

국제카르텔분쟁사건의 준거법

김 용 진*

차 례

- I. 문제의 제기
- II. 국제카르텔 분쟁의 국제사법적 문제
 - 1. 법인과 단체의 준거법으로서의 회사지법의 적용범위
 - 2. 회사지법의 연결점
 - 3. 외국의 독점금지법의 적용 가부
- III. 국제카르텔 분쟁사건의 적용실질법
 - 1. 우리나라 국제사법의 규정 내용과 문제점
 - 2. 비교법적 고찰
- IV. 국제카르텔분쟁의 사적 집행의 실효성 확보 방안
 - 1. 불법행위 유형으로서 경쟁제한금지위반행위에 대한 별도의 준거법 채택
 - 2. 집단적 손해배상청구제도의 구축
- V. 마치며

* 충남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

접수일자 : 2013. 4. 30 / 심사일자 : 2013. 5. 30 / 게재확정일자 : 2013. 6. 4

I. 문제의 제기

최근 우리나라에 취항하는 외국항공사들이 유류할증료를 도입하고, 이를 변경하는 합의를 통하여 균일의 할증료를 고객들에게 부과하는 방법으로 고객들이 유류할증료 차이로 인해 항공사를 변경하지 못하게 하는 내용의 공동카르텔위반 사건이 발생하였다. 공정거래위원회가 과징금을 부과한 처분의 취소를 구한 원고들은 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’이라 한다)을 역외적용(공정거래법 제2조의2)할 수 없어 피고 공정거래위원회는 원고들의 행위에 대하여 관할권을 갖지 못한다고 주장하였다. 이와 같은 원고들의 주장에 대하여 서울고등법원은 ‘국내시장에 영향을 미치는 경우’를 당해 행위의 대상에 국내시장이 포함되어 있고, 그로 인하여 국내시장에 직접 영향을 주는 경우로서 국내시장에서의 경쟁과 무관하지 않은 경우를 의미한다고 실시하고, 유럽발 한국행 노선에 관한 원고 항공사들의 유류할증료에 관한 합의는 그 대상에 국내시장이 포함되어 그 직접적 영향이 국내시장에 미치고 이것이 국내시장의 경쟁과 무관하지 않으므로 피고 공정거래위원회의 공정거래법 역외적용은 정당하다고 보았다.¹⁾ 공정거래법이 역외적용될 경우 공정거래법에 정해 놓은 국제재판관할과 적용실질법이 국제카르텔분쟁에 적용될 것이다. 위 외국항공사담합행위사건은 공정거래위원회의 처분에 대한 불복의 소에 해당하므로 서울고등법원이 관할권을 가지게 되는 반면에(공정거래법 제55조), 손해배상청구소송(공정거래법 제11장 제56조 내지 57조)과 관련하여서는 재판관할규정을 두고 있지 않기 때문에 결국 국제사법 제2조에 따라서 우리나라 법원의 국제재판관할권 유무를 판단하게 된다. 이와 같이 국제독점규제위반사건에 대하여 우리나라 법원의 재판관할권이 인정될 경우, 공정거래법 제2조의2의 요건이 갖추어지는 한 공정거래법은 이른바 국제적 강행규정으로서 국제사법상 준거법이 되어 우리나라 수소법원은 당해 섭외사건에 공정거래법을 적용하게 될 것이다.

1) 서울고등법원 2012.2.2. 선고 2010누45868 판결.

위 항공유류할증단합사건에서 만약 우리나라의 소비자 또는 경쟁기업이나 외국의 소비자 또는 경쟁기업이 할증담합으로 인하여 손해가 발생되었다고 주장하면서 손해배상청구의 소를 제기할 경우에는 어떠할까? 이 경우 우리나라 법원의 관할 근거는 무엇이며, 우리나라 법원은 수소법원으로서 공법에 속하는 외국의 독점금지법을 적용할 수 있으며, 적용가능하다면 또 어느 나라의 독점금지법을 실질적 적용법으로 삼을 것인가? 경쟁제한금지법위반행위로 인한 국제분쟁사건에 대하여 국내법 적용이 불가피한데, 이로부터 2가지의 문제가 발생한다. 하나는, 어느 나라의 법원이 관할권을 가지는가의 문제이다. 이는 곧 자국의 민사소송절차법을 적용할 수 있는 결과로 된다. 다른 하나는, 섭외적 사안에 적용할 실질법은 어느 나라의 법인가의 문제이다. 여기서는 두 번째의 문제, 즉 적용실질법에 대해서만 다룬다.

국제카르텔 관련 사법적 분쟁사건의 경우 외국의 독점금지법의 적용에 관한 문제가 등장하는 일은 드물며, 이에 관한 국제적 실무의 예도 찾아보기 어렵다. 국제카르텔에 대한 공적 집행은 다른 나라의 법제도를 고려하지 아니하고 자국의 법을 적용하는 모습으로 나타나고, 이는 또한 이른바 국제적 강행규정의 법리에 따라 사적 집행의 경우에도 마찬가지이다. 카르텔불법행위에 기한 손해배상청구소송인 경우 자국 시장에 영향을 받은 수소법원 국가는 예외 없이 자국의 국제재판관할권을 가지며, 그 결과 자국시장에 영향을 미치는 이상 자국의 독점금지법을 적용하는 결과로 이어진다. 이와 같이 각국이 자국시장에의 영향에 기초하여 자국의 재판관할권을 발생시키는 한, 손해의 범위 또한 자국 내에서 발생한 손해에 대해서만 심판할 수 있다는 결과로 된다. 이는 특히 하나 또는 그 이상의 위반행위로 인하여 여러 나라의 시장이 영향을 받을 경우에 자국에서 발생한 손해만을 청구하여야 한다는 문제를 낳는다. 그렇다면 원고가 우리나라에서 발생한 손해 뿐 아니라 다른 나라에서 발생한 손해를 우리나라 법원에 청구하는 경우 우리나라 법원은 국제사법을 통하여 공법에 속하는 당해 외국의 독점금지법을 적용할 수 있는가? 또 우리나라 법원은 우리나라에서 발생된 손해에 대해서만 심판가능하다면, 세계 각국에서 반발

적으로 피해를 받은 피해자는 도대체 어느 나라 법원에서 전체의 손해를 청구할 수 있을까? 아래에서는 독점금지법이 국가정책적 색채를 강하게 띤 공법적 법률이라는 이유로 외국의 독점금지법을 적용하지 아니하는 동시에 자국에서 발생한 손해에 대해서만 심판하는 미국의 제도와 그 반대의 법적용을 하는 유럽연합의 법례를 비교하여 우리나라 법원이 적용할 준거법에 대한 연결점을 찾고자 한다. 이와 관련하여 불법행위에 관한 준거법을 규정함에 있어서 유형별 특칙을 두지 않고 모든 불법행위에 하나의 연결점을 규정하고 있는 국제사법이 독점규제위반행위에 적절하게 대처하고 있지 못하고 있다는 진단을 바탕으로 하여 시장침해지를 원칙적인 연결점으로 하고, 국제카르텔 사건의 경우 이른바 모자이크원칙에 따른 문제점을 해소하기 위하여 핵심침해지 법정지에서 피해자가 여러 나라에서 입은 손해 전체를 청구할 수 있도록 하는 내용의 국제사법의 개정안을 제안한다.

II. 국제카르텔 분쟁의 국제사법적 문제

1. 법인과 단체의 준거법으로서의 회사지법의 적용범위

국제사법을 통하여 지정된 적용실질법이 권리능력, 당사자능력, 소송능력 등에 미친다. 법인과 단체²⁾의 속인법에 따라 결정되는 것은 권리능력, 특히 회사의 당사자능력이다. 어떤 회사가 관련 국제사법에 따라 사건에 적용될 외국의 실질법이 정하는 바에 따라 권리능력이 있으면, 그 회사는 국내에서 형식적인 승인행위를 받을 필요조차 없이 국내에서도 권리능력이 인정된다. 회사의 조직관련 사항에 대해서도 회사지법이 적용된다. 정관 및 그 변경에 관한 결정 사항, 구성원의 권리의무에 관한 사항, 기관의 대표권에 관한 사항 등이 준거법의 적용대상이다.

