

공정거래법의 역외적용에 관해 검토해야 할 문제



이문지
배재대 법학부 교수

**경쟁저해의 추상적 위험만을 근거로 하는
공정거래법 제23조제1항을
예컨대 미국 기업에게 역외적용할 때
국내시장 접근의 방해 또는
외국인 차별을 위한 공정거래법 집행이라는
불만을 사게 되거나 아니면 반대로
국내 사업자들이 역차별 시비를
제기할 소지가 없을지 검토할 필요가 있다.**

경제협력개발기구(OECD) 가입과 세계무역기구(WTO)의 출범 그리고 전자상거래의 확산으로 인하여 우리 경제의 세계화가 가속화되고 있다. 우리 기업의 외국시장 진출이 확대되는 한편 국내시장에서 활동하는 외국기업의 비중도 증대되고 있다. 우리 기업의 외국시장에서의 활동이 국내시장의 경쟁과 국내 소비자의 후생에 미치는 영향이 점증하는 한편 외국기업이 외국 시장에서 하는 활동이 국내시장에 미치는 영향도 도외시할 수 없는 지경에 왔다.

우리 나라는 미국과 체결한 사법공조협정에 따라 (반트러스트법을 포함하여) 미국법을 위반한 범죄행위의 처벌에 협조할 조약상의 의무를 부담하고 있다. 또한 미국 정부는 우리 정부에게 경쟁법의 집행을 위한 상호협력을 내용으로 하는 쌍무협정의 체결을 종용하고 있다는 소식¹⁾이고 보면 이제는 우리 나라도 공정거래법을 국내외 기업이 외국에서 행한 행위에 대해 역외적용하는 것을 진지하게 검토하지 않을 수 없게 되었다. 경쟁법 특히 미국 반트러스트법의 역외적용에 대해 과거와 같은 무조건적인 거부반응만으로는 국익의 보호가 불가능하게 되었기 때문이다. 그러나 공정거래법의 역외적용이 불가피하게 되더라도 국민경제에서 대외통상이 갖는 비중을 생각한다면 세심히 배려해야 할 문제가 하나 둘이

1) 일본은 작년 가을 이러한 내용의 쌍무협정을 미국과 체결한 후 최근 유럽연합과 같은 협정을 올해 체결하는 데 합의하였다는 소식이다.

아닐 것이다. 따라서 본고는 공정거래법의 역외적용에 관하여 검토해야 할 문제가 무엇인지 제시함으로써 그 해결방안을 찾는 데 중지를 모을 수 있도록 일조하고자 한다. 우선 논의 진행의 편의를 위해 역외적용을 간략하게 정의하고 본론으로 넘어 간다.

● 역외적용의 정의

경쟁법의 역외적용이라는 개념이 종래에는 쓰는 이에 따라서 그 뜻이 다른 경우가 흔히 있었다. 첫째, 드물지만 국내법을 자국 영역 밖에서 적용하는 것을 역외적용이라고 설명하는 경우가 있었는데 자국 영역 밖에서 국내법을 집행하는 것은 명백한 국제법 위반이며 현실적으로도 거의 상상하기 힘든 경우이므로 역외적용을 이렇게 정의하는 것은 잘못이다. 다음으로 (대개의 경우 국내법의 역외적용을 반대하면서) 역외적용을 외국인이 외국에서 행한 행위라도 그것이 국내에 미치는 효과를 근거로 국내법을 적용하는 것으로 이해하는 경우가 있었다. 마지막으로 역외적용을 국가가 그 영역 밖에서 특히 외국인이 행한 행위에 대하여 국내법을 적용하는 것 즉 국내법의 대외적 적용과 같은 뜻으로 파악하는 경우가 있었다. 생각건대 단순히 국내에 어떤 효과가 발생했다고 하여 언제나 국내법을 역외적용할 수 있다고 보는 나라는 없으며 반대로 위법행위의 일부가 국내에서 행해진 경우의 역외적용도 때로는 국제법 위반이라고 평가될 수 있다. 따라서 역외적용의 문제를 입체적으로 검토하기

위해서는 역외적용을 국내법의 대외적 적용과 같은 뜻으로 쓰는 것이 바람직하다.

● 우리 공정거래법은 해석상 역외적용이 가능한가?

