

공정거래법 위반과 사적 집행

- 손해배상청구를 중심으로 -

Violation of the Fair Trade Act and Private Enforcement

-Focusing on the Damaged Claim-

강 명 수*

Kang, Myung-Soo

목 차

- I. 서론
- II. 손해배상청구에 있어서의 일반적 쟁점
- III. 손해액 산정에 관한 실무례 - 담합사건을 중심으로
- IV. 관련문제
- V. 결론

국문초록

공정거래법 위반행위에 대해서는 공정거래위원회나 검찰에 의한 공적 집행과 사인에 의한 손해배상청구의 사적 집행이 모두 인정된다. 미국과 달리 우리나라에서는 사적 집행이 많이 활성화되어 있지 않지만, 앞으로 그 중요성이 더해 갈 것임은 의문의 여지가 없다. 그런데 공정거래법 위반행위의 특징상 손해의 발생이나 인과관계에 대한 입증이 어려우며 또한 손해액 산정 방법도 매우 전문적인 영역이다. 따라서 사적 집행을 활성화하기 위해서는 특수 불법

논문접수일 : 2013.06.24

심사완료일 : 2013.07.29

게재확정일 : 2013.07.30

* 변호사·제주대학교 법학전문대학원 교수

행위에서 인정되는 입증책임의 완화 등의 배려가 필요하나 아직까지 그러한 판례는 확인되지 않고 있다. 그리고 손해액 산정기준에 있어 여러가지 산정방법들이 있고 그 중 어느 방법을 선택할 것인지는 사안마다 달리 판단할 수 있는 사항이다. 그런데 최근 군납유류 담합사건과 밀가루 가격 담합사건에서는 손해액 산정방법이 본격적으로 다루어져서 관심을 끌었는데, 군납유류 담합사건에서는 표준시장 비교방법을 채택한 원심의 판단에 대해 대법원이 그 전제가 잘못되었음을 지적하여 향후 동일한 방법을 사용하고자 하는 경우 많은 참고가 될 것으로 보인다. 그리고 밀가루 가격 담합사건에서는 계량경제학적 분석방법을 채택하면서 전문가의 감정의견에 상당부분 의존하였는데, 향후의 실무에서도 전문성이 가미된 위 분석방법이 많이 활용될 것으로 생각된다. 그 이외에 2004년 개정법에서는 손해액 인정제도를 신설하였는데 그 제도적 취지에 비해 제도활용은 저조한 상황이다. 손해액에 대한 입증이 불가능한 상황에서 피해자가 손해배상청구를 한다는 것이 현실적으로 쉽지 않다는 점을 고려해 보면, 동 규정의 실천적 의미를 찾기란 쉽지 않다. 따라서 이러한 현실적인 문제점을 인식하여 동 규정이 실제 사건에서 많이 활용될 수 있도록 하는 제도적 뒷받침이 있어야 할 것이다.

주제어 : 공정거래법, 공적 집행, 사적 집행, 손해배상, 금지청구, 담합

1. 서론

1. 공정거래법에서의 사적 집행

우리나라의 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 “공정거래법” 또는 “법”이라고 함)에서는 그 위반행위에 대한 제재의 방법으로 공적 집행(Public Enforcement)과 사적 집행(Private Enforcement)을 모두 인정하고 있다. 공적 집행에는 공정거래위원회에 의한 행정적 조치로서 시정명령과 과징금 부과가 있고, 검찰에 의한 형사처벌이 있다.¹⁾ 그리고 사적 집행으로서 개인이나

단체 등이 주체가 되어 손해배상청구를 할 수 있으며²⁾ 입법론으로 금지청구권의 인정 여부가 논의되고 있다.³⁾ 이와 같은 2가지의 집행수단으로 구분해 보면 종래 우리나라에서는 전자인 공적집행이 절대적인 부분을 차지해 왔었고⁴⁾ 아직까지도 공정거래법 위반 행위에 대한 제재의 상당부분이 공정거래위원회의 시정조치 등을 통해 이루어지고 있는 것이 사실이다.⁵⁾ 다만 2000년대

- 1) 형사벌과 관련하여 공정거래법에서는 공정거래위원회에 전속고발권을 인정하고 있다(제71조). 참고로 헌법재판소는 “공정거래법 제71조는 공정거래법 위반이라는 범죄행위에 대하여 공정거래법의 집행기관인 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다는 규정, 즉 공정거래법위반죄(公正去來法違反罪)의 소추요건(訴追要件)을 규정하고 있는 것에 불과하므로, 위 조항 자체를 대상으로 하는 헌법소원청구는 직접관련성(直接關聯性)이 결여된 부적법한 것”이라고 판시한 바 있다(헌법재판소 1995. 7. 21. 선고 94헌마191 전원재판부). 그리고, 이러한 전속고발권에 대해서는 고발불가분의 원칙이 적용되지 않는다는 것이 판례의 입장이다. 대법원 2010. 9. 30. 선고 2008도4762 판결(독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제71조 제1항은 “제66조 제1항 제9호 소정의 부당한 공동행위를 한 죄는 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다.”고 규정함으로써 그 소추조건을 명시하고 있다. 반면에 위 법은 공정거래위원회가 같은 법 위반행위자 중 일부에 대하여만 고발을 한 경우에 그 고발의 효력이 나머지 위반행위자에게도 미치지 여부 즉, 고발의 주관적 불가분원칙의 적용 여부에 관하여는 명시적으로 규정하고 있지 아니하고, 형사소송법도 제233조에서 친고죄에 관한 고소의 주관적 불가분원칙을 규정하고 있을 뿐 고발에 대하여 그 주관적 불가분의 원칙에 관한 규정을 두고 있지 않고, 또한 형사소송법 제233조를 준용하고 있지도 아니하다. 이와 같이 명문의 근거 규정이 없을 뿐만 아니라 소추요건이라는 성질상의 공통점에 의해 그 고소·고발의 주체와 제도적 취지 등이 상이함에도, 친고죄에 관한 고소의 주관적 불가분원칙을 규정하고 있는 형사소송법 제233조가 공정거래위원회의 고발에도 유추적용된다고 해석한다면 이는 공정거래위원회의 고발이 없는 행위자에 대해서까지 형사처벌의 범위를 확장하는 것으로서, 결국 피고인에게 불리하게 형법법규의 문언을 유추해석한 경우에 해당하므로 죄형법정주의에 반하여 허용될 수 없다).
- 2) 공정거래법에서도 집단소송제도의 도입에 관한 논의가 있으나 아직은 도입되지 않고 있다. 김차동, “공정거래법의 사적 집행제도의 변경 및 그 보완방안”, 경쟁법연구 제11권, 한국경쟁법학회(2005), 101면. 한편, 미국의 독점규제법 위반에 대한 집단소송에 대해서는 Hovenkamp Herbert, *Antitrust(2th ed)*, West Publishing Co.(1993), 295면 및 Lawrence A. Sullivan/Warren S.Grimes, *The Law of Antitrust : AN Intergrated Handbook(2th ed)*, Thomson/West(2006), 990면 이하 각 참고.
- 3) 홍대식, “공정거래법의 사적 집행에 관한 국내 동향과 쟁점”, 경쟁저널 제145호, 한국공정경쟁연합회(2009. 7.), 2면.
- 4) 이봉의, “공정거래법의 실효적 집행”, 경쟁법연구 제10권, 한국경쟁법학회(2004. 3.), 2면.
- 5) 이선희, “공정거래법 위반을 이유로 한 손해배상청구권-부당한 공동행위로 인한 손해배상청구권을 중심으로”, 민사판례연구 제31권, 박영사(2009), 919면. 참고로 공적 집행과 사적 집행의 효율성에 대한 비교에 대해서는 Lawrence A. Sullivan/Warren S.Grimes, op. cit., 957-959면 참고.

에 들어서면서 사적집행의 중요성을 인식하기 시작하여 적극적인 소송제기가 이루어지고 있으며 최근에는 담합으로 인한 손해배상청구 사건에서 손해액 산정방법에 대해 구체적으로 다루어진 대법원 판례도 나오고 있다.

공정거래법의 목적이 동법 위반행위로 인해 피해를 입은 사경제 주체의 피해회복에 있는 것이 아니라 공정한 경쟁질서 확립과 자유로운 경쟁시장 조성 에 있다는 점(법 제1조)을 고려해 보면, 우리나라에서 공정거래법 위반에 대한 사적 집행이 그다지 활성화되지 않고 있는 것도 일응 수긍가는 부분이 있다. 그에 반해 최근 개별 경제주체들의 권리의식이 강화되고 충분하지는 않지만 일부 판례들이 선고되고 있는 상황하에서, 공정거래법 위반행위에 대한 사적 집행의 중요성이나 실무사례들이 많이 증가할 것이라는 점도 부인하기 어렵다. 그렇기 때문에 이제부터는 우리나라에서의 공정거래법상 사적 집행의 활성화 및 그 실효성 보장을 위한 연구가 본격적으로 이뤄질 필요가 높은 것이다.

2. 현행법상 사적집행에 관한 문제

가. 입증책임 및 손해배상액 산정의 어려움

공정거래법에 있어서 사적집행은 손해배상청구의 실효성 확보와 행위금지 청구의 인정여부가 주로 문제된다. 다만 후자인 행위금지청구의 인정여부에 대해서는 그 도입의 필요성 자체를 부정하기는 어려우나, 금지청구가 미치는 효과가 매우 중대하다는 점과 우리나라에서는 아직 사적집행에 관한 경험이 충분하지 못하다는 점 등을 고려해 볼 때 도입시기를 예측하기에는 어려움이 있다.⁶⁾ 따라서 현 단계에서는 손해배상청구에 보다 중심을 둘 수 밖에 없는데, 일반 민사법상의 손해배상책임의 법리가 기본적인 전제가 되어야 하지만, 공정거래법 위반 행위의 특징을 고려한 사정도 반영되어야 한다. 즉, 일반 불법행위법상 손해배상청구는 피해자에 대한 보상으로서의 회복기능에 초점이 맞춰져 있는데 반해, 공정거래법의 목적은 경쟁질서의 유지라는 공익적 성격

6) 금지청구권에 관한 제외국의 입법례와 우리나라에서의 도입여부에 대해서는 후술하기로 한다.

이 강하다는 점에서 공정거래법상의 사적집행의 중심이 피해자에게 발생한 피해 회복이라는 사익적 측면만 있다고 보기에는 난점이 있다.⁷⁾ 따라서 손해 배상청구라는 전체적인 맥락에서는 그 특징을 공통으로 하지만 공정거래법의 특유한 공익적 성격을 반영한 검토가 필요한 것이다.⁸⁾ 하지만 미국과 달리 우리나라에서는 아직 공적 성격이 강한 영역에서의 사적 집행에 대한 경험이 미미하고 그에 관한 연구도 부족한 상황이어서, 지금의 단계에서 명확한 기준을 찾기란 쉽지 않은 일이다.

우선 위법행위로 인한 손해발생이라는 일반 불법행위의 요건 사실을 입증해야 하는데, 공정거래법 위법행위의 특징상 그 입증이 쉽지 않고 따라서 입증책임의 완화 등을 통한 피해자 구제가 필요하나 아직까지 입법적 배려나 법원의 판례가 이에 이르지 못하고 있다. 그리고 일반 불법행위의 성립요건이 입증되었다 하더라도 구체적인 손해액을 산정하기란 무척 어려운 일이다. 경제학적 분석방법을 동원한 다양한 방식의 손해액 산정기준들이 제시되고 있긴 하지만, 실무에서 각 사안별로 어떠한 산정방식을 채택할 것인지는 불분명하고 또한 각 산정방법을 적용하기 위한 조건이 무엇인지에 대해서도 확립된 법리가 없는 상황이다. 그런데 최근 군납유류 담합사건과 밀가루 가격 담합사건에 대한 대법원 판결이 선고되면서 손해액 산정방법에 대한 법리를 실시하였는데, 군납유류 담합사건에서는 표준시장 비교방법의 적용요건을 판시하였

7) 대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결(시장지배적 사업자가 개별 거래의 상대방인 특정 사업자에 대한 부당한 의도나 목적을 가지고 거래거절을 한 모든 경우 또는 그 거래거절로 인하여 특정 사업자가 사업활동에 곤란을 겪게 되었다거나 곤란을 겪게 될 우려가 발생하였다는 것과 같이 특정 사업자가 불이익을 입게 되었다는 사정만으로는 그 부당성을 인정하기에 부족하고, 그 중에서도 특히 시장에서의 독점을 유지·강화할 의도나 목적, 즉 시장에서의 자유로운 경쟁을 제한함으로써 인위적으로 시장질서에 영향을 가하려는 의도나 목적을 갖고, 객관적으로도 그러한 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로 평가될 수 있는 행위로서의 성질을 갖는 거래거절행위를 하였을 때에 그 부당성이 인정될 수 있다) 참고.