회사의 책임과 관련한 사항도 준거법의 적용대상이다. 여기에는 회사법

2) 경쟁법의 적용대상은 회사는 물론, 경제주체로서의 사업자를 포함하나, 여기서는 회사를 중심으로 하여 적용실질법을 검토한다.

규정 위반에 대한 책임 사항, 회사채무에 대한 책임이 회사재산에 국한되는가 아니면, 사원에게 개인적 책임을 물을 수 있는지에 관한 사항 등이 있다. 따라서 독점금지법 위반으로 인한 책임 문제에 대해서도 국제사법을 통한 준거법 지정이 필요하게 된다.

2. 회사지법의 연결점

(1) 적용실질법 결정에 관한 입법례

회사에 적용되는 실질법은 어떻게 결정되는가? 국제회사법의 핵심문제는 일정한 회사가 설립된 곳의 법에 따라 생성되는가 아니면 주된 영업소가 있는 국가에 해당 국가에 사실상 본거지가 있어야 하는가의 여부이다. 이른바 회사에 대한 적용실질법의 결정 문제이다. 회사 및 단체에 대한 적용실질법을 연결해주는 준거법에 관한 입법례에는 설립지법주의와 본거지법주의가 있다. 전자는 설립지주의로 코먼로 국가들과 네덜란드 및 스위스(국제사법 제154조 제1항)에서 채택되고 있으며, 후자의 본거지법주의는 독일, 오스트리아, 프랑스, 벨기에, 룩셈부르크, 이탈리아, 그리스, 포르투갈, 스페인 등 대부분의 유럽국가에서 채택하고 있다.

1) 설립지법주의의 의미 및 장단점

설립지법주의는 법인이나 단체의 설립 당시 준거한 법률을 그 속인법으로 보는 잉법주의를 말한다. 설립지법주의를 취하는 입법례는 회사 및 단체를 설립시킨 곳의 회사법을 적용한다. 이 입법례는 대부분의 영미법계 국가와 네덜란드, 스위스에서 채택하고 있으며, 스위스의 경우 등기를 필한 회사 및 단체에 대하여 설립지법에 따르고 있다(스위스 국제사법 제154조 제1항). 스위스 국제사법에 따르면 설립지는 해당 회사 및 단체가 실제 설립되는 곳에서 그 나라의 법에 따른 설립을 신청하여 그 나라의 공권적 설립행위가 이루어진 경우에 비로소 연결점으로 의미를 갖게 된다. 예컨대 설사 어떤 회사 및 단체가 영업관리를 포함한 일체의 영업행위를 외국에서 활동하고 있다 하더라도³⁾ 설립된 곳의 법에 따라 적용

실질법이 적용되며, 또한 일단 처음에는 설립지법 영역에서 영업활동을 하였다가 나중에 다른 곳으로 옮긴다 하더라도 그곳에서 행한 회사 및 단체의 영업활동에 대하여 여전히 설립지법을 적용하는데 지장이 없다. 이에 따라 설립지법주의는 설립한 국가가 자국에 유리한 실질법을 연결시켜주는 국가의 법(보통 자국법)을 선택할 수 있게 되어 설립국에 유리하다.

설립지법주의는 주된 영업소를 변동시키더라도 설립지법 적용을 받아 계속하여 법인격을 잃지 않는다는 점에서 사원의 이익에 충실하고 법적 안정을 도모할 수 있다는 장점이 있으나, 이와 같은 사원친화적인 주관점 연결점은 흔히 유명회사를 설립할 수 있게 하는 단점을 가지고 있다. 설립지법주의에 따르면 회사에 적용될 실질법은 영업본거지를 두고 있는 곳의 법에 따라 정해지는 것이 아니라, 설립한 국가의 법에 따라 적용될 실질법이 정해지기 때문에 제3자와 주주의 이익을 위협하게 한다. 예컨대 영업본거지에서 적용되는 강행규범을 잠탈하려고 그 보호의 정도가 보다 약한 곳을 골라 본거지를 옮기는 탈법행위가 자행될 수 있다.⁴⁾

2) 본거지법주의의 의미 및 장단점

본거지법주의 법인과 단체의 속인법에 관하여 법인이나 단체의 본거지를 그 속인법으로 하는 입법례이다. 스웨덴, 독일, 오스트리아, 프랑스, 벨기에, 룩셈부르크, 이탈리아, 그리스, 포르투갈, 스페인 등 대부분의 유럽 국가들은 본거지법주의를 채택한다. 이에 따르면 회사 및 단체에 적용될 실질법은 그 회사 및 단체가 사실상 영업을 하고 있는 곳이 속하는 국가의 법이 정하는 바에 따라 결정된다. 그 결정요소는 정관상의 영업소재지가 아니라 사실상 본거지를 기준으로 한다. 영업주도, 임원 등이 사실상

3) 이른바 "overseas company" 또는 "offshore company"라 한다. 이에 대해서는 www.wikipedia.org sub: Offshore company. 참조.

4) 이와 같은 준거법의 'race to the bottom'은 많은 회사들이 델라웨어주와 별다른 관련성도 없으면서도 매우 관대한 델라웨어 주 회사법에 따라 델라웨어주에 회사를 설립한 경우를 생각하면 분명해진다. 이와 같은 델라웨어 회사들(Delaware corporations)은 보통 변호사사무실을 송달수령자를 지정함으로써 그 변호사사무실을 우편함으로 활용한다.

법인의 영업을 이끌고 있는 곳의 국가의 법이 정하는 법에 따른다. 본거지법주의에 따르면 예컨대 외국에서 설립된 회사가 그 영업본거지를 한국으로 이전한 경우에도 적용되므로, 이 경우 한국의 국제사법이 정하는 바에 따라 우리나라 상법이 적용된다. 본거지를 이전시키면 준거법 적용기준이 변경되어 설정지법에 따라 취득한 권리능력이 당연히 존속되는 것은 아니다.

이와 같이 본거지법주의는 객관적 연결점을 제공하여 채권자 및 제3자의 이익 등 거래안전에 이바지할 뿐 아니라 당해 회사로서는 현지적응력을 키우는 장점이 될 수 있으나, 본거지를 정하는 일이 쉽지 않으며 본거지 변동시 법인격을 새로 취득하여야 하는 문제가 있다.

(2) 설립지법에 따르는 경우 나타나는 문제

1) 반정과 전정

설립지법주의에 따르면 적용실질법이 고정되어 있어 반정이나 전정의 문제가 발생하지 않는 반면에, 본거지법주의에 따르는 경우에는 적용실질법이 반정 또는 전정에 의하여 예컨대 다시 설립지법이 적용되는 경우가 발생할 수 있다.

예컨대, 독일법에 따라 설립되었으나 그 본거지는 우리나라에 있는 회사에 대하여 독일 법원에 소가 제기된 경우, 독일법원은 본거지법주의를 채택하는 독일 국제사법에 따라 우리나라 법의 적용을 연결시키는데 우리나라 국제사법은 설립지법주의를 채택하므로 다시 독일법의 적용을 연결시킨다. 이로써 설립지법인 독일 회사법이 적용된다. 다른 한편, 미국 델라웨어 주에서 설립되었으나 그 본거지는 우리나라에 있는 회사에 대하여 독일 법원에 소가 제기된 경우, 독일국제사법은 우리나라 법을 지정하고 우리나라 법은 설립지법을 지정하므로 우리나라 법원은 결국 델라웨어 회사법을 적용하여야 한다.

