

국제관련 국제독점규범형성에 관한 연구

- WTO에서의 논의와 국가 관행을 중심으로-

연구자 문준조 (연구위원)

한국법제연구원

目 次

제 1 장 서 론	9
제 1 절 문제의 소재	9
제 2 절 연구의 목적, 범위 및 방법	12
1. 연구의 목적	12
2. 연구의 범위	13
3. 연구의 방법	16
제 2 장 무역관련 국제경쟁규범의 형성가능성에 관한 선결적 고찰 - 무역정책과 경쟁정책의 조화의 필요성 -	19
제 1 절 무역 자유화와 현행 국제무역규범의 특징	19
1. 무역자유화의 이론적 근거와 단기적·중기적 비용	19
2. GATT/WTO규범의 기능상의 현실적 한계	21
제 2 절 국가간의 경쟁 정책·법의 상이성	25
1. 의 의	25
2. 선진국의 경쟁정책 접근방법의 변천	27
3. 개발도상국의 경쟁정책	32
4. 국가간 경쟁정책 모델의 상이성	33
제 3 절 무역과 경쟁정책의 상호관련성	36
1. 의 의	36
2. 경쟁정책이 국제무역에 미치는 영향	37
3. 국제무역정책이 경쟁에 미치는 영향	44
4. 무역정책과 경쟁정책의 보완성	46
제 4 절 경쟁정책과 무역정책의 공유영역	47
1. 주체별 분류	47
2. 유형별 분류	51
3. 시장접근에 대한 입장차이	70

제 3 장 국제경쟁규범의 형성에 관한 최근의 논의동향	73
제 1 절 논의의 배경	73
제 2 절 최근의 무역과 경쟁정책에 관한 각종 제안	75
제 3 절 무역과 경쟁정책의 상호작용에 관한 WTO 실무작업단	86
1. 의 의	86
2. Havana Charter와 GATT에서의 논의	87
3. 무역과 경쟁정책에 관한 실무작업단의 설치와 활동	88
4. 뉴 밀레니엄 라운드로서의 경쟁에 관한 논의	104
제 4 절 OECD에서의 무역정책과 경쟁정책에 관한 논의	113
1. 1996년 무역위원회와 경쟁법·정책위원회의 합동보고서	113
2. 경쟁법·정책위원회의 구성	114
3. 무역과 경쟁정책 공동작업단의 의제와 회의의 경과	115
4. 무역과 결정정책의 일관성 증진을 위한 국제적 대안 (International Options to Improve the Coherence Between Trade and Competitive Policies)에 관한 논의	121
5. 특정거래관행에 관한 OECD의 작업	124
6. 국제적 경쟁규범 형성에 대한 OECD의 역할과 한계	126
제 5 절 UNCTAD에서의 논의	127
제 6 절 전 망	129
제 4 장 WTO 독점금지 접근방법	
- 새로운 국제경쟁규범형성 -	133
제 1 절 의 의	133
1. 각국의 입장과 학설	133
2. 국제경쟁규범 형성을 위한 고려사항	136
제 2 절 국제경쟁문제에 대한 접근방법의 분류 유형	140

제 3 절 WTO 독점금지 접근방법의 구체적 실천	142
1. 독점금지 접근방법과 WTO 접근방법	142
2. 독점금지 접근방법의 기본전제와 유형	143
3. 보완성이론(theory of complementarity)과 경쟁정책적 접근방법	146
4. 독점금지 접근방법과 국가주권	150
5. WTO 경쟁규범과 쌍무적 독점금지 협력협정網과의 관계 ..	150
제 4 절 규율대상으로서의 무역관련 경쟁제한행위	151
1. 의 의	151
2. WTO 보고서상의 분석대상 -적용범위의 제한 -	153
제 5 절 국제경쟁규범 형성의 선결요건	159
1. 문제의 소재	159
2. WTO회원국들의 국내경쟁법 필요성 여부	160
3. 각국의 경쟁법 조화의 필요성 여부	161
4. WTO 국제경쟁규범의 내용	162
제 6 절 종합적인 평가	172
제 5 장 WTO 접근방법 -현행 WTO 규범의 경쟁지향적 개혁-	179
제 1 절 WTO 접근방법에 관한 제안	179
1. 의 의	179
2. 홍콩의 제안내용	181
제 2 절 WTO 무역규범의 경쟁지향적 개혁	184
1. 기본전제	184
2. WTO 기본원칙과 경쟁원칙의 연계	184
3. WTO 제협정의 경쟁관련 규정	185
제 3 절 WTO 경쟁지향적 무역법 개혁 모델로서의 TRIPs 협정 ..	195
1. 의 의	195

2. 무역관련 지적재산권 보호와 그 침해에 대한 대응	198
3. 지적재산권보호와 경쟁법의 상호보완관계	212
4. 경쟁법과 지적재산권 공유영역에 관한 WTO와 UNCTAD의 접근방법	220
제 4 절 종합적인 평가	227
제 6 장 주권적 모델(전통적인 국내경쟁법적용 방식)과 쌍무적 또는 지역적 협정	231
제 1 절 주권적 모델	231
1. 의 의	231
2. 미국의 독점금지법 적용관행	233
3. 국내경쟁법의 조화 접근방법	246
제 2 절 쌍무적 · 지역적 협력협정 방식	250
1. 의 의	250
2. 양국간 패널(Binational Panels)	250
3. 쌍무적 협력협정을 통한 독점금지사건에 대한 협력	256
제 3 절 지역적 협력협정	286
제 4 절 종합적인 평가	288
1. 비판론	288
2. 옹호론	290
제 7 장 결 론	295
<참고문헌>	307

발간사

1994년 우루과이 라운드 타결과 더불어 WTO체제는 이제 상품의 자유로운 이동 뿐만 아니라, 서비스시장 자유화, 무역관련 지적재산권의 보호 등 광범위한 문제를 규율하는 규범들을 포함하게 되었다. 이러한 변화의 배경에는 종전의 GATT협정만으로는 변화하는 국제경제관련 문제들을 해결하기 어렵다는 국가들의 인식이 반영된 것이라 할 것이다.

그러한 WTO체제의 출범에도 불구하고 아직도 국제무역과 관련되어 국가간의 분쟁대상이 될 수 있는 분야들이 여전히 남아 있으며, 국제적인 공정경쟁 내지는 독점금지법 그 대표적인 것이라 할 수 있다. 무역과 경쟁의 상호관련성은 이미 오래 전부터 인식되어왔던 것이지만, 국가간의 이해관계가 충돌하여 규범화가 이루어지지 못하였던 것이다.

이러한 상황에서 최근 특히 1990년 초반 EU에서 국제독점금지규범을 형성에 관한 논의가 서서히 시작되어 국제독점금지코드안이 제시되면서 본격적으로 국제사회에서 국제독점금지법의 형성에 관한 논의와 각국의 주장의 제기가 본격화되어 이제는 WTO, OECD 등 국제기구에서 많은 검토작업을 진행하게 되었다.

1996년 WTO에 무역과 경쟁에 관한 작업실무단이 설치되어 본격적으로 무역과 경쟁에 관한 접점을 찾아내기 위한 작업이 진행되어 왔으며, 여기에서 많은 국가들이 의견서를 제출함으로써, 무역관련 독점금지 분야에 대한 규범 형성 가능성과 방법을 놓고 국가간의 입장이 현저하게 다르다는 사실이 드러났다. 선진국간은 물론이고 개도국간에도 국가가 처한 상황에 따라 다른 견해를 제시하였던 것이다.

한편, 경쟁문제를 새로운 밀레니엄 라운드의 의제로서 채택하여야 한다는 제안이 제출되면서 이 문제는 더욱 우리의 관심을 끌게 되었으며, 그 결과에 주목하게 되었다. 우리 나라는 EU 등과 더불어 바로 국제경쟁법의 채택에 찬성하는 대표적인 국가의 하나이며, 이러한 입장은 우리나라가 WTO에 제출한 의견서에서도 여실히 드러나 있다.

이 연구서는 현재 진행되고 있는 WTO와 OECD 등 국제기구에서의 무역과 경쟁정책의 접점에 관한 각종 회의자료와 결의 및 각국의 의견서, 그리고 구체적인 무역관련 경쟁분야에서의 국가간의 분쟁사례 그리고, 무역관련 독점금지분야에서의 쌍무적 협력협정의 내용 등에 관하여 상세하게 소개하고 있다. 또한 무역과 관련된 국가간 분쟁사례를 통하여 현행 WTO 규범의 현실적 국제경제활동을 규율하는 규범으로서의 한계를 진단해 보고 현행 WTO 규범의 경쟁 관련 규정에 대한 분석을 통해 장래 있을 수 있는 독점금지규범의 내용에 대해 전망하고 있다.

이 보고서는 궁극적으로는 우리 나라의 무역관련 정책수립에 이바지하고자 하는 목적으로 작성되었으며, 아무쪼록 이 분야에 관심이 있는 학자들과 정부의 실무가들에게 많은 도움이 되기를 바란다.

2000년 11월

韓國法制研究院
院長 徐承完

제 1 장 서 론

제 1 절 문제의 소재

우루과이 라운드 타결이전 GATT체제에서는 국제무역의 자유화에 장애가 되는 무역장벽의 제거에 초점이 맞추어져 있었다. 다시 말해서 단순한 상품의 이동만을 규율대상으로 하고 있었다고 말할 수 있다. 이 시기에도 무역자유화가 세계 전체로 볼 때 총체적인 혜택을 가져다 준다고 할지라도 그 혜택이 국가간에 분배되는 때에는 불균형을 초래할 수 있다는 주장이 강하게 제기되었다. 다자간 무역협상 과정에서 양허(concessions)와 공약(commitments)을 서로 교환함으로써 혜택의 불균형문제를 해소하고자 하였다.

특정한 분야에서의 다자간 무역협상이 때로는 난항을 겪으면서 오랜 기간 동안 진행되어 왔으며 독점금지 등 국가간의 이해관계가 대립되는 일정 분야의 국제규범이 아직 형성되어 있지 못하고 있는 배경은 바로 여기에서 찾아야 할 것이다. 현재 WTO체제하에서 그 회원국들은 경쟁정책과 경쟁법을 채택하여야 할 법적 의무를 갖고 있지 아니하며 시장접근을 제한하는 사적인 영업관행은 덤핑 분야 등 극히 일부 분야를 제외하고는 GATT/GATS 등 WTO 제협정에 의하여 규율되고 있지 아니하며 이러한 점에서 현행 WTO 무역규범이 경제자유화의 새로운 문제들에 대처하고 있지 못하다는 비판이 제기되어 왔다. .

이러한 맥락에서 최근 향후 다자간 협상에서 경쟁정책을 다루자는 제안이 제기되어 논의가 진행되어 왔다. 물론, 이를 위해서는 “경쟁정책”의 정의에 대한 국가간의 컨센서스가 필요하지만, 아직도 그에 대한 각국의 견해가 일치되어 있다고 보기는 어렵다. 다시 말해서 국가마다 다른 경제적·사회적·문화적 필요(needs)와 이해관계가 각국의 경쟁법 제도에 반영되어 있고 경쟁정책의 접근방법도 시간의 흐름에 따라 달라져 왔으며 국가간의 경쟁정책과 법의 차이가 존재한다는 것은 주지의 사실이다.

예컨대, 미국과 EU의 접근방법은 공통적인 요소가 없는 것은 아니지만 상당한 차이를 보이고 있다. 또한 상당수의 개도국들이 아직까지도

국내경쟁법을 도입하고 있지 않으며 “경쟁문화”를 결여하고 있다. 경쟁법을 도입한 개도국에서도 경쟁법과 정책이 경제적인 효율성에만 관심을 갖는 것은 아니며 국가발전 전략 그리고 법령상의 정책목표(예컨대, 산업의 구조개편, 규제완화 및 민영화 등)와 경쟁정책의 사회조정적 기능을 동시에 고려하는 보다 포괄적인 시각에서 수립되고 있다.

경쟁정책과 공정무역에 관한 규범은 인위적인 시장왜곡요소들을 제거하고자 하는 공통된 목적을 가지며 일정한 공통된 요소들이 있다. 그러나 양자는 서로 다른 근거를 가지고 있으며, 무역정책은 정부의 행위에 중점을 두고 있고 경쟁 또는 독점금지법은 원칙적으로 회사의 행위에 초점이 맞추어져 있으며 보호하고자 하는 이익의 성격 및 기준의 적용방식에서 차이가 있다.

그럼에도 불구하고 각국의 경쟁정책은 국제무역에 영향을 미칠 뿐만 아니라 국제무역 역시 국내의 경쟁질서에 영향을 미치고 있을 뿐만 아니라 상호 완전히 중립적인 고유 영역도 아울러 가지고 있다고 생각된다. 이러한 점에서 무역정책과 경쟁정책의 접점에 관한 연구의 필요성을 찾을 수 있을 것이며, 많은 이러한 작업을 통해 미국 등 강대국의 WTO 규범에 의하지 아니한 일방적인 무역조치를 차단할 수 있는 새로운 규범을 형성하여야 할 필요성을 느껴왔던 것이다.

다시 말해서 WTO 체제하에서는 trade라는 개념은 이제 단순히 상품의 이동만을 의미하는 것이 아니라 시장접근까지도 포함하는 보다 넓은 범주를 포함하게 되었으며, 이로 인해 이러한 새로운 trade 개념이 반영된 무역정책과 경쟁정책간에는 교차영역이 더욱 확대되고 이러한 영역을 확인하고 이에 관한 국제적인 규율의 틀(framework)을 형성하여야 한다는 관념이 생겨나기 시작하였던 것이다.

예컨대, 코닥-후지 사건에서 보듯이 현재 WTO 규범하에서는 규율하고 있지 아니한 사기업에 의한 수직적 제한행위를 미국은 GATT 제3조(내국인 대우 제5조(투명성) 및 제23조(무효화 및 손상의 주장)의 위반으로 보아 WTO에 제소하는 등 WTO규범의 적용가능성을 둘러싼 혼란성과 애매성이 문제가 되기도 하였다.

오늘날 대부분의 기업들의 활동이 국제무역과 직접·간접으로 관련되어 있다는 점에서 무역정책과 경쟁정책의 중첩 분야와 관련하여 앞으로 국가간의 견해차이로 인한 국제 무역분쟁이 발생할 가능성이 점점 높아질 것으로 예상되고 있다. OECD가 반경쟁적 제한행위들이 어느 정도까지 국제무역을 방해하고 있는가를 평가하는데 어려움을 겪었던 것도 이러한 점을 뒷받침해주고 있다.

경제의 글로벌화가 급속히 전진되면서 순전히 국내정책으로 간주되던 이슈들이 시장접근에 갖는 의미가 증대됨에 따라 국제논의의 대상이 되고 있다. 정보통신 같은 공공서비스에 대한 정부규제, R&D의 정부지원, 환경관련 표준의 설정, 민간기업의 반경쟁적 행위 등이 그 대표적인 예로 볼 수 있다. 국제사회에서 특히 1990년대 이후 공정경쟁과 독점금지문제에 대한 관심이 커지게 된 것은 이러한 상품거래중심의 규범이었던 종전의 GATT체제로부터 상품시장 이외의 자본과 서비스시장, 무역지적재산권의 보호의 확대 등 제반문제를 포함하는 WTO체제로 전환되었고 또한 이러한 맥락에서 시장접근(market access)이 중요한 문제로 대두되었으며 국제사회에서의 합병 또는 기타의 방법으로 국제시장에서 시장지배력을 갖는 거대 다국적기업의 출현하게 되는 상황변화에 따른 것이다.

경쟁정책과 무역에 관한 국제적인 논의는 우루과이 라운드 이후 다시 활성화되었는데, 특히 일부 국가들(EU가 대표적임)과 학자들이 경쟁정책에 관한 다자간 규칙의 개발을 주장하였다. 사실 일부 국제조직 - 특히 UNCTAD - 의 종전의 작업에서도 그 필요성을 강조한 바 있으며 WTO, OECD, UNCTAD 등의 국제기구들이 논의의 장으로 활용되고 있다.

그 중에서도 WTO차원에서의 논의가 OECD에서의 그것과 더불어 큰 의미를 갖고 있다고 하겠다. 그러나, 이 문제를 어떻게 다룰 것인가에 대하여는 이해관계를 달리하는 국가간은 물론이고 학자들간에도 치열한 논쟁이 전개되었으며 지극히 상반되는 견해들이 제시되어 왔다. WTO 실무작업단은 WTO 각료회의의 결정에 따라 1996년 12월 설치되어, 반

경쟁관행을 포함한, 무역과 경쟁정책의 상호작용에 관하여 회원국들이 제기한 문제를 검토하는 임무를 수행하고 있다

2000년 2월 현재 실무작업단 공식회의가 총 10차에 걸쳐 개최되는 동안, 129개의 의견서들(그중 60개가 개도국이 제출)이 WTO 회원국들에 의하여 제출되었다. 그 밖에도 다른 국제조직, WTO사무국 및 의장으로부터 자신들의 의견서를 제출하기도 하였다. 이러한 면에서 195개 WTO 회원국들의 관심이 얼마나 높은지 알 수 있을 것이다.

무역과 경쟁의 조화문제는 국내적으로 또한 국제적으로 정치적·경제적·법적인 면에서 여러 가지 쟁점을 제기하고 있다. 이와 같이 경쟁정책의 접근방법과 목표에 관한 국가간의 차이를 감안해 볼 때, WTO내에서의 경쟁정책에 대한 검토가 갖는 의미는 국가마다 각양각색일 수밖에 없으며 특히 개발도상국들이 경쟁정책에 대한 여러 제안들에 대해 어떻게 반응하여야 할지 확신하지 못하는 이유를 알 수 있을 것이다.

새로운 Round의 다자간 협상에서 그 문제를 다루게 될 지는 아직 불확실할 뿐만 아니라 설령 다자간 협상의 의제가 된다면지라도 선진국과 개도국들이 경쟁정책에 대한 (있을 수 있는) 그에 관한 개념과 목표가 크게 다를 수 있다는 점을 고려해 볼 때, 그 결과에 대해서는 전혀 예측하기 어렵다.

제 2 절 연구의 목적, 범위 및 방법

1. 연구의 목적

이 보고서는 이러한 국제사회의 글로벌화에 따라 최근 제기된 무역과 경쟁정책에 관한 접점에 관한 많은 제안과 WTO와 OECD에서의 논의들을 분석하고 아울러 미국, EU 등의 선진국과 개발도상국들의 입장들을 추적하고 무역관련 국제경쟁규범의 여러 가지 대안들을 연구하고자 하는 의도로 작성되었다. 특히 우리 나라는 OECD 가입국으로서 비록 법적 구속력은 없으나, OECD의 권고안과 최근의 논의동향 그리고 세계무역기구로서의 보편성을 지향하고 있는 WTO내에 설치된 무역과 경쟁정책의 접점에 관한 실무작업단의 작업내용에 대해서 또한 여기에 제

출된 각국의 입장을 소개하고자 하였다.

특히 우리 나라는 새로운 밀레니엄 라운드로서 경쟁문제를 다루고자 하는 대표적인 나라중의 하나이며, 이러한 입장을 이론적으로 뒷받침할 수 있는 여러 학설들과 각국의 입장을 면밀히 검토해 봄으로써 우리 나라의 대외 통상정책수립에도 이바지한다는 목적도 아울러 가지고 있다.

2. 연구의 범위

제2장에서는 무역관련 국제경쟁규범의 형성가능성에 관한 선결적 고찰로서 무역정책과 경쟁정책의 조화의 필요성에 대해 분석하였다. 여기에서는 먼저, 무역 자유화와 GATT/WTO규범의 기능상의 현실적 한계를 규범적인 측면에서 검토하고 국가간의 경쟁 정책·법의 상이성을 선진국의 경쟁정책과 접근방법의 변천, 개발도상국의 경쟁정책을 통해 확인하게 될 것이다.

다음으로, 무역과 경쟁정책의 상호관련성과 보완성을 확인하고 보다 구체적으로 경쟁과 무역의 중첩영역으로서 WTO 규범의 적용가능성과 관련하여 최근 논란이 빚어졌던 사인의 반경쟁적 또는 시장배제적 관행, WTO 규범밖에 존재하는 정부의 무역제한적인 몇 가지 관행들, 그리고 이른바 혼합적 반경쟁관행 그리고 무역(또는 시장접근)과 경쟁의 교차영역으로서의 수직적 제한행위, 반덤핑 조치, 초국경적 기업합병, 국제카르텔에 대해 구체적인 사례들을 분석하여 검토하였다. 마지막으로 시장접근에 대한 선진국과 개발도상국의 입장차이를 통해 무역과 경쟁 정책의 조화의 필요성을 검토하였다.

제3장에서는 국제경쟁규범의 형성에 관한 최근의 논의동향을 검토·분석하였다. 먼저, 1990년대 무역과 경쟁정책에 관한 각종 제안으로서, 1993년 국제독점금지코드 초안(the 1993 Draft International Antitrust Code), 1995년 새로운 무역질서에서의 “경쟁정책”:국제적인 협력과 규칙의 강화에 관한 전문가그룹 보고서(the 1995 Expert Group Report on “Competition Policy in the New Trade Order: Strengthening International Cooperation and Rules”),

1996년 무역과 경쟁에 관한 WTO 위원회 설치에 관한 EU의 발의, 범세계적 경쟁규칙 협정 채택을 위한 WTO내에서의 협상에 관한 1999년 EU의 제안 등의 내용을 상세하게 설명하였다. 다음으로, 무역과 경쟁정책의 상호작용에 관한 WTO 실무작업단의 작업경과와 세계 각국에 제출한 의견서들을 분석을 통해, 무역과 경쟁정책에 관한 각국의 입장을 소개하고 특히 경쟁문제가 뉴 밀레니엄 라운드로서 채택될 수 있을 것인가에 대해 소개하였다. 여기에서는 무엇보다도 국제적 경쟁규범의 형성 가능성 및 그 방안에 대한 학설과 각국의 입장을 확인하는데 주안점을 두었다.

다음으로 우리 나라도 가입하고 있는 OECD에서의 무역정책과 경쟁정책에 관한 논의를 상세히 검토하였다. 여기에서는 1996년 경쟁법·정책위원회에서의 논의 그리고 무역과 경쟁정책 공동작업단의 의제와 회의의 경과, 특히 공동작업단에서 무엇보다도 중요하게 다룬 “무역과 경쟁정책의 일관성 증진을 위한 국제적 대안(International Options to Improve Consistency between Trade and Competition Policy)”의 내용, 1999년 6월 OECD 산하의 기업 및 산업 자문위원회(Business and Industry Advisory Committee: BIAC)는 기업경쟁법관심사조사(Survey of Business Competition Law Concerns) 1999년 6월 29일과 30일의 ‘무역과 경쟁정책’ 회의(OECD Conference on Trade and Competition)의 논의들에 대해 소개하였다.

또한, 1998년 OECD 이사회가 채택한 경성카르텔에 대한 효과적인 조치에 관한 이사회 권고(Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels) 등을 소개하였다. 아울러 UNCTAD에서의 논의도 아울러 소개하였다. 마지막으로 이상의 국제적인 논의가 갖는 여러 가지 현실적 한계들에 대해서도 연구자의 견해를 첨부하였다.

제4장부터 제6장까지는 WTO 등에서 무역과 경쟁정책과 접점을 확인하고 어떠한 기본 틀에 따라 경쟁규범을 형성할 것인가에 관하여 분석하였다. 제4장에서는 제1절에서 국제무역과 경쟁간이 접목을 위한 국제경

쟁규범에 관한 각국의 입장과 학설을 소개하였으며, 특히 선진국 상호간의 입장의 차이 및 개발도상국의 여러 가지 입장과 국제적 경쟁규범 형성의 선결요건과 고려사항에 대해서도 검토하였다. 제2절에서는 국제경쟁문제에 대한 접근방법의 분류에 대한 다양한 학설을 소개하고 그 차이점을 분석하였다. 제3절에서는 독점금지접근방법의 기본적인 전제와 보완성이론에 따른 경쟁정책적 접근방법, 독점금지 접근방법이 국가주권관념과 관련하여 갖는 의미 그리고 국제경쟁법과 쌍무적 독점금지협력협정과의 상호보완적인 관계에 대하여 소개하였다.

제4절에서는 1998년 WTO 무역과 경쟁정책 작업실무단이 규율대상으로서의 무역관련 경쟁제한행위로 제시한 수입품의 시장접근에 영향을 미치는 관행, 국제경성카르텔, 수출카르텔에 대한 분석과 그와 같이 적용범위를 한정시킨 데 따른 문제점을 다루었다. 제5절에서는 국제경쟁법 형성의 선결요건으로서 WTO회원국들의 국내경쟁법 필요성 여부, 각국의 경쟁법간의 조화의 필요성 여부 등의 문제를 다루고 WTO 독점금지규범의 적용원칙에 관하여 다루었다. 여기에서는 독점금지규범의 최소기준론과 최대기준론, 집행규칙, 분쟁해결과 사적당사자 문제 등을 다루었다. 제6절에서는 이러한 독점금지 접근방법에 대한 종합적인 평가를 하였다.

제5장에서는 WTO 접근방법에 대하여 다루었는 바, 제1절에서는 홍콩의 제안내용과 이를 지지하는 국가들과 학설을 소개하였다. 제2절에서는 WTO 무역규범의 경쟁지향적 개혁의 기본전제, 그리고 WTO 기본원칙과 경쟁원칙의 연계, GATT, GATS, TRIPs Agreement, Fouth GATS Protocol on Basic Telecommunications, Safeguards Agreement, TRIMs Agreement 등 WTO 제협정의 경쟁관련 규정들을 분석하였다. 제3절에서는 WTO 무역법의 경쟁지향적 개혁 모델로서의 TRIPs 협정의 관련 규정에 관한 경쟁법적 측면, 무역관련 지적재산권 보호와 그 침해에 대한 대응, 지적재산권보호와 경쟁법의 상호보완관계, 경쟁법과 지적재산권 공유영역에 관한 WTO와 UNCTAD의 접근방법 등을 검토하였다. 제4절은 종합적인 평가로서 지금까지 GATT나 WTO가 시장접근을 봉쇄하는 사적인 무역 제한행위에 초점이 맞추어진 분쟁을 해결하는 기능을 수행하지는 못하였으며 WTO 규범 자체가 경쟁지향

적으로 개혁하여야 할 필요성을 소개하였다.

제6장은 주권적 모델과 쌍무적 또는 지역적 협정에 관한 국가 관행과 학설을 다루고 있다. 제1절은 주권적 모델과 관련하여 의의, 미국의 독점금지법 적용관행으로서의 시장접근 확보를 위한 국내법 적용과 영토의적 독점금지법 집행정책, 국내경쟁법의 조화 접근방법으로서 저촉법(conflict of law) 접근방법, 국내경쟁법의 자발적 수렴 등에 대해서도 소개하였다. 제2절은 쌍무적·지역적 협력 방법에 대해 다루고 있다. 여기에서는 양국간 패널(Binational Panels), 쌍무적 협력협정을 통한 독점금지사건에 대한 협력에 대하여 논하였다.

이와 관련하여 미국, EU 등이 체결한 협정의 내용과 특징, 특히 적극적 예양에 관하여 상세히 소개하고 있다. 제3절은 지역적 협력협정으로서 NAFTA, APEC 등에서의 실천과 논의 그리고 문제점 등을 소개하였다. 마지막으로 제4절에서는 주권적 모델과 쌍무적·지역적 협력협정 방식에 대한 종합적인 평가를 하였다.

3. 연구의 방법

이 연구서는 먼저, WTO, OECD 등 국제조직에서 발표된 무역과 경쟁정책의 접점에 관한 각종 회의 자료, 이에 관한 여러 학자들의 학설을 다룬 저서와 논문들을 참고하여 작성되었다. 각종 회의자료 등에 대한 내용은 주로 인터넷을 통하여 수집하였으며, 미국 법무부 독점금지국 자문위원회의 2000년 보고서 등 실무적인 측면의 연구서 등도 면밀히 분석하여 무역관련 경쟁문제에 관한 미국의 관행과 그 근거를 조사함으로써, 향후 WTO 등에서의 무역과 경쟁정책의 접점에 관한 논의과정에서의 미국의 입장을 타진해 보았다.

또한 개발도상국의 입장에 대해서도 그들이 WTO에 제출한 의견서(communications)의 내용과 현행 WTO규범의 구체적인 적용사례를 통하여, 소개하였으며, 국제적인 기업결합 등을 둘러싼 선진국간의 견해차이에 대해서도 최근의 사례들을 분석함으로써 비교적 상세하게 소개하였다. 아울러, 현행 WTO 규범의 경쟁관련 측면의 내용과 그 실제적용

상의 한계를 분석하는데도 주의를 기울이고, WTO무역 규범의 경쟁지향적 개혁이 이루어지는 경우 그 방향에 대해 유념하면서 TRIPs 협정 등 WTO 제협정의 관련 조문들을 분석하였다.

마지막으로 WTO, OECD, UNCTAD 등 국제기구와 미국 독점금지국의 인터넷 사이트에서 많은 최신자료를 수집하여 이를 이 연구서에 반영하였다는 점을 밝힌다.

제 1 장 서 론

제 2 장 무역관련 국제경쟁규범의 형성가능성에 관한 선결적 고찰 - 무역정책과 경쟁정책의 조화의 필요성 -

제 1 절 무역 자유화와 현행 국제무역규범의 특징

1. 무역자유화의 이론적 근거와 단기적·중기적 비용

(1) 무역자유화의 이론적 근거

국제무역의 자유화(지금까지는 주로 국경에서의(at the border) 무역장벽의 제거에 초점이 맞추어져 있었다)는 다음과 같은 작용을 통해 모든 국가에게 혜택이 돌아간다는 근거로 정당화되어 왔으며,¹⁾ 이러한 명제에 따라 50년 이상 국제적인 무역자유화를 위한 국가들의 노력이 꾸준히 진행되어 왔다.

첫째, 무역자유화는 기업들로 하여금 설립지국 밖에 있는 소비자들에 접근할 수 있도록 함으로써 그들의 경제적 기회를 확대시켜준다. 즉, 무역자유화는 기업들로 하여금 잠재적인 시장확대를 통하여 순수한 국내시장만으로는 얻을 수 없는 규모의 경제에 도달함으로써 얻을 수 있는 혜택을 가져다주게 되므로 비용절감과 실질 소득의 잠재적인 증가에 기여하게 되는 것이다.

둘째, 무역자유화는 시장경쟁을 촉진함으로써 기술혁신의 효과가 시장에 미치게 되고 생산과 분배에서의 효율성 향상을 가져와 그로부터 발생한 이득이 소비자에게 이전된다.

셋째, 무역자유화는 양방향의 흐름을 자유화하는 것이므로 각각의 무역국내의 자원재분배에 기여하게 된다. 다시 말해서 무역자유화가 이루어지게 되면, 어떠한 국가에서 외국산업에 비해 상대적으로 높은 생산비

1) Frédéric Jenny, "Globalization, Competition and Trade Policy: Issue and Challenges" in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments on the WTO Report(1998) on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd., 1999), p.5.

가 소요되는 산업에 투자되었던 자원이 장기간에 걸쳐 보다 높은 가치를 창출하는 산업으로 옮겨가게 되는 것이다.

(2) 무역자유화의 단기적·중기적 비용

이와 같이 국내경쟁의 확대와 외국투자의 증가가 노동자와 소비자에게 정기적인 이득을 가져다줄 수 있는 반면에 무역자유화 역시 단기적 또는 중기적 조정비용(adjustment costs)을 수반하고 다음과 같은 정치적인 논쟁거리를 불러일으킬 수도 있다.²⁾

첫째, 무역자유화가 모든 무역국에게 총체적인 혜택을 가져다준다 할 지라도 자유무역으로부터 얻어지는 이득의 분배는 국가간에 불균형하게 이루어질 수 있다. 무역국들중 일부 국가만이 부존자원이나 경제발전수준의 차이로 인해 확대된 경제적 기회를 훨씬 더 잘 이용할 수도 있기 때문이다. 바로 이러한 이유 때문에 양허(concessions)와 공약(commitments)을 서로 교환하는 다자간 무역협상과정에서 개도국들은 무역자유화로부터 얻어지는 혜택의 불균형문제를 최대의 관심사로 간주하고 이를 해소하고자 하였다.

둘째, (무역자유화를 통한) 자원의 재분배과정은 고통이나 비용 없이 이루어질 수 있는 과정이 아니다. 즉, 그 과정에서 노동 또는 자본 등 생산요소들이 재분배되어야 하기 때문이다. 이러한 추상적인 용어들의 裏面에는 고려하지 않으면 안될 사회적 현실이 존재한다. 재분배과정에서 오히려 국민의 전체적인 생활수준이 악화될 수도 있고 기업이 파산하는 경우도 있을 수 있다. 그러므로 조정 과정은 그 속도가 정치적으로 용인될 수 있도록 감시되고 적응되어야 한다.³⁾

셋째, 무역자유화의 한가지 피할 수 없는 결과는 경제의 제어기능이 상당부분 국가의 업무로부터 자유시장경쟁메커니즘으로 이전된다는 것이다.

2) *Ibid.*, p.5.

3) *Ibid.*, p.6.

2. GATT/WTO규범의 기능상의 현실적 한계

국제사회에서도 이러한 무역자유화에 수반되는 제반문제들을 해소하기 위하여 일련의 수단을 발전시켜왔다. 먼저, 무역자유화는 각국이 부담하는 무역자유화 관련 공약(commitments)과 그로 인해 파생되는 문제점간의 균형이 유지될 수 있을 것이라는 전제에 입각하여 발전되어 왔다.⁴⁾ GATT/WTO체제에서의 다자간 무역협상이 때로는 난항을 겪으면서 오랜 기간 동안 진행되어 왔으며 공정경쟁과 독점금지 등 국가들의 이해관계가 대립하는 일정 분야의 국제규범은 아직 형성되어 있지 못하고 있는 것도 바로 이러한 배경이 존재하고 있다.

지금까지 이러한 다자간 무역협상의 결과 얻어진 규범들은 그러한 불완전성에도 지금까지 무역자유화에 상당한 기여함으로써 각국의 시장을 세계화하고 경제발전을 가져다주었음은 부인할 수 없다.⁵⁾ 그러나, 이러한 현실타협적인 면이 내재되어 있다는 점에서 적어도 이론적인 관점에서 볼 때는 결코 완전한 것은 아니며, 이러한 점은 현행 GATT/WTO 규범에서 그 기능상의 한계로 남아 있다.

이와 관련하여 경쟁정책과 관련된 WTO 제협정에서 확인할 수 있는 몇 가지 결함은 다음과 같다.⁶⁾

4) 이러한 이유 때문에 GATT/WTO체제에서도 무역자유화 공약들이 존중되도록 보장하기 위하여 분쟁해결제도를 두고 있으며 긴급수입제한(safeguard)조치, 반덤핑조치 등 다양한 수단들이 무역자유화과정의 예외적인 허용사유로 인정하여 왔다. 이러한 수단들은 교통신호등과 유사한 역할을 한다. 교통신호등은 얼핏 보기에는 교통을 원활히 하는 목표와 모순되는 것처럼 보이지만 설치되지 아니한 때보다 실제로는 사람들이 빨리 통과할 수 있도록 한다. 그러나, 교통신호등과 일부 무역정책수단간의 차이는 두 가지이다. 첫째, 교통신호등은 순수하게 기술적인 기능만을 수행하지만, 긴급수입제한조치 및 반덤핑조치 등 기술적·사회정치적 기능을 모두 수행한다 둘째, 다자간 차원에서 볼 때, 각국은 비록 그러한 조치들이 전략적으로 사용될 가능성이 없는 것은 아니지만 자유롭게 그것들을 설정하고 개개의 사건에 적용할 수 있다. *ibid.*, p.6.

5) *Ibid.*, p.7.

6) Bernard Hoekman & Michel Kostcki, *The Political Economy of the World Trading System: From GATT to WTO*, (Oxford: Oxford University Press, 1997), pp.254-256.

첫째, 시장접근을 제한하는, 정부의 지원을 받지 아니한 사적인 영업관행은 GATT/GATS에 의하여 규율될 수 없다. 둘째, WTO 회원국들은 경쟁정책을 가져야 한다는 요구는 없다. 셋째, WTO의 기능범위는 국내 시장에서의 경쟁조건에 영향을 미치는 정부의 조치에만 국한되어 있다. 따라서, 수출시장에서의 회사의 관행에 대해서는 다를 수 없다. 넷째, WTO의 기능이 국내정책과 관련된 것에 미칠 수 있으나, 어떠한 회사가 범세계적인 시장지배력을 갖고 있고 그에 관한 규칙이 존재하는 경우에 한한다.

이중에서 첫 번째 결함에 대해서 간단히 설명하면 다음과 같다. 즉, 상기의 첫 번째 쟁점은 EU가 표명하고 또한 미국·일본간의 The Framework and Structural Impediments Initiatives의 논의과정에서 미국 회사들이 일본의 유통제도와 관련하여 표명한 우려와 관련되어 있다. 이 문제를 어느 범위까지 다루는 것이 바람직한가에 대해서는 논란이 많았다. Malaguti에 따르면 WTO 제협정의 주된 목표가 외국상품과 국내상품의 평등한 경쟁기회를 보장하는 것임을 인정한다면, 시장접근을 제한하는 관행들만이 WTO 규칙에 따라 금지되어야 한다고 한다.⁷⁾

그러나 일부 개도국들은 선진국들이 WTO내에서의 경쟁문제에 관한 (향후 있을 수 있는) 다자간 협상이 다국적 기업에 의한 제한적 영업관행을 억제하기 위한 규범을 설정하는 것보다는 오히려 개도국 시장에의 접근을 확보하는 데 목적을 둔 메커니즘에 초점을 맞추지 아니할까 우려하고 있다.⁸⁾

대부분의 개발도상국에서 일어나고 있는 무역 등 경제의 자유화는 경쟁법의 촉진을 가속화하게 될 것이다. 그런데 투자의 개방과 무역정책이 경쟁정책의 채택을 불필요하게 만들 정도로 경쟁의 활성화시킬 수 있다는 주장도 제기되고 있기는 하지만⁹⁾ 경제의 자유화가 반드시 시장에서

7) Maria-Chiara Malaguti, "Restrictive Business Practices in International Trade and the Role of the World Trade Organization", *Journal of World Trade Law*, Vol.31, No.3(1998), p.127.

8) Carlos M. Correa, "Competition Law and Development Policies" in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments on the WTO Report(1998) on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd., 1999), p.381.

9) 예컨대, WTO Working Group Report (1998), para.37.

의 경쟁을 활성화시키는 것은 아니다. 이러한 점은 일부 개발도상국에서 경제자유화 이후 오히려 고도의 집중현상이 발생한 점을 보더라도 알 수 있으며, 정부관여 조치들을 대폭적으로 축소함으로써 제한적 경쟁관행과 외국인투자가와 외국의 수출공급업자들의 시장지배력 남용에 직면하는 경우가 늘어나고 있다. 다음과 같은 여러 가지 요인들이 그러한 모순적인 현상을 설명해주고 있다.¹⁰⁾

첫째, 개발도상국에서의 경제활동에서 중요한 부분이 시멘트, 음식, 전기, 법률·금융 기타 분야의 서비스 등 국제적인 무역과 무관한 상품과 서비스와 관련되어 있다. 이러한 부문들은 국제적인 경쟁과는 전혀 또는 거의 무관하기 때문에 자유화가 시장의 구조와 관련 회사의 행동에 아무런 영향을 주지 아니한다.

둘째, 자유화과정은 많은 개도국에서 많은 중소기업들의 퇴출·폐쇄와 소수의 외국기업들의 시장지배를 초래하였다. 자유화는 범세계적 차원에서 또한 국내차원에서 寡占의 시장지배력을 강화시켜주는 현상을 초래하였다. 국제카르텔은 가격고정 또는 지역적 시장분할(market-sharing) 협정을 통하여 시장을 분할(devide up)할 수 있으며 수입업자와 외국기업들이 경쟁보다는 자신들에게 이익이 되는 국내 반경쟁적 약정을 체결할 수도 있다.¹¹⁾

셋째, 제조업 및 유통분야를 포함하여 외국기업의 자회사의 수직 증가는 기업내부 거래관행과 수직적 결합의 이용을 촉진함으로써 신규의 투입요소(inputs) 공급원과 신규 유통망의 발전을 저해할 수 있다, 즉, 외국기업들은 다른 가격 경쟁력 있는 현지국의 공급자를 이용할 수 있음에도 불구하고 자신의 계열회사(affiliates) 또는 외국의 공급원을 통해 투입요소들을 구입하는 것을 선호할 수 있다. 사실상 이러한 외국기업들의 관행은 TRIMs 협정에서는 금지하고 있는 현지부품사용의무(local content performance requirements)의 적용에 대한 강력한 정당화 수단을 제공하고 있다.

10) Carlos M. Correa, *op.cit.*, p.368.

11) *Ibid.*, p.369.

네번째, 개발도상국들은 상품과 서비스 시장을 자유화함과 동시에 지적재산권을 확대·강화함으로써 정도의 차이는 있지만 경쟁을 제한하고 있다. 이러한 현상은 선진국(특히 미국)에 의한 일방적인 압력 또는 TRIPs 협정의 시행에 의해 초래되는 경우가 많다.

이와 같이 개발도상국에서의 시장자유화는 경쟁시장의 설립을 보장해 주기 보다는, 오히려 그 반대로 반경쟁적 행위를 촉진하기도 한다. 유효 경쟁이 없는 경우라면, 개발도상국의 국내기업들이 가격을 국제시장가격에 운송비까지 추가한 수준으로 인상하면서도 수입품을 배제시킬 수도 있다. 또한 소득, 기호 및 문화의 차이 그리고 제품안전, 소비자 보호 및 기술표준의 차이도 시장을 격리시킬 수 있다.¹²⁾

반면에 시장규제조치 및 현지 개발을 자극하기 위한 수단으로서의 무역장벽의 이용은 그 자체가 친경쟁정책과 양립불가능한 것은 아니다. 개도국의 많은 산업(의류, 자동차 부품, 식품)이 고도의 경쟁이 이루어지고 있고 특정 기업에의 집중도도 약하다. 법령에 의한 통제, 장려수단 및 무역제한조치들이 일정한 경우에는 당해 산업부문의 수익성을 높일 수 있는 한, 신규 기업의 시장진입을 촉진하는데 중요한 영향을 미칠 수 있다.¹³⁾

일정한 조건하에서는 “경쟁적 보호주의”(competitive protectionism) (국내기업간의 경쟁이 존재하고 또한 요구되고 있지만 국내기업들은 범세계적 경쟁으로부터 보호받는다)가 외국기업과의 경쟁보다 자국에 더 이익이 될 수도 있다.¹⁴⁾ 즉, 경쟁적 보호주의하에서는 국내기업간의 경쟁이 존재함으로써 관련 산업과 소비자는 경쟁의 혜택을 얻을 수 있지만 외국기업과의 경쟁이 있는 경우에는 국내 전 산업이 외국경쟁들에 의해 완전히 잠식당할 가능성이 있다.

12) *Ibid.*

13) *Ibid.*, p.370.

14) UNCTAD 보고서는 이와 같이 강력한 국내경쟁을 장려하는 정책의 예로서 미국과 대만을 들고 있다(UNCTAD, 1997b, Empirical Evidence of the Benefits from Applying Competition Law and Policy Principles to Economic Development in Order to Attain Greater Efficiency in International Trade and Development, TD/B.COM.2/EM/10, Geneva)p.12.

제 2 절 국가간의 경쟁 정책 · 법의 상이성

1. 의 의

향후의 다자간 협상에서 경쟁정책을 다루자는 제안이 제기되고 있지만 이를 위해서는 결코 사소하지 않은 개념상의 문제 즉 “경쟁정책”에 대한 명확한 정의가 필요하고 이에 대한 국가간의 컨센서스가 필요할 것이다. 국가마다 다른 경제적 · 사회적 · 문화적 필요(needs)와 이해관계가 각국의 경쟁법 제도에 영향을 주고 그에 따라 내용상의 차이가 존재한다는 것은 이미 주지의 사실이다.¹⁵⁾ 따라서 경쟁정책은 국가마다 동일할 수 없으며 각각의 시장에 대한 평가는 앞서 언급한 관련상황들을 고려하여야 한다.

WTO 가입국들간에는 경쟁정책의 기본적인 목표가 경제적 효율성(회사의 생산효율성, 시장의 배분적 · 동적 효율성 등을 포함한다), 소비자 복지 및 경제발전을 촉진하기 위하여 반경쟁적인 사적인 시장실패와 반경쟁적 정부조치를 제한함으로써 시장에서의 기업간의 경쟁을 제고시키는 것이라는 점에 대해서는 광범위한 의견일치를 보이고 있다.¹⁶⁾ 그러나, 순수한 경제적 효율성이외의 목표(공정성, 소규모기업에 대한 시장참여 기회, 시장통합, 다원주의, 기술발전, 고용 등)를 경쟁정책과 입법에 반영하여야 할 것인가 또한 어느 정도까지 반영하여야 할 것인가에 대해서는 각국 정부마다 다른 입장을 보이고 있다.

기업활동의 법적 사회적 및 정치적 환경은 당해 기업의 행위와 업무수행 모두에 영향을 미친다. 국내의 규제는 기업의 전략적인 행동과 그들의 시장에서의 효과적인 경쟁능력에 제약을 가하게 되며 이로 인해 소수의 기업에 의해 관련 시장지배가 이루어진다면 그 사회 전체에 대한 해악을 가져다주게 된다.

15) Ulrich Hanns, “International Harmonization of Competition Law: Making Diversity a Workable Concept”, in Ullrich Hanns, *Comparative Competition Law: Approaching an International System of Antitrust Law*, (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998), p.12.

16) WTO document WT/WGTCP/W/127, paras, 15-20.

지금까지 각국에서는 공공독점사업들(public monopolies)이 정치적으로 결정된 보편적인 서비스를 제공할 수 있도록 함으로써 유용한 사회적 기능을 수행하였지만 그러한 보편적인 서비스에 제공을 위한 보호의 필요성이 없는 영역에서도 경쟁으로부터 보호받아 왔다는 점 그리고 경쟁시장메커니즘으로부터의 보호가 그러한 공공독점사업에 대해 상대적인 비효율성을 초래하였다는 점이 대체적으로 인정되고 있었기 때문에 이러한 문제가 일부 국가에서 제기되었던 것이다.¹⁷⁾

또한 법령으로 특정한 사회집단(예컨대, 농부와 소규모기업 등)을 보호하여왔던 국가에서는 시장에서의 경쟁을 왜곡하기보다는 소득을 그러한 사회집단에 이전하는 등의 다른 방법(예컨대, 경쟁에 대한 제한의 완화)을 통해 보다 효과적으로 소기의 성과를 달성할 수 있다는 인식이 커지게 됨으로써 규제개혁의 필요성이 제기되었다.¹⁸⁾

이에 따라 많은 선진국과 개도국이 광범위한 국내규제개혁을 수행하여왔는 바, 오스트레일리아는 그 최초의 국가이며 다른 OECD국가들이 그 뒤를 이었다. 그후 아시아 외환위기는 일본 및 한국과 같은 일부 국가들로 하여금 제한적인 국내규제조치들이 사회적 비용을 가중시켜왔으

17) Frédéric Jenny, *op.cit.*, p.7.

18) 1999년 4월 19일 WTO에의 개최된 경쟁정책과 다자간 무역체제에 관한 심포지움에서 인디아 공정거래위원회 전직 위원이었던 S. Chakravarthy박사는 “Swaminathan S. Aiyar가 유리한 선수들 확실하게 보호하고 경쟁을 축소시키고 공익이라는 미명하에 정치가와 관료들에게 정책결정에서의 재량권을 부여하고 있는 인디아의 과도한 법령들을 잘 꼬집어 언급하였음을 지적하고 ”공익 개념이 어느 한 특정 이익집단(노동조합, 소규모산업, 織造업자)을 보호하기 위하여 이러한 집단의 이익이 어떻게 또한 왜 다른 모든 집단의 이익을 압도하는가에 대한 설명 없이 빈번하게 또한 뻔뻔스럽게 원용되어 왔다고 주장하였다. 또한 그는 많은 정부의 정책들이 그 성격상 반경쟁적이라는 주장을 뒷받침하기 위하여 특정산업의 공공부문에의 유보(석탄, 철도, 우편, 석유 등), 공공부문을 통한 수출입의 정향성(석유 및 일정한 농산물), 黃麻(jute)포장수(비료 및 시멘트 제조업자들로 하여금 플라스틱 포대보다는 그 내용물이 누출됨에 도 불구하고 황마를 사용하도록 강요하는 것) 특정한 업종에 대한 소규모 기업을 위한 유보 등의 실례를 들었다. 또한, 어떠한 직장이 자생력이 없음에도 불구하고 정부의 허가 없이는 노동력을 축소하거나 직장을 폐쇄할 수 없도록 한 노동쟁의법(Industrial Disputes Act) 및 도시의 토지사용에 관한 경쟁을 금지한 도시토지상한법(Urban Land Ceiling Act)들의 예를 들고 있다. 더 나아가 공익이라는 이름으로 효율성을 희생하고 잠재적인 비용상을 가져오며 새로운 투자를 억제하는 현상을 지적하였다. *ibid.*, p.8.

며 따라서 재검토되어야 한다는 인식을 하게 되었다.¹⁹⁾

그러나, 아직도 국가간의 경쟁정책의 차이는 심각하여 예컨대, 미국과 EU의 접근방법은 공통적인 요소가 없는 것은 아니지만 상당한 차이를 보이고 있다. 특히 지배적 지위의 남용과 수직적 제한행위에 대한 취급의 경우 그러한 현상이 두드러진다. 미국의 관점에서 볼 때, EU의 경쟁법 제도는 미국의 경쟁법제보다 당국에 의한 개입강도가 높다(more interventionist)고 할 수 있다.²⁰⁾

한편, 개도국의 대부분이 아직까지도 국내경쟁법을 도입하고 있지 않으며 오랜 경쟁법 전통을 가진 입헌국가에서 존재하는 “경쟁문화”를 결여하고 있다. 경쟁법을 도입한 개도국에서는 경쟁법과 정책이 경제적인 효율성에만 관심을 갖는 것은 아닌 것으로 판단되고 있다. 개도국에서 또는 사회주의체제로부터 자본주의체제로 이전하는 국가에서 효율적 시장경제의 전제조건이 완전히 확립되지 못하고 있는 한, 경쟁정책은 법령상의 정책목표(예컨대, 산업의 구조개편, 규제완화 및 민영화 등)와 경쟁정책의 사회조정적 기능을 동시에 고려하는 보다 포괄적인 시각에서 수립될 것이다.

2. 선진국의 경쟁정책 접근방법의 변천

미국에서 진행되어온 경쟁정책의 진화과정을 보면 경쟁법에 대한 접근방법이 시간이 흐름에 따라서도 변할 수 있음을 알 수 있다. 미국에서는 최초로 독점금지법이 도입된 후 1970년대까지는 독점금지법은 독과점에 대한 무기로서 또한 강자(the powerful)에 의한 배제로부터 약자(the weak)를 보호하는 수단으로 받아들여졌다.²¹⁾ 즉, 1970년대까지, 미국 대법원은 “독점금지법은 자유기업의 마그나 카르타이다. 권리장전(the Bill of Rights)이 우리의 기본적 자유의 보호에 중요하듯이 독점금지

19) *Ibid.*, p.8.

20) 이에 대해서는 Eleanor M. Fox, “Toward World Antitrust and Market Access”, *American Journal of International Law*, Vol.91(1997), pp.1-25 참조.

21) Carlos M. Correa, *op.cit.*, p.363.

법은 경제적 자유와 우리의 자유기업제도의 보존에 중요하다”라는 점을 강조하였다.²²⁾

미국의 1890년 Sherman Act를 비롯한 일부 그 후의 독점금지관련 법들은(예컨대 1936년 Robinson Patman Act)은²³⁾ 그 시행으로 경제적 효율성 감소로 인한 사회적 부담이 가중될 가능성이 있음에도 불구하고, 소비자를 보호하기 위하여 불합리하게 제한적인 협정 및 의무적인 담합(conspiracy)에 대비되는 계약자유에 대한 컴먼로상의 보호, 소규모 생산자의 상품판매의 권리 및 소규모 거래업자(small dealers)와 경쟁자에 관한 제퍼스식 모델을 보완한다는 목적으로 제정된 것이다.²⁴⁾

Sherman Act는 미국 독점금지법의 초석이며 다른 많은 국가들의 법령에 대한 모델이 되고 있다. 이 법에 내재된 제원칙들과 관련하여 미국 대법원은 “서만법은 자유롭고 제한받지 않는 경쟁을 거래 규칙(rule of

22) United States v. Topco, 405 U.S. 595, 610(1972).

23) 독점금지에 대한 한가지 특별한 예외에 대해 Webb-Pomerene Act에서 규정하고 있는 바, 미국생산업자들의 집단적 수출을 위해 결성된 단체가 (i) 인위적으로 또는 의도적으로 미국의 국내거래를 제한하거나 미국 국내가격에 영향을 미치지 아니하는 하거나 또는 (ii) 당해 단체 소속의 미국 경쟁자의 수출거래를 제한하지 아니할 것을 조건으로 당해 단체의 행위들에 대해서는 그러한 예외를 인정하고 있다. J. H. Jackson and W. J. Davey, *Legal Problems of International Economic Relations: Cases, Materials and Text on the National and International Regulation of Transnational Economic Relations, Transnational Economic Relations*, (2nd Ed.), (St. Paul, Minn.:West Publishing Co., 1986), p. 1078.

24) 미국 독점금지법은 경제의 효율성에 입각한 경쟁제도의 기초가 된다. 가장 관련이 있는 법규정은 아직도 1890년 제정된 서만법 Section 1과 Section 2라고 할 수 있다. Section 1은 “수 개의 국가간의 또는 외국과의 무역 또는 상업에 제한하는 모든 계약, 결합(combination), ..., 또는 담합(conspiracy)”을 금지하고 있다. Section 2는 “독점하거나, 독점하고자 시도하거나, 또는 어떠한 자(또는 자들)와 결합하거나 담합하는 것, 수개 국가간의 또는 외국과의 무역 또는 상업의 어떠한 부분을 독점하는 것...”을 위법행위로 하고 있다. 일정한 유형의 합의는 당연 무효라고 간주되는 바, 여기에는 가장 두드러진 것으로서 자신들의 판매가격을 정하기 위한 또는 상호간의 경쟁을 회피하기 목적으로 지역 또는 소비자를 분할하기 위한 경쟁자간의 합의가 포함된다. 일반적으로 그러한 합의가 갖는 경쟁에 대한 유해한 효과 및 이를 벌충할 만한(redeeming) 장점(virtue)의缺如로 인해 일반적으로 개개의 경쟁제한행위들이 초래한 정확한 피해에 대한 또는 그러한 약정의 사용 이유에 대한 치밀한 조사는 그렇게 노력할만한 가치가 없음이 경험에 의해서 대체로 확인되었기 때문에 이러한 행위들을 위법행위로 한 것이다. *ibid.*, p.1077.

trade)으로 보호하기 위한 목적의 경제자유의 종합적인 현장으로 의도된 것이다. 셔만법은 諸경쟁세력의 무제한 상호작용이 경제자원의 최적배분, 최저가격, 최고품질 및 최대의 물질적 발전을 이끌어낼 것이고 그와 동시에 우리의 민주적 정치·사회 제도의 보존에 이바지하는 환경을 제공하게 된다는 전제에 입각하고 있다. 그러나 그러한 전제에 대해서는 의문의 여지가 있을 수는 있지만 동 법이 일관되게 제시하고 있는 정책은 경쟁이다”라고 판시한 바 있다.²⁵⁾

이러한 구조주의적 접근방법(structuralist approach)은 경쟁적 시장구조의 유지에 대한 정부의 역할에 주된 관심이 있었으며 1970년대 시카고 학파의 영향으로 본질적인 변화를 겪게 되어, 과정지향적 접근방법(process-oriented approach)으로 전환되기에 이르렀다. 시카고 학파는 독점금지 목적은 시장이 자유롭게 또한 아무런 간섭 없이 기능을 발휘하는 것을 보장함으로써 사회복지를 촉진하는 것이라는 점을 설득력 있게 주장하였다.

이에 따라 1980년대부터²⁶⁾ 독점금지정책(예컨대, 계약자유의 보호, 소비자 자유 및 소규모 기업가의 경쟁의 권리 보호 등)의 법률적 목표와 그 경제적인 목표에 대해서는 미국법원이 법리 또는 제한의 합리성보다는 경제적 효율성에 기준을 두고 결정을 내리는 경우가 많아졌다.²⁷⁾ 이에 따라 현대적 독점금지법(modern antitrust)에서 독점금지의 목적은 효율성을 촉진함으로써 富의 總量(aggregate wealth)을 증대시키

25) *Ibid.*, p.1073.

26) 1960년대와 1970년대초에는 독점금지는 민법상의 문제 및 경쟁낙후자에 대해 관심의 초점이 있었다. 즉, 당시 독점금지법은 지금까지도 그러한 카르텔에 관한 적용 외에 자유, 자율, 소기업의 경제적 기회의 보전 및 시장의 다양성에 대해 커다란 관심을 보이고 있었다.

27) Ernst-Ulrich Petersmann, “Competition-oriented Reforms of the WTO World Trade System - Proposal and Policy Options”, in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments on the WTO Report(1998) on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd., 1999), p.67. 가맹사업(프렌차이즈) 독점금지사건 판례법과 같은 일부분야에서만 미국 법원은 개개의 가맹계약자(franchisee)의 가맹사업자(franchiser)의 부당한 통제로부터의 자유에 대한 청구권이 더 우월하다는 민법적 접근방법을 계속하여 채택하고 있다. J. H. Jackson and W. J. Davey, *op.cit.*

는데 있는 것이지 그것을 분배(distribute)하는 데 있지 않다는 것이 그들 주장의 기본 전제이다.²⁸⁾

이러한 접근방법은 특히 합병이나 다른 형태의 집중확대(increased concentration)에 대해 더욱 관대한 입장을 대변하는 것이다. 수직적 제한행위는 별다른 관심의 대상이 되지 못한다. 즉, 단순히 경쟁적인 시장구조를 위해 시장지배로부터 얻을 수 있는 혜택을 희생시킨다는 것은 부의 감소를 의미하는 것이며. 따라서 수직적 제한행위로 인한 시장지배가 단순히 경제적 효율성을 반영한 것인 한 그 자체에 대해서는 반대할 수 없다고 판단하고 있는 것이다.

한편, 보다 최근에는 시카고 학파이후의 새로운 학파가 제시한 견해가 부상하고 있는데 그 견해는 시카고 학파보다 훨씬 강력한 독점금지법 집행을 정당화하고 있다. 이러한 새로운 접근방법은 본질적으로 과점업자들간의 전략적 경쟁 및 기타 관행에 대한 모형화(modeling)와 계량경제학적 분석에 따라 제시된 것이다. 이 접근방법은 시카고 학파의 이론에 의하면 親효율성(pro-efficiency)을 갖는 것으로 간주되는 몇 가지 사례(예컨대, 약탈적 관행(predation))에서 그로 인해 발생한 부의 손실 총량이 그로 인해 얻어진 다른 혜택 총량 보다 크다는 사실을 입증해 보였다.²⁹⁾

이러한 독점금지정책 접근방법상의 변화과정을 거쳐, 현재에는 미국의 독점금지법이 경쟁자(예컨대, 유통업자간의 경쟁 또는 소규모 기업가의 경쟁의 권리 등)보다는 소비자의 보호 및 경쟁 자체에 대한 보호에 주안점을 두어 해석되어야 한다는 것에 대해 미국의 독점금지관련 법률가들간에 광범위한 의견일치가 이루어져 있다. 이에 따라 거래의 제한여부를 검토하는데 사용되는 기준은 그러한 제한이 어떠한 자의 자유를 박탈하는 것인지의 여부가 아니라 그러한 제한이 산출량을 감소시키거나 가격을 상승시킴으로서 미국의 소비자에 피해를 줄 우려가 있는 정도로 경쟁

28) 이에 관한 전반적인 설명에 대해서는 Eleanor M. Fox, "Trade, Competition and Intellectual Property: TRIPs and its Antitrust Counterparts", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol.3(1996), pp.481-505 참조.

29) Carlos M. Correa, *op.cit.*, p.364.

에 불리한 효과를 가지는지의 여부가 되고 있다.³⁰⁾

한편 경쟁법에 대한 이론의 발전은 EU에서도 이루어져왔다. 유럽에서는 대부분의 국가들이 제2차 세계대전후 경제적 효율성뿐만 아니라 경제적인 자유, 사적·정치적 권력의 상호 분리와 분산 및 전통적으로 보호주의적 색채가 강한 경제의 규제완화를 촉진하기 위한 목적으로 경쟁법을 도입하였다. 1980년대 초 공동체는 경쟁정책의 이익에 대해 재정의하고 그 정책을 완화하였는 바, 이것은 부분적으로는 공동체 경쟁법의 시행에 따라 자국산업에서 최강자를 만들어(다른 회원국들로부터) 자국 시장을 빼앗기지 않으려는 회원국들의 전략의 실패를 반영한 것이었다.³¹⁾

수직적 제한행위의 예에서 보듯이 유럽에서의 최근 경제적 분석 동향을 보면 미국과 마찬가지로 경쟁정책의 경제적 효율성 이외의 목표들이 EU 내부에서 이미 보호를 받게 됨에 따라 소비자 복지를 희생시키는 생산자의 이익보호라는 관념이 더 이상 정당화되지 아니한다는 전제에 입각하고 있음을 알 수 있다.³²⁾ 또한, EU 회원국들의 통합이 경쟁법의 지배적인 목적이 되고 있음은 간과할 수 없다.

요컨대, 한편, 많은 선진국들의 입법과 관행을 보면 선진국들이 실제로 정적(static) 효율성보다는 동적(dynamic) 효율성을 우선적으로 고려하고 있음을 알 수 있다. 바로 이러한 이유 때문에 캐나다의 경쟁정책에 따르면 생산자들이 효율성 향상으로 이윤상승을 얻을 수 있는 경우에는 합병이 허용되며, 유럽, 캐나다 또는 미국의 경쟁관련법은 R & D 또는 생산효율성을 위해 필요한 경우에는 기업간의 결탁(alliance among firms)을 허용하고 있다.³³⁾

30) 미국 법무부의 Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations, 1988; 소비자 복지를 결정함에 있어서는 경쟁이외에 기술혁신, 생산품의 품질, 소비자 선택의 다양성 등 다른 요소들도 고려하여야 한다는 제안도 있다. Ernst-Ulrich Petersmann, *op.cit.*, p.67에서 재인용.

31) Susan Sell, *Power and Idea: North-South Politics of Intellectual Property and Antitrust*, (New York: State University of New York Press), 1998), p.161.

32) Ernst-Ulrich Petersmann, *op.cit.*, p.68.

33) Carlos M. Correa, *op.cit.*, 368. 그는 대한민국을 성숙한 산업에서의 규모의 경제를 달성하기 위한 수단으로 재벌(large conglomerates)을 육성하였다는 UNCTAD의

그러나, 부분적으로(그 결과는 대단히 중요하지만) 선진국간에도 경쟁정책의 접근방법, 목표 및 시행상의 차이가 존재한다. 이러한 경쟁정책의 차이는 경쟁법의 목표에 반영되기 마련이다. 프랑스와 같은 일부국가에서는 예컨대, 경쟁의 이익은 소비자의 이익과 동일한 것이라는 입장인데 반해 한국은 경쟁법의 목적(1992년 개정)에는 “기업활동을 조장하고 소비자를 보호할 뿐만 아니라 국가경제의 균형적인 발전을 촉진하는 것”을 포함하고 있으며(제1조), 일본에서는 독점금지법의 목적은 자유경쟁을 촉진할 뿐만 아니라 경쟁과정에서의 공정성을 보장하는 것이라고 하고 있다(제1조). 이러한 사실은 경쟁분야에서는 국제적인 고려보다는 개개의 국가의 필요성과 목표가 더 결정적인 역할을 한다는 점을 시사해주고 있다고 할 수 있다.

3. 개발도상국의 경쟁정책

현재 약 70개이상의 국가들이 경쟁법을 가지고 있으며 그 중 절반은 개도국의 범주에 속하는 국가들이다. 경쟁법을 채택한 국가들의 숫자는 1990년대 들어 현저하게 증가하였다. 많은 라틴아메리카 국가들(브라질, 콜롬비아, 페루, 베네쥬엘라, 멕시코, 코스타리카, 파나마)도 이 시기에 관련법을 도입하거나 개정하였다. Andean Group 국가들은 공동제도(Decision 285 of 1991)의 도입에 승인하였으며, MERCOSUR내에서 의정서(Protocol)를 채택하였다.³⁴⁾

아시아에서는 인디아 등 일부 국가들이 상당기간 동안 독점금지정책을 시행해왔지만 1980년대와 1990년대의 무역자유화 과정이전의 대부분의 개도국이 경쟁정책 자체를 가지고 있지 않았다. 고전적인 의미에서의 독점금지정책 조차도 실제로는 가격규제제도, 국가소유기업의 설립 및 외국인직접투자와 기술이전 계약에 대한 사전심사·승인제도 등과 같이 경

1997년 보고서(UNCTAD(1997b))를 인용하여 선진국의 범주에 넣고 경쟁에 있어서의 동적 효율성에 대한 우선적 고려의 한 사례로 설명하고 있다. *ibid.* 그러나, 이러한 지적은 1998년 IMF 사태이후의 우리 나라의 기업구조조정 및 그에 따른 경쟁정책의 변화와는 거리가 있다는 생각이 든다.

34) *Ibid.*, p.366.

제력의 통제에 목적을 둔 광범위한 국가정책에 의해 대체되고 있었던 것이다.³⁵⁾

특히 라이선싱 기타 기술이전 계약과 관련된 경쟁제한적 관행은 1971년 Andean Pact의 Decision 24이후 많은 개도국에서 개별법에 의해 규제되었다. 이러한 경향은 1960년대 적용된 미국의 독점금지정책에 의해 영향을 받은 바 크다. 개발도상국에서 경쟁법의 채택 속도가 느린 이유는 한편으로는 경쟁법과 유사한 역할이 다른 형태의 국가개입에 의해 수행될 수 있기 때문에 그 필요성을 느끼지 못하고 있고³⁶⁾ 또 다른 한편으로는 선진국 특히 미국이 높은 보호기준을 채택하도록 강력한 압력을 행사하고 있는 지적 재산권의 경우와는 달리 개도국들이 선진국들로부터의 경쟁법 채택 압력이 그다지 강하지 않기 때문이다.³⁷⁾

선진국들이 실제로 경쟁법의 채택을 직접적으로 강요하거나 위협을 가하고 있는 것으로 보이지는 않는다.³⁸⁾ 한편, 국가마다 발전수준이 다르기 때문에 경쟁법의 필요성을 느끼는 정도도 그에 따라 다르다. 특히 최극빈의 개도국들은 발전정책의 수단으로서 경쟁을 효과적으로 이용하기에 앞서 산업기반, 시장 및 제도를 먼저 구축할 필요성을 느끼고 있다. 다른 법제도들의 경우와 마찬가지로 경쟁법과 발전간의 직접적인 관계를 설정한다는 것은 대단히 어렵다.

4. 국가간 경쟁정책 모델의 상이성

1890년 Sherman Act법 제정과 더불어 미국은 대기업에 의하여 휘둘러지는 힘을 통제하는 입법을 한 최초의 국가가 되었다. 제2차 세계

35) *Ibid.*, p.366.

36) 현재도, 허위 광고의 규제 또는 필요한 경우 가격통제에 관한 규정을 포함한 입법은 비교적 보편화되어 있지만 반경쟁적 관행을 규제할 수 있는 종합적인 법제도가 구비되어 있지 않는 국가들이 대부분이다.*ibid.*, p.363.

37) *Ibid.*, p.367.

38) Susan Sell은 개도국은 오히려 경쟁법의 이념을 선진국들로부터 배우고 받아들여 일부 문제에 대해 선진국의 경쟁법의 내용을 자신의 상황에 맞도록 변용시킬 수 있었다는 점에서 선진국으로부터 “규범적인 설득(normative persuasion)”을 받아 행동하고 있다고 지적하고 있다. Susan Sell, *op.cit.*, p.198, 211 참조.

대전이후에는 선진국들과 많은 개도국들이 제한적인 또는 반경쟁적인 기업관행을 통제하기 위한 법령들을 제정하여 왔다. 이러한 국내법 이외에도 EU는 Sherman법을 모델로 한 - 흔히 경쟁규칙이라고 부르는 - 초국가적인 독점금지규정들을 두고 있다.

선진국간의 경제의 상호의존성이 높아지고 다국적 기업의 규모와 영역 범위가 확대됨에 따라 또한 다국적 기업이 자신의 경제에 대해 갖는 힘에 대한 우려가 커짐에 따라 기존의 국내적 또는 지역적 규제수단만으로 제한적인 기업관행을 적절하게 규제할 수 있을 것인가 또한 그러한 관행이 기존의 국내법만으로 충분히 통제할 수 있을 것인가에 대한 의문이 제기되기에 이르렀다. 특히 2이상의 국가에 영향을 미치는 국제거래와 관련하여 국제적인 기준을 확립하여야 필요가 있다는 주장이 제기되었으며 그 결과 많은 국제조직에서 이러한 문제들을 검토하여 왔으며 실제로 그러한 기준을 확립하기 위한 조치를 취하기도 하였다.³⁹⁾

구속력 있는 국제적 기준이 존재하지 아니하는 한, 모든 국가들은 경쟁의 규율에 관한 자국의 주권을 자유롭게 행사할 수 있다. 개도국들 역시 앞서 설명한 선진국들의 입법례와 정책의 영향을 크게 받기는 하였지만, 자신의 독자적인 경쟁정책 모델을 채택할 수 있다. 선진국에서 적용되고 있는 경쟁정책의 모델들은 그 모델에 대한 시행역량을 포함하여 당해 국가의 구체적인 상황에 적합하도록 형성된 것이며 국가 발전의 필요성에 부합되도록 어느 정도 변용된 것(다시 말해서 순수한 경쟁적 측면만 반영된 것이 아니라는 의미)이다.⁴⁰⁾

예컨대, 미국에서 적용되던 시카고 학파 이전(Pre-Chicago School)의 독점금지 모형(paradigm)과 수직적 제한과 시장지배적 지위의 남용에 대한 EU의 접근방법의 일부 구성요소들은 경쟁정책과 국가발전 이익간의 차이를 최소화하는데 초점이 맞추어져 있다. 이와는 대조적으로 親효율성 독점금지 모형은 범세계적인 활동을 하는 기업들로 하여금 거의 통제받지 않는 권한을 부여함으로써, 특히 개발도상국 회사들의 발전을

39) J. H. Jackson and W. J. Davey, *op.cit.*, p.1072.

40) Carlos M. Correa, *op.cit.*, p.365.

더욱 어렵게 하는 방식으로 수직적 제한행위에 대하여 적용하고 내부분배(internal allocation)를 이용할 수 있는 가능성을 열어놓고 있다.⁴¹⁾

경쟁법은 시장 행동과 구조에 영향을 주는 복합적인 정책의 구성부분으로 받아들여야 한다. 경쟁법을 가진 국가들이 그렇지 아니한 국가들보다 발전 전망이 더 밝다고 주장할 수는 없다.⁴²⁾ 또한 경쟁이 발전을 가져다준다는 확고한 이론적 또는 경험적 근거도 없다. 더욱이 단순히 경쟁법이 존재한다는 것만으로 그 효과를 과대평가해서는 안된다. 경쟁법의 효과는 경쟁법의 내용 및 현실적인 집행의 수준과 유형에 따라 크게 달라지기 때문이다.

경쟁법과 국가발전의 관계에 대한 대답은 이와 같이 상대성을 가진 것이기는 하지만 경쟁법의 설계와 시행과정을 국가발전 차원과 결부시켜 검토할 수 없는 것은 아니다. 왜냐하면 각각의 경쟁법 유형마다 국가발전과 관련된 문제들에 대해 각기 다른 형태로 영향을 줄 수 있기 때문이다. 예컨대, 두 개의 기업이 결합하여 규모의 경제를 달성하는 것이 결과적으로는 소비자 가격인상을 초래한다 할지라도 국가에는 이익이 될 수도 있다.⁴³⁾

앞서 설명한 바와 같이 독점금지법을 적용하고 있는 개발도상국의 숫자는 크게 증가하고 있지만, 아직도 그중 상당수 국가에서 심각한 집행 관련 문제가 드러나고 있다. 더욱이 많은 개도국들이 경쟁법 조차 가지고 있지 않다. 지적 재산권의 경우와는 달리, 산업계의 로비는 입법의 요구에 중요한 역할을 하고 있지 않고 대부분의 경우 정책변화의 요구는 국가내의 전문가 집단(technocratic groups)들에 의하여 행하여지고 있다.⁴⁴⁾ WTO에서 경쟁법 제정 · 시행에 관한 요구가 없기 때문에 회원국들은 자신들의 필요와 목표에 따라 자신의 의사대로 경쟁법을 제정할 것인지 또한 어떠한 내용을 담을 것인지를 결정할 수 있다. WTO 무역

41) *Ibid.*, p.365.

42) *Ibid.*, p.367.

43) *Ibid.*

44) Susan Sell, *op.cit.*, p.199.

과 경쟁정책에 관한 실무작업단에서 일부 대표들은 WTO 회원국들이 경쟁정책에 대한 공약을 한다하더라도 그것이 전통적인 경쟁법의 채택을 보장하는 것은 아니며 따라서 개방적인 무역과 투자 정책이 경쟁정책의 대체물로서 기능을 수행할 수 있을 것이라고 지적한 바 있다.⁴⁵⁾

제 3 절 무역과 경쟁정책의 상호관련성

1. 의 의

경쟁정책에 관한 법령과 불공정무역관행에 관한 법령은 일정한 공통된 요소들이 있다. 양자 모두 인위적인 시장왜곡요소들을 제거하고자 하는 공통의 목적을 갖는다. 그러나 무역정책과 경쟁정책은 각기 다른 근거를 가지고 경제적 왜곡현상을 시정하는 목적을 가지고 있다. 무역정책은 정부의 행위에 중점을 두고 있고 경쟁 또는 독점금지법은 원칙적으로 기업의 행위에 초점이 맞추어져 있다.

제2차 세계대전이후 GATT 등 국제기구의 무역정책은 수출업자의 시장접근을 방해하는 정부의 차별적 왜곡행위를 제거하는데 그 목적을 두어 왔고 이와 대조적으로 경쟁규칙은 국가가 스스로 판단하여 정하되, 시장의 기능의 보호에 초점이 맞추어져 왔다.⁴⁶⁾

또한, 양자간에는 보호하고자 하는 이익의 성격 및 기준의 적용방식에서 차이가 있다. 경쟁정책에서의 주요 목표는 경쟁을 제한하거나 새로운 시장 진입자에 대한 장벽을 설정하는 관행을 금지함으로써 경쟁적인 국내시장구조 및 효율적인 자원배분을 보전·유지하는 것이다. 따라서 시장의⁴⁷⁾ 작용, 가격 및 규모의 경제에 초점이 맞추어져 있다고 할 수 있

45) WTO Report(1998), WT/WGTCP/2, para.37.

46) 흔히 두 가지 정책분야는 국내의 정치적 지지층이 다르고 실질적인 기준도 다르다고 지적되어왔다. Robert E. Hudec, "A WTO Perspective on Private Anti-Competitive Behavior in World Markets", *New England Law Review*, Vol.34(1999),p.79(International Competition Advisory Committee to the Attorney General And Assistance Attorney General For Antitrust, *Final Report (2000)*(이하 "Advisory Committee, Final Report(2000)"라고 인용한다.), p.202에서 재인용).

47) 경제학에서 흔히 시장이라고 부르고 있는 것들은 현실적으로 몇 개의 형태를 가지고

으며 제1차적인 관심은 경쟁자의 보호보다는 경쟁 그 자체를 보호하는데 있다. 경쟁정책은 경쟁자간의 동등한 지위가 인정되는 한 경제적 효율성, 규모의 경제, 값싼 노동력 또는 전문기술지식을 통하여 얻어지는 가격인하로부터 비효율적인 경쟁자를 보호한다는 의도를 가진 것은 아니다.⁴⁸⁾

2. 경쟁정책이 국제무역에 미치는 영향

(1) 의 의

제한적 기업관행은 국제시장의 경쟁적 작용에 중대한 영향을 미칠 수 있기 때문에 자유무역에 대한 역작용을 하게 된다. 독점금지법이 자유경쟁을 촉진하는데 목적을 두고 있다는 사실은 그 법이 국제무역에 대해서 갖는 중요성을 시사해주고 있다. 예컨대 사적 당사자들이 반경쟁적인 가격책정 또는 시장공유(market-sharing) 등에 관한 협정을 체결함으로써 자유시장세력을 방해하거나 국가간의 무역을 제한하는 것을 허용한다면 그들은 GATT 등 WTO 규범이 제한하고 있는 정부차원의 거래장벽을 설정할 수 있게 된다. 반대로 WTO 규범이 엄격한 경쟁원칙으로부터 벗어난 비효율적인 절차를 허용하는 등 자유무역으로부터의 일탈을 묵인한다면 그러한 범위내에서 WTO 스스로 자신이 독점금지정책을 위축시키는 역할을 할 수 있다.⁴⁹⁾

있다. 첫째, 상품, 지역 및 시간에 의하여 정의되는 정적인 실체로서 그러한 경쟁자는 없는 객관적인 익명의(anonymous) 시장과 경쟁이 존재하는 비익명의 주관적인 시장과는 크게 다르다. 주관적 시장은 수요와 공급의 대체재들이 존재한다는 것을 인식하고 있는 시장참여자들의 집합체라 할 수 있다. 둘째, 물물교환시장이나 바자(bazaar)와 같이 단기적 교환관계로 특징 지워지는 前軸시장과 당대의 주도적인 사고방식에 따라 신용청구, 신탁관계, 회원제 등을 포함하여 장기적 교환관계에 의하여 특징 지워지는 後軸시장에는 큰 차이가 있다. Wolfgang Fikentscher, "Antitrust, Market Conceptualization and the World Trade Organization - The Convention Approach", in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments on the WTO Report(1998) on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd., 1999), p.79.

48) J. H. Jackson and W. J. Davey, *op.cit.*, p.1074.

49) *Ibid.*, p.1073.

한편 대부분의 국가의 경쟁정책은 시장불황, 시장축소 또는 기술적 낙후성에 의하여 애로를 겪고 있는 기업에 대해서는 경쟁원칙으로부터의 일탈을 허용하고 있다. 이와는 대조적으로 불공정무역 관행에 관한 법령은 국내경쟁자에게 피해를 초래하는 불공정한 수입압력으로부터 국내산업을 보호한다는 목적을 가지고 있다. 그러므로 이러한 무역법 적용과 관련된 기본적인 문제는 대체로 다양한 경쟁상의 利點(competitive advantages)이 정당한 것인가의 여부이다.

국내 독점금지법은 때로는 국제시장에서의 반경쟁적 행동에 대해 관심이 없거나 아예 명백히 허용하는 경우도 적지 않다. OECD 연구보고서가 지적한 국제무역에 영향을 미치는 경쟁정책들중에는 다음과 같은 것들이 있다. 첫째, 지나치게 높은 수출가격 또는 무역 억제적(trade-inhibiting) 시장배분(market allocation)을 초래할 수 있는 수출카르텔을 허용하는 법령, 둘째, 사적 당사자로 하여금 마치 그들이 관세와 교역 쿼터를 부과할 수 있는 권한을 가진 것과 같이 가격과 수량을 통제할 수 있도록 하는 수입 카르텔을 허용하는 법령, 셋째, 상당히 많은 종류의 수입품과 수출품의 가격·수량을 결정할 수 있는 소수의 사적 무역회사들의 관행을 통제하지 못하는 각종 정책, 넷째, 다국적 기업들로 하여금 자신의 업무 기능을 많은 자신의 구성부분(components)(예컨대, 해외 자회사 등)에게 배정하는 것 및 시장가격을 반영하지 못하는 이전가격(transfer prices)을 결정하는 것을 허용하는 각종 정책 등이다).⁵⁰⁾

(2) 미국의 사례 분석

아래에서 설명하는 사례들은 미국의 독점금지법이 무역과 관련하여 적용된 두 가지 대표적인 상황에서 어떻게 적용될 것인가를 보여주는 것들이다.

50) *Ibid.*, p.1075.

1) Case 1 : 제조업 합작회사와 노하우 라이선스
(Manufacturing Joint Venture and Know-how License)⁵¹⁾

① 사실관계

핵심 트랜지스터 부품의 제3위 규모의 미국 제조회사인 Hot Chip사는 미국시장 점유율이 약 22%이었으며, 당해 부품의 세계 최대 시장중의 하나인 일본에 수출하고자 하였으나 실패하였기 때문에 이러한 어려움을 극복하기 위해 일본 최대 산업 컴바인(combine)중의 하나인 Japan Manufacturing(JM)사와 JZC라는 합작회사를 설립하여 트랜지스터 완제품을 생산하는 데 Hot Chip사의 노하우를 사용하기로 하였다. Hot Chip사는 주식의 49% 및 이사회 과반수를 차지하기로 하고 JM은 JZC의 일상경영을 담당하기로 하였다. JM은 트랜지스터 완제품 생산경험은 없지만 대량의 전자 장비를 생산하고 있었으며 이를 위해 JZC은 Hot Chip사가 허여한 노하우를 사용하여 제품을 생산하게 되었다.

Hot Chip사는 JZC사가 미국보다 제조원가를 줄일 수 있을 것이며 이에 따라 JM과 JZC가 Hot Chip사가 체결한 오스트리아, 뉴질랜드, 필리핀, 유럽 및 미국내에서의 기존의 판매약정(marketing arrangements)네트워크의 붕괴를 초래할 대체 공급원이 될 수도 있다는 우려를 하였다. 결국 Hot Chip은 JM과의 계약에 JZC나 JM가 트랜지스터를 미국이나 기타 지정된 시장에 수출하지 아니한다는 조건을 삽입하였다.

② 법적 쟁점

단순히 이러한 합작회사를 설립한 것만으로는 미국의 독점금지법을 위반하였다고 볼 수 없다. 그러한 합작회사가 직접적인 경쟁을 제한할 것으로 판단되지도 않는다. Hot Chip과 JM은 JM이 트랜지스터 완제품을 생산하지 않기 때문에 미국의 관련 시장에서 직접적인 경쟁자는 아니다. 합작회사 그 자체가 JM과 Hot Chip간의 세계시장 분할을 위한 광범위한 약정의 일부가 되거나 또는 JM이 미국내에서 다른 제품을 판매하는 것을 어떠한 식으로든 방지하는 것으로도 판단되지는 아니한다. 이

51) *Ibid.*, p.1078-1080.

러한 점은 의견상으로는 Hot Chip가 일본에 수출애로를 겪었다는 사실로도 분명하다. 그러나 JM은 그 규모 및 밀접하게 관련된 전자제품을 생산경험 때문에 잠재적인 미국 시장의 진입자가 될 수도 있다. 그러므로 JM이 당해 트랜지스터를 개발하여 미국내에서 Hot Chip과 직접적으로 경쟁할 가능성도 있기 때문에 그 합작회사가 잠재적인 경쟁을 제거할 수도 있을 것이다.

만약 Hot Chip이 미국시장에서의 선두지위를 점하여 실질적인 시장지배력- 관련 시장에서의 가격책정 등과 같이 경쟁의 매개변수들(parameters)을 지배할 수 있는 능력을 행사할 수 있게 된다 할지라도 시장 진입 대기중인 기업이 있다는 그 자체가 Hot Chip의 시장지배력의 남용에 대한 중요한 제약요인으로 작용할 것이다. 그러므로 소규모의 잠재적 시장 진입자 그룹의 하나를 제거하는 것은 Clayton Act 제7조상의 관할권요건이 충족된다면 동 조항상의 독점금지행위가 발생할 수 있는 가능성이 있다.

그러나 이러한 예측은 관련 상황만으로는 명확하게 그 타당성을 판단하기 어렵고 면밀한 사실심사(factual inquiry)를 할 필요가 있을 것이다. JM이 당해 제품을 개발하여 미국시장에 진입할 능력이 있는지의 여부는 당해 JV의 설립이 경쟁을 실질적으로 약화시키는 것인지의 여부를 결정함에 있어서 중요한 의미를 갖는다. JM이 현재까지는 어느 곳에서도 당해 제품을 생산하고 있지 않다는 사실로 인해 현재 당해 제품을 생산할 능력이 있는 외국의 기업들에 비해 JM의 잠재적인 시장 진입자로서의 중요성은 떨어진다 할 수 있다.

더욱 명백한 문제는 JM과 Hot Chip이 설립한 합작회사에 의하여 행하여진 부대적 제한행위(collateral restraints)와 관련되어 있다. 즉, 앞서 언급한 바 있는 JZC 설립을 위한 계약서상의 JZC와 JM의 수출에 대한 제한규정은 거래지역분할협정(territorial allocation agreement)에 해당하며 적어도 미국시장에의 역수출품과 관련하여서는 독점금지법상의 관심사항이라고 할 수 있다.

두 기업간의 기술공유협정의 존재 그 자체만으로 당해 회사들이 경쟁을 제한하기 위한 목적의 또는 그러한 효과를 갖는 협정을 체결하였다는 고발

의 근거가 될 수는 없다. 피고가 당사자간의 합의가 어떠한 정당한 목적을 위한 것(예컨대, 기술이전 등)이고 경쟁제한행위가 그러한 주된 목적에 “부수적인”(ancillary)인 것임 - 즉, 그러한 경쟁제한행위가 그러한 주된 목적을 달성하기 위하여 필요하다고 판단할만한 합리적인 이유가 있음 -을 입증하는 경우, 법원은 일반적으로 어느 정도의 경쟁제한행위를 허용하고 있기 때문이다. 그 용인여부는 그러한 행위의 경쟁제한적 효과(이것은 정부 또는 독점금지사건의 원고가 입증하여야 한다)와 그러한 약정을 정당화하기 위하여 주장하는 영업상의 고려요소(business considerations) (이것은 피고가 입증하여야 한다)간의 비교형량에 의해 결정될 것이다.

어찌되었건 문제의 합의는 JZC와 JM가 당해 제품을 미국에 수출하는 것을 항구적으로 금지하고 있으며 또한 Hot Chip가 동 회사들에 라이선스와 관련된 제품의 미국내 시장에서 수위의 회사이고 JZC가 Hot Chip보다 더 낮은 원가로 동 제품을 생산할 수 있을 것이라는 점은 사실이기 때문에 그러한 시장배제는 중요한 경쟁제한 행위에 해당한다고 할 수 있다.

독점금지법은 합리적인 부대적 경쟁제한행위를 허용하고 있다. Hot Chip과 JM은 그들간의 지역제한행위가 그들의 합작회사 및 노하우 라이선스 합의에 부수적인 것이라고 보는 것인 합리적임을 확고히 하기 위해서는 이전되는 노하우가 실질적인 가치를 가진 것이라는 점 및 수출지역 제한이 그러한 계약의 불이행을 방지하기 위해 필요한 것보다는 그 범위 또는 존속의 면에서 크거나 길지 않다는 점을 입증하여야 한다.

그러한 경쟁제한행위가 필요한 기간 이상 존속되지 아니하는 것임을 보증하기 위한 한가지 조치는 이러한 유형의 부수적인 지역제한을 JM이 문제의 노하우 자체를 개발하는데 걸리는 시간(“역공정” 기간)을 초과하지 아니하도록 제한하는 것이다. 그러한 제한행위가 그 기간을 초과하여 행하여지는 경우, 피고는 그 제한행위의 필요성에 대한 거증책임을 지게 된다.

이 경우 항구적인 경쟁제한행위는 사실상 정당화되기 어렵다. 기술이 Hot Chip의 관련 분야에서와 같이 급속하게 변하고 있는 경우, 어떠한 경쟁제한행위는 단기적인 것에 그쳐야 한다. 문제의 노하우 라이선스에 따라 생산되는 제품과 기술적으로 유사한 제품을 생산하는 탁월한 능력

이 있는 회사로서의 JM의 지위는 문제의 노하우 자체를 개발하는 데 어느 정도의 시간이 걸리는가를 결정하는데 직접적인 관련요소로서 작용하게 될 것이다.

2) Case 2: 정부에 의해 부과된 경쟁제한⁵²⁾

① 사실관계

X국가의 법에 의하여 설립된 회사 A는 미국회사인 A USA의 100% 소유 자회사이다. A는 X국내의 어떤 소형부품의 25%를 제조·판매하고 있다. B와 C는 X국의 국내기업이 100% 소유하고 있는 기업들로서 X국에서 약 20%의 시장점유율을 차지하고 있으며 D는 독일회사가 지분 과반수를 차지하고 있는 자회사로서 약 30%의 시장점유율을 차지하고 있다. 나머지 25%의 시장점유율은 미국, 일본 및 스위스의 수입품이 차지하고 있다. 이러한 상황에서 B와 C가 채산성이 없었기 때문에 X정부는 A, B, C 및 D로 하여금 X국의 당해 부품산업을 강화하기 위한 조언을 해줄 수 있는 자문위원회를 구성하여 주도록 요청하였다.

A도 B, C 및 D와 그 요청을 받아들이고 X국의 관련 시장이 4개의 현지 설립기업의 현지 생산품과 25%의 점유율을 차지하는 수입품이 판로를 개척하기에는 너무 협소하다는 이유로 일정한 기간동안 관세인상 또는 수입금지조치를 취하여 줄 것을 제안하였다. 그러나 이러한 조치가 취하여질 경우 X국 시장에서 6%의 시장점유율을 차지하고 있는 미국의 제2위 제조업체인 E의 수출은 막대한 영향을 받게 된다.

미국의 수출품에 대한 중요한 경쟁제한행위는 X국 정부에 의하여 부과된 것이며 X국 정부에 의한 보호주의적 관세장벽 및 수입쿼터의 부과는 조약상의 의무가 없는 한 당해 국가의 주권작용으로서 이른바 국가행위이론(the act of state doctrine)에 따라 미국의 독점금지법이 적용될 수 없다.

② 법적 쟁점과 판결

1961년 미국 대법원은 “셔만법은 2이상의 자가 경쟁제한 또는 독점을 초래하게 될 법령에 관한 특정한 조치를 취하여 주도록 입법부 또는 행정부에 요청하기 위해 공동보조를 취하는 것을 금지하지 아니한다”라고

52) *Ibid.*, pp.1080-1082.

관시함으로써 독점법상의 비금지 유형의 하나를 제시하였다. 이것은 이른바 “Noerr-Pennington doctrine”으로 알려져 있다. 정부로 하여금 일정한 경쟁제한행위를 부과하도록 하기 위한 의도가 분명한 집단적인 행동은 사실상 당사자들에 의한 직접적인 경쟁제한행위를 은폐하는 속임수(sham)이며 그러한 정부의 행위는 행정절차의 남용이라 할 수 있다.

사적 당사자들이 관계국 정부에 집단적으로 허위정보를 제공하여 일정한 경쟁제한행위를 이끌어내는 경우 또는 관계국의 관할부처와 공모하여 또는 뇌물공여를 통해 관계국의 경쟁제한조치를 이끌어낼 수도 있다. 이러한 경우에도 외견상으로는 국가의 행위로 볼 수밖에 없다.

따라서 미국의 독점금지법의 적용과 관련하여서는 Noerr-Pennington doctrine은 외국정부로 하여금 미국 상업(commerce)에 대한 일정한 제한을 부과하는 결과를 초래하게 될 조치를 취하도록 하는 행위에 대해 적용될 수 있을 것인가에 대해서만 문제가 된다. 따라서 앞서의 B, C 및 D와 연대하여 X정부로 하여금 또 다른 미국의 경쟁자인 E를 X국 시장에서 배제하는 권고를 한 A의 행위는 미국의 독점금지법 위반이 아니다.

그러나 실제의 결과는 A, B, C 및 D가 비공식적으로- 다시 말해서 X국 정부의 공식적인 행위가 아닌 - 그러한 경쟁제한행위를 주도적으로 행한 것과 완전히 일치한다. 이와 같이 Noerr-Pennington doctrine하에서는 정치적 의사표시를 집단적으로 행하는 권리는 그러한 행위의 목적이 고도의 반경쟁적인 것이라고 하더라도 보호를 받게 된다.⁵³⁾

53) 미국의 독점금지법은 어떠한 행위가 미국내에 미치는 영향에 대해서 초점이 맞추어져 있으며, 결과적으로 미국 밖에서만 영향을 미치는 행위에 대해서는 관심이 기울이지 아니한다. 예컨대, Webb-Pomerene Act는 일정한 수출 카르텔에 대해서는 미국 독점금지법의 적용을 오랫동안 제외하여 왔다. 1982년 의회는 미국 상품의 외국 수출의 경우에는 미국이 별다른 관심이 없음을 보여주는 두개의 법령을 제정하였다. 그 중 하나인 Foreign Trade Antitrust Improvements Act는 서면법이 미국의 무역 또는 상업에 대해 또는 외국의 상업에 종사하는 미국인에 대해 직접적이고 실질적이고 합리적으로 예측가능한 영향이 존재하지 아니하는 한 외국의 상업에 대해서는 적용되지 아니함을 분명히 하였다. 또한 Export Trading Company Act는 Webb-Pomerene Act에 포함된 면제의 범위를 확대하여 정부의 증명서(certification)를 받은 수출무역회사들에 대한 동 법의 적용면제를 규정하였다. 이 법은 중소기업들의 수출무역회사를 통한 수출을 촉진하기 위한 것이었다. 이 법을 제정하면서 의회는 미국

3. 국제무역정책이 경쟁에 미치는 영향

무역정책도 경쟁과 시장에 중대한 영향을 미친다. 불공정무역관행에 관한 법령의 시행도 역시 마찬가지이다. 이러한 법령들은 불공정하고 피해를 주는(injurious) 수입가격책정관행에 의하여 야기되는 경쟁의 불균형을 조정하기 위하여 의도된 것이지만 그러한 법령의 시행이 어떠한 상황에서는 외국 경쟁자에 대한 시장진입장벽을 쌓게 됨으로써 오히려 국내시장에서의 경쟁을 제한할 수도 있다.

국제무역에 대한 장벽을 생성하게 되는 무역정책상의 조치들은 경쟁을 위축시킴으로써 국내시장구조에 대한 중대한 악영향을 미칠 수 있다는 점에서 그와 유사하다. 예컨대, 국내기업들로 하여금 카르텔과 유사한 방식으로 그들의 수출을 조정하도록 허용하는 무역정책은 그러한 수출조정이 국내판매의 조정을 촉진하기도 하는 한 경쟁을 약화시킨다.

반면에 자유로운 수입을 허용하는 무역정책은 국내시장이 보다 경쟁적으로 운영되도록 할 가능성이 대단히 높다. 그러므로 무역정책은 경쟁정책의 경제적 목표를 현저하게 촉진시키기도 하고 실질적으로 방해하기도 한다. 국가간의 경제가 연계 작용하여 상호 의존성이 높아지게 됨에 따라 무역자유화정책은 국내시장과 국제시장에서의 경쟁의 효율적인 작용에 크게 도움이 되고 있다.⁵⁴⁾

불공정무역관행에 관한 법령하에서는 어떠한 관행이 시장에서의 경쟁에 미치는 효과, 궁극적으로는 소비자에 미치는 효과가 문제가 되는 것은 아니며 또한 그러한 관행은 그것이 단순히 국내산업에의 피해만을 초래

의 독점금지법이 수출무역회사의 활동을 제한하는지의 여부 및 그 범위에 대한 불확실성 때문에 중소기업들의 수출이 위축될 수 있음을 염두에 두었다. 동 법은 수출무역회사가 상무부로부터 자신의 활동에 대한 사전 승인을 얻는 것을 허용함으로써 이 문제를 해결하고자 하였다. 증명서의 기본적인 요건은 승인이 요청된 일정한 행위(a)미국내의 경쟁을 실질적으로 약화시키거나 승인신청인의 경쟁자의 수출무역을 실질적으로 제한하지 아니할 것, (b)수출품의 미국내 가격에 불합리한 영향을 미치지 아니할 것 및 (c)신청인의 경쟁자에 대한 불공정한 경쟁방법에 해당되지 아니할 것 등 3가지이다. 상무부 장관은 법무부 장관의 동의가 있어야 그러한 증명서를 발급할 수 있다. 이러한 절차의 유용성은 일찍이 1986년에 의문이 제기된 바 있다. 동년에 증명서 발급 결정이 동 증명서 수령인의 경쟁자가 제기한 소송에서 번복된 바 있었다. *ibid.*

54) *Ibid.*, p.1074.

하는데 그치는 것인 한 범죄의 구성요소가 되지 못한다. 불공정무역관행에 관한 법령이 이와 같이 경쟁정책과 다른 차이점은 부분적으로는 국제무역이 근거하고 있는 상이한 개념 및 무역정책의 수립과 적용시에 고려되는 경쟁정책과는 다른 이해관계(interests)에 의해 설명될 수 있다.⁵⁵⁾ 이와 관련하여서는 경쟁정책에 대한 두 가지 기본적인 우려가 제기된다. 첫째는 사기업이 외국경쟁자에 유리한 지위를 얻기 위해 또한 국내시장에서의 외국경쟁자의 출현을 통제하거나 아예 배제하기 위하여 소송을 제기함으로써 불공정무역법을 제한하게 될 수도 있다는 것이다.⁵⁶⁾ 둘째, 불공정무역관행에 관한 법령에 규정된 구제절차가 경쟁에 미치는 영향이 특히 국내산업에 대한 피해의 산정 및 부여될 구제의 수준에서 충분하게 고려될 것인지의 문제가 제기된다.⁵⁷⁾

이와 관련하여 WTO가 그러한 관행의 존재에 대해 규율하는 방안을 모색하여야 하는가? 또한 『배타적인 무역권을 가진 국영무역회사』(그들의 활동은 WTO체제하에서 약간의 통제를 받을 수는 있다)와 『효과적인 독점권을 향유하는 단일의 사기업 또는 일단의 기업들』이 국제무역에 미치는 영향간에 중요한 차이점이 존재하는가 등의 문제가 제기될 수 있다. OECD보고서에서 지적되었듯이, 불공정무역관행을 금지하기 위한 일반적인 자유무역정책에 대한 특례는 흔히 경쟁 그 자체를 보호하기보다는 개개의 경쟁자를 보호하는 기능을 할뿐이다. 그중 한가지 예는 긴급수입제한조치(escape clause) 절차에 의하여 부여되는 보호를 들 수 있을 것이다.⁵⁸⁾

55) *Ibid.*, p.1075.

