

미국의 반독점법 역외적용 제한 법률(FTAIA) 및 주요 사례 분석

Arnold & Porter LLP 미국 변호사 | 김용상

I. 머리말

2002년 4월, 흑연 전극봉 카르텔(Graphite Electrodes Cartel) 사건에서 우리나라 공정거래위원회가 일본, 미국, 독일 국적의 6개 기업들에게 시정명령과 함께 총 112억 원의 과징금을 부과한 것을 시작으로, 우리나라에서도 공정거래법의 역외적용(Extraterritorial Application)¹⁾ 시대가 열렸다. 미국의 경우는 1945년 제2연방항소법원²⁾의 United States v. Aluminum Co. of America로부터 반독점법(U.S. Antitrust Law)의 역외적용이 시작되었다고 보는 의견이 보편적이다.³⁾ 그 후 법원의 판결들을 통하여 관습법으로 발전되어 오던 미국 반독점법 역외적용 이론은 1982년의 회의 역외적용 제한 법률(Foreign Trade Antitrust Improvement Act of 1982, 15 U.S.C. §6a, ; FTAIA)의 제정을 통하여 성문법으로 편입되었다.⁴⁾

미국의 대표적 반독점법인 셔먼법(Sherman Act)은 그 적용의 지리적인 제한이 없이 미국의 주

1) '역외적용'이란, 자국의 영역 밖에서 일어난 일에 대하여 자국의 법률을 적용하는 것을 말하는 것으로, 경쟁법의 역외적용은 자국 영역 밖에서 발생한 반경쟁적 행위에 대하여 자국의 경쟁법을 적용하여 집행하는 것을 의미한다.

2) 미국의 연방항소법원(United States Courts of Appeals)은 'Circuit Courts'(순회법원)라고도 불리는데, 이는 역사적으로 지역을 순회하며 항소사건을 처리했기 때문이라고 한다. 현재 미국에는 총 13개의 연방항소법원이 존재하는데, 미국 전역을 11개 구역으로 나누어 제1연방항소법원부터 제11연방항소법원까지, 그리고 지정학적 위치상 연방정부 행정기관들의 행정소송 항소사건들을 많이 담당하는 DC Circuit, 그리고 마지막으로 특허권, 저작권, 그리고 국제무역 사례 등에 대하여 배타적 관할권을 가지고 있는 Federal Circuit까지 총 13개의 연방항소법원이 있다.

3) 20세기 초반 미국 연방대법원은 Am. Banana Co. v. United Fruit Co.에서 이미 미국 반독점법의 역외적용 문제를 다루었지만, 당시 대법원은 역외적용을 인정하지 않았다. 213 U.S. 347 (1909). 사실 코스타리카에서 그 나라 군대의 힘을 빌어 다른 바나나 농장의 영업을 방해한 American Banana 사건은 역외적용 사건이라기보다는 국가행위이론(Act of State Doctrine)의 사례로 볼 수 있지만, 어쨌든 당시 대법원은 역외적용 요청을 거부하였다. 당시의 국지적 세계관에 적합했던 American Banana 사건 판결의 수명은 1945년 United States v. Aluminum Co. of America(Alcoa) 사건에 이르러 종결되었다. 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945). 연방대법원이 네 차례나 심리를 기피하는 탓에 최종심을 내리게 된 제2연방항소법원은 더 이상 행위가 발생한 장소(Situs of the Conduct)가 아닌 영향이 미치는 장소(Situs of the Effects)가 미국의 반독점법이 적용되는지 여부를 결정하여야 한다는 판결을 내렸다. 저명한 러니드 핸드(Learned Hand) 판사는 외국의 모의 결탁 등이 미국 시장에 영향을 끼치도록 의도되었고, 또한 실제 영향이 있었다면 미국의 반독점법이 역외적용 되어야 한다는 'Intended Effect Test'를 선포하였다. American Banana와 Alcoa를 비롯한 미국 반독점법 역외적용 관련 사건들을 분석한 연구로는 Max Huffman, A Retrospective on Twenty-Five Years of the Foreign Trade Antitrust Improvements Act, Houston Law Review, Summer 2007, 44 Hous. L. Rev. 285 (2007); Richard J. Link, American Law Reports Federal 2d, Construction and Application of Foreign Trade Antitrust Improvements Act, 1 A.L.R. Fed. 2d 483 (2010, originally published in 2005).를 참고하였다.

(州) 사이의 통상(Interstate Commerce)이나 외국 국가와의 통상(Foreign Commerce)에서 경쟁을 제한하는 모든 계약, 결합 혹은 결탁 등을 불법으로 규정하고 있기 때문에, FTAIA는 서면법의 역외적용을 제한하는 형식을 취하고 있다. FTAIA는 외국과의 통상에서 발생한 일정한 부류의 경쟁법 사건의 사건 관할권(Subject Matter Jurisdiction)을 연방법원으로부터 박탈함으로써 미국 법원이 해당 사건에 서면법을 적용하여 심리하거나 재판하지 못하게 한다.⁵⁾

미국 의회는 미국 기업들이 해외 수출활동을 하는데 있어서 서면법과 같은 미국의 반독점법으로 인한 제약을 받지 않도록 하기 위하여 FTAIA를 제정하였다.⁶⁾ 즉, FTAIA는 미국 기업들이 해외로 상품이나 서비스를 수출하는데 있어서, 미국 시장에 영향을 주지 않는 한 해외에서의 활동으로 인하여 미국의 반독점법을 위반하지 않는다는 보호무역주의 입법(Protectionist Legislation)인 것이다.⁷⁾ 미국 기업들에게 미국 반독점법의 영향을 받지 않고 기업활동을 할 수 있는 일종의 안전피난처(Safe Harbor)를 제공하는 목적 이외에도, 미국 의회는 FTAIA를 통하여 미국의 경쟁정책 역외적용으로 인한 미국과 다른 통상국가들 간의 긴장과 마찰을 완화하는 한편, 연방하급법원들 간의 상충되는 의견들과 그로 인한 혼란을 해소하려고 하였다.⁸⁾ 그러나 이러한 훌륭한 목적에도 불구하고 FTAIA에 대한 평가는 그리 호의적이지 않은데, 특히 FTAIA는 '미국 법률 중에서 가장 난해하고 조악하게 쓰여진 법조문 중 하나'로 여겨지고 있다는 점에서 '혼란 해소'라는 목적만큼은 확실히 실패한 것으로 평가되고 있다.⁹⁾

