

세계화된 경제 하의 경쟁정책:

역외적 적용으로부터 조화로

함부르크대학교 유르겐 바제도우 교수¹⁾

林智奉 번역 (建國大學校 法科大學 助教授)

1. 경쟁법(competition law) 입법의 세계적 붐조성과 그것의 조화

최근 법과 법적 사고의 현저한 특징들 중의 하나는 통제보다는 경쟁을 보호하려는 취지의 입법들이 많이 나오고 있다는 점이다. 오늘날, 80여개국이 일종의 경쟁법을 가지고 있고 이 경쟁법들 중 2/3 이상이 최근 10년 동안 그 효력을 발생했다.²⁾ 15년 전까지 고도경제성장국가들에서 경쟁정책과 독점금지법이 공존했지만, 오늘날은 전세계에 퍼져있다. 경쟁법은 라틴아메리카에서도,³⁾ 구소련지역에서도,⁴⁾ 동아시아나 동남아시아의 신흥국가들에서도⁵⁾ 제정되었다. 심지어 아랍권 국가들에서도 경쟁법과 경쟁관련 정책들은 진전을 보았다.⁶⁾ 물론, 경쟁법으로의 전세계적인 추세는 10년 전의 사회주의경제의 몰락에 의해 쉽게 설명되어질 수 있다. 전통적으로 경합했던 두 경제질서 - 경쟁과 중앙통제 중 하나만이 살아 남았고, 국가들은 이제 서둘러 그들 국가의 법제도에 성공적인 시장경제의 표준적 장치들을 도입하고 있다.

1) 1974년, 1979년 함부르크에서 제1차 제2차 국가시험 합격 법학박사(함부르크대학), 1979년 법학석사(미국 하버드대학) 1981년 법학교수자격논문 통과(함부르크대학), 1986년 막스 프랑크 연구소 외국사법과 사적 거래법 분야 감독관 함부르크대학 법과대학 교수; 독일 독점위원회 위원

2) Robert Pitofsky, Competition Policy in a Global Economy. Today and Tomorrow: Journ. Int'l Econ. L. 1999, 403면 참조 비슷한 의견으로 Stellungnahme der Bundesregierung zum Zwölften Hauptgutachten der Monopolkommission 1996/1997 (1999), Bundestags-Drucksache 14/1274 no. 96 참조. 1992년에 행해진 비교법적 조사에 의하면, 47개 국가만이 경쟁법을 갖고 있었다. Ivo Schwartz / Jürgen Basedow, Restrictions on Competition: Int. Encycl. Comp. L., vol. III ch. 35 (1995), p. 134 이하 참조.

3) Rivièrre Martí, La política de competencia en America Latina: Revista de derecho económico 25 (1997) 77-98 (83-84) 참조. 따라서, 1990년 이후 Brasil, Columbia, Costa Rica, Jamaica, Mexico, Panama, Peru, Venezuela의 8개국만 새 경쟁법을 제정했다. Argentina와 Chili에는, 이미 경쟁법들이 존재했다

4) Tibor Varad, The Emergence of Competition Law in (Former) Socialist Countries: Am. J. Comp. L. 47 (1999) 229-275 참조.

5) 한국에 관해서는 Fritz Rittner, Das Koreanische Wettbewerbsgesetz als kartellpolitisches Beispiel, in: Festschrift für Pfeiffer (Cologne 1988), pp. 555-568; 대만에 관해서는 Jjin Yu Wu, Der Einfluß des Herstellers auf die Verbraucherpreise nach deutschem und taiwanesischem Recht (Tübingen 1999) 참조

6) 이에 관한 첫번째 시도가 Tunisia의 입법이며, 특히 Loi no. 91-64 du 29 juillet 1991 relative à la concurrence et aux prix, J. O. de la République Tunisienne no. 55 du 6 août 1991와 그 개정입법인 Loi 95-42 du 24 avril 1995, J. O. de la République Tunisienne no. 35 du 2 mai 1995, p. 976 참조.

경쟁법규의 숫적 증가는 또한 1994년의 세계무역기구(WTO) 건립협정과 그 부속문서가 증거하는 국제거래의 계속되는 자유화에 힘입은 바 크다. 국가들에 의해 만들어진 무역장벽들이 자유화의 와중에서 제거됨에 따라 사기업들은 외국기업들과의 경쟁에 점점 더 노출되게 되었다. 이것은 외국과의 경쟁을 제한하려고 고안된 사적 조치들에 새로운 유인이 되었다. 따라서, 시장 개방을 위한 책임있는 정책은 경쟁의 사적 제한을 금지하는 법률의 제정과 같이 가야 한다. 그렇지 않으면, 국가가 제정한 법에 의한 기존의 무역 장벽들은 사인간의 합의에 의해서도 계속될 것이다

게다가, 국가법과 국제거래의 자유화를 보완하는 독점금지법 제정 필요성의 접근은 경쟁법의 국제간 조화를 이루려는 시도에 새로운 힘을 보태주고 있다. 이것은 WTO협정의 부속문서 1A의 일부를 이루는 '거래관련투자조치들에 관한협정(Agreement on Trade Related Investment Measures, 줄여서TRIMs)'제9조에 명시되어 있다.⁷⁾ 동규정에 의하면, WTO협정에 의해 세워진 물품거래위원회가 TRIMs협정의 운영을 심사하고 적절하다고 판단할 시에 '각료급 회의(Ministerial Conference)'에 협정문의 개정을 건의할 수 있다. 물품거래위원회가 "동협정의 투자정책에 관한 조항들을 개정해야 할 지, 경쟁정책에 관한 조항들을 개정해야 할 지를 고려"한다고 명시하고 있다.

이 규정은 지난 수년간 이 분야에 관한 많은 논문과 열띤 논쟁을 낳았다.⁸⁾ 근본적으로 세 유형의 반대가 제기되었다. 첫번째 반대는 국제간 조화의 필요성을 상당히 감소시킬 내국법의 결과적인 역외적 적용을 옹호한다.⁹⁾ 미국 연방대법원이 사실상 *Hartford Fire Insurance v. California*¹⁰⁾ 사건 판결에서 그러한 정책의 토대를 준비한 바 있다. 두 번째 유형의 반대론은 '조화'논리의 이론적 견고성에 의문을 제기하고 대신 경쟁법의 '경쟁'을 선호한다.¹¹⁾ 세 번째 유형의 반대론은 독점금지법의 조화가가능성에 의문을 제기하며 팽창된 국제적 관료주의의 출현을 경계한다.¹²⁾ 다음에서는 이러한 반대론들에 대해 자세히 살펴볼 것이다. 조화의 목표에 대한 검토

7) WTO협정은 O.J.E.C. 1994 L 33을, TRIM협정은 O.J.E.C. 1994 L 336/10을 참조.

8) *Jürgen Basedo*, *Weltkartellrecht* (Tübingen 1998)와 같은 책18쪽의 참고문헌들 참조.

9) 예를 들어 *Diane P. Wood*, *The Internationalization of Antitrust-Law: Options for the Future*; *DePaul L. Rev.* 44 (1995) 1289-1299 (1292f.); *Heinz Hauser/Rainer Schoene*, *Is there a Need for International Competition Rules?*; *Aussenwirtschaft* 49 (1994) 205-222 (217); cf. also *Pierre Arhel*, *Droit international de la concurrence s'orienté-t-on vers des négociations?*, *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* 1999, 84-90 (88) 참조.