56) 특히 유효이론(effective doctrine)에서는 어떠한 국가가 자신의 법률이 자국시장에서 상품을 판매하는 외국회사에 대해서까지 적용되도록 할 수 있다. 그러나, 일부 부문 특히 하이테크 산업에서의 과점에 의한 세계적 시장지배력의 확대현상과 더불어 각국의 경쟁당국을 통제하기가 현실적으로 더욱 어려워지고 있다. Carlos M. Correa, *op.cit.*, p.385.

57) J. H. Jackson and W. J. Davey, *op.cit.*, p.1074.

58) *Ibid.*, p.1075.

4. 무역정책과 경쟁정책의 보완성

경쟁정책 당국은 무역정책문제에 대해 또한 무역정책당국은 경쟁정책에 대해 보다 많은 고려를 하여야 할 것인가에 대해 OECD 보고서는 긍정적인 결론을 내리고 있다. 그렇다면 어느 정도로 고려하여야 할 것인가라는 어려운 문제가 남게 된다. 예컨대, 긴급수입제한조치(escape clause relief) 또는 반덤핑, 또는 반보조금 구제조치가 경쟁에 대한 역작용을 가져오지 않는다는 조건으로 인정되어야 할 것인가, 만약 경쟁에 대한 역작용을 초래하는 것으로 판명되는 경우 그러한 구제조치를 배제시켜야 하는가 더 나아가 그러한 법령은 폐지하여야 하는가 혹은 그러한 구제조치들과 경쟁을 조화시킬 수 있는 중간적인 해결책은 있는가⁵⁹⁾ 등의 문제는 여전히 남아 있으며, 바로 이러한 점이 WTO 규범의 경쟁지향적 개혁(competition-oriented reforms)의 필요성을 주장하는 논거가 되고 있다.

한편, 미국 독점금지국 자문위원회(Advisory Committee)는 이러한 두 가지 수단의 관계를 “相扶(mutually supportive)적인 측면이 있을 수 있다”고 지적하고 있다. 이러한 표현은 “보완적”(complementary)이라는 표현과는 다소 거리가 있다고 생각되며 이것이 바로 미국의 입장이 아닌가하는 생각이 든다. 동 위원회는 이 두 가지 정책들이 공통적으로 관심이 두고 있다하더라도 특정한 제한행위의 효과에 대해 다른 결론이 나올 수 있다고 한다.

그 예로 미국의 독점금지법은 어떠한 수직적 유통관행의 경우 경제적 효율성을 향상시키고 소비자에 혜택이 돌아가는 것이라고 판단할 수도 있지만 무역정책의 시각에서는 그러한 관행이 시장접근에 배제적이고 불리한 영향을 미치는 것이라고 판단할 수 있다.⁶⁰⁾ 미국은 바로 이러한 시각에서 국제독점금지법의 형성이나 WTO 규범의 경쟁지향적 개혁에도 반대하고 있다고 여겨진다.

59) *Ibid.*, p.1076.

60) Advisory Committee, *op.cit.*, p.202.

제 4 절 경쟁정책과 무역정책의 공유영역

1. 주체별 분류

(1) 사인의 반경쟁적 또는 시장배제적(exclusionary) 관행

경쟁정책을 시행하는 대부분의 국가들은 지배적인 지위에 있는 회사들에 의한 수평적·수직적 제한행위 및 시장지배력 행사의 허용범위와 비허용 범위를 설정하고 있다. 미국의 경쟁법 또는 외국의 경쟁법의 규제 대상이 되는 사적인 영업관행중 상당수는 그 자체만으로 국내경제와 국내소비자에 피해를 줄뿐만 아니라 그 시장에의 접근을 획득 또는 확대하려는 외국회사들에게도 피해를 준다. 예컨대, 시장지배력을 갖는 일단의 국내회사들이 외국상품의 거래거절(boycott)에 합의한다면, 그러한 수평적 카르텔이 외국회사의 시장접근을 방해하는 결과를 초래할 수 있다.

그러나 기업공모행위(business collusion)는 단순히 국내적인 관심사만은 아니다 그러한 카르텔은 이론상으로 국내회사들로만 구성될 수도 있고, 또한 국내회사의 외국회사들로 혼합구성될 수도 있다. 이러한 약정은 단일 또는 수개의 시장에서 시장 분할(allocation) 협정으로 이어질 수 있다. 이와 유사하게, 수직적인 유통관행도 외국의 진입자(국내회사는 물론이고)들이 시장이 침투하기 위해 필요한 유통망을 개발하는 것을 방해할 수 있다. 예컨대, 시장지배력을 가진 국내제조업자가 경쟁수입상품을 취급하지 아니한다는데 동의하지 않으면 국내유통업자들에게 국내공급원을 끊어버린다는 위협을 할 수 있다.

합병은 거래가 발생하는 국가이외의 국가에서도 반경쟁적 파급효과를 가져올 수 있다. 국내의 기업들이 국내합병을 통해 세계시장에 피해를 주고 외국의 기업들의 시장진입을 봉쇄하여 버릴 수 있다. 그리하여 미국의 경우를 보면 자국시장에 영향을 미치는 합병에 대해 우려하고 외국회사의 미국회사에서의 지분획득이 다른 미국회사들의 그 외국의 시장진입을 배제(exclude)하지 아니하도록 보장하고자 한다.⁶¹⁾

61) 예컨대 1994년 British Telecom은 미국의 통신사업자(carrier) MCI의 소수지분을 획득하고자 하였다. 이 때 결국은 미국은 British Telecom에 미국의 다른 국

사적인 제한행위가 지적 재산권의 남용의 형태를 띌 수도 있다. 예컨대, 지적 재산권 유효기간이 경과한 후에도 실시권 피허여자(licensee)를 시장으로부터 배제한다는 기술라이센싱 약정은 어떠한 회사의 외국시장의 진입을 봉쇄할 수 있다.⁶²⁾

(2) 경쟁제한적 정부관행

정부의 관행도 물론 경쟁제한적인 것일 수 있다. 외국의 경쟁자를 희생시켜 국내의 경쟁강자를 육성하기 위한 독점금지법 적용예외 사유인정 또는 조치가 그 대표적인 것이다. 이러한 예는 법의 결여, 법에 대한 예외, 또는 비적용 등을 의미한다.⁶³⁾ 세계에서 이루어지고 있는 경제활동의 상당부분이 독점금지법에 의한 도전을 받지 않고 행하여지고 있다. OECD가 작성을 위탁한 중요한 보고서(1996 Haw Report)는 OECD의 10개 회원국에서 경쟁법이 적용되지 아니하는 중요 분야를 지적하고 있는데 여기에는 고용관련 활동, 농업, 에너지와 공익시설(utilities), 우편서비스, 운송, 통신, 방위, 금융서비스 및 미디어와 출판 등이 포함되어 있다.⁶⁴⁾

이러한 독점금지법상의 예외사유와 제외사유에 대해 많은 국가들이 집착하고 있음은 1998년의 OECD Recommendation on Hardcore Cartels에서도 반영되어 있다. 동 권고는 경성카르텔에 대한 집행조치 협력에 관한 OECD회원국들의 중요한 선언을 담고 있다고 할 수 있는

제통신사업자들의 영국국내통신망에의 접근을 허용하는 것을 의무화한 재판상의 화해 합의(consent decree)를 요구하였다. 또한 미국 법무부는 1995년에는 프랑스와 독일 정부소유의 전화독점사업자들에게 미국의 3위의 국제통신사업자에서의 소수주식취득(minority shareholdings)을 허용하면서 미국의 다른 국제통신사업자들이 프랑스와 독일에서 유사한 서비스를 제공할 수 있는 기회를 가질 때까지 그들이 제안한 합작기업이 일정한 서비스 제공을 금지한다는 재판상의 화해(consent decree)를 이끌어 내었다. Donald I. Baker and W. Todd Miller, "Antitrust Enforcement and Non-Enforcement as a Barrier to Imports", *International Business Lawyer*, Vol.29(1996), pp.488-490.

62) Advisory Committee, *op.cit.*, p.204.

63) *Ibid.*, p.206.

64) *Ibid.*, p.207.

데 “회원국의 법의 적용범위로부터 직접 또는 간접으로 제외되어 있거나 자국법에 의하여 허가된” 약정에 대해서는 그대로 인정하고 있다.⁶⁵⁾

(3) 혼합적 반경쟁관행

1) 의 의

사적인 반경쟁관행은 때로는 정부의 후원(blessing) 또는 조장을 얻어 발생하기도 한다. 국가가 신참자가 시장에 자연스럽게 침투할 수 있는 여러 가지 길을 제한 또는 폐쇄할 수 있다(예컨대 정부가 외국인직접투자 또는 라이선싱을 제한할 수 있다). 이러한 환경에서는 배타적 거래(exclusive dealing) 계약이나 기타 시장배제적(exclusionary) 관행은 효과적으로 시장을 폐쇄할 수 있다. 정부가 그러한 사전인 관행을 지원하는 이러한 경우에는 책임의 한계가 불분명하다. 그러한 시장배제적(exclusionary) 관행은 순전히 사적인 반경쟁적 관행도 아니고 순전히 정부의 관행도 아니기 때문에 때로는 혼합적 관행(hybrid practices)이라고 부른다.⁶⁶⁾

이와 유사하게 새로운 기술이 통신 및 정보 기술과 같은 하이테크 분야에서 개발되면, 어떠한 산업표준을 채택하는가가 그 표준의 기술을 가진 제조업자들에게 강력한 혜택을 가져야 둔다. 세계시장에서 표준설정기구의 활동은 국제무역에 점점 큰 영향을 주고 있다. 현재의 무역정책수단들은 그러한 혼합적 관행과 관련하여서는 그 기능을 발휘하고 있지 못하다. 예컨대, WTO의 TBT(the Technical Barriers to Trade) 협정은 시장진입을 방해하기 위한 목적으로 기준설정을 이용하는 것을 금지하고 있다. 지금까지 이러한 문제에 관하여 TBT 협정에 따른 WTO 분쟁해결패널의 결정은 단 한 건도 없었다.⁶⁷⁾ 또한, 경쟁정책도 정부와 사인의 혼합적

65) 1998 OECD Recommendation on International Hardcore Cartels, (I) (A)(2) (b).

66) American Bar Association Sections of Antitrust Law and International Law and Practice, *Report on Private Anticompetitive Practices as Market Access Barrier*(January 2000), p.15.

67) Advisory Committee, *op.cit.*, p.206.

인 제한행위로 발생하는 문제에 대한 완벽한 해결책을 제시해주는 못한다. 독점금지법의 역외적용은 지금까지 그러한 제한행위를 제거하고 시장접근을 확대하는데 큰 효과를 거두지 못하였던 것으로 알려져 있다.⁶⁸⁾

2) 일방적인 무역조치를 위한 미국 통상법 제301조

WTO 규칙들은 현재 사인의 경쟁제한행위에 대해서는 원용할 수 없으며 1974년 미국 통상법(Trade Act) 제301조와 같은 미국의 무역규칙들은 반경쟁적인 사인 제한행위를 관용하는 정부의 관행에 대한 제한적인 적용만을 가능하도록 하고 있었다. 그러나 1988년 미국 통상법은 1974년 무역법의 제301조의 불합리한(unreasonable) 관행에 무역제재의 대상에 시장접근을 제한하는 외국회사들의 반경쟁적 활동에 대한 조직적인 관용(systematic toleration)에 해당하는 정부의 조치도 포함된다는 점을 명확히 하였다. 여기에는 외국정부가 시장접근을 제한하는 반경쟁적인 관행을 불합리하게 허용하는 경우가 포함된다.

미국 독점금지국 자문위원회는 이러한 개정내용을 미국의 통상법이 독점금지법의 방향으로 한 걸음 나간 것이라고 반영한 것이라고 평가하고 있다.⁶⁹⁾ 우루과이 라운드 타결에 따른 제301조에 대한 1994년 개정조항은 다음의 1에 해당하는 경우 외국의 정부가 불합리하게 행동한 것으로 판단하고 있다. 즉, 첫째 국가소유기업과 사인회사에 의한 조직적인 반경쟁 활동을 관용하는 경우, 둘째 미국의 서비스 및 상품에 대한 시장 접근을 부인하는 경우, 셋째 미국상품 또는 서비스의 외국시장에서의 판매를 제한하는 경우 등이다. 이 개정조항의 입법연혁을 보면 반경쟁적 관행이 관용되고 있는지의 여부에 대한 판단은 당해 외국의 법률에 근거한다는 것임을 보여주고 있다.⁷⁰⁾ 후술하는 바와 같이 제301조는 예컨

68) 이에 관해서는 Eleanor M., Fox, "The Problem of State Action that Blesses Private Action that Harms the Foreigners", in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments on the WTO Report(1998) on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd., 1999), pp325-340 참조.

69) *Ibid.*, p.202.

70) 보다 구체적인 내용은 Message from the President of the United States

대, 일본정부가 허용하고 판단되는 후지 필름사의 관행과 관련하여 코닥이 원용한 바 있으며, 이러한 코닥사의 이의를 받아들여 미국은 이 사건을 분쟁해결 양해(Dispute Settlement Understanding)에 따라 WTO에 제소하였다.⁷¹⁾ 그러나 WTO 패널은 미국의 청구를 기각하였다.⁷²⁾

2. 유형별 분류

(1) 수직적 제한행위

1) 의 의

모든 경쟁문제가 통상문제는 아니다. 모든 제한행위가 반경쟁적인 것은 아니며 범세계적인 성격을 갖는 경쟁문제가 반드시 국제통상정책과 관련된 문제는 아니다. 또한 국내경쟁법상의 문제로서 허용불가능한 관행으로 분류된 내용은 국가마다 다르다. 대부분의 수직적 유통관행에 관한 미국법은 법원이 소비자가 피해를 입었는지의 여부를 결정하기 위하여 일정한 관행이 가격 및 산출량에 미친 영향에 관한 세부적인 조사를 할 수 있는 독점금지 분석방법인 ‘합리의 규칙(rule of reason)’ 분석에 따라 유통제한행위의 경제적 효과를 판단한다.⁷³⁾

Transmitting the Uruguay Round Trade Agreements, Statement(1994) 참조(C. O’Neal Taylor, “The Limits of Economic Power: Section 301 and the World Trade Organization Dispute Settlement System”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol.30(1997), pp.216-217에서 재인용).

71) Marcia-Chiara Malaguti, *op.cit.*, p.126.

72) 이에 관한 패널보고서는 WT/DS44/R(98-0886), March, 31, 1998.

73) 미국에서 대부분의 경쟁제한행위들은 경쟁에 현저하게 불리한 영향을 미치게 될 것 인지의 여부, 그러한 행위에 대한 관할권의 내용 및 그러한 행위가 그 정도가 덜한 반경쟁적인 방식으로 정당화될 수 있을 것인지의 여부에 대한 충분한 사실조사에 의하여 평가를 받게 된다. 그러한 평가는 1911년 미국 대법원이 최초로 선언한 소위 “합리의 규칙”이 라는 기준에 의하게 된다. 합리의 규칙 기준은 (1)경험상 경쟁에 대한 불리한 영향이 국내시장보다 훨씬 약하거나 (2)국내시장에서는 통상적으로 찾기 어려운 어떠한 특별한 정당화 사유가 존재하는 경우에는 국제거래에 대해서는 다소 완화되어 적용된다. 그러나 합리의 규칙이 아닌 통상적인 규칙은 미국의 시장가격 또는 시장조건에 영향을 미치거나 미국시장을 다른 시장과 분리시키려는 의도를 가진 기본적인 수평적 제한조치들에 대해서는 완전하게(fully) 적용된다. J. H. Jackson and W. J. Davey, *op.cit.*, p.1077.

그러나 수직적 제한행위는 대단히 논란이 많은 분야이며 유동성이 있는 법영역이다.⁷⁴⁾ 금지법이 경쟁자를 방해하거나 개별적인 회사들에 대해서는 피해를 주지만 시장 전체에서 소비자나 경쟁에 대해서는 피해를 주는 정당하지 못한 제한행위를 금지하여야 하는지의 여부에 그러한 논쟁의 초점이 맞추어져 있다. 수직적 유통관행과 같은 기업관행은 다른 국내회사 또는 외국회사들이 유통망을 이용하는 것을 배제하는 효과를 가지지만 그러한 관행은 미국법이나 외국법에서 반경쟁적인 것이 아닐 수 있다. 수직적 제한을 경쟁정책의 관점이 아니라 통상정책의 관점에서 본다면 제한이 효과에 관한 결론이 크게 다를 수 있다.

그러한 제한이 미국의 독점금지법에 따라서 검토된다면 효율성과 소비자 복지에 미치는 영향이 기준이 될 것이다. 반면에 무역정책의 관점에서 본다면 설령 그러한 제한이 당해 시장의 참여자들에 대해 효율성제고의 성격을 갖는다고 주장할 할지라도 외국의 생산자가 그러한 제한행위로 인하여 시장에서 배제되고 있다면 무역의 흐름과 시장접근에 불리한 영향을 미치는 것으로 간주될 수 있다.⁷⁵⁾

2) 코닥- 후지사건

① 사건의 개요

1990년대 국제적으로 가장 논란이 많았던 경쟁법 사건은 일본 카메라 필름시장접근과 관련된 Eastman Kodak Co.과 Fuji Photo Film간의 분쟁이었다. 코닥은 후지가 일본의 독점금지법을 위반하여 일본의 칼라필름과 인화지 시장에서 코닥사를 배제하였으며 또한 일본의 독점금지 집행기관인 공정거래위원회가 후지의 그러한 불법적인 관행을 중지시키기 위해 독점금지법을 집행하지 않았다고 주장하였다.

74) 예컨대, 미국에서는 일부 수직적 제한행위가 때로는 금지되기도 하고 때로는 효율성 향상을 가져다 주는 것으로 간주되어 합리의 규칙 분석방법에 따라 그 허용여부가 결정되기도 하였다.

75) Advisory Committee, *op.cit.*, p.210.

이 분쟁의 개요는 다음과 같다.⁷⁶⁾ 후지필름은 일본에서 필름과 인화지를 생산·판매하고 있었는데 일본에는 여러 종류의 필름이 있지만 후지가 일본필름시장 매출액의 70%를 점하고 있었다. 후지의 다른 경쟁자로는 약 15%의 시장점유율을 가진 Konica사, 약 10%의 시장점유율을 가진 코닥사, 그리고 약 5%의 시장점유율을 가진 Agfa사가 있었다. 코닥은 일본필름시장에 침투하기 위하여 막대한 투자를 하였지만 그 시장점유율은 25년동안 10%에 미치지 못하였다. 그중 후지와 코니카는 일본내에서 또한 코닥과 아그파는 일본밖에서 각각 필름을 제조하고 있었다.

한 때 코니카가 일본 필름업계의 선두주자인 적도 있었으나, 1950년대 후지에게 자리를 내주고 말았다. 후지는 4개의 주요 도매업자를 통해 필름을 유통시키고 있다. 이들 유통업자들은 다시 그 필름은 3개의 유통망을 통해 유통시키고 있었다. 그런데 그 필름의 약 60%는 대규모 소매 아울렛으로 곧바로 넘겨지고 있었으며 약 33%는 제2차 도매업자들의 두 개의 유통망(그중 하나는 사진 전문점에 물품을 공급하는 약 60개의 회사로 구성된 유통망이고 또 다른 하나는 슈퍼마켓이나 약국과 같은 아울렛에 물품을 조달하는 350개 회사들로 구성된 유통망이다)으로 넘겨지고 있었다.

상기 주요 4개의 도매업자들 각각은 오직 후지 필름만을 판매하였으며 제2차 도매업자들은 후지 필름만을 판매하지 않았다는 것은 명백하다. 주요 도매상들의 배타성이 항상 문제가 된 것은 아니었다. 그 들중 셋은 1960년대까지만 해도 후지 필름만을 판매하지는 않았다. 네 번째 주요 도매업자인 아사누마는 1975년 코닥, 코니카를 취급하지 아니할 것을 발표하고 자신의 물건을 사줄 유통업자들을 물색하기로 하였다. 그후 자신의 유통망을 갖게 되어 직접 소매상과 제2차 도매업자들에게 후지 필

76) 이 사건에 관한 사실관계에 대해서는 주로 Eastman Kodak사가 미국 무역대표부에 일본이 소비자용 사진필름 및 사진인화지 시장에 대한 일본의 시장장벽을 이유로 1974년 무역법 제301조에 따른 청원서의 내용을 설명한, Harry First, "Towards An International Common Law of Competition", in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments on the WTO Report(1998) on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd., 1999), pp.109-111을 참고하였다.

름을 판매하였다. 한편 코닥은 필름을 오직 하나의 유통업자(나가세)를 통해 판매하였다. 1896년 코닥은 코닥이 70%, 나가세가 30%의 지분을 갖는 유통합작회사인 Nippon Kodak을 설립하였다.

그런데 후지필름을 취급하는 주요 도매업자들이 후지필름만을 취급하여야 한다는 계약상의 합의는 없었다. 그러나, 코닥은 그와 같이 후지필름만을 취급하는 것은 주로 두 가지 방법으로 가능하다고 주장하였다. 그 하나는 주요 도매업자들에게 경쟁상품을 취급하면 후지필름의 공급을 중단하겠다는 위협을 하는 것이다. 이러한 위협은 암시적(implicit)인 것으로 보이며 노골적으로 행하여진 적은 없었다.

후지필름만을 취급하게 하는 또 다른 방법은 주요도매업자들에게 제공되고 그 일부는 주요도매업자가 소매상들에게 건네지는 리베이트(rebates) 제도를 통하는 것이다. 후지사가 사용하는 리베이트제도의 정확한 내용은 분명하지 않다. 1990년대 이전에는 후지사의 리베이트 제도는 목표 판매량을 달성한 이후에는 리베이트가 크게 증가하는 대단히 누진적인 성격을 가지고 있었다. 일본공정거래위원회가 유통 가이드라인을 발표하고 리베이트에 대한 위원회의 조사가 진행된 후, 후지사는 종전의 리베이트 제도를 바꾸어 완전하지는 않지만 누진제도의 일부 내용을 폐지하여 최대리베이트와 최소 리베이트의 차이를 6%미만으로 하였다.

코닥은 또한 후지사가 재판매가격을 제시하고 소매상들에게 그 가격을 준수하도록 영향력과 압력을 행사함으로써 재판매가격의 유지에 관여하였다고 주장하였다. 후지사는 소매상이 지불한 가격으로 판매 재고분을 회수한다는데 동의하고 이에 응하지 않은 소매상들에게는 필름을 공급하지 않는 방법을 사용하였던 것이다.

더 나아가 후지사는 소매상들로부터 소비자인 것처럼 위장하여 필름을 구입하고 실제로 판매되고 있는 가격을 후지사에 보고하는 가격조사원들을 고용하여 재판매가격유지의 준수 여부를 감시하였다. 결국 코닥은 소매업자들이 소매가격할인업자들에 대한 불만을 빈번히 논의하는 회의를 개최하는 여러 필름거래협회를 통해서 조정되는 후지필름 소매상들간의 수평적 공모(horizontal collusion)가 존재한다고 주장하였다. 이러한 collusion의 목적은 필름 소매가격을 높게 유지하는 것이며 그 결과 코닥의 도매상에

대한 가격할인의 혜택이 소매시장에서 전혀 소비자들에게 돌아가지 아니하였다.

② 코닥의 미국 무역법 제301조 원용

코닥은 이 사건을 독점금지사건으로보다는 무역분쟁으로 간주하여 1995년 5월 미국무역대표부에 1974년 무역법 제301조의 조사를 개시하여주도록 청원하였다. 코닥사는 일본필름시장의 유통구조가 코닥의 일본시장에 대한 접근을 봉쇄하고 있다고 주장하였다. 코닥에 따르면 후지사와 일본내 도매상과의 배타적 거래관계로 인해 코닥사는 자사 제품을 일본 시장에 제대로 유통시킬 수 없게 되었으며, 후지사와 그 도매상들과의 배타적 거래행위는 반경쟁적인 행위임에도 불구하고 일본정부가 일본의 경쟁법을 발동시켜 이를 저지하지 않고 방임함으로써 외국기업의 일본시장에 대한 접근을 차단하려고 하였다고 한다.

이에 대해 후지사는 자사의 일본 시장 내에서의 상관행은 반경쟁적인 것이 아니라고 주장하였다. 1996년 8월 코닥사는 일본 공정거래위원회에 후지사의 반경쟁적 행위를 조사하여 줄 것을 요청하였는데, 이에 대한 일본 공정거래위원회의 결론도 반경쟁행위는 없었다는 것이었다. 1995년 5월 코닥사는 미국 통상법 제301조를 근거로 미국통상대표부에 조사를 신청하였고, 미 무역대표부는 1996년 코닥사의 주장을 이유 있다고 받아들여 일본정부의 행위에 대해 통상법 제301조상의 불합리한 관행(unreasonable practice)라는 판정을 내렸다.

미국정부는 미 통상법 제301조를 발동하여 일본 정부와 양자 협상을 통해 이 문제를 해결하고자 하였으나, 일본 정부는 이 사건이 무역장벽에 관한 경쟁정책 논의에 있어서 모델 사례가 될 것이라고 하면서 다자적 차원에서 이 문제를 논의할 것을 주장하였다.

③ 미국의 WTO에의 제소

1996년 미국무역대표부는 일본정부가 미국의 필름 등의 수출을 방해하는 시장구조를 형성, 지원 및 관용하여 일본으로의 동 상품의 수출을 방해하는 제한적 기업관행이 발생하였다고 주장하면 WTO에 일본정부를 제소하였으며 결국 미국 정부는 이 사건을 WTO에 제소하였으며, 1996

년 10월에 WTO패널이 구성되었다. 미국은 일본의 관행이 GATT 제3조(내국인 대우), 제5조(투명성) 및 제23조(무효화 및 손상의 주장) 위반에 해당한다고 주장하였다.

미국 정부에 따르면, 이러한 일본 정부의 일련의 조치들이 일본의 교역 상대국들이 관세 협상을 통해 합리적으로 기대하였던 시장접근을 체계적이고 정교하게 방해하는 것이며, 따라서 GATT 제23조 제1항(b)호의 비위반무효화 혹은 침해(non-violation nullification or impairment) 조치라고 주장하였다. 이에 대해 일본 정부는 실제로 일본의 필름시장은 외국기업에 개방되어 있으며, 미국 정부가 주로 비난한, '배타적 단일상표 도매유통제도'(exclusive single-brand wholesale distribution system)는 미국을 비롯한 세계주요시장에서 일반적인 거래관행이라고 주장하였다.

여기에서 미국 정부는 일본 정부가 국내 법률, 규제 및 행정지도 등의 조치를 통해 배타적인 일본의 유통조직을 강화하였으며 수입품과 국내제품의 경쟁적 관계를 교란시켰다고 주장하면서 일본정부의 정책선언 및 행정지도 그리고 각종 자문위원회, 산업협회 등이 일본의 산업이 외국의 경쟁에 대응하기 위한 조치를 권고한 성명서 등을 제시하였다.⁷⁷⁾ 그러나 거의 3년이 경과한 1998년 1월 30일 WTO의 패널은 일본의 행위가 GATT 규정을 위반하지 아니하였다는 평결을 내림으로써 이 무역분쟁은 미국의 패소로 종결지어졌다.⁷⁸⁾

패널은 미국 정부가 문제삼은 일본 정부의 조치들이 관세 협상이전에 취하여졌기 때문에 관세협상으로 인한 이익을 무효화한다는 주장이 논리적으로 성립할 수 없다는 일본측의 주장을 받아들였다. 더구나, 미국이 불만을 표시한 핵심적인 일본의 거래관행인 배타적 단일상표유통제도는

77) Advisory Committee, *op.cit.*, p.14.

78) Report of the Panel, Japan-Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper, WT/DS44/R(98-0886)(March 31, 1998). <<http://www.wto.org/wto/dispute/distab.htm>>를 참조할 것; 한편 그 사건이 제기된 후, 일본에서는 필름판매분야에서 외국 경쟁자들이 일본에서 물건을 판매할 수 있는 가능성을 높이기 위한 것이라 일부 논평자들이 지적한 변화가 있었다. Advisory Committee, *op.cit.*, p.214.

문제된 일본정부의 조치들이 취해지기 전부터 존재하고 있었음을 이유로 미국의 주장을 인용하지 않았다.

④ 평 가

이 사건은 수직적 거래제한 행위에 대해 친경쟁적인 효과를 주장하는 일본의 입장과 시장접근 제한성을 주장하는 미국의 입장이 대립된 사건으로 앞으로 국제적인 차원에서 이러한 입장차이를 어떻게 좁혀 나갈 것인가는 앞으로 계속 논의가 필요한 부분이다. 수직적 제한거래에 대한 이론적 결론은 경우에 따라 효율적이고 경쟁촉진적일 수 있다는 것이다. 수직적 거래제한과 관련된 시장접근 문제 또한 미국과 일본간의 통상마찰을 반영하고 있는데 미국은 경쟁정책상 문제가 없는 수직적 제한거래도 시장접근측면에서만 분석하여 문제를 삼은 비일관성을 보이고 있다.

유통구조(전문판매대리점 체제) 그리고 제조회사와 부품회사들간의 수직관계가 표면적으로는 일본과 한국이 유사하여 양국은 동일한 입장이라고 할 수 있을 것이다. 이에 대비하여 경쟁촉진적인 수직적 거래관행과 반경쟁적인 수직거래들을 유형화하여 구분하고 경쟁촉진적인 경우 전반적인 시장접근 문제가 없을 보여줄 수 있는 논리체계를 보여줄 필요가 있다.

이 사건은 WTO가 무역장벽과 관련된 경쟁정책문제, 특히 민간기업과 관련된 사건을 직접 취급하는데는 부족하다는 점을 시사하고 있다. WTO 패널의 판정은 사기업의 행위에 대해 정부가 영향력을 행사하는지의 여부에 대한 것이지 경쟁과정상의 문제를 직접 다룬 것은 아니기 때문에 위와 같은 상황이 과연 반경쟁적인 행위에 의한 것인지에 대한 판정을 내리지는 못하였다 할 수 있다. 이는 경쟁정책에 대한 국제규범의 필요성을 다시 한 번 상기시키고 있다. WTO의 규정은 기본적으로 정부의 행위를 규율하는 것이므로 민간의 행위는 WTO의 규정을 위반하지 않는다.

따라서 순수한 사기업의 행위와 관련하여 분쟁으로서 WTO에 제소할 수 있는 근거는 비위반 제소 조항인데, 이 조항에 의한 제소를 위해서는 첫째 민간의 행위를 야기하는 조치가 정부에 의해 시행되어야 하며, 둘째 그 조치가 회원국간에 합의된 관세 양허에 따라 설정된 경쟁여건을

변화시켜야 하고, 셋째 관세양허협상 당시 그러한 조치가 합리적으로 예견될 수 없었어야 하는 등 3가지 조건이 충족되어야 한다. 이 사건에서 WTO패널은 미국의 제소가 이러한 조건을 충족시킬 수 있는 충분한 증거를 제시하지 못하였다고 판정하였던 것이다.

한편, 만약 코닥이 독점금지사건으로 간주하여 분쟁을 해결하고자 하였다면 미국과 일본중 어느 관할권을 선택할 것인가라는 문제에 직면하였을 것이다. 만약 일본을 선택하였다면 일본 독점금지법 위반의 소를 제기할 수 없었을 것이다. 또한 미국을 선택하였다 할지라도 미국법원이 미국회사를 미국 밖의 시장에서 배제하는 행위에 대해 행사하는 관할권의 타당성에 관한 문제가 제기되었을 것이다. 미국연방 독점금지당국은 1990년 이후부터 미국수출품을 미국 밖의 시장에서 배제하는 반경쟁적 행위가 전적으로 미국영역 밖에서 발생하였다 할지라도⁷⁹⁾ 그러한 행위에 대해 미국독점금지법을 확대적용한다는 입장을 취하여 왔다.⁸⁰⁾ 이러한 입장은 미국의 많은 무역상대국들 특히 일본으로부터 엄청난 저항을 받아 왔다.

(2) 반덤핑 조치

1) 의 의

한국은 지금까지 일본, 홍콩 등과 보조를 맞추어 경쟁정책을 WTO 뉴라운드의 새로운 의제에 포함하는 것에 찬성하여 왔다. 뿐만 아니라 WTO의 모든 협정을 경쟁정책 측면에서 재검토하여야 한다는 주장을 하기도

79) Department of Justice and Federal Trade Commission, Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations §3.12 Illustrative Example D, and n. 64(1995), John Flynn & Harry First, *Antitrust: Statutes, Treaties, Regulations, Guidelines, and Policies*, (New York: the Foundation Press, 1999), pp.239.

80) 미국이 그러한 정책을 따른다는 선언은 1988년 법무부가 취한 입장에서 크게 변화를 한 것이며, 당시 독점금지 담당 차관보 James Rill이 일본과의 Structural Impediments Initiative talks과정에서 행한 것이다. 이 협상에서는 미국의 협상담당자들은 일본으로의 미국 수출품을 방해하고 있는 일본경제내의 구조적인 장벽을 시장하기 위한 방법을 모색하고 있었다. Harry First, *op.cit.*, p.1123.

하였다. 한편 일면에서는 한국에서도 1990년대 이후 반덤핑조치가 통상 보호조치의 최대수단으로 활용되고 있고 앞으로 그 중요성이 더욱 커질 것이라는 의견이 조심스럽게 제기되고 있다.

무역위원회에서 분석한 자료에 의하면 한국의 덤핑제조 건수는 세계 전체 덤핑제조 건수(1987-98년 기간 기준)의 2.4%인 57건 (11위 제조국, 수출규모의 약 2.4%)이며 증가추세를 보이고 있다. 그러나 피해 제조 건수는 6.4 %인 152건(3위 피해제조국)으로 아직까지는 우리 기업들이 해외수출시장에서 받는 불이익이 국내의 통상보호조치로서의 이익보다는 크다 할 수 있다. 따라서 한국의 반덤핑정치와 관련하여 현재뿐만 아니라 향후의 예상되는 실익에 따라 입장을 정리하여야 한다.

반덤핑 조치는 수입가격이 수출국 내의 가격보다 낮아 국제적인 가격 차별이 발생하고 수입국의 수입자들이 이러한 불공정한 거래로 인해 피해를 입었을 때 취해진다. 가격차별은 독점, 또는 시장지배적 지위에 있는 사업자가 취할 수 있는 가장 기본적인 반경쟁적 행위의 하나이다. 경쟁정책상에서도 가격차별은 제재의 대상이 된다는 점에서 반덤핑조치는 경쟁정책과 유사한 기능을 한다.

그러나 가격차별에 대한 반덤핑조치는 경쟁정책에 의한 조치와 몇 가지 차이가 있다. 일단 반덤핑조치는 국제적인 가격차별, 즉 수입업자에 한해서 적용되며 특히 특정한 사업자가 피해를 입으면 발동된다. 반면에 국내에서 발생하는 가격차별은 경쟁정책이 적용된다. 또한 경쟁정책의 측면에서 보면 가격차별이 경쟁과정에 부정적인 영향을 주어, 이에 대한 비효율성으로 인해 소비자의 피해가 발생하여야 문제가 될 뿐이며 단순히 특정 경쟁자가 피해를 입는다고 해서 문제가 되지 않는다. 즉, 경쟁정책하에서는 낮은 가격을 책정함으로써 경쟁자들을 시장에서 몰아낸 후 독점적 가격을 책정함으로써 초기의 손실을 충당하는 약탈적 행위(predation)를 하려는 의도가 입증되지 않으면 더 이상 문제가 되지 않는다.

따라서 반덤핑조치는 국내사업자와 수출국 사업자를 차별대우함으로써 WTO의 비차별원칙에 위배되는 성격을 가지고 있으며, 가격차별 자체를 직접적으로 문제삼음으로써 수입품에 의한 경쟁으로부터 국내사업자를

보호하는 역할을 하여 무역개방에 역행하고 있다. 수출국의 사업자들이 자국내에서의 독점적인 지위로 인해 국내에서는 높은 가격을 책정하고 여기에서 얻어지는 이윤으로 외국에서 시장진입을 위해 낮은 가격을 책정할 수 있다.

그러나 이는 근본적으로 수출국내에서의 경쟁정책 집행으로 해소될 수 있는 문제이지 반덤핑조치가 적절한 조치는 아니다. 오히려 반덤핑조치는 수출국의 사업자간 또는 수출국의 사업자와 수입국의 사업자간 가격을 상향조정하는 효과를 초래하여 해당 제품시장의 카르텔을 유도할 수 있다. 이러한 차이점은 국제가격차별에 대해 경쟁법에 근거한 조치와 무역정책에 근거한 반덤핑조치의 사례를 보면 명확히 드러난다. 경쟁법에 근거한 사례로서는 미국에서의 마쓰시다 사건(Matsushita Electric Industrial Co., LTD. v. Zenith Radio Corp.)을 들 수 있다.

2) 마쓰시다 사건

이 사건은 일본의 전자제품회사인 마쓰시다 등이 자사 제품 가격을 미국에서 매우 낮게 책정함으로써 미국 전자제품회사인 제니스(Zenith) 등이 미국시장에서 밀려나게 되자, 미국회사들이 미국경쟁법 위반을 근거로 일본회사들을 제소한 사건이다. 제니스 등은 마쓰시다 등이 미국회사들을 미국시장에서 축출하기 위하여 지나치게 낮은 가격으로 자사 제품을 판매하고 있으며, 결국 미국회사들이 시장에서 퇴출되고 나서, 마쓰시다 등이 시장지배력을 확보하게 되면 그 동안의 손해를 회복하기 위하여 높은 가격을 채택할 것이라고 주장하였다. 소위 말하는 약탈적 가격 책정행위(predatory pricing)가 성립된다고 주장한 것이다.⁸¹⁾

그러나 법원의 이 사건에서 원고의 주장이 합리적인 실현가능성이 없다는 이유로 피고 승소판결을 내렸다. 왜냐하면 제니스 등은 마쓰시다

81) 이에 관한 자세한 분석은 Harry First, "An Antitrust Remedy for International Price Predation: Lessons from *Zenith v. Matsushita*" in John O. Harry and Hiroshi Iyori, *Antitrust: A New International Trade Remedy?*, (Seattle: Pacific Rim Law & Policy Association, 1995), pp.211-248.

등이 미국회사들을 축출하고 난 후 가격을 높여 이전이 손실을 전보할 것이라고 주장하였지만, 만약 마쓰시다 등이 가격을 높이게 되면 새로운 시장 진입자가 생겨 시장내에서 가격경쟁을 유발할 것이므로 마쓰시다 등 일본회사들은 미국회사 들이 축출된 후에도 가격에 대한 시장지배력을 행사할 가능성은 희박하다.

더구나 마쓰시다 등은 이미 20여년간 낮은 가격을 책정해 왔는데, 만약 이것이 오로지 미국회사를 축출하고 미래에 높은 가격으로 보상받을 것을 전제로 한 약탈적 가격전략의 결과였다면 마쓰시다 등은 20여년 동안 엄청난 손해를 전보받기 위해 상당히 오랜 기간동안 높은 가격을 받아야 하는데 실제로 시장에서 이렇게 오랜 기간동안 새로운 경쟁자의 위협이 없다는 것은 거의 불가능한 일이다.

미국의 경쟁법에 의하면, 일본회사들의 행위가 단지 장기적인 독점이윤을 추구하기 위한 약탈적 가격책정이 아닌 한, 비록 미국기업들이 시장에서 축출되고 있다 하더라도 미국 소비자에게는 낮은 가격의 제품을 제공하는 일본 회사들을 비난하기는 어렵다, 왜냐하면 미국의 경쟁법은 경쟁자 보호가 아닌 경쟁의 보호 또는 소비자 복지보호가 우선적 고려사항이기 때문이다. 그러나 똑같은 국제가격차별에 대해서도 무역정책에 근거한 반덤핑조치는 경쟁과정과는 별다른 상관없이 이루어짐을 다음의 사례에서 볼 수 있다.⁸²⁾

3) 한국산 컬러TV에 대한 미국의 반덤핑제소

1982년 6월 시장질서유지협정(OMA)에 따른 쿼터규제가 해제되면서 한국산 컬러TV의 대미수출이 다시 크게 증가하기 시작하였고 1983년에는 한국제품의 미국시장 점유율이 30%을 상회하였다. 이에 1983년 5월 2일 미국 컬러TV산업보호위원회(COMPACT)는 한국과 대만으로부터 저가 컬러 TV가 대량 유입됨으로써 미국시장내 가격체계를 교란시키고 있다고 반덤핑제소를 하였다.

82) 윤미경, 김종근, 나영숙, 무역과 경쟁정책에 관한 OECD논의와 한국경제에 대한 시사점, (대외경제정책 연구원, 1999), pp.35-36.

한국의 대표적인 가전제품에 대한 컬러TV에 대한 반덤핑규제는 1984년 2월 개시된 이후 무려 15년이라는 장기간 지속되었으며, 반덤핑규제가 지속되는 가운데에서도 미국은 자의적인 반덤핑법의 운용을 통해 미국의 컬러 TV시장에서 한국제품을 원천적으로 축출하고자 하였다. 우선 관세부와 대상확대(scope ruling)조치, 우회덤핑제소, 컬러TV브라운관에 대한 제소 등을 통해 끊임없이 규제의 범위를 확대하였다. 무엇보다도 중요한 사실은 삼성전자가 1986년 제4차 연례제심이후 9년 연속 미소 마진 판정을 받았고, 1991년부터는 대미 직수출을 중단한 상태에서도 미국측이 삼성전자에 대한 반덤핑규제를 철회하지 않고 지속시켰다는 것이다.⁸³⁾

(3) 기업합병

1) 의 의

기업합병은 해당 산업에서의 시장집중도를 높여 독과점적 시장구조를 초래할 수 있고 합병된 기업의 시장지배력이 강화되어 가격인상, 담합, 또는 진입제한 등 시장지배력이 남용될 소지가 있으므로 경쟁당국의 규제대상이 된다. 기업합병에 대한 규제는 실제로 결합이 이루어진 후보다 그 전에 집행되는 것이 효율적이므로 대부분의 국가에서는 사후적인 규제보다는 결합이전에 신고를 받아 특정한 심사기준에 따라 경쟁에 해로운 결합은 허용하지 않는 방식을 채택하고 있다.

미국에서는 일정한 요건에 해당하는 기업합병의 경우 사전통보 의무가 있으나 영국에서는 모든 결합에 대해 자발적 사전통보원칙을 도입하고 있다. 한국에서는 일정한 요건에 따라 사전신고와 사후신고의무로 나누어진다.

무역과 투자의 자유화에 따라 초국경적(cross-border) 기업합병도 현저히 증가하고 있다. 이러한 초국경적 기업합병 또는 국내기업간 결합이 외국의 수출입 환경에 큰 영향을 미쳐 역외적용이 법적으로 가능한 외국의 경쟁법 관할권에 속하게 될 때에도 여러 관련 국가들에 대해 사전통보의무가 생기고 여러 국가들에게 심사를 받아야 하므로 상당한 거래비

83) *Ibid.*

용이 발생한다. 더욱이 각국의 경쟁당국이 상이한 결정을 내릴 수도 있다. 이들이 상이한 결정을 내리는 것은 각국의 법제나 전통의 차이 및 심사기준의 차이에서 비롯된다.

경쟁구조의 측면에서 볼 때, 심사기준은 보통 두 가지로 나누어 볼 수 있는데 하나는 시장지배적 지위(dominant position)가 발생하거나 강화되는 것이고 또 하나는 경쟁을 현저히 감소시키는 것이다. 어떠한 나라들은 두 가지 기준을 복합적으로 적용하기도 한다. 한편, 기업결합의 경제적 효과를 분석하는 데 두 가지 접근방법이 있다. 하나는 기업결합에 의해 소비자 후생(consumer surplus)이 감소할 때 그 결함을 허용하지 않는 소비자 후생방식이고 다른 하나는 소비자에 미치는 영향과 생산자의 후생(producer surplus) 모두를 고려하여 총경제후생이 감소할 경우에만 결함을 허용하지 않는 총후생방식이 있다. 이는 즉 기업결합을 통해 경제적 효율이 발생할 수 있음을 인정하는 것이다.

그러나 상이한 결정이 내려지는 또 하나의 중요한 이유는 각국이 자국의 이익만을 고려하기 때문이다. 해당 기업결합에 따른 경제적 이익이 관련 국가에 공평하게 배분되지 않고 특정한 국가가 대부분의 이득을 향유하거나 기업결합이 통상에 영향을 미쳐 어느 한 국가의 무역수지에 부정적으로 작용할 경우, 각국의 경쟁당국은 기업결합에 대한 심사에서 자국의 이익을 반영하는 결정을 내릴 것이며, 각국의 상이한 기업결합심사 제도는 시장접근의 측면에서 문제가 될 수 있다.

예컨대, 외국기업의 국내시장 진입에 대한 방어수단으로 국내기업간 이루어진 기업결합에 대해서는 매우 관대한 반면 공익(고용, 문화 등의 측면에서) 미치는 영향 또는 국가경쟁력 제고의 이유를 들어 외국기업이 기업결합을 통해 국내로 진입하는 것에 대해서는 매우 까다로운 심사를 적용하는 경우가 있을 수 있다. 이러한 경우 기업결합에 대한 심사는 시장접근을 저해하는 규제로 이용될 수 있고 상이한 심사결과는 통상마찰을 초래할 수도 있는데 이는 보잉-맥도넬 더글러스 사건에서 극명하게 드러난다.

물론 기업합병에 대한 심사가 투명하고 국내외국인에게 차별 없이 행하여진다면 이로 인한 시장접근문제는 발생하지 아니할 것이다. 시장접

근에 부정적인 영향을 미치더라도 반경쟁적인 이유 때문에 결합이 허용되지 아니하였다면 이는 어느 특정기업의 시장접근을 어렵게 할지는 모르지만, 전반적으로 시장접근이 존재한다고 보기는 어렵다. 즉 기업결합이 원칙적으로 시장접근을 저해할 이유는 없는 것이다. 오히려 경우에 따라서는 국경간 기업결합은 외국시장으로 진입하는데 가장 유용한 수단이 될 수 있다.

문제는 심사제도와 그 기준 및 운영의 면에서 회원국간에 차이가 있고 기업결합에 따른 실익이 관련국간에 동일하게 배분되지 않는다는 것이다. 따라서 각국의 기업결합과 관련하여 사전에 국제적인 의견조정이 이루어지고 기업들에게도 거래비용을 감소시키기 위해서는 심사제도, 통보제도 등이 수렴되는 것이 바람직하다. 이를 위해 OECD는 비구속적이며 아직은 권고의 성격도 가지고 있지 않지만 표준화된 기업결합 통보양식에 대한 보고서를 발간하여 이에 대한 논의를 활성화하고 있다.

2) 보잉- 맥도넬 더글러스 합병

보잉사는 맥도넬 더글러스사(이하 MD)를 인수·합병하였으며⁸⁴⁾ 합병된 회사의 자산가치는 400억 달러에 이른다, 미연방거래위원회는 보잉사의 MD사 인수·합병이 민·군용 항공기 시장경쟁을 저해하거나 독점을 가져오지 않는다고 발표하고 아무런 조건 없이 승인하였다. EU는 전세계 항공기 제작 3개사 중 2개사인 미국의 보잉사와 MD사가 합병하겠다고 선언하자 유럽의 컨소시엄 항공기 제작사인 에어버스사를 지키기 위해 이 합병이 경쟁제한적이라는 이유로 문제 삼았다.

또한 유럽연합 독점금지조사위원회는 미연방거래위원회가 보잉사의 MD사 합병승인을 유보하여주도록 EU 집행위원회에 권고하였다. EU는 양사의 합병이 보잉사의 시장지배적 지위를 더욱 강화할 것이기 때문에 허용될 수 없다고 밝히고, EU는 최악의 경우 보잉사에 대해 총매출액의 10%에 해당하는 벌금을 부과하거나 유업에서 사실상 공동사업을 하지 못하도록 할 준비를 하였다.

84) 이 사건에 대한 자세한 논의는 <<http://www.bizyahoo.com.prnews/971025>> 참조.

한편 보잉사와 MD사가 합병한 1997년 전세계 상용항공기 시장점유율은 보잉사가 64%, 에어버스사가 33% MD사가 3%를 차지하고 있었다. 이에 따라 미국측은 이미 MD사가 경쟁력을 상실한 상황이므로 그 합병이 시장에 별다른 영향을 미치지 않는다는 입장을 보였던 것이다.⁸⁵⁾ 이에 반해 유럽연합은 미국기업간의 합병이라 할지라도 유럽연합 회원국에 중대한 영향을 미칠 우려가 있으면 합병심사를 할 수 권한이 있으며 이는 미국이 미국 수요자들에게 영향을 미치는 인수·합병에 대해 비록 그것이 미국 영역 밖에서 이루어졌더라도 미국의 경쟁법을 적용하여온 미국의 논리를 EU측이 역으로 적용한 것이다. 그러나 유럽연합 집행위원회는 미국내 3개 항공사(델타, 컨티넨탈, 아메리칸 항공)에 대한 20년간의 독점공급계약을 폐지하겠다는 보잉사의 타협안을 수용, 보잉사와 MD사의 합병안을 수용하였다.⁸⁶⁾

3) 수입품의 경쟁정책을 고려한 미국의 합병 심사정책

독점금지 당국은 전형적으로 시장집중 - 몇 개의 회사가 대규모 시장점유율을 차지하는 상황 - 을 현저하게 증가시키는 합병을 억제하기 위하여 노력한다. 시장집중과 합병의 효과를 분석함에 있어서 한가지 논쟁점은 국제무역 흐름(international trade flows)⁸⁷⁾의 가능성 또는 존재에 대해 어느 정도까지 고려하여야 할 것인가이다. 미국 법무부는 1984년의 Mergers Guidelines에서 합병이 경쟁에 미치는 영향을 분석하면서 다음과 같이 수입품의 경쟁정책에서의 취급에 대해 다음과 같은 취지로 설명한 바 있다:

수입품의 실제 수입판매량, 선적자료 또는 생산물량 때문에 외국기업의 경쟁력이 대단한 것처럼 부풀리는 경우가 간혹 있다. 예컨대, 외국기

85) 미국과 EU간의 경쟁기준에 대한 비교연구에 대해서는 Eleanor M. Fox, "U.S. and EU Competition Law: A Comparison", in Edward M. Graham and J. David Richardson (eds.), *Global Competition Policy*, (Washington: Institute for International Economics, 1997), pp.339-354.

86) Carlos M. Correa, *op.cit.*, p.381.

87) 다시 말해서 그러한 시장집중이나 합병의 효과에 대해 국제무역에 의해 유입되는 수입품 등. (필자 주)

업이 미국 또는 자국에 의하여 부과된 할당량(quotas)의 적용을 받기 때문에 대미 수출물량이 효과적으로 제한을 받는 경우를 들 수 있다. 그와 같이 외국회사가 쿼터량의 적용을 받게 되면 - 독과점 등으로 인한 - 미국의 국내가격인상에 따라 대미 수입물량을 증가시킬 수 없다. 미국내 판매량에 대한 상한인 일정한 백분율(이른바, 백분율 쿼터)을 정하는 수입규제 상품의 경우, 미국 국내시장가격이 상승하게 되면 소비를 위축시키게 되어 그 수입량이 줄어들게 할 것이다. 그러므로 실제 수입판매량과 선적 자료를 기준으로 분석하게 되면 당해 외국기업의 미국내에서의 경쟁력이 과장될 수 있다. 또한 무역규제의 유형 및 환율의 변화와 같은 다른 요소들도 때로는 당해 외국기업의 미국내 경쟁력을 부풀리게 할 수 있다. 수입품의 상대적 경쟁력이 당해 외국회사의 시장점유율에 의해 부풀려질 수 있는 것과 비례하여 미국내 회사의 상대적 경쟁력은 과소평가될 수 있다.⁸⁸⁾

이상에서 논의한 요소들을 고려해볼 때 미 법무부가 합병관련 사안에서는 수입품의 경쟁력에 대해 제한적인 고려만을 하게 될 것임을 시사하고 있다. 예컨대, 1984년 미 법무부는 처음에는 미국의 세 번째 및 네 번째 규모의 철강제조업체인 LTV Corporation과 Republic Steel Corporation의 합병을 반대한다는 발표를 하였다. 이러한 입장은 미국의 최대 철강회사인 United States Corporation과 National Steel Corporation을 하여금 그들의 합병계획을 포기하도록 하는 데 부분적으로 작용을 하였지만, 수입철강제품에 비해 미국의 철강회사들의 경쟁력이 저하된다는 강한 비판- 미국의 다른 정부부처들로 이에 동의함 - 때문에 일부 제철공장의 폐쇄한다는 조건을 정한 LTV Corporation과 Republic Steel Corporation의 합병안을 반대하지 않았다. 1986년에는 레이건 행정부가 - 긴급수입제한 조치(escape clause절)차에서 적용되는 요건인 - 수입제품에 의해 피해를 입는 산업의 경우에는 합병규제를 완화해야 한다는 제안을 하였다.

이와 같이 국내기업간의 합병안건을 처리함에 있어서 수입제품의 잠재적 또는 현실적 경쟁력을 주된 고려대상으로 삼는 기준이 채택된다면, 그러한

88) J. H. Jackson and W. J. Davey, *op.cit.*, p.1076.

기준이 특정한 국내기업들간의 합병에 의한 경제 집중도(concentration)를 크게 높게 되는 것을 피할 수 없는 경우가 생길 수 있다. 과연 이러한 결과가 경쟁정책적인 측면에서 과연 바람직한가? 또한 그러한 기준을 채택하지 아니하면 국내기업간의 합병은 허용되지 아니하는 것인가 등의 문제가 의문으로 남게 된다.⁸⁹⁾

4) 평 가

최근 기업의 인수합병 사례가 빈번하게 이루어지게 됨에 따라 범세계적 규모로 경제력이 집중되는 현상이 더욱 두드러지고 있다 더구나, 수많은 전략적 제휴(strategic alliances) 사례는 과점적 경쟁의 성격 자체를 변모시키고 그러한 제휴 당사자들의 시장지배력을 높여 주고 있다. 미국에서의 독점금지 모형(antitrust paradigm)의 변화와 더불어, 합병 및 다른 형태의 집중은 적어도 시장경쟁가능성(market contestability)이 존재하는 한 효율성의 제고를 가져다주는 것으로 일반적으로 인식되고 있다.⁹⁰⁾ 또한, 스웨덴, 캐나다, 프랑스 등과 같이 산업정책이 규모의 경제를 충분히 달성할 정도로 대규모의 기업을 육성하는데 목표를 두고 있는 국가들에서도 시장구조의 규제는 완화되어 있다.⁹¹⁾

Hoekman과 Kostecki는 이와 관련하여 다음과 같이 설명하고 있다;

대기업들간에 이루어지는 합병은 그들의 시장지배력을 현저하게 제고시킬 수 있다. 만약 그 기업들이 그 생산품(outputs)의 대부분을 세계 시장에서 판매한다면, 국가경쟁당국은, 경쟁의 위축으로 인해 국내 또는 지역의 소비자들에게 전가되는 비용이 합병된 회사로부터 발생하는 혜택으로 상쇄될 수 있는 것 이상이라고 예상되는 한, 그 합병으로 인해 경쟁이 위축된다 하더라도 그에 반대할 가능성은 거의 없다. 그 비용의 대부분을 외국의 소비자들이 부담한다면 자국에는 이익이 되기 때문이다. 경쟁당국들이 순전히 이기적인 관점에서 합리적이라고 판단되는 경쟁정

89) *ibid.*, p.1077.

90) Carlos M. Correa, *op.cit.*, p.383.

91) F. M. Scherer, *Competition Policies for an Integrated World Economy*, (Washington D.C.: The Brookings Institution, 1994), p.61.

책이 오히려 세계의 다른 국가들에게는 해약만을 가져다 줄 수 있다.⁹²⁾

어떠한 국가내에서의 시장집중을 심사하는 때에 어떠한 요소를 고려하더라도 시장집중의 효과는 자회사의 설립 또는 직접판매를 통해 외국에 까지 미칠 수 있다. 이와 관련하여 WTO 실무작업단에서 어느 개발도상국은 다음과 같이 지적하였다.⁹³⁾

시장의 규모와 경쟁자의 수간에는 시장이 작을수록 집중정도가 더욱 커지게 될 가능성이 대단히 높은 관계 - 이러한 현상은 비록 전적으로 그러한 것은 아니다 할지라도 흔히 개발도상국의 경우에 특히 그러하다 - 에 있다는 것은 이미 입증되어 있다.

따라서 2이상의 모회사들간의 합병이 예컨대, 그러한 모회사들이 본국의 큰 시장에서 상대적으로 낮은 시장점유율을 차지하고 있기 때문에 본국내의 경쟁을 제한하는 구조를 초래하지 아니하면서도 본국에 이루어진 합병의 결과 개발도상국 또는 소규모 국가에서 얻게된 새로운 시장지배로 인해 이들 국가에서는 자신들의 자회사 또는 관련회사를 통해 경쟁을 제한하는 구조를 초래하는 상황이 발생할 수도 있다. 문제는 개발도상국에서 자회사들간의 합병을 승인하지 아니한다 할지라도 본국에서의 합병까지 방지할 수는 없다는데 있다. 이러한 상황은 모회사가 내린 결정의 결과 개발도상국내의 회사들간에 상업적 공모(commercial collusion) 전략을 사용하도록 하게 된다.⁹⁴⁾

(4) 국제카르텔

1) 의 의

카르텔은 시장에서 경쟁자들이 시장통제를 목적으로 가격, 판매지역, 생산량, 판매고객의 분할 등에 대해 합의하는 행위를 말한다. 각국의 시장이 통합되어 감에 따라 외국의 소비자와 기업들에게 피해를 주는 국제적 차원의 카르텔이 증가하고 있다. 앞으로 이러한 추세는 더욱 가속화

92) Bernard Hoekman & Michel Kostcki, *op.cit.*, p.256, 257.

93) Carlos M. Correa, *op.cit.*, p.383.

94) WT/WGTCP/W14, 25, 6,97.

될 것이므로 국제적 차원에서 이러한 카르텔에 대해 효과적으로 제재를 가하고 금지하기 위한 노력이 요구되고 있다.

국제카르텔에 대해서는 각국의 이해관계 내지 무역정책과 경쟁정책이 어떻게 대립할 수 있는지를 보여주는 사례로는 제지원료(Wood Pulp)사건을 들 수 있다. 이 사건은 미국을 포함한 외국회사들이 수출조합(export association)을 통해 EU 시장에 제지원료를 판매한 사건이다. 이 때 미국은 자국의 수출을 촉진하기 위하여 Webb-Pomerene Act를 제정하였고 이전에 수출조합에 참여한 미국 회사는 이 법에 의해 미국 경쟁법의 적용이 면제되어 있었다.

그러나 EU 측은 이 수출조합구성원들이 역내시장의 경쟁을 왜곡하는 행위를 하였음을 이유로, 1973년 이래로 제지원료 산업에서 지속된 세계적인 카르텔과 기업간의 경쟁을 제한하였던 역내시장에서의 공동의 판매망을 사용, 가격에 민감한 정보의 교환 등을 금지하는 결정을 내렸다. 이 사건에서 EU는 수출조합원들의 반경쟁적 행위가 EU 역내시장에서 이루어졌음을 이유로 EU 법을 적용하여 국제카르텔의 폐해에 대처하였다.

2) 수출카르텔과 경쟁법의 국내적 적용범위

개발 도상국을 포함한 모든 국가들에게 또 하나의 중요한 문제는 반경쟁적 관행의 범세계적 성격이 증가하고 있는 상황에서의 경쟁법의 국내적 적용범위에 관한 것이다. 경쟁법의 국내적 적용범위의 결과로서 경쟁법의 적용 한계는 수출국에 효과를 미치지 못하면 그 수출국 경쟁당국이 통제할 수 있는 관할권을 갖지 못하는 수출카르텔의 경우⁹⁵⁾ 두드러지게 나타난다. 선진국은 그 활동이 일반적으로 타국에 영향을 미치는 수출카르텔을 대체적으로 무시하거나 때로는 조장하여 왔다. 개도국들은 이러한 관행에 대처하기 어려운 것을 물론이고 그러한 관행의 조사와 사실발견에 대한 선진국의 협력을 얻기가 쉽지 않다.⁹⁶⁾

95) 그러나, 수출카르텔로부터 영향을 받는 국가는 해외의 수출카르텔로부터 보호를 위하여 자국법을 적용할 수 있다(inbound extraterritoriality)는 점은 일반적으로 인정되고 있다. Carlos M. Correa, *op.cit.*, p.382.

96) *Ibid.*, p.382.

수출카르텔은 일부 국가에서는 아예 규제대상이 되지 아니한다.⁹⁷⁾ 예컨대, 1982년의 미국 대외무역독점금지개선법(The Foreign Trade Anti-trust Improvements Act of 1982)은 아예 외국의 회사와 소비자들이 오직 외국에서만 경쟁을 위축시키는 행위를 이유로는 미국회사를 상대로 미국법을 원용할 수 없다고 규정하고 있다. 반면에 1982년 수출회사법(The Export Trading Company Act of 1982)은 미국에서의 경쟁을 왜곡시키지 아니하는 한 미국의 수출업자들이 수출행위 및 공동행위(collaborations)에 대해서는 미국의 독점금지법의 적용을 다소 제한적이지만 면제받을 수 있는 절차를 정하고 있다.⁹⁸⁾

3. 시장접근에 대한 입장차이

개발도상국들은 선진국의 기업들의 범세계적인 시장지배력(market power)과 경쟁법의 국내 적용범위간의 불균형에 대해 우려하고 있다.⁹⁹⁾ 범세계적인 시장지배력을 행사할 수 있는 기업들이 점차 늘어나고 있어 이러한 우려는 더욱 커지고 있다. 이에 대하여 보다 구체적으로 설명하면 다음과 같다.¹⁰⁰⁾ 다국적 기업의 숫자와 규모가 확대되고 있다. 과거 어느 때보다 국제적인 차원을 가지는 상업적 관행은 더욱 많아졌다. 이러한 현상으로 인해 초국경적 반경쟁 관행, 국제적 효과를 갖는 카르텔, 불공정한 방법으로 (외국의) 경쟁자를 배제하는 효과를 갖는 협정, 우월적 지위의 국제적 남용 또는 반경쟁적 효과를 갖는 국제합병 등의

97) 일본에서도 일부 수출카르텔에 관한 적용면제는 1997년 법개정을 통해 이루어졌다.

98) 1994년의 국제적 독점금지집행지원법(the International Antitrust Enforcement Assistance Act of 1994)에 의하면, 미국의 연방경쟁당국은 상호주의 및 합병에 대한 예외를 조건으로 개별적인 사안별로(on a case-by-case basis) 정보교환의 가능성을 규정한 국제협정을 체결할 수 있는 권한을 가지고 있다. 그러한 현재까지는 그러한 협정으로는 오스트레일리아와의 협정이 유일하다.

99) 1997년 WTO Annual Report는 “현행법과 메커니즘을 통해 해결되지 못한 국제무역을 제한 또는 왜곡하는 기업 관행 문제가 어느 정도인지를 평가하는데 이용할 수 있는 체계적인 경험적 정보는 전혀 없지만, 국제적인 협력의 강화가 바람직하다는 견해는 지배적인 것처럼 보인다”라고 하고 있다. Chapter Four: Special Study on Trade and Competition Policy, WTO Annual Report(1997), p.4.

100) Carlos M. Correa, *op.cit.*, p.382.

증가가 초래될 수 있다. 그러한 관행들은 경쟁을 제한하고 자유화의 혜택을 손상시킬 수 있다.¹⁰¹⁾

한편, OECD는 반경쟁적 제한행위들이 어느 정도까지 국제무역을 방해하고 있는가를 평가하는데 어려움을 겪었다. OECD의 간부직원은 “무역장벽이 줄어들면 사적인 반경쟁 관행이 시장접근과 관련하여 더욱 중요하고 더욱 확산된다고들 흔히 이야기한다. OECD의 무역과 경쟁에 관한 작업은 이러한 가설을 신빙성 있게 하는 수많은 증거를 뒤집지 못하고 있지만 여전히 이 문제를 검토할 것이다”라고 언급한 바 있다.¹⁰²⁾

미국에서는 시장접근제한행위에 대한 경험 또는 의견조사작업은 거의 행하여진 적이 없지만, 몇몇 기업 단체들은 외국의 사적인 반경쟁적 관행이 어느 정도로 시장접근을 제한하고 있다고 판단하는가에 대한 조사를 회원사들을 통해 수행한 바 있다. 물론 여기에 참여한 숫자가 그다지 많지 않기 때문에 그러한 조사가 통계적으로는 그다지 중요한 결과를 보여주고 있다고 보지는 않지만, 많은 기업들이 외국시장 접근과 관련된 애로사항이 압축되어 있다는 점에서는 참고할 가치가 있다고 할 수 있다.

미국 독점금지국 자문위원회의 초청을 받아 Business Roundtable은 그들의 최고경영자들을 조사하였다. 54인의 응답자중 30%가 해외에서 사적인 반경쟁관행으로 인한 시장접근장벽을 경험하였다는 대답을 하였다.¹⁰³⁾ 미국 국제기업평의회(U.S. Council for International Business)는 시장접근과 경쟁가능성에 대한 지속적인 연구를 촉구하였으며 국제상업회의소(International Chamber of Commerce)는 미국기업들이 시장접근을 방해하는 사적인 반경쟁적 제한행위를 잠재력에 대해 우려를 표명하였으며 Transatlantic Business Dialogue도 세계 모든 나라들이 경쟁법을 적용함에 있어서 시장접근에 우선순위를 두어야 한다는 점을 촉구하였다.

101) Leon Brittan & Karel Van Miert, *Towards an International Framework of Competition Rules*, (Brussel:1996), p.3(Carlos M. Correa, *op.cit.*, pp.382-383에서 재인용).

102) Advisory Committee, *op.cit.*, p.225.

103) *Ibid.*, p.224.

그런데 앞서 대충 살펴본 바와 같이 시장접근을 방해하는 사적 및 정부의 반경쟁행위에 관한 조사자료가 대상의 협소함과 경험의 상이함으로 인해 일정한 결론을 내리기 어려운 부분들이 많은 한계를 내포하고 있다.¹⁰⁴⁾ 즉, 미국 법무부 독점금지국 자문위원회는 이러한 조사 응답자들이 제시한 사례들간에는 현저하게 차이가 나는 경우가 많아 경쟁정책문제가 세계적인 무역의 흐름과 세계경제에 미치는 영향에 대한 종합적인 평가를 내리기 어려웠다.

예컨대, 국제상업회의소는 기업계의 일부 업종에서는 정부의 허가를 받지 아니한 또는 당해 국가의 국내법에 의해서 다룰 수 없는 사적인 반경쟁 행위가 존재한다는 증거는 전혀 또는 거의 발견할 수 없다고 주장하지만 또 다른 업종에서는 국제적인 반경쟁 행위의 증거는 분명히 존재하며 이러한 행위들은 시장접근에 대한 중대한 장애가 되고 있다고 주장하였음을 지적하고 있다.¹⁰⁵⁾

104) *Ibid.*

105) *Ibid.*

제 3 장 국제경쟁규범의 형성에 관한 최근의 논의동향

제 1 절 논의의 배경

경쟁정책의 국제규범화는 사실 오래 전부터 논의되기 시작한 문제이다. 그럼에도 불구하고 경제의 글로벌화가 급속히 전진되면서 순전히 국내정책으로 간주되던 이슈들이 시장접근에 갖는 의미가 증대됨에 따라 국제적 논의의 대상이 되고 있다. 정보통신 같은 공공서비스에 대한 정부규제, R&D의 정부지원, 환경관련 표준의 설정, 민간기업의 반경쟁적 행위 등이 그 대표적인 예로 볼 수 있다.

국제사회에서 특히 1990년대 이후 공정경쟁과 독점금지문제에 대한 관심이 커지게 된 것은 이러한 상품거래중심의 규범이었던 종전의 GATT 체제로부터 상품시장 이외의 자본과 서비스시장, 무역 지적재산권의 보호의 확대 등 제반문제를 포함하는 WTO체제로 전환되었고 또한 이러한 맥락에서 시장접근(market access)이 중요한 문제로 대두되었으며 국제사회에서의 합병 또는 기타의 방법으로 국제시장에서 시장지배력을 갖는 거대 다국적기업의 출현하게 되는 상황변화에 따른 것이다.¹⁾

상품과 서비스시장의 실제기능수행은 다양한 요소들에 의하여 좌우된다. 기업가정신, 천연자원의 부존 및 기술개발의 수준 등이 가장 중요한

1) 이와 관련하여 G. Feketekuty는 제네바에서 개최된 최근의 한 세미나에서 “Market competition and regulatory reform in services”라는 문제를 발표하면서, 세계적인 차원의 협상의 제1차적인 목표는 물론 경쟁에 대한 장애의 제거에 초점을 맞추는 반면 기업들이 처음부터 국내시장에서 자유롭게 경쟁하지 못한다면 외국의 상품과 기업들을 경쟁으로부터 배제시키게 된다는 점을 지적함으로써 무역자유화와 규제개혁간의 보완성을 강조하였다. 그는 이러한 입장에 따라 무역협상에서 전통적인 무역장벽제거 접근방식을 대체할 경쟁지향적 접근방식의 경제적인 측면의 이론적 근거는 두 가지라는 견해를 제시하였다. 첫 번째 근거로서는 경쟁지향적 접근방법이 정책조치들이 세계시장의 효율적인 기능수행에 미치는 영향에 더 초점을 맞추고 있다는 것이다. 두 번째 근거로는 그러한 접근방법은 국제적인 경쟁에 영향을 미치는 보다 광범위한 정책수단을 고려대상으로 포함하고 있다는 것이다. Frédéric Jenny, in Roger Zäch (ed.), “Globalization, Competition and Trade Policy: Issues and Challenges”, *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments on the WTO Report(1998) on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd., 1999), pp.8-9.

요소들이다. 무역자유화로 인해 내국기업들이 외국기업들의 도전을 받는지의 여부도 대단히 중요한 요소임에 틀림없다. 기업들이 법적 진공상태에서 경영활동을 하는 것은 아니기 때문에 당해 국가의 법적 환경이 실제 경쟁에서 중요한 결정인자가 될 것이다.

경쟁정책과 무역에 관한 국제적인 논의는 우루과이 라운드 이후 다시 활성화되었는데, 특히 일부 국가들(EU가 대표적임)과 학자들이 경쟁정책에 관한 다자간 규칙의 개발을 주장하였다. 사실 일부 국제조직 - 특히 UNCTAD - 의 종전의 작업에서도 그 필요성을 강조한 바 있으며 WTO, OECD, UNCTAD 등의 국제기구들이 논의의 장으로 활용되고 있다. 그 중에서도 WTO차원에서의 논의가 OECD에서의 그것과 더불어 큰 의미를 갖고 있다고 하겠다.

WTO 제협정에 관한 내정된 의사일정에도 경쟁정책에 관한 요소들을 포함하고 있고 경쟁정책을 다루는 실무작업단도 1996년 싱가포르 각료회의(Singapore Ministerial Conference)에 의하여 설치되어 활동하고 있다. 이 문제를 어떻게 다룰 것인가에 대하여는 이해관계를 달리하는 국가간은 물론이고 학자들간에도 치열한 논쟁이 전개되었으며 지극히 상반되는 견해들이 제시되어 왔다.

이러한 논쟁은 때로는 지극히 감정적으로 때로는 지극히 현학적으로 흐르기도 하였으나, 그 과정에서 무역과 경쟁의 접점이 존재하며 상충되는 부분도 있을 수 있음이 확인되었고 그 문제에 대한 여러 가지 접근방법들이 제시되고 있다. 어찌되었건 무역과 경쟁의 조화문제는 국내적으로 또한 국제적으로 정치적·경제적·법적인 면에서 여러 가지 쟁점을 제기하고 있다.

이와 같이 경쟁정책의 접근방법과 목표에 관한 국가간의 차이를 감안해 볼 때,²⁾ WTO내에서의 경쟁정책에 대한 검토가 갖는 의미는 국가마다 각양각색일 수밖에 없으며 특히 개발도상국들이 경쟁정책에 대한 여

2) Carlos M. Correa, "Competition Law and Development Policies", in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments on the WTO Report(1998) on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd., 1999), p.363.

러 제안들에 대해 어떻게 반응하여야 할지 확신하지 못하는 이유를 알 수 있을 것이다. 새로운 Round의 다자간 협상에서 그 문제를 다루게 될 지는 아직 불확실할 뿐만 아니라 설령 다자간 협상의 의제가 된다면 지라도 선진국과 개도국들의 경쟁정책에 대한 개념과 목표가 크게 다를 수 있다는 점을 고려해 볼 때, 그 결과에 대해서는 전혀 예측하기 어렵다.

제 2 절 최근의 무역과 경쟁정책에 관한 각종 제안

(1) 1993년 국제독점금지코드 초안 (the 1993 Draft International Antitrust Code)

1) 기본적인 발상

1993년 7월 뮌헨에서의 회합한 12인의 독점금지법 전문가들과 실무가들로 구성된 사적인 그룹이 Draft International Antitrust Code (이하 “DIAC”라고 한다)를 제안하였는데 여기에서는 경쟁에 관한 최소기준을 WTO 체제속에 제4부속합의서(Annex 4 Agreement)로서 편입하자는 내용이 포함되어 있다. 또한 이러한 기준은 각국이 국내집행기관을 통해 집행하되, 분쟁은 새로운 분쟁해결제도의 일부가 될 상설국제독점금지패널의 평결(adjudication)에 회부하고, 최소기준은 경쟁법의 구체적인 원칙들 즉, 내국인 대우, 국내독점금지당국과 법원에 조사 개시를 요청할 권한을 갖는 독립적 기관에 의한 최소기준의 집행감독 및 정부간 분쟁해결절차 등을 그 내용으로 하고 있다.

이 안을 작성한 사람들은 1993년 당시 세부적인 독점금지에 관한 정치적인 합의는 유평피아적인 것에 불과할지라도 자신들이 제시하는 야심찬 학문적인 모델 협정이 범세계적인 반향을 일으켜 국제경쟁규칙의 필요성에 대한 논쟁이 전개될 수 있도록 자극을 주게 될 것이라는 생각을 갖고 있었다.³⁾ 이른바 다각적 무역협정(Plurilateral Trade Agreement)으

3) Ernst-Ulrich Petersmann, “Competition-oriented Reforms of the WTO World Trade System - Proposals and policy Options”, in Roger Zäch (ed.) *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments on the WTO Report(1998) on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd., 1999), p.48.

로서의 국제적인 경쟁규칙을 WTO 규범에 포함시켜야 한다는 제안은 그러한 협정은 경쟁규칙과 WTO의 상품·서비스·지적 재산권·감시·분쟁 해결·집행에 관한 제규칙들간의 상호관련성을 고려하여야 한다는 발상에서 비롯된 것이다.

2) DIAC의 기본원칙과 GATT 규범의 기본원칙의 유사성

DIAC에 내재된 기본원칙들은 GATT 규범의 기본원칙과 다음과 같은 점에서 부분적인 유사성을 보이고 있다.⁴⁾

- a) 대부분의 현대적 경쟁법에 내재된 “경쟁의 수평적·수직적 제한행위(카르텔 및 배타적 유통전략 등)에 대한 금지 및 그 근거가 되는 규칙”, “합병의 규제” 및 “시장지배력의 남용 규제”라는 3개의 기둥에 입각한 초국경적 사건에 관한 국제적 최소기준이어야 한다. 이러한 최소기준원칙은 보다 엄격하고 다양한 국내 경쟁법과 실험(예컨대, 경쟁제한행위의 비용과 혜택의 비교형량 및 집중에 대한 예외인정 등)을 허용하는 것이 될 것이다.
- b) 국제적인 최소기준은 국내법 및 제1차적으로 국내경쟁당국과 법원에 의한 그 집행에 반영되어야 한다.
- c) 국내 독점금지사건에 적용가능한 국내경쟁법은 DIAC의 적용범위 내(예컨대, 외국경쟁자에 대한 차별금지, 국내카르텔 금지사유로부터 수출카르텔의 예외적 인정 금지 등)에 있는 모든 국제적 독점사건에 대하여 지체없이 또한 무조건적으로 적용되어야 한다는 의미에서 내국민 대우가 포함되어야 한다.
- d) 국내 경쟁당국과 법원으로 하여금 국내독점 조사를 개시하도록 요청할 수 있는 독립적인 “국제경쟁업무기관”(International Antitrust Authority : IAA)으로 하여금 국내경쟁법의 실효적 집행에 대하여 감시(이른바 “국제적인 절차 발의의 원칙”(principle of international procedural initiative)하도록 하여야 한다.⁵⁾

4) *Ibid.*, pp.48-49.

5) IAA의 설치여부는 DIAC와 EU Expert Group Report의 권고와 중요한 차이점 중 하나이다. 후자는 단기적으로 또는 중기적으로 그러한 기구의 설치를 고려하고 있

- e) “가해국가와 피해국간의 또는 IAA와 DIAC의 의무를 위반한 국가간에 WTO 분쟁해결절차에 따라 “국제독점금지패널”(International Antitrust Panel)에서의 정부간 분쟁해결절차를 마련하여야 한다.
- f) DAIC를 WTO 협정 Annex 4에 규정된 의미의 “다각적 무역협정”(Plurilateral Trade Agreement)으로서 WTO의 규범으로 편입시켜야 한다. 이 경우 가입하는 국가들이 조금씩 늘어날 것이며 무역과 경쟁규칙간의 접목에 관한 많은 문제들이 WTO 차원에서 고려될 수 있을 것이다.

3) 새로운 개정의 필요성

DIAC 작성이후 특히 1994년 이후 WTO에서 전개된 다음과 같은 상황을 반영하여 DIAC의 개정작업이 필요하다는 지적은⁶⁾ 역으로 현재의 DIAC의 현재 내용의 미비점을 말해주는 것이라 할 것이다.

- a) 국제독점금지과 국제불공정무역관행의 관계에 대한 검토가 필요하다. 이와 관련된 세부적 쟁점으로는 첫째, 덤핑방지법과 보조금 법의 장래, 둘째, 기타 가격 관련불공정관행 셋째, 전자상거래의 발전과 그것이 자유·공정 거래에 미칠 영향 등이다.
- b) 또한 자유·공정 시장경쟁법과 사회적 비용경제(즉 비시장 경제)의 관계도 중요한 문제이다. 이와 관련된 세부적 쟁점으로는 첫째, 공공재에 관한 경제법, 둘째, 독점금지과 일반 공익, 셋째, 개도국에서의 경쟁과 발전정책, 넷째, 경쟁과 산업정책 및 다섯째 경제학적 관점에서의 경쟁법에 대한 해석 등이다.

지 않다. 비록 권한은 약하지만 WTO내에 International Competition Policy Office를 설치하자는 제안은 F. M. Scherer에 의하여 제기되었다. F. M. Scherer, *Competition Policies for an Integrated World Economy*, (Washington D.C.: Brookings Institution, 1994), p.92.

6) Wolfgang Fikentscher, “Antitrust, Market Conceptualization and the WTO Trade System - Proposal and Policy Options”, in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments on the WTO Report(1998) on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd., 1999), pp.77-78.

- c) 수평적 경쟁제한행위와 관련하여서는 1)수출카르텔, 2)노동시장과 경쟁법, 3)국제 스포츠사업과 경쟁법 등이 세부적인 관심사항이다.
- d) 수직적- 주로 유통 - 약정분야에서는 두 가지 문제가 검토대상이 된다. 즉, 첫째, Kodak./Fuji사건유형과 같은 독점적 거래 둘째, 국제서적판매사업에서의 재판매(resale) 가격의 유지이다.
- f) 지적재산권 보호와 관련된 독점금지법은 난제중의 난제이다. 첫째, 오늘날 가장 관심의 대상이 되고 있는 문제는 권리소진의 원칙(exhaustion doctrine)에 관한 것이다. 이것은 특히 병행 수입품(parallel imports)과 관련되어 있으며 지적재산권, 독점금지, 불공정무역관행 등에 관한 법률들이 상호 분리될 수 없음을 보여주는 예이다. 둘째, 지적재산권(특히 저작권)법은 인터넷과 관련된 독점금지법과 불공정관행에 관한 법과 관련되어 있다.
- g) 합병은 경쟁을 제한하는 수평적·수직적 경쟁제한행위와 관련되어 있다. 어떠한 면에서 합병문제는 관련 국가간에 공통적인 법률행위가 가장 쉽게 이루어질 수 있는 분야라고 할 수 있다. 이와 관련하여서는 3가지 쟁점들이 있다. 첫째, Boeing case에서 볼 수 있듯이 합병과 국제적 영향을 미치는 배타적 약정의 결합. 둘째, 대중매체의 집중(media concentration), 셋째, 다자간 투자협정 안(the Draft Multilateral Agreement on Investments: MAI)과 경쟁법과의 관계이다.
- h) 독점화와 관련된 급박한 쟁점으로는 1)필수적 시설(essential facilities), 2)공공독점사업(public monopolies), 3)통신시장(telecommunication market), 4)공공설비의 규제완화(deregulation of public utilities) 등이 있다.

4) 평 가

DIAC는 국내경쟁법의 실체적 규정을 최소기준에서 조화시키는 데 초점을 맞추고 있으며 세부적 내용은 국내 입법자에게 일임하고 있다. 이것은 구체성이 없는 일반적인 조항(예컨대, 영미의 컴먼로상의 것등)

을 포함시키는 방식으로 각국의 전통과 경쟁문화를 보호하는데 목적을 두고 있다. DIAC는 스스로 중요한 제한을 가하고 있는 바, 철저하게 고유한 독점금지문제에 대해만 초점을 맞추고 있다. 그러나 앞서 지적한 바와 같이 1993년 이후에는 새로운 문제들과 1991년과 1993년 동안 논의대상에서 배제되었던 문제들이 오히려 긴급한 문제가 되었다는 점에서 그 내용 면에서 한계가 있다고 평가할 수 있다. DIAC는 경쟁의 실용주의적인 개념을 제시하고 있는데 이것은 1997년 WTO Annual Report에서 제시된 완전경쟁 모델과는 다르다.⁷⁾

- (2) 1995년 “새로운 무역질서에서의 경쟁정책: 국제적인 협력과 규칙의 강화에 관한 전문가그룹 보고서”
(the 1995 Expert Group Report on “Competition Policy in the New Trade Order: Strengthening International Cooperation and Rules”)

1) 국내경쟁법과 경쟁당국간의 협력 강화의 필요성

이 보고서는 EU 집행위원회가 초빙한 일단의 전문가들에 의해 작성된 것이며 무역의 자유화와 기업활동의 세계화로 인해 국내경쟁법의 강화 그리고 각국의 경쟁당국간의 협력의 강화가 요구되고 있다는 점을 설명하고 있다.⁸⁾ 이 보고서는 그 배경으로서 오늘날의 경쟁관련 상황을 다음과 같이 지적하고 있다.

첫째, 100여개 이상 국가에서 경쟁법의 결여되어 있거나 또는 비실효적으로 집행됨으로 인해 시장접근 장벽, 상호주의에 대한 우려, 무역마찰 및 보복적 무역제재가 초래되고 있다.

둘째, 특정한 국가의 국경을 초월하여 발생하는 경쟁문제가 점점 증가하고 있다. 국제카르텔, 수출카르텔, 성격상 국제적인 분야(예컨대 항공운송 및 해상운송 등)에서의 제한적 관행, 세계적 규모의 합병 또는 수개의 주요 시장에서 차지하고 있는 어느 한 기업의 우월적 지위의 남용(예컨대 1994년 발생한 Microsoft사 사건) 등이 그 예이다.

7) Ibid., p.79.

8) Ernst-Ulrich Petersmann, *op.cit.*, p.50.

셋째, 국내경쟁규칙간의 차이와 抵觸 리스크(예컨대, 합병이나 담합행위가 어떤 국가에서는 허용되지만 다른 국가에서는 금지되는 경우)는 불확실성과 거래비용의 증가를 초래하고 있다.

넷째, 외국의 반경쟁적 행위에 대한 미국독점금지법과 무역법의 일방적인 영토외적 적용은 국제적 마찰(예컨대, 관할권문제, 일방적 제재에 이에 따른 대응조치 등)을 초래하고 있으며 그러한 영토외적 적용과 관련해서도 현실적으로 수반되는 많은 문제들이 있다. 즉 해외에서의 정보 수집의 어려움 및 영토외적 적용을 봉쇄하기 위한 외국의 입법 등이 대표적인 것이다.

다섯째 많은 개도국들은 반경쟁적 관행(예컨대, 개도국에서의 경쟁을 제한하기 위한 가격차별화, 지적재산권 남용 등)의 대상이 되고 다른 국가의 경쟁법의 영토외적 적용대상이 될 수 있는 리스크가 대단히 높다.

이 보고서는 WTO 규범이 GATT와 GATS상의 공약이 사적인 반경쟁적 행위에 의하여 손상될 수 있다는 있음을 인식하여 그러한 리스크를 보다 체계적으로 다루어야 할 것이라고 지적하고 있다. 무역과 경쟁 규칙의 EU법으로의 통합 및 EU 경쟁법 원칙의 25개 이상의 유럽국가들이 참여한 EU 자유무역협정에의 반영, 또한 예컨대, 오스트레일리아와 뉴질랜드간의 지역적 자유무역협정 및 NAFTA에서의 무역과 경쟁 규칙 통합은 WTO와 관련하여서도 하나의 지침이 될 수 있을 것이라고 한다.

즉, EU 경쟁규칙은 모든 EU회원국에서의 국내 경쟁규칙과 공존하고 있으며 그 적용과정에서는 EU와 회원국 경쟁당국간의 긴밀한 협력이⁹⁾ 이루어지고 있으며 또한 EU 법원과 회원국 법원에서도 적용되고 있다.

또한, 유럽경제지역협정(The Agreement on the European Economic Area: EEA), 중·동유럽국가와의 유럽 협정들 및 러시아, 우크라이나 등과 체결한 협력협정은 실체적인 경쟁법 규정뿐만 아니라 경쟁당국간의 협력과 정보교환에 관한 절차에 관한 내용을 포함하고 있다.

9) 예컨대, 비밀정보의 교환, 조사의 개시·수행에 관한 관할권의 배분합의, 제한적 관행, 우월적 지위 및 합병규제에 관한 각 자문위원회내부에서의 협력 등이다.

이와 유사한 내용들은 EU가 지중해 연안의 국가들과 체결한 연대협정 (association agreements)에서도 찾아 볼 수 있다. 1991/1998 EU와 미국간의 경쟁정책분야에서의 협력에 관한 협정에서 무엇보다도 제5조의 적극적 예양(positive comity) 및 제6조의 소극적 예양(negative comity) 과 관련한 통지, 협력, 조정요구 등의 규정은 유럽지역 밖의 국가들과의 유사한 협정에 대한 하나의 모델이 되고 있다. 예컨대, 이러한 내용들은 1999년 EU와 캐나다간의 협정에서도 반영되었다.¹⁰⁾

3) 적극적 예양과 소극적 예양의 강화

이 보고서는 초국가적인 경쟁당국을 가진 범세계적 경쟁법의 확립은 단 · 중기적으로 볼 때는 실현가능하지 않다는 전제에 입각해 있다. 또한 초국가적인 효과를 갖는 경쟁 제한적 관행의 탐지 · 제한 및 국내경쟁법의 영토외적 적용으로부터 발생하는 분쟁의 방지 또는 해결을 위해서는 당사자 쌍방간의 협력이 필수적이며¹¹⁾ 적극적 예양과 소극적 예양은 더욱 강화되고 EU의 다른 주요 무역국들에게도 확대되어야 한다고 지적하고 있다.

그러나, 이러한 쌍무적 협정은 국내경쟁규칙의 부존재, 비실효성 또는 이질성으로부터 발생하는 상업적인 분쟁 위험을 해소하기 위한 최소경쟁 기준에 관한 다자간 실체법규정과 분쟁해결절차를 대체할 수는 없다는 점에서¹²⁾ 이 제안은 처음부터 보편성을 지향하고 있지 않음을 알 수 있다.

4) 경쟁과 무역에 관한 다각적(Plurilateral) 협정의 제안

이 보고서는 모든 국가에 가입이 개방되는 경쟁과 무역에 관한 다각적 협정(Plurilateral Agreement on Competition and Trade : PACT) 을 제안하고 이러한 PACT는 그 초기단계에서 최소한 OECD국가, 중 · 동구유럽국가 및 아시아의 주요 무역국들을 포함시켜야 함을 지적하

10) Ernst-Ulrich Petersmann, *op.cit.*, p.51.

11) *Ibid.*, p.52.

12) *Ibid.*

고 있다. 이 PACT를 더욱 확대하여 WTO 협정 Annex 4에서 의미하는 “plurilateral agreement”로서의 법적 지위를 가짐으로써 무역규칙과 경쟁규칙을 상호보완적인 것이 되도록 하는 방안을 다음과 같은 원칙에 따라 고려할 수 있을 것이라는 주장이 있다. 그에 따르면 다음 3가지 원칙들이 반영되어 한다고 한다.¹³⁾

첫째, 앞서 언급한 EU-미국간의 협정에서 인정되고 있는 절차통지, 협력, 적극적 예양과 소극적 예양 등을 포함하는 다자간 협정이 되도록 하되 그 내용이 확대(예컨대, 비밀정보교환을 가능하게 하는 등에 의해) 될 수 있도록 하여야 한다.

둘째, 초국경적 사건에 적용될 제한된 수의 실체적인 최소기준이 EU 지침(directive)이 그러하듯이 가입국의 국내법에 편입되어야 한다.¹⁴⁾ 이러한 공통원칙에는 수출카르텔의 금지를 포함하는 가격책정, 공급제한 시장분할에 관한 수평적인 카르텔의 금지를 포함할 수 있을 것이다. 상황에 따라 그것이 친경쟁적인 효과를 갖는가 아니면 반경쟁적 효과를 갖는가에 대한 견해가 다를 수 있는 협력협정(cooperation agreement)과 수직적 제한에 관하여는 “합리의 규칙”을 규정할 수 있을 것이다. 우월적 지위에 있는 기업의 남용행위와 관련하여서는 EC 조약 제82조와 유사한 규칙이 적합할 수 있을 것이다. 합병과 관련하여서는 상호협의를 하기에 충분한 시간을 경쟁당국에 부여하기 위한 절차를 조화시키는데 우선순위가 주어져야 할 것이다.

GATT 제17조의 국영무역기업에 관한 규정은 독점(monopolies)과 배타적 또는 특별한 특권(exclusive or special privileges)을 갖는 회사들을 다른 상업적 기업과 동일한 경쟁규칙을 적용 받도록 함으로써 강화되어야 한다. 또한 무역정책과 경쟁정책의 보완성은 WTO 규범하에서의 시장접근공약에 대한 - 사적 관행에 의한 - 무효화 또는 손상(nullification or impairment)에 대해서는 해소할 수 있도록 하는 규정이 포함되도록 함으로써 강화될 수 있을 것이다.

13) *Ibid.*

14) 예컨대, 현행법이 이미 그러한 원칙을 포함하고 있다면 현행법을 개정하지 않고도 그러한 원칙에 따라 일정한 결과가 나오도록 할 의무.

셋째, 국제적인 기구는 다음과 같은 3가지 기능을 가져야 한다.¹⁵⁾

- 경쟁과 무역간의 관계의 모든 측면을 망라하는 공통원칙을 분석하고 검토하기 위한 토론의 장으로서의 기능을 수행한다.
- 협정 체결국내에서의 반경쟁적 관행의 등록부를 또는 손상에 대한 분쟁에 관한 효과적인 국제분쟁해결·집행절차를 마련한다.
- 국제적인 절차에 관한 의무, 금지 자체, ‘합리의 규칙’에 대한 회원국간의 분쟁 및 반경쟁적 관행의 결과로서의 시장접근의 무효화 규정한다.

그러나, 이 보고서 자체가 EU의 무역·통상정책의 수립을 위한 연구의 일환으로 작성된 것이라는 점에서 EU이외 국가들중에 일부를 제외하고는 그러한 PACT의 가입에 적극적인 자세를 보일 것으로 판단되지 않는다.

(3) 1996년 무역과 경쟁에 관한 WTO위원회 설치에 관한 EU의 발의

1) 국제적 경쟁규칙의 채택 필요성 지적

1996년 6월 EU 집행위원인 Leon Brittan과 Karl van Miert는 1996년 12월 개최되는 WTO 각료회의에서 1997년부터 국제적인 차원에서 반경쟁 관행에 관한 경쟁규칙의 국제적인 틀(framework)의 개발에 관한 실험적인 업무를 수행할 작업단을 설치하도록 하는 것에 대한 EU의 발의를 제안하는 공동 의견서(communication)를 EU 이사회에 제출하였다. 이 제안은 1995년의 EU 전문가그룹 보고서에 입각한 것이며 1996년 7월 EU 이사회에 재가를 얻어 그후 WTO 회원국들에게 제시되었고 WTO 각료회의에서의 결정에 붙여져 무역 및 경쟁정책의 접목에 관한 WTO 실무작업단이 설치되었다. ¹⁶⁾ 1996년 EU 의견서는 국제적인 경쟁규칙의 채택이 필요한 이유로 다음 4가지를 들었다.¹⁷⁾

15) *Ibid.*, p.53.

16) *Ibid.*, p.54.

17) *Ibid.*

첫째, 시장접근에 관한 EU의 전략의 일환으로서, 다자간 경쟁규칙은 보다 평등한 범세계적 경쟁조건을 촉진하게 될 것이며 EU회사들로 하여금 국제적인 차원의 반경쟁적 관행에 보다 효과적으로 대처하게 할 것이다.

둘째, 각국의 경쟁법의 점진적인 수렴은 국내 경쟁법과 무역법을 국제적인 합병, 전략적인 결탁(alliances), 합작사업, 라이선싱 협정 및 기타 반경쟁적 관행¹⁸⁾에 대하여 영토외적으로 적용함으로써 발생할 수 있는 관할권과 구제에 관한 법의 충돌을 회피하는데 기여할 수 있을 것이다. 이것은 각기 다른 관할권에 복종하여 활동하는 회사의 법적 안전(legal security)을 제고시키고 경쟁법 준수 비용을 줄여줄 것이다.

셋째, 지금까지 EU 내부에서만 시행되고 EU 회원국간의 무역에 영향을 미치는 EU 경쟁법의 역내 지향적 성격을 국제경쟁규칙을 통하여 극복함으로써 EU 자신의 경쟁정책집행의 효율성과 일관성이 향상될 수 있을 것이다. 또한 EU는 자신의 경쟁정책의 역외 차원의 쟁문제(예컨대 수출카르텔)에 대해서도 대처할 수 있게 된다.

넷째, 국제적 경쟁규칙에 의해 얻어지는 경쟁정책의 집행에 대한 공약수준 제고는, 시장접근을 방해하는 (예컨대, 거래거절(boycotts), 지배적 지위의 남용, 배타적인 수직적 제한 등) 또는 경쟁을 왜곡하는(예컨대, 수출국에서 카르텔화에 의해 있을 수 있는 독점화 염매(monopolizing dumping) 등 반경쟁적 기업관행으로부터 시장접근기회를 보호함으로써 무역제도를 강화하게 될 것이다.

국제적인 경쟁규칙의 협상의 무대가 될 수 있는 OECD, UNCTAD, WTO 또는 이들과는 무관한 독자적 협정의 협상이라는 4가지 방법중에서, EU는 WTO에서의 논의를 선호한다. 그 이유는 WTO가 그 가입국의 숫자로 보아 준보편적인 국제기구라 할 수 있고, 가입국들의 구속력 있는 공약들 그리고 분쟁해결에 관한 축적된 기록을 가지고 있으며 경쟁

18) 예컨대, 자국 관할지역 밖에서 독점금지법을 적용하려는 미국의 시도는 캐나다, 프랑스, 독일, 영국, 네덜란드 및 스위스에 의한 “봉쇄입법(blocking legislation)의 채택을 초래하였다. 미국 통상법 제301조는 반경쟁관행에 대한 외국정부의 관용행위에 대해 무역 제재를 가할 수 있도록 하고 있다.

관련 조치에 관한 일부 규범(예컨대, 보조금, 공기업 또는 특권적 기업, 지적 재산권, 정부조달 등)을 이미 가지고 있다는 점 때문이다.

2) 경쟁규칙의 단계적 형성

앞서 지적한 1996년 EU의 의견서는 경쟁규칙을 다음에 열거한 사항부터 시작하여 단계적으로 형성할 것을 제안하고 있다.¹⁹⁾

첫째, OECD 및 UNCTAD에서 진행되고 있는 무역과 경쟁에 관한 작업을 방해함이 없이 이해관계 있는 모든 가입국에게 개방되는 WTO 실무단의 탐색작업(exploratory)이 필요하다.

둘째, 가입국 각각의 국내경쟁법과 그 시행제도의 확립: 모든 WTO 가입국들은 i) 국내법에 (회사의 경쟁 제한적 합의, 우월적 지위의 남용 및 합병 등을 망라하는 기본적인 경쟁규칙을 포함시키는 것, ii) 이러한 경쟁규칙의 효과적인 시행(적절한 조사수단 및 타당한 제재)을 보장하는 국내집행구조를 가지는 것 및 iii) 사적 당사자들이 형평하고 투명하고 무차별적인 조건으로 국내 집행당국과 법원에 접근하는 것을 허용할 것 등에 대하여 공약을 한다.

