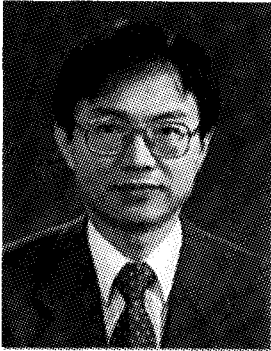


미국 반트러스트법의 역외적용

- 최근의 동향과 시사점 -



윤 세 리*
법무법인 윤촌 변호사

**국제예약을 고려하여야 할 것인지,
고려한다면 어느 정도로
고려하여야 할 것인지에 대한 판단은
법원의 재량에 맡김으로써,
결국 효과주의에 따라
입법관할권이 인정될 경우에는
거의 언제나 미국 반트러스트법을
역외적용할 수 있게 되었다는 점이
연방대법원 판결의 가장 큰 특징이자
문제점이라고 할 수 있다.**

● 미국 반트러스트법 역외적용의 역사적 전개과정

1. 개관

미국 반트러스트법의 역외적용은 그 성질상 미국이 종래의 고립주의에서 벗어나 전 세계를 무대로 경제활동을 전개해 나가기 시작한 제2차 세계대전 이후부터 본격적으로 논의되기 시작하였다. 즉, 1909년 American Banana 사건 판결¹⁾까지만 해도 법원은 반트러스트법의 적용범위를 속지주의에 따라 엄격하게 미국 영토 내로 제한하였다. 그러나 1945년의 이른바 Alcoa 사건 판결²⁾을 계기로 이른바 “효과주의 내지 영향이론(effects doctrine)”을 채택하여 그 적용범위를 순수한 역외사건(외국인이 외국 영토에서 한 일에 관한 사건)에까지 확대하는 방향으로 전환하였고, 이러한 입장은 그 후 근 50여년간 다소의 수정을 거치는 하였으나 최근까지 반트러스트법의 역외적용에 관한 기본원칙으로 자리잡아 왔다.

* 이 글은 서울대학교 법학연구소의 연구원인 이봉의 박사와 공동으로 집필한 것입니다

1) American Banana Co. v. United Fruit Co., 213 U.S. 347 (1919).

2) U.S. v. Aluminum Co. of America, 148 F. 2d. 416 (2d Cir. 1945); 그 후의 대표적인 판결로는 Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574 (1986); Cont. Ore Co. v. Union Carbide & Carbon Corp., 370 U.S. 690 (1962) 참조.

즉, 1970년대에 들어오면서 미국 법무부와 연방거래위원회는 다분히 실용적인 이유에서 무차별적인 효과주의의 적용을 다소 완화하여 역외에서 일어난 행위에 대해서 일정한 조치를 내리기 전에 이른바 국제예양(international comity)을 고려하는 이른바 관할권 행사에 있어서 합리성의 원칙(jurisdictional rule of reason)을 채택하는 경향을 보였다.³⁾ 그리고 법원 역시 구체적인 사건에서 관할권을 행사하기 전에 “의도되고, 직접적이며, 실질적이고 합리적으로 예측가능한 효과”가 미국 내에 존재함을 입증하도록 요구하게 되었다.⁴⁾

그러나 이처럼 다소 완화된 효과주의원칙의 채택에도 불구하고, 외국의 정당한 이익을 고려하기 위한 구체적인 기준은 상당히 추상적이었고, 법원 역시 미국의 이익을 주로 고려하여 이익형량을 하는 경향을 보여왔다. 그리고 법원의 이러한 태도는 대표적인 역외적용 강화 법률에 해당되는 1982년 대외거래독점금지개선법(Foreign Trade Antitrust Improvements Act; FTAIA)이 제정된 이후에도 - 비록 동법이 국제예양의 고려를 부인하는 것은 아님에도 불구하고 - 거의 변화하지 않았다.⁵⁾ 그 결과 역외적용으로 인하여 불이익을 받는 국가는 외교적 항의와 협조요청의 거부, 나아가 특히 미국 반트러스트법의 자국내 집행을 무력화하기 위한 대항입법을 제정하

기에 이르렀다. 그 밖에도 실제 역외적용과정에서 나타난 여러 가지 문제점, 예컨대 증거조사나 증인소환절차, 실제적인 구제방법의 마련과 집행상의 애로 등으로 인하여 미국의 효과주의의 실제적 효과는 상당히 희석되었다.

