

한국 독점규제법의 역외적용 및 면제 요건에 대한 고찰:

항공사 국제카르텔 관련 대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두13689 판결을 중심으로

부산대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사 주진열

*논문접수: 2017. 3. 12. *심사개시: 2017. 3. 21. *게재확정: 2017. 4. 14.

〈 목 차 〉

I. 서론	2. 검토
II. 독점규제법의 역외적용 관련법령 및 사례	IV. 외국법상 적법행위에 대한 역외적용 요건과 관련 문제
1. 관련법령의 입법 배경	1. 대상판결의 요지
2. 대상판결 전·후의 역외적용 사례	2. 검토
III. 역외적용의 제한 원리로서 직접성·상당성·예측성 요건과 관련 문제	V. 결론
1. 대상판결의 요지	

I. 서론

주지하다시피 경쟁법의 일방적 역외적용(unilateral extraterritorial application)은 경쟁법 뿐 아니라 국제경제법 차원에서도 문제된다. 역사적으로 보면 1945년 미국 연방제2항소법원이 *Aloca* 판결에서 영향이론(effect doctrine)에 근거한 서면법의 역외적

용¹⁾은 국제법에 합치된다는 법리를 선언한 이래, 프랑스 등 일부 국가는 자국 회사에 대한 서면법 적용을 차단하기 위하여 영향이론은 국제법상 확립된 관할권 원칙이 아니라고 비판하면서 자국 회사가 타국 경쟁당국의 조사에 응하지 못하도록 하거나 자국 회사에 대한 타국 법원의 경쟁법

1) *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 (2nd Cir. 1945). 이 사건에서 서면법 집행당국인 연방법무부는 ALCOA(미국 회사)의 국내 알루미늄 시장 독점화 사건과 관련하여 ALCOA의 캐나다 자회사인 ALCAN에 대해서도 서면법을 적용하였는데, 캐나다 정부는 자국 회사인 ALCAN에 대한 서면법의 역외적용은 국제법에 합치되지 않는다고 항의하였다. 이 사건은 당시 연방대법원의 구성 문제를 이유로 불가피하게 연방제2항소법원에서 진행되었기 때문에, 이 판결은 형식상 하급심 판결일 뿐 그 실질은 연방대법원 판결과 같은 지위에 있다.

판결이 승인·집행될 수 없도록 하는 대항법(blocking statute)을 제정하기도 하였다.²⁾ 그러나 미국과 함께 세계 경쟁법의 양대 축을 형성하고 있는 유럽연합(European Union, 이하 ‘EU’)도 1970년대부터 국제카르텔 사건에서 경제단일체(single economic entity)이론³⁾ 또는 담합실행지(place of implementation)이론⁴⁾을 원용하고, 기업결합 사건에서 영향이론⁵⁾을 원용하며 경쟁법을 역외적용하고 있는 바,⁶⁾ 경쟁법의 역외적용 자체가 국제법에 위반된다는 주장은 오늘날 더 이상 찾아보기 어렵다. 다만 역외적용 입법은 외국정부의 동의가 없어도 가능하지만 역외집행은 주권평등의 원칙상

외국정부의 동의가 반드시 필요하기 때문⁷⁾, 주요 경쟁법 집행 국가들은 가격·생산량·시장(고객)분할·입찰 담합처럼 경쟁제한효과가 뚜렷한 하드코어 카르텔과 관련하여 담합 혐의가 있는 외국회사에 대한 조사협조, 정보공유, 문서송달 등과 관련하여 상호주의에 바탕을 둔 양자 행정협정이나 양해각서를 통해 협력하는데 주력하고 있다.⁸⁾

한편 우리나라는 2004. 12. 31. 법률 제 7315호로 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 ‘독점규제법’ 또는 ‘법’)을 개정하면서 ‘제2조의2(국외행위에 대한 적용)’ 조항을 신설하여 “이 법은 국외에서

- 2) 프랑스의 1968년 Loi n°68-678 및 1980년 Loi n° 80-538, 호주의 1979년 Foreign Antitrust Judgments (Restriction of Enforcement) Act, 영국의 1980년 Protection of Trading Interests Act, 캐나다의 1985년 Foreign Extraterritorial Measures Act 등. 대항법에는 외국 경쟁당국의 조사에 협조한 자국민을 형사 처벌할 수 있도록 하는 조항도 있는데, 이는 조사에 협조한 자국민을 실제로 처벌하기 위한 것이 아니라 조사 불응을 정당화시킴으로써 자국민을 보호하기 위한 것이다.
- 3) 외국 모회사의 EC 역내 자회사가 가격담합을 한 경우 외국 모회사에 대해서도 경쟁법이 역외적용된다는 이론. *Imperial Chemical Industrial Ltd. v. Commission*, Case 48/69, [1972] ECR 619.
- 4) 외국회사가 외국에서 행한 가격담합이 EC 역내에서 실행된 경우 경쟁법이 역외적용될 수 있다는 이론. *Ahlström Osakeyhtiö and others v. Commission*, [89/85, 114/85, 116-117/85, 125-129/85] [1988].
- 5) 국외 기업결합이 EU 시장에 직접적이고 상당하고 예측 가능한 영향(“immediate, substantial and foreseeable effect”)을 미친다면 경쟁법이 역외적용된다는 이론. *Gencor Ltd v. Commission*, Case T-102/96 [1996].
- 6) EU 경쟁법의 역외적용 이론에 대한 보다 자세한 설명은 다음을 참조. Geradin Damien et al, *Extraterritoriality, Comity and Cooperation in EC Competition Law* (July 2008), <<https://ssrn.com/abstract=1175003>>. EU 경쟁법의 역외적용과 별개로 EU 회원국도 자국 경쟁법을 역외적용할 수 있다. 독일은 자국 경쟁법에 명문으로 영향이론에 근거한 역외적용 조항을 두고 있다.
- 7) 경쟁법과 관련한 다자조약은 존재하지 않으며 가까운 장래에도 다자조약 탄생의 기대하기란 극히 어렵다. 보다 자세한 논의는 다음 문헌을 참조. 주진열, “글로벌경쟁정책과 무역 이슈의 최근 동향,” 통상법률 통권 제101호, 2011; Diane P. Wood, “The Impossible Dream: Real International Antitrust,” 1992 *U. Chi. Legal F.* 277.
- 8) 보다 자세한 내용은 다음 문헌을 참조. Jörg Philipp Terhechte, *International Competition Enforcement Law Between Cooperation and Convergence* (Springer, 2011).

이루어진 행위라도 국내시장에 영향을 미치는 경우에는 적용한다”라고 규정함으로써 영향이론에 근거한 역외적용을 입법으로 분명히 하였다. 공정거래위원회(이하 ‘공정위’)는 법 제2조의2가 신설되기 이전에 후연전극봉 국제카르텔 사건에서 일본의 Showa Denko(昭和電工) 등 6개 외국회사에 대해 독점규제법을 처음으로 역외적용하였는데(공정위 의결 제2002-077호 2002. 4. 4), 대법원은 2006년 Showa Denko 판결에서 공정위의 처분 당시 독점규제법에 역외적용 명문 조항이 없었더라도 “외국사업자가 외국에서 다른 사업자와 공동으로 경쟁을 제한하는 합의 ... 대상에 국내시장이 포함되어 있어서 그로 인한 영향이 국내시장에 미쳤다면 그 합의가 국내시장에 영향을 미친 한도 내에서” 독점규제법을 적용

할 수 있다고 하였다(대법원 2006. 3. 24. 선고 2004두11275 판결).⁹⁾ 이 판결은 법 제2조의2가 신설된 이후에 선고된 것이지만, 이 조항의 입법과 무관하게 법해석상 영향이론에 근거하여 역외적용을 인정하였다는 점에서 의미가 있다. 대법원은 위 판결에서 영향이론 원칙만 언급하였을 뿐 역외적용 요건으로서의 ‘영향’이 어느 정도의 영향인지는 언급하지 않았다.

법 제2조의2의 “영향”의 의미는 일본의 All Nippon Airway(全日本空輸, 이하 ‘ANA’) 등 전 세계 26개 항공사가 가담한 항공화물운송 유류할증료 국제카르텔 사건에서 밝혀졌는데,¹⁰⁾ 대법원은 2014년 ANA 판결(대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두13689 판결, 이하 ‘대상판결’)¹¹⁾에서 (i) 독점규제법

9) 후연전극봉 국제카르텔 사건과 Showa Denko 판결을 미국/EU의 역외적용 법리와 비교하며 논한 문헌으로는 다음을 참조. 김민서, “한국 경쟁법의 역외적용과 국제법적 평가,” 국제법학회논총 제51권 제3호, 2006; 김석호, “《競爭法(獨禁法)》의 域外適用을 위한 논리적 근거: 美國의 입장에 대한 비판적 고찰,” 국제법학회논총 제46권 제2호, 2001; 김석호, “미국 경쟁법상 ‘처벌법규’의 역외적용 - 한국 경쟁법에 주는 의미를 고려하며”, 통상법률 통권 제75호, 2007; 김원기, “국제카르텔에 대한 독점규제법의 역외적용-대상판결: 대법원 2006. 3. 23. 선고 2003두11124 판결,” 기업법연구 제20권 제4호, 2006; 서헌제, “공정거래법의 역외적용: 실체규정의 역외적용을 중심으로,” 통상법률 통권 제23호, 1998; 서동원/이동미, “외국사업자에 대한 공정거래법의 역외적용, 공법연구 제33집 제5호, 2005; 석광현, “독점규제 및 공정거래에 관한 법률의 역외적용,” 판례연구 제21집(2), 2007; 신현윤, “경쟁법 역외적용의 최근동향,” 경쟁법연구 제20권, 2009; 허선, “국제카르텔에 대한 공정거래법 역외적용의 경험과 논리 - 후연전극봉 국제카르텔 사건을 중심으로,” 경쟁법연구 제9권, 2003; 최승필, “경쟁법의 역외적용에 대한 법적검토,” 외법논집 제33권 제1호, 2009.

10) 이 사건 공정위 의결서는 다음과 같다. ① 한국발 세계행 답합: 공정위 의결 제2010-143호 2010. 11. 29, ② 유럽발 한국행 답합: 공정위 의결 제2010-144호 2010. 11. 29, ③ 일본발 한국행 답합: 공정위 의결 제2010-145호 2010. 11. 29. 한편 ②, ③과 같이 외국발 한국행 노선의 경우 실행지 국제국의 제재가 가능하기 때문에 공정위의 처분은 이중제재가 될 수 있다는 취지의 비판으로는 다음을 참조. 권오승, “한국 독점규제법의 역외적용 - 항공화물 국제cartel 사건을 중심으로,” 경쟁법연구 제24권, 2013, 157-164면; 최지현, “공정거래법 역외적용의 기준과 범위-항공화물운임 담합 판결을 중심으로,” 경제법연구 제15권 제1

은 국외행위가 “국내시장에 직접적이고 상당하며 합리적으로 예측 가능한 영향”을 미치는 경우에만 제한적으로 적용되고(이하 ‘직접성·상당성·예측성 요건’이라고만 함), (ii) 국외행위가 독점규제법에 위반되지만 외국법상 적법한 경우에는 해당 국가의 정당한 이익이 현저히 우월한지 등을 고려하여 역외적용을 제한할 수 있다는 법리를 처음으로 제시하였다는 점에서 그 의미가 크다.¹²⁾ 이에 본고는 대상판결에서 처음 제시된 역외적용 법리의 의미와 함께 이와 관련하여 제기될 수 있는 문제를 판례평석의 형식을 빌려 분석하고자 한다.

II. 독점규제법의 역외적용 관련법령 및 사례

대상판결 법리와 관련 문제를 검토하기에 앞서 관련법령의 입법 배경과 대상판결 이전에 있었던 공정위의 역외적용 사례를 간략하게 살펴본다.

