



공정경쟁연합회
FAIR COMPETITION FEDERATION

2012 July Journal of Competition 경쟁저널

제163호

경쟁칼럼

강철규 경제민주화와 정책우선순위

하이라이트 대규모기업집단의 부당내부거래 개선방안에 대한 검토

신영수 일감몰아주기 문제의 접근방식과 규제개선 방향

채이배 지배주주의 사익추구행위로서의 일감몰아주기 실태와 규제방안

포커스

Peter D. Camesasca 외

EU의 카르텔 단속과 리니언시 프로그램, 한국 공정위 절차와의 비교

국내외 경쟁법 주요 심판결 사례 해설

최승재 공동행위와 동의명령제의 활용

손태진 재판매가격유지행위의 위법성 판단기준

공정거래정책 리포트

김재중 기업결합심사 관련 최근 동향 및 시사점

글로벌 경쟁 리포트

김용상 미국 경쟁법의 구조와 집행

김희은 EU 경쟁당국의 구글과 모토로라 모빌리티의 기업결합 심사동향

홍순강 배제형 사적독점에 있어서의 위반기준 및 관련 사업법과 독점금지법의 관계

해외 경쟁정책 및 경쟁법 집행동향

주요 국가(OECD, EU, 중국 등)의 공정거래 사건 처리동향

대법원 판결 다이제스트

윤인성 대법원 공정거래 사건 판결 요지 (2012. 5. ~ 6.)

미국 경쟁법의 구조와 집행

Arnold & Porter LLP, 미국변호사 | 김 용 상

I. 글을 시작하며

지난 5월 4일, 미국 캔자스 주(州) 대법원은 O'Brien v. Leegin 사건¹⁾에서 재판매가격유지(Resale Price Maintenance, 이하 "RPM"이라 한다) 계약은 당연위법(Per Se Illegal)이라고 판결하였다. 동 판결은 2007년, 미국 연방대법원(United States Supreme Court)이 Leegin v. PSKS 사건²⁾에서 RPM은 당연위법이 아니라 합리의 원칙(Rule of Reason)에 따라 분석되어야 하는 사안이라고 내린 판결과 완전히 상반되는 것이다.³⁾

경쟁법 문제에 있어서, 연방대법원이 내린 판결에 대하여 주대법원이나 의회가 반발하여 자기 주법의 문제에 있어서는 연방법과 반대로 법을 해석하도록 한 것은, RPM 이슈가 처음은 아니다.⁴⁾ 간접구매자들이 피해배상소송(Damages Action)을 제기하지 못하도록 한 연방대법원의 Illinois Brick Co. v. Illinois 판결⁵⁾에 대하여, 미국 50개 주의 절반 정도가 해당 주법 하에서는 간접구매자들도 피해배상소송을 제기할 수 있도록 한 것이 대표적인 예이다.⁶⁾

연방대법원의 판결과 주대법원의 완전히 다른 두 개의 판결이 서로의 고유한 영역 내에서 동시

1) No. 101000, 2012 WL 1563976 (Kan. May 4, 2012).

2) 551 U.S. 877 (2007).

3) 당연위법(illegal per se)의 경우는 경쟁제한(Restraint of Trade) 합의가 있었다는 사실만으로 위법이 인정된다. 그 대표적인 예가, 수평적(Horizontal) 경쟁관계에 있는 업체들 간의 가격담합이다. 그와 반대로 Leegin v. PSKS 사건 이후로는, 미국 연방 경쟁법 하에서 수직적(VERTICAL) 관계에 있는 업체들(예를 들면, 생산자와 중간판매상 등) 간의 가격에 대한 합의는 단순히 합의가 있었다는 사실만으로는 위법이 인정되지 않는다. 수직적 관계에서는 가격에 대한 합의가 비합리적인 결과를 초래하여 소비자들에게 실질적인 피해를 입혔다는 증거가 따라야 하며, 이것을 합리의 원칙(Rule of Reason) 분석이라고 한다. 당연위법 대신 합리의 원칙이 적용되는 경우는 위법사실을 입증하기가 무척 어렵기 때문에, 대부분의 경우는 피고의 승소로 사건이 종결된다. 캔자스 주 대법원의 O'Brien v. Leegin 판결로 인하여 연방법 하에서는 당연위법이 아닌 행위가 캔자스 주에서는 당연위법으로 간주되는 결과가 초래되었다.

4) RPM과 관련하여 캔자스 주 대법원뿐만 아니라 메릴랜드 주 의회도 RPM이 메릴랜드에서는 per se illegal로 여겨지도록 규정한 법을 제정하였다. 미국 주법 하의 RPM 관련 규정들에 대해서는 다음의 글을 참조하라. Overview of State RPM, Michael A. Lindsay, the Antitrust Source, (April 2011), available at http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/antitrust_law/source_lindsay_chart.pdf.

5) 431 U.S. 720 (1977).