현행 공정거래법은 장소적 적용범위에 관한 조항을 두고 있지 않다. 다만 국제법상 속인주의에 근거한 역외관할권의 행사가 가능하므로 내국사업자의 외국에서의 행위에 대해서 공정거래법이 역외적용될 수 있다는 사실을 부인해야 할 이유는 없다. 또한 외국사업자가 국내에서 한 행위에 대한 공정거래법의 적용은 속주주의 관할권의 행사로서 당연히 긍정된다. 그러나 이것은 역내 적용이지 역외적용이 아니다. 그러면 외국사업자가 국외에서 한 행위에 대한 공정거래법의 적용 즉 역외적용은 해석상 가능한가? 이 문제에 관해서는 아직 아무런 판례나 심결례 혹은 확립된 통설이 없다.

현행 공정거래법은 주로 국내시장에서 활동하는 국내기업을 주된 규제대상으로 제정되고 또 그렇게 시행되어 왔다. 또한 국제계약이 체결제한에 관한 제23조를 두고 있지만 이것은 사실상 외국사업자에 대한 공정거래법의 적용이 불가능하다고 보았던 증거라고 말할 수 있다.²⁾ 따라서 해석론으로서 역외적용이 불가능하다고 보는 견해³⁾가 있다. 그러나 공정거래법이 효력범위를 국내로 제한하여서는 이 법의 목적인 국내 경쟁질서의 충분한 보호가 불가능하고 이 법에 적용범위를 명백히 제한하는 규정이 없다는 점을 근거

2) 즉 국제계약은 계약의 당사자 일방이 외국인이기 때문에 우리 나라의 공정거래법을 이들에 대해서까지 직접 적용하기 곤란하므로 피해자적인 국내사업자로 하여금 불공정거래를 내용으로 하는 국제계약을 체결하는 것 자체를 금지함으로써 국내의 경쟁질서를 유지하고자 함이 그 취지라고 설명되기 때문이다.

3) 윤세리, "독점금지법의 역외적용," 권오승편, 「공정거래법강의」(법문사, 1996), 481쪽 이하.

로 역외적용이 가능하다는 견해⁴⁾도 있다. 따라서 국제계약의 체결제한에 관한 제23조가 존재함에도 불구하고 역외적용이 가능하다는 해석이 나올 수 없는 것은 아니지만 이 문제는 궁극적으로 법원에 의해 결정될 것이다. 다만 공정거래위원회로서는 공정거래법의 역외적용이 가능하다는 법원의 판결을 실제로 끌어내기 위하여 제23조를 삭제·개정하거나 장소적 적용범위에 관한 새로운 조항을 신설할 필요가 없는지 검토해야 할 것이다.

● 효과이론에 근거한 역외적용은 국제법 위반인가?

국제법상 속지주의가 역외관할권의 기본원칙이므로 효과이론(effect doctrine)에 근거한 경쟁법의 역외적용은 국제법 위반이라는 것이 영국정부의 일관된 입장이며 국내의 학계에서도 과거에는 국제법 존중주의를 선언하고 있는 헌법정신으로 보아 공정거래법도 속지주의 원칙에 따라 해석되어야 하고 효과이론에 근거한 역외적용은 불가능하다는 것이 다수설의 입장이었다.

그러나 효과이론에 근거한 역외적용이 곧 국제법 위반이라고 보기는 어렵다. 우선 형사관할권에서도 교통 및 통신의 비약적 발달로 인하여 현대에 와서는 엄격한 속지주의의 고수가 불가능하게 되었기 때문에 영토 밖에서 착수되었으나 영토 안에서 완결된 범죄에 대해 형법을 역외적용할 수 있다는 것(객관적 속지주의)이 인정되게 되었다. 다만 객관적 속지주의에 근거한 역외관할권의 취득을 인정하더라도 반드시 범죄구성요건의 일부가 자국 영역 내에서 행해져야 하는지

여부가 문제된다. 더구나 성격이 다른 경쟁법의 적용을 위한 역외관할권에 형사관할권에 관한 원칙을 그대로 적용할 수는 없을 것이다.