10) 아래의 각주22와 *Symeon Symeonides*, *Choice of Law in the American Courts in 1993 (and in the Six Previous Years)*; *Am. Journ. Comp. L.* 42 (1994) 599-653, 615 seq 참조.

11) *Andreas Freytag/Ralf Zimmermann*, *Muß die internationale Handelsordnung um eine Wettbewerbsordnung erweitert werden?*, *RabelsZ* 62 (1998) 38-58 (49f.) 참조 비슷한 효과에 관해 *Hauser/Schoene* (n. 8) *Aussenwirtschaft* 49 (1994) 216f. 참조: 우리는 경쟁규칙들간의 경쟁을 허용하는 반증양립권적인 접근도 따라야 한다.

12) *Wernhard Möschel*, *Internationale Wettbewerbsbeschränkungen*, in: *Festschrift für Lukes* (Cologne 1989) 461-469 (462); *Joseph P. Griffin*, *The WTO Study of the Interaction between Trade and Competition Policy: Timely and Controversial*; *Int. Trade L. & Regul.* 1997, 39-41 (41); *Wood* (n. 8) p. 1297f.; *John H. Jackson*, *Alternative Approaches for Implementing Competition Rules in International Economic Relations*; *Aussenwirtschaft* 49 (1994) 177-200 (196); *Hauser/Schoene* (n. 8) *Aussenwirtschaft* 49 (1994) p. 218 참조.

이후에 필자는 '미래의 국제적 협상에 대한 실용적 접근'이라 불릴 수 있는 것들에 대해 개관할 것이다.

2. 역외적 적용으로 충분한가?

독점금지법의 조화에 대한 실제적 필요성은 오늘날 외국시장에서의 경쟁이 얼마나 효율적으로 국가법에 의해 보호될 수 있는가에 크게 의존한다. 경쟁보호의 차이만이 조화에 있어 비용증대적이고 시간소모적인 협상들을 정당화할 수 있다. 경쟁보호의 차이는 실체법의 명백히 유연한 내용들로부터도 결과할 수 있고, 실체법에 의해 적용범위가 정해지는 제한들로부터도 결과할 수 있으며, 절차법적 레벨에서의 국제적 집행상의 어려움들에서도 결과할 수 있다.

물론 실체법 분야에서도 법원에 의해 직접적으로 적용될 수 있는 금지에 본질적으로 기반하고 있는 미국이나 유럽연합의 경쟁법과, 행정기관들이 적절하다고 판단할 시 경쟁법 시행에 넓은 재량권을 행사할 수 있는 다른 국가들의 경쟁법과의 사이에 큰 차이가 존재한다. 즉, 대부분의 국가들은 그러한 행정부의 간섭을 심지어 허용하지도 않는다.¹³⁾ 그러나, 오늘날 다수의 산업화된 국가들의 경쟁법들은 대부분 그 실제적 시행을 위해 특정한 경쟁촉진기구들에 대해 규정하면서도 지나친 독점적 행동, 카르텔, 담합행위 등의 금지를 내용으로 하는 서구모델에는 반대하고 있다는 점에서 일맥상통한다.

수출 카르텔의 문제 이외에도, 경쟁보호의 문제점들은 실체법상의 차이에는 거의 기인하는 바 없다. 수출 카르텔들의 예외는 모든 국가들에 의해 똑같이 승인을 받았지만, 국제시장에서의 경쟁의 효과적 보호 사상과는 명백히 양립할 수 없다. 즉, 만약 모든 국가가 反競爭의 행동을 용인한다면 그것이 외국시장에 관한 것인 한, 세계적으로 경쟁의 전반적인 강도는 증가하지 않을 것이다.¹⁴⁾ 수출 카르텔의 용인과 별도로, 경쟁법 시행의 문제점은 오히려 경쟁법의 국제적인 적용과 시행의 효과로 나타나는 것들이다.

하나의 독점금지법의 적용은 결코 하나의 통일된 방식으로 이루어지지 않는다. 4가지 유형의 방식들이 발견된다.¹⁵⁾ '엄격영토성(strict territoriality)' '의사영토성(pseudo territoriality)' '효과원칙(the effects principle)' '이익형량적 접근(balancing approach)'이 그것이다. 영국이 1999년에 유럽연합기준에 영국법을 맞추기 이전에는 전통적으로 영국이 영토성 접근을 따랐다.¹⁶⁾

13) Ulrich Immenga in Immenga/Mestmäcker (eds.), EG-Wettbewerbsrecht I (München 1997) Einleitung D no. 1 seq., 18 seq.의 비교법적 연구 참조 Basedow (n. 8) pp. 7-10 참조

14) Mitsuo Matsushita, Competition Law and Policy in the Context of the WTO System: DePaul L. Rev. 44 (1995) 1097-1118 (1117); Ulrich Immenga, Rechtsregeln für eine internationale Wettbewerbsordnung, in: Festschrift für Mestmäcker (Baden-Baden 1996) 593-609 (603); Möschel (n. 11) Festschrift Lukes 467 seq. 참조

15) 더 자세한 것은 Schwartz/Basedow (n. 1) sect. 36 seq. 참조.

16) 1998년 영국경쟁법에 대해서는, Julian Maitland-Walker/Julie Nazerali/David Cowan Jonathan Turner and Shaun Goodman in Eur. Compet. L. Rev. 1999, pp. 51-77 참조

이전의 법 하에서, 행위자 혹은 행위자체와 영국 영토간의 영토적 연관성이 영국법의 적용을 위해 요구되었다. 영국에서의 지배적인 입장은 영토적 접근만이 국제공법과 부합할 수 있다고 생각했던 반면, 비록 영국시장의 경쟁에 영향을 미치는 것은 영국법의 적용에 의해서는 통제될 수 없었기에, 영국은 외국에서 발생하는 외국회사의 反競爭의 행위를 받아들여야만 했다. 미래에 영국은 아마도 입장을 바꾸고 유럽사법재판소(European Court of Justice)에 의해 채택된 더 광범위한 분쟁해결규칙을 지지하게 될 것이다.

그 분쟁해결규칙은 영토성에 대한 고려에서 출발하지만 경쟁법들의 역외적 적용에도 영향을 미친다. 따라서 우리는 '의사영토성'에 대해 이야기할 수 있다. 유럽사법재판소는 유럽연합 비회원국에서 설립되고 법인등록을 한 회사의 자회사가 유럽연합에 설립되어 있으면 비록 그 자회사가 모회사와 구별되는 법인격성을 갖고 있다 하더라도 외국의 모회사와 유럽연합 간에 충분한 영토적 관련이 있다고 판시했다.¹⁷⁾ 비록 이 경우가 아니더라도 외국회사에 의해 유럽공동체 밖에서 수행된 행위는 만약 경쟁 제한이 유럽공동체 내에서 시행되는 것이라면 여전히 유럽공동체 경쟁법의 지배를 받는다.¹⁸⁾ 이 접근방법은 "위장된 효과원칙(effects principle in disguise)"¹⁹⁾이라 불리어 왔고, 약간의 차이는 있지만 '효과원칙'과 매우 유사한 것이다.²⁰⁾ 유럽사법재판소의 견해는 국제공법에 대한 반대론에 주로 영향을 받은 것 같다. 특히, 영국은 순수 효과이론이 국제공법에서 공인된 이론적 기반을 갖고 있지 못하다는 견해를 반복해서 표명해왔다.²¹⁾ 1999년 영국 경쟁법의 광범위한 개정은 아마도 유럽연합에서의 이 쟁점에 대한 재고를 촉발할 것이다. 왜냐하면, 영국은 개정전의 법 하에서 행동했던 것과는 달리 더 이상 반경쟁법 하나하나에 대한 개별적 평가에 매달리지는 않기 때문이다. 즉, 영국에서의 경쟁에 어떤 법들이 가진 제한적 효과로부터 이제는 오히려 벗어나려 하고 있기 때문이다.