셋째, 제한된 숫자의 선진국과 선발개도국들부터 (예컨대, 가격 협정 또는 출고 협정, 시장분할 카르텔, 담합입찰(bid-rigging), 집단적 거래거절(group boycotts), 수출카르텔 등의 수평적 제한에 관한 공통의 실체적 국제원칙과 규칙을 확인·채택하고, 경쟁규칙을 무역법에 편입하고, 국제적 협력 증대(이러한 협력의 증대로 인해 상업적 방어수단에 호소할 필요가 줄어들게 된다)를 통해 경쟁정책을 보다 종합적이고 효과적으로 집행한다.

넷째 소극적 예양상의 의무²⁰⁾ 및 적극적 예양상의 의무를²¹⁾ 포함하여 통지, 정보교환, 내국인 대우 및 경쟁당국간의 협력에 관한 국제적 절차

19) Ernst-Ulrich Petersmann, *op.cit.*, p.55.

20) 예컨대, 일방적인 조치를 취하기 전에 타국의 중요한 이익을 고려할 의무 등.

21) 예컨대, 어떠한 국가(조사요청국)가 자국의 중요한 이익에 불리한 영향을 미치는 반경쟁활동에 대하여 특정한 다른 국가(조사 피요청국)로 하여금 이 다른 국가의 국내 경쟁법에 근거하여 조사하여 주도록 요청하는 경우, 그 조사피요청국이 조사 요청국의 요청을 고려할 의무.

를 개발한다.

다섯째, 반경쟁적 시장접근 관행으로 영향을 받는 사적 당사자를 위한 국내적인 사법 심사를 보장하는 이외에 국제적인 경쟁규칙과 절차에 관한 분쟁에 대하여 WTO 분쟁해결메커니즘을 적용한다.

제 3 절 무역과 경쟁정책의 상호작용에 관한 WTO 실무작업단

1. 의 의

WTO는 선진국과 개발도상국 139개국(2000년 10월 12일 Oman 가입)으로 구성된 회원의 광범위성과 구속력 있는 규칙의 협상과 국가의 경제적 행위를 규율하기 위한 논의의 장이며 국제조직중 가장 독특한 위치를 차지하고 있다. 우루과이 라운드 타결과 더불어 그 규율범위가 확대되었고 분쟁해결절차가 개선되어 WTO의 중요성은 더욱 커졌다. WTO(및 종전의 GATT)는 정부의 무역왜곡행위에 주된 관심을 갖고 있었으며, 합의된 무차별원칙 및 관세 기타의 양허표에 포함된 시장접근공약을 준수하도록 회원국에 의무를 지운 광범위한 일련의 규칙들을 발전시켜왔다.

반면에 반덤핑과 같은 몇 가지 예외가 있지만, WTO 규칙은 사인의 행위에 초점을 맞추고 있지 않다. 바로 이러한 점을 고려하여 앞서 지적한 바와 같이 최근 본격적으로 WTO에서 무역과 경쟁정책의 상호작용에 관한 논의의 필요성과 방법을 제시하는 제안들이 등장하게 되었던 것이다. 더 거슬러 올라가면 과거 ITO의 설립을 Havana 현장에서 이러한 문제가 언급되어 있었으며 GATT에서도 논의가 없었던 것은 아니다.

경제와 시장의 범세계화 추세가 본격화되면서 최근 몇 년동안 WTO를 비롯하여 국제경제관계를 다루는 국제조직들이 국제적인 무역규범과 경쟁정책간의 조화점을 어떻게 찾을 것인가의 문제를 두고 검토를 진행하여 왔으며 많은 회의가 개최되어 그에 관한 방대한 문서들이 쏟아져 나왔다. 무역과 경쟁정책 문제는 후술하다시피 WTO의 뉴 라운드의 새로운 의제로 채택될 수도 있어 우리에게 갖는 시사성은 크다.

2. Havana Charter와 GATT에서의 논의

GATT체제 출범이전인 1948년 국제무역기구(International Trade Organization : ITO)의 설립을 위한 하바나 헌장(Havana Charter)은 제한적 영업관행에 관한 장을 두고 있었는데, 경쟁 또는 시장접근을 제한하거나 독점적 시장 지배를 조장하는 국제무역에 영향을 주는公私의 상업적 기업의 영업관행이, 생산 또는 무역의 확대에 유해한 효과를 갖거나 헌장 제1조에 명시된 다른 목적의 달성을 방해하는 경우에는 언제든지 이를 방지하기 위하여 적절한 조치를 취하고 협력할 회원국의 의무를 규정하고 있었다(제46조).²²⁾

그러나, 미국의 의회가 의회권한의 축소를 우려하여 ITO의 설립에 반대함으로써 ITO설립은 무산되었다.²³⁾ 이 헌장의 채택 실패후 국제연합 경제사회이사회는 1953년 제한적 상관행의 진정을 접수하고 조사하기 위한 국제기구를 설치하는 내용을 포함한 협정안을²⁴⁾ 승인하였으나 미국이 각국의 국내정책과 관행상의 차이가 너무 커서 새로운 국제기구가 실효성이 없을 것이라는 이유로 그 협정안을 거부하였다.²⁵⁾

1954년에는 GATT에서 반경쟁적 관행에 규칙의 부존재를 시정하기 위한 노력이 전개되었으나, 성과를 거두지 못하였으며 1958년 11월 GATT 체약당사국들은 국제카르텔이 세계무역의 확대와 국가의 경제발전을 저해하고 GATT의 목적을 방해할 수도 있음을 인정하였다. 즉, GATT

22) 그 밖에도 경쟁제한적 기업관행에 관한 조항들이 포함되어 있었다. 이에 따르면 가격고정, 시장분할, 차별적 대우, 생산제한, 기술개발과 응용제한, 특허·상표·저작권 남용 등이 경쟁제한적 기업관행으로 정의되었으며, 헌장의 실효성을 제고시키기 위해 분쟁해결절차에 관한 내용도 담고 있었다.

23) M. F. Scherer, *op.cit.*, pp.38-42.

24) 이 협정안은 기술계약(technology agreements)에 관한 한 가지 예외를 제외하고는 Havana Charter와 동일한 제한적 관행 목록을 포함하고 있었다. International Competition Advisory Committee to the Attorney General And Assistance Attorney General For Antitrust, *Final Report (2000)*, (이하 “Advisory Committee”라 한다) p.257.

25) 이 협정안에는 하바나 헌장과 동일한 제한적 관행 목록을 포함하고 있었다. 다만 기술계약(technology agreements)만이 예외였다. 이 협정안에 대한 상세한 내용은 F.M. Scherer, *op.cit.*, p.39.

Expert Group는 제한적 상관행(restrictive business practices)은 분쟁해결대상에서 제외되어야 한다는 것을 권고하는 보고서를 발표하였다.

이러한 정책분야에서의 컨센서스와 경험이 없었기 때문에 국제적인 제한적 상거래 관행의 처리에 관한 다자간 합의를 도출하려는 것은 비현실적이라는 것이 당시의 일반적인 인식이었다.²⁶⁾ 동년 소집된 전문가그룹의 작업은 1960년 11월 18일 하나의 결정(Decision)을 내놓고 해산하였는데, 그 결정은 “현재의 상황에서 체약당자국이 그러한 관행에 대한 어떠한 형태의 통제를 취하도록 하거나 또는 조사에 관하여 규정하는 것은 실현 불가능하다”라고 지적하고 있었다.²⁷⁾ 1960년 GATT는 분쟁의 당사자들이 제한적 상관행의 문제에 대해 서로 협의하는 것을 권고하는 결의안을 채택하였다.²⁸⁾

3. 무역과 경쟁정책에 관한 실무작업단의 설치와 활동

(1) 실무작업단의 설치

이 실무작업단은 WTO 각료회의의 결정에 따라 1996년 12월 설치되어, 반경쟁 관행을 포함한, 무역과 경쟁정책의 상호작용에 관하여 회원국들이 제기한 문제를 검토하는 임무를 수행하고 있다(Singapore Work Program). 이 실무작업단은 궁극적으로는 WTO의 틀내에서 다루어져야 할 경쟁관련 문제를 확인하는 목적을 가지고 출범하였던 것이다.²⁹⁾

2000년 2월 현재 실무작업단 공식회의가 총 10차에 걸쳐 개최되는 동안, 129개의 의견서들(그중 60개가 개도국이 제출)이 WTO 회원국들에 의하여 제출되었다. 그 밖에도 다른 국제조직, WTO사무국 및 의장이 자신들의 개별의견서를 제출하기도 하였다.³⁰⁾ 또한 1990년 이후 35개

26) GATT Resolution of November 5, 1958, 7th Supp. BISD 29(1959).

27) Carlos M. Correa, *op.cit.*, p.371.

28) GATT Resolution, BSID 28(9th Supp, 1961).

29) 이러한 것들은 경쟁정책이 그 자체만으로 외국 및 국내 모두에 이익을 가져다주는 것이 아니라 개방적이고 경쟁적인 시장을 육성하기 위한 규제개혁의 노력이 있어야 제대로 기능을 수행할 수 있다는 인식이 반영된 것이다. Advisory Committee, *op.cit.*, p.263.

30) *Ibid.*

국 이상의 선진국과 개도국들이 실제적 또는 절차적 경쟁법 규정을 개정하였다는 사실은 경쟁 정책과 법 및 그러한 정책과 법의 세계무역체제의 접목에 대한 WTO 회원국들의 관심이 고조되었음을 보여주는 것이다.

수년 동안의 국제경쟁법의 필요성에 대한 심도 있는 정치적·이론적 논의가 이루어진 끝에 또한 EU 집행위원회의 발의를³¹⁾ 받아들인, 싱가포르 WTO 각료선언은³²⁾ WTO내에서의 국제경쟁협정 가능성 타진의 첫 걸음이 되었다. 실무작업단의 위임받은 임무는 무역과 경쟁의 접점을 탐사(exploring)하는 것이다. 이러한 제한은 국제무역을 다루는 WTO의 한정된 목적과 관할권을 고려한 것이 분명하다.

(2) 싱가포르 회의에서의 논의 내용

EU가 싱가포르 각료회의의 준비과정중 제출한 제안은³³⁾ WTO 틀내에서의 경쟁에 관한 규범의 확립시킴으로써 경쟁정책의 효과적인 시행을 통해 시장을 개방시키고 외국경쟁자들이 접근할 수 있도록 한다는 전제에 입각해 있다.³⁴⁾ 다시 말해서 WTO 자체가 경쟁정책분야에서 중요한 역할을 하여야 한다는 것이다. 그러나, 실무작업단은 무역과 경쟁정책의 상호작용에 대한 “오직 연구”(only to study)를 위임받고 있을 뿐이었으며, EU 집행위원회는 실무작업단이 그러한 범위를 뛰어 넘은 업무를 수행할

31) Sir Leon Brittan & Karel Van Miert, “Towards an International Framework of Competition Rules”, *International Business Lawyer*, Vol.29 (1996),p.454.

32) Singapore Ministerial Declaration(1996년 12월 13일 채택), para.20.

33) Possible Elements of a WTO Working Programme to Explore the Feasibility of Developing an International Framework of Competition Rules in the WTO, July 8, 1996.

34) Van Miert Report는 경쟁문제에 관한 다자간 협력의 초보적인 틀의 형성을 주장하였다. Jean-François Pons도 일정한 기본적인 경쟁원칙들에 대한 존중을 보장하는 틀을 형성의 바람직하며 또는 필요성이 앞으로 일반적으로 인정을 받게 될 것이며 무역과 경쟁이 상호보완적인 관계에 있으므로 WTO가 그러한 틀을 형성하는데 가장 적합한 기구가 될 것이라고 주장하고 있다. Jean François Pons, “International Co-operations in Competition Matters- Where Are We Four Years After the Van Miert Report,”in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and the WTO Report on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd, 1999). p.202.

수 있도록 하여야 한다는 입장에 따라 Council for the Millennium Round에 제출한 제안서에 경쟁에 관한 협상이 다음과 같은 4가지에 초점을 맞추어야 한다고 제시하고 있다.³⁵⁾

첫째, 효과적인 경쟁법, 집행절차, 및 반경쟁적 관행으로 영향을 받은 당사자들의 행정적·사법적 구제절차에의 접근제도에 대한 모든 WTO 회원국들의 공약이다. WTO 회원국들은 핵심원칙(core principles)에 입각하여 국내 경쟁규칙과 구조를 채택하는데 동의할 수 있다. 이것은 제한적 기업관행 및 시장지배력의 남용에 대한 기본적인 경쟁규칙을 포함할 것이다. 물론 경쟁입법을 채택한 것만으로는 경쟁법이 효과적으로 집행되는 것은 보장하지 못한다. 또한 국내 및 외국 회사간의 무차별을 보장하지도 못한다. 따라서, 이러한 입법은 적합한 집행규정 및 기업들의 국내집행당국 및 국내법원에의 접근권이 동시에 보장되어야 한다.

둘째, 이러한 국내경쟁구조는 국제적인 차원에서 이루어지는 반경쟁적 행위의 처리에 관한 공통접근방법을 포함할 수 있다. 처음에는 국제적인 컨센서스가 쉽게 얻어질 수 있는 분야에 초점을 맞추는 것이 합리적일 것이다. 그러한 관행은 주로 수평적인 제한행위에 해당하는 것일 것이다. 그 중 가장 두드러진 것들로서는 가격과 산출량 고정, 시장분할 및 입찰담합 등이다. 자체조사·집행권을 갖는 국제적 경쟁당국의 설립은 실현 가능한 선택은 아니다.

핵심적인 경쟁규칙 또는 원칙(예컨대, 시장분할(market-sharing), 가격고정카르텔, 수출카르텔, 입찰담합(bid-rigging), 일정한 시장에서의 회사들의 우월적 지위의 남용, 수직적 제한행위, 대규모회사의 합병에 대한 승인절차) 및 절차(투명성, 내국인 대우 및 시한)를 확인하고 이러한 것들을 국제적인 차원에서 채택하기 위한 작업을 한다.

셋째 협력수단의 구성요소들도 개발시킬 수 있을 것이다. 그러한 요소들은 주로 지금까지의 경험에 토대를 두게 될 것이다. 따라서 그러한 요소들은 예컨대 극비가 아닌 정보의 교환, 통지 및 적극적·소극적 양해를 포함하여야 한다. 즉, 경쟁당국간의 협력수단(정보교환, 개개의 사건에 대한 협의, 절차 조정 등에 관한 수단을 포함)을 확립한다.

35) *Ibid.* pp.203-204.

넷째, 앞서 지적한 구속력 있는 원칙들을 어떻게 준수될 수 있도록 할 것인가에 대해서도 성찰해보아야 한다. 국가의 경쟁당국에 의해 내려진 개별사건에 대한 결정에 대해 심사하는 제도는 바람직하지 않다. 그러나 경쟁법의 세부적인 내용에 합당한 분쟁해결제도 유형을 검토하는 것이 바람직하다. 이 경우, 분쟁해결의 기본적인 기능은 국내경쟁법과 집행구조가 다자간 합의 규정에 따르도록 보장하는 수준에 그치도록 하여야 한다. 그러한 절차적 실체적 요소들을 어떻게 WTO 분쟁해결메커니즘의 적용을 받을 수 있도록 할 수 있을 것인지를 확인한다.

EU는 WTO에서 자신의 제안을 설명하면서 실무작업단의 위임업무는 오직 경쟁규칙의 국제적인 틀(international framework of competition rules)을 탐구하는 것이어야 하며 반덤핑, 우회(circumvention) 및 환율과 같은 기타 경쟁관련 문제들을 포함하여서는 아니 된다는 점을 분명히 하였다.³⁶⁾ 반면에 한국과 일본은 실무작업단의 설치에는 동의하면서도 실무작업단이 EU가 제시한 문제들 외에 무역조치(반덤핑, 보조금과 상계관세 조사·조치, 긴급수입제한조치 등)가 어떻게 보호목적을 위하여 어떻게 남용되어 수입품의 국내시장에서의 경쟁을 제한하였는가에 대해서도 탐구하여야 한다는 입장을 보였다.

사실상, WTO 실무작업단에서 가장 논란이 많았던 부분은 덤핑방지의 의제 포함여부에 관한 것이었다. 미국, EU 등은 무역정책보다는 경쟁정책에 초점을 두어 논의를 진행할 것을 주장하면서, 특히 작업단에서 덤핑방지조치에 대해 논의하는 것은 적절하지 않다고 강조하였다. 이에 대해 많은 국가들은 무역과 경쟁정책의 상호작용에 관하여 균형적이고 포괄적인 검토가 필요하다고 보고 있다. 특히, 한국, 일본, 홍콩, 싱가포르, 뉴질랜드, 노르웨이 등은 반덤핑조치를 경쟁 정책적 관점에서 검토되어야 한다고 주장하였다.

일본이 WTO에 제출한 의견서(paper)에서는, 경쟁에 관한 실무작업단의 목적은 “경쟁정책이 무역에 미치는 영향 및 무역조치가 경쟁에 미치는 영향을 연구하는 것이어야 한다”고 지적하고 있다.³⁷⁾ 홍콩은 WTO

36) Carlos M. Correa, *op.cit.*, p.377.

37) *Ibid.*, pp.377-378.

규칙의 글로벌화하는 경제차원에서의 검토를 주장하며 훨씬 광범위한 framework를 제안하였다. 홍콩은 다음을 포함하는 규칙들의 검토 필요성을 지적하였다. 즉 1)글로벌화와 현행 규칙(원산지 규칙 및 불공정한 무역에 대처하기 위한 경쟁조치에 관한 GATT 제4조를 포함)간의 상호 작용, 2)현행 무역·투자규칙과 경쟁정책의 관계 및 3)새로운 형태의 반 경쟁행위 등이다.³⁸⁾

이러한 제안들에 대한 개도국들의 반응은 신중하였다. 많은 개도국들은 그러한 제안들이 이미 과중한 국제적인 협의사항에 새로운 문제들을 추가하는 것을 의미하는 것을 생각하였던 것이다. 그리하여 1996년 4월 ASEAN Chamber of Commerce and Industry Council은 ASEAN 국가들의 국내상공회의소들의 입장을 대변하여 WTO에서 주창되고 있는 경쟁정책에 관한 우려를 표명하는 공동선언을 발표하였다. 이에 따르면 경쟁정책은 조심스럽게 다루어져야 하며, 선진국의 현행 경쟁법은 무역에 국한되어서도 아니 되고, ASEAN에 강요되어서도 아니 된다고 한다.

또한 경쟁법의 채택여부는 국내적인 문제이며 따라서 개개의 국가들이 자국의 산업구조, 소비자들을 위해 필요한 보호의 수준, 영업관행의 유형별 비용과 혜택을 고려한 후 스스로 결정하도록 일임하는 것이 최선책이다라고 하고 있다. 1996년 12월 10일 탄자니아 산업통상장관은 11개의 SADC 국가들을 대표하여 행한 연설에서 “우리는 현 단계에서 경쟁정책의 문제를 거론하는 것은 시기상조일 것이라고 생각한다”는 점을 분명히 하였다.³⁹⁾

그러나, 싱가포르 회의에서의 개도국들의 입장은 경쟁문제에 관한 연구에 대해서는 유통성을 보였으나 장래의 그에 관한 교섭에 대해서는 부정적이었다. 각료회의 본회의에서 말레이시아 통상산업부 장관은 말레이시아는 무역관련 경쟁법과 정책을 반경쟁적 관행과 무역조치의 남용과 더불어 연구하는 WTO 실무작업단에서 몇 가지 장점을 찾을 수 있었다고 말하였으나, 그러한 연구가 WTO 내에서의 다자간 협상으로까지 이어지지 아니하는 것이 중요하다는 점을 강조하였다.⁴⁰⁾

38) *Ibid.*, p.378.

39) *Ibid.*

40) *Ibid.*, p.379.

동 회의에서는 미국의 입장은 장래의 작업이 미국회사들에 대한 시장 접근을 용이하게 할 수 있는 것이 아닌 한 경쟁문제를 다루자는 제한에 대해 별 다른 열정을 보이지 않았다. 미국의 무역대표부(US Trade Representative)는 “이 문제에 관한 미국의 입장은 경쟁에 관한 작업이 공정한 가격책정과 공정한 경쟁에 관한 원칙들을 보호하는 우리의 법을 위협하지 아니할 것을 보증하는 것이다. 우리는 이제 겨우 시작한 반덤핑문제에 관한 WTO내의 작업을 중지시켜서는 아니 된다. 작업계획은 카르텔 및 미국수출업자들의 외국시장에의 접근을 방해할 수 있는 기타 사적인 반경쟁 행위의 문제에 초점을 맞추어야 한다”라고 지적하였다.

미국의 입장은 미국정부와 기업들의 일반적인 불편한 심기를 반영한 것으로 보인다.⁴¹⁾ 미국기업들의 국제시장에서의 관행에 영향을 줄 수 있는 규범들이 발전에 대한 우려 때문이라 할 것이다.⁴²⁾ 싱가포르 회의는 무역과 경쟁정책의 상호작용에 관한 실무작업단을 설치하였으나 아직까지 경쟁정책의 적용과 효과 및 경쟁정책과 무역, 투자 및 지적재산권 정책과의 관계 등에 관한 교육과정(educative process)을 수행하고 있다.⁴³⁾ 실무작업단은 그러한 교육 과정의 지속을 권고하고 있다. 이러한 논의들이 장래의 다자간 규칙에 관한 협상을 실제로 이끌어 낼 수 있을지는 대단히 불확실하다.

이상의 여러 가지 주제에 관한 의견대립으로 실무작업단은 2년간의 위임 기간내에 권고문을 채택하지 못하고 1999년까지 기간을 연장하여 두 차례의 회의를 더 개최하였다. 마지막 두 회의에서는 “내국민대우, 투명성 및 최혜국 대우 등 WTO의 기본원칙이 경쟁정책에 미치는 영향, 경쟁정책에 관한 회원국간 협력강화방안, 국제무역의 증진을 포함, WTO

41) 1996년 미국의 주요기업들은 WTO 내에서의 일정한 유럽의 기준 특히 우월적 시장지위의 남용과 관련된 기준에 대한 범세계적 승인 움직임에 대해 반대를 표명하였다. Edward Graham and J. David Richardson, *Global Competition Policy*, (Washington D.C.: Institute for International Economy, 1997), p.61.

42) Eleanor M. Fox, “Toward World Antitrust and Market Access”, *American Journal of International Law*, Vol.91(1997), pp.1-25. 참조.

43) WT/WGTCP/2, para.154.

목적달성을 위한 경쟁정책의 기여”라는 의제를 중심으로 논의가 행하여졌고 아울러 국제규범의 구체적인 형태에 관한 논의도 있었다.⁴⁴⁾

(3) 경쟁정책에 관한 WTO회원국들의 일반적 양해사항

한편 실무작업단이 매년 일반이사회(General Council)에 제출하는 연차보고서는 대단히 광범위한 쟁점들을 검토하고 있으며 많은 부분에 대해 WTO회원국간의 견해가 불일치하고 있다.⁴⁵⁾ 그러나 실무작업단의 1998년 보고서 및 경쟁정책과 관련된 WTO의 기본원칙들(내국인 대우, 최혜국대우, 투명성)의 경쟁정책과의 관련성 및 경쟁정책의 WTO 목표달성에 대한 기여 가능성에 관한 보다 집중적인 논의 내용들을 보면 다음 사항에 대한 대부분의 WTO회원국들간의 놀랄 정도의 합의가 이루어졌음을 보여주고 있다.⁴⁶⁾

첫째, 정부 또는 민간부문의 시장접근 장벽과 시장왜곡을 줄임으로써 국제적인 경쟁, 경제발전 및 규제개혁(예컨대, 아시아국가들의 금융위기에 의하여 타격을 받은 국가들의 민영화, 자본시장 감시 기타 금융부분의 개혁 등)의 촉진에 대하여 무역자유화와 경쟁정책은 상호 보완성을 가진다.⁴⁷⁾

둘째, (국내경쟁법과는 구별되는) 경쟁 옹호론과 정책은 시장개방, 경쟁문화, 경제적 효율성 및 소비자 복지를 제고시키는데 중요성을 가진다.⁴⁸⁾

셋째, (a) 수입품에 대한 시장접근에 영향을 미치는 사적인 관행(예컨대, 수입카르텔, 배타적 수직적 시장제한, 차별적 기준설정활동 등)에 의

44) WTO, Report on the Meeting of 19-20, April 1999, Trade and Competition Policy Working Group(WT/WGTCP/M/8).

45) 검토중인 쟁점사항으로서는 무역과 경쟁정책의 목적, 원칙, 범위 및 수단간의 상호관계, 반경쟁적 회사관행과 국가독점사업이 국제무역에 미치는 영향, 지적재산권의 무역관련측면 그리고 투자와 경쟁정책 등이다. 1998 WTO Report of Trade and Competition Working Group on the Interaction Between Trade and Competition Policy, Wto-Doc/WT/WGTCP/2 of 8 December 1998, (이하 “WTO Report(1998)”이라 한다).

46) Frédéric Jenny, *op.cit.*, p.44.

47) WT/WGTCP/2, paras, 19-43 참조.

48) 예컨대, WT/WGTCP/2, paras, 45, 51 및 53 참조.

해서 뿐만 아니라 (b) 여러 국가에 대하여 본질적으로 유사한 효과를 갖는(예컨대, 초국가적 카르텔, 일정한 기업합병 또는 우월적 지위의 남용) 또는 (c) 국내시장에 여러 효과를 갖는(예컨대, 수출카르텔 및 기타 일부의 기업합병) 국제시장에 영향을 주는 기업관행에 의하여 무역과 경쟁이 빈번하게 왜곡되고 있다.⁴⁹⁾

넷째, 시장접근과 경쟁에 대한 국가독점의 또는 배타적 권리(지적재산권을 포함)의 유해한 효과를 제한하기 위해서는 규제완화와 경쟁정책이 대단히 중요하다.⁵⁰⁾

다섯째, 시장을 보다 경쟁적인(contestable) 것이 되도록 하고 국내 회사의 경쟁력을 제고할 수 있는 외국인 직접투자에 대한 개방정책과 시장의 적합한 기능수행(합병이 가질 수 있는 반경쟁적 효과에 대한 검토 및 외국투자자에 의한 시장지배력의 남용 방지 등)을 보장하는 경쟁정책은 상호 보완적인 성격을 가진다.⁵¹⁾

여섯째, 수입국에서의 경쟁과 소비자 복지보다는 수입품과 경쟁하는 국내생산자를 보호하는 차별적 덤핑방지관세 등 무역보호조치는 무역과 경쟁을 왜곡시키고 복지를 감소시키는 효과를 가질 수 있다.⁵²⁾

일곱째, 경쟁법은 투명한 방법으로 또한 당사자의 국적에 근거한 차별 없이 집행되어야 하기 때문에 내국민대우, 최혜국대우 및 투명성이라는 WTO의 기본원칙들은 경쟁정책과 관련성을 가지며 또한 그 반대로 경쟁정책이 그러한 WTO의 기본원칙과 관련되어 있기도 하다.⁵³⁾

여덟째, (구체성의 정도는 떨어지지만 개괄적으로 정의된) 경쟁정책의 수많은 기본원칙들이 비록 세계적인 적용범위를 갖는 조약 형식으로 성문화되어 있지는 않지만 존재하는 것은 사실이다.⁵⁴⁾

49) WT/WGTCP/2, paras, 83-96.

50) WT/WGTCP/2, paras, 99-122.

51) WT/WGTCP/2, paras, 124-134.

52) WT/WGTCP/2, paras, 136-152.

53) WTO Secretariat note on "The Fundamental WTO Principles of National Treatment, Most-Favored-Nation Treatments and Transparency," WT/WGTCP/W114 of 14 April, 1999 참조.

54) WTO Secretariat note on "Fundamental Principles of Competition Policy", WT/WGTCP/W/127 of 7 June 1999. 참조.

아홉째, 다자간 경쟁규칙과 금융·기술 지원이 개발도상국들(중국과 같이 현재 WTO가입에 관한 협상을 하고 있는 국가들을 포함)로 하여금 국내적 또는 지역적 경쟁법(지역적 경쟁법은 소규모 개발도상국들에게 보다 적합할 것이다.)의 도입에 대한 국내의 정치적 반대 및 이들 국가 내부에서의 보호주의적 이익과 국제카르텔(예컨대, 개도국에 대한 차별적인 선적(shipping) 카르텔 등)에 대비되는 상기 경쟁법의 효과적인 집행에 대한 정치적 반대를 극복하는데 도움이 될 수 있다는 점에 대해 특히 많은 개도국들이 강조하고 있다.

(4) 실무작업단의 활동

1) 경쟁정책에 대한 정의의 부재

싱가폴 위임과 1996년 실무작업단 보고서는 경쟁정책의 개념에 대한 명확한 정의를 내리고 있지 않다. 실무작업단에서 WTO 회원국들은 어떠한 종류의 사적인 경쟁제한행위에 대해 협상을 진행하여야 할 것인가 또한 WTO의 향후의 협정에 의해 금지될 수 있을 것인가를 두고 폭넓은 논의를 하였다.⁵⁵⁾ 이러한 의미에서 경쟁정책은 경쟁제한행위에 대한 경쟁법의 지향점과 작용으로 이해할 수도 있을 것이다. 이러한 범위내에서 경쟁정책과 경쟁법간에는 실제로 아무런 차이가 없다.

그러나 경쟁정책을 경쟁법의 여러 목적들 및 그 추가되는 다른 내용까지도 포함하는 것으로 보다 넓게 이해하기도 한다. 이러한 의미에서 말한다면 국가경쟁정책은 크게 달라질 수 있다. 경쟁법은 효율성 또는 복지(efficiency or welfare)에 초점을 맞춘 접근방법을 채택할 수도 있다. 이러한 접근방법은 시카고 독점금지학과들이 주로 지지하고 있다. 경쟁법은 또한 경제적인 복지 목표 외에도 “경제적 자유”(economic freedom)에 초점을 맞춘 접근방법을 포함하거나, EU경쟁법과 같이 특히 “초국가적 시장통합”(integration of a transnational market)을 촉진하기

55) Josef Drexl, “Trade-Related Restraints of Competition - The Competition Policy Approach” in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and the WTO Report on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd, 1999), p.227.

위한 것일 수도 있다. 또한 경제적 복지 또는 소비자 복지를 정의하는데 어떠한 경제이론이 가장 적합한가의 문제도 아직 해결되었다고 말할 수 없다.⁵⁶⁾

이 연구서 제2장에서 자세히 설명한 바와 같이 경쟁정책에 대한 상이한 접근방법들은 국제경쟁법의 형성 가능성과 그 내용에 큰 영향을 미칠 수 있다. 경쟁정책이 없는 경쟁법은 존재하지 않는다고 한다면, 기본적인 경쟁정책목표에 대한 합의 없이 국제경쟁법을 확립하기 어렵다할 것이다. 각국의 경쟁정책들의 내용이 상이하다는 점은, - 경제이론의 변화에 따라 반경쟁목표를 변경시키는 탄력성에 대한 희망이 반영된 것인지는 모르지만 - WTO 회원국들이 국제경쟁법에 합의하는데 큰 방해가 될 수 있다.

경쟁법의 목표는 WTO 실무작업단 논의에서 하나의 쟁점이 되었다. 작업단 보고서는 현재의 각국의 경쟁법의 목표들은 전혀 다르다는 점을 지적하고 있다. 그러한 목표들중 대표적인 것은 소비자 보호, 경제적 효율성 촉진, 국제경쟁력 보호, 중소기업 보호 등이다.⁵⁷⁾ 미국이 제출한 보고서에 따르면 미국은 경쟁정책의 목표를 아주 짧으면서도 두드러진 말로 정의하고 있는데 “시장이 원활하게 기능할 수 있도록 보장하기 위한 것”(to ensure that markets work well)이라고 지적하고 있다.⁵⁸⁾

WTO 실무작업단의 보고서에 따르면 WTO 회원국간에는 무역정책과 경쟁정책은 국내 시장을 더욱 경쟁적으로 만들게 하고 자원의 배분을 개선시킴으로써 효율성과 소비자 복지를 촉진한다는 데 광범위한 의견일치가 형성되어 있다고 한다. 이러한 표현은 앞서 언급한 ‘효율성과 복지에 초점을 둔 접근방법’에 해당한다고 할 수 있을 것이다. 그러나 이러한 표현이 효율성과 소비자 복지의 개념을⁵⁹⁾ 어떻게 구체적으로 정의하고 평가할 것인가라는 문제에 대한 해답을 제시하고 있지는 않다.

56) *Ibid.*, p.228.

57) WTO Report(1998) of the Working Group on the Interaction Between Trade and Competition Policy, Wto-Doc/Wt/WGTCP/2 of 8 December 1998, para.48.

58) 1997년 10월 1일의 미국의 의견서, WTO-Doc.WT/WGTCP/W35. 참조.

59) WTO Report(1998), para.20. 또한 1998년 8월 14일의 미국의 의견서(Communication), WTO-Doc.WT/WGTCP/W84(여기에서는 무역과 경쟁정책의 보완성에 대해 상세히 설명하고 있다).

WTO 회원국들은 무역과 경쟁정책의 상호관계에 대해서만 관심이 집중되어 있을 뿐이고 구체적인 국제경쟁정책을 결정할 필요성이 있는가라는 중요한 문제에 대해서는 논의하지 않고 있다. 그러나, 경쟁정책의 무역관련 측면으로 그 위임범위가 제한되어 있다는 사실은 각국의 경쟁정책의 상이함이라는 문제를 어떻게 해결할 것인가를 시사해주고 있다고 할 수 있다. 즉, 향후의 WTO 경쟁법이 세계시장을 자유하고 아울러 사적 무역제한행위의 금지에 관한 현행 WTO 제협정으로 달성한 자유화 수준을 보호하는데만 기능을 발휘한다면, 굳이 각국의 경쟁정책을 조화시킬 필요도 없을 뿐만 아니라 - 각국의 목표와 상충될 수 있어 WTO 경쟁협정의 채택까지도 불가능하게 만들 수 있는 - WTO 경쟁정책을 개발할 필요도 없을 것이다.⁶⁰⁾

이러한 접근방법이 올바른 것인가에 대해서는 논란의 여지가 없을 수 있지만, 장래의 협상과 관련하여서는 국제적인 경쟁정책의 각종 목표에 관해 합의하지 않는다 할지라도 적어도 무역관련제한행위(trade-related restraints)의 구체적인 내용은 보다 명확히 확인하여야 할 필요가 있다. 이러한 전제조건이 충족되지 아니한다면 WTO 회원국들간의 국제경쟁법을 형성을 위한 논의는 사실상 무의미하다 할 것이다.⁶¹⁾

한편, 실무작업단은 무역과 투자의 관계에 대해서도 검토하고 있는데 투자정책에 대한 국제적 협력과 경쟁정책에 대한 국제협력간의 관계를 포함하여 일련의 고려해야 할 요소들을 확인하였다.⁶²⁾ WTO 일반이사회는 실무작업단의 작업에 대한 검토를 계속하고 2년후에 그 작업이 어

60) Marcia-Chiara Malaguti, "Restrictive Business Practices in International Trade and the Role of the World Trade Organization", *Journal of World Trade*, Vol.33, No.2 (1998), p.129, 127(수입품에 대한 시장접근의 제한을 금지 이상을 규정하는 국제경쟁법은 국가주권의 원칙과 충돌될 것이라고 주장하고 있다).

61) 이와 관련하여 "무역자유화가 완전한 국제독점금지법을 위해 절실히 요구되는 것이라면, 경쟁목표를 설정할 수 있는 국가주권을 보호하기 위하여 실무작업단의 위임 범위를 경쟁의 무역관련측면으로 제한한 것은 하나의 기만적인 행위에 불과한 것이 되고 말 것이다"라는 지적은 상당히 설득력이 있어 보인다. Phedon Nicolaidis, "For a World Competition Authority", *Journal of World Trade*, Vol.30, No.4(1996), pp.131-132.

62) WTO Report(1998) of the Relationships Between Trade and Investment the General Council. W7/WGTI/2.

떻게 진행되어야 할 것인지 결정하도록 되어 있다. 싱가포르 선언은 향후 어떠한 문제에 대한 WTO 다자간 협상은 그러한 협상에 WTO 회원국들간의 명백한 컨센서스 결정이 내려진 후에만 개최될 것이라는 점을 명백히 천명하고 있다.

2) 국제경쟁법의 수단의 문제에 관한 논의

실무작업단은 그 동안 국제무역과 경쟁간의 접점에 대한 논점을 명확히 하는데 성공하였으며 이러한 성공은 부분적으로는 작업단을 무역정책 전문가와 경쟁정책집행자라는 상반되는 입장을 가진 두 집단을 포함하는 구성을 하였다는 점에 기인한다.⁶³⁾ 이 작업단의 활동초기에는 경쟁정책과 무역정책간의 차이점이 크게 강조되었으나, 그 두 번째 단계에서는 이 두 가지 정책의 보완성을 찾아내는데 초점을 맞추었다. 이 단계에서는 실무작업단은 그러한 보완성을 제고하기 위하여 WTO의 틀내에서 어떠한 조치들이 취하여질 수 있을 것인가에 관한 구체적인 조건들에 대해 검토를 하기 시작하였다.

무엇보다도 이 단계에서는 선진국들보다는 개도국들(경쟁에 관한 정책이나 법률을 갖지 아니한 국가들도 포함)이 적극적으로 참여하여 많은 의견을 제시함으로써 선진국들과는 다른 새로운 시각을 제시하여 주었다는 점은 WTO차원의 논의가 더욱 활발해질 수 있는 원인이 되었다. 개도국들은 그들의 경제가 국제무역에 개방되어 있음에도 불구하고 초국가적 반경쟁적 관행의 직접적인 희생자가 된 경우가 있었기 때문에 그러한 관행을 적시할 필요가 있다는 인식을 갖고 있었던 것이다. 또한 그들은 또한 경쟁정책의 수단들이 자신들 특유의 환경에 적응되도록 할 필요가 있다는 점을 강조하였다.⁶⁴⁾

무역과 경쟁의 접점과 관련하여서는 그 논의과정에서 많은 의문과 선택의 문제가 뒤따르게 될 것이다. 물론 첫 번째 의문은 경쟁에 관한 다자간 협정이 필요한가 또는 개개의 국가에의 일임 또는 경쟁정책집행기

63) Frédéric Jenny, *op.cit.*, p.25.

64) *Ibid.*, p.26.

관이 있는 국가들의 협력만으로 문제를 해결할 수 있는가이다. 실무작업단의 주된 목적은 국제독점금지법이 필요한지의 여부 및 어떠한 경쟁제한행위가 무역과 관련되어 있는가를 논의하는 것이었다. 그럼에도 불구하고 실무작업단은 그 보고서에서 드러났듯이 그 보다 한 걸음 더 나아가 국제경쟁법의 수단에 대해서까지도 논의하였다. 이러한 수단과 관련해서는 각국 독점금지법 조화(harmonization) 접근방법과 협력(cooperation) 접근방법간에는 근본적인 차이가 있다.

협력은 확실히 필요한 것이므로 아무런 문제가 되지 않는다. 이미 존재하는 협력구조와 쌍무적 협력협정과 관련하여서는 쌍무적인 접근방법 이외에도 다자간 차원에서의 경쟁법과 정책분야에서의 협력적 접근방법이 필요하다는 의견이 제시된 바 있다.⁶⁵⁾ 그러나 협력은 상호간의 이익, 목적의 신뢰와 공통성 등과 같은 특정한 요소들에 좌우되는 것이라는 점도 아울러 지적되었다.⁶⁶⁾

협력은 합병사건에서 가장 필요한 것일 것이다.⁶⁷⁾ 보고서에서는 절차 문제만을 조화시키고 경쟁당국간의 협력을 제고할 것을 제안하고 있다.⁶⁸⁾ 국내 경쟁정책의 관점에서 볼 때, 외국경쟁당국과의 협력은 비교적 큰 문제가 되지 아니한다. 이미 미국-EU 협력협정⁶⁹⁾ 등과 같은 쌍무적 협정에는 일방 당사자에게 타방 요청당사자의 이익을 위하여 특정한 제한행위에 대한 적절한 집행조치를 취하도록 한 적극적 예방 규칙이 포함되어 있지만, 국내경쟁정책은 대부분 건드리지 않은 상태로 남아 있다.

65) Thomas Lampert, "International Co-operation among Competition Authorities", *Europäische Zeitschrift für Europarecht*, Vol.45(1999), p.107.

66) WTO Report(1998), para.92.

67) Boeing/MacDonnell-Douglas 합병사건에 대해서는 Karte Van Miert, "International Cooperation in the Field of Competition: A View From the EC", in Barry Hawk (ed.), *International Law and Policy: 1998 Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, (New York: Juris Publishing, Inc., 1999), p.17.

68) WTO Report(1998), para.93.

69) 1998년 5월 11일 체결된 Agreement between the European Communities and the Government of the United States of America Regarding the Application of their Competition Law,

그러한 집행조치는 피요청 당사자의 법에 따라 취해질 수 있을 뿐이다. 결과적으로 무역자유화를 촉진하기 위하여 국내경쟁법의 조화가 필요한가 또한 어느 정도까지 행하여져야 하는가 라는 문제는 장래의 다자간 경쟁법 협상의 성패에 대한 핵심적 요소가 될 것임에 틀림없다.⁷⁰⁾ 여러 사례에서, 보고서는 WTO 회원국들이 얼마나 민감하게 국가간의 경쟁법 조화(harmonization)문제를 생각하는가를 보여주고 있다. 싱가포르 발의 (Initiative)에서도 이미 EU 집행위원회는 국제무역에 영향을 미치는 반경쟁적인 기업관행과 관련하여 WTO 회원국들이 효과적으로 국내경쟁법을 시행한다는 공약을 할 것을 제안한 바 있다.⁷¹⁾ 이러한 제안은 실무작업단에서도 되풀이되었으며, 그러한 제안은 각국 국내경쟁법의 조화(harmonization)는 그로 인해 WTO 회원국들의 국내법의 내용이 변경될 수도 있으므로 그들은 자국의 경쟁정책을 선택할 수 있는 주권을 제한하는 것이라는 전제에 입각해 있는 것이다.

3) 반경쟁적 또는 시장배제적 관행

국제무역을 방해하는 반경쟁적 또는 시장배제적 관행의 유사한 사례들이 실무작업단의 관심을 끌었다. 1998년 실무작업단 보고서에 의하면 실무작업단은 그 회원국들이 “국내수출카르텔, 참여회사간의 국내시장을 분할하는 국제 카르텔, 병행 수입품에 대한 불합리한 방해, 수입시설에 대한 통제, 지배적 지위의 배제적 남용, 경쟁자에 대한 수직적 시장제한, 일정한 사적인 기준설정활동 및 산업계 협회(associations)에 의한 반경쟁적 관행”의 사례를 제출하였음을 밝히고 있다.⁷²⁾

WTO에 제출된 많은 의견서중의 하나는 OECD Joint Group on Trade and Competition에서 무역관련 반경쟁관행에 대해 논의하고 관련문제에 관한 회의를 개최하고 분석적인 연구를 수행하여온 OECD의 의견서였다. 여기에서는 카르텔, 표준화(standardization), 인증 제한행위(certification restrictions) 등의 수평적 협정, 배타적 거래 및 라이선싱

70) Josef Drexl, *op.cit.*, p231.

71) Sir Leon Brittan & Van Miert, *op.cit.*, pp.456-347.

72) WTO Report(1998), para.84.

협정 등과 같은 수직적 협정, 리베이트(rebate systems)를 통한 지배적 지위의 남용 및 국제합병에 대한 논의가 포함되어 있다.

OECD의 의견서에 따르면 영국의 자동차산업에서의 배타적인 거래에 관한 논쟁에 대해 확인하여주고 있다. 동 의견서에서는 경쟁정책이 국내 제조업자와 유통업자간의 배타적 협정을 충분히 저지하지 못하고 있으므로 잠재적인 자동차 수입업자들이 유통업자에 접근할 수가 없어 영국 시장에서 배제되고 있다는 주장과 시장접근에 대한 제한이 경쟁법의 불충분한 적용보다는 주로 표준, 정부규제 및 무역조치와 같은 다른 요인들에 의해 초래된 것이라는 주장이 대립하고 있음을 보여주고 있다.⁷³⁾

개별국가의 의견서도 시장접근을 제한하는 것으로 여겨지는 사례들을 규정하고 있다. EU의 의견서는⁷⁴⁾ 중요한 국제적 성격을 가진 몇 개의 카르텔을 확인하고 있다. 여기에는 1983년부터 운용되어온 유럽 시멘트 카르텔이 몇몇 EU 회원국으로 수출되는 그리이스 시멘트에 대해 대처하기 위한 연합(coalition)을 형성하였다는 점을 확인해주고 있다.⁷⁵⁾ 또한 유럽의 판지(carton board) 생산업자들이 카르텔을 형성하여 가격을 고정하고 시장을 조절하고 있으며 유럽의 철강 빔(beam) 생산업자들이 여러 회원국에서 그들간의 전통적인 거래 형태를 유지하면서 가격인상에 합의하였다.⁷⁶⁾

유럽 집행위원회는 덴마크시장에서 이동 기중기(mobile crane)를 임대해주는 단체(SCK)의 행위에 대해 이의를 제기하였다. 동 SCK는 크레인(crane) 임대사업에서 사용되는 크레인의 품질을 보증하는 인증제도(certification system)를 정착시키고 있었는데 대부분이 덴마크 회사인 SCK의 회원들은 비회원회사들의 크레인에 대해서는 인증하는 것을 거부하였는데 이러한 행위는 외국회사들이 덴마크 시장에 진입하는 것을

73) Advisory Committee, *op.cit.*, p.220.

74) Submission by the European Community and its Members, "Impact of anti-competitive Practices on trade"(“WTO에 제출된 EU 의견서”라 한다)

75) Com, CE Dec. 94/815, 1994 O.J.(L 343), TPI, T-25/95(WTO에 제출된 EU 의견서, p.5.에서 인용).

76) Com, CE Dec. 94/601, 1994 O.J.(L 243), TPI, T-295/94(WTO에 제출된 EU 의견서 p.5.에서 인용)

방지하는 효과를 가지고 있다. EU가 제시한 사례는 카르텔에만 국한되는 것은 아니다.

EU는 또한 시장진입을 방해하는 시장지배적 지위의 남용 사례들을 확인하였다. EU의 제1심법원(Court of First Instance)은 최근에 경쟁자들을 제거하여 위하여 북유럽과 콩고공화국간의 운송에 대해 낮은 가격을 책정한 일단의 시장지배적 운송회사들에 대한 사건에서 그러한 행위를 반경쟁적 행위로 판단하였다. 또한 세계 굴지의 비타민제 제조회사인 Roche사의 배타적 또는 우선적 공급 계약의 부당성을 인정하여 그러한 계약이 그 비타민제의 가장 중요한 바이어들을 Roche사와 부적절하게 묶어 놓음으로써 주요 경쟁자들의 동일 제품 공급을 방해하였다는 판결을 내린 바 있다.⁷⁷⁾

EU는 또한 독일의 아이스 크림시장에서 두 제조업자들이 어떻게 수평적 제한을 사용하였는지를 보여주고 있다. 이 사건에서는 이들은 종속된(tied) 가게에 경쟁자들이 상품을 판매하는 것을 방지하기 위하여 오직 자신들의 아이스크림 전용의 냉장상자를 무상으로 제공하였다. 그런데 이러한 제한행위는 미국법에서는 반경쟁적인 시장배제행위라기 보다는 합법적인 경쟁수단으로 여겨지고 있다.⁷⁸⁾

개별국가들도 EU 시장접근을 방해한 반경쟁적 관행을 확인하였다. 예컨대, 1995년 프랑스 독점금지당국은 31개의 민간 토목회사들이 외국 회사들의 북 프랑스의 TGV(Train à Grande Vitesse) 고속철도사업 시장진입을 막기 위해서 카르텔을 형성하여 그 시장을 공유(sharing)하였다는 결정을 하였다. 1988년 프랑스 독점금지당국은 Lilly France사가 소비자들이 사용하는 심장병 치료제를 병원에 상당한 리베이트를 제공하면서 판매함으로써 병원들이 외국경쟁자들을 포함한 심장병 치료제 공급자들로부터 물건을 구입하는 것을 방해하였다는 결론을 내린 바 있다.

캐나다는 WTO에 제출한 의견서에서 국제무역에 영향을 주는 자국 국경내에서의 반경쟁적 관행을 확인하고 있다. 그중 한가지 사례인 Interac 사건에서 어떠한 회사가 Interac network의 회원자격·참여 제한을 통하여

77) Advisory Committee, *op.cit.*, p.223.

78) *Ibid.*

캐나다에서의 요구불 예금·자동화 뱅킹用 기계의 공급을 지렛대로 사용하여 캐나다내의 공유전자통신망서비스 공급에서의 지배적 지위를 남용하였다고 기소되었다.⁷⁹⁾

캐나다 경쟁심판소는 그 시장에서의 경쟁을 개선한다는 재판상의 화해(consent order)를 받아들였다. 또한, 미국의 회사들은 외국의 회사들의 미국시장 진입을 방지하기 위하여 반경쟁적 제한을 사용하여왔다. 미국 법무부는 최근 미국의 인공치아 제조회사인 Dentsply사가 미국내에서의 인공치아 제1차 유통망에 경쟁사들이 접근하는 것을 막기 위하여 시장배제적 행위(exclusionary conduct)를 하여 왔다는 이유로 Dentsply사를 기소하였다. 이에 따르면 Dentsply사는 미국시장에서의 독점적 지위를 이용하여 두 외국제조업자를 포함하는 경쟁사의 제품을 판매하는 거래업자들에게 거래관계를 끊겠다는 위협을 하였다.⁸⁰⁾

4. 뉴 밀레니엄 라운드로서의 경쟁에 관한 논의

(1) 범세계적 경쟁규칙 협정 채택을 위한 WTO내에서의 협상에 관한 1999년 EU의 제안

1) 새로운 밀레니엄 라운드로서의 경쟁협정 채택 제안

GATT의 다자간 무역협상인 우루과이라운드를 출범시킨 1986년의 “Punta-del-Declaration”을 작성하는 동안, 개도국이 제기한 경쟁규칙에 관한 다자간 교섭의 제안들은 미국 의회와 행정부내의 보호주의적 이익집단들에 의해 좌절되었다. “무역 및 경쟁에 한 관한 WTO실무작업단”의 분석적인 작업보고서 및 WTO의 Millenium Round에서 다자간 경쟁규칙의 교섭을 위한 1999년 EU의 발의는 WTO의 모든 가입국들에 이익이 되는 세계무역제도의 경쟁지향적 개혁에 대한 논의의 계기를 마련하여 주었다.

79) *Ibid.*

80) *Ibid.*, p.223.

1999년 7월 8일, EU 집행위원회는 EU 이사회로 하여금 1999년 WTO 각료회의에서 다음과 같은 요소들에 입각한 법적 구속력 있는 WTO 경쟁협정의 채택을 위한 다자간 협상을 WTO의 새로운 Round로서 발의하도록 하는 제안을 채택하였다.⁸¹⁾ 즉, 첫째, 경쟁법의 채택⁸²⁾ 및 그 집행에⁸³⁾ 관한 핵심 원칙과 공통 규칙, 둘째, 국제무역과 투자에 중대한 영향을 미치는 반경쟁관행에 대한 공동 접근,⁸⁴⁾ 셋째, 국제적인 협력에 관한 규정,⁸⁵⁾ 넷째, 국내경쟁법과 그 집행구조가 다자간 합의된 규정에 부합되는 것이 보장되는 분쟁해결의 기본적인 기능⁸⁶⁾ 등이다. 이 상과 같이 EU의 제안은 WTO내에서의 국제적 경쟁규칙은 다양한 경쟁법과 정책 및 그러한 규칙하의 경쟁을 허용하는 것임을 전제로 하는 것이며 그러한 국제적 경쟁규칙을 통해 궁극적으로는 각국의 경쟁규칙과 정책의 수렴이 촉진될 수 있을 것이라는 원대한 구상을 가진 것이다.

2) 내용상의 특징

1999년 EU 의견서는 더 나아가 발전의 측면(development dimension)이 WTO내 다자간 경쟁규칙 검토의 핵심이 되어야 한다는 점을

81) Communication from the Commission to the Council and to the European Parliament: The EU Approach to the WTO Millenium Round, EC Commission, 8 July 1999.

82) 예컨대, 종합적인 경쟁법의 채택에 관한 공약, 부문별 배제(sectoral exclusions)에 대한 제한, 투명성 원칙 및 무차별원칙의 적용, 회사의 권리 등을 내용으로 할 것임을 밝히고 있다.

83) 예컨대, 충분한 권한을 가진 경쟁당국에 의한 적극적인 집행정책과 국내 법원에서의 사적 소송을 통한 집행의 동시 보장 등.

84) 예컨대, 경성카르텔, 수직적 제한행위 또는 사전봉쇄효과를 갖는 시장 지배적 지위의 남용에 대한 평가의 기준, 수출카르텔과 국제적인 합병에 대한 협력원칙 등.

85) 여기에는 국제적인 차원의 반경쟁관행과 관련된 통지·협의·감시 및 비밀사항이 아닌 정보의 교환에 관한 규정을 포함할 수 있을 것이며 타국을 위해 자국내에서 전개되는 반경쟁관행에 대하여 조사하여야 법적인 의무를 부과하는 것에 갈음하여 소극적 예방과 적극적 예방 개념을 도입할 수 있을 것임을 밝히고 있다.

86) 분쟁해결의 유형은 부담하여야 할 공약의 범위와 성격 및 경쟁법의 세부적인 사항에 충분히 준용될 수 있도록 할 필요성을 고려하여 보다 심도 있게 논의되어야 할 것이지만, 어떠한 경우에도 개별 국가내에서 내려진 반경쟁관련 결정에 대해 심사하는 것은 허용되지 아니할 것임을 분명히 하고 있다.

강조하였다. 또한 다자간 경쟁규칙에서는 이행 과도기와 탄력성을 고려할 필요가 있으며 그밖에도 개발도상국들이 국제적 협력모델로부터 최대한의 혜택을 얻을 수 있도록 보장하고 또한 기술지원의 확대와 효과적인 조정을 촉진하는 방법에 대해 구체적인 관심을 기울여야 한다는 것을 포함하고 있다.⁸⁷⁾

EU의 종전의 제안에서 지적되었던 몇 가지는 1999년 7월 8일의 의견서에서는 아예 언급되지 아니하거나 단정적 결론을 내리지 않은 상태로 두었다. 예컨대, 1999년 각료회의에의 제출을 위해 WTO 총회에 송부된 “EC Approach to Trade and Competition”에 관한 종전의 의견서들은⁸⁸⁾ WTO 제협정상의 경쟁과 관련된 무수한 현행 규정들에 대한 보다 수평적인 접근방법을 고려할 필요성을 강조한 반면에 1999년 7월의 의견서에서는 동 의견서에 제안된 경쟁정책의 기본적 원칙들이 무역의 보호에 관한 현행 WTO 규정(예컨대 덤핑방지규정, 긴급수입제한조치(safeguard) 규정 등)의 경쟁지향적인 개혁을 어느 정도까지 이루어 낼 수 있을 것인가에 대해서는 단정하지 않았다.

또한 단계적으로 종합적인 경쟁법과 그 효과적 집행구조를 도입하는데 대한 모든 WTO 가입국들의 공약을 채택할 필요성에 대해서도 아무런 언급을 하고 있지 않다. 이 1999년 7월 의견서는 국내경쟁법의 조화 또는 최소기준(minimum standards)에 대해서도 아무런 언급도 없이 단지 경성카르텔(hard-core cartels)에 우선 순위를 부여하는 “공통접근방법”(common approaches)을 언급하고 있을 뿐이다. 분쟁해결절차와 관련하여서도, 미국의 법무부가 제기한 우려를 감안하여 EU는 WTO 분쟁해결기구가 법원의 판결이나 기타 개별국가의 결정을 심사하여서는 아니 된다는 점을 강조하고 있다.

87) Ernst-Ulrich Petersmann, *op.cit.*, p.57.

88) “EC Approach to Trade And Competition” in WTO document WT/GC/W 191 of 2 June 1999.

(2) 뉴 밀레니엄 라운드에 대한 각국의 입장

1) 다자간 협상라운드 찬성 국가

① EU

EU는 효과적인 쌍무적 협정의 중요성을 강조하면서도, 경쟁규칙을 설정하고 그러한 규칙의 시행책임을 지우는 데 초점을 맞춘 새로운 다자간 협상라운드의 필요성을 강력히 옹호하고 있다. EU는 초기의 협상은 제한적 거래관행 및 시장지배력의 남용에 관한 규칙을 포함하고 적절하고 투명한 집행을 보장하고, 극비사항이 아닌 정보의 교환을 통한 국제협력, 통지 및 국제예양에 관한 규정을 둔 핵심원칙(core principles)을 포함하는 경쟁법을 채택하여야 한다는 입장이다.⁸⁹⁾

따라서 보다 광범위한 실체적 적용범위에 관해서는 어느 정도 시간을 두고 고려할 수 있을 것이라고 한다. 또한 EU의 제안은 이러한 경쟁규칙들에는 분쟁해결제도를 두어야 하며 초기에는 오로지 경쟁법 구조의 채택에 관한 공통 원칙 또는 규칙의 위반에 대해서만 또는 국제적인 차원에서의 반경쟁적 관행에 관한 합의된 내용을 적절하게 입법화하지 아니한 경우에 대해서만 분쟁해결의 대상이 되도록 하여야 한다는 것이다.⁹⁰⁾

이에 따르면 또한 분쟁해결은 다른 WTO 회원국의 무역 및 투자에 영향을 미치는 경우에 경쟁법을 집행하지 아니하는 유형에 대해서만 이용될 것이며 개별적인 사건은 심사대상이 되지 아니할 것이다.⁹¹⁾ 한편 유럽의 주도적인 전문가집단이 작성한 1995년의 한 보고서에서는 일반적으로 이러한 EU의 입장에 동조하면서도 분쟁해결의 적용범위를 제한하지 아니한 내용이 포함되어 있다. 이들은 다음 두 가지 면의 조치를 주장하였다. 첫째, 현재의 쌍무적 협력의 형태를 보다 심화시켜야 하며, 둘째, 공동으로 결정된 경쟁규칙에 입각한 분쟁해결절차를 포함하는 다

89) K. Mehta, The Role of Competition in a Globalized Trade Environment, Speech before the 3rd WTO Symposium on Competition Policy and the Multilateral Trading System, Geneva, (April 17, 1999).

90) Advisory Committee, *op.cit.*, p.265.

91) K.Mehta, *op.cit.*

각적 협정(plurilateral agreement)을 점진적으로 구축하여야 한다는 것이다. 이들은 국제경쟁법은 최소한의 규칙(minimum rules)으로 출발하여 그 가입국의 수를 늘려야 한다고 주장한다.

일부 경쟁관련 분야(예컨대, OECD의 권고에서도 찾아 볼 수 있는 카르텔의 금지 등)에서는 공통원칙을 다른 분야(예컨대 수직적 제한행위)에서는 ‘합리의 규칙’을 제안하였다. 동 보고서는 당국에게 상호 협의할 수 있는 충분한 시간을 부여하는 합병분야에서의 절차의 조화의 필요성을 주장하였으며 국영무역기업(state trading enterprises) 상업적 기업(commercial enterprises)과 동일한 경쟁규칙을 적용 받도록 하여야 한다는 점을 지적하였다. 또한 국제적인 차원에서 WTO가 그러한 원칙들을 분석하고 확대하고 반경쟁 관행을 등록하고 분쟁해결절차를 정하는 등의 논의의 장(forum)으로서 역할을 수행할 것을 주장하였다.⁹²⁾

② 한국, 일본, 오스트레일리아, 캐나다 등

EU의 입장은 비록 구체적인 사안에 대해서는 다소의 차이는 있지만 기본적으로 오스트레일리아, 캐나다, 일본의 지지를 얻고 있다. 예컨대, 일본은 국제적인 경쟁규칙의 확립을 지지할 뿐만 아니라 경쟁정책의 다자간 검토시에는 덤핑문제도 고려하여야 한다는 점을 강조함으로써 개발도상국들 - 특히 아시아·태평양지역의 개발도상국들과 공동전선을 펴고 있다.⁹³⁾ 캐나다도 WTO에서의 건전한 다자간 경쟁규칙의 확립을 위한 작업을 시작하여야 하며 그 핵심골격은 OECD에서 이미 작업하고 있음을 지적하였다.

예컨대, 캐나다 경쟁국(Canadian Competition Bureau)의 Konrad von Finckenstein은 지배적 지위의 남용, 경쟁법의 핵심원칙과 최소한의 내용 및 독점금지법의 적용에 대한 공통접근방법으로 포함하여 몇 가지 분야에서의 OECD내에서의 컨센서스를 공식화하여 다각적 협정(plurilateral agreement)형식으로 반영하되, 가입국들로 하여금 자

92) European Commission, Report of the Group of Experts: Competition Policy in the New Trade Order: Strengthening International Cooperation and Rules(July 1995).

93) Communication from Japan, Preparations for the 1999 Ministerial Conference, Trade and Competition, WT/GC/W/308 (August 25, 1999).

신의 관할 및 법적 전통에 따라 이러한 최소한의 약속을 시행하도록 보장하기 위한 분쟁해결메커니즘을 검비하도록 하여야 한다고 제안하였다.⁹⁴⁾ 또 다른 캐나다 관리도 보다 최근에 캐나다 정부는 가입국이 한 경쟁법을 선택할 의무 및 국내경쟁당국의 권한을 존중하는 분쟁해결을 위한 새로운 선택(options)에 관한 규정을 포함하는 WTO체제내의 기본협정/framework agreement)의 채택을 지지하고 있다는 점을 밝혔다.

캐나다 경쟁당국의 책임자인 Allan Fels는 미국의 Advisory Committee to the Attorney General and Assistant Attorney General for Antitrust에서의 증언에서, “WTO와 OECD가 논의의 장(forum)으로 이용되어야 하며 장기적으로는 WTO가 무역과 경쟁정책의 접점에서 주도적인 역할을 하게 될 것이며 이렇게 되는 경우, 경쟁정책의 제원칙이 WTO의 작업을 지배하여야 한다”는 주장을 하였다.⁹⁵⁾

그 외에도 WTO에서의 경쟁정책에 대한 논의와 그 국제규범화에 찬성하는 국가들이 적지 않다. 한국이 WTO에 제출한 의견서는 분쟁해결메커니즘을 포함하는 경쟁정책에 핵심원칙과 규칙의 개발에 대해 지지를 하고 각회원국의 경제발전수준, 일정한 의무의 면제, 적용면제(waivers), 유보 및 기술적 지원에 따른 공 규칙 적용의 유예기간 설정을 제안하였다.⁹⁶⁾ 노르웨이도 과도기적 협정(transitional arrangements)과 기술적 지원을 통해 발전단계가 다른 각 회원국들의 특별한 필요를 정당하게 고려하여 WTO 다자간 경쟁규칙을 만들자는 제안을 하였다.⁹⁷⁾ 그 밖에도 베네주엘라⁹⁸⁾, 터어키⁹⁹⁾ 등도 이와 유사한 내용의 의견서를 제

94) Advisory Committee, *op.cit.*, p.267.

95) *Ibid.*

96) Communication from Korea, Preparations for the 1999 Ministerial Conference, Trade and Competition WTO, WT/GC/W298(August 6, 1999).

97) Communication from Norway, Preparations for the 1999 Ministerial Conference, Competition, WTO, WT/GC/W310(September 7, 1999).

98) 제안된 규칙내용을 더 이상 가다듬지 말고 다자간 경쟁규칙을 완성시킬 것을 제안하였다. Communication from Venezuela, Preparations for the 1999 Ministerial Conference, Proposals Regarding the GATS Agreement(Paragraph 9(a)(ii) of the Geneva Ministerial Declaration), WT/HGC/W/281(August 6, 1999).

99) 터어키는 “경쟁정책에 관한 다자간 접근이 WTO의 목적을 달성하는데 도움이 될 것”이라는 데 동의하고 “장래의 작업은 그 문제에 대한 공통의 양해에 도달하기 위한

출하였다.¹⁰⁰⁾

2) 다자간 협상라운드 반대국가

① 미 국

EU Commission의 이러한 입장에 대해 비판이 없는 것은 아니다. 미국은 항상 EU의 그러한 제안을 회의적으로 보고 있다. 자신의 영토의 적 관할권을 양보하여야 할 수도 있음을 경계하고 그러한 제안이 반덤핑에 관한 협상의 재개를 초래할 수도 있도록 우려를 하고 있는 것이다. 또한 WTO의 일부 아시아 회원국들은 경쟁에 관한 협상을 반덤핑과 연계시키고자 하는 것(일본, 한국의 입장은 이 점에 대해서는 솔직한 입장을 표명하지는 않고 있지만)에 대해서도 대단히 경계하고 있다.

미국은 WTO 실무작업단의 검토작업을 적극적으로 지지하면서 미국은 WTO가 경쟁정책에 관한 규칙 또는 기본틀에 관한 협상의 장으로서의 역할을 하는 것에 대해서는 신중한 입장을 보이고 있다.¹⁰¹⁾ Klein 독점금지 담당 차관보는 기회 있을 때마다 미국은 당분간 오스트레일리아, 캐나다 및 EU 등과 체결과 쌍무적 협력협정에 보다 실제적인 가치를 두고 있다는 점을 밝힌 바 있다. 이러한 쌍무적 협정의 네트워크는 OECD, WTO, 다른 지역적·일반적 국제조직 등에서의 새로운 제도와 논의와 더불어 미국의 국제독점금지정책의 핵심적 요소가 되어 왔다.

Klein은 WTO가 경쟁정책분야에 관여하는 것에 대해 몇 가지 우려를 표명한 바 있다. 그는 “미국의 경험은 「국제경쟁정책의 중요한 구성요소는 국내 또는 지역적 경쟁법의 집행에 있어서의 협력이다. 필요한 것은

검토에 초점이 맞추어져야 할 것”이라고 권고하고 “경쟁규칙에 관한 다자간 틀 (framework)은 과도기(transitional period)에 관한 규정을 두어 발전단계가 다른 회원국들이 각각 공약(commitments)을 제출하는 것을 허용하여야 할 것”이라고 지적하였다. Communication from Turkey, Preparations for the 1999 Ministerial Conference: Competition Policy, WT/GC/W/250(July 13, 1999).

100) 브라질도 무역과 경쟁정책에 관한 실무작업단에서 경쟁법이 무역자유화 과정에 대한 보완적 기능을 한다는 입장에 따라 경쟁법에 관한 WTO의 협상에 찬성하고 있다. Ernst-Ulrich Petersmann, *op.cit.*, p.63.

101) Advisory Committee, *op.cit.*, p.265.

공유하고 있는 경험의 토대위에 형성되는 건전한 독점금지 집행의 문화, 쌍무적 협력 및 이러한 정책을 시작한 지 얼마 되지 않는 시작한 국가들에 대한 기술적 지원이이다」는 점을 보여주고 있다” 라고 지적하였다.¹⁰²⁾

그의 입장은 국제사회가 아직은 어떠한 핵심적인 무역과 경쟁 문제들에 대한 컨센서스가 과연 이루어질 수 있을 것인가의 문제는 차치하고서라도 그에 관한 법적인 구속력 있는 국제협정으로부터 어떠한 것을 얻어낼 수 있을 것인가에 대해 정확히 알지 못한다는 것이다. 더구나 WTO가 실제 독점금지문제에 적합한 지의 여부도 불분명하여 각국 정부에 의한 독점금지조치에 대한 WTO의 감독을 인정한다면, 복잡한 증거확인이 필요한 경우가 대부분이 독점금지사건에서 정확한 판단을 내리지 못함으로써 불가피하게 국제독점금지문제를 정치쟁점화 하여 독점금지결정의 경제적 합리성 또는 법적 중립성을 개선하는 역할을 전혀 할 수 없을 것이라고 지적하고 있다.¹⁰³⁾

미국의 기업계와 노동계의 견해도 WTO에서의 경쟁정책 협상은 불필요하고 잠재적으로 비생산적이라는 입장을 취하고 있다. 특히 기업원탁회의(Business Roundtable)는 경쟁정책에 관한 국제적인 컨센서스가 부재인 상태에서 그에 관한 협상이 진행되어서는 아니 되며, 과연 WTO가 경쟁정책문제를 다룰 수 있는 권능이 있는지 심히 의심스러우며, 또한 개발도상국들이 WTO 반덤핑코드(Antidumping Code)에 반영된 다자간 균형을 뒤집기 위해 그러한 협상을 이용할 것이라고 지적하고, 아울러 각국 정부가 경쟁정책문제 수립하는 것을 지원하고 정보의 교환센터(information clearinghouse)로서 기능을 하고 또한 기술적인 지원을 제공하는 것이 WTO의 보다 적절한 역할이라고 꼬집었다.¹⁰⁴⁾

102) *Ibid.*

103) Joel Klein Assistant Attorney General For Antitrust, U.S. Department of Justice, A Reality Check on Antitrust Rules in the World Trade Organization, And a Practical Way Forward on International Antitrust, Address before the OECD Conference on Trade and Competition(June 30, 1999).

104) Advisory Committee, *op.cit.*, p.268.

미국의 국제기업평의회(Council for International Business) 및 국제상업회의소(the International Chamber of Commerce)도 WTO에서 경쟁 원칙 또는 규칙에 관한 국제협정의 채택을 위한 논의할 수 있는 기반이 아직 형성되어 있지 아니하며 따라서 경쟁정책을 지배하는 새로운 국제적 규칙과 이에 따른 분쟁해결메커니즘에 관한 WTO 실무작업단의 검토는 시기상조라고 지적하였다.¹⁰⁵⁾ AFL-CIO의 대표도 경쟁정책에 대한 국제적인 컨센서스는 존재하지 아니하며 각국의 경쟁정책간의 괴리도 너무 커서 그러한 규칙의 준수를 기대하기 어렵다고 주장하였다.

② 개발도상국

일부 개도국들은 경쟁정책에 대한 교섭의 필요성에 대해 회의적이다. 예컨대, African Group을 대표하여 케냐는 극히 일부의 아프리카 국가들만이 경쟁법과 정책 또는 효과적인 집행기관을 가지고 있음을 지적하였다. 아프리카 그룹은 실무작업단이 개도국에 대한 기술이전과 더불어 교육, 조사, 분석작업을 하는 것에 대해서는 찬성하였다.¹⁰⁶⁾

케냐는 다자간 무역제도에 경쟁정책을 포함시킨다면 선진국 기업과의 경쟁에서 개도국의 기업이 살아남을 수 없으며 따라서 다자간 경쟁제도는 불공정 무역관행을 억제하는데 목적을 둔 다국적 기업에 대한 행동규범(code of conduct)으로 구성되어야 한다는 제안을 하였다.¹⁰⁷⁾ 남아프리카 공화국도 차기의 협상라운드 준비와 관련하여 개발도상국의 요구들을 고려할 철저한 교육적인 과정이 필요함으로 제안하고 공식적인 협상을 위한 준비를 철저하게 하기 위해서는 이러한 예비협상 과정이 약 2년 정도 필요하다고 지적하였다.¹⁰⁸⁾

105) *Ibid.*, p.269.

106) Communication from Kenya on behalf of the African Group, Preparations for the 1999 Ministerial Conference, The International Between Trade and Competition Policy, WT/GC/W300, August 6, 1999.

107) Communication from Kenya, Preparations for the 1999 Ministerial Conference, Contribution to the Preparatory Process, WT/GC/W/233, July 5, 1999, p.9.

108) Communication from the Republic of South Africa, WT/WGTCP/W138, October, 11, 1999, p.2, 4.

제 4 절 OECD에서의 무역정책과 경쟁정책에 관한 논의

1. 1996년 무역위원회와 경쟁법·정책위원회의 합동보고서

OECD에서는 1991년 경쟁정책을 1990년대의 새로운 통상이유로 선정한 이후 무역과 경제정책에 대한 여러 가지 논의를 진행하여 왔다. 논의가 이루어지지 시작한 1990년대 초에는 무역정책과 경쟁정책이 상호작용을 일으키는 각 분야의 관련 쟁점들을 발굴하는 한편, 양 정책들의 관계에서 발생할 수 있는 실증적인 사례를 수입하는 일에 주력하였다.

또한 무역위원회와 경쟁법·정책위원회(the Competition Law and Policy Committee : CLP)¹⁰⁹⁾는 여러 차례 합동의회를 가지면서 무역정책과 경쟁정책의 목표가 상호 긴밀한 관련성을 가지고 있음을 규명하는데 많은 관심과 노력을 기울였으며, 1996년 4월 합동보고서를 채택하고 기업들의 반경쟁적인 영업관행과 정부의 반경쟁적인 각종 무역관련 조치 및 각국 정부의 상이한 규제조치들이 경쟁적인 시장의 조성과 공정한 시장접근을 저해하는 요인이라고 지적하였다.

그리고 양 위원회는 이러한 요인을 제거하기 위한 노력을 각국 정부가 실시해야 한다고 강조하였다. 이러한 논의를 더욱 구체화하기 위해 무역과 경쟁정책 공동작업단(the Joint Group on Trade and Competition)이 1996년 5월 설치되었다.

한편, OECD는 회원국들로 하여금 1995년 Recommendation on Co-operation between Antitrust Authorities 및 1998 Recommendation on Co-operation against Hard-core Cartels)에 따라 다른 주요 무역상대국과의 쌍무적 협력을 강화하도록 권고하였다. 전자는 1986년 최초로 공표되고 1995년 수정되었으며 독점금지분야에서의 OECD 회원국간의 협력에 기본적인 틀을 명시하고 있다. 이 권고는 상대방의 이익에 영향을 미치는 사건의 상호 통지, 정보의 교환, 집행조치

109) 1987년 이전에는 Committee of Experts on Restrictive Business Policy Practices라고 불리워졌다.

의 수행시의 협의·조정·상호지원, 상대방의 입장에 대한 고려 등을 규정함으로써 회원국간의 협력강화를 장려하고 있다.¹¹⁰⁾

2. 경쟁법·정책위원회의 구성

OECD에서 경쟁정책에 관한 논의는 경쟁법·정책위원회(CLP)를 중심으로 이루어지고 있다. CLP는 3개의 작업단(working party)으로 구성되어 있다. 제1작업단은 경쟁과 무역에 대한 논의를 하고 있다. 1996년 OECD 각료들에 의해 CLP와 무역위원회를 주축으로 무역과 경쟁 공동작업단이 구성되었으며 이 작업단은 위임(mandate) 받은 기간동안 제1작업단의 작업을 대체하게 되었다. 무역과 경쟁 공동작업단은 1998년까지 무역과 경쟁의 상호작용에 관한 연구를 하였으며 1998년 작업기간이 2년 연장되어 2000년까지 지속될 예정이다.¹¹¹⁾

제2 작업단은 공항서비스의 규제개혁방안 및 OECD 규제개혁작업 관련 후속조치 논의, 항공기 이·착륙 시간대 배분 및 지상조업서비스 분야에서의 경쟁도입방안, 철도 분야 규제개혁방안 및 통신분야 규제개혁 논의, 방송분야의 규제와 경쟁관련 논의 등을 진행하고 있다. 제3작업단은 합병전 통보제도의 표준화 방안 검토, 국제카르텔 협정 체결을 위한 협력방안 논의, OECD 경성카르텔 금지권고안 관련 논의, 적극적 예양(positive comity) 등에 관한 주로 논의하고 있다.

CLP는 29개 OECD회원국들의 경쟁집행당국 대표들로 구성되어 있으며 경쟁정책당국과 관리들간의 공통의 양해와 협력을 촉진하는데 주된 목적을 두고 있다.¹¹²⁾ CLP는 집행관리들이 회합하고 경쟁문제를 논의

110) 이와 관련하여 이러한 권고안에 따라 우리 나라도 쌍무적인 협력관계를 설정하기 위해 독점금지 집행에 관한 협력협정을 체결하여야 할 것인가의 문제에 대해서 생각해 볼 필요가 있다. 한편, Jean-François Pons는 이러한 OECD 권고에 따라 EU 집행위원회가 EU 주요 무역상대국의 경쟁당국과의 협력하기 위하여 노력하여야 하며 더 나아가 쌍무적인 협정을 체결하여야 한다고 주장하고 있다. Jean-François Pons, *op.cit.*, p.201. 또한 후술하다 시피 미국도 미국의 쌍무적인 협력 협정 체결이 OECD의 권고에 따른 것임을 강조하고 있다.

111) OECD, Mandate of the Joint Group, Note by the Secretariat, Joint Group on Trade and Competition(COM/DAFFE/CLP/TD(98)24).

112) <<http://www.oecd.org/daf/clp/CMMTE.htm>>

하는 하나의 場으로서 실제적인 경쟁법과 정책의 분석하는데 중점을 두고 있다. OECD는 법적 구속력이 없는 권고안을 작성하기도 하는데 1998년 경성카르텔에 관한 권고와 1995년의 경쟁당국간의 국제적 협력에 관한 권고안 등이 대표적이다.¹¹³⁾

3. 무역과 경쟁정책 공동작업단의 의제와 회의의 경과

(1) 의 제

WTO 실무작업단과 마찬가지로 OECD 무역과 공동작업단도 회원국의 무역정책입안자들과 경쟁법 집행관리들이 회합하여 무역과 경쟁정책 모두에 영향을 미치는 제반문제들(즉, 무역과 경쟁정책의 접점(interface))에 관한 회원국간의 공통이해를 증진시키는 토론의 장으로서의 기능을 수행하고 있다.¹¹⁴⁾ 또한 공동작업단은 무역과 경쟁정책간의 조화를 달성하기 위해 노력하고 경쟁규범을 국제무역체제에 통합시키는 역할을 하고자 한다.¹¹⁵⁾

공동작업단이 회원국의 현행 경쟁법상의 법령상의 적용예외 사유(exceptions)와 적용배제사유(exclusions)를 검토한 일련의 보고서도 있으며 무역과 경쟁정책 양자 모두에 영향을 미치는 다양한 문제들을 다룬

113) 1995년 Revised Recommendation of the Council Concerning Co-operation Between Member Countries on Anticompetitive Practices Affecting International Trade는 OECD의 이 분야에서의 일련의 권고안들중 가장 최근의 것이다. 이 권고안은 ① 자신과 이해관계가 다른 회원국이 자국의 독점금지법 집행에 의하여 영향을 받을 수 있는지 확인할 수 있도록 하기 위한 회원국간의 통지절차(notification process), ② 적극적 예방 원칙의 시행, ③ OECD의 권고안에 의거한 다른 국가의 적법한 이익의 고려, ④ 비밀정보의 - 가능한 경우 - 교환 등의 방법에 의한 회원국들간의 경쟁법 집행에 관한 협력 ⑤ 모든 관련회원국들이 요청하고 동의한 경우에는 회원국간의 분쟁 조정(conciliation)에 관한 관한 규정을 포함하고 있다.

114) Advisory Committee, *op.cit.*, p.259.

115) 공동작업단에서의 작업흐름을 보면 주로 선정된 주제에 대해 사무국이 간단한 재정 보고서를 작성하고 때로는 회원국을 상대로 설문지를 배포, 회원국들의 의견을 수렴한 다음 수 차례의 회의를 통하여 수정을 거친 후 최종 문서를 발효한다. 정책적으로 중요한 어떠한 결론이 도출되고 이에 대한 충분한 동의가 있으면, OECD의 권고로 발전될 수 있다. 작업단에서의 논의는 아직 권고의 상태에 이르지 못한 것이고, 다만 그 동안의 논의결과를 공동작업단의 위임기간이 만료되는 2000년 자료회의에서 보고하기로 되어있다.

일련의 보고서도 있다. 후자에는 개념상의 문제, 수직적 제한행위, 무역과 통상정책의 양립가능한 내용과 양립불가능한 내용 그리고 국제협정에서의 경쟁관련 요소 등에 관한 내용을 포함하고 있다.¹¹⁶⁾

OECD가 작성을 위탁한 중요한 보고서(1996 Haw Report)는 OECD의 10개 회원국에서 경쟁법이 적용되지 아니하는 중요 분야를 지적하고 있는데 여기에는 고용관련 활동, 농업, 에너지와 공익설비(utilities), 우편서비스, 운송, 통신, 방위, 금융서비스 및 미디어와 출판 등이 포함되어 있다.¹¹⁷⁾

이러한 독점금지법상의 예외사유와 제외사유에 대해 많은 국가들이 집착하고 있음은 1998년의 OECD Recommendation on Hardcore Cartels에서도 반영되어 있다. 동 권고안은 경성카르텔에 대한 집행조치 협력에 관한 OECD회원국들의 중요한 선언을 담고 있다고 할 수 있는데 “회원국의 법의 적용범위로부터 직접 또는 간접으로 제외되어 있거나 자국법에 의하여 허가된” 약정에 대해서는 그대로 인정하고 있다.¹¹⁸⁾

특히 공동작업단은 경쟁과 관련된 향후 WTO에서의 논의의 기초를 제공할 것을 위임받고 구체적으로는¹¹⁹⁾ 즉, 1)시장접근과 관련된 경쟁정책(경쟁법의 집행과 적용범위를 포함)¹²⁰⁾, 2)무역과 경쟁정책의 조화를 위한 국제협력 수단¹²¹⁾, 3)무역정책 및 무역조치들이 경쟁에 미치는 영

116) Advisory Committee, *op.cit.*, p.259.

117) *Ibid.*, p.207.

118) 1998 OECD Recommendation in Hardcore Cartels, (I)(A)(2) (b).

119) OECD, Strengthening the Coherence Between Trade and Competition Politics, Committee on Competition Law and Policy and Trade Committee Joint Report, (COM/DAFFE/CLP/TD(96)14/Final).

120) 경쟁정책의 적용범위, 집행절차, 및 실체적인 기준(substantive criteria) 등 3가지 측면에서 시장접근에 미치는 영향에 대한 심층분석을 한다. 첫째, 적용범위는 특히 수출입부문에서의 카르텔 허용문제, 공기업에 대한 경쟁정책 적용문제와 관련되어 있다. 둘째, 집행절차와 관련하여서는 경쟁정책의 집행이 불완전하여 시장접근이 방해받는 경우 및 집행절차의 흠결로 인해 반경쟁적인 행위를 법적으로 방지하지 못하는 경우 등에 대한 사례를 분석한다. 셋째, 경쟁정책에서 사용하는 여러 가지 기준이나 개념, 예컨대, 시장에 대한 정의, 수입품에 의한 효율성 향상 및 무역정책에서 사용하는 기준이나 개념, 즉 제품의 정의, 시장접근 내국인 대우 등의 차이점을 분석한다.

121) 자발적 수렴, 양자 및 다자간 협정 그리고 경쟁정책에 대한 국제분쟁해결기구에 대하여 논의.

향,¹²²⁾ 4)규제가 시장접근과 경쟁에 미치는 영향¹²³⁾ 등을 다음의 의제들을 논의하기로 합의하였다.

(2) 회의의 경과

공동작업단은 이상의 주제를 가지고 지금까지 99년까지 11차례 회의를 개최하였는데, 그 주요 내용들은 다음과 같다. 제1차 회의(96.7.8.)에서는 공동작업단에서의 논의 주제를 선정하기 위한 토론을 하였다.¹²⁴⁾ 제2차 회의(96. 10. 25.)에서는 경쟁법 적용의 예외와 경쟁법상 외국기업의 권리에 대한 논의를 위한 준비를 하고, 경쟁법의 실제집행과 관련된 가상적인 사례(미국 보고서)에 대해 논의하고 논의 주제의 구체화를 위한 토론을 하였다. 제3차 회의(97. 2. 14.)에서는 논의 주제에 대해 합의하였다.¹²⁵⁾

122) WTO에서 허용하는 무역조치에 해당하는 경우에도 이러한 조치들이 경쟁과 시장 접근에 미치는 영향을 재검토한다. 여기에서는 수입에 대한 국경에서의 조치(border measure), 경쟁을 제한하는 무역정책, 수출입 카르텔과 관련된 무역조치, 경쟁정책 적용제외 부문 등에 대해 논의.

123) 불필요한 규제들에 의해 시장접근과 경쟁이 제한되는 경우에 대한 검토 특히 경쟁환경에 급격히 변화하고 있는 자연독점 부문에 대한 규제가 경쟁을 제한하는 경우에 대한 검토.

124) 제1차 공동작업단 회의에서 회원국들은 OECD에서의 논의는 다른 국제기구에서의 논의와 중복되는 것을 피하고 주로 분석적인 작업에 초점을 맞춘다는 데 합의하였다. 또한 반경쟁적인 관행은 경쟁뿐만 아니라 시장접근도 방해할 수 있으며, 무역정책수단은 효과적인 시장접근을 방해할 뿐만 아니라 경쟁과정을 방해할 수 있으며 다양한 규제들은 시장접근과 경쟁과정 모두를 위축시킬 수 있다는 점을 반영하여 주제들에 대한 논의가 진행되어야 할 것이라는 결론을 내렸다.

125) 제3차 회의까지는 주로 논의 주제를 구체화하는데 주력하였는 바, 이에 따라 선정된 주제는 다음과 같다. 1) 경쟁정책의 적용제외 및 면제 2) 경쟁법상 외국기업의 권리 3) 특정거래관행이 경쟁에 미치는 영향분석(수직적 거래제한, 수평적 담합, 시장지배적 지위의 남용, 합병 등), 4) 경쟁정책 관련 양자협정(적극적 예방과 정보공유), 5) 지역내 무역, 지역협정과 현행(별도의 논의없이 새롭게 체결되는 지역협정에 대한 정보의 입수·분석), 6) 무역과 경쟁원칙의 조화를 위한 국제적 대안(핵심원칙과 최소 규범, 양자적 접근과 다자적 접근), 7) 무역정책과 경쟁정책의 상호작용(무역정책과 경쟁정책간의 공통점과 상이점, 경쟁정책과 관련된 WTO 규정, 무역정책과 경쟁정책의 상호보완성), 8) 무역정책이 경쟁에 미치는 영향에 대한 참고문헌 리스트 작성, 9) 공기업, 정부 주도행위에 대한 경쟁정책 적용, 10) 규제가 경쟁에 미치는 영향 등이다. 이 중에서 지역협정과 경쟁정책 집행에 관한 문제는 1994년 OECD에서 이미 논의되었기 때문에 별도의 논의없이 동향 파악만 하기로 하였다. 또한 규제

제4차 회의(97. 6. 20.)에서는 수직적 제한 및 14개 국가의 설문답변서에 근거하여 경쟁법상의 외국기업의 권리에 대해 논의하였다. 제5차 회의(97. 10. 22.)에서는 외국기업의 권리에 대한 설문조사에 대한 논의를 계속하고 무역정책과 경쟁정책의 일관성 증진을 위한 국제적 대안 및 수직적 제한이 시장접근에 미치는 반경쟁적 효과여부에 대하여 논의하였다. 제6차 회의(98. 2. 18.)에서는 무역정책과 경쟁정책의 일관성 증진을 위한 국제적 대안에 대해 논의를 계속하였는 바, 여기에서는 경쟁법과 집행정책간의 일치여부 검토, 연례보고서 등을 통한 상호검토, 양자협력 강화, 다자간 협정(multilateral) 또는 다각적(plurilateral) 협정 체결방안 등이 주요 주제였다. 또한 외국기업에 대한 내국인대우와 최혜국대우 및 무역정책과 경쟁정책의 공통점과 상이점에 대해서도 논의하였다.

제7차 회의(98. 6. 10.)에서는 기업 및 산업 자문위원회(Business and Industry Advisory Committee : BIAC)와 협의를 통하여 외국기업에 대한 투명성 제고 방안, 자료제출로 인한 기업비밀유출의 부당성 등에 대해 논의하고 경쟁법상 외국기업의 권리에 대하여 BIAC가 설문조사를 실시하기로 합의하였다. 또한 수직적 제한에 대한 사무국의 수정보고서를 검토하고 경성카르텔에 관한 OECD 권고에 대하여 논의하고 아울러 무역과 경쟁정책의 공통점과 상이점에 관한 사무국의 수정보고서를 검토하였는바 여기에서는 반덤핑, 지적 재산권문제 등이 포함되어 있었다. 제8차 회의(98. 10. 28.)에서는 국제경쟁정책 규범의 핵심원리와 최소기준, 양자 협정 및 다자간 협정의 장단점, 경쟁정책관점에서 본 반덤핑조치 등에 대한 논의가 이루어졌다.

제9차 회의(99. 2. 18.)에서는 공기업 등 특별한 권한을 가진 기업에 대한 WTO 규범 및 경쟁규범 적용, WTO 기간통신사업 협정의 경쟁정책적 시사점 등에 대하여 논의하였다. 제10차 회의(99.5.4.)에서는 다

가 경쟁에 미치는 영향에 대해서는 아직 심도 있는 논의가 이루어지지 못하였다 경쟁정책의 적용제외 및 면제 및 공기업 등과 같이 특별한 권한을 가진 기업이나 정부 주도하에 이루어진 민간기업의 행위에 대한 경쟁정책의 적용 등에 대해서는 사무국이 보고서를 작성하였으나 다른 주제에 비해 그다지 많은 논의가 이루어지지 않았다. 윤미경, 김종근, 나영숙, 무역과 경쟁정책에 관한 OECD 논의와 한국경제에 대한 시사점(대외경제정책연구원, 1999) pp.18-20.

자간 경쟁규범 제정 필요성, 합병심사가 시장진입에 미치는 영향, 국제 경쟁정책규범의 핵심원리와 최소기준 등에 대해 논의하였다. 제11차 회의(99.10.19.)에서는 경쟁정책 관련 양자협정과 WTO 무차별원칙 적용 문제, 공기업 등 특별한 권한을 가진 기업에 대한 WTO 규범 및 경쟁규범 적용문제 등이 논의되었다.

(3) 회의에서의 주요 주제

공동작업단에서 가장 많이 논의된 주제중에는 “수직적 거래제한과 시장 접근” 및 “무역과 경쟁정책의 상이점”에 따른 문제(구체적으로는 반덤핑 문제)가 포함되어 있는데 기본적으로는 미국과 일본의 통상마찰을 반영하고 있다. 반덤핑에 대한 미국의 반응은 대단히 민감하여 OECD 회의록에는 “반덤핑”이라는 용어 사용을 피하고 무역조치 또는 무역정책 등 추상적인 개념을 사용하고 있다.

또한 미국은 코닥-후지 사건에서 잘 드러났듯이 일본의 불투명한 수직적 거래제한이 시장접근을 방해한다는 불만을 가지고 있는 반면, 일본은 반덤핑조치의 반경쟁적 측면이 명백함에도 불구하고 미국이 이를 자국의 대외 무역이익을 극대화하기 위해 남용하고 있다고 주장하고 있다.

공동작업단의 수직적 거래와 관련된 논의에서는 수직적 제한은 경쟁을 증진시키거나 감축시키는 두 가지 측면이 모두 있다는 점이 부각되었다. 경쟁증진적 요소로는 상호협력, 무임승차(free-riding) 감소, 서비스의 품질 보장, 시장진입용이, 위험분산 등을 들고 있고 경쟁축소적 요소로는 동일 상품의 경쟁감소, 상품간 경쟁감소, 시장진입장벽, 경쟁자 비용증가 등을 들 수 있다. 반덤핑문제에 대해서는 회원국간 이견이 해소되지 아니한 상태에서 일반적으로 무역조치나 경쟁정책의 집행이 상호간에 방해가 되지 않는다는 미온적인 결론을 내리고 있다.

공동작업단에서 중요하게 다루어진 주제중의 하나는 경쟁법 적용에 있어서 외국기업의 권리문제이다. 외국기업의 권리에 관한 문제는 국내기업의 관행으로 외국기업이 시장접근에 제한을 받는 경우, 국내경쟁법에 따른 구제절차 문의방법과 국가차원의 법적 구제방법 연구에 중점을 두었다.

구체적으로는 불공정거래행위와 관련된 외국기업의 신고인 적격여부, 불공정 거래사건에 대한 외국기업의 원고적격 여부, 외국기업의 신고사건에 대한 경쟁당국의 사건처리 및 의무, 외국기업의 소송수행권, 그리고 국내기업과 외국기업간의 차별대우 여부 등의 주제들이 연구대상이 된다. 이 문제에 대해 공동작업단에서는 기업 및 산업자문위원회(BIAC)와 긴밀한 협의를 하였고 BIAC는 기업인들을 상대로 설문조사를 하여 그 결과를 보고하였다.

BIAC는 가격고정, 배타적 거래, 카르텔 등 반경쟁적 행위가 실제로 시장접근을 방해하고 있다고 주장하는 한편, 경쟁정책의 집행에 있어 자료 제출로 인한 기업비밀 유출의 부당함 등도 함께 지적하였다. 공동작업단은 외국기업의 국내경쟁법에 따른 구제절차에 대하여 더욱 심층적인 연구를 위하여 CLP의 제3작업단에 동 주제에 대한 후속 연구를 의뢰하였다.

그 밖에 무역과 경쟁 공동작업단에서 다룬 의제중에는 국제카르텔이 경쟁에 미치는 영향 및 기업결합이 시장접근 또는 통상에 미치는 영향 등이 있는데 이는 국제카르텔에 대한 연구와 국경간 기업결합에 대한 사전 통보양식의 표준화 작업을 추진하고 있는 경쟁위원회 제3작업단의 작업과 긴밀한 관계가 있다.

공동작업단에서 무엇보다도 중요하게 다룬 주제는 “무역과 경쟁정책의 일관성 증진을 위한 국제적 대안(International Options to Improve Consistency between Trade and Competition Policy)”이며 이에 대한 논의 결과는 2000년 각료회의에서 보고할 내용의 근간이 될 것이다. 특히 WTO 뉴 밀레니엄 라운드에 대한 논의가 시작됨에 따라 경쟁정책의 국제규범화 필요성 및 가능한 형태, 국제규범화 이외의 국제협력 수단에 대한 논의들이 주요 쟁점으로 부각되었다. 1996년 6월에는 비회원국들의 의견을 수렴하기 위하여 그 주제에 대한 국제회의를 개최하기도 하였다.

(4) 기업 및 산업자문위원회의 기업경쟁법관심사조사 보고서

1999년 6월 OECD 산하의 BIAC는 기업경쟁법관심사조사(Survey of Business Competition Law Concerns)의 결과를 발표하였다. BIAC는 각국 작업종의 60개 회사들로 부터 응답을 받았으며 그 중 거

의 과반수(46%)가 반경쟁관행이 새로운 수출시장에 진입할 수 있는 자신들의 능력을 현저하게 제한하고 있다는 반응을 보였다.

조사에 응한 회사들의 약 29%는 이러한 관행이 그들의 제1차 수출시장에서의 시장점유율 확대를 제한하고 있다고 응답하였고 또한 약 41%는 경쟁법의 시행이 새로운 수출시장에서는 비실효적이라는데 동의하였다.¹²⁶⁾ BIAC는 또한 시장접근을 방해하는 사적인 행위와 인위적인 장벽에 대한 우려를 해소하기 위한 정책제한으로 하고 아울러 경쟁당국간의 협력강화를 권고하였다.

4. 무역과 결정정책의 일관성 증진을 위한 국제적 대안 (International Options to Improve the Coherence Between Trade and Competitive Policies)에 관한 논의

(1) 경쟁정책의 국제규범화 논의와 국제협력수단

경쟁정책의 국제규범화의 필요성에 대해서는 회원국간에도 상당한 견해차이를 보이고 있다. 특히 WTO가 경쟁정책의 규범화가 이루어질 수 있는 적절한 장인가에 대해서도 합의하지 못하고 있다. OECD에서 대체적으로 공감대가 형성된 것은 경쟁정책의 국제규범화와 무관하게 적극적 예양을 기초로 하여 국제협력에 대한 노력이 지속되어야 한다는 것이다. 만약 다자간 경쟁규범이 마련된다면 이는 주로 정부조치에 적용될 것이며 민간기업에 직접 적용되는 것은 아니라는 점이다. OECD 사무국은 국제협력의 가능한 형태로 제안한 다섯 가지 협력형태 즉, OECD의 권고를 중심으로 이루어지는 자발적 수렴, 양자협정, 지역협정, 다각적 협정, 다자간 협정을 제시한 바 있다.

(2) '무역과 경쟁정책' 회의

(OECD Conference on Trade and Competition)

1999년 6월 29일과 30일 양일간 무역과 경쟁에 관한 국제회의가 신흥시장경제포럼의 후원하에 경쟁·무역합동그룹에 의하여 개최되었다.

126) Advisory Committee, *op.cit.*, p.223.

이 회의는 WTO 뉴라운드 출범을 앞두고 경쟁정책분야에 관한 OECD 회원국뿐만 아니라 비회원국과 상호의견을 교환하는데 의미가 있었다. 국제회의에서의 논의는 세 개의 소주제에 대한 패널의 주제발표를 중심으로 진행되었다.¹²⁷⁾

첫 번째 소주제는 ‘무역·규제 및 경쟁정책간 상관관계에서 발생하는 문제점’으로 OECD 사무국은 카르텔, 기술표준 및 라이선싱, 그리고 수직적 협정 및 기업합병과 시장접근 문제, 지적 재산권, 반덤핑 등 무역구제조치가 경쟁에 미치는 영향, 규제가 무역 및 경쟁에 미치는 영향 등을 중요 문제영역으로 지적하였다. 이에 대해 OECD 기업·산업 자문위원회(BAIC)는 회원국의 주요 기업들을 대상으로 한 설문결과를 발표하면서 가격고정, 배타적 거래, 카르텔 등 반경쟁적 행위가 실제로 시장접근을 방해하고 있다고 주장하였다.

두 번째 소주제는 ‘무역과 경쟁정책의 자발적 수렴(convergence), 양자, 지역, 다자간 국제협력의 증진, 다자간 경쟁규범의 제정 등 다섯 가지 대안을 제시하였다. 이에 대해 Klein 미 법무부 독점금지 차관보는 전세계적으로 경쟁정책이 정착되지 못한 상태이므로 다자간 경쟁규범 제정 협상의 개시는 시기상조이며, 미숙한 상태에서 협상이 개시될 경우에는 최소기준(minimum standard)의 실속 없는 국제규범이 될 위험이 있다고 지적하면서 개별국가, 지역적 또는 다자간 국제기구에서 경쟁문화의 확산을 위한 노력이 선행되는 것이 바람직하다고 주장하였다.