6) Illinois Brick의 간접구매자 피해배상소송 금지(Indirect Purchaser Bar)를 폐지한 주들을 통칭하여 'RepealerStates' 라고 한다. 2012년 4월에 개정 출간된 Antitrust Law Developments (7th ed)에 따르면, 25개주와 워싱턴 D.C.가 명시적으로 간접구매자들 또한 직접구매자들과 마찬가지로 피해배상소송을 제기할 수 있도록 하는 법률 규정을 두고 있다. (Jonathan I. Gleklen et al. eds., ABA Section of Antitrust Law) (2012), p. 650. 이 외에도 주대법원이 해당 주의 소비자보호법 규정을 근거로 간접구매자가 피해배상소송을 제기할 수 있도록 판결을 내린 경우도 여러 사례가 있다. Id. At p. 651, n. 135. Also see Indirect Purchaser. Lawsuits: A State-by-State Survey, (Eric J. McCarthy et al. eds., American Bar Association) (2010).



에 유효한 판결로 공존할 수 있도록 되어 있는 미국의 법체계⁷⁾는, 한국법 체계에 익숙한 이들에게는 낯설게 느껴질 수 있을 것이다. 혹자는 “미국법을 이해하기 위한 첫 걸음은, 미국은 연방법과 더불어 50개의 주들이 각자의 고유한 법률체계를 가지고 있는 점을 이해하는 것”이라고 말한다. 즉, 51개의 별개의 법률체도가 공존하고 있다는 것을 아는 것이 미국법 이해의 시작이라는 것이다.⁸⁾ 경쟁법 집행과 관련해서는 이미 충분히 복잡한 미국의 법체계가 더 복잡하게 보일 수 있다. 그 이유는, 미국의 연방경쟁법은 미국 법무부 산하의 독점금지국(DOJ Antitrust Division, 이하 “DOJ”라 한다)과 연방거래위원회(Fair Trade Commission, 이하 “FTC”라 한다)가 같은 법을 집행하는 권한(Concurrent Jurisdiction)을 가지고 있기 때문이다. 이 모든 차이를 설명하기 위해서는 미국의 역사와 더불어 연방제(Federalism)에 대한 논의가 필요하지만, 그것은 추후에 적절한 기회로 미룬다. 본고에서는 미국의 경쟁법을 구성하고 있는 연방법과 주법에 대한 개략적 설명과 더불어 개개의 법들의 집행기관과 그 집행구조 및 방식에 대하여 살펴보고자 한다. - 본고는 필자가 향후<경쟁저널>에 정기적으로 기고할 ‘미국의 경쟁법 연구’에 대한 서론의 성격을 띠고 있다. - 미국 경쟁법의 근간을 이해하고 전체의 틀을 알고 있어야, 앞으로 다루게 될 개별 주제들을 보다 잘 이해할 수 있을 것이다.

II. 미국 경쟁법의 구조

1. 미국 연방 경쟁법의 법규(U.S. Federal Antitrust Laws)

DOJ와 FTC가 집행하는 법들은 그 종류가 다양하고 숫자도 많다.⁹⁾ 그 중에서 가장 대표적인 네 가지 연방 경쟁법을 들자면, 셔먼법(the Sherman Act), 클레이튼법(the Clayton Act), 연방거래위원회법(the FTC Act), 그리고 가격차별을 금지하는 로빈슨-패트먼법(the Robinson-Patman Act)이 있다.

7) 물론 연방헌법에 최고법 조항(Supremacy Clause)이 있고, 많은 경우에 연방법과 주법이 상충되는 경우는, 연방법이 주법을 우선(Preempt)한다. 그러나 경쟁법과 관련하여 미국 연방대법원은 연방 경쟁법이 주 경쟁법을 우선하지 않는다고 판결하여, 주법과 연방법이 서로 다른 영역에서 공존할 수 있는 여지를 제공하였다. California v. ARC America Corp., 490 U.S. 93 (1989).

8) 엄밀히 말하자면, 이 51개 주 외에도 자치령인 워싱턴 D.C.(Washington D.C.), 푸에르토리코(Puerto Rico), 버진아일랜드(Virgin Islands)를 포함시켜 54개의 법률체도가 공존하고 있다는 표현이 맞다.

9) DOJ 독점금지국이 집행하는 법 목록은 <http://www.justice.gov/atr/public/divisionmanual/chapter2.pdf>에, 그리고 FTC가 집행하는 법 목록은 <http://www.ftc.gov/ogc/stats.shtm>에 자세히 나와 있다.

(1) 셔먼법은 1890년, 트러스트(Trust)를 이용한 경제의 독점화가 심화되는 것을 막기 위하여 제정되었다. 따라서 다른 나라에서는 ‘공정거래법’ 혹은 ‘경쟁법’ (Competition Law)으로 불리는 내용의 법안이 미국에서는 ‘Anti-Trust’, 즉 ‘반독점법’이라는 이름을 갖게 되었다. 셔먼법은 15 U.S.C. §§ 1-7을 일컫는데, 이 중 절차적 내용과 정의(Definition) 등을 제외한 실체적 내용은 Section 1과 Section 2에 규정되어 있다.