이 글에서 필자는 경쟁법 실무가의 입장에서, 현재 우리나라 기업들이 해외에서 영업활동을 영위하는데 있어서 필수적으로 인지하고 있어야 할 미국 반독점법 역외적용 제한 법률인 FTAIA의 분석적 틀(Analytical Framework)을 설명하고, FTAIA가 쟁점이 되었던 주요 사례들을 분석하고자 한다. 특히, 우리나라 기업들의 미국 이외 지역에서의 활동이 미국 경쟁당국의 제재 혹은 민사소송의 대상이 될 여지가 있는지 혹은 이미 제재와 소송대상이 된 경우에는 FTAIA 하에서 어떠한 법률적 방어(Defense)가 가능한지에 대한 기본적인 이해를 돕는 것을 주목적으로 하였다.

4) FTAIA의 제정으로 Alcoa 사건의 'Intended Effect' Test가 FTAIA의 'Direct, Substantial And Reasonably Foreseeable Effect' Test로 대체되었는지, 아니면 단순히 그 전의 관습법이 성문화되었는지에 대해서는 의견이 분분하다. 미국 대법원은 *Hartford fire Ins. Co. v. California*, 509 U.S. 764, 796 n. 23 (1993)에서 그 문제에 대하여 논하기를 피하였다. ("it is unclear ... whether the [FTAIA]'s 'direct, substantial, and reasonably foreseeable effect' standard amends existing law or merely codifies it."). 그러나 제9연방항소법원은 *United States v. LSL Biotechnologies*에서 Alcoa Test가 단순히 성문화되었기 때문에 'Intended Effect' Test가 계속 적용되어야 한다는 미국 법무부의 주장을 거부하였다. 379 F.3d 672, 679 (9th Cir. 2004). 이 글 후반에서 더 설명하겠지만, 우리나라 기업들이 피고로 명명된 대부분의 반독점 집단소송들은 제9연방항소법원 산하 캘리포니아 주 연방지방법원들에 계류 중이기 때문에, 미국 대법원에서 이 문제에 대하여 명확한 답을 내려주기 전까지는 FTAIA가 Alcoa Test를 대체했다고 보는 시각이 타당하다고 하겠다.

5) 따라서 법원에서 FTAIA를 통한 피고들의 변론(Defense)은 사건 관할권 부재로 인한 기각(Motion to Dismiss for Lack of Subject Matter Jurisdiction)을 요청하는 형태로 제기된다.

6) Max Huffman, 44 *Hous. L. Rev.* at 304-305.

7) Max Huffman, 44 *Hous. L. Rev.* at 304.

8) Max Huffman, 44 *Hous. L. Rev.* at 305.

9) See e.g., 2 Spencer Webber Waller, *Antitrust & American Business Abroad* §13:23, at 13-62 (3d ed. 2006) (The FTAIA is "obscure and badly drafted" and "poorly thought-through").

II. FTAIA 법조문 (15 U.S.C. § 6a) 분석

FTAIA의 전문은 다음과 같다.

Sections 1 to 7 of this title shall not apply to conduct involving trade or commerce (other than import trade or import commerce) with foreign nations unless

(1) such conduct has a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect

(A) on trade or commerce which is not trade or commerce with foreign nations, or on import trade or import commerce with foreign nations; or

(B) on export trade or export commerce with foreign nations, of a person engaged in such trade or commerce in the United States; and

(2) such effect gives rise to a claim under the provisions of sections 1 to 7 of this title, other than this section.

If sections 1 to 7 of this title apply to such conduct only because of the operation of paragraph (1)(B), then sections 1 to 7 of this title shall apply to such conduct only for injury to export business in the United States.

위의 본문과 앞으로 소개할 법원의 판례들을 고려하여 우리나라 기업들이 알아두어야 할 FTAIA의 기본적인 분석적 틀을 소개하자면 다음과 같다.

- 서면법은 다음과 같은 예외사항을 제외하고는 외국과의 통상 중 발생한 반경쟁적 행위에는 적용되지 않는다.
- (예외 1) 미국향(向) 수입이 관련된 Import Commerce의 경우에는 서면법이 적용된다.¹⁰⁾
- (예외 2) 외국과의 통상 중 발생한 반경쟁적 행위가 미국 경제에 직접적이고 상당하며, 충분히 예측할 수 있었던 효과(Direct, Substantial and Reasonably Foreseeable Effect)를 미치는 경우에는 서면법이 적용된다. 민사소송의 경우에는 그 효과가 민사소송을 제기한 원고가 입은 피해에 원인을 제공하였어야 하는 점도(Such Effect Gives Rise to a Claim) 입증하여야 한다.

10) *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* (1995) ('Guidelines')의 Section 3에 따르면 미국 법무부의 반독점국(U.S. Department of Justice Antitrust Division)은 Import Commerce의 경우에도 *Hartford Fire Insurance Co. v. California*에서 계속해서 적용된 Alcoa의 Intended Effect Test가 적용되는 것으로 간주한다. 이 부분에 대해서는 이미 앞의 Footnote 7에서 설명하였다. 미국 법무부 Guidelines는 Hartford Fire 판결 2년 후인 1995년에 출판되었기 때문에 2004년의 사건인 *LSL Biotechnologies*의 판결은 Guidelines에 아직 반영되지 않았다.

이 법조문을 이해하기 어려운 이유 중 하나는, 다양한 통상(Commerce)의 개념들이 정의되지 않은 상태로 나열되어 있기 때문인데, 현재까지의 법원 판결문들을 통하여 나타난 Domestic Commerce, Import Commerce, Export Commerce와 Foreign Commerce의 개념들을 그 예와 더불어 간단하게 살펴본다.

