

## 주제 2

# 경쟁법의 세계화, 그 문제점 및 해결방안

김지홍·이병주 법무법인 지평 변호사





## 경쟁법의 세계화, 그 문제점 및 해결방안

김지홍·이병주<sup>1)</sup> 변호사

법무법인 지평

### I. 경쟁법 집행의 세계화 배경

20세기말 경쟁법 분야에 있어서 가장 중대한 발전은 ICT 산업 등 새로운 산업의 대두에 따른 변화보다 경쟁법 집행의 세계화에 있다고 한다.<sup>2)</sup> Einer Elhauge와 Damien Geradin은 “현대 경쟁법은 글로벌 경쟁법이다.”라고도 하였다.<sup>3)</sup>

20세기 중반까지만 해도 경쟁법 집행은 미국, 유럽 등 소수의 선진국에서만 문제되는 ‘국내적’ 문제였는데, 20세기말, 21세기로 들어서면서 그 ‘국제적’ 성격과 중요성이 점차 부각되고 있다.<sup>4)</sup> 이 같이 ‘경쟁법의 세계화’가 부각되게 된 배경으로 크게 2가지가 이야기 된다.

먼저 “지난 수십 년간 세계 경제가 글로벌화되고 통합화가 가속화됨에 따라 기업들의 글로벌 비즈니스 활동이 증대되고”<sup>5)</sup> 있다는 점이 첫 번째 배경으로 지적된다. 그 결과 국경을 넘어선(cross-border)<sup>6)</sup> 기업 M&A나 국제카르텔 등이 증가했고, 이를 대응하기 위해서는 경쟁법의 집행 역시 국경을 넘어설 필요가 커졌다.<sup>7)</sup> 실제로 개별 국가의 경쟁법이 그 국경을 넘어 역외 적용되는 사례가 현저히 증가하였다. 미국 경쟁당국에 의하여 부과된 담합 관련 벌금의 90% 이상이 국제카르텔에 부과되었으며, 유럽집행위원회가 조사한 국제카르텔 사건은 1990년 대비 무려 450%나 증가했다고 한다. Cross-border M&A도 1990년 이후 250~350% 증가하였으며, 단독행위 사건 역시 마찬가지이다.<sup>8)</sup>

1) 법무법인 지평 변호사

2) Andrew I Gavil & Harry First, The Microsoft Antitrust Cases: Competition Policy for the Twenty-First Century, The MIT Press (2014), 185쪽

3) Einer Elhauge & Damien Geradin, Global Antitrust Law and Economics, Foundation Press (2007), 3쪽.

4) Gavil & First, 앞의 책, 185쪽.

5) 이순미, “경쟁법 집행에서 국제협력의 필요성과 발전방향: OECD 논의 동향을 중심으로”, 경쟁저널 제178호 (2015. 1.), 130쪽.

6) 이하 ‘초국경’, ‘크로스 보더’, ‘cross-border’를 혼용하기로 한다.

7) OECD, Challenges of International Co-operation in Competition Law Enforcement (2014), 5쪽.

8) 상동



둘째, 20세기말 이후 경쟁법을 제정하고 적극적으로 집행하는 국가의 숫자가 현저히 증가하였다는 점도 글로벌 관점에서 경쟁법을 바라보게 되는 중요한 계기가 되었다.<sup>9)</sup> 현대 경쟁법이 도입되기 시작한 것은 제2차 세계대전 이후이지만,<sup>10)</sup> 1980년대까지만 해도 미국, 캐나다, EU, 독일 등 소수의 선진국들만 경쟁법을 실질적으로 집행하였다. 그런데 1990년대 초 공산권이 패망하면서 경쟁법을 도입하는 나라들이 급격히 증가하였다. (i) 체제 경쟁에서 시장경제체제가 승리하면서 자유시장 보호의 중요성에 대한 공감대가 전세계적으로 확대되었고, (ii) 타국의 경쟁법 도입이 자국 기업의 자유로운 경영활동에 도움이 된다고 생각하였던 미국, EU 등 선진국들이 구 공산권 국가들, 개발도상국들 등에 경쟁법 도입을 적극 권장·지원하였으며, (iii) EU 등이 회원국 가입의 조건으로 경쟁법 도입을 제시하기도 하였고, (iv) World Bank 등이 원조의 조건으로 경쟁법 도입을 권장하거나 경쟁법 도입을 재정적으로 지원한 것 등에 그 원인이 있다고 지적된다.<sup>11)</sup> 그 결과 “1970년대에는 단지 7개 국가에서만 경쟁당국이 활동하고 있었던 것이], 1990년에는 23개 국가가 경쟁법을 보유하고 그 중 16개 국가에서 경쟁당국이 경쟁법을 집행하게 [되었으며], 2013년에는 경쟁법을 보유한 국가가 127개국, 경쟁법 집행기관을 보유한 국가는 120개 국가에 이르게” 되었다.<sup>12)</sup>

## II. 경쟁법 집행의 세계화에 따른 문제점

초국경 경쟁법 집행이 요구되는 시대에 경쟁법을 보유한 국가의 숫자가 급격히 증가하면서 여러 가지 문제점이 지적되고 있다.

### 1. 중복 집행 및 중복 대응에 따른 사회적 비용의 증가

먼저 동일 사안에 대하여 복수의 경쟁당국이 중복하여 집행할 경우, 경쟁당국의 집행비

- 
- 9) Damien Geradin, “The Perils of Antitrust Proliferation: The Globalization of Antitrust and the Risk of Overregulation of Competitive Behavior”, *Chicago Journal of International Law*, Vol.10 No.1 (2009), 189쪽.  
 10) 일본은 1947년, 영국은 1948년, 독일과 EC는 1957년에 각 경쟁법을 도입함. Gavil & First 앞의 책, 287쪽 참조.  
 11) Geradin, 앞의 글, 195-196쪽; Mark R. A. Palim, “The Worldwide Growth of Competition Law: An Empirical Analysis”, *Antitrust bulletin*, Vol.43 No.1 (1998), 105쪽 등 참조.  
 12) 이순미, 앞의 글 137쪽; OECD, *Challenges of International Co-operation in Competition Law Enforcement* (2014), 5쪽.



용이 증가할 뿐만 아니라 이에 응대하기 위한 기업의 사업비용도 증가하게 되는바, 이는 사회적 비효율을 초래할 수 있다.<sup>13)</sup>

예컨대 기업 M&A 시 과거에는 하나의 경쟁법만 검토하여 하나의 기업결합신고만 하면 되었으나, 이제는 많은 경우 여러 나라의 경쟁법을 검토하고 각각 기업결합신고를 하여 승인을 받아야 하는바, 이는 상당한 거래비용의 증대를 초래한다. 예컨대 PricewaterhouseCooper의 2003년 보고서에 의하면, 전형적 cross-border M&A의 경우 8개국에 대한 기업결합 신고 또는 검토를 필요로 하며 이를 위해 평균 330만 유로에 달하는 외부자문 비용이 소요된다고 한다.<sup>14)</sup>

경쟁당국의 규제에 대응한 소송 위험과 그에 따른 비용 증대 가능성 역시 상당하다. 시장의 세계화로 하나의 기업활동에 대하여 복수의 경쟁당국이 동시 또는 순차로 제재하게 되는 경우가 드물지 않은데, 각 국가의 법령의 내용과 절차 등이 달라 이에 대응하는 데에는 막대한 시간과 비용이 들 수 있다. 예컨대 Microsoft의 경우 Windows 운영시스템과 Window Media/Internet Explorer 끼워팔기 등과 관련하여 미국 DOJ로부터 소송을 당하였을 뿐만 아니라 유럽집행위원회로부터 제재를 받았고, 한국, 일본, 대만, 러시아, 중국 당국으로부터도 조사를 받거나 제재를 받았는데,<sup>15)</sup> 이 과정에서 Microsoft는 천문학적 금액을 대응비용으로 사용하였다. 이 같은 사업비용 혹은 사업위험은 IBM, Exxon과 같은 대규모 글로벌 기업이라면 감수할 수 있을지 모르겠으나, 그보다 작고 전문화된 기업들 입장에서는 감당하기 어려울 수 있다.<sup>16)</sup> 이는 기업들로 하여금 보다 창의적이고 모험적인 기업 활동, M&A 등에 나서는데 주저하게 만들 수 있다.

## 2. 중복집행에 따른 충돌·모순 가능성

복수의 경쟁당국이 각각의 경쟁법에 따라 중복하여 집행할 경우, 그 결정이 상호 충돌·모순될 수 있다.

예컨대 GE/Honeywell 합병에 관하여 미국 경쟁당국은 승인을 하였으나 유럽집행위원회가 불허함으로써 합병이 무산되는 결과를 낳았고,<sup>17)</sup> British Airways가 여행사/기업 등

13) OECD, 위 보고서, 6쪽.

14) PriceWaterhouseCoopers, A Tax on Merger? Surveying the Time and Cost to Business of Multi-jurisdictional Merger Reviews 4(2003). Geradin, 앞의 글, 201쪽 각주 57에서 재인용

15) Gavil & First, 앞의 책, 185쪽.

16) Geradin, 앞의 글, 200쪽.

17) 상세한 설명은 Daniel J. Gifford & Robert T. Kudrle, The Atlantic Divide in Antitrust: An Examination of US and EU Competition Policy, University of Chicago Press (2015), 39



거래상대방에게 조건부 리베이트를 제공한 것에 대하여 유럽집행위원회 및 유럽법원은 공히 경쟁제한적이라고 본 반면, 미국 연방법원은 그렇지 않다고 보았다.<sup>18)</sup>

Qualcomm의 표준필수특허 라이선스 정책에 대한 중국 및 한국 경쟁당국의 최근 시정 조치 역시 충돌의 소지가 있다는 지적이 있다. Qualcomm은 자신이 보유한 이동통신 표준필수특허에 대하여 해당 기술이 구현되는 모뎀칩셋 제조사에게 라이선스를 제공하는 대신 그 모뎀칩셋이 장착되는 최종제품(휴대폰) 제조사에게 라이선스를 제공하면서 모뎀칩셋 가격이 아닌 휴대폰 가격의 일정 비율에 해당하는 금액을 로열티로 받았다. 그 결과 로열티 금액이 실제 그 기술이 구현되는 모뎀칩셋 가격과 비슷하거나 더 높다고 하는, 기이한 결과를 초래하였다. 이에 대하여 한국 공정거래위원회(이하 '공정위')는 “라이선스를 원하는 모뎀칩셋 제조사에게도 라이선스를 제공하라”는 시정명령을 내린 반면,<sup>19)</sup> 중국 국가발전개혁위원회(NDRC)는 휴대폰 제조사에 대한 로열티를 낮추라는 취지의 시정조치를 명했다.<sup>20)</sup> 이와 관련하여 Qualcomm은 “휴대폰 제조사에 라이선스를 계속 제공함”을 전제로 한 중국 NDRC의 로열티 인하명령과 “모뎀칩셋사로 라이선스 대상을 변경하라”는 한국 공정위의 시정명령은 서로 모순되어 둘 다 이행하는 것이 곤란하다고 주장하고 있다.<sup>21)</sup>

쪽 이하 참조: 다만, 이후 유럽 General Court (이하, 'GC', 舊 CFI)는 유럽집행위원회의 결정의 적법성을 인정하면서도 포트폴리오 효과에 대한 입증은 없다고 판시했다. 이에 관한 국내문헌은 이민호, “GE/Honeywell 기업결합 사건에 대한 유럽1심법원 판결 검토: 포트폴리오 효과가 혼합결합 규제의 근거가 될 수 있는가?”, 경제법판례연구 제5권 (2009. 2.), 153-210쪽 등.

18) British Airways 사건에 대한 유럽집행위원회 결정문은 Commission Decision of 14 July 1999 (IV/D-2/34.780 - Virgin/British Airways), GC 법원 판결은 Case T-219/99 British Airways PLC v. Commission of the European Communities [2003] ECR II-5917, Court of Justice (이하 'CJ' 또는 유럽사법재판소) 판결은 Case-95/04P British Airways PLC v. Commission of the European Communities [2007] CEC 607를, 미국 연방법원의 판결은 Virgin Atl. Airways Ltd. V. British Airways Plc., 257 F.3d 256 (2d Cir 2000) 각 참조. British Airways 사건에 관한 상세한 설명은 김수련, “조건부 리베이트에 대한 미국 및 유럽 판결의 비교: British Airways 사건을 중심으로”, 경제법판례연구 제6권 (2010. 1.); 정영진, “시장 지배적 지위 남용행위에 대한 유럽 경쟁법과 미국 독점금지법의 접근방법의 차이: 유럽위원회의 Virgin/British Airways 결정(1999)을 중심으로”, 경쟁저널 제122호 (2005. 11.) 등 참조.

19) 공정위 2017. 1. 20. 의결 제2017-025호

20) Qualcomm의 2015. 2. 9.자 “Qualcomm and China’s National Development and Reform Commission Reach Resolution” 참조. 원문은 아래 링크 참조.

[http://files.shareholder.com/downloads/QCOM/3864235320x0x808060/382E59E5-B9AA-4D59-ABFF-BDFB9AB8F1E9/Qualcomm\\_and\\_China\\_NDRC\\_Resolution\\_final.pdf](http://files.shareholder.com/downloads/QCOM/3864235320x0x808060/382E59E5-B9AA-4D59-ABFF-BDFB9AB8F1E9/Qualcomm_and_China_NDRC_Resolution_final.pdf)

21) Qualcomm은 한국 공정위의 시정명령에 불복하여 서울고등법원에 취소소송을 제기하였고 2017. 11. 현재 소송이 진행 중이다(서울고등법원 2017누48 시정명령 등 취소 사건).



### 3. 실질적 과다집행(overregulation)의 우려 - “Strictest Regime Wins” 문제

중복집행의 문제점으로 지적되는 다른 한 가지는 “가장 엄격한 경쟁법이 사실상 기준(de facto regime)이 된다”는 점이다.<sup>22,23)</sup>

예컨대 한 기업이 A국과 B국 모두에서 사업활동을 하고 있는데, A국은 수평적 경쟁제한에 대하여 상대적으로 관대한 입장인 반면 수직적 경쟁제한에 보다 엄격하고, B국은 수평적 경쟁제한에 대하여 상대적으로 엄격한 반면, 수직적 경쟁제한에 보다 관대한 경우, 그 기업의 입장에서는 수평적 경쟁제한에 대해서는 B국, 수직적 경쟁제한에 관해서는 A국의 입장에 따라 사업을 수행하지 않을 수 없다. 이렇게 가장 엄격한 국가의 경쟁법에 맞추어 사업활동을 하지 않을 경우, 그 당국으로부터 규제를 당할 위험에 노출되기 때문이다. A, B 각국이 일련의 경쟁정책들을 통해 최적의 경쟁 상황을 추구하고 있다고 가정하면(예컨대 A국은 수평적 경쟁제한은 관대하게 처리하면서 수직적 경쟁제한을 엄격히 통제하는 것이 사회적 효용 총량을 극대화하는 길이라고 판단한 것일 수 있다), 양국의 감독을 받는 기업은 그러한 최적의 경쟁 목표보다 더 엄격한 경쟁법 집행을 당하는 셈이 된다.<sup>24)</sup>

실제로 앞에서 언급한 2001년 GE/Honeywell 기업결합에서 미국 DOJ는 조건부 승인을 내렸지만 유럽 당국은 불허하였고 그 결과 거래는 중단되었다. 결과적으로 유럽 기준이 이긴 것으로 볼 수 있다.<sup>25)</sup>

금지조치까지는 아니지만 초국경적 효과를 낳는 시정조치들의 경우에도 마찬가지이다. 예컨대, Glencor와 Xstrata는 스위스 채굴 기업으로 복수 국가에 소재한 광산에서 채굴작업을 진행하여 채굴된 광물을 전세계에 판매하였는데, 미국 DOJ의 경우 2012년 양사 기업결합에 대해 어떠한 조치도 취하지 않은 반면, 중국 상무부(MOFCOM)는 2013년 해당 기업결합을 승인하면서 페루에서 개발중인 Las Bambas 구리 채굴에 대해 자산매각조치를 부과하였다. 기업결합 당사회사인 Glencor 와 Xstrata의 중국시장에서의 시장점유율 합계는 약 18% 미만으로 이 정도의 점유율의 경우 다른 대부분의 경쟁당국은 기업결합에 개입

22) Andrew T. Guzman, *Cooperation, Comity, and Competition Policy*, Oxford University Press (2011), 349-350쪽. Damien Geradin은 이를 “Strictest Regime Wins 문제”라 칭하며 (Geradin 앞의 글 192-193쪽). OECD는 이에 대해 “가장 개입주의적인 기준(interventionist standard)이 항상 이기게 된다”고 표현한다[OECD, *Challenges of International Co-operation in Competition Law Enforcement* (2014), 44쪽].

23) OECD, 위 보고서, 44쪽

24) Guzman, 앞의 책, 349쪽.

25) OECD, *Challenges of International Co-operation in Competition Law Enforcement* (2014), 44쪽.



하지 않는 수준이었으나, 중국 MOFCOM이 규제에 나서면서 결과적으로 보다 엄격한 기준인 MOFCOM 기준이 양사 기업결합에 적용되는 결과를 초래했다. 유럽집행위원회 또한 유럽 아연시장의 특수성을 이유로 자산매각조치를 포함한 아연시장 관련 구조적 조치를 부과했다.<sup>26)</sup>

이와 관련하여 특정 국가 소비자들이 누릴 수 있는 효용의 범위를 다른 나라의 경쟁당국이 임의로 제한할 수 있게 된다는 점에서도 부당하다는 지적이 있다. 즉 A국은 일정한 수평적 행동이 소비자 효용증대에 도움이 된다고 판단하여 이를 허용하고 있는데, B국의 경쟁당국이 이에 대해 엄격한 입장을 취하는 바람에 A국 소비자들은 그에 따른 소비자 효용을 누릴 수 없게 된다는 것이다.<sup>27)</sup>

이러한 ‘가장 제한적인 관할(the most restrictive jurisdiction)’ 현상은 기업결합 당사회사들이 보다 많은 비용을 지출하게 하고 심사기간도 길어지도록 기업결합의 당사회사들과 경쟁하는 사업자들이 경쟁법 집행을 경쟁사에 대한 공격수단으로 활용할 남용 가능성이 있다는 지적도 있다.<sup>28)</sup>

#### 4. 보호주의적 집행에 대한 우려

보호주의적 집행의 우려는 중복집행·과다집행의 문제점을 더욱 부각·심화시킨다.

대부분의 경쟁당국은 정치·경제적 판단이나 간섭으로부터 자유롭지만, 모든 사안에 대하여 항상 그런 객관성이 보장되는 것은 아니며, 특히 경쟁법을 도입한지 얼마 안 된 신흥당국들의 공정성에 대해서는 아직도 우려의 목소리가 높다. 예컨대 미국계 항공기 제조사인 Boeing과 McDonnell Douglas 합병에 대해 미국 FTC는 승인한 반면, 유럽집행위원회가 금지한 것에 대해서는 유럽 항공기제조사인 Airbus를 보호하기 위한 보호주의적 조치였다는 비판이 있으며,<sup>29)</sup> 특히 인도, 중국 등 무시할 수 없는 신흥 경제대국들의 경쟁법 집행에 대하여 그 적절성과 공정성에 대한 우려가 많이 제기되고 있다.<sup>30)</sup>

26) OECD, 위 보고서, 44쪽; CASE COMP/M.6541 - Glencore International plc / Xstrata Plc (2012)

27) Geradin, 앞의 글, 192쪽.

28) OECD, Remedies in Cross-Border Merger Cases (2013), 103쪽.

29) 유럽경쟁당국의 Boeing/MD 합병 불승인 결정에 대한 상세한 설명 및 비판은, Daniel J. Gifford & E. Thomas Sullivan, “Can International Antitrust Be Saved for the Post-Boeing Merger World?”, Antitrust bulletin, Vol.45 No.1 (2000), 55쪽 등 참조.

30) 예컨대 미국 DOJ의 경쟁담당 차관보(Assistant Attorney General for Antitrust)가 중국 경쟁당국이 오류나 자의적 적용의 여지가 큰 기업결합심사나 단독행위 심사보다는 위법성이 명백한 카르텔 규제에 집중해야 한다고 언급했다는 설명으로, Hew Pate, “What I Heard in the Great



단순히 특정 경쟁당국이 편파적이라는 것을 넘어서, 경쟁법 집행의 기준 자체가 대단히 모호하고 추상적이라는 점에서 이러한 우려는 경쟁법 집행에 내재된 문제라고 할 수 있다.<sup>31)</sup>

### 5. 과소집행(underregulation)의 우려

반대로 복수 경쟁당국의 복수 집행만으로는 글로벌 기업의 초국경적 경쟁제한행위에 대하여 충분한 규제가 되지 못한다는 지적이 있다.

경쟁법이 없거나 경쟁법 집행이 실질적으로 이루어지지 못하는 국가가 여전히 다수 존재하는데, 그 국가 또는 그 국가의 소비자들에게 영향을 미치는 반경쟁적 행위에 대해서는 여전히 적절한 경쟁법 규제가 이루어지지 못하고 있다.

미국이나 유럽과 같이 경쟁법 집행이 잘 발달한 국가들의 활발한 역외적용도 이 같은 문제를 해결하지 못하는데, 이는 미국·유럽 등도 자국 기업의 수출담합 (export cartel) 규제에 대하여는 소극적이라는 점에서 확인된다. 수출 담합은 수출국가의 기업들에게 이익을 주는 반면, 그 피해는 수입국가의 소비자들이 입게 되는바, 수출국 경쟁당국 입장에서는 이를 적극적으로 규제할 유인이 적기 때문이다.<sup>32)</sup>

## III. 경쟁법 집행의 세계화에 따른 문제점 해결 시도의 과정

복수 경쟁당국에 의한 복수집행이 가져오는 장점도 분명히 있지만,<sup>33)</sup> 앞서 살펴본 바와 같이 그에 따른 우려와 위험 역시 상존한다. 이에 경쟁법 학자들과 집행당국들은 한 나라 차원에서 제정·집행해 왔던 경쟁법과 경쟁법 집행시스템에 대하여 다시금 생각하고 개선을 위해 노력해 왔다. 그 주요한 노력들을 시간 순으로 살펴보면 다음과 같다.

Hall of the People - Realistic Expectations of Chinese Antitrust”, Antitrust Law Journal, Vol.75 No.1 (2008), 195쪽 참조.

31) Geradin, 앞의 글, 202쪽.

32) Guzman 앞의 책, 349-351쪽; Geradin, 앞의 글, 197쪽.

33) 예컨대 Gavil과 First는 복수집행의 위험성이 과장되었다면 그 장점을 강조한다. Gavil과 First이 강조하는 것은 한마디로 “복수 경쟁법의 경쟁 촉진”에 있다. 즉 복수의 당국이 서로 다른 경쟁법을 집행하는 과정에서 서로 경쟁하게 되고, 이는 정책의 다양성과 창의성을 촉진하고, 집행재원의 효율적 배분을 가져오며, 집행공백을 줄이고, 특정 정치적 입장에 의한 경쟁정책의 포획을 막을 수 있다는 것이다(Gavil & First, 앞의 책, 293쪽).