- ① 섹션 1(Section 1)은 비합리적인 거래의 제한(Unreasonable Restraint of Trade)을 금지한다.¹⁰⁾ 셔먼법 위반에는 민형사상 처벌이 따를 수 있는데, 특히 가격담합 등의 Section 1 위반 행위에 대하여 DOJ는 담합행위에 가담한 개인들을 형사처벌하는 것을 중점으로 법을 집행하고 있다. Section 1은 단독으로 위반할 수 없고 다수의 가담자를 필요로 하는데, 가격담합(Price-Fixing), 담합입찰(Bid-Rigging), 시장분할(Market Allocation) 등의 행위는 앞서 언급한 당연위법(per se illegal)으로 처벌받게 된다.
- ② 섹션 2(Section 2)는 독점화(Monopolization)를 금지한다.¹¹⁾ Section 2는 단독으로 위반할 수 있는데, 독점적 시장지위를 가진 자가 다른 이의 시장진입을 막는 등의 독점화 시도를 하는 것을 금지하고 있다. 자유경쟁을 통하여 독점적 지위를 갖게 되는 것은 위법이 아니지만, 독점화(Monopolization)는 위법행위이다.

(2) 클레이튼법은 1914년 제정되었고, 15 U.S.C. §§ 12-27 및 29 U.S.C. §§ 52-53에 규정되어 있다. 이 법은 셔먼법과 달리 형사처벌조항이 없다. 클레이튼법의 핵심적인 내용은 다섯 가지 정도를 들 수 있는데, 이 중에서 Section 4와 Section 16은 이후에 다루고, 여기에서는 Section 3, Section 7, 그리고 Section 8에 대하여 언급하도록 한다.

- ① 섹션 3(Section 3)은 배타적인 거래(Exclusive Dealing)나 끼워팔기(Tying) 등의 행위를 금지한다.¹²⁾ Section 3을 위반하는 행위들은 셔먼법의 Sections 1과 2 또는 아래에서 설명할 Section 5 등도 위반할 가능성이 커서, 다양한 방법으로 처벌될 가능성이 있는 행위들이다.
- ② 섹션 7(Section 7)은 기업결합을 규제하는 규정으로,¹³⁾ Section 7A Hart Scott Rodino Act (이하 “HSR Act”라 한다)¹⁴⁾와 더불어 이해해야 한다. 셔먼법은 이미 경쟁적인 해악을 초래한

10) 15 U.S.C. §1, available at <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/1>.

11) 15 U.S.C. §2, available at <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/2>.

12) 15 U.S.C. § 14, available at <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/14>.

13) 15 U.S.C. § 18, available at <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/18>.

14) 15 U.S.C. §18A, available at <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/18a>. 기업 또는 개인이 다른 기업이나 개인의 주식(Stock) 및 자산(Asset)을 일정 규모(2012년 기준 6,820만 달러) 이상 소유하게 될 때는, 기업결합 전 사전신고서(Pre-Merger Notification)를 DOJ와 FTC에 제출하고 한 달의 유예기간을 기다려야 한다. 더 자세한 내용은 다음 장에서 DOJ와 FTC의 기업결합 규제(Merger Enforcement)를 다룰 때 논하고자 한다.

행위에 대한 사후책임만을 물을 수 있는데 반하여, 클레이튼법은 사전에 그러한 해악을 방지할 수 있도록 규정하였다. 따라서 기업결합이 경쟁을 제한할 여지가 있을 경우, 그로 인한 해악이 발생하기 전에 경쟁당국에서 기업결합을 제한할 수 있도록 한 것이 Section 7이다. 또한 일정 규모 이상의 기업결합 승인에 허가제를 도입함으로써 관리·감독을 용이하게 하기 위하여 제정한 법이 바로 Section 7A HSR Act이다.

- ③ 섹션 8(Section 8)은 동일인물이 두 곳 이상의 경쟁사의 이사회 멤버(Director)나 임원(Officer)직을 겸하는 것(Interlocking Directorate)을 금지하는 규정이다.¹⁵⁾ 동일인이 경쟁사 두 곳에 근무할 경우는 경쟁법을 위반할 여건이 쉽게 조성될 수 있으므로 사전에 방지하는 것이 주 목적으로, 두 회사가 경쟁하는 분야가 미미할 경우는 예외로 하고 있다.

