

공정거래법 위반행위에 관한 손해배상제도의 의의와 그 개선방향

-대법원 2017. 5. 31. 선고 2015다17975 판결-

김 차 동*

목 차

- I. 서 론
- II. 무료입장권 발행으로 인한 공정거래법 위반행위에 대한 손해배상청구 사건의 분석
- III. 공정거래법상의 공정거래법 위반행위에 대한 손해배상제도
- IV. 결론

I. 서 론

독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’이라고 함) 제56조에서는 공정거래법 위반행위에 대한 손해배상청구권을 규정하고 있고, 제56조의2에서는 기록송부 촉탁신청이 가능하도록 하였을 뿐만 아니라 제57조에서는 손해배상액의 인정제도까지 도입하고 있다. 이러한 공정거래법상의 손해배상제도가 민법 제750조에 규정된 불법행위에 의한 손해배상제도와는 독립된 별도의 제도로서 피해자가 그 선택에 따라 그 중 어느 하나의 청구권을 행사할 수 있다.¹⁾ 그렇다면 불법행위에 의한 손해배상제도의 일반적인 근거규정인 민법 제750조가 있음에도 불구하고 공정거래법 위반행위에 한해 별도의 손해배상청구권을 보장하는 공

* 한양대학교 법학전문대학원 교수 (kjd1206@hanyang.ac.kr)

1) 권오승, 「경제법(제12판)」, 법문사, 427면 이하 참조

정거래법 제56조가 존재하는 이유가 무엇인가를 잘 살펴 해당 손해배상 규정을 해석하고 적용함에 있어 지도원리로 삼아야 할 것이다.

최근 대법원은 2017. 5. 31. 영화상영업자들의 무료입장권 발행을 불이익 제공에 의한 불공정거래행위에 해당된다며 그 손해배상을 제기한 사건(2015다17975)에서 의미 있는 취지의 결론을 내린 바가 있다.²⁾ 대상판결은 영화산업의 구조를 잘 이해할 수 있는 계기가 될 뿐만 아니라 공정거래법 위반행위에 관한 손해배상제도의 의의를 이해할 수 있는 소중한 사례가 된다. 그래서 대법원이 민법 제750조상의 손해배상청구권이외에도 피해자에게 공정거래법 제56조상의 피해구제수단을 인정해 준 취지를 제대로 살려 이를 해석하여 적용하고 있는지를 잘 분석해 볼 필요가 있다.

본 논문에서 최근 선고된 영화상영업자들의 무료입장권 발행으로 인한 공정거래법 위반행위에 대한 피해자들인 제작자들이 제기한 공정거래법 제56조상의 손해배상청구를 기각한 대상판결을 분석하면서(Ⅱ) 공정거래법 위반행위에 대한 민사적 법집행수단들을 개관하고 그 중 공정거래법 위반행위에 대한 손해배상청구권의 성립요건 등을 분석한 다음 대상판결상의 판단을 분석해 보고(Ⅲ) 향후 공정거래법 위반행위에 대한 손해배상청구권을 운영방향과 그 개선책을 제시해 보기로 한다.(Ⅳ)

Ⅱ. 무료입장권 발행으로 인한 공정거래법 위반행위에 대한 손해배상청구 사건의 분석

1. 사실관계

1) 영화제작과 유통

영화는 제작되어 상영되기까지 투자자-제작자-배급사-상영업자라는 제

2) 대상판결은 대법원 2017. 5. 31. 선고 2015다17975(손해배상) 판결이다. 원심(항소심) 판결은 서울고등법원 2015. 1. 9. 선고 2013다74846 판결이고, 제1심 판결은 서울중앙지방법원 2013. 10. 4. 선고 2011가합15266 판결이다.

작과 유통의 과정을 거친다. 투자자와 제작자 사이에는 영화투자계약³⁾을 체결하고, 제작자와 배급사간에는 영화배급계약을 체결하며 배급사와 상영업자간에는 영화상영계약이 체결된다. 영화제작은 예술적 창의성이 매우 중요한 한편 투자와 배급은 자본논리에 좌우되므로 많은 경우 투자배급이 결합되어 같은 주체에 의해 이루어지는 경우가 많고, 투자배급사들이 대규모상영업자의 계열회사로 활동하는 경우가 많다.⁴⁾ 그러나 제작자는 상상력과 창의력 등이 필요하여 별도의 주체가 이를 담당하여 영화를 제작하며, 원칙적으로 그 제작자가 영화에 대한 저작권을 취득하게 된다.⁵⁾ 국산영화의 배급계약은 배급사는 저작권자인 제작사로부터 이용허락을 받지 않은 채로 상영업자들을 섭외하여 제작사로부터 상영업자에게 이용허락을 하는 내용으로 영화상영계약을 체결하는 용역을 수행하고 순입장수입의 일정비율(주로 10%)에 상당하는 배급수수료를 지급받는 일종의 위탁판매계약이다. 그래서 이러한 배급방식을 제작자가 영화상영업자에게 직접 이용허락을 한다고 하여 직접배급방식이라 한다.⁶⁾ 아무튼 영화상영계약은 영화라는 저작권에 대한 일종의 라이선스 계약이다.⁷⁾

-
- 3) 영화투자계약은 일반 투자계약과 동일하며 영화산업이라 해서 별다른 특수성이 없다.
 - 4) 대형상영업자 중 CGV의 경우에는 투자배급사로서 CJ엔터테인먼트, 롯데시네마의 경우에는 롯데엔터테인먼트, 메가박스의 경우에는 showbox등이 계열관계에 있다.
 - 5) 투자자, 제작자, 배급사, 영화상영업자 중에서는 제작자가 저작권을 취득한다. 하지만 더 구체적으로 살펴보면 저작권을 가진 주체로서 제작자는 물론, 기획사, 시나리오작가, 작곡가 등 많은 관계자들이 있다. 다만 본 논문은 저작권에 관한 논문이 아니기 때문에 이런 관계에 관한 상세한 설명은 생략한다.
 - 6) 반면 외국영화의 배급방식은 외화수입업자가 제작사로부터 일정 금액을 지불하고 대한민국내 이용허락권을 취득한 다음 그 외화수입업자가 상영업자와 자신의 이용허락권에 기해 상영을 허락하는 내용의 영화상영계약을 체결하고 순입장수입의 일정비율을 지급받아 그 손익의 책임을 부담하는 방식을 체결되고 있다. 이를 간접배급방식이라고 한다. 간접배급방식으로 발생한 분쟁사건으로는 대법원 1997. 6. 10. 선고 95다28120 판결 등이 있다.
 - 7) 공정거래위원회, 2008. 2. 21. 의결 2008-056 심판의결서, 23면 참조.

영화상영업자들이 벌어들이는 영화의 총 입장수입은 영화 관람객 수 X 입장료로 계산될 수 있는데 그 총 입장수입에서 부가가치세(9%), 영화발전기금(3%) 등 법률에 의해서 관람객으로부터 징수할 것이 정해져 있는 금액을 공제한 나머지를 순 입장수입⁸⁾이라고 한다. 배급사는 상영업자로부터 영화상영계약에서 합의된 분배 비율(이를 ‘부금율’⁹⁾ 또는 ‘부율’이라고 함)대로 순 입장수입에 기초해 산정한 상영권료(이를 ‘부금’이라고 함; 부금 = 순 입장수입¹⁰⁾ X 부금율)을 지급받는다.¹¹⁾ 배급사는 위 상영권료(부금)에서 영화배급계약상의 배급수수료(주로 10%)¹²⁾를 공제한 나머지를 제작업자 또는 투자자들에게 지급하는 방식으로 정산한다. 제작자 또는 투자자가 지급받는 수입은 $(1 - \text{배급수수료율}) \times \text{부금} \{ \text{순 입장수입} (=88\% \times \text{관람료} \times \text{입장관객 수}) \times \text{부율} \}$ 이란 산식으로 계산될 수 있다. 제작자와 투자자들은 위와 같이 상영권료를 지급받은 후 우선 제작비(투자비)를 차감하고 나머지가 있을 때 비로소 약정된 비율로 이

8) 영화진흥위원회 홈페이지에 공지되어 있는 표준 영화상영기본계약서 제2조 제2항 참조.

9) 대한민국 영화산업에서의 부(금)율은 2013년을 기준으로 큰 변동이 있었다. 2013년 이전에는 외국영화의 경우에는 서울 개봉의 경우는 60 : 40(배급사 : 상영업자, 이하 비율배치는 같다.)인데도 지방의 경우는 50 : 50이었고, 국산영화의 경우는 서울과 지방 모두 50 : 50으로 영화상영업자들이 차별을 받아 왔었다. 그런데 CGV를 중심으로 외국영화의 부율조정이 이루어져 2013년부터는 외국영화라도 서울, 지방 모두 50 : 50으로 조정되었고, 롯데시네마의 경우도 동참하였다. 하지만 동반성장위원회의 권고로 국산영화에 관해서 수도권외의 경우 55 : 45로 조정이 이루어져 국산영화의 경우 배급사와 제작사가 보다 우대받는 시대로 접어들어 다시 외국영화와 국산영화의 부율이 달라졌다.

10) 부금 산정의 기초가 되는 ‘순 입장수입’은 정확하게는 앞서 본 총 입장수입(관람료 X 총 입장관객 수)에서 영화진흥기금 3%와 부가가치세 9% 등 12%를 공제한 나머지 입장수입이므로 ‘관람료 X 총 입장관객 수 X 88%’가 된다.

11) 표준 영화상영기본계약서 제5조 참조.

12) 배급수수료는 대체로 극장상영 매출액의 10%이다. 따라서 부금이 순 입장수입의 약 50%정도 되기 때문에 부금기준으로 볼 때는 20%정도 되는 셈이다(대한상사중재원에서 제공하는 표준영화제작투자계약서 제11조 제1호 참조).

익을 분배하게 된다.

이러한 분배의 기초가 되는 해당 영화의 총 입장수입은 입장객수에다가 관람료를 곱하는 방식으로 산출하게 되므로 관람료가 고정되어 있는 상태에서는 결국 입장객수의 다소(多少)에 의해 관련자들의 수입의 차이가 생기게 된다.

2) 대상판결에서 제작자의 이익¹³⁾ 침해 경위

상영업자들은 여러 가지 이유로 무료입장권을 발행하고 있었다. 제작자들은 처음에는 이런 사정을 알 수 없었는데 영화진흥위원회에서 1997년부터 영화관별, 영화별, 지역별 관객과 흥행수입 통계를 신속, 정확하게 산출함으로써 효과적인 투자와 배급, 합리적인 수익배분, 과학적인 정책수립 등을 위해 ‘영화관입장권 통합전산망’ 구축을 추진하여 우여곡절 끝에 2004. 1. 1.부터 그 가동이 시작되었고, 2005. 12.경에는 전국 총 180개 영화관 1,226개 스크린이 ‘영화관입장권 통합전산망’에 연동신청을 함으로써¹⁴⁾ 완전하게 구축되어 비로소 제작자들이 상영업자들의 무료입장권 발행관행과 그 규모를 알 수 있게 되었다. 현재도 영화진흥위원회의 관리하에 일반인에게까지 ‘영화관입장권 통합전산망’이 공개되고 있다.¹⁵⁾ 나중에 밝혀진 무료입장권 발행사유로는 개관, 마일리지, 상품권, 기타 발행사유로 구분해 볼 수 있었다. 개관은 상영업자들이 새로운 영화상영관을 개관할 때 그 축하와 광고를 위해 미래 관객층에 무료로 나누어준 입장권이고, 마일리지는 상영업자들이 내방한 관람객에게 한번 관람하는데 일정한 포인트를 적립해 주고 그 관객이 일정한 포인트로

13) 침해된 제작자의 이익은 영화란 저작권으로부터 타에 그 이용허락을 하여 올릴 수 있는 사용료 수입을 의미한다.