- Domestic Commerce(미국 국내무역)¹¹⁾: 담합 회의나 합의가 이루어진 장소와 상관없이 담합된 가격이 적용되는 시장이 미국인지의 여부가 초점이 된다.
 - 우리 기업들이 미국 내에서 판매되는 상품이나 서비스의 가격을 담합하였을 때에는 Domestic Commerce를 대상으로 한 행위로 간주되어, FTAIA의 역외법률제한이 적용되지 않고 셔먼법이 적용된다.
- Import Commerce(미국향 수입무역)¹²⁾: 다음 장의 민사소송 사례 분석에서 더 자세히 다루겠지만, 외국 회사들이 담합된 가격으로 상품이나 서비스를 미국의 소비자에게 직접 판매하는 것을 일컫는 협의의 개념으로 이해하는 것이 현재의 판례법 하에서 가장 타당한 해석이라고 하겠다.
 - 우리 기업들이 미국령(領) 밖에서 가격 담합을 한 경우라도, 미국으로 직접 수출되는 상품이나 서비스의 가격을 담합한 경우에는 Import Commerce에 해당되기 때문에 FTAIA의 역외적용 제한규정이 적용되지 않으며, 셔먼법이 적용된다.
- Export Commerce(미국발(發) 수출무역)¹³⁾: 미국내 기업들이 외국으로 상품이나 서비스를 수출하는 것을 일컫는 말이다.
 - 미국 기업들이 우리 기업들과 더불어 제3의 국가에서 판매되는 상품이나 서비스에 대한 가격을 담합하는 경우, 가격이 담합된 상품이나 서비스가 미국으로 수출되지 않고 미국 내의 다른 수출기업이 가격담합으로 인하여 피해를 입지 않았다면, 셔먼법 적용대상에서 제외된다.
 - 반대로 미국 기업이 우리나라에 진출하는데 있어서 우리나라 기업들이 담합을 통하여 방해하는 경우, FTAIA의 역외적용 제한규정의 (1)(B) 예외에 해당되어 사건 관할권(Subject Matter Jurisdiction)에 있어서는 셔먼법이 적용될 가능성도 있다.¹⁴⁾ 그러나 이 경우에는 미

11) 15 U.S.C. §6a(1)(A). FTAIA 본문에 "trade or commerce which is not trade or commerce with foreign nations"가 Domestic Commerce를 일컫는 말이다.

12) 'Import Trade or Commerce' 라고 본문에 나와있는 것을 'Import Commerce' 로 줄여 칭하였다.

13) 15 U.S.C. §6a(1)(B). 미국 의회가 FTAIA를 제정한 목적이 미국내 기업들이 외국으로 상품이나 서비스를 수출할 때 미국의 반독점법이 방해가 되지 않도록 하기 위한 것이라고 앞서 설명하였는데, FTAIA에서는 그 점을 무엇보다도 명확히 하기 위하여 본문 내에 다음과 같이 첨언하였다: If sections 1 to 7 of this title apply to such conduct only because of the operation of paragraph (1)(B), then sections 1 to 7 of this title shall apply to such conduct only for injury to export business in the United States. (수출무역의 경우에는 미국 내의 수출업자에게 피해가 없는 한 셔먼법이 적용되지 않는다).

14) 이 예는 미국 법무부 반독점국이 발행한 '국제운영집행지침서' 에 소개되어 있다. *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* (1995), § 3.122, Example D, available at <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/internat.htm>.

국법원이 우리나라 기업들에 대하여 인적 관할권(Personal Jurisdiction)을 행사할 수 있을 지 여부가 또 하나의 쟁점이 될 것이다.

- Foreign Commerce(외국과의 무역)¹⁵⁾: 위의 개념에 포함되지 않는 다른 모든 형태의 외국과의 무역을 통칭하는 것으로 이해할 수 있다.
- 기본적으로 Foreign Commerce는 서면법의 적용대상에서 제외된다. 그러나 U.S. Commerce¹⁶⁾에 직접적이고 상당하며, 충분히 예측할 수 있었던 효과(Direct, Substantial and Reasonably Foreseeable Effect)를 끼치고, 그 효과가 원고 주장의 근거가 된다면 (Such Effect Gives Rise to A Claim) 서면법의 적용을 받게 된다.

이것을 우리나라 국내 기업들의 활동에 적용시킨다면, 다음과 같이 이해할 수 있다.

- 우리 기업이 미국으로 수출하는 상품이나 서비스의 가격을 담합하였을 때에는 서면법의 적용을 받을 수 있다. 이 경우, 미국 시장에서의 가격만을 담합한 경우에 그치지 않고 미국 시장의 가격을 포함한 전 세계적으로 통용되는 가격(World-Wide Price)을 담합한 경우도 포함한다.
- 우리 기업이 미국 시장과는 무관한 다른 시장(예를 들어, 동남아 시장)을 대상으로 가격을 담합한 경우에는, 그 가격 담합이 미국 경제에 직접적이고 상당한, 또한 충분히 예측 가능한 효과를 미치는 경우에만 서면법의 적용을 받게 된다. 또한 미국 구매자들이 민사소송을 제기하기 위해서는, 외국의 가격 담합이 미국 경제에 미친 효과로 인하여 자신들이 피해를 입었음을 입증하여야만 한다.

다음 장에서는 미국 연방법원 판례들을 통하여 FTAIA의 실제 적용 사례들을 살펴봄으로써, 우리나라 기업들의 미국 이외에서의 기업 활동이 어떤 경우에 미국 서면법에 저촉될 수 있는지를 알아보도록 한다.

III. 민사소송 사례 분석 (Civil Case Study)

1. 미국으로의 수입(Import Commerce) 사례 분석

① 외국 제조사들의 미국 판매 방해행위 사례 : Carpet Group Int'l v. Oriental Rug

15) 'Trade or Commerce with Foreign Nations' 라고 본문에 나온 것을 'Foreign Commerce' 로 줄여 칭하였다.

