractual Exclusion)를 구별하였다. 법원은 이러한 두 유형의 행동이 모두 경쟁자가 시장에 진입하는 것을 더욱 어렵게 만들지만 그럼에도 불구하고 전자의 행동은 정상적(Normal)이고 자연스러운(Natural) 경제행위이고 불가피한 경제적 법칙(Inevitable Economic Laws)이라고 판시하였다. 그러나 후자의 행동은 의식적인 경제행위이고 이러한 행동은 다른 기업이 시장으로 진입하는 것을 불필요하게 막는 것이므로 규제되어야 한다고 판시하였다. *United States v. United Shoe Mach. Corp.*, 110 F. Supp. 295 (D. Mass. 1953).

이외로는 설명될 수 없다는 사실을 입증해야만 한다.²¹⁾

반면, 시장에서 독립된 기업들간의 계약을 통해 경쟁자를 배제하는 경우에는 엄격한 검토를 요구한다. 이 경우 독점자가 자신의 경쟁자를 시장에서 배제시키려는 합의를 했다는 증명은 그러한 합의가 실질적으로 경쟁자를 시장으로부터 배제시켰는지 또는 실질적으로 소비자에게 해롭다거나 해롭게 할 것이라는 사실을 원고가 입증할 필요 없이 서면법 제2조의 적용을 받게 되는 것이다. 물론 피고가 이에 대해 항변할 수는 있지만 무거운 입증책임을 부담하게 된다. 피고는 자신의 계약적 배제행위가 소비자의 후생증진에 결정적으로 역할을 한다는 사실을 입증해야만 한다. 그러나 만일 원고가 이러한 소비자후생 증진의 목적을 보다 덜 제한적인 수단(Less Restrictive Means)을 통해 달성할 수 있었다는 사실을 입증하면 이러한 계약적 배제행위는 독점력을 행사하는 행위로서 “competition on the merits”를 방해하는 것이고 따라서 서면법 2조를 위반하는 독점화(Monopolize)행위라고 결론을 짓게 된다.²²⁾²³⁾

21) 이에 대한 구체적인 사건들과 개요에 대해서는 Alan J. Meese, supra note 5, fn 50-53.

22) Eastman Kodak Co. v. Image Tech. Servs., Inc., 504 U.S. 451, 483-84 (1992)

23) 기업행위의 내부적·외부적 구분을 기초한 “competition on the merits”와 “contractual exclusion” 사이의 구별은 최근의 United States v. Microsoft Corp.에서도 받아들여지고 있다. 1998년 정부 마이크로소프트(MS)사가 인텔 칩(Intel Chip) 기술에 기반을 두고 있는 PC O/S 시장을 독점화했다는 이유로 MS사를 제소했고 당시 정부는 “내부적 배제(Internal Exclusion)”와 “계약적 배제(Contractual Exclusion)”를 철저히 구분하며 이 사건에 접근하였다. 이러한 접근은 연방지방법원과 항소법원에서도 인정되었다. 정부는 주장하기를, 생산비용을 줄이거나 생산품의 질을 향상시키는 등과 같은 기업 내부의 독자적인 능력에 기초한 경쟁은 당연 합법인 반면 MS사가 OEM, IAP 그리고 ICP 등의 업체와 체결한 다양한 계약은 소비자의 선택과 이러한 업체들의 재량을 제한하며, 따라서 이러한 계약들은 진입장벽을 야기하게 되고 독자적 능력에 기초한 경쟁을 금지하는 경향이 있기 때문에 위법이라고 하였다. 정부의 이러한 입장은 지방법원과 항소법원에 의해 지지되었다. 즉 양 법원은 MS사가 IAP·ISP 업체와 체결한 거래계약은 MS사의 경쟁자(Rivals)들을 인터넷 브라우저의 유통을 위한 두 개의 가장 중요한 채널 중 하나로부터 차단하기 때문에 위법으로 추정된다고 판시하였다. 법원은, MS사의 경쟁사인 Netscape사가 자신의 브라우저를 유통시키기 위해 여전히 다른 수많은 ISP 업체에 의존할 수 있는 자유를 가지고 있다는 사실에도 불구하고 그렇게 판시하였다. 항소법원과 지방법원 모두는 어떻게 그러한 유통채널의 하나로부터의 부분적 배제가 소비자들의 이익을 해할 수 있는지를 설명하고 있지 않다. 또한 양 법원은 MS사가 OEM 업체와의 계약을 통해 이들 업체가 Internet Explorer를 설치하고 컴퓨터의 바탕 화면에 IE 아이콘을 표시하도록 하는 요구는 그러한 계약적 제한이 OEM 업체가 계약적으로 자유롭게 경쟁사의 브라우저를 설치하고 표시할 수 있다고 해도 그 자체가 위법으로 추정된다고 판시하였다. 법원은 어떻게 이러한 계약적 제한 그 자체가 MS사의 경쟁사인 Netscape사의 비용을 경쟁을 해할 정도로까지 증가시킬 수 있는지에 대해서는 어떠한 설명도 하지 않았다. 단지 OEM 업체가 브라우저 유통을 위한 두 개의 중요한 유통경로 중의 하나라는 사실만 언급하고 그러한 제한은 “많은” OEM 업체들

3. 전통적인 기업관 및 경쟁개념의 한계

신고전학과 가격이론에서는 기업을 이미 주어진 하나의 독자적인 실체로 보며 거래 비용이 소요되지 않는 시장을 분석하기 때문에 여기서의 경쟁은 시장에서 제한을 받지 않는 독자적인 기업들이 또 다른 경쟁 기업을 이기기 위한 맞대결(Rivalry)의 상황을 상상하기가 쉽다. 물론 이러한 맞대결의 상황도 서로 경쟁을 하는 것은 분명하다. 다만 경쟁개념을 이렇게만 이해할 경우 협력이라는 개념은 경쟁과 대립되는 것으로 받아들여질 수 있다. 즉 경쟁의 개념을 시장에서의 행위자들 사이의 맞대결의 상황으로 보고 이러한 상황을 제한하는 협력적 거래행위는 경쟁을 제한하는 것으로 보기 쉽다.

그러나 직관적으로 생각해 보면 기업 내부에서의 생산요소 소유자들 사이의 협동 및 구속은 일반적으로 시장에서의 기업들 사이의 협동 및 구속보다 훨씬 강력함에도 불구하고 전자의 생산요소 소유자들 사이의 경쟁제한에 대해서는 관대하면서 후자의 경쟁 제한에 대해서는 기본적으로 부정적 관점을 가지고 있는 것은 모순인 것처럼 보일 수도 있을 것이다. 물론 신고전학과 가격이론에서처럼 기업의 본질을 조직적 관점에서 보다 심도 있게 인식하려 하지 않고 이미 주어진 하나의 독자적인 실체로 보게 되면 기업 내부에서의 협력과 시장에서의 협력을 서로 다른 기준(재산권적 관점과 계약적 관점)을 적용하여 평가하는 것이 전혀 모순되지 않을 것이다.

그러나 기업을 이미 주어진 것으로 보고 기업 내부에서의 협력과 시장에서의 협력을 선형적으로 구분하며 경쟁개념을 정립하는 것이 아니라 경제행위의 협력이라는 보다 일반적이고 거시적인 차원에서 접근하며 이러한 협력이 현실적인 시장에서 구체적으로 어떠한 형태로 발생하고 있는가를 살피게 되면 기업내부거래와 시장거래를 확일적으로 구분하여 평가하는 것은 바람직하지 못할 것이다. 왜냐하면 경제행위를 협력의 관점에서 거시적으로 살피게 되면 기업이라는 것도 결국에는 독특한 형태와 특징을 가진 협력의 한 유형으로 파악될 수 있고 경쟁개념도 이러한 협력이라는 관점에서 재구성될 수

이 MS사의 경쟁사 브라우저를 사전에 설치하는 것을 방해한다고만 판시하고 있다. 법원은 “얼마나 많은” OEM 업체가 이러한 방법으로 제한을 받고 있는지 혹은 그들이 Netscape사의 브라우저의 점유율에 의미 있는 영향을 줄 수 있는 충분히 중요한 시장 참여자들인지에 대해서는 언급을 하고 있지 않다. 자세한 내용은 Alan J. Meese, *supra* note 5, pp.762-771 참조.