반면, 종래 미국은 시장의 국제화에 따른 이른바 초국가적인 경쟁제한행위에 대응하기 위한 또 다른 대안이라고 할 수 있는 국제독점금지법(international antitrust law)의 제정에 대해서 상대적으로 소극적인 태도를 취해 왔으며, 자국의 반트러스트법을 일방적이고도 공격적으로 적용하는 태도를 견지해왔다. 그리고 이러한 태도는 1993년의 Hartford 판결⁶⁾과 그에 뒤이어 1995년에 발표된 “국제활동에 대한 반트러스트 집행 가이드라인”⁷⁾에서 다시 한번 확인되었다.

요컨대, Hartford 판결이 있기까지 미국 반트러스트법의 역외적용은 크게 두가지 기준에 의해 결정되었다. 하나는 대외거래독점금지개선법이 매우 추상적으로 규정하고 있는 “미국의 통상에 영향을 미치는 정도”이고, 다른 하나는 커먼로(common law)상 발전된 관할권에 대한 합리성의 원칙에 따른 국제예양이다. 그러나 이처럼 이원적인 기준은 법원이 역외적용 여부를 판단함에 있어서 혼란을 가져올 수 밖에 없는 것이었다. 이처럼 역외적용의 기준을 명확하게 할 필요가 절실한 상황에서 나온 것이 바로 1993년

3) Timberlane Lumber Co. v. Bank of America, 49 F. 2d. 597(9th Cir. 1976) 및 Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Corp., 595 F. 2d 1287 (3rd Cir. 1979) 참조.

4) McGlinchy v. Shell Chem Co., 845 F. 2d 802 (9th Cir. 1988); Transnor (Bermuda) Ltd. v. BP N. Am. Petroleum, 738 F. Supp. 1472 (S.D.N.Y. 1990) 참조.

5) Roger P. Alford, The Extraterritorial Application of Antitrust Laws: A Postscript on Hartford Fire Insurance Co. v. California, 34 Va. J. Int'l L. 213, 216, 217 (1993).

6) Hartford Fire Ins.Co. v. California, 509 U.S. 764 (1993).

7) 이른바 국제활동에 대한 반트러스트 집행 가이드라인(Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations) 3.2 참조. 동 가이드라인에 대한 상세한 설명은 윤세리, “독점금지법의 역외적용”, 공정거래법강의, 1996, 455면 이하 참조.

Hartford 판결과 1997년의 Nippon Paper 판결⁸⁾이었다. 특히 앞의 판결에서 미국 연방대법원은 American Banana 판결 이후 처음으로 반트러스트법의 역외적용 기준으로 효과주의(영향이론)를 확인하는 한편, 효과주의와 국제예양 간의 관계를 명확하게 밝혔다.

그러나 이러한 태도는 최근 들어와서 다소 변화를 보이기 시작하였는데, 일방적인 자국법의 적용이나 국제독점금지법에 대한 제3의 대안으로서 후술하는 바와 같이 국제적 협력⁹⁾이 점차 강조되고 있는 점이 바로 그것이다. 이러한 태도 변화는 무엇보다도 1994년에 제정된 국제반트러스트집행지원법(International Antitrust Enforcement Assistance Act; IAEEA)¹⁰⁾과 이를 기초로 최근 들어 눈에 띄게 늘고 있는 반트러스트의 집행에 관한 공조협정에서 확인할 수 있다.

2. 논의의 구성

반트러스트법의 역외적용을 고찰함에 있어서 는 역외적용의 두가지 측면을 구분하지 않으면 안된다. 하나는 역외적 관할권의 존부에 관한 법이론적 판단기준으로서, 이 문제는 전술한 대외거래독점금지개선법과 Hartford 판결에서 확인된 이른바 “효과주의”에 의해 해결된다. 그리고 다른 하나는 법리상 역외적 관할권이 인정되는 경우에 과연 미국이 실제로 관할권을 행사할 것 인지를 판단하는 실제적 기준으로서, 이 문제는

Timberlane 판결에 기초한 국제예양과 국제예양을 고려하기 위한 전제로서 요구되는 외국법과의 “진정한 충돌” 여부에 따라 해결된다.

아래에서는 미국 연방대법원이 최근에 내린 두개의 판결의 주요 내용과 그것이 갖는 의미를 간단히 소개하고(II), 이어서 역외적 관할권의 효과적인 행사를 지원하기 위한 입법적 조치로서 이른바 적극적 예양에 기초한 국제반트러스트집행지원법의 주요 내용과 성격, 그리고 적극적 예양과 엄격한 효과주의원칙 간의 관계를 살펴보기로 한다(III). 끝으로 일방적 역외적용의 대안으로서 등장하고 있는 양자간 및 다자간 협정이 향후 미국 반트러스트법의 운용방향에 대하여 시사하는 바를 검토해 보기로 한다(IV).

