

# 공정거래법상 징벌적 손해배상 제도 도입에 대한 비판적 검토\*

홍 대 식\*\*

## 목 차

- |                            |                        |
|----------------------------|------------------------|
| I. 머리말                     | 3. 독서 중 징벌적 손해배상 관련    |
| II. 징벌적 손해배상 제도 개관         | 내용에 대한 논평과 그 근거        |
| 1. 의의                      | 4. 백서 중 징벌적 손해배상 관련 내용 |
| 2. 미국 반독점법상의 3배 손해배상 제도    | 5. 평가                  |
| III. 유럽연합(EU)에서의 징벌적 손해배상  | IV. 비판적 검토 및 현실적 대안    |
| 제도 도입 논의                   | 1. 논의의 배경              |
| 1. EU 집행위원회의 손해배상 제도 개선 연구 | 2. 비판적 검토              |
| 2. 독서 중 징벌적 손해배상 관련 내용     | 3. 현실적 대안              |

## I. 머리말

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 ‘공정거래법’) 집행체제는 공정거래 위원회(이하 ‘공정위’)가 주도적인 역할을 담당하는 공정위 중심의 집행체제이다. 공정거래법의 집행은 법이 금지하는 경쟁제한행위를 방지하고 억제하기 위한 것이므로 이러한 집행 목적을 달성하기 위한 수단으로는 여러 가지를 생각해 볼 수 있으나, 우리 법은 공정위가 집행 권한을 갖는 시정조치와 과징금이라는 제도적 수단에 집행의 상당 부분을 의존하고 있기 때문이다. 공적 집행으로는 공정위와 같은 경쟁당국이 행하는 행정적 집행뿐만 아니라 검찰에 의한 형사적 집행도 있으나, 우리 법은 공정위에 완화 또는 견제된 진속고발권<sup>1)</sup>을 부여하여 검찰에 의한 형사적 집행도 공정

논문투고일 : 2015. 07. 31, 논문심사일 : 2015. 08. 17, 게재 확정일 : 2015. 08. 20.

\* 이 논문은 2013년도 정부재원으로 이루어진 한국연구재단의 한국사회과학연구지원사업의 지원(과제번호: 2013S1A3A2053586)을 받았다.

\*\* 서강대학교 법학전문대학원 교수.

위에 의한 행정적 집행의 보완적 역할에 머무르도록 하고 있다. 또한 우리 법은 동의의결제와 분쟁조정제도와 같이 상대적으로 위반행위의 입증 부담을 덜 수 있는 대안적인 집행수단도 공정위에 부여하여 공정위 중심의 집행체제를 공고히 하고 있다.

그런데 현 정부 들어 경제민주화의 제도적 실현 요구가 거세지면서 공정거래법 집행체제에 대한 문제제기도 많아지고 있다. 관련된 법 개정안들도 봇물 터지듯 발의된 바 있다. 공정거래법 집행체제를 개선하기 위한 제안은 크게 두 가지로 나누어진다. 첫째는 사인에 의한 행위금지청구 제도, 집단소송 제도, 징벌적 손해배상 제도와 같이 사인에 의한 공정거래법 집행, 즉 사적집행<sup>2)</sup>을 강화하는 방안이고, 둘째는 공정위의 전속고발권을 폐지 또는 제한하여 검찰의 형사적 집행을 더 쉽게 하는 방안이다. 이 중에서 첫째 방안은 아직 입법 단계까지는 이르지 못하였고, 둘째 방안은 공정위의 권한을 완화 또는 견제하기 위한 의무적 고발요청제도를 도입하는 방식으로 일부 반영되었다. 비교법적으로 볼 때, 공정위와 같은 경쟁당국의 집행에 주로 의존하는 우리 법의 집행체제는 유럽연합에 가깝다. 미국의 경우는 사적집행의 비중이 높고 공적집행 중에서도 형사적 집행이 활발하다고 알려져 있다. 따라서 사적집행과 형사적 집행의 비중을 높이려는 제안은 기본적으로 우리 법상의 집행체제에 미국의 제도를 접목시키려는 시도로 볼 수 있다.

경제민주화의 제도적 실현 요구가 거세지는 맥락에서 왜 이런 시도가 본격적인 제도화 시도로 강하게 나타나는지 그 원인을 곰곰이 생각해 볼 필요가 있다. 그 원인으로 먼저 생각해 볼 수 있는 것은 현재의 집행체제에서는 공정위가 제 역할을 하더라도 바람직한 집행 수준을 달성하기 어렵다는 인식이다. 즉 공정위가 제 역할을 제대

1) 공정위만이 고발권을 갖는다는 점에서 전속고발권의 성격을 갖지만, 공정위의 권한은 검찰총장의 고발요청제도와 감사원장, 조달청장, 중소기업청장의 의무적 고발요청제도에 의하여 완화 또는 견제된다(공정거래법 제71조 참조).

2) '사적집행'이란 사인에 의한 집행을 말한다. 집행은 어느 정도 구속력 있는 규칙 준수 강제 또는 위반행위에 대한 억제 또는 제재를 의미하는 용어로 사용되기 때문에, 원래는 공적 기능에 속하는 것이다. 그럼에도 불구하고 경쟁법 영역에서 사적집행이라는 용어가 사용되는 것은 연방반독점법에 3배 손해배상제도와 행위금지청구제도와 같이 공적 기능을 대체하는 특별한 사적소송제도를 두고 있는 미국의 영향이 크다. 그에 비해 우리나라에는 공정거래법에 민법과 별도로 손해배상청구 제도를 두고 있기는 하지만 전보적(compensatory) 성격을 유지하고 있기 때문에 이를 사적집행으로 부를 수 있는지에 대하여는 이론의 여지가 있다. 그러나 이 글은 보상을 주된 기능으로 하는 전보적 손해배상청구 제도 역시 제도의 설계와 운영에 따라서는 위반행위의 억제라는 공적 기능을 부수적으로 수행할 수 있다는 관점에서 있기 때문에, 전보적 손해배상청구제도를 사적집행의 한 수단으로 이해하기로 한다.

로 수행하지 못했다는 불만이 새로운 제도 실험을 요구하는 추세에 보다 중요한 원인으로 작용하고 있는 것으로 보인다. 그렇다면 유럽연합의 제도적 모형을 따르는 우리나라에서 그 현황을 그대로 두고 미국의 제도를 더하면 공정거래법 집행의 수준이 더 바람직한 수준으로 발전할 것인가? 이러한 의문에 답하기 위해서는 경쟁당국에 의한 행정적 집행 외에 사적집행에 의한 경쟁법 집행 수단을 갖고 있는 외국의 법제를 살펴보고 우리 법제와 비교한 후 정책적 시사점을 도출하여 현 시점에서 우리 법의 집행수단으로서 현재 논의되고 있는 다양한 사적집행 수단을 도입할 필요성이 있는지를 개별적으로 진지하게 검토해볼 필요가 있다.

이 연구에서는 이런 관점에서 특히 징벌적 손해배상 제도에 초점을 맞추어 이 제도의 도입이 공정거래법 집행 개선 대안이 될 수 있는지에 대하여 비판적으로 논의하고자 한다. 공정거래법에 징벌적 손해배상 제도를 도입하기 위한 개정 시도는 이미 2009년과 2010년에도 있었으나,<sup>3)</sup> 2012. 5. 18대 국회 회기 만료로 법안이 자동 폐기됨으로써 실제 입법으로 이어지지는 않았다. 그런데, 18대 국회 회기 중이던 2011년 공정거래법의 특별법적 성격을 갖는 「하도급거래 공정화에 관한 법률」에서 원사업자의 기술자료 유용행위에 대하여 실손해의 3배까지 배상책임의 범위를 넓히는 개정이 이루어진 후(동법 제35조 제2항),<sup>4)</sup> 징벌적 손해배상 제도의 도입 논의는 새로운 국면을 맞이하게 되었다. 현재 19대 국회에는 하도급법 외에도 공정거래법에 이 제도를 도입할 것을 제안하는 개정안이 여러 건 상정되어 있는 상태이다.<sup>5)</sup>

징벌적 손해배상 제도를 우리 법체계에 도입하는 것이 타당한 것인지에 관한 논의는 이미 학계에서 상당한 수준으로 전개되어 왔다. 사법학계에서 도입을 찬성하는 견해는 대체로 현행 민법상의 규정만으로는 악의적 불법행위의 재발을 방지할 수 없기 때문에 징벌적 손해배상 제도를 도입하여야 한다는 견해<sup>6)</sup>와 공익적 법률 시스템

3) 2009. 2. 3. 자 홍재형 의원 대표발의안과 2010. 9. 15. 자 노영민 의원 대표발의안. 전자는 부당한 공동행위와 부당지원행위만을 대상으로 3배 배상 제도를 도입하는 방안인 데 반하여, 후자는 공정거래법상 모든 위반행위를 대상으로 하면서 추가적인 주관적 요건이 인정되는 경우에 통상손해의 범위를 넘는 손해배상액의 인정을 허용하는 방안을 그 내용으로 한다.

4) 2013년 법 개정으로 기술자료 유용행위뿐만 아니라 하도급 대금의 부당한 단가인하, 부당한 발주취소, 부당한 반품 행위도 징벌적 배상의 대상이 되는 것으로 대상 행위의 범위가 확대되었다.

5) 2012. 8. 28. 자 이만우 의원 대표발의안, 2012. 9. 12. 자 노희찬 의원 대표발의안, 2013. 1. 14. 자 정호준 의원 대표발의안 등.

6) 윤정환, "징벌적 손해배상에 관한 연구", 『민사법학』 제17호, 1999.

의 정착을 위하여 이 제도의 도입이 필요하다는 견해<sup>7)</sup>로 나누어진다. 그러나 사법학계의 다수 견해는 도입 반대론이 지배적이다.<sup>8)</sup> 반대론의 논거는 피해자 측면에서의 과잉구제의 가능성, 가해자 측면에서의 이중처벌 및 제재 가능성, 법리적 측면에서의 민·형사책임 분리원칙 위배, 사회적 측면에서의 사소 남발과 소송의 사회적 비용 유발로 요약될 수 있다.<sup>9)</sup> 한편 공정거래법 학계에서는 이 제도의 도입 가능성을 긍정적으로 검토하는 견해도 있으나,<sup>10)</sup> 이에 대하여 부정적이거나 소극적으로 보는 견해도 팽팽히 맞서고 있다.<sup>11)</sup>

이 연구는 이러한 선행연구의 성과를 토대로 하면서, 미국의 제도를 중심으로 하여 징벌적 손해배상 제도를 살펴보고, 도입 논의와 관련해서는 유럽연합의 논의 경험을 집중적으로 검토한 후, 공정거래법에 징벌적 손해배상 제도를 도입하는 것이 부적합하다는 점을 논증하는 한편, 이를 대신하여 공정거래법상 사적집행 개선을 위한 현실적 대안을 제시하고자 한다. 이러한 논의의 전개 방식은 징벌적 손해배상 제도가 우리와 다른 불법행위법제를 갖고 있는 미국의 특수한 상황에서 발전한 제도라는 점과 우리 공정거래법의 집행체제가 미국보다는 유럽연합의 모델을 따르고 있다

7) 최정학, 「기업범죄와 징벌적 손해배상」, 『민주법학』 제42호, 2010.

8) 곽윤직, 『채권각론(제6판)』, (박영사, 2003), 377-378면; 전삼현, 「징벌적 손해배상과 제조물책임」, 『시민과 변호사』 2004년 9월호, 서울지방변호사회, 2004; 이은영, 『채권각론(제5판)』 (박영사, 2005), 728면; 이민영, 「개인정보권의 침해와 징벌적 손해배상제도」, 『정보통신정책』 제18권 8호, 정보통신정책연구원, 2006; 조광훈, 「징벌적 민사소송제도의 도입 논의에 따른 법이론적 상충관계에 관한 연구」, 『사법행정』, 2006; 김재형, 「징벌적 손해배상제도의 도입 문제」, 정중섭 편, 『언론과 법의 지배』 (박영사, 2007), 171-176면; 권영준, 「불법행위법의 사상적 기초와 그 시사점-예방과 회복의 패러다임을 중심으로-」, 『저스티스』 통권 제109호, 한국법학원, 2009, 101-102면.

9) 이러한 논거의 분류 방식은 신영수, 「징벌적 손해배상제도와 공정거래법-제도 도입의 타당성 분석을 중심으로-」, 『기업법연구』 제24권 제1호, 통권 제40호, 2010을 참조하였다.

10) 김동훈, 「독점규제법상 3배 손해배상제도 도입의 필요성」, 『비교법학연구』, 2005; 김두진, 「공정거래법 및 소비자관련법상 징벌적 손해배상제도 도입방안 연구」 (한국법제연구원, 2007); 홍명수, 「공정거래법상 징벌적 손해배상제도의 도입에 관한 검토」, 『성균관법학』 제20권 제2호, 2008; 김차동·주진열, 「소비자피해 구제를 위한 민사적 구제 수단 확충방안 연구-집단소송제/징벌적손해배상제 등을 중심으로-」 (공정거래위원회 용역보고서, 2012)

11) 신영수, 앞의 논문(각주 9), 448면(다만 이 글에서는 법리와 제도의 적합성과 비용 측면에서 제도 도입에 소극적인 입장을 취하면서도 도입론을 전제로 하여 도입 시에 고려되어야 할 요소들을 함께 검토하고 있다); 홍대식, 「민·상법과 독점규제법」, 권오승 편, 『독점규제법 30년』 (법문사, 2011), 52면; 이선희, 「독점규제법상 부당한 공동행위에 대한 손해배상청구」, 서울대 대학원 박사학위논문, 2012, 259-260면(다만 이 글에서는 차선책으로 하도급법에 규정된 징벌적 손해배상 제도의 운용을 지켜보면서 공정거래법에도 이를 도입하는 것이 바람직한지를 검토해 볼 필요가 있다고 언급한다).

는 점에 착안한 것이다.

## II. 징벌적 손해배상 제도 개관

### 1. 의의

징벌적 손해배상(punitive damages) 제도란 악의적인 불법행위로 인하여 발생한 손해에 대하여 피해자가 입은 실손해를 전보하여 주는 것 이외에 추가로 징벌적 의미를 갖는 추가배상을 명함으로써 이러한 악의적 불법행위가 재발하는 것을 방지하고자 하는 손해배상 제도이다.<sup>12)</sup> 징벌적 손해배상은 ① 대상으로서의 행위가 일반 불법행위보다 주관적 요건이 가중된 불법행위이고, ② 배상되는 금액이 보상적 배상을 넘는 추가적인 금액이며, ③ 손해배상의 본래적 성격인 보상 또는 회복의 성격과 구별되는 억제, 예방 또는 제재의 성격을 갖는다는 점에 그 특징이 있다. 즉 징벌적 배상을 다른 손해배상과 구별하게 하는 요소는 배상의 대상 행위와 그 요건, 배상 금액, 배상의 목적이라고 할 수 있다.