16) FTAIA를 분석할 때, 미국의 경쟁법 실무가들은 흔히 미국 Domestic Commerce, Import Commerce, 그리고 제한된 경우에는 Export Commerce까지 포함하여 'U.S. Commerce' 로 부른다.

Importers Ass'n.¹⁷⁾

이 사례에서 법원은 피고들이 미국의 판매상들이 외국의 제조사로부터 직접 Rug(단자, 緞子)를 구입하는 것을 방해한 행위는 FTAIA의 Import Commerce 예외에 해당하기 때문에 서면법의 적용대상에 포함된다고 판결하였다. 즉, 법원이 서면법을 해당 사건에 적용할 관할권을 가진다는 것으로, 피고들이 요청한 소송 기각을 거부하였다. 이 사건은 미국향 수입 관련 예외조항에 해당되는 행위인지 여부를 가리는 것은, 원고의 행위가 아닌 피고의 행위에 초점을 맞추어 분석하여야 한다는 것을 선포한 중요한 사례이다.

② 외국의 서비스 가격담합 사례 : Turicentro, S.A. v. American Airlines Inc.¹⁸⁾

외국 여행사들이 원고(Plaintiffs)로서 미국 항공사들과 항공산업협회가 담합을 하였다는 소송을 제기한 이 사건에서, 미국 제3연방항소법원은 항공사와 항공산업협회가 담합을 하였다는 가격이 외국 여행사들이 자신들이 제공하는 서비스에 대한 대가로 부과하는 금액이었다는 사실에 주목하였다. 그리고 이 외국의 여행사들로부터 간혹 미국인들이 비행기표를 구입하였었다는 사실은 판결에 결정적인 영향을 미치지 않는다고 보았다. 법원은 Import Commerce와 관련하여 초점을 맞추어야 하는 것은 원고의 행위가 아니라 피고의 행위라는 점을 다시 한번 확인하며, 항공사들이 여행사들의 서비스를 미국 내로 들여온 것이 아니기 때문에 그들을 수입업자(Importers)라고 부를 수 없으며, 그들이 미국으로의 수입(Import Commerce)에 관여하였다고 볼 수 없다고 판결하였다. 일단 외국 여행사들의 행위가 Import Commerce가 아니라는 판결을 내린 후, 법원은 그 행위가 Foreign Commerce로서 FTAIA의 역외적용 제한 예외규정에 포함될 수 있는지를 분석하였는데, U.S. Commerce에 직접적이고 상당하며, 충분히 예측할 수 있었던 영향이 없었다고 판단하여 소송을 기각하였다.

③ 외국의 서비스 가격담합 사례 : Kruman v. Christie's Int'l PLC.¹⁹⁾

제2연방항소법원 또한 Turicentro 사례에서 제3연방항소법원이 제시한 분석적 틀을 적용하여 외국 경매에서 제공되는 서비스의 가격을 담합한 피고들의 행위는 Import Commerce에 관련된 행위가 아니라고 판결하였다. 특히 이 사례에서 관심있게 보아야 할 점은 제 2 연방 항소법원은 외국의 경매에서 구입된 물건들이 미국으로 향후 수입되었다고 할지라도, 또한 가격담합 자체가 미

17) 227 F.3d 62 (3d Cir. 2000).

18) 303 F.3d 293 (3d Cir. 2002).

19) 284 F.3d 384 (2d Cir. 2002).

국에서 이루어졌다고 할지라도, 외국시장에서의 경쟁을 제한하려고 고안되고 이루어진 행위는 외국과의 통상에 관련된 행위이지 Import Commerce에 관련된 행위가 아니라고 판결한 점이다.

④ 외국의 물품 가격 담합 사례 : Animal Science Products, Inc. v. China Nat'l Metals & Minerals Import & Export Corps.²⁰⁾

중국에서 생산되는 마그네사이트(Magnesite)에 기반한 물품 가격담합에 관한 이 사건에서, 법원은 비록 피고들이 담합하여 가격을 올린 물건을 제3자가 외국에서 구입하여 미국으로 들여왔을 지라도, 피고들이 직접 물건들을 미국으로 들여온 것이 아니기 때문에 피고들의 행위가 Import Commerce에 관련됐다고 볼 수 없다고 판결하였다. 법원은 판매자가 수입업자인지 여부는 구매자가 그 물건을 미국으로 들여오느냐 여부에 따라 결정되어서는 안 된다고 판결하였다. 이것은 특히, 이 사건에서 구매자의 행동과 의도를 판매자가 통제하거나 확인할 수 없는 위치에 있었다고 법원이 판단하였기 때문이다.

⑤ 외국에서의 화물운송 서비스 가격담합 사례 : In re Air Cargo Shipping Service Antitrust Litigation.²¹⁾

미국과 외국의 항공화물운송 서비스 가격담합 관련 사건인 이 사례에서, 법원은 먼저 관련 행위가 무엇인지 규명하고 그 행위가 미국으로의 수입에 관련되었는지 여부를 분석하였다. 우선 법원은 관련 행위를 피고가 해외로부터 미국으로 항공화물을 운송하는 전 세계적 서비스 가격을 담합한 것으로 넓게 정의하였고, 항공화물 운송가격담합과 그 운송 서비스에 의하여 미국으로 수입된 물건 사이에 끊을 수 없는 연관성이 존재한다고 판결하였다. 이에, 피고의 행위는 Import Commerce에 관련되었기 때문에 법원은 해당 사건에 대하여 서면법 하의 사건 관할권을 가진다고 판결하였다.

⑥ 외국에서의 부품 가격담합 사례 : In re TFT-LCD(Flat Panel) Antitrust Litigation.²²⁾

모토로라(Motorola)가 외국의 LCD 패널(Panel) 제조회사들을 상대로 제기한 소송에서 캘리포니아 북부구역 연방법원의 일스턴(Illston) 판사는, 피고가 외국에서 모토로라의 외국 자회사들에

20) No. Civ. 05-4376 (GEB), 2010 WL 1324918 (D.N.J. Apr. 1, 2010).

