

# 공정거래법 집행제도의 개선방안

The Improvement of the Antitrust  
Enforcement System in Korea

연구자 : 김두진 (한국법제연구원 부연구위원)

한자성명: 金斗鎭

영문성명: Kim, Doo-Jin



한국법제연구원

KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

## 국 문 요 약

종래 우리는 공정거래법의 집행이라고 하면, 통상 공정거래위원회와 법무부 등의 행정기관들이 동법을 공적으로 시행하는 공적 집행을 가리키는 의미로 사용하여 왔다. 그러나 사적 당사자에 의한 공정거래법의 또 다른 집행방식이 존재하며, 그것은 유용성 측면에서 결코 공적 집행에 못지 않게 중요하다. 우리는 공적 집행과 사적 집행은 시장내의 경쟁을 유지·보호·촉진하는 데 있어서 상호 보완관계이며 또한 보완관계이어야 한다고 생각한다. 예컨대, 일단 공정거래법이 사적 당사자에 의하여 자신의 손해를 배상받는 것을 주된 목적으로 하여 집행되면, 그것은 그가 의도한 효과로서 보상을 해줄 것이고, 의도하지는 않았지만 위반을 억제하는 결과를 가져온다. 그러므로 독점금지법은 그것의 공적 집행과 사적 집행간에도 “경쟁”할 것을 요구하는 것이다.

현행제도하에서, 공정거래법은 행정적 시정책과 형사적 제재를 통하여 공적으로 집행된다. 전자는 독점금지 위반자에게 위반의 결과를 시정하기 위하여 행위의무와 금전적 의무를 부과하는 것을 포함한다. 그리고 후자는 기소에 의하여 개시되는 형사공판절차에서 법원이 형사적 제재를 선고하는 것을 필요로 하는데, 그 절차의 개시에는 공정거래위원회의 위반행위에 대한 사전고발을 요한다. 사적 집행이 특히 소송에 의하는 경우를 私訴라고 할 수 있는데, 공정거래법의 위반자에 대한 사소는 위반에 대한 사후적인 사적 독점금지 손해배상청구의 소와 사전적인 사적 독점금지 유지명령청구의 소를 포함한다. 공정거래법 위반에 의하여 사적 당사자가 피해를 입었다면, 가해자를 공정거래법이나 민법에 의거하여 제소하여 독점금지 손해배상을 청구할 수 있다. 피해자가 위반자를 민법에 의하여 제소할에는 공정거래위원회의 시정명령을 기다릴 필요 없이

어느 때나 할 수 있지만, 공정거래법에 의하여 제소함에는 공정거래위원회의 시정명령이 전치되어야 한다. 독점금지 유지명령은 법원이 위반자에게 사익의 보호에 필요한 부작위나 작위를 명하는 예비적 구제책이다. 이 보고서에서는 제2장과 제3장에서 우리나라의 공적 및 사적 공정거래법 집행제도를 특히 사소의 원고적격에 초점을 맞춰서 미국과 일본의 그것과 비교하였다. 비교의 이유라면, 미국은 독점금지법의 모국이고 일본은 우리의 가장 가까운 나라이다. 제5장에서는 입법론으로서 형사처벌에 있어서의 공정거래위원회의 전속고발제의 폐지, 공정거래법에 의한 손해배상청구의 공정거래위원회의 시정조치전치주의의 폐지 등을 제안하였다. 그 밖에, 공정거래법의 사적 구제의 활성화를 위해서는 여러 가지 개선이 필요한데, 특히 사적 독점금지 유지명령청구제도와 징벌적 배상제도, 일정한 추론에 의한 손해액산정을 허용하는 추정조항, 그리고 피고의 귀책사유에 대한 입증책임의 전환 등이 공정거래법에 도입되어야 한다고 본다. 그 이유는 실손해배상으로는 과소억제만을 가져오고, 공정거래법에 의한 손해배상청구의 소에서 원고가 위반을 증명할 수 있더라도 손해액을 충분히 확실하게 입증할 수 없다면 패소가능성 때문에 제소를 단념할 것이기 때문이다.

※ 핵심어 : 공정거래법, 독점금지, 공적 집행, 사적 집행, 형사적 제재, 행정처분에 의한 집행, 사적 구제, 손해배상, 유지명령, 시정 전치주의, 전속고발제, 징벌적 배상, 私訴.

## **Abstract**

### **How Can We Improve the Antitrust Enforcement System in Korea?**

Until recently, we have generally understood the antitrust enforcement as the government execution only including implementation of the antitrust law by the administrative agencies such as the Korea Fair Trade Commission(hereafter "KFTC") and the Department of Justice. There are, however, another form of antitrust enforcements by private sector litigation, which is never of less importance than the public enforcement in terms of practicality. From my perspective, both public and private enforcements can and should collaborate for the maintenance, protection and promotion of competition in the market economy. For example, if private party practices the antitrust law in order to get restitution for his/her own damages, it can simultaneously make compensation for him/her as an intended effect, and provide deterrence of the violations as an unexpected result. So the antitrust law itself demands us "competition" in the realm of enforcement.

Under the current system, the public enforcement process of the Korea Monopoly Regulation and Fair Trade Act(hereafter "Anti-Monopoly Act") is composed of the administrative remedies and the criminal sanctions. The former includes imposing public personal behavioral and monetary duties on the violator firms to correct the impact

of the antitrust violations. And the latter requires sentencing of criminal remedies by the criminal court in the criminal trial procedure initiated with the public prosecution that requires the KFTC's previous accusation of the violators. The private enforcement of antitrust law against violators theoretically includes the private antitrust damage suits ex post the violation and the private antitrust injunction suits ex ante. When private parties was injured by antitrust violation, they could sue the injuring parties for recovery of the antitrust damages, relying on the antitrust law or the civil law. In the name of the civil law the victims could sue the violators anytime without waiting KFTC's correcting orders, but suing violators in the name of the antitrust law should follow the KFTC's correcting order. The antitrust injunction not allowed under the current system is the court's preliminary remedies ordering the antitrust violators action or inaction necessary to protect private interests.

I compare Korean antitrust enforcement system with U.S. and of Japanese counterparts, both in public and in private level particularly focusing on the private parties' standing, in chapter 2 and 3, for U.S.A and Japan are the motherland of antitrust law and the nearest country to our nation respectively. And in chapter 5 as recommendations for the legislature, I suggest we should abolish both the prior accusation system for criminal punishment(section 71 subsection 1) and remove the requirement of the prior existence of KFTC's correction order for antitrust damage actions(section 57 subsection 1) in the Anti-Monopoly Act. Besides that, we think that it is necessary to import the

followings into the Anti-Monopoly Act: the law regulating the private antitrust injunction suit, the antitrust punitive damages and the presumption clause admitting some kind of inference in damages measurement and the conversion of the burden of proof about the defendant's fault. The reasons for them are as follows: first, single damages provides too little deterrence and would too many antitrust violations to go unchallenged. And second, under the current system, many prospective plaintiffs who can establish an antitrust violation will not decide to sue violators because they may be failed in litigations owing to their inability to show damages with sufficient certainty.

※ key word : **Monopoly Regulation and Fair Trade Act**, antitrust, public enforcement, private enforcement, criminal penalties, administrative remedies, private remedies, damages, injunctions, requirement of the prior existence of correction order to claim antitrust damages, KFTC's exclusionary power to accuse an antitrust violator, punitive damages, private action, private antitrust suit.

## 목 차

국문 요약 .....	3
Abstract .....	5
제 1 장 서 론 .....	11
제 1 절 공정거래법의 집행의 의의 .....	11
제 2 절 연구의 목적과 범위 .....	12
제 2 장 공정거래법의 집행제도 .....	15
제 1 절 공정거래법의 공적 집행제도 .....	17
1. 공정거래법의 집행기관 .....	17
2. 공정거래법의 집행관여기관 .....	28
3. 공정거래법의 공적 집행방법 .....	30
제 2 절 공정거래법의 사적 구제제도 .....	44
1. 공정거래법에 의한 손해배상청구제도 .....	44
2. 민법에 의한 손해배상청구제도 .....	59
3. 유지청구제도 .....	61
4. 계약의 무효주장 .....	61
5. 기 타 .....	62
제 3 장 미국과 일본의 경쟁법의 사적 집행 .....	65
제 1 절 미국 독점금지법의 사적 집행 .....	65
1. 사소의 전체 독점금지법 집행에서의 비중 .....	65
2. 독점금지 손해배상청구 .....	65
3. 사적 유지명령청구 .....	116
제 2 절 일본 독점금지법의 사적 집행 .....	125
1. 2000년의 일본 독점금지법의 개정 .....	125

2. 독점금지손해배상청구 .....	127
3. 유지청구제도 .....	146
제 3 절 양국법제의 시사점 .....	157
1. 독점금지법의 사적 집행의 현황 .....	157
2. 사적 손해배상청구의 원고적격 .....	158
3. 손해의 발생 및 손해액산정의 증명 .....	160
4. 손해배상액의 가중 .....	162
제 4 장 공정거래법의 사적 집행제도의 개선방안 .....	165
제 1 절 공정거래법상 손해배상청구제도의 개선 .....	165
1. 시정조치전치주의의 폐지 .....	165
2. 원고적격 .....	166
3. 과실책임으로의 선회와 입증책임 전환 .....	169
4. 손해액산정의 증거방법의 확대 .....	169
5. 징벌적 배상제도의 도입 .....	170
제 2 절 유지청구제도의 도입 .....	176
1. 유지청구제도의 도입필요성 .....	176
2. 유지청구의 대상인 공정거래법위반행위의 범위 .....	176
제 3 절 공정거래법의 사적 구제에 있어서 공정위의 역할 .....	179
1. 사적 집행과 공적 집행의 보완관계 .....	179
2. 私訴에서의 공정거래위원회의 역할 .....	180
제 5 장 결 론 .....	185
참 고 문 헌 .....	189



## 제 1 장 서 론

### 제 1 절 공정거래법의 집행의 의의

종래 공정거래법의 공적 집행은 경쟁정책주관 행정기관인 공정거래위원회에 의하여 전담되어 왔다. 공정거래사건은 집행기관인 공정거래위원회의 범위만 사업자에 대한 행정조치 또는 공정거래위원회의 고발에 의한 형사처벌이라는 두 가지 메카니즘에 의하여 주로 처리되고 있다. 우리는 공정거래법의 집행이라고 하면, 통상 공적 집행을 가리키는 의미로 사용하고 있다.

그런데 공정거래법의 私的 執行(private enforcement) 또는 私的 救濟란 “사인이 공정거래법 위반행위에 의하여 침해되거나 그 우려가 있는 자기의 사적 권리를 보호·실현하는 절차를 주도하는 것”을 말한다. 이것은 사인이 공정거래법의 적용대상에 대하여 동법이 금지하거나 명령하는 법적 효과를 실현시킬 수 있는, 자기가 이용할 수 있는 절차를 주도하는 것이다. 사적 원고는 그가 이용하는 절차에 따라서, “절차의 개시 및 종결, 그리고 심판의 대상”을 모두 좌우하거나(예컨대, 민사소송법 제203조, 민법 제750조), “절차의 개시 및 심판의 대상”만을 좌우하거나(예컨대, 상법 제403조제6항, 제399조) 하게 된다. 공정거래법의 집행이 사적인 것인지 공적인 것인지 여부는 최소공약수인 “절차의 개시”만을 기준으로 판단하는 것이 타당하나,<sup>1)</sup> 사적 집행 모두를 포괄할 수 있도록, 이처럼 사인이 “절차를 주도”하는 것으로 개념 정의하는 것이 적절하다.

공정거래법의 사적 집행의 현실적 방법은 소송외에서 청구될 수도 있고, 소송상 청구될 수도 있는데, 후자의 경우에는 私訴(private action)가 되며, 이는 우리 법제상 행정소송 또는 민사소송의 형식에 의할 수 있

1) 공정거래법의 사적 집행과 공적집행의 구분에 관하여는 “공정거래법 위반행위에 대한 처분의 내용을 집행하는 주체”가 누구인가를 기준으로 할 것이 아니라 “집행정치를 최초로 개시하는 주체”가 누구인가를 기준으로 하여야 한다는 입장으로 朴煥濬, “독점규제법의 사적 집행에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 석사학위논문 2002, 25면. 이는 설득력 있는 적용결과를 가져오는 기준이다. 이에 의하면, 예컨대 공정거래위원회의 지정명령에 대상 사업자가 제기한 불복의 심판이나 소는 사적 집행이 될 수 없다.

다.<sup>2)</sup> 공정거래법의 私訴는 ①사인이 공적 집행기관인 공정거래위원회의 적권발동을 촉구하는 데 지나지 않는 “신고”(공정거래법 제49조제2항)와 달리, 그 신청에 의하여 개시되는, 법원을 판단주체로 하는 절차의 당사자로서 참여하는 것을 말하며, ②소송상 청구가 당해 대상에 대한 사법상의 권리근거규정의 적용을 신청하는 것인 私法에 의한 민사소송(civil action)과 달리, 청구권이 공정거래법의 규정에 의하여 창설되거나 사법상 보호되는 권리가 공정거래법에 위반한 행위에 의하여 침해되는 경우에 본안으로서 또는 적어도 본안의 선결문제로서 공정거래법 위반여부가 판단된다는 특색을 가지며,<sup>3)</sup> ③정당방위나 긴급피난과 같은 자력구제(민법 제209조)와 달리 국가기관인 법원의 조력을 받아서 권리를 강제로 실현하는 것이다.

## 제 2 절 연구의 목적과 범위

이 보고서는 공정거래법의 집행제도를 공적 집행과 사적 구제제도로 이분하여 각 집행제도의 현황을 살펴보고 자기 문제점은 없는지 살펴보고 개선방안을 제시하는 것을 전체적인 목적으로 연구를 진행한다. 그러나 공정거래법상의 공적 집행제도를 상세히 고찰한다면, 그것이 공정거래법상의 절차규정의 대부분을 차지하는 것이기 때문에 보고서의 제한된 지면상 애로가 있다. 따라서 i)공적 집행제도에 관해서는 그 구조에 대한 개관을 하고 그 중에서 행정적 집행을 공정거래위원회가 담당하는 것의 문제점과 형사적 제재의 실효성과 관련하여 공정거래위원회의 전속고발권제도의 문제점에 관하여 언급하는데 그치기로 한다. 이 보고서에서는 ii)공정거래법의 현행 사적 구제제도를 살펴보고, 이를 어떻게 개선하는 것이 사인의 권리보호에 도움이 될 것인지에 관하여 고찰하고 그

2) 아마도 거의 민사소송의 형식에 의한 것이다. 국가배상청구도 민사소송에 의하는 것이 판례(예컨대, 대법원 1972.10.10 선고 69다701 판결)의 입장이고 보면, 특수한 경우에 국가가 사경제주체인 사업자로서 공정거래법을 위반한 경우라 하더라도, 국가에 대한 손해배상청구나 유지청구가 행정소송의 일종인 당사자소송(행정소송법 제3조 2호)의 형식으로 다루어진다는 것은 실무상 예상하기 어렵다고 본다.

3) 민사소송은 소송형식면에서 형사소송, 행정소송 등과 동일한 범주에 속하는 것이며, 私訴와 민사소송이 동일한 차원에서 비교될 것은 아니다.

경우의 법제화방안을 제시하는 것에 연구목적의 중심을 두고자 한다. 사소를 중심으로 한 공정거래법의 사적 구제제도의 개선방안과 관련해서는 미국과 일본의 입법례와 운용례를 고찰하여 손해배상청구제도의 개선과 유지청구제도의 도입을 중심으로 공정거래법의 개선방안을 제시하고, 마지막으로 사적 구제제도의 확대·개선이 공적 집행제도에 가져올 수 있는 파급효과를 검토하고 그 바람직한 방향에 관하여 언급하기로 한다.

국가간의 독점금지 실체법상의 차이에도 불구하고, 모든 법제의 私訴는 그 체제에 맞게 해결해야 할 공통적인 문제들에 직면한다. 이들 문제에 대한 미국과 일본에서의 해결책은 일부 우리나라에서도 그대로 해당할 수 있고 그렇지 않은 것도 있다. 예컨대 미국은 우리나라의 공정거래법 제정시에 모범으로 삼은 연방독점금지법을 오랜 기간에 걸쳐 운용하여 온 국가로서 그 집적된 풍부한 경험과 규범은 우리가 참고할 좋은 기준이 될 것이나, 반면에 영미법제국가로서 제정법과 관례법간의 상호관계나 커먼로 전통에 의한 사법기관의 구조·손해배상법리 등에 있어서 우리와 본질적으로 다른 점이 그 참고의 한계로 고려되어야 할 것이고, 특이한 쟁점, 예컨대 미국이 연방국가로서 연방독점금지법외에 州독점금지법을 갖고 있는데서 관계·학설상 쟁점이 되는 연방법과 주법간의 적용순위의 문제 같은 것은 우리나라의 공정거래법의 운용에 참고하기에는 별로 도움이 될 수 없을 것이다. 마찬가지로 일본은 우리나라와 지리적으로 가깝고 법제나 사회제도에 있어서도 유사한 점을 많이 가진 근린국가이므로, 공통의 문제를 안고 있는 경우가 많아서 좋은 참고기준을 제공하나, 쟁점에 따라서는 일본보다도 우리사회가 먼저 직면하게 되어 우리의 해결법리가 더 우수한 문제도 있고, 사회경제적 배경이나 사회적 인식의 차이로 인하여 동일내용의 규범의 운용현실이 다른 경우도 있을 수 있어서 참고에는 한계가 따를 수 있다. 우리 공정거래법의 해석과 운용에 있어 미국과 일본의 법 해석과 운용법리를 참조하는 데에는 이러한 한계를 인식하고 나아가야 한다.

## 제 2 장 공정거래법의 집행제도

공정거래법이 포함되는 경쟁법의 집행<sup>4)</sup>은 크게 공적 집행과 사적 집행으로 나눌 수 있다. 경쟁법의 공적 집행은 공적인 경쟁법 주관기관이 위반행위를 적발하여, 행정적 처분이나 형벌을 부과함으로써 위반행위를 제재(punishment)하고 범위반행위의 발생을 억제(deterrence)하는 효과를 가져오는 것을 의미하고, 구체적인 집행의 메카니즘은 나라마다 다르나, 하나의 가능한 분류방법은 공적 집행을 크게 i)그 나라의 경쟁법 주관기관이 스스로 운영하는 절차에서 경쟁법 위반을 조사·실리하여 행정처분을 내리고 그 피처분자가 법원 등의 사법기관에 불복을 다룰 수 있는 형태로 운용되는 것과 ii)경쟁법 주관기관이 운영하는 절차에서 경쟁법 위반혐의를 조사하여 그것이 인정되면 사법기관에 제소하여 위반여부와 그 인정시 구제책에 대한 판단을 받는 형태로 운용되는 것으로 나누는 것이다. 우리나라와 일본은 전자에 미국은 후자에 각각 속한다. 다만 어느 국가나 경쟁법 위반에 대한 공정거래법의 형사적 제재는 소추기관이 공소제기 여부를 결정하고 법원이 공판절차를 통하여 심판하는 그 나라의 일반적인 형사범죄와 마찬가지로의 형태로 제재되는 점에서는 차이가 없다.

이와 달리 경쟁법의 사적 집행, 즉 사적 구제는 사인이 경쟁법 위반행위에 의하여 침해되거나 그 우려가 있는 자기의 사적 권리를 보호·실현하는 절차를 주도하는 것으로서 현실적으로는 유지명령과 손해배상을 사법기관에 청구하는 것으로 대표된다. 전자는 경쟁법 위반행위가 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우에 그것을 미리 예방하기 위하여 피해를

4) enforcement는 "집행" 또는 "강제이행"으로 번역할 수 있는데, 경쟁법분야의 문헌에서는 전자가 흔히 쓰이고 있다. 우리 법제에서는 사적 집행이란 용어가 익숙하지 않고, 공적 집행과 사적 집행, 사소 등의 용어가, 공·사법의 구분 없이, 공적 집행의 경우에 민사소송과 형사소송에 의하고 있는 법계에서 온 탓에, 혼란스러울 수 있으므로, 이 보고서에서는 이하 우리 법제에 관련해서 논함에 있어서, "공적 집행(public enforcement)"이란 용어는 그 맥락에 따라 "형사적 제재(criminal sanctions)" 또는 "행정처분에 의한 집행"과 혼용하고, "사적 집행(private enforcement)"이란 용어는 "민사적 구제(civil remedies)"와 혼용하기로 한다.

임을 우려가 있는 사인이 법원에 유지명령을 청구하는 제도이고, 후자는 경쟁법 위반행위에 의하여 피해를 입은 일반 사인이 사후적으로 손해배상청구소송을 제기하는 제도이다. 전자는 직접 사전에 위반행위를 억제하는 효과를 가져오고, 후자는 사후에 위반행위자에게 경제적 부담을 가짐으로써 결과적으로 위반행위의 발생을 억제하는 기능을 한다.

민사적 구제를 통하여 독점금지법 위반행위의 피해자에게 손실보전의 기회를 주고, 타인에 의하여 침해받은 권리를 스스로의 손으로 회복하는 것이 당연한 자기책임의 원칙을 확립하는 것은 현대의 법치국가의 사명이고, 피해자에 의한 손해배상청구소송이 적극적으로 전개되면, 위반행위자로부터 부당이득을 회수하는 것에 연결되어, 결과적으로 위반억제효과를 기대할 수 있다. 이처럼, 손해배상제도를 기반으로 한 사적 구제의 확립이야말로 현대적인 법치국가로서의 완성도를 나타내는 바로미터라고 할 수 있다.<sup>5)</sup> 다만 경쟁법의 사적 구제제도는 피해의 배상(compensation)과 위반의 억제(deterrence)를 목적으로 한 법제도이지만, 본질적으로 제도의 주된 기능은 피해자에 대한 구제에 맞춰져야 하며, 가해자에 대한 위반행위의 억제효과는 부수적으로 발휘되는 기능으로 보아야 할 것이다.<sup>6)</sup> 따라서 사적 구제를 통하여 배상과 억제의 양 목적을 달성하되, 양자가 상충된다면 전자가 후자에 우선하도록 하여야 할 것이다.

이 장에서는 공정거래법의 공적 집행제도와 사적 구제제도의 순으로 살펴보기로 한다. 공적 집행제도에 있어서는 공정거래위원회가 어떤 권한을 가지고 어떤 절차에 의해서 공정거래법을 집행하는가를 살펴보고 말미에 미국과 일본의 경우를 비교하면서 언급하기로 한다. 공정거래법의 사적 구제제도에 있어서는 현행 공정거래법상 인정되는 공정거래법에 의한 손해배상제도의 내용을 중심으로 살펴보기로 한다. 이에 비교되는 미국과 일본의 경쟁법의 사적 집행제도에 관해서는 장을 바꾸어 살펴보기로 한다.

5) 谷原修身「獨禁法と損害賠償制度活性化の課題」法律のひろば46卷11号19頁；谷原修身，「獨占禁止法と民事的救済制度」(中央經濟社，2002)，238頁註1.

6) 權五乘，「第4版 經濟法」，2002，440면은 공정거래법상 손해배상제도의 직접적 의미로서 피해자의 가해자로부터의 손해전보를, 간접적 의미로서 동법 위반행위를 억제함으로써 경쟁정책의 실효성을 확보하기 위한 수단성을 들고 있다.

## 제 1 절 공정거래법의 공적 집행제도

### 1. 공정거래법의 집행기관

#### (1) 공정거래위원회

공정거래위원회는 공정거래법에 의한 소관사무를 독립적으로 수행하기 위하여 설치된 국무총리소속하의 중앙행정기관이다(법 제35조). 공정거래위원회는 재적위원 과반수의 찬성으로 의결하는 합의제 행정기관이고, 고시·지침 등의 제·개정권을 가진 準立法機關이며, 이의신청의 재결권을 가지는 準司法機關이다. 공정거래위원회의 소관사무는 다음과 같다(법 제36조).

1. 시장지배적지위의 남용행위 규제에 관한 사항
2. 기업결합의 제한 및 경제력집중의 억제에 관한 사항
3. 부당한 공동행위 및 사업자단체의 경쟁제한행위 규제에 관한 사항
4. 불공정거래행위 및 재판매가격유지행위 규제에 관한 사항
5. 부당한 국제계약의 체결제한에 관한 사항
6. 경쟁제한적인 법령 및 행정처분의 협의·조정등 경쟁촉진정책에 관한 사항
7. 기타 법령에 의하여 공정거래위원회의 소관으로 규정된 사항

공정거래위원회는 위원장 1인, 부위원장 1인, 상임위원 3인, 비상임위원 4인 등 총9인으로 구성된다(법 제37조제1항). 공정거래위원회의 위원장, 부위원장 및 다른 위원의 임기는 3년이고, 1차에 한하여 연임할 수 있다(법 제39조).

공정거래위원회는 공정거래법 위반의 저발을 위하여 부당내부거래에 관한 제과추적권 등 일정한 범위의 강제조치를 포함한 조사권한 발동(법 제50조), 공정거래법 위반 확인시의 시정권고(법 제51조)·시정명령(법 제5조, 제16조, 제21조, 제24조, 제27조, 제31조, 제34조)·과징금부과(법 제6조, 제17조, 제22조, 제24조의2, 제28조, 제31조의2, 제34조의2, 제55조의3)·이행강제금부과(법 제17조의3)·의결권행사중지명령

(법 제17조의2제1항)·과태료부과(법 제69조의2) 등의 구체적 부과 그리고 구체적 집행과정에서의 집행정지결정(법 제53조의2)·과징금납부방법변경(법 제55조의4) 등의 가구체 등을 수단으로 한 행정조치에 의한 공정거래법의 집행을 전담한다.

## (2) 공정거래위원회 전담주의와 그 평가

### 1) 공정거래위원회 전담주의의 의의

공정거래법의 공적 집행을 공정거래위원회가 전담하도록 하는 것을 공정거래위원회 전담주의라고 한다. 흔히 공정거래법의 집행업무를 공정거래위원회가 중심이 되어 수행하고 있다고 하는 의미에서 공정거래위원회 중심주의라고도 말한다. 그러나 엄밀히는 공정거래위원회 중심주의라고 하면, 공정거래법의 집행에 복수의 주관기관이 존재하는 것을 전제로 공정거래위원회가 중심적 역할을 하는 것을 연상할 수 있다. 그러한 개념정의를 전제하면 공정거래위원회 이외에 공정거래법의 집행을 맡은 기관이 별도로 없는 우리나라에 있어서는 공정거래위원회 중심주의보다 공정거래위원회 전담주의라고 하는 것이 더 정확한 표현이라고 할 수 있다.<sup>7)</sup>

### 2) 미국과 일본의 경쟁법 집행기관

#### (가) 미국의 독점금지법 집행기관

##### ① 복수의 집행기관간의 경쟁과 균형

우리 공정거래법의 모국이라고 할 미국은 일찍이 19세기말부터 독점금지법을 제정하여 운용하고 있다.<sup>8)</sup> 공적 집행기관으로는 현재 연방정부 법무부의 독점금지국(Antitrust Division)과 연방거래위원회를 들 수 있고, 공적 기관이 사인을 대위하여 독점금지법을 집행하는 準公的 執行

7) 공정거래법 제9장의 제목은 "전담기구"로 되어 있으며, 공정거래위원회의 설치(제35조)·소관사무(제36조)·구성(제37조)과 회의의 구분(제37조의2)·전원회의 및 소회의 관장사항(제37조의3)·위원장(제38조)·위원의 임기(제39조)·위원의 신분보장(제40조) 등 공정거래위원회 자체에 관한 사항을 담고 있다.

8) 19세기말인 1890년에 셔먼법을, 20세기에 들어간 1914년에는, 이것을 보완하기 위해 클레이튼법과 연방거래위원회법을 제정하였다.

(quasi-public enforcement)기관으로 州법무장관(State Attorneys General)을 들 수 있다.<sup>9)</sup>

법무부 독점금지국은 1890년에 서면법이 제정될 때에 그 집행기관으로서 설치된 것이다. 당시 독점금지국은 행정기관의 일부이지만, 서면법의 형사·민사 양면에 있어서의 위반행위의 조사, 소송의 제기, 공판유지 등을 전담하는 공적기관이었다. 그 후, 연방의회는 Wilson 행정부집권 기간 중인 1914년에 서면법 위반행위의 우려가 있는 경우에 그러한 행위를 미연에 방지하기 위한 서면법의 보완법으로서 클레이튼법을, 다시 독점금지법을 엄격하게 운용하기 위한 독립행정기관으로서 대통령의 지명으로 상원의 인준을 받는 임기 7년인 5인의 위원으로 구성되는 중립적인 연방거래위원회(The Federal Trade Commission: FTC)를 설치하는 것을 규정한 연방거래위원회법을 제정하였다. 이 FTC의 관할은 “기업(corporation)”을 포함하지만, 연방거래위원회법은 기업을 “자재 또는 그 구성원의 수익을 위하여 사업을 수행하기 위하여 조직된” 단체라고 한정한다.<sup>10)</sup> California Dental Assn. 사건에서 연방대법원은 이 기업의 정의에 비영리거래단체라 하더라도 단체의 목적 중 적어도 하나가 그 구성원의 수익을 증진하는 것이라면 여기서의 기업에 포함된다는 이전의 FTC와 순회항소법원들의 입장에 동조하였다.<sup>11)</sup>

두 연방기관에 의한 독점금지 집행책임은 나뉘어져 있다. 법무부의 독점금지국은 민사소송과 형사소송을 통하여 서면법, 클레이튼법 및 로빈슨-패트만법의 집행책무를 진다. FTC는 제12조를 제외한 연방거래위원회법의 유일한 집행기관이고, 클레이튼법 제2조, 제3조, 제7조 등의 집행책무는 법무부 독점금지국과 함께 맡고 있다. FTC는 모든 독점금지법의 실제적 내용을 집행할 권한을 가지며, 이 권한은 클레이튼법과 로빈슨-패트만법에 관한 직접적 권한과 서면법에 관한 간접적 집행권을 포함한다. 서면법과 관련해서는 동위원회가 갖는 FTC법 제5조<sup>12)</sup>에 의거

9) H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy : The Law of Competition and its Practice*, 2d. ed., 1999, .pp. 584~591.

10) 15 U.S.C.A. § § 44, 45.

11) California Dental Assn. (CDA) v. FTC, 119 S.Ct. 1604 (1999)

12) 15 U.S.C.A. §45.



하여 갖는 “불공정한 경쟁방법(unfair method of competition)”을 제재할 권한내에 서면법하에서 위법한 모든 관행까지를 다루는 권한이 포함되는 것으로 해석되어 왔다. 예컨대, 연방대법원은 FTC는 “불공정한 경쟁방법이 독점금지법의 정신이나 조문에 위반되지 않는 경우라도, 동관행을 정의하고 조사할” 권한을 보유한다고 판시하였다.<sup>13)</sup> 또한 연방대법원은 FTC법하에서의 “불공정성”의 기준은 독점금지법에 위반되는 관행만이 아니라 FTC가 다른 이유에서 공공정책에 반한다고 정의한 관행을 포함한다고 판시하였다.<sup>14)</sup> 다만 근래에 연방대법원은, 이전에 FTC는 수평적 제한사건을 소송하면서 서면법에 의거하여 왔다고 하면서, FTC법 제5조와 서면법 제1조간의 적용범위의 차이에 대하여 지적하였다.<sup>15)</sup> 그러므로 현재 연방대법원은 FTC법 제5조가 서면법이 위법한 것으로 하고 있지 않는 수평적 제한까지 적용대상으로 하고 있을 것인지 여부에 대하여 입장을 분명하게 밝히지 않은 상태이다.

서면법의 의미를 확대하는 FTC의 구체적 권한범위는 불명확하고 논란이 되고 있다. 1960년대에 법원은 FTC가 시장지배력이 없는 끼워팔기형질<sup>16)</sup>이나 배타적 거래<sup>17)</sup>에 대하여 경쟁에 대한 피해가능성의 입증 없이 위법을 주장할 권한이 있다고 보았었다. 그러나 1980년대 이후에는, 법원들은 FTC의 관할권 확대시도에 대하여 보다 비판적이다. 예컨대, 법원은 판매자들이 통상적으로 사용하지만, 그들간에 합의의 증거는 없는, delivered pricing system에 대한 FTC의 혐의부과에 대하여 기각했다.<sup>18)</sup> 법원은 FTC는 합의의 존재를 입증하거나 공모가 없더라도 이 제도의 사용이 추정 가능한 반경쟁적 효과를 갖는다는 것을 입증하여야 한다고 판시하였다. 또한 FTC는 사업자들의 여러 가지 관측관행에

13) *FTC v. Sperry & Hutchinson Co.*, 405 U.S. 233, 239, 92 S.Ct. 898, 903 (1972).

14) *FTC v. Indiana Fed'n of Dentists*, 476 U.S. 447, 454, 106 S.Ct. 2009, 2016 (1986).

15) *California Dental Assn. (CDA) v. FTC*, 119 S.Ct. 1604 (1999).

16) *Atlantic Refining Co. v. FTC*, 381 U.S. 357, 369~371, 85 S.Ct. 1498, 1506~1507 (1965).

17) *FTC v. Brown Shoe Co.*, 384 U.S. 316, 321, 86 S.Ct. 1501, 1504 (1966).

18) *Boise Cascade Corp. v. FTC*, 637 F.2d 573, 579~582 (9th Cir.1980).

대하여 서민법 제1조의 가격담합협정이 없더라도 공모와 유사한 결과를 가져오는 위법한 관행이라고 주장하였으나, 법원은 당해 관행을 위법하다고 하는 위원회의 결정을 번복하면서, “과점적 산업에서의 사업활동을 제5조의 최소기준의 의미에서 불공정하다고 하려면, 묵시적 합의가 없는 경우, 최소한 i) 책임있는 제조자측에 반경쟁적인 의도나 목적의 증거가 있거나 또는 ii) 그 활동에 대한 독립적인 적법한 사업상 이유의 부존재 등과 같은 결정적 징표가 요구된다.”는 결론을 내렸다<sup>19)</sup>.

### ② 명시절차

법무부 독점금지국과 FTC, 양 연방기관이 모두 클레이튼법 적용사전에 관찰권을 갖고 있기 때문에, 정식 조사가 개시되기전에 회부되는 비정형적인 명시절차(clearance procedure)를 채택하고 있다. 신청에 의하여 법무부와 연방거래위원회는 사업관행을 관찰하여 기관의 현재의 집행의도를 설명하는 형식으로, 특정한 관행의 적법성 여부에 대한 기관의 견해를 표명한다. 법무부는 “사업관찰서한(business review letter)”을 통하여 그 행위를 관찰하는 데 반하여, 연방거래위원회는 “권고의견(advisory opinion)”을 발한다. 기술적으로 법무부는 권고의견을 제공할 권한이 없다. 어느 기관도 발한 의견에 대하여 법적으로 구속되지 않는다. 각 기관은 이것을 발하면서, 언제나 집행절차를 개시하는 선택권을 갖는다는 조건부로 하는 것이 보통이다. 어떤 기업의 행위에 대하여 어느 한 기관이 부집행선언을 했다고 해도, 그것이 다른 기관의 집행을 배제하는 것은 아니다. 마찬가지로 법원은 양기관의 해석을 존중은 하지만, 양기관의 절차나 규율에 구속되지는 않는다.<sup>20)</sup>

### ③ 州國親訴訟

독점금지법에 위반한 행위에 의하여 주의 주민이 피해를 입었거나 입을 우려가 있는 경우에는, 州법무장관에게 그 주민을 위해 주의 이름으로 손해배상청구소송 및 유지청구소송을 제기하는 권한이 부여되어 있

19) E.I. du Pont De Nemours & Co. v. FTC, 729 F.2d 128, 139~140 (2d Cir.1984).

20) E.T. Sullivan, et al., *Antitrust Law - Policy And Procedure*, (1984), p. 102.

고, 이러한 소송을 국친소송(State Parens Patria suit)이라고 부른다. 이것은 다음과 같은 유래를 갖고 있다.

1972년에 연방대법원은 Hawaii주가 스탠다드 오일에 대해 주민을 대위하여 후견(parens patriae)으로서 3배액 손해배상청구를 한 데 대해서 이를 기각하였다.<sup>21)</sup> 동법원은 주는 국친으로서 유지명령을 청구할 수는 있으나 3배액 손해배상청구를 할 수는 없다고 결론을 내렸다. 이 판결을 계기로 1976년에 의회는 하프-스코프-로디노독점금지개선편법을 통과시켰다. 동법에 의하여, 클레이튼법 제4조C는 州법무장관이 시민에게 피해를 입힌 서면법위반사건에서 소비자인 주내의 자연인인 주민을 대위하여 제소하고, 3배액 손해배상을 청구할 수 있다고 규정하게 되었다.<sup>22)</sup>

이러한 국친소송에 있어 州법무장관이 담당하는 역할은 準公的機關으로서의 그것이라고 할 수 있다. 즉 주법무장관이 연방독점금지법의 집행을 구하는 때에는 사인으로 간주된다. 예컨대, California v. American Stores사건<sup>23)</sup>에서는 기업결합 사건에서의 분할청구권의 해석상 주를 사인으로 취급하였다. 그 결과, 주의 역할은 이중적이다. 주법무장관과 연방법간의 관계가 관련되는 한, 주는 단순히 특별한 사인 원고일 뿐이며, 사적 집행에 대한 대부분의 제한을 그대로 적용받는다. 그러나 주법무장관은 또한 그 자신의 정치적 유권자에 대한 책무가 관련되는 한, 공적 기관이기도 하다.

가장 보편적인 종류의 州의 독점금지법 집행은 가격담합을 이유로 과다청구액 손해배상을 구하는 3배액 손해배상청구소송이다. 이 소송에서 주는 사적 당사자로서 간접대수자원칙 같은 원고적격원칙의 규율을 받는다. 주는 또한 기업결합규제를 집행하며,<sup>24)</sup> 주는 州독점금지법을 집행하

21) Hawaii v. Standard Oil Co. of Cal., 405 U.S. 251 (1972).

22) 15 U.S.C.A. §15c~h.

23) 495 U.S. 271, 110 S.Ct. 1853 (1990).

24) California v. American Stores에서 연방대법원은 주가 승인되지 못한 기업결합의 구제책으로서 분할을 청구할 수 있으며, 그것은 당해 기업결합에 관하여 이전에 FTC의 승인이 내려졌더라도 제한을 받지 않는다고 판시하였다.

며, 이 법들은 대부분 연방독점금지법과 유사한 내용으로 되어있다. 만일 그러한 국친소송이 최종판결에 이른다면, 자기를 위해서 당해 소송이 제기된 자연인에 의한 별도의 사적 소송은 그들이 자기에게 귀속되는 부분에 대한 배제권을 선택행사한 경우<sup>25)</sup>를 제외하고는 금지된다. 범위반과 피해는 사적 소송에서처럼 인정된다. 그러나 손해액의 산정과 지급이 이행되는 방식은 다르다. 첫째, 동법은 각 개인이 입은 피해의 총액을 실제로 증명하지 않는 표본검출법(sampling method)을 통하여 보다 자유로운 손해액의 증명을 허용한다.<sup>26)</sup> 둘째, 손해배상은 과태료(civil penalty)로서 주에 직접 지급되거나 또는 법원이 승인한 다른 방법으로 지급될 수 있다.

전국주법무장관회의(the National Association of Attorney General: NAAG)의 諸州間독점금지태스크포스(The Multistate Antitrust Task Force)가 창설되었던 1983년 이래로, 주정부들간에 사적 집행을 위한 협력은 증가되어 왔다.<sup>27)</sup> 그 좋은 예는 책임보험회사에 대해서 9개 주가 공동으로 제소한 독점금지소송<sup>28)</sup>과 1998년 5월 연방 법무부와 20개 주정부가 각각 Microsoft사를 제소한 독점금지소송<sup>29)</sup>이다. 이러한 주정부간의 독점금지집행의 협력은, 부분적으로는 연방정부의 독점금지법 집행이 전보다 덜 적극적이라고 생각하는 주정부들의 인식에서 비롯된 반응이다. 이러한 인식은 두 번의 레이건 행정부집권기(1981~1989)동안에 확산되었다. 이들 주법무장관들간의 협력은 가격담합,<sup>30)</sup> 재판가유지

25) 15 U.S.C.A. § 15b(2).

26) 예컨대, re Mid-Atlantic Toyota Antitrust Litig., 525 F.Supp. 1265, 1285 (D.Md.1981), aff'd subnom. Pennsylvania v. Mid-Atlantic Toyota Distribs, 704 F.2d 125 (4th Cir.1983)(통계적 표본검출을 통하여 손해액의 입증을 승인함). 이에 관해서는 후술함.

27) M.F. Brockmeyer, *The State of State antitrust Enforcement*, 59 Antitrust L.J. 25 (1990).

28) Hartford Fire Ins. Co. v. California, 509 U.S. 764, 113 S.Ct. 2891 (1993).

29) 상세한 내용에 관해서는, 金斗巖, 「공정거래법상 끼워팔기에 대한 규제제도 연구」, 한국법제연구원, 2001, 77~83면.

30) 예컨대, re Minolta Camera Products Antitrust Litigation, 668 F.Supp. 456 (D.Md.1987).

행위,<sup>31)</sup> 끼워팔기,<sup>32)</sup> 반경쟁적 효과를 수반한다고 주장된 합작투자<sup>33)</sup> 그리고 보험산업에서의 보이콧<sup>34)</sup> 등의 혐의에 대한 공동제소를 가져왔다. 주법무장관들은 또한 기업결합집행에서도 협력하여 왔다. 특히, 이들은 1987년에 수평적 합병지침을 공동으로 작성하고, 1992년에 개정하였다.<sup>35)</sup> 이들 가이드라인은, 연방정부에 의한 상응하는 지침보다 한층 공격적이다. 예컨대, NAAG지침은 일반적으로 연방지침보다 시장의 범위를 좁게 정의하고, 독점금지정책의 적법한 부분으로서 효율성 이외의 목적을 인정한다. 예컨대, 소비자로부터 뭍을 탈취하는 합병은 가사 그것 자체는 독점가격인상보다도 큰 효율성을 달성하는 것이어도 위법한 것으로 규제될 수 있다. NAAG기업결합지침의 문제되는 측면은 이것에 의하면 주는 연방정책과 부합되지 않는 州間거래산업의 구조에 관한 정책을 부과할 수 있다는 점이다. 예컨대, 인수회사 및 피인수회사의 생산시설의 대부분이 어떤 주들에 존재하는 경우에, 다른 개별 주는 당해 인수에 대해서 분할 혹은 유지청구를 할 수 있었다.<sup>36)</sup> 물론 그러한 제소의 목적이 달성되기 위해서는 연방법원이 청구를 인용하는 것을 조건으로 한다. NAAG는 또한 상응하는 연방지침보다 공격적인 내용의 수직적 제한에 관한 독점금지지침도 발간했다.<sup>37)</sup>

31) re Panasonic Consumer Elecs. Products Antitrust Litig., 1989-1 Trade Cas. ¶68613, 1989 WL 63240 (S.D.N.Y.1989)(화해를 승인함).

32) re Mid-Atlantic Toyota Antitrust Litig., 605 F.Supp. 440 (D.Md.1984) (화해를 승인함).

33) New York v. Visa, U.S.A., Inc., 1990-1 Trade Cas. (CCH) ¶69016, 1990 WL 75047 (S.D.N.Y.1990)(화해를 승인함).

34) Hartford Fire Ins. Co. v. California, 509 U.S. 764, 113 S.Ct. 2891 (1993).

35) NAAG Horizontal Merger Guidelines (1987), 4 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶13,405; Revised Horizontal Merger Guidelines (1993), reprinted in 64 Antitrust & Trade Reg. Rep. (BNA) #1608, Special Supp., (Apr. 1, 1993).

36) California v. American Stores, 495 U.S. 271, 110 S.Ct. 1853 (1990) (피인수기업인 Lucky Stores자산의 27퍼센트가 캘리포니아주 밖에 소재하였다).

37) NAAG Vertical Restraints Guidelines (1988), 4 Trade Reg. Rep. ¶ 13,400.

(나) 일본의 독점금지법<sup>38)</sup> 집행기관

제2차세계대전후의 점령정책의 일환으로서 반강제적으로 제정된 일본 독점금지법의 운용에 관해서는, 제정시부터 유일한 공적 기관으로 공정거래위원회의 주도에 맡기는 “공정거래위원회 중심주의”가 취해져왔다.<sup>39)</sup> 따라서 독점금지법 위반행위에 대처하기 위한 주된 수단은 공정거래위원회의 실결에 의한 배제조치명령과 형사벌규정에 근거한 형사적 제재이다. 공정거래위원회에 의한 배제조치명령의 주된 기능은, 독점금지법에 위반한 행위를 저지하는 것에 의하여 공정하고 자유로운 경쟁질서를 유지하는 것이다. 형사적 제재는 과거의 위반행위를 처벌하는 것에 주안이 놓여져 있지만, 우리나라와 마찬가지로 공정거래위원회의 전속고발제도(법 제96조)가 확립되고 있는 일본의 현행체제하에서는, 마찬가지로 독점금지법 위반에 대한 형사처벌의 기소가 제한되고 있다.

## 3) 공정거래위원회 전담주의의 평가

공정거래법의 공적 집행에 있어서 공정거래위원회 전담주의의 문제점은 i) 집행기관이 하나라는 점과 ii) 사법부의 관여가 제한적이라는 점 그리고 iii) 공정거래위원회의 처분에 대한 사업자의 불복의 소에 있어서 공정거래위원회의 판단이 법원을 구속하는가 하는 점 등으로 요약할 수 있다. 이하 각각 살펴본다.

먼저, i)의 집행기관의 단일성은 복수의 주관기관이 있는 경우의 관할권충돌이나 통일적이지 못한 운용이 될 경우의 문제점 등을 피할 수 있

38) 私的獨占の禁止および公正去來の確保に關する法律(이하 일본 독점금지법으로 지칭한다).

39) 독점금지법의 제정시에, 그 운용기관으로서 위원회제도를 도입한 최대의 이유는 점령군주의 강한 요청 때문이었다고 한다. 즉 점령군주의 다수파는 미국 독점금지법이 채용하는 이원적 시스템을 바람직한 것으로 생각하지 않고, 단독의 독점행정위원회방식에 의한 강력한 집행체제가 효율적이라는 것을 강조한 것이다. 公正取引委員會事務總局編, 「獨占禁止政策第五十年史(上卷)」(1997), 600頁, 이에 대하여 일본측은 1개의 행정기관에 준사법적 권한을 부여하는 것에 난색을 표시했지만, 결국 점령군주의 의향에 따르는 형태로 공정거래위원회의 설치를 인정하지 않을 수 없었다고 한다. 高瀬恒一・鈴木深雪・黒田武監監修, 「獨占禁止法制定時の回顧録」(財團法人公正取引協會, 1997), 37頁(柏木一郎發言).

는 훌륭한 장점을 가지나 공정거래법 위반에 대한 형사처벌에 있어서는 어차피 법무부 검찰이 관여할 수밖에 없는 것이고, 예컨대 검찰이 공정거래위원회와 부분적으로 중첩된 공정거래법의 집행권을 가지고 견제와 균형을 하는 집행기관이 복수 존재하는 경우에 비하여, 공정거래위원회가 갖는 경쟁정책의 주관기관으로서의 전문성과 준사법기관으로서의 지위 가운데 특히 후자를 보강하게 할 기회를 갖기 어렵다는 단점을 지적할 수 있다. 공정거래위원회가 사회에서 흔히 “경제검찰”로 불리고 있는 것이 시사하는 것처럼, 공정거래위원회의 직무의 성질은 검찰의 그것과 유사하며 따라서 그 조사·심의 등의 절차는 명실공히 준사법기관의 그것으로 규정되고 운용되어야 할 것이다.<sup>40)</sup> 적어도 그 점에서는 미국처럼 법무부 독점금지국과 연방거래위원회가 중복된 관할권을 갖고 동일한 성질의 대상에 관한 법 집행을 함으로써 일방이 다른 일방의 제도 개선에 도움이 되고 체크와 긴밀한 업무협조가 이루어지는 예는 우리가 참고할 가치가 있다고 생각한다.

다음으로 ii는 전술한 것처럼 우리 공정거래법의 공적 집행제도가 공정거래위원회가 스스로 운영하는 절차에서 법 위반을 조사·심리하여 행정처분을 내리고 그 피처분자가 법원에 불복을 다룰 수 있는 형태로 운용되는 것과 관련이 있다. 이것은 단적으로 법원의 관여를 2차적인 것으로 함으로써 위의 i 과 마찬가지로 현행 집행절차가 실질적인 준사법적 절차로 운용되는데 방해가 되며, 사법의 신중함과 안정성 등이 집행절차상 구현되는 것을 막을 수 있다. 반대로, 이러한 집행 메카니즘은 신속성과 비형식성 등의 사법에 대한 행정의 장점을 가져올 수 있다는 점은 인정할 수 있다. 따라서 이 문제는 일률적으로 평가할 수는 없는 것이고 ①공정거래법상의 실제적 제도의 성격에 따라 행정의 신속성과 비형식

40) 공정거래법은 동법 규정에 위반하는 사건의 처리절차등에 관하여 필요한 사항은 공정거래위원회가 정하여 고시하도록 하고 있고(법 제55조의2), 이에 의거하여 公正去來事件節次規定(공정거래위원회1997.4.7 고시 제1997-13호)이 제정되었고, 이것은 최근에 개정되어 「공정거래위원회회의운영및사건처리절차등에관한규칙」(공정거래위원회 2002.8.21 고시 제2002-9호)으로 고시되었는데, 후자는 전자보다 사건처리절차에 있어서 공정거래위원회의 준사법기관성을 보강한 규정이 다수 마련된 것으로 평가된다.

성·탄력성 등이 보다 강하게 요청되는 것에는 현행제도를 취약점을 보완하는 선에서 개선하여 운용하고, ②준사법기관으로서의 신중함과 안정성 등의 요구가 보다 중요한 제도인 경우에는 현행법상의 메카니즘과 달리 공정거래위원회가 공정거래법 위반혐의를 조사한 후 혐의가 인정되면 법원에 제소하여 범위반여부와 위반인정시 구제책의 선택에 대한 사법부의 판단을 받는 형태로 운용되는 방식을 채택하는 것도 입법론상 고려할 수 있을 것이다. 또한 사법부의 관여가 제한적이라는 점과 관련하여, 공정거래위원회 전담주의를 포함하는 공적 집행제도 자체의 한계를 공정거래법의 사적 구제제도를 통하여 보완하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 즉 공정거래위원회의 행정자원의 집행력의 한계를 시장에서 공정거래법 위반에 의하여 피해를 입거나 그 우려가 있는 사인이 주도하는 사적 구제제도를 통하여 손해배상이나 유지명령을 받아냄으로써 배상뿐만 아니라 위반의 억제라는 공정거래법의 공적 목적을 달성하는 효과를 낼 수 있다는 점을 지적할 수 있다. 이러한 공정거래법의 사적 구제가 활성화되면 공정거래위원회와 법원에 의한 이원적인 사건처리에 의하여 공정거래법의 전체 입법목적은 현행보다 더 잘 성취될 수 있을 것이다.

마지막으로 iii은 공정거래법의 공적 집행의 전담기관인 공정거래위원회가 그 운용상 내린 전문적 판단을 법원이 어느 정도 존중하는 것이 필요한가 하는 경쟁정책적 문제와 관련된다. 이 문제는 공정거래위원회의 법률문제와 사실문제의 판단으로 나누어 볼 수 있다. 우선 공정거래위원회의 법률문제에 관한 판단은 법률해석·적용을 본연의 권한으로 하는 법원을 구속할 수 없다. 그러나 공정거래위원회의 사실문제에 관한 판단은 그것이 공정거래위원회의 경쟁정책에 관한 재량의 범위내인 한 법원의 사법심사에서 원칙적으로 제외되며(행정소송법 제1조, 제4조), 다만 재량의 범위를 넘었거나 그 남용이 있는 때에는 법원의 심사를 받는다(동법 제27조).

그런데 공정거래법의 실제조항에는 예컨대, 시장지배지위의 남용행위의 “부당성”(법 제3조의2제1항), 부당한 공동행위의 “부당성”(법 제19조제1항)과 (산업이나 거래조건의) “합리화”의 적용제외요건, 불공정거래



행위의 “불공정성”이나 “부당성”(법 제23조제1항), 최고재판부가격유지행위의 “정당한 이유”(법 제29조제1항) 등의 불확정개념이 다수 존재한다. 이것은 법률문체에 속하는 것이지만, 특정한 사실이 이 불확정개념으로 구성된 요건에 해당하는가 여부에 관한 공정거래위원회의 판단여지를 인정하여 법원이 구속되는 것으로 인정할 것인가 하는 문제가 있다. 이에 관한 행정법학계의 입장은, i) 불확정개념의 해석·적용은 특정한 사실관계가 요건에 해당하는가의 여부에 대한 인식의 문제로서의 법적 문제이기 때문에 원칙적으로 사법심사의 대상이 되지만, (공정거래위원회와 같은) “독립의 전문위원회의 결정”, “환경법과 경제법영역에서 미래의 사실관계에 대한 고려 하에서의 예측적 결정과 위협의 평가” 등에 대해서 행정청의 판단여지를 인정하는 것이 독일의 판례라고 하고, 이러한 영역에 관하여는 행정청의 판단이 법원의 판단을 구속한다는 판단여지를 긍정하는 입장<sup>41)</sup>과 ii) 판단여지를 재량문제로 보는, 판단여지 부정설로 나뉜다. 학설 중에는 i)의 입장이 증가하고 있으나 대법원판례는 판단여지가 인정될 만한 사안을 재량문제로 취급하고 있으므로<sup>42)</sup> 공정거래위원회의 불확정개념의 해석·적용에 관한 판단에 대하여 재량의 일탈·남용 여부를 심사하는 경향이며, i)의 입장에서도 판단여지가 인정되는 영역내라 하더라도 정당한 사실관계에 기초한 판단인가 여부는 법원의 판단대상이 된다고 보므로<sup>43)</sup>, 공정거래위원회가 시정조치에서 내린 판단은 그것이 공정거래법상의 불확정개념에 관한 판단이라 하더라도 법원을 구속하지 않는다고 본다.

## 2. 공정거래법의 집행관여기관

공정거래법의 집행은 공정거래위원회가 전담하고 있지만, 예컨대, 공정거래위원회의 시정명령에 대한 피실인의 불복의 소를 심리하는 것은

41) 홍정선, 「제2판 행정법특강」(마명사, 2003), 180~183면.

42) 예컨대 대법원 1964.6.30 선고 63누194 판결(의사국가시험의 채점기준에 관한 채점위원의 재량 인정); 대법원 2001.4.10 선고 99다33960 판결(국가시험출제에 관한 출제위원의 재량 인정).

43) 홍정선, 앞의 책, 182면.

법원이다. 따라서 그러한 한도에서는 법원은 공정거래법의 집행에 관여하는 기관이다. 그 외에도 검찰, 국세청장 등이 공정거래법의 집행관련기관이다.

### (1) 법 원

공정거래법의 집행에 법원이 관여하는 경우는 공정거래법에 의한 공정거래위원회의 처분에 대하여 불복의 소가 제기된 경우나 동법상의 행정형벌규정(법 제66조 내지 제69조)에 의거하여 형사처벌절차, 즉 공판절차나 求略式節次 등이 진행되는 경우이다. 공정거래위원회의 처분에 불복이 있는 경우에는 그 처분의 통지를 받은 날부터 30일이내에 공정거래위원회에 이의신청을 할 수 있고(법 제53조제1항) 그것을 거치거나 아니면 바로 법원에 불복의 소를 제기할 수도 있다.

불복의 소는 처분의 통지를 받은 날 또는 이의신청에 대한 재결서의 정본을 송달받은 날부터 30일이내에(법 제54조제1항), 공정거래위원회의 소재지를 전속으로 관할하는 서울고등법원에 제기하여야 한다(법 제55조).

### (2) 검 찰

공정거래법에는 벌금, 징역형 등의 행정형벌이 규정되어 있다(동법 제14장). 검찰은 공정거래위원회가 제발한 공정거래법위반행위자의 행정형벌의 집행을 위하여 기소·구형·형의 집행 등을 담당한다.

원래 국가형벌권의 행사에 있어서 기소독점주의, 국가소추주의 등의 기본원리에 의하여, 검사는 기소 및 공소유지, 형의 집행까지를 주도하나, 공정거래법위반사건의 경우에는 공정거래위원회의 전속고발권 행사 여부에 의하여 기소권행사의 제한을 받는다. 이에 관해서는 후술하는 바와 같은 문제가 있다고 본다.

### (3) 국세청장 등 권한의 수탁기관

공정거래위원회는 과징금납부의무자가 납부기한내에 과징금을 납부하지 아니한 경우에는 납부기한의 다음 날부터 납부한 날까지의 기간에 대

하여 일정한 가산금을 징수하며(법 제55조의5제1항), 과징금납부의무자가 납부기한내에 과징금을 납부하지 아니한 때에는 기간을 정하여 독촉을 하고, 그 지정한 기간안에 과징금 및 가산금을 납부하지 아니한 때에는 국세채납처분의 예에 따라 이를 징수할 수 있는데(동조제2항), 공정거래위원회는 과징금 및 가산금의 징수 또는 채납처분에 관한 업무를 국세청장에게 위탁할 수 있다(동조제3항), 이 외에도 권한위탁에 관한 개별근거규정이 공정거래법상 존재한다(예컨대, 법 제3조제5항, 제11조의2제3항, 제17조의3제3항).

또한 공정거래위원회는 공정거래법의 규정에 의한 그 권한의 일부를 대통령령이 정하는 바에 의하여 소속기관의 장이나, 특별시장·광역시장 또는 도지사에게 위임하거나, 다른 행정기관의 장에게 위탁할 수 있다(법 제65조).

### 3. 공정거래법의 공적 집행방법

#### (1) 행정처분에 의한 집행

공정거래위원회는 공정거래법의 실체규정의 집행절차상 범위반행위의 조사권(법 제49조, 제50조), 각종 금지규정의 예외선정과 관련한 인가·지정권(예컨대, 법 제19조제2항의 부당공동행위의 예외인가, 제29조제2항의 재판매가격유지행위의 예외사업자지정, 제32조제1항의 부당한 국제계약의 체결제한의 예외인정), 심사권(법 제23조제5항, 제33조), 재판매가격유지계약의 수정명령(제30조), 각종의 통지나 신고수령권(예컨대, 법 제8조, 제12조, 제18조제3항), 각종의 지정권(법 제14조의 상호출자제한기업집단등의 지정권, 제18조제4항), 지침제정권(법 제23조제3항, 제26조제3항, 제32조제2항), 계열회사로의 편입·제외권(법 제14조의2), 관계기관에 대한 자료의 확인요구권(법 제14조의4) 등의 권한을 갖는다.

또한 공정거래위원회는 공정거래법의 실체규정에 위반한 행위가 있는 경우에는 이를 제재하기 위한 권한을 갖는다. 그 예로는 시정조치명령(예컨대, 법 제5조, 제16조, 제21조, 제24조, 제27조, 제31조, 제34조),

과징금의 부과(예컨대, 법 제6조, 제17조, 제17조의2제5항, 제22조, 제24조의2, 제28조, 제31조의2, 제34조의2), 이행강제금의 부과(제17조의3), 주식의 의결권행사금지명령(제17조의2) 등을 들 수 있다. 그리고 공정거래위원회는 범위반행위가 있는 경우에 당해 사업자 또는 사업자단체에 대하여 시정을 권고할 수 있다(법 제51조).

## (2) 형사적 제재

### 1) 공정거래법 위반에 대한 형벌의 부과

#### (가) 공정거래법상의 처벌규정

공정거래법은 제66조 내지 제69조에서 범위반행위에 대한 제재로서 형벌을 부과하고 있다. 그 가운데서 제66조, 제67조, 제69조에서는 법정형으로 징역형과 벌금형이 규정되고 있고, 그 중에서도 제66조는 징역형과 벌금형을 병과할 수 있도록 규정하고 있으나(법 제66조제2항), 제67조와 제69조는 그렇지 않다. 제68조에서는 벌금형만이 규정되고 있다.

구성요건을 보면, 제66조와 제67조는 공정거래법의 실제규정에서 금지하고 있는 행위를 하거나 범위반에 대하여 부과된 시정조치 또는 금지명령에 응하지 않는 경우이고, 제68조는 대체로 공정거래법의 실제규정에서 금지하고 있는 행위 자체를 적발하기 위한 사전절차에서 부과되는 신고나 보고·통지 등을 하지 않거나 허위로 신고·보고·감정한 경우이다. 제69조는 공정거래위원회 소속의 위원 또는 공무원이 직무상 비밀엄수의무를 위반한 경우이다.

형량에 관해서 보면, 제66조는 3년이하의 징역 또는 2억원이하의 벌금, 제67조는 2년이하의 징역 또는 1억5천만원이하의 벌금, 제68조는 1억원이하의 벌금을 법정하고 있다. 그리고 제69조는 일반적인 비밀엄수의무위반의 경우에는 2년이하의 징역 또는 200만원이하의 벌금에 처하도록 하고(동조제2항), 특별히 의무위반의 재제가 부당지원행위와 관련된 조사에서 얻은 금융거래정보인 경우에는 3년이하의 징역 또는 2천만원이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(동조제1항).

(나) 미국의 독점금지법 위반사건에 대한 형사처벌

최초의 독점금지법인 미국의 셔먼법은 처음부터 독점자의 형사처벌을 규정하고 있으므로 형사법적 성격을 띠는 법률로서 제정되었고, 수차 개정되어 현행규정은 법인에 대해서는 천만 달러 이하의 벌금(fine), 자연인에 대해서는 35만 달러 이하의 벌금 혹은 3년 이하의 징역(imprisonment) 또는 그 병과에 의하고 있다. 그러나 실제의 벌금액산정시에는 위반행위에 의하여 얻은 이익 또는 피해자에 대하여 입힌 손해의 2배까지 증액하는 것이 인정되고 있다. 이와 달리 연방거래위원회법이나 클레이튼법상에는 위반에 대한 형사처벌을 규정하고 있지 않다.

