



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

거래상 지위남용행위에
대한 사적집행

2020년 2월

서울대학교 대학원

법학과 경제법 전공

허 승

거래상 지위남용행위에 대한 사적집행

지도교수 이 봉 의

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함
2019년 10월

서울대학교 대학원
법학과 경제법 전공
허 승

허승의 석사 학위논문을 인준함
2020년 1월

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

거래상 지위남용행위 금지규정의 목적에는 경쟁질서 보호 외에 피해자 보호가 포함된다. 공정거래법 집행의 중심인 공정거래위원회의 행정적 집행은 경쟁질서 보호 목적을 달성하는 데에는 적합할 수 있으나 피해자 보호의 목적을 달성하기에는 부족한 면이 있다. 사적집행의 활성화는 공적집행을 보완하여 거래상 지위남용행위에 대한 억제 효과를 높일 수 있음은 물론 피해자 구제 목적을 달성할 수 있는 장점이 있다. 전부개정안은 사적집행을 활성화하기 위해 자료제출명령제도, 금지청구권제도 등을 도입하였다.

이 글은 거래상 지위남용행위에 관한 사적집행 전반을 살피고, 전부개정안 중 사적집행 활성화와 관련된 여러 제도에 대한 검토를 목적으로 한다. 과거 손해배상청구나 금지청구에 비해 주목을 받지 못했던 거래상 지위남용행위의 사법상 효력에 대해서도 사적집행의 관점에서 검토하였다.

전부개정안은 공정거래법 위반행위를 이유로 한 손해배상청구가 활성화되지 않는 원인을 피해자가 손해나 손해액 증명을 하지 못하는데 있다고 보고 자료제출명령제도를 신설하였다. 그러나 거래상 지위남용행위에 관한 민사판결을 분석하여 보면, 피해자가 손해배상청구소송에서 겪는 입증의 어려움은 피해자가 가해자 영역에 있는 증거를 확보하지 못하기 때문에 발생하는 것이 아님을 알 수 있다. 특허권 등 지식재산권 침해를 원인으로 한 손해배상청구와 달리 거래상 지위남용행위를 원인으로 한 손해배상청구에서는 자료제출명령제도가 피해자의 손해와 손해액을 증명

하는데 큰 도움이 될 것으로 기대하기 어렵다. 특허법 등 지식재산권법과 같이 가해자의 이익을 피해자의 손해로 추정하는 규정이 추가 도입된다면, 자료제출명령제도를 통해 피해자의 손해액 증명이 용이해질 수 있으나 거래상 지위남용행위로 인한 피해자의 피해를 가해자가 얻은 이익을 통해 추정할 수 있는지에 대해서는 신중한 검토가 필요하다.

전부개정안은 현행법상 공정거래법 위반을 이유로 한 금지청구가 허용되지 않음을 전제로 금지청구제도를 도입하였다. 전부개정안은 금지청구의 남용을 막기 위해 담보제공명령제도를 규정하고 있으나, 이는 피해자의 재판청구권을 지나치게 제한하기 때문에 수정·보완이 필요하다. 거래상 지위남용행위가 인정되는 경우에도 법원이 여러 요소를 종합적으로 고려하여 금지청구를 인용할지를 결정할 수 있도록 전부개정안의 금지청구권 관련 규정을 보완할 필요가 있다.

거래상 지위남용행위의 사법상 효력과 관련하여, 거래상 지위남용금지 규정을 강행규정으로 볼 수 없으므로, 그 효력은 사안에 따라 여러 사정을 종합하여 개별적으로 판단해야 한다. 다만 민법 제103조 위반을 인정하는 것은 거래의 안전을 침해할 우려가 있으므로 거래상 지위남용행위 중에서도 반사회성이 큰 경우에만 예외적으로 민법 제103조 위반으로 보아야 할 것이다. 권리남용항변을 인정할지 여부는 사안에 따라 개별적·구체적으로 판단할 수밖에 없으나, 사업자의 신뢰보호 필요성, 피해자 구제 필요성, 제3자의 신뢰 침해 여부 등을 고려하면, 권리남용항변은 실무상 활용될 가능성이 높다고 생각된다.

공정거래법은 다양한 유형의 불공정거래행위를 규제하고 있다. 각 불공정거래행위는 연관성이 크지 않고 그 규제 목적이나 이념 등에 차이가

있다. 공정거래법 위반행위의 유형이 다양한 이상 그에 대한 사적집행에 관한 연구는 총론적인 접근만으로는 부족하고 다양한 유형의 위반행위를 개별적·구체적으로 검토한 후 종합하는 방식으로 이루어져야 한다. 거래상 지위남용행위 외에 다른 유형의 불공정거래행위의 사적집행에 관해서도 개별 사례를 바탕으로 한 깊이 있는 연구가 이루어지길 기대한다.

주요어 : 공정거래법, 거래상 지위남용행위, 사적집행, 손해배상청구,
금지청구, 사법상 효력

학 번 : 2006-21670

목 차

제 1 장 서론	1
제 1 절 문제의 제기	1
제 2 절 연구의 목적과 범위	3
제 2 장 거래상 지위남용행위 개관	7
제 1 절 거래상 지위남용행위의 규제	7
I. 자유시장경제질서와 거래상 지위남용행위	7
II. 거래상 지위남용행위금지 규정 연혁 및 적용 현황 ...	9
III. 거래상 지위남용행위 규제에 관한 외국 법제	13
제 2 절 거래상 지위남용행위의 성립 요건	20
I. 개관	20
II. 사업자의 거래상 지위	20
III. 거래상 지위를 부당하게 이용하였을 것	24
제 3 장 거래상 지위남용행위에 대한 사적집행의 의의와 한계	28
제 1 절 공정거래법 위반행위에 대한 법집행 개관	28
I. 공적집행과 사적집행의 의미	28
II. 공정거래법 위반행위에 대한 공적집행	29
III. 공정거래법 위반행위에 대한 사적집행의 유형과 기능 ..	34
제 2 절 거래상 지위남용행위에 대한 사적집행의 필요성과 한계	37
I. 거래상 지위남용행위 규제의 목적	37
II. 거래상 지위남용행위에 대한 공적집행의 한계와	

사적집행의 필요성	37
III. 거래상 지위남용행위에 대한 사적집행의 한계	40
IV. 소결	45
제 4 장 거래상 지위남용행위와 손해배상청구 ..	47
제 1 절 개설	47
제 2 절 손해배상청구 관련 공정거래법 개정 연혁	49
I. 2004. 12. 31. 법 개정 전	49
II. 2004. 12. 31. 법 개정 후	50
제 3 절 거래상 지위남용행위를 이유로 한 손해배상 청구에 있어 손해와 손해액의 증명	54
I. 거래상 지위남용행위를 이유로 한 손해배상청구	54
II. 구입강제	57
III. 이익제공강요	61
IV. 판매목표강제	64
V. 불이익제공	67
제 4 절 전부개정안의 자료제출명령제도	69
I. 개요	69
II. 전부개정안의 자료제출명령제도 개관	69
III. 자료제출명령제도 평가	75
제 5 절 소결	79
제 5 장 거래상 지위남용행위와 금지청구권	82
제 1 절 개설	82
제 2 절 외국의 금지청구권 인정 여부	85
I. 미국	85
II. EU	87
III. 일본	87

제 3 절	현행법상 금지청구권 인정 여부	90
I.	문제의 제기	90
II.	현행법상 금지청구권에 관한 학설	90
III.	금지청구권 관련 판례	92
IV.	검토	96
제 4 절	전부개정안의 금지청구권	98
I.	문제의 제기	98
II.	전부개정안의 금지청구권 요건과 절차	99
III.	전부개정안의 금지청구권에 대한 절차법적 검토	102
IV.	전부개정안의 금지청구권에 대한 실체법적 검토	110
제 6 장	거래상 지위남용행위의 사법상 효력	114
제 1 절	개설	114
제 2 절	거래상 지위남용행위의 사법상 효력에 관한 학설 및 판례	116
I.	학설	116
II.	대법원 2017. 9. 7. 선고 2017다229048 판결	117
제 3 절	거래상 지위남용행위의 사법상 효력에 관한 검토	123
I.	논의의 전제	123
II.	거래상 지위남용행위금지 규정의 법적성격	124
III.	거래상 지위남용행위와 민법 제103조의 관계	133
IV.	거래상 지위남용행위와 권리남용의 관계	139
V.	소결	143
제 7 장	결론	145
제 1 절	요약	145
제 2 절	향후 과제	147

참고문헌	148
Abstract	153

표 목 차

[표 1] 거래상 지위남용 관련 규정	11
[표 2] 최근 5개년 공정거래위원회 공정저래법 위반 사건 접수 현황	12
[표 3] 최근 하도급법 등 위반 사건 접수 현황	13

제 1 장 서론

제1절 문제의 제기

우리나라는 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형 있는 발전에도 **도모**하기 위해 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 ‘공정거래법’이라 한다)을 제정하여 시행하고 있다. 공정거래법은 그 목적의 실현을 위한 집행제도로 형사처벌, 시정조치, 과징금 등과 같은 공적집행(public enforcement)과 손해배상과 같은 사적집행(private enforcement)을 모두 규정하고 있다.

우리나라의 공정거래법 집행은 공적집행, 특히 공정거래위원회에 의한 행정적 집행이 주를 이루어왔다. 공정거래법은 기본적으로 사인간의 권리관계 규율을 목적으로 하기 보다는 국민경제 전체를 정당하게 질서지우는 것을 목적으로 한다. 이러한 맥락에서 공적집행을 통해 그 목적을 충분히 달성할 수 있다면, 공정거래법의 집행이 주로 공적집행에 의해 이루어진다고 하여 이를 부당하다고 볼 수 없다.