## 1. 1927년 제네바 세계 경제 컨퍼런스 개최<sup>34)</sup>

초국경적 경쟁제한행위에 대한 공동 대응 논의는 1차 세계대전이 끝난 직후인 1920년로 거슬러 올라간다. 사업자들은 19세기말 경기 침체에 대응하는 과정에서 경쟁 대신 상호 합의를 통해 경영 위협을 줄이기 위해 노력했는데, 이는 이른바 ‘국제카르텔’의 시초였다고 할 수 있다.<sup>35)</sup> 이 같은 국제카르텔 관행은 제1차 세계대전 이후 더욱 빈번해졌고 심각한 경쟁제한의 결과를 가져오게 되었다.<sup>36)</sup>

국제연맹(League of Nations)은 1925년 당시 직면하고 있던 각종 세계 경제 문제들을 논의하기 위해 국제 컨퍼런스를 소집하였는데, 그 주제 중 하나가 “국제카르텔에 어떻게 대응할 것인가”였다. 이 컨퍼런스는 1927년 5월 3주에 걸쳐 진행되었으며 50개 국가 대표 194명이 참석했다.

당시까지만 해도 ‘국제카르텔’은 ‘경쟁법’의 고유한 문제라기보다는 이른바 ‘무역자유화’에 대한 장애요소로서 인식·논의되었다. 즉 국제카르텔은 ‘보호관세’와 같은 ‘정부에 의한 무역장벽’과 같은 맥락에서 이른바 ‘민간 영역에서의 무역장벽’으로 논의되었다.

그러나 1920년대까지만 해도 “카르텔은 나쁘다”란 공통된 인식은 아직 형성되어 있지 않았다. 도리어 “카르텔이 경제 발전을 합리화하고, 과잉생산을 줄이며, 노동자들의 고용 안정성을 증대하는 수단이 될 수 있다”는 ‘카르텔 옹호론’도 상당한 목소리를 내고 있었고, ‘선한(good)’ 카르텔과 ‘악한(bad)’ 카르텔을 구별하여 후자만 규제하여야 한다는 것이 오히려 일반적 견해였다.

결국 제네바 컨퍼런스는 “국제 카르텔 합의에 관한 한, 국가들이 카르텔에 취하고 있는 입장이 다양하[여] 이에 관한 사법체제 설립은 불가능한 것으로 인식된다”면서 대신 “국제 연맹이 국제카르텔에 관한 정보를 수집하고, 개별 카르텔 행위를 점검하며, 카르텔로 발생하는 효과를 조사하고, 해로운 카르텔 행위에 관한 정보를 발표”하라고 권고하는 선에서 마무리되었다.<sup>37)</sup>

34) 1927년 제네바 세계 경제 컨퍼런스에 관한 본 David J. Gerber (이동률 역), 국제경쟁법, 박영사 (2014), 31-41쪽을 요약, 보완하였다.

35) William R. Cornish, “Legal Control over Cartels and Monopolization 1880-1914: A Comparison”, Nobert Horm & Jurgen Kocka, Law and the Formation of Big Enterprises in 19th and Early 20th Centuries (Gottingen 1979), 280-305쪽, Gerber 앞의 책 30쪽에서 재인용.

36) Gertrud Lowasy, International Cartels: A League of Nations Memorandum (Lake Success 1947), 1-12쪽, Gerber 앞의 책, 30쪽에서 재인용.

37) Gerber, 앞의 책, 40쪽.



이 같은 제네바 세계 경제 컨퍼런스는 초국경적 경쟁제한행위에 대한 공동 대응의 필요성에 관하여 주의를 환기하고, 통일적 대응을 위해 노력하기 시작한 최초의 시도라고 할 수 있다. 다만, 아직 카르텔을 제외한 다른 경쟁제한적 행동에 대해서는 인식이 부족했고, 카르텔의 폐해에 대한 공감대도 부족하여 실질적으로 의미 있는 결과를 도출해 내지는 못했다. 특히 당시 거의 유일하게 경쟁법(Sherman Act)을 가지고 있던 미국이 국제연맹에 참가하지 않았던 점 역시 1927년 제네바 컨퍼런스가 실패로 돌아가게 된 원인 중 하나로 지목된다.

## 2. 1948년 하바나 헌장(Havana Charter) 제정 시도와 무산<sup>38)</sup>

단일한 세계 경쟁법 및 경쟁법 집행체제를 만들기 위한 노력은 제2차 세계대전 이후 다시 본격화되었다. 2개의 세계대전을 치른 각 나라들은 국제연합(United Nations), World Bank, GATT, IMF 등 복수의 국제기구들을 설립하여 국제정치·경제 문제에 통일적으로 대응하겠다는 야심 찬 프로젝트(이른바 ‘Bretton Woods 체제’)를 추진하였는데, 그러한 원대한 구상 중 하나가 ‘국제무역기구(International Trade Organization, ‘ITO’)'의 설립 및 이를 중심으로 한 세계 경쟁법 집행체제를 수립하는 것이었다.

UN 경제사회이사회의 주도로 시작된 논의는 미국을 포함한 53개국 이 서명한 ‘하바나 헌장(Havana Charter for an International Trade Organization)’을 낳았다. 경쟁제한적 행위에 대한 대응은 하바나 헌장 제5장(Restrictive Business Practice)에 담겨 있는데, 그 주요 내용은 다음과 같다:

- 가격 등 거래조건 고정, 시장분할, 생산량·구매량 제한, 경쟁사업자 배제, 특정사업자에 대한 차별 등은 경쟁제한, 시장접근 제한, 독점력 증대 등을 통해 생산 및 무역의 증대에 해로운 영향을 미칠 수 있다(제46조).
- 각 회원국은 그 영토 내에서 제46조에서 정한 경쟁제한적 행동을 예방하기 위해 입법 등 가능한 모든 조치를 취할 의무가 있다(제50조 제1항).
- 경쟁제한적 행동으로 말미암아 피해를 입은 회원국은 직접 또는 ITO를 통해 상대국에 협의를 요청할 수 있고, 각 회원국은 쌍방에 만족스러운 결론을 도출하기 위해 노력한다(제47조).
- 경쟁제한적 행동에 따른 피해를 입은 회원국은 ITO에 이를 신고할 수 있고, ITO는 이

38) 하바나 헌장 제정 과정에 관한 본 장은 Gerber 앞의 책, 52-71쪽을 요약, 보충하였다.



를 조사할 수 있으며, 조사 결과 위반행위가 인정될 경우, ITO는 관련 회원국에 필요한 시정조치를 요구 또는 권고할 수 있다(제48조).

- ITO는 국제무역에 영향을 미치는 경쟁제한적 행동에 대하여 연구하고, 각 회원국에게 그에 관한 법령, 절차, 협약 등에 관해 권고 등을 할 수 있다(제49조).

결국, 하바나 헌장은 금지되는 경쟁제한적 행위의 유형에 관해 일정한 합의에 이름으로써 ‘세계 경쟁법’ 제정에 첫 걸음을 내디딘 것이며, ITO를 통한 경쟁제한적 행위 조사 및 시정 조치라고 하는 ‘세계 경쟁법 집행체제’ 수립을 시도하였다는 점에서 역사적 의미가 있다.

그러나 하바나 헌장 제정을 통한 ‘세계 경쟁법 집행 체제’ 수립 시도는 미국의 하바나 헌장 비준 거부로 말미암아 실패하였다. 제2차 세계대전 이후 세계가 미국과 소련을 중심으로 이념에 따라 분열되면서 국제기구를 통한 통일적 문제해결에 대하여 시대착오적이라는 인식이 미국 내에 팽배했고, 하바나 헌장을 통해 해결하려고 하였던 관세 장벽 철폐 등 목적은 GATT(General Agreement on Tariffs and Trade)를 통해 일부 달성되어 굳이 하바나 헌장을 고집할 이유가 줄어들었기 때문이었다고 한다.<sup>39)</sup>

### 3. 1967년 OECD의 경쟁법 집행 협력에 관한 권고안 채택

여러 국제기구와 단체들도 초국경적 경쟁제한행위의 확대와 경쟁법의 세계화 문제에 대한 대처에 나섰는데, 그 중 가장 적극적이고 꾸준히 활동하고 있는 기구 중 하나가 OECD(경제협력개발기구: Organisation for Economic Cooperation and Development)이다.<sup>40)</sup>

OECD는 1967년 경쟁법 집행 과정에서 회원국 상호 간에 협력할 것을 제안하는 권고안(Recommendation of the Council Concerning Co-operation between Member countries on Anticompetitive Practices affecting International Trade)을 채택하였는데, 그 요지는 ① 타국의 중요한 이익에 영향을 미치는 집행행위에 관하여 상대국에 통보하고, ② 경쟁당국 간 서로 정보를 교환하고 협의하며, ③ 서로의 집행활동에 필요한 정보수집을 돕고, ④ 타국에서 이루어진 반경쟁적 행동에 대하여는 비록 자국에 영향을 미치지더라도 먼저 상대국에게 집행을 요청하라는 것 등이었다.<sup>41)</sup>

39) Gerber, 앞의 책, 62-65쪽 참조.

40) OECD는 회원국의 경제성장과 금융안정을 촉진하고 세계경제발전에 기여하고, 개도국의 건전한 경제성장에 기여하며, 다자주의와 무차별주의에 입각한 세계무역의 확대에 기여하는 것을 목적으로 하는 정부간 정책연구 및 협력기구이다. <http://www.oecd.org/about/참조>.



OECD의 1967년 권고안은 세계 경쟁법 제정 혹은 단일한 세계 경쟁법 집행시스템을 수립하는 방향 대신, 각 국가별로 경쟁법 집행이 이루어짐을 전제로 각 경쟁당국간 서로 협력하는 방향과 원칙을 제시하였다는 점에서 의미가 있다. 이러한 OECD 권고안의 내용은 이후 체결된 ‘미·EU 경쟁협력협정(1991)’ 등 양자간 경쟁협력협정의 가이드라인이 되었다.

#### 4. 1980년 UNCTAD의 ‘UN 경쟁법 원칙’ 제정

하바나 현장에서 시도된 통일된 세계경쟁법 마련은 유엔국제무역개발기구 (UNCTAD)로 이어졌다. 즉 1960년대에 들어서면서 미국 및 유럽을 중심으로 경쟁법 적용이 확대되기 시작했고, 다국적 기업(multi-national enterprise)의 활동도 활발해졌는데, 이는 다국적 기업에 적용될 수 있는 공통의 경쟁규칙이 필요하다는 공감대를 형성시켰고, UNCTAD를 중심으로 진행된 일련의 논의 결과 1980년 ‘제한적 영업관행의 규제를 위해 다국간에 합의된 원칙과 규범(UNCTAD Multilaterally Agreed Principles and Rules for the control of Restrictive Business Practices, ‘UN 경쟁법 원칙’)'이라는 다자간 협약을 낳았다.<sup>42)</sup> ‘UN 경쟁법 원칙’의 주요 내용은 다음과 같다.<sup>43)</sup>

- 기업들은 (i) 가격고정, 시장분할, 생산량·판매량 제한, 공급거절 등을 위한 공동행위를 해서는 안 되며, (ii) 약탈적 가격할인, 거래조건의 차별, 기업결합, 수출품 가격 고정, 수입 제한, 거래거절, 끼워팔기 등을 통한 시장지배적 지위 취득 또는 남용 행위는 금지된다(D.3항 및 D.4.항).
- 각국 정부는 기업의 경쟁제한적 행동을 통제하기 위해 필요한 법률 제정 및 이를 집행하기 위한 사법·행정 절차의 수립 등 조치를 취해야 하며(E.1.항), 그러한 입법은 시장 지배적 지위의 부당한 취득 및/또는 남용, 시장 접근 제한 등 경쟁에 대한 부당한 제한 등을 제거하고 효과적으로 대처할 수 있는 것이어야 한다(E.2.항).

41) 이 권고안은 1995년 개정되었다가 2014년 권고안으로 대체되었는데 그 원문은 OECD 홈페이지에서 찾아볼 수 있다. <http://www.oecd.org/daf/competition/2014-rec-internat-coop-competition.pdf>참조. 주요 내용으로 (i) 협의 및 예방, (ii) 조사 및 소송절차에서의 통지, (iii) 조사 및 소송절차에서의 상호조정, (iv) 조사 및 소송절차에서의 정보교환, (v) 다른 경쟁당국에의 조사협조를 규정하고 있다. 이러한 OECD의 접근방식은 경쟁법 집행의 세계화에 따른 문제점을 해결할 또 다른 관점을 제시하는데 같은 취지로 윤수현, 한국공정거래조정원 창립 10주년 기념 학술대회 자료집: 토론문, 203쪽 참조.

42) Eleanor M. Fox & Daniel A. Crane, *Global issues in Antitrust and Competition Law*, West Academic Publishing (2010), 492-493쪽 참조.

43) ‘UN 경쟁법 원칙’의 원문은 UNCTAD 홈페이지 (<http://unctad.org/en/docs/tdrbpconf10r2.en.pdf>)에서 확인할 수 있다.



- 각국 정부는 경쟁제한적 행동을 규제할 때에는 확립된 절차에 따라 모든 기업을 공평하고 평등하게 대우해야 하며(E.3.항) 국제무역에 부정적 영향을 미치는 경쟁제한적 행동에 대해서는 적절한 예방적·시정적 조치를 취해야 한다(E..4.항).
- 각국은 경쟁제한적 행동 규제에 관한 공통된 접근 방법을 개발하기 위해 협력하며(F.1.항), 경쟁법 집행 선진국들은 후발 국가들의 경쟁법 집행시스템 도입 및 개선을 위해 필요한 도움을 제공한다(E.8.항, F.4.항)
- UNCTAD는 각국의 협약 준수 및 이행 상황에 관하여 매년 보고를 받으며(F.2.항), 모델 경쟁법을 제정하고(F.5.항), 관련 법령 및 제도 실행에 필요한 기술적 지원 및 자문, 교육 프로그램 등을 제공한다(F.6.항).

UNCTAD는 이상과 같은 ‘UN 경쟁법 원칙’에 따라 2000년 모델 경쟁법(Model Law on Competition)을 마련하였다.<sup>44)</sup> 그러나 다른 UN 모델법들과 달리 ‘모델 경쟁법’은 경쟁법 집행 선진국들로부터 큰 관심을 받지 못하였고, 실제 경쟁법 통일에 큰 영향을 주지 못하였다.<sup>45)</sup>

‘UN 경쟁법 원칙’은 1980. 12 5. UN총회에서 채택되었던바 비록 구속력이 없는 임의적 규정이라는 하였지만, 경쟁법 및 그 집행에 관하여 다자간 체결된 유일한 협약이라는 점에서 의미가 있다.<sup>46)</sup> 또한 경쟁제한적 공동행위 및 단독행위의 유형에 관하여 보다 상세히 적시하고, 각국 정부에 그에 대한 대응 입법 및 규제절차 마련을 요구하였다는 점에서 세계 경쟁법 제정을 향해 한 걸음 더 나아갔다고 할 수 있다. 또한 개발도상국들의 경쟁법 제정 및 경쟁법 집행시스템 도입을 위한 선진국 및 UNCTAD 등 국제적 지원을 정함으로써, 경쟁법 집행의 공백을 막고 세계 경쟁법 집행 시스템이 선진국의 그것으로 수렴·통일되도록 시도하였다는 점에서도 의미가 있다.

## 5. WTO의 세계경쟁법 제정 논의와 포기

기존의 ‘관세 및 무역에 관한 일반협정(GATT)’을 대체하는 새로운 국제기구로서 WTO(세계무역기구)의 설립이 논의되던 1993년경 일군의 경쟁법학자들이 모여 Draft

44) UNCTAD가 2000년 만든 ‘모델 경쟁법’은 2012년, 2015년, 2017년, 모두 3회에 걸쳐 개정되었는데, 그 원문은 UNCTAD 홈페이지에서 찾아볼 수 있다.

(<http://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/The-Model-Law-on-Competition.aspx>)

45) Eleanor M. Fox & Daniel A. Crane, 앞의 책, 505쪽.

46) 위 책, 493쪽.



International Antitrust Code<sup>47)</sup> 를 만들어 WTO 관련 협정에 포함시키자고 시도하였다.<sup>48)</sup>

Draft International Antitrust Code(‘DIAC’)는 ① 각국의 국내법에 도입·채택되어야 하는 최소한의 경쟁법 내용을 명시하는 한편, ② 이 협약을 집행·감독할 국제경쟁당국(International Antitrust Authority)과 이에 관한 분쟁을 심판할 국제경쟁심판부(International Antitrust Panel)의 설립을 제시하였다는 점에서 그 특징이 있다. ① 즉 Draft International Antitrust Code는 시장지배적 지위 남용행위이란 무엇이고, 어떤 공동행위가 부당 공동행위가 되는지 등에 관한, 우리 공정거래법과 유사한 실체법 규정을 제시하면서 각국의 경쟁법이 최소한 이에 맞게 제정·운영될 것을 요구하였고, 위법행위를 발견할 경우 각국이 취할 수 있는 제재조치의 종류와 내용 등에 관해서도 제시하였다(제2편 제4조 내지 제15조). ② WTO 산하에 ‘국제경쟁당국(International Antitrust Authority)’을 두어 개별국가에 일정한 조치를 촉구하거나 직접 해당 사업자를 상대로 소송을 제기할 수 있는 권한을 부여하고자 하였고, 나아가 ‘국제경쟁심판부(International Antitrust Panel)’를 상시 기구로 두고 DIAC의 이행과 관련한 당사국 간의 분쟁 및 국제경쟁당국과 당사국 간의 분쟁을 심리하게 하고 그 결정에는 각 국가에게 반드시 따를 의무를 부과하고자 하였다(제7편 제19조 내지 제20조).

한마디로 DIAC는 세계 경쟁법 및 세계 경쟁법 집행 시스템의 구체적 청사진을 제시한 것이다. 만약 WTO에 의하여 이 초안이 채택되었다면, 세계 경쟁법 집행시스템 도입이 성사될 수 있었을 것이다.

그러나 안타깝게도 DIAC는 WTO에서 채택되지 못하였다. WTO는 1993년 이후 회원국들이 동의할 수 있는 최소한의 경쟁법 원칙을 마련하기 위해 오랫동안 논의하였고 2001년 도하선언에 경쟁법 정책에 관한 3개의 문단을 삽입하는 업적을 이루기도 하였지만,<sup>49)</sup>

47) Draft International Antitrust Code는 Munich Draft Code라고도 불린다. 평소 독일 뮌헨에서 개최되는 세계 경쟁법 학자들의 모임 자리에서 이 초안이 처음으로 발표되었기 때문이다. Draft International Antitrust Code에 관한 보다 상세한 설명은 Wolfgang Fikentscher, “The Draft International Antitrust Code(DIAC) in the Context of International Technological Integration”, Public Policy and Global Technological Integration (1997), 211-220쪽 참조.

48) Alison Jones & Brenda Sufrin, EU Competition Law: Text, Cases, and Materials, Oxford University Press (2016), 1239쪽. Draft International Antitrust Code 원문은 Daniel J. Gifford, “The Draft International Antitrust Code Proposed at Munich: Good Intentions Gone Awry”, Minnesota Journal of Global Trade, Vol.6 No.1 (1997), 31-66쪽에 게재되어 있다.

49) 2001. 11. 14. 발표된 제4차 도하각료선언(Doha Ministerial Declaration)은 총 52개항으로 되어 있었는데 그 중 3개항을 “무역과 경쟁정책의 상호관계”라는 항목에 할애하여 (i) 국제무역의 발전을 위한 경쟁법 정책의 기여 및 저개발국/개도국의 경쟁법 도입 및 발전을 돕기 위해 다자간 협력의



2004년 8월 1일 WTO General Council이 도하선언 의제에서 경쟁정책을 제외한다고 선언하면서, WTO를 통한 세계 경쟁법 마련 시도는 중단되었다. 개발도상국들의 반대도 주요한 원인이었지만, 세계 경쟁법 제정에 소극·부정적이었던 미국의 태도도 한 몫 하였다.<sup>50)</sup>

## 6. 미·EU 경쟁협력협정 등 양자간 협정의 체결<sup>51)</sup>

모든 국가에 적용되는 세계 경쟁법을 제정하고 이를 통일적으로 규제하는 세계 경쟁법 집행시스템을 만들려는 시도는 앞서 살펴본 바와 같이 잘 성사되고 있지 않다. 이에 대한 현실적 대안으로, 세계 시장에 대한 참여와 경쟁법 집행이 활발하게 이루어지던 주요 국가들을 중심으로 경쟁법 집행 협력에 관한 양자간 협정 체결이 먼저 또는 병행적으로 이루어지기 시작했다.

대표적인 양자간 협정은 1991년 체결된 ‘미·EU 경쟁협력협정’(Agreement between the Government of the US and the Commission of the European Communities regarding the application of their Competition Law)인데, 그 주요 내용은 다음과 같다.<sup>52)</sup>

- 각 당사국은 상대국가의 중요한 이익에 영향을 미치는 집행활동에 대하여 상대국가에 이를 통보해야 한다(제2조).<sup>53)</sup>
- 각 당사국의 경쟁당국은 정기적으로 만나 경쟁법 정책 및 집행에 관한 정보를 교환·논

필요하다는 점을 강조하였다. 좀 더 구체적으로는 (ii) 투명성, 비차별주의, 하드코어 카르텔 금지, 자발적 협조를 위한 모델 조항, 개도국의 경쟁법 발전을 위한 지원 등에 관하여 제5차 회의에서 논의하겠다고 하였다. 이 도하선언의 원문은 WTO 홈페이지([https://www.wto.org/english/thewto\\_e/minist\\_e/min01\\_e/mindecl\\_e.htm](https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm))에서 확인할 수 있다.

50) Jones & Sufrin, 앞의 책, 1239-1240쪽 참조. 예컨대 경쟁법 세계화 논의에 오랫동안 적극적으로 참여해 왔던 Eleanor Fox 교수는 미국이 WTO를 통한 단일 세계경쟁법 제정에 반대한 이유에 대하여 “이미 자국의 공정거래법을 일방적으로 역외적용하고 있던 미국의 입장에서 단일 세계 경쟁법 제정을 시도할 경우 불가피하게 발생할 수밖에 없는 타협과 양보, 그리고 그것이 가져올 미국 주권에 대한 침해를 우려하였다”고 설명했다. Eleanor M. Fox, “Toward World Antitrust and Market Access”, American Journal of International Law, Vol.91 No.1 (1997), 12쪽 참조.

51) 경쟁법 집행 협력에 관한 양자간 협정에 관한 상세한 설명은 Jones & Sufrin 앞의 책, 1235-1238쪽; Fox & Crane, 앞의 책, 505-517쪽 각 참조.

52) 협정 원문은 아래 링크를 참조.

53) “상대국가에 중요한 이해관계에 영향을 미치는 경우”로 (a) 상대국의 경쟁법 집행활동과 관련된 경우, (b) 반경쟁적 행위의 상당부분이 상대국 영역에서 행하여진 경우, (c) 관련 기업결합 당사자의 전부 또는 일부가 상대국가의 법인인 경우, (d) 해당 행위가 상대국의 요구, 조장 또는 승인된 것으로 판단되는 경우, (e) 제재조치의 중요 부분이 상대국 영역 내에서의 작위 또는 부작위의무를 부과하는 경우를 열거하고 있다(Art II. 2).



의한다(제3조).

- 각 당사국은 상대국의 경쟁집행활동에 협력하며, 필요한 경우 서로 조율할 수 있다(제4조).
- 각 당사국은 상대국 영역 내에서 행해진 반경쟁적 행위가 자신의 중요한 이익에 악영향을 미치는 경우 상대국에 적절한 집행을 요청할 수 있다(제5조).
- 각 당사국은 집행활동의 개시 여부, 집행활동의 범위, 구제 및 시정조치에 관한 결정 등 집행활동의 모든 단계에서 상대국의 중요한 이익을 신중하게 고려한다(제6조).