● 미국 반트러스트법 역외적용의 최근 동향 - 효과주의원칙으로의 회귀?

1. 사례

(1) Hartford 사건

이 사건은 미국의 19개 주정부와 수많은 회사가 피고 - 이 사건에서는 네개의 미국 굴지의 보험회사, 재보험회사, 두개의 사업자단체, 한개의 미국 재보험브로커 및 런던에 본사를 둔 몇몇 재보험회사 - 를 상대로 이들이 서면법 제1조를 위반하였다고 제소함으로써 시작되었다. 여기서 문제된 법 위반행위는 이들 보험회사 등이 자기

8) United States v., Nippon Paper Indus. Co., 109 F. 3d 1 (1st Cir. 1997), cert. denied, 118 S. Ct. 685 (1998).

9) 대표적으로 미국과 캐나다간에는 1940년대 후반부터 미국 반트러스트법의 역외적용으로 인한 충돌이 가장 심했고, 캐나다는 미국 반트러스트법이 자국 내에서 집행되는 것을 막기 위한 대항입법을 마련한 바 있으나, 1984년의 양해각서 및 1985년의 사법공조협약을 통해서 이러한 갈등이 효과적으로 해결되었다. 그밖에 대표적인 것으로는 1991년 미국과 유럽연합간에 체결된 쌍무협정(Agreement between the Government of the United States and the European Economic Community on Antitrust Cooperation and Coordination)을 들 수 있다.

10) 15 U.S.C.A. 6201-6212.

들(특히 재보험회사들)에게 유리한 상업일반책임 보험증권을 사용하지 않는 미국 원보험회사들과는 재보험인수 등의 거래를 하지 않기로 함으로써 다른 보험회사들로 하여금 피고 보험회사 등이 판매하는 보험상품의 약관들을 채택하도록 강요하기 위한 일련의 공모를 하였다는 점이었다. 이 사건의 1심 법원인 미국 연방지방법원은 피고들의 행위가 맥캐런-퍼거슨법(McCarran-Ferguson Act) 제2조 (b)¹¹⁾에 따라 반트러스트법의 적용에서 면제된다고 보았으나, 항소법원은 이러한 원심의 판단을 받아들이지 않았다. 그러나 이 때 항소법원은 당해 사건에서 반트러스트법이 적용될 수 있다고 판단한 근거는 문제의 행위가 동법 제3조 (b)에서 정하고 있는 바와 같이 반트러스트법의 적용이 면제되지 않는 “거래거절”일 뿐만 아니라 외국의 재보험회사들은 미국 주법의 적용을 받지 않기 때문에 처음부터 동법에 따른 면제를 받을 수 없고, 미국의 보험회사들 역시 반트러스트법의 적용이 면제되지 않는 외국의 보험회사와 공모한 이상 동법에서 부여하는 적용면제를 주장할 수 없다는 점이었다. 끝으로 항소법원은 런던의 재보험회사들에 대해서 원심이 관할권을 부인하는 논거로 인용한 Timberlane 판결에서의 “국제예양의 원칙” 내지 “이익형량이론”을 명시적으로 부인하지는 않았으나, 영국 재보험회사들이 미국 내 거래에 영향을 미칠 명시적인 의도가 있었고 아울러 그러한 효과가 실질적으로 발생하였기 때문에 미국 반트러스트법의 역외적 관할권 행사가 영국 법과의 충돌보다 중요하다고 판시하였다.