1. 관련법령의 입법 배경

2004년 독점규제법의 역외적용과 관련한 신설된 조항으로는 법 제2조의2 외에도 공정위의 국제협력에 관한 제36조의2¹³⁾, 문서송달에 관한 제53조의3¹⁴⁾(2007년 개정)이 있다. 이들 조항의 입법 배경에는 서론에서 언급한 흑연전극봉 국제카르텔 사건이 있었는데, 이 사건을 개관하면 다음과 같다.

1997-8년 미국 연방법무부와 EU 경쟁당

호, 2015, 60-61면. 그러나 경쟁법의 역외적용 자체가 이중제재 가능성을 전제로 한 것이고 독점규제법상 제재 여부는 공정위의 재량이므로, 유럽발 한국행 담합 사건에서 EU의 제재 여부와 무관하게 한국 공정위로서는 당연히 법령에 따른 처분을 할 수 있다고 할 것이다. 일본 경쟁당국은 자국 항공사의 담합이 적법하다는 이유로 어떠한 제재도 하지 않았다.

- 11) 원고 ANA는 한국발 세계행 노선 및 일본발 한국행 노선의 유류할증료 담합에 가담하였는데, 공정위는 각 노선별로 2개의 처분을 하였다(한국발 세계행 - 공정위 의결 제2010-143호 2010. 11. 29, 한국발 세계행 - 공정위 의결 제2010-145호 2010. 11. 29).
- 12) 대법원은 공정위의 처분이 적법하다는 원심(서울고등법원 2012. 5. 16. 선고 2010누45912 판결)을 수긍하였다. ANA 판결 뒤에 선고된 JAL(日本航空)의 상고심 판결(대법원 2014. 5. 29. 선고 2012두25132 판결)도 이와 같으므로, 본고에서는 ANA 판결만 언급한다. Air France 등 일본을 제외한 다른 나라 항공사들의 상고심 판결(대법원 2014. 12. 24. 선고 2012두6216 판결 등)도 있지만 외국법상 적법행위에 대한 법리 설시는 없다.
- 13) “① 정부는 대한민국의 법률 및 이익에 반하지 않는 범위 안에서 외국정부와 이 법의 집행을 위한 협정을 체결할 수 있다. ② 공정거래위원회는 제1항의 규정에 의하여 체결한 협정에 따라 외국정부의 법집행을 지원할 수 있다. ③ 공정거래위원회는 제1항의 규정에 의한 협정이 체결되어 있지 않은 경우에도 외국정부의 법집행 요청 시 동일 또는 유사한 사항에 관하여 대한민국의 지원요청에 응한다는 요청국의 보증이 있는 경우에는 지원할 수 있다.”
- 14) 2004년 구법 내용은 아래 각주 17) 및 18) 참조.

국은 흑연전극봉(Graphite Electrodes)¹⁵⁾을 생산·판매하는 8개 회사의 국제카르텔을 적발하였는데, 이들 중 6개 회사(일본 4개 회사, 미국 1개 회사, 독일 1개 회사)의 흑연전극봉 판매지역에 한국시장이 포함되어 있었다. 이에 공정위는 6개 회사의 가격담합은 법 제19조 제1항 제1호의 부당한 가격결정에 해당된다는 이유로 각 회사에 대해 과징금 등의 처분을 하였다(공정위 의결 제2002-077호 2002. 4. 4). 이들 6개 회사의 담합 기간인 1992년부터 1998년에는 역외적용에 관한 명문 조항이 없었지만, 공정위는 6개 회사가 1992. 5.부터 1998. 2.까지 약 553백만 달러의 흑연전극봉을 한국시장에 판매하였고, 흑연전극봉의 한국시장가격이 1992년 톤당 평균 2,255 달러에서 1997년 톤당 평균 3,356 달러로 약 49% 상승하는 등 합의 및 실행에 따른 ‘영향’이 한국시장에 미쳤으므로 독점규제법을 적용할 수 있다고 보았다.

한편 공정위는 이 사건을 처리하면서 국내 지점이 없는 외국회사에 대한 처분 의결서 송달에 실무상 어려움을 겪었는데, 결국 한글로 작성된 의결서를 국제등기우편으로 외국회사에 송달하였다.¹⁶⁾ 국제카르텔 사건에서 행정문서 송달과 관련한 실무상 난점을 해결하기 위해 2004년 독점규제법이 개정되었는데, 문서송달은 행정절차법을 준용하되 국내 지점이 없는 외국회사에 대해서는 관보 등을 이용한 공시송달이 가능하도록 제53조의2 제1항¹⁷⁾ 및 제2항¹⁸⁾이 신설되었다. 한편 *Showa Denko* 판결에서 대법원은 국내에 주소·거소·영업소 또는 사무소가 없는 외국회사에 대해서도 우편송달의 방법으로 문서를 송달할 수 있다고 하였는데, 이 판결을 계기로 2007년에 구법 제53조의3 제2항이 개정되고¹⁹⁾ 국내 지점 또는 대리인이 없는 외국회사에 대해서도 행정절차법에 따라 문서를 송달하도록 같은 조에 제3항²⁰⁾이 신설되었다.

15) 흑연전극봉은 주로 전기 용광로에서 고철을 녹이고 철을 제련하는데 필요한 약 3,000도 이상의 강한 열을 발생시키기 위하여 사용되는 기둥 형태의 흑연이다.

16) 이 사건에서 공정위의 문서송달 문제에 대한 논의는 다음을 참조. 허선, 전계논문, 236-237면.

17) “① 문서의 송달은 행정절차법 제14조 내지 제16조의 규정을 준용한다.”

18) “② 제1항의 규정에 불구하고 국외에 주소를 두고 있는 사업자 또는 사업자단체에 대해서는 국내에 대리인을 지정하도록 하여 동 대리인에게 송달하고, 해당 사업자 또는 사업자단체가 국내 대리인을 지정하지 아니한 경우에는 관보·공보·게시판·일간신문 중 하나 이상에 공고하고 인터넷에도 공고하여야 한다.”

19) “② 제1항의 규정에 불구하고 국외에 주소·영업소 또는 사무소(이하 “주소등”이라 한다)를 두고 있는 사업자 또는 사업자단체에 대해서는 국내에 대리인을 지정하도록 하여 동 대리인에게 송달한다.”

20) “③ 제2항에 따라 국내에 대리인을 지정하여야 하는 사업자 또는 사업자단체가 국내에 대리인을 지정하지 아니한 경우에는 제1항에 따른다.”

헌행법 제52조의2는 외국회사에 대한 행정문서 송달과 관련한 국내법적 근거가 될 수 있다는 점은 분명하지만 국제법 차원에서 보면 외국회사의 국적국에 대해서는 어떠한 구속력도 없다는 한계가 있다. 공정위가 의결서를 행정절차법에 따라 적법하게 외국회사에 송달할 수 있다는 것과는 무관하게, 행정문서 송달은 우리나라가 가입한 1965년 「민사 또는 상사에 관한 재판상 및 재판외문서의 외국에서의 송달과 고지에 관한 협약」²¹⁾의 적용 대상이 아니므로, 외국회사 국적국이 대륙법계 국가인 경우에는 우리나라 공정위의 일방적 송달 행위는 주권평등 원칙에 위반된다고 주장할 수도 있다.²²⁾ 이처럼 해당 국적국이 공정위의 송달을 인정하지 않는다면 역외적용의 실효성은 크게 반감될 수밖에 없다는 문제가 있다.

2. 대상판결 전·후의 역외적용 사례

공정위는 대상판결이 있기 전까지 앞서 살펴본 흑연전극봉 사건 외에도 비타민 국

제카르텔 사건(공정위 의결 제2003-098호 2003. 4. 29), 복사용지 국제카르텔 사건(공정위 의결 제2009-047호 2009. 1. 30), 마린호스 국제카르텔 사건(공정위 의결 제2009-152호 2009. 7. 3), 호주 철광석 회사(BHPB/Rio-Tinto)의 조인트벤처 설립 사건²³⁾에서도 국외행위에 대해 독점규제법을 적용하였다.²⁴⁾ 이들 사건은 공정위 또는 서울고등법원 단계에서 종결·확정되었기 때문에 대법원 판례는 없다.

III. 역외적용의 제한 원리로서 직접성·상당성·예측성 요건과 관련 문제

1. 대상판결의 요지

법 제2조의2는 영향이론에 근거하여 역외적용을 인정하고 있다. 그런데 법 제2조의2가 말하는 “국내시장에 영향을 미치는 경우”에서 “영향”이 구체적으로 어떤 의미인지 분명하지 않다. 대상판결은 역외적용 요건을 보다 구체적으로 밝히기에 앞서 다음과 같은 점을 지적하였다.

21) Hague Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters(이하 ‘헤이그송달협약’). 헤이그송달협약이 행정문서 송달에도 적용될 수 있는지 여부와 관련하여 대륙법계 국가는 부정적이고 영미법계 국가는 긍정적이다.

22) 공법·사법을 엄격하게 구별하는 유럽 국가들은 행정권 발동과 관련한 문서송달에는 헤이그송달협약이 적용되지 않는다고 보고 1982년 「행정사건에 관한 문서의 국외 송달에 관한 유럽조약」을 체결하였다.

23) 공정위의 심사보고서가 송달된 후 관련 회사들이 조인트벤처 설립 계획을 철회하여 공정위 의결서는 없다.

24) 이들 사건에 대한 설명으로는 다음을 참조. 권오승, 전게논문, 153-156면.

국가 간의 교역이 활발하게 이루어지는 현대 사회에서는 국외에서의 행위라도 그 행위가 이루어진 국가와 직·간접적인 교역이 있는 이상 국내 시장에 어떠한 형태로든 어느 정도의 영향을 미치게 되고, 국외에서의 행위로 인하여 국내시장에 영향이 미친다고 하여 그러한 모든 국외행위에 대하여 국내의 공정거래법을 적용할 수 있다고 해석할 경우 국외행위에 대한 공정거래법의 적용범위를 지나치게 확장시켜 부당한 결과를 초래할 수 있다.

위 판시 중에서 “국외행위에 대한 공정거래법의 적용범위를 지나치게 확장시켜 부당한 결과”란 국가간 마찰 등 주권충돌 우려를 의미하는 것으로서 국제예양(international comity) 관념을 암묵적으로 반영한 것으로 보인다. 이러한 관념에 따라 대법원은 법 제2조의2의 “국내시장에 영향을 미치는 경우”라고 함은 “문제된 국외행위로 인하여 국내시장에 직접적이고 상당하며 합리적으로 예측 가능한 영향을 미치는 경우로 제한 해석”해야 한다고 판단한 것으로 이해된다. 대상판결의 직접성·상당성·예측성 요건에 따르면 국외행위가 국내시장에 미

치는 영향이 (i) 간접적이거나, (ii) 직접적이라고 하더라도 그 영향의 정도가 미미하거나, 또는 (iii) 그 영향을 합리적으로 예측하기 어려운 경우에는 국가간 마찰을 피하기 위하여 역외적용이 제한될 수 있다.

또한 대상판결은 “국외에서 사업자들이 공동으로 한 경쟁을 제한하는 합의의 대상에 국내시장이 포함되어 있다면, 특별한 사정이 없는 한 그 합의가 국내시장에 영향을 미친다고 할 것이어서 이러한 국외행위에 대하여는 공정거래법 제19조 제1항 등을 적용할 수 있다”고 하였는데, 이 판시의 취지에 따르면 한국시장을 직접 대상으로 가격담합이나 입찰담합처럼 하드코어 카르텔(hardcore cartel)의 경우에는 직접성·상당성·예측성 요건이 충족된 것으로 볼 수 있을 것이다.²⁵⁾

2. 검토

가. 미국 대외무역반독점촉진법(FTAIA) 상 셔먼법 역외적용 요건과 비교

한편 대상판결의 직접성·상당성·예측성 요건은 1982년 미국의 대외무역반독점촉진법(Foreign Trade Antitrust Improvement Act, 이하 ‘FTAIA’)에 규정된 셔먼법 역외적용

25) 단 실행이 없는 가격담합의 경우에는 법 제19조 제1항의 부당공동행위에 해당된다고 하더라도 상당성 요건을 충족하기가 어려울 수도 있다.