이후 미국과 EU는 1998년 ‘적극적 예양(positive comity)’을 강화하는 내용의 협정을 1998년 추가로 체결하였는데(Agreement between the European Communities and the Government of the United States of America on the application of positive comity principles in the enforcement of their competition laws), 이 협정에서 추가된 핵심 내용은 다음과 같다.<sup>54)</sup>

- 당사국은 특정한 반경쟁적 행위가 자국의 소비자들에게 “직접적이고 실질적이며(direct, substantial), 예견 가능한 영향(reasonably foreseeable impact)”을 주지 않거나, 자국 소비자들에게 그러한 영향을 주기는 하지만 그 행동이 상대국에서 주로 행하여지거나 상대국의 영역을 주된 대상으로 한 경우, 자국의 집행은 중단·보류하고 상대국에 집행을 요청하는 것을 원칙으로 한다(제3조 및 제4조).
- 요청을 받은 상대국은 해당 반경쟁적 행위에 대한 조사 및 조치에 최선을 다하고 요청국에 진행 과정 및 결과를 통보한다(제4조).

결국 상대국의 협조 아래에 각자 집행하는 것을 원칙으로 하되, 상대국이 집행하는 것이 더 적절한 경우에는 상대국에 집행을 요청하고 스스로 집행은 자제하는 ‘적극적 예양’까지 합의하였던 것이다.

미국과 유럽경쟁당국은 ‘미·EU 경쟁협력협정’에 따라 경쟁법 집행 협력이 잘 이루어지고 있다고 자평하고 있으며, 그 대표적인 사례로서 1994년 Microsoft 조사 사건을 꼽는다.<sup>55)</sup> 그러나 미·EU 경쟁협력협정이 제대로 작동하고 효과를 내고 있는지에 대하여는 비판적 견해도 존재한다.<sup>56)</sup> GE/Honeywell 사건과 Boeing/McDonnell Douglas 사건은 모

54) 협정 원문은 아래 링크를 참조.

<http://ec.europa.eu/world/agreements/prepareCreateTreatiesWorkspace/treatiesGeneralData.do?step=0&redirect=true&treatyId=310>

55) Jones & Sufrin, 앞의 책, 1236쪽.

56) Geradin, Reysen & Henry, 앞의 글, 9-10쪽.



두 1991년 미·EU 경쟁협력협정 이후에 있었던 것들로서 협정에 따라 상호 필요한 통보 및 협의를 하였지만, 그 결론은 180도 상반된 내용이었다.<sup>57)</sup> 정말로 중요한 사안에 대하여는 양자간 협력협정이 제대로 작동하지 않는다는 지적이다.

어쨌거나, ‘미·EU 경쟁협력협정’의 경험은 주요 국가들 간에 유사한 경쟁협력협정 체결로 이어졌다. 예컨대 EU는 캐나다(1999), 일본(2003), 한국(2009), 스위스(2013)와 경쟁협력협정을 체결했고, 브라질(2009), 러시아(2011), 중국(2012), 인도(2013)와는 그보다 한 단계 낮은 수준인 양해각서(MOU)를 체결했다.<sup>58)</sup>

한국의 경우 2009년 EU와 경쟁협력협정을 체결하였고, 미국, 오스트리아, 멕시코, 캐나다, 러시아, 루마니아, 독립국가연합(CIS) 및 터키와도 기관간 협정 또는 양해각서를 체결하였다.<sup>59)</sup>

이 같은 일련의 양자간 경쟁협력협정은 각자 집행을 전제로 집행당국간 의사소통과 협력을 정한 것이어서 세계 경쟁법의 제정 혹은 경쟁법의 실체적 내용의 수렴화와 직접 관련이 없다.<sup>60)</sup> 다만, 이 같은 잦은 의사소통과 협력은 각국 경쟁당국 간 이해를 증대시켜 종국적으로 경쟁법의 실체적 내용이 수렴하는데 기여할 것으로 기대된다.

## 7. 자유무역협정(Free Trade Agreement) 또는 지역무역협정(Regional Trade Agreement)<sup>61)</sup> 속 ‘경쟁챕터’ 삽입

다수의 국가가 모두 만족하고 동의할 수 있는 단일 경쟁법/경쟁집행 시스템 마련의 대안으로 진행되었던 또 하나의 노력은, 양자간 혹은 다자간 자유무역협정에 ‘경쟁’에 관한 내용을 담는 것이었다.

2015년 7월 1일 현재 WTO의 데이터베이스에 저장되어 있는 232개의 자유무역협정(Free Trade Agreement, 이하 ‘FTA’) 중 무려 216개(약 88%)가 경쟁에 관한 장(이하 ‘경쟁챕터’)을 두고 있다.<sup>62)</sup> 이들 경쟁챕터의 내용은 체약국이 누구냐, 언제 체결되었느냐

57) Jones & Sufrin, 앞의 책, 1236-1237쪽.

58) Jones & Sufrin, 앞의 책, 1237쪽.

59) 성승제, 국제카르텔 규율과 대처방안 연구, 한국법제연구원 (2016), 49쪽.

60) Geradin, 앞의 글, 194쪽.

61) 지역무역협정을 통한 경쟁법 집행 협력에 관한 상세한 논의는 UNCTAD, “Competition Provisions in Regional Trade Agreements: How to Assure Development Gains”, UNCTAD/DITC/CLP/2005/1 (2005) 참조.

62) François-Charles Laprèvote, Burcu Can & Sven Frisch, Competition Policy within the Context of Free Trade Agreements, 1쪽 참조. <http://e15initiative.org/wp-content/uploads/>



등에 따라 조금씩 다른데 그 내용은 대체로 ① 경쟁의 촉진, ② 경쟁법의 제정과 유지, ③ 국유기업·지정독점(designated monopoly)에 대한 규제, ④ 국가 보조(state aid)에 대한 규제, ⑤ 경쟁법 적용 제외에 대한 제한, ⑥ 경쟁법 집행의 원칙, ⑦ 경쟁당국간 협력과 협의, ⑧ 경쟁 관련 분쟁의 해결 방법 등을 담고 있다.<sup>63)</sup>

우리나라 역시 예외는 아닌데, 우리나라가 체결한 FTA들은 한-ASEAN 자유무역협정 하나만 빼고는 모두 경쟁챕터를 담고 있다.<sup>64)</sup> 그 내용은 앞서 Lapr votte 등이 정리한 8가지의 범위를 벗어나지 않지만, 상대국이 누구냐, 언제 체결되었느냐에 따라 조금씩 다르다. 예컨대 한-미 FTA(2007)는 경쟁당국 심리단계에서의 발언 및 증거제시 기회의 제공, 반대신문권의 보장 등을 상세하게 적고 있는 반면, 다른 FTA들에서는 이런 상세한 조항이 발견되지 않는다. 이는 미국 경쟁법 집행과정에서 미국 기업들에게 주어지는 절차적 보호를 한국 등 협약 상대국에서도 동일 또는 유사하게 보장해 주려는 노력으로 보인다. 흥미로운 것은 우리나라도 중국과 체결한 FTA(2015)에 ‘방어 의견제시 기회 보장’ 등 한-미 FTA에 담긴 절차적 보장에 관한 내용을 일부 담고 있다는 점이다. 이는 한-미 FTA 등을 통한 학습효과와 중국 절차에 대한 우리 정부의 우려가 담겨 있다고 해석될 수 있다. 한편 한-미 FTA에는 “가격차별이 원칙적으로 가능하다”는 조항을 특별히 담고 있는 반면, 한-EU FTA는 국가 보조에 대한 규제를 추가로 담고 있는데, 이러한 차이 역시 미국과 유럽이 서로 관심을 갖고 우려하는 영역이 다르다는 것을 시사한다.

이 같은 양자간 FTA 속 경쟁챕터 분석을 통해 우리가 알 수 있는 것은, 각국 정부는 다자간 합의의 성사가능성이 낮은 상황에서 특정국가와의 개별적 협상을 통해 자신들이 우선적으로 관찰시키거나 보장받고 싶은 내용을 FTA 경쟁챕터에 삽입하여 왔다는 사실이다.

경쟁챕터는 양자간 FTA에서는 물론 특정 지역의 복수 국가들이 체결한 ‘지역무역협정(Regional Trade Agreement)’에서도 발견된다.<sup>65)</sup> 양자간 협정이 대부분 선진국들 사이에 체결되었다고 하면, 지역무역협정은 주로 개발도상국들 간에 체결되었다는 점에서 차이가 있다.

2015/07/E15-Competition-Laprevotte-Frisch-Can-FINAL.pdf

63) 개별 항목에 대한 구체적 검토는 Lapr votte 외 2, 앞의 글 2-13쪽 참조.

64) 공정위, 2016년 공정거래백서, 509쪽. 한국이 체결한 자유무역협정의 원문은 외교부 홈페이지에서 찾아볼 수 있다.

([http://www.mofa.go.kr/trade/treatylaw/treatyinformation/bilateral/index.jsp?mofat=001&menu=m\\_30\\_50\\_40](http://www.mofa.go.kr/trade/treatylaw/treatyinformation/bilateral/index.jsp?mofat=001&menu=m_30_50_40))

65) Fox & Crane, 앞의 책, 518쪽.



개발도상국들 간 지역무역협정의 장점으로는 ① 개발도상국들의 경우 경쟁법을 독자적으로 집행할 수 있는 자원이 부족한 경우가 많은데 이를 공동으로 집행할 경우 집행의 효율성과 가능성이 높아지고, ② 특히 초국경적 성격을 갖는 경쟁제한 행위를 규제할 수 있게 될 가능성이 커지며, ③ 경쟁법의 역외적용과 관련한 관할권 및 준거법 충돌 문제를 해소할 수 있고, ④ 동일 지역에 속한 국가들이라 보니 동일 또는 유사한 문화와 문제를 공유하고 있어 공통한 문제해결을 함께 추진하기 쉬우며, ⑤ 선진국들이 제안한 경쟁법 내용을 함께 검토할 수 있고, ⑥ 나아가 국내 정치 문제가 복잡해 경쟁법 도입이 어려운 국가들이 많은데, 지역무역협정의 가입은 경쟁법 도입의 계기가 될 수 있다는 것이 지적된다.<sup>66)</sup>

## 8. 국제경쟁네트워크(ICN)를 통한 국내경쟁법의 수렴화(convergence)<sup>67)</sup>

21세기 들어 가장 주목받고 있는 것은 국제경쟁네트워크(International Competition Network, 이하 'ICN')를 통한 경쟁법의 수렴화 시도이다.

경쟁법 집행의 세계화 문제를 대응해 왔던 OECD, UNCTAD, WTO 등은 각각 일정한 한계를 가지고 있었다. OECD는 주로 경제선진국들로 구성된 조직이었던 반면, UNCTAD는 개발도상국을 위한 조직이었으며, WTO의 경우 무역기구로서 경쟁법은 부차적인 문제일 수밖에 없었다. 이에 경쟁당국들 간에 논의의 장을 별도로 만들어 보자는 취지에서 2001년 각국 경쟁법 집행기구들로만 구성된 ICN이 설립되었다.<sup>68)</sup>

ICN은 기업결합 작업반, 카르텔 작업반 등 5개 작업반을 조직해 경쟁법 집행 매뉴얼, 모범 집행 사례, 가이드라인 등을 만들어 배포하는 방식으로 각국의 경쟁법 및 그 집행체제를 발전·수렴(convergence)되도록 하는데 크게 기여하고 있다.<sup>69)</sup> ICN의 수렴화 전략은 3단계로 이루어진다고 설명된다. 즉 ① 각국 혹은 지역에서 각자 경쟁법 및 그 집행에 관한 실험을 하게 하고(제1단계) ② 그 중 가장 우수한 접근 방식을 찾아낸 다음(제2단계), ③ 이

66) Fox & Crane, 앞의 책, 518-519쪽.

67) ICN에 관한 자료는 굉장히 많이 출판되어 있는데, 미국 FTC 위원이었던 William E. Kovacic이 그 보좌관이었던 Hugh M. Hollman과 함께 ICN 창립 10주년을 기념해 작성한 "The International Competition Network: Its Past, Current and Future Role", Minnesota Journal of International Law, Vol.20 No.2 (2011) 등이 대표적이다. ICN은 별도로 인터넷 홈페이지를 만들어 관련 모든 정보를 공개하고 있다.

(<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>)

68) 위 책, 568-569쪽.

69) ICN 문서들은 모두 ICN 홈페이지에 공개되어 있다.

(<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>)



러한 우수한 접근 방식 각 국가로 하여금 자발적으로 채택하게 함으로써 각 국가의 경쟁법과 그 집행절차가 ‘수렴’하도록 한다는 것이다.<sup>70)</sup> ICN은 이처럼, 모두에게 구속력 있는 경쟁법 규범을 만들려고 시도하는 대신, 우수 사례 혹은 가이드라인들을 만들어 공포한 다음 그 채택 여부는 회원국들의 자유에 맡기고 있다.<sup>71)</sup>

2001년 설립 당시 14개국 경쟁당국 협의체로 출발했던 ICN은 2014년 4월말 현재 115개국 129개 경쟁당국을 회원으로 보유하고 있는바,<sup>72)</sup> 경쟁법을 가지고 있거나 경쟁법 도입에 관심이 있는 전세계 거의 모든 국가가 가입해 있다고 해도 과언이 아니다.

이렇게 ICN이 급속히 성장하고 성공한 이유에 대하여 학자들은 ① OECD 등 다른 국제기구들이 ‘정부간 기구’여서 다른 부처의 의견과 이해관계가 복잡하게 얽히게 되는 반면, ICN은 오로지 경쟁당국 간들 간 협의체여서 의견 교환과 수렴이 보다 쉽다는 점, ② 다른 국제기구들과 달리 기업, 소비자그룹, 학자, 변호사 등 사인들도 ‘비정부조언자(Non-Government Advisor: 이하 ‘NGA’)'라는 자격으로 자유로이 참여할 수 있어 보다 창의적이고 효율적이며 균형잡힌 시각이 제공될 수 있고, 자발적 준수를 촉진한다는 점, ③ OECD 등 다른 국제기구들이 사무국 등을 두고 있어 그 사무국 직원들의 관료화 문제에 노출되어 있는 반면, ICN은 이런 상근 조직이 없이 각 경쟁당국과 NGA들이 자발적으로 ICN을 운영한다는 점에서 조직의 유연성이 높아지고 새로운 쟁점에 대한 도입이 신속해 진다는 점 등을 지적한다.<sup>73)</sup>

구속력 있는 다자간 협약 등을 제정하려다 실패의 쓴 맛을 본 경쟁법 학자들 및 경쟁당국들은 이 같은 소프트로(soft law<sup>74)</sup>)적 접근이 현실적이고 효과적이라고 평가하고 있으

70) Hollman & Kovacic, 앞의 글 276쪽.

71) ICN은 자신들의 이러한 접근 방식에 대하여 다음과 같이 설명한다:

“ICN은 전세계 경쟁법과 경쟁정책의 통일화를 ‘top down’ 방식으로 추구하지 않는다. ICN에게 그럴 능력이 없을 뿐만 아니라 보다 근본적으로 그런 총괄적 통일화 시도는 회원 국가들이 처한 다양한 경제적, 제도적, 법률적, 문화적 차이에 비추어 정의롭지 못한 결과를 초래할 수 있기 때문이다. 이러한 다양성(diversity)은 경쟁법 문제를 해결하기 위해 여러 나라에서 개발된 다양한 방법들을 비교할 수 있게 함으로써 중요한 영감의 원천이 된다. 그런 비교를 통해 가장 설득력 있는 접근 방법을 찾아낸 다음에는, 이를 채택하여 그에 따른 이익을 향유할 것인지는 각국의 경쟁당국이 판단할 일이다.” ICN, A Statement of Mission and Achievements up Until May 2005 (2005), 2쪽.

72) 공정위, 2016년 공정거래백서, 495쪽. ICN 홈페이지에는 2017년 10월말 현재 총 336개 경쟁당국(1개 국가에 복수 당국 가입 가능)이 회원으로 등재되어 있다.

73) D. Daniel Sokol, “Monopolist without Borders: The Institutional Challenge of International Antitrust in a Global Gilded Age”, Berkley Business Law Journal, Vol.4 No.1 (2007), 105-118쪽.

74) 경쟁법의 세계화 맥락에서 이야기되는 ‘소프트로(soft law)’란 “법적 구속력은 없지만 실질적 효력은 가지는 행위 준칙”으로 설명된다(Francis Snyder, “Soft Law and Institutional Practice in the European Community”, the Construction of Europe: Essays in Honour of Emile



며,<sup>75)</sup> 이러한 접근 방식의 ‘올바름’ 또한 ICN 성공의 비결로 지적되고 있다.

## 9. 소결: 근본적 해결방안 vs. 현실적 해결방안

중복집행·과다집행·과소집행 등 경쟁법 집행의 세계화 과정에서 발생하는 문제점을 근본적으로 해결하는 방법은 (i) 통일된 세계 경쟁법을 제정하고, (ii) 전 세계를 관할하는 세계적 경쟁법 집행기구를 만들어 단일한 집행을 하는 것이라고 할 수 있다. 유럽 협약과 그에 기초한 유럽집행위원회/유럽법원의 집행이나 미국의 반독점법 관련 연방법 제정 및 연방 경쟁당국의 집행(비록 역사적 이유로 DOJ와 FTC, 2개로 나뉘어 있어 여전히 중복의 소지가 있지만)과 같은 단일한 경쟁법 집행체제를 만들 수 있다면, 국가별 중복집행이나 그러한 중복집행에 따른 모순·충돌, 혹은 보호주의에 따른 편파적용과 같은 문제를 피할 수 있고, 집행의 공백과 같은 ‘과소집행’의 문제도 대부분 해결될 수 있기 때문이다.

하바나 헌장, UN 경쟁법 원칙, Draft International Antitrust Code 등 제정을 위한 노력은 위와 같은 단일한 세계 경쟁법 체제 수립을 위한 노력이었다고 할 수 있다.<sup>76)</sup> 그러나 이를 위한 노력들은 지금까지 모두 성공하지 못하였다. ① 각국이 이미 채택·시행하고 있는 경쟁법의 내용이 서로 상이하고, ② 이를 집행하는 절차도 서로 다를 뿐만 아니라, ③ 무엇보다 각국이 처한 상황과 위치가 다르기 때문에 모두의 이해관계를 충족시킬 수 있는, 의미 있는 세계경쟁법과 세계경쟁법 집행시스템을 만든다는 것은 쉽지 않은 일이기 때문이다.<sup>77)</sup>

이에 경쟁법 관련자들은 그러한 근본적 해결책에 대한 대안 또는 절충안으로 혹은 근본적 해결을 행해 나아가는 이행적 중간과정으로서 (i) 각 국가의 경쟁법 역외적용에 관한 원칙을 일치화하는 방법,<sup>78)</sup> (ii) 통일된 세계경쟁법을 제정하는 대신 각국의 경쟁법을 유사하게 만드

Noel (1994), 197-198쪽). ‘소프트로(soft law)’는 ① 의무의 강도 ② 규범의 상세성, ③ 부여된 재량의 정도, 이 3가지 측면의 전부 또는 일부가 약하다는 점에서 ‘하드로(hard law)’와 구분될 수 있다는 지적도 있다(Kenneth W. Abbott & Duncan Snidal, “Hard and Soft Law in International Governance”, International Organization, Vol.54 No.3 (2000), 434쪽).

75) Jones & Sufrin, 앞의 책, 1240-1241쪽.

76) 이렇게 구속력 있는 단일 세계 경쟁법을 제정하고 세계적 경쟁법 집행기구를 만들려는 노력들은, ICN으로 대변되는 ‘소프트로(soft law)’적 접근 방법에 대비하여 ‘하드로(hard law)’적 접근 방법이라고 설명된다(Sokol, 앞의 글). ICN 등의 목표인 ‘수렴화(convergence)’에 대비하여 ‘통일화(harmonization)’ 시도라고 설명되기도 한다(Hollman & Kovacic, 앞의 글 276쪽).

77) Geradin, 앞의 글, 198쪽 참조.

78) 경쟁법의 역외적용에 관한 논의는 “협력”보다는 “경쟁”과 “견제”를 통해 발전·수렴해 왔다. 즉 전통적 관할배분의 원칙은 ‘속지주의’에 기초한 ‘속인주의’의 추가였는데, 미국은 “효과주의”라는 원칙을 제시했다가 다시 “국제예양에 따른 고려”, 그리고 “제한적 효과주의”로 가고 있으며, EU의 경우 주관적 속지주의 à 객관적 속지주의 à 이행이론 등등을 거쳐 미국의 ‘제한적 효과주의’



는 방법(convergence),<sup>79)</sup> (iii) 개별적 집행 과정에서 상호 정보 제공, 집행 요구, 공동대응 등을 통해 협력(cooperation)하는 방법이 있을 수 있다. (i) 경쟁법의 역외적용에 관한 원칙이 통일적으로 수립될 수 있다면 어느 한 국가/당국이 하나의 집행을 하게 되는바 중복집행의 우려를 피할 수 있게 되고, (ii) 경쟁법 집행은 각자 하더라도 그 실질적 내용이 통일되거나 유사해질 수 있다면, 그 결과가 충돌·모순될 가능성이 없거나 현저히 줄어들게 되며,<sup>80)</sup> (iii) 경쟁당국 간 상호 협력은 ‘집행공백’이라는 과소집행의 우려를 해소하는 한편, 역외적용으로 발생할 수 있는 비효율·충돌 등의 가능성을 줄일 수 있기 때문이다.

본 장에서 살펴본 내용들은 세계 경쟁법 체제 수립이라고 하는 근본적 목표를 추구하면서 동시에 당장 실현가능성이 높은 대안적·절충적 방안을 마련하기 위한 일련의 시도들이었다고 할 수 있다.

#### IV. 각자 집행에 따른 상충 위험과 현실 사례 속에서 확인되는 구체적 해결 노력들

III.항에서 살펴본 것과 같이 거의 100년 가까이 경쟁법의 통일 및 통일적 집행을 위해 노력해 왔지만, 실제 집행은 여전히 각 국가별로 이루어지고 있는 것이 현실이다. 이러한

와 사실상 동일 또는 유사한 내용으로 나아가고 있다. 이 부분에 관한 논의와 과정 역시 상당히 복잡하나, 이번 연구의 대상이 아니므로 생략한다.

79) Gerber는 ‘통일된 세계경쟁법 마련’과 ‘컨버전스를 통한 국내법 수렴화’를 서로 대립된 것으로 인식하면서 ‘commitment pathway’라는 방법을 새로운 대안을 제시하는데, 컨버전스 노력과 세계 경쟁법 제정 노력이 서로 대립되는 것이라는 견해에는 동의하기 어렵다. 컨버전스는 세계경쟁법 제정의 현실적 대안 혹은 중간단계로서 인식되고 있다고 보는 것이 더 맞으며, 실제로 앞서 살펴본 것처럼, 경쟁법 집행의 세계화에 대처하는 과정에서 이 2가지 노력은 동시에 추구되어 왔는데, 이는 Gerber가 제시하는 commitment pathway와 크게 다르지 않다(Gerber, 앞의 책 참조).