외국에서 경쟁법의 사적 집행수단으로 도입되었거나 도입이 검토된 징벌적 손해배상 제도는 배액 손해배상(multiple damages) 제도라는 공통점이 있다. 징벌적 손해배상과 배액 손해배상은 엄밀히 말하면 구별되는 개념이다. 본래의 의미의 징벌적 손해배상은 그 크기를 제한하고 있지 않지만, 배액 손해배상은 전보배상의 크기에 비례하여 일정한 배액을 정하여 그 크기를 제한하고 있기 때문이다. 다만 배액 손해배상의 아이디어도 징벌적 손해배상에서 나온 것이고, 배액 손해배상의 방법은 징벌적 손해배상의 크기를 합리적으로 정하기 위한 기준을 정립하기 위한 것이므로, 이 역시 징벌적 손해배상의 한 유형으로 볼 여지가 있다. 따라서 이 글에서는 편의상 배액 손해배상 제도를 징벌적 손해배상 제도와 구별하지 않는다.

12) 전삼현, 『징벌적 배상제도의 입법론적 연구』, (한국경제연구원, 2007).

## 2. 미국 반독점법상의 3배 손해배상 제도

### (1) 제도의 내용

미국에서 연방 차원의 반독점법상 사적소송 제도로는 「클레이튼 법」(Clayton Act)에 정해진 3배 손해배상 제도(법 제4조) 및 행위금지청구 제도(법 제16조)와 가처분으로서의 예비적 금지청구 제도(법 제15조)가 있다. 특히 반독점법상 사적소송 제도에 의한 손해배상의 법적 근거는 클레이튼 법 제4조이다. 클레이튼 법 제4조는 일정한 예외를 제외하고 “... 반독점법상 금지된 행위로 인하여 자신의 사업 또는 재산에 손해를 입은 자는 ... 소를 제기하여, 발생한 손해액의 3배액 및 합리적인 변호사비용을 포함한 소송비용의 배상을 청구할 수 있다.”고 규정한다.<sup>13)</sup>

3배 손해배상은 실제 손해액을 산정한 후 이를 자동적으로 3배로 증액하는 방식으로 이루어진다. 실제 손해액 산정의 대상이 되는 손해는 초과가격의 지급으로 인한 손해, 위반행위로 인한 과거의 일실이익 손해, 장래의 일실이익 손해가 포함된다.

3배 손해배상은 4가지 일반적인 목적을 갖고 있다고 한다. 이는 첫째, 반경쟁적인 행위를 억제하는 것(deterrence), 둘째, 반경쟁적인 행위로 얻은 이익을 환수하는 것(disgorgement), 셋째, 반독점법을 위반한 자를 처벌하는 것(punishment), 넷째, 반경쟁적인 행위의 피해자에게 완전한 보상을 제공하는 것(compensation)이다. 넷째의 목적은 사인에게 ‘사적인 검찰총장’(private attorneys general)으로서 활동하도록 유인을 제공하는 기능을 포함한다고 한다.<sup>14)</sup>

한편 예외적으로 3배 손해배상이 가능하지 않은 경우가 있다. 첫째, 법에 의하여 3배 손해배상이 면제되는 경우이다. 예컨대, 「국가적 협력 연구 및 생산에 관한 법률」(National Cooperative Research and Production Act)은 법에 따라 신고된 일정한 공동 연구 및 개발 벤처회사와 표준 개발기구의 책임을 1배 배상으로 제한한다(이

13) 15 U.S.C. §15(a), “any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue ... and shall recover threefold the damages by him sustained, as well as costs, including reasonable attorneys’ fees.”

14) Blue Shield of Va. v. McCready, 457 U.S. 465, 470 (1982)

자와 합리적인 변호사 보수는 별도이다).<sup>15)</sup> 둘째, 연방 법무부(Department of Justice, DOJ)의 법인 자진신고자 감면 프로그램(corporate leniency program)에 의해 지위 인정을 받은 회사는 카르텔 행위로 인하여 발생한 책임이 1배 손해액으로 제한되는 자격을 가진다.<sup>16)</sup>

## (2) 제도의 배경

미국은 징벌적 손해배상 제도를 인정하고 있는 대표적인 국가로서 클레이튼 법 제 4조에 의하여 반독점법 위반행위에 대하여 3배 손해배상 제도를 인정하는 것도 그 맥락에서 이해할 수 있다. 다만 미국의 경우 불법행위법의 요건이나 효과가 우리나라와 다르고 징벌적 손해배상액이 우리나라에는 없는 제도인 배심재판 제도와 결합되어 있다는 점에서 단순한 비교가 어렵다.

먼저 미국에서는 실제 손해액에 기회비용 손실과 판결 전 이자가 포함되지 않으므로, 전보적 손해배상 제도가 피해자가 입은 모든 손해를 배상하지 못하는 구조이다. 그런 점에서 미국에서는 징벌적 배상 제도가 전보적 배상 제도를 보완하여 보다 완전한 배상을 가능하게 하는 보상 기능도 수행한다고 보고 있다.<sup>17)</sup>

둘째, 미국에서는 특히 우리나라와 달리 일반적으로 손해액의 범위에 이자의 청구는 포함되지 않는다. 즉 판결 전의 기간에 대한 이자는 고의적인 소송 지연을 조장할 우려가 있다는 이유로 원칙적으로 인정되지 않으며, 소장 송달일과 판결선고일 간의 기간에 대한 이자만이 소송의 당사자 또는 그 대표자들이 되지도 않을 주장을 하여 고의적으로 지연시키거나 또는 다른 방법으로라도 악의로 행동한 경우 등과 같이 예외적인 경우에만 인정된다.<sup>18)</sup>

15) 15 U.S.C. §4303(a). “수출무역회사법”(Export Trading Company Act)은 유사하게 원고가 법에 의해 발급된 심사증명서에 따라 행해진 행위로 인하여 입은 손해에 대하여 실제 손해액만을 회복할 수 있도록 제한한다. 15 U.S.C. §4016(b)(1).

16) “반독점 형사처벌 강화 및 개혁에 관한 법률”(Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004), §213(a).

17) Cavanagh, Edward D., *The Private Antitrust Remedy: Lessons from the American Experience* (2009), Available at: [http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1004&context=edward\\_cavanagh](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1004&context=edward_cavanagh)

18) 윤세리, “미국 독점금지법상의 사소제도”, 『경쟁법연구』 제9권, 한국경쟁법학회, 2003. 미국에

셋째, 미국에서는 3배 손해배상 제도를 두는 대신 원고적격을 제한하고 있다. 즉 반독점법 위반 손해배상소송에서는 직접 구매자에 한하여 원고적격을 허용하면서 직접 구매자로부터 간접 구매자에게 손해가 전가되어 전가된 부분을 공제해야 한다는 전가 항변(passing-on defense)을 허용하지 않는 대신 간접 구매자의 원고적격을 부정하는 판례 이론이 정립되어 있다.<sup>19)</sup> 간접 구매자의 원고적격을 부정하는 것은 보상의 목적에도 부합하지 않는 것임에도 미국 판례가 이런 태도를 취하는 것은 기본적으로 3배 손해배상 제도가 억제 기능을 효율적으로 수행하도록 하기 위한 것이라고 할 수 있다.

넷째, 미국에서 징벌적 손해배상은 공적집행보다 사적집행이 우위에 있는 미국의 집행 제도의 특성과 밀접한 관련이 있다. 미국에서는 대륙법계 국가와 달리 공법과 사법, 공법적 기능과 사법적 기능이 엄밀하게 구별되지 않고 공적집행이 불충분한 영역에서는 사적집행이 공법적 기능을 수행하고 있으므로, 억제 또는 제재와 같이 대륙법계에서는 공법적 기능에 속하는 기능을 수행하는 징벌적 손해배상 제도가 법 체계상 큰 문제가 없다.

다섯째, 미국에서 징벌적 손해배상은 배심제도의 운영과 밀접한 관련이 있다. 미국의 경우 무작위로 선출된 일반인인 배심원들이 해당 판결에서 양 당사자의 유책 여부 및 배상액을 결정하고, 판사가 이에 따라 판결하는 배심제도를 갖고 있고, 징벌적 배상액의 산정은 배심원의 권한으로 정하고 있다. 징벌적 배상은 가해자를 제재하는 데 그치지 않고 그로부터 징수한 부를 피해자에게 귀속시킨다는 점에서 배분적 정의에 관한 문제를 야기하므로, 그 배상의 인정은 민주적 정당성을 요구하기 때문이다. 그러나 배심원들은 비전문가로서 사실적 판단에 치중하는 것이 일반적이기 때문에, 판사는 징벌적 손해배상과 관련해서 배심원들에게 판결에 필요한 가이드라인을 제시하는 것이 일반적이다.<sup>20)</sup>

---

서도 판결 전 이자를 배상 범위에 포함시켜야 한다는 주장이 있었으나, AMC 보고서 (Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendation, 2007. 4.)는 징벌적 손해배상 제도를 유지하는 대신 판결 전 이자 배상 제안을 받아들이지 않았다.

19) 직접 구매자에 대한 전가 항변을 허용하지 않은 *Hanover Shoe Inc. v. United Shoe Machinery Corp.* 판결[392 US 481, 88 S Ct 2224 (1968)]과 간접구매자의 원고적격을 부정한 *Illinois Brick Co. v. Illinois* 판결[431 US 720, 97 S Ct 2061 (1977)] 참조.

20) 전삼현, 앞의 책(각주 12), 139면.



### (3) 제도 운용 현황

미국 법원 통계자료에 의하면, 사적소송이 전체 반독점 소송의 90-95% 정도를 계속해서 차지하고 있는 점을 볼 수 있다. 1975년부터 1985년 사이에는 사적소송이 매년 1,000건을 넘어 1977년에 1,611건으로 최고치에 달했다. 그 후에는 감소하여 1990년에는 452건으로 최저치에 이르렀다. 최근에는 사적소송이 매년 600-800건의 범위에 있다.<sup>21)</sup>

1990년부터 2007년까지의 사적소송 중 가장 배상 규모가 큰 40건에 대한 실증 연구<sup>22)</sup>에 의하면, 거의 모든 소송이 화해로 종결되었고 배상 총액의 범위는 약 180억 달러에서 약 196억 달러 사이이다. 미국에서는 배심원이 피해자에 대한 실제 손해액을 산정한 후 3배 손해배상 제도에 의하여 손해배상액이 3배가 되지만, 화해로 종결된 사건에서는 실제 손해액이 특정되지 않으므로 이 숫자에 의하여 실제 손해액을 추산하기는 어렵다.

21) Hovenkamp, Herbert, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice* (3rd Ed.), (Thomson West, 2005), p.602.

22) Lande, Robert H. & Joshua P. Davis, *Benefits from Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases*, University of San Francisco Law Research Paper No. 2010-07 (2010). Available at: <http://ssrn.com/abstract=1090661>.

### III. 유럽연합(EU)에서의 징벌적 손해배상 제도 도입 논의

#### 1. EU 집행위원회의 손해배상 제도 개선 연구

##### (1) 제도 개선 연구의 배경

유럽의 최고법원인 사법법원(Court of Justice) 판결에 의하면, EU 경쟁법(EU TFEU 조약<sup>23)</sup> 제101조와 제102조) 위반의 결과로 손해를 입은 사람이나 사업자는 손해를 야기한 당사자로부터 회복을 얻을 수 있어야 한다.<sup>24)</sup> 그러나 유럽법상 피해자로 하여금 그 배상청구권을 행사할 수 있도록 하는 효과적인 법적 구조를 갖출 것이 요구되고 있음에도, EU 경쟁법 위반행위의 피해자가 입은 손해의 회복을 얻는 것은 현재까지도 드문 편이다.

EU 집행위원회의 손해배상 제도 연구는 반독점 손해배상청구에 대한 효과적인 법적 구조의 결여가 또한 반독점법의 충분한 집행을 저해하여 개방된 역내시장에서의 활발한 경쟁에 부정적인 작용을 한다는 인식에 기초한다. 위원회는 사적 손해배상소송을 활성화하는 것이 바람직하다고 가정하고 이 소송을 활발하게 촉진하기 위한 조치를 회원국에 제안하기 위한 제도 개선 연구를 진행하였다. 집행위원회는 연구를 진행하면서 위반행위로 인하여 영향을 받는 당사자들이 회원국 법원에 소송을 제기할 수 있는 가능성을 환기시키고, 잠재적 원고들이 집행위원회의 결정을“행위가 발생하였고 위법하다는 증거로서” 사용하도록 권고한 바 있다.

##### (2) 제도 개선 연구의 경과

집행위원회는 2004년부터 이 주제에 관한 논쟁을 활성화하고 반독점 손해배상소

23) Treaty on the Functioning of the European Union. 이 조약이 제정되기 전의 해당 조항은 제81조와 제82조이다.

24) *Courage v Crehan*, Case C-453/99, judgment of the Court of 20 September 2001.

송을 촉진할 수 있는 여러 가지 가능한 방안에 관한 이해관계자들의 피드백을 얻기 위한 여러 조치를 취하였다. 집행위원회는 먼저 외부 연구용역<sup>25)</sup>을 통해 25개 회원국들의 국내법 영역에서 손해배상 제도의 현황을 연구한 결과 손해배상 제도가 ‘완전한 저발전’의 상태에 있을 뿐만 아니라 회원국들이 취하고 있는 접근방식이 ‘놀라운 다양성’의 상태에 있다는 결론을 얻었다.

2005. 12. 19. 집행위원회의 경쟁총국 국장은 'EC 반독점법 위반에 대한 손해배상 청구에 관한 녹색'(Green Paper on damages actions for breach of EC antitrust rules, 이하 ‘녹서’)을 발표하였다. 녹서는 특히 가격담합 사건에서 사적집행, 즉 EC 경쟁법 문제에 있어서의 사적 원고에 의한 손해배상청구를 촉진하기 위한 방안을 연구하기 위한 것이다. 이어서 집행위원회는 여러 공개적인 자문의 결과에 기초하여 2008. 4. 2. ‘EC 반독점법 위반에 대한 손해배상 청구에 관한 백서’(White Paper on Damages actions for the breach of the EC antitrust rules, 이하 ‘백서’)를 발표하여 EC 경쟁법 위반에 대한 사적 손해배상 소송과 관련된 특정한 정책 대안과 조치들을 제안하였다.

## 2. 녹서 중 징벌적 손해배상 관련 내용

### (1) 녹서의 목적과 주된 내용

녹서는 보다 효과적인 손해배상청구 제도에 대한 주된 장애물들을 식별하고 추가적으로 반영할 여러 방안과 손해배상소송을 증진할 가능한 행동을 제시하기 위한 것

25) Clark, Emily and Mat Hughes and David Wirth, Study on the condition of claims for damages in case of infringement of EC antitrust rules: Analysis of Economic Models for the Calculation of Damages (Ashurst, 2004. 8.). 이는 집행위원회가 브뤼셀에 사무실을 둔 Ashurst라는 법률회사에 의뢰하여 제출된 보고서로서, EU 회원국들의 법제도를 비교 연구한 보고서(Comparative Report)와 손해액 산정을 위한 경제학적 모델을 연구한 보고서(Analysis of Economic Models for the Calculation of Damages)로 구성되어 있다. 이 보고서를 포함하여 이 글에서 소개하는 집행위원회의 각종 문건들은 집행위원회의 손해배상소송(Actions for Damages)홈페이지(<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>)에서 모두 구할 수 있다.

