



공정거래법상 손해배상제도의 현황과 과제



홍 대 식
법무법인 율촌 변호사

손해배상제도가 활성화되면 공정거래법 위반 행위로 피해를 입었다고 주장하는 당사자들은 공정위에 시정조치의 발동을 촉구하는 것과 별도로 법원에 손해배상청구를 하여 신속한 권리 구제를 받을 수 있고, 동일한 사안에 대하여 공정위와 법원이 관여하게 되는 기회가 확대됨에 따라 현재와 같은 양 기관 사이의 판단 과정의 괴리도 좁혀질 수 있을 것으로 기대된다.

다만 개정안에도 불구하고 손해배상소송에서 입증에 어려운 영역인 인과관계와 손해액에 관한 피해자의 실질적인 입증부담은 여전히 남아 있으므로 개정안에 따른 제도개선이 소재기 활성화라는 효과를 얼마나 가져올 것인지는 더 지켜볼 문제이다.

I. 들어가는 말



규제및공정거래에관한법률(이하 '공정거래법' 또는 단순히 '법'이라고 한다)은 개별적인 거래관계가 아닌 전체 시장의 관점에서 경쟁을 보호하는 것을 기본적인 목적으로 하여 경쟁제한적인 행위를 규제함으로써 결과적으로 구체적인 거래상대방, 경쟁자 나아가 일반 소비자의 이익도 보호한다. 따라서, 공정거래법은 법위반 행위의 억제 기능과 함께 적절한 범위 내에서 피해자에 대한 보상 기능을 수행할 수 있어야 한다.

공정거래법 위반행위에 대한 규제수단의 선택은 바람직한 규제수준을 달성하기 위하여 공법적인 수단과 사법적인 수단의 역할 분담이라는 측면에서 법정정책적으로 접근할 필요가 있다. 그 중 사법적 규제수단과 관련하여 공정거래법상 손해배상청구제도도 피해자의 현실적인 손해를 전보한다는 피해구제 기능 외에 부수

적으로 범위반 행위를 억제하고 예방하는 기능을 할 수 있다는 점에서 많은 조명을 받아 왔다. 이와 관련하여 행정적 규제에 담당자인 공정거래위원회(이하 '공정위'라고 한다)가 최근 입법 예고 한 공정거래법 개정안에는 공정거래법상 손해배상제도가 그 취지에 걸맞게 제대로 활용되지 못하고 있다는 문제의식하에 피해자의 제소를 유인하기 위하여 이를 개선하는 내용을 담고 있다.

이 글에서는 공정거래법상 손해배상제도의 현황을 실무적인 관점에서 개관하면서 개정안에 따라 개정되는 부분을 관련 부분에서 설명하고 그 기대효과와 앞으로의 과제를 함께 살펴보는 방법으로 논의를 진행하기로 한다.

II. 공정거래법상 손해배상청구의 절차

1. 당사자

형식적 당사자 개념을 취하고 있는 우리나라에서는 공정거래법 위반행위로 피해를 입었다고 주장하는 사람은 그 주장 자체에 의하여 원고적격을 갖는다. 따라서, 거래상대방이나 경쟁관계에 있는 사업자는 물론이고 직접적인 거래관계에 있지 않은 최종적인 일반 소비자도 손해배상청구를 할 수 있고, 심리 결과 청구권이 없음이 밝혀졌다고 하더라도 청구기각 판결을 받게 될 뿐 원고적격이 없다는 이유로 소 각하 판결을 받지 않는다.

한편 공정거래법 규정에서는 사업자 또는 사업단체가 손해배상책임을 진다고 규정하고 있으므로, 사업자 또는 사업단체만이 피고적격을 갖는다. 이는 사업자의 피용자가 실제로 범위반 행위를 하였다라도 공정거래법상 사업자가 아닌 피용자를 상대로 한 손해배상청구는 성립하지 않는다는 점에 의의가 있다.