이 사건의 최종심인 연방대법원은 거래거절에 대하여는 반트러스트법의 적용이 면제되지 않는다는 원심의 결론은 그대로 인용하였으나, 국내 보험회사가 외국의 보험회사와 공동으로 공모에 가담했다는 이유만으로 서면법의 적용을 피할 수 없다는 원심의 판결이유는 채택하지 않으면서, Alcoa 사건 이후 처음으로 역외적 관할권의 성립요건에 대한 입장을 분명히 하였다. 연방대법원은 먼저 영국 재보험회사들이 영국 내에서 행한 행위(즉, 외국인들의 외국에서의 행위)라도 그것이 미국의 국내 보험시장에 실질적으로 영향을 미칠 의도로 한 행위였고 그에 따른 효과가 있었으므로 서면법 제1조의 적용대상이 될 수 있다고 보았다. 아울러 Timberlane 사건에서 항소법원이 인정한 국제예양에 기초한 비교형량이론은 국내법과 외국법간에 “진정한 충돌”(true conflict)이 있는 경우에만 적용될 수 있는바, 진정한 충돌은 외국정부의 명령 등에 의해 외국회사가 자국법과 미국법을 동시에 준수할 수 없는 경우에만 있는 것으로서, 단지 재보험회사의 행위가 영국법상 적법하다는 사실만으로 반트러스트법의 역외적 집행을 곤란하게 할 수 있는 진정한 충돌이 발생하지는 않는다고 판시하였다. 따라서 이 사건에서 영국의 재보험회사들은 영국 정부의 간섭이나 자국법의 강행적 준수와는 무관하게 문제된 약관의 사용을 강요하고 있었기 때문에, 미국법과 영국법 간의 “진정한 충돌”은 존재하지 않는다는 것이다. 따라서 법질서간의 충돌을 전제로 한 역외적 관할권의 행사 여부는 처음부터 문제되지 않는다고 하였다. 그 결과 항

11) 동 조에 의하면 보험산업에 관하여 주법이 규율하는 한도에서 연방법인 서면법이 적용되지 않으며, 이러한 적용면제에 대한 예외가 바로 후술하는 동법 제3조 (b)가 규정하고 있는 거래거절(boycott)의 경우이다.

후 하급심으로서 입법관할권의 존부와 국제예양이라는 2원적 판단기준을 고려하지 않으면 안되며, 전자에 대해서는 효과주의 내지 영향이론을, 그리고 후자에 대해서는 국제예양을 고려하기 위한 전제로서 “진정한 충돌”의 존부를 먼저 따지지 않으면 안되게 되었다.

연방대법원은 이처럼 종래 하급심이 일방적인 역외적용을 다소 제한하기 위하여 개발한 국제예양에 기초한 이익형량이론의 적용범위를 매우 좁게 제한함으로써, 미국의 경쟁당국이 반트러스트법을 보다 공격적으로 적용할 수 있는 근거를 제공하였고, 아래에서 살펴보는 바와 같이 1997년의 Nippon Paper 사건에서는 Hartford 판결의 판지를 형사책임에까지 확대하기에 이르렀다.

(2) Nippon Paper 사건

이 사건에서 미국 법무부는 감열팩스용지를 생산하는 일본제지(주)가 일본 내 관련 산업단체 회동에서 가격결정을 논의하고, 그에 따라 동사의 미국 내 자회사가 미국에 판매되는 팩스용지의 가격을 인상한 것을 서면법 제1조 위반으로 보아, 본사인 일본제지(주)를 미국법원에 형사사건으로 기소하였다. 이 사건에서 문제된 반트러스트법 위반의 범죄행위는 전혀 미국 내에서 이루어지지 않았으며, 위반회사 역시 일본에 본사를 둔 외국회사라는 점에서 전적으로 역외적용이 문제되는 사안이었다.

여기서는 주로 민사사건에 대하여 1993년 Hartford 판결에서 판시된 역외적용에 대한 판단기준이 형사사건에도 그대로 적용될 수 있는

지가 다투어졌던 바, 제1 순회항소법원은 서면법 제1조는 민사사건과 형사사건에 따라 달리 해석될 수 없다는 이유로, 문제의 가격담합행위가 미국내에 실질적이고도 의도된 효과를 갖는 한 서면법 제1조를 적용할 수 있다고 판시하였다. 그리고 피고가 주장한 국제예양의 항변에 대해서도 항소법원은 Hartford 판결을 그대로 원용하여 국제예양이란 자국법상 피고가 서면법에 위반되는 행위를 하도록 요구되거나 피고가 두나라의 법을 모두 준수하는 것이 불가능한 경우에만 고려될 수 있으며, 본 건에서와 같이 일본이나 미국의 독점금지법이 모두 가격담합을 금지하고 있는 이상 국제예양은 처음부터 고려될 여지가 없다고 하였다.