공정거래법 위반행위 중에는 공적집행만으로는 공정거래법의 목적을 충분히 달성하기 어려운 위반행위가 있다. 공정거래법 제23조 제1항 제4호가 정하고 있는 거래상 지위남용행위가 대표적이다. 거래상 지위남용행위는 일반 소비자가 피해자인 예외적인 사안을 제외하면, 대부분 특정한 거래상대방과의 관계에서 문제되고, 민사적 분쟁의 성격을 강하게 갖

는다. 거래상 지위남용행위 금지규정은 사법상 권리의무를 조정하기 위한 것이 아니라 공법적 관점에서 불공정한 거래행위를 금지하는 규정이라고 할 것이지만, 피해자 보호 역시 중요한 목적으로 보아야 한다. 공적집행은 이미 발생한 피해를 전보할 수 있는 기능이 없기 때문에 공적집행만으로는 거래상 지위남용행위 금지규정의 본래 취지와 목적을 충분히 달성하기 어렵다. 거래상 지위남용행위를 통해 사업자가 얻은 이득은 대부분 특정한 거래상대방으로부터 얻어진 것이기 때문에 피해자가 제기하는 손해배상청구소송 등 사적집행을 통해서도 상당한 위반행위 억제 효과를 기대할 수 있다.

최근 정부의 주요 국정과제로 ‘공정거래 감시역량 및 소비자 피해구제 강화’가 제시되면서 사적집행 활성화를 위한 자료제출명령제도, 불공정거래행위에 대한 금지청구권 등을 도입하는 내용의 공정거래법 전부개정안(이하 ‘전부개정안’이라 한다)이 정부안으로 2018. 11. 30.자로 국회에 제출되었다. 하지만 현재로서는 전부개정안이 실제 통과더라도 공정거래법 위반행위에 대한 사적집행의 활성화로 이어질지에 관하여 단정하기 어려운 상황이다.

우리나라에서 공정거래법의 사적집행 수단으로 주로 논의되는 손해배상청구제도나 금지청구권제도는 기본적으로 민법, 민사소송법과 민사집행법 체계 내에서 운영된다. 전부개정안의 여러 제도가 민법, 민사소송법과 민사집행법과의 조화를 이루지 않으면, 법 개정 취지로서 사적집행의 활성화에 기여하기 어려울 것이다. 예컨대 특정 행위가 위법한지 여부는 공정거래법의 해석과 적용을 통해 결정되지만, 그 행위로 인해 ‘손해’가 발생하였는지, 원고가 ‘손해액 입증’을 하였는지 등은 민사법리에 기초하

여 판단할 수밖에 없다. 따라서 공정거래법 상 사적집행 역시 전체 법체계와 법리 안에서 그 한계가 정해질 수밖에 없다는 점을 인식¹⁾하고 전부개정안의 여러 제도가 민사법 체계에 부합하는지 여부를 검토할 필요가 있다.

앞서 본 것처럼 공정거래법 위반행위 중에서 거래상 지위남용행위에 관하여는 사적집행을 보다 활성화할 필요가 있다. 또한 민사분쟁의 성격이 상대적으로 강하다는 점에서 다른 공정거래법 위반행위에 비해 사적집행의 여러 쟁점을 검토하기가 용이하다. 나아가 공정거래법 또는 각종 특별법상 거래상 지위남용행위는 공정거래위원회에 접수되는 전체 사건의 50% 이상을 차지할 정도로 공정거래위원회 접수 사건 중 가장 큰 비중을 차지하고 있으며, 거래상 지위남용행위를 포함한 갑을관계에 대한 높은 사회적 관심까지 고려하면 거래상 지위남용행위에 대한 사적집행은 다른 공정거래법 위반행위에 대한 사적집행에 앞서 연구될 필요가 있다.

제2절 연구의 목적과 범위

본 연구의 범위는 거래상 지위의 남용행위에 한정하여 그에 대한 사적집행 수단으로 논의된 손해배상청구와 금지청구권 그리고 사법상 효력을 검토하는 것이다. 우선 현행법 하에서의 사적집행에 관한 여러 쟁점을 검토하고, 그 검토 결과를 바탕으로 전부개정안에서 사적집행 활성화를 위하여 새롭게 도입을 예정한 여러 제도에 대해 살펴보려 한다.

1) 홍대식, “공정거래법상 공적집행과 사적집행 간의 관계”, 「시장경제와 사회조화」: 남천 권오승교수 정년기념논문집, 법문사, 2015, 353면.

본 연구는 제2장과 제3장에서 거래상 지위남용행위와 공적집행 및 사적집행의 전반을 검토하고, 제4장에서 손해배상을, 제5장에서 금지청구권을, 제6장에서 사법상 효력에 관하여 논한 후 결론을 도출하는 형식을 취하고 있다.

제2장에서는 거래상 지위남용행위의 전반적인 모습과 현황을 살피고자 한다. 제1절에서는 (Ⅰ) 자유시장경제질서와 거래상 지위남용, (Ⅱ) 거래상 지위남용 규정 연혁 및 적용 현황, (Ⅲ) 거래상 지위남용행위 규제에 관한 외국 법제를 검토한다. 제2절에서는 거래상 지위남용행위의 성립요건을 검토하는데, (Ⅰ) 개관, (Ⅱ) 사업자의 거래상 지위, (Ⅲ) 거래상 지위를 부당하게 이용하였을 것에 관하여 검토한다.

제3장에서는 거래상 지위남용행위에 대한 사적집행의 의의와 한계를 검토하고자 한다. 제1절에서는 공정거래법 위반행위에 대한 법집행을 개괄적으로 살펴본다. (Ⅰ) 공적집행과 사적집행의 의미, (Ⅱ) 공정거래법 위반행위에 대한 공적집행, (Ⅲ) 공정거래법 위반행위에 대한 사적집행의 유형과 기능을 차례로 살펴본다. 제2절에서는 거래상 지위남용행위에 대한 사적집행의 필요성을 살펴본다. (Ⅰ) 거래상 지위남용행위 금지의 목적, (Ⅱ) 거래상 지위남용행위에 대한 공적집행의 한계와 사적집행의 필요성, (Ⅲ) 거래상 지위남용행위에 대한 사적집행의 한계를 살펴본다.

이어 제4장에서는 거래상 지위남용행위와 손해배상청구에 관하여 검토하고자 한다. 제1절에서는 거래상 지위남용행위와 손해배상청구를 개괄적으로 살펴보고, 제2절에서는 공정거래법상 손해배상청구제도의 연혁에 대해 검토한다. (Ⅰ) 2004. 12. 31. 법 개정 전과 (Ⅱ) 2004. 12. 31. 법

개정 이후를 살펴본다. 과거에도 여러 차례 공정거래법 위반행위에 대한 손해배상청구를 활성화하기 위한 여러 입법적 조치가 취해졌음을 알기 위함이다. 제3절에서는 거래상 지위남용행위를 이유로 한 손해배상청구에 있어 손해와 손해액의 증명이 실제 사건에서 어떻게 문제되는지 검토한다. 사적집행을 활성화하기 위한 입법을 하기 전에 현재 사적집행이 활성화되지 못하고 있는 원인이 무엇인지를 정확히 파악하는 것이 중요하기 때문이다. 구체적으로 거래상 지위남용행위가 인정된 여러 판결을 바탕으로 피해자들이 손해와 손해액 증명에 있어 겪는 어려움이 무엇인지 살펴본다. (Ⅰ) 개괄적 내용을 살핀 후 (Ⅱ) 구입강제, (Ⅲ) 이익제공강요, (Ⅳ) 판매목표강제, (Ⅴ) 불이익제공 사례를 모두 검토한다. 이를 바탕으로 제4절에서는 손해배상청구를 활성화하기 위한 전부개정안의 자료제출명령제도에 대해 검토한다. (Ⅰ) 전반적인 내용을 검토하고, (Ⅱ) 전부개정안의 자료제출명령제도에 대해 살핀다. 그리고 제4절에서는 앞서 검토한 내용을 바탕으로 전부개정안의 자료제출명령제도에 대해 검토한다.

그리고 제5장에서는 거래상 지위남용행위와 금지청구권에 대하여 검토하고자 한다. 제1절에서 금지청구권 관련 내용을 개관하고, 제2절에서 외국의 금지청구권 현황에 대하여 살핀다. (Ⅰ) 미국, (Ⅱ) EU, (Ⅲ) 일본을 순차로 살펴본다. 제3절에서는 현행법상 금지청구권 인정 여부를 (Ⅱ) 현행법상 금지청구권 인정 여부, (Ⅲ) 판례, (Ⅳ) 검토 순서로 검토한다. 제4절에서는 전부개정안에서 신설한 금지청구권을 살펴본다. (Ⅱ) 전부개정안의 금지청구권 요건과 절차를 살펴본다. (Ⅲ) 전부개정안의 금지청구제도에 대해 절차법적 관점에서 담보제공명령제도에 관해 검토하고, (Ⅳ) 전부개정안의 금지청구권을 실체법적 관점에서 형평적 요소를

고려할 필요는 없는지 등을 살펴본다.

제6장은 거래상 지위남용행위의 사법상 효력을 검토한다. 제1절에서 거래상 지위남용행위의 사법상 효력이 문제되는 이유를 살펴본다. 제2절에서는 거래상 지위남용행위의 사법상 효력에 관한 학설 및 판례를 살펴본다. 특히 최근 거래상 지위남용행위의 사법상 효력에 관한 대법원 판결이 선고되었고, 이후 실무상 위 대법원 판결에 근거한 주장이 많아지고 있으므로, 위 대법원 판결의 내용을 상세히 살펴본다. 제3절에서는 거래상 지위남용행위의 사법상 효력에 관해 검토한다. (Ⅱ) 먼저 거래상 지위의 남용행위 금지 규정은 강행규정인지 살핀다. (Ⅲ) 거래상 지위의 남용행위와 민법 제103조 위반의 관계에 대해 검토한다. (Ⅳ) 거래상 지위의 남용행위와 권리남용 항변에 대해 검토한다.

끝으로 제7장에서는 (Ⅰ) 앞서 검토한 내용을 요약하고, (Ⅱ) 향후 과제를 제안하고자 한다.