2) 본거지의 이전

본거지법주의[독일형]는 본거지이전시에도 문제를 발생시킨다. 우리나라

라에서 설립된 회사가 그 본거지를 독일에 둔 경우, 독일에서는 회사로서 인정받지 못하는 경우가 발생할 수 있다. 이를 예를 들어 설명하면 다음과 같다. 대한민국 법인등기부등본에 등록된 우리나라 법인이 그 본거지 및 생산공장을 독일에 두고 있다. 이 경우 독일 법원에서 적용할 실질법으로서의 회사지법은 독일법이다. 그러나 위 한국회사는 독일 등기부에 등록되지 않았기 때문에 “존재하지 아니한 법인격”으로서 권리능력을 가지지 못한다.

이에 반하여 설립지법주의[미국형, law of incorporation] 하에서는 위와 같은 문제가 발생하지 않는다. 설립지주의국의 법원이 수소법원이 될 경우 언제나 설립지의 법을 적용하게 되기 때문이다.⁵⁾ 미국의 주 사이에서는 다음과 같이 나타난다. 설립행위, 즉 "incorporation"은 헌법상 'full faith and credit' 조항에 따라 다른 모든 주에서 승인된다. 이는 두 가지의 효과를 가져온다. 하나는 가장 간단한 절차와 최소비용이 드는 주(특히 델라웨어 주)에서 회사를 설립하는 현상을 낳으며, 다른 하나는 회사의 본거지를 설립지가 아닌 다른 곳으로 옮기더라도 일단 설립된 회사의 법인격에 변동을 일으키지 않는다는 점이다. 그 회사의 설립, 존속 및 소멸 등에 관하여 모든 주는 설립지의 주의 법에 따라 판단하기 때문이다. 이와 같이 설립지가 아닌 본거지의 주는 설립지주의 법을 적용하지만, 제3자의 보호와 과세를 위한 감독기능은 행사할 수 있다. 예컨대 자동차 회사 제너럴 모터스는 델라웨어 주에서 설립되었지만 그 본거지를 미시간 주에 두고 있다면, 미시간 주는 자신의 주법('qualification statutes')에 따라 제너럴 모터스에 대한 소장송달과 회사자본 등에 관한 정보제공을 위한 수임인을 지정할 것을 요구할 수 있다. 이를 위반할 경우 형사벌에 처하거나 델라웨어 회사에 대한 미시간 주법원의 토지관할을 불인정할 수도 있다.

우리나라도 설립지법주의를 택하고 있기 때문에 마찬가지로 된다. 예를 들어, 독일법에 따라 설립되었지만 우리나라 내에 본거지를 둔 독일회사에 대한 소송이 설립지주의를 채택하고 있는 우리나라 법원에서

5) CTS Corp. v. Dynamics Corp. of America, 481 U.S. 69, 107 S.d. 1637 (1987).

소가 제기된다면, 우리나라 법원은 그냥 독일 회사법을 적용하면 그만이다.

3) 본거지법주의와의 관계

우리나라에서 설립된 어떤 회사가 본거지법주의를 취하고 있는 본거지 주의국가(예컨대 프랑스)로 그 본거지를 이전시킨 경우에 나타날 수 있는 문제를 1인 회사를 중심으로 살펴보면 다음과 같다. 우리나라의 경우 1인 주식회사가 가능한 반면에, 프랑스 회사법에 따르면 주식회사가 되기 위해서는 적어도 7명 이상의 주주를 필요로 한다.⁶⁾ 만약 우리나라에서 설립된 3인의 주식회사가 그 본거지를 프랑스 지역으로 옮긴 경우 이 회사와 관련하여 프랑스법원에서 민사소송이 제기될 경우 프랑스법원은 이 회사를 한국의 주식회사가 아니라, 프랑스법에 따라 단체 또는 법인 아닌 사단으로서 권리능력을 인정하게 된다. 프랑스 법원으로서 이 회사가 우리나라에서 3인 주주의 주식회사로 계속 존속하는가의 여부는 고려할 사항이 아니다. 결국 이 회사는 우리나라에서는 회사로서 권리능력을 가지는 반면에, 프랑스에서는 예컨대 비법인사단으로서 권리능력을 인정받게 되는 것이다. 이러한 차이는 예컨대 회사가 도산할 경우에 큰 차이를 가져온다. 우리나라 법에서는 3인의 주주는 회사의 채무에 대하여 소유주식에 상응하는 제한책임을 지게 될 뿐이지만, 프랑스 법원에서는 개인으로서 무한책임을 지게 된다.

3. 외국의 독점금지법의 적용 가부

외국의 독점금지법을 국제사법상 불법행위준거법에 포함시킬 수 있으며, 가능하다면 그 요건은 무엇인가가 문제된다. 미국의 경우에는 외국의 공법을 준거법으로 삼지 않기 때문에 우리나라를 포함한 대륙법계에서 문제되는 사항이다. 독점금지법이 공법에 속한다는 이유로 국제사법상의 준거법으로 삼기 어렵다는 소극적인 견해도 없지 아니하나,⁷⁾ 국제사법상

6) 프랑스 회사법 제73조. 유한회사의 경우 명문의 규정은 없지만, 종래 복수의 사원이 필요하다고 일반적으로 해석하였다. 다만, 1985년법에서는 1인 유한회사와 1인 농업 유한회사의 설립을 허용하였다. 이에 대해서는 박진태, 1인주식회사, 법학논고(경북대학교 법학연구소), Vol. 12(1996), 3쪽 참조.

준거법으로 삼을 수 있다는 것이 일반적인 견해이다.⁸⁾ 다만 공정거래법 제2조 제2항과 동일한 내용인 독일 경쟁제한법 제130조 제2항은 독일 경쟁제한사법 및 불법행위법을 적용함에 있어서 우선적으로 적용되는 것임에 반하여, 외국의 독점금지사법은 국제계약법 및 국제불법행위법의 일반 규정에 따라 준거법으로 적용될 수 있다고 볼 것이다.⁹⁾

III. 국제카르텔 분쟁사건의 적용실질법

1. 우리나라 국제사법의 규정 내용과 문제점

(1) 국제사법의 규율 현황

1) 적용실질법

국제카르텔행위에 대해서는 공적 집행 방식과 사적 집행 방식이 있다. 공적 집행 제도의 경우 공정거래위원회는 공정거래법 제2조의2에 해당하는 요건을 갖춘 위반행위에 대해서는 당해 행위의 중지, 시정명령을 받은 사실의 공표 기타 시정을 위한 필요한 조치를 명하고 과징금(공정거래법 제5조, 6조, 제16조, 17조, 제21조, 22조, 제24조, 제25조, 제27조, 28조, 제31조, 32조, 제34조, 제34조의2 등)과 이행강제금(공정거래법 제17조의3)을 부과하는 조치를 취할 수 있다.

사법기관을 통한 권리구제 방식인 사적 집행은 국제사법을 통하여 이루어지는데, 공적 집행의 경우와 다르지 않다. 국제사법에 따라 외국의 법이 계약지법(당사자가 계약관계에 있는 경우의 손해배상청구소송)이나 불법행위지법(비계약적 청구권에 기한 손해배상청구소송) 또는 선택법으로서 사안에 적용될 실질법으로 지정된다고 하더라도, 우리나라 법원은

7) Mestmäcker, Staatliche Souveränität und offene Märkte, *RabelsZ* 52(1988), 205, 220 ff.; *MüchKommBGB/Immenga*, Bd. 11, 4. Aufl. 2006, *IntWettbR/IntKartR*, Rn. 25.

8) Wulf-Henning Roth, Internationales Kartellrechtsrecht in der Rom II-Verordnung, in: Jan von Hein (Herg), "Die Richtige Ordnung", FS für Jan Kropholler, 2008, S. 623, 631.

9) a.a.O., 628.