미국의 형사법은 1970년대 이래로 중벌화경향을 보여왔는데, 특히 1970년대 후반 이후로는 범죄율이 감소하고 있음에도 불구하고, 사회적 가치나 사회현상에 대한 염려 때문에 중벌화에 대한 국민적 지지율이 높아지고 있다. 그리고 중벌화 경향을 가능하게 한 이론적인 근거로는 대위책임론<sup>44)</sup>과 양형가이드라인을 들 수 있다. 1984년 양형개혁법에 근거하여 설치된 미국양형위원회는 1991년에 형사법제에 의한 조직의 규제가 정당한 형벌을 과하고 위반을 억제하기 위한 역할을 다하게 하도록 하기 위해 유죄의 인정을 받은 피고인이 조직인 경우에는 그 행위의 중대성과 책임에 따른 양형이 과하여지도록 양형가이드라인을 정하였다.

셔먼법은 연방법무부 독점금지국 또는 주검찰이 기소배심(Grand Jury)을 이용하여 독점금지법피자의 형사기소절차를 담당한다. 실제로 법무부는 독점금지법에 있어서 형사절차를 이용하는 것보다는 형평적 구제를 이용하는 경우가 더 많으며, 중대한 행위유형에 해당하는 경우에만 보통 형사절차를 이용한다. 미국법상 현실적으로 어떤 독점금지법 위반행위가 형사소추의 대상으로 되는가를 운용실태를 비추어 보면, 반드시 명확한 것은 아니지만, 셔먼법 제1조에 위반한 행위 중에서 가격협정, 입찰담합, 시장분할협정 등의 수평적 제한행위 또는 셔먼법 제2조 위반

44) 대위책임(vicarious liability)은 기업의 불법행위범의 영역에 있어 형성된 이론으로서, 사용자인 기업은 사용인이 자기의 직무범위내에서, 사용자의 이익을 위하여 불법행위를 범한 경우에는 기업 자체가 사용인에게 대위하여 형사책임을 진다는 법리이다.

행위 중에서 실한 약탈적 행위이면서, 당연 위법한(per se illegal) 것이 기소대상이다. 따라서 나머지 서면법 제2조위반행위나 수직적 경쟁제한행위는 현재 형사소추의 대상이 되지 않고 있다. 독점금지법상의 당연 위법 행위 또는 또한 수평적 경쟁제한행위라고 해도 행위자가 위법성에 관한 인식을 결여한 것임을 증명하는 명백한 증거가 있는 경우나 새로 출현한 형태의 문제를 포함하는 것 같은 경우에도 기소되지 않는 경우가 있다.

법무부 독점금지국에 의한 형사벌 적용의 실태를 살펴보면, 1980년까지는 민사사건수가 형사사건수를 상회하다가, 1981년 이래는 형사사건수가 압도적으로 민사사건수를 상회하여 전체사건수의 80퍼센트를 초과하고 있다. 또한 범인에 과하여지는 벌금액도 증가하고 있고, 1998년에는 18개 회사에 총액 2억4천만 달러의 벌금이 부과되었다. 매년 100인 이상의 자연인이 금고형에 처해지고 그 중 수십명이 실형 판결을 받고 있다.

#### (다) 공정거래법상의 벌칙규정의 평가

공정거래법상의 벌칙규정에 관해서는 공정거래법 자체가 국가의 중요한 법질서를 구성하고 있는 것이므로 법 위반행위자에 대하여 형벌을 부과하는 것은 수긍할 수 있지만, 불공정거래행위를 포함하여 공정거래법에서 규제되는 모든 행위를 구성요건화하는 것은 형사정책적인 관점에서 뿐만 아니라 경쟁정책적인 관점에서도 타당하지 않다는 비판이 가해지고 있다.<sup>45)</sup> 이 입장에서는 불공정거래행위는 기본적으로 거래의 공정성을 보호하기 위한 것이기 때문에 경쟁제한행위와는 다르며, 이와 같은 행위에 대해서는 행정처분이나 사법상의 구제수단을 통하여 충분히 규제할 수 있기 때문에 굳이 국가의 형벌권을 개입시킬 필요가 없다는 논거를 들고 있으며, 타당한 지적이다.

헌법재판소는 후술하는 전속고발제도와 관련하여 “공정거래법 위반행위는 기업의 영업활동과 밀접하게 결합되어 있거나 영업활동 그 자체로서 행하여지기 때문에, 그에 대하여 무분별하게 형벌을 선택한다면 관계자나 관계기업은 기업활동에 불안감을 느끼게 되고 자연히 기업활동이 위

45) 權五乘, 앞의 책, 437~438면.

축될 우려가 있고, 그렇게 되어서는 공정거래법 제1조에서 말하는 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진하는 것도, 기업활동을 조장한다는 것도 불가능하게 될 것이므로, 공정거래법 위반행위에 대한 형벌은 가능한 한 위법성이 명백하고 국민경제와 소비자일반에게 미치는 영향이 특히 크다고 인정되는 경우에 제한적으로 활용되지 아니하면 아니된다.<sup>46)</sup>고 언급하였다. 그러나 이러한 논리는 공정거래법에 규정된 형벌의 적용에 국한해서 볼 것이 아니라, 동법상의 처벌규정의 제정과 관련해서도 타당한 논거라고 볼 수 있다.

따라서 현행 공정거래법상의 벌칙규정은 형벌의 적용대상을 반사회성이 강하여 형벌에 의한 처벌이 필요한 행위유형으로 축소하고, 그것이 약한 경우에는 과태료로 처벌하는 것으로 변경하는 방향으로 조정할 필요성이 인정된다고 본다.

## 2) 공정거래위원회의 전속고발제도

### (가) 전속고발제도의 의의

공정거래법 제71조는 제66조 및 제67조의 죄는 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다고 규정<sup>47)</sup>함으로써 형법상의 친고죄에 있어서와 같이 고발을 공정거래법위반죄에 대한 공소제기의 요건 즉 소추요건으로 하고 그와 같은 고발은 공정거래법의 집행기관인 공정거래위원회만이 할 수 있도록 하고 있다.

### (나) 헌법재판소의 관련결정

#### ① 백화점 식품가공일 허위표시사건<sup>48)</sup>

일부백화점에서 전날 판매하다 남은 정육, 해산물, 야채 등 포장식료품을 가공일을 허위표시하여 새로 들어온 신선한 상품인 것처럼 위장하여 그 다음날 다시 판매하였다. 서울지방검찰청 북부지청은 위 각 백화점의

46) 헌재 1995.7.21. 선고 94헌마136 결정(고발권불행사위헌확인).

47) 따라서 제68조 내지 제69조의 죄에 대해서는 그러하지 않다.

48) 헌재 1995.7.21. 선고 94헌마191결정 (특정규제및공정거래에관한법률제71조위헌확인사건).

식료품 가공일자 변조행위를 인지하고 각 백화점의 식료품담당자 수명을 사기죄로 입건하는 한편 위 행위가 공정거래법 제23조제1항제6호 소정의 불공정거래행위에 해당하는 행위라고 판단하여 공정거래위원회에 대하여 위 각 백화점사업자에 대한 고발을 요청하였다. 그러나 공정거래위원회는 위 각 백화점의 행위가 공정거래법위반행위임을 확인한 다음, 위 각 백화점사업자에 대하여 식품가공일허위표집행위의 중지 및 법위반사실의 공포를 명하는 시정조치를 함과 동시에 각각 과징금을 부과하는 처분을 하였으나, 형사처벌을 위한 고발은 이를 하지 아니하였다. 그리하여 위 북부지청검사는 공정거래법 제71조에 따라 위 각 백화점사업자를 공정거래법위반죄로 기소하지 못하였다.

이에 청구인들은 공정거래법위반죄에 대하여 공정거래위원회의 고발을 소추요건으로 규정한 공정거래법 제71조에 의하여 직접 청구인들에게 헌법상 보장된 재판청구권 등의 기본권을 침해하였다고 주장하면서 헌법소원심판청구를 하였다. 헌법재판소는 이에 대하여 공정거래법 제71조는 공정거래법위반죄의 소추요건을 규정하고 있는 것에 불과하므로, 그 규정 자체만으로는 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈 등 기본권침해와 관련한 어떠한 내용도 이를 포함하고 있다고 볼 수 없다고 하고, 그러므로 공정거래위원회가 구체적인 공정거래법위반행위에 대하여 공정거래법 제71조에 근거하여 형사처벌을 위한 고발권을 현실적으로 행사하거나 행사하지 아니하였을 때, 그로 인하여 당해 공정거래법위반행위 관련자들의 기본권이 침해되었다고 볼 수 있을 것인가의 여부는 별론으로 하고, 위 조항 자체를 대상으로 하는 이 사건 헌법소원심판청구는 직접관련성이 결여된 부적법한 것이라고 하여 심판청구를 각하하였다.

#### ② (주)에이스침대의 대리점계약해지사건<sup>49)</sup>

가구소매업을 영위하면서 (주)에이스침대(이하 회사라 한다)와의 사이에 대리점계약을 체결하고 각종 가구류를 공급받아 판매하여 온 청구인이 청구인의 매출이 현저히 부진하여 계속 거래하기가 곤란하다는 이유를 들어 청구인과의 대리점계약을 해지하였다. 청구인은 회사의 일방적

49) 헌재 1995.7.21. 선고 94헌마136 결정(고발권불행사위헌확인).



인 대리점계약해지행위를 바로 잡아 달라는 취지의 탄원서를 공정거래위원회에 제출하였다. 위 탄원서를 접수하여 심의한 공정거래위원회(피청구인)는 회사의 행위가 계속적인 거래관계에 있는 거래상대방에 대하여 부당하게 거래를 거절한 행위로서 공정거래법 제23조제1항제1호에 위반된다고 하여 동법 제24조에 따라 회사에 대하여 시정명령을 발하고 이를 청구인에게 통보하였다. 청구인은 다시 피청구인에게 회사에 대한 형사고발을 요구하는 내용의 고발추구서를 제출하고, 피청구인은 회사에 대한 형사고발이 불가하다는 내용의 회신을 하였다. 청구인은 헌법상 보장된 평등권과 재판받을 권리를 침해당하였다는 취지로 헌법소원심판청구를 하였고 헌법재판소는 이에 대하여 “공정거래법은 제71조에서 공정거래위원회의 고발권행사에 관한 아무런 요건이나 제한규정도 두지 아니하고 있고, 공정거래위원회는 심사의 결과 인정되는 공정거래법위반행위에 대하여 일응 고발을 할 것인가의 여부를 결정할 재량권을 갖는다고 보아야 할 것이다. … 그러나 전속고발제도에 의한 공정거래위원회의 고발재량권도 그 운용에 있어 자의가 허용되는 무제한의 자유재량이 아니라 그 스스로 내재적인 한계를 가지는 합목적적 재량으로 이해하지 아니하면 안된다고 할 것이다. … 결국 공정거래법이 추구하는 앞서 본 범목적에 비추어 행위의 위법성과 가벌성이 증대하고 피해의 정도가 현저하여 형벌을 적용하지 아니하면 범목적의 실현이 불가능하다고 봄이 객관적으로 상당한 사안에 있어서는 공정거래위원회로서는 그에 대하여 당연히 고발을 하여야 할 의무가 있고 이러한 작위의무에 위반한 고발권의 불행사는 명백히 자의적인 것으로서 당해 위반행위로 인한 피해자의 평등권과 재판절차진술권을 침해하는 것이라고 보아야 할 것이다.”고 하였다. 그러나 이 사건 고발권불행사의 당부에 관해서는 “회사의 위 불공정거래행위는 청구인과의 가구대리점계약이라는 개별적이고 구체적인 거래관계를 대상으로 한 단 1회의 거래거절행위로서 가구시장의 경쟁질서에 끼친 해악의 정도가 그리 중하다고만 할 수 없을 뿐 아니라, … 회사에 의하여 대리점계약이 해지됨으로써 입은 청구인의 경제적 손실은 공정거래법상의 손해배상청구권을 행사하거나 민법상의 채무불이행 혹은 불법행위에 기한 손해배상청구를 통하여 충분히 전보될 수 있다고 보여지

므로, 이를 객관적으로 보아 형벌을 가할 정도로 중대한 공정거래법위반행위로 보기는 어렵다고 할 것이다.”<sup>50</sup>고 하여 기자결정하였다.

#### (다) 전속고발권의 통제

위의 헌재결정(1995.7.21.94헌마136)을 반영하여 공정거래법은 1996년 12월 전속고발권을 제한하는 내용으로 개정되었다. 공정거래위원회는 제66조 및 제67조의 죄중 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경징질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우에는 검찰총장에게 고발하여야 한다(법 제71조제2항). 또한 검찰총장은 제2항의 규정에 의한 고발요건에 해당하는 사실이 있음을 공정거래위원회에 통보하여 고발을 요청할 수 있다(법 동조제3항).

이와 관련하여 공정거래위원회는 1997.6.17. 공정거래법위반사건으로서 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경징질서를 현저히 저해한다고 인정되어 공정거래법 제71조제2항의 규정에 의하여 고발대상이 되는 사건의 유형 및 기준을 제시함을 목적으로, 독점규제및공정거래에관한법률위반행위의고발에관한공정거래위원회의지침(고시:1998-4)을 제정하여 운영해오고 있다.

#### (바) 전속고발제도의 평가

공정거래법상의 전속고발제도에 대해서는 견해가 대립하고 있다. 존치론과 폐지론이 나뉘며, 폐지론은 전부폐지론과 일부폐지론으로 나뉜다. 전속고발제도의 존치론은 전속고발제도는 공정거래법위반사건에 대하여 형사처벌의 필요성여부를 먼저 전문기관인 공정거래위원회에게 판단하도록 하여 사업자에 대한 공적 규제의 최소성을 유지하기 위한 것이라고 한다.<sup>50)</sup> 헌법재판소는 이 제도의 존치이유로 “공정거래법위반행위에 대한 효과적인 제재와 예방을 위하여는 시정조치나 과징금 등의 행정조치만으로는 부족하고 강한 심리강제효과를 갖는 형벌의 적극적인 활용이 요청된다”고 할 것이나, “공정거래법위반행위 ... 에 대하여 무분별하게 형벌을 선택한다면 ... 기업활동이 위축될 우려가 있고, 그렇게 되어서는

50) 李南基·李承祐, 「第3改訂版 經濟法」, 2001, 413~414면.

… 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진하는 것도, 기업활동을 조장한다는 것도 불가능하게 될 것이므로, 공정거래법위반행위에 대한 형벌은 가능한 위법성이 명백하고 국민경제와 소비자일반에게 미치는 영향이 특히 크다고 인정되는 경우에 제한적으로 활용되지 아니하면 아니된다. 전속고발제도는 … 공정거래위원회로 하여금 … 상세한 시장분석을 통하여 위반행위의 경중을 판단하고 그때 그때의 시장경제상황의 실상에 따라 시정조치나 과징금 등의 행정조치만으로 이를 규제함이 상당할 것인지 아니면 더 나아가 형벌까지 적용하여야 할 것인지의 여부를 결정하도록 함으로써 공정거래법의 목적을 달성하고자 하는 데 그 취지가 있다고 할 것이다.”고 하였다.<sup>51)</sup>

전부폐지론은 공정거래법위반사범에 의해서 구체적인 재산상의 손실을 입게되는 직접적인 피해자의 고발권을 인정하지 않는 것은 평등권 및 재판절차진술권이라는 기본권의 보장이라는 헌법정신에 맞지 않고,<sup>52)</sup> 전속고발제도가 검사의 공소권 행사를 제한함으로써 공정거래법상 형벌권의 행사에 장애가 되고 있고,<sup>53)</sup> 전속고발권을 인정하는 관세법이나 조세범 처벌법 등 위반행위와 달리 공정거래법 위반행위는 구체적인 재산상의 피해를 입는 사인이 다수 생기게 되며, 그 직접피해자의 고소나 고발이 허용되지 않는 것은 기본권보장의 헌법정신에 합치하지 않고, 고소나 고발이 없더라도 검찰이 그 위반행위에 대하여 수사하고 기소할 수 있어야 한다는<sup>54)</sup> 이유를 들어 공정거래법상의 전속고발제의 전체적 폐지를 주장한다.

일부폐지론은 공정거래법위반행위에 대한 판단을 하기 위해서는 시장분석 등 전문적인 심사가 필요하다는 점, 수사기관의 형사사법권 남용으로 인하여 기업활동의 위축을 가져올 수 있다는 점 등을 논거로 전속고발제도의 존치를 인정하되, 이를 시장분석 등 전문적인 심사가 필요한

51) 헌재결 1995.7.21 선고 94헌마136.

52) 權珉容, “公正去來委員會의 告發制度에 對한 研究”, 저스티스 제34권1호, 2001, 184~218면.

53) 임영천, “법위반행위에 대한 공정거래위원회의 처리절차”, 공정거래법연구과정교재, 서울대학교 법학연구소, 1997, 3면.

54) 김학의, “독점규제법 위반과 형사적 제재”, 2000, 648~650면.

경우로 제한하는 것이 바람직할 것이라는 입장<sup>55)</sup>으로 나뉜다.

전속고발제도는 위의 현재결정의 언급처럼, 검찰단독으로 공정거래법위반 행위에 대하여 공소제기하는 경우에 생길 수 있는 기업활동의 위축을 통한 시장의 경쟁위축을 방지하는 순기능이 있을 수 있다. 그러나 공정거래법 위반에 대한 불필요한 기소를 방지하기 위한 방안으로는 이처럼 i) 공정거래법 위반의 전부 또는 일부에 관하여 전속고발제도를 두는 방안이외에, ii) 전속고발제를 폐지하되 형사소추기관인 검찰 자체의 공정거래사건의 분석을 위한 전문성을 강화하는 방안이 있다. 미국은 서면법의 집행을 법무부 독점금지국이 맡고 있으므로, 두 번째 방안이 채택된 것으로 볼 수도 있다.

i)에 대해서는 첫째, 중대한 공정거래법 위반에 대한 효과적인 형사적 제재를 통하여 실현하려고 하는 것도 공정거래법의 목적인 시장 경쟁의 유지·촉진이며, 둘째, 전속고발제가 이것에 장애가 되고 있는 현실과 피해자의 기본권 침해가능성 등을 감안하면, 전속고발제는 마땅히 폐지하여야 할 것이고, 셋째, 과다기소를 통한 시장의 기업활동과 경쟁의 위축을 방지하기 위해서는, 검찰이 공정거래법위반의 경우에 형벌권의 행사가 필요한지 여부를 적절하게 판단하도록 하여도 충분할 것이라는 비판이 가능하다. 넷째, 일부폐지론에 대해서는 공정거래법 위반의 판단을 위해서 시장분석 등 전문적인 심사가 필요한 부분으로는 불공정거래행위보다는 시장지배적 지위의 남용이나 부당한 공동행위 또는 경쟁제한적 기업결합 등의 독점규제에 관한 공정거래법의 실제조항의 적용대상이 될 것인데, 종래 공정거래위원회의 법운용실태를 보면 이 부분에 관한 것보다는 불공정거래행위의 규제에 집중된 것을 볼 수 있어서,<sup>56)</sup> 그 부분에 관한 공정거래위원회의 전속고발권 행사를 기대하기 어렵다는 문제점이 지적되고, 또한 시장분석 등 전문적인 심사가 필요한 경우를 정하는 것도 유동적일 수 있다는 비판을 할 수 있다. 특히 i)과 관련하여, 전속고발제도의 존치를 전제로, 공정거래위원회가 특정범죄에 대하여 고발을 하지 않는 경우에는 피해자가 법원에 행정소송을 제소하여 다룰 수 있도

55) 權五乘, 앞의 책, 440면.

56) 김학의, 앞의 논문, 641~644면에 의하면, 공정거래법의 시행후 2000년까지 공정거래위원회의 시정실적 중에 불공정거래행위가 전체의 3분의 1을 초과하며, 부당한 규제계약 및 하도급법위반을 포함하면 전체의 85퍼센트를 차지하고 있다고 한다.

독 보완하는 방안<sup>57)</sup>도 제시되고 있는데, 이 방안은 후술하는 사적 구제 제도의 활성화에 의하여 공적 집행을 보완하는 구도를 연상시킬 수 있다. 그러나 이에 대해서는 전속고발제를 폐지하여 피해자인 사인에게 당해 공정거래법 위반에 대한 형사절차상 고발권을 인정하여 형사법원이 판단하도록 하면, 공정거래법의 공적 집행의 보완책으로 충분할 것을, 별개의 행정소송에서 공정거래위원회의 고발권불행사를 다룰 수 있도록 법제화하는 것은 너무 우회적이며 번거롭다고 할 수 있다.

따라서 ii가 타당하며, 그와 함께 검찰의 공정거래사범에 대한 기소여부판단에 도움이 될 수 있도록, 공정거래위원회가 협조할 수 있도록 하는 제도가 필요하다고 생각한다. 즉 중대한 공정거래법 위반에 대하여 형사처벌이 필요하다고 공정거래위원회가 판단하는 경우에는 공정거래위원회가 의무적으로 고발하도록 하는 현행제도(제71조제2항)를 유지하고, 공정거래위원회가 검찰의 요청에 의하거나 직권으로 공정거래법 위반여부에 관한 의견을 검찰에 제출할 수 있도록 제도화하는 것이다. 이 방안이 전속고발제의 결점을 원천적으로 제거하여 본연의 형사소추기관인 검찰의 판단에 기소여부를 맡기는 동시에 헌법재판소가 실시한 전속고발제도의 순기능까지 흡수할 수 있는 방안이라고 본다.

### (3) 공적 민사적 집행

#### 1) 미국의 독점금지법의 공적 민사적 집행

우리의 경우는 공정거래법의 공적 집행방법으로는 전술한 행정처분에 의한 집행과 형사처벌에 의한 집행만이 인정되나, 미국 독점금지법상으로는 형사적 집행과 민사적 집행으로 구분되고 있다. 미국법은 공사범의 구별이 없으므로, 행정소송제도는 인정되고 있지 않다. 따라서 미국의 독점금지법 집행기관은 민사적 집행의 경우, 혐의자의 독점금지법 위반여부를 조사한 후 위반이 인정되면 민사소송을 제기하고, 법원의 판결에 의하여 위법상태를 교정하거나 아니면 소송외에서 혐의자와 사법상 효력

57) 최병각, 「전속고발제도에 관한 연구」 한국형사정책연구원, 1999; 김학의, 앞의 논문, 650면 주29.

을 갖는 협정(동의명령)을 체결하고 법원의 승인을 얻는 방식에 의하여 과거의 독점금지법위반행위에 대한 교정을 하거나 향후의 독점금지법위반행위의 발생을 방지하는 것이다.

## 2) 민사적 집행절차

### ① 독점금지국의 집행절차

법무부 독점금지국은 민사적 조사를 위해서, 통상 민사조사요구서(Civil Investigative Demands: CIDs)를 발하는데, 이는 조사와 관련된 정보를 가지고 있다고 생각되는 자에게 발부되는 소환 내지 제출명장(subpoenas)으로서, 서류제출, 구술증언 또는 신문에 대한 답변을 요구하는 내용이다.<sup>58)</sup> CID의 결과로서 수집된 정보는 때때로 FTC에 의해서 그 관할사건의 조사에 사용되기도 하고, 또는 의회에 보고되기도 한다. 그러한 경우를 제외하고는 CID의 결과로 수집된 정보는 비밀로 엄수되어야 하고, 정보자유법(the Freedom of Information Act)<sup>59)</sup>에 의거해서 행해지는 조사가 명시적으로 면제된다. 독점금지국의 조사는 사적 신고, 독점금지국 자체의 인지에 의해 행해진 내사 또는 기업결합의 사전적 통지와 같은 사적 보고 등의 결과로 개시된다. “내사(preliminary inquiry)”라고 불리는 개시단계에서는 조사는 공개된 정보에만 기초하여 행해진다. 만일 그 필요성이 진정되면, 독점금지국은 정식조사(formal investigation)에 들어가는데, 사인의 신문이나 문서의 제출을 명할 수 있다. 조사의 결과 독점금지국은 혐의가 인정되지 않으면 조사를 중단하고, 혐의가 인정되면, 협정에 의해 종료시키거나 또는 연방지방법원에 민사 독점금지소송을 제기하게 된다.

### ② 연방거래위원회의 집행절차

FTC는 사적 신청을 접수하고 그것이 적절하다고 판단하면 조사에 착수하지만, FTC 자체의 직권으로 조사절차를 개시할 수도 있다. FTC는 일반적으로 FTC법 제5조(b)<sup>60)</sup>와 연방행정절차법(the Federal Ad-

58) Antitrust Civil Process Act, 15 U.S.C.A. § §1311~1314.

59) 15 U.S.C.A. § 1314(g).

60) 15 U.S.C.A. § 45(b).

ministrative Procedure Act)<sup>61)</sup>의 규율을 받는, 증거의 수집 및 제출절차를 운영한다. 그러나 FTC는 규제기관이므로, 법원보다 전문적 기관이고 사법적인 엄격한 절차와 증거법칙의 구속을 받지 않는다.

심결개시절차(the initial adjudicative procedure)는 행정법관사(Administrative Law Judge: ALJ)<sup>62)</sup>에게 맡겨지는데, 행정법관사는 예비결정(preliminary decision)을 한다. 이 절차 중 FTC는 자기 측 변호인을 출석시키는데, 민사소송에서의 원고처럼 입증책임을 진다. ALJ가 예비결정을 내리고 나면, 그것은 FTC에 의해서 승인되거나 불승인된다. 만일 FTC의 결정이 피심인(respondent)에게 불이익하면, 그는 연방순회항소법원에 불복심사를 신청할 수 있다. 사실문제에 있어서는 법원은 일반적으로 FTC의 사실인정이 전체적 기록상 실질적 증거에 의하여 지지되면, 그것에 구속된다.<sup>63)</sup> 그러나 법률문제에 있어서는 법원은 FTC의 법률해석을 상당히 존중은 하지만, 구속되지는 않는다.

FTC절차에서의 규제책은 기업결합의 경우에 강제해체나 분할이 될 수도 있지만, 통상 중지명령(cease and desist order)이다. FTC는 과태료(civil penalties)의 부과권이 있지만, 그것은 이전에 내린 중지명령에 위반하거나 FTC규칙과 관행에 대한 명시적 위반의 경우에만 부과할 수 있다.<sup>64)</sup> FTC는 Mylan decision에서 피고에게 약품시장을 독점화하기 위한 공모로 벌어들인 위법한 독점수익을 박탈하는 과태료를 부과하였다.<sup>65)</sup>

### 3) 민사적 규제책

#### (가) 동의명령

독점금지조사의 결과 제소가 되면, 그 대부분은 동의합의(consent decrees)로 종결되는데, 이는 구속력 있는 소송외의 합의이며 법원에

61) 5 U.S.C.A. § 554.

62) 행정법법정(administrative law court)의 절차에는 통상의 민·형사소송과 달리, 배심이 없고, 보다 신속하고 저렴한 비용으로 사건을 처리한다.

63) RSR Corp. v. FTC, 602 F.2d 1317, 1320 (9th Cir.1979), cert. denied, 445 U.S. 927, 100 S.Ct. 1313 (1980).

64) 15 U.S.C.A. § 45(l) & (m).

65) 75 Antitrust & Trade Regulation Rep. 701 (BNA, Dec. 24, 1998).

의하여 “공익에 부합하는 것”으로 승인<sup>66)</sup>되어야 동의명령(consent order)으로서 효력을 발생한다. 동의명령은 피고가 유죄라거나 독점금지 위반에 대한 어떠한 사법적 판단이 들어있지는 않으며, 피고가 사건을 조기에 종결시켜 소송비용의 증가를 막고, 공공의 좋지 못한 평판을 줄여보려는 목적에서 사용되며, “피고에 대하여 내려진 독점금지판결은 동일한 위반행위에 기초한 후속의 사적 소송에서 책임에 대한 일종의 증거(prima facie evidence)가 된다”고 규정한 클레이튼법 제5조(a)<sup>67)</sup>의 결과를 피할 수 있게 해준다. 그러나 동조는 “이 조에 규정된 어떤 것도 附帶的 禁反言(collateral estoppel)의 적용에 대한 제한을 부과한다고 해석되어서는 아니된다.”고 규정한다. 비록 동의명령은 사적 원고에 의한 독점금지소송의 기초를 형성하지는 않지만, 법원판결과 마찬가지로 나중에 집행될 수 있다. 독점금지국은 너무 넓은 것으로 간주되거나 피고의 지위상 예컨대 시장이 보다 경쟁적으로 변했거나 피고가 더 이상 지배적 지위를 갖지 않는 것 같이 증대한 사정변경이 있는 경우에 오래된 동의명령을 다수 변경하게 된다.<sup>68)</sup>

#### (나) 법원의 판결

법원이 선고하는 민사적 구제책은 위법한 합병이나 독점화에 대한 해제 또는 분할은 물론 유지명령을 포함할 수 있다. 특수한 경우이지만, 미국연방정부는 예컨대, 연방정부가 가격담합에 의하여 카르텔가적으로 상품을 매수한 경우처럼 독점금지법위반의 결과로 입은 피해에 대하여 사적 원고와 마찬가지로, 3배액 손해배상을 청구할 권리가 있다.<sup>69)</sup> 연방거래위원회의 FTC법 제5조의 집행의 일반적 구제책은 대부분의 사건들에서 중지명령이다. 다만 독점금지법위반이 아닌 FTC법위반사실이 인정되더라도 후속의 사적 3배액 손해배상청구소송에는 도움이 되지 않는다.

66) 15 U.S.C.A. § 16(e).

67) 15 U.S.C.A. §16(a).

68) 예컨대, Data Processing Fin. & Gen. Corp. v. IBM, 430 F.2d 1277 (8th Cir.1970); United States v. Western Elec. Co., 90 F.2d 283 (D.C.Cir.1990).

69) 15 U.S.C.A. §15(a).



## 제 2 절 공정거래법의 사적 구제제도

공정거래법위반행위에 대한 권리구제제도로는 이론상 ①공정거래법에 의한 손해배상청구제도, ②민법에 의한 손해배상청구제도, ③유지청구제도, ④계약의 무효주장 등이 존재한다. 이 가운데 ①, ②, ④는 현행법상 존재하는 제도이나 ③은 아직 도입되지 않은 제도이다.

### 1. 공정거래법에 의한 손해배상청구제도

#### (1) 의의와 기능

공정거래법에 의한 손해배상청구제도라 함은 공정거래법위반행위에 의하여 피해를 입은 일반 사인이 사후적으로 공정거래법을 근거로 하여 피해에 대하여 손해배상청구소송을 제기하는 제도(법 제56조~제57조)이다.

이 제도의 입법취지로는 i)입증의 부담을 완화하여 범위로 인한 피해자의 손해배상의 구제를 용이하게 할 수 있도록 하기 위한 것과 ii)사업자가 범위로 인한 손해에 대하여 무과실의 배상책임을 지게 함으로써 위법행위의 사전예방적 효과를 기하기 위한 것 등을 드는 견해가 있으며,<sup>70)</sup> 타당하다. 이를 유지청구와 비교하면, 유지청구제도는 잠재적 위반행위자에게 직접 사전에 위반행위를 억제하는 효과를 가져오나, 손해배상청구제도는 사후에 위반행위자에게 경제적 부담을 지움으로써 결과적으로 위반행위의 발생을 억제하게 되는 기능을 하며, 피해자에게는 피해에 대한 배상기능을 한다.

#### (2) 책임의 성립요건

민법상의 불법행위책임이 성립하기 위해서는 주관적 요건으로서 행위자의 고의·과실과 책임능력이 있어야 하고, 객관적 요건으로서 가해행위의 위법성과 손해의 발생 그리고 가해행위와 손해발생 사이의 인과관계가 있어야 한다. 공정거래법위반으로 인한 손해배상책임은 불법행위책

70) 孫珠璽, 「經濟法」, 1993, 346면.

임의 일종이므로<sup>71)</sup> 기본적으로 공정거래법에 의거한 손해배상청구를 위해서도 동일한 성립요건이 충족될 것이 필요하다. 그러나 공정거래법은 다음과 같이 그 요건을 완화하고 있다. 거기에 덧붙여, 공정거래법에 의한 손해배상청구를 활성화하기 위해서는 해석론 및 입법론상 원고의 입증책임을 경감해주는 것이 절대적으로 요청된다.<sup>72)</sup>

#### 1) 주관적 요건: 무과실책임

사업자 또는 사업자단체는 공정거래법의 규정을 위반함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 당해 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다(법 제56조제1항). 공정거래법 제56조제1항의 규정에 의하여 손해배상의 책임을 지는 사업자 또는 사업자단체는 그 피해자에 대하여 고의 또는 과실이 없음을 들어 그 책임을 면할 수 없다(법 제56조제2항), 즉 무과실책임으로 규정되어 있다. 따라서 원고는 손해배상청구를 위해서 행위자의 고의·과실을 입증할 필요가 없으며, 피고가 공정거래법의 규정을 위반함으로써 피해를 입은 사실, 즉 ①피고의 공정거래법 위반사실과 ②손해발생 사실, ③양자간의 인과관계만을 증명하면 된다.<sup>73)</sup> 반대로 피고는 원고에 대하여 자기가 고의 또는 과실이 없음을 들어 그 책임을 면할 수 없다. 동조항은 민법 제750조의 과실책임주의의 특례규정으로서 무과실책임주의를 인정한 것이라고 할 수 있다. 그러나 이에 대해서는 피고 사업자측에게 너무 가혹하다는 비판이 가능하며, 이처럼 항변불가능한 엄격무과실책임보다는 항변이 가능한 엄격책임, 즉 피고에게의 입증책임의 전환으로 변경할 필요성이 제기된다.

#### 2) 객관적 요건

공정거래법에 의거한 손해배상청구를 위해서 원고는 객관적 요건으로서 피고의 가해행위가 위법하다는 것과 손해의 발생 그리고 가해행위와 손해발생 사이의 인과관계를 입증하여야 한다.

71) 權五乘, 앞의 책, 441면; 孫珠瓚, 앞의 책, 347면.

72) 동일한 취지로, 張勝和, "독점금지법상 금지청구와 손해배상청구", 인권과 정의 2001.7., 76면.

73) 孫珠瓚, 앞의 책, 347면.

(가) 가해행위의 위법성

가해행위의 위법성과 관련해서, “위법성”이란 행위가 범질서전체에 반한다고 하는 부정적 가치판단을 의미하는데, 여기서의 가해행위는 공정거래법에 위반되는 것이 인정된다면 그 위법성이 인정된다. 공정거래법 위반이 인정되는가와 관련해서는 공정거래법상의 실제규정의 해석에 따라야 한다. 대법원판례는 정유회사의 대리점에 대한 공급물량감축 등의 행위가 불공정거래행위에 해당하는지가 문제된 사건<sup>74)</sup>에서 “공정거래법…의 각 규정이 정하는 불공정거래행위로서 같은 법의 규제대상이 되기 위하여는 당해 행위가 외형적으로 위 각 규정이 정하는 요건을 갖추는 외에 그것이 같은 법의 목적에 비추어 부당한 것이어야 하고, 이 때 그 부당성의 유무를 판단함에 있어서는 거래당사자의 거래상의 지위 내지 법률관계, 상대방의 선택 가능성·사업규모 등의 시장상황, 그 행위의 목적 및 효과, 관련 법규의 특성 및 내용 등 여러 사정을 고려하여 그 행위가 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있는지의 여부에 따라야 한다.”라고 언급하였다. 이것은 불공정거래행위의 위법성은 공정거래법의 목적인 “공정하고 자유로운 경쟁의 유지”를 기준으로 판단하여야 한다는 것이다.

공정거래법 위반사실의 입증은 공정거래법에 의한 손해배상청구소송의 경우라면, 현행법상 시정조치전치주의에 의하여 공정거래위원회의 시정조치가 확정되어 있을 것이므로, 원고의 입증부담은 경감되게 된다. 어느 정도로 경감되는가와 관련해서는 아래의 시정조치의 법원판결에 대한 구속력 부분에서 살펴본다.

(나) 손해의 발생

손해란 가해행위에 의하여 피해자에게 발생한 법익의 침해들 의미한다. 우리 공정거래법에는 손해에 관하여 제한하는 규정은 없다. 그러나 손해에는 인과관계의 직접성을 기준으로 직접손해와 간접손해, 피침해법익을 기준으로 재산적 손해와 정신적 손해, 피침해규범을 기준으로 사법

74) 대법원 1998.9.8. 선고 96누9003 판결. 이 사건에서 문제된 행위는 불공정거래행위에 해당하지 않는다고 보았다.

상 손해와 독점금지법상 손해 등으로 나눌 수 있다. 미국의 독점금지법상 손해배상청구에 있어서는 배상을 청구할 수 있는 손해의 범위에 관하여 관례법상 제한이 가해지고 있다.<sup>75)</sup> 우리 공정거래법상으로도 손해는 경쟁규범의 보호목적하에서 발생한 손해에 한정하여 그 성립을 인정하는 것이 타당하다는 입장<sup>76)</sup>이 있으며, 자유롭고 공정한 경쟁의 보호를 일법 목적으로 하는 공정거래법에 위반된 행위의 위법성 인정을 위해서는 당연히 그렇게 해석하여야 할 것으로 생각된다. 따라서 피고의 공정거래법 위반에 의하여 원고의 손해가 발생하였더라도, 오직 그 위반행위가 없어서 시장의 경쟁이 강화되었다면 원고가 피해를 입지 않았을 것으로 인정되는 관계이어야 공정거래법에 의한 배상청구가 가능한 손해가 된다.

또한 손해액의 산정방법은 우리 민법상 손해배상청구의 대상인 손해를 차액설로 이해하는 것이 통설이므로, 원고(예컨대, 소매업자)는 피고(예컨대, 제조업자들)의 가해행위(예컨대, 부당공동행위)가 없었을 경우의 원고의 상태와 가해행위의 결과로 원고에게 생긴 상태 사이의 차이를 손해로 보고 이것을 금액으로 사정하면 손해액이 되는 것이므로, 그 입증을 위해서는 가정적 상황(예컨대, 부당공동행위가 없었을 경우의 시장가격과 자신의 구매량 및 판매량)에 대한 입증과 실제의 상황(부당공동행위가 행해진 상황에서의 시장가격과 자신의 구매량 및 판매량)의 입증을 해야 하는데, 이것은 통상 상당히 어렵다. 따라서 원고의 피해구제를 도모하기 위해서는 손해액의 입증책임의 감경이 필요하다는 것을 인정하게 된다.

#### (다) 가해행위와 손해발생 사이의 인과관계

공정거래법에 의거한 손해배상청구를 위해서는 손해가 가해행위에 의하여 발생하였을 것, 즉 가해행위와 손해발생 사이의 인과관계를 필요로 한다. 우리 관례상 이것은 상당인과관계를 의미하며, 학설상으로도 새로이 보호범위설, 위법성관련설 등이 제창되고는 있으나, 상당인과관계설이 통설이다.

75) 대체로 직접손해, 재산적 손해 그리고 독점금지상 손해에 한하여 배상청구대상이 되는 것으로 보고있다.

76) 權五乘, 앞의 책, 442면.

이러한 상당인과관계들 원고가 입증하는 것은 가해행위의 유형별로 입증의 어려움이 달라지는데, 특히 직접적 피해자보다도 간접적 피해자나 일반 소비자가 가해행위와 손해발생 사이의 인과관계를 입증하는 것은 더욱 어렵다.<sup>77)</sup> 따라서 환경소송이나 의료과오소송, 제조물책임소송 등의 경우에 서처럼 이의 입증책임이론의 근본적인 재검토가 필요하고, 간접만증이론이나 사실상의 추정이론 등을 통한 입증책임의 완화가 필요하다.<sup>78)</sup>

### (3) 민법상의 손해배상청구제도와와의 관계

공정거래법에 의거한 손해배상청구제도와 민법상 불법행위에 대한 손해배상청구제도의 관계에 관해서는 i) 양 제도상의 청구권간의 경합을 인정할 것인가 하는 문제와 ii) 어느 하나의 청구가 법원에 계속 중인 경우에 다른 하나의 청구를 소로써 제기하면 중복제소(민사소송법 제259조)가 되는가 iii) 어느 하나의 청구를 재판상 또는 재판외에서 하면 다른 하나의 청구권도 소멸시효가 중단되는가 하는 등의 세 가지 문제가 있다. i)의 문제는 공정거래법에 의한 손해배상책임은 성질상 불법행위책임의 일종으로 보며, 양 청구권간의 경합을 인정하는 것이 통설이다.<sup>79)</sup> 따라서 사업자의 공정거래법위반행위가 민법상의 불법행위의 요건에 해당하는 경우에는 두가지 청구권이 생기게 되어, 청구권자는 선택적으로 그 중 하나의 청구권을 행사할 수 있게 된다. 이 문제에 관해서 공정거래법은 제57조제1항단서에서 “민법 제750조(불법행위의 내용)의 규정에 의한 손해배상청구의 소를 제한하지 아니한다”고 규정함으로써 그것을 확인하고 있다. 나아가서, 어느 하나의 청구권을 행사하여 배상을 받은 때

77) 오진환, “독점규제법상 손해배상제도”, 2000, 628면.

78) 上同, 629면.

79) 權五乘, 앞의 책, 441면; 權載烈, 「改訂版 經濟法」(法元社, 2002); 金英鎔, 「經濟法新論」(판마도서, 2000), 695면; 孫珠璣, 앞의 책, 347면; 李基秀, 「第5版 經濟法」(서창출판사, 2003), 295면. 다만, 金英鎔, “獨占規制法違反行爲와 損害賠償”, 損害賠償法の 諸問題(載軒黃迪仁教授華甲記念論文集), 1990, 498~497면은 공정거래법에 의한 손해배상청구제도에 불법행위이론이 적용된다는 별도로, 공정거래위원회가 많은 사건에서 불문처분하고 있다는 점을 고려할 때, 민법상의 제도에 의해서도 소를 제기할 수 있도록 하는 것이 피해자로 하여금 용이하게 손해를 보상받을 수 있게 한다는 정책적인 점을 근거로 선택적 청구를 인정하고 있다.

에는 다른 청구권도 소멸하게 된다. ii와 iii의 문제는 소송법상의 소송물이론과 관련되는 것으로서 판례가 취하는 구소송물이론에 의하면 중복 제소가 아니며, 시효는 중단되지 않는다고 볼 것이나, 다수설인 신소송물 이론에 의하면 모두 긍정된다고 보게 될 것이다.<sup>80)</sup>

#### (4) 공정거래위원회의 협조

공정거래법에 의한 손해배상청구의 소가 제기된 때에는 법원은 필요한 경우 공정거래위원회에 대하여 당해 사건의 기록(사건관계인, 참고인 또는 감정인에 대한 심문조서 및 속기록 기타 재판상 증거가 되는 일체의 것을 포함한다)의 송부를 요구할 수 있다(제56조의2). 이 규정은 공정거래위원회의 시정조치가 확정된 것을 전제로 하는 것으로 볼 수 있으며, 법원이 손해배상청구의 실리를 위하여 그 성립요건해당사실 등에 관하여 공정거래위원회의 조사·분석을 참고로 이용할 수 있도록 하려는 취지이다.

#### (5) 시정조치전치주의

##### 1) 시정조치전치주의의 의의

공정거래법 제56조의 규정에 의한 손해배상청구권은 동법의 규정에 의한 시정조치가 확정된 후가 아니면 이를 재판상 주장할 수 없다(법 제57조제1항본문). 이를 시정조치전치주의라고 하며, 공정거래법에 의한 손해배상청구권의 재판상 주장을 위해서는 먼저 공정거래위원회의 시정조치가 확정될 것을 요한다는 의미이다. 마찬가지로 이것은 “시정조치의 선 확정제도”라고도 불린다.

##### 2) 시정조치전치주의의 입법취지

시정조치전치주의를 입법한 이유에 관해서는 i)피해자의 입증책임의 경감을 통한 구제의 실효성 도모, ii)공정거래위원회의 판단과 법원의

80) 소송물이론에 관해서는, 姜珉中, 「民事訴訟法(第5版)」(박영사, 2002), 328면; 金洪奎, 「第5版 民事訴訟法」, (삼영사, 2002), 282면; 李時潤, 「新民事訴訟法」, (박영사, 2003), 204면.

그것간의 相違防止, iii)피해자의 濫訴防止 등의 일부 또는 전부를 드는 것이 보통이다.<sup>81)</sup> 이에 관하여 하나씩 살펴본다.

i 은 공정거래법 위반행위로 인한 피해자로 하여금 전문적인 인력과 조직을 보유하고 있고, 위반행위의 조사에 관하여 강제력을 발동할 수 있는 공정거래위원회가 수집한 자료를 이용할 수 있도록 함으로써 재판 절차에 있어서 그 위반행위의 존재를 입증하는 것이 용이하도록 하여 그 피해구제의 실효성을 도모한다고 하는 것<sup>82)</sup>이다. 그러나 시정조치전치주의의 주 내용은 공정거래위원회의 시정조치 확정 이전에는 피해자의 제소 자체를 금하는 것이므로, 이를 피해자의 입증책임 경감의 필요 때문이라고 해석하는 것은 자연스럽지 않다고 생각된다. 그것은 시정조치전치주의규정을 적용하는 결과이지 그 목적이라고 볼 수 없기 때문이다. 즉 시정조치전치주의를 채택한 결과, 요건구비 후 제소한 원고에게는 입증책임이 경감되어 권리행사에 도움이 되나, 시정조치가 있기 전에 제소하지 못하는 피해자로서는 위와 같은 도움을 받는다고 할 수는 없다. 따라서, 그 목적은 i 이 아닌 다른 데서 찾아야 한다.

다음으로 ii 는 공정거래법의 공적 집행기관이 공정거래위원회라는 점에서 사적 권리구제의 절차에서 법원이 그와 다른 판단을 하는 경우에는 혼란이 올 수 있다는 것을 고려하는 것이라고 생각된다. 이것은 공정거래법의 위반 여부는 그 성격상 전문기관인 공정거래위원회의 판단을 사

81) 시정조치전치주의의 임법취지로서, 孫珠璣, 앞의 책, 350~351면은 위의 ii), iii)을 근거로 들고 제시며, 權載烈, 앞의 책, 355~356면과 吳昌洙, 「公正去來法上の損害賠償制度的活性化」, 기업과 법(度岩金教昌辯護士 華甲記念論文集), 1997, 784~785면 그리고 오진환, 앞의 논문, 620면은 위의 i, ii, iii을 들고 있고, 金英鎭, 앞의 논문, 505면과 李南基·李承祐, 앞의 책, 400면은 i 을 들고 있다. 이와 달리 梁明朝, 「經濟法講義」, (신조사, 2003), 216~217면은 위의 iii)외에 iv)공정거래위원회의 시정조치를 활용함으로써 소송경제를 도모하려는 것(원고측의 소송경제 도모라 할 i 과 달리, 법원에도 효용을 인정)과 v)불복의 소가 제기된 경우에는 시정조치가 확정될 때까지 손해배상청구의 수소법원을 기다리도록 함으로써 동일한 사안에 대하여 법원에 따라 그 위법성 판단을 다르게 하는 판결이 나오는 것을 방지하는 것(공정거래위원회와 법원간의 판단상위 방지인 ii 가 아니라 법원들간의 판단상위 방지) 등을 들고 있다. 李英鍾, 「獨占規制法上の損害賠償請求訴訟에 있어서 法院과 公正去來委員會의 役割」, 「企業構造의 再編과 商事法-晦明朴吉俊教授華甲記念論文集(II)」, (도서출판 정문, 1998), 1201~1202면은 위의 i, ii, iii)외에 iv)를 들고 있다.

82) 張勝和, 「獨占規制法上 損害賠償請求訴訟과 是正措置의 拘束力」, 判例月報 第247號, 1991, 9면. 金英鎭, 앞의 논문, 505~506면도 같은 취지이다.

전에 거치도록 하는 것이 타당하다는 것<sup>83)</sup>을 전제로 하고 있다. 그러나 이러한 논거는, 후술하는 바와 같이 첫째, 만일 공정거래법위반여부에 관한 법원의 판단과 공정위의 판단이 불합치하더라도 이는 손해배상이라는 민사법적 문제의 선결문제로서의 위법성과 공정거래법위반이라는 공법적 문제에 각각 해당하는 것으로서 양자는 異次元的인 것이므로 문제될 것이 없으며, 둘째, 공정거래법의 공적 집행에 있어서도 공정거래위원회의 처분에 대한 불복의 소에서 법원이 공정거래위원회와 다른 결론을 내릴 수 있고, 그 경우 법원의 판단이 공정거래위원회의 그것을 무효화하거나 수정하는 것은 자연스러운 것이란 점 등에서 타당하지 않다.

마지막으로 iii은 공정거래법에 의한 손해배상청구의 경우에 원고인 피해자를 위하여 입증상 부담을 경감하고 있는 점에서, 이 제도가 남용될 위험이 있고 이를 방지하기 위하여, 공정거래위원회의 시정조치가 내려진 사안에 한해서, 이 제도를 이용할 수 있도록 한 것으로 해석하는 것이다. 이것이 타당하다.<sup>84)</sup>

그러므로 시정조치전치주의의 입법취지는 원고에게 유리한 공정거래법에 의한 손해배상청구소송을 남발하는 것을 방지하기 위한 것으로 보는 것이 합리적이라고 본다.

### 3) 시정조치전치주의의 내용

#### (가) 시정조치 확정의 의미

공정거래법은 동법상의 손해배상청구권은 동법의 규정에 의한 시정조치가 확정된 후가 아니면 이를 재판상 주장할 수 없다(법 제57조제1항 본문)고 규정하고 있다.<sup>85)</sup> 따라서 이 요건을 갖추지 못한 손해배상청구

83) 張勝和, 앞의 논문(是正措置의 拘束力), 동면.

84) 權五乘, 앞의 책, 443면에서는 이와 약간 다른 근거에서 동일한 결론에 도달하고 있다. 위의 i에 관해서는 "공정거래위원회의 심결이 법원에 대하여 가지는 구속력이 불분명한 만큼 피해구제의 실효성을 확보하기 어렵다"는 점을, ii에 관해서는 "법원이 동사건에 대한 최종적인 판단권을 가지는 것을 회피할 수 없다"는 점을 각각 들고 있다.

85) 공정거래법에 의한 공정거래위원회의 처분에 대하여 불복이 있는 자는 그 처분의 통지를 받은 날부터 30일 이내에 그 사유를 갖추어 공정거래위원회에 이의신청을 하거나(법 제53조제1항), 처분의 통지를 받은 날 또는 이의신청에 대한 재결서의 정본을 송달받은 날부터 30일 이내에 불복의 소를 제기하여야 한다(법 제54조제1항). 이



에 대해서는 법원은 소송요건이 흠결된 부적법한 소로 보아 각하하게 된다(민사소송법 제219조). 이에 관해서는 공정거래위원회가 당해 사건에 대하여 시정조치가 아닌 다른 일정한 조치를 한 경우에도 공정거래법상의 손해배상청구권을 행사할 수 있도록 해석할 수는 없는가 하는 문제가 있다. i) 일본독점금지법은 “실질이 확정된 후가 아니면”으로 되어 있으며(제26조제1항), 공정거래법의 해석에 있어서도 이처럼 시정조치에 준하는 다른 조치가 확정된 경우를 포함하는 것으로 해석하는 것이 피해자의 구제를 위하여 필요하다는 견해가 있다.<sup>86)</sup> 또한 ii) 공정거래법 제51조에 의한 시정권고가 있는 경우에는 범위만이 확실하다고 위원회가 판단한 것이므로 시정조치가 흠결되었지만 법원은 소를 각하할 필요가 없다는 견해도 있다.<sup>87)</sup> i)의 견해와 같이 해석하는 것은 공정거래법의 명분에 반하는 것이어서 무리가 있다. 그러나 피해자의 구제를 위해서는 그렇게 해석하는 것이 필요하다고 본다. 구체적으로 “시정조치가 내려지지 않고 실질이 내려지는 경우”라는 것은 「공정거래위원회회의운영및사건처리절차등에관한규칙」<sup>88)</sup>에 따르면, 심의절차종료의결(동규칙 제46조), 무혐의의결(동규칙 제47조제1항), 주의촉구의결(동규칙 제47조2항), 종결처리의결(동규칙 제48조제1항), 조사 등 절차중지의결(동규칙 제49조제1항), 경고의결(동규칙 제50조), 당사자가 수락하지 않은 시정권고의결(동규칙 제51조제1항) 등이라고 하겠는데, 공정거래법에 의거한 손해배상청구권의 행사에 의하여 가해자의 위반행위의 입증의 편의나 과실입증의 불요 등의 혜택을 누릴 여지가 있는 것은 “경고의결”이나 “당사자가 수락하지 않은 시정권고의결” 정도일 것으로 예상된다. ii)의 견해에 관해서는 당사자가 수락한 시정권고는 시정조치가 명해진 것으로 보므로(법 제51조제3항), 시정조치전치주의요건이 충족된 것이며,<sup>89)</sup> 당사자가 수

러한 불복기간이 도과하거나 불복의 소의 채소판결이 확정되면 공정거래위원회의 시정조치는 확정된다.

86) 權五乘, 앞의 책, 443~444면.

87) 孫珠瓊, 앞의 책, 351면.

88) 공정거래위원회 2002.8.21 고시 제2002-9호.

89) 이는 1996.12.30의 개정에 의한 것이다. 따라서 종전의 규정을 전제로 한 학설상의 문은 해결되었다.

락하지 않은 경우에는 조사가 진행중인 경우로써 범위만이 확실하다고 위원회가 잠정 판단한 것이므로, 법원은 어느 경우나 소를 부적법각하해서는 아닐 것이다. 따라서 ii의 견해의 내용은 i의 견해에 부분적으로 포함된다고 생각된다.

#### (나) 시정조치와 손해배상청구의 관련성

이는 구체적으로 손해배상청구가 가능하기 위해서는 시정조치의 대상인 공정거래법위반행위와 손해배상청구의 원인인 가해행위와 어느 정도의 관련성이 있어야 하는가 하는 문제이다. 이에 관해서는 i) 두 행위의 同一性을 요구하는 견해, ii) 두 행위간에 아무런 관련성이 요구되지 않는다는 견해, iii) 두 행위의 同種性을 요구하는 견해, iv) 두 행위간의 인과관계를 요구하는 견해 등을 상징할 수 있으며,<sup>90)</sup> 두 행위의 동일성을 요구하는 i 이나 아무런 관련성을 요구하지 않는 ii의 견해는 너무 극단적이고, 두 행위의 인과관계를 요구하는 iv는 법적 근거가 없고 피해자에게 불리하게 작용할 우려가 있어서 채택할 수 없고, 결국 두 행위간에 공정거래법상 동종성 또는 同質性이 인정되면 족하다는 입장<sup>91)</sup>이 있다. 위의 4개의 가능한 의미 가운데에서는 iii이 가장 적당하다고 생각된다. 시정조치전치주의의 취지는 전술한 것처럼, 가해자의 무과실책임이 인정되는 공정거래법상의 손해배상청구제도를 피해자가 남용하지 않도록 하려는 것으로 보는 것이 타당하며, 그렇게 보는 견해에서, 보다 구체적으로 두 행위간의 동질성이 인정될 때라는 것은, 공정거래위원회의 시정조치의 대상인 범위반행위와 “행위의 유형·성질·행위의 시기·행위자의 의도·행위의 효과 등의 주관적·객관적 행위요소에 있어서 실질적인 기초적 공통성이 인정되는 행위”라고 할 수 있을 것이며, 그러한 동질적인 행위에 대하여는 공정거래법에 의거한 손해배상청구의 재판상 주장요건인 시정전치가 충족된 것으로 취급하여도 남소의 우려는 없다고 본다.

90) 權五乘, “獨占規制法上 損害賠償責任 - 是正措置 前置의 意味를 中心으로”, 判例月報 第328號, 1998.1. 24~25면.

91) 權五乘, 위의 논문, 25~26면. 權五乘, 앞의 책, 444면에서는 “동종성” 대신 “동질성”이 있으면 족한 것으로 설명하고 있다. 공정거래법상 동종성이라고 하면, 허용범위가 너무 좁아질 우려가 있으므로, 동질성이라고 표현하는 것이 더 적당하다.

이와 관련된 남양알로에사건<sup>92)</sup>의 사실관계를 보면, 공정거래위원회는 피고의 공정거래법 위반행위인 원고에 대한 피해의 원인이 된 “거래처 제한” 및 “재판매가격 유지” 등에 대한 시정조치를 명하였다. 원고는 피고 회사가 거래처 제한 및 재판매가격 유지 등의 규제를 위반하였다는 이유로 부당하게 원고에 대한 상품공급을 중단함으로써 불공정거래행위를 하였으므로, 공정거래법 제56조제1항에 의하여 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다는 재판상 청구를 하였다. 원심은 “피고 회사가 거래처 제한 등의 구속조건부 거래(제23조 제1항제5호) 또는 재판매가격 유지행위(제29조 제1항)를 함으로써 원고가 입은 피해는 원고가 위 거래지역이나 상대방 또는 재판매가격 등에 관하여 아무런 제한 없이 영업을 하였다면 더 얻을 수 있었던 수입 상당이라고 할 것인바, 원고는 그 피해액에 관하여 아무런 주장·입증을 하지 아니하고 있으므로, 원고의 청구 중 일실수입의 배상을 구하는 부분은 이유 없다”고 판단하였다. 이러한 원심의 판시는, 대법원에 의하면 “공정거래법에 의하여 손해배상을 구하는 자는 공정거래위원회에서 시정을 명한 불공정거래행위에 의하여 입은 손해만의 배상을 구할 수 있는데, 원고가 구하는 일실수입 상당의 손해는 ‘부당한 거래거절’로 인한 손해에 불과하고, 이 부분에 관하여는 공정거래위원회의 아무런 시정조치가 없으므로 소로서 구할 수 없으며, 공정거래위원회에서 시정을 명한 ‘거래처 제한’ 및 ‘재판매가격 유지행위’에 의하여 입은 일실수입 상당의 손해에 대하여는 원고의 아무런 주장·입증이 없으므로, 원고의 청구를 받아들일 수 없다”고 판단한 취지이며 위 의 i의 입장이라고 해석할 수 있다. 이러한 원심판결에 대하여 대법원은 “공정거래법 제57조제1항에서 ‘제56조의 규정에 의한 손해배상청구권은 이 법에 의한 시정조치가 확정된 후가 아니면 이를 재판상 주장할 수 없다’고 규정한 취지는 조문의 문리해석에 의하거나 위 법의 목적, 소송경제의 이념 등에 비추어 보더라도 이는 소의 제기에 앞선 전치절차를 규정한 것에 불과한 것으로서, 일단 전치절차를 거친 당사자로서는 ‘확정된 시정조치의 실현을 방해하는 상대방의 행위’에 대하여 그 행위가 위 법상

92) 대법원 1997.4.22 선고 96다54195 판결.

의 불공정거래행위에 해당됨을 재판상 자유롭게 주장·입증함으로써 그로 인한 손해의 배상을 구할 수 있다고 봄이 정당하고, 따라서 시정조치의 대상이 된 불공정거래행위에 국한하여 그로 인한 손해의 배상을 구하여야 하는 것으로 한정 해석할 수는 없다.”고 하여, 위 i의 견해는 명시적으로 배척하였지만, ii 내지 iv 중의 어느 것인지 구체적인 입장은 분명하지 않다.

이 사건 관례가 주는 시사점은 첫째, 이 사건에서 공정거래위원회의 시정조치는 범위반행위에 대하여 망라적이지 않았으며, 이러한 일은 드물지 않다는 점에서 어떤 대책이 필요하다는 것이다. 그 대책으로는 ① 공정거래위원회의 사전처리에 있어서 되도록 이러한 개별 위반행위에 대한 시정명령이 누락되지 않도록 제도적으로 예방하는 방안이나 ② 시정조치전치주의요건을 되도록 넓게 해석하는 방안을 생각할 수 있을 것이다. 그러나 ①의 취지로 제도화하는 것은 공정거래위원회의 경쟁정책주관기관으로서의 전문적 판단에 의하여 공정거래법의 적용필요성이 없다고 본 결정<sup>93)</sup>에 대한 부당한 간섭이 될 것이므로 선택할 수 없는 방안이다. 따라서 시정조치전치주의 요건을 보다 넓게 해석하는 방안이 채택되어야 하며, 이 사건 원심처럼 시정조치의 대상인 공정거래법위반행위와 손해배상청구의 원인인 가해행위 사이의 관련성으로 동일성이 필요하다고(위의 i의 입장) 해석한다면 원고의 피해구제를 가로막는 부당한 결과를 가져온다는 점을 알 수 있고, 동일성으로 충분하다고 보아야 한다(위의 iii의 입장).<sup>94)</sup>

93) 이 사건에서 피고 회사의 행위는 ①거래처 제한 등의 구속조건부 거래(법 제23조 제1항제5호)와 재판매가격 유지행위(법 제29조제1항)등의 원고에 대한 구속과 ②위의 구속위반시의 제제수단으로서의 부당한 거래거절(법 제23조 제1항제1호)에 해당한다. 공정거래위원회가 이상의 행위유형에 대하여 모두 시정조치에 포함시켰다면 전치주의와 관련한 문제는 발생하지 않았을 것이나 공정거래위원회는 ②를 뿐 ①에 대해서만 시정을 명하였다. ①은 구속이고 ②는 그 구속위반시의 제제수단이라든가, ①과 ②는 별개의 행위이다. 아마도 공정거래위원회는 ①과 ②는 별개의 위반행위인 것은 알았지만 ②는 시정을 명하기에 필요한 전제가 갖춰지지 않았다고 보거나 ①에 대한 시정명령을 하는 이상 ②에 대해서까지 시정을 명할 필요가 없다고 본 것일 것으로 생각된다.

94) 이 사건에서 시정조치의 대상인 피고 회사의 행위는 거래처 제한행위 및 재판매가격 유지행위이다. 원고의 손해배상청구원인이 된 피고 회사의 부당한 거래거절은 시정대상행위와 동일한 시기에 걸쳐서 행해진, 특정한 상품가격에 대한 지배라는 동일

둘째, 이처럼 시정조치전치주의로 인하여 피해자의 사적 구제가 방해되는 것을 막는 보다 근본적인 방법은 시정조치전치주의 자체를 폐지하는 것이다. 이 제도가 원고의 남소를 방지한다는 입법취지를 갖고 있음은 전술한 바와 같으나 그것과 공정거래위원회의 시정조치상의 선택재량이 결합하여, 이 사건 원심판결에서와 같은 부당한 결과를 가져올 수 있다는 점과 현재 공정거래법에 의한 손해배상청구제도가 잘 활용되지 않고 있는 현실을 고려하면, 시정조치전치주의는 폐지하는 것이 타당한 것이다.<sup>95)</sup>

#### (6) 공정거래위원회의 시정조치의 구속력

공정거래위원회의 시정조치가 확정되면, 그 인정사실은 법원의 판단을 구속하는가 하는 문제가 있다.<sup>96)</sup> 이에 관해서는, i)공정거래위원회중심주의와 원고의 입증부담 경감을 위한 취지에서, 공정거래위원회가 시정조치나 시정권고에서 인정한 사실은 법원의 판단을 구속한다는 全面的肯定說, ii)공정거래위원회의 시정조치는 법원판단에 대한 구속력을 인정하나 시정권고에 대해서는 부정하는 一部肯定說, iii)공정거래위원회의 심결은 전부 법원판단을 구속하지 않는다는 全面的否定說 등이 있을 수 있다. 이 가운데 iii)은 공정거래위원회의 전문기관이자 준사법기관으로서의 판단을 존중하기 위하여, 그리고 증거방법을 피고측에서 보유하고 있는 경우가 많으므로 원고의 입증곤란을 해소하기 위한 입증책임분배의 형평을 기하기 위하여, 공정거래위원회의 시정조치에서 인정한 사실은 事實上的 推定力을 가지는 것으로 인정하자고 한다.<sup>97)</sup>

한 목적과 동일한 만경정적 효과를 가지는 시정대상행위의 수단으로서의 기능을 한 행위라는 점에서, "행위의 유형·성질·행위의 시기·행위자의 의도·행위의 효과 등의 주관적·객관적 행위요소에 있어서 실질적인 기초적 공통성이 인정되는 행위"라고 할 수 있을 것이다.