이다. 이는 후속적 소송(follow-on actions), 즉 경쟁당국이 위반행위를 인정한 후에 그에 뒤따라 제기되는 민사소송뿐만 아니라 독립적 소송(stand-alone actions), 즉 경쟁당국의 사전 위반행위 인정에 뒤따라 제기되는 것이 아닌 민사소송 모두에 적용되는 것이다.

녹서는 사적 손해배상소송의 9가지 쟁점을 다루고 있다. 이는 1) 증거에 대한 접근, 2) 과실의 기준, 3) 손해액의 정의와 계량화, 4) 원고의 적격과 '전가'(passing-on) 항변, 5) 집합적 소송(collective actions), 6) 소송비용, 7) 공적집행과 사적집행의 상호작용, 8) 관할권 문제, 그리고 9) 기타 관련 문제들이다. 이들 쟁점에 관하여 녹서는 간단히 다루고 동일한 주제에 관한 보다 포괄적인 직원 연구보고서(staff working paper)에서 보다 자세히 다루고 있다. 집행위원회는 녹서에서 다룬 쟁점들에 대한 이해관계인들의 논평을 2006. 4. 21.까지 접수하였다.

## (2) 녹서 중 징벌적 손해배상 관련 내용

녹서 중 징벌적 손해배상과 관련된 부분은 '2.3. 손해액' 부분이다. 이 부분에서는 손해액의 실제적 범위의 문제를 다루고 있는데, 이는 크게 손해액을 어떻게 정의할 것인가의 문제와 손해액을 어떻게 측정 또는 계량화할 것인가의 문제로 나누어진다.

손해액을 정의하는 두 가지 주된 대안은 1) 피해자가 입은 손실에 기초하는 방안과 2) 위반자가 얻는 위법한 이익에 기초하는 방안이다. 이에 더하여 녹서는 손해액을 배액(doubling)으로 하는 가능성을 검토하고 있는데, 이 부분이 징벌적 손해배상과 관련이 있다. 또한 손해액이 판결 전 이자(prejudgment interest)를 포함하는가 여부와 그 이자를 어떻게 계산할 것인가의 문제도 손해액 정의의 문제로 다루어졌다.

손해액의 정의와 관련된 쟁점은 방안 14부터 방안 17까지 열거되어 있고,<sup>26)</sup> 이 중

26) 방안 14부터 방안 17은 다음과 같다.

Option 14: Definition of damages to be awarded with reference to the loss suffered by the claimant as a result of the infringing behaviour of the defendant(compensatory damages).

Option 15: Definition of damages to be awarded with reference to the illegal gain made by the infringer (recovery of illegal gain).

Option 16: Double damages for horizontal cartels. Such awards could be automatic, conditional or at the discretion of the court.

징벌적 손해배상과 관련 있는 2배 손해액 방안은 방안 16에 나와 있다. 그에 따르면, 수평적 카르텔에 대하여 2배 손해액을 고려하기로 하고, 그러한 손해액이 배상되는 방식으로는 1) 자동적 방식, 2) 조건부 방식, 그리고 3) 법원의 재량에 의한 방식이 제시되었다.

### (3) 직원 연구보고서 중 징벌적 손해배상 관련 내용

녹서를 보완하는 직원 연구보고서는 손해가 배상되는 액수에 대한 제한이 손해배상청구의 반대유인(disincentives)으로 작용하는 점을 손해배상 제도가 활성화되지 않는 원인으로 지적하면서, 징벌적 배상액을 이용할 가능성이 없다는 점도 손해액 제한의 사례로 들고 있다.<sup>27)</sup> 아울러 연구보고서는 손해액 이자에 대한 접근의 다양성, 즉 이자율의 수준과 이자율 적용기간에 대한 제한 역시 사적 손해배상소송의 장애물을 구성한다고 하였다.

녹서의 2.3. 손해액과 관련된 직원 연구보고서의 해당 부분은 제4장이다. 제4장은 손해액은 전통적으로 반독점 위반행위로 인하여 입은 손해액에 대하여 피해자에게 보상하는(compensate) 것으로 생각되었다고 전제하면서, 손실에 대한 순수한 보상이 반드시 반독점 원고들에게 법원에 소송을 제기할 충분한 유인을 구성하는 것은 아니라고 문제를 제기하고 있다.

손해액의 기초를 산정하는 접근법으로서, 피해자의 개인적 손실의 보상(compensation) 접근법과 불법행위의 결과로서 피고가 얻은 위법한 이익 환수(recovery of illegal gain) 접근법이 서로 구별된다. 이러한 서로 다른 접근법에 기초

Option 17: Prejudgment interest from the date of the infringement or date of the injury.

27) 직원 연구보고서의 이러한 언급은 집행위원회에 제출된 용역보고서인 Comparative Report의 내용을 인용한 것이다. 용역보고서 제출 당시인 2004. 8.을 기준으로 25개 회원국 중 경쟁법에 손해배상 제도를 둔 나라는 3개국이었으며, 12개국에서 다른 국내법에 근거한 손해배상청구가 가능한 상황이었다. 또한 징벌적 배상제도는 사이프러스 1개국만이, 시범적 배상 제도는 사이프러스, 아일랜드, 영국(잉글랜드 및 웨일즈) 3개국이 두고 있지만, 실제로 배상된 사례는 거의 없는 것으로 보고되었다. Waelbroeck, Denis, Donald Slater and Gil Even-Shoshan, Study on the condition of claims for damages in case of infringement of EC antitrust rules: Comparative Report (Ashurst, 2004. 8.), p.84.

한 제도들은 부수적으로 억제 효과의 효과를 가질 수 있다. 위법한 이익 환수 접근법에서는 위반자가 얻은 위법한 이익이 원고의 손실을 초과하는 경우 위법한 이익을 손해액 산정의 기초로 사용하는 것이 순수한 보상보다 원고에게 보다 유리하다고 설명한다. 위법한 이익 환수 접근법의 사례로는 독일 경쟁법상 연방카르텔청이 위반 사업자로 하여금 반독점 위반행위의 결과로 얻은 이익에 상응한 금액을 지급하도록 명할 수 있도록 하는 제도(독일 경쟁제한방지법 제34조)<sup>28)</sup>가 예시된다.

2배 배상액에 대한 검토를 제시한 독서의 방안 16과 관련하여, 연구보고서는 징벌적 손해액(exemplary or punitive damages)에 대하여 보다 자세히 소개한다(points 116-121). 그에 따르면, 징벌적 손해액은 법을 위반한 피고를 처벌하기 위하여 그리고 위반행위의 반복을 억제하기 위하여 배상되는 손해액으로 정의된다. 손해액 배상의 징벌적 요소는 부분적으로는 단순히 측정되기 어려운 실제 손해의 측면을 보상하는 것으로 간주되기도 한다. 그러나 대개는 징벌적 손해액은 더 많은 억제 또는 그 밖의 다른 정책적 목적 달성을 위하여 보상의 한계를 의도적으로 넘는 것이다. 그런 점에서 보상적 손해액이 단순히 억제의 효과(effect)를 갖는 것과 달리 징벌적 손해액은 위반자에 대한 처벌 또는 억제를 그 목적(aim)으로 한다는 점에서 구별된다.

회원국의 국내 현황과 관련해서는 연구보고서에서 잉글랜드, 아일랜드와 독일의 사례가 소개된다. 잉글랜드의 경우 판례법에 의하여 어떤 청구가 징벌적 손해액의 배상을 허용하는지를 판단하기 위한 유형이 정립되었다. 이들 유형 중 하나는 ‘피고가 그 자신을 위한 이익을 얻게 되고 그것이 원고에게 지급될 수 있는 보상액을 훨씬 넘는 것으로 산정되는 위법한 행위’이다. 경쟁법의 위반행위는 극히 예외적인 경우에 이 유형에 해당되는 것으로 간주될 수 있다는 주장이 있다. 아일랜드의 경우에는 국내 경쟁법 위반행위에 대하여 징벌적 손해액을 이용할 수 있도록 하는 조항이 있다(경쟁법 제14조 제5항). 반면에 독일법에서는 징벌적 손해액은 공공정책(public policy)에 반하는 것으로 간주된다(독일 민사소송법 제723조 제2항,<sup>29)</sup> 제328조 제1

28) 독일은 제재의 성격과 부당이득환수의 성격을 함께 갖고 있는 우리나라의 과징금과 달리 제재의 성격을 주로 갖는 과태료와 별도로 부당이득환수(Vorteilsabschöpfung) 제도를 두고 있다. 보다 자세한 설명은 홍대식, 『공정거래법상 과징금 제도에 관한 연구』, 서울대학교 법학박사학위논문, 2006, 114-116면; 심재한, “경쟁법상 부당이득환수”, 『경쟁법연구』 제24권, 한국경제법학회, 2011, 367-372면.

29) 제723조(집행판결) ② 집행판결은 외국법원의 판결이 그 법원에 적용되는 법률에 따라 확정된

항 제4호<sup>30)</sup>).

보고서는 대부분의 회원국에서 징벌적 손해액을 공공정책에 반하는 것으로 배제하고 있다는 점에 유의하면서, 그러한 이유로 회원국들이 그러한 손해액을 규정하는 집행위원회의 결정을 승인하거나 집행할 것을 거절할 수 있다고 보고 있다. 이러한 상황임에도 불구하고 보고서는 가장 중대한 반독점 위반행위의 경우에 회원국 법원으로 하여금 1배 손해액을 넘는 배상을 명할 수 있도록 하는 방안을 고려할 필요가 있다고 주장한다.

### 3. 녹서 중 징벌적 손해배상 관련 내용에 대한 논평과 그 근거

#### (1) 녹서에 대한 각계의 논평

집행위원회의 녹서는 유럽과 그 외의 지역을 막론하고 수많은 학술대회에서 논의되었고, OECD, 유럽 의회, 유럽 경제사회이사회와 EU 각 회원국의 의회에서 논쟁의 대상이 되는 등 높은 관심을 불러일으켰다. 이러한 관심은 녹서에 대한 매우 많은 숫자의 논평 제출 건수에도 반영되었다. 2006년 중반까지 집행위원회에는 모두 147건의 논평이 제출되었는데, 그 중 49건이 산업계, 44건이 법률회사, 18건이 학계, 15건이 회원국 정부, 7건이 소비자 그룹, 5건이 사법기구, 그리고 3건이 개인으로부터 제출되었다.<sup>31)</sup>

녹서에 대한 거의 모든 회신은 EU 경쟁법의 전반적인 집행 체계 내에서 사적소송의 보완적인 역할을 인정하고 있다. 보다 구체적으로, 경쟁법 위반의 피해자는 손해배상청구를 할 권리가 있고 회원국의 절차법은 이러한 권리가 효과적으로 행사될 수

---

경우에 한하여 할 수 있다. 판결의 승인이 제328조에 따라 배제되는 경우에는 집행판결을 할 수 없다.

30) 제328조(외국판결의 승인) ① 다음 각 호의 경우에는 외국법원의 판결을 승인할 수 없다:

4. 판결의 승인이 독일법의 중요한 원칙과 불합치하다는 결과를 초래하는 경우, 특히 승인이 기본권과 불합치하는 경우

31) De Smijter, Eddy, *The Manfredi judgment of the ECJ and how it relates to the commission's initiative on EC antitrust damages actions*, Competition Policy Newsletter No. 3 (2006), p.23.

있을 정도가 되어야 한다는 점에는 광범한 합의가 존재한다.

손해액에 관하여는 대다수의 회신이 배액 배상, 징벌적 배상 또는 시범적 배상을 제공하는 체계를 원하지 않았다. 이들 회신은 손해배상 제도는 보상적인 수단으로 적절하게 간주되어야 한다고 주장하였다. 반면에 대부분의 회신이 손해액의 개념을 넓게 이해하는 입장을 취하였다. 그에 따라 손해배상은 손실에 대한 완전한 보상(full compensation)을 의미하고, 여기에는 적극적인 손실에 대한 배상뿐만 아니라 이익 상실로 인한 손실, 위반행위 발생일로부터의 판결 전 이자, 손해액 배상이 지급될 때까지 발생하는 판결 후 이자가 모두 포함된다.

아래에서는 이들 회신 중에서 대표적인 것으로서 국제변호사협회, 미국변호사협회, 독일 연방경제기술성과 연방카르텔청 그리고 영국 공정거래청에서 제출한 논평들을 좀 더 자세히 살펴본다.

## (2) 국제변호사협회 반독점위원회의 논평

국제변호사협회(International Bar Association, 이하 'IBA')는 집행위원회의 요청에 대하여 반독점위원회(Antitrust Committee) 내에 실무반(Working Group)을 구성하여 의견서를 제출하였다. 의견서의 내용은 다음과 같다.

실무반은 2배 손해액은 수평적 카르텔이 문제된 사건에서도 통상적으로 적절한 것으로 믿지 않는다고 전제한다. EC와 회원국들이 그것이 위반행위의 일정한 유형에 대한 재정적 벌칙을 부과하는 것이 적절하다고 믿는 한, 실무반의 견해는 이는 주로 공적 집행 메커니즘을 통하여 이루어져야 한다는 것이다.

징벌적 배상은 피해자가 입은 손실보다 더 많은 배상을 가능하게 한다는 점에서 대부분의 EC 회원국의 손해배상 제도가 기초하고 있는 보상(compensation)의 원리에 반한다. 일정한 상황에서 징벌적 배상을 이용 가능하도록 하는 데 찬성하는 사람들은 사적 손해배상의 2차적인 목적이 불법적으로 취득한 이익의 환수(disgorgement)가 되어야 한다고 주장하나, 이러한 이익 환수는 공적집행의 목적이 되어야 한다. 공적집행이 활발하게 이루어져 위반사업자들이 금전적 제재를 받고 있거나 받게 될 우려가 있는 경우에는 손해배상 제도에 환수의 목적을 도입하여 피해자가 보상의 정도



를 넘는 손해를 배상 받도록 할 필요가 없다.

징벌적 배상은 이처럼 보상과 환수의 원리들에 반할 뿐만 아니라, 2배 손해액을 이용 가능하게 하는 것이 활발한 사적집행을 촉진하는 데 통상적으로 필요한 것도 아니다. 2배 손해액을 규범으로 만들 경우 2배 손해배상소송의 이용 가능성에 의하여 사적집행이 활발해져 피고들이 창출된 소송의 증가된 위험에 직면하게 하는 효과를 얻기보다는 2배 손해배상소송을 적당한 금액의 화해로 종결하려고 하는 피고들로부터 화해금액을 끌어내는 것을 목적으로 하는, 실체적 근거가 없는(unmeritorious) 소송의 제기를 부추길 수 있다.<sup>32)</sup>

실무반은 사적집행을 촉진하기 위해 2배 손해배상 제도를 도입할 필요가 없다는 입장이지만, 그럼에도 불구하고 위원회가 사적집행을 촉진하기 위해 2배 손해배상 제도를 도입할 경우의 대안도 제시하였다. 실무반에 의하면, 2배 손해배상 제도 도입의 범위를 결정함에 있어 공적집행에 앞서 또는 공적집행이 없는 경우에 제기되는 독자적 소송(stand-alone claims)과 성공적인 공적집행의 주도하에 그에 따라 제기된 후속적 소송(follow-on claims)을 구별하는 것이 의미가 있을 수 있다. 1배 손해액이 인정되는 관할권에서 통상적으로 제기되는 후속적 소송의 경우 이미 위반행위가 확인된 상태에서 제기되는 것이므로 사적소송의 제기를 촉진하기 위해 굳이 2배액 손해액을 도입할 필요는 없다. 집행위원회의 정책 목적의 하나가 공적집행 행위가 없었던 상황에서 사적소송을 권장하는 것이므로, 집행위원회가 그 목적을 달성하기 위하여 이용 가능한 손해액의 크기를 증가시키기 위한 제도를 도입하더라도 그와 같은 상황, 즉 독자적 소송의 경우에 한정하는 것이 적절할 수 있다.