공정거래법 제2조의2에 해당하는 국외 경쟁제한금지위반행위인 경우 우리나라 공정거래법을 적용하여야 한다. 이는 소비자계약이나 근로계약과 같은 단순 강행규정이 아니라 국제적 강행규정에 해당하기 때문에, 당사자는 합의에 의해서도 공정거래법의 적용을 배제할 수 없다. 사적 집행 제도에는 손해배상청구소송만이 인정된다(공정거래법 제56조 내지 제57조). 가해자인 사업자 또는 사업자단체가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 때에는 손해배상책임을 지지 않으며(공정거래법 제56조 단서), 손해액은 위반행위와 상당인과관계가 있는 손해에 미치나 손해액 입증이 곤란한 경우에는 법원이 상당한 손해액을 인정할 수 있다(제576조 후단). 다단계판매구조에서 최종소비자를 포함하는 간접구매자가 카르텔담합자를 상대로 손해배상을 청구할 경우 원고적격이 인정될 것인가의 여부와 이른바 손해전가의 항변을 어떻게 처리할 것인가가 문제된다. 이와 관련하여 최근 대법원은 중간 단계의 원재료 구매자에게도 당사자적격이 있음을 전제로 하여 카르텔형성자인 피고의 손해전가의 항변을 배척하고, 다만 이 경우 원고인 간접구매자가 위 원재료를 구매하여 만든 제품의 가격인상을 통하여 손해를 전가한 사정을 손해배상의 책임을 제한하는 요소로 참작하였다.¹⁰⁾

(2) 문제점

1) 집단적 손해배상제도 미비

독점금지법의 억지력 확보의 양대 축인 공적 집행제도와 사적 집행제도는 그 운영실적 면에서 엄청난 불균형을 나타내고 있다. 실무상 공정거래법 위반을 이유로 하는 손해배상청구소송은 거의 찾아보기 어렵다. 소액다수의 피해자가 직접 소송에 나서거나 집단소송에 적극적으로 참여하는 일은 현실적으로 매우 드물고, 여기에 더 나아가 피해자가 상대방의 손해발생책임과 구체적인 손해의 산정이 쉽지 않다는 점에서 그 원인을 찾을 수 있을 것이다. 우리나라의 경우 공적 집행과 별도로 실효적인 사

10) 대법원 2012.11.29, 선고 2010다93790 판결.

적 집행제도가 마련되고 있지 않아, 특히 재벌 내지는 대기업의 반독점행위가 반복적으로 계속되고 있는 상황에서 사적 집행제도는 독점금지법의 억지력을 확보하여야 하는 제 기능을 발휘하지 못하고 있는 실정이다.

2) 하나의 위반행위가 여러 나라의 시장에 영향을 미친 경우

단일의 독점금지법 위반행위가 여러 나라에 걸쳐 대량적이고 산발적인 손해를 발생시킨 경우에 산발적 손해 전체를 청구할 수 있는 곳은 어디이며, 이 경우 수소법원은 어느 나라의 법을 적용할 것인지 분명치 않다. 이는 우리나라 공정거래법이 그 연결점으로 시장이 단지 영향을 받았다고 규정한 데서 비롯되는 문제이다. 이와 같은 규정 방식에 의해서는 각국은 자국에서 발생한 손해에 대해서만 심판하게 되어 피해자는 현실적으로 자신의 권리를 구제받을 수 없는 상황에 놓인다.

2. 비교법적 고찰

(1) 미국의 경우

1) 미국회사법

가. 표준법으로서의 델라웨어 상법과 판례

미국의 회사법은 각 주가 고유의 회사법 제정권을 가지고 있기 때문에 대부분 주법의 형태와 일부 연방법의 형태로 분산되어 있다. 지금까지 50개 주에 통일적으로 적용되는 회사법이 존재하는 것은 아니지만, 많은 주의 회사법이 그 내용에 있어서 대동소이하다. 특히 corporate 형태의 회사법의 통일에 크게 기여한 것은 델라웨어 주의 입법과 판례라 할 수 있다. 사실 많은 주는 델라웨어 주의 상법과 판례를 그 모형으로 하여 거의 그대로 받아들이고 있는 실정이다. 뿐만 아니라 델라웨어 법원이 집적한 판례에 의해 구축된 법적 안정성은 델라웨어주법에 따라 설립된 회사들로서는 일종의 통일법적으로 기능하고 있다. 오늘날까지 외국의 투자자 대부분이 미국 내에 회사를 설립하고자 할 때에는 어김없이 델라웨어 주법에 따라 설립하고 있다. 따라서 미국의 회사법을 고찰함에 있어서는 델라

웨어 일반 회사법(Delaware General Corporation Law, DGCL) 및 델라웨어 주법원의 회사관련 판례(case law)를 살피는 것으로 대체가능하다 할 것이다. 이와는 별도로 자본시장법, 독점규제법, 도산법 및 조세법 영역 등에서는 연방 차원의 단일 법규가 적용된다.

나. 회사의 설립과 정관

회사설립과 관련하여 델라웨어 일반 회사법은 회사 형태에 따른 구별을 두고 있지 않으므로, 공개회사(public corporation)¹¹⁾와 폐쇄회사(close corporation)의 구별¹²⁾은 미국 회사법을 설명하는데 별 다른 차이가 없다. corporation은 우리나라의 회사와 마찬가지로 독자적인 법인격을 가진 법인으로 법률관계에서 권리의무의 주체로 된다. 다만 공개회사의 경우에는 회사법 뿐 아니라 보고의무와 공시의무를 규정하는 자본시장법과 주식거래 관련 규정을 준수하여야 한다. 이러한 이유로 corporation은 그 이름을 표시함에 있어서 책임제한 여부를 확인할 수 있는 명칭 또는 적어도 일정한 약어¹³⁾를 사용하여야 한다.

corporation은 1인 또는 수인에 의하여 설립된다. 자연인은 물론 법인도 그 설립자가 될 수 있다. 발기인은 우선 설립취지(articles of incorporation)를 명시한 정관에 인지를 붙여 이를 국무성의 회사부(Division of Corporations in the Department of State)에 제출하여 델라웨어 주 국무장관(Secretary of State)의 심사를 거쳐야 한다(§ 101(a), § 103(a) DGCL). 주 국무장관이 설립정관을 승인할 경우 설립증명서(certificate of incorporation)를 발급한다. 이는 승인장은 우리나라 상업등기부에 상응한 것으로, 델라웨어에서는 델라웨어 회사 정보시스템(Delaware Corporation Information System)에 등록되어 마치 우리나라 상업등기부에 등록되는 것과 같은 효과를 발생시킨다.

11) 공개회사는 다수의 지분소유자들을 위해 설립되고 그 지분권을 주식시장에서 거래될 수 있도록 하는 회사로서 우리나라의 주식회사와 유사한 형태이며, 폐쇄회사는 일정한 지분소유자들이 회사를 설립하고 그 지분의 양도를 정관으로 제한하는 형태로서 자본과 소유의 융합, 책임 경영, 투자자금의 분산금지를 그 특징적 요소로 하는 것으로 우리나라의 유한책임회사와 유사한 형태이다.

12) 다수의 지분소유자들을 위해 설립되고 그 지분권을 주식시장에서 거래될 수 있도록 하는 회사로서 우리나라의 주식회사와 유사한 형태이다.

13) 예컨대 'Co.' 'Corp.' 'Inc.' 또는 'Ltd.' 등이 있다.

2) 영향이론

원래 영향이론은 경쟁제한금지행위가 미국시장에 영향을 주었을 경우 그 영향이 의도적인 것인 이상 미국 경쟁제한금지법을 적용한다는 것을 의미하였으나, 그 후 다른 나라의 반대에 부딪혀 완화되기에 이르렀다. 1982년 외국거래반독점금지법(FTAIA)은 시장에 미치는 영향은 ‘직접적이고, 본질적이며 합리적으로 예견가능한’ 것이어야 한다고 정의함으로써,¹⁴⁾ 1945년의 Alcoa-사건에서 인정된 ‘일체의 영향’의 개념 범위를 크게 제한하였다. 그 후 1970년의 Timberlane 사건¹⁵⁾에서는 미국법의 적용 여부에 대한 기준을 국제예양(international comity)에서 찾음으로써 다른 나라의 이익을 배려하였는데, 이는 다시 2004년 Empagran-사건¹⁶⁾에서 다시 국제예양을 영향 판단의 기준으로 제시하였다. 결국 영향이론에 따라 미국법이 적용될 수 있는 명확한 요건은 국제예양이라는 일반개념에 숨어버렸다.