95) 시정조치전치주의에 대한 폐지론의 입장으로는, 權五乘, 앞의 논문(獨占規制法上損害賠償責任), 24면; 金永甲, "獨占規制法上 損害賠償責任", 저스티스 제30권 제4호, 1997, 85면; 吳昌洙, 앞의 논문, 792면; 李箕鍾, 앞의 논문, 1207~1208면 등.

96) 이 문제는 공정거래법에 의한 손해배상청구에 있어서나 민법에 의한 그것에 있어서나 공통되는 문제이나, 피해자는 통상 시정조치가 확정된 후에는 유리한 공정거래법상의 손해배상청구제도를 선택할 것이 예상되므로 여기에서 논의하기로 한다.

97) 일본에서의 이에 관한 학설대립의 내용 소개는 張勝和, 앞의 논문(是正措置의 拘束力), 12~16면.

우리나라에서 전면적긍정설을 취하는 입장은, 시정조치전치주의의 입법취지에 관해서 피해자의 입증책임의 경감을 통한 구제의 실효성 도모를 들면서, 공정거래위원회의 심결제도가 당사자간의 공격과 방어가 활발하게 전개될 수 있도록 충실히 공정하게 운영되는 것을 전제로, 공정거래위원회의 시정조치에서 인정된 사실은 법원에서도 그 효력이 인정된다고 보아야 한다고 설명한다.<sup>98)</sup> 이에 반하여 전면적부정설을 취하는 입장은 ①공정거래법 제57조제1항은 손해배상청구권을 소송상 행사하기 위한 요건으로서 시정조치의 확정을 규정하고 있을 뿐이지 시정조치의 법원판단에 대한 구속력을 인정하는 근거가 되지는 않고, ②공정거래위원회가 인정한 사실은 법원을 구속하지 않으나, 피해자가 확정된 시정조치를 주요한 증거로 하여 위법행위의 존재를 입증하게 되면 사업자가 반증을 들지 못하는 한 위법행위의 존재가 사실상 추정되게 된다고 한다.<sup>99)</sup> 한편 우리나라에서 일부긍정설을 취하는 입장은 발견되지 아니한다. 대법원 판례는 “이 사건은 위 시정조치의 효력을 직접 다투는 것이 아니라 시정조치에서 지적된 불공정거래행위에 의하여 입은 손해를 배상받고자 하는 소송이기 때문에 위에서 본 바와 같이 원심이 위 시정조치의 확정을 이유로 곧바로 피고의 행위에 위법성을 인정한 것은 위 시정조치에 있어서 공정거래위원회가 인정한 사실은 법원을 구속하지 못하고 다만 사실상 추정에 그치는 것이라는 점을 오해한 잘못이 있다는 비난을 받을 수 있(다)”고 판시하여 전면적부정설을 취함을 분명히 하였다.<sup>100)</sup>

98) 金英鎬, 앞의 논문, 505~506면.

99) 權五乘, 앞의 책, 444~445면; 孫珠璣, 앞의 책, 351면; 吳振煥, 앞의 논문, 41~54면(단 이 입장은 시정조치와 달리, 시정권고에 대해서는 약식전차에서 이루어지고 증거를 논한 사건기록도 없다는 이유로 사실상 추정력을 부정한다); 張勝和, 앞의 논문(是正措置의 拘束力), 21면. 張勝和, 앞의 논문(금지청구와 손해배상청구), 77면은 시정조치와 시정권고, 경고조치 등의 사이에 사실상의 추정력의 인정 및 그 추정력의 강도에 있어 차이를 두자는 입장에 대해서, i) 정식전차의 준수여부에 관하여 원고로서는 공정거래위원회의 선택에 영향을 줄 수 없고, ii) 피고로서도 자신들의 공정거래법 위반내용과 관계 없이 단지 공정위가 사건을 정식전차로 다루었는가에 따라서 손해배상소송의 결과에 결정적 영향을 받게 된다는 것은 부당할 수 있고, iii) 피고가 위반사실을 자인하여 취해진 시정권고의 사실상 추정력을 시정조치의 경우의 그것보다 약하게 인정한다는 것은 모순이라는 비판을 가하고 있다.

100) 대법원 1990.4.10 선고 89다카29075 판결(화장품 제조업자인 피고 주식회사

생각전대, 이 문제의 판단을 위한 공정거래법의 해석에는 공정거래법의 공적 집행에 관한 공정거래위원회전담주의와 피해자 구제를 위한 소송상 입증책임 분배의 형평성 등을 모두 고려하여야 할 것이다. 먼저 전자와 관련하여 보면, 공정거래법의 공적 집행에 관한 공정거래위원회전담주의를 고려하여 공정거래위원회의 전문적 판단을 법원이 피해자의 구제를 위한 손해배상청구소송에서 어느 정도 존중하여야 하는가 하는 문제이다. 이에 관해서는 전술한 공정거래위원회의 처분에 대한 불복의 소에서의 법원의 구속 여부에 관한 이론대로, ①일단 공정거래위원회의 법률문제 판단은 법원을 구속할 수 없으며, 관례에 의할 때 공정거래법상의 不確定概念에 관한 사실인정도 마찬가지로, 사실문제 판단은 그것이 공정거래위원회의 裁量의 범위내인 한 법원을 구속한다고 할 것이나, ②사익목적의 손해배상청구와 공익목적의 처분취소청구의 異次元의 성질을 감안하면, 공정거래법의 공적 집행기관인 공정거래위원회가 내린 제량범위내의 사실문제판단이 사적 권리구제절차에서 법원의 판단에 대해 구속력을 갖는다고 인정할 수 없다. 그러나 피해자 구제를 위한 立證責任 分配의 衡平性 確保를 위하여, 공정거래위원회가 시정조치에서 인정한 공정거래법 위반행위의 존재에 대한 사실상 추정력은 인정되어야 한다. 덧붙여서 이것은 피해자 구제를 위한 이론이므로, 만일 공정거래위원회가 시정조치에서 일부 혐의만을 인정하고 일부 공정거래법 위반행위에 대해서는 그것이 행해지지 않았다고 판단한 경우에는 후자의 부분에 대한 사실상 추정은 인정되지 않는다고 보아야 할 것임은 물론이다.

---

정산실업이 대리점의 판매지역을 제한하고, 재판매가격유지 등을 내용으로 하는 대리점계약을 준수하도록 강요하다가 원고 대리점이 피고의 상품을 할인판매점에 공급하자 제품공급을 중단한 사건이다. 당시의 공정거래법상 시정명령권 행사기관인 경제기획원장관은 피고 기업에 대하여 판매지역 제한, 재판매가격유지행위, 부당한 거래조건 등의 불공정거래행위를 중지하도록 하는 시정명령을 내렸고, 원고는 공정거래법에 의한 손해배상을 청구하였다. 원심은 시정조치가 확정된 것을 이유로 바로 피고의 행위의 위법성을 인정하고 손해배상책임을 인정하였다. 대법원은 위와 같은 이유로 원심의 잘못을 인정하였으나, 피고에 대하여 손해배상책임을 인정한 원심판단은 결론에 있어서 정당하다고 하여 피고의 항변을 배척하였다.

## (7) 공정거래법에 의거한 손해배상청구권의 시효기간

공정거래법에 의한 손해배상청구권은 이를 행사할 수 있는 날부터 3년을 경과한 때에는 시효에 의하여 소멸된다(법 제57조제2항).<sup>101)</sup> 공정거래법에 의한 손해배상청구와 민법상 불법행위에 대한 손해배상청구 중 어느 하나의 청구를 하면 다른 하나의 청구권도 소멸시효가 중단되는가 하는 문제에 관해서는 전술한 바와 같이, 관례가 취하는 구소송물이론에 의하면 서로 다른 소송물이므로 시효는 중단되지 않는다고 볼 것이다.

## 2. 민법에 의한 손해배상청구제도

## (1) 의 의

전술한 공정거래법에 의거한 손해배상청구제도가 공정거래법의 규정을 근거로 청구하는 것임에 반하여 민법에 의거한 손해배상청구제도는 전통적인 권리보호규정인 민법 제750조를 근거로 하여 공정거래법위반행위가 불법행위에 해당함을 이유로 피해를 입은 일반 사인이 사후적으로 손해배상청구소송을 제기하는 제도이다.

## (2) 책임의 성립요건

공정거래법에 의거한 손해배상청구권의 재판상 주장을 위해서는 먼저 공정거래위원회의 시정조치가 확정될 것을 요하나, 민법 제750조의 규정에 의한 손해배상청구의 소는 그러한 시정조치전치주의의 제한을 받지 아니한다(법 제57조제1항단서). 따라서 전술한 시정조치전치주의의 요건이 흠결된 경우에는 민법에 의한 손해배상청구의 소를 제기하는 것만이 가능하게 된다.

## 1) 가해자의 고의·과실에 의한 손해 발생

민법에 의하여 가해자인 피고로부터 손해배상을 받기 위해서는 다른 유형의 불법행위에 기인한 손해배상청구와 마찬가지로 가해자의 귀책사

101) 미국의 경우 독점금지 손해배상청구의 시효는 4년이다. 15 U.S.C.A. § 15b.



유를 입증하여야 한다. 그런데 사업자의 공정거래법 위반과 그로 인한 손해발생이 입증된 경우에는, 일반적으로 사업자의 고의·과실을 추정할 수 있으므로 별도로 사업자의 귀책사유의 입증은 필요하지 않다는 입장이 있다.<sup>102)</sup> 그러나 이러한 설명은 잘 이해가 가지 않는다. 대체로 손해배상청구의 원인이 되는 사업자의 가해행위는 공정거래법 위반행위 자체일 것이므로, 가해자의 공정거래법 위반과 그로 인하여 손해가 발생하였다는 것이 입증되었다면, 그것은 곧 ①가해자의 고의·과실에 의한 공정거래법 위반사실, ②피해자의 손해 발생 ③가해행위와 손해발생 사이의 인과관계 등이 증명되었다는 것을 의미하는 것이라고 볼 수 있고, 이 경우에는 사업자의 고의·과실을 추정할 수 있는 것이 아니라, 그것이 입증된 경우가 된다. 즉 원고는 가해자의 공정거래법 위반으로 인하여 손해가 발생하였다는 것을 입증하려면, 손해발생의 원인이 된 사업자의 고의·과실에 의한 공정거래법 위반도 증명하여야 하는 것이다.

다만 특별한 경우로서, 공정거래위원회의 시정조치가 확정된 경우에 민법에 의한 손해배상청구의 소를 제기한 경우라면, 전술한 공정거래법에 의한 손해배상청구에 있어서와 같은 법리가 적용되어, 공정거래위원회의 시정조치상의 판단이 법원을 구속하지는 않지만, 피고의 공정거래법 위반은 사실상 추정될 수 있을 것이다.<sup>103)</sup>

## 2) 손해의 발생과 손해액의 증명

원고는 손해가 발생한 사실과 그로 인한 손해액을 증명하여야 한다. 실제로 손해배상청구소송의 승패가 좌우될 이 문제에 관해서는 공정거래법에 의한 손해배상청구에서 본 것과 마찬가지로 입증상 어려움을 입법에 의하여 경감하는 방안이 모색되어야, 공정거래법 위반에 의한 피해자의 사적 구제제도가 보다 활용될 수 있을 것이다.

102) 李箕鍾, 앞의 논문, 1200면.

103) 같은 입장으로, 吳昌洙, 앞의 논문, 786면; 洪春義, "獨占規制法違反行爲와 損害賠償責任", 企業法研究 第5輯, 2000, 108면.

### 3. 유지청구제도

독점금지법에 있어서 유지청구제도라 함은 독점금지법위반행위가 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우에 그것을 미리 예방하기 위하여 피해를 입을 우려가 있는 사인이 법원에 유지명령을 청구하는 제도이다. 공정거래법에는 아직 이 제도가 마련되어 있지 않으며, 도입필요성이 인정된다. 이에 관해서는 다음 장에서 미국과 일본의 유지청구제도를 살펴보고 이어서 공정거래법에의 도입을 위한 입법론을 제시하기로 한다.

### 4. 계약의 무효주장

#### (1) 공정거래법에 위반한 계약의 무효주장

공정거래법 위반행위자와 피해자가 계약관계에 있는 경우, 공정거래법 위반을 이유로 한 사법적 무효주장도 가능하다. 예컨대, 계속적 계약의 일방적 해지에 의하여 손해를 입은 경우에, 공정거래법 위반을 이유로 해제의 무효를 주장하고, 그 무효를 전제로 하여, 계약상의 지위의 확인, 채무불이행에 의한 손해배상 등을 청구하는 것을 생각할 수 있다(그 근거조항으로는 예컨대, 민법 제2조제1항, 제2항, 제103조, 제104조, 제110조 등). 또한, 계약이 공정거래법에 위반하는 것을 이유로 그 무효를 주장하고, 그 무효를 전제로 하여, 부당이득반환청구(민법 제741조)를 하는 것도 생각할 수 있다.

#### (2) 공정거래법에 위반한 행위의 사법적 효력

이와 관련하여 공정거래법상의 실체조항이 금지하고 있는 행위의 사법적 효력이 문제된다. 공정거래법은 부당한 공동행위를 할 것을 약정하는 계약·협정·결의 기타방법 등은 사업자간에 있어서는 이를 무효로 선언하고 있고(법 제19조제4항), 기업결합의 제한(법 제7조) 등의 일정한 실체규정에 위반한 회사의 합병 또는 설립이 있는 때에는 이를 무효로 보는 것을 전제로, 공정거래위원회는 당해 회사의 합병 또는 설립무효의

소를 제기할 수 있다고 규정(법 제16조제2항)하고 있다. 그러나 다른 유형의 공정거래법 위반행위에 관해서는 명규하고 있지 않다.

공정거래법에 위반한 행위의 사법적 효력은 일률적으로 당해 실제조항이 단속규정인지 효력규정인지 여부에 의하여 정할 수는 없고, 공정거래법의 입법목적, 각 실제조항의 목적·내용, 위반행위의 대양·성질 등을 고려하여 개별적으로 판단하여야 할 것이다.<sup>104)</sup> 하급법원은 이와 관련하여, “불공정거래행위에 해당하는 법률행위 또는 이와 불가분의 관계에 있는 법률행위를 모두 사법상 유효하다고 인정하여 위반 당사자에게 그 법률행위에 의한 법률효과를 누리게 한다면 공정거래법의 금지를 무의미하게 만들어 같은 법의 목적달성은 불가능하게 되는 반면 이를 전면적으로 무효라고 한다면 그로 인한 광범한 사법관계의 혼란을 초래할 위험이 있다.”고 하고, “그 사법상의 효력은 이를 추상적, 획일적으로 판단할 것이 아니라 공정거래법에 위반된 개개의 구체적인 불공정거래행위에 대하여 … 공정거래법의 입법취지와 성질, 각 금지규정의 내용, 당해행위가 공정거래법에 위반한 정도 및 이를 무효로 하는 경우에 초래될 사법관계의 혼란 정도 등을 종합적으로 고려하여 이를 정의와 형평의 관념 내지 신의칙에 비추어 개별적으로 그 사법상의 효력을 정하는 것이 상당하다.”고 판시하였다.<sup>105)</sup>

## 5. 기 타

반드시 공정거래법 위반행위의 직접적인 피해자에 의한 것은 아니지만, 독점금지법 위반행위를 이유로 하여 다른 법률에 의거하여 사적 소송이 제

104) 같은 취지로, 徐正, “獨占規制法 執行에 관한 研究”, 서울대학교 대학원 석사학위논문 1998, 147~148면.

105) 서울고등법원 1995.1.12. 선고 94라186 결정(이 사건은 석유류제품의 도매업체인 미용상사와 30여년간의 독점판매대리점계약을 체결하고 석유류제품공급거래를 유지하여 온 일방당사자인 신청인(정유사인 주식회사 유공)이, 국내석유판매업계에서 이례적으로 큰 규모의 자금지원에 의하여 피신청인을 유인하여 자기와의 대리점계약을 해지하고 미용상사 직영주유소 등 영업장소에 현대정유의 표지를 게시하고 상표를 표시하기로 하는 대리점계약을 체결한 현대정유와 미용상사 등 피신청인에 대하여, 상표등사용금지가처분을 신청한 사건이었다.) 법원은 현대정유의 부당한 고객유인의 불공정거래행위와 불가분의 관계에 있는 미용상사의 당해 계약갱신거절의 의사표시를 무효로 보았다.

기될 수 있다. 예컨대, 감사 또는 소수주주가 이사의 공정거래법위반행위에 대하여 유지청구를 하거나(상법 제402조), 소수주주가 원고가 되어, 공정거래법에 위반한 이사에 대하여 회사에 입힌 손해를 배상하도록 대표소송(상법 제403조, 제399조)을 제기하는 경우를 들 수 있다.

일본에서는 최근 지방자치단체가 발주한 공사 등에 관계된 건설업자 등의 입찰담합에 대하여, 당해 지방자치단체의 주민이, 발주자에 대신하여, 주민소송(일본 지방자치법 제242조의2제1항)에 의하여 손해배상을 청구한 사례가 증가하고 있다고 한다.<sup>106)</sup> 또, 독점금지법 위반행위를 행한 회사의 주주가, 이사의 법령위반의 책임을 추궁하여, 주주대표소송(상법 제266조제1항제5호, 제267조)에 의하여 회사에의 손해배상을 청구한 사례도 있다.<sup>107)</sup>

106)鈴木滿 「入札談合の研究-實態と防止策」(信山社, 2001) 95~101頁.

107) 「野村證券損失補償株主代表訴訟事件」(最高裁判所判決, 2000.12.7) 判例時報 1729号28頁(증권회사가 거액의 고객에게 손실보전을 한 행위는 “一般指定 9항(부당한 이익에 의한 고객유인)”에 해당하여, 독점금지법 제19조에 위반한다고 판시한 다음, 독점금지법위반이 상법 제266조제1항제5호의 “법령”위반에 포함되는 것임을 밝혔다.).

## 제 3 장 미국과 일본의 경쟁법의 사적 집행

### 제 1 절 미국 독점금지법의 사적 집행

#### 1. 사소의 전체 독점금지법 집행에서의 비중

사적 독점금지소송은 셔먼법의 통과후 곧 제기되었지만, 그 소송의 숫자는 1950년대에 이르기까지는 많지 않았다. 사적 제소의 수는 1960년대를 통하여 급속히 증가하였고, 1970년대에는 폭발적으로 증가했다. 사적 제소의 수는 1980년대에는 수평을 이루었지만, 1990년대에는 다시 증가하였다. 사적 독점금지소송은 계속해서 독점금지법이 집행되는 주된 메카니즘을 이루고 있다.<sup>108)</sup> 미국전체의 독점금지소송의 90퍼센트 정도는 사적 원고에 의하여 제기되고,<sup>109)</sup> 이들 중 대부분은 손해배상청구소송이다.

#### 2. 독점금지 손해배상청구

##### (1) 법규정

클레이튼법 제4조는 "독점금지법에서 금지된 것에 의하여 자기의 사업이나 재산권에 피해를 입은 자는 누구든지 제소하여 ...입은 손해액의 3배액

108) S.C. Salop & L.J. White, *Private Antitrust Litigation: An Introduction and Framework* 3, in *Private Antitrust Litigation: New Evidence, New Learning* (L. White, ed. 1988). 초기의 연구로는 R. Posner, *A statistical Study of Antitrust Enforcement*, 13 *J.L. & Econ.* 365 (1970), 1970년대의 데이터는 46 *Antitrust & Trade Reg. Rep. (BNA)* 360 (Mar. 1, 1984). 20세기 전반의 사적 제소의 분류는 H. Clark, *The Treble Damage Bonanza: New Doctrines of Damages in Private Antitrust Suits*, 52 *Mich.L.Rev.* 363 (1954). 1973년부터 1983년까지 5개 연방지방법원에 제기된 사적 독점금지소송의 상세한 분석은 L. White, *The Georgetown Study of Private Antitrust Litigation*, 54 *Antitrust L.J.* 59 (1985).

109) *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330, 344, 99 S.Ct. 2326, 2333-2334 (1979)는 *Annual Report of the Director of Admin. Office of U.S. Courts* 78, Table 28 (1978)을 인용하고 있다; S.C. Salop & L.J. White, *Economic Analysis of Private Antitrust Litigation*, 74 *Geo. L. J.* 1001, 1005-1006 (1986)은 1984년 데이터를 보이면서, 대부분의 해에 독점금지소송의 90퍼센트가 사적 소송이라고 지적하고 있다.

과 변호사비용을 포함하는 소송비용을 회복할 수 있다”고 규정한다.<sup>110)</sup>

동조의 문언상으로는 카르텔이나 독점적 과다청구에 의하여 피해를 입은 사람이라면 누구에게나 소권을 부여하는 것으로 보인다. 그러나 그렇게 보는 것은 매우 비현실적인 소권의 확대를 가져온다. 따라서 법원은 클레이튼법 제4조의 적용범위를 제한하기 위하여 여러 가지 법리를 개발하여 왔는데, “독점금지상 피해(antitrust injury)”<sup>111)</sup>법리를 포함한 원고 적격과 인과관계의 요건들과 Illinois Brick사건<sup>111)</sup>에서의 간접매수자 원칙 등이 그에 속한다.

## (2) 손해배상청구의 원고적격

### 1) “사업 또는 재산(권)”에 대한 피해자

클레이튼법 제4조는 원고가 자연인, 기업 및 연방, 주 또는 외국법에 의하여 인정된 비법인단체 등을 포함하는 “人(person)”<sup>112)</sup>일 것을 요구한다. 지방자치단체, 주 및 외국정부는 모두가 원고적격이 인정된다.

클레이튼법 제4조는 독점금지원고가 자신의 “사업(business) 또는 재산(권)(property)”<sup>113)</sup>에 대한 피해를 입증할 것을 요구한다. 대부분의 사적 원고는 자기가 소유한 사업상 이익에 대한 피해를 주장하여 왔다. 그러므로 그들은 자기의 사업과 재산 양자에 대한 침해를 주장하였다. 그러나 Reiter v. Sonotone Corp.사건<sup>112)</sup>에서는, 연방대법원이 가격담합공모 때문에 더 높은 가격을 지급하였다고 주장하는 소매소비자에게 손해배상청구소송을 허용하였다. 그 소비자는 자기의 “재산”에 대해서는 피해를 입었지만, 사업에 대해서는 아니었다. 제4조상의 “재산권”이라는 용어는 “재산권은 사람이 법적으로 인정된 소유이익을 갖는 모든 것”이라

110) 15 U.S.C.A. §15. “any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue ... and shall recover threefold the damages ... sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney’s fee.”

111) Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 U.S. 720, 97 S.Ct. 2061 (1977).

112) 442 U.S. 330, 99 S.Ct. 2326 (1979), on remand, 602 F.2d 179 (8th Cir.1979).

는 커먼로 개념과 거의 동의어이다. *Hamman v. United States*<sup>113)</sup>에서는, 권소사업에 들어 갈 기회에 상실에 대하여 클레이튼법 제4조에 의한 배상을 부정하였다.

## 2) "독점금지상 피해" 요건 - 시장의 경쟁에 대한 피해

클레이튼법 제4조는 시장피해 또는 시장이 덜 경쟁적으로 되었을 때 시장참여자에게 생기는 피해를 경감하기 위하여 규정된 것으로 해석되고 있다. 더욱이 손해배상이 입증하기 어려운 정도로 극히 경미하거나 타인이 입은 손해와 중복되는 것인 때에는 피해의 청구는 허용되지 아니한다.

오늘날 "독점금지상 피해(antitrust injury)"는 이론상 모든 독점금지법에 의거한 사적 소송의 요건으로서 확립되었다. 그것은 사적 원고적격의 필수적인 요소로서 인정되며, 공적 집행에 대해서는 적용되지 않는다.

### (가) 독점금지상 피해법리의 형성

#### ① Brunswick Corp.사건

연방대법원은 *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*사건<sup>114)</sup>에서 처음으로 사적 손해배상청구소송의 원고적격으로 "경쟁상 피해(competitive injury)"를 입었을 것을 요구하였다.

#### (i) 사실관계

이 사건의 원고는 몇 개의 볼링장을 소유한 사업자이고, 피고 Brunswick사는, 몇 개의 볼링장을 소유하고 운영하는 한편, 미국 최대의 볼링장설비의 제조판매업자이다. 피고는 독립 볼링장들에게 외상으로 볼링장설비를 판매하였고, 때로는 재정적으로 곤란한 볼링장을 인수하였다. 10년 동안에 피고는 원고와 경쟁관계에 있던 볼링장들 중 지급불능 상태에 있는 것들을 여러 개 인수하였다. 이들 인수된 볼링장의 대부분은, Brunswick사가 인수하지 않았다면, 사업을 철수하였을 개연성이 있었다.

113) 267 F.Supp. 420, 432 (D.Mont.1967).

114) 429 U.S. 477, 97 S.Ct. 690 (1977).

(ii) 원고의 제소근거

원고는 두 개의 불링장의 인수에 대하여 클레이튼법 제7조에 의거하여 제소하고, 경쟁 불링장들이 사업을 철수하도록 허용되었다면 자신의 시장점유율은 증가하였을 것이라고 주장하였다.

(iii) 법원의 판결

연방대법원은 클레이튼법 제7조(경쟁제한적 기업결합의 금지)<sup>115)</sup>의 “예방적 성격”을 사적 손해배상소송을 인정하는 동법 제4조의 “구제적 성격”과 대조하였다.<sup>116)</sup> 의회는 제7조는 경쟁에 대한 위험이 그 “incipiency(incipiency)”단계에서 아직 특정되지도 아니한 때에 기업결합에 적용하기 위하여 제정하였다. 이와 대조적으로 제4조는 사적 원고에게 현실적 피해를 입증할 것을 요구한다는 것이다. 연방대법원은 독점금지법위반이라 하더라도 “독점금지법에 무관한 손실”을 야기할 수 있으며, 그 경우에는 배상이 허용되지 않는다고 하고, 이 사건 원고에 대한 배상을 부정하였다. 따라서 이 관례에 의하면, 원고는 배상을 받기 위해서 독점금지법이 위반되었고 원고가 피해를 입었다는 것만을 입증하는 것으로는 부족하고, 그 피해가 “독점금지법이 금지하려고 하는 피해유형이고 그것이 피고의 행위를 위법하게 하는 결과를 가져오는 독점금지상 피해라는 것”을 증명하여야 한다. 즉 그러한 피해는 “그 위반행위의 반경쟁적 효과를 반영한 피해”이어야 한다.<sup>117)</sup>

(iv) 판결의 의의

이 사건은 경쟁제한적 기업결합에 대한 사적 손해배상청구에 있어서 원고가 증명하여야 할 것으로서 경쟁상 피해 내지 독점금지상 피해요건을 처음으로 요구하였다. 이론상 수평적 기업결합은 시장의 경쟁에 관한 반경쟁적 효과와 효율성증대효과의 양자를 발생시킨다.<sup>118)</sup> 이 사건의 원

115) 15 U.S.C.A. §18.

116) 429 U.S., at 485~488, 97 S.Ct. at 696~697.

117) Id. at 489, 97 S.Ct. at 697.

118) 예컨대, 기업결합은 당해 시장의 집중을 높임으로써 독점적 또는 공모적 가격책정을 활성화할 수 있다. 그렇게 되면 소비자들은 더 높은 가격을 지급해야 하나, 시장



고는 기업결합 이전에는 무기력하고 의혹 없는 경쟁자를 상대하고 있었으나, 기업결합 후에는 보강되고 공격적인 경쟁자에 직면하게 되었다. 당해 기업결합이 위법하진 아니건, 원고의 피해는 시장의 성격이 독점적 가격책정을 더 지향하게 되어서가 아니라, 기업결합후의 기업으로부터 증가된 경쟁으로부터 생겼다. 따라서 이러한 점에서는 원고의 손해배상 청구는 허용될 수 없게 된다.

요컨대 기업결합은 결합기업의 증가된 시장지배력과 증가된 효율성으로부터 시장내의 다른 기업들에게 피해를 줄 수 있기 때문에, 원고가 그 가운데 무엇 때문에 어떻게 피해를 입었는지 확인하는 것은 중요하다.<sup>119)</sup>

## ② Cargill 사건

연방대법원의 Cargill사건<sup>120)</sup>판결은 사적 독점금지 유지청구의 소에서 독점금지상 피해범리를 더욱 정교하게 서술하였다.<sup>121)</sup>

### (i) 사실관계와 원고의 주장

이 사건에서 원고인 미국 5위의 도매용 정육상품 제조업자인 Monfort of Colorado, Inc.는 자기의 경쟁자인 이 분야 제2위와 제3위의 기업간의 기업결합<sup>122)</sup>이 클레이튼법 제7조<sup>123)</sup>에 위반됨을 이유로

내의 다른 기존 기업들 입장에서는 기업결합 후의 가격인상과 산출감소는 이로울 수 있다. 그 기업들은 합병후의 커진 기업에 의하여 창조된 보호막 아래에서 더 높은 가격을 부과할 수 있을 것이기 때문이다. 그러나 기업결합은 또한 기업결합 당사기업들의 효율성을 증가시킬 수 있다. 이 증가된 효율성은 소비자들에게 혜택을 주지만, 당연히 경쟁자들에게는 해롭다.

119) 독점금지상 피해와 효율성간의 관계에 관해서는 75 Va. L. Rev. 1221(1989); 37 Stan. L. Rev. 1445 (1985); R. Blair & J. Harrison, *Rethinking Antitrust Injury*, 42 Vand. L. Rev. 1539 (1989); H. Hovenkamp, *Merger Actions for Damages*, 35 Hastings L. J. 937 (1984).

120) Cargill v. Monfort of Colo., 479 U.S. 104, 107 S.Ct. 484 (1986).

121) 설명의 편의상 사적 유지청구제도 부분이 아니라 이곳에서 함께 설명한다.

122) Excel Corporation의 Spencer Beef 인수, 전자는 35개국에 150여개의 자회사를 가진 다국적기업인 Cargill, Inc.의 완전자회사였고, 후자는 the Land O'Lakes agricultural cooperative의 축산사업부였다. 이 기업결합의 결과 탄생할 결합기업의 시장점유율은 이 분야 제1위인 IBP, Inc.의 그것에 육박하였다. 479 U.S., at 106, 107 S.Ct. at 487, 761 F.2d at 570, 577 (CA10 1985).

123) 15 U.S.C.A. §18.

유지명령을 청구하였다. 원고의 주장은 당해 기업결합이 i)과점적 가격 책정을 촉진할 수 있고, ii)결합후의 기업이 원고로서는 대적할 수 없는 복수공장생산에 의한 정제를 성취할 수 있게 할 수 있고, iii)결합후의 기업이 기업결합이전보다 낮은 수준으로 가격을 낮출 수 있게 할 것이라는 것 등이었다.<sup>124)</sup>

(ii) 법원의 판결과 의의

연방대법원은 기업결합후의 기업이 약탈적 가격책정에 종사하리라는 적절한 논리를 발견할 수 없었다.<sup>125)</sup> i)에 관해, 청구는 독점금지상 피해가 아니라, "실현된 피해"의 부재 때문에 기각되었다. 경쟁자는 일반적으로 그 시장내의 공모나 과점적 가격책정에 의하여 자사의 가격도 인상할 수 있게 되는 이익을 보게 된다. 연방대법원은 ii와 iii청구에 대해서는, 기업결합정책의 목적은 효율성을 창출하는 기업결합을 금지하려는 것이 아니라, 가격인상을 가져오는 기업결합을 금지하려는 것이므로, 독점금지상 피해요건의 미비로 기각하였다. 연방대법원은 "Brunswick판결의 법리상 결론적으로, 기업결합의 결과로 생길 수 있는 가격경쟁에 기인한 수익상실의 위험<sup>126)</sup>은 독점금지상 피해를 구성하지 않는다고 본다."고 판시하였다.<sup>127)</sup>

Brunswick와 Cargill 양 판결은, 일반적으로 기업결합 당사기업들의 경쟁자는 특정한 기업결합에 대하여, 결합기업이 이전보다 더 효율적일 것이거나 더 공격적 경쟁을 벌일 것이라는 이유로 제소할 수 없다는 원칙을 시사한다.

(나) 독점금지상 피해의 구체적 판단기준

미국 법원은 관례상 클레이튼법 제4조에 의거하여 독점금지 원고로 선호되는 제충과 선호되지 않는 제충을 정하여 왔다. 그간 축적된 관례를

124) 479 U.S., at 107, 107 S.Ct. at 488.

125) 479 U.S., at 118~119, 107 S.Ct. at 493~494.

126) 이를 법원은 가격-비용간 압박(price-cost 'squeeze'이라고 지칭하였다. 591 F.Supp. 683, 691-692 (Colo. 1983).

127) *Cargill*, 479 U.S., at 117, 107 S.Ct. at 492.

종합하면, 대체로 선호되는 원고에는 위반자의 소비자와 경쟁자가 포함된다. 선호되지 않는 원고에는 非買受者, 잠재적 경쟁자, 위반사업자의 종업원 및 주주·채권자·임대인 및 희생사업자의 종업원 등이 포함된다. 따라서 어떤 사인의 청구에 대해서는 위의 어느 범주에 속하는가에 따라서 원고적격의 구비여부가 추정되게 된다. 그러나 법원은 개별적인 사건에서 그러한 추정을 배제할 합당한 이유가 있으면, 선호되는 범주에 대해서도 원고적격을 부정하고, 선호되지 않는 범주에 대해서도 원고적격을 인정한다.

### ① 직접피해 기준

사적 독점금지 손해배상청구소송에서의 원고적격에 대한 주요기준은 “직접피해(direct injury)” 기준으로서, 이는 피고의 위반과 원고의 피해간의 관계가 “직접적”인지 “간접적”인지 여부를 판단하여 직접적 피해자의 경우에 원고적격을 인정하는 것이다.

직접피해기준은 *Loeb v. Eastman Kodak Co.* 사건<sup>128)</sup>에서 기원한 것이다. 제3순회항소법원은 사진현상 및 관련장비 제조업자인 피고의 독점금지법 위반행위에 의하여 파산하였다고 주장된 사진현상회사의 주주이자 채권자인 자에 대한 원고적격을 부정하였다. 동법원의 관시는 다음 두 가지 논거에 기초한 것이었다.<sup>129)</sup> 첫째, 주주의 피해는 독점금지법 위반의 간접적 결과일 뿐이고, 직접적 결과는 기업 자체에 대한 피해이다. 둘째, 의회의 의도는 서면법 제7조(클레이튼법 제4조의 전신)를 “피해기업 이름으로 제소된 단일 소송에 의하여, 수천명의 주주들의 피해가 공동으로 잘 해결되고 경제적으로 조정될 수 있는 경우에” 수백, 수천명의 주주들에게 원고적격을 부여함으로써 소송을 복합화(multiply)하기 위하여 제정한 것이 아니다.

이 판결 후 법원들은 다른 범주의 사람들은 물론, 희생자의 종업원, 프랜차이즈 가맹사업자, 토지임대인 및 주주 등에 대한 원고적격을 부정할 때 *Loeb*판례의 “간접적 피해” 법리에 근거한다.<sup>130)</sup>

128) 183 Fed. 704 (3d Cir.1910).

129) 183 Fed. at 709.

130) 예컨대, *Jack Solinger v. A. & M. Records, Inc.*, 718 F.2d 298 (9th

이 기준이 가지는 단점은 피해의 “직접성”의 측정은 형이상학적인 문제들을 발생시키고 수법자의 명백한 예측이 어렵다는 점이다. 중간 영역에서는 원고의 피해는 분명히 존재하지만 행위와 피해간의 인과관계가 분명하지 않기 때문이다.

## ② 표적영역 기준

표적영역(target area) 기준은 위반의 표적영역에 있는 사람은 누구인가 식별하려고 시도한다. 표적영역기준은 직접피해기준의 일정한 불확실성을 제거하기 위하여 개발되었다. 제9순회합소법원이 Conference of Studio Unions v. Loew's, Inc. 사건에서 기준을 공식화함에 따라, 원고는 “자신이 특정 산업의 경쟁적 조건의 장애에 의하여 위협에 처한 경제의 영역내에 있음”을 입증해야 한다.<sup>131)</sup> 동법원은 노조와 그 조합원은 주요 영화제작업자들과 다른 노조간의 더 소규모의 독립 영화제작자들을 사업에서 축출하려는 공모의 표적이 아니라고 판시하였다.

그러나 표적영역 기준도 직접피해기준처럼 문제가 있다. 만일 표적영역 기준하에서의 원고적격이 피고가 의도한 희생자로 국한된다면 잠재적 원고의 범위는 너무 적을 것이나, 원고적격이 피해가 “예견되는” 모든 사람을 포함하는 것으로 확대되면 표적영역 기준은 너무 넓은 것이 될 것이다. 예컨대, 어떤 기업이 사업으로부터 축출되면 그 종업원·노조·채권자·주주·원료공급자 및 토지임대인 등이 모두 피해를 입을 것이 예견될 수 있고, 또한 이들은 모두 당해 위반에 의하여 위협되는 경제의 영역내에 참여하고 있기 때문이다.

---

Cir.1983)(피고기업의 지역분할 및 거래거절을 통하여 피해를 입은 회사의 잠재적 주주(투자외향자)의 원고적격은 부정); Jones v. Ford Motor Co., 599 F.2d 394 (10th Cir.1979)(주주와 종업원의 원고적격 부정); Billy Baxter, Inc. v. Coca-Cola Co., 431 F.2d 183 (2d Cir.1970), cert. denied, 401 U.S. 923, 91 S.Ct. 877 (1971)(주주·종업원; 프랜차이즈 가맹사업자의 원고적격 부정); Southhaven Land Co., Inc. v. Malone & Hyde, Inc., 715 F.2d 1079 (6th Cir.1983)(토지임대인의 원고적격 부정).

131) 193 F.2d 51, 54~55 (9th Cir.1951), cert. denied, 342 U.S. 919, 72 S.Ct. 367 (1952).

## ③ 양기준의 대체이론

## (i) 하급법원의 대체이론

양 기준은 위와 같이 단점을 갖고 있고, 법원을 언어의 유희에 빠지게 하고, 어느 것도 일관된 결과를 도출하여, 계획된 예측수단으로서의 신뢰성을 주지 못하였다. 근래에 많은 법원들은 양 기준을 포기하거나 최소한 전보다는 그 언어공식에 대해 덜 강조한다.

일부 순회항소법원은 “간접피해”와 “표적영역기준”의 대체물을 고안하여 왔다. 예컨대, 제6순회항소법원의 “이해관계영역(zone of interests)” 기준은 원고의 피해가 “독점금지법에 의하여 보호되는 이해관계영역내에 왔는지” 판단하기 위하여, 불법행위법으로부터 차용한 것이다.<sup>132)</sup> 동법원은 나중에 Southhaven Land Co. v. Malone & Hyde판례에서, 연방대법원의 Associated General Contractors판례가 이 기준의 기초를 위태롭게 하였다고 언급하였다.<sup>133)</sup>

Bravman v. Bassett Furniture Industries사건에서, 제3순회항소법원은 가구판매점인 신청인이 피신청인이 제조한 가구만을 배타적으로 판매하다가, 다른 기업이 제조한 가구도 판매하기 시작하자, 피신청인이 신청인과의 가구공급계약을 해지한 사건에서, “클레이튼법 제4조의 원고적격 문제를 모두 해결할 수 있는 마법의 기준”은 없다는 이유로, 많은 상수와 변수로 구성된 “형량기준(balancing test)”을 사용하였다.<sup>134)</sup>

132) Malamud v. Sinclair Oil Corp., 521 F.2d 1142, 1152 (6th Cir.1975).

133) Southhaven Land Co. v. Malone & Hyde, Inc., 715 F.2d 1079, 1085~1086 (6th Cir.1983)(“연방대법원의 Associated General Contractors 판례가 본법원이 Malamud에서 표명한 기준으로부터 벗어난 분석을 내포하고 있다. 따라서 본법원은 순회항소법원들에 의하여 사용되는 여러 가지 기준들이 일관성 없는 판결을 유발할 수 있다는 연방대법원의 우려를 인정한다. 따라서 지금부터는 사건별로 Associated General Contractors에서 위임된 기준을 적용함으로써 제4조의 심의에 고려할 연방대법원의 지침을 집행할 것이다.”). Associated General Contractors of California, Inc. v. California State Council of Carpenters, 459 U.S. 519, 103 S. Ct. 897, 74 L. Ed. 2d 723 (1983).

134) Bravman v. Bassett Furniture Industries, Inc., 552 F.2d 90, 99 (3d Cir.1977), cert. denied, 434 U.S. 823, 98 S.Ct. 69 (1977)(그 요소들

(ii) Blue Shield 사건에서의 연방대법원의 대체이론

원고적격에 관한 직접피해 기준과 표적영역 기준 양자는 과다청구된 피해를 당한 소비자나 배타적 관행에 의하여 피해를 입은 경쟁자를 강하게 선호한다. 경우에 따라 하급법원은 원고적격이 이 양자의 범주로 제한되어야 한다고 제안하기도 하였다.<sup>135)</sup> 그러나 *Blue Shield of Va. v. McCready* 사건<sup>136)</sup>에서, 연방대법원은 자기의 보험회사가 심리치료를 자기의 건강보험의 적용범위에서 배제하기 위하여, 정신과의사들과 공모하였다고 주장한 건강보험가입자에 대하여, 원고적격을 인정하였다. 주장된 공모가 의도한 희생자는 분명히 심리치료사였다. 그러나 피고는 보험의 적용범위에서 심리치료를 배제하면, 그들의 서비스를 받는 소비자들도 피해를 입는다는 것을 용이하게 예견할 수 있었다. 그러므로 비록 이 사건의 원고인 McCready 부인은 독점금지 공모의 표적은 아니었지만, 그 공모에 의하여 의료서비스에 대한 시장내의 경쟁이 소멸되면 자연히 그녀의 피해는 발생할 것이 명료하게 예견될 수 있었다. 따라서 연방대법원은 “직접피해” 기준이나 “표적영역” 기준을 명시적으로 채택하지 않고, 원고 McCready 부인이 주장된 위반(Blue Shield의 선별적 배제)에 의하여 야기된 “경제적 조건의 장애에 의하여 위협하게 된...경제의 영역내에” 위치하고 있다고 언급하면서, 원고적격을 인정하였다.<sup>137)</sup>

연방대법원은 이 사건에서, 공모자들이 심리치료사들과 심리치료시장에 주려고 한 피해와 “불가분적으로 연결되어(inextricably interwined)” 있는 자들에게 원고적격을 인정함으로써,<sup>138)</sup> 독점금지상 피해가 예견가능하고 그 정도가 최소기준(de minimis)을 넘는 모든 자들에게

에는 독점금지 위반이 발생한 산업의 특성, 원고와 위반자의 관계, 위반의 원고에 대한 영향, 원고가 독점금지법이 기본적으로 보호하려고 하는 자인지 등이 포함된다.),  
 135) 예컨대, *Melrose Realty Co., Inc. v. Loew's*, 234 F.2d 518 (3d Cir.) (per curiam), cert. denied, 352 U.S. 890, 1 L. Ed. 2d 85, 77 S. Ct. 128 (1956); *Harrison v. Paramount Pictures, Inc.*, 115 F. Supp. 312 (E.D. Pa. 1953), aff'd, 211 F.2d 405 (3d Cir.) (per curiam), cert. denied, 348 U.S. 828, 99 L. Ed. 653, 75 S. Ct. 45 (1954).  
 136) 457 U.S. 465, 102 S.Ct. 2540 (1982).  
 137) Id. at 479~480.  
 138) Id. at 484.

원고적격을 인정하는 원칙에 대하여, “불가분적 연관성”의 제한을 추가하였다. 그러나 이 “불가분적으로 연결된”이란 문구는 공허한 수사이고, 원고적격 문제에서 일관성 있는 결과를 얻어내기 불가능하다.<sup>139)</sup> Blue Shield of Va. 사건에서, 연방대법원은 “간접적인(remote) 독점금지상 피해의 문제에 대한 상충가능한 여러 접근법들의 상대적 효용을 평가하는 것”을 명시적으로 거부하였다.<sup>140)</sup> McCready 사건이 사적 독점금지 소송의 원고적격을 명확히 한 것은, 때로는 독점금지법 위반자의 표적이 아닌 사람도 독점금지 원고가 될 수 있다는 것을 재확인한 정도에 그친다. 나아가서 연방대법원은 다른 잠재적 원고인 심리치료사들이 주장된 공모의 직접적 표적이라는 사실에 거의 주목하지 않았다. 그러나 분명히 그들은 피고가 그들을 보험범위에서 배제하였다는 것을 알고 있었고, 강력한 제소유인을 가지고 있었으며, 실제로 그들은 제소하였다.<sup>141)</sup> 이러한 점에서 McCready 부인은 후술하는 차선원고였을 뿐이다.

### (iii) Associated General Contractors 사건에서의 연방대법원의 대체이론

연방대법원은 Associated General Contractors of California, Inc. v. California State Council of Carpenters 사건<sup>142)</sup>에서, 피고 건설도급기업협회가 회원사인 도급기업들에게 비노조기업과만 거래하도록 강요하였고, 그것이 독점금지 위반이라고 주장한 도급기업내의 노조의 원고적격을 부정하였다. 당해 보이콧의 의도된 희생자는 협회의 요구에 따르지 않으면 건설공사수급을 상실할 입장의 도급기업들이었다. 제9순회합소법원은 표적영역 기준을 따라서, “노조는 그것에 대한 피해가 독점금지 위반의 예견가능한 결과였고 그 피해가 피고가 특히 의도한

139) 예컨대, 어떤 기업의 주주의 피해는 그 기업의 피해와 불가분적으로 연결되어 있다. 또한 독점금지 희생사업자의 해고된 종업원은 자기의 고용주가 입은 피해와 불가분적으로 연결되어 있다.

140) Blue Shield of Va. v. McCready, 457 U.S. 465, 477, n.12, 102 S.Ct. 2540, 2547 n.12 (1982).

141) Virginia Academy of Clinical Psychologists v. Blue Shield of Va., 501 F. Supp. 1232 (E.D.Va.1980), cert. denied, 450 U.S. 916, 101 S.Ct. 1360 (1981).

142) 459 U.S. 519, 103 S. Ct. 897, 74 L. Ed. 2d 723 (1983).

결과였으므로 경쟁조건의 장애에 의하여 위협하게 된 영역내에 있었다는 이유로” 노조의 원고적격을 인정하였으나,<sup>143)</sup> 연방대법원은 이를 반복하고 “클레이튼법 제4조의 원고적격이 인정되기 위하여 위반자의 의도가 누구를 향한 것이었는지는 문제되지 않는다.”고 McCready판례<sup>144)</sup>를 인용하고, 노조는 피고의 독점금지 위반에 의하여 거래가 제한된 시장의 소비자도 경쟁자도 아니며, “사업이나 재산상 피해”를 입지 않았다고 판시하면서, 노조의 불복신청이 노동시장 자체가 아니라 건설업시장에서의 피해를 주장하는 것으로 취급하였다.<sup>145)</sup> 원래 종업원은 고용주에게 가해진 피해에 대한 소의 원고적격이 없고, 이 사건 원고는 종업원은 아니지만, 그들을 대표한 노조였으므로, 이 판결은 쉽게 이해될 수도 있다. 그럼에도 불구하고, 연방대법원은 원고의 청구상에 다수의 난점이 있음을 언급하였다. 첫째, 원고의 주장은 막연하고, 누가 어떻게 피해를 입었는지 상세히 적시하지 못했다. 둘째, 이와 같은 독점금지 손해배상청구소송을 인정한다면 손해액의 증명과 산정에 문제들 초래할 것이다. 셋째, 원고가 주장한 보이콧의 실제 표적, 즉 직접피해자는 도급업자들이다.<sup>146)</sup> 넷째, 원고에게는 독점금지상 피해가 발생하지 않았다. 즉 시장에서 경쟁이 강화된다고 해서 도급기업의 노조에게 이익이 되는지 여부는 분명하지 않다.

#### ④ 독점금지상 피해법리의 적용범위

Brunswick판례에서 클레이튼법 제4조의 구체적 성격과 제7조의 예방적 적용범위를 대조한 것은, 독점금지상 피해법리는 기업결합에 적용되는 것을 선언한 것이고 다른 독점금지법위반에 적용될 것인지에 관해서는 침묵한 것이다.<sup>147)</sup> 그러나 연방대법원은 이 법리를 로빈슨-패트만법에 의거한 위법한 가격차별을 주장하는 사적 소송에도 적용하였다. 연방대법원은

143) 648 F.2d at 537.

144) 457 U.S., at 479. n37.

145) 459 U.S., at 539~540.

146) 따라서 이 사건에서 노조는 오직 후술하는 차선원고일 뿐이다.

147) Engine Specialties, Inc. v. Bombardier Ltd., 605 F.2d 1 (1st Cir.1979), on rehearing, 615 F.2d 575 (1st Cir.1980), cert. denied, 446 U.S. 983, 100 S.Ct. 2964 (1980).



가격차별소송에서 승소한 원고가 자기가 지급한 높은 가격과 타인이 지급한 낮은 가격간의 차이에 기초한 자동적인 손해배상청구권을 부여받게 되는 것은 아니라고 관시하였다. 대신에, 원고는 가격차별이 소매가격에 영향을 주었고 그럼으로써 현실적으로 실현된 피해를 유발하였음을 증명하여야 한다. 연방대법원은 로빈슨-셰프만법의 예방적인 “실질적으로 …경쟁을 감소시킬… 우려(may substantially lessen competition)”라는 문구에도 불구하고, 손해배상을 구하는 원고는 현실적인 현존의 피해를 증명해야 한다고 언급하였다.

또 다른 문제로서, 서면법 제1조의 당연-위법한 위반과 같이, 그 즉각적인 피해가 보다 명백한 독점금지법 위반의 경우에는 독점금지상 피해는 당연히 인정되는 것인가 하는 문제가 있다. 이에 관하여, 일부 법원은 처음에 독점금지상 피해는 당연-위반사건에서 추정된다고 결정하였다.<sup>148)</sup> 그러나 USA Petroleum사건에서 연방대법원은 이를 번복하고 독점금지상 피해법리를, 그 당시 당연-위법으로 간주되던, 최고재판가유지행위에 대해서 확대 적용하였다.<sup>149)</sup> 이 사건에서 원고인 주유소는 정유사가 원고와 경쟁하고 있는 딜러에게 최고재판가유지의무를 부과하고 있다고 주장하였다. 연방대법원은 이 가격은 약탈적이 아니라고 보았다. 연방대법원은 많은 최고재판가유지행위가 효율적이라는 관찰결과를 거론한 후, “당연-위법원칙은 서면법 제1조가 위반되었는지를 관정하는 하나의 방법이지만, 그것이 어떤 사적 원고가 독점금지상 피해를 입었는지 여부를 보여주는 것은 아니다. … 당연-위법원칙은 ‘사업의 확실성과 소송의 효율성’에 기초한 불합리성의 추정이다. … 독점금지상 피해요건의 목적은 그와 상이하다. 당연-위법원칙은 원고에 의하여 주장된 피해에 의하여 독점금지법위반을 조기에 발견하는 것을 보장한다.”고 하였다.<sup>150)</sup> 그리고 연방대법원은 딜러가 자신에게 부과된 재판가유지행위를

148) Lee-Moore Oil Co. v. Union Oil of California, 599 F.2d 1299, 1303 (4th Cir.1979)(당연위반이 독점금지상 피해를 유발하지 않는 경우는 매우 드물다 (quite rare)고 함).

149) Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co., 495 U.S. 328, 110 S.Ct. 1884 (1990).

150) 495 U.S., at 342, 110 S.Ct. at 1891, 1893.

제소하기 위한 논거는 그러한 가격설정이 자신이 스스로 적당한 가격을 정하여 경쟁할 능력을 제한한다는 것이라고 관시하였다. 그러나 그러한 딜러의 경쟁자는 그 재판가유지행위에 의하여 가격을 인상할 수 있을 것이므로, "피상고인은 피해를 입었다기 보다는 혜택을 입었다. 비록 최고가격협정이 궁극적으로 최저가격협정의 모든 이점을 획득하더라도, ARCO의 가격이 높아지면 피상고인 USA에게는 유리하게 작용하였을 것이므로, 피상고인은 독점금지상 피해를 입지 않았다."<sup>151)</sup>고 관시하였다.

(다) 유형별 원고적격 판단

연방대법원의 McCready판례와 Associated General Contractors 판례가 선고된 후에는, 사적 독점금지소송에서의 원고적격의 판례법은 분명하지 않다. "불가분적 연관성" 등의 개념적 기준이 사용되지만, 이것이 특정원고에게 원고적격이 인정될지 여부를 재판적으로 예측하는데 도움이 되지 않는다는 점도, 또한, "직접피해"와 "표적영역" 기준에는 의문이 제기되었지만 이 중 어느 기준도 명시적으로 파기되지는 않았다.<sup>152)</sup>

원고적격의 요건으로 확립된 독점금지상 피해에 관한 판례의 일반적 경향을 정리하면 다음과 같다.<sup>153)</sup> i) 위반자의 소비자와 경쟁자는 원고적격이 인정된다고 추정된다. 보이콧의 희생자는 직접적으로 의도된 표적이 아닌 한, 원고적격의 추정력이 약하거나 결여된다. 독점금지 위반의 희생자의 토지임대인·종업원·주주·채권자 등은 원고적격이 부정되는 것으로 추정된다. ii) 그러나 추정은 복멸이 가능하므로, 추정이 복멸된 사건에서는, 법원은 독점금지법을 보다 효율적으로 집행할 위치에 있는 다른 잠재적 원고가 있는지를 결정하고 특정원고가 다른 잠재적 원고보다 독점금지법 위반을 용이하게 알아낼 위치에 있는지를 고려하여야 한다. 다음에는 이들을 보다 세분해서 살펴본다.

151) 495 U.S., at 336, 110 S.Ct. at 1890.

152) *Amey, Inc. v. Gulf Abstract & Title, Inc.*, 758 F.2d 1486, 1496-1497 (11th Cir.1985), cert. denied, 475 U.S. 1107, 106 S.Ct. 1513 (1986)은 "표적영역기준은 Associated General Contractors판결에도 불구하고 살아있다고 관시하였다; *McDonald v. Johnson & Johnson*, 722 F.2d 1370, 1373 (8th Cir.1983), cert. denied, 469 U.S. 870, 105 S.Ct. 219 (1984) (이전의 기준들을 거부하였다).

153) H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, p. 608.

## ① 위반자의 소비자

독점금지정책의 주요한 목적은 소비자를 위한 낮은 가격과 높은 품질의 산출이므로, 소비자는 항상 독점금지소송의 선호되는 원고이다. 적정한 사적 집행의 개념을 가장 제한적으로 보는 입장에서, 소비자소송의 가치를 인정한다. *Reiter v. Sonotone Corp.* 판례<sup>154)</sup>가 최종소비자가 카르텔에 대하여 손해배상청구하는 것을 허용한 이래로, 소비자의 원고적격은 대체로 인정된다. 그에 대한 주된 제한은, 카르텔과 독점적 과다청구액에 대한 손해배상청구를 직접대수자로 제한하는 *Illinois Brick v. Illinois* 판례의 원칙<sup>155)</sup>이며, 이에 관해서는 후술한다.

“소비자” 원고적격이란 용어에는 수직적으로 관련된 기업들, 즉 중간상이나 소매상과 같은 최종대수자가 아닌 중간대수자가 포함된다. 이들은 독점적 과다청구(또는 수요독점적 과소청구)로부터 비롯된 독점금지 피해에 대한 원고적격을 가진다. 예컨대 *Sweeney v. Athens Regional Medical Center* 사건에서는 병원과 의과의사간에 병원에서의 원고의 환자에 대한 접근을 막으려는 공모가 있다고 주장한 조산원에게 원고적격을 인정하였다.<sup>156)</sup>

원고적격이 인정되는 소비자의 범위는 흔히 법원이 인정한 것보다 더 넓다. 예컨대, 전술한 *McCready* 판례에서, 연방대법원은 보험회사의 심리치료사에 대한 보이콧에 대한 간접피해를 입은 건강보험가입자에게 독점금지소송의 원고적격을 확대 인정하였다. 그러나 이 사건에서 *McCready*는 실상 피고 건강보험회사의 보험상품에 대한 소비자이고, 독점금지 위반인 피고들의 공모는 보험범위에서 심리치료사의 서비스를 배제함으로써 품질을 저하시키는 합의였다고 본다면, 이 사건은 간단한 소비

154) *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330, 99 S.Ct. 2326 (1979).

155) *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720, 97 S.Ct. 2061 (1977).

156) 709 F. Supp. 1563 (M.D.Ga.1989). 그러나 법원은 *Dry v. Methodist Medical Center, Inc.*, 893 F.2d 1334 (6th Cir.1990)에서는 원고인 개원외과 의사가 자기에 대한 환자배정을 줄이기로 합의한 종합병원과 원내외과의사들을 제소한 사건에서 원고적격을 부정하기도 하였다. 원고는 종합병원에 대한 공급자였고, 공급자를 향한 보이콧은 소비자를 향한 그것과 마찬가지로 만경쟁적이라든 점에서 이 판례는 문제가 있다.

자 원고적격사건으로 파악할 수 있다. 이처럼 보이콧청구는 흔히 원고적격의 쟁점을 제기한다. 보이콧이 경쟁자나 직접적 소비자를 향한 것일 때에는, 원고적격은 명백하다.<sup>157)</sup> 또한 보이콧의 희생자는 경쟁자가 아닌 공급자일 수도 있다.<sup>158)</sup> 예컨대, Pennsylvania Dental사건에서 법원은 건강보험회사인 Blue Shield가 선불치아치료 프로젝트를 보이콧한 치과의사들을 제소할 원고적격을 인정하였다.<sup>159)</sup>

## ② 위반자의 경쟁자

경쟁자의 원고적격은 독점금지 관례법상 잘 확립되어 있어서, 원고가 독점금지상 피해를 입고 있지 않은 때를 제외하고는, 거의 문제되지 않는다. 경쟁자들은 흔히 독점금지법을 집행하는 유일한 지위를 점하는 최선원고이다. 그들은 소비자들보다 훨씬 일찍 위반을 인식할 수 있고, 소비자들이 알아채지 못하는 것도 알 수 있다. 더욱이, 대체로 소비자들에 대한 피해는 분산되나, 경쟁자들에 대한 피해는 집중된다. 그 결과 소비자소송은 무임승차와 조직비용 등의 많은 문제를 야기하는데, 경쟁자소송은 그렇지 않다.

그러나 다른 한편 경쟁자들은 적절한 유인이 결여되어 있을 수 있다는 점이 원고적격 판정시 고려되어야 한다. 예컨대 다른 경쟁사업자들간의

157) 2 Antitrust Law ¶370 (rev. ed. 1995): Z Channel Ltd. Partnership v. Home Box Office, Inc., 931 F.2d 1338 (9th Cir.1991); Fishman v. Estate of Wirtz, 807 F.2d 520, 533~535 (7th Cir.1986)(경쟁자는 자기의 경쟁자와 경기장시설의 공급자간의 공동의 거래거절을 제소할 원고적격이 있다.); Los Angeles Memorial Coliseum Comm'n v. National Football League, 791 F.2d 1356 (9th Cir.1986) cert. denied, 484 U.S. 826, 108 S.Ct. 92 (1987)(다른 팀들의 공동의 거래거절을 제소하는 풋볼팀에게 원고적격을 인정함).

158) Reazin v. Blue Cross & Blue Shield, Inc. of Kansas, 899 F.2d 951, 963 (10th Cir.1990)(건강보험의 소비자들에게 의료서비스를 제공하는 공급자인 원고 종합병원인 건강보험의 소비자들도 건강보험시장에서의 경쟁자도 아니지만, 원고에 대한 보험요양기관 지정관계를 종료하기로 한 건강보험회사와 다른 병원간의 합의에 대하여 제소할 수 있다고 판시하였다. 법원은 "독점금지 원고는" 보이콧을 하는 피고의 "경쟁자나 소비자일 필요는 없다"는 것에 관하여, McCready판례를 인용하였다.).

159) Pennsylvania Dental Asso. v. Medical Service Assn. of Pa., 815 F.2d 270 (sd Cir.), cert. denied, 484 U.S. 851, 108 S.Ct. 153 (1987)(피고들의 집단적 거래거절의 즉각적 희생자는 피보험자인 환자들이지만, 선불치아치료 프로젝트는 치과서비스를 대량으로 미리 매수하는 하나의 방식이었으므로, 원고 Blue Shield는 피고 치과의사들의 매수자로 볼 수 있다.).

가적이고정시 참여하지 않은 사업자는 그 담합의 실행에 의하여 상품가격이 상승한다면 손해를 보지 않고 오히려 이익을 볼 수 있으므로 제소할 유인이 결여될 수 있다. 또한 경쟁자는 다른 사업자들의 반경쟁적 관행에 의하여 피해를 입는 경우만큼 경쟁기업의 효율성에 의하여 피해를 입는 경우가 많다. 따라서 경쟁자소송은 효율적인 경쟁자의 사업방식에 대한 제소에 지나지 않는 경우도 흔하다. 그 결과 경쟁자소송은 독점금지과다억제의 주된 원인으로 공격을 받아왔다.<sup>160)</sup> 이 문제에 대한 해결책은 독점금지상 피해법리를 적극적으로 적용하는 것이다.