21) No. MD 06-1775, 2008 WL 5958061 (Sept. 26, 2008, E.D.N.Y).

22) No. M07-1827 SI, Order Granting Defendants' Joint Motion to Dismiss (N.D. Cal. June 28, 2010).

게 LCD 패널을 판매한 것은 Import Commerce에 해당하지 않는다고 판결하였다. 이것은 비록 모토로라가 중국에는 LCD 패널을 모토로라의 완제품 형태로 미국으로 유입하였음에도 불구하고 나온 판결로, 법원은 미국으로 물건을 유입한 것은 피고인이 아니라 모토로라와 자회사들이기 때문에 피고의 담합행위가 Import Commerce를 관련하지 않는다고 판결하였다. 또한 주목할 점은 모토로라가 피고인들은 자신들의 LCD 패널이 미국으로 유입될 것을 주지하였으며 또한 의도하였었다는 주장을 법원이 판결에 참고하기를 거부한 것이다. 일스턴 판사는 '수입'이라는 개념을 외국 회사들이 자신들이 판 물건들이 궁극적으로 미국으로 유입될 것이라는 인지나 의도에 따라 정의한다면, 미국 의회가 FTAIA를 제정함으로써 미국 법원들로부터 관할권을 박탈한 많은 사건들을 다시 법원 안으로 불러들이는 결과를 낳을 것이라며 거부하였다. 또한 일스턴 판사는 앞서 언급된 항공 화물(Air Cargo) 사건과 해당 평면 모니터(Flat Panel) 사건을 구분하며, 피고들이 직접 LCD 패널을 미국으로 유입한 것이 아니기 때문에 항공화물 사건과는 달리, 이 사건에서는 LCD 패널 혹은 LCD 패널을 포함한 완제품과 미국으로의 수입(Import Commerce) 사이에 끊을 수 없는 연관성이 존재하지 않는다고 판결하며 소송을 기각하였다.

2. 외국과의 통상(Trade or Commerce with Foreign Nations) 사례 분석

앞서 언급했듯이, 피고의 행위가 Import Commerce와 연관되면 서면법의 적용을 받으며, FTAIA의 역외적용 제한은 해당되지 않게 된다. 그러나 피고의 외국에서의 담합행위가 Import Commerce와 연관되지 않는 경우에도, 또 다른 분석과정을 거쳐 FTAIA의 역외적용 제한에 해당될 수 있는지를 검토하여야 한다. 그것은 다름이 아닌 외국과의 통상 중에 발생한 반경쟁적 행위가 미국 경제에 직접적이고 상당하며, 충분히 예측할 수 있었던 효과를 미치는가 하는 점과 그러한 효과가 민사소송 원고의 주장의 근거를 제공하는가(Such Effect Gives Rise to A Claim) 하는 지의 여부이다.

(1) 직접적이고 상당한 또한 충분히 예측할 수 있었던 효과(Direct, Substantial and Reasonably Foreseeable Effect)

미국의 반독점법 전문 변호사들은 FTAIA를 흔히 'Direct, Substantial and Reasonably Foreseeable Effect' Test로 기억한다. 그만큼 이 조항은 FTAIA의 핵심으로 여겨지는 부분이다. 특히, '직접적이며 상당하게 또한 충분히 예측할 수 있었던'(Direct, Substantial and Reasonably Foreseeable)이라는 세 가지 조건들 중에서 그 동안의 판례들은 주로 '직접적'

(Direct)이란 요소가 무엇을 의미하는지에 대하여 집중되어 왔다. 그 이유는 ‘상당함’(Substantial)과 ‘충분히 예측 가능함’(Reasonably Foreseeable)의 의미들은 그 동안의 사건들에서 논란이 많이 되지 않았기 때문으로, 외국 기업들을 상대로 한 반독점 담합 사건들의 규모가 대형이었기 때문이었을 것으로 판단된다. 아래에서는 이 세 가지 조건들의 의미를 개별적으로 살펴 보도록 한다.

① 직접적인 효과(Direct Effect)

직접적인 효과(Direct Effect)의 의미를 가장 심도 있게 다룬 사건으로는 앞서 각주에서 잠깐 언급한 제9연방항소법원의 *United States v. LSL Biotechnologies*²³⁾를 들 수 있다. 이 사건에서 법원은 ‘Direct’이라는 단어의 의미를 피고의 행위의 직접적인 결과(“follows as an immediate consequence of the defendant’s activity”)로 정의하였다.²⁴⁾ 그리고 그 정의를 바탕으로 법원은 *LSL Biotechnologies* 사건 판결에 있어서, 담합의 결과가 미국 국내 교역이나 상업에 직접적인 영향을 끼치기 전에 중간에 영향을 미치는 다른 일들(Intervening Events)이 발생하였기 때문에 피고의 행위가 FTAIA의 직접적 효과라는 요구조건을 만족시키지 않으며, 따라서 법원은 이 사건에 대한 관할권을 갖지 않는다고 판단하였다.

이와 비슷한 판례로 *United Phosphorous, Ltd. v. Angus Chemical Co.*²⁵⁾를 들 수 있는데, 이 사건은 외국 시장에서 부품가격에 대하여 이루어진 담합의 결과가 미국 완제품 시장 가격에 영향을 미쳤는가가 쟁점이 된 사례이다. *United Phosphorous* 사건에서 원고는 인도의 의료기기 부품 시장에서 원고가 배제되었기 때문에 미국의 하류시장(Downstream Market)에서 거래되는 완제품 가격에 직접적인 영향(Direct Effect)이 있었다고 주장하였다. 그러나 피고는 미국 완제품 시장에 영향이 있기까지는 여러 단계의 거래가 이루어져야 하기 때문에 FTAIA의 직접적 영향이라는 구성요소가 만족될 수 없다는 반론을 제기하였고, 제7연방항소법원은 이러한 피고의 주장을 받아들였다.²⁶⁾

위의 두 사건에도 불구하고 아직까지 직접적 영향(Direct Effect)의 의미에 대하여 미국 연방법원들의 의견이 일치하였다고 보기는 어렵다. 판례들이 내린 정의들이 *LSL Biotechnologies* 사건에서 정의된 피고의 행위의 직접적 결과(‘Immediate Consequence of the Defendant’s Activity’)부터 그보다 낮은 단계의 인과관계(Causal Link)²⁷⁾를 요구하는 것까지 다양하게 존재하

23) 379 F.3d 672 (9th Cir. 2004).