제2장 거래상 지위남용행위 개관

제1절 거래상 지위남용행위의 규제

I. 자유시장경제질서와 거래상 지위남용행위

1. 헌법은 제119조 제1항에서 "대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다."고 규정하여, 우리 경제질서가 기본적으로 자유시장경제질서를 기초로 하고 있음을 천명하고 있다. 이는 기업의 생성·발전·소멸은 어디까지나 기업의 자율에 맡긴다는 기업자유의 표현이며 국가의 공권력은 특단의 사정이 없는 한 이에 대한 불개입을 원칙으로 한다는 뜻이기도 하다.²⁾

반면 같은 조 제2항은 "국가는 균형 있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다."고 규정하고 있다. 이는 우리나라 헌법상 경제질서는 사유재산제를 바탕으로 하고 자유경쟁을 존중하는 자유시장경제질서를 기본으로 하면서도 이에 수반되는 갖가지 모순을 제거하고 사회복지·사회정의를 실현하기 위하여 국가적 규제와 조정을 용인하는 사회적 시장경제질서로서의 성격을 가진다는 의미이다. 즉, 절대적 개인주의·자유주의를 근간으로 하는 자본주의 사회에 있어서는 계약자유의 미명 아래 "있는 자, 가진 자"의 착취에 의하여 경제적인 지배종속관계가 성립하고 경쟁이 왜곡되게 되어 결국에는 빈부의 격차가 현격해지고, 사회적

2) 헌법재판소 1993. 7. 29. 선고 89헌마31 결정.

층간의 분화와 대립갈등이 첨예화하는 사태에 이르게 됨에 따라 이를 대폭 수정하여 실질적인 자유와 공정을 확보함으로써 인간의 존엄과 가치를 보장하도록 하는 것이다.³⁾

자유시장경제질서 아래에서 개인과 기업은 사적자치의 원칙에 따라 거래조건 등을 자유롭게 정할 수 있고, 이에 대하여 국가는 개입하지 않는 것이 원칙이다. 그러나 현실에서 거래상 지위가 우월한 일방 당사자가 열등한 지위에 있는 거래상대방의 자유의사를 억압하여 부당한 요구를 한다면 이는 자유경쟁의 기반이라고 할 수 있는 거래상대방의 경영활동의 자주성 침해는 물론 경제적 약자를 착취하는 결과를 초래할 수 있고,⁴⁾ 이때 국가는 자유시장경제질서에 수반되는 모순과 부작용을 제거하기 위기 위하여 개인과 기업의 거래에 규제와 조정을 할 수 있다.

2. 공정거래법 제23조 제1항 제4호는 사적자치의 원칙이나 자유시장경제질서에 따른 부작용을 제거하기 위해 “자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위”를 불공정거래행위의 한 유형으로 금지하고 있다.⁵⁾ 공정거래법 시행령 제36조 제1항 <별표 1의2>는 거래상 지위남용의 세부유형으로 구입강제, 이익제공강요, 판매목표강제, 불이익제공, 경영간섭 등 다섯 가지를 규정하고 있다. 이러한 거래상 지위남용행위 규제는 그 자체로서 직접적으로 관련시장에서 경쟁을 제한하는 행위를 규제하는 것이라기보다는 거래상 열악한 지위에 놓인 거래상대방의 이익을 보호함으로써 자유경쟁의 기반을 보호하기 위한 것으로⁶⁾ 설

3) 헌법재판소 1996. 4. 25. 선고 92헌바47 결정.

4) 신현윤, 「경제법」 제6판, 법문사, 2014, 299면.

5) 공정거래법 제23조(불공정거래행위의 금지) ① 사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니 된다.

4. 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위

명되고 있고, 대법원 역시 거래상 지위 남용 규정의 취지는 현실의 거래 관계에서 경제력의 차이가 있는 거래주체 간에도 상호 대등한 지위에서 법이 보장하고자 하는 공정한 거래를 할 수 있게 하기 위하여 상대적으로 우월적 지위에 있는 사업자에 대하여 그 지위를 남용하여 상대방에게 거래상 불이익을 주는 행위를 금지시키고자 하는 데 있다고 판시하였다.⁷⁾ 다만, 그 목적의 정당성에도 불구하고, 현행 공정거래법에 대해서는 불확정 개념을 통한 광범위한 규제가 이루어지는 것은 아닌지, 사적 분쟁에 과징금이나 형사처벌을 동반한 규제는 과도한 것은 아닌지 등에 관한 문제 제기가 있는 것은 사실이다.

II. 거래상 지위남용행위금지 규정 연혁 및 적용 현황

1. 거래상 지위남용행위금지 규정 연혁

가. 공정거래법은 1980. 12. 31. 법률 제3320호로 제정되었다. 구 공정거래법(1980. 12. 31. 법률 제3320호로 제정된 것, 이하 ‘구 공정거래법(법률 제3320호)’라 한다) 제15조는 ‘자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위’로서 경제기획원장관이 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 인정하여 불공정한 거래행위로 지정·고시한 행위를 하여서는 아니 된다고 정하였다. 이처럼 구 공정거래법(법률 제3320호)은 경제기획원장관이 불공정거래행위로 지정·고시한 행위여야 불공정거래행위의 유형으로 확정되는 방식을 취하였다. 이후 1981. 5. 13. 고시된 불공정거래행위지정고시(경제기획원고시 제40호) 제9조는 ‘우월적 지위남

6) 이호영, 「독점규제법」 제5판, 홍문사, 2015, 329면.

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

용'이라는 표제 아래에 “사업자간의 거래에 있어 자기의 거래상의 지위가 우월함을 이용하여 정당한 이유 없이 정상적인 거래관행에 비추어 불이익을 조건으로 당해 상대방과 거래하는 행위”라고 규정하였다. 그러나 위와 같은 규정은 법률에서 명시되지 않은 거래상의 지위의 우월성 여부나 정상적인 거래관행에 배치되는 것인지 여부를 요건으로 하고 있었기 때문에 위법한 것이 아니냐는 비판이 제기되었다.⁸⁾ 이에 따라 1993. 11. 19. 공정위 고시 제1993-20호 제6조는 법률의 “자기의 거래상 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위”라는 표현을 그대로 사용하여 문제를 해결하였지만, 여전히 표제는 ‘우월적 지위남용’이라고 규정하였다.⁹⁾

나. 1996. 12. 30. 법률 제5235호로 공정거래법이 개정하면서 종래 공정거래위원회가 담당하던 불공정거래행위의 유형과 기준에 관한 고시제도를 폐지하고 대통령령으로 정하도록 하였다.¹⁰⁾ 그에 따라 구 공정거래법

8) 박해식, 불공정거래행위의 하나인 ‘자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 거래상대방에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 주는 행위’를 하였음을 이유로 시정명령 등 행정처분을 하기 위한 요건으로서 “불이익”의 의미, 대법원판례해설 제41호, 법원도서관, 2002, 55면.

9) 이로 인해 우리 공정거래법이나 불공정거래행위의 유형 및 기준에는 우월적 지위남용이라고 표제만 되어 있을 뿐이지 우월적 지위를 가져야 하는 것을 요건으로 하고 있지 않음에도 불구하고, 우리 판례는 일본의 불공정한 거래방법상의 ‘우월적 지위 남용 제14항 자기의 거래상의 지위가 상대방에 대하여 우월한 것을 이용하여, 정상적 상관습에 비추어 부당하게, 다음 각 호의 1에서 거시하는 행위를 하는 것’에 대한 일본 판례 및 학자들의 견해를 무비판적으로 받아들여 해석론을 전개하였다는 비판이 있다[박해식(주8), 55면 참조].

10) 구 공정거래법(1996. 12. 30. 법률 제5235호로 일부개정된 것)

제23조(불공정거래행위의 금지) ② 불공정거래행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다.

시행령(1997. 3. 31. 대통령령 제15328호로 일부개정된 것) 제36조 제1항은 불공정거래행위의 유형과 기준을 정하도록 하는 한편 표제도 ‘거래상 지위의 남용’으로 정하였다. 이러한 규정 체계는 큰 변화 없이 현재에 이르고 있다.

다. 한편 불공정거래행위의 일 유형인 거래상 지위남용을 특정분야에 한정하여 규율하는 법률이 제정되고 있다. 하도급거래 공정화에 관한 법률(이하 ‘하도급법’이라 한다), 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률(이하 ‘가맹사업법’이라 한다), 대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률(이하 ‘대규모유통업법’이라 한다), 대리점거래의 공정화에 관한 법률(이하 ‘대리점법’이라 한다)이 대표적인 예이다. 이들 법률은 당초 불공정거래행위의 일 유형인 거래상 지위남용을 특정 분야에 한정하여 규율하려는 취지에서 출발하였다는 공통점을 가진다.¹¹⁾ 이와 같이 업종별 특별법을 제정하는 것은 이른바 불공정행위법의 파편화를 가져올 수 있고, 앞으로도 불공정거래행위가 만연하는 분야마다 계속해서 새로운 특별법을 제정해야 할 뿐만 아니라, 무엇보다 대·중소기업간 불공정거래의 뿌리라고 할 수 있는 경제력집중이나 독과점의 폐해를 포괄적으로 규제할 수 없다는 난점을 안고 있다는 비판이 있다.¹²⁾ 관련 법률의 개략적인 내용은 아래 <표 1>과 같다.¹³⁾

<표 1> 거래상 지위남용 관련 규정

법률	규제 당사자	규제대상이 되는 거래 내용
하도급법	원사업자/	원사업자가 수급업자에게 제조·수리·건설 또는

11) 이봉의, “공정거래법의 실효적 집행”, 한국경쟁법학회, 2004. 3., 229면.

12) 이봉의, 주 11)의 글, 229면.