세 번째 유형의 충돌해결규칙은 '효과원칙'이다. 효과원칙의 이론적 근거는 경쟁 행위가 아니라 경쟁의 효과와 관련된 실체법에 뿌리를 두고 있다. 따라서, 경쟁법의 적용을 위한 적절한 연결요소는 행위나 행위자에 대한 영토적 연관성이 아니라, 그 행위가 국내시장의 경쟁에 미친 효과

17) 유럽사법재판소 판결 14 July 1972 (case 48/69, ICI v. Commission), EC Rep. 1972, 619, 662.

18) 유럽사법재판소 판결 27 Sept. 1988 (joined cases 89/85, Wood Pulp), EC Rep. 1988, 5193, 5243 considerations 16-18; 유럽공동체 합병규제법의 역외적 적용에 관해서는 Eleanor Fox, The Merger Regulation and its Territorial Reach: Gencor Ltd v. Commission: Eur. Comp. L. Rev. 1999, 334-336 참조

19) 이 입장에 대해서는 Michael Martinek, Das uneingestandene Auswirkungsprinzip des EuGH zur extraterritorialen Anwendbarkeit der EG-Wettbewerbsregeln: IPRax. 1989, 347-354 (351-353) 참조 유사한 효과에 관해서는 Martin Schrödermeier, Die vermiedene Auswirkung: Wirtschaft und Wettbewerb (WuW) 1989, 21-28 참조. 반대입장으로는 Lowe, International Law and the Effects doctrine in the European Court of Justice: 48 C.L.J. (1989) 9-11 (11); Lange and Sandage, The Wood Pulp Decision and Its Implications for the Scope of EC Competition Law: 26 Comm. Mkt. L. Rev. (1989) 137-165 (160, 164) 참조

20) Schwartz/Basedow (n. 1) sect. 58 참조

21) 1978년 7월 27일에 미국무부에 제출된 Note no. 196 of the British Embassy at Washington, D.C. 참조. 49 Brit. YBInt. L. (1978) 390 (391). 유사한 효과에 관해서는 Viscount Dilhorne in Rio Tinto Zinc Corp. v. Westinghouse Electric Corp., [1978] 1 All E.R. 434, 460 (H.L.)의 다음 부분 참조: "여러 해 동안 미합중국은 미국영토 밖에서 행해진 외국인의 행위에 관해 사법관할권을 행사하려 해왔다. 이것은 국제법과 부합하지 않는 것이다..."

이다. 효과원칙은 유명한 Alcoa판결에 의해 미국에서 처음으로 채택되었고, 미연방대법원에 의해 계속해서 인용되어왔다.²²⁾ Hartford Fire Insurance Company v. California 판결에서 법원은 "미국 내에서 실질적인 효과를 발생시키려 했고 실제로 그러한 효과가 미국에서도 발생한 외국과의 행위에도 서면법이 적용된다는 것이 이제는 확립된 정설"이라고²³⁾ 판시했다. 그러한 효과는 미국 연방독점금지법의 적용을 촉발시키기 위해 "직접적이고, 실질적이며, 합리적으로 예견 가능한" 것이어야만 한다.²⁴⁾ 역외적 적용의 주장이 다년간 신랄하게 비판받은 후, 이제는 수용된 것으로 간주될 수 있다. 경쟁규제금지에 관한 1957년의 독일법을²⁵⁾ 필두로 하여, 전세계적으로 제정된 많은 경쟁법들이 효과원칙을 명백히 받아들여왔다.²⁶⁾ 그 경쟁법들이 모두 엄격히 적용되는 것은 아니지만, 그 법들은 새로운 국가관행의 증거가 되고 국제공법의 새로운 기원의 증거가 되었다.

1990년대의 발전은, 특히 Hartford Fire Insurance 사건 판결에서의 미국 연방대법원의 입장은, 외교관계법 판례법 제3편에 의해 채택되었던 소위 이익형량 접근의 중요성을 크게 감소시켰다. 그 판례법과 그 판례법을 반영한 몇몇 연방항소법원 판결들에 따르면, 미국 독점금지법의 역외적 적용 주장은 공적인 이익이건 사적인 이익이건 간에 여러 국내이익과 외국이익간의 비교형량 후에 비로소 받아들여질 수 있다.²⁷⁾ Hartford사건 판결에서 미국 연방대법원은 이익형량접근을 받아들이지도 그렇다고 수용하지도 않았지만, 미국 연방법과 외국법과의 진정한 충돌의 경우 이외에는 그러한 접근법을 따르기를 거부했다.²⁸⁾ 이것은 이익형량의 여지를 별로 남기지 않는다.

효과원칙의 광범위한 수용은 국내시장 경쟁의 효과적인 보호를 보장하는 것처럼 보인다. 효과원칙은 반경쟁적 행위가 국내에서 어떤 효과를 가진다면 발생시마다 그 반경쟁적 행위의 기소를 불허하는가? 이론적 관점에서는 이것이 사실인 반면, 효과적인 시행은 현실에 있어 두 가지 장애물을 만난다. 우선, 관련된 두 국가에서의 하나의 동일한 반경쟁적 행위에 대한 평가가 비록 유사한 법규에 근거했다 하더라도 상당히 다른 것일 수 있다. 이것은 세계 비행기 시장의 일부분들을 복점체제로 바꾸어 놓은 Boeing사와 McDonnell Douglas사 사이의 합병에서 분명히 나타났다. 그 합병이 미국에서는 쉽게 승인을 받았지만, 유럽위원회(European Commission)는 몇몇 엄격한 조건들을 부과했다.²⁹⁾ 더욱이, 경쟁법의 국제적 시행은 시행절차에서, 증거채택에

22) *U.S. v. Aluminium Company of America*, 148 F.2d 416 (2nd Cir.1945).

23) *Hartford Fire Insurance v. California*, 113 S. Ct. 2891 = 125 L. Ed.2d 612, 638 (1993).

24) *Filetech S.A. v. France Telecom S.A.*, 157 F.3d 922 at 931 (2nd Cir. 1998); *Symeon Symeonides*, Choice of Law in the American Courts in 1998: Twelfth Annual Survey: Am. Journ. Comp. L. 47 (1999) 327-392, 359.

25) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen of 27 July 1957, Bundesgesetzblatt (BGBl.) I, p. 1081(개정판) 1998년 8월 26일의 법개정 후 지금은 동법 제130(2)가 된 제98 (2) 참조, BGBl. I, p. 2546

26) *Schwartz/Basedow* (n. 1) sect. 60 seq., 67 seq. 참조

27) *American Law Institute*, Restatement of the Law Third, Foreign Relations Law of the United States (St. Paul/Minnesota 1987), 특히 § 403 and § 415 참조

28) 각주22의 *Hartford* 사건 판결 640면 참조.

29) Decision of the Commission of 30 July 1997, O.J. E.C. 1997 L 336/16 at considerations no. 114-119 참조.

서, 결정의 시행에서 외국의 효율적 협조를 아주 자주 필요로 한다. 조화전쟁은 확실히 이러한 장애물들의 중요성을 반감시키는데 노력할 것이다.