한편, Lapr votte 외 2인은 ‘컨버전스 → 단일한 세계경쟁법 마련’의 중간적 이행단계로서 FTA 경쟁챕터 모델 문구 작성 및 확산을 제시하고 있다. 즉 다수 국가가 한번에 의견을 모으는 것은 힘들지만, 표준적 FTA 경쟁챕터 조항을 마련해 양자간 FTA에 이를 반영하고 널리 확산시켜 나가다 보면, 그런 내용들이 모여서 다수가 동의할 수 있는 단일한 세계경쟁법과 집행시스템을 마련할 수 있지 않겠느냐는 지적이다(Lapr votte 외 2, 앞의 글 18-20쪽).

80) 이른바 ‘소프트로(soft law)’를 통한 경쟁법 수렴화(convergence) 전략에 대하여 비판적 견해도 다수 존재한다. ‘수렴화’ 전략은 애초부터 잘못된 전제에 서 있다는 것이 대표적 비판 중 하나이다. ‘수렴화’ 전략의 전제는 모든 국가와 경쟁당국이 아주 합리적이기 때문에 최고의 접근 방식만 제공하면 알아서 이를 채택할 것이라는 데에 있는데, 개별 국가의 정책 결정은 반드시 합리적으로 결정되는 것은 아니라는 것이다. 특히 각 국가가 처한 경제적·사회적·정치적 현실이 다르기 때문에 개별 국가의 주권자들이 원하는 내용은 서로 상충될 가능성이 크다는 것이다. 따라서 정작 중요한 사안에 대하여는 ‘수렴화’가 되기 어렵다는 지적이다. 나아가 “경쟁법이 있어야 한다”는 기본적 원칙에는 쉽게 수렴화가 이루어질 수 있지만, 구체적·개별적 규범과 절차에 이를수록 의견 일치가 어렵다는 지적도 있다(Gerber, 앞의 글 7-8쪽).



각자 집행은 불가피하게 경쟁당국과 충돌과 모순을 초래할 위험을 내재하고 있다. 결국 각 국가의 경쟁당국과 법원들은 개별적·구체적 사례를 처리하는 과정에서 스스로 이 같은 문제들을 해결하기 위한 방안을 모색할 수밖에 없는데, 그 구체적 사례들을 살펴봄으로써 경쟁법 집행의 세계화에 대한 좀 더 실천적인 해결 방향을 가늠해 볼 수 있다. 다만 그 전에 왜 각자 집행이 불가피하게 충돌·모순을 초래하게 되는지 그 원인을 살펴보고, 개별적·구체적 사례들을 살펴본다.

## 1. 복수 경쟁당국의 각자 집행결과가 서로 충돌하게 되는 이유

OECD는 ‘초국경 기업결합(cross-border merger)’<sup>81)</sup>과 관련해서 경쟁당국간 다른 견해가 나오는 이유를 ① 문제된 행위의 경쟁제한성 여부를 판단할 실제 규정의 차이, ② 각 경쟁당국이 관할하는 시장에서 경쟁상황 내지 조건의 차이, ③ 경쟁제한성 판단이 애매한 사안(border-line case) 혹은 수집된 증거 및 그 증거에 대한 해석의 차이라고 하는 3가지로 설명한다. 이는 기업결합에 국한되지 않으며 국제카르텔 및 다국적 기업의 초국경적 단독행위에도 적용될 수 있는 설명일 것이다.<sup>82)</sup>

### 가. 실제적 경쟁법 규범의 차이

우선 국가나 지역에 따라 경쟁 문제를 규율하는 실제적 법규의 내용 자체가 달라 복수 경쟁당국간 집행에서 충돌이 발생할 수 있다.

법령의 문언 자체는 유사하더라도 시장의 관행이나 축적된 선례들이 달라 서로 충돌하는 경우도 있다. 예컨대 EU 경쟁법의 경우 EU 기능조약(Treaty on the Functioning of the European Union, 이하 ‘TFEU’) 제101조를 통해 카르텔로 규율하는 대상을 매우 넓게 인정하는 반면,<sup>83)</sup> 우리나라는 ‘합의’에 국한하여 제재한다는 점에서 유럽보다 인정 범위가

81) ‘초국경적 기업결합’이란 기업결합의 구조(structure) 및 효과(effect) 측면에서 정의가 가능하다고 한다. ‘구조’ 면에서는 기업결합의 당사회사들이 복수 국가에서 설립되었을 때 ‘초국경’ 기업결합으로 이해할 수 있으며, ‘효과’ 면에서는 기업결합 당사회사의 설립지와 무관하게 기업결합의 효과가 복수 국가의 시장에 영향을 미칠 때 ‘초국경’적 성격이 있다는 설명으로, OECD, Cross-Border Merger Control: Challenges for Developing and Emerging Economics (2011), 22쪽.

82) OECD, Challenges of International Co-operation in Competition Law Enforcement (2014), 40~41쪽 참조

83) TFEU 제101조 제1항에서는 경쟁제한적인 “agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices”를 금지하는 반면, 우리 공정거래법



좁은 편인데 이러한 경우가 이에 해당한다고 할 수 있다. 한 연구 결과에 따르면, 기업결합과 관련하여 유럽은 전반적으로 엄격한 태도를 견지하고 있는 반면, 미국은 ‘협조효과(coordinated effect)’에 관해 특별히 엄격한 경향을 보인다고 한다.<sup>84)</sup> 중국 기업결합 규제는 친 국내적(pro-domestic)인 목표를 증진하기 위한 것으로,<sup>85)</sup> 글로벌 구조적 조치가 국제적으로 충돌되는 것을 피하기 위해 행태적 조치를 주로 적용해 오고 있다.<sup>86)</sup>

보다 근본적으로, 경쟁당국 간 충돌은 경쟁법의 목적에 관한 서로 다른 이해에 기인한 경우가 많다. 예컨대 미국은 소비자 효용 증대 혹은 경쟁 자체의 보호 내지 번성을 도모하면서 반경쟁적 수단을 통한 독점적 지위 지위획득의 방지를 주된 목적으로 하는 반면, 유럽은 소비자 효용 증대 뿐만 아니라 경쟁과정의 보호 내지 거래상대방의 자유의 문제도 신경 쓰면서 시장통합 내지 단일시장 창출을 또 다른 목적으로 삼고 있다. 한편, 중국은 경제 발전에 무게를 두고 있는바, 이러한 목적의 상이함이 경쟁법 적용 결과의 차이를 낳는다고 평가된다.<sup>87)</sup>

### 나. 경쟁 조건·환경의 차이

한편, 경쟁 조건 내지 환경의 차이 또한 경쟁당국이 다른 결론에 이르는 원인으로 꼽힌다. 기업결합의 효과는 국가·지역에 따라 다를 수 있고 경쟁제한성 평가 또한 그에 따라 달

제19조 제1항의 경우 경쟁제한적인 “합의”를 금지한다.

84) Mats A. Bergman et al., “Comparing merger policies in the European Union and the United States”, Review of Industrial Organization, Vol.36 No.4 (2010), 305-331쪽[OECD, Challenges of International Co-operation in Competition Law Enforcement (2014), 40쪽에서 재인용].

85) Mario Mariniello, “The dragon awakes: Is Chinese competition policy a cause for concern?” Bruegel Policy Contribution, Issue 2013/2014 (October 2013)[OECD, Challenges of International Co-operation in Competition Law Enforcement (2014), 40쪽에서 재인용].

86) OECD, Challenges of International Co-operation in Competition Law Enforcement (2014), 40쪽.

87) 위 보고서, 40쪽. ICN은 각국 경쟁당국이 단독행위(unilateral conduct) 규제를 통해 달성하려는 목적을 (1) 효율적인 경쟁 과정의 보장, (2) 소비자 후생의 증진, (3) 효용의 극대화, (4) 경제적 자유의 보장, (5) 중소기업의 공정한 경쟁기회의 보장, (6) 공정 및 형평 증진, (7) 소비자 선택의 증진, (8) 시장통합 달성, (9) 시장 자유화 촉진, (10) 국제시장에서 경쟁 증진으로 정리하고 있는데[Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State-Created Monopolies(2007), Annex A], 경쟁법의 목적 또한 이와 크게 다르지 않을 것이다. 경쟁당국간 집행에서의 충돌은 이와 같이 나라마다 경쟁법을 통해 달성하려는 목적이 다른 점에서 원인이 있다고 생각된다. 같은 취지로 홍명수, 한국공정거래조정원 창립 10주년 기념 학술대회 자료집: 토론문, 210쪽 참조.



라질 수 있다.<sup>88)</sup>

예컨대 ① 각 시장에 존재하는 경쟁사업자의 수가 다른 경우, 기업결합 후 시장집중도에 대한 판단을 다르게 만들 수 있고, ② 소비자의 행태 또한 나라별로 다를 수 있는데, 이로 인해 시장획정이나 경쟁제한성 유무에 대하여 경쟁당국 별로 다른 결론이 도출될 수 있다. 나아가 ③ 다국적 기업의 단독행위 또한 국가별로 차별적으로 이루어질 수 있는데, 그 내용에 따라 경쟁사업자가 배제되는 양상이나 정도가 달라질 수 있다. 예컨대 동일 기업이 모든 거래상대방에게 조건부 리베이트를 제공하고 있다고 하더라도, 그 리베이트 지급 조건 및 지급 내역 등은 미국, 한국, 유럽시장에서 각기 다를 수 있고 이는 각 경쟁당국의 경쟁제한성 평가에 영향을 미칠 수 있을 것이다.

#### 다. 경쟁제한성 및 그 해소방안에 대한 평가의 차이

실체적 규정이나 경쟁 조건·환경이 같거나 유사하더라도 특정 행동의 경쟁제한성에 대한 평가가 달라서 경쟁당국 간 충돌이 발생할 수 있다.

예컨대, 신고된 특정 기업결합에 대한 승인이 시장에 미칠 영향, 문제된 다국적 기업의 단독행위가 없었을 경우 시장에 초래되었을 경쟁 상황에 대해서는 누구도 단정적으로 이야기하기 어렵다. 이는 아직 도래하지 아니한 장래 혹은 가정적 상황에 대한 평가이기 때문이다. 특히 특정 행동이 초래할 수 있는 친경쟁적 효과와 반경쟁적 효과에 관한 증거가 모두 존재하는 이른바 ‘borderline case’의 경우 경쟁당국의 평가가 달라질 소지가 크다.

단적으로 미국 FTC가 2011년-2012년 동안 심사한 기업결합 사건 중 17%에 대해서는 위원들 간에 승인 여부에 대하여 의견이 갈렸고, 단독행위의 경우 적어도 하나의 반대이견이 존재하는 사건은 대략 55%에 육박하였다고 한다.<sup>89)</sup> 단일 경쟁당국 내의 판단이 이렇게 다를진대, 경쟁법 규범과 역사, 처한 조건 및 환경이 다른 복수의 경쟁당국 간 의견 차이 발생 가능성은 더욱 높을 수밖에 없다.

88) 기업결합에서 이러한 예로, 세계 유아용 분유 시장의 1위업체인 Nestle와 3위 사업자인 Pfizer Nutrition을 취득하는 기업결합에서 결합회사들은 복수 국가에서 경쟁했지만 경쟁양상이 개별 국가별로 달라 지리적 시장이 국가 별로 확정되었다. 그 결과 11개 경쟁당국에서 해당 기업결합을 승인했지만, 남아공과 호주, 멕시코의 경우 자국 시장에서 특수한 경쟁제한의 우려를 조치하기 위해 각자 관할에서 유아용 분유 사업을 매각하라는 구조적 조치를 부과했다[Duy D. Pham, “Resolving Conflicts in International Merger Reviews through Merger Remedies”, World Competition, Vol.39 No.2 (2016), 271, 280쪽].

89) OECD, Challenges of International Co-operation in Competition Law Enforcement (2014), 41쪽



경쟁제한성에 대한 평가가 유사하더라도 그에 대한 해결방안(시정조치)의 내용이 달라질 수도 있다. 예컨대 Seagate/Samsung 기업결합에 대해 미국과 유럽은 조건 없는 승인결정을 내린 반면, 중국 MOFCOM은 “1년간 삼성 사업부를 독립적으로 운영해야 한다”는 행태적 시정조치를 부과하였다.<sup>90)</sup> Western Digital/Viviti 기업결합의 경우, 미국, 오키와, 일본과 한국의 경쟁당국은 “Western digital의 특정재산을 Toshiba에게 매각하라”는 조건으로 승인결정을 내린 반면, 중국 MOFCOM은 여기에 더해 “2년 후 waiver를 신청할 수 있는 조건으로 Western Digital이 Viviti 사업부를 2년 동안 독립 운영하라”는 시정조치를 부과했다.<sup>91)</sup> 문제된 기업결합이 경쟁제한적이라는 평가는 동일했지만 이러한 경쟁제한성을 해결하는 시정조치 내용은 각 경쟁당국이 다를 수 있다.

## 2. ‘관할권 행사 여부’에 대한 판단을 통한 충돌 가능성 해소

### 가. 경쟁법의 역외적용에 관한 입법례

통일된 경쟁법이나 단일한 경쟁법 집행체제가 마련되지 않은 상황에서 모순·충돌된 중복 집행결과를 피할 수 있는 첫 번째 방법은 각 국가가 관할권을 행사할 수 있는 범위를 합리적으로 제한함으로써 중복집행의 가능성 자체를 줄이는 것이다. 이는 이른바 ‘경쟁법의 역외적용과 국제 예양’의 문제인데, 각국은 과거의 선례들을 종합하여 이 부분 명문으로 입법화하고 있다. 경쟁법의 역외적용에 관한 명확한 지침을 제공함으로써 기업들의 사업활동에 예측가능성을 높이고, 국가간 상호 협력 및 존중 가능성을 높이고자 하는 것이다.

예컨대 미국의 경우, 1982년 ‘반독점법 역외적용 개선에 관한 법률(Foreign Trade Antitrust Improvement Act, 이하 ‘FTAIA’)'을 제정하였다. 그 요지는 외국과의 거래의 경우, 미국 국내 거래 또는 수입·수출거래에 “직접적, 실질적, 합리적으로 예견가능한 효과”(direct, substantial and reasonably foreseeable effect)”를 미치지 않는다면 미국 경쟁법이 적용되지 않는다는 것으로서, 외국과의 거래는 원칙적으로 미국 경쟁법 적용대상에서 제외하되, 외국거래가 미국의 국내 거래 또는 수입·수출 거래에 불리한 영향을 주게 되는 경우에 한하여 예외적으로 미국 경쟁법을 적용하겠다는 것이다. 이는 Alcoa 사건(1945), Timberland 사건(1976) 등을 통해 형성된 미국의 ‘제한적 효과주의(qualified effect doctrine)’를 의회 입법을 통해 명문화한 것으로 설명된다.

90) OECD, Remedies in Cross-Border Merger Cases (2013), 101쪽.

91) 위 보고서, 102쪽 참조



유럽은 2004년 ‘Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty’을 개정하면서 ‘객관적 속지주의’ 혹은 ‘효과주의’ 원칙을 명시적으로 밝혔다. 즉, 대상행위가 제3국에서 행해졌다고 하더라도 EC 역내시장에 영향을 미칠 가능성이 있는 경우에는 EU 경쟁법이 적용되며(100항), 이는 대상 행위의 구체적 내용과 관련 사업자의 의도 등을 종합적으로 고려하여 판단한다고 한다(102항). 이는 경제적 단일체 이론(Dyestuffs 사건), 이행이론(Woodpulp 사건) 등 미국과 다른 관점에서 역외적용의 기준을 제시해 왔던 유럽이 미국이 제시한 ‘제한적 효과주의’로 수렴하고 있다는 의미로 해석된다.

우리나라의 경우, 2004년 12월 공정거래법에 “이 법은 국외에서 이루어진 행위라도 국내시장에 영향을 미치는 경우에는 적용한다”는 조항(제2조의2)을 추가하였는데, 이는 ‘흑연전극봉 담합사건(2002)’에서 처음으로 우리 공정거래법을 역외 적용한 이후 그 법적 근거를 명확히 한 것이다. 우리 대법원은 “공정거래법 제2조의2에서 말하는 ‘국내시장에 영향을 미치는 경우’는 문제된 국외행위로 인하여 국내시장에 직접적이고 상당하며 합리적으로 예측 가능한 영향을 미치는 경우로 제한 해석해야” 한다고 하여,<sup>92)</sup> ‘제한적 효과주의’ 입장에서 이를 해석하고 있다.<sup>93)</sup>

이처럼 경쟁법 집행의 선진국들은 “어떤 경우에 자국의 경쟁법을 국경 밖에도 적용할 것인가”에 관하여 상당히 수렴된 입장을 보이고 있다. 하지만, 이를 개별적 사례에서 구체적으로 어떻게 해석·적용할 것인지에 대하여는 여전히 불확실성이 남아 있으며,<sup>94)</sup> 실제로 서로 상반된 결과를 가져오는 경우가 드물지 않다.

#### 나. 미국 Empagran 사건(2004)<sup>95)</sup>

스위스, 독일, 프랑스, 일본에 소재한 비타민 제조사들이 전세계로 판매하는 비타민에 대한 가격 및 시장분할 카르텔이 문제된 사안에서, 미국 밖에서 비타민을 구입한 에쿠아도르 회사

92) 대법원 2014. 12. 24. 선고 2012두6216 판결.

93) 최지현, “공정거래법 역외적용의 기준과 범위: 항공화물운임 담합 판결을 중심으로”, 경제법연구 제15권 1호 (2016. 4.), 40쪽.

94) 예컨대 미국의 경우 FTAIA 제정 이후에도 여전히 미국 경쟁법의 역외적용 범위와 한계에 대하여 격렬한 논의가 벌어지고 있다. 경쟁법의 역외적용에 관한 이론과 사례들은 별도로 책을 써도 부족할 만큼 방대하지만, 본 논문의 범위를 벗어나므로 ‘경쟁법의 세계화에 따른 문제점 해소’라고 하는 본 논문에 필요한 범위 내에서 간략하게만 살펴본다. 역외적용의 선행연구에 대한 자세한 정리는, 윤성운·송준현, 독점규제법 30년(제3편 독점규제법의 적용 중 “경쟁법의 역외적용” 부분), 396쪽 각주 4 참조.

95) F. Hoffmann-La Roche Ltd v Empagran, 542 US 155 (2004).



(Empagran) 등 12개 외국 회사들이 담합에 가담한 외국 소재 비타민 제조사들을 상대로 미국 연방지방법원에 소송을 제기하면서, 미국 셔먼법에 따른 3배 손해배상을 구하였다.

이에 대하여 미국 연방대법원은 2004년 6월 미국 내 해당 비타민을 구매한 소비자는 ‘국내 침해(domestic injury)’를 이유로 미국 법원에 셔먼법 위반 소송을 제기할 수 있지만, 외국에 소재한 구매자는 ‘외국에서의 손해(foreign harm)’를 근거로 셔먼법 위반의 소를 제기할 수 없다고 판단하였다. 쉽게 이야기해서 미국 소비자는 국내 손해라는 이유로 FTAIA에 따라 셔먼법 소송을 제기할 수 있지만, 에쿠아도르 소비자는 소송을 제기할 수 없다는 결론이었다. 연방대법원은 담합이 “해외에 초래한 부정적 효과(adverse foreign effect)”와 “국내에 초래한 부정적 효과(adverse domestic effect)”는 별개라는 전제 하에 FTAIA에서 말하는 해당 사건에서 “직접적, 실질적, 합리적으로 예견가능한 효과”가 미국 내에 미치지 않는다고 판시하였다. 그 이유를 설명하면서 연방대법원은 ① FTAIA 입법경위를 보면, 셔먼법의 적용범위를 확대하지 않고 제한하겠다는 것이 입법자의 의도였다면 서, ② FTAIA의 문언이 모호한 경우 외국의 주권 영역에 대한 부적절한 개입을 피할 수 있도록 해석해야 한다는 점을 제시하였다.<sup>96)</sup>

이 판결은 미국 민사소송제도의 원고에 우호적(pro-plaintiff)인 특성<sup>97)</sup>을 이용한 외국 사업자의 미국 내 남소 현상을 막겠다는 FTAIA의 입법취지를 고려함과 동시에, 전통적 예양(traditional comity) 혹은 소극적 예양(negative comity)의 원칙을 존중하는 판결로 이해할 수 있다. 다시 말해, 미국이 경쟁법 역외적용의 범위를 제한하고자 한 대표적 사례였다고 평가할 수 있다.

다. 유럽 Gencor/Lonrho 사건(1999)<sup>98)</sup>

광물/금속 산업에서 주로 활동하는 그룹의 모회사인 남아공 법인 Gencor와 채굴, 금속,

96) 이 사안에서 미국 DOJ는 연방대법원에 법률의견서(amicus curiae)를 제출하면서 미 법원이 관할권을 행사할 경우, (i) 카르텔 가담사업자의 잠재적 민사책임 범위가 확장됨으로써 DOJ의 리니언시 프로그램에 부정적 영향을 미칠 우려가 있고, (ii) 다른 경쟁당국간 협력 또한 약화시킬 것이라며 관할 인정에 반대하였다.

97) 미국 소송에서는 광범위한 증거개시(discovery)가 허용되기 때문에 원고측에서 증거 확보 및 증명이 좀 더 용이하고, 집단소송(class action)이 허용되기 때문에 소액·다수의 피해자들이 쉽게 소송을 통해 권리구제를 받을 수 있다. 나아가 경쟁법 위반에 대해서는 단순한 손해의 회복을 넘어 징벌적 의미를 갖는 ‘3배 배상(treble damages)’이 허용되며, 패소자에게 상대방의 변호사 보수마저 변상하게 되어 있어 많은 개인·기업들이 미국 법원에 소송을 제기하려 한다(상세한 설명은 Jones & Sufrin, 앞의 책, 1210쪽 참조).

98) Case T-102/96, Gencor Ltd v Commission [1999] ECR II-753.



호텔 및 농업 관련 사업을 영위하는 그룹의 모회사인 영국 법인 Lonrho의 남아공 자회사 Lonrho Platinum Division(이하 'LPD')는, 남아공법에 따라 설립된 Impala Platinum Holdings Ltd (Implats)에 공동투자를 계획하였다. Gencor와 LPD는 남아공에서 생산활동을 하고 있기 때문에 남아공 경쟁당국(South African Competition Board)에 기업결합 신고를 하였고 남아공 경쟁당국은 해당 공동투자가 경쟁제한성이 없다고 보아 승인하였다.

그런데 유럽집행위원회는, Gencor와 LPD로부터 별도의 기업결합신고를 받지 않았음에도 불구하고 임의로 경쟁제한성 심사를 하였고, 세계 플래티넘(Platinum) 및 로듐(Rhodium) 시장에서 '공동(집단)의 시장지배적 지위(collective dominance position)'<sup>99)</sup>를 초래하여 양사가 따로 합의하지 않더라도 가격을 올릴 가능성이 있다고 보아 경쟁제한적인 기업결합으로 보고 금지조치를 부과하였다.

