공정거래법의 사적 집행에 관한 국내 동향과 쟁점

서강대학교 법학전문대학원 교수 | **홍 대 식**

I. 들어가는 말

1. 공정거래법의 공적 집행 제도와 사적 집행 제도

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 "공정거래법"이라 한다)의 집행 제도는 크게 공적 집행(Public Enforcement) 제도와 사적 집행(Private Enforcement) 제도로 나눌 수 있다.

공적 집행 제도는 특정한 정부기관에 의하여 독점적으로 이루어지는 집행을 말하고, 우리나라의 경우 공정거래위원회(이하 "공정위"라 한다)에 의한 행정적 집행과 검찰에 의한 형사적 집행으로 나누어진다. 공정위에 의한 행정적 집행의 수단은 시정조치와 과징금이 있다. 이 중 시정조치는 그 목적과 기능이 위반행위로 인한 경쟁질서 또는 거래질서의 침해 회복, 그리고 예방을 통한 구제(Remedies)에 있는데 비하여, 과징금은 위반행위를 억제(Deterrence)하는 데 그 목적과 기능이 있다고 할 수 있다. 검찰에 의한 형사적 집행의 수단은 형사벌 제도가 있다. 형사벌의 경우에도 억제 목적을 가장 중요한 목적의 하나로 지향하고 있기 때문에, 공정위에 의한 행정적 집행수단 중 동일한 목적을 지향하는 과징금과 형사벌의 관계 설정이 문제가 된다. 현재의 제도는 검찰의 형사벌 집행의 전제로서 공정위의 전속고발권을 인정하고 있는데, 이는 공적 집행에 있어서 공정위 중심의 집행체제를 입법적으로 채택한 취지로 볼 수 있다.

이에 대하여 사적 집행 제도는 집행을 추진하는 주체가 사인(私人), 단체, 정부 또는 지방자치단체 등으로 분권화되고 법원의 사법절차에 의하여 이루어지는 집행을 말한다. 사적 집행 제도로 우리 법에 규정되어 있는 것은 손해배상청구 제도이고, 입법론적으로 검토되고 있는 것으로는 행위금지청구 제도가 있다.

2. 사적 집행 제도로서의 손해배상청구 제도와 행위금지청구 제도의 비교

손해배상청구 제도는 위반행위로 인한 사인의 손해가 발생한 후의 사후적 구제수단인 반면에, 행위금지청구 제도는 위반행위로 인한 사인의 손해가 현실적으로 발생하지는 않았으나 그 우려가 있는 경우의 예방적 구제수단이라는 점에서 구별된다. 또한, 손해배상청구 제도는 금전적 구제수단이라는 점에서 공정위의 과징금 제도와 비교될 수 있는 반면에, 행위금지청구 제도는 비금전적 구제수단이라는 점에서 공정위의 시정조치 제도와 비교될 수 있다.

사적 집행 제도로서의 손해배상청구 제도와 행위금지청구 제도는 각각 공정위의 과징금 제도 또는 시정조치 제도와 비교될 수 있지만, 다음과 같은 점에서 공정위의 제도와는 구별된다. 먼저 공정위의 과징금 제도는 위반행위자에게 금전적 부담을 부과함으로써 위반행위의 억제에 주된 목적이 있기 때문에 손해 발생을 반드시 전제로 하지 않고 현실적으로 최적 수준의 집행을 위한 사회적 손실에 대한 측정이 아닌 대리변수인 관련 매출액 기준에 의한 산정이 이루어지고 있는 데 반하여, 손해배상청구 제도는 피해자가 입은 손해에 대한 보상(Compensation)을 주된 목적으로 하므로 손해 발생을 전제로 하고 피해자가 입은 손해의 실제 크기를 금전적으로 평가하여 배상액을 산정한다는 점에서 구별된다. 다음으로 공정위의 시정조치가 공익 보호의 관점에서 위반행위로 인한 경쟁질서 또는 거래질서의 침해를 회복한다는 측면에서의 구제를 목적으로 하는 데 반하여, 행위금지청구 제도는 사익 보호의 관점에서 위반행위로 인한 피해를 교정한다는 측면에서의 구제를 목적으로 한다는 점에서 구별될 수 있다.

3. 최근의 국내 논의와 동향에 부쳐

우리나라의 공정거래법 집행체제는 제도적으로 공적 집행과 사적 집행이 혼합된 이원적 체제이면서 공정위가 주도적인 역할을 담당하는 공정위 중심의 집행체제라고 할 수 있다. 기본적으로 공정거래법 위반행위에 대한 집행수단의 선택은 바람직한 집행 수준을 달성하기 위하여 공적인 집행수단과 사적인 집행수단의 역할 분담이라는 측면에서 법정책적으로 접근할 필요가 있다. 그에 따라 사적 집행에 관한 논의는 현재의 공정위 중심의 집행체계 개선을 위하여 사적 집행을 활성화할 필요가 있는가, 있다면 그 방법은 무엇인가에 관한 논의를 중심으로 전개되어 왔다.

다만, 독립된 경쟁정책 집행기관인 공정위에 공정거래법의 전반적인 운용을 맡기고 있는 우리나라의 법체제에서는 미국과 달리 집행수단으로서의 사적 집행의 역할에 대한 경험이 부족하다는 점에서, 사적 집행이 공적 집행의 미비점을 적극적으로 보완하는 역할을 수행할 것으로 보는 견해부터 사적 집행의 역할이 제한적이며, 오히려 사회적 비용을 증가시킨다는 견해에 이르기까지 사적 집행의 역할 자체에 대한 다양한 시각 차이가 존재한다.

사적 집행을 활성화할 필요가 있다는 논의는 그 방법으로서, 크게 사후적 피해자 구제수단으로서의 손해배상청구 제도를 활성화 하기 위한 개선방안을 제시하는 견해와 예방적 구제수단으로서의 행위금지청구 제도의 도입을 전제로 하여 구체적인 제도 설계방안을 제시하는 견해로 대별된다. 또한, 이러한 견해들의 대부분은 주로 미국,[1] 유럽연합(EU),[2] 일본[3]의 입법례에 대한 소개에 기초하여 제도적 관점에서의 개선 논의를 전개하고 있다. 다른 한편으로, 최근 공정위의 조사와 행정처분과정에서 주목을 받았던 사건들에 뒤따라 손해배상소송이 제기되는 사례가 늘면서 위반행위와 손해 발생 사이의 인과관계의 인정기준이나 손해액 산정기준과 관련된 구체적인 법적 쟁점에 대한 논의도 중요한 법적 과제로 대두되고 있고, 이와 관련된 법적 논의과정에서도 외국의 사례 소개가 중요한 비중을 차지하고 있다.

흔히 공정거래법의 사적 집행이라고 할 경우, 이는 마치 공정거래법을 집행하기 위한 수단의 하나로서 공정거래법의 특성이 반영된 제도인 것처럼 보일 수 있고, 그러한 관점에서 공정거래법상 사적 집행에 관한 그 동안의 제도적 논의도 전체적인 법체계와의 정합성(整合性)에 관한 깊이 있는 논의와는 거리를 두고 이른바, 선진국들의 제도와 우리 제도를 단순히 접목하려는 방향으로 전개되어 온 것이 사실이다. 그러나 우리나라에서 공정거래법의 사적 집행 수단으로서 인정되고 있는 손해배상청구 제도는 기본적으로 불법행위법의 체계 내에서 운영되는 것이므로, 법리로서의 개념 해석이나 판단기준의 정립 역시 다른 법의 영역에서 형성, 발전되어 온 불법행위이론의 연장선상에서 이루어질 수밖에 없다. 이 점을 간과할 때, 외국의 제도나 사례 소개에 기초한 연구나 법적 주장은 실제적 관련성이 다소 떨어질 수 있다. 다만, 다른 법 특히, 사법의 영역에 속하는 민법이나 상법과 달리 공정거래법의 집행은 공적 집행을 중심으로 이루어지고 있어 사적 집행은 보완적 기능을 하고 있다는 점, 법의 집행이 공적 집행과 병행하여 또는 그와 결부되어 이루어지고 있다는 점에서 지적재산권법도 공정거래법과 유사한 지위에 있으나 공정거래법에서는 지적재산권법과 달리 행위금지청구 제도가 없는 점, 일반 민사 법리에 의하더라도 우리나라에서는 불법행위에 대하여 금전배상을 원칙적 구제수단으로 채택하면서 이에 대한 일반적인 부작위청구권(不作爲請求權)

1) 미국 제도에 관한 국내 자료로는 윤세리, "미국 독점금지법상의 사소제도", 경쟁법연구 제9권, 한국경쟁법학회 (2003. 4.), 9면 이하. 미국에서의 최근의 제도연구로는 Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendation (2007. 4.), 241~284면, 사례연구로는 Lande, Robert H. & Davis, Joshua P., Report of the American Institute's Private Enforcement Project: Benefits From Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases, American Antitrust Institute (2007. 12.), http://www.antitrustinstitute.org/Archives/privateenforce.ashx에서 다운로드 가능.

2) EU는 각 회원국과 별개의 경쟁법 체계와 공적 집행기관을 갖고 있으나, 사적 집행은 각 회원국의 권한에 맡겨져 있다. EU 경쟁당국은 각 회원국의 사적 집행 활성화에 매우 적극적인 태도를 보이면서 연구보고서와 녹서, 백서 등을 발간한 바 있다. 예컨대, EC Commission, White Paper on Damages actions for the breach of the EC antitrust rules (2008. 4.)와 그에 부속된 Staff Working Paper 참조. EU 제도와 사례에 대한 국내 소개는 쟁점별로 단편적으로 이루어지고 있다. 예컨대, 장혜림, "독점규제법 위반행위자를 피고로 하는 간접구매자 손해배상청구소송의 법적 문제", 상사법연구 제27권 제1호(통권 제58호), 한국상사법학회 (2008. 5), 51~61면, 서혜숙, "경쟁법 위반 사건에서의 손해배상액 산정기준과 EU 사례", 경쟁저널 제144호, 한국공정경쟁연합회 (2009. 5.), 44~53면.

