



현안분석
2017-02

공정거래 법집행체계 개선방안 연구

- 부권소송과 한국형 디스커버리 제도 도입을 중심으로 -

김 윤 정



한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

공정거래 법집행체계 개선방안 연구

- 부권소송과 한국형 디스커버리 제도
도입을 중심으로 -

A Study on the Improvement of Law and Enforcement System
of the Korean Fair Trade Commission
- Focusing on the Introduction of Parens Patriae Action
and Korean Discovery System -

연구자 : 김윤정(부연구위원)

Kim, Yun-Jeong

2017. 12. 10.

요 약 문

I. 배경 및 목적

- 최근 경제민주화와 공정한 경제질서에 대한 국민들의 열망이 높아지면서 공정거래위원회의 역할에 대한 관심과 요구사항도 많아지고 있음
 - 그러나, 연간 약 4,000건씩 공정거래사건 신고건수가 매년 급증하고 있는 상황에서 공정거래위원회는 한정된 자원과 인력 때문에 신고사건을 모두 처리하지 못하는 문제가 발생하고 있음
- 거래상 지위남용행위가 있다 할지라도, 공정거래위원회가 이를 사건화하지 않는 경우에는 현행 공정거래 법집행체계로는 구제를 받을 수 없으며, 손해배상청구권과 같은 민사적 구제수단으로 사인이 직접 소송을 통해 피해구제를 받기는 쉽지 않음

II. 주요 내용

▶ 피해자 권리구제 관련 공정거래 법집행체계 현황과 개선의 필요성

- 국민들의 법의식의 증가로 거래상 지위남용행위에 관하여 공정거래위원회에 대한 신고건수가 매년 급증하고 있지만, 공정위의 한정된 인력과 자원으로는 모든 사건을 신속하게 처리하기란 거의 불가능함

- 사인이 직접 소송을 제기하여 손해배상청구권을 행사하는 방법도 있지만, 이 경우 손해의 발생사실과 당해 위반행위로 인한 손해액의 입증이 어렵다는 문제가 있음
 - 손해배상청구 소송에서 사인이 패소하거나 사업자의 책임이 가볍게 인정된 판결례가 많은 까닭에 소송결과에 대한 낮은 기대로 인하여 애초에 민사적 구제수단을 포기하는 경우가 속출하고 있음
- 이에 불공정거래행위의 근절과 피해자의 신속한 권리구제를 강화하기 위해 우리 공정거래법에 도입될 필요가 있는 것이 바로 미국의 ‘부권소송’과 우리 특허법에 2016년 도입된 ‘한국형 디스커버리 제도’임

▶ 공정거래 사건에 대한 부권소송 도입방안

- 부권소송의 의의
 - 부권소송(Parens Patriae Action)은 시민의 보건, 복지, 인권, 안전, 환경, 공정거래, 소비자보호 등 ‘준 국가적인(quasi-sovereign) 이익’과 관련된 사건에서 국가가 시민 전체를 대표하여 제기하는 소송을 말함
 - 부권소송은 피해자를 대신하여 국가가 손해배상청구 소를 제기하고, 승소하면 절차배제(opt-out)를 신청하지 않은 피해자들에게 배상액을 배분하거나 국고에 귀속시키는 방식으로 진행됨
- 미국의 반독점법상 부권소송
 - 미국에서는 부권소송을 보통법(Common Law)에 의해서 인정하므로, 법률의 근거가 없는 경우에도 주정부는 ‘준 국가적인 이익’이 있는 경우에는 전체 시민을 위하여 부권소송을 제기할 수 있지만, 엄격한 요건 하에서만 인정됨

- 미 의회는 반독점사건에서 3배의 손해배상이 활성화될 수 있도록 하기 위해, 1976년 클레이튼법(Clayton Act)을 개정하여 제4C조에 셔먼법 위반행위에 대한 부권소송의 근거규정을 신설하였음
 - 보통법상의 부권소송과는 달리, 클레이튼법상 부권소송은 주정부가 집단소송으로 제기할 수 있는 손해배상청구에 대해서도 부권소송을 제기할 수 있도록 하였음
- 우리나라에서 집단소송 외에 부권소송을 도입하는 경우에도 다수의 소비자 또는 피해자에게 손해가 발생하는 사건에 한정하여 부권소송을 도입할 필요가 있음
 - 미국에서 부권소송을 허가하기 위한 요건으로 요구되고 있는 ‘준국가적 이익’과 유사하게 ‘국가 전체의 경제질서에 미치는 영향’ 또는 ‘공익적 사유’를 이유로 하여서만 부권소송을 인정할 필요가 있음

▶ 공정거래 사건에 대한 한국형 디스커버리 제도 도입방안

- 한국형 디스커버리 제도의 의의
 - 2016년 6월 30일부터 시행된 개정 특허법 제132조에서는 해당 서류를 열람할 수 있는 사람을 제한함으로써 비밀유지에 만전을 기함과 동시에 정당한 사유 없이 법원 자료제출 명령에 응하지 않으면 원고의 주장이 그대로 인용될 수 있도록 하고 있음
 - 그리고 기업 영업비밀이라도 손해액 산정에 필요한 자료에 해당한다면 사실상 제출을 강제하고 있음

○ 해외의 디스커버리 제도

- 미국 연방민사소송규칙상 디스커버리 제도

- 미국의 디스커버리 제도는 연방민사소송규칙(the Federal Rules of Civil Procedure) Title V, Rule §§26-37에서 규정하고 있으며, 본안소송 전 별도로 마련된 독립된 증거개시 절차에서 관련 증거를 모두 공개하도록 하고 있음
- 특허소송에 국한되는 것이 아니라 모든 민사소송절차에 공통적으로 적용되는 제도로서, 증거나 정보에 대한 접근성 확보를 통해 증거 확보의 용이성과 공정성을 추구하고 있음

- 일본 특허법상 서류제출명령 제도

- 일본 특허법에서는 민사소송법에 대한 특칙으로서 법원에 의한 서류제출명령 제도를 규정하고 있으며, 상대방의 명령불응에 대한 제재수단으로 문서 기재에 관한 원고의 주장을 진실하다고 인정할 수 있음

- 독일 특허법상 정보 및 서류제공 제도

- 독일 특허법에서는 특허권자가 특허권 침해의 입증에 필요한 경우 특허침해자에 대하여 제품출처 및 판매경로와 금융 자료 및 각종 거래자료의 제출을 요구할 수 있으며, 특허침해자가 고의 또는 중과실로 정보를 완전하게 제공하지 않은 경우에는 침해받은 특허권자의 손해를 배상해야 함

○ 공정거래 사건에 대한 한국형 디스커버리 제도 도입방안

- 공정거래 사건의 경우에는 대부분의 증거를 사업자가 보유하고 있는 증거의 치우침으로 인하여 피해자가 손해의 존재 및 손해액 규모 등을 입증하기가 어려움
 - 이에 특허법 제132조와 유사한 한국형 디스커버리 제도를 도입함으로써 상대방 사업자로 하여금 손해의 입증에 필요한 자료를 제출하도록 할 필요성이 제기됨
- 공정거래 사건에 한국형 디스커버리 제도를 도입하는 경우 공정거래법, 하도급법, 가맹사업법, 대규모유통업법, 대리점법, 표시광고법, 제조물책임법 등 각 개별법에서 손해배상책임 조항과 함께 규정하거나 손해배상책임 규정 다음에 별도의 조문을 신설하여 삽입하는 방법을 생각해볼 수 있음

III. 기대효과

- 다수의 소비자 또는 피해자에게 손해가 발생하는 공정거래 사건에 부권소송 제도를 도입함으로써 사인의 권리구제에 도움을 줄 수 있음
 - 공정거래법과 하도급법, 가맹사업법, 대규모유통업법, 대리점법 등에 한국형 디스커버리 제도를 도입함으로써 사인의 손해배상청구 소송에 있어서 손해의 입증에 도움을 줄 수 있음
- ▶ 주제어 : 공정거래 사건, 사인의 권리구제, 손해배상청구 소송, 부권소송, 집단소송, 한국형 디스커버리 제도

Abstract

I. Background and Purpose

- In recent years, as the people's desire for economic democratization and fair economic order has increased, interest and demand for the role of the Fair Trade Commission has increased.
 - However, in a situation where the number of reported cases of fair trade events is rapidly increasing by about 4,000 cases per year, the Fair Trade Commission is experiencing a problem that it can not deal with all reported cases due to limited resources and manpower.
- Even if there is an unfairly taking advantage of one's position in trade, if the Fair Trade Commission does not account for it, it cannot be relieved by the current fair trade law enforcement system, it is not easy for a private person to receive relief through direct litigation by means of civil remedies such as the right to claim for damages.

II. Main contents

▶ Status Fair Trade Law Enforcement System and Necessity of Improvement

- Although the number of reports to the Fair Trade Commission has increased rapidly every year on the unfairly taking advantage of one's position in trade due to the increase in people's sense of law, with the Fair Trade Commission's limited manpower and resources, it is almost impossible to process all cases quickly.

- There is also a way for a person to file a direct claim for damages, but in this case, it is difficult to prove the damage caused by the violation and the occurrence of the damage.
 - Since there are many cases in which damages actions are neglected or the liability of the business is lightly accepted and due to the low expectations on the outcome of the litigation, there is a continuing case of abandoning civil relief in the first place.
- 'The Parens Patriae Action' in the United States and the 'Korean Discovery System' introduced in our patent law in 2016 are needed to be introduced into our Fair Trade Act in order to eradicate unfair trade practices and to provide quick relief for victims.

▶ Parens Patriae Action Introduction for Antitrust Case

- Significance of Parens Patriae Action
 - Parens Patriae Action is a lawsuit filed by the State on behalf of all citizens in cases involving "quasi-sovereign interests" such as civil health, welfare, human rights, safety, environment, fair trade, consumer protection.
 - In Parens Patriae Action, the State issues damages actions on behalf of the victim and if win the case, assigns compensation to the victims who have not applied for opt-out, or to the state treasury.

- Parens Patriae Action in the US Anti-Monopoly Act
 - In the United States, the Parens Patriae Action is recognized by the Common Law, so even if there is no legal basis, the State will raise a Parens Patriae Action for all citizens if there is a "quasi-sovereign interest". However, such Parens Patriae Action is only recognized under strict requirements.
 - In order to enable treble damages to be activated in antitrust cases, the US Congress amended the Clayton Act in 1976 to establish the basis for the Parens Patriae Action in violation of the Sherman Act in Article 4C.
 - Unlike the Parens Patriae Action under the normal law, the Parens Patriae Action under the Clayton Act allowed the State Government to file a Parens Patriae Action against a claim for damages that could be raised as a class action.
- In case of introducing the Parens Patriae Action in addition to the class action lawsuit in Korea, it is necessary to introduce Parens Patriae Action only in case of damage to many consumers or victims.
 - Parens Patriae Action needs to be acknowledged only on the basis of 'the effect on the economic order of the whole country' or 'public interest', similar to the 'sub-national interests' required as a requirement for permitting the Parens Patriae Action in the United States.

▶ Introduction of Korean Discovery System for Antitrust Case

○ Significance of Korean Discovery System

- Article 132 of the amended Patent Act, which came into effect on June 30, 2016, limits the number of persons who can view the documents to ensure the confidentiality at the same time, if it is not complied with the order to submit the court documents without justifiable reasons, the claims of the plaintiff can be quoted as it is.
- And even corporate secrets, if it corresponds to the data required for the calculation of the damage amount, it is obligatory to submit it in effect.

○ Overseas Discovery System

- Discovery System under the US Federal Rules of Civil Procedure
 - The US Discovery System is defined in the Federal Rules of Civil Procedure Title V, Rule §§ 26-37, a separate discovery process, separate from the main litigation, requires all relevant evidence to be disclosed.
 - It is not limited to a patent litigation, but is a common system applied to all civil proceedings, seeking ease of evidence acquisition and fairness by securing access to evidence or information.
- Documents submission order system under the Japanese Patent Act
 - The Japanese Patent Act stipulates a document submission order system as a special rule for the Civil Procedure Act, the plaintiff's claim regarding document writing can be regarded as true by the opponent's penalty for impermissibility.

- Information and documents provision system under the German Patent Act.
 - Under the German Patent Act, patent holders may request infringers to submit product sources, sales channels, financial data, and various transaction data if necessary to demonstrate infringement of patents. If a patent infringer does not provide information completely or intentionally, the patentee shall be liable for damages.
- Introduction of Korean Discovery System for Antitrust Case
 - In case of Antitrust Case, it is difficult for the victim to prove the existence of damage and the amount of damages due to the bias of the evidence possessed by the most of the evidence.
 - Accordingly, the introduction of the Korean Discovery system similar to Article 132 of the Patent Act necessitated the other party's business operator to submit the necessary data to prove the damage.
 - In the case of adopting a Korean discovery system in Antitrust Case, it is possible to think about the method of inserting a separate clause next to the liability for damages provisions or the clause of liability for damages in each individual law such as Monopoly Regulation and Fair Trade Act, Fair Transactions in Subcontracting Act, Fair Transactions in Franchise Business Act, Act on Fair Transactions in Large Franchise and Retail Business, Fair Agency Transactions Act, Act on Fair Labeling and Advertising, Product Liability Act, etc.

III. Expected benefits

- The introduction of the Parens Patriae Action system in the Antitrust Case where damage to many consumers or victims can be used to help private relief.
- The introduction of the Korean Discovery System on Monopoly Regulation and Fair Trade Act and Fair Transactions in Subcontracting Act, Fair Transactions in Franchise Business Act, Act on Fair Transactions in Large Franchise and Retail Business, Fair Agency Transactions Act etc. can help to prove damages in private damages actions.

▶ **Key Words : Antitrust Case, Private Relief, Damages Actions, Parens Patriae Action, Class Action, Korean Discovery System**

목차

공정거래 법집행체계 개선방안 연구
- 부권소송과 한국형 디스커버리 제도 도입을 중심으로 -

korea legislation research institute

요 약 문 3
Abstract 9

제1장 서론 / 17

제1절 연구의 목적 19
제2절 연구의 범위 20

제2장 피해자 권리구제 관련 공정거래 법집행체계 현황과 개선의 필요성/ 23

제1절 피해자 권리구제 관련 공정거래 법집행체계 현황 25
1. 공정거래 법집행체계에 의한 피해자 권리구제방법 25
2. 사인의 민사적 구제수단 26
제2절 피해자 권리구제 관련 공정거래 법집행체계의 한계와 개선 필요성 28
1. 현행 공정거래 법집행체계와 민사적 구제수단의 한계 28
2. 피해자의 효과적 권리구제를 위한 새로운 제도 도입의 필요성 31

제3장 공정거래 사건에 대한 부권소송 도입방안 / 35

제1절 부권소송의 의의 37
1. 부권소송의 개념 37
2. 집단소송과의 비교 38
제2절 부권소송의 배경과 반독점법상 부권소송 39
1. 부권소송의 배경 39
2. 보통법(common law)상 부권소송 40
3. 반독점법상 부권소송 42

목차

공정거래 법집행체계 개선방안 연구
- 부권소송과 한국형 디스커버리 제도 도입을 중심으로 -

korea legislation research institute

제3절 공정거래 사건에 대한 부권소송 도입방안	51
1. 도입범위	52
2. 도입방법	53

제4장

공정거래 사건에 대한 한국형 디스커버리 제도 도입방안 / 57

제1절 한국형 디스커버리 제도의 의의	59
1. 한국형 디스커버리 제도의 도입배경과 의의	59
2. 특허법상 디스커버리 제도의 주요내용	62
제2절 해외의 디스커버리 제도	65
1. 미국 연방민사소송규칙상 디스커버리 제도	65
2. 일본 특허법상 서류제출명령 제도	70
3. 독일 특허법상 정보 및 자료제출청구권 제도	72
제3절 공정거래 사건에 대한 한국형 디스커버리 제도 도입방안	74
1. 도입범위	75
2. 도입방법	75
참 고 문 헌	81

korea
legislation
research
institute

제 1 장 서 론

제 1 절 연구의 목적

제 2 절 연구의 범위

제1장 서론

제1절 연구의 목적

최근 경제민주화와 공정한 경제질서에 대한 국민들의 열망이 높아지면서 공정거래위원회 역할에 대한 관심과 요구사항도 많아지고 있다.

문재인 정부가 2017년 7월 19일 발표한 「100대 국정과제」에 따르면, 두 번째 전략으로 <활력이 넘치는 공정경제>를 내세우고 그 세부전략으로 ‘23. 공정한 시장질서 확립’과 ‘25. 공정거래 감시역량 및 소비자 피해구제 강화’를 제시하고 있는데, 이는 모두 공정거래위원회의 소관업무이다. 또한 국정기획자문위원회가 발표한 문재인 정부의 「국정운영 5개년 계획」에 따르면, ‘25. 공정거래 감시역량 및 소비자 피해구제 강화’를 위해 공정거래위원회에게 “균형 잡힌 공정거래 법집행시스템 구축”을 요구하고 있다.

이에 공정거래위원회는 2017년 8월 말부터 공정거래 법집행체계 개선 TF를 구성하여 2018년 1월까지 운영하도록 할 예정이며, 그 주요 논의대상 중 하나가 바로 <집단소송부권소송 도입방안>과 <피해자의 증거확보능력 강화방안>이다.

현행 공정거래법은 행정(시정명령·과징금), 민사(손해배상), 형사(징역·벌금)라는 3가지 규율수단으로 집행되고 있으며, 특히 행정적 수단을 중심으로 형사적 수단을 보완적으로 활용하고 있는 상황이다. 하지만, 연간 약 4,000건씩 공정거래사건 신고건수가 매년 급증하고 있는 상황에서 공정거래위원회는 한정된 자원과 인력 때문에 신고사건을 모두 처리하지 못하는 문제가 발생하고 있다. 이에 공정거래법상 거래상 지위남용행위 또는

하도급법·가맹사업법·대규모유통업법·대리점법 등의 적용을 받는 우월적 지위남용 행위가 있다 할지라도, 공정거래위원회가 이를 사건화하지 않는 경우에는 현행 공정거래 법집행체계로는 구제를 받을 수 없으며, 민사적 구제수단으로 사인이 직접 소송을 통해 피해구제를 받기란 쉽지 않은 상황이다.