특히, WTO 무역정책 검토회의(TPRM), OECD 규제개혁 국별검토 프로그램 등 국가간의 자발적인 ‘peer review’체제의 확대를 통해 경쟁정책에 대한 수렴이 이루어질 수 있다는 입장을 개진하였다. 이에 반하여 EU를 대표하는 Leon Brittan 및 패널 토론에 참여한 일부 학자들은 매우 느슨한 형태의 국제규범 확립은 실현가능성이 있다고 보고 있다. 실현가능한 국제규범의 성격에 대한 이들의 견해를 요약하면 다음과 같다.

- 1) 모든 WTO 회원국이 경쟁법 도입 및 집행기관 설치를 약속하고 무차별원칙(내국민 대우, 최혜국 대우) 및 투명성을 핵심원칙으로 채

127) COM/TD/DAFFE/CLP(99)102/Final.

택하되 경쟁정책에 대한 구체적인 내용은 각 경쟁당국이 선택할 수 있도록 한다.

- 2) 국제적 차원의 반경쟁행위 규율에 관한 사항으로는 우선 국제적 공감대가 높은 가격 및 산출량 고정, 시장분할, 입찰담합 등 수평협력에 대한 규율부터 추진한다.
- 3) 그러나 개별사건에 대한 조사·집행권을 갖는 국제경쟁당국을 설립하는 것은 실현가능성이 없으므로 외국기업의 경쟁당국 및 법원에 대한 접근권과 반론권을 보장하는 등 경쟁법의 실질적 집행을 위한 적절한 규범과 메커니즘을 마련한다. 즉, 분쟁해결기구 회부대상은 WTO 회원국의 핵심원칙 준수 여부에 한하고 개별사건은 회부대상에서 제외한다.
- 4) 그 대신 국제협력을 증진하는 방안으로 비밀정보 이외의 정보교환, 통보, 적극적·소극적 예양 원칙을 도입한다. 예를 들어 개별사건에서 한 나라가 자국의 경쟁법에 따라 조사 등 절차를 진행하는 것이 다른 나라의 이익에 중대한 영향을 미칠 경우 통보(notification) 의무를 부담한다거나 국제카르텔, 국제합병 등에서 2 이상의 국가의 경쟁당국이 동일한 사건을 다룰 경우 서로 행동을 조정(co-ordination) 하도록 하여 국제적인 협력을 도모한다.

이상의 논의는 자연스럽게 세 번째 소주제인 ‘다자간 경쟁규범의 필요성’에 대한 논의로 이어졌는데, 이미 본 바와 같이 제정의 필요성을 주장하는 EU와 제정의 시기상조를 주장하는 미국의 양 극단의 견해가 존재하는 것이 확인되었다. 회의에 참석한 다른 국가들간에도 찬반입장이 엇갈렸는데, 한국과 일본은 국제규범의 필요성을 주장하는 반면, 대부분의 개도국들은 반대입장을 표명하였다.

(3) 무역정책과 경쟁정책의 공통점과 상이점에 대한 논의

경쟁정책의 주요목적은 진입장벽을 최소화하여 경쟁을 촉진하는데 있다. 무역자유화의 측면에서 본 무역정책의 목적 또한 관세인하 및 기타 무역장벽의 최소화를 통해 시장을 개방하는데 있다. 따라서, 경쟁정책과

무역정책은 기본적으로 상호보완작용을 한다고 할 수 있다. 그러나 이러한 개념적인 측면에 공통점이 있음에도 불구하고 실질적으로 경쟁정책과 무역정책이 상충되는 점이 있음을 여러 회원국들이 지적하였다. 따라서 OECD의 무역과 경쟁 공동작업단에서는 경쟁정책과 무역정책이 불일치하는 점들을 검토하게 되었는데, 그중 가장 쟁점이 된 부분은 WTO하에서 허용되는 무역구제조치중의 하나인 반덤핑문제였다.

반덤핑에 관한 OECD사무국의 최종보고서는 회원국간의 견해차이가 근본적으로 관점의 차이(미국과 같이 반덤핑을 WTO규정에 근거한 무역정책의 관점에서 보는 입장과 일본 또는 한국과 같이 약탈적 가격책정에 대한 분석에 근거한 경쟁정책의 관점에서 보는 입장)로부터 비롯됨을 설명하고 이는 분석적인 방법으로는 해결될 수 없음을 확인하고 있다.

동 보고서는 또한 반덤핑조치는 정부의 정치·사회적 목적을 달성하기 위한 조치이며 반덤핑조치를 발동시킬 수 있는 WTO의 규정은 매우 엄격하다는 점을 강조하고 있다. 반면에 앞서 언급한 컬러 TV 사건의 경우에서 볼 수 있듯이 반덤핑 조치가 매우 자의적으로 운용될 수 있다는 점에 대해서는 거론하고 있지 않아 미국의 입장에 보다 가까운 결론을 내리고 있음을 알 수 있다. 이러한 결론은 일본, 한국 등 일부 회원국들이 WTO에서 반덤핑을 비롯한 세이프가드, 보조금, 상계관세 등 반경쟁적 요소가 있는 WTO의 규정 자체를 경쟁정책 측면에서 재검토하여야 한다는 주장을 하게 된 계기가 되었다.

5. 특정거래관행에 관한 OECD의 작업

(1) 수직적 거래제한

수직적 거래제한행위는 상위시장(upstream market)참여자와 하위시장(downstream market) 참여자간의 거래를 제한하는 행위라고 할 수 있지만 구체적인 경우 경쟁에 미치는 효과는 상표간(interbrand) 경쟁에 미치는 친경쟁적 효과와 상표내(intrabrand) 경쟁에 미치는 반경쟁적 효과를 비교형량하여 판단하게 된다. 대부분의 OECD국가들은 재판매가격제한행위는 불법으로 간주하지만 비가격제한행위는 사안별로

판단하고 있다.

수직적 거래제한행위중에는 거래거절, 배타적 거래계약과 같이 시장접근을 봉쇄하는 것들이 있는데, 이러한 시장봉쇄효과를 가진 수직적 거래제한행위가 친경쟁적이나 반경쟁적이나가 무역과 경쟁정책의 논의에서 중요한 논점이 되고 있다. 이를 잘 보여주는 사례가 앞서 자세히 설명한 코닥과 후지간의 분쟁이었다.

OECD에서의 논의에서 도출된 결론은

- 1) 수직적 거래제한은 경쟁촉진적일 수도 있고 반경쟁적일 수도 있으며 따라서 외국기업에 대해서도 시장접근을 촉진할 수도 있고 방해할 수도 있다. 이에 대한 판결은 주어진 복잡한 상황에 대한 구체적인 분석이 필요하므로 사전적으로는 결론을 내릴 수 없고 사안별로 판단할 수밖에 없다.
- 2) 수직적 거래제한이 반경쟁적인가를 판단하기 위해 고려되어야 할 가장 중요한 사항은 제품, 그리고 지리적 시장에 대한 획정이며 획정된 시장에서의 대체제품 존재여부이다.
- 3) 수직적 거래제한을 행하는 기업이 독점적 지위를 가지고 있거나 수직적 거래제한이 담합을 위해 이용되지 아니하는 한 수직적 거래제한이 반경쟁적 결과를 초래할 가능성은 크지 않다.
- 4) 경쟁정책의 목적은 궁극적으로 경제효율성 제고이므로 수직적 거래제한이 단지 특정한 경쟁자에게 불리하게 작용한다 해서 경쟁정책상 통제의 대상이 될 수는 없다.
- 5) 수직적 거래제한과 시장접근을 방해하고 있는지에 대해 무역당국이 고려하는 중요한 사항들은 정부조치가 관여되어 있는지 수직적 거래제한이 외국사업자와 국내사업자에게 차별적으로 적용되고 있는지, 외국사업자가 경쟁의 질을 제고하는데 기여하는지, 수직적 거래제한이 통제되어 무역이 증대하고 이로부터 발생할 수 있는 무역이익을 경쟁당국이 과소평가하고 있는지 등이다. 이러한 결론은 수직적 제한거래가 경우에 따라서는 효율적이고 경쟁촉진적일 수도 있다는 점을 확인하였을 뿐 분쟁이 발생한 경우 어떻게 다루어야 할 것인가에 대해서는 아무런 언급이 없다.

(2) 경성카르텔

1998년 OECD 이사회가 채택한 경성카르텔에 대한 효과적인 조치에 관한 권고(Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels)는 국제카르텔 등에 보다 효과적으로 대처하려는 노력의 반영이라 할 수 있다. 이 권고안의 대상이 되는 경성카르텔은 ‘가격고정, 입찰담합, 생산량 제한·배분, 고객·공급자·지역 또는 거래분야의 배분에 의한 시장 분할 등을 위한 경쟁자들간의 반경쟁적 합의, 공동행위, 또는 협정을 말한다.

OECD 회원국들은 자국의 경쟁법이 이러한 경성카르텔을 효과적으로 억제할 수 있도록 보장하여야 한다. 그러나, 비용을 낮추거나 산출량을 증가시키는 효율성의 실현과 관련된 행위 또는 각국 경쟁법의 적용범위에 직·간접적으로 제외되어 있거나 경쟁법에 따라 승인된 행위는 경성카르텔의 범주에 해당하지 아니한다.

이러한 경성카르텔의 적용제외 또는 승인에 대해서는 각국은 투명성을 확보하여야 하며 정기적인 검토를 통해 그 필요성 및 소기의 정책목표 달성에 필요한 정도를 넘어서는지의 여부를 평가하여야 한다.¹²⁸⁾ 또한 각국은 외국 당국의 요청에 따라 비밀정보를 수집·제공하는 등 경성카르텔의 조사·처벌을 위해 국제적으로 협력한다. 다만, 협조의 제공이 자국의 법률이나 중대한 이익에 반한다고 판단될 경우에는 협조요청을 거부하거나 조건을 붙여 협조할 수 있다.

6. 국제적 경쟁규범 형성에 대한 OECD의 역할과 한계

이상에서 보듯이 OECD는 무역과 경쟁정책의 상호작용과 관련된 주요 주제별로도 구체적인 논의를 진행시킴과 동시에 이러한 주제들을 하나의 틀속에서 분석하기 위한 공동의 준거를 마련하는 문제에 대해서도 관심을 갖게 되었다. OECD에서는 이를 바탕으로 하여 경쟁정책과 무

128) OECD, Recommendation of the Council Concerning Effective Action against Hard Core Cartels(C(98)35/Final).

역정책간의 충돌을 최소화하고 경쟁을 강화하기 위한 원칙과 절차를 규정하기 위하여 양 정책의 공동목표와 잠재적인 마찰영역을 확인하였다. OECD는 모든 또는 적어도 대부분의 회원국들의 경제와 관련된 경쟁정책 및 경쟁법 집행활동을 논의할 수 있는 대단히 가치 있는 무대인 것만은 사실이다.

한편, OECD의 경쟁정책에 대한 중점은 회원국간의 유연한 경쟁법 조화를 촉진하는데 있다. OECD 회원국들은 세계 선진경제대국 대부분으로 구성되어 있으므로 그들간의 경쟁정책의 수렴을 확대함으로써 범세계적 경쟁문화의 발전에 중대한 영향을 미칠 수 있다. 그러나 OECD가 국제경쟁정책에 관한 집중적인 논의를 하고있기는 하지만 제도상의 한계로 인해 OECD가 무역과 경쟁의 접점이 되는 문제들을 해결하는데 큰 역할을 하기에는 많은 제약이 따른다.

한가지 예로 OECD는 비회원국들로부터 선진국들을 위한 논의의 장으로 여기고 있다. 최근에는 OECD에서 제기된 다자간 투자협정(Multilateral Agreement on Investment : MAI)에 관한 협상이 실패함으로써 국제협정의 채택을 협상의 場으로서의 기능을 수행할 수 있는 OECD의 능력에 대해 회의적인 시각이 대두되고 있다. 이러한 한계에도 불구하고 OECD는 경쟁과 무역정책이라는 광범위한 문제들에 대한 가장 폭넓은 검토 경험을 가진 국제조직임에는 틀림없다. 따라서 OECD내에서의 논의내용들은 대단히 중요한 의미를 가지고 있다.¹²⁹⁾

제 5 절 UNCTAD에서의 논의

1970년대에는 신국제경제질서(a New International Economic Order”에 관한 논의의 틀속에서 개도국들이 다국적 기업의 행동과 기술 이전에 관한 규칙을 안출해 내려고 시도하였으나 결국 실패하였다. 제한적 영업관행의 규제에 관한 문제는 UNCTAD II(1969년, New Delhi)의 의사일정에 포함되어 있었으며, UNCTAD IV(1976년, Nairobi)에서는 국제적인 차원에서의 행동을 개시한다는 결정을 내렸으며 이것은

129) Advisory committee, *op.cit.*, p.259.

결국 UNCTAD 후원아래 협상을 이끌어내었다. 1980년 12월에는 국제연합 총회는 Resolution 35/63에 의해 “a Set of Multilaterally Equitable Agreed Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices”를 채택하였다.

이 Set은 모든 상품·서비스 거래와 모든 기업(다만 정부간 협정에는 적용되지 아니한다)에 적용될 수 있는 것이었으며, 수평적 제한행위(예컨대, 가격고정협정, 담합입찰, 시장 또는 소비자 분배협정 등) 및 차별적 가격책정, 합병, 합작 및 기타의 지배권 획득 등과 같은 관행을 통한 지배적 지위 또는 시장지배력의 남용에 대해 다루고 있다.¹³⁰⁾

다국적 기업(transnational corporations)에 관한 코드 및 기술이전에 관한 코드와는 달리 제한적 영업관행에 관한 코드에 관한 발상은 선진국들에 의해 지지를 받았으며, 개도국들이 경제발전 전망에 영향을 미치는 관행을 억제하기 위한 규칙의 설정에 목표를 두었으나 선진국들은 상기의 Set를 경쟁법 관념의 범주내에 포함시키는데 성공하였다. 개도국들은 모회사와 자회사간 또는 자회사 상호간의 거래를 그러한 Set의 규율대상에 포함시키기 위한 컨센서스도 얻어낼 수 없었다. 반면에 선진국들은 자신들이 바라는 사실상 모든 중요한 규정을 Set에 포함시킬 수 있었다.¹³¹⁾

그 Set가 채택된 후 수년동안 개도국과 선진국 모두 그 합의로부터 거리를 두고 있었다. 개도국들은 협의절차의 이용에 대한 선진국들의 소극적인 태도 및 Set의 시행을 위하여 규정된 기술적 지원의 미약함에 불만이 있었다. 이러한 좌절감에도 불구하고 개도국들은 제한적 관행에 관한 국제규칙에 관한 발상을 계속 지지하였으며, 1985년 개최된 심사회의(Review Conference)에서 Set를 법적 구속력 있는 국제적인 문서로 지위 격상시키고 정부간 전문가그룹(Intergovernmental Group of Experts)도 위원회(committee)로 격상시키고자 노력하였으나 수차의 걸친 선진국들의 거부로 실패하였다.¹³²⁾

130) Section D, paragraph 3 및 4.

131) Susan Sell, *op.cit.*, p.12.

132) Carlos M. Correa, *op.cit.*, p.372.

1990년대에는 그 Set 및 Set가 경쟁법 관념의 확산 대해 갖는 역할에 대한 평가가 본질적인 변화를 겪게 되었다. 1990년 심사회에서는 Set의 공헌 및 UNCTAD의 역할에 대한 고도의 컨센서스가 이루어졌음이 입증되었다. UNCTAD도 개도국에 대한 기술적 지원에 대단히 적극성을 띠게 되었으며 일부 개도국들은 Set에 내용을 반영한 입법을 채택하기도 하였다.

한편 개도국들이 이와 같이 Set에 대해 지속적으로 지지를 보내는 동안 EU도 Set가 경쟁제한행위에 규제에 관한 문제를 더욱 발전시키는데 하나의 기초가 될 것이라는 입장을 보였다. 개도국들이 이와 같이 Set를 구속력 있는 국제문서로 발전시키는데 대체적으로 찬성하는 반면에 일단의 선진국들은 오히려 수세적인 입장을 취해 사기업의 반경쟁적 관행을 다루기 위한 보다 확고한 기반의 구축을 계속 봉쇄하여왔다.¹³³⁾

제 6 절 전 망

WTO내에서의 대표들(특히 EU 대표들)이 행한 제안들이 많지만, 최종적으로 어떠한 제안이 국제사회에서 컨센서스를 얻을 것인가는 불확실하다. 대부분의 개발도상국에서 경쟁법이 없고 선진국간에도 경쟁정책과 법의 내용상의 차이가 존재하기 때문에 많은 연구 결과들이 지적하듯이 가까운 장래에 국제적인 조화를 이루어내기는 대단히 어려울 것으로 예상된다.¹³⁴⁾ 지금까지 선진국간 - 특히 EU와¹³⁵⁾ 미국에도 다자간 협상이 바람직한 것인가 그리고 협상의 전망에 대해서도 상당한 의견불일치를 보이고 있다.

133) *Ibid.*, p.373.

134) 예컨대, Bernard Hoekman & Michel Kostecki, *The Political Economy of the World Trading System: From GATT to WTO*, (Oxford: Oxford University Press, 1997), p.256(이들은 “WTO 규칙들에 흠결(holes)이 존재하기는 하지만 국제적인 harmonization이 그러한 흠결을 처리할 수 있는 적절한 전략으로 보이지 아니한다. 경험을 통해 공동경쟁기준의 채택에 관한 다자간 합의를 얻어내기는 어렵다는 점을 알 수 있다”라고 지적하고 있다).

135) 다자간 경쟁규칙에 대한 WTO 협상에 관한 EC의 제안의 목표중의 하나는 국내 경쟁법과 정책에서의 보호주의적 예외사유 및 부문별 적용배제를 제한하고 경쟁당국간의 쌍무적인 협력을 강화하고 확대하는 것이다.

심지어 이들 국가내부에서조차 견해가 통일되어 있지 않다, 예컨대, 미국의 법무부와 통상대표부간에도 이 문제를 놓고 커다란 견해 차이를 보이고 있다고 한다.¹³⁶⁾ 국제적 조화가 개발도상국들에게 크게 도움이 되는 것은 아니라는 지적에도¹³⁷⁾ 유의할 필요가 있다. 한편, 국제적인 경쟁법의 조화 그 자체는 그것이 독점금지당국간의 협력과 이를 지원하는 초국가적인 집행수단에 의하여 보완되지 아니한다면 사실 큰 의미가 없을 것이라는 지적도¹³⁸⁾ 역시 대단히 타당하다고 생각된다.

경쟁법의 국제적인 조화과정에서 여러 가지 어려움이 뒤따를 것이라는 예상 때문에 현재 경쟁정책에 관한 협상의 대표적인 옹호론을 전개하고 있는 EU를 포함하여 국제사회에서는 최소주의 접근방법들(minimalist approaches)이 지배적인 경향이 되고 있다고 보아야 할 것이다.¹³⁹⁾ 그러한 접근방법들은 근본적으로는 현재 경쟁법의 집행이 분권화(즉, 주권 국가들의 독자적인 집행)되어 있다는 점에 착안하고 있다고 할 것이다. 또한 오늘날 집행에 관한 쌍무적인 또는 다각적(plurilateral) 협력 움직임이 등장하고 있다는 사실도 바로 이러한 현실적인 한계를 시사해주고 있다 할 수 있다.¹⁴⁰⁾

어찌되었든 이러한 선택을 한다면 각국은 바람직한 행동이 무엇인가에 대해 독자적인 정의를 내릴 수 있는 자유를 유지할 수 있게 될 것이며, 현행 국내 경쟁법에 근거한 통지·협의(notification-and-consultation)

136) Carlos M. Correa, *op.cit.*, p.386.; Ernst-Ulrich Petersmann는 미국 무역대표(US Trade Representative) C. Barshefsky도 WTO내에서 또한 반경쟁적 관행과 불필요한 규제의 자유화에 관한 WTO의 협상에서 국제적인 경쟁 옹호(competition advocacy)를 지지하는 것 같다고 지적하고 있다. Ernst-Ulrich Petersmann, *op.cit.*, p.63.

137) 즉, 개발도상국들이 취할 수 있는 최선의 선택은 자국의 상황과 경쟁목표에 따라 독자적인 경쟁제도를 확립할 수 있는 가능성을 유지하는 것이라는 주장이 대표적이라 할 것이다. Carlos M. Correa, *op.cit.*, pp.386-387.

138) Hanns Ullrich, *op.cit.*, p.13.

139) Ernst-Ulrich Petersmann은 WTO 가입국들로 하여금 세계무역제도를 점진적인 경쟁지향적 개혁을 시작할 수 있도록 하기 위하여 좁은 “경쟁법 접근방법”과 과욕의 “통합법 접근방법”간의 실용주의적 종합의 필요성이 있음을 확신하고 있다. Ernst-Ulrich Petersmann, *op.cit.*, p.71.

140) Hanns Ullrich, *op.cit.*, p.44.

에 관해 합의하는 방법을 선택할 수 있을 것이다.¹⁴¹⁾ 이러한 통지·협의 접근방법은 그것이 비록 국내경쟁법과 관행에서 범세계적 복지의 개념을 크게 반영하는데 기여할 수 있을 지는 모르지만 직접적으로는 실제적인 국제의무의 발전으로 한 걸음 내딛는 것은 아니다.¹⁴²⁾

일부 학자들은 개발도상국에 부정적인 영향을 줄 수 있는 정부와 기업의 관행을 억제하기 위한 경쟁정책에 관한 (장래 있을 수 있는) 다자간 협상이 개발도상국에게는 이익이 될 수 있다고 지적하고 있다. 그러한 이익이라 함은 첫째 선진국 시장의 접근이 용이해질 수 있으며 둘째, 선진국에 의한 반덤핑관세의 공격적인 부과를 방지할 수 있으며,¹⁴³⁾ 셋째, 경쟁법의 국제적 조정을 통하여 외국의 대규모 공급업자들의 반경쟁적 관행에 대한 집행을 강화할 수 있고 넷째, 자국 국내시장에서의 경쟁을 촉진할 수 있다는 것이다.¹⁴⁴⁾

또한 개발도상국들은 반경쟁적 관행, 특히 자국 국경밖에서 수행되고 있는 반경쟁 관행에¹⁴⁵⁾ 대하여 효과적으로 대처하고 시장지배력의 남용

141) 이와 관련하여 UNCTAD는 “경쟁당국간의 협력강화는 세계적 과점기업의 책임(accountability)을 확실하게 하고 국가간의 경쟁과 무역상의 긴장관계(tensions)를 최소화하고 범세계적 경쟁을 보호하는데 도움이 될 것이다. 그러한 국제협력은 경쟁정책, 집행조정, 상호지원 및 국내경쟁당국간의 (적합한 경우) 관할권배분 시스템에 관한 수렴 강화(greater convergence) 형태를 지니게 될 것이다”라고 지적하고 있다(Carlos M. Correa, *op.cit.*, p.387에서 재인용).

142) *Ibid.*, p.388.

143) 덤핑방지조치에 대한 대체수단으로서 경쟁법을 적용하는 것이 비록 가까운 장래에는 실현불가능한 것으로 보이는 하지만, 그러한 경쟁법의 적용이 필요하다는 몇가지 제안들이 제시되고 있다. 가장 대표적인 제안은 Bernard Hoekman & Michel Kostecki, *op.cit.*, p.258 참조.

144) 이와 같이 경쟁법규범의 도입이 개발도상국에 이익이 될 수 있음을 “개발도상국에 대한 잠재적인 이익은 아마도 5-6%의 국가수입에 해당할 정도로 클 수 있다. 이 정도이면 경쟁정책에 대한 협상이 우루과이 라운드로 타결된 무역규범 모두로부터 얻어지는 이익보다 더 클 것이다. 또한 이러한 이익은 경쟁법에 의한 반덤핑조치의 대체, 외국공급업자들의 가격인상축소, 국내시장에서의 집중축소등으로부터 얻어지는 이익을 포함할 것이다.”라고 설명하고 개발도상국들이 국제경쟁법의 채택에 적극적으로 나서야 한다고 주장하는 학자들도 있다. Carlos M. Correa, *op.cit.*, pp.388-389에서 재인용.

145) 국제적인 인수합병에 대한 규제도 일부국가들이 국제적인 협력없이 특정한 국가 또는 지역 차원에서 행하고 있으며 선진국들이 그에 대한 평가와 규제를 함에 있어서 그러한 합병이 개발도상국에 미칠 효과는 아예 무시되고 있는 실정이며 수출카르텔과 수입카르텔의 규제 및 약탈적 가격책정, 입찰담합, tied purchases and sales와

을 규제할 수 있는 국제적인 제도의 확립으로부터 혜택을 얻을 수 있으므로 국제적인 차원에서 이루어지고 있는 경쟁정책에 대한 현재의 논의를 적극적으로 참여하여야 한다고 한다.¹⁴⁶⁾

요컨대, 개발도상국은 특히 다국적 기업의 반경쟁적 관행의 효과에 대단히 취약하며, 따라서 범세계적 공급자들의 반경쟁적 관행에 대처하기 위한 국제적인 경쟁정책조정은 개발도상국에게 가장 시급한 과제의 하나가 될 것이고 그러한 조정을 통해 수출국에서의 반경쟁적 무역관행에 대해서 까지 이루어질 수 있으므로 국내법 적용상의 한계문제를 어느 정도 극복할 수 있게 해준다는 것이다.¹⁴⁷⁾

그러나 경쟁정책에 관한 다자간 규범이 경쟁 정책을 설계하고 시행할 수 있는 주권을 제한하게 될 것이며 특히 외국공급업자들의 공동행위(collusive practices)에 대한 대처방안으로서 수입품에 대한 관세인상 등 시장왜곡 영업관행을 다루기 위한 일정한 수단을 개발도상국이 사용하는 것을 제한하게 될 것이다. 또한 WTO 철학에 따른 무역과 경쟁정책의 강력한 연계 결과로서, 향후의 다자간 경쟁규범이 개발도상국이 주로 우려하는 수많은 제한적 영업관행의 억제보다는 오히려 시정접근에 초점이 맞추어질 우려도 없지 않다.¹⁴⁸⁾

실제로도 한편 대부분의 개도국들은 아직 경쟁법 자체가 없다는 이유를 들어 다자간 협상에 반대하고 있으며, 경쟁정책의 집행은 경제발전단계에 따라 신축적인 필요가 있다고 주장하며 특히, 경쟁정책의 집행을 통해 개도국 시장에서 외국기업과 국내기업간 평등한 경쟁조건을 조성하는 것은 실업 등 사회경제적인 문제를 초래할 가능성이 있음을 지적하면서, 개도국에서의 경쟁정책 집행은 점진적으로 이루어져야 하며 시장기능에 대한 이해를 돕기 위한 개도국 지원이 선행되어야 한다는 입장이다,

같은 반경쟁적인 관행의 규제는 개발도상국들로서도 대단히 중요한 문제임을 지적한다.

146) *Ibid.*, p.390.

147) *Ibid.*, p.389.

148) *Ibid.*

제 4 장 WTO 독점금지 접근방법

- 새로운 국제경쟁규범형성 -

제 1 절 의 의

1. 각국의 입장과 학설

(1) 각국의 입장

EU는 각국의 경쟁법을 존중하면서 적극적 예양에 근거한 핵심원칙에 관한 다자간 협정을 제안하며 반덤핑문제는 미국을 설득하기 위한 전략상 논의로 하자는 입장이지만, 일본은 여전히 무역구제조치(덤핑방지)의 반경쟁적 측면의 시정에 주로 관심을 가지고 있으며 미국은 적극적 예양을 기본으로 하는 쌍무적 협정을 선호하고 있다. 국제규범에 찬성하는 국가들은 기업활동의 글로벌화로 국제적 차원에서 제기되는 경쟁문제가 증가하고 있으며, 이에 따라 효과적인 경쟁법 집행을 위한 국제협력이 더욱 절실히 요구되고 있다고 강조하고 있다.

예컨대, 정부의 무역제한조치가 많이 감소한 반면, 기업의 반경쟁행위가 시장접근을 방해함으로써 무역자유화의 이익을 상쇄시키고 있다는 인식이 확대됨에 따라 시장 접근제한에 대한 경쟁법의 역외적용, 그리고 이에 따른 국가간 마찰도 빈번히 발생하고 있다고 주장하고 있다. 또한 글로벌 경제에서 양자협정만으로는 국제적 차원에서 제기되는 경쟁문제에 효과적으로 대응하기 어려운 점을 지적하고, 다자간 경쟁규범은 현재의 양자간 또는 지역차원의 접근방법과 상호보완적으로 국제협력 증진에 기여할 수 있다고 주장하고 있다.

이러한 입장차이는 OECD에서 이루어진 분석적 작업에서도 찾아 볼 수 있으며, 현재에도 OECD회원국의 입장차이는 좁혀지지 않고 있다. 다자간 규범 제정을 반대하는 국가들은 주로 다자간 경쟁규범의 이익에 대한 실증적인 분석이 없으며 회원국간의 경쟁법의 차이 등을 논거로 제시하고 있다. 또한 이들 국가들은 국제협력 증진을 논의하기 위해 WTO

가 적절한 국제기구인가에 대해서도 회의적인 편이다.

미국 독점금지 당국은 WTO의 諸협상, WTO 諸원칙 또는 WTO 분쟁해결절차가 미국 경쟁당국의 자율성에 대하여 또한 미국경쟁당국의 미국 독점금지법의 해석과 시행에 대하여 불리한 영향을 미치는 것에 대하여 우려하고 있다. 따라서 우루과이 라운드의 TRIPS협정에 관한 협상이 기존의 지적재산권을 약화시키지 아니하였듯이 경쟁규칙에 관한 WTO협상도 기존의 경쟁법상의 보호장치를 약화시켜서는 안된다는 점을 명확히 하거나 경쟁정책목표 달성을 위한 수단으로서 무역제재의 부적절성을 인정하는 등에 의하여 이러한 정당한 우려를 반영하여야 한다고 주장한다.

(2) 학 설

EU가 주장한 것과 유사한 또 다른 접근방법은 경쟁제도의 구조적 공통내용을 발전시키는 것을 지원하기 위한 WTO 경쟁규칙을 지지한다. 이러한 제안에 따르면 WTO는 각국의 국내 경쟁법 제정, 사적인 소송 허용, 경쟁당국의 정치적 독립성 보장 추구, 무차별의 촉진, 반덤핑법의 폐지, 전략적 독점금지정책의 금지, 합병사건에 대한 심사를 위한 최소한의 절차기준 마련, 경쟁당국간의 협력확대 등을 정하는 일련의 경쟁법 규칙을 채택하여야 한다고 한다.¹⁾

한편, WTO의 부문별 협정들에 대한 경쟁관련 개혁과 같은 누더기 작업 또는 법적 구속력 있는 별도의 경쟁규칙을 제정하기보다는 WTO내에서 새로운 일반원칙을 발전시킨다는 것을 주된 내용으로 하자는 제안도 제시되고 있다. 1999년 OECD 전 사무차장이었던 Joanna Shelton은 WTO가 실제규정과 절차규정 모두를 포함하는 핵심원칙을 발전시킬 것을 제안하고 그러한 핵심원칙에 대해서는 국가들이 협정이 체결할 수 있을 것이라고 지적하였다. 이러한 접근방법에 의하면 협정 당사국들은 핵심원칙의 준수할 의무를 지게 되고 그들이 합의한 바에 따라 특정한 경쟁규칙은 분쟁해결의 대상이 되지 아니하게 될 것이다.

1) International Competition Advisory Committee to the Attorney General And Assistance Attorney General For Antitrust, *Final Report (2000)*(이하 "Advisory Committee, Final Report(2000)"라고 인용한다.), p.269에서 재인용.

또한 이러한 핵심원칙 접근방법이 채택하는 경우 그 보완수단으로서의 다자간 접근방법은 국가들이 수평적 협정(horizontal agreements), 수직적 제한행위, 시장지배적 지위의 남용 및 제안된 합병을 평가하는 시금석 등 실제적인 기준을 마련하고 집행하는데 도움을 주는 공통적 접근방법에 관한 구속적인 제안을 규정할 수 있을 것이라 한다. 일부 전문가들은 국가들은 경쟁정책에 관한 절차적 규칙 또는 원칙에 관하여 협상하고 그러한 규칙을 분쟁해결절차의 대상이 되지 아니하는 제4부속 합의서(Annex 4)나 다각적(plurilateral) 협정의 형식을 택하여야 한다고 주장하기도 한다.²⁾

일부전문가들은 WTO의 가장 중요한 임무는 무역법을 뒷받침하는 시장접근원칙과 관련된 독점금지관련 원칙을 개발하여야 한다는 지적을 하기도 한다. 이러한 접근방법에 따르면 반경쟁적 방법으로 시장 접근을 봉쇄하지 아니할 의무뿐만 아니라 국가가 이러한 원칙을 자국법을 통해 시행하여야 할 책임까지 지도록 하고 있다.³⁾ 이러한 의무는 정부의 제한행위 및 사적 제한행위 모두에 적용될 것이다. 또한 이러한 접근방법은 저촉법(choice-of-law) 원칙을 염두에 두고 있기 때문에 반드시 반경쟁적 시장봉쇄에 대한 정확한 원칙의 확립을 필수적으로 요구하지 아니한다.

이 경우 그러한 시장배제행위를 한 국가의 법이 적용될 것이며 관련법의 시행은 국가가 효과적인 사실발견, 공정한 절차 및 충분한 구제수단을 제공하는 것을 필요로 하게 될 것이다. WTO는 국가들이 이러한 원칙을 채택하고 집행하고 있는지의 여부를 모니터링하는 업무를 수행하게 될 것이며, 이러한 접근방법에 의한 구제수단은 그러한 시장접근제한 행위에 대한 강제적인 금지(mandatory injunctions)를 포함하고 보복적인 무역조치보다는 벌금 및 배상금 지불 등을 포함하게 될 것이다.

또한 초국가적 독점금지와 공정경쟁제도는 WTO에 부여된 임무를 감안해볼 때 필수적인 것이다. 여기에서의 “공정”이라 함은 반덤핑법을 포

2) *Ibid.*, p.270에서 재인용.

3) Eleanor M. Fox, “Toward World Antitrust and Market Access”, *American Journal of International Law*, Vol.91(1997), p.1.

합하는 분야에서의 “무차별”을 의미하여 “초국가적”이라 함은 국가들에게 구속력을 가질 뿐만 아니라 그 국민들에게 권리를 부여하고 의무를 지우는 법체계를 의미한다는 주장도⁴⁾ 제기되었다. 현재 직면하고 있는 문제는 경쟁법 분야에서 WTO가 향후 어떠한 단계를 거쳐야 하는가이다. 이 문제는 새로운 라운드에서 경쟁문제가 다루어져야 하는가와 관련되어 있으며 1999년 12월 Seattle Trade Summit에서도 제기된 바 있지만, 결론을 내리지 못하였다.

향후 경쟁규범이 형성된다 하더라도 개도국들에게 명백히 이익이 될 수 있는 제도를 안출해야 하며 개도국들에 대해 세계은행그룹, UNCTAD, WTO 및 EU등이 개도국의 무역과 경쟁법의 경쟁지향적 개혁을 위한 광범위한 재정적·기술적 지원을 아끼지 말아야 한다는 주장은⁵⁾ 이러한 문제점들을 타개하기 위한 제안으로 보인다.

2. 국제경쟁규범 형성을 위한 고려사항

경쟁법의 범세계적인 조화에 대한 욕심이 지나친 제안에서부터 및 미국의 이익에 부합되는 일방주의적·쌍무주의적 접근방법을 계속하여야 한다는 권력지향적 제안까지의 영역에는 실제적 기준, 협력절차 및 집행메커니즘에 대한 자유무역규칙·정책과 경쟁규칙·정책의 상호보완성 제고에 관한 광범위한 정책선택이 존재한다.⁶⁾ 국제무역과 경쟁간의 접목에 관한 문제를 다루기 위한 방증을 모색하기 전에 사전검토가 필요가 몇 가지 중요한 사항이 있다.

4) Wolfgang Fikentscher, “Antitrust, Market Conceptualization and the World Trade Organization - The Convention Approach”, in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments on the WTO Report(1998) on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd., 1999), p.86.

5) Ernst-Ulrich Petersmann, “Competition-oriented Reforms of the WTO World Trade System - Proposals and policy Options”, in Roger Zäch (ed.) *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments on the WTO Report(1998) on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd., 1999), p.70.

6) *Ibid.*, p.63.

첫째, 많은 개발도상국들은 경쟁규칙이 존재하지 아니한 현재의 상황이 보다 자국에 이익이 된다는 이유 때문에 경쟁규칙의 필요성에 대해 크게 동의하지 아니하는 경향이 있다. 바꾸어 말해서 이들 개발도상국들은 시장지향적 개혁을 추진하거나 경쟁법을 채택할 용의를 갖고 있지 못하다고 말할 수 있다.⁷⁾ 그러므로 개발도상국 등에서의 (현재는 전혀 또는 거의 존재하지 아니하는) 경쟁문화 정착이 무역자유화, 규제개혁 및 경쟁정책간의 보완성 강화를 가져다 줄(국제적 또는 국내적) 규범의 채택을 용이하게 하는 필수조건이라고 판단된다. 이러한 면에서 국제적인 협력과 기술적인 지원은 경쟁문화의 정착 또는 적절한 제도의 개발을 위한 중요한 수단이 될 것이다.⁸⁾ 또한 개도국의 분명한 혜택과 보호주의에 대한 안전판이 동시에 확보되는 "일괄처리"(package deal) 방식을 제안함으로써 컨센서스의 기반의 조성할 필요가 있다.

개발도상국은 경쟁문제를 다루기 위한 여러 가지 선택에 직면해 있다. 개발도상국이 선택할 수 있는 전략중의 한가지는 UNCTAD의 앞서 언급한 Set of Principles and Rules의 검토하는 노력을 하는 것이다. 다자간 협상의 장으로서의 WTO와 관련하여 반복적으로 보고된 투명성의 결여문제도 고려의 대상이 되어야 한다.⁹⁾ 국제적인 독점금지법제도에 접근하기 위한 상당한 작업이 이미 여러 방면에서 행하여져 왔다.¹⁰⁾

7) *Ibid.*, p.38.

8) *Ibid.*, p.39.

9) Carlos M. Correa, "Competition Law and Development Policies", in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments on the WTO Report(1998) on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd., 1999), p.386.

10) 이에 대해 논의하고 있는 단행본이나 논문은 대단히 많기 때문에 여기에서는 모두 소개하기 어렵고 대표적인 것으로는 Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments in the WTO Report(1998) on Trade and Competition*, (Hague: Kluwer Law International, 1999), Hanns Ullrich (ed.), *Comparative Competition Law: Approaching an International System of Antitrust Law*, (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998), U.S. Department of Justice Antitrust Division, *International Competition Policy Advisory Committee to the Attorney General and Assistant Attorney General for Antitrust, Final Report 2000*, Barry E. Hawk, (ed.), *International Antitrust Law & Policy: Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, (New York: Juris Publishing,

둘째, 세계는 다양한 사회이며, 경제구조나 법률제도는 국가마다 크게 다르며 각기 특유한 경제 역사를 가지고 있고 국가의 사회적 목표는 그 문화를 반영하고 있다. 이러한 사실은 무역자유화, 규제개혁 및 경쟁정책의 보완성 촉진이라는 일반적인 문제에 대한 해결은 각국의 이러한 차이점들이 계속 유지될 수 있도록 충분히 허용할 정도로 유연한 것이어야 한다는 것을 의미한다.

그러므로 초국가적 경쟁법 또는 세부적인 실체적·절차적 규칙을 포함하는 각국간에 유사한 국내경쟁법의 채택을 규정하는 메커니즘을 형성하는 것은 현재의 상황에서는 현실적으로 어려울 뿐만 아니라 바람직하지도 아니할 것이라고 생각된다.

무역분야에서의 다자간 차원의 현행 국제적 공약들도 국가들로 하여금 자신이 추구하고자 하는 국내정책을 시행하지 못하도록 하기 위한 목적을 가지고 있지 않다는 점에 주목하여야 한다. 다자간 협정은 각국의 법령의 내용의 차이들은 WTO의 제 원칙과 모순되지 아니하는 한 용인되어야 한다. 경쟁에 관한 다자간 공약 역시 그러한 성격을 가져야 한다.¹¹⁾

셋째, 국가간의 경쟁발전 수준의 차이가 존재한다는 사실은 모든 국가가 국제적인 시장경쟁에 의하여 평등한 혜택을 받을 수는 없음을 시사하고 있다. 이러한 점은 여러 무역관련 협상의 경우에도 (모든 국가가 무역자유화조치로부터 평등한 혜택을 받는 것은 아니기 때문에) 그대로 타당하지만 지금까지 이로 인해 국가들이 무역관련 공약에 합의하는 데는 아무런 방해받지 아니하였다는 점에 주목하여야 한다. 지금까지의 다자간 무역관련 협정에서는 각국의 사정을 고려하여 공약(commitments)의 일정한 단계성 또는 탄력성을 허용하여 왔다. 이러한 단계성과 또는 탄력성은 경쟁정책분야에서도 역시 용인되어야 한다.¹²⁾

Inc, 1999) 등을 들 수 있다.

11) Frédéric Jenny, "Globalization, Competition and Trade Policy: Issue and Challenges" in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments on the WTO Report(1998) on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd., 1999), p.39.

12) *Ibid.*, p.39.

넷째, 초국가적 반경쟁 관행에 관한 규범설정문제와 관련하여 그러한 관행을 제거하기 위하여 또한 여러 가지 이유로 바람직하지 아니한 경쟁 관련 국제법의 출현을 방지하기 위하여 각국이 자신의 상황에 부합되는 경쟁관련 규범과 제도를 설정하여야 할 필요가 있다.¹³⁾ 첫번째 유형의 반경쟁 행위(예컨대, 무역 자체와 관련하여서는 아무런 문제가 없으나 실제로는 무역국들로 하여금 자유무역의 혜택을 빼앗아가는 초국가적인 반경쟁 관행)는 각국의 경쟁당국간의 쌍무적 또는 지역적 협력메커니즘을¹⁴⁾ 통하여 제거하여야 한다.

그러므로 다자간 차원에서 진행되고 있는 것과 관계없이 관계국의 경쟁당국간의 자발적인 쌍무적 또는 지역적 협력메커니즘을 발전시키는 것은 유용하고 또한 필요하다. 두 번째 유형의 반경쟁 행위(예컨대, 시장접근과 경쟁의 문제를 초래하는 관행 등)는 각국의 무역관련 이해관계가 상충되는 경향이 있기 때문에 자발적인 협력을 통해서 쉽게 제거될 수 없을 것이다.¹⁵⁾

다섯째, 무역자유화, 규제개혁 및 경쟁정책은 명백히 상호 보완적인 것이기 때문에 일부 사적인 초국가적 반경쟁 행위가 시장접근의 문제를 초래하게 되기 때문에 일부 국가들은 국제사회가 WTO의 향후의 다자간 협상 의제에 경쟁정책이라는 주제를 포함시키는 것이 바람직하다고 주장하여 왔다. 그들은 무역자유화와 경쟁정책의 보완성은 WTO내에서 예컨대, GATS 협정과 같은 부문별 협정에서도 이미 인정된 바 있음을 지적하고 있다. 이와 관련하여 무차별, 내국민대우 및 투명성이라는 WTO의 기본원칙들은 경쟁정책의 기본목표와도 관련된 것이라는 점에 대해서는 아무런 이의가 없다. 그러나 그러한 원칙만으로는 다자간 차원의 효과적인 경쟁메커니즘을 보장하기에는 충분하지 아니할 것이다.¹⁶⁾

예컨대, 내국민대우 원칙을 경쟁정책에 적용하는 경우(대체적으로 국내경쟁법의 적용범위에는 포함되지 아니하는) 수출카르텔과 관련된 문제

13) *Ibid.*, p.40.

14) 예컨대, 정보교환에 관한 협정 또는 특정한 관행의 허용·불허용에 관한 예양 약정 (positive or negative comity arrangements) 등.

15) Frédéric Jenny, *op.cit.*, p.40.

16) *Ibid.*, p.40.

가 제기될 수 있다. 이와 유사하게 투명성 원칙이 개개의 국가의 독점금지 규칙에 사전 적용되거나 개개의 국가의 결정에 사후 적용되어야 하는가 라는 문제가 제기되어 왔다.

그러므로 다자간 협상이 WTO 차원에서 개시된다면, 다자간 차원에서 경쟁정책의 원칙이 무역과 경쟁간의 특정한 접목사항에 대해서만 준용되어야 하듯이 무역원칙들도 경쟁 정책 또는 법의 특정한 사항에 대해서만 준용되어야 한다.¹⁷⁾ 한편, WIPO와 WTO간의 협력은 국제적 경쟁코드를 마련하는데 도움이 될 것이다.¹⁸⁾ WIPO는 파리협정과 개정 Berne 협정의 시행과 관련된 많은 경험을 가지고 있다. 또한 WTO는 그러한 코드의 시행과 관련하여 패널의 관할권 등을 포함하여 절차적인 기구의 운용에 관한 경험이 있다.

제 2 절 국제경쟁문제에 대한 접근방법의 분류 유형

국제적인 경쟁문제에 대해 접근방법을 어떻게 분류할 것인가는 대단히 많은 학설이 제시되어 혼란스럽지만, 대표적인 몇 가지를 소개하면 다음과 같다. 첫째 Ernst-Ulrich Petersmann은 현재의 국가관행을 중심으로는 지적 재산권적 접근방법 (Intellectual Property Law Approach),¹⁹⁾ 경쟁법 접근방법(Competition Law Approach),²⁰⁾ 셋째, 지역적

17) *Ibid.*, p.41.

18) 그러나 최근 공표된 WIPO Model on Unfair Practices에서는 독점적 차별과 같은 불공정한 가격책정문제에 대해서는 언급이 없다.

19) 1883년 지적재산권보호에 관한 파리협정(the Paris Convention on Protection of Industrial Property)에서도 표현되어 있듯이, 지적 재산권적 접근은 경쟁과 소비자 복리를 (예컨대 특허권에 의한 시장분할로부터) 보호하기 위한 국제적인 규칙을 상정하고 있지는 않지만, 불공정 경쟁에 대한 효과적인 보호(동 협약 제10조 이하 및 Protection against Unfair Competition, WIPO 1994 참조)에 초점을 맞추고 있다.

20) 국내 경쟁법 접근방법이라 함은 본질적으로 국내 경쟁법의 외국회사에의 영토외적 적용 (특히 미국이나 EC에서 두드러짐), 법적 구속력이 없는 다자간 가이드라인(예컨대, 1980년 UNCTAD Guidelines, 1986, 1995 및 1998년의 OECD Guidelines and Recommendations) 그리고 국내 경쟁법을 조정하기 위한 쌍무적 협정에 의존한다. 그러나, 많은 국내 경쟁법들이 수출카르텔, 수입카르텔, 정부후원하의 경쟁제한 및 국내경쟁정책이라는 예외를 인정하고 있으며 경쟁정책이 상이하여 국제적 마찰이 지속적으로 발생하고 있는 바, 합병규제정책이나, 국가마다 미국 독점금지법의 영토

경쟁통합법 접근방법(Regional Integration Law Approach),²¹⁾ 범세계적 통상법 접근방법(World-wide Trade Law Approach)²²⁾ 등 4가지로 분류하고,²³⁾ WTO 차원에서 고려할 수 있는 선택(options)으로는 1)경쟁법 접근방법, 2)통합법 접근방법, 3)부문별 접근방법으로 분류하고 있다.²⁴⁾ 그 밖에도 Wolfgang Fikentscher는 25) 국제적인 차원의 경쟁규범의 확립과 관련하여 (1)Uniform law,²⁶⁾ 2)Harmonized law,²⁷⁾ 3)the Convention approach²⁸⁾ 및 4)Conflict of law (choice of law) approach²⁹⁾로 분류하고 Harry First는 1)WTO

외적 적용에 대응하기 위한 방어적(blocking) 법령 등이 그 대표적인 예이다.

21) 이러한 접근방법은 EC법에서 가장 두드러진 현상이며, 서유럽국가들이 참여한 EC의 “European Agreements”, NATFA, Andean Common Market, Australia-New Zealand Free Trade Agreement 등에서 보듯이 당해 지역의 각국 정부에 의한 시장접근장벽(특권적 지위를 갖는 공공사업 및 공공기업 등) 및 사적인 시장왜곡(예컨대, 무역제한적인 특허담용 및 반경쟁적 라이선스협정 등)에 대한 국제시장경쟁과 초국경적 거래를 보호하기 위하여 당해 지역에서의 각국의 무역과 경쟁규칙을 통합하는 방법이다.

22) 이러한 접근방법은 예컨대, GATT/WTO의 차원에서 정부의 시장접근장벽 및 정부가 지원하는 사적인 시장접근 장벽에 관한 분쟁에 대해서도 이용이 증가하고 있는 정부간 분쟁해결절차를 통하여 외국 시장에 대한 무차별적인 접근을 촉진하는 방법이다.

23) Ernst-Ulrich Petersmann, *op.cit.*, pp.46-47.

24) *Ibid.*, pp.60-65.

25) Wolfgang Fikentscher, *op.cit.*, pp.73-74.

26) 그는 이 방법이 가장 복잡하고 그 가능성이 가장 희박하다고 보고 있다. 그 한가지 예는 1930년의 Geneva Uniform Bills of Exchange and Check Law of 1930이며 Havana Charter of 1948은 uniform antitrust law의 확립을 염두에 두고 있었으며. UNCTAD Restrictive Business Practices Code of 1980은 법적 구속력없는 통일적 독점금지 軟性法(uniform antitrust “soft-law”)이라 할 수 있다. *Ibid.*,p.73.

27) 그는 이 방식은 uniform law방식보다는 약하며 세부적인 사항에 대해서는 국내 입법자에게 일임하되, 국내법간의 차이를 좁히는 것이라고 설명하고 있다. 예컨대, EC directives는 회원국들의 국내법을 조화시키기 위한 것이다. *Ibid.*

28) 그는 이 방법을 국내법조화(harmonized law) 방식보다 훨씬 약하며 초국경적 사건을 해결하기 위한 국내법의 시행을 허용하되 다만 그에 따른 국가주권간의 중대한 상충현상을 회피한다고 설명한다. *Ibid.*,74.

29) 이 방법은 당사자들이 초국경적 사건을 처리함에 있어서 불법행위지법(*forum delicti commissi*)를 적용한다는 것이다. 그러나 문제는 불법행위지(place of the act)와 불법행위로 인하여 어떠한 자의 권리침해지의 법(the last event rule)의 법을 적용할 것인가에 대해 각국마다 입장의 차이가 있으며 특히 저축법은 그 성격상 국내법이지 국제법이 아니며 그 해석이 국가마다 큰 차이가 있다는 데 문제가 있다.

모델, 2)주권모델, 3)네트워크 모델(상호지원과 협력협정의 채택 모델)로 나누고 있다.³⁰⁾

한편 대표적인 국제경쟁법 찬성론자인 Josef Drexl은 독점금지 접근 방식과 WTO 접근방식(통합법 접근방법)으로 세분하고 있으며, 크게는 WTO 체제내에 독립적인 독점금지규칙의 형성과 경쟁지향적 무역법개혁을 모두 도모하는 국제경쟁법 접근방법 및 이와는 성격이 전혀 다른 쌍무적·지역적 협력협정방식으로 분류하는 방식을 채택하고 있다.

이 연구서는 기본적으로는 Josef Drexl의 분류방식에 따라 제4장, 제5장 및 제6장을 편성하였다. 다만, 쌍무적·지역적 협력협정방식은 국가의 경쟁법 시행에 있어서는 주권적 성격을 강조하고 있으므로, 제6장에서는 주권적 접근방식과 함께 논의하고 있다.

제 3 절 WTO 독점금지 접근방법의 구체적 실천

1. 독점금지 접근방법과 WTO 접근방법

WTO 실무작업단이 무역과 경쟁정책의 상호작용에 대해 논의하는 과정에서 명확히 하여야 할 첫번째 쟁점은 WTO 경쟁법의 필요성 여부였다.³¹⁾ 이 문제를 검토하기 위해서는 국제통상법과 경쟁법의 각각의 목적과 수단 및 양법간의 관계에 대해 분석해볼 필요가 있다. 실무작업단에서는 무역과 경쟁정책간의 상호작용을 다룸에 있어서 크게 독점금지 접근방법과 홍콩(Hong Kong, China)이 제안한³²⁾ WTO 접근방법(이른바 “통합적 접근방법(integration approach) 등 두 가지가 제시되었다.³³⁾

30) Harry First, “Towards An International Common Law of Competition”, in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments on the WTO Report(1998) on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd., 1999), pp.96-104.

31) WTO Report(1996), para.75 이하.

32) 1998년 3월 24일 및 1998년 8월 27일 홍콩이 제출한 의견서들. WTO-Doc.WT/WGTCP/W/64; WTO-Doc.WT/WGTCP?W85.

33) WTO Report(1998), para.72 이하.

독점금지 접근방법에 따르면 WTO 회원국들은 무역자유화의 혜택을 사적 경제주체에 의한 경쟁제한행위로부터 보호할 필요성을 명확히 인식하여야 하며 따라서 국제무역에 영향을 미치는 반경쟁적 관행에 초점을 맞추어야 한다고 한다.³⁴⁾ 독점금지 접근방법은 싱가포르 선언에 사기업에 의한 반경쟁적 관행의 검토를 작업단에 위임하는 내용이 명시되어 있으며 현재 그러한 관행의 존재로 인해 WTO 경쟁법으로서의 새로운 규칙 제정의 당위성이 인정된다는 점에 입각해 있다.³⁵⁾ 한 걸음 더 나간 보완성(complementarity) 이론은, 독점금지 접근방법이 채택된다면, WTO 회원국들은 기존의 국제무역법을 국제경쟁법의 포함을 통해 완성시키고자 할 것(completion of trade law with competition law)이라는 전제에 입각한 것으로 국제경쟁법 접근방법이라 부를 수 있을 것이다.

2. 독점금지 접근방법의 기본전제와 유형

독점금지 접근방법에 의하면 국제경쟁법은 4중적 의미를 갖는 것으로 간주되고 있다.³⁶⁾ 즉, ①무역의 왜곡현상은 정부부문과 및 사적 부문 양자 모두에서 발생할 수 있으며, ②사적인 반경쟁적 행위는 외국의 경쟁자의 시장접근을 방해할 수 있고,³⁷⁾ ③특정한 반경쟁적 약정(예컨대, 차별적 기준 설정)은 원칙적으로 외국의 경쟁자들에게 영향을 미치며, ④정부가 소유 또는 지원하는 기업 및 국가에 의해 보호받는 독점은 외국인의 시장접근도 방해한다는³⁸⁾ 것이다. 독점금지 접근방법은 보완성이론

34) WTO Report(1998), para.76-78.

35) 대표적으로 독점금지법 접근방식을 주장하는 Josef Drexl은 “WTO 경쟁법의 도입은 향후의 WTO에서의 논의와 협상에 제1차적인 우선순위를 가져야 하며 그렇다고 현행 무역규칙의 경쟁지향적 개혁을 배제하여야 할 필요는 없을 것이다”라고 지적하고 있다. Josef Drexl, *op.cit.*, p.237.

36) WTO Report(1998), para.77.

37) 이와 관련하여는 Kodak-Fuji Case에 관한 WTO 패널의 보고서 참조할 것. <<http://www.wto.org/wto/dispute/distab.htm>>; 또한 “Gary N. Horlick & Yong K. Kim, “Private Remedies for Anti-Comparative Barriers to Trade: The Kodak-Fuji Example,” *International Business Lawyer*, Vol. 20(1996), p.474.

38) EC Treaty 제86조하의 국가소유 기업과 독점사업에 대한 통제는 최근 수년동안 EU 집행위원회의 경쟁정책의 가장 중요한 관심사가 되고 있다. Josef Drexl, “Trade-

의 특정한 입장을 표현한 것이다. 이 접근방법을 주장하는 Chicago학파에 따르면 무역법과 경쟁법은 동일한 목적을 가지고 있으며 이러한 공통된 목적들을 추구하기 위해서는 국가 및 사적인 무역왜곡행위로부터의 보호가 필요하다고 한다.³⁹⁾

실제로도 국가에 의한 경쟁제한행위의 심각성은 부인할 수 없지만, 사적 경제주체들에 의해 야기되는 반경쟁적 행위의 폐해도 결코 무시할 수 없다. 무역자유화가 확대될 수록 사적인 경쟁제한행위도 그 만큼 증가하기 때문이다. 따라서 무역자유화로부터 얻어지는 이익들을 보호하기 위해서는 사적 경제주체들의 반경쟁적 행위를 방지하는 것은 필연적이라고 할 것이다. 다만, 어떠한 방법을 통하여 이러한 목적을 달성할 수 있느냐의 문제일 뿐이다.

이 장에서 논의하고 있는 독점금지 접근방법은 전통적인 WTO 무역법의 범위를 확대하여 사적 기업의 행동을 국제무역법상의 문제로서 규율하여야 한다는 입장이다.⁴⁰⁾ 이러한 접근방법에 의하면, 기본적인 자유에 입각한 무역자유화와 효과적인 경쟁정책 모두를 구비한다는 EU시장경제의 논리와 법적 구상은 세계화된 경제에서도 채택될 수 있다고 한다. 따라서 국제경쟁법의 도입이 세계 자유무역시장의 확립을 더욱 공고할 수 있을 것이라고 판단하고 있다.⁴¹⁾

한편 더욱 야심찬 독점금지 접근방법은 WTO 틀내에서의 장래의 논의와 협상시에는 반드시 국제독점금지규칙의 확립을 그 의제에 포함시켜야 한다고 주장한다, 국제경쟁법을 채택과 더불어 현행 무역규범들도 경쟁

Related Restraints of Competition - The Competition Policy Approach” in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and the WTO Report on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd, 1999), p.234.

39) WTO Report(1998), para.23.

40) 1960년 GATT는 회원국들이 무역에 불리한 영향을 미치는 사적인 관행에 대해 협의를 요청하는 것을 허용하는데 합의를 보았다. 앞서 지적한 바와 같이 이것은 단 한번 원용되었을 뿐인데, 1996년 일본과의 필름분쟁에서 미국이 원용하였을 뿐이며 이 조항에 의한 협의는 개시되지 아니하였다. Advisory Committee, *op.cit.*, p.262.

41) David J. Gerber, “Constitutionalizing the Economy : German Neoliberalism, Competition Law and the ‘New’ Europe”, *American Journal of Comparative Law*, Vol.42(1994), p.25.

원칙에 따라 개혁하여야 한다는 주장도 제기되고 있다. 즉, WTO 접근 방법과 독점금지 접근방법을 모두 채택한 제3의 견해도 실무작업단에서 제시되었다.⁴²⁾ 국가의 행위와 사인에 의한 경쟁제한행위 중 어느 것이 더 큰 문제인가는 보고서에서 지적되어 있듯이 각국의 과거의 경험에 따라 달라질 수 있다. 정부의 행위는 현대 독점금지입법의 필수적인 구성 부분이 되어왔다.⁴³⁾

그런데 이러한 제3의 견해는 새로운 WTO의 경쟁법 채택을 위한 협상도 필요하고 아울러 현행 무역규칙도 경쟁지향적 개혁이 필요하다는 상기의 2가지 접근방법보다 훨씬 이상론에 치우쳐 있다 평가할 수 있을 것이다.⁴⁴⁾ 예컨대, WTO의 반덤핑규칙에 대한 경쟁지향적인 개혁은 반덤핑규칙을⁴⁵⁾ 자국의 무역정책상의 무기로 사용하여온 일부 WTO 회원국들의 만만치 않은 저항에 부딪칠 수 있다. 그러므로 독점금지규칙이 반덤핑 분쟁에 의하여 방해받지 아니하도록 하기 위하여 WTO 경쟁규칙에 대한 검토와 협상을 먼저 개시하여야 한다는 강력한 주장이 제기될 수도 있을 것이다.⁴⁶⁾

42) WTO Report(1998), para.79.

43) EC 경쟁법은 공기업과 공적 독점을 규율하기 위하여 회원국의 정부에 대해서까지 그 적용을 확대하고 있고(EC Treaty 제86조) 회원국의 보조금 지원에 대한 통제에 관한 규정을 포함하고 있다(EC Treaty 제87조부터 제89조).

44) Josef Drexler, *op.cit.*, p.236.

45) 덤핑방지법의 경쟁지향적 개혁의 필요성에 대해서는 많은 사람들이 지적하고 있다. 국제경쟁협정에 덤핑방지법을 포함시켜야 된다는 견해(Wolfgang Fikentscher, "The Draft International Antitrust Code: Objections and Rejoinders," *International Review of Industrial Property and Copyrights Law*, Vol.26 (1995), p.999.)를 비롯하여 이와 유사한 입장을 표시한 사람들은 대단히 많다. 예컨대, Bernard M. Hoekman & Petros C. Mavroidis, "Dumping, Antidumping and Antitrust," *Journal of World Trade*, Vol.30, No.1(1996), p.27.; Ernst-Ulrich Petersmann, "International Competition Rules for Governments and for Private Business", *Journal of World Trade*, Vol.30, No.3(1996), p.28 이하 참조.

46) 바로 이러한 이유 때문에 DIAC 실무작업단이 반덤핑문제를 다루지 않았다. DIAC 서문(preamble) 제3부(Part 3) 참조.

3. 보완성이론(theory of complementarity)과 경쟁 정책적 접근방법

(1) 보완성 이론

독점금지 접근방법과 WTO 접근방법 모두 무역정책과 경쟁정책의 목표가 공통되는 부분이 있다는 관념에 입각하고 있다. 이를 보완성 이론이라고 부를 수 있을 것이다. 이러한 보완성이론은 무역법과 경쟁법 모두 시장을 더욱 경쟁적인 것이 되도록 하고 효율성과 소비자 복지를 향상시킬 것이라는 것을 전제로 한 것이다.⁴⁷⁾ 보완성이론은 실무작업단에서도 많이 논의된 문제이다. WTO 보고서에서는 무역정책이 무역의 자유화보다는 오히려 국제무역을 제한하는데 목적을 두고 있는 경우가 적지 아니함을 지적하고 있다.⁴⁸⁾

사실상 국내무역법에 눈을 돌려보면 이러한 지적이 사실임을 금방 알 수 있다. 국가들은 자국 생산업자와 서비스 공급자들의 경제적인 이익을 보호하려고 노력하며 이러한 국내적인 이익은 왕왕 범세계적인 경제적 복지를 향상시킨다는 보편적인 이익과 상충하고 있다. 국가의 무역조치들은 국내시장에서의 국내 생산자들의 기회를 보호하거나 또는 그들이 해외에서 보다 경쟁력을 갖도록 형성되고 적용될 수 있다.

전자에 해당하는 예로는 반덤핑법에 의하여 취해지는 조치들을 들 수 있으며 후자에 해당하는 예로는 수출보조금을 들 수 있다.⁴⁹⁾ 국제무역법은 적어도 국내무역법의 이러한 반경쟁적 영향을 줄이는 목적을 가져야 한다. 그러나 국제무역법은 자국의 이익을 포기하는 것을 주저하는 국가

47) World Report(1998), para.21. 이하. 특히 1998년 8월 14일의 미국의 의견서 참조.

48) World Report(1998), para.21.: WTO 실무작업단의 General Council에 제출한 보고서(<<http://www.wto.org/wto/wtgtcp2.doc>>)는 시장지향적 입법과 상충되는 정치적 이해관계와 특히 관련된 경쟁법의 범위를 몇 가지 점에서 지적하고 있다. 기업의 반경쟁적 관행을 용인하고 장려하는 명시적·묵시적 정부정책에 대한 적절한 조치에 관한 논의 및 합병에 대한 평가시에 순수한 경쟁관련 문제이외에 요소에 대한 고려 등에 관한 논의가 있었다.

49) Josef Drexler, *op.cit.*, p.237.

들간의 타협의 산물이다. 따라서, 국제무역법은 경쟁정책적인 관점에서 보았을 때는 “불완전한” 경우가 적지 않다.⁵⁰⁾ 국내 경쟁법 역시 세계 무역의 자유화라는 관점에서 보았을 때 역시 그러한 불완전성을 가지고 있다. 국내경쟁법은 통상적으로 특정한 사업부문을 경제원칙의 적용으로부터 배제하는 경우가 많다.⁵¹⁾

WTO 무역규범에서 허용되지 아니하는 국가에 의한 무역장벽을 사적인 경쟁제한이라는 간접적인 장벽으로 대체시키기 위해 의도적으로 허약한 국내경쟁법을 채택하기도 한다.⁵²⁾ 오늘날의 WTO 무역규범이 전적으로 경쟁지향적인 것이라고 말하기는 어렵지만 경쟁지향적인 것이 되어야 할 당위성은 인정된다 할 수 있으며, 홍콩, 중국 등이 제안하는, 현행 WTO 규범을 경쟁지향적인 것으로 개혁하여야 한다는 WTO 접근방법은 바로 그러한 생각에 근거하고 있는 것이다.⁵³⁾

(2) 경쟁정책 접근방법

보완성이론에서 볼 때, WTO접근방법과 독점금지 접근방법은 기본적으로 양자 모두 경쟁지향적이라는 점에서 공통점이 있다. 또한 무역정책은 경쟁정책의 목표의 달성을 촉진하기 위한 수단으로 간주하고 있다.⁵⁴⁾ 실무작업단에서 일반적으로 받아들여지고 있는 것처럼 보이는 경쟁정책 접근방법은 전통적인 WTO와 이전의 GATT의 관점에서 보았을 때는 놀랄만한 일이다. 처음부터 또한 WTO 관할권 자체에 입각하여, 특정한 무역목표를 촉진하기 위해 WTO 경쟁규칙을 시행한다는 것이 사실 실현 가능하다면 가장 이상적인 방법임에 틀림없다(무역정책의 목표의 달성을

50) 1998년 8월 14 미국의 의견서에서도 이와 유사한 내용을 담고 있다.

51) 선진국이라고 해서 또한 최근에도 예외는 아니다. 예컨대, 1998년 개정된 독일의 경쟁제한금지법은 스포츠 행사에 대한 TV 방영권의 집중화된 판매에 대하여 독점금지규칙의 적용을 면제하고 있다.

52) Josef Drexl, *op.cit.*, p.238.

53) WTO Report(1998), para.60.

54) 이러한 입장은 1998년 8월 14일의 미국의 의견서(Communication)에서 명확히 하고 있다. 즉 동 의견서는 “무역정책은 시장개방확대, 경제적 기회 확대 및 시장에 대한 정부간섭의 축소를 목표로 하는 보완적인 수단으로서의 경쟁정책과 나란히 세계 되었다.”라고 표현하고 있다. Josef Drexl, *op.cit.*, p.234.에서 재인용.

촉진하기 위한 수단으로서의 국제경쟁법). 사실 전통적인 WTO/GATT 규칙들은 보완성이론과도 양립되지 않고 또한 경쟁정책 목표의 촉진을 위한 수단으로서 무역법을 적용한다는 사고와도 어울리지 않는 원칙들에 입각해있다.⁵⁵⁾

이러한 무역법 접근방법이라고 부를 수 있는 이러한 전통적인 접근방법은 실무작업단에서도 표명된 바 있지만 아직 큰 지지를 받지 못하고 있으며 이에 따르면 국제무역법 그리고 장래의 WTO 경쟁법은 WTO 회원국들의 무역기회의 균등을 촉진한다는 목표만을 갖게 될 것이다.⁵⁶⁾ 사실 이러한 입장은 “reciprocal and mutually advantageous arrangements”이라는 일반적이고 전통적인 GATT/WTO법 원칙에⁵⁷⁾ 충실한 것이라 할 수 있다.

반면에 경쟁정책 접근방법은 자유무역을 위한 국경의 개방이라는 전통적인 WTO의 목표를 국제경쟁의 원칙으로 대체시키는 것이다. 경쟁정책 접근방법에 따라 이러한 무역법 접근방법을 거부하는 것은 거의 혁명적인 것으로 보인다. 이러한 경쟁정책접근방법의 혁명적인 성격은 다음과 같은 전통무역법의 두 가지 기본적인 측면의 변화에 의해 설명될 수 있다.⁵⁸⁾

첫째, 전통적인 WTO 분쟁해결메커니즘에서도 잘 표현되어 있듯이 국가간의 무역상의 이익을 조정하는 것인 반면에 경쟁정책접근방법은 먼저 사기업들이 국제경쟁의 주체중의 하나이며 국제무역과 경쟁정책 원칙의 잠재적인 위반자임을 확인하고 있다. 이러한 관점의 변화는 그것이 “국가의 무역관련 독점금지조치(trade-related antitrust measures: TRAMs)를 다루는 국가 행위에 초점을 맞춘 국제경쟁법의 형성도 가능하게 할 수 있다는 점에서 획기적인 것이다. 그런데 싱가포르 각료선언에서 “to study anti-competitive practices“의 위임을 하였을 뿐이다. 어떠한 사람들은 여기에 사기업의(of private enterprises)라는 구절을 추가하고 싶어한다.⁵⁹⁾

55) *Ibid.*, p.238.

56) WTO Report(1998), para.22.

57) WTO Agreement와 GATT 서문 모두에 이러한 내용들이 포함되어 있다.

58) Josef Drexl, *op.cit.*, pp.239-240.

59) 이러한 주장에 대해서는 Mitsuo Matsushita, “Reflections on Competition

둘째, 경쟁정책 접근방법은 “국가간의 공정 무역”(fair trade between states)이라는 WTO의 전통적인 관념을 “사기업간의 범세계적 공정 무역”(world-wide free trade between private enterprises)으로 대체하는 것이다. 사실 이미 국제경쟁법에 관한 EU의 발의는 사기업에게 평등한 기회를 부여하는 자유무역만이 공정하다고 할 수 있다는 의미로 이해될 수 있다고 한다. 한편, 개도국들은 이러한 두 번째 관점 변화에 대해 자국 시장을 외국기업들에게 개방할 의무를 지우면서도 특정한 발전목표를 추구하기 위한 목적의 국내경쟁정책을 금지함으로써 장래의 국제경쟁법제도하에서 자신들이 패배자로 남는 것을 정당화하는 방법으로 사용될 수 있을 것이라고 우려할 수도 있을 것이다.⁶⁰⁾

이에 대해 Josef Drexl은 경쟁정책의 국가발전은 장래의 WTO 경쟁협정에서 여러 가지 형태의 수단을 통해 배려할 수 있고 또 그렇게 하여야 한다고 주장한다. 즉, 국가발전을 위한 고려요소들은 경쟁정책원칙의 적용배제사유로 하거나 일반적인 ‘합리의 규칙’의 틀속에서 배려하고, 개도국에 대한 과도기간을 인정하고, 반드시 WTO 회원국이 의무적으로 받아들일 필요가 없는 단순한 다각적(plurilateral) 협정으로서의⁶¹⁾ 경쟁협정의 채택 등을 생각 해볼 수 있는 것이다.

그는 국제규범에 대한 다각적 협정은 근본적으로 다자간 협정과 다를 것이 없으며, 그 범위는 지역협정과 다자간 협정의 중간정도로 회원국의 숫자가 작을 수로 지역협정에 가깝고 회원국의 숫자가 많을수록 다자간 협정과 비슷해진다는 점을 지적한다. WTO의 정부조달협정은 WTO 회원국의 일부만 참가하는 다각적 협정 형태를 취하고 있다. 그러나, 다각

Policy/Law in the Framework of the WTO”, in Barry Hawk (ed.), *International Antitrust Law & Policy, 1998 Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, (New York: Juris Publishing, Inc., 1999), p.31. 참조(그는 사적 관행의 무역관련측면에 관한 협정(Agreement on Trade-Related Aspects of Private Practices: TRAPs)의 체결을 제안하였다. 이에 반해 경쟁법과 정책의 무역관련측면에 관한 협정(Agreement on Trade-Related Aspects of Competition Law and Policy: TRACLAP)의 체결을 제안하는 사람도 있다.

60) 이 내용은 1997년 7월 10일의 인디아의 의견서(communication)에서 지적된 것이다. WTO-Doc.WT/WGTCP/W/24.

61) WTO Agreement 제2조(3).

적 경쟁협정으로써 가입국의 숫자가 적은 경우 이것은 WTO의 보편성 지향이념에도 맞지 않을 뿐만 아니라, 미국 등 중요한 경제대국과 개발도상국들이 빠짐으로써 그 가치는 현저하게 줄어들 것이므로 Josef Drexl의 이러한 주장은 적어도 단기적으로 또는 중기적으로는 타당하지 않다고 생각된다.

4. 독점금지 접근방법과 국가주권

경쟁정책접근방법을 일반적으로 따르되 특정한 부분에서 독점금지접근방법을 따른다면 한가지 중요한 의문이 제기될 수 있다. 국제무역법을 국제경쟁법으로 보완하는 독점금지 접근방법이 국내경쟁법의 조화를 요구함으로써 자국 경쟁정책을 독립적으로 수립할 수 있는 WTO 회원국들의 주권에 영향을 미치는 지의 여부이다. 사실, 실무작업단에서 독점금지 접근방법을 주창하는 사람들은 경쟁정책분야에서의 다자간 협력의 필요성을 강조할 뿐만 아니라 현재 진행중인 WTO내의 논의들의 두 가지 다른 주요 목표에 대해서도 정의하고 있다.⁶²⁾

즉, 첫째, 효과적인 국내경쟁법제를 시행하여 국제무역에 영향을 미치는 기업의 독점적 관행을 규제한다는 WTO 회원국들의 기본공약, 둘째, 무역에 특히 피해를 주는 그러한 반경쟁적 관행을 다룰 협정이다. 독점금지접근방법이 EU의 경쟁제도와 비교되는 응집력 있는 범세계적 경쟁법의 시행에 목표를 두는 것은 아니지만 무역관련 경쟁제한행위에 대한 특별한 규칙을 요구할 수 있다는 것은 분명하다. 따라서, 국내 경쟁법의 조화의 범위 및 국내 경쟁법의 내용을 정할 수 있는 WTO 회원국들의 주권에 대한 영향을 무역관련 경쟁제한행위로 확인된 것들이 무엇인가에 따라 크게 좌우될 것이다.⁶³⁾

5. WTO 경쟁규범과 쌍무적 독점금지 협력협정網과의 관계

다자간 경쟁 협정이 체결된다 하더라도 현재 시행중이고 앞으로 더욱 확대될 독점금지협조에 관한 쌍무적 조약의 네트워크와 더불어 공존하게

62) WTO Report(1998), para.78.

63) Josef Drexl, *op.cit.*, p.241.

될 것이다. 이러한 조약들은 경쟁적 무역 및 병합규제정책 등 양국간의 특정한 쟁점을 규율할 수 있을 뿐 아니라 다자간 협정의 확립과 그후의 발전에 대하여 부분적으로 하나의 모델이 될 수 있을 것이다.⁶⁴⁾ 그러나 현재 진행중인 경제관계의 글로벌화를 고려해 볼 때, 그러한 양자주의에만 의존하는 것은 결코 충분하지 아니할 것이다. 이와 관련하여 미국과 EU간 독점금지협정, 또한 미국이 오스트레일리아, 캐나다 및 독일과 체결한 독점금지협정을 참고해 보면 그러한 점을 쉽게 알 수 있다.⁶⁵⁾

또한 1995년 발표된 Van Miert Report인 “Competition Policy in the New Trade Order: Strengthening International Co-operation and Rules”는 경쟁문제의 국제화추세로 인한 문제의 해결에 대해 이원적(twin-track) 접근방법을 권고하고 있다. 즉, 첫째, 쌍무적인 협력이 더욱 확대·발전되어야 한다는 것, 둘째, 일정한 기본적 경쟁원칙들에 대한 존중을 보장하는 다각적 기본틀(plurilateral framework)이 정착되어야 한다는 것이다. Van Mier Report 작업단은 몇 가지 야심찬 목표를 제시하였으나, 경쟁규칙(최소의 기준으로 출발), 참여국가의 수(OECD국가와 일부 아시아 및 라틴아메리카 국가들) 및 경쟁감시메커니즘(절차의 감시부터 시작)과 관련하여서는 점진적인 접근방법(즉, 블록형성:building blocks)을 주창하였다.⁶⁶⁾

제 4 절 규율대상으로서의 무역관련 경쟁제한행위

1. 의 의

국가간의 공정한 무역으로부터 사기업의 범세계적 자유무역으로의 관점 변화는 대단히 중요한 결과를 가져올 것이다. 즉, 국제경쟁법이 사기

64) Wolfgang Fikentscher, *op.cit.*, p.85.

65) *Ibid.*, p.86.

66) Jean-François Pons, “International Co-operation in Competition Matters—Where Are We Four Years After the Van Miert Report”, in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments on the WTO Report(1998) on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd., 1999).p.196.

업간의 국제적인 경쟁을 보호하여야 한다면, 무역관련 경쟁제한행위에 대한 국제경쟁법 적용범위의 제한은 어떻게 정당화할 것인가의 문제가 제기될 수 있다. 사실 앞서의 변화된 시각의 입장에 따르면 경쟁제한행위에 의하여 영향을 받는 시장이 초국가적 성격을 갖고 있는 경우에는 국제경쟁법이 반드시 적용되어야 하기 때문이다.

그런데, 종합적인 국제경쟁법의 채택은 이상적인 세계에서나 올바른 해결책이다. WTO 회원국마다 이해관계가 다르고 국내경쟁법에서 자신이 이해관계를 반영하여야 할 필요성이 있는 한, 완전한 국제경쟁법은 환상에 불과하다는 점은 인정하지 않을 수 없다. 결국 국제경쟁법의 완전성 수준은 국가간의 협상과 외교적 타협에 좌우될 것이다.

그러나 지적인 바와 같이 개도국의 이해관계 및 경쟁문화의 특성 등과 같은 여러 가지 제약요소들 때문에 국제경쟁법을 채택한다 할지라도 불완전한 내용(imperfections)의 국제경쟁법이 차선이 아닌 최선의 해결책이 될 수밖에 없다.⁶⁷⁾ 따라서 이러한 상황이라면 반드시 국가간의 경쟁법의 내용의 상충을 회피하기 어렵게 되며 이를 보완하기 위한 원칙으로서 그러한 국가들의 실체경쟁법규정의 조화 없이도 단순히 저촉법 접근방법(conflict-of-law approach)의 채택만을 충분할 것인가라는 의문이 제기될 수 있다.

반면에 이와 같이 불완전한 내용들을 갖는 국제경쟁법이 오히려 그 채택가능성은 더욱 높여 줄 수 있다는 점에서 오히려 바람직한 측면이 있으며, 이러한 불완전성을 전제로 장래의 국제경쟁법의 내용을 어떻게 설정하여야 할 것인가를 검토하여야 할 것이다. 즉, 국제적으로 반드시 공동 대처하여야 할 경쟁제한행위에 대해서만 국제경쟁법의 적용대상이 되도록 하는 것이다.⁶⁸⁾

WTO 회원국들은 보완성의 원칙과 국제경쟁법의 개념을 인정하면서도 막상 그 적용범위와 관련하여서는 그 논의의 대상을 국제무역에 영향을 미치는 기업의 반경쟁적 관행의 확인으로 한정시켜버렸다.⁶⁹⁾ WTO 보고서는 그 분석대상을 3가지로 구분하고 있다. 첫째, 수입품의 시장접근에 영향을 미치는 관행, 둘째, 여러 국가들이 거의 동일하게 영향을 받는

67) Josef Drexler, *op.cit.*, p.242.

68) *Ibid.*

69) WTO Report(1998), para.83-96.

국제시장에 영향을 미치는 관행, 셋째, 각국의 국내시장에 각기 다른 영향을 미치는 관행 등이다. 한편, OECD내에서 비교적 폭 넓은 공감대가 형성된 부분은 국제카르텔과 기업합병에 관한 부분이다. 회원국들은 가격담합, 출고 조절하는 경성카르텔에 속하는 국제카르텔은 경쟁법·정책에 당연 위법(*per se illegal*)에 해당한다는 것이 동의하고 있다.

또한 여러 회원국의 관할권에 속하는 초국경적(*cross-border*) 기업결합의 경우 여러 관할국에 사전통보, 동시에 여러 관할국에서 시행되는 심사과정과 상이한 결정 등에 따른 기업의 부담이 높다는 인식에 따라 사전 통보 양식의 표준화와 관련 당국과의 사전조율, 협력 방안 등에 대한 논의가 활발히 진행중에 있다. 향후 WTO내에서의 다자간 경쟁규칙의 작성시에 경쟁법 접근방법을 채택하던, 다소 개괄적인 통합법 접근방법을 택하던 아니면 제한적인 부문별 접근방법을 채택하던 간에 어떠한 무역관련 불공정행위들을 규제대상으로 할 것인가는 효율적인 무역과 경쟁 정책을 위한 다자간 범구조에 관한 정치적 컨센서스를 형성하는데 대단히 중요한 의미를 갖게 될 것이다.

2. WTO 보고서상의 분석대상 - 적용범위의 제한 -

(1) 수입품의 시장접근에 영향을 미치는 관행

1) 코닥-후지 사건

미국과 일본간의 코닥-후지사건에서 미국은 WTO규범내에 반독점 의무를 설정하여야 할 필요성을 느꼈을 것이다.⁷⁰⁾ WTO 패널에서 미국은 후지사가 배타적인 거래약정으로 일본을 도매업자들을 결속시켰기 때문에 코닥이 일본시장에 진입할 수 없었다는 주장을 하였다. 미국은 “WTO 규범이 국가에 의한 국제무역왜곡행위만을 다룰 뿐, 사적인 경쟁제한행위는 그 적용범위밖에 두고 있었다”는 지극히 단순한 이유로 인해

70) 일본과 미국의 경쟁기준의 차이에 대해서는 Douglas E. Rosenthal and Mitsuo Matsushita, “Competition in Japan and the West: Can the Approaches Be Reconciled”, in Edward M. Graham and J. David Richardson (eds.), *Global Competition Policy*, (Washington: Institute for International Economics, 1997), pp.313-336.

패소하였던 것이다.⁷¹⁾

WTO 패널에서는 후지사가 효과적으로 사적인 경쟁제한행위에 개입하고 있었는지의 여부는 처음부터 규명의 대상이 되지 않았다. 이 사건을 계기로 수직적 거래제한행위는 사인에 의해 시장접근장벽을 형성하는 반경쟁 관행의 주요 실례로서 간주되고 있다.⁷²⁾ 그러나 실무작업단의 논의 내용을 보면 관심대상이 되고 있는 반경쟁적 관행의 범위는 국제무역을 방해하는 경우로 한정되어 있음을 알 수 있다.

이러한 제한행위들은 특히 다음과 같은 것들이다.⁷³⁾ 즉, 국내시장을 할당하기 위하여 국제적인 경쟁자들간에 수평적 협정이 체결될 수 있다. 국내경쟁자들간에 설정되는 수평적 기준(horizontal standard)은 외국인들의 시장접근을 방해할 수 있다. 중요 시설(항구, 공항 등) 과 기타 필수적인 시설(예컨대, 통신분야)에 대한 통제 및 병행수입을 불합리하게 금지하기 위한 수단으로서 지적재산권은 지배적 지위의 남용의 경우도 논의되고 있다. 국내생산자들과 도매업자간의 수직적 결합은 배타적 거래관행과 마찬가지로 해외 경쟁자들의 시장접근을 봉쇄할 수 있다.⁷⁴⁾

2) Langnese-Iglo GmbH v. Commission 사건

수입품에 대한 시장접근에 영향을 주는 경쟁제한행위는 규제대상이 되어야 한다는 점에 대해서는 WTO 회원국들간에 공통의 양해사항이 되어 있는 것 같지만, 막상 그러한 제한행위에 대한 법적인 정의 및 국제경쟁법의 적용범위와 관련하여서는 그 합의를 도출하기 어렵다는 사실이 드러났다.⁷⁵⁾ EU가 어떠한 제한행위가 수입품에 대한 시장접근에 영향을 주는 잠재적인 사건으로 인용한 유럽 아이스 크림사건에서도⁷⁶⁾ 이러한

71) Panel Report of 5 December 1997, WTO-Doc.WT/DS44/R of 31 March 1998;<<http://www.wto.org/wto/dispute/distab.htm>>.

72) Eleanor M. Fox, "Toward World Antitrust and Market Access," *American Journal of International Law*, Vol.91(1997), p.1.

73) WTO Report(1998), para.84.

74) Josef Drexler, *op.cit.*, p.243.

75) *Ibid.*

76) European Court의 1995년 6월 8일의 제1심판결이다. Case T-7/93, Langnese-Iglo GmbH v. Commission, [1995] ECR II-1553; Case t-9/93, Schöler

사실이 잘 드러난다.⁷⁷⁾

즉, 복점적(duopolistic) 시장구조하에 있는 독일 아이스크림시장에서 배타적 거래계약을 체결하고 있는 두 경쟁회사들- Langnese와 Schöller - 은 아이스크림판매용 냉장고(freezing cabinets)를 소매업자들에게 제공함으로써 시장에서 잠재적인 경쟁자 및 특히 신규 진입자들을 배제(exclude)시키고 있었다. 그러한 시장배제관행을 금지하는 것과 관련하여서는 수입품에 대한 시장접근에 영향을 미치는 행위의 기준 자체만으로는 그러한 행위가 경쟁정책적 관점에서 허용가능한지의 여부를 판단하는데 도움이 되지 못하다는 점은 분명하다.⁷⁸⁾

다시 말해서 이 사건에서는 사실상 국내 및 외국의 경쟁자들이 거의 동일한 영향을 받기 때문이다. 바로 이 때문에 어떠한 조건과 상황하에서 거래제한행위가 경쟁 자체에 영향을 미치는 것으로 보아야 할 것인가 - 수직적 거래제한의 경우에는 특히 어렵지만 - 를 법적으로 정의하는 것이 필수적인 것이다. 사실, 글로벌화된 세계에서는 외국경쟁자 및 수입품의 개념은 그 의미를 상실한다. 오히려 경쟁정책상의 이슈가 되는 관행의 적법성 문제와 국제경쟁법의 적용범위 문제에 대해 구분할 필요가 있다. 다시 말해서 국제경쟁법의 적용범위내에 있어야 할 관행은 그 관행에 의하여 영향을 받는 주관적(subjective) 공급시장이 초국가적 성격을 갖는지의 여부이다.⁷⁹⁾

(2) 국제경성카르텔

국제경쟁법은 초국가적 경쟁이 영향을 받는 경우에는 언제든지 적용될 수 있어야 한다는 점은 바로 앞서 언급한 두 번째 유형의 관행, 즉 여러 국가들이 거의 동일하게 영향을 받는 국제시장에 영향을 미치는 관행의 경우 특히 타당하다.⁸⁰⁾ 이와 관련하여 실무작업단은 국제무역이 명시적

Lebensmittel GmbH v. Commission, [1995]ECR II-1611.

77) Communication by the European Community and its Member States of 5 March 1998, WTO-Doc.WT/WGTCP/W/62,p.9.

78) Jesef Drex, *op.cit.*, pp.243-244.

79) *Ibid.*, p.244.

80) WTO Report(1998), para.87 이하.

인 초국경적 거래제한(예컨대, 국내시장할당을 약정)이나 외국경쟁자에 피해를 주기 위한 의도의 제한행위에 의해 영향을 받을 뿐만 아니라 일부 국가의 국내독점금지법 시행과정에서 드러난 “표준을 통한 제한행위”(standard restraints)에 의해서도 영향을 받을 수 있음을 인식하고 있다. 1998년 실무작업단 보고서에서 드러나 있듯이 WTO 회원국들은 두 가지 상황에 유의하고 있는 데 그 첫 번째인 초국경적 가격협정, 초국경적 출고협정, 입찰담합, 시장분할이 특히 국제무역에 피해를 주는 것으로 간주하고 있다.⁸¹⁾

동 보고서는 이에 관한 경제학적 근거를 제시하지는 않고 있지만, 통상적으로 일반적으로 가격을 인상하고 출고량을 감소시킬 수 있는 능력을 경제적 독점이라고 한다. 실무작업단은 그러한 행위들을 반경쟁적 제한행위로서 무역의 흐름을 차별적으로 변경시킨다는 증거가 없을 때에도 금지해야 할 필요가 있음을 표현하고 있다. 그러나 무역흐름에 대한 차별은 GATT/WTO 무역규범의 적용기준의 하나가 되어 왔음에 틀림없다. 실무작업단의 보고서는 새로운 WTO 경쟁법이 그러한 초국경적 경성카르텔을 금지하여야 한다는 입장에 따라 반경쟁적 제한행위의 무역관련 측면이라는 명확한 분야밖에 있는 초국경적 경쟁보호 원칙에 눈을 돌리고 있다.

따라서, 이미 OECD Recommendation에서⁸²⁾ 제안한 바 있는 경성카르텔에 대한 효과적인 조치는 국제경쟁법으로 향하는 첫 번째 단계에 불과하다 할 수 있다. 모든 국내독점금지법이 당연 위법이라고 규정하고 있고 또한 모든 경제이론에 의해도 경제적으로 유해한 제한행위의 금지에 대해서는 쉽게 합의할 수 있을 것이다. 그러나 이러한 논리에 따르면, 두 번째 단계는 초국가적 경쟁 일반을 보호하기 위하여 필요한 것으로 국가간에 합의될 수 있는 다른 경쟁제한행위를 정의하는 일이 될 것이다.

81) WTO Report(1998), para.87. 이 두번째 상황에 대해 WTO 회원국들은 카르텔이 특히 무역에 유해한 일정한 서비스 분야들, 예컨대 해상운송 또는 금융서비스 등에 대하여 정의하였다.

82) Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hardcore Cartels of 27-28 April 1998, OECD-Doc.C(98)35/Final, <<http://www.oecd.org/daf/ccp/rec9com.htm>>.

(3) 수출카르텔

앞서의 세 번째 유형의 경쟁제한 관행 즉 여러 국내시장에 각기 다른 영향을 미치는 관행과 관련하여 WTO 회원국들은 실무작업단내에서 특히 수출카르텔문제를 다루었다.⁸³⁾ 수출카르텔에 대한 범세계적 금지는 특히 개발도상국에게는 특별한 관심의 대상이 될 것이지만, 많은 국내경쟁법에서 대체적으로 수용되고 있다. 사실상, 개발도상국들은 흔히 자국의 국내시장을 보호하고 대규모의 기업에 대해 자국법을 집행할 수 있는 수단과 가능성이 제한되어 있다.

수출카르텔과 아주 유사한 상황은 국내시장에는 그다지 반경쟁적 효과를 갖지 않지만 다른 시장에서의 경쟁을 위축시키는 기업합병의 경우에서 찾아 볼 수 있다.⁸⁴⁾ 국내 경쟁법이 복지 총량기준(a total welfare standard: 국내에서의 전체적인 복지의 증감여부에 따라 허용여부를 결정하는데 사용되는 기준)을 적용하여 국내에서의 규모의 경제(scale of economies) 또는 국제시장에서의 자국기업의 경쟁력 제고를 위하여 어떠한 기업합병을 해외에 반경쟁적 영향을 미치는 지의 여부와 관계없이 허용하는 경우에 그러한 상황이 전개되는 것이다. WTO 회원국들로 하여금 복지총량기준 보다는 소비자 복지기준을 적용하도록 하거나 문제의 합병이 국제경쟁에 미치는 영향을 고려하도록 의무화하는 것이 이 문제를 해결하는 가장 쉬운 방법이 될 것이다. 그러나, 그러한 접근방법이 합병규제에 관한 법을 국제적으로 조화시키는데 아무런 도움이 되지 못한다는 것은 분명하다.⁸⁵⁾

(4) “적용범위 제한”의 문제점

앞서 언급한 WTO 실무작업단의 1998년 보고서는 가장 명백한 것으로 추정되는 독점금지분야인 경성카르텔(hard core cartel)부터⁸⁶⁾ 가장

83) WTO Report(1998), para.89.; DIAC 제3조 제2항은 수출카르텔에 대한 국내 독점금지법의 적용을 권고하고 있을 뿐이다. 다시 말해서 수출카르텔에 대한 독점금지법 적용에 대해서는 적극적인 자세를 보이고 있지 않다.

84) WTO Report(1998), para.89.

85) Josef Drexl, *op.cit.*, p.246.

86) 그러나 많은 국가들이 자국의 수출카르텔을 포기하지 아니할 것이라고 예상하는 사

어려운 분야인 유통제한행위와 시장배제적 관행, 독점금지과 지적재산권 등 규율대상이 되는 다른 경제영역 및 독점금지법과 무역법의 충돌문제까지 다루고 있으면서도 실체적 독점금지규정에 대한 구체적인 권고가 없다.

실무 작업단내에서도 특정한 독점금지문제에 대한 국제적 합의가 바람직한가 또한 그것이 가능할 것인가에 대해서는 견해차이가 심하게 드러났다.⁸⁷⁾ 심지어 독점금지원칙들을 반덤핑사건에 반영하는 것이 타당한지의 여부에 대해서 마저 의견일치를 보지 못하였다.⁸⁸⁾ 이 보고서는 절차문제에 대해서는 큰 관심을 보이지 않았지만, 여러 단계에서의 협력이 있을 수 있음을 지적하고 협력적 접근방법이 가능한 한 다자간 차원에서의 협력을⁸⁹⁾ 포함할 수 있도록 확대되어야 한다는 견해를 표명하였다.

WTO 실무작업단이 무역관련 경쟁제한행위의 확인에 관하여 논의하고 있다는 그 자체가 장래의 WTO 경쟁법의 적용범위를 제한할 수밖에 없다는 인식을 바탕으로 두고 있다 할 수 있다. 이와 관련하여 앞서 언급한 세 가지 유형의 경쟁제한행위로 국한시킨 시도가 결코 성공적인 효과를 거둘 것으로 보이지는 않는다.

이러한 논의의 결과를 보면 이러한 판단을 더욱 신빙성 있게 해주고 있다. 즉, 이 실무작업단의 논의과정을 보면 첫째 무역과 경쟁의 상호작용은 국제무역법과 국제경쟁법을 결합함으로써 찾아야 하며 이 두 가지 법들은 범세계적 경제적 효율성 증진이라는 동일한 목적을 가지고 있다는 원칙에서 출발하고 있음을 알 수 있다.

그러나 이 원칙을 채택한다면 초국경적 무역 문제는 장래의 경쟁협정의 적용범위로부터 배제될 것이다. 이 점은 앞서 언급한 세 가지 유형의 경쟁제한관행 모두에서 확인된다. 예컨대, 첫 번째 유형의 관행(시장접근

람들도 있다. F.M. Scherer의 발언 참조(John O. Harley & Hiroshi Iyori, (eds.), *Antitrust: A New International Trade Remedy?*, (Washington: Pacific Law & Policy Association, 1995) p.363.).

87) WTO Report(1998), para.94.

88) WTO Report (1998), paras.143,144, 145 & 147.

89) WTO Report(1998), para.92. 동 보고서가 국제사회에서 이용할 수 있는 국제수단간에도 갭(gaps)이 존재한다고 지적한 분야중에는 코닥-후지분쟁(수입상품의 시장접근에 영향을 미치는 부적절한 법률 집행)과 Boeing-McDonnell Douglas 합병(국내시장에 대해 영향을 미치는 관행) 등을 언급하고 있는 부분들이 포함되어 있다.

에 영향을 주는 관행)에 대해 분석해 보았듯이 무역관련 측면이라는 용어는 문제의 관행으로부터 영향을 받는 주관적 공급시장이 국제적인 경우를 확인시키기 위한 은유적 표현(metaphor)에 불과하다.

결국 WTO 회원국들이 국제경쟁법에 동의할 가능성은 거의 희박해 보이며 그러한 협정이 특정한 제한행위에 국한되어야 하는 한 국제경쟁에 대한 보호 역시 불완전한 것이 될 것이다.⁹⁰⁾ 그러나, 이와 같이 적용범위를 제한시킴으로써, 국제경쟁법의 형성에 반대하는 국가들의 참여를 조금이라도 유도할 수 있다는 점에서는 어느 정도 긍정적인 측면이 있다고 생각된다.⁹¹⁾

제 5 절 국제경쟁규범 형성의 선결요건

1. 문제의 소재

아래에서는 국제경쟁규범은 어떻게 시행될 수 있을 것인가, 특히 국내 경쟁법과의 조화는 필요한가, 그러한 접근방법이 국내경쟁정책에 어떠한 영향을 미칠 것인가 등에 대한 문제를 검토하기로 한다. WTO회원국들의 많은 숫자가 아직 경쟁법을 채택하지 아니하였기 때문에 첫 번째 문제는 종합적인 국내경쟁법의 필요성 여부이다.

WTO 회원국들이 실제적 기준접근방법보다 저촉법 접근방법을 채택한 다하더라도 이러한 문제는 발생한다. 즉, 저촉법 접근방법을 채택한 국제 독점금지 규범에서도, 어떠한 국가의 국내경쟁당국이 어떠한 수출카르텔로 영향을 받는 국가의 국내법에 따라 그 수출카르텔로부터 보호조치를 취하여 할 의무를 진다 할지라도, 그러한 영향을 받는 국가 자신이 경쟁법을 가지고 있어야 보호조치가 취하여질 수 있기 때문이다.

90) Josef Drexl, *op.cit.*, p.247.

91) 한편, 미국의 AFO-CIO 대표들은 낮은 노동기준을 가진 국가들은 사실상 자국 경제에 부당한 보조금을 지급한 것이 때문에 미국 법무부 독점금지국의 국제경쟁정책 자문위원회가 국제경쟁에 대한 잠재적인 왜곡행위를 검토함에 있어 이러한 것을 포함시켜야 한다고 권고하였다. 그러나, 동 자문위원회는 이러한 것은 지금까지 국제적인 독점금지문제에는 포함시키지 아니하였으며 어느 정도의 노동기준이 외국회사들의 시장접근에 불리한 영향을 미치는지가 불분명하다는 점을 지적하고 자신들의 논의대상에서 제외시켰다. Advisory Committee, *op.cit.*, p.203.