### ③ 종업원

종업원의 독점금지 원고적격에 관해서는, 당해 독점금지 위반이 노동시장에서 발생하였는가 아니면 상품이나 용역시장에서 일어났는가와 그 종업원이 독점금지 위반자의 종업원인지 피해자의 종업원인지를 검토하여야 한다. 또한 원고가 종업원인지 여부가 문제될 수도 있다.<sup>161)</sup>

독점금지 위반이 노동시장에서 발생하였을 때에는 그 종업원은 시장참가자이므로, 원고적격이 인정된다.<sup>162)</sup> 예컨대, 노조, 고용주 및 다른 단체들이 비노조원인 종업원에 대한 보이콧을 결성하였다면, 그 직업시장에의 접근을 부정당한 자는 그 보이콧의 의도된 희생자이고, 통상 독점금지 원고적격이 인정된다.<sup>163)</sup> 이와 대조적으로, 독점금지 위반이 그 종업원이 일하는 상품이나 용역시장에서 발생하였다면, 그의 원고적격은 부정된다. 예컨대, 어떤 기업이 상품시장에서의 보이콧의 희생자로서 문을 닫거나 산출을 줄인다면, 그 기업 자체는 원고적격이 인정되나 그 기업의 종업

160) Edward A. Snyder & Thomas E. Kauper, *Misuse of the Antitrust Laws: The Competitor Plaintiff*, 90 Mich. L. Rev. 551 (1991); William H. Page, *Optimal Antitrust Penalties and Competitors' Injury*, 88 Mich. L. Rev. 2151 (1990).

161) *Garot Anderson Mktg. v. Blue Cross & Blue Shield United*, 772 F. Supp. 1054, 1062 (N.D.Ill.1990)(원고가 종업원이 아니고 독립적인 대리상인 경우 원고적격을 인정함).

162) 7. 2 Antitrust Law ¶1376 (rev. ed. 1995).

163) 주장된 보이콧이 독점금지법에서 적용면제되는지는 다른 쟁점이다. *Brown v. Pro Football*, 518 U.S. 231, 116 S.Ct. 2116 (1996)(원고적격 쟁점이 아니고, 프로풋볼선수들에 의한 집단적 협상기간중의 연봉에 대한 억압적인 덤핑점에 대한 청구를 검토함).

원은 그렇지 않다. 법원은 일관되게 그 피해는 전적으로 그들의 고용주의 피해에서 과생된 것이라고 판시한다.<sup>164)</sup>

고용주의 독점금지법 위반에 참여하는 것을 거부하여서 실직한 종업원처럼 독점금지 위반자의 종업원들에 대해서 예외적으로 원고적격이 인정되는지에 관해서는 하급법원들간에 엇갈린 관계가 있다. 예컨대, *Bichan v. Chemetron Corp.* 사건에서, 제7순회합소법원은 직접피해 및 표적영역 기준하에서 원고적격을 부정하였고, “소비자나 경쟁자로서, 자신의 사업이나 재산권에 대한 즉각적인 피해를 입은 자들”에게 제소가 허용되어야 하고, “그들이 입은 피해가 독점금지 위반행위에 의해서 보다 간접적으로 유발된 자”에게는 부정되어야 한다고 판시하였다.<sup>165)</sup> 그러나 제9순회합소법원은 유사한 *Ostrofe* 사건<sup>166)</sup>에서, 비록 해고된 원고 자신은 “가격담합공모로부터 엄밀한 의미의 독점금지상 피해를 입지는 않았지만, 그럼에도 불구하고 그의 공모에 대한 협력의 거절은 그 시장에서의 고객과 경쟁자의 권리를 옹호하는 것을 도왔다. 그와 같이 고용주에 의한 독점

164) 예컨대, *Sharp v. United Airlines, Inc.*, 967 F.2d 404(10th Cir.), cert. denied, 506 U.S. 974, 113 S.Ct. 464 (1992)(종업원들은 전고용주의 경쟁자가 전고용주에게 피해를 입힌 배타적 관행에 대하여 제소할 원고적격이 부정됨.); *Adams v. Pan American World Airways, Inc.*, 828 F.2d 24 (D.C.Cir.1987), cert. denied, 485 U.S. 961, 108 S.Ct. 1225 (1988)(같은 취지); *Province v. Cleveland Press Pub. Co.*, 787 F.2d 1047 (6th Cir.1986)(같은 취지).

165) *In re Industrial Gas Antitrust Litigation Robert C. Bichan v. Chemetron Corp.*, 681 F.2d 514 (7th Cir.1982), cert. denied, 460 U.S. 1016, 103 S.Ct. 1261 (1983)(이 사건에서는 가격담합의 공모를 포함하였는데, 그 행위의 표적은 공모자들의 고객들이고, 종업원들이 아니었다. 따라서 원고의 실직은 독점금지 위반의 “간접적” 결과로 간주되었고, 그는 또한 가격담합공모의 “표적”도 아니었다.) 또한 *Vinci v. Waste Mgmt.*, 80 F.3d 1372 (9th Cir.1996)(쓰레기재활용(waste recycling)사업을 하는 원고가 자신의 고용주의 다른 경쟁자를 사업에서 축출하려는 반경쟁적 계획에 협조하지 않아서 해고되었다고 주장하고, 고용주에 대하여 독점금지법 위반을 근거로 주주이자 종업원으로서 제소할 때 대하여 주주로서는 제소권이 없고, 해고된 종업원으로서도 제한적으로 원고적격이 인정되는 예외에 해당하지 않는다는 이유로 원고적격을 부정함.)

166) *Ostrofe v. H. S. Crocker Co.*, 670 F.2d 1378 (9th cir.1982), vacated and remanded, 460 U.S. 1007, 103 S.Ct. 1244 (1983), affirmed on remand, 740 F.2d 739 (9th cir.1984), cert. dismissed, 469 U.S. 1200, 105 S.Ct. 1155 (1985).

금지법 위반에의 협력을 거절하여서 해고된 종업원에게 원고적격을 인정하는 것은 그러한 제회의 존재를 알기에 최선의 위치에 있는 사람에 의한 그것의 폭로를 촉진한다.”고 언급하면서, 원고적격을 인정하였다.<sup>167)</sup> 원고적격에 관한 독점금지상 피해요건은 기본적으로 사적 독점금지 손해배상 청구소송의 남용을 억제하기 위한 것이지만, 집행의 차원에서는 독점금지 위반을 억제하는데 당해 원고에게 제소를 인정하는 것이 좋겠는가 하는 것을 기준으로 판단하여야 한다. 독점금지 집행은 일반적으로 위반이 탐지된 때에 일찍 제소하는 것이 위반억제를 위해서 가장 효율적이다. 위의 후자의 순회항소법원판례는 공모사업자의 종업원이 기본적인 독점금지 원고적격 기준을 충족하지 않더라도, 그에게 원고적격을 인정하면 사적 집행의 유인을 증으로써 독점금지 위반의 발생을 감소시킬 수 있다는 취지에서 예외를 인정한 것으로 파악할 수 있다. 아직 이 문제에 관한 연방대법원의 판례는 나오지 않았다.

#### ④ 파생적 피해자

법원은 또한 일반적으로 피해를 입은 사업이나 재산이 다른 사람이 아닌 원고에게 속할 것을 요구한다. 그러나 때로는 특정한 재산권 이익의 소유관계는 모호하다. Hawaii v. Standard Oil Co. of California 사건<sup>168)</sup>에서, 예컨대, 연방대법원은 주정부는 스스로 피고의 매수자나 경쟁자가 아닌 한, 주의 주민의 경제적 피해나 주의 일반적 경제에 대한 피해에 대한 손해배상청구를 할 수 없다고 판시하였다. 이 때에는 아직 제4조가 주가, 국친소송(parens patriae)의 커먼로상 범리를 사용할

167) Ostrofe, 740 F.2d at 746~747, cf. Donahue v. Pendleton Woolen Mills, Inc., 633 F. Supp. 1423 (S.D.N.Y.1986), 피고 고용주의 전종업원인 커미션을 받는 판매상(commission salesman)이 딜러들에게 전고용주가 부과한 RPM를 반대하였기 때문에 고용을 해지하였다는 주장을 한 데 대하여 원고적격을 인정함. 그러나 이 사건에서는, 이미 딜러들에게 RPM이 부과되었음이 알려져 있었으므로, 독점금지법 위반사실을 폭로하기 위하여 종업원에게 원고적격을 인정하는 것은 불필요하였다. 제6순회항소법원의 Fallis v. Pendleton Woolen Mills, Inc., 866 F.2d 209, 211 n.4 (6th Cir.1989)에서는, 비슷한 사례인 판매원(sales representative)이 수직적 가격담합을 반대하자 계약해지를 당한 것을 이유로 제소한 데 대하여 원고적격을 부정하였으며, 이것이 타당하다.

168) 405 U.S. 251, 92 S.Ct. 885 (1972).

권한이 주어지지 않았다. 연방대법원은, 주민들 자신이 원고적격자이므로, 주정부가 동일피해나 州경제에 대한 일반적 피해를 주장하면서, 손해배상청구의 소를 제기하면, 중복배상의 우려가 있다는 이유를 제시하였다.<sup>169)</sup>

파생적 피해는 본래의 피해자로부터 파생된 피해를 의미한다. 이와 구별하여야 하는 것으로는 복수의 상이한 피해가 병발하는 것이다. 예컨대, 직접적으로 경쟁자를 지향한 약탈적 가격책정은 성공하면, 소비자에 대하여 가격상승을 초래할 것인데, 이 경우에 축출당한 경쟁자의 피해가 소비자의 피해의 파생물이라고는 하지 않는다. 소비자와 경쟁자는 모두 시장참여자로서, 전자의 피해는 독점적 과다가격으로, 후자의 피해는 사업기회의 상실로서 평가된다. 그러므로 파생적 피해는 본래의 피해자를 대신해서 동일한 피해를 청구하는, 그리고 통상 독점금지 위반의 표적인 시장외의 시장에 참여하는 자들이 입은 피해이다. 그 적례는 다른 기업의 독점금지 위반의 결과로 자기가 소유하고 있는 기업의 주식가치가 하락하여 자기의 투자액을 상실할 기업의 주주이다. 이 경우에는, 본래의 피해자는 사업자산을 상실한 기업이다. 독점금지 희생사업자에 대한 토지임대인·채권자·조세당국·장기계약고객 등에도 마찬가지로 원리가 적용된다.<sup>170)</sup>

169) 제4조는 그에 따라서 개정되어, 주법무부장관이 주내에 거주하는 자연인을 위하여 국친소송을 제기하는 것이 허용되게 되었다. 15 U.S.C.A. § 15c.

170) *Southwest Suburban Bd. of Realtors, Inc. v. Beverly Area Planning Ass'n*, 830 F.2d 1374 (7th Cir.1987)는 "피해를 입은 기업의 종업원(employees), 임원(officers), 주주(stockholders), 및 채권자(creditors)가 입은 파생적 피해(derivative injuries)만으로는 원고적격을 부여하기에 충분한 '독점금지상 피해(antitrust injury)'를 구성하지 않는다."고 하였다. 830 F.2d at 1378.

또한 *Lovett v. General Motors Corp.*, 975 F.2d 518 (8th Cir.1992)(폐쇄회사(closely held corporation)의 단독주주는 기업이 피고의 반경쟁적 행위로부터 입은 피해에 대하여 원고적격이 없음. "당사자는 반경쟁적 활동의 표적(the target of the anticompetitive activity)이어야 하며, 단지 간접적(indirect), 2차적(secondary), 또는 먼 피해(remote injury)만을 입은 자이어서는 부족하다. 요컨대, 결과적인 피해(consequential injury)는 독점금지상 피해가 아니"라고 하였다. 975 F.2d at 520~521.



## ⑤ 중복배상 청구자

연방대법원은 특정한 계층의 원고들의 원고적격을 부정하는 근거로서 “중복배상(duplicative recovery)”이라는 용어를 흔히 사용하여 왔다. 중복배상의 의미는 한 사람이 다른 사람도 회복할 수 있는 다른 사람이 입은 피해에 대하여 회복하는 것이다. 예컨대, 만일 어느 사적 당사자가 자기의 피해에 대한 보상을 얻고, 후에 국친소송을 제기한 주가 동일한 피해에 대한 손해배상을 얻으면, 중복배상이 된다. 중복배상의 금지는 독점금지법 위반은 피해의 일정한 총액을 발생시키며 클레이튼법 제4조하에서 피고의 책임은 그 액수의 3배를 초과할 수 없다는 것을 함축한다. 그러나 독점금지 위반이 초래하는 피해의 범위가 용이하게 제한되는 경우는 드물다. 대부분의 경우에 피해의 영향은 경제 전체로 확산되고, 멀어질수록 영향은 더 회복해진다. 피해는 피고의 이득이 아니라, 원고의 손실로 산정되고, 독점금지 위반이 유발한 피해액과 그것의 위반자에 대한 수익성간에 상관관계는 없다.<sup>171)</sup> 중복배상 금지는 후술하는 간접매수자의 원고적격을 금지하는 원칙과 일맥상통하는 의미를 가진다.

## ⑥ 차선원고

법원은 독점금지법의 집행에 좋은 입장에 있는 자들에게는 원고적격을 인정하지만, 그렇지 않은 범주의 자들에게는 부정한다. 것처럼 집행의 관점에서 원고적격이 부정되는 범주에 속하는 자들을 차선원고(second-best plaintiffs)라고 부른다. 예컨대, *Bodie-Rickett & Assoc. v. Mars, Inc.*<sup>172)</sup>사건에서는, 캔디제조업자가 상품의 배급을 어떤 브로커에게로 통합하는 바람에 수입을 상실하게 된 대리상의 원고적격을 부정하였다. 원

171) 예컨대, 실패한 약탈적 가격책정은 위반사업자 자신에게 피해를 입힌 것이고, 속출된 일부 경쟁자, 그 경쟁자의 장기계약공급자·종업원·노조·고객·채권자·임대인·조세당국 등에게 피해를 입힌다. 그러나 이 경우에는 반환되어야 하는 부당한 독점수익은 존재하지 않으므로, 중복배상의 문제는 생기지 않으며, 피고의 위법한 이득과 희생자들에 대한 피해액간에 상관관계는 없다. 각 희생자는 각각 그 자신의 피해를 입었다. 판례법상 경쟁자는 원고적격이 인정될 것이고, 일실수익과 상실한 사업투자액을 회복할 수 있을 것이다. 종업원·조세당국 및 임대인 등은 원고적격이 부정될 것이다.

172) 957 F.2d 287 (6th Cir.1992).

고의 제소근거는 그 통합이 경쟁 스낵음식의 제조업자의 마케팅시도를 침해하려는 의도에서 행해졌기 때문에 반경쟁적이라는 것이었지만, 그러한 논거에 의하면 그 제조업자가 더 나은 원고였다.

차선원고에 대한 원고적격을 무조건 부정하게 되면, 독점금지 위반에 대하여 최선원고의 입장에 있다고 여겨지는 원고들이 실제로는 적절한 유인이나 제소자적이 결여된 경우에는, 당해 독점금지 위반이 누구에 의해서도 제소되지 않는 결과를 가져올 수 있다. 따라서 법원은 단순히 어떤 원고가 다른 원고보다 시장내에서 위반에 보다 먼 위치에 있다는 것만으로 차선원고로서 원고적격을 부정해서는 아니된다. 그 다른 원고는 실제로는 이해관계가 적거나, 위반의 공모자이거나, 위반자의 통제하에 놓여져 있거나 또는 계약기회를 상실하지 않기 위하여 제소를 꺼릴 수 있기 때문이다. 예컨대, Insurance Antitrust Litigation<sup>173)</sup>에서, 법원은 보험상품의 매수자는 재보험자들간의 보험범위 축소의 공모에 대하여, 그것에 의하여 보다 직접적인 피해를 입을 자는 원보험자들이지만, 원고적격이 인정된다고 관시하였다. 이 사건에서, "이론적으로 그 원보험회사들이 제소할 가능성은 그것이 불려올 재보험회사들의 압력 때문에 낮게 평가되어야 한다. 원보험자인 'the 1400'은 이 압력을 견딜 수 없었고, 이들이 굴복함에 따라, 제소를 원하지 않을 가능성이 많았다."고 보았다.

또한 어떤 원고보다 다른 원고가 이론상 최선원고이지만, 후자가 실제로는 원고적격이 결여된다면 당해 원고는 차선원고로 볼 수 없다. 예컨

173) In re Insurance Antitrust Litig., 938 F.2d 919, 926 (9th Cir.1991), affirmed in part, reversed in part, 509 U.S. 764, 113 S.Ct. 2891 (1993). cf. Westchester Radiological Associates, P.C., et al., v. Empire Blue Cross & Blue Shield, Inc., 659 F. Supp. 132, 137 (S.D.N.Y.1987). 피고 건강보험회사의 독점화를 공격하려는 방사선기사(radiologists)의 원고적격을 인정함. 즉각적인 희생자는 경쟁보험회사이며, 방사선기사는 보험회사의 경쟁자도 아니고, 보험계약자도 아니다. 그러나 법원은 주장된 행위가 "경쟁보험회사들로 하여금 소송의 시간과 비용을 감수하게 할만큼 실제로 경쟁보험회사들에게충분히 해로운 것이 아니었기 때문에" 원고적격을 인정하였다. 이 결론은 근거가 되는 독점금지 청구는 모호하다는 것을 시사하지만, 법원이 원고적격을 인정한 것은 옳았다.

대, Pinney Dock사건<sup>174)</sup>에서는 법원이 피고에 대하여 가장 많은 제조 유인을 가진 것은 고책이지만, 그들은 간접매수자라는 사실을 고려하여, 경쟁자의 원고적격을 인정하였다.

### ⑦ 유책원고

코먼로상 거래를 제한하는 계약은 집행할 수 없다. 그러나 병렬적 과실(in pari delicto)법리로 인하여, 어느 기업이 독점금지 위반을 구성한다고 주장하는 바로 그 합의의 참여자였다면, 독점금지 손해배상을 받는 것이 금지된다. 연방대법원은 이전에 거래의 제한을 금지할 권리는 유책원고에 의한 손해배상을 금지하는 pari delicto에 우선한다는 결론을 내렸다.<sup>175)</sup> 그러나 오늘날 법원은 원고가 독점금지 위반이라고 주장되는 계약의 완전하고 동등한 참여자인지 아니면 그 계약이 그에게 부과된 것인지를 고려하여 전자라면 원고적격을 부정하고 후자라면 인정하는 경향이다.<sup>176)</sup> 그러나 전자이전 후자이전 독점금지 위반인 거래제한적 계약이 집행불가능이라는 사법적 확인을 구할 수는 있다. 그와 같은 소는 연방확인판결법(the federal Declaratory Judgment Act)<sup>177)</sup>상 요건이 충족되면 가능하다.

### ⑧ 대체적 독점자

대체적 독점자(substitute monopolist)란 독점시장을 피고가 아니라 자기가 점유해야 한다고 주장하는 원고로서, 이들에게는 원고적격이 부정된다. 예컨대, 원고가 수익성 있는 시장에서 법적 독점을 보호해주는 유효

174) Pinney Dock & Transp. Corp. v. Penn Cent. Corp., 838 F.2d 1445, 1462~1463 (6th Cir.), cert. denied, 488 U.S. 880, 109 S.Ct. 196 (1988).

175) Perma Life Mufflers v. International Parts Corp., 392 U.S. 134, 88 S. Ct. 1981 (1968). 2 Antitrust Law ¶390 (rev. ed.).

176) 예컨대, Sullivan v. National Football League, 34 F.3d 1091 (1st Cir.1994), cert. denied, 513 U.S. 1190, 115 S.Ct. 1252 (1995)(사실관계 쟁점은 원고가 NFL 팀의 주식의 판매를 제한하는 계약상 원칙에 적극적으로 권유하는 참가자인지 여부); General Leaseways v. National Truck Leasing Ass'n, 830 F.2d 716 722 (7th Cir.1987)(지역제한을 협상한 협회의 구성원일 뿐 아니라, "제한을 승인하고 지원하였으며 그 집행을 위하여 압력을 가하기도 한 원고에게 병렬적 과실을 인정함).

177) 28 U.S.C.A. §2201.

한 특허권을 보유하고 있는데, 피고가 부당한 수단으로 그 특허권을 인수하려고 하였다면, 그 특허권인수가 부당하다고 하더라도, 시장은 그 인수 후에도 경쟁도에 있어서 전보다 덜하지 않고, 오직 독점자만 바뀌었을 뿐이다. Posner판사는 Riegel Textile사건에서, 이같이 독점을 보유한 원고의 문제는 독점금지법과 관련되는 한, "차이가 없는 사소한 문제"라고 결론을 내렸다.<sup>178)</sup> 즉 원고의 유일한 청구가 "피고가 아니라, 내가 독점자가 될 권리가 있다"는 것이라면, 그 원고는 독점금지법상 피해의 희생자는 아닌 것이 된다.

⑨ 非獨占禁止法益의 피해자

독점금지법상 피해법리는 경쟁보호규범 위반의 피해자에 한하여 원고적격을 인정하며, 비록 원고들이 법원칙·커먼로 또는 다른 법규에 위반되는 행위에 의해서 잘못된 일을 당했다 하더라도, 그들의 피해가 가적인상, 산출감소 또는 독점목적으로 경쟁자를 제거하는 관행 등 독점금지법이 금지하는 행위로부터 야기된 것이 아닌 한, 그들은 독점금지 원고적격이 부정된다. 예컨대, McDonald사건<sup>179)</sup>에서 원고는 자신의 폐쇄회사(close-held corporation)를 피고에게 그 기업의 계약후의 5년간 수익에 비례하는 가격으로 양도하였다. 그 기간 동안에 기업은 손실을 보았고, 가격은 그에 따라서 매우 소액이 되었다. 그러자 원고는 그 양도를 그 기업이 제조하는 전자기기시장에서의 위법한 기업결합으로 제소하였다.<sup>180)</sup> 그러나 그 기업결합이 위법이라 하더라도, 원고의 피해는 시장내의 경쟁의 양과는 무관하다. 따라서 원고는 계약위반청구를 독점금지법 위반으로 주장한 것뿐이다. 또한 Stamatakis Indus. v. King사건<sup>181)</sup>에서 법원은 원고의 종업원이 퇴직하여, 새 기업을 시작하고 원고의 사업을 훔치기

178) Brunswick Corp. v. Riegel Textile Corp., 752 F.2d 261 (7th Cir.1984), cert. denied, 472 U.S. 1018, 105 S.Ct. 3480 (1985)(피고는 원고로부터 시험용으로 특허받지 않은 기술을 빌렸고 그리고 나서 그것에 특허를 부여받았다고 주장되었다.).

179) McDonald v. Johnson & Johnson, 722 F.2d 1370 (8th Cir.1983), cert. denied, 469 U.S. 870, 105 S.Ct. 219 (1984).

180) 예컨대, 만일 그 기업결합이 담합을 촉진하였다면 그 기업의 수익은 그 시장이 경쟁적이었을 때에 비하여 더 높았을 것이다.

181) 965 F.2d 469 (7th Cir.1992).

위하여 고객들과 “공모한” 것으로부터 발생한 손해는 독점금지상 피해를 구성하지 않는다고 판시하였다. 부당고객유인은 시장에서의 경쟁의 양에 상관없이 일어났을 것이며, 고객이 자기가 희생자가 될 독점을 창설하기 위하여 공모한다는 것은 불합리하기 때문이다.

제7순회합소법원의 Nelson사건<sup>182)</sup>은, 정신질환을 앓는 원고가 위법한 병원간의 기업결합의 효과로 자기를 진료할 병원이 없어졌다고 주장한 사건인데, 법원은 원고적격을 인정한 것이다. 원고는 이전에 기업결합 당사병원 중의 하나를 이용하여 왔으나, 그 병원에 대하여 의료과오소송을 제기하였고, 다른 당사 병원으로 변경하였다. 기업결합후 그 병원은 원고를 진료하기를 거부하였고, 그 지역에 다른 편리한 병원은 없었다. 법원은 원고적격을 인정하면서, 위법한 기업결합의 위험 중 하나는 반경쟁적인 산출감소이고, 진료서비스를 거절당한 환자는 분명히 산출감소의 희생자라고 보았다. 그러나 Nelson판례는 독점금지상 피해가 아닌 피해를 입은 원고에게 원고적격을 인정한 것으로서 부당하다. 통상 독점자는 산출을 감소시켜 가격을 인상시켜서 고객들이 단위당 가격을 더 지급하도록 하여서 독점수익을 올리는 방법을 사용하는데, 이 사건에서 원고의 피해는 위법한 기업결합의 반경쟁적 효과와는 상관이 없다. <sup>183)</sup>

### 3) 직접매수자 요건- 예외적 간접매수자

#### (가) 간접매수자의 원고적격 부정원칙

##### ① Hanover Shoe사건

Hanover Shoe v. United Shoe Mach. Corp.사건<sup>184)</sup>에서, 연방대법원은 독점자로부터의 직접매수자는 그가 대부분의 과다청구액을 자기의 고객에게 전가하였더라도 전체 독점적 과다청구액을 손해배상액으로서 청구할 수 있다고 판시하였다. 연방대법원은 독점적 과다청구의 상당부분이 유통연쇄를 따라서 전가되어 소비자에 의하여 흡수되었다는 것을 인정

182) Nelson v. Monroe Regional Med. Center, 925 F.2d 1555 (7th Cir.), cert. denied, 502 U.S. 903, 112 S.Ct. 285 (1991).

183) H. Hovenkamp, Federal Antitrust Policy, p. 603.

184) 392 U.S. 481, 88 S.Ct. 2224 (1968).

하였다. 그러나 간접매수자인 소비자는 수천명에 이르렀고, 각자는 “소에 경미한 이해관계” 밖에는 없었기 때문에 이 경우에 소비자소송은 실현불가능하였다. 따라서 법원은 이러한 현실을 고려하여 직접매수자에게 위와 같은 손해배상 청구의 소의 원고적격을 인정한 것이다.

## ② Illinois Brick사건

10년후 Illinois Brick Co. v. Illinois사건<sup>185)</sup>에서, 연방대법원은, 직접매수자가 전체 독점적 과다청구에 대한 소권을 갖기 때문에, 간접매수자는 소권을 갖지 못한다고 판시함에 있어 Hanover Shoe판례를 추종하였다. 간접매수자가 과다청구액의 일부를 전가받았고, 그 결과 피해를 입었다고 증명할 수 있다고 하더라도 결과는 마찬가지였다.

유통연쇄 중의 상방에서 행해지는 독점적 과다청구는 일반적으로 하방의 모든 단계의 가격인상으로 파급된다. 연쇄의 모든 단계의 매수자는 상방에서의 독점적 과다청구의 결과로 더 궁핍해진다. 이론적으로, 하나의 유통단계에 있는 어느 기업이 다음 단계에 있는 자들에게 전가하는 독점적 과다청구액의 비율을 계산할 수도 있을 것이나, 그 계산에는 수요와 공급의 탄력성 중에서 우세한 것을 알아야 하고, 그러한 데이터를 수집하는 것은 법원의 능력을 벗어난다.<sup>186)</sup>

### (나) Illinois Brick원칙에 대한 예외

#### ① 기존의 계약(pre-existing contracts)

직접매수자는 매수에 대한 전체 독점적 과다청구액을 기존계약에 의거해서 후방에 전가할 수 있다. 법원은 일반적으로, 간접매수자가 직접매수자와 카르텔가격이 발효하기 “이전에 고정된 수량, 고정된 마진의 계약을 체결한 경우”에 대해서 Illinois Brick 원칙에 대한 예외를 인정한다.

185) 431 U.S. 720, 97 S.Ct. 2061 (1977); 2 Antitrust Law ¶371 (rev. ed. 1995); Lucas Auto. Eng'g. Inc. v. Bridgestone/Firestone, Inc., 140 F.3d 1228 (9th Cir.1998)(간접매수자원칙을 간접매수자의 기업결합에 대한 제소를 배제하기 위하여 적용함).

186) W. Landes & R. Posner, *Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue Under the Antitrust Law? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick*, 46 U. Chi. L. Rev. 602 (1979).

그러한 계약하에서 매수하는 간접매수자는 전체 독점적 과다청구액이 자기에게 전가되었음을 입증해서, 손해배상청구의 소를 제기할 수 있다. 그 결과로 직접매수자는 그러한 계약하에서 행해진 매수와 매도에 대한 손해배상청구를 할 수 없다.<sup>187)</sup> 법원은 이 Illinois Brick 원칙에 대한 예외들 기존의 계약이 마진과 수량을 고정한 경우에 대해서만 적용한다고 관시한다. 이와 달리 간접매수자가 직접매수자와 소모품계약과 같은 단순한 비용연동계약이나 “기능적 동등성 공식”<sup>188)</sup>을 포함하는 비용연동계약을 체결하였다면, 간접매수자는 카르텔의 가격인상에 대하여 매수량을 감축함으로써 대응할 것이다. 그런 경우에는 직접매수자는 수익을 상실하고, 따라서 과다청구피해는 직접매수자와 간접매수자가 분담하게 된다.<sup>189)</sup>

187) *In re Beef Industry Antitrust Litigation*, 600 F.2d 1148 (5th Cir.1979), cert. denied, 449 U.S. 905, 101 S.Ct. 280 (1980), on remand, 542 F.Supp. 1122 (N.D.Tex.1982), affirmed, 710 F.2d 216 (5th Cir.1979), cert. denied, 465 U.S. 1052, 104 S.Ct. 1326 (1984); Comment, A Legal and Economic Analysis of the Cost-Plus Contract Exception in *Hanover Shoe and Illinois Brick*, 47 U. Chi. L. Rev. 743 (1980).

188) 여기서 기능적 동등성은 통상 직접매수자가 재판매를 계산할 때 사용하는 엄격한 공식이다.

189) 소수의 법원은 기능적 동등성 공식이 사용된 비용연동계약에 대해서도 Illinois Brick 원칙에 대한 예외를 인정한다. *In re Beef Industry Antitrust Litigation*, 600 F.2d 1148, 1165(원고들은 사실상 고정된 공식이 사용된 것을 입증할 수 없었다. 결국 청구는 기각되었다.); *In re Beef Industry Antitrust Litigation etc.*, 710 F.2d 216 (5th Cir.1983).

*Utilicorp* 사건에서, 연방대법원은 이 Illinois Brick 원칙에 대한 “기능적 동등성” 예외를, 피고인 천연가스회사의 고객들은 미리 특정한 양을 매수할 의무를 지지 않았다는 이유로 기각했다. *Kansas v. Utilicorp United, Inc.*, 497 U.S. 199, 218, 110 S. Ct. 2807, 2818 (1990)(*Utilicorp* 사건에서의 쟁점이 된 계약은 비용연동은 아니었지만, 마진은 모든 매수자에게 동일한 마진을 적용한 규제기관에 의하여 정해졌다.). 관련사건에서 제7순회항소법원은 간접매수하는 소비자( i )가격이 규제되는 사업체는 그 비용연동의 규제체제하에서 독점적 과다청구액 전부를 전가할 수 있게 되어 있고, ii)규제가격에서는, 천연가스 같은 상품에 대한 수요의 가격탄력성은 극단적으로 낮다고 하였다. *Illinois ex rel. Hartigan v. Panhandle E. Pipe Line Co.*, 852 F.2d 891, 897~899 (7th Cir.1988)(en banc). 제7순회항소법원의 판결을 기각하면서, 연방대법원은 공익사업체의 과다청구를 전가하는 능력의 문제는 이 판결에서 제시된 기본적 규제계획보다 훨씬 복잡하다는 결론을 내렸다. 주의 규제기관들은 가스가격의 인상에 대응해서 사업체들이 요율을 인상하는 것을 한결같이 승인하지는 않았다. 오히려 상황에 따라서 결과가 달라졌다. 더욱이, 가격인상과 요율인상간에는 흔히 상당한 시차가 있었고, 사업체는 그 기간 동안 차액을 흡수하여야 하였다. 이들 피해가

② 수직적 협정이나 지배를 포함하는 사전

Illinois Brick 원칙에 대한 또 하나의 예외는, 독점금지 공모자 중의 일부인 중간상인이다. 예컨대, 어떤 카르텔 구성원이 A에게 판매하고, 그는 B에게 재판매하지만, A는 또한 가격담합공모의 일부라고 하면, B는 실제로 간접매수자가 아니고 직접매수자이다. 따라서 그는 손해배상 청구소송의 원고적격이 인정되어야 한다.<sup>190)</sup>

수직적 공모자 예외와 밀접하게 관련되는 것은 그의 행위나 가격이 카르텔에 의하여 통제되는 중간상이다. 예컨대, 카르텔 구성원이 수수료를 받는 중개상을 통하여 판매하는 경우에는, 손해배상청구의 소의 원고적격은 소비자에게 인정된다. 이 경우에는 중개상은 매수자가 아니며, 카르텔구성원의 대리인에 불과하다.<sup>191)</sup> 이것에는 재판가유지행위 계획하에서 재판매하는 직접매수자도 포함된다. 제조업자 A가 RPM을 달가와 하지 않는 B에게 부과하고, B는 유지된 가격을 소비자C에게 부과한다고 하면, B는 공모자로서 기만당할 수 없지만, C는 손해배상 청구의 소의 원고적격을 인정받아야 한다. RPM에 참여하도록 강제된 딜러에 대한 통상의 구제책은 과다청구 손해배상이 아니라, 일실수익에 기초한 손해배상이다. A가 RPM을 딜러 B에게 부과하였다는 사실은 반드시 B가 과다청구 피해를 입는 결과를 가져오는 것은 아니다. 즉, 비록 A가 RPM을 B에게 부과하였지만, 그것이 반드시 B에게 위법한 높은 가격을 부과하는 것은 아니다. 후자와 같이 되면, 그것은 RPM외에 독점화나 수평적 공모에 대해서도 유효로 선고되어야 한다. 그래서 그러한 경우의 통

---

사업자에게 발생하였다는 사실은 그 사업체들이 자신들의 손해배상청구소송을 할 수 있어야 한다는 것을 수반한다. 그러나 만일 "간접매수자에게 원고적격을 인정하면, 복잡한 배분공식을 고안해야 할 것이다. 이것은 Hanover Shoe 판례와 Illinois Brick판례가 피하려고 하였던 바로 그 복잡성이다." *Utilicorp*, 497 U.S., at 210, 110 S.Ct. at 2814. 마지막으로, 법원은 많은 사업체들은 법으로 독점금지 손해배상금을 고객들에게 리베이트의 형식으로 금부하게 되어 있다고 언급하였다. *Id.* at 212, 110 S.Ct. at 2815. 연방대법원은 그러한 이유로 원심판결을 기각하였다.

190) *Arizona v. Shamrock Foods Co.*, 729 F.2d 1208 (9th Cir.1984), cert. denied, 469 U.S. 1197, 105 S. Ct. 980 (1985)(식료품상점들과 낙농제품제조사들을 포함하는 가격담합을 주장한 우유소비자들을 위한 국천소송).

191) *Florida Power Corp. v. Granlund*, 78 F.R.D. 441 (M.D.Fla.1978).



상적 구제책으로 딜러 B는 일실수익 손해배상 청구의 소의 원고적격을 인정받고, 소비자는 과다청구 손해배상 청구의 소의 원고적격을 인정받게 된다.<sup>192)</sup> 제조업자가 공모에 참여하고 공모의 촉진책으로서 RPM을 사용하는 때에도 동일한 결과를 가져온다.

요약하면, Illinois Brick 원칙은 오직 제한적인 방식으로만 수직적 제한사건에 적용된다. RPM의 경우에는 RPM을 부과하는 기업은 딜러에게 반드시 높은 가격을 부과하지는 않는다. 그래서 Illinois Brick 원칙으로 인하여 소비자가 RPM협정에 대하여 손해배상을 청구하는 원고적격이 부정되지 않는다. 그러나 만일 유통단계가 4단계 이상이 포함된다면, Illinois Brick 원칙이 적용된다. 그것은 Illinois Brick판례가 상징한 것과 동일한 배분문제를 초래하기 때문이다. 이와 대조적으로, 수직적 비가격제한, 배타적 거래, 또는 명시적인 가격설정을 포함하지 않는 기타의 수직적 관행들은 통상 Illinois Brick 문제를 유발하지 않는다.

#### (다) 간접매수자 원칙의 정책적 함의

간접매수자 원칙에 대해서, 학자들은 양분되어 다루어 왔다.<sup>193)</sup> 몇몇

192) *Link & Solomon Katz v. Mercedes-Benz of N. Am.*, 788 F.2d 918 (3d Cir.1986). 그러나 동법원은 또한 딜러들과 소비자들은 단일 소송에서 병합심리되어야 한다고 판시하였다. Mercedes의 딜러들이 이 소송의 당사자가 아니기 때문에, 중복배상(duplicative recovery)의 위험이 존재한다. 모든 순회항소법원은 중간도매상인 딜러는 제조업자와 함께 공동피고로 참가되지 않는다는 *Shamrock Foods*판결의 방은 11(dicta n11)을 따르지 않는다. (*In re Midwest Milk Monopolization Litigation*, 730 F.2d 528 -529 (8th Cir.), cert. denied, 469 U.S. 924, 105 S. Ct. 306, 83 L. Ed. 2d 240 (1984); *In re Coordinated Pretrial Proceedings*, 691 F.2d 1335, 1341-42 (9th Cir. 1982), cert. denied, 464 U.S. 1068, 104 S. Ct. 972, 79 L. Ed. 2d 211 (1984); *In re Beef Industry Antitrust Litigation*, 600 F.2d 1148, 1163 (5th Cir. 1979), cert. denied, 449 U.S. 905, 101 S. Ct. 280, 66 L. Ed. 2d 137 (1980).) 비록 Mercedes와 그 딜러들이 공모자들이었던 것으로 간주되고 딜러들의 배상책임이 결정되지 않지만 이들 결정은 차후의 어느 딜러에 의한 Mercedes에 대한 소송에서 collateral estoppel effect를 갖지 않을 것이다. 따라서, 만일 배급업자들이 소비자들의 소송에 참가하지 않는다면, Illinois Brick판례에 의하여 위법한 중복배상책임의 위험은 잔존한다. *Id.* at 931~932.

193) W. Landes & R. Posner, *Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue Under the Antitrust Law? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick*, 46 U. Chi. L. Rev. 602 (1979); J. Harris & L. Sullivan, *Passing on the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis*,

주들은 간접매수자들에 의한 손해배상소송을 허용하는 주독점금지법 조항을 개정해서<sup>194)</sup> Illinois Brick판례에 대응하였다.<sup>195)</sup>

독점금지집행에는 효율성만이 중요하다고 믿는 학자들은 일반적으로 Illinois Brick판례를 지지한다. 독점금지법 희생자에 대한 완전한 보상이 중요하다고 보는 이들은 일반적으로 Illinois Brick판례를 비판한다. 간접매수자소송을 허용하는 것은 소송비용을 증가시키고 과다억제를 초래할 것이다. 그러나 저렴한 소비자클래스액션이 이용가능하지 않다면, 간접매수자소송의 인정은 독점금지 위반으로 소매다수피해가 발생한 경우에 있어서 실제로는 과소억제를 초래할 수 있다.<sup>196)</sup>

그러나 Illinois Brick원칙에 대한 가장 중요한 비판은 이 원칙이 명백히 피해를 입은 사람들로부터 손해배상청구권을 박탈하면서, 전체 손해배상소송의 원고적격을 일부의 피해만을 입은 자, 또는 심지어 어떤 사건에서는 전혀 피해를 입지 않은 자에게 인정한다는 점이다.

---

128 U. Pa. L. Rev. 269 (1979); W. Landes & R. Posner, 128 U. Pa. L. Rev. 1274 (1980); H. Hovenkamp, *The Indirect-Purchaser Rule and Cost-Plus Sales*, 103 Harv. L. Rev. 1717 (1990).

194) 간접매수자에게 3배액손해배상소송(treble damage suit)의 원고적격을 인정하는 주법은 Alabama, California, Minnesota, Colorado, Washington D.C., Hawaii, Illinois, Kansas, Maryland, Michigan, Mississippi, New Mexico, South Dakota, Wisconsin, Arizona 등의 주에서 제정되었다. Ala. Code §6-5-60(a) (1975); Cal. Bus. & Prof. Code Ann. §16750(a) (West Supp. 1989); Minn. Stat. §325D.57 (1988); Colo. Rev. Stat. §6-4-106 (Supp. 1988); D. C. Code §28-4509(a) (1981); Haw. Rev. Stat. §480-14(c) (1985); Ill. Rev. Stat., ch. 38, para. 60-7(2) (1988); Kan. Stat. Ann. §50-801(b) (Supp. 1988); Md. Com. Law Code Ann. §11-209 (1983); Mich. Comp. Laws Ann. §445.778 (West Supp. 1988); Miss. Code Ann. §75-21-9 (1972); N. M. Stat. Ann. §57-1-3(A) (1987); R. I. Gen. Laws §6-36-12(g) (1985); S. D. Codified Laws §37-1-33 (1986); Wis. Stat. §133.18 (1987-1988); Ariz. Rev. Stat. Ann. §44-1408(A) (1987).

195) 14 Antitrust Law ¶12412d (1999).

196) William H. Page, *The Limits of State Indirect Purchaser Suits: Class Certification in the Shadow of Illinois Brick*, 67 Antitrust L.J. 1 (1999)(州의 간접매수자규정은 그러한 규정에 대한 클래스의 확정과 그들간의 협의라는 극복하기 어려운 난제들을 노정한다고 주장한다.).

전술한 것처럼, 몇몇 주는 자신들의 독점금지법을 간접매수자의 손해배상 청구소송을 허용하기 위하여 개정하였다. California v. ARC America Corp. 사건<sup>197)</sup>에서, 연방대법원은 이들 조항은 연방독점금지에 의하여 우선되지 않는다고 판시하였다.<sup>198)</sup> 그런데, 중요한 것은, 州의 조항이 존재하더라도 연방법에 의거한 손해액산정을 제한하거나 통제하지 못한다는 점이다. 즉, 州法은 손해배상을 할당하지 못한다는 점인데, 그렇게 하면 직접매수자의 연방법상 권리를 제한하게 되기 때문이다. 그래서 연방법에 의거한 직접매수자는 전제 독점적 과다청구액의 3배액에 대한 권리를 부여받지만, 州법에 의거한 간접매수자는 자기가 전가받은 과다청구액의 3배액에 대한 배상을 받을 수 있을 뿐이다. 손해배상액은 하나의 연방절차에서 부여될 수도 있다. 예컨대, 간접매수자가 Illinois Brick 원칙의 예외로 인정되어서 연방법에 의거하여 유지명령청구를 하고 州법상의 손해배상청구를 부대청구하는 동안, 직접매수자는 연방법에 의거하여 손해배상청구의 소를 제기할 수 있다.<sup>199)</sup>

(라) 간접매수자 원칙의 적용여부가 문제되는 경우

① 수요독점의 경우의 간접판매자

간접매수자 원칙은 독점자나 매수자카르텔과 간접적으로 거래하는 판매자에게도 동일한 강도로 적용된다.<sup>200)</sup> 그러나 인하강요된 매수가격을 포함하는 모든 독점금지 위반이 단기의 수요독점이익을 목적으로 하는 것은 아니다. 그것들은 공급자를 사업에서 축출하려는 것일 수도 있다. Amarel v. Connel 사건<sup>201)</sup>에서 법원은 Illinois Brick 판례는 중간상인을 통하여 매수자에게 쌀을 판매하는 영농업자들이 매수자를 상대로

197) 490 U.S. 93, 109 S.Ct. 1661 (1989).

198) *ARC America*, 490 U.S., at 98.

199) *St. Paul v. FMC Corp.*, 1991-1 Trade Cas. (CCH) ¶69305, 1990 WL 265171 (D.Minn.1990).

200) 예컨대, *Zinser v. Continental Grain Co.*, 660 F.2d 754 (10th Cir.1981), cert. denied, 455 U.S. 941, 102 S.Ct. 1434 (1982). 수요독점에 대해서는, 12 *Antitrust Law* ¶¶2011~2012 (1999).

201) 1986-2 Trade Cas. (CCH) P67,233, 1986 WL 10613 (N.D.Cal.1986), at p.61,177.

제소하는 것을 금하지 않는다고 판시하였다. 불복청구에 포함된 주장은 피고가 원고를 약탈적 가격책정을 통하여 사업에서 축출하려 시도한다는 것이었다. 이 공격은 어떤 시장을 지배는 기업이 수직적으로 관련된 시장도 지배하기를 원하여서, 상방의 기업을 시장에서 축출하기 위하여 낮은 매수가격을 사용하는 때에 발생한다. 그러한 배타적 관행에 대한 손해배상청구는 통상 일실수익에 기초하므로, Illinois Brick판례는 배상을 금지하지 않는다.

## ② 우산원고(umbrella plaintiff)

간접매수자와 관련된 것으로 타인의 독점금지 위반에 의해서 가능하게 된 이른바 “우산가격책정”에 의하여 피해를 입은 매수자의 위반자에 대한 청구의 원고적격을 인정할 것인가 하는 문제가 있다. 예컨대, 사업자 X, Y, Z가 상품 w의 가격을 1.5에 고정하였다고 가정한다. 경쟁가격은 1이다. X, Y, Z는 시장의 85퍼센트를 지배하고, 공모에 참가하지 않은 Q는 나머지 15퍼센트를 판매한다. 이 카르텔은 가격 “우산”을 만들 것이고, 그 아래에서 Q는 자기의 제품가격을 1.5에 근접한 가격으로 인상할 수 있을 것이고, 자기가 생산한 것을 판매할 수 있게 된다.<sup>202)</sup> P가 w를 Q에게서 1.45에 산다면 분명히 P는 카르텔에 의하여 피해를 입은 것이다. Q는 독점금지 위반을 하지 않았기 때문에, P는 Q에 대해서는 소권이 없다. 대신 P는 X, Y, Z들 그들의 카르텔로 인하여 P의 과다청구 피해를 유발하였다고 주장하면서 제소한다. 여기에서의 P가 우산원고이다.

우산원고에 대한 원고적격은 법원에 따라 입장이 나뉘고 있다. Mid-West Paper사건<sup>203)</sup>에서 제3순회항소법원은 원고적격을 부정하였다. 동법원은 우산청구를 간접매수자 원칙에 유추하여 손해액의 산정

202) 결국 그 이탈자의 그 존재는 카르텔을 붕괴시키게 된다. 나아가서, 이탈자의 존재는 그 카르텔이 유지되는 중에도 유익한 사회적 기능을 수행한다. 이탈자의 존재는 그것이 얼마나 비효율적이건 간에, 카르텔의 수익극대화가격을 감소시키기 때문이다. Note, *Standing at the Fringe: Antitrust Damages and the Fringe Producer*, 35 Stan. L. Rev. 763, 773 (1983).

203) Mid-West Paper Products Co. v. Continental Group, Inc., 596 F.2d 573, 583~587 (3d Cir.1979). California v. Standard Oil Co., 691 F.2d 1335 (9th Cir.1982), cert. denied, 464 U.S. 1068, 104 S.Ct. 972 (1984).

은 간접매수자소송에서의 전가의 계산에서의 문제와 유사한 복잡한 문제를 야기할 것이라고 하였다.<sup>204)</sup> 그러나 Beef Industry소송<sup>205)</sup>에서, 제5순회합소법원은 “반전된 우산판매자”가 정육의 도매가격을 인하시키는 매수자카드로부터 배상청구하는 것을 허용하였다. 아직 이 문제에 관한 연방대법원의 판례는 나오지 않았다.

우산원고의 원고적격은 부정하는 것이 타당하다. 그 근거는, 첫째, 우산원고의 소송은 우산원고가 피고에게 돌릴 수 없고, 오히려 공모하지 않은 피고의 경쟁자에게 돌릴 수 있는 배상을 구하기 때문에, 중복배상문제를 발생시킨다. 둘째, 직접매수자의 3배액 손해배상소송이 충분한 억제력을 공급한다면, 거기에 덧붙여서 우산소송을 인정하게 되면 과다억제를 초래할 것이라는 점이다.<sup>206)</sup> 셋째, 차별화된 상품이 판매되는 시장에서의 우산매수자에 대한 손해액의 산정은 추측이 불가피하다. 카드의 대상상품의 가격인상이 영향을 미치는 불완전대체물의 선을 긋기는 매우 어렵다. 예컨대, 우유, 오렌지쥬스, 사이다 등도 커피가격의 상승에 반응하여 가격인상을 경험할 수 있다. 그러나 그 관련은 입증하기 어렵다.

### (3) 독점금지법 위반과 실현된 피해간의 인과관계

#### 1) 실현된 피해

사적 독점금지소송의 원고는 i)자기가 피해를 입은 것, ii)그 피해가 독점금지법 위반으로 인하여 야기된 것, 그리고 iii)그 피해가 “독점금지

204) 그러나 우산가격책징으로부터의 과다청구 피해액을 계산하는 것은 간접매수자소송에서의 과다청구액의 계산에 비하여 어렵지 않다. 원고는 경쟁가격과 판매자가 실제로 부과한 가격과의 차이를 배상청구할 수 있다.

205) *In re Beef Industry Antitrust Litigation*, 600 F.2d 1148 (5th Cir.1979), cert. denied, 449 U.S. 905, 101 S.Ct. 280 (1980), on remand, 542 F.Supp. 1122 (N.D.Tex.1982), affirmed, 710 F.2d 216 (5th Cir.1979), cert. denied, 465 U.S. 1052, 104 S.Ct. 1326 (1984).

206) W. Landes, *Optimal Sanctions for Antitrust Violations*, 50 U. Chi. L. Rev. 652, 668 n. 30 (1983). 이와 달리 우산원고에 의한 소송이 과다억제를 초래하지 않을 것이며, 허용되어야 한다는 주장은, R.D. Blair & V.G. Maurer, *Umbrella Pricing and Antitrust Standing: An Economic Analysis*, 1982 Utah L. Rev. 763.

상 피해<sup>207)</sup>로 인정된 것 등의 세 가지 독립적인 요건을 입증해야 한다. 법원은 이들 3요소를 가끔 구분하지 않는 경우가 있다. 예컨대, Matsushita 판결에서, 연방대법원은 가격을 인상하려는 카르텔로부터 그 경쟁자는 그 공모에 의하여 피해를 입지 않고 혜택을 입을 수도 있으므로, 배상을 받을 수 없다고 보았다. 그 논거를 위해서는 Brunswick판례를 인용하였다.<sup>207)</sup> 그러나 Brunswick원고는 실제로는 피해를 입었는데, 단지 독점금지상 피해가 아니었을 뿐이다. 그와 달리 Matsushita에서의 경쟁자는 전혀 피해를 입지 않았다.

## 2) 인과관계

원고는 또한 그 피해가 독점금지법 위반에 의하여 야기되었음을 보여야 한다. 법원은 인과관계 요건을 여러 가지 방식으로 표명하여 왔다. Zenith사건에서 연방대법원은 위반이 원고의 피해에 대한 "중요한 원인"일 것만을 요구하였다.<sup>208)</sup> 이 요건하에서는, 만일 원고의 사업이 많은 원인들 때문에 어려움을 겪고 있다면, 피고의 독점금지법 위반이 그 중 하나라는 것만을 증명하면 된다.

판례는 일반적으로 원고에게 원인을 등급을 매기고 당해 독점금지법 위반이 그것들 중에서 어느 정도 우세한 것인가를 보일 것을 요구하지 않는다.<sup>209)</sup> Amerinet v. Xerox Corp. 사건<sup>210)</sup>에서는 "인과관계의 충분한 증거를 제시하기 위하여, 원고는 피고가 독점금지법을 위반하였고, 피고의 주장된 위반이 원고의 사업에 피해를 줄 수 있고, 원고가 '다른

207) Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574, 586, 106 S.Ct. 1348, 1355 (1986).

208) Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc., 395 U.S. 100, 114 n.9, 89 S.Ct. 1562, 1571 n.9, on remand, 418 F.2d 21 (7th Cir.1969), cert. denied, 397 U.S. 979, 90 S.Ct. 1105 (1970).

209) Affiliated Capital Corp. v. City of Houston, 735 F.2d 1555, 1564 (5th Cir.1984), cert. denied, 474 U.S. 1053, 106 S.Ct. 788 (1986); Weiman Co. v. Kroehler Mfg. Co., 428 F.2d 726, 729 (7th Cir.1970); Fishman v. Wirtz, 1981-2 Trade Cas. (CCH) ¶64378, 1981 WL 2153 (N.D.Ill.1981).

210) 972 F.2d 1483, 1494 (8th Cir.1992), cert. denied, 506 U.S. 1080, 113 S.Ct. 1048 (1993).

원인에 돌릴 수 없는 것으로 보이는' 사업상의 실적저하를 겪었다는 것을 증명하는 것만이 필요하다."고 판시하였다. 그러나 일부법원들은 위반이 원고의 손실의 "실질적 요소"인 것, 즉 그 위반이 가장 중요한 원인이거나 최소한 가장 중요한 것들 중에 포함되는 것을 보여야 한다는 더 강화된 요건을 부과하여 왔다.<sup>211)</sup>

대부분의 사건들에서, 양 기준의 차이는 아마도 현실적이라기 보다는 의미론적이다. 나아가서, 만일 독점금지법 위반이 기껏해야 원고의 손해의 비실질적인 요소에 지나지 않는 것이 명백해 보인다면, 어느 기준에 의하더라도, 인과관계가 없게 된다.<sup>212)</sup>

"중요한 원인"기준과 "실질적 요소" 기준 양자는 원고의 피해가 수익이나 시장점유율의 상실처럼 계량될 수 있을 때에만 적절하게 적용된다. 그러나 많은 사건들은 대안적인 양원인이 내재되어 있을 수 있다. 이를 판단하려면, 어느 원인이 지배적인가를 판정하여야 할 것이다.

### 3) 확립되지 않은 사업

원고적격이 가장 문제되는 것의 하나가 "확립되지 않은 사업(un-established business)", 즉 처음부터 경쟁할 기회를 부정당한 사업자이다.

211) *Motive Parts Warehouse v. Facet Enter.*, 774 F.2d 380, 388 (10th Cir.1985); *Port Terminal & Warehousing Co. v. John S. James Co.*, 695 F.2d 1328, 1331 (11th Cir.1983). *St. Louis Convention and Visitors Commission v. NFL*, 154 F.3d 851, 863 (8th Cir.1998)(팀들이 "자유롭고 경쟁적인" 시장내에서 이동하여 왔다는 증거만으로는 불충분하고; NFL 팀이 주장된 제한만 없었다면 St. Louis도 이동하기를 원했을 것이라는 경향을 보여주는 증거도 있어야 한다.); *Massachusetts School of Law at Andover v. ABA*, 107 F.3d 1026 (3d Cir.), cert. denied, U.S., 118 S.Ct. 264 (1997)(인가되지 않은 로스쿨은 교수의 연봉을 승인과 연결하는 ABA 기준이 어떤 피해를 입혔다고 하는 것을 보일 수 없었는데, 그것이 ABA 로스쿨이 하는 것과 같은 시장에서 경쟁하거나 동일한 자격을 가진 교수들에 대하여 경쟁하지 않기 때문이었다.).

212) 예컨대, *Amerinet*, n.33 (원고의 사업실패가 독점금지법 위반에 희생되지 않았더라도 불가피한 것으로 보였다.); *Argus v. Eastman Kodak*, 801 F.2d 38 (2d Cir.1986), cert. denied, 479 U.S. 1088, 107 S.Ct. 1295 (1987)(동일함); *Catlin v. Washington Energy Co.*, 791 F.2d 1343 (9th Cir.1986) (원고는 주장된 위반이 발생하기 이전에 자기의 손해의 대부분을 입증하였다.).

사적 독점금지집행을 통한 경쟁촉진 정책의 관점에서는 당연히 시장진입을 보호해야 한다. 나아가서, 예상되는 진입자, 즉 진입예상자는 흔히 기존 기업보다 쉬운 표적이다. 진입전망자는 더 적은 매몰비용을 부담하고 있어서, 다른 시장을 고려하기에 더 좋은 입장에 있다. 그런 이유로, 전략적 배타적 행위와 같은 많은 관행들은 주로 신규진입자나 진입계획자를 대상으로 한다. 하지만 법원은 흔히 누군가가 시장에서 첫 판매를 하기도 전에 축출되었다는 청구에 관해서는 회의적이며, 특히 그 청구가 예상일실수익에 대한 손해배상을 구하는 것이라면 더욱 그러하다. 미국에서는 신규사업의 실패율이 매우 높는데, 거의 모두는 독점금지법과 무관한 이유 때문이라는 사정을 고려하면 이것은 당연하다.

이들 고려요소를 형량하면서, 법원은 기존의 실행에 관한 공정하고 실질적인 입증에 있는 때에만 확립되지 않은 사업에 대하여 원고적격을 인정하는 경향을 취하여 왔다. 예컨대, 법원은 흔히 진입계획자는 피해요건이 추론되려면, 진입에 일정한 재산적 이익을 가지며, 매몰비용이나 기타의 투자를 할 것을 요한다. 법원은 때로는 원고가 특정한 시장에 진입할 분명한 의사를 가진 것으로 충분하다고 보았지만, 통상적으로는 예상매수자와의 계약, 금융의 실행 또는 마케팅리서치나 광고비용을 들이는 것과 같은 추가적인 것을 요구하였다. 일반적으로, 확립되지 않은 사업체가 일정한 시장에 이해관계가 클수록, 법원이 원고적격을 인정할 충분한 근거를 발견하기 쉽다.<sup>213)</sup>

확립되지 않은 사업체의 청구들 심리하는 법원은 인과관계에 더 주목하도록 요구될 수 있다. 흔히 인과관계 쟁점은 원고의 "준비"의 정도라는 용어로 표현된다. 예컨대, 원고가 아직 시장진입에 필요한 규제기관의 승인을 얻지 못했거나, 아직 숙련된 인력을 배치하지 않았거나, 아직 필수적인 특허권의 실시허락을 얻지 못한 경우에는, 시장접근이 기존 기업의 배타적 관행 때문에 부정되었다는 청구에서 승소하지 못하게 된다.<sup>214)</sup>

213) *Neumann v. Vidal*, 710 F.2d 856 (D.C.Cir.1983), on remand, 594 F.Supp. 139 (D.D.C.1984), affirmed, 786 F.2d 424 345 (D.C.Cir.1986); *Hayes v. Solomon*, 597 F.2d 958, 973 (5th Cir.1979), cert. denied, 444 U.S. 1078, 100 S.Ct. 1028 (1980); Comment, *Unestablished Businesses and Treble Damage Recovery Under Section Four of the Clayton Act*, 49 U. Chi. L. Rev. 1076 (1982).

214) 예컨대, *Cable Holdings of Georgia, Inc. v. Home Video, Inc.*, 825



진입까지의 실질적인 장애가 남아있는 한, 원고가 독점금지법 위반만 없었다면, 자기가 성공적으로 진입하였다는 것을 입증하기는 어렵다.

#### (4) 손해액의 산정

##### 1) 손해액산정의 정확도에 관한 원칙

미국에서도 원고가 다른 요건을 모두 입증하더라도 손해액을 충분히 정확하게 증명하지 못해서 패소하는 일이 많다.<sup>215)</sup> 독점금지 손해액산정에 있어 비현실적으로 너무 높은 정확성을 요구하게 되면, 독점금지법의 집행을 위한 사적 손해배상소송의 사용이 왜곡되게 된다. 사적 손해배상소송을 진지하게 취급하는 모든 독점금지집행시스템은 원고가 합리적으로 쉽게 구할 수 있는 메카니즘에 의해서 손해액을 평가하는 것을 허용하여야 한다. 손해액의 산정은 흔히 특정행위가 반경쟁적이고 제재를 받아야 한다는 결정보다는 더 많은 추측(speculation)을 포함하곤 한다. 그 결과 카르텔 과다청구액의 정확한 제량을 위해서는 피고 사업자들의 실제의 한계비용과 산출의 경쟁적 수준에서의 한계비용에 관한 정보를

F.2d 1559, 1563 (11th Cir.1987)(새로운 지역으로 확장할 장비를 구비하지 않은 케이블TV회사); *Jade Aircraft Sales, Inc. v. Bridgeport*, 1990-2 Trade Cas. (CCH) ¶69,225, 1990 WL 128573 (D.Conn.1990)(원고인 토지소유자는 자기 소유의 토지에서 공항까지의 접근신청을 불허가한 시, 공항, 공무원 등을 피고로 하여 제소하였으나, 피고들의 행위에 의하여 지방적 구역변경승인 및 연방의 규제기관의 승인을 얻지 못한 장래의 사업에 대하여 실현된 피해(injury in fact)가 없기 때문에 원고적격을 부정함.); *Central Telecommunications, Inc. v. TCI Cablevision, Inc.*, 800 F.2d 711, 727~729 (8th Cir.1986)(항소인인 케이블 TV회사는 Missouri city에서 사실상의 베타적 프랜차이즈를 누려오다가, 시가 다음 프랜차이즈를 입찰방식으로 선정하기로 하자, 시공무원을 설득하여 자사에게 프랜차이즈를 주도록 설득함. 경쟁자는 이것이 독점금지법에 위반되는 위법한 반경쟁적 행위임을 이유로 제소함. 원고가 감정과 검증을 승인한 경우로 원고적격을 인정함).

215) *Blue Cross & Blue Shield United v. Marshfield Clinic*, 152 F.3d 588 (7th Cir.1998), cert. denied, 525 U.S. 1071, 119 S. Ct. 804 (1999)(원고는 손해배상액을 증명하지 못했지만, 유지명령을 얻어냈다.); *United States Football League v. NFL*, 644 F.Supp. 1040, 1051~1054 (S.D.N.Y.1986), affirmed, 842 F.2d 1335 (2d Cir.1988)(배심은 부적절한 추측없이 피고의 위반에 의하여 유발되고 그 자신의 사업상 결정에 의하여 유발된 손실에 관한 현실적인 손해배상액을 발견할 수 없었고, 명목상의 손해배상액만이 인정됨). Roger D. Blair & W.H. Page, "Speculative" Antitrust Damages, 70 Wash. L. Rev. 423 (1995).