이러한 점에서 이러한 정책 목적을 지지하는 실무반의 상대적으로 적은 숫자의 반원들은 공적집행 행위가 취해지지 않았던 경우에만 이용 가능한 배상액의 크기가 증가되어야 한다는 견해를 표시하였다. 다만 이들도 보상 수준을 넘어 손해액을 부여하는 결정은 법원의 재량 내에 있어야 한다고 하였다.

32) 독서에서 징벌적 배상 제도의 도입을 주장하는 주된 근거가 활발한 사적집행 촉진을 위한 유인책이라는 점에서, IBA의 논평은 독서에서 기대하는 그와 같은 긍정적인 유인 효과보다는 화해금액을 끌어내기 위한 무모한 소송을 유도하는 부정적인 유인 효과가 더 크다는 점에 근거하고 있다.

### (3) 미국변호사협회 반독점법 분과와 국제법 분과의 논평

미국변호사협회(American Bar Association)는 반독점법 분과(Section of Antitrust Law)와 국제법 분과(Section of International Law)가 합동으로 논평을 준비하여 제출하였다. 이 논평은 미국 반독점 실무가의 관점에 기초하여 미국에서 사적 손해배상소송이 어떻게 운용되고 있는지를 설명하는 제1부와 국제 반독점 실무가의 관점에 기초하여 독서에서 제안된 대안들이 회원국들의 문화 및 현존하는 법적 체계와 양립할 수 있는지를 논의하는 제2부로 구성되어 있다.

제1부는 도입부에서 1914년 클레이튼 법 제정 이후로 사적 손해배상소송이 미국 반독점법 하에서 반경쟁적인 행위에 대항하는 중요한 무기가 되어 왔음을 지적한다. 협회는 공적집행과 사적집행이 미국 반독점정책의 양대 목적인 위반행위의 억제와 위반행위의 피해자에 대한 보상의 목적을 촉진하였음을 인정한다. 이어서 독서에서 제기한 분야들 중 4가지 분야, 즉 1) 증거에 대한 접근, 2) 손해액, 3) 전가 항변, 그리고 4) 소비자 이익의 보호에 초점을 맞추어 논의를 전개한다.

손해액과 관련하여 먼저 미국에서의 손해액 실무를 설명한다. 미국의 연방 수준에서는 사적 원고들에 의한 회복의 범위는 클레이튼 법 제4조 제(a)항<sup>33)</sup>에 규정되어 있다. 제4조의 문언상 미국에서 민사 반독점 사건에서의 손해액은 위반자가 얻은 이익이 아니라 원고에 대한 손실에 기초하고 있다.<sup>34)</sup> 3배 손해액(treble damages)은 미국 반독점법 위반행위의 억제를 의도하고 있다. 법원은 위반행위의 성질과 관계없이 1배 손해액으로 회복을 제한하는 재량권을 갖고 있지 않다. 즉 손해액이 인정되는 경우 그 액수는 자동적으로 3배가 된다.

위반행위의 유형과 관계없이 손해액을 3배액으로 하고 이를 법원의 재량을 배제한 의무적인 것으로 하는 데 대하여는 많은 비판이 있었고, 이를 개선하기 위한 여러

33) 15 U.S.C. §15(a).

34) 위반자가 얻은 이익은 미국 반독점법 하에서 다른 목적과 관련되어 있다. 예컨대, 형사적 반독점 위반행위에 대한 벌금 상한액은 피해자들에 대한 손실의 2배와 피고에 대한 이익의 2배 중 더 큰 것이 될 수 있다. 18 U.S.C. §3571(d). 또한 연방거래위원회는 정부 집행 소송에서 위법한 이익의 환수(disgorgement)를 구한 바 있다. FTC v. Mylan Labs, Inc., No. 1:98CV03114 (TFH) (D.D.C. Feb. 9, 2001); FTC v. The Hearst Trust, No. 1:01CV00734 (TJP) (D.D.C. Nov. 9, 2001).

입법적 제안이 있어 왔다. 이처럼 손해액의 3배를 제거하는(de-treble) 입법적 제안은 일부의 경우에 성공을 거두었다. 예컨대, 미국 의회는 반독점 집행기관에 심사를 신청한 연구 또는 생산 합작사업,<sup>35)</sup> 표준 제정 기구<sup>36)</sup>, 그리고 협력과 피해자에 대한 회복(restitution)을 제공하는 연방 법무부의 자진신고자 감면 제도(Amnesty Program)에 참여한 기업들<sup>37)</sup>에 대한 일정한 경우에 손해액의 3배를 제거하는 입법을 하였다.

이자에 관해서는 단순한 판결 전 이자에 대한 한정된 권리가 클레이튼 법 제4조에 규정되어 있다. 판결 전 이자는 위반행위일이 아니라 소 제기일부터 시작하는 기간 동안만 이용 가능하다. 제4조에 의한 이자의 부여는 법원의 재량에 맡겨져 있고 소송 절차와 관련된 지연에 대하여 원고를 보상하기 위해서 이용 가능하다. 따라서 이자를 부여할 것인지 여부를 결정함에 있어, 법원은 당사자들이 소송의 수행에서 지체하였는지를 고려한다. 손해액을 피해자들에 대한 피해 또는 위법한 이익 중 어느 것에 기초할 것인가의 문제와 관련하여, 협회는 위법한 이익보다는 원고의 손실을 회복의 기초로 삼는 것이 일반적으로 미국 반독점 사건에서 잘 작동되어 왔다고 평가한다. 이는 위반행위로 인하여 가장 많은 영향을 받은 당사자들이 소를 제기하는 유인이 있다는 점과 잘 부합한다. 이는 원고가 소송을 수행할 것인지를 판단함에 있어 위반자가 얻은 가능한 이익보다 원고가 더 잘 이해할 수 있는 자신의 손해액에 초점을 맞출 수 있도록 한다. 또한 원고가 입은 손실에 기초한 카르텔 사건에서의 회복은 위반자가 얻은 이익에 기초한 회복과 적어도 같은 금액의 결과가 된다. 따라서 일반적으로는 이익의 환수를 명하는 것보다 손실을 보상하는 것이 소송을 수행하는 원고들에게 더 큰 유인을 창출하고 장래의 위반행위를 억제하게 된다.

미국 반독점법 하에서 손해액의 자동적인 3배화는 클레이튼 법 제4조의 역사 내내 활발한 논쟁과 불일치의 소재가 되어 왔다. 반대 견해는 배상액의 3배화는 그것이 청구가 성립할 가능성이 50% 미만인 경우에도 소송을 제기하는 유인을 창출한다는 점

35) 15 U.S.C. §4301 (2000).

36) Antitrust Criminal Penalty Enhancement Reform Act of 2004, Pub. L. No. 108-237, §§201-221, 118 Stat. 661, 665-69 (2004) (codified in scattered sections of 15 U.S.C. and accompanying notes).

37) *Id.* at §213(a).

에서 사적소송에 대하여 너무 큰 유인을 창출한다는 것이다. 3배 손해액은 또한 원고에게 횡재(windfall)의 결과가 된다. 경성 카르텔 위반행위가 결부되지 않은 사건에서 3배 배상책임의 가능성은 회사들로 하여금 친경쟁적이고 효율성을 증대하는 행위에 관여하는 것을 억제하게 된다. 또한 미국에서는 많은 액수의 벌금과 징역형을 포함한 잠재적인 형사적 제재로 인하여 위반행위에 대한 강력한 억제책이 창출되고 있으므로 굳이 배상액을 3배로 할 정책적 필요가 없다는 점도 지적된다. 이 점은 위반행위에 대한 과징금이 매우 실질적인 액수가 될 수 있는 EU에서도 적용되는 것이다.

반면에 3배 손해액이 사적 반독점 집행의 필수적인 요소라는 견해도 존재한다. 이 견해에 의하면, 3배 손해액이 없다면 많은 원고들이 명백한 위반행위가 일어난 경우에도 소송을 추구할 유인이 없을 것이라고 한다. 따라서 정부 집행 자원이 제한되는 상황에서 사적소송의 활발한 추구를 고무하는 것이 미국 반독점 집행의 필수적인 특징이라고 한다.

이처럼 다양한 견해의 존재로 인하여, 협회의 논평에는 위원회의 2배 손해액 관련 질의에 대한 합의된 견해는 포함하고 있지 않다.

#### (4) 독일 연방경제기술성과 연방카르텔청의 논평

독일 연방경제기술성(Federal Ministry of Economics and Technology)과 연방카르텔청(Federal Cartel Office)의 논평은 독일에서 최근에 이루어진 경쟁제한방지법 제7차 개정에서 경쟁법 위반행위에 대한 손해배상소송이 활성화되지 않는 상황에서 필요한 조치를 위하여 그러한 소송의 전제를 중대하게 개선한 점을 강조하고 있다. 개정법 제33조<sup>38)</sup> 이하에서는 특히 경성 카르텔에 대한 손해액의 합리적인 보상을 확실히 하고 있다. 그 결과로 독일에서는 현재로서는 추가적인 조치가 필요하지 않다고 하고 있다.

38) 독일 경쟁제한방지법 제33조(행위금지청구, 손해배상책임) ③ 누구든지 제1항에 의한 위반행위를 고의 또는 과실로 행한 자는 그로 인하여 생긴 손해를 배상할 책임을 진다. 상품 또는 용역이 초과가격으로 구매된 경우에는 그 상품 또는 용역의 재판매를 이유로 손해배상이 배제되지 않는다. 민사소송법 제287조에 의한 손해액의 규모를 산정함에 있어서는, 특히 사업자가 위반행위로부터 얻은 이익의 비율을 고려한다. 손해가 발생한 날부터 사업자는 제1문의 금액을 지급할 의무에 대한 이자를 지급한다. 민법 제288조와 제289조 제1문이 준용된다.

이 논평은 원칙적으로 손해액은 형평화 효과(equalization effect), 즉 회복(restitution)과 보상(compensation)의 기능을 갖는 것이라는 입장을 취한다. 이러한 단서 하에 독서에서 손해액을 보상적 손해(compensatory damages)로 정의하는 방안 14에 동의한다.

독일법에는 손해액을 산정할 때 위반 당사자의 이익도 비례적으로(pro rata) 고려될 수 있다는 명시적인 조항이 있다(경쟁제한방지법 제33조 제3항 제3문). 따라서 독서에서 손해액을 위법한 이익의 회수(recovery of illegal gain)로 정의하는 방안 15에 대하여는 위법한 이익이 피해자가 입은 손해액의 근거를 제공할 수 있다는 형태로 동의한다. 한편 독일법 하에서 위법한 이익을 회수하는 것은 손해액 보상 청구가 아니다. 이러한 청구는 피해를 입은 당사자의 손해액 보상 청구에 추가하여 카르텔 당국에서 의하여 제기될 수 있는 것이다(같은 법 제34조).<sup>39)</sup> 예외적인 경우에 사업자 협회 역시 법 제34조의a에 의하여 이러한 권한을 가진다.

이 논평은 특히 배액 손해액의 도입에 관한 방안 16은 어떤 형태로도 부정되어야 한다고 주장한다. 이는 독일에서 손해액 보상에 관한 법의 주요 원리 중의 하나인 손해액 보상의 권리의 형평화 기능에 반하는 것이다. 독일 법원의 관할권 내에서는 징벌적 배상은 독일의 공공정책(public policy)에 위반한다. 또한 이 논평은 Courage 사건<sup>40)</sup>에 대한 판결에서 유럽 사법법원도 피해를 입은 법적 주체의 손해액 보상 청구는 입은 손실을 보상하는 데 기여하는 것이라는 점을 확립하였다는 것을 지적한다. 따라서 손해배상 제도의 목적은 징벌이나 억제 효과가 아니다. 이러한 효과는 보상을 넘는 것이라는 점에서 마찬가지로 손해배상 제도와 거리가 있다.

39) 다만 손해배상 또는 과태료와 중복되는 것을 방지하기 위하여 손해배상이나 과태료 부과로 부당이득의 환수된 경우에는 이 규정이 적용되지 않고 부당이득이 환수된 후 손해배상액의 지급 또는 과태료의 부과가 이루어진 경우에는 사업자가 이를 환급 받는 절차가 마련되어 있다(법 제34조 제2항). 홍대식, 앞의 논문(각주 28), 238-239면.

40) Case C-453/99 Courage and Crehan [2001] ECR I-6297.

### (5) 영국 공정거래청(Office of Fair Trading)의 논평

영국 공정거래청(Office of Fair Trading, 이하 'OFT')의 논평은 징벌적 배상 제도의 근원으로 이해되는 영국의 법 전통에 대한 설명으로 시작한다. 잉글랜드와 웨일즈에서는 징벌적 배상으로도 알려진 시범적 배상(exemplary damages)이 보통법상 3가지 상황에서 이용 가능하고, 이는 *Rookes v Barnard* 판결<sup>41)</sup>에서 제시된 바와 같다. 이에 반하여 스코틀랜드의 법원은 현재까지 시범적 배상을 인정하고 있지 않다. 시범적 배상은 예컨대 '피고의 행위가 그에 의하여 그 자신을 위해 원고에게 지급될 수 있는 보상을 훨씬 초과하는 이익을 가져다줄 수 있는 것으로 산정된 경우'에 이용 가능하다. 그러나 시범적 배상은 잉글랜드와 웨일즈에서 현재까지 경쟁법 사건에서는 부여된 바가 없다.

영국에서는 전보적 배상의 일정한 배수 형태의 징벌적 손해배상이 18세기에 보통법에 수용되었으나, 1964년 귀족원의 *Rookes v. Barnard* 판결을 계기로 현재와 같은 제도로 정립되었다.<sup>42)</sup> 징벌적 손해배상은 법적 집행력이 옹호되어야 할 경우와 논리상으로는 당연히 형벌에 의할 원칙을 민사법에 적용하는 것이 실제로 타당하다고 할 수 있는 경우에 한하여 한정적으로 인정된다.

OFT는 녹서에서 제한한 법원의 재량에 의하여 부여되는 시범적 배상과 달리 의무적인 2배 손해액이 적절하다고 믿지는 않지만, 2배 배상의 개념은 법원이 경쟁법 위반 사건에 대하여 시범적 손해액을 고려할 경우 법원에 대하여 논의의 초점 또는 출발점을 형성하는 데는 적절할 수 있다고 한다. 그러나 OFT는 법원이 자신신고 신청인에 대하여 시범적 손해액을 부여하는 것은 적절하지 않다는 견해를 보인다.