이처럼 동 판결은 역외적용에 관한 Hartford 판결의 태도를 형사책임에까지 확대한 최초의 판결로서, 효과주의원칙에 대한 미국법원의 입장과 외국에서의 경쟁제한행위에 대한 제재 의지를 재확인한 것으로 볼 수 있다.¹²⁾

2. 평가

전술한 연방대법원의 판결은 몇가지 중요한 쟁점을 제기하고 있다. 우선, 연방대법원은 의문의 여지없이 이른바 효과주의 내지 영향이론을 확인하였으나, 그에 대한 법적 근거는 다소 불명확하다. 비록 연방대법원이 대외거래독점금지개선법상의 역외적용 요건을 다소 언급하기는 하였으나, 동 법상 “직접적이고 실질적이며 예견가능한”이라는 기준을 적용하지는 않았기 때문이다. 또한 연방대법원은 일단 당해 행위에 대하여 미

12) 동 판결에 대한 자세한 분석과 그에 대한 일본의 대응에 대해서는 Jennifer C. Farlow, *Ego or Equity? Examining United States Extension of the Sherman Act*, 11 *Transnational Law* 175 (1998) 참조.

국 반트러스트법의 입법관할권이 인정되는지를 판단하여, 입법관할권이 인정된다면 국내법과 외국법간에 “진정한 충돌”이 있는 경우에 한하여 국제예약을 고려하면 족하다고 함으로써,¹³⁾ 만약 그러한 충돌이 존재할 경우에 국제예약의 원칙이 어느 정도 고려되어야 하는지에 대해서는 아무런 기준을 제시하지 않고 있다.¹⁴⁾ 따라서 국제예약을 고려하여야 할 것인지, 고려한다면 어느 정도로 고려하여야 할 것인지에 대한 판단은 법원의 재량에 맡김으로써, 결국 효과주의에 따라 입법관할권이 인정될 경우에는 거의 언제나 미국 반트러스트법을 역외적용할 수 있게 되었다는 점이 동 판결의 가장 큰 특징이자 문제점이라고 할 수 있다.¹⁵⁾

아울러 이러한 경우에 실무상 미국법원으로서 당해 사건에 대한 입법적 관할권을 갖는지에 대해서만 결정하면 족하기 때문에, 법원으로서 국제예약을 고려해서 역외적용을 부인하는 것이 바람직한 것인지의 여부와 관련해서 다른 요소를 고려할 필요가 거의 없어진다. 따라서 외국회사가 자국이나 미국 중 어느 나라와 더 밀접한 관계가 있는지, 외국회사들의 활동에 대한 규제가 당해 외국정부의 입장에서 얼마나 중요한 의미를 갖는지, 그리고 관할권을 행사했을 때 그것이 미국의 대외관계에는 어떤 불이익을 가져올 수 있는지와 상관없이 법원은 전술한 두가지

요건, 즉 미국의 거래에 의도적이고 실질적인 영향을 미치고 두 법질서 간에 진정한 충돌이 없는 한 미국 반트러스트법을 적용하지 않으면 안되는 것이다.

요컨대, Hartford 판결은 외국의 주권을 거의 고려하지 않고 역외적용을 허용함으로써 외국과 불필요한 마찰을 가져왔던 Alcoa 시대로의 회귀로 이어지게 되며, 또 한번 국제사회에서 “양키의 감정적 애국주의”(Yankee jurisdictional jingoism)¹⁶⁾라는 비난을 면치 못할 것으로 보인다.

● 국제예양입법: 국제반트러스트집행지원법

역외적용과 관련된 입법으로는 크게 1982년의 대외거래독점금지개선법과 1994년의 국제반트러스트집행지원법을 들 수 있다. 전자는 효과주의에 입각하여 역외적 관할권의 성립요건을 명문화한 것으로, 후자는 역외적 관할권의 행사를 용이하게 하기 위한 수단으로서 국제예양에 기초한 외국 경쟁당국과의 협력을 지원하기 위한 것으로 볼 수 있다.

1992년 이전까지 미국은 주로 자국의 수입거래를 저해하는 행위에 대해서만 역외적용을 시도해 왔다. 그러나 미국기업들이 세계시장에 진출하는 과정에서 외국의 수출카르텔이나 기타 진입장벽에 직면하게 되면서, 1992년 미국 법무

13) 소수의견을 냈던 Scalia판사는 “진정한 충돌”이란 접근방법은 종래 미국과 다른 나라간의 이해관계를 비교형량해 왔던 미국의 판례와 모순될 뿐만 아니라, 외국정부와 불필요하고도 침해한 마찰을 야기하게 될 것이라고 비판하였다(Hartford Fire, 113, S. Ct. at 2922).

14) Alford, supra at 221, 224.