있기 때문이다.

이하에서는 신고전학과 가격이론에서처럼 기업을 이미 주어진 존재로 보는 것에서부터 출발하지 않고 거래비용이 발생하고 있는 현실적인 시장에서 경제주체들이 구체적으로 수행하고 있는 협력적 행위를 살피며 이러한 과정을 통해 「기업의 본질」과 「경쟁의 개념」을 정립해 보기로 한다.

Ⅲ. 신제도학과 경제학과 경쟁정책

1. 경제적 협력과 제도

현실적인 시장체제는 독자적이고 개별적인 경제행위로만 이루어지는 것이 아니라 수많은 형태의 협력 속에서 이루어지고 있다는 것은 주지하는 바이다. 분업화된 사회에서 단독으로만 경제행위를 영위해 나갈 수는 없고 어떠한 방식으로든 다른 사람들과 관계를 맺을 수밖에 없을 것이고 경쟁이라는 것도 이러한 협력적 관계 속에서 발생하고 있는 것이다. 따라서 현실적으로 발생하고 있는 경쟁은 어떠한 측면에서 보면 거래 상대방간의 직접적인 맞대결을 제한하는 다양한 경제주체들간의 협력 속에서 이루어지고 있다고 할 수 있다.

따라서 사회적으로 유용한 경쟁(Competition)은 종종 일정한 협동(Cooperation)을 요구하고 이러한 협동은 협동을 하는 당사자들 사이의 맞대결(Rivalry)을 제거한다. 만일 사회가 사회의 후생을 증진시키는 모든 시장적 행동을 경쟁으로 정의한다면 협동의 많은 형태는 비록 이것이 협동하는 당사자들 사이의 경쟁을 제거한다고 해도 경쟁정책의 목적과 관련해서는 경쟁적이라고 할 수 있다. 따라서 경쟁개념을 신고전학과 가격이론과 유효 경쟁개념에서처럼 경쟁자들 사이의 맞대결의 관점에서만 정의해서는 안 되고 경제사회에서 실질적으로 일어나고 있는 협력이라는 보다 거시적인 차원에서 경쟁개념을 끌어내야만 할 것이다.

이와 같이 경제행위의 협력적 관계 속에서 경쟁개념을 규명하고자 할 때 항상 염두에 두어야 할 것은 현실적으로 발생하고 있는 다양한 형태의 협력과 경쟁은 신고전학과 가

격이론에서처럼 빈 공간에서 발생하는 것이 아니라는 사실이다. 모든 경제적 협력과 경쟁은 다양한 형태의 거래비용이 소요되는 시장과 이러한 시장에 국가가 설정해 놓은 수많은 게임의 룰(Rule of the Game)의 틀 내에서 발생하는 것이고 이러한 게임의 룰은 시장에서의 경제주체들의 행위에 영향을 미치는 “제도적 틀(Institutional Framework)”의 역할을 하게 되는 것이다. 이러한 제도적 틀은 시장에서 수행되는 경제주체들 사이의 거래관계가 성립되고 유지되는 데 소요되는 비용에 영향을 미치게 될 것이다. 이와 같이 ‘시장’이라는 곳은 진공상태의 텅 빈 공간 속에서 작동하고 있는 것이 아니라 국가에 의해 설정되고 집행되는 수많은 제도적 틀 속에서 작동하고 있는 것이다.²⁴⁾ 따라서 개별 경제주체들의 행위로부터 최대한의 이익을 취득하고자 하는 사회는 유용한 협력의 비용을 최소화하면서 해로운 협력을 억제할 수 있는 제도적 틀을 설계해야만 할 것이다. 시장에서의 이러한 협력적 관계를 규율하는 가장 기본적인 제도적 틀은 당연히 계약법(상법 포함)이고 이러한 계약법을 경쟁이라는 규범적 차원에서 지원해 주는 것이 바로 경쟁법(공정거래법)일 것이다.

그러므로 거래비용이 소요되는 시장에서 사회적으로 바람직한 경쟁을 촉진시키고 보호하기 위한 제도적 틀인 경쟁법을 어떻게 설계할 것인가에 대한 고민은 시장을 제도적 관점에서 바라보며 이러한 관점을 기초로 「기업의 본질」과 「경쟁의 본질」을 접근해 가는 과정에서부터 시작되어야 할 것이다. 이러한 접근을 가능하게 하는 경제학적 방법론이 바로 「신제도학과 경제학(New institutional Economic)」 또는 「법경제학(Law and Economic)」인 것이다.²⁵⁾

24) Friedrich A. Hayek, *Free Enterprise and Competitive Order, in Individualism and Economic Order*,” 107, pp.110-116 (1948). 잘 작동하는 경쟁적 질서(Well-Functioning Competitive Order)는 잘 만들어진 계약법, 재산법, 불법행위법, 상법 등과 같은 법적 틀(Legal Framework)에 기반을 두고 있는 것이다. Alan J. Meese, *supra* note 1, fn 28에서 재인용.

25) 신제도학과 경제학과 법경제학은 동일시해도 무방하고 여기서의 법경제학이란 제도(Institution)와 시장(Market)의 관계에 관한 연구로서 다양한 사법적 제도, 즉 재산권, 계약법, 불법행위법 등과 시장질서와의 관계를 연구하는 것이다(박세일, 『법경제학』, 박영사, 2000, p.33). 따라서 제도적 관점에서 기업의 본질과 경쟁의 개념을 도출하고자 하는 신제도학과 경제학이 공정거래법의 법경제학분석에서 필요한 경제학 방법론이라고 할 수 있다. 다만 박세일 교수는 New Institutionalism과 Neo-Institutionalism을 구분하고 있으나 이를 동일시하는 것이 일반적이다. Stephen M. Bainbridge, “Director Primacy: The Means And Ends of Corporate Governance,” 97 *Northwestern University Law Review* 547, Winter 2003, fn 225 참조.

이러한 방법론에서는 시장만을 연구하는 것이 아니라 시장이 구체적으로 작동할 수 있도록 해 주는 제도를 연구하므로 시장에서 현실적으로 존재하고 있는 다양한 제도적 틀과 이러한 틀 속에서 다양한 경제적 성과를 창출하고 있는 협력의 형태를 조직적 관점에서 접근할 수 있는 계기를 마련해 주고 있다. 그리고 이러한 조직의 행동원리와 특성을 협력의 주체인 개인의 관점에서 설명하고자 한다.²⁶⁾²⁷⁾

2. 신제도학과 경제학의 기본구조

제도(Institutions)란 인간들 사이의 상호작용(Interaction)을 형성하고 있는 인간이 고안해 낸 제한 또는 사회에서의 게임의 룰(The Rule of The Game)로 정의될 수 있고 이러한 제도는 정치적, 사회적, 경제적 인간들 사이의 교환관계에서 인센티브(Incentive)²⁸⁾를 구성하게 된다.²⁹⁾³⁰⁾ 현대 경제학자들은 개인과 이러한 개인들로 구성된 조직의 행동에 영향을

26) Edward L. Rubin, "Images of Organizations And Consequences of Regulation," 6 *Theoretical Inquiries in Law* 347, July, 2005, p.363.