13) 김건식·원세범, 「거래상 지위남용 규제의 필요성 및 개선방안」, 한국공정거래조정원, 2018, 9면

	수급사업자	용역 등을 위탁하거나 재위탁하는 거래
가맹 사업법	가맹본부/ 가맹사업자	가맹본부가 가맹사업자에게 영업에 대한 교육 등을 지원함과 아울러 영업표지의 사용을 통한 상품 또는 용역의 판매를 허용하고, 가맹사업자는 영업표지의 사용과 교육 등의 대가로 가맹본부에 가맹금을 지급하는 거래
대규모 유통업법	대규모유통업자/ 납품업자, 매장임차인	대규모유통업자가 납품업자 등과 '직매입', '특약매입', '위수탁'의 형태로 하는 거래
대리점법	공급업자/ 대리점	공급업자와 대리점 사이에 상품 또는 용역의 재판매 또는 위탁판매를 위하여 행하여지는 거래

2. 거래상 지위남용행위 관련사건 현황

가. 공정거래위원회의 최근 5년간(2014-2018년) 공정거래법 위반유형별 사건접수 현황을 살펴보면,¹⁴⁾ 아래 <표 2>와 같이 2015년까지는 불공정거래행위에 관한 사건이 가장 많았으나, 2016년도부터 부당한 공동행위에 관한 사건 수가 불공정거래행위 사건 수를 넘어서고 있다. 불공정거래행위 사건 중 거래상 지위남용에 관한 사건이 약 50% 내외로 가장 큰 비중을 차지한다.

<표 2> 최근 5개년 공정거래위원회 공정거래법 위반 사건접수 현황

위반유형	2014	2015	2016	2017	2018	합계
공정거래법	857	844	812	643	641	2,513
부당한 공동행위	207	237	310	257	227	754
불공정	470	361	197	213	224	1,028

14) 공정거래위원회, 2018년 통계연보, 2019

거래행위						
거래상 지위남용	230	179	87	105	111	496

나. 공정거래법상 불공정거래행위에 관한 사건이 감소한 것은 앞서 본 바와 같이 특정 분야에 한정하여 거래상 지위남용을 규제하는 법률이 제정·시행됨에 따라 종래 공정거래법상 거래상 지위남용으로 신고나 접수되던 사건들이 개별 특별법의 위반행위로 접수되었기 때문으로 보인다. 하도급법, 가맹사업법, 대리점법, 대규모유통업법 위반유형별 사건 접수 현황은 아래 <표 3>과 같다.¹⁵⁾

<표 3> 최근 하도급법 등 위반 사건접수 현황

위반유형	2014	2015	2016	2017	2018	합계
하도급법	1,638	1,844	1,574	1,527	1,804	8,387
가맹사업법	267	367	312	333	388	1,667
대리점법	0	0	0	2	15	17
대규모유통업법	29	21	27	14	37	128

다. 공정거래법 또는 각종 특별법상 거래상 지위남용행위는 공정거래위원회에 접수되는 사건 중 50%를 넘을 정도이고, 특히 2018년만을 기준으로 보면 공정거래위원회 접수 전체 사건 3,468건 중 2,244건을 차지하고 있다.¹⁶⁾

Ⅲ. 거래상 지위남용행위 규제에 관한 외국 법제

15) 공정위, 주 14)의 통계연보

16) 공정거래법위반 사건 641건, 표시광고법, 약관법 등 소비자보호 관련법 548건, 하도급법, 가맹사업법, 대리점법, 대규모유통업법 2,244건, 자료 미제출, 조사 방해 등 기타 사건 35건[2018년 통계연보(주14), 4면].

1. 일본

가. 일본의 우월적 지위남용 규제의 연혁¹⁷⁾

일본은 1947년 사적독점의 금지 및 공정거래의 확보에 관한 법률(이하 ‘사적독점금지법’을 제정하였다. 사적독점금지법은 미국 연방거래위원회법 제5조를 계수한 것인데, 1947년 사적독점금지법은 제5장 ‘불공정한 경쟁방법’이라는 제목 아래 제19조에서 ‘사업자는 불공정한 경쟁방법을 사용해서는 안 된다’고 규정하면서, 제2조 제9항에 “이 법률에서 불공정한 경쟁방법이란, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경쟁수단을 말한다.”고 규정하고, 구체적 행위 유형을 제1호 내지 제7호에 열거하였다.

이후 1953년 사적독점금지법을 개정하면서 제5장의 제목을 ‘불공정한 거래방법’으로 변경하고 제2조 제7항 제5호에서 ‘자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위’를 불공정한 거래방법의 하나로 예시하였다.

1982년 우월적 지위남용에 관한 법률의 규정이 다소 불명확하다는 지적에 따라 ‘불공정한 거래방법’의 일반고시를 개정하여 제14항에 ‘우월적 지위의 남용’ 부분을 규정하였다. 그러나 우월적 지위남용은 적극적으로 활용되지 못하였다. 2000년대 공정거래위원회가 우월적 지위남용으로 조처한 건수를 총 21건에 그쳤고, 대다수의 하도급 위반 사건도 지도나 권고 형태로 처리되었기 때문이다. 이는 지도나 권고만으로도 법위반 행위가 즉각 시정될 수 있는 일본만의 특유한 법제도 문화가 작용했다고 보는 견해가 있다.¹⁸⁾

17) 김건식·원세범, 주 13) 글, 27-40면.

18) 김건식·원세범, 주 13) 글, 37면.

2000년대 이후 일본은 각종 고시의 재·개정을 통해 우월적 지위를 이용한 구매력의 남용에 대하여 강한 법적집행을 도모하였고, 2009년 사적 독점금지법 제2조 제9항 제5호를 “자기의 거래상의 지위가 상대방보다 우월한 점을 이용하여 정상적인 상관습에 비추어 부당하게 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 것”으로 개정하면서 이를 금지하고 이는 제19조를 위반하는 경우 배제명령과 함께 매출액의 100분의 1 이하의 과징금을 납부하도록 개정하였다. 2010년 11월 30일 우월적 지위의 남용에 관한 공정거래법 가이드라인을 책정하여 공표하였다.

나. 우월적 지위 남용의 요건¹⁹⁾

우월적 지위의 남용에 해당하기 위해서는 ① 우월적 지위가 있고, ② 정상적인 상관습에 비추어 부당하고, ③ 남용행위가 있어야 한다. 이를 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

1) 자기의 거래상 지위가 상대방에게 우월하다는 점을 이용하는 경우 거래상 지위가 우월하다는 것은 시장 지배적 지위가 절대적으로 우월한 지위에 있을 것을 요구하는 것은 아니고, 거래 상대방과의 관계에서 상대적으로 우월한 지위에 있으면 충분하다. 우월적 지위에 있는 행위자는 상대방에 대하여 부당하게 불이익을 초래하는 거래를 행한다면 통상 ‘이용하여’의 요건을 충족한 행위로 인정된다. 이러한 판단 기준으로 거래의 일방 당사자(갑)에 대한 상대방 당사자(을)의 거래의존도, 갑의 시장에서의 지위, 을의 거래처 변경 가능성, 기타 갑과의 거래 필요성 등을

19) 고재중, “일본의 우월적 지위남용 규제 현황과 법적 정합성 논의 검토”, 최신외국법제정보 2018 제2호, 50-52면.

구체적인 사실을 종합하여 판단하여야 한다.

2) 정상적인 상관습에 비추어 부당한 경우

‘정상적인 상관습에 비추어 부당한’의 요건은 사적독점금지법 제2조 제9항 제5호에서 정하고 있다. 이 요건의 충족 여부는 우월적 지위의 남용 유무를 공정한 경쟁질서의 유지·촉진의 관점에서 문제가 되는 행위의 불이익 정도, 행위의 확대 등을 고려하여 사안에 따라 개별적으로 판단하여야 한다. 그렇지만 현재 존재하는 상관습에 합치된다고 하여 모든 행위가 정당화되는 것은 아니다. 예를 들면, 다수의 거래 상대방에게 조직적으로 불이익을 초래하지 않았는지의 여부, 특정의 거래 상대방에게만 불이익을 초래하는 경우 그 불이익의 정도가 특별히 강력한 것이 아닌지의 여부, 또한 만약 그 행위를 방지하면 다른 부분에 영향을 미치지 않는지의 여부 등을 고려하여야 한다.

다. 평가

우월적 지위남용 규제는 일본 경쟁법에서 중요한 부분을 차지하고 있음에도 상당한 논란이 있다. 우월적 지위남용행위 규제 관련 규정이 비록 경쟁법 내에 규정되어 있기는 하지만, 경쟁법 내 다른 개념과 비교해 볼 때 목적·개념 등에서 융화되기 어려운 점이 있기 때문이다.²⁰⁾

일본 학계의 논의를 요약하면 “우월적 지위남용 규제는 경쟁법과 잘 맞지 않는 점이 존재한다. 그러나 동 규제는 상대적으로 하위의 사업자가 스스로를 보호할 수 없고 계약법이 적절한 구제 수단을 제공할 수 없는 일본의 법체계 특성을 고려한다면 그 유용성이 분명 존재한다. 하지

20) 김건식·원세범, 주 13) 글, 36면.

만 공정거래위원회가 우월적 지위남용 규제에 대해 원칙에 입각한 정당성을 제시해야하고, 투명한 접근법을 개발하여 더 맹박하게 관련 사실을 규명할 수 있도록 노력 할 것”으로 정리할 수 있다.²¹⁾

2. 미국

미국의 반독점법은 시장경쟁을 제한하거나 소비자후생을 저해하는 행위에 초점이 맞춰져 있고, 수직적 관계 즉 거래상 우월적 지위와 관련한 일반법은 존재하지 않는다.²²⁾ 일본 사적독점금지법상 불공정거래행위의 모태가 되었다는 연방거래위원회법 제5조는 그 규정이 ‘상거래에 관하여 불공정한 경쟁수단과 불공정하거나 기만적인 행위 및 상거래관행은 위법하다’는 내용으로 되어 있다. 연방거래위원회는 1938년부터는 소비자 보호를 위하여 소비자에 대한 허위광고, 기만적인 행위로 인하여 소비자가 피해를 입은 경우 이를 규제하기 위한 근거규정으로 연방거래위원회법을 적용하고 있으나, 위 규정이 소비자보호 기능을 넘어 거래상대방의 우월적 지위를 이용하는 경우까지 적용된 사례는 찾아보기 어렵다.²³⁾

그런데 2016년 미국 대선 과정에서 힐러리 클린턴 후보자가 중소기업 보호를 위한 거래상 지위남용(Abuse of Superior Bargaining Position)에 관한 공약을 발표하면서, 미국에서 관련 논의가 새롭게 전개되고 있다.²⁴⁾ 종래 미국에서 거래상 지위남용 규제가 논의되지 않은 이유 중 하나는 미국 반독점법에 지대한 영향을 미치고 있는 시카고학파에서 수직적 관계는 자발적 협상의 문제이고, 무엇보다 계약자유 원칙이 우선적

21) 김건식·원세범, 주 13) 글, 36면.