2. WTO회원국들의 국내경쟁법 필요성 여부

WTO 회원국들이 국내경쟁법을 가져야 하는지의 여부에 관한 문제는 WTO 실무작업단에서도 많은 논쟁이 있었다.⁹²⁾ 그러한 필요성에 반대하는 주장의 논거는 국내경쟁법의 각종 기준, 적용의 배제 및 예외 등에 관한 국가간의 일반적인 합의가 존재하지 아니하며 또한 국내경쟁법을 가지고 있는 국가간에도 사실 그러한 국내경쟁법의 기준들이나, 적용배제·예외에 관한 차이가 존재한다는 것이다.⁹³⁾ 그러나, 실체적 기준의 형성에 찬성하는 두 가지 논거들에 대해서도 눈여겨볼 필요가 있다. 첫 번째 논거는 국제경쟁법의 시행과 관련되어 있으며 두 번째 논거는 경쟁과 무역정책에 근거를 두고 있다.

이중 첫 번째 논거는 EC에서의 경험에 비추어보면 쉽게 이해된다. 즉 유럽에서는 강력한 공동체 경쟁제도가 대부분의 회원국들의 국내경쟁정책이 없었던 50년대에 시행되었다. 이러한 상황은 근본적으로 변화되어 현재 어떠한 회원국도 공동체를 통한 시장의 국제화(즉, EC 경쟁법)만으로는 시장 자체가 국내적인 성격을 가질 수밖에 없는 분야에서는 자국내에서 경쟁구조를 충분히 정착시킬 수 없기 때문에 모두 국내 경쟁법을 가지고 있다.⁹⁴⁾ EU는 공동체법이 회원국의 국내법의 조화 없이도 기능할 수 있는 두 가지 중요한 수단으로 집행되고 있기 때문에 회원국들에게 국내 경쟁법을 도입할 명확한 의무를 지을 필요가 없다.

즉, 첫째, 공동체 독점당국인 EU 집행위원회에 의한 직접적인 시행, 둘째, 국내법제의 구성부분으로서의 공동체법을 직접 적용하는 국내법원에 의한 시행이 그것이다. 이러한 두가지 수단이 WTO 경쟁법에서 반드시 실현될 수 있을 것으로 보이지는 않는다. EU 집행위원회에 비견하는 국제독점당국의 설치가 WTO회원국들에 의하여 받아들여질 수 있을 것인가는 지금까지와 마찬가지로 향후에도 부정적으로 판단할 수밖에

92) WTO Report(1998), para.91.

93) Josef Drexl, *op.cit.*,p.248.

94) EC 회원국의 국내법과 관련하여서는 1998년 3월의 EC와 그 회원국들의 의견서 (Communication)를 참조할 것. WTO-Doc.WT/WGTCP/W/61.

없을 것이다.

또한 WTO 규범들이 국제법의 일반원칙에 따르고 있는 현재의 상황하에서는, WTO 경쟁법의 WTO 회원국들에 대한 직접적인 효력의 인정 여부는 개개의 WTO 회원국들이 자국의 헌법상의 일반원칙을 고려하여 자율적으로 결정할 문제일 뿐이다.⁹⁵⁾ 회원국들이 WTO 규범들에 대해 국내법체계에서 효력을 부여하여야 하지만⁹⁶⁾ 그 방법에 대해서 까지 WTO가 관여할 수 있는 것은 아니다. 즉, WTO 규범이 국내법제에서 직접적이고 대체적인 효력을 가진다거나 일반적인 국제법과 달리 초국가적인 법질서로서의 지위를 갖고 있는 것은 아니기 때문이다.⁹⁷⁾

결과적으로 WTO 회원국들은 자국의 국내법을 수정하여야 하며 이것은 어느 정도 국내경쟁법의 조화없이는 국제경쟁법이 있을 수 없다는 것을 의미한다. 한편, 두 번째 논거는 무역과 경쟁정책의 고려사항들에 입각한 것으로 종합적인 국내 경쟁법이 없다면, WTO 회원국의 영역내의 반경쟁적 구조는 국내회사의 수출에 보조금을 지급하는 것일 수도 있다는 것이다.⁹⁸⁾ 즉 수출국가에서 국내경쟁법이 없다는 사실을 수입국이 반덤핑법 적용을 정당화하기 위해 원용될 수 있다는 것이다.

3. 각국의 경쟁법 조화의 필요성 여부

앞서 본 바와 같이 WTO회원국들의 국내경쟁법이 필요하다는 점을 인정한다 하더라도 그러한 국내법들이 조화될 필요가 있는가 또한 어느 정도 까지 조화되어야 하는가의 문제가 남아 있다. 조화는 매우 애매한 용어이며 오해를 불러일으키기 쉽다. 물론 완전한 조화는 필요하지도 바람직하지

95) 미국의 우루과이라운드협정법률(U.S. Uruguay Round Agreements Act 1994)에 의하면 미국의 법률과 모순되는 WTO 제협정의 어떠한 규정도 효력을 갖지 아니한다. 미국의 이러한 입장에 대한 대응으로 EC도 WTO 제협정의 체결에 관한 이사회 결정(Council Decision) 서문에서 WTO 협정의 직접적인 효력을 배제하고자 하였다. 이러한 시도들이 법적으로 타당한지의 여부 및 실제로는 WTO 협정내용들이 직접 적용될 수 있는지에 대해서는 많은 논란이 있다. Josef Drexl, *op.cit.*, p.247.

96) 이와 관련하여 TRIPs 제1조 제1항의 “회원국은 이 협정의 규정에 효력을 부여하여야 한다”라는 규정은 참조가 될 것이다.

97) Josef Drexl, *op.cit.*, p.249.

98) *Ibid.*, p.250.

도 않다. 그러나 예컨대 실무작업단이 무역과 관련된(trade-related) 것이라고 확인한 관련사건을 국제경쟁법에 따라 효과적으로 처리할 의무를 국가에게 부담시켜야할 필요성이 있음은 두말할 여지가 없다.

한편, 저촉법 접근방법은 수출카르텔을 다루는데 충분할 수 있을 수도 있지만 수입품의 시장접근에 영향을 미치는 경쟁제한행위 및 국제적인 경성카르텔과 관련하여서는 부적절하다고 생각된다.⁹⁹⁾ 수출카르텔과 관련하여서는 저촉법 접근방법에 따르면 국내시장에 영향을 미친 경쟁제한행위에 적용되는 것은 수입국의 국내법이 될 것이다. 그러나 법적 구속력이 있는 국제경쟁법에 의하여 외국 경쟁자들을 어떠한 실체적 기준에 따라 보호받을 수 있도록 보장하는 장치가 마련되지 아니한다면 이러한 저촉법 접근방법은 경우에 따라서는 국제경쟁법의 존립 자체를 무의미하게 만들어버릴 수 있다.

또한 수입품의 시장접근에 영향을 미치는 경쟁제한행위 및 국제적인 경성카르텔의 경우, 국제경쟁을 효과적으로 보호하고 관련국가들의 상충되는 결정을 피하기 위해서는 국제경성카르텔이 어느 정도까지는 동일한 원칙에 따라 각국의 국내법들에 의하여 처리될 수 있도록 하기 위해 국내경쟁법의 조화가 필요하다. 따라서 국내법이 어느 정도까지 조화되어야 하는가는 처리대상이 되는 특정한 쟁점사항과 경쟁제한행위, 그러한 제한행위의 초국경적 관련성 및 특정한 경쟁제한행위의 경쟁 정책적인 평가와 관련하여 도달할 수 있는 국제적인 합의의 정도에 좌우될 것이다.

4. WTO 국제경쟁규범의 내용

(1) 무차별 원칙

국제경쟁법의 시행과 관련하여서는 먼저 전통적인 무역법에 가장 기본적인 원칙을 찾을 수 있을 것이다. 즉, GATT와 이후의 WTO 규범들은 무역 흐름의 편향성을 방지하기 위하여 일방적 무차별 조항들을 채택하였다. 이러한 무차별조항들은 WTO의 여러 협정들에서 발견할 수 있는

99) *Ibid.*

최혜국대우조항(the most-favored-nation clause: MFN)과 내국인대우조항(the national-treatment clause: NT)이다.¹⁰⁰⁾

그러한 무차별조항들은 국제경쟁법에서도 기능할 수 있을 것이다. 사실상 다음과 같은 두 가지 유형의 사례들은 서로 구별될 수 있다. 즉, 예컨대, 외국인의 무차별과 관련된 첫 번째 유형은 수입품에 대한 시장접근에 영향을 주는 관행과 관련되어 발생한다. 두 번째 유형은 수출카르텔과 같은 외국시장의 차별행위와 관련된 것으로 이 경우 어떠한 국가의 국내법이 수출카르텔을 허용함으로써 내국시장과 구별되는 외국시장을 차별할 수도 있다.¹⁰¹⁾ 각각의 무차별조항들은 실제적인 보호를 부여하여야 할 국제적인 의무와 관계없이 적용된다는 점에 유의할 필요가 있다. 국내경쟁법은 외국인과 외국시장을 차별하지 않고 적용되어야 한다.¹⁰²⁾

다만, 전형적인 무역법의 하나의 수단으로서의 최혜국대우조항이 경쟁법 분야에서도 적용되어야 하는지의 문제는 아직도 특별한 검토가 필요하다. 이와 관련하여, 개별국가들의 쌍무적 독점금지·공정경쟁에 관한 협정의 길을 열어주기 위해서 최혜국대우 조항은 다자간 협약에 포함시켜서는 아니된다는 주장이 있다. 즉 만약 최혜국대우조항을 다자간 협약에 포함시킨다면 쌍무적 독점금지협정이라는 실험수단의 존립가능성이 배제되어 버리고 아울러 다자간 협정에서 union principle도 규정할 수 없게 되므로 최혜국대우를 규정한 TRIPS 협정 제4조는 국제경쟁법과 관련하여서는 폐지되거나 수정되어야 한다는 것이다.¹⁰³⁾

즉, 내국인대우는 앞서 언급한 차별로부터 충분한 보호를 보장할 수 있지만 최혜국대우는 예컨대 협력분야 등에 관한 일정한 경우에만 채택되어야 할 것이다. 현재까지의 협력협정은 쌍무적으로만 체결되고 있을 뿐이고 그 나름대로의 존재의의와 장점을 가지고 있으므로 국제독점금지규범이 형

100) 최혜국대우조항은 GATT 제1조, GATS 제2조, TRIPS 제4조에 그리고 내국인대우조항은 GATT 제3조, GATS 제17조, TRIPS 제3조에 규정되어 있다.

101) Josef Drexler, *op.cit.*, p.251.

102) 국내경쟁과 대비되는 국제경쟁에서의 차별을 금지하는 무차별조항은 DIAC 제2조 제2항(b)호에서도 제안되고 있다.

103) Wolfgang Fikentscher, *op.cit.*, p.87.

성된 후에도 미국 등 일부 국가들이 선호할 것이다. 따라서, 이러한 협력 협정이 존재하는 한 최혜국 대우조항을 국제경쟁규범에 포함시키기는 어려울 것이다.

(2) 보호의 최소기준

1) 최소 기준과 지적재산권 관련 협정의 원용가능성

최소기준접근방법은 협정 접근방법(Convention Approach)이라고도 부르며 19세기말 the Paris Convention for the Protection of Industrial Property of 1883(이하 “Paris 협정”이라 한다) 및 the Revised Berne Convention for the Protection of Copyrights (이하 “Berne 협정”이라 한다)에 의하여 발전되었다.¹⁰⁴⁾ 그후 최소기준은 TRIPS 협정에서도¹⁰⁵⁾ 채택되었으며 DIAC에서도 제안하고 있다.¹⁰⁶⁾ 최소기준의 채택은 축소된 형태의 국내경쟁법 조화방식을 의미한다. 이러한 최소기준론은 통상적으로 지적재산권분야에서의 전통적인 WIPO 협정들의 전례를 따라 최소기준은 일정한 기준에 따라 외국인(외국회사 및 외국시장)을 보호할 의무를 설정할 뿐이며 국내입법자들로 하여금 이 이상의 조치들을 입법화할 수 있도록 한다는 것을 그 내용으로 하고 있다.

Paris 및 Berne 협정은 저축법 분야가 아니라 지적재산권의 실체법 규정에 관한 낮은 수준의 조화방식 즉 최소기준(minimum standards)을 채택하고 있는 바, 국제경쟁규범에 TRIPS협정 및 Paris 협정 제10조 이하의 규정을 참조하되 그것을 더소 보완하여, 위법하고 불공정한 무역관행에 관한 최소기준을 포함시켜야 한다는 주장은¹⁰⁷⁾ 현재의 국가

104) 그러나, 최소표준에 대한 비판적인 견해도 만만치 않다. 이에 대해서는 Jesef, Drexl, *op.cit.*, p.252.에서 재인용.

105) 제1조 제1항 두 번째 문단에서는 “회원국들은 이 협정이 요구하는 것보다 광범위한 보호를 자국 법으로 시행할 수 있되, 그러한 의무를 부담하는 것은 아니다”라고 규정하고 있다.

106) 제2조 제1항(a) 호는 “협정의 각 당사자는 이 협정이 달리 정하고 있지 아니하는 한 자신의 국내법상의 보다 엄격한 독점금지규칙을 자유롭게 규정하고 적용할 수 있다”라고 하고 있다.

107) Wolfgang Fikentscher, *op.cit.*, p.75. 그는 경쟁의 국제적 보호를 위해서는 지적 재산권보호에 관한 1883년 파리협약과 1886년 개정 베른협약과 유사한 협약이

관행을 감안해 볼 때 설득력이 있다고 생각된다.

Paris 협정과 Berne 협정은 다음과 같은 원칙을 채택하고 있다.¹⁰⁸⁾

첫째, 초국경적 지적 재산권 사건에 대해 국내법을 적용한다.

둘째, 지적재산권 보호를 구하고 있는 국가에서 외국인은 대국인 대우를 향유한다(차별금지).

셋째, 지적재산권 보호를 구하고 있는 국가밖에서는 상호간에 의견 일치된 불법행위(*consensus wrongs*)를 무차별원칙에 입각하여 시정하기 위하여 공통의 접근방법 또는 보호 공약에 관한 최소기준을 설정한다. 이것은 회원국간의 극단적인 차별을 회피할 수 있도록 해준다.

넷째, 협정의 추후개정에도 불구하고 당시의 당사자 자격(*contemporaneous membership*)을 허용하는 “*union principle*”의 도입이다. 이 원칙에 따라 협정 당사자들은 후속적인 개정시에도 자신의 당사자 자격을 잃지 않으면서 자신이 우려하는 추후 개정된 규정에 구속받을 것인지의 여부를 결정할 수 있도록 하는 탄력성을 부여하고 이에 따라 당사자마다 각기 다른 협정상 의무를 지는 경우가 있을 수 있다.

다섯째, 최혜국대우 등의 부재이다. 상기의 *union principle*을 허용한 결과로서 최혜국대우원칙을 상기 협정들은 포함하고 있지 아니하며 아울러 흔히 지적재산권보호에 관한 실험적인 조치들을 포함하게 되는 쌍무적인 협정의 체결을 상정하고 있지 않다.¹⁰⁹⁾

한편, Wolfgang Fikentscher는 최소기준은 당사자간에 합의된 위법행위를 방지하기 위한 것이며 다음과 같은 내용들이 포함되어야 한다는 주장한다.¹¹⁰⁾ 즉, (a)무역의 제한에 관한 수평적 협정의 금지, (b)남용적 유통시스템의 금지, (c)지적 재산권 보호에 기반을 두고 경쟁제한 행위를 규제할 것, (d)합병규제, (e)남용적 시장지배의 금지, (f)상기의 (a) 내지 (e)의 상황을 방지하기 위한 규정, (g)상기 (a) 내지 (f)의

필요하며 이러한 초국가적 독점금지과 공정경쟁에 관한 협약은 WTO의 현행 패널제도에 통합되어야 한다고 주장한다. *ibid.*, p.88.

108) *Ibid.*, p.73.

109) 이와는 달리 TRIPS 협정 제4조는 최혜국대우에 관하여 규정함으로써 경쟁에 관한 동일한 사고를 가진 국가들간에만 이루어지는 *union idea* (연대 개념)과 쌍무적 개선조치에 대해서는 불허의 입장을 취하고 있다.

110) Wolfgang Fikentscher, *op.cit.*, p.87.

상황과 관련한 ‘합리의 규칙’에 따른 적용면제사유, (h)과거의 합병과 독점의 해제(divestiture)를 포함하는 최소한의 제재, (i)WTO에서 기존의 도한 이미 활동하고 있는 패널의 관할권제도로부터 차용한 최소한의 절차규정, (j)파리협약 제10조 이하에 의거한 불공정 무역관행에 대한 규제규칙등이다. 그밖에도 최소기준의 내용에 대해서는 여러 가지 입장이 있을 수 있으며, 여기에서 구체적으로 설명하는 것은 생략하기로 한다.

2) WTO 실무작업단에서의 논의

한편, WTO 실무작업단에서도 경쟁법·정책의 조화 특히 최소기준에 관한 상당한 논의가 있었으나 1998년 보고서의 내용을 보면 그러한 문제가 갖는 미묘한 성격을 보여주고 있다. 사실상, WTO 회원국들이 국내경쟁법의 도입에 관한 기본적인 공약에 대해서만 합의할 필요가 있다는 EC의 제안은 국가들이 최소기준에 대해 논의하는 것 자체마저도 국 꺼려하고 있음을 반영한 것이라 할 수 있다. 뿐 만 아니라 WTO 실무작업단에서 최소기준에 대해 고려하자는 견해는 소수의 입장에 불과하다고 한다.¹¹¹⁾

국내 경쟁법의 조화가 자국 경쟁법의 국내 상업에 대한 우선적 고려지향성을 훼손시킬 우려가 있다는 WTO 회원국 특히 생각이 지배적이기 때문이다.¹¹²⁾ 최소기준접근방법은 당연 위법이라고 일반적으로 인식되고 있는 모든 경성카르텔에 대해 적용될 수 있을 것이다. 또한 수직적 제한행위에 대해서도 적용될 수 있을 것이다. 아직까지는 수직적 제한행위가 경쟁법에 의하여 금지되어야 하는지의 여부는 대단히 논란이 많은 문제이다.¹¹³⁾

수직적 제한행위들은 특정한 제한행위에 의존하여 브랜드 상호간(inter brand) 또는 동일 브랜드 제품상호간(intrabrand)의 경쟁에 영향을 줄

111) WTO Report(1998), para.78.

112) 그러나 WTO 회원국들이 국내경쟁법의 조화없이 모든 무역관련경쟁제한행위를 효과적으로 처리할 수는 없을 것이다.; 무역에 유해한 일정한 경쟁제한관행, 특히 수직적 제한행위를 금지하기 위하여 경쟁법의 최소한의 조화가 필요하다는 입장에 대해서는 Josef Drexler, *op.cit.*, p.253 참조.

113) 수직적 제한행위에 대한 합의가 어려울 것으로 예상하는 견해에 대해서는 Michael J. Trebilcock, “Competition Policy and Trade Policy”, *Journal of World Trade*, Vol.30, No. 4, (1996), p.71, 105.

수 있다.¹¹⁴⁾ 독점금지와 親경쟁적 효과에 대해 비교형량하는 것은 비록 국내법에 의해서 이기는 하지만 수직적 제한행위에 대해 ‘합리의 규칙’을 적용하는 접근방법에 해당한다 할 수 있다.¹¹⁵⁾

경쟁제한행위에 대한 ‘합리의 규칙’ 접근방법은 국제경쟁법의 형성에 큰 도움이 될 수 있을 것이다. 최소기준접근방법에 의하면 국제법은 어떠한 경쟁제한행위에 대한 국제적 협정이 존재하지 아니한 경우 ‘합리의 규칙’에 의하여 일정한 경쟁제한행위를 금지하는 의무만을 창설할 수 있다. ‘합리의 규칙’의 적용은 WTO 회원국들과 그들의 경쟁당국 및 법원으로 하여금 국내독점금지정책을 정의할 수 있는 여지를 남겨주게 된다.¹¹⁶⁾

그러나, 이러한 관점에도 그 숨은 이면이 있다는 점에 유의할 필요가 있다. 즉 예컨대, 수직적 제한행위에 대한 ‘합리의 규칙’ 접근방법을 허용한다면 당연히 어떠한 것도 변화시키지 못한다. ‘합리의 규칙’의 국내적 시행·적용하는 것은 당해 국가의 관련당국이 얼마든지 자신이 원하는 바에 따라 국내경쟁정책을 수립할 수 있도록 남용의 가능성을 남겨두기 때문이다. 바로 이러한 점으로 인해 WTO 회원국들의 국내법제상에서 어떻게 그러한 국제적 의무를 집행하게 하고 통제하여야 할 것이라는 또 다른 문제가 야기되는 것이다.

(3) 집행규칙

WTO 경쟁협정이 채택되는 경우 그 협정의 중요한 구성부분은 그 집행규칙이 될 것이다.¹¹⁷⁾ 그러한 집행규칙은 국가가 국제법에 부합되도록

114) 이 경우 소비자들을 위해 서비스를 개선할 것인가 아니면 동일한 브랜드 제품간의 경쟁을 제한함으로써 다른 브랜드 제품간의 경쟁을 촉진할 것인가라는 선택의 문제가 있을 수 있다. Working Group의 Report(1998), para. 86. 참조.

115) 국제경쟁분야에서도 수직적 제한행위에 대해서는 ‘합리의 규칙’을 적용하여야 한다는 주장도 제기되고 있다. DIAC 제5조에서도 당연 위법인(*per se illegal*) 수직적 제한행위와 ‘합리의 규칙’에 의하여 정당화될 수 있는 수직적 제한행위를 구분하고 있다. DIAC는 ‘합리의 규칙’에 의하여 정당화될 수 있는 수직적 제한행위에 속하는 유형중에서도 불법으로 추정되는(*presumptive illegality*) 행위와 합법으로 추정되는(*presumptive lawfulness*) 행위를 구분하고 있다.

116) Josef Drexler, *op.cit.*, p.254.

117) Additya Mattoo & Arvind Subramanian, “Multilateral Rules on Competition Policy”, *Journal of World Trade*, Vol.31, No.5(1997), p.95, 109.

자국법을 적용하지 아니하거나 효과적으로 적용하지 아니 함으로써 국제적인 보호기준을 위반하였던 지적재산권분야에서도 중요한 의미를 갖는 것으로 간주되었다.

그러한 집행규칙은 실무작업단에서는 구체적으로 논의되지 않았다. Harry First는 독점금지법의 조화와 관련하여 정작 중요한 것은 실제적인 규칙보다는 절차문제 즉, 국제적인 독점금지법의 적용·집행 제도이며 많은 학자들이 이러한 집행제도가 어렵고도 중요한 문제임을 인식하면서도 항상 논의의 주된 쟁점이 되지 못하였음을 지적하고 있다.¹¹⁸⁾

어찌되었건 이 문제는 국제경쟁법의 실효성에 대한 중요한 결정인자의 하나가 될 것이다. 이에 대처하기 위한 여러 가지 방안을 생각해 볼 수 있다. 그중 하나는 금지적 구제조치(injunctive relief)와 손해배상의 청구권을 사적 당사자에게 부여함으로써 국내의 경쟁당국이 자국법의 집행에 소극적으로 행동하지 못하도록 보장하는 것이다. 두 번째 방안은 국내절차를 개시할 수 있는 권한을 갖는 국제 독점금지기관을 설치하는 것이다.

이러한 방안은 일단의 독점금지법학자들이 제안한 Draft International Antitrust Code(이하 “DIAC”라 한다)에서 찾을 수 있다(국제적 절차발의 원칙: Principle of International Procedure).¹¹⁹⁾ 이 두 번째 방안은 각국의 실제 경쟁법의 조화 없이도 실현가능하다는 장점이 있다.

이에 관해 구체적으로 설명하면 다음과 같다. 즉, DIAC는 GATT 체약국들이 자신의 관할권내에서 그 코드를 시행하기 위한 충분한 조사권을 가진 국내 독점금지기관을 가져야 함을 지적하고¹²⁰⁾ 더 나아가 국제 독점금지청(International Antitrust Authority)과 국제독점금지패널(International Antitrust Panel)의 설치까지 상정하고 있다. 국제 독점금지청은 국내독점금지기관으로 하여금 동 코드의 위반행위에 대하

118) Harry First, *op.cit.*, p.95.

119) 이러한 principle of international procedural initiatives에 대해서는 DIAC 제19조 제2항, 참조.

120) 제17조 제1항 및 제2항. DIAC는 또한 국내법이 적어도 한 가지 이상의 피해가 발생한 경우 사적인 소송사유가 될 수 있도록 규정할 것을 요구하고 있다. 제15조 제1항 (a)호 및 제6항 (a)호.

여 소송을 제기하도록 요청하는 권리, 경쟁제한행위에 대한 적절한 조치를 취하는 것을 거부한 국내독점금지당국을 국내 법원에 제소하는 권리, 경쟁제한행위를 이유로 사적 당사자를 국내법원에 제소하는 권리 및 자신이 사건의 당사자가 아닌 경우에도 국내법원에서 항소할 수 있는 권리를 가진다.¹²¹⁾

국제독점금지패널에 대해서는 어느 다른 체약국이 DIAC에 규정된 의무를 위반하였다고 판단하는 일방 체약국이 이용할 수 있도록 하는 GATT유형의 패널을 상정하고 있다. 국제독점금지기관도 역시 어느 체약국이 코드상의 의무를 위반하였다고 판단하는 경우 패널의 절차에 호소할 수 있다.¹²²⁾ 따라서 이 규정은 사실상 국제독점금지청이 어떠한 국가의 국내법원이 코드의 규정을 잘못 해석하였다고 판단하는 경우에는 그 법원의 결정을 국제독점금지패널에 항소할 수 있는 권리를 부여하고 있다.¹²³⁾

이와 같이 DIAC의 접근방법은 EU 집행위원회나 미국 국무성 독점금지국(Antitrust Division)과는 형식과 권한면에서 다른 국제적인 집행기구를 안출하고자 하고 있다. DIAC는 국제독점금지분쟁을 심리할 완전한 절차를 마련하는 것에 대해서는 소극적인 입장을 취하고 있다. 물론, 경우에 따라서는 국제독점금지사건에 관한 심리제도를 WTO 분쟁해결절차에 통합시킬 수 있을 것이라고 일응 생각해볼 수도 있다.¹²⁴⁾

이와 유사하게, 보다 온건한 접근방법을 제시하는 사람도 있다. 예컨대, F. M. Scherer는 정보(처음에는 수출카르텔과 수입카르텔에 관한 정보 나중에는 국제통상에 영향을 주는 중요한(substantial) 합병에 대한 정

121) 제19조 제2항.; 국제독점금지청에는 20인의 위원으로 구성되는 국제독점금지이사회(International Antitrust Council)의 지원을 받는 6년 임기의 총재를 두도록 하였다(제19조 제1항).

122) 제19조 제2항(e)호 및 제20조 제2항. 패널의 구성원은 임기 6년으로 임명되며 1회에 한하여 연임할 수 있다. 제20조 제1항 (b)호. 이 점은 수시적(ad hoc) 패널에 관한 당시와 현재의 GATT관행(현재의 WTO의 관행)과 다르다.

123) DIAC는 패널의 결정은 법적인 구속력을 가지며 따라서 국내 법원은 패널의 결정에 결정에 배치되는 자신의 결정을 재심사하여야 하도록 요구하고 있다. 제20조 제4항(b).

124) Harry First, *op.cit.*, p.99.

보) 수집자(information gatherer)로서 출범하여 출범 7년째부터는 조사권한 그리고 독점권 남용과 반경쟁적 합병에 대하여 서명국 정부의 시정 조치를 권고할 권한을 갖는 국제경쟁청(International Competition Office)의 설립을 제안한 바 있다.¹²⁵⁾

이러한 국제기관의 설치보다 훨씬 간단한 방법은 일정한 범위의 독점금지분쟁을 검토하기 위하여 현재의 WTO 분쟁해결패널을 이용하는 것이다.¹²⁶⁾ WTO의 분쟁해결패널은 일정한 국제적인 통상규칙을 집행하는 역할을 수행하고 있기 때문에 그러한 가능성도 어느 정도의 설득력이 있다고 할 것이다.¹²⁷⁾

더 나아가 WTO 분쟁해결지배규칙·절차에 관한 양해(WTO Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes)는 전문가들이 패널을 지원하는데 유용한 역할을 수행하는 것은 허용하는 메커니즘을 포함하고 있다는 점에 대해서도 유의할 필요가 있다. 그러므로 경쟁법 분야에서 필요한 자격을 갖춘 전문가들은 어느 일방 당사자 또는 패널의 요청에 따라 절차에 참여할 수 있을 것이다. 실제로 동 양해 제2조 제2항은 “패널은 관련 情報源으로부터 정보를 구할 수 있으며 문제의 특정한 측면에 관한 그 견해를 얻기 위하여 전문가의 자문을 얻을 수 있다.

분쟁의 어느 당사자가 제기한 과학적 또는 기타의 기술적 문제와 관련된 사실적 쟁점(법적 쟁점에 대비됨)과 관련하여 패널은 전문가 심사단

125) F. M. Scherer는 국제경쟁청(International Competition Office)의 설치 및 수출카르텔과 수입카르텔의 등록과 (과도기를 거친 후의 해산), 합병절차의 조화 및 장기간의 독점이 행하여진 경우의 강제실시권(compulsary licenses)의 허여 (granting) 등을 요구하는 규칙의 채택을 제안하고 있다. F. M. Scherer, *Competition Policies for an Integrated World Economy*, (Washington D.C.: The Brookings Institution, 1994), p.89-97.

126) 경쟁문제에 대한 현행 WTO 분쟁해결절차의 이용가능성 문제에 대한 논의는 Petros C. Mavroids and Sally J. Van Sice, “The Application of the GATT/WTO Dispute Resolution System to Competition Issues,” *Journal of World Trade*, Vol.31(1997), p.5. 참조.

127) WTO가 국제적인 독점금지기준을 개발하여야 한다는 EU 집행위원회의 의견서에는 각국이 핵심적인 독점금지원칙을 확인할 수 있도록 지원을 하고 정보를 교환하고 분쟁해결제도를 확립시키게 될 국제경쟁청(International Competition Authority)의 설치가 포함되어 있다.

으로부터 서면으로 자문보고서를 요청할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 일부 다자간 협정들은 패널이 자신의 발의로 또는 분쟁의 일방당사자의 요청에 따라 기술전문가 자문단의 도움을 받을 수 있음을 규정하고 있다. 어떠한 경우에는 기술전문가단의 사실확인이 패널에 대해 구속력을 가진다.¹²⁸⁾

(4) 분쟁해결과 사적 당사자

현재의 WTO 분쟁해결절차는 WTO 회원국간의 분쟁에 한정되어 있다. 그러므로 회원국 자체의 특정한 행동에 대해서만 이의를 제기할 수 있을 뿐 그 국민의 반경쟁적 관행에 대해서는 이의대상이 되지 아니한다. 이와 같이 국가간의 분쟁만을 다루기 위한 WTO 분쟁해결절차에서

128) 예컨대, Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures 제11조는 과학적·기술적 쟁점과 관련된 이 협정하의 분쟁에서, 패널은 당해 분쟁의 당사자들과 협의하여 패널 자신이 선정하는 전문가들로부터 자문을 구하여야 한다. 이러한 목적을 위하여 패널은 적당하다고 판단되는 경우에는 당해 분쟁의 일방 당사자의 요청에 따라 또는 자신의 발의로 기술전문가자문단(advisory technical experts group)을 설치하거나 전문관련 국제조직의 의견을 물을 수 있다. 이와 유사하게 Agreement on Technical Barriers to Trade 제14조 제2항은 “분쟁의 일방 당사자의 요청에 따라 또는 자신의 발의로 패널은 기술적 성격의 문제에 대한 지원을 하는 기술전문가단을 구성하여 전문가들에 의한 세부적인 검토를 요청할 수 있다”라고 규정하고 있다. 이 협정 Annex 2는 특히 비밀 정보의 취급에 관련하여 전문가단을 규율하는 규칙을 정하고 있다.

Agreement on Subsidies and Countervailing Measures는 Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures보다 한 걸음 더 나아가고 있다. 동 협정 제24조 제3항은 “각각의 회원국들의 대표들로 구성되는 보조금 및 상계조치에 관한 위원회(Committee on Subsidies and Countervailing Measures)는 보조금 및 무역 관련 분야에서 고도의 자격을 갖춘 독립적인 5인으로 구성되는 상설전문가단(Permanent Group of Experts)을 설치하며 이들 전문가들은 동 위원회에 의하여 선출하되 그 중 1인씩 매년 대체된다”는 것을 규정하고 있다. 한편 상설전문가단은 제4조 제5항에 규정된 바와 같이 패널 지원을 요청받을 수 있으며 위원회도 어떠한 보조금의 존재와 성격에 관한 자문을 구할 수 있다. 제4조 제5항은 “패널은 그 설치와 동시에 문제의 조치가 금지된 보조금인지의 여부에 관하여 상설전문가단의 지원을 요청할 수 있으며, 상설전문가단은 요청을 받은 경우 문제의 조치의 존재와 성격에 관한 증거를 즉시 검토하고 당해 조치를 적용 또는 유지하고 있는 가입국에게 문제의 조치가 금지된 보조금이 아니라는 사실을 입증할 수 있는 기회를 제공하여야 한다. 상설전문가단은 패널이 정하는 기간내에 패널에 그 결론을 보고하여야 한다. 상설전문가단의 문제의 조치가 금지된 보조금인지의 여부에 관한 결론은 패널이 아무런 수정없이 받아들여야 한다”라고 규정하고 있다.

개별적인 독점금지사건을 다룰 수 있을지는 충분한 논의가 필요하다.¹²⁹⁾

WTO 분쟁해결절차가 사인 또는 사기업에 의해 또는 사기업에 대하여 제기된 이의를 다루기 위하여 이용될 수 있을 것인가는 아직 두고 보아야 한다. 그러한 방안은 혁명적인 것으로 생각되며 국내경쟁당국의 영향을 적절히 빠져나가는 능력이 있는 대규모 다국적기업들과 관련하여 또는 대규모 초국가적 합병에 대한 평가를 위해서는 적절한 해결책이 될 수 있을 것이다.¹³⁰⁾

WTO내에서 경쟁정책을 검토하는 때에는 경쟁정책의 일정한 요소들을 여러 WTO체제의 규범에 도입하는 것이 바람직할 수 있다. 이른바 이것은 실무작업단에서 WTO 접근방법이라고 부르는 것으로 이러한 접근방법의 채택은 기업의 반경쟁적 관행은 고려되지 아니하고 오직 국가의 관행에 관한 규칙에 대해서만 다루게 될 것임을 의미한다. 이 경우, 라이선싱 협정상의 제한적 영업관행의 억제에 관한 규칙과 메커니즘의 강화는 중요한 목표의 하나가 될 것이다. 그러나, TRIPs 협정 제40조는 국가에 대해 적극적인 조치를 위하는 권한을 확인한 것이라기 보다는 그러한 관행에 대한 국가의 취할 수 있는 조치들을 제한하고 있다.¹³¹⁾

이와 유사하게 일부 TRIMs는 앞서 언급한 바와 같이 수평적 또는 수직적 제한적 영업관행을 모두 규제하기 위해 사용될 수 있다. TRIMs 협정에서의 그러한 조치들의 금지는 회원국들로부터 반경쟁적 관행에 대처할 수 있는 중요한 수단을 빼앗아 버린 것이다. 다자간 협상의 의제의 일부로서의 이 협정에 대한 검토는 금지되는 TRIMs의 유형을 수정하거나 경쟁정책에 입각한 예외를 고려할 수 있는 기회를 제공할 것이다.

제 6 절 종합적인 평가

자발적인 협력의 한계를 인식하여 일부 국가들은 투명성과 무차별성이 라는 WTO의 일반원칙에 양립되는 국제무역에 대한 경쟁규칙과 협력의

129) Petros C. Mavroidis & Sally J. Van Sicken, *op.cit.*, p.5.

130) Josef Drexler, *op.cit.*, p.256.

131) Carlos M. Correa, *op.cit.*, p.390.

기본적인 틀과 협력약속을 다자간 차원에서 확립시켜야 할 필요가 있다는 점을 지적하여왔다. 이것은 EU, 일본, 한국 및 많은 다른 국가들이 선호하는 접근방식이다.¹³²⁾ 이러한 총괄적이고 기본적인 협정에는 당사국들로 하여금 무역과 경쟁을 왜곡시키는 반경쟁적 사적 관행을 제거하기 위한 수단을 채택한다는 약속을 하도록 요구하는 내용이 포함될 것이다.

이러한 원칙은 실제적 내용, 집행절차 및 협력과 분쟁해결에 관한 세부적인 규정을 통해 지원을 받게 될 것이다. 이러한 세부적인 규정들과 집행메커니즘은 투명하여야 하고 무차별적이어야 한다. 예컨대, WTO에서 정부에 의한 시장접근장벽의 점진적 축소와 정부지원의 사적 시장접근장벽에 관한 분쟁에 대해서도 이용되고 있는 정부간 분쟁해결절차를 통해 외국시장에의 무차별적인 접근을 장려하기 위한 새로운 규범을 만들고자하는 접근방법이다.

종전에 협상을 거쳤던 다자간 협정들과 특히 TRIPS 협정과 GATS 협정들은 이미 탄력적이고 단계적인 방법으로 사적 관행의 규제 분야에서의 가입국의 의무를 다룸으로써 시장경쟁과 무역자유간의 보완성 필요 및 국가환경에 대한 고려의 필요성을 인식하고 있다고 할 수 있다.¹³³⁾

한편, 보완성이론에 따르면 국제무역법과 국제경쟁정책은 동일한 목표를 추구하고 있으며 국가간의 공정무역이라는 의미에서의 무역자유화 보호보다는 사기업간의 국제적인 경쟁의 보호에 더 초점을 맞추고 있다. 또한 국제무역법과 국제경쟁정책의 공동 목표를 추구하기 위해서는 국제무역법을 국제경쟁법으로 완전하게 할 필요가 있으며(독점금지법 접근방법), 현행 WTO규칙을 경쟁지향적 개혁으로만 한정시키는 것(WTO 접근방법)은 국제경쟁을 보호하는데는 충분하지 아니지만 적어도 장기적으로 추구되어야 한다.

독점금지법 접근방법에서는 WTO 경쟁규범은 초국경적 무역상황(‘초국경적 무역’ 기준)에만 적용하는 것이 아니며 어떠한 반경쟁적인 행위가 적어도 2이상의 WTO회원국의 시장에 영향을 미치는 경우에는 언제든지

132) Frédéric Jenny, *op.cit.*, p.28.

133) *Ibid.*, p.34.

지 적용되어야 한다(‘초국경적 경쟁’ 기준). 이에 따르면 무역의 흐름에 대한 차별 또는 외국경쟁자나 외국시장에 대한 차별이 존재한다는 사실은 국제경쟁법을 적용하기 위한 필요조건이 아니라 충분조건일 뿐이다.¹³⁴⁾

그러나, 향후 있을 수 있는 다자간 경쟁협정과 관련하여서는 두 가지의 추가적인 관심사들이 제기되어 왔다. 그 첫 번째는 그러한 협정에서의 실질적인 의무에 관한 정의에 관한 것이고 두 번째는 다자간 무역분쟁해결 메커니즘을 경쟁법 문제에 대해 적용할 수 있는가에 관한 문제이다.

먼저 첫 번째 문제부터 검토하기로 한다. 가입국들이 어떠한 규정들을 국제경쟁협정에 포함시켜야 할 것인가에 관한 문제와 관련하여서는 경쟁법 규정이 국가마다 다르기 때문에 경쟁관련 협정이 다자간 형식으로 체결될 가능성이 대단히 희박하다는 주장이 없지 않지만, 무역과 경쟁간의 접목과 관련된 대부분의 문제들이 경쟁에 관한 실체적 기준의 차이보다는 국내경쟁법의 집행의 비실효성으로부터 비롯되는 것이기 때문에 경쟁법의 실체적인 기준이 국가마다 다르다는 사실은 그다지 중요하지 않다는 주장도 있다.

예컨대, Eleanor M. Fox는 “최소한의 또는 세부적인 실체적인 독점금지 규칙을 설정하여야 한다는 제안들은 여러 분야에 관한 일련의 국내 경쟁규칙들이 마찰을 초래하고 무역을 방해한다는 전제하고 있다. 국가간의 독점금지 관련 사건들은 일반적으로 실체적인 원칙들의 형성의 차이에서 야기되어 온 것은 아니다. 오히려 그러한 마찰들은 보호주의적인 성격의 “관련법의 비집행, 허용가능한 영토외적 적용의 해석차이 및 민족주의적인 행동에 의하여 야기되어 왔다”라고 주장하고 있다.¹³⁵⁾

E. Fox는 이상과 같은 이유를 보더라도 국가들로 하여금 공통적인 이해의 범위 내에서 독점금지법이라고 성격 지울 수 있는 법률을 갖도록 요구하기에 충분하다고 지적하였다.¹³⁶⁾ 물론 그러한 법률이 카르텔을 규

134) Josef Drexler, *op.cit.*, p.257.

135) Frédéric Jenny, *op.cit.*, p.35.

136) Eleanor M. Fox, “International Antitrust: Against Minimum Rules: for Cosmopolitan Principles” *The Antitrust Bulletin*, Spring 1998, pp.5-13.

제하는 규정 및 독점 또는 지배적 지위의 남용을 규제하는 규정을 가지고 있지 않다면 제대로 된 독점금지법이라 할 수 없다. 중요한 파급 효과를 갖는 합병에 대한 규제도 독점금지법에 포함되어야 할 내용일 수 있다.¹³⁷⁾

한편, 앞서 언급한 무역관련 경쟁제한행위의 3가지 유형들 - 수입품에 대한 시장제한에 영향을 주는 관행, 국제경성카르텔, 수출카르텔 - 은 광범위한 전통적인 형태의 반경쟁관행을 망라하고 있는 바, 이러한 경쟁제한행위의 국제적인 금지는 국내경쟁법의 조화를 통해서만 시행될 수 있으며 최소기준에 의한 국내경쟁법의 조화는 WTO 회원국들의 자국 경쟁정책의 선택에 관한 주권에 영향을 미친다는 점은 사실이지만, 그러한 국가주권 문제는 WTO 회원국들이 당연 위법이라고 일반적으로 인정하고 있는 관행에 대해 ‘합리의 규칙’을 적용함으로써 어느 정도 해소될 수 있을 것이라는 주장도¹³⁸⁾ 상당한 설득력이 있다고 생각된다..

물론, 가장 적절한 방법은 각국 경쟁법의 최소기준을 규정한 국제독점금지규범을 채택하는 것이라 할 수 있을 것이다. 그런데, EU 집행위원

이 논문과 The Journal of Economic Law에 게재된 그 후속 논문에서 E. Fox는 시장접근문제에 초점을 맞추고 있으며 이 문제는 비록 무역과 경쟁의 일반적 관계 문제의 하부적인 쟁점에 불과한 것이지만 국가내부의 이해관계 또는 국가간의 이해관계가 집중되어 있는 문제라고 주장하였다. 또한 덧붙여 ”이러한 제안은 모든 국가들이 완전한 경쟁법률을 채택하도록 요구하는 것은 아니다. 단순히 모든 국가들이 시장 접근에 대한 불합리한 제한을 허용하여서는 아니하다는 것이다. 그렇게 하는 가장 명백한 하나의 방법은 (어떠한 내용이든) 경쟁법을 채택하는 것이다. 만약 싱가포르 같은 국가가 절대적으로 자유로운 시장진입(예컨대, 정부차원 장벽의 부존재)을 확보하는 방법으로 시장 접근에 대한 반경쟁적 장벽으로부터 자유로운 환경을 보장할 수 있다면, 모든 국가들이 그렇게 시도하는 것을 허용하여야 할 것이다. 이것은 크게 어려운 문제가 아니다“라고 지적하였다. Frédéric Jenny, *op.cit.*, pp.34-35에서 재인용.

137) 다만, 각국이 자국의 독점금지법에 포함시킬 것으로 기대하기 어려운 분야도 있을 수 있다. 이와 관련하여 국제사회가 어떠한 국가에게 시장 지배적 지위의 남용 또는 독과점을 금지하는 법률 및 수평적 공모(거래거절(boycott))을 포함하는 카르텔을 금지하는 법률에서 다루고 있지 아니한 수직적 제한행위를 금지하는 규정을 포함하도록 하는 요구하는 방법을 찾기는 어려울 것이라는 지적이 있다. *Ibid.*, p.35 참조.

138) Josef Drexl, *op.cit.*, p.257.; 그는 ‘합리의 규칙’ 접근방법은 조화된 국내경쟁법의 차별적 적용 또는 부적용의 여지를 남겨놓고 있으며 바로 이러한 이유 때문에 집행 규칙이 향후 WTO 경쟁협정이 채택되는 경우 필수적인 부분이 되어야 한다고 지적하고 있다. *ibid.*

회가 최초로 경쟁법의 최소기준이 경쟁에 관한 다자간 협정에 깊이 뿌리 내리도록 하여야 한다는 제안하였지만, 그러한 접근방법이 정치적으로 실현 가능하거나 유용하지도 않다는 상반되는 주장도 있다.¹³⁹⁾

예컨대, Harry First는 “독점금지에 관한 국제적인 규범 설정문제를 다루고 있는 대부분의 문헌들은 각국의 국내독점금지규칙들을 조화시켜야 할 범위 또는 그러한 규칙들의 내용에 초점을 맞추고 있다. 이러한 문헌의 검증되지 아니한 전제는 그러한 조화를 위해서는 입법행위 즉 초국경적 거래에 독점금지규칙을 적용에 관한 기본원칙 또는 최소기준을 설정하는 국제조약이 필요하다는 것이다”¹⁴⁰⁾라고 함으로써 즉 독점금지 규범의 조화(harmonization)를 국제조약과 결부시키고 있는 것에 반대하고 있다.

한편, 이와 같이 별도의 국제적인 독점금지협정의 체결은 바람직하지 않다는 주장을 하는 사람들중에는 WTO의 규범에서 그러한 최소한의 기준을 삽입하면 된다는 주장을 제기하기도 한다. 이와 같이 첫 번째 문제를 놓고도 그 방법과 관련하여서는 상반되는 다양한 견해들이 제시되고 있다. 더 나아가 일부 논평자들은 국제적인 독점금지협정의 내용보다 더 엄격한 경쟁법을 가진 가입국들로 하여금 자신들의 국내경쟁법을 약화시키도록 유도할 수도 있다는 우려를 표명하기도 한다.¹⁴¹⁾

그러나, 그러한 주장은 논리적으로도 타당하지 아니할 뿐만 아니라 시장지배적 지위의 남용을 규제하는 엄격한 경쟁법 규정을 가진 국가들이 GATS 협정의 채택이후 또한 그 때문에 그러한 규정을 약화시켰다는 명

139) Frédéric Jenny, *op.cit.*, p.36.; 그는 EU 집행위원회도 최근 보다 탄력적인 접근방법을 채택할 용의를 보여왔으며 경쟁에 관한 다자간 협정의 교섭을 제안한 다른 국가들은 E. Fox가 제안한 방식을 따르고 있음을 지적하고 있다. 즉, E. Fox는 국가들이 시장접근을 불합리하게 손상시키는 상업적 행동을 금지하는 법률을 구비하고 시행한다는 공약을 하도록 하는 방법으로 시장접근공약을 현행 WTO 각종의무에 추가함으로써 그러한 공약이 유효한 것이 되도록 할 것을 제안하였다.

140) Harry First, *op.cit.*, p.95.

141) 무역상대국이 엄격한 경쟁법을 가지 못하고 있는 상황에서 엄격한 경쟁법을 채택하는 데 관심이 있는 국가들은 그 무역상대국이 단순히 경쟁법만을 갖는다는 공약을 할뿐이기 때문에 자신의 경쟁법을 약화시키는 자국에 이익이 된다고 판단할 것이라고 가정하는 견해이다.

백한 증거가 없다는 점에서 경험상의 근거에 기반을 두고 있는 것도 아니라는 반박이¹⁴²⁾ 설득력 있어 보인다.

다음은 두 번째 문제인 분쟁해결메커니즘의 다자간 경쟁협정에의 적용가능성에 관한 더욱 더욱 심각한 문제에 대해 검토해보기로 한다. 즉, 개별 국가의 경쟁관련 사건들이 그 성격상 사실문제와 관련되어 있고 또한 경쟁법의 시행에서 사건 특정적인 경우가 빈번한 혁신적인 접근방법의 발전 때문에 WTO분쟁해결메커니즘은 개개의 경쟁관련 사건에서 내려진 결정을 검토하기에 충분히 적합하지 아니하다는 인식이 광범위하게 퍼져있다.

다자간 경쟁협정상 의의가 정확하게 표현되지 않고 단순히 일반적인 용어로 표현되는 경우에는 WTO 분쟁해결메커니즘은 개별 국가의 경쟁사건에 적용하기가 훨씬 더 어려워질 것이다. 더 나아가, 특정 국가내에서 경쟁에 관한 결정은 흔히 법원의 판결이므로 그러한 판결이 그러한 WTO분쟁해결메커니즘에 구속되도록 한다는 것은 명백한 국가주권의 문제를 제기하게 된다.¹⁴³⁾

다만, 그러한 분쟁해결메커니즘은 절차적 의무의¹⁴⁴⁾ 이행에 관한 분쟁을 해결하는데는 유용할 수 있을 것이다. 바꾸어 말해서 가까운 장래에 (그리고 분쟁해결메커니즘이 개별 국가의 경쟁사건에 대한 결정을 평가하는데 이용될 수 있는 방식으로 콘센서스가 형성될 때까지는) 분쟁해결메커니즘의 이용은 입증가능한 공약위반사건에만 국한될 수 밖에 없을 것이다.¹⁴⁵⁾

142) Frédéric Jenny, *op.cit.*, p.36.

143) *Ibid.*, p.36.

144) 예컨대, 특정한 불공정한 관행을 다루는 경쟁법의 채택 및 무차별, 내국민대우 또는 최혜국대우의 원칙을 존중한다는 공약, 협의·협력 등에 관한 공약 등을 들 수 있을 것이다.

145) E. Fox는 Journal of Economic Law에 게재된 “Competition Law and the Millenium Round”라는 논문에서 “분쟁해결과 관련하여, 분쟁의 대상이 되는 유일한 쟁점은 예컨대 합의된 실체적 또는 절차적 범규정의 미채택 등과 같은 협정상의 조건 자체의 위반문제가 될 것이다. 분쟁해결패널은 사실을 분석하는 심리법원으로서 행동하지 아니할 것이며, 기록에 근거하여 또한 국내법원을 존중한다는 전제하에 어떠한 국가의 국내법이 신뢰할 정도로(무차별적으로) 적용되었는가의 여부 - NAFTA 협정 제19조의 심사기준이 바로 이러한 특징을 가지고 있다 -를 판단하게 될 것이다”라고 지적하고 있다. Frédéric Jenny, *op.cit.*, p.36에서 재인용.

제 4 장 WTO 독점금지 접근방법

제 5 장 WTO 접근방법

- 현행 WTO 규범의 경쟁지향적 개혁 -

제 1 절 WTO 접근방법에 관한 제안

1. 의 의

WTO내에서 경쟁정책을 검토함에 있어서 경쟁정책의 일정한 요소들을 현행 WTO 체협정에 반영하는 것이 바람직할 수 있다. 이른바 이것은 실무작업단에서 WTO 접근방법이라고 부르는 것으로 이러한 접근방법의 채택은 기업의 반경쟁적 관행은 고려되지 아니하고 오직 국가의 관행에 관한 규칙에 대해서만 다루게 될 것임을 의미한다.¹⁾ 이러한 WTO 접근방법에 의한 현행 무역규칙의 경쟁지향적 개혁은 어느 면에서 볼 때 가장 자연스러울 수도 있다.

다만, 그러한 WTO 접근방법은 국가행위로 인한 무역왜곡현상에 대비되는 기업의 반경쟁적 행위로 인한 무역왜곡현상의 심각성을 과소평가하고 있다는 데 문제가 있다.²⁾ 경쟁정책의 관점에서 볼 때, WTO 접근방

1) 지난 10년동안 많은 무역분쟁은 경쟁정책의 문제와 관련되어 있었다. 이러 점에서 WTO 무역규범이 경쟁정책과도 관련되어 있다고 할 수 있다. 그러나 현행 규칙들은 그러한 분쟁을 다루기에는 대단히 미흡하다. 그럼에도 불구하고 경쟁정책의 규칙을 현행 WTO체제에 적합하도록 확립시키는 데는 많은 문제들이 있다. 여기에는 실제법적 규정과 관련된 문제들도 포함되어 있다. 즉, 주요 무역국의 국내경쟁 당국간에는 경쟁정책의 적절한 기준에 대한 컨센서스가 형성되어 있지 않다. 이러한 문제가 있음에도 불구하고 경쟁정책의 국제화(internationalization)에 대한 많은 접근방법이 논의되고 있으며 그러한 접근 방법의 전부가 WTO내에서 논의되거나 WTO와 관련되어 있는 것은 아니다. 또한 그러한 접근방법중에는 실제적, 절차적 기준에 관한 국가간의 컨센서스를 요구하지도 않으며 오히려 모든 국가가 독자적인 기준을 설정하고 집행한다는데 동의하고 다른 국가의 경쟁정책을 인정한다는 전체에 입각한 것도 있다. 이에 따르면 모든 국가가 경쟁법과 집행메커니즘을 갖는 자체가 중요한 진전이라고 한다. Edward M. Graham and J. David Richardson, "Conclusion and Recommendation", in Edward M. Graham and J. David Richardson, *Global Competition Policy*, (Washington: Institute for International Economics, 1997), p.547.

2) Josef Drexler, "Trade-Related Restraints of Competition - The Competition Policy Approach" in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules:*

법은 무역왜곡의 주된 야기주체가 정부라는 전제에 입각한 것이며 수출지향국의 입장을 표현한 것이다. 수출지향적인 국가들은 수입국의 무역정책을 비난하고 동시에 자국의 국내시장에서는 효과적인 경쟁법의 도입을 꺼려한다.³⁾

WTO 접근방법에 따르면 국가의 행위는 앞으로도 지속적으로 국제경쟁법과 자유무역에 대한 기본적인 위협이 될 것이며, 따라서 사적인 경쟁제한행위를 다루는 새로운 WTO 규칙을 도입하는 대신 WTO의 제원칙과 목표를 강화하여 현행 WTO 규칙에 대한 경쟁지향적인 개혁을 할 것을 제안하였다(competition orientation of trade law).⁴⁾ 따라서 WTO 접근방법은 WTO 경쟁법의 시행보다는 무역에 대한 국가에 의한 장벽에 대하여 규정하고 있는 전통적인 WTO 규칙의 적용범위내에서 경쟁문제를 다루어야 한다는 것이다.⁵⁾

통합법(integration law) 접근방법 즉, WTO 접근방법은 WTO 규범시스템의 4개의 기둥에 대한 경쟁지향적 개혁에 대한 체계적인 관심을 반영한 것이다. 즉, GATT⁶⁾ 및 상품거래에 관한 다자간 협정⁷⁾ GATS⁸⁾ 및 여러 GATS 의정서들(protocols),⁹⁾ TRIPS 협정¹⁰⁾ 기타 다각적 무역협정(plurilateral trade agreements)과¹¹⁾ 새로운 WTO 라운드

Key Issues and the WTO Report on Trade and Competition, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd, 1999), p.234.

3) 예컨대 홍콩의 경우 수출위주의 경제구조를 가지고 있으면서도 국내경쟁제도는 대단히 미약하다. 홍콩은 이러한 수출지향성 때문에 종합적인 경쟁법의 도입을 주저하고 있으며 국제경쟁법적 접근방법보다는 WTO 접근방법을 주장하고 있다. 이러한 입장은 1997년 12월 4일 제출한 홍콩의 의견서를 보면 쉽게 알 수 있다. WTO-Doc.WT/WGTCP/W/53 참조.

4) Report(1998), para.75.

5) Josef Drexler, *op.cit.*, p.233.

6) 예컨대, 제6조, 제16조, 제17조, 제19조, 제18조는 GATT협정 위반이 없는 상황에서의 불만(non-violation complaints)에 관한 것이다.

7) 예컨대, 기술적 무역장벽에 관한 협정, 선적전 검사(pre-shipment inspection) 협정, 무역관련 투자조치에 관한 협정 등.

8) 예컨대, 제8조, 제9조 및 제17조.

9) 예컨대, 금융서비스에 관한 의정서, 통신서비스에 관한 의정서.

10) 예컨대, 제6조, 제8조, 제40조 및 제64는 TRIPS협정 위반이 없는 상황에서의 불만에 관한 것이다.

11) 예컨대 정부조달에 관한 협정, 및 항공기거래에 관한 협정 등.

에서 협상대상이 될 기타 협정들¹²⁾이다.

2. 홍콩의 제안내용

홍콩은 무역과 경쟁에 관한 WTO 실무작업단에 제출된 많은 의견서에서 “경쟁정책”을 정부차원의 또는 사적인 모든 경쟁제한행위와 왜곡행위를 개략적으로 포함하도록 정의할 필요성이 있음을 강조하여왔다. 홍콩의 견해에 따르면 (예컨대, 농산물, 섬유 및 철강의 거래시 등) WTO 가입국들에게는 정부의 시장접근장벽들과 시장왜곡행위들이 국내 경쟁법상 제기되는 사적인 제한적 기업관행보다도 더 중요한 문제가 되고 있으며 따라서 GATT/WTO 기구는 정부의 시장접근장벽과 시장왜곡행위를 제거하는데 우선 순위를 두어야 한다고 한다.

아울러 정부의 경쟁왜곡행위와 사적인 경쟁왜곡행위의 상관관계는 비록 불완전하기는 하지만 이미 수많은 WTO의 규정들에¹³⁾ 반영되어 있음을 지적하고 WTO는 이미 실무작업단에서 인식하고 있듯이 정부 및 사적인 경쟁제한행위들간의 상호관련성에 초점을 맞추어야 한다고 주장하였다.

홍콩은 무역규칙과 경쟁규칙의 보완적 기능의 예로서, 만약 수출국이 시장분할(market segmentation) 또는 약탈적 가격책정(predatory pricing) 관행을 불가능하게 하고 불공정 무역에 대한 이의가 있는 경우의 수출국과 수입국의 무역·경쟁 당국간의 협력을 규정한 관련 수출상품에 관한 “자유무역과 경쟁” 공약을 수락한다면 그 수출국에 대해서는 덤핑조사를 면제하여 줄 것을 제안하였다.¹⁴⁾

홍콩은 사적인 경쟁제한관행에 관한 WTO의 규칙, 국내경쟁법 및 국가 경쟁 당국간의 협력에 대해서 반대하지는 않으면서 현행 WTO 규칙

12) 예컨대, 투자유인, 투자보호 및 외국인투자자의 의무에 관한 협정 등.

13) GATT 제6조 및 제17조, TRIMS 협정 제9조, GATS 제8조 및 제9조, TRIPS 협정 제8조 및 제40조 등.

14) Ernst-Ulrich Petersmann, “Competition-oriented Reforms of the WTO World Trade System - Proposal and Policy Options”, in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments on the WTO Report(1998) on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd., 1999), p.59.

들의 경쟁지향적 개혁 또한 국내경쟁과 소비자 복지에 관한 충분한 고려 없이 수입상품과 경쟁하는 생산업자를 보호하기 위한 생산자 편향성 (producers bias) 관념의¹⁵⁾ 경쟁지향적 개혁을 제안하였다. 홍콩의 제안은 각각 상응하는 경쟁법 원칙들이 반영된 무차별적 시장접근에 관한 WTO 규칙¹⁶⁾과 긴급수입제한(safeguard) 조치들에 관한 WTO 규칙¹⁷⁾을 연계시켜 무역과 경쟁규칙을 보다 효과적인 것이 되도록 하고 또한 WTO 가입국간의 시장자유화와 통합을 심화시킴으로써, 국내 및 국제 경쟁규칙들의 양립가능성을 한층 더 높여줄 수 있을 것이라는 점을 그 논거로 하고 있다. 이와 관련하여서는 다음과 같은 예를 들고 있다.¹⁸⁾

- 1948년 Havana Charter for an International Trade Organization 제46조에 열거되었던 (예컨대, 경쟁을 제한하고 시장접근을 제한하거나 또는 독점적인 지배를 촉진함으로써 국제무역에 영향을 미치는 상업적 공·사기업에 의한 기업관행을 방지할) 의무 등과 유사하게, GATT와 GATS의 시장접근공약들의 적용범위를 수입품을 시장에서 배제시키거나 차별하는 경향이 있는 또는 수출을 왜곡시키는 경향이 있는 사적으로 합의된 시장접근장벽에 대해서까지 확대할 수 있을 것이다.
- WTO 제협정의 내국민대우원칙의 적용범위를 무차별적으로 또한 수출·수입 카르텔에 대하여 국내경쟁법이 적용되도록 확대할 수 있을 것이다.
- 공공 사업과 독점(public undertakings과 monopolies)에 관한 WTO 규범(GATT 제17조, GATS 제8조 등)을 경쟁규칙과 연계시킴으로써 그 정확성이 증가되도록 할 수 있을 것이다.
- WTO 긴급수입제한(safeguard)규칙상의 생산자 편향성(producer bias)은 소비자 복지와 경쟁법 원칙(예컨대, 약탈적 가격책정관행에

15) 예컨대, 덤핑 및 safeguard 조치에 관한 WTO 협정들.

16) 예컨대, GATT 제1조 내지 제3조, 제8조 및 제17조 등.

17) GATT 제6조 및 제19조.

18) Ernst-Ulrich Petersmann, *op.cit.*, p.59.

대한 규제)를 - 가능하다면 불공정 수출 행위가 수행되었다고 주장되고 있는 수출국의 경쟁당국과의 협력을 통하여 - 고려하여 시정하여야 한다.

- 지적재산권의 남용(제8조) 및 라이선싱 계약상의 반경쟁적 행위(제8조)의 방지에 관한 TRIPS 협정의 규정들은 경쟁법 원칙을 참조함으로써 더욱 정확하게 정의할 수도 있을 것이다.

이러한 홍콩의 제안은 “국내경쟁법의 채택 공약”에 관한 협상보다는 “자유무역과 경쟁 공약”에 관한 협상을 하는 것이 바람직하다는 전제에 입각해 있다. 이러한 입장을 선호하는 국가들로서는 다음 두 가지 면에서 유리하다고 판단하고 있다.¹⁹⁾ 첫째, 그러한 공약을 한 모든 국가들은 각각 “자유무역과 경쟁” 공약에 이행하는 수단을 자신의 발의에 따라 선택할 수 있으며 따라서 반드시 국내경쟁법을 채택할 필요가 없다. 둘째, 그러한 공약은 그것이 무역과 경쟁을 손상시키는 국내의 공적인 규제(또는 무역규제)를 제거하기 위한 공약보다 훨씬 더 개략적인 것이 될 것이다.

Pitersmann 교수는 UNCTAD의 최근의 세미나에서²⁰⁾ 홍콩 등이 제안한 “WTO 접근방법”은 경쟁법의 규제적인 기능(예컨대, 합병규제법, 시장지배적 지위 남용의 제한, 별도의 경쟁법 채택·시행 및 감독기관의 설치 등)보다는 자유무역 규칙과 시장규칙의 상호 보완적인 시장자유화 기능에 초점을 맞추고 있음을 지적하고 있다.

사실 이러한 입장은 (예컨대, 사적인 사업 또는 공공 사업의 배타적인 반경쟁적인 관행에까지 현행 GATT협정과 GATS협정의 적용을 확대하는 등에 의하여) GATT협정과 GATS협정의 시장접근 기능 강화 및 (수입품과 경쟁하는 자국산업을 외국상품과의 경쟁으로부터 보호하는 보호주의적인 반덤핑정책의 테두리내에서의) 아직도 확산되고 있는 정부 및 사인에 의한 시장접근장벽의 제거를 통한 무역자유화가 모든 WTO

19) Frédéric Jenny, “Globalization, Competition and Trade Policy: Issue and Challenges” in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments on the WTO Report(1998) on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd., 1999), p.38.

20) Pre-UNCTAD X meeting on the Role of Competition Policy for Developments in Globalizing World Markets, Geneva June 14-15 1999.

가입국들의 국내경쟁법의 채택이라는 장기적인 경쟁정책 목표보다 더 중요하다고 보고 있다고 평가할 수 있다.²¹⁾

제 2 절 WTO 무역규범의 경쟁지향적 개혁

1. 기본전제

WTO 접근방법에 따르면 무역과 경쟁규칙의 전체적인 합치성은 WTO 규범의 모든 분야에 적용될 수 있는 수평적 경쟁규칙(horizontal competition rules)에 의하여 제고될 수 있다고 한다. 예컨대, 무차별적 경쟁조건과 소비자복지의 목표는 WTO의 모든 분야에서 정부의 또는 사적인 시장접근장벽과 시장왜곡에 법적 제한을 함으로써 추구되어야 한다는 점을 (예컨대 EC Treaty 제3조와 유사한) 모든 국가들이 인식할 필요가 있다는 것이다.

다시 말해서 수입품과 경쟁하는 생산업자에 대한 차별적인 보호에 관한 WTO규범을 경쟁지향적으로 개혁한다면 무차별경쟁과 소비자 복지뿐만 아니라 세계무역제도의 효율성까지도 제고시킬 수 있으며 일관성 있는 무역·경쟁정책은 각국 정부에 대한 신뢰와 정당성을 높여주게 되고 특히 중진국들에게 수출기회의 확대와 복지향상을 가져다 줄 것이라고 한다.²²⁾ 그러나 여전히 미국 등 일부국가들은 보호주의적인 입장에 따른 제4장에서 다루었던 국제독점금지법의 제정보다 훨씬 약하다고 할 수 있는 『WTO규범의 경쟁적 지향적 접근방법』에 대해서까지 반대하고 있다.

2. WTO 기본원칙과 경쟁원칙의 연계

WTO 접근방법은 WTO 규칙의 경쟁지향적 개혁이 경제적 효율성 목표와 경쟁법의 경제적 효율성이외의 가치들을²³⁾ 촉진하게 될 것임을 강

21) Frédéric Jenny, *op.cit.*, p.38.

22) Ernst-Ulrich Petersmann, *op.cit.*, p.64.

23) 예컨대, 시장접근과 가격형성의 자유, 경제주체들에 대한 무차별 대우, 경쟁당국 또는 행정기관의 심결에 대한 사법적 심사를 위한 법원에의 제소, 집행과정에서의 적법절차 보장 등.

조하고 있다. WTO의 내국인대우, 최혜국대우 및 투명성이라는 제원칙들은 경쟁자들의 국적에 관계없이 경쟁을 하나의 과정으로서 보호한다는 경쟁법 목표를 보강하여줄 것이라는 전제에 입각해 있다. 그러나 많은 WTO 가입국들은 GATS에서 서비스에 대해 또한 TRIPS 협정에서 지적재산권에 대해 그러하였듯이 경쟁법과 정책과 관련하여서도 WTO규범의 무차별원칙을 명확히 하여 이를 변형시킬 필요가 있음을 강조하여왔다.²⁴⁾

이러한 문제는 예컨대, 독점금지법 집행에 관한 - 개개의 사건에만 한정되는 - 쌍무적 협력이 갖는 불가피한 한계를²⁵⁾ 경쟁정책분야에서의 최혜국대우 의무와 어떻게 조화시킬 수 있을 것인가, 또한 GATT 제3조, 제11조 및 제17조 그리고 WTO의 긴급수입제한조치(Safeguard) 협정이 어느 범위까지 국내시장과 수출시장에 대한 정부 및 사인의 차별행위를 금지하고 있는가와 관련되어 있다 할 것이다.

3. WTO 제협정의 경쟁관련 규정

(1) 의 의

현재까지 다자간 협정을 통한 경쟁정책의 국제규범화는 이루어지지 않았지만 현재 GATT/WTO의 다자간 규범중에서 경쟁과 관련된 규정들(간접적으로는 기업의 반경쟁적 행위 포함)이 산발적으로 반영되어 있다. 즉, 일부 WTO협정들은 비록 단편적이기는 하지만 경쟁적 개념 또는 요소들을 포함하고 있으며 주로 국가의 관행에 초점이 맞추어져 있다. WTO내에서의 경쟁정책에 대한 논의는 사적인 제한행위가 국가간에 타결된 무역자유화조치의 혜택을 무효화할 수 있다는 오랜 인식이 반영된 것이다.

24) Ernst-Ulrich Petersmann, *op.cit.*, p.69.

25) 주로 국내경쟁당국의 한정된 인적·물적 자원 때문에 모든 경쟁법 사건에서의 협력은 현실적으로 불가능하다.

(2) GATT 협정

GATT 협정은 수입독점업자의 행위에 대한 규정(제2조)과 수입에 대한 내국민대우 규정(제3조)을 포함하고 있으며, 독점공급자의 독점적 지위남용 금지, 독점적 행위 발생시 협의요청 및 협의의무, 정보제공의무에 관하여 규정하고 있다(제8 및 제9조). GATT 제17조는 특혜(special privilege)하에서 수행되는 (공적 또는 사적) 사업 및 국가 국가기업들에게 구매 또는 판매에 있어서 무차별 대우를 하도록 요구하고 다른 회원국의 사업들이 그러한 구매 또는 판매에 참여를 위하여 경쟁할 수 있도록 요구하고 있다.

1960년 GATT Decision on Arrangements for Consultations on Restrictive Business Practices는 “국제무역상의 경쟁을 제한하는 거래관행은 세계무역과 개별국가의 경제발전을 저해함으로써 관계인하와 수량제한의 철폐의 혜택을 얻을 수 없도록 하거나 관세 및 무역에 관한 일반협정의 목표를 다른 면에서 방해할 것임”을 인식하고 있다고 지적하고 있다.²⁶⁾

(3) GATS 협정

GATS도 중요한 경쟁정책적 규정들을 포함하고 있다. 특히 제8조는 회원국들에게 독점공급자들이 인가받은 독점분야에 속하지 아니하는 서비스의 공급과 관련하여 경쟁하는 때에 그 독점적 지위를 남용하지 아니하도록 보장할 것을 요구하고 있다.²⁷⁾ 제9.1조는 제8조에 해당하는 관

26) GATT Resolution, BISD 2*99th Supp,1961).

27) 제8조: 1. 각가입국은 자국 영역내의 독점적 서비스 공급자가 관련시장에 독점서비스를 제공하면서 제2조 및 특정 공약(specific commitments)에 의한 당해 가입국의 의무와 양립되지 아니하는 방법으로 행동하여서는 아니 된다. 2. 가입국의 어느 독점적 공급업자가 독점권의 범위를 벗어나서 직접 또는 자신의 관련회사(affiliated company)를 통하여 서비스 공급 경쟁을 하고 있고 이러한 것들이 당해 가입국의 특정공약의 대상이 되고 있는 경우, 그 가입국은 그러한 공급업자가 독점적 지위를 남용하여 그러한 공약과 양립되지 아니하는 방법으로 그 영역 내에서 행동하지 아니하도록 보장하여야 한다.

행이외에 서비스 공급자의 일정한 거래관행이 경쟁을 제한함으로써 결과적으로 서비스 교역을 제한할 수 있음을 규정하고 있다. 또한 제9.2조는 그러한 관행을 제거하기 위한 목적으로 다른 회원국의 협의를 요청에 응하도록 의무지우고 있다.²⁸⁾

한편 서비스공급자의 일정한 거래관행이 경쟁을 제한함으로써 서비스 교역을 제한할 수 있다는 점을 GATS협정에서 인정한 것은 대단히 중요한 의미를 갖는다. 왜냐하면 이러한 인정은 다자간 구속력있는 문서의 필요성에 대한 중요한 근거를 마련해준 것이라고 보여지기 때문이다.²⁹⁾ 그러나, 요청이 있을 경우 그러한 거래를 제한하는데 목적을 둔 거래관행을 제거하기 위하여 협의한다는 것 이외에는 그러한 관행을 규제하여야 할 회원국의 의무에 대해서는 아무런 규정도 두고 있지 않다(제9조). 유일한 의무는 그러한 요청에 대해 충분한 동정적인 고려를 하여야 하고 공적으로 이용 가능한 정보의 제공을 통하여 협력하여야 한다는 것에 불과하며 그러나 관행을 시키기 위한 행동을 할 의무는 없다.

GATS 협정의 규정중 일부도 향후의 경쟁에 관한 다자간 협정의 협상과 관련하여 유용한 참고가 될 수 있다. 최혜국대우와³⁰⁾ 투명성³¹⁾이라는 일반 원칙이외에도 GATS 협정은 독점적 공급자의 행동에 관한 경쟁

28) 제9조는 거래관행과 관련하여: 1. 가입국은 제8조에 해당하는 관행 이외에 서비스 공급자의 일정한 거래관행은 경쟁을 제한함으로써 서비스 거래를 제한할 수 있다는 점을 인식하여야 한다. 2. 각가입국은 다른 가입국의 요청에 따라 제1호에 언급된 관행을 제거하기 위한 목적으로 협의를 하여야 한다. 그러한 요청을 받은 가입국은 그에 대한 충분하고 동정적인 고려를 하여야 하며 당해 문제와 관련된 공적으로 이용가능한 非비밀 정보의 제공을 통하여 협력하여야 한다. 그러한 요청을 받은 자신의 국내법의 규정에 따라 가입국은 요청국에 의한 그 비밀 유지에 관한 만족할 만한 협정을 체결을 조건으로 다른 정보도 요청국에 제공하여야 한다.

29) Carlos M. Correa, "Competition Law and Development Policies" in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments on the WTO Report(1998) on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd., 1999), p.374.

30) GATS협정 제2조: 1. 이 협정에 규정된 조치들과 관련하여 각 가입국은 다른 국가의 동일한 서비스 공급자에게 부여하는 대우보다 불리하지 아니한 대우를 다른 가입국의 서비스 및 서비스 공급자에게 즉시 또한 무조건적으로 부여하여야 한다.

31) 제3조는 TRIPS협정과 관련하여 이미 지적한 바와 같은 것과 유사하게 가입국의 투명성 의무를 설정하고 있다.

규정 그리고 경쟁을 제한함으로써 무역과 서비스를 제한하는 서비스 공급업자의 기타 영업관행에 관한 규정을 포함하고 있으며 그러한 관행에 대한 협의와 협력 메커니즘을 설정하고 있다.

그 밖에도, GATS 협정은 일부 국가(특히 개발도상국)가 아직 그러한 경쟁법을 채택하거나 또는 경쟁법의 적용면제나 예외의 경우들을 제거할 준비가 되어 있지 아니한 상황에서도 경쟁협정의 교섭에서 유용할 수 있는 구체적인 특징을 포함하고 있다. 실제로, GATS 협정에서는 단계적으로 높은 수준의 자유화를 달성하기 위하여 탄력성·단계성의 커다란 조치가 특정 공약(specific commitments)의³²⁾ 계획표(schedule)의 성공적인 교섭가능성을 통하여 구축되어 있다.

(4) TRIPs 협정

Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Including Trade in Counterfeit Goods(이하 “TRIPs 협정”라 한다)는 “적극적 예양”(positive comity)과 유사한 개념이 GATS 협정에서보다 상세하게 방법으로 포함되어 있다(제40조). TRIPs 협정에는 제한적 거래관행의 몇 가지 예를 들고 있으나(exclusive grant-back conditions, conditions preventing challenging to validity and coercive package licensing) 협의를 요청 받은 회원국은 취할 수 있는 조치에 대한 최종적인 결정을 내릴 수 있는 충분한 자유를 가지고 있다.

사실상, 이 제40조의 목적중의 하나는 회원국이 제한적 거래관행을 규제할 수 있는 방법을 제한하고 특히 개도국들이 기술이전에 관한 국제행동규범(an International Code of Conduct on Transfer of Technology)에 관한 협상과정에서 제시되었던 자발적 라이선싱 계약(voluntary licensing agreements)상에 포함된 제한적 거래관행의 판단과 관련된 “발전기준”(development test)을 적용하는 것을 금지하

32) 이것들은 보상적 조정(compensatory adjustments)에 의해 수정될 수 있다. GATS 협정 Article XIX 참조.

는데 있다.³³⁾

이 연구서 제4장에서도 지적하였지만 만약 경쟁에 관한 다자간 틀을 설정하는데는 TRIPS 협정 모델의 일부 요소들이 큰 도움이 될 것이라고 생각하는 사람들이 적지 않다. 지적재산권법과 경쟁법은 실제로 시장에서의 사인의 행동을 다루는 것들이다. 이 두 분야에 관한 법률이 아예 없는 국가도 있고 관련법을 가진 국가간에도 각기 다른 법원칙과 제도를 가질 수도 있다.³⁴⁾ TRIPS 협정이 그렇듯이 국제경쟁의 틀은 무차별,³⁵⁾ 내국민대우, 최혜국대우³⁶⁾ 및 투명성³⁷⁾이라는 기존인 원칙을 가질 수 있을 것이다. 이러한 원칙들은 경쟁법상의 원칙들과 양립가능하거나 보완성이 있지만 그 정확한 의미를 다자간 협정에서 구체화하여야 할 것이다.

33) Carlos M. Correa, *op.cit.*, p.374.

34) Frédéric Jenny, *op.cit.*, p.29.

35) TRIPS협정 Article 1 §3: “가입국들은 이 협정에 규정된 대우를 다른 회원국들의 국민에게 부여하여야 한다.”

36) Article 3 §1은 “각가입국은 지적재산권의 보호와 관련하여 자국민보다 불리하지 아니한(no less favorable) 대우를 다른 회원국의 국민에게 부여하여야 한다” 라고 하고 있다. 또한 Article 4는 “지적재산권의 보호와 관련하여 어느 가입국이 다른 국가의 국민에게 부여한 有利點(advantage), 혜택(favor), 특권 또는 면제는 다른 모든 가입국 국민에게 즉시 또한 무조건적으로 부여하여야 한다”라고 규정하고 있으며, 이러한 의무에 대한 약간의 예외를 규정하고 있다.

37) 제62조는 다음과 같이 규정하고 있다: 1. 법령 및 일반적으로 적용되는 종국적인 법원 결정 및 행정평결은 협정의 내용(지적재산권의 이용가능성, 범위, 획득)과 관련하여 회원국에 의하여 시행되는 경우 (국내외)정부들 및 권리보유자들이 알 수 있도록 공시되거나 또는 그러한 공시가 실행될 수 없는 때에는 자국어에 의하여 일반인이 이용할 수 있도록 하여야 하였다. 어느 가입국의 정부 또는 정부기관과 다른 가입국의 정부 또는 정부기관간에 효력이 있는 이 협정의 내용에 관한 합의도 공시되어야 한다.

2. 가입국은 TRIPS 이사회가 이 협정의 운영에 대한 심사를 하는데 도움을 주기 위하여 동 이사회에 상기 paragraph 1에 언급된 법령을 통지하여야 한다.

3. 각 가입국은 다른 가입국으로부터의 요청에 응하여 paragraph 1에 언급된 종류의 정보를 제공할 준비가 되어 있어야 한다. 지적재산권 분야에서의 특정한 법원 결정 또는 행정 평결 또는 쌍무적 협정이 이 협정상의 자신의 권리에 영향을 미친다고 판단할만한 이유가 있는 가입국은 그러한 특정한 법원결정 또는 행정 평결 또는 쌍무적 협정의 충분한 세부내용에 접근하거나 또는 통보받는 것을 서면으로 요청할 수도 있다.

4. paragraphs 1, 2 및 3의 어떠한 규정도 법 집행에 지장을 줄 수 있거나 달리 공익에 반하거나 또는公私의 특정 기업의 합법인 상업적 이익을 손상시킬 우려가 있는 비밀정보를 공개하도록 요구하는 것은 아니다.

한편 TRIPs 협정은 모든 주요 지적재산권에 관한 일련의 실체적 의무들에 대한 규정을 포함하고 있다. 다만, TRIPs 협정은 사적인 반경쟁적 관행이 무역에 대해 영향을 미칠 수 있으며³⁸⁾ 가입국들이 그러한 관행을 방지 또는 통제하기 위한 적절한 조치를 취하고자 할 것이라고 인식하면서도 그러한 남용적인 관행을 제거하기 위한 경쟁법의 존재를 의무화하지 아니하고 그에 관한 결정을 가입국에 일임하고 있다. 그러나 계약에 의한 라이선싱에서의 반경쟁적 관행에 대한 규제에 대하여 국가간의 협력메커니즘에 관하여 규정하고 있다.³⁹⁾

38) 일부 라이선싱 관행은 관련 시장에서의 경쟁에 불리한 영향을 주는 지적재산권 남용에 해당할 수 있다.

39) Article 8 paragraph 2는 “이 협정의 규정과 일치되지 아니하는 경우 그 보유자에 의한 지적재산권의 남용 또는 무역을 불합리하게 제한하거나 국제적인 기술이전에 불리한 영향을 미치는 관행의 사용을 금지하기 위한 적절한 조치가 필요할 수 있다”라고 규정하고 있다.

Article 40은 “1. 가입국은 경쟁을 제한하는 지적재산권에 관한 특정한 라이선싱 관행 또는 조건이 무역에 불리한 영향을 미쳐 기술이전과 보급에 장애가 될 수 있는데 동의한다.

2. 이 협정의 어떠한 규정도 가입국이 특정한 경우에 관련 시장에 불리한 영향을 미치는 지적재산권 침해를 구성하는 라이선싱 관행을 자신의 입법에 명시할 수 있다. 앞에서 규정한 바와 같이 가입국은 그러한 관행을 방지 또는 규제하기 위한 조치를 이 협정의 다른 규정들과 합치될 것을 조건으로 채택할 수 있다.

3. 각 가입국은 협의를 요청받은 회원국의 국민 또는 거주자인 지적재산권 소유자가 이 조의 문제에 관한 협의요청국의 법령에 반하는 관행을 행하고 있다고 믿을 만한 이유가 있고 또한 법령상의 어떠한 조치를 손상함이 없이 또한 협의요청국 또는 피요청국 어느 가입국의 최종적인 결정의 완전한 자유를 손상함이 없이 그러한 법령의 준수를 보장하는 것을 희망하는 다른 가입국(상기의 협의 피요청국을 말함)과 협의할 수 있다. 협의피요청국은 요청국과의 협의에 대해 충분하고 동등적인 고려를 하여 충분한 협의기회를 부여하여야 하며 또한 공개적으로 이용 가능하고 극비사항이 아닌 당해 문제와 관련성이 있는 정보 및 협의피요청국이 이용할 수 있는 기타 정보를 협의 요청국에 제공하는 협력을 하여야 한다. 이 경우 국내법의 적용을 받으며 및 요청국에 의한 비밀의 유지에 관한 상호만족할 만한 합의서가 체결되어야 한다.

4. 그 국민 또는 거주자가 이 조의 문제에 관한 다른 가입국의 법령위반을 이유로 그 다른 가입국의 절차에 개입되어 있는 회원국은 동 가입국의 협의요청에 따라 상기 3에서 예상하고 있는 것과 동일한 조건으로 그 다른 회원국으로부터 협의 기회를 부여받아야 한다.

제69조는 다음과 같이 규정하고 있다. “가입국들은 지적재산권을 침해하는 국제적 상품거래를 제거하기 위한 목적으로 각각의 다른 가입국들과 협력하여야 한다. 이러한 목적을 위하여 가입국들은 자신의 행정부내의 접촉창구를 설치하고 통지

TRIPS협정은 행정부 또는 사법부의 절차를 통하여 지적재산권의 집행에 적용될 수 있는 개괄적인 실효성 절차와 특정한 절차보장에 대하여 규정하고 있다. 이 협정은 공적 및 사적 집행에 관한 세부적인 의무를 부과하고 있는 최초의 다자간 협정이다. TRIPS협정은 “실효적 조치”를 허용하고 침해를 충분히 억제할 수 있는 신속한 구제조치를 부여하도록 하고 있고 또한 공정하고 형평한 절차를 요구하고 있다. TRIPS협정의 일반적인 실효성기준은⁴⁰⁾ 집행메커니즘의 실효성이 경쟁정책에 가장 중요한 것이기 때문에 경쟁협정에 대한 유용한 참고가 될 것이라는 점은 의심할 바 없다.⁴¹⁾

(5) Fourth GATS Protocol on Basic Telecommunications

한편 1997년 2월 서명되어 1998년 2월 5일부터 시행되고 있는 기본적 통신에 관한 제4차 GATS 의정서(the Forth GATS Protocol on

하여야 하며 지적재산권을 침해하는 특히 위조상품 및 저작권도용 상품의 거래에 관한 정보의 교환 및 관세당국과의 협력을 촉진하여야 한다.

- 40) TRIPS협정 제41조: 1. 가입국은, 지적재산권 침해를 방지하기 위한 신속한 구제 수단과 그 침해의 재발에 대한 또 다른 억제수단이 되는 구제수단을 포함하여 이 협정의 적용대상이 되는 지적재산권 침해행위에 대한 효과적인 조치를 허용하기 위하여 이 部에서 명시된 집행절차가 자국의 법에 의하여 이용될 수 있도록 보장하여야 한다. 그러한 절차는 적법한 무역에 대한 장벽의 설정을 회피하고 그 남용에 대한 보호장치를 제공할 수 있는 방법으로 작용하여야 한다.
2. 지적재산권의 집행에 관한 절차는 공정하고 형평한 것이어야 한다. 그러한 절차는 불필요하게 복잡하거나 비용부담이 크거나 또는 불합리한 기간제한이나 부당한 지연을 수반하여서는 아니된다.
3. 본안에 대한 결정은 서면으로 작성되고 그 이유가 적시되는 것이 바람직하다. 그러한 결정은 부당하게 지연됨이 없이 적어도 당사자들이 입수할 수 있도록 하여야 한다. 본안 결정은 당사자들에게 청문의 기회가 제공되어 얻어진 증거에만 입각하여야 한다.
4. 절차의 당사자들은 최종 행정결정에 대한 사법당국의 심사를 받을 수 있는 기회 및 사건의 중요성에 관한 가입국 법률상의 관할권 규정의 적용을 조건으로 본안에 관한 제1심판결의 법률적 측면에 대한 사법당국의 심사를 받을 수 있는 기회를 가져야 한다. 다만 형사사건에서의 무죄의 심사기회를 제공할 의무는 없다.
5. 이 部는 법 일반의 집행을 위한 사법제도와는 구별되는 지적재산권 집행에 관한 사법제도를 구축하여야 의무를 신설하는 것은 아니며 법 일반을 집행할 수 있는 가입국의 권능에 영향을 미치는 것은 아니다.

41) Frédéric Jenny, *op.cit.*, p.31.

Basic Telecommunications)는 관련기업간의 상호보조금 지급을 금지하고 통신서비스를 제공하려는 외국기업에게 통신망 접속개방을 규정하는 등 기업관행에 대해 직접적으로 언급하고 있다.

이 의정서는 친경쟁적인 상호연결과 외국의 독점업자들의 객관적이고 중립적인 규율 그리고 일정한 반경쟁적 관행의 방지를 위한 적절한 조치의 유지를 촉진하기 위한 의도의 “경쟁보호(competitive safeguard)” 규정을 포함하고 있다.⁴²⁾ 통신사업은 국가독점 또는 시장지배적 지위를 가진 국가인가회사에 의해 지배되는 전통적으로 규제가 심한 부문이기 때문에, 통신시장에의 경쟁적 접근을 허용한다는 정부의 공약(commitments)은 국내시장에서 지배적 지위에 있는 이들 회사들의 행위를 제한하는 공약내용이 없으면 무의미하게 될 수 있는 우려가 있다.

이 의정서는 음성전화, 데이터 전송, 텔렉스, 전신, 팩시밀리 및 기타 통신서비스에 대한 시장접근, 무차별, 투명성, 국내규율에 관한 77개 WTO 가입국의 공약을 포함하고 있다. 대부분의 정부들은 기본통신서비스의 규제구조에 관하여 경쟁보호, 상호연결 보장, 라이선싱 기준, 규제자의 운영자로부터의 독립 및 기타 제원칙을 정의한 “reference paper”에 입각한 규제규율에 대한 공약을 포함시켰다.⁴³⁾

42) 제4차 GATS 의정서 제1.1조 참조. 이 긴급수입제한(safeguard)규정의 적용대상이 되는 “주요 공급자(a major supplier)”는 필수적인 네트워크 시설 또는 그 시장지위(market position)에 대한 지배로 인해 (가격 및 공급에 관한) 시장참여조건에 중대한 영향을 미칠 수 있는 힘을 가진 자이다. 이 협정은 반경쟁적 관행이 다음 3가지를 포함하는 것이라고 정의하고 있다. 즉, cross subsidization, 경쟁자로부터 얻는 정보의 사용, 필수적인 시설에 관한 기술적·상업적 정보의 비공개이다. 이 용어들에 대해 그 이상의 구체적인 정의를 내리고 있지 않기 때문에 핵심 용어에 대한 해석은 향후 분쟁해결패널들에게 맡겨져 있다고 할 수 있을 것이다. International Competition Advisory Committee to the Attorney General And Assistance Attorney General For Antitrust, *Final Report (2000)*(이하 “Advisory Committee, Final Report(2000)”라고 인용한다.), p.261.

43) 경쟁에 관한 규정은 기본 통신사업(basic telecommunications) 분야에서도 교섭이 진행되어 왔다. 이 분야에서 추가공약(additional commitments)을 받아들이는데 있어 지침으로 사용되는 “Reference Paper”는 경쟁보호제도(competition safeguards), 상호접속 보장조치(interconnection guarantees) 및 규제자의 독립성(independence of regulators)과 같은 문제들을 다루고 있다.

최근까지도 통신산업은 국가독점에 의하여 운영되었기 때문에 그에 대한 효과적인 시장자유화를 위해서는 GATS의 독점과 배타적 서비스 공급업자에 관한 일반적 의무(제8조) 및 제한적 기업관행(제9조) 이외에도 사용자, 필수 시설(essential facilities) 및 시장 지배적(dominant) 공급자에 대한 구체적인 경쟁보호수단이 요구된다.

예컨대, 1)경쟁적 cross-subsidization(다른 사업이득을 통한 채산성 없는 어느 사업을 운영하는 것)의 금지, 경쟁업자로부터 획득한 정보 이용으로 인해 반경쟁적인 결과를 초래하는 행위 금지, 다른 서비스 공급자들이 그 서비스 제공에 필요한 필수시설(essential facilities)에 관한 기술정보를 적시에 이용할 수 없도록 하는 행위의 금지, 2) 공공통신 송신망의 무차별적이고 적시의 비용지향적(cost-oriented) 접근, 및 3)규제기관의 독립성과 기본통신서비스 공급업자로부터의 분리성 등과 같은 규칙들과 같은 GATS의 통신의정서상의 특정 부문에 관한 경쟁규칙들은 오랫동안 카르텔화 및 시장분할약정에 의하여 왜곡되어온 항공·해운 운송과 같은 다른 규율대상 산업에 대한 향후의 자유화 모델로서의 역할을 할 수 있을 것이다.⁴⁴⁾

그러나 부문별 접근방법은 내재된 이해관계에 의하여 규제 의 뒷(regulatory capture)에 걸릴 리스크에 노출되어 있으며 당해 부문에서의 상호 모순적인 예외인정을 초래할 수도 있다. 유럽 통합법의 경험은 경쟁법 원칙은 모든 경제분야에 적용될 수 있어야 함은 확인시켜주고 있다. 즉, 부문별 접근방법은 바람직하지 아니함을 보여주고 있다.⁴⁵⁾

(6) 기타 협정

세이프가드 협정(Safeguards Agreement) 제11.1(b)은 회원국들로 하여금 그 정부에 의한 자발적 수출규제(voluntary export restraints: VER) 또는 시장질서협정(orderly marketing arrangements: OMA) 또는 기타 수출 또는 수입측면에서 이와 유사한 조치들을 사기업들이 모

44) Ernst-Ulrich Petersmann, *op.cit.*, p.65.

45) *Ibid.*

색하거나 채택하거나 유지하는 것을 금지하고 있고 있으며 반면에 동조 제3항은 회원국들로 하여금 공사의 기업들에 의한 제1항에 언급된 조치와 동등한 비정부적 조치의 채택을 조장 또는 지원하는 것을 금지하고 있다.

기술적 무역장벽 협정(Technical Barriers to Trade Agreement : "TBT") 제3.4조는 WTO 회원국이 사적 지배 단체(private control organizations)가 시험 및 인증(testing and certification)과 관련하여 외국제품을 차별하는 것을 조장하지 아니하도록 하는 규정을 포함하고 있다. 정부조달협정은 경쟁입찰 및 제한입찰문제를 다루고 있다.

1998년 12월 WTO 서비스교역이사회(Council on Trade in Services)는 WTO Disciplines on Domestic Regulation in Accountancy Sector를 채택하였다. 이것은 WTO 회원국들로 하여금 따르도록 권고 받고 있는 비구속적인 원칙들이다.⁴⁶⁾ 이 원칙들은 국내규율과 감시 문제에 관하여 회원국들에 비구속적 지침이 되는 다양한 기본 협정들/framework agreements)을 수용할 수 있음을 제시하고 있다는 점에서 현재 논의하고자 하는 문제와 관련하여 유의할 필요가 있다.

또한 무역관련 투자조치에 관한 협정(Agreement on Trade-Related Investment Measures : TRIMs) 제9조는 상품거래이사회(Council for trade in Goods)에 TRIMs 협정의 운용을 검토하여 1999년 말까지 필요한 개정을 제안하도록 요구하고 있다. 이 제9조도 간접적으로 경쟁정책과 관련되어 있다. TRIMs 협정은 무역관련 투자조치에 대한 정의를 포함하지 않고 있으며, 상품교역에 관한 금지된 현지부품사용의 무의 예시목록을 포함하고 있을 뿐이다. 개도국들은 아직도 예컨대, 수출품에 대한 현지부품사용의무를 요구할 수 있는 여지가 있다. 동 협정 제9조에 따르면 상품교역이사회는 동 협정의 운용을 검토하는 때에 동 협정이 투자정책과 경쟁정책에 관한 규정들로 보완되어야 할 것인지를 고려하게 된다.

46) WTO Report to the Council for Trade in Services on the Development of Disciplines on Domestic Regulation in the Accountancy Sector, S/WWPPS /4(Dec.10, 1998).

제 3 절 WTO 경쟁지향적 무역법 개혁 모델로서의 TRIPs 협정

1. 의 의

우루과이 라운드(1986-94)의 개시와 더불어 GATT 체결국들은 상품이 거래에 대한 전통적인 장벽이외의 문제들에 대해 관심을 갖기 시작하였다. 이것은 지적 재산권보호 분야에서 가장 두드러진다. 이 분야와 관련하여서는 우루과이 라운드 협상이 이른바 특허, 상표, 저작권 등의 이른바 무역관련 측면(trade-related aspects)에 한정되었기 때문에 GATT 체결국들은 이미 존재하고 있는 WIPO(World Intellectual Property Organization)와 달리 GATT의 관할권이 그러한 문제를 다루는 데까지 미치는 것은 정당화하고자 하였다.⁴⁷⁾

그러나 최종적으로 채택된 TRIPs 협정은⁴⁸⁾ 초국가적 거래 상황이 존재하지 아니하는 경우에도 WTO 회원국의 모든 국민에게 타방 체결국 영역내에서의 보호를 규정여하고 있다.

WTO의 ‘무역’(trade)특정의 정향성(trade-specific orientation) 때문에 실무작업단도 경쟁문제 자체를 다루는 것이 아니라 ‘무역’과의 상호작용만을 검토(study)하는 위임업무만을 갖게 되었다. 물론, 그러한 무역 정향성 때문에 국내경쟁법의 조화 또는 경쟁법의 다른 형태의 실제적 기준에 대해 검토할 수 없는 것은 아니다.⁴⁹⁾

TRIPs 협정은 내국인 대우 또는 최혜국대우(제3조 및 제4조)와 같은 국제 지적재산권 보호에 관한 제 기본원칙을 확인하고 있다. 또한 무역 관련 지적재산권의 이용가능성, 범위 및 사용에 관한 적절한 기준과 원칙

47) TRIPs 협정은 국경조치(border measures)를 제외하고는 국제무역과 별다른 관계가 없다. 유럽사법재판소(European Court of Justice)가 유럽공동체는 EC Treaty 제113조의 상업정책규정에 따라 TRIPs를 체결할 배타적인 권한을 갖지 아니한다는 의견을 제시(ECJ, opinion 1.94 of 15 November 1994, [1994]ECR 1-5267)한 것도 바로 이러한 이유 때문이다. Josef Drexl, *op.cit.*, p.227.

48) Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property, Annex 1C to the WTO Agreement of 15 April 1994.

49) Josef Drexl, *op.cit.*, p.227.

들을 규정하고 있다(서문 제9조 이하). 더 나아가 “무역관련 지적재산권의 시행을 위한 효과적이고 적절한 수단”(서문, 제9조 이하) 및 지적재산권의 획득과 유지에 관한 합리적인 절차(procedures and formalities)(제 62조)에 대하여 규정하고 있다.

최초로 저작권법, 상표권, 지리적 표시, 산업디자인(industrial design), 특허, 집적회로배치설계, 영업비밀에 관한 법을 조화시키기 위한 국제협정이 채택되었던 것이다. 국제무역에 대한 왜곡과 장애를 줄이기 위한 이러한 노력은 무역 양허(trade concessions)의 일괄타결방식에 기초한 일반 WTO 협정의 부속서의 채택으로 이어졌다. 이것은 개도국들로부터 처음에는 완강한 저항에 부딪혔지만 그러한 부분 때문에 국내 기준이 영향을 받지 않았다.⁵⁰⁾

한편, 지적 재산권은 그 성격상 그 소유자가 타인으로 하여금 허가 없이 그 재산을 사용하지 못하도록 할 수 있는 권리가 있기 때문에 독점금지법상의 새로운 관심사가 되고 있다. 이러한 독점금지법상의 문제는 특허, 상표 및 저작권을 포함한 어떠한 형태의 지적 재산권과 관련하여서도 발생할 수 있다.