요건 중 하나인 “direct, substantial, and reasonably foreseeable effect”(이하 ‘직접성 등’이라고만 함)와 문언상 동일하다. 그런데 다음과 같은 사정, 즉 (i) FTAIA에는 서면법 역외적용 요건으로서 직접성 등 요건 외에도 다른 요건들이 있다는 점, (ii) FTAIA가 영향이론 법리를 단순히 성문화한 것인지 여부도 분명하지 않다는 점, (iii) FTAIA 법리는 주로 서면법 위반 손해배상 등 민사사건²⁶⁾에서 형성되어 미국 특유의 집단소송·원고적격·사물관할권 등 절차법적 쟁점이 실체법 쟁점과 극히 복잡하게 얽혀있다는 점을 고려하면, FTAIA 법리가 향후 우리 법원에서 그대로 수용될 가능성은 매우 적다. 이에 이하에서는 FTAIA 제정 배경과 연방법원의 법리 전개 과정을 간략하게 살펴보는 정도로 그친다.

먼저 FTAIA 제정 배경을 보면 다음과 같다. 서론에서 언급한 것처럼 영향이론에 근거한 1945년 *Aloca* 판결²⁷⁾ 이래 연방법무부는 국외 카르텔에 대해 서면법을 적극적으로 역외적용하였다. 그러나 국외 카르텔에 가담한 기업의 국적국이 크게 반발하

는 등 국제마찰이 발생하자, 연방제9항소법원은 1976년 *Timberlane* 판결²⁸⁾에서 영향이론에 따라 재판관할권이 성립하더라도 국제예양에 기한 타국 이익을 참작하여 역외적용 여부를 결정해야 한다는 이익형량이론(balancing doctrine)을 새롭게 제시하였다. 그러나 개별 사건에서 구체적으로 어떻게 이익형량을 할 수 있는지 객관적인 판단기준이 없고, 본질적으로 정치적 문제인 대외관계 문제를 법원이 결정하는 것 자체가 적절하지 않다는 비판도 있었다.²⁹⁾ 이처럼 *Aloca* 판결의 영향이론과 *Timberlane* 판결의 이익형량이론에 대한 논란이 거듭되는 과정에서 1982년 미국 의회는 서면법의 적용범위를 제한하는 FTAIA를 제정하였다. 그런데 FTAIA는 “서면법은 (수입거래가 아닌) 외국과의 거래 행위로서 (1) 그 행위가 (A) 외국과의 거래가 아닌 거래 또는 외국과의 수입거래 (B) 또는 미국 내에서 미국 수출업자의 외국과의 수출거래에 직접적이고 상당하고 합리적으로 예측 가능한 영향을 미치고 (2) 그 영향이 서면법상 청구원인이 되지 못하면 적용되지 아니한다”³⁰⁾라고 상당히 복잡하게 규정하고

26) 대부분 연방민사소송규칙(Federal Rule of Civil Procedure)에 따른 민사사건으로 진행되고 연방법무부가 기소한 형사사건은 소수에 그친다.

27) *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 (2nd Cir. 1945).

28) *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, 549 F.2d 597 (9th Cir. 1976).

29) David Gerber, *Global Competition: Law, Markets, and Globalization* (Oxford University Press, 2010), p. 7.

30) 원문: “[The Sherman Act] shall not apply to conduct involving trade or commerce (other than import trade or

있는데, 연방법원은 FTAIA의 문구가 조악하다(“inelegantly phrased”)고 평하기도 하였다.³¹⁾ 이처럼 FTAIA의 문언 자체를 정확하게 이해하기가 어렵기 때문에 서면법의 역외적용 기준이 무엇인지 오늘날까지 논란의 대상이 되고 있다.³²⁾ 다만 서면법은 1890년 제정 당시부터 이미 당해 법률은 미국 내 주간 거래 뿐 아니라 외국과의 거래(“trade or commerce among the several States, or with foreign nations”)에 적용된다고 규정하고 있으므로, 미국으로 상품이 수입되는 ‘수입거래’(import commerce) 경

우³³⁾ ① 직접성 등 요건(“direct, substantial, and reasonably foreseeable effect”) 및 ② 서면법상 청구원인 요건(“such effect gives rise to a claim”)과 무관하게 종전 영향이론 법리에 따라 서면법이 역외적용된다고 볼 수 있다. 그러나 ‘수입거래가 아닌 외국과의 거래’ 행위의 경우 ① 및 ② 요건이 무엇을 의미하는지 명확하지 않다. 다만 FTAIA의 문언상 위의 ① 요건과 함께 ‘국내피해예외’(domestic injury exception) 요건으로도 칭해지는 ② 요건³⁴⁾이 충족되어야 서면법이 역외적용될 수 있다는 점은 분명

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 [the Sherman Act], other than this section.”

31) Cf. *Carpet Grp. Int'l v. Oriental Rug Imps. Ass'n*, 227 F.3d 62, 69 (3d Cir. 2000); *United States v. Nippon Paper Indus. Co.*, 109 F.3d 1, 4 (1st Cir. 1997).

32) FTAIA의 태생적 불명확성을 지적하고 각 연방하급심의 견해 차이를 논한 문헌들로는 예컨대 다음을 참조. Gerard F. Bifulco, “From Sea to Shining Sea: A New Approach to Interpreting the Foreign Trade Antitrust Improvements Act,” 64 Emory L.J. 869 (2015); Richard W. Becklert & Matthew H. Kirtland, “Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Law: What Is a “Direct, Substantial, and Reasonably Foreseeable Effect” Under the Foreign Trade Antitrust Improvements Act?” 38 Tex. Int'l L.J. 11 (2003); Edward D. Cavanagh, “The FTAIA and Subject Matter Jurisdiction over Foreign Transactions under the Antitrust Laws: The New Frontier in Antitrust Litigation,” 56 S.M.U. L. Rev. 2151 (2003); Ronald W. Davis, “International Cartel and Monopolization Cases Expose a Gap in Foreign Trade Antitrust Improvement Act,” 15 Antitrust 53 (2001); Rene H. DuBois, “Understanding the Limits of the Foreign Trade Antitrust Improvement Act Using Tort Law Principles as a Guide,” 58 N.Y. L. Sch. L. Rev. 707 (2013-2014); Jordan A. Dresnick et al, “The United States as Global Cop: Defining the ‘Substantial Effects’ Test in U.S. Antitrust Enforcement in the Americas and Abroad,” 40 Univ. of Miami Inter-Am. L. Rev. 453 (2009); Richard Lobas, “A Quest for Consistency: The Meaning of Direct in the Foreign Trade Antitrust Improvements Act,” 5 Global Bus. L. Rev. 1 (2016); Diamond S. Lynn, “Empagran, the FTAIA and Extraterritorial Effects: Guidance to Courts Facing Questions of Antitrust Jurisdiction Still Lacking,” 31 Brook. J. Int'l L. 805 (2006); Edward Valdespino, “Shifting Viewpoints: The Foreign Trade Antitrust Improvement Act, a Substantive or Jurisdictional Approach,” 45 Tex. Int'l L. J. 457 (2009).

33) 예컨대 외국 기업들이 가격을 담합한 상품이 미국에 수입된 경우.

하므로, 수입거래가 아닌 국외행위에 대해 서면법의 역외적용을 주장하는 자는 ① 요건 외에도 서면법 위반으로 인해 국내피해가 발생하여 ‘원고의 청구원인’³⁵⁾이 있음을 증명해야 한다. 여하튼 ① 요건은 기본적으로 영향이론을 반영한 것으로 보이지만, 연방대법원은 1993년 *Hartford Fire Insurance* 판결³⁶⁾에서 FTAIA 문언이 모호하여 종전 판례법을 단순히 성문화한 것인지 아니면 변경한 것인지 여부는 알 수 없다고 하였다. FTAIA에는 직접성·상당성·예측성의 구체적인 판단기준은 없는데, 실제 사건에서 당사자들은 직접성 문제를 주로 다투었기 때문에 판례도 자연히 직접성 요건을 중심으로 형성되어 있다. 연방제9항소법원은 (i) 국외행위로 인한 국내영향이 어떠한 매개도 없이 즉시 나타나야 직접성이 인정된다는 입장이지만,³⁷⁾ 연방제7항소법원은 (ii) 국외행위와 국내영향 사이에 합리적으로 상당한 견련성(reasonably proximate causal nexus) 정도만 인정되면 직접

성이 충족된다는 입장이다.³⁸⁾ 서면법의 역외적용을 주장하는 원고의 입장에서 보면 전자의 기준보다 후자의 기준을 적용할 때 증명책임이 완화된다. 이처럼 직접성 판단 기준은 하급심 차원에서 서로 다르게 형성되어 있는데, 아직까지 연방대법원은 이 문제를 명시적으로 해결하지 않고 있다.

여하튼 서면법의 역외적용을 위해서는 ① 직접성 등 요건 및 ② 서면법상 청구원인 또는 국내피해예외 요건이 모두 충족되어야 한다는 점은 분명하지만, ② 요건이 ① 요건과 함께 실체법상 청구 요건인지 아니면 연방법원의 사물관할권(subject matter jurisdiction)을 제한하는 것인지와 관련하여 논란이 있었다. 민사사건에서 ② 요건이 (i) 사물관할권 제한 조항이라면 연방민사소송규칙(Federal Rule of Civil Procedure) 12(b)(1)³⁹⁾에 따라 원고가 연방법원의 관할권 성립을 증명해야 하는 반면, (ii) 실체법상 추가적인 청구 조항이라면 같은 규칙 12(b)(6)⁴⁰⁾에 따라 피고가 원고의 청구 주

34) FTAIA는 일정한 요건에 해당되지 않으면 서면법은 역외적용되지 않는다는 식으로 규정하고 있는바, 국내 피해가 발생한 경우에는 예외적으로 서면법이 역외적용된다는 의미에서 ‘국내피해예외’ 요건이라 한다.

35) *F. Hoffman-La Roche Ltd v. Empagran S.A.*, 542 U.S. 155, 174-75 (2004).

36) *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 509 U.S. 764, 797 (1993) (“[U]nclear is whether the Act’s “direct, substantial, and reasonably foreseeable effect” standard amends existing law or merely codifies it”).

37) *United States v. LSL Biotechnologies*, 379 F.3d 672 (9th Cir. 2004).

38) *Minn-Chem, Inc. v. Agrum Inc.*, 683 F.3d 845 (7th Cir. 2012) (en banc).

39) “Every defense to a claim for relief in any pleading must be asserted in the responsive pleading if one is required. But a party may assert the following defenses by motion: (1) lack of subject-matter jurisdiction.”

40) “...(6) failure to state a claim upon which relief can be granted.”

장이 이유 없음을 증명해야 한다. 따라서 원고 입장에서는 피고에게 증명책임을 부담시키는 실체법상 추가적 청구 조항으로, 피고 입장에서는 원고에게 증명책임을 부담시키는 사물관할권 제한 조항으로 해석되는 것이 유리하다. 이 문제와 관련하여 당초 연방하급심은 ② 요건은 사물관할권 제한 조항이라고 해석하였다.⁴¹⁾ 그러다 연방대법원이 2006년 *Arbaugh* 판결⁴²⁾에서 의회가 명시적으로 연방법원의 관할권 제한을 명시한 조항이 아닌 경우에는 해당 조항을 관할권 제한 조항으로 볼 수 없다⁴³⁾는 법리를 제시하자, 연방하급심은 FTAIA에는 관할권 제한에 대한 명시적 규정이 없다는 이유로 종전 입장을 변경하여 ② 요건은 실체법상 청구 요건이라고 하였

다.⁴⁴⁾ 판례는 셔먼법 위반 손해배상 사건에서 국외행위의 ① 요건의 영향으로 인해 ② 요건, 즉 원고의 피해가 초래되었다는 합리적 상당 인과관계(reasonable proximate causation)의 증명이 요구된다고 본다.⁴⁵⁾

위에서 살펴본 것처럼 대상판결이 독점규제법 역외적용 요건으로 제시한 “직접적이고 상당하며 합리적으로 예측 가능한 영향”은 FTAIA에 규정된 셔먼법 역외적용 요건 중 하나인 “direct, substantial, and reasonably foreseeable effect”와 문언상 동일하지만, 대상판결에는 FTAIA의 국내피해예외 요건에 해당하는 내용은 없다. 이 점에서 대상판결의 법리는 FTAIA에 따른 셔먼법 역외적용 요건과 같다고 볼 수 없으므

41) *United Phosphorus, Ltd. v. Angus Chem. Co.*, 322 F.3d 942 (7th Cir. 2003); *Den Norske Stats Oljeselskap As v. HeereMac V.O.F.*, 241 F.3d 420 (5th Cir. 2001); *Filetech S.A. v. France Telecom S.A.*, 157 F.3d 922, 931 (2d Cir. 1998); *Carpet Group Int'l. v. Oriental Rug Importers Association*, 227 F.3d 62, 69 (3d Cir. 2000); *McGlinchy v. Shell Chem. Co.*, 845 F.2d 802 (9th Cir. 1988); *United States v. Anderson*, 326 F.3d 1319 (11th Cir.); *Caribbean Broad. Sys., Ltd. v. Cable & Wireless PLC*, 148 F.3d 1080 (D.C. Cir. 1998).

