

사소제도의 한·미·일 비교¹⁾

조성국 / 공정위 심판관리3담당관실 서기관

1 서언

공정거래법 위반을 이유로 사인(私人)이 제기하는 민사소송을 사소(私訴, private antitrust suits)라고 한다. 미국에서는 클레이튼법(Clayton Act)에 흔히 말하는 3배 손해배상제도(treble-damage action)와 금지명령청구제도(injunction)가 도입되어 있고, 일본과 우리나라에서는 손해배상제도만 도입되어 있는 실정이다. 일본에서는 최근 손해배상제도의 범위 확대 및 금지명령청구제도 도입을 위한 법안을 의회에 제출한 바 있다.

사소제도는 공정거래법 집행의 주체를 확대하여 궁극적으로는 국민의 피해구제를 원활히 할 수 있는 제도로 평가받고 있는데, 본 고에서는 한·미·일에 공통적으로 도입되어 있는 손해배상제도를 중심으로 한 비교법적인 검토를 통하여 우리의 사소제도를 확충 내지 보완할 수 있는 여지는 없는지 살펴보고자 한다.

2 한·미·일 사소제도 비교

(1) 근거조항

가. 미국

▶ Clayton법 제4조

... 반트러스트법에 금지되어 있는 사항으로 인하여 사업이나 재산에 침해를 받은 자는 청구액의 여하에 관계없이 ... 연방지방법원에 소를 제기하고, 자신이 입증한 손해액의 3배 및 합리적인 변호사 보수를 포함한 소송비용의 배상을 청구할 수 있다.

▶ Clayton법 제16조

어떠한 개인, 회사, 법인 또는 단체는 ... 반트러스트법의 위반에 의한 손실 혹은 손해를

1) 본고의 내용은 전적으로 필자 개인의 견해에 불과하며 공정거래위원회의 공식입장이 아님.

초래할 우려가 있는 행위에 대하여 형평법상의 동일한 조건 및 원칙에 따라 금지명령이 허용될 수 있는 경우...연방법원에 소를 제기하고 금지명령을 요구할 수 있다.

나. 일본

▶ 독금법 제25조

- ① 사적 독점 또는 부당한 거래제한을 하거나 불공정한 거래방법을 사용한 사업자는 피해자에 대한 손해배상의 책임을 진다.
- ② 사업자는 고의 또는 과실이 없었던 것을 증명하여 전항에 규정한 책임을 면할 수 없다.

다. 한국

▶ 공정거래법 제56조

- ① 사업자 또는 사업자단체는 이 법의 규정을 위반함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 당해 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다.
- ② 제1항의 규정에 의하여 손해배상의 책임을 지는 사업자 또는 사업자단체는 그 피해자에 대하여 고의 또는 과실이 없음을 들어 그 책임을 면할 수 없다.

(2) 당사자 적격

손해배상청구에서 원고적격은 한·미·일 모두 독금법 등의 위반으로 인하여 손해를 입은 자로 볼 수 있다. 경쟁관계에 있는 자, 거래상대방, 일반소비자 등이 그 대상이 될 수 있다. 일본판례에 의하면, 당해 위반행위와 손해와의 상당인과 관계의 존재가 긍정되는 한 당해 행위자의 직접 거래상대방이나 간접 거래상대방을 불문하고 손해배상청구를 할 수 있다고 한다(일 대법원 1987. 7. 2 판결).

다만, 피고적격에 있어 우리나라는 사업자와 사업자단체 구분없이 인정하여 왔으나 일본은 그 동안 사업자단체를 제외하여 왔다. 그런데 최근 법률개정안에서는 사업자단체를 포함시켜 손해배상의 범위를 확대하려 하고 있다.

(3) 사소의 대상

미국의 Clayton법에서는 반트러스트법 위반 행위를 사소의 대상으로 하고 있다. 그리고 반트러스트법에는 셔먼법, 클레이튼법, 윌슨관세법 일부조항이 포함된다.²⁾ 그러므로 로빈슨패트만법 제2조는 클레이튼법의 수정법이기 때문에 반트러스트법에 해당한다. 그러나

2) Clayton법 제1조

로빈슨패트만법 제3조는 사소제도의 집행을 위한 반트러스트법이 아니다. FTC법 제5조도 여기에 해당하지 않는다. 일본은 사적독점, 부당한 거래제한, 불공정한 거래방법에 대하여만 사소를 허용하고 있고 기업결합이나 사업자단체금지행위는 제외된다.