24) 이것은 미국 대법원이 The Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)의 해석 여부가 쟁점이 된 다른 사건에서 ‘Direct’란 단어로 정의를 내린 것을 그대로 받아들인 것이다.

25) 131 F. Supp. 2d 1003 (N.D. Ill. 2001), aff’d, 322 F.3d 942 (7th Cir. 2003).

26) Id. at 1014.

기 때문이다.²⁸⁾ 그러나 미국 의회가 가장 높은 단계의 인과관계를 요구하는 'Direct' 라는 단어를 FTAIA에 선택하였다는 사실과 현재 미국에서 우리나라 기업들을 상대로 한 거의 대부분의 반독점법 민사집단소송이 LSL Biotechnologies 사건을 판결한 제9연방항소법원에 계류 중이라는 사실에 근거하여, '직접적 효과' 라는 구성요소는 직접적인 인과관계(Direct Causation)를 요구한다고 보는 것이 옳다고 생각한다.

② 상당한 효과(Substantial Effect)

Sun Microsystems Inc. v. Hynix Semiconductor Inc. 사례에서 미국 법원은 U.S. Commerce에 미친 효과가 미국내 무역에 충분한 양을 차지하여야 반경쟁적 행위로 인하여 상당한 효과가 있었다고 볼 수 있다고 판결하였다.²⁹⁾ 이 법원이 판결에 인용한 United Phosphorus 사례에서는 쟁점이 되었던 상품의 구매자가 미국에 하나 밖에 없었고, 절대적 액수나 상대적 액수가 모두 미미했기 때문에(25,000달러, 그리고 전 세계 판매가격의 0.16%, 판매량으로 환산하면 0.14%) 법원은 FTAIA 하에서 상당한 효과가 있었다고 볼 수 없다는 결정을 내렸다. 미국 법무부 반독점국의 국제 경쟁정책 집행 지침서인 Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations (1995)의 Section 3.11에서는 미국내 효과가 상당한지에 대해서는 사례마다 따로 결정되어야 한다고 정하고 있다. 이는 법무부 반독점국의 관심이 절대적 액수보다는 상대적 액수, 즉 그 상품이나 서비스의 미국내 무역규모에 비하여 담합으로 영향을 받은 부분이 얼마나 되는지에 있다는 것을 보여준다.

③ 충분히 예측 가능한 효과(Reasonably Foreseeable Effect)

'충분히 예측 가능한 효과' 라는 구성요소에 관한 판례들은 많지 않다. 그러나 FTAIA의 직접적

27) 미국 경쟁법 하의 인과관계(Causation)에 대하여 간단하게 설명하자면, 전혀 인과관계가 없는 'No Causation'으로 시작하여, 어떤 행위 없이는 결과가 있지 않았을 것이라는 최소한의 인과관계를 말하는 'But for Causation', 그리고 행위가 결과를 일으키는데 충분한 연관관계가 있다고 볼 수 있는 'Proximate Causation', 마지막으로 행위가 결과를 직접적으로 일으켰다는 'Direct Causation'의 네 단계로 나누어 볼 수 있다.

28) FTAIA의 '직접적 영향'이란, 구성요소를 다르게 이해한 예로 제5연방항소법원의 *Den Norske Stats Olfjeselskap A.S. v. HeereMac VOF* 사건을 들 수 있다. 241 F.3d 420 (5th Cir. 2001). 이 사건에서 제5연방항소법원은 멕시코만에서의 중량화물 서비스 가격담합이 궁극적으로 미국 소비자들이 더 비싼 가격에 휘발유를 구입하도록 하였기 때문에 FTAIA의 첫 번째 구성요소인 직접적 영향을 만족시켰다는 류의 판결을 하였다. Id. at 426. 그 판결이 의미 있는 판결이었는지에 대해서는 논란이 없지 않지만, 이 글에서는 *Den Norske* 사건이 제9연방항소법원의 *LSL Technologies*와는 다르게 FTAIA의 '직접적 효과'라는 구성요소를 이해하였다는 점을 보이기 위하여 인용하였다. *But see Boyd v. AWB Ltd.*, 544 F. Supp. 2d 236, 244 (S.D.N.Y. 2008) ("but for" causation is not the type of direct causation contemplated by the FTAIA.).

29) 534 F.Supp.2d 1101, 1110 (N.D. Cal 2007) (citing *United Phosphorus Ltd. v. Angus Chem. Co.*, 131 F. Supp.2d 1003, 1011-12 (N.D. Ill. 2001)).

이고 상당한, 그리고 충분히 예측 가능한 효과 테스트(Direct, Substantial and Reasonably Foreseeable Test)가 Alcoa의 의도된 효과 테스트(Intended Effect Test)를 대체하였다고 보는 관점에서 보면, Alcoa의 '담합행위자의 의도'라는 주관적 시험(Subjective Test)이 '충분히 예측 가능'이라는 객관적 시험(Objective Test)으로 바뀌었음을 볼 수 있다. 따라서 예전 Alcoa Test 하에서는, 담합행위자가 미국 시장에 영향을 끼치기로 의도하고 실제 영향이 있었을 때야만 미국 법원이 사건 관할권을 갖는 데 반하여, FTAIA 하에서는 미국 시장에 미치는 효과가 객관적으로 예측 가능하였다는 판단이 들면 미국 법원이 사건의 관할권을 행사할 수 있도록 하였다. 법학자들은 기존 관습법에 이러한 변화를 준 것은, 담합행위자들이 자신의 행동이 어떤 결과를 초래할지 몰랐다는 변론할 기회를 차단하기 위함으로 보고 있다.³⁰⁾