27) 이러한 신제도학과 경제학은 20세기 초의 구제도학과(Original Institutionalist School)에 기초를 두고 있다. 그러나 구제도학과는 제도를 역사적·사회적 관점에서 설명하는 반면 신제도학과는 제도의 특성 및 구조를 개인들의 행위의 결과라는 미시적 관점에서 설명한다는 점에서 차이가 있다. 따라서 신제도학과 경제학은 가격이론이 전제로 하고 있는 전통적인 신고전학과 경제학과 대립되는 것이 아니라 이러한 신고전학파의 기본적인 방법론을 기반으로 하면서 이러한 기반을 보다 현실화시키며 시장에서의 구체적인 제도를 분석하고자 한 것이다. 즉 다음의 각주에서 보는 것처럼 신제도학과에서는 신고전학파에서와는 달리 불완전하게 합리적인 경제주체를 설정하고 이러한 인간의 불완전성을 보완하기 위해 발생하는 것이 바로 "제도"라고 보는 것이다. 그러므로 「신고전학파」와 「신제도학과」, 경제학을 대립되는 시각에서 보기보다는 「보완적인 시각」에서 바라보아야 할 것이다.

28) 이와 같이 제도(특히 법)의 변화를 인간들이 직면한 「인센티브 체계」로 간주하고 인간의 행동을 예측하며 바람직한 정책수립을 도모하고자 하는 것이 '법경제학'의 기본적 접근방식이다. 이와 같이 법을 인간들의 행동에 대한 인센티브 체계로 간주할 경우 법적 체계에 직면한 인센티브의 변화로 인해 행동의 결과가 어떻게 변화될 것인가를 예측하기 위해 인간의 행동원리를 알아야만 할 것이다. 이러한 행동원리로서, 전통적인 신고전학과 가격이론에서는 합리적 선택이론(Rational Choice Theory)을 전제로 외생적으로 주어진 법과 제도의 제약조건하에서 합리적으로 행동하는 인간을 전제로 하고 있으나 신제도학과 경제학에서는 보다 현실적으로 제한된 합리성(Bounded Rationality)을 전제로 인간행동과 이러한 행동으로 인한 제도의 생성 및 변화를 내생적으로 연구한다. 신제도학과 법경제학에 관한 자세한 내용은 Nichols Mercurio and Steven G. Medema, *Economics and Law*, Princeton University Press, 1997, Ch. 5 참조.

29) North, Douglass C., *Institution, Institutional Change, and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990, p.3.

미치는 다양한 원인들을 검토하기 위해 제도라는 개념을 사용하는 것이다.

이와 같이 ‘제도’는 인간들 사이의 ‘상호작용’을 구성하고 있는 ‘인센티브 체계’이므로 신제도학파의 제도 분석은 인간들의 상호작용 중 협력적 상호작용의 법적 표현인 「계약(Contracting)」과 이러한 계약을 체결하는 데 소요되는 「거래비용(Transaction Costs)」, 그리고 이러한 거래비용에 영향을 미치며 계약행위에 있어 인센티브 체계를 제공해 주는 「재산권(Property Rights)」 등의 세 개념에 집중되어 있다. 경제행위의 분석에 있어 신제도학파 경제학이 중요시하는 이러한 세 개의 개념과 이들 사이의 관계를 살펴보면 다음과 같다.

(1) 경제행위와 제도적 환경

우선 재산권에 대해 살펴보면 신제도학파 경제학에서 의미하는 재산권이란 물적·인적 자산에 대한 통제권³¹⁾을 의미한다.

이와 같이 자산에 관한 통제권의 할당과 집행을 위한 구조로 여겨지는 재산권 제도는 경제조직과 경제적 의사결정에 있어 핵심적 위치를 차지하고 있다.³²⁾ 이러한 재산권 제도는 경제적 교환, 즉 계약행위에 있어서 계약 당사자들의 인센티브를 유도하고, 의사결정 권한을 할당하며, 거래비용의 수준을 결정하게 된다. 재산권 제도는 경제적 행동의 전제가 되는 구조(Structure)를 형성하게 되는 것이고,³³⁾ 이러한 구조는 경제행위에 참여한 개별 경제주체들이 자신들만의 최적 권리의무관계를 설정하는 과정에서 제도적 틀, 즉 거시적 권리의무관계를 형성하고 있는 것이다. 개별 경제행위에 영향을 미치는 재산권 제도를 이와 같이 이해한다면 시장에서 현실적으로 관찰되는 경제주체들간의 다양한 협정 내지 조직도 이러한 재산권 제도의 제도적 틀에 의해 형성되는 인센티브와 거래비용에 대한 반응으로 발생한다는 사실을 알 수 있을 것이다. 그리고 국가적 차원에

30) 이러한 제도에는 법(Law)과 같은 공식적인 규칙과 관습·전통·행위규범 등과 같은 비공식적인 규칙도 포함되지만 정책적인 관점에서 보면 법이 가장 중요할 것이다.

31) Sanford J. Grossman & Oliver D. Hart, "The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration," 94 *Journal Pol. Econ.* 691, 1986, pp.693-695. 자산을 소비하고 이러한 자산으로부터 소득을 얻고 자산을 양도하는 것과 같은 전통적인 재산권개념은 ‘통제권’이라는 개념 속으로 포섭될 수 있을 것이다.

32) Libecap, Gary D. *Contracting for Property Rights*, Cambridge University Press, p.10.

33) Curtis J. Milhaupt, "Property Rights In Firms," 84 *Virginia Law Review* 1145, September 1998, p.1151.

서 거시적으로 설정된 이러한 재산권구조하에서 개별 경제주체들은 계약이라는 수단을 통해 자신들의 거래관계에서 특별히 발생하는 거래비용을 극복하기 위한 (미시적) 인센티브 구조를 설계하려고 할 것이고 이러한 노력은 거래당사자들 사이의 권리의무관계, 즉 미시적 재산권을 설정하고자 하는 계약적 대응을 통해 달성될 수 있을 것이다. 이것이 바로 거시적 재산권 구조로 형성된 「제도적 환경」하에서 발생하는 「제도적 조정」이고 이러한 개별 경제주체들의 제도적 조정을 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

(2) 경제행위와 제도적 조정

신제도학과 경제학에서는 거래당사자들의 개별적 제도적 조정과정에서 나타나는 어떠한 특징적 차이들이 시장경제에서의 거래를 지배하는 다양한 조직적 협정 (Organizational Arrangement)을 유도하는가에 관심을 가지고 있다. 따라서 기업조직을 이미 주어진 것으로 보며 추상적이고 보편적인 시장을 경제분석의 단위로 삼는 것이 아니라 시장에서 현실적으로 발생하는 경제주체들 사이에서의 구체적인 거래 ‘협정’을 분석의 출발로 삼고 있는 것이다. 조직적 협정에는 기업 내부조직에서의 협정, 상품과 서비스의 판매자와 구매자 사이의 시장에서의 단기적 협정, 이 둘 사이의 성격을 모두 가지고 있는 시장에서의 장기적 협정 등이 있다.

신제도학과 경제학은 경제조직을 조직의 경제화를 달성하기 위한 거래 당사자들 사이의 다양한 「계약의 형태」로 규정하고 이러한 경제조직들간의 비교 계약적 접근 (Comparative Contractual Approach) 방식을 통해 기업과 그 밖의 조직적 협정을 연구한다.³⁴⁾ 이러한 조직적 거래관계를 지배하는 협정의 선택에 있어 가장 중요하게 고려되는 사항은 계약적 위험과 관련된 비용, 그리고 그러한 위험에 대처하기 위해 당사자들이 체결하는 제도적 조정의 비용 등을 포함한 거래의 총비용을 최소화하는 것이다.

비교 제도적 방법론으로서의 신제도학과 경제학은 계약적·조직적 협정의 평가에 있어 불완전 계약(Incomplete Contracts)을 전제로 한다. 제한된 합리성과 기회주의적 성향을 가진 인간들은 계약을 체결하는 시점에서 장래에 발생할지도 모를 모든 상황들을 사전적으로 예측하여 계약조항에 포함시키고 이에 관해 서로 합의를 이끌어 낸다는 것이 현

34) Paul L. Joskow, “Transaction Cost Economics, Antitrust Rules, And Remedie”, 18 *Journal of Law Economics And Organization* 95, Apr. 2002, pp.96-97.