3) 준거법의 집중문제

시장에의 영향이 법정지의 국내외에서 발생하는 경우, 특히 국제카르텔의 경우에는 보다 어려운 문제가 등장한다. 위에서 살핀 것과 같이 유럽연합은 이른바 모자이크원칙에 따라 서로 다른 지역에서 발생한 손해의 배상청구를 하는 경우에는 그 지역마다의 법이 적용하는 데 반하여, 미국의 경우에는 공법으로서의 외국의 경쟁제한금지법 자체가 적용되지 않기 때문에 모자이크이론과 같은 문제가 발생하지 아니한다. 미국에서 발생된 손해만이 미국법원의 심리대상이 될 뿐이다. 최근 Empagran-판결에서 피고는 이 경우 만약 미국에서 발생된 손해에 대해서만 미국법원이 심리를 하여 3배 손해를 배상시킨다면 미국 외 지역의 시장에서 벌어들인 이익으로 미국에서의 손해를 만회할 수 있게 되어 카르텔 억지력을 현저히

14) 15 USC s 6a.

15) Timberlane Lumber Co v Bank of America NT and SA 549 F2d 597, 614 (9th Cir 1976) Hartford Fire Ins v California 509 US 764, 797-99 (1993).

16) F Hoffmann-LaRoche v Empagran SA 542 US 155 (2004).

저하시키게 될 것이라고 주장하였지만, 연방최고법원은 이를 물리쳤다.

(2) 유럽연합

1) 로마제2규정에 의한 준거법 결정

가. 결과발생지법주의

2009. 1. 11.부터 시행되고 있는 2007년의 「비계약채권관계에 적용될 법에 관한 유럽연합법」(Rome II Regulation)은 유럽연합 지역에서 통일적으로 적용되는 저축법으로서 개별회원국의 국제사법에 우선하여 적용되고, 그 결과 우리나라의 기업이 유럽독점금지법을 위반하여 유럽연합 내의 법원에서 재판받을 경우 로마제2규정이 지정하는 국가의 실질법이 적용된다. 종래 불법행위책임에 관한 저축법적 일반원칙은 행동지법과 결과발생지법을 포함하는 개념의 행위지법주의이었으나, 로마제2규정은 결과발생지법주의를 채택하였다. 같은 규정 제4조 제1항에 따라 손해를 발생시키는 행위가 어떤 국가에서 행해졌는가 및 어떤 국가 또는 국가들 내에서 간접적인 손해결과가 확정되는지 여부에 관계없이 불법행위에 대해서는 손해가 발생된 곳, 다시 말하면 결과발생지의 국가의 법이 적용된다.¹⁷⁾

나. 시장침해지 연결점의 채택

우리나라를 포함한 많은 다른 나라의 국제사법이 불법행위로 인한 채권관계의 연결점에 대하여 일반적이고 원칙적인 규정만을 둔 방식과는 달리, 로마제2규정은 스위스와 미국의 입법례와 같이 유형별 불법행위에 관하여 특칙을 마련하였는데, 같은 규정 제2절에서 4개의 영역을 열거하고(제5조, 제6조, 제7조, 제8조) 이를 준거법의 일반원칙에 대한 예외로서 결과발생지주의에 입각한 독자적인 연결점을 인정한다.¹⁸⁾ 경쟁제한금지위반행위에 대해서는 제6조 제3항에서 시장침해지를 그 연결점으로 하였는데(제6조 제3항 a호), 이는 이른바 영향이론의 원칙을 경쟁제한금지위반

17) 입법이유서 제17항.

18) 상세는, 김용진, “Rome II-법상 특별연결규정에 관한 분석과 한·EU FTA에 미치는 영향”, 인권과 정의, 제417호 (2011), pp. 76-95. 참조.

행위에 도입한 것으로 사적 손해배상소송을 촉진시키고 카르텔법의 실효성을 확보하기 위한 취지로 평가받고 있다.¹⁹⁾

2) 손해배상청구권의 범위와 재판관할과의 관계

가. 브뤼셀제1규정과 손해배상청구권의 범위

경쟁제한금지위반행위에 적용할 법은 로마제2규정 제6조 제3항 a호에 따라 자국의 시장이 침해되거나 침해될 위험이 있는 나라의 법이다(영향이론). 하나의 단일 위반행위로 말미암아 다수 회원국의 시장이 침해될 경우에는 유럽사법재판소가 브뤼셀제1규정 제5조 제3호(불법행위지재판적)에 대해 개발한 모자이크이론이 적용된다. 이와는 달리 브뤼셀제1규정 제2조 제1항(보통재판적)에 따라 피고의 주소지 관할법원에 제소하는 피해자는, 그 관할회원국의 시장이 직접적이며 본질적으로 영향을 받은 경우라면, 손해 전부를 주소법원의 법에 따라 청구할 수 있다(로마제2규정 제6조 제3항 b호).

피해자가 브뤼셀제1규정 제6조 제3호에 근거하여 수인의 가해자를 상대로 그 중 1인의 가해자의 주소지관할법원에 소를 제기할 경우에도, 위반행위로 인하여 각 피고와의 관계에 주소법원의 시장이 직접적이며 본질적으로 침해되었을 경우에 비로소 법정지법이 적용될 수 있다. 경쟁자가 브뤼셀제1규정 제5조 제1호에 따라 결과발생지 또는 행위지에 소를 제기할 경우에는 모자이크이론이 적용된다.

나. 불법행위지재판적 법원의 심리범위 : 모자이크이론

유럽재판소는 불법행위지 법원과 결과발생지 법원은 각각 어느 범위의 손해배상청구를 심리할 수 있는가, 다시 말하면 단지 결과발생지에 불과한 불법행위지에서도 여러 나라에 걸쳐 자행된 불법행위로 인하여 산재하는 손해의 전부에 대해서도 판결할 수 있는가의 문제를 이른바 *Fione Shevill*-판결²⁰⁾에서 다음과 같이 정리하였다.

19) Immenga, in: MünchKomm-BGB, 5 Aufl. (2010), Bd. 11, IntWettR/IntKartR Rn. 66.

20) *Shevill v. Presse Alliance*, (1995) 2 A.C. 18.

영국에 사는 원고는 Presse Alliance SA, Paris에 의해 발행되어 여러 유럽 국가 사이로 배포된 “France Soir”로 인하여 자신의 명예가 손상되었다고 주장하면서 런던에서 손해배상청구의 소송을 제기하였다. 원고가 영국에서 발생한 손해에 국한시켜 청구하지 않고 유럽 각국에서 발생되었다고 주장하는 손해까지를 포함한 전체손해에 대하여 심판해 달라는 신청을 받은 영국 법원은 결국 상소심법원을 통하여 유럽재판소의 판단을 묻기 위하여 협약해석문제를 상정하였다.²¹⁾ 이에 대하여 유럽재판소는 수개국에 배포된 잡지로 인하여 명예가 훼손되었다면 문제의 잡지를 발행한 출판사의 영업소소재지만이 (불법적 결과를 야기한) 행위지로 보아야 하며, 그 이후 발생한 모든 손해의 근원은 이곳으로부터 파생된 것이므로 행위지 관할법원만이 그 행위로 인하여 발생한 손해 전체를 청구하는 소를 재판할 권한이 있다고 답하였다. 다른 한편, 손해가 발생한 곳은 문제의 잡지가 배포되고 그 곳에서 당사자의 명예가 침해된 곳을 의미하며, 영업소가 소재하는 국가가 아닌 다른 나라에 배포되어 이곳에서 명예훼손으로 인한 손해를 발생시켰다면 그 나라에서 발생한 명예훼손 여부와 당해 손해(범위)에 대해서는 그 나라의 법원의 판단에 맡기는 것이 가장 적합하다고 보아야 할 것이라고 판시하였다. 따라서 벨기에 법원이나 독일 법원은 각각 자기 나라에서 발생한 명예훼손의 성립여부 및 손해범위에 대해서만 판단할 수 있을 뿐, 다른 나라에서 발생할 수 있는 손해까지 판단의 대상으로 삼을 수 없다고 하였다.