8) 사법연수원, 「공정거래법」, 2010, 292면에서는 “공정거래법은 개별적인 거래관계가 아닌 전체 시장의 관점에서 경쟁을 보호하는 것을 기본적인 목적으로 하여 경쟁제한적인 행위를 규제함으로써 결과적으로 구체적인 거래상대방, 경쟁자 나아가 일반 소비자의 이익도 보호한다. 따라서, 공정거래법은 법 위반 행위의 억제(deterrence) 기능과 함께 적절한 범위 내에서 피해자에 대한 보상(compensation) 기능을 수행할 수 있어야 한다”고 한다.

으며 밀가루 가격 담합사건에서는 계량경제학적 분석방법을 채택한 원심의 판단이 타당하다고 하여 서로 다른 손해액 산정방법에 대한 판단을 하였다라는 점에서 향후의 실무운영에 많은 참고가 될 것으로 생각된다.

나. 손해액 인정 제도

공정거래법 위반 행위로 인한 피해회복을 위해서는 그러한 행위로 인해 피해자가 입은 실제 손해액을 산정할 필요가 있는데, 기본적인 전제는 피해자가 지급한 금액에서 위반 행위가 없었다면 지급하였을 가상 경쟁가격을 차감하는 것이다. 즉, 일반적인 불법행위에 있어서 손해배상액을 산정하는 기준인 차액설이 공정거래법 위반으로 인한 손해액 산정에도 동일하게 적용되지만 차액설에 따른 손해액을 산정하기 위한 전제로서 가상 경쟁가격을 산정하기란 쉽지 않은 일이고 실무적으로도 어떠한 방법에 의해 손해액을 산정해야 하는지는 불분명하다. 그리고 이러한 손해액 입증의 어려움은 사적 집행으로서의 피해구제를 어렵게 한다는 비판이 제기되어 왔는데, 이에 2004년 개정법에서는 손해액 인정에 관한 규정을 신설하였다.⁹⁾ 즉, 현행 공정거래법 제57조에서는 “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”고 규정하고 있다. 따라서 피해구제를 원하는 당사자는 구체적인 손해액의 입증이 어렵다고 하더라도 동 규정을 근거로 한 손해배상청구가 가능하여 사적 집행이 활성화될 수 있는 계기를 마련해 두고 있다. 다만 동 규정은 주로 소액 다수의 피해자가 발생한 경우에 유용할 뿐이고 피해 규모나 금액이 큰 사건에서는 적용의 한계가 있으며,¹⁰⁾ 과연 어떠한 경우에 위 규정을 적용할 수 있는지에 대한 기준이 명확하지 않다는 점에서도 그 실효성에 의문의 여지는 남아 있다.

9) 사법연수원, 전거서, 302면.

10) 권오승 외 7, 「독점규제법 제2판」, 법문사(2012), 358면.

다. 손해배상청구에 관한 논의의 방향

공정거래법에서 규정하고 있는 사인에 의한 손해배상청구는 공적 집행이 미치지 못하는 영역에서의 직접적인 피해구제가 가능하다는 점에서 장점이 있다.¹¹⁾ 현재 우리나라에서는 금지청구를 인정하지 않고 손해배상청구만을 인정하고 있기 때문에, 손해배상청구에 있어서의 피해자 권리구제방안이 주된 문제가 된다. 2004년 개정법에서 도입된 손해액 인정제도는 이러한 배려를 전제로 한 입법이었으나, 실제 사건에서 피해를 입은 원고가 자신이 입은 손해액에 대해 전혀 입증이 안되는 상황에서 위반행위자를 상대로 손해배상청구를 한다는 것은 기대하기 어렵고 일응 원고 자신이 생각하는 손해액을 주장하면서 소를 제기하되, 법원이 그 손해액 산정을 달리 보는 경우가 일반적일 것이다. 따라서 손해액 인정 제도는 소송의 마지막 단계에 가서 원고가 주장하는 손해액을 그대로 인정하기 어렵고 그 이외의 입증도 불가능한 상황일 때 최후의 방법으로 법원이 택하게 되는 손해액 산정 방법의 하나가 될 가능성이 높다.

이러한 점을 토대로 이하에서는 공정거래법 위반행위로 인한 손해배상청구의 몇가지 쟁점들을 살펴본 후 최근의 대법원 판결을 검토하면서 손해액 산정에 관한 시사점을 찾아보기로 한다. 그리고 최근에는 공정거래법 위반행위로 인한 사적 집행의 많은 부분이 담합행위로 인한 피해자의 손해배상청구이고 최근에 선고된 2개의 대법원 판결도 담합행위로 인한 손해배상소송이었다는 점에서 공정거래법 위반행위 중 담합행위를 중심으로 논의를 전개해 나가고, 그 이외의 쟁점들에 대해서는 관련문제에서 다루어 보기로 한다.

11) 이선희, 전제논문, 919면에서는 “법 위반행위로 손해를 입은 피해자가 법 위반행위를 한 사업자 등을 상대로 손해배상소송을 제기하여 손해를 전보받을 수 있는 가능성을 가지고 있다는 것은, 특히 행정적 규제 및 형사적 규제가 손해를 입은 피해자의 구제라는 측면에서는 별다른 기능을 하지 못한다는 점에 비추어 볼 때 법 위반행위에 대한 제재의 효율성을 담보한다는 점에서 꽤 중요한 의미가 있다”고 한다.

II. 손해배상청구에 있어서의 일반적 쟁점

1. 공정거래법상 사적집행의 연혁

공정거래법 위반에 대한 사인(私人)의 손해배상청구 등 사적집행은 미국에서 유래한 것으로서,¹²⁾ 미국의 클레이튼법 제4조와 제16조에서는 연방 독점금지법 위반에 대한 사적 집행의 근거를 규정하고 있으며, 그 이외에 많은 주에서도 주의 독점금지법 위반에 대한 사적 집행에 관한 규정을 마련해 두고 있다.¹³⁾ 그리고 미국에서는 반독점 행위에 대한 구제의 95%가 사인의 제소에 의한 것이고¹⁴⁾ 그 중 대부분이 클레이튼법 제4조에 근거한 손해배상청구일 정도로 손해배상제도가 매우 활성화되어 있어서 오히려 그 남용이 문제될 정도라고 한다.¹⁵⁾ 이와 같이 미국에서 손해배상제도가 활성화된 것에는 특히 3배 손해배상(treble damages)제도가 유인이 되어 공적 집행의 한계를 보완해 주는 것으로 받아들여 진다.¹⁶⁾

이에 반해 3배 손해배상제도가 인정되지 않고 있는 유럽이나 일본에서는 사적 손해배상청구제도의 활성화를 위한 제도적 노력을 하고 있음에 반해 아직까지 그 실제적인 활용은 저조한 편인데,¹⁷⁾ 우리나라의 상황과 대동소이하다.

우리나라는 1980년 공정거래법 제정당시의 법 제45조¹⁸⁾에서 손해배상제도

12) 미국에서의 사적 집행에 관한 연혁에 대해서는 Lawrence A. Sullivan/Warren S.Grimes, op. cit., 952-953면 참고.

13) Lawrence A. Sullivan/Warren S.Grimes, op. cit., 952면.

14) Hovenkamp Herbert, *Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and its Practice (3th ed)*, Thomson/West(2005), 602면.

15) 김두진, “독점규제법에 의한 손해배상의 사소의 활성화”, *비교사법 제11권 4호(통권27호)*, 한국비교사법학회(2004. 12.), 333면.

16) P. Areeda, L. Kaplow & A. Edlin, *Antitrust Analysis: Problems, Text, and Cases(6th ed)*, Aspen Publishers(2004), 142면.

17) 유럽과 일본의 입법 및 실제 사례들에 대해서는 이선희, “우리 나라의 독점규제법과 사적 집행의 발전”, *성균관법학 제23권 1호 (2011. 4.)*, 29-32면 참고.

를 도입하면서 무과실책임을 인정하였고, 제46조¹⁹⁾에서는 시정조치 선풍정주의²⁰⁾와 1년의 단기시효규정을 두었다. 이후 2001. 4. 1. 일본이 금지청구권을 도입하는 등 사적집행에 관한 법을 개정하자 우리나라에서도 개정에 대한 논의가 진행되던 중, 2004. 12. 31. 시정조치 선풍정주의 폐지 및 손해액 인정제도 도입 등의 개정을 하게 되었다. 이와 같이 사적 집행으로서의 손해배상청구 제도의 활성화를 위한 입법적 배려가 지속되면서 1990년대까지는 실제 사례들이 별로 없었다가 2001년 이후 부당한 공동행위에 대한 손해배상청구소송의 형태로 사적 손해배상청구가 제기되기 시작하였다. 하지만 공정거래법 위반 행위의 특성상 손해발생, 손해액 및 인과관계 등에 대한 입증의 어려움으로 인해 아직까지도 사적집행은 활성화되지 못하고 있다.²¹⁾

2. 일반 민법상 손해배상청구와의 관계

가. 일반

공정거래법 위반 행위로 인해 피해를 입은 당사자가 직접 위반행위자를 상대로 손해배상청구를 하는 것은 넓은 의미의 민법상 손해배상청구에 해당된다. 그리고 일반 민법상 손해배상청구에 있어 판례는 차액설에 따라 손해배상액을 산정한다. 즉, “불법행위로 인한 재산상 손해는 위법한 가해행위로 인하여 발생한 재산상 불이익, 즉 그 위법행위가 없었더라면 존재하였을 재산상태와 그 위법행위가 가해진 현재의 재산상태의 차이를 말하는 것이고, 그것은

18) 제45조 (손해배상책임) ① 사업자 또는 사업자단체는 이 법의 규정을 위반함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 당해 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다.

② 제1항의 규정에 의하여 손해배상의 책임을 지는 사업자 또는 사업자단체는 그 피해자에 대하여 고의 또는 과실이 없음을 들어 그 책임을 면할 수 없다.

19) 제46조 (손해배상청구권의 재판상의 주장제한등) ① 제45조의 규정에 의한 손해배상청구권은 이 법의 규정에 의한 시정조치가 확정된 후가 아니면 이를 재판상 주장할 수 없다.

② 제1항의 손해배상청구권은 이를 행사할 수 있는 날로부터 1년을 경과한 때에는 시효에 의하여 소멸된다.

20) 이를 ‘시정조치전치주의’라고도 한다. 김두진, 전계논문, 342면.

21) 이선희, 전계논문(주17), 27면.

기존의 이익이 상실되는 적극적 손해의 형태와 장차 얻을 수 있을 이익을 얻지 못하는 소극적 손해의 형태로 구분된다”는 것이 판례의 입장이다.²²⁾ 그리고 공정거래법 위반 행위로 인한 손해액 산정에 있어서도 이러한 차액설에 따라 “위법한 입찰 담합행위로 인한 손해는 담합행위로 인하여 형성된 낙찰 가격과 담합행위가 없었을 경우에 형성되었을 가격(‘가상 경쟁가격’)의 차액을 말한다”고 판시하고 있다.²³⁾

이와 관련하여 피해자가 공정거래법 위반행위자를 상대로 손해배상청구를 하는 경우 민법상 손해배상청구와의 관계가 문제될 수 있다. 종전에는 “공정거래법 위반을 이유로 한 손해배상청구권은 민법 제750조의 규정에 의한 손해배상청구의 소를 제한하지 아니한다”는 규정이 있었다가(제57조 제1항 단서), 2004년 개정법에서 이를 삭제하였다. 이에 대해 공정거래법상 손해배상의 청구는 고의·과실에 대한 입증책임이 전환되었을 뿐 민법상 손해배상의 청구와 동일하게 되었으므로 양 조항은 경합하고 전자가 후자에 대하여 특별법적 지위를 갖는 것으로서 우선 적용된다는 견해²⁴⁾와 2004년 법개정과 상관없이 피해자는 공정거래법상의 손해배상청구권과 민법상의 손해배상청구권을 선택적으로 행사할 수 있다는 견해²⁵⁾가 있다. 2004년 개정 이전의 구법에서 제57조 제1항 단서를 규정한 것은 공정거래법 위반을 이유로 한 손해배상청구와 민법상 손해배상청구는 선택적으로 할 수 있다는 것을 명문화한 것인데,²⁶⁾ 동 규정이 삭제된 현행법 하에서도 동일하게 해석하는 것이 입법 취지에 부합한다고 생각된다. 다만, 공정거래법 위반을 이유로 한 손해배상청구와 민법상 손해배상청구는 모두 위법행위가 있어야 한다는 점에서는 동일하나 위법행위의 요건이 전자에서는 경쟁제한적인 의도 등 공정거래법 고유의 요건도 아울러

22) 대법원 1992. 6. 23. 선고 91다33070 전원합의체 판결, 대법원 1998. 7. 10. 선고 96다38971 판결 등.

23) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2010다18850 판결, 대법원 2012. 11. 29. 선고 2010다93790 판결.

24) 이호영, 「독점규제법 제4판」, 홍문사(2013), 538-539면.

25) 박상용·엄기섭, 「경제법원론 개정판」, 박영사(2006), 499면 : 사법연수원, 전게서, 292-293면 : 김차동, 전게논문, 79면.

26) 사법연수원, 전게서, 293면

갖추어야 한다는 점에서 차이가 있는 것이다.²⁷⁾

나. 공정거래법상 손해배상청구의 특징

공정거래법상 사적 집행으로서의 손해배상청구도 본질적으로 일반 불법행위에 근거하고 있다는 점에서 그 손해액 산정의 기준도 동일한 차액설에 따르는 판례의 태도가 타당하다고 할 수 있다. 다만, 앞에서 언급한 바 있듯이 공정거래법의 목적 자체가 공정한 시장경쟁질서의 유지에 있다는 점, 즉 사업자의 시장지배적지위의 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고, 부당한 공동행위 및 불공정거래행위를 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모함을 목적으로 하고 있다는 점(제1조)을 고려해 볼 때 공정거래법상 사적 집행이 오직 피해자에 대한 보상으로서의 회복기능만을 가지고 있다고 볼 수는 없다.²⁸⁾ 따라서 공정거래법 위반행위로 인한 손해배상청구에 있어서는 위반 행위에 대한 억제기능과 함께 피해자에 대한 보상기능이 달성될 수 있도록 하는 배려가 필요하게 된다. 개별 경제주체에 의한 사적 소송이라는 점에서 기본적으로는 일반 손해배상책임의 법리가 적용되겠지만, 억제기능을 고려해 볼 때 손해배상을 인정하기 위한 요건에 있어서는 좀 더 탄력적인 해석이 필요한 것이다. 법 제57조도 이러한 고려가 반영되어 입법된 것이긴 하지만, 보다 직접적으로 손해배상청구 사건에서의 경쟁법적 배려가 중요하다.

27) 대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결 참고.

28) 홍대식, 전제논문, 11면에서는 “불법행위법은 과실, 위법성 등 불확정 개념들의 토대 위에서 극히 다양한 사회적 현상을 규율하고, 그 과정에서 인접한 사회제도들과 밀접하게 얽혀서 사고 예방과 손해 회복의 기능을 수행하는 것이다. 그런데 공정거래법 위반책임을 다루는 불법행위법은 기본적으로 공적 집행에서 결여된 피해자에 대한 보상으로서의 회복기능을 추구하면서, 이와 병행하여 예방의 기능을 수행하는 공적 집행을 보완하는 관점에서 그 모습이 형성되는 것이므로 회복기능을 위주로 하여 형성되어 온 민법상 일반 손해배상책임의 법리를 공정거래법상 손해배상책임에 관한 성립요건의 입증이론에 그대로 원용하는 것은 법정책적으로 바람직하지 않을 뿐만 아니라 관련 법리의 발전 추세에도 맞지 않는다”고 한다.

최근 많이 문제되고 있는 담합에 의한 손해배상청구 사건에서는 위법행위, 인과관계, 손해발생 등도 입증하기 쉽지 않지만, 손해액 산정을 위해 가상 경쟁가격을 도출해 내는 것이 무엇보다 중요한 문제가 되는데, 가격형성 요인은 단지 담합에 한정되는 것이 아니라 다양한 시장상황 등이 반영된 결과이기 때문에 가상 경쟁가격을 도출하기가 곤란한 것이 사실이다. 이에 대해 우리 대법원은 “가상 경쟁가격은 담합행위가 발생한 당해 시장의 다른 가격형성 요인을 그대로 유지한 상태에서 담합행위로 인한 가격상승분만을 제외하는 방식으로 산정하여야 한다. 위법한 입찰 담합행위 전후에 특정 상품의 가격형성에 영향을 미치는 경제조건, 시장구조, 거래조건 및 그 밖의 경제적 요인의 변동이 없다면 담합행위가 종료된 후의 거래가격을 기준으로 가상 경쟁가격을 산정하는 것이 합리적이라고 할 수 있지만, 담합행위 종료 후 가격형성에 영향을 미치는 요인들이 현저하게 변동한 때에는 그와 같이 볼 수 없다. 이러한 경우에는 상품의 가격형성상의 특성, 경제조건, 시장구조, 거래조건 및 그 밖의 경제적 요인의 변동 내용 및 정도 등을 분석하여 그러한 변동 요인이 담합행위 후의 가격형성에 미친 영향을 제외하여 가상 경쟁가격을 산정함으로써 담합행위와 무관한 가격형성 요인으로 인한 가격변동분이 손해의 범위에 포함되지 않도록 하여야 한다”고 판시하여 그 기준을 제시해 주고 있으나,²⁹⁾ 판례가 실시하고 있는 제반 상황들에 대한 판단도 쉽지 않다는 한계가 있다.

3. 초과가격으로 인한 손해액 산정 방법

가격담합이 존재하고 이것이 상품의 가격을 인상시켰다는 증거는 비교적 인정하기가 쉬운 경우가 많지만, 어느 정도 가격을 인상하였는지를 확정하는 것은 매우 어렵다.³⁰⁾ 즉, 가격 상승이 담합에 의한 것임을 입증하는 것도 쉽지 않으며, 가격 인상 요인을 담합행위에 한정하여 판단하기도 어렵다는 점에서 그 어려움은 더욱 가중된다.

29) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2010다18850 판결.

30) 김차동, 전제논문, 84면.

일반적으로 초과가격 지급으로 인한 손해액 산정 방법으로는 전후 비교방법 (“before-and-after” method), 표준시장 비교방법(yardstick or benchmarking method), 비용 기반 접근법(cost-based approach), 경제이론 모형(Theoretical modelling)에 의한 추정방법, 계량경제학적 모형(econometric modelling)에 의한 추정방법 등이 제시되고 있다.³¹⁾ 이 중 전후 비교방법과 표준시장 비교방법은 경쟁시장에서의 시장가격 확인을 위해 필요한 한계비용 계산의 난점을 해결하기 위해 미국 법원이 도입한 방법으로서, 우리 판례의 차액설은 전후비교법과 유사하다.³²⁾ 하지만 뒤에서 보는 바와 같이 우리나라 판례가 초과가격 지급으로 인한 손해액 산정방법으로 특정 기준을 채택하고 있다고 보기는 어렵고, 위법행위가 이루어진 시장의 특징과 제반사정들을 종합적으로 고려하여 가장 합리적이라고 판단되는 방법을 채택하고 있다고 보는 것이 맞을 것이다. 특히 대법원은 원심이 채택한 손해액 산정방법이 타당한지를 판단하고 있을 뿐 각 사건별로 가장 적합한 손해액 산정방법이 무엇인지는 밝히지 않고 있기 때문에 하급심에서 채택하는 손해액 산정방법이 중요해 질 수 밖에 없다.

4. 인과관계

가. 공정거래법 위반행위에 대한 인과관계 적용 기준

공정거래법 위반 행위로 인한 손해배상청구에 있어서도 위법행위와 손해발생 사이에 인과관계가 있어야 한다. 일반 불법행위에 대한 인과관계의 판단기준에 있어 판례는 원칙적으로 상당인과관계설을 따르고 있고,³³⁾ 예외적으로 규범목적설을 수용하여 규범의 목적을 상당인과관계의 판단기준으로 이용하는 판례가 있다.³⁴⁾ 그리고 이러한 판례의 기준은 공정거래법 위반행위에 대한

31) 권오승 외 7, 전거서, 357면 : 5가지 산정방법의 구체적인 내용에 대해서는 홍대식, “카르텔로 인한 손해액 산정 이론과 실제”, 비교사법 제14권 제3호, 한국비교사법학회(2007. 9.), 1112-1117면 참고.

32) 사법연수원, 전거서, 303면.

33) 대법원 2009. 4. 9. 선고 2008두23764 판결 등 다수.

34) 대법원 1995. 1. 12. 선고 94다21320 판결, 대법원 1997. 5. 7. 선고 97다5602 판결.

인과관계 판단에 있어서도 동일하게 적용되는데, 군납유류 입찰담합사건에서 대법원은 “불법행위로 인한 손해배상의 범위를 정함에 있어서는 불법행위와 손해와의 사이에 자연적 또는 사실적 인과관계가 존재하는 것만으로는 부족하고 이념적 또는 법률적 인과관계 즉 상당인과관계가 있어야 한다”고 판시하였다.³⁵⁾ 그런데 공정거래법 위반행위는 주로 위반행위자 상호간의 담합이나 시장지배적 사업자의 지위남용행위를 통해 형성된 새로운 시장환경에서 거래를 한 피해자가 이로 인해 손해를 입은 경우와 같이 위법행위와 손해발생 사이의 인과관계가 그다지 밀접하지 않다는 점과 사적 집행에는 공익적 목적 달성도 내포되어 있다는 점에서 달리 볼 여지가 있다.

즉, 공정거래법 위반행위를 이유로 한 손해배상청구에 있어서는 인과관계 입증에 있어 입증책임의 전환 또는 완화 등 특별한 배려가 필요하다.³⁶⁾ 다만 현재의 우리나라 법제도와 현실적인 상황을 고려해 보면 입증책임의 전환을 인정하기는 어려울 뿐만 아니라 이는 오히려 남소의 문제를 야기할 수도 있다는 점³⁷⁾에서 입증책임의 완화가 가장 유력한 대안이 될 수 있을 것이다. 우리 대법원은 환경오염소송, 의료과오소송, 제조물책임소송 등과 같은 특수한 유형의 불법행위소송에서는 인과관계의 입증책임을 경감하여 피해자를 보호하는 태도를 취하고 있는데,³⁸⁾ 이러한 판례의 태도는 공정거래법 관련 소송과 같이 개인에 대한 피해회복뿐만 아니라 공정한 경쟁질서의 확립이라는 공익적 가치가 결부되어 있는 소송에도 마찬가지로 적용되어야 할 것이다.³⁹⁾

35) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2010다18850 판결.

36) 홍대식, “공정거래법상 손해배상청구 : 실무의 관점에서”, 경영법률 제13집 2호, 한국경영법률학회 (2003. 2.), 263면.

37) 위법행위로 인해 형성된 시장환경에서 거래를 하는 당사자들이 다수일 경우가 많다는 점, 손해액 인정제도를 두고 있는 점 등을 고려해 보면, 입증책임의 전환이 오히려 남소로 이어질 가능성도 높은 것이다.

38) 구체적인 사례로는 대법원 1997. 6. 27. 선고 95다2692 판결(환경오염소송), 대법원 2000. 9. 8. 선고 99다48245 판결(의료과오소송), 대법원 2000. 2. 25. 선고 98다15934 판결(제조물책임소송).

39) 홍대식, 전계논문(주3), 9면에서는 “대법원은 환경오염피해소송, 의료과오소송, 제조물책임소송과 같은 특수소송에서 인과관계의 입증책임을 경감하는 입장을 취하고 있는데, 이는 공정거래법 관련 소송과 같이 개인의 경제적 이익 보호뿐만 아니라 시장과 관련된 가치(Market-related Value)의 보호에도 기여하는 소송 유형에도 확장하는 것이 바람직하다”

나. 판례의 태도

공정거래법 관련 소송에서의 입증책임 완화의 필요성에도 불구하고 아직까지 판례는 인과관계에 대한 원칙론적 입장을 견지하고 있는 것으로 보인다. 우선 마이크로소프트 미국본사 및 한국 현지법인이 윈도우운영체계에 미디어 플레이어 및 메신저 프로그램을 결합판매한 행위가 시장지배적 지위남용에 해당한다는 이유로 경쟁회사가 제기한 손해배상사건에서 1심 법원은 “공정거래법 제57조가 ‘이 법의 규정을 위반한 행위로 인하여 손해가 발생한 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.’고 규정하고 있으므로, 위 조항을 적용하여 원고의 손해액을 산정하기 위해서는 공정거래법 위반행위인 이 사건 결합판매행위로 ‘인하여’ 원고에게 손해가 발생하였다는 점이 입증되어야 할 것이며, 위 조항의 내용을 위법행위와 손해 사이의 인과관계에 대한 입증책임까지 완화되는 취지로 해석할 수는 없다. 따라서, 불법행위책임의 일반원칙에 따라 손해배상청구권을 행사하고자 하는 원고가 위법행위와 손해 발생 사이의 인과관계를 입증하여야 한다”고 판시하면서, 5가지의 구체적인 사실을 전제로 피고들의 결합판매행위와 원고의 메신저 사업 실패 사이에 상당인과관계를 부정하였다.⁴⁰⁾

고 한다.