2. 관할법원

일본법과 같은 전속관할규정¹⁾이 없으므로 일반 민사소송에서와 같이 피고의 보통재판적 소재지의 지방법원 또는 불법행위지를 관할하는 지방법원에 소를 제기할 수 있다.

3. 시정조치의 선택적

공정거래법 제57조제1항에 의하면, 공정거래법상 손해배상청구권은 시정조치가 확정된 후가 아니면 재판상 주장할 수 없다. 이 규정은 공정위의 시정조치의 확정을 소의 제기에 앞선 전치절차로 규정하여 시정조치 확정전에 하는 손해배상청구를 제한하는 취지라고 보는 것이 대법원의 확립된 견해이다.²⁾ 따라서, 공정위의 시정조치가 확정되지 않은 상태에서 손해배상을 청구하는 소를 제기하더라도 제소요건을 갖추지 않으면 원칙적으로 부적법한 소로서 각하 판결을 받게 된다.

그러나, 공정거래법 위반행위는 동시에 민법상 불법행위의 요건을 충족할 수 있기 때문에 시정

1) 일본 독점금지법 제85조는 위원회의 심결에 관한 소송과 마찬가지로 손해배상청구소송도 동경고등재판소의 전속관할로 정하고 있다.

2) 대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카29075 결정 [공1990, 1122]; 대법원 1997. 4. 22. 선고 96다54195 판결 [공1997상, 1540].

조치의 선확정 요건을 갖추지 못하였다고 하더라도 민법상 불법행위를 원인으로 한 손해배상 청구까지 제한되는 것은 아니다. 법 제57조제1항 단서는 공정거래법에 의한 손해배상청구는 민법 제750조의 규정에 의한 손해배상청구의 소를 제한하지 아니한다고 규정하여 이 점을 명시하고 있다.

그런데, 개정안은 시정조치의 선확정 요건이 공정거래법상 손해배상청구권 행사의 제약 요인으로 작용할 뿐만 아니라 법 제57조제1항은 그 단서의 규정에도 불구하고 피해자가 공정위의 시정조치를 거치지 않으면 손해배상청구를 하지 못하는 것으로 오해될 여지가 있다는 점을 근거로 공정거래법상 손해배상청구권의 재판상 주장 제한을 규정한 법 제57조제1항을 삭제하도록 하고 있다. 그에 따라 앞으로는 민법상 손해배상청구권에 비하여 공정거래법상 손해배상청구권을 행사하기 어려웠던 절차적인 중요한 장애가 없어지게 될 전망이다. 다만 공정거래법상 손해배상청구권이 실제적인 면에서도 피해자에게 확실한 장점을 제공하여 제도개선에 따라 활용도가 높아지게 될 것인지는 별도로 검토될 문제이다.

4. 소멸시효

공정거래법상 손해배상청구권은 이를 행사할 수 있는 날부터 3년을 경과한 때에는 시효에 의하여 소멸된다(법 제57조제2항). 공정위의 시정조치가 확정되어야만 이를 재판상 주장할 수 있으므로, 소멸시효는 그 시정조치가 확정된 때로

부터 진행하기 시작한다.³⁾

이에 대하여 개정안은 재판상 주장 제한규정 삭제에 따라 손해배상청구권의 행사 제한이 없으므로, 소멸시효 기간을 안 날로부터 3년 또는 범위반 행위 종료일로부터 5년으로 개정하는 규정을 두고 있다(개정안 제56조제2항). 현행법상으로는 피해자가 안 날부터 3년이 경과하거나 범위반 행위 종료일로부터 5년이 경과하더라도 공정위가 시정조치 기한인 5년(법 제49조제4항)에 임박하여 시정조치를 하거나 불복소송 등으로 시정조치 확정이 지연될 경우 소멸시효가 진행되지 않으나, 개정안에 따르면 공정위의 시정조치 확정과 관계없이 손해배상청구권의 소멸시효가 먼저 완성될 우려가 있다. 또한 법적 안정성 저해를 이유로 민법상 10년의 소멸시효기간(민법 제766조제2항)을 5년으로 단축했으나, 3년의 단기시효가 먼저 도래하지 않는 한 5년이 경과한 후에도 민법상 손해배상청구권은 10년이 경과할 때까지 존속하게 되므로 굳이 그와 같은 차이를 둘 실익이 있는지는 의문이다.