이에 불공정거래행위의 근절과 피해자의 신속한 권리구제를 강화하기 위해 우리 공정 거래법에 도입될 필요가 논의되고 있는 것이 바로 미국의 ‘부권소송’과 우리 특허법에 2016년 도입된 ‘한국형 디스커버리 제도’이다. 미국은 이와 같은 징벌적 손해배상제도, 집단적 소송제도, 디스커버리 제도 등 민사제도를 기반으로 경쟁법 집행의 약 95%를 피해자 개인이 직접 보상받고 있으며, 부권소송을 통해 국가로부터 피해구제의 도움을 받고 있다.

따라서, 이 연구에서는 공정거래사건에서 사인이 직접 피해구제를 도모하는 경우 위법성 및 손해 입증의 어려움을 보완하고자, 공정거래사건에 국가가 대신 소송을 진행하는 공익소송인 ‘부권소송’과 정당한 사유 없이 법원 자료제출 명령에 응하지 않으면 상대방 주장이 맞다고 인정할 수 있도록 하는 ‘한국형 디스커버리 제도’의 도입을 모색하고 공정 거래법 및 관련 법률의 개정방안을 설계하고자 한다.

제2절 연구의 범위

본 연구는 크게 3개의 장으로 구성되어 있다. 먼저, 제2장에서 피해자 권리구제 관련 공정거래 법집행체계 현황과 개선의 필요성을 다루고, 그 해결책으로 제3장 공정거래 사건에 대한 부권소송 도입방안과, 제4장 공정거래 사건에 대한 한국형 디스커버리 제도 도입방안을 제시하고자 한다.

제2장 <피해자 권리구제 관련 공정거래 법집행체계 현황과 개선의 필요성>에서는 피해자의 권리구제 관련 공정거래 법집행체계 현황을 검토하고 특히 사인이 민사적 구제수단을 활용시 어떠한 어려움이 있는지 살펴보고자 한다. 이를 통해 피해자의 권리구제 관

런 현행 공정거래 법집행체계에는 어떠한 한계와 개선의 필요성이 있는지를 분석하고 피해자의 효과적 권리구제를 위한 새로운 제도로서 부권소송과 한국형 디스커버리 제도 도입의 필요성을 살펴보고자 한다.

제3장 <공정거래 사건에 대한 부권소송 도입방안>에서는 부권소송의 의의로서 부권소송의 개념과 집단소송과의 차이점을 비교한 뒤, 100여년 전부터 부권소송을 도입하고 있는 미국의 사례를 중심으로 부권소송의 연혁과 도입배경, 부권소송의 근거규정과 인정분야, 클레이트법상 부권소송의 순서로 살펴보고, 이를 참고로 하여 공정거래 사건에 대한 부권소송 도입방안을 제시하고자 한다.

제4장 <공정거래 사건에 대한 한국형 디스커버리 제도 도입방안>에서는 한국형 디스커버리 제도의 도입배경과 의의 및 특허법상 디스커버리 제도의 주요내용을 검토하고, 특허법상 디스커버리 제도의 모태가 된 미국의 디스커버리 제도를 살펴본 후, 이를 토대로 공정거래 사건에 대한 한국형 디스커버리 제도 도입방안을 제시하고자 한다.

제 2 장

피해자 권리구제 관련 공정거래 법집행체계 현황과 개선의 필요성

제 1 절 피해자 권리구제 관련 공정거래 법집행체계 현황
제 2 절 피해자 권리구제 관련 공정거래 법집행체계의 한계와
개선 필요성

제2장

피해자 권리구제 관련 공정거래 법집행체계 현황과 개선의 필요성

제1절 피해자 권리구제 관련 공정거래 법집행체계 현황

1. 공정거래 법집행체계에 의한 피해자 권리구제방법

현재 공정거래위원회가 소관하고 있는 법률들 중 공정거래 사건으로 분류되는 법률에는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 ‘공정거래법’이라 함), 「하도급거래 공정화에 관한 법률」(이하 ‘하도급법’이라 함), 「가맹사업거래 공정화에 관한 법률」(이하 ‘가맹사업법’이라 함), 「대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률」(이하 ‘대규모유통업법’이라 함), 「대리점거래 공정화에 관한 법률」(이하 ‘대리점법’이라 함) 등이 있다. 이러한 법률들의 집행체계는 공정거래위원회가 사건처리절차를 통하여 사실관계를 조사하고 법 위반사실 및 위법성을 입증한 후 그에 대해 시정조치 및 과징금을 부과하는 행정적 제재와 필요한 경우에는 검찰에 고발하여 공정거래법상 벌칙규정에 따른 형사적 제재라는 공적 집행체계 중심으로 구성되어 있다.

그러나, 신고인이 피해사실을 신고한 경우에도 공정거래위원회는 신고된 사건에 대해 반드시 시정조치 및 과징금을 부과해야 할 의무는 없으며, 「공정거래위원회 회의 운영 및 사건절차 등에 관한 규칙」¹⁾ 제47조(무혐의)에 따라 공정거래위원회는 신고된 사건이 공정거래 소관 법률의 위반행위로 인정되지 아니하거나 위반행위에 대한 증거가 없는 경우에는 무혐의를 의결할 수 있다.

1) 「공정거래위원회 회의 운영 및 사건절차 등에 관한 규칙」, 개정 2017. 4. 14. 공정거래위원회 고시 제2017 - 2호.

또한 공정거래위원회의 사건부담을 완화하고 신속하고 자율적인 사건해결을 위하여 대체적 분쟁해결 수단(ADR)으로 분쟁조정제도가 도입되어 운영 중에 있다. 공정거래법, 하도급법, 가맹사업법, 대규모유통업법, 대리점법 등 공정거래 사건에 대해서는 ‘공정거래조정원’에서 공정거래분쟁조정을 담당하고 있다. 조정이 성립되어 사업자가 이를 이행하면 공정거래법 제48조의8 제4항, 하도급법 제24조의4 제6항, 가맹사업법 제23조 제7항, 대규모유통업법 제27조 제4항, 대리점법 제21조 제4항에 따라 시정조치 면제 효과가 부여된다.

2. 사인의 민사적 구제수단

현행 공정거래 사건 법체계에서 인정되고 있는 사인의 권리구제수단은 공정거래법 등 위반사실로 인한 피해를 입증하여 민사상 손해배상을 받는 것이다. 공정거래법 제56조, 하도급법 제35조, 가맹사업법 제37조의2, 대규모유통업법 제38조 제4항, 대리점법 제34조에서는 ‘사업자의 손해배상’을 규정하고 사인이 이에 근거하여 손해배상을 청구할 수 있도록 하고 있다.

그리고 공정거래법²⁾과 하도급법, 가맹사업법, 대규모유통업법, 대리점법에서는 모두 고의 또는 과실의 입증책임을 사업자에게 전환하고 있으며, 특히 하도급법³⁾과 가맹사업법⁴⁾에서는 사업자의 3배 배상책임을 인정하고 있다.

2) 공정거래법 제56조(손해배상책임) ① 사업자 또는 사업자단체는 이 법의 규정을 위반함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 당해피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다. 다만, 사업자 또는 사업자단체가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.

3) 하도급법 제35조(손해배상 책임) ① 원사업자가 이 법의 규정을 위반함으로써 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해에 대하여 배상책임을 진다. 다만, 원사업자가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.

② 원사업자가 제4조, 제8조제1항, 제10조, 제11조제1항·제2항 및 제12조의3제3항을 위반함으로써 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상책임을 진다. 다만, 원사업자가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.

4) 가맹사업법 제37조의2(손해배상책임) ① 가맹본부는 이 법의 규정을 위반함으로써 가맹점사업자에게 손해를 입힌 경우에는 가맹점사업자에 대하여 손해배상의 책임을 진다. 다만, 가맹본부가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.

피해자는 공정거래법을 위반한 사업자 등을 상대로 공정거래법 제56조 이외에도 민법 제750조에 근거하여 손해배상청구를 할 수 있다.⁵⁾ 공정거래법 제56조상의 손해배상책임은 불법행위책임의 성질을 가진다⁶⁾는 점에 대해서는 이론이 없으며, 민법 제750조에 따른 불법행위책임이 성립하기 위해서는 고의 또는 과실, 위법성, 책임능력, 손해의 발생, 손해의 발생과 가해행위 사이의 인과관계의 요건을 충족하여야 하는데, 공정거래법 제56조에 의한 손해배상책임의 경우에도 이와 같은 성립요건을 충족하여야 한다.⁷⁾

② 제1항에도 불구하고 가맹본부가 제9조제1항, 제12조제1항제1호를 위반함으로써 가맹점사업자에게 손해를 입힌 경우에는 가맹점사업자에게 발생한 손해의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상책임을 진다. 다만, 가맹본부가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.

- 5) 과거에는 공정거래법 제56조에 의하여 손해배상청구를 하기 위해서는 구 공정거래법 제57조 제1항에 의하여 공정거래위원회의 시정조치가 확정되었어야만 했다. 따라서 공정거래위원회의 시정조치가 확정되기 전에 피해자가 손해배상청구를 하고자 하는 경우에는 민법 제750조를 근거로 할 수밖에 없었다. 그런데 2004년 시정조치 전치주의를 규정하고 있던 구 공정거래법 제57조 제1항이 폐지됨에 따라 공정거래위원회의 시정조치가 확정되지 않더라도 공정거래법 제56조에 의하여 손해배상청구를 할 수 있게 되었다. 이후로는 굳이 민법 제750조에 의하여 손해배상청구를 할 실익이 없어졌다. 이민호, 선정호, “공정거래법 위반행위와 손해의 인과관계 - 미국에서의 논의를 중심으로 -”, 『法曹(제665권)』, 2012, 39면.
- 6) 양창수, “독점규제법에서의 손해배상”, 『민법연구(제5권)』, 박영사, 1999, 220면.
- 7) 이민호, 선정호, 위의 논문, 39면.

제2절 피해자 권리구제 관련 공정거래 법집행체계의 한계와 개선 필요성

1. 현행 공정거래 법집행체계와 민사적 구제수단의 한계

(1) 현행 공정거래 법집행체계의 한계

가맹사업법, 대규모유통업법, 대리점법의 유통3법과 하도급법은 공정거래법상 거래상 지위남용행위의 특별법이라 불리고 있다. 국민들의 법의식의 증가로 소위 ‘갑질행위’에 관하여 공정거래위원회에 대한 신고건수가 매년 급증하고 있지만,⁸⁾ 공정거래위원회의 한정된 인력과 자원으로는 모든 사건을 신속하게 처리하기란 거의 불가능하다.

공정거래위원회 사건처리기간을 규정하고 있는 「공정거래위원회 회의 운영 및 사건절차 등에 관한 규칙」 제10조의4 제1항에 따르면, 심사관은 조사개시일로부터 6개월 이내에 당해 사건에 대하여 심사보고서를 작성하여 각 회의에 제출하거나 전결처리를 해야 하며, 시장지배적 지위 남용행위 및 부당한 지원행위 사건의 경우에는 9개월, 부당한 공동행위 사건의 경우에는 13개월 내에 처리하면 된다. 그리고 부득이한 사유로 인하여 처리기간의 연장이 필요한 경우에는 사무처장의 허가를 얻어 기간의 연장이 가능하다(제10조의4 제1항 단서).

2017년 국정감사 결과에 따르면, 공정거래위원회의 사건처리기간은 평균 172일로서, 시장지배적지위남용은 112일에서 507일로, 거래강제 행위는 132일에서 519일로 처리기

8) 2017년 8월 29일 부산 울산 경남지역을 관할하는 부산 공정거래사무소에 따르면, 2017년 6월 불공정 행위 사건은 18건이었으나 7월에는 47건이 접수돼 160%나 늘었고, 휴가철을 낀 8월에도 이날까지 45건이 접수됐다. 김상조 공정거래위원회 위원장은 지난 6월 14일 공식 취임했다. 특히 하도급 업체가 집중돼 있는 부산 울산 경남의 경우 조선평과 제조업 현장의 불공정 행위 신고가 최근 급증하고 있다. 부산공정거래사무소 관계자는 “김 위원장 취임 이후 사건 접수가 눈에 띄게 증가했다. 한정된 인력으로 인해 사건 처리에 어려움을 겪고 있다”고 말했다. (이병욱·민건태 기자, “김상조 효과, 공정위 울의 호소행렬”, 국제신문, 2017.8.29.

<http://www.kookje.co.kr/news2011/asp/newsbody.asp?code=0200&key=20170830.33001013050> 2017년 11월 20일 최종접속.)

간이 2016년에 비해 증가하였으며, 하도급법, 가맹사업법, 대규모유통업법의 처리기간 역시 증가하였다.9)

공정거래위원회 신고사건 처리건수 및 평균기간

<2012~2017년 8월 기준 법률별 신고사건 처리건수 및 평균 기간>

(단위: 건, 일)

위반유형	2012년		2013년		2014년		2015년		2016년		2017년		
	건수	기간	건수	기간	건수	기간	건수	기간	건수	기간	건수	기간	
정 거 래 법 규 정	시장지배적지위남용	8	201	13	347	16	214	14	310	9	112	8	507
	기업결합제한	0	0	0	0	0	0	2	102	0	0	0	0
	경제력집중억제	4	68	0	0	2	19	3	53	1	48	0	0
	부당공동행위	60	203	60	142	112	153	163	121	202	103	78	152
	사업자단체금지	129	137	114	149	111	162	129	212	82	199	39	174
	거래거절	48	100	40	93	71	126	83	124	45	138	55	101
	차별적취급	9	127	4	104	16	55	12	217	6	219	8	165
	경쟁사업자배제	12	79	3	45	7	139	11	148	7	56	1	133
	부당고객유인	533	93	275	67	108	177	57	244	33	169	25	165
	거래강제	17	197	14	141	31	232	38	180	10	132	4	519
	거래상지위남용	376	84	285	68	491	91	491	125	310	109	187	83
	구속조건부거래	24	96	8	209	10	150	15	270	10	405	6	71
	사업활동방해	31	121	25	122	34	139	46	200	27	207	29	53
	부당지원	8	297	11	182	10	304	19	430	17	463	4	160
재판매가격유지	8	177	6	194	7	393	6	314	3	546	6	458	
소 계	1267		858		1026		1091		762		450		
소 비 자 법 규 정	표시광고법	416	95	311	68	389	101	219	138	238	110	126	194
	약관법	126	272	191	361	256	285	255	298	102	253	22	201
	전자상거래법	151	73	119	77	335	70	81	104	52	85	58	131
	방문판매법	49	44	44	97	69	109	55	127	38	99	22	142
	할부거래	30	71	21	105	103	63	56	94	34	199	16	193
소 계	772		686		1152		666		464		244		
하 도 급 법	1584	59	1706	60	1680	69	1714	97	1372	100	886	108	

(제윤경 의원실 제공)

9) 김아름네 기자, “공정위, 사건 처리 기간 평균 172일”, 우먼컨슈머, 2017.10.19.
<http://www.womancs.co.kr/news/articleView.html?idxno=40623> 2017년 11월 20일 최종접속.

현재의 공정거래위원회 공적집행 중심의 집행체계 하에서 피해자는 신고 후 공정위의 조치를 기다릴 수밖에 없는 수동적 지위에 있어 피해구제에 한계가 발생하고 있다. 사건 처리기간이 장기화되더라도 다른 대안이 없는 실정이며, 공정위가 조사를 불개시하거나 조사 후 무혐의결정을 한 경우 실질적으로 법원에 다룰 수 있는 방법이 없다는 문제가 있다.

한편, 공정거래위원회의 사건처리 부담을 덜어주고자 2007년 12월에 신설된 공정거래조정원에서는 연간 약 1,000건의 사건에 대해 조정이 성립되어 공정거래위원회의 조사·처분을 거치지 않고 사건이 종결·처리되고 있고,¹⁰⁾ 2016년 3월에는 공정거래법 개정으로 조정성립시 재판상화해의 효력이 부여되고 조정신청시 시효가 중단되는 등 제도를 대폭 개선하였지만, 그럼에도 불구하고 현행 분쟁조정제도는 당사자의 신속한 피해구제에 여전히 미흡하다는 지적이 제기되고 있다. 조정제도의 특성상 당사자 일방이 조정안 수락을 거부하는 경우에는 조정이 성립하지 못하는 한계가 있으므로, 접수사건 중 조정 성립건수가 30~40% 수준에 불과한 상황이다.¹¹⁾ 또한, 공정거래법은 제48조의2 제1항 제1호에서 조정대상을 민사적 분쟁성격이 강한 제23조 제1항의 불공정거래행위로 한정¹²⁾하고 있다는 문제가 있다.

(2) 사인의 민사적 구제수단의 한계

현행 공정거래 법집행체계에서 인정되는 사인의 민사적 구제수단으로 손해배상청구권이 있고, 공정거래법, 하도급법, 가맹사업법, 대규모유통업법, 대리점법 등에서는 고의,

10) 공정거래조정원의 조정성립 건수: ('14) 984건 → ('15) 994건 → ('16) 914건.

11) 2016년도 분쟁조정 실적 : 전체 처리 2,239건 중 조정성립 914건, 40.8% (불성립 108건, 절차중지 1,217건)

12) 공정거래법 제48조의2(한국공정거래조정원의 설립 등) ① 다음 각 호의 업무를 수행하기 위하여 한국공정거래조정원을 설립한다.