유럽집행위원회가 동 기업결합에 관할권을 행사한 근거는 Gencor와 Lonrho가 유럽시장 내 매출을 가지고 있다는 이유에서였다. 이에 대해 Gencor는 유럽 기업결합규칙<sup>100)</sup>은 기업결합 행위가 유럽 내에서 행해질 때만 적용되는 것인데 문제된 행위는 남아공에서 발생한 것이므로 유럽경쟁당국은 관할이 없다면서, 유럽집행위원회 결정에 불복하여 유럽일반법원(General Court, 이하 'GC')에 취소소송을 제기하였다.<sup>101)</sup> 그러나 GC는 이러한 Gencor의 소를 기각하였다. GC는 Wood Pulp 판결을 인용하면서 유럽 내 매출이 있었던 이상 합의의 '실행'(implementation)이 유럽 내에 있었다고 볼 수 있으므로 유럽경쟁당국에게 관할권이 있다고 판단하였다.<sup>102)</sup>

현재 한국 공정위의 외국기업에 대한 기업결합신고 요건과 관련한 국내매출 요건에 비추어 보면, 위 Gencor 판결은 새로운 내용은 아니다. 다만 Gencor 판결 중 주목할 부분이 있다. 남아공과 EU 사이에 관할권 충돌의 문제가 발생하지 않는다고 판시한 부분이다. 즉 GC는 남아공 경쟁당국은 “해당 기업결합이 요구된다”고 결정한 것이 아니라 “문제된 기업결합을 금지하지 않겠다”는 소극적 입장을 밝힌 것뿐이므로, 유럽이 해당 거래를 금지하더라도 양국의 관할권이 충돌하지는 않는다고 보았다.<sup>103)</sup> 즉, 거래를 금지하는 국가(유럽)와

99) “공동(집단)의 시장지배(collective dominance)”란 EU 경쟁법의 특유한 개념으로 법적으로 독립된 둘 또는 그 이상의 경제단위(economic entities)가 경제적 관점에서 집단 개체(collective entity)로서 특정 시장에서 나타나거나 함께 활동할 경우 보유할 수 있는 시장지배적 지위라고 설명된다(Case C-395/96P, Compagnie Maritime Belge Transports v Commission, 36항).

100) Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (이하 '유럽 기업결합규칙')

101) Case T-102/96, Gencor Ltd v Commission [1999] ECR II-753, 48-63항.

102) 위 판결, 87항.

103) 위 판결, 103항.



해당 거래를 요구하는 것이 아니라 단순히 허용하는 것에 불과한 국가(남아공)간에는 관할 충돌이 없다는 취지이다.

우리 대법원도 같은 취지의 판단을 내린 바 있다. 국내 항공사 및 외국 항공사들이 가담한 유류할증료 국제카르텔 사건에서 전일본 항공사(ANA)는 일본법상 자신의 유류할증료 담합행위는 일본 항공법에 따른 행위로서 일본 공정거래법 적용이 배제되므로 한국 공정거래법 적용도 제한되어야 한다고 주장하였는데, 대법원은 이러한 ANA의 주장을 배척하였다. 대법원은 외국법률에 따라 허용되는 행위라도, 당연히 한국 공정거래법 적용마저 배제되는 것은 아니라고 판시하였다. 그러한 법률의 충돌이 사업자에게 적법한 행위를 선택할 수 없게 하는 정도에 이른다면 국내법률의 적용만을 강제할 수는 없고, 만약 외국법률을 존중해야 하는 요청이 현저히 우월하면 국내법 적용이 제한될 수 있다고 판시하였다. 이 경우 국내 시장에 미치는 영향, 당해 행위에 대한 외국법원의 관여 정도, 각 법률의 상충 정도, 외국기업이 미치는 영향, 외국 정부의 이익 등을 고려해야 한다고 판시하였다.<sup>104)</sup>

이러한 유럽 법원 및 한국 대법원 판결은 경쟁법의 국가간 충돌을 보다 제한적으로 해석함과 동시에 국제예양의 범위를 좁게 해석함으로써 결과적으로 역외적용의 범위를 확장하려는 시도로 이해할 수 있다.

라. 유럽 Intel 사건(2014)<sup>105)</sup>

컴퓨터 CPU 시장의 지배적 사업자인 Intel은 3개의 컴퓨터 제조사(HP, Acer, Lenovo)에게 경쟁사 AMD의 칩을 탑재한 제품의 출시를 지연하거나 철회하는 대가로 인센티브를 지급하였다. 유럽집행위원회는 이러한 Intel의 인센티브 지급행위를 TFEU 제102조를 위반한 시장지배적 지위 남용행위에 해당한다고 보아 규제하였는데, Intel은 2개의 컴퓨터 제조사(Acer와 Lenovo)에 대한 리베이트 제공행위의 경우 EU 관할권이 없다고 주장하였다. 구체적으로 Intel은 이들 2개사의 제조공장은 모두 유럽 바깥, 즉 Acer는 대만,

104) 대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두13665 판결. 대법원은 일본 항공법 제11조가 국토교통성의 인가를 받은 운임협정 등에 일본 독점금지법 적용을 제외하고 있지만, 일정한 거래분야에서 실질적으로 경쟁을 제한하는 경우 그 예외로 규정하고 있기 때문에 일본 법률과 국내 법률 자체가 서로 충돌한다고 보기 어렵고, 사업자가 일본 법률과 국내 법률을 동시에 준수하는 것이 가능하다는 점을 지적하였다. 다시 말해 진정한 의미에서 양국 경쟁법이 충돌한다고 보기 어렵다는 취지로 판시한 것이다.

105) Case T-286/09, Intel Corporation v Commission [2014] EU:T:2014:547. 한편, Intel은 위 판결에 대해 상고하면서 GC가 Intel/Lenovo가 체결한 2006년 및 2007년 계약에 관할을 인정할 잘못이 있다며 상고하였으나, CJ는 2017. 9. 6. GC 판단에 문제가 없다며 Intel 주장을 배척하였다(Case C-413/14P, Intel Corporation Inc. v Commission, 40-65항)



Lenovo는 중국에 소재하고 있고 애초에 이들 회사는 Intel/AMD로부터 유럽 내에서 CPU를 구매하지 않는다는 점을 지적했다. 때문에 Intel의 리베이트 지급행위는 유럽 밖에서 ‘실행(implement)’된 것으로 이후 Acer와 Lenovo가 유럽에 컴퓨터를 팔았는지는 Intel로서는 통제할 수 없는 사정이어서 본건 행위와 무관하다고 주장하였다.<sup>106)</sup>

그러나 GC는 (i) 문제된 행위가 유럽에서 ‘실행(implement)’된 경우뿐만 아니라 (ii) 그 효과가 유럽 내에서 실질적이고(substantial), 즉각적이며(immediate) 예상가능(foreseeable)하였다면 유럽경쟁당국이 규제할 수 있다면서 Intel의 행위는 (ii) 요건에 해당한다고 판시하였다.<sup>107)</sup> 미국 쪽에서 개발된 이른바 ‘제한적 효과주의(qualified effects test)’ 이론의 적용을 긍정한 것으로 평가된다. Acer나 Lenovo가 제조한 AMD칩 탑재 노트북이 유럽을 포함한 세계 어디에도 출시되지 못한 것은 Intel의 인센티브 때문이므로 Intel의 이러한 행위는 유럽시장에 예상 가능한(foreseeable) 것을 넘어 의도된(intended) 행위로서 직접적(direct)인 효과를 가져왔다고 판시하였다.<sup>108)</sup> 이러한 효과는 반드시 “실제적(actual)일” 필요까지는 없고, 유럽시장(EEA)이 세계시장에서 상당한(significant)한 부분을 구성하고 있기 때문에 ‘제한적 효과주의’의 요건을 충족한다고 결론 내렸다.<sup>109)</sup>

이 판결은 결국 “유럽시장이 세계시장의 중요한 부분이다”라는 이유로 유럽의 관할권을 확대 적용한 것으로 평가할 수 있다. 만약 대만이나 중국 경쟁당국이 이에 대해 규제를 시도했다면 중복 규제의 문제가 발생할 수 있었을 것인데, 실제로는 그런 규제가 없었던 관계로 중복 규제의 우려가 현실화되지는 않았다.

#### 마. 미국 Nielsen 사건(1996)<sup>110)</sup>

AC Nielsen은 이른바 ‘소비자판매추적서비스(retail sales tracking service)<sup>111)</sup> 시장

106) 위 판결, 226항.

107) 위 판결, 232-234항.

108) 위 판결, 254-255항.

109) 위 판결, 251항.

110) Nielsen 사건의 경과에 관한 미국측 설명은 Press Release, US. Dep’t of Justice, “Justice Department Closes Investigation into the Way AC Nielsen Co. Contracts Its Services for Tracking Retail Sales” (Dec. 3. 1996) 참조 ([https://www.justice.gov/archive/atr/public/press\\_releases/1996/1031.htm](https://www.justice.gov/archive/atr/public/press_releases/1996/1031.htm)). EU측 설명은 European Community Competition Policy: XXVIth Report on competition policy (1996), 27쪽 참조.

111) “소비자판매추적서비스(retail sales tracking service)”란 바코드스캔 정보 등을 통해 특정 제품이 언제, 어디서, 어떻게 팔렸는지 등에 관한 정보를 취합하여 제품 생산자들에게 제공하여 상품 판매 및 마케팅 계획 수립에 활용하도록 하는 서비스를 말한다.



의 주요 사업자였는데, 관련시장에 대한 시장지배력을 강화하기 위해 ‘자신이 지배적 지위를 가진 시장의 서비스’를 이용하기 위해서는 ‘자신이 치열하게 경쟁하고 있는 다른 시장의 서비스’까지 함께 이용해야 한다는 조건(일종의 ‘끼워팔기’)을 고객들에게 부과하였다.

경쟁사업자 IRI의 신고로 유럽집행위원회 및 미국 DOJ가 조사를 시작했는데, 미국 DOJ는 유럽집행위원회로 하여금 먼저 조사를 하게 하고 자신은 관련 정보 제공 등 협조만 한 채 조사를 중단하였다. AC Nielson의 끼워팔기 대부분이 EU 영역에서 이루어졌고 유럽집행위원회가 강한 집행의지를 보이고 있다는 이유였다. 유럽집행위원회 조사 과정에서 AC Nielson은 동의를결(commitment decision)을 통해 문제된 끼워팔기 관행을 시정하겠다고 약속했고, 미국 DOJ는 이러한 유럽에서의 동의를결이 자신이 우려했던 경쟁제한효과를 적절히 해소하였다는 이유로 조사를 종결했다.

이는 1991년 및 1995년에 체결된 미·EU경쟁협력협정의 성과라고 할 수 있으며,<sup>112)</sup> ‘관할권의 역외적용 범위 확장’이라는 전통적 방식 대신 ‘적극적 예양(positive comity)과 협력(cooperation)’이라는 새로운 방법으로 관할권 중복을 해소한 좋은 사례라고 할 수 있다.

### 3. ‘상호 협력’을 통한 충돌 가능성 해소

경쟁법 집행의 세계화 시대에서 경쟁당국 간 모순·충돌을 회피하는 또 하나의 방법은 정책 수립 및 집행 과정에서 상호 긴밀히 협력하는 것이다.<sup>113)</sup> 집행결과의 모순·충돌을 피하기 위한 경쟁당국 간 협력 노력과 성과는 ‘기업결합심사’ 분야에서 선도적으로 이루어지고 있는데, 기업결합심사의 경우 ‘시정조치(remedy)’의 결정 과정 및 그 내용에 대한 협조 혹은 조정이 중요한 이슈로 제기되고 있다.

기업결합 당사회사들 혹은 그 자산이 해외에 소재한 초국경적 기업결합의 경우, 그러한 해외기업 혹은 해외자산에 대하여 경쟁당국이 가장 적절한 시정조치를 어떻게 만들어 내고 부

112) AC Nielson 사건을 미국·유럽 경쟁당국간 협조 관점에서 언급한 글로는 Rachel Bradenburger, “Twenty Years of Transatlantic Antitrust Cooperation: the Past and the Future”, the CPI Antitrust Chronicle, October 2011(1), 8쪽; Anestis S. Papadopoulos, The International Dimension of EU Competition Law and Policy, Cambridge (2010), 76쪽.

113) 경쟁당국 간 국제협력은 크게 2가지 관점에서 그 의의를 찾을 수 있다. ① 하나는 정보교환 등을 통해 각자의 집행을 보다 효과적으로 만드는 것이며, ② 다른 하나는 서로 충돌·모순된 집행 결과를 회피하는 것이다[OECD, Challenges of International Co-operation in Competition Law Enforcement (2014), 19쪽]. 본 연구의 목적은 후자에 있으므로 주로 후자의 관점에서 경쟁당국 간 국제협력 문제를 검토한다.



과할 수 있는가 하는 문제가 제기된다(이른바 ‘cross border merger remedy’ 문제).<sup>114)</sup> 이는 기업결합 당사자들이 제출한 정보, 특히 비밀정보의 경쟁당국간 공유, 이에 필요한 당사회사들의 ‘비밀포기각서 내지 비밀공유동의서(waiver)’를 징구하는 방식으로 해결이 시도되고 있다.<sup>115)</sup> 이러한 기업결합 당사자들의 비밀정보 공유에 대한 동의는 경쟁당국간 초국경 기업결합에 대한 시정조치의 내용을 서로 조정(coordination)하는데 큰 도움을 주고 있다.<sup>116)</sup>

시정조치의 내용을 정하는 것도 중요하지만 시정조치의 이행 여부를 감시 내지 감독하는 것도 중요하다. 특히 경쟁당국이 해외에 소재한 자산에 관해 구조적 조치(자산매각명령)를 내렸을 때, 기업결합 당사회사들이 시정조치의 내용을 준수하지 않거나 일부만 준수하는 경우 시정조치를 어떻게 집행할 것인지가 문제된다. 행태적 조치에 관해서도 기업결합 당사자들이 약속한 시정조치 내용을 계속해서 준수하는지를 확인할 수 있는 정보에 어떻게 접근하는지가 문제된다. 이 또한 해당 시정조치를 취하지 않아 시정조치 모니터링과 직접 이해관계가 없는 다른 경쟁당국의 도움이 필요할 수 있다.<sup>117)</sup>

#### 가. OECD 등 국제기구들의 협력 권고안 제정·배포

앞서 살펴본 것처럼, OECD, ICN 등 국제기구나 국제조직들은 세계 경쟁법 제정을 위한 근본적 노력 외에 경쟁당국 간 충돌 회피를 위한 의견 수렴 및 모범안 제시를 위해서도 노력하고 있다.

기업결합과 관련해서 OECD는 회원국간 토의를 거쳐 2005년 ‘Recommendation on Merger Review’을 제정했다. 이는 경쟁당국간 협력을 촉진하는 한편, 회원국들의 기업결합심사 절차의 수렴(convergence)에 기여함으로써 국제적으로 인정되는 모범관행(best practices)를 구축하기 위한 것이었다. OECD는 기업결합 심사가 보다 효율적이고 적시에 이루어질 수 있도록 여러 제안을 하였는데, 특히 경쟁당국들 양자간 혹은 다자간 협조(cooperation)와 조정(coordination)의 필요성 및 중요성을 언급하며 비밀정보의 취급과 관련한 문제를 강조하였는데 그 주요 내용은 다음과 같다.<sup>118)</sup>

114) OECD, Remedies in Cross-Border Merger Cases (2013), 9쪽.

115) 한국 공정위는 ICN의 Waivers of Confidentiality in Merger Investigation (2009)에서 제공한 양식을 활용하고 있다고 한다. OECD, 위 보고서 61쪽.

116) OECD, 위 보고서, 11쪽.

117) 위 보고서, 12쪽.

118) 원문은 <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/40537528.pdf>에서 확인 가능하다.



- 회원국은 자신의 관할과 적절한 ‘연관(nexus)’이 있는 기업결합에 대해서만 관할권을 행사한다(I. A. 1. 2. 1.항)
- 회원국은 문제된 기업결합이 유발할 국내적 경쟁제한의 우려를 해결하는 것을 목적으로 자국 기업결합 규정을 적용하되, 다른 국가가 결정한 시정조치와의 불일치 (inconsistencies)를 피하도록 노력해야 한다(I. B. 1.항)
- 회원국은 기업결합 당사자들이 신고시기 및 비밀보장 권리의 자발적 포기(waiver)와 관련해서 경쟁당국과 조정(coordination)을 촉진하도록 권장하고, 당사자들이 그러한 협조를 하지 않더라도 부정적 영향이 없도록 주의해야 한다(I. B. 3.항)

국제카르텔과 관련해서는, 1998년 하드코어 카르텔을 효율적으로 집행하기 위한 ‘경성 카르텔 권고(Hard Core Cartel Recommendation)’을 OECD가 제정·발표하였는데, 그 주요 권고 사항은 아래와 같다.

- 회원국 경쟁당국은 경성 카르텔을 효과적으로 중단하고 억제해야 한다(I. A. 1.항)
- 회원국은 적극적 예방 원칙을 적용해 일방 국가가 해당 국가 및 다른 국가 모두에 부정적인 영향을 끼치는 반경쟁적 행위에 대하여 조치할 것을 요구할 수 있도록 하고, 다른 국가의 중요한 이익에 영향을 미칠 때 예방의 원칙에 따라 집행권을 행사해야 한다(I. B. 1.항)
- 하드코어 카르텔에 대한 법 집행에 방해가 되는 모든 걸림돌을 검토하고 국내법 및/또는 양자 혹은 다자간 협약 등을 통해 이러한 걸림돌을 제거하거나 완화할 방법을 강구할 것을 촉구한다(I. B. 3.항)

한편 OECD는 가장 강력한 형태의 협력인 ‘정보공유(information sharing)’와 관련해서, 2005년 ‘경성카르텔 조사에서 정식 정보공유에 관한 모범관행(Best Practice for Formal Information Exchange in Hard Core Cartel Investigation)’을 제정하여 발표하였다.<sup>119)</sup>

#### 나. 미국, 유럽 등 개별 국가 간 협력 시도 등

OECD 등 국제기구와 더불어 미국, 유럽 등 개별 경쟁당국들도 경쟁법 집행 협력을 위한 노력을 계속 하고 있다. 예컨대, GE/Honeywell 기업결합에 대한 미국과 유럽의 충돌 직후

119) 원문은 <https://www.oecd.org/competition/cartels/35590548.pdf>에서 확인 가능하다.



인 2002년 미국 DOJ와 FTC, 유럽집행위원회는 초국경 기업결합과 관련해서 ‘기업결합심사에서 협력에 관한 모범관행(The US-EU Best Practices on Cooperation in merger investigations)’<sup>120)</sup> 을 만들어 기업결합심사 시 서로 협력하고 있다.

미국과 유럽 경쟁당국 모두 기업결합의 경쟁제한성 심사 과정에서의 경쟁당국간 협조도 중요하지만, 특히 정보공유를 기반으로 (i) 적절한 시정조치의 설계(design), 특히 구조적 시정조치로서 매각명령의 대상이 되는 자산의 확인 및 평가 및 (ii) 매각할 자산의 적절한 매각 상대방 평가 및 수탁인(trustee) 임명<sup>121)</sup>과 같은 시정조치 이행방안에서도 경쟁당국간 협조에 기반한 시정조치 조정(coordination) 과정이 필수적이라는 데 뜻을 같이 하고 있다.<sup>122)</sup>

이후 미국 및 유럽간 기업결합심사에서 유의미한 충돌은 발생하지 않았다고 지적되고 있다.<sup>123)</sup> 유럽집행위원회는 2004년 기업결합심사에서 효율성을 경쟁에 긍정적인 요인으로 인정하는 내용으로 유럽 기업결합규칙을 개정하기도 하였다.<sup>124)</sup>

한국 공정위는 2011년 외국 경쟁당국과의 공조강화를 위해 ‘국제 M&A 공조심사 매뉴얼’을 마련하였는데 이는 ‘미·EU 간 기업결합심사에서 협력에 관한 모범관행(The US-EU Best Practices on Cooperation in merger investigations)’에 기초해 내용을 발전시킨 것으로써, 여기에는 공조범위, 공조절차, 주의점 등의 내용이 담겨 있다.<sup>125)</sup>

#### 다. BHP 빌리턴/리오틴토 기업결합 (2010)

세계 2위 및 3위 철광석 업체인 BHP 빌리턴과 리오틴토가 생산 조인트벤처 설립계약을 체결하여 호주 서부 지역의 철광석 광산, 철도 및 항만 등의 생산 기반시설을 결합한 것이

120) 원문은 <https://www.ftc.gov/system/files/111014eumerger.pdf>에서 확인 가능하다.

121) 우리나라의 경우 이 제도는 도입되지 않고 있는데 공정위는 그 이유 중 하나로 수탁인 비용의 부담주체 및 비용범위에 대해 형성된 합의가 없기 때문이라고 설명하고 있다. OECD, Remedies in Cross-Border Merger Cases (2013), 63쪽.

122) Gifford & Kudrle, 앞의 책, 41-43쪽 및 90-94쪽 참조.

123) 위 Gifford & Kudrle, 앞의 책, 62쪽 참조. 2014년 기준으로 40,000건의 글로벌 M&A가 있었지만 한 경쟁당국에서는 승인되었으나 다른 경쟁당국에 의해 금지된 사례는 보고되지 않았다고 하며, 최근 충돌 사례로는 2012년 독일·뉴욕증권거래소간 합병에 대해 미국 DOJ는 조건부 승인을 하였으나, 유럽집행위원회가 불허한 사례가 있다고 한다[Duy D. Pham, “Resolving Conflicts in International Merger Reviews through Merger Remedies”, World Competition, Vol.39 No.2 (2016), 각주 8 참조]. 유럽은 주로 유럽 파생시장에서의 경쟁제한성을 우려한 반면 미국 DOJ는 주식시장에 초점을 맞춰 경쟁제한성을 심사했다고 하며, 보다 자세한 내용은 OECD, Remedies in Cross-Border Merger Cases (2013), 97쪽 참조.

124) Gifford & Kudrle, 앞의 책, 58-59쪽 참조.

125) 공정위 2011. 12. 30.자 보도자료 “외국 경쟁당국과의 공조강화 위해 매뉴얼 제작” 참조.



문제된 사건에서도 경쟁당국의 초국경적 시정조치를 둘러싼 협력의 모습을 살필 수 있다. 해당 기업결합은 한국, 일본, 유럽, 중국, 독일 및 호주 경쟁당국에 신고되었고 한국 공정위는 조사정보 교환 등 국제카르텔 조사에서의 국제협력을 넘어 시정조치 수준의 조율에 초점을 맞춘 M&A 분야에서 최초의 국제 공조사건이었다.<sup>126)</sup>

한국 공정위는 철광석 시장에서의 양사의 지배적 지위가 강화되고 협조효과를 통해 철광석 가격상승의 가능성이 커진다고 판단하여 경쟁제한성이 있다고 보고 심사보고서를 송부하였다. 우리나라의 경우 양사에 대한 철광석 수입의존도가 67%로 매우 높은 반면, 양사는 한국의 수출비중이 11%로 낮아 한국이 일방적으로 시정조치를 부과하는 경우 양사가 철광석 공급을 한국 내 구매자에게 거절 또는 지연할 가능성이 있다는 점을 공정위는 우려하였다.

이에 공정위는 금지조치가 아닌 행태적 조치를 부과하기로 하고,<sup>127)</sup> 다만, 양사의 수출비중이 한국보다 높은 일본 JFTC와 시정조치 수준을 조율하여 양 경쟁당국이 최종적으로 동일한 시정조치가 부과되도록 적극적인 국제공조를 추진하였다. 이에 BHP 빌리턴과 리오티는 합작사 설립계획을 철회하였다.