경쟁법의 적용에서도 일반적으로 객관적 속지주의에 입각한 역외관할권의 취득이 인정된다. 또한 각 국의 입법례, 판례, 심결례를 보면 좁게는 국내의 지점 등을 통하여 행위의 일부가 국내에서 행해진 경우(엄격한 구성요건이론)뿐만 아니라 그보다 넓게 단일체이론(theory of enterprise unity; single economic entity theory)이나 실행이론(implementation doctrine) 나아가서는 효과이론에 근거한 역외적용까지 인정하고 있다. 이 가운데 가장 넓게 역외적용을 인정하는 효과이론이 과연 국제법상 객관적 속지주의에 입각한 역외관할권의 근거로 인정되는지 의문이 제기되고 있는 것이다. 그러나 단적으로 말해서 현재의 국제관습법은 효과이론을 금지하는 것도 아니고 허용하는 것도 아닌 불분명한 상태에 있다. 더구나 EU 법원이 미국의 효과이론을 취하지 않는 듯 보이지만 EU 법원이 채택하고 있는 실행이론이 실제로는 효과이론과 별 차이가 없는 것이라고 지적된다. 또한 효과이론에 근거한 역외적용을 하는 국가들이 이를 반대하는 주장 때문에 그들의 근본적인 입장을 바꿀 가능성은 없다고 보는 것이 옳다.

● 어느 범위의 역외적용이 국익을 극대화하는가?

그렇다면 공정거래법을 어느 범위까지 역외적용하는 것이 우리의 국익을 극대화하는지 검토하는 것이 옳다. 그런데 우리의 국민경제 규모가

4) 서헌재, "공정거래법의 역외적용: 실제규정의 역외적용을 중심으로," 「통상법률」 제23호(1998. 10), 17~19쪽.

작고 무역의존도가 높다는 점 때문에 효과이론에 근거한 역외적용이 과연 가능할지 의문을 제기하고 교역상대국의 역외적용이 본격화하는 빌미를 제공하지 않을까 우려하는 견해가 있다. 그러나 비교법적으로 볼 때 우리보다 국민경제규모가 작고 무역의존도가 높은 북유럽국가들은 효과이론에 근거한 역외적용의 실제 사례가 있다. 따라서 이러한 사실만을 갖고서 효과이론에 근거한 역외적용을 반대하는 근거로 삼을 수는 없을 것이다.

그러면 어느 범위의 역외적용이 국익을 극대화하는지 판단하는 기준은 무엇인가? 예컨대 단일 체이론에 근거한 역외적용으로 인하여 우리가 얻을 이익과 치러야 할 비용을 효과이론에 근거하는 경우와 비교함으로써 전략적으로 판단할 수밖에 없을 것이다. 여기에서 역외적용으로 우리가 얻을 이익은 경쟁촉진으로 얻는 소비자후생의 증진과 동태적 기술혁신인데 우리 국민이나 정부가 이러한 이익을 얼마나 중시하는지도 고려해야 할 것이다. 물론 역외적용으로 이러한 이익을 실제로 얻을 수 있는 가능성이 얼마나 되는지 판단하기 위해 우리의 수출입시장의 구조를 분석하는 한편 우리와 사정이 비슷한 국가 예컨대 북유럽국가들이 어떤 경우에 어떻게 경쟁법을 역외적용하는지도 조사해야 할 것이다. 다음으로 우리가 치러야 할 비용은 공정거래법의 역외적용이 빌미가 되어 국내기업에게 외국의 경쟁법이 역외적용됨으로써 잃는 손실인데 우리 기업이 외국시장에서 차지하는 비중이나 생산·유통구조의 특징을 감안하여 판단해야 할 것이다. 또한 공정거래법의 역외적용으로 발생할 이익과 비용을 정확하게 판단하기 위해서는 경쟁법의 집행을 위한 쌍무협정 기타 국제협력의 활용 가능성을 고려해야 한다. 예컨대 적극적 예양

에 근거하여 우리 나라의 이익에 반하는 행위를 상대국의 법률에 의해 규제하도록 요청하는 것은 역외적용의 대안이 될 수도 있다.

관할권의 충돌을 조정하는 방안은 무엇인가?

공정거래법의 역외적용이 행해진다는 것은 동일한 사건에 대하여 복수의 국가가 관할권을 행사한다는 것을 뜻한다. 효과이론을 역외적용의 근거로서 인정하지 않더라도 이러한 관할권의 경합은 마찬가지로 발생한다. 관할권의 경합이 언제나 국제분쟁을 초래하는 것은 아니지만 하나의 사건에 대해 이해관계를 달리하는 복수의 국가가 경합하는 관할권을 행사할 때에는 국제분쟁이 발생할 가능성이 농후해진다. 경쟁법의 역외적용에서 관할권의 취득과 행사를 구분하는 것이 근래의 일반적인 경향이라고 지적되는 것은 바로 경쟁법의 역외적용에 관한 논의의 초점이 효과이론의 당부에서부터 대립하는 이해관계의 조정으로 이행하고 있다는 사실을 의미한다.