42) *Arbaugh v. Y & H Co.*, 546 U.S. 500 (2006). 이 판결은 고용차별을 금지하는 연방민권법(Civil Rights Act of 1964)에 따른 개인의 청구 요건에 관한 것이다.

43) *Id.*, p. 516 (“when Congress does not rank a statutory limitation on coverage as jurisdictional, courts should treat the restriction as nonjurisdictional in character”).

44) *Animal Science Products. v. China Minmetals Co.*, 654 F.3d 462, 466 (3d Cir. 2011); *Minn-Chem, Inc. v. Agrium, Inc.*, 683 F.3d 845 (7th Cir. 2012); *United States v. Hui Hsiung*, 778 F.3d 738 (9th Cir. 2014); *Lotes Co. v. Hon Hai Precision Industry Co.*, 753 F.3d 395 (2d Cir. 2014). 이에 대해 *Arbaugh* 판결은 연방민권법에 관한 것이고 이 판결에서 연방대법원이 FTAIA를 언급하지도 않았고 당초 미국 의회는 FTAIA를 연방법원의 사물관할권 제한을 위해 입법된 것이라는 비판도 있다. Abbott B. Lipsky, Jr. & Kory Wilmot, “The Foreign Trade Antitrust Improvements Act: Did Arbaugh Erase Decades of Consensus Building?” *The Antitrust Source* (August 2013), pp. 6-9.

45) *Empagran S.A. v. Hoffmann-LaRoche, Ltd.*, 417 F.3d 1267 (D.C. Cir. 2005); *In re Monosodium Glutamate Antitrust Litig.*, 477 F.3d 535 (8th Cir. 2007); *In re Dynamic Random Access Memory (DRAM) Antitrust Litig.*, 546 F.3d 981 (9th Cir. 2008); *Lotes Co. v. Hon Hai Precision Indus.*, 753 F.3d 395 (2d Cir. 2014).

로, 향후 독점규제법 역외적용 사건에서 FTAIA 법리가 그대로 원용될 수는 없을 것이다.

나. 직접성·상당성·예측성 여부 판단에서 고려요소

대상판결은 직접성·상당성·예측성 요건이 충족되는지 여부는 “문제된 행위의 내용·의도, 행위의 대상인 재화 또는 용역의 특성, 거래 구조 및 그로 인하여 국내시장에 미치는 영향의 내용과 정도 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단”하여야 한다고 하였다. 대상판결 사건은 법 제19조 제1항 제1호의 가격담합 사건이지만, 위 판시는 법 제3조의2 제1항의 시장지배적지위 남용, 제7조 제1항의 기업결합규제, 제23조 제1항의 불공정거래행위 등 독점규제법 전반에 걸쳐 적용될 수 있는 일반 법리로 제시된 것인데, 위 판시에서 예시된 각 고려요소가 너무 추상적이어서 이들 요소를 어떻게 종합적으로 고려해서 역외적용 여부를 판단할 수 있는지 분명하지 않다는 문제가 있다.⁴⁶⁾

대상판결 사건과 같은 가격담합 사안을 상정해보더라도, 예컨대 담합 대상인 상품

의 특성이 무엇을 의미하는지, 담합 대상인 상품의 거래구조가 한국시장에 대한 직접 수출이 아니라 제3국 회사를 통한 간접 수출이라면 직접성이나 예측성이 부정된다는 것인지, 국내시장에 대한 영향의 ‘내용’이 구체적인 경쟁제한효과를 의미하는지, 영향의 정도가 ‘어느 정도’면 상당성이 인정된다는 것인지, 위 판시 내용만으로는 알기가 어렵다. 다만 앞서 언급한 것처럼 대상판결은 “국외에서 사업자들이 공동으로 한 경쟁을 제한하는 합의의 대상에 국내시장이 포함되어 있다면, 특별한 사정이 없는 한 그 합의가 국내시장에 영향을 미친다”는 입장이므로 한국시장을 직접 대상으로 한 가격담합처럼 경쟁제한효과가 뚜렷한 국외 카르텔은 직접성 등 요건이 충족된다고 볼 수 있을 것이다.⁴⁷⁾ 이처럼 경쟁제한효과가 분명한 카르텔이 아닌 국외행위의 경우 위의 각 요소를 어떻게 고려해서 직접성·상당성·예측성을 인정할 수 있을지는 향후 구체적인 개별 사건을 통해 밝혀질 수밖에 없을 것이다. 이하에서는 국외 카르텔이 한국시장을 직접 대상으로 하지 않았더라도 담합 대상 제품이 최종적으로 한국시장으로 수입된 경우를 상정하여 직접성 문제에 대해 좀 더 살펴본다.

46) 미국 FTAIA의 직접성 등 요건의 문언상 의미도 불분명하고 연방법원의 판례도 모호하다는 점은 앞서 지적한 바와 같다. 미국 FTAIA 판례를 보더라도 직접성 등 판단기준과 관련하여 대상판결이 제시한 접근 방식은 찾아볼 수 없다.

47) 그럼에도 불구하고 직접성 등이 부인될 수 있는 “특별한 사정”이 과연 어떤 사정인지는 여전히 불분명하다.

다. 국외 카르텔과 직접성 요건 문제

독점규제법의 보호 법익은 국내시장의 경쟁이지 국외시장의 경쟁이 아니므로 국외 카르텔이 국내시장이 아니라 국외시장을 직접 대상으로 삼았다면 원칙적으로 독점규제법이 역외적용될 여지가 없다. 예컨대 중국 회사들로 구성된 카르텔이 오로지 미국 시장을 직접 대상으로 가격담합을 하였고 당해 담합이 한국시장에 영향을 미치지 않았다면 우리나라 독점규제법이 역외적용될 수 없는 것이다.

그러나 한국시장을 직접 대상으로 하지 않은 국외 카르텔의 담합 대상 제품이 제3국 회사를 통해 결국 한국시장으로 수입된 경우에는 국외행위가 한국시장에 어떠한 영향도 미치지 않았다고 단정할 수 없다. 그렇다고 해서 한국시장을 직접 대상으로 하지 않은 국외행위가 직접성 요건을 충족한다고 단정하기도 어렵다. 예컨대 국외 카르텔이 판매한 원재료를 수입한 제3국 회사가 그 원재료를 이용하여 만든 완제품이 한국시장에 수입되더라도, 제3국 회사가 한국에 대한 수출가격을 인상하지 않았

다면 한국시장에 직접적인 영향을 미쳤다고 보기가 어려울 것이다.⁴⁸⁾

다른 한편 오늘날 제품의 기획·생산·유통·판매가 여러 국가에 걸쳐 여러 회사를 통해 행해지는 이른바 글로벌가치사슬(global value chains, 이하 ‘GVC’) 현상⁴⁹⁾ 때문에 국외 카르텔이 한국시장을 직접적인 담합 대상으로 하지 않더라도 해당 카르텔이 판매한 제품이 한국시장으로 유입될 수 있는데, 이 때 ‘직접성’이 충족되는지 여부가 문제될 수 있다. 아직까지 우리나라에서는 GVC와 관련하여 직접성 여부가 문제된 실제 사례는 없으므로, 이하에서는 최근 미국 연방법원에서 다루어진 액정디스플레이(Liquid Crystal Display, 이하 ‘LCD’) 패널 국제카르텔 사건을 통해 GVC가 직접성 요건 차원에서 어떻게 문제될 수 있는지를 살펴본다.

미국 연방법무부는 한국·일본·대만·중국 회사들로 구성된 LCD 패널 국제카르텔(담합기간 2001-2006년)을 적발하고 이들을 기소하였는데, 2014년 연방제9항소법원은 이들이 생산한 LCD가 장착된 휴대폰

48) 또한 현실에서는 국외 카르텔의 가격담합으로 인해 제3국 회사의 수출가격이 어느 정도 인상되어 가격담합 효과가 한국시장으로 전가(pass-on)되었는지 여부를 판단하기가 어렵기 때문에, 상당성·예측성 요건을 충족한다고 보기가 어려운 측면도 있다.

49) 국제거래·통상 차원에서 GVC 관련 문제에 대한 논의는 다음을 참조. OECD/WTO/World Bank, *Global Value Chains: Challenges, Opportunities and Implications for Policy* (2014), http://www.oecd.org/tad/gvc-report_g20_july_2014.pdf.

완제품이 미국 소비자에게 판매되었다는 이유로 직접성 요건이 충족된다고 하였다.⁵⁰⁾ 한편 미국의 모토롤라 본사가 중국 등 해외에 설립한 10개 자회사는 카르텔로부터 휴대폰용 LCD 패널을 구매하여 휴대폰을 생산하였는데, 모토롤라 본사는 자신의 구매액 및 해외 자회사의 구매액과 관련하여서도 대만회사 AU Optronics 등을 상대로 손해배상의 소를 미국에서 제기하였다. 2015년 연방제7항소법원은 다음과 같은 사실, 즉 (i) 모토롤라 본사는 본사 및 해외 자회사의 전체 LCD 구매액의 1%만 직접 구매하였고, (ii) 나머지 99%는 해외 자회사가 구매하여, 이 중 42%는 미국 수출용 휴대폰에 조립하고, 57%는 제3국 수출용 휴대폰에 조립하였으므로, (iii) 99%는 본사와 아무런 관계가 없다고 인정한 뒤, 해외 자회사의 LCD 구매로 인한 모토

롤라 본사의 손해가 증명되지 않았으므로 원고적격을 인정할 수 없다고 하였다.⁵¹⁾ 모토롤라 본사는 연방대법원에 상고허가 신청을 하였지만 불허되었다.⁵²⁾ 이처럼 셔먼법 위반 연방제9항소법원의 형사사건에서는 담합 제품이 미국 소비자에 판매되었다는 이유로 FTAIA의 직접성 요건이 인정되었으나, 연방제7항소법원의 민사사건에서는 피해 증명이 없다는 이유로 원고적격이 없다고 결론지어졌다.

GVC 문제를 우리나라 독점규제법 차원에서 보면, 예컨대 한국 회사 X가 ‘A국에 설립한 자회사 B(즉 A국 회사)’가 ‘중간재 카르텔에 가담한 A국 회사 Y’로부터 중간재를 구매하여 완제품을 생산하고, X가 B로부터 완제품 한국으로 수입하여 한국 소비자에게 판매한 경우, Y에 대한 독점규제

50) *Hsiung and AU Optronics Co. America Inc. v. United States*, (9th Cir., July 10, 2014).

51) *Motorola Mobility LLC v. Au Optronics Co.* 775 F.3d 816 (7th Cir., Decided November 26, 2014. Amended January 12, 2015). 관련 평석으로는 다음을 참조. Robert Connolly, “Motorola Mobility and the FTAIA,” *Cartel Capers* (Sept. 30, 2014), <<http://cartelcapers.com/blog/motorolablog/motorola-mobility-ftaia>> (최종방문 2016. 8. 10); Frank Liss et al., “In Re-Issued Motorola Decision Interpreting the FTAIA, Seventh Circuit Panel Modifies Rationale for Dismissal of Price-Fixing Claims Arising from Foreign Component Purchasing,” *Arnold Porte LLP Advisory* (December 2014), <<http://files.arnoldporter.com/adv1214%20-%20motorola%20ftaia.docx.pdf>> (최종방문 2016. 8. 10).