3. 시행상 문제점들

한 국가의 독점금지법들의 국제영역에서의 효과적인 시행은 항상 외국의 도움을 필요로 한다. 많은 경우들에서 이 도움은 이미 절차의 시작에서부터 요구되어지고 조사단계나 사무실 수색이나 다른 증거의 채집단계에서도 필요하다. 금지명령이건 처벌이건 간에 외국의 협조 없이 외국에서 독점금지결정을 집행한다는 것은 불가능한 일이다. 필요에 의한 국제간 경제활동이 관련 당사자들, 관련 증인들과 다른 증거들이 여러 나라들에 걸쳐 있다는 것을 암시하는 반면, 국내 독점규제기관들과 법원의 권한은 국제법 하에서 승인된 바와 같이 주권의 영토적 범위에 의해 제한된다. 국가가 그러한 제한을 넘으면 자국의 주권을 지키려는 외국이 제정한 “봉쇄조항들(blocking statutes)”에 종종 직면하게 된다.³⁰⁾

그러한 절차적 한계를 극복하려는 시도들은 두 부류로 분류되어야 한다. 즉, 첫 번째 부류는 사법부의 조력과 외국법원 판결의 승인과 집행에 관련되어 있는 반면에, 두 번째 부류는 경쟁촉진기관들의 협조에 관한 룰을 제정하는데 힘쓴다.³¹⁾ 첫 번째 부류는 독점금지법의 영역을 넘어서서 모든 민사적 상사적 문제들에 적용가능한 헤이그 증거법 협약과 같은 수단들을 포함한다.³²⁾ 미국 외에서 행해진 대부분의 독점금지절차들은 법원에 의한 사법절차가 아니라 행정부에 의한 행정절차들이며, 카르텔 규제 관청들의 국제적인 협조에 관한 규정이 이 분야에서 더 중요해진다. 이 규정들은 큰 진전을 보았으나 아직은 여전히 완벽하지는 못하다.

세 가지의 시대 구분이 가능할 것이다. 첫 번째 시대는 국제기구들이 만든 권고안이나 기타 구속력이 없는 수단들로 주로 이루어진 비강제적인 연성법(soft law)의 시대이다. OECD위원회도 국내 경쟁촉진절차들의 역외적 효과와 관련한 국가간의 상호 호혜적인 통보와 정보교환을 위한 권고안을 이미 1967년에 마련하기 시작했다.³³⁾ 또한, UNCTAD(United Nations Conference on Trade and Development, 무역과 발전을 위한 유엔회의)에 의해 1980년에 채택된 제한적인 사업관행 행위법도 비록 실체법에 관한 것이기는 하지만 국가를 위한 절차적인 의무규정들을 마련했다.³⁴⁾ 이 법은 국가들로 하여금 제한적 사업관행의 효과적인 통제를 위해 필

30) 여러 봉쇄조항들이 A. Vaughan Lowe, *Extraterritorial Jurisdiction. An Annotated Collection of Legal Material* (Cambridge/England, 1983) pp. 79 seq에 다시등장한다. 이에 관한 조사에 대해 Pettit/Styles, *The International Response to the Extraterritorial Application of United States Antitrust Law*: Bus. Lawyer 37 (1982) 697-716 참조

31) 각주1의 *Schwart/Basedow* sect. 92-93 참조.

32) Hague Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters of 18 March 1970, in: *Hague Conference on Private International Law* (ed.), *Collection of Conventions 1951-1980* (The Hague s.d.) p. 152

33) Council Recommendation concerning co-operation between member countries on restrictive business practices affecting international trade of 5 October 1967: *Int. Leg. Mat.* 8 (1969) 1309.

34) UNCTAD Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business

요한 정보를 얻고 정보교환의 장치들을 만들며 다른 나라들에의 정보전달을 위한 절차들을 규정하도록 요구하고 있다. 그 이외에도 동법은 중요하게는 이 사항에 관한 국가들간의 협의의무를 규정하고 있다.

절차규정들에 관한 두 번째 시대는 쌍무조약의 시대이다. 그 선구가 된 것은 미합중국과 독일 연방공화국 사이에 1976년에 체결된 제한적 사업관행에 관한 상호협력 조약이었는데, 이 협정은 연성법을 최초로 구속력있는 협약으로 바꾼 것이라는 점에서 주목을 끈다.³⁵⁾ 그 후 미국과 오스트레일리아 간에, 미국과 캐나다 간에, 독일과 프랑스간에 유사한 조약이 체결되었다. 이 조약들 중 가장 중요한 것은 1991년에 미국과 유럽경제공동체 사이에 체결된 조약이다.³⁶⁾ 대체로 이 조약들은 모두 통보와 협의의 의무에, 그리고 정보 획득의 보다 상세한 규정을 만드는데 초점을 맞춘다. 그러나, 이 조약들은 다른 계약당사국의 제안에 의해 이루어지는 한 국가의 경쟁촉진기관들이 행하는 조사에 대해 다루지는 않는다. 또한, 한 계약당사국이 채택한 결정의 타방 계약당사국에서의 경쟁절차 시행에 관해서도 규정하고 있지 않다. 따라서, 이것은 경쟁법의 역외적 적용에 대한 효과적인 규정이 되고 있지 못하다.

세 번째 시대는 소위 “긍정적 예양(positive comity)”이라는 표현으로 특징지워진다. “부정적 예양”조항들이 관할권 충돌시 국내법의 역외적 적용 주장을 감소시키기 위한 것이라면, “긍정적 예양”조항들은 계약당사자에게 다른 계약당사자가 그의 영토안에서 수행된 반경쟁적 활동을 금하나 前者 국가에서의 경쟁에 영향을 주는 조치를 취해주도록 요구할 권한을 주는 것이다. 유럽공동체와 미국간의 1991년 협정이 “긍정적 예양”접근법의 첫 번째 적용이었지만,³⁷⁾ 그것은 그 문제에 관한 명확한 규정을 담고있는 1998년 협정의 후속협정일 뿐이었다. 새 협정 제3조는 경쟁절차를 개시하도록 요청받은 계약당사자는 비록 반경쟁적 행위가 요청국의 법에 위반되지 않는다 하더라도 피요청 계약당사자가 속한 국가의 법에 따라 행동해야만 함을 분명히 하고 있다.³⁸⁾

다음의 설명은 “긍정적 예양”이 헤이그 증거법 협정에 규정된 바대로 외국의 절차에 따라 증거를 채택하는 것과는 다름을 명백히 보여주고 있다.³⁹⁾ 비록 피요청국에서 수집된 증거가 요청국의 절차 이행을 위해 유용하다 할지라도, 요청국의 경쟁촉진기관은 그 기관 마음대로 외국의 절차들을 감독할 위치에는 있지 못하다. 더욱이, 요청당사자는 피요청국에서의 절차가 끝날 때까지 절차를 지속시켜야 할 의무가 있다.⁴⁰⁾ 이러한 설명은 “긍정적 예양”이 요청국에서의 후속

Practices, UN Doc. TD/RBP/Conf./10 of 2 May 1980: Wirtschaft und Wettbewerb (WuW) 1982, 32.

35) Done on 23 June 1976, TIAS no. 8291 = Bundesgesetzblatt 1976 II, p. 1712.