현재로서는 관할권의 충돌을 만족스럽게 해결할 수 있는 국제관습법이나 법의 일반원칙 또는 국제조약이 아직 존재하지 않는다. 이러한 상황에서 잠정적인 해결방안으로 활용되고 있는 것이 바로 이익비교(balancing test)이론으로 통칭할 수 있는, 미국의 관할권에 관한 합리성의 원칙이나 서독의 불간섭 원칙 등이다. 공정거래법의 역외적용에서 관할권의 충돌을 조정하는 방안은 효과이론에 근거한 역외관할권의 취득을 긍정할 것인가의 문제보다 오히려 중요하므로 미국과 EU, 서독의 입법례, 판례, 학설을 고려하여 관할권의 충돌을 조정하는 방안을 신중하게 설정해야 할 것이다.

● 우리 공정거래법의 실제조항은 역외적용에 적합인가?

현행 공정거래법은 주로 국내시장에서 활동하는 국내기업을 주된 규제대상으로 제정되고 또 그렇게 시행되어 왔기 때문에 역외적용에 부적합한 상당수의 조항들이 공정거래법에 포함되어 있는 것은 오히려 당연하다. 예컨대 공정거래법의 재벌규제에 관한 조항은 대규모기업집단으로 지정된 기업을 대상으로 하는 것으로서 외국사업자에게 적용될 수 없는 것이므로 대규모기업집단에 소속된 국내기업보다 규모가 훨씬 큰 외국사업자를 규제하지 않게 되어 결과적으로 국내사업자에 대한 소위 역차별 문제가 발생한다고 지적된다.⁵⁾

불공정거래행위의 금지에 관한 조항도 따져보면 역외적용에 부적합한 경우가 많다. 비교법적으로 유사한 사례를 찾기 힘든 조항들이 특히 그러한데 우선 부당한 내부거래의 금지에 관한 조항을 살펴보자. 심결례에 따르면 계열회사간에 상당한 금액에 달하는 지원행위가 행해져서 공정한 경쟁이 저해될 추상적 위험성이 존재한다고 인정되면 부당한 내부거래로서 금지된다. 그러면 외국계 다국적기업이 판매를 담당하는 자회사를 국내에 두고서 국내시장의 점유율을 유지·확대하기 위하여 다른 기업보다 유리한 이전 가격을 국내 자회사에게 적용한다고 가정하자. 이러한 경우 국내 자회사에 대한 지원행위 및

국내의 다른 기업과의 공정한 경쟁 저해의 추상적 위험을 이유로 국외의 다국적기업 또는 국내의 자회사에게 공정거래법을 적용한다면 그 다국적기업이나 관련 외국정부가 과연 이러한 공정거래법 집행에 승복할지 우려된다.⁶⁾ 또한 '종합적 사업능력의 격차를 이용하여 거래 상대방(국내기업)에게 불이익을 과하는' 외국기업에게 우월적 지위의 남용에 관한 조항을 역외적용하는 경우에도 실질적인 외국기업 차별행위라는 비난을 살 위험이 없을지 확인할 필요가 있다.

우리 공정거래법 제23조제1항은 불공정거래행위 금지의 요건으로서 공정한 거래(경쟁)를 저해할 우려의 존재만을 요구하고 있기 때문에 경쟁이 현실적으로 저해되고 있을 필요는 없다고 해석된다. 또한 종래의 실무관행에서는 법규에 열거된 위법행위 유형은 본질적으로 경쟁제한적이라고 보고 그러한 행위가 실제로 행해졌다는 사실만 입증되면 당연히 위법행위로 금지하는 경향이 있었으므로 이처럼 원칙위법의 판단기준을 경직적으로 적용한다면 경쟁촉진적인 행위까지 금지하는 경우가 있게 된다.⁷⁾ 그렇다면 경쟁저해의 추상적 위험만을 근거로 이러한 조항을 예컨대 미국 기업에게 역외적용할 때 국내시장 접근(market access)의 방해 또는 외국인 차별을 위한 공정거래법 집행이라는 불만을 사게 되거나 아니면 반대로 국내 사업자들이 역차별 시비를 제기할 소지가 없을지 검토할 필요가 있다.