52) 한편 한국 공정위는 모토롤라 본사의 손해배상 사건을 심리한 연방제7항소법원에 모토롤라 본사의 손해배상청구는 오로지 해외에서만 거래된 LCD 담합 부분도 포함하고 있는데 이러한 경우까지 셔먼법이 역외적용되면 주권충돌 문제가 야기되므로 모토롤라의 청구는 기각되어야 한다는 내용의 의견서(*amicus curiae* brief)를 제출하였다. Brief of the Korea Fair Trade Commission as Amicus Curiae in Support of Appellees’ Opposition to Rehearing En Banc in the United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, *Motorola Mobility v. AU Optronics Co. et al.* (May 23, 2014), pp. 1-5. 앞서 살펴본 것처럼 연방제7항소법원이 모토롤라 본사의 손해배상청구를 기각한 이유는 원고적격이 없다는 것이므로, 한국 공정위가 주장한 국제예약을 고려한 것은 아니다.

법의 역외적용과 관련하여 직접성 여부가 문제될 수 있을 것이다. 다른 한편 X가 A로부터 수입한 완제품을 직접 구매한 국내 소비자는 독점규제법 제56조 제1항⁵³⁾에 따라 Y를 상대로 손해배상의 소를 제기할 수도 있는데, 이 때 손해액 증명과 관련하여 대단히 복잡한 문제가 발생할 수 있다. 판례에 의하면 카르텔로 인한 손해액 산정 기준은 (i) 담합이 없었더라면 존재하였을 가상의 경쟁가격(이른바 ‘but-for price’)과 (ii) 담합으로 인해 형성된 가격의 차액이다(대법원 2011. 7. 28. 선고 2010다18850 판결 등). 따라서 원고는 먼저 Y의 가격담합이 없었더라면 형성되었을 가상의 경쟁가격부터 중회귀분석 등 계량경제분석에 따라 증명해야 한다.⁵⁴⁾ 한편 B 또는 X가 판매가격에 담합가격을 전가(pass-on)하지 않았다면 원고의 피해는 없다고 할 것이므로, 원고로서는 (i) B가 X에게 판매한 완제품 가격에 담합가격이 얼마나 전가되고, (ii) X가 원고에게 판매한 완제품 가격에

담합가격이 얼마나 전가되었음을 모두 증명해야 한다.⁵⁵⁾

지금까지 살펴본 것처럼 우리나라 독점규제법 위반 손해배상소송에서는 미국식의 원고적격 개념이 없으므로, 한국 회사의 해외 자회사가 국외 카르텔이 판매한 제품을 구매하여 한국 소비자에게 판매한 경우 한국 본사는 피해 증명과 무관하게 국외 카르텔을 상대로 일단 손해배상청구의 소를 제기할 수 있을 것이고, 피해증명 여부는 본안에서 판단될 것이다.

IV. 외국법상 적법행위에 대한 역외 적용 요건과 관련 문제

1. 대상판결의 요지

대상판결 사건에서 원고 ANA는 자신의 행위는 ‘일본 항공법’에 따른 적법한 행위로서 독점규제법이 적용될 수 없다고 주장하였다.⁵⁶⁾ 원고가 원용한 일본 항공법 제

53) “사업자 또는 사업자단체는 이 법의 규정을 위반함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 당해피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다. 다만, 사업자 또는 사업자단체가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.”

54) 계량경제분석에 따른 가상의 경쟁가격 증명과 관련한 문제에 대해서는 다음을 참조. 주진열, “카르텔 손해액 추정을 위한 계량경제분석의 규범적 통제,” 법학연구(연세대 법학연구소) 제22권 제1호, 2012.

55) 우리나라 독점규제법 위반 손해배상소송에서 원고의 손해증명은 미국과 달리 원고적격 문제가 아니라 본안 판단 사안이므로 손해증명이 없을 경우 (소 각자가 아니라) 원고의 청구는 기각된다.

56) 이외에도 원고는 한국의 구 항공법(2007. 12. 21. 법률 제8787호로 개정되기 전의 것) 제10조 제2항, 제121조 제1항 본문 및 제2항, 제129조 제1항, 제150조 제1항, 제152조 「대한민국 정부와 일본국 정부간의 항공운무에 관한 협정」(이하 ‘한일항공협정’) 제10조 제2항에 따라 정당화된다고 주장하였다. 이에 대하여 대법원은 구 항공법과 한일항공협정은 항공운임에 대한 가격경쟁을 제한하는 것이 아니라 인가받은 운

110조는 “국내의 지점과 국외의 지점 간의 노선 또는 국외의 각지 간의 노선에서 공중의 편의의 증진을 위하여 국내항공사업자가 다른 항공운송사업자와 행하는 연락 운수에 관한 계약, 운임협정 기타 운수에 관한 협정의 체결에 대하여는 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하게 되어 이용자의 이익을 부당하게 해하는 경우에 해당하지 아니하는 한「사적독점의 금지 및 공정거래의 확보에 관한 법률」(이하 ‘일본국 독점금지법’이라고 한다)의 적용이 배제된다.”라고 규정하고 있는데, 원심이 인정한 사실관계에 따르면 원고는 유류 할증료 담합과 관련하여 일본 항공법에 따라 국토교통성의 인가를 받았고, 일본 국토교통성은 항공법 제110조에 따라 원고에 대하여 일본 독점금지법은 적용되지 않았다고 하였다. (실제로 일본 경쟁당국은 ANA를 제재하지 않았다.)

대법원은 일본 항공법을 원용한 원고의 주장을 판단하기에 앞서 다음과 같은 법리를 제시하였다.

국외에서 이루어진 외국 사업자의 행위가 국내시장에 영향을 미치는 경

우에는 공정거래법 제2조의2의 요건을 충족하므로, 당해 행위에 대한 외국 법률 또는 외국 정부의 정책이 국내 법률과 상이하여 외국 법률 등에 따라 허용되는 행위라고 하더라도 그러한 사정만으로 당연히 공정거래법의 적용이 제한된다고 볼 수는 없다. 다만 동일한 행위에 대하여 국내 법률과 외국의 법률 등이 충돌되어 사업자에게 적법한 행위를 선택할 수 없게 하는 정도에 이른다면 그러한 경우에도 국내 법률의 적용만을 강제할 수는 없으므로, 당해 행위에 대하여 공정거래법 적용에 의한 규제의 요청에 비하여 외국 법률 등을 존중해야 할 요청이 현저히 우월한 경우에는 공정거래법의 적용이 제한될 수 있다고 보아야 할 것이고, 그러한 경우에 해당하는지는 당해 행위가 국내시장에 미치는 영향, 당해 행위에 대한 외국 정부의 관여 정도, 국내 법률과 외국 법률 등이 상충되는 정도, 이로 인하여 당해 행위에 대하여 국내 법률을 적용할 경우 외국 사업자에게 미치는 불이익 및 외국 정부가 가지는 정당한 이익을 저해

임을 기준으로 그 정도가 과도하지 않은 범위 내에서 가격경쟁을 예정하고 있는 것이라고 보아야 하므로, 지정항공사들 사이의 운임 등에 관한 합의 내용이 단순히 운임의 체계에 관한 사항을 변경하는 것을 넘어 일정한 항목에 대한 할인을 제한하는 내용까지 포함하고 있다면, 이러한 합의는 항공법과 한일항공협정이 허용하는 범위를 벗어나는 것으로서 법 제58조의 독점규제법 적용의 예외 사유라고 할 수 있는 ‘자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률 또는 그 법률에 의한 명령의 범위 내에서 행하는 필요·최소한의 행위’(대법원 2011. 4. 14. 선고 2009두7912 판결 등)에 해당되지 않는다고 하였다.

하는 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. (밑줄 첨가)

그 다음 대법원은 이 사건과 관련한 다음과 같은 사정, 즉 (i) 유류할증료 담합에 가담한 항공사들의 일본발 국내행 항공화물운송시장에서 점유율이 연도별로 76% 내지 88%에 이르므로 당해 담합이 국내시장에 미치는 영향이 작다고 볼 수 없고, (ii) 유류할증료 담합에 관하여 일본 정부는 원고 등의 신청에 따라 그 결과를 인가하였을 뿐이어서 담합에 대한 관여 정도가 높다고 볼 수 없고, (iii) 일본 항공법 제110조가 국토교통성의 인가를 받은 운임협정 등에 대하여 일본 독점금지법의 적용을 제외하고 있으나, 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 경우는 그 예외로 규정하고 있으므로 일본 법률과 한국 법률 자체가 서로 충돌된다고 보기 어렵고, (iv) 원고가 일본 법률과 한국 법률을 동시에 준수하는 것이 불가능하다고 볼 수도 없다고 판단하고, 원고의 행위는 독점규제법의 적용이 제한되어야 하는 경우에 해당한다고 볼 수 없다고 하였다.

2. 검토

앞서 살펴본 대상판결 법리의 핵심은 독점규제법 위반이 분명한 국외행위, 즉 한

국시장에 직접적이고 상당하며 합리적으로 예측 가능한 영향을 미치는 행위라고 할지라도 그 행위가 국적국의 법령에 의하여 ‘강제’된 경우에는 (i) 행위자의 적법행위 기대가능성이 낮을 뿐 아니라 (ii) 주권평등의 원칙이나 국제예약을 고려하여 외국법령을 존중해야 할 필요도 있기 때문에 역외적용이 제한되어야 한다는 것이다. 그러나 한국 독점규제법상 위법인데 외국법상 적법이라고 해서 역외적용을 무조건 제한하면 한국시장의 경쟁보호라는 정당한 이익이 크게 침해될 수도 있다. 이 때문에 단순히 외국법상 적법 행위라는 이유만으로 독점규제법의 역외적용을 제한할 이유는 없는 것이다. 위와 같은 대상판결의 법리는 미국 서면법의 역외적용 제한 법리와 비슷한 측면이 있는데, 이하에서는 대상판결의 법리를 미국 판례상 서면법 역외적용 제한 사유인 국가면제(state immunity), 국가행위(act of state), 국가강제(foreign sovereign compulsion), 국제예약(international comity)과 비교하여 살펴보고, 향후 실제로 문제될 수 있는 사안으로 생각되는 (i) 외국정부가 강제·승인·묵인한 카르텔이 독점규제법에 위반되는 경우와 (ii) 외국정부가 승인한 기업결합이 독점규제법에 위반되는 경우를 상정하여 논하기로 한다.

가. 미국 서면법의 역외적용 면제 법리와 비교

앞서 살펴본 것처럼 미국 FTAIA에 따르면 국외행위가 미국시장에 직접적이고 상당하고 합리적으로 예측 가능한 영향을 미치고 그러한 영향이 서면법상 청구원인이 되는 경우에는 서면법이 역외적용될 수 있다(본고 ‘III.2.가’ 참조). 그러나 연방법원은 국가행위 또는 국가강제에 의한 외국기업의 서면법 위반행위에 대해서는 서면법을 역외적용하지 않고, 일정한 경우에는 국제예약을 고려하여 역외적용을 면제할 수도 있다. 연방 판례법상 서면법의 역외적용 면제 항변으로 인정되는 국가면제, 국가행위, 국가강제, 국제예약 법리를 살펴보면 다음과 같다.⁵⁷⁾

첫째, 연방대법원은 1812년 *Schooner Exchange* 판결⁵⁸⁾에서 외국정부의 모든 행위에 대해서는 책임면제가 인정된다는 절대적 국가면제 법리를 제시하였는데, 1952년 국무부

는 대외정책상 국가면제는 고권적 행위(*acta jure imperii*)에 대해서만 적용되고 상업행위(*acta jure gestionis*)에 대해서는 적용되지 않는다는 제한적 국가면제론의 입장을 취하였다. 미국 의회는 이러한 제한적 국가면제론에 따라 1976년 외국주권면제법(Foreign Sovereign Immunity Act, 이하 ‘FSIA’)을 제정하였는데, 고권적 행위와 상업행위를 명확하게 구별하기가 쉽지 않은 경우도 있다. 일단 연방법무부는 외국정부 소유의 국영기업의 상업 활동은 민간기업과 마찬가지로 서면법의 적용대상인 상업행위라는 입장이다.⁵⁹⁾ 한편 연방법원은 중동산유국들로 구성된 석유수출기구(Organization of Petroleum Exporting Countries, 이하 ‘OPEC’)의 가격담합이 문제된 사건에서 원유 수출가격 담합은 OPEC 회원국의 천연자원 수출과 관련한 고권적 행위로 인정한 바 있다.⁶⁰⁾

둘째, 국가행위 법리에 따르면 권력분립

57) 이하 내용은 “주진열, “국가개입 수출카르텔 관련 경쟁법과 WTO법의 충돌·조화 문제-중국 수출카르텔 관련 미국 반독점법 사건과 WTO 사건의 시사점,” 이화여자대학교 법학논집 제21권 제2호, 2016, 419-422면.