- 40) 서울중앙지법 2009. 6. 11. 선고 2007가합90505 판결(① 원고의 주장과는 달리 피고들의 이 사건 결합판매행위가 시작된 2000년 9월경부터 2000년 12월경까지는 원고의 소프트 메신저 전체 접속자 수가 감소하지 않고 오히려 증가하고 있으며, 소프트 메신저 1.2 버전의 접속자 수는 크게 변동되지 않았고, 원고 주장에 의하더라도 일부 감소한 것은 소프트 메신저 1.2 버전 사용자가 소프트 메신저 2000 버전으로 옮겨간 것에서 기인한 현상으로서 피고들 메신저의 시장 점유율이 상승한 것과는 밀접한 연관성이 없는 점, ② 실제 메신저 시장의 점유율에 대한 조사 결과를 살펴보면, 2000년 9월경 원고의 소프트 메신저는 이미 경쟁 업체인 유아이엔닷컴에 뒤지는 등 다른 메신저 사업자와의 경쟁에서도 열세를 면치 못하고 있었던 점, ③ 피고들이 윈도우 Me에 MSN 메신저를 결합판매한 지 1년이 지난 2001년 8월이나 9월경에도 다음 메신저나 버디버디의 시장 점유율은 2000년 12월경과 거의 유사하거나 오히려 증가하는 현상을 보이는 등 피고들의 이 사건 결합판매행위가 적어도 2001년 9월경까지는 크게 영향을 미치지 않았던 것으로 볼 여지도 있는 점, ④ 원고는 1999년에 2억 289만 4,000원, 2000년 상반기에 2억 5,217만 5,000원의 경상이익을 달성하다가 2000년

그리고 군납유류 담합사건에서 대법원은 인과관계의 입증정도에 대한 특별한 실시 없이 “불법행위를 원인으로 한 손해배상청구소송에서 손해의 범위에 관한 증명책임이 피해자에게 있는 점에 비추어, 담합행위 전후에 특정 상품의 가격형성에 영향을 미치는 요인들이 변동 없이 유지되고 있는지가 다투어지는 경우 그에 대한 증명책임은 담합행위 종료 후의 가격을 기준으로 담합행위 당시의 가상 경쟁가격을 산정하여야 한다고 주장하는 피해자가 부담한다”고 하면서, 원심이 2003년 이후 중국과 인도의 급격한 경제발전, 이라크 전쟁으로 인하여 전세계적인 유류 공급부족 사태가 발생하였고 현물시장의 특성상 MOPS 가격이 급격하게 상승하는 등 2003년 이후에는 담합기간과 달리 싱가포르 현물시장의 성격이 크게 변하였으므로 현재 MOPS 가격을 기준으로 입찰이 이루어지고 있다는 사정만으로 담합기간 동안의 손해를 MOPS 기준가격에 의하여 산정하여서는 아니 된다는 피고 측의 주장에 대하여 이를 인정할만한 증거가 없다고 배척한 것은 증명책임의 법리를 전도한 잘못이 있다고 하였다.⁴¹⁾

말에 -13억 187만 5,000원, 2001년 말에 -43억 2,079만 4,000원의 적자를 기록하는 등 재정상태가 급격히 악화되었는데, 이는 피고들의 이 사건 결합판매행위로 인하여 발생하였다고 보다는 해외 진출, 인터넷 커뮤니티 포털화, 소매 2000 프로젝트 등 원고가 의욕적으로 벌이던 사업이 실패하고, 메신저 시장의 치열한 경쟁 상황에서 밀리는 가운데 2000년경 발생한 이른바 ‘벤처 거품의 붕괴’ 등 원고 회사 자체의 문제 및 그 당시 경제 상황에서 발생한 것이라고 보는 것이 오히려 합리적인 점, ⑤ 특히 원고가 산정한 기업 가치를 기준으로 하면, 2000년 상반기 178억 3,701만 1,000원이던 기업 가치가 2000년 9월경 시작된 피고들의 결합판매로 인하여 불과 4개월 만에 3억 8,988만 3,000원으로 하락했다는 것인데, 오로지 피고들의 결합판매만으로 이러한 결과가 발생하였다고 보기는 어려운 점 등 여러 사정을 종합적으로 고려하면, 피고들 메신저의 시장 점유율이 이 사건 결합판매행위 후 상승하였고 피고들이 윈도우 Me에 MSN 메신저를 결합하여 판매하기 시작할 즈음에 원고가 메신저 시장에서 이용률 감소로 인해 사업을 하지 못하게 되었다는 사정만으로는 피고들의 이 사건 결합판매와 원고의 메신저 사업 실패 사이에 상당인과관계를 인정하기에는 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다. 이 판결은 항소 기각(서울고등법원 2012. 7. 6. 선고 2009나71437 판결) 및 상고 기각(대법원 2013. 2. 15. 선고 2012다79446 판결)에 의해 확정되었는데, 2심과 3심 모두 위 판시내용에 대해서는 달리 지적을 하지 않았다.

- 41) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2010다18850 판결(담합기간과 비담합기간을 대비할 때 싱가포르 현물시장의 성격 내지 그 거래가격의 형성요인이 전반적으로 동일·유사하게 유지되고 있다는 점에 대한 증명책임은 피고 측에게 있는 것이 아니라, MOPS 기준가격에 의하여 담합기간 동안의 가상 경쟁가격을 산정하여야 한다고 주장하는 원고 측에게 있는 것이다. 그런 데도 원심이 이에 대한 피고 측의 증명이 없다는 이유로 담합기간과 비담합기간동안 싱가포르

5. 소결

지금까지 공정거래법 위반으로 인한 손해배상청구에서의 몇가지 쟁점들을 살펴보았다. 기본적으로는 일반 불법행위법과 동일한 법리를 전제로 하되, 공정거래법 위반행위 및 그에 대한 사적 집행이 갖는 특별한 의미를 반영한 배려(특히 인과관계에 대한 입증책임의 완화)가 필요할 것으로 생각되나 아직까지 이에 대한 판례는 확인되지 않는다. 향후 특수 불법행위소송에서의 입증책임에 관한 법리가 공정거래법 위반사건에도 도입 되길 기대하면서, 이하에서는 손해액 산정방법에 관한 논의를 살펴 보기로 한다. 즉, 구체적인 사례를 통해 손해배상액 산정방법이 어떻게 다루어지고 있는지 살펴본 후 그 시사점 등을 고찰해 보고자 한다. 다만 지면의 한계상 다양한 유형의 공정거래법 위반행위에 대한 손해액 산정방법을 모두 살펴볼 수는 없고, 앞에서 언급한 바와 같이 최근에 많이 문제되고 있는 담합에 있어서의 손해액 산정에 관한 사례들(특히 손해액 산정방법이 중요한 쟁점이 되었으며 아울러 손해전가의 항변 또는 손익상계의 문제도 함께 다루어졌던 군납유류 담합사건과 밀가루 가격 담합사건)을 중심으로 검토해 보기로 한다.

Ⅲ. 손해액 산정에 관한 실무례 - 담합사건을 중심으로

1. 서

공정거래법 위반행위로 인한 손해액 산정이 최초로 다루어진 사건은 정산실업 사건⁴²⁾이라고 보고 있으며⁴³⁾ 그 이후 불공정거래행위와 관련한 손해배

포르 현물시장의 성격 내지 그 거래가격의 형성요인이 전반적으로 동일·유사하게 유지되고 있음을 전제로 담합기간의 MOPS 기준가격이 가상 경쟁가격이 될 수 있다고 본 것은 타당하지 아니하다).

42) 대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카29075 판결(원심은 원고가 온양지사를 개설한 1986. 10. 1.부터 피고 회사로부터 제품공급중단을 당한 1986. 11. 18.까지의 실적에 기초하여 원고 경영의 온양지사에서는 피고 회사의 지정가격으로 판매하는 경우도 있지만 할인판매하는 경

상소송⁴⁴⁾이 주를 이루었다가 최근에는 담합사건에 대한 사적 손해배상청구소송이 많이 제기되고 있다. 특히 부당한 공동행위에 대한 손해배상청구에 있어서의 손해액 산정에 대해서는 최근 선고된 군납유류 입찰담합 사건에 관한 대법원의 판례가 중요한 선례가 될 수 있을 것이다. 이 사건은 1심에서부터 양쪽 당사자들의 치열한 공방이 있었고 이를 통해 손해액 산정에 관한 제반 쟁점들이 다루어지게 되었다. 더욱이 1심의 판단을 배척한 2심에 대해 대법원은 손해액 산정 등 법리오해의 위법이 있다고 하여 파기환송하는 등 법원의 판단이 서로 엇갈려 이 사건에서의 손해액 산정의 어려움을 잘 보여주고 있다. 그리고 그 이후에 선고된 밀가루 가격 담합사건에서는 군납유류 담합사건에서의 1심이 채택한 계량경제학적 분석방법의 타당성이 인정되어 두 사건이 서로 대비를 보이고 있다.

2. 손해액의 산정에 관한 사례

가. 군납유류 담합사건

(1) 판례

군납유류 담합사건에서 1심⁴⁵⁾은 담합행위로 인한 손해액을 산정하는 대안적인 방법들의 장·단점 등을 검토한 다음 다중회귀분석을 통한 이중차분법이 ‘표준시장 비교방법’에 비하여 적절하다고 판단하면서,⁴⁶⁾ 회귀분석 모형의 추

우도 있어 구입비, 판매수수료 등을 제외한 1개당 순이익금은 로손, 크림, 샴푸는 각 금 2,000원, 샴푸는 금 1,000원인 것으로 인정하고 거기에 위 기간동안의 판매수량을 곱하여 총수입을 계산한 다음 경비를 공제하는 방법에 의하여 원고의 일실수익을 산정하였는 바, 기록에 비추어 보면 원심의 위와 같은 조치는 정당하다).

- 43) 권오승, “독점규제법 위반과 손해배상-대법원1990년4월10일선고,89다카29075판결”, 법률신문 제1998호, 법률신문사(1991), 15면.
- 44) 대법원 1991. 5. 19. 선고 90다17422 판결, 대법원 1997. 4. 22. 선고 96다54195 판결 등.
- 45) 서울중앙지방법원 2007. 1. 23. 선고 2001가합10682 판결. 1심 판결에 대한 보다 구체적인 분석은 홍대식, 전계논문(주3), 17-20면 및 이선희, 전계논문(주17), 43-45면 참고.
- 46) 1심은 “군납 유류시장은 유종, 물량의 크기, 규격, 납품장소, 수송수단, 포장 여부, 저유 시설 확보 여부, 공급의 예측 가능성, 대금결제조건, 가격변동조건, 장기 공급 의무 및 비축 의무 여부 등에 있어 싱가포르 현물시장 및 국내 대량수요처와 다른 특수성이 있고, 유류

정방법 중 '통상최소자승법(ordinary least squares method)'을 사용하여 손해액을 산정하였다. 한편 항소심⁴⁷⁾에서는 1심이 채택한 계량경제학상 중회귀분석을 통한 손해액의 산정방법이 그 자체로서 매우 합리적인 방법이지만 경제적 논증에 대한 규범적 통제가 어렵고, 이 사건의 경우 각 모형에 의해 추정된 손해액의 편차가 5.5배를 초과할 정도로 매우 크며, 우리나라의 손해배상제도는 미국의 경우와는 달리 3배 배상을 인정하지 않는다는 점 등⁴⁸⁾을 근거로 오히려 표준시장 비교방법이 분석자의 가치관과 무관하게 현실적합성이 높은 결론을 얻을 수 있다고 하면서 이를 적용하여 손해액을 산정하였다.⁴⁹⁾

이에 대한 상고심에서 대법원⁵⁰⁾은 담합기간 동안의 국내 군납유류시장은 과점체제하의 시장으로서 완전경쟁시장에 가까운 싱가포르 현물시장과 비교할 때 시장의 구조, 거래조건 등 가격형성요인이 서로 다르므로 전반적으로 동일·유사한 시장이라고 볼 수 없고, 정부회계기준에서 정하고 있는 부대비용은 이러한 양 시장의 가격형성요인의 차이점을 특히 염두에 두고 군납유류의 가격책정 시 그 차이점을 보완하기 위하여 마련된 것이 아니므로, 단순히 담합기간 동안의 MOPS 가격에 정부회계기준에 의한 부대비용을 합산한 가격(이하 'MOPS 기준가격')이 가상 경쟁가격이라고 단정할 수 없는 점, 담합기

구매가격은 환율, 원유도입가, 입찰규모, 연도별 차이, 입찰주체별 차이, 유종의 차이, 입찰조건, 수송방법, 포장 여부, 가격조건, 입찰제한, 입찰방법 등 여러 요소와 관련되어 있으므로, 이러한 입찰 주체별 특수성과 가격에 영향을 미치는 많은 변수들의 효과를 적절히 감안하지 아니한 채 두 시장을 단순히 비교하는 표준시장 비교 방법은 채택하지 않기로 한다"고 하였다.