36) Competition Laws Co-operation Agreement (EEC USA) of 9 September 1991, Comm. L. Eur. 1991 I 383; 다른 쌍무 조약에 관해서는 *Schwartz/Basedow* (n. 1) sect.91 at n. 530 seq.의 참고문헌 참조; 유럽공동체와 캐나다 사이에 1999년 6월 17일에 체결된 최근의 조약인 O.J. E.C. 1999 L 175/49 참조.

37) 각주 35의 조약 제5조 2항 참조.

38) 1998년 6월 4일에 유럽공동체와 미국 사이에 체결된 경쟁법 집행에 관한 긍정적 예양원칙인 O.J.E.C. 1998 L 173/28 참조.

39) 위의 각31 참조.

적 절차 이행을 위한 것은 아니며 오히려 피요청국에서의 절차에 비중을 두는 것임을 보여준다. 이것은 “공정적 예양”규정들이 지금껏 단 한번만 적용된 적이 있다는 사실을 설명해준다.⁴¹⁾ 그 규정들은 요청국의 국내 절차가 아니라 외국에서의 절차에 경쟁법 집행을 위한 책임을 떠넘기고 있다. 비록 그러한 책임 전이가 최종적이고 번복불가능한 것이지는 않지만, 한 국가의 경쟁 촉진기관이 자국의 경쟁법과 상당히 다른 외국의 카르텔 규제국에 사건을 넘기는 이유를 이해하기는 힘들다. 실제법 기준들의 조화가 “공정적 예양”규정에 의해 가시화되는 절차들의 전이를 위해 필요한 전제조건인 것으로 보인다.

4. 경쟁법들의 경쟁

각국의 독점금지법과 독점금지절차들이 비슷해져야 하는 실제적 필요는 몇몇 경제학자들이 이론적인 이유로 그러한 유사화와 조화의 필요성에 의문을 표시한 선행 고려사항들에 대한 고려 이후에는 더 이상 논란거리가 되어서는 안 된다. 특히 그들은 관할권 경쟁의 장점이나 국내법 적용시의 유리한 점들을 지적한다. 그들은 열린 시장이나 통합된 시장에서 기업들은 그들의 법인등록지를 어떤 국가로 옮김으로써 어떤 관할권에 대한 선호를 표할 것이다. 그 국가로의 회사 이주는 그 국가 법체계의 경제상의 우월성을 나타내는 반면, 한 국가로부터의 기업들의 대규모 이탈은 그 국가 제도의 비능률성을 보여준다. 몇몇 경제학자들의 관점에서 보면, 후자의 국가가 외국회사들의 유인에 성공한 국가의 기준과 정책들에 자국의 법체도를 맞추어 나갈 것이라 가정하는 것이 비현실적인 것은 아니다. 반대로, 덜 효율적인 국가들도 법이 노리는 정책목적이 기업 이탈이 초래하는 비용만큼 가치 있는 것이라면 그들 국가의 법을 유지하려 할 것이다. 업계의 반응이 어떻든 간에, 국내법과 국경을 넘나드는 이주의 자유는 더 효율적인 국내법의 발견을 위한 합리적 절차로서 관할권 경쟁을 불러온다고 이야기되어 진다.⁴²⁾ 이러한 관점에서, 법의 통일이나 조화는 그러한 유익한 효과를 낳는 발견의 절차를 갖지 못하게 하는 일종의 음모로서 비판되어진다.⁴³⁾

40) 위의 각주37의 조약 6조 참조.

41) Report from the Commission to the Council and the European Parliament on the application of the agreements between the European Communities and the Government of the United States of America and the Government of Canada regarding the application of their competition laws - 12000 to 31 December 2000, COM (2002) 45 final, no. 1.5. 2001년의 후속 보고서는 더 이상의 적용에 관해 언급하고 있지 않다. COM (2002) 505 final of 17 September 2002 참조

42) Friedrich von Hayek, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren. Vortrag, gehalten am 5. 7. 1968 am Institut für Weltwirtschaft an der Universität Kiel, in: von Hayek, Freiburger Studien (Tübingen 1969) 249-265

43) Manfred Streit, Systemwettbewerb im europäischen Integrationsprozeß, in: Festschrift für Mestmäcker (Baden-Baden 1996) 521-535 (522f., 527); Juergen Donges, Wieviel Deregulierung brauchen wir für den EG-Binnenmarkt?, Beihefte der Konjunkturpolitik. Zeitschrift für angewandte Wirtschaftsforschung 36 (1990) 169-187 (178 seq.)

입법 경쟁의 개념은 원래 노동법, 사회보장법, 세법과 같이 비용들에 직접적 영향을 주는 법 영역들에서 발달되어왔으나, 그 후 다른 영역들로 확대되었으며 독점금지법에도 확대되었다.⁴⁴⁾ 어떤 학자들은 국가가 경쟁법의 국제적 최소기준들에 동의하는 것은 바람직하지 않다고 주장한다. 왜냐하면 이것이 독점금지정책들의 제도화된 경쟁을 막아버릴 것이기 때문이다. 이 경쟁은 다른 정책들을 평가하고 가장 적합한 것을 찾아낸다고 이야기되어 진다.⁴⁵⁾

그러나, 법의 통일과 입법자들의 음모의 비교는 정당한 근거가 없어 보인다.⁴⁶⁾ 이것이 입법 경쟁의 개념은 회사나 입법자들의 행동을 설명하지 않을 수 없음을 의미하는 것은 아니다. 그러나, 법의 영토적 적용에 의해 특징지워지는 영역들에서, 즉 법규정들이 그 법을 만든 국가에서 행해진 행위들에 적용되거나 그 국가의 사람들에게 적용되는 영역들에서, 그것은 실제적 중요성을 가진다. 어떤 법의 영토적 적용원칙으로부터 경제 행위자들이 외국으로 옮겨감으로써 그 법을 회피할 수 있다는 결과가 나타난다. 본질적으로 이 조건이 세법과 노동법 같은 문제들에서는 달성될 수 있는 반면, 독점금지법의 경우 그 출발점이 전혀 다르다. 경쟁법이 효과원칙 위에서 적용되어지건, 혹은 이익형량적 접근이나 의사영토적 적용 위에서 적용되어지건, 한 국가에서 다른 국가로의 회사 이전은 반경쟁적 행위가 그 법을 만든 국가의 시장에서 결과를 발생시키는 한 아무런 변화도 일으키지 않는다. 그 국가 법률의 시행주장은 외국에서 반경쟁적 행위를 범함으로써 이 법을 회피하려는 모든 시도들에 대해 똑같이 적용면제를 받게 된다.

따라서, 입법에 의한 경쟁의 성공적 역할을 위한 기본조건들 중의 하나가 독점금지법 영역에서는 결여되어 있다. 비록 이 영역에서의 조화에의 불참이 다른 국가의 법에서 검증된 사상들의 경쟁은 계속 살아있게 하지만, 그것은 결코 경제학 이론에서 설명된 대로 입법의 경쟁에 비교되어질 수는 없다.

더욱이 독점금지법들의 경쟁은 아주 회의적으로 보인다. 경제학 이론의 가정들이 옳다면, 기업은 기업자신의 이익에 가장 우호적인 법체계를 가진 국가를 선택할 것이다. 독점금지법의 영역에서 이 국가는 가능한 가장 광범위하게 반경쟁조약과 관행을 받아들이는 국가가 될 것이다. 그 절차에서 발견되어지는 가장 적절한 경쟁정책은 '악성 카르텔들(hard core cartels)'이나 심지어 독점도 허락한다. 입법 경쟁의 아이디어가 이 분야에서 진지하게 받아들여진다면, 우리는 입법 경쟁에 찬성함으로써 재화와 용역시장에서의 경쟁을 희생할 것이다.