15) Hartford 판결에서 법원은 “국제예양이 미국 법원으로 하여금 영국의 재보험회사들에 대한 관할권의 행사를 자제할 것을 요구하는 것은 아니며, 이는 당해 재보험회사들의 행위가 영국의 법과 정책에 완전히 부합하는 경우에도 마찬가지이다”라고 판시함으로써, 국제예양을 고려하여야 할 여지를 현저히 좁혔다. Id. 113 S. Ct. 2891, 2910(1993) 참조.

16) John B. Sandage, Non Conveniens and the Extraterritorial Application of United States Antitrust Law, 94 Yale L.J. 1963, 1698(확인요)(1985).

성은 종전의 정책을 수정하여 미국기업이 외국 시장에 제품을 수출하는 것을 저해하는 각종 거래관행에 대해서도 반트러스트법을 적용할 것임을 천명하였고, 이와 같은 맥락에서 1994년 의회는 법무성이 외국에서 반트러스트법을 집행하는 것을 지원하기 위하여 국제반트러스트집행지원법을 제정하였는데, 이로써 미국이 자국 반트러스트법의 역외적 집행을 강화하기 위한 노력은 새로운 국면에 접어들게 되었다.

종래 미국은 자국의 반트러스트법을 외국에서 집행하는 과정에서 그에 필요한 조사가 일방적으로 이루어져 왔던 바, 많은 경우에 외국에서 경쟁제한 사실을 입증하는데 필요한 중요한 증거를 수집하는 데에 한계를 느끼고 있었다. 이러한 집행상의 어려움을 타개하는 수단으로서 적극적 예양(positive comity)¹⁷⁾에 입각한 경쟁당국 간의 협력을 지원하기 위하여 마련된 것이 바로 국제반트러스트집행지원법인 것이다. 여기서 적극적 예양이란 일국이 타국에 대하여 반트러스트법의 집행을 요청하고 상대국이 이에 자발적으로 협력하는 것을 말하며, 1991년 미국과 유럽공동체 간에 체결된 공조협정에서 처음으로 등장하였다.¹⁸⁾

이처럼 각국의 경쟁당국 간의 상호협력을 통한 반트러스트법의 국제적 집행을 절차적으로 용이하게 하기 위하여 동 법에서는 우선 외국의 경쟁당국이 미국기업과 관련된 증거를 요청하는 경우에 미국의 법무부장관이나 연방거래위원회는

어떤 기업이 외국의 반트러스트법을 위반하였음을 입증하거나 동 법을 집행함에 있어서 필요한 증거자료를 제공할 수 있도록 함으로써, 외국 경쟁당국에 협조를 함에 있어서 반트러스트민사절차법(Antitrust Civil Process Act)과 연방거래위원회법상 경쟁당국의 비밀유지의무에 따른 제약을 제거하였다. 그러나 물론 이같은 미국의 협조가 일방적으로 이루어지는 것은 아니며, 미국과 해당국 간에 사전에 반트러스트 집행에 관한 공조협정이 체결되어 있지 않으면 안된다. 즉, 공조협정에는 상호주의와 제공된 증거에 대한 비밀유지의무가 적용됨은 물론이다.

이에 관한 대표적 예를 들면, 1998년 미국과 유럽연합 간에 새로이 체결된 공조협정에서는 그 목적이 양국의 경쟁법을 집행함에 있어서 발생하는 충돌을 적극적 예양의 원칙에 따라 해결하고자 하는 것임을 밝히고 있으며, 이를 실현하기 위한 구체적인 방법으로서 요청국의 경쟁당국은 피요청국의 경쟁당국에 대하여 피요청국의 경쟁법에 따라 피요청국에서 행해진 경쟁제한행위가 비록 요청국의 경쟁법에 반하지 않더라도 요청국의 수출 기타 거래를 저해하는 경우에 이를 조사하고 필요한 조치를 취해줄 것을 요청할 수 있고, 그 밖에 요청이 이루어진 이후, 예컨대 피요청국의 경쟁당국이 조사절차를 개시한 경우에 요청국의 경쟁당국은 원칙적으로 자국법의 적용을 위한 절차를 중지한다는 등의 협력절차

17) 이와 대비되는 관념이 소극적 예양(negative comity)으로서 이는 외국의 정당한 이익을 고려하여 미국 반트러스트법의 역외적 용을 어느 정도 자제하는 것을 의미하며, 종래 예양이라고 하면 통상 소극적 예양을 의미한다. 이에 관하여는 Joseph P. Griffin, EC and US Extraterritoriality: Activism and Cooperation, 17 Fordham Int'l L.J. 353, 376(1994) 및 Yoshio Ohara, The New U.S. Policy on the Extraterritorial Application of Antitrust Laws, and Japan's Response, World Comp. L. & Econ. Rev., Mar. 1994, 52-53참조.