1. 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항을 위반한 혐의가 있는 행위와 관련된 분쟁의 조정
2. 다른 법률에서 조정원으로 하여금 담당하게 하는 분쟁의 조정
3. 시장 또는 산업의 동향과 경쟁경쟁에 관한 조사 및 분석
4. 사업자의 거래 관행과 행태의 조사 및 분석
5. 그 밖에 공정거래위원회로부터 위탁받은 사업

과실의 입증책임을 사업자에게로 전환시킴으로써 민법 제750조의 불법행위에 기한 손해배상청구권보다 성립요건을 더욱 완화시켰음은 이미 살펴본 바와 같다. 그럼에도 불구하고 사인이 이와 같은 손해배상청구권을 행사함에 있어서는 손해의 발생사실과 당해 위반행위로 인한 손해액의 입증이 어려워 그 실효성이 약화되고 있다는 문제가 있다. 또한, 사인이 손해의 발생사실과 손해액의 규모를 입증하였다 할지라도, 추가적으로 법 위반행위와 손해발생 사이의 인과관계를 입증하지 못하는 경우에는 손해배상청구권의 요건을 충족하지 못한다. 이와 같은 이유로 손해배상청구소송에서 사인이 패소하거나 사업자의 책임이 가볍게 인정된 판결례가 많은 까닭에 소송결과에 대한 낮은 기대로 인하여 애초에 사인의 민사적 구제수단을 포기하는 경우가 속출하고 있다.

특히 소송비용과 관련한 문제가 소송제기에 있어서 중요한 장애요인으로 지적되고 있다. 담합 등으로 인하여 다수 소비자가 피해를 입은 사건의 경우 대부분 1인당 청구액이 많지 않기 때문에, 다수 피해자가 모이지 않는 한 변호사의 지원을 받아서 소송을 진행하기에 현실적으로 어려운 점이 있다. 또한, 개인이 소송을 제기하는 경우에도 피해자는 원고측 소송비용을 부담해야할 뿐만 아니라 패소시 피고인 사업자측 소송비용도 부담해야 하는 사실 때문에 처음부터 소송제기를 포기하는 경우가 많다.

2. 피해자의 효과적 권리구제를 위한 새로운 제도 도입의 필요성

현재 제20대 국회에는 피해자들이 공정위를 거치지 않고 직접 자신에 대한 침해행위를 중단시킬 수 있는 ‘사인의 금지청구제’를 도입하기 위한 공정거래법 개정안¹³⁾과, 실효성 있는 손해배상을 위해 공정거래 사건에 ‘집단소송제도’를 도입하기 위한 공정거래법 개

13) 이학영 의원 대표발의, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률(개정안)」, 2016.10.25; 박용진 의원 대표발의, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률(개정안)」, 2017.2.17; 박선숙 의원 대표발의, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률(개정안)」, 2017.6.8; 박찬대 의원 대표발의, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률(개정안)」, 2017.8.2; 박선숙 의원 대표발의, 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률(개정안)」, 2017.6.8.; 박선숙 의원 대표발의, 「하도급거래 공정화에 관한 법률(개정안)」, 2017.6.8; 박선숙 의원 대표발의, 「대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률(개정안)」, 2017.6.8.

정안¹⁴⁾이 계류 중이다. 그러나 이와 같은 수단이 도입된다 하여도, 증거확보와 입증의 어려움 때문에 사인이 민사적 구제수단을 행사하는 것이 쉽지 않은 것이 현실이다.

특히 공정거래 사건에 집단소송제도가 도입된다 하여도, 일반적으로 공정거래법상 손해배상청구소송의 경우 소제기 후 1심 판결에만 3~4년 이상의 장기간의 시간이 소요되고 있으므로,¹⁵⁾ 집단소송을 주도하는 대표자나 소비자단체 또는 변호사가 이와 같은 시간과 비용을 감당하기란 쉽지 않은 문제가 있다. 더욱이 만일 집단소송에서 패소하는 경우에는 집단소송을 주도한 대표자 등이 그 비용과 비난을 감당해야 하므로, 그 부담은 더욱 커지게 된다.

이러한 이유로 집단소송의 한계를 보완할 수 있는 새로운 제도의 도입을 모색할 필요가 있으며, 국가가 후견인의 자격에서 다수의 피해자를 위해 소송을 대신 진행해주는 부권소송을 그 대안으로 고려해볼 수 있다.

한편, 사인의 권리구제를 위한 손해배상청구 소송에서는 피해자와 사업자가 가진 정보의 불평등 정도가 매우 심각하고 피해자들은 그 입증자료에 대한 접근 자체가 어렵다는 문제가 있다.

공정거래법 제56조의2에는 “제56조(손해배상책임)의 규정에 의한 손해배상청구의 소가 제기된 때에는 법원은 필요한 경우 공정거래위원회에 대하여 당해사건의 기록(사건관계인, 참고인 또는 감정인에 대한 심문조서 및 속기록 기타 재판상 증거가 되는 일체의 것을 포함한다)의 송부를 요구할 수 있다”는 규정이 마련되어 있으나, 당사자가 공정위에 사건을 신고하지 않거나 공정거래위원회의 사건처리절차를 기다리지 않고 직접 법원에

14) 서영교 의원 대표발의, 「소비자의 권리 보호를 위한 집단소송법(안)」, 2016.6.1; 박영선 의원 대표발의, 「집단소송법(안)」, 2016.7.26; 박주민 의원 대표발의, 「소비자의 권리 보호를 위한 집단소송법(안)」, 2017.2.2.; 김경협 의원 대표발의, 「공정거래법 위반행위 손해배상사건 집단소송법(안)」, 2017.6.27; 전해철 의원 대표발의, 「공정거래 관련 집단소송법(안)」, 2017.8.1.

15) “공정거래법상 손해배상청구소송을 알아보다”, 대한변협신문, 2014.11.10.

<http://news.koreanbar.or.kr/news/articleView.html?idxno=11748> 2017년 11월 20일 최종접속.

소송을 제기하는 경우 공정거래위원회는 사건기록을 가지고 있지 않은 문제가 있다. 또한 공정거래위원회에서 사건이 진행되어 사건기록을 가지고 있는 경우에도 당해 기록의 내용에 당사자의 영업비밀이 담겨있다면 공정거래위원회의 ‘비밀준수 의무’¹⁶⁾¹⁷⁾¹⁸⁾ 때문에 공정거래위원회가 이러한 자료를 법원에 공개해도 되는지에 대해서는 논란이 있다.

그러므로, 소송과정에서 사업자가 피해자가 요구하는 자료를 정직하고 성실하게 제출하지 않는 한, 기업의 귀책사유나 의무위반사실, 손해발생의 정도, 손해와의 인과관계 등을 입증하는 것이 사실상 불가능한 경우가 다수이다. 이 때문에 피해자들에게 손해를 입힌 사업자가 자신들의 손해배상책임을 좌지우지하는 셈이 되고 있다. 그리고, 사업자의 손해배상책임이 인정되더라도 사업자가 부담하는 책임의 범위가 좁게 인정되는 경우가 대부분이므로, 실제의 배상액수는 손해의 정도보다 훨씬 낮은 것이 현실이다.

이와 같이 손해의 입증에 있어서 사업자와 피해자간 불평등한 증거확보의 상황을 극복하기 위해 2016년 특허법에 도입된 한국형 디스커버리 제도인 자료제출명령 제도를 공정거래 관련법에도 도입하는 것을 모색해볼 필요가 있다.

-
- 16) 공정거래법 제43조(심리·의결의 공개 및 합의의 비공개) ① 공정거래위원회의 심리와 의결은 공개한다. 다만, 사업자 또는 사업자단체의 사업상의 비밀을 보호할 필요가 있다고 인정할 때에는 그러하지 아니하다.
 ② 공정거래위원회의 심리는 구술심리를 원칙으로 하되, 필요한 경우 서면심리로 할 수 있다.
 ③ 공정거래위원회의 사건에 관한 의결의 합의는 공개하지 아니한다.
- 17) 공정거래법 제62조(비밀준수의 의무) 이 법에 의한 직무에 종사하거나 종사하였던 위원, 공무원 또는 협의회에서 분쟁조정업무를 담당하거나 담당하였던 자는 그 직무상 알게 된 사업자 또는 사업자단체의 비밀을 누설하거나 이 법의 시행을 위한 목적 외에 이를 이용하여서는 아니 된다.
- 18) 「공정거래위원회 회의운영 및 사건절차 등에 관한 규칙」 제40조의2(영업비밀 등의 보호를 위한 조치) ① 피심인, 참고인 또는 이해관계인(이하 동조에서 ‘피심인 등’이라 한다)이 심판정에서 자신의 사업상의 비밀이 포함된 사항에 대하여 발언하고자 하는 경우에는 회의 개최 5일 전까지 공개가 곤란한 사업상 비밀의 내용과 필요한 조치의 내용을 기재한 서면을 심판관리관에게 제출함으로써 주심위원 또는 소회의 의장에게 분리 심리 또는 다른 피심인 등의 일시 퇴장 기타 필요한 조치를 요청할 수 있다.
 ② 제1항의 사업상의 비밀이란 공개될 경우 피심인 등의 정당한 이익을 해할 우려가 있는 사업상 정보를 말하며 이는 생산방법, 판매방법, 거래처, 고객 명단, 원가, 외부에 공개되기 어려운 사업전략 등이 포함된다.
 ③ 제1항에 의한 피심인 등의 요청이 있는 경우 주심위원 혹은 소회의 의장은 심의 개최 1일 전까지 그 허용 여부를 피심인 등에게 통지하여야 한다.
 ④ 의결서 등에 제2항에 의하여 주심위원 혹은 소회의 의장이 사업상의 비밀로 인정한 사항이 있는 경우 등 필요한 경우에는 공정거래위원회의 결정으로 사업상의 비밀이 포함된 의결서를 공개하지 않거나 그 사업상의 비밀을 삭제하여 의결서를 공개할 수 있다.

제 3 장

공정거래 사건에 대한 부권소송 도입방안

제 1 절 부권소송의 의의

제 2 절 부권소송의 배경과 반독점법상 부권소송

제 3 절 공정거래 사건에 대한 부권소송 도입방안

제 3 장

공정거래 사건에 대한 부권소송 도입방안

제1절 부권소송의 의의

1. 부권소송의 개념

부권소송은 시민의 보건, 복지, 인권, 안전, 환경, 공정거래, 소비자보호 등 ‘준 국가적 인(quasi-sovereign) 이익’과 관련된 사건에서 국가가 시민 전체를 대표하여 제기하는 소송을 말한다.¹⁹⁾ 부권소송은 ‘파렌스 파트리에 소송(Parens Patriae Action)’²⁰⁾, ‘국가후견소송’²¹⁾ 또는 ‘주국친소송’²²⁾이라고도 불리고 있다. ‘Parens Patriae’란 국가의 아버지(parent of the nation)라는 의미이다.

부권소송은 피해자를 대신하여 국가가 손해배상청구의 소를 제기하고, 소송에서 승소하면 절차배제(opt-out)를 신청하지 않은 피해자들에게 배상액을 배분하거나 국고에 귀속시키는 방식으로 진행된다.²³⁾ 이것은 소비자피해구제를 위한 집단소송과는 달리, 손해배상청구권의 집단적 행사로서 사적 손해배상제도 성격보다는, 주정부가 피해자의 수권을

19) 김태호, 김정환, 『공익소송 제도의 현황과 개선방안』, 사법정책연구원, 2016, 100면.

20) 김태호, 김정환, 『공익소송 제도의 현황과 개선방안』, 사법정책연구원, 2016에서는 ‘파렌스 파트리에 소송(Parens Patriae Action)’이라고 부르고 있다.

21) 이문지, “미국의 반트러스트 국가후견소송(parens patriae action)”, 『경영법률(제10집)』, 1999에서는 ‘국가후견소송’이라고 부르고 있다.

22) 황진자, 『약관제도 운용을 통한 피해구제 활성화 방안 연구』, 공정거래위원회 연구용역보고서, 소비자보호원, 2006에서는 ‘부권소송’ 이외에 ‘주국친소송’이라고도 부르고 있다.

23) 황진자, 위의 연구용역보고서, 199면.

받지 않고 피해자를 대신하여 손해배상청구소송을 제기함으로써 위반사업자가 위반행위를 반복하지 않도록 하는 ‘공적제재의 성격’이 더욱 강한 제도라고 할 수 있다.²⁴⁾

2. 집단소송과의 비교

미국에서는 주정부도 시민 또는 소비자들을 대신하여 집단소송을 제기할 수 있다고 보는 것이 일반적이다.²⁵⁾ 그러나 집단소송은 손해의 입증이나 피해당사자에 대한 고지의 측면에서 어려움이 있으므로, 법률에 근거하여 주정부(state government)가 시민 전체를 위해 제기하는 부권소송의 경우 집단소송보다 손쉬운 요건을 인정하고 있다. 만일 부권소송에서 주정부가 실제손해를 증명하고 집단소송의 구성원인 소비자들 각각에게 통지할 것을 요건으로 하였다면 부권소송은 집단소송과 마찬가지로 실행가능성이 없게 되었을 것이다.²⁶⁾

부권소송은 ‘대표당사자 소송’이라고도 불리고 있는 집단소송(Class Action)과 다음과 같은 차이를 가지고 있다.

먼저, 부권소송과 집단소송은 그 기능이 유사하지만, 집단소송이 동일한 이해관계를 가진 다수인 가운데 1인 또는 수인이 대표자로서 원고가 되어 집단구성원 개개의 전원을 위해 제소하는 것인데 반해, 부권소송은 정부가 원고가 되어 법 위반행위로 인해 피해를 입은 자들을 위해 전체로서의 피해를 구제하고자 소송을 제기하는 제도이다.²⁷⁾ 따라서, 집단소송의 경우 집단을 대표하는 당사자와 집단 내 다른 구성원들의 이익을 일치시키기 어려운 문제가 있다.²⁸⁾ 이에 비해 부권소송은 국가가 개개 소비자 이익의 관점보다는 관

24) 황진자, 위의 연구용역보고서, 199면.

25) Hawaii v. Standard Oil Co. of California, 405 US 251, 257 (1972); State Teachers Retirement Bd. v. Fluor Corp., 73 F.R.D. 569, 572 (S.D.N.Y. 1976).

26) 이규호, “공정거래법분야에 있어 미국의 부권소송(Parens Patriae Action)에 대한 연구”, 『법학연구(제15권 1호)』, 연세대학교 법학연구원, 2005, 169면.

27) 이문지, 위의 논문, 273면.

28) 위의 논문, 273면.

련성이 있는 피해자 또는 소비자 전체의 이익이라는 통일적이고 공익적인 관점에서 소송을 제기하는 것이다.

다음으로, 집단소송의 경우, 소액의 피해를 입은 자가 광범위하게 분산된 사건(ex. 담합)에서는 실제 개별소비자에게 분배될 배상금보다 투입되는 소송비용이 더욱 커서 소비자가 소송을 제기할 유인이 없고, ① 관련 당사자에 대한 적법한 통지방법과 비용, ② 손해입증, ③ 손해배상액 분배 등에서 어려움이 있다. 이에 비해 부권소송은 ① 국가의 공고에 의한 고지의 같음, ② 손해입증에서의 특칙, ③ 국가의 배상금 관리라는 측면에서 더욱 유리하다.

마지막으로, 집단소송의 경우 장기간 소요되는 소송기간과 막대한 소송비용을 우선적으로 부담해줄 대표자 또는 변호사를 찾기가 어렵다는 문제가 있다. 이에 비해 부권소송은 국가가 일단 소송비용을 부담한 후 승소 후 비용을 충당한다는 점에서 장점이 있다.

제2절 부권소송의 배경과 반독점법상 부권소송

1. 부권소송의 배경

부권소송은 국왕이 왕의 특권(royal prerogative)에 기초하여 후견인(guardian)의 자격에서 권리 및 의무를 갖는 영국 헌법제도에서 유래하였다.²⁹⁾ 영국에서 국왕은 ‘국가의 아버지’라는 지위에서 스스로 보호할 수 없는 자인 미성년자와 무능력자를 보호하고 대리하는 책임을 부담하였으며,³⁰⁾ 이러한 관념에 기초하여 미국에서는 부권소송을 보통법(common law)으로 도입하였다.³¹⁾ 즉, 미국이 영국으로부터 독립한 이후에도 이러한 법리는 그대로 미국에 남아 국왕 대신 국가가 그러한 역할을 수행하게 되었으며, 영국과 달리

29) 이문지, 위의 논문, 273면.

30) 김태호·김정환, 위의 보고서, 101면.

31) County of McLean v. Humphreys, 104 Ill 378, 383 (1882); 이문지, 위의 논문, 273면에서 재인용.

미국의 부권소송에서는 스스로 보호할 수 없는 자의 보호라는 원래의 기능 외에도 국가의 전반적인 환경이나 복지 문제에까지³²⁾ 그 기능이 확대되었다.³³⁾

2. 보통법(common law)상 부권소송

미국에서는 부권소송을 보통법에 의해 인정하므로, 법률의 근거가 없는 경우에도 주정부는 ‘준 국가적인(quasi-sovereign) 이익’이 있는 경우에는 전체 시민을 위하여 부권소송을 제기할 수 있다. 미국 연방대법원은 법률에 수권조항이 없더라도 국가후견의 원칙에서 주정부가 부권소송을 제기할 수 있다고 인정하고 있다.³⁴⁾

다만, 특별한 법률의 수권 없이 보통법상 인정되는 부권소송은 엄격한 요건에 의해 허가되고 있으며, 집단소송으로 해결할 수 있는 시민 개개인의 이익이 아닌, 시민 전체의 이익을 대변하거나 주정부 차원의 이익을 주장하는 경우에만 허용되고 있다.

즉, 연방대법원에 따르면 부권소송에서 주정부는 ‘통치권에 관한 이해관계’를 주장하여야 한다.³⁵⁾ 그리고 주정부가 제기한 부권소송이 집단소송과는 차별화된 목적의 소송이라는 점을 보여주어야 한다. 즉, 부권소송은 집단소송의 구제책과 유사할 수 있지만, 집단소송과는 달리 부권소송을 제기하기 위해서는 시민이 그러한 소를 스스로 제기할 수 없다는 추정이 존재하여야 한다.³⁶⁾ 예를 들어, 주정부가 담배관련 질병치료와 관련하여 지출한 의료비용 증가액을 배상받기 위해 여러 담배제조사를 상대로 부권소송을 제기한 경우, 미국 법원은 부권소송을 허가하였다.³⁷⁾

32) 미국에서는 하천에 폐수를 방류한다던가[*Missouri v. Illinois*, 180 U.S. 208 (1910)], 오염된 가스의 배출[*Georgia v. Tennessee Copper Co.*, 206 U.S. 230 (1907)]과 같은 사건에도 부권소송이 인정된 바 있다. (김태호·김정환, 위의 보고서, 101면.)