(2) 민사 소송에서의 원고 주장의 근거를 제공해야만 한다(Such Effect Gives Rise to A Claim)³¹⁾

민사 소송에서는 Foreign Commerce에서 발생한 반경쟁적 행위가 U.S. Commerce에 직접적이며 상당하게, 또한 충분히 예측할 수 있었던 효과(Direct, Substantial and Reasonably Foreseeable Effect)를 미쳤다는 사실뿐만 아니라 그 효과가 원고의 서면법에 근거한 소송의 근거를 제공하였음을 증명하여야 한다. 법조문에는 비록 "give rise to a claim"이라고 명기되어 있어서, 반드시 원고의 소송의 근거가 아니라 아무 Claim이라도 발생시켰을 경우라도 해당되는 것으로 보일 수 있다. 실제로 F. Hoffmann-La Roche Ltd. v. Empagran S.A. (Empagran) 사례³²⁾에서 원고가 그러한 주장을 하였는데, 미국 연방대법원은 반드시 해당 사례의 원고가 주장하는 피해가 원고가 주장하는 직접적이며 상당하게, 또한 충분히 예측할 수 있었던 효과로 인하여 발생하였음을 증명하여야 한다고 판결하였다. 즉, 직접적이고 상당한, 또한 충분히 예측할 수 있었던 효과의 첫 번째 구절은 제기된 담합행위가 일반적으로 미국 반독점법의 관할 하에 들어오는지 여부를 심사하는 단계이며, 두 번째로 민사소송 원고의 주장의 근거를 제공하여야 한다(give rise to a claim)는 두 번째 구절은 소송을 제기한 특정한 원고가 주장하는 피해가 미국 반독점법을 통하여 보상이 가능한지를 결정하는 것이라고 하겠다.

이 구절을 해석한 대표적인 사례인 Empagran은 미국 국내 시장과 외국 시장 두 곳 모두에서 직접적인 영향을 미친 비타민 가격담합에 관한 사례이다. 외국인 원고(Foreign Plaintiffs)가 외국 시

30) Max Huffman, 44 Hous. L. Rev. at 316; see also id. n. 175 (H.R. Rep. No. 97-686, at 9 (1982), as reprinted in 1982 U.S.C.C.A.N. 2487, 2494 ("An intent test might encourage ignorance of the consequences of one's actions, which in this context, would be an undesirable result.")).

31) 형사소송에서는 미국 정부, 특히 법무부(Department of Justice)가 원고가 되는데, 미국 법무부는 소비자들이 입은 피해를 근거로 소송을 제기하기 때문에 형사소송에서는 FTAIA의 두 번째 갈래(Prong)인 give rise to a claim 조항은 문제가 되지 않는다.

32) 542 U.S. 155 (2004).

장에서 입은 피해를 미국 법원에서 보상받고자 소송을 제기한 상황에서, 미국 연방대법원은 미국 시장과는 별개로 외국 시장에서 독립적으로 발생한 효과로 인한 피해에 대한 보상을 하기 위한 사건 관할권은 미국 법원에 있지 않다고 판결하였다. 그리고 사건을 DC 연방항소법원으로 송환하였다. 원고는 DC 연방항소법원에서 피고들이 전 세계적으로 담합 가격을 유지하기 위하여 미국 시장에서 발생시킨 효과 없이는 외국 시장에서의 피해 또한 불가능하였을 것이라고 주장을 하였지만, 그것은 단순히 인과관계상 'but for' Causation만을 충족시킬 뿐 FTAIA의 두 번째 구절인 give rise to a claim이 요구하는 Proximate Cause를 만족시킬 수 없다고 판결하였다.³³⁾ 앞서 언급되었듯이 우리나라 기업들을 대상으로 한 미국 반독점법 집단소송이 계속 중인 제9연방 항소법원도 2008년에 DC 연방항소법원의 Empagran 결정을 따르는 판결을 내렸다. In re Dynamic Random Access Memory (DRAM) Antitrust Litigation에서 제9연방항소법원은 FTAIA의 give rise to a claim 구절은 원고로 하여금 미국 내에 끼친 반경쟁적 효과와 원고가 주장하는 외국에서의 피해 사이에 직접적인 인과관계(Direct or Proximate Causal Relationship)가 있음을 증명하여야 한다고 판결하였다.³⁴⁾ 이 사례에서 원고는 미국내 담합으로 인하여 인상된 DRAM 가격이 외국에서의 높은 가격을 유지하기 위하여 필요하였다는 원고의 주장은 단순한 'but for cause' 만을 보일 뿐 Proximate Cause에는 미치지 못한다고 판결하였다.³⁵⁾

Empagran 사례는 우리나라 기업들이 피고의 입장이 아닌 원고의 입장에 설 때의 상황에 보다 적합한 사례로, 외국에서 발생한 피해에 대하여 우리 기업들이 미국 법원에서 원고로서 서면법을 근거로 피해 보상을 받으려 한다면, FTAIA가 장애로 작용할 수 있다는 점이다. 물론 미국 내에서 발생한 피해에 대해서는 Domestic Commerce의 문제이기 때문에 FTAIA의 제한 없이 소송을 제기할 수 있다.

IV. 형사사건 사례 및 법무부 반독점국의 범죄 조사

United States v. Nippon Paper Indus. Co.³⁶⁾ 사례에서 제1연방항소법원은 형사사건도 FTAIA나 미국 법원이 지금까지 발전시켜 온 역외적용에 관련된 원리를 적용하는데 있어서 민사사건과는 다를 것이 없다고 판결하였다. 또한 미국 법무부 반독점국의 담합 범죄조사에 있어서도 사건 관할권의 문제는 미국 법무부가 궁극적으로 미국 법원에 기소를 할 수 있느냐 없느냐의 문제, 즉 미국 법원이 해당 사건에 대하여 관할권이 있는지 여부에 대한 문제이기 때문에 앞에서 다룬 민사소송의 사례와 다를 것이 없다. 다만, 이 장에서는 우리 기업들이 FTAIA를 범죄조사에서 어떻게 활용

33) *Empagran S.A. v. F. Hoffmann-La Roche Ltd.*, 417 F.3d 1267, 1269 (D.C. Cir. 2006), cert. denied, 546 U.S. 1092 (2006).