우리나라는 공정거래법상의 모든 위반행위에 대하여 손해배상을 인정하고 있어 최소한 그 범위에 있어서는 미국이나 일본보다 넓다고 할 수 있다.

(4) 입증책임

어느 나라나 손해배상의 입증책임은 손해배상을 구하는 원고에게 있다. 일본과 우리나라에서 사소제도가 활성화되지 못하고 있는 가장 큰 이유 중의 하나는 법원이 경제법사안에 있어서도 타 민법사안과 마찬가지로 엄격한 입증책임을 요구하고 있는 반면 경제법사안은 입증이 극히 곤란하다는 문제가 있기 때문이다.³⁾ 물론 일본과 우리나라는 무과실책임주의를 채택하고 있지만 인과관계의 입증이 되지 않는 이상 실제 소송에서는 큰 도움이 되지 않는 실정이다.

미국의 판례에 의하면 원고는 반트러스트 위반과 연계된 영업이나 재산에 대한 피해를 주장하는 것에 덧붙여 “반트러스트에 대한 피해”를 입증해야 한다.⁴⁾ 즉, 대법원은 원고의 피해가 경쟁감소가 아니라 경쟁증가에 의해 야기된 경우는 주장을 받아들이지 않았다. 또한 손해액을 추정할 있는 이론들이 미국판례에 의해 발전되어 왔는데, 과거 추세에 비추어 위반행위가 없었을 경우와 실제이익을 비교하여 산정하는 추세비교법, 법위반 전후 원고의 이익을 비교하여 산정하는 전후비교법, 피해를 입은 원고와 피해를 입지 않은 타인의 이익을 비교하여 산정하는 잣대법 등이 있다.

일본에서는 손해액 산정에 있어 위반행위가 없을 경우의 이익과 현실의 이익을 비교하여 산정하는 차액설이 통설로 되어 있다. 즉 판례에 의하면 불공정한 거래방법에 의해 형성된 고액과 공정한 경쟁에 의하여 형성되었을 가격과의 차액이 손해액이라는 것이다(동경고등법원 1977. 9. 19). 우리나라의 경우는 관련 판례가 거의 없는 실정이다.

(5) 선시정조치(先是正措置)와의 관계

미국에서는 경쟁당국의 시정조치가 선행조건은 아니나 시정조치가 있는 경우 현실적으로 입증책임이 대폭 완화되는 경향이 있다. 즉 셔먼법, 클레이튼 위반혐의로 정부와 당사자간 소송에서 정부가 승소한 경우 사실관계는 금반언의 원칙상 별도의 민사소송에서 일응 유리한 증거로 추정된다. 이 경우 피고측에서 볼 때 사실상의 추정을 뒤엎는 것은 현

3) 일본의 무라카미 마사히로(村上政朴)에 의하면, 미국에서 손해의 입증은 일본에 비해 상당히 느슨하다고 한다(村上政朴 저, 독점금지법의 일·미 비교(하), 弘女堂, 1991, p.101 참조).

4) ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments(4th ed.), Vol.1, Chicago, 1997, p.765

실적으로 불가능하기 때문에 화해에 의한 해결을 선택하게 된다. 미국에서 사소가 활성화 되게 된 배경도 경쟁당국이 법집행을 활발히 하면서부터였다. 그래서 많은 경우 경쟁당국의 조사가 이루어진 후에 사소를 제기하게 된다고 한다. 왜냐하면 원고의 입장에서 경쟁당국의 조사를 토대로 하게 되면 입증부담이 크게 줄어든다는 현실적인 문제가 있기 때문이다.

그에 반해 일본과 우리나라는 공정거래위원회의 시정조치가 선행조건으로 되어 있다. 일본에서는 권고심결, 동의심결, 심판심결, 과징금심결 중 어느 하나를 거친 이후에야 손해배상청구가 가능하다.⁵⁾ 일본의 경우 심결취소소송에서 위원회의 사실인정은 실질적 증거의 원칙에 따라 법원을 기속하는 효과가 있는데 이 효력이 손해배상소송에는 적용되지 않는다. 다만, 사실상의 추정력만 인정되고 있다.