결과발생지연결점으로 하면 결과발생이 여러 나라에 산재해 있는 경우에는 모자이크 원칙(mosaic principle), 즉 각각의 결과발생지에서 발생한 손해에 상응한 법익침해를 인정하게 된다.²²⁾ 이를 로마제2규정 제6조 제3

21) 당시에는 유럽연합 각 회원국의 고등법원이 이상의 유럽사법재판소(ECJ)에 유럽연합 관련 법규에 대한 해석을 위해 상정하는 방식이었으나, 지금의 EU의 사법조직은 2심제로 1심법원(Court of First Instance; CFI)과 유럽사법재판소(ECJ)로 구성된다. 1심은 유럽사법재판소의 업무감경을 목적으로 1989년에 설치되어, 취소소송, 부작위소송, 손해배상청구소송, 공직소송 등을 맡는다. 1심법원의 관할사건에 대해서는 1심판결의 법률문제에 대하여만 유럽법원에 제소할 수 있다.

22) Ofner, ZfRV 2008, 13, 16; Rushworth/Scott, LMCLQ 274, 279; Stone Ank. L. Rev. 4 (2007) 95, 111; Wagner, IPRax 2008, 1. 4.

항 a호의 경쟁제한금지위반행위에 적용하면 다음과 같은 결과로 된다. 즉 각 회원국은 자국 내에서 발생된 손해에 대해서만 배상책임을 물을 수 있고, 설사 당해 위반행위가 자행된 곳의 법원이 수소법원이 된다 하더라도 그 수소법원은 모든 회원국에서 발생한 손해를 심리할 수 있지만, 이 경우 다른 나라에서 발생한 손해에 대해서는 그 나라의 법을 적용하여 심리하여야 한다.

다. 유럽연합 불법행위저촉법 : 모자이크이론의 배제

모자이크원칙으로부터 수소법원은 자신에게 낯선 다른 나라의 법을 적용하여야 하는 문제, 손해배상이 통일적으로 이루어지지 않는다는 문제 및 forum shopping을 부추기는 문제점 등이 발생할 수 있다. 그런데 로마제2규정 제6조 제3항 b호에 따르면 직접적이고 본질적으로 침해된 법정지의 법원은 자국의 법만을 적용하여 유럽연합 내에서 발생한 모든 손해를 심리할 수 있다. 이에 따라 피해자가 a호의 법정지 대신 b호의 법정지를 선택할 경우, 위와 같은 모자이크이론의 불합리는 발생하지 않게 된다.²³⁾

(3) 스위스

경쟁제한연결점에 관한 스위스 국제사법이 위에서 설명한 로마제2규정에서 채택한 준거법 연결의 모형이 되었다. 스위스 국제사법 제137조 제1항은 쌍방적이며, 카르텔불법행위에 대해 영향원칙에 입각한 연결 제도를 채택하였다.²⁴⁾ 이처럼 스위스 국제사법은 독일의 경쟁제한법(§ 130 Abs. 2)이나 오스트리아의 경쟁제한법(§ 24 Abs. 2)의 경우와 달리 일방적 저촉규정이 아니라 쌍방향적 입법을 하였다.²⁵⁾ 이에 따라 스위스 국제사법

23) Florian Becker, EuZW 2011, 503, 507.

24) 스위스 국제사법 제137조 제1항 : “경쟁제한 침해로 인한 청구권은 경쟁침해행위로 인하여 피해자가 속한 국가의 시장이 직접적으로 영향을 받은 그 나라의 법에 따른다.”

25) 1989. 1. 1.부터 효력이 발생하고 있으며, 혹자는 이를 “혁신적인 국제 쌍방화” 입법으로 평가한다, Basseler Kommentar/Dasser, Internationales Privatrecht, 2. Aufl. 2007, Art. 137 Rn. 1. 물론 이 규정은 카르텔불법행위법에 대해서만 적용된다. 경쟁제한법상 금지규정이 계약지법에 미치는 영향에 대해서는 여전히 스위스 국제사법 제19조가 적용되는데, 이에 따르면 계약지법에 종속되지 아니하는 특별연결은 엄격한 요건

은 외국 카르텔법의 적용에 대한 종래의 거부감을 극복하였을 뿐 아니라, 쌍방적 저촉규정 방식을 채택하고 그 결과 스위스 국제사법 제19조에 규정된 특별연결이 적용되는 것을 방지하는 개방적 저촉규정을 탄생시켰다.

(4) 독일

1) 일방적 저촉규정

많은 나라가 미국법에서 연유하는 영향이론을 채택한 것과 같이 유럽 연합 경쟁제한법은 물론 독일 경쟁제한법도 영향이론에 입각해 있다.²⁶⁾ 이른바 영향이론(effects doctrine)은 무엇보다 카르텔행정법 영역에서 적용되는 원칙으로서 일방적이고 비통일적인 저촉규정인데, 결과적으로 자신의 실체적 독점금지법을 적용하게 되고 스스로 그 적용범위를 결정하는 체제이다. 민사법적 제재와 관련하여서도 영향이론이 관철되고, 이 원칙이 국제 카르텔불법행위법을 지배하는 한, 결과적으로 국제사법적 규정은 일방적 저촉규정의 성격을 피할 수 없다. 우리나라 독점금지법 제2조의2와 독일 경쟁제한법 제130조 제2항은 이와 같은 원칙을 채택하고 있는데, 이 규정들은 영향이론에 국제행정법적 의미는 물론 국제사법적 의미를 부여하고 있다.²⁷⁾

2) 이익환수제도

유럽의 여러 다른 나라와 달리 독일의 경우 단체가 자신의 이름으로든 또는 피해자의 소송담당자가 되어 손해배상을 청구할 수는 없다.²⁸⁾ 그런데 2004. 7. 3.의 부정경쟁방지법은 제10조 제1항에서 경쟁자는 물론 경쟁단체, 소비자보호단체 및 상공회의소 등에게 고의적인 부정경쟁행위로 인하여 취득한 이익의 환수를 청구할 수 있는 권한을 수여하였다. 그리고

아래서만 가능하다.

26) 구 경쟁제한법 제98조 제2항, 신 경쟁제한법 제130조 제2항.

27) Immenga/Mestmäcker/Rehbinder, Wettbewerbsrecht - GWB, 4. Auf. 2007, § 130 Rn. 125, 308, 312.

28) Stadler, FS Schumann, S. 465, 467f.

같은 제7차 경쟁제한법 개정을 통하여 부정경쟁방지법에서 채택한 이익 환수청구에 관한 쌍둥이 소송제도를 도입하였다. 이 두 개정법을 통하여 단체의 소제기관한은 획기적으로 확대되었다.

그리고 최근 2012. 5. 31.에 연방법무부는 제8차 개정법률안을 제출하여 경쟁제한법 내에서의 이익환수제도를 활성화하고자 하였다. 그 주된 내용 중의 하나는 이익환수청구 제소권자에 소비자보호단체를 포함시켰다는 점이다. 제7차 개정과정에서도 소비자보호단체를 포함시킬 것인가에 대한 논의가 이루어졌으나, 경쟁단체를 포함시키는 것으로 충분하다는 반론에 부딪혀 좌초되었다. 2013. 1. 1.부터 시행 중인 제8차 개정법에서는 소비자보호단체를 포함시킴으로써, 비록 이익의 귀속주체는 국고라 할지라도 마치 집단소송제도를 도입한 것과 같은 구조를 띠게 되었다.