III. 손해배상청구권의 성립요건

1. 법규정 요건에 해당하는 행위의 존재

공정거래법 위반을 이유로 손해배상을 청구하기 위해서는 먼저 문제되는 행위가 공정거래법에서 법에 위반된다고 규정하는 행위의 요건에 해당한다는 점을 입증하여야 한다. 일본법⁴⁾과 달

3) 서울고법 1998. 5. 20. 선고 97나4465 판결; 서울고법 2001. 12. 27. 선고 2001나14001 판결.

4) 일본 독점금지법 제25조는 사적독점, 부당한 거래제한, 불공정한 거래방법의 3가지 위반행위로 인하여 손해를 입은 자에 대하여만 손해배상청구권을 인정한다.

리 우리 법에서는 손해배상청구의 대상을 제한하고 있지 않기 때문에, 시장지배적지위의 남용 행위, 부당한 공동행위, 불공정거래행위에 해당하는 경우는 물론이고, 경쟁제한적인 기업결합 행위 또는 경제력집중의 억제 목적을 목적으로 규제되는 행위로 인하여 손해를 입었다고 주장하는 경우에도 일단 청구는 성립한다. 그러나, 우리나라에서도 경쟁제한적인 기업결합행위와 경제력집중의 억제와 관련된 행위의 경우 법규의 입법 목적이나 보호법익, 행위의 성격 등에 비추어 그로 인한 손해를 인정하기가 어려울 것으로 보인다.⁵⁾

그런데, 공정거래법에 정한 행위요건은 경우에 따라서는 관련시장의 확정, 시장점유율의 측정과 같은 경제적인 분석을 요하거나, 그 합의가 사업자간에 은밀하게 또는 묵시적으로 행해지기 때문에, 피해자가 민사소송의 과정에서 입증하기에는 지나치게 많은 비용이 들거나 증거수집에 어려움을 겪을 수 있다. 따라서, 이미 공정위의 조사, 심결과정에서 그 위반사실이 밝혀지고 관련 증거가 확보되어 있다면 피해자는 그 자료를 인용함으로써 그 주장·입증 부담을 덜 수 있다. 다만 앞서 본 소멸시효기간 때문에 앞으로는 피해자가 공정위의 사건조사 절차의 진행에 관계없이 손해배상청구의 소를 제기하게 될 수 있으므로, 소송절차에서 법원이 공정위의 사건조사 추이를 지켜보기 위해 기일을 추정하는 운영의 묘를 발휘할 필요가 있다.

판례는 시정조치가 확정된 경우 거기서 인정된 사실은 손해배상소송에서 법원을 구속하지는 못하지만 사실상 추정을 받게 된다고 하여,⁶⁾ 시정조치의 구속력에 관하여 사실상 추정설을 취하고 있다. 따라서, 공정거래법 위반을 이유로 하는 청구에서는 일단 제소요건을 갖춘다면 사실인정이라는 첫 관문을 비교적 쉽게 통과할 가능성이 높다고 할 수 있다. 다만 시정조치의 종류와 시정조치가 확정된 절차에 따라 사실인정 과정에서 법관의 자유심증에 영향을 미치는 사실상 추정의 강약에 사실상의 차이가 있을 수 있다.⁷⁾ 이러한 판례의 입장은 시정조치의 선확정 요건을 둔 법 제57조제1항의 해석에 근거한 것으로 보이나, 개정안에 따라 그 조항이 삭제되더라도 유지될 것으로 생각된다.