특히 강력한 특허제도하에서는 이에 상응하는 효과적인 독점금지제도의 필요성이 절실하다고 할 수 있다. 특허소유자는 자신이 특허 받은 창안(invention)을 타인이 제조, 사용, 수입, 판매를 위한 제공 및 판매하는 것을 배제할 수 있는 권리를 부여받고 있는 데 반해⁵¹⁾ 독점금지법의 목적은 이러한 정부가 인정하는 허용범위를 벗어나 독점을 확대하려는 시도를 금지함으로써 “법적인 독점”을 견제하는 것이다.⁵²⁾

50) Hanns Ullrich, “TRIPS: Adequate Protection, Inadequate Trade, Adequate Competition Policy,” in John O. Haley and Hiroshi Iyori (eds.), *Antitrust: A New International Trade Remedy ?*, (Seattle: Pacific Rim Law & Policy Association, 1995). p.154.

51) 35 U.S.C. §271(a) (1996).

52) Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations(여기에서는 “미국의 독점금지법은 경쟁과정의 마지막 보호자로서의 위치하여 왔다”라고 규정하고 있다). John J. Flynn and Harry First, *Antitrust: Statutes, Treaties, Regulations, Guidelines and Policies*, (New York: Foundation Press, 1999), p.221.; Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property(여기에서는 “독점금지법은 소비자들에 도움이 되는 기존의 또는 새로운 방법

미국에서는 특허법과 독점금지법이 잘 확립되어 있으며 많은 선진국들이 이와 유사한 법구조를 가지고는 있지만 개개의 분야별로 보호의 정도가 다르다. 국제적인 활동을 하는 기업들이 예측가능하도록 하기 위해서는 지적재산권기준과 독점금지기준을 조화시켜야 할 필요가 있다는 주장도 많이 제기된 바 있다.⁵³⁾

이 협정에서는 모든 회원국은 지적 재산권의 획득과 자국 법원에서의 그러한 권리의 집행을 위한 메커니즘을 제공한다는데 합의하였다. ⁵⁴⁾ 지적 재산권법의 집행경험이 거의 없거나 전무한 개도국들도 최고 10년의 유예기간이 있기는 하지만 그러한 내용을 준수하여야 한다.⁵⁵⁾ 독점금지법의 국제적인 조율은 지금까지 성공적이지는 못하였다.⁵⁶⁾

마이크로 소프트사의 사건과 관련한 미국과 EU 집행위원회의 공동노력은 국제적인 독점금지법 적용과 관련하여 전례가 없는 것이었다.⁵⁷⁾ 일부 개도국들은 기업들의 반경쟁적 관행으로부터의 보호제도가 없거나 유명무실하다. 이러한 제도상의 결함들은 약한 독점금지제도를 가진 개도국들이 TRIPs의 요건을 준수하기 시작하면서 더욱 악화될 가능성이 높다.⁵⁸⁾

강력한 독점금지법은 일반적으로 어느 한 기업이 보다 높은 가격- 소비자에 대한 비용부담 - 을 책정할 정도의 시장지배력을 가지는 독점을

과 관련하여 경쟁을 손상시키는 일정한 조치를 금지한다"라고 규정하고 있다. *ibid.*, p.258.)

53) Richard H. Marschall, "Patents, Antitrust, and the WTO/GATT: Using Trips as a Vehicle for Antitrust Harmonization," *Law and Policy in International Business*, Vol.28(1997), p.1166.

54) 제41조 및 제42조.

55) 제65조 및 제66조.

56) Aubry D. Smith, "Bringing Down Private Trade Barriers- An Assessment of the United States' Unilateral Options: Section 301 of the 1974 Trade Act and Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Law," *Michigan Law Review*, Vol.16(1994), p.241.

57) 이에 관해서는 많은 문헌들이 있지만, 이 문제만을 다루고있는 단행본으로는 Richard B. McKenzie, *Trust on Trial: How the Microsoft Case is Reframing the Rules of Competition*, (Cambridge: Perseus Publishing, 2000) 및 Stan J. Liebowitz and Stephen E. Margolis, *Winners, Losers & Microsoft: Competition and Antitrust in High Technology*, (Oakland, California: The Independent Institute, 1999)이 있다.

58) Richard H. Marschall, *op.cit.*, p.1167.

방지한다. 독점시장에서는 또한 독점자에 힘이 집중되어 있어 소규모 기업들이 극복할 수 없는 장애가 존재하므로 독점기업은 자신들의 제품을 개선할 필요성을 느끼지 못하기 때문에 기술혁신이 정체되고 제품의 가격을 임의로 책정할 수 있어 소비자는 제품 선택의 범위가 좁아질 뿐만 아니라 비싼 값을 치르고 제품을 구입하여야 하는 등 그 폐해는 심각하게 될 것이다.

그러므로 독점금지법에 의해 규율되지 아니하는 지적재산권 제도는 그러한 특허권의 전횡을 휘두르는 독점기업에게만 득이 될 뿐이다.⁵⁹⁾ TRIPs 협정은 최소한의 독점금지 기준도 정하고 있지 아니하지만, 지적재산권의 힘을 약화시키고자 하는 개도국들에게는 중요한 국가차원의 조치(예컨대 강제실시)를 허용하고 있다. TRIPs 협정에 독점금지조항을 삽입하지 못한 것은 큰 흠이라고 지적될 수 있을 것이다.

2. 무역관련 지적재산권 보호와 그 침해에 대한 대응

(1) 국제지적재산권 보호의 전통적인 구조

1) 영역성 원칙

기술적 재산에 대한 국제적 보호는 3가지 독립적인 원칙에 의해 지배를 받아왔다. 첫째 보호의 영역성(territoriality), 둘째 국내지적재산권의 외국인 소유자에 대한 내국인 대우, 셋째, 국제최소보호(international minimum protection)이다. 이 3가지 원칙의 적용 결합은 국가주권과 개방국내시장에 대한 존중에 바탕을 둔 것이다.

사인이 어떠한 지식에 대한 배타성을 주장하고, 이용하고 시행할 수 있는지의 여부 및 조건을 결정하는 것은 그것이 인간의 지식의 흐름과 이용가능성 및 시장의 기술적 경쟁에 대한 영향을 미친다는 점에서 공공정책상의 문제이다. 더욱이 특허, 실용신안 상표 및 의장에 대해서는 특정한 행정적인 허가(grant)에 의해서 배타적인 권리가 부여된다. 국제적인 보호는 일반적으로 영역성 원칙의 지배를 받는다. 공공정책의 문제

⁵⁹⁾ *Ibid.*

로서 그러한 배타적 권리의 획득, 존재, 유지, 유효성, 범위 및 종료는 보호를 구하는 영역 국가의 법에 의해 결정된다.⁶⁰⁾

결과적으로 지적재산권은 그것이 특허받을 수 있는 창안 또는 저작권 인정가능한 저작물(work)인지의 여부에 관계없이 국내적 성격을 갖게 된다. 실제로 지적 재산권의 획득, 존재, 유지, 유효성, 범위 및 종료는 국가마다 커다란 차이가 있다. 배타적으로 지적 재산권 소유자에게 부여되는 어떠한 권리를 이용할 수 있는 특권은 보호를 부여하는 국가내에서만 인정되는 것이다.

그러므로 어떠한 이용 행위가 지적재산권 침해에 해당하는지의 여부에 대해 결정하는 것은 그 행위지 국가의 법이다.⁶¹⁾ 또 그러한 지적재산권의 침해 결정의 효력도 그 영역내로 국한된다. 다시 말해서 국내의 특허 또는 저작권 관련법이 다루고 있는 것은 그 국가내에서의 제조, 사용, 판매, 복제, 유통, 공연 또는 전시에 관한 것일 뿐이다. 영역성 원칙의 진정한 효과는 국제지적재산권 보호를 지배하는 아래에서 설명하는 다른 제원칙들을 참조하여야만 판단할 수 있다.

2) 고전적인 협정상의 원칙

① 내국인 대우

내국인 대우 원칙은 the Paris Convention for the Protection of Industrial Property (제2조), the Berne Convention for the Protection of Works of Literature and the Arts(제5조) 및 the Universal Copyright Convention (제2조)의 초석이라 할 수 있다. 이 원칙은 단지 회원국에게 동일한 조건하에서는 자국민에 대해서와 정확하게 동일한 실제적 보호를 회원국 국민에게 부여하도록 의무화한 것일 뿐이다. 이 협정들의 가입국의 숫자가 대단히 많고 그 적용범위도 광범위하기 때문에 내국인대우는 국제적으로 중요한 의미를 갖고 있다.

과리 협정은 특허, 실용신안, 산업디자인, 상표, 서비스마크, 상호(trade name) 및 불공정 거래문제로서 영업비밀에 대해 적용된다(제1

60) Hanns Ullrich, *op.cit.*, p.158.

61) *Ibid.*

조), 베른 협정은 문학, 과학 및 예술 분야의 모든 작품에 대해 적용된다(제2조). 내국민대우는 보호를 자국내에서 구하든 외국에서 구하든 관계 없이 외국인에게 부여되어야 하며 그 본국이 자국 국민에 또는 다른 외국인에게 유사한 또는 동등한 보호를 부여하지 아니하는 경우에도 내국인 대우는 인정되어야 한다. 더욱이 내국인 대우는 그 본국이 보호를 부여하는지의 여부와 관계없이 인정되어야 한다.

② 국제최소보호(international minimum protection)

상기의 협정들이 회원국 국민에게 직접 최소한의 보호를 부여하고 있기 때문에 회원국들은 상호주의원칙을 요구하여서는 아니된다.⁶²⁾ 파리협정은 대단히 선별적인 방식으로 다양한 주제들을 다루고 있다. 동 협정은 특허, 상표 및 의장에 대한 우선권의 失權(forfeiture)의 범위 또는 강제허락 그리고 상표의 획득까지만 다루고 있다. 베른 협정은 저작자의 권리 및 저작권보호의 조건에 관한 일련의 규칙들을 포함하고 있으나, 문학과 예술의 전통적인 작품의 보호와 그 이용형태에 초점이 맞추어져 있을 뿐이며 현대적인 이용방법, 컴퓨터 프로그램과 같은 기술적 작품, 또는 데이터베이스와 소프트웨어에 의하여 만들어진 작품들에 대해 초점이 맞추어져 있는 것은 아니다.⁶³⁾

협정들은 침해에 대한 구제수단이나 집행 등의 문제에 대해서는 대체로 접근하지 않고 있다. 파리협정은 특정한 허가가 있는 경우에만 보호를 받는 권리들에 관련된 것이지만, 허가부여절차를 순수한 국내관련 문제로서 다루고 있다. 더욱 중요한 것은 이들 협정들이 중재에 의한 분쟁 해결방식에 관하여 규정을 두고 있지만, 그러한 협정상의 규정을 따를 것인지는 체약국이 자국에 따라 결정하고 있다.⁶⁴⁾ 개인이 국내법원에서

62) 가입국이 일단 협정에 가입하면 그 협정의 규정들이 어느 정도까지 자동집행적(즉 개인이 직접 국내법원에 그 규정들을 원용할 수 있다는 의미임)인가는 국내헌법상의 문제이다. 따라서 이에 대한 대답은 국가마다 다르고 규정마다 다르다 할 것이다. *Ibid.*, p.164.

63) *Ibid.*

64) 파리협정 제28조, 베른협정 제33조. 가입국들 대다수가 중재에 의한 분쟁해결방식을 받아들였지만, 이것은 가입국들이 협정의 규칙시행에 대하여 향유하는 광범위한 자유재량권 때문에 실제적인 것은 되지 못하고 있다. 더욱 중요한 것은 어떠한 가입국이 다른 가입국에 의한 파리협정 또는 베른협정의 위반에 대해 가하는 제재는 그

의 소송을 통한 국제적인 보호로서 얻을 수 있는 내용 역시 개개의 계약이 결정하는 것이다.⁶⁵⁾

③ 상호불간섭

국내지적재산권보호의 국제적 확장은 각국의 지적재산권 정책간의 상호불간섭(non-interference)의 원칙에 입각해 있었다. 다시 말해서 지적재산권은 국내공공정책상의 문제라고 전제하고 있는 것이다. 협정상의 고전적인 원칙들이 발전함에 따라 국제적인 기업들은 자체적인 지적 재산권 정책과 전략을 발전시켜야 했다.

이러한 정책과 전략은 단순히 지적 재산권보호의 영역성, 철저한 심사를 거쳐 취득한 특허가 등록제도만을 운영하는 국가에서 갖는 효과, 침해소송의 유효성과 비용, 일부 국가에서의 특허보호수준 등을 고려한 것이었다. 어떠한 전략을 선택하느냐는 특허를 보호받는데 소유되는 비용, 단일의 특허에 의한 상품의 보호보다는 수개의 특허에 의한 기술 전체의 보호 필요성, 개개의 시장에 대해 기업이 갖는 이해관계, 경쟁자의 상황 등 여러 가지 요소들에 의해 좌우된다.⁶⁶⁾

(2) TRIPs 협정상의 보호 규정

1) 충분한 보호

기술적인 재산과 관련하여 TRIPs협정은 첫째, 파리협정의 관련규정을 편입시키고(제2조)⁶⁷⁾ 둘째, 그와 같이 편입된 규칙들과 결합되어 충분

효과면에서 부정적이라고 한다. 즉 보복이나 협정의 철회들의 효과를 가져올 수 있다고 한다. Kunz-Hallstein, "The U.S. Proposal for a GATT-Agreement on Intellectual Property and the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, In GATT or WIPO", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol.22(1989), p.265.

65) Hanns Ullrich, *op.cit.*, p.165.

66) *Ibid.*, p.169.

67) TRIPs 협정 제2조는 파리협정 제1조 내지 제12조 및 제19조를 편입하고 있다. 이와 같은 파리협정의 각 조의 내용은 다음과 같다. 산업재산권의 정의(제1조), 내국인대우(제2조), 우선권(priority rights), 개개의 국가내에서의 권리의 독립성, 창안자의 권리, 특허받은 물품의 유통이 법에 의하여 제한되고 있다는 이유로 한 특허부여의 거부 (이상 제4조),失權(forfeiture)와 강제실시, 사용료 지불에 대한 유예기

하고 포괄적인 보호제도를 정착시키기 위해 재산권의 부여와 범위에 관한 여러 원칙들을 규정함으로써, 가입국으로 하여금 특허, 영업비밀, 소프트웨어 저작권에 관한 법률을 적절한 보호수준으로 조화시킬 의무를 지우고 있다. 그러므로 회원국은 공공정책 또는 도덕과 충돌하는 창안에 대해서는 예외이지만 모든 기술분야에서 제품 또는 공정을 불문하고 창안에 대해 특허를 부여하여야 한다.⁶⁸⁾

이러한 정의는 창안에 해당하는 것이 무엇인가 특히 컴퓨터 프로그램이 창안으로 간주될 수 있는지의 여부에 대한 해석에 여지를 남기고 있다. 그러나 이러한 특허대상에 대한 정의는 어떠한 약품에서의 화학혼합물 화학적 복합물(chemical compound)을 보호하여야 하는가, 또는 국가는 농업 또는 식품과 같이 기술적으로 민감한 분야를 특허독점(patent monopolies)으로부터 제외시킬 수 있는 등과 같은 몇 가지 중요한 특허정책 문제에 대해 너무 포괄적인 대답을 하고 있다.⁶⁹⁾

TRIPs 협정이 허용하고 유일한 예외는 진단, 치료 및 외과적 방법에 대해 그리고 식물, 동물 및 특별히 생물학적 방법(biological processes)에 대한 것이다. 그러므로 특허보호대상은 대부분의 선진국에서와 같이 대단히 넓다. 유전공학적 창안은 논란의 여지가 남아 있는 유일한 문제이다. 이 문제에 대해서는 선진국에서조차 아직 그에 관한 충분한 정책결정이 내려져 있지 않다.⁷⁰⁾

간, 선박, 항공기, 육지 차량의 부품을 이루는 특허받은 고안(patented devices), 특허받은 방법(patented process)에 의한 제품의 수입국에서의 보호(이상 제5조), 불공정경쟁법에 의한 영업비밀 보호(제10조), 국제전시회에서의 일시적 보호(제11조), 중앙사무소를 가진 특별 산업재산권 서비스기관을 설립하여야 할 가입국의 의무(제12조), 특별한 보다 유리한 협정을 체결할 수 있는 체약국의 자유 등이다.

68) 체약국이 이러한 예외에 포함시킬 수 있는 것으로는 인간, 동물, 식물의 생명 또는 건강을 보호하기 위한 조치 또는 환경에 대한 심각한 피해를 회피하기 위한 조치 등이다. 다만 그러한 특허가능성(patentability)으로부터의 배제는 이용이 국내법에 의해 금지된다는 이유만으로 이루어져서는 아니된다. 그런데 선진국에서는 일반적으로 그러한 배제사유를 대단히 좁게 해석하여 아무런 목적에도 도움이 되지 않고 공공 질서에 반하는 창안만이 그러한 특허가능성으로부터 배제되도록 하였다.

69) Hanns Ullrich, *op.cit.*, p.174

70) *Ibid.*

2) 최소기준

TRIPs 협정은 만약 국가들이 원한다면, 비록 최소한의 것이지만 일반적인 규정의 포함시키기 위한 대안을 제시하고 있다는 점에서 주목할만하다. TRIPs 협정 경쟁정책에 친숙할 수 있는 가장 가까운 모델을 제공하고 있다. 예컨대, 환경 또는 노동에 관심이 있는 사람들은 TRIPs 협정 접근방법을 정부들이 추가적인 적극적 의무의 가치에 동의하는 다른 새로운 분야를 포함할 수 있는 것으로 판단할 것이다. 전통적으로 GATT 협정은 정부들에 의한 왜곡행위를 제한하는 데 초점을 맞추고 있다. 이러한 제한규정들은 정부들이 그들이 부담하여야 할 일련의 적극적 의무를 정한 것이라기 보다는 그들이 할 수 없는 것을 명시한 것이다.

TRIPs 협정은 회원국들로 하여금 지적재산권법에 그들간에 최소한의 공통된 특징을 포함시키도록 의무화하고 또한 WTO 회원국들로 하여금 무차별, 내국인 대우, 투명성 및 최혜국대우를 제공하도록 요구함으로써 GATT와는 다른 접근방법을 도입하고 있는 것이다. TRIPs 협정은 또한 회원국들로 하여금 효과적인 국내집행제도를 도입하도록 하고 요구하고 있다.

이러한 국내집행제도의 구체적인 구조(structure)와 내용은 국가 당국에 일임되어 있지만 사인과 정부에 의한 준수에 관한 효과적인 조치를 제공하는 것이어야 한다. TRIPs 협정은 또한 회원국들에게 “침해행위에 대한 효과적인 조치”를 허용하는데 충분한 집행절차를 도입하도록 요구하고 있다.⁷¹⁾ 이러한 규정들은 우루과이 다자간 협상라운드에서 채택되었으며 개발도상국에 대한 분쟁해결의 이용 특히 비위반 무효화와 손상(nonviolation nullification and impairment)에 대한 5년 동안의 유예의 적용을 받았다. 그 결과 TRIPs 협정 집행규정은 1999년까지 검증을 받지 못하였다.⁷²⁾

71) TRIPs 협정 제41조.

72) 이 규정은 2000년 1월 효력이 종료되었다.

3) 무역 또는 경쟁 관련 지적재산권 남용금지

TRIPs 협정의 서문, 제8조 제2항, 제31조 및 제40조에서는 경쟁법에 대해 언급하고 있다. 서문은 “지적재산권을 시행을 위한 조치와 절차는 그 자체만으로 적법한 무역에 대한 장벽이 되지 아니하도록” 보장되어야 함을 규정하고 있다. 지적 재산권의 과잉보호 또는 제도화 남용에 대한 일반적인 경고로서, 제8조 제2항은 “권리보유자에 의한 지적재산권의 남용 또는 무역을 불합리하게 제한하거나 국제적인 기술이전에 불리한 영향을 미치는 관행의 원용을 방지하기 위하여 적절할 조치가… 필요할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 이것은 WTO 회원국들이 지적재산권에 대한 남용에 대하여 조치를 취하는 것은 금지되지 아니함을 명시한 것이다. 즉, 경쟁법 분야에서의 주권을 확인한 것이다.⁷³⁾

이러한 일반원칙은 TRIPs 협정의 다른 경쟁관련 규칙에도 명시되어 있다.⁷⁴⁾ 즉 제31조는 특허권의 한계, 즉 특허권자의 허가없는 특허권의 사용 조건에 대하여 규정하고 있다. 무허가 사용이 사법적 또는 행정절차를 거친 후 반경쟁적인 것이라고 결정된 관행을 시정하기 위한 것이라고 판단되는 경우에는 이러한 엄격한 조건에 대한 일정한 예외를 두고 있다.⁷⁵⁾

여기에서 보다시피 TRIPs 협정상 보호는 경쟁법상의 이유를 근거로 지적재산권에 가해지는 제한은 그 밖의 다른 이유를 근거로 가해지는 제한보다 완화된 요건의 적용을 받는다. TRIPs 협정에서 경쟁측면을 보다 상세하고 다루고 있는 규정들은 라이선스 계약에서의 경쟁제한을 규제하기 위한 제40조에서 찾아 볼 수 있다. 제40조 제2항은 일정한 경우

73) Andreas Heinemann, “Intellectual Property Rights and Competition Policy: The Approach of the WTO Working Group on Trade and Competition”, in Roger Zäch (ed.) *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments on the WTO Report(1998) on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd., 1999), p.301.

74) 이에 관한 일반적인 내용들에 대해서는 Eleanor M. Fox, “Trade, Competition, and Intellectual Property -TRIPs and Its Antitrust Counterparts”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol.29(1996), p.491 참조.

75) 제31조 (c) 및 (k).

에 관련시장에서의 경쟁에 유해한 영향을 미치는 지적재산권 보호의 남용을 구성하는 라이선싱 관행들을 방지할 수 있음을 천명하고 있다.⁷⁶⁾ 여기에서는 세 가지 예를 열거하고 있는 바, “배타적 개량기술 제공조건”(exclusive grant-back conditions), “재산권의 유효성을 다룰수 없도록 금지한 조건”(conditions preventing challenges to validity), “강요된 일괄(끼워팔기) 라이선싱”(coersive package licensing)이 그것들이다.

TRIPs협정은 제8조 또는 제40조에서 말하는 남용에 대해 조치를 취할 의무를 회원국들에게 의무화하지 않고 있으며 단지 그러한 조치를 허용(may)하고 있을 뿐이다. 이러한 표현은 지적재산권의 국제적 보호를 목표로 하는 동 협정에서 경쟁법의 중요성을 그다지 반영하고 있지 않다는 점을 의미한다.⁷⁷⁾ 그러나 이러한 규정들은 국내경쟁법의 최소기준을 설정하는 문제와 관련된 것은 아니며 단순히 국내경쟁법이 - 일정한 조건하에서 - 지적재산권에 관한 국제법을 침해하여서는 아니됨을 명시한 것일 뿐이다. 그러므로 국내경쟁법의 최소기준은 현행 TRIPs협정이 피상적으로도 언급하고 있지 않다고 보아도 무방할 것이다.⁷⁸⁾

이러한 면에서 국내 입법자들은 지적재산권에 대해 신중하게 정의를 내려야 한다. 과잉보호는 지적재산권보호와 경쟁법간의 긴장을 심화시키며 과소보호는 창안활동에의 적정한 투자를 유도해내지 못한다. 이에 관한 입법은 경쟁법에 의해서도 도전받아서서는 아니되며, 경쟁법에 근거한 예외사항을 지적재산권 법에 포함시키는 것도 바람직하지 않다.

지적재산권법의 임무는 배타적 권리의 일반적인 범위와 제한을 정의하는 것이다. 경쟁에 관한 제한은 통상적으로는 일반적인 경쟁법에 포함되어야 하는 것이다. 그러므로 지적재산권과 관련된 경쟁법적 요소는 경쟁법에 편입되어야 한다.⁷⁹⁾ 지적재산권 관련 경쟁법이 일반경쟁법의 일부

76) 제40조는 “경쟁을 제한하는 지적재산권에 관한 일부 라이선싱 관행 또는 조건이 무역이 불리한 영향을 미치고 기술의 이전과 보급을 방해할 수 있다”라고 규정하고 있다.

77) Andreas Heinemann, *op.cit.*, p.302.

78) *Ibid.*

79) *Ibid.*, p.319.

라는 사실은 국제적인 협력에 대해서도 중요한 의미를 가진다. 한편, TRIPs 협정 제40조(3) 및 (4)에 정한 협의(consultation)절차는 경쟁정책에 관한 협의는 국제적 협력을 강화하는 것이다.

이러한 TRIPs 협정 제40조에 대해 실제적인 중요성을 부여하려면 동 제40조가 지적재산권의 여러 측면을 일반경쟁정책으로부터 분리시키기 위해 사용되어서는 아니 된다. 오히려 그것은 모든 이해관계분야에서의 경쟁당국간의 협력강화를 위한 수단으로서 기능할 수 있어야 한다.⁸⁰⁾

(3) 지적재산권 침해에 대한 대응

1) 미국의 통상법 301조의 원용

미국은 흔히 국제적인 협정 또는 쌍무적인 교섭의 내용에 미달한다고 판단되는 때에는 타국에 자신의 정책목표를 강제하는 공격적인 일방적 조치를 취해야 왔다. 이 분야에서 가장 강력한 수단은 1930년 관세법 제337조⁸¹⁾ 및 1974년 무역법 제301조⁸²⁾ 이다. 제337조는 미국법에 의하여 보유하고 있는 지적재산권을 침해하여 생산된 제품이 미국으로 수입되는 경우에 적용된다. 미국의 지적재산권 보유자에 대한 피해 발생 여부는 제337조의 적용요건은 아니며 그러한 침해사실이 있음이 판명되면 당해 제품을 완전히 미국으로부터 배제된다.⁸³⁾

이 규정의 시행은 상당히 가혹한 것처럼 보이지만 그 옹호론자들은 미국시장에서 미국 생산자에게 피해를 주려는 의도를 가진 불공정 무역관행에 대한 유효한 대응조치라고 보고 있다. 적용범위가 더 넓은 Special

80) *Ibid.*, p.320.

81) 19 U.S.C. § 1337(1994).

82) 19 U.S.C. § 2411(1994); Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988(이 법의 내용은 현재 19 U.S.C.에 분산되어 있으며, 이 법중 일부 규정이 "Special 301"로 불리우고 있다.

83) 절차적으로 이 법은 대인(in personam)관할권을 필요로 하지 아니하며 단순히 미국에 수입되는 상품에 대한 대물(in rem)관할권에 대해서만 규정하고 있다. 1989년 GATT 패널은 이 제337조가 GATT 협정 제3:3조에 규정된 내국인 대우에 위반되는 것이라는 평결을 내렸지만, 미국은 그러한 결정을 받아들였음에도 지금까지 동 조항에 대한 별다른 개정을 하지 아니하였다. Richard H. Marschall, *op.cit.*, p.1186.

301조는 미국 대표부가 불공정무역관행에 관여한 것을 지명된 국가에 대해 제재를 가할 수 있도록 하고 있다.

GATT의 최혜국 대우원칙과는 상반되기는 하지만 Special 301조는 일본, 브라질 및 인디아에 대해 발동한 적이 있다. 다른 국가에서는 그와 유사한 법규정을 두고 있지 않다. Special 301조와 관련하여 제기되는 비판의⁸⁴⁾ 근거는 그것이 일방적인 성격을 가진 것이라는 데 있으며 Special 301조의 적용을 받거나 그 적용 위협을 받는 국가들은 미국과의 동 조항 적용을 둘러싼 분쟁을 해결하기 위하여 WTO 등을 이용하고자 한다.⁸⁵⁾

2) TRIPs 협정의 관련 규정의 원용

미국이 Special 301조를 시행한 때와 거의 동시에 미국은 우루과이라운드에서⁸⁶⁾ GATT 협상의 일부로서 국제적인 지적 재산권보호 문제를 강력하게 주장하고 나섰다. 지적 재산권문제를 GATT에 반영하여야 한다는 이론적인 근거는 개개의 국가의 지적재산권법이 국제적인 무역과 기술 이전을 방해하는 비관세장벽을 효과적으로 구축하여 왔다는 것이었다. 국제적인 경쟁력이 강한 다국적 기업을 많이 가진 다른 선진국들도 이러한 국제적인 지적 재산권보호제도를 옹호하여 왔다.

그러나 개도국들이 TRIPs 협정에 최종적으로 동의한 이유는 분명하지 않지만, 선진국들로부터 다른 무역상의 이점(trading advantages)을 보장받는 대가로 TRIPs 협정을 받아들였을 것이라는 지적이⁸⁷⁾ 타당하다고 생각된다. 어떠한 경우에서는, TRIPs 협정상의 보호기준은 종전의 협정들과 크게 다르지 않지만 최초로 그에 관한 다자간 분쟁해결 메

84) 제301조와 제337조에 대해 비판적인 외국학자들의 견해는 이루어야 할 수 없을 정도로 많다. 예컨대, Y. Kurt Chang, "Special 301 and Taiwan: A Case Study of Protecting United States Intellectual Property In Foreign Countries", *New York Journal of International Law Business*, Vol.15 (1994), p.206, 221.

85) Richard H. Marschall, *op.cit.*, p.1186.

86) 우루과이라운드는 GATT의 제8차 다자간 협상라운드이며 1986년 9월부터 1993년 12월까지 진행되었다.

87) Richard H. Marschall, *op.cit.*, p.1187.

커니즘을 도입하였으며 장래의 협상을 위한 근거 마련하였다는 점에서 그 의의를 찾을 수 있을 것이다.⁸⁸⁾

TRIPs협정은 향후 미국의 일방적인 조치의 필요성을 상당 부분 줄이게 될 것으로 전망된다. 특허와 관련하여⁸⁹⁾ 그 협정의 접근 방식은 많은 면에서 선진국의 특허관련 규정을 따르고 있다. 우루과이 라운드는 독점금지법과의 조화에 대해서는 별다른 관심이 없었다. 어떠한 사람은 경쟁 문제에 가장 가까이 간 것이 TRIPs협정일 뿐이라는 점을 고려해 볼 때 GATT가 독점금지에 대해서는 아무런 업적이 없음을 지적하기도 한다.⁹⁰⁾ 이러한 지적은 타당할 수 있으며, TRIPs협정은 경쟁의 보호장치로서의 역할을 할 수 있는 잠재력이 있는 규정들을 포함하고 있다.

그러나, 그러한 규정들은 대단히 애매한 것이어서 그것을 구체적으로 원용하기가 어렵다는 점에서 한계를 가지고 있다. 또한 그러한 규정들은 회원국들이 TRIPs 협정에서 인정되고 있는 지적재산권을 훼손할 수 있는 국가적인 조치를 취할 수 있는 여지를 남기고 있다. 예컨대, TRIPs 협정 제28조는 특허소유자에게 부여되는 권리에 대해 정의를 내리고 있으며 제30조는 특허의 통상적인 이용과 불합리할 정도로 충돌하지 아니하는 한도내에서 그와 같이 부여된 권리에 대한 예외를 인정하고 있다.

제31조는 할 걸음 더 나아가 국내법이 “권리보유자의 허가 없는 기타 사용”(Other Use Without Authorization of the Rights Holder)에 대해 규정하고 있다. 기타 다른 조항들에서도 정부가 허용하는 기타 사용(other use)의 요건에 대해 설명하고 있지만 이들 조항들은 상당한 해석상의 여지를 남겨놓고 있다.⁹¹⁾ 이러한 규정들 모두가 강제적 실시권 허용을 정당화하고 있다. 바로 이러한 점 때문에 개도국들은 TRIPs 협

88) Y. Kurt Chang, *op.cit.*, 226. TRIPS 이사회는 협정의 이행을 감시(monitoring)하는 역할을 수행하지만 새로운 GATT의 제22조 및 제23조는 TRIPs협정에 따른 협의와 분쟁해결에 대해서도 적용된다.

89) TRIPS 제27조 내지 제34조.

90) Richard H. Marschall, *op.cit.*, p.1188.

91) 예컨대, 제8조 제2항은 “지적 재산권의 남용을 방지하기 위하여 필요한 적절한 조치”를 명시적으로 인정하고 있으며 제8조 제1항은 회원국들이 공공의 보건과 영양을 보호하기 위하여 필요한 조치를 채택하는 것을 허용하고 있다.

정에 별다른 우려 없이 서명하였던 것이다.

강제실시는 특허받은 발명품에 대한 투자를 덜 안전하고 덜 매력적인 것으로 만드는 효과를 가졌을 뿐이다. 강제실시권 허여가 미국 특허법에서 존재할 여지가 없는 것도 바로 이러한 이유 때문이다. 그러므로 강제실시권의 사용은 그와 같이 하는 것이 적절한 특수한 경우에 한정시켜야 할 필요가 있다. 그러나 현행 TRIPs 협정은 강제 라이선싱이 필요한 경우의 적절한 범위를 설정하지 못함으로써 개발도상국들이 경제발전정책에 따라 특허권자의 배타적 권리를 제한하는 것을 정당화할 수 있는 여지를 남기고 있다.

미국의 입장을 대변하는 측은 바로 이러한 이유때문에 개발도상국이 활용할 수 있는 포괄적인 표현의 긴급수입제한(escape) 조항의 원용을 줄이는 방향으로 현행 TRIPs 협정을 개정할 할 필요가 있다고 주장한다.⁹²⁾ 이러한 경우에도 특정한 요건만 구비되면 강제 라이선싱은 여전히 시행될 수 있다. 예컨대, 제8조 제1항의 공중보건 및 영향이라는 기준은 최소의 비용으로 특허의약품을 필요로 하는 국가의 합법적인 관심사항이다. 마찬가지로 국가긴급상황(state emergencies)에 의한 예외도 필요하다. 다른 강제적 라이선싱은 독점금지법 또는 기타 반경쟁법의 위반이 있는 경우에만 정당화되어야 한다.

현행 협정은 이미 제31(k)에서 이러한 점을 허용하고 있는 데 동 조항에 의하면 국가는 강제적 라이선싱이 정당하게 수행되는 것을 보장하기 위하여 제31조의 다른 규정에 의한 세이프가드조치의 상당 부분을 회피할 수 있도록 허용되고 있다. 제31조는 그 자체만 놓고 본다면, 불필요한 강제 라이선스를 정당화할 수 있는 여지를 거의 남기지 않고 있다.

제8조 제2항은 개도국이 국제적인 기술이전에 불리한 영향을 미치는 남용적인 라이선싱 관행에 대해 적절한 조치를 채택할 수 있는 권한을 명시적으로 부여하고 있다. 제31조(k)와 관련된 문제는 허가를 이끌어 낸 상황이 반복될 가능성이 있는 경우 그러한 허가의 중지를 거부할 수 있는 권한을 가진 관할 당국에 의한 결정에 좌우되게 된다.⁹³⁾

92) Richard H. Marschall, *op.cit.*, p.1189.

93) *Ibid.*, p.1190.

현행 TRIPs 협정상의 이러한 문제의 해결책은 실체법상에 대한 불일치가 있는 경우의 쌍방이 협의하도록 한 제40조 제3항의 규정이다. 제40조 제1항과 제40조 제2항은 그 분야에서 컨센서스가 없음을 인정하고 가입국들에게 그에 관한 국내법을 제정하는 것을 허용하고 있다. 이 분야에 국제적인 기준이 없다면 컨센서스의 결여가 제40조 제3항에 의한 협의를 유도해낼 것이다.

(4) 개도국과 TRIPs 협정

1) 개발도상국의 지적재산권 침해에 대한 선진국의 입장

지적재산권의 국제적 보호는 1세기 이상 논쟁거리가 되어 왔으며 앞으로도 그러할 전망이다. 최근 수년동안의 논쟁은 선진국이 자신들의 기술과 연구개발비용에 대한 보호를 강화하려는 의도에서 비롯된 것이다. 반면에 개도국은 그에 반대되는 입장을 가지고 있다. 개도국에서의 엄격한 지적 재산권보호는 자국 소비자를 희생하는 대가로 외국인의 이익창출을 용이하게 할 수 있다.⁹⁴⁾ 반면에 선진국들은 개도국들이 타국의 기술을 도입하는 경우가 많으며 그것을 사용하여 국내가격을 인하하고 그러한 수출을 증대시키고자 한다고 주장한다.⁹⁵⁾

이러한 입장에 따르면 개도국들이 엄격한 지적재산권 보호제도를 시행하는 것에 대해 관심이 적은 또 다른 이유는 기술은 연구개발에 대한 대규모 투자를 통해서 얻어질 수 있기 때문이며 중요한 특허가 없는 개도국의 입장에서는 선진국과는 달리 지적 재산을 보호에 대한 유인이 적다고 한다.⁹⁶⁾

즉, 개도국은 외국의 특허소유자에게 로열티를 지급하는 것을 피하고자 할 것이며, 심지어 경제발전을 위하여 필요한 지식은 인류의 공동유

94) John H. Jackson and William J. Davey, *Legal Problems of International Economic Relations: Cases, Materials and Text on the National and International Regulation on Transnational Economic Relations*(3d ed.), (St. Paul, Minn.: Westing Publishing Co., 1995), pp.849-850.

95) *Ibid.*

96) Richard H. Marschall, *op.cit.*, p.1185.

산(common heritage of mankind)이라 할 수 있으며 따라서 거의 아무런 대가없이 사용될 수 있는 것이라고까지 생각한다고 비판한다. 바로 선진국들은 이러한 무임승차(free-rider)적인 사고에 대해 강하게 반대한다는 것을 두말할 여지가 없다.

2) 선진국 거대기업의 시장지배적 지위남용에의 대응

1994년 세계 최대의 컴퓨터 소프트웨어 회사인 마이크로 소프트사는 컴퓨터 제조회사들과의 라이선스를 통하여 시장지배적 지위를 남용하였다는 이유로 기소되었다. 그 결과 마이크로 소프트사는 미국 법무부 및 EU 집행위원회의 경쟁정책시행 당국과 부당한 독점적 관행을 중지한다는데 동의하는 협정을 체결하였다. 미법무부의 독점금지국(Antitrust Division)장은 두 기관간의 협력은 이 두 독점정책 당국이 단호하고 신속하게 경쟁법 위반행위를 구제하기 위한 조치를 취할 준비가 되어 있다는 강력한 메시지를 다국적 기업들에 보낸 전례없는 역사적인 협력행위라고 평가하였다.

마이크로 소프트사와의 협정을 이끌어내는데 미국에서만 변호사 14,000시간, 법률문제 보조인원 5,500시간 경제학자 3,650시간 그리고 약 100만 페이지에 달하는 문서작성 등 엄청난 시간과 비용이 소비되었다. 그후에도 마이크로 소프트사는 컴퓨터 제조회사들에게 Windows 95 라이선싱 조건의 하나로 Internet Explorer 소프트웨어를 장착하도록 요구한 것과 관련하여 미국 법무부가 개입하여 법원의 확정판결이 있을 때까지는 그러한 요구를 철회한다는데 동의한 바 있다.⁹⁷⁾

이러한 미국의 방대한 자금지출과 100년 동안의 독점금지법 적용 경험을 고려해 볼 때 과연 개발도상국이었던면 그러한 불공정관행을 중지시킬 수 있었을 것인가는 의문이라는 주장도 어느 정도 설득력이 없지 않지만,⁹⁸⁾ 마이크로 소프트사와 같이 기술과 마케팅면에서 경쟁력을 갖는 다국적 기업이 없는 개발도상국에 대해 그대로 대비시켜 생각한다는 것은

97) *Ibid.*, p.1165.

98) *Ibid.*

불합리한 비교라고 생각된다.

다만, 이러한 점을 고려하더라도, 공정하고 객관적인 국제적인 독점금지기준의 마련은 개도국들에게도 크게 도움이 될 것이다. 상대방이 중요한 지적재산권을 가진 마이크로 소프트사와 같은 회사인 경우 그 필요성은 더욱 커진다. 물론 극히 제한적인 경우에 TRIPs 협정이 개발도상국에게도 유리한 측면이 있을 수는 있겠으나 선진국들에 훨씬 유리한 제도인 것만은 부인할 수 없을 것이다.

3. 지적재산권보호와 경쟁법의 상호보완관계

(1) 의 의

지적재산권 보호와 경쟁법의 접점에 관한 문제는 이론적으로 또한 실제적으로 대단히 중요시 여겨져 왔다. 그러한 양자간의 접점의 근거는 최근에도 변천을 거듭해왔지만 이 분야의 많은 문제를 둘러싸고 여전히 치열한 논쟁이 전개되고 있다.⁹⁹⁾ WTO 실무작업단도 지적 재산권의 무역관련측면(Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPs)과 경쟁법의 관계에 대한 검토작업을 진행하여 왔는바 아래에서 그러한 실무작업단의 접근방법과 UNCTAD 접근방법에 대해서 설명하기로 한다. 또한 지적재산권 보호와 경쟁정책의 밀접한 관계 때문에 경쟁법의 내용을 포함하고 있는 TRIPs 협정상의 지적재산권 관련 조항을 제도적인 측면에서 먼저 분석한다.

99) OECD, Competition Policy and Intellectual Property Rights, Series Roundtables on Competition Policy No.18, DAF/CLP(98)18, 1998; UNCTAD-Trade and Development Board, A Preliminary Report on How Competition Policy Addresses the Exercise of Intellectual Property Rights, TD/B/COM.2/CLP/10, March 30, 1999.

(2) 지적재산권과 경쟁의 공유·충돌영역과 조화

1) 공유영역과 충돌영역

경쟁법과 지적재산권의 공유영역에 관한 법적·경제적 제문제들은 대단히 오랫동안 알려져 있었다. 그 동안 그러한 공유영역 문제에 관한 기본적인 假定들은 중요한 발전을 겪어 왔다. 더욱이 공유영역 문제의 범위는 지적 재산권의 중요성이 커짐에 따라 더욱 확대되었으며 특히 첨단 기술산업에서 그러한 현상이 두드러진다. 과거에는 지적재산권보호와 경쟁보호의 목표는 명백히 충돌하는 것으로 간주되었다. 즉, 지적재산권은 발명가 및 창안자에게 법적 독점권을 부여함으로써 보상해 주는 것으로, 또한 경쟁법은 독점을 방지하거나 적어도 규제하는 것을 생각되었다.¹⁰⁰⁾

이 문제는 경쟁법에 대한 적용예외를 인정함으로써 해결되었다. 특허를 마치 금지의 바다에 떠있는 허가의 섬에 해당하는 보호막으로 보았으며 이에 대한 법적인 근거는 이른바 固有性 主義(inherency doctrine)인 바, 특허의 범위내에 있는 지적재산권에 고유한 경쟁제한요소들은 독점금지배제를 정당화하고 있었다. 기술양허법에서는 이러한 고유성 주의는 침해기준(infringement test)으로 구체화되었다. 즉 지적재산권의 침해 행위를 그 지적재산권 보유자가 어떠한 식으로든 금지할 수 있다는 것이었다.

그러므로 실시권 피허여자가 지적재산권을 침해하지 아니하는 방식으로 행동하여야 한다는 양허 조항에 대해서는 경쟁법이 적용될 이유가 없었다. 다만, 지적재산권의 범위에 속하지 아니하는 경쟁제한행위는 경쟁법의 위반이 될 뿐이었다.(예컨대, 종된 상품(tied products)이 주된 상품(tying products)에 부여된 특허의 범위에 속하지 아니하는 경우 등이다)

지적 재산권, 예컨대 특허는 그 소유자에게 특허받은 제품을 타인이 생산, 사용, 수입, 판매 또는 판매를 위한 제조 등의 행위를 하는 것을 배제하는 권리를 부여하는 반면에¹⁰¹⁾ 독점금지법은 배제의 권한을 통제

100) Andreas Heinemann, *op.cit.*, p.303.

101) Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property,

하기 위한 목적을 가진다.¹⁰²⁾ 이 양자의 원리의 상호충돌은 1세기 이상 계속되어 왔다. 이와 같이 특허와 독점금지법의 목적은 다르지만 가장 낮은 가격으로 상품의 개발·생산하는 것을 촉진함으로써 부를 극대화시킨다는 점에서 궁극적인 목적은 같다고 할 수 있다.¹⁰³⁾

지적 재산법은 사용자에게 지적 재산권 소유자에게 그 이용에 대한 보상을 하도록 요구하는 배타적 권리를 인정함으로써 기술혁신(innovation)을 촉진시키고자 하는 것이고¹⁰⁴⁾ 반면에 독점금지법은 경쟁을 억제하고 독점화를 초래할 가능성이 있는 자의 일정한 행위를 금지함으로써 기술혁신과 소비자 복지를 동시에 촉진하고자 한다.¹⁰⁵⁾ 독점금지법과 특허법의 상충되는 성격은 특허의 라이선싱에서 가장 명확히 드러난다.

한편, 일반적으로 실시권 피허여자 licensee)는 특허소유자와 계약을 체결하여 타인의 특허를 사용할 수 있다. 이 경우의 계약은 물론 특허 라이선스이다. 반면에 특허의 양도(assignment)는 그 특허에 대한 권리가 양수인에게 이전됨을 의미한다. 라이선싱 문제는 어떠한 지적 재산권은 그 자체만을 따로 떼어 놓으면 별다른 가치가 없는 것이 일반적이며 다른 기술이나 다른 자산과 결합될 때 비로소 그 가치가 높아지는 것이다. 지적 재산권과 특허의 라이선싱은 그러한 지적재산권과 특허를 활용하기 위한 보완적 요소와 결합할 수 있도록 해준다.¹⁰⁶⁾

2) 경쟁법과 지적재산권의 조화

시카고 독점분석 학파(Chicago School of Antitrust Analysis) 출신의 Ward Bowman은 1973년 “Patent and Antitrust Law”라

John J. Flynn and Harry First, *op.cit.*, p.264(S-3).

102) 35 U.S.C. § 271: TRIPS 제28조.

103) Atari Games Corp.v. Nintendo of An.,Inc., 897F.2d 1572, 1576(Fed. Cir.1990); Nhat D. Phan, “Leaving the Playing Field: Harmonization of Antitrust Guidelines for International Patent Licensing Agreements in the United States, Japan, and the European Union,” *American University Journal of International Law & Policy*, Vol.10(1994), pp.447-448.

104) Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, John J. Flynn and Harry First, *op.cit.*, p.264(S-3).

105) Richard H. Marschall, *op.cit.*, p.1168.

106) *Ibid.*, p.1169.

는 저서를 출판하였다. 여기에서 그는 독점금지법과 경쟁법이 반대적 위치에 있다(즉 공유영역이 없다)는 종전의 관념을 거부하고 이 두 법분야의 공통되는 목표는 효율성 창조라고 주장하였다.¹⁰⁷⁾ 그는 독점금지법과 특허법이 소비자들이 얻고자 하는 것을 최소비용으로 생산함으로써 부를 극대화한다는 공통된 중심적인 경제 목표를 갖는다고 지적하였다.

그는 1970년 미국 국무부 독점금지국(Antitrust Division of the U.S. Department of Justice)이 공표한 9개의 금지행위(Nine No-No's)에 대해 반박하여 지적재산권보호와 관련한 그러한 획일적인 금지에 반대하였으며 그에 갈음하여 효율성 기준에 입각한 개별적인 사건별 '합리의 규칙' 분석방법을 채택할 것을 주창하였다. 그는 라이선싱 협정에서의 수직적 가격제한행위의 금지에 반대하였다. 이러한 "조화 접근법(harmonization approach)"은 미국의 법원에 큰 영향을 미쳤다. 결국 앞서의 Nine No-No's는 1981년 공식적으로 사라지게 되었다.¹⁰⁸⁾

한편 독점금지법과 지적재산권법이 공통의 목표를 가진다고 하더라도, 이 두개의 법분야간의 충돌이 없을 수는 없으며¹⁰⁹⁾ 상호 보완적인 관계에 있다고 할 수 있다.¹¹⁰⁾ 다시 말해서 지적재산권법을 재산권에 관한 내용을 규율하며 경쟁법은 지적재산권의 시장거래에 관한 규칙을 정하는

107) Andreas Heinemann, *op.cit.*, p.303.

108) *Ibid.*, p.304.

109) OECD, Competition Policy and Intellectual Property Rights, 1998를 참조할 것. 여기에서는 "회사들이 지적 재산권 자체에서 상정하고 있는 범위를 벗어나 반경쟁적인 방법으로 지적 재산권을 이용하는 경우에 발생할 수 있는 산적인 문제들이 남아 있다. 이 경우, 지적재산권 자체와 지적 재산권을 통해 촉진하고자 하는 공공목표는 존중하면서 반경쟁적인 효과를 줄이기는 것이 현안문제이다"라고 지적하고 있다.

110) 미국연방순회항소법원은 *Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc.*, 897 F.2d 1572(Fed. Cir.1990)에서 이러한 보완성 원칙을 언급하고 있다. 즉, 이 사건에서 "특허받은 제품이 시장에서 적극적으로 경쟁하는 많은 제품들중의 하나에 불과할 때에는 특허소유자의 재산권과 독점금지법간에는 별다른 문제가 발생하지 아니한다. 그러나 특허받은 제품이 자신의 새로운 경제적 시장을 조성하거나 기존 시장의 상당부분을 잠식할 정도로 성공을 거둔 경우 특허법과 독점금지법의 목표들은 일견하면(at first glance) 완전히 상충되는 것처럼 보인다. 그러나, 이 두 가지 법들은 진보(innovation), 산업, 경쟁을 조장하는데 목표를 두고 있다는 점에서 실제로는 보완적이다"라고 판시하였다. Andreas Heinemann, *op.cit.*, p.304.

것이라고 한다. 이러한 입장에 따르면 경쟁법을 적용함에 있어서 지적재산과 유형재산(material property)을 구분하여야 이유가 없다고 한다. 지적재산권법과 경쟁법간의 공유영역문제에 관한 현대적인 사고는 바로 이러한 논거로 출발하였으며,¹¹¹⁾ 이에 따라 지적재산권 관련 경쟁제한행위는 그 자체가 합법적 또는 불법적인 것이 아니라 그와 관련된 전체적인 법적·경제적 맥락을 고려하여 판단하여야 한다는 기본 전제를 갖게 되었다.

오늘날 배타적 권리가 반드시 그 보유자에게 시장지배적 지위를 보장해주는 것은 아님은 경험을 통해서도 알 수 있다. 지적재산권에 대한 “법적 독점(legal monopoly)의 관념은 적어도 독점금지법과 관련하여서는 그대로 받아들이기는 어렵다. 한편, 지적재산권 사용의 한계비용은 0에 가깝다. 단기적인 관점에서 본다면 가격은 0보다 약간 높은 대가를 치르고 사용하도록 하는 것이 공공복리를 최대화하게 될 것이다. 그러나 이와 동시에 장래의 진보(innovation)에 대한 誘因은 거의 사라져 버린다.

그러나 장래의 효율성을 개선시키는 것은 기술혁신이기 때문에 단기적 효율성과 장기적 효율성간에는 직접적인 상충이 있게 된다.¹¹²⁾ 반면에 경쟁의 제한은 장기적인 혜택이라는 애매하고 불확실한 관념에 의하여 정당화되지 아니한다. 단기적인 분석에서는 바로 이러한 점 때문에 지적재산권의 보호와 경쟁법의 충돌은 발생할 수 있다. 따라서 지적재산권법과 경쟁법이 공통의 목표를 가지고 있다 할지라도 단기적·장기적 효과를 모두 고려한 타협점을 찾아 조화를 이루도록 하여야 한다.¹¹³⁾

3) 경쟁법에 의한 지적재산권의 미세조정(fine-tuning)

부당하게 넓은 특허라고 판단되는 것을 바로 잡거나 미세조정(fine-tune)하는 것은 경쟁법의 임무가 아니다. 사실상 지적재산권의 범위는

111) 이에 대해서는 예컨대, 1995년 4월 6일의 미국 법무부와 연방거래위원회의 the Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property를 참조할 것(John J. Flynn and Harry First, *op.cit.*, pp.258-288.).

112) OECD, Competition Policy and Intellectual Property Rights, 1998, p.375, 382.

113) Andreas Heinemann, *op.cit.*, p.308.

입법자가 정하여할 문제이며, 따라서 경쟁법은 그러한 역할을 할 수 없다. 지적재산권의 넓게 정의할수록 그로 인한 시장지배력은 더욱 커지고 제2차 시장에서의 關與度 역시 높아질 가능성이 많다.¹¹⁴⁾ 예컨대, 수리용도에 대해서까지 자동차 부품의 의장(design) 보호를 인정한다고 한다면 제1차 시장인 자동차 시장에서의 치열한 경쟁이 있다 하더라도 그 부품의 시장지배적 지위는 적어도 경쟁법의 규율범위 밖에 있다면 유지될 수 있다.

그러나, 라이선싱 여부에 대해 자유로운 결정을 할 수 있는 권리가 지적재산권 보호법에서 인정되고 있음에도 경쟁법에서 강제실시권을 규정하고 있다면 양법간의 충돌은 더욱 악화된다.¹¹⁵⁾ 이러한 사례는 지적 재산권 보호의 범위 문제가 경쟁법과도 관련되어 있음을 보여주고 있다. 따라서 양법의 조화를 위해서는 문제의 행위가 시장지배적 지위의 남용을 구성하는지를 법적·경제적 관련 상황을 충분히 검토하고 특히 단기적·장기적 효율성 등 제반 요소를 고려하여 결정하여야 한다.

가장 유명한 사건은 유럽사법재판소가 1995년 4월 EC Treaty 제86(현행 제82조)조에 근거하여 결정한 Magill 사건이다.¹¹⁶⁾ 이 사건판결에서 동 재판소는 저작권 보호를 받는 TV 스케줄의 비실시(non-licensing)는 지배적 지위의 남용으로 판단하였다. 많은 학자들은 이러한 판결을 단순한 TV 프로그램 정보를 보호하는 아일랜드 저작권법을 바로 잡은 것으로 해석하였다.¹¹⁷⁾

Magill사건 판결은 국내 저작권법상의 극단적인 과잉보호의 부당성을 지적한 것으로서 경쟁법의 적용이 지적재산권의 범위에 좌우되지 아니함을 보여준 사례이다. 이 사건의 판결문이 내린 결론은 첫째, 지적 재산권의 범위를 벗어난 제한적인 행위가 반드시 경쟁법을 위반한 것이라고 할 수는 없으며 둘째, 지적 재산권의 범위내에 있는 제한적 행위가 -예컨대

114) *Ibid.*, p.309.

115) *Ibid.*

116) ECJ, April 6, 1995, RTE and ITP/Commission("Magill"), C-241/91 P and C-242/91 P, E.C.R. 1995, 1-743.

117) Andreas Heinemann, *op.cit.*, p.309.

Magill 사건- 경쟁법의 적용으로부터 면제되는 것은 아니라는 것이다.¹¹⁸⁾

(3) 지적재산권과 독점금지법의 조화를 위한 매개로서의 TRIPS 협정

TRIPS 협정은 실체적 최소기준, 협력절차, 개도국에 대한 기술지원, 사인의 실체적·절차적 권리(예컨대 국내법원에서의 제소권 등), 국제적 감시 및 WTO 구제수단 등을 결합하는 하나의 모델을 제시하고 있다. TRIPS 협정은 그 원래의 의도가 무역과 관련되어 있는 것이지 경쟁과 관련된 것은 아니다. 이 협정은 무역에 대한 왜곡행위와 저해행위를 줄이는데 목적이 있었으며 따라서 경쟁에는 그다지 관심을 기울이지 않았다.

동 협정은 불합리하게 무역을 저해하는 지적재산권 또는 관행의 남용을 방지하기 위한 국내조치를 허용하고 있다.¹¹⁹⁾ 그러나 그러한 관행은 무역 또는 경쟁에 불리한 영향을 미칠 수 있고 따라서 TRIPS 협정 가입국이 국내법으로 불법화할 수 있는(제40조)¹²⁰⁾ 라이선싱 관행이라 할 수 있다. 지적재산권과 무역의 조화에 대한 전망은 유해한 라이선싱 관행보다 훨씬 큰 학문적 관심을 불러일으켰다.¹²¹⁾

TRIPS 협정은 경쟁정책과 관련하여서도 중요한 의미를 갖는다고 평가되어야 할 것이다. 여러 가지 유형의 제한적 거래관행이 TRIPS 협정 (Table 1)을 통해 처리될 수 있을 것이기 때문이다. 예컨대, 경쟁력 있는 가격으로 현지생산요소를 사용할 수 있음에도 불구하고 그 사용에 불리할 정도로 해외 공급처(대부분 다른 관련회사(affiliated companies))의 생산요소를 외국인 투자가가 선호하는 것에 대해 대응조치를 취하기

118) *Ibid.*, p.310.

119) 제8조 제2항, 제31조.

120) 제40조는 다소 혼란을 초래하고 있다. 즉, 첫째, 무역에 영향을 미치는 경쟁제한 행위만이 불법화될 수 있음을 암시하고 있는 것으로 보이며, 둘째, 그러한 것으로서 제한적인 관행과 계약을 언급하고 있지만 특정한 경우에 한하여 그러한 관행과 계약을 규제하고 있다는 점이다. 심지어 배타적인 개량기술 제공(grant-backs)과 같은 중대한 제한행위에 대해서조차 불복제기(challenges to validity)조항과 강제적 일괄라이선싱(coersive package licensing)금지조항이 없다.

121) Hanns Ullrich, *op.cit.*, p.155.

위하여 현지부품사용요건을 적용하고자 할 것이다. 그러나 이러한 현지 부품사용요건은 동 협정상 금지되고 있지만 개발도상국을 비롯한 가입국들은 외국인투자자의 앞서의 관행이 반경쟁적이라고 판단하고 있다.¹²²⁾

한편, 앞서 지적한 바와 같이 선진국 특히 미국은 지적재산권 그리고 독점금지과 관련하여 일방적인 조치를 취해 왔으며 때로는 상대국으로부터 큰 저항을 불러일으켜 왔다. 사실 독점금지법 조화의 필요성과 통일화(uniformity)의 장점에 대해서는 많은 지적이 있어 왔으나, 막상 어떠한 방법을 통해 이러한 목표를 달성할 것인가에 대해서는 분명하지 않다. 이와 관련하여서는 중요한 집행절차를 포함하고 있는 또한 종전부터 유사한 문제들을 다루어온 GATT가 제1차적으로 거론될 수 있지만 우루과이 라운드 진행과정에서 GATT의 일부 구성부분으로서 독점금지코드를 포함시키려는 시도는 별다른 반응을 얻지 못하였다는 점에서 그 가능성은 다소 회의적이다.¹²³⁾

그러한 합의에 대해서는 두 가지 접근방법이 있다. 첫째, 기술 라이선싱 등 독점금지대상 범위를 제한시켜 합의에 도달하는 것이다. 이러한 접근방법의 장점은 규정의 적용범위 제한을 통해 컨센세스 도달에 대한 장애요소들을 최소화시킬 수 있다는 점이다 또한 그러한 합의는 장래의 다른 조약을 위한 디딤돌 역할을 할 수 있다. 다음 두 번째 접근방법은 거의 모든 국제적 독점금지문제들을 포함하는 종합적인 독점금지코드를 설정하는 것이지만 그러한 코드는 GATT의 부속 합의서(Annex Agreement)형식을 취하게 할 것이다. 이 두 번째 접근방법의 장점은 당사자들이 일단 가입하면, 종합적인 국제경쟁법체계가 확립될 수 있다는 장점이다.

반면에 단점은 그러한 코드가 가까운 시일내에 국가들로부터 받아들여질 가능성이 별로 없다고 판단하여 첫 번째 방안이 오히려 현실적이라는 주장도 적지 않다.¹²⁴⁾ 이 접근방안은 TRIPs협정이 이미 많은 관련 문제들은 다루고 있고 장래의 논의의 필요성에 대해서 인정하고 있기 때

122) Carlos M. Correa, *op.cit.*, p.375.

123) Richard H. Marschall, *op.cit.*, p.1191.

124) *Ibid.*

문에 특히 더 유리하다고 본다. TRIPs 협정이전에는 세계 독점금지코드에 대한 시도를 회의적으로 보았지만, 보다 최근에는 WTO가 경쟁문제를 다룰 필요가 있다는 점이 인정되어 왔다.

한편, DIAC는 국내독점금지법상의 최소 기준을 설정하고 각국이 그 의무 이행을 위하여 필요한 조치들을 채택하도록 하는 것을 내용으로 하고 있다. 이 코드의 적용범위는 적어도 2의 코드 당사자들에 영향을 미치는 관행으로 제한하고 있다. 또한 그러한 규정의 집행은 상설분쟁해결기구와 새로운 GATT 기관으로서의 국제독점금지청에 의하여 수행되도록 하고 있다.

DIAC는 경쟁정책을 GATT 체제의 구성부분으로 할 것을 상정하고 있지만, 그 실현가능성은 어려울 것이라는 주장도 제기되고 있다. 기술이전과 관련하여 라인센싱 규정의 집행을 강력하게 선호하고 있는 개도국으로부터 배척당할 것이라는 것이다.¹²⁵⁾ 만약 WTO 무역규범의 경쟁지향적 개혁의 일환으로 TRIPs 협정이 개정된다면 이러한 새로운 협정에 편입되어야 할 독점금지기준으로서의 강제실시의 정당성을 주장하고 있는 개도국의 희망이 반영되어야 할 것이라고 생각된다.

4. 경쟁법과 지적재산권 공유영역에 관한 WTO와 UNCTAD의 접근방법

(1) WTO 실무작업단의 접근방법

상품거래,¹²⁶⁾ 서비스 거래, 무역관련 지적재산권 및 투자조치에 관한 WTO의 협정들은 이미 수많은 경쟁규칙들을 포함하고 있음은 이미 지적한 바 있다. 1997년의 WTO 연차보고서에서 언급된 바와 같이 WTO 차원에서 경쟁정책문제가 다루어지게 될 것인지의 여부보다는, 경쟁정책을 다루게 될 기본틀(framework)의 모습을 어떻게 할 것인가 특히 어떻게 일관성을 갖도록 할 것인가에 대한 문제에 관심이 쏠려 있다.¹²⁷⁾

125) *Ibid.*

126) 예컨대, 덤핑방지 조치, 세이프, 가드 조치, 보조금, 공공사업, 무역에 대한 기술적 장벽, 선적前 검역, 정부조달 등.

127) WTO Annual Report 1997, Vol.1. p.32.

실무작업단은 1997년 7월의 첫 번째 연구대상으로 제안된 쟁점들에 대한 체크리스트를 공표하였다. 이 리스트를 보면 동 작업단원의 업무계획에 “지적 재산권의 무역관련 측면과 경쟁정책간의 관계”(the relationship between the trade-related aspects of intellectual property rights and competition policy)가 포함되어 있었다. 이 문제는 1998년 9월 29일과 20일 양일간의 실무작업단회의에서 논의되었으며 1998년 실무작업단 보고서에서는 그 주제가 별도의 章(chapter)으로 다루어지고 있다.¹²⁸⁾

이 주제와 관련하여서는 여러 가지 의견들이 제시되었다. 그중 한가지 견해는 지적재산권과 경쟁법은 기본적으로 보완관계에 있다는 것으로 지적재산권 보호는 무임승객(free-rider) 행위를 방지함으로써 성장, 복지 및 경쟁이 모두 증진될 수 있다고 한다. 또 다른 견해는 개발도상국의 상황에 특별히 초점을 맞춘 것으로 지적 재산권법과 경쟁법간의 차이점을 강조하고 있다. 이 견해에 따르면 경쟁법은 경쟁이 촉진하고 보호하는 것인 반면 지적재산권 보호는 경쟁을 위협한다고 한다.

한편 1998년 보고서의 지적 재산권과 경쟁정책과의 관계와 관련된 내용을 보면 다음과 같다.

- 최근 수십년동안 각국의 경쟁당국은 지적 재산권에 대한 적대감을 버리고 지적재산권이 기술혁신과 경쟁을 촉진하는데 긍정적인 효과를 갖는다는 점을 인식하는 변화를 보여왔다.
- 배타적 권리가 반드시 시장지배력을 보장해주는 것은 아니다. 시장지배력은 일반적 원칙에 따라 분석되어야 하는 것이며 지적 재산권과 시장지배력의 관계는 순전히 경험적인 문제(empirical question)이다.
- 시장지배력이 존재한다 할지라도, 그 남용이 있어야 경쟁법 위반이 되는 것이다.
- 지적재산권의 남용에 대한 구제조치를 경쟁정책에서 찾을 수 있는가

128) WTO Report(1998) of the Working Group on the Interaction Between Trade and Competition Policy to the General Council, WT/WGTCP/2, December 8, 1998, pp.37-40.

아니면 지적재산권법(강제실시권)에서 찾을 수 있는가의 문제는 앞으로 연구되어야 한다.

- 지적재산권 보호가 효율성의 증대라는 혜택을 가져다 준다. 그러나 그러한 혜택은 개별적인 경우마다 있을 수 있는 반경쟁적 효과로 인한 負의 혜택과 비교형량하여야 한다.
- 지적 재산권 보호의 내용은 건전한 경쟁의 원칙에 입각하여 신중하게 구성되어야 한다. 어떠한 경우에도 그로 인해 과잉생산 또는 과소생산을 초래하지 아니하도록 하여야 한다.
- TRIPs 협정상의 경쟁법규정은 다소 애매하다. 경쟁법 조화 또는 협력이 예컨대, 경쟁법의 지적재산권적 측면과 같은 특정한 분야에서 출발하여야 할지는 의문이다.
- 특별한 관심을 끄는 개개의 문제들은 첨단산업에서의 과급효과, patent pooling, 병행수입, 개도국의 특별한 상황 등이다.

(2) UNCTAD

1) International Code of Conduct on the Transfer of Technology ("TOT Code")

경쟁법과 지적재산권 공유영역 문제에 대한 검토작업은 WTO와 동시에 UNCTAD에서도 진행되어 왔다. 신국제경제질서(the New International Economic Order)에 관한 논의가 전개되기 시작한 이후부터, UNCTAD는 경쟁법 문제를 다루어 왔다.¹²⁹⁾ 1975년부터는 일반경쟁법과 지적재산권 경쟁법을 분리하여 논의하여 왔다. 일반 경쟁법에서는 비교적 빨리 컨센서스에 도달할 수 있었다.

그 결과로서 제시된 것이 the 1980 Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices("RBP" Set)이었으며¹³⁰⁾ 이것은 동년 국제연합

129) 1973년 개발도상국들의 요구로 제한적 상관행에 관한 교섭이 UNCTAD에서 시작되었다. Advisory Committee, *op.cit.*, p.257.

130) *Ibid.*: 이 자발적 코드(voluntary code)는 개발도상국이 직면한 문제들에 대한 특별한 관심을 요청하는 몇 가지 규정을 내포하고 있었다. 동 코드의 실제규정에서는

총회에서 채택되었다.¹³¹⁾ 여기에서는 지적재산권과 경쟁정책과의 관련성에 대해서는 극히 예외적으로만 언급하고 있었다.¹³²⁾ 그후에는 UNCTAD는 그 회원수가 대단히 많았지만, 경쟁정책문제에 대한 검토를 위한 활기찬 활동을 보여주지 못하고 있다.

지적 재산권 경쟁법의 주된 강령은 International Code of Conduct on the Transfer of Technology(“TOT Code”)이다. 기술이전이라는 주제에 대한 논쟁이 치열하여 그에 대한 작업은 완결되지 못한 채 1985년 마지막 TOT Code가 제시되었을 뿐¹³³⁾ 그 이상의 진전은 없었다. 그 동안, RBP Set 활동은 지적 재산권 문제로 확대되었으며 1995년의 RBP Set의 모든 측면을 검토하기 위한 제3차 국제연합회의(the Third UN Conference to Review all Aspects of the RBP Set)에서는¹³⁴⁾ 경쟁법과 정책에 관한 정부간 전문가그룹(the Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy)는¹³⁵⁾ “지적재산권의 행사 및 지적재산권 또는 노하우의 실시(licence)에 대한 경쟁정책적 처리”에 관하여 보다 면밀하게 검토하여 주도록 요청을 받았다.

정부간 전문가그룹의 요청에 따라 UNCTAD 사무국은 1999년 3월 “경쟁정책이 지적재산권 행사를 어떻게 다루어야 할 것인가에 관한 예비 보고서”(Preliminary Report on How Competition Policy Addresses the Exercise of Intellectual Property Rights)를 제출하였다.¹³⁶⁾

가격협정, 담합입찰, 시장 또는 소비자 배분, 판매량 또는 생산량의 쿼터 및 다양한 종류의 공동거래거절(concerted refusals to deal) 등과 같은 담합한 반경쟁적 행위에 대한 비난이 포함되어 있었다. 또한 약탈적(predatory) 행동, 차별적 상거래조건 및 반경쟁적 합병과 같은 지배적 지위의 남용에 대해서도 비난하고 있다. *Ibid.*

131) Resolution 35/63 of the UN General Assembly of December 5, 1980.

132) 예컨대, D 4(e) 참조.

133) UNCTAD-Documents TD/CODE TOT/47 of June 5, 1985.

134) RBP Set G(iii)에 의하여 5년마다 검토회의가 개최된다.

135) RBP Set G(i) 및 (ii)에 의하여 설치되었다.

136) TD/B/COM.2/CLP/10, March 30, 1999.

2) 예비보고서의 기본 假定

UNCTAD의 보고서의 출발점은 앞서 언급한 WTO 실무작업단의 주류를 이루고 있는 사고 및 입장과 일치하며 무임승차(free-riding: 지적재산권의 무료사용)에 대하여 지적재산권 보호가 갖는 효과 및 R&D 활동과 기술혁신에 대한 誘因으로서의 그 역할을 강조하고 있다. 지적재산권보호에 의하여 야기된 단기적 비효율성은 “장기적인 경제성장의 보답을 얻기 위하여 사회가 지불해야 할 비용”으로 판단하였다.¹³⁷⁾ 예비보고서는 이러한 일반원칙의 한계를 지적하고 있다.

즉, 이러한 일반원칙은 지적 재산권의 범위를 정의하는 복잡하고 힘든 문제에 대해 아무런 해답도 제시하지 아니한다는 것이다. 또한 일반적으로 동 보고서는 특히 배타적 권리에 결합된 시장지배력의 남용에 의하여 지적재산권이 경쟁을 위협할 수 있음을 훨씬 더 강조하고 있다. 이러한 논거는 다음과 같은 표현을 통해서 제시되고 있다.

- 수직적 제한행위가 통상적으로는 수평적 제한행위보다 더 관대한 대우를 받기 때문에 양자간에는 구별이 지어져야 한다. 특히 라이선싱 약정에서는 그러한 구별이 어려울 수 있다. 실시권 피허여자가 실시권 허여없이 독자적으로 경쟁기술을 개발하였는지는 반드시 명확한 것은 아니다. 어떠한 경우에도 라이선싱 약정으로 위장된 가격고정, 시장분할, 또는 산출량 제한, 수평적 경성(hard core) 제한행위는 용인될 수 없다.¹³⁸⁾
- 다른 형태의 수평적 협력은 효율성을 증진시킬 수 있다. 예컨대, 규모의 경제(economies of scale)를 실현하고 R&D에서의 중복을 회피하도록 하는 합작투자(joint venture)를 들 수 있다.¹³⁹⁾
- 수직적 제한행위는 그것이 하위(downstream) 실시권 피허여자의 誘因(incentives)과 상위(upstream)의 실시권 허여자(licensor)

137) Preliminary Report, No.5(TD/B/COM.2/CLP/10, March 30, 1999.)

138) *Ibid.*, Nos. 9,11.

139) *Ibid.*, No.10..

의 이익을 조정하는데 필요한 것인 한 허용되어야 한다. 그러나 강력한 시장지배력을 보유한 회사가 하위 회사에 행하는 제한행위는 공공복지를 축소시킬 수 있다.¹⁴⁰⁾

- 거의 모든 관할권(국가)에서 재판매가격유지는 금지된다.¹⁴¹⁾
- 일반적으로 지적재산권의 라이선싱은 (기술혁신 성과의 확산, 더 큰 비교우위를 가지는 회사에 의한 당해 기술의 이용, 기술의 보완적 사용, R&D 투자에 대한 유인강화 등을 통하여) 경제의 효율성에 적극적인 효과를 가져온다. 그러나, 과잉의 불필요한 경쟁제한이 수반될 수도 있다. 각각의 유형의 제한행위가 갖는 親 경쟁적 제한행위와 반 경쟁적 효과는 비교형량이 이루어져야 한다.¹⁴²⁾ 예비보고서는 거래지역제한(territorial exclusivity), 병행수입, 배타적 거래(exclusive dealing), 끼워팔기 의무(tying requirements), 배타적 개량기술 제공(exclusive grant-backs) 등 빈번하게 사용되는 4가지 유형의 계약상의 제한행위(contractual restrictions)를 분석하고 있다.
- 거래지역제한은 일정한 지역의 실시권 피허여자가 행한 투자에 병행수입업자가 무임승차하는 것을 회피하도록 할 수 있다. (출고량의 세계적 증대를 가져다 주는) 각기 다른 거래지역/국가간의 가격차별은 가능하게 된다. 이것은 세계적인 차원에서 적극적인 효과를 가져올 수 있지만, 독자성을 갖는 것으로 간주되는 모든 단일의 지역에 대해 반드시 그러한 효과를 가져다 주는 것은 아니다. 지역적 배타성이 시장카르텔화를 보장하는 방안의 하나인 때에는 負의 효과가 발생한다.¹⁴³⁾
- 라이선싱 약정상의 배타적 거래는 실시권 피허여자(licensee)가 실시권 허여자(licensor)의 경쟁자의 기술을 사용하는 것을 금지하는 것이다. 무임승차는 (예컨대, 경쟁적인 실시권 허여자에 대한 정보

140) *Ibid.*, No.11.

141) *Ibid.*, No.11.

142) *Ibid.*, Nos.12-13.

143) *Ibid.*, Nos.15-21.

유출 등에 의하여) 금지되어야 한다. 허여된 기술을 실시권 허여자와 실시권 피허여자 양자가 모두 발전시키는 것은 장려되어야 한다. 특히 시장지배력이 존재하는 경우에는 경쟁 실시권 허여자에게 해로운 시장배제 효과를 초래하는 부정적인 결과가 발생할 수 있다.¹⁴⁴⁾

- 끼워팔기(tying)는 기술적인 이유에서 필요할 수 있거나 (예컨대, 고도의 정비 서비스 또는 부품을 공급함으로써) 실시권이 허여된 기술의 명성을 보호할 수 있다. 그러나, 시장지배력이 있는 경우에는 끼워팔기는 시장배제를 초래할 수 있다.¹⁴⁵⁾
- 비전용 약정(non-exclusive arrangements)에 대비되는 배타적 grant-backs은 실시권 피허여자의 R&D에 대한 誘因에 부정적인 영향을 미치기 때문에 해롭다.¹⁴⁶⁾

(3) 비교 및 결론

분명히 WTO 실무작업단의 접근방법과 UNCTAD의 접근방법은 경쟁법과 지적재산권 공유영역에 관한 대표적인 견해가 아니라 단지 두 개의 견해에 불과하다. 오늘날 경쟁법과 지적재산권보호가 궁극적으로 소비자에 혜택이 돌아가는 기술적 발전을 촉진하는 공통의 목적을 가지고 있다는 견해가 지배적이다. 지적재산권보호를 경쟁의 목표와 크게 배치되는 독점적인 것으로 해석하는 양자 충돌적 견해는 이미 극복되었다.¹⁴⁷⁾

그러나, 공통의 목표를 가진다는 사실은 양 법 분야간의 완전한 조화가 존재한다는 것이 아니라 오히려 양자간에는 보완적 관계에 있다는 것을 의미하는 것일 것이다. 지적재산권보호는 기술혁신의 공공선(public good)적 성격과 무임승차문제에 대한 대응함으로써 기술혁신의 誘因을 조성한다는 것인 반면 경쟁법은 경쟁을 유지하고 경제력의 남용을 통제하여야 한다. 양 분야의 공동영역에서도 여전히 해결해야 할 문제가 남

144) *Ibid.*, Nos.22-23.

145) *Ibid.*, Nos.24-25.

146) *Ibid.*, No.26.

147) Andreas Heinemann, *op.cit.*, p.317.

아 있는 것이다. 지적재산권을 명백한 경쟁제한행위를 은폐하기 위한 목적으로 해석하여서는 아니 된다.¹⁴⁸⁾

제 4 절 종합적인 평가

1995년 WTO가 출범하기 전에 GATT에 제기된 몇몇 사건은 다른 정부의 행위가 사기업에 의한 시장배제적(exclusionary) 행위를 촉진 또는 조장하였다는 청원과 관련된 것이었다. 예컨대, 1988년의 한 사건에서 GATT의 패널은 일정한 기준만 충족된다면 구속력 없는 행정지도도 정부의 조치에 해당할 수 있다고 판시하였다.¹⁴⁹⁾

반도체의 수입에 대한 일본정부의 규제와 관련된 이 사건에서 패널이 확인한 구체인 기준은 다음과 같다. 즉, 첫째 정부의 비강제적인 조치가 사적 당사자로 하여금 그 조치에 따르도록 유도할 정도로 충분한 誘因을 제공하였으며 둘째 그러한 사적인 행위의 실효성이 정부가 취한 그러한 조치에 본질적으로(essentially) 의존하는 것이라고 믿을 만한 합리적인 이유가 있는 경우이다.

보다 최근의 필름분쟁에서 패널은 당해 사건에서 그러한 기준을 충족하였다는 미국의 주장을 배척하였다. 이 사건에서 패널은 문제의 정부조치가 취해진 상황 및 사적인 행위자에 미친 영향을 면밀히 검토하는 방식으로 그러한 조치를 분석하여야 한다고 지적하였다.¹⁵⁰⁾ 정부의 조치에 의해 지원 또는 촉진된 투명성 없는 사적 제한행위와 관련된 사건이 WTO에 제기된 사례는 거의 찾아보기 어렵다.

148) *Ibid.*

149) Japan-Trade in Semiconductors, GATT, BISD, 35th Supp.116(1989) (decision adapted May 4, 1988).

150) Japan-Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper, WTO Doc WT/DS44/R(panel report issued Mar. 31, 1998). 패널의 의견은 “정부의 정책이나 조치는 그것이 제22조: 1(b)의 범주내의 기대하는 것이 정당한 이익(benefits)을 무효화(nullify)하거나 손상(impair)시킬 정도로 사적 행위자에 의한 준수가능성을 수반하는 실질적으로 구속력이 있거나 강제적인 것이어야 할 필요가 있는 것은 아니다. 사적 당사자가 특정한 방법으로 행동하도록 할 정도로 충분한 誘因的 要素(incentives) 또는 非誘因的 要素(disincentives)를 포함하는 비구속적인 조치들이 잠재적으로 시장접근의 경쟁조건에 불리한 영향을 미칠 수 있다”라는 것이었다.

다시 말해서 지금까지 GATT/WTO가 시장접근을 봉쇄하는 사적인 무역 제한행위에 초점이 맞추어진 분쟁을 해결하는 기능을 수행하지는 못하였다. 앞서 언급하다시피 극히 제한된 상황(앞서의 일본 반도체 사건을 참조할 것)의 경우를 제외하고는 GATT/WTO의 국제무역규칙이 사적인 제한행위에 정부의 책임을 추궁하지는 못하였다.

그러나 WTO에 경쟁정책목표에 해당하는 특징을 갖고 있지 않다는 것은 아니다. 내국인 대우, 최혜국 대우 및 투명성의 무차별원칙들은 공정 경쟁정책제도의 운영을 지원하고 있다. 사적 회사들이 사적인 약정에 의하여 정부들이 시장지배력에 맡긴다는 데 합의한 상품과 서비스의 흐름을 방해하지 아니하는 것을 보장하는 국내정책은 국제무역제도를 확립하는데 마찬가지로 중요하다.

WTO내에서의 더욱 밀착된 무역·경쟁 규칙을 점진적으로 작성하기 위해서는 수많은 문제를 명확히 해야 할 필요성이 있다. 예컨대,

- 무역과 경쟁정책을 보다 상호보완적인 것이 되도록 하기 위해서 현행 WTO 규칙중 어떠한 절차적·실체적 규정의 개혁이 필요한가,
- 보호주의에 반대하는 WTO의 규칙들을 무차별적인 경쟁조건을 통해 소비자 복지의 극대화하려는 “경쟁의 諸가치”에 어떻게 적용시킬 것인가,
- 무역정책이 생산자 위주의 경향을 보이고 있으며 때로는 보호주의적 로비와 이기적인 관료집단에 의하여 부당하게 영향을 받는다는 점을 감안하여 WTO 규칙의 경쟁지향적 개혁에 찬성하는 정치적 지지기반을 어떻게 형성할 것인가,
- WTO내에서의 경쟁옹호론과 WTO 규범의 경쟁지향적 개혁을 위한 정치적 지지를 끌어내기 위하여 필요한 연계원칙들(예컨대, 시장접근 및 무역과 경쟁규칙의 무차별요구 등)이 제도화되어 있는가,
- WTO내에서의 협상이 수출산업의 지지를 끌어내기 위해 경쟁규칙의 규제적 기능(예컨대 합병규제 등) 보다는 시장개방적 기능에 처음부터 초점이 맞추어져야 하는가,
- 사인의 절차적·실체적 권리를 강화하면 그에 상응하는 만큼 개방시장에 대한 지지력을 형성하는데 도움이 될 것인가,

- 국내 경쟁법과 정책(예컨대, 국민복지, 수출카르텔 및 해외에서 초래된 피해를 고려하지 아니하는 기타 경쟁법 적용배제사유에 관한)이 어떻게 변화되는 것이 바람직한가,
- 경쟁문제(예컨대, 개도국에서의 경쟁법 도입 및 경쟁당국의 설치에 대한 지원, 구체적인 사건에 대한 협력, 수 개의 국가와 관련된 합병사건 규제에 대한 국제적 기준에 대한 합의 등)에 대한 쌍무적·다변적 협력을 어떻게 촉진할 것인가 등이 그것들이다.¹⁵¹⁾

151) Ernst-Ulrich Petersmann, *op.cit.*, p.70.

제 5 장 WTO 접근방법

제 6 장 주권적 모델(전통적인 국내경쟁법적용 방식)과 쌍무적 또는 지역적 협정

제 1 절 주권적 모델

1. 의 의

국제독점금지 규범과 관련하여 주권적 모델이라고 부르는 접근방법은 국내법원이 자신의 관할범위내에 속하는 모든 독점금지분쟁에 대하여 순수하게 국내법을 적용하는 것이다. 초국경적 거래와 관련되는 경우 그 관할권이 특정국가의 영토밖에서 발생한 행위에 대해서까지 확대된다는 것이다. 이러한 독점금지법의 영토외적 적용은 국가마다 큰 차이가 있지만, 대부분의 국가의 독점금지법에 규정되어 있다.¹⁾ 이러한 영토외적 적용으로 쏠리는 것을 막기 위해서는 국내법원이 일정한 경우 예양(comity)상의 원칙을 적용하여 관할권 행사를 자제하려는 의지가 필요할 것이다.²⁾

이러한 주권적 모델은 확대되고 있는 국제통상에 대응하기 위한 필요에 의해 최근에 더욱 강화되고 있는 듯하며, 이를 보완하기 위해 쌍무적인 독점금지집행에 관한 협력협정도 부쩍 늘고 있다. 미국과 그 무역상대국간에 미국의 독점금지법의 역외적용으로 인한 큰 마찰이 생겨나기도 하였다.³⁾ 그러나 미국의 독점금지법이 Sherman Act 제정이후 계속

1) 과거 역외적용에 반대하였던 일본도 이제는 일본내에서 판매고가 있는 일본밖의 회사들과 관련된 합병에 대한 관할권 행사가능성을 받아들이고 있다. 일본 독점금지법 제15조 제3항.

2) 이에 관한 미국 대법원의 논의에 대해서는 Hartford Fire Ins. Co. V. California, 509 U.S. 764 (1993). 참조(Wilbur L. Fugate, *Foreign Commerce and the Antitrust Laws*, (4th ed.), (Toronto: Little, Brown and Company, 1996). pp.102-112.)

3) 이와 관련하여 가장 대표적인 경우로는 북대서양에서의 선적무역(shipping trade)에서의 가격협정(price-fixing), 요금할인의 Laker Airlines에 대한 미국/영국시장으로부터의 배제 및 캐나다 우라늄생산업자의 카르텔에 의한 가격고정 등에 관한 사건이다. Harry First, "Towards An International Common Law of Competition", in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments on the WTO Report(1998) on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd., 1999), p.100.

역외적용되어 왔음은 주지의 사실이다.

국제무역과 경쟁 문제는 이미 19세기 후반에 관심이 대상이 되어왔으며, 어떠한 의미에서는 오늘날보다 더 심하였다 할 수 있다. Sherman Act의 의결을 둘러싼 입법논쟁에서 의회는 미국으로 들어오는 수입품에 대한 제한이 가해질 가능성에 대해 큰 우려를 하였다. 1894년 의회는 수입품거래제한이 미국시장에서의 가격인상을 초래하는 경우 그러한 제한을 금지하는 것을 내용으로 하는 Wilson Tariff Act를 의결하였다.⁴⁾ 20세기 초 미국의 법무부는 Sherman Act에 의거하여 담배 국제 카르텔을 해산시키기 위해 기소한 사건이 있었다. 이 사건은 미국의 American Tobacco Company와 영국의 Imperial Tobacco Company 간에 체결된 세계 시장을 분할하기로 한 카르텔 협정에 관한 것이었다.⁵⁾

한편 한 미국 바나나회사에 의한 코스타리카로부터 미국으로의 바나나 수입을 제한하려는 행위에 대해 이의를 제기한 소송사건에서 미국 대법원은 영토외적 반경쟁적 행위의 관할권을 상당한 기간동안 제한하는 유명한 판결을 내린 바 있다.⁶⁾ 이러한 주권적 모델은 WTO모델과 마찬가지로 실제적 측면과 절차적 측면이 있다. 또한 WTO 모델과 마찬가지로 절차의 마지막 단계에서 여러 가지로 이유로 어려움을 겪게 되는 경우가 있다.

즉, 국가들이 비록 실효성 면에서의 차이는 있겠으나 대체적으로 국내적인 독점금지법 집행기관을 가지고 있지만 국가주권 관념에 의해 그러한 기관의 기능은 한계에 부딪칠 수 있다.⁷⁾ 증인, 書證 및 피고가 그 관할권밖에 존재하는 경우, 독점금지법집행기관(또는 원고)이 그 관할 영역내에 초래된 반경쟁적인 피해를 구제하는(또는 받는) 것이 좌절될 수 있기 때문이다.⁸⁾

4) 15 U.S.C. §8.

5) United States V. American Tobacco Co., 221 U.S. 106(1911).

6) American Banana Co., v. United Fruit Co., 213 U.S. 347(1909) (Wilbur L. Fugate, *op.cit.*, pp.59-62.).

7) Harry First, *op.cit.*, p102.

8) 비교적 최근인 1994년 산업용 다이아몬드 가격협정(price-fixing) 사건에서 미국

더 나아가 주권은 각국의 집행기관들이 서로 평등한 지위를 있다는 것을 의미하는 것이기 때문에 어떠한 국가의 집행기관이 타국의 독점금지법 집행에 동의하지 아니한다면 그것을 강제할 수 없다. 결국 주권모델에서는 경우에 따라 보복(retaliation)이나 보복 위협의 방법으로 상대방을 압박하여 소기의 성과를 얻으려는 결과를 초래할 수 있다.⁹⁾

어찌되었건 일방주의적·쌍무주의적 접근방법에서는 당연 금지(*per se prohibition*)보다는 ‘합리의 규칙’(rules of reason)이 실제적 국내규칙을 결정하는 국가주권을 보호할 수 있으며 WTO 분쟁해결기구로 하여금 개별국가에서의 친경쟁적 효과와 반경쟁적 효과간의 균형유지에 대하여 존중하도록 유도할 수 있을 것이다.¹⁰⁾

2. 미국의 독점금지법 적용관행

(1) 시장접근을 확보하기 위한 국내법 집행

아래에서는 미국의 규칙들에 대해 검토하고 국제거래에 대한 그 적용 사례를 살펴보기로 한다. 또한 제한적 기업관행에 대한 국내법을 국제거래에 적용함으로써 발생하는 논쟁점들에 대해서도 눈여겨보아야 할 것이다. 이른바 독점금지법의 역외적용의 문제이다. 어떠한 국가의 독점금지법의 역외적용은 다른 국가들이 그러한 시도를 저지하기 위하여 다양한

은 General Electric, De Beers Centenary AG(스위스 회사) 및 두 사람의 외국인(1인은 독일인이고 1인은 프랑스인)을 상대로 소추하였다. 그러나, 미국 법무부는 DE Beers도 또한 2인의 외국인(그중 1인을 심문을 위해 외국의 독점금지당국의 관계의 도움을 얻는데 큰 어려움을 겪었음에도 불구하고)도 형사법정에 세울 수 없었다. 결국 그 증거를 제시하는데 실패하였으며 General Electric도 미국의 지방법원으로부터 무죄판결을 얻어내었다. *United States v. General Electric Co.*, 869 F. Supp. 1285(S.D. Oh. 1994).

9) Boeing-MaDonnell Douglas 분쟁사건에서 보듯이 영국이 그 합병을 중지시키려고 하자 미국은 무역제재의 위협을 가하였다.

10) Ernst-Ulrich Petersmann, “Competition-oriented Reforms of the WTO World Trade System - Proposal and Policy Options”, in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments on the WTO Report(1998) on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd., 1999), p.63.

조치를 취할 수 있다는 점에서 특별한 관심의 대상이 될 것이다.¹¹⁾

1999년 봄, 미국 독점금지국 국제경쟁정책 자문위원회의 청문회에서 미국의 기업계 대표들이 미국은 미국회사가 경험한 외국의 시장접근제한을 구제하기 위하여 보다 강력하게 독점금지 수단을 사용하여야 한다고 주장하였다. 예컨대, 미국의 독점금지법을 개정하여 미국시장에 접근을 방해하는 미국 밖에서의 행위에 대한 적용을 명확히 하여야 한다는 지적 그리고 미국의 집행당국은 현행 무역협정을 불이행하는 어떠한 행위가 독점금지법 위반에 해당하는지를 판단하기 위하여 그러한 협정 준수에 관한 업무를 담당하는 다른 미국의 기관과 공동작업을 하여야 한다는 지적도 제기되었다.¹²⁾

또 다른 기업조직은 미국 당국이 외국의 구제가 기대할 수 없고, 실질적 위반행위가 존재하고, 미국관할권 행사의 기준이 충족되고 또한 효과적인 구제가 얻어질 수 있는 경우에는 독점금지법의 영토외적 적용을 계속하여야 한다는 주장을 하였다. 또한 미국 독점금지집행기관은 해외에서의 지속적인 반경쟁행위를 적극적으로 조사하고 소추하여야 한다는 지적도 있었다. 독점금지법의 영토외적 집행은 미국회사들이 외국시장에 진입하거나 경영활동을 하는 것을 방해하는 반경쟁적 행위를 구제하기 위하여 미국이 이용할 수 있는 방법중의 하나로 평가되고 있다.¹³⁾

(2) 독점금지법의 영토외적 집행정책

1) 영토외적 집행 관행의 변천

전통적인 독점금지 패러다임에 의하면 미국의 정책은 미국의 회사들을 국경을 초월하여 추적하여 미국소비자들에게 피해를 끼칠 수 있는 국제

11) John H. Jackson and W. J. Davey, *Legal Problems of International Economic Relations: Cases, Materials and Text on the National and International Regulation of Transnational Economic Relations, Transnational Economic Relations*, (2nd Ed.), (St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986), p.1073.

12) International Competition Advisory Committee to the Attorney General And Assistance Attorney General For Antitrust, *Final Report (2000)* (이하 "Advisory Committee, Final Report(2000)"라고 인용한다.), p.241.

13) *Ibid.*, p.242.

카르텔에 미국법을 적용하는 것이었다. 그러나, 미국은 이러한 입장이 유사한 규칙을 적용받지 아니하는 외국경쟁자들보다 미국 회사들이 불리한 위치에 서게 할 수 있다는 이유로 포기하고 새로운 패러다임을 따르고 있다.¹⁴⁾ 그러나, 독점금지법에 근거한 미국의 일방적인 조치는 끊임없이 취하여져 왔다.

그리하여 1991년 미국 연방거래위원회(US Federal Trade Commission)는 미국내의 생산시설을 갖추고 있지 않고 캐나다 Connaught Laboratories를 매입한 프랑스의 Institute Mérieux와 캐나다의 관련 기관에 통보하지 않고 재판상의 화해합의(consent decree)를 체결하였으며 1994년에도 미국의 법무부는 Pilkington UK의 제한적 영업 관행이 미국 회사의 해외에서의 턴키(turnkey)방식 유리공장을 건설하는 기술을 수출할 수 있는 것에 대해 영향을 미친다는 점을 명시한 재판상의 화해합의(consent decree)를 Pilkington UK와 체결한 바 있다. 한가지 유의할 점은 미국내에서의 복지(welfare)에 미치는 영향에 대해서는 전혀 언급하지 아니하였다는 것이다.¹⁵⁾

미국의 법무부와 연방거래위원회의 Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations(1995)에 의하면 미국은 미국 수입품을 외국시장에서 배제 - 그러한 배제가능성은 허용할 수 없는 주권 침해로 간주되어 왔다 - 하기 위하여 본국에서 카르텔화하는 외국회사들의 미국내 자회사를 제소할 수 있다.¹⁶⁾ 법무부의 정책은 미국의 수출을 제한하는 행위에서의 행위에 대한 접근방법분야에서 변화를 보여왔다.

독점금지국은 1977년 Antitrust Guide for Intentional Operations에서 독점금지국의 노력의 주된 목표가 “사적인 경쟁제한행위에

14) Carlos Maria Correa, “Competition Law and Development Policies” in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments on the WTO Report(1998) on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd., 1999), p.384.

15) *Ibid.*, pp.384-385.

16) Eleanor M. Fox, “Toward World Antitrust and Market Access”, *American Journal of International Law*, Vol.91(1997), pp.1-25.

반대하여 미국인의 수출과 투자 기회를 보호하는 것이라고 지적하였다. 상품, 서비스 또는 자본 수출에 관여하는 미국에 본사를 둔 각 회사들이 경쟁할 수 있도록 하고 주요 경쟁자들의 경쟁제한행위에 의해 배제당하지 아니하도록 하는 것이 주된 관심사이다”라고 지적하였다.¹⁷⁾

1980년대 법무부는 이러한 원칙을 배척하고 국제적인 분야와 국내법에 소비자복지 패러다임(consumer welfare paradigm)을 도입하였다. 1988년 법무부는 기소재량의 문제로서 법무부는 단순히 미국의 수출에 피해를 주는 것이 아니라 미국의 소비자에 피해를 주는 수출제한행위에 대해서만 집행소송을 수행할 것이라고 선언하였다. 1988년 Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations는 다음과 같은 내용의 footnote 159를 포함하고 있었다:

대외무역독점금지개선법(FTAIA : Foreign Trade Antitrust Improvements Act)이 Sherman Act상의 관할권을 확장하여 미국 내에서 수출상업(export commerce)에 종사하는 자의 수출거래(export trade) 또는 수출상업에 직접적, 실질적 및 합리적으로 예상 가능한 영향을 미치는 행위에 대해서까지 미치게 하였지만, 법무부는 출고량을 축소하거나 또는 가격을 인상함으로써 미국의 소비자들에게 피해를 주는 경쟁에 불리한 영향에 대해서만 관심을 갖고 있다.¹⁸⁾

1992년 독점금지국은 footnote 159를 삭제하고, “의회는 독점금지법이 소비자에 대한 직접피해에 근거한 사건에 대해서만 독점금지법을 적용하도록 할 의도를 가지고 있지 않았다. 수입품과 수출품 공히 미국의 경제에 중요한 위치를 차지하고 있는 오늘날, 우리는 우리의 관심을 우리의 오직 무역의 절반(half)¹⁹⁾에서의 경쟁에 국한시키지 아니할 것이다”라고 표현하고 있다.²⁰⁾

17) John H. Jackson and William J. Davey, *op.cit.*, p.1077.

18) U.S. Department of Justice, Antitrust Division, Antitrust Guidelines for Interantional Operations(1988).

19) 여기에서 무역의 半쪽 부분이라 함은 미국의 해외 수출을 의미하는 것이고 그 나머지는 미국으로의 수입을 의미한다 할 것이다(筆者柱).

20) Advisory Committee, *op.cit.*, p.243.

이러한 정책은 1995년 Guidelines에 편입되었는데 동 Guidelines은 “독점금지당국은 (1)미국의 수출을 제한하는 반경쟁적 행위가 어느 곳에서 발생하였든지 간에 미국으로부터의 상품 또는 서비스의 수출에 대해 직접적, 실질적으로 또한 합리적으로 예상가능한 영향을 미치고, (2)미국의 법원이 그러한 행위에 관여된 개인 또는 법인에 대하여 관할권을 행사할 수 있는 때에는 적절한 경우 그러한 행위에 대하여 집행소송을 제기할 수 있다”라고 규정하고 있다.²¹⁾ 동 Guidelines는 또한 법무부 및 연방거래위원회는 “OECD의 권고 및 여러 쌍무적 협정에 따라 다른 국가의 합법적인 이익을 고려한다는데 동의한다”라고²²⁾ 규정하고 있다. 그 외에도 독점금지당국이 고려할 많은 요소들이 동 Guidelines에 포함되어 있다.²³⁾

뿐만 아니라 그 집행가이드라인은 법무부가 기소재량의 문제로서 “외국법과의 충돌이 있는지의 여부를 떠나서 예양(comity)을 충분히 고려할 것”임을 지적하고 있다.²⁴⁾ 전통적 예양에 관한 분석의 일환으로 독점금

21) U.S. Department of Justice/Federal Trade Commission, Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations(1995), John J. Flynn and Harry First, *Antitrust: Statutes, Treaties, Regulations, Guidelines and Policies*, (New York: Foundation Press, 1999), pp.240-241.

22) *Ibid.* p.243.