(5) 평가

결론적으로 유럽방식은 적어도 피고의 주소지에서는 손해 전체를 청구할 수 있는데 반하여, 미국법원에서는 미국에서 발생한 손해에 대해서만 배상을 받을 수 있게 되어 원고의 권리실현에 미흡하다고 아니할 수 없다. 나아가 로마제2규정에서 여러 나라가 관련된涉外적 사건을 규정하여 여러 회원국들의 시장이 침해된 경우에 대한 특별규정을 두어 법정지의 법만을 적용할 수 있도록 함으로써 피해자의 권리실현을 용이하게 한 것은 국제카르텔법의 올바른 발전방향이라 하겠다.

더 나아가 최근 독일의 개정법에서 이익환수제도의 청구권자를 소비자보호단체로 확대시킨 조치는 유럽연합 집행위원회가 미국식의 ‘opt-out’ class action의 도입을 반대한 상황에서 과도기적으로 진일보한 사적 집행제도의 발전이라 하겠다.

IV. 국제카르텔분쟁의 사적 집행의 실효성 확보 방안

1. 불법행위 유형으로서 경쟁제한금지위반행위에 대한 별도의 준거법 채택

행위지주의를 채택하여 행위지편재성(도처성)을 결과하는 국제사법 제 32조는 가해자와 피해자의 이익을 저촉법적으로 비교형량한 결과이다. 이에 따라 제3자의 이익은 불법행위지법의 연결점을 결정하는데 고려의 대상이 아니었다. 그런데 여타의 불법행위와 달리 경쟁제한금지법은 3자의 이익이 크게 고려되기 때문에 국제 불법행위법에서 특별한 지위에 있다 하겠다.²⁹⁾ 경쟁제한금지영역에서는 개인적으로 입은 손해의 배상을 넘어 일정한 경쟁제한행위가 시장에 어떠한 영향을 미치는가의 문제에 중점을 주는데, 여기서는 시장참여자 및 공공의 이익을 비교형량하여 시장에의 영향 여부가 판단되기 때문이다. 이에 따라 현행 국제사법상 행위지연결소는 경쟁제한금지법의 준거법 결정에 적합하다고 볼 수 없다. 그렇다면 경쟁제한금지행위에 대한 준거법 연결소는 경쟁적 이익이 충돌하는 곳, 즉 경쟁제한금지행위에 의하여 영향을 받는 시장지로 자리매김하여야 할 것이다. 시장지야말로 경쟁자 및 일반공공의 이익이 가장 잘 나타나는 곳이다. 따라서 현행 국제사법 제32조는 특수한 불법행위유형에 상응한 특칙을 규정하는 방향으로 개정되어야 할 것이다. 이 경우 경쟁제한금지행위와 관련하여서는 국제적 추세인 효과이론을 도입하여 시장침해를 원칙적인 연결점으로 하고, 국제카르텔 사건의 경우 이른바 모자이크원칙에 따른 문제점을 해소하기 위하여 핵심침해지 법정지에서 피해자가 여러 나라에서 입은 손해 전체를 청구할 수 있도록 하고, 이 경우 전체 손해에 대해서도 *lex fori* 원칙을 적용하여 법정지국의 법에 따라 손해배상액을 결정할 수 있도록 하여야 할 것이다. 따라서 로마제2규정을 모형으로 다음과 같은 내용의 규정을 국제사법에 신설할 것을 제안한다.

29) Deutsch, Wettbewerbsstatbestände mit Auslandsberührung, 1962, S. 27; Beug vin Hoffmann, Internationales Privatrecht, 7. Auf.(2002), § 11 Rn. 51.

제32조의 2 【경쟁제한행위】

- ① 경쟁제한행위로 인한 채권관계에는 자국의 시장이 침해되었거나 될 우려가 있는 국가의 법에 따른다.
- ② 1개 이상의 시장을 침해하였거나 침해할 우려가 있는 경쟁제한행위로 피해를 받은 자는 직접적이고 심각한 침해가 이루어진 국가의 법에 의한 배상을 청구할 수 있다.

2. 집단적 손해배상청구제도의 구축

(1) 집단소송제 도입의 필요성

경쟁제한법이 시장에 영향을 미치는 한도에서는 국제반독점소송은 소비자 및 판매자와 같은 다수의 원고를 생성해 내며, 적어도 카르텔과 같은 반경쟁적 협의의 경우에는 다수의 피고가 관여하는 것이 보통이다. 이러한 현상은 대륙법에 입각한 준거법결정 원칙의 기초를 이루고 있는 두 당사자 관계소송에는 잘 부합하지 아니한다. 양 당사자소송은 특히 원고 측 또는 피고 측을 공동관리한다거나 또는 모든 소송절차에 공통의 실질법을 적용하는 등의 방법으로 다수 소송을 집중시키거나 병합시키는데 부적절한 제도이다.

(2) 미국식 class action인가, 독일식 단체소송인가?

국제반독점소송에서 증권관련집단소송과 같은 opt-out class action이 필요한가? 궁극적으로는 제외형 대표당사자소송제도의 도입이 필요하다고 할 것이다.³⁰⁾ 대륙법계 경쟁제한법은 미국의 반독점법에 그 연원을 두고 있으며, 미국이 전 세계적인 반독점법제의 발전을 주도하고 유럽연합과 더불어 국제반독점분쟁의 핵심적 해결장소이기 때문이다. 그런데 유럽연합은 이미 6-7년 전부터 반독점소송에 class action의 도입을 검토하여 오

30) 이와 관련하여 소액다수의 최종소비자들의 권리행사를 진작시켜 독점금지법의 억지력 기능을 향상하기 위해서는 이 분야에 제외신청형 집단소송제를 도입하여야 한다는 견해로는, 김용진, 경쟁제한금지위반행위로 인한 국제분쟁의 해결 방안, *Dong-A Journal of International Business Transactions Law*, Vol. 1 (2012), 162쪽.

고 있으나, 대체적인 흐름은 소극적인 반응으로 나타나고 있다. 최근 독일이 class action 대신 단체소송제를 도입하는 것을 내용으로 하는 경쟁제한법 개정을 단행한 것은 이러한 추세를 전망한 결과로 보인다. 이는 곧 소액다수의 피해자의 권리구제를 외면한 것이며, 사적 집행이 가져올 수 있는 반독점행위에 대한 충분한 억지력을 포기하는 결과로 이어질 것이다. 그런데 유럽은 사적 집행제도가 주축이 된 미국의 반독점법제와 달리 공적 집행에 역점을 두는 제도라는 점에서 볼 때, 양 법계의 통일적 발전은 가까운 장래에 기대하기 어려울 것이다. 그렇다면 우리나라는 유럽연합의 입법결과가 나올 때까지 미국식의 class action의 도입을 유보하는 것이 바람직할 것이다. 유럽연합의 경험과 전략에 대한 교훈을 얻지 않고 곧 바로 class action 제도를 도입하는 것은 기업은 물론 국가경제적 측면에서 커다란 위험요소로 작용할 수 있기 때문이다. 예컨대 이 분야에서 class action을 도입할 경우 미국법원의 3배 손해배상액 판결을 우리나라에서의 집행을 거부할 수 없게 될 것이다. 현행법 하에서는 그와 같은 손해배상액은 국제사법 제32조 제4항, 민사소송법 제217조 제3호에 근거하여 승인을 거부할 수 있을 것이다.