14) 이상길, “한국 영화문화의 산업적 기반과 정책적 쟁점,” 「미래사회의 문화 인프라 예측 및 구축: 구조로부터 콘텐츠로, 콘텐츠를 넘어 실천으로」 (2005.12.) 정보통신정책연구원, 192면 참조.

15) <http://www.kobis.or.kr/kobis/business/main/main.do>를 방문하여 확인해 보면 실시간 영화흥행결과를 알 수 있다.

입장권을 구입할 수 있게 한 것이며, 상품권은 10장 단위로 영화관람상품권을 발행하면서 10장 가격으로 11장을 발행해 준 보너스권을 지칭한다. 상영권료(부금) 산정의 기초가 되는 총 입장수입은 상영업자가 현실적으로 얻는 입장료 수입을 말한다는 인식하에 상영업자들은 총 입장수입을 계산할 때 무료입장권을 포함시키지 않았다. 따라서 제작자들은 상영업자들의 무료입장권 발행으로 인하여 상영권료(부금)산정 과정에서 수입이 줄어들게 되었다는 피해를 입었다고 판단하고 소송을 제기하게 된 것이다.

2. 제작자들의 상영업자들을 상대로 한 공정거래위원회 신고와 그에 따른 공정거래위원회의 상영업자들에 대한 처분

제작자들은 우선 상영업자들 중 상위 3개 상영업자(CGV, 롯데시네마, 메가박스)들을 공정거래위원회에 무료입장권을 발행행위를 불이익 제공에 의한 거래상 지위남용행위로 신고하였다. 공정거래위원회는 조사한 끝에 2008. 2. 21. 상영업자들에 대하여 2005. 1.경부터 2007. 7.경까지 배급사와 사전 협의 없이 무료입장권을 발행한 행위가 공정거래법 제23조 제1항 제4호, 제2항, 동 시행령 제36조 제1항 별표 1 제6호 라목에 정해진 불이익제공행위에 해당된다며 과징금 부과 없이 시정명령¹⁶⁾을 내렸고, 상영업자들이 이에 관한 이의절차나 심결취소의 행정소송을 제기하지 않은 채로 이의기간이 도과됨으로써 위 심결이 확정되었다. 위 시정명령은

16) 공정거래위원회 심결상의 시정명령은 위와 같은 무료초대권에 의한 거래상 지위를 남용하여 불이익 제공하는 행위에 따른 금지명령이외에도 “① 피심인은 자기의 거래상 지위를 이용하여 영화배급사와 사전협의 없이 일방적으로 개봉 후 6일 이내에 영화상영을 종료함으로써 영화배급사에게 부당하게 불이익을 주는 행위를 다시 하여서는 아니 된다. ② 피심인은 자기의 거래상의 지위를 이용하여 상영계약기간 내에 있는 영화에 대하여 상영기간 연장을 명분으로 영화배급사의 수익분배비율을 당초 계약조건보다 불리하게 변경함으로써 영화배급사에게 부당하게 불이익을 주는 행위를 다시 하여서는 아니 된다.”는 내용의 시정명령도 포함되어 있었다.

“피심인(영화상영업자들)은 자기의 거래상의 지위를 이용하여 영화배급사와 사전협의 없이 무료 초대권을 발급함으로써 영화배급사에게 부당하게 불이익을 주는 행위를 다시 하여서는 아니 된다.”는 내용이었다. 공정거래위원회의 심결이유를 보다 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

공정거래위원회는 먼저 3개 상영업자들이 다음과 같은 이유로 거래상 지위를 보유하고 있다고 판단하였다.

첫째, 3개 상영업자들¹⁷⁾은 상영관 수·스크린 수·동원 관객 수에서 점유율 상위에 위치하고 있다.

구 분	2004년도 점유율			2005년도 점유율			2006년도 점유율			
	상영관	스크린	관객	상영관	스크린	관객	상영관	스크린	관객	
상 위 4 사	씨지브이	8.6	14.3	24.6	10.6	15.1	27.5	13.4	18.3	29.2
	프리머스	6.0	8.9	5.6	9.3	12.7	8.6	11.5	13.7	10.5
	소 계	14.6	23.2	30.2	19.9	27.8	36.1	24.9	32.0	39.7
	메가박스	4.3	7.2	11.1	4.7	7.1	11.3	5.9	8.2	12.0
	롯데 시네마	3.9	6.5	11.7	8.0	10.8	12.9	11.2	14.5	18.4
소 계	22.8	36.9	53.0	32.6	45.7	60.3	42.0	54.7	70.1	
개별상영관	77.2	63.1	47.0	67.4	54.3	39.7	58.0	45.3	29.9	
합 계	100	100	100	100	100	100	100	100	100	

각 상영업자들은 계열회사로서 대형투자배급사들이 보유하고 있어 필름을 비교적 안정적으로 공급받을 수 있었다. 이런 상황에서 매년 개봉작들이 늘고 있어 상영업자들의 시장상 지위가 강화되고 있었다.

17) 대상판결의 소송중에는 프리머스(primus) 시네마라는 영화상영업자도 피고로 지목되어 있었다. 그런데 프리머스 시네마는 2002년 설립되었다가 2005. 3.경 CJ그룹에 지분 80%가 인수되었고, 최종적으로는 2013. 7. 1. CGV에 합병되었다. 그래서 대상판결 중 어느 단계에서는 프리머스 시네마가 등장하나 이는 전부 CGV와 통합하여 취급해야 하기 때문에 3개 영화상영업자라고만 지칭한다.

둘째, 광역개봉방식(wide release)이 보편화되면서 대형 복합상영관을 많이 보유하고 있는 상영업자들이 영화 흥행의 결정적인 변수가 된다.

셋째, 영화업계의 수입은 상영관 입장수입과 2차 부가시장에서의 수입으로 크게 나눌 수 있는데 대한민국의 경우 상영관 입장수입이 약 80%를 차지하고 있다. 위와 같은 사정하에서는 배급사들은 3개 상영업자들과 우호적인 거래관계를 지속적으로 유지해야 하며, 거래 과정에서 3개 상영업자들의 요구 또는 제시조건이 배급사에 불리하다고 하여 사실상 이를 거절하기 곤란하기 때문에 거래상 지위를 인정할 수 있다고 판단하였다.

다음으로 공정거래위원회는 무료입장권 발행행위가 불이익 제공행위에 해당하는 이유와 그 부당성은 다음과 같이 판단하였다.

상영업자들은 상영관 개점에 따른 홍보 목적으로 무료입장권을 발행하였으며, 적립된 마일리지 사용에 따른 입장권 발행도 무료입장권으로 처리하여 총 입장수입에서 제외하였으며 상품권을 10장단위로 발행하면서 10장 가격에 11장을 발행하여 그 추가 발행된 입장권도 무료입장권으로 처리하여 총 입장수입에서 제외하였다.

상영관	연도	전국 총관객수	초 대 권 구 분					
			총관 객수 대비	합 계	개 점	마일리지	상 품 권	기타
씨 지 브 이	2005	40,089,000	2.2%	893,535	22,048	636,652	123,395	111,440
	2006	44,712,000	2.8%	1,239,069	61,699	689,516	258,929	228,925
	2007.7	26,570,000	3.3%	873,519	34,512	596,994	169,549	72,464
	총계	111,371,000	2.7%	3,006,123	118,259	1,923,162	551,873	412,829
프 리 머 스	2005	6,208,000	2.3%	139,681	80,341	56,461	2,879	개 점 입 장 에 합 산
	2006	7,644,000	2.5%	188,042	101,929	83,914	2,199	
	2007.7	3,666,000	2.0%	74,356	30,391	42,463	1,502	
	총계	240,260,000	2.3%	6,414,325	449,179	4,029,162	1,110,326	
메 가 박	2005	13,499,000	1.7%	223,455	-	131,815	8,200	83,440
	2006	14,702,000	1.7%	245,355	1,763	139,355	10,043	94,194

스	2007.7	8,156,000	1.6%	133,767	-	61,396	6,540	65,831
	총 계	516,877,000	1.7%	13,431,227	900,121	8,390,890	2,245,435	1,069,123
롯데시네마	2005	13,499,000	1.7%	223,455	-	131,815	8,200	83,440
	2006	14,702,000	1.7%	245,355	1,763	139,355	10,043	94,194
	2007.7	8,156,000	1.6%	133,767	-	61,396	6,540	65,831
	총 계	1,070,111,000	1.7%	27,465,031	1,802,005	17,114,346	4,515,653	2,381,711

배급사의 영화에 대한 저작권을 아무런 대가 없이 무단 사용하여 경제적 손해를 가했다는 점, 무료입장권의 입소문효과가 크지 않다는 점, 뮤지컬, 연극 등 타 공연업계에서는 무료입장권 발급 거래관행이 없다는 점, 배급사들이 그 동안 상영업자들의 우월한 위치를 의식하여 이의를 제기하지 못하다가 최근 무료입장권 발행 비율이 증가함에 따라 이의를 제기하는 공문을 발송하여 그 발행 중단을 요청하기 시작한 점 등에 비추어 불이익 제공행위에 해당하며 부당성이 인정된다고 판단하였다.

3. 소송경과

1) 제1심

22개 영화투자·제작사들은 2011. 2. 18. 3개 상영업자들을 상대로 무료입장권 발행행위이란 공정거래법 위반행위로 인해 손해를 입었다고 주장하면서 서울중앙지방법원에 손해배상 청구의 소(2011가합15266 손해배상 사건)를 제기하였다. 서울중앙지방법원 담당 재판부는 심리한 끝에 2013. 10. 4. 3개 상영업자에 대하여 합계 약 31억원 상당의 손해배상을 명하는 원고 일부 승소의 판결을 선고하였다.

그 판결이유는 영화투자·제작자들인 원고들은 배급사가 영화상영업자로부터 받은 상영권료(부금)를 기초로 수익을 분배받기 때문에 부금 산정의 기초가 되는 총 입장수입의 크기가 중요하다. 그런데 영화상영업자들인 피고들이 임의로 발행한 무료입장권으로 말미암아 실제 영화를 본 관객 수에서 해당 무료입장객 수만큼 총 입장수입이 줄어들어 해당 금액

만큼의 손해를 입게 되었다. 이와 같은 행위는 3개 상영업자들이 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방인 영화투자·제작자들에게 불이익을 제공하는 불공정거래행위에 해당한다며 공정거래법 제56조¹⁸⁾에 따라 피고들은 원고들이 입은 손해를 배상해야 한다고 판단하였다.¹⁹⁾

4개 상영업자들은 영화상영시장에서 상영관 수 42%, 스크린 수 54.7%, 관객 수 70.1%(2006년 기준)를 점하고 있는 반면 그 외 상영업자들은 그 수가 983개에 이르나 관객 수는 29.9%에 불과하는 등 매우 영세하여 3개 상영업자들과 경쟁할 수 없다. 이에 반하여 영화제작자들의 수는 2,154개사에 이르고, 대한민국 영화상영시장에서 1년간 소화할 수 있는 영화의 편수는 겨우 240편정도(스크린 수 10개, 상영기간 2주일을 기준으로 계산)에 불과한데도 1년 개봉영화편수가 345편이기 때문에 상영업자에 대한 의존도가 지나치게 높다. 게다가 3개 상영업자들은 약 80%의 관객 수를 점하는 등 시장점유율이 매우 높다. 이상의 점에 비추어 볼 때 3개 상영업자들은 영화제작자에 대한 관계에서 거래활동에 상당한 영향력을 행사할 수 있는 거래상 지위가 인정된다.