41) *Rookes v Barnard* [1964] AC 1129, HL.

42) 다만 이 사건에서 귀족원은 징벌적 손해배상이 그 이론적 근거 자체에 문제가 있으므로 일정한 예외적인 경우에만 인정될 수 있다고 판시하였다. 이 사건을 국내에 소개한 문헌으로는 한국스프츠엔터테인먼트법학회, 『개인정보 분쟁해결 및 손해배상 제도 발전방안 연구』(한국정보보호진흥원, 2009).

## 4. 백서 중 징벌적 손해배상 관련 내용

### (1) 백서의 목적과 주요 내용

백서의 주된 목적은 피해자가 EC 경쟁법 위반의 결과로 입은 모든 손해를 회복함에 있어서 조약에 의한 권리를 행사하는 법적 조건을 개선하는 것이다. 완전한 보상(full compensation)이 첫 번째이자 우선적인 지도 원리이다.

보다 효과적인 보상 메커니즘은 반독점 위반행위의 비용을 피해자나 법을 준수하는 사업자가 아니라 위반자가 부담하는 것이다. 사적 당사자를 위한 효과적인 구제수단은 많은 숫자의 위법한 경쟁제한행위가 적발되고 위반자가 책임을 지게 될 가능성을 높이는 것이므로, 보상적 정의(compensatory justice)를 증진하는 것은 장래의 위반행위의 억제의 관점에서도 유리한 효과를 낼 것이다.

집행위원회는 보다 효과적인 반독점 손해배상소송에 대한 법적 체계가 진정한 유럽식 접근방식에 기초해야 한다는 지도 원리를 따르고 있다. 백서에서 제안된 정책 대안은 유럽의 법문화와 전통에 뿌리를 둔 균형 잡힌 조치들로 구성되어 있다. 이러한 원리에 따라 유럽 이외의 지역, 특히 미국에서 선택된 제도는 선호되지 않았다. 독서의 검토 대상이었던 징벌적 배상의 도입 방안이 채택되지 않은 것도 그러한 이유이다.

집행위원회 정책의 또 다른 중요한 지도 원리는 집행위원회와 회원국 경쟁당국에 의한 경쟁법의 강력한 공적집행을 보존하는 것이다. 따라서 백서에서 제시된 조치들은 공적집행을 대체하거나 위태롭게 하는 것이 아니라 이를 보완하는 손해배상소송의 수단에 의한 사적 집행의 효과적인 체계를 창설하도록 설계되어 있다.

제안된 조치들과 정책 대안은 1) 원고적격: 간접적 구매자와 집합적인 소송(collective redress), 2) 증거에 대한 접근: 당사자들 간의 공개, 3) 회원국 경쟁당국 결정의 구속적 효과, 4) 과실 요건, 5) 손해액, 6) 전가(passing-on) 초과지급액, 7) 소멸시효기간, 8) 손해배상소송의 비용, 9) 자진신고자 감면제도와 손해배상소송의 상호관계 항목으로 나누어 제시되고 있다.

백서의 내용은 2개의 집행위원회 직원 연구보고서에 의하여 보충된다. 그것은 첫째, 백서의 배경이 된 고려사항을 보다 자세하게 설명하고 이미 존재하는 공동체의 제도를 간단히 개관하는 내용으로 된 'EC 반독점 손해배상소송에 관한 집행위원회 직원 연구보고서'(Commission staff working paper on EC antitrust damages actions), 둘째, 다양한 정책 대안의 잠재적 편익과 비용을 분석한 '영향평가보고서'(Impact Assessment Report)이다.

## (2) 백서 중 징벌적 손해배상 관련 내용

녹서 중 징벌적 손해배상과 관련된 '2.3. 손해액'에 대응되는 백서 부분은 '2.5. 손해액' 부분이다. 이 부분은 손해의 정의의 문제와 손해의 범위의 문제를 다루고 있는데, 녹서와 달리 징벌적 손해배상과 관련된 정책 대안은 전혀 언급하고 있지 않다.

손해의 정의와 관련하여 백서는 유럽 사법법원의 Manfredi 판결<sup>43)</sup>을 인용하면서, 법원이 반독점 위반행위의 피해자가 보상을 얻을 수 있어야 하는 피해의 유형을 확인해 준 것을 환영하고 있다.

백서는 손해가 완전한 보상임을 전제로 하여 피해자는 최소한 그가 입은 손실의 실제 가치의 완전한 보상을 받아야 하고, 이러한 완전한 보상을 받을 권리는 반경쟁적인 가격 인상으로 인한 실제 손실만이 아니라 판매액의 감소의 결과 발생한 이익의 손실에도 미치며, 이자에 대한 권리를 포함한다고 설명한다. 이는 손해배상의 원래의 목적인 보상의 기능에 충실하면서 그 보상이 완전하고 충분하게 이루어질 수 있도록 하는 데 초점을 둔 것이라고 볼 수 있다.

## (3) 직원 연구보고서 중 징벌적 손해배상 관련 내용

직원 연구보고서는 백서의 목적과 배경에 대한 설명을 담고 있다. 이에 의하면, 유럽 사법법원이 Manfredi 판결을 통해 손해배상청구권이 EC 경쟁법의 유용한 효과를 보장하는 데 필요하다는 점을 확인하였음에도 유럽에서 손해배상청구권의 행사는

43) Joint Cases C-295-298/04, Manfredi, [2006] ECR I-6619.



여전히 상당한 장애에 봉착하고 있다. 첫째, 회원국들의 전통적인 불법행위법이 법적이거나 절차적 성질 면에서 경쟁법 분야에서의 손해배상소송에 적합하지 않은 경우가 있다. 이는 이 분야에서의 소송의 특성에서 비롯된다. 둘째, 회원국들이 취하고 있는 다른 접근방법으로 인해 피해자뿐만 아니라 피고에 대한 취급상의 차이와 예측가능성의 부족, 즉 높은 법적 불확실성을 초래한다.

손해배상소송의 유효성을 높이는 것은 무엇보다도 위법한 반경쟁적인 행위의 피해자가 입은 피해의 보상이 보다 자주 이루어지는 것을 의미한다. 피해의 보상이 근본적이면 법을 준수하는 회사들이 경쟁상 불이익으로부터 어려움을 겪지 않고 피해를 입은 피해자들은 위반행위의 비용을 부담하지 않게 된다. 이러한 비용은 위반행위자가 부담하여야 한다. 피해자들은 유럽 사법법원이 확인한 것처럼 보상을 받을 권리가 있고, 이들이 그 권리를 효과적으로 행사하는 것은 근본적인 문제이다.

녹서의 채택 이후로 많은 이해관계자들이 EC 경쟁법의 전반적 집행에 있어 공적 기관의 중심적 역할을 보존하는 것이 중요하다는 의견을 표시하였다. 이는 유럽에서 손해배상소송의 주된 목적이 공적집행과 다른 것으로서, 사적집행이 (그 역시 역제를 증가하기는 하지만) 주로 손실의 보상을 추구하는 것이고, 반면에 공적집행은 주로 경쟁법 위반행위를 제재함으로써 역제와 전반적인 법 준수를 추구하는 것이라는 점을 가리킨다.

집행위원회의 목적은 사적집행의 효과적인 체계를 창설하는 것이다. 다만 손해배상소송은 공적집행의 보완재(complement)가 되는 것인지 대체재(substitute)가 되는 것이 아니다. 이러한 보완재의 개념은 두 가지 유형의 사건을 포함한다. 첫째, 이는 공적 기관이 제한된 자원과 공적인 우선순위로 인하여 집행 행동을 취하지 못하거나 그 집행 행위를 특정한 행위의 특정한 측면에 제한하는 경우의 사건을 포함한다. 이런 경우에 사적 손해배상소송은 독립적(stand-alone) 소송으로 알려진 것을 통하여 EC 법의 집행을 확장할 수 있다. 둘째, 사적집행은 공적 기관에 의하여 확인된 위반행위로 인하여 발생하는 피해에 대한 사적 당사자의 손해배상청구소송을 포함한다. 이들은 후속적(follow-on) 소송으로 알려져 있다. 그에 따라 집행위원회는 백서에 포함된 제안들이 녹서에 포함한 조치들이 공적집행을 위협에 빠뜨리지 않도록 하는 방식으로 설계되도록 하였다.

## 5. 평가

EU에서는 회원국 간의 반독점 손해배상 제도 간의 조화로운 발전을 도모하고 반독점 위반 피해자의 피해 보상을 보다 원활하게 하기 위한 목적으로 2014. 12. ‘반독점 손해배상 청구에 관한 지침’(Directive on antitrust damages actions)을 제정하였다.<sup>44)</sup> 이는 독서 발간부터 시작한 10년간의 제도 개선 노력의 결실인데, 회원국은 그에 따라 2016. 12.까지 국내법체계를 개선하여 지침을 실행할 의무를 부담한다. 그러나 집행위원회의 제안에 따라 징벌적 배상 제도의 도입은 이 지침에 포함되지 않았다.

EU에서 사적 손해배상청구소송을 활성화하기 위한 한 방안으로서 징벌적 배상 제도의 도입을 검토하였다가 최종적으로 도입하지 않기로 결정한 경위와 근거는 두 가지 점에서 우리에게도 큰 시사점을 준다. 첫째, EU 역시 우리나라와 마찬가지로 경쟁법 집행에 있어 경쟁당국이 주도하는 공적집행이 중심적인 역할을 하는 가운데 사적집행으로서 사적 손해배상청구소송의 목적과 역할을 재확인하게 되었다는 점이고, 둘째, EU 회원국들 대부분이 보상과 회복 기능을 중심으로 한 불법행위법 제도를 갖고 있는 가운데 기능적인 면에서 성격이 다른 징벌적 배상 제도의 도입이 사적집행의 활성화를 위해 반드시 필요하지 않다는 점이 확인된 점이다.

EU 집행위원회의 제도 도입 논의에서 주목되는 것은, 사적집행의 활성화라는 정책 목적을 위하여 징벌적 손해배상 제도의 도입을 비롯한 여러 대안들을 제시하면서 이에 대하여 이해관계인들의 의견을 폭넓게 수렴하여 이를 충분히 고려하여 EU의 법문화와 전통에 뿌리를 둔 균형 잡힌 조치들을 실제적인 대안으로 채택하는 접근방법을 보이고 있다는 점이다. 특히 집행위원회는 징벌적 손해배상 제도가 활발하게 활용되는 미국의 경쟁법 집행체제나 민사소송 제도, 손해액 인정 범위와 EU의 그것과의 차이에 주목하여 EU의 장점을 살리고 보완하는 관점에서 ‘진정한 유럽식 접근

44) Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, OJ L 349, 5.12.2014, pp. 1-19; 이 지침의 배경과 그 내용에 대한 대략적인 소개는 Competition Directorate-General of the European Commission, The Damages Directive-Towards more effective enforcement of the EU competition rules, Competition policy brief Issue 2015-1 (2015, 1.)

방법'에 기초한다는 지도 원리에 충실한 방안을 마련하였다.<sup>45)</sup>

요컨대, EU 집행위원회의 접근방법은 공적집행이 제대로 작동하는 환경에서는 사적집행을 통해 피해자에 대한 완전한 보상이 가능하도록 함으로써 공적집행을 위주로 하되 사적집행이 그 부족한 점을 보완할 수 있게 되면 적절한 억제 수준을 달성할 수 있다는 정책적 결정에 근거한다. 이러한 정책적 결정은 사적 손해배상 제도와 관련된 각 회원국의 제도와 현황에 대한 면밀한 비교 검토를 통해 사적집행을 활성화하기 위하여 EU의 법문화와 전통에 맞지 않는 징벌적 배상 제도를 도입하여야 할 만큼 공적집행의 수준이 충분하지 못한 것이 아니라는 판단과 징벌적 배상 제도의 도입 외에도 사적원고가 소송을 제기할 유인을 제공할 수 있는 제도적 개선이 가능하다는 판단에 기초한 것이다.

이러한 제도 개선 작업 과정에서, EU 사법법원이 Manfredi 판결에서 유효성의 원칙에 따라 회원국들이 경쟁법 위반행위의 피해자가 실제 손실(actual loss)과 이익의 상실(loss of profit) 그리고 판결 전 이자(pre-judgment)를 배상 받을 수 있도록 확실히 하여야 한다고 명시적으로 판단한 점이 EU 집행위원회가 완전한 보상을 통하여 형평의 원칙과 유효성의 원칙을 조화하는 정책적 결정에 이르는 데 큰 영향을 미쳤다.<sup>46)</sup> 또한 국내법상 징벌적 또는 시범적 배상 제도를 두고 있는 영국의 법원이 경쟁당국의 제재가 있는 후에 제기된 후속적 소송에서 피고가 이미 규제당국에 의하여 과징금을 부과 받았거나 자진신고자 감면으로 과징금의 감면을 받은 경우에는 징벌적 또는 시범적 배상이 부여되지 않는다고 판단한 것<sup>47)</sup>도 이러한 EU 집행위원회의 정책적 결정에 부합하는 것이다.

45) 홍대식, “공정거래법상 공적집행과 사적집행 간의 관계”, 권오승 편, 『시장경제와 사회조화』(법문사, 2015), 324면.

46) De Smijter, *supra* note 31; Becker, Rainer, Nicolas Bessot and Eddy De Smijter, *The White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, Competition Policy Newsletter No. 2, (2008).

47) *Devendish Nutrition Limited and others v Sanofi-Aventis SA and Others*, 이 사건은 비타민 카르텔과 관련된 손해배상 청구 사건인데, 1심은 영국 상급법원(High Court)에서 시범적(exemplary) 배상이나 회복적(restitutionary) 배상 어느 것도 인정하지 않았고([2007] EWHC 2394), 항소심인 영국 항소법원(Court of Appeal)도 1심의 판단을 지지하였다([2008] EWCA Civ 1086). Global Competition Review, *Private Antitrust Litigation 2011* (Getting the Deal Through, 2010).

## IV. 비판적 검토 및 현실적 대안

### 1. 논의의 배경

#### (1) 공정위 중심의 집행체제에서의 사적집행의 역할에 대한 이해

공정거래법상 인정되는 전보적 손해배상 제도의 경우 공적집행이 수행하는 억제 또는 제재의 기능과 구별되는 보상의 기능을 수행한다. 그 점에서 이는 공적집행을 대체하거나 위태롭게 하는 것이 아니라 공적집행을 보완하는 기능을 수행한다. 즉 사적집행의 활성화는 기본적으로 공적집행의 역할을 존중하는 가운데 공적집행과 사적집행의 조화와 균형으로 이루어지는 공정거래법의 집행체계 내에서 보완적인 역할을 하는 것이다.