- (3) 연방거래위원회법(Federal Trade Commission Act)은 15. U.S.C. §§ 41-58에 규정되어 있는데, 이 중 Section 5¹⁶⁾가 가장 중요한 핵심적 내용이다. Section 5는 불공정한 방법을 통한 경쟁(Unfair Methods of Competition)과 더불어 거래와 관련한 불공정하거나 기만적인 행위(Unfair or Deceptive Acts or Practices in or Affecting Commerce)를 금지하고 있다. FTC는 Section 5를 통하여 많은 권한을 행사하고 있는데, 일례로 셔먼법 집행에 대해서는 DOJ가 배타적인 권한을 가지고 있지만, 같은 행위에 대하여 FTC는 Section 5 위반행위로 규제하는 것이다. 유일한 차이라면 DOJ는 형사처벌도 할 수 있지만, FTC는 형사처벌을 할 권한이 없고 민사상(Civil) 조치만 취할 수 있다는 점이다.

- (4) 로빈슨-패트만 법(the Robinson-Patman Act)은 가격차별을 금지하는 법으로, 15 U.S.C. § 13에 규정되어 있다.¹⁷⁾ FTC와 DOJ는 모두 이 법을 집행할 권한을 가지고 있지만, 실제로는 FTC만 집행해오고 있다. 1980년대 이후로는 이 법의 집행이 극히 간헐적으로 이루어졌고, 2000년을 마지막으로 더 이상 소송이 제기되지 않고 있지만,¹⁸⁾ 이 법이 완전히 사문화(死文化) 되었다고 보는 것은 무리가 있다. 특정 시장(Market)에 가격차별로 인한 명백한 해악이 발생할 경우, FTC가 이 법을 집행할 수 있음을 염두에 두어야 한다.

2. 미국 각 주들의 경쟁법 법규(State Antitrust Laws)

각 주와 자치령의 경쟁법은 순수한 경쟁법(Antitrust Statutes), 소비자보호법(Consumer

15) 15 U.S.C. §19, available at <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/19>.

16) 15 U.S.C. §45, available at <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/45>.

17) Available at <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/13>.

18) Antitrust Law Developments (7th ed.), (Jonathan I. Gleklen et al. eds., ABA Section of Antitrust Law) (2012), p. 498.

Protection Statutes), 그리고 기만행위 및 불공정거래방지법(Deceptive and Unfair Trade Practices Act)의 형태로 존재한다.¹⁹⁾ 이 법규들을 통하여 미국의 50개 주와 컬럼비아 특별구(District of Columbia), 푸에르토리코, 그리고 버진아일랜드 자치령 모두는 경쟁법 위반행위를 금지하고 있다. 주와 자치령의 경쟁법은 연방 경쟁법을 모델로 제정되어 연방법과 똑같거나 매우 유사한 경우가 대부분이지만, 앞서 말한대로 RPM이나 간접구매자 피해배상소송 자격요건 등에 있어서는 차이가 있을 수 있다.

캘리포니아 주의 예를 들면, 카트라이트법(Cartwright Act)이라는 고유의 경쟁법이 있다. 이 법은 연방법인 셔먼법과 많이 유사하였지만, 연방대법원이 Illinois Brick 판결을 통하여 간접구매자들의 피해배상소송을 금지하자, 캘리포니아 주 의회는 1978년 카트라이트법을 개정하였다. 그 후 캘리포니아 주에서는 카트라이트법에 근거하여 간접구매자들도 피해배상소송을 제기할 수 있게 되었다. 연방 대법원이 직접구매자만이 피해배상소송을 제기할 수 있다고 판결한 이유 중 하나는, 피해액 전가(Pass-On)의 문제, 즉 다양한 계층의 구매자가 존재할 경우(도매상, 소매상, 소비자 등) 누가 피해배상을 받아야 하는가 문제였다. 연방법 하에서는 간접구매자는 직접구매자가 피해액을 자신에게 전부 전가하였기 때문에 소송을 제기한다는 Offensive Pass-On 주장을 할 수 없고, 피고가 원고는 다른 사람에게 피해액을 전가하였기 때문에 소송을 제기할 피해가 없었다는 Defensive Pass-On 주장도 할 수 없다. 그러나 연방대법원의 Illinois Brick 판결을 통하여 간접구매자 피해배상소송 금지를 따르지 않기로 결정한 주의 경우는 Defensive / Offensive Pass-On이 모두 가능할 수 있다는 해석이 가능하다. 그런데 2010년 캘리포니아 주 대법원은 Clayworth v. Pfizer Inc. 사건²⁰⁾을 통하여, 캘리포니아 주에서는 간접구매자의 ^{offensive} Affirmative Pass-On 주장은 가능하지만 피고의 Defensive Pass-On은 제기할 수 없다고 판결하였다.²¹⁾ 연방대법원의 해석 중에서 원고에게 유리한 것은 취하고, 피고에게 유리한 것은 취하지 않은 것처럼 보일 수 있는 판결이다.