또 3개 상영업자들이 무료입장권을 발급하면서 사전 협의나 동의가 없었고, 일부 배급사가 무료입장권 발행에 항의하여도 중지하지 않고 계속 발행하고 있었으며 개관, 마일리지, 상품권과 같은 무료입장권 발급 사유들을 살펴 보아도 피고들이 운영하는 상영관의 관객유치 효과는 있 다치더라도 특정한 영화의 광고효과는 거의 없었던 사정에 비추어 볼 때 무료입장권으로 말미암아 영화제작자가 얻는 이익은 거의 없거나 미미한 수준인 점 등에 비추어 부당하게 불이익을 주는 행위에 해당한다고

18) 제1심판결문에서는 공정거래법 제56조 이외에도 민법 제750조를 근거규정으로 들고 있었다.

19) 제1심판결문에서는 영화투자·제작업자들인 원고들이 배급사에 자신들의 저작물인 영화를 유료 관객에 한하여 영화상영할 수 있도록 그 이용을 허락한 것이고, 배급사로부터 영화 상영에 대해 허락을 받은 상영업자들인 피고들이 무료 관객에 영화를 상영한 것은 저작권의 이용범위를 벗어난 것으로서 원고들의 저작권을 침해한 행위로서 저작권법 제125조에 따라 그 침해행위로 원고들이 입은 손해를 배상할 책임도 있다고 판단하였다.

판시하고, 또 원고들이 입은 손해인 줄어든 유료 관객 수에 대한 입장수입을 기초로, 영화상영계약, 영화배급계약, 영화제작·투자계약에 따라 영화제작업자 또는 투자자인 원고들에게 배분될 금액인 합계 2,966,735,882 원²⁰⁾의 지급을 명하였다. 이에 피고들이 항소하였다.

2) 항소심

항소심에서는 공정거래법에 따른 손해배상청구는 ① 원고와 피고들은 아무런 계약관계가 없어 원고가 공정거래법에 정한 ‘거래상대방에 대한 불공정거래행위’상의 ‘거래상대방’에 해당되지 않고, ② 원고가 주장하는 사정과 증거만으로는, 피고들의 무료입장권 발급행위가 구입강제, 이익제공강요, 판매목표강제 등과 동일시할 수 있을 정도로 피고들이 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 배급사와의 관계에서 그 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 준 것이거나 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위라고 단정할 수 없으며, ③ 무료입장객이 무료입장권이 없었더라도 영화를 관람하였을 것인 증명이 부족하다는 등의 이유로 공정거래법 제56조에 따른 손해배상청구를 기각하였다. 원고들은 이에 불복하여 상고하였다.

3) 대법원

대법원은 원심 판단에 상고이유 주장과 같이 불공거래행위의 거래상대방, 공정거래법상 손해배상청구권자와 불이익제공행위, 공정거래위원회의 판단의 추정력, 손해와 손익상계, 저작물이용계약의 해석 등에 관한 법리를 오해하거나 그 결과 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 볼 수 없다며 간략하게 상고를 기각하였다.

대법원의 판결이유가 매우 간단하기 때문에 대상판결의 여러 쟁점에 관한 대법원의 정확한 입장을 알 수는 없다. 그렇지만 고등법원의 판결

20) 인용된 합계금은 CGV는 2,119,330,425원 이었고, 프리머스 시네마는 333,836,456원이었고, 메가박스는 488,326,091원, 롯데쇼핑은 25,242,910원이었다.

이유와 결합하여 대법원의 판단취지를 유추해 보면 어느 정도 대법원 판결취지를 파악해 볼 수 있다.

4) 대상판결상의 쟁점

항소심과 대법원의 판결이유에 비추어 볼 때 대상판결에서의 공정거래법 위반행위에 대한 손해배상청구권과 관련된 쟁점은 첫째 공정거래법 제56조 소정의 손해배상청구권과 민법 제750조 소정의 손해배상청구권과의 관계,²¹⁾ 둘째 거래의 직접적 상대방만이 공정거래법 제23조 동시행령 소정의 불이익 제공에 의한 거래상 지위 남용행위 규정상의 '거래상대방'이라 할 수 있는가? 또는 대상판결 사안이 '부당한' 불이익 제공행위에 해당되는가? 등의 피고들의 무료입장권 발행행위가 공정거래법 위반행위에 해당되는지 여부, 셋째 위 둘째 쟁점과 관련하여 후속 민사사건에서 수소법원이 행정심판사건에서 인정된 사실을 뒤집고 달리 인정할 수 있는가 여부(행정심판의 추정력) 등이라 할 것이다. 추가하여 손해액 산정시 채무불이행에 의한 손해배상액의 산정방식을 따라 불법행위에 의한 손해배상액을 산정할 수 있는지에 관해서도 간략하게 검토해 볼 수 있다.

Ⅲ. 공정거래법상의 공정거래법 위반행위에 대한 손해배상제도

1. 공정거래법위반행위의 피해자에 대한 사적 구제수단 개관

근대자본주의 국가가 성립되면서 부족자원의 효율적인 배분과 거래를

21) 1심판결에서는 공정거래법 제56조, 민법 제750조이외에도 저작권법 제125조 소정의 손해배상청구관련 조문에 기한 손해배상의 성립여부도 판단하고 있다. 저작권법 제125조는 민법 제750조를 전제로 그 손해액을 산정하는 특칙을 정해 둔 것이기 때문에 민법 제750조와 공정거래법 제56조의 관계를 논하는 것으로 충분하고 저작권법 제125조를 따로 논할 필요가 없다.

보장하기 위해 민사법제가 정비되었다. 그런데 이러한 효율적인 배분과 거래의 보장으로 말미암아 부족자원이 소수에 의해 독과점화되는 한편 담합이 만연되는 부작용을 낳게 되었다. 독과점화와 담합의 만연은 19세기말부터 극도로 심각해져 배분적 효율성은 물론 생산적 효율성까지 해치게 되어 더 이상 방치할 수 없는 상태가 되어 그에 대한 대책마련이 필요하게 되었다. 처음에는 민사법 원칙의 재편이나 새로운 민사법 원칙의 도입으로 이러한 문제를 해결해 보고자 했다. 즉 독과점화를 촉진하는 약정이나 담합약정을 무효화(nullification)하여 그 약정대로의 이행청구에 응하지 않는 방식 등이었다.²²⁾ 근대법제에서 제시된 민사법적 법집행수단은 기본적으로 청구권을 중심으로 하고 있다.²³⁾ 즉 피해자(victim) 또는 약정의 상대방(promissee)에게 각종 청구권을 인정해 주기 위해 그 청구권 발생의 근거들을 규정해 두고, 이렇게 발생된 청구권의 행사절차를 정해 둔 법체계라고 정의할 수 있다. 그래서 피해자 또는 약정의 상대방이 주도권을 갖고 그 선택에 따라 청구권을 행사할 수 있도록 함으로써 반사회적 행위의 발생도 억지하고 사회적 협업을 촉진시키는 효과를 달성할 수 있다.²⁴⁾ 이런 과정에서 피해자의 피해를 구제하는 하는 부수적 기능도 수행할 수 있게 된다. 즉 피해의 배상은 민사법제의 목적이 아니라 운용의 결과에 불과하다는 것이다.

그러나 이와 같은 소극적이고 개별적인 법집행수단만으로는 점증하는 독과점화와 담합의 욕구를 억누르기 어려워 마침내 독과점화 및 담합을 범죄화하여 형벌을 가하는 형사제재를 동원하여 이를 억지하고자 하였다. 세계 최초의 경쟁법인 셔먼법이 1890년 형사법으로 입법되었다. 하지만 독과점과 담합은 경제문제로서 장기간 자료의 축적과 그 축적된 자

22) Areeda-Kaplow, *Antitrust Analysis(problems, Text, and Cases)*, 1997, Aspen Law&Business, pp.38-41

23) 그래서 민사법은 “청구권의 발생근거와 그 행사방법에 관한 법체계를 기본으로 하여 그 부수적인 법제도를 규정한 법체계”라고 정의할 수 있다.

24) 신영수, “경쟁법의 사적 집행의 활성화; 전제와 현실, 그리고 과제,” 법학논고 제36집, 2011. 6. 177면.

료의 분석능력을 갖춘 전문화된 기관에 의해 법집행에 나설 때 가장 집행비용이 낮고 높은 집행효과를 거둘 수 있는 분야여서 범죄수사 전문기관인 검찰 등에 의해서 효과적으로 법집행하기 어렵고, 징역형이 중심이 된 형사처벌로서는 기업위주, 금전적 제재에 더 효과적으로 반응하는 범 위반행위의 특성, 형사처벌에는 범위반행위를 시정하는 조치(cease and desist order)가 부존재하는 점 등을 지각하고 다시 1914년경 연방거래위원회법(The Fair Trade Commission Act)을 입법하여 전문적인 행정기관으로서의 연방거래위원회를 구성하여 시정명령 등 행정적 제재가 가능하도록 하였다.²⁵⁾ 이런 공정거래법의 진화과정에서 독과점이나 담합의 효율적인 억지를 위해 새로운 법집행 수단들은 추가된 것으로 새로운 법집행 수단의 도입으로 종전 법집행수단을 폐기하거나 배제한 것이 아니었다. 민사적 법집행 수단은 ①금지청구권, ②손해배상청구권, ③무효화 등²⁶⁾으로 나눌 수 있는데 대한민국 경제법의 경우 ①금지청구권은 공정거래법에 명문의 근거규정도 없을 뿐만 아니라 판례에 의해 거의 인정되지 않고, ②손해배상청구권은 공정거래법 제56조, ③무효화는 공정거래법 제19조 제4항²⁷⁾에 명문으로 규정되어 도입되어 있다.²⁸⁾

25) Sullivan·Hovenkamp, Antitrust Law, Policy and Procedure(Cases, Materials, Problems), 4th edition(1999), Lexus Law Publishing, p.42

26) 민사적 법집행 수단은 엄밀하게는 ①권익침해에 대한 민사적 법집행 수단과 ②약정 이행 또는 불이행에 대한 민사적 법집행 수단으로 크게 구분할 수 있고, ①권익침해에 관해서 a)금지청구권, b)불법행위에 대한 손해배상청구권, c)침해부당이득반환청구권 및 d)무효화가 있고, ②약정 이행 또는 불이행에 대해서 a)강제이행청구권, b)채무불이행에 의한 손해배상청구권, c)급부 부당이득반환청구권으로 세분할 수 있다.