실적으로 불가능하지만 되도록이면 완전한 계약을 작성·감시·집행하고자 할 것이고 이러한 과정에서 상당한 수준의 거래비용에 직면하게 될 것이다. 그리고 이러한 사실을 잘 알고 있는 거래 당사자들은 계약체결 이후 시점에서의 상황변화로 인해 발생하는 계약 당사자들 사이의 이해충돌을 해소하기 위해 나름대로의 계약적 대응을 할 것이고 이러한 계약적 대응의 형태는 다양한 조직간의 선택에 있어 신제도학과 경제학이 가장 중요시하는 부분이다.

계약관계에서의 불완전성은 결국 거래비용으로 인한 것이므로 이러한 거래비용을 줄이기 위해 계약 당사자들은 다양한 계약적 노력을 하게 될 것이고 이러한 노력은 개별 거래의 다양한 특성에 따라 각기 상이한 형태로 나타날 수밖에 없을 것이다. 이와 같이 불완전한 계약구조하에서 이러한 불완전성을 극복하기 위한 거래 당사자들간의 사적 노력을 계약 지배구조(Governance)의 관점에서 접근하게 되는 것이다.

이와 같이 신제도학과 경제학은 개별거래의 다양성과 이러한 구체적인 거래에서 체결되는 계약 지배구조협정 사이의 상관관계를 분석하는 데 주력하고 있다. 따라서 이러한 분석은 수직적·수평적 결합에 관한 기업의 의사결정과 수직적 결합과 시장에서의 일회적 거래의 중간적 형태를 띠며 이들의 대안으로 발생하는 비전형적 계약 협정(Nonstandard Contractual Arrangements)의 선택과 구조를 이해하는 데 상당히 유용하다.³⁵⁾

3. 기업의 본질과 경쟁개념의 재해석

(1) 계약주의 기업이론

1) 계약의 결합체로서의 기업

제도적 관점에서 경제행위를 바라볼 경우 등장하게 되는 세 개의 개념, 즉 계약·재산권·거래비용을 전제로 신고전학과 가격이론에서의 기업의 본질인 블랙박스를 열고 기업관계와 구조를 살펴보게 되면 기업의 본질은 다음과 같이 파악될 수 있을 것이다.

개별적인 경제주체들은 국가적 차원의 거시적 재산권구조에 의해 형성된 인센티브 체계와 거래비용의 수준하에서(제도적 환경) 이러한 거래비용을 극복하기 위해 자신들만

35) Jean Tirole, *The theory of industrial organization*, Cambridge, Mass.: MIT Press, 1988, p.186.

의 최적인 권리의무관계, 즉 미시적 재산권 구조를 설계하기 위해 다양한 계약적 반응을 할 것이고(제도적 조정) 이러한 「계약적 반응의 결과물」이 바로 「기업의 본질」을 구성하고 있는 것이다.

보다 구체적으로 설명해 보면, 생산을 위해 수요가 발생할 때마다 다양한 생산요소 소유자들이 시장에서 단기적으로 계약을 통해 거래를 할 경우 발생할 수밖에 없는 거래비용 - 계약체결 이후의 미래상황변화에 대한 불확실성(Uncertainty), 계약 상대방의 기회주의(Opportunism), 그리고 주어진 상황에서 당사자들이 어떻게 대응할 것인가를 계약서에 구체화하려고 할 때 부딪히는 복잡성(Complexity) 등 - 을 극복하기 위해 계약조건에 대한 포괄적인 내용을 일방적으로 확정할 수 있는 권위(Authority)를 계약의 일방 당사자에게 부여³⁶⁾함과 동시에 이러한 권위를 통제하기 위한 구조와 절차적 메커니즘을 계약 관계에서 발생하는 권리의무의 내용으로 하는 「계약유형」이 바로 「기업의 본질」인 것이다.

시장에서 생산요소 소유자들 사이의 계약이 시장메커니즘을 이용하는 거래비용으로 불완전할 경우 이러한 불완전성을 극복하기 위해 개별 경제주체들은 거래비용이 소요되지 않는 완전시장에서의 전형 계약과는 다른 구조의 비전형 계약형태를 필요로 할 것이고 이러한 계약형태 내지 계약구조가 바로 기업의 본질이라는 것이다. 그러므로 「기업」의 본질은 단순히 신고전학과 가격이론에서처럼 소비자에 대응되는 또 다른 하나의 실체라기보다는 계약의 한 형태인 「계약의 결합체(Nexus of Contract)」로 인식될 수 있을 것이다.³⁷⁾

36) Stephen M. Bainbridge, *Corporation Law and Economics*, Foundation Press, 2002. pp.34-35.

37) 기업 또는 회사의 본질을 계약의 관점에서 바라보는 「계약주의 회사관」은 신제도학과 경제학의 기본적인 회사관이라고 할 수 있다. John R. Boatright, "Contractors as stakeholders: Reconciling stakeholder theory with the nexus-of-contracts firm," *Journal of Banking & Finance* 26, 2002, p.1837. 그러나 우리나라의 회사법 논의에서는 이러한 계약주의 회사관을 신고전학과 또는 시카고학과 경제학자들이 주장하고 있다고 소개하는 것이 일반적이다. Easterbrook & Fischel 저, 이문지 옮김, 『회사법의 경제학적 구조』, 자유기업센터, 1999. 남기윤, 『유형론적 방법론과 회사법의 신이론』, 학우출판사, 1999, pp.254-269. 신고전학과 경제학(전통적인 신고전학과 가격이론이 아님)과 신제도학과 경제학은 회사정책에 있어서 상당히 다른 관점을 제시하고 있는데 이러한 각각의 경제학파가 회사의 본질에 관해서는 모두 계약주의 회사관을 채택하고 있는 것이다. 따라서 계약주의 회사관에서 올바른 정책적 함의를 끌어내기 위해서는 신고전학과 계열에서 주장하는 계약주의 회사관과 신제도학과 계열에서 주장하는 계약주의 회사관을 각각의 경제학파가 추구하는 기본적 시각에서부터 접근하며 그 차이점을 분명히 인식할 필요가

2) 수직적 부분 통합

기업이 거래비용을 줄이기 위해 존재하는 계약의 특별한 형태라는 것을 인식하는 것은 기업의 본질인 생산요소 소유자들 사이의 완벽한 수직적 통합형식의 계약형태에 이르지 못하는 계약적 조직에 대해 새로운 해석을 가능하게 해 준다. 즉 수직적 완전통합형식의 기업이 시장에서의 거래비용을 극복하기 위한 것이라면 거래비용의 수준에 따라 이러한 비용을 극복하기 위해 완전한 수직적 통합에 이르는 정도의 권위보다 약화된 형태의 권위를 전제로 한 부분적 수직적 통합 형식의 계약유형이 필요할 것이라는 사실도 충분히 생각해 볼 수 있을 것이다. 이러한 유형의 계약적 합의가 비록 재산의 완벽한 소유 혹은 고용자·피용자 관계와 관련된 정도의 권위에 기초한 통제수준에는 이르지 못하지만 이러한 부분적 통합관계를 창설하는 합의 역시 순수한 시장에서의 계약이라면 발생하였을 거래비용을 완화시켜 줄 수 있는 충분한 권위를 제공해 줄 수 있을 것이다. 또한 이러한 부분적 통합은 다양한 생산요소 소유자들을 완전통합을 했을 경우 이들 생산요소들을 통제하고 관리하는 데 소요되는 조직비용(Organization Cost)을 어느 정도 완화시켜 줄 수 있을 것이다.