19) 각 주의 경쟁법 관련 법규에 대해서는 앞서 인용한 Indirect Purchaser Lawsuits: A State-by-State Survey, (Eric J. McCarthy et al. eds., American Bar Association) (2010)와 Overview of State RPM, Michael A. Lindsay, the Antitrust Source, (April 2011), available at http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/antitrust_law/source_lindsay_chart.pdf 을 참조하라.

20) 233 P.3d 1066 (Cal. July 12, 2010).

21) 이 사건에서는 다양한 계층의 구매자가 실제로 소송을 제기하지 않고, 간접구매자만 소송을 제기하였다. 따라서 이 판결의 여파를 그 특정 사건에 국한시키는 것이 옳다는 주장도 있다. 실제로 판결 내용에 다양한 계층의 구매자가 같은 행위에 대하여 소송을 제기한 경우 Defensive Pass-On 주장을 받아들일 수 있다는 언급이 있다. Id. at 1086 ("In instances where multiple levels of purchasers have sued, or where a risk remains they may sue ... [and] if damages must be allocated among the various levels of injured purchasers, the bar on consideration of pass-on evidence must necessarily be lifted; defendants may assert a pass-on defense as needed to avoid duplication in the recovery of damages.")

III. 미국 경쟁법의 집행(Enforcement of Antitrust Laws in the U.S.)

1. 연방 경쟁법 집행기관(Federal Antitrust Enforcement Agencies)

미국의 연방 경쟁법은 DOJ와 FTC가 약간의 차이가 있는 공동관할권(Concurrent Jurisdiction)을 가지고 집행한다. 클레이튼법에 대해서는 두 기관이 공동관할권을 가지고 개개의 사건마다 협의를 통하여 어느 기관이 처리할 것인지를 결정한다. 즉, 기업합병시 합병 전 신고서(Premerger Notification)가 제출되면 FTC와 DOJ는 전통적으로 한 기관에서 많이 다루어왔던 분야의 일 {예를 들어, 병원합병(Hospital Merger)은 FTC, 통신회사합병(Telecommunication Company Merger)은 DOJ}은 자연스럽게 해당 기관에게 우선권을 주고, 새로운 분야의 사건(Case)에 대해서는 협의과정을 거쳐 어느 기관이 맡을 지를 결정한다. FTC와 DOJ의 중요한 차이점은 다음의 세 가지를 들 수 있다. 첫째, Section 5의 집행권한은 FTC만이 가지고 있고, DOJ는 셔먼법의 독점적 집행권을 가지고 있다. 둘째, DOJ만이 경쟁법 위반행위에 대하여 형사처벌할 수 있는 권한이 있다.²²⁾ 셋째, FTC는 DOJ가 가지고 있지 않은 고유의 행정심절차(Administrative Adjudicative Procedures)가 있다는 것이다. FTC는 지방법원이 아닌 자체 내의 행정법원을 작동하여 사실심 과정을 진행할 수 있다. 독립된 권한을 가진 행정심판관(Administrative Law Judge)이 주재하는 사실심 과정은, 위원회 전원회의 합의체의 최종확정으로 마무리되고, 이 판결에 대한 이의는 연방항소법원으로 제기해야 한다.

(1) 기업결합 규제(Merger Enforcement)

미국에서 일정 규모 이상의 기업결합 및 주식과 자산의 취득은, 경쟁법 집행기관에 미리 신고하고 일정한 유예기간이 지나야만 거래를 완료할 수 있다. 기업결합 전 신고(Premerger Notification Filing)가 필요한지 여부는 상업 심사(Commerce Test), 거래의 규모 심사(Size of Transaction Test), 그리고 거래당사자들의 규모 심사(Size of Person Test)에 따라 결정되는데, 거래의 규모와 거래당사자들의 규모에 대한 액수는 매년 FTC에서 인플레이션(Inflation)을 고려하여 결정하고 발표한다.²³⁾ 미국의 연방 경쟁법 집행기관들(FTC와 DOJ)은 기업결합 전 신고대상이 되지 않는 거래에 대해서도 조사할 권한을 가지고 있다. 따라서 규모가 작은 거래라고 할지라도, 기업결

22) 한국의 신문에서 가끔 한국 기업의 간부들이 가격담합으로 인하여 미국에서 징역형 처벌을 받게 되었다는 기사를 본 일이 있을 것이다. 이것은 DOJ에서 기소하여 재판을 거쳐 형이 확정된 경우일 수도 있지만, 대부분은 유죄협상(Plea Negotiation)을 통하여 감경된 형(刑)에 유죄 인정(Guilty Plea)을 하는 경우가 대부분이다.

23) Section 7A, 15 U.S.C. §18a에는 거래의 규모가 '조정 전 5,000만 달러 미만' 일 경우는 거래 전 신고서를 제출하지 않아도 된다고 정하고 있다. 2012년 기준으로 FTC는 '조정 전 5,000만 달러 미만' 이 6,820만 달러라고 발표하였다. 현재의 신고기준액(Current Thresholds)은 공보(Federal Register)를 통하여 발표되며, FTC 홈페이지에서 나와 있다(<http://ftc.gov/os/2012/01/120124claytonact7a.pdf>).