22) 김건식·원세범, 주 13) 글, 55면.

23) 홍준호, “거래상 지위남용행위에 관한 법적 연구”, 단국대학교 상사법 전공 석사학위 논문, 2013, 28면.

24) 김건식·원세범, 주 13) 글, 57면.

으로 유지되어야 한다고 보았기 때문이다.²⁵⁾ 그러나 전 세계의 소비자를 대상으로 하는 월마트나 아마존과 같은 업체의 등장이나 우버와 같은 인터넷 기반 기업의 등장으로 계약법만으로는 해결하기 어려운 문제²⁶⁾가 생기고 있어²⁷⁾ 미국에서도 거래상 지위남용에 관해 새로운 접근이 필요하다는 주장이 제기되고 있다.²⁸⁾

3. EU²⁹⁾

미국의 경우와 마찬가지로 EU 역시 거래상 지위남용행위를 규제하는 직접적인 법률을 가지고 있지 않다. 그러나 식품유통망에서 다국적 소매유통업체들이 규모의 경제와 구매력을 바탕으로 막대한 협상력을 가지고 피면서 공급유통망에서 불공정거래행위 문제가 제기되어 관련 논의가 진행되고 있다. EU는 불공정거래행위 특히 식품공급·유통망 관련 불공정행위를 규율하는 EU 차원의 입법이 필요한지 검토하고 있는데, 여기서 불공정행위란 신의·공정거래와는 반대되는 개념으로 선량한 상관행을 과도하게 벗어난 행위를 일방적으로 거래 당사자에게 부과하는 행위를 의미한다.

25) 김건식·원세범(주13), 56면

26) ① 협상의 대상이 될 수 없는 온라인 계약의 증가, ② 독점규제 소송비용의 큰 상승, ③ 우월적 지위에 있는 구매자는 자신의 표준약관을 지키기 위해 높은 비율을 들여 소송에 임할 유인이 있는 반면 그 거래 상대방은 집단소송이 제한되고 있는 상황, ④ 거래 상대방은 소송에 대한 위협과 비용을 감당하기 어려움 등이 제시되고 있다(Foer, A., “Abuse of Superior Bargaining Position(ASBP): What Can We Learn from Our Trading Partners?”, AAI Working Paper No. 16-02, 6면)

27) Foer(주26), 4-6면

28) Foer(주26), 22면

29) 김건식·원세범(주13), 59-64면을 주로 참조하였다

EU 회원국 중 불공정행위에 관한 입법, 즉 식품유통망의 불공정거래 행위에 적용될 수 있는 법제 현황을 보면, 관련법을 제정한 회원국은 영국, 프랑스, 크로아티아 등 20개국, 기존 경쟁법을 확장하여 포섭하고 있는 경우로 상대적 개념 방식으로 접근하는 회원국은 독일, 오스트리아 등 5개국, 시장지배적 지위 기준을 조정하는 방식으로 접근하는 회원국은 1개국(핀란드), 관련법을 두고 있지 않은 회원국은 벨기에, 네덜란드 등 8개국이다.

이처럼 불공정행위에 대한 제재는 EU 회원국별로 각기 다르다. 이는 개별 국가에서 불공정행위를 시장의 효율적 관점에서 바라보는지 또는 사적 분쟁해결 시스템을 우선시 하는지 등의 정책 방향과 관련이 있다.

제2절 거래상 지위남용행위의 성립 요건

I. 개관

공정거래법 제23조 제1항 제4호에 따른 거래상 지위남용행위가 성립하기 위해서는 ① 거래상 지위를 ② 부당하게 이용하여 ③ 법이 정한 행위유형에 해당하는 행위를 하여야 한다.

II. 사업자의 거래상 지위

1. 의의

‘거래상 지위’는 시장지배적 지위와 같은 정도의 강한 지위를 의미하는 것은 아니고, 상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 상대방의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있으면 충분하다.³⁰⁾

2. 거래관계

가. 일반소비자

거래 상대방에 소비자가 포함되는지에 대해서는 논란이 있다. 구 불공정거래행위 심사지침(2015. 12. 31. 공정거래위원회예규 제241호로 개정되기 전의 것)은 소비자를 거래 상대방에 포함하고 있었다. 대법원 역시 은행과 주택담보 대출자³¹⁾, 보험사와 보험상품 소비자³²⁾, 대형병원과 환

30) 대법원 2002. 1. 25. 선고 2000두9359 판결.

자³³⁾ 등 일반소비자에 대한 관계에서 거래상 지위남용 중 불이익 제공을 적용하였고, 해상운송업체와 화주³⁴⁾에 대하여 거래상 지위의 남용 중 구입 강제를 적용하는 등 거래상 지위남용의 상대방에 소비자를 포함하는 경향을 보였다.³⁵⁾

그런데 대법원 2015. 9. 10. 선고 2012두18325 판결에서 대법원은 거래상 지위의 남용행위를 적용하기 위해서는 “거래질서와의 관련성이 필요”하며 거래상대방이 일반 소비자인 경우에는 단순히 거래관계에서 문제될 수 있는 행태 그 자체가 아니라, 불특정 다수의 소비자에게 피해를 입힐 우려가 있거나 유사한 위반행위 유형이 계속적·반복적으로 발생할 수 있는 등 거래질서와의 관련성이 인정되는 경우에 한하여 공정거래저해성이 인정된다고 판시하였다. 대법원 판결에 대해서는 거래상 지위남용의 주된 상대방을 사업자로 보아 그 범위를 한정하면서, 새로운 기준을 제시하여 선례와 조화를 도모하고, 소비자도 당분간 보호 대상에 포함하는 절충적인 해결을 모색한 판결로 평가할 수 있으나,³⁶⁾ 아직까지 따른 판례가 선고되지 않아 거래상 상대방에 포함되는 ‘소비자’의 정확한 범위를 파악하기에는 어려움이 있어 후속 판례의 추이를 살펴볼 필요가 있다.

위 대법원 판결이 선고된 후인 2015. 12. 31. 불공정거래행위 심사지침은 위 대법원 판결의 취지를 반영하여 개정되었다. 종래 거래 상대방에 소비자가 포함되는 것으로 본 구입 강제, 이익 제공 강요, 불이익 제공에 대해 원칙적으로 사업자에 한정되며 불특정 다수의 소비자에게 피해를

31) 대법원 2010. 3. 11. 선고 2008두4695 판결.

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

33) 대법원 2013. 1. 10. 선고 2011두7854 판결.

34) 대법원 2002. 1. 25. 선고 2000두9359 판결.

35) 정재훈, 「공정거래법 소송실무」 제2판, 육법사, 2017, 409면.

36) 정재훈, 주 35)의 책, 409면.

입힐 우려가 있거나 유사한 위반행위 유형이 계속적·반복적으로 발생하는 등 거래질서와 관련성이 인정되는 경우에 소비자가 포함되는 것으로 내용을 변경하였다.

나. 간접적 거래관계

당사자 사이에 직접적인 거래관계가 없는 경우에도 ‘거래관계’를 인정할 수 있는가에 관하여 살펴볼 필요가 있다. 이와 관련하여 손해보험회사와 피보험자가 책임질 사고로 대물손해를 입은 피해차주 사이에 공정거래법 제23조 제1항 제4호가 정한 ‘거래관계’가 존재하는지 여부가 쟁점이 된 사건에서 대법원은 불공정거래행위에 관한 독점규제 및 공정거래에 관한 법률상의 관련 규정과 입법 취지 등에 의하면 불공정거래행위에서의 ‘거래’란 통상의 매매와 같은 개별적인 계약 자체를 가리키는 것이 아니라 그보다 넓은 의미로서 사업활동을 위한 수단 일반 또는 거래질서를 뜻하는 것으로 보아야 하는 점, 비록 피해차주의 보험회사에 대한 직접청구권이 피보험자의 불법행위에 의하여 발생한다고 하더라도 보험회사 및 피보험자는 바로 그러한 경우를 위하여 보험계약을 체결하는 것이고, 피해차주는 자동차손해보험의 특성상 보험계약 성립 당시에 미리 확정될 수 없을 따름이지 그 출현이 이미 예정되어 있는 것이며, 그에 따라 보험회사가 피해차주에게 대물손해를 배상하여야 할 의무도 위 보험계약에 근거하고 있는 것인 점, 불법행위로 인한 손해배상채무가 이행되는 과정에서도 채무자에 의한 불공정거래행위가 얼마든지 발생할 여지가 있는 점 등에 비추어 볼 때, 보험회사와 피해차주 사이에는 피보험자를 매개로 한 ‘거래관계’가 존재한다고 봄이 상당하다고 판단하였다.³⁷⁾

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

3. 거래상 지위의 판단

거래상 지위, 즉 상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 상대방의 거래 활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 해당하는지 여부는 당사자가 처하고 있는 시장의 상황, 당사자 간 전체적 사업능력의 격차, 거래의 대상인 상품의 특성 등을 모두 고려하여 판단하여야 한다.³⁸⁾

불공정거래행위 심사지침은 거래상 지위가 인정되기 위해서는 계속적인 거래관계가 존재하여야 하고, 일방의 타당에 대한 거래의존도가 상당하여야 하며, 계속적 거래관계 및 거래의존도를 판단함에 있어 그 구체적인 수준이나 정도는 시장상황, 관련 상품 또는 서비스의 특성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다고 정하고 있다(불공정거래 심사지침 V. 6. (3)).