3) 일본 제도에 관한 국내 자료로는 김차동, "일본 경쟁법상의 공정거래법 위반행위에 관련된 민사적 구제제도", 경쟁법연구 제9권, 한국경쟁법학회 (2003. 4.), 8면 이하.

은 인정하고 있지 않은 점[4] 등이 공정거래법상 인정되는 사적 집행 수단인 손해배상청구 제도와 관련된 법적 개념의 해석과 기준의 정립과정에 충분히 참작될 필요가 있다고 생각된다.

그 동안 국내에서 이루어진 많은 논의에도 불구하고, 대부분의 논의가 우리나라의 제도적 배경과 경제적 상황 하에서 개별적인 사건을 통하여 구체적으로 대두되는 쟁점을 다룬 것이 아니라는 점에서, 공정거래법의 사적 집행을 둘러싼 본격적인 논의는 여전히 출발점에 머물러 있다는 것이 필자의 솔직한 생각이다. 다만, 이 글은 본격적인 연구논문이 아니고 이 글을 읽게 될 독자들도 이론적 논의보다 실제적 쟁점을 발견하고 이해하는 데 더 관심이 있을 것을 고려하여, 이하에서는 최근 공정거래법의 사적 집행사례와 관련된 몇 가지 실제적인 제도 운영상의 쟁점과 최근에 선고된 판례에 나타난 손해배상청구와 관련된 법 해석과 적용상의 쟁점을 소개하고 필자의 견해를 덧붙이는 방식으로 논의를 전개하고자 한다.

II. 손해배상청구 제도와 자진신고자 감면 신청과의 관계

공정거래법 제56조의 규정에 의한 손해배상청구의 소(訴)가 제기된 때 법원은 필요한 경우, 공정위에 대하여 당해 사건의 기록(사건관계인, 참고인 또는 감정인에 대한 심문조서 및 속기록 기타 재판상 증거가 되는 일체의 것을 포함한다)의 송부를 요구할 수 있다(법 제56조의2). 이 규정은 공정거래법에 의한 손해배상청구 소송에 있어서 소송경제(訴訟經濟)를 기하고 피해자의 입증 부담을 경감하기 위해 1999년 2월 5일 신설된 규정이라고 하는데,[5] 법원이 직권으로 공정위에 송부를 요구할 수 있다는 점 외에는 당사자가 법원에 신청하는 증거조사방법인 문서송부촉탁(민사소송법 제352조)과 내용상 그다지 다르지 않다. 다만, 문서송부촉탁은 법원이 촉탁의 주체가 되기는 하지만 당사자의 신청을 법원이 채택하여 절차적으로 대행하는 증거조사방법이라는 점에서 피촉탁기관의 자료의 제출시기나 범위에 있어 충분히 협조하지 않더라도 달리 강제할 방법이 없는 반면에, 공정거래법상 법원의 기록 송부 요구는 공정거래법의 명시적 근거에 의하여 법원의 직권으로 이루어지는 것이라는 점에서 공정위가 사실상 이에 구속되는 효과를 기대할 수 있을 것이다. 특히, 기록 송부 요구시기에 제한이 없으므로 공정위의 조사절차가 진행 중인 상태에서도 법원이 당해 사건의 기록 송부를 요구할 수 있다는 점에 실무상 의의가 있을 것이다.

이와 관련하여 최근 논의되고 있는 쟁점은 부당한 공동행위 사건에서 자진신고자 감면 신청을 한 자가 시정조치 및 과징금 감면을 받기 위한 요건(공정거래법 제22조의2 제1항, 제3항, 동법 시

4) 정상조 · 권영준, "개인정보의 보호와 민사적 구제수단", 법조 통권 603호, 법조협회 (2009. 3.), 31면에서는 손해의 범위의 해석론과 관련하여 손해배상청구 제도와 다른 구제수단 사이의 기능적 연관성을 고려할 필요성을 제기하면서, 우리나라처럼 불법행위에 대한 구제수단이 제한적인 나라에서는 이론적으로 손해의 범위를 좀 더 융통성 있게 해석할 필요를 제기한다.

5) 김구년, "독점규제법상 손해배상청구소송의 제 문제", 비교사법 제14권 1호(통권 36호), 한국비교사법학회 (2007. 3.), 285~286면.

행령 제35조 제1항)인 필요한 증거의 제출, 계속적인 조사 협조를 위하여 공정위에 자신에게 불리한 자료를 제출한 경우, 이러한 자료도 공정위가 법원의 기록 송부 요구에 응하여 송부하여야 할 자료에 포함될 것인가 하는 점이다. 이러한 쟁점이 문제되는 이유는, 자진신고자 감면 제도는 부당한 공동행위에 참가한 사업자가 합의에서 이탈하도록 유도하기 위한 경제적 유인체계를 제공함으로써 자진신고 또는 조사 협조를 유도하여 그 속성상 은밀하게 이루어지는 부당한 공동행위의 적발확률을 제고하기 위한 것인데, 자진신고를 하여 그 목적을 위하여 자료를 제출한 후에 그에 뒤따른 손해배상소송(Follow-on Damages Claims)에서 그 자료가 자신에게 불리한 증거로 사용되면서 자진신고의 유인이 반대로 감소할 우려가 있기 때문이다.

그런 점에서 공정위의 「부당한 공동행위 자진신고자 등에 대한 시정조치 등 감면제도 운영고시」[6] 제19조 제1항에서 조사공무원 등은 자진신고자 등의 신원이나 제보 내용, 증거자료 등을 당해 사건 처리를 위한 목적으로만 사용하여야 한다고 규정한 것에 근거하여 민사 사건에서의 법원 또는 당사자는 신고자의 자료를 증거자료로 사용하는 것이 가능하지 않다고 해석하는 주장[7]이 있으나, 위 규정은 조사공무원 등의 비밀 엄수의무와 관련된 범위 내에서만 적용될 뿐 법원의 재판업무를 위하여 법에 근거한 요구에 응하지 않을 근거는 되지 않으므로 무리한 주장이다. 따라서 법 제56조의 2에 근거한 법원의 기록 송부 요구에 대해서는 신고자의 자료를 제외할 수 있는 다른 법적 근거가 인정되지 않는 한 응하지 않을 수 없을 것이다.

나아가 당사자의 신청에 의한 법원의 문서송부촉탁과 같이 신고자를 상대로 소를 제기하였거나 제기하려고 하는 자에 대하여 공정위가 신고자의 자료를 제공할 수 있는지 여부와 관련해서 공정거래법 제22조의2 제2항, 동법 시행령 제35조 제2항에서는 공정위 및 그 소속 공무원은 신고자 등이 해당 정보 제공에 동의한 경우, 해당 사건과 관련된 소송의 제기, 수행 등에 필요한 경우에는 신고자의 자료를 사건 처리와 관계없는 자에게도 제공할 수 있도록 허용하고 있으므로 사실상 제한을 두고 있지 않다. 이는 결국 공정위의 정책적 판단에 따라 결정될 문제이기는 하지만, 제도적으로 외국의 입법례에 비추어 신고자가 제출한 증거의 공개나 접근을 일정 부분 제한하는 방안을 강구할 필요가 있다는 주장[8]이 일각에서 제기되고 있다. 한편, EU에서는 신고자에 대하여 손해액을 감경한다든지 연대배상책임을 제거한다든지 하는 민사소송절차에서의 혜택을 부여하는 방안이 논의[9]되고 있으나, 어느 것이나 우리나라에서는 별도의 입법을 요하는 사항이다.

6) 2007. 12. 27. 개정 공정위 고시 제2007-13호.
7) 황태희, "현행 카르텔 자진신고자 감면제도의 문제점과 개선방안", 한국경쟁법학회 편, 경쟁법연구 제16권, 법문사 (2007. 11.), 84~85면.
8) 이석준, "카르텔 손해배상 청구소송과 리니언시 제도 간의 관계", 경쟁저널 제142호, 한국공정경쟁연합회 (2009. 1.), 25면.
9) EC Commission, White Paper on Damages actions for the breach of the EC antitrust rules, COM(2008) 165 final (2008. 4.), 81~84면.

III. 손해배상청구권의 성립요건의 입증과 관련된 쟁점

1. 손해의 발생

공정거래법 위반행위가 있다는 사실만으로 곧바로 손해배상을 청구할 수 있는 것은 아니다. 법 위반행위가 있더라도 손해가 실제로 발생하여야 하고 원고가 그 발생 사실을 입증하여야 한다. 손해는 이론상 현실적으로 입은 확실한 손해에 한하는 것이다. 다만, 손해는 어디까지나 법적 개념이므로 손해의 발생 여부는 사회통념에 비추어 규범적으로 판단할 수밖에 없다.[10]

그런데 공정거래법 위반행위는 그로 인하여 공정거래법의 보호이익인 경쟁과정이나 장점에 의한 경쟁에 대한 추상적인 위험이 발생하였을 뿐 행위의 효과가 미칠 수 있는 경쟁사업자에게 구체적인 불이익이 발생하기 전 단계에서도 성립할 수 있고, 행위의 상대방에게 구체적 불이익 즉, 침해 또는 방해[11]가 발생하였다고 하더라도 그것이 바로 손해를 구성하는 것은 아닐 수 있다. 특히, 부당한 공동행위의 경우에는 일정한 행위를 할 것을 합의하기만 하면 법 위반행위가 성립할 수 있으므로 합의에 따른 행위가 실행되어 구체적인 손해의 결과를 초래하기 전에 중단되거나 좌절된 경우에는 손해가 발생하지 않을 수도 있다. 예컨대, 경쟁사업자 사이에 가격담합 또는 생산량 감축의 합의가 있었으나, 담합에 가담했던 사업자의 합의 파기 또는 다른 외부적인 요인으로 인해 합의가 이행되지 아니하여 거래상대방에게 초과가격의 지급으로 인한 손해라는 결과가 초래되지 않은 경우이다.