#### 라. Western Digital/Hitachi GST 기업결합 (2012)

세계 하드디스크 드라이브(HDD) 제조 2위 사업자인 Western Digital이 3위 사업자 Viviti Technologies (舊 Hitachi GST)의 주식 100%를 인수하면서 한국, 미국, 일본, 유럽 그리고 중국에 기업결합신고를 한 사건이다. 공정위는 해당 거래가 3.5인치 데스크톱용 HDD시장 및 3.5인치 가전용 HDD시장에서 주요 사업자 수가 줄어들어 이후 협조효과에 따른 가격인상 소지가 있기 때문에 경쟁제한 가능성이 있다고 판단하였다.

공정위는 시정조치를 부과하기에 앞서 해당 글로벌 기업결합을 심사하는 각국 경쟁당국 간 시정조치의 모순 내지 충돌을 사전에 예방하고자 각국 경쟁당국과 협의하여 시정조치를 조율하였다. 즉, 글로벌 기업간 기업결합이 문제된 사안에서 우리나라만의 일방적인 시정조치는 공급거절이나 지연 같은 집행력 확보 문제가 발생할 수 있다는 점을 인식하고 적극적인 국제 공조를 추진하였다.<sup>128)</sup> 공정위는 해당 기업결합의 경쟁제한성을 시정하기 위한 조치를 취하기 전 미국 FTC<sup>129)</sup>와 증거자료 확보와 관련해 긴밀히 협조하였고, 유럽집

126) 공정위 2010. 10. 19.자 보도자료 “국내 전 산업에 영향 큰 글로벌 대형 M&A 첫 제동” 참조.

127) OECD, Remedies in Cross-Border Merger Cases (2013), 117쪽.

128) 공정위 2011. 12. 26.자 보도자료, “세계2,3위 하드디스크 생산업체간 국제M&A 제동”, 4쪽 참조.



행위위원회와는 시정조치의 내용을 정하는 단계에서 의견을 교환하는 방식으로 협의하였다.<sup>130)</sup>

이러한 절차를 거친 후 공정위는 Viviti의 3.5인치 데스크톱용 HDD 및 가전용 HDD 생산 관련자산(매수인이 원하는 경우 공장 포함) 및 관련 지식재산권과 영업 관련인력을 매각하는 구조적 시정 조치와 함께 부품공급계약을 매수인과 체결하는 등의 행태적 시정 조치를 같이 부과하였다.<sup>131)</sup> 미국 FTC 또한 Western Digital이 Viviti가 보유한 중국 소재 자산<sup>132)</sup>을 Toshiba에게 양도할 것을 요구하고, 공정위와 마찬가지로 매각 대상 공장에서 근무하던 Hitachi 종업원을 고용하고 Toshiba에게 매각할 사업에 필요한 부품을 공급하게 하는 조항을 포함시키는 등 조치 효과 면에서 볼 때 초국경적 시정조치(cross-border remedy)를 내렸다.<sup>133)</sup> 유럽집행위원회도 3.5인치 HDD 생산 공장을 포함한 주요 자산을 매각하고 관련 지식재산권 및 인력을 이전하는 등 공정위 및 미국 FTC의 시정조치와 유사한 조건으로 해당 기업결합을 승인하였다.<sup>134)</sup>

초국경 시정조치(cross-border remedy)에 따를 수 있는 충돌 내지 집행상 어려움을 극복하기 위해 경쟁당국 간 협력을 통한 모순·충돌 회피의 좋은 사례라고 평가할 수 있다.

#### 마. ASML/Cymer 기업결합 사건 (2013)

반도체 원자재 웨이퍼에 레이저를 이용해 회로를 그리는 반도체 리소그래피(광미세가공) 시스템 시장에서 세계 1위 업체인 미국 기업 ASML이, 리소그래피 시스템에 사용되는 광원(Light source, 주로 레이저)을 생산하는 세계 1위 미국 업체 Cymer의 주식 100%를 취득한 사례는, 초국경 시정조치 관련 경쟁당국과 협력 및 그 한계를 확인할 수 있는 좋은

129) 미국 FTC는 10개국 경쟁당국과 일정, 관련시장확정 및 시정조치 조정에 관해 협력하였는데, 유럽집행위원회와 본건 기업결합으로 영향을 받는 시장이 어디인지 확인하는 것과 함께 특히 매각될 자산의 매수인을 Toshiba로 결정하는 것을 긴밀히 협력하였다. 공정위와 JFTC가 미국 FTC 및 유럽집행위원회의 요구사항이 반영된 시정조치를 수용하였다는 설명으로 OECD, Remedies in Cross-Border Merger Cases (2013), 98쪽 참조.

130) 위 OECD 보고서, 60쪽.

131) 공정위 2012. 2. 3. 의결 제2012-017호. 자산 소재지는 공개된 의결서에 비공개 처리되어 있어 정확한 소재지를 파악할 수 없었다. 다만, 시정조치를 미국 FTC와 공조하였다는 점을 고려하면 Viviti가 보유한 중국 소재 자산과 같거나 이를 포함한 것으로 추측 가능하다.

132) OECD, Remedies in Cross-Border Merger Cases (2013), 86쪽.

133) FTC, 2012. 3. 5.자 보도자료, <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2012/03/ftc-action-preserves-competition-market-desktop-hard-disk> 참조.

134) 유럽집행위원회, 2011. 11. 23.자 보도자료, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-11-1395\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-1395_en.htm) 참조. OECD, Remedies in Cross-Border Merger Cases (2013), 86쪽



예이다.<sup>135)</sup>

해당 기업결합은 한국, 일본, 미국, 이스라엘 그리고 대만 경쟁당국에 신고되었는데, 공정위는 JFTC와 해당 기업결합에 대한 관점이 유사하다고 인식하였다.<sup>136)</sup> 때문에 JFTC와 시장획정, 경쟁제한성 심사, 상호 정보교환 그리고 이후 보도자료 전달까지 긴밀히 협의하였다. 이러한 협력 결과 본건 기업결합에 대한 한국 및 일본의 시정조치는 서로 유사하였는데, 그러면서도 차이를 완전히 없애지는 못했다.

먼저, 공정위와 JFTC는 문제된 결합으로 광원 시장 및 리소그래피 시스템에서 수직적 기업결합이 발생한다는 전제 하에, (i) 리소그래피 시장에서 일본 Nikon, Canon 등이 광원의 대체공급선을 확보하기 어렵게 됨에 따라 이들 회사의 비용이 증가되는 등 구매선 차단 효과가 우려되고, (ii) Cymer 경쟁사인 Gigaphoton으로부터 광원 구매비중이 높은 ASML이 기업결합 후 Gigaphoton으로부터 광원 구매량 축소, 불리한 조건 부과 등을 통해 Gigaphoton에게 판매선 차단 효과를 발생시킬 소지가 있다고 보았다. 또한 한국 및 일본 경쟁당국은 (iii) 반도체 제조 장비 거래 특성상 거래자간 기술, 장래 사업계획 등 민감한 정보를 공개할 수밖에 없는데, 기업결합으로 Cymer가 거래과정에서 취득한 ASML 경쟁사의 정보를 ASML과 공유하고 ASML 또한 거래과정에서 취득한 Cymer 경쟁사의 중요 정보를 Cymer와 공유할 경우 기업결합 당사회사의 경쟁사들이 결합 당사회사에 의존도가 높아 공동행위를 통한 협조효과의 발생 소지가 있어 경쟁제한성 우려가 있다고 동일하게 판단하였다.<sup>137)</sup>

다만, JFTC는 상방시장(광원) 및 하방시장(리소그래피 시스템)의 기업결합 당사회사인 ASML 및 Cymer 경쟁사가 모두 일본기업이기 때문에 해당 일본기업에 미칠 효과를 우려해 반도체 제조 장비 시장에서 경쟁제한 여부에 초점을 둔 반면, 공정위는 여기에 더해 본건 기업결합이 반도체 제조사인 삼성전자 및 SK하이닉스에 미칠 경쟁제한적 효과까지 고려해 기업결합 후 리소그래피 시스템 공급자(ASML)의 삼성전자와 SK하이닉스를 상대로 한 남용행위를 방지할 조치도 필요했다.<sup>138)</sup>

이에 공정위와 JFTC는 수직결합에 따른 광원시장 및 리소그래피 시스템 시장에서의 불

135) 위 OECD 보고서, 61쪽.

136) 공급체인상 광원시장-리소그래피시장-반도체시장으로 관련 시장이 구성되는데 (i) 광원시장에서는 Cymer의 경쟁사업자는 일본기업인 Gigaphoton, (ii) 리소그래피시장에서 미국기업 ASML의 경쟁사업자는 일본기업인 Nikon과 Cannon, (iii) 반도체시장에서는 한국기업인 삼성전자와 SK하이닉스가 각각 존재했다.

137) 공정위 2013. 5. 24.자 보도자료 “역외 반도체 제조 장비사간 수직적 기업결합에 시정명령”, 2-3쪽 참조; OECD, Remedies in Cross-Border Merger Cases (2013), 54-56쪽 참조

138) OECD, Remedies in Cross-Border Merger Cases (2013), 64쪽.



쇄효과 및 협조효과를 막기 위해 ① ASML 및 Cymer의 판매부문에 대한 기업결합 이전과 동일한 독립적 운영, ② 기밀정보 교류방지를 위한 방화벽 설치, ③ 광원구매 및 판매에 있어 FRAND(Fair, reasonable and non-discriminatory) 원칙을 준수할 것을 똑같이 요구하였다.<sup>139)</sup> 다만, 공정위는 본건 기업결합이 자국 반도체 제조사에 미칠 영향을 우려하여, 추가적으로 ④ 결합 당사회사의 리소그래피 시스템 판매시 남용행위 금지라는 행태적 시정조치도 함께 부과했다.<sup>140)</sup>

이러한 ASML/Cymer 사례는 경쟁당국간 협력도 국가별 경쟁상황의 차이에서 오는 이슈마저 해결할 수는 없으므로 경쟁당국들이 일치된 시정조치를 부과하는 것에 일정한 한계가 존재할 수 있다는 점을 잘 보여준다.<sup>141)</sup>

#### 4. 타국 집행에 대한 적극적 의견 개진을 통한 충돌 회피

초국경적 거래의 증가 및 그에 대한 경쟁법의 역외적용 사례가 증가함에 따라 피조사기업 혹은 피소 기업 소재 국가의 경쟁당국이 조사 또는 소송을 진행하는 국가의 경쟁당국이나 법원에 적극적으로 의견을 개진하는 사례도 늘고 있다. 자국 경쟁법의 적용만으로는 자국의 주권 및 자국기업의 이익을 보호하는데 부족하기 때문이다.

타 경쟁당국에 대한 의견 개진은 양자간 경쟁협력협정에 따른 공식·비공식적 의견교환의 방식으로 이루어지는 경우가 많고, 타 국가의 법원에 소송이 제기된 경우 그 법원에 의견서(amicus curiae brief)<sup>142)</sup>를 제출하는 방식으로 통상 이루어진다.<sup>143)</sup>

##### 가. 미국 Motorola Mobility v. AUO 사건 (2014)<sup>144)</sup>

미국의 휴대폰 제조·판매회사인 Motorola는 휴대폰 제조에 필요한 LCD패널의 99%를

139) 공정위 2013. 5. 24.자 보도자료 “역외 반도체 제조 장비사간 수직적 기업결합에 시정명령”, 3쪽; OECD, Remedies in Cross-Border Merger Cases (2013), 55-56쪽 참조. 공정위는 해당 내용의 시정조치를 부과하였고, JFTC는 해당 조건부 승인 결정을 내렸다.

140) 공정위 2013. 6. 26. 의결 제2013-118호.

141) OECD, Remedies in Cross-Border Merger Cases (2013), 64쪽.

142) “Amicus curiae”란 “friend of the court”라는 의미의 라틴어로서, 미국 소송에서 직접 당사자가 아닌 제3자가 그 사건에 대해 법원에 제출하는 의견서를 amicus curiae 의견서라고 한다.

143) 본문에서 언급한 사건들 외에도 피 조사/피소 기업의 정부가 조사/소송 국가의 당국이나 법원에 의견을 개진한 사례는 일일이 열거할 수 없을 정도로 많다.

144) Motorola Mobility LLC v. AU Optronics Corp. et al., 775 F.3d 816 (7<sup>th</sup> Cir. 2014); Motorola Mobility LLC v. AU Optronics Corp. et al., 746 F.3d 842 (7<sup>th</sup> Cir. 2014), Motorola Mobility LLC v. AU Optronics Corp. et al., 2014 WL 258154 (N.D. Ill. 2014) 각 참조.



해외 자회사들을 통해 구매한 다음, 현지 공장에서 휴대폰을 조립하여 미국 등 세계 각국에 판매하여 왔는데, AUO 등 LCD패널 제조사들이 LCD 가격에 관하여 담합을 하였다. 이에 Motorola는 미국 셔먼법 위반을 이유로 AUO 등을 상대로 손해배상소송을 제기하였는데, 피고들은 Motorola 현지 자회사에 판매된 LCD패널 부분은 미국 시장에 대해 “직접적이고 실질적이며 합리적으로 예견가능한 영향”을 미치지 않았다는 이유로 기각을 구하였다.

이에 대하여 미국 FTC와 DOJ는 비록 LCD패널이 외국에서 판매되었다고 하더라도 해당 LCD패널을 장착한 휴대폰이 미국으로 배송된 경우에는 미국의 관할이 미친다는 내용의 amicus curiae 의견서를 미국 법원에 제출하였고, 일본, 대만 정부 및 한국 공정위의 경우 “다른 국가의 주권 및 국제예양(international comity)의 원칙에 반할 우려가 있다”는 이유로 Motorola 해외 자회사가 구매한 LCD패널 부분에 대한 손해배상 청구를 기각해 달라는 취지의 amicus curiae 의견서를 제출하였다.<sup>145)</sup>

미국 제7지구 연방항소법원은 두 번의 심리 끝에 Motorola의 해외구매 분에 관한 청구를 기각하였다. 1차 판결에서는 해외자회사가 구매한 LCD패널 부분에 대한 담합은 미국 시장에 미친 영향이 간접적이고 미미하다는 이유로 미국의 관할 대상이 아니라고 본 반면, Motorola의 요청에 따라 같은 사건을 다시 심리한 법원은 부품가격에 관한 담합이 존재한 이상 해외 자회사를 거쳐 완제품만이 미국으로 수입·판매되었다고 하더라도 미국 시장에 대한 “직접적이고 실질적이며 합리적으로 예견 가능한 영향이 존재”한다고 하여 관할권은 인정하면서도, 그 담합으로 피해를 본 것은 해당 LCD 패널을 구입한 해외자회사들이고, Motorola 본사는 주주로서 간접적 손해를 입은 것에 불과하다는 이유로 Motorola의 청구를 기각하였다. 이에 더하여 해외 자회사가 역외 거래로 피해를 입었음에도 불구하고 미국 본사가 미국 셔먼법에 따라 소송을 제기하는 것은 다른 국가의 고유한 규제영역을 침범하는 것이 될 수 있다고 지적하였다.

미국법원이 판결문에 명시하지는 않았지만, Motorola의 청구를 기각한 배경에는 한국 공정위 등 다수의 국가들이 amicus curiae 의견서를 제출하여 기각을 구한 것도 일정한 영향을 미쳤을 것으로 생각된다.

145) 한예선, “경쟁법의 역외적용 요건과 범위에 관한 검토: Motorola Mobility LLC v. AU Optronics Corp. 판결을 중심으로”, 경쟁저널 제178호 (2015. 1.), 73-74쪽.



#### 나. 미국 Vitamin C 담합 손해배상소송 사건 (2016)<sup>146)</sup>

중국산 비타민C를 구매한 소비자들은 Herbei Welcome Pharmaceutical 등 중국 비타민C 제조사들이 비타민C 생산량 및 가격에 관하여 담합하였다는 이유로 중국 비타민C 제조사들을 상대로 미국 연방지방법원에 손해배상소송을 제기하였다. 이에 대해 중국 비타민C 제조사들은 그러한 담합활동은 중국 정부의 명령에 따른 행위이므로 미국에게 관할권이 없거나 행사가 자제되어야 한다고 주장하였다.

그러자 MOFCOM은 “피고들의 비타민C 담합은 중국법에 따른 것이었다”는 내용의 Amicus curie 의견서를 미국법원에 제출하였다. 이는 중국 정부가 미국 법원에 중국 정부의 공식적 입장을 최초로 개진한 사례라고 한다.

미국 제2연방지구 항소법원은 MOFCOM의 의견서를 근거로 중국법과 미국법 사이에 ‘진정 충돌(true conflicts)’가 있다고 보아 국제예양의 원칙에 따라 원고들의 청구를 기각하여야 한다고 판시하였다.<sup>147)</sup>

### 5. 과징금 부과 및 산정을 통한 충돌·과잉 집행의 회피

복수집행에 따른 과잉규제의 위험을 배제하기 위해서는 특정 규제당국만이 규제하게 함으로써 ‘복수’ 규제 자체를 없애는 방법도 있지만, ‘복수’ 규제가 이루어지는 것을 전제로 ‘처분’의 중복과 과잉을 막는 방법이 있다. 세계 경쟁당국들은 ‘과징금’을 산정하는 과정에서 ‘관련매출액’을 달리 인식하거나 이를 가중·감경하는 과정에서 이 같은 과잉집행의 우려를 해소하고자 시도하고 있다.

#### 가. 유럽 LCD패널(Innolux) 사건(2015)<sup>148)</sup>

유럽경쟁당국은 삼성전자, LG디스플레이 등 6개 LCD패널 사업자가 가담한 국제카르텔 사건에서 대만 기업인 Innolux사(이전 명칭 Chimei Innolux Corporation)에게 3억 유로의 과징금을 부과하였다. 유럽집행위원회는 과징금 산정의 기초가 되는 ‘관련매출액(value of the sales)’을 산정하면서 크게 2가지 유형의 매출을 제시하였다. 즉, ① 담합가담자가

146) In re Vitamin C Antitrust Litigation, 837 F.3d 175 (2d Cir. 2016)

147) 위 판결, 194-195항 참조.

148) Case C-231/14 P, Innolux Corp. v. European Commission



담합대상 LCD패널을 EEA내 다른 사업자에게 판 매출(direct EEA sales)과 ② 담합가담자 아닌 사업자가 담합대상 LCD패널을 최종제품에 탑재된 형태로 EEA내에 판매한 매출로 구분하였다. 유럽집행위원회는 ② 매출을 다시 2가지 유형으로 즉, (i) 최종제품을 판 사업자가 담합가담자의 계열회사였던, 이른바 ‘변형상품을 통한 직접매출’(direct EEA sales through transformed products)의 경우와 (ii) 최종제품을 판 사업자가 담합가담자와 무관한 비계열사인 ‘간접매출’(indirect sales)로 구분하였다. 결론적으로 유럽경쟁당국은 담합가담자와 연관이 있는 ①과 ②(i)를 과징금 산정의 기초가 되는 관련매출액으로 보았다.

Innolux는 이러한 유럽집행위원회의 결정에 불복하여 유럽 바깥에 설립된 100% 완전자회사가 최종제품을 통해 유럽 내에서 얻은 LCD패널 매출[매출②(i)에 포함] 또한 과징금 산정에서 제외되어야 한다고 주장하였다. 이를 매출액 산정에 포함시킨 것은 ‘과징금 산정 방법에 관한 가이드라인(Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No1/2003, 이하 ‘유럽 과징금 부과 고시’)’ 제13항에 위반될 뿐만 아니라 유럽집행위원회의 영토관할의 한계를 무시한 것으로 다른 경쟁당국이 중복 제재할 위험이 발생한다고 주장하였다.

이에 대해 유럽사법재판소는 Innolux의 주장을 기각하였다. 유럽사법재판소는 최종제품은 담합대상이 아니며 LCD패널의 하방시장(downstream market) 관련 제품이라는 점은 인정하였다. 하지만, Innolux와 수직적으로 통합된(vertically integrated) 완전자회사가 유럽 바깥에서 만든 최종제품을 유럽 내 사업자에 판매하는 경우, LCD패널의 담합가격은 최종제품 가격에도 영향을 미치므로 유럽 최종제품 시장에도 경쟁제한적인 영향이 있다고 판시하였다. 또한 유럽집행위원회가 EU 회원국 아닌 경쟁당국의 조사절차 내지 제재를 고려하지 않는다고 해서 일사부재리의 원칙(the principle non bis in idem) 또는 다른 법원칙을 위반하는 것도 아니라고 판시함으로써 “유럽(EEA) 바깥에 소재한 경쟁당국이 중복 제재할 수 있다”는 Innolux 주장을 배척했다. 이 같은 유럽사법재판소의 판단은 미국 제7지구 연방항소법원이 Motorola 판결에서 카르텔 대상 제품이 미국 외에서 판매되었다고 하더라도 이를 탑재한 최종 제품이 미국 내 유입되는 경우, 미국 내 거래에 충분하고 직접적인 효과(sufficiently direct effect)를 미친다고 볼 수 있다고 판단한 것과 같은 맥락이라고 평가할 수 있다.<sup>149)</sup>

하지만, 유럽사법재판소의 Innolux 판결은 관할의 충돌 또는 중복 제재의 문제를 초래할 소지가 있다. 실제 LCD패널 거래가 있었던 국가의 경쟁당국도 동일한 매출에 관하여

149) 정세훈·최인선, “유럽경쟁법의 적용: 유럽사법재판소의 LCD 사건 판결과 시사점”, 경쟁저널 제 182호 (2015. 9.), 99-100쪽 참조.



과징금을 부과할 수 있기 때문이다.

## 나. Marine Hose 국제카르텔 사건

Marine Hose 사건은 유조선, 석유비축시설 등에 쓰이는 고무호스를 제조하는 사업자들이 시장분할, 수주조정, 가격 및 수량 등에 관해 합의한 것이 문제된 국제카르텔 사건이다. 이 사건에 대하여는 우리나라를 비롯하여 미국, 유럽, 일본, 호주, 브라질 등이 모두 조사에 착수하여 과징금 기타 제재를 가하였다.<sup>150)</sup>

JFTC는 8개의 Marine Hose 제조사들에게 시정명령을 부과하면서도 과징금은 일본 사업자인 Bridgestone에 대해서만 부과하였다. Bridgestone의 경우 일본 소재 수요자(석유회사 및 재일미군)들에게 Marine Hose를 공급하였던바, 그 매출액을 기초로 과징금 238만엔(리니언시를 이유로 30% 감액)을 부과하였다. 반면 카르텔에 가담한 나머지 외국사업자들은 관련기간 중 일본에 소재한 수요자가 발주한 마린호스를 수주하지 않았다는 이유로 과징금 부과대상에서 제외하였다.<sup>151)</sup> 이렇게 관할 영역 내 매출액만을 과징금 산정의 기초로 삼는 것은 복수 제재에 따른 과잉 제재의 위험성을 회피하는 대표적인 방법이다.

공정위도 같은 사건에서 JFTC와 비슷한 방식으로 과징금을 산정·부과하였다. 즉 관련기간 중 한국수요업체가 발주한 입찰건의 계약금액만을 토대로 Bridgestone을 포함한 5개사에게 총 14억 2,400만원의 과징금을 부과하였다.<sup>152)</sup> 그 과정에서 낙찰자의 경우 계약금액 전부를 관련매출액으로 본 반면, 낙찰탈락자(이른바 ‘들러리’)의 경우 기본과징금의 1/2를 감경하였다. 이는 입찰담합에 대한 우리 과징금고시 규정[IV. 1. 다. (1) (마)항]에 따른 것인데, 담합 가담의 정도와 담합 가담을 통해서 얻은 이익을 고려한 ‘조정’이라고 할 수 있다.<sup>153)</sup>

유럽집행위원회는 11개 Marine Hose 제조사들에 대하여 금지명령을 내리는 한편, Bridgestone에 5,850만 유로, Dunlop에 1,800만 유로, Trelleborg Industrie에 490만 유로, Parker ITR에 2,561만 유로, Manuli Rubber Industries에 490만 유로의 과징금을 부과했는데, 그 과징금 산정 과정 방법이 주목할 만하다.<sup>154)</sup> 즉 유럽집행위원회는 Marine

150) 성승제, 앞의 글, 51-54쪽 참조.