과거에 실무상 거래상 지위는 크게 문제되지 않았다. 과거 공정거래위원회가 처리한 거래상 지위남용행위 사건들은 종합적인 사업능력의 격차가 현저하게 큰 이른바 대기업과 중소기업 간 거래를 대상으로 한 것이거나 대형유통업체와 입점업체 간에 일방적·구속적 거래를 다룬 것이 대부분이어서 거래의존도 내지 대체가능성에 대한 신중한 분석 없이도 직관적으로 거래상 지위를 인정하는데 큰 지장이 없었기 때문이다.³⁹⁾ 그러나 최근 민사소송에서 피고가 원고의 청구에 대한 항변으로 거래상 지위

38) 대법원 2000. 6. 9. 선고 97누19427 판결, 대법원 2002. 1. 25. 선고 2000두9359 판결, 대법원 2006. 11. 9. 선고 2003두15225 판결, 대법원 2011. 5. 13. 선고 2009두24108 판결 등.

39) 이황, “공정거래법에서 ‘거래상 지위’의 개념과 판단기준”, 법제연구통권 제 51호, 한국법제연구원, 2016, 50면.

남용을 주장하는 사례가 급증하고 있어 과거와 달리 거래상 지위에 대한 판단 기준을 구체적으로 정립할 필요성이 커지고 있다.⁴⁰⁾

Ⅲ. 거래상 지위를 부당하게 이용하였을 것

1. 공정거래저해성과 부당성의 관계

공정거래법 제23조 제1항 본문에서 규정하고 있는 ‘공정한 거래를 저해할 우려’와 각 호에서 규정하고 있는 ‘부당하게’의 관계가 문제된다. 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010두4896 판결을 비롯한 다수의 판결은 “불공정거래행위로서 공정거래법의 규제대상이 되기 위해서는 당해 행위가 외형적으로 공정거래법의 각 규정이 정하는 요건을 갖추는 외에 그것이 공정거래법의 목적에 비추어 부당한 것이어야 하고, 이 때 그 부당성 유무의 판단은 거래당사자의 거래상의 지위 내지 법률관계, 상대방의 선택 가능성·사업규모 등의 시장상황, 그 행위의 목적 및 효과, 관련 법규의 특성 및 내용 등 여러 사정을 고려하여 그 행위가 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있는지 여부에 따라야 할 것이다”고 판시하였다. 위 판시에 비추어 보면, 대법원은 공정거래저해성과 부당성을 사실상 동일한 의미로 해석하고 있다고 보인다.

2. 부당성의 판단기준

40) 거래상 지위남용행위가 인정되더라도 바로 계약의 사업상 효력이 부인되는 것은 아니지만, 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 법률행위로 무효에 해당할 수 있다는 대법원 2017. 9. 7. 선고 2017다229048 판결이 선고된 후부터 민사사건에서 거래상 지위남용행위 항변이 급증하고 있다.

불공정거래행위는 경쟁제한성을 위주로 심사하는 행위 유형과 불공정성을 위주로 심사하는 행위 유형으로 구분할 수 있는데, 거래상 지위남용행위는 후자에 속하는 것으로 보고 있다.⁴¹⁾ 대법원 역시 “거래상 지위를 부당하게 이용하여 상대방에게 불이익을 준 행위인지 여부는 당해 행위의 의도와 목적, 효과와 영향 등과 같은 구체적 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.”라고 판시하여 정상적인 거래관행을 부당성의 판단 기준으로 제시하는 것이 다수이다.⁴²⁾⁴³⁾

이와 달리 부당성 판단 기준을 “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

41) 정재훈, 주 35)의 책, 412-413면.

42) 대법원 2013. 1. 10. 선고 2011두7854 판결 등.

43) 대법원은 최근 대규모유통업법 제14조 제1항이 문제된 사건에서 “대규모유통업법 제14조 제1항의 문언과 취지 등을 고려하면, 대규모유통업법 제14조 제1항에 따라 금지되는 경영정보 제공 요구행위에서 말하는 ‘부당성’이란, 당사자가 처해 있는 시장 및 거래의 상황, 거래의 대상인 상품의 특성, 경영정보 제공을 요구한 의도·경위·목적·효과·영향 및 구체적인 요구의 태양, 제공이 요구된 정보의 내용과 범위, 경영정보 제공 요구를 받은 상대방이 이에 응하지 않을 때에 받거나 받을 수 있는 불이익의 내용과 정도, 행위 사업자의 시장에서의 우월한 지위의 정도 및 당사자 간의 전체적인 사업능력의 격차 등 여러 사정을 참작하여 그 요구행위가 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 인정할 수 있는 경우를 의미한다고 보아야 한다.”고 판시하여 부당성을 정상적인 거래관행을 기준으로 판단하여야 한다고 판시하였다(대법원 2018. 10. 12. 선고 2016두30897 판결).

하며, 또한 상대방에게 부당하게 불이익을 주는 행위인지 여부는, 당해 행위가 행하여진 당시를 기준으로 당해 행위의 의도와 목적, 당해 행위에 이른 경위, 당해 행위에 의하여 상대방에게 생길 수 있는 불이익의 내용과 정도, 당해 행위가 당사자 사이의 거래과정에 미치는 경쟁제약의 정도, 관련업계의 거래관행, 일반경쟁질서에 미치는 영향 및 관계 법령의 규정 등 여러 요소를 종합하여 전체적인 관점에서 판단하여야 한다.”고 판시하여 경쟁제한의 정도, 일반경쟁질서에 미치는 영향 등을 제시한 판례⁴⁴⁾가 있으나, 구체적인 부당성 판단에 있어 ‘경쟁질서’가 큰 의미를 갖는 것으로 보이지는 않는다.⁴⁵⁾

3. 경쟁질서와의 관련성

대법원은 2015. 9. 10. 선고 2012두18325 판결에서 “공정거래법 제23조 제1항은 사법상 권리의무를 조정하기 위한 것이 아니라 공법적 관점에서 불공정한 거래행위를 금지하는 규정이고 규정체계상 공정거래법 제23조 제1항 제4호의 거래상 지위의 남용행위를 적용하기 위해서는 거래질서와의 관련성이 필요하며, 거래 상대방이 일반 소비자인 경우에는 단순히 거래관계에서 문제될 수 있는 형태 그 자체가 아니라, 불특정 다수의 소비자에게 피해를 입힐 우려가 있거나 유사한 위반행위 유형이 계속적·반복적으로 발생할 수 있는 등 거래질서와의 관련성이 인정되는 경우에 한하여 공정거래저해성이 인정된다고”고 판시하였다.

위 판례를 보면, 대법원이 거래상 지위남용행위를 판단함에 있어 경쟁

44) 대법원 2007. 3. 29. 선고 2005두3561 판결 등.

45) 정재훈, 주 35)의 책, 414면.

제한효과를 고려할 수 있는 가능성을 열어두었다고 볼 여지가 있으나, 거래상 지위남용행위 규제의 연원이 거래질서를 보호하려는 것에 있었고, 하도급법, 가맹사업법, 대규모유통업법 등 특별법에 기하여 거래질서를 강화하는 입법의 흐름에 비추어, 그 모법인 공정거래법상 거래상 지위남용행위의 부당성 판단에 있어서 경쟁질서를 중심으로 판단하는 것은 어려울 것으로 보인다.⁴⁶⁾

불공정거래행위 심사지침은 거래상 지위남용행위의 위법성을 사업자가 거래상대방에 대해 거래상지위를 가지고 있는지 여부, 거래내용의 공정성을 침해하는지 여부, 합리성이 있는 행위인지 여부를 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다고 정하고 있다. 그 중 거래내용의 공정성 여부는 당해 행위를 한 목적, 거래상대방의 예측가능성, 당해업종에서의 통상적인 거래관행, 관련법령 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하고, 합리성이 있는 행위인지 여부는 당해 행위로 인한 효율성 증대효과나 소비자후생 증대효과가 거래내용의 불공정성으로 인한 공정거래저해 효과를 현저히 상회하는지 여부, 기타 합리적인 사유가 있는 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하되, 거래상 지위남용행위의 속성상 제한적으로 해석함을 원칙으로 한다고 정하고 있다.

46) 정재훈, 주 35)의 책, 416면.

제3장 거래상 지위남용행위에 대한 사적집행의 의의와 한계

제1절 공정거래법 위반행위에 대한 법집행 개관

I. 공적집행과 사적집행의 의미

법집행이란 용어는 미국 법경제학과 경쟁법 분야에서 논의되기 시작하여 법학 전 분야에서 일반적으로 받아들여진 개념으로 권리를 침해한 자를 적발하여 그 침해행위를 금지시키거나 이를 제재하는 시스템을 지칭한다.⁴⁷⁾ 법집행은 권리보호의 작용원리란 측면에서 접근한 것으로 권리침해에 대하여 피해자보호 제도란 측면에서 접근한 구제수단이란 것과 접근방식만 다를 뿐 논의하려는 본질은 유사하다. 공적집행과 사적집행 간의 관계를 논하는 것은 일정한 억지효 달성을 위하여 범영역에서 발견되는 각종 고려 요소들을 종합하여 양자 간의 최적조합을 찾기 위함이다.⁴⁸⁾

법위반행위를 억지하기 위하여 ① 행정청이 시정명령, 과태료, 과징금 부과처분 등 여러 행정처분을 할 수 있고, ② 검사는 기소를 하고 법원은 형사처벌을 할 수 있으며, ③ 피해자는 법원에 금지청구, 손해배상청구 등을 할 수 있다. 일반적으로 ①과 ②는 공적집행으로, ③은 사적집행

47) 김차동, “민사적 구제수단의 행정·형사적 구제수단에 대한 비교우위”, 「법학논총」 제31집 제1호, 한양대학교 법학연구, 2014, 458면.

48) 김차동, 주 47)의 글, 459면.