실무상 침해 또는 방해가 있으나 손해가 현실적으로 발생하였다고 볼 것인지의 여부가 문제될 수 있는 중요한 상황은 법 위반행위의 효과가 미칠 수 있는 경쟁사업자와의 관계에서이다. 주로 거래관계에 있거나 교섭단계 또는 거래가 단절된 단계에서의 행위 상대방에 대한 침해가 문제되는 불공정거래행위의 경우에도 전형적인 경쟁제한의 전단계 또는 초기단계에서 법 위반의 문제가 제기되므로, 행위의 상대방이 손해배상청구 소송을 제기할 때에는 과연 손해가 발생하였는지가 문제될 수도 있다.[12] 그러나 대체로 행위 상대방과의 관계에서 문제되는 불공정거래행위의 경우에는 현

10) 채무불이행으로 인하여 배상하여야 할 손해는 현실로 입은 확실한 손해에 한하므로 채무불이행으로 인하여 채권자가 제3자에 대하여 채무를 부담하게 된 경우, 채권자가 채무자에게 제3자에 대한 채무액과 동일한 금액을 손해배상금으로 청구하기 위해서는 채무의 부담이 현실적, 확정적이어서 실제로 변제하여야 할 성질의 것이어야 하지만, 그와 같은 채무의 부담이 현실적, 확정적이어서 손해가 현실적으로 발생하였다고 볼 것인지의 여부는 사회통념에 비추어 객관적이고 합리적으로 판단해야 한다는 대법원 2001. 7. 13. 선고 2001다22833 판결 참조.

11) 민법상 침해 또는 방해와 손해는 구별되는 개념이다. 민법에서는 소유권에 있어 손해와 구별되는 방해의 개념을 사용하고 제214조에서 행위금지청구로서의 방해배제청구권을 명시적으로 인정한다. 대법원 2003. 3. 28 선고 2003다5917 판결은 방해와 손해를 구별하는 기준으로 '지속성'을 제시한다. 이 판결에 관한 보다 자세한 설명은 김형석, "소유권방해배제청구권에서 방해의 개념", 법학 제45권 제4호, 서울대학교 (2004. 12.). 이에 대하여 침해라는 개념은 소유권 이외의 다른 권리나 법률상 보호되는 이익에 작용하는 구체적 불이익을 지칭할 때 사용하는 개념이라고 할 수 있다.

12) 대우자동차판매 사건(서울고법 2001. 12. 27. 선고 2001나14001 판결)에서는 불공정거래행위의 존재는 인정되었으나 행위 전후에 원고의 차량 판매량에 차이가 없다는 이유로 원고가 주장하는 차량 판매량 감소의 손해가 인정되지 않았다.

상적으로 위반행위자의 행위로 직접적으로 영향을 받는 행위 상대방의 매출이 전보다 감소한다든지 영업이 중단되는 등의 사실이 발생할 수 있고, 이를 손해의 발생으로 관념할 가능성이 상대적으로 높다. 이에 반하여 경쟁사업자 배제의 효과 또는 그 우려를 가져오는 시장지배적 지위 남용행위의 경우는, 경쟁사업자가 이미 시장에 존재하더라도 시장점유율이 현저히 감소하는 등 시장지표를 통하여 포착할 수 있는 징표가 나타나지 않는 한, 과연 손해가 현실적으로 발생한 것으로 볼 수 있는지 판단하기 어려운 경우가 적지 않다. 또한, 잠재적 경쟁사업자의 진입이 봉쇄된 경우에는 더더욱 손해의 존재 및 범위를 포착하기가 어려워진다. 이러한 문제는 이미 성숙된 시장이 아니라 형성 초기에 있는 신경제(New Economy) 관련 시장에서 더 많이 발생할 수 있는데, 이런 시장에서는 수익 창출을 위하여 상당한 기간 물리적 네트워크나 가입자 기반 구축을 위한 투자가 이루어져야 하므로 경쟁사업자가 시장에 진입했더라도 아직 이익을 실현하기 전 단계에서 법 위반행위의 효과로 배제되거나 아예 시장 진입 자체가 매우 곤란해질 수 있다.

이처럼 경쟁사업자의 아직 실현되지 못한 이익을 손해로서 관념(觀念)하지 않는 경우, 시장에서 막대한 힘을 행사하는 사업자는 아예 사업 초기에 유력한 경쟁사업자의 싹을 잘라 수익 창출의 기회를 봉쇄하게 될 강력한 유인을 갖게 될 것이다. 이러한 행위가 사후적으로 공정위에 의하여 법위반행위로 인정되어 시정조치의 대상이 되거나 시정조치와 함께 과징금도 부과될 수 있지만, 법위반행위의 효과로서 시장에서 경쟁압력으로 작용할 수 있을 만큼 실제적 또는 잠재적 경쟁력을 갖고 있거나 문제되는 행위를 행한 사업자와 동등하게 효율적인 경쟁자가 더 이상 시장에 남아 있지 않을 경우, 위반사업자는 시정조치나 과징금으로 인한 경제적 손실보다 더 큰 장래의 경제적 이익을 얻게 될 수 있기 때문이다. 이러한 상황에서 부과되는 시정조치는 법에 위반되는 상태를 법위반행위 전에 있었거나 있었어야 할 상태로 회복시키기에는 역부족일 수밖에 없고, 과징금도 위반행위가 초래한 사회적 손실에 상응하는 정도까지 부과되지 못하는 실정이다.

따라서 이러한 경우에는 사후적 구제수단인 손해배상청구를 인정하기 전 단계에서, 경쟁사업자에 대한 침해가 지속되는 상황에서 경쟁사업자가 그 침해 배제를 청구할 수 있도록 하는 사전적 예방수단으로서의 행위금지청구 제도를 인정하는 것이 잠재적 위반행위자에 대한 보다 효과적인 유인억제책이 될 것이다. 그러나 행위금지청구 제도가 인정되지 않는 우리 현실에서는 손해배상청구 제도와 관련된 손해의 범위를 해석에 의하여 확대하는 방법으로 융통성 있게 문제상황에 대처할 필요가 있다고 생각된다.[13]

뒤에서 더 자세히 보게 될 마이크로소프트의 시장지배적 지위 남용행위와 관련된 일련의 경쟁자 소송에서, 제1심 법원은 원고들이 입었다고 주장하는 손해와 법 위반행위 사이에 상당인과관계(相

13) 이와 관련하여 미국의 저명한 반독점 학자인 호벤캠프(Hovenkamp)는 그의 저서에서 "경쟁자 소송에 의하여 촉진되는 '조기 경보'(Early Warning) 시스템에 주목하여 경쟁자 소송을 적극적으로 허용해야 한다"고 제안하고 있는데(Hovenkamp, Herbert, Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice, 3rd Ed., West Group, 2005, 688~689면), 미국과 달리 행위금지청구 제도가 인정되고 있지 않은 우리 현실에서는 그 필요성이 더욱 절실하다고 하겠다.

當因果關係)가 있다는 점을 인정할 증거가 없다는 것을 원고들 주장을 배척하는 주된 근거로 하였다. 그런데 여기에는 원고들이 입었다고 주장하는 손해가 사업의 특성상 실현되지 않은 이익에 기반을 두고 있어, 재판부가 이를 손해의 범위에 포섭하는 데 보수적인 입장을 견지하였던 것도 원인의 하나로 작용한 것으로 보인다. 그러나 구체적 사실관계를 떠나 법원이 손해의 범위에 대한 엄격한 해석의 입장을 갖게 된다면, 경쟁자 소송의 성공 가능성과 이를 통하여 공정거래법의 사적 집행으로서의 손해배상청구 제도가 활성화할 가능성은 요원한 과제가 될 것이 우려된다.

2. 인과관계의 존재

법 위반행위와 피해자에게 발생한 손해 사이에는 법 위반행위가 없었더라면 피해자에게 손해가 발생하지 않았을 것이라고 하는 논리적인 관계 즉, 인과관계가 존재하여야 한다.

공정거래법상의 손해배상책임도 민법상의 손해배상책임과 그 법적 성격이 동일하기 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.[14] 대법원은 환경오염피해소송, 의료과오소송, 제조물책임소송과 같은 특수소송에서 인과관계의 입증책임을 경감하는 입장[15]을 취하고 있는데, 이는 공정거래법 관련 소송과 같이 개인의 경제적 이익 보호뿐만 아니라 시장과 관련된 가치(Market-related Value)의 보호에도 기여하는 소송 유형에도 확장하는 것이 바람직하다.