2. 행위의 위법성

공정거래법에 위반하는 행위로 인정되려면 그 행위가 외형적으로 법규정이 정하는 요건을 갖추는 외에 그것이 법의 목적에 비추어 허용될 수 없는 행위여야 한다.⁸⁾ 공정거래법 위반행위는 권리침해라는 결과의 반사회성에 중점을 두는 전통적인 유형의 불법행위와 달리 행위 자체의 반사회성을 문제삼는 '행위지향적인 불법행위'이기 때문이다.⁹⁾

공정거래법 위반행위의 위법성의 표지는 일부 예외적인 경우가 있지만 대체로 '경쟁제한성'이

5) 보다 자세한 논의는 김정민, "독점규제법상 손해배상에 관한 연구", 서울대학교 법학석사학위논문(1997), 98면 이하 참조.

6) 대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카29075 판결 [공1990, 1122].

7) 장승화, "독점규제법상 손해배상청구소송과 시정조치의 구속력", 판례월보 제247호, 판례월보사 (1991. 4.), 21면.

8) 대법원 1998. 9. 8. 선고 96누9003 판결 [공1998하, 2430].

9) 양창수, "독점규제법에서의 손해배상", 민법연구 제5권, 박영사 (1999), 219면; 김정민, 앞의 논문, 23면.

라는 개념으로 수렴될 수 있을 것이다. 그런데, 경쟁제한성이라는 개념은 법학의 영역에서는 낯선 일반개념으로서 경제학의 도움 없이는 그 의미가 올바르게 이해되기 어렵다. 특히 하나의 행위가 경쟁제한적인 효과와 동시에 경쟁촉진적인 효과를 갖는 경우 제한의 사회적 비용이 사회적 가치를 초과할 때만 비난가능성이 있기 때문에, 두 효과의 크기를 비교·형량하는 작업이 수반되어야 하는데, 구체적인 사전처리에 있어 법원이 경제학에 대한 충분한 이해와 경제전문가의 도움 없이 매번 이러한 작업을 수행하기란 사실상 어렵다. 따라서, 선진 외국의 실무에서는 구체적인 공정거래사건 유형이 관련된 상황에 맞는 적절한 재판상의 추정 이론을 개발하였는데, 미국에서는 당연위법과 합리성의 원칙의 적용이, 유럽연합(EU)에서는 행위의 목적과 효과를 구별하여 위법성 요건의 입증 정도에 차이를 두는 방법이 여기에 해당한다.

이와 같은 위법성 평가의 방법은 우리나라에서도 적절하게 활용될 수 있다. 즉, 행위의 성질이나 구체적인 시장 및 거래의 상황을 고려하여 경쟁을 중대하게 제한하는 것임이 경험적으로 확인된 일정한 행위는 경쟁에 대한 침해를 분명하게 상쇄하는 이점이 있다는 명백한 반증이 없는 한 법에 위반되는 것으로 사실상 추정하는 재판규범을 개발하여 피해자의 입증책임을 완화해 줄 필요가 있다.

3. 손해의 발생

법위반 행위가 있다는 사실만으로 곧 손해배상을 청구할 수 있는 것은 아니다. 법위반 행위가 있더라도 손해가 발생하여야 하고 원고가 그 발생 사실을 입증하여야 한다. 손해는 현실적으로

입은 확실한 손해에 한하는 것이기 때문에, 법위반 행위가 있더라도 소송을 제기할 때에는 아직 반경쟁적인 손해가 발생하지 않았을 수도 있다. 이러한 경우에는 손해가 구체화될 때까지 기다려 손해배상청구를 하기보다 예방적인 금지청구를 하는 것이 더 적절할 수 있으나, 이번 개정안에는 금지청구제도가 도입되지 않았다.

4. 인과관계의 존재

법위반 행위와 피해자에게 발생한 손해 사이에는 법위반 행위가 없었더라면 피해자에게 손해가 발생하지 않았을 것이라고 하는 논리적인 관계, 즉 인과관계가 존재하여야 한다.