으로 보고 있지만,⁴⁹⁾ 공적집행과 사적집행이 정확히 무엇을 의미하는지는 명확하지 않다. 법집행의 개념이 발전한 미국에서는 반독점법의 집행을 정부집행과 사인의 소송으로 나누어 공적집행에는 민사적 집행(금지청구)·형사적 집행·행정적 집행이 모두 포함되고, 사적집행은 사인에 의한 손해배상청구·금지청구를 의미하는 것으로 보고 있다.⁵⁰⁾ 또한 사적집행을 집행 주체에 따라 ‘사인에 의해 개시되고 사인이 절차의 주도권을 가진 집행’이라고 보아야 한다는 주장⁵¹⁾ 등 다양한 견해가 있다.

II. 공정거래법 위반행위에 대한 공적집행

공정거래법은 근대 이후 법질서가 상정할 수 있는 대표적인 세 가지 방식의 제재를 모두 상정하고 있는데, 시정명령·과징금이라는 행정제재와 손해배상을 통한 민사적 제재, 그리고 형사적 제재가 그것이다.⁵²⁾ 공정거래법은 공정거래위원회 중심의 행정규제주의를 특징으로 삼아 범위반행위에 대한 제재 또한 공정거래위원회의 시정명령과 과징금이 중심이 되었다. 불공정거래행위의 경우에도 주로 행정적 구제가 논의되었다. 이는 불공정거래행위는 민법 제2조 제2항의 권리남용이나 제104조의 불공정한 법률행위 등에 비견됨에도 사법상 포섭되기 어렵거나 손해배상 등을 통한 구제가 곤란한 행위유형으로 공정거래법과 일부 특별법들은 이를 행정적으로 규제하는 점에서 중요한 의미를 가진다.⁵³⁾ 최근 사적집행

49) 이봉의, 주 11)의 글, 2면.

50) 신영수, “경쟁법의 사적 집행 활성화 - 전제와 현실, 그리고 과제”, 「법학논고」 제36집, 경북대학교 법학연구원, 2011, 173면.

51) 이소영, “공정거래법의 사적 집행에 관한 민사법적 고찰”, 서울대학교 박사학위논문, 2019, 26면.

52) 이봉의, “유통분야 불공정거래행위에 대한 제재의 재구성”, 「경쟁법연구」 제35권, 한국경쟁법학회, 2017, 29면.

53) 이봉의, 주 52)의 글, 37면.

을 강화해야 한다는 주장이 힘을 얻고 있지만, 여전히 공적집행을 중심으로 공정거래법 집행이 이루어지고 있다. 거래상 지위 남용행위에 대한 민사적 구제 역시 공적집행을 완전히 대체하는 의미가 아니라 공적집행을 보완하는 차원에서 논의가 이루어지고 있다.

1. 시정조치

시정조치는 위반행위의 중지명령, 주식처분명령, 계약조항 삭제명령, 시정명령을 받은 사실의 공표명령 등 법의 시정조치 규정에 근거하여 법에 위반되는 상태를 법에 합치하는 상태로 회복하기 위한 행정처분을 말한다.⁵⁴⁾ 과징금, 과태료, 형벌 등이 과거 위반행위에 대한 징벌적 제재로서의 의미를 가지는 반면, 시정조치는 장차 그러한 위반행위를 중지하고 적법한 의무이행을 담보하기 위하여 작위 또는 부작위 등 독립된 새로운 의무를 부과하는 것으로 범위반행위로 인해 발생한 피해를 제거하기 위한 것으로 공정거래위원회가 공정거래법을 집행하는데 가장 기본적인 수단이다.⁵⁵⁾

공정거래법 제24조는 거래상 지위남용 행위를 포함한 불공정거래행위가 있을 때에는 해당 사업자에 대하여 문제된 불공정거래행위의 중지 및 재발방지를 위한 조치, 계약조항의 삭제, 시정명령을 받은 사실의 공표 기타 시정을 위한 필요한 조치를 명할 수 있다고 정하고 있다. 시정조치에 응하지 않을 경우 2년 이하의 징역 또는 1억 5천만 원 이하의 벌금에 처하여 질 수 있다(공정거래법 제67조 제6호). 전부개정안 역시 공정거

54) 권오승·서정, 「독점규제법 이론과 실무」 제3판, 법문사, 2018, 724면.

55) 권오승·이민호, “경쟁질서와 사법상의 법률관계”, 「비교사법」 14권, 한국비교사법학회, 2007, 81면.

래법과 유사하게 불공정거래행위가 있을 때에는 해당 사업자에게 당해 불공정거래행위의 중지 및 재발방지를 위한 조치, 계약조항의 삭제, 시정 명령을 받은 사실의 공표, 그 밖에 필요한 시정조치를 명할 수 있고, 그 시정명령에 응하지 않을 경우 2년 이하의 징역 또는 1억 5천만 원 이하의 벌금에 처한다고 정하고 있다(전부개정안 제48조 제1항, 제123조 제1호).

2. 과징금

과징금은 행정법상 의무위반에 대하여 행정청이 그 의무자에게 부과·징수하는 금전적 부담을 의미한다. 공정거래위원회는 범위반행위가 인정되는 경우에 과징금을 부과할 수 있다. 과징금을 통한 금전적 불이익의 부과가 행정법상 의무 위반행위에 대한 비범죄화 요구에 부응하면서 사업자들의 시장행동에 영향을 줄 수 있다는 점에서 효과적인 법집행수단으로 인식되고 있으나, 그 금전적인 부담의 크기만 놓고 보면 과징금이 형사상 벌금을 훨씬 상회하고 있다.⁵⁶⁾

공정거래법상 과징금이 행정제재벌의 성격을 가지는지 부당이득환수의 성격을 가지는지 문제된다. 대법원⁵⁷⁾과 헌법재판소⁵⁸⁾는 양자의 성격

56) 권오승·서정, 주 54)의 책, 729면.

57) 대법원 2004. 3. 12. 선고 2001두7220 판결: “부당지원행위에 대한 과징금은 부당지원행위 억지라는 행정목적 실현하기 위한 행정상 제재금으로서의 기본적인 성격에 부당이득환수적 요소도 부가되어 있는 것으로 (이하 생략)”

58) 헌법재판소 2003. 7. 24. 선고 2001헌가25 결정: “행정권에는 행정목적 실현을 위하여 행정법규 위반자에 대한 제재의 권한도 포함되어 있으므로, ‘제재를 통한 억지’는 행정규제의 본원적 기능이라 볼 수 있는 것이고, 따라서 어떤 행정제재의 기능이 오로지 제재(및 이에 결부된 억지)에 있다고 하여 이를 헌법

을 동시에 가지고 있다고 보고 있다. 공정거래법 제53조의3 제1항은 과징금을 산정함에 있어 위반행위로 취득한 이익뿐만 아니라 위반행위의 내용, 정도, 기간, 회수 등을 고려할 것을 요구하고 있으므로, 공정거래법상 과징금에 대해서는 법 위반자에 대한 제재를 통해 의무이행을 확보하려는 취지와 함께 부당이득을 환수하고자 하는 이중적 성격을 갖는 것으로 해석된다.⁵⁹⁾

공정거래법 제24조의2 제1항은 불공정거래행위가 있을 때에는 당해 사업자에 대하여 대통령령이 정하는 매출액에 100분의 2를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있고, 매출액이 없는 경우 등에는 5억 원을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다고 정하고 있다. 전부개정안은 공정거래법에 비해 과징금 부과한도를 2배 상향하였다. 전부개정안 제49조 제1항은 불공정거래행위가 있을 때에는 해당 사업자에게 대통령령으로 정하는 매출액에 100분의 4를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위에서 과징금을 부과할 수 있고, 매출액이 없는 경우 등에는 10억 원을 초과하지 아니하는 범위에서 과징금을 부과할 수 있다고 정하고 있다.

3. 형사처벌

공정거래법 위반이 있는 경우, 그 행위자와 법인에 형벌이 부과될 수

제13조 제1항에서 말하는 국가형벌권의 행사로서의 '처벌'에 해당한다고 할 수 없는바, 공정거래법상 부당내부거래에 대한 과징금은 그 취지와 기능, 부과 주체와 절차 등을 종합할 때 부당내부거래 억지라는 행정목적을 실현하기 위하여 그 위반행위에 대하여 제재를 가하는 행정상의 제재금으로서의 기본적 성격에 부당이득환수적 요소도 부가되어 있는 것이라 할 것이고, (이하 생략)"
59) 권오승·서정, 주 54)의 책, 730면.

있다. 그런데 공정거래법은 실질적 경쟁제한성, 부당성, 공정거래저해성과 같은 불확정 개념을 사용하기 때문에 행위자가 스스로 자신의 행위가 공정거래법에 위반되는지 판단하기는 쉽지 않다. 공정거래법에 위반되는 행위라는 점이 법원에서 인정되었다고 하더라도 모든 공정거래법 위반행위에 대해 형벌을 부과하는 것은 타당하지 않다. 공정거래법은 형사처벌이 법 집행 중 가장 강력한 제재수단이라는 점을 고려하여 무분별하게 행사되지 않을 수 있도록 공정거래위원회의 고발이 있어야 검사가 공소를 제기할 수 있는 전속고발권 제도를 두고 있다. 다만 신설된 공정거래법 제71조 제3항 및 제4항에 따른 감사원장, 조달청장, 중소기업청장의 고발요청권과 이에 따른 공정거래위원회의 고발의무로 거래상 지위 남용행위자가 형사처벌을 받을 가능성이 커졌다.

공정거래법 제67조 제2호는 거래상 지위남용행위를 포함한 불공정거래행위(다만 제23조 제1항 제7호는 제외)를 한 자에 대해서는 2년 이하의 징역 또는 1억 5천만 원 이하의 벌금에 처한다고 정하고 있다. 전부개정안 제123조 제4호 역시 거래상 지위남용행위를 한 자에 대해서는 2년 이하의 징역 또는 1억 5천만 원 이하의 벌금에 처한다고 정하고 있다.