우리 대법원에서는 아직 공정거래법 위반행위와 손해 사이의 인과관계 입증정도에 관하여 확립된 판례가 없으나, 부실감사 또는 분식회계와 투자자의 손해 사이의 인과관계가 문제된 사건에서 그 입증정도를 완화하는 해석론을 전개한 바 있다. 예컨대, 대법원 1997. 9. 12. 선고 96다41991 판결에서는 ① 피고의 위법행위 → ② 주가의 부당 형성 → ③ 원고의 주식 구입 → ④ 원고의 손해 발생 사이의 인과관계가 문제되었는데, 대법원은 감사보고서의 중요성에 의하여 주식 매도 또는 매수 가격에 인과관계적 영향을 미친다는 이유로 그와 달리 원고가 분식된 재무제표와 부실한 감사보고서를 신뢰하고 이를 투자판단의 자료로 삼아 주식을 취득하게 되었는지에 관하여 이를 인정할 아무런 증거가 없다고 만연히 판단한 원심을 파기하였다. 이 사건은 피고 회계법인이 상장회사 감사과정에서 재무제표의 허위 작성내용을 소홀히 하고 적정의견으로 표시된 감사보고서를 작성하고 그 감사보고서가 공시되었는데, 그 상장회사의 주가가 폭락하자 주주인 원고가 회계법인을 상대로 손해배상을 청구한 사안이었다.[16] 이처럼 인과관계를 과학적으로 엄격하게 입증하기 어려

14) 홍대식, "공정거래법상 손해배상청구: 실무의 관점에서", 경영법률 제13집 2호, 한국경영법률학회 (2003. 2.), 263면.

15) 이와 같은 입장에 선 판례로는 환경오염피해소송에 관한 대법원 1997. 6. 27. 선고 95다2692 판결, 의료과오소송에 관한 대법원 2000. 9. 8. 선고 99다48245 판결 등, 제조물책임소송에 관한 대법원 2000. 2. 25. 선고 98다15934 판결 참조.

16) 이 판결에 대한 평석으로는 양창수, "독점규제법에서의 손해배상", 민법연구 제5권, 박영사 (1999).

운 경제적 사건에 대하여 해석에 의하여 인과관계 입증의 정도를 완화하는 대법원의 태도는 공정거래법 사건에서도 원용될 필요성이 있다.

손해배상청구를 하는 원고의 입장에서 인과관계를 인정받기 어려운 문제의 원인은 결국, 법 위반행위로부터 출발하여 그 효과가 미치는 자에 이르기까지 인과의 연쇄과정을 입증할 수 있는 자료 확보의 어려움, 그리고 효과 발생과 어느 정도 상관관계를 갖는 다양한 경제적 변수들 중에 법 위반행위라는 변수가 미치는 영향의 정도나 중요성을 식별하는 작업의 어려움에서 비롯되는 것이다. 그 어려움의 정도는 공정거래법 위반행위의 유형에 따라 다르게 나타날 수 있는데,[17] 복수의 거래상대방에게 차별적으로 효과가 미치는 행위와 관련하여, 특정 거래상대방이 제기하는 손해배상청구 소송이나 경쟁자 배제적 효과를 갖는 행위와 관련하여, 경쟁자가 제기하는 손해배상청구 소송에서 인과관계의 입증과 관련하여, 위와 같은 어려운 문제가 발생할 수 있다. 다시 말하여, 배제적 행위(Exclusionary Behavior)의 성질을 갖는 불공정거래행위 또는 시장지배적 지위 남용행위로 인한 일실이익(逸失利益) 손해를 주장하는 사건에서 이러한 문제가 두드러진다.

비교적 오래전 판결인 라미화장품 사건[18]에 관한 하급심 판례는 이 문제에 대한 한가지 접근방법을 보여준 바 있다. 이 사건에서는 사업자가 특정거래처를 지원하기 위하여 자기제품의 공급가격을 거래상대방에 따라 유리하게 한 차별적 취급행위를 함으로써 동일한 영업지역에 있는 원고가 매출 감소로 인한 손해를 입었다고 주장하였다. 판결은 원고가 매출 감소의 손해를 입은 사실은 추인하였으나, 매출 감소에는 제품 시장의 수급상황, 원고의 영업방식 변화, 타사 신제품의 출시, 수요자의 구매력 감소 등 다양한 요인이 있을 수 있는데, 그와 같은 여러 가지 요인 중 피고의 가격차별행위가 매출 감소에 얼마나 기여하였는지 즉, 피고의 행위와 원고의 손해가 상당인과관계가 있는지를 구체적으로 확정할 자료가 없다고 하여 원고의 주장을 배척하였다. 더 나아가 판결은 개연성설(蓋然性說)을 적용하여 인과관계에 대한 원고의 입증책임을 완화하여야 한다는 주장 역시 법률적 근거가 없다고 배척하였다.

그런데 이와 같은 하급심 판례의 태도는 여전히 극복되지 않고 최근의 판결에서도 발견되고 있다. 마이크로소프트의 시장지배적 지위 남용행위와 관련된 일련의 경쟁자 소송에서 제1심 법원이 보여준 법리 해석과 적용 방법이 그 사례이다. 서울중앙지방법원은 공정위에서 시장지배적 지위 남용행위로 판단한 후 행정소송 취하로 확정된 바 있는 마이크로소프트 사건과 관련하여, 메신저 시장에서의 경쟁자인 디지토닷컴이 제기한 소송[19]과 미디어 서버 및 미디어 프로그램 시장에서의 경쟁자인 쌘뷰 테크놀로지와 쌘뷰텍이 제기한 소송[20]에서 모두 인과관계의 입증이 없다는 이유로

17) 이선희, "공정거래법 위반을 이유로 한 손해배상청구 -부당한 공동행위로 인한 손해배상청구권을 중심으로-", 민사판례연구회 편, 민사판례연구 제31권, 박영사 (2009), 923면에서는 부당한 거래거절의 경우에는 인과관계의 입증이 비교적 용이할 것이나 부당한 공동행위, 재판매가격유지행위 등의 경우에는 그 입증이 상대적으로 어려울 것이라고 한다. 다만, 그렇게 보는 이유에 대하여는 자세한 설명이 없다.

18) 서울지법 1998. 6. 25. 선고 97가합56100 판결(법률신문 1998. 7. 20.자 12면).

19) 서울중앙지법 2009. 6. 11. 선고 2007가합90505 판결.

20) 서울중앙지법 2009. 6. 11. 선고 2006가합24723 판결.

원고 패소 판결을 내렸다. 제1심 법원의 판단은 구체적 사실 인정과 관련된 문제이고 현재로서는 확정 여부를 알 수 없는 소송이므로 판결에 대한 논평을 하기에는 이른 감이 없지 않으나, 여기서는 판결에 나타난 법원의 인과관계 인정 법리의 문제점에 관하여 잠깐 언급하기로 한다.

두 사건 모두 인과관계 인정법리는 중요한 법적 쟁점이었다. 원고들은 공정거래법 제56조, 제57조의 입법취지에 비추어 공정거래법 위반행위로 인하여 손해를 입은 피해자가 그 위반자를 상대로 손해의 배상을 구하는 경우, 피해자의 인과관계에 대한 입증책임을 완화하여야 한다고 주장하였다. 이에 대하여 법원은 공정거래법 위반책임도 불법행위책임이며, 공정거래법 제57조의 손해액 인정조항도 공정거래법의 규정을 위반한 행위로 '인하여' 손해가 발생하였다는 점이 입증될 것을 전제로 한다는 점에서 위 조항의 내용이 위법행위와 손해 사이의 인과관계에 대한 입증책임까지 완화되는 취지로 해석할 수는 없다고 판단하고 있다. 인과관계요건에 관한 원고들의 입증의 정도를 민법상 일반 손해배상책임의 일반원칙에 따라 엄격하게 심사하려는 법원의 태도는 이러한 법리적 판단에 입각한 것으로 보인다.

그러나 공정거래법 위반책임이 불법행위책임의 일종이라고 하여 공정거래법 위반행위로 인한 손해배상을 청구하는 사건에서 인과관계의 입증의 정도를 민법상 일반 손해배상책임의 일반원칙과 동등하게 보아야 한다는 결론이 당연히 도출되는 것은 아니다. 불법행위법은 과실, 위법성 등 불확정 개념들의 토대 위에서 극히 다양한 사회적 현상을 규율하고, 그 과정에서 인접한 사회제도들과 밀접하게 얽혀서 사고 예방과 손해 회복의 기능을 수행하는 것이다.[21] 그런데 공정거래법 위반책임을 다루는 불법행위법은 기본적으로 공적 집행에서 결여된 피해자에 대한 보상으로서의 회복기능을 추구하면서, 이와 병행하여 예방의 기능을 수행하는 공적 집행을 보완하는 관점에서 그 모습이 형성되는 것이므로 회복기능을 위주로 하여 형성되어 온 민법상 일반 손해배상책임의 법리를 공정거래법상 손해배상책임에 관한 성립요건의 입증이론에 그대로 원용하는 것은 법정책적으로 바람직하지 않을 뿐만 아니라 관련 법리의 발전 추세에도 맞지 않는다.

만일 두 사건에서 인과관계를 인정하였을 경우, 손해액을 어떻게 산정할 것인가 하는 문제가 또 다른 과제로 대두될 수 있었을 것이다. 이 단계에서는 앞서 본 바와 같이 아직 실현되지 않은 이익을 상실한 손해의 산정문제가 법원을 곤혹에 빠뜨렸을 수 있다. 그러나 뒤에서 보듯이 손해액 산정의 문제는 경제적 분석의 도움을 받아 규범적인 판단의 과정을 거쳐 해결할 가능성이 있는 문제이기 때문에, 인과관계요건을 좁게 해석하고 그 입증을 엄격하게 요구하는 방법으로 공정거래법상 손해배상청구 제도의 활성화를 통하여 이루어나갈 수 있는 사회적 총비용 감소라는 공동체적 가치의 지향, 법과 정책의 융합의 가능성을 법원 스스로 축소시킬 필요는 없다고 생각한다.