27) 대한민국 최초 공정거래법(1980. 12. 31. 제정되어 1981. 4. 1. 시행됨) 제11조에서는 담합을 바로 위법화하지 않고 공동행위 등록제도를 도입하여 공동행위를 하고자 하는 경우에는 경제기획원에 등록하게 하고, 등록하지 않고 공동행위를 하는 경우에는 이를 무효로 한다라고 규정하였었다.(같은 법 제11조 제3항) 그 후 1990. 1. 13. 전부개정(시행은 1990. 4. 1.)을 하면서 현재와 같이 제19조 제1항에서 담합금지를 하고, 제2항에서 담합의 무효화를 규정하였었다.

2. 공정거래법 위반행위로 인한 손해배상 청구

1) 공정거래법 제56조의 입법경위와 개정

앞서 설명한 바와 같이 민사적 규제만으로는 독과점화와 담합을 억지하기 부족하다는 인식하에 행정적·형사적 법집행 수단을 도입하기 위해 경쟁법을 새로 도입하였으나 다시 행정적·형사적 법집행 수단만으로는 공정거래법 위반행위를 적정한 규모로 억지하기 어렵거나 법집행비용이 많이 드는 비효율이 있다는 외국의 경험을 통해 알게 되었다 그래서 대한민국에서 최초로 입법된 공정거래법(1980. 12. 31. 제정되어 1981. 4. 1. 시행됨) 제45조 이하에서는 공정거래법 위반행위에 관해 손해배상청구권을 인정하고(동법 제45조 제1항), 같은 조 제2항에서는 무과실손해배상책임을 규정하고, 그 제46조 제1항에서는 시정조치 선확정주의를, 제2항에서는 1년 단기소멸시효를 규정해 두었다.²⁹⁾ 그 후 1996. 12. 30.경(1997. 4. 1.시행) 공정거래법이 개정되면서 제57조 제1항 단서를 추가하여 “다만 민법 제750조의 규정에 의한 손해배상청구의 소를 제한하지 아니한다.”라고 규정하면서 그 제2항에서 종전 1년 단기소멸시효 기간을 3년으로 연장하였었다. 1999. 2. 5.경(1999. 4. 1. 시행) 개정된 공정거래법에서는 제56조의2를 신설하여 손해배상 사건의 수소법원은 공정거래위원회에 사건의 기록 송부를 요구할 수 있도록 하였다. 대한민국 공정거래법 학계에서는 이때까지의 공정거래법상의 손해배상제도는 채무불이행에 의한 손해배상청구권과는 다른 불법행위에 의한 손해배상청구권적 성격을 가지며³⁰⁾ 무과실손해배상책임, 시정조치 선확정주의, 단기소멸

28) 김차동, “공정거래법 위반행위의 사법적 효력,” 기업법연구(제20권 제4호), pp.353-383.

29) 1990. 1. 13.경(1990. 4. 1. 시행) 공정거래법이 전면 개정될 때도 손해배상제도는 기존 제45조, 제46조를 제56조, 제57조로 이동했을 뿐 전혀 개정하지 않았다.

30) 권오승, 「경제법(제3판)」, 법문사, 440면; 오창수, “공정거래법상의 손해배상제도의 활성화,” 기업과 법(도암 김교창 화갑 기념논문집), 1997, 783면 등

시효기간 등 민법상의 불법행위에 의한 손해배상청구와 별도의 손해배상청구권으로 보았다.³¹⁾

그 후 2004. 12. 31. 개정되어 2005. 4. 1. 시행된 개정 공정거래법에서는 종전 무과실손해배상채임을 규정한 제56조 제2항을 삭제하는 대신 제1항 단서를 신설하여 고의·과실의 증명책임을 가해자에게 전환해 두었고, 제56조의2 기록 송부 요구제도는 유지하였으며 제57조상의 시정조치 선확정주의와 단기소멸시효는 폐지하는 대신 손해액의 입증에 관한 경우 변론의 전취지와 증거조사의 결과를 기초로 상당한 손해액을 인정할 수 있는 배상액의 인정제도를 도입하였다. 그 후 공정거래법의 수차 개정에도 불구하고 2004년경 개정된 손해배상규정들은 더이상 개정 없이 현재에 이르고 있다.

2) 현행 공정거래법상 손해배상관련 규정들의 해석론

현행 공정거래법 제56조, 제56조의2, 제57조 규정하에서의 공정거래법 위반행위에 관한 손해배상제도는 불법행위에 의한 손해배상청구권으로서의 성질을 갖고 있으며,³²⁾ 불법행위에 의한 손해배상청구권 발생의 일반적인 근거규정인 민법 제750조와 별도로 입법자의 결단에 의해 추가적으로 공정거래법 위반행위를 억지하기 위하여 도입된 규정이라 할 것이다. 그래서 피해자는 민법 제750조에 의한 손해배상을 청구할 수 있는 한편 공정거래법 제56조에 의한 손해배상청구도 할 수 있는 청구권경합의 상태에 있다.³³⁾

참조.

- 31) 권오승, 전게서, 440면; 이동규, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률 개론」, 행정경영자료사, 1997, 151면 이하 참조(이동규 저서에서는 시정조치 선확정주의에 관해 시정조치 대상사안과 손해배상 사안 사이의 구체적인 관련성을 완화시키는 의미 있는 판결 2건을 소개하고 있다).
- 32) 위 두 개의 각주만 권오승, 「경제법(제3판)」을 인용하고 나머지의 경우는 권오승, 「경제법(제12판)」, 법문사, 428면.
- 33) 권오승, 전게서, 428면; 정호열, 「경제법(전정 제5판)」, 박영사, 2016, 506면; 신현윤, 「경제법(제7판)」, 법문사, 2017, 401면; 양명조, 경제법강의(제7판),

민법 제750조상의 불법행위 성립요건은 ①고의·과실, ②위법행위, ③손해, ④인과관계이고, 배상대상인 손해의 범위는 위법행위가 없었더라면 있었을 가상의 상태에서 범위반행위로 인한 현재의 상태를 차감한 차액 실적 입장의 손해를 지칭한다. 이에 대하여 공정거래법 제56조에 의한 손해배상청구권의 성립요건은 ①공정거래법 위반행위, ②손해, ③인과관계 뿐이며 고의·과실은 항변사유로 전환되어 있는 등 차이가 있다.(고의·과실 증명책임의 전환) 해석론적으로는 ‘공정거래법 위반행위’만 있으면 바로 위법성³⁴⁾이 인정된다고 볼 수 있어 위법성 요건을 공정거래법 위반행위로 수정하여 규정했다고 볼 수 있으나 판례는 공정거래법 위반행위 해당만으로는 부족하고 법질서 전체 입장에서의 부정적 평가를 뜻하는 위법성이 필요하다는 입장에서 손해배상 청구를 받은 수소법원으로서 공정거래위원회에서 시정조치를 받았다고 하더라도 바로 위법성을 인정하여서는 아니 되고 원고가 따로 위법성을 증명하여야 하는데 다만 공정거래법 위반행위 해당한 것으로 인정되었다면 위법성이 사실상 추정된다고 할 수 있을 뿐이다³⁵⁾라고 판시고 있다. 공정거래법 제56조에 의한 손해배상청구도 위법행위와 손해간에 인과관계가 있어야 한다.³⁶⁾

신조사, 2009, 329면; 이호영, 「독점규제법(제3판)」, 홍문사, 2011, 516면; 신동권, 「독점규제법」, 박영사, 2011, 1034면.

34) 민법 제750조 불법행위의 4가지 성립요건 중 하나인 위법성을 지칭한다.

35) 대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카29075 판결; 대법원 2014. 9. 4. 선고 2013다 215843 판결 참조.

36) 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012다79446 판결(항소심은 서울고등법원 2012. 7. 6. 선고 2009다71437 판결, 제1심은 서울중앙지방법원 2009. 6. 11. 선고 2007가합90505 판결){과거 윈도우 미(me)와 윈도우 엑스피(XP)를 발매하면서 인터넷 메신저를 끼워팔아서 2006. 2. 24. 공정거래위원회로부터 시정명령과 과징금부과처분을 받은 마이크로소프트사 등은 2006. 3. 27. 서울고등법원에 취소 등을 구하는 행정소송(서울고등법원 2006누8077 사건)을 제기하여 약 1년 6개월동안 심리하다가 2007. 10. 10. 공정거래위원회에 대한 소를 취하하였고, 같은 달 17. 공정거래위원회도 소취하에 동의하여 종결되었다. 서울중앙지방법원 2009. 6. 11. 선고 2007가합90505 사건은 원고 디지털닷컴 주식회사가 마이크로소프트사와 그 한국 자회사를 상대로 마이크로소프트사가 위

민법상의 손해배상청구권과는 달리 공정거래법상의 손해배상청구권은 고의·과실의 증명책임 전환, 손해액의 인정제도, 기록의 송부 등의 특례의 적용을 받을 수는 있으나 근본적으로 불법행위에 의한 손해배상청구권으로서의 성격을 보유하고 있으므로 공정거래법에 특칙이 없는 한 민법 제5장에 규정되어 있는 불법행위로 인한 일반적인 손해배상청구권을 규율하는 다른 규정들의 적용을 받는다. 따라서 피해자는 약정의 상대방일 필요가 없고, 불법행위와 상당인과관계가 있는 피해를 입었다면 그 손해의 배상을 구할 수 있어 담합 사업자와 직접 거래한 직접구매자 또는 직접공급자는 물론 그 직접구매자로부터 구입한 간접구매자 또는 직접공급자에게 공급한 간접공급자³⁷⁾도 상당인과관계³⁸⁾ 있는 손해의 배상을 청구할 수 있다.³⁹⁾ 또 공정거래법 제56조 상의 손해배상청구도 민법 제766조 소정의 소멸시효 규정의 적용을 받아 피해자가 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간, 불법행위를 한 날로부터 10년간 행사하지 않으면 시효로 소멸하게 된다.⁴⁰⁾ 그 손해와 가해자를 안 날은 “손해의 발

와 같은 끼워팔기를 하여 자신의 ‘소프트 매신저’가 시장에서 퇴출당해 손해를 입었다면 300억원의 손해배상을 청구한 사건인데 법원은 ‘소프트 매신저’의 퇴출이 끼워팔기와 인과관계가 없었다며 손해배상청구를 기각하였던 것이다.}{주식회사 다음은 2004. 4. 12. 서울중앙지방법원에 마이크로소프트사등을 상대로 손해배상청구 소(서울중앙지방법원 2004가합26626사건)를 제기하였으나 2005. 11. 11. 마이크로소프트사등과 함께 3,000만달러 상당의 합의를 하고 같은 날 소를 취하하였다.}

- 37) 간접구매자 또는 간접공급자의 경우 원고적격이 없다는 입법례도 있으나 대한민국의 경우 이행의 소를 제기하는 원고는 그 자체로서 원고적격이 있고 다만 손해배상의 요건사실을 주장·증명하지 못하는 경우 청구기각을 당할 수 있을 뿐이다{같은 취지 이선희, “공정거래법 위반을 이유로 한 손해배상청구권 - 부당한 공동행위로 인한 손해배상청구권을 중심으로-,” 민사판례연구(X X XI), 922면 참조}.
- 38) 김민호·선정호, “공정거래법 위반행위와 손해의 인과관계-미국에서의 논의를 중심으로-,” 법조 2012. 2.(vol. 665), 72면.
- 39) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2010다93790 판결 (간접구매자); 대법원 2014. 9. 4. 선고 2013다215843 판결 (간접공급자).