필요로 하는데, 통상 대부분의 법원은 이것들을 구할 수 없다. 원고에게 이 수치를 비록 완화된 정확도로서라도 증명하라고 요구하는 어떤 법적 원칙은 결과적으로 배상불가원칙일 것이다.<sup>216)</sup>

연방대법원은 이 어려움에 대해서 독점금지 위반 사실과 그 결과로 발생한 피해의 증명에 관해서는 상대적으로 높은 기준을 정하고, 손해액의 증명에 관해서는 보다 낮은 기준을 정함으로써 대처하였다. 연방대법원은 *Story Parchment Co. v. Paterson Parchment Paper Co.* 사건에서, "상고인이 일정한 손해를 입었다는 사실을 증명하는데 필요한 증명방법과 배상이 그 액을 정할 수 있도록 하는 데에 필요한 증명방법 사이에는 분명한 구분이 있다."고 하고,<sup>217)</sup> "손해액은 단지 추측만으로 결정될 수 없지만, 만일 증거가 손해액의 정도를 정당하고 합리적인 추론으로서 보여준다면, 비록 그 결과가 오직 근사치에 불과하더라도, 그것으로 충분하다."<sup>218)</sup>고 하였다.

또한 산정기준의 완화는 손해액의 불확실성이 피고의 필수적 정보의 지배에서 비롯된 경우에는 더욱 필요하다. 가격담합 사건에서, 예컨대, 피고의 비용과 카르텔가격간의 관계를 증명할 관련비용데이터는 피고의 배타적 지배하에 있을 뿐만 아니라, 가격담합에 참여한 기업들은 이 데이터를 왜곡하거나 과기하기도 한다. 이에 대하여 연방대법원은 "피고의 잘못된 행위가 정확한 손해액의 확정에 관한 원고의 어려움을 야기하였으므로, 피고는 손해액이 그렇지 않았다면 가능하였을 만큼 정확하게 산정되지 못한 것을 불평할 자격이 없다."고 함으로써, 피고 자신의 잘못된 행위에 의하여 만들어진 손해액 산정상의 "불확실성의 위험"은 궁극적으로 피고 자신의 책임으로 돌려져야 한다는 것을 분명히 하였다.<sup>219)</sup> 그러나 이 명제의 실행은 극단적일 수도 있다. 피고의 위법행위는 원고의 실

216) H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, p.656.

217) *Story Parchment Co. v. Paterson Parchment Paper Co.*, 282 U.S. 555, 562, 51 S.Ct. 248, 250 (1931). *Coastal Fuels of Puerto Rico, Inc. v. Caribbean Petroleum Corp.*, 79 F.3d 182, 200 (1st Cir.), appeal after remand, 175 F.3d 18 (1st Cir.1999).

218) *Story Parchment Co.* 282 U.S., at 563.

219) *Eastman Kodak Co. v. Southern Photo Materials Co.*, 273 U.S. 359, 379, 47 S.Ct. 400, 408 (1927).

제 위치와 위반이 발생하지 않았다면 있었을 위치 사이의 차이에 대하여 책임이 있을 것으로 추정되는데, 그 차이의 산정은 비록 피고가 모든 관련 증거를 제시하더라도 약간의 추측을 필요로 할 것은 틀림없다.<sup>220)</sup> 산정의 불확실성의 모든 위험을 피고에게 지운다면 원고에게 무제한의 추측을 허용하는 결과가 될 것이기 때문이다. 최소한, 원고의 손해배상청구를 사실을 가지고 반복할 수 없는 피고는 그것들의 신빙성(plausibility)을 다루는 것이 허용되어야 할 것이다.<sup>221)</sup>

법원은 원고가 최소한 그 손해가 일정한 특정한 액수와 같다고 믿을 합리적인 근거를 증명할 것을 요구하고 있다. 그러면 피고는 원고의 청구의 여러 요소들이 제한되거나 배제되어야 한다는 증거를 제시할 수 있다. 이것은 원고와 피고가 불확실성의 위험을 분담하도록 효과적으로 강제한다. 초기 단계에서 벌써 손해액의 어떤 증명도 매우 추측적일 것이 분명한 경우처럼 극단적인 사건에서는, 법원은 청구를 기각할 수도 있다. 연방대법원은 손해배상청구권의 추측적인 성질을 독점금지 원고적격을 부정하는 근거로서 인용하였다.<sup>222)</sup>

대부분의 독점금지손해배상 관례법은 하급법원의 판결로 형성되어 왔는데, 이들 법원의 일반적 경향도 위반과 피해사실의 증명에는 보다 엄격한 증명기준을 부과하나, 손해액의 평가에 관해서는 더 넓은 자유를 부여하는 편이다. 그 결과로 독점금지손해배상청구에 있어 원고는 다수의 가정에 입각한 청구원인을 제시하는 경우가 많다.<sup>223)</sup> 그러면 허용되는 신빙성과 금지되는 추측간의 경계선은 더욱 굵기가 어려워진다. 전술한 확립되지 않은 사업의 경우가 이러한 대표적인 예이다.

220) H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, p.657.

221) *Ibid.*

222) *Associated General Contractors of California, Inc. v. California State Council of Carpenters*, 459 U.S. 519, 543~544, 103 S. Ct. 897, 911~912 (1983).

223) 선득력 있는 가정들의 연결로 생기는 문제점에 관해서는, *Litton Systems, Inc. v. AT & T*, 700 F.2d 785, 822~824 (2d Cir.1983), cert. denied, 464 U.S. 1073, 104 S.Ct. 984 (1984). 발생 가능성이 50대50인 사건은 의심의 여지없이 "신빙성 있는(plausible)" 것이지만, 5개의 사건들이 그러한 경우에 그것들이 모두 원고에게 유리하게 일어날 확률은 1/32 또는 3퍼센트에 불과하다.

## 2) 유형별 산정방법

### (가) 과다청구피해에 대한 손해액의 산정

“과다청구피해(overcharge injury)”는 위법한 독점자나 카르텔로부터 매수한 상품에 대하여 독점가격을 지급한 고객이 입은 피해이다. 과다청구액이라는 용어는 또한 수요독점자나 매수자카르텔에 의해서 판매한 상품에 대하여 가격이 강제인하된(suppressed) 판매자가 입은 피해<sup>224)</sup> 또는 위법한 끼워팔기에 의하여 끼워진 상품의 매수자가 입은 피해를 지칭하기도 한다.<sup>225)</sup>

배상적 손해배상의 커먼로원칙은 원고는 위반이 없었다면 자기가 있었을 위치로 자기를 원상회복할 손해액의 배상을 받을 권리가 있다는 것이고, 독점금지법상 손해배상은 일반적으로 이 원칙을 따르는데, 그 중요한 차이는 일단 손해액이 산정되면, 3배액으로 가증된다는 점이다. 고전적인 독점금지 손해배상 공식에 따르면, 원고는 그가 실제로 지급한 가격과 경쟁시장에서 통용되었을 가격과의 차이를 3배승하여 받을 권리가 있다.<sup>226)</sup> 실제로 지급한 가격과 경쟁가격과의 차이는, 매수자를 위반이 없었을 경우에 있었을 위치로 회복시키는 정확한 액수가 아닐 수도 있다. 가격이 독점수준으로 인상되면, 매수자는 흔히 다른 대체상품으로 독점상품을 일부 대체하는 선택을 하게 되고, 그것은 총손해를 줄이게 되기 때문이다. 그 결과, 희생자가 기업인 경우에는, 독점적 과다청구액보다는 일실수익이 보다 정확한 손해액 산정방법이 된다. 실제로 연방대법원이 *Chattanooga Foundry & Pipe Works v. Atlanta* 사건에서 손해액 산정방법으로 “과다청구액”법을 채택한 것은 원고가 일실수익을 입증

224) 예컨대, *American Crystal Sugar Co. v. Mandeville Island Farms, Inc.*, 195 F.2d 622 (9th Cir.), cert. denied, 343 U.S. 957, 72 S.Ct. 1052 (1952).

225) 끼워팔기의 전형적인 형태는 매수자가 본래 매수하기를 희망하는 인기있는 상품인 상품 A의 판매자가 매수자에게 본래 희망하지 않는 상품 B도 매수하는 조건으로만 상품 A를 매수할 수 있다고 강요할 때에 행해지는 관행이다. 여기에서 상품 A는 끼운 상품(tying product) 끼워팔리는 상품 또는 주상품, 상품 B는 끼워진 상품(tied product), 끼워팔리는 상품, 종상품 또는 부가상품이라고 각각 불려진다.

226) *Chattanooga Foundry & Pipe Works v. Atlanta*, 203 U.S. 390, 396, 27 S.Ct. 65, 66 (1906).

하지 못하였기 때문이었다.<sup>227)</sup> 오늘날 손해액의 과다청구액법은 확립되어 있다. 비록 손해액의 산정법인 양자는 모두 계량이 어렵지만, 대부분의 사건에서 과다청구액은 일실수익보다는 계량이 용이하고 추측이 필요한 정도도 더 적다.

전문가가 특정한 “독점자의 시장지배를 발생시키거나 증대시킨 반경쟁적 행위”에 의해서 유발된 손해액을 평가하는 것은 어렵다. 우리는 최소한 한계비용가격과 독점자의 한계비용곡선과 한계수입곡선의 교차로 결정된 가격간의 차이를 개념화할 수 있다. 그러나 어떤 독점자가 예컨대, 약탈적 가격책정, 남소, 특허사기 등의 두세계의 배타적 관행을 한 것으로 주장되고 있다면, 그 각각의 관행이 가격에 영향을 미친 부분을 할당하기는 불가능할 것이다. 그러나 이러한 분할은 말일 하나의 관행만이 위법하고 다른 것은 적법한 것으로 결정된 경우라면 손해배상을 받기 위하여 필수적이다.

과다청구액 손해배상을 위한 소비자소송의 대다수는 위법한 독점화가 아니라 가격고정을 주장한다. 독점자와 달리, 카르텔 구성원은 위법한 행위가 행해지기 이전에 시장지배력을 보유하고 있다는 추정을 받지 않는다. 그 결과, 가격고정 사건의 손해배상원칙은 어느 정도 더 분명하여서, 원고는 “경쟁”가격과 카르텔가격간의 차이에 배수한 단위의 수를 곱해서 3 배액을 배상받을 수 있다.

구체적인 산정방법에 관해서는 “척도이론”과 “전후이론”이 있다. 카르텔가격에서 경쟁시장에서의 한계비용을 뺀 것이 과다청구의 손해액이라고 가정하면, 법원은 통상 직접적으로 한계비용을 산정할 능력이 없기 때문에, 손해액을 정확하게 산정할 수 없다. 그러나 법원은 경쟁가격에 대한 두 개의 대응물을 개발하였다. “척도”접근법에서는, 카르텔화된 시장과 유사하지만 경쟁적이라고 추정되는, 상이한 시장에서 통용되는 가격은 경쟁가격의 대응물이 되었다. “전후”법에서는 카르텔화된 시장에 카르텔이 존재하기 전이나 그것이 해체된 후 통용되는 가격은 경쟁가격으로 추정된다. 이들 두 가

227) 원고는 지하의 송수관에 대하여 독점가격을 지급한 지방수도사업소였다. 일실수익을 산정하지 못한 이유는 원고가 모든 비용을 수도요금의 인상의 형태로 애플란타 주민들에게 전가하였기 때문이었다.

지 접근법은 법원에 의하여 과다청구액의 평가뿐 아니라 경쟁자독점금지소송에서 일실수익을 평가하기 위해서도 사용되어 왔다.

① 척도법에 의한 과다청구액 산정

손해배상을 평가하는 척도법(yardstick method)은 연방대법원에 의하여 1946년에 *Bigelow v. RKO Radio Pictures, Inc.* 사건<sup>228)</sup>에서 승인되었다. 척도법에 의하면, 원고는 공모만 없었다면 카르텔화된 시장과 가능한 한 유사한 지리적 시장을 찾아낸다. 분명히, 척도법은 다음과 같은 본질적인 한계를 가지고 있다. 만일 당해 공모가 세계시장 차원이라면, 카르텔시장과 비교할 수 있는 다른 영역의 지리적 시장은 없게 된다. 비록 음모가 국가적 범위의 것이더라도, 비교는 실질적인 문제이다. 국가별 조세의 차이 및 여러 가지 방식의 기업보조 등의 결과로서, 다른 국가의 기업들은 매우 다른 비용구조를 가질 수 있다.

척도접근법이 적용되기에 이상적인 관행은 동일한 기초적 비용구조를 가진 인근 시장이 있는 지방적 카르텔이다. 조세 및 규제비용, 운송비, 그리고 임금 및 연봉비율 등의 상이함에 대한 조정은 필요할 것이다. 그러나 만일 이들 상이점이 구분되고 계량될 수 있다면, 전문 경제학자나 회계사는 카르텔화된 시장에 척도시장에 존재하는 것과 같은 수준의 경쟁이 존재한다면 통용되었을 "재구성된" 가격을 계산해 낼 수 있을 것이다.

실무상의 척도법의 좋은 예는 *Greenhaw v. Lubbock County Beverage Assoc.* 사건<sup>229)</sup>인데, 이는 텍사스주 Lubbock County의 주류소매상들간의 가격담합을 포함한다. 원고측 전문가는 손해액을 평가하면서 Lubbock County의 공모기간중의 가격을 경쟁적인 것으로 추정되는 Dallas의 가격과 비교하였다. 첫째, 그 전문가는 두 시장간의 비용차별화를 반영하는 비율을 개발하였고, 이 비율로부터 공모기간 중의

228) 327 U.S. 251, 66 S.Ct. 574, rehearing denied, 327 U.S. 817, 66 S.Ct. 815 (1946). 이 판례는 척도법을 독점적 과다청구액을 평가하기 위하여 적용하지 않고, 일실수익의 평가에 사용하였다.

229) 721 F.2d 1019, 1026 (5th Cir.1983), rehearing denied, 726 F.2d 752 (5th Cir.1984). 그 밖에 *Home Placement Serv. v. Providence Journal Co.*, 819 F.2d 1199, 1205~1206 (1st Cir.1987)(원고의 시장과 척도시장간에 "합리적인 비교가능성"을 요구하였다.),

피고의 상품에 대한 “있었어야 할” 가격으로 묘사되는 것을 제시하였다. 이 가격으로부터 그 전문가는 그 카르텔이 매수자들에게 7.74퍼센트를 과다청구하였다고 평가할 수 있었다. 피고의 공모기간 중의 총매상액중 이 비율부분이 총독점적 과다청구액이었다.

## ② 전후법에 의한 과다청구액 산정

손해액평가의 전후법(before-and-after method)은 척도법보다 오랜 역사를 갖지만,<sup>230)</sup> 척도법과 마찬가지로 전후법도 과다청구액보다는 일실수익의 평가를 위하여 개발되었다. 그러나 오늘날 그것은 양자의 평가를 위하여 사용된다.<sup>231)</sup> 전후법은 더 많은 추측을 포함할 수 있다.<sup>232)</sup> 전후법에 의하면, 원고는 주장되는 카르텔이 형성되기 전이나 없어진 후의 시장가격 또는 양자 모두에 관한 증거를 제시한다. 이 데이터로부터 사실상은 공모기간 중의 경쟁가격의 재구성을 요청한다. 손해액은 이 재구성된 가격과 카르텔이 부과한 실제가격의 차이이다.

만일 카르텔이 생긴 시장이 검증되어 있고 가격선도나 목시적 공모에 좋은 것이면, 상당량의 독점적 과다청구가 시작할 카르텔 이전의 가격에 만들어 질 수 있다. 그 결과, 전후법은 카르텔가격과 경쟁가격과의 차이를 전혀 실제로 산정하지 못할 수 있다. 보다 중요한 것은, 시장은 시간이 흐르면 크게 변하고, 전후법은 이 변화에 대하여 조정을 해줘야 한다는 것이다. 이 문제는 단순히 인플레이션 소비자가격지수를 고려하여 화폐를 절하함으로써 해결될 수는 없다. 일정한 상품의 가격은 다른 상품들

230) Eastman Kodak Co. v. Southern Photo Materials Co., 273 U.S. 359, 378~379, 47 S.Ct. 400, 408 (1927); Story Parchment Co. v. Paterson Parchment Paper Co., 282 U.S. 555, 561, 51 S.Ct. 248, 250 (1931).

231) Home Placement, F.2d at 1205(양방법을 논하고, 전후법은 손익계산서를 작성하기도 전에 시장에서 축출된 경우의 원고에게는 전후법은 부적합하다고 보았다.).

232) 전후법에 대한 비판론은 Isaksen v. Vermont Casings, 825 F.2d 1158, 1165 (7th Cir.1987)(단순한 전후비교는 최소한 “다른 원인요소가 작동하는 경우”에는 부적합하다고 보았다.); Aluminum Phosphide Antitrust Litigation, 893 F.Supp. 1497 (D.Kan.1995)(방법론적인 실수를 원인으로 전문가의 전후손해액모델을 비판하고 승인을 거부하였다.).

의 가격이 보다 조금 오를 동안에, 지수보다 더 오를 수 있다. 만일 공급 조건이나 소비자선호의 중요한 변화가 카르텔화된 시장의 공급곡선이나 수요곡선의 이동을 초래하는 경우에는, 전후법은 본래의 손해액을 과대나 과소평가할 수 있다.

(나) 배타적 관행에 대한 손해액의 산정

독점자 혹은 독점을 바라는 사업자는, 시장내의 기업들을 축출하거나 신규진입을 저지하기 위하여 경쟁억제적 관행에 종사할 수 있다. 이들 행위는 셔먼법 제2조의 독점화나 독점화기도를 지원하기 위한 약탈적 가격책정 등의 "배타적 관행"을 포함한다. 독점가격책정을 촉진하는 것으로 여겨지는 관행에는 또한 끼워진 상품의 시장에 있는 경쟁자에게 피해를 입히는 끼워팔기협정과 배타적 거래계약, 공동의 거래거절 및 기타의 공동행위, 위법한 기업결합, 재판가유지행위 등을 포함한다. 또한 계약해지된 배급업자나 소매상과 같이, 피고와 거래중이거나 종전에 거래하던 기업에 의하여 제기된 소송도 이러한 유형에 포함된다. 후자의 소송은 흔히 수직적 가격 및 비가격제한을 주장하지만, 또한 전자의 위반관행의 하나를 주장하기도 한다.

이 모든 경우에, 원고는 일반적으로 일실수익(lost profits)으로 볼 수 있는 것에 대한 손해배상을 청구한다.<sup>233)</sup> 손실의 근거는 시장점유율의 감소, 판매단위당 마진의 감소, 기존 기업의 무자나 사업자산 또는 수익성 있는 사업에의 진입배제 등의 손실이다. 그 대부분의 경우에, 손해액의 산정은 매우 막연해서 "사업을 할 기회와 상실"은 적당한 정도의 정확도를 가지고 제량할 수 있는 금액을 시사하는 "일실수익(lost profits)"보다 원고의 손실을 보다 정확하게 설명한다. 배타적 관행의 경

233) 예컨대, *H.J., Inc. v. I.T.T.*, 867 F.2d 1531, 1549 (8th Cir.1989) ("피고의 부적절한 행위의 결과인 일실수익의 현재가치"); *Sciambra v. Graham News*, 841 F.2d 651, 657 (5th Cir.1988) (시장에서 완전히 축출된 기업에 대한 일실수익이나 사업계속관련가치); *Los Angeles Memorial Coliseum Commission v. National Football League*, 791 F.2d 1356, 1367 (9th Cir.1986) ("원고의 독점금지 손해액은 '음모의 영향을 받은 수익, 가격 및 가치를 그것들이 공모의 부재 시 자유롭게 경쟁적인 조건하에서 있었을 것과 비교함으로써' 산정될 수 있다.").



우에는, 독점적 과다청구의 경우와 달리, 비록 독점금지 위반사실이 증명되었더라도, "반경쟁적 피해"가 보다 모호하게 추정될 뿐이다.<sup>234)</sup>

배타적 관행사건의 행위와 피해 사이의 이 모호성은 다음 두 가지로부터 유래한다고 한다.<sup>235)</sup> 첫째, Brunswick판결 자체가 규율한 현상은 행위를 클레이튼법에 의거하여 평가하는 "맹아기준"이었다. 기업결합, 끼워팔기, 배타적 거래와 같은 관행은 그것이 단지 독점을 창설하는 "경향이 있거나(tend to)" 그 효과가 실질적으로 경쟁을 감소시킬 "우려가 있는(may be)" 경우에 벌써 위법한 것으로 간주된다. 이 맹아기준에서는, 만일 행위가 허용된다면, 아직은 그렇지 않더라도 언젠가는 독점이 나타날 것이라는 논거하에서 그 행위가 위법시된다. 맹아기준은 클레이튼법에 의거하여 제재되는 행위가 소송시에는 전혀 반경쟁적 피해를 유발하지 않았을 가능성을 제기한다. 그러한 경우에는 유지적 구제가 적절할 뿐 사적 원고는 반경쟁적 피해가 실제로 발생할 때까지는 손해배상 청구가 가능하지 않다.<sup>236)</sup> 두 번째 문제는, 정의상 반경쟁적 행위는 사적 피해만이 아니라, 공적 피해를 유발하는 것에서 기인한다. 사적 원고는 공적 피해가 아니라 자신의 사적 피해를 주장하여야 하는데, 효율성 파괴적 관행만이 아니라 효율성 창출적 관행도 실질적인 사적 피해를 유발할 수 있는데, 효율성만큼 자기의 경쟁자를 해치는 것은 없기 때문에,<sup>237)</sup> 문제는 특히 원고와 피고가 경쟁자일 때에 첨예해진다. Brunswick판결에서 개발된 "독점금지상 피해" 법리상, 원고는 자기의 사적 피해와 공익상 피해가 일치하는 때에만 손해배상을 받을 수 있다. 많은 효율성 창출적 관행은 적법성의 한계선상에 위치한다. 그래서 만일 원고가 독점금지 위반이 발생한 것만 입증하면, 모든 피해를 배상받을 수 있도록 허용하는 원칙을 실시하면 과도억제를 초래하여서, 기업으로 하여금 독점금지위반으로 판명될 여지가 조금이라도

234) Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc., 429 U.S. 477, 489, 97 S.Ct. 690, 697 (1977). 원고는 "피고의 행위를 위법하게 만드는 것으로부터 유래한 반경쟁적 피해"에 대해서만 손해배상을 받을 수 있다.

235) H. Hovenkamp, Federal Antitrust Policy, pp.666~667.

236) P. Areeda, Antitrust Violations Without Damage Recoveries, 89 Harv. L. Rev. 1127 (1976).

237) H. Hovenkamp, Merger Actions for Damages, 35 Hastings L.J. 937 (1984).

있으면, 효율적이고 공적적인 행위를 회피하게 만들 수 있다. 따라서 법원은 사실심리 절차상 엄격한 제한을 하여야 한다.

배타적 관행에 대한 손해배상청구소송에서 원고적격, 위반행위, 인과관계 및 독점금지상 피해가 입증되면, 손해액의 산정은 실제적 위반의 성질을 불문하고 똑같다. 그러나 위반의 성질과 원고와 피고간의 소송 이전의 관계는 법원이 원고의 피해 중 어느 정도가 피고의 위반에 의해서 야기되었고, 어느 정도가 원고 자신의 행위나 기타의 원인으로부터 야기되었는지 결정하는 데 중요한 요소가 된다.

“일실수익”이나 사업기회의 상실에 대한 소송의 경우에 손해액산정의 기초원칙은, 원고는 3배가중을 무시하고, 반경쟁적 행위가 발생하지 않았다면 있었을 위치로 회복될 권리를 가진다는 것이다. 이것은 일반적으로 법원이 확실하게 증명되지 않는 것에 관하여 일정한 추정을 향유한다는 것을 의미한다.

원고가 위반이 발생하기 전에 사업을 확립하였고 그 후에도 시장에 남아있다면, 법원은 일반적으로 전후법이나 척도법 또는 시장점유율법의 세가지 중 하나에 의하여 원고의 손실을 평가한다. 이 중 처음 두 개는 또한 과다청구 손해액 평가에도 사용된다.

#### ① 전후법에 의한 일실수익 산정

전후법에서, 법원은 원고의 사업을 위반전과 위반기간중 그리고 위반 종료후에 어떠한가 고찰하고, 위반이 원고의 수익을 감소시킨 액을 산정한다. 가장 간단히 말해, 이 이론은 현재가치로 환산한, 피해가 발생하기 전후의 원고의 순수익을 따지고, 원고에게 피해기간동안의 수익을 피해가 없는 기간동안의 평균 수준으로 회복시켜줄 가중하기 이전의 손해액을 부여한다.<sup>238)</sup> 이 방법은 손실의 일부는 독점금지 위반 이외의 원인으로

238) *Story Parchment Co. v. Paterson Parchment Paper Co.*, 282 U.S. 555, 566, 51 S.Ct. 248, 251~252 (1931); *Bigelow v. RKO Radio Pictures, Inc.*, 327 U.S. 251, 266, 66 S.Ct. 574, 580 (1946); *Godix Equipment Export Corp. v. Caterpillar, Inc.*, 948 F.Supp. 1570, 1584 (S.D.Fla.1996), *aff'd*, 144 F.3d 55 (11th Cir.1998)(원칙적으로 일실수익산정의 전후법을 승인하였지만, 이 사건에서는 원고가 인과관계를 입증하지 못하였기 때문에 적용을 승인하지 않았다.), *E. Timberlake, Federal Treble Damage*

로 생긴 경우와 같이, 현실시장의 수익성에 영향을 미칠 수 있는 우연성을 무시할 수 있다. 한때 법원은 전후법의 고도의 우연성으로 인해서 이에 의한 손해액평가가 너무 추측적이라고 보았었다. *Bigelow v. RKO Radio Pictures* 사건<sup>239)</sup>에서, 연방대법원은 손해액산정상의 부정확성이 피고의 위법한 행위의 결과이고, 따라서 피고는 산정의 불확실성에서 오는 위험을 부담하여야 한다고 판시하였다. 만일 원고의 수익성에 영향을 미치는 우연성이 불규칙적이고 미지의 것이라면, 전후법은 원고의 손실을 과장이나 과소평가할 수 있다. 그 결과, 불규칙하고 미지의 우연성의 고려 없이 이 방법을 단순히 사용하면, 불확실성의 위험을 피고에게 전가하는 것이 아니라 양당사자에게 부담시키게 된다. 그러나 만일 원고가 예상가능한 요소에 관하여 신빙성 있는 가정을 이용하는 것이 허용된다면, 원고에게 유리하게 된다.

피해미발생기간중의 원고의 성과에 관한 정보는 전후평가의 조정을 요구할 수 있다. 예컨대, 만일 원고의 수익과 시장점유율이 위반 전에도 전조하게 감소하고 있었다면, 원고의 위반이전의 5년간의 성과의 단순평균은 손해액을 과장하게 된다. 만일 원고의 수익과 시장점유율이 견조하게 증가하고 있었다면, 그 역도 타당하다. 사업초기에 성공적인 사업은 예외적인 초기의 높은 수익과 시장점유율의 상승을 보여줄 수 있다.<sup>240)</sup> 마찬가지로, 원고의 피해기간중 만일 대규모 매수자나 판매자가 시장에 진입하였다거나, 당해 상품의 수요곡선이 피해기간중에 극적으로 이동하였다거나 하면, 이것들의 조정이 고려되어야 한다.<sup>241)</sup>

*Antitrust Actions*, § 21.05 (1965); A.L. Parker, *Measuring Damages in Federal Treble Damages Actions*, 17 *Antitrust Bull.* 497 (1972); C. Goetz, *The Basic Rules of Antitrust Damages*, 49 *A.B.A. Antitrust L.J.* 125 (1980).

239) 327 U.S. 251, 264, 66 S.Ct. 574, 579 (1946).

240) *Volasco Prods. Co. v. Lloyd A. Fry Roofing Co.*, 308 F.2d 383, 391 (6th Cir.1962), cert. denied, 372 U.S. 907, 83 S.Ct. 721 (1963). 이 사건에서는 법원이 원고의 사업이 연간 247퍼센트의 성장률을 지속할 것이라는 주장을 기각하였다.

241) *Isaksen v. Vermont Casings*, 825 F.2d 1158, 1165 (7th Cir.1987), cert. denied, 486 U.S. 1005, 108 S.Ct. 1729 (1988)(위반기간 동안에 목세스 토브의 시장수요가 감소한 경우에는 전후법을 사용하면 당해 위반과 무관한 이유 때문에, 손해액이 과장되었다. "원고가 손해액을 증명하기 위하여 할 일은 위법한 활동 이전

필요한 모든 요소들을 고려하면, 전후법은 복잡해지고, 다중비선형회귀 분석과 같은 고등수학과 수준높은 경제학자나 통계전문가를 필요로 하게 된다. 독점화와 약탈적 가격책정을 이유로 AT & T를 제소한 사건들에서, 전후법을 사용하는 일실수익조사의 극단적 복잡성의 예를 볼 수 있다.<sup>242)</sup> 여러 법원은 대체로 추측적인 손해의 가정에 대하여는 비판적이다.<sup>243)</sup>

### ② 척도법에 의한 일실수익 산정

일실수익의 척도법은, 비록 제한적인 상황에서이지만, 법원의 계산을 단순화할 수 있다. 척도법하에서 원고는 독점금지 위반만 제외하고는 모든 면에서 원고와 유사한 기업을 찾아내어야 한다.<sup>244)</sup> 예컨대, 대상 기

의 수년간의 평균수익과 그 위반기간의 그것을 비교하는 것이다. 전후법은 특히 다른 원인요소들이 작동하는 것이 분명한 때에는 유효한 손해액 산정방법이 아니다.”

242) *Litton System, Inc. v. AT & T*, 700 F.2d 785 (2d Cir.1983), cert. denied, 464 U.S. 1073, 104 S.Ct. 984 (1984); *MCI Communications Corp. v. AT & T Co.*, 708 F.2d 1081 (7th Cir.), cert. denied, 464 U.S. 891, 104 S.Ct. 234 (1983). *Litton* 사건에서의 손해액 조사에는 2년이 소요되었고 엄청난 수의 변수가 고려되었다. 그것은 원고가 피고의 반대가 없어서 사업허가를 신속하게 받았다면, 실제로 계획한 투자보다 연구개발에 더 많이 투자하였을 것이고, 따라서 터미널장비시장에서의 AT & T의 경쟁자의 성장률은 견조하게 향상되어, 원고가 피고가 직면한 것과 동일한 비용곡선에 지면하게 되었을 것이라는 것과 같은, 다수의 가정을 사용하였고, 피고는 이에 항변하였지만 실패하였다. 700 F.2d at 822~824. 법원은 이 모든 가정을 인정하고, 3배가중후 9천2백만 달러의 손해액을 인정한 배심의 판결을 승인하였다.

243) *Southern Pacific Communications Co. v. AT & T Co.*, 556 F.Supp. 825, 1060 (D.D.C.1982), aff'd, 740 F.2d 1011 (D.C.Cir.1984)(일실수익 조사에서, AT & T의 장거리서비스와 경쟁하던 장거리 초음파시스템을 운영하던 원고는, 위성통신의 시장점유율증가와 장거리 서비스의 거대고객들이 각자의 초음파시스템을 건설하는 경향을 보인 것에 대하여 설명하지 못함으로써, 패소하였다.): *McGlinchy v. Shell Chem. Co.*, 845 F.2d 802, 806~807 (9th Cir.1988)(시장조건을 엄밀하게 조사하지 않은 채, 비용은 불변인데 총매출은 연간 40퍼센트 이상 성장한다고 예측한, 전문가의 손해액 조사를 받아들이지 않았다.): *Olympia Equip. Leasing Co. v. Western Union Tel. Co.*, 797 F.2d 370, 382~383 (7th Cir.1986), cert. denied, 480 U.S. 934, 107 S.Ct. 1574 (1987)(전문가의 손해액 조사를 단지 주장에 지나지 않는다고 혹독하게 비판하였다.); *Matrix Warehouse, Inc. v. Daimler-Benz Aktiengesellschaft*, 828 F.2d 1033, 1044 (4th Cir.1987), cert. denied, 486 U.S. 1017, 108 S.Ct. 1753 (1988)(전문가의 손해액 조사가 독점금지 위반과 적법행위에 의해 야기된 손실을 구별하지 못했다고 비판함.).

업과 척도기업이, 상품시장이 동일하고, 각 시장에서 동일한 상대적 지위에 있고, 동일한 상품혼합을 제공하고, 경영진과 모든 다른 면에서 비교 가능하면, 위반이 없었다면 비교할 만한 수입이나 수익을 올려왔으리라고 추론할 수 있게 된다. 따라서 척도법은 지리적으로 상대적으로 동종의 양 시장에서 가장 잘 적용된다.<sup>244)</sup>

척도법의 단점은, 비교되는 양 시장이나 양 기업이 유사하지 않은 정도만큼, 위반이 없었다면 원고가 벌어들였을 수입에 대하여 신뢰할만한 평가를 내리지 못한다는 점이다. 나아가서, 척도기업은 피고의 소유가 아니어야 하는데, 다만 그 기업이 원고의 기업과 유일한 충분히 유사한 기업이고 피고의 기업의 수익이 독점금지위반의 결과를 반영하지 않았음이 강력히 추론되는 경우에는 예외이다.

### ③ 시장점유율상실법에 의한 일실수익의 산정

일실수익산정을 위한 시장점유율이론은 관련시장에서의 원고의 시장점유율이 아니라 절대적인 일실산출(*lost output*)을 산정하도록 하는 것이다. 예컨대, 일정기간 동안의 휘발유 소매시장에서의 보이콧이 관련된 사건에서, 동일기간 중 OPEC로 인하여 유통과동이 나서 수요가 격감한

244) 예컨대, *Bigelow v. RKO Radio Pictures*, 327 U.S. 251 66 S.Ct. 574 (1946)에서, 원고는 피해기간 동안의 자사의 수입을, 피고 중 하나가 운영하던 비교할 만한 영화관의 그것과 비교하였다.

245) *Home Placement Serv. v. Providence Journal Co.*, 819 F.2d 1199, 1205 (1st Cir.1987)(원고기업과 척도기업이 유사한 상황에서 운영되고 사업을 유사한 방식으로 행한다고 보기에 부적합한 증거가 있는 경우에는 척도법을 거부하였다.); *National Farmers' Org. v. Associated Milk Producers*, 850 F.2d 1286, 1294~1298 (8th Cir.1988)(양 시장간에 수많은 차이점이 있었음에도, 특히 차이점이 원고의 손해액을 과장하기보다 과소평가하는 경향이 있었음에도 척도법을 승인하였다.); *Matrix Warehouse, Inc. v. Daimler-Benz Aktiengesellschaft*, 828 F.2d 1033, 1044 (4th Cir.1987), cert. denied, 486 U.S. 1017, 108 S.Ct. 1753 (1988)(일반적으로 이 방법을 승인하였다.); *Rose Confections, Inc. v. Ambrosia Chocolate Co.*, 816 F.2d 381, 393~394 (8th Cir.1987)(서부해안시장과 상이한 특성의 중서부시장과의 비교조사를 기각함); *Jay Edwards, Inc. v. New England Toyota Distributor*, 708 F.2d 814, 821 & n. 6 (1st Cir.), cert. denied, 464 U.S. 894, 104 S.Ct. 241 (1983)(배심이 원고달러와 척도달러간의 차이를 분명히 고려한 경우에, 척도법의 사용을 승인함).

경우를 가정하면, 246) 유류과동이 모든 휘발유 판매자들에게 똑같은 비율로 매출량의 감소를 가져왔을 것이므로, 각자의 절대적 매출량은 영향을 받았더라도, 시장에서의 상대적 점유율은 영향을 받지 않았을 것으로 추정할 수 있다. 만일 원고가 위반 기간 동안의 자기의 시장점유율이 7퍼센트에서 3퍼센트로 감소한 것을 증명하였다면, OPEC의 영향을 구분하여 일실시장점유율에 기초한 손해액의 산정이 가능하게 된다. 247)

실무상, 시장점유율법은 흔히 전후법이나 척도법의 변종의 하나로서 사용된다. 248) 일단 법원이 독점금지 위반의 결과로서 일정한 시장점유율

246) 이 경우에 전후법은 원고의 일실수입 중 피고에게 원인이 있는 것과 OPEC에 원인이 있는 것을 구분하기 불가능하고, 척도법은 성격이 충분히 유사한 다른 시장을 찾을 수 없기 때문에, 모두 사용할 수 없다.

247) *General Leaseways, Inc. v. National Truck Leasing Ass'n.*, 830 F.2d 716, 726 (7th Cir.1987)(시장점유율 조사에서 손해액을 0으로 인정한 배심의 평결을 승인함); *Dolphin Tours, Inc. v. Pacifico Creative Serv.*, 773 F.2d 1506, 1511~1513 (9th Cir.1985)(시장점유율조사가 약식판결신청을 기각하기에 충분하다고 보았음.).

248) *Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc.*, 401 U.S. 321, 91 S.Ct. 795, rehearing denied, 401 U.S. 1015, 91 S.Ct. 1247 (1971)(이 사건에서, 원고는 캐나다 TV시장에서의 3퍼센트의 시장점유율이 독점금지 위반이 없었다면 16퍼센트였을 것임을 법원에 남독시켰다. 원고는 캐나다와 미국의 TV시장이 유사하고 원고의 미국시장에서의 점유율이 위반기간 동안에 16퍼센트를 상회하여 변동하였다는 사실을 입증함으로써 16퍼센트라는 수치를 도출하였다. 그래서 이 사건에서 채택된 시장점유율접근법은 척도법의 변종이었다.) 다만 Zenith 사건의 시장점유율접근법은 그것이 특정 기업의 시장점유율의 판단에 있어서 실질적인 확률론적인(stochastic) 요소를 고려하지 않은 점에서 비판된다. Zenith가 미국시장의 16퍼센트의 점유율을 획득하였다는 사실은 상이한 캐나다시장에서 어떤 시장점유율을 획득할 지에 관한 근거가 될 수 없다는 것이다. F.M. Scherer & D. Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3d ed., 1990, pp.141~146.; H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, p.672, n.25; *Miltiflex, Inc. v. Samuel Moore & Co.*, 709 F.2d 980, 996~997 (5th Cir.), rehearing denied, 716 F.2d 901 (5th Cir.1983), cert. denied, 465 U.S. 1100, 104 S.Ct. 1594 (1984)(원고는 수암식 호스세트를 최종소비자와 호스장착장비의 제조업자 등에게 판매하였다. 원고는 피고가 제2시장을 독점화하려고 하였다고 주장하였다. 원고측 전문가는 원고의 시장점유율이 위반의 효과가 나타나지 않거나 거의 없는 최종소비자시장에서는 80퍼센트이지만, 위반의 영향을 받은 장비시장에서는 63퍼센트라는 것을 보여주는 조사연구를 제출하였다. 그리고 나서 전문가는 원고의 수익을 시장점유율과 연동시키는 공식을 사용하여 영향을 받은 시장에서의 17퍼센트의 점유율 손실로부터 초래된 일실수익을 계산해내었다. 법원은 이 손해액 산정법을 승인하였다. 그러나 법원은 최종적으로는 이 모델이 유색한 서면법 제

의 상실을 관별하면, 관련시장에서의 시장점유율을 수익성에 연결시키는 공식을 고안하여야 한다. 수익은 항상 시장점유율에 비례하지는 않지만, 그러한 공식에서 도출된 액은 손해액의 산정시에 허용되는 오차 범위내에 있을 수 있다.

시장점유율이론을, 원고의 산출이 특정한 독점금지 위반 때문에 얼마나 많이 감소하였는가 입증하기 위하여 사용하는 것은 보다 적절하다. 원고가 피고의 위반 결과 상실한 판매량을 지적할 수 있고, 자기의 판매당수익들을 입증할 수 있다면, 손해액의 산정은 보다 용이하게 된다. 예컨대, *Rangen, Inc. v. Sterling Nelson & Sons*사건<sup>249)</sup>에서, 피고는 다른 경쟁자 대신 자신의 생산판매청약을 승낙하도록 주공무원을 매수함으로써, 셔먼법과 로빈슨-패드만법을 위반하였다. 원고는 그 매수행위가 없었다면, 자신의 입찰이 네 번에 한 번꼴로 성공하였다는 것을 입증하였다. 이것에서 법원은 원고의 판매손실이 매수의 결과 원고가 피고에게 빼앗긴 입찰량의 4분의 1이라고 추론하였으며, 일실수익은 이 일실 판매량에 기초해서 산정되었다.

때로는 손해액산정의 전후법과 시장점유율법의 혼합이 합리적인 결과를 도출하는데, 특히 원고가 여러 개의 시장에서 운영하지만 위반은 하나의 시장에서만 발생한 경우가 그러하다.<sup>250)</sup>

2조상 손해액으로부터 책임이 없는 셔먼법 제1조상 손해액을 구별하지 못하였다는 이유로 채택하지 않았다.),

249) 351 F.2d 851 (9th Cir.1965), cert. denied, 383 U.S. 936, 86 S.Ct. 1067 (1966).

250) 예컨대, *Moore v. Jas. H. Matthews & Co.*, 682 F.2d 830, 836-837 (9th Cir.1982)사건은 경쟁자가 제기한 끼워팔기 소송이었다. 원고는 묘지장식을 제조하는 업자였는데, 피고인 공원묘지회사들이 묘지와 함께 묘지장식도 매수하도록 요구하였음을 증명하였다. 법원은 끼워팔기가 없다면 원고는 묘지 중 50퍼센트의 시장점유율을 획득할 수 있었으나, 제한을 당한 묘지에서의 시장점유율은 불과 4퍼센트라는 증거를 승인하였다. 덧붙여서, 3개의 묘지는 법정외에서 제한하지 않기로 화해하였고, 이들 묘지에서의 피고의 시장점유율은 50퍼센트로 상승하였다. 그러므로 원고는 제한된 시장에서의 실제 시장점유율과 위반이 없었을 경우에 획득하였을 50퍼센트의 시장점유율과의 차이에 기초한 손해배상을 받을 권리를 인정받았다.

(다) 독점금지법 위반의 결과로서 벌어들였을 손해배상수익

독점금지상 피해법리에 의하면, 원고는 자기가 독점금지법위반의 결과로서 벌어들였을 손해배상수익을 청구할 수 없다. Isaksen<sup>251)</sup>에서 원고인 딜러는 공급자를 피고로 하여 피고가 모든 딜러들에게 위법한 RPM을 부과하였다고 주장하면서 취소하였다. 위법한 재판가유지행위에 대한, 그 딜러의 손해액은 두 가지로 산정될 수 있다. i) 만일 손해배상 증거가 원고가 자신의 재판가를 공급자가 다른 딜러들에게 RPM을 계속해서 부과하는 동안에도 자유롭게 설정할 수 있다는 전제하에 산정한다면, 원고의 손해액은 매우 커질 수 있다. 원고는 다른 딜러들보다 싸게 판매할 수 있고 아마도 그들의 시장점유를 상당부분 가져올 수 있을 것이다. ii) 이와 대조적으로, 만일 그 공급자가 자기의 모든 딜러들에 대한 RPM 부과를 중단하도록 강제되었다면, 원고는 전보다 더 나아질 것이 없다. 다른 딜러들도 가격을 할인할 수 있을 것이고, 원고도 더 적은 마진으로 맞출 것이다. 이 사건에서 제7순회항소법원은 손해액은 ii를 전제로 하여 산정되어야 한다고 결론을 내렸다. 마찬가지로 Johnson v. Pacific Lighting Land Co.<sup>252)</sup>에서도, 과일의 판매상이 과일이 저가로 나중에 팔리게 됨으로써 계획이 수포로 돌아간 어떤 카르텔에게 청구할 수 있는 손해액은 그들이 카르텔이 성공하였을 경우에 벌어들였을 높은 가격을 기준으로 하지 못한다고 판시하였다.

3. 사적 유지명령청구

(1) 법규정

클레이튼법 제16조<sup>253)</sup>는 사인에 의한 유지청구소송(injunction suits)을 인정한다. 동조는 “누구든지 ... 독점금지법의 위반에 의한 손실, 혹은

251) Isaksen v. Vermont Casings, 825 F.2d 1158 (7th Cir.1987), cert. denied, 486 U.S. 1005, 108 S.Ct. 1729 (1988).

252) 817 F.2d 601 (9th Cir.1987) cert. denied, 484 U.S. 1062, 108 S.Ct. 1020 (1988).

253) 15 U.S.C.A. §26.



손해를 초래할 우려가 있는 행위(threatened conduct that will cause loss or damage)에 대한 유지적 구제(injunctive relief)가 형평법에 의하여 동일한 조건 및 원칙하에 허용될 때에는, ... 그 당사자의 관할지의 연방법원에 소를 제기하고 또한 유지명령에 의한 구제를 요구할 권리를 가진다.”고 규정하고 있다.

한편, 클레이튼법 제15조<sup>254)</sup>는, “연방지방법원에 독점금지법위반행위를 방지하고 억제하기 위한 재판권을 부여하며, 또한 연방정부의 검사는 각 담당지구에 있어서 법무장관의 지휘하에 그러한 위반을 방지하고 억제하기 위하여 형평법의 소송절차를 개시할 책무를 지닌다.”고 규정하고 있는데, 동조에 의하여, “법원은 최종판결이 있을 때까지는 언제라도 정당하다고 인정되는 일시적 유지명령 또는 금지명령을 발할 수 있는 데,” 이것이 검사가 원고적격을 갖는, 공적 유지청구소송규정으로서, 제16조의 사적 유지청구소송 규정은 이에 상응하는 것이다.

이 사적유지청구소송규정은 클레이튼법 제4조의 3배액배상청구소송규정과 함께 사인에 의한 법의 실현을 중요한 정책 목표로 하고 있는 미국 독점금지법의 구조적 특징을 나타내는 양대 지주 역할을 다하고 있다.

## (2) 유지청구제도의 연혁

유지명령의 역사적 유래는 형평법원의 구제절차에서 온 것이다. “형평(equity)”이라고 하는 말은 본래는 자연적 정의(natural justice)를 가리키는 것이었지만, 16세기 이후 “법이 불완전한 경우에 보정하는 것”을 의미하는 것으로 되었다. 즉 엄격한 절차요건을 필요로 했을 뿐만 아니라 당사자심문을 인정하고 있지 않았던 왕실법원에 있어서는 충분히 구제되지 않는 사건이 속출했기 때문에, 이러한 사건의 해결을 국왕평의회的重要멤버로 있던 대법관(Lord Chancellor)에게 맡기는 것이 일반화한 것이고, 그 결과로서 15세기 후반에는 왕실법원과 대등하게 발전한 것이 大法官府法院이다. 이 대법관부법원의 소송절차는 극히 비형식적으로 유연성이 풍부할 뿐만 아니라 모든 청구원인 및 관할구역에 대하

254) 15 U.S.C.A. §25.

여 적용되는 것이었기 때문에 소송당사자로서는 저렴한 가액으로 신속하면서 효과적인 구제를 받을 수 있었다. 게다가 대법관직의 대부분을 성직자가 맡고 있었기 때문에 참회청문의 경험을 활용한 당사자심문방식을 채용하고 당사자의 양심에 묻고 의지하는 것을 주된 방법으로 한 것이었으므로 “양심법원” 혹은 “협정법원”이라고 불리게 되었다. 커먼로의 주된 구제수단이 금전배상이었던 것에 대하여, 에쿼티에 의한 구제수단의 주된 것은, 피고의 양심에 묻고 의지해서 약속한 내용을 그대로의 형태로 실현할 것을 명한 특징이행이나, 위법행위의 유지를 명하는 유지명령이었다.

영국의 식민지로서 출발한 미국은, 영국법체계를 계수하지 않을 수 없었지만, 특히 자본주의의 이념이 침투한 19세기 후반의 미국에 있어서는, 재판 및 소송에 관한 전통적인 사고방식에 의해서는, 현실의 사회에 있어 제기되는 다면적 소송에 대하여 충분히 대응할 수 없다는 것이 인식되었다. 즉, 19세기 후반 이후의 미국사회에 있어 제기된 소송의 실패는, 종래와 같이 사인간의 분쟁을 해결하는 것만을 목적으로 한 것이 아니고, 사회제도나 조직에 내재한 제문제의 해결에 주안을 둔 집단적 분쟁해결을 목적으로 한 공공적 소송(public law litigation)이 다수 제기되었다. 그리고 이와 같은 비정형적이고 유연성이 많았던 집단적 소송에 대응하기 위해서는, 유지명령을 중심으로 한 에쿼티에 의한 구제가 바람직하였다.<sup>255)</sup>

독점금지법은 당사자주의를 표방하는 전통적인 커먼로체계에 정부에 의한 적극적인 규제조치를 가미한 본격적인 경쟁유지법으로서 제정되었다. 그러나 1914년의 보완법의 제정에 의하여 에쿼티상의 기능이 가미되는 것에 의하여, 현대형소송에 대응하는 법체계를 형성하는 데에 성공하였다.

### (3) 유지청구의 대상적격 및 절차

현대의 미국에서는 공공적 소송의 당사자가 개인으로부터 지역주민이나 소비자단체 등의 집단으로 다변화되고 있는 것에 상응하여, 유지명령

255) Abram Chayes, The Role of the Judge in Public Law Litigation, 89 Harv. L. Rev. 1282~1283 (1976).

의 적용범위도 확대되게 되어 독점금지소송, 환경소송, 증권거래관련소송 및 특허권소송 등에 대해서도 적용되고 있다. 특히 예비적 유지명령은, 현대의 법원에 의하여 행사되는 가장 매력적인 구제책으로서 넓은 영역에 적용되고 있다.<sup>256)</sup>

클레이튼법 제15조상, 공적 유지명령절차는 연방 검사가 사건을 기재하고 당해 위반은 의무를 명하거나 금지되어야 한다는 것을 기재한 청원(petition)을 수소법원에 접수함으로써 개시된다. 당사자들이 그러한 청원에 대하여 적법하게 통지를 받았을 때에는 법원은 가능한 한 신속히 본안을 심리하고 결정하여야 한다. 또한 그러한 청구가 법원에 계속하고 있고 최종판결이 내려지기 전까지는, 수소법원은 언제든지 사건에 있어서 정당하다고 인정하는 잠정제한명령(temporary restraining order) 또는 금지명령(prohibition)을 발할 수 있다.

#### (4) 유지청구의 원고적격 - 독점금지상 피해요건, 직접매수자요건

##### 1) 독점금지상 피해 요건

유지적 구제(injunctive relief)에 있어서도 원고적격을 제한하는 독점금지상 피해법리는 적용된다. Cargill판례 이전의 판결에서는 유지적 구제에 적용되는 클레이튼법 제16조의 "손실이나 손해의 우려(threatened loss or damage)"를 제4조의 손해배상규정의 현실적 피해 요건과 대조함으로써, 독점금지상 피해법리는 유지명령청구소송에는 적용되지 않는다고 판시하였다.<sup>257)</sup> 그러나 연방대법원은 전술한 Cargill판례에서, 독점금지상 피해법리는 유지명령청구소송과 손해배상청구소송에 똑같이 적용된다고 판시하였다.<sup>258)</sup>

256) John Leubsdorf, *The Standard for Preliminary Injunctions*, 91 Harv. L. Rev. 525 (1978); Jean O. Lanjouw & Josh Lerner, *Tilting the Table? The Use of Preliminary Injunctions*, 44 J. Law & Econ. 573 (2001).

257) *Christian Schmidt Brewing Co. v. G. Heilman Brewing Co.*, 753 F.2d 1354, 1356~1358 (6th Cir.), cert. dismissed, 469 U.S. 1200, 105 S.Ct. 1155 (1985)(클레이튼법 제16조는 "만경쟁적 행위를 그 명하기에 중단시키려고 설계되었기 때문에", 제4조보다 "원고적격의 관문이 더 낮다.").

258) *Cargill v. Monfort of Colo.*, 479 U.S. 104, 107 S.Ct. 484 (1986).

클레이튼법 제16조의 유지청구를 위한 “우려되는” 이라는 피해요건은, 제4조에 의거하여 손해배상을 청구하기 위하여 필요한 것과 비교하여, 피해사실이나 손해액에 대한 입증의 정확도를 완화하여 요구한다고 해석된다. 그러나 어느 경우나 피해는 제소된 반경쟁적 관행의 효과로 경쟁에 대하여 발생한 피해이어야 한다. 경쟁자가 효율성을 창출하는 합작투자로부터 비롯된 피해에 대한 손해배상을 받을 수 없는 것처럼, 합작투자에 대하여 그로 인해 생긴 효율성에 의하여 피해를 입을 것이라는 이론으로 범원의 유지명령을 받아내지는 못한다. 피해의 입증도의 차이는 피해의 성질에 관계된 것이 아니라, 피해가 손해액 산정을 하기에 충분하게 계량될 수 있는 것이어야 한다는 제4조의 요건과 관련되는 것이다.

## 2) 직접매수자 요건

사적 독점금지소송의 원고를 직접매수자로 제한하는 Illinois Brick 원칙은 유지명령만을 구하는 간접매수자의 소송에 대해서는 예외를 인정한다. 그 이유는 간접매수자의 원고적격을 배제하는 근거인 산정상의 어려움은 오직 특정한 매수자의 손해액의 계산에 대해서만 적용되는 문제이고, 손해배상의 사실은 추론될 수 있기 때문이다. 또한, 형평소송은 중복배상의 위험을 야기하지 않는다는 점도 간접매수자의 유지명령을 허용하는 이유이다. 예컨대, 피고가 10개의 동일한 유지명령을 준수하는 것이나 1개의 유지명령을 준수하는 것이나 소요비용에는 차이가 없다. 따라서 하급법원은 일반적으로 간접매수자는 카르텔에 대한 유지명령을 구할 수 있다고 판시하고 있다.<sup>259)</sup>

259) Campos v. Ticketmaster Corp., 140 F.3d 1166, cert. denied, 525 U.S. 1102, 119 S.Ct. 865 (1999)(간접매수자의 손해배상청구가 기각되었으나, 유지명령청구소송은 계속됨); Mid-West Paper Products Co. v. Continental Group, Inc., 596 F.2d 573, 589~594 (3d Cir.1979). 원심에서는 원고들이 소비자용가방 제조사인 피고들이 위법한 가격담합을 하였다고 주장하며, 3배액 손해배상과 유지적 구제를 구하는 소송을 제기함. 제지회사를 제외하고는 원고들이 피고들로부터 종이팩을 직접 매수하지 않기 때문에, 원심은 Illinois Brick판결에 의거하여 제지회사인 원고를 제외한 간접매수자는 3배액 손해배상을 청구할 원고적격이 없다고 하여, 피고소수의 약식판결(summary judgment)을 함. 원고들은 피고들로부터 팩을 간접적으로 매수하기 때문에, 자기들이 위법한 과다청구액(overcharge)을 부담한 사실을 입증하지 못하였으므로 기각됨. 피고들은 원고 제지회사가 매수한

## 3) 기업결합사건에서 원고적격이 문제되는 특정한 유형

## (가) 악탈적 가격책정의 표적일 경쟁자

당해 기업결합이 악탈적 가격책정을 촉진할 것이라는 이론으로 기업결합에 대해 제소하려는 경쟁자는 최소한 기업결합후의 시장구조가 기업결합후의 기업에게 악탈적 가격책정의 관행이 가능한 구조라는 것과 그 기업이 이 관행을 추구할 적극적 의도를 갖고 있다는 것 두 가지를 증명해야 한다.

악탈적 가격책정과 같은 배타적 관행에 대한 구조적 전체조건은 대부분의 위법한 기업결합 사건에서 충족되지 않는다. 예컨대, 상대적으로 집중된 시장내의 20퍼센트 시장점유율을 가진 기업과 10퍼센트의 점유율을 가진 기업간의 기업결합은 독점금지국과 FTC가 적용하는 경쟁제한적 기업결합 기준하에서는 위법하지만, 그 결과로 생기는 30퍼센트의 시장점유율을 가진 기업은 법원이 적용하는 악탈적 가격책정에 종사하기 위한 구조적 기준에는 미달된다. 따라서 이 기업결합에 대하여 악탈적 가격책정의 위험을 청구원인으로 하는 경쟁자의 제소는 통상 각하된다. 진입장벽이 낮은 시장에서의 기업결합도 마찬가지이다.

악탈적 가격책정에 대한 구조적 선결조건이 충족되었다 하더라도, 이 관행은 그것이 가능한 시장 중 오직 적은 비율의 시장에서만 일어날 수 있는 위험하고, 소모적인 행위이다. 따라서 경쟁자들이 효율성창출 기업결합에 대해서 그것이 악탈적 가격책정에 종사할 능력을 가진 기업을 창설한다는 이유만으로 제소하더라도 각하된다. 그러나 예외적으로 그 기업이 이 전략을 적극적으로 추구할 의도를 갖고 있다는 것을 증명하면 원고적격이 인정될 수 있다. 그러한 의도의 증거에는 i) 그 기업이 다른

백은 소비자용 백이 아니라고 주장하면서, 그 백을 피고들로부터 직접 매수하지 않았기 때문에, 3배액 손해배상을 청구할 수 없다고 주장함. 3순회항소법원은 지방법원의 원심판결은 백의 성질과 원고가 백을 매수한 피고들의 자회사는 모회사의 대리인으로 보아야 하는지 여부에 관한 결정 때문에, 취소되어야 한다고 관시함. 법원은 모든 원고들이 유지적 구제를 구할 수 있었다고 보았다. 순회항소법원은 원고에 대한 3배액 손해배상의 각하를 파기환송하고, 다른 원고들에 대한 3배액 손해배상 부정부분은 인정하고, 모든 원고들에 대한 유지적 구제를 배제한 결정을 파기하였다.

상황에서 동일한 전략을 취해왔다는 것 또는 ii) 그 기업이 기업결합후의 시장에서 그렇게 하겠다는 의도를 표현하는 서면이나 증언 등이 포함된다. Tasty Baking사건<sup>260)</sup>에서는 기업결합이 관련시장에서 78퍼센트 정도의 시장점유율을 가진 기업을 창설하게 되고, 피고가 “경쟁을 제거하고 나서 가격을 인상하겠다”는 의도를 표시한 메모를 남긴 경우에, 피고가 기업결합후에 증가된 시장지배력을 사용하여 경쟁자들이 시장에 접근하는 것을 부정할 것이라고 주장하는 원고에게 원고적격을 인정하였다.

(나) 소비자

기업결합사건에서 선호되는 원고는 소비자인데, 이들은 당해 기업결합의 효율성 증대에 의하여 혜택을 받지만, 기업결합후의 가격인상에 의하여 피해를 입는다. 그러나 소비자의 기업결합에 대한 제소는 상대적으로 드물다. 만일 어떤 기업결합이 상당한 가격인상을 가져오고, 소비자가 그것을 제소한다면, 그 기업결합이 위법한 것과 가격인상을 가져온다는 것을 입증해야 하는데, 후자의 입증이 더 어렵다. Midwestern Machinery 사건<sup>261)</sup>에서는 소비자가 기업인수에 대하여 가격인상을 이유로 제소하는 것을 허용하였다. 지방법원은 일단 인수된 기업은 해체되고 독립적인 실체로서 존재하는 것을 중단하므로, 그 기업결합은 더 이상 제소될 수 없다고 하였으나, 제8순회항소법원은 이를 파기하였다. Community Pub. 사건<sup>262)</sup>에서는 신문사간 기업결합에 대한 광고주들의 제소를 허용하였다.

(다) 적대적 공개매수의 표적기업

적대적 공개매수의 표적기업은 거의 항상 독점금지상 피해의 희생자가 아니므로 원고적격이 부정된다. 적대적 공개매수가 성공하면 인수한 표적기업의 지배적 지분을 가지고 표적기업을 재편해서 그 경영진을 해고

260) Tasty Baking Co. v. Ralston Purina, 653 F.Supp. 1250, 1271 (E.D.Pa.1987). Bigelow v. Unliever N.V., 867 F.2d 102 (2d Cir.), cert. denied, 493 U.S. 815, 110 S.Ct. 64 (1989).

261) Midwestern Machinery v. Northwest Airlines, 167 F.3d 439 (8th Cir.1999).

262) Community Pub. v. DR Partners, 139 F.3d 1180 (8th Cir.1998).

할 가능성이 높다. 그러한 표적기업의 경영진들은 적대적 공개매수의 결과로 발생하는 합병에 대한 독점금지제소를 하여, 그 공개매수를 회피하려고 할 수 있다. 그러나 이러한 표적기업은 사적 원고적격이 없다. 첫째, 그 제소의 근거가 기업결합후의 합병기업이 독점력을 갖거나 증가된 공모할 능력을 보유한다는 것이라면, 표적기업은 기업결합의 희생자가 아니라 수혜자이며 실현된 피해를 입지 않는다.<sup>263)</sup> 둘째, 표적기업의 임원에 의한 고용상 손실은 기업결합후의 시장내의 경쟁의 감소로 인하여 유발된 피해가 아니다. 그 피해는 독점금지법의 목적과는 상관없고 당해 기업결합의 경쟁상 효과가 효율성 창출적이건 아니건 발생할 수 있다.<sup>264)</sup>

법원은 공개매수의 표적기업이 당해 기업결합에 대하여 독점금지법을 집행하기 위한 원고적격을 갖는지 여부에 대하여 부정판<sup>265)</sup>과 긍정판<sup>266)</sup>으로 갈리고 있다.

Consolidated Gold Fields 사건<sup>267)</sup>은 당해 기업결합이 결국 위법하다고 하면, 그 매수기간동안에 인수기업은 피인수기업의 모든 영업비밀을 획득하고, 피인수기업으로부터 경쟁능력을 박탈할 수 있을 것이라는 논거로 공개매수의 표적기업이 독점금지상 피해의 희생자가 될 수 있다고 하고, 원고적격을 인정하였다. 이 이론에서 주장되는 결과는 비록 그 두 기업들의 시장점유율의 합이 아주 적더라도 생길 수 있다는 것이 문제점으로 지적된다. 반면에, 오직 서너개의 기업 밖에 없는 시장에서 그

263) F. Easterbrook and D. Fischel, *Antitrust Suits by Targets of Tender Offers*, 80 Mich. L. Rev. 1155 (1982). Contra J. Brodley, *Antitrust Standing in Private Merger Cases: Reconciling Private Incentives and Public Enforcement Goals*, 94 Mich. L. Rev. 1, 79-106 (1995).

264) H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, pp. 597-598.

265) *Anago v. Tecnol Medical Products*, 976 F.2d 248 (5th Cir.1992); *H.H. Robertson Co. v. Guardian Indus. Corp.*, 1986-1 Trade Cas. ¶ 66,911, 1986 WL 31687 (3d Cir.1986); *Hayden v. Bardes Corp.*, 1989-1 Trade Cas. ¶68,477, 1989 WL 61957 (W.D.Ky.1989).

266) *Marathon Oil Co. v. Mobil Corp.*, 669 F.2d 378, 383-384 (6th Cir.1981), cert. denied, 455 U.S. 982, 102 S.Ct. 1490 (1982); *A. Copeland Enters. v. Guste*, 1989-2 Trade Cas. (CCH) ¶68,712, 1988 WL 129318 (E.D.La.1988).