23) *Ibid.*, p.244, note 74. 이러한 요소들로서는 다음과 같은 것들이 포함된다: i) 해외에서의 행위에 비해 미국내에서의 위반행위의 상대적 중요성, ii) 그러한 행위에 연루된 또는 그로부터 영향을 받는 자의 국적, iii) 미국 소비자, 시장 또는 수출업자에 영향을 미칠 의도가 있었는지의 여부, iv) 문제의 행위가 해외에 미치는 영향보다는 미국에 미치는 영향의 상대적 중요성 및 예측가능성, v) 그러한 행위에 의하여 촉진 또는 저하될 것이라는 합리적으로 기대할 수 있는 결과의 존재, vi) 외국법 또는 외국법의 명백한 경제정책과의 충돌정도, vii) 외국의 집행활동에 의한 구제수단을 포함하여 동일인에 관한 그러한 집행활동이 영향을 받을 수 있는 정도, viii) 미국의 집행조치와 대비한 외국의 집행의 실효성. 이러한 요소들중 처음 6개는 1995년 이전의 International Guidelines에 근거한 것들이며 7번째와 8번째 요소들은 1991년 미국-EC 독점금지협력협정에서의 고려사항들이 반영된 것이다. Advisory Committee, *op.cit.*, p.243, note 152 참조.

24) “예양”이라 함은 A국이 B국이 법 집행에서 A국의 이익을 고려한 보답으로 그와 동일하게 A국의 법집행시에 B국의 이익을 고려하여야 한다는 일반원칙을 말한다. 전통적인 예양은 일국이 국제적인 의무와 편의성 및 자국 국민의 권리 또는 자국법의 보호하에 있는 외국인의 권리를 정당하게 고려하여 타국의 입법, 행정 또는 사법 행위

지당국은 어떠한 국가가 일정한 행위과정을 조장하는가, 당사자들이 자유롭게 다양한 전략중에서 선택할 수 있도록 하고 있는가 또는 그러한 전략들중 어느 것을 금지하고 있는가에 대해 고려하게 된다.

그 밖에도 독점금지당국은 자신들의 집행활동이 외국의 독점금지 당국의 관련 집행활동에 미치는 영향을 고려한다.²⁵⁾ 미국 법무부는 이러한 상황에서의 예양의 적절한 역할에 대한 집행부서의 판단을 예단하는 것이 법원의 역할을 아니라고 생각한다라고 논평한 바 있다.²⁶⁾ 이러한 논평은 적어도 정책상, 법무부는 미국의 수출에 피해를 주는 외국의 제한 행위를 추적하여야 하지만 외국 정부가 미국의 행동에 대해 어떻게 반응할 것인가를 검토한 후에만 그와 같이 할 것임을 시사해주는 것이다.

2) 정부의 사건기록

미국 독점금지국 국제경쟁정책 자문위원회는 미국이 보관하고 있는 독점금지사건 기록을 조사하여 피고들이 미국의 해외 수출을 제한한 행위에 연루되어 있다고 미국이 주장하였던 144건의 1912년 이후의 사건을 확인하였다. 그 사건기록의 분석 결과로서도 수출제한행위에 관한 독점금지법 집행소송의 분명한 패턴을 찾을 수 없었다. 그 사건들은 미국 국내상업에도 영향을 미치는 반경쟁적 행위의 주장을 포함하는 몇 가지 유형의 관행을 다룬 것들이다.

그중 많은 사건들이 미국과 외국의 회사들이 협조하여(in concert) 특정한 산업에서의 경쟁을 제한하는 내용을 포함하고 있었다. 예컨대, 1950년대의 두 사건은 수출제한행위에 대한 집행소송이 미국회사의 시장접근을 보장하는 것보다는 국제적인 카르텔을 해산시키기 위한 의도를 가진 것이었다.²⁷⁾ 수출제한행위를 하였다고 주장한 사건은 1978년 이후

에 대하여 자국영역내에서 부여하는 승인이라고 정의되어 왔다. 한편 Guidelines의 내용이 미국법상의 요건을 벗어난 것인지의 여부를 놓고 현재도 논쟁이 계속되고 있다. *ibid.*, pp.243-243.

25) Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations(1995), John J. Flynn and Harry First, *op.cit.*, p.243.

26) Advisory Committee, *op.cit.*, p.244.

27) United States v. Timken Roller Bearing Co., 83 F. Supp.284 N.D. Ohio

의 5건에 불과하였다.²⁸⁾

이러한 지적에 따른다면 미국 회사의 시장접근을 방해한 외국에서의 경쟁제한행위에 대한 미국 정부의 독점금지법 집행 기록은 외국이 생각한 것과는 달리 극히 제한적이며 이에 대해 미국 독점금지국 국제경쟁정책 자문위원회는 일방적인 정부의 집행조치가 비록 드물지 않았으나, 그것이 외국시장을 개방시키는데 중요한 역할을 수행하여 왔다고 볼 수 없다고 평가하고 있다. 그러나 이러한 지적을 그대로 받아들이기는 어렵다고 생각된다.

초기의 많은 사건들이 미국 회사가 그 구성원이 국제카르텔 및 미국회사의 외국회사 또는 외국 자회사사의 경쟁제한을 위한 공모행위(conspiracy)를 시정하기 위한 것이다. 앞서 지적한 그 기록은 독점금지법 집행 사건들이, 외국의 회사 또는 미국밖에 소재하는 회사가 - 때로는 현지 국가의 도움을 받아 - 미국 회사의 현지 국가 국내시장에서 수출을 제한하고 접근을 방해하는 반경쟁적 활동을 하는 전형적인 시장접근문제와 관련된 것은 아님을 보여주고 있다.

이 기록에 대해서는 몇 가지 각도를 달리한 설명들이 제시되었다. 첫째, 미국 법무부는 미국의 수출에 피해를 주는 외국에서의 반경쟁적 행위를 다루기 위해 미국 독점금지법을 적용하겠다는 의사를 표명해왔지만, 관할권의 확립, 해외에서의 사실발견에 대한 잠재적인 장애요인의 극복, 조사의 수행, 입증 및 구제조치의 시행 등과 관련된 어려움 때문에 실제로 사건을 다루는데 많은 장애가 있었다. 미국의 독점금지당국은 오랫동안 수출제한행위를 우선순위에 두지 아니하였다.

얼마나 많은 미국의 회사들이 외국시장에서의 독점금지문제를 미국 법무부와 협의하거나 독점금지국의 공식적인 조치를 모색하였는지는 잘 알려져 있지 않다. 미국의 회사들은 법원에서의 그 사건을 입증할 증거의

1949), Modified 341 U.S. 593, 71 S. Ct. 971(1951). United States v. Minnesota Mining & Mfg.Co., 92 F. Supp.947(D. Mass 1950), amended, 96F. Supp.356(D. Mass, 1951), 이에 관한 보다 상세한 설명에 대해서는 Advisory Committee, *op.cit.*, Annex 5-A 참조.

28) *Ibid.*

제시가 어렵기 때문에 또는 그러한 소송으로부터 얻은 이득이 그에 소요 되는 경비에 비해 더 클 것이라는 확신이 서지 않기 때문에 외국시장에서의 반경쟁행위에 대해 법무부에 진정을 제출하는 것을 포기하였을 것이다. 또한 미국의 독점금지당국도 강력한 사건이 아니면 외국의 적대감을 불러일으킬 수 있는 행동을 삼가해 왔다.

마지막으로, 일부 진정은 자신들의 불만을 해결하기 위해 독점금지법보다는 무역법상의 구제수단을 이용하였을 것이다. 독점금지법과 무역법 어느 쪽도 적용가능한 경우, 무역담당관리들이 외국정부로 하여금 시정 조치를 취하도록 유도하기 위하여 공식적인 압력을 행사하는데 훨씬 더 익숙하기 때문에 독점금지법보다는 무역법상의 진정제도를 이용하는 것이 훨씬 더 매력적일 수 있다.

미국 독점금지국 국제경쟁정책 자문위원회는 사적인 소송이 시장을 개방하는데 얼마나 유용한 수단이 될 수 있는지에 대해서도 검토하였다. 미국 대법원이 심사한 두 개의 독점금지사건 즉, *Continental Ore Co. v. Union Carbide and Carbon Corp.* 사건과 *Zenith Radio Corporation v. Hazeltine Research Inc.* 사건은 수출제한행위에 대한 독점금지법의 적용범위를 어느 정도 확인할 수 있게 한다.²⁹⁾

미국변호사협회(the American Bar Association)의 한 보고서에 의하면 1978년부터 1998년 사이에 사적인 독점금지 소송사건은 현저하게 줄어들었다고 한다. 동 보고서는 수출제한행위에 대한 사적 독점금지 소송은 정부의 집행과 동일한 수많은 난관에 직면하고 있음을 지적하고 있다. 즉, 관할권 문제, 증거수집 및 효과적인 구제수단의 시행 등에 대한 장애요인들이 수출제한행위에 대한 사적 소송에서도 존재한다는 것이다.³⁰⁾ 공적 또는 사적 소송 제도에 공통되는 그 특유의 장애요인들 이외에도 시장접근이나 수출을 방해하는 외국에서의 제한행위를 사적인 독점금지소송을 통하여 시정을 도모하는 데는 다음과 같은 문제들이 도사리고 있다.

29) *Continental Ore Co. v. Union Carbide and Carbon Corp.*, 370(U.S. 690(1962); *Zenith Radio Corporation v. Hazeltine Research Inc.*, 395 U.S. 100(1969). 보다 자세한 설명은 *ibid.*, Annex 5-A 참조.

30) Advisory Committee, *op.cit.*, p.246.

첫째, 미국 법무부는 집행소송을 제기하기 전에 예양의 원칙을 고려하지만, 사적 당사자는 그러한 요소에 집착하지 않는다. 미국법은 미국의 경쟁정책이 외국의 경쟁정책과 직접적으로 충돌하는 경우에는 경쟁당국에 대해 행동지침을 마련하고 있지 않다. 그러므로 미국 독점금지국 국제경쟁정책 자문위원회는 미국과 관계 외국간의 상충되는 이해관계를 균형 잡아 주는 과정과 기준에 대한 개선방안을 모색하여야 한다고 생각한다.

둘째, 독점금지소송에서 과거 많이 적용되었던 不便宜法廷地主義(*forum non conveniens doctrine*)가 부활할 수 있다. 이 주의는 소송의 본안에 더 상위의 접촉점(*contacts*)을 가지고 소송수행에 보다 적합한 다른 법정지가 있는 경우에 적용된다.³¹⁾ 최근까지만 해도 소송인에게 독점금지구제수단을 충분히 제공할 수 있을 정도로精緻한 경쟁법 제도를 가진 국가는 거의 찾아보기 어려웠으며 많은 국가들이 사인의 소송권을 인정하는 것에 대해 반대입장을 취하고 있었다. 바로 이러한 이유때문에 미국의 법원도 초국가적 독점금지사건을 각하하기 위해 그 원칙을 적용하는 것을 꺼렸다.

그러나 최근에는 이러한 태도를 포기하기 시작하였다. *Capital Currency Exchange, N.V. v. National Westminster Bank PLC* 사건에서 미국 법원은 문제의 행위가 영국에서 발생하였고 대부분의 증인과 서류가 영국에 소재하고 있기 때문에 Rome조약의 경쟁관련 규정을 집행할 의무가 있는 영국의 법원이 사적이 독점금지분쟁을 해결할 수 있는 보다 편리한 대체 법정(*alternative forum*)이 될 것이라고 결정하였다.³²⁾ 다른 국가들도 보다精緻한 경쟁법 구조를 발전시키고 있기 때문에 향후에는 *forum non conveniens* 주의가³³⁾ 사적인 국제독점소송

31) 28 U.S.C.A. § 1404(a).

32) *Capital Currency Exchange, N.V. v. National Westminster Bank PLC*, 96 Civ. 6465 (S.D.N.Y.), affirmed 153 F.3d 603 (2d Cir.1998). 그러나 *Filtech S.A. v. France Telecom S.A.* 157 F.3rd 922(2d. Cir.1998)에서는 순회법원이 프랑스 법원에 소송이 제기된 이른 바 병행소송(*parallel action*)사건임에도 불구하고 어떠한 행위가 France Telecom S.A와 Filetech S.A.측에게 허용되는지가 프랑스 법원에서 결정되지 아니하였다는 이유로 독점금지문제에 관한 판결을 내렸다.

33) Spencer Weber Waller, *International Trade and U.S. Antitrust Law*,

에서의 역할이 커질 것이다.

셋째, 사적인 독점금지소송사건에서의 사적 3배배상 구제와 관련된 문제가 있다. 미국 독점금지법을 위반한 것으로 판명된 사적인 피고는 자동적 3배손해배상 책임을 지게 될 수 있다. 미국 3배 손해배상 구제제도에 대해 우려하여 예컨대, 영국에서는 외국의 소송에서 패소한 자국민이 실제손해에 대한 배수를 지불하도록 하는 손해배상제로로 인해 실제피해 배상액(compensatory amounts)³⁴⁾을 초과하여 손해배상금을 지급받은 미국의 승소한 원고로부터 손해배상액을 반환 받기 위한 소송을 지방 법원에 제기할 수 있도록 한 법률을 제정하기도 하였다.³⁵⁾

결국 이러한 법률이 있는 국가에서의 사적인 수출제한행위에 대해서는 미국의 사인들이 독점금지법상의 소송보다는 미국 통상법 제301조에 의한 진정을 제기하는 것이 더 매력적인 대안이 될 수 있다고 판단할 수도 있을 것이다. 사적 독점금지소송은 그러한 소송이 전통적 예양의 관념에 위배된다고 믿거나 미국의 삼배배상구제제도에 반대하는 외국과의 긴장을 고조시킬 수 있다. 많은 외국이 자국 회사들이 특히 자국의 국내 경쟁법의 위반에 해당하지 아니하는 행위로 미국의 법원에서 3배 손해배상 판결을 받는 것에 대해 반발하고 있다.

미국 독점금지국 국제경쟁정책 자문위원회는 미국이 적어도 수출제한 행위와 관련된 삼배배상손해 소송은 적절하지 아니하다는 결론을 내렸다. 미국의 사적 3배손해배상 구제는 미국내외에서의 반경쟁행위에 대한 유용한 억제적 효과를 미쳐왔다. 그러한 구제제도를 수출제한행위사건과 관련하여 폐지한다면 외국법과의 충돌은 크게 줄어들 것이지만, 이에 상응하여 지금까지 미국법의 독점금지법의 역외적용은 위축될 것이다.

이러한 접근방법은 외국의 피고들이 미국내상 미국의 피고에 비해 유리한 대우를 받는 결과가 될 것이며 어떠한 반경쟁행위가 수출 또는 수

(1999 update prepared by Jeffrey L. Kessler), (St. Paul, MN: West Group, 1999). pp.7-18.1-3.

34) 여기에서의 compensatory amounts라 함은 rendering of an equivalent, 다시 말해서 실제 피해액에 해당하는 배상금을 의미한다고 판단된다(筆者柱).

35) Protection of Trading Interest Act 1980 및 Evidence (Proceedings in Other Jurisdictions) Act 1975.

입에 피해를 미치는지의 여부에 대한 소송 지연을 초래할 수 있다. 또한 청구원인(claims)을 획일적으로 구분 짓는다는 것은 대단히 어려운 일이며 청구원인이 중복되어 있는 경우도 있기 때문이다. 미국 독점금지국 국제경쟁정책 자문위원회는 삼배손해배상구제제도의 수정이 외국의 당국과 회사들로부터 더 큰 협력을 통해 얻을 수 있는 잠재적인 이득이 있겠지만, 바람직하다고 판단하지는 아니하였다.³⁶⁾

3) 영토외적 적용에 대한 외국의 반응

삼배소송문제 이외에도 일부 국가들은 미국 독점금지법의 역외적용에 대해 강력하게 반발하여왔다.³⁷⁾ 캐나다 정부의 한 관리는 1970년대 후반 “초국가적 독점금지문제가 실제로 일종의 국가간 정책충돌의 발현인 경우에는 그러한 충동을 해결하기 위해 적용할 수 있는 국제법이 없다는 점을 인식하여야 할 것이다. 사실 이러한 경우에는 협의와 협상이라는 통상적인 방법을 통해 그 해결을 모색할 수밖에 없다. 어떠한 국가가 자국의 법원에서 자국의 국내법을 원용함으로써 그러한 충동을 자신에게 유리하게 해결하고자 하다면 그것은 법의 지배가 아니라 경제력이 정의(economic power is right)라는 원칙을 사법을 假裝하여 적용한 것에 불과한 것이다”라고 핵심을 지적한 바 있다.³⁸⁾

미국 독점금지국의 1995년 영토외적 적용 가이드라인에³⁹⁾ 대해서도

36) Advisory Committee, *op.cit.*, p.248.

37) Wilbur L. Fugate, *op.cit.*, pp.126-133.

38) J.S. Stanford, “The Application of the Sherman Act to Conducts Outside the United States: A View from Abroad”, *Cornell International Law Journal*, Vol.11(1978), p.195(Advisory Committee, *op.cit.*, pp.248-249에서 재인용).

39) 1995년 4월 5일 법무부 독점금지국과 연방거래위원회가 작성한 Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations에서는 미국밖의 행위 또는 실체(entities)에 대한 독점금지 당국의 관할권, 그러한 관할권 행사 과정을 지배하는 고려사항, 쟁점, 정책 및 과정, 국제적인 독점금지법 집행에 대한 상호협력, 사적인 실체에의 독점금지법상의 위반행위에 외국정부가 연루된 경우 그 효과, 그 밖에도 독점금지법에 근거한 사건 제기와 국제무역법에 근거한 사건 제기의 관계 등이 포함되어 있다. 보다 구체적인 사항에 대해서는 John J. Flynn and Harry First, *op.cit.*, pp.221-257 참조할 것.

몇몇 국가들은 자신들의 논평에서 그와 유사한 논지를 밝힌 바 있다. 예컨대, 영국은 “미국 독점금지당국이 외국시장의 봉쇄(foreclosure) 또는 미국 기술표준(technical standards)의 채택거부만으로도 ‘필수적인 영향’(requisite effect)을⁴⁰⁾ 확정하는데 충분하다고 단정하고 있다. 그러한 관할권 주장은 미국독점금지법이 미국 수출업자에게 폐쇄되었다고 생각하는 시장을 개방하기 위한 무역정책의 수단으로 사용되고 있음을 보여주는 것이다”라고 주장하였다.

아울러 영국정부는 “이것을 독점금지권한의 불쾌하고(objectionable) 부적절한 행사라고 간주한다”라고 논평하였다.⁴¹⁾ EU 집행위원회는 미국의 영토외적 적용이 독점금지 협력에 대한 잠재적인 유해한 영향에 대해 “EU 집행위원회는 동 가이드라인이 미국당국에 의한 일방적인 조치를 강조하고 있는 것은 사실상 한편으로는 예양원칙에 대한 고려 약속 그리고 또 다른 한편으로는 국제적 협력을 강화하려는 미국 당국의 노력과 모순되는 것이라고 생각한다”라고 논평하였다.⁴²⁾

이에 대해 미국 독점금지국 국제경쟁정책 자문위원회는 “미국의 관리들과 미국 독점금지정책은 그러한 불만들을 고려하여야 한다. 미국의 수출에 영향을 미치는 외국시장에서의 경쟁제한행위에 대하여 독점금지법을 적용한다는 결정을 내리고자 하는 경우에는 미국과 관련 외국과의 관계에 대한 잠재적으로 부정적인 영향 및 다른 경쟁당국과의 협력 강화를 위한 미국의 노력을 감안하여야 한다”라고 조언하고 있다.

(3) 해외의 반경쟁적 관행의 처리에 관한 각종 제안

일부 변호사들이나 기업의 임원들은 해외의 반경쟁적 관행으로부터 비롯된 시장봉쇄에 관한 결정을 내리는 과정에 무역관련 기관들이 참여하

40) 여기에서의 “필수적인 영향”라 함은 미국의 독점금지법의 역외적용에 필요한 앞서 지정한 요건(예컨대 “미국의 수출에 영향을 미치는” 등)을 의미하는 것이다(筆者注).

41) Comment of the Government of the United Kingdom on the Draft Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations(December 9, 1994).

42) Comments of the European Commission Services on the U.S. antitrust Enforcement Guidelines for International Operations 1994(February 9, 1995).

도록 하여야 한다는 제안을 하능 등 외국시장을 개방시키기 위한 보다 효과적인 정책수단들을 요구하여왔다. 일부 변호사들은 미국의 법무부나 연방거래위원회 만큼 효과적인 외국의 경쟁당국의 거의 찾아 볼 수 없으므로 미국의 생산자에게 영향을 미치는 행위를 저지하기 위해 의존할 수 있는 외국의 독점금지당국도 거의 찾아 볼 수 없다고 주장하기도 한다.

이러한 시각은 해외에서의 반경쟁적 제한행위를 시장접근 장벽으로 보고 있으며 따라서 그에 대한 대응조치로서 필요한 것은 독점금지법의 강화가 아니라 일방적인 무역구제수단의 강화라고 판단한다.⁴³⁾ Dewey Ballantine 법률회사 변호사들은 미국 법무부와 다른 무역기관으로 하여금 외국시장접근 제한행위에 대한 경험 조사를 수행할 것을 권고하였으며 미국통상법 제301조를 개정하여 미국무역대표부 또는 법무부에 미국의 상업(commerce)을 제한하는 반경쟁적인 외국의 관행에 대해⁴⁴⁾ 중지명령(cease and desist orders)을 내릴 수 있는 권한을 부여할 것을 제안하였다.⁴⁵⁾ 이렇게 되는 경우 미국 무역대표부는 유해한 반경쟁적 관행의 수행 중지를 거부하는 사적인 당사자들에게 벌금을 부과할 수 있는 새로운 권한을 부여받게 된다.⁴⁶⁾

43) 한편 1999년 미국의 국별무역평가서(National Trade Estimate)에서는 통신 및 반도체 산업의 미국회사들이 한국정부가 한국에서의 공개경쟁을 방해하는 방식으로 여러 재벌들의 영업방침을 통일화시키도록 유도하였다 있다는 것에 대해 우려를 표명하여 왔음을 지적하였다. 1999 National Trade Estimate, p.187.

44) 이에 대해서는 Wilbur L. *Fugate*, *op.cit.*, pp.133-134 참조.

45) Dewey Ballantine의 제안은 결국 WTO가 사인의 반경쟁적 제한행위를 시정하는데 역할을 할 수 있음을 시사하는 것이다. 즉 WTO가 시장접근에 대한 철저한 보장을 규정하여야 하며 무역협상자들은 사인의 무역제한행위, 사인과 정부기관과의 공모(collaboration) 또는 비공식적인 행정지침 등이 무역양허(trade concession)의 가치를 훼손시킴으로써 당사국들의 의도를 좌절시키지 아니하도록 명시적인 보장을 모든 무역양허에 첨부시켜야 한다는 것이다. 이렇게 되는 경우, 만약 이러한 보장 내용이 준수되지 아니한 때에는 피해를 입은 당사국이 무역양허의 위반을 이유로 보상을 구할 수 있는 근거를 가질 수 있게 된다. *Advisory Committee, op.cit.*, p.250.

46) 이와 유사한 제안이 1997년 미국의 Coalition for Open Trade(COT)로부터 제시된 바 있다. 이 조직은 몇 개의 미국 대기업과 노동조합이 가입되고 있고 Dewey Ballantine 법률회사가 그 입장을 대변하고 있다. COT는 미국무역대표부에 충분한 증거확인절차를 거친 후 미국의 상업(commerce)에 부담을 주는 것으로 판단되는 “제한적 영업관행(restrictive business practices)”에 대하여 중지명령(cease

미국 독점금지국 국제경쟁정책 자문위원회는 이와 유사한 제안을 1999년 봄 청문회에서 접수한 바 있다. Eastman Kodak Co.대표는 국제무역위원회(international Trade Commission)와 같은 독립된 기관으로 하여금 외국의 반경쟁적 관행이 존재하는가 또한 미국의 상업에 대한 장벽을 조성하고 있는가에 대한 사실확인 조사를 할 수 있도록 하자는 제안을 검토하도록 권고하였다. 그러한 사실확인 조사제도를 도입하자는 제안은 연방거래위원회 또는 법무부가 집행조치를 수행한다는 것을 전제로 하는 것이라 할 수 있다. 이러한 제안에 대해 미국 독점금지국 국제경쟁정책 자문위원회가 지적하다 시피 독점금지당국이 직면하는 현실적인 문제를 해결해줄 수는 없는 것으로 판단하고 있다.

즉, 강력한 증거가 될 수 있는 정보수집의 어려움, 그리고 평결과정의 법에 근거하여 이루어지는 것임에도 자칫하면 독점금지문제를 정치적으로 결정하는 결과를 초래할 수 있다는 점은 한계가 있을 것이다. 미국 독점금지국 국제경쟁정책 자문위원회는 현재에도 사적인 경쟁제한행위의 처리권한은 미국무역대표부와 같은 무역기관이 아니라 독점금지 당국에 있지만 국제협력과 효과적인 독점금지법 집행에 관한 제도를 개선하는 것이 미국무역기관에 일방적인 조치를 취할 수 있는 새로운 법적 권한을 부여하는 것보다 현실적인 방안이라고 판단하고 있다.⁴⁷⁾

3. 국내경쟁법의 조화 접근방법

(1) 저촉법 접근방법

(conflict of law(choice of law) approach)

독점금지에 관한 순수한 주권적 모델은 영토성(territoriality)을 강조하고 있는데 이러한 영토성을 관할 국가간의 마찰을 악화시킨다. 많은 초국경적 사건에서 당사자들이 그 사건에 적용될 특정한 국가의 국내법

and desist order)을 내릴 수 있는 권한을 부여하자고 권고하였다. 이러한 제한적 영업관행이라 함은 미국 독점금지법상 그 자체가 불법이라고 미국 법원이 확인하는 관행과 同延에 위치하고 있는(coextensive) 것으로 정의될 것이다. Wilbur L. Fugate, *op.cit.*, pp.133-134.

47) Advisory Committee, *op.cit.*, pp.251-252.

을 선택할 자유가 주어지지 아니한다. 오히려 특정한 국가의 저촉법규정들이 당사자의 의사와 관계없이 적용된다. 그런데 독점금지사건은 민사 불법행위(tort)와 비교되는 불공정한(inequitable) 행위와 관련되어 있다. 일반적으로 불공정한 무역관행에 대한 구제수단은 불법행위 訴訟이다. 불법행위사건과 적용국내법간의 연계(nexus)는 불법행위지(*forum delicti commissi*)이다. 따라서, 불법행위지의 법률이 당사자의 의사와 무관하게 적용되는 것이다.⁴⁸⁾

불법행위지는 독점금지관행 또는 불공정 무역관행이 행하여진 국가내일 수도 있고 그 밖의 다른 장소일 수도 있다. 만약 불법행위지가 그 국가내에 있는 경우에는 그 국가의 국내법이 적용된다. 만약 불법행위지가 소송이 제기된 국가의 밖에 소재하는 경우에는 법정지법이 아니라 불법행위지국인 외국의 (독점금지 또는 불공정무역관행에 관한) 법률이 적용되어 그 자신의 국내법원에 의하여 집행되고 있다.

그러나, 불법행위지와 관련하여서는 저촉법 권위자들간에도 불법행위지(the “place of the act”)이라는 주장과 문제의 불법행위로 인해 특정한 자의 권리 침해가 초래된 장소(the “last event rule”)라는 주장으로 나누어져 있다. 미국에서는 후자가 우세하다. 독일에서는 원고가 어느 규칙이 자신에게 더 유리할 것인지를 판단하여 그 두 규칙중 하나를 선택할 수 있다. 그 밖에도 다른 규칙들이 있으나 여기에서는 논의하지 아니하기로 한다.

한편 독점금지과 관련한 저촉법 원칙의 논의는 일반적으로 관할권을 주장할 수 있는지의 여부의 문제 또는 미국 Restatement of Law에서 말하는 입법관할권(jurisdiction to prescribe)⁴⁹⁾ 존재하는지의 여

48) Wolfgang Fikentscher, “Antitrust, Market Conceptualization and the World Trade Organization - The Convention Approach”, in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments on the WTO Report(1998) on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd., 1999), p.74.

49) 미국의 Restatement of Law는 과거에는 입법관할권(jurisdiction to prescribe), 집행관할권(jurisdiction to enforce)으로 분류되었지만, 현재는 이러한 관할권 유형 이외에 재판관할권(jurisdiction to adjudicate)이 추가되어 관할권이 분류되고 있다.

부의 문제에 초점이 맞추어져 있다. 이와 관련하여 Harry First는 “일단 관할권의 존재가 확인되었다면 법원이 반드시 법정지법만을 적용하여야 한다고 보이지는 않는다. 오히려 관할권 문제가 결정된 후 저촉법 원칙을 사용하여, 법원은 문제의 행위와 가장 접촉점이 많은 국가의 법의 적용을 얼마든지 결정할 수 있다”라고 주장하고 있다.

또한, Russell Weintraub는 영토외적 독점금지사건에서의 관할권 추정에 찬성하여 “최근까지 미국의 정책은 그것이 객관적인 ‘better law’ 기준에 의하여 선택될 수 없을 정도로 대단히 비정상적이었다. 더욱이… 독특한 미국의 독점금지법은 변화할 것이라고 합리적으로 기대할 수 없었다. 그러나, 그 역전현상이 발생하였다. 다른 국가들도 우리를 뒤따를 것이다”라고 지적하였다.⁵⁰⁾

Harry First는 저촉법 문제에 대한 이러한 접근방법은 집행차원에서 적극적 예양의 국제적인 발전을 반영한 것이라고 주장한다. 즉, 적극적 예양에 회부할 상황에서 어느 국가의 독점금지당국은 다른 국가의 당국에 대해 그 요청받은 국가의 경쟁법에 따라 조사를 요청하고 또한 구제조치의 보장이 있는 경우에는 그러한 구제조치를 취할 것을 요청할 수 있으며, 요청한 국가는 반경쟁적인 효과가 요청받은 국가의 영역내에서 주로 발생하고 또한 주로 그 영역을 겨냥하고 있는 경우에는 피요청국을 위하여 당해 문제의 조사를 통상적으로 유예 또는 연기하게 될 것이라는⁵¹⁾ 점을 근거로 들고 있다. 사실 이러한 Harry First의 선택법 접근방법에 의하면 미국의 법원도 코닥이 후지를 상대로 제기한 독점금지소송에서 일본의 독점금지법을 후지의 행위에 대해 적용할 수 있는 입장에 설 수 있게 된다. 그러나 그도 인정하다시피 상당한 저항을 받게 될 것이며 거의 실현 불가능할 수도 있다.⁵²⁾

그는 일본의 독점금지법의 의미를 일본의 법원보다도 더 명확하게 밝힐 수도 있을 것이라고 주장하지만, 어디까지나 실현가능성보다는 이론

50) Russell Weintraub, “The Extraterritorial Application of Antitrust and Securities Laws: An Inquiry in the Utility of a “Choice-of-Law” Approach”, *Texas Law Review*, Vol.70(1992), p.1799.

51) US/EC Agreement(1998), 제3조, 제4조.2(a)(ii).

52) Harry First, *op.cit.*, pp.114-118.

에 치우친 탁상공론에 불과하다고 생각된다. 어찌되었건 저촉법이란 그 성격상 국내법이 지 국제법이 아니므로 그 내용과 그에 대한 해석은 국가마다 크게 다르다. 그러므로 저촉법적 접근방법에 호소하고자 한다면 국가들의 저촉법규정의 국제적 조화(harmonization)가 필요할 수 있다.

(2) 자발적 수렴

OECD가 제시한 [국제무역에 영향을 미치는 제한적 사업관행 규제를 위한 회원국간 협력에 대한 OECD 권고](1995년 개정)는 처음으로 적극적 예양 개념을 도입하였다. 한편, 경성카르텔 금지권고에 따라 카르텔 제재 조치에 대한 합법적인 면제가 불가능하도록 함으로써 일련의 수렴이 이루어진 것은 상당한 성과이다. 또한 OECD에서 마련한 기업합병 통보양식 표준화에 대한 보고서도 회원국의 경쟁정책 수렴을 위한 도구로 사용될 수 있을 것이다. 물론 가장 기본적인 과제는 각 회원국들이 경쟁법 자체를 제정하는 것이며 자발적인 수렴이란 회원국들간의 경쟁법이 반드시 동일해져야 한다는 의미를 가지는 것은 아니다.

각회원국 경쟁정책의 자발적인 수렴은 경쟁정책과 관련한 통상마찰을 완화해줄 것이다. 회원국들의 자발적인 수렴은 기존의 OECD의 권고사항들로 이루어지는 것이 가장 자연스러울 것이다. 이렇게 각국의 경쟁정책이 수렴되어질 방향 또는 최적 기준(best practice)이 정해진 후에는 일종의 'peer review'를 통해 회원국들이 최적기준에 부합하도록 장려하는 것이 가능하다.

회원국간 경쟁정책의 점진적 수렴은 자발적으로 이루어진다는 점에서 효과적일 수 있다. 그러나 매우, 오랜 시간이 걸리고 권고사항들을 이행하여야 할 의무가 없으므로 특정 회원국이 최적기준에 부합되지 아니하는 행위를 하였을 경우 제재조치를 가할 근거가 없다는 단점이 있다. 따라서 현재 OECD에서 회원국들이 공감하고 있는 점은 이러한 자발적 수렴 노력은 다른 형태의 국제협력의 진행과 관계없이 지속적으로 이루어져야 한다는 것이다.

제 2 절 쌍무적 · 지역적 협력협정 방식

1. 의 의

먼저 쌍무적 협정방식에 의해 양국간의 분쟁패널 구성 또는 독점금지협력을 합의할 수 있다. 사실 양국간 패널방식은 국가들은 양국의 심판관으로 구성되는 패널에 항소하는 것을 허용하는 것이며 North American Free Trade Agreement(NAFTA) 협정이외에는 국제사회에서 그다지 쉽게 발견하기 어려우며 앞으로도 그러한 방식의 채택이 확산될 것으로 보이지도 않는다.

또한 타방 당사자에 중대한 영향을 미치는 특정한 독점금지법 집행에 대한 통지, 집행활동 수행과정에서의 타방당사자의 중대한 이익에 대한 신중한 고려, 정보의 교환, 전통적 예양 또는 적극적 예양 등에 관한 규정들을 포함하고 쌍무적 협력협정을 체결하는 경우가 최근 1990년 이후 급속히 증가하고 있다. 그리고 EU, NAFTA 등에서 찾아볼 수 있는 경쟁에 관한 지역적 협력 협정의 사례도 찾아 볼 수 있다.

이러한 협력 네트워크는 관계국의 실제적 독점금지법의 통일화를 가져올 수 있다고 주장하는 사람도 있다. 즉, Harry First는 각국의 독점금지집행기관들이 점차 집행네트워크를 형성하여 서로 정보를 교환하고 있는 바, 이러한 네트워크는 불가피하게 어느 정도의 독점금지규칙의 표준화를 달성하는 효과를 가져올 것이라고 주장한다. 즉, 독점금지에 관한 공통법적 접근방법이라 함은 결정자들이 어떠한 사실로부터 법적인 결론을 도출하는 과정에 대한 투명한 절차에 관한 시스템을 의미한다는 것이다.⁵³⁾

2. 양국간 패널(Binational Panels)

대부분의 국가들은 자국 기업의 외국에서의 독점금지사건과 관련하여 그 외국의 법원이 설령 자국의 독점금지법을 해석하고 적용한다 할지라도 그 자국 기업에 불리할 것이라고 우려할 것이다. 이러한 우려를 해결

53) *Ibid.*, p104.

할 수 있는 한가지 방법은 독점금지사건에 대한 외국의 판결이 부당하다고 판단되는 경우, 관계 양국의 심판관으로 구성되는 패널에 항소하는 것을 허용하는 것이다. 그러한 법원은 적합한 국내법에 의거하여 심리법원의 판결을 재심하는 기능을 수행하게 될 것이며 그 결정은 중국적인 것이 되도록 할 수도 있을 것이다. 이러한 양국패널방식은 현 국제사회에서 그다지 쉽게 발견하기 어려우며 앞으로도 그러한 방식의 채택이 확산될 것으로 보이지도 않는다.⁵⁴⁾

그러나, 이러한 절차는 North American Free Trade Agreement(NAFTA) 협정에서 이미 자리를 잡고 있다. 이러한 양국간 패널 심사절차는 1988년 미국-캐나다 자유무역협정(U.S.-Canada Free Trade Agreement)에서 이미 채택된 것이다. 이러한 절차는 미국이 처음 제안하였으나 협정의 교섭과정에서 포기되었던 것이지만, 당사자들이 양국간의 반덤핑 및 보조금법을 폐기할 것인가 아니면 양국간에 그에 관한 공통의 규칙을 마련할 것인가를 두고 협상이 난관에 봉착하자, 재협의를 되었던 것이다. 이러한 양국간심사패널 제도는 미국시장에의 접근이 미국 무역관련 기관들의 일관성 없는 정치적 영향에 좌우되는 무역관련 결정에 의해 방해를 받을 것이라는 캐나다의 우려를 불식시킬 수 있는 방안으로 채택되었다.⁵⁵⁾

미국과 캐나다간 자유무역협정의 패널은 양국간의 무역에 적용될 반덤핑 및 상계관세에 관한 대체입법이 양국에서 제정될 때까지 5년 동안 한시적으로 운용하기로 하였던 것이다. 그런데 그후 1992년 NAFTA협정의 채택으로 그러한 양국간심사패널은 항구적인 것이 되기에 이르렀다. NAFTA 협정상 패널의 결정은 지금까지 관계국들에 의해 별다른 이의 없이 이행되어왔다. 지금까지 법률가들이나, 무역정책관련자 그리고 정치인들까지도 패널의 결정이 전문적인 것이고 공정하였다고 판단하고 있다.⁵⁶⁾ 양국간패널의 절차는 대단히 단순하다. NAFTA 가입국들은 국

54) *Ibid.*, p118.

55) *Ibid.*, p.119.

56) Patrick Specht, "The Dispute Settlement Systems of WTO and NAFTA-Analysis and Comparison", *Georgia Journal of International*

제통상법에 정통한 전·현직 법관들을 포함하는 패널리스트들의 명부를 비치하고 있다.⁵⁷⁾

상대국으로부터 중국적인 반덤핑 또는 상계관세 명령을 받은 당사자는 그 명령을 심사하기 위한 패널의 구성을 요청할 수 있다. 30일 이내에 각측은 명부로부터 (타방과 협의하여) 2인의 패널리스트를 지명하고 양측이 제5의 패널리스트에 합의한다. 事件摘要書を 교환하고, 구두심문을 개최한 후 패널은 소정의 기간내에 관련 정부 당국의 결정을 확인하거나 패널이 결정에 부합되는 조치를 취하도록 사건을 환송하는 의견서를 작성한다.⁵⁸⁾ 이러한 과정은 반덤핑관세 또는 상계관세 결정에 대한 관계국의 사법심사에 같음하게 된다. 패널의 결정은 당사자의 국내법원에 항소할 수 없으며 패널이 명백히 자신의 권한, 또는 관할권을 벗어난 경우의 특별기피 신청(extraordinary challenge) 절차를 제외하고는 중국적이다.⁵⁹⁾

이러한 패널은 어떠한 법을 적용하여야 하는가? NAFTA협정은 결정이 패널의 심사대상이 되어 있는 국가의 항소법원에 준하는 지위를 명백하게 패널에 부여하고 그러한 항소법원이 사건을 심사하였다면 적용하였을 행정행위심사기준을 포함하고 있다.⁶⁰⁾ 그러나 국내법의 해석이 항상 명확한 것은 아니어서 패널로 하여금 효과면에서 마치 국내법을 제정하는 듯한 위치에 서게 할 가능성도 없지 않다. 비록 당해 사건에 한해서이지만 관계국의 당국을 법적으로 구속하는 패널의 결정의 범위가 어느 정도까지 관계국 당국이 장래에 다른 사건들에 대하여 적용하여야 할 선례가 되는가라는 또는 관계국의 항소법원이 NAFTA협정 비당사국의 분쟁당사자와 관련된 사건에서도 적용하여야 하는가라는 또 다른 문제가 제기되는 것도 바로 이러한 이유 때문이다.

and Comparative Law, Vol.27(1998), p.57, 97.; Todd Weiler, "Cureall Deference and NAFTA Chapter 19 Panels: Is What is Good for the Goose, Good for the Gander?", *Journal of International Legal Studies*, Vol.1(1995), p.83, 84.

57) Harry First, *op.cit.*, p119.

58) 제1904.8조.

59) 제1904.13조 (a) (iii).

60) 제1904조(2), (3), Annex 1911.

그 밖에도 특정한 사건에 대한 패널의 결정이 동일한 사건을 다루는 장래의 패널에 대해서도 선례가 되는지의 여부도 문제가 될 수 있다. NAFTA 협정은 이러한 문제들에 대해 침묵을 지키고 있다.⁶¹⁾

NAFTA협정의 패널이 내린 한 결정을 보면 이상에서 설명한 문제점들에 대해 어느 정도 파악할 수 있을 것이다. 문제의 결정은 미국의 철강생산업자들이 어떤 부식방지철강판 제품을 캐나다에 덤핑하였다고 판단한 캐나다 정부에 대하여 제기한 이의신청에 관한 것이다.⁶²⁾

패널에서 제기된 여러 가지 쟁점에 된 것은 캐나다 당국이 문제의 철강제품의 생산비용의 일부로 포함시킨 두 가지 항목에 관한 것이었다. 그중 한 항목은 미국 철강회사가 이전에는 그 자회사였으나 이미 5년 전에 매각하였던 석탄운송철도회사와 관련된 독점금지사건을 해결하기 위하여 지불하였던 금액이었으며 두 번째 항목은 미국의 Coal Industry Retiree Health Benefit Act하에서의 퇴직철강노동자의 의료혜택에 관한 추정지불부담액에 대하여 LTV로 인하여 발생한 이자였다. 이 두 가지 금액을 철강생산비용에 포함시킴으로써 철강의 생산원가가 높게 계산되었고 결국은 문제의 회사들이 그 철강을 정상가액(normal value) 이하로 판매함으로써 덤핑행위를 하였다는 평결이 내려졌던 것이다.⁶³⁾

캐나다 항소법원의 입장에 서서 패널은 캐나다의 관련법률과 그에 따라 제정된 행정규칙들을 조사하였는데 이것들은 비용 개념을 가장 일반적인 의미로만 정의하고 있을 뿐이었으며, 문제의 사건에 대해 심사함에 있어서 동 패널이 참고할 수 있는 종전의 캐나다 법은 그 밖에는 거

61) Homer Moyer, "Chapter 19 of the NAFTA: Binational Panels as the Trade Court of Last Resort", *International Lawyer*, Vol.27(1993), pp.707-721.(관계국 정부의 무역관련기관들은 양국간 패널의 결정이 구속력이 있지는 여부에 대하여 논쟁을 벌렸다고 한다. 미국-캐나다 자유무역협정의 시행법률의 행정조치에 관한 해설은 패널의 결정이 국내법원에서 구속력이 없다고 규정하고 있다. 또한 NAFTA는 패널의 결정이 후속 패널에 의하여 어느 정도까지 인용될 수 있을 것인가에 대해 침묵을 지키고 있다).

62) In Matter of Certain Corrosion Resistant Steel Products Originating in or Exported from the United States of American, Panel No.CDA-94-1904-03. 사건 환송이후 결정등에 대하여는 <<http://www.nafta-sec-alena.org/english/index.htm>>.

63) Harry First, op. cit., 121.

의 없다는 판단을 하였다. 동 패널이 확인한 것은 어떠한 때에 덤핑제품의 생산과 직접적으로 관련이 없는 비용이 덤핑여부를 판단하기 위한 목적에서 비용에 포함되어야 하는가라는 문제와 결정된 이전의 패널의 결정이 3가지가 있다는 사실이었다.

당사자들은 처음에는 종전이 패널의 결정들은 현재의 패널의 결정에 선례가 되지 아니한다는 점에 대하여 논쟁을 벌였고 그 다음은 설령 그러한 결정들이 선례가 된다고 할지라도 현재의 사건에 대해 패널이 그러한 선례를 적용할 수 있을 것인가를 놓고 다투었다. 한편 패널로서도 패널의 일관성있는 결정의 중요성을 결코 무시할 수는 없었을 것이다.

패널리스트들은 종전의 패널들이 유사한 법적 쟁점을 어떻게 다루었는가를 검토하였는 바, 종전의 패널의 결정에 대해 고려할 필요성이 특히 이 사건에서는 불가피하다는 판단을 할 수밖에 없었다. 즉 종전의 결정 중의 하나가 철강노동 퇴직자의 의료혜택부담액을 철상생산비용에 포함시킬 것인가의 문제와 관련되어 있었다. 그 결정에서 종전의 패널은 부정적인 판단을 하였다. 그러나, 그 사건에서는 캐나다정부는 회사에 지불 의무가 있는 의료혜택부담액의 이자까지도 생산비에 포함시킬 수 있다고 판단하였다.⁶⁴⁾

패널은 결국 캐나다 정부의 상기와 같은 퇴직금과 관련된 결정에 반대하는 평결을 내리고 독점금지사건판결에서의 상기 금액의 생산비 포함에 관한 추가적인 설명을 위하여 사건을 환송하였다. 패널은 기판력에 대한 어떠한 규칙도 공식적으로 채택하지 아니하였지만 ‘비용’문제에 대한 캐나다 정부의 접근방법의 적절성 여부는 미국과 캐나다 자유무역협정의 체결에 뒤이은 양국간 패널들에 의하여 발전된 법률체계에 의하여 판단되는 것이라는 점을 지적하였다. 이와 같이 패널은 자신들의 결정의 일관성을 찾기 위한 노력으로 종전 결정의 종전의 사건에 대해 적용된 법리를 검토하였던 것이다.

양국간 패널 제도는 NAFTA국가에서의 통상법에 대한 조화 접근방법을 만들어내는데는 채택되지 못하였다. 양국간 패널제도가 의도하는 것

64) Ernst-Ulrich Petersmann, *op.cit.*, 122.

은 어느 국가의 당사자가 타국의 관할권에 복하고 있는 상황에서 정당하게 대우를 받도록 보장하는 것이다. 그럼에도 불구하고 패널들이 자신의 결정을 종전의 패널의 결정에 합치되도록 하거나 또는 그것과 구별하고자 노력함에 따라 또한 관련 정부들이 그러한 패널의 결정에 따르기 시작함에 따라, 양국간 패널제도는 상당한 정도의 조화(harmonization)를 가져다 주었다. 실제로 이러한 패널에 의한 심사과정은 패널로 하여금 특정한 분야의 법(예컨대, 위에서 예를 든 덤핑방지법 등)의 전반적인 목적에 관하여 고려하기 시작하고 자신이 결정의 그러한 목적과 일치되는가를 검토하기 시작할 수 있는 기회를 부여하고 있다.⁶⁵⁾

이러한 접근방법이 독점금지분야에서도 효과가 있을 것인가, 독점금지법과 덤핑방지법은 복합적인 성격도 있지만 사실 및 법률의 분쟁의 범위가 독점금지분야에서 훨씬 더 광범위하다. 더 나아가 GATT에서의 제도를 통하여 덤핑방지법의 조화가 이루어질 수 있다는 점을 감안해 본다면, 독점금지분야보다는 덤핑방지분야의 분쟁이 훨씬 적을 것이다. 또한 덤핑방지제도는 기본적으로 행정적인 제도인 반면에 독점금지제도는 행정 및 입법 집행메커니즘이 뒤섞인 복합체이다. 이 모든 것들이 독점금지분야보다는 덤핑방지분야에서 양국간 패널제도가 제 기능을 쉽게 발휘할 수 있도록 하는 것이다.⁶⁶⁾

그러나 양국간 패널제도는 관계국에게 어느 정도의 편안함을 제공하여 주고 이를 통해 국제적인 규칙의 발전이 얻어질 수 있도록 한다고 할 수 있다. 이러한 패널들이 설득력 있는 견해를 제시할 수만 있다면, 양국간의 해당 분야의 규칙형성에 영향을 주게 될 것이며 그러한 과정을 통해 경쟁에 관한 국제적인 공통법이 형성될 수 있을 것이다.

65) Tod Weiler, *op.cit.*, p.118(Tod Weiler는 패널의 결정들이 축적되어 관계 기관의 결정을 위한 심사기준에 관한 미국과 캐나다간의 입장이 수렴될 수 있도록 할 것이라고 지적하고 있다).

66) Harry First, *op.cit.*, p.123.

3. 쌍무적 협력협정을 통한 독점금지사건에 대한 협력

(1) 최근의 동향

미국독점금지당국은 20년 이상 국제협력을 위한 공식적인 메커니즘 형성을 위해 노력하여 왔다. 그 첫 번째 쌍무적 독점금지협정은 독일연방공화국과 1976년 체결되었다. 그후 오스트레일리아(1982년 체결, 1999년 새로운 협정), 캐나다(1984년 체결, 1995년 새로운 협정으로 대체), European Commission(1991년 체결, 1998년 새로운 협정으로 보완), 1999년에는 1991년과 1998년 미국-EU간의 협정에서의 적극적 예방원칙의 발전과 더불어 미국은 캐나다,⁶⁷⁾ 이스라엘,⁶⁸⁾ 브라질⁶⁹⁾ 그리고 일본⁷⁰⁾과 각각 적극적 예방 규정을 포함한 협정을 체결하였다.

이들 협정에서의 적극적 예방규정은 1991년 미국-EC 협정에서 합의된 규정이 거의 그대로 반영되어 있으며 집행활동의 통지, 집행협력과 조정, 적극적 예방, 충돌회피 등을 포함하고 있으며 이러한 내용 어느 것도 당사국의 현행법을 변경하거나 비밀정보의 교환을 요구하는 것은 아님을 공통으로 규정하고 있다. 각각의 협정마다 특징이 있는데, 이스라엘

67) Agreement Between the Government of the United States of American and the Government of Canada Regarding the Application of Their Competition and Deceptive Marketing Practices Laws(Aug.3, 1995).

68) Agreement Between the Government of the United States of American and the Government of the State of Israel Regarding the Application of Their Competition Laws(Mar. 15. 1999).

69) Agreement Between the Government of the United States of American and the Government of the Federative Republic of Brazil Regarding Cooperation Between Their Competition Authorities in the Enforcement of Their Competition Laws(Oct. 26. 1999).

70) Agreement Between the Government of the United States of American and the Government of the Japan Concerning on Anticompetitive Activities(Oct. 7. 1999). 미국의회에서는 일본과의 협정 체결을 놓고 26인의 상원의원들이 일본이 과거의 협정도 존중하지 아니하였음을 들어 일본과 협정을 체결하는 것이 부적절하다는 서한을 대통령에게 연대하여 송부하였다. 여기에서는 일본과의 적극적 예방협정이 효과적으로 시장집근장벽을 축소 또는 제거할 수 있을 것인가에 대해 크게 회의를 표명하고 있었다. Advisory Committee, *op.cit.*, pp.231-232.

과의 협정은 독점금지법을 도입하지 얼마 되지 아니한 국가와 체결한 최초의 것이며, 일본과의 협정은 미국과 일본간에 오랫동안 무역·경제면에서의 긴장관계가 있었다는 면에서 미국과 일본 독점금지당국간의 중대한 관계발전을 의미하는 것이다. 브라질과의 협정은 기술적 협력에 관한 규정을 최초로 포함하고 있고 또한 최초로 개발도상국과 체결한 것이다.⁷¹⁾

또한 1999년 미국이 오스트레일리아와 체결된 협정은 미국의 국제독점금지법(International Antitrust Enforcement Assistance Act:이하 “IAEAA”라 한다)에 의거한 최초의 협정이었다.⁷²⁾ 다만, 1999년까지도 미국-EC 협정이외의 이들 협정에 의거한 사건 처리는 없었지만, 적어도 그러한 협정의 체결만으로도 강력한 독점금지제도를 갖춘 국가들의 경쟁당국간에는 상당한 정도의 신뢰구축이 이루어졌다고 평가되고 있다.⁷³⁾

한편, EU는 1999년 6월 캐나다와 협정이외에도⁷⁴⁾ 불가리아, 체코공화국, 에스토니아, 헝가리, 라트비아, 리투아니아, 폴란드, 루마니아, 슬로바크(Slovak) 공화국 및 슬로베니아 등 중앙·동유럽국가 10개국과 각각 협정을 체결하였다. 그 밖에 독일-프랑스, 호주-대만간에도 협정이 체결되었다. 최근에 체결된 쌍무적 협정들에서는 적극적 예양에 관한 규정들을 두고 있다는 점에 가장 두드러진 특징이라 할 수 있다.

통상적으로 쌍무적 협정에서는 협력에 대한 상호이익의 인정, 타방 당사자에 중대한 영향을 미치는 특정한 독점금지법 집행에 대한 통지, 집행활동 수행과정에서의 타방당사자의 중대한 이익에 대한 신중한 고려, 담당공무원들간의 정례 회의를 통해 (법령상 보호대상이 되는 것을 제외

71) Advisory Committee, *op.cit.*, Annex 1-C, vii.

72) 이러한 협정들은 미국법상 소위 행정협정(Executive Agreement)이며 따라서 공식적이고 법적 구속력을 가지지만 미국상원에 의하여 treaty로서 동의를 얻어야 하는 것은 아니다. Advisory Committee, Annex 1-C(Experience with International Enforcement Cooperation), iv - v.

73) Advisory Committee, *op.cit.*, p.231.

74) Agreement Between the European Communities and the Government of Canada Regarding the Application of Their Competition Laws(Mar. 15. 1999).

하고) 정보의 교환, 독점금지당국이 조치를 취할 것인가 또는 전통적 예양 또는 적극적 예양 규정을 적용하여 자제를 할 것인가를 결정하게 될 상황이 있을 수 있다는 점에 대한 동의 등에 관한 규정들을 포함하고 있다.⁷⁵⁾

(2) 미국의 협정

1) 제1세대 쌍무적 협정

앞서 언급한 1976년의 독일과의 협정, 및 1982년 오스트레일리아와의 협정 및 1984년의 캐나다와의 협정 등 독점금지에 관한 제1세대 협정들은 한편으로는 집행협력 또 다른 한편으로는 분쟁의 회피 또는 처리라는 두가지 기능을 수행한다. 이들 협정에서 이 두 가지 중 어느 것에 어느 정도의 중점을 두고 있는가는 협정의 쌍방 당사자의 관심사항 및 협정의 체결 배경에 따라 각기 다르다.⁷⁶⁾ 예컨대, 독일연방공화국과의 협정은 최초로 체결된 것인 관계로 가장 간단한 내용만을 가지고 있으며 제2차 세계대전후 독일의 강력한 독점금지법 전통을 반영하여 법집행 협력에 주로 초점이 맞추어져 있다.⁷⁷⁾

이와는 대조적으로 1982년 오스트리아, 1984년 캐나다와의 협정은 양국간의 마찰의 회피에 더 초점이 맞추어져 있는데, 1970년대말과 1980년대초 미국법원에서의 우라늄 독점금지소송에 관한 미국과 이들 국가간의 의견차이가 있었음을 반영한 것이다. 1980년대 초에도 미국과 오스트레일리아는 미국-오스트레일리아/뉴질랜드 무역에서의 해상운송에 관한 미국의 독점금지조사로 인해 커다란 분쟁이 있었다.⁷⁸⁾

75) 제1세대 협정에 해당하는 미국이 독일연방공화국 및 오스트레일리아와 각각 체결한 협정에는 이러한 규정들이 포함되어 있지 않았다. Advisory Committee, *op.cit.*, Annex 1-C.

76) WTO, Communication from the United States, Approaches to Promoting Cooperation and Communication among Members including in the Field of Technical Cooperation, WT/WGTCP/W/116(April 15, 1999).

77) Advisory Committee, *op.cit.*, Annex 1-C, v.

78) *Ibid.*

이러한 협정들을 체결함에 있어서 미국은 미국의 상업(commerce)에 영향을 미치는 유해한 반경쟁적 행위에 대해 자국의 독점금지법을 적용할 수 있는 권능을 보존하는데 관심이 있었다. 상대방 국가는 자국의 이익(interests)이 영향을 받는 경우 사전통지를 받고 협의를 위한 기회를 제공받고 더 나아가 미국이 취할 가능성이 있는 집행조치에서 자국의 이익이 고려되도록 보장받는데 관심을 가졌다. 초기의 협정들과 달리 이러한 요소들은 이제 더 이상 쌍무적 협정의 교섭과정에서 중심적인 관심사가 되지 않고 있다.

2) 미국과 EC간의 협정

① 1991년 협정

적극적 예양은 1991년 미국-EC간의 협정이 교섭되기 전에는 국제협정의 공식적인 구성요소가 되지 못하였다. 이 협정에 적극적 예양의 원칙을 포함시킨 것은 중요한 출발점이며, 종전의 국제협정으로부터 한 걸음 진전한 것으로 평가되고 있다. 이 협정에서 적극적 예양이라는 용어가 명시적으로 사용되거나 정의되지 아니하였지만, 동 협정의 입안자들의 설명은 그 개념에 대한 폭넓은 인정과 논의를 불러일으켰다.⁷⁹⁾

어느 당사자의 관할영역내에서 발생하는 반경쟁적 관행이 다른 당사자의 관할영역의 이익에 부정적인 영향을 미칠 수 있다 점에 대한 인정을 토대로 하여, 동 협정 제 5조는 반경쟁적 관행에 의하여 영향을 받는 어느 당사자가 그러한 관행이 발생한 당사자에 대하여 통지하여 적절한 집행조치를 취하여주도록 요청할 수 있도록 하였다.⁸⁰⁾ 그러한 요청은 문제의 관행이 그 발생한 당사자의 관할영역에서 독점금지법을 위반하였고, 그 영역 당사자가 조사를 개시하고 그후 그러한 위반에 대해 집행조치를 취할 수 있는 완전한 재량권을 갖는다는 점을 전제로 할 때 행하여지는 것이다.⁸¹⁾

79) *Ibid.*, p.229.

80) 1991년 Agreement 제5조 제2항.

81) 1991년 Agreement 제5조 제3항 및 제4항.

협정의 어떠한 조항도 영향을 받는 당사자가 영역 당사자의 조치의 유무에 관계없이 자체적으로 조사하고 그에 따른 집행조치를 취하는 것을 배제하고 있지 않다.⁸²⁾ 뿐만 아니라 제5조는 영역 당사자로 하여금 영향을 받는 당사자에게 분쟁의 대상이 된 관행을 조사할 계획이 있는지의 여부에 대해 통보하고 그러한 조사가 행하여진 경우에는 그 조사결과를 통보하도록 요구하고 있다.⁸³⁾

② 1998년 적극적 예양에 관한 협정

1998년 6월 4일 미국과 European Commission은 1991년 협정에 개략적으로 포함된 적극적 예양에 관한 조항을 보완하는 독점금지협력협정(Agreement Between The Government of the United States of American and the European Communities on the Application of Positive Comity Principles in the Enforcement of Their Competition Law: 이하 “1998년 협정”이라 한다)에 서명하였다. 1998년 협정이 미국과 EC의 적극적 예양을 통한 협력노력에 대한 약속을 재확인한 점은 중요한 의미를 갖는다. 더 나아가 1998년 협정은 동 협정에 규정된 조건에 따른 사건 회부절차를 명확히 하기 위한 조치들을 포함하고 있다.

첫째, 영역당사자가 조사를 진행하고 있는 때에 영토외적 적용이 연기(deferral)되는 것이 적절한 사례들을 열거하고 있다(제4조). 예컨대, 반경쟁관행이 충분히 그리고 적절하게(fully and adequately) 영역당사자에 의해 조사되고 그에 따라 구제될 수 있을 때에는 영토외적 적용이 연기되어야 한다(제4조(2)(b)). 조사의 지연 및 장기간지속을 회피하기 위하여 1998년 협정은 조사는 일반적으로 6개월 이내에 종료되도록 권고하고 있다(제4조(2)(c)(v)).⁸⁴⁾ 그 밖에 1998년 협정은 영역당사자

82) 1991년 Agreement 제5조 제4항.

83) 1991년 Agreement 제5조 제3항.

84) 이와 같이 시한 설정에 관한 규정을 두고 있지만, 미국정부의 관리들은 6개월의 시한이 독점금지조사사건에서 특히, 시장접근과 같은 국제적인 요소를 갖춘 사건에서 실현가능한지에 대해 회의적인 견해를 표명하여 왔다. William J. Baer, U.S. Federal Trade Commission, “International Antitrust Policy”, in B. Hawk (ed.), *Interantional Antitrust Policy: Annaul Proceedings of the Fordham*

가 조사과정에서 취하여야 할 조치의 적절한 과정에 대해 개략적으로 규정하고 있다.⁸⁵⁾

영향을 받는 당사자가 이러한 조건들이 충족되었음에도 불구하고 자신의 조사를 연기하지 아니하기로 한 경우, 그러한 별도의 조사를 수행하여야 할 이유를 통보하여야 한다. 1991년에서 지적인 바와 같이 영향을 받는 당사자와 영역당사자 모두 문제의 관행에 대하여 독자적인 조치를 취할 수 있는 권리를 보유하고 있다. 1998년 협정은 국제예양의 적용과 관련하여 조사 시한의 설정 및 각종 통보 제도등을 규정함으로써 1991년 협정을 상당히 보완 개선시켰다고 평가되고 있다.⁸⁶⁾ 이에 대해 당시 EU 집행위원회 위원 Karl Van Miert는 “신뢰구축을 통한 협력강화로 향하는 중대한 행보”라고 평가하였다.⁸⁷⁾

3) 새로운 유형의 쌍무적 협력협정

① 의 의

1999년 미국은 오스트레일리아와 국제독점금지법협조법(Interantional Antitrust Enforcement Assistance Act: 이하 “IAEAA”라 한다)에 의거한 협정체결을 체결하였다. 미국의 입장에서 이러한 협정 체결이 가능했던 이유는 오스트레일리아 법제도상의 두 가지 특징 때문이었다. 오스트레일리아는 미국회사로부터 얻어진 비공개정보를 보호하는 강력한 비밀유지법률체도를 가지고 있으며 그러한 법률이 상기의 정보를 독점금지문

Corporate Law Institute, (New York: Juris Publishing Inc. 1999), p.245, 255.

85) 조사를 요청받은 경쟁당국은 1) 그 조사에 충분한 (인적·물적) 자원(resources)을 투입하여야 한다, 2) 합리적으로 이용가능한 모든 정보源을 찾아내야 한다. 3) 조사의 상황 및 조사과정에서 입수된 관련 문서에 관하여 『영향을 받는 당사자』에게 정기적으로 최신화(update)하여 통보하여야 한다. 4) 『영향을 받는 당사자』의 견해를 전 조사과정에서 고려하여야 한다. 1998년 협정 제4(2)(c).

86) Advisory Committee, *op.cit.*, p.230.

87) EC Commission, “International Cooperation in the Field of Competition: A View from the EC”, in B. Hawk (ed.), *International Antitrust Policy: 1997 Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, (New York: Juris Publishing Inc. 1998), p.13, 24.

제와 관련하여 교환할 수 있도록 하는 협정의 체결을 허용하고 있다.⁸⁸⁾

무엇보다도 미국의 독점금지당국이 비밀정보의 접근과 기타의 방법에 의한 교환에 관한 협조 요청에 대한 법령상의 제한을 제거하기 위하여 1994년 의회는 IAEAA를 의결하였다. 특히, IAEAA는 미국의 독점금지당국이 민형사상의 조사과정에서 후술하는 일정한 조건에 따라 비밀정보를 교환할 수 있음을 규정하고 있다. IAEAA체정과정에서의 개최된 청문회에서 기업계와 법률가집단이 제기한 기업정보와 특권적(privileged) 정보의 보호에 관한 우려를 반영하여 동법은 정보공유에 관한 조항이 Hart-Scott-Rodino 합병전 통지과정에서 얻어진 비밀정보에 대해서는 적용되지 아니함을 명시하고 있다.⁸⁹⁾

② 협정체결의 전제조건

IAEAA에 의거한 협정을 체결하기 위한 전제조건은 잠재적인 파트너인 독점금지당국이 유사한 적격의 요청에 응하여 미국독점금지당국에 상호주의적 협조(reciprocal assistance)를 제공할 수 있는 권한을 가지고 있을 것이다. 이러한 조건은 당국이 이미 확보하고 있는 정보 및 어느 당국이 타방 당국으로부터의 그 입수를 위해 요청을 하는 정보에 대해서까지 미친다. 그러한 정보는 자발적 또는 강제적 수단 어느 것을 통해서도 얻어질 수 있어야 한다. IAEAA 협정에 의거한 협조는 그러한 요청과 관련된 반경쟁적 행위가 피요청국의 독점금지법 위반을 구성하는지의 여부와 관계없이 제공되어야 한다는 점은 대단히 중요한 의미를 갖는다.⁹⁰⁾

③ IAEAA의 관련규정

동 법은 국가들이 미국법상의 비밀정보와 특권적 정보와 동일한 범위의 자국법상의 비밀정보와 특권적 정보에 대해서는 보호를 하도록 요구하고 있다. 더 나아가 IAEAA 협정의 어떠한 규정도 어떠한 자로 하여금 법적으로 인정되는 권리 또는 특권에 반하여 독점금지관련 정보를 제

88) Advisory Committee, *op.cit.*, Annex 1-C, vii.

89) Section 5(1) of the IAEAA, 15 U.S.C. §§ 6204(1).

90) Advisory Committee, *op.cit.*, Annex 1-C, viii.

공하도록 요구하는 것은 아니다. IEAA협정에 의거한 협정에 따라 입수된 증거의 사용에 대해서는 특별한 제한이 존재하는 바, 그러한 증거는 그러한 요청을 한 사유가 되는 조사의 목적만을 위하여 사용 또는 공개될 수 있다.

여기에는 두 가지 예외사유가 인정되는 데, 첫째, 정보가 중요한 범집행 목적의 달성에 필수적인 경우 둘째, 정보가 IAEAA협정에 의거하여 요청된 용도와 일치하는 - 집행절차 등- 사용을 통해 공개된 경우 등이다. 이러한 규정에 의한 협조는 (법률공조에 관한 쌍무적 조약(MLAT)에 의거한) 형사사건 및 민사사건에서 미국정부기관이 이용할 수 있는 협조의 유형과 - 독점금지 특유의 환경만 놓고 본다면 - 유사하다.⁹¹⁾

④ IAEAA협정상 비밀정보 또는 특권적 정보에 관한 보호장치

미국의 협조는 미국 법무부 또는 미국 연방거래위원회가 개개의 사건에 대해 부여하는 승인이 있어야 행하여진다. 이를 위해서는 요청국이 즉 i)요청에 따라 인계받은 증거의 사용, 공개 또는 사용이나 공개의 허용에 관한 IAEAA상의 보장, 조건을 충족시킬 것, ii)상호주의적인 협조가 가능하도록 할 것, iii)당해 IAEAA협정에서 정한 비밀유지 요구를 준수할 수 있고 또한 준수할 것, 또한 iv)공조요청의 상황을 고려하여 신청의 수락이 미국의 공익에 일치한다는 결정이 있어야 한다(제3, 8(a)조)

4) 형사사건에서의 이용을 위한 법률공조조약: 집행협력 가능한 기타 수단

범집행상의 협력에 필요한 또 하나의 기본적인 수단은 조사상의 협조이다, OECD 권고에 의하면 조사상의 협조(investigatory assistance)라 함은 타국의 범집행 절차에 대한 협력을 의미하는 것으로 요청국을 위한 정보수집활동, 요청국과의 정보 공유, 관련 사실 및 법률이론에 대한 의견교환 등을 포함하는데 이러한 조사상의 협조를 위해서는 Mutual Legal Assistance(MLAT)와 같은 명시적인 협정이 필요하다. 적극적 예방과 조사상의 협조의 차이는 전자가 피요청국의 범집행 절차와 관련

91) *Ibid.*,

된 것이라면 후자는 요청국의 법집행절차에 관한 것이다.

따라서 조사상의 협조는 요청국의 법을 영토외적으로 적용하는데 매우 효과적으로 이용될 수 있다. 반경쟁행위를 범죄행위(criminal act)로 간주하는 미국과 캐나다는 1988년 MLAT 협정을 체결하여 수 차례 공동조사를 한 적이 있다. 미국은 현재 20개국과 MLAT협정을 체결하였으며 1994년의 International Antitrust Assistance Act(IAAA)에 의하여 미국의 법무부와 공정거래위원회는 외국과 경쟁법에 특화된 MLAT를 체결할 수 있는 권한을 갖게 되었다.

형사적 독점금지사건에서 미국 독점금지당국은 미국이 70년대 중반이후 체결해온 형사사건에서의 쌍무적 법률공조조약(MLATs) 네트워크를 통한 집행협력을 위하여 독점금지사건에만 국한되지 아니하는(non anti-trust-specific) 미국의 채널을 이용할 수도 있다. 독점금지사건에 국한되는 협력협정과 대조적으로, MLATs의 당사자들은 타방 당사국의 법률집행을 위한 조사를 돕기 위해 자국의 소재하는 증거를 제공함으로써 여러 가지 형사사건 - 항상 그러한 것은 아니지만 많은 경우, 가격협정(price-fixing)과 같은 독점금지 범죄(crime)를 포함한다 - 에서 서로 협력할 의무를 진다.⁹²⁾

MALT는 IAEAA의 비밀사건의 협력과 교환을 촉진하는데 이용할 수 있는 몇 가지 법률수단중의 하나이다. 적극적 예방 개념 및 MLAT는 경쟁법 집행에 관한 국가간 협력에 적용되는 중요한 일반원칙으로 발전될 것으로 예상된다.

(3) EU의 협정

- 1) 1991년과 1998년 미국과의 협정, 1999년 출석에 관한 행정약정(AAA:Administrative Arrangement for Attendance) 및 / 캐나다와의 협정하의 협력

EU-미국 협정 및 EU-캐나다 협정은 당사국의 경쟁규칙의 집행과 관련하여 EU와 이들 두 북미 무역대상국들간의 협력강화를 촉진하기 위한

92) *Ibid.*, Annex 1-C, ix.

목적은 가진다. 이들 EU와 북미 두 국가의 경쟁당국이 검토하고 있는 사건의 수가 날이 갈수록 증가하고 있으며 한편으로는 상충되는 결정의 회피의 중요성 또 다른 한편으로는 양 당사자들에게 상호 이익이 되는 범위내에서의 경쟁법집행 활동의 조정의 중요성에 대하여 상호공통된 인식을 갖게 되었기 때문이다.⁹³⁾

실체적인 문제에 대해서는 상기의 협정들은 어느 일방의 경쟁당국이 조사중인 상대방의 중대한 이익에 영향을 미칠 수 있는 사건에 대한 상호주의적인 통지, 쌍방 경쟁당국간의 경쟁법 집행활동의 조정 및 상대방 당국에 대한 협조의 가능성, 일방 당사자가 타방 당사자에 대해 집행조치를 요청할 수 있는 가능성(적극적 예양) 및 일방 당사자가 그 집행활동과정에서 타방당사자의 중요한 이익을 고려하는 것의 가능성(전통적인 예양), 정보에 관한 상대방의 비밀유지의무에 영향을 미치지 아니하는 범위내에서의 당사자간의 정보제공 등에 관하여 규정하고 있다.

EU와 미국간에 AAA는 상호주의에 입각하여 타방당사자의 중요한 이익에 영향을 미치는 개별적인 사건에 관한 어느 일방 당사자가의 구두심리에 출석하는 것을 허용하고 있다. 1999년 6월 17일 체결된 EU와 캐나다간의 경쟁협력협정은 이른바 북대서양 독점금지협력의 삼각시대(triangle)를 완성하는 것이었다.⁹⁴⁾ EU가 미국과의 협정들의 시행에서 얻은 경험은 그러한 협력이 서로 배치되는 또는 불일치하는 평결의 위험을 실질적으로 축소시켜줌으로써 크게 효과적인 것이 될 수 있다는 점을 보여주고 있다.

이러한 EU와 미국간의 협정들은 EU 집행위원회와 미국 독점당국(법무부와 FTC)의 관계를 더욱 긴밀히 하게 만들었으며 상대방의 경쟁정책에 대한 이행을 크게 증진시켰다. 지금까지의 협력은 EU 집행위원회와 미국 경쟁당국간의 신뢰를 구축하는데 크게 도움이 되었으며 시장의 분석

93) Jean-François Pons, "International Co-operation in Competition Matters-Where Are We Four Years After the Van Miert Report", in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments on the WTO Report(1998) on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd., 1999), p.197.

94) *Ibid.*, p.198.

에 대한 또한 적절한 구제수단에 관한 접근방법을 더욱 수렴시켜왔다.⁹⁵⁾ Worldcom/MCI합병, Guinness-Grad Met, Dresser/Halliburton 합병에 대한 병행적인 조사(parallel investigation)는 이러한 협력강화의 좋은 실례가 될 것이다. 시장에 대한 정의, 경쟁문제 및 구제수단에 대한 입장의 교환도 대단히 좋은 성과를 거두었다.⁹⁶⁾

경쟁당국간의 긴밀하고 효율적인 협력과 사건 조정도 역시 관련 회사들의 이익에 도움이 된다. 왜냐하면 그러한 협력과 조정은 첫째, 상충되는 결정과 양립불가능한/일관성없는 구제수단을 방지하는데 도움이 되며, 둘째, 당국간의 비밀정보의 교환에 관한 형식과 범위를 설정함으로써 절차를 신속한 진행을 촉진하고 “비밀유지의무의 면제”(waivers of confidentiality)를 통해 정보의 이용과 공개를 통제할 수 있기 때문이다.

1998년 EU는 EU의 이익에 영향을 미치는 52건(그중 43건은 합병관련사건)을 미국 경쟁당국에 통보하였으며, 미국은 미국의 이익에 영향을 미치는 46건(그중 39건이 합병관련사건)을 EU 집행위원회에 통지하였다. 결론적으로 이러한 쌍무적 협력은 지난 수년동안 대서양을 건너 이루어진 초대형합병(mega-mergers)의 흐름에 반응하는 가장 좋은 방법이다.⁹⁷⁾

2) EU의 중앙·동유럽국가와의 협정

EU가 불가리아, 체코공화국, 에스토니아, 헝가리, 라트비아, 리투아니아, 폴란드, 루마니아, 슬로박 공화국 및 슬로베니아의 10개국과 체결한 협정들(이하 “EU-중앙·동유럽국가 제협정”이라 한다)은 실제적인 경쟁규칙을 포함하고 있으며, EU와 상대국간의 무역에 영향을 미치는 경우에 적용된다. 이러한 협정들은 적절한 경쟁입법의 채택뿐만 아니라 경쟁법집행 및 국가 지원의 감시업무를 수행하는 당국의 설치를 필요로 한다. EU-중앙·동유럽국가 제협정의 또 다른 핵심적인 부분은 상대국으로 경쟁분야입법을 EU의 경쟁분야입법에 접근시켜야 한다고 요구하고 있다는 사실이다.⁹⁸⁾

95) 그 예외로서는 Boeing-McDonnell Douglas사건이 있다.

96) Jean-François Pons, *op.cit.*, p.198.

97) *Ibid.*, p.199.

98) *Ibid.*

이 사실은 그러한 의무의 이행이 EU 집행위원회와 중앙·동유럽국가들의 경쟁당국간의 협력에 필수적이라는 의미를 포함하고 있다. EU-중앙·동유럽국가 제협정 자체 및 특히 그 시행을 위해 채택된 - 조만간 채택될 것도 마찬가지임- 별도의 규칙은 각각의 경쟁당국간의 광범위한 협력에 관하여 규정하고 있다. 이러한 협력은 개개의 사건에 대한 상호간의 통보, 정보의 교환 및 협의를 위한 절차들을 포함하고 있다.

이러한 협력관련 규정은 중앙·동유럽국가들이 EU가입전의 중요한 기간동안 그들의 의무를 이행하는데 도움을 줄 뿐만 아니라 대부분의 경우에 무역관련경쟁문제에 관한 잠재적인 의견불일치를 예방하고 해소함으로써 충돌을 회피하는 결과를 가져다 줄 것이다.⁹⁹⁾ EU 집행위원회와 EU 회원국들도 EU-중앙·동유럽국가들이 그러한 협정상의 의무를 수행하는 것을 돕기 위해 기술적인 지원을 한다.

개발의 촉진, 경쟁(독점금지)법의 설치는 중·동유럽국가들에서 비교적 신속하게 또한 별다른 논쟁없이 이루어져왔다. 이들 국가 대부분은 또한 EC 조약 제81조와 제82조 및 공동체 합병규칙과 유사한 기본적인 경쟁법을 채택하였으며 대부분의 경우 필요한 집행권에 관한 규정을 두고 있다. 또한 대부분이 경쟁분야에서의 그들의 입법틀을 완성하고 가다듬은 과정에 있다.

(4) 적극적 예방

1) OECD의 권고

적극적 예방의 개념은 OECD회원국간 협력에 대한 권고의 발전과정을 통해 형성되었다. OECD는 1973년 [국제무역에 영향을 미치는 사업관행 규제를 위한 회원국간 협력에 대한 OECD권고](Recommendations Concerning a Consultation and Conciliation Procedure on Restrictive Business Practices Affecting International Trade)를 채택함으로써 경쟁과 무역문제에 관한 그 권고안에 적극적 예방원칙을 최초로 반영하였다. 그후 OECD는 적극적 예방에 관한 그 권고내용을

99) *Ibid.*

가다듬고 수정하여 그 개념을 1995년의 Recommendation에 반영하였다.¹⁰⁰⁾

이 권고에 의하면 적극적 예양은 법집행상 협력의 한 형태로서 다음 두 가지 사항을 의미한다. 1)자국내의 행위로 인하여 타국의 이해관계에 실질적인 악영향이 발생한 경우 피해국이 해당국에 대해 법집행 활동을 개시 또는 확대하여주도록 요청하고 피요청국이 이에 자발적으로 협력하는 원칙이다. 각 회원국은 당해 행위에 대해 제재를 가하기 위한 자국의 법집행 절차를 개시 또는 확대하는데 있어서 타국의 입장에 대한 충분하고 동정적인 고려를 하여야 한다. 2)당해 행위에 대해 자발적으로 또한 자국의 정당한 이해관계를 고려하여 적절한 제재조치를 취하여야 한다. 그러나 이것이 반드시 호의적인 결과를 의미하는 것은 아니다.

이와 같이 OECD 회원국이 다른 회원국내에서 발생한 반경쟁적 활동이 자국의 이익에 영향을 미친다고 판단하는 때에는 그 다른 회원국과의 협의를 요청할 수 있다는 것을 제안하고 있다. 영역당사자 자국영역내에 소재하는 기업이 요청국의 이익에 유해한 반경쟁적 관행에 관련되어 있다는데 동의한 경우, 그 기업이 구제조치를 취하도록 시도하거나 자신이 적절하다고 판단하는 - 반경쟁관행에 관한 자국의 법령에 의거한 조치 또는 행정적 조치를 포함하는 - 구제조치를 자발적으로 또한 자국의 이익을 고려하여 취하여야 한다.¹⁰¹⁾

만약 영향을 받는 국가가 영역 당사국이 그 문제를 만족스럽게 처리하지 아니하였다고 판단하는 경우, 그 OECD Recommendation은 경쟁법·정책위원회(the Competition Law and Policy Committee)가 양 회원국간의 조정(conciliation)이 있는 경우의 매개(medium)로 행동하는 자발적 중개(mediation) 메커니즘을 이용할 수 있도록 하고 있다.¹⁰²⁾ 그러나 지금까지 이러한 중개 규정은 어떠한 OECD 회원국에

100) OECD, Recommendation Concerning a Consultation and Conciliation Procedure on Restrictive Business Practices Affecting International Trade[C(73)99(Final)].

101) OECD, Revised Recommendation of the Council Concerning Co-operation Between Member Countries on Anticompetitive Practices Affecting International Trade[C(95)130(Final)], B.5(c).

102) *Ibid.*, B.8.

의해서도 구체화된 적이 없다.

OECD는 이러한 면에서 많은 기여를 하여왔다. 국제예양에 관한 규정들을 무역과 경쟁에 관한 권고안에 포함시켰을 뿐만 아니라, 최근에는 적극적 예양원칙에 대한 지지를 표명하고 “the positive comity has significant potential benefits in a limited number of situations [and] small benefits in a wider range of case”라고 결론을 내리고 있다. 다시 말해서, 어떠한 반경쟁행위가 관련 상황이 적을수록(예컨대, 관련 국가가 적을수록) 그 효용성을 높아지고 또한 사건의 범위가 넓어질수록(예컨대, 관련국가가 많아질수록) 그 효용성을 줄어든게 된다는 것이다. OECD의 이러한 입장은 국가들로 하여금 국제예양에 관한 쌍무적 협정을 체결하여 외국시장접근을 봉쇄하는 사적인 경쟁제한행위의 해소를 협력을 강화할 것을 시사하고 있는 것이다.¹⁰³⁾

적극적 예양에 의한 법집행상의 협력요청 전제조건은 문제가 된 행위가 요청국의 이해관계에 실질적인 영향을 미치고 피요청국의 법률에 위반된다는 ‘신뢰’(즉, 구체적인 법적 검토 없이)만으로 충분하다. 또한 요청국의 법률에 위반되는지 여부 및 요청국의 관할권 행사가 가능하지 여부와 무관하게 가능하다. 그러나, OECD권고는 법적 의무를 부과하는 구속력을 갖는 것은 아니다. 또한 회원국간 구속력 있는 양자가 협력협정이 체결되어 있는 경우에도 일국의 법집행에 관한 결정권 행사를 제약하는 것은 아니며 피요청국은 당연히 요청국의 요청을 거절할 수 있다. 이러한 자발적인 성격 때문에 법집행을 강요할 수단은 없다.

2) 적극적 예양의 개념

양자협정은 특히 적극적 예양(positive comity)이 도입되기에 가장 용이한 협력형태이다. 원래 국제법상 예양은 다른 나라의 법이나 법원을 존중해주는 소극적 의미에서 자국 법집행의 자제(self-restraint)의 의미로만 사용되었다. 그러한 현재의 적극적 예양은 상대국에서 발생한 행

103) OECD Report on Positive Comity, p.16.

위로 영향을 받는 국가가 상대국에 대하여 그 국가의 법집행을 적극적으로 요청하는 것을 의미한다. 적극적 예양의 원칙은 각 당사국이 요청국(상대방국가)의 중대한 이익에 불리한 영향을 미치는 피요청국(자국) 관할권내에서 행하여진 반경쟁적 행위에 대해 적절한 독점금지집행조치에 관한 요청에 대해 진지한 고려를 한다는 데 동의한다는 개념에서 출발한다.¹⁰⁴⁾ 적극적 예양의 개념은 전통적인 예양의 개념과는 다르다. 이상의 모든 협정들이 규정하고 있듯이 그러한 협력은 자발적(voluntary)이고 재량적(discretionary)이다.¹⁰⁵⁾

경쟁당국간의 협력은 지금까지 그래왔듯이 앞으로도 국제무역에 영향을 미치는 반경쟁적 제한행위들을 다루는데 가장 지속가능한 대안중의 하나일 것이다. 경쟁에 영향을 주는 국경밖에서 발생하는 반경쟁적 관행들이 더욱 만연되어갈 것이기 때문에 정부들은 쌍무적 협정을 통한 협력을 발전시키기 위한 작업을 추진하여왔다. 국제사회로부터 점차 지지와 승인을 얻고 있는 쌍무적인 협정에 포함된 하나의 메커니즘은 적극적 예양의 개념이다.¹⁰⁶⁾

적극적 예양의 개념은 새로운 개념은 아니다. 1998년에야 미국은 EC와 확대된 적극적 예양(expanded positive comity)을 포함한 협정을 체결하였다. 여기에서는 적극적 예양에 회부할 수 있는 추정되는 상황을 명확히 하고 적극적 예양에 회부되었을 때 작동하게 되는 상대방에게의 회답(report-back)와 협의의 메커니즘에 대해 규정하고 있다. 지금까지 몇 가지 비공식적인 회부는 있었지만, 적극적 예양에의 공식적 회부는 단 한 차례밖에 없었다.

전통적인 예양(traditional comity)은 미국 독점금지법의 역외적용에서 오랜 역사를 가지고 있다. “예양”이라는 용어는 A 국가가 B 국가에

104) 예컨대, 1995년 Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations는 “조사를 하거나 소송을 제기하기 위하여 또는 일정한 경우에 특정한 구제수단을 모색하기 위하여 관할권을 주장할 것인지의 여부를 결정함에 있어서, 각 (독점금지)기관은 외국 주권자의 중대한 이익이 영향을 받게 될 것인지를 고려한다”라고 규정하고 있다. John J.Flynn and Harry First, *op.cit.*, p.243.

105) Advisory Committee, *op.cit.*, Annex 1-C, vi.

106) *Ibid.*, p.226.

대해 B 국가의 법집행시에 A 국가의 이익을 고려한 보답으로 그와 동일하게 A 국가의 법집행시에 B 국가의 이익을 고려하여야 한다는 일반 원칙을 말하는데. 전통적인 예양은 “어떠한 국가가 국제적 의무와 편의 및 자국의 법의 보호하에 있는 자국의 시민 또는 기타의 자에 권리를 정당하게 존중하여 자국 영역내에서 다른 국가의 입법부, 행정부 또는 사법부의 행위에 대하여 부여하는 승인”으로 정의되어 왔다.¹⁰⁷⁾

그럼에도 불구하고 미국법의 역외적용문제는 미국과 외국간의 관할권 및 주권의 문제에 대한 긴장관계를 불러일으켜 왔다. “적극적 예양”은 시장접근 장벽의 조사에 대한 최초의 책임을 반경쟁적 관행이 발생하였고 주장된 관할권(국가)에 일임함으로써 이러한 충돌을 피기 위한 의도를 가지고 있다.¹⁰⁸⁾

적극적 예양은 상대적으로 덜 검증된 메커니즘이며 관련 관할국가 쌍방의 독점금지정책에 대한 높은 신뢰를 전제로 한 것이기 때문에 그 실제 적용과 잠재력은 아직 충분히 알려져 있지 않다.¹⁰⁹⁾ 그러나, 미국 독점금지국 국제경쟁정책 자문위원회는 일방적 및 다자간 발의(initiatives)를 포함하여 이용가능한 선택중의 하나로 적극적 예양을 사용하는 것은 국제적인 마찰을 줄이고 시장접근 장벽에 의하여 현재 봉쇄되고 있는 외국시장을 개방할 수 있는 잠재력을 가지고 있다고 판단하고 있다.¹¹⁰⁾

적극적 예양은 그 기본적인 구조의 면에서 주장되고 있는 반경쟁행위와 가장 밀접하게 관련된 국가가 조사와 구제에 대한 제1차적 책임을 진다는 메커니즘이다. 특히 어느 일방 당사자의 중요한 이익에 불리한 영향을 미칠 반경쟁적 행위가 타방 당사자의 영역내에서 발생한 경우, “영향을 받는 당사자”(affected party)가 “영역 당사자”(territorial party)

107) *Ibid.*

108) 1995년 독점금지집행가이드라인은 “독점금지 당국은 자신의 집행조치를 취하는 것에 갈음하여 ”미국에서의 반경쟁적 영향을 제거하기 위하여 적절한 외교적 채널을 통하여 이해관계가 있는 외국과 협의할 수 있다“라고 규정하고 있다. Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations(1995), John J. Flynn and Harry First, *op.cit.*, p.244.

109) Advisory Committee, *op.cit.*, p.227.

110) *Ibid.*

가 적절한 집행조치를 취하여 주도록 요청할 수 있다.

이러한 과정에서 적극적 예양은 관할권문제를 둘러싼 잠재적인 마찰 또는 분쟁을 회피함으로써 협력의 이익을 얻는다는 의도를 가진 것이다. 적극적 예양은 영역 당사자가 반경쟁활동을 충분히 해결 또는 구제할 수 있는 경우의 독점금지법의 영토외적 적용 필요성을 잠재적으로 제거해주는 것이다. 뿐만 아니라 영역 당사자에 제1차적(initial) 관할권을 인정함으로써, 문서와 증인에 대한 용이한 접근을 통해 충실한 조사가 행함으로써 반경쟁행위의 구제가능성을 높여줄 수 있다.¹¹¹⁾

3) 적극적 예양의 발전과정

적극적 예양이 비록 1990년대 초부터 사용되기 시작하였기는 하지만, 국제예양의 기본원칙에 관한 이론과 실재는 수십년전부터 형성되기 시작하였다. 양자간 협력협정에서의 적극적 예양 원칙의 기원은 1954년 독일과 미국간의 우호, 통상 및 항해조약으로 거슬러 올라갈 수 있다. 동협정은 양국간의 통상을 방해하거나 “유해한 영향”을 미치는 영업관행의 존재를 인정하고, “각각의 정부는 타방 당사국의 요청에 따라 그러한 관행에 관하여 협의하고 그러한 유해한 영향을 제거하기 위하여 적절하다고 판단되는 - 자국 법에 의하여 배제되지 아니하는 - 조치들을 취한다는 데 합의한다”라고 규정하고 있다.¹¹²⁾

또한 이와 유사한 규정들이 그 이후 수많은 다른 양자간 협력협정에 포함되기 시작하였다. 예컨대, 미국이 덴마크, 프랑스, 그리스, 이태리 일본과 각각 체결한 조약을 들 수 있다.¹¹³⁾ 이러한 초기의 규정들이 적극적 예양을 통한 국제협력에 중요한 행보로 인정할 수도 있겠지만, 실제로는 이러한 규정들이 구체적으로 시행된 사례는 찾아보기 어렵다.

국제예양의 개념은 또는 몇 가지 다자간 발의에서도 채택된 바 있는데 1960년 어느 GATT 전문가 그룹은 “국가가 요청받은 협의에 대한 동정

111) *Ibid.*

112) *Ibid.*

113) OECD, Committee on Competition Law and Policy Report on Positive Commity, DAFPE/CLP(99)19(June 14, 1999), para.29.

적인 고려를 하여야 하며 또한 그러한 유해한 효과가 존재한다는데 동의하는 경우에는 그러한 효과를 제거하기 위하여 적절하다고 판단되는 조치를 취하여야 한다”라고 권고한 바 있다. OECD Report on Positive Comity가 지적하다시피 이러한 규정은 비록 그러한 협의는 없었지만 WTO에 제기된 인화지 분쟁에서 최초로 인용되었다.¹¹⁴⁾

4) 적극적 예양의 실제운용사례

① 의 의

국제적인 차원에서의 많은 논의는 적극적 예양의 실효성여부에 초점이 맞추어져 있지만, 실제사건을 통해서본 그 실효성 문제는 아직도 평가하기 어렵다. 적극적 예약관칙이 적용된 사례의 숫자는 극히 제한되어 있다.¹¹⁵⁾ 이러한 사실에도 불구하고 몇 가지 구체적인 사례에서는 반경쟁적 관행의 처리에 관한 협력의 수단으로서 사용되어 왔으며 이들 몇가지 사례들을 통해 얻은 경험들은 구체적인 상황에서의 적극적 관행의 효용성에 대해 상당한 수준까지 통찰할 수 있도록 하고 있다.

② 유일한 공식적인 운용사례

1991년 미국과 EC간의 협정에 의거한 유일한 공식적 사건처리 사례에서 미국은 1997년 4월 28일 EC로 하여금 유럽의 컴퓨터예약업(Computer Reservation System : CRS)계에서 발생한 반경쟁관행을 조사해주도록 공식적으로 요청하였다.¹¹⁶⁾ 미국 법무부가 배포한 자료에 따르면 미국 독점금지국은 유럽에서 시장지배적인 컴퓨터예약시스템회사인 Amadeus사를 소유하는 3개국의 유럽항공사들이 미국에 본사를 둔 컴퓨터예약시

114) OECD, Committee on Competition Law and Policy Report on Positive Comity, DAF/CLP(99)19(June 14, 1999), para.30.

115) Advisory Committee, *op.cit.*, p.232.

116) U.S. Department of Justice Press Release. “Justice Department Asked European Communities to Investigate Possible Anticompetitive Conduct Affecting U.S. Airlines’ Computer Reservation Systems”,(Apr.28.1997). 이것은 앞서 지적한 1998년 협정이전에 행하여진 것이며, 그후의 처리과정에서 동 1998년 협정의 내용들이 적용되었는지는 분명하지 않다. Advisory Committee, *op.cit.*, p.232.

스텝회사(CRS)에게 효과적으로 경쟁하기 위하여 필요한 항공료 자료와 직무편의(functionality)의 제공을 거부하고 있었다.¹¹⁷⁾

이러한 상황에서 문제의 미국의 CRS와 유럽의 다른 한 경쟁자로 구성된 Sabre Group은 미국의 독점금지국에 수 차례의 진정을 제기하였다. CRS는 항공기, 기타 및 기타 교통수단에 관한 운임, 탑승권발매(ticketing), 시간표 정보를 포함하는 대규모 데이터베이스로서 기능을 수행하며 여행사들의 모든 교통수단의 시간과 확인과 티켓팅도 CRS에 접근하여 이루어지고 있으므로 그 데이터베이스가 교통운송업자들 대부분의 완전하고 최신화된(up-to-date) 정보를 가지고 출발직전 매표, 빈번한 광고지 수당(이러한 것들을 “functionality”라 한다) 항공여행 서비스를 제공할 수 없으면 무용지물이고 시장에서 경쟁할 수도 없다.

미국 독점금지국은 유럽의 항공사들이 Amadeus에 대해서는 항공요금 상황을 적시에 알려주고 일정한 판촉 또는 협상(promotional or negotiated) 항공료 판매를 인정하면서도 Sabre에게는 그러한 것을 거부하는 등 시장지배적 지위를 남용하여 Sabre의 시장접근을 봉쇄하여왔다고 주장하였다. 미국의 독점금지국은 예비조사를 시작하였음에도 당시의 차관보 Joel Klein은 EU 집행위원회가 이러한 행위가 그 관할지역내에서 발생하였으며 또한 경쟁의 위축되었다면 그곳의 소비자들이 제1차적으로 피해를 보는 자들이기 때문에 그 사건에 대한 조사를 할 수 있는 가장 좋은 위치에 있다“라는 점을 지적하였다.

그는 EU 집행위원회가 문제의 행위에 관한 조사와 구제를 수행하는데 이점이 있음을 인정하면서도 그 사건이 미국회사들이 유효한 경쟁자가 되는 것을 봉쇄 당해 왔을 수 있고 그러한 시장배제적 행위가 미국시장에도 불리한 영향을 줄 수 있으므로 미국이 그 사건에 대해 “강력한 이해관계(strong interest)를 가지고 있다 할 수 있으며 바로 이러한 이유 때문에 자체적으로 조사를 할 수 있는 선택권을 갖는다고 주장하였다.

117) Lufthansa, Air France 및 Iberia Airlines 등 독일, 프랑스, 스페인의 항공사들이 각각 Amadeus CRS의 지분 29%씩을 차지하고 있었다. 그 나머지는 Continental Airlines가 차지하고 있었다. 또한 스칸디나비아의 시장지배적 운송사업자인 SAS도 한때 Amadeus의 지분을 소유하고 있었지만, 사건 당시에는 지분 소유업이 스칸디나비아에서의 Amadeus CRS의 상품을 판매하고 있었다.

한편 EU는 미국으로부터 조사 의뢰를 받고 이러한 의뢰가 미국-EU 양 협정당사자간의 경쟁관련 협력을 한 단계 끌어올린 중요한 의미를 갖는 것이며 아울러 적극적 예양에 근거한 모든 요청은 상호주의적 요소를 갖는 것이므로 미국 당국도 EC의 장래의 요청을 받아들여 사건을 처리할 것임을 강조하였다. 그럼에도 불구하고 미국은 EU 조사의 속도와 치밀성에 대해서는 우려를 표명하였다.

미국 상원의 법사위원회는 적극적 예양의 과정 일반 및 국제독점금지 협력에서의 그러한 적극 예양의 적용을 연구하고 평가하기 위한 의도의 청문회를 몇 차례 가졌다. 여기에서 증인의 한사람으로 참여한 사람이 Sabre Group의 대표였으며, 여기에서 적극적 예양과 관련된 앞서의 사건에서의 경험을 소개하였는데, 우선 절차상의 몇 가지 장애에 대해 설명하였으며, 아울러 몇 가지 권고를 하였는데, 무엇보다도 모든 관련 당사자들간의 정보교신 확대(increased communication) 및 조사에 대한 보다 확실한 진행일정(timetable)이 포함되어 있었다. 이중 몇 가지는 1998년 협정에서 다루어졌다.

1999년 3월 15일 사건의뢰후 2년이상이 경과하여 EU 집행위원회는 Air France사에 대해서만 CRS 업계에서의 경쟁을 봉쇄하기 위한 지배적 지위의 남용 가능성을 들어 이의서(Statement of Objections)를 發하였다. 이 Statement of Objections은 공개되지 아니하였지만, EC의 언론 발표문(press release)에 의하면 Air France사가 “다른 CRS사들보다 Amadeus에 대해서는 보다 정확한 정보를 보다 적시에 제공함으로써 다른 CRS사들이 경쟁상의 불리한 위치에 서도록 하였다”는 것을 주요 내용으로 하고 있었다.¹¹⁸⁾

한편 EC의 절차에 따르면, 그러한 이의서는 EU 집행위원회의 최종 결정은 아니다. Air France는 집행위원회의 최종결정에 앞서 그러한 예비결정에 대해 반박할 기회를 갖는다. 그리고 이의서 발표이후 Sabre사는 Air France와의 나머지 두 유럽 항공사들과 사적인 합의를 보았는데 Sabre사가 유럽 시장에서의 필수적인 데이터에 접근하는 것을 확

118) Advisory Committee, *op.cit.*, p.234.

대한다는 것을 주요 내용으로 하고 있었다. 미국이 이 사건에서의 적극적 예양의 효과에 대해 내린 평가중에서 그 이의서가 Air France사에 대해서만 내려졌고 이러한 예비적인 조치가 내려지기까지 미국의 요청후 26개월이 소요되었다는 점은 주목할 만하다.