우리 법상 인과관계 법리와 관련이 있는 미국의 판례법상의 법리로는 반독점 손해(Antitrust

21) 불법행위법이 예방과 회복의 두 패러다임의 상호작용을 통하여 그 모습을 형성하는 것으로 이해하는 최근의 민법학계 연구로서 권영준, "불법행위법의 사상적 기초와 그 시사점 -예방과 회복의 패러다임을 중심으로-", 저스티스 통권 제109호, 한국법학원 (2009. 2.), 73면 이하.

Injury) 법리를 들 수 있다. 반독점 손해 법리는, 주장되는 손해가 검토되고 있는 관행의 반경쟁적인 측면에 귀속될 것을 요건으로 하는 것이다. 반독점 손해 법리를 적용한 대표적인 판례로는 Brunswick Corp. v Pueblo Bowl-C-Mat, Inc 사건[22]이 있는데, 이 사건에서 연방대법원은 원고가 주장하는 손해가 반독점 손해 즉, 반독점법이 방지하고자 하는 손해로서 피고들의 행위를 위법하게 만드는 요인에 의하여 야기된 손해에 해당한다는 점을 입증하여야 한다고 판시하였다. 이러한 개념은 원고로 하여금 발생한 손해의 성질을 경제적으로 분석하여 행위가 갖고 있는 경쟁 촉진적이고 사회적으로 이로운 효과로 인한 손해의 배상을 배제하는 어려운 작업을 수반하게 하므로,[23] 엄격히 해석할 경우는 원고의 인과관계 입증을 어렵게 할 수 있다.

그러나 경쟁에 대한 피해(Harm To Competition)가 어떤 효과로 나타나야 하는 것으로 이해하는 데 따라 그 입증의 정도는 달라질 수 있다. 먼저, 경쟁에 대한 피해가 가격 또는 물량에 대한 효과로 나타나야 한다고 이해할 경우는 반경쟁적인 배제와 경쟁 그 자체로 야기된 배제를 구별할 필요가 있으므로, 그 입증의 정도는 높게 나타날 수 있다. 이에 반하여 경쟁에 대한 피해가 경쟁과정에 대한 피해로 나타나는 것으로 충분하다고 본다면, 경쟁에 대한 피해는 유효경쟁에 필요한 시장과정 또는 장점에 의한 경쟁(Competition On The Merits)에 대한 피해가 된다. 이러한 피해는 가격 또는 물량에 대한 효과보다 넓은 개념으로서, 이 개념에 기초할 때 피해 범위와 인과관계가 미치는 범위도 넓어질 수 있다.[24] 마이크로소프트 관련 손해배상청구 소송에 관한 서울중앙지법의 판결도 마이크로소프트의 끼워팔기 행위에 대한 위법성 판단 부분에서는 공정거래법에서 보호하고자 하는 경쟁은 '장점에 의한 경쟁' 및 결과가 아닌 '경쟁 그 자체'이며, 피고들의 경쟁제한적 행위가 이루어지고 난 이후에 실제 피고들이 의도했던 결과가 현실화되지 않았다 하더라도 이미 발생한 경쟁제한의 위법성이 사라지는 것은 아니라고 전제하고 피고들의 행위는 PC 운영체제 시장의 독점력을 전이하려는 목적을 가지고 결합판매라는 바람직하지 않은 경쟁수단을 사용하여 다른 사업자와의 '장점에 의한 경쟁'을 배제하는 것이라고 봄이 상당하므로, 경쟁제한성이 인정된다고 판단하여 경쟁에 대한 피해를 넓게 인정하였다. 그러나 법원은 이처럼 경쟁에 대한 피해는 넓은 개념에 기초하고도 인과관계 판단과정에서는 넓은 의미의 경쟁에 대한 피해와 경쟁자의 배제로 인한 손해 사이에 추가적인 입증을 요구한 셈인데, 이러한 입증 법리는 경쟁과정 그 자체나 장점에 의한 경쟁에 피해가 발생해도 경쟁자에게는 특별한 사정이 없는 한 배제로 인한 손해가 발생할 수 없다는 다소 모순적인 결론을 초래할 수 있다.

22) 429 US 477, 97 S Ct 690 (1977)

23) Hovenkamp, 앞의 책, 604면 이하.

24) 미국의 마이크로소프트 소송에 관한 연방항소법원의 판결[United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (D. C. Cir. 2001)]은 마이크로소프트의 행위가 실제로 독점력을 강화하였다는 점을 입증할 직접증거를 정부가 제출하지 못했음에도 독점력 유지라는 원심 인정사실을 인용하였는데, 이는 경쟁에 대한 피해를 넓게 인정하는 개념을 받아들인 것으로 볼 수 있다. Page, William H. & Lopatka, John E., The Microsoft Case: Antitrust, High Technology, and Consumer Welfare, The University of Chicago Press (2007), 225~226면.

3. 인과관계 인정의 특수 문제 : 위반행위와 간접구매자의 손해 사이의 인과관계 인정과 손해전가 항변의 처리문제

미국 판례법상 발전된 독특한 법리로서 원고적격 법리가 있다. 원고적격 법리로서 논의되는 것으로는 직접손해(Direct Injury) 법리와 이를 보충한 목표영역(Target Area) 법리가 있는데, 미국 법원은 이러한 법리를 통하여 원고가 주장하는 손해가 규범의 보호범위 내의 것인지 여부를 판단하여 왔다.[25] 그런데 규범의 보호범위 내에 있는지 여부가 주로 문제되는 것은 간접구매자가 손해배상을 청구하는 경우이다. 이에 대하여 연방대법원은 직접구매자가 독점자에게 초과지급액 손해를 청구한 Hanover Shoe, Inc v United Shoe Machinery Corp. 사건[26]에서 간접구매자에게 손해가 전가되었다는 피고의 항변을 받아들이지 않은 다음, 간접구매자가 원고가 된 Illinois Brick Co. v Illinois 사건[27]에서는 직접구매자로부터 전가된 손해의 배상을 구하는 원고의 청구를 배척하여 일정한 예외적인 상황을 제외하고는 직접구매자에 한하여 손해배상청구를 할 수 있다는 직접구매자 원칙(Direct Purchaser Rule)을 확립하였다.

원고적격 판단단계에서의 직접구매자 원칙은 손해액 산정단계에서의 이른바 '손해전가 항변'(Passing On Defense)의 처리문제와 연결된다. 직접구매자가 최종소비자가 아니라 중간단계의 유통업자이거나 원재료 구매자라면, 직접구매자는 자신이 입은 손해의 전부 또는 일부를 자신의 하위단계 구매자인 간접구매자에게 전가할 수 있을 것이다. 이때, 직접구매자가 입은 손해의 전부 또는 일부가 간접구매자에게 전가되었으므로 직접구매자가 주장하는 손해 중 전가된 부분을 공제해야 한다는 항변을 손해전가 항변이라고 한다. 따라서 최종소비자가 아닌 직접구매자가 원고로서 제기하는 손해배상청구에 대하여 피고에게 손해전가 항변을 허용하여 손해배상의 범위를 제한할 것인지, 허용한다면 전가로 인한 영향을 어떻게 측정하여 반영할 것인지 하는 문제가 추가로 고려되어야 한다.

이 문제에 대하여 미국 연방대법원은 직접구매자의 손해배상청구에 대하여 앞서 본 것처럼 피고에게 손해전가 항변을 허용하지 않는 대신, 피고의 이중배상위험을 회피하기 위하여 간접구매자의 원고적격을 부정하는 판례이론을 확립하였다. 이는 손해전가의 항변을 허용할 경우, 법원 입장에서 전가된 손해액을 산정하는 것이 기술적으로 어렵다는 점[28]을 고려하여 직접구매자의 소송 제기 유인을 강화하여 손해배상 제도의 효율적인 집행을 추구하기 위한 정책적 판단이라고 할 수 있다.

25) 미국에서의 판례 법리에 대한 자세한 설명은 김정민, "독점규제법상 손해배상에 관한 연구", 서울대학교 법학석사 학위논문 (1997), 68면 이하, 서정, "독점규제법 집행에 관한 연구", 서울대학교 법학석사 학위논문 (1998), 110면 이하.

26) 392 US 481, 88 S Ct 2224 (1968)

27) 431 US 720, 97 S Ct 2061 (1977)

28) Hovenkamp, 앞의 책, 615~616면. 이론적으로 손해액 전가분은 어느 유통단계에 있는 회사가 다음 단계에 있는 회사들에 전가하는 초과가격의 비율을 산정하는 방식으로 산정할 수 있는데, 이를 위해서는 대표적인 수요탄력성과 공급탄력성에 관한 정보가 필요하다고 한다.