합이나 주식 및 자산 취득시 경쟁법 관련 사항들에 대한 충분한 고려가 필요하다.²⁴⁾ 또한 신고대상이 되는 거래와 관련하여 HSR Act의 요건을 따르지 않을 경우, 위반 발생시점부터 일일 16,000달러의 벌금이 누적 부과되기 때문에 각별히 유의해야 한다.²⁵⁾

거래당사자들이 기업결합 전 신고서를 제출한 후 30일의 유예기간이 지나거나 연방 경쟁법 집행기관에서 조기조사종결(Early Termination) 결정이 나면, 당사자들은 거래를 완료 (Consummate)할 수 있다. 그러나 만약 경쟁법상 이슈(Issue)가 있어서 추가로 조사할 필요가 있다고 판단되면, 그 사건을 담당하고 있는 해당 조사기관은 추가 자료 요청(Second Request)을 할 수 있다. Second Request가 발행되면 기업결합 당사자들은 그 요구에 성실히 응해야 하고, 요청을 충실히 이행한(Substantial Compliance) 이후 30일이 지난 시점에 거래를 완료할 수 있다. 조사기관은 해당 거래가 경쟁법상 문제가 있다고 판단되면, 법원에 가처분 신청을 내고 소송과정을 거쳐서 기업결합을 봉쇄하는 절차를 밟게 된다. 두 기업이 결합하는데 있어서 일정 부분의 사업분야에만 경쟁법적 위해요소가 있을 경우, 해당 분야의 사업만 제3자에게 처분하는 등의 조건을 달아 기업결합을 허락하는 경우도 많이 찾아볼 수 있다. 수평적 경쟁관계에 있는 기업결합에 관한 DOJ와 FTC의 조사방식과 규제정책들에 관한 자세한 정보는 DOJ와 FTC가 2010년 8월 19일 공동으로 개정 출간한 <Horizontal Merger Guidelines>를 참고하기 바란다.²⁶⁾

(2) 민사상 조사 및 소송(Civil Investigation and Litigation)

FTC와 DOJ는, 초기에는 제보나 자체 정보수집에 의존하여 기초조사를 실시하고, 심도 있는 조사가 필요하다고 판단되는 경우는 강제절차(Compulsory Process)를 동원하여 실질심사를 시작할 수 있다. FTC가 동원할 수 있는 강제절차에는 여러 가지가 있는데, 여기서는 문서요청(Subpoenas)과 민사 조사 요구서(Civil Investigative Demands(CIDs))를 논하기로 한다. DOJ의 경우는 형사조사에서는 Subpoena, 민사조사에서는 주로 CID를 사용한다. Subpoena와 비교하여 CID의 가장 큰 차이점은, 현존하는 자료의 제출만을 요구할 수 있는 Subpoena와는 달리 CID는 질문에 대한 답을 요구할 수 있다는 것이다. 즉, 조사에 필요한 자료를 만들어 제출할 수 있도록 요구할 수 있다는 점이다. CID의 요구가 지나치거나 CID 발행이 부당하다고 느끼는 당사자는 CID를 받은 시점부터 20일 이내에 해당 기관에 이의를 제기할 수 있다.

기업결합이나 다른 거래가 현재 경쟁적인 위해를 가하고 있거나 위해 가능성이 농후한 경우, 해

24) 기업결합 전 신고대상이 아닌 거래(Non-Reportable Transaction)였음에도 FTC나 DOJ 조사의 대상이 된 경우에 대해서는 다음의 글을 참고하라. Mary K. Markes and Beverly J. Ang, Agency Merger Enforcement in Non-Reportable Transactions, The Antitrust Source (Feb. 2010).

25) 개인의 주식 취득에 대해서도 신고예외조항에 해당되지 않는 경우는 반드시 신고절차를 거쳐야 한다. 마이크로소프트(Microsoft)의 창립자인 빌 게이츠(Bill Gates)도 자신의 주식 취득이 신고예외조항에 해당되는 줄 알고 신고하지 않았다가, 80만 달러의 벌금을 낸 사례가 있다.

26) Available at <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html>.

당 기관은 연방법원에 금지명령(Injunction)을 요청할 수 있다. 금지명령에는 조사가 완료되거나 소송이 마무리 될 때까지의 기간만큼만 거래를 중지하도록 하는 제한적 금지명령 (Preliminary Injunction)과 위해의 사실이 명백하여 영구히 해당 거래나 행위가 금지되도록 하는 영구적 금지명령(Permanent Injunction) 두 가지가 있다. 금지명령의 신청은 FTC와 DOJ 모두 연방법원에 해야 한다.