이와 같이 조직의 비교 계약적 접근의 관점에서 보면 ‘기업’ 내부에서의 협동과 ‘시장’에서의 경쟁 사이에는 복잡하고 다양한 형태의 계약적 관계들이 그 정도에 따라 스펙트럼처럼 존재하고 있고 이러한 계약유형들의 형태는 추가적 생산을 내부적으로 할 경우에 소요되는 생산요소의 통제비용과 시장에서 외부 경제주체를 통해 조달하는 경우의 거래비용의 비교를 통해 결정될 것이다. 따라서 거래를 기업 내부적으로 편입시킬 것인지 아니면 시장에서 외부적 거래자와 할 것인지 또는 이 둘 사이를 서로 적절히 조합할 것인지 그리고 조합한다면 어느 정도 조합하는 것이 최적일 것인지³⁸⁾ 등에 대한 정답은 존재하지 않고 각각의 기업에 따라, 그리고 시기에 따라, 경제적 상황에 따라 서

있다. 그래야만 최근 미국에서 논의되고 있는 계약주의 회사관에 관한 올바른 이해를 바탕으로 이러한 논의를 우리나라의 회사정책에 오해 없이 도입하여 적용할 수 있는 계기가 마련될 수 있을 것이다. 경제학파적 시각에서 본 계약주의 회사관에 관한 자세한 내용은 신석훈, 『회사지배구조모델의 법경제학적 접근-계약주의 회사모델을 중심으로-』, 연세대학교 법학 박사학위 논문, 2006 참조.

38) Alan J. Meese, Property Rights and Intra-brand Restraints, 89 *Cornell Law Review*. 553, 2004, pp.586-592. (제조업자가 자신의 생산품을 시장에서의 독립된 유통업자를 통해 유통시키면서 동시에 부분적 거래 제한을 하는 것이 어떻게 최적의 유통 인센티브(Optimal Distribution Incentives)를 만들어 낼 수 있는 지에 관해 설명하고 있다).

로 다르게 나타날 수밖에 없을 것이다.³⁹⁾⁴⁰⁾ 그러므로 거래당사자들 사이의 최적의 권리의무 구조인 미시적 재산권의 설정과정(제도적 조정)에 법이 지나치게 획일적으로 깊숙이 개입하는 것은 경계해야 할 것이다.⁴¹⁾

(2) 계약적 경쟁

전통적인 신고전학과 가격이론에서 경쟁이라는 개념과 무관해 보이는 독립된 기업의 일방적 또는 내부적 행위도 계약주의 회사관의 시각에서 보면 궁극적으로는 산출물을 생산해 내기 위한 다양한 생산요소 소유자들 사이의 협력적이고 계약적인 행위의 결과로 볼 수 있다. 기업 내부에서의 생산요소 소유자들 사이의 이러한 협력은 다른 기업에서 이러한 생산요소의 사용에 접근하는 것을 배제시킴으로써 경쟁 기업의 생산기회를 제한한다는 점에서 분명 경쟁을 제한하는 배타적 행위라고 볼 수 있을 것이다. 그러나

39) Frank H. Easterbrook, "The Limits of Antitrust," 63 *Texas Law Review* 1, August 1984, p.2.

40) 윌리엄슨은 거래관계를 지배하는 세 가지의 지배구조인 시장(Spot Market), 기업(Hierarchy), 그리고 이들의 중간적 성격(Hybrid) 중 어느 것이 지배적인가를 결정하는 것은 거래관계가 인센티브의 강도(Incentive Intensity), 관리적 통제(Administrative Control)와 계약법 체제(Contract Law Regime)의 각각에 어느 정도 의존하는가에 따라 달라진다고 하였다. 즉 "시장적 지배구조"에서는 고도의 인센티브를 유지하고 있고 어떠한 관리적 기구도 가지고 있지 않으며 대부분의 분쟁은 법정에서의 형식적 방법을 통해 해결되는 반면, "위계적 지배구조"에서는 낮은 인센티브의 상황에서 작동하며 많은 관리적 기구들을 가지고 있고 분쟁의 대부분은 내부적으로 해결된다. 따라서 기업이라는 것은 분쟁을 궁극적으로 내부적으로 해소시켜 주는 자발적인 지배구조인 것이다. 따라서 시장적 지배구조에서는 개별적 적응의 장점을 누리는 반면 위계적 지배구조에서는 협력적 적응의 장점을 누리게 되는 것이다. 이들의 중간적 형태의 지배구조(Hybrid)는 양자의 특성을 적절히 조합하는 지배구조 형태이고 장기적 계약형태인 관계적 계약(Relational Contracts)이 대표적이다. 이와 같이 계약의 렌즈를 통해 경제적 조직을 바라볼 경우 기업은 더 이상 생산의 기술적 관계를 나타내는 생산함수가 아니라 다른 이용 가능한 지배구조 형태와 관련하여 검토해야만 하는 지배구조, 즉 조직의 형태이다. 또한 독점력을 사전적으로 전제하지 않고 비전형(Non-Standard)계약과 익숙하지 않은 계약형태를 독점의 관점에서만 바라보는 것이 아니라 효율성의 관점에서 바라볼 수 있는 계기를 마련해 줄 수 있다. 윌리엄슨의 시장과 위계 그리고 제3의 거래조정 양식에 관한 보다 구체적인 설명은 Burrows, Paul and C. G. Veljanovski, *The Economic Approach to Law*, Butterworths, pp.50-55. Williamson Oliver E., "Examining economic organization through the lens of contract," *Industrial and Corporate Change*, Vol.12, No.4, 2003, pp.925-926.

41) 이와 같은 신제도학과 경제학의 기본관점을 회사지배구조와 관련하여 생각해 볼 경우 회사지배구조 관련법(Corporate Governance Law)은 거래 당사자들이 자신들만의 최적 권리의무 구조를 설정하는 과정인 제도적 조정을 연구하는 것이 아니라 이러한 다양한 제도적 조정과정이 원활히 작동할 수 있는 제도적 환경을 연구하는 것이 되어야 할 것이다. Stephen M. Bainbridge, *Corporation Law and Economics*, Foundation Press, 2002, p.24. fn. 16.

가격이론이 경쟁법의 관점에서 이러한 배타적 행위에 대해 특별히 염려하지 않는 이유는 기업 내부의 생산요소에 다른 기업이 접근하는 것을 배타적으로 막을 수 있는 근거를 기업이 이러한 생산요소를 소유하고 있다는 「재산권(Property Right)」에 두고 있기 때문이다. 이러한 재산권에 근거한 행위가 경쟁자의 접근을 어렵게 하더라도 이는 재산권의 본질적 속성에서 기인하는 불가피한 결과이므로 경쟁법이 크게 염려하지 않아도 된다는 것이다. 즉 소비자가 자신이 소유하고 있는 재산적 기초하에서 효용을 극대화하고자 하는 하나의 경제주체인 것과 마찬가지로 기업 역시 자신이 소유하고 있는 재산적 기초하에서 이익을 극대화하고자 하는 하나의 독자적인 경제적 실체이므로 기업이 자신이 소유하고 있는 재산권을 내부적·일방적으로 행사하는 것은 재산권의 정당한 행사라는 것이다. 기업 내부에서 기업이 재산권에 근거하여 다양한 생산요소와 생산시설들을 소유하며 이러한 생산요소와 시설들을 어떻게 사용할 것인가를 배타적으로 결정하는 것은 결국 생산기술과 생산함수의 변화를 직접적으로 야기하게 되므로 기업 내부에서의 기술적 효율성을 중요시하는 가격이론의 관점에서는 바람직하다고 평가되는 것이다.

따라서 이러한 내부적 행위는 경쟁법적 차원에서 특별히 규제할 필요가 없지만 별개의 기업과 거래를 하는 것은 이러한 내부적인 재산권의 행사를 벗어난 시장에서의 계약관계로 들어서게 되는 것이므로 다른 기준에서 경쟁제한성 여부를 판단하여야 한다는 것이다.