- 47) 서울고등법원 2009. 12. 30. 선고 2007나25157 판결. 2심 판결에 대한 분석과 1심 판결과의 비교·분석으로는 이선희, 전계논문(주17), 45-47면.
- 48) 그 이외에 2심은 "이 사건 담합행위가 종료된 이후 약 9년의 기간이 경과한 결과, 원고가 표준시장 비교 방법으로 제시한 MOPS 가격 비교 방법의 현실 적합성에 대하여 9년에 걸친 비교자료를 활용할 수 있게 되었는바, 그 자료를 분석·대조하는 방법은 계량경제학상의 중회귀분석에 의한 방법과 달리 분석자의 가치관과 무관하게 객관적 현실에의 적합성을 논할 수 있고, 결과적으로 이 사건 손해액의 계산에 있어 그 현실적합성이 매우 높은 결론을 얻을 수 있음을 인정할 수 있다"고 하면서, "그렇다면 여러 가지 현실적 제약이 인정되는 계량경제학상의 중회귀분석보다 제반 여건상 좀 더 우월한 것으로 보이는 방법이 제시된 것으로 판단하는 이상 위 계량경제학적 방법은 채택하지 않기로 한다"고 하였다.
- 49) 이호영, 전계서, 534-535면.
- 50) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2010다18850 판결.

간과 비담합기간 동안의 가격조정방식의 차이점, 담합기간과 비담합기간 동안의 환율, 특히 1998년도의 외환위기로 인한 환위험 등 여러 요인이 담합기간 동안 담합행위와 관계없이 군납유류가격을 상승시킨 중요한 가격형성요인이라고 분석되고 있음에도 원심이 이러한 사정들은 고려하지 아니한 채, 단지 비담합기간 동안 MOPS 기준가격과 실제 군납유류의 낙찰가격 사이에 상관관계가 높게 나타났다는 점을 근거로 담합기간의 MOPS 기준가격이 담합기간의 가상 경쟁가격이 될 수 있다고 본 것은 합리적이라고 할 수 없는 점, 담합기간과 비담합기간을 대비할 때 싱가포르 현물시장의 성격 내지 그 거래가격의 형성요인이 전반적으로 동일·유사하게 유지되고 있다는 점에 대한 증명책임은 피고 측에게 있는 것이 아니라, MOPS 기준가격에 의하여 담합기간 동안의 가상 경쟁가격을 산정하여야 한다고 주장하는 원고 측에게 있는 것임에도 원심이 이에 대한 피고 측의 증명이 없다는 이유로 담합기간과 비담합기간동안 싱가포르 현물시장의 성격 내지 그 거래가격의 형성요인이 전반적으로 동일·유사하게 유지되고 있음을 전제로 담합기간의 MOPS 기준가격이 가상 경쟁가격이 될 수 있다고 본 것은 타당하지 않는 점 등을 이유로 원심을 파기환송하였다.

(2) 검토

이 사건에서 1심은 담합으로 인한 손해액 산정 방법으로 표준시장 비교방법(싱가포르 현물시장 가격 비교 방법, 국내 대량수요처 비교 방법)을 채택하고 계량경제학적 방법인 중회귀분석을 통한 이중차분법을 채택한 데 반해, 2심은 계량경제학적 방법을 배척하고 표준시장 비교방법을 채택하였다.⁵¹⁾ 1심 판결이 채택한 계량경제학적 기법은 지나치게 전문적인 분석방법이어서 비전문가인 법관이 이해하기 어려우며 전문가들의 감정의견에 지나치게 의존하게 되

51) 구체적인 분석은 논외로 하더라도 1심은 감정인 및 전문가의 경제학적 분석을 중시하였음에 반해, 2심은 보다 일반적인 관점에서 표준시장에서의 가격과 비교하여 손해액을 산정하였다는 점에 차이가 있다. 참고로 감정인의 감정 결과는 그 감정 방법 등이 경험칙에 반하거나 합리성이 없는 등의 현저한 잘못이 없는 한 이를 존중하여야 한다는 것이 판례의 기본적인 입장이다(대법원 2007. 2. 22. 선고 2004다70420, 70437 판결 ; 대법원 2012. 11. 29. 선고 2010다93790 판결 등).

고 그러한 전문가들의 감정결과에도 적지 않은 차이가 난다는 점 등을 고려하여 비록 일부 부정확한 점이 있다 하더라도 법관의 수준에서 이해가능한 손해액 산정방식이 더 합리적이라고 본 것이 2심의 입장이었다.⁵²⁾ 이와 같이 1심과 2심이 채택한 손해액 산정기준이 달랐고 이를 전제로 산정한 손해액수도 많은 차이가 났으며,⁵³⁾ 공정거래법 위반으로 인한 손해배상사건에서 최초로 계량경제학적 방법에 의한 손해액 산정을 시도하여 미국식 독점규제법 운용에 익숙한 실무가들로부터 많은 호응을 받았던 1심⁵⁴⁾에 대해 2심은 그 부당성을 지적하면서 보다 보편타당한 방법을 택했다는 점에서 대법원의 판단이 주목될 수 밖에 없었다.

대법원은 앞에서 본 바와 같은 판시를 통해 2심이 채택한 표준시장 비교방법이 가상 경쟁가격의 산정방법이 될 수 없다고 보았는데, 국내 군납유류시장은 과점체제하의 시장으로서 완전경쟁시장에 가까운 싱가포르 현물시장과 다르다는 점과 담합기간과 비담합기간의 군납유류의 가격형성에 영향을 미치는 요인이 서로 다르다는 점 등을 그 이유로 들고 있다. 대법원은 11가지의 구체적인 사실들을 적시하면서 원심의 손해액 산정방법이 잘못되었다고 지적하였는데,⁵⁵⁾ 따라서 이러한 대법원의 판시가 다른 사건에도 동일하게 적용된다고

52) 이선희, 전계논문(주17), 47면에서는 “2심 판결은 원고로 하여금 손해액 입증의 지나친 부담을 덜고 산정의 부정확으로 인한 위험은 피고가 부담하여야 한다는 원리에 충실하였으나, 비전문가인 법관이 이해하여 판단의 준거로 삼기에는 계량경제학적 기법에 의한 경제분석이 너무 난해하거나 복잡한데다가 의도적으로 법관을 오도하는 경향까지 있음에도 위 증거들의 옥석을 가리기 어렵다고 판단한 탓인지, 다소 부정확하더라도 법관의 수준에서 이해가능한 방식에 의한 손해산정방식을 선택한 것이 아닌가 하는 추측을 가지게 하는데, 경제분석의 질과 윤리성에 대하여도 생각하게 하는 계기가 된 것으로 보인다”고 한다.

53) 1심이 인정한 금액은 80,997,385,398원이었는데 반해, 2심은 훨씬 많은 130,992,430,066원을 인정하였다.

54) 이선희, 전계논문(주17), 46면.

55) ① 국방부는 1997년에 국내물가지수에 연동하여 연 5%를 초과하는 경우에 한하여 유류 공급단가를 변동시키는 지수연동제 입찰을 실시하였고 당시 전체적인 물가지수는 5% 이내에서 변동하였기 때문에, 외환위기 시기의 환율인상으로 인한 유가폭등에도 불구하고 군납유류 공급가격에는 변동이 없어 많은 이득을 본 사실, ② 국내 유가는 1998년 3월경 당시 외환위기로 인한 환율상승 효과가 그대로 반영되어 높게 형성되어 있는 상태인데, 국방부는 1998. 3. 13. 1차 입찰을 실시하고, 1998. 3. 24. 2차 입찰을 실시하면서 예정가격을 피고들의 산업자원부 신고가의 80%의 수준으로 정하고 내수가연동제 방식을 채택한 사실, ③ 이에 1997년에 큰 환차손을 입은 피고들은 당시 국내 유가 수준과 환율변동 위험을 고려할

단정하기는 어려우며 또한 대법원은 표준시장 비교방법 자체가 문제라고 본 것이 아니라 그 방법을 적용하기 위한 전제가 잘못되었음을 지적하였고 그 이외에 1심이 채택한 계량경제학적 분석방법의 타당성에 대해서는 달리 판단하지 않았다는 점에서 일부 한계는 있다.⁵⁶⁾ 하지만 대법원은 적어도 표준시장

때 국방부의 입찰조건을 수용할 수 없다고 보고 담합하에 1차 입찰 및 2차 입찰을 모두 유찰시킨 사실, ④ 이에 국방부는 1998. 3. 27. 피고들 담당직원들을 불러 대책회의를 개최하였는데, 피고들 담당직원들은 1997년 환율변동으로 유류가격의 상승요인이 있었음에도 지수조정율의 변화가 없다는 이유로 계약금액을 조정하여 주지 아니함으로써 막대한 손실을 입었고, 1998년 6월경에는 환율하락으로 유류가격도 내려갈 것이 불가피한데 그렇게 되면 조달본부에서 내수가연동제를 적용하여 계약금액을 조정할 것이므로 업체로서는 추가 손실을 방지하기 위하여 산업자원부에 신고한 가격으로 투찰할 수밖에 없으며, 만일 내수가연동제의 적용을 배제하고 연간고정가로 할 경우에는 더 낮은 가격으로 투찰할 수 있다는 취지로 주장한 사실, ⑤ 당시 국방부로서는 유류를 적기에 공급할 수 있도록 확보하는 것이 시급한 처지에 있기는 하였으나 유류가 부족할 경우에는 정유업체에게 계약 전 사전인수를 요청하거나 일부 고갈된 유류에 대해서는 납품유종을 변경하여 공급받거나 비상용으로 비축된 유류를 공급함으로써 어느 정도 해결할 수 있었고, 또한 당시 재정경제원에서는 국가계약령 제64조에 따라 계약금액조정 요건을 준수할 경우 계약체결이 어려운 유류 등 특수한 품목에 대해서는 월별로 계약을 체결하는 등의 방법으로 계약업무를 수행하라는 취지로 회신을 보내오기도 한 사실, ⑥ 그러나 위 대책회의 후 국방부는 이와 같은 대안을 고려하지 아니한 채 자체적으로 고정가격제와 내수가연동제를 취할 경우의 장·단점을 분석하면서, 1997년에 지수조정방식을 채택하여 사실상 연간고정가 방식으로 운용함으로써 결과적으로 가격을 조정하지 않아서 많은 이득을 보았던 점과 당시 대우경제연구소에서 예측한 장래의 환율하락폭과 환율하락시기 등을 고려할 때 연간고정가로 계약을 체결하고 대신 입찰 예정가격을 1, 2차 입찰 때보다 10% 정도 낮추어 3차 입찰을 시행하면 조기에 군납유류구매계약을 체결할 수 있고 예산을 절감할 수 있다는 점에서 연간고정가 방식도 수용가능한 방안이라고 판단한 사실, ⑦ 당초 내수가연동제를 배제하고 연간고정가로 계약하는 것은 위법하다고 자문한 국방부 조달본부 법무실은 이러한 방안에 동의하였고, 조달계약조정위원회 위원들도 이러한 방안에 동의한 사실, ⑧ 그리하여 국방부는 1998. 4. 7. 3차 입찰을 시행하면서 국가계약령 제64조를 배제한 채 예정가격률을 모든 유종에 대하여 70% 내지 71%로 정하되 연간고정가 방식으로 입찰을 실시하였고, 이에 따라 1998년 4월 군용유류공급계약은 연간고정가로 체결된 사실, ⑨ 국방부는 1, 2차 입찰 당시의 예정가격보다 10% 더 낮게 예정가격을 정하여 입찰을 실시함으로써 당초의 조달지시 금액 3,340억 원보다 적은 3,260억 원에 계약이 이루어져 예산 80억 원을 절감하게 되었다고 업무보고를 하고 관련 담당자들에 대한 표창을 건의한 사실, ⑩ 그러나 그 후 환율은 국방부의 당초 예상과 달리 급격하게 하락하였고 국내 유가도 이에 동반하여 급격하게 하락한 사실, ⑪ 이에 국방부는 피고들에게 1999년 1월분, 같은 해 3월분, 같은 해 4월분의 공급물량에 대하여 당초 합의된 연간고정가 방식의 계약조건과 달리 내수가연동제 방식에 따른 가격조정을 요구하여 합계 280여억 원 상당의 유류대금을 감액받았고, 1999년 1월부터 같은 해 6월까지 동안 피고들로부터 10,317,120,062원 상당의 유류 약 5,200만ℓ를 무상공급받은 사실 등을 알 수 있다.