267) *Consolidated Gold Fields PLC v. Minorco, S. A.*, 871 F. 2d 252 (2d Cir.1989) cert dismissed, 492 U.S. 939 (1989).

중 하나의 기업의 영업비밀의 절취는 중요한 경쟁상 충격을 가져올 수 있다. 즉 클레이튼법 제7조는 영업비밀의 절취가 기업결합후의 경쟁에 현실적인 충격을 줄 것을 입증하지 않는 한, 기업결합에 의한 영업비밀의 절취에 대한 구제책을 제공하지는 않는다.

#### (5) 유지명령의 종류

유지명령은 그 효과를 기준으로 ①금지유지명령(prohibitory injunction)과 ②명령유지명령(mandatory injunction)으로 대별된다. 전자는 권리침해적 행위를 하는 것이 계속되는 것에 대한 금지명령이고, 제한유지명령(restrictive injunction) 혹은 예방유지명령(preventive injunction)이라고 불리고, 후자는 불법한 상태를 만들고 있는 피고에 대하여 그것을 철거하도록 작위의무를 부여하는 것이고 강제유지명령(compulsive injunction) 혹은 적극적 유지명령(positive injunction)이라고도 불린다.

다음으로 유지명령을 그 효력의 존속기간에 의하여 분류하면 ①영구유지명령(perpetual injunction)과 ②중간유지명령(interlocutory injunction)으로 나뉘지는데, 전자는 법원이 당사자간의 관계를 최종적으로 결정한 것으로서 종국유지명령(final injunction)으로도 불리워지는데 대하여, 후자는 종국판결을 얻어서 영구적 유지명령이 발효되는 사이에 피고의 행위에 의하여 원고가 회복할 수 없는 손해를 입을 우려가 있는 경우에 법원이 잠정적으로 발하는 유지명령이고, 잠정유지명령(temporary injunction) 혹은 예비유지명령(preliminary injunction)이라고도 불린다. 특히 중간유지명령의 경우에는 일정한 요건을 충족하는 한, 일방당사자의 신청만에 기초하여 발표되는 것이 있기 때문에, 일방유지명령(ex parte injunction)이라고 불리는 것도 있다.<sup>268)</sup>

원고의 사적 유지청구에 의하여 법원은 피고에 대한 영구유지명령을 발할 수 있으나, "회복불가능한 손해발생의 위험이 급박한(the danger of irreparable loss or damage is immediate)" 것을 입증한 때에는 잠

268) Note, Developments in the Law-Injunctions, 78 Harvard L. Rev. 1055~1056 (1965).



정적 효력을 갖는 예비유지명령(preliminary injunction)이 발하여진다. 이를 위해서는 만일 유지명령에 의한 구제가 부주의하게 허용된 것이 판명된 경우에 발생할 손해에 대하여 적당한 공탁을 하여야 한다.

#### (6) 승소원고에 대한 비용지급

사적 유지청구소송에 있어서 당해 원고가 실질적으로 승소한 경우에는 법원이 타당한 변호사비용을 포함한 소송비용을 결정하고 당해 비용의 지급을 명해야 한다.

## 제 2 절 일본 독점금지법의 사적 집행

### 1. 2000년의 일본 독점금지법의 개정

#### (1) 개정배경

종래 많은 논자에 의하여 일본에 있어서 독점금지법의 사적 집행에 관한 입법적 불비와 사소가 저조한 점이 지적되어 왔고, 그 최대원인을 권리의식의 결여 및 소송을 싫어하는 국민성에서 구한 것이 일반적이었다고 한다. 그러나, 오늘날에는 독점금지법위반행위를 이유로 하여 다른 법률에 의거하여 사적 소송이 제기되는 케이스가 증가일로들 견고 있다고 한다. 먼저, 근래에 있어서 현저한 사례로서는, 건설업자 등의 공공공사에 관한 입찰담합에 의하여 피해를 입었다고 하여 발주자(지방자치단체)등이 손해배상청구소송을 제기하거나, 발주자에 대신하여 주민이 제기한 주민소송(지방자치법 제242조의2제1항)을 들 수 있다. 또한, 회사의 이사 등의 독점금지법위반행위에 의하여 회사가 손해를 입었다고 하여 주주가 그 책임추궁을 하는 주주대표소송(상법 제266조제1항제5호·제267조)의 예도 있다.<sup>269)</sup> 근래에 있어서 독점금지법위반행위에 대한 사적 소송 활성화의 경향을 보면, 지

269) 「野村證券損失補償株主代表訴訟事件」最高裁判所判決(2000.7.7.) 判例時報 1729号28頁.에서는, 증권회사가 거액의 고객에게 손실보전을 한 행위는 一般指定 9항(부당한 이익에 의한 고객유인)에 해당하여, 독점금지법 제19조에 위반한다고 판시한 다음, 독점금지법위반이 상법 제266조 제1항제5호의 "법령위반"에 포함되는 것임을 밝혔다.

금까지의 일본에 있어서 사적 소송제도의 이용이 활발하지 않았던 것의 원인을 국민성에서 구할 수 없고, 입법정책상의 미비에 구하는 것에 의하여, 금후 한층 더 개선요구를 해 가는 것이 당연하다고 한다.<sup>270)</sup>

## (2) 개정경과

1997년 12월24일의 일본정부 각료회의 결정인 “경제구조의 변혁과 창조를 위한 행동계획”과 1998년 3월31일의 일본정부 각료회의 결정인 “규제완화추진 3개년계획”에서는, 규제완화의 추진과 경쟁정책의 적극적인 전개를 도모하는 것에 수반하여, 특히 민사적 구제제도를 정비·확충하기 위해 정부에서 검토할 것임을 밝혔다. 같은 해 4월에 나온 경제기획청의 “民規創위킹그룹”보고서는, 공정거래위원회의 인원·예산 등을 증강시키는 것에 더하여, 독점금지법 중에 사인에 의한 유지청구제도를 창설할 것을 제언하였다. 이와 같이, 일본정부가 민사적 구제제도의 정비·확충에 관하여 적극적으로 대응하려고 한 배경에는, “日米構造問題協議(Structural Impediments Initiative)”<sup>271)</sup>를 계기로 하여 미국측이 가한 강한 압력의 존재와, 이것에 대한 일본측의 배려가 있었다고 한다. 공정거래위원회는 1998년 3월에 “독점금지법위반행위에 관계된 민사적구제제도에 관한 연구회”를 설치하고, i) 독점금지법 위반행위에 대한 사인에 의한 유지청구제도의 도입, ii) 손해배상제도의 충실 등의 과제를 2개의 중심문제로서 검토하기로 하였다. 우선 1998년 12월에, i)의 과제에 관하여 10회에 걸

270) 伊從寛·矢部丈太郎編, 「獨占禁止法の理論と實際」(青林書院, 1998), 422頁(栗田誠執筆).

271) 제1차회의는 미일간의 무역수지불균형문제를 시정하려는 이유에서 1989.9.에 개시되어 1990.6.에 최종보고서를 작성하게된 양국간 교섭으로, 그 내용은 단순한 일본의 수입제한이나 시장개방문제에서, 일본의 경제구조, 전통적 상관습 등의 일본의 경제전반 및 정치·사회제도 전체에까지 확대되었다. 1990.4.에는 제4회회의가 이루어졌다. 이러한 미국의 위압과 일반소비자의 후원을 등에 업고 일본 공정거래위원회는 몇개의 검토위원회 및 연구회를 설치하고 독점금지법의 강화 및 운용·집행의 강화책을 검토하여, 1)과징금의 산정방식의 개정(1991.7.1.시행), 2)손해배상청구제도의 강화책의 검토, 3)형사처벌 형량의 인상(1993.1.15.시행), 4)“형사고발에관한방침”의 공표(1990.6.), 5)“유통·거래관행에관한지침”의 공표(1991.7.), 6)경품규제의 완화, 7)공정거래위원회의 예산·정원의 확충, 8)적용제외제도의 제정, 9)일본의 기업집단인 系列에 대한 감시의 강화 등을 들 수 있다. 谷原修身, 前掲書, 77~81면.

쳐 검토한 결과를 “중간보고서”로서 공표하였다. 그 후에는, 주로 ii)의 과제를 중심으로 계속해서 검토를 거듭한 결과, 2000년 1월에 최종보고서를 종합하여 공표하였다.<sup>272)</sup> 공정거래위원회측의 보고서는, 유지청구제도의 토대를 독점금지법으로 하는 것을 전제로 하고 민사적 구제제도의 정비·확충의 필요성을 강조하고 있는 점에 특색이 있다.

이 공정거래위원회의 보고서에 기초하여, 관계 각 방면의 의견 등에 입각한 일본독점금지법 일부개정법안은, 2000년 3월 21일에 제147기 국회에 제출되었지만, 때마침 중의원의원선거의 실시시기와 겹쳐서, 국회에서 제대로 심의되지 않은 채 2000년 5월 12일에 가결·성립하고, 2001년 4월 1일부터 시행되었다.

## 2. 독점금지손해배상청구

### (1) 독점금지법25조소송

2000년개정에 의한 독점금지법 제25조는, “동법 제3조, 제6조 또는 제19조의 규정에 위반한 행위를 한 사업자 및 사업자 단체는, 피해자에 대하여 손해배상책임을 지는 것으로 하고, 이 책임은 고의 또는 과실이 없었던 것을 증명해도 면할 수 없다”고 하는 무과실손해배상책임을 규정하고 있고, 이것을 일본에서는 “25조소송”이라고 부르는 것이 일반적이다. 또한, 제26조는, 제25조의 소송권자를 “공정거래위원회의 심결이 확정되고 있는 사건의 피해자”로 한정하는 것을 명기하고 있고, 우리와 마찬가지로 이것을 실질전치주의 규정이라고 부른다.

#### 1) 무과실손해배상책임

이 25조소송을 둘러싼 첫 번째 문제점은, 동법 제25조제2항이 “사업자 및 사업자단체는, 고의 또는 과실이 없었던 것을 증명하여, 전항에 규정한 책임을 면할 수 없다.”고 하여, 위반자에 대하여 무과실손해배상책임을 규정하고 있는 것의 의의이다. 즉, 손해배상제도로서 과실책임원칙이 일반적

272) 東出浩一編 「獨占禁止法違反行爲と民事的救済制度」(社團法人商事法務研究會, 2000).

인 것으로 하여 침투하고 있던 당시의 일본에 있어, 제25조와 같은 무과실책임주의에 근거한 규정이 도입된 이유가 무엇인가 하는 점이다.

이 점에 관하여, 초기의 해설서에서 지적되고 있는 것은, 이하와 같은 2개의 관점으로부터 도출되는 正義·公平論이다. i) 독점금지법의 위반행위자는 경제력에 있어 현저하게 우월한 지위를 이용하여, 독점 이윤의 획득 그 밖의 특별한 경제상의 이익을 추구하는 것이 일반적이라는 것을 고려하는 한, 그 행위의 결과로서 손해를 입은 자에 대해서는, 과실의 유무를 불문하고, 배상책임을 부과하는 것이 공평하다는 관점으로부터 비판적하다는 것이다.<sup>273)</sup> ii) 독점금지법위반행위에 의하여 손해를 입은 자가, 복잡한 경제기구 중에서 손해를 입힌 사업자의 “고의 또는 과실”을 증명하는 것은 곤란한 것을 고려하고 위반자에게 결과책임을 부과하는 것이 “경제적 공평의 원칙”을 관철하는 것이 된다는 것이다.<sup>274)</sup> 이렇게 하여, 이 무과실손해배상책임을 규정한 당초의 이유는, 독점금지법에 위반한 자와 그 피해자의 입장의 균형을 도모하는 것이었다. 그러나, 현대의 논자가 무과실손해배상규정의 장점으로 지적하고 있는 것은 피해자의 거증책임을 경감하는 것이지만,<sup>275)</sup> 이에 대해서는 다음과 같은 비판이 있다. 즉, i) 실제의 독점금지법위반사건에 있어, 위반행위자에게 고의 또는 과실이 인정되지 않는 경우를 상정하기는 곤란하다는 것, ii) 제26조에 의하여, 25조소송이 제기되는 것은 공정거래위원회의 심결이 확정된 경우로 한정되고 있고, 위반행위자의 고의 또는 과실에 관하여는 공정거래위원회의 심결에 의하여 이미 증명이 되어있는 것을 감안하면, 이 규정의 실질적인 의의는 상실되고 있다는 것이다.<sup>276)</sup>

## 2) 실손해의 배상책임

25조소송을 둘러싼 두 번째 문제점은, 독점금지법의 제정시에 모델안의 하나였다는 미국 독점금지법 판사로서의 경험을 바탕으로 1946.8.에

273) 石井良三, 「獨占禁止法」(海口書店, 1947), 309~310頁.

274) 田中誠二·外, 「コメンタル獨占禁止法」(勁草書房, 1981), 948頁(田中誠二執筆). 今村成和·外編, 「注解經濟法(上卷)」(青林書院, 1985), 534~535頁(向田直範執筆).

275) 正田彬, 「經濟法講義」(日本評論社, 1999), 181頁.

276) 厚谷襄兒·外編, 「條解獨占禁止法」(弘文堂, 1997), 465頁(實方謙二執筆).

작성되었다는 이른바 “카임判事案”에 있어 3배액 배상규정이 제시되고 있음에도 불구하고, 일본측의 시안 및 제정법에 있어서는 실손해배상으로 한정된 점이다. 당시, 독점금지법의 제정에 종사한 柏木一郎의 회고록에서, 점령군사령부가 “3 배액의 손해배상을 넣으라고 말하였다. … 이것을 그만두게 하는데도, 또 1 개월이 걸렸다. … 배상책임은, 말하자면 행정처분을 발한 것이므로 손해배상하는 것이기 때문에, 그것에 실손해는 가능하지만, 3 배로 한다는 것은 일본법에서는 어떻게 하여도 나타나지 않는다.”라고 슬회하고 있어서,<sup>277)</sup> 미국은 일본독점금지법에 3배액 손해배상규정을 설치할 것을 권했으나, 일본측에서 거부하였던 것이다.

### 3) 심결전치주의

25조소송을 둘러싼, 제26조에, “25조소송의 청구권은 공정거래위원회의 권고심결(제48조제4항), 동의심결(제53조의3), 심판심결(제54조) 및 과징금납부명령심결(제54조의2제1항)이 확정된 후가 아니면, 재판상 이것을 주장할 수 없는 것”을 규정하고 있는 점이다. 실제로, 이 규정에 근거하여 소가 각하된 사건도 수건 있다고 한다.<sup>278)</sup> 이 규정은, 독점금지법의 전문적인 기관인 공정거래위원회에 권한을 집중시키는 것에 의하여, 경제의 실패에 입각한 탄력적인 법운용을 확립하게 하는 것을 의도한 당시의 경제관료의 구상에 의한 심결전치주의의 전형적인 것이다.<sup>279)</sup> 이 제26조의 입법취지로서 지적되고 있는 것을 요약하면, i) 공정거래위원회의 입장을 존중하고, 이것에 저촉될 것 같은 재판소의 판단이 생기는 것을 회피한 것, ii) 공정거래위원회에 의한 사실인정이 법원의 판단을 구속하는 것을 인정하는 것에 의하여, 피해자의 입증책임을 경감할 수 있는 것, iii) 피해자에 의한 남소를 억제하는 것, iv) 공정거래위원회의 심결을 제1심판결로 간주하고 사실상은 2심제로 하는 것에 의하여, 소송의 신속화를 도모하는 것 등이다.<sup>280)</sup>

277) 高瀬・鈴木・黒田監修, 前掲書, 13頁. 또한 “카임判事案”에 관해서는, 泉水文雄, “獨占禁止法と損害賠償”, 民商法雜誌 124卷 4・5号528頁以下.

278) 「特許스폰지승리회協會事件」東京高等裁判所判決(1958.11.24.) 審決集17卷 269頁 및 「獨部카이가工業所事件」大阪地方裁判所判決(1972.6.23.) 審決集22卷 287頁.

279) 岡田外司博, “獨禁法と民事救済”, 法律時報 71卷11号43頁.

280) 谷原修身, “獨占禁止法と消費者訴訟”(中央經濟社, 1983), 223頁.

이에 관해서는, i 에서 말한대로, 공정거래위원회중심주의의 사고방식에 기초하여 심결전치주의를 도입하였다고 하는 지적은, 단순한 편의론에 지나지 않는다고 말해야 한다. 왜냐하면, 공정거래위원회에 의한 확정 심결이 있는 경우에 사실상의 추정이 작동한다고 하여도, 그것이 최종적으로 법원의 판단도 구속할 수 있다는 논거는 될 수 없기 때문이다. 이것은, 확정심결의 구속력에 관한 학설이 대립하는 상황에 있어, 행정기관의 판단이 법원을 구속할 수 없다고 하는 전면적 구속력 부정설이 통설·판례<sup>281)</sup>를 형성하고 있는 것으로도 분명하다. 다음으로, ii 를 강조한 입장에 관해서는, 확정심결의 법원에 대한 구속력의 파악방법에 의하여 평가가 다른 것이 되고, 통설·판례의 입장에 서는 한, 지지할 수 없는 것이다. 또한, iii 과 같이 남소를 억제하는 것을 임법목적으로 하는 사고방식에 관하여 전혀 근거없다고 하는 것은 가능하지 않지만, 종래의 25조소송의 실태를 전제로 하는 한, 정당한 것으로 평가할 수 없다.<sup>282)</sup> 이처럼 이 심결전치주의규정에 관한 명확한 임법취지를 찾아내는 것은 곤란할 뿐만 아니라, 실제로 공정거래위원회가 불문처분에 불인 경우나 심결이 확정되고 있지 않는 사건의 피해자에 의한 청구권을 배제하는 결과로 되어, 피해자구제라고 하는 점에서 큰 제약으로 되는 것도 부정할 수 없다.<sup>283)</sup>

#### 4) 민법에 의한 소송과의 경합관계

일본에서도 25조소송과 민법 제709조에 의한 청구권경합관계가 문제로 된다. 초기의 학설은 청구권경합을 부정하는 입장이지만, 그 논거는 i) 제1설은, 독점금지법이 금지대상으로 하는 행위의 대부분은, 본래는 사업자에게 허용된 자유로운 활동영역에 속한 것이고, 그 자체가 민법 제709조에 규정한 권리침해에 해당하지 않던가, 민법상의 보호가치 있는 타인의 이익을 위법하게 침해한 것에 해당하지 않는다는 것이다. ii) 제2

281) 「松下電器ヤミ再販事件」東京高等裁判所判決(1977.9.19.)高裁民集30卷3号247頁(제25조의 규정에 의한 손해배상청구소송에 관해서는 공정거래위원회의 심결의 사실인정이 법원을 구속하는 것으로는 도저히 해석할 수 없다고 한다.).

282) 厚谷·外編, 前掲書, 477頁(東海林邦彦執筆).

283) 今村成和·外編, 前掲書, 542頁(向田直範執筆).

설은, 독점금지법에 위반한 행위가 민법상의 불법행위에 해당할 가능성을 인정한 다음, 25조소송이 민법 제709조와의 관계에 있어서는 특별법으로서 규정되어 있는 점을 강조하여, 이들 사이의 경합관계를 부정한 것이다.<sup>284)</sup> 그러나, 그 후의 학설·판례의 전개에 있어, 제1설에 대해서는, 독점금지법 위반행위를 민법상의 불법행위에 포함되지 않는다는 선입견을 갖고 판단한 것은, 그 후의 불법행위법 영역에 있어서 학문적 발전을 방해하게 된 것에 대해서 비판되었다. 제2설에 대해서도, 일반법 및 특별법이라고 하는 범형식만에 따라서 인물적으로 판단한 결과로서, 본질적으로 차이가 없는 행위에 관하여, 25조소송이 인정되는 것과 민법 제709조에 의한 소권밖에 인정되지 않는 것이 구별되는 것이 되어, 부자연스러운 결과를 초래한 것이라고 비판되었다.<sup>285)</sup>

그래서, 제3의 설로서 등장한 것이 청구권경합설이고, 독점금지법에 위반한 행위에 의하여 피해를 입은 자는, 25조소송을 제기하는 것도, 민법 제709조에 근거하여 손해배상을 청구하는 것도 가능하다고 한 것이다. 이 입장은, 관례상으로도 일찍부터 인정되고 있고, 1960년의 「全國消費者團體連絡會外事件」에 있어, 동경지방법재판소는 “위 행위가 민법상의 불법행위에 해당할 때는 가사 심결이 없더라도 피해자가 민법 제709조의 규정에 근거한 손해배상청구권을 재판상 주장하는 것은 전혀 방해되지 않는다.”고 판시하였다.<sup>286)</sup> 또한, 최고재판소도 「エビス食品企業組合事件」<sup>287)</sup> 및 「鶴岡燈油訴訟事件」<sup>288)</sup>에 있어, 청구권의 경합을 인정하고 있다. 특히, 후자의 최고재판소판결은, 25조소송의 목적을 피해자의 손해보전을 용이하게 하는 것에서 구하고, 일반불법행위규정으로서는 충분하지 않은 경우를 보충하기 위한 특별규정이라고 해석하는 것에 의하여, 청구권의 경합을 인정하고 있다. 현재는, 이 설이 통설·판례를

284) 大根健一郎·吉川大二郎 「獨占禁止法注解」(法律文化社, 1947), 71頁. 이 견해는 「鶴岡燈油訴訟事件」의 最高裁判所判決(1989.12.8)에 있어 香川保一 재판관의 보충견해로서도 주장되고 있다. 民集43卷11号1281~1282頁.

285) 松下滿雄, 「經濟法概說(第2版)」(東京大學出版會, 1997), 269~270頁.

286) 東京地方裁判所判決(1960.7.27.) 行裁例集11卷7号222頁.

287) 最高裁判所判決(1972.11.16.) 民集26卷9号1573頁.

288) 最高裁判所判決(1988.12.8.) 民集43卷11号1259頁.

이두고 있고, “그 밖의 설은, 오늘날에는 학설사적 의의 이상의 것은 없다”고 지적되고 있다.<sup>289)</sup>

종래부터, 일본에 있어서 독점금지법에 관한 손해배상청구소송이 극히 저조한 것이 지적되는데,<sup>290)</sup> 그 이유로서는, i) 손해의 존재 및 손해액의 입증에 곤란한 것, ii) 피해자가 위반행위자와 직접·간접적으로 거래관계에 있는 경우에는, 장래의 거래관계의 원활한 지속을 희망한다는 관점으로부터 소송의 제기를 삼가는 경향이 강한 것, iii) 재판에 수반하는 시간적·금전적인 비용에 대한 우려가 승소판결에 의하여 얻어지는 금전적 배상액을 능가하는 것 등을 들고 있다.<sup>291)</sup> 그러나 이러한 이유는, 25조소송과 민법 제709조소송에 공통되는 것이므로 타당하지 않고, 대신 iv) 25조소송의 특징로 된 심결전치주의에 기초한 무과실배상책임규정의 장점에 관한 피해자측의 인식이 낮고, 오히려 민법 제709조소송이 i) 대상인 위반행위에 관한 제약이 없고, ii) 확정심결의 유무를 고려할 필요가 없는 것, iii) 동경고등재판소의 전속관할에 관한 제약이 없는 것 등으로부터 유리하다고 하는 인식이 피해자측에 있다고 하는 것을 드는 입장도 있다.<sup>292)</sup>

## (2) 손해 및 손해액의 산정

25조소송이 제기된 경우, 일본의 법원은, 당연한 일이지만, 일반적인 민사소송규칙에 기초하여 대처하는 것은 분명하고, i) 위반행위의 존재의 유무, ii) 위반행위와 손해와의 상당인과관계, iii) 손해액의 산정 등에 관하여 원고에게举证책임을 부과하게 된다. 25조소송은 공정거래위원회의 심결확정을 소송요건으로 하고 있기 때문에, i)은 면책 된다. 따라

289) 松下, 前掲書, 272頁.

290) 독점금지법위반행위에 관한 손해배상청구소송에 관한 실태는, 公正取引委員會 관계자의 보고에서는, 2000.6.30.현재, 25조소송은 14건(청구기각 3건, 심결확정요건 불비에 의한 각하 2건, 화해 4건, 소취하 1건, 계속중 4건)인데 대하여, 민법 등의 규정에 근거한 소송건수는, 1975년 이후에 公正取引委員會가 파악하고 있는 것만 해도 52건(청구기각 15건, 화해 9건, 소취하 등 7건, 청구인용 6건, 계속중 15건)에 달한다. 東出編, 前掲書, 8頁.

291) 東出編, 前掲書, 55頁.

292) 谷原修身, 前掲書(「民事的救済制度」), 244頁.



서, ii 및 iii이 원고에게 부과된 입증책임이다. 그러나, 실제소송에 있어, 원고가 이러한 책임을 충분히 다한 것을 법원에 인상지우는 것은 극히 곤란하다. 즉, 민사법 일반에 공통된 문제로서, “손해” 및 “손해액”을 어떤 개념으로서 이해하는가에 관한 논쟁이 계속적으로 전개되므로, 당해 소송에 있어 법원이 어떠한 개념·학설에 의거하는가가 원고의 승패를 크게 좌우하게 되는 것이다.

### 1) 차액설

일본에 있어서 “손해”의 정의를 둘러싸고는, 2가지 기본적인 사고방식이 제창되고 있다. i)差額說은 피고의 가해행위가 행해지지 않았다면 존재하였을 이익상태와 가해행위 발생후의 이익상태와의 차액을 손해라고 한다. ii)具體的損害說은 개별적인 가해사실에 기초하여 발생한 불이익(손실)을 손해로서 파악하는 입장이다. 일본에서는 종래부터 인적 손해를 제외한 재산적 손해에 관하여, 차액설이 통설로 되어 왔다.<sup>293)</sup>

독점금지법위반행위에 대한 손해배상청구소송에 있어서도, 이 차액설이 판단기준으로 되어 왔고, 우선 1977년의 「松下電氣ヤミ再販賣價格維持事件」<sup>294)</sup>은, 컬러TV수상기 등의 제조·판매에 관한 업계1위의松下電器가, “내셔널”브랜드제품의 판매가격을 유지하기 위해 대리점과 그 상대판매업자와의 거래를 구속하는 조건을 붙여 거래를 하고 있던 것이舊一般指定제8항의 “불공정한 거래 방법”에 해당한다고 하여, 공정거래위원회가 원고심결을 내린 사건에 있어, 松下電器의 계열소매점으로부터 컬러TV를 매수한 일반소비자 8명이 피고의 재판매가격유지행위의 결과로서 적정가격보다 높은 가격으로 매수할 수 밖에 없었다고 하여, 25조소송을 제기한 것이다. 東京高等裁判所는, “내셔널”제품을 소매점으로부터 매수한 일반소비자가, 피고의 위 위반행위에 의하여 손해를 입었다고 하기 위해서는, 그 손해는 매수가격의 전액에 관하여서가 아니고, 그 가격 중 피고의 위반행위에 의하여 부당하게 높게 유지된 부분에 관하여 생긴

293) 淡路剛久編 「新・現代損害賠償法講座 6 損害と保險」(日本評論社, 1988) 30頁以下(高橋眞執筆).

294) 東京高判(1977.9.19) 高裁民集 30卷 3号 281頁.

다.”<sup>295)</sup>고 한 다음, 본건에 있어서 손해는, i) “피고의 재관가유지행위에 의하여 부당하게 고액으로 유지된 현실의 소매가격”과, ii) “피고의 위반행위가 없었더라면 존재하였을 적정가격으로서의 想定購買價格”과의 차액이라고 하여,<sup>296)</sup> 차액설에 의거하는 것을 명확하게 하고 있다.

또한, 1960년대 후반에 발발한 중동전쟁이 발단이 된 오일쇼크시에, 일본의 「石油連盟」에 가맹한 석유제조원관매업자가 행한 석유제품의 가격인상을 기도한 가격협정을 이유로 각지의 소비자단체에서 손해배상청구소송이 제기되었다. 우선, 수도권의 일반소비자 98명이 25조소송을 제기한 「東京燈油訴訟事件」의 最高裁判所判決<sup>297)</sup>이 있다. 최고재는, 먼저, 이 사건의 원고와 같은 간접매수자의 25조소송에 있어서의 원고적격을 처음으로 인정하였다. 다음으로, “손해”에 관하여 차액설에 의거하는 것을 명확하게 한 다음에, 본건의 원고가 원관매업자에 대하여 손해배상을 청구할 수 있기 위해서는, i) 당해 가격협정에 근거한 제조원관매가격의 인상이, 최종소비단계에서 현실의 소매가격의 상승을 가져온 것, ii) 가격협정이 실시되지 않았다면, 현실의 소매가격보다도 싼 소매가격(想定매수가격)이 형성되었을 것이라는 것, iii) 일반적으로는, 협정실시직전의 소매가격으로써 상정매수가격으로 할 수 있지만, 그것을 위해서는 “경제적 요인에 현저한 변동이 없는 것”을 증명하는 것 등의 3가지 점에 관하여, 원고가 입증책임을 저야 한다는 것을 명언한 다음, 결과적으로는, 원고들은 이러한 입증책임을 충분히 다하고 있지 않다고 하여 청구를 기각하였다.<sup>298)</sup>

다음에, 같은 모양의 석유제조원관매업자에 의한 가격협정사건에 대하여, 山形縣鶴岡生協에서 등유를 매수한 1,654명이 현지의 山形地方裁判所鶴岡支部에 민법 제709조에 의한 소송을 제기했기 때문에, 소비자소송으로서 주목받은 「鶴岡燈油訴訟事件」에서, 최고재판소는 “제조원관매업자의 위법한 가격협정의 실시에 의하여 상품의 매수자가 입는 손해는,

295) 高裁民集 30卷 3号 276~279頁.

296) 上同.

297) 最判(1987.7.2) 民集 41卷 5号 785頁.

298) 民集 41卷 5号 790頁.

당해 가격협정 때문에 할 수 없이 지출하게 된 지출분"이라고 하여, 결국은, 현실소매가격과 상정소매가격과의 차이로서 이해하고 있다.<sup>299)</sup>

이상과 같이, 일본의 "손해"개념에 대한 동설·관례인 차액설에 대한 비판론이 민법학에서 근래에 적극적으로 전개되고 있다.<sup>300)</sup> 또한 개별적인 법익에 관하여 입은 불이익을 손해라고 보는 現實的損害說 내지는 損失說의 입장에서 독점금지법에 위반한 행위를 둘러싼 손해론을 재검토하는 것도 시도되고 있다. 淡路교수는, 독점금지법 위반행위에 의하여 손해를 입은 자가 배상청구하는 경우의 손해를, 동법의 보호법익인 "공정한 경쟁가격으로 상품을 매수할 이익"이 침해된 것에 의한 불이익, 바꾸어 말한다면, 동법 위반행위에 의하여 형성된 가격으로 상품을 매수하지 않을 수 없었던 것 자체라고 해석해야 한다고 한다. 그와 같이 해석하면, 불법행위의 성립요건으로서의 인과관계는, 동법 위반행위에 의하여 "독점가격"이 형성되고, 그 가격으로 소비자가 상품을 매수한 것을 증명하면 성립된다고 하는 것이다.

또한 淡路교수는, 차액설의 폐해에 관하여, 차액설에 기초한 손해개념을 적용하면, 본래 원고가 입증책임을 부담하는 i)손해의 발생, ii)위반행위와 손해의 인과관계, iii)손해액의 판단 등에 관하여 각각의 기능성에 기초한 개별적인 판단을 하는 것이 아니고, 동일한 것으로서 판단하는 결과를 가져오는 점에 문제가 있다고 한다. i은 종래부터 원고인 피해자 자신이 부담해야 하는 것이나, ii는 피해자의 입증책임을 경감하기 위한 법이론의 구축이 바람직한 것이고, iii은 근래 재판관의 창조적 역할이 강조되고 있는 것이라고 한다. 따라서 이와 같이 다른 성질을 갖는 것의 입증책임을 혼연일체의 것으로 판단함으로써 이론상 혼란을 초래할 뿐만 아니라, 피해자의 불이익을 가져오는 것을 우려하는 것이다.<sup>301)</sup> 그러나 이 설이 말한 "불이익"을 금전적 평가를 하면, 결국은 현실매수가격과 상정매수가격과의 차액으로서 파악하게 되고, 손해액의 산정이라는

299) 最判(1989.12.8) 民集43卷11号1271頁.

300) 淡路編, 前掲書, 38頁(高橋眞執筆).

301) 淡路剛久, "獨禁法違反損害賠償訴訟における損害論", 經濟法學會年報 第3号 49-52頁.

점에서는 차액설과 다르지 않다. 따라서 이 설의 장점은 원고의 입증책임을 경감한 것에서 찾을 수 있다고 평가되고 있다.<sup>302)</sup>

## 2) 일실수익 및 과다청구

“손해” 및 “손해액”의 증명시에, 발생한 손해를 유형별로 분류하기 위한 중요한 기준개념으로서 일본에서 사용되어 온 것이 “逸失收益方式” 및 “差額方式”인데, 가적인상사건에 있어서 손해액산정법으로서는 “과다청구” 개념을 이용하는 것이 일반화되고 있다.

주로 불법행위법의 영역에서 검토되어 왔던 “일실수익”개념은, 불법행위가 없었다면 실현되었을 재산의 증가가 불법행위 때문에 실현되지 않았다고 하는 소극적 손해이고, 재산의 증가에 대한 “기대이익의 상실”이다.<sup>303)</sup> 역사적으로는, 이 개념의 적용에 대하여 제약이 강하게 작동하였지만, 근대법은 i)피해자가 자기의 기대이익을 주장하는 것에 대하여, 가해자가 그 확실성을 요구하는 것을 인정하는 것은 불공평한 것, ii)개인의 자유로운 경제활동을 보장하려고 한 근대정신의 확립 등의 이유로 부터 일실수익의 배상을 적극적으로 인정하는 경향을 강화하였다고 한다.<sup>304)</sup> 독점금지법에 근거한 손해배상사건에 있어 일실수익개념이 적용된 것으로는 피고의 거래거절, 약탈적 가격설정, 사적독점 등에 의하여 거래를 제한당하거나 정지당한 경쟁업자나, 수직적 거래제한행위에 의하여 지속적 거래제약을 일방적으로 해지당한 판매업자 등이 입은 손해 등을 들 수 있다. 이 개념에 근거하여 원고의 손해배상청구를 용인한 사건으로 「東芝엘리베이터사건」이 있다. 이 사건은, 엘리베이터의 제조·판매업자로서 업계3위인 “東芝”의 완전자회사인 “東芝엘리베이터”가, 자기가 관리한 東芝製엘리베이터의 교환부품의 판매를 수리공사서비스의 제공과 결합시키는 것에 의하여, 독립 엘리베이터보수업자를 東芝製엘리베이터의 보수업부분야 또는 수리서비스분야에서 배제하려고 기도한 것이다. 大阪高等裁判所는, 피고의 행위가 “불공정한 거래방법”에 해당한다고

302) 佐藤久夫, “最高裁判所判例解説”, 法曹時報 42卷2号230頁.

303) 淡路編, 前掲書, 160頁(山口成樹執筆).

304) 上同, 160~161頁.

판정하여, 원고인 독립보수업자에 대하여 일실수익에 기초한 손해배상을 하도록 명하였다.<sup>305)</sup>

다음에, “差額方式” 개념은, 피고의 위반행위의 결과로서 부당하게 인상되었던 가격으로 제품을 매수할 수밖에 없었던 원고가 입은 손해이고, 가격카르텔에 의하여 가격이 부당하게 인상되었던 상품의 직접적 매수자 등이 입는 손해, 가격카르텔에 의하여 인화된 가격으로 상품을 판매한 사람이 입는 손해, 위법한 끼워팔기에 의하여 끼워진 상품의 매수자가 입는 손해 등이다.

### 3) 입증책임

다수의 원고가 제기한 「鶴岡燈油訴訟事件」의 쟁점은, 정유업자에 의한 가격인상협정의 결과로 유통과정의 말단에 위치한 최종소비자가 손해를 입었다고 제소한 경우에, 위반행위와 손해 사이의 인과관계, 실제의 손해액에 관하여, 누구에게 어떤 방법에 기초하여 어느 정도의 증명을 시키는 것이 적절한가 하는 점이었다.

이 사안에서 인과관계를 세분하면, i)정유업자에 의한 가격인상협정에 의한 제조원판매가격이 인상되고, ii)중간도매단계에서 가격이 인상되고, iii)소매점의 매수가격의 상승, iv)소매가격의 상승, v)상승한 소매가격에 의한 소비자의 매수 등의 5단계로 나뉜다. 제1심인 山形地方裁判所鶴岡支部判決<sup>306)</sup>은, 첫째, 원고들이 입었다고 주장한 “손해”에 관하여, “피고들의 카르텔에 연유한 민생용등유의 제조원가 인상에 의하여 상승한 것이라고 인정된 등유의 소매가격과 카르텔이 없었더라면 존재하였을 소매가격과의 차액”이라고 하였다. 둘째, 원고들은 “피고 제조원판매12사가 가격카르텔에 기초하여 민생용등유의 제조원판매가격을 인상한 것” 및 “원고가 등유를 매수한 소매점의 등유매수가격 상승이 소매가격 상승을 가져온 것”의 2가지 점에 관하여 입증책임을 부담한다. 셋째, 피

305) 大阪高判(1993.7.30) 審決集40卷651頁. 다만 본건은, 독점금지법에 근거한 손해배상을 인정한 소수의 판결 중 하나로서 기념비적이지만, 원고가 실제 얻은 배상금은 63,360원에 지나지 않았다.

306) 山形地裁判所鶴岡支部判(1926.3.31) 判例時報 997号18頁.

고들은, “소매단계를 제외한 유통경로의 각 단계에 가격카르텔에 기초한 제조원판매가격이 인상된 것 이외에 가격상승요인이 존재한 것 및 가격상승이 그 요인에서 비롯된 것”을 증명하여야 한다고 하였다.<sup>307)</sup> 따라서, 제1심판결이 원고들에게 요구하고 있는 것은, 위의 i, iii, iv에 관하여 증명하는 것이지만, “鶴岡生協으로부터 등유를 매수한 원고들에게는, 위의 사실의 입증기회는 충분히 있음에도 불구하고, 그 입증을 하지 않았다”고 하여, 원고들의 본소청구를 기각하였다.<sup>308)</sup> 이 제1심판결에 대해서는, 일반소비자로서의 원고들의 증거제시능력을 고려하고, 입증책임의 일부를 피고들에게도 지게 하는 입증책임분배원칙을 확립하려고 시도하고 있는 점에서 높이 평가되고 있다.<sup>309)</sup> 그러나 원고들에 대하여 가혹한 iii의 증명을 요구하고, 그것이 충분하지 않다는 이유로 원고들의 청구를 기각한 점에서는 비판되었다.<sup>310)</sup>

제2심인 仙臺高等裁判所秋田支部判決은,<sup>311)</sup> 첫째, 상당인과관계에 관하여, 원고들이 상기의 i 과 iv를 주장·입증하면, iii의 부분에 관해서는 “구체적인 수개의 간접사실을 입증하고, 이것을 전제로 하여 경험칙에 의한 사실상의 추정”이 가능하다고 하여, 이와 같은 추정을 복멸하기 위해서는 피고측이 반증을 들어 입증할 것을 필요로 한다고 하였다. 더욱이 이와 같은 경험칙에 의한 사실상의 추정을 가능하게 한 석유업계에 있어서의 여러 가지 사실로서는, ①제조원판매회사에 의한 판매업자의 계열화가 현저한 것, ②제조원판매가격이 인상되면, 그 인상된 부분이 동상 순차적으로 전가되는 것, ③제조원판매회사의 하나가 판매업자에 대하여 제조원판매가격의 인상 및 인상하는 부분을 전가하여야 한다는 것에 관한 동신을 한 증거서면이 있는 것, ④석유업계에 있어서 가격전가의

307) 判例時報 997号86頁.

308) 上同, 90頁.

309) 實方謙二, “獨禁法違反に對する損害賠償請求と相當因果關係”, 公正取引 386号25頁; 谷原修身, “鶴岡燈油損害賠償事件”, 判例評論 273号28頁; 根岸哲, “石油カルテル消費者損害賠償請求事件山形地裁判決”, ジュリスト 741号99頁.

310) 奥島孝康, “鶴岡燈油判決の問題性”, 判例タイムズ 443号8頁; 川越憲治 “消費者の權利と獨禁法訴訟”, 消費ト流通 5卷3号32頁; 布村勇二, “民法709條に基づく消費者訴訟とその問題點”, 公正取引 368号31頁.

311) 仙臺高裁秋田支部判(1985.3.26) 判例時報1147号19頁.

실태를 지적한 공정거래위원회의 의견서가 있는 것 등을 들고 있다.<sup>312)</sup> 둘째, 손해액에 관하여, “항소인들의 입은 손해란 현실매수가격과 가격협정이 없었다면 형성되었을 상정매수가격과의 차액이다”고 하고, 이 상정매수가격은 “재현불가능한 역사적 사상에 속하고, 게다가 시장가격은 경제적, 사회적, 자연적 제요인이 복잡하게 뒤엉켜 형성되는 것인 만큼 이론상 정확한 수치를 구하는 것은 사실상 불가능에 가까운 사항이다”라고 하고 “제조원판매단계 또는 유통단계에서 현저한 가격인상요인이 있고, 가격협정의 체결이 없는 경우에도 구체적인 가격인상시기 및 가격인상폭의 비율로써 가격상승이 확실하게 예상되는 특별한 사정이 없는 한은 가격협정직전의 제조원판매가격으로써 상정제조원판매가격으로, 또 가격협정직전의 소매가격으로써 상정매수가격이라고 해석하는 것이 상당하다”고 하고 있다.<sup>313)</sup>

이 항소심판결은, 제1심판결이 충분히 입증되고 있지 않다고 하여 원고들의 청구를 기각하는 근거라고 한 iii의 부분에 관하여, 석유업계의 실태에 입각한 합리적인 “사실상의 추정”에 의하여 보충하는 것으로 원고들의 입증책임을 인정하여, 원고들이 주장한 손해액(360여만엔)을 인정하였다. 따라서, 이 판결에 대해서는, 대부분의 논자가 지지하고 있다.<sup>314)</sup> 따라서 이 판결은 “전후일본의 재판사상 획기적 위치를 차지한 대단히 중요한 소송” 또는 “소비자의 권리확립을 지향하는 중요한 이정표”로서 평가되고 있다.

최고재판소판결은, 「東京등유소송사건」 판례에 의거하여, 이 사건 원고들의 청구를 전면적으로 기각했는데, 그 이유는 첫째, 원고들의 입증책임에 관해서는, “가격협정에 기초한 석유제품의 제조원판매가격의 인상이,

312) 判例時報 1147号 54~62頁.

313) 上同, 62~66頁.

314) 來生新, “不當な去來制限と損害賠償請求訴訟-鶴岡燈油訴訟控訴審判決おめくる一考察”, 判例タイムズ 581号22頁; 實方謙二, “鶴岡燈油事件控訴審判決の意義(上)・(下)” 公正取引 415号44頁・416号60頁; 正田彬, “鶴岡燈油裁判控訴審判決おめくって”, ジュリスト 849号46頁; 舟田正之, “消費者による石油價格カルテルの損害賠償請求”, 別冊ジュリスト 「昭和60年度重要判例解説」 862号221頁; 谷原修身, “燈油裁判仙臺高裁秋田支部判決”, 經濟法學會年報 第7号124頁; 藤岡康宏, “損害の分散と消費者により法の實現-鶴岡燈油裁判(控訴審判決)で問われているもの”, ジュリスト 842号188頁.

그 도매가격에의 전가를 거쳐, 최종소비단계에서 현실의 소매가격의 상승을 가져왔다고 하는 인과관계가 존재하는 것이 필요하고, 이것은 피해자인 최종소비자가 주장·입증해야 할 책임이 있다”고 하였다.<sup>315)</sup> 따라서, 전술한 인과의 연쇄 중  $i$ 부터  $v$ 까지 전부의 거증책임을 원고에게 부과하고 있다. 둘째, “손해”에 관해서는, “본건과 같이, 석유제품의 최종소비자가 석유제조원판매업자에 대하여 손해배상을 구하는 데에는, 당해 가격협정이 실시되지 않았다고 한다면, 현실의 소매가격(“현실매수가격”)보다도 싼 소매가격이 형성되었을 것이 필요하고, 이것도 피해자인 최종소비자가 주장·입증하여야 한다”고 한 다음, “다만, 이 가격협정이 실시되지 않았다면 형성되었을 소매가격(“상정매수가격”)은, 현실에서는 존재하지 않았던 가격이고, 이것을 직접 추계하기 곤란한 것은 부정할 수 없기 때문에, 현실에 존재한 시장가격을 단서로 하여 이것을 추계하는 방법이 허용되어도 좋다.”고 하였다.<sup>316)</sup> 그리고 이 상정매수가격을 추계하기 위한 일반적 방법으로서, 당해 가격협정의 실시직전의 소매가격(“직전가격”)으로써 추인하는 것이 상당하지만, “협정의 실시 당시부터 소비자가 상품을 매수하는 시점까지의 사이에 소매가격의 형성에 영향을 미치는 현저한 경제적 요인 등의 변동이 있을 때에는, 이미 위와 같은 사실상의 추정을 할 수 있는 전제를 결여한 것이기 때문에, 직전가격으로부터 상정매수가격을 추인하는 것은 허용되지 않는다”고 한다.<sup>317)</sup>

최고재판소는, 이상과 같은 입증책임원칙하에서 원심판결을 판단하고, 원심이 “특별한 사정”의 존재를 부정한 사정을 재음미한 결과, 이들을 부정하는데 필요한 확실한 증거가 결여되고 있다고 판단하였다. 따라서 직전가격으로 상정매수가격을 추인하기에 충분한 전제조건을 결여할 뿐 아니라, 상정매수가격이 현실매수가격보다 낮았을 것을 인정하기에 충분한 증거도 없다고 하여, 원심판결을 “경험직위만이 있고, 더 나아가서는 불법행위법에 있어서의 손해의 입증책임에 관한 법리에 위반한 것”으로 지적하고 원고들의 청구를 기각하였다.<sup>318)</sup>

315) 民集43卷11号1271頁.

316) 上同.

317) 上同, 1171~1172頁.

318) 上同, 1330頁.



이 사건 최고재판결은, 제1심판결보다도 엄격한 증거책임을 원고측에 부과하고 있고, 많은 논자에 의한 비판론<sup>319)</sup>이 전개되고 있다. 첫째, 최고재판결에는, 이 사건의 피고인 석유제조원판매업자에 의한 전국적인 규모에서의 가격카르텔에 의하여 부당하게 인상된 가격으로 매수할 수밖에 없었던 전국의 일반소비자를 구제할 필요성에 관한 의식이 결여되고 있다. 그 근거는 i) 일반소비자에게는 입증 불가능한 요건을 부과하고 있는 것, ii) 원고에게 부과된 2개의 입증기준이 연동적으로 작용하고 있고, 기능분화가 이루어지고 있지 않는 것을 들 수 있다. 즉, 최고재판소가 원고들의 주장·입증책임으로 부과한 ①가격카르텔에 의한 석유제품의 제조원판매가격의 인상이 도매가격에 전가되고, 소매단계에서 현실 소매가격의 상승을 가져온 것, ②당해 카르텔이 실시되지 않았다면 현실 매수가격보다도 한 상정매수가격이 형성되었을 것이라는 두 가지 점이 미분리상태에서 취급되고 있다.<sup>320)</sup> 위의 ①은 가격카르텔의 결과로서 현실로 최종소비자가 손해를 입고 있는 것의 증명이고, 손해발생에 관한 사실문제이다. 그와 달리 ②는 법원이 구체적인 손해액을 산정하는 단계에서의 세척이어서, 현실매수가격이 인상되는 것에 관하여 가격카르텔 이외의 영향요인을 공제하고 가능한 한 공평한 손해액을 산정하기 위한 정책적 가치판단에 기초한 것이다.<sup>321)</sup> 그런데 최고재판소판결은, 먼저 ①을 인정한 다음 ②의 요건을 음미하는 통상의 수단을 취하지 않고, ②를 직접적 문제로서 음미하고, 정확한 손해액의 증명이 이루어지고 있지 않는 것을 이유로, 마치 ①의 요건도 충족되지 않은 것 같은 방법을 사용하여 손해액에 대한 재량의 여지를 부정하고 있다. 그 때문에, “모종의 손해”가 발생하고 있음에도 불구하고, 위반행위자의 책임을 전혀 묻지 않

319) 淡路剛久, “鶴岡燈油訴訟最高裁判決と損害賠償責任”, *ジュリスト* 953号42頁; 今村成和, “石油カルテル・鶴岡燈油事件最高裁判決について” *ジュリスト* 952号83頁; 金子晃, “鶴岡燈油損害賠償事件最高裁判決おめぐって-事實上の推定力を中心に”, *公正取引* 473号18頁; 實方謙二, “鶴岡燈油訴訟最高裁判決の検討”, *法律時報* 62卷3号18頁; 正田彬, “鶴岡燈油裁判と最高裁”, *法律時報* 62卷3号6頁; 宮本保昭, “最高裁判決における事實認定過程の検討” *法律時報* 62卷3号24頁; 座談會 “獨占禁止法違反行爲を請求原因とする損害賠償請求訴訟-鶴岡燈油事件最高裁判決を契機として-” *公正取引* 473号4頁.

320) 谷原修身, “鶴岡燈油訴訟最高裁判決の問題點”, *公正取引* 473号29頁.

321) 經濟法學會編, 「獨占禁止法講座Ⅶ」(商事法務研究會, 1989), 70~71頁(根岸哲執筆).

은 불공평한 결과를 초래한 것이다.<sup>322)</sup>

둘째 비판점은, 최고재판소판결은 항소심판결이 가격카르텔이 없는 경우에도 가격을 상승시키는 것이 확실한 “특별한 사정”을 부정한 것에 대해 확실한 증거가 없다는 것을 지적하고 있지만, 마찬가지로 최고재판소가 그러한 판단을 하는 것에도 확실한 증거는 없다. 오히려 피고들이 위험을 무릅쓰고 가격카르텔을 실시한 배경에는, 가격카르텔 이외에 가격을 상승시키는 요인이 존재하지 않았던 것을 증명하는 것이 되는 것이 지적되고 있다.<sup>323)</sup>

셋째 비판점은, 최고재판소판결이 가격카르텔 이외에 현실소매가격을 끌어올리는 요인으로서 “비용상승요인”을 들고 있는 것에 대한 것이다. 비용상승이 있으면 이를 곧 소매가격에 전가할 수 있는 시장은 경쟁이 극단적으로 제한되고 있는 경우이기 때문에, 이것을 “현저한 경제변동”에 포함할 것은 적절하지 않다.<sup>324)</sup>

또한, 이 사건판결에는 島谷六郎재판관에 의한 보충의견이 첨부되었다. 島谷재판관은, 현실의 소매가격의 형성에는 경제적·사회적 제요인이 복잡하게 경합하고 있기 때문에, 상정매수가격의 산정, 소매가격과 가격협정의 실시와의 인과관계의 유무 등에 관해서는 많은 난제가 수반하고, 이들을 소비자에게 주장·임증시키는 것은 가혹하지만, 불법행위법의 법리상, 바로 이 원칙을 바꿀 수는 없다는 것을 지적하였다. 게다가, “만약 독점금지법 25조소송에 관하여, 소비자가 입은 손해액에 대해 어떠한 추정규정을 설치했다라면, 소비자가 동조에 근거한 소송을 제기하는 것이 용이해지고 동조의 규정취지도 실효적인 것이 될 것이라 생각된다.”는 것을 강조하였다.<sup>325)</sup> 이는 해석론으로는 해결할 수 없는 정도에 이르고 있어서 입법에 의한 해결필요성을 제언한 것이라고 평가된다.<sup>326)</sup>

322) 舟田正之, “消費者による石油價格カルテルの損害賠償請求”, 別冊ジュリスト 「昭和60年度重要判例解説」 862号223頁.

323) 經濟法學會編, 前掲書, 61頁.

324) 岡田外司博, “カルテルと損害賠償責任(2)”, 別冊ジュリスト 「獨禁法審決・判例百選〔第5版〕」 249頁; 鈴木深雪, “カルテルと一般消費者の損害賠償請求”, 別冊ジュリスト 「獨禁法審決・判例百選〔第6版〕」 239頁; 舟田正之, “カルテルと損害賠償請求(2)”, 別冊ジュリスト 「獨禁法審決・判例百選〔第4版〕」 249頁.

325) 上同, 1280頁.

326) 藤原弘道, “損害及びその金額の證明—鶴岡燈油事件最高裁判決を機縁に”, 判例タイ

이상과 달리 「燈油訴訟判決」을 지지하는 견해는, 이 사건의 특수성 강조하여, 적어도 이 판결의 결론은 타당한 것이라고 하였다. 즉, 본건소송이 제기된 것은 오일쇼크를 주된 원인으로 세계적인 원유공급량이 팽박하고 있던 상황하이고, 가사 석유제조원판매업자에 의한 가격카르텔에 의한 제조원판매가격의 인상이라고 하는 요인이 없었다 하여도, 현실소매가격을 높게 한 “현저한 경제적 요인 등의 변동”이 있고, 상점소매가격과 현실소매가격과의 사이에 차이가 없는 상태였다. 따라서 이와 같은 상황하에서 석유제품의 유통과정의 말단에 위치한 최종소비자가 청구한 손해의 존부 및 배상액을 명확한 형태로 증명하는 것은, 소송당사자에게는 물론 법원에도 극히 곤란하였다. 그래서 전통적인 차액설에 기초하여 손해에 관한 인과관계 및 손해액의 산정이 요구된 최고재판소가 “손해는 있지만 금액이 불명”이라고 하는 이유가 아니고, “손해가 없다”고 하는 이유로 청구를 기각하고 있는 것은 타당하다고 하고 있다.<sup>327)</sup>

白石교수의 논거를 부연한다면, 비판론자가 「등유소송사건판결」을 “손해의 발생 자체는 인정하나, 손해액의 증명이 곤란하기 때문에 청구가 기각된 예”로서 인식하는 “판결문 자체로 부적절한” 상식에 구매되게 된 원인으로서 이하의 점을 들고 있다.<sup>328)</sup> 첫째, 이와 같은 예로서 평가되는 「松下電器ヤミ裁判事件」의 동경고등재판소판결이 이미 존재하고 있고, 이 판결에서는 원고가 매수한 가격 중 “어느 정도의 부분이 위의 부당하게 높게 유지된 부분에 해당하는 것인가를 명확하게 하지 않으면 아니된다”고 하여 손해배상청구를 기각하고 있다는 점<sup>329)</sup>, 둘째, 일반적으로 독점금지법에 위반하는 가격카르텔이 실시되었다면, 현실소매가격이 상점소매가격보다도 높아진다는 것이 상식화하고 있던 것이라고 한다. 즉, 본건판결을 논한 대다수의 논자는 “손해의 존부”의 증명과 “손해전가

ムズ 733号6頁.

327) 白石忠志, 「最高裁判所民事判例研究」法學協會雜誌 106卷10号168頁.

328) 白石忠志, 「獨禁法關係事件と損害額の算定」, 日本經濟法學會年報 第19号129~132頁; 村上政博, 「獨占禁止法と差止・損害賠償」(社團法人商事法務研究會, 2001), 106頁; 藤原弘道, 「損害及びその額の證明-鶴岡燈油事件最高裁判決を機縁に-」, 判例タイムズ 733号4頁以下.

329) 高裁民集 30卷 3号 267頁.

의 존부"의 증명은 같다고 하는 상식이 일반화하고 있었던 점, 셋째, 등유소송사건의 원고가 간접매수자인 최종소비자이었던 것이, 논의를 복잡화시키고 본질을 잘못 보게 한 하나의 원인으로 되는 점, 이상과 같은 비판론자의 요인요소 중에서 특히 제2점을 채택하여 본건판결의 정당성을 논증하고 있다. 白石교수는 본건판결이 원고의 주장·입증책임으로서 들고 있는 것은, i)가격 협정에 의한 제조원판매가격의 인상이 유통단체를 거치고 순차적으로 전가되어 현실소매가격의 상승을 가져왔다고 하는 "전가관계의 존부"와, ii)상정소매가격이 현실소매가격보다도 낮다고 하는 "손해의 존부"이지만, 일반적으로는 ii가 충족된다면 i은 항상 충족되는 관계에 있기 때문에, 이 문제구분의 방법이 논리적으로 기이하고 왜곡되고 있다고 하면서도, 이것에 의거한 본건판결의 정당성을 인정하고 있다. 즉, 「등유소송사건」에 있어서는 "현실가격과 상정가격이 동일해도, 가격협정이 독금범위반으로 되는 경우는 있을 수 있는" 것을 생각한다면, i이 충족되고 있다고 해서 ii가 항상 충족되지 않는기 때문에, 본건판결은 최종적으로는 ii에 관한 증명이 없는 것을 이유로 하여 "손해가 없다"고 하는 결론을 내렸다고 본 것이다. 그러면 본건판결이 ii에 근거하여 원고에게 어느 정도의 입증책임을 요구하고 있는가가 문제가 되지만, 白石교수에 의하면 이하와 같이 해석되고 있다. 첫째, 본건판결은 ii에 관한 원고의 입증이 불충분한 것의 설명에 있어 "상기 추제의 기초자료라고 할 만한 ... 요인 ...에 대해서도, 전혀 입증되고 있지 않다"고 하고 있는 것으로부터,<sup>330)</sup> "상정소매가격은 얼마다"라고 하는 엄격한 입증을 구하는 것은 아니고, "추제의 기초자료"에 관한 증명이 있으면, 그것만으로 원고승소로 되어, 법원이 어떠한 어림셈(概算)에 의한 손해액의 산정을 인정한 것이 된다. 둘째, 만약 그렇다면, "손해액의 인정"에 관한新民사소송법 제248조보다도 폭넓게 "손해의 존부"에 관하여서까지 인정한 것이 되는 점이다.<sup>331)</sup>

이 설은 「등유소송판결」로부터, i)특수한 사안에 대하여 내려진 것인 점, ii)원고에 대하여 상정매수가격에 관하여 고도의 개연성으로써

330) 民集 43卷 11号 1278頁.

331) 上同, 131~132頁.

입증하도록 요구하고 있지 않는 점, iii) 원고가 상정매수가격과 현실매수가격과의 사이에 차이가 있는 것을 증명한다면, 구체적인 손해액에 관해서는 법원의 재량에 의하여 산정가능하다는 것을 시사하고 있는 것을 판독하여, 이 판결의 타당성을 증명하려고 한 점에서, 설득력이 있다는 평가를 받는다.<sup>332)</sup> 그러나 이 판결은 “손해의 존부”에 관한 명확한 판단을 회피하고, “손해가 발생하고 있지 않은” 것은 아니고 “손해의 발생을 단정할 수 없는” 것을 이유로 하여 원고의 청구를 기각한 사실이 지적되고, 더욱이, 이 판결의 효과들이 이처럼 해석할 수 있다면, 島谷 재판관에 의한 보충의견이 나온 이유는 무엇인지, 신민사소송법 제248조도입의 제기로서 이 사건판결이 고려된 것은 어떤 이유인지 등의 의문이 제기되게 된다는 비판이 가해지고 있다.<sup>333)</sup>

#### 4) 손해액의 인정 및 추정규정

「등유소송사건」에 대한 최고재판소판결은 일본에서 활기를 띠던 소비자소송의 열기를 식히는 동시에, 독점금지법에 대한 국민적 신뢰를 상실하는 요인으로 널리 인식되었다. 그러한 의미에서, 이 사건판결이 독점금지법에 있어서 손해배상제도의 개혁을 위한 도화선으로서의 역할을 하여, 독점금지법에 근거한 손해배상제도의 정비·개혁에 관하여, 손해의 발생 및 손해액의 산정에 관한 원고의举证책임을 경감하기 위한 독점금지법의 손해액산정에 관한 독자적 추정규정을 도입해야 한다고 하는 의견이 각 방면에서 나오게 되었다. 특히, 이미 구체적인 형태로 추진되고 있던 「日米構造問題協議」를 통하여, 미국측이 이 사건판결의 결과에 대하여 비판적인 태도를 표명하여, 그 개선필요성을 지적한 것이 일본측에 대한 압력으로 작용하였다. 그래서 1989년에 설치된, 「독점금지법에 관한 손해배상제도연구회」에서도, 이 추정규정을 설치해야 하는가 여부에 관하여 논의되었지만, i) 법개정에 수반하는 비용에 대한 고려, ii) 위반행위 및 손해발생상황의 다양성, iii) 일반 민사법과의 정합성 등을 이유로 하여 입법화를 단념하고, 금후의 판례의 축적이나 학설의 진전에

332) 谷原修身, 前掲書(「民事的救済制度」), 260頁.

333) 上同.

기대하기로 하였다.<sup>334)</sup> 또한 1991년에 설치된 「독점금지법위반행위에 관계된 손해액산정방법에 관한 연구회」에서는, 추정규정의 입법화를 검토하지 않고, 독점금지법위반행위와 손해와의 인과관계에 관한 기본적인 사고방식을 제시하였다.<sup>335)</sup> 또한, 1999년의 「독점금지법위반행위에 관계된 민사적구제제도연구회」 보고서에서는, 1998년 1월 1일부터 민사소송법 제248조가 시행되는 것을 고려하여, 손해액에 관한 추정규정을 신설할 필요성이 희박하다고 하는 인식이 표명되었다.<sup>336)</sup>

### 3. 유지청구제도

#### (1) 유지청구제도 창설의 근거

입법과정상 일본 독점금지법상 유지청구제도의 신설필요성에 관한 문제제기는 통산성 및 업계측으로부터 이루어진 것이고, 이것에 대한 공정거래위원회 및 경제법학회측의 대응은 오히려 소극적이었다고 한다. 먼저, 공정거래위원회가 유지청구제도에 대하여 소극적이었던 이유로서는, i) 독점금지법상에 명문의 규정이 없는 것, ii) 이와 같은 사소를 인정하는 것에 의하여, 독점금지법의 집행권한의 일부가 법원으로 이행하는 것을 피할 수 없고, 스스로의 권한을 실질적으로 축소시키는 것이 된다는 인식이 작용하였다고 볼 수 있다. 더욱이 학설·판례에 있어서도 iii) 경쟁질서라고 하는 공익을 지키는 것을 목적으로 한 독점금지법이, 명문규정이 없는데도 피해자의 유지청구권이라는 사익을 당연히 보호하는 것으로 해석해야 하는 것은 아니라고 하는 사고방식이 대세를 차지하고 있었다고 한다.