그런데 이러한 판례의 입장에 대해서는 미국 내에서도 비판적인 견해가 있으며, 실제로 미국의 많은 주(州)에서는 주 반독점법에 따라 간접구매자가 손해배상청구의 소를 제기할 수 있도록 허용하고 있어 연방 반독점법에 관한 판례의 원칙에도 불구하고 이중배상의 법적 위험은 존재하고 있다.[29] 이 문제에 대하여 미국의 반독점 현대화 위원회(U.S. Antitrust Modernization Commission)는 2007년 4월 대통령과 의회에 제출한 보고서에서, 주 반독점법에서 허용하는 간접구매자 소송 제도를 연방 반독점법에서 통합적으로 운영하면서 직 · 간접 구매자가 입은 실제 손해액에 따라 배상액이 배분될 수 있도록 해야 한다고 제안한 바 있다.[30]

이에 대하여 미국과는 달리 손해배상 제도가 활성화 되지 않았던 EU의 경쟁법 집행을 담당한 EU 집행위원회에서는 2008년 4월 반독점법 위반행위에 대한 손해배상 청구에 관한 백서(White Paper)와 그 부속문서인 Commission Staff Working Paper를 발간하였다. 이 보고서에서는 최종소비자가 아닌 직접구매자의 청구에 대하여 위반행위자에게 손해전가의 항변을 허용하는 한편, 간접구매자가 유통단계를 거쳐 위법한 초과가격의 손해가 전가되었다는 사실과 그 정도에 대한 입증 곤란을 구제하기 위하여, 간접구매자는 손해의 전부가 자신에게 전가되었다는 번복 가능한(Rebuttable) 추정 법리에 의존할 수 있도록 해야 한다고 제안한다.[31] 다만, 부속문서에서는 개인인 피해자가 소액배상청구를 제기할 유인이 약하다는 점에서 피해자에 대한 보상기능에 초점이 있는 손해배상청구 제도와 법 위반행위의 억제기능에 초점이 있는 손해배상청구 제도 사이에는 상충관계가 있을 수 있으므로, 집단소송이나 단체소송과 같은 집합적 구제(Collective Redress)기구 도입의 필요성을 제기하고 있다.[32]

미국의 판례 법리는 3배 손해배상청구 제도의 법 위반행위 억제기능의 효율성을 고려한 정책적인 판단에 근거한 것이기 때문에, 실손해배상을 전제로 한 보상적 성격에 기초하고 있는 우리 법상 손해배상청구 제도의 운영과정에 그대로 받아들이기에는 적합하지 않다. 우리 법의 해석상으로는 최종소비자가 아닌 직접구매자가 손해배상청구를 할 경우 위반사업자에게 손해전가의 항변을 허용하지 않을 근거는 없다고 본다. 이러한 손해 전가의 항변을 인정하여 최종소비자가 아닌 직접구매자의 손해액에 전가분을 공제하는 것을 손익상계(損益相計)의 법리로 설명하는 견해[33]가 있다. 그러나 손해배상액의 산정에 있어 손익상계가 허용되기 위해서는 손해배상책임의 원인이 되는 행위로 인하여 피해자가 새로운 이득을 얻었고, 그 이득과 손해배상책임의 원인인 행위 사이에 상당

29) 장혜림, 앞의 논문, 49~52면.

30) Antitrust Modernization Commission, 앞의 보고서, 18면. 이 보고서는 미국 반독점법의 현대화를 위한 입법 및 행정적 권고사항 등을 포함한 최종보고서를 마련하여 대통령과 의회에 제출하기 위한 목적으로 2004년 4월부터 3년간 존속하는 한시기구로 설립된 반독점 현대화 위원회가 작성하여 제출한 최종보고서로서, 540면에 이르는 방대한 분량에 미국 반독점법 집행체계 전반에 관한 검토와 제안을 담고 있다.

31) EC Commission, White Paper on Damages actions for the breach of the EC antitrust rules, 7~8면.

32) EC Commission, Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for the breach of the EC antitrust rules, SEC(2008) 404 (2008. 4.), 14-22면.

33) 장혜림, "손해의 전가와 독점규제법 제56조 1항 '손해'의 개념 및 범위", 비교사법 제14권 4호(통권 39호), 한국비교사법학회 (2007. 12.), 337~338면.

인과관계가 있어야 한다는 것이 판례[34]의 입장이므로, 위반행위와 별도로 직접구매자가 제3자에 대한 판매행위를 통하여 손해를 전가하여 취득한 이익이 손익상계의 공제대상이 된다고 보기는 어렵다. 따라서 손해전가의 항변을 인정할 것인지 여부는 법원이 손해전가의 사실 및 그 정도, 간접구매자의 청구로 인한 이중배상의 위험성 등 제반 사정을 고려할 때, 손해 분담의 공평이라는 손해배상청구 제도의 이념에 비추어 직접구매자에 대한 손해배상액을 제한하도록 하는 재량판단의 영역에 맡기는 것이 바람직할 것으로 보인다.[35]

한편, 간접구매자가 원고일 경우에는 유통단계를 통하여 직접구매자가 공정거래법 위반행위로 인한 자신의 손해를 가격 인상의 방법을 통하여 간접구매자에게 전가할 것이라는 점은 합리적으로 예상할 수 있으므로, 직접구매자에 대한 공정거래법 위반행위와 간접구매자가 입은 손해 사이의 인과관계에 대한 입증책임을 완화하는 한편, EU 집행위원회 보고서에서 제안하는 바와 같이 간접구매자가 입은 손해 전부가 손해전가로 인한 것임을 사실상 추정하고 위반행위자가 그 추정을 번복할 반증을 제시하도록 하는 재판규범을 개발할 필요가 있다고 생각된다.

최근에 선고된 하급심 판결은 손해로 인한 비용전가 항변의 처리문제와 관련된 법리를 밝히고 있다. 밀가루 가격 담합으로 인한 손해배상청구 사건[36]에서 피고들(밀가루 제조회사)은 원고(밀가루를 원료로 한 제빵, 제과회사)가 최종제품의 판매 가격을 인상함으로써 이익을 얻은 부분을 고려하여야 한다는 취지로 비용전가 항변을 제기하였다. 이에 대하여 법원은 직접구매자가 중간단계의 원재료 구매자에 해당하여 자신이 입은 손해의 전부 또는 일부를 하위구매자인 간접구매자에게 전가할 수 있다고 하더라도 원고의 손해는 거래가 이루어진 시점을 기준으로 이미 현실적으로 초과지급한 비용 자체로 확정된다 할 것이고, 원고가 그 후 제품의 가격을 인상함으로써 실질적으로 손해를 회복하였다는 사정은 피고들의 위법행위로 인한 손해액 자체를 확정함에 있어 아무런 영향을 미칠 수 없다고 판단하였다. 다만, 특히 밀가루와 같은 중간재의 경우는 직접적 구매자의 비용이 증가하면 그 비용이 어느 정도 하위단계의 시장에 존재하는 구매자에게 전가되리라는 점은 쉽게 예상할 수 있으므로 간접구매자가 손해배상청구 소송을 제기할 경우에는 이중배상의 위험성이 야기될 가능성이 있게 되는데, 손해 분담의 공평이라는 손해배상 제도의 이념에 비추어 볼 때, 손해전가의 사실 및 그 정도, 이중배상의 위험 등 제반 사정을 참작하여 직접구매자인 원고에 대한 손해배상액을 제한할 수 있다고 하였다.

한편, 신용카드사의 VAN 수수료 담합으로 인한 손해배상청구 사건[37]도 현재 제1심 법원에 계속 중인데, 이 사건은 간접구매자가 위반행위자와 직접구매자를 공동 피고로 하여 제기한 사건이다.

34) 대법원 1989. 12. 26. 선고 88다카16867 전원합의체 판결, 대법원 2005. 10. 28. 선고 2003다69638 판결 등.

35) 同旨: 이선희, 앞의 논문, 936~937면. 또한, 분식회계와 관련하여 회사가 얻은 이득이 분식회계로 인하여 회사가 얻은 상당인과관계가 있는 손해라고 볼 수 없다고 하여 손익상계 항변은 배척하면서도, 이를 포함한 제반 사정을 참작하여 손해배상액을 제한한 원심의 판단을 수긍한 대법원 2007. 11. 30. 선고 2006다19603 판결 참조.

36) 서울중앙지법 2009. 5. 27. 선고 2006가합99567 판결.

37) 서울중앙지법 2008가합6552호 등으로 계속 중. 이 사건의 진행 경과에 관해서는 이선희, 앞의 논문, 960~961면.

따라서 이 사건에 대한 판결이 선고될 경우, 위반행위와 간접구매자의 손해 사이의 인과관계 판단의 판례가 형성되어 손해전가 항변의 허용 여부 및 그 범위의 문제에 관한 위 판결과 더불어 관련되는 판례상 법리가 체계적으로 정립되는 계기가 될 것으로 기대된다.

IV. 손해액의 산정과 관련된 쟁점

1. 일반적인 문제

손해배상의 대상이 되는 손해의 존재가 확정되더라도 그 손해를 금전적으로 평가하는 작업은 또 다른 어려운 문제를 야기한다. 손해의 산정근거에 대하여 비현실적인 정확성을 요구한다면 손해배상 소송의 활용도가 낮아질 수밖에 없다. 이와 같은 점을 고려하여 Story Parchment Co. v Paterson Parchment Paper Co. 사건[38]에서 미국 연방대법원은, 원고가 손해를 입었다는 사실을 입증하는 데 필요한 입증의 정도와 배심원이 그 액수를 결정하는 데 필요한 입증의 정도 사이에는 명백한 구별이 있다고 판시하여, 손해액의 산정에 필요한 증거에 대하여 상대적으로 낮은 기준을 적용한다.

우리나라의 판례는 일반 불법행위로 인한 손해배상책임이 인정되는 때에는 손해액에 관한 입증이 없거나 불충분하더라도 법원이 석명권(釋明權)을 행사하고 입증을 촉구하여 손해액을 심리, 판단해야 한다고 하여[39] 손해액 산정에 대하여는 법원의 창조적 역할을 강조하고 있으며, 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.[40]

이와 관련하여 공정거래법은 법 위반행위로 인하여 손해가 발생된 것은 인정되나, 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는, 법원이 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다는 손해액의 인정조항(법 제57조)을 두고 있다. 이는 민사소송법에도 명문의 규정이 없는 제도로서, 공정거래법 위반으로 인한 손해배상 제도의 활성화를 위한 획기적인 전기를 마련한 것으로 평가[41]받고 있다.