56) 이하에서 보는 바와 같이 밀가루 가격 담합사건에서는 계량경제학적 분석방법의 적용이 타

비교방법을 통해 가상 경쟁가격을 산정하기 위한 요건에 대해서는 의미있는 기준(각 시장의 구조, 담합기간과 비담합기간에 각각 가격에 영향을 미치는 요인 등)을 제시해 주었기 때문에, 이후의 사건들에서 동일한 손해액 산정방법을 채택하고자 하는 경우 많은 참고가 될 것으로 생각된다.

나. 밀가루 가격 담합사건

국내 밀가루 시장점유율의 대부분을 차지하는 8개 밀가루 제조·판매회사들이 공동으로 밀가루 생산량(판매량)을 제한하고 밀가루 가격을 담합하여 제빵업체가 그 중 자사에 밀가루를 판매한 2개 사업자를 상대로 손해배상청구를 한 사건이다.

이 사건에서는 1심⁵⁷⁾의 판결에 대해 2심⁵⁸⁾에서 항소가 기각되고 상고심⁵⁹⁾에서 다시 상고가 기각되어 확정되었는데, 대법원은 1심과 동일한 계량경제학적 분석방법을 채택한 원심의 판단이 타당하다고 하여 그 결론을 같이 하였다는 점에서 군납유류 담합사건에 비해 치열한 공방은 덜하였다고 볼 수 있다. 이 사건에서 대법원은 계량경제학적 분석방법인 회귀분석을 통하여 담합 후 더미변수와 3개월 전의 원맥도입가 및 실질국내총생산 등을 각각 설명변수로 하고 밀가루 입고단가를 종속변수로 한 회귀방정식을 추정한 다음, 이를 근거로 계산한 밀가루의 경쟁가격을 전제로 손해액을 산정한 제1심 감정인의 감정 결과를 채택한 원심판단을 수긍하였는데, 이러한 판시내용은 군납유류 담합사건의 1심 판결과 유사하다.

한편, 이 사건에서 대법원은 피고의 손해전가의 항변에 대해서도 “담합에 의하여 가격이 인상된 재화 등을 매수한 매수인이 다시 이를 제3자인 수요자에게 판매하거나 그 재화 등을 원료 등으로 사용·가공하여 생산된 제품을 수

당하다고 판시하고 있으므로, 군납유류 담합사건에서도 원심이 1심과 동일한 분석방법을 적용하였다면 대법원이 그 판단을 수긍하였을 가능성이 높았을 것으로 생각된다.

57) 서울중앙지방법원 2009. 5. 27. 선고 2006가합99567 판결.

58) 서울고등법원 2010. 10. 14. 선고 2009나65012 판결.

59) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2010다93790 판결.

요자에게 판매한 경우에, 재화 등의 가격 인상 후 수요자에게 판매하는 재화 등 또는 위 제품(‘제품 등’)의 가격이 인상되었다고 하더라도, 재화 등의 가격 인상을 자동적으로 제품 등의 가격에 반영하기로 하는 약정이 있는 경우 등과 같이 재화 등의 가격 인상이 제품 등의 판매 가격 상승으로 바로 이어지는 특별한 사정이 없는 한, 제품 등의 가격은 매수인이 당시의 제품 등에 관한 시장 상황, 다른 원료나 인건비 등의 변화, 가격 인상으로 인한 판매 감소 가능성, 매수인의 영업상황 및 고객 보호 관련 영업상의 신인도 등 여러 사정을 고려하여 결정할 것이므로, 재화 등의 가격 인상과 제품 등의 가격 인상 사이에 직접적인 인과관계가 있다거나 제품 등의 인상된 가격 폭이 재화 등의 가격 인상을 그대로 반영하고 있다고 단정할 수 없다. 그뿐 아니라 제품 등의 가격 인상은 제품 등의 수요 감소 요인으로 작용하여 전체적으로 매출액 또는 영업이익의 감소가 초래될 수 있고, 이 역시 위법한 담합으로 인한 매수인의 손해라 할 수 있으므로, 이와 같은 여러 사정을 종합적으로 고려하지 아니하고 제품 등의 가격 인상에 의하여 매수인의 손해가 바로 감소되거나 회복되는 상당인과관계가 있다고 쉽게 추정하거나 단정하기도 부족하다”고 하여 이를 배척하면서 “다만 이와 같이 제품 등의 가격 인상을 통하여 부분적으로 손해가 감소되었을 가능성이 있는 경우에는 직접적인 상당인과관계가 인정되지 아니한다고 하더라도 이러한 사정을 손해배상액을 정할 때에 참작하는 것이 공평의 원칙상 타당하다”고 판시하였다.⁶⁰⁾

다. 기타

하급심 법원에서 담합으로 인한 손해배상이 다투어진 사건으로는 서울지역 4개 약품도매상 가격담합사건,⁶¹⁾ 교복담합사건,⁶²⁾ 시내전화요금 담합사건⁶³⁾

60) 그 이외에 “감정인의 감정 결과는 그 감정 방법 등이 경험칙에 반하거나 합리성이 없는 등의 현저한 잘못이 없는 한 이를 존중하여야 한다고 하여, 경제전문가인 감정인의 감정 결과를 채택한 원심의 판단에도, 감정 방법 등이 경험칙에 반하거나 합리성이 없는 등의 현저한 잘못이 있는 감정 결과를 채택하거나 손해액 산정 및 손해배상의 범위에 관한 법리를 오해한 위법 등이 있다고 할 수 없다”고 하였다.

61) 서울지방법원 1996. 11. 22. 선고 95가합16511 판결, 서울고등법원 1998. 5. 20. 선고 97나

이 있다. 약품가격 담합사건에서는 피고들의 담합행위로 원고들에게 공급한 간염백신의 단위당 공급가격과 시증거래가격의 차이에 기초하여 손해배상액을 산정하면서 담합이 없었던 지역의 공급가격 등을 참고로 하였고, 교복담합 사건에서는 복잡한 유통구조 및 제조사별·지역별·판매점별 적정 원가를 산정하기 곤란하다는 점 등을 이유로 들면서 공정한 경쟁가격은 원고들이 실제로 지급한 총구입가격의 85% 상당(1심은 80% 상당으로 보았음)이라고 하였으며, 시내전화요금 담합사건에서는 원고들이 피고들의 부당공동행위로 인하여 최소한 지급한 것으로 인정되는 기본료 인상분 1,000원에 부당공동행위기간 12개월을 곱하여 각 원고마다 12,000원이 된다고 하였다. 각 사건에서의 구체적인 손해액 산정방법에 대해서는 논외로 하고, 이러한 판결들을 통해 알 수 있는 것은 가상 경쟁가격을 산정하는 방법이 정립되어 있지 않으며 특정 손해액 산정방법을 채택한 경우에도 이를 통해 구체적인 손해액을 산정하는 과정은 여전히 모호한 부분이 있다는 것이다.⁶⁴⁾

3. 손익상계 또는 손해전가의 항변

가. 일반

손해전가의 항변(passing on defense)이란 직접구매자가 담합으로 인하여 초과가격(overcharge)을 지불하게 되어 자신이 입게 된 손해의 전부 또는 일부를 자신의 하위단계 구매자인 간접구매자에게 전가한 경우 그 부분의 손해

4465 판결.

62) 서울중앙지법 2005. 6. 17. 선고 2002가합590 판결, 서울고등법원 2007. 6. 27. 선고 2005나109365 판결.

63) 서울중앙지방법원 2008. 1. 18. 선고 2005가합88937,109504 판결, 서울고등법원 2009. 12. 24. 선고 2008나22780 판결.

64) 홍대식, 전제논문(주31), 1125면에서도 이와 유사한 취지에서 “교복 담합 사건의 경우 소액 다수의 소비자가 간접 구매자로서 소송의 당사자였다는 사정을 감안하면 군납유류 사건에서와 같은 경제 분석 증거가 제출될 것을 기대하기는 사실상 어렵다고 할 수는 있으나, 손해액 입증의 정도에 관하여는 어느 정도 일관되고 예측 가능한 판단기준이 제시될 필요가 있다”고 한다.

를 인정하지 않는다는 항변을 말한다.⁶⁵⁾

미국의 연방대법원은 손해전가가 문제되는 사안에서 피고의 이중배상 위험을 피하기 위하여 간접구매자의 원고적격을 부정하고 있다.⁶⁶⁾ 이를 직접구매자 원칙(Direct Purchaser Rule)이라고도 하는데, 직접구매자가 원고가 되어 초과지급액의 손해배상을 청구한 Hanover Shoe 사건에서 법원은 간접구매자에게 손해가 전가되었다는 피고의 항변을 받아들이지 않았고, 그 이후에 간접구매자가 직접 원고가 된 Illinois Brick사건에서는 예외적인 경우가 아닌 한 직접구매자에 한하여 손해배상청구를 할 수 있다는 기준을 명확히 하였다. 그 이후 하급심 법원에서는 Illinois Brick 판결이 간접 판매자에게도 적용된다고 보고 있다.⁶⁷⁾

이러한 미국 법원의 입장은 3배 배상제도⁶⁸⁾의 법 위반행위 억제기능의 효율성을 고려한 정책적인 판단에 근거한 것이긴 하지만, 미국내에서도 이러한 판례에 대해 비판 견해가 많으며 EU의 집행위원회도 간접구매자의 손해배상청구를 긍정하는 태도를 취하고 있다.⁶⁹⁾ 우리나라의 경우 공정거래법 위반행위로 인한 손해배상청구에 있어 별도의 특칙이 없기 때문에 일반 불법행위법상의 원칙인 상당인과관계론에 따라 간접구매자의 손해배상청구 요건이나 직접구매자에 대한 손익상계 등을 판단하면 족할 것이다.

나. 판례

우리 대법원은 밀가루 가격 담합사건에서 최초로 손해전가의 항변에 대해 판단하였는데,⁷⁰⁾ 우선 위 항변사유가 손익상계의 대상이 되는지에 대해서는

65) 이선희, 전계논문(주5), 929-930면.

66) Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp., 392 U.S. 481 (1968) ; Illinois Brick Co. v. State of Illinois 431 U.S. 720 (1977), Illinois Brick 사건 판결에 대한 비판은 Lawrence A. Sullivan/Warren S. Grimes, op.cit., 973-975면 참고.

67) Hovenkamp Herbert, op. cit.(주2), 289면.

68) 미국법상 3배 배상제도의 남용 등 문제점에 대해서는 Jorde/Teece, *Antitrust, Innovation, and Competitiveness*, Oxford(1992), 87-94면 참고.

69) 미국 내에서의 비판 입장 및 EU의 태도에 대한 보다 자세한 내용은 홍대식, 전계논문(주3), 13-14면 참고.

“불법행위 등이 채권자 또는 피해자에게 손해를 생기게 하는 동시에 이익을 가져다 준 경우에는 공평의 관념상 그 이익은 당사자의 주장을 기다리지 아니하고 손해를 산정할 때에 공제하여야 하나, 손익상계가 허용되기 위해서는 손해배상책임의 원인이 되는 행위로 인하여 피해자가 새로운 이득을 얻었고 그 이득과 손해배상책임의 원인행위 사이에 상당인과관계가 있어야 한다”는 원칙론적 입장을 밝힌 다음, 앞서와 같은 판시를 통해 ‘손해전가의 항변 (passing-on defence)’을 받아들이지 아니하는 한편 장려금 지급 및 제품 가격 인상에 의한 손해 전가에 관한 사정들을 참작하여 손해배상책임을 제한한 원심판단이 정당하다고 하였다.⁷¹⁾ 즉, 우리 대법원은 손해전가의 항변을 손해의 발생이나 손익상계에 대한 문제로 보지 않고 책임제한사유로 참작할 수 있다는 입장을 취하고 있는 것이다.

그 이외에 판례는 국가가 입찰담합에 의한 불법행위의 피해자인 경우, 가해자에게 부과하여 납부받은 과징금이 손익상계 대상이 되는지 여부에 대해서는 “입찰담합에 의한 부당한 공동행위에 대하여 독점규제 및 공정거래에 관한 법률에 따라 부과되는 과징금은 담합행위의 억지라는 행정목적 실현을 위한 제재적 성격과 불법적인 경제적 이익을 박탈하기 위한 성격을 함께 갖는 것으로서 피해자에 대한 손해의 전보를 목적으로 하는 불법행위로 인한 손해배상책임과는 그 성격이 전혀 다르므로, 국가가 입찰담합에 의한 불법행위의 피해자인 경우 가해자에게 입찰담합에 의한 부당한 공동행위에 대하여 과징금을 부과하여 이를 가해자로부터 납부받은 사정이 있다 하더라도 이를 가리켜 손익상계의 대상이 되는 이익을 취득하였다고 할 수 없다”고 하였다.⁷²⁾

4. 소결

이상에서 살펴 본 바와 같이 최근의 대법원 판결에서는 그 동안 국내에서

70) 이선희, “부당한 공동행위에 대한 손해배상 청구소송에서 손해전가 항변-대법원 2012. 11. 29. 선고 2010다93790 판결-”, 법률신문 제4099호, 법률신문사(2013. 1.), 12면.

71) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2010다93790 판결.

72) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2010다18850 판결.

주로 이론적으로 논의되어 왔던 부분들에 대한 판시가 나오고 있어서, 향후의 손해배상사건에서 많은 참고가 될 것으로 생각된다. 특히 손해액 산정기준과 관련하여 기존 사건들에서는 그 기준이 명확하지 않았으나, 최근 대법원은 공정거래법 특유의 경제학적 분석을 통한 구체적인 손해액 산정방법을 적법한 것으로 받아들이고 있다는 점은 시사하는 바가 적지 않다. 전문적인 경제분석을 통한 손해액의 산정은 납득할 수 있는 객관적 기준을 제시해 준다는 점에서 긍정적인 면이 있으나, 일반 국민의 법감정을 기준으로 재판하는 법원의 입장에서는 그 이해의 정도에 한계가 있을 수 밖에 없기 때문에 무조건 그러한 경제학적 분석방법을 수용해야 하는지는 의문의 여지가 있다. 하지만 최근 판례의 태도나 손해액 산정의 정확성을 기할 필요성이 있다는 점 등을 고려해 볼 때, 이러한 손해액 산정방법은 앞으로도 적극적으로 활용될 것으로 생각되는바 소송당사자는 이 부분에 대한 검토 및 대비를 충분히 해야 할 것이다.

IV. 관련문제

1. 사건 기록의 송부 요구

공정거래법 제56조의 규정에 의한 손해배상청구의 소가 제기된 때 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(법 제56조의2).

이 규정은 공정거래법에 의한 손해배상청구소송에 있어서 소송경제, 피해자의 입증부담의 경감을 위해 1999. 2. 5. 개정법에서 신설된 것인데, 일반 민사 사건에서의 법원 문서송부촉탁제도(민사소송법 제352조)와 유사하다.⁷³⁾ 즉, 법원이 직권으로 공정거래위원회에 기록의 송부를 요구할 수 있다는 점 외에는 문서송부촉탁과 다르지 않다.⁷⁴⁾ 다만, 공정거래법상 법원의 기록 송부 요

73) 김구년, “독점규제법상 손해배상청구소송의 제문제”, 비교사법 제14권 1호(통권 36호), 한국비교사법학회(2007 3), 285-286면.

청은 공정거래위원회의 조사가 진행 중인 경우에도 할 수 있으며 공정거래위원회가 사실상 그러한 송부 요청에 구속되는 효과가 있다는 점에서 차이가 있다고 보는 것이 일반적인 견해이다.⁷⁵⁾

2. 공정거래위원회가 증거에 의하여 인정한 사실에 대한 효력

가. 견해의 대립

공정거래위원회가 증거에 의하여 인정한 사실에 대한 법원의 구속력 여부, 특히 공정거래위원회의 시정조치가 확정된 경우 그 시정조치에서 인정된 사실은 소송절차에서 법원을 구속하는지에 대한 문제가 있다. 일본의 견해로는 전면적긍정설, 전면적부정설, 일부긍정설(공정거래위원회의 시정조치는 법원 판단에 대한 구속력을 인정하고 시정권고에 대해서는 부정하는 견해)이 있고 일본의 판례는 전면적부정설(사실상 구속력설)을 취하고 있다.⁷⁶⁾ 우리나라에서는 시정조치 선확정주의를 취하고 있던 2004년 개정 전 제57조 제1항⁷⁷⁾의 규정을 전제로 동 제도의 취지가 동법 위반으로 인한 피해자 스스로는 위반 행위를 입증한다는 것이 특별한 경우를 제외하고는 극히 곤란하거나 거의 불가능하다는 점에서 피해자에게 이를 면제하여 손해배상청구를 용이하게 하기 위함에 있다고 볼 때에 시정조치에서 인정된 사실은 법원에서도 그 효력이 인정된다고 보아야 한다는 전면적긍정설⁷⁸⁾과 시정명령과는 달리 약식의 편의한 절차에 의하여 내려지는 시정권고의 경우에 그 인정사실에 일응의 추정력

74) 권오승 의 7, 전게서, 349면.

75) 권오승 의 7, 전게서, 349면 : 홍대식, 전계논문(주3), 5면.

76) 일본의 학설 및 판례의 태도에 대한 보다 구체적인 논의는 장승화, "독점규제법상 손해배상청구소송과 시정조치의 구속력", 판례월보 247호, 판례월보사(1991), 12-18면 참고.

77) 제57조(손해배상청구권의 재판상의 주장제한등) ① 제56조(손해배상책임)의 규정에 의한 손해배상청구권은 이 법의 규정에 의한 시정조치가 확정된 후가 아니면 이를 재판상 주장할 수 없다. 다만, 이는 민법 제750조(불법행위의 내용)의 규정에 의한 손해배상청구의 소를 제한하지 아니한다.

78) 김영호, "독점규제법위반행위와 손해배상", 손해배상법의 제문제: 성헌황적인박사 화갑기념, 성헌황적인박사 화갑기념논문집 편찬위원회(1990), 505-506면.

을 인정하는 것은 곤란하다는 일부긍정설⁷⁹⁾도 있으나, 구 공정거래법 제57조 제1항은 손해배상청구권을 소송상 행사하기 위한 요건으로서 시정조치의 확정을 규정하고 있을 뿐이지 시정조치의 법원판단에 대한 구속력을 인정하는 근거가 되지는 않고, 공정거래위원회가 인정한 사실은 법원을 구속하지 않지만, 피해자가 확정된 시정조치를 주요한 증거로 하여 위법행위의 존재를 입증하게 되면 사업자가 반증을 들지 못하는 한 위법행위의 존재가 사실상 추정된다는 전면적부정설이 다수설이다.⁸⁰⁾

나. 판례 및 사건

화장품 제조업자인 피고 주식회사 정산실업이 대리점의 판매지역을 제한하고, 재판매가격유지 등을 내용으로 하는 대리점계약을 준수하도록 강요하다가 원고 대리점이 피고의 상품을 할인판매점에 공급하자 제품공급을 중단한 사건에서, 판례는 공정거래위원회의 시정조치에 대해 사실상의 추정력이 인정될 뿐이라고 보았다. 즉, “시정조치가 확정되면 곧바로 사업자 등의 행위에 위법성이 인정되는 것은 아니고 위 시정조치에 있어서 공정거래위원회가 인정한 사실은 그 시정조치에서 지적된 불공정거래행위에 의하여 입은 손해를 배상받고자 제기한 민사소송에서 법원을 구속하지 못하고 다만 사실상 추정을 받게 되는데 그치는 것이다”라고 판사하였다.⁸¹⁾ 이 판결은 시정조치의 선확정

79) 오진환, “독점규제법위반으로 인한 손해배상”, 법조 40권 1호 (통권412호), 법조협회 (1991. 1.), 129면.

80) 권오승, 「경제법 제8판」, 법문사(2010), 387면 ; 신현운, 「경제법 제3판」, 법문사(2010), 397면 ; 손주찬, 「경제법」, 법경출판사(1993), 351면. 참고로 전면적부정설의 입장을 취하면서도 이는 피해자 구제를 위한 이론이므로 만일 공정거래위원회가 시정조치에서 일부 혐의만을 인정하고 일부 독점규제법 위반행위에 대해서는 그것이 행해지지 않았다고 판단한 경우에는 후자의 부분에 대한 사실상 추정은 인정되지 않는다고 보아야 한다는 견해로는 김두진, 전개논문, 349-350면.

81) 대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카29075 판결, 같은 취지의 판결로 대법원 1999. 12. 10. 선고 98다46587 판결(공정거래위원회가 불공정거래행위를 이유로 내린 경고조치는 독점규제및공정거래에관한법률에 규정되어 있지 아니한 것으로서 이를 같은 법 제24조 소정의 '기타 시정을 위한 필요한 조치'에 해당한다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 실령 그에 해당한다고 보더라도 공정거래위원회의 시정조치가 확정되었다고 하여 곧바로 사업자 등의 행위의 위법성이 인정되는 것은 아니고, 그 시정조치에 있어서 공정거래위원회의 인정 사실 및 판단은

요건을 규정하고 있던 2004년 개정 전 제57조 제1항에 근거한 것이지만, 시정 조치가 가지는 의미에 있어 개정전후에 차이가 없다는 점에서 이러한 판례의 태도는 현행법에서도 동일하게 적용된다고 볼 것이며,⁸²⁾ 공정거래위원회의 시정조치에 대한 배려를 하면서도 사법적 판단이 아닌 점을 고려해 볼 때 이러한 판례의 태도가 타당하다고 생각된다.

3. 손해액 인정 제도

공정거래법 위반행위로 인한 손해배상소송에서 구체적인 손해액 산정이 쉽지 않다는 것은 앞에서 본 바와 같다. 이러한 손해액 산정의 어려움은 비단 공정거래법 위반 행위에 국한되는 것은 아니고 일반 민사법상의 불법행위에도 마찬가지로 문제가 된다.

이에 대법원은 손해배상 책임이 인정되는 때에는 설사 손해액에 관한 입증이 없더라도 법원은 그 청구를 배척할 것이 아니라 석명권을 행사하여 손해액을 심리·판단해야 한다거나,⁸³⁾ 장래의 얻을 수 있었을 이익에 관한 입증이 있어서는 그 증명도를 과거사실에 대한 입증이 있어서는 증명도보다 경감하여 채권자가 현실적으로 얻을 수 있을 구체적이고 확실한 이익의 증명이 아니라 합리성과 객관성을 잃지 않는 범위 내에서의 상당한 개연성이 있는 이익의 증명으로 족하다고 보아야 할 것⁸⁴⁾이라고 하며, 재산상 손해의 발생이 인정되는데도 입증곤란 등의 이유로 그 손해액의 확정이 불가능하여 배상을 받을 수 없는 경우, 법원이 위자료액을 산정함에 있어서 이러한 사정을 위자료의 증액사유로 참작할 수 있다⁸⁵⁾고 하는 등의 판결을 통해 피해자 보호의 노력을 해 오고 있다.

그 시정조치에서 지적된 불공정거래행위에 의하여 입은 손해를 배상받고자 제기한 민사소송에서 법원을 구속하지 못한다).

82) 권오승 외 7, 전거서, 350-351면.

83) 대법원 1982. 4. 13. 선고 81다1045 판결.

84) 대법원 1992. 4. 28. 선고 91다29972 판결, 대법원 1986. 3. 25. 선고 85다카538 판결, 대법원 1987. 2. 10. 선고 86다카1453 판결.

85) 대법원 2010. 8. 26. 선고 2009다67979,67986 판결, 대법원 2007. 6. 1. 선고 2005다5843 판결.

하지만 이상의 판례에 의하더라도 손해액 산정의 요소들에 대해서는 엄격한 입증을 요구하여 손해배상액 산정에 있어서 견본추출 산정방식이나 통계적, 추정적 산정방식은 전혀 인정하지 않는다.⁸⁶⁾ 따라서 입증책임의 완화에 의하더라도 구체적인 손해액 산정방식이나 산정 요소들에 대한 입증이 어려운 경우 피해자보호에 한계가 있을 수 밖에 없는데, 이런 점에서 2004년 개정법에서 도입된 손해액 인정 제도는 민사소송법에도 규정되어 있지 않은 것으로 사적 집행으로서의 손해배상제도의 활성화를 위해 획기적인 전기를 마련한 것으로 받아들여지고 있다.⁸⁷⁾ 다만, 공정거래법 제57조는 “이 법의 규정을 위반한 행위로 인하여 손해가 발생된 것은 인정”될 것을 전제로 하고 있으므로, 위법행위와 그로 인한 손해발생사실에 대한 입증은 있어야 한다. 그리고 어느 정도의 증거가 손해액 인정에 족한 증거라고 할 수 있을지는 의문의 여지가 있어서⁸⁸⁾ 향후 판례를 통해 그 구체적인 기준 마련이 필요할 것으로 생각된다. 이에 대한 대법원 판례는 확인되지 않으며 다만 앞에서 본 바와 같이 서울중앙지방법원 2009. 6. 11. 선고 2007가합90505 판결에서는 “공정거래법 제57조가 위법행위와 손해 사이의 인과관계에 대한 입증책임까지 완화되는 취지로 해석할 수는 없다”고 판시한 바 있다.