먼저, 통산성측의 논점은, i) 거품붕괴후의 장기간의 불황하에 시달린 일본에 있어서의 긴급한 과제는, 규제완화정책을 단행하는 것에 의하여 글로벌 경쟁시대에 대응한 개방적인 시장경제시스템을 구축하는 것이

334) 公正取引委員會事務局編 「獨占禁止法の抑止力強化と透明性の確保」(大藏省印刷局, 1992), 59頁.

335) 上同, 73~75頁.

336) 東出編, 前掲書, 68頁.

라는 것을 인식하고, 구체적으로 ①경제활동에 대한 공적 규제의 삭감, ②신규참여를 저해하는 상관행 등의 폐지, ③경직적인 기업관련제제도의 폐지, ④시장참가자에게 개방된 시장의 실현, ⑤시장의 물의 정비, ⑥체크기능의 충실 등을 목표로 해야 한다는 것과 ii) 자기책임원칙을 확립할 필요성과 사인에 의한 자율적인 분쟁해결수단정비의 필요성이다. 즉, 현행과 같은 공정거래위원회에 의한 일원적인 사건처리에 의하는 경우에는 ①예산·인원 등의 제약에 의한 집행력의 한계, ②공정거래위원회가 사건을 불문처분에 불인 경우에는, 피해자의 구제수단이 절여되는 것 등의 폐해가 생기는 것은 피할 수 없다. 그래서 시장참가자가 스스로의 주도과 책임으로 소송을 통하여 자기의 피해를 회복하는 것의 필요성이 지적되는 것이고, 말하자면 공정거래위원회와 법원에 의한 이원적인 사건처리 시스템으로 이행해야 할 것을 제안하고 있는 것이다. 그리고 iii) 구미 여러나라의 체제도나 기업활동원칙과의 조화의 요청이다.

다른 한편으로, 공정거래위원회측의 논점은, i) 일본은 자기책임원칙과 시장원리에 입각하여 자유롭고 공정한 경제 사회를 구축하기 위한 구조개혁을 추진할 것이 요구되고 있고, 그것에 따라 ①행정의 스타일을 사전규제로부터 사후체크형으로 전환하는 것, ②과잉규제의 철폐, ③명확한 물의 정착, ④물에 반하는 행위의 배제 등의 구체적인 조치를 강구할 것이 요구되어야 한다는 것이고, ii) i)을 실현하기 위하여, 독점금지법 위반행위에 의한 사인의 피해에 대한 구제수단의 충실을 도모하는 것이 필요하다는 것이다. 피해자의 구제라고 하는 관점으로부터 보는 한, 공정거래위원회에 의한 대응이 만전이라고는 말하기 어려운 이상, 피해자가 스스로의 주도에 의하여 구제를 얻는 것이 가능한 수단의 정비·충실을 도모하는 것이 필요하다고 하였다. 그래서 기존의 손해배상제도를 보다 충실히 하고, 사후적인 금전배상으로는 피해자를 충분히 구제하지 못하는 경우에 대응하기 위해 유지청구제도를 도입하는 것이 더 바람직하다고 지적하였다. 또한 iii) 유지청구제도를 도입하는 것에 의하여, 독점금지법 위반행위에 대한 민사면에서의 억제적 효과를 강화할 수 있는 것을 강조하였다.

## (2) 법 규

일본 독점금지법 제24조는 “제8조제1항(사업자단체의 금지행위)제5호 또는 제19조(불공정한 거래방법의 금지)의 규정에 위반되는 행위에 의하여 그 이익을 침해받거나, 또는 침해받을 우려가 있는 자는, 이것에 의하여 현저한 손해가 발생하거나 발생할 우려가 있을 때에는, 그 이익을 침해하는 사업자 또는 사업자 단체에 대하여 그 침해의 정지 또는 예방을 청구할 수 있다”고 규정하고 있다.

## (3) 유지청구의 요건

이 규정에 관하여 검토되는 논점은, i) 유지청구소송의 대상으로 된 행위유형을 “불공정한 거래방법”으로 한정된 것은 무슨 이유인가, ii) “이익을 침해받거나, 또는 침해받을 우려가 있는 자”의 해석 및 증명, iii) “현저한 손해”란 무엇인가 등이다.

### 1) 유지청구소송의 대상행위

일본독점금지법 제24조는 “공정거래위원회연구회보고서”의 제언에 의거하여, 유지청구권의 대상인 행위유형을 “불공정한 거래방법”으로 한정하는 것을 명규하고 있다. 이와 같은 입법형태를 채용한 것에 대해, 공정거래위원회측은, 유지청구제도를 창설할 때 중요한 것은 “제도가 부드럽게 도입되어 유효하게 기능하게 하기 위한 것”이고, 그를 위해서는 “제도도 입 당초는 민사소송에 친숙하기 쉽고, 위반행위의 존재를 입증하는 것이 비교적 용이한 행위를 유지의 대상으로 해야 한다.”고 설명하고 있다. 그래서 이와 같은 관점에서는 불공정한 거래방법은 i)사업자간의 통상의 거래행위에 관계되는 것이고, ii)특정한 사인에 피해가 발생하는 일이 많고, iii)위반행위의 존재를 증명하는데 도움이 되는 자료를 입수하기 쉽고, iv)증명이 용이한 것으로부터, 피해자에 의한 소송에 친숙하기 쉬운 것을 지적하고 있다. 그와 달리 “부당한 거래제한”은 i)불특정다수의 사인에게 손해를 입히는 경우가 많기 때문에, 피해자에 의한 소송제기를



기대하기 어렵고, ii) 행위자간에 비밀리에 행해지는 것이 통상이고, 일반적으로 위반행위의 증명이 곤란한 것을 지적하고 있다.<sup>337)</sup> 그러나, 이상과 같은 공정거래위원회측의 지적은, 불공정한 거래방법에 속한 행위유형이 유지청구권의 대상으로 되기 쉬운 이유의 설명으로서는 유효하지만, 그 밖의 위반행위유형을 대상으로부터 제외하기 위한 이론적 근거는 될 수 없다는 비판이 있다.

2) 청구권자: 이익을 침해받거나, 또는 침해받을 우려가 있는 자

제24조는, 유지청구권자의 범위를 결정하는 요건으로서, 전술한 것 같은 대상행위에 “의해서 그 이익을 침해받거나, 또는 침해받을 우려가 있는 자”로 한 다음, 다시, “이것에 의해 현저한 손해가 생기거나, 또는 생길 우려가 있을 때”라고 하는 제한적인 요건을 부과하고 있다. 본규정의 입안관계자의 설명에 의하면, 여기에서 말하는 “이익의 침해”는 민법 제 709조(우리 민법 제 750조)의 일반적 불법행위의 성립요건으로 된 “타인의 권리의 침해”에 의거하는 것이라고 한다. 즉, 동설·관례에 의하여 확립되고 있는 “권리”개념은, 엄밀한 의미에 있어서 권리일 필요는 없고, 법률관념상 그러한 침해에 대하여 법적인 보호를 필요로 하는 이익이라면 좋다. 이에 의하면, 제24조에서 말하는 “이익”은, “공정하고 자유로운 시장경제하에서 행해지는 거래로부터 얻어지는 경제적 가치 그 밖의 이익 일반”을 가리키고, 이 “이익의 침해”는 독점금지법에 위반한 “불공정한 거래방법”에 의하여 본래적으로 얻어지는 경제적인 이익을 얻을 수 없게 되었거나, 얻을 수 없게 될 우려가 있는 것을 의미하는 것이 된다.<sup>338)</sup> 입안관계자의 설명에 의하면, 이와 같은 “이익”개념에 의거한 경우에, 상도덕이나 사회적 타당성 등의 점에서 “이익의 침해”에 해당하는 경우라도, 독점금지법이 보호하는 이익에 해당하지 않는 점에서 유지청구를 인정할 필요가 없는 예로서, i) 거래처로부터 부당하게 거래를 거절당한 사업자의 종업원이 임금의 감액을 당하는 등의 불이익을 입은 경우, ii)

337) 東出編, 前掲書, 24~25頁.

338) 谷原修身, 前掲書, 148~149頁.

거래처로부터 강제로 판매를 받은 사업자가 당해 상품을 종업원에 강제적으로 할당하는 것에 의하여, 그 대금을 금료로부터 공제했기 때문에 종업원이 불이익을 입은 경우의 2 개를 들고 있다.<sup>339)</sup>

유지청구권자에게 “이익의 침해” 요건을 부과하고 있는 제24조에 대한 비판론은 독점금지법에 유지청구제도라고 하는 민사적 구제제도를 설치한 목적은, 적어도 불공정한 거래방법에 위반한 행위가 행해진 것에 대하여 사적 제재를 가하고 위반을 억제시키는 것이라고 한다면, 손해배상 청구제도와는 다르고, 실제로 피해자가 이익을 침해받는지 여부에 구애되지 않고, 누군가에게 거래행위를 유지할 권리를 얻는 것을 의도하는 것이 당연하다고 해야 한다고 한다. 따라서, 이 견해는 제24조가 “이익의 침해”를 유지청구권의 성립요건으로서 규정한 것을, “민법상으로는 안정적인 제도로 되어 현실한 방법”이라고 생각되지만, “무엇인가 민법에 너무 치우친 발상”으로 보고 있다.<sup>340)</sup> 그러나 제24조의 제정시 입법관계자가 의거한 것은, 입법기술로서 가장 무난하다고 생각되는, 이익의 침해를 받은 자만이 유지청구권자가 될 수 있다고 하는 전통적 민사법의 이론이었던 것이고 타당한 것으로서 지지할 수 있다고 한다.<sup>341)</sup> 따라서 이 규정에 의거하여 유지청구권을 행사할 수 있는 자에는 여기에서 말한 “이익의 침해”를 받은 자연인, 법인 및 법인격 없는 사단뿐만 아니라 국가나 지방공공단체 등도 포함된다. 더욱이 거래단계에 관한 제약이 없는 것이므로, 위반행위자의 경쟁자나 직접적인 거래상대방을 말하는데 그치지 않고, 간접적 거래자나 최종소비자도 포함되는 것이 된다. 단, 당해 사업자의 종업원, 주주 및 채권자 등의, 이른바 간접피해자에 관해서는 예외 취급되는 것이 일반적이지만, 사례에 따라서는 포함될 가능성이 있는 것도 있기 때문에, 상당인과관계를 조사하여 개별적 판단을 하는 것이 바람직하다고 한다.<sup>342)</sup>

339) 東出編, 前掲書, 25~26頁.

340) 根岸哲·外, “座談會・獨占禁止法と民事法(下)”, 民商法雜誌 125卷1号11頁(森田修發言).

341) 谷原修身, 前掲書, 149頁.

342) 岸井大太郎, “獨占禁止法上の差止請求”, 判例タイムズ 1062号209~211頁.

## 3) 현저한 손해

제24조는, 유지청구권자의 범위를 결정하기 위한 요건으로서, “현저한 손해”를 규정하고 있다. 입법관계자의 설명을 종합하면, 이 “현저한 손해” 요건을 부과한 이유는 i) 민법의 원칙에 따르면 동실에 의한다면, 불법행위의 피해자에 대한 사후적인 금전배상을 원칙으로 하고, 예외적으로 유지청구를 인정하는 경우에는 보다 고도의 위법성이 필요하다는 것(위법성단계론)이며,<sup>343)</sup> 그 것을 명시하여 “현저한 손해”라는 용어를 사용하였다고 한다. 직접적 참고규정으로서 “이사의 법령·정관위반행위에 대한 감사의 유지청구권”에 관한 상법 제275조의2를 든다. 여기에서는 “회사에 현저한 손해가 생길 우려가 있는 경우”에 유지청구를 인정하고 있다.<sup>344)</sup> 또한 ii) 불공정한 거래방법에 의한 피해는 불특정다수의 자에게 미치기 때문에, 소액의 피해에 대하여 유지청구소송을 인정한다면 사회적 폐해가 생길 것으로 생각되기 때문에, 남소를 방지하기 위해 “현저한 손해”요건을 부과하였다고 한다.<sup>345)</sup>

이와 같은 설명에 대해서는, i) 유지청구권이 용인되는 민법의 불법행위, 지적재산권침해 및 부정경쟁방지법에 있어서도 특별한 손해요건이 부과되어 있지 않는 것을 고려하면, 이들보다도 손해의 정도가 낮다고 생각된 독점금지법위반행위에 의한 유지청구권에 관해서만 “현저한 손해”요건이 부과되어 있는 것은, 법체계상의 정합성을 결여하고 부적절하다는 비판이 가해지고 있다.<sup>346)</sup> 또한 ii) 상법 제275조의2는 회사내부의 통제행위를 문제로 하고 있기 때문에, 특히 위법성의 정도가 높은 경우에만 유지청구가 인정되는 것으로 해석되고 있는 것이고, 독점금지법 위반행위에 의한 피해에 대한 유지청구의 경우는 상황이 다르다는 것을 이유로 비판이 가해지고 있다.<sup>347)</sup> 또한 iii) 극히 소액피해자가 유지청구소

343) 東出編, 前掲書, 36頁.

344) 上同, 28~29頁.

345) 山田昭雄·外, “座談會・民事的救済制度の整備について”, 公正取引 597号15~16頁(古城誠, 山田昭雄發言).

346) 村上政博, 前掲書, 33頁.

347) 山田昭雄·外, 前掲座談會, 14~15頁(根岸哲發言).

송의 원고적격을 갖는 것을 저지하기 위해, 이와 같은 과중한 요건을 부과하였다고 하는 설명에 대해서는, 그러한 소액의 피해밖에 생기지 않는 독점금지법 위반행위는, “이익의 침해”요건을 충족하지 않으므로 이러한 요건의 적용여지가 없다는 비판이 있다.<sup>348)</sup>

이상과 같은 비판론에 입각하여 “현저한 손해”요건이 특별한 요건을 의미하는 것이라고 해석하는 것은 유지청구소송의 원고적격을 제한적으로 해석하는 것이 되어, 이 제도의 실효성을 저해하는 것이 됨이 분명하므로, 이 요건을 일반조항으로서 이해하고, 독점금지법이 유지청구제도를 창설하는 것에 의하여 보호하려고 하고 있는 이익이 침해된 경우에만, 유지청구권을 인정하는 것을 의미하는 것이라고 해석하는 것이 정당할 것이라고 한다.<sup>349)</sup>

#### (4) 유지청구의 내용

##### 1) 침해의 정지 또는 예방

제24조는 유지청구권의 내용으로서 “그 침해의 정지 또는 예방을 청구할 수 있다”고 규정하고 있다. 이 문언은 부정경쟁방지법 제3조, 특허법 제100조, 상표법 제36조, 저작권법 제112조 등의 지적재산권에 관한 제법과 거의 동일한 것이다. 그러나 이들 제법에서는 제2항에서 “침해행위들 조성한 물건의 폐기, 침해행위에 제공한 설비의 제거 그 밖의 침해의 정지 또는 예방에 필요한 행위를 청구할 수 있다.”는 것을 규정하고 있지만, 제24조에는 동일한 규정이 없다. 더욱이 독점금지법 제20조는 불공정한 거래방법을 행한 사업자에 대하여, 公正取引委員會가 “당해행위의 유지, 계약조항의 삭제 그 밖에 해당행위들 배제하기 위해 필요한 조치를 명할 수 있다”고 규정하고 있다. 그러면 제24조에 규정한 유지청구권의 내용을 검토하기 위해서는, 지적재산권에 관한 제법의 실제 적용례와 독점금지법 제20조에 의거하여 공정거래위원회에 의하여 내려진 배제조치명령의 내용을 분석할 필요가 있다.<sup>350)</sup>

348) 根岸哲, “獨占禁止法と民事法”, 民商法雜誌 124卷 4・5号 506~507頁.

349) 山田昭雄・外, 前掲座談會, 16頁(古城誠發言); 白石忠志, “獨禁法と不競法問題の現狀と課題” JURIST 1018号54頁.

350) 谷原修身, 前掲書, 153頁.

i) 제24조에는 제법의 제2항에서 말하는 “침해행위를 조성한 물건의 제거”나 “침해행위에 제공한 설비의 제거” 등의 “침해의 정지 또는 예방에 필요한 행위”를 청구할 수 있다고 하는 문언이 규정되어 있지 않지만, 이 점에 관하여 입법관계자는 독점금지법위반행위에 있어서는 “침해의 정지 또는 예방”을 위해 설비의 제거를 명할 필요성이 없기 때문에 명문규정을 두지 않았다고 한다. 따라서, 제24조에서는, 이와 같은 명문의 규정이 없더라도, ①위반행위 자체의 취소, ②위반행위의 실효성을 확보하기 위한 조치의 취소, ③거래처 등에 대한 통지 등의 작위행위를 청구하는 것도 가능하다.<sup>351)</sup>

또한 부정경쟁방지법 제3조제2항에서는 “침해의 정지 또는 예방에 필요한 행위를 청구할 수 있다”는 취지의 규정이 도입되어 있는데, 이 규정이 도입된 것은 관례상 인정되던 것을 확인하기 위한 것에 지나지 않으므로, 이와 같은 규정이 없는 제24조에 있어서도 “침해의 정지 또는 예방에 필요한 행위”는 당연히 포함되는 것으로 해석하고 있다.<sup>352)</sup>

ii) 공정거래위원회에 의한 배제조치명령과 제24조의 유지명령과의 관계에 관해서는, 공정거래위원회에 의한 배제조치명령은 불공정한 거래방법 자체를 배제하기 위해 필요한 조치를 명하는 행정처분인데 대하여, 유지명령은 불공정한 거래방법에 의하여 이익을 침해받았는지 침해받을 우려가 있음을 주장한 원고의 청구에 대하여 법원이 내리는 명령이고, 어디까지나 원고의 이익침해의 범위로 한정된다. 따라서, 명령의 내용에 관하여 양자간에 반드시 동일성이 있는 것은 아니지만 유사성이 있기 때문에, 유지명령의 구체적인 내용을 결정한 경우에는 지금까지의 심결이 축적된 배제조치명령을 참고해야 한다고 한다.<sup>353)</sup>

## 2) 유지명령의 내용

제24조가 규정한 “침해의 정지 또는 예방”이라고 하는 문언을 소박하게 해석하면, 여기에서 상정되는 유지명령은 현존하거나 장래적으로 실시될

351) 東出編, 前掲書, 30頁; 山田昭雄・外, 前掲座談會, 18頁(山田昭雄發言).

352) 根岸, 前掲論文(民商法雜誌 124卷 4・5号), 518頁.

353) 上同, 518~519頁.

전망이 높은 위반행위에 관하여, “...해서는 안된다”고 하는 부작위의무부과를 전제로 하는 것이다. 즉 부작위명령에는 피고기업에 대하여 일정한 행위를 금지하는 것을 명하는 “적극적 부작위명령”과, 원고에게 일정한 청구권을 인정하여, 피고가 이것을 방해하는 것을 금지하는 “방해금지명령”이 있지만, 지금까지 지적재산권관계에 있어 내려진 유지명령의 대부분은 부작위명령이었다고 한다. 더욱이, 유지명령은 강제집행의 일반원칙에 의하여 대체집행절차 내지는 간접강제절차에 따라 집행되는 것이 일반적이기 때문에, 그 명령의 내용으로서 부작위의무를 부과하는 것이 일반적이라고 한다.<sup>354)</sup>

또한 제24조에 의거하여 피고에 대하여, “.....하지 않으면 안된다”고 명함으로써 직접적 작위의무를 부과하는 것이 가능한지 여부가 문제된다. 이 점에 관하여 i)부정적 견해는, 제24조의 문리로부터는 직접적 작위의무를 부과하는 것은 허용되지 않는 것으로 해석해야 할 뿐만 아니라, 일본의 강제집행법하에서는 직접적 작위의무를 집행하는 것은 불가능에 가깝다고 한다. 즉 미국에 있어서 거래강제명령이나 특허권실시허락명령 등의 작위의무가 많이 부과되는 것은, 그러한 명령이 내려진 후에, 당사자간에서 거래조건 등에 관하여 합의가 이루어지지 않는 경우에는 법원이 적절한 거래조건·거래가격 등을 결정하는 등의 책임을 지는 것이 보장되고 있기 때문이고, 일본의 현행 강제집행법에는 사후적 보장절차가 결여되고 있어서, 그 점에서 작위명령을 집행하는 것은 불가능하다고 한다. 다만 이 견해는 정면으로 작위의무를 부과하는 유지명령이 허용되지 않는다 하여도, 형식적으로는 부작위명령이나 법원의 재량에 의하여 명령내용을 자유롭게 결정하는 것에 의하여, 작위의무에 가까운 내용의 명령을 내리는 것은 가능하다고 본다.<sup>355)</sup>

이에 대하여 ii)다수설은 긍정적 입장을 표명하고 있는데, 그 논거는 여러 가지이다. 먼저, 종래 작위명령에 소극적이었던 이유로서는, ①거래명령은 “계약자유 원칙”에 반하는 것이라고 생각된 것, ②특정한 상품·용역을 구체적 금액 기타의 거래조건으로 원고에게 공급할 것을 명하기 위해

354) 村上, 前掲書, 35~36頁.

355) 上同, 37頁.

서는, 법원이 수행하기 극히 곤란한 작업이 필요하게 되는 것, ③이전에는 필수설비법리 등에 관한 문제의식이 없었던 것 등을 들고 있다.<sup>356)</sup> 따라서 유지청구제도의 실효성을 높이기 위해서는, 종래와 같이 법원이 내리는 유지명령을 작위명령인지 부작위명령인지 엄밀한 구별을 하는 것은 무익하다는 것이 지적된다. 즉, 작위와 부작위라고 하는 것은 동전의 양면의 관계에 있고, 부작위명령을 실현하기 위해 일정한 작위명령을 내릴 필요가 있는 것을 강조하고 있다.<sup>357)</sup> 또한 단독의 직접거래거점의 경우에 있어, 침해를 하지 않도록 부작위명령을 내리기 위한 구체적인 수단은 “원고와 거래하라”라고 하는 작위명령으로 되는 것도 자명하다.<sup>358)</sup>

### 3) 가치분명령

독점금지법 위반행위에 대한 유지청구권이 신설됨으로써, 피해자가 유지청구소송을 본안으로 한 가치분명령의 신청을 하는 것이 가능하게 되었다. 특히, 독점금지법 위반사건의 심리에는 오랜 시간을 소요하는 것이 일반적이고, 그 사이에 위반행위가 계속하여 행해지는 것을 방지하기 위하여 가치분신청을 하는 것도 많이 있을 수 있지만, 오히려 본안소송보다도 가치분에 의하여 사건을 종료시키는 것을 바라는 원고가 많은 것도 예상된다고 한다.<sup>359)</sup>

### 4) 담보제공명령

독점금지법 제83조의2는 제1항에서 “제24조(유지청구권)의 규정에 의한 침해의 정지 또는 예방에 관한 소가 제기된 때에는, 법원은, 피고의 신청에 의하여, 상당한 담보를 제공하는 것이 당연하다는 것을 원고에게 명할 수 있다.”고 규정하고 있다. 그리고 제2항에서는 이 담보제공신청을 하기 위한 요건으로서, 피고는 원고의 소의 제기가 “부정한 목적(부정한 이익을 얻음 목적, 타인에게 손해를 가함 목적 그 밖의 부정한 목적을

356) 白石, 前掲論文, 56~57頁.

357) 根岸哲·外, “座談會・獨占禁止法と民事法(下)”, 民商法雜誌 125卷1号24頁(山本弘發言).

358) 白石, 前掲論文, 55頁.

359) 高橋玄志·外, “座談會・差止めと執行停止の理論と實務”, 判例タイムズ 1062号 24頁(瀨木比呂志發言).

말한다)에 의한 것임을 소명하지 않으면 아니된다.”는 것을 명기하고 있다. 제24조에 의하여 독점금지법위반행위에 대한 사인의 유지청구제도가 도입되었지만, 이 제도가 피해자의 구제라는 본래 목적을 위해서가 아니라 부정한 목적을 위해 남용되는 경우에는, 피고에 대하여 부당한 부담을 강요할 뿐 아니라, 공정하고 자유로운 경쟁을 유지·촉진한다고 하는 독점금지법의 목적에도 반하는 것이 되기 때문에 법원이 원고에게 담보제공을 명할 수 있도록 한 것이다.

입법관계자의 설명에 의하면, 유지청구제도가 “부정한 목적”으로 남용되는 사례로서 경쟁사업자의 저가격판매에 대하여, 그것이 원가를 할인한 판매가 아닌 것을 알면서 “부당염대”로서 유지청구하는 경우를 들고 있다. 또한 합병을 계획하고 있는 회사의 채권자가 당해 합병무효를 취소한 경우(상법 제106조) 및 주주의 대표소송(상법 제267조제5항) 등을 이 규정과 동일취지로 들고 있다.<sup>360)</sup>

이에 대해서는 새로운 제도의 도입시 그 남용을 방지하기 위한 조치를 강구하는 것은 필요하나, 제24조의 유지청구요건 자체가 과중한 것을 고려하면 남소방지를 위하여 담보제공명령에 의존하는 정도는 그다지 높지 않을 것이라는 지적도 있다.<sup>361)</sup>

#### (5) 공정거래위원회의 의견요구권·의견진술권

일본독점금지법 제83조의3은, 법원은, 제24조의 규정에 의한 유지청구소송이 제기된 경우에, i)그 내용을 공정거래위원회에 통지하여야 하고, ii)공정거래위원회에 대해서 “당해 사건에 관한 이 법률의 적용 그 밖에 필요한 사항에 관하여” 의견을 구할 수 있고, iii)공정거래위원회는, “법원의 허가를 얻어”, 법원에 대하여, “당해 사건에 관한 이 법률의 적용 그 밖에 필요한 사항에 관하여” 의견을 말할 수 있다는 것을 규정하고 있다.

이 규정의 취지에 관해서는, 입법관계자에 의하여 이하와 같이 설명되고 있다. i)독점금지법 위반행위에 대한 유지청구는 피해자의 사익을 실현할 뿐만 아니라, 결과적으로 자유경쟁질서를 유지한다고 하는 공익의

360) 東出編, 前掲書, 35~37頁.

361) 山田昭雄·外, 前掲座談會, 23頁(古城誠發言).



실현에도 이바지한다는 것을 고려하는 한, 공익의 실현을 목적으로 한 전문적 기관인 공정거래위원회가 어떠한 형태로든 관여하는 것이 적절하며, ii) 당해법원이 유지청구를 인정해야 하는가 여부를 판단하는 경우에는, 당해행위가 시장경쟁에 미치는 영향 등에 관한 고도의 경제적 분석을 필요로 하지만, 이에 관해서는 전문적 행정기관인 공정거래위원회의 의견을 참작하는 것이 소송경제적 관점으로부터 보아도 유익하다는 것, iii) 유지청구를 인정해야 하는가 여부에 관하여, 법원간 혹은 법원과 공정거래위원회와의 사이에 의견이 다른 결과가 생긴 경우에는, 독점금지법의 운용 및 해석을 둘러싸고 혼란이 생기는 것이 되어 바람직하지 않다는 것을 지적하고 있다.<sup>362)</sup>

이상의 설명에 대해서는, 본조의 규정이 설치된 근거들 종래의 공정거래위원회중심주의를 전제로 하여 생길 것이 예상된 피해를 줄이려고 하는 사고방식으로 보고 있는 것이며, 그 점은 현상을 바로 인식한 것으로서 타당하다고 할 수 있을 것이다. 이 규정의 장래의 운용이라고 하는 점에서는, 발상의 전환이 필요하다는 비판이 있다. 즉 독점금지법에 있어서 유지청구제도의 신설은, 공정거래위원회의 손이 닿지 않는 독점금지법부분에 대한 보완적 의미를 갖지만, 독점금지법의 집행의 관점에서는 사인의 적극적인 소제기를 통하여 법원이 독점금지법에 대하여 관여하는 부분을 증가시키는 것을 기대하고 있는 것이다. 그렇게 함으로써 독점금지법 및 공정거래위원회에 대한 국민적인 신뢰를 얻는 것에 연결되는 것을 확인하는 것이 바람직하다는 것이다.<sup>363)</sup>

### 제 3 절 양국법제의 시사점

#### 1. 독점금지법의 사적 집행의 현황

미국의 경우 독점금지 사적 소송의 수는 1960년대 이래로 독점금지법이 집행되는 주된 메카니즘을 이루고 있다고 평가되며, 미국전체의 독점

362) 東出編, 前掲書, 38~39頁.

363) 山田昭雄·外, 前掲座談會, 22면(根岸哲發言).

금지소송의 90퍼센트 정도는 사적 원고에 의하여 제기된다고 한다.<sup>364)</sup> 이에 반해서 일본의 경우 독점금지법에 의한 손해배상청구는 사인의 피해를 구제한다는 사법적 측면보다도, 위반행위를 억제하는 것에 의한 효율적인 법의 실현이라고 하는 공법적 측면이 강조되었고, 그 결과 이전의 일본 독점금지법 제25조에 의거한 소송의 이용도는 극히 낮고, 원고 승소판결은 전무와 마찬가지로였다고 한다.<sup>365)</sup> 미국의 경우는 사소의 남발이 우려될 정도로 독점금지법에 의한 사적 구제가 활발히 이용되고 있는 상황이고, 일본의 경우는 그 반대로 이 제도의 이용이 드물고 그에 의한 피해자구제가 성과를 거두지 못하고 있는 상황이어서, 우리의 경우와 유사한 것은 일본의 상황이다.

## 2. 사적 손해배상청구의 원고적격

미국의 경우, 독점금지손해배상청구의 원고적격을 제한하는 실정법 및 판례법상 원칙으로서, 피해가 독점금지법이 보호하는 범위내에서 발생한 "독점금지상 피해(antitrust injury)"<sup>366)</sup>이어야 한다는 법리, 시장의 경쟁에 대한 피해가 발생한 경우에도 그것으로 인하여 "직접" 또는 "포적영역" 내에 있는 자에게 발생한 피해이어야 한다는 법리, Illinois Brick판례법상 "직접매수자"에 한하여 독점적 과다청구에 대한 배상청구의 원고적격을 인정하는 법리 등이 개발·적용되고 있다.<sup>366)</sup> 소비자나 경쟁자는 독점금지 사적 손해배상청구의 원고로 선호되나 이들도 "직접매수자"가 아닌 경우에는 기존계약이 있는 경우 등 예외적인 경우에만 원고적격이

364) H. Hovenkamp, Federal Antitrust Policy, 1999, p.593.

365) 谷原修身, 前掲書, 248頁.

366) 주의할 것은 미국에서 이른바 원고적격으로 처리되는 것 중에는 재판청구권(standing to sue)의 유무의 문제와 우리 민사소송법상의 고유의 원고적격(real party in interest)의 유무의 문제를 포함하며, 후자라고 하더라도, 미국에서 특히 사적 독점금지손해배상청구의 원고적격 문제로 다루어지는 쟁점들 중에는 i) 전통적으로 우리 법상 원고적격의 쟁점에 해당하는 것뿐 아니라 ii) 우리나라에서는 청구의 인용요건으로 취급되는 쟁점, 예컨대 손해의 발생, 독점금지 위반과 손해간의 인과관계, 손해액의 산정 등의 쟁점을 포함한다는 점이다. 따라서 i)의 결여시는 미국이나 우리나라 원고적격이 없는 부적법한 소로써 각하될 것이나, ii)의 결여시 (예컨대, 손해액이 입증되지 않은 경우) 미국에서는 원고적격 결여를 이유로 하여 각하되나, 우리 법상으로는 청구기각된다.

인정된다. 종업원의 원고적격·파생적 피해를 입은 자·이른바 차선원고에 대해서는 원칙적으로 원고적격이 부정된다. 대체적으로 미국의 법원은 독점금지원고적격을 피해자에 대한 배상의 관점에서 분석한다고 볼 수 있다.

H. Hovenkamp는 사적 목적이 비효율적인 관행을 억제하고 효율적인 관행을 허용함으로써 사회적 부를 극대화하는 것이라고 보는 것을 전제로, 사적 독점금지집행의 시스템에 대한 최적 원고적격 범위에 관한 기준을 다음과 같이 제시한다.<sup>367)</sup>

- i) 독점금지 원고적격은 위반을 보다 정확하고 신속히 적발할 수 있고, 제소할 유인은 높고, 그들이 입는 피해는 위반의 반경쟁적 효과로부터 비롯되었을 개연성이 있는 이들에게 우선적으로 인정되어야 한다.
- ii) 집행권은 소송비용이 최소인 이들에게 우선적으로 인정되어야 한다.
- iii) 우리가 위의 기준 i)과 ii)에 적합한 원고가 아닌 다른 피해자를 지적할 수 있는 경우에는 원고적격을 부정하는 것이 가장 적절하다.

원고적격의 제한은 독점금지법의 집행이 그 목적의 최적 달성에 기여하는 선에서 행해져야 한다. 따라서 원고적격의 제한은 독점금지법의 목적을 무엇으로 보는가에 따라서 결정된다. 사적 손해배상청구제도의 목적적으로는 위반행위의 억제와 효율성, 피해자에 대한 충분한 구제, 소비자로부터 독점자로의 독점적 富의 이전을 극소화하는 것 등이 거론된다. 일반적으로 말해서, 너무 넓은 원고적격원칙은 사업자들이 효율적인, 한계적인 적법한 관행이지만, 그럼에도 제소될 수 있는 관행에 종사하는 것을 과다억제하게 된다.<sup>368)</sup> 그러나 그것은 피해자에 대한 배상이나 소비자로부터 독점적 부의 이전을 극소화한다는 것과 같은 다른 목적들과는 부합할 수 있다. 반대로 너무 좁은 원고적격원칙은 사업자들의 반경쟁적 관행을 과소억제하게 된다.

우리나라에서는 이행의 소인 손해배상청구의 원고적격은 실제로 이행 청구권자일 것을 요하지 않고, 자기에 손해배상청구권이 있음을 주장

367) H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, p. 594.

368) Kenneth G. Elzinga & William Breit, *Antitrust Penalty Reform: An Economic Analysis*, 1986.

하는 자가 가진다. 다른 분야의 실제법과 마찬가지로 공정거래법 위반에 의한 피해의 유형도 산업별·행위별로 다양할 뿐 아니라 사실관계의 특성에 따라 가변적이어서, 공정거래법상의 손해배상청구의 소의 원고적격을 규율하는 조항을 공정거래법에 설치하기는 어렵고, 형성되는 관례의 축적을 기대하는 수밖에 없을 것이다.<sup>369)</sup> 이 경우 법원의 원고적격 심사에 있어서 판단기준이 되는 것은 결국 전술한 대로 법원이 공정거래법의 사적 집행의 목적을 피해자구제와 위반억제 중 무엇으로 보고 그것에 얼마나 비중을 두는가에 달려 있을 것이다.

### 3. 손해의 발생 및 손해액산정의 증명

독점금지손해배상청구소송에 있어서, 원고의 구제에 가장 장애가 되고, 그 결과 일본과 우리나라에서처럼 경쟁법의 사적 구제의 활용을 막는 원인으로 작용하는 것은 손해의 발생 및 손해액의 산정에 관한 입증상 어려움이다. 이 문제에 관한 미국과 일본의 대응방식을 살펴보면 다음과 같다.

#### (1) 미국의 대응방식

미국 독점금지법에서는, 손해액 산정방식으로 크게 일실수익(lost profits)과 독점적 과다청구(monopoly overcharge)기준이 사용되며, 양자는 택일적인 것이 아니라 서로 보완적인 것으로서 이용되어 왔다. 오늘날에는, 가격인상사건에 있어서 손해액 산정방식으로는 "독점적 과다청구"기준을 이용하는 것이 일반화되고 있다. 과다청구방식에 의한 경우는, 그 과다청구액이 원고가 얻는 이익에 대하여 주는 진정한 효과를 증명하는 것까지는 요구되지 않는 것에 반하여, "일실수익"기준상으로는, 원고가 손해를 입은 기간내에 있어 실제로 얻어진 이익뿐 아니고, "만약 위반행위가 행해지지 않았다면 원고가 얻을 수 있었을 이익"에 관해서도 입증책임을 부담하게 되어, "과다청구"기준에 의하면 입증책임이 경감되기 때문이다.

또한 미국 클레이튼법 제4d조는 손해액의 산정에 관한 규정을 두고 있다. 동조는 "州國親訴訟에서 피고가 서면법에 위반한 가격책정을 행하였

369) 이와 같은 입장으로, 張勝和, 앞의 논문(금지청구와 손해배상청구), 76면.

다는 판결이 내려지는 경우, 손해액은 통계적(statistical)방법이나 견본 추출식(sampling)방법에 의하여, 혹은 위법한 과다청구(illegal overcharge)의 산출에 의하여, 혹은 기타 이에 상응하는 손해액에 대한 합리적 추정방법으로서 법원이 당해 소송을 제기한 자의 각각의 청구 혹은 그 자가 입은 손해액을 별도로 입증하는 것을 요구하지 않고 재량으로 인정할 수 있는 방법에 의하여, 그 총액이 입증 및 산정될 수 있다.”고 규정한다. 동조는 사적 원고에 의한 손해배상청구에는 적용되지 않는다.

연방의회가, 이 규정을 도입한 목적은, 상품의 제조업자들 사이에 카르텔이 형성되어, 그 결과로 부당하게 인상된 가격으로 당해 상품을 매수한 최종소비자인 주의 주민이 입은 손해액을 정확하게 증명하는 것이 곤란한 점과 국권소송이 갖는 공익성을 인정하여 특례를 인정하여, 원고의 손해액의 산정방식의 엄격성을 보다 완화한 것으로 볼 수 있다.

## (2) 일본의 대응방식

일본에서는 손해배상청구소송에 있어서 원고는, 가해행위 및 가해행위와 손해와의 인과관계와 같은 요건사실뿐만 아니라, 손해액에 대해서도 “확실성에 근접한 고도의 개연성”을 입증할 책임을 지나, 손해액을 정확하게 입증하는 것은 극히 어려운 작업이다. 따라서 독점금지법에 의한 손해배상청구에 있어 이와 같은 손해액산정의 어려움을 경감하기 위한 방안으로 독점금지법상 추정규정을 신설해야 하는가 여부에 관하여 논의하다가, 1991년에 설치된 「독점금지법위반행위에 관계된 손해액산정방법에 관한 연구회」에서는, 추정규정의 입법화를 검토하지 않고, 독점금지법위반행위와 손해와의 인과관계에 관한 기본적인 사고방식을 제시하였다.<sup>370)</sup> 또한, 1999년의 「독점금지법위반행위에 관계된 민사적 구제제도연구회」 보고서에서는, 1998년1월1일부터 민사소송법 제248조가 시행되는 것을 고려하여, 손해액에 관한 추정규정을 신설할 필요성이 희박하다고 하는 인식을 표명하였다.<sup>371)</sup> 민사소송법 제248조는 “손해가

370) 上同, 73~75頁.

371) 東出編, 前掲書, 68頁.

생긴 것이 인정된 경우에 있어, 손해의 성질상 그 액수를 입증하는 것이 극히 곤란할 때는, 법원은, 변론의 전취지 및 증거조사의 결과에 기초하여, 상당한 손해액을 인정할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

#### 4. 손해배상액의 가중

이것은 전술한 3의 손해액의 산정과 밀접한 관련이 있는 문제이나, 산정된 실손해액을 배상하도록 하는가 아니면 그것을 2배나 3배 가중하여 배상하도록 하는가 하는 특수한 문제이므로, 실손해액의 산정과 떼어내서 여기에서 설명하기로 한다.

미국 서면법 제7조에 처음 규정된 3배액 손해배상(treble damages) 규정의 연원은 1623년 영국의 독점조항(Statute of Monopolies)<sup>372)</sup>이라고 한다. 서면법을 발의한 서면상원의원은 이 법안이 커먼로의 전통적인 원리에 근거한 것임을 강조한 다음, “시민에 있어 중요한 것은, 합중국의 법원에서, 그들이 입은 손해액을 청구하고 회수하기 위한 어떠한 구제수단을 갖는 것이 당연하다는 것이다.”라고 말하면서 배액배상규정을 설치할 필요성을 주장하였다.<sup>373)</sup> 서민의원은 원래 2배액 배상을 제안하였으나, 몇 차례 수정된 후, 최종안은 대체로 위의 1623년 영국 독점조항을 모델로 하여 정해졌다.<sup>374)</sup>

이것은 나중에 클레이튼법으로 규정되었고, 현재 미국법에 특유한 입법 레이다. 3배액 손해배상은 바빌론의 “함무라비법전”으로 대표되는 징벌적 손해배상(punitive damage)법리를 성문화한 것이고, 대륙법제 국가에서도 고대 사회에는 시행되고 있었던 제도라고 한다.<sup>375)</sup> 그러나, 대륙법

372) 21 Jac. 1, C.3 (1623). 동조는 “독점의 피해를 입은 사람은 방해방법과 경우에 의하여 입은 피해의 3배를 배상받는다”고 규정하였다.

373) 21 Cong. Rec. 2456 (1890); Comment, *Damages: An Idea whose Time has come?*, 61 Tulane L. Rev. 781, 782~783 (1987).

374) H. Thorelli, *The Federal Antitrust Policy*, p.212 (1955); H. Hovenkamp, *Antitrust's Protected Classes*, 88 Mich. L. Rev. 1 (1989).

375) L. Vold는 커먼로에 있어서의 징벌적인 요소를 포함한 수배액배상에 관한 법규정의 구체적인 기원을 구약성서 사무엘하 제12장의 우화에서 구하고, 그것이 독점금지법의 3배액 손해배상규정의 근거를 이루고 있다고 주장한다. “한 성에 두 사람이 있는데, 하나는 부하고 하나는 가난하니, 그 부한 자는 양과 소가 심히 많으나, 가난

제 국가에서는, 법체계의 정비가 진행됨에 따라, 공·사법 및 민·형사법의 구분이 확립되는 것에 수반하여, 실손해 이상의 배상을 인정하는 사고 방식은 민사법영역에서는 소멸하게 되었는데, 반면 이 제도의 도입이 지연된 커먼로에 있어서는, 오히려 현대에도 여전히 기능하고 있는 것이다.

---

한 자는 아무것도 없고 자기가 사서 기르는 작은 양양 새끼 하나뿐이라 그 양양 새끼는 저와 저의 자식과 함께 있어 자라며 저의 먹는 것을 먹으며 저의 잔에서 마시며 저의 품에 누우므로 저에게는 딸처럼 되었거늘, 어떤 행인이 그 부자에게 오매 부자가 자기의 양과 소를 야껴 자기에게 온 행인을 위하여 잡지 아니하고 가난한 사담의 양 새끼를 빼앗아다가 자기에게 온 사람을 위하여 잡았나이다. 다윗이 그 사람을 크게 노하여 나단에게 이르되 여호와의 사심을 가리켜 명세하노니 이 일을 행한 사담은 마땅히 죽을 자라, 저가 불쌍히 여기지 않고 이 일을 행하였으니 그 양새끼를 4배나 갚아 주어야 하리라.”(사무연下 제12장 1절~6절). 가해자(부한 자)에게 4배액 손해 배상을 명하는 기초는 피해(양 새끼)의 피해자(가난한 자)에 대한 주관적 가치(저에게는 딸처럼 되었거늘)를 반영한 것이라고 한다. L. Vold, *Are Threefold Damages Under the Anti-Trust Act Penal or Compensatory?*, 28 Ky. L. J., 118~120 (1940); 谷原修身, 前掲書, 174~175頁.

우리나라 고대사에도, 여러 개의 城邑國家를 거느린 연맹왕국시대의 법률에 이러한 흔적이 보이는데, 夫餘의 4조의 법률 가운데는 절도에 대하여 12배액의 손해배상제도가 있었고, 百濟의 古爾王 29년(262)에는 관료로서 남의 재물을 받거나 훔친 자는 3배를 물게 하고(3배액의 徵出), 평생 벼슬할 수 없도록 하는 법령을 내렸다고 한다. 李基白, 『韓國史新論(改正版)』(일조각, 1981), 46~47면, 53면; 河炫綱, 『韓國의 歷史』(신구문화사, 1980), 41면.

## 제 4 장 공정거래법의 사적 집행제도의 개선방안

### 제 1 절 공정거래법상 손해배상청구제도의 개선

#### 1. 시정조치전치주의의 폐지

공정거래법에 의한 손해배상청구제도의 활용도를 증대하기 위하여는 공정거래위원회의 시정조치가 확정된 후에만 재판상 주장할 수 있도록 제한하는 제57조제1항의 시정조치전치주의를 폐지하여야 한다.<sup>376)</sup> 시정조치전치주의의 입법취지는 오직 남소방지에 있다고 보아야 한다는 것은 전술하였다. 공정거래위원회가 경고조치만을 하거나 시정조치에 대한 이의신청, 불복의 소 등에 의하여 시정조치가 장기간 확정되지 않고 있는 경우에 시정조치전치주의는 피해자의 소권행사를 과도하게 제한하게 된다. 따라서 그것의 폐지는 공정거래법에 의한 피해자의 사적 구제의 시간적 장애를 제거함으로써, 사적 구제를 활성화하게 될 것이다.

2003년 10월에 정부가 국회에 제출한 공정거래법 개정안에 의하면, 공정거래법위반행위로 인한 피해자의 손해배상청구권 행사시 공정거래위원회의 시정조치가 확정된 후에 비로소 사업자 또는 사업자단체의 무과실 책임을 주장할 수 있도록 하던 재판상의 주장제한 제도와 무과실책임제도를 폐지하는 것으로 하고 있다(안 제57조). 개정안은 종래의 공정거래법 제57조의 내용을 모두 삭제함으로써, 원고는 공정거래법 제56조에 의한 손해배상청구의 소를 언제나 제기할 수 있게 되는데, 수소법원이 가해자의 공정거래법위반여부를 본안의 선결문제로서 심리·결정할 수 있다고 본다면, 피해자에 의한 공정거래법의 사적 구제가 널리 활용될 것으로 예상된다. 이 경우 공정거래법위반여부에 관한 법원의 판단과 공정위의 판단이 불합치할 가능성이 있는데, 논자에 따라서는 이것을 문제시할 수도 있다. 그것은 사법서비스의 수혜자인 일반 국민에게 사법에

376) 시정조치전치주의의 폐지문으로는, 金永甲, 앞의 논문, 85면; 吳昌洙, 앞의 논문, 792면. 반면 이를 존치하고 법개정이나 해석에 의하여 피해자의 소권행사제한을 완화하는 방안을 강구하여야 한다는 입장으로는, 오진환, 앞의 논문, 620면 주5.



대한 신뢰의 상실 등 바람직하지 못한 결과를 가져올 수 있다. 그러나 이는 마치 동일사건에 관한 형사공판과 민사재판의 차이와 마찬가지로, 손해배상청구권이라는 민사법적 문제의 선결문제로서의 공정거래법위반에 관한 법원판단과 경쟁질서의 보호라는 공익적 목적의 공정거래법집행에 있어서의 범위반이라는 공법적 문제에 관한 공정거래위원회의 판단으로서 異次元的 쟁점이므로 양자의 판단이 다르더라도 적어도 법리상으로는 문제되지 않는 것이라고 본다.

시정조치전치주의의 입법취지를 소송경제에서 구하는 입장에서는, 손해배상청구의 수소법원이 소송경제를 기하기 위하여, 본안심리를 공정위의 처리가 있을 때까지 기다릴 필요가 있다고 볼 수도 있고<sup>377)</sup> 현실적으로 수소법원이 마찬가지로 이유에서 심리를 순연시킬 가능성도 있는데, 만일 그렇게 된다면 현행법하에서의 손해배상청구에 소요되는 시간을 개정법하에서도 전혀 단축하지 못하게 되는 결과가 되고 만다. 따라서 이러한 문제를 예방할 수 있도록 보완이 필요할 것이다.

## 2. 원고적격

어떤 범주의 손해를 입은 원고가 공정거래법에 의한 손해배상청구를 제소할 원고적격을 갖는가 하는 문제이다. 미국의 판례법리를 참고하여 우리의 경우의 일반론을 설명하자면 다음과 같다.

### (1) 직접피해 기준과 표적영역 기준

피고의 공정거래법 위반으로 인하여 간접적인 피해가 아닌 직접피해를 입은 자(직접피해 기준)만이 또는 공정거래법 위반에 의하여 "특정 산업의 경쟁적 조건의 미성취로 인하여 위협에 처한 경제의 영역"내에 있는 자(표적영역 기준)만이 공정거래법에 의한 손해배상청구의 원고적격을 가진다. 직접피해 기준에 의하면, 예컨대, 공정거래법 위반에 의하여 희생된 기업의 주주, 종업원, 프랜차이즈 가맹사업자, 토지임대인 및 주주 등은 간접피해자이므로 원칙적으로 원고적격이 부정된다. 그리고 표적영

377) 예컨대, 梁明朝, 앞의 책, 216면.

역 기준에 의하면, 예컨대, 피해기업의 노조와 그 조합원인 종업원은 위반의 표적영역밖에 있는 사람이므로 원칙적으로 원고적격이 부정된다.

직접피해 기준의 문제점은 직·간접의 판단기준의 모호성에 있으며, 이를 개선하기 위하여 주장된 표적영역기준도 원고적격을 피고의 주관적 의도를 기준으로 판단할지 객관적으로 피해가 “예견되는” 사람을 포함하는 것으로 볼 것인지 분명하지 않다는 단점이 있다. 따라서 사실관계에 따라서 원고적격을 제한하는 경계는 이들 기준을 벗어나서 가변적일 수 있다.

### (2) 경쟁상 피해

공정거래법상의 손해배상청구들 하기 위해서는 “공정거래법의 규정을 위반함으로써 피해를 입은 자”이어야 하는데, 그 피해는 경쟁상 피해이어야 한다고 본다. 따라서 원고는, 공정거래법이 위반되었고 그 위반에 의하여 원고가 피해를 입었다는 것만을 입증하면 되는 것이 아니고, 또한 그 피해가 “공정거래법이 금지하려고 하는 피해유형이고 그것이 피고의 행위를 위법하게 하는 결과를 가져오는 경쟁상 피해라는 것”을 증명하여야 한다. 즉 그러한 피해는 “그 위반행위의 반경쟁적 효과를 반영한” 피해로서 공정거래법 위반이 없어서 시장에서의 경쟁이 증가된다면 원고는 이익을 보게 되는 관계이어야 한다.

### (3) 단체소송과 공익소송제도의 도입필요성

손해배상제도의 실효성과 관련하여 공정거래법 위반으로 인한 소액피해를 입은 다수의 직접피해자를 대신하여, 일부 피해자나 소비자단체 또는 정부기관 등이 손해배상청구를 위하여 위반 사업자를 제소할 수 있도록 할 필요가 있다. 현행 민사소송법은 개별소송의 병합으로서의 공동소송제도(민사소송법 제65조 내지 제70조)나 선정당사자제도(동법 제53조)만을 인정하고 있으므로 그 한계를 메우기 위한 집단적 분쟁해결장치로서의 단체소송제도의 도입이 필요하다. 이와 관련하여 미국연방민사소송규칙(The Federal Rules of Civil Procedure) 제23조는 클래스액션(class

action)제도를 규정하고 있으며, 동조항에 의하여, 소액다수의 피해를 입은 자들을 위한 독점금지 손해배상청구소송이 제기되고 있다.

제23조(a)는, “만약 클래스를 구성하고 있는 자 전원이 범정에 출석하는 것이 적합하지 않을 정도로 다수라면, 그 클래스를 위해, 그 클래스에 대한 권리의 성격이 다음과 같은 경우에는 전원을 공정하게 대표할 수 있는 1인 혹은 수명의 자가, 클래스전원을 대신하여, 제소하거나, 용소한다”고 규정한다.

(1)그 클래스에 대한 권리의 성격이 공동적·공통적·후속적 권리인 경우, (2)개별적으로, 소송의 대상이 당해 소송에 포함된 특정한 재산권에 영향을 주는 청구에 관한 판단인 경우, (3)개별적인 권리 및 공통의 구제에 영향을 주는 법률·사실에 관한 공통의 문제가 있는 경우.

클래스액션제도는 위와 같은 요건이 구비된 경우에 개별적인 소송이 기대되기 어려운 소액다수의 대량불법행위 피해에 대한 절차법적 구제수단이자 위반행위의 억제를 위한 사적 집행방법으로서 마련된 것이다.

또한 우리가 참고할만한 미국법상 제도로서, 공익소송(public action) 제도가 있다. 이것은 州國親訴訟과 같이, 피해자인 사적 원고를 대신하여 정부가 법에 의한 손해배상청구의 소를 제기하고, 승소하면 배제를 신청하지 않은 대상피해자들에게 적당한 방법으로 배분하는 방안이다. 클레이튼법 제4e조<sup>378)</sup>에는 州國親訴訟에서 승소한 경우의 손해액배상의 배분에 관하여 “... 변상된 금전적 구제는, (1)지방법원이 그 재량에 의하여 인정한 방법으로 배분되거나, 또는 (2)법원에 의하여 過怠料(civil penalty)로 간주되며 일반수입으로서 州에 납부된다. 어떠한 경우에도 채택된 배분 절차는 금전적 구제의 적당한 비율을 보증하기 위하여 각인에게 정당한 기회를 제공하는 것을 조건으로 행하여진다.”고 규정하고 있다.

우리의 경우에, 이러한 문제의 해결책은 본래의 당사자인 직접피해자 중의 일부 피해자나 소비자단체 또는 정부기관 등이 제3자의 소송담당으로서 원고적격을 갖도록 허용하는 법규를 공정거래법이나 민사소송법에 창설하는 방안이 되겠으며, 그 경우에 본래의 원고의 범위확정, 손해액의 산정, 손해배상액의 분배 등의 까다로운 문제가 개입된다.

378) 15 U.S.C.A. §15e.

### 3. 과실책임으로의 선회와 입증책임 전환

위의 공정거래법개정안에 의하면, 공정거래법위반행위로 인한 피해자의 손해배상청구권 행사시 가해자의 무과실책임제도를 폐지하되, 손해배상의 책임이 있는 사업자 또는 사업자단체가 무과실의 입증책임을 지도록 하고 있다(안 제56조제1항단서). 이는 현행법의 무과실책임제도를 일반 손해배상법의 입증책임을 전환하여 피고가 무과실의 항변을 하도록 하는 제도로 개정하는 내용이다. 종래의 무과실책임제도가 사업자에게 지워 온 과도한 부담을 줄이면서도 공정거래법에 의한 손해배상청구서의 원고의 입증근거를 감안한 합리적 개선으로 생각된다.

### 4. 손해액산정의 증거방법의 확대

2003년 공정거래법개정안에 의하면, 손해발생에 따른 손해액의 입증에 관한 경우에는 변론의 전취지와 증거조사 결과에 기초하여 손해액을 인정할 수 있도록 하고 있다(안 제57조).<sup>379)</sup> 이는 손해의 실질상 손해발생에 따른 손해액의 입증이 곤란한 경우에는 변론의 전취지와 증거조사 결과에 기초하여 손해액을 인정할 수 있도록 하는 것으로서, 손해액 산정의 어려움을 구제할 수 있는 방안으로서는 유용할 것으로 생각되나, 입증이 곤란한 경우에 증거조사의 결과는 완전하게 구비되지 않았을 것이므로 결국 변론의 전취지를 손해액 산정에 있어서 보충적 또는 독립적 증거방법으로서 인정할 수 있도록 하는 것이므로, 매우 큰 재량을 법원에 부여하는 것이다. 이것은 1998년부터 집행된 일본의 신민사소송법 제248조와 거의 같은 내용으로서, 일본의 경우에는 모든 영역의 손해배상청구에 적용하는 것에 반해, 우리의 경우는 공정거래법에 의한 손해배상청구의 경우에 국한하여, 손해발생이 인정되지만 손해액의 산정이 어

379) 제57조(손해액의 인정) 이 법의 규정에 위반되는 행위로 인하여 손해가 발생하였다고 인정되는 경우로서 손해의 실질상 그 손해액을 입증하는 것이 매우 곤란한 때에는 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.

려운 경우에 적용하기 위한 것이다. 우리의 경우가 일본의 경우와 비교해서, 손해액산정에 관한 원고의 입증부담을 경감할 필요가 있는 특정한 영역에 대해 제한적으로 종래의 입증원칙을 변경하는 것으로서 도입에 의한 충격을 줄일 수 있을 것으로 판단된다.

### 5. 징벌적 배상제도의 도입

미국 클레이튼법상의 3배액손해배상(treble damages)제도는 현재 미국법에 특유한 제도로서, 전술한 바와 같이 대륙법계에서는 형사법으로부터 분리된 민사책임법분야에서는 사라진 것이나 영미법계에서는 늦게 도입된 후 커먼로 전통에 의하여 남은 것이다.

#### (1) 3배액 손해배상제도의 근거

사적 독점금지소송의 3배액 손해배상에 대한 이론적 근거로는 다음과 같은 억제적 효과측면이 거론된다. i) 가장 오래된 것은 독점금지 위반자가 자기의 범죄에 대하여 도덕적으로 제재를 받을 만하고, 단지 실손해액 배상으로는 제제가 충분하지 않으므로 3배액 손해배상이 필요하다는 것이다. ii) 일반예방에 기초한 주장으로, 모든 독점금지 위반이 적발되지 않으므로, 실손해액 배상만을 허용하는 원칙으로는 독점금지 위반을 수익성 있는 것으로 만들 것이므로, 억제를 위하여 3배액 손해배상이 필요하다는 것이다. 가장 선호되는 관점에서는, 실손해액 배상제도로는 너무 적은 억제만을 제공하고 너무 많은 독점금지 위반이 행해지고도 제소되지 않도록 할 것이므로 그에 대비하기 위한 제도로 3배액 손해배상의 성격을 이해하는 것이다. 마찬가지로, 3배보다 높은 가중승수를 채택한다면, 과다억제(over-deterrence)를 야기하고 위험을 꺼리는 피고로부터 빨리 화해를 바라는 사람들에 의하여 제소된 무가치한 소송들이 법정에서 도태될 것이다.<sup>380)</sup> 사적 3배액 손해배상은 독점금지법의 집행에 있어서 강력하고 발전적 요소로서, 1960년 이래 독점금지법의 집행에 있어서

380) R. Lande, Are Antitrust "Treble" Damages Really Single Damages?, 54 Ohio St. L.J. 115 (1993).

가장 팔목할 만한 발전은 사적 3배액 손해배상청구소송의 증가였다고 평가된다.<sup>381)</sup> 동제도는 손해액을 모두 입증하지 못한 피해자에게 효과적인 구제가 될 수 있을 뿐 아니라 이 제도의 강력한 유인에 힘입어 사인에 의한 독점금지법의 실현이 촉진되고 있다. 연방대법원은 배상과 억제의 양자가 사적 3배액 손해배상소송의 적법한 목적이라고 한 바 있다.<sup>382)</sup> 그러나 소송사건의 대다수에서, 법원은 손해배상액을 억제모델보다는 배상모델과 더 부합되는 방식으로 확인하고 산정한다.

## (2) 3배액 손해배상제도의 개혁론

한편 3배액 손해배상에 대해서는 이를 비판하고 개혁하자는 의견도 다음과 같이 대두되어 왔다.

i) 3배라는 수치는 위반자가 적발될 개연성이 어디에서나 33%에 가까운 운지를 결정하려는 노력없이 그동안 유지되어 오고 있으나, 독점금지 위반인 대부분의 배타적 관행은 은폐하기 어려워 적발될 개연성이 3분의 1보다 크다는 것은 분명하고, 그러한 사건들에서 3배액 손해배상규정은 단지 과도한 집행자원을 그러한 위반행위의 발견과 기소를 위한 시도에 투입시키고 법의 금지를 확대시킬 뿐이므로 그러한 사건들에서는 실손해액배상만이 이용될 수 있어야 한다는 비판이 있다.<sup>383)</sup>

또한 3배액 손해배상의 독점금지소송에서의 적용범위를 제한하자는 수정적 비판론도 있다. ii) 제1안<sup>384)</sup>은 당연 위법한 위반에 대해서는 3배

381) A.D. Neale, et al., *The Antitrust Laws Of The U.S.A.*, 3rd ed., 1980, p. 418.

382) *Pfizer, Inc. v. Government of India*, 434 U.S. 308, 314, 98 S.Ct. 584, 588, rehearing denied, 435 U.S. 910, 98 S.Ct. 1462 (1978); *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477, 485~486, 97 S.Ct. 690, 695~696 (1977). 다만, 연방대법원은 *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720, 746, 97 S.Ct. 2061, 2075, rehearing denied, 434 U.S. 881, 98 S.Ct. 243 (1977)에서는 3배액 손해배상액 중에서 본래의 실손해액을 넘는 3분의 2의 손해배상액은 "사적 범무장관"의 창설에 의하여 공적 집행을 보충하려고 고안되었다고 언급함으로써, 배상보다 억제를 선호하는 쪽에 약간 가깝다.

383) R.A. Posner, *Antitrust Law-An Economic Perspective*, 1976, pp.226~227.

384) 레이건행정부의 독점금지, 특허 및 공동연구·개발합작투자 등에 관한 입법안.