요약하면 전세계적으로 상이한 독점금지법들의 공존은 국내경쟁법의 찬반론에 대한 계속적인 재고를 있게 한 장점도 가진다고 말할 수 있다. 그러나, 이 장점은 국제적 레벨에서 최소기준의 조화에 의해 희생되지는 않을 것이다. 현재 유일한 현실적 선택사항인 그러한 '최소한의 조화(minimum harmonization)'는 비교법의 실험을 계속하게 할 것이고 한 국가의 입법가들에게 최소기준의 레벨을 넘는 많은 대안들을 계속해서 고려하게 할 것이다.

44) 위의 각주 10에 인용된 저자들 참조.

45) Freytag/Zimmermann (n. 10) RabelsZ 62 (1998) 49.

46) 그 이유에 관해서는 Basedow (n. 7) p. 55 참조.

5. 조화의 가능성

조화주장에 대한 많은 반대론자들은 실제로 이 분야의 모든 국제간 교섭들을 좌절시키는 국가의 국내 경쟁정책들의 광범위한 차이점들에 대해 곧잘 이야기한다.⁴⁷⁾ 언뜻 보기에 이러한 반대는 “각국 경쟁정책들의 현저한 접근”이 존재한다는 일반적 관측과 모순되는 것처럼 보인다.⁴⁸⁾ 세계 제2차대전 전에 그렇게도 광범위하게 퍼져있던 강제적 카르텔들이 전세계적으로 사라져가고 있다는 것이 사실이 아닌가? 독점금지법이 그렇게도 많은 국가들에서 제정되기 시작했다는 것은 각국의 경쟁정책의 점진적이고 즉각적인 증거가 아닌가? 이러한 설명도 사실이긴 하지만, 오늘날까지 200개의 독립국 중 50%에 미치지 못하는 수의 국가들만이 경쟁제한을 금하는 법을 제정했으며 그들 국가의 경쟁정책들이 서로 일치하지 않는다는 점도 부인할 수 없는 사실이다.⁴⁹⁾ 그 경쟁정책들은 수평적 제한이나 합병규제, 비경쟁적 공공이익의 영향에 대한 평가에서, 가해지는 제재에서와 준수해야 할 절차들에서 다르다. 독점금지법들은 산업에 대한 직접규제에 가까운 방법으로 형성되고 적용된다는 것과, 실제로 그것이 몇몇 국가에서 일어나는 현실이라는 것을 잊어서는 안 된다.

그럼에도 불구하고, 기존의 차이점들은 경쟁법들의 조화와 국내 경쟁절차들의 조정을 방해하는 것 같지는 않다. 오히려 조심스럽고 실용적인 접근을 요구한다. 그것은 전세계적으로 통일된 통일경쟁법이라는 이상적 목표를 설정하는 것이어서는 안 되고 오히려 조화과정의 일반적 설정을 묘사하는 것이어야 한다. 결과적으로, 다음과 같은 제한들이 준수되어야 한다.

(1) 교섭들은 국내 경쟁법 제정으로 경쟁법에서의 국가이익을 이미 증명한 국가들과 이루어져야 한다. 다른 나라들은 관찰자로서만 받아들여져야 하고, 반경쟁적 국가정책에 뿌리를 둔 움직임들에 의해 교섭이 느려져서는 안 된다. 만약 교섭에 동등한 권리를 가지고 참여하고자 한다면 기존 국가의 법률들, EC법, 국내법의 모델로서의 국제규범들 중의 하나를 기꺼이 받아들일 수 있어야 한다.

(2) 첫번째 단계에서, 교섭의 대상은 국가적 해결책의 통일이 이미 확실시되는 분야로 한정되어야만 한다. 이것은 소위 악성 카르텔, 수평적 가격책정, 지배적 지위의 남용금지에 관한 것이다.⁵⁰⁾ 비록 범세계적인 집중과정은 합병규제를 교섭의 대상에 넣는 것을 바람직하게 하지만,

47) 예를 들어 *Möschel* (n. 11) *Festschrift* *Lukes* 462; *Griffin* (n. 11) *Int. Trade & Regul.* 1997, 41; *Wood* (n. 11) *DePaul L. Rev.* 44 (1995) 1297f.; *Jackson* (n. 11) *Aussenwirtschaft* 49 (1994) 196; *Hauser/Schoene* (n. 8) *Aussenwirtschaft* 49 (1994) 218 참조

48) *F. M. Scherer*, *Competition Policy Convergence: Where Next?*, *Int. Bus. Lawyer* 1996, 485-487 (485).

49) 위의 각주1 참조.

50) 이 주제들은 또한 *European Commission*, *Competition Policy in the New Trade Order*에서도 언급됨; *Strengthening International Competition and Rules Report of the Group of Experts* (Luxemburg 1995) p. 22s. sub 3.2; *Jürgen Basedow/Stefan Pankoke*, *General Report*, in: *Jürgen Basedow* (ed.), *Limits and Control of Competition with a View to International Harmonization* (The Hague 2002) 1-62 (55 seq.)도 참조. 제판매가격 유지에 관해서는

이 분야에서의 근본적 차이점들이 극복될 수 있는가는 의문이다. 합병규제 절차들에서 공익의 보전은 종종 세계적 경쟁에서도 살아남을 수 있는 대기업의 설립을 목적으로 하는 산업정책의 허점으로 사용되어진다는 것은 잘 알려진 사실이다. 그러한 정책들은 많은 국가들에서, 심지어 미국에서 합병규제에 영향을 주어왔다. 그러한 정책들이 추구되는 한, 어떻게 효율적인 합병통제가 국제적 레벨에서 달성될 수 있는가를 알기는 어렵다. 공기업의 거래행위와 국가의 원조와 같은 유사한 고려사항들도 국가에 의해 시작되고 지지되는 각종 규제들에 적용된다.

(3) 세 번째 제한은 조화의 범위에 관한 것이다. 그것은 국제적 차원의 경우들, 즉 국경 밖으로의 거래가 영향을 주는 경우들에 한정되어야 한다.⁵¹⁾ 재화판매법이나⁵²⁾ 운송법과⁵³⁾ 같은 다른 분야에서의 조화노력과 통일노력은 성공적임이 증명되었다. 왜냐하면, 전면적인 통일을 이루려고 노력한 것이 아니라 국경을 넘는 거래가 관련되는 한에서만 통일을 이루려 했기 때문이다. 따라서, 국가는 국제간 통일을 향한 반대의 벽을 실질적으로 낮출 순수히 국내적인 거래에 관해 다른 물들을 채택할 권리를 보유하고 있다. 이러한 예들이 보여주는 바와 같이 국제간의 합의는, 비록 앞에서 이야기한 방법으로만 한정되어있기는 하지만, 어쨌든 장기적으로는 국내 입법에 영향을 미칠 것이다.