33) 김태호·김정환, 위의 보고서, 101면.

34) *Alfred L. Snapp & Son, Inc. v. Puerto Pico*, 458 US 592 (1982).

35) Richard P. Ieyoub & Theodore Eisenberg, “State Attorney General Actions, the Tobacco Litigation, and the Doctrine of *Parrens Patriae*”, 『*Tulane Law Review*(vol.74)』, 2000, p.1865; 이규호, 위의 논문, 154면에서 재인용.

36) Beth S. Schipper, “Note, Civil RICO and *Parrens Patriae*: Lowering Litigation Barriers Through State Intervention”, 『*William & Mary Law Review*(vol.24)』, 1983, p.449; 이규호, 위의 논문, 154면에서 재인용.

37) Lynn Mather, “Theorizing about Trial Courts: Lawyers, Policymaking, and Tobacco Litigation”, 『*Law & Social*

다음은 지금까지 미국 법원에서 부권소송을 허가한 대표적인 사례들을 일부 발췌하여 예를 든 것이다.

1) 담배회사에 대한 불법행위로 인한 손해배상청구소송

1997년 텍사스 주가 시민 전체를 대신해서 담배회사에 대해 불법행위로 인한 손해배상 청구소송을 제기한 사건³⁸⁾에서, 법원은 텍사스 주가 의료보조금 상환에 대해 준국가적 권리를 행사하고 있다고 판시함으로써 텍사스 주의 부권소송을 허가하였다.³⁹⁾ 법원은 텍사스 주가 시민에게 의료보조금으로 막대한 액수를 지출하고 주정부와 그 주민들이 의료보조제도에서 비용의 실효성을 확보하는데 있어 이해관계를 가진다고 보았으므로, 후견적 지위에서 의료보조금의 상환을 위해 소를 제기할 주정부의 권리를 인정하였다.⁴⁰⁾

2) 환경보호영역

1907년 연방대법원⁴¹⁾은 조지아 주가 테네시 구리회사를 상대로 제기한 부권소송에서 주정부는 그 경계 내의 모든 토지와 대기에 대해 준국가적 이익을 가진다는 이유에 근거하여 부권소송을 허가한 바 있다.⁴²⁾ 또한 1994년 연방순회항소법원⁴³⁾은 주가 주 경계선 내에 존재하는 천연자원에 대해 국가적 이익을 가지고 있으므로 해당 이익을 보호하기 위해 부권소송을 제기할 수 있다고 허가하였다.⁴⁴⁾

Inquiry(vol.23)], 1998, p.910; 이규호, 위의 논문, 154면에서 재인용.

38) Texas v. American Tobacco Co., 14 F. Supp. 2d 956 (E. D. Tex. 1997).

39) 김정환, “부권소송제도의 개관과 그 법리”, 『공정거래 법집행체계 개선방안 연구 - 제1차 워크숍 자료집』, 한국 법제연구원, 2017.10.13, 13면.

40) 김정환, 위의 제1차 워크숍 자료집, 13면.

41) Georgia et rel. Hart v. Tennessee Copper Co., 206 U.S. 230 (1907).

42) 이규호, 『소액다수 소비자피해구제의 실효성 제고방안 : 공익소송 도입검토를 중심으로』, 공정거래위원회 연구용역보고서, 광운대학교 산학협력단, 2004, 134면.

43) Alaska Sport Fishing Ass'n v. Exxon Corp., 34 F.3d 769 (9th Cir. 1994)(per curiam).

44) 이규호, 위의 연구용역보고서, 134면.

3) 소비자보호 영역

1982년에는 뉴욕시가 자동변속기 결함 관련하여 제기한 소송에서 뉴욕남부 연방지방법원⁴⁵⁾은 시장에서의 공정성을 보호하기 위한 이익을 인정하여 부권소송을 허가하였으며, 1987년에는 헬스클럽의 소비자보호법 위반 사례와 관련하여 미네소타가 제기한 소송에서 미네소타 항소법원⁴⁶⁾은 주 내에서 자기를 방지하기 위한 이익을 인정하여 부권소송을 허가하였다.⁴⁷⁾ 또한 1992년에 콜로라도 연방파산법원⁴⁸⁾은 주가 시민을 허위광고로부터 보호할 준국가적 이익을 가진다고 판시한 바 있다.⁴⁹⁾

3. 반독점법상 부권소송

(1) 도입배경

1945년 미국 연방대법원은 Pennsylvania 철도회사의 철도요금 가격고정(price fixing)과 가격차별(discrimination)이 셔먼법 위반행위라는 이유로 조지아 주가 시민을 대신하여 부권소송을 제기하면서 3배 배상(threefold damage) 및 금지청구(injunction)를 한 사건⁵⁰⁾에서, 가격고정과 가격차별은 주의 번영과 주민 전체의 복지에 해로운 거래 장애사유이므로 조지아 주는 시민을 대신하여 부권소송을 제기할 수 있다고 판시한 바 있다.⁵¹⁾ 이때 조지아 주정부는 철도요금의 가격고정과 가격차별이 개개 시민에게 피해를 입힌다고 주장한 것이 아니라, 이러한 셔먼법 위반행위가 주민의 기회를 제한할 뿐만 아니라 주의 산업에 족쇄를 채우며 주의 발전을 저해하고 다른 주와 비교할 때 조지아 주를 열등한 경제적 위치에 처하게 하는 불법행위로서 주의 전체적 복지에 손해를 일으킨다고 주장하였다.⁵²⁾

45) New York ex rel. Abrams v. General Motors Corp., 547 F. Supp. 703 (S.D.N.Y. 1982).

46) Minnesota ex rel. Humphrey v. Ri-Mel, Inc., 417 N.W.2d 102 (Minn. Ct. App. 1987).

47) 김정환, 위의 제1차 워크숍 자료집, 14면.

48) In re Trujillo, 135 B.R. 674 (Bankr. D. Colo. 1992).

49) 김정환, 위의 제1차 워크숍 자료집, 14면.

50) Georgia v. Pennsylvania R.R., 324 U.S. 439, 447 (1945).

51) 이규호, “공정거래법분야에 있어 미국의 부권소송(Parens Patriae Action)에 대한 연구”, 위의 논문, 159면.

52) 이규호, 위의 논문, 160면.

그러나, 그 이후 다수의 판례는⁵³⁾ 주정부가 시민을 대신하여 셔먼법 위반행위로 인한 손해배상을 청구한 부권소송을 허가하지 않았다.

예를 들어, 스넵푸드 업체가 셔먼법을 위반하여 음식가격을 고정(price fixing)한 담합 사건에서 법원은 캘리포니아 주의 부권소송을 허가하지 않았는데,⁵⁴⁾ 캘리포니아 주가 위의 조지아 주 사건과 달리 캘리포니아 주 전체의 경제적 손해를 배상받기 위해 소송을 제기한 것이 아니라 소비자의 입장에서 소비자의 영업이나 재산에 대한 피해를 보전받기 위해 대신 손해배상을 청구하였기 때문이다.⁵⁵⁾ 이 사건에서 법원은 소비자들이 집단소송과 같은 다른 구제방법을 이용할 수 있다면 주정부의 부권소송을 통한 보호를 받을 필요가 없다고 판시하였는데, 주정부가 집단소송을 제기할 수 있음에도 부권소송을 제기함으로써 집단소송의 요건을 규정하고 있는 미 「연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure)」 제23조의 절차적 요건 중 일부를 회피하면서 집단소송과 같은 효과를 내고자 한다고 생각했기 때문이다.⁵⁶⁾

이와 같이 반독점 사건으로 인한 손해배상 청구소송에서 시민을 대신하여 제기된 주정부의 부권소송이 계속해서 불허되자, 미 의회는 반독점법 위반행위에 대한 3배의 손해배상이 활성화될 수 있도록 하기 위해, 1976년 「하트-스코트-로디노 반독점 집행강화법(Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976)」을 제정하여 클레이튼법 제4C조(15 U.S.C. §15c)에 반독점사건에 대한 부권소송의 근거규정을 삽입하였다.

53) Philadelphia Housing Authority v. American Radiator & Standard Sanitary Corp., 309 F. Supp. 1057, 1062 (E.D. Pa. 1969); Hawaii v. Standard Oil Co. of California, 405 US 251, 257 (1972); In re Multidistrict Vehicle Air Pollution M.D.L. No. 31, 481 F.2d 122, 131 (9th Cir.), cert denied, 414 U.S. 1045 (1973); California v. Frito-Lay, Inc., 474 F.2d 774 (9th Cir. 1973).

54) California v. Frito-Lay, Inc., 474 F.2d 774 (9th Cir. 1973).

55) 이규호, 위의 논문, 165면.

56) 위의 논문, 165면.

(2) 근거규정 : 클레이튼법 제4C조(4C Clayton Act, 15 U.S. Code §15c)

반독점 사건에 대한 부권소송의 근거를 규정하고 있는 클레이튼법 제4C조(15 USC §15c)는 총 4개의 항 (a), (b), (c), (d)로 구성되어 있다. 제4C조 (a)에서는 주 법무부장관이 셔먼법 위반행위의 금전적 피해구제(monetary relief)를 위해 부권소송(Parens patriae)을 제기할 수 있음을 규정하고 있다.

클레이튼법 제4C조의 반독점 사건에 대한 부권소송

15 U.S. Code § 15c (Clayton Act § 4C) - 주 법무부장관에 의한 소송(Actions by State attorneys general)

(a) 부권소송(Parens patriae); 금전적 피해구제(monetary relief); 손해배상(damages); 이미 판단된 부분의 이익(prejudgment interest)

(1) 주 법무부장관은 피고에 대해 관할권을 가지는 연방지방법원에 주의 이름으로 주에 거주하는 자연인을 위해 셔먼법(sections 1 to 7 of this title) 위반으로 인한 금전적 피해구제를 위해 부권소송으로 민사소송을 제기할 수 있다(Any attorney general of a State may bring a civil action in the name of such State, as parens patriae on behalf of natural persons residing in such State, in any district court of the United States having jurisdiction of the defendant, to secure monetary relief as provided in this section for injury sustained by such natural persons to their property by reason of any violation of sections 1 to 7 of this title).
... (후략) ...

다음으로, 제4C조 (b)에서는 고지(Notice), 제외 선택(exclusion election), 최종판결(final judgment)을 규정하고 있다. 제4C조 (c)에서는 소송의 취소 또는 합의(Dismissal or compromise of action)를 규정하고 있으며, 제4C조 (d)에서는 변호사 비용(Attorneys' fees)에 대해 규정하고 있다.

클레이튼법은 제4C조 이외에도 제4D조에서 부권소송 관련 손해액 산정(Measurement of damages)에 대해 규정하고 있으며, 제4E에서는 부권소송 관련 손해액의 배분(Distribution of damages)을 규정하고 있다. 또한, 클레이튼법 제4F조에서는 부권소송에 있어서 연방 법무부장관과 주 법무부장관의 기관간 협력에 대해 규정하고 있다.

한편, 연방거래위원회 법(Federal Trade Commission Act ; 약칭 FTC법) 제5조가 금지하는 ‘불공정하거나 기만적인 행동이나 관행(unfair or deceptive acts or practices)’에 대해 미국 연방거래위원회(FTC)가 FTC법 제19조(15 U.S.C. § 57b)에 근거하여 제기할 수 있는 소위 ‘연방거래위원회 소송(FTC Action)’은 후견적 의미의 부권소송과는 그 성격이 다른 것이다.

FTC는 FTC법 제5조(15 U.S.C. § 45)의 ‘불공정하거나 기만적인 행동이나 관행’에 대해 중지명령(cease and desist order)을 내릴 수는 있지만, 그 밖의 시정조치를 직접 부과할 수는 없다. 이 때문에, FTC는 법원의 판결로 계약의 취소나 내용변경(rescission or reformation of contracts), 금전의 환불(the refund of money)이나 재산의 원상회복(return of property), 손해배상의 지불(the payment of damages), 범위반사실의 공표(public notification) 등을 구할 수밖에 없는데, 이와 같은 시정조치를 부과하기 위해 FTC가 법원에 제기하는 소송이 바로 ‘FTC 소송’이다(FTC법 제19조 (b)). 즉, 이는 FTC가 FTC법 집행을 위해 법원에 제기하는 소송이므로, 집단소송에 같음하여 피해자의 3배 배상을 실현하기 위해 제기되는 후견적 차원의 부권소송과는 구별되어야 한다.

(3) 클레이튼법상 부권소송의 특징

1976년부터 클레이튼법 제4C조에 근거하여 제기될 수 있는 반독점 사건의 부권소송은 기존에도 가능하였던 보통법(common law)상 부권소송보다 그 범위가 확대된 것이다. 보통법상 인정되던 부권소송은 앞에서 살펴본 바와 같이 주정부가 시민 개개가 아닌 시민 전체의 이익을 대변하거나 주정부 차원의 이익침해를 주장하는 경우에만 허용되었음에 반하여, 클레이튼법 제4C조에서 규정하는 부권소송은 주정부가 집단소송으로 제기할 수

있는 손해배상 청구의 경우에도 부권소송으로 대신 진행할 수 있도록 하였다. 그리하여 주정부는 반독점법상 위반행위로 인한 손해배상 청구소송에 있어서 소비자를 직접 대표할 권한을 가지게 되었다.⁵⁷⁾

미국 연방의회는 부권소송의 도입 목적으로 i) 반독점사건 피해자에 대한 배상, ii) 가해자의 불법이익 환수(disgorgement of profits), iii) 장래의 반경쟁적인 행위의 억제, iv) 연방집행기관과 주정부 사이의 공조 확대를 언급하고 있다.⁵⁸⁾

특히 미 연방의회는 반경쟁적인 담합과 기타 반독점법상 위반행위가 자유경제체계를 훼손하면서 다수의 소비자들에게 경제적으로 큰 손실을 야기하는 것이므로, 영업이나 재산에 대한 소액의 손실 또는 법익 침해를 입은 자들에 대해 효과적인 구제책을 마련해 주기 위해 주정부가 대신 나서서 3배 배상을 구할 필요가 있다고 보았다.⁵⁹⁾ 소액 다수의 피해자가 광범위하게 분산되어 있으므로 소비자가 개별적으로 제소할 것이라고 기대하는 것은 비현실적이었기 때문이다.⁶⁰⁾ 그리고 연방정부가 그간 반독점법 위반행위에 대해 취했던 형사적 기소와 형평법상 구제책은 단순히 공모자의 처벌과 이로 인한 불법이익 환수 및 범죄행위 억제에만 초점이 맞춰져 있을 뿐이므로, 피해자에게 손해를 전보해 줄 수 없다는 한계가 있었다.⁶¹⁾

또한, 반독점법 위반행위로 인해 소액 다수의 피해를 입은 소비자들을 위해 손해배상 청구를 할 수 있는 집단소송이 1966년에 개정된 연방민사소송규칙 제23조(Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure)에 의해 이미 허용되고 있었지만, 집단소송의 경우 개별

57) 황진자, 『약관제도 운용을 통한 피해구제 활성화 방안 연구』, 위의 연구용역보고서, 201면.

58) H.R.Rep. No. 94-499, p.3, 5 (1976), reprinted in 1976 U.S.C.C.A.N. 2572, 2573, 2574; 이규호, “공정거래법분야에 있어 미국의 부권소송(Parens Patriae Action)에 대한 연구”, 위의 논문, 167면, 169면에서 재인용.

59) H.R.Rep. No. 94-499, pp.3-5 (1976), reprinted in 1976 U.S.C.C.A.N. 2572, 2573, 2574; 이규호, 위의 논문, 168면에서 재인용.

60) 『Antitrust Parens Patriae Bill: Consumer Damage Suits by State Attorneys General』, American Enterprise Institute for Public Policy Research(Washington, D.C.), 1975, p.9; 이문지, “미국의 반트러스트 국가후견소송(parens patriae action)”, 위의 논문, 278면에서 재인용.

61) 황진자, 위의 연구용역보고서, 201면.

피해자에 대한 적법한 고지, 입증책임 문제, 그리고 손해배상액의 분배 등이 장애로 작용하였다.⁶²⁾ 특히 1974년 연방대법원은 Eisen사건⁶³⁾에서 집단구성권에게 소송 전에 하는 고지의 비용을 집단소송의 원고가 부담한다고 제23조를 해석하였으므로, 승소시 집단소송의 구성원이 개별적으로 얻게 될 이득보다 사전에 들어가는 비용인 집단구성원 각각에 대한 통지비용이 더 큰 경우에는 소송을 제기할 가능성이 없어졌다.⁶⁴⁾

이와 같은 집단소송의 한계를 극복하고 셔먼법 위반행위에 대한 3배 배상을 통해 소비자의 피해를 실효성 있게 구제해주고자, 미 연방의회는 1976년 개정을 통해 클레이튼법 제4조C(15 U.S. Code § 15c)에 부권소송의 가능성을 명문으로 규정하였었다.

(4) 주요내용

1) 인정범위

클레이튼법 제4C조(a)(1)에서는 부권소송의 인정범위로 “sections 1 to 7 of this title” 위반으로 인한 금전적 피해구제를 규정하고 있는데, 미국 연방법전 15(15 U.S. Code)의 제1조부터 제7조까지는 바로 셔먼법(Sherman Act)을 일컫는다. 셔먼법 중 실체법적 주요 규정은 제1조(담합)⁶⁵⁾과 제2조(독점화)⁶⁶⁾이다. 그러므로, 클레이튼법상 부권소송은 셔먼법상 ‘담합’과 ‘독점화’ 위반 사건에 대해 제기될 수 있다.

그리고 클레이튼법 제4C조(a)(2)에 따르면, 법원은 금전적 구제로서 주에게 총 손해의 세 배와 합리적인 변호사 비용을 포함한 소송비용을 인정해 주어야 한다(4C Clayton Act, 15 U.S. Code §15c (a)(2)). 즉, 부권소송은 3배 손해배상(monetary relief threefold)을 구하기 위해 제기될 수 있다.