이와 같이 신고전학과 가격이론을 전제로 설정된 경쟁개념을 기초로 경쟁법을 운용할 경우의 기본적 관점인 기업의 “내부적 또는 일방적” 행위와 기업간의 “계약적” 행위 사이의 구별은 기본적으로 재산(Property)과 계약(Contract) 사이의 구분과 유사하다고 볼 수 있다.⁴²⁾ 그러나 가격이론에서 다른 경쟁기업들을 시장에서 배제하더라도 경쟁법이 걱정할 사항이 아니라고 보는 기업의 일방적·내부적 행위들도 계약의 관점에서 보면 결국 계약의 결합체에 수반하여 작용하고 있는 수많은 생산요소 소유자들 사이의 협상을 통한 계약적 행동의 결과물인 것이다. 따라서 가격이론이 재산권적 관점을 기초로 평가하는 기업 내부에서의 행동 혹은 기업의 일방적 행동은 궁극적으로는 계약적 관점

42) Alan J. Meese, *supra* note 5, p.761.

에서 재구성될 수 있을 것이다.

신제도학과 경제학의 계약주의 기업관의 관점에서 보면 기업을 포함한 대부분 비전형 계약들은 자신들의 거래관계에서 직면한 거래비용을 극복하는 데 필요한 다양한 형태의 미시적 재산권인 「계약적 재산(Contractual Property)」을 창설함으로써 시장실패를 극복하기 위한 수단일 수 있으며 이러한 수단을 통해 보다 효율적인 자원배분을 달성할 수 있고 이것은 궁극적으로 사회적 후생을 증진시키게 될 것이다.

따라서 경제적 혁신은 거래비용이 소요되는 시장에서의 시장실패를 완화시켜 줄 수 있는 보다 효율적인 새로운 조직적 형태(계약구조)의 발견에서 시작된다고 할 수 있고 완벽하게 경쟁적이라고 여겨지던 시장은 실질적으로는 경쟁자들 사이의 맞대결(Rivalry)을 제한하고 있는 복잡하고 다양한 계약들과 이러한 계약들을 받쳐주고 있는 다양한 제도들로 구성되어 있는 것이다. 이러한 관점에서 보면 경쟁이란 개별 경제주체들 사이의 맞대결의 상황이 아니고 경쟁법이 보호하고자 하는 경쟁 역시 이러한 맞대결이 아니라 신제도학과 경제학의 비교 계약적 접근에서 암시하는 것처럼 시장에서의 거래비용을 줄여 주어 궁극적으로는 소비자의 후생을 증진시켜 줄 수 있는 조직적 또는 계약적 협정을 찾아가는 「계약적 경쟁(Contractual Competition)」일 것이다.

물론 제도적 관점에서 경쟁의 본질을 바라보는 ‘계약적 경쟁’이 항상 완벽한 결과를 야기할 수는 없다. 실질적으로 어떠한 제도도 그렇게 할 수는 없을 것이다.⁴³⁾ 그럼에도 불구하고, 비전형계약이 없었던 경우보다는 우월한 경우가 상당히 많을 것이다. 따라서 경쟁자들 사이의 직접적인 맞대결을 제한하는 이러한 계약들을 시장지배력을 창출하거나 이를 증진시키기 위한 수단이라는 부정적 관점에서만 바라보아서는 안 될 것이다.

43) 현실의 불완전한 시장(Imperfect Markets)을 이상적인 완전시장과 비교하며, 이러한 이상적인 세계에 도달하기 위해 법과 규제를 통한 지나친 시장개입을 추구하는 정책적 오류를 ‘열반의 오류(Nirvana Fallacy)’라고 표현하기도 한다. (Michael C. Jensen & William H. Meckling, “Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure,” 3 J. Fin. Econ. 305, 328 (1976), Harold Demsetz, “Information and Efficiency: Another Viewpoint,” 12 J.L. Econ. 1 (1969)을 인용하고 있다). Easterbrook & Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University, 1991, p.106.

4. 신제도학과 경제학과 경쟁법

(1) 경쟁법의 해석

신제도학과 경제학은 비록 완벽하지는 않지만 경쟁정책과 이론에 영향을 미쳐 왔다. 특히 셔먼법 1조를 적용하는 사안에서 많은 학자들과 법원들은 비전형계약이 경제적 행위를 시장에 근거하여 수행할 경우 나타나는 거래비용을 극복하기 위한 계약적 대응일 수 있다는 신제도학과 경제이론의 정책적 함의를 받아들였다. 따라서 법원은 경제학에서의 이러한 변화를 반영하여 비전형 계약에 대해 당연위법으로 처리해 오던 것을 수정하거나 포기하였다. 예를 들어 1977년 대법원은 명시적으로 수직적 비가격 제한이 당연위법이라고 한 기존의 판결을 파기하기 위해 신제도학과 경제학의 합리성을 끌어들이었다.⁴⁴⁾ 몇 년 후 법원은 수평적 가격결정에 적용하던 당연위법의 범위를 줄이기 위하여 몇몇 학자들의 이론을 끌어들이고,⁴⁵⁾ 보다 최근에는 최고재판대가격유지행위에 대해 지금까지의 적용해 온 당연위법의 원칙을 거부하고 신제도학과 경제학의 관점에서 접근하기 시작하였다.⁴⁶⁾ 또한 명시적으로 신제도학과 경제학에 대해 언급은 하지 않았지만 그 밖의 다른 당연위법 사안들을 수정하기 시작하였다.⁴⁷⁾ 이와 같이 법원은 새로운 경제학인 신제도학과 경제학의 관점에서 초기의 판결을 수정해 나가기 시작한 것이다.

그러나 신제도학과 경제학이 셔먼법 1조에 완벽하게 영향을 미치지 못하는 못하였다. 예를 들어 거래비용이론의 관점에서 보면 시장에서의 거래비용을 극복하기 위한 수단이라고 볼 수도 있는 최소재판대가격유지행위에 대해 당연위법의 원칙을 고수하고 있다.⁴⁸⁾

이와 같이 완벽하지는 않지만 법원은 셔먼법 1조를 적용하는 경우 거래비용이론의 정책적 함의를 고려하고 있는 반면 셔먼법 2조와 관련된 독점화 이론을 적용함에 있어서는 그렇지 못한 것 같다. 셔먼법 2조의 적용과 관련된 독점화 이론은 1950년대 이후

44) *Cont'l T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, 55-59 (1977). *Bus. Elecs. Corp. v. Sharp Elecs.*, 485 U.S. 717, 724-731 & nn.3-4 (1988)

45) *NCAA v. Bd. of Regents of Univ. of Okla.*, 468 U.S. 85, 100-104 (1984). *Broadcast Music, Inc. v. CBS, Inc.*, 441 U.S. 1, 23-24 (1979)

46) *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3, 16-19 (1997)

47) *Jefferson Parish Hosp. Dist. No.2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 26-29 (1984)

48) *Cont'l T.V.*, 433 U.S. at 51 n.18; see also *Bus. Elecs. Corp.*, 485 U.S. pp.724-26; *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Co.*, 465 U.S. 752 (1984).

로 여전히 거래비용이론의 영향을 상대적으로 덜 받아 왔다.⁴⁹⁾ 즉 경쟁자를 시장에서 배제시키는 계약에 대해 서면법 2조를 적용할 경우 여전히 기업의 내부적·일방적 행위는 재산권에 근거한 정당한 경쟁행위라고 보는 반면 기업들 사이의 계약은 독점화를 위한 배타적 계약의 관점에서 보며 신고전학과 가격이론의 접근을 유지하고 있다.