생, 위법한 가해행위의 존재, 가해행위와 손해의 발생 사이의 상당인과 관계가 있다는 사실 등 불법행위의 요건사실에 대하여 현실적이고도 구체적으로 인식하였을 때를 의미하고 피해자 등이 언제 불법행위 요건사실을 현실적이고도 구체적으로 인식하였다고 볼 것인지는 개별적 사건에서 여러 객관적 사정을 참작하고 손해배상청구가 사실상 가능하게 된 상황을 고려하여 합리적으로 인정하여야⁴¹⁾ 하기 때문에 “피고에 대한 공정거래위원회의 심결이 확정된 후”⁴²⁾나 “비록 공정거래위원회의 시정 명령과 과징금 부과명령이 있다고 하더라도 행정소송에 의하여 부당한 공동행위에 해당하는지 여부가 다투어지고 있는 상황이라면 공정거래위원회의 처분이 있다는 사실만으로는 피고의 행위에 대한 법적 평가의 귀결이 확실해졌다고 할 수 없고 피고들의 행위가 공정거래법상의 부당한 공동행위에 해당되고 이로 인하여 손해를 입었다고 주장해야 하는 원고로서는 … 행정소송 판결이 확정된 때에 비로소 피고들의 공정거래법 위반으로 인한 손해의 발생을 현실적이고 구체적으로 인식하였다고 보아야 할 것이나, 특별한 사정이 없는 한 공동행위자들 모두에 관한 행정소송 판결이 확정될 필요는 없고 그 중 1인에 의한 행정소송 판결이 확정됨으로써 관련 공동행위자들 전부의 불법행위를 현실적이고 구체적으로 인식하였다고 보아야 한다.”⁴³⁾고 판시한 바가 있다.

손해배상액의 산정은 범위반행위가 없었더라면 있었을 가상의 상태에서 범위반행위로 인한 피해자의 현재의 상태를 차감한 액수로 산정한다.(이른바 차액설) 그 차액을 산정하는 방법으로 ①전후비교법, ②표준시장비교법, ③비용기반 접근법, ④이론적 모델에 의한 추정방법, ⑤계량경제학적 모델에 의한 추정방법 등이 활용되고 있다.⁴⁴⁾ 실제로 ⑤의 방

40) 권오승, 전거서, 428면; 대법원 2014. 9. 4. 선고 2013다215843 판결.

41) 대법원 2011. 11. 10. 선고 2011다54686 판결 등 참조.

42) 대법원 2014. 2. 27. 선고 2012다67061 판결.

43) 대법원 2014. 9. 4. 선고 2013다215843 판결, 대법원 2014. 8. 28. 선고 2013다16619, 2013다16626(병합) 판결 등 참조.

44) 홍대식, “담합으로 인한 손해액의 산정 - 이론과 실제-” 비교사법 제14권 제3

법에 의한 손해배상액의 산정을 긍정적인 판례들이 등장하고 있다. 또한 공정거래법 제56조에 의한 손해배상청구에서도 손해배상액을 정함에 있어 공평 내지 신의칙의 견지에서 피해자의 과실을 참작할 수 있고,⁴⁵⁾ 여러 가지 책임제한의 원리⁴⁶⁾도 그대로 적용된다.

3) 대상판결상의 손해배상청구

대상판결의 제1심 판결에서는 피고들의 무료입장권 발행행위가 불이익 제공에 의한 거래상 지위 남용행위란 공정거래법 위반행위에 해당된다며 그와 상당인과관계에 있는 입장수입 감소분 중 약정상의 분배기준에 의해 계산된 원고들의 배당분 상당액에 해당되는 손해배상을 명하였으나 항소심과 대법원에서는 해당 무료입장권 발행행위가 공정거래법 위반행위에 해당되지 않는다며 원고들의 손해배상청구를 기각하였다. 특히 항소심은 ①피고는 원고의 (직접) 거래상대방⁴⁷⁾이 아니고, ②제반 사정을 종합해 보면 부당하지도 않다며 불이익 제공에 의한 거래상 지위 남용행위에 해당되지 않는다고 판단하면서 원고의 손해배상청구를 기각하였다. 따라서 ①과연 불공정거래행위의 피해자가 꼭 직접 거래상대방만을 지칭하는지 검토해 보아야 하고, ②a)대상판결의 사안이 과연 부당성이 없는지 검토한 다음 b)공정거래위원회가 조사와 심의를 거쳐 공정거래법 위반행위로 이미 인정하여 시정명령을 하였고, 그 심결서를 송달 받은 피고들이 이를 받아들여 이의신청도 심결취소의 행정소송도 제기

호(하) (통권 38호), 2007, 1112-1117면, 이인권, “부당공동행위에 대한 실증연구 고찰-입찰담합사례를 중심으로-,” 한국경제연구원, 2008년, 80-97면 참조.

45) 대법원 2012. 6. 14. 선고 2010다26035 판결, 대법원 2014. 2. 27. 선고 2012다67061 판결 등 참조.

46) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2010다93790 판결. 직접구매자가 간접구매자에게 지급한 장려금이나 간접구매자가 제품가격을 인상하여 후속 소비자에게 전가한 경우 그 가액만큼 손해액에서 공제할 수는 없지만 이런 사정을 참작하여 책임을 제한할 수는 있다.

47) 항소심은 거래상대방을 계약관계의 약정의 상대방인 직접 거래상대방을 지칭한다고 파악하고 있다.

하지 않았는데 후속하는 손해배상청구의 민사소송에서 행정사건에서의 판단에 반하는 공정거래법 위반행위 해당성을 부정할 수 있는가라는 점에 관해서 검토할 필요가 있다. ③ 추가로 불법행위에 의한 손해배상청구의 손해액 산정함에 있어 관련 약정상의 손해배상액 산정방식을 활용할 수 있는지에 관해서도 간략하게 언급하기로 한다.

3. 무료입장권 발행행위가 공정거래법 위반행위에 해당성 검토

1) 공정거래법 제23조 소정의 '불이익 제공에 의한 거래상 지위 남용행위' 법리검토

공정거래법 제23조 제1항 제4호에 의하면 “자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위”로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 하여서는 아니된다”고 규정하고 있으며 같은 조 제2항, 동시행령 제36조 제1항, 별표 ‘불공정거래행위의 유형과 기준’ 제6호라.목에서 “... 거래상대방에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 주는 행위”를 거래상 지위 남용행위의 한 유형으로 규정하고 있다.

이때 거래상의 지위는 시장지배적인 지위와 같은 정도의 강한 지위를 의미하는 것은 아니지만, 최소한 상대방의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위를 지칭하고, 불이익 제공 행위는 그 행위의 내용이 거래상대방에게 다소 불이익하다는 점만으로는 부족하고, 구입강제·이익제공강요·판매목표강제 등과 동일시할 수 있을 정도로 일방 당사자가 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 그 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 준 것으로 인정되고, 그로써 정상적인 거래관행에 비추어 상대방에게 부당하게 불이익을 주어 공정거래를 저해할 우려가 있어야 비로소 인정된다.⁴⁸⁾ 불이익 제공에 의한 거래상 지

48) 권오승, 전게서, 327면; 정호열, 전게서, 506면; 신현윤, 전게서, 401면; 양명조, 전게서, 329면; 이호영, 전게서, 516면; 신동권, 전게서, 1034면 이하.

위 남용행위라고 인정하기 위해서는 구체적인 사안에서 ①당해 행위가 행하여진 당시를 기준으로 하여 ②a)당해행위의 의도와 목적, b)당해 행위에 이른 경위, c)문제가 되는 거래조건 등에 의하여 상대방에게 생길 수 있는 불이익의 내용과 불이익 발생의 개연성, d)당사자 사이의 일상 거래과정에 미치는 경쟁제약의 정도, e)관련 업계의 거래관행과 거래행태, f)일반 거래질서에 미치는 영향, g)관계 법령의 규정 등 여러 요소를 종합하여 판단하여야 한다.⁴⁹⁾

2) 거래상대방

과연 항소심의 해석과 같이 불공정거래행위상의 거래상대방이 반드시 직접 거래상대방이어야 하는지에 관하여 구체적으로 검토해 본다.

불공정거래행위는 경쟁자를 보호하려는 취지에서 도입된 범위반행위 유형과 거래상대방을 보호하기 위하여 도입된 범위반행위 유형으로 구분해 볼 수도 있다. 경쟁사업자 배제(부당염매, 부당고가매입)나 부당한 고객유인, 사업활동방해 등은 전자의 유형에 속하고, 거래거절, 차별적 취급, 거래강제, 거래상 지위 남용, 구속조건부 거래 등은 후자의 유형에 속한다. 경쟁자를 보호하려는 불공정거래행위의 경우 직접 거래상대방만이 피해자로 되는 것이 아님은 자명하지만 거래상대방을 보호하는 불공정거래행위 관련규정을 해석할 때 그 거래상대방을 엄격하게 계약의 상대방, 즉 직접 계약당사자만으로 한정해야 하는지 아니면 간접적으로 영향을 받는 거래상의 관련자이면 족한지 논란의 여지가 있다.

분명 공정거래법상 거래는 재화와 용역의 유통과정을 포괄하는 개념으로 거래상대방이라고 해서 꼭 약정의 직접당사자(privy)만을 뜻하는 것이 아니다. 따라서 불공정거래행위에서 ‘거래’란 통상의 매매와 같은 개별적인 계약 자체를 가리키는 것이 아니라 그 보다 넓은 의미로서 사업 활동을 위한 수단 일반 또는 거래질서를 뜻하는 것으로 보아야 한다. 대

49) 대법원 1998. 3. 27. 선고 96누18489 판결; 대법원 2001. 12. 11. 선고 2000두 833 판결; 대법원 2002 5. 31. 선고 2000두6213 판결 등 참조.

법원도 보험회사와 피해차주 사이에도 보험계약상의 직접당사자적 관계가 없더라도 불공정거래행위를 적용할 때는 거래상대방으로 본다.⁵⁰⁾ 그래서 공정거래법 제23조 소정의 ‘불이익제공에 의한 거래상 지위 남용행위’의 거래상대방을 해석함에 있어 약정의 상대방만으로 제한하여 해석할 필요는 없고 사업활동의 과정과 같은 의미의 폭넓은 내용의 거래상의 상대방으로 해석하여야 할 것이다.

본 사건에서 원고들이 영화상영계약의 취지에 따라 약정된 상영권료를 지급을 청구한 소위 채무불이행에 의한 손해배상을 청구한 것이 아니라 공정거래법 제56조에 따른 공정거래법 위반행위란 불법행위에 기한 손해배상청구를 하였다. 대상판결의 사안을 구체적으로 살펴보면 배급사들은 제작자들과 영화배급계약을 체결한 다음 수수료를 받고 상영업자와 영화상영계약을 맺고 영화를 공급하고 있다. 이러한 관계는 위탁판매계약에 유사하고 위탁자인 영화제작자들은 위탁매매인들인 배급사에게 수수료를 지급하고 위탁자의 계산으로 거래를 하는 관계로 제작자들은 영화상영계약의 수익성에 직접적으로 영향을 받게 된다.