③ 비공적인 신청사례

적극적 예양의 절차는 앞서 본바와 같이 쌍무적 협정의 규정에 따라 공식적으로 진행되는 것이지만, 경쟁집행당국들이 공개적으로 비공식 요청을 받아들인 경우도 몇 차례 있었다. 가장 널리 알려진 이러한 비공식적인 적극적 예양에의 회부는 소매 매출액 조사(retail sales tracking) 業을 수행하는 미국 독점금지국 국제경쟁정책 자문위원회, Nieslon Co.와 관련된 것이었다. 미국 독점금지국은 동 회사가 일국에서 다국적 기업과 체결하는 회계계약체결 조건을 다른 국가에서의 그러한 계약체결과 연계함으로써 불공정 경쟁행위를 한 혐의가 있는지를 조사하고 있었다.

때 마침, EU 집행위원회에서 그에 대한 조사가 이루어지고 있었다. 미국 법무부는 그러한 문제의 행위의 대부분이 유럽에서 발생하였기 때문에 EC가 동 사건에 대한 조사를 주도적으로 수행하는 것을 양보하였다. 미국의 독점금지국과 EC는 이러한 수준의 협력을 그 행위와 가장 밀접한 관련이 있는 당사자의 관할권에 대한 조건부 양보의 본보기일 뿐만 아니라 비밀 정보를 교환하고 문제의 사건에 대한 법이론을 치밀하게 조정하기로 한 양 당사자들간의 고도의 협력을 보여주는 것이라고 평가하였다.¹¹⁹⁾

이 사례는 다른 사례들과 더불어 쌍무적 협정이 여러 단계에서의 협력 강화를 지원한다는 점을 확인하여주고 또한 현재까지 단 하나의 공식적인 요청사건의 처리과정에서만 근거하여 적극적 예양의 장단점을 평가한 사람들에게 자신의 입장을 돌이켜 볼 수 있도록 하였다.

119) *Ibid.*, pp.234-235.

5) 적극적 예양에 대한 평가

① 미국 정부

적극적 예양에 대해서는 회의적인 사람도 있지만 열렬한 지지자들도 있다. EC와 미국은 1991년 협정을 체결하면서 독점금지 협력강화로 향하는 “혁신적(innovative)”이고 “중요한 첫걸음(an important first step)”이라고 공식적으로 평가하였다.¹²⁰⁾ 동 협정의 입안자들은 제5조의 규정이 관할권 충돌문제를 유예시킬 뿐만 아니라 독점금지법의 역외 적용에 관한 분쟁을 최소화하는 중요한 행보라고 평가하였다. 그러나 그 당시에도 그 실효성에 대해 회의적인 견해도 적지 않았다. 그 대표적인 견해가 적극적 예양의 원칙은 법률은 성문화(written)되어 있고 국가이익을 위하여 집행된다는 기본전제를 변경시킬 것으로 기대할 수 없다는 것이었다.¹²¹⁾

9년이 경과하면서 공식적 또는 비공식적 국제예양에의 회부로부터 얻은 경험을 통해, 처음보다는 독점금지 당국들이 그에 대한 열정이 식은 것으로 보인다. 정부 대표들은 아직도 적극적 예양에 대해서는 가시적인 지지를 보이고 있지만, 이제는 적극적 예양의 국제협력에서의 제한적인 역할(limited role)에 중점을 두고 있는 것 같다.

Robert Pitofsky 연방거래위원회 의장은 최근 적극적 예양은 “해외에서 영업활동을 하는 미국의 회사 또는 미국에서 영업활동을 하는 외국 회사를 보호하는데 예외적인 경우에만 이용할 수 있는 작고 온당한 (small and modest) 구성요소일 뿐이다. 그것은 일반적인 원용수단이 되지 않는 못한다”라고 지적하고 있다.¹²²⁾ 이와 같은 공식적인 입장의 변화는 그 개념에 대한 실제경험으로부터 비롯된 것이다.

미국정부관리들은 적극적 예양이 국제적인 마찰을 최소화하고 시장접근장벽을 저지하기 집행노력의 수단이 될 수 있는 잠재력을 가지고 있다

120) *Ibid.*, p.235.

121) *Ibid.*

122) *Ibid.*

는 그들의 믿음을 포기하지 않고 있지만, 적어도 현재의 상황에서는 그 적용범위가 더욱 좁아졌다고 말할 수 있다.¹²³⁾

② 미국의 기업계

적극적 예양에 관한 논의와 논쟁은 단순히 독점금지 당국의 관리들간에만 전개되고 있는 것은 아니다. 기업계는 일반적으로 적극적 예양 메커니즘에 대한 지지를 표명하여 왔다. 미국 국제기업 평의회(U.S. Council for International Business)와 기업원탁회의(the Business Roundtable)는 미국 독점금지국 자문위원회에 보내 의견서에서 적극적 예양의 원칙이 잠재적인 국제적 긴장을 완화하는데 도움이 될 뿐 만 아니라, 독점금지 사실수집·신고 및 경쟁당국간의 쌍무적 협의 등에 대한 합리적이고 체계적인 접근을 가능하게 해준다고 지적하고 있다.¹²⁴⁾

이와 더불어 적극적 예양의 적용이 실현가능성이 없거나 만족스러운 결과를 가져오지 못할 경우에는 독점금지법을 역외적용할 수 있다는 점에 대한 주의를 환기시키고 있다. 현재의 적극적 예양에 대한 신뢰가 대단히 높음에도 불구하고, 일본과의 협정에서 적극적 예양 원칙의 적용에 관한 우려를 표명하는 사람들도 있다. 즉, 전국제조업자협회(National Association of Manufacturers) 대변인은 “그러한 협정은 일본공정거래위원회가 투명하고 신뢰할만한 방식으로 현안 경쟁문제를 다루고자 행동하지 않는다면 아무런 도움이 되지 아니할 것이다”라고 지적한 바 있다.¹²⁵⁾

1998년 10월 개최된 미국의회에서 개최된 적극적 예양의 실효성에 대한 청문회에서, 그 때까지 유일한 적극적 예양 요청사건의 유일한 사적 당사자인 Sabre 대표는 적극적 예양의 절차상의 구성요소를 개선하기 위한 많은 권고를 하였다. 연방거래위원회 의장 Pitofsky도 그러한 권고의 핵심사항에 대해 수긍하였다. 미국 독점금지국 국제경쟁정책 자문위원회도 다음과 같은 점에 대해서는 Sabre 대표의 몇 가지 제안에 대

123) *Ibid.*, pp.235-236.

124) *Ibid.*, p.236.

125) *Ibid.*, p.237.

해 동의하고 있다.

첫째, 피요청 당사국은 조사에 충분한 자원(인적·물적)을 투입할 수 있는지의 여부에 대한 조사개시 시점에서의 실제적 평가를 할 수 있도록 할 것, 둘째, 영향을 받는 당사자 및 문제의 반경쟁행위에 이의를 제기한 사적 당사자에 조사상황에 관한 갱신정보를 국내법과 관행에 의하여 허용되는 정도까지 제공할 것, 셋째, 적극적 예방 절차의 완료에 필요한 범위내에서의 진행일정의 확정 등이 그 대표적인 것들이다. 이러한 제한의 이면의 핵심적인 목적은 조사를 요청받은 영역당사국이 사건을 적극적으로 규명하고 관련 사적당사자와 요청당사국에 대해 국내조사에서 기대할 수 있는 정도의 정보를 제공하도록 보장하기 위한 것이다.¹²⁶⁾

③ 미국 독점금지법 자문위원회

적극적 예방 접근방법의 단점을 충분히 고려한 후, 미국 독점금지국 국제경쟁정책 자문위원회는 그러한 단점은 적극적 예방 메커니즘이 역사상 최초로 도입되었기 때문에 생겨난 것이며 따라서 시정할 수 있는 것이라는 전제하에 영역 당사자가 효과적인 조치를 취할 수 있는 권한과 의지를 가지고 있는 경우에는 무역에 영향을 미치는 반경쟁적 제한행위를 다루는데 유용한 수단이 될 것이라고 판단하고 있다.

적극적 예방과정과 관련된 장점은 독점금지분야에서의 국제적인 협력을 증진시키고 시장접근에 영향을 미치는 행위에 대한 초국적 조사가 진행되는 동안에 발생할 수 있는 국제적인 충동을 최소화할 수 있는 잠재력을 가지고 있다는 것이다. 영역당사자가 문제의 행위에 대한 조사를 보장할 것인지의 여부를 결정할 책임 및 그러한 행위를 시정할 방법 - 정당화되는 경우-을 시행할 책임을 지도록 요청함으로써, 일정한 상황에서 독점금지법의 영토외적 적용 필요성이 줄어들 수 있다. 그러므로 적극적 예방의 적용은 주권적인 고려요소와 양립될 수 있는 협력적 방법으로 마찰을 해소할 수 있도록 할 수 있다.¹²⁷⁾

126) *Ibid.*, p.240.

127) *Ibid.*, p.237.

독점금지법의 영토외적 적용의 중요한 장애는 사실발견(discovery) 과정에서 상당한 어려움을 겪게 된다는 것이다. 조사수행국이 자국 영역 밖에 소재하는 경우가 많은 모든 필요한 서류, 증거 및 잠재적인 증언에 접근하고자 하고자 시도하지만 적어도 효과적이고 시의적절한 시행에 대한 장벽 때문에 소기의 성과를 얻지 못하는 경우가 많기 때문이다. 반면에 영역 당사자는 조사에 도움이 될 필요한 서류 및 증언을 확보하는데 대단히 유리한 위치에 있다. 더욱이 국내독점금지법의 영토외적 적용은 반경쟁적 관행을 해소하기 위해 필요한 구제수단을 확보할 수 없는 결과를 초래할 수 있다.¹²⁸⁾

반면에 영역 당사자가 조사를 수행하고 필요에 따라 집행조치를 취할 책임을 떠맡을 경우에는 그러한 필요한 구제조치들이 자국의 관할범위내에서 행하여질 수 있다. 이러한 무형적인 장점이외에도 적극적 예방등의 규정을 포함하는 쌍무적 협정은 동 협정 당사국들간의 국내독점금지법의 수렴을 촉진하고 용이하게 할 수 있다. 또한 공식적이든 비공식적이든 협력의 확대에 따라 각 관할당국들은 타방의 법과 정책을 더욱 잘 알 수 있게 되고 결국은 상대방의 독점금지법에 대한 상호 인정을 통해 조사결과가 다를 수 있는 여지를 최소화시킬 수 있을 것이다.

미국 독점금지국 국제경쟁정책 자문위원회의 적극적 예방의 단점에 대해서는 다음과 같이 지적하고 있다. 한편 현재의 풍토와 종전의 경험을 통해 볼 때, 시정되어야 할 몇 가지 단점이 있음을 지적하고 있다. 첫째, 독점금지 당국이 비록 국내소비자에게 피해가 할 수 있는 경우에도 외국 회사의 경쟁력을 손상시킨 국내회사를 상대로 소송을 제기할 의지가 있을 것이라는 것에 대해 확신을 할 만한 아무런 증거도 찾아 볼 수 없다. 이러한 상황에서 적극적 예방의 장점은 미약하거나 환상적인 것에 그칠 가능성이 없지 않다.

둘째, 문제의 반경쟁적 관행에 대한 조사를 다른 관할 당국에 요청한 후 처리시간의 지연으로 인해 효과적이고 시의적절한 해결이 장애를 받을 수 있다. 앞서 언급한 Amadesus CRS 사건의 경우 보듯이 영역당

128) *Ibid.*

사자가 조사의 개시를 요청받는 때로부터 영영 당사자가 그 진행에 대한 공식적인 처리결과(statement)를 공표하는 때까지 2년 이상이 경과하였다. 이렇게 되는 경우 사적인 무역제한행위를 해소하는 수단으로 받아들여지는 곤란하다.¹²⁹⁾

셋째, 조사과정의 투명성이 보장되어야 한다. 앞서 지적한 조사과정의 지연은 그 과정의 투명성이 결여된 때에는 그 폐해가 더욱 커진다. 충분한 또는 적절한 조사가 행하여지고 있는지의 여부에 대한 불확실성이 존재는 영향을 받는 당사자측의 의심을 불러일으키고 영토외적 적용경향을 강화시키게 된다. 전 조사와 절차 과정에서의 투명성은 영향을 받는 당사자의 우려가 쌍무적 협정의 전제와 양립되는 방법으로 해소되고 있다는 확신을 더욱 굳건히 하여줄 수 있다.

넷째, 적극적 예양의 효과를 높이려면 당사국들의 독점금지법과 적극 양허 협정상의 집행공약간에 기본적인 균형이 이루어져야 한다. 당사국의 경쟁기관의 권한과 효율성에 대한 신뢰 및 국내독점금지법간의 일정한 수준의 내용접근이 없다면 오늘날의 국제적 환경에서 쌍무적 적극적 양허 협정의 확산은 기대하기 어렵다.¹³⁰⁾

마지막으로 적극적 예양의 적용은 오직 시장접근 또는 무역제한행위사건에서만 실현가능한 선택수단으로 남아 있다. 적극적 예양에 관한 국제협정상에 조사기간을 명확히 못 박지 못하는 한 국제적인 합병사건에 대하여 적극적 예양을 적용하는 것은 현실적으로 불합리할 수 있다. 따라서 모든 형태의 초국경적 독점금지법 위반에 대한 유일한 수단이 될 수는 없다 자문위원회는 미국은 쌍무적 협력 협정과 적극적 예양규정의 확대를 위하여 지속적으로 노력하고 또한 경쟁정책문제에 대한 다자간 합의를 발전시켜 나아가야 한다고 지적하고 있다. 이를 위해서는 다음과 같은 노력을 하여 한다고 한다.¹³¹⁾

- 각국 정부와 회사들에 의한 편협한 지역 이기주의적 행동을 감소시키는 목적을 갖는 경쟁정책에 대한 보다 폭넓은 국제적 관점을 발전

129) *Ibid.*, p.238.

130) *Ibid.*, p.239.

131) *Ibid.*, p.256.

시켜 나아가야 하다.

- 경쟁정책제도의 유연한 조화 확대를 촉진하여야 한다.
- 개선된 분쟁 해결 방식을 개발하여야 한다.
- 국내회사 또는 정부의 행위로부터 발생하는 부정적인 파급효과에 대한 인식을 강화하여야 한다.
- 경쟁정책과 그 집행에서 최선의 관행에 관한 국가간의 컨센서스 수준을 높여야 한다.

④ EU

이와 유사하게, 외국의 일부 관리들은 적극적 예양이 국제협력에서 수행할 수 있는 역할에 대한 기대치를 공개적으로 낮추어 왔다. EU 경쟁국장 Schaub는 1999년 1월 적극적 예양 개념은 처음부터 과대평가(oversold)되었다고 지적하였다.¹³²⁾ 그러한 이러한 견해 표명에도 불구하고, 외국정부의 관료들은 적극적 예양에 대해 계속하여 지지를 보내고 있으며 때로는 적극적 예양 협정의 확대를 강조하기도 한다. 1998년 11월 당시 EU 집행위원회 경쟁담당위원 Van Miert는 미국 독점금지국 국제경쟁정책 자문위원회의 청문회에서 적극적 예양에 관한 최근의 경험은 그 과정을 개선하여야 할 필요성이 있음을 보여주고 있다.

적극적 예양 자체는 항상 맨 처음에 취해져야 할 접근방법이 될 수는 없지만 범세계적 접근방법의 중요부분(part and parcel)이 되어야 한다“라고 지적하였다.¹³³⁾ 또한 캐나다 경쟁조사 및 연구국장 Konrad von Finckenstein은 1998년 미국과 EU간의 Supplemental Agreement에 대하여 논평하면서 미국과 캐나다에 대해 그러한 미국-EU 협정에 포함된 적극적 예양과 유사한 규정들을 포함하도록 미국-캐나다간의 현재의 협정을 확대하기 위한 작업을 개시하도록 촉구한 바 있다.

OECD도 1999년 6월 공표된 보고서에서 이와 유사한 지지를 표명한 바 있다. 그 보고서는 적극적 예양의 궁극적인 생존력(viability)은 아직도 두고 보아야 하지만, 명백한 리스크는 적극적 예양 메커니즘의 사

132) *Ibid.*

133) *Ibid.*

용과 관련하여 찾아볼 수 없으며 특정한 사건에서는 중요한 장점이 있음이 명백히 드러났다고 지적하고 있다. OECD는 회원국들이 그러한 자발적인 형태의 협력을 계속 지지할 것을 권고하고 있다.¹³⁴⁾

7) 적극적 예양에 대한 전망

앞서 본바와 같이 현재까지는 미국을 비롯한 협정체결국가간의 적극적 예양에의 회부 경험이 거의 전무하다시피하다. 따라서 그러한 경험이 축적되면 그 과정에서 인정되어야 할 제반요소들을 찾아내고 이를 장래의 협정에 포함시킬 수 있을 것이라고 생각된다. 그러한 요소들로는 반경쟁행위에 이의를 제기한 사적 당사자가 적어도 국내법이 허용하는 범위내에서 조사 과정에 참여할 수 있는 권리, 사실의 발견의 권한을 최대한으로 행사하겠다는 영역당사국의 약속, 사적당사자에게 그 이의를 지지하기 위하여 필요한 정보의 초점과 핵심에 관한 시의적절한 조언 제공 등을 들 수 있다.

한편, 미국의 입장에 따르면 적극적 예양 원칙의 적용에 대한 신뢰는 그 실효성과 성공을 보장하는데 필수적이며 이를 위해서 앞서 지적한 과정상의 의사전달(communication)과 투명성을 제고하기 위한 조치들을 제도화할 필요가 있다고 평가되고 있다, 또한 국내경제집행당국들의 적극적 예양에 대한 지원이외에도 무역과 경쟁문제를 다루는 국제조직도 적극적 예양을 통한 국제적인 협력의 장점을 충분히 고려하여 그러한 협력이 유사한 독점금지법과 집행정책을 가진 국가들간에 확대될 수 있도록 노력하여야 한다는 것이 미국의 입장이다.

1998년 미국-EU 협정에서 규정된 바대로 적극적 예양은 일정한 유형의 시장접근관련 사건의 처리를 위한 유용한 과정으로 보인다. 그러나, 적극적 예양은 그 궁극적인 목표와 잠재력에 대한 충분한 이해가 있는 경우에만 성공할 수 있다. 따라서, 협정의 쌍방 당사국이 적극적 예양으로 달성할 수 있는 것은 무엇이든 달성할 수 없는 것은 무엇인가에 대한 현실적인 목표를 설정하여야 하는 것이 반드시 필요하다 할 것이다.

134) OECD Report on Positive Comity(1999), p.16.

미국 법무부 독점금지 담당 차관보(Assistant Attorney General)는 최근 “적극적 예양은 모든 독점금지관련 무역문제에 대한 신속하고 용이한 만병통치약은 아니다”라고 지적하였다. 실제로 적극적 예양은 관련 국가가 자국의 법률을 집행할 수 있는 선택권의 대체하는 것은 아니다. 적극적 예양은 한정된 경우에만 선택될 수 있는 것이며 따라서 독점금지 당국이 선택할 수 있는 여러 가지 선택방법들중의 하나로 사용될 수 있을 뿐이다.¹³⁵⁾

단일의 정책만으로는 경쟁법문제의 모든 측면을 해결할 수 없으며 따라서 미국 독점금지국 국제경쟁정책 자문위원회는 다양한 상황에서 사용될 수 있는 몇 가지 다른 접근방법을 검토하여 왔다. 적극적 예양을 포함한 쌍무적 협정은 사적인 제한행위를 다루는데 잠재적으로 유용한 수단이 된다. 미국독점금지법의 역외적용은 어떤 상황에서는 필요하고 효과적일 수 있다. 국제적인 경쟁정책의 발의들의 지속적인 전개가 장기적으로는 대단히 유용한 것이 될 것이다.¹³⁶⁾

사실 쌍무적 협력협정이 관할국가간의 협력을 강화하고 이를 통해 집행의 효율성을 제고할 수 있는 중요한 수단이 된다고 판단하고 있다. 그러나 또한 그러한 쌍무적인 협력은 아무리 적극적인 예양을 활발하게 이용한다 할지라도, 모든 경쟁문제를 해결해줄 수는 없다고 생각된다. 예컨대, 쌍무적 협력은 국가들이 근린궁핍화(beggar-thy-neighbor) 관행을 포기하도록 유도할 만한 충분한 인센티브는 되지 못한다. 국내법 그 자체는 지극히 영토성을 갖는 것이어서 그 영향은 다른 국가에까지 부정적인 영향을 미침에도 불구하고 그 적용은 자국 국경선에서 멈춘다.

국내법은 국가 또는 국가 소유 실체에 국제통상에 피해를 주는 일정한 보호를 부여하는 경우 이에 대한 규제의 필요성은 일반적으로 인식되고 있다. 모든 국가가 효과적인 쌍무적 협력협정의 당사자가 될 가능성은 없으며 따라서 적극적 예양을 사용 또는 발전시키거나 강력한 경쟁정책에 대한 공동보조를 취할 수 있을 것으로 생각되지 않는다.

135) Advisory Committee, *op.cit.*, p.241.

136) *Ibid.*, p.226.

다시 말해서 쌍무적인 협정은 일부 국가들에 대해서만 대단히 유용한 것이 될 수 있으며 범세계 경제가 직면한 초국경적 경쟁정책 문제에 대한 완전한 해결책이 되지는 못할 것으로 판단된다. OECD도 적극적 예양의 적용 그 자체는 실질적인 리스크를 수반하지 아니하는 것이며 따라서 반경쟁 관행을 해소하기 위한 최초의 단계로서 적극적 예양을 적용한다 할지라도 문제의 관행이 적극적 예양에 의해 적절하게 해소되지 못한 경우의 국내독점금지법의 영토외적 적용 등 장래의 해결방안 선택가능성은 여전히 남아 있음을 지적하고 있다.¹³⁷⁾ 그러나 경우에 따라서는 적극적 예양에 의거한 요청을 처리하는 기간이 지연되어 소비자나 경쟁자들에게 불리한 영향을 미칠 수 있다.¹³⁸⁾

(5) 쌍무적 협정에 의하지 아니한 자발적 협력

오늘날 독점금지법의 구조는 대단히 복잡하다. 그것은 기업의 국제화를 반영하고 있을 뿐만 아니라 통신의 연결과 기술수준의 발전에 따라 변화하고 있다. 국가들의 국내독점금지법 채택확산, 독점금지법집행기관의 기능증대 및 중앙계획경제체제로부터 자유시장경제체제로의 이전 등의 현상으로부터도 영향을 받아 왔다.¹³⁹⁾ Exxon과 Mobil의 합병을 예로 들어보자. 중요한 것은 미국의 두 회사간의 이 합병의 효과에 대해서는 많은 국가에서는 그다지 크게 느끼지 아니할 것이라는 점이다. 그러나, 이들이 미국회사임에도 불구하고 이 합병사건으로 영향을 입을 수 있는 많은 국가의 독점당국의 관할권에 복종하게 될 수 있다는 점은 부인할 수 없다.

현재, EU 집행위원회는 미국 연방거래위원회(미국연방거래위원회는 물론 어느 기관이 조사를 할 것인지에 대해서는 법무부와 협의하여야 한다) 마찬가지로 합병에 관한 조사를 하고 있다. 또한 EC는 미국연방거래위원회와 긴밀하게 협력하고 있으며¹⁴⁰⁾ 아울러 스코틀랜드 소매시장에

137) OECD Report on Positive Comity, p.14.

138) Advisory Committee, *op.cit.*, p.238.

139) Harry First, *op.cit.*, p102.

140) 이러한 협력은 미국의 국내법의 변화(예컨대, 1994년 제정된 International

서의 경쟁에 영향을 미치는 것에 대해 우려하고 있는 영국 독점금지당국과도 협력하고 있다. 미국연방거래위원회는 또한 관련 주의 독점금지당국과도 협력하고 있는 바, 이들 주들은 자신의 주내에서의 정유 및 소매 유통에 대해 우려하고 미국 합병금지법에 의하여 합병을 봉쇄하기 위해 개별적으로 행동하고 있다.¹⁴¹⁾ 주들은 그들간에 특별한 공식적인 합의는 없음에도, 상호 협력을 하고 있다.

제 3 절 지역적 협력협정

지난 수십년동안 지역적 기구는 경쟁법과 정책 문제에 적극적으로 활동하여 왔다. 경쟁정책과 관련하여 국가들이 협력할 수 있는 또 하나의 방법은 지역협정 또는 자유무역지대 협정에 경쟁정책 조항을 포함하는 것이다. 경쟁정책에 대한 조항이 포함된 대표적인 지역협정으로는 NAFTA, EU, 및 호주와 뉴질랜드간의 특혜무역협정(ANZCERTA) 등이 있다.

이러한 협정들은 해당 지역 회원국간의 통합정도에 따라 그 성격이 달라지는데, NAFTA의 경우에는 경쟁정책조항들이 아직 선언적 효과에 그치고 있는 반면에, EU와 AZCERTA의 경우에는 경제전반의 통합정도가 상당히 진전되어 있기 때문에 경쟁정책 부문에서도 긴밀한 정도의 협력이 가능하다. EU는 로마조약(1957)을 바탕으로 기업간 공동행위, 시장지배력의 남용 등에 대해 공동의 경쟁정책을 실시중에 있다.

지역차원의 논의중 한국에 가장 중요한 것은 APEC(Asian-Pacific Economic Cooperation)에서의 논의이다. APEC은 경제협력의 확대, 무역과 투자의 자유화·촉진을 목적으로 하는 협의체이다. 1999년 9월

Antitrust Enforcement Assistance Act(15 U.S.C. §§6201-12) 그리고 상호지원 및 협력협정의 체결(Agreement Between the Government of the United States of America and the European Communities on the Application of positive Comity Principles in the Enforcement of Their Competition Law, 1998)에 힘입은 것이라 할 것이다.

141) 이러한 협력은 어느 범위까지는 공식 의정서에 의하여 운용되고 있다. 예컨대, Protocol for Coordination in Merger Investigation Between the Federal Enforcement Agencies and State Attorneys General(1998)(이것은 정보의 비밀유지, 정보의 공유 및 합동조사와 해결에 대한 가이드라인에 관하여 규정하고 있다), John Flynn & Harry First, *op.cit.*, pp.370-377.

APEC 회의에서 지도자들은 동적인(dynamic) 경쟁시장 구축과 규제 개혁을 위해 노력을 기울여 회원국 경제에 비교평가표준(benchmark) 으로서의 역할을 할 ‘경쟁정책에 관한 비구속적 원칙’을 승인하였다.¹⁴²⁾

APEC의 경쟁원칙은 APEC역내 경제적 효율성과 복지증진을 위한 수단으로서의 경쟁촉진 및 경쟁에 토대를 둔 APEC회원국의 정책기조 개발 등을 목표로 하고 있으며 처방적(prescriptive) 규정이나 세부적 정책이 아닌 개괄적이고(broad) 지속적으로 비구속적인 원칙을 제시하고 있다. 또한 대부분의 경쟁왜곡은 정부의 책임이라는 인식이 확산되고 있음을 강조하고 합의된 경쟁원칙의 보다 투명하고 일관된 적용을 통해 경제활동의 불확실성을 최소화할 것을 제의하고 있다.

NAFTA에서도 경쟁정책문제에 대한 초보적인 규정을 두고 있다. 특히 제15장은 실제적인 규정이며, 절차규칙의 조화 또는 일반기준의 명확화를 전혀 도모하지 않고 있지는 않다.¹⁴³⁾ 즉, 제1501조는 각 당사국이 “경쟁적 거래행위를 금지하기 위한 조치를 채택 또는 유지”할 것을 요구하고 아울러 당사자들이 “자유무역분야에서의 경쟁법 집행에 관한 법률 공조, 통지, 협의 및 정보교환을 포함하여 경쟁법 집행정책 문제”에 대해 협력하도록 요구하고 있다.

제1502조는 투명성 및 다른 당사국의 투자가, 상품 또는 서비스 제공자에 대한 무차별대우를 요구하는 등 공적독점(official monopolies)에 관한 규칙을 정하고 있다. 이와 유사하게 제1503조는 국영기업(state enterprise)이 협정의 다른 규정과 양립되지 아니하는 방법으로 행동하지 아니하고 또한 다른 당사국에 대해 차별함이 없이 행동할 것을 보장하도록 당사국들에게 요구하고 있다. 제1504조는 협정 발효일로부터 5년내에 적절한 추가적인 작업에 관한 권고를 하게 될 “무역 및 경쟁에 관한 실무작업단”의 설치를 규정하고 있다.¹⁴⁴⁾ 그러나, NAFTA의 실무작

142) PEC Principles to Enhance Competition and Regulatory Reform: Open and Competitive Markets are the Key Drivers of Economic Efficiency and Consumer Welfare(1999)

143) 이러한 점을 개선하기 위하여 미국의 변호사협회(American Bar Association)는 NAFTA의 경쟁원칙을 발전시키기 위한 8개의 원칙을 제안한 바 있다. Advisory Committee, *op.cit.*, Annex 1-C, p.xii.

업단은 회원국간의 초국경적인 경쟁정책의 심화를 위해 지역적 협정을 이용할 의도가 없음이 분명하다.¹⁴⁵⁾

제 4 절 종합적인 평가

1. 비판론

이러한 주권적 모델과 쌍무적·지역적 협력협정 방식은 국내경쟁법적 접근방식이라 부를 수 있을 것이다. 이에 대해서는 평가가 엇갈리고 있다. 먼저 대표적인 비판론을 소개하기로 한다. DIAC에서 보듯이 국내경쟁법의 조화와 국제경쟁법 시행기관의 설치에 관한 범세계적 협정의 채택에 대해서는 아직까지 어느 국가에 의해서도 공식적으로 제기된 바 없다. 그러나, Ernst-Ulrich Petersmann은 국내 독점금지법의 초국가적 경쟁제한행위에 대한 일방적 적용이 경쟁당국간의 양자간 협력에 의해 보완되는 방식이 WTO 내에서의 다자간 경쟁규칙보다 바람직하다는 극단적인 견해¹⁴⁶⁾에 대해서는 여러 가지 이유로 비난의 소리가 높아지고 있다고 지적하고 그 근거를 다음과 같이 제시하였다.

- 이러한 접근방법은 아직 국내경쟁법이 없는 100개이상의 국가들로 하여금 강력한 이해관계 그룹으로부터의 저항을 무릅쓰고 국내경쟁규칙을 도입할 수 있도록 보다 효과적으로 지원해야 할 필요성을 무시하고 있다.¹⁴⁷⁾

무역자유화는 일방적인 것보다는 상호주의적 국제공약이 존재하는 경우 정치적으로 더 용이하게 얻어질 수 있는 것처럼, 국내경쟁법과 정책의 도입도 역시 상호주의적인 국제적인 규칙에 입각해야만 정치적으로 더 용이하게 얻어질 수 있는 것이다. 유럽에서조차, 많은 국가들은 그들

144) 권고의 기한이 1998년 말이었음에도 불구하고 2000년초까지 아무런 권고도 나오지 않았다. *ibid*.

145) *Ibid*.

146) 미국 독점금지담당 차관보(U.S. Assistant Attorney-General for Antitrust) Joel Klein이 그 대표적인 경우이다.

147) Ernst-Ulrich Petersmann, *op.cit.*, p.61.

이 국제경쟁규칙(예컨대, EC Treaty 또는 EC역내에서 체결된 자유무역협정내의 규칙들)을 사전에 수락한 후 비로소 국내경쟁법을 도입하였다는 사실을 간과하여서는 아니된다.

- 이러한 접근방법은 무역과 경쟁의 규칙이 상호 보완적인 것이 되도록 할 필요성을 무시하고 있다. GATT와 WTO의 규칙들은 무차별적인 경쟁상황이라는 목표에 기여하고 있다는 것이 GATT와 WTO의 실무를 통해서 오랫동안 확인되어 왔다.

경쟁정책과 무역보호규칙의 경쟁지향적인 개혁이 무차별적 경쟁상황이라는 WTO의 목표의 완전한 달성에 필수적이듯이 무역자유화도 자유경쟁정책의 필수적 구성요소이다.¹⁴⁸⁾ 보다 일반론적으로 말한다면, 모든 인권과 헌법은 정부들로 하여금 무역정책을 포함하는 모든 분야에서 경제적 자유를 촉진하고 권력남용을 제한함으로써 국민의 소비자 복지와 평등권을 최대화하도록 요구하고 있다.

- 경쟁과 관련한 일방주의 접근방법과 쌍무적 접근방법을 선호하는 제안들은 무역 또는 투자에 관한 수천개의 쌍무적인 협정으로부터 얻는 “200개의 주권국가들로 구성된 오늘날의 세계에서 쌍무적 접근방법은 법적 불확실성, 마찰 및 높은 거래비용을 수반하게 되며 다자간 접근방법보다 명백히 효율성이 떨어진다는 역사적인 경험”을 무시하고 있다.¹⁴⁹⁾

다자간 최소기준은 확립은 분권화된(즉 개별국가에 일임된) 경쟁법 접근방법 및 개별국가의 경쟁법을 어느 수준까지 통일화시킨다는 국내법 통일화 접근방법으로부터 다자간 경쟁원칙의 단계적 개선방법으로 전환됨으로써 얻어지는 혜택을 통하여 얼마든지 가능하다.

- 생산자 중심적 관념에 입각한 무역협상에 대한 불신 및 소비자 중심적 경쟁정책과 미국 독점당국의 독립성에 미칠 불리한 영향에 대한 두려움은 WTO 협상을 무역관련 정치가들에 맡겨야 할 아무런 이유가 되지 못한다. TRIPS 협정에 관한 우루과이 라운드 협상이 각국의 법무부의 지적재산권 전문가들에 의해 주도되었듯이 WTO의 다

148) *Ibid.*

149) *Ibid.*

자간 경쟁규칙 협상도 국내의 경쟁당국의 대표들에 의해 주도되어야 할 것이다.

OECD의 경쟁과 투자정책분야에서의 협상경험은 국내 수출산업으로부터 지원이 정부로 하여금 법적 구속력이 있는 범세계적 협정을 체결하도록 할 정도로 강력한 힘을 발휘할 수 있는 것은 오직 WTO차원으로 논의가 전개될 때만 가능한 것이라는 점을 보여주고 있다.¹⁵⁰⁾ 다시 말해서 준 보편인 국제기구라 할 수 있는 WTO 차원에서 국제적인 경쟁법 규칙에 대한 논의가 이루어지는 것이 다른 어떠한 방법보다도 국제적인 경쟁관련 문제를 해결하는 지름길이 될 수 있다.

- 대부분의 국내 경쟁법들이 보호주의적인 예외(예컨대, 수출카르텔 및 법이 정하는 산업에 유리하도록 하는 적용배제사유)를 인정하고 있고 미국 연방거래위원회(U.S. Federal Trade Commission)가 조사한 합병사건의 과반수가 오늘날 미국영역밖에 소재하는 미국 이외의 당사자 및 정보와 관련되어 있다는 점에 주목하여야 한다.

따라서 다른 나라의 경쟁당국의 결정이 미국에서의 그것과 상충될 수 있는 위험이 존재한다. 더욱이 미국이 독점금지당국은 외국으로부터 협력을 얻어낼 수 있을 정도로 강력한 힘을 발휘하고 있지만, 반면 개발도상국의 경쟁당국들은 선진국의 경쟁정책에서는 개발도상국의 이익이 충분히 고려되고 있지 못하다는 불만을¹⁵¹⁾ 제기하는 경우가 적지 않다.

2. 옹호론

국제카르텔에 대한 조사(및 이를 위한 특정한 경우에 대한 협력협정의 체결)에 관한 최근의 미국의 정책의 성공사례는 보다 구속적인 수단을 모색할 필요가 있는 것은 아니라는 사실의 근거로 제시되었다.¹⁵²⁾ 이러한 미국의 성공사례는 실로 대단히 인상적인 것이고 분명히 그러한 협정

150) *Ibid.*, p.62.

151) 예컨대, 선진국이 자국내의 생산업자의 효율성으로 개도국에서의 소비자 비용과 다른 복지 손실을 상쇄하는 것은 허용하는 국내복지총량 접근방법(total national welfare approach)을 채택하는 경우를 들 수 있다. *ibid.*, p.62.

152) Frédéric Jenny, *op.cit.*, p.26.

의 유용성을 증명하는데 기여한 것만은 사실이다. OECD 내부에서 발전되어온 새로운 협력수단(작위 또는 부작위의 예양) 역시 그 효용성의 정도는 아직 검증되지 아니하였다 할지라도 효과적이라는 사실이 입증할 수 있다.

그러나 협력협정 그 자체만으로는 전세계적 차원에서의 무역과 경쟁간의 접점이라는 문제를 해결하는데는 불충분하다는 입장에 동조하는 3가지 논거가 있을 수 있다. 첫째, 경쟁법과 경쟁정책시행기관을 이미 가지고 있는 일련의 국가들이 쌍무적인 협력협정을 체결하는 것을 선택할 수 있다는 사실은 그러한 경쟁법이나 정책을 갖지 아니한 국가들로 하여금 그들이 그러한 법과 정책을 갖도록 유도하는데 아무런 도움이 되지 아니한다는 점이다.¹⁵³⁾

WTO회원국의 3분의 2만이 그러한 법과 정책을 가지고 있거나 준비중이다. 또한 그러한 경쟁정책이나 법령을 도입하지 아니한다는 입장을 가진 국가들에서는 그 국내반경쟁관행이 시장접근을 봉쇄할 수 있다. 이러한 사실은 어떠한 국가에서의 경쟁법이나 정책 및 경쟁정책집행기관을 제정 또는 수립하여야 사적인 관행을 제거할 수 있고 경쟁과 시장접근을 불필요하게 제한하는 법규정의 개정을 유도해낼 수 있다는 것이기 때문에 다자간 차원에서는 특히 심각한 문제가 될 수 있다.¹⁵⁴⁾ 그러므로 경쟁에 관한 다자간 협정을 체결하는 경우 그 첫 번째 장점으로 국제무역과 관련된 경쟁문제의 해결에 대한 다수의 국가들의 약속을 얻어낼 수 있다는 점을 들 수 있다.

둘째, 협력협정의 체결은 자발적인 것이다. 이러한 사실은 개개의 국가가 자신이 협력할 용의가 있는 국가와 그러하지 아니한 국가를 선별할 수 있다는 것을 의미한다. 그러므로 경쟁법을 가진 국가들은 무역 또는 경쟁이 이익에 부정적인 영향을 미치는 사적인 관행이 발생하고 있는 국가들의 경쟁정책시행기관과 협력협정을 언제든지 체결할 수 있는 입장에 있지 아니할 수도 있다. 이러한 사실로 인해 국가들이 일부 무역상대국

153) *Ibid.*

154) *Ibid.*, p.27.

과만 협력협정을 체결할 수 있는 재량권이 GATT의 무차별원칙과 양립되는가의 문제를 제기하고 있다. 국제적인 거래가 많은 국가들의 이해관계에 동시에 영향을 미치고 있는 세계에서는 관련국가의 일부만이 협력협정을 체결한다면 심각한 문제가 초래될 수 있다. 경쟁의 다자간 틀은 협력에 대한 약속을 포함하게 되고 또한 효과적인 경쟁법을 갖는다는 약속을 한 무역파트너들을 보다 덜 차별적으로 대우할 수 있게 한다.¹⁵⁵⁾

Kodak-Fuji분쟁에서 이 사건은 일본공정거래위원회에 WTO 분쟁해결패널에 제기되어 잠재적인 무역전쟁으로 에스컬레이트 되기 전에는 공식적인 결정을 위하여 일본공정거래위원회에 제기되지 않았다. 당시에 제시된 주장은 일본공정거래위원회는 신뢰할 수 없다는 것이었지만 미국의 독점금지당국은 그 때 일본경쟁당국과 협력협정을 체결할 정도로 충분히 일본공정거래위원회를 신뢰하고 있다는 사실에 비추어 근거가 희박한 것으로 판단된다.¹⁵⁶⁾

셋째, 대부분의 협력협정에서는 특정한 경우에 대한 협력이 자발적인 차원에서 행하여지는 것이므로 협정당사자들에게 상호이익이 되는 때에 가능하다는 점이다. 그러므로 협력협정은 당사국간의 이해관계가 유사할 때에는 유용하지만 문제의 관행이 경쟁에 미치는 영향이 비대칭적인 경우(예컨대, 어느 국가에는 영향을 미치지만 다른 국가에는 영향을 미치지 아니하는 경우) 또는 문제의 관행이 무역문제를 초래하게 되는 경우에는 별다른 역할을 할 수 없을 수 있다.¹⁵⁷⁾

이러한 점에서 볼 때, 그러한 협정이 주로 국제적인 카르텔을 몰아내는 데 성공적이었다는 사실은 전혀 놀랄만한 일이 못된다. 그러나, 경쟁에 대한 효과가 관계국에게 달리 나타나는 수출카르텔, 수입카르텔 또는 합병을 제거하기 위하여 사용된 경우는 드물다.¹⁵⁸⁾ 따라서 이러한 수출카르텔 등의 경우에는 역시 통상적으로는 자발적인 협력에 의존할 수는

155) *Ibid.*

156) *Ibid.*, p.28.

157) *Ibid.*

158) *Ibid.*

없으며 협력의 약속이 필요하다는 것이다.

또한 미국의 독점금지국 국제경쟁정책자문위원회가 각국의 경쟁법집행 공무원, 기업가, 경제학자, 노동조합 및 기타 이해 당사자들에 대해 피해의 근원지가 외국인 경우의 구제조치에 대한 정책적 선택에 대한 의견을 구한 끝에 내린 결론은 각국의 독점금지법의 수렴은 현재의 상황에서는 실현가능하지도 않고 바람직하지도 않다는 것이었다. 또한, 적극적 예방, 영토외적 적용 및 다자간 규범 등에 대해 검토하였으나 역시 이러한 접근방법들중 어느 하나만으로는 미국과 세계경제가 직면한 경쟁문제의 모든 측면을 해결할 수 없다고 판단하였음을 밝히고 있다.

아울러 몇 가지 접근방법은 고려해 볼 만하며, 그중 적극적 예방을 포함하는 쌍무적인 협정이 사적인 제한행위를 다룰 수 있는 유용한 수단이 될 것이라고 지적하면서도 미국독점금지법의 역외적용제도의 잠재적 또는 실제의 사용이 일정한 상황에서는 필요하고 효과적일 수 있다는 결론을 내리고 있다.¹⁵⁹⁾

159) Advisory Committee, *op.cit.*, pp.202-203.

제 6 장 주권적 모델(전통적인 국내경쟁법적용 방식)과 쌍무적 또는 지역적 협정

제7장 결론

현행 GATT/WTO 규범은 독점금지관련 규정이 극히 미약하고 사인의 반경쟁적 행위에 대해서는 거의 규율하지 못하고 있다. 무역규범은 정부의 행위에 또한 경쟁 및 독점금지에 관한 규점은 원칙적으로 사적 당사자의 행위에 각각 초점이 맞추어져 있지만 양자는 상호간에 밀접한 관련성이 있으며 영향을 미치고 있다. 다시 말해서 무역정책과 경쟁정책은 인위적인 시장왜곡요소들을 제거하고자 하는 목적을 공유하고 있으며 이에 따라 일정한 공통요소들이 있는 것이다.

1990년대 이후 공정경쟁과 독점금지문제에 대한 관심이 커지게 된 것은 상품거래중심의 규범이었던 종전의 GATT체제로부터 상품시장이외의 자본과 서비스시장, 무역 지적재산권의 보호의 확대 등 제반문제를 포함하는 WTO체제로 전환되었고 또한 이러한 맥락에서 시장접근(market access)이 중요한 문제로 대두되었으며 국제사회에서의 합병 또는 기타의 방법으로 국제시장에서 시장지배력을 갖는 거대 다국적기업의 출현하게 되는 상황변화에 따른 것이다.

한편, 개도국 대부분이 국내경쟁정책과 법을 채택하지 않아 “경쟁문화”가 결여되어 있으며 그러한 채택한 국가에서도 경쟁법과 정책이 경제적인 효율성에만 관심을 갖는 것은 아니다. 또한 선진국에서도 경쟁법의 접근방법이 시대별로 변화를 겪어 왔으며, 선진국간에도 분야별로 각기 다른 경쟁법과 정책적 내용을 가지고 있다. 이러한 면에서 볼 때 현재까지 국제사회에 경쟁정책과 법에 관한 공통의 인식이 형성되어 있다고 하기는 어렵다. 이러한 면에서 다자간 협상에서 무역과 경쟁정책의 상호접점을 확인하고 이를 규범화하는 제안이 제기되고 있지만 이를 위해서는 “경쟁정책”에 대한 명확한 정의와 이에 대한 국가간의 컨센서스가 필요할 것이다.

1993년 국제독점금지코드 초안(the 1993 Draft International Antitrust Code: DIAC), 1995년 새로운 무역질서에서의 “경쟁정책”:국제적인 협력과 규칙의 강화에 관한 전문가그룹 보고서(the 1995 Expert

Group Report on “Competition Policy in the New Trade Order: Strengthening International Cooperation and Rules”), 1996년 무역과 경쟁에 관한 WTO위원회 설치에 관한 EU의 발의 등 일련의 움직임의 결과로서 1996년 Singapore Ministerial Conference에서 무역과 경쟁정책에 관한 실무작업단이 설치되어 그에 관한 논의를 진행하여왔다.

그런데 그러한 논의과정에서 국제적인 경쟁정책의 접근방법과 목표에 관한 국가간의 견해 차이가 현저하게 드러나게 되었다. 그러한 와중에서도 EU를 비롯한 많은 국가들이 뉴 밀레니엄 라운드에서 무역관련 경쟁 문제를 의제로 포함되어야 한다는 제안을 하였으나 미국과 대부분의 개도국들의 반대로 1999년 12월의 Seattle Trade Summit에서도 결론을 내리지 못하였다.

한편, OECD에서도 무역정책과 경쟁정책에 관한 논의가 활발하게 전개되어 왔으며, 회원국들로 하여금 1995년 Recommendation on Co-operation between Antitrust Authorities 및 1998 Recommendation on Co-operation against Hard-core Cartels에 따라 쌍무적 협력을 강화할 것을 권고하였다. 또한, OECD내의 무역과 경쟁에 관한 공동작업단도 무역과 경쟁정책 모두에 영향을 미치는 제반문제들 즉, 그 접점(interface)에 관한 회원국간의 공통이해를 증진시키는 토론의 장으로서의 기능을 수행하고 있다.

OECD에서 대체적으로 공감대가 형성된 것은 경쟁정책의 국제규범화와 무관하게 적극적 예양을 기초로 하여 국제협력에 대한 노력이 지속되어야 한다는 것이다. 또한, OECD의 권고를 중심으로 이루어지는 자발적 수렴, 양자협정, 지역협정, 다각적 협정, 다자간 협정을 그러한 협력의 형태로서 제시한 바 있다.

OECD의 경쟁정책에 대한 중점은 오직 회원국간의 유연한 경쟁법 조화를 촉진하는데 있으므로 OECD가 무역과 경쟁의 접점이 되는 문제들을 범세계적인 차원에서 해결하는데 큰 역할을 하기에는 많은 제약이 따르지만, 우리나라가 그 회원국이므로 그 권고안은 중요한 의미를 가진다.

OECD도 지적하다 시피 범세계적인 차원에서의 경쟁문제를 논의하고 이를 규범화하는 작업은 WTO에서 이루어져야 한다. 국제독점금지규범의 형성과 관련하여서는 WTO의 무역과 경쟁정책 실무작업단에서는 각국의 입장과 전문가들의 견해가 제시되어 그에 관한 많은 토론이 진행되어 왔다. 그 선택방안으로 여러 가지 접근방법이 제시되었는데, 다음과 같은 유형으로 분류하여 설명할 수 있을 것이다.

먼저 독점금지법 접근방법은 WTO 체제내에 새로운 독점금지규범을 도입하자는 방안이 있는 바, 이를 독점금지 접근방법이라 부른다. 이에 따르면 국제경쟁법은 4중적인 의미를 갖는다고 한다. 즉, ①무역의 왜곡 현상은 정부부문과 및 사적 부문 양자 모두에서 발생할 수 있으며, ②사적인 반경쟁적 행위는 외국의 경쟁자의 시장접근을 방해할 수 있고, ③특정한 반경쟁적 약정(예컨대, 차별적 기준 설정)은 원칙적으로 외국의 경쟁자들에게 영향을 미치며, ④정부가 소유 또는 지원하는 기업 및 국가에 의해 보호받는 독점은 외국인의 시장접근도 방해한다는 것이다.

WTO 회원국들은 이러한 국제경쟁법의 개념을 인정하면서도 그 적용 범위와 관련하여서는 그 논의의 대상을 국제무역에 영향을 미치는 기업의 반경쟁적 관행의 확인으로 한정시키고 있다. 이와 관련하여 WTO 실무작업단의 보고서는 그 분석대상을 3가지로 구분하고 있다. 첫째, 수입품의 시장접근에 영향을 미치는 관행, 둘째, 여러 국가들이 거의 동일하게 영향을 받는 국제시장에 영향을 미치는 관행, 셋째, 각국의 국내시장에 각기 다른 영향을 미치는 관행 등이다. OECD내에서 비교적 폭 넓은 공감대가 형성된 부분은 국제카르텔과 기업합병에 관한 부분이며 OECD 회원국들은 가격담합, 출고 조절하는 경성카르텔에 속하는 국제카르텔은 경쟁법·정책상 당연 위법(per se illegal)에 해당한다는 것이라는데 동의하고 있다.

WTO규범의 하나로서 독자적인 국제독점금지규칙을 채택하는 경우에는 무차별 원칙중 내국인 대우(최혜국대우는 제외), union principle이 가장 기본적인 원칙으로 채택될 것이다. 또한, 그 실체적인 내용에 있어서도 최소한의 기준만을 포함하는 것이 될 것으로 예상되고 있다. 따라서 그러한 최소한의 내용이외의 경쟁과 관련된 대부분의 내용들은 개

개의 국가가 자국의 실정에 맞도록 입법을 통해 시행하게 될 것이다.

이와 관련하여 최소기준으로는 (a)무역의 제한에 관한 수평적 협정의 금지, (b)남용적 유통시스템의 금지, (c)지적 재산권 보호에 기반을 두고 경쟁제한행위를 규제할 것, (d)합병규제, (e)남용적 시장지배의 금지, (f)상기의 (a) 내지 (e)의 상황을 방지하기 위한 규정, (g)상기 (a) 내지 (f)의 상황과 관련한 ‘합리의 규칙’(rule of reason)에 따른 적용 면제사유, (h)과거의 합병과 독점의 해제(divestiture)를 포함하는 최소한의 제재, (i)WTO에서 기존의 도한 이미 활동하고 있는 패널의 관할권제도로부터 차용한 최소한의 절차규정, (j)파리협약 제10조 이하에 의거한 불공정 무역관행에 대한 규제규칙등이 포함되어야 한다는 견해가 유력하다.

다만, 이러한 최소기준의 내용에 대한 국가간의 컨센서스 형성과 그에 따른 국내경쟁법의 조화가 필요하기는 하지만, 굳이 WTO의 부속합의서 등 조약의 형식으로 정하여야 할 필요는 없을 것이라고 주장하는 학자도 있으며, 앞서 언급한 내용보다 훨씬 협소한 최소기준을 채택함으로써 국가의 경쟁정책에 관한 주권을 고려하여야 한다는 주장도 제기되어 있다. 이와 같이 최소기준의 내용과 그 실천방안에 대해서도 반드시 국제적인 컨센서스가 형성되어 있는 것은 아니다. .

한편 최소기준이 어떠한 방식으로 합의되고 또한 어떠한 내용으로 구성되든지간에 최소기준의 실효적인 집행은 대단히 중요한 문제이며 관련 하여서도 여러 가지 방안이 제기되었다. 첫 번째 방안으로는 각국이 금지적 구제조치(injunctive relief)와 손해배상의 청구권을 사적 당사자에게 부여함으로써 그 경쟁당국이 자국법의 집행에 소극적으로 행동하지 못하도록 보장하자는 안을 들 수 있다. 두 번째 방안으로는 각국은 적어도 국내 독점금지기관을 설치하여야 하며, 국제독점금지청(International Antitrust Authority)과 국제독점금지 패널(International Antitrust Panel)의 설치를 상정하자는 앞서 언급한 DIAC를 들 수 있다.

이에 따르면, 일방체약국이 타방의 국제독점금지코드 의무를 위반에 대해 독점금지패널에 제소하도록 하고 국제독점금지청도 어느 체약국이 코드상의 의무를 위반하였다고 판단하는 경우 패널의 절차에 호소할 수

있다. 따라서, 사실상, 국제독점금지청이 어떠한 국가의 국내법원이 코드의 규정을 잘못 해석하였다고 판단하는 경우에는 그 법원의 결정을 국제독점금지패널에 항소할 수 있는 권리를 부여하고 있다고 할 수 있다. 다만, DIAC의 내용을 보면 반드시 조약의 형태로 국가간의 모든 실체적 독점금지규정의 조화를 이루어야 한다는 것은 아니며, 국가간에 합의된 최소기준의 집행을 국제적인 기관과 절차를 통해 보장한다는 데 초점을 맞추고 있다는 데 주목하여야 할 것이다.

한편, 이러한 국제기관의 설치보다 훨씬 간단한 방식으로 일정한 범위의 독점금지분쟁을 검토하기 위하여 현재의 WTO 분쟁해결패널을 이용하자는 안도 제시되었다. 그러한 제안은 WTO의 분쟁해결패널은 일정한 국제통상규범을 집행하는 역할을 수행하고 있다는 점을 들어 새로운 국제기관을 설치하는 등의 번거로움 없이 기존의 WTO의 패널을 이용하는 것이 바람직하다는 전제에 입각해 있다. 그러나 WTO 분쟁해결패널이 경쟁문제까지 다루게 된다면 무역(trade)법 뿐만 아니라 경쟁과 독점금지법에 대해서도 전문적인 지식을 가진 패널리스트들로 구성되어야 할 것이다.

무역관련 경쟁문제를 해결하기 위한 두 번째 접근방법은 홍콩이 처음으로 제안한 것으로 현행 WTO 규범을 경쟁지향적으로 개혁하자는 것이 그 핵심적인 내용이다. 이러한 접근방법은 무역왜곡의 주된 야기주체가 정부라는 전제에 입각한 것이며 수출지향적인 국가의 입장을 대변한 것이라 할 수 있다. 따라서, 이러한 접근방법은 오직 국가의 반경쟁적 관행에 관한 규칙에 대해서만 관심을 갖고, 기업의 반경쟁적 행위로 인한 무역왜곡현상의 심각성을 과소평가하고 있다는 점에서 무역관련 경쟁문제를 본질적으로 해결할 수 없다는 한계가 있다.

홍콩의 제안에 따르면 “경쟁정책”을 정부차원의 또는 사적인 모든 경쟁제한행위와 왜곡행위를 개략적으로 포함하도록 정의할 필요성이 있음을 강조하였다. 그러나, 정부의 시장접근장벽들과 시장왜곡행위들이 국내 경쟁정상 제기되는 사적인 제한적 기업관행보다도 더 중요한 문제가 되고 있으며 따라서 GATT/WTO는 정부의 시장접근장벽과 시장왜곡행위를 제거하는데 우선 순위를 두어야 한다고 한다. 아울러 정부의 경쟁왜곡행위와 사적인 경

쟁외국행위의 상관관계는 수많은 WTO의 규정들에 반영되어 있음을 지적하고 WTO는 정부 및 사적인 경쟁제한행위들간의 상호관련성에 초점을 맞추어야 한다고 주장하였다.

그 제안의 주요 내용은 소개하면 다음과 같다. 첫째, GATT와 GATS의 시장접근공약들의 적용범위를 수입품을 시장에서 배제시키거나 차별하거나 수출을 왜곡시키는 경향이 있는 사적으로 합의된 시장접근장벽에 대해서까지 확대한다. 둘째, WTO 제협정의 내국민대우원칙의 적용범위를 무차별적으로 또한 수출·수입 카르텔에 대하여 국내 경쟁법이 적용되도록 확대한다. 셋째, 공공 사업과 독점(public undertakings and monopolies)에 관한 WTO 규범(GATT 제17조, GATS 제8조 등)을 경쟁규칙과 연계시킨다. 넷째, WTO 긴급수입제한(safeguard)규칙상의 생산자 편향성(producer bias)은 소비자 복지와 경쟁법 원칙(예컨대, 약탈적 가격책정관행에 대한 규제)를 고려하여 시정한다. 다섯째, 지적재산권의 남용(제8조) 및 라이선싱 계약상의 반경쟁적 행위(제8조)의 방지에 관한 TRIPS 협정의 규정들은 경쟁법 원칙을 참조함으로써 더욱 정확하게 정의할 수 있다.

이러한 접근방법은 경쟁법의 규제적인 기능(예컨대, 합병규제법, 시장지배적 지위 남용의 제한, 별도의 경쟁법 채택·시행 및 감독기관의 설치 등)보다는 자유무역 규칙과 시장규칙의 상호 보완적인 시장자유화 기능에 초점을 맞추고 있다고 할 수 있다. 다시 말해서 예컨대, 사적인 사업 또는 공공 사업의 배타적인 반경쟁적인 관행에까지 현행 GATT 협정과 GATS 협정의 적용을 확대하는 등에 의하여 이들 협정의 시장접근 기능을 강화하고 (수입품과 경쟁하는 자국산업을 외국상품과의 경쟁으로부터 보호하는 보호주의적인 반덤핑정책의 범주내에서의) 정부 및 사인에 의한 시장접근장벽의 제거를 통하여 무역자유화를 확대하는 것이 모든 WTO 가입국들의 국내경쟁법의 채택이라는 장기적인 경쟁정책 목표보다 더 중요하다고 판단하고 있다고 할 것이다.

실제로도, 지금까지 GATT/WTO가 시장접근을 봉쇄하는 사적인 무역 제한행위에 초점이 맞추어진 분쟁을 해결하는 기능을 수행하지는 못하고 있다는 것은 사실이다. 즉, 극히 제한된 상황(일본 반도체 사건을 참조할 것)의 경우를 제외하고는 GATT/WTO의 국제무역규칙이 사적인 제한행위에 정부의 책임을 추궁하지는 못하였다. 어찌되었건 이러한 방안에 따른다면,

WTO내에서의 더욱 밀착된 무역·경쟁 규칙을 점진적으로 확립시키기 위해서는 수많은 문제를 명확히 해야 할 필요성이 있다. 예컨대,

첫째, 무역과 경쟁정책을 보다 상호보완적인 것이 되도록 하기 위해서 현행 WTO 규칙중 어떠한 절차적·실체적 규정의 개혁이 필요한가,

둘째, 보호주의에 반대하는 WTO의 규칙들을 무차별적인 경쟁조건을 통해 소비자 복지의 극대화하려는 “경쟁의 諸가치”에 어떻게 적응시킬 것인가,

셋째, 무역정책이 생산자 위주의 경향을 보이고 있으며 때로는 보호주의적 로비와 이기적인 관료집단에 의하여 부당하게 영향을 받는다는 점을 감안하여 WTO 규칙의 경쟁지향적 개혁에 찬성하는 정치적 지지기반을 어떻게 형성할 것인가,

넷째, WTO내에서의 경쟁옹호론과 WTO 규범의 경쟁지향적 개혁을 위한 정치적 지지를 끌어내기 위하여 필요한 연계원칙들(예컨대, 시장접근 및 무역과 경쟁규칙의 무차별요구 등)이 제도화되어 있는가,

다섯째, WTO내에서의 협상이 수출산업의 지지를 끌어내기 위해 경쟁규칙의 규제적 기능(예컨대 합병규제 법 등) 보다는 시장개방적 기능에 처음부터 초점이 맞추어져야 하는가,

여섯째, 사인의 절차적·실체적 권리를 강화하면 그에 상응하는 만큼 개방시장에 대한 지지력을 형성하는데 도움이 될 것인가,

일곱째, 국내 경쟁법과 정책(예컨대, 국민복지, 수출카르텔 및 해외에서 초래된 피해를 고려하지 아니하는 기타 경쟁법 적용배제사유에 관한)이 어떻게 변화되는 것이 바람직한가,

여덟째, 경쟁문제(예컨대, 개도국에서의 경쟁법 도입 및 경쟁당국의 설치에 대한 지원, 구체적인 사건에 대한 협력, 수개의 국가와 관련된 합병사건 규제에 대한 국제적 기준에 대한 합의 등)에 대한 쌍무적·다변적 협력을 어떻게 촉진할 것인가 등이 그것들이다.

마지막으로 전통적인 국내경쟁법을 적용하되 쌍무적 또는 지역적 협정을 통해 그 집행에 관하여 협력하자는 접근방법은 미국이 주로 옹호하고 있다. 미국의 독점금지적용관행을 보면 미국기업의 외국시장 접근을 확보하기 위

한 목적으로 독점금지법을 역외적용한 사례가 많았다. 예컨대, 1999년 봄, 미국 독점금지국 국제경쟁정책 자문위원회의 청문회에서 미국의 기업계 대표들이 미국은 미국회사가 경험한 외국의 시장접근제한을 구제하기 위하여 보다 강력하게 독점금지 수단을 사용하여야 한다고 주장한 바 있다. 이것은 바로 미국의 전통적인 독점금지적용관행을 대변한 것이라 할 것이다.

이러한 영토외적 적용에 대하여 외국은 강력하게 반발하여왔다. 예컨대, 미국 법무부의 1995년 영토외적 적용 가이드라인에 대해 영국은 “미국독점금지당국이 외국시장의 봉쇄(foreclosure) 또는 미국 기술표준(technical standards)의 채택거부만으로도 - 미국의 독점금지법의 역외적용의 근거가 되는 - ‘필수적인 영향’(requisite effect)을 확정하는데 충분하다고 단정하고 있다. 그러한 관할권 주장은 미국독점금지법이 미국수출업자에게 폐쇄되었다고 생각하는 시장을 개방하기 위한 무역정책의 수단으로 사용되고 있음을 보여주는 것이다”라고 주장하였다.

한편 NAFTA협정에서는 체약국 일방의 경쟁법 문제에 대한 법원의 판결 등에 체약국 타방의 기업이 불복하는 경우, 분쟁체약국 쌍방의 심판관으로 구성되는 패널에 항소할 수 있는 규정을 두고 있다. 다만, 이러한 방식은 NAFTA협정의 규정한 유일한 사례이며 앞으로 국제사회에서 그 채택이 확산될 것으로 보이지는 않는다. 이러한 방식과는 성격이 전혀 다르지만, 1990년대 들어와서 타방 당사자에 중대한 영향을 미치는 특정사건과 관련하여 독점금지법 집행에 대한 통지, 집행활동 수행과정에서의 타방당사자의 중대한 이익에 대한 신중한 고려, 정보의 교환, 전통적 예양 또는 적극적 예양 등에 관한 규정들을 포함하는 쌍무적 협력협정을 체결하는 경우가 미국과 WU 등 주로 선진국을 중심으로 급속히 증가하고 있다.

미국 독점금지당국은 1976년 독일을 필두로, 오스트레일리아(1982년 체결, 1999년 새로운 협정), 캐나다(1984년 체결, 1995년 새로운 협정으로 대체), European Commission(1991년 체결, 1998년 새로운 협정으로 보완) 등과 협정을 체결하였으며 1999년에는 캐나다, 이스라엘, 브라질 그리고 일본과 각각 적극적 예양 규정을 포함한 협정을 체결하였다. 일본과의 협정은 미국과 일본간에 오랫동안 무역·경제면에서의 긴장관계가 있었다는 면에서 또한 브라질과의 협정은 기술적 협력에 관한 규정을 최초로 포함하고 있고 최초로 개발도상국과 체결한 것이라는 점에서 주목할 만 하다. 또한

1999년 오스트레일리아와의 협정은 미국의 국제독점금지법(International Antitrust Enforcement Assistance Act)에 의거한 최초의 협정이었다.

한편, EU는 1999년 6월 캐나다와 협정이외에도 중앙·동유럽국가 10개국과 각각 협정을 체결하였다. 그 밖에 독일-프랑스, 호주-대만간에도 협정이 체결되었다. 최근에 체결된 쌍무적 협정들에서는 적극적 예양에 관한 규정들을 두고 있다는 점에 가장 두드러진 특징이라 할 수 있다. 이러한 적극적 예양규정은 집행활동의 통지, 집행협력과 조정, 적극적 예양, 충돌회피 등을 포함하고 있으며 당사국의 현행법을 변경하거나 비밀정보의 교환을 요구하는 것은 아님을 명시하고 있다.

적극적 예양의 개념은 OECD회원국간 협력에 대한 권고의 발전과정을 통해 형성되었다. OECD는 1973년 [국제무역에 영향을 미치는 사업관행 규제를 위한 회원국간 협력에 대한 OECD권고](Recommendations Concerning a Consultation and Conciliation Procedure on Restrictive Business Practices Affecting International Trade)를 채택함으로써 경쟁과 무역문제에 관한 그 권고안에 적극적 예양원칙을 최초로 반영하였다. 그후 OECD는 적극적 예양에 관한 그 권고내용을 가다듬고 수정하여 그 개념을 1995년의 Recommendation에 반영하였다.

이 권고에 의하면 적극적 예양은 범집행상 협력의 한 형태로서 다음 두 가지 사항을 의미한다. 1)자국내의 행위로 인하여 타국의 이해관계에 실질적인 악영향이 발생한 경우 피해국이 해당국에 대해 범집행 활동을 개시 또는 확대하여주도록 요청하고 피요청국이 이에 자발적으로 협력하는 원칙이다. 각 회원국은 당해 행위에 대해 제재를 가하기 위한 자국의 범집행 절차를 개시 또는 확대하는데 있어서 타국의 입장에 대한 충분하고 동정적인 고려를 하여야 한다. 2)당해 행위에 대해 자발적으로 또한 자국의 정당한 이해관계를 고려하여 적절한 제제조치를 취하여야 한다. 그러나 이것이 반드시 호의적인 결과를 의미하는 것은 아니다.

한편, 실제사건을 통해서본 그 실효성 문제는 아직도 평가하기 어렵다. 적극적 예양원칙이 적용된 사례의 숫자는 극히 제한되어 있다. 이러한 사실에도 불구하고 몇 가지 구체적인 사례에서는 반경쟁적 관행의 처리에 관한 협력의 수단으로서 사용되어 왔으며 이들 몇 가지 사례들을 통해 얻은 경험들

은 구체적인 상황에서의 적극적 관행의 효용성에 대해 상당한 수준까지 통찰할 수 있도록 하고 있다. 한편, EU, NAFTA 등에서 찾아볼 수 있는 경쟁에 관한 지역적 협력 협정의 사례도 찾아 볼 수 있다. 이러한 독점금지집행기관들간의 집행네트워크는 장기적으로는 어느 정도의 독점금지규칙의 표준화를 달성하는 효과를 가져올 것이라고 주장하기도 한다.

이러한 주권적 모델과 쌍무적·지역적 협력협정 방식에 대해서는 평가가 엇갈리고 있다. 이에 대한 비판론으로는 첫째, 개발도상국들은 대부분 경쟁과 독점금지에 관한 국내법을 채택하고 있지 아니한 바, 무역자유화의 경우와 마찬가지로 국내경쟁법과 정책의 도입은 상호주의적 국제규칙에 입각해야만 용이하다고 지적한다. 그 근거로, EU 국가들이 국제경쟁규칙, EC Treaty 등 국제경쟁규칙이 채택에 뒤이어 국내경쟁법을 도입하였다는 사실을 들고 있다.

둘째, 일방주의적 또는 쌍무적 접근 방식은 무역과 경쟁의 규칙이 상호 보완성을 무시하고 있다. 경쟁정책과 무역보호규칙의 경쟁지향적인 개혁이 WTO의 목표의 완전한 달성에 필수적이라는 점에 유념하여야 한다. 셋째, 그러한 접근방법은 법적 불확실성, 마찰 및 높은 거래비용을 수반하게 되며 다자간 접근방법보다 명백히 효율성이 떨어진다는 역사적인 경험”을 무시하고 있다. 넷째, 대부분의 국내 경쟁법들이 보호주의적인 예외사유(예컨대, 수출카르텔 및 법이 정하는 산업에 유리하도록 하는 적용배제사유)를 인정하고 있고 미국 연방거래위원회가 조사한 합병사건의 과반수가 오늘날 미국 영역밖에 소재하는 非미국 당사자 및 정보와 관련되어 있다는 점에 주목하여야 한다.

따라서 다른 나라의 경쟁당국의 결정이 미국에서의 그것과 상충될 수 있는 위험이 존재한다. 더욱이 미국이 독점금지당국은 외국으로부터 협력을 얻어낼 수 있을 정도로 강력한 힘을 발휘하고 있지만, 개발도상국의 경쟁당국들은 선진국의 경쟁정책에서 개발도상국의 이익이 충분히 고려되고 있지 못하다는 불만을 제기하는 경우가 적지 않다.

이에 반하여 경쟁에 관한 일방주의적 또는 쌍무적 접근방법에 대한 찬성론은 국제카르텔에 대한 조사(및 이를 위한 협력협정의 체결)에 관한 최근의 미국의 정책의 성공사례는 그러한 협정의 유용성을 입증하고 있으며, OECD 내부에서 발전되어온 새로운 협력수단(작위 또는 부작위의 예양) 역

시 그 효용성의 정도는 아직 검증되지 아니하였다 할지라도 효과적이라는 사실이 입증되고 있다고 주장한다.

그러나 협력협정 그 자체만으로는 전세계적 차원에서의 무역과 경쟁간의 접점이라는 문제를 해결하는데는 불충분하다는 입장에 동조하는 3가지 논거가 있을 수 있다.

첫째, 경쟁법과 경쟁정책 시행기관을 이미 가지고 있는 일련의 국가들이 쌍무적인 협력협정을 체결한다는 사실 그 자체만으로는 그러한 경쟁법이나 정책을 갖지 아니한 국가들로 하여금 그들이 그러한 법과 정책을 갖도록 유도하는데 아무런 도움이 되지 아니한다. WTO회원국의 3분의 2만이 그러한 법과 정책을 가지고 있거나 준비중이라는 사실에 유의하여야 한다. 또한 그러한 경쟁정책이나 법령을 도입하지 아니한다는 입장을 가진 국가들에서는 그 국가내에서 행하여지는 반경쟁적 관행이 외국기업들에 의한 당해 시장 접근을 크게 방해하게 될 것이다. 그러므로 경쟁에 관한 다자간 협정을 체결하는 경우 그 첫 번째 장점으로 국제무역과 관련된 경쟁문제의 해결에 대한 다수의 국가들의 약속을 얻어낼 수 있다는 점을 들 수 있다.

둘째, 협력협정의 체결은 자발적인 것이므로 경쟁법을 가진 국가들은 무역 또는 경쟁이 이익에 부정적인 영향을 미치는 사적인 관행이 발생하고 있는 국가들의 경쟁정책시행기관과 협력협정을 체결하지 아니할 수도 있다. 이러한 사실은 GATT의 무차별원칙과 양립되는가의 문제를 제기한다. 국제적인 거래가 많은 국가들의 이해관계에 동시에 영향을 미치고 있는 세계에서는 관련국가의 일부만이 협력협정을 체결한다면 심각한 문제가 초래될 수 있다. 경쟁의 다자간 틀은 협력에 대한 약속을 포함하게 되고 또한 효과적인 경쟁법을 갖는다는 약속을 한 무역파트너들을 보다 덜 차별적으로 대우할 수 있게 한다. Kodak-Fuji분쟁에서 이 사건은 일본공정거래위원회에 WTO 분쟁해결패널에 제기되어 잠재적인 무역전쟁으로 에스컬레이트되기 전에는 공식적인 결정을 위하여 일본공정거래위원회에 제기되지 않았다. 당시에 제시된 주장은 일본공정거래위원회는 신뢰할 수 없다는 것이었지만 미국의 독점금지당국은 그 때 일본경쟁당국과 협력협정을 체결할 정도로 충분히 일본공정거래위원회를 신뢰하고 있다는 사실에 비추어 근거가 희박한 것으로 판단된다.

셋째, 대부분의 협력협정에서는 특정한 경우에 대한 협력이 자발적인 차원에서 행하여지는 것이므로 협정당사자들에게 상호이익이 되는 때에 가능하

다는 점이다. 그러므로 그러한 협력협정은 당사국간의 이해관계가 유사할 때에는 유용하지만 문제의 관행이 경쟁에 미치는 영향이 비대칭적인 경우(예컨대, 어느 국가에는 영향을 미치지만 다른 국가에는 영향을 미치지 아니하는 경우) 또는 문제의 관행이 무역문제를 초래하게 되는 경우에는 별다른 역할을 할 수 없을 수 있다. 이러한 점에서 볼 때, 그러한 협정이 주로 국제적인 카르텔을 몰아내는 데 성공적이었다는 사실은 전혀 놀랄만한 일이 못된다. 그러나, 경쟁에 대한 효과가 관계국에게 달리 나타나는 수출카르텔, 수입카르텔 또는 합병을 제거하기 위하여 사용된 경우는 드물다. 따라서 이러한 수출카르텔 등의 경우에는 역시 통상적으로는 자발적인 협력에 의존할 수는 없으며 협력의 약속이 필요하다.

한편, 미국 독점금지국 국제경쟁정책 자문위원회가 각국의 경쟁법 집행 공무원, 기업가, 경제학자, 노동조합 및 기타 이해 당사자들에 대해 피해의 근원지가 외국인 경우의 구제조치에 대한 정책적 선택에 대한 의견을 구한 끝에 내린 결론은 각국의 독점금지법의 수렴은 현재의 상황에서는 실현가능하지도 않고 바람직하지도 않다는 것이었다. 또한, 적극적 예양, 영토외적 적용 및 다자간 규범 등에 대해 검토하였으나 역시 이러한 접근방법들중 어느 하나만으로는 미국과 세계경제가 직면한 경쟁문제의 모든 측면을 해결할 수 없다고 판단하였음을 밝히고 있다. 아울러 몇 가지 접근방법은 고려해 볼 만하며, 그중 적극적 예양을 포함하는 쌍무적인 협정이 사적인 제한행위를 다룰 수 있는 유용한 수단이 될 것이라고 지적하면서도 미국독점금지법의 역외적용제도의 잠재적 또는 실제의 사용이 일정한 상황에서는 필요하고 효과적일 수 있다는 결론을 내리고 있다.

<참고문헌>

1. 단행본

American Bar Association Sections of Antitrust Law and International Law and Practice, *Report on Private Anti-competitive Practices as Market Access Barrier* (January 2000).

Bernard Hoekman & Michel Kostcki, *The Political Economy of the World Trading System: From GATT to WTO*, (Oxford: Oxford University Press, 1997).

Dennis Campbell and Susan Cotter, (eds.), *Unfair Trading Practices: The Comparative Yearbook of International Business*, (The Hague: Kluwer Law International, 1996).

Chia-Jui Cheng, Lawrence S. Siu and Chih-Kang Wang, *International Harmonization of Competition Laws*, (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1995).

Dennis Campbell and Susan Cotter, (eds.), *Unfair Trading Practices: The Comparative Yearbook of International Business*, (The Hague: Kluwer Law International, 1996).

F. M. Scherer, *Competition Policies for an Integrated World Economy*, (Washington D.C.: Brookings Institution, 1994).

Greg Mastel, *American Trade Laws after the Uruguay Round*, (Armonk, New York: M.E. Sharpe, Inc, 1996).

Harry J. Steiner, Deltlev F. Vagts and Harold Hongju Koh,

<참고문헌>

Transnational Legal Problems: Materials and Text, (Westbury, New York: The Foundation Press, Inc. 1994).

International Competition Advisory Committee to the Attorney General And Assistance Attorney General For Antitrust, *Final Report (2000)*,

John H. Jackson and W. J. Davey, *Legal Problems of International Economic Relations: Cases, Materials and Text on the National and International Regulation of Transnational Economic Relations, Transnational Economic Relations*,(2nd Ed.), (St. Paul, Minn.:West Publishing Co., 1986).

-----, *Legal Problems of International Economic Relations: Cases, Materials and Text on the National and International Regulation on Transnational Economic Relations*(3d ed.), (St. Paul, Minn.: Westing Publishing Co., 1995)

John Flynn & Harry First, *Antitrust: Statutes, Treaties, Regulations, Guidelines, and Policies*, (New York: the Foundation Press, 1999).

Milton Handler, Robert Pitofsky, Harvey J Goldschmid and Danie P.Wood (eds).*Trade Regulations: Cases and Material*, (4th ed.), (Westbury, New York: The Foundation Press, Inc., 1997).

Richard B. McKenzie, *Trust on Trial: How the Microsoft Case is Reframing the Rules of Competition*, (Cambridge: Perseus Publishing, 2000).

Spencer Weber Waller, *International Trade and U.S. Antitrust Law*, (1999 update prepared by Jeffrey L. Kessler), (St. Paul, MN: West Group, 1999).

Stan J. Liebowitz and Stephen E. Margolis, *Winners, Losers & Microsoft: Competition and Antitrust in High Technology*, (Oakland, California: The Independent Institute, 1999).

Susan Sell, *Power and Idea: North-South Politics of Intellectual Property and Antitrust*, (New York: State University of New York Press).

Ulrich Hanns, *Comparative Competition Law: Approaching an International System of Antitrust Law*, (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998).

Wilbur L. Fugate, *Foreign Commerce and the Antitrust Laws*, (4th ed.), (Toronto: Little, Brown and Company, 1996).

2. 논 문

“Dialogue, Topic Two: What Should an International Competition Policy Include?,” in John O. Harley and Hiroshi Iyori (eds.), *Antitrust: A New International Trade Remedy?*, (Washington: Pacific Law & Policy Association, 1995).

Additya Mattoo & Arvind Subramanian, “Multilateral Rules on Competition Policy”, *Journal of World Trade*, Vol.31, No.5(1997).

A Paul Victor, Konrad von Finckenstein, A. Douglass Metlamed, J. William Rowley and Spencer W. Waller, “United States and Canadian Antitrust Policy,” in Barry E. Hawk (ed.), *International Antitrust Law & Policy, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, (Yonkers, NY: Juris Publishing, Inc., 1999).

<참고문헌>

A. Douglass Melamed, “Antitrust Enforcement in a Global Economy,” in Barry E. Hawk (ed.), *International Antitrust Law & Policy, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, (Yonkers, NY: Juris Publishing, Inc., 1999).

Andreas Heinemann, “Intellectual Property Rights and Competition Policy: The Approach of the WTO Working Group on Trade and Competition“, in Roger Zäch (ed.) *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments on the WTO Report(1998) on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd., 1999).

Bernard M. Hoekman & Petros C. Mavroidis, “Dumping, Antidumping and Antitrust,” *Journal of World Trade*, Vol.30, No.1(1996).

Brian Hindley, “Competition Law and the WTO: Alternative Structures for Agreement”, *Fair Trade and Harmonization*, Vol.2 (Legal Analysis),(Cambridge: MIT Press, 1996).

C. O’Neal Taylor, “The Limits of Economic Power: Section 301 and the World Trade Organization Dispute Settlement System”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol.30 (1997).

Calvin S. Goldman, Q.C. and Brian A. Facey, “Antitrust and Trade Policy: International Business Perspectives,”in Barry E. Hawk, *International Antitrust Law & Policy, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, (Yonkers, NY: Juris Publishing, Inc., 1999).

Carlos M. Correa, “Competition Law and Development Policies” in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key*

Issues and Comments on the WTO Report(1998) on Trade and Competition, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd., 1999).

Daniel J. Gifford and Mitsuo Matsushita, “Antitrust of Competition Laws Viewed in a Trading Context: Harmony or Dissonance?,” in Jagdish N. Bhagwati and Robert E. Hudec (eds.), *Fair Trade and Harmonization*, Vol.2 (Legal Analysis), (Cambridge: MIT Press, 1996).

David J. Gerber, “Competition Law and International Trade: The European Union and the Neo-Liberal Factor,” in John O. Harley and Hiroshi Iyori (eds.), *Antitrust: A New International Trade Remedy?*, (Washington: Pacific Law & Policy Association, 1995).

Dieter Wolf, “International Mergers,” in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and the WTO Report on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd, 1999).

Donald I. Baker and W. Todd Miller, “Antitrust Enforcement and Non-Enforcement as a Barrier to Imports”, *International Business Lawyer*, Vol.29(1996).

Douglas E. Rosenthal and Phedon Nicholaides, “Harmonizing Antitrust: The Less Effective Way to Promote International Competition,” in Edward M. Graham and J. David Richardson (eds.), *Global Competition Policy*, (Washington, DC: Institute for International Economics, 1997).

Edward M. Graham and J. David Richardson, “Conclusion and Recommendations,” in Edward M. Graham and J. David Richardson (eds.), *Global Competition Policy*, (Washington, DC: Institute for International Economics, 1997).

<참고문헌>

-----, “Issue Overview,” in Edward M. Graham and J. David Richardson (eds.), *Global Competition Policy*, (Washington, DC: Institute for International Economics, 1997).

EC Commission, “International Cooperation in the Field of Competition: A View from the EC”, in B. Hawk (ed.), *International Antitrust Policy: 1997 Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, (New York: Juris Publishing Inc. 1998).

Eleanor M. Fox, “Competition Law and the Agenda for the WTO: Forging the Links of Competition and Trade,” in John O. Harley and Hiroshi Iyori (eds.), *Antitrust: A New International Trade Remedy?*, (Washington: Pacific Law & Policy Association, 1995).

-----, “The Problem of State Action that Blesses Private Action that Harms “the Foreigners,” *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments on the WTO Report(1998) on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd., 1999).

-----, “Toward World Antitrust and Market Access”, *The American Journal of International Law*, Vol.91(1997).

-----, “Trade, Competition and Intellectual Property: TRIPs and its Antitrust Counterparts”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol.3(1996).

-----, “U.S. and EU Competition Law: A Comparison”, in Edward M. Graham and J. David Richardson (eds.), *Global Competition Policy*, (Washington: Institute for International Economics, 1997).

-----, “International Antitrust : Against Minimum Rules for Cosmopolitan Principles,” in Barry E. Hawk (eds.), *International Antitrust Law & Policy, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, (Yonkers, NY: Juris Publishing, Inc., 1999).

Eleanor M. Fox and Robert Pitofsky, “United States,” in Edward M. Graham and J. David Richardson (eds.), *Global Competition Policy*, (Washington, DC: Institute for International Economics, 1997).

Ernst-Ulrich Petersmann, “International Competition Rules for Governments and for Private Business”, *Journal of World Trade*, Vol.30, No.3(1996).

-----, “Competition-oriented Reforms of the WTO World Trade System - Proposal and Policy Options”, in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments on the WTO Report(1998) on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd., 1999).

Frank Montag, “Problems and Possible Solutions From a Practitioner’s Point of View,” in Barry E. Hawk (eds.), *International Antitrust Law & Policy, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, (Yonkers, NY: Juris Publishing, Inc., 1999).

Frdéric Jenny, “Globalization, Competition and Trade Policy: Issue and Challenges” in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments on the WTO Report(1998) on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd., 1999).

-----, “Competition Law Enforcement: Is Economic Expertise necessary?,” in Barry E. Hawk (ed.), *International*

<참고문헌>

Antitrust Law & Policy, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, (Yonkers, NY: Juris Publishing, Inc., 1999).

Frédéric Jenny, Harvey M. Applebaum, William J. Baer, Johanthan Faull, Eleanor M. Fox, Calvin S. Goldman and Merit E. Janow, “Antitrust and Trade Policy,” in Barry E. Hawk (ed.), *International Antitrust Law & Policy, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, (Yonkers, Ny: Juris Publishing, Inc., 1999).

Frieder Roessler, “Diverging Domestic Policies and Multilateral Trade Integration,” in Jagdish N. Bhagwati and Robert E. Hudec (eds.), *Fair Trade and Harmonization*, Vol.2 (Legal Analysis),(Cambridge: MIT Press, 1996).

Hanns Ullrich, “Antitrust Law Relating to High Technology Industries- A Case for or Against International Rules?,” *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments on the WTO Report(1998) on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd., 1999).

-----, “TRIPS: Adequate Protection, Inadequate Trade, Adequate Competition Policy,” in John O. Harley and Hiroshi Iyori (eds.), *Antitrust: A New International Trade Remedy?*, (Washington: Pacific Law & Policy Association, 1995).

Harry First, “An Antitrust Remedy for International Price Predation: Lessons from Zenith v. Matsushita,” in John O. Harley and Hiroshi Iyori (eds.), *Antitrust: A New International Trade Remedy?*, (Washington: Pacific Law & Policy Association, 1995).

-----, “Towards An International Common Law of Competition”, in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments on the WTO Report(1998)*

on Trade and Competition, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd, 1999).

Harry J. Steiner, Deltlev F. Vagts and Harold Hongju Koh, *Transnational Legal Problems: Materials and Text*, (Westbury, New York: The Foundation Press, Inc. 1994).

Harvey M. Applebaum, “The Interface of the Trade laws and the Antitrust Laws,” in Barry E. Hawk (ed.), *International Antitrust Law & Policy, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, (Yonkers, NY: Juris Publishing, Inc., 1999).

Hiroshi Iyori, “A Comparison of U.S.-Japan Antitrust Law: Looking at the International Harmonization of Competition Law,” in John O. Harley and Hiroshi Iyori (eds.), *Antitrust: A New International Trade Remedy?*, (Washington: Pacific Law & Policy Association, 1995).

-----, “Competition Culture and the Aims of Competition Law,” in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and the WTO Report on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd, 1999).

Homer Moyer, “Chapter 19 of the NAFTA: Binational Panels as the Trade Court of Last Resort”, *International Lawyer*, Vol.27(1993).

Jean-François Pons, “International Co-operations in Competition Matters- Where Are We Four Years After the Van Miert Report,” in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and the WTO Report on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd, 1999).

<참고문헌>

Jeremy Lever, Damian Collins, Frank Montag, Alexander Schaub, Giuseppe Tesauo and Michel Waelbroeck, "EC Competition System-Proposal for Reform," in Barry E. Hawk (ed.), *International Antitrust Law & Policy, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, (Yonkers, Ny: Juris Publishing, Inc., 1999).

Jiro Tamura, "Foreign Firm Access to Japanese Distribution Systems: Trends in Japanese Antitrust Enforcement," in John O. Harley and Hiroshi Iyori (eds.), *Antitrust: A New International Trade Remedy?*, (Washington: Pacific Law & Policy Association, 1995).

John D. Kelly, "Let There Be Fraud(Abroad): A Proposal For a New U.S. Jurisprudence with Regard to the Extraterritorial Application of the Anti-Fraud Provisions of the 1933 and 1934 Securities Acts", *Law and Policy in International Business*, Vol. 28(1997).

John O. Haley, "Harmonized Rules, Peculiar Law: Recent Developments in Japanese Law," in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and the WTO Report on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd, 1999).

-----, "Competition and Trade Policy: Antitrust Enforcement: Do Differences Matter?," in John O. Harley and Hiroshi Iyori (eds.), *Antitrust: A New International Trade Remedy?*, (Washington: Pacific Law & Policy Association, 1995).

Jonathan Faull, "Antitrust and Trade Policy: Proposed Answers to Professor Jenny's Questions," in Barry E. Hawk (ed.), *International Antitrust Law & Policy, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, (Yonkers, NY: Juris

Publishing, Inc., 1999).

Josef Drexl, “Trade-Related Restraints of Competition – The Competition Policy Approach” in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and the WTO Report on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd, 1999).

Kalypso Nicolaidis and Raymond Vernon, “Competition Policy and Trade Policy in the European Union,” in Edward M. Graham and J. David Richardson (eds.), *Global Competition Policy*, (Washington, DC: Institute for International Economics, 1997).

Karte Van Miert, “International Cooperation in the Field of Competition: A View From the EC”, in Barry Hawk (ed.), *International Law and Policy: 1998 Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, (New York: Juris Publishing, Inc., 1999).

Kenneth W. Abbott, “Defensive Unfairness: The Normative Structure of Section 301,” in Jagdish N. Bhagwati and Robert E. Hudec (eds.), *Fair Trade and Harmonization*, Vol.2 (Legal Analysis), (Cambridge: MIT Press, 1996).

Marcia-Chiara Malaguti, “Restrictive Business Practices in International Trade and the Role of the World Trade Organization”, *Journal of World Trade*, Vol.33, No.2 (1998).

Merit E. Janow, “Trade and Competition Policy,” in Barry E. Hawk, *International Antitrust Law & Policy, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, (Yonkers, NY: Juris Publishing, Inc., 1999).

<참고문헌>

Mitsuo Matsushita, "Reflections on Competition Policy/Law in the Framework of the WTO", in Barry Hawk (ed.), *International Antitrust Law & Policy*, 1998 Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute,

-----, "A Critical Review of the Enforcement of Antidumping Laws in the Context of Competition Policy," in John O. Harley and Hiroshi Iyori (eds.), *Antitrust: A New International Trade Remedy?*, (Washington: Pacific Law & Policy Association, 1995).

Motoshige Itoh and Sadao Nagoka, "VERs, VIEs, and Global Competition," in Edward M. Graham and J. David Richardson (eds.), *Global Competition Policy*, (Washington, DC: Institute for International Economics, 1997).

Naoaki Okatami, "Regulations on Bid Rigging in Japan, the United States and Europe," in John O. Harley and Hiroshi Iyori (eds.), *Antitrust: A New International Trade Remedy?*, (Washington: Pacific Law & Policy Association, 1995).

Patrick Specht, "The Dispute Settlement System of WTO and NAFTA-Analysis and comparison", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol.27(1998),

Paul Sheard, "Keiretsu, Competition, and Market Access," in Edward M. Graham and J. David Richardson (eds.), *Global Competition Policy*, (Washington, DC: Institute for International Economics, 1997).

Petros C. Mavroids and Salley J. Van Sichen, "The Application of the GATT/WTO Dispute Resolution System to Competition Issues", *Journal of World Trade*, Vol.31(1997).

Phedon Nicolaidis, "For a World Competition Authority",

Journal of World Trade, Vol.30, No.4(1996).

Richard H. Marschall, “Patents, Antitrust, and the WTO/GATT: Using TRIPs as a Vehicle for Antitrust Harmonization,” *Law and Policy in International Business*, Vol. 28(1997).

Robert A. Lipsein, “Using Antitrust Principles to Reform Antidumping Law,” in Edward M. Graham and J. David Richardson, *Global Competition Policy*, (Washington, DC: Institute for International Economics, 1997).

Roger Zäch, “Competition Law as Comparative Advantage,” in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and the WTO Report on Trade and Competition*(Berne: Stämpfli Publishers Ltd, 1999).

-----, “Legal Appraisal of Restrictive Agreements- Proposals for Statutory Provisions,” in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and the WTO Report on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd, 1999).

Ronald A. Cass and Richard D. Botuck, “Antidumping and Countervailing Law: The Mirage of Equitable International Competition,” in Jagdish N. Bhagwati and Robert E. Hudec (eds.), *Fair Trade and Harmonization*, Vol.2 (Legal Analysis), (Cambridge: MIT Press, 1996).

Sir Leon Brittan & Karel Van Miert, “Towards an International Framework of Competition Rules”, *International Business Lawyer*, Vol.29(1996).

Spencer Weber Waller, “From the Ashes of Hartford Fire: the Unanswered Questions of Comity,” in Barry E. Hawk, (ed.) *International Antitrust Law & Policy, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, (Yonkers, NY: Juris

<참고문헌>

Publishing, Inc., 1999).

Stanislaw Soltysinski, "Control of Mergers and Acquisitions under Polish Law," in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and the WTO Report on Trade and Competition*(Berne: Stämpfli Publishers Ltd, 1999).

Todd Weiler, "Current Deference and NAFTA Chapter 19 Panel: Is What is Good for the Goose, Good for the Gander", *Journal of International Legal Studies*, Vol.1(1995).

-----, "Curreall Deference and NAFTA Chapter 19 Panels: Is What is Good for the Goose, Good for the Gander?", *Journal of International Legal Studies*, Vol.1(1995).

Thomas Lampert, "International Co-operation among Competition Authorities", *Europäische Zeitschrift für Europarecht*, Vol.45(1999),

Ulrich Hanns, "International Harmonization of Competition Law: Making Diversity a Workable Concept", in *Ulrich Hanns, Comparative Competition Law: Approaching an International System of Antitrust Law*, (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998).

-----, *Comparative Competition Law: Approaching an International System of Antitrust Law*, (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998).

Ulrich Immenga, "Conflicts between Competition Policy and Industrial Policy: A Comparative View on Potential Responses," in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and the WTO Report on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd, 1999).

-----, "Export Cartels and Voluntary Export Restraints Between Trade and Competition Policy," in John O. Harley

and Hiroshi Iyori, (eds.) *Antitrust: A New International Trade Remedy?*, (Washington: Pacific Law & Policy Association, 1995).

Warren S. Grimes, “Lessons From A Century of Change - The Political, Social, and Economic Forces shaping United States’ Law Governing Vertical Restraints on Retail Price Competition,” in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and the WTO Report on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd, 1999).

William J. Baer, “International Antitrust Policy,” in Barry E. Hawk, (ed.) *International Antitrust Law & Policy, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, (Yonkers, NY: Juris Publishing, Inc., 1999).

William R. Anderson, “Kodak and Aftermarket Tying Analysis: Some Comparative Thoughts,” in John O. Harley and Hiroshi Iyori, (eds.) *Antitrust: A New International Trade Remedy?*, (Washington: Pacific Law & Policy Association, 1995).

Wolfgang Fikentscher, “Antitrust, Market Conceptualization and the WTO Trade System - Proposal and Policy Options”, in Roger Zäch (ed.), *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments on the WTO Report(1998) on Trade and Competition*, (Berne: Stämpfli Publishers Ltd., 1999).

-----, “On the Proposed International Antitrust Code,” in John O. Harley and Hiroshi Iyori, (eds.) *Antitrust: A New International Trade Remedy?*, (Washington: Pacific Law & Policy Association, 1995).

<참고문헌>

3. 국제기구 등 보고서

WTO Report to the Council for Trade in Services on the Development of Disciplines on Domestic Regulation in the Accountancy Sector, S/WWPPS/4(Dec.10, 1998).

World Report(1998) of the Working Group on the Interaction Between Trade and Competition Policy, Wto-Doc/Wt/WGTCP/2 of 8 December 1998.

WTO document WT/WGTCP/W/127.

WTO, Report on the Meeting of 19-20, April 1999, Trade and Competition Policy Working Group(WT/WGTCP/M/8). <<http://www.bizyahoo.com.prnews/971025>>

UNCTAD, 1997b, Empirical Evidence of the Benefits from Applying Competition Law and Policy Principles to Economic Development in Order to Attain Greater Efficiency in International Trade and Development, TD/B.COM.2/EM/10, Geneva).

WTO Report(1998) of the Relationships Between Trade and Investment the General Council. W7/WGTI/2.

WTO Report of the Panel, Japan-Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper, WT/DS44/R(98-0886)(March 31, 1998). <<http://www.wto.org/wto/dispute/distab.htm>>

WTO, Report on the Meeting of 19-20, April 1999, Trade and Competition Policy Working Group(WT/WGTCP/M/8).

WTO Secretariat note on "The Fundamental WTO Principles of National Treatment, Most-Favored-Nation Treatments and Transparency," WT/WGTCP/W114 of 14 April, 1999.

WTO Secretariat note on "Fundamental Principles of Competition Policy", WT/WGTCP/W/127 of 7 June 1999.

WTO, EC Approach to Trade And Competition, WT/GC/W191 of 2 June 1999.

WTO, Communication from Japan, Preparations for the 1999 Ministerial Conference, Trade and Competition, WT/GC/W/308

- (August 25, 1999).
- WTO, Communication from Korea, Preparations for the 1999 Ministerial Conference, Trade and Competition WTO, WT/GC/W298(August 6, 1999).
- WTO, Communication from Norway, Preparations for the 1999 Ministerial Conference, Competition, WTO, WT/GC/W310 (September 7, 1999).
- WTO, Communication from Venezuela, Preparations for the 1999 Ministerial Conference, Proposals Regarding the GATS Agreement(Paragraph 9(a)(ii) of the Geneva Ministerial Declaration), WT/HGC/W/281(August 6, 1999).
- WTO, Communication from Turkey, Preparations for the 1999 Ministerial Conference: Competition Policy, WT/GC/W/250 (July 13, 1999).
- WTO, Communication from the Republic of South Africa, WT/WGTCP/W138, October, 11, 1999.
- WTO, Communication from the United States, Approaches to Promoting Cooperation and Communication among Members including in the Field of Technical Cooperation, WT/WGTCP/W/116(April 15, 1999).
- OECD, Mandate of the Joint Group, Note by the Secretariat, Joint Group on Trade and Competition(COM/DAFFE/CLP/TD(98)24).
- <<http://www.oecd.org/daf/clp/CMMTE.htm>>.
- OECD, Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Cartels of 27-28 April 1998, OECD-Doc.C(98)35/Final, <<http://www.oecd.org/daf/ccp/rec9com.htm>>.
- OECD, Recommendation Concerning a Consultation and Conciliation Procedure on Restrictive Business Practices Affecting International Trade[C(73)99(Final)].
- OECD, Revised Recommendation of the Council Concerning Co-operation Between Member Countries on Anticompetitive Practices Affecting International Trade[C(95)130(Final)],

<참고문헌>

B.5(c).

OECD, Committee on Competition Law and Policy Report on Positive Comity, DAFFE/CLP(99)19(June 14, 1999).

OECD, Competition Policy and Intellectual Property Rights, Series Roundtables on Competition Policy No.18, DAFFE/CLP(98) 18, 1998.

OECD, International Options for Improve the Coherence between Trade and Competition Policies, COM/TD/DAFE/CLP(99) 102/FINAL.

OECD, Competition and Trade Effects of Abuse of Dominance, COM/DAFFE/CLP/TD(2000)21/FINAL.

OECD, Remedies Available to Private Parties Under Competition Laws, COM/DAFFE/CALP/TD(2000)24/FINAL.

UNCTAD-Trade and Development Board, A Preliminary Report on How Competition Policy Addresses the Exercise of Intellectual Property Rights, TD/B/COM.2/CLP/10, March 30, 1999.

<<http://www.nafta-sec-alena.org/english/index.htm>>.

<<http://www.usdoj.gov/atr/ipac/ipac.htm>>.

<<http://www.oecd.org/daf/clp/COMMTE.htm>>.