62) 이문지, 위의 논문, 279면.

63) Eisen v. Carlisle & Jacquelin, 417 U.S. 156 (1974).

64) 이문지, 논문, 279면.

65) § 1 - Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty.

66) § 2 - Monopolizing trade a felony; penalty.

한편, 클레이튼법 제4C조(a)(1) 후단에 따르면, 법원은 이 소송으로 부과될 금전적 구제 금액에서 해당 침해행위에 이미 부과된 금액과 중복되는 금전적 구제금액을 제외하거나, 또는 제외(opt-out) 신고를 한 (i) 자연인들(natural persons)과 (ii) 기업체(business entity)에게 적절히 할당된 금전적 구제금액을 제외해야 한다(4C Clayton Act, 15 U.S. Code §15c (a)(1) 후단).

2) 원고적격

클레이튼법 제4조C(a)(1)에 따르면, 부권소송은 각 주의 주 법무부장관(Any attorney general of a State)⁶⁷⁾이 제기할 수 있다.

다만, 보통법상 인정되는 부권소송의 경우 주 법무부장관⁶⁸⁾ 이외에도 i) 주정부 내 다른 행정청이나 관료,⁶⁹⁾ ii) 주의 기관(예: 교육위원회 등)⁷⁰⁾을 원고로 인정한 판례가 존재한다.⁷¹⁾

3) 손해의 입증

반독점 사건에 대한 부권소송에서 손해의 입증은 집단소송과는 달리 개개 피해자에 대한 손해를 개별적으로 입증할 필요가 없고, 통계적 방법 또는 표본조사에 의한 방법 등에 의해 총 손해액을 입증하는 것으로 족하다. 그러므로, 집단소송보다 손해의 입증이 더욱 쉬운 장점을 가진다.

즉, 클레이튼법 제4D조에 따르면, 부권소송에서 피고가 셔먼법을 위반하여 가격고정에 합당한 경우, 손해배상액은 통계적 또는 표본조사에 의한 방법에 의하거나, 위법한 초과

67) Attorney general of a State(또는 State Attorney General)은 주 법무부장관 이외에 주 검찰총장으로도 번역됨.

68) Illinois ex rel. Hartigan v. Panhandle Eastern Pipe Line Co., 839 F.2d 1206 (7th Cir. 1988).

69) Support Ministries for Persons with AIDS, Inc. V. Village of Waterford, New York, 799 F.Supp. 272, 275 (N.D.N.Y. 1992).

70) - 궁정한 사례 : In re Longe, 144 B.R. 305, 306 (D.M.D. 1992).

- 부정한 사례 : Board of Education v. Illinois State Board of Education, 810 F.2d 707, 711-12 (7th Cir. 1982).

71) 김정환, “부권소송제도의 개관과 그 법리”, 위의 제1차 워크숍 자료집, 11면.

금액을 산정하는 방식에 의하거나, 총 배상금액을 산정하는 다른 합리적인 평가 시스템에 의해 총량으로 입증되고 평가될 수 있으며, 법원은 재량으로 별개적 입증을 요구하지 않고도 소송으로 혜택을 받는 사람을 위하여 개별적 청구 또는 손해배상 금액을 인용할 수 있다(4D Clayton Act, 15 U.S. Code §15d).

4) 고지 및 제외신고와 기판력

반독점사건에 대한 부권소송의 근거를 규정하고 있는 클레이튼법에서는 집단소송과 달리 개개의 피해자들로부터 소송을 제기할 특별수권을 받도록 하는 규정을 두고 있지 않다. 즉, 클레이튼법 제4C조 (a)(1)에 따르면, 주 법무부장은 피고에 대해 관할권을 가지는 연방지방법원에 주의 이름으로 주에 거주하는 자연인을 위해 셔먼법(sections 1 to 7 of this title) 위반으로 인한 금전적 피해구제를 위해 부권소송으로 민사소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있을 뿐이므로, 주 법무부장은 특별수권 없이도 주의 이름으로 부권소송을 제기할 수 있다(4C Clayton Act, 15 U.S. Code §15c (a)(1)).

또한, 부권소송의 경우 집단소송과는 달리 피해자 개개인에 대한 개별적 고지를 할 필요가 없으며, 공고에 의한 고지로 할 수 있다. 즉, 클레이튼법 제4C조 (b)(1)에 따르면, 부권소송을 제기한 경우 주 법무부장은 법원이 지정한 시간과 방법 및 내용으로 공고(publication)에 의한 고지(notice)를 하여야 한다. 그리고 법원이 공고만에 의한 고지가 특정인에 대하여 적법절차를 위반한다고 판단하는 경우, 법원은 그 특정인에 대해 사건의 상황에 맞는 추가적인 고지를 하도록 지시할 수 있다(4C Clayton Act, 15 U.S. Code §15c (b)(1)).

이와 같은 부권소송이 제기된 경우 각 피해자는 그에게 부권소송의 효력이 미치기를 원하지 않는 경우 법원에 ‘제외(opt-out) 신고’를 할 수 있다. 즉, 클레이튼법 제4C조 (b)(2)에 따르면, 그 혜택의 대상이 되는 사람은 그에게 귀속되어야 할 금전적 구제 금액분이 판결로부터 제외될 수 있도록 선택할 수 있으며 고지(notice)에서 정한 기간 내에 이를 법원에 신고하여야 한다(4C Clayton Act, 15 U.S. Code §15c (b)(2)).

그리고, 제외신고를 하지 않는 나머지 모든 사람들에게 부권소송의 기판력이 미치게 된다. 즉, 클레이튼법 제4C조 (b)(3)에 따르면, 부권소송의 최종판결은 이 법률상 제기된 모든 청구권에 관해 그 혜택을 받는 사람들이 고지에서 정한 기간 내에 신고하지 않은 경우 그들에 대해 기판력을 갖는다(4C Clayton Act, 15 U.S. Code §15c (b)(3)).

이처럼 부권소송에서 소송제기의 고지를 한 경우 집단 구성원은 적법한 고지를 받은 것으로 추정되고 소송 제외의 선택을 할 기회를 가진 것으로 추정되므로, 부권소송에 있어서 주정부가 받은 판결의 효력은 주정부가 대표하는 집단의 총 구성원에게 미치며 중국성을 띤다.⁷²⁾ 부권소송의 기판력은 소비자들의 헌법상 재판받을 권리를 침해하는 것이 아니며 반독점 사건 피고에 대하여 중복소송을 막는다.⁷³⁾

5) 부권소송의 취소 또는 화해

클레이튼법 제4C조 (c)에 따르면, 부권소송은 법원의 승인이 없이는 취소되거나 합의 될 수 없으며, 소송의 취소 또는 화해(Dismissal or compromise of action) 건에 관한 고지는 법원의 지시에 의한 방법으로 이루어져야 한다(4C Clayton Act, 15 U.S. Code §15c (c)). 즉, 개개의 피해자들은 그들을 대신해 제기된 부권소송에서 주 법무부장관의 소송상 행위에 대해 통제권을 가지지 못한다.⁷⁴⁾

6) 손해배상금의 배분

클레이튼법 제4E조에 따르면, 부권소송으로 부여받은 금전적 구제금액은 지방법원의 재량에 따라 승인된 방법으로 배분하거나, 법원이 민사적 벌금(civil penalty)으로 간주하거나, 또는 주가 일반 세입(general revenues)으로 예치한다. 이 경우 각 사안에서 채택된

72) Missouri ex rel. Nixon v. United Tel. Co., No. Civ. 4414-CV-C-66BA, 1995 WL 792066, p.5 (W.D.Mo. Nov. 15, 1995); 이규호, “공정거래법 분야에 있어 미국의 부권소송(Parens Patriae Action)에 대한 연구”, 위의 논문, 172면에서 재인용.

73) H.R.Rep. No. 94-499, p.11 (1976), reprinted in 1976 U.S.C.C.A.N. 2572, 2581; 이규호, 위의 논문, 172면에서 재인용.

74) 이규호, 위의 논문, 172면.

배분절차에서는 각 구성원이 순 금전적 구제금액의 적절한 비율을 확보할 수 있도록 합리적 기회가 부여되어야 한다(4E Clayton Act, 15 U.S. Code §15e).

연방의회는 클레이튼법에 부권소송을 도입하면서 주정부가 받은 손해배상액에 대해 실제로 자신의 몫을 청구하는 소비자는 별로 없을 것으로 예상하였으며, 자신의 몫을 청구한 모든 소비자들에게 할당량을 지불한 이후에도 상당한 기금이 남아 있을 것으로 예상하였으므로, 연방의회는 가능한 한 피해자들에게 혜택을 주면서도 공익적 목적을 실현하도록 법원에게 기금 잔액을 분배할 재량권을 주었다.⁷⁵⁾

7) 기관 간 협력

클레이튼법 제4F조 (a)에 따르면, 미 연방 법무부장관이 반독점법에 따라 소송을 제기한 경우 동일한 반독점법 위반행위에 대해 주 법무부장관이 이 법에 따른 소송을 제기할 권한이 있다고 믿을 만한 이유가 있는 경우에는, 연방 법무부장관은 즉시 주 법무부장관에게 서면으로 통지해야 한다(4F Clayton Act, 15 U.S. Code §15f (a)).

또한, 클레이튼법 제4F조 (b)에 따르면, 부권소송의 제기를 돕기 위해, 미 연방 법무부 장관은 주 법무부장관의 요청에 따라 법상 허용된 한도에서 이 법에 따른 소송의 주요 논점에 관련되거나 중요한 영향을 미치는 조사 파일과 자료를 제공할 수 있다(4F Clayton Act, 15 U.S. Code §15f (b)).

제3절 공정거래 사건에 대한 부권소송 도입방안

현행 공정거래 법집행체계에서 인정되는 사인의 민사적 구제수단으로 손해배상청구권이 있지만, 손해입증의 어려움과 소송비용과 관련한 문제가 소송제기에 있어서 중요한 장애요인으로 지적되고 있음은 제2장에서 살펴본 바와 같다. 또한 현재 국회에 계류중인

75) H.R.Rep. No. 94-499, p.16 (1976), reprinted in 1976 U.S.C.C.A.N. 2572, 2585; 이규호, 위의 논문, 173면에서 재인용.

집단소송 관련 법안이 통과되어 공정거래 사건에 집단소송제도가 도입된다 하여도, 일반적으로 소제기 후 1심 판결이 나기까지에는 장기간의 시간이 소요되기 때문에 비용상 부담과 패소의 위험을 떠안으면서까지 소송을 진행할 대표자 또는 변호사를 구하기가 쉽지 않고, 이와 같은 이유로 집단소송의 1심에서 패소한 이후에는 항소를 제기하기란 거의 불가능하다고 할 수 있으므로, 국가가 후견적 성격의 부권소송을 통해 도움을 줄 필요가 있다.

다음에서는 부권소송의 도입범위와 도입방법을 중심으로 부권소송의 도입방안을 검토하고자 한다.

1. 도입범위

미국에서 보통법상 인정되는 부권소송은 앞서도 살펴보았듯이 ‘준 국가적인(quasi-sovereign) 이익’이 있는 경우로 한정되고 있다. 1976년 개정으로 반독점 사건에 관해 부권소송의 근거를 도입한 클레이튼법 제4조C에서는 부권소송의 제기요건으로 ‘준 국가적인 이익’을 명시적으로 규정하고 있지 않지만, 클레이튼법상 부권소송의 대상은 셔먼법 제1조(담합)과 제2조(독점화)이므로, 그 자체로서 전체 시민의 이익에 관련되는 사건들이다. 부권소송의 목적이 국가가 후견인의 자격에서 시민 전체의 이익을 대변하기 위해 대신 소송을 해주는 것이므로, 엄격한 요건 하에서 제한적인 범위에 한해서만 이를 인정하는 것은 당연한 일이라 할 수 있다.

그러므로, 우리나라에서 집단소송 외에 부권소송을 도입하는 경우에도 다수의 소비자 또는 피해자에게 손해가 발생하는 사건에 한정하여 부권소송을 도입할 필요가 있다. 즉, 미국에서 부권소송을 허가하기 위한 요건으로 요구되고 있는 ‘준국가적 이익’과 유사하게 ‘국가 전체의 경제질서에 미치는 영향’ 또는 ‘공익적 사유’를 이유로 하여서만 부권소송을 인정할 필요가 있다.

대표적으로 생각할 수 있는 것이 다수의 피해자를 발생시키는 공정거래법 제19조의 ‘부당한 공동행위’ 즉 담합으로 인한 손해배상청구 소송이며, 가슴기 살균제의 「표시·광

고의 공정화에 관한 법률」(이하 ‘표시광고법’이라 함) 위반행위 사건처럼 소비자보호법 위반행위 중 다수의 피해를 발생시키는 행위로 인한 손해배상청구소송도 부권소송의 범위에 해당할 수 있을 것이다.

그러나, 하도급법, 가맹사업법, 대규모유통업법, 대리점법 등 개별적 거래관계에서 발생하는 공정거래 위반사건에는 부권소송을 도입하는 것이 바람직하지 않다고 생각된다. 이러한 사건의 경우 1:1의 거래관계에서 피해자가 개별적으로 발생하게 되므로, 개별 피해자를 위해 국가가 대신 소송을 진행하는 것은 전체 시민의 이익을 위해 국가가 후견적으로 수행하는 부권소송의 목적에 부합하지 않기 때문이다.

2. 도입방법

1) 원고적격

부권소송을 제기할 수 있는 주체로는 ‘법무부’ 또는 ‘공정거래위원회’를 생각해볼 수 있다.

미국의 경우 주정부가 부권소송을 제기할 수 있으며, 구체적으로는 반독점 사건의 담당자인 주 법무부장관 또는 주 검찰총장으로 번역되는 ‘Any attorney general of a State’가 이를 제기한다. 미국에서 반독점 사건과 관련하여 부권소송의 근거를 클레이튼법에 명문으로 규정한 이유 중 하나는 미국의 경쟁당국이 부과할 수 있는 제재수단에 한계가 있으므로 부권소송을 통해 민사적 수단인 3배 배상을 실현할 필요가 있었기 때문이다.⁷⁶⁾

76) 1976년 클레이튼법에 명시적으로 부권소송을 허용하였던 기본적 목적은 반독점법을 위법한 자가 부당이익을 유지하는 것을 방지함으로써 위반행위의 재발을 억제하는 것이었으며 입법 당시에 이 법안을 찬성하는 자들도 이러한 억제적 기능을 강조하였다. 연방정부의 법무부는 서면법에 근거하여 동법 위반자를 형사소추할 수 있었고 국회가 형사처벌을 강화하여 회사에 대한 벌금의 상한을 3백만달러로, 그리고 개인에 대한 벌금과 징역형의 상한을 10만달러와 3년으로 각기 늘렸지만, 대규모의 가격담합으로 얻을 이익이 벌금액의 상한을 크게 상회하였으며 실행을 선고받은 회사 간부도 거의 없었다. 또한 클레이튼법에 근거한 금지청구권(injunctive relief)도 위법행위로 얻은 과실을 행위자로부터 뺏는 데 전혀 무력하였다. 더구나 정부가 제기한 대부분의 민사소송이나 형사소송이 동의명령(consent decree)이나 불항쟁의 답변(nolo contendere pleas)에 의해 종결된 경우 손해배상청구 소송에서 소비자들에게는 반독점법 위반의 입증책임이 면제되지도 않았다. (이문지, “미국의 반트러스트 국가후견소송(parens patriae action)”, 위의 논문, 282면.)

그러나 우리 공정거래법은 시정조치와 과징금 이외에도 형사고발 조치까지 규정하고 있으므로, 공정거래 사건의 규제기관인 공정거래위원회는 이미 막강한 규제권한을 보유하고 있다. 공정거래위원회가 이와 같은 규제조치를 행사하였음에도 불구하고 피해자들에게는 그 혜택이 돌아가지 않고 있기 때문에 별도의 민사적 구제조치로 손해배상청구권을 실현하기 위해 부권소송이 필요한 것이므로, 우리나라에서는 공정거래위원회 이외의 제3의 기관인 법무부가 부권소송을 담당하는 것이 기관간 분업과 협력의 차원에서도 바람직하다고 생각된다.

한편, 미국은 보통법상 허용되는 부권소송의 경우 앞서 살펴보았듯이 주 법무부장관 이외에 주정부 내 다른 행정청이나 관료 등에게도 부권소송의 원고적격이 인정되고 있는데, 이와 마찬가지로 우리나라에서도 지방자치단체 장 등을 부권소송의 원고로 인정하는 방법을 생각해 볼 수 있을 것이다.

2) 법률의 형식

부권소송을 도입하는 경우 공정거래법이나 표시광고법 등 개별법에서 그 근거를 도입할 것이냐 아니면 부권소송을 위한 별도의 단행법을 만들 것이냐가 문제된다.

부권소송을 도입하기 위해서는 그 근거규정뿐만 아니라, 원고적격, 공익적 목적 요건, 손해입증 방법, 고지방법, 기판력, 배상금의 배분, 관할 등 많은 사항들이 규정되어야 할 필요가 있으므로, 이와 같은 소송절차 관련 방대한 사항들을 개별법마다 별도로 상세하게 규정하는 것은 적합하지 않다. 그러므로 공정거래법 또는 표시광고법 등과 같은 개별법에서 부권소송을 중복적으로 규정하는 것보다는 집단소송법 제정시 부권소송도 함께 도입하면서 이를 한 번에 일괄적으로 규정하는 것이 바람직하다고 생각된다. 앞서 미국의 사례에서 살펴보았듯이 특히 반독점 사건과 관련하여서는 집단소송의 한계를 극복하기 위해 부권소송이 허용되고 있으므로 서로 유사점을 가진 집단소송과 부권소송이 같은 법률에서 함께 규정되어도 무방하다고 보인다.