(3) FTC의 행정심 절차(FTC Adjudicative Procedures)

FTC의 행정심 절차는 15 USC §45(b)와 행정심 절차법(Administrative Procedure Act)의 규정을 따른다. FTC의 행정심에서는, FTC에 소속된 인원들이 판사와 검사의 역할 모두를 수행하게 되기 때문에 판결의 중립성에 대한 의문이 제기될 수 있다. 행정심판관의 독립성을 보장하는 법률적 장치가 있기는 하지만, FTC의 위원(Commissioner)이 행정심판관 대신 행정심을 주재할 수도 있는 등 편견의 여지는 있어 보인다. 일단 행정심판관의 판결이 나오면 그 판결은 위원회 전원회의의 합의체에 항소될 수 있고, 위원회는 행정심판관의 판결을 원점에서 재검토(de novo review)할 수 있다. 위원회 전원회의의 합의체의 최종 판결은 연방항소법원에 항소될 수 있는데, 연방항소법원은 FTC 행정심에서의 판결이 상당한 증거(Substantial Evidence)로 뒷받침되는가를 기준으로 판단하게 된다. 상당한 증거심사(Substantial Evidence Test)는, 그 말이 시사하는 바와는 달리 민사소송의 증명기준인 증거의 우월성(Preponderance of Evidence)보다도 낮은 기준이다. 따라서 행정심판관의 판결과 전원합의체의 최종 판결이 같은 경우, 그 판결이 연방항소법원에 항소되어도 결론이 달라질 가능성은 높지 않다고 보아야 한다.

(4) DOJ의 형사조사 및 집행

(DOJ Antitrust Division Criminal Investigation and Enforcement)

DOJ가 독점적 집행권을 가지고 있는 셔먼법 위반행위에 대한 형사조사는, 요즘은 대부분 카르텔 가담자 중에서 리니언시 신청자(Leniency Applicant)에 의하여 시작된다고 볼 수 있다. 1978년 미국에서 처음 시작된 기업면책정책(Corporate Leniency Policy)이 큰 효과를 발휘하지 못하고 있다가, 1993년 주요 정책의 수정을 통하여 큰 반향을 불러 일으켰다.²⁷⁾ 또한 2004년 제정된 'the Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act(ACPERA)'는 리니언시 신청자에 대해서는 민사소송의 위험을 줄여주는 대신, 다른 카르텔 가담자들의 형사처벌을 강화하였다.²⁸⁾ 최근에 실시된 연구에서 ACPERA가 리니언시 제도를 더 활성화시켰다는 증거는 확연히

²⁷⁾ See Antitrust Law Developments (7thed), p. 977, n. 167. 수정된 주요 내용들은, 첫째로 리니언시를 신청한 기업은 거의 자동적으로 면책 특권을 부여 받고, 또한 그 기업에 속한 협조적인 모든 임직원들이 형사처벌을 면제 받는 것 등이다.

드러나지는 않았지만, 그것은 어쩌면 이미 리니언시 제도가 충분히 활용되고 있다는 반증일 수도 있다.²⁹⁾

2. 주 경쟁법 집행기관(State Antitrust Enforcement Agencies)

미국의 각 주별로 주 검찰조직(State Attorney General's Office, 이하 "State AG"라 한다)이 있는데, 이들이 각 주의 경쟁법을 집행한다. State AG의 경쟁법 집행은 다음의 세 가지 경우에 집중되어 이루어진다.

첫째, 기업결합에 있어서 State AG는 연방 경쟁법 집행기관들과 밀접하게 연대하여 규제와 관련한 결정을 내린다. 그러나 기업결합으로 인하여 특정 주에 미치는 영향이 유난히 큰 경우, 그 주의 State AG는 연방 경쟁법 집행기관과는 별도의 행동을 취하는 경우도 있다.³⁰⁾

둘째, 대다수의 주법에도 셔먼법과 같이 경쟁법이나 불공정거래법 위반 시에 형사처벌을 할 수 있는 규정이 있다. 그러나 주 경쟁법 위반으로 형사처벌을 받는 경우는 흔하지 않으며, DOJ에서 이미 해당 범죄에 대하여 형사처벌한 경우는 더욱 그러하다. 마찬가지로 주 검찰을 통하여 이미 형사처벌을 받은 행위에 대해서는, DOJ 또한 특별한 경우를 제외하고는 새롭게 기소하지 않는다는 정책을 가지고 있다.³¹⁾

셋째, State AG가 주 혹은 주민(州民)을 대표하여 연방법이나 주법에 근거한 경쟁법 소송을 제기하는 경우는, 위의 두 경우와는 달리 매우 흔하다. 한국 기업들도 대규모 집단소송에서는, 거의 대부분 State AG들이 제기한 소송을 경험하게 된다. State AG가 주민들을 대표하여 소송을 제기하는 것은 '후견소송'(Parens Patriae)이라는 관습법 개념에서 가능하다. 연방 민사소송절차 Rule 23에 따른 집단소송과는 달리, State AG는 마치 부모가 미성년인 자식을 대리하여 법적인 권리와 의무를 행사하듯이, 해당 주에 살고 있는 주민들을 대표하여 대표소송을 제기할 수 있는 것이다.