그런데도 거래상대방을 직접 거래상대방으로 해석해야 한다는 입장에서 제작자들의 거래상대방성을 부정한 항소심판결의 이유에 관해서는 강한 의문을 갖는다. 제1심판결에서는 “영화제작자와 배급사, 영화상영업자 사이의 수익분배 구조를 보면, 배급사는 일정한 수수료만을 분배받고 영화상영업자로부터 받은 부금을 영화제작자에게 지급하기 때문에 무료입장권 발급 및 그에 따른 정산 여부는 배급사보다는 영화제작자의 이해관계에 직접적으로 영향을 끼친다고 판단하였다. 제1심 판결의 판단이유가 더 타당하다 할 것이다.

한편 대법원은 부당성 판단에 치중한 나머지 매우 중요한 거래상대방의 범위를 획정하는 중요한 법률해석의 오류를 바로잡지 않고 항소심은 판단을 그대로 받아들였으니 향후 상당기간 동안 거래상대방 해석을 둘러싼 논란이 지속될 것이다.

50) 대법원 2010. 1. 14. 선고 2008두14739 판결.

3) 부당성

대상판결의 항소심과 대법원 결론 중에서 가장 설득력이 있는 부분은 상영업자들의 무료입장권 발행행위가 부당하지 않다고 판단한 점이다. 즉 불공정거래행위기준 제6호 라.목상의 불이익제공행위가 되기 위해서는 그 행위의 내용이 상대방에게 다소 불이익하다는 점만으로는 부족하고, 가.목 내지 다.목이 정하는 구입강제·이익제공강요·판매목표강제 등과 동일시할 수 있을 정도로 일방 당사자가 자기의 상대방의 지위를 부당하게 이용하여 그 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 준 것으로 인정되어야 하고, 또한 거래상 지위를 부당하게 이용하여 상대방에게 불이익을 준 행위인지 여부는 당해 행위의 의도와 목적, 효과와 영향 등과 같은 구체적인 태양과 상품의 특성, 거래의 상황, 해당 사업자의 시장에서의 우월적 지위의 정도 및 상대방이 받게 되는 불이익의 내용과 정도 등에 비추어 볼 때 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지 여부를 판단하여 결정하여야 한다.⁵¹⁾

대상판결의 사안에서는 무료입장권 발행규모가 전체 입장객수 대비 1.6%에서 3.3%정도에 불과한 점, 공정거래위원회에서 시정명령을 받은 후에도 배급사들이 상영업자들과 자율적으로 체결한 영화상영계약에서도 매출액의 7%내지 10%의 범위 내에서 무료입장권을 발급할 수 있도록 하는 내용을 포함시켰고, 또 영화제작자들도 그와 같은 영화상영계약을 받아들이고 있는 점, 그 이후 영화진흥위원회에서도 5%의 범위를 초과하지 않는 범위내에서 무료입장권을 발급할 수 있다는 내용의 표준 영화상영기본계약서(제10조)를 마련하여 그 사용을 권장하고 있는 점, 그래서 공정거래위원회 시정명령 이후로도 유사한 규모의 무료입장권이 발행되고 있는 점, 기타 무료입장권 발행으로 인해 고객 유인효과가 어느 정도 있는 점 등에 비추어 볼 때 무료입장권의 발행행위가 부당한 불이익 제공행위라고 보기 어렵다. 이러한 항소심과 대법원의 태도는 타당

51) 대법원 2000. 6. 9. 선고 97누19427 판결 등 참조.

한 것으로 판단된다.

4. 행정사건에서의 사실인정의 민사사건 사실인정에의 구속력

1) 문제의 소재

대상판결에서는 공정거래위원회가 무료입장권 발행행위에 대하여 ‘불이익 제공에 의한 거래상 지위 남용행위’란 공정거래법 위반행위로 인정하여 시정명령을 하고, 피고들이 승복하여 이의나 행정소송을 제기하지 않았음에도 불구하고 후속하는 민사사건에서 항소심은 이러한 공정거래위원회의 판단을 번복할 만큼 피고들이 충분히 증명하였다는 점도 밝히지 않고 단지 원고들 주장의 사정과 그 제출증거만으로 피고들의 무료입장권 발행행위가 부당한 거래상의 지위 남용행위에 해당되지 않는다면 공정거래법 위반행위성을 부정하여 공정거래위원회의 판단에 배치되는 사실을 인정하고 있다. 따라서 공정거래위원회의 판단(행정심판)이나 그 항고소송으로 인한 법원의 판단(행정소송)이 있는 후 후속 손해배상 청구란 민사사건의 수소법원이 앞선 행정심판이나 행정소송에서의 판단에 얼마나 기속되어 판단하여야 하는지가 쟁점이 된다.

2) 영미 증거법상의 증명의 정도(preponderance of the evidence와 clear and convincing evidence)

영미 증거법상으로는 민사사건에서 증명책임은 ‘증거의 우월’로 충분히 다했다고 본다.⁵²⁾ 이를 preponderance of the evidence라고 한다. 증명책임을 지는 자가 어떤 사실이 부존재한다기보다 존재한다고 볼 수 있는 정도의 증거를 제출하기만 하면 된다는 입장이다.(the existence of the

52) 영미법계에서는 대부분의 민사사건은 증거의 우월(preponderance of evidence)의 원칙으로 증명책임을 지지만 사기 또는 범죄라는 주장에 기한 민사적 주장은 clear and convincing evidence로 증명되어야 한다{Allen·Kuhns·Swift, Evidence Text, Cases, & Problems(Second Edition), 1997, Aspen Law & Business, p. 830}.

contested facts is more probable than its non-existence)⁵³⁾ 즉 50%+α이기만 하면 증명책임을 다하고 승소할 수 있다고 보는 시각이다.⁵⁴⁾

이에 반하여 형사사건에서는 합리적 의심이 없을 정도로 범죄 구성요건사실이 증명되어야 비로소 유죄를 인정할 수 있다고 한다. 이를 beyond reasonable doubt이라고 한다.⁵⁵⁾ 그래서 형사사건에서는 범죄 구성요건사실을 통상 90%이상 확실하게 증명하여야만 그 증명책임을 다했다고 할 수 있다.

그런데 영미 증거법상으로는 행정상 제재를 하기 위해서는 범위반행위가 clear and convincing evidence로 증명되어야 한다고 한다. 높은 개연성이 있어야 한다는 것을 의미한다.(the fact is highly probable)⁵⁶⁾ 통상 clear and convincing evidence는 증거의 우월(preponderance of the evidence)(50%+α)과 합리적 의심 없음(beyond reasonable doubt)(90%)의 중간인 70%정도 확실하다고 증명된 것을 뜻하는 것으로 이해되고 있다.⁵⁷⁾

대한민국 대법원의 경우도 형사사건에서의 사실인정은 합리적 의심이 없을 정도로 증명되어야만 하기 때문에 동일한 사실관계에 관하여 형사사건에서의 사실인정은 “유력한 증거자료가 되므로,” 후속 민사사건에서

53) Strong et, al, McCormick on Evidence(4th ed. 1992) p.575.

54) David Kaye, *The Limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation*, 1982 Am. B. Found Res. J. 487.

55) 영미법에서 비록 범죄 구성요건사실의 증명이 강화되어야 한다는 법제도 운용은 국가형사사법권의 확립된 시기까지 소급할 수 있지만 beyond reasonable doubt라는 용어를 사용하여 형사증거법칙은 완성한 때는 대체로 1789년경으로 본다 (In re Winship, 397 U. S. at 362-364).

56) U.S. v. Fatico, 458 F.Supp. 388(E.D.N.Y. 1978).

57) 영미법상으로는 위와 같은 3가지 증명력 기준에 더하여 the minimal standard of probability라는 기준이 더 있다. 이 기준은 the relevancy of the facts of the consequence라는 증거능력을 판단하는 기준으로 활용되고 있다. {Allen·Kuhns·Swift, Evidence Text, Cases, & Problems(Second Edition), 1997, Aspen Law & Business, p. 149} the minimal standard of probability라는 기준은 통상 20%~30%정도 확실한 상태를 지칭하는 것으로 대한민국 증거법상 소명자료의 제출에서 증거력을 정하는 기준에 유사하다 할 수 있다.

인정하려면 그 “제출된 다른 증거들에 비추어 형사판결의 사실 판단을 채용하기 어렵다고 인정되는 특별한 사정이 없는 한” 이와 반대되는 사실을 인정하여서는 아니 된다고 판시하고 있다.⁵⁸⁾

그래서 clear and convincing evidence로 증명된 행정사건에서의 사실인정을 증거의 우월(preponderance of the evidence)이란 증명수준을 가진 후속 민사사건에서 행정사건에서 증명된 사실과 배치되는 사실관계를 인정하려면 위와 같이 형사사건에서 인정된 판단의 후속 민사사건에의 영향력에 관한 것과 동일한지에 관해 논의해 볼 필요가 있다.

3) 대한민국 관련 법령 및 판례의 태도

우선 행정소송법제8조 제2항에 의하면 “행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용한다.”고 규정되어 있는데도 행정소송법에는 증거능력이나 증명력에 관한 특별규정을 두지 않았으니 결국 증거능력이나 증명력은 민사소송법리에 따라 처리될 것이다. 그렇다면 영미 증거법과는 달리 행정적 제재와 관련된 행정사건에 관해서도 민사소송의 증명력 정도와 같은 원칙을 적용해야 된다는 태도라고 보여진다.⁵⁹⁾

그런데 대한민국 민사소송법계의 학설이나 판례의 태도는 민사소송의 경우라도 증명책임이 있는 자는 “고도의 개연성” 기준으로 요건사실을 증명하여야 하고 그 수준을 80%내지 90%정도로 본다.⁶⁰⁾ 그런 점에서 민사사건의 경우 preponderance of evidence라는 증명력으로, 행정사건의 경우 clear and convincing evidence로 증명할 책임을 부담한다는 영미 증거법의 태도와 다르다.

그래서 대법원은 행정소송의 수소법원은 행정소송법 제8조 제2항, 민

58) 대법원 1991. 1. 29. 선고 90다11028 판결; 대법원 1996. 5. 28. 선고 96다9621 판결; 대법원 1997. 9. 30. 선고 97다24276 판결 등 다수.

59) 강명수, “공정거래법 위반과 사적 집행,” 법과정제 제19집 제2호, 5면.

60) 박재완, 「민사소송법 강의」, 박영사, 2017, 327면; 판례로는 대법원 1990. 6. 26. 선고 89다카7730 판결 등이 있다.

사소송법 제202조에 따라 변론의 전체 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 자유로운 심증으로 사회정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따라 사실주장이 진실한지 아닌지를 판단하여야 한다고 판시하고 있다.⁶¹⁾

한편 민사소송의 수소법원은 “... 관련된 행정소송의 확정판결에서 인정한 사실은 특별한 사정이 없는 한 이 사건에서도 유력한 증거자료가 되는 것으로서 함부로 그 증명력을 배척할 수 없는 것이다.”라고 판시한 바가 있고,⁶²⁾ 행정사건에서의 사실인정에 반하는 민사사건에서의 사실인정이 가능하다는 태도를 취하고 있다.⁶³⁾ 이러한 대법원의 태도는 마치 형사판결에서 인정한 사실을 후속 민사소송의 수소법원이 존중하여야 한다는 취지와 같이 행정소송에서 인정한 사실도 후속 민사소송의 수소법원이 존중해야 한다는 취지로 읽힐 수 있다. 그런데 대법원은 “민사재판에 있어서는 다른 민사사건 등의 판결에서 인정된 사실에 구속받는 것이 아니라 할지라도 이미 확정된 관련 민사사건에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 유력한 증거가 되므로, 합리적인 이유설시 없이 이를 배척할 수 없고, 특히 전후 두 개의 민사소송이 당사자가 같고 분쟁의 기초가 된 사실도 같으니 다만 소송물이 달라 기판력에 저촉되지 아니한 결과 새로운 청구를 할 수 있는 경우에 있어서는 더욱 그러하다.”라고 판시⁶⁴⁾한 바가 있다. 이런 대법원의 태도들을 종합해 보면 앞서 본 행정소송에서 확정된 사실이 후속 민사소송의 수소법원을 구속하는 효과에 관한 91다32053 전원합의체 판결 등은 과연 민사소송과 후속 민사소송과의 관계를 정한 94다47292 판결의 논리와 형사소송과 후속 민사소송과의 관계를 정한 90다11028 판결의 논리 중 어느 논리를 채용한 것인지 잘 알 수 없다. 양 판결이 그 판결문에서 사용된 문구에서는 비슷해 보이

61) 대법원 2016. 12. 29. 선고 2016두40016 판결 등.