다만, 부권소송은 시민 전체를 대표하여 제기되는 제도의 본질상 기판력에 있어서는 피해자 전체에게 일괄적으로 효력을 미치도록 할 필요가 있으므로, 원칙적으로는 피해자 전체에게 효력을 미치도록 하면서 예외적으로 제외신고(opt-out)를 하는 경우에만 기판력에서 제외되도록 하는 방식으로 운영될 수밖에 없는 특성을 갖는다. 그러므로, 집단소송법이 향후 도입될 때 참여신고(opt-in)를 한 자에게만 기판력이 미치고 참여신고를 하지 않은 자들은 또 다시 동일한 소송을 제기할 수 있는 방식으로 도입된다면, 제외신고 방식의 부권소송과는 기판력에 있어서 구분될 필요가 있으므로 하나의 법률에서 집단소송과 부권소송을 모두 규정하는 경우에도 별도의 장으로 구별되어 각기 규정될 필요가 있다.

제 4 장

공정거래 사건에 대한 한국형 디스커버리 제도 도입방안

제 1 절 한국형 디스커버리 제도의 의의

제 2 절 해외의 디스커버리 제도

제 3 절 공정거래 사건에 대한 한국형 디스커버리 제도 도입방안

제 4 장

공정거래 사건에 대한 한국형 디스커버리 제도 도입방안

제1절 한국형 디스커버리 제도의 의의

1. 한국형 디스커버리 제도의 도입배경과 의의

한국형 디스커버리 제도란, 2016년 특허법 개정으로 기존의 제132조를 ‘자료제출명령’으로 개선하고 자료제출명령 불이행시 제재수단을 도입한 것을 말한다.

몇 년 전부터 법원을 중심으로 미국의 디스커버리 제도, 일본의 당사자조회, 독일의 독립적 증거조사절차 등을 참고하여 ‘소제기 전 증거조사제도’라는 한국형 디스커버리 제도를 도입하자는 논의가 있었지만, 소송절차의 일반법인 민사소송법 개정을 통해 모든 민사소송절차에 이를 도입하는 것에는 신중하자는 의견이 있어, 특허법 제132조에 우선적으로 한국형 디스커버리 제도라 할 수 있는 ‘자료제출명령’ 제도를 도입하게 되었다. 이는 종래의 특허법 제132조에서 규정하던 ‘서류제출명령’ 제도를 개선하여 제출명령의 대상을 ‘서류’에서 ‘자료’로 확대하고 제출명령 불이행시 법원이 자료의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있도록 한 것이다.

특허침해소송에서 특허권자는 침해자의 실시행위로 인하여 발생하는 손해액에 대하여 주장, 입증할 책임을 지는데, 특허권은 무체재산권이 가지는 특성에 의하여, 손해의 발생 여부 및 손해가 발생한 것으로 인정되는 경우, 특허권자가 입은 손해액을 산정하는데 어려움이 있었다.⁷⁷⁾ 특허법에서는 이러한 손해액 산정의 어려움을 완화하기 위하여, 손해액

77) 김관식, “미국 특허소송에서 디스커버리 제도의 운용과 시사점”, 『공정거래 법집행체계 개선방안 연구 - 제2차

산정의 추정 규정을 구비하고 있지만(특허법 제128조), 그럼에도 불구하고 특허권의 침해에 따른 권리자의 손해액을 산정하기 위하여 필요한, 침해자 물품의 양도 개수, 침해자 물품의 양도시 개당 이익률 등에 관한 정보는 침해자의 영업비밀에 해당할 수도 있는 정보이고, 침해자의 영역에 존재하는 정보이므로 이를 특허권자가 입수하기는 통상적으로 곤란한 경우가 많았다.⁷⁸⁾

이에 1990년 특허법을 개정하여 특허소송에서 해당 침해행위로 인한 손해액 산정에 필요한 서류를 확보할 수 있도록 하기 위해 종래의 민사소송법 제316조⁷⁹⁾ 문서제출명령 제도의 특칙으로 특허법 제132조에 ‘서류제출명령’⁸⁰⁾을 도입하였지만, 특허법상 제출명령 대상서류는 “해당 침해행위로 인한 손해를 계산하는 데 필요한 서류”로 그 범위가 좁게 한정되어 있고 정당한 사유가 있다면 서류제출 거절이 가능하였으며 법원의 명령 불응시 제재수단도 가지고 있지 못하다는 한계가 있었다.

그런데, 2002년 민사소송법 제316조가 개정되면서 제343조 후단⁸¹⁾과 제344조⁸²⁾에서

워크숍 자료집』, 한국법제연구원, 2017.10.24., 9면.

78) 김관식, 위의 제2차 워크숍 자료집, 9면.

79) (2002년 개정 전) 민사소송법 제316조(문서제출의무) 다음 경우에는 문서소지자는 제출을 거부하지 못한다.

1. 당사자가 소송에서 인용한 문서를 소지한 때
2. 신청자가 문서소지자에 대하여 그 인도나 열람을 구할 수 있는 때
3. 문서가 신청자의 이익을 위하여 작성되었거나 신청자와 문서의 소지자간의 법률관계에 관하여 작성된 것인 때

80) (1996년 개정 전) 특허법 제132조(서류의 제출) 법원은 특허권 또는 전용실시권의 침해에 관한 소송에서 당사자의 신청에 의하여 해당 침해행위로 인한 손해를 계산하는 데 필요한 서류를 제출하도록 다른 당사자에게 명할 수 있다. 다만, 그 서류의 소지자가 그 서류의 제출을 거절할 정당한 이유가 있으면 그러하지 아니한다.

81) 민사소송법 제343조(서증신청의 방식) 당사자가 서증(書證)을 신청하고자 하는 때에는 문서를 제출하는 방식 또는 문서를 가진 사람에게 그것을 제출하도록 명할 것을 신청하는 방식으로 한다.

82) 민사소송법 제344조(문서의 제출의무) ① 다음 각호의 경우에 문서를 가지고 있는 사람은 그 제출을 거부하지 못한다.

1. 당사자가 소송에서 인용한 문서를 가지고 있는 때
2. 신청자가 문서를 가지고 있는 사람에게 그것을 넘겨 달라고 하거나 보겠다고 요구할 수 있는 사법상의 권리를 가지고 있는 때
3. 문서가 신청자의 이익을 위하여 작성되었거나, 신청자와 문서를 가지고 있는 사람 사이의 법률관계에 관하여 작성된 것인 때. 다만, 다음 각목의 사유 가운데 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.
 - 가. 제304조 내지 제306조에 규정된 사항이 적혀있는 문서로서 같은 조문들에 규정된 동의를 받지 아니한 문서나, 문서를 가진 사람 또는 그와 제314조 각호 가운데 어느 하나의 관계에 있는 사람에 관하여 같은 조에서 규정된 사항이 적혀 있는 문서
 - 다. 제315조제1항 각호에 규정된 사항중 어느 하나에 규정된 사항이 적혀 있고 비밀을 지킬 의무가 면제되지

‘일반적 문서제출의무’를 규정하고 문서제출명령⁸³⁾ 위반시 법원이 문서의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있도록 하자,⁸⁴⁾⁸⁵⁾ 특허법 제132조는 민사소송법상 문서제출명령 제도의 특칙으로서 의미가 퇴색되었다. 이에 특허법 제132조가 규정하는 제출명령 대상의 확대, 예외사유의 축소 및 구체화, 제출명령 불이행에 대한 실질적 제재 등이 도입될 필요성이 제기되었으며, 2016년 특허법은 제132조를 개정하여 이러한 요구를 반영한 것이다.

한편, 특허소송도 민사소송의 일종이므로 민사소송법 제344조의 ‘문서제출명령’ 제도 역시 특허소송에 적용될 수 있다. 그러나 민사소송법 제344조에 따르면 당사자는 해당 문서가 특정 비밀에 해당할 경우 문서제출을 거부할 수 있다는 점(제344조 제1항 제3호 다목)에서 이제는 2016년 개정 특허법 제132조를 적용하는 것이 특허 침해를 주장하는 당사자에게 더욱 유리하게 되었다. 개정된 특허법 제132조 제3항에서는 “제출되어야 할

아니한 문서

② 제1항의 경우 외에도 문서(공무원 또는 공무원이었던 사람이 그 직무와 관련하여 보관하거나 가지고 있는 문서를 제외한다)가 다음 각호의 어느 하나에도 해당하지 아니하는 경우에는 문서를 가지고 있는 사람은 그 제출을 거부하지 못한다.

1. 제1항제3호나목 및 다목에 규정된 문서
2. 오로지 문서를 가진 사람이 이용하기 위한 문서

83) 민사소송법 제347조(제출신청의 허가여부에 대한 재판) ① 법원은 문서제출신청에 정당한 이유가 있다고 인정할 때에는 결정으로 문서를 가진 사람에게 그 제출을 명할 수 있다.

② 문서제출의 신청이 문서의 일부에 대하여만 이유 있다고 인정할 때에는 그 부분만의 제출을 명하여야 한다.

③ 제3자에 대하여 문서의 제출을 명하는 경우에는 제3자 또는 그가 지정하는 자를 심문하여야 한다.

④ 법원은 문서가 제344조에 해당하는지를 판단하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 문서를 가지고 있는 사람에게 그 문서를 제시하도록 명할 수 있다. 이 경우 법원은 그 문서를 다른 사람이 보도록 하여서는 안 된다.

84) 민사소송법 제349조(당사자가 문서를 제출하지 아니한 때의 효과) 당사자가 제347조제1항·제2항 및 제4항의 규정에 의한 명령에 따르지 아니한 때에는 법원은 문서의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다.

85) 민사소송법 [시행 2002.7.1.] [법률 제6626호, 2002.1.26., 전부개정]

<개정·개정이유>

차. 문서소지자에 대한 문서제출의무를 확대하여 직무비밀·직업비밀 등 증인의 증거거절사유와 같은 일정한 사유가 있는 경우와 공무원이 직무상 보관하는 문서의 경우를 제외하고는 모든 문서를 제출하도록 함으로써 실질적 진실의 발견이 용이하도록 함(법 제344조 내지 제347조).

(법제처 법령정보센터 웹사이트.

<http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=58058&ancYd=20020126&ancNo=06626&efYd=20020701&nwJoYnInfo=N&efGubun=Y&chrClsCd=010202#AJAX> 2017년 10월 29일 최종접속.)

자료가 영업비밀이지만 침해의 증명 또는 손해액의 산정에 반드시 필요한 때에는 제1항 단서에 따른 정당한 이유로 보지 아니한다”고 규정함으로써 과거와는 달리 영업비밀을 이유로 자료제출명령에 불응할 수 있는 예외사유를 축소하였기 때문이다.

또한, 민사소송법 제349조에 따르면 당사자가 법원의 문서제출명령을 위반한 경우 법원은 문서의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있지만, 대법원은 법원의 문서제출명령 위반의 효력에 대해서 ‘자유심증설’을 취하고 있고 ‘당사자가 문서를 제출하지 아니한 때의 효과’를 규정하고 있는 민사소송법 제349조를 적극적으로 활용하지 않고 있으므로, 민사소송법에 의한 현행법과 실무상 문서제출명령 위반에 대한 실효적인 제재가 이루어지지 않고 있다⁸⁶⁾는 점에서 개정 특허법상 제132조의 ‘자료제출명령’ 제도는 더욱 의미를 갖는다.

2. 특허법상 디스커버리 제도의 주요내용

이에 2016년 6월 30일부터 시행된 개정 특허법 제132조에서는 해당 서류를 열람할 수 있는 사람을 제한함으로써 비밀유지에 만전을 기함과 동시에 정당한 사유 없이 법원 자료제출 명령에 응하지 않으면 상대방(주로 원고) 주장이 그대로 인용될 수 있도록 하고 있으며, 또한 기업 영업비밀이라도 손해액 산정에 필요한 자료면 사실상 제출을 강제하고 있다.

2016년 개정 특허법상 자료제출명령 제도

제132조(자료의 제출) ①법원은 특허권 또는 전용실시권 침해소송에서 당사자의 신청에 의하여 상대방 당사자에게 해당 침해의 증명 또는 침해로 인한 손해액의 산정에 필요한 자료의 제출을 명할 수 있다. 다만, 그 자료의 소지자가 그 자료의 제출을 거절할 정당한

86) 최승재, “특허소송에서 보는 한국형 디스커버리 제도와 공정거래법에의 도입방안”, 『공정거래 법집행체계 개선방안 연구 - 제2차 워크숍 자료집』, 한국법제연구원, 2017.10.24, 47면.

이유가 있으면 그러하지 아니하다. <개정 2016.3.29.>

② 법원은 자료의 소지자가 제1항에 따른 제출을 거부할 정당한 이유가 있다고 주장하는 경우에는 그 주장의 당부를 판단하기 위하여 자료의 제시를 명할 수 있다. 이 경우 법원은 그 자료를 다른 사람이 보게 하여서는 아니 된다. <신설 2016.3.29.>

③ 제1항에 따라 제출되어야 할 자료가 영업비밀(「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」 제2조제2호에 따른 영업비밀을 말한다. 이하 같다)에 해당하나 침해의 증명 또는 손해액의 산정에 반드시 필요한 때에는 제1항 단서에 따른 정당한 이유로 보지 아니한다. 이 경우 법원은 제출명령의 목적 내에서 열람할 수 있는 범위 또는 열람할 수 있는 사람을 지정하여야 한다. <신설 2016.3.29.>

④ 당사자가 정당한 이유 없이 자료제출명령에 따르지 아니한 때에는 법원은 자료의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다. <신설 2016.3.29.>

⑤ 제4항에 해당하는 경우 자료의 제출을 신청한 당사자가 자료의 기재에 관하여 구체적으로 주장하기에 현저히 곤란한 사정이 있고 자료로 증명할 사실을 다른 증거로 증명하는 것을 기대하기도 어려운 때에는 법원은 그 당사자가 자료의 기재에 의하여 증명하고자 하는 사실에 관한 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다. <신설 2016.3.29.>

[전문개정 2014.6.11.]

[제목개정 2016.3.29.]

개정 특허법 제132조의 ‘자료제출명령’은 기존의 ‘서류제출명령제도’와 비교해 볼 때, 그 제출 대상이 ‘서류’에서 ‘자료’로 확대되었다는 데 특징이 있으며, 이에 따라 전자문서, 동영상, 사진, 도면, 기타 전자적 형태의 자료까지 널리 포함하게 되었다(제132조 제1항).

또한, 침해의 증명 또는 손해액 산정을 위해 반드시 필요한 경우에는 영업비밀에 해당하더라도 제출의무를 부과할 수 있어 제출명령을 발하는 것이 보다 용이하게 되었다(제132조 제3항 제1문).⁸⁷⁾

87) 이미옥, “개정 특허법 하에서 자료제출명령 제도에 대한 소고”, 『지식재산연구 제11권 제3호』, 한국지식재산연

나아가 영업비밀의 무단 유출 또는 제출명령제도의 악용을 방지하기 위하여 비공개심리(in-camera) 절차 및 열람자·열람범위의 제한규정도 신설하였는데, 자료의 특성에 따라 적절하게 열람자를 제한할 수 있도록 하였다(제132조 제3항 제2문).⁸⁸⁾

특히 개정 특허법상 자료제출명령은 법원의 명령 불응시 “자료의 기재에 의하여 증명하고자 하는 사실에 관한 주장을 진실한 것으로 인정”할 수 있게 하는 등 제출 불응시의 제제를 강화함으로써, 자료제출명령의 실효성을 강화하였다(제132조 제4항, 제5항).⁸⁹⁾

이와 관련하여 특허법 제132조를 가장 많이 활용하는 서울중앙지방법원 지식재산권 전담부에서는 자료제출명령 제도 도입 이후 피고가 법원의 제출명령에 응하는 성실성이 눈에 띄게 좋아졌다고 평가하고 있다.⁹⁰⁾ 자료제출명령에 대한 피고의 무성의한 태도에도 별다른 효과적인 제제를 가할 수 없었던 종전의 실무와 비교해보면, 법원에 제출명령 불응시 강력한 제제를 가할 수 있는 권한이 있는 것과 없는 것은 실무운영에 큰 차이를 만들어 내고 있다는 평가를 받는다.⁹¹⁾

구원, 2016, 2면.

88) 이미욱, 위의 논문, 2면.

89) 민사소송법상 문 서제출명령에 대한 제제는 문서의 기재에 관한 주장의 진실인정에 그칠 뿐이나 개정 특허법에 의하면 제출명령의 대상인 자료에 의하여 증명하고자 하는 사실도 인정할 수 있도록 하였기 때문에 소송법적으로 매우 의미 있는 개정으로 보인다. (이미욱, 위의 논문, 2면).

90) 2017년 10월 24일 한국법제연구원 회의실에서 개최된, <공정거래 법집행체계 개선방안 연구를 위한 제2차 워크숍>에서 토론자로 참여한 특허법원 김기수 판사의 토론내용.

91) 김기수, 위의 토론내용.

제 2 절 해외의 디스커버리 제도

1. 미국 연방민사소송규칙상 디스커버리 제도

(1) 미국의 디스커버리 제도 개관

1) 디스커버리 제도의 의의

미국 연방민사소송규칙(the Federal Rules of Civil Procedure)의 Title V, Rule §§26-37에서 규정하고 있는 디스커버리(Discovery) 제도는 특허소송뿐만 아니라 모든 민사소송에 적용되는 증거조사절차이다. 즉, 소의 제기 후 본격적인 변론 절차에 진입하기 전에 당사자가 필요한 증거를 상대방에 대하여 요구하도록 하고, 이에 불응하는 경우에는 상대방에게 일정한 제재를 가하여 변론에서 필요한 증거를 당사자가 수집하는 것을 가능하게 하며, 이로 인하여 권리 구제의 적정성과 소송의 신속성과 경제성을 도모하기 위한 절차이다.⁹²⁾ 이러한 디스커버리 과정을 통하여 상대방의 의도를 파악하게 되고 쟁점이 명확하게 되며 패소가 예견되는 당사자에 의하여 변론 전 화해 종결이 되는 경우도 적지 않다는 점에서 미국의 디스커버리 제도는 의의가 있다.⁹³⁾

2) 디스커버리 절차

디스커버리 절차에서 사용되거나 요구할 수 있는 증거자료는, 질문서(interrogatory), 문서(docuemnt), 증언녹취(deposition), 전자문서(ESI, electronically stored information) 등이 있으며, 디스커버리 절차에서 당사자에 의하여 요구되었으나, 제출되지 아니한 증거에 대해서는 이를 변론에서 사용할 수 없으므로 상대방에 의하여 요구된 증거의 제출이 강제되는 효과가 있다.⁹⁴⁾

92) 김관식, “미국 특허소송에서 디스커버리 제도의 운용과 시사점”, 위의 제2차 워크숍자료집, 10면.