우리나라는 시정명령이나 시정권고를 거친 이후에 손해배상청구소송을 제기할 수 있으나⁶⁾ 과징금의 경우는 시정조치로 볼 것인지에 대해 해석상의 문제가 생길 수 있다. 한편 타 행위에 대한 시정조치가 있는 경우 그와 관련된 다른 행위로 인한 손해배상청구가 가능한지 문제가 될 수 있다. 「남양알로에의 구속조건부거래 등에 대한 건」의 판결에 의하면, 공정거래위원회로부터 구속조건부거래와 재판매가격유지행위에 대해 시정명령을 받은 후 거래거절을 사유로 손해배상청구를 하였다 하더라도 전시정조치 이행요건은 충족된 것으로 보고 있다(대법원판례 1997. 4. 22. 96다54195).

또한, 당해 행위가 민법상의 불법행위에 해당하는 한 심결의 유무를 불문하고 별도로 민사상의 손해배상청구가 가능하다는 것이 일본에서의 학설과 판례(일 대법원 1947. 11. 16 판결 등)였는데, 우리나라에서는 법률개정시 이를 명문규정으로 두어 해석의 여지를 없애 버렸다. 이 경우 공정거래법상의 손해배상책임과 민법상의 손해배상책임을 비교해 보면, 양자가 모두 불법행위에 대한 책임이라는 점에서 기본적인 성격은 동일하다고 볼 수 있으나 심결의 확정을 요하는지 여부, 무과실책임여부, 제소법원, 시효 등에서 차이가 난다고 할 수 있다.

(6) 기타

미국과 한국은 제소법원이 지방법원으로 되어 있으나 일본은 동경고등법원으로 되어

5) 일본 독금법 제26조제1항

제25조의 규정에 의한 손해배상의 청구권은 제48조제4항(권고심결), 제53조의3(동의심결) 또는 제54조(정식심결)의 규정에 의한 심결이 확정된 후 또는 이들의 규정에 의한 심결이 행하여지지 않은 경우에는 제54조의2제1항(과징금심결)의 규정에 의한 심결이 확정된 후가 아니면 재판상 이를 주장할 수 없다.

6) 공정거래법 제57조제1항

제56조(손해배상책임)의 규정에 의한 손해배상청구권은 이 법의 규정에 의한 시정조치가 확정된 후가 아니면 이를 재판상 주장할 수 없다. 다만, 이는 민법 제750조(불법행위의 내용)의 규정에 의한 손해배상청구의 소를 제한하지 아니한다.

있다. 일본은 위원회의 심결이 사실상 제1심의 역할을 한다고 보아 심결취소소송과 마찬가지로 제소법원을 동경고등법원으로 하고 있다. 우리나라는 공정거래법에 취소소송의 제소법원은 서울고등법원으로 한다고 규정되어 있으나 손해배상소송의 제소법원에 대한 규정은 없다. 법원이 일반 민사소송에 준해서 취급하고 있을 뿐이다.

시효의 측면에서 본다면 한국과 일본은 시정조치 확정 후 3년으로 되어 있으나, 미국은 소송원인 발생 후 4년으로 되어 있다.

손해액에 있어서는 미국이 기본적으로 손해액의 3배인데 반하여 한국과 일본은 실손해액으로 되어 있다. 미국이 3배 손해배상을 규정하게 된 것은 불법행위일반에 있어서도 징벌적인 손해배상이 가능하다는 역사적인 배경에서 나온 것이다. 우리나라에서도 3배 손해배상이 가능할 것인지에 대하여는 아직까지 본격적인 논의는 없으나 징벌적 손해배상을 채택하고 있지 않은 우리나라 법체계를 고려한다면 쉽사리 인정하기는 곤란할 것이다.