58) *Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. 116 (1812).

59) *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* (1995), 3. 31. (“[M]ost activities of foreign government-owned corporations operating in the commercial marketplace will be subject to U.S. antitrust laws...”).

60) *International Association of Machinists v. OPEC*, 477 F.Supp. 553 (C.D. Cal. 1979), 649 F.2d 1354 (9th Cir. 1981), cert. denied, 454 U.S. 1163 (1982).

서면법의 역외적용에 대한 항변으로서 FISA에 따른 국가면제 원용 가능성 여부에 대한 이론적 논의로는 다음을 참조. Donald E. deKieffer, *The Foreign Sovereign Immunities Act and Antitrust: A Hollow Promise*, 7 Syracuse J. Int’l L. & Com. 37 (1979), pp. 37-52.

원칙에 근거하여 국제문제에서 행정부 및 입법부의 우위를 전제로 외국정부의 행위에 대한 사법심사는 자제되어야 한다. 연방대법원은 1897년 *Underhill* 판결⁶¹⁾에서 주권 국가는 타국의 독립성을 존중해야 하므로 일국의 국내 법원은 타국에서 일어난 타국 정부의 행위에 대해 판단할 수 없고 타국 정부 행위와 관련한 문제는 해당 국가들 정부가 스스로 해결해야 한다는 국가행위 법리를 제시하였다.⁶²⁾ 즉 타국 정부의 행위로 인한 자국민 피해 구제 문제는 법원이 아니라 정부 간 외교적 협상으로 해결되어야 한다는 것이다. 연방대법원은 1909년 *American Banana Co.* 판결⁶³⁾에서 피고(*United Fruit*)가 코스타리카 정부로 하여금 자신의 경쟁자인 원고(*American Banana*)의 코스타리카 소재 농장과 철도를 수용하도록 한 행위는 서면법 위반이라는

주장과 관련하여, 서면법의 역외적용 자체가 가능하지 않을 뿐 아니라 국가행위 법리에 따르더라도 코스타리카 정부의 수용행위에 대해 서면법을 적용할 수 없다고 하였다. 1918년 *Oetjen* 판결⁶⁴⁾에서 연방대법원은 국가행위 법리는 국제예약을 최대한 고려한 것이라고 하였다. 그러나 1964년 *Banco Nacional de Cuba* 판결⁶⁵⁾에서는 국가행위 법리는 국제법이 아니라 연방헌법상 권력분립 원칙에 근거한 것이고, 이는 사법부가 외국정부의 행위에 대하여 판단하게 되면 행정부·입법부의 외교정책을 저해할 수 있다는 우려를 반영한 것이라고 하였다.⁶⁶⁾ 1972년 *First National City Bank* 판결⁶⁷⁾에서도 연방대법원은 국가행위 법리는 권력분립 원칙을 반영한 것이라는 점을 재확인하였다. 지금까지 살펴본 것처럼 연방대법원은 국가행위 법리를 1900년대

61) *Underhill v. Hernandez*, 168 U.S. 250 (1897),

62) *Id.*, p. 252 ("Every sovereign State is bound to respect the independence of every other sovereign State, and the courts of one country will not sit in judgment on the acts of the government of another done within its own territory. Redress of grievances by reason of such acts must be obtained through the means open to be availed of by sovereign powers as between themselves.")

63) *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347 (1909).

64) *Oetjen v. Central Leather Co.*, 246 U. S. 297 (1918).

65) *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U. S. 398 (1964).

66) *Id.*, p. 424 ("The act of state doctrine does...have "constitutional" underpinnings. It arises out of the basic relationships between branches of government in a system of separation of powers...The doctrine as formulated in past decisions expresses the strong sense of the Judicial Branch that its engagement in the task of passing on the validity of foreign acts of state may hinder rather than further this country's pursuit of goals both for itself and for the community of nations as a whole in the international sphere.")

67) *First National City Bank v. Banco Nacional de Cuba*, 406 U.S. 759 (1972).

초반까지는 국제법 차원에서 설명하였지만 1960년대부터는 연방헌법상 권력 분립 원칙에 근거한 것으로 설명하고 있는데, 1990년 *W.S. Kirkpatrick* 판결⁶⁸⁾에서는 1909년 *American Banana* 판결에서 제시된 국가 행위 관련 설시는 방론(dictum)에 지나지 않는다고 하였다. 이처럼 연방대법원은 국가 행위 법리를 국제법상 국가면제(state immunity)⁶⁹⁾와 구별하고 있다.⁷⁰⁾ 셔먼법 손해배상소송 사건에서 국가 행위 법리는 피고가 외국정부인 경우에 원용할 수 있고, 피고가 민간기업인 경우에는 아래에서 살펴 볼 국가강제 법리를 원용할 수 있다.

셋째, 국가강제 법리에 따르면 외국정부가 자국 기업에게 어떤 행위를 강제하고 해당 기업이 정부의 강제를 따르지 않을 경우 중대한 불이익을 받거나 중대한 이익을 얻을 수 없는 경우에는 행위자에게 적법 행위를 기대할 수 없으므로 국내법을

역외적용할 수 없다.⁷¹⁾ 이는 앞서 살펴본 국가 행위 법리와는 달리 미국 연방헌법상 권력 분립 원칙에 근거한 것이 아니다. 국가강제가 인정되기 위해서는 셔먼법을 위반한 국외 행위가 외국정부에 의해 강제되고, 외국정부의 명령이 셔먼법 위반행위와 관련하여 지엽적인 것이 아니라 근본적인 것이어야 하며,⁷²⁾ 셔먼법을 위반한 국외자가 국적국 정부에 가격담합 등을 용이하게 하는 입법을 적극 요청한 경우에는 국가강제의 항변을 할 수 없다.⁷³⁾ 국가강제가 인정된 사례로는 1960년대 베네수엘라 정부가 자국 원유 수출기업에게 미국 정유업체에 대한 원유 판매 중단을 명령한 사건이 있다.⁷⁴⁾

넷째, 국제예양 법리에 따르면 국제관계와 미국의 국익을 고려하여 국외행위에 대한 재판관할권 행사를 자제할 수 있다. 연방대법원은 1895년 *Hilton* 판결⁷⁵⁾에서 일국이 국제적 의무나 관행 뿐 아니라 자

68) *W.S. Kirkpatrick v. Environmental Tectonics Co.*, 493 U.S. 400 (1990).

69) 미국 연방대법원은 *Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. 116 (1812) 판결에서 절대적 국가면제를 인정한 바 있으나, 미국 의회는 제한적 국가면제론에 따라 1976년 Foreign Sovereign Immunities Act(이하 'FSIA')를 제정하였다.

70) 국가 행위 법리가 아닌 FISA에 따른 국가면제를 원용한 셔먼법의 적용 면제 항변에 대한 논의로는 다음을 참조. Donald E. deKieffer, *The Foreign Sovereign Immunities Act and Antitrust: A Hollow Promise*, 7 Syracuse J. Int'l L. & Com. 37 (1979), pp. 37-52.

71) *Cantor v. Detroit Edison Co.*, 428 U.S. 579 (1976); Restatement (Third) of Foreign Relations Law § 441.

72) *Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Co.*, 595 F.2d 1287 (3d Cir. 1979).

73) *United States v. Sisal Sales Co.*, 274 U.S. 268 (1927); *Continental Ore Co. v. Union Carbide & Carbon Co.*, 370 U.S. 690 (1962).

74) *Interamerican Refining Co. v. Texaco Maracaibo, Inc.*, 307 F.Supp. 1291 (D. Del. 1970).

75) *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895).

국의 권리도 함께 고려하여 타국의 입법, 행정, 사법 행위가 자국 영역에까지 미치는 것을 용인하는 것이 국제예양이며, 국제예양은 절대적 의무는 아니지만 단순한 예의(courtesy)도 아니라고 하였고, 1993년 *Hartford Fire Insurance* 판결⁷⁶⁾에서는 외국 법원의 판결, 외국법원에서 이미 진행 중인 사건, 외국법과 미국법 사이에 진정한 저충(true conflict)이 있을 때 재판관할권 행사를 자제할 수 있다고 하였다.⁷⁷⁾ 한편 연방제9항소법원은 *Timberlane* 판결⁷⁸⁾에서 개인이 제기한 반독점법 민사사건의 경우 애당초 행정부의 국제예양 고려가 배제되었기 때문에, 당해 사건이 국제관계에 미치는 영향에 대한 행정부의 의견을 중시해야 한다고 하였다. 연방법무부의 경우 국제적 요소가 있는 반독점법 사건의 경우 주권평등 존중이라는 광의의 관념을 반영한 국제예양을 고려해야 하고,⁷⁹⁾ 일단 행정부가 국외행위를 반독점법 위반으로 연

방법원에 제소하였다면, 법원은 행정부가 미국의 국익이 국제예양보다 더 중요하다는 판단을 한 것으로 보고 행정부가 내린 국제예양 판단을 법원이 다시 판단하는 것은 자제되어야 한다는 입장이다.⁸⁰⁾

위와 같이 미국의 경우 판례법상 서면법 역외적용 면제 사유와 관련한 법리는 1890년대 후반부터 개별 사건을 중심으로 서서히 형성되어 왔음을 알 수 있다. 한편 대상 판결에서 대법원은 독점규제법 적용 제한 사유로서 미국 연방대법원의 국가행위 법리에 상응하는 법리를 제시하지는 않았고, 국제예양을 명시적으로 언급하지도 않았다는 특징이 있다.⁸¹⁾ 다만 대상판결이 제시한 법리는 미국 판례법상 국가강제와 국제예양 법리를 혼합시킨 것으로 볼 여지는 있다.

나. 외국정부가 강제·승인·묵인한 수출 카르텔이 독점규제법에 위반되는 경우

76) *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 509 U.S. 764 (1993).

77) 이 사건에서 연방대법원은 *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United State*에 규정된 재판관할권 조항을 참조하지 않았다.

78) *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, 549 F.2d 597 (9th Cir. 1976).

79) U.S. Department of Justice & Fair Trade Commission, *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* (1995), 3. 2. Comity.

80) Id. ("In cases where the United States decides to prosecute an antitrust action, such a decision represents a determination by the Executive Branch that the importance of antitrust enforcement outweighs any relevant foreign policy concerns. The Department does not believe that it is the role of the courts to "second-guess the executive branch's judgment as to the proper role of comity concerns under these circumstances.")

81) 그러나 대상판결 판시 중에서 "외국 법률 등을 존중해야 할 요청이 현저히 우월한 경우에는 공정거래법의 적용이 제한될 수 있다"는 부분은 국제예양 관념을 어느 정도 반영한 것으로 볼 수 있다.