151) 日本 經濟産業省, 國際カルテル事件における各国競争当局の執行に関する事例調査報告書 (2016. 6.), 11~12쪽.

152) 공정위 2009. 7. 3. 의결 제2009-152호.

153) 위 의결서 41-42쪽.

154) Case COMP/39406 - Marine Hoses, 429항.



Hose 제조사들의 전세계 매출이 아닌 유럽(EEA) 내 매출액을 관련매출액의 기초로 삼으면서도, 이를 실제 담합에 가담한 사업자 별로 나누는 과정에서 특수한 방법을 채택했다. 각 사업자의 유럽 점유율에 따라 이를 나누는 대신, 각 사업자의 세계시장 점유율에 따라 이를 나누었다.<sup>155)</sup> Marine Hose 카르텔은 전세계를 대상으로 한 국제카르텔인 만큼 유럽 점유율보다 전세계 시장점유율이 각 사업자의 책임 정도를 좀 더 적절히 반영한다는 것을 이유로 들었다. 그 결과 실제 유럽 역내 매출이 거의 없었던 Bridgestone도 고액의 과징금을 부과받게 되었다.<sup>156)</sup>

이는 ‘중복·과잉 집행 위험의 회피’와 ‘정당한 과징금 부과’라는 2가지 목적을 동시에 달성하고자 하는 새로운 시도라고 판단된다. 즉 유럽이 전세계 매출액을 기준으로 과징금을 부과한다면, 이는 본건과 같이 다른 경쟁당국들도 조사 및 제제하고 있는 상황에서 중복·과잉 제제가 불가피하다. 따라서 유럽 역내 매출만을 토대로 과징금을 산정한 것은 ‘중복·과잉 집행’의 위험을 회피하기 위한 적절한 조치라고 할 수 있다. 다만, 유럽 내 시장점유율을 기준으로 그 매출액을 나누는 것은, 유럽시장 점유율과 세계시장점유율이 상이한 경우 유럽 범위를 넘는 국제카르텔에 가담한 사업자 별 위법행위 가담의 정도와 부당이득의 정도에 맞지 않는 부당한 결과를 초래할 수 있다. 담합의 결과가 발생한 모든 국가에서 똑같은 방법으로 과징금을 책정·부과한다면, 이런 문제는 해소될 수 있지만, 국제카르텔을 규제하지 않는 경쟁당국이 다수인 상황에서 이 점이 확실치 않다면 과징금을 사업자별 최종 가담·책임의 정도에 맞도록 세계시장 점유율에 따라 그 관련매출액을 배분한 것으로 이해할 수 있다.<sup>157)</sup> 이 같은 유럽의 관련매출액 산정방법은 초국경적 국제카르텔에 관한 과징금 산정방법으로서 고려해 볼 만한 내용이다.

그 밖에 미국의 경우, 미국 DOJ와 Marine Hose 제조사들 간의 Plea Agreement에 따라 형사벌금이 부과되었는데, Plea Bargain의 성격상 해당 벌금의 구체적 산정 근거와 방법은 공개되지 않았다.<sup>158)</sup>

155) 이는 2006년 개정된 유럽 과징금 부과 고시 제18항에 명시되어 있다.

156) 日本 經濟産業省, 앞의 보고서, 11-12쪽.

157) 예컨대 갑, 을 2개의 업체가 A, B 두 국가 시장에 관하여 담합을 하였는데 A시장은 갑만이 B시장은 을만이 담합 물품을 공급하였다고 가정해 보자. A, B 두 나라의 경쟁당국이 모두 이 담합을 제제한다면, 갑은 A국가 매출액 전부를 기준으로 을은 B국가 매출액 전부를 기준으로 과징금을 부과받게 되는데, 책임 정도에 맞는 제제가 실현되게 된다. 그런데 A국만 제제를 하고 B국은 제제를 하지 않는다면, 담합은 같이 참여하였는데 A국에게 물품을 공급한 갑만 과징금을 부과받고 B국에 물품을 공급한 을은 사실상 면책된다는 문제가 있다. 이러한 경우 A국의 경쟁당국이 A국에 대한 매출액을 기준으로 과징금을 산정한 다음 이를 A, B국 시장 전체에 대한 시장점유율로 나누어 갑, 을 모두에게 부과한다면 이러한 문제는 일부 해소된다.

158) 日本 經濟産業省, 앞의 보고서, 12쪽.



## 다. 유류할증료 국제카르텔 사건

국제카르텔에 대한 과징금 중복 처분 가능성에 관한 또 하나의 좋은 사례로 유류할증료 국제카르텔 사건이 있다.

다수의 항공화물운송사업자들은 항공화물운임의 일부로서 ‘유류할증료(fuel surcharge)’를 도입, 변경하는 과정에서 서로 담합하였고. 이에 대하여 미국, 유럽, 한국 등 다수 국가의 경쟁당국이 조사·제재하였다.

유럽집행위원회는 ① EU 회원국 간, ② EU 회원국과 스위스간, 그리고 ③ EU 회원국과 제3국간 모든 노선에 대한 유류할증료 담합 전부가 유럽의 규제 대상이 되며, 과징금 산정의 근거가 되는 관련매출액(the value of sales) 역시 이 모든 노선의 항공화물운임이 되어야 한다고 보았다.<sup>159)</sup> 당시 항공사들은 ‘EU발 제3국행 노선’은 고려될 수 있지만, ‘제3국발 EU행 노선’의 매출액은 제외되어야 한다고 주장하였는데, ‘제3국발 EU행’ 항공권 발행행위의 대부분은 유럽시장(EEA) 역외에서 이루어지고 유럽 지역에 미치는 영향이 작다는 이유에서였다.<sup>160)</sup> 그러나 유럽집행위원회는 이러한 항공화물운송사업자들의 주장을 배척하고, ‘EU발 제3국행’은 물론 ‘제3국발 EU행’ 노선의 매출 전부를 관련매출액으로 인식하였다. 대신 ‘EU-제3국간 노선’에 관한 담합의 경우 그 경쟁제한적 효과의 상당 부분이 유럽 바깥에서 발생한다는 점을 고려하여 ‘EU-제3국간 노선’ 매출액은 50% 감액하였다.<sup>161)</sup>

한국 공정위 역시 ‘한국발 제3국행’ 노선은 물론 ‘제3국발 한국행 노선’을 규제하였고 관련 노선 매출 전부를 관련매출액으로 보았다.<sup>162)</sup> 대신 ‘유럽발 한국행’ 노선에 관해서는 “EU 경쟁당국에서도 동일한 행위에 대하여 조사가 이루어지고 있으므로 … 동일한 관련매출액이 양 경쟁당국에서 사용될 가능성이 있다는 점을 감안하여” 최종 부과과징금을 50% 감경하였다.<sup>163)</sup> 이러한 공정위의 조치는 유럽집행위원회가 ‘EU발’ ‘EU행’을 불문하고

159) Case COMP/39258 - Airfreight, 1163항. 유럽집행위원회의 이 결정은 GC에 의하여 2015. 12. 16. 취소되었는데, 그 이유는 실제적인 것이 아니라 의결서의 이유와 결정 내용이 서로 상충된다는 형식적인 것 때문이었다(Cases T-9/11 Air Canada, T-28/11 Koninklijke Luchvaart Maatschappij 등). 이에 유럽집행위원회는 2017. 3. 17. 기존 의결과 동일한 결론과 제재 처분을 내리면서 의결서의 형식적 내용만 보완하는 재처분을 내렸다.

160) Case COMP/39258 - Airfreight, 1167항.

161) 위 사건, 1217, 1170항.

162) 공정위 2010. 11. 29. 의결 제2010-143호(한국발), 2010-144호(유럽발), 2010-145(일본발), 2010-146호(홍콩발) 각 참조.

163) 공정위 2010. 11. 29. 의결 2010-144호, 104쪽 참조. 이에 더하여 ‘한국발’, ‘일본발’, ‘홍콩발’ 등 다른 노선들도 모두 항공화물운송업의 현황 등을 이유로 부과과징금을 50% 감액해 주었던



그 경쟁제한효과의 일부가 EEA 밖에 미쳤을 것이라는 이유로 매출액 전부에 대하여 50% 감액한 것과 같은 맥락으로 이해할 수 있다. 즉 과징금 2중 부과 혹은 과잉 부과를 피하기 위한 조치라고 이해된다.

한편, 한국-일본 노선에 취항하였던 일본항공사들의 경우, 자신들의 행위가 일본국토교통성의 행정지도에 따른 것으로 위법하지 않다고 주장하였는데, 공정위는 이 같은 주장을 배척하는 대신 같은 이유로 가장 낮은 수준(3.5%)의 과징금부과기준율을 적용하였다.<sup>164)</sup> 이는 true conflict를 인정하지는 않는 대신 제재 수위를 낮추는 방식으로 ‘국제예양’을 고려한 것으로 해석된다.

미국의 경우, DOJ의 조사는 plea agreement로 종결되었는데, 미국 DOJ는 ‘미국행’ 매출액은 제외하고 ‘미국발’ 매출액을 근거로 벌금을 산정하면서도 ‘미국행’ 공동행위에도 가담하였다는 사실을 고려하여 반대로 벌금액을 50% 가중하였다.<sup>165)</sup>

결국 복수 집행에 따른 과잉규제의 우려를 피하는 방법은 유럽이나 한국처럼 관련매출액을 넓게 잡고 감경해 주는 방식도 있을 수 있고, 미국처럼 애초에 관련매출액을 좁게 잡고 다른 행위를 가중 요소로 삼는 방식도 있을 수 있다고 하겠다.

## 6. 시정명령의 모순·충돌 회피

경쟁법 위반에 대한 제재조치(remedy) 크게 ‘과징금’과 ‘시정명령’으로 나누어 볼 수 있는데, ‘과징금’의 경우에는 주로 ‘중복 제재’ 혹은 ‘과잉 제재’가 문제되는 반면, 시정명령의 경우에는 그 모순·충돌 가능성이 주로 문제 된다.

이러한 문제점은 앞서 살펴본 바와 같은 경쟁당국 간 협력을 통해 사전적으로 해소하는 것이 하나의 방법이며, 또 하나는 각자 집행 과정에서 그 시정명령의 적용대상을 제한하거나 일정한 단서를 부기하는 방법을 고려할 수 있다.

### 가. Western Digital/Hitachi GST 기업결합 사건

세계 하드디스크드라이브(HDD) 제조 2위 사업자인 Western Digital이 3위 사업자

바, 결과적으로 ‘유럽발’과 다른 노선 사이에 차이가 없게 되었다.

164) 공정위 2010. 11. 29. 의결 제2010-145호, 66쪽 참조. 다만, 다른 사건에서도 모두 동일한 과징금부과기준율(3.5%)을 적용하였던바, 그 의미가 크다고 하기는 어렵다.

165) 최지현, 앞의 글, 51쪽.



Viviti Technologies (舊 Hitachi GST)의 주식 100%를 인수하는 거래와 관련하여 한국, 미국, 일본, 유럽, 중국에 기업결합신고 절차가 진행되었다.

앞서 IV. 3. 라. 항에서 살펴본 것처럼, 공정위 및 미국 FTC를 비롯한 각국 경쟁당국은 상호 협력 및 조정을 거치는 등 긴밀히 협의하였다. 미국 FTC와 유럽집행위원회는 매각자 산의 상대방(Toshiba) 결정과정에 긴밀히 협력하였고, 공정위와 JFTC도 FTC 및 유럽집행위원회 요구사항이 반영된 시정조치를 수용하였다.

그런데 미국 FTC가 자산매각조치로 Western Digital에 요구한 Western Digital과 Toshiba간 매각 일정 및 특정 근로자들의 파견 일정 등의 경우, 중국 MOFCOM이 부과한 특정한 행태적 시정조치를 만족시키기 위해 변경되지 않을 수 없었다.<sup>166)</sup> 이에 미국 FTC는 모든 드러난 이슈들이 해결될 때까지 자산매각 관련 명령을 연기하였고, 이를 모두 반영해 최종 시정명령 내용을 조정하였다. 이러한 조정과 관련하여 미국 FTC는 당초 매수인 (Toshiba) 선정 및 시정조치 내용을 협의한 유럽 집행위원회와도 다시 협의하였다.

때때로 초국경 시정조치는 예상하지 못한 사정 또는 경쟁당국간 협력에 따른 후속 진행 상황으로 수정되는 경우가 발생하는데, Western Digital/Hitach GST 사례는 미국 FTC 등 기존 경쟁당국이 MOFCOM의 시정조치로 인해 발생하는 충돌상황을 회피하기 유럽 경쟁당국과 함께 추가 논의를 한 사례라고 할 수 있다. 중국/인도 등 신흥 경쟁당국의 출현으로 기존 경쟁당국간 협력이 새로운 국면에 접어들었음을 보여주는 예라고 할 수도 있을 것이다.

## 나. Qualcomm 시장지배적 지위 남용 사건

앞서 II.2.항에서 잠깐 언급한 것처럼, 이동통신 관련 모뎀칩셋 시장의 지배적 사업자가 관련 표준필수특허를 보유한 Qualcomm의 라이선스 정책과 관련하여 다수의 경쟁당국이 조사 및 제재 등의 조치를 취하였거나 취하고 있다.

예컨대 중국 NDRC는 2015년 2월경, 한국 공정위는 2016년 12월경, 대만 공정위는 2017년 10월경 각각 일정한 과징금 부과처분 및 시정명령을 내렸고,<sup>167)</sup> 미국 FTC는 2017년 1월경 Qualcomm의 경쟁법 위반을 이유로 미국 연방지방법원에 소송을 제기하였다.

166) 이상, OECD, Remedies in Cross-Border Merger Cases (2013), 98쪽. MOFCOM의 특정 조치가 무엇인지는 해당 보고서에 설명이 없는 관계로 확인할 수 없었다.

167) 공정위 2017. 1. 20. 의결 제2017-025호. 대만 의결에 관해서는 대만 경쟁당국(TFTC) 홈페이지에 게재된 보도자료 참조.

<http://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docDetail.aspx?uid=126&docid=15235>



그밖에 유럽집행위원회 등도 2017년 11월 현재 Qualcomm의 같은 행위에 대하여 조사를 진행 중이다.<sup>168)</sup>

이렇게 동일 사안에 대하여 복수의 경쟁당국이 조사 및 집행에 나서면서 그 시정명령이 각기 충돌·모순될 수 있다는 지적이 제기되고 있다. 즉 공정위는 “라이선스를 원하는 모뎀 칩셋 제조사에게도 라이선스를 제공하라”는 시정명령을 내린 반면, 중국 국가발전개혁위원회(NDRC)는 휴대폰 제조사에 대한 로열티를 낮추라는 취지의 시정조치를 명했는데, 이에 대하여 Qualcomm은 “휴대폰 제조사에 라이선스를 계속 제공함”을 전제로 한 중국 NDRC의 로열티 인하명령과 “모뎀칩셋사로 라이선스 대상을 변경하라”는 공정위의 명령은 서로 모순되어 둘 다 이행하는 것이 곤란하다고 주장하고 있다.

이러한 시정명령의 충돌 가능성과 관련하여 중국 NDRC는 시정명령의 대상을 ‘중국 영역 내에서 제작·판매·사용되는 단말기’에 대한 라이선스로 제한하면서 ‘중국 영토 밖에서 이루어지는 라이선스’에는 적용되지 아니한다는 점을 분명히 하였다. 시정명령의 적용대상을 제한함으로써 중복·충돌 가능성을 회피하고자 한 것이다.

공정위 역시 시정명령의 적용 범위에 대하여 비슷한 제한을 두었다. 즉 ① 대한민국에 본점을 둔 휴대폰 제조사와 그 국내외 계열회사, ② 대한민국에서 또는 대한민국으로 휴대폰을 판매하는 사업자 및 그 국내외 계열사, ③ 대한민국에서 또는 대한민국으로 휴대폰을 판매하는 사업자에게 휴대폰을 공급하는 사업자 및 그 국내외 계열사, ④ 대한민국에 본점을 둔 모뎀칩 제조사와 그 국내외 계열사, ⑤ 위 ① 내지 ③의 휴대폰제조사에게 모뎀칩셋을 공급하는 사업자 및 그 국내외 계열사와 Qualcomm 간의 거래에만 한국 공정위의 시정명령의 효력이 미치도록 한 것이다. 대한민국 시장에 영향을 미치는 거래만을 시정명령의 대상으로 국한한 것인데, 중국 NDRC의 시정명령보다는 적용범위가 넓다고 할 수 있다.

나아가 공정위는 시정명령의 마지막에 다음과 같은 ‘단서’를 추가하였다.

피심인들은 이 시정명령일 이후 확정되는 외국 법원이나 경쟁당국의 구속력 있는 최종적인 판단 또는 조치나 명령이 이 시정명령과 상충되어 동시에 준수하는 것이 불가능한 경우 공정위에 이 시정명령의 재검토를 요청할 수 있다.

공정위의 시정명령 이후 그와 상충되는 외국 경쟁당국이나 법원의 명령이 내려지는 경우, 공정위의 시정명령을 재검토하겠다는 내용으로서, 소극적 예양(negative comity)을 시정명령의 내용으로 명기한 것이다. 이 같은 ‘예양 단서’ 조항을 추가한 시정명령은 한국은

168) 공정위 2016. 12. 28.자 보도자료 “퀄컴사의 이동통신 표준필수특허 남용행위 엄중 제재” 참조.



물론 외국의 집행 사례에서도 찾기 어려운데, 향후 초국경적 경쟁법 집행에서 시범적인 사례가 될 수 있지 않을까 생각된다.

## 7. 형사처벌의 중복·충돌의 회피

미국의 경우 담합행위에 대하여 적극적으로 형사처벌을 해왔고, 많은 가담자들이 실형을 받아 복역하였지만, 나머지 국가들은 경쟁법 위반에 대해 형사처벌을 하지 않아 왔다.<sup>169)</sup> 그 결과 경쟁법 위반에 대한 형사처벌의 중복·충돌 가능성은 높지 않았다.

하지만 점차 많은 국가들이 경쟁법 위반, 특히 담합행위에 대한 형사처벌을 시도하고 있다. 오스트레일리아, 오스트리아, 브라질, 캐나다, 덴마크, 헝가리, 아일랜드, 이스라엘, 일본, 네덜란드, 영국 등이 그러하다. 하지만 이들 국가들도 여전히 징역형보다는 벌금형을 선호하는 경향이 있다고 한다.<sup>170)</sup>

우리나라의 경우, 주요한 공정거래법 위반행위에 대하여 처벌조항을 두면서도 그에 대한 형사소추는 공정위가 고발한 경우에 한하여 할 수 있도록 전속고발제를 두었다. 다만, 공정위가 고발권 행사에 소극적이라는 비판과 함께 공정거래법 위반행위에 대한 엄중한 처벌을 요구하는 여론이 커지면서 담합행위에 대한 형사처벌이 많아지고 있는 추세이고, 가담 임직원들에 대한 징역형 선고도 늘고 있다.

이렇게 경쟁법 위반에 대해 형사 처벌하는 국가들이 늘어나면서 초국경적 경쟁제한행위에 대한 중복처벌 가능성에 대한 우려도 점차 커지고 있다.<sup>171)</sup> 특히 미국은 1990년대까지만 하더라도 외국인 가담자의 경우 징역형 부과는 면제해 왔는데(이른바 ‘No Jail Deal’), 최근에는 내국인과 똑같이 징역형을 부과하고 있으며, 외국인에게 부과되는 징역기간도 빠른 속도로 늘고 있다. 2000~2005년 기간 동안 국제카르텔 사건에서 외국인에게 부과된 평균 징역형 기간은 3~4개월 정도였던 것이, 2006년에는 7개월, 2007년에는 12개월로 증가하였고, 2008년 1월 현재에는 20개월에 달한다고 한다.<sup>172)</sup> 이러한 사정 역시 중복 처벌에 대한 우려를 증가시키는 요소이다.

169) Fox & Crane, 앞의 책, 444-445쪽.

170) 위 책, 444-445쪽.

171) 공정거래법의 역외적용과 관련하여 외국인의 외국에서의 공정거래법 위반은 형사 처벌할 수 없다는 견해가 있다. 공정거래법 제2조의2는 “국내시장에 영향을 미치는 경우” 처벌규정을 적용할 수 있다는 것인데, 이는 죄형법정주의 원칙상 구성요건이 너무 모호하여 문제가 있다는 설명으로, 석광현, “독점규제 및 공정거래에 관한 법률의 역외적용”, 판례연구 제21집(2) (2007. 12.), 44쪽.

172) 신봉삼, “국제카르텔 규제, 브레이크가 없다”, 경쟁저널 제149호 (2010. 3.) 참조.



이 같은 형사처벌의 중복·충돌을 회피하는 문제에 관해서는 Marine Hose 사건에 관한 미국 및 영국 법원의 양형 및 집행 사례가 참고가 된다.<sup>173)</sup> 이 사건에서 미국 판사는, 영국 법원에서 이미 징역형을 선고받은 카르텔 가담 임원에 대하여 징역형을 선고하면서도, 먼저 영국 교도소에서 복역할 수 있도록 허용하였다. 다만, 보다 긴 영국의 징역형을 모두 집행하는 경우 별도로 미국 징역형은 집행하지 않을 수 있도록 하면서,<sup>174)</sup> 영국에서 예정된 기간보다 일찍 석방시킬 경우 해당 임원은 남은 형기를 마치기 위해 미국 교도소로 가도록 하였다.<sup>175)</sup>

살피건대, 동일 경쟁법 위반에 대한 중복 처벌을 피하는 방법은 ① 양형 단계에서 고려하는 방법과 ② 일단 형은 선고하고 집행단계에서 고려하는 방법이 있을 수 있는데, Marine Hose 사건에서 영·미 법원이 취한 방법은 후자의 것으로 보인다.

경쟁법 위반에 대한 형사처벌 규정의 역외적용에 사례는 아직까지 우리나라에서는 없는 것으로 보인다. 다만 다음과 같은 형법 제7조의 문언상 Marine Hose 사건에서 영·미 법원이 취한 것과 같은 방법이 우리나라 법상으로도 가능할 것으로 보인다.

**형법 제7조(외국에서 집행된 형의 산입)** 죄를 지어 외국에서 형의 전부 또는 일부가 집행된 사람에 대해서는 그 집행된 형의 전부 또는 일부를 선고하는 형에 산입한다.

## 8. 소 결

이상 살펴본 바와 같이 세계 각국의 경쟁당국과 법원은 각자 집행이 불가피한 현실 속에서 경쟁법 집행의 중복·모순 등을 피하기 위해 여러 가지 아이디어를 찾고 시도해 왔는데, 이를 모아보면 다음과 같다.