(2) 경쟁법의 설계

지금까지 살펴본 것처럼 신제도학과 경제학이 경쟁법 정책에 주는 정책적 함의는 거래 당사자들간의 특정한 비전형 계약유형을 시장지배력과 이러한 지배력의 행사라는 일방적 관점을 전제로 한 당연위법하에서 판단할 것이 아니라 거래의 효율화를 위한 계약적 대응일 수도 있다는 사실을 항상 염두에 두며 보다 치밀한 경제분석을 통한 합리의 원칙하에서 판단해야 한다는 것이다. 그러나 여기서 주의해야 할 것은 경쟁법을 구체적으로 운용하는 공정거래 당국과 법원이 이러한 정확하고 세부적인 경제분석을 전제로 시장에서의 기업행동을 평가하는 데는 상당한 비용이 소요된다는 것이다. 즉 경제주체들에 의해 운용되는 「시장」이 완벽하지 않아 시장제도를 이용하는 거래비용이 소요되는 것과 마찬가지로 이러한 시장에서의 경제주체들의 행위를 경쟁의 촉진이라는 관점에서 평가하고 규제하는 「국가」 역시 완벽하지 않아 경쟁법을 구체적으로 운용하는 데는 상당한 거래비용이 소요된다는 것이다. 이것이 거래비용을 중요시하는 신제도학과 경제학의 정책적 함의이고 이를 고려해 볼 때 구체적인 사건에서 기업의 모든 행위를 치밀한 경제분석을 통해 분석해야만 한다는 주장은 그 자체로서는 바람직할지 몰라도 현실적으로 한계가 있을 수밖에 없을 것이다. 왜냐하면 구체적인 개별적 사안에서 보다 심도 있는 경제분석을 실시하도록 요구하는 세분화된 규칙이 공정거래 당국의 판단오류를 줄여 줄지는 몰라도 규제비용의 증가라는 또 다른 사회적 비용을 야기하게 되기 때문이다.

그러나 경쟁정책의 운용비용을 줄이기 위해 당연위법의 원칙이 적용되는 기업 행동의 범위를 확장하여 공정거래정책 당국이나 법원의 구체적 경제분석의 필요성을 줄여야 한다는 주장 역시 바람직하지 못할 것이다. 우리가 고민해야 할 것은 기업의 반경쟁

49) Alan J. Meese, *supra* note 5, p.749.

적인 행동을 저렴한 비용으로 규제할 수 있는 ‘당연위법의 원칙’과 이러한 규제비용이 다소 소요되더라도 구체적인 기업의 행동에 혼재되어 나타나는 경쟁제한 효과와 후생 증진 효과를 정확히 구별해 내기 위해 치밀한 경제분석이 요구되는 ‘합리의 원칙’ 양자 사이에서 어느 것을 선택할 것인가에 관한 것이 아니다. 우리가 진정으로 고민해야 할 것은 간단하고 명료한 규범적 기준과 치밀한 경제분석을 요구하는 복잡한 규범적 기준이 가져다주는 양자의 장단점을 비교해 가며 이들 양 극단 사이에서 최적으로 잘 분산화된 경쟁규칙(Optimally Differentiated Competition Rules)을 어떻게 정립해 나가야 할 것인가에 관한 것이다.⁵⁰⁾ 이와 같이 신제도학과 경제학에서의 핵심개념인 거래비용은 경쟁법 운용에서 요구되는 기업의 본질과 경쟁개념의 정립을 위한 새로운 시각을 제공해 줄 뿐 아니라 경쟁법 자체의 최적 설계를 위한 새로운 시각도 제공해 주고 있는 것이다.⁵¹⁾

IV. 결 론

현대 경쟁법의 가장 주목할 만한 특징은 기업 내부에서 행동과 기업의 일방적 행동은 비록 이러한 행동 때문에 다른 기업이 시장에서 점유율이 하락하더라도 기업이 소유하고 있는 재산권에 근거한 정당한 행위라는 관점에서 접근하는 반면 이러한 기업이 시장에서의 독립된 다른 기업과 계약을 체결하며 협력을 하는 것은 계약을 통한 시장에서의

50) 모든 사건에 적용될 수 있는 일반규정과 특정한 구체적인 사건에만 적용될 수 있는 세부적인 규정 사이의 장단점과 이들 사이의 최적 균형점을 모색하고자 하는 최적의 경쟁법 규칙(Optimally Differentiated Competition rules)에 관한 논의는 오관비용 접근(Error Cost Approach)을 적용한 경제학적 관점에서 출발한다. 이러한 관점에서 바라보는 최적의 규칙(Optimal Rule)은 당해 규칙을 적용할 경우(규칙이 구체적인 사건을 완전히 포섭할 정도로 세밀하지 못하기 때문에) 발생할 수 있는 잘못된 판단(Error Costs)과 이러한 규칙의 적용에 소요되는 규제비용(Regulation Costs)으로 인한 후생손실의 합을 최소화하는 그러한 규칙이다. 이러한 규칙은 추가적으로 보다 세부적인 규칙을 적용할 경우 발생하는 오관비용의 한계적(Marginal) 감소와 (추가적으로 세밀해진 규칙의 적용을 위해 요구되는 구체적 사건의 보다 심도 있는 조사로 인한) 규제비용의 한계적 증가가 같아지는 부분에서 달성된다. 자세한 내용은 Arndt Christiansen, Wolfgang Kerber, “Competition Policy With Optimally Differentiated Rules Instead of Perse Rules Vs Rule of Reason,” 2 *Journal of Competition Law & Economics* 215, June 2006 참조.

51) 이에 대한 자세한 연구는 다음으로 미루기로 한다.

집단적 행위이므로 시장거래를 제한하고 경쟁자를 배제시킨다는 관점에서 출발한다는 것이다. 따라서 전자의 행동은 합법적이라고 추정하는 반면 후자의 행동은 보다 심도 있는 검토를 요구하게 된다. 본 논문에서는 이러한 결론이 신고전학과 가격이론에서 바라보는 기업의 본질과 여기서 도출되는 기술적 경쟁 또는 유효경쟁개념에 근거하고 있기 때문이라는 사실을 보였다. 이러한 유효경쟁개념은 현실적인 시장에서 거래를 할 경우 소요되는 거래비용과 이러한 거래비용에 영향을 미치는 다양한 제도적 요소들을 구체적으로 고려하지 않고 추상적인 시장을 분석하고 있다는 한계를 가지고 있다.

그러나 현실적인 시장은 다양한 형태의 거래비용이 소요되고 이러한 거래비용에 영향을 미치는 다양한 제도들로 채워져 있다. 따라서 이러한 거래비용과 제도적 제약이 존재하는 현실적인 시장에서 개인들이 구체적으로 어떻게 거래를 하고 이러한 거래들의 집합이라고 할 수 있는 조직들은 어떻게 형성되어 가는가를 살필 수 있는 조직에 대한 비교 계약적 접근과 이러한 접근을 기반으로 하는 계약적 경쟁개념의 정책적 함의를 경쟁법 운용에 있어 항상 염두에 두어야 할 것이다.