38) 282 US 555, 562, 51 S Ct 248, 250 (1931)

39) 대법원 1982. 4. 13. 선고 81다1045 판결.

40) 대법원 1992. 4. 28. 선고 91다29972 판결.

41) 정호열, "2003년 공정거래법 개정안과 손해배상제도의 개편", 공정경쟁 제98호 (2003. 10.), 7면, 이기종, "공정거래법상 손해배상청구소송에 있어서의 경제분석에 관한 연구", 상사법연구 제25권 제3호 (2006), 293면; 김구년, 앞의 논문, 282면에서는 공정거래법 위반을 근거로 하지 않고 일반 불법행위책임에 근거한 손해배상청구 소송에서는 손해액 인정 제도가 적용되지 않아 원고가 명확한 손해액을 입증하지 못하는 한 원고의 청구는 기각될 것이라고 하고 있으나, 손해액 인정제의 유무가 이러한 차이를 가져온다고 볼 수 있을지는 의문이다.

그러나 이른바, 손해액 인정제는 기존에 실무상 활용되지 않았던 새로운 제도를 도입한 것이라기보다는 기존의 판례 입장을 재확인하고 입법화한 것이라고 보는 것이 보다 객관적인 평가라고 할 것이다. 따라서 이른바 손해액 인정제의 도입으로 인하여 기대할 수 있는 효과는, 공정거래법 위반으로 인한 손해배상청구 사건에서 손해액의 입증이 곤란하여 승소 가능성이 높지 않다는 일반의 선입견에 따른 심리적 부담을 경감하여 손해배상 제도의 활용도를 높이는 것이라고 할 수 있다.[42]

한편, 불법행위로 인한 재산상 손해의 산정방법에 관하여는 차액설이 판례의 입장이다. 즉, 위법한 가해행위로 인하여 발생한 재산상 불이익 즉, 그 위법행위가 없었더라면 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.[43]

2. 카르텔로 인한 손해액 산정사례

최근의 국내 하급심 판례 중에는 서울중앙지법에서 선고된 5개 정유사 군납유류 입찰담합으로 인한 손해배상청구 사건에 대한 판결[44]을 주목할 만하다. 이 판결은 당사자 양쪽에서 손해액 입증을 위하여 서로 다른 자료와 방법론에 기초한 경제적 증거를 경쟁적으로 제출하는 한편, 불리한 증거의 방법론의 오류를 치열하게 다툰 끝에 내려진 사실심 법원의 첫 판결로서, 손해액 입증과 관련된 여러 가지 쟁점에 대한 판단이 상세하게 이루어진 사례라는 점에서 아직 이에 대한 확립된 대법원 판례가 존재하지 않는 현 시점에서 검토대상으로서 큰 가치를 가진다.

이 판결은 '피고들의 담합행위로 인하여 형성된 가격'(낙찰가격)과 '피고들의 담합이 없었을 경우에 형성되었으리라고 인정되는 가격'(경쟁가격)과의 차액을 기준으로 하여 손해액을 산정한다는 것을 전제로 하여, 손해액 산정의 기준이 되는 경쟁가격은 문제가 된 시장의 다른 거래조건을 그대로 유지한 상황에서 단지 담합이라는 특수한 사정만을 제외한 가격이 되어야 한다고 판시한다. 그 이유로는, 만약 그렇지 않을 경우에는 담합과 아무런 인과관계가 없는 시장 또는 거래상의 요인으

42) 홍대식, "공정거래법상 손해배상제도의 현황과 과제", 공정경쟁 제98호 (2003. 10.), 15~16면, 同旨: 윤세리, "공정거래법상의 손해배상소송-미국 독점금지법상의 손해배상소송을 중심으로", 권오승 편, 공정거래와 법치, 법문사 (2004), 1123면.

43) 대법원 1992. 6. 23. 선고 91다33070 전원합의체 판결; 대법원 1996. 2. 9. 선고 94다53372 판결; 대법원 1998. 7. 10. 선고 96다38971 판결 등.

44) 서울중앙지법 2007. 1. 23. 선고 2001가합10682 판결. 이 판결에 대한 이하의 설명은 홍대식, "카르텔로 인한 손해액의 산정: 이론과 실제", 비교사법 제14권 3호(하)(통권 38호), 한국비교사법학회 (2007. 9.), 1105면 이하에 기초한 것이다. 이 판결을 해설한 또 다른 문헌으로는 이선희, 앞의 논문, 952~957면이 있으나, 그 설명 방식이나 내용은 필자의 위 논문과 대동소이하다; 한편 이 판결을 법철학적 관점에서 분석한 문헌으로 조홍식, "경제학적 논증의 법적 지위 -배제적 실증주의의 관점에서-", 법학 제48권 제4호, 서울대학교 (2007. 12.), 124면 이하가 있다. 이 논문에서는 법원의 판시사항을 "계량경제학적 분석방법을 통해 손해액을 산정한 감정촉탁결과에 이르는 과정도 규범적으로 평가되어야 한다"는 내용의 법명제 ①과 "손해액이 경제학적 이론과 사실적 근거에 입각한 과학적이고 합리적으로 수행된 계량경제학상의 중회귀분석을 통한 이중차분법에 의해 산정되었다면, 법원은 그와 같이 산정된 손해액을 기준으로 배상을 명하여야 한다"는 내용의 법명제 ②로 재구성하여 분석하면서, 법원이 행한 규범적 평가의 시도를 법원이 경제학이 다루는 전문 · 기술적 영역에 관한 인식체계(방법론)를 채택하면서도, 경제학의 인식체계가 터 잡은 가치체계가 수반해 들어오는 것을 경계하여 우리 법체계가 옹호해 온 가치체계를 지키기 위한 노력으로 평가하고 있다.

로 인한 가격 상승분에 대해서도 손해를 인정하는 부당한 결론에 이르게 된다는 점을 들고 있다.

나아가 가정적인 경쟁가격이 정확하게 측정되기 어렵다는 사정이 원고의 배상을 받을 권리를 침해하는 요인이 되어서는 안 된다는 점을 분명히 하고 있다. 즉, 손해액을 단순한 추측에만 의존하여 계산할 수는 없고, 담합과 무관한 다른 요인에 의한 낙찰가격 상승분에 대해서까지 피고들에게 배상책임을 부담하게 할 수도 없지만, 손해액이 이론적 근거와 자료의 뒷받침 아래 과학적이고 합리적인 방법에 의하여 정당하게 추정되었다고 평가된다면, 법원은 그와 같이 산정된 손해액을 기준으로 배상을 명하여야 할 것이라고 판시한다. 이러한 판시는 손해배상책임이 인정되는 경우, 손해액 산정에 관하여는 법원의 창조적 역할을 강조해 온 대법원 판결의 취지와 부합한다.

다만, 이 사건에서는 경제전문가가 동원된 다수의 경제분석증거들이 제출되고 심리과정에서 이 증거들에 대한 동료 전문가들의 검토와 검증이 이루어졌다는 점[45]에서 법원이 무(無)에서 유(有)를 창조하였다기보다는, 그 증거의 가치를 인정한 후 사실심의 관점에서 경제전문가의 실증적 현실인식에서의 오류를 바로잡고 과학적 판단에서 차이가 발생한 부분에 대한 규범적인 판단을 내리는 역할에 충실하였다고 할 수 있다.

이 사건에서는 초과가격 지급으로 인한 손해액 산정방법[46] 중 표준시장 비교방법과 계량경제학 모형에 의한 추정방법이 사용되었다. 먼저 원고는 표준시장 비교방법을 사용하여 청구금액을 산정하였는데, 원고가 표준으로 삼아 제시한 시장가격은 싱가포르 현물시장에서 형성된 거래가격(이를 MOPS(Means of Platt's Singapore) 가격이라 한다)과 국내 대량 수요처에 공급한 거래실례가격이다. 이에 대하여 피고들이 제출한 한국개발연구원(Korea Development Institute, KDI)의 보고서와 법원 촉탁에 의한 감정인단인 서울대학교 경제연구소 기업경쟁력연구센터의 감정결과는 모두 계량경제학 모형에 의한 추정방법을 사용하였는데, 구체적으로는 통계학적 추론방법으로 중회귀분석(重回歸分析)을 사용한 더미변수(Dummy Variable) 모형을 설정한 다음, 이중차분법(二重差分法)에 따라 담합기간의 군납과 비군납의 낙찰가격의 차이에서 비담합기간의 군납과 비군납의 낙찰가격의 차이를 차감하여 담합으로 인한 군납유류의 가격 인상분을 추정해내는 이중차분법을 사용하였다. 그러나 그 산정금액이 KDI 보고서의 경우 약 302억 원인 반면, 감정인단의 감정 결과의 경우는 약 1,120억 원[47]으로 그 격차가 현저하여 재판과정에서 당사자 쌍방은 자신에게 유리한 증거를 지지하거나 불리한 증거가 사용한 자료상의 문제점이나 모형 설정 또는 자료 처리과정에서

45) 이 사건을 공정거래 사건에 있어서 경제적 쟁점이 소송 전략상 경제전문가의 참여가 필요할 만큼 중요하며, 경제적 증거가 소송 과정에서 당사자의 주장을 보다 설득력 있게 뒷받침해 줄 수 있는 강력한 근거가 될 수 있음을 잘 보여주는 모범적 사례로 평가하는 견해로서 주진열, "공정거래소송에 있어서 경제적 증거 평가에 대한 일고찰", 한국경쟁법학회 편, 경쟁법연구 제19권, 법문사 (2009. 5.), 175면.