18) 전술한 공조협정(각주 4) Article V(이른바 "국제예양조항") 참조. 그보다 먼저 적극적 예양의 관념은 미국 증권거래위원회가 금융시장에서의 불공정거래행위를 규제하기 위한 수단으로 외국과의 공조협정을 체결하면서 인정되었고, 그 후 조세나 자금세탁과 관련해서도 동 관념에 기초한 쌍무협정이 국제적 집행을 위한 주요 수단으로 활용되고 있다.

및 비밀준수의무 등을 정하고 있다.

그러나 어떤 나라라도 단지 다른 나라의 이익을 위해서 자국 회사에 대하여 반트러스트법을 적용하리라고는 기대하기 어려우며, 모든 법이 자국민의 이익을 보호할 목적을 갖는다는 전제는 쉽게 바뀔 수 없다는 점에서, 적극적 예방이 과연 관할층들의 문제를 해결하기 위한 적절한 수단인지에 대해서는 의문의 여지가 있다.¹⁹⁾ 이 점은 동 법이 외국정부의 요청이 있는 경우에도 법무부와 연방거래위원회는 요청된 증거를 제공하는 것이 미국의 공익에 부합하는지를 고려할 의무를 부과하고, 나아가 외국정부와 공유하기에는 지나치게 민감한 정보(예컨대 Hart-Scott-Rodino법상 기업결합 사전신고절차에 따라 제공된 정보, 대배심에 제출된 반트러스트 관련 증거, 국가안보 등의 이유로 공개가 절대적으로 금지된 자료, 원자력에너지법상 공개가 금지된 자료)는 증거제공대상에서 제외함으로써, 실제의 공조과정에서 경쟁당국에게 협력 여부와 협력의 정도를 판단함에 있어서 상당한 재량을 부여하고 있는 데서도 알 수 있다. 따라서 동 법이 상정하고 있는 적극적 예방의 실효성에는 일정한 한계가 있을 수 밖에 없으나, 그럼에도 불구하고 일방적인 역외적 집행에 대한 대안으로서 양자간 및 다자간 협상이 적극적으로 고려되기 시작했

다는 점에서 그 의미를 찾을 수 있을 것이다.

맺는말 - 역외적용에 대한 새로운 대안의 모색

1. 반트러스트법 집행에 관한 쌍무협정

전술한 적극적 예방에 기초한 쌍무협정은 일방적이고도 불필요한 마찰을 야기할 수 있는 종래의 효과주의에 따른 역외적용에 대한 대안으로서 관심을 끌고 있으며, 이를 위한 입법적 조치로서 국제반트러스트집행지원법에 대해서는 이미 앞에서 언급한 바와 같다. 그리고 동 법상의 적극적 예방에 입각하여 체결된 반트러스트 집행에 관한 공조협정은 상호주의와 국가간 협력을 기본이념으로 하고 있다는 점에서 일방적인 역외적용에 대한 하나의 대안으로서 평가받고 있다.²⁰⁾ 1995년 말까지 미국이 외국과 체결한 13개의 사법공조협정(mutual legal assistance treaty) 중에서 반트러스트법의 집행을 명문으로 포함하고 있는 것은 1995년 8월 캐나다와의 쌍무협정이 유일하였다.²¹⁾ 그러나 최근 들어 반트러스트법의 집행을 위한 공조협정이 1998년에 유럽연합, 1999년에 브라질, 이스라엘, 일본, 그리고 2000년에는 멕시코로 그 대상이 확대되고

19) James R. Atwood, Positive Comity - Is It a Positive Step?, Fordham Corp. Inst. 79, 8(1992).

20) Robert D. Shank, The Justice Department's Recent Antitrust Enforcement Policy: Toward a "Positive Comity" Solution to International Competition Problems?, 29 Vand. J. Transnat'l L. 155(1996); Seung Wha Chang, Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Law to Other Pacific Countries: Proposed Bilateral Agreements for Resolving International Conflicts Within the Pacific Community, 16 Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 295, 390-310(1993). 1998년 유럽연합과 체결된 공조협정에서는 그 명칭부터 "경쟁법의 집행에 있어서 적극적 예방원칙의 적용에 관한 미국과 유럽연합 간의 협정"(Agreement between the Government of United States of America and European Communities on the Application of Positive Comity Principles in the Enforcement of their Competition Laws)이라고 규정하고 있다.