이에 대하여 징벌적 배상 제도는 전보적 손해배상 이외에 추가적인 배상의 형태로 공적집행이 수행하는 억제 또는 제재의 기능을 수행할 권한을 사적 당사자에게 부여하는 것이므로, 공적집행과 그 기능이 중복되고 상충되는 성격을 갖고 있다. 공적집행이 중심이 된 공정거래법 영역에서 징벌적 배상 제도를 도입할 경우 이 제도는 단순히 공적집행을 보완하는 역할에 머무르게 되지 않는다. 오히려 이는 공적집행의 보완제가 아니라 대체제의 역할을 하게 된다. 따라서 징벌적 배상 제도의 공적집행에 대한 대체제적 성격을 간과한 채 현재의 공적집행 체계를 그대로 두고 징벌적 배상 제도만을 도입할 경우 제재의 총합이 과다한 수준이 될 위험성이 매우 높아진다.

#### (2) 사적집행 수단으로서의 손해배상 제도의 역할에 대한 이해

사적집행 수단 중에서 손해배상 제도는 공정위에 의한 행정적 집행에 의해서는 추 구되기 어려운 피해자에 대한 보상 기능을 수행한다는 점에서 보완적인 역할을 수행한다. 다만 공적집행 중에서도 과징금 제도의 경우 손해배상 제도와 금전적 구제수

단이라는 공통점을 갖고 있으므로, 손해배상 제도가 활성화될 경우 위반자 입장에서는 부당이익 환수적 성격의 과징금 외에 위반행위로 인한 경제적 이익에 상응하는 피해자의 손해까지 배상하게 되어 전체적으로 부당이익 박탈의 한계를 초과할 위험이 발생하는 것이 아닌가 하는 의문이 들 수 있다.

현재의 전보적 손해배상 제도에 의하더라도 손해액은 피해자가 입은 적극적 손해로서 초과지급액과 같은 손해, 소극적 손해로서 기대이익을 상실한 손해, 경우에 따라서는 재산적 손해 배상으로 회복되지 않아 위자료로 배상될 수 있는 손해를 포함한다. 즉 민법 제763조에 의하여 불법행위로 인한 손해배상의 범위를 결정함에 있어 준용되는 민법 제393조는 통상손해와 특별손해의 범주로 구분하면서 이를 기준으로 하여 적극적 손해와 소극적 손해 또는 일실효익의 손해와 같은 재산적 손해를 배상하도록 하고 있으며, 민법 제751조는 정신적 손해와 같은 비재산적 손해의 배상 책임도 인정하고 있다.

또한 판례에 의하면 불법행위로 인한 손해배상채무는 그 성립과 동시에 이행기에 있고 지체책임을 발생시키므로 불법행위 성립일로부터 이자에 상당한 지연손해금이 모두 가산되어<sup>48)</sup> 판결 전 이자 지급이 제한 없이 인정되고, 피해자가 승소할 경우 소송비용을 보상 받을 수 있는 수단이 마련되어 있다(민사소송법 제98조 이하). 이는 징벌적 손해배상 제도를 인정하고 있는 미국에서 판결 전 이자가 원칙적으로 배상 범위에 포함되어 있지 않고 소송비용은 당사자 부담 원칙으로 하고 있는 것과 근본적으로 다른 점이다.

### (3) 민사법 제도로서의 불법행위 제도 일반과의 정합성에 대한 이해

불법행위법은 과실, 위법성 등 불확정개념들의 토대 위에서 극히 다양한 사회적 현상을 규율하고 그 과정에서 인정한 사회제도들과 밀접하게 얽혀서 사고 예방과 손해 회복의 기능을 수행하는 것이다.<sup>49)</sup> 공정거래법 위반책임을 다루는 불법행위법의

48) 대법원 1975. 1. 28. 선고 74다2021 판결, 대법원 2004. 5. 14. 선고 2003다32162 판결. 우리 판례가 불법행위로 인한 손해배상채무의 지연손해금의 범위를 이렇게 넓게 인정하는 것은 공평의 관념과 연혁적 이유에 기한 것이라고 한다. 박윤직 편, 『민법주해 [IX]: 채권(2)』 (박영사, 1996), 103면.

경우에도 기본적으로는 불법행위법의 일반 원리에 따르는 것이고, 공적집행에서 결여된 피해자에 대한 보상으로서의 회복 기능을 추구하면서 이와 병행하여 예방 기능을 수행하는 공적집행을 보완하는 관점에서 그 모습이 형성되는 것이다.

불법행위법은 요건론(무엇이 불법행위인가)과 효과론(불법행위에 어떤 책임을 지울 것인가) 또는 구제수단론(불법행위에 어떤 구제수단을 인정할 것인가)으로 나눌 수 있다. 요건론에서는 불법행위의 요건인 고의·과실, 위법성, 손해, 인과관계를 어떤 기준으로 인정할 것인가 하는 문제를 다루는데, 여기서 당사자 간 정의의 관점뿐만 아니라 공동체적 관점을 중시할 때 불법행위법의 예방 기능이 더 잘 구현될 수 있다. 특히 우리 민법 제750조는 ‘권리의 침해’를 요건으로 하는 독일 민법과 달리 ‘위법행위’라는 유연한 개념을 요건으로 하고 있어 법원이 이를 구체화하는 과정에서 공동체적 관점이 개입할 여지가 더 클 수 있다. 공정거래법 위반행위를 불법행위로 구성할 때 위법성을 구성하는 요소는 입법 또는 사회적 합의를 통해 법원의 개입 없이도 충분히 구체화되어 있는 권리보호 영역(절대권이 대표적임)보다는 아직 그러한 구체화가 이루어지지 않아 법원의 개입이 필요한 보호영역인 경제적 이익의 영역인 경우가 대부분이다. 이러한 영역에서는 사적비용뿐만 아니라 사회적 비용의 발생 여부도 고려하여야 하므로, 법원의 구체화 과정을 통하여 예방 기능이 보다 적극적으로 구현될 수 있다.

따라서 불법행위법에서의 예방 기능은 불법행위의 요건 면에서 특정 불법행위 유형의 특성을 고려하여 그 요건을 완화하는 입법이나 해석을 통하여 구현되는 것이 우리 불법행위법 체계에도 부합한다. 공정거래법 제56조에서 주관적 요건인 고의·과실의 입증책임을 사업자에게 전환하는 방법으로 그 요건을 완화하는 특별 규정을 둔 것이 그 예이다. 이처럼 불법행위 제도의 두 가지 기능, 즉 회복 기능과 예방 기능 중에서 예방 기능을 강화하는 것은 불법행위의 요건론의 과제이다.<sup>50)</sup>

이에 반하여 불법행위의 효과론 또는 구제수단론에서는 현행 불법행위법이 민법 제764조의 ‘명예회복에 적당한 처분’을 제외하면 전보 배상을 대상으로 한 손해배상만을 인정하고 있는 점에 유의하여야 한다. 즉 불법행위의 효과론 또는 구제수단론

49) 권영준, 앞의 논문(각주 8), 94면.

50) 권영준, 위의 논문, 94면.

에서는 불법행위의 회복 기능이 주된 역할을 한다. 따라서 회복 기능과 무관한 징벌적 손해배상 제도의 도입은 불법행위의 효과 면에서 불법행위 제도의 근본을 바꾸는 것이라는 점<sup>51)</sup>에서 특정 불법행위 유형에 대하여 요건을 완화하는 경우에 비하여 보다 신중히 접근할 필요가 있다.

## 2. 비판적 검토

### (1) 헌법상 적합성의 원칙 및 비례의 원칙의 관점

공정거래법 위반행위자에 대하여 불법행위의 효과로서 징벌적 배상 제도를 두는 입법을 할 경우 그 입법은 경제관련 헌법규정으로서 기업의 경제상의 자유와 창조의 보장 규정(헌법 제119조 제1항)뿐만 아니라 경제적 기본권으로서 재산권 규정(헌법 제23조 제1항)의 침해 여부가 동시에 문제되는 것이다. 따라서 입법상 선택된 수단이 헌법규정에 정해진 국가목표의 실현에 적합한지 여부를 심사하는 적합성 원칙, 다수의 적합한 수단들을 통제하는 최소침해성 원칙과 목적과 수단과를 비교형량하는 균형성 원칙을 내포하는 비례의 원칙에 의한 심사가 모두 요구된다.

공정거래법 위반행위를 효과적으로 억제할 필요가 헌법상 요구된다고 하더라도 그 수단으로서 당사자 간의 이해관계 조정을 기본 원리로 한 민법에서 불법행위에 대한 구제수단으로 인정하고 있는 전보적 배상 제도가 불충분한 것인지에 대한 검토가 선행되어야 한다. 회복 기능을 지향하는 전보적 배상 제도에 의하더라도 그에 수반하여 예방과 억제의 기능을 수행할 수 있음에도 회복 기능이 아닌 억제 및 제재 기능을 중심으로 하여 전보적 배상 제도와 상충되는 이질적인 제도인 징벌적 배상 제도를 공정거래법에 특별히 도입하는 것은 적합성 원칙뿐만 아니라 비례의 원칙에도 반할 수 있다.

헌법상의 자유시장경제질서는 사법질서와 경쟁질서로 구성되는데, 경쟁질서는 사법질서와 상호의존적인 관계에 있으나 구체적인 법 집행의 단계에서는 긴장관계에

51) 권영준, 앞의 논문 (각주8), 100-101면.

놓일 수 있다. 왜냐 하면, 경쟁제한성을 이유로 하는 경제주체의 경제상의 활동에 대한 개입은 당해 경제주체의 입장에서는 사적자치의 제한이 될 수 있기 때문이다. 따라서 법 집행 과정에서는 자유시장경제를 지탱하는 두 법원리인 경쟁 원리와 사적자치 원리의 형량과 조화를 필요로 하며, 여기서 중요한 의미를 갖는 것은 바로 비례의 원칙이라고 할 수 있다. 이러한 비례의 원칙은 특히 구제수단의 선택과 설계에서 중요하게 작용한다.

징벌적 배상 제도는 사적자치의 기반이 되는 민법상 손해배상 제도에 바탕을 두면서도 손해배상의 기본원리인 '손해의 공평·타당한 분담', 즉 회복 또는 보상 기능과 전혀 무관한 예방 또는 억제 기능만을 갖는 이질적인 제도로서 공정거래법상 다른 제도와 달리 경쟁 원리와 사적자치 원리의 형량과 조화를 이루지 못하는 제도라는 점에서 비례의 원칙에 반할 수 있다.

또한 징벌적 배상 제도는 사법적 제도이면서도 위반행위자에 대한 제재라는 공법적 기능을 하면서 공법적 제도에 속하는 금전적 구제수단인 과징금 제도와 그 기능면에서 중복되는 것이다. 새로운 제도와 상충되는 기존의 다른 제도가 있음에도 상충되는 요소를 감소시키기 위한 개선을 수반하지 않는 상태에서 새로운 제도를 무조건 도입할 경우 행위자에 대한 유사한 억제 또는 제재의 총합의 적절한 수준을 넘게 될 위험이 증가하여 과잉금지의 원칙에 반할 수 있다. 특히 징벌적 손해배상액이 헌법상 과잉금지의 원칙에 반하는지 여부를 면밀히 검토할 필요가 있다.<sup>52)</sup>

## (2) 억제 기능과 회복 기능 조화의 관점

공적인 금전적 구제수단으로서의 과징금 부과는 온전히 억제 기능을 수행한다. 반면에 사적인 금전적 구제수단으로서의 손해배상은 보상 기능을 주로 수행하는 것이지만, 손해배상이 완전한 보상에 이르러 위반자의 행위 수준이나 주의의무 수준에 영향을 줄 경우 억제 또는 예방 기능도 보완적으로 수행하게 된다. 따라서 과징금 부과와 손해배상을 통한 완전한 보상이 병행할 경우 최적의 억제 수준이 달성될 수 있

52) 이규호, “징벌적 손해배상액 또는 법정손해배상액에 관한 제도 도입 논의에 있어서 절차법적 쟁점”, 『사법』 제2호, 사법연구지원재단, 2007, 195면.



다고 일반적으로 설명된다.

다만 과징금 부과액수 중 부당이득 환수적 성격을 갖는 부분은 사실상 피해자의 손해액과 중복될 수 있다. 부당이득액은 위반자 입장에서 위반행위로 인하여 취득한 경제적 이익을 의미하는 데 반하여, 소비자피해액은 위반행위로 인하여 피해를 입은 피해자의 입장에서 입은 초과가격 지급으로 인한 손해 또는 기대이익 상실로 인한 손해를 의미하므로 개념적으로 구별된다. 그러나 초과가격 지급으로 인한 피해자의 손해의 경우 바로 위반자 입장에서 위법한 이익을 구성하게 되므로 사실상 중복된다. 이때 위반자가 전자에 해당하는 금액을 손해배상 제도에 의하여 피해자에게 배상하고 후자에 해당하는 금액을 과징금 제도에 의하여 과징금으로 납부할 경우 금전적 부담의 총합이 최적의 집행 수준을 초과하게 될 위험이 발생한다. 이는 억제 기능과 회복 기능 사이에 긴장과 충돌이 발생하는 상황이다.

전보적 손해배상만이 존재하는 경우에도 억제 기능과 회복 기능 사이에 긴장과 충돌이 발생하는데, 징벌적 손해배상 제도가 도입되면 이러한 긴장과 충돌은 상시적인 것이 될 위험성이 높다. 징벌적 손해배상은 전보배상 이외에 추가적으로 피해자에게 지급되는 배상액으로, 과징금 부과액수 중 사회적 피해, 즉 사회적 후생의 순수손실에 대한 제재로써 위반자로 하여금 이를 내부화하도록 부과하는 부분에 상응한다.

이러한 문제를 예를 들어 설명하면 다음과 같다. 위반행위자가 위법하게 상품의 가격을 인상하여 1억 원의 초과이익을 얻고 반대로 상품을 구입한 구매자들은 1억 원을 초과 지급하는 손해를 얻은 상황을 가정해 볼 수 있다. 위반행위자의 위법행위로 가격이 상승하여 거래를 포기하거나 덜 효율적인 다른 상품으로 거래를 전환함으로써 그 상품 구매에서 배제된 구매자들이 발생할 수 있는데, 이로 인한 사회적 손실을 구매자의 자원배분의 효율성 손실(allocative efficiency loss to buyers) 또는 사중손실(deadweight loss)이라고 한다. 과징금은 통상적으로 위반행위자의 초과이익과 사중손실을 합한 금액에 상응하게 산정되어야 한다고 하는데, 위반행위자에 대하여 1억 5,000만 원의 과징금이 부과될 경우 사중손실은 5,000만 원으로 평가된 것이라고 할 수 있다. 이에 대하여 손해배상액은 구매자들이 입은 손해로 산정되므로 1억 원이 된다. 따라서 위반행위자에게 부과되는 금전적 부담의 총합은 2억 5,000만 원으로서 그가 얻은 이익의 2.5배가 되어 억제 기능과 회복 기능 사이에 충돌이 발생할

수 있다. 다만 이는 이론적인 금액이므로 과징금이나 손해액 산정의 부정확성이나 집행오류의 가능성을 고려할 때 실제 위반행위자에게 부과되는 금액은 적절한 수준에 수렴할 수 있다.