46) 초과가격으로 인한 손해액을 산정하는 방법은 ① 전후 비교방법 ② 표준시장 비교방법 ③ 비용 기반 접근법 ④ 경제이론 모형에 의한 추정방법 ⑤ 계량경제학적 모형에 의한 추정방법으로 분류할 수 있다. 보다 자세한 설명은 홍대식, "카르텔로 인한 손해액의 산정: 이론과 실제", 1112~1117면.

47) 2004년 8월 17일 및 2004년 8월 20일에 제출된 원감정결과의 추정치는 약 1,140억 원이었으나, 감정인단이 2005년 1월 17일 재판 과정에서 지적된 자료상의 문제점들을 보완하고 이론적 비판을 반영하여 다시 제출한 보완감정결과는 손해액을 약 1,120억 원으로 추정하는 한편, 추정방법이나 모형을 달리 하였을 경우 대안이 될 수 있는 손해액도 여러 측면에서 제시하였다.

의 이론적 문제점을 비판하는 내용의 다수의 전문가 의견을 증거로 제출하는 한편, 이를 둘러싼 치열한 이론적 공방을 전개하였다.[48]

이 판결은, 원고가 주장한 표준시장 비교방법은 입찰 주체별 특수성과 가격에 영향을 미치는 많은 변수들의 효과를 적절히 감안하지 않은 방법으로서, 손해액을 산정하기에 적절하지 않은 방법이라고 판단하여 채택하지 않고, 중회귀분석을 통한 이중차분법을 채택하되 기본적으로는 KDI 보고서를 배척하고 감정인단의 보완감정결과를 따랐다. 다만, 보완감정 결과와 달리 ① 회귀분석 모형의 추정방법으로 다툼의 대상이 되었던 통상최소자승법(Ordinary Least Squares Method, OLS)과 가중최소자승법(Weighted Least Squares Method, WLS) 중에 OLS 방식을 채택하고 ② 담합효과는 1998년과 1999년은 동일하게, 2000년은 이와 다르게 설정하는 모형을 채택하였으며 ③ 유찰수의계약 자료는 모두 모형에서 제외하였다. 그 결과, 보완감정결과에서 제시한 수치보다는 줄어든 약 902억 원이 손해액으로 산정되었다.

이 판결에서 주목되는 것은 법원이 손해액 추정의 근거가 되는 경제적 증거를 채택하기 위한 기준과 채택된 증거의 내용을 규범적으로 평가하는 기준이 되는 원칙을 판단의 전제로서 판시하고, 그 원칙에 기하여 손해액 산정의 기초가 되는 경제적 증거를 채택한 후 다툼이 있는 다양한 쟁점에 관하여 상세한 판단 과정을 거친 점이다. 경제적 증거를 채택하는 기준과 관련해서는 과학적이고 합리적인 손해액 산정을 위한 계량분석에 있어서 자료의 정확성과 자료 처리의 일관성이 가장 기본적인 사항이라고 하면서, 나아가 통계적 유의성과 현실적 적합성 충족 여부도 판단대상이라는 점을 분명히 하고 있다.

이러한 기준에 의하여 KDI 보고서는 이론적인 문제를 떠나 그 자료상의 오류 때문에 증거가치가 낮게 평가되어 전체적으로 배척되었다. 반면, 이 판결은 감정인단의 감정 결과에 대하여는 원감정 결과에 존재하였던 자료상 문제점이 보완감정 결과에서 해결되었다는 사실을 당사자들 사이에 다툼이 없는 사실로 전제한 후, 이를 손해액 산정의 기초로 삼으면서 쟁점별로 보완감정 결과가 모형 및 변수 설정에서 사용한 경제학적 이론과 사실적 근거에 관하여 판단하면서 방법론의 구성요소를 일부 보정함으로써 구체적 타당성을 기하고자 노력하였다.

이 판결에 대한 상급 법원의 판결은 아직 선고되지 않았으나, 이 판결이 취한 법리적 접근방식은 그 후에 선고된 다른 하급심 판결에도 영향을 주고 있다. 예컨대, 밀가루 담합으로 인한 손해배상 청구 사건에서도 손해액 입증을 위한 감정 결과에서 축약식의 계량 추정방법이 사용되었는데, 법원은 "손해액이 이론적 근거와 자료의 뒷받침 아래 과학적이고 합리적인 방법에 의하여 정당하게 추정되었다고 평가된다면" 그와 같이 산정된 손해액을 기준으로 배상을 명하여야 할 것이라는 원칙을 선언한 후, 그 원칙에 기하여 손해액 산정의 기초로서 위의 감정 결과를 채택한 후, 경제적 분

48) 피고들은 무상공급분의 가액 약 103억 원을 공제하여야 한다고 주장하였으나, 법원은 공제 주장은 받아들이되 그 금액은 가정적 경쟁가격을 기초로 산정한 약 92억 원으로 인정, 공제하여 실제 인용된 손해액은 약 810억 원이다.

석과정에서 담합 후 더미변수를 사용한 것의 적정성을 다투는 피고들의 주장에 관하여 상세한 판단과정을 거치고 있다.

V. 맺으며

이 글은 공정거래법의 사적 집행의 국내 동향과 쟁점을 검토하는 것을 그 목적으로 하므로, 부득이하게 우리나라의 법률상 인정되고 있는 사적 집행 제도인 손해배상청구 제도에 초점을 맞추었다. 다만, 행위금지청구 제도가 인정되고 있지 않은 현실이 손해배상청구 제도의 운영과 법리적 발전에 융통성 있게 반영될 필요가 있다는 점을 지적하였다. 이 글을 맺으면서 사적 집행 수단으로서의 손해배상 제도와 행위금지청구 제도의 기능적 차이에 따른 문제를 다시 한 번 제기하면서, 향후 행위금지청구 제도의 도입 여부에 대한 정책적 고려사항, 그리고 제도가 도입될 경우에 이를 어떻게 설계하여야 할 것인가에 대한 제안을 하고자 한다.

사적 집행 수단 중에서 손해배상청구 제도는 공정위에 의한 행정적 집행에 의해서는 추구되기 어려운 피해자에 대한 보상기능을 수행하는 데 반하여, 행위금지청구 제도는 위반행위에 대하여 금지를 명하는 집행권한을 법원이 갖게 된다는 점에서 사실상 공정위의 업무영역과 직접적으로 경합하게 되는 측면이 있다. 손해배상청구 제도와 행위금지청구 제도가 갖는 이러한 기능적 차이로 인하여, 사적 집행의 활성화를 주장하는 견해 내에서도 손해배상청구 제도와 행위금지청구 제도 각각의 역할에 대하여는 평가를 달리하는 견해가 존재한다.

행위금지청구 제도 도입에 반대하는 논의는 대체로 우리나라 법체계의 문제, 사적 집행에 대한 공적 집행의 우월성, 공정거래법 집행의 특성과 전문성, 사적 집행의 활성화로 인한 폐해 등에 근거하고 있으나, 실증적인 분석의 뒷받침이 되어 있지 않은 상태에서 이루어지는 주장이라는 점에서 그 근거가 충분하지 않은 것으로 판단된다. 그에 반하여 행위금지청구 제도 도입에 찬성하는 논의의 경우, 사적 소송 제도의 확충을 위한 제도의 도입과 개선이 공정위의 법집행을 '대체' 하는 것이 아니라 '보완' 하는 역할을 수행할 것으로 기대하는 점을 전제로 한다는 점에서 바람직한 방향을 지향하는 것으로 생각되지만, 손해배상청구 제도와 달리 행위금지청구 제도의 경우는 공정위의 법집행수단인 시정조치와 사실상 동일한 기능을 수행한다는 점이 충분히 부각되지 않은 것으로 생각된다.

요컨대, 행위금지청구 제도의 도입 여부는 현행 공정위 중심의 공적 집행체제에서 위반행위로 인한 경쟁질서 또는 거래질서의 침해 회복 또는 예방을 통한 구제기능이 적정한 수준으로 이루어지고 있는가에 대한 반성적 평가와 함께 입법정책적으로 검토되어야 할 문제이다. 따라서 행위금

지청구 제도를 도입하더라도 구체적인 제도 설계에 있어서 공정거래법이 개별적인 거래관계가 아닌 전체 시장의 관점에서 경쟁을 보호하는 것을 기본적인 목적으로 하여 경쟁제한적인 행위를 규제함으로써, 결과적으로 구체적인 거래상대방과 경쟁자 나아가 일반 소비자의 이익도 보호한다는 점을 염두에 둘 필요가 있다.

사적 집행으로서의 손해배상청구 제도가 공적 집행이 감당하지 못하는 피해자에 대한 보상기능을 수행하는 것이라면, 행위금지청구 제도가 수행하는 기능은 위반행위로 인하여 피해를 입고 있거나 입게 될 우려가 있는 사업자 또는 소비자의 피해를 회복하거나 또는 피해의 확대를 방지하고 피해의 발생을 예방함으로써 간접적으로 경쟁질서 또는 거래질서의 침해 회복이나 예방하는 구제기능이라는 점에서 이론적으로는 공정위의 공적 집행수단인 시정조치를 보완하는 기능을 할 수 있다. 다만, 공정위 중심의 집행체계가 여전히 유효하다는 관점에서 볼 때, 행위금지청구 제도를 사익 보호를 우선하는 관점에서 운영하는 것이 바람직한지, 아니면 공익 보호의 기능 일부를 사인에게 위임한다는 측면에서 적절한 안전장치를 강구하는 것이 필요할 것인지의 문제, 행위금지청구 제도의 도입과 함께 그에 의하여 수행될 수 있는 기능이 불필요하게 중복 수행되어 중복규제가 이루어질 위험성은 없는지의 문제 등이 충분히 검토되고 제도 설계방안에 반영될 필요가 있다.