액 손해배상을, 합리성의 원칙이 적용되는 조리위법행위에 대해서는 단순 손해배상을 하도록 하는 내용이다. 이 법안은 원칙적으로 3배액 손해배상을 폐지하고 실손해액배상만을 인정하며 “그 성질이나 필수적 효과가 순전히 반경쟁적이어서 개별 사건에서 그것들이 초래하는 정확한 해악이나 그것을 사용하는 사업상 정당화사유 등에 관하여 상세한 조사가 필요 없이 불합리하고 따라서 위법하다고 간주되는 협정이나 관행”에 대해서만 예외를 인정하는 내용이었다. iii) 제2안<sup>385)</sup>은 일실수익에 대해서는 실손해액배상을, 독점적 과다청구에 대해서는 3배액 손해배상을 허용하는 내용이다.<sup>386)</sup> iv) 제3안은 독점금지 위반을 은밀한 위반과 “공연한(public)” 위반으로 구분하여, 가격고정, 악랄적 가격책정, 부적절한 특허권침해소송 및 기타의 배타적 관행 등의 “은밀한(quiet)” 독점금지 위반에 대해서는 가중하고, 공식문서상의 기업결합과 합작투자, 거래거절, 재판매 가격유지행위 및 기타의 수직적 제한 등의 공연한 독점금지 위반에 대해서는 실손해배상으로 하자는 제안이다.<sup>387)</sup> 이 주장은 위반의 은밀성을 손해배상가중의 근거로 보고, 반대로 위반의 공개성은 위반자의 주관적 의도가 자기가 독점금지법을 위반하고 있다고 인식하지 않고 있다는 것을 강력하게 추정할 수 있게 하고, 적발가능성을 높여서 손해액을 가중하지 않아도 억제된다고 보는 견해이다.<sup>388)</sup> 또한 이 방안에 의하면, 기업으로 하여금 효율적이지만 그 적법성여부가 논란이 될 활동을 공개하

44 Antitrust & Trade Regulation Report (BNA) 1272 (1983.6.30).  
 385) Antitrust Remedies Improvements Act of 1986, Trade Reg. Rptr. (CCH), Report 744 at 21~22 (1986.2.24).  
 386) H. Hovenkamp, *Trible Damages Reform*, 33 Antitrust Bull. 233 (1988), 대한의 여론조사에 관하여는, E.D. Cavanagh, *Detrebling Antitrust Damages: An Idea Whose Time Has Come?*, 61 Tul.L.Rev. 777 (1987).  
 387) H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, p.655.  
 388) 예컨대, franchise의 가맹사업자가 가맹계약자에게 프랜차이즈의 조건으로 자기로부터 장소를 임대받을 것을 요구하는 “끼워팔기협정(tying arrangement)”의 경우에, 일반대중은 그에 관하여 알기 어렵지만, 그러한 소송의 원고인 가맹계약자는 끼워팔기협정을 포함하는 계약의 당사자이므로, 가맹계약자가 그 위반의 비용을 부담하여야 하는 자이므로, 적발가능성은 높다. *Queen City Pizza, Inc. v. Domino's Pizza, Inc.*, 124 F.3d 430 (3d Cir. 1997), cert. denied, 523 U.S. 1059, 118 S.Ct. 1385, 140 L.Ed.2d 645 (1998).

도록 할 유인을 부여함으로써 그것의 감시가 가능하도록 한다는 장점도 거론된다.<sup>389)</sup>

생각건대, i 에 관해서는 실손해배상액제도로는 너무 적은 액제만을 제공하므로 그에 대비하기 위한 제도로써 3배액 손해배상제도가 필요하다는 논거를 들어 비판할 수 있다. 또한 3배라는 가중승수는 적발되지 않는 독점금지 위반만을 감안한 것이 아니라 적발된 위반에 대한 손해배상액이 실제보다 과소산정되는 것을 막기 위한 제도이자, 커다란 사회적 해악을 끼친 독점금지 위반자에 대한 징벌적 의미가 내포된 것으로 보아야 할 것이다. ii, iii 에 관해서는 당연 위법과 조리위법의 위반 사이의 구별이나 과다청구와 일실수익간의 구별은 그 경계가 분명하지 않다는 비판을 가할 수 있다.<sup>390)</sup> iv 의 기준은 독점금지 위반을 세분하여 상이한 손해배상 가중승수를 적용할 필요가 있다면, 위의 ii 내지 iv 중에서 가장 참고할 가치가 있는 재관적 기준으로 생각된다.

### (3) 공정거래법에의 도입 필요성

한편 우리나라에서는 공정거래법에 3배액 손해배상제도를 도입하는 문제에 관해서 i) 피해자에 대한 충분한 배상을 도모하고 범위반행위의 억제에 기여한다는 장점을 중시하여 도입여부를 긍정 검토하자는 입장<sup>391)</sup>과 ii) ①유독 공정거래법상의 손해배상제도에 대해서만 이를 도입하는 것은 우리 법체계가 취하고 있는 실손해배상주의와 상충되는 것이고, ②이 제도에 의한 미국에서의 사소의 남발로 인한 과다억제현상을 지적하면서 도입에 비판적인 입장<sup>392)</sup>으로 견해가 나뉘고 있다.

이와 관련해서는 다음과 같은 이유에서 도입공정론에 찬성한다. 첫째, 비판론의 ①의 논거에 대해서는 우리 손해배상법이 실손해배상원칙에 의

389) Ibid., at 656.

390) 예컨대 오늘날 끼워팔기형경, 수직적 제한사건 및 공동의 거래거절 등에 대하여 미국법원은 상황별로 합리성의 원칙과 당연 위법원칙을 선택적으로 적용하고 있다. 또한 과다청구와 일실수익은 하나의 위반에 대하여 모두 청구될 수도 있다.

391) 權五乘, "獨占規制法の 問題點과 改善方案", (劉基天博士古稀記念論文集), 1988, 1015면; 尹寶玉, "美國獨占禁止法에서의 三倍損害賠償制度", 損害賠償法の 諸問題(蘇軒黃迪仁教授華甲記念論文集), 1990, 547면.

392) 金永甲, 앞의 논문, 85~86면; 吳昌洙, 앞의 논문, 792~793면.



하는 것은 사실이며, 그 점에서 처음으로 공정거래법에 의한 손해배상에 있어서 3배액 손해배상제도를 도입하는 것은 현시점에서의 법체계의 정합성에 맞지 않는 측면이 있음을 부인할 수는 없다. 그러나 징벌적 손해배상제도는 공정거래법과 유사하게 소액대량불법행위의 발생가능성이 존재하는 환경법이나 제조물책임법 분야의 손해배상에 있어서도 앞으로 도입될 필요가 있고, 이들 분야가 손해배상법의 하나의 체계를 이루게 됨으로써 새로운 정합성을 형성하게 될 것으로 생각한다. 또한 우리 민법은 배상의무자의 고의 또는 중대한 과실에 의하지 않은 불법행위에 의한 손해의 경우에는, 그 배상으로 인하여 배상자의 생계에 중대한 영향을 미치게 될 것을 요건으로 배상액경감청구제도(민법 제765조제1항)<sup>393)</sup>를 두고 있다는 점을 거론하고 싶다. 이 형평법적 제도<sup>394)</sup>는 스위스채무법 제44조제2항의 입법례를 참조하여 신설된 것이다. 그 입법취지는 경제적으로 넉넉하지 못한 자가 결과실로 배상책임을 부담하게 되고, 그 배상액이 그의 능력을 초과하는 경우에, 피해자의 보호만을 생각하여 그 전액을 그대로 배상케 함으로써 가해자에게 그의 생활근거마저 잃게 하는 가혹한 결과가 된다면, 이는 오늘날에 있어서 불법행위제도가 사회에서 생기는 손해의 공평·타당한 부담·분배를 추구하려고 하는 데에 그 이

393) 민법 제765조의 배상액경감청구제도에 관해서는 i) "현행법에 있어서는 형법과 달리 고의와 과실의 효력을 구별하지 않는 데도 이 규정은 과실 중에서도 중과실과 경과실과의 효력을 구별함이 그 이치이다. 그리고 또 이것 역시 재산법의 救貧性을 입법화한 것으로서 進歩的 規定이다."라고 하는 긍정적 평가가 내려지기도 하고, 民法案意見書, (民事法研究會, 1957), 201면 (金基善教授執筆), ii) "배상의무자의 생계에 중대한 영향이 있어서 그를 보호할 필요가 있다면 법체계적으로 실효법이 아니라 강제집행법에서 처리하면 될 것"이라고 비판적으로 평가되기도 한다. 梁彰洙, 『民法研究』, 第5卷, (박영사, 1999), 249면; Karl Oftinger, Schweizerisches Hauptpflichtrecht, Bd. 1, 4. Aufl. (1975), §7 II C (S.273); Max Keller und Sonja Gabi, Haftpflichtrecht, 2. Aufl. (1988), S. 105; 梁彰洙, 앞의 책, 253면, 각주16·17. 그 밖에 손해배상청구소송의 주안인 손해배상의무의 존부나 내용의 판단과는 무관한 사정을 법원에게 심리하도록 하는 것은 소송의 진행을 불필요하게 번거롭게 할 위험이 있다는 점, 채무불이행의 경우에는 그렇지 않으면서 유독 불법행위로 인한 손해배상의무자에게만 경감청구가 인정되어야 하는 점 등이 입법론적 문제점으로 지적된다. 梁彰洙, 앞의 책, 250면.

394) 법원은 배상액경감청구에 관하여 "그 배상이 배상자의 생계에 미친 중대한 영향"과 "채권자 및 채무자의 경제상태와 손해의 원인" 등을 참작하여 배상액을 경감할 수 있다(민법 제765조제1항, 제2항).

상이 있다는 점에 비추어, 온당하지 않다는 데에 있다.<sup>395)</sup> 민법 제765조는 그 요건을 경과실불법행위에 한정함으로써 민사책임에서 고의·과실을 일률적으로 처리하는 원칙에 대한 예외를 이룬다. 이 규정이 활용된다면, 특히 사용자배상책임이 발생하는 경우 피용자의 손해배상의무를 경감하여 피해자가 사용자가 아닌 피용자에 대하여 손해배상을 청구하는 것을 억제하는 효과를 가져오게 될 것으로 예상된다.<sup>396)</sup> 제765조의 배상액경감청구의 하나의 요건인 “고의 또는 중대한 과실에 의하지 않은 불법행위”는 징벌적 배상의 요건이 되는 “악의적 불법행위”와 주관적 비난가능성의 유무를 기준으로 극명하게 대비된다. 요컨대 이처럼 우리 현행 법제상 예외적으로 악의적이지 않은 불법행위에 대해서 가해자에게 실손해가 아닌 경감한 배상액을 지급하도록 명할 수 있도록 되어 있으므로, 그 반대로 특정분야에서의 악의적인 불법행위에 대해서 가해자에게 실손해를 가증한 배상액의 지급을 명할 수 있는 제도를 도입한다고 해서 크게 정합성을 해친다고 볼 수 없다는 것이다. 둘째, 비판론의 ②에 대해서는 이 제도의 본취지가 원고에 대한 제소유인을 부여하는 것인 점에서 그러한 과열의 우려는 충분히 합리적인 지적이나, 우리나라의 경우 사소의 남용이 문제되는 것이 아니라 오히려 공정거래법상의 사적 구제제도가 거의 이용되지 않고 있는 현실에서 피해자의 구제와 위반행위의 억제를 위해서는 사적 구제의 활성화가 필요하며, 남소의 문제는 제소전수자제의 폭주는 막을 수 없더라도 합리적 범위에서 원고적격을 제한하는 학설상 법리의 개편과 수소법원의 원고적격심사에 의하여 장기적으로 해소되지 않겠는가 생각한다. 셋째, 공정거래법위반이 흔히 수반하는 소액 대량불법행위의 억제를 위해서는, 이론적으로 불법행위제도의 불완전집행으로 인한 불법행위의 과다생산의 문제를 해결할 수 있는 3배액 손해배상제도를 포함하는 징벌적 배상제도가 주요하다는 점을 강조하고 싶다. 특히 불법행위제도가 불완전하게 집행될 수 있다는 사실을 알면서 이 악점을 악용하는 악의적 불법행위자의 경우에는 이 징벌적 배상제도만이 유일한 實體私法的 구제책이 된다.<sup>397)</sup>

395) 郭潤直, 「新訂版 債權各論」(박영사, 1995), 838면.

396) 李銀榮, 「改訂版 債權各論」(박영사, 1992), 762~763면.

397) 朴世逸, 「改訂版 法經濟學」, (박영사, 2001), 313~314쪽에서는 형사법적 구

다음으로, 징벌적 배상제도를 우리 법에 도입하더라도, 그 가중승수를 3배액 손해배상(treble damages)이나 2배액 손해배상(double damages) 등으로 법에 고정하는 것보다는 任意的·징벌적 배상제도의 도입이 더 나은 것으로 생각한다. 미국의 클레이튼법 제4조는 입증된 실손해액의 3배액을 배상하도록 규정하고 있으나 이는 너무 경직적이고, 그보다는 가해자의 악의성·가해행위의 태양과 반경쟁적 효과 등의 사실관계를 고려하여 법원이 3배이내의 범위에서 가중할 수 있도록 하는 것이 바람직하다고 본다.<sup>398)</sup>

## 제 2 절 유지청구제도의 도입

### 1. 유지청구제도의 도입필요성

우리 공정거래법에도 누구든지 공정거래법 위반에 의하여 그 이익을 침해받거나, 또는 침해받을 우려가 있을 때에는, 그 이익을 침해하거나 침해할 우려가 있는 사업자에 대하여 그 침해의 유지를 청구할 수 있다는 유지명령제도가 도입되어야 한다. 그 비정형성, 가변성 및 손해배상청구제도에 비하여 보다 엄격하지 않은 청구요건 등으로 해서 효과적인 권리구제 수단으로 작용할 수 있을 것이다. 유지청구의 필요가 인정되는 한 누구라도 이 권리를 행사할 수 있도록 함으로써 원고적격에 제한을 두지 않는 것을 원칙으로 하여야 한다고 생각한다. 유지청구의 경우는 손해배상청구의 경우에 비하여 예방적 성격이므로 보다 폭넓게 허용범위를 인정하여야 한다고 보기 때문이다. 또한 이 제도의 남용을 방지하기 위해서는 법원의 판단에 의하여 필요시 담보제공의무를 부과하도록 법제화하면 된다고 본다.

### 2. 유지청구의 대상인 공정거래법위반행위의 범위

공정거래법상 유지청구제도를 도입하는 경우에, 그 대상행위의 범위에 관해서는 모든 공정거래법위반행위를 포함하는 방안과 그 중 일부에 그

---

제책과 대비하여 유일한 사법적 구제책임을 강조하고 있다.  
398) 이 경우에는 전술한 3배액 손해배상제도의 개혁문에서의 iv의 입장을 형량 결정에 참고할 수 있을 것으로 생각한다.

치도록 대상적격을 제한하는 방안이 있을 수 있다. 일반적으로는 유지청구권의 대상으로 되는 것은 독점금지법에 위반한 모든 행위유형으로 하는 것이 당연하다고 할 것이고, 미국 독점금지법은 물론, EU의 법제도 그러한 입장이다. 공정거래법에 유지청구제도를 신설하는 경우에도 그 대상에 제한을 두지 않는 것이 타당하다.

그런데 전술한 바와 같이 일본의 독점금지법은 2000년에 개정되어, 독점금지법에 기초한 유지청구소송에 관한 실제규정으로 제24조가 신설되었는데, 그 개정논의에 있어서 유지청구제도를 신설시 그 대상 위반행위유형을 무엇에서 찾을 것인가 하는 것이 쟁점이 되었다. 결국 일본 독점금지법 제24조에서는 사업자단체가 사업자에게 시키는 불공정한 거래방법(제8조제1항제5호) 및 사업자의 불공정한 거래방법(제19조)에 의하여 “그 이익을 침해받거나, 또는 침해받을 우려가 있는 자는, 이것에 의하여 현저한 손해가 발생할 우려가 있을 때는” 그 이익을 침해하던가 침해할 우려가 있는 사업자 또는 사업자 단체에 대하여 “그 침해의 정지 또는 예방을 청구할 수 있다”고 규정함으로써, 유지청구소송대상 행위유형을 “불공정한 거래방법”으로 한정하였다. 여기에서는 그렇게 한 것은 무슨 이유인가에 관하여 살펴본다.

일본 공정거래위원회연구회보고서는 사인에 의한 유지의 대상 위반행위를 규정하는 경우에, 유지청구제도를 “피해자의 구제에 유효적절한 것으로 만드는 관점”으로부터 i)구제수단으로서의 필요성, ii)구제수단으로서의 유효성, iii)독점금지법이 공정거래위원회를 설치한 취지와 정합성, iv)당사자 이외의 자에게 미치는 영향 등의 기준으로 검토해야 한다고 지적한 다음, 대표적인 독점금지법 위반행위유형을 대상으로 할 것인가 여부에 관하여 다음과 같이 제안하였다.<sup>399)</sup>

첫째로, “불공정한 거래방법”에 대하여, 이 행위유형은 i)유지에 의한 구제수단을 필요로 할 손해가 생길 가능성이 많고, ii)일반적으로 유지가 유효한 구제수단이 될 수 있다고 생각되고, iii)위반이 특정한 사인의 이익을 침해하는 경우가 많고, iv)거래당사자가 사실관계의 상세한 것에

399) 東出編, 前掲書, 43~45頁.

대하여 승낙하고 있는 경우가 많은 것 등을 고려하여, 이 불공정한 거래 방법을 사인의 유지청구의 대상으로 하는 것이 적당하다고 하였다. 또한, 유지의 대상인 불공정한 거래방법을 공정거래위원회에 의하여 지정되는 것으로 한정하지 않고, 경제사회의 변화에 대응하여 발생하는 새로운 형태의 행위에도 확대해야 한다고 하는 견해도 있을 수 있는데 이에 대해서는 현행의 지정제도의 취지를 존중하여 법적 안정성을 확보하기 위하여 채용해서는 안된다고 하는 입장을 표명하였다.

둘째는, “사적독점”, “부당한 거래제한” 및 “사업자단체의 금지행위”를 대상으로 할 것인지 여부에 관하여 두 가지의 견해가 있는 것을 지적하고, 입법시에 신중히 검토되는 것이 필요하다고 제언하고 있다. 즉 한편의 입장은 이러한 행위는 i)유지에 의한 구제를 필요로 할 손해가 발생할 수 있고, ii)특정한 사인의 이익을 침해하는 경우가 있을 수 있는 것 등을 고려하는 한, 유지의 대상으로 하는 것이 적당하다고 하는 입장이다. 그와 달리 이러한 행위는 “일정한 거래분야에 있어서 경쟁을 실질적으로 제한하는 것”을 요건으로 하는 것이고, 시장의 경쟁전체에 대한 중대한 침해로 되므로 불특정다수의 사인의 이익을 침해하는 경우가 많은 것으로, “공정하고 자유로운 경쟁질서”라고 하는 공익에 대한 침해를 배제한다고 하는 측면을 중시하여, 공정거래위원회에 맡기는 것이 좋다는 입장이 있다고 한다.

셋째, “부당한 거래제한”의 전형적인 행위유형인 “가격카르텔”을 예로 든다면, 이것에 대한 유효한 유지명령은 카르텔체결이전의 가격보다도 높은 가격으로 판매하는 것을 금지하는 것이겠지만, 이 같은 내용의 유지명령을 내리는 것은 피고의 사업활동을 과도하게 제약하는 것이 될지도 모른다고 하는 문제가 생기는 것을 지적하고 있다.

넷째, “기업결합규제”에 관하여는, 이 규제의 주된 의도가 경쟁적인 시장구조를 유지하는 것을 목적으로 한, 예방적인 것에서 찾을 수 있기 때문에, i)동범에 위반한 기업결합이 곧 사인에게 손해를 입히는 것은 아니며, ii)당해 피해를 구제하는 데에 필요한 범위에 있어 결합관계의 전부 또는 일부의 해소를 구하는 것은 곤란하며, iii)결합관계를 해소하기 위한 유지명령이 제3자와의 사이의 계약관계 등에 막대한 영향을 줄 수

있고, iv)경쟁적인 시장구조를 유지하기 위한 기업결합규제정책은 주로 공정거래위원회에 맡겨져 있고, 민사법적으로 위반억제효과를 강화할 필요성이 부족하다는 것 등을 근거로 하여, 이것을 사인에 의한 유지청구의 대상으로 하는 것은 적당하지 않다는 입장을 표명하고 있다.

그러나 공정거래위원회연구회보고서의 제언은 위와 같지만, 이 연구회의 논의에서는 실제로 이처럼 명확한 형태로 의견이 집약되지는 않았다는 반론도 있다. 대신 이 연구회에서 나온 의견의 방향은 i)독점금지법에 위반한 행위유형을 사익적 요소가 강한 것과 공익적인 요소가 강한 것으로 분류하고, 우선, 사익적 요소가 가장 강한 불공정한 거래방법을 유지청구권의 대상으로서 전면적으로 인정해야 한다. ii)공익적 요소가 강한 기업결합규제 위반행위에 관해서는, 의견이 대립되고 다수의견은 공정거래위원회의 판단에 맡기는 것으로서 사인에 의한 유지청구의 대상으로부터는 제외해야 한다는 것이었다. iii)중간적인 요소들 갖는 "사적 독점 및 부당한 거래제한"을 대상으로 할 것인지 여부에 관해서는, 입법화의 단계에서 최종적으로 판단되어야 한다고 하여, 이 연구회의 입장을 표명하지 않았다고 한다.<sup>400)</sup>

### 제 3 절 공정거래법의 사적 구제에 있어서 공정위의 역할

#### 1. 사적 집행과 공적 집행의 보완관계

공정거래법의 사적 구제를 활성화할 경우에 공적 집행제도에 가져올 수 있는 파급효과를 예상하고 바람직한 모습에 관하여 서술하기로 한다. 우선, 기본적으로 공정거래법의 사적 구제와 공적 집행간의 관계는 전자가 후자에 방해가 되게 해서는 아니되는 것이고, 전자가 사익구제라는 직접 목적을 달성하면서 간접적으로 후자를 보완하여 시장에 자유롭고 공정한 경쟁을 촉진한다는 공정거래법의 목적실현에 이바지하는 효과가 나타나는 것이 바람직할 것이다. 즉 기본적으로 공정거래법의 사적 집행과 공적 집

400) 山田昭雄·外, 前掲座談會, 14頁以下.

행은 상충관계가 아닌 보완관계로서 정립되어야 할 것이다. 그러나 사적 집행은 결과적으로 시장에 자유롭고 공정한 경쟁을 촉진한다는 공정거래법의 목적실현에 이바지할 수는 있어도 그것이 본래의 제도목적은 아니며, 그것은 피해자의 구제라는 본연의 목적을 갖는 사익보호차원의 제도임을 잊어서는 아니된다. 그러므로 사적 집행에 관한 법제의 마련이나 개선에 있어서는 일차적인 목적은 피해자의 구제이고, 그것에 의하여 결과적으로 가해자의 공정거래법위반이 억제되는 메카니즘이 되는 것이지 배상과 억제가 동시에 추구되는 목적은 아닌 것이다. 따라서 사적 집행제도의 있어야 할 모습은 일차적으로 피해자구제에 효율적인 것이어야 할 것이다. 그런 의미에서 우리는 공정거래법 위반에 의하여 피해를 입은 자에게는 배상의 기회가 주어져야 공평하며, 그것에 장애가 되는 요인이 있다면 제거하여야 한다는 결론을 내릴 수 있다.

## 2. 私訴에서의 공정거래위원회의 역할

전술한 것처럼, 원고는 사적 구제, 특히 손해배상청구에 있어서 손해발생의 원인이 된 사업자의 고의·과실에 의한 공정거래법 위반을 증명하여야 하는 문제에 직면하게 된다. 이와 관련하여, 손해배상청구소송에 공정거래위원회가 어떤 식으로든 역할을 하는 것이 필요할 것인가와 그것이 인정된다면 어떤 형식으로 참여하는 것이 제도적으로 좋겠는가 하는 점에 관해서 언급하기로 한다.

### (1) 법원의 공정위에 대한 기록송부요구권의 적용범위

공정거래법은 “제56조(손해배상책임)의 규정에 의한 손해배상청구의 소가 제기된 때에는 법원은 필요한 경우 공정거래위원회에 대하여 당해 사건의 기록의 송부를 요구할 수 있다.”고 규정하고 있다(법 제56조의2). 이러한 규정은 공정거래법에 의한 손해배상청구소송에 있어서 법원의 소송경제상 또는 피해자의 입증부담 경감을 위하여 공정거래위원회의 시정조치에 관한 기록을 필요시 법원이 참고할 수 있도록 하기 위한 제도이다.

이 규정을 공정거래법에 의거하지 않은 민법상의 손해배상청구의 소가 제기된 경우에도 준용할 필요성이 있겠는가. 경우를 나누어 살펴보면,

i) 공정거래위원회의 시정조치가 확정된 후라면, 전술한 공정거래법에 의거한 손해배상청구가 원고에게 더 유리하므로, 민법에 의한 손해배상 청구소송은 제기될 가능성이 많지 않다. ii) 그러나 시정조치가 확정되기 전에 권리를 구제받으려는 원고에 의하여, 민법에 의거한 민사소송이 제기되었는데, 소송계속 중에 시정조치가 확정되는 경우를 예상할 수 있다. 이러한 경우에는 법 제56조의2를 준용하도록 하는 규정을 신설하여, 공정거래위원회가 민사소송에 협력하도록 할 필요가 있다고 본다. 그것이 공정거래법위반행위에 의하여 피해를 입은 사인을 보호할 뿐 아니라 공정거래법의 사적 집행을 촉진하는 것이기 때문이다. 또한 이 경우에는 법원의 허가를 얻어 청구의 원인을 변경(민사소송법 제262조, 제263조)할 수 있을 것이다.<sup>401)</sup> 그리고 iii) 민법에 의거한 민사소송이 제기되었는데, 사실심변론종결시까지 공정거래법 위반행위에 대한 공정거래위원회의 시정조치가 확정되지 않은 경우에는, 공정거래법 제56조의2의 규정을 공정거래위원회의 시정조치가 확정된 것을 전제로 하는 것으로 해석하는 한 준용의 여지가 없다. 만일 이와 달리 해석한다면, 그 결과는 공정거래법의 사적 집행을 위하여 공적 집행기관인 공정거래위원회의 끝나지 않은 직무수행을 방해할 여지가 있고, 시정조치가 내려지지 않은 것이 공정거래위원회가 피고의 당해 행위에 대하여 공정거래법 위반성을 인정하지 않은 결과이든 다른 정책적 판단에 기한 것이든 간에, 권리구제기관인 법원이 경쟁질서의 유지·창달이라는 목적을 갖는 공적 집행기관인 공정거래위원회의 조사기록에 너무 의존함으로써, 전술한 대로 현재 공적 집행의 전담기관인 공정거래위원회의 단점을 법원의 개입으로 보완하여야 한다는 개선방안의 관점에서는 역행하는 효과를 가져오는 것으로서 바람직하지 않다고 본다.

또한 공정거래위원회의 시정조치가 이미 내려진 경우에도, 전술한 대로, 법원은 사인의 청구를 심리함에 있어서, 관련되는 공정거래위원회의 시정조치상의 판단이유나 결론에 의하여 원칙적으로 구속을 받지 않으

401) 다만 이는 관례의 입장인 구소송물이론에 따르는 결과이고, 신소송물이론에 따르면 공적방법의 변경에 불과하므로 청구의 변경이 아니다.



며, 다만 피해자 구제를 위한 입증책임 분배의 형평성 확보를 위하여, 공정거래위원회가 시정조치에서 인정한 공정거래법 위반행위의 존재에 대한 사실상 추정력은 인정된다.<sup>402)</sup>

만일 공정거래법에 유지청구제도가 도입된다면, 법 제56조의2의 기록송부요구권 규정을 유지청구소송이 제기된 경우에도 준용할 필요가 있겠는가. 요컨대 이 경우에는 동조의 준용은 바람직하지 않다고 본다.

일본 독점금지법은 유지청구제도를 도입하면서, 법원은 사인의 유지청구소송이 제기된 경우에, 그 내용을 공정거래위원회에 통지하도록 하고(동법 제83조의3제1항), 공정거래위원회에 대해서 당해 사건에 관한 이 법률의 적용 기타 필요한 사항에 관하여 의견을 구할 수 있도록 하며(동조제2항), 공정거래위원회는, 법원의 허가를 얻어 법원에 대하여, 당해 사건에 관한 이 법률의 적용 기타 필요한 사항에 관하여 의견을 진술할 수 있다고 규정하고 있다(동조제3항). 이 규정의 취지로는, i) 유지청구제도는 결과적으로 공익의 실현에도 이바지하므로, 공익의 실현을 목적으로 한 공정거래위원회가 관여하는 것이 적절하며, ii) 법원이 유지청구의 인용여부를 판단함에 있어서 위반행위가 경쟁에 미치는 영향 등에 관한 전문기관인 공정거래위원회의 의견을 참작하는 것이 소송경제적으로 유익하며, iii) 유지청구의 인용여부에 관하여, 법원간 혹은 법원과 공정거래위원회와의 사이에 의견의 불합치를 피하기 위해서 필요하다고 설명되고 있다. 그러나 i, ii, iii에 대해서는 앞에서 손해배상청구소송과 관련하여 언급한 것과 마찬가지로, 법원이 공적 집행기관인 공정거래위원회에 너무 의존하는 부작용을 낳을 수 있다고 지적하고 싶다. 환언하면, 이 제도는 유지청구제도의 운용에 있어서 마치 공정거래법 위반에 대한 형사적 제재에 관한 전속고발권제도와 같은 역할을 하여 유지청구제도의 활용을 막는 부작용을 가져오지는 않을지 우려되며, 그러한 결과를 막기 위한 제도 운용이 필요할 것이다.

402) 만일 공정거래위원회가 시정조치에서 일부 혐의만을 인정하고 일부 공정거래법 위반행위에 대해서는 그것이 행해지지 않았다고 판단한 경우에는 후자의 부분에 대한 사실상 추정은 인정되지 않는다고 보아야 할 것임은 물론이다.

## (2) 경쟁제한적 관행에 대한 투쟁기관으로서의 공정거래위원회

공정거래위원회는 공정거래법을 집행하여 자유롭고 공정한 경쟁을 촉진한다는 공정거래법의 목적을 실현하기 위한 중립적 공적 기관이다. 따라서 사적 집행이 예컨대, 원고인 사업자가 피고인 원료공급자의 독점적 과다청구에 의하여 입은 피해를 배상하려는 것이라면, 공정거래위원회는 어느 쪽에도 이해관계 없는 중립적인 입장에서, 그 때까지 공적 집행을 위하여 확보하고 있는 관련시장의 구조·성질, 위반행위의 내용·효과 등 전문적인 지식과 기술에 의한 분석을 포함한, 피고의 공정거래법위반여부의 판단에 필요한 정보·자료를 수소법원에 제공하면 되는 것이며 그것이 가장 바람직한 사소에서의 공정거래위원회의 역할이다. 사적 집행 자체를 위하여 새로이 조사를 하거나 감정을 하는 것은 필요하지 않으며 공적 집행기관인 공정거래위원회의 임무에 맞지 않는 것이다.

미국에서는 법무부 독점금지국이 사적 소송에 원고의 보조자(amicus curie)로서 참여하며, 때로는 피고측을 위해서 그렇게 하기도 한다.<sup>403)</sup> 그러나 후자의 관행에 대해서는 서면법 제4조가 규정한 독점금지국의 본연의 역할인 독점금지법위반을 “저지하고 제한한다(to prevent and restrain)”<sup>404)</sup>는 권한범위를 벗어난 것이 아닌가 하는 비판을 받고 있다.<sup>405)</sup> 앞서의 (1)의 iii에서, 손해배상청구를 위한 사소의 변론종결시까지도 공정거래위원회의 시정조치가 내려지지 않았다는 사실은, 오히려 그 때까지의 공정거래위원회의 조사기록이 사소의 피고 사업자의 적법성을 항변하기 위한 증거로 사용될 여지가 높다는 것을 말해주는 것일 수 있으며, 그렇다면 미국의 사소실무에 관한 비판론과 마찬가지로, 공정거래위원회의 임무는 사인간의 권리관계를 판단하는 것이 아니라, 공익을 위하여 경쟁제한적 관행과 투쟁하는 것이며, 경쟁제한적 행위로

403) Interview with William F. Baxter, Assistant Attorney General, Antitrust Division, 51 Antitrust L.J. 23 (1982).

404) 15 U.S.C.A. § 4.

405) H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy : The Law of Competition and its Practice*, 2d. ed., 1999, pp. 584~585.

피해를 당했다고 주장하여 손해배상을 구하는 원고에게 조력하는 것은 그 임무에 벗어나지 않지만, 반대로 피고 사업자를 위하여 조력하는 것은 그것에서 일탈하는 것이라고 하는 전제에서, 위와 같은 공정거래위원회의 조사기록은 수소법원의 선입견배제를 위하여 법원에 제출되어서는 아니되는 것으로서 오히려 법원의 요구에 의해서도 제출이 허용될 수 없도록 제도적으로 차단되어야 하지 않을까 생각한다.

다음으로 공정거래위원회의 형사적 제재에 있어서의 바람직한 역할과 관련하여 서술하기로 한다. 제2장에서 언급한 바와 같이, 현행 전속고발제는 공적 측면에서는 경쟁질서의 심각한 침해를 가져오는 중대한 공정거래법 위반에 대하여 필요한 형사처벌을 억제하는 기능을 하는 점과 사적 측면에서는 피해자의 고소, 고발을 막아서 기본권을 침해할 가능성 등을 감안하여 폐지하는 것이 필요하다. 중대한 공정거래법 위반이라고 공정거래위원회가 판단하는 경우에는 반드시 고발하도록 한 현행규정은 유지하여야 하며, 특정한 공정거래법 위반이 그에 해당하지는 않지만 형사처벌이 필요하다고 공정거래위원회가 판단하는 경우에는 공정거래위원회는 고발할 수 있으며, 검찰이 기소여부를 결정하게 될 것이다. 다만 과다기소에 의한 경쟁억제효과를 방지하기 위한 전속고발제의 순기능만은 살리기 위하여, 공정거래위원회가 검찰의 요청에 의하거나 직권으로, 검찰의 기소여부 판단에 도움이 될 수 있도록, 공정거래법 위반여부에 관한 의견을 제출할 수 있도록 하는 제도는 마련되어야 할 것이다. 이러한 형사적 제재제도는 공익을 위한 목적으로 행해지는 공적 집행인 점에서 공정거래위원회의 행정적 집행과 공통성을 갖는 것이므로, 공정거래위원회의 관여는 전술한 사적 구제제도 내지 사소에 관여하는 것과 같은 문제점은 개재되지 아니한다고 생각한다.

## 제5장 결론

종래 공정거래법의 집행임무는 공정거래위원회에 전적으로 맡겨져 왔으며, 동법은 행정적 절차와 형사적 절차에 의하여 실현되어 왔다. 이러한 공적 집행은 공익적인 차원에서 공정거래법을 실현하는 것을 목적으로 하는 것이다. 그 외에 사업자의 공정거래법위반에 의하여 피해를 입은 사인의 사익보호를 위한 공정거래법의 사적 집행 또는 민사적 절차에 의한 공정거래법의 실현이 일차적으로 피해자의 구제를 위하여 필요하다는 것을 지적할 수 있다.

이하에서는 공정거래법의 공적 집행과 사적 구제와 관련하여, 다음 몇 가지 입법론을 제안함으로써 결론에 갈음하고자 한다.

먼저 공정거래법의 공적 집행과 관련해서는 다음과 같은 개선방안을 제안하고 싶다.

첫째, 공정거래법의 행정처분에 의한 집행에 있어서 공정거래위원회전담주의는 현재 만족스럽게 구현되고 있지 않다고 지적되는 준사법적 성질을 보장하는 방향으로 절차적 개선을 가져오도록, 법원과 법무부 검찰의 관여와 협조가 더욱 필요할 것으로 본다.

둘째, 현재 공정거래법의 행정처분에 의한 집행은 인물적으로 공정거래위원회가 스스로 법 위반 사실을 조사·심리하여 행정처분을 내리고 그 피처분자가 법원에 불복을 다룰 수 있는 형태로 운용되고 있는데, 법위반시 내려지는 행정제재가 사업자와 당해 산업에 큰 파급효과를 미치는 유형의 공정거래법상의 실제적 제도는, 공정거래위원회가 운영하는 절차에서 경쟁법 위반혐의를 조사하여 그것이 인정되면 법원에 제소하여, 법원으로부터 위반여부와 위반인정시의 구제책에 대한 판단을 받는 형태로 운용하는 것도 고려할 필요가 있을 것으로 생각한다.

셋째, 공정거래법의 형사적 제재와 관련하여 검찰의 기소재량에 대한 통제제도로 기능하고 있는, 공정거래위원회의 전속고발제도는 폐지되어야 할 것이다. 다만 검찰이 공정거래법위반혐의에 대하여 기소여부를 판단하는 데 도움이 될 수 있도록, 공정거래위원회가 의견을 제출하거나 검찰이 공정거래위원회의 의견을 구하는 제도는 갖추어야 할 것이다.

넷째, 현행 공정거래법상의 형사처벌규정은 형벌의 적용대상을 반사회성이 강한 행위유형으로 한정하는 방향으로 축소조정할 필요성이 인정된다고 본다.

마지막으로, 공정거래법의 공적 집행제도 자체의 한계를 공정거래법의 사적 구제제도를 통하여 보완하는 방안이 강구되어야 한다. 즉 공정거래위원회의 행정자원의 집행력의 한계를, 배상과 억제를 목적으로 한 공정거래법의 사적 구제제도를 활성화함으로써 타개할 수 있는 것이며, 공정거래위원회와 법원에 의한 이원적인 사건처리에 의하여 공정거래법의 전체 입법목적도 현행보다 더 잘 성취될 수 있을 것이다.

공정거래법의 사적 구제제도와 관련해서는, 현행 공정거래법에 의한 손해배상제도는 피해자구제에 활발하게 사용되고 있지 못하며, 그 이유는 시정조치전치주의의 제약, 피해자들에게 동제도상의 가해자의 무과실 책임 등의 효용이 널리 인식되고 있지 않은 점, 무조건 소송을 기피하는 사회풍조 그리고 무엇보다도 소송제기의 유인이 적다는 점 등에서 찾을 수 있을 것이다. 따라서 이러한 사소제도의 활성화를 위해서는 다음과 같은 제언을 하고 싶다.

첫째, 시정조치전치주의의 폐지, 소송의 승패를 좌우할 손해 및 손해액 산정과 인과관계 등에 관한 입증책임의 전환 내지 경감 등의 개선이 효율적인 피해자구제를 위하여 필요하다.

둘째, 마찬가지로 손해배상제도와 관련하여 잠재적인 사적 원고에게 실질적인 제소유인을 부여하기 위한 가중손해배상제도를 사실관계에 관한 법원의 판단에 의하여 3배이내의 범위에서 가중할 수 있도록 하는 임의적·징벌적 배상제도의 형태로 도입할 것을 제안한다.

셋째, 공정거래법위반의 우려가 있는 경우에 그 피해우려자가 법원에 유지청구를 하는 제도를 도입하여 공정거래법의 사전적 사적 구제수단을 확대하는 것이 필요하다.

넷째, 공정거래법의 사적 구제는 동법의 공적 집행을 방해하지 않아야 하며, 공정거래위원회의 사적 구제절차에의 협력은 중립적인 입장에서 공적 집행에 지장을 주지 않는 범위에서 행해져야 할 것이다.

다음은 위에서 제안한 공정거래법의 집행제도에 관한 입법론의 일부들 조문화한 형태로 표현한 것이다.

현 행	개정안
<p>第71條(告發) ①第66條(罰則) 및 第67條(罰則)의 罪는 公正去來委員會의 告發이 있어야 公訴를 제기할 수 있다.</p> <p>②公正去來委員會는 第66條 및 第67條의 罪중 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 競爭秩序를 현저히 저해한다고 인정하는 경우에는 檢察總長에게 告發하여야 한다.</p> <p>③檢察總長은 第2項의 規定에 의한 告發要件에 해당하는 사실이 있음을 公正去來委員會에 通報하여 告發을 요청할 수 있다.</p> <p>④公正去來委員會는 公訴가 제기된 후에는 告發을 取消하지 못한다.</p>	<p>제71조(고발) ①공정거래위원회는 제66조(벌칙) 내지 제68조(벌칙)의 죄를 고발할 수 있다.</p> <p>②공정거래위원회는 제66조 및 제67조의 죄중 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우에는 검찰총장에게 고발하여야 한다.</p> <p>③검찰총장은 공정거래위원회에 대해서 당해 사건에 관한 이 법률의 적용 기타 필요한 사항에 관하여 의견을 구할 수 있다.</p> <p>④공정거래위원회는 검찰총장에게 당해 사건에 관한 이 법률의 적용 기타 필요한 사항에 관하여 의견을 진술할 수 있다.</p>
<p>第56條(損害賠償責任) ①事業者 또는 事業者團體는 이 法의 規定을 위반함으로써 被害를 입은 자가 있는 경우에는 당해 被害者에 대하여 損害賠償의 責任을 진다.</p> <p>②第1項의 規定에 의하여 損害賠償의 責任을 지는 事業者 또는 事業者團體는 그 被害者에 대하여 故意 또는 過失이 없음을 들어 그 責任을 免할 수 없다.</p>	<p>제56조(손해배상책임) ①사업자 또는 사업자단체는 이 법의 규정을 위반함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 당해 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다. 다만, 사업자 또는 사업자단체가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>②(삭제)</p>
<p>第56條의2(記錄의 송부등) 第56條(損害賠償責任)의 規定에 의한 損害賠償請求의 訴가 제기된 때에는 法院은 필요한 경우 公正去來委員會에 대하여 당해事件의 記錄(사진관계인, 참고인 또는 감정인에 대한 심문조서 및 속기록 기타 裁判上 證據가 되는 일체의 것을 포함한다)의 송부를 요구할 수 있다.</p>	<p>제56조의2(기록의 송부등) ①제56조(손해배상책임)의 규정에 의한 손해배상청구의 소가 제기된 때에는 법원은 필요한 경우 공정거래위원회에 대하여 시정조치를 명한 사건기록(사진관계인, 참고인 또는 감정인에 대한 심문조서 및 속기록 기타 재판상 증거가 되는 일체의 것을 포함한다)의 송부를 요구할 수 있다. 공정거래위원회는 정당한 이유가 없는 한 이에 응하여야 한다.</p>

현 행	개정안
	<p>②제1항의 규정은 민법 제750조(불법 행위의 내용)의 규정에 의한 손해배상청구의 소가 제기된 때에 준용한다.</p>
<p>第57條(損害賠償請求權의 裁判上の 主張制限등) ①第56條(損害賠償責任)의 規定에 의한 損害賠償請求權은 이 法의 規定에 의한 是正措置가  확정된 후가 아니면 이를 裁判上 主張할 수 없다. 다만, 이는 民法 第750條(不法行爲의 內容)의 規定에 의한 損害賠償請求의 訴를 제한하지 아니한다.</p> <p>②第1項 本文의 損害賠償請求權은 이를 행사할 수 있는 날부터 3年을 경과한 때에는 時效에 의하여 消滅된다.</p>	<p>제57조(손해액의 인정) ①법원은 제56조제1항본문의 사업자 또는 사업자단체에 대해서 입증된 손해액의 3배액을 넘지 않는 범위에서 그 피해자에게 배상하도록 명할 수 있다.</p> <p>②이 법의 규정에 위반되는 행위로 인하여 손해가 발생하였다고 인정되는 경우로서 손해의 성질상 그 손해액을 입증하는 것이 매우 곤란한 때에는 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.</p> <p>③제1항 본문의 손해배상청구권은 이를 행사할 수 있는 날부터 3년을 경과한 때에는 시효에 의하여 소멸된다.</p>
(신설)	<p>제57조의2(유지청구권) 누구든지 이 법 위반에 의하여 그 이익을 침해받거나, 또는 침해받을 우려가 있을 때에는, 그 이익을 침해하거나 침해할 우려가 있는 사업자에 대하여 그 침해를 유지할 것을 청구할 수 있다.</p>

## 참고문헌

[ 국내문헌 ]

### < 단행본 >

- 姜玟中, 「民事訴訟法(第5版)」, 박영사, 2002.
- 郭潤直, 「新訂版 債權各論」, 박영사, 1995.
- 權五乘, 「第4版 經濟法」, 법문사, 2002.
- 權五乘, 「公正去來法講義II」, 법문사, 2000.
- 權載烈, 「改訂版 經濟法」, 법원사, 2002.
- 金相容, 「不法行爲法」, 법문사, 1997.
- 金永秋·金淡謙, 「新 經濟法論」, 동국대학교출판부, 2003.
- 金英鎭, 「經濟法-獨占規制法」, 법문사, 1990.
- 金洪奎, 「第5版 民事訴訟法」, 삼영사, 2002.
- 朴吉俊, 「韓國獨占規制法」, 삼영사, 1983.
- 朴世逸, 「改訂版 法經濟學」, 박영사, 2001.
- 孫珠瓚, 「經濟法」, 법경출판사, 1994.
- 梁明朝, 「經濟法講義」, 신조사, 2003.
- 梁彰洙, 「民法研究 第5卷」, 박영사, 1999.
- 李基秀, 「第5版 經濟法」, 세상출판사, 2003.
- 李南基·李承祐, 「第3改訂版 經濟法」, 박영사, 2001.
- 李時潤, 「新民事訴訟法」, 박영사, 2003.
- 李銀榮, 「改訂版 債權各論」, 박영사, 1992.



<논문>

- 權珉容, “公正去來委員會의 告發制度에 對한 研究”, 저스티스 제34권 제1호, 2001, 184~218면.
- 권오승, “독일 경쟁법의 집행체제”, 경쟁법연구 제9권, 2003, 51~79면.
- 權五乘, “獨占規制法上 損害賠償責任 - 是正措置 前置의 意味를 中心으로”, 判例月報 第328號, 1998.1, 17~28면.
- 權五乘, “獨占規制法の 問題點과 改善方案”, (劉基天博士古稀記念論文集), 1988, 1000~1016면.
- 金永甲, “獨占規制法上 損害賠償責任”, 저스티스 제30권제4호, 1997.12., 66~86면.
- 金英鎭, “獨占規制法違反行爲와 損害賠償”, 損害賠償法の 諸問題(誠軒黃迪仁教授華甲記念論文集), 1990, 495~509면.
- 金正敏, “獨占規制法상 損害賠償에 관한 研究”, 서울대학교 대학원 석사학위논문, 1997.
- 김차동, “일본 경쟁법상의 공정거래법 위반행위에 관련된 민사적 구제제도”, 경쟁법연구 제9권, 2003, 81~107면.
- 김학의, “독점규제법 위반과 형사적 제재”, 「公正去來法講義II」(법문사, 2000), 635~662면.
- 朴炯濬, “독점규제법의 사적 집행에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 석사학위논문 2002.2.
- 徐正, “獨占規制法 執行에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 석사학위논문 1998.2.
- 申培植, “美國의 公正去來事犯에 對한 刑事法的 規制”, 저스티스 제33권 제2호, 2000, 141~170면.

- 신현운, “일본 독점금지법상의 위법행위유지청구권”, 제7권, 2001, 123~138면.
- 양창수, “독점규제법에서의 손해배상”, 공정경제 제37·38호, 1998, 9·10월호, 6~13, 14~21면.
- 吳振煥, “獨占規制및公正去來에관한法律에 있어서의 損害賠償請求”, 서울대학교 대학원 석사학위논문, 1987.2.
- 오진환, “독점규제법상 손해배상제도”, 「公正去來法講義II」, (법문사, 2000), 617~634면.
- 吳昌洙, “公正去來法上の 損害賠償制度의 活性化”, 기업과 법(度岩金教 昌辯護士 華甲記念論文集), 1997, 776~794면.
- 尹寶玉, “美國獨占禁止法에서의 三倍損害賠償制度”, 損害賠償法の 諸問題(誠軒黃迪仁教授華甲記念論文集), 1990, 511~547면.
- 윤세리, “미국 독점금지법상의 사소제도”, 경쟁법연구 제9권, 2003, 9~50면.
- 李箕鍾, “獨占規制法上の 損害賠償請求訴訟에 있어서 法院과 公正去來委員會의 役割”, 「企業構造의 再編과 商事法-晦明朴吉俊教授華甲記念論文集(II)」(도서출판 정문, 1998), 1198~1209면.
- 이기종, “미국독점금지법 집행의 최근 동향”, 공정경제 제97호 (2003.9).
- 이봉의, “EU경쟁법의 개혁논의와 시사점”, 공정경제 제97호 (2003.9).
- 이봉의, “공정거래법의 실효적 집행방안”, 한국경제법학회 국제학술심포지움 : 경쟁법 집행의 개선 (2003.4.25).
- 이정휴, “독점규제법상 전속고발제도 -헌법재판소 결정례를 중심으로-”, 「公正去來法講義II」(법문사, 2000), 663~686면.
- 張勝和, “獨占規制法上 損害賠償請求訴訟과 是正措置의 拘束力”, 判例月報 第247號, 1991, 9~24면.

참고문헌

- 張勝和, “독점금지법상 금지청구와 손해배상청구”, 인권과 정의 2001.7., 51~92면.
- 丁相朝, “獨占規制法에서의 民事的 制裁(1)·(2)”, 司法行政 第369·370號, 1991.9·10, 76~81·57~62면.
- 洪春義, “獨占規制法違反行爲와 損害賠償責任”, 企業法研究 第5輯, 2000, 99~124면.

[서양문헌]

<단행본>

- Alan D. Neale & D. G. Goyder, *The Antitrust Laws Of The U.S.A.*, 3rd ed., Cambridge University Press, 1980.
- C. Douglas Floyd & E. Thomas Sullivan, *Private Antitrust Actions: The Structure and Process of Civil Antitrust Litigation*, Little Brown and Company (1996).
- C. S. Kerse, E.C. Antitrust Procedure, 4th ed., London: Sweet & Maxwell (1998).
- Clifford A. Jones, *Private Enforcement of Antitrust Law in the Eu, Uk and USA*, Oxford University Press (October 1999).
- Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy : The Law of Competition and its Practice*, 2d. ed., St. Paul: West Group, 1999.
- Lawrence A. Sullivan & Warren S. Grimes, *The Law of Antitrust : An Integrated Handbook*, St. Paul : West Group, 2000.

Philip Areeda & Louis Kaplow, *Antitrust Analysis*, 5th ed., New York : Aspen Law & Business, 1997.

Richard A. Posner, *Antitrust Law-An Economic Perspective*, The University of Chicago Press, 1976.

Stanley N. Barnes & S. Chesterfield Oppenheim (Co-Chairmen), *The Report of the Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws*, 1955.

<논문>

Andrew I. Gavil, *Federal Judicial Power and the Challenges of Multijurisdictional Direct and Indirect Purchaser Antitrust Litigation*, 69 Geo. Wash. L. Rev. 860 (2001).

Barry J. Rodger, Angus MacCulloch, *Community Competition Law Enforcement Deregulation and Re-regulation: The Commission, National Authorities and Private Enforcement*, 4 Colum. J. Eur. L. 579 (1998).

Bruce H. Kobayashi, *An Economic Analysis of the Criminal Enforcement of the Antitrust Laws Against Corporations*, 69 Geo. Wash. L. Rev. 715 (2001).

C. Douglas Floyd, *Antitrust Victims Without Antitrust Remedies: The Narrowing of Standing in Private Antitrust Actions*, 82 Minn. L. Rev. 1 (1997).

Comment, *A Legal and Economic Analysis of the Cost-Plus Contract Exception in Hanover Shoe and Illinois Brick*, 47 U. Chi. L. Rev. 743 (1980).

- Comment, *Discharged Employees: Should They Ever Have Antitrust Standing Under Section 4 of the Clayton Act?*, 34 Hastings L.J. 839 (1983).
- Comment, *Unestablished Businesses and Treble Damage Recovery Under Section Four of the Clayton Act*, 49 U. Chi. L. Rev. 1076 (1982).
- D. Kent Meyers & Ira Horowitz, *Private Enforcement of the Antitrust Laws Works Occasionally: Board of Regents of the University of Oklahoma v. NCAA, a Case in Point*, 48 Okla. L. Rev. 669 (1995).
- David Gerber, *Implementing Competition Law in Asia : The Potential Value European and U.S. Experience*, 한국경제법학회 국제학술심포지움 : 경쟁법 집행의 개선 (2003. 4.25).
- Donald C. Klawiter, *After the Deluge: The Powerful Effect of Substantial Criminal Fines, Imprisonment, and Other Penalties in the Age of International Cartel Enforcement*, 69 Geo. Wash. L. Rev. 745 (2001).
- Edward A. Snyder & Thomas E. Kauper, *Misuse of the Antitrust Laws: The Competitor Plaintiff*, 90 Mich. L. Rev. 551 (1991).
- Harry First, *Delivering Remedies: The Role of the States in Antitrust Enforcement*, 69 Geo. Wash. L. Rev. 1004 (2001).
- Herbert Hovenkamp, *The Indirect-Purchaser Rule and Cost-Plus Sales*, 103 Harv. L. Rev. 1717 (1990).
- James E. Vallee, *Survey Article: Antitrust*, 32 Tex. Tech L. Rev. 599 (2001).

- Jennifer C. Jaff, *Goliath as Victim: Can the State Bring a Civil Action Under RICO?*, 3 Quinnipiac Health L.J. 5 (1999 / 2000).
- Jerome Musheno, *Case Note: Antitrust Law—Should Standing be an Issue for the Indirect Purchaser in a Vertical Conspiracy?—In re Brand Name Prescription Drugs Antitrust Litigation*, 123 F.3d 599 (7th Cir. 1997), 72 Temple L. Rev. 251 (1999).
- Joseph P. Bauer, *The Stealth Assault on Antitrust Enforcement: Raising the Barriers for Antitrust Injury and Standing*, 62 U. Pitt. L. Rev. 437 (2001).
- Masahiro Murakami, *Enforcement of the Japanese Anti-monopoly Act*, 한국경제법학회 국제학술심포지움 : 경쟁법 집행의 개선 (2003.4.25).
- Maxwell M. Blecher and James Robert Noblin, *The Confluence of Muddied Waters: Antitrust Consequential Damages and the Interplay of Proximate Cause*, *Antitrust Injury, Standing and Disaggregation*, 13 St. John's J.L. Comm. 145 (1998).
- Michael Peter Waxman, *Enforcing American Private Antitrust Decisions in Japan: Is Comity Real?*, 44 DePaul L. Rev. 1119 (1995).
- Michael Puleo, *Issues in the Third Circuit: Antitrust - Being a Player against a Monopoly - How Plaintiffs Can Pass Go and Collect \$ 200: The Third Circuit's Requirements for Consumer Standing under Sections 4 and 16 of the Clayton Act*, 46 Vill. L. Rev. 881 (2001).

- Michael S. Jacobs, *Indirect Purchasers, Antitrust Standing, and Antitrust Federalism*, 42 St. Louis L.J. 59 (1998).
- Note, *A Most Private Remedy : Foreign Party Suits and the U.S. Antitrust Laws*, 114 Harv. L. Rev. 2122 (2001).
- Note, *Standing at the Fringe: Antitrust Damages and the Fringe Producer*, 35 Stan. L. Rev. 763 (1983).
- Note, *Still Alive: Antitrust Injury Remains a Part of the Standing Inquiry under Sections 4 and 16 of the Clayton Act Despite Three Recent Appellate Court Decisions*, 75 Notre Dame L. Rev. 761 (1999).
- Notes & Comments: *"To Say the Greatest Matters in the Simplest Way" : a "First Economic Injury" Rule as a Restatement of Directness Standing Requirements in Federal Antitrust Law*, 75 Wash. L. Rev. 549 (2000).
- Robert Pitofsky, *Antitrust at the Turn of the Twenty-First Century: The Matter of Remedies*, 91 Geo. L.J. 169 (2002).
- Roger D. Blair & Amanda Kay Esquibel, *Yardstick Damages in Lost Profit Cases: An Econometric Approach*, 72 Denv. U.L. Rev. 113 (1994).
- Roger D. Blair & Jeffrey L. Harrison, *Reexamining the Role of Illinois Brick in Modern Antitrust Standing Analysis*, 68 Geo. Wash. L. Rev. 1 (1999).

- Roger D. Blair & W.H. Page, *"Speculative" Antitrust Damages*, 70 Wash. L. Rev. 423 (1995).
- Salil K. Mehra, *Deterrence: The Private Remedy and International Antitrust Cases*, 40 Colum. J. Transnat'l L. 275 (2002).
- Spencer Weber Waller, *Comparative Competition Law as a Form of Empiricism*, 23 Brooklyn J. Int'l L. 455 (1997).
- Spencer Weber Waller, *Prosecution by Regulation: The Changing Nature of Antitrust Enforcement*, 77 Or. L. Rev. 1383 (1998).
- Spencer Weber Waller, *The Incoherence of Punishment in Antitrust*, 78 Chi.-Kent. L. Rev. 207 (2003).
- Stephen Calkins, *An Enforcement Official's Reflections on Antitrust Class Actions*, 39 Ariz. L. Rev. 413 (1997).
- Stephen Sayer, *Public Enforcement or Private Enforcement*, 한국경쟁법학회 국제학술심포지움 : 경쟁법 집행의 개선 (2003. 4.25).
- Susan Beth Farmer, *More Lessons from the Laboratories: Cy Pres Distributions in Parens Patriae Antitrust Actions Brought by State Attorneys General*, 68 Fordham L. Rev. 361 (1999).
- Susan S. DeSanti & William E. Kovacic, *Matsushita: Its Construction and Application by the Lower Courts*, 59 Antitrust L.J. 609 (1991).
- Thomas E. Kauper, *Essay: The Report of the Attorney*



참고문헌

- General's National Committee to Study the Antitrust Laws: A Retrospective*, 100 Mich. L. Rev. 1867(2002).
- William H. Page & John E. Lopatka, *Antitrust Injury, Merger Policy, and the Competitor Plaintiff*, 82 Iowa L. Rev. 127 (1996).
- William H. Page, *Antitrust Damages and Economic Efficiency: An Approach to Antitrust Injury*, 47 U. Chi. L. Rev. 467 (1980).
- William H. Page, *Optimal Antitrust Penalties and Competitors' Injury*, 88 Mich. L. Rev. 2151 (1990).
- William H. Page, *The Limits of State Indirect Purchaser Suits: Class Certification in the Shadow of Illinois Brick*, 67 Antitrust L.J. 1 (1999).
- William W. Schwarzer, *Summary Judgment and Case Management*, 56 Antitrust L.J. 213 (1987).
- Xu Shiyong, *Report on the Legislation of Antimonopoly Law in China*, 한국경제법학회 국제학술심포지움 : 경쟁법 집행의 개선 (2003.4.25).

[일본문헌]

< 단행본 >

- 경제법학회編, 「獨占禁止法講座Ⅶ」商事法務研究會, 1989.
- 谷原修身, 「獨占禁止法と民事的救済制度」中央經濟社, 2002.
- 谷原修身, 「獨占禁止法と消費者訴訟」中央經濟社, 1983.
- 根岸哲・外, 「經濟法(第3版)」法律文化社, 2002.

- 松下滿雄, 「經濟法概說(第2版)」東京大學出判會, 1997.
- 實方謙二, 「獨占禁止法(第3版)」有斐閣, 1995.
- 伊從寬・矢部丈太郎編, 「獨占禁止法の理論と實際」青林書院, 1998.
- 正田彬, 「經濟法講義」日本評論社, 1999.
- 村上政博, 「獨占禁止法(第二版)」弘文堂, 1999.
- 厚谷襄見外編, 「條解獨占禁止法」弘文堂, 1997.
- 谷原修身, 「獨占禁止法と民事的救濟制度」, 中央經濟社, 2002.
- 今村成和外編, 「注解經濟法(上卷)」青林書院, 1985.
- 東出浩一編 「獨占禁止法違反行爲と民事的救濟制度」, 社團法人商事法務研究會, 2000.
- 東出浩一編, 「獨禁法違反と民事訴訟」, 社團法人商事法務研究會, 2001.
- 佐藤一雄・川井克俊・地頭所五男編, 「テキスト獨占禁止法(新訂二版)」, 青林書院, 2002.
- 厚谷襄見・外編, 「新現代經濟法入門」, 法律文化社, 2002.

〈논 문〉

- 岡田外司博, “獨禁法と民事救濟”, 法律時報 71卷11号.
- 高橋宏志・外, “座談會・差止めと執行停止の理論と實務”, 判例タイムズ 1062号.
- 谷原修身, “鶴岡燈油訴訟最高裁判決の問題點”, 公正取引 473号.
- 谷原修身, “鶴岡燈油損害賠償事件”, 判例評論 273号.
- 宮本保昭, “最高裁判決における事實認定過程の検討” 法律時報 62卷3号.
- 根岸哲, “獨禁法と差止請求制度”, 民商法雜誌 124卷4・5号.

- 根岸哲, “石油カルテル消費者損害賠償請求事件山形地裁判決”, ジュリスト 741号.
- 根岸哲・外, “座談會・獨占禁止法と民事法(上)”, 民商法雜誌 124卷4・5号.
- 根岸哲・外, “座談會・獨占禁止法と民事法(下)”, 民商法雜誌 125卷1号.
- 金子晃, “鶴岡燈油損害賠償事件最高裁判決おめぐる-事実上の推定力を中心に”, 公正取引 473号. □
- 今村成和, “石油カルテル・鶴岡燈油事件最高裁判決について” ジュリスト 952号.
- 來生新, “不當な去來制限と損害賠償請求訴訟-鶴岡燈油訴訟控訴審判決おめくる-考察”, 判例タイムズ 581号.
- 淡路剛久, “鶴岡燈油訴訟最高裁判決と損害賠償責任”, ジュリスト 953号.
- 藤岡康宏, “損害の分散と消費者により法の實現-鶴岡燈油裁判(控訴審判決)で問われているもの”, ジュリスト 842号.
- 藤原弘道, “損害及びその金額の證明-鶴岡燈油事件最高裁判決を機縁に”, 判例タイムズ 733号6頁.
- 藤原弘道, “損害及びその額の證明-鶴岡燈油事件最高裁判決を機縁に-” 判例タイムズ 733号4頁以下.
- 白石忠志, “獨禁法關係事件と損害額の算定”, 日本經濟法學會年報 第19号 129~132頁
- 白石忠志, “獨禁法と不競法問題の現状と課題” ジュリスト 1018号56~57頁.
- 山田昭雄・外, “座談會・民事的救濟制度の整備について”, 公正取引 597号.
- 實方謙二, “獨禁法違反に對する損害賠償請求と相當因果關係”, 公正取引 386号.

- 實方謙二, “鶴岡燈油事件控訴審判決の意義(上)・(下)” 公正取引 415号・416号,
- 實方謙二, “鶴岡燈油訴訟最高裁判決の検討”, 法律時報 62卷3号,
- 岸井大太郎, “獨占禁止法上の差止請求”, 判例タイムズ 1062号,
- 奥島孝康, “鶴岡燈油判決の問題性”, 判例タイムズ 443号,
- 正田彬, “鶴岡燈油裁判と最高裁”, 法律時報 62卷3号,
- 正田彬, “鶴岡燈油裁判控訴審判決おめぐる”, ジュリスト 849号,
- 座談會, “獨占禁止法違反行爲を請求原因とする損害賠償請求訴訟-鶴岡燈油事件最高裁判決を契機として-” 公正取引 473号,
- 舟田正之, “消費者による石油價格カルテルの損害賠償請求”, 別冊ジュリスト「昭和60年度重要判例解説」862号,
- 舟田正之, “消費者による石油價格カルテルの損害賠償請求”, 別冊ジュリスト「昭和60年度重要判例解説」862号223頁,
- 泉水文雄, “獨占禁止法と損害賠償”, 民商法雜誌 124卷 4・5号,
- 布村勇二, “民法709條に基づく消費者訴訟とその問題點”, 公正取引 368号,