경제조직의 비교 계약적 접근을 고려하며 경쟁법을 운용할 경우 재산권에 근거한 기업의 내부적·일방적 행동과 계약에 근거한 시장거래를 구분하는 것은 기업조직의 본질에 대한 오해에서 비롯된 것이라는 사실을 인식할 수 있게 될 것이다. 이러한 조직의 계약적 접근에서는 기술적 경쟁개념을 전제로 기업의 본질을 생산함수 또는 하나의 실체로 보는 가격이론에 반대하며 기업은 그 자체가 개인들이 시장계약에서의 거래비용을 줄이기 위해 형성된 비전형 계약의 일종인 계약의 결합체로 보고 있다. 또한 기업과 마찬가지로 시장에서의 거래를 제한하는 형태의 다양한 배타적 계약들 역시 시장실패를 극복하기 위해 행위자들이 그들의 행동에 대한 비용과 편익을 내부화하도록 하는 인센티브 체계, 즉 계약적 재산권을 설정하기 위한 것이라고 본다. 비록 그러한 계약적 합의가 경쟁자를 시장에서 배제할 수 있지만 그러한 합의는 종종 시장에서의 거래비용을 줄여보기 위한 효율성에 근거한 것이며 따라서 거래비용의 관점에서 보았을 경우에는 기업의 내부적·일방적 행동과 선협적으로 구별하여 취급할 근거가 미약하다. 그러므로 경쟁법은 기업의 내부적·일방적 행동과 시장에서의 기업간의 계약적 행위 모두를 국가적 차원에서 설정된 제도적 환경(거시적 재산권)의 틀 속에서 개별 거래당사자들이 계약적 수단을 통해 미시적 재산권을 설정하기 위한 제도적 조정과정의 관점에서 접근해

야 할 것이다. 그리고 이러한 제도적 조정과정에서 발생하고 있는 다양한 조직 및 거래 형태를 독점의 렌즈를 통해서만 바라볼 것이 아니라 시장에서의 거래비용을 줄여 궁극적으로는 소비자의 후생을 증진시켜 줄 수 있는 혁신적 조직형태를 발견하기 위한 「계약적 경쟁」의 결과일 수도 있다는 사실을 항상 염두에 두어야 할 것이다.

결국 경쟁법이 고민해야 할 것은 기업 내부에서의 협력과 그 밖의 시장에서의 협력을 선형적으로 구분하며 차별적으로 취급하기보다는 사회적으로 유용한 협력과 그렇지 못한 협력을 어떻게 구분하여야 하며 이러한 구분을 위한 규범적 잣대를 어떻게 세울 것인가에 관한 것이다. 그리고 이러한 규범적 기준의 설정은 ‘당연위법의 원칙’과 ‘합리의 원칙’ 양자간의 획일적 선택을 통해 이루어지는 것이 아니라 오관비용과 규제비용을 모두 고려한 최적의 경쟁법 규칙을 모색하는 과정을 통해 달성될 수 있을 것이다.

현재와 같은 국제화 시대에서 국내 기업들은 다른 나라의 기업들과의 경쟁을 피할 수 없고 이러한 경쟁에서 우위를 차지하기 위해서는 단지 개별 기업들만의 노력으로는 부족하고 이러한 노력들이 구체적으로 결실을 맺을 수 있도록 하기 위한 제도적 환경의 설정이 반드시 수반되어야만 할 것이다. 따라서 어느 나라가 개별 기업단위에서의 제도적 조정을 가장 효율적이고 바람직한 방향으로 유도할 수 있는 제도적 환경을 설정할 것인가 하는 국가간의 제도경쟁이 경쟁법 운용의 차원에서 표면화될 수밖에 없을 것이다.

따라서 「경쟁법의 법경제학적 접근」의 출발이라고 할 수 있는 ‘기업의 본질규명’과 ‘경쟁개념의 정립’, 그리고 이러한 출발의 목적지라고 할 수 있는 ‘최적의 경쟁규칙의 설계’를 위한 노력은 개별 기업차원에서의 제도적 조정과 국가적 차원에서의 제도적 환경 모두를 인식할 수 있는 계기를 마련해 주는 「신제도학과 경제학」의 적용을 통해 이루어져야 할 것이다.

참고문헌

- 신석훈, 『회사지배구조모델의 법경제학적 접근-계약주의 회사모델을 중심으로-』, 연세대학교 법학 박사학위 논문, 2006.
- 신현윤, 『경제법』, 법문사, 2006.
- 조성봉 외, 『공정거래법 전면 개편방안 (상)』, 한국경제연구원, 2004.
- Arndt Christiansen, Wolfgang Kerber, “Competition Policy With Optimally Differentiated Rules Instead of Perse Rules Vs Rule of Reason,” *2 Journal of Competition Law & Economics* 215, June 2006.
- Bainbridge, Stephen M., “Director Primacy: The Means And Ends of Corporate Governance,” *97 Northwestern University Law Review* 547, Winter 2003.
- _____, *Corporation Law and Economics*, Foundation Press, 2002.
- Boatright, John R., “Contractors as stakeholders: Reconciling stakeholder theory with the nexus-of-contracts firm,” *Journal of Banking & Finance* 26, 2002.
- Burrows, Paul and C. G. Veljanovski, *The Economic Approach to Law*, Butterworths, 1981.
- Coase, Ronald H., “Institutional Structure of Production,” *82 The American Economic Review* 713, Vol.82, Iss. 4, 1992.
- Dooley, Michael P., “Two Models of Corporate Governance,” *47 Business Lawyer* 461, February 1992.
- Easterbrook, Frank H., “The Limits of Antitrust,” *63 Texas Law Review* 1, August 1984.
- Easterbrook & Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University, 1991.
- Joskow, Paul L., “Transaction Cost Economics, Antitrust Rules, And Remedie,” *18 Journal of Law Economics And Organization* 95, Apr. 2002.
- Libecap, Gary D., *Contracting for Property Rights*, Cambridge University Press, 1989.
- Meese, Alan J., “Intrabrand Restraints And The Theory of The Firm,” *83 North Carolina*

- Law Review* 5, December 2004.
- _____, "Monopolization, Exclusion, And The Theory of The Firm," 89 *Minnesota Law Review* 743, February 2005.
- _____, "Competition And Market Failure In The Antitrust Jurisprudence of Justice Stevens," 74 *Fordham Law Review* 1775, March 2006.
- _____, "Price Theory, Competition, And The Rule of Reason," *University of Illinois Law Review* 77, 2003.
- _____, "Property Rights and Intra-brand Restraints," 89 *Cornell Law Review* 553, March 2004.
- Mercuro, Nichoals and Steven G. Medema, *Economics and Law*, Princeton University Press, 1997.
- Milhaupt, Curtis J., "Property Rights In Firms," 84 *Virginia Law Review* 1145, September 1998.
- North, Douglass C., *Institution, Institutional Change, and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990.
- Reza Dibadj, "Reconceiving the Firm," 26 *Cardozo Law Review* 1459, March 2005.
- Richard N. Langlois, "Contract, Competition, And Efficiency," 55 *Brooklyn Law Review* 831, Fall 1989.
- Rubin, Edward L., "Images of Organizations And Consequences of Regulation," 6 *Theoretical Inquiries in Law* 347, July 2005.
- Susan C.S. Lee and James Nieberding and David A. Weiskopf, "Game Theory," 20 *SPG Antitrust* 98, Spring 2006.
- Tirole, Jean, *The theory of industrial organization*, Cambridge, Mass.: MIT Press, 1988.
- Williamson Oliver E., "The Theory of the Firm as Governance Structure; From Choice to Contract," *Journal of Economic Perspectives*, Vol.16, No.3, 2002.
- _____, "Examining economic organization through the lens of contract," *Industrial and Corporate Change*, Vol.12, No.4, 2003.

The Nature of The Firm and Competition

Seukhun Sin

Modern competition law rests upon a distinction between property-based “internal or unilateral” firm action and contractual-based “concerted or cooperative” firm action. And law treats the former conduct as presumptively lawful while subjecting the latter to exacting scrutiny through the lens of market power theories. This tendency is grounded that current competition law rests upon price theory’s nature of the firm (black box) and the derivative model of workable competition.

However, application of New Institutional Economics (NIE) undermines the distinction between internal conduct and contractual conduct. NIE concludes that “a firm”, capable of “unilateral” action disposing of its own property, is in fact “nexus of contracts” between various individuals that supply labor, capital, and other inputs to avoid the cost of transacting relying upon the market to conduct economic activity. After all, the nature of competition is contractual competition. This approach to the nature of the firm and competition also helped economists and legal scholars interpret other methods of contractual organization short of complete vertical integration.

Key words: The Nature of The Firm, Workable Competition, Price theory, New Institution Economic, Contractual Competition

к с і