93) 김관식, 위의 제2차 워크숍자료집, 12면.

94) 위의 제2차 워크숍자료집, 12-13면.

법원의 명령에 의하여 달리 제한되지 않는 한, 디스커버리를 요청할 수 있는 자료의 범위는 각 당사자의 주장, 방어 내용과 ‘관련성’이 있고(*be relevant*), 당해 사건에서의 ‘요구에 비례’하는 것(*be proportional to the needs of the case*)으로, 변호사-고객 사이의 서신 혹은 변호사의 작업물 등 개시거부의 특권이 인정되는 것을 제외한 모든 자료에 미친다.⁹⁵⁾ 1938년 연방민사소송규칙(*F.R.C.P.*) 제정 이전에는 변론에서의 증거능력 유무(*admissible evidence*)에 따라 디스커버리의 범위가 결정되었지만,⁹⁶⁾ 이제는 디스커버리의 대상이 되기 위하여 그 자료가 증거능력(*admissible in evidence*)을 갖추어야 할 필요는 없으므로, 결국 쟁점과의 관련성 및 사건 필요성과의 비례성의 존재 여부가 디스커버리 허용 여부 판단의 주요 요소가 된다.⁹⁷⁾

디스커버리에 관한 법원의 명령을 위반하는 것은 법정 모독(*contempt of court*)이 될 수 있으며(*F.R.C.P.* 제37조(b)(1)), 다만 신체 또는 정신 검사에 대한 명령 위반은 예외이다.⁹⁸⁾⁹⁹⁾ 법원은 제재수단으로 당해 쟁점이나 주장을 디스커버리 명령의 청구인의 주장대로 인정하거나, 디스커버리 명령을 불이행한자가 당해 자료를 증거로서 사용하는 것을 불허하거나, 디스커버리 명령 이행시까지 절차를 정지하거나 소를 일부 혹은 전체 각하하거나 궤석재판(*default judgment*)을 할 수 있다(*F.R.C.P.* 제37조(b)(2)).¹⁰⁰⁾

95) 위의 제2차 워크숍자료집, 13-14면.

96) Arthur R. Miller, “Confidentiality, Protective Orders, and Public Access to the Courts”, 『*Harvard Law Review*(vol.105)』, 1991, p.447; 김관식, 위의 제2차 워크숍자료집, 14면, 각주 19에서 재인용.

97) 김관식, 위의 제2차 워크숍자료집, 14면.

종전(2007년)의 연방민사소송규칙(*F.R.C.P.*)에서는 “Relevant information need not be admissible at the trial if the discovery appears reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence.”라고 되어 있었으나, 개정에서 if 후반부의 단서 조항이 삭제되었다(김관식, 위의 제2차 워크숍자료집, 14면, 각주 19).

98) *F.R.Civ.P.* .

99) 김관식, 위의 제2차 워크숍자료집, 17-18면.

100) 위의 제2차 워크숍자료집, 18면.

미국 연방민사소송규칙(F.R.C.P.)의 디스커버리(Discovery) 제도

- 제26조(a)는 최초공개(initial disclosure)와 변론기일 전 공개(pre-trial disclosure) 등에 관한 규정으로, 상대방의 요구가 없더라도 소송당사자는 자신의 사건에 대한 증거를 상대방과 공유할 의무를 가지며, 만일 소송당사자가 이러한 의무를 이행하지 않을 경우 그 당사자는 해당 증거를 앞으로 재판에서 사용하지 못할 수 있다.
- 제26조(b)는 증거개시 제도의 범위 및 제한에 대한 규정으로, 소송당사자는 변호사 특권에 의하거나 법원이 동의한 보호가 있는 외에는 모든 자료를 상대방에게 제공할 의무가 있다. 다만, 일방이 상대방에게 요구하는 자료가 불필요하거나 또는 중복되거나 해당 자료의 제공이 극히 어렵다고 판단되는 경우, 법원은 사안의 중요성을 감안하여 증거개시 범위를 제한할 수 있다.
- 제26조(c)는 상대방이 요청하는 자료에 대해 소송일방이 증거개시의 전부 또는 일부를 제한하려는 비밀유지명령에 대한 조항으로, 비밀유지명령을 신청하는 일방은 정당한 사유를 입증하여야 한다.
- 제27조(a)는 소장접수 전의 증거수집을 위한 신청(Petition)으로, 당사자 일방이 앞으로 연방법원에 소를 제기할 사건에 대해 증인을 신문하고자 하는 경우, 증인이 거주하는 지역의 지방법원에 증거개시를 신청할 수 있다.
- 제28조(a)에 따르면, 증인신문시에는 반드시 법원이 임명했거나 연방법에 따라 지정된 공무원 또는 개인의 입회하에 진행되어야 하며, 공무원 또는 개인으로부터 증인서약을 받아야 한다.
- 제37조(a)에 따르면, 상대방이 증거개시절차에 응하지 않을 경우, 당사자는 증거개시에 응하지 않는 상대방으로 하여금 증거개시에 응하도록 강요할 수 있으며, 이를 위하여 당사자는 강제공개신청(motion to compel disclosure)을 할 수 있고, 법원이 이를 승인하는 경우 디스커버리에 응하지 않은 상대방은 관련 법정수수료와 당사자의 변호사비용을 지불해야 한다.

- 제37조(b)에 따르면, 특정사안에 대해 답변하도록 하는 법원 결정에 당사자가 응하지 않을 경우, 법원은 법정모독(contempt of court)에 해당하는 것으로 간주하고 해당 결정에 응하지 않는 개인에 대해 법적 제재를 가할 수 있다.
- 제37조(c)에 따르면, 위에서 규정한 사안들을 당사자가 상대방에게 공개하지 않거나 이를 당사자가 인정하지 않는 경우에 법원은 제재를 가할 수 있다.
- 제37조(d)에 따르면, 당사자가 자신이 주재하는 증인신문에 참석하지 않는 경우 또는 상대방의 증인신문서에 답변을 제출하지 않는 경우나 상대방의 검사요청(request for inspection)에 응하지 않는 경우에는 법원은 제재를 가할 수 있다.
- 제37조(f)에 따르면, 당사자가 증거개시계획(discovery plan)을 작성하지 않거나 또는 이를 제출하지 않을 때 당사자의 답변이 불충분하다고 판단할 경우 법원은 제재를 가할 수 있다.

출처: 이명희 외, 『Issue & Focus on IP(제2016-9호)』, 한국지식재산연구원, 2016.2.26., 40-41면.

(2) 디스커버리 제도의 장단점

미국 연방민사소송규칙상 디스커버리 제도는 i) 증거나 정보에 대한 접근성 확보를 통한 증거 확보의 용이성, 공평성, ii) 변론에서 활용하기 힘든 증거나 증언의 사전 보전, iii) 디스커버리 절차를 통한 상호 쟁점의 명확화, iv) 광범위한 증거 수집과 상호 쟁점의 명확화를 통한 분쟁의 사전 해결이라는 점에서 장점을 갖는다.¹⁰¹⁾

그러나, i) 허용되는 디스커버리 범위의 광범위성으로 인한 과도한 시간, 비용의 문제, ii) 전체 소송비용의 2분의 1 이상이 디스커버리 단계에서 발생한다는 문제, iii) 외국 자료, 외국인 증인 등의 경우 자료의 번역, 통역 등 비용이 더욱 증가한다는 문제, iv) 과도한 소송비용에 의하여 경제력이 부족한 당사자에 대해서는 소송 조기 종결의 압박으로

101) 김관식, 위의 제2차 워크숍 자료집, 18면.

작용할 수 있다는 문제 등이 지적되고 있다.¹⁰²⁾ 이러한 점 때문에 미국의 실무가들조차도 디스커버리 제도가 비용이 과도하게 소요되는 비경제적인 제도라는 이유로 많은 비판을 하고 있다.¹⁰³⁾

(3) 우리 특허법상 자료제출명령 제도와의 비교

첫째, 미국의 디스커버리 제도는 본안소송 전 별도로 마련된 독립된 증거개시절차에서 관련 증거를 모두 공개하는 제도이므로, 본안소송 과정에서 주장사실을 입증하는 증거를 확보하기 위해 필요에 따라 발해지는 우리 특허법상 자료제출명령 제도와는 차이가 있다.

둘째, 미국의 디스커버리 제도는 연방민사소송규칙(the Federal Rules of Civil Procedure) Title V, Rule §§26-37에서 규정하고 있는 것으로 특허소송에 국한되는 것이 아니라 모든 민사소송절차에 공통적으로 적용되는 제도라는 점에서 우리 특허법상 자료제출명령 제도와는 차이가 있다.

셋째, 미국의 디스커버리 제도는 사건의 쟁점과 관련성이 있는 모든 정보(Relevant information)를 대상으로 한다¹⁰⁴⁾는 점에서 침해의 증명이나 침해로 인한 손해액 산정에 필요한 자료 제출을 명하는 우리 특허법상 자료제출명령 제도와 차이가 있다.

넷째, 미국의 디스커버리 제도는 본안소송 전 별도로 마련된 증거개시 절차에서 당사자들 간에 관련성이 있는 모든 증거의 목록을 만들고 이를 현출하도록 함으로써 시간과 비용이 과도하게 많이 소요된다는 점에서 본안소송 과정에서 필요한 경우 법원의 명령으로 이루어지는 우리 특허법상 자료제출명령 제도와 차이가 있다.

102) 김관식, 위의 제2차 워크숍 자료집, 18면.

103) 이명희 외, 『Issue & Focus on IP(제2016-9호)』, 한국지식재산연구원, 2016.2.26., 28면.

104) 미국의 디스커버리 제도는 소송원인이나 방어방법에 관련된 모든 장부, 문서 또는 기타의 유체물에 관하여 그 존재, 성질, 보관, 상태 및 소재지뿐만 아니라 공개 가능한 사항을 알고 있는 자의 신원 및 소재를 포함하는 정보 등에 대해서도 ‘광범위한 증거개시 요청’이 가능하다. 그리고 확보하고자 하는 증거를 사전에 파악하여 특정할 필요가 없고 “쟁점과의 관련성이 있는 정보(Relevant information)” 라면 ‘불특정 증거에 대해서도 증거개시 요청’이 가능하다.

마지막으로, 미국의 디스커버리 제도는 당사자의 증거개시의무 불이행시 당해 증거를 추후 재판에서 사용하지 못하도록 할 수 있고(F.R.C.P. §26(a)), 특정사안에 대해 답변하도록 하는 법원의 결정에 당사자가 응하지 않을 경우 법정모독죄로 제재할 수 있는(F.R.C.P. §37(b)) 반면, 우리 특허법상 자료제출명령제도는 당사자가 정당한 이유 없이 명령에 불응하더라도 법원은 자료의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있는 것 이외의 제재수단을 가지고 있지 못하다¹⁰⁵⁾는 점에서 차이가 있다.

2. 일본 특허법상 서류제출명령 제도

일본은 1999년 개정된 특허법 제105조에서 서류제출명령 제도를 도입하고 있다. 일본 특허법 제105조의 서류제출명령 제도는 피고 제품이 시장에서 입수 불가능한 경우 또는 비공개 장소에서 특허발명을 실시하고 있는 경우 피고의 제품 또는 피고 방법의 기술적인 구성을 파악하기 곤란해 침해를 입증하기 어려운 경우에 대비하기 위해 제정되었으며, 이는 약화된 증거개시제도라고 설명되고 있다.¹⁰⁶⁾

일본 특허법상 서류제출명령 제도의 대상은 넓은 범위의 ‘자료’가 아닌 ‘서류’에 국한되고 있으며(특허법 제105조 제1항), ‘침해의 입증’과 ‘손해 계산’에 필요한 경우에 한하여 인정되고 있다. 다만 이와 같은 서류제출명령 제도는 침해행위를 입증하기 위한 검증물 제시명령에도 준용된다(특허법 제105조 제4항).

일본 특허법상 서류제출명령 제도는 정당한 이유의 존부를 심리하기 위해 비공개심리(in-camera) 절차를 두고 있다는 점에서 특징이 있다.¹⁰⁷⁾ 즉, 서류의 소지자에게 제출 거부 의 정당한 이유가 있는지 여부를 판단하기 위해 법원이 서류의 제출을 명하는 경우에는

105) 우리 특허법상 자료제출명령 제도는 당사자가 정당한 이유 없이 자료제출명령에 불응하더라도 미국과 달리 형사적 제재를 부과하거나 이에 불응한 당사자의 주장이나 증거제출을 금지하는 등의 강력한 제재를 할 수 있는 수단이 없다는 점은 앞으로도 검토를 요한다고 하겠다. (이미욱, “개정 특허법 하에서 자료제출명령제도에 대한 소고”, 앞의 논문, 9-10면.)

106) 이명희 외, 『Issue & Focus on IP(제2016-9호)』, 위의 연구보고서, 41면.

107) 이명희 외, 위의 연구보고서, 42면.

누구든지 제시된 서류의 공개를 구할 수 없지만(특허법 제105조 제2항), 정당한 이유가 있는지에 대해 서류를 공개하고 의견을 들을 필요가 있다고 인정하는 때 당사자 등 소송 대리인이나 보좌인에 대해 당해 서류를 공개할 수 있다(특허법 제105조 제3항).

일본 특허법 제105조의 서류제출명령 제도는 일본 민사소송법의 특칙이므로, 서류제출을 하지 않을 때의 효과에 관해서는 일반법인 일본 민사소송법 제224조(당사자가 문서제출명령에 따르지 않는 경우 등의 효과)가 적용된다. 그러므로, 당사자가 법원의 서류제출명령에 따르지 않은 경우 법원은 당해 서류의 기재에 관한 상대방의 주장을 진실이라고 인정할 수 있다(민사소송법 제224조 제1항).

일본 특허법 제105조의 서류제출명령 제도

특허법

제105조(서류의 제출 등) 법원은 특허권 또는 전용실시권의 침해에 관한 소송에 있어서 당사자의 신청에 의하여 당사자에 대하여 당해 침해 행위를 입증하기 위하여 또는 해당 침해행위로 인한 손해계산을 하기 위하여 필요한 서류 제출을 명할 수 있다. 다만, 서류 소지자가 제출을 거부하는 것에 정당한 이유가 있는 때는 그러하지 아니하다.

2 법원은 전항 단서에 규정한 정당한 이유가 존재하는지를 판단하기 위해 필요하다고 인정하는 때는 서류 소지자에게 제시를 명할 수 있다. 이 경우 누구든지 제시된 서류에 대한 공개를 요구할 수 없다.

3 전항의 경우 법원이 제1항 단서에 규정한 정당한 이유가 있는지에 관해 전항 후단의 서류를 공개하고 의견을 들을 필요가 있다고 인정하는 때는 당사자 등 (당사자 (법인의 경우는 그 대표자) 또는 당사자 대리인 (소송 대리인과 보좌인을 제외), 사용인 기타의 종업원을 말한다) 소송 대리인 또는 보좌인에 대해 당해 서류를 공개할 수 있다.

4 앞 3 항의 규정은 특허권 또는 전용실시권의 침해에 관한 소송에서 당해 침해 행위를 입증하기 위해 필요한 검증 목적의 제시에 대해 준용한다.

민사소송법

제224조(당사자가 문서제출명령에 따르지 않는 경우 등의 효과) 법원은 당사자가 문서제출명령에 따르지 아니한 때는 해당 문서의 기재에 관한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다.

2 당사자가 상대방의 사용을 방해할 목적으로 제출의무가 있는 문서를 멸실하고 기타 이를 사용하지 못하도록 한 때에도 전항과 같다.

3 앞 2 항에 해당하는 경우 상대방이 당해 문서의 기재에 관하여 구체적인 주장을 하는 것 및 당해 문서로 증명해야 할 사실을 다른 증거로 증명하는 것이 현저하게 곤란할 때에는 법원은 그 사실에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다.

3. 독일 특허법상 정보 및 자료제출청구권 제도

독일 특허법(Patentgesetz)은 미국의 디스커버리 제도나 일본의 자료제출명령 제도와 달리 법원이 아니라 당사자가 직접 상대방에게 정보 및 자료제출을 하도록 요구할 수 있는 권리를 부여하고 있다. 그리고, 디스커버리명령 또는 자료제출명령 위반시 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있도록 한 미국이나 일본의 제재수단과 달리 독일 특허법은 정보제공의 의무를 지는 자가 고의로 또는 중대한 과실로 잘못 제공하거나 불완전하게 제공한 경우 그 제재수단으로 피침해자에게 그로 인해 발생한 손해에 대한 배상의무를 지는 것으로 규정하고 있다.

또한, 당사자의 정보 및 자료제출 청구권을 소송 전 단계에서의 요구(§ 140b), 소송단계에서의 요구(§ 140c), 소송 후 집행단계에서의 요구(§ 140d)로 나누어 규정하고 있다는 점에 특징이 있다.

먼저, 독일 특허법 제140b조 제1항에서는 특허의 침해를 받은 자는 특허로 보호되는 발명품을 사용한 자에게 사용된 ‘제품의 출처’ 및 ‘판매경로’에 대한 신속한 정보제공을

요구할 수 있다고 규정하고 있으며, ‘불완전한 정보제공에 대한 제재수단’으로 제5항에서는 정보제공의 의무를 지는 자가 고의로 또는 중대한 과실로 잘못 제공하거나 불완전하게 제공한 경우 피침해자에게 그로 인해 발생한 손해에 대한 배상의무를 진다고 규정하고 있다.