4. 금지청구권의 인정 여부

공정거래법 위반 행위에 대한 구제수단으로서 금지청구권을 인정할 것인지는 여부는 각국의 입법정책적 문제이다. 미국에서는 이를 긍정하고 있으며, EU는 사적집행을 각 회원국에 맡기고 있는바 영국과 독일을 제외하고 금지청구권을 인정하는 나라는 없고, 일본은 2004년 개정법에서 금지청구권을 도입하였는데 그 대상을 개인 및 사업자단체의 불공정 거래행위로 제한하고 ‘현저한 손해’라는 특유한 요건을 두고 있다는 점에 특징이 있다.⁸⁹⁾

86) 이선희, 전계논문(주17), 36면.

87) 정호열, “2003년 공정거래법 개정안과 손해배상제도의 개편”, 공정경쟁 제98호 (2003. 10.), 7면 ; 홍대식, 전계논문(주3), 16면.

88) 이선희, 전계논문(주17), 36면.

우리나라에서 이러한 금지청구권을 도입하는 것이 타당한지에 대해서는, 1980년 공정거래법의 제정과 함께 불공정거래행위의 금지를 '공정경쟁'이라는 공익보호의 수단으로 파악하여 제3의 기관인 공정거래위원회가 전담하도록 하고 있다는 점에서 독일식의 사적구제방식이 적어도 실효적 집행이라는 관점에서 보다 바람직하다는 결론을 내리기는 곤란할 것이라고 하여 금지청구권 도입에 있어 신중한 입장을 취하는 견해⁹⁰⁾도 있으나, 금지청구제도가 손해액의 입증에 불가능한 경우에 위법행위의 배제로 인한 손해를 방지할 수 있으며, 손해배상청구권이 인정되지 아니한 경우에도 금지청구권이 인정되는 경우(예, 가격담합에 가담한 제조업체의 제품을 중간 상인을 통하여 구입한 소비자)가 있으므로 손해배상제도와 더불어 피해자의 보호에 꼭 필요한 제도이고 또, 절차상으로 본안 소송의 형태로는 물론 가처분의 형태로 신청하는 것이 가능하여 신속한 피해구제가 가능한 까닭에 그 필요성이 더욱 크다⁹¹⁾는 등의 이유로 금지청구권을 인정하는 방향으로 입법되어야 한다고 보는 견해가 일반적이다.⁹²⁾

사건으로는 금지청구권이 미치는 효과가 중대하고 공정거래위원회를 통해 동일한 목적을 달성할 수 있으며 남소의 가능성도 있는 반면 아직까지 사적 집행의 경험이 충분하지 못하다는 점 등을 고려해 볼 때, 시기상조가 아닌가 생각된다.

5. 기타

공정거래법 위반행위로 인한 손해배상청구소송에서의 관할법원은 일반 민사소송에서의 관할법원에 관한 기준이 동일하게 적용되어 피고의 보통재판적 소재지 또는 불법행위지의 지방법원이 된다.⁹³⁾ 그리고 소멸시효에 있어서도

89) 각국의 구체적인 입법례에 대한 보다 상세한 설명은 김차동, 전계논문, 95-99면 ; 이선희, 전계논문(주17), 49-53면 참고.

90) 이봉의, 전계논문, 12면.

91) 김차동, 전계논문, 92면.

92) 이러한 입장을 취하는 제견해들에 대해서는 이선희, 전계논문(주17), 55면 주101) 참고.

93) 일본은 동경고등재판소의 전속관할로 하고 있다.

특별규정은 따로 없기 때문에 일반 민법상의 소멸시효 규정에 따라 피해자가 가해자 및 손해를 안 날로부터 3년, 불법행위가 있는 날로부터 10년의 시효대상이 된다(민법 제766조).⁹⁴⁾

그 이외에 우리나라의 공정거래법에도 미국의 3배 배상제도, 집단소송제도, 그리고 일종의 부권소송⁹⁵⁾ 등에 대한 도입여부가 논의되고 있는바, 앞에서와 유사한 이유에서 아직까지는 시기상조라고 판단된다. 다만 향후 우리나라에서도 공정거래법 영역에서의 사적 집행이 활성화되고 또한 공정거래법 위반행위에 대한 경각심이 많이 고취된다면 이러한 제도의 도입에 대해 신중하게 검토할 필요가 있을 것이다.

V. 결론

우리나라 공정거래법은 1980년 제정 당시부터 사적 집행으로서의 손해배상 청구를 인정해 왔으나, 현재까지도 공정거래법 위반행위에 대해서는 공정거래위원회를 통한 공적 집행에 상당부분 초점이 맞춰져 있다. 하지만 최근에는 특히 담합행위로 인해 피해를 입은 사인들이 직접 담합행위자들을 상대로 사적 손해배상청구소송을 제기하고 있고 이에 대한 대법원 판결들이 선고되고 있으므로, 사적 집행이 많이 활성화될 것이라는 점은 분명해 보인다. 공정거래법 위반행위의 특성상 인과관계의 입증이나 구체적인 손해액 산정이 쉽지 않고, 특히 다양한 손해액 산정방법 중 어떠한 방법을 택할 것인지 여부와 전문

94) 10년이 제척기간인지 소멸시효기간인지에 대해서는 견해대립이 있으나, 판례는 소멸시효기간이라고 본다. 권윤직, 「채권각론(신정수정판)」, 박영사(2000), 592면 ; 대법원 1993. 7. 27. 선고 93다357 판결(불법행위에 기한 손해배상채권에 있어서 민법 제766조 제2항에 의한 소멸시효의 기산점이 되는 "불법행위를 한 날"이란 가해행위로 인한 손해의 결과발생이 현실적인 것으로 되었다고 할 수 있을 때를 의미하고 그 소멸시효는 피해자가 손해의 결과발생을 알았거나 예상할 수 있는가 여부에 관계없이 가해행위로 인한 손해가 현실적인 것으로 되었다고 볼 수 있는 때로부터 진행한다).

95) 공정거래위원회에서 다수·소액 피해자들을 대신하여 후견적 입장에서 직접소송을 제기하여 그 피해자들의 피해를 구제해 주는 방식으로 미국의 여러 주법에서 채택되고 있는 소송형태를 말한다. 김차동, 전제논문, 102면.

가의 감정의견에 차이가 나는 경우 어떻게 판단해야 하는지 등의 문제가 상존해 있다. 이런 상황에서 군납유류 담합사건 및 밀가루 가격 담합사건에서 일련의 판결들이 선고되어 손해액 산정방법으로서 계량경제학적 분석방법과 표준시장 비교방법이 구체적으로 다루어졌다는 것은 시사하는 바가 크다고 할 것이다. 두 사건의 대법원 판단을 고려해 보면, 향후 전문적인 경제학적 분석을 통한 손해액 산정이 치열하게 주장될 가능성이 높아 보이지만 표준시장 비교방법의 적용가능성이 완전 배제된 것은 아니라는 점과 계량경제학적 분석에 의하더라도 전문가에 따라 그 산정금액에 적지 않은 차이가 난다는 점 등은 앞으로도 꾸준히 연구되어야 할 주제라고 생각된다.

그리고 2004년 개정법에서 도입된 손해액 인정제도를 활성화시킬 필요도 있다. 손해액에 대한 입증이 없더라도 제반사정을 고려하여 법원이 합리적이라고 판단되는 금액의 손해를 인정할 수 있다는 것은 매우 의미있는 입법임에도 아직까지 그 활용례를 찾기가 어렵다. 입법 자체만 보았을 때에는 권리자 보호에 매우 충실한 것 같지만, 과연 실제 사건에서 위법행위로 인해 자신이 입은 손해액을 전혀 입증하지 못하는 당사자가 공정거래법 제57조의 규정에 의지하여 불확실한 소송을 진행할 것으로 기대하는 것은 무리가 있는 것이다. 그렇기 때문에 제57조가 적용될 수 있는 사례들을 분석·정리하여 최소한의 가이드라인이라도 만들 필요가 있을 것이다.

공정거래법 위반행위로 인한 사적 집행의 제반 문제에 대해서는 그 동안 연구가 있어 왔으나, 군납유류 담합사건과 밀가루 가격 담합사건에 대한 대법원 판결이 선고되었고 각 사건에서 주로 다루어진 손해액 산정방법이 달랐다는 점에서 이러한 판례의 결론을 반영한 정리가 필요할 것이라 생각되어 이상에서 다루어보았는데, 향후 공정거래법 위반 행위로 인한 손해액 산정 방법·기준 및 제57조 적용의 가이드라인 마련에 대한 연구가 활발히 이루어지길 기대하며, 이 글이 그러한 연구에 있어 하나의 참고가 될 수 있었으면 하는 바람을 가져본다.

참고문헌

- 권오승·이봉의·이호영·홍대식·홍명수·조성국·신영수·황태희, 「독점규제법 제2판」, 법문사(2012)
- 김구년, “독점규제법상 손해배상청구소송의 제문제”, 비교사법 제14권 1호(통권 36호), 한국비교사법학회(2007. 3.)
- 김두진, “독점규제법에 의한 손해배상의 사소의 활성화”, 비교사법 제11권 4호(통권27호), 한국비교사법학회(2004. 12.)
- 김차동, “공정거래법의 사적 집행제도의 변경 및 그 보완방안”, 경쟁법연구 제11권, 한국경쟁법학회(2005)
- 김영호, “독점규제법위반행위와 손해배상”, 손해배상법의 제문제: 성헌황적인 박사 화갑기념, 성헌황적인박사 화갑기념논문집 편찬위원회(1990)
- 오진환, “독점규제법위반으로 인한 손해배상”, 법조 40권 1호 (통권412호), 법조협회 (1991. 1.)
- 이봉의, “공정거래법의 실효적 집행”, 경쟁법연구 제10권, 한국경쟁법학회(2004. 3.)
- 이선희, “공정거래법 위반을 이유로 한 손해배상청구권-부당한 공동행위로 인한 손해배상청구권을 중심으로”, 민사판례연구 제31권, 박영사(2009)
- 이선희, “우리 나라의 독점규제법과 사적 집행의 발전”, 成均館法學 제23卷 1號 (2011. 4.)
- 정호열, “2003년 공정거래법 개정안과 손해배상제도의 개편”, 공정경쟁 제98호 (2003. 10.)
- 홍대식, “공정거래법의 사적 집행에 관한 국내 동향과 쟁점”, 경쟁저널 제145호, 한국공정경쟁연합회(2009. 7.)
- 홍대식, “카르텔로 인한 손해액 산정 이론과 실제”, 비교사법 제14권 제3호, 한국비교사법학회(2007. 9.)
- 홍대식, “공정거래법상 손해배상청구 : 실무의 관점에서”, 경영법률 제13집 2호, 한국경영법률학회 (2003. 2.)

- Hovenkamp Herbert, Antitrust(2th ed), West Publishing Co.(1993)
Hovenkamp Herbert, Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and its Practice(3th ed), Thomson/West(2005)
Jorde/Teece, Antitrust, Innovation, and Competitiveness, Oxford(1992)
Lawrence A. Sullivan/Warren S.Grimes, The Law of Antitrust : AN Intergrated Handbook(2th ed), Thomson/West(2006)
P. Areeda, L. Kaplow & A. Edlin, Antitrust Analysis: Problems, Text, and Cases(6th ed), Aspen Publishers(2004)

[Abstract]

Violation of the Fair Trade Act and Private Enforcement
-Focusing on the Damaged Claim-

Kang, Myung-Soo

Professor, Jeju National University Law School

About violation of Fair Trade Act, there are two options such as public enforcement by prosecutor or Fair Trade Commission, and private enforcement by a claim damages. Unlike in the US, in Korea private enforcement of Fair Trade Act is not active. However, there is no doubt that the importance of private enforcement will be increased in the future.

Because of feature of violation of Fair Trade Act, it is very difficult to prove occurrence or causality of damages. Furthermore, method to calculate of damage is very specialized area. Therefore, there should be consideration as relaxation of the burden of proof in tort in order to activate private enforcement. However such precedent is not confirmed yet. Since there are

various ways to calculate the amount of damages, and matters are different for each cases, the method to calculate the amount of damages could be applied differently.

Even though method to calculate the amount of damages has gotten attention while the court handled recent events like military supply oil price-fixing and flour price-fixing, the Supreme Court pointed out the premise which the appellate court had applied method to compare with standard market was wrong. As a result, it would serve as a good reference that the court should apply the same method to cases.

To solve the case of flour price-fixing collusion, the court had depended quite on appraisal opinion while the court applied econometrics method on that case. It means that econometrics method with opinions of professionals would be useful on practical law area. In addition, the 2004 amendment of Fair Trade Act established the article 57, recognition of damages amount, however, the article 57 is hardly applied to real cases in spite of the intent of the act. For victim, in consideration of that it is not easy to pursue compensation as it is extremely difficult to prove the amount of damage, the article 57 could have practical meaning. Therefore, there should be institutional backup for the article 57 to be applied actively on real cases based on recognizing those practical issues.

Key words : Fair Trade Law, Public Enforcement, Private Enforcement, Damaged Claim, Injunctive Relief, Collusion