62) 대법원 1992. 3. 31. 선고 91다32053 판결 전원합의체 판결.

63) 대법원 2014. 8. 28. 선고 2013다16619, 2013다16626(병합) 판결.

64) 대법원 1995. 6. 29. 선고 94다47292 판결, 대법원 2000. 9. 8. 선고 99다58471 판결 등.

지만 형사소송 증명력이 합리적 의심 없는 상태로 강화되어 있음에 따라 구체적인 사건에서 실제 결론을 내릴 때는 큰 차이를 보이고 있기 때문에 더욱 구분의 필요성이 있다 할 것이다.

결론적으로 설명하면 대법원은 행정소송에서의 판단이 후속 민사소송에서의 수소법원을 구속하는 효과가 민사소송에서의 판단이 후속 민사소송에서의 수소법원을 구속하는 효과와 동일하다는 견해를 취하고 있다고 보아야 한다. 이와 같은 대법원의 태도는 행정소송, 민사소송의 증거능력과 증명력 기준을 현행 법규정들을 존중하여, 영미법의 경우와 달리 고도의 개연성이라는 내용으로 설정하여 동일하게 보는 태도를 취하고 있는 것으로부터 추론할 수 있다.

또한 행정소송의 수소법원이 관련 형사재판의 사실 인정에 구속되는 것은 아니지만, 이미 확정된 관련 형사재판에서 인정한 사실은 당해 행정소송에서도 유력한 증거자료가 되므로, 해당 행정소송에서 제출된 다른 증거들에 비추어 관련 형사재판의 사실 판단을 채용하기 어렵다고 인정되는 특별한 사정이 없는 한, 이와 반대되는 사실은 인정할 수 없다.⁶⁵⁾

4) 대상판결 사안에서의 사실인정 검토

앞서 본 바와 같이 공정거래법 제56조상의 손해배상청구권은 민법 제750조상의 불법행위에 의한 손해배상청구권과 청구권 경합의 관계에 있고, 피해자의 선택에 따라 그 중 어느 하나를 행사할 수 있고,⁶⁶⁾ 공정거래법 위반행위로 인한 피해자가 민법 제750조에 의한 손해배상을 구하지 않고 공정거래법 제56조에 의한 손해배상을 청구한 이상 가해자의 행위가 공정거래법 위반행위로 인정되기만 하면 특별한 사정이 없는 한 그 위법성이 추정된다고 보아야 할 것이다.⁶⁷⁾ 그래서 피해자인 원고로서는 공정거래위원회에 신고하여 공정거래위원회가 가해자를 조사하여 시정

65) 대법원 1981. 1. 27. 선고 80누18 판결 등.

66) 권오승, 「경제법(제12판)」, 2015, 법문사, 428면 참조.

67) 대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카29075 판결; 대법원 2014. 9. 4. 선고 2013다 215843 판결 참조.

명령 등 처분을 하게 하고 그 증거를 손해배상청구의 증거로 제출하여 가해자 행위의 위법성을 추정하는 증거로 삼을 수 있어 그 증거가 한결 수월하게 된다.

그런데 본 사안에서는 피고들이 공정거래위원회의 심판에 대하여 항고소송을 제기하지 않고서 그대로 확정되어 행정소송의 판결은 존재하지 않는다. 그럼에도 앞서 본 바와 같은 전소의 판결이 후속 민사소송에서의 수소법원을 구속하는 힘이 있는가에 관한 논란이 있을 수 있다. 비록 공정거래위원회가 피해자 등의 신고 또는 직권으로 조사를 개시하여 공정거래법 위반행위로 인정되면 심사보고서를 작성하여 제출함으로써 위원회의 심의절차가 개시되며 심사관의 주장과 증명을 듣고, 피심인으로부터 주장과 증명을 하게 한 다음 의결하는 등 법원의 판결절차와 매우 유사한 심판절차를 거쳐 심판을 행하고 있고, 피심인은 공정거래위원회의 심판에 불복이 있는 경우 의결서를 송달받은 날로부터 공정거래위원회에 이의신청을 하거나 서울고등법원에 심결취소의 항고소송(행정소송)을 제기할 수 있음에도 불구하고 이러한 절차를 밟지 않음으로써 그 심판이 확정되었다고 하더라도 결정적으로 심판절차가 소송절차와 차이가 있는 이상 후속 민사소송의 수소법원을 구속하는 효과는 거의 없다고 보아야 할 것이다.

이런 견해에서 대상판결의 항소심은 행정심판의 사실인정에 반하는 사실을 인정하면서도 그 이유에 관한 구체적인 설시 없이 바로 공정거래법 위반행위에 해당되지 않는다고 판단한 것이다. 대상판결의 이러한 태도는 일응 수긍이 간다.

5. 불법행위로 인한 손해배상액을 산정함에 있어 채무불이행에 의한 손해배상액 산정방식을 원용할 수 있는지 여부에 관한 검토

대상판결의 제1심에서는 불법행위로 인한 손해배상청구에 관해 손해액을 산정하면서 영화배급계약·영화상영계약 등에 정한 방식으로 계산

한 손해액의 지급을 명하고 있다. 그렇다면 원고들의 주장에도 불구하고 원고들의 청구를 채무불이행에 의한 손해배상청구로 오해한 나머지 그 인용의 판단을 한 것인가란 의문이 있다. 사실 대법원은 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구나 채무불이행으로 인한 손해배상청구 모두 차액설적 입장에서 산정한 손해액의 배상을 명할 수 있다고 하여 양자 사이에 차이가 없다란 오해를 하게 한다.

그러나 권익침해에 관해 손해배상청구권을 인정함으로써 부의 외부효과(negative externalities)를 적정하게 관리하겠다는 취지에서 피해자에게 손해배상청구권을 부여한 것은 약정의 불이행으로 인한 이득을 차단함으로써 약정자와 약정의 상대방 모두에게 불이행의 가능성을 배제해 줌으로써 서로 믿고 약정을 할 수 있어 사회적 협업과 분업을 촉진시키고자 인정된 채무불이행에 의한 손해배상청구권은 그 제도취지가 서로 다르다. 비록 차액설이 비교점으로 삼고 있는 불법행위가 없었더라면 있었을 상태나 약정이 이행되었더라면 있었을 상태는 같은 가정적 상태로 규범적으로 결정해야 하는 상태라고 하더라도 약정의 과정에서 약정이 이행되었더라면 있었을 상태(이를 이행이익이라 함)를 현실화시켜 두었기 때문에 객관적으로 결정할 수밖에 없는 불법행위가 없었더라면 있었을 상태와는 차이가 있게 된다. 이런 이유로 채무불이행에 의한 손해배상의 배상액 산정은 이행이익을 기준으로 하여 신뢰이익을 가미하여 산정하고 있다.⁶⁸⁾ 다만 그 이행이익 또는 신뢰이익을 평가할 때 그 산정방법으로는 ①substitute price formula, ②lost-surplus formula, ③opportunity-cost, ④out-of-pocket, ⑤diminished value 등으로 나눌 수 있다.⁶⁹⁾ 이러한 산정방식과 앞서 든 ①전후비교법, ②표준시장비교법, ③비용기반 접근법, ④이론적 모델에 의한 추정방법, ⑤계량경제학적 모델에 의한 추정방법 등의

68) 특히 신뢰이익은 계약을 체결하지 않았더라면 있었을 상태를 의미하여 이행이익과 구분되고 신뢰이익의 배상은 이행이익에 같음하여 이행이익을 한도로 배상하고 있다(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004다51825 판결 등 다수).

69) R. Cooter & M. A. Eisenberg, *Damages for Breach of Contract*, 73 California Law Review 1432 (Oct. 1985) at 1439.

불법행위에 의한 손해배상액 산정방법과 어느 정도 다르다. 그래서 양자의 손해액을 산정할 때 그런 점을 유념하여 정확하게 산정하여야 할 것이다.

한편 대상판결의 사안은 재화의 매매·교환과 같은 거래가 아니라 이용허락권과 같은 용익관계상의 손실이 대상이다. 따라서 위 산정방식 중 ②lost-surplus formula 산정방식이 가장 바람직하여 결국 약정상의 산정방법으로 계산된 수익감소분을 적용한 것이다. 비록 불법행위에 의한 손해액을 산정하더라도 시장가격을 적정하게 반영하기만 하였다면 약정상에 정해진 방법으로 손해액을 계산했다라도 충분하다. 그런 의미에서 대상판결의 제1심 판시는 영화배급계약·영화상영계약이 객관적인 시장가격을 충분히 반영하여 체결되었다는 점을 실시하지 않고 바로 약정상의 계산방식으로 손해의 배상을 명한 아쉬움은 있으나 결론에 있어서는 차이가 없어 지지한다.

IV. 결론

대상판결을 통하여 공정거래법 제56조상의 손해배상제도는 민법 제750조상의 일반적인 불법행위에 대한 손해배상제도와 독립된 것이란 점이 더욱 명백해졌다. 공정거래법상의 손해배상청구권은 그 성립요건에서 위법행위 대신 공정거래법 위반행위임을 요구하고 있고, 고의·과실의 증명책임을 전환하여 항변사유로 삼고 있다. 그래서 피해자들은 그 선택에 따라 공정거래법상의 손해배상을 청구할 수도 있고, 민법상의 손해배상을 구할 수도 있다. 근대법상 민사법적 법집행제도를 완비하여 거래의 규율에 나섰음에도 불구하고 독과점력의 확대와 담합의 빈번한 발생 등으로 자유롭고 공정하며 경쟁적인 거래질서가 저해될 우려가 있자 경쟁법을 입법화하여 행정적·형사적 법집행수단을 추가적으로 동원하여 공정거래법 위반행위를 억지하기 시작하였다. 이때도 경쟁법에서의 행정적·형사적 법집행수단만으로는 법집행비용 문제나 법집행효과의 문제

등으로 공정거래법 위반행위를 최적으로 억지하기 어렵게 되자 점차 종래의 민사법적 법집행 수단도 재해석되어 재활용되기 시작하였다. 대한민국의 경우도 1980년경 최초로 경쟁법인 공정거래법을 도입하면서 이러한 경쟁법 선진국들의 경험과 입법경향을 그대로 반영하여 공정거래법 제56조, 제56조의2, 제57조에서 별도로 민사적 법집행수단의 일종인 손해배상제도를 규정하여 두었던 것이다. 그렇다면 이를 해석하여 적용함에 있어 공정거래법 제56조 등의 도입취지를 정확하게 인식하여 공정거래법 위반행위의 억지에 도움이 될 수 있는 방향으로 전향적으로 운용하여야 할 것이다.