다음으로, 독일 특허법 제140c조 제1항에 따르면, 특허권자는 자신의 청구권 입증을 위해 필요한 경우 특허로 보호되는 발명품을 사용한 자에게 ‘서류의 제출’ 또는 자신의 처분권한 내에 있는 물품 또는 특허의 대상이 되는 절차의 검증을 요구할 수 있으며, 권리침해가 상업적 규모로 이루어졌을 상당한 개연성이 존재하는 경우 은행, 금융 또는 거래자료에 대한 사항도 요구할 수 있다. 다만, 침해자로 추정되는 자가 비밀정보임을 소명한 경우 법원은 개별적으로 요청된 보호를 보장하기 위해 필요한 조치를 내린다.

마지막으로, 독일 특허법 제140d조 제1항에 따르면, 피침해자는 권리침해가 상업적 규모로 발생한 때 은행, 금융 또는 거래자료의 제출이 없다면 손해배상청구권의 집행이 어려워지는 경우 침해자에게 은행, 금융 또는 거래자료의 제출 또는 손해배상청구권의 집행에 필요한 관련 서류에 대한 적합한 접근을 요구할 수 있다. 다만, 침해자로 추정되는 자가 비밀정보임을 소명한 경우 법원은 개별적으로 요청된 보호를 보장하기 위해 필요한 조치를 내린다.

독일 특허법(Patentgesetz)상 정보 및 자료제출청구권 제도

특허법(Patentgesetz)

§ 140b

(1) 특허법 제9조에서부터 제13조까지의 규정에 위반하여 특허로 보호되는 발명품을 사용한 자는 사용된 제품의 출처 및 판매경로에 대한 신속한 정보제공을 피침해자에 의해 요구 받을 수 있다.

(5) 정보제공의 의무를 지는 자가 고의로 또는 중대한 과실로 잘못 제공하거나 불완전하게 제공한 경우 피침해자에게 그로 인해 발생한 손해에 대한 배상의무를 진다.

§ 140c

(1) 특허권자 또는 다른 특허를 사용할 수 있는 자의 청구권의 입증에 위해 필요한 경우 제9조에서부터 제13조까지의 규정에 위반에 관한 상당한 개연성을 가지고 특허로 보호되는 발명품을 사용한 자는 특허권자 또는 다른 특허를 사용할 수 있는 자에 의해 서류의 제출 또는 특허권자 또는 다른 특허를 사용할 수 있는 자의 처분권한 내에 있는 물품 또는 특허의 대상이 되는 절차의 검증에 대한 요구를 받을 수 있다. 권리침해가 상업적 규모로 이루어졌을 상당한 개연성이 존재하는 경우 은행, 재정 또는 거래자료에 대한 사항에 대한 요구도 포함된다. 침해자로 추정되는 자가 비밀정보임을 소명한 경우 법원은 개별적으로 요청된 보호를 보장하기 위해 필요한 조치를 내린다.

§ 140d

(1) 제139조 제2항에 해당하는 권리침해가 상업적 규모로 발생한 때 은행, 금융 또는 거래자료의 제출이 없다면 손해배상청구권의 집행이 어려워지는 경우, 피침해자는 침해자에게 은행, 금융 또는 거래자료의 제출 또는 침해자의 처분권한 내에 있으며 손해배상청구권의 집행에 필요한 관련 서류에 대한 적합한 접근을 요구할 수 있다. 침해자로 추정되는 자가 비밀정보임을 소명한 경우 법원은 개별적으로 요청된 보호를 보장하기 위해 필요한 조치를 내린다.

제3절 공정거래 사건에 대한 한국형 디스커버리 제도 도입방안

제2장에서 살펴보았듯이, 공정거래 사건에서 사인이 직접 민사적 권리구제를 위해 손해배상청구 소송을 제기하는 경우, 피해자와 사업자가 가진 정보의 불평등 정도가 매우 심각하고 피해자들은 그 입증자료에 대한 접근 자체가 어렵기 때문에, 기업의 귀책사유나 의무위반사실, 손해발생의 사실과 손해액 규모, 손해와의 인과관계 등을 입증하는 것이 사실상 불가능한 경우가 대부분이다. 손해배상 소송에서는 증거가 충분히 제출되어야만 손해의 존재가 입증되고 이에 근거해 배상액도 제대로 산정될 수 있으므로, 공정거래 사건에 특허법 제132조와 같은 한국형 디스커버리 제도를 도입한다면 공정거래위원회를

거치지 않고도 직접 사인에 의한 피해보전이 가능할 수 있을 것이라고 생각된다.

다음에서 공정거래 사건에 한국형 디스커버리 제도를 도입하는 방안을 도입범위와 도입방법으로 나누어 살펴보고자 한다.

1. 도입범위

사인의 민사적 구제수단으로 사업자의 손해배상책임을 규정하고 있는 공정거래위원회 소관 법률로는 공정거래법, 하도급법, 가맹사업법, 대규모유통업법, 대리점법, 표시광고법, 제조물책임법 등이 있다.

이와 같은 법률에 근거하여 피해자가 직접 손해배상청구소송을 제기하는 경우에는 대부분의 증거를 사업자가 보유하고 있는 증거의 편재성으로 인하여 피해자가 손해의 존재 및 손해액 규모 등을 입증하기가 매우 어렵기 때문에 특허법 제132조와 유사한 한국형 디스커버리 제도를 도입함으로써 상대방 사업자로 하여금 손해의 입증에 필요한 자료를 제출하도록 할 필요성이 제기된다.

2. 도입방법

공정거래 사건에 한국형 디스커버리 제도를 도입하는 경우 공정거래법, 하도급법, 가맹사업법, 대규모유통업법, 대리점법, 표시광고법, 제조물책임법 등 각 개별법에서 손해배상책임 조항과 함께 규정하거나 손해배상 규정 다음에 별도의 조문을 신설하여 삽입하는 방법을 생각해볼 수 있다.

다만, 특허법은 대부분 절차법적 내용으로 규정되어 있음에 반해, 공정거래법 등은 그렇지 않으므로 공정거래 관련법에 ‘소송과정 중 자료의 제출’과 관련된 규정을 넣는 것은 적합하지 않다는 지적이 있다.

그러나, 공정거래법은 이미 제56조(손해배상책임) 규정과 함께 제56조의2(기록의 송부 등)와 제57조(손해액의 인정)와 같은 절차법적 규정을 두고 있으므로, 공정거래법에 디스

커버리 관련 규정을 추가한다 하여도 법체계의 형식상 크게 문제될 것이 없다고 생각한다. 그러므로, 손해배상을 규정하고 있는 공정거래법 제11장 중 제56조의2와 제57조 사이에 특허법 제132조와 같은 취지의 제56조의3(자료의 제출) 규정을 삽입하는 방법을 생각해볼 수 있다.

그 내용은 특허법 제132조와 마찬가지로 공정거래법 위반으로 인한 손해배상청구의 소가 제기된 때 법원이 상대방 당사자에게 해당 ‘손해의 증명’ 또는 ‘손해액의 산정’에 필요한 자료의 제출을 명할 수 있도록 하고, 다만 그 자료의 소지자가 그 자료의 제출을 거절할 정당한 이유가 있는 경우에는 자료제출을 거절할 수 있도록 규정한다. 그리고 그러한 자료제출 거절의 정당한 이유가 있는지를 판단하기 위해 법원은 자료의 제시를 명하면서 다른 사람이 보지 못하도록 한다.

자료가 영업비밀에 해당하나 손해의 증명이나 손해액 산정에 반드시 필요한 때는 법원은 정당한 이유로 보지 아니하면서 비공개심리(in-camera) 절차를 채택하여 제출명령의 목적 안에서 열람할 수 있는 범위나 열람할 수 있는 사람을 지정하도록 한다.

이러한 자료제출명령을 위반한 경우 그 제재수단으로 법원은, 자료의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있도록 하며, 당사자가 자료 기재에 의해 증명하고자 하는 사실에 대한 주장을 진실이라고 인정할 수 있도록 한다.

공정거래법에 자료제출명령 제도 도입방안

<p>제11장 손해배상</p> <p>제56조(손해배상책임) ①사업자 또는 사업자 단체는 이 법의 규정을 위반함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 당해피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다. 다만, 사업자 또는 사업자단체가 고의 또는</p>	<p>제11장 손해배상</p> <p>제56조(손해배상책임) ① (현행과 같음) ----- ----- ----- -----</p>
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------

<p>과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>② 삭제 <2004.12.31.></p> <p>제56조의2(기록의 송부등) 제56조(損害賠償責任)의 규정에 의한 손해배상청구의 소가 제기된 때에는 법원은 필요한 경우 공정거래위원회에 대하여 당해사건의 기록(사건관계인, 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>제56조의3(자료의 제출) <신설></p>	<p>----- -----</p> <p>② 삭제</p> <p>제56조의2(기록의 송부등) (현행과 같음)----- ----- ----- ----- ----- -----</p> <p>제56조의3(자료의 제출) ① 법원은 제56조(損害賠償責任)의 규정에 의한 손해배상청구의 소가 제기된 때 당사자의 신청에 의하여 상대방 당사자에게 해당 손해의 증명 또는 손해액의 산정에 필요한 자료의 제출을 명할 수 있다. 다만, 그 자료의 소지자가 그 자료의 제출을 거절할 정당한 이유가 있으면 그러하지 아니하다.</p> <p>② 법원은 자료의 소지자가 제1항에 따른 제출을 거부할 정당한 이유가 있다고 주장하는 경우에는 그 주장의 당부를 판단하기 위하여 자료의 제시를 명할 수 있다. 이 경우 법원은 그 자료를 다른 사람이 보게 하여서는 아니 된다.</p> <p>③ 제1항에 따라 제출되어야 할 자료가 영업비밀(「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에</p>
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<p>제57조(손해액의 인정) 이 법의 규정을 위반한 행위로 인하여 손해가 발생된 것은 인정되나, 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는, 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.</p>	<p>관한 법률」 제2조제2호에 따른 영업비밀을 말한다. 이하 같다)에 해당하나 손해의 증명 또는 손해액의 산정에 반드시 필요한 때에는 제1항 단서에 따른 정당한 이유로 보지 아니한다. 이 경우 법원은 제출명령의 목적 내에서 열람할 수 있는 범위 또는 열람할 수 있는 사람을 지정하여야 한다.</p> <p>④ 당사자가 정당한 이유 없이 자료제출명령에 따르지 아니한 때에는 법원은 자료의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다.</p> <p>⑤ 제4항에 해당하는 경우 자료의 제출을 신청한 당사자가 자료의 기재에 관하여 구체적으로 주장하기에 현저히 곤란한 사정이 있고 자료로 증명할 사실을 다른 증거로 증명하는 것을 기대하기도 어려운 때에는 법원은 그 당사자가 자료의 기재에 의하여 증명하고자 하는 사실에 관한 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다.</p> <p>제57조(손해액의 인정) (현행과 같음)----- ----- ----- ----- ----- ----- -----</p>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

그 외에 하도급법의 경우 제35조(손해배상 책임) 다음에 제35조의2(자료의 제출) 규정을 신설하고, 가맹사업법의 경우 제37조의2(손해배상책임) 다음에 제37조의3(자료의 제출) 규정을 신설하도록 한다. 대규모유통업법의 경우 제38조(「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」의 준용)에 공정거래법상 제56조의3(자료의 제출)을 준용하는 규정을 추가하고, 대리점법의 경우 제34조(손해배상 책임) 다음에 제34조의2(자료의 제출) 규정을 신설하도록 한다. 또한, 표시광고법의 경우 제10조(손해배상책임)와 제11조(손해액의 인정) 사이에 제10조의2(자료의 제출) 규정을 신설하며, 제조물책임법의 경우 가장 마지막 규정인 제8조(「민법」의 적용)¹⁰⁸⁾ 다음에 제9조(자료의 제출) 규정을 추가하도록 한다.

108) 제조물책임법 제8조(「민법」의 적용) 제조물의 결함으로 인한 손해배상책임에 관하여 이 법에 규정된 것을 제외하고는 「민법」에 따른다.

korea
legislation
research
institute

참고문헌

참고문헌

I. 국내문헌

- 김관식, “미국 특허소송에서 디스커버리 제도의 운용과 시사점”, 『공정거래 법집행체계 개선방안 연구 - 제2차 워크숍 자료집』, 한국법제연구원, 2017.10.24.
- 김태호·김정환, 『공익소송 제도의 현황과 개선방안』, 사법정책연구원, 2016.
- 김정환, “부권소송제도의 개관과 그 법리”, 『공정거래 법집행체계 개선방안 연구 - 제1차 워크숍 자료집』, 한국법제연구원, 2017.10.13.
- 양창수, “독점규제법에서의 손해배상”, 『민법연구(제5권)』, 박영사, 1999.
- 이규호, “공정거래법분야에 있어 미국의 부권소송(Parens Patriae Action)에 대한 연구”, 『법학연구(제15권 1호)』, 연세대학교 법학연구원, 2005.
- 이규호, 『소액다수 소비자피해구제의 실효성 제고방안 : 공익소송 도입검토를 중심으로』, 공정거래위원회 연구용역보고서, 광운대학교 산학협력단, 2004.
- 이문지, “미국의 반트러스트 국가후견소송(parens patriae action)”, 『경영법률(제10집)』, 1999.
- 이명희 외, 『Issue & Focus on IP(제2016-9호)』, 한국지식재산연구원, 2016.2.26.
- 이미옥, “개정 특허법 하에서 자료제출명령제도에 대한 소고”, 『지식재산연구 제11권 제3호』, 한국지식재산연구원, 2016.
- 이민호, 선정호, “공정거래법 위반행위와 손해의 인과관계 -미국에서의 논의를 중심으로-”, 『法曹(제665권)』, 2012.

최승재, “특허소송에서 보는 한국형 디스커버리 제도와 공정거래법에의 도입방안”, 『공정거래 법집행체계 개선방안 연구 - 제2차 워크숍 자료집』, 한국법제연구원, 2017.10.24.

황진자, 『약관제도 운용을 통한 피해구제 활성화 방안 연구』, 공정거래위원회 연구용역 보고서, 소비자보호원, 2006.

II. 해외문헌

Arthur R. Miller, “Confidentiality, Protective Orders, and Public Access to the Courts”, 『Harvard Law Review(vol.105)』, 1991.

『Antitrust Parens Patriae Bill: Consumer Damage Suits by State Attorneys General』, American Enterprise Institute for Public Policy Research(Washington, D.C.), 1975.

Beth S. Schipper, “Note, Civil RICO and Parens Patriae: Lowering Litigation Barriers Through State Intervention”, 『William & Mary Law Review(vol.24)』, 1983.

H.R.Rep. No. 94-499 (1976), reprinted in 1976 U.S.C.C.A.N. 2572, 2573, 2574.

Lynn Mather, “Theorizing about Trial Courts: Lawyers, Policymaking, and Tobacco Litigation”, 『Law & Social Inquiry(vol.23)』, 1998.

Richard P. Ieyoub & Theodore Eisenberg, “State Attorney General Actions, the Tobacco Litigation, and the Doctrine of Parens Patriae”, 『Tulane Law Review(vol.74)』, 2000.

Ⅲ. 국내 웹사이트

“공정거래법상 손해배상청구소송을 알아보다”, 대한변협신문, 2014.11.10.

<http://news.koreanbar.or.kr/news/articleView.html?idxno=11748> 2017년 11월 20일
최종접속.

김아름내 기자, “공정위, 사건 처리 기간 평균 172일”, 우먼컨슈머, 2017.10.19.

<http://www.womancs.co.kr/news/articleView.html?idxno=40623> 2017년 11월 20일
최종접속.

법제처 법령정보센터 웹사이트.

<http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=58058&ancYd=20020126&ancNo=06626&efYd=20020701&nwJoYnInfo=N&efGubun=Y&chrClsCd=010202#AJAX> 2017년
10월 29일 최종접속.

이병욱·민건태 기자, “김상조 효과, 공정위 을의 호소행렬”, 국제신문, 2017.8.29.

<http://www.kookje.co.kr/news2011/asp/newsbody.asp?code=0200&key=20170830.33001013050> 2017년 11월 20일
최종접속.

Ⅳ. 법안

김경협 의원 대표발의, 「공정거래법 위반행위 손해배상사건 집단소송법(안)」,
2017.6.27.

박선숙 의원 대표발의, 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률(개정안)」, 2017.6.8.

박선숙 의원 대표발의, 「대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률(개정안)」,
2017.6.8.

- 박선숙 의원 대표발의, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률(개정안)」, 2017.6.8.
- 박선숙 의원 대표발의, 「하도급거래 공정화에 관한 법률(개정안)」, 2017.6.8.
- 박영선 의원 대표발의, 「집단소송법(안)」, 2016.7.26.
- 박용진 의원 대표발의, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률(개정안)」, 2017.2.17.
- 박주민 의원 대표발의, 「소비자의 권익 보호를 위한 집단소송법(안)」, 2017.2.2.
- 박찬대 의원 대표발의, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률(개정안)」, 2017.8.2.
- 서영교 의원 대표발의, 「소비자의 권익 보호를 위한 집단소송법(안)」, 2016.6.1.
- 이학영 의원 대표발의, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률(개정안)」, 2016.10.25.
- 전해철 의원 대표발의, 「공정거래관련 집단소송법안(안)」, 2017.8.1.

현안분석 2017-02

공정거래 법집행체계 개선방안 연구

- 부권소송제도와 한국형 디스커버리 제도 도입을 중심으로 -

2017년 12월 10일 인쇄

2017년 12월 10일 발행

발행인 | 이익현

발행처 | 한국법제연구원

세종특별자치시 국책연구원로 15

(반곡동, 한국법제연구원)

전화 : (044)861-0300

등록번호 | 1981.8.11. 제2014-000009호

홈페이지 | <http://www.klri.re.kr>

값 5,500원

1. 본원의 승인없이 전재 또는 역재를 금함. ©
2. 이 보고서의 내용은 본원의 공식적인 견해가 아님.

ISBN : 978-89-6684-828-7 93360

KLRI KOREA LEGISLATION
RESEARCH INSTITUTE



값 5,500원