국외행위가 해당 국적국의 법령이나 정부의 명령을 준수하기 위한 것이라면, 이러한 경우까지 독점규제법을 역외적용하게 되면 결국 행위자로 하여금 자국 법령을 위반하거나 정부 명령에 불응하도록 강제하는 결과가 된다. 국적국의 입장에서는 한국 독점규제법의 역외적용은 자국민에게 불법을 강요하는 것이므로 주권침해가 문제될 수도 있다. 특히 국외행위의 주체는 한국 독점규제법을 위반하거나 자국 법령을 위반할 수밖에 없는데, 이러한 결과는 일반적인 정의 감정도 부합되기 어렵다. 이 때문에 직접성·상당성·예측성 요건을 충족하는 국외 카르텔이라고 할지라도, 해당 수출업자들이 국적국의 법령이나 정부의 명령을 준수하기 위한 것이라면 적법행위 기대가능성이나 정의 관념을 고려하여 독점규제법의 역외적용을 제한하는 것이 타당하다.⁸²⁾ 예컨대, A국이 수출제한 차원에서 자국 기업에게 수출카르텔을 강제하고 해당 카르텔이 한국으로 직접 수출한 경우에는 직접성·상당성·예측성 요건

이 충족되더라도 독점규제법의 역외적용을 제한할 수 있는 것이다. 이와 달리 수출업자들의 적극적인 요청에 따라 외국정부가 단지 수출카르텔을 승인하거나 묵인한 경우에는 해당 수출업자들의 적법행위 기대가능성이 인정될 뿐 아니라 외국정부의 정당한 이익을 인정하기도 어려우므로, 원칙적으로 독점규제법의 역외적용이 인정되어야 할 것이다.⁸³⁾

미국 판례도 외국정부의 강제가 아닌 단순 묵인이나 승인에 의해 성립된 외국 카르텔에 대해서는 서면법이 역외적용될 수 있다는 입장인데,⁸⁴⁾ 국가강제와 관련하여 최근 연방법원에서 다루어진 3개 사건을 소개하면 다음과 같다. 먼저 중국의 비타민 C 카르텔 사건을 보면, 원고는 2005년 뉴욕동부 연방지방법원에 중국의 비타민 C 카르텔에 대한 손해배상청구의 소를 집단소송 형식으로 제기하였는데, 원고는 미국에 비타민 C를 수출한 중국 회사들이 수출가격 및 물량을 담합하였고 이는 서면법

82) 미국도 외국정부의 강제(foreign sovereign compulsion)에 의한 국외행위에 대해서는 역외적용을 면제하고 있다. *Interamerican Refining Co. v. Texaco Maracaibo, Inc.*, 307 F. Supp. 1291 (1970); U.S. Department of Justice/Fair Trade Commission, *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* (1995), 3. 32, <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/internat.htm>>.

83) 예컨대 우리나라 국내 산업의 불황극복을 위하여 해당 사업자들의 요청에 따라 공정위가 독점규제법 제 19조 제2항 제3호에 따라 승인한 카르텔이 외국에 수출한 경우, 수입국 입장에서는 한국정부의 강제에 의한 카르텔로 인정할 수 없으므로 경쟁법을 역외적용할 수 있을 것이다.

84) *Continental Ore Co. v. Union Carbide & Carbon Co.*, 370 U.S. 690 (1962); *United States v. Watchmakers of Switzerland Information Center*, 134 F. Supp. 710 (S.D.N.Y. 1955); *Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Co.*, 595 F.2d 1287 (3d Cir. 1979).

제1조에 위반된다고 주장하였다. 이에 피고 중국 회사들은 수출가격 및 물량 결정은 중국정부 기관인 중국의약보건품수출입상회(China Chamber of Commerce for Import & Export of Medicines & Health Products, 이하 ‘CCCMHPIE’)의 지시에 따른 것이므로 외국주권면제법(Foreign Sovereign Immunities Act, 이하 ‘FSIA’) 및 연방 판례법상 국가행위, 국가강제, 국제예양의 법리에 따라 셔먼법이 적용될 수 없다고 주장하였다. 중국 상무부도 피고 중국 회사들이 가입한 CCCMHPIE는 정부기관이므로 비타민 C의 수출가격 및 물량 결정은 국가행위 또는 국가강제에 해당하므로 피고들에 대해 셔먼법이 적용될 수 없다는 의견서(*amicus curiae* brief)를 제1심 재판부에 제출하였다. 그러나 2011년 9월 제1심은 (i) 중국정부가 세계무역기구(WTO)에서 비타민 C의 경우 2002년부터 수출통제를 하지 않았고 2008년부터는 수출입상회의 지시에 따르지 않은 수출회사에 대한 제재를 중단하였다고 주장한 점 등에 비추어보면, CCCMHPIE가 정부기관이라거나 수출가격담합이 정부에

의해 강제되었다는 중국 상무부의 의견서를 믿기 어렵다고 하면서 국가행위 등을 원용한 피고들의 약식판결(summary judgment) 청구를 기각하고,⁸⁵⁾ 2013년 3월 피고들에게 손해배상책임을 인정하였다.⁸⁶⁾ 그러나 2016년 9월 연방제2항소법원은 중국 상무부의 의견서에 비추어볼 때 중국법과 미국 셔먼법 사이에 진정한 저촉을 인정할 수 있다고 하면서 피고들의 국제예양항변을 받아들여 제1심을 파기하였다.⁸⁷⁾ 한편 중국 회사들의 마그네사이트와 보크사이트 수출과 관련하여 뉴저지 연방지방법원 및 펜실바니아 연방지방법원에서 다루어진 2개 손해배상 집단소송 사건에서도 비타민 C 사건에서처럼 국가강제 쟁점이 제기되었다. 그러나 2014년 마그네사이트 판결에서는 원고의 직접구매 증명이 없다는 이유로 원고적격이 부정되었고,⁸⁸⁾ 2016년 보크사이트 판결에서는 원고의 가격담합 개연성 증명이 없다는 이유로 집단소송이 불허됨으로써,⁸⁹⁾ 국가강제 여부 쟁점에 대한 판단 없이 사건이 종결되었다.⁹⁰⁾

85) *In re Vitamin C Antitrust Litigation*, 810 F. Supp. 2d 522 (E.D.N.Y. 2011).

86) *In re Vitamin C Antitrust Litigation*, No. 06-MD-01738-BMC-JO (E.D.N.Y. Mar. 14, 2013).

87) *In re Vitamin C Antitrust Litigation*, No. 13-4791 (2d Cir. Sept. 20, 2016).

88) *Animal Science Products, Inc. & Resco Product, Inc. v. China National Metals & Minerals Imports & Export Co. et al.*, Civ. No. 2:05-cv-04376 (2014).

89) *Resco Product, Inc. v. Bosai Minerals Group et al*, Civil Case No. 06-235, 158 F.Supp.3d 406 (2016).

90) 이들 사건에 대한 보다 자세한 설명은 다음을 참조. 주진열, “국가개입 수출카르텔 관련 경쟁법과 WTO

다. 외국정부가 승인한 기업결합이 독점규제법에 위반되는 경우

경쟁법 분야에서 기업결합은 카르텔과 함께 역외적용과 관련하여 가장 많이 언급되는 국외행위이다. 한국을 포함한 주요 경쟁법 집행 국가들은 일정 규모 이상의 기업결합의 경우 관련 회사가 경쟁당국에 미리 신고하도록 하고, 경쟁당국의 사전심사에 따라 경쟁제한 우려가 없다고 인정되는 경우에는 기업결합이 승인된다. 그런데 기업결합의 경쟁제한성 사전심사는 향후 탄생할 기업이 기업결합으로 형성된 시장 지배력을 행사하여 관련시장에서 가격인상 등 경쟁제한효과를 초래할 수 있는 행위를 할 우려가 있는지 여부를 미리 추측하는 작업이어서, 경쟁당국의 재량적 판단이 개입될 수밖에 없다. 이처럼 기업결합 사전심사는 장래의 경쟁제한효과 여부를 추측하는 작업이기 때문에, 동일한 기업결합 사안에 대해 각국 경쟁당국의 판단이 서로 다를 수 있다. 이러한 사정 때문에 외국 경쟁당국이 승인한 국외 기업결합을 한

국 공정위가 독점규제법 제7조 제1항의 경쟁제한적 기업결합에 해당된다는 이유로 불허할 수 있는지가 문제될 수 있다.

위 문제와 관련한 실제 국내 사건은 없으므로 가상의 사례를 들어 설명하면 다음과 같다. X국에서 기업결합 당사자가 국내 시장 판매보다는 해외 수출을 주로 하는 회사라고 하자. 이 때 X국 경쟁당국은 자국시장에 별다른 경쟁제한 우려가 없다면 해당 기업결합을 승인할 수 있을 것이다. 그러나 해당 기업결합으로 인해 한국 수입시장에서 가격인상 등 경쟁제한효과를 초래할 우려가 있다면 한국 공정위는 독점규제법 제7조에 따라 해당 기업결합을 승인하지 않을 수 있다.⁹¹⁾ 이러한 경우에는 한국 독점규제법과 X국 경쟁법이 상충된다고 볼 수 없고, 한국 공정위의 기업결합 불허가 X국의 정당한 이익을 침해한다고 보기도 어렵기 때문에, 대외관결이 고려요소로 제시한 “당해 행위가 국내시장에 미치는 영향”이 크다면 역외적용이 타당하다고 본다.⁹²⁾

법의 충돌·조화 문제 - 중국 수출카르텔 관련 미국 반독점법 사건과 WTO 사건의 시사점 -,” 이화여자대학교 법학논집 제21권 제2호, 2016, 422-425면.

91) 예컨대, 한국 제조업체에 원재료를 대량 수출하는 외국회사들 사이의 기업결합으로 독점기업이 탄생할 경우 한국 수입시장에 직접적이고 상당한 영향을 미칠 것으로 합리적으로 예측할 수 있다.

92) 2001년 EU 경쟁당국은 미국 경쟁당국이 승인한 General Electrics와 Honeywell의 합병을 EU 경쟁당국은 EU시장의 경쟁을 제한할 우려가 있다는 이유로 불허하였는데, 이 때문에 미국과 EU 사이에 외교적 마찰이 발생하였다. Eleanor M. Fox, “GE/Honeywell: The U.S. Merger that Europe Stopped-A Story of the Politics of Convergence,” in Eleanor M. Fox and Daniel A. Crane (ed.), *Antitrust Stories* (Foundation Press, 2007).

V. 결론

독점규제법 제2조의2는 역외적용의 근거로서 영향이론을 채택하고 있는데, 과거 미국의 사례로부터 알 수 있듯이 영향이론의 기계적인 적용은 자칫 국가간 마찰을 불러일으킬 수 있다는 문제가 있다. 대상판결에서 대법원은 법 제2조의2에 따른 역외적용의 범위를 제한하기 위하여 직접성·상당성·예측성 요건을 제시하였는데, 이러한 법리는 과도한 역외적용으로 인한 국가간 마찰을 예방하기 위한 것으로 이해된다. 해당 판시는 미국 FTAIA에 규정된 서면법 역외적용 요건 중 하나인 “direct, substantial, and reasonably foreseeable effect”와 문언상 동일하지만, FTAIA의 국내피해 예외 요건에 해당하는 내용은 없다는 점에서 향후 독점규제법 역외적용 사건에서 FTAIA 법리가 그대로 이용될 수는 없을 것이다.

한편 대상판결은 한국시장을 직접 대상으로 삼은 국외 카르텔의 경우 특별한 사정이 없는 한 직접성·상당성·예측성 요건이 충족된다는 입장이다. 이 경우를 제외한

사안에서 해당 요건의 충족 여부는 개별 사안에 따라 구체적으로 판단할 수밖에 없을 것이다. 또한 대상판결은 국외행위와 관련하여 ① 국적국의 정당한 이익이 ② 독점규제법 역외적용의 필요성보다 현저하게 큰 경우에는 역외적용이 제한될 수 있다고 하였다. 본고 ‘IV.1’에서 살펴본 것처럼 해당 판시의 내용이 상당히 추상적으로 기술되어 있어, 어떤 경우에 ①이 ②보다 현저하게 크다고 판단할 수 있는지 일률적인 판단 기준을 제시하기란 극히 어렵다. 그러나 법적 판단기준의 모호성의 문제는 비단 대상판결 뿐 아니라 법해석 전반에 걸쳐 나타나는 현상이어서 대상판결에 특유한 문제라고 보기는 어렵다. 이 문제 역시 결국 추후 개별 사건에서 사안별로 해결될 수밖에 없을 것으로 생각된다. 대법원은 대상판결에서 국제예양이라는 용어를 직접 사용하지는 않았지만, 대상판결의 취지는 복잡한 글로벌 시장경제 환경에서는 외국의 정당한 국가정책은 가급적 존중하여 독점규제법의 역외적용을 합리적으로 제한할 필요가 있다는 것이므로 결국 국제예양이 암묵적으로 반영되었다고 볼 여지는 있다.