(4) 최종적으로, 교섭은 최소기준의 합의를 목표로 해야 한다. 경쟁법들의 국제간 조화에 관한 전세계적 논쟁은, 경쟁법의 시행을 중지시키고 특히 그들 국가의 독점금지법의 역외적 적용을 포기해야만 하는 미국과 같은 나라들에게 어떤 두려움을 준다. 분명히 최소조화의 아이디어는 미국에서 논의되지도, 잘 알려지지도 못했다. 유럽공동체에서 이 개념은 많은 행정명령 속에서 규정되었고, 특히 소비자 보호의 영역에서 규정되었다.⁵⁴⁾ 소비자계약의 불공정한 계약조건에 대한 유럽공동체 위원회의 명령과 같은 유럽공동체 조치들은 종종 "회원국들은 최대한의 소비자보호를 보장하기 위해 이 명령이 미치는 영역에서 이 조약에 부합되는 가장 엄격한 조항들을 채택하고 보유할 수 있다"⁵⁵⁾ 규정을 둔다. 경쟁법에서 유사한 접근은 계약당사국들에게서 경제적 규제를 사실상의 금지에 국한시킬 권한을 빼앗음이 없이 이성의 법칙 하에서 수평적 제한의 금지와 같은 최소기준을 보장할 것이다.

국내 경쟁입법상의 모든 차이점들이 철저한 통일에 효율적 장애물이 될 수는 있지만, 그 차이점들이 국제적인 공동체가 국제적 차원의 경쟁제한을 위한 어떤 규정들의 최소조화의 교섭에

Reflection paper of *Ulrich Immenga*, *ibid.*, p. 35 sub III 참조 유사한 효과에 대해서는 *Matsushita* (n. 13) DePaul L. Rev. 44 (1995) 113; *Immenga* (n. 13) 602 참조.

51) 유사한 효과에 관해서는 Draft International Antitrust Code (below, n. 62) Art. 3; *Immenga* (n. 13) 601 참조.

52) United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods Done at Vienna on 10 April 1981, Int. Leg. Mat. 19 (1983) 668

53) Convention for the Unification of Certain Rules Relating to the International Carriage by Air Done at Warsaw on 12 October 1929, L.N.T.S. 137, p.11 seq. 후에 Hague Protocol Done on 28 September 1955에 개정됨, U.N.T.S. 478, p. 371 seq.

54) *Ulrich Everling/Wulf-Henning Roth* (eds.), *Mindestharmonisierung im Binnenmarkt* (Baden-Baden 1997)

55) Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, O.J. E.C. 1993 L 95/29, see art. 8.

착수하는 것을 막을 수는 없다.

6. 조화의 목적

경쟁법들의 국제간 조화는 여러 가지 이유로 바람직해 보인다. 국가 경쟁법들의 시행상의 문제점들을 치유할 필요성이 주요한 목적들 가운데 하나이다. 이 필요성은 이미 설명되었다. 그것은 국내 경쟁법들의 적용범위가 수출 카르텔을 위시해 주로 외국시장에 영향을 미칠 목적으로 고안된 기타의 규제들에 까지 확대될 것을 요한다. 즉, 우리는 경쟁법의 적용을 위한 다른 충돌 해결규칙을 필요로 하게 되는 것이다. 반경쟁적 행위가 국내시장에서 가질 수 있는 효과는 국내 경쟁법 적용의 유일한 결정요인이 될 수는 없다. 행위지, 행위자의 국적, 행위자의 설립지와 같은 대인적 연관관계의 존재로 충분해야 한다. 이것은 미묘하면서도 중요한 문제이다. 계약당사국들이 경쟁보호를 받아들여야 한다는 것은 국제적 공동체의 보편적 이익에 속하는 것이지 특정국가의 공익에 속하는 것이 아니기 때문이다. 동시에, 계약당사국들은 외국시장에서의 경쟁제한이 그 국가의 무역이익들에 의해 정당화될 수는 없다는 점에도 동의해야만 한다.

이차적으로, 국제거래정책과 경쟁법 사이에는 여러 갈래의 상호관련이 존재한다. 위에서 지적한대로, 재화와 용역 거래의 자유화는 시장의 모든 경쟁자들에 의해 환영받는 것은 아니며, 어떤 이들은 사인간의 계약에 의해 기존의 거래장벽이 영속되기를 바랄 수 있다. 일관된 정책은 그러한 결과를 예견해야만 하고 경쟁법상의 적절한 구체책들을 고안해내야 한다. 비슷한 상호작용이 지적 재산권 분야에서도 발견된다. 지적 재산권의 본질상, 지적 재산권 보유자는 독점적 행위를 보장받으며 독점적 지위의 남용에 까지 이를 수도 있다. '지적 재산권의 거래관련 측면에 대한 조약(Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPs)'⁵⁶⁾이 계약당사국들에게 지적 재산권을 존중할 의무를 부과한 이외에, 그것의 남용 가능성도에 대해서도 직시해야만 했다. 지적 재산권의 거래관련 측면에 대한 조약 제8조 2항과 40조는 계약당사국들이 경쟁법상의 적절한 대응수단들에 의존할 수 없음을 똑같이 보여주고 있다는 일치된 사고의 증거를 보여준다. 거래와 경쟁정책 사이의 그 이상의 상호작용은 덤핑과 관련이 있다. 약탈성 가격책정의 한 형태로서, 덤핑은 지배적 지위를 버리는 국내시장에서 만들어진 초과수익에 의해 어떤 재화나 용역을 다른 사업의 수익으로 유지하려는 회사의 가능성에 의존한다. 수출국이나 수입국 중 하나의 경쟁법 하에서 그러한 지위남용적인 행위의 효율적이고 역외적인 통제는 따라서 수입국이 반덤핑법을 폐지할 수 있게 한다. 이것은 참으로 오스트레일리아와 뉴질랜드 사이의 쌍무협정의 큰 골격은 바로 이것을 따는 것이다.⁵⁷⁾

경쟁법의 국제적 조화에 대한 교섭들은 또한 다른 목적들도 추구해야만 할 것이다. 국가들은

56) Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, O.J. E.C. 1994 L 336/213.

57) Protocol of 18 August 1988 to the Australia New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement on Acceleration of Free Trade in Goods, Australia Treaty Series 1988 no. 18, art. 4; Basedow (n. 7) p. 43 seq. 참조.

확실히 과거에 국제적 생활을 매우 자주 손상시켰던 관할권 충돌을 회피하기 위해 조화의 길로 들어섰을 것이다. 앞의 노력들이 항상 관할권 문제와 법의 충돌 문제들에 초점을 맞추어왔던 곳에서, 실제적 경쟁법의 조화에 의한 문제해결이 가능했을 것이다. 그러한 조화에 근거해서만, 행정부의 권한을 집중시키고 국제간의 경쟁법에서 사기업의 주요한 관심대상이 된 일괄구매원칙의 시행이 가능했을 것이다. 국제간 조화의 프로젝트가 결국 국가레벨에서 미래의 경쟁입법을 위한 한 모델로서 기여할 것이다. 그것은 특히 지금껏 그들 자신의 경쟁정책을 개발하기를 꺼려했던 국가들에게 가치로운 일이 될 것이다. 국제회의에 의해 승인된 모델은 외국 경쟁법의 채택보다 그들이 아마도 더 긍정적으로 받아들일 안내지침을 그들에게 제공할 수 있을 것이다.