- 각국의 관할권 행사의 한계를 정하는 방법으로 중복 집행을 피하는 방법
- 관할권은 인정하더라도 타국의 법령과 true conflict가 존재한다는 이유로 관할권 행사를 자제하는 방법
- ‘적극적 예양’의 원칙에 따라 실질적 관련성이 더 큰 국가에 집행을 촉구하고, 그러한 타국의 집행 결과가 만족스러운 경우, 별도로 다시 집행하지 않는 방법

173) Fox & Crane, 앞의 책, 448-450쪽.

174) OECD, Improving International Co-operation in Cartel Investigations (2012), 265쪽.

175) OECD, Challenges of International Co-operation in Competition Law Enforcement (2014), 45쪽.



- 경쟁당국 간 긴밀한 협력을 통해 ① 누가 집행할 것인지, ② 집행 결과를 어떻게 구성할 것인지 등을 조율함으로써 중복 또는 충돌을 피하는 방법
- 타국 집행 절차에 amicus 의견서 제출 등의 방법으로 적극적으로 의견을 개진하고, 이러한 타국의 의견을 존중하는 방법으로 중복·충돌을 회피하는 방법
- 각자 제재를 하더라도 과징금 산정 시 관련매출액을 관할 영역 부분으로 제한하거나 이를 가중·감경하는 과정에서 감안함으로써 중복 집행·과잉 집행을 피하는 방법
- 각자 시정명령을 부과하더라도 그 적용대상을 제한하거나 “타국 조치와 충돌할 경우 효력을 잃는다거나 재고할 수 있다”는 ‘예약적 단서’ 조항을 추가함으로써 시정명령 간 모순·충돌을 회피하는 방법
- 형사처벌 집행 시 어느 일국에 최종 집행을 위탁하거나, 이미 타국에서 집행된 형량을 자국 형량에서 공제함으로써 2중 복역 등의 위험을 피하는 방법

## V. 경쟁법 세계화에 대한 우리나라의 대처 노력과 개선 방향

### 1. 경쟁법의 세계화에 대처하기 위한 적극적 대외활동<sup>176)</sup>

공정위는 초국경적 경쟁법 위반행위에 보다 효과적으로 대응하고 그 과정에서 발생할 수 있는 중복·모순·마찰 등을 피하기 위해 적극적으로 대외활동에 나서고 있다.

먼저 한국 공정위는 다자간 회의에 주도적으로 참여하고 있다. 공정위는 ICN의 경우 2001년 출범 당시부터 ICN 최고 의사결정기구인 운영그룹(Steering Group)의 멤버이자 회원가입작업반 의장으로 활동하고 있으며 2004년 제3차 ICN 연차총회를 서울에서 개최하기도 하였고, OECD 경쟁위원회(Competition Committee)<sup>177)</sup>의 부의장단 멤버로서 세계에서 2곳뿐인 OECD경쟁센터를 서울에서 운영하고 있으며,<sup>178)</sup> UNCTAD 경쟁법 담당과에 직원을 파견하여 한국의 경험과 노하우를 개도국들에게 전하고 있다. 나아가 2001년부터는 서울국제경쟁포럼(Seoul International Competition Forum)을 격년으로 주최하여

176) 공정위의 적극적 대외협력 활동 내역은 공정위가 매년 발간하는 공정거래백서 제6편 “경쟁정책의 국제협력 강화” 편에 잘 정리되어 있다. 그 내용과 분량이 해마다 증가하고 있는데, 이는 그만큼 공정위의 대외활동이 활발해지고 있다는 증거이다. 이 단락의 주요 내용은 별도의 인용이 없더라도 2016년 공정거래백서를 토대로 다른 자료의 내용을 보완한 것임을 밝힌다.

177) OECD의 경쟁법·정책에 관한 논의를 담당하는 기구로서 과거 ‘경쟁법·정책위원회(Committee on Competition Law & Policy, CLP)’로 불리던 것이 2001년부터 ‘경쟁위원회(Competition Committee)’로 불리고 있다.

178) 나머지 한 곳은 헝가리 부다페스트이다.



최신 경쟁법 이슈에 관한 논의를 이끌고 있다.

이에 더하여 양자간 협력 활동도 활발히 하고 있는데, 앞서 설명한 것처럼 한국 정부가 체결하는 양자간 FTA에 경쟁챕터를 삽입하는데 성공해 왔으며, 이에 더하여 총 16개 외국 경쟁당국과 별도로 기관간 협력 약정을 체결하였고, 미국, 유럽, 일본 등 주요 경쟁당국과 정례적으로 경쟁정책협의회를 개최하고 있다.

한국 공정위는 이러한 적극적 국제활동 참여를 통해 외국의 경쟁법 집행 동향과 최신 논의들을 파악하고, 한국 기업 및 소비자의 이익이 국제적 논의에 반영될 수 있도록 목소리를 높이는 한편, 구체적 집행과정에서 외국 경쟁당국과 긴밀한 협력을 통해 효율적 집행을 도모하고 있다.

## 2. 경쟁법 세계화에 대처하기 위한 국내 법령 및 공정위 규정 개정

경쟁법의 세계화 물결에 대응하기 위해 국내 입법 및 규정을 손보는 작업도 이루어지고 있다.

먼저 2004년 12월 “이 법은 국외에서 이루어진 행위라도 국내시장에 영향을 미치는 경우에는 적용한다.”는 규정이 공정거래법 제2조의2로 추가되었다. 이는 이른바 ‘제한적 효과주의’ 원칙을 천명한 것으로써 공정거래법의 역외적용에 관한 근거 규정이 마련되었다는 데 의의가 있다.

2004년 12월 개정 시 공정거래법 제36조의2도 신설하여 외국 경쟁당국과 공조에 관한 근거 규정도 마련하였다.<sup>179)</sup> 외국정부와 경쟁법 집행을 위한 협정을 체결할 권한을 부여하는 한편, 그 협정 체결과 무관하게 외국정부의 ‘상호보증’이 있는 경우 외국정부의 지원요청에 응할 수 있다고 함으로써 상호보증에 의한 협력 확대를 시도한 것이다.

2007년 8월에는 공정거래법 제53조의3<sup>180)</sup>를 개정하여 외국에 소재한 사업자나 사업자

179) 개정 공정거래법 제36조의2(공정거래위원회의 국제협력) ①정부는 대한민국의 법률 및 이익에 반하지 않는 범위 안에서 외국정부와 이 법의 집행을 위한 협정을 체결할 수 있다. ② 공정거래위원회는 제1항의 규정에 의하여 체결한 협정에 따라 외국정부의 법집행을 지원할 수 있다. ③ 공정거래위원회는 제1항의 규정에 의한 협정이 체결되어 있지 않은 경우에도 외국정부의 법집행 요청 시 동일 또는 유사한 사항에 관하여 대한민국의 지원요청에 응한다는 요청국의 보증이 있는 경우에는 지원할 수 있다.

180) 개정 공정거래법 제53조의3(문서의 송달) ① 문서의 송달은 「행정절차법」 제14조 내지 제16조의 규정을 준용한다. ② 제1항의 규정에 불구하고 국외에 주소·영업소 또는 사무소(이하 "주소등"이라 한다)를 두고 있는 사업자 또는 사업자단체에 대해서는 국내에 대리인을 지정하도록 하여 동 대리인에게 송달한다. ③ 제2항에 따라 국내에 대리인을 지정하여야 하는 사업자 또는 사업자단체가 국내에 대리인을 지정하지 아니한 경우에는 제1항에 따른다.



단체에 대한 송달 규정도 보완하였다. 종전에는 국내에 송달대리인을 지정하지 아니한 외국사업자의 경우 실제 송달 없이 언론 ‘공고’만으로 송달에 갈음할 수 있도록 되어 있었는데,<sup>181)</sup> 개정을 통해 먼저 해외 본사에 우편, 교부, 이메일 등으로 송달을 시도하고 그러한 송달이 불가능한 경우에 한하여 ‘공고’로 대체하게 하였다.<sup>182)</sup> 이는 한-미 FTA 등이 요구하는 ‘실질적 방어기회’를 외국사업자에게 충실히 보장하기 위한 개선 노력으로 보인다.

공정위는 경쟁법의 세계화에 맞춰 공정위 내부 지침 및 고시도 제·개정하여 왔다. 예컨대 2000년 10월 「외국사업자의 공정거래법 위반행위에 대한 조사 및 처리지침」을 제정하여 외국사업자 조사 및 처리 방법에 관한 기본적인 사항을 정하였고,<sup>183)</sup> 「공정위 회의운영 및 사건절차 등에 관한 규칙」(이하 ‘공정위 회의운영규칙’)에도 외국사업자에 관한 특별규정을 추가하였다. 예컨대 동 규정 제41조의2에 ‘참고인’에 대한 교차신문에 관한 규정을 신설하였는데 이는 한-미 FTA가 요구하는 ‘반대신문권 보장’을 위한 조치로 이해된다.<sup>184)</sup> 「부당한 공동행위 자진신고자 등에 대한 시정조치 등 감면제도 운영고시」가 제8조의2를 신설하여 ‘서면’이 아닌 ‘구두’ 감면신청도 허용한 것은 미국 증거개시(discovery) 제도에 대한 기업들의 우려를 반영한 조치이다.

### 3. 경쟁법 세계화에 따른 추가적 개선 사항

경쟁법 세계화에 대한 대처방안은 초국경적 경쟁제한행위를 몸소 조사하고 세계 경쟁당국과 직접 교류하고 있는 공정위를 비롯한 각국 경쟁당국이 가장 잘 알 수 있고 알고 있을 것인바, 이에 대하여 아직 경험이 일천한 실무가가 의견을 낸다는 것은 대단히 조심스럽다. 다만 아이디어 제공 차원에서 이 연구용역을 수행하는 과정에서 알게 된 내용을 토대로 몇 가지 제안을 조심스럽게 해보면 다음과 같다.

181) 개정 전 공정거래법 제53조의3 (문서의 송달) ①문서의 송달은 행정절차법 제14조 내지 제16조의 규정을 준용한다. ② 제1항의 규정에 불구하고 국외에 주소를 두고 있는 사업자 또는 사업자단체에 대해서는 국내에 대리인을 지정하도록 하여 동 대리인에게 송달하고, 해당 사업자 또는 사업자단체가 국내 대리인을 지정하지 아니한 경우에는 관보·공보·게시판·일간신문 중 하나 이상에 공고하고 인터넷에도 공고하여야 한다.

182) 개정법 제53조의3 제1항이 원용하고 있는 행정절차법 제14조의 내용이다.

183) 이 지침은 2000년 제정 이후 개정되거나 따로 폐지되지 않은 것으로 보인다.

184) 그 밖에도 외국계 기업으로써 관련 거래금액이 10억원 이상이거나 통살마찰 등이 우려되는 경우에는 소회이가 아닌 전원회의에서 처리하도록 하고 있고(동 규정 제4조 제2항 제11호), 외국사업자의 경우 피심인 의견서 제출기간을 달리 정할 수 있도록 예외규정도 두고 있다(제29조 제10항 단서).



### 가. 경쟁법의 역외 집행 및 협력에 관한 지침 제정

미국의 경우 FTC와 DOJ가 공동으로 Antitrust Guidelines for International Enforcement and Cooperation을 제정한 다음 수시로 업데이트하고 있다.<sup>185)</sup> 이 가이드라인은 “미국 경쟁당국의 국제적 집행에 관심을 가질 국제적 기업들에게 가이드라인을 제공하기 위해 제정되었다”고 하면서, 미국이 언제 역외적용되는지 그 원칙을 구체적 사례와 함께 설명하는 한편(제3장), 미 당국이 경쟁법 집행 시 고려하는 국제예양의 원칙과 절차(제4장), 외국 당국과 협력 방법(제5장) 등을 정하고 있다.

이 중 상당 부분은 앞서 살펴본 것처럼, 이미 우리나라의 법령 및 공정위의 기존 규정에 반영되어 있다. 하지만, 경쟁법의 세계화에 좀 더 체계적이고 적극적으로 대처한다는 점에서 위 미국의 것과 유사한 지침 혹은 가이드라인을 공정위 차원에서 제정해 보는 방안을 고려해 볼 수 있다고 생각한다.<sup>186)</sup> 이러한 기준 제시는 세계경쟁법의 주요 원칙으로 제시 되는 ‘투명성(transparency)’을 실현하여 외국사업자들에게 한국 경쟁법 집행에 대한 불필요한 오해와 우려를 불식시킬 수 있을 것이다. 한편 이를 제정하기 위해서는 그간의 경쟁법 적용 및 집행과정을 초국경적 사건의 관점에서 하나하나 다시 짚어 보게 될 터이고 그 과정에서 공정위는 물론 학계·실무자들의 참여가 이루어질 것인데, 그러한 과정 자체도 큰 의미가 있을 것이다.

이러한 지침에는 한국 공정거래법 역외적용의 상세 기준, 외국 소재 사업자에 대한 문서의 송달 등 연락 방법, 초국경적 경쟁법 위반 사건에 대한 조사 방법, 외국 경쟁당국과의 협력, 중복집행·과잉집행 혹은 집행의 모순·충돌을 회피하는 방안 등이 담길 수 있을 것이다.

### 나. 시정조치·과징금 조정 등에 대한 규정 마련

앞서 살펴본 바와 같이, 경쟁법의 세계화에 따라 시정조치가 모순·충돌하거나 과징금과 형사처벌이 중복될 우려가 상존한다. 우리 공정위는 이를 실무적으로 지혜롭게 풀어내고 있으나, 이에 관한 근거규정을 공정거래법 시행령이나 공정위 지침에 명시해 두는 것이 어떨까 한다.

예를 들어 유류할증료 국제카르텔 사건에서 쌍방향 노선 모두의 매출액을 관련매출액으

185) 이 가이드라인 원문은 미국 DOJ 사이트에서 다운로드받을 수 있다.

(<https://www.justice.gov/atr/internationalguidelines/download>)

186) 2000년 10월에 제정하고 아직까지 한 번도 개정된 적이 없는 월 「외국사업자의 공정거래법 위반 행위에 대한 조사 및 처리지침」을 개정하는 방법으로 접근하는 것도 하나의 방법이라 생각된다.



로 보면서 부과과징금을 50% 감경한 바 있는데, 당시의 고민을 반영해 국제카르텔의 과징금 산정에 관한 특칙을 두어 이런 감경·조정 가능성과 기준을 미리 제시해 두는 것도 하나의 방안이다. Marine Hose 국제카르텔 사건에서 유럽집행위원회가 적용한 ‘매출액은 국내시장을 기준으로·시장점유율은 세계시장을 기준으로’ 원칙을 채택하는 것도 고려해 볼 만하다.<sup>187)</sup>

공정위는 복수집행에 따른 시정조치의 모순·충돌을 피하기 위해 외국 경쟁당국과 협의하고 이에 기초해 시정조치를 입안·조정하고 있는데, 이에 대해서도 근거 규정을 마련해 두는 것이 만에 하나 있을 수 있는 ‘적법성 논란’을 피하고 사업자들에게 예측가능성을 줄 수 있는 길이 아닐까 한다.

#### 다. ‘반대신문권 보장의 실질화’ 등 공정위 사건 심의절차 개선

앞서 살펴본 것처럼, 한-미 FTA 체결을 계기로 공정위 회의운영규칙에 반대신문권을 보장하는 내용이 추가되었다. 그러나 공정위는 물론 기업과 그 대리인들이 처한 현실적 제약으로 말미암아 실제로 반대신문이 이루어진 경우는 거의 없는 것으로 보인다. Qualcomm의 시장지배적 지위 사건에서 Qualcomm은 심의 과정에서 이 점을 지적하며 다투기도 하였다. 이러한 지적이 정당하였는지는 별론으로 하고 앞으로도 외국기업, 특히 미국기업에 대한 집행이 증가할 것으로 예상되는 만큼, 피심인이 원하는 경우 전원회의에서 실제 반대신문이 이루어질 수 있도록 공정위 사건 심의 절차 개선 등 이에 필요한 조치를 미리 취해 두는 것도 좋을 것이다. 이는 공정위 의결의 제1심 판결적 성격에 대한 우려를 해소하는 방법도 될 수 있을 것이다.

## VI. 결 론

이상 살펴본 바와 같이 경쟁법 집행의 세계화는 21세기에서 피할 수 없는 현실이다. 전 세계 경쟁당국과 학계, 실무자들은 그에 따른 문제점을 해소하고 효과적인 집행을 이루어 내기 위해 여러 층위에서 다양한 노력들과 시도를 해왔음을 알 수 있다. 단일한 세계 경쟁법 제정 및 경쟁법 집행시스템 마련을 추구하면서도 동시에 각자 집행을 전제로 그 내용과 절차를 ‘수렴’하기 위한 노력이 병행되어 왔으며, 개별 사안사안마다 경쟁당국과 법원이 지

187) EU는 이를 유럽 과징금 부과 고시 제18항에 명시하고 있다.



혜를 모아 ‘초국경적 경쟁제한행위에 대한 효과적 대처’와 ‘중복집행에 따른 문제점 해소’라는 두 마리의 토끼를 잡기 위해 노력해 왔다. 공정위 역시 이러한 다양한 층위의 노력에 적극적으로 참여하여 함께 고민하고 목소리를 내왔다.

필자들은 이에 대한 해답을 줄 위치나 능력을 가지고 있지 아니다. 다만, 이렇게 계속 노력하다 보면, 미네르바의 부엉이가 곧 날아오르게 되지 않을까 감히 생각한다. 그때까지는 지금과 같이 2가지 목표를 염두에 두면서 개별적 VI구체적 사안을 해결하고 이를 제도에 반영하려는 시도를 반복해야 하지 않을까 한다.



## [ 참고문헌 ]

### ◇ 국내문헌

#### 〈단행본〉

- 공정거래위원회, 2016년 공정거래백서 (2016).  
 성승제, 국제카르텔 규율과 대처방안 연구, 한국법제연구원 (2016).  
 David J. Gerber (이동률 역), 국제경쟁법, 박영사 (2014).

#### 〈논문〉

- 김수련, “조건부 리베이트에 대한 미국 및 유럽 판결의 비교: British Airways 사건을 중심으로”, 경제법판례연구 제6권 (2010. 1.).  
 석광현, “독점규제 및 공정거래에 관한 법률의 역외적용”, 판례연구 제21집(2) (2007. 12.).  
 신봉삼, “국제카르텔 규제, 브레이크가 없다”, 경쟁저널 제149호 (2010. 3.).  
 윤성운·송준현, “경쟁법의 역외적용”, 독점규제법 30년, 법문사 (2011).  
 이민호, “GE/Honeywell 기업결합 사건에 대한 유럽1심법원 판결 검토: 포트폴리오 효과가 혼합결합 규제의 근거가 될 수 있는가?”, 경제법판례연구 제5권 (2009. 2.).  
 이순미, “경쟁법 집행에서 국제협력의 필요성과 발전방향: OECD 논의 동향을 중심으로”, 경쟁저널 제178호 (2015. 1.).  
 정세훈·최인선, “유럽경쟁법의 적용: 유럽사법재판소의 LCD 사건 판결과 시사점”, 경쟁저널 제182호 (2015. 9.).  
 정영진, “시장지배적 지위 남용행위에 대한 유럽 경쟁법과 미국 독점금지법의 접근방법의 차이: 유럽위원회의 Virgin/British Airways 결정(1999)을 중심으로”, 경쟁저널 제122호 (2005. 11.).  
 최지현, “공정거래법 역외적용의 기준과 범위: 항공화물운임 담합 판결을 중심으로”, 경제법연구 제15권 1호 (2016. 4.).  
 한예선, “경쟁법의 역외적용 요건과 범위에 관한 검토: Motorola Mobility LLC v. AU Optonics Corp. 판결을 중심으로”, 경쟁저널 제178호 (2015. 1.).



◇ 외국문헌

〈단행본〉

Alison Jones & Brenda Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press (2016).

Andrew I Gavil & Harry First, *The Microsoft Antitrust Cases: Competition Policy for the Twenty-First Century*, The MIT Press (2014).

Andrew T. Guzman, *Cooperation, Comity, and Competition Policy*, Oxford University Press (2011).

Anestis S. Papadopoulos, *The International Dimension of EU Competition Law and Policy*, Cambridge (2010).

Daniel J. Gifford & Robert T. Kudrle, *The Atlantic Divide in Antitrust: An Examination of US and EU Competition Policy*, University of Chicago Press (2015).

Einer Elhauge & Damien Geradin, *Global Antitrust Law and Economics*, Foundation Press (2007).

Eleanor M. Fox & Daniel A. Crane, *Global issues in Antitrust and Competition Law*, West Academic Publishing (2010).

〈논문〉

Daniel Sokol, "Monopolist without Borders: The Institutional Challenge of International Antitrust in a Global Gilded Age", *Berkley Business Law Journal*, Vol.4 No.1 (2007).

Damien Geradin, "The Perils of Antitrust Proliferation: The Globalization of Antitrust and the Risk of Overregulation of Competitive Behavior", *Chicago Journal of International Law*, Vol.10 No.1 (2009).

Daniel J. Gifford, "The Draft International Antitrust Code Proposed at Munich: Good Intentions Gone Awry", *Minnesota Journal of Global Trade*, Vol.6 No.1 (1997).

Daniel J. Gifford & E. Thomas Sullivan, "Can International Antitrust Be Saved for the Post-Boeing Merger World?", *Antitrust bulletin*, Vol.45 No.1 (2000).



- Duy D. Pham, “Resolving Conflicts in International Merger Reviews through Merger Remedies”, *World Competition*, Vol.39 No.2 (2016).
- Eleanor M. Fox, “Toward World Antitrust and Market Access”, *American Journal of International Law*, Vol.91 No.1 (1997).
- Francis Snyder, “Soft Law and Institutional Practice in the European Community”, *the Construction of Europe: Essays in Honour of Emile Noel* (1994).
- Hew Pate, “What I Heard in the Great Hall of the People – Realistic Expectations of Chinese Antitrust”, *Antitrust Law Journal*, Vol.75 No.1 (2008).
- Hugh M. Hollman & William E. Kovacic, “The International Competition Network: Its Past, Current and Future Role”, *Minnesota Journal of International Law*, Vol.20 No.2 (2011).
- Kenneth W. Abbott & Duncan Snidal, “Hard and Soft Law in International Governance”, *International Organization*, Vol.54 No.3 (2000).
- Mark R. A. Palim, “The Worldwide Growth of Competition Law: An Empirical Analysis”, *Antitrust bulletin*, Vol.43 No.1 (1998).
- Rachel Bradenburger, “Twenty Years of Transatlantic Antitrust Cooperation: the Past and the Future”, *the CPI Antitrust Chronicle*, October 2011(1).
- Wolfgang Fikentscher, “The Draft International Antitrust Code(DIAC) in the Context of International Technological Integration”, *Public Policy and Global Technological Integration* (1997).

#### 〈기타〉

- 日本 経済産業省, 国際カルテル事件における各国競争当局の執行に関する事例調査報告書 (2016. 6.).
- European Commission, *European Community competition policy: XXVIth Report on competition policy* (1996).
- ICN, *A Statement of Mission and Achievements up Until May 2005* (2005).
- OECD, *Challenges of International Co-operation in Competition Law Enforcement* (2014).



OECD, Cross-Border Merger Control: Challenges for Developing and Emerging Economics (2011).

OECD, Improving International Co-operation in Cartel Investigations (2012).

OECD, Remedies in Cross-Border Merger Cases (2013).

UNCTAD, “Competition Provisions in Regional Trade Agreements: How to Assure Development Gains”, UNCTAD/DITC/CLP/2005/1 (2005).