28) 미국에서 가격 카르텔 민사소송에서는 피해자가 자기 피해의 3배(Treble Damages)를 청구할 수 있다. 또한 한 가담자가 직접 초래한 손해액 뿐만 아니라 다른 모든 가담자들이 초래한 손해액 전부에 대하여 특정의 한 가담자에게 책임을 지울 수 있는 연대 및 단독책임(Joint and Several Liability)의 위험도 있다. 그러나 ACPERA 이후 리니언시 신청자는 자기의 매출(Sales)의 대해서만 책임지면 된다. 또한 피해를 입은 자는 리니언시 신청자에 대하여 피해액의 3배(Treble Damages)가 아닌 실제 피해액(Single Damages)만 청구할 수 있다.

29) Eileen Larence, Stakeholder Views on Impact of 2004 Antitrust Reform Are Mixed, but Support Whistleblower Protection, GAO-11-619 (July 25, 2011), available at <http://www.gao.gov/products/GAO-11-619>

30) See e.g., Antitrust Law Developments (7th ed), p. 435, n. 647.

31) Id., at 1025. 동일 범죄를 두 번 처벌하는 것은 미국의 수정헌법 제5조의 이중처벌금지원칙(Double Jeopardy)을 위반한 것이 아니냐는 의문이 제기될 수 있다. 그러나 미국 연방대법원은 같은 범죄행위에 대하여 연방 검사와 주 검사가 각각 기소하고 처벌하는 것은 헌법 위반이 아니라고 판결하였다. Id., see *Abbate v. United States*, 359 U.S. 187 (1959); *Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. 121 (1959).

3. 민간소송인(Private Litigants)

클레이튼법의 Section 4는 사인 (私人, Private Party)들이 연방 경쟁법 위반행위로 입은 피해에 대한 3배 손해배상소송을 제기할 수 있도록 규정하고 있고, Section 16은 금지명령(Injunctive Relief)을 통하여 계속된 피해를 방지할 수 있도록 규정하고 있다. 재미있는 것은 미국의 대법원이 간접구매자(Indirect Purchaser)가 연방 경쟁법 하에서는 3배 피해배상소송을 제기할 수 없도록 Illinois Brick 사건에서 판결하였음에도 불구하고, 여전히 간접구매자들이 3배 피해배상소송을 버젓이 연방법원에 제기하고 있다는 것이다. 이것은 연방법원에 '추가관할권' (Supplemental Jurisdiction)이라는 것이 있어서 가능한 것으로, 동일한 사실관계에서 연방법과 주법의 문제가 동시에 발생하였을 때 연방법원에서 주법의 문제로 제기된 주장도 판단할 수 있게 하였기 때문이다. 결국, 이 때문에 연방대법원에서 간접구매자 손해배상소송 금지(Illinois Brick Indirect Purchaser Bar³²⁾)의 원칙을 천명하였음에도 불구하고, 실제로 그 효과는 훨씬 미미하다. 따라서 간접구매자들의 피해배상소송도 연방법원에 제기된 경쟁법 집단소송에서 거의 예외가 없이 발견된다.

미국에서 DOJ가 가격 카르텔 등에 관한 형사조사를 시작하면, 거의 예외가 없이 사인에 의한 경쟁법 집단소송이 제기되고³³⁾, State AG들의 소송도 줄을 잇게 된다. 또한 아직 한국의 문화에서는 활성화되지 않았지만, 기업의 임원진들이 카르텔 등에 관여하였거나 혹은 관리·감독의 소홀이 증명될 수 있는 경우는 주주들의 기업 임원진들에 대한 소송(Shareholder Derivative Lawsuit)도 있을 수 있다.

IV. 결론

이상과 같이 미국 경쟁법의 법률 구조 및 집행기관, 각 기관별 집행구조의 특성과 방식 등에 대하여 논하였다. 다음 호(경쟁저널 제164호)에서는 이를 토대로, 한국 기업들이 미국에서 당면하게 되는 경쟁법 이슈를 기업결합의 경우(Merger Context)와 형사조사 및 민사소송의 경우(Non-Merger Criminal Investigation and Civil Litigation Context)로 나누어, 실례(實例)를 들어 자세히 설명하고자 한다. 

32) 간접구매자 손해배상소송 금지라는 원칙이 미국 경쟁법 집행에 작용하는 독실에 관해서는 논쟁이 많은데, 이것 또한 추후에 다룰 수 있는 하나의 주제로 남겨두고자 한다.

33) 실제로는 집단소송을 전문으로 하는 원고측 변호사집단에 의하여 제기된다.