34) 546 F.3d 981, 987-88 (9th Cir. 2008).

35) *Id.* at 989-90.

36) 109 F.3d 1 (1st Cir. 1997).

할 수 있는지를 살펴보도록 한다.

미국에서 담합 등의 반독점법 위반 범죄 조사(Criminal Investigation)는 미국 법무부 산하 반독점국(Department of Justice Antitrust Division)의 소관이다. 앞서 잠깐 언급했듯이 법무부는 Foreign Commerce 관련 범죄 조사를 하는데 있어서의 사건 관할권(Subject Matter Jurisdiction)의 문제에 대하여 Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations (1995)³⁷⁾의 Section 3에서 입장을 밝히고 있다. 외국 기업에 대한 범죄 조사와 관련하여 이 가이드라인에는 유용한 사례들이 포함되어 있어, 우리나라 기업들이 미국 법무부 반독점국의 입장에 대한 이해를 할 때 참고한다면 많은 도움이 될 것이다. 한 가지 유념할 점은 그 사례들은 법무부 반독점국의 입장일 뿐 미국 법원에서 확립된 법이 아니므로, 실제 소송에서는 다른 결과가 나올 수 있다는 점이다. 다만, 카르텔 소송들은 연대보상책임 등 소송 패소에 따른 위험성이 너무 크기 때문에 민사소송의 경우는 대부분 합의로, 형사소송의 경우는 대부분 유죄협상으로 끝나게 된다. 따라서 형사사건에 있어서는 미국 법무부의 가이드라인과 그 속에 포함된 사례들을 참고로, 법무부 반독점국의 입장을 미리 예측한 후에 협상에 임할 수 있도록 협상 전에 반드시 참고할 필요가 있다.

이 외에도 FTAIA는 법무부 반독점국과의 협력(Cooperation), 유죄협상(Plea Negotiation), 그리고 해당무역량(Volume of Affected Commerce) 협상을 통한 벌금 감면 등에서 조사대상인 우리나라 기업들이 유리한 위치를 점할 수 있도록 하는 하나의 도구로 사용될 수 있다. 미국 법무부가 벌금을 부과하는 방식은 미국의 양형기준안(United States Sentencing Guidelines)에 따라 가 격 담합의 영향을 받은 해당 무역량의 20%를 기준으로 세운 뒤 감경요소를 고려하여 가감하게 되는데,³⁸⁾ FTAIA에 따른 사건 관할권이 쟁점이 된다면 그것을 협상의 수단으로 삼아 해당 무역량을 줄일 수가 있다는 것이다.

얼마 전 미국 법무부가 외국의 한 기업과 유죄협상을 진행하며 벌금을 부과한 때에도 모든 거래가 외국에서 이루어진 경우(Wholly Foreign Sales)는 해당 무역량에 포함시키지 않았다. 완제품에 장착되는 주요 부품의 가격담합 사건이었는데, 법무부 반독점국은 이 회사가 ① 직접 미국으로 수출한 경우 ② 미국에 위치한 회사로 판매대금을 청구한 경우 ③ 미국에 본사를 둔 회사의 외국 자회사들이 그 부품을 구입한 경우를 합산하여 해당 무역량을 정하고 벌금을 부과하였다. 사건의 사실 관계에 따라 다르겠지만 ②와 ③의 경우에는 FTAIA에 기반한 반론을 제기할 수도 있었을 것으로 보인다. 특히, ③의 경우는 앞서 다룬 In re TFT-LCD(Flat Panel) Antitrust Litigation에서 법원이 기각시킨 모토로라의 주장과 같은 주장을 법무부 반독점국이 펼친 것으로 보이는데, 앞선 사례와는 달리 그 주장을 해당 기업은 수용하였다. 두 경우 모두 외국에서 자회사가 부품을 구매하

37) 다음의 미국 법무부 반독점국 웹사이트에서 전문을 볼 수 있다. <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/internat.htm>.

38) U.S.S.G. §§ 2R1.1(d)(1); 8C2.4(a)-(b).

여 완제품을 미국에서 판매한 경우로, 모토로라의 경우는 그 거래와 관련하여 미국 법원이 관할권이 없다는 판정을 하였지만, 미국 법무부는 피고에게 같은 경우의 거래에 대하여 유죄를 인정하게 하고 벌금을 부과한 것이다. 물론 In re TFT-LCD Antitrust Litigation은 민사소송의 경우이고, 법무부의 형사상 조사와는 피고가 처하고 있었던 입장이 달랐을 것이지만 아쉬움이 남는 대목이다. 이러한 대목을 반면교사(反面教師)로 삼아 우리 기업들이 이와 비슷한 상황을 맞는다면, FTAIA에 기반한 법률적 방어를 적극적으로 활용하면서 미국 법무부 반독점국과의 협상에서 불합리한 대우나 재판시 납득하기 어려운 결정을 최소화하는 노력이 필요하다고 할 것이다.

V. 결론

전 세계가 지구촌화 되어가는 21세기에 우리나라 기업들이 미국의 반독점법을 고려하지 않고 기업활동을 한다는 것은 생각하기 어려운 일이 되었다. 미국의 서면법과 그 역외적용 제한 법률인 FTAIA에 대하여 올바른 이해를 갖는 것은 세계 최대 시장인 미국 시장에서의 영업뿐만 아니라 다른 나라에서의 기업활동이 의도하지 않게 FTAIA의 예외조항에 해당되어 미국에서 소송이나 조사의 대상이 되는 것도 사전에 방지할 수 있는 기회를 제공할 것이다.