3 우리나라의 사소제도 운용실태 및 향후의 과제

우리나라는 손해배상제도가 사실상 거의 활용이 되고 있지 못한 실정이다. 일본의 경우도 마찬가지이다. 가장 큰 이유는 법원이 위반행위와 손해와의 인과관계, 손해액에 대해 엄격한 입증을 요하고 있어 피해자가 승소하는 것은 대단히 어렵다는 것이다. 현재의 무과실책임주의만으로는 역부족인 형편이다. 일각에서는 입증책임을 피고에게 전가해야 한다고 주장을 하고 있으나 그것은 타 불법행위의 입증책임과 비교할 때 형평성의 측면에서 문제가 생길 수 있기 때문에 신중한 검토가 필요한 사항이다. 또한 손해액을 구체적으로 어떻게 산정할 것인지에 대한 심도깊은 논의가 필요하다. 교통사고로 인한 손해액의 산정도 쉬운 것은 아니지만 수많은 경제주체가 유기적으로 관련된 경제활동 과정에서 발생한 손해액을 산정한다는 것은 그와 비교할 때 훨씬 어려운 작업이기 때문이다. 따라서 이와 관련된 논의가 심도깊게 이루어져야 할 것이다.

한편, 우리도 미국식의 금지명령청구제도 도입을 검토해 볼 필요가 있다. 일본은 최근 법 개정안에서 금지명령청구제도를 도입하여 사소제도의 확충을 도모하고 있다. 그러나 일반불공정행위에 한정된 것이기 때문에 그 효과가 얼마나 있을지에 대하여는 회의적인 시각이 있다. 만약 금지명령청구제도를 도입하는 경우 구체적인 법률요건은 어떻게 할 것인지, 법원과 공정거래위원회와의 관계는 어떻게 설정하여야 할 것인지, 법원의 판결기준과 공정거래위원회의 시정명령의 기준이 상이한 경우 어떻게 할 것인지 등에 관한 세부적인 논의가 선행되어야 할 것이다.

끝으로 사소제도 그 자체의 개선만으로 소기의 목적을 달성하기는 어렵다. 미국의 경우만 보더라도 사소제도의 발전은 그 제도 자체의 요인 못지 않게 사소제도를 둘러싼 미국 법률문화, 판례, 학설, 일반법률 제도 등이 큰 영향을 미쳤고 그러한 환경이 변화되자 사

소제도의 활용이 크게 위축되는 경향을 보이고 있다. 미국은 서면법 제정 당시만 하더라도 법무부가 법집행을 하지 않고 사적 집행에 의존하였으나 실제로는 활발하지 않았다. 이후 법무부가 서면법 집행을 본격화하고 FTC법, Clayton법 등이 제정되어 공적 집행이 활발하게 되자 동시에 사적 소송도 활발하게 되었다. 그러다가 1960년대 이후 소송이 폭발적으로 증가하게 되었다. 그것은 법원이 하버드 학과의 당연위법 원칙의 적용범위를 확대하게 되어 원고의 입장에서 입증책임부담이 크게 줄어든 것과 정식재판 이전에 중요한 증거자료를 확보할 수 있는 discovery 제도의 발전, 배심원 제도, 집단소송제도⁷⁾ 등이 그 주요한 원인이 된 것으로 평가받고 있다.

그러나, 1970년대 후반 시카고 학과의 등장으로 합리성 원칙의 적용 강화, discovery제도 및 배심원제도의 축소, 대규모 집단소송 사안의 감소 등으로 1980년대부터는 다시 줄어들고 있는 실정이다. 1980년대 말부터는 매년 1,000~2,000건의 사소가 제기되고 있는 것으로 알려져 있다. 또한 일본이나 우리나라는 변호사의 수가 미국보다 절대적으로 적어 공정거래법에 관심을 갖는 변호사가 많지 않고 변호사의 비용은 비싼 반면 미국처럼 3배 손해배상이 아니라는 점도 한 가지 요인이 되고 있다. 이러한 점을 감안한다면 사소제도 자체의 개선만으로 그 제도가 원활히 작동할 것이라고 기대하는 것은 무리이며 제도를 둘러싼 환경의 변화가 수반되어야만 원하는 목적을 모두 성취할 수 있을 것이다. **공정**

7) 동일의 독금법 위반에 의해 동종의 손해를 입은 다수의 피해자를 대표하여 소송을 제기, 수행하면 그 판결의 효력이 모든 피해자에게 미칠 수 있다는 점에서 사소제도의 활성화에 기여한 것으로 평가받고 있다.