V. 마치며

세계시장이 단일화 되어가면서 국제적 독점금지 위반사례가 점증하고 있다. 그 동안 공적 집행은 독점금지법의 억지력을 확보하는 주요한 수단을 제공해 왔다. 그럼에도 불구하고 점증하는 국제카르텔 현상에 대한 각국의 대처는 역부족이라는 것이 일반적인 지적이다. 그 주요한 원인은 사적 집행 제도가 활성화되어 있지 않다는 점에서 찾을 수 있을 것이다. 소액다수의 피해가 여러 국가에 산재하는 특성상 피해자는 효과적인 대응을 하지 못하고, 이는 결과적으로 독점금지법의 억지력 확보의 양대 축의 하나인 사적 집행의 기능 부실로 이어지고 있다.

2001년 개정 국제사법은 불법행위에 관한 준거법을 규정함에 있어서 유형별 특칙을 두지 않고 모든 불법행위에 하나의 연결점을 규정하고 있

다. 그러나 이와 같은 입법은 현대 정보통신사회가 안고 있는 각종 위험, 예컨대 프라이버시 침해, 부정경쟁행위는 물론, 대량 인신사고가 증가하는 고도의 위험사회, 거대 공룡사회에서 경제적 집중에 의한 소비자들의 위험 등을 간과하였거나 아니면 서둘러 시기상조임을 내세워 필요한 입법을 방기하였다는 비난을 면키 어렵다. 이에 따라 위 내용은 사적 집행 제도의 활성화 방안으로 아래와 같은 입법적 제안을 도출하였다.

국제카르텔에 의해 수 개국에서 피해를 입은 자들이 손해배상을 청구할 경우 모자이크 방식의 손해배상제도로 귀결되는 현행법제는 경쟁제한 금지법의 억지력을 확보하는데 매우 큰 장애 요인이다. 이러한 문제점에 대한 입법적 대안으로 현행 국제사법 제32조는 특수한 불법행위 유형에 상응한 특칙을 규정하는 방향으로 개정되어야 할 것이다. 이러한 내용의 개정을 통하여 경쟁제한금지법의 실효성이 확보될 수 있도록 경쟁제한금지위반행위에 대해 시장침해를 원칙적인 연결점으로 하는 동시에, 이른바 모자이크원칙에 따른 문제점을 해소하기 위하여 핵심침해지 법정지에서 피해자가 여러 나라에서 입은 손해 전체를 청구할 수 있는 가능성을 열어 주어야 할 것이다.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

A. 저서

- 권오승 외, 『독점규제법』, 법문사, 2012(제2판).
권오승 편저, 『독점규제법 30년』, 법문사, 2011.
신동권, 『독점규제법』, 박영사, 2011.
이호영, 『독점규제법』, 홍문사, 2011(제3판).
조성국, 『독점규제법 집행론』, 경인문화사, 2010.
홍대식, 공정거래법상 손해배상청구: 실무의 관점에서, 경영법률 13집 2호.

B. 논문

- 김용진, 경쟁제한금지위반행위로 인한 국제분쟁의 해결 방안, *Dong-A Journal of International Business Transactions Law*, Vol. 1 (2012).
김홍석, “국제카르텔에 대한 경쟁법의 역외적용에 관한 연구”, 숭실대학교대학원 박사학위논문, 2006.
박진태, 1인주식회사, 법학논고(경북대학교 법학연구소), Vol. 12(1996).
허 선, “국제카르텔에 대한 공정거래법의 역외적용의 경험과 논리”, 경쟁법연구, 제9권, 2003.

2. 외국문헌

A. Books

- Immenga/Mestmäcker/Rehbinder, *Wettbewerbsrecht-GWB*, 4. Aufl. 2007.
Eric L. Cramer and Daniel C. Simons, "Parties entitled to pursue a claim", in: *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law*, Edited by Albert A. Foer, Jonathan W. Cuneo, (Edward Elgar 2010), pp. 83-110.
Deborah A. Garza, *Antitrust Modernization Commission Report and Recommendations*, 2007.

Sullivan/Grimes, *The Law of Antitrust*, 2006,

Laurence T. Sorkin, "International settlements", in: *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law*, Edited by Albert A. Foer, Jonathan W. Cuneo, (Edward Elgar 2010), pp. 575~589.

Staudinger/von Hoffmann, *EGBGB/IPR, Art. 38-42 EGBGB Neubearb.* 2001.

W. Joseph Bruckner and Matthew R. Salzwedel, "Plaintiffs' remedies", in: *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law*, Edited by Albert A. Foer, Jonathan W. Cuneo, (Edward Elgar 2010), pp. 199~219.

B. Essays

Florian Becker/ Julian Kammin, "Die Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadensersatzansprüche: Rahmenbedingungen und Reformansätze". *EuZW* 2011. 503~509.

John M. Conner & Douglas J. Miller, "Determinants of EC Antitrust Fines for Members of Global Cartels", presented at the Institute of Competition Law's conference on 'New Frontiers of Antitrust' (Paris, February 15, 2010).

Jürgen Basedow, "Entwicklungslinien des internationalen Kartellrechts", *NJW* 1989, 627~638.

Jürgen Basedow, "Jurisdiction and Choice of Law in the Private Enforcement of EC Competition Law" in : *Private Enforcement of EC Competition Law* edited by Jürgen Basedow, Kluwer Law International, 2007 pp. 229~253.

Rupprecht Podszun, "Perspectiven des internationalen Kartellrechts", *GRUR* 2010, 302~308.

Simon J. Evenett/ Margaret C. Levenstein/ Valerie Y. Suslow, "International Cartel Enforcement: Lessons from the 1990s", *The World Economy* vol. 24, Issue 9, 2001, pp. 1221~1245.

Wulf-Henning Roth, *Internationales Kartellrechts in der Rom II-Verordnung*, in: Jan von Hein (Herg), "Die Richtige Ordnung", *FS für Jan Kropholler*, 2008, pp. 623~649.

<국문초록>

국제카르텔분쟁의 경우 적용실질법의 영역에서는 전세계적으로 이른바 영항이론이 제정법 내지는 판례법의 대세를 이루고 있다. 그런데 구체적 적용에 있어서 유럽방식은 적어도 피고의 주소지에서는 손해 전체를 청구할 수 있는데 반하여, 미국법원에서는 미국에서 발생한 손해에 대해서만 배상을 받을 수 있게 되어 원고의 권리실현에 미흡하다. 이와 같은 관점에서 이 글은 불법행위에 관한 준거법을 규정함에 있어서 유형별 특칙을 두지 않고 모든 불법행위에 하나의 연결점을 규정하고 있는 국제사법이 경쟁제한금지위반행위에 적절하게 대처하고 있지 못하고 있다고 진단하여 국제사법 개정의 필요성을 제기하였다. 구체적인 제안내용으로 시장 침해지를 원칙적인 연결점으로 하고, 피고에게 직접적이고 본질적인 침해가 발생한 곳에서 여러 나라에서 입은 손해 전체를 청구할 수 있는 선택권을 제공하여 국제카르텔 사건의 경우 이른바 모자이크원칙에 따른 문제점을 해소하고자 하였다.

주제어 : 독점금지법, 적용실질법, 집단소송, 영항이론, 모자이크-원칙

Choice of Law in International Antitrust Law

Kim, Yong-Jin*

This essay provides a legislative perspective on conflict-of-laws issues in the area of antitrust law. A consistent focus on the affected market question of applicable law is possible and yields content and acceptable results. The law applicable to damages claims should follow the law applicable to the antitrust relation itself. It is problematic, however, where more than one market is affected. In my view, the European perspective provides one general lesson for us. We are not yet prepared to accept american-style of class action in the field of antitrust law, at least until the european have made their legislative decision. Nevertheless we should make our antitrust system more effective, so that it would have strong deterrence to anti-competitive conducts. In this paper I present a proposal for adoption of a international conflict of law instrument, possibly a regulation, on damages actions for breach of art. 32 Korean Anti-trust Law.

Key Words : antitrust law, applicable law, effects doctrine,
mosaic principle, class action

* Prof. Dr., Chungnam National University Law School