21) 형사사법공조협정의 틀 안에서 독점금지법 집행에 관한 공조를 규정하는 것은 아직까지 독점금지법을 가진 대부분의 나라에서 그 위반행위를 범죄로 규정하지 않고 있기 때문에 독점금지법 집행의 국제협력이라는 차원에서는 한계가 있을 수 밖에 없다.

있다는 점은 그것이 미국반트러스트법의 효과적인 역외적 집행을 위한 주요 수단으로 자리잡아가고 있다는 의미에서 주목할 만하다.

그러나 이처럼 적극적 예상을 이념으로 하는 양자간 공조협정의 증가가 미국 반트러스트법의 역외적용의 완화경향을 의미하지는 않는다고 보아야 할 것이다. 즉, 그것은 종래 Hartford 판결에서 알 수 있는 바와 같이 역외적 관할권의 성립요건을 엄격한 효과주의에 따라 폭넓게 인정하면서, 이를 통하여 교역상대국으로 하여금 반트러스트법의 국제적 집행에 관한 쌍무협정의 체결을 유도하여, 종래 시도되어 왔던 미국 반트러스트법의 역외적용 실무를 개선하기 위한 전략으로 이해할 수 있을 것이다(이른바 two-tired approach).

2. 다자간 협정

지금까지 미국은 다자간의 틀 내에서 국제독점금지법을 마련하는데 적극적이지 않았고, 국제독점금지법이 마련된다 하더라도 이를 준수함으로써 예컨대 미국과 같이 국제적인 기준에 비추어 엄격한 독점금지법을 가진 나라나 반대로 독점금지법이 없거나 상대적으로 그 규제강도가 낮은 나라의 경우 자국의 이익이 오히려 침해된다고 느끼게 마련이기 때문에 이들에게 사실상 그 준수를 강제하기 어렵다는 점에서 마찬가지로 독점금지법의 국제적 집행가능성은 높지 않아 보인다.²²⁾ 그리고 이에 참가하는 나라가 많을수록 해당 국가들 간의 이해관계가 충돌할 가능성이 커지는 만큼, 국제독점금지법의 내용과 집

행에 대한 합의를 도출하기는 더욱 어려워지게 마련이다.

그러나 독점금지법의 국제적 집행을 위하여 양자간 공조협정이 하나의 대안으로서 유력하게 등장하고 있는 상황에서 국제독점금지법을 제정하려는 노력은 다음과 같은 두가지 측면에서 중요한 의미를 가진다고 볼 수 있다. 첫째, 우선 단계적으로 이러한 노력은 양자간 공조협정의 규율범위와 구체적인 내용을 정함에 있어서 국경을 넘는 경쟁제한행위에 대한 다자간의 해결책이 향후 어떻게 전개될 것인지를 먼저 고려하여야 할 것이므로 향후의 양자간 공조협정의 체결에 상당한 영향을 미칠 것이란 점에서 그 의미를 찾을 수 있다. 둘째, 장기적으로 볼 때, 점점 광역화, 세계화되는 시장에서 경쟁제한행위를 가장 효과적으로 규율하는 방안은 다자간 협정일 수밖에 없을 뿐 아니라 종래 당자간 협정이 가능할 것으로 생각지 못하였던 여러 분야가 다자간 협정의 대상이 되고 있다는 점에 비추어 볼 때, 다자간 협정의 틀을 마련해 나가는 과정은 국제적으로 독점금지법을 효율적으로 집행하기 위한 합의를 도출해 내는 과정으로서 중요한 의미를 가진다고 할 수 있을 것이다. 그 과정에서 국내의 공정거래법도 독점금지법에 관한 국제적 합의와 일치하는 방향으로 개편하여야 할 필요가 있다면 이를 적극적으로 고려하여야 할 것이다. 그러므로 우리도 이러한 다자간 협정의 체결 노력에 적극 참여하여 그 과정을 면밀히 주시하면서 거기에 우리의 의사와 이익이 충분히 반영되도록 노력할 필요가 있다고 할 것이다. **공정**

22) Thomas J. Schoenbaum, *The International Trade Laws and the New Protectionism: The Need for a Synthesis with Antitrust*, 19 N.C.J. Int'l L. & Com. Reg. 393, 427(1994).