5) 서헌재, 주 4)의 글, 43쪽.

6) 덤핑관세의 부과를 위한 일반적인 요건은 국제적인 가격차별행위의 실시와 국내 산업의 피해 두 가지인데 위와 같이 공정거래법이 집행된다면 국내 산업의 피해가 입증되지 않아도 덤핑수출행위를 공정거래법으로 금지할 수 있다는 결과가 된다.

7) 원래 이러한 법문과 해석이론은 망아제거이론(incipency doctrine)이라는 이름의 미국 판례이론에서 유래한 것이지만 미국에서는 1980년대 이후 이 이론에 입각한 판례를 거의 찾을 수 없게 되고 그 대신에 주로 경제적 효율성에 입각하여 위법성을 판단하는 것이 통설적 입장이 되었다.

● 공정거래법의 절차조항들은 역외적용에 대비하고 있는가?

다른 나라의 동의가 없는 이상 그 나라의 영역 안에서 자국법의 집행을 위한 체포, 압수, 구금, 수색, 판결의 집행을 할 수 없다는 것이 확립된 국제법 원칙이다. 공정거래법의 역외적용에서 이와 관련하여 문제가 되는 것은 외국에서 하는 증거조사와 문서송달이다. 그런데 외국에 존재하는 증거의 경우 공정거래법의 적용을 위한 증거조사를 현지에서 가서 행하는 것은 국제법 위반이므로 사법공조협정 또는 경쟁법의 집행에 관한 쌍무협정에 근거하거나 외교적 통로를 이용하여 그 나라의 자발적인 협조를 얻을 수 없는 한, 국외의 외국사업자에게 문서 또는 증거의 제출을 명하는 방법밖에 없다. 결국 송달이 문제로 된다.

공정거래위원회의 '외국사업자의 공정거래법 위반행위에 대한 조사 및 처리방안' (이하 처리방안)은 국내에 자회사, 지사, 지점, 판매사무소 등의 영업거점이 있는 외국사업자에 대해서는 국내 영업거점에 대하여 문서를 송달한다고 규정

한다. 국내의 지사, 지점, 판매사무소에 대한 송달은 단순한 국내송달이므로 문제될 것이 없고 국내의 자회사에 대한 송달로써 외국의 모회사에 대한 송달에 가름하는 것은 미국이나 EU에서 흔히 행해지는 사례이며 또한 단일체이론에 의해 설명이 가능하다. 따라서 위에서 말한 방법들을 이용할 수 없는 경우에 외국에서 하는 송달이 문제로 된다.

외국에서 하는 송달의 방법으로서 영사송달의 필요성이 높다고 설명하는 국내의 국제법학자도 있지만 외국에서 하는 송달이 국제법 위반인지 여부는 현지국의 법규에 따라서 판단해야 한다는 것이 외국의 권위 있는 국제법학자의 지적이다. 앞에서 인용한 공정위의 처리방안은 우편송달을 이용하도록 규정하고 있지만 우편송달 역시 국제법 위반인지 여부가 분명치 않다. 다만 송달은 국민의 권리의무에 관련된 입법사항인 만큼 공정거래법에 문서송달에 관한 규정을 두어야 한다. 따라서 국제법이론이나 조약 그리고 실무를 고려하여 문서송달에 관한 조항을 공정거래법에 신설할 필요가 있다. **공정**

월간 「공정경쟁」은 여러분의 원고를 기다립니다.

본 협회는 공정한 경쟁질서 분위기를 조성하고 공정거래제도가 국민 각계 각층에 정착되도록 하기 위해 월간 「공정경쟁」을 발행하고 있습니다.

월간 「공정경쟁」은 대학교수, 연구기관의 연구원 및 업계 담당자와 공정거래 관련 전문가들의 참신하고 의욕적인 글을 모집합니다. 논단과 기고문은 물론 수필, 소설, 콩트, 만화 등 소재를 불문합니다. 여러분의 많은 참여를 바랍니다.

보내실 곳

주 소: (100-743) 서울특별시 중구 남대문로4가 45 상의회관 621호
사단법인 한국공정거래협회 「공정경쟁」 출판담당자 앞

전 화: (02)775-8870~2

E-mail: kfca2000@netsgo.com

PC통신: kfca2000(천리안)