이에 대하여 징벌적 손해배상은 경제학적으로 사중손실에 대한 배상으로 볼 수 있으나, 그 산정에 관하여 전보적 배상의 경우와 같은 검증된 산정방식이 개발되어 있지 않아 과징금과 전보적 배상에 징벌적 배상까지 더할 경우 억제 기능과 회복 기능 사이의 긴장과 충돌이 더욱 빈번히 발생될 수 있다. 경제학적으로 징벌적 배상에 해당하는 부분은 위반행위로 인하여 거래를 포기하거나 덜 효율적인 상품으로 전환하여 해당 상품의 거래에서 배제된 구매자들이 입은 손해, 즉 사중손실에 대한 것인데, 이는 그와 같이 배제된 구매자들에게 귀속되어야 할 부분이다.<sup>53)</sup> 따라서 배제된 구매자들을 찾아 그 손해를 배상해 주어야 하는 것이 원칙이지만, 미국의 경우 반독점법 위반으로 인한 손해배상소송에서 직접 구매자에게만 원고적격을 인정하고 있어 이처럼 기회비용(opportunity cost)의 손해를 입은 배제된 구매자들이 그 손해를 배상 받을 수 있는 방법이 없다. 이러한 점에서 효율성의 관점에서 직접 구매자에게 징벌적 배상의 방법으로 그러한 손해까지도 회복하게 하는 것이라고 볼 수 있지만, 이는 배제된 구매자가 전혀 배상을 받지 못한다는 점을 감안할 때 공평한 것이라고 할 수 없다. 이에 반하여 우리나라에서는 원고적격을 폭넓게 인정하고 있으므로 기회비용의 손해도 배상될 가능성이 있을 뿐 아니라, 과징금 산정은 사중손실과 같은 사회적 후생의 순수손실에도 기초하고 있으므로, 사중손실 발생에 대한 금전적 억제를 위하여 징벌적 배상 제도를 도입할 필요는 없다.

### (3) 미국과 우리나라의 불법행위법 및 민사소송법 제도 차이에 착안한 관점

징벌적 배상 제도를 인정하고 있는 대표적인 국가는 미국으로서 국내에서 이 제도를 도입을 주장하는 학자나 실제 입법을 추진하는 실무자 모두 미국의 논의에 의존하는 경향이 있다. 그러나 미국의 경우 불법행위법의 요건이나 효과가 우리나라와 다르고

53) Leslie, Christopher R., *Antitrust damages and deadweight loss*, The Antitrust Bulletin Vol. 51, No. 3 (2006), p.549.

징벌적 손해배상액이 우리나라에는 없는 제도인 배심재판 제도와 결합되어 있다는 점에서 단순한 비교가 어렵다는 점을 간과해서는 안 된다.

미국에서는 실제 손해액에 기회비용 손실과 판결 전 이자가 포함되지 않으므로, 전보적 배상 제도가 피해자가 입은 모든 손해를 배상하지 못하는 구조이다. 그러나 우리나라에서는 전보적 배상을 통하여 이행이익으로서의 통상손해와 특별손해를 배상 받을 수 있고 이행이익에 갈음한 신뢰이익의 배상도 가능하여 기회비용 손실에 대한 보상도 가능하다. 또한 미국과 달리 판결 전 이자의 배상 범위에 제한이 없으므로, 전보적 배상에 의하여 보상되지 못하는 부분을 보완하기 위한 목적으로 징벌적 배상 제도를 도입할 필요는 인정되지 않는다.

미국에서는 특히 우리나라와 달리 일반적으로 손해액의 범위에 이자의 청구는 포함되지 않는다. 즉 판결 전의 기간에 대한 이자는 고의적인 소송 지연을 조장할 우려가 있다는 이유로 원칙적으로 인정되지 않으며, 소장 송달일과 판결선고일 간의 기간에 대한 이자만이 소송의 당사자 또는 그 대표자들이 되지도 않을 주장을 하여 고의적으로 지연시키거나 또는 다른 방법으로라도 악의로 행동한 경우 등과 같이 예외적인 경우에만 인정된다.<sup>54)</sup> 이에 반하여 불법행위일로부터 판결 전의 기간에 대한 이자를 모두 인정하는 우리 손해배상 제도의 경우 손해액에 대한 재판이나 화해에 이르기까지 장기간이 소요될 경우 실손해배상액에 이자를 가산한 금액이 미국식의 3배 배상액보다 더 많아질 수도 있다.<sup>55)</sup>

또한 미국에서는 3배 배상 제도를 두는 대신 원고적격을 제한하고 있다. 즉 반독점법 위반 손해배상소송에서는 직접 구매자에 한하여 원고적격을 허용하면서 직접 구매자로부터 간접 구매자에게 손해가 전가되어 전가된 부분을 공제해야 한다는 전가 항변(passing-on defense)을 허용하지 않는 대신 간접 구매자의 원고적격을 부정하는 판례 이론이 정립되어 있다.<sup>56)</sup> 그러나 이는 간접 구매자의 원고적격이 허용되는 우리 법의 집행 방식과는 맞지 않는 것이다.

미국에서 징벌적 배상은 공적집행보다 사적집행이 우위에 있는 미국의 집행 제도

54) 각주 18) 참조.

55) 이기중, “공정거래법상 손해배상청구소송에 있어서의 경제분설에 관한 연구”, 『상사법연구』 제25권 제3호, 2006, 304-5면.

56) 각주 19) 참조.

의 특성과 밀접한 관련이 있다. 미국에서는 대륙법계 국가와 달리 공법과 사법, 공법적 기능과 사법적 기능이 엄밀하게 구별되지 않고 공적집행이 불충분한 영역에서는 사적집행이 공법적 기능을 수행하고 있으므로, 억제 또는 제재와 같이 대륙법계에서는 공법적 기능에 속하는 기능을 수행하는 징벌적 배상 제도가 법체계상 큰 문제가 없다. 그에 반해 우리나라는 공정거래법과 같은 특별한 법 영역은 공적집행이 중심적이고 억제 또는 제재 기능은 공법적 기능으로 간주되고 있다.

미국에서 징벌적 배상은 배심제도의 운영과 밀접한 관련이 있다. 미국의 경우 무작위로 선출된 일반인인 배심원들이 해당 판결에서 양 당사자의 유책 여부 및 배상액을 결정하고 판사가 이에 따라 판결하는 배심제도를 갖고 있고, 징벌적 배상액의 산정은 배심원의 권한으로 정하고 있다. 징벌적 배상은 가해자를 제재하는 데 그치지 않고 그로부터 징수한 부를 피해자에게 귀속시킨다는 점에서 배분적 정의에 관한 문제를 야기하므로, 그 배상의 인정은 민주적 정당성을 요구하기 때문이다. 그러나 배심원들은 비전문가로서 사실적 판단에 치중하는 것이 일반적이기 때문에, 판사가 징벌적 배상과 관련해서 배심원들에게 판결에 필요한 가이드라인을 제시하는 것이 일반적이다.<sup>57)</sup> 이에 반해 배심제도가 없는 우리나라에서 민주적 정당성의 기반이 취약한 법원에 손해액 산정의 전권이 주어지고 있으므로 전보배상의 범위를 넘는 징벌적 배상액 산정의 권한을 법원에 백지위임하는 것은 부적절하다는 지적이 있다.<sup>58)</sup>

#### (4) 자진신고자 감면제도 취지와의 충돌의 관점

징벌적 배상 제도의 도입은 자진신고자 감면제도의 취지와는 정면으로 충돌할 수 있다. 자진신고자 감면제도(leniency programme)란 부당한 공동행위에 참여한 사업자가 증거와 함께 그 부당 공동행위를 자진 신고하거나 그에 대한 공정위의 조사에 협조하는 경우 시정조치나 과징금 등 제재의 수준을 낮추어 주거나 면제해주는 제도이다. 이 제도는 부당한 공동행위에 관한 정보를 가장 잘 알고 있는 참가사업자에게 과징금 등 제재조치를 면제 또는 감경해주는 경제적 유인체계를 제공함으로써

57) 전삼현, 앞의 책(각주 12), 139면.

58) 권영준, 앞의 논문(각주 8), 101면.

자진신고 또는 조사 협조를 유도하여 그 속성상 은밀하게 이루어지는 부당한 공동행위의 적발확률을 제고하는 데 큰 효과가 있다는 점이 이론적으로 또 실증적으로 뒷받침되고 있다.

자진신고를 고려하고 있는 사업자 입장에서는 과징금 등 제재조치의 감면이 중요한 유인체계로 작용하지만, 반대로 자진신고를 하여 그 목적을 위하여 자료를 제출한 후에 그에 뒤따른 손해배상소송에서 그 자료가 자신에게 불리한 증거로 사용될 경우 자진신고의 유인이 반대로 감소할 우려가 매우 크다. 이러한 사업자의 우려를 감소시키기 위해서는 제도적으로 외국의 입법례에 비추어 신고자가 제출한 증거의 공개나 접근을 일정 부분 제한하는 방안이나 신고자에 대하여 손해액을 감경한다든지 연대배상책임을 제거한다든지 하는 민사소송절차에서의 혜택을 부여하는 방안을 강구할 필요가 있으나, 현재의 자진신고자 감면 제도에는 이러한 보완책이 전혀 마련되어 있지 않다. 이러한 상황에서 징벌적 배상 제도가 도입되어 위반행위자, 특히 징벌적 배상청구의 대상이 될 가능성이 높은 부당한 공동행위의 참가자의 배상책임의 범위가 확대될 위험이 커질 경우 자진신고자 감면을 꺼리는 사업자가 증가하여 자진신고자 감면 제도의 근간이 위협받을 수 있을 것이다.

### 3. 현실적 대안

#### (1) 손해액 인정제의 실질적 운영

공정거래법은 법 위반행위로 인하여 손해가 발생된 것은 인정되나, 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는, 법원이 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다는 손해액의 인정 조항(법 제57조)을 두고 있다. 이러한 손해액 인정 제도는 공정거래법 위반행위로 인한 손해액 입증의 어려움을 덜어주어 손해배상청구소송이 활성화되도록 하기 위한 목적으로 도입된 것이다. 이는 원고가 손해액을 정확히 입증하지 못하더라도 합리적인 손해액을 재량적으로 판단할 수 있을 정도의

증거를 제출한 경우 법원이 그러한 증거 조사의 결과와 변론 전체의 취지를 종합하여 법원이 상당하다고 판단되는 액수를 손해액으로 정할 수 있도록 하는 것이다.

우리 판례는 불법행위로 인한 재산상 손해의 산정방법에 관하여는 차액설이 판례의 입장이다. 즉 위법한 가해행위로 인하여 발생한 재산상 불이익, 즉 그 위법행위가 없었더라면 존재하였을 재산상태와 그 위법행위가 가해진 현재의 재산상태의 차이가 손해로 산정되며, 여기에는 기존의 이익이 상실되는 적극적 손해와 장차 얻을 수 있을 이익을 얻지 못하는 소극적 손해가 포함된다.<sup>59)</sup> 또한 무형의 손해에 대한 위자료와 불법행위일로부터 판결 전의 기간에 대한 이자도 손해액의 범위에 포함되므로, 전보배상의 범위가 징벌적 배상 제도가 시행되고 있는 미국보다 넓다.

또한 우리 법상 손해배상제도는 침해된 정의의 실현을 그 이념적 기초로 하며, 이를 실현하기 위한 실천적 지도이념은 손해의 공평타당한 분담으로 이해된다. 단순히 실손해를 전보한다는 교정적 정의의 차원을 떠나 구체적 당사자 간의 형평성을 도모한다는 분배적 정의를 지향한다는 점에서 실손해의 전보 외에 손해를 둘러싼 당사자 간의 이해관계 조정의 측면도 지도 원리로서 고려된다. 이러한 점은 EU 집행위원회의 백서에서 표방한 완전한 보상의 원리에 부합한다. 불법행위법이 회복 기능만 제대로 수행하더라도 이에 수반되는 예방적 효과도 의미 있는 정도로 증가할 것이다.<sup>60)</sup>

따라서 굳이 보상 기능과 관계없는 징벌적 배상 제도를 도입하지 않더라도 현재 존재하는 손해액 인정제를 실질적으로 운영함으로써 공정거래법 위반행위의 피해자에게 손해배상소송 제기의 유인을 보다 더 효과적으로 제공할 수 있다. 적어도 소액 다수의 피해자를 제외한 일반적인 위반행위의 피해자에 대하여 추가적으로 소송 제기 유인을 제공하기 위한 징벌적 배상 제도 도입의 필요성은 매우 적다.

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

60) 권영준, 앞의 논문(각주 8), 102면.

## (2) 위자료의 보완적 기능의 적극적 활용

우리 불법행위법상 손해는 재산적 손해인 적극적 손해와 소극적 손해 외에도 비재산적 손해인 정신적 손해 또는 무형의 손해를 포함하고 있어 전보적 배상의 대상이 되는 손해의 개념이 포괄적이다. 특히 정신적 손해에 대한 위자료의 경우 재산적 손해의 발생이 인정되는데도 손해액의 확정이 불가능하여 그 손해 전보를 받을 수 없게 됨으로써 피해 회복이 충분히 이루어지지 않는 경우에는 법원이 이를 참작하여 위자료액을 증액함으로써 위자료가 손해 전보의 불균형을 어느 정도 보완하는 기능을 할 수 있다.<sup>61)</sup> 실제로 손해액 인정제가 도입되기 전에는 공정거래법 위반행위로 인한 손해배상소송이 제기된 사건에서 법원이 재산적 손해액 입증의 곤란을 구제하기 위하여 피해자에 대한 위자료의 배상을 인정한 사례가 있다.<sup>62)</sup>

이론적으로 법인의 경우에는 정신적 손해를 상정할 수 없지만 이러한 경우에는 무형의 손해로서 배상할 수도 있다. 대법원은 분유회사가 경쟁회사에 대한 비방광고로 인하여 경쟁회사의 인격, 명예, 신용 등이 훼손되게 함으로써 그 사회적 평가가 낮아진 경우에 무형의 손해에 대한 배상책임을 인정하였다.<sup>63)</sup> 이러한 무형의 손해가 정신적 손해에 해당하지 않는다는 점은 분명하지만, 이것이 재산적 손해에 해당하는지, 아니면 비재산적 손해에 해당하는지는 불분명하다. 이처럼 재산적 손해와 비재산적 손해를 구분하는 것이 곤란한 경우에는 양자를 합하여 손해액을 산정하는 것이 허용된다고 할 수 있다.<sup>64)</sup>

61) 대법원 1984. 11. 13. 선고 84다카722 판결, 대법원 2004. 11. 12. 선고 2002다53865 판결, 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007다18959 판결 등.

62) 라미화장품 사건에 관한 서울지법 1998. 6. 25. 선고 97가합56100 판결, 일반 소비자들이 민법상의 불법행위책임에 따른 손해배상을 청구한 백화점 변칙세일 사건(대법원 1993. 8. 13. 선고 92다52665 판결[공1993, 2417])과 고름우유 사건(서울지법 1997. 8. 12. 선고 95가합103699 판결)에서도 위자료 배상이 인정되었다.