7. 실용적 접근

앞의 고려들 다음에 오는 정치적 행동을 위한 추천사항은 어느 것인가? 우선, 필자는 경쟁법의 조화가 경제적 민족주의를 무기력하게 함을 다시 반복한다. 왜냐하면, 국내의 수익을 위해 국가는 외국시장을 겨냥한 반경쟁 행위들을 더 이상 용인해서는 안 되기 때문이다. 이것이 가장 중요한 점이고 조화의 어려움을 잘 설명해준다. 목표를 한걸음에 달성할 수 있으리라 기대하는 것은 무리이고, 한 걸음 한 걸음 나아가다 보면 달성될 수 있을 것이다. 이것은 수 년간 교섭될 수 있으나 단 한 번의 외교회의에서 끝날 수 있는 다른 통일프로젝트와는 다른 것이다. 독점금지법에서 국가는 욕심을 덜 가지고 조화의 길로 들어가도록 충고 받는다. 가까운 장래에 달성가능한 것은 모든 가능성을 열어놓은 교섭절차의 시작이다. 첫번째 단계에서 이 절차는 교섭에 앞서 경제 관행에 의해 테스트되고 몇 년 후 진일보한 쟁점들이 되어야만 할 몇몇 기본적 쟁점들에 관한 첫번째 합의에 이를 수도 있다. 그 절차를 위한 성공적인 모델은 GATT⁵⁸⁾와 그 후속기체인 WTO의⁵⁹⁾ 골격 속에서 국제거래법의 발전이 될 수 있다. 국제거래와 경쟁법 사이의 긴밀한 관련은 사실상 정기적인 WTO교섭라운드들이 경쟁법 조화의 촉진을 위해 사용되어야만 한다고 제안한다

조화의 방식도 똑같이 주의깊은 것이어야 한다. 이것이 국제공동체가 이 영역에서 연성법을 받아들이는 앞의 노력을 다시 시작해야 함을 의미하는 것은 아니다.⁶⁰⁾ 즉, 그러한 노력들은 어떤 인지할 수 있는 효과를 낳는 것은 아니다. 국제교섭이 구속력 있는 법규정들의 마련에 목표를 두어야만 하는 반면, 국제교섭은 국내법을 존중하고 지나친 간섭을 삼가해야 한다. 앞에서 지적한대로, 국제교섭은 국제차원의 경쟁규제에 제한되어야만 하고 최소기준의 합의를 목표로

58) GATT의 제재 하의 국제거래의 점진적인 자유화에 관해서는, *Ernst-Ulrich Petersmann, International Governmental Trade Organizations - GATT and UNCTAD*, in: *Int. Encycl. Comp. L.* vol. XVII ch. 25 (1981) sect. 5 and 23-25 참조

59) 위의 각주 6참조.

60) 각주32와 33의 본문 참조.

해야 한다. 이것은 만 법령의 제정을 기다려 다른 법령을 통해 비로소 시행되는 비자기집행적 조약의 채택을 의미한다. 예를 들어 UN 판매협약(UN Sales Convention)⁶¹⁾ 항공수송을 위한 바르샤바협약(Warsaw Convention on air transport)⁶²⁾과 같은 자기집행적 협약의 기술은 경쟁의 더 나은 보호를 제공하지만 같은 사실적 상황에 적용될 수 있는 국내법 규정들을 제정하려는 국가의 의도와 조화되기는 힘들다. 국제협약과 국내법 규정들의 결과적 융합은 너무나 큰 혼란을 준다. 비자기집행적 조약은 계약당사국이 국내입법에서 조약을 시행하는 경쟁법의 단일체계를 유지하고 동시에 더 높은 기준을 설정하도록 할 것이다.

경쟁법의 내용과 관련해, 교섭은 모든 국가나 대다수 국가들에 의해 경제에 유해하다고 간주되어지는 그러한 유형의 反競爭의 행위에 한정되어야만 한다. 이것은 수평적 가격책정 합의, 할당과 기타 시장분할, 공적 경매에 입찰의 집중과 같은 악성 카르텔의 금지를 포함할 것이다. 수평적 제한의 영역에서 그것은 수평적 가격 책정의 사실상 금지를 똑같이 포함할 것이다. 다른 수평적 제한과 지배적 지위의 남용에 관해, 이성의 법칙 하에 금지합의에 이르는 것이 가능해야만 한다. 앞에서 지적한대로 합병통제의 실질적 기준에 관한 유사한 합의는 가능성이 덜 해 보이지만, 그것은 합병통제절차의 본질적 규정들을 조화시키기 위해 매우 바람직하고 시행가능한 것으로 보일 것이다. 즉, 어떤 합병들을 국가의 경쟁촉진기관에게 보고할 의무, 합병이 효력을 발생하기 전 존중되어야 할 시간제약, 경쟁촉진기관에 제공될 정보의 종류 등에 관한 규정들이 그 규정들이다. 또한, 국제협약은 계약당사국들이 실체법의 시행을 위한 경쟁촉진기관들을 설립하고 손해배상과 같은 사법상의 구제장치들을 규정하거나 경쟁촉진 실체법 위반으로 결론 난 계약을 무효화시킬 의무를 규정해야만 한다.

조화된 법들의 시행은 국가기관의 손에 남아있어야만 한다. 그 시행절차들의 효율성을 증가시키기 위해 국가는 통고, 정보제공과 협의 등의 기본적인 절차적 의무들을 규정할 다자협약을 결정해야만 한다. 절차제공과 관련한 국가기관의 추가적인 협조 즉, 증거채택과 심지어 외국판결의 시행은 매우 바람직하지만, 다자간 교섭은 그러한 주제들 때문에 과중한 부담을 안게 될 것이다. 즉, 그것들은 추가적 협약에서, 아마도 쌍무협약에서, 그 교섭이 이루어질 수 있다.

스스로의 시행관할권을 가진 국제적인 경쟁촉진기관의 창설은 당분간 현실적인 선택사항으로 보이지는 않을 것인 반면, 국제공동체는 세계 경쟁의 정보교환과 논의를 위한 기반으로 기능할 국제기구로부터 도움을 받을 것이다. 그것은 국제적인 경쟁법 위반을 기록해야만 하고 경제의 다른 영역에서 국제간 경쟁의 정기적 평가를 행하고 이를 출판해야만 한다. 그것은 또한 대기업의 반경쟁적 행위나 각 국가의 국제 경쟁조약 위반의 용서에 대해 조사를 행할 권한과 심지어 국내 법원에 소송을 제기할 권리를 위임받아야 한다. 후자의 해결책은 몇 년전 국제전문가 그룹에 의해 만들어진 국제독점금지법안(Draft International Antitrust Code)에서⁶³⁾ 제안된 바

61) 위의 각주 51 참조.

62) 위의 각주 52 참조.

63) 국제 독점금지법 초안(Draft International Antitrust Code)은 Antitrust & Trade Regulation Report (BNA) 64 (1993),

있다. 그것은 국제적인 독점금지기구에 관한 논의를 미궁에서 끌어내는 것을 도울 독창적이고 창의적인 아이디어이다. 참으로 이 제안은 국가들의 주권을 침해함이 없이도 국제 경쟁협약과 합치되는 압력을 각 국가들에게 행사하도록 할 수 있다.

위에서 개관한 수단들이 승인가능한 전체 수단들 중의 일부를 형성하는 것은 아니다. 위에서 개관한 수단들 중 많은 것들은 개별적으로 채택될 수 있을 것이지만, 만약 전체 수단들이 각 국가에 의해 일괄적으로 승인될 수 있다면 경쟁과 관련한 전반적인 효과는 확실히 증대될 것이다.

Special Supplement no. 1628 of 19 August 1993에 실림; Basedow (n. 7) pp. 70 seq., 142 seq. and Wolfgang Fikentscher/Andreas Heinemann, Der "Draft International Antitrust Code" - Initiative für ein Weltkartellrecht im Rahmen des GATT: WuW 1994, 97-107도 참조