이런 관점에서 대상판결을 평석해 본다면 무료입장권 발행 행위가 1.6%~3.3%정도에 불과하고 그 후 체결된 영화상영계약에서는 7%내지 10%의 발행한도를 규정하거나 영화진흥위원회가 마련한 표준 영화상영기본계약서상에서도 5%의 한도를 초과하지 않는 범위내에서 이를 발행할 수 있다는 약정이 포함되어 있는 점 등에 비추어 부당하지 않다는 판단하여 원고들의 청구를 최종적으로 기각한 점은 어느 정도 이해된다. 다만 피고들의 무료입장권 발행규모는 1.6%에서 3.3%까지 차이가 있고, 원고들이나 관련 배급사들의 사전 승낙 없이 무료입장권을 발행한 이상 적어도 무료입장권을 3.3%정도 발행된 경우라면 손해배상청구를 인용하는 등으로 적극적인 공정거래법집행을 함으로써 원래 목적하였던 공정거래법 위반행위의 억지효과를 달성하려는 노력에 힘을 보탬어야 했다는 진한 유감이 남는다.

특히 항소심이 거래상대방을 직접 거래상대방으로 제한하여 해석한 것은 종래 대법원이 취하고 있었던 태도에도 배치되고, 대단히 위험한 해석으로 반드시 바로잡았어야 했으나 대법원은 이 부분에 대한 판단을 전혀 하지 않아 아쉬운 점이 많다. 원고들은 채무불이행에 의한 손해배상청구를 하는 것이 아니라 공정거래법 위반행위란 불법행위에 대한 손해배상청구를 하는 것이기 때문에 거래상대방을 약정을 직접 상대방을 의미한다는 해석은 지나친 해석이라는 점을 분명히 해 둔다.

더구나 민사소송이나 행정소송의 경우 요건사실을 '고도의 개연성'으

로 증명해야 한다는 입장에서 행정심판에서 증명된 사실이라고 하더라도 후속 민사소송에서 별다른 배척이유의 설시 없이 바로 달리 인정할 수 있다는 태도나 원고 청구를 기각함으로써 손해액 산정방식에 관한 판단이 전혀 없었던 점은 아쉽기 그지 없다. 우선 민사소송의 증명정도를 고도의 개연성으로 요구하는 대법원의 태도는 민사소송에서 원고와 피고를 동일하게 취급하여 원고나 피고의 오판으로 인한 피해를 동등하게 해 주어야 한다는 취지에 반하는 것이라 할 것이다.⁷⁰⁾ 다음으로 민사소송의 증명정도가 낮아진다면 반드시 행정소송에서 판단이 후속 민사소송에서의 수소법원을 구속하는 정도가 형사소송의 판단이 후속 민사소송의 수소법원을 구속하는 힘과 유사하게 해석하여 민사소송의 판단이 후속 민사소송의 수소법원을 구속하는 힘과 구분하여 운용해야 할 것이다. 또 불법행위에 의한 손해배상청구에서 손해액을 산정함에 있어 관련 약정들이 객관적인 시장가격을 충분히 반영하였다는 확신이 있다면 채무불이행에 의한 손해액 산정방식을 원용하여 산정해도 무방하다.

70) David Kaye, *The Limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation*, 1982 Am. B. Found Res. J. (이 논문은 preponderance of evidence 원칙의 원고와 피고를 동등하게 취급하는 원리에 관한 구체적인 설명이 되어 있다.); 한충수, 「민사소송법」, 박영사, 2016, 415면 (이 책에서 저자는 민사소송의 경우 고도의 개연성 원칙을 영미법계의 preponderance of evidence 정도의 증명력을 뜻하는 증거의 우월이론으로 해석하여 적용해야 할 필요성이 있다고 설명하고 있다.)

참고문헌

- 권오승, 「경제법(제3판)」, 법문사, 2001.
- 권오승, 「경제법(제12판)」, 법문사, 2015.
- 박재완, 「민사소송법 강의」, 박영사, 2017.
- 신동권, 「독점규제법」, 박영사, 2011.
- 신현윤, 「경제법(제7판)」, 법문사, 2017.
- 양명조, 「경제법강의」, 신조사, 2019.
- 이동규, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률 개론」, 행정경영자료사, 1997.
- 이선희, 「독점규제법상 부당한 공동행위에 대한 손해배상청구」, 경인문화사, 2013.
- 이호영, 「독점규제법」, 홍문사, 2011.
- 정호열, 「경제법(전정 제5판)」, 박영사, 2016.
- 한충수, 「민사소송법」, 박영사, 2016.
- 강명수, “공정거래법 위반과 사적 집행,” 법과정책 제19집 제2호.
- 김민호·선정호, “공정거래법 위반행위와 손해의 인과관계-미국에서의 논의의 중심으로-,” 법조 2012. 2(vol. 665).
- 김차동, “공정거래법 위반행위의 사법적 효력,” 기업법연구(제20권 제4호).
- 신영수, “경쟁법의 사적 집행의 활성화; 전제와 현실, 그리고 과제,” 법학논고 제36집, 2011. 6.
- 오창수, “공정거래법상의 손해배상제도의 활성화,” 기업과 법(도암 김교창 화갑 기념논문집), 1997.
- 원혜욱·김자영, “공정거래법위반에 대한 형사적·민사적 제재에 관한 검토,” 법학논총 제32집 제4호.
- 이상길, “한국 영화문화의 산업적 기반과 정책적 쟁점,” 「미래사회의 문화인프라 예측 및 구축: 구조로부터 콘텐츠로, 콘텐츠를 넘어 실천으로」(2005.12.) 정보통신정책연구원.
- 이선희, “공정거래법 위반을 이유로 한 손해배상청구권 - 부당한 공동행위로 인한 손해배상청구권을 중심으로-,” 민사판례연구(XXXI).

이인권, “부당공동행위에 대한 실증연구 고찰-입찰담합사례를 중심으로-,”
한국경제연구원, 2008.

홍대식, “담합으로 인한 손해액의 산정 - 이론과 실제-” 비교사법 제14권
제3호(하) (통권 38호), 2007.

Allen·Kuhns·Swift, Evidence Text, Cases, & Problems(Second Edition), 1997,
Aspen Law & Business.

Areeda·Kaplow, Antitrust Analysis(problems, Text, and Cases), 1997, Aspen
Law&Business.

Strong et, al, McCormick on Evidence(4th ed. 1992).

Sullivan·Hovenkamp, Antitrust Law, Policy and Procedure(Cases, Materials,
Problems), 4th edition(1999), Lexus Law Publishing.

David Kaye, The Limits of the Preponderance of the Evidence Standard:
Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation, 1982 Am.
B. Found Res. J.

R. Cooter & M. A. Eisenberg, Damages for Breach of Contract, 73 California
Law Review 1432 (Oct. 1985).

국문초록

독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’이라고 함) 제56조에서는 공정거래법 위반행위로 피해를 입은 자에게 손해배상청구권을 행사할 수 있도록 규정하고 있다. 이러한 공정거래법상의 손해배상제도는 민법 제750조에 규정된 불법행위에 의한 손해배상제도와는 독립된 별도의 제도로서 피해자가 그 선택에 따라 그 중 어느 하나의 청구권을 행사할 수 있다.

최근 영화상영업자들이 무료입장권을 발행하여 한 불이익 제공에 의한 불공정거래행위에 관해 영화제작자들이 손해배상청구를 한 데 대하여 1심판결에서는 일부 인용판결을 하였다가 항소심에서는 이를 취소하고 전부 기각하였는데 대법원에서는 항소심 판결을 그대로 유지하여 원고들의 상고를 기각한 대상판결이 선고되었다.

대상판결에서는 공정거래위원회의 심판이후에도 여전히 무료입장권을 발행할 수 있도록 영화배급계약·영화상영계약이 체결되었고, 표준영화상영계약에도 같은 취지의 무료입장권 발행규정이 삽입되는 등 대등한 입장에서 교섭을 통해서도 동일한 취지의 약정이 이루어지는 점 등에 비추어 부당성이 인정되지 않는다면 원고들 청구를 기각한 취지는 이해된다. 하지만 공정거래법 위반행위 억지를 위한 행정적·형사적 법집행 수단은 물론 민사법적 법집행수단을 도입하여 전방위적으로 공정거래법 위반행위를 억지하고자 한 취지를 반영하여 무료입장권 3.3% 발행과 같은 규모가 큰 위반행위에 대하여는 그 부당성을 인정하였으면 하는 아쉬움이 있다. 더구나 불이익 제공에 의한 불공정거래행위의 피해자를 직접 거래상대방으로 한정 한 항소심의 법해석은 기존 대법원의 판례에도 어긋나고 법논리적으로 문제가 많았음에도 불구하고 이에 관한 분명한 판단이 없었던 점은 대상판결의 문제점 중 하나라고 할 수 있다. 나아가 행정심판의 판단이 후속 민사소송의 수소법원을 구속하는 힘의 정도나 불법행위를 원인으로 한 손해배상액의 산정에서 약정의 불이행으로 인한 손해배상액 산정방식의 원용가능성에 관한 추가적인 판단이 없었던 점이 아쉽다.

주제어

공정거래법, 손해배상청구, 불공정거래행위, 부당성, 행정판결의 증명력, 거래상대방

Abstract

A Study on the Mechanism of Damages against the Violation of the Korean Monopoly Regulation and Fair Trade Act and its Reshuffling

Kim, Cha Dong*

The Korean Monopoly Regulation and Fair Trade Act(hereinafter “MRFTA”) provides Damages against the violation of the Korean MRFTA in its Article 56, 56-2, 57. Under the Korean legal system, the Korean Civil Code provides Damages as a general protection on the entitlements in the article 750. Therefore, the victims of the violation of the MRFTA can exercise both claims.

The Korean Supreme Court made a ruling on the damages claim in 2017. In the case, the plaintiffs insisted on the compensation of the losses caused by the dependants’ issuing free movie tickets as a violation fo the Korean MRFTA. The plaintiffs succeeded in the trial level but lost the claims subsequent appeal and last resort.

The appeal court on the case dismissed the case because the dependants’ issuing was not undue after it considered the several evidences including plaintiffs agreed with the same types of agreements even after the initial decision by the Korean Fair Trade Commission.

The Korean Supreme Court dismissed the appeal by the plaintiffs on the case and approved the ruling of the appeal court. However the ruling may correct on the conclusion but may still have a few points which needs some comments and correction. Especially even though a provision on the MRFTA should be interpreted into not privies, the mistake the appeal court did on the interpretation was not corrected on the

* Professor of Law School, Kyungpook Natl. Univ.

Supreme Court' ruling. And the ruling did not include the binding effect on the subsequent civil case by the ruling of an administrative case's ruling on the same matter of facts and how to assimilate the way to calculate the loss of the damage suit on the entitlement interference with that on the damage suit on the breach.

Key Words

antitrust law, damages, unfair trade practices, undueness, the probative value of the court' s ruling on an administrative case, counterpart

※ 게재논문심사정보

논문접수일 : 2017년 9월 12일

심사개시일 : 2017년 9월 13일

게재확정일 : 2017년 9월 20일