63) 대법원 1996. 4. 12. 선고 93다40614, 40621 판결. 원심은 이 사건 광고들로 인하여 원고의 인격과 명예, 신용 등이 훼손됨으로써 분유제조업체인 원고의 사회적 평가가 낮아지고 그 사업수행에 커다란 악영향이 미쳤으리라는 점은 경험칙에 비추어 쉽게 인정할 수 있으므로, 피고는 위 사회적 평가의 침해에 따라 원고가 입은 무형의 손해를 배상할 의무가 있다고 판단하였다. 대법원은 피고에게 원고가 입은 무형의 손해를 배상할 책임이 있다는 원심의 판단은 옳다(민법 제764조 참조)고 한다.

64) 김재형, “프로스포츠 선수계약의 불이행으로 인한 손해배상책임-대법원 2004. 6. 24. 선고 2002다6951, 6968 판결(공 2004, 1201)을 중심으로-”, 『인권과 정의』 제345호, 대한변호사

최근 판례 중에는 법원이 불법행위로 인한 위자료를 산정함에 있어 실무에서 자동차 사고 등에 통용되고 있는 정형화된 위자료 기준에서 고려하는 일반적 참작사유 외에 항공기 사고와 같이 특수한 사고의 경우에는 그 특수한 사정들도 손해배상에서 함께 고려하여야 한다고 판시<sup>65)</sup>한 사례가 있어, 위자료의 보완적 기능이 불법행위 유형에 따라 실질적으로 활용될 여지를 열어놓은 점에 주목할 필요가 있다. 이런 점에서 위자료 제도는 그 운용에 따라서는 징벌적 손해배상 제도와 유사한 기능을 하는 제도가 될 수 있다.<sup>66)</sup>

### (3) 완전한 보상을 위한 손해액 인정 요건 완화

EU의 백서에서 공적집행을 보완하는 사적집행으로서의 손해배상의 목적을 완전한 보상에 두고 있는 점에서 보듯이, 공정위 중심의 공적집행 중심 체계를 갖고 있는 우리나라에서는 이질적인 징벌적 배상 제도를 무턱대고 도입하는 것보다는 현재의 전보적 배상 제도의 운영이 완전한 보상의 목적을 달성하는 데 장애가 되는 요소가 있는지를 검토하여 그러한 요소가 있을 경우 이를 제거하는 방향으로 제도 개선을 모색하는 것이 더 현실적인 과제라고 할 수 있다.

불법행위법상 위반행위와 피해자에게 발생한 손해 사이에는 위반행위가 없었더라면 피해자에게 손해가 발생하지 않았을 것이라고 하는 논리적인 관계, 즉 인과관계가 존재하여야 한다. 이 문제와 관련하여 우리나라 판례는 원칙적으로 이른바 상당 인과관계설의 입장을 취하고 있는데, 이와 관련하여 공정거래법 위반행위와 관련하여 손해가 발생한 경우 상당성의 입증이 어렵다는 주장이 제기되고 있다. 또한 불법행위로 인한 손해배상의 범위를 산정하는 원칙으로 준용되는 민법 제393조 제1항은 “채무불이행으로 인한 손해배상은 통상의 손해를 그 한도로 한다.”고 규정하고, 제2항은 “특별한 사정으로 인한 손해는 채무자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 배상의 책임이 있다.”라고 규정하여, ‘통상손해’와 예견가능한 ‘특별손해’를

---

협회, 2005.

65) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2007다77149 판결.

66) 민사법의 영역에서 위자료에 징벌적 손해배상 제도와 유사한 기능을 부여하자는 명시적인 견해로는 장재욱, “위자료와 사적 제재”, 『중앙법학』 제1권, 1999, 212면.



배상의 범위를 정하기 위한 기준으로 삼고 있기 때문에, 피해자의 손해가 특별손해로 분류될 경우 위반자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었다는 점을 입증해야 하는 어려움이 있다.

이러한 문제는 특히 공정거래법 위반행위로 인하여 발생한 특별손해와 관련하여 그 인과관계에 대한 원고의 입증책임을 해석상 또는 입법상 완화하는 방법으로 구제될 수 있으며, 이러한 방법에 의하여 굳이 징벌적 배상의 개념을 도입하지 않더라도 피해자에게 회복되는 배상의 범위를 넓힐 수 있다. 예컨대, 대법원은 환경오염피해소송, 의료과오소송, 제조물책임소송과 같은 특수소송에서 인과관계의 입증책임을 경감하는 입장<sup>67)</sup>을 취하고 있는데, 이는 공정거래법 관련 소송과 같이 개인의 경제적 이익 보호뿐만 아니라 시장과 관련된 가치(market-related value)의 보호에도 기여하는 소송 유형에도 확장하는 것을 고려해 볼 수 있다.<sup>68)</sup>

#### (4) 소액 다수의 피해자의 피해구제 유인체계 보장 방안

일반적인 공정거래법 위반행위의 피해자의 경우에는 회복 기능을 위주로 하는 현재의 손해배상 제도 하에서도 제도의 실질적인 운영 내지는 약간의 제도 보완을 통하여 완전한 보상을 추구할 수 있으므로 손해배상소송 제기의 유인체계가 부족하다고 할 수 없다. 문제는 소액 다수의 피해자의 손해배상소송 제기의 유인체계가 충분하지 않다는 것이다. 이러한 문제는 기본적으로 개개인이 보상 받을 금액이 적기 때문에 발생하는 것이므로 이로 인하여 사적집행의 보완적 역할이 제대로 수행되지 않는 부분은 공적집행의 활발한 운영으로 충분히 보충할 수 있을 것이다.

현행법상으로도 집단소송 제도와 유사한 기능을 하는 소송 제도가 있다. 공동소송 제도와 선정당사자 제도가 그것이다. 현재도 소비자가 원고가 되는 카르텔 손해배상소송으로서 소비자단체의 지원을 얻거나 변호사가 원고를 집단적으로 모집하여 제기하는 소송의 경우 이와 같은 소송 제도를 이용하고 있다. 만일 이에 더하여 집단소

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

68) 홍대식, “공정거래법의 사적 집행에 관한 국내 동향과 쟁점”, 『경쟁저널』 제145호, 2009.

송 제도의 도입이 필요하다면 현재의 공동소송 제도와 선정당사자 제도가 갖는 불편을 해소하는 차원에서 필요한 한도에서 적합한 제도를 도입하는 것으로 충분할 것이다. 현재의 공동소송 제도와 선정당사자 제도가 갖는 불편은 원고를 모집하는 과정이 시간이 걸리고 복잡하다는 것이다. 그렇다고 하여 소제기 의사가 없는 피해자까지도 굳이 소송에 자동적으로 참여시킬 필요는 없다. 소제기 의사가 없는 피해자의 전보적 손해배상청구가 이루어지지 않아 과징금 부과 방법으로는 위반행위자에 대한 억제 효과가 부족하다는 정책적 판단이 내려진다면, 그러한 범위에서는 단체소송과 같은 대안으로 대처하는 것이 보다 적절하다. 따라서 집단소송 제도를 도입하더라도 소제기 의사가 있는 주체만을 대상으로 하는 선택참여 방식이 사적집행의 보완적 역할에 알맞은 제도라고 할 수 있다. 선택참여 방식은 다수의 사람 중 1인 또는 수인의 대표가 소를 제기한 후 법원의 절차에 의하여 같은 그룹의 구성원들에게 통지를 하여 등록을 받는 방식이므로, 현재 도입되어 있는 공동소송 제도나 선정당사자 제도에 비하여 원고 모집 과정에서의 절차적 편리성을 높일 수 있는 장점이 있다.<sup>69)</sup>

㉠ **핵심어** 경쟁법, 사적집행, 징벌적 손해배상, 3배 배상, 1배 배상, 보상, 완전한 보상, 억제

69) 홍대식, 앞의 논문(각주 45), 337-338면.

## 참고문헌

- 곽윤직, 『채권각론(제6판)』, (박영사, 2003)
- 곽윤직 편, 『민법주해 [IX]: 채권(2)』, (박영사, 1996)
- 김두진, 『공정거래법 및 소비자관련법상 징벌적 손해배상제도 도입방안 연구』, (한국법제연구원, 2007)
- 김차동·주진열, 『소비자피해 구제를 위한 민사적 구제 수단 확충방안 연구-집단 소송제/징벌적손해배상제 등을 중심으로-』, (공정거래위원회 용역보고서, 2012)
- 이선희, 『독점규제법상 부당한 공동행위에 대한 손해배상청구』, 서울대 대학원 박사학위논문, 2012
- 이은영, 『채권각론(제5판)』, (박영사, 2005)
- 전삼현, 『징벌적 배상제도의 입법론적 연구』, (한국경제연구원, 2007).
- 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 『개인정보 분쟁해결 및 손해배상 제도 발전방안 연구』, (한국정보보호진흥원, 2009).
- 홍대식, 『공정거래법상 과징금 제도에 관한 연구』, 서울대학교 법학박사학위논문, 2006
- 권영준, “불법행위법의 사상적 기초와 그 시사점-예방과 회복의 패러다임을 중심으로-”, 『저스티스』 통권 제109호, 한국법학원, 2009. 2
- 김동훈, “독점규제법상 3배 손해배상제도 도입의 필요성”, 『비교법학연구』 제5집, 한국비교법학회, 2005. 3
- 김재형, “프로스포츠 선수계약의 불이행으로 인한 손해배상책임-대법원 2004.6.24. 선고 2002다6951, 6968 판결(공 2004, 1201)을 중심으로-”, 『인권과 정의』 제345호, 대한변호사협회, 2005. 5
- \_\_\_\_\_, “징벌적 손해배상제도의 도입 문제”, 정종섭 편, 『언론과 법의 지배』 (박영사, 2007)

- 신영수, “징벌적 손해배상제도와 공정거래법-제도 도입의 타당성 분석을 중심으로-”, 『기업법연구』 제24권 제1호, 한국기업법학회, 2010. 3
- 심재한, “경쟁법상 부당이득환수”, 『경쟁법연구』 제24권, 한국경쟁법학회, 2011. 11
- 윤세리, “미국 독점금지법상의 사소제도”, 『경쟁법연구』 제9권, 한국경쟁법학회, 2003. 4
- 윤정환, “징벌적 손해배상에 관한 연구”, 『민사법학』 제17호, 한국민사법학회, 1999. 4
- 이규호, “징벌적 손해배상액 또는 법정손해배상액에 관한 제도 도입 논의에 있어서 절차법적 쟁점”, 『사법』 제2호, 사법연구지원재단, 2007. 12.
- 이기중, “공정거래법상 손해배상청구소송에 있어서의 경제분설에 관한 연구”, 『상사법연구』 제25권 제3호, 2006.
- 이민영, “개인정보권의 침해와 징벌적 손해배상제도”, 『정보통신정책』 제18권 8호, 정보통신정책연구원, 2006. 5
- 장재옥, “위자료와 사적 제재”, 『중앙법학』 제1권, 중앙법학회, 1999. 6
- 전삼현, “징벌적 손해배상과 제조물책임”, 『시민과 변호사』 통권 제128호, 서울지방변호사회, 2004. 9
- 정환, “하도급법상 3배 배상제도에 대한 비판적 검토”, 『기업정책시리즈 4』, 전국경제인연합회, 2011
- 조광훈, “징벌적 민사소송제도의 도입 논의에 따른 법이론적 상충관계에 관한 연구”, 『사법행정』 제47권 제6호, 한국사법행정학회, 2006. 6
- 최정학, “기업범죄와 징벌적 손해배상”, 『민주법학』 제42호, 민주주의법학연구회, 2010. 3
- 홍대식, “공정거래법의 사적 집행에 관한 국내 동향과 쟁점”, 『경쟁저널』 제145호, 한국공정경쟁연합회, 2009. 7
- \_\_\_\_\_, “민·상법과 독점규제법”, 권오승 편, 『독점규제법 30년』 (법문사, 2011)
- \_\_\_\_\_, “공정거래법상 공적집행과 사적집행 간의 관계”, 권오승 편, 『시장경제와 사회조화』 (법문사, 2015)
- 홍명수, “공정거래법상 징벌적 손해배상제도의 도입에 관한 검토”, 『성균관법학』

제20권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2008. 8

- Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendation (2007. 4.)
- Clark, Emily and Mat Hughes and David Wirth, Study on the condition of claims for damages in case of infringement of EC antitrust rules: Analysis of Economic Models for the Calculation of Damages, (Ashurst, 2004. 8.).
- Global Competition Review, Private Antitrust Litigation 2011, (Getting the Deal Through, 2010).
- Hovenkamp, Herbert, Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice (3rd Ed.), (Thomson West, 2005)
- Waelbroeck, Denis, Donald Slater and Gil Even-Shoshan, Study on the condition of claims for damages in case of infringement of EC antitrust rules: Comparative Report (Ashurst, 2004. 8.)
- Becker, Rainer, Nicolas Bessot and Eddy De Smijter, *The White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, Competition Policy Newsletter No. 2. (2008).
- Cavanagh, Edward D., *The Private Antitrust Remedy: Lessons from the American Experience* (2009) Available at:  
[http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1004&context=edward\\_cavanagh](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1004&context=edward_cavanagh).
- Competition Directorate-General of the European Commission, *The Damages Directive-Towards more effective enforcement of the EU competition rules*, Competition policy brief Issue 2015-1 (2015. 1.)
- De Smijter, Eddy, *The Manfredi judgment of the ECJ and how it relates to the commission's initiative on EC antitrust damages actions*, Competition Policy Newsletter No. 3 (2006)

- Lande, Robert H. & Joshua P. Davis, *Benefits from Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases*, University of San Francisco Law Research Paper No. 2010-07 (2010). Available at: <http://ssrn.com/abstract-1090661>.
- Leslie, Christopher R., *Antitrust damages and deadweight loss*, The Antitrust Bulletin Vol. 51, No. 3 (2006)



## A Critical Approach to the Introduction of Punitive Damages in Korean Competition Law

Hong, Dae Sik

(Professor, Sogang University Law School)

The enforcement system under the Korean competition law is characterized as the one centered on the Korea Fair Trade Commission(the“KFTC”) in which the KFTC plays a leading role while it is a dual system mixed with public and private enforcement. Discussions on private enforcement have been developed around issues of whether and how to activate private enforcement for improving the current system.

When viewed as a deterrence mechanism, the enforcement system relying heavily on the administrative enforcement by the KFTC does not seem to suffice to achieve the optimal level of enforcement. Private enforcement in the form of actions for an injunction and/or damages can therefore be an important complement to the public counterpart. However, compensatory damages action, the only private enforcement means in Korean competition law, falls short of expectation to perform such function. A lot of suggestions have been made to address this problem. Introduction of punitive damages is also discussed regardless of the contextual issues relating to its compatibility and harmonization with the Korean legal system. In this regard, it should be clearly recognized that the introduction of punitive damages in Korean competition law be critically reviewed within limitations of the difference in the legal system.

Against this background, this study aims to give the reasoning for the inappropriateness of the introduction of punitive damages in Korean competition law and to present realistic alternatives for improving private enforcement system.

For this purpose, this study reviews U.S. system and operation of treble damages claim and EU's experience of improving the private enforcement including the policy choice regarding whether to introduce the possibility of doubling damages.

▶ **Key Words** competition law, private enforcement, punitive damages, treble damages, equitable damages, compensation, full compensation, deterrence