공정거래법상의 손해배상책임도 민법상의 손해배상책임의 일종이기 때문에, 민법에서의 논의가 그대로 적용될 수 있지만, 공정거래법 위반행위가 시장에서의 경쟁질서와 관련된 비교적 새로운 유형의 불법행위라고 한다면 이와 같은 유형의 행위 자체의 특수성이나 입증 곤란의 문제를 고려한 재판규범의 개발이 시급한 과제이다.

우리 법상 인과관계 이론에 상응하는 미국 판례법상의 이론으로는 반트러스트적 손해(Antitrust Injury) 이론과 원고적격이론을 들 수 있다. 그런데, 미국의 판례 이론은 3배손해배상제도의 법위반 행위 억제 기능의 효율성을 고려한 정책적인 판단에 근거한 것이기 때문에, 실손해배상을 전제로 하여 억제 기능보다 보상적 성격이 강한 우리 법상 손해배상제도의 운영에 그대로 받아들이기에는 적합하지 않다. 그러나, 우리 법상으로도 인과관계가 인정되기 위하여 구체적인 사실을 모두 주장, 입증한다는 것은 일반 소비자의 입장에서 대단히 어려운 일이므로, 환경오염피해소송, 의료과오소송, 제조물책임소송

과 같은 특수소송에서 인과관계의 입증책임을 경감하는 판례의 입장¹⁰⁾을 공정거래법 관련 소송에도 확장하는 것이 바람직하다.

5. 주관적 요건

공정거래법상의 손해배상책임은 상대방의 고의 또는 과실을 필요로 하지 않는 무과실책임이다. 공정거래법과 같은 경제법령의 경우 범위반행위와 손해발생 사이에 인과관계가 인정되면 과실의 존재는 사실상 추정된다고 볼 수 있으므로, 무과실책임을 규정한 취지는 손해배상의 책임을 지는 사업자 또는 사업자단체가 그 피해자에 대하여 고의 또는 과실이 없음을 들어 그 책임을 면할 수 없다(법 제56조제2항)고 하는 점에 그 의의가 있다.

그러나, 개정안은 무과실책임 조항을 삭제하는 대신 원칙적으로는 피해자가 행위자의 고의 또는 과실을 입증할 책임을 지지 않도록 하되 제56조제1항에 단서를 신설하여 행위자가 자신의 고의 또는 과실이 없음을 입증하면 손해배상책임을 면하도록 규정하여 주관적 요건의 입증책임을 전환하고 있다. 그에 따라 비록 입증의 어려움은 있지만 행위자가 주관적 요건의 부존재를 입증하여 책임을 면할 수 있는 방법이 마련된 셈이다.

IV. 손해액의 산정

손해배상의 대상이 되는 손해의 존재가 확정되더라도 그 손해를 금전적으로 평가하는 작업은 또 다른 어려운 문제를 야기한다. 손해의 산정 근거에 대하여 비현실적인 정확성을 요구한다면 손해배상소송의 활용도가 낮아질 수밖에 없다. 우리 판례는 일반 불법행위로 인한 손해배상책임이 인정되는 때에는 손해액에 관한 입증이 없거나 불충분하더라도 법원이 석명권을 행사하고 입증을 촉구하여 손해액을 심리 판단해야 한다고 하여¹¹⁾ 손해액 산정에 대하여는 법원의 창조적 역할을 강조하고 있다. 나아가 장래의 얻을 수 있었을 이익에 관한 입증에 있어서는 그 증명도를 과거 사실에 대한 입증에 있어서의 증명도보다 경감하여 채권자가 현실적으로 얻을 수 있을 구체적이고 확실한 이익의 증명이 아니라 합리성과 객관성을 잃지 않는 범위 내에서의 상당한 개연성이 있는 이익의 증명으로 족하다고 보고 있다.¹²⁾