참 고 문 헌

- 고영한, “독점규제법의 역외적용”, 경제법의 제문제(재판자료 제87집), 2000.
- 권오승, “한국 독점규제법의 역외적용-항공화물 국제cartel 사건을 중심으로,” 경쟁법연구 제24권, 2013.
- 김민서, “한국 경쟁법의 역외적용과 국제법적 평가,” 국제법학회논총 제51권 제3호, 2006.
- 김석호, “《競爭法(獨禁法)》의 域外適用을 위한 논리적 근거: 美國의 입장에 대한 비판적 고찰,” 국제법학회논총 제46권 제2호, 2001.
- _____, “미국 경쟁법상 ‘처벌법규’의 역외적용 - 한국 경쟁법에 주는 의미를 고려하며,” 통상법률 통권 제75호, 2007.
- 김원기, “국제카르텔에 대한 독점규제법의 역외적용-대상판결: 대법원 2006. 3. 23. 선고 2003두11124 판결,” 기업법연구 제20권 제4호, 2006.
- 서헌제, “공정거래법의 역외적용: 실체규정의 역외적용을 중심으로,” 통상법률 통권 제23호, 1998.
- 서동원·이동미, “외국사업자에 대한 공정거래법의 역외적용,” 공법연구 제33집 제5호, 2005.
- 석광현, “독점규제 및 공정거래에 관한 법률의 역외적용,” 판례연구 제21집(2), 2007.
- _____, “외국국가에 대한 민사재판권의 행사와 주권면제, 법조 제49권 12호, 2000.
- 신현운, “현행 독점규제법의 역외적용”, 연세법학연구 제2집, 1992.
- _____, “경쟁법 역외적용의 최근동향,” 경쟁법연구 제20권, 2009.
- 오병선, “독점규제법의 역외적 적용과 국제예양,” 국제법학회논총 제29권 제2호, 1984.
- 주진열, “글로벌경쟁정책과 무역 이슈의 최근 동향,” 통상법률 통권 제101호, 2011.
- _____, “카르텔 손해액 추정을 위한 계량경제분석의 규범적 통제,” 법학연구 제22권 제1호, 2012.
- _____, “국가개입 수출카르텔 관련 경쟁법과 WTO법의 충돌·조화 문제 - 중국 수출카르텔 관련 미국 반독점법 사건과 WTO 사건의 시사점 -,” 이화여자대학교 법학논집 제21권 제2호, 2016.

- 최승필, “경쟁법의 역외적용에 대한 법적검토,” 외법논집 제33권 제1호, 2009.
- 최지현, “공정거래법 역외적용의 기준과 범위-항공화물운임 담합 판결을 중심으로,” 경제법연구 제15권 제1호, 2016.
- 허 선, “국제카르텔에 대한 공정거래법 역외적용의 경험과 논리 - 흑연전극봉 국제카르텔 사건을 중심으로-”, 경쟁법연구 제9권, 2003.
- Bifulco, Gerard F., “From Sea to Shining Sea: A New Approach to Interpreting the Foreign Trade Antitrust Improvements Act,” 64 Emory L.J. 869 (2015).
- Becklert, Richard W. & Matthew H. Kirtland, “Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Law: What Is a “Direct, Substantial, and Reasonably Foreseeable Effect” Under the Foreign Trade Antitrust Improvements Act?” 38 Tex. Int’l L.J. 11 (2003).
- Brief of Amicus Curiae The Ministry of Commerce of the People’s Republic of China in Support of the Defendants’ Motion to Dismiss the Complaint, Dkt. No. 69, In re Vitamin C Antitrust Litig.*, No. 06-MD-01738-BMC-JO (E.D.N.Y. Sept. 22, 2006).
- Brief of the Korea Fair Trade Commission as Amicus Curiae in Support of Appellees’ Opposition to Rehearing En Banc in the United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, Motorola Mobility v. AU Optronics Co. et al.* (May 23, 2014).
- Cavanagh, Edward D., “The FTAIA and Subject Matter Jurisdiction over Foreign Transactions under the Antitrust Laws: The New Frontier in Antitrust Litigation,” 56 S.M.U. L. Rev. 2151 (2003).
- Davis, Ronald W., “International Cartel and Monopolization Cases Expose a Gap in Foreign Trade Antitrust Improvement Act,” 15 Antitrust 53 (2001).
- DuBois, Rene H., “Understanding the Limits of the Foreign Trade Antitrust Improvement Act Using Tort Law Principles as a Guide,” 58 N.Y. L. Sch. L. Rev. 707 (2013-2014).
- Connolly, Robert, “Motorola Mobility and the FTAIA,” Cartel Capers (Sept. 30, 2014), <<http://cartelcapers.com/blog/motorolablog/motorola-mobility-ftaia>> (최종방문 2016. 8. 10).
- Damien, Geradin et al, *Extraterritoriality, Comity and Cooperation in EC Competition Law* (July 2008), <<https://ssrn.com/abstract=1175003>> (최종방문 2016. 8. 10).

- Dresnick, Jordan A. et al, “The United States as Global Cop: Defining the ‘Substantial Effects’ Test in U.S. Antitrust Enforcement in the Americas and Abroad,” 40 *Univ. of Miami Inter-Am. L. Rev.* 453 (2009).
- Liss, Frank et al., “In Re-Issued Motorola Decision Interpreting the FTAIA, Seventh Circuit Panel Modifies Rationale for Dismissal of Price-Fixing Claims Arising from Foreign Component Purchasing,” *Arnold Porte LLP Advisory* (December 2014), <<http://files.arnoldporter.com/adv1214%20-%20motorola%20ftaia.docx.pdf>> (최종방문 2016. 8. 10).
- Lipsky, Abbott B., Jr. & Kory Wilmot, “The Foreign Trade Antitrust Improvements Act: Did Arbaugh Erase Decades of Consensus Building?” *The Antitrust Source* (August 2013).
- Lobas, Richard, “A Quest for Consistency: The Meaning of Direct in the Foreign Trade Antitrust Improvements Act,” 5 *Global Bus. L. Rev.* 1 (2016).
- Lynn, Diamond, S., “Empagran, the FTAIA and Extraterritorial Effects: Guidance to Courts Facing Questions of Antitrust Jurisdiction Still Lacking,” 31 *Brook. J. Int’l L.* 805 (2006).
- OECD/WTO/World Bank, *Global Value Chains: Challenges, Opportunities and Implications for Policy* (2014), <http://www.oecd.org/tad/gvc_report_g20_July_2014.pdf> (최종방문 2016. 8. 10).
- Terhechte, Jörg Philipp, *International Competition Enforcement Law Between Cooperation and Convergence* (Springer, 2011).
- U.S. Department of Justice/Fair Trade Commission, *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* (1995), 3. 32, <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/internat.htm>> (최종방문 2016. 8. 10).
- Valdespino, Edward, “Shifting Viewpoints: The Foreign Trade Antitrust Improvement Act, a Substantive or Jurisdictional Approach,” 45 *Tex. Int’l L. J.* 457 (2009).
- Wood, Diane P., “The Impossible Dream: Real International Antitrust,” 1992 *U. Chi. Legal F.* 277.

[국문초록]

한국 독점규제법의 역외적용 요건과 관련 문제에 대한 고찰:

항공사 국제카르텔 관련 대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두13689 판결을 중심으로

독점규제법 제2조의2는 “이 법은 국외에서 이루어진 행위라도 국내시장에 영향을 미치는 경우에는 적용한다”라고 규정함으로써 영향이론에 근거한 역외적용을 규정하고 있다. 그런데 “국내시장에 영향을 미치는 경우”에서 어느 정도 ‘영향’이 인정되어야 역외적용을 할 수 있는지 분명하지 않은데, 2006년 Showa Denko 판결(대법원 2006. 3. 24. 선고 2004두11275 판결)도 영향이론 원칙만 언급하였다. 영향이론의 의미는 일본의 ANA 등 전 세계 각국의 26개 항공사가 가담한 항공화물운송 유류할증료 국제카르텔 사건에서 밝혀졌는데, ANA판결(대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두13689 판결, ‘대상판결’)에서 대법원은 (i) 독점규제법은 “국내시장에 직접적이고 상당하며 합리적으로 예측 가능한 영향”을 미치는 경우에만 제한적으로 적용되고, (ii) 외국법상 적법한 행위인 경우에는 여러 가지 요소를 고려하여 역외적용을 제한할 수 있다는 법리를 처음으로 제시하였다는 점에서 그 의미가 크다. 대법원은 한국시장을 직접 대상으로 한 국외 카르텔의 경우 특별한 사정이 없는 한 직접성·상당성·예측성 요건이 충족된다는 입장인데, 이 경우를 제외한 사안에서 역외적용 여부는 개별 사안에 따라 구체적으로 판단할 수밖에 없을 것이다. 한편 한국시장을 직접 대상으로 하지 않은 국외 카르텔이 판매한 제품이 제3국 회사 등을 거쳐 간접적으로 한국에 수입된 경우에는, 직접성·예측성과 관련하여 상당히 복잡한 쟁점이 제기될 수 있을 것으로 보인다. 대법원은 대상판결에서 ‘국제예양’이라는 용어를 직접 사용하지는 않았지만, 대상판결의 취지는 복잡한 글로벌 시장경제 환경에서는 특히 외국의 정당한 국가정책 등 주권을 가급적 최대한 존중하여 독점규제법의 역외적용을 합리적으로 제한할 필요가 있다는 것이므로 결국 국제예양의 원칙이 묵시적으로 반영되어 있다고 볼 수 있다. 독점규제법 제71조의 전속고발로 성립된 형사사건이나 법 제59조의 손해배상청구로 성립된 민사사건에서도, 대상판결 사건처럼 공정위 처분을 다투는 행정사건과 같은

정도로 국제예약을 고려해야 하는지 여부는 향후 개별 사건에서 해결되어야 할 과제로 남는다.

주제어

독점규제법, 역외적용, 영향이론, 국제예약, 국가강제, 가격담합

[ABSTRACT]

A Comment on Some Problems of Extraterritorial Application
of Korean Monopoly Regulation Act:

Supreme Court 2014. 5. 16. declared 2012Du13689 Decision concerning
International Cartel of Air Cargo Carriers

The Article 2-2 of Korean Monopoly Regulation Act (“MRA”) stipulates: “This Act applies to the extraterritorial conduct when it affects domestic market.” The meaning of “affect” in the Act was firstly addressed in the Supreme Court 2014. 5. 16. declared 2012Du13689 Decision concerning All Nippon Airway (“ANA”), a member of international cartel of air cargo carriers which affected the price of cargo services in the Korean market. The ANA Court opined that the Monopoly Regulation Act can be applied to the extraterritorial conduct only when it has “direct, substantial, and reasonably foreseeable effect” on domestic market. This test has an important role in limiting the reach of the MRA to avoid international conflicts. When an international hardcore cartel directly targets the Korean market, the Court said, the requirement of “direct, substantial, and reasonably foreseeable effect” is presumed. On the other hand, the Court also opined that extraterritorial application of the MRA should be limited when it is hard to expect that the foreign company to follow the MRA because of the true conflict between foreign law and the MRA. Although the Court did not directly referred to the word of ‘international comity’, it seems clear that the decision fully reflects the idea that the comity should be the guiding principle of the reach of the MRA.

Key words

Korean Monopoly Regulation Act, extraterritorial application, effect doctrine, sovereign compulsion, international comity, price fixing