개정안은 손해가 발생하였다고 인정된 경우로서 손해의 성질상 그 손해액을 입증하는 것이 매우 곤란한 때에는 법원이 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다는 손해액의 인정조항(개정안 제57조)을 신설하였다. 이 조항은 외형적으로는 기존의 판례 입장을 재확인하는 것에 불과하나, 공정거래법 위반으로 인한 손해배상청구 사건에서 손해액의 입증이 곤란하여 승소 가능성이 높지

10) 환경오염피해소송에 관한 대법원 1997. 6. 27. 선고 95다2692 판결 [공1997하, 2290], 의료과오소송에 관한 대법원 2000. 9. 8. 선고 99다48245 판결 [공2000.11.1.(117), 2074] 등, 제조물책임소송에 관한 대법원 2000. 2. 25. 선고 98다15934 판결 [공2000상, 785] 참조.

11) 대법원 1982. 4. 13. 선고 81다1045 판결 [공1982, 501].

12) 대법원 1992. 4. 28. 선고 91다29972 판결 [공1992, 1698].


않다는 일반의 선입견을 고려할 때 그와 같은 부담을 경감하여 손해배상제도의 활용도를 높이는 효과를 어느 정도는 가져올 것으로 생각된다.

한편 불법행위로 인한 재산상 손해의 산정방법에 관하여는 차액설이 판례의 입장이다. 즉 위법한 가해행위로 인하여 발생한 재산상 불이익, 즉 그 위법행위가 없었다면 존재하였을 재산상태와 그 위법행위가 가해진 현재의 재산상태의 차이가 손해로 산정되며, 여기에는 기존의 이익이 상실되는 적극적 손해와 장차 얻을 수 있을 이익을 얻지 못하는 소극적 손해가 포함된다.¹³⁾

V. 맺으면서

최근 전개된 손해배상제도 개선 논의의 초점은 공정거래법상 손해배상청구를 활성화하는 방향의 법개정이었고 개정안도 이에 발맞추어 마련된 것으로 생각된다. 손해배상제도가 활성화되면 공정거래법 위반행위로 피해를 입었다고 주장하는 당사자들은 공정위에 시정조치의 발동을 촉구하는 것과 별도로 법원에 손해배상청구를 하여 신속한 권리 구제를 받을 수 있고, 동일한

사안에 대하여 공정위와 법원이 관여하게 되는 기회가 확대됨에 따라 현재와 같은 양 기관 사이의 판단 과정의 괴리도 좁혀질 수 있을 것으로 기대된다.

다만 개정안에도 불구하고 손해배상소송에서 입증이 어려운 영역인 인과관계와 손해액에 관한 피해자의 실질적인 입증부담은 여전히 남아 있으므로 개정안에 따른 제도개선이 소 제기 활성화라는 효과를 얼마나 가져올 것인지는 더 지켜볼 문제이다. 이 문제는 결국 소 제기라는 방법에 의하여 정당한 피해구제에 나서는 피해자들이 증가하고 그에 따라 법원의 판례 발전을 통해 위와 같은 객관적 요건에 대한 입증책임의 문제에 대한 논의가 활발해져야 궁극적으로 개선될 수 있는 문제이다. 개정안에 따른 제도개선은 이러한 논의 확대에 하나의 계기를 마련해 줄 것으로 기대되며, 공정거래법의 목적이 기본적으로 범위반 행위의 억제에 있고 손해배상제도의 활용이 최적의 집행수준을 결정하기 위한 시장 주체들의 분권적인 의사결정을 촉진하는 기능을 할 수 있다는 점을 고려한 법원의 적극적인 태도가 요망된다. 

13) 대법원 1992. 6. 23. 선고 91다33070 전원합의체 판결 [공1992, 2235]; 대법원 1996. 2. 9. 선고 94다53372 판결 [공1996상, 884]; 대법원 1998. 7. 10. 선고 96다38971 판결 [공1998하, 2054] 등.