주지한 바와 같이 전부개정안에서 거래상 지위남용행위에 대한 과징금의 상한을 크게 높였음에도 형사처벌 규정을 그대로 둔 것에 대하여는 재검토가 필요하다. 거래상 지위남용행위는 민법 제103조, 제104조에 위반하지 않는 약정을 체결한 경우에도 성립할 수 있다⁶⁰⁾. 또한 법원은 ‘공

60) 이 부분에 대해서는 뒤에서 살펴보는 바와 같이 견해대립이 있으나, 판례는 민법 제103조, 제104조에 위반하지 않는 약정의 경우에도 거래상 지위남용행위가 성립된다는 입장으로 보인다.

정거래저해성'의 판단을 여러 시장 상황을 종합적으로 고려하여 판단하고 있어 사업자가 자신의 행위가 거래상 지위남용행위에 해당하는지 사전에 명확하게 알기 어렵다. 거래상 지위남용행위가 다른 공정거래법위반행위에 비하여 사적분쟁의 성격이 강하다는 점까지 고려하면, 형법상 사기, 강요 등에 이르지 않는 공정거래법위반행위를 일률적으로 형사처벌 대상으로 하는 것은 과잉규제로 보인다.

Ⅲ. 공정거래법 위반행위에 대한 사적집행의 유형과 기능

1. 유형

공정거래법상 사적집행에는 통상 ① 범위반행위로 인하여 그 이익을 침해당하거나 당할 우려가 있는 사인에게 그 행위로 인하여 손해가 발생하거나 발생할 우려가 있을 때 그 위반행위자를 상대로 법원에 위반행위의 중지, 방해배제 등을 청구할 수 있도록 하는 금지청구와 ② 범위반행위로 인하여 피해를 입은 사인이 사후에 법원에 소를 제기하여 손해를 전보 받을 수 있도록 하는 '손해배상청구'가 있다.⁶¹⁾

공정거래법 위반행위로 인한 거래의 상대방이 해당 거래가 무효임을 주장하여 효력에서 벗어나도록 하는 '사법상 무효 주장'이 사적집행에 포함되는지에 대해 사법상 무효 주장의 주된 기능은 거래상대방의 권리구제이며, 범위반행위의 억지·제재라는 집행적 기능은 다른 집행수단에 비하여 약하다고 볼 수 있다는 이유 등에서 사적집행 수단의 성격이 약

61) 이선희, “한국 경쟁법의 사적 집행제도의 개요와 향후 발전방향”, 「경쟁법연구」 제29권, 한국경쟁법학회, 2014, 279면.

하다고 보는 견해가 있다.⁶²⁾ 그러나 거래상 지위남용행위에 한정하여 보면, 사실행위가 아닌 법률행위의 형태로 거래상 지위남용행위가 이루어진 경우, 그 사법상 효력을 부인하지 않으면 범위반행위가 법원에 의해 강제된다는 점에서 범위반행위의 억지 기능에 장애가 생긴다. 손해배상 청구에 관하여 보더라도 법원은 손해배상의 책임 및 그 금액을 정함에 있어 피해자의 과실을 참작하여야 하는데(민법 제396조, 제763조), 계약 무효에 따른 부당이득반환청구의 경우에는 과실상계가 적용되지 않는다는 점⁶³⁾에서 계약 무효 주장 및 그에 따르는 부당이득반환청구가 손해배상청구에 비하여 집행적 기능이 약하다고 볼 수도 없다.

결국 공정거래법 위반행위, 특히 거래상 지위남용행위에 대한 사적집행의 방법은 크게 ① 사법상 무효, ② 손해배상청구, ③ 금지청구로 구분할 수 있다.⁶⁴⁾

2. 사적집행의 기능

가. 억지 기능

62) 이소영, 주 51)의 학위논문, 30면.

63) 대법원 2014. 3. 13. 선고 2013다34143 판결: “과실상계는 본래 채무불이행 또는 불법행위로 인한 손해배상책임에 대하여 인정되는 것이고, 매매계약이 해제되어 소급적으로 효력을 잃은 결과 매매당사자에게 당해 계약에 기한 급부가 없었던 것과 동일한 재산 상태를 회복시키기 위한 원상회복의무의 이행으로서 이미 지급한 매매대금 기타의 급부의 반환을 구하는 경우에는 적용되지 아니한다.”

64) 사법상 무효 주장을 사적집행에 포함시키는 견해로는 김두진, “한국 독점규제법의 집행”, 아시아 경쟁법의 비교: 2005년 국제학술심포지움, 아시아법연구소, 2006., 150, 권오승·이민호, 주 55)의 글, 79-80면 등이 있다.

억지란 범위반행위의 발생을 미연에 방지하는 것이다. 사적집행수단 중 금지청구제도는 범위반행위의 중지·예방 등을 명하여 더 이상 범위반행위가 일어나지 않도록 함으로써 범위반행위에 대한 사전적 억지기능을 수행한다.⁶⁵⁾ 손해배상청구제도는 범위반행위자에게 범위반에 따른 총비용을 상승시킴으로써 범위반의 유인을 낮춰 범위반을 억제할 수 있다.⁶⁶⁾ 사법상 무효 주장이나 이를 전제로 한 부당이득반환청구는 범위반행위자가 범위반행위를 통해 실현하려는 목적을 달성할 수 없게 함으로써 사전적·사후적 억지기능을 수행한다.

나. 보상기능

보상 내지 전보를 통하여 이른바 교정적 정의를 추구하는 것 또한 경쟁법 집행의 중요 기능 중 하나이다.⁶⁷⁾ 억지의 목적이 경쟁법 위반행위의 발생을 미연에 방지하려는데 주안점이 있는 것이라면, 보상 내지 전보는 사후적으로 범위반사업자로 하여금 행위의 결과로 인한 피해를 보상해 주도록 하거나 사회적 법익 침해를 교정하려는 취지라는 점에서 차이가 있다.

사적집행의 보상기능은 피해자로 하여금 적극적으로 법원이나 공정거래위원회에 신고하는 유인을 제공함으로써 범위반행위에 대한 적발률을 큰 비용 없이 높이는 사적집행을 보완하는 기능을 수행할 수 있다.

65) 이소영, 주 51)의 학위논문, 41면.

66) 이봉의, 주 52)의 글, 43면.

67) 신영수, 주 50)의 글, 177면.

제2절 거래상 지위남용행위에 대한 사적집행의 필요성과 한계

I. 거래상 지위남용행위 규제의 목적

공정거래법은 1차적으로 자유롭고 공정한 경쟁질서의 유지를 목적으로 한다. 자유롭고 공정한 경쟁질서 보호 외에 시장에 참여한 개인의 보호까지도 목적으로 하는지에 대해서는 의문이 제기될 수 있으나, 공정거래법이 법 위반행위에 대해 별도의 위법성 요건의 검토 없이도 피해자에게 민사상 손해배상청구권을 인정하는 점을 고려하면, 공정거래법은 자유롭고 공정한 경쟁질서의 유지라는 목적 외에 시장참가자의 이익 보호까지 목적으로 한다고 보아야 한다.

특히 거래상 지위남용행위 규제는 그 자체로서 직접적으로 관련시장에서 경쟁을 제한하는 행위를 규제하는 것이라기보다는 거래상 열악한 지위에 놓인 거래상대방의 이익을 보호함으로써 자유경쟁의 기반을 보호하기 위한 규정이라는 점에서 시장지배적 지위남용이나 부당한 공동행위에 비하여 특정한 시장참가자, 즉 거래상대방의 이익 보호가 경쟁질서의 보호 못지않은 중요한 목적이라고 보아야 한다.

II. 거래상 지위남용행위에 대한 공적집행의 한계와 사적집행의 필요성

1. 공적집행의 한계

공정거래법 위반행위를 막기 위해서는 범위반의 유인을 낮출 필요가

있다. 즉 범위반행위에 대한 과징금이나 벌금, 형사벌, 손해배상 등 범위반에 따른 총비용을 인위적으로 올림으로써 범위반의 유인을 낮춰 범위반을 억제할 수 있다. 다만 시정조치는 그 성질상 범위반행위의 중지를 본질적인 내용으로 하므로 사업자가 범위반으로 얻은 부당이득을 회수할 수 없고, 피해자가 입은 손해를 전보시킬 수도 없으며, 과징금은 실제 범위반행위를 지시 또는 이에 관여한 임직원에게 충분한 불이익을 가할 수 없다는 한계가 있다.⁶⁸⁾ 형사벌은 범위반행위자에 대한 사후제재로는 적절할 수 있으나 사업자가 범위반으로 얻은 부당이득을 환수할 수 없다는 한계가 있다.

2. 거래상 지위 남용행위에 있어 사적집행의 필요성

거래상 지위남용행위 규제의 목적을 고려할 때 거래상 지위남용행위의 규제에 있어 사적집행은 다른 공정거래법 위반행위에 비해 중요한 의미가 있다.

가. 거래상 지위남용행위에 대한 사적집행은 범위반행위의 억제라는 목적에 부합한다.

1) 시장지배적 지위의 남용행위나 부당한 공동행위금지의 경우에는 시장에서의 자유로운 경쟁을 제한하고, 그로 인해 다수의 피해자를 발생시킨다. 특정한 사인이 시장지배적 사업자나 부당한 공동행위자를 상대로 손해배상청구소송을 제기하고 승소판결을 받더라도 시장지배적 사업자나 부당한 공동행위자가 범위반행위를 통해 얻은 이익에 비해 사인이

68) 이봉의, 주 52)의 글, 43면.

받은 피해가 적기 때문에 그 손해배상청구는 범위반행위 억제 효과 크지 않다.

반면 거래상 지위남용행위는 그 위반행위가 주로 거래상 지위에 있는 사업자와 그 상대방 사이에서 발생하고, 사업자는 특정 거래상대방으로부터 이익을 착취한다는 특징이 있다. 거래상대방이 사업자를 상대로 한 손해배상청구는 사업자가 범위반행위로 얻은 부당한 이익을 박탈할 수 있다. 즉 거래상 지위남용행위에서에 대한 손해배상청구는 다른 공정거래법 위반행위에 대한 손해배상청구와 보다 범위반행위로 인한 비용을 상승시켜 범위반행위를 억제하는 기능을 수행할 수 있다.

2) 또한 피해자가 과거의 입은 손해를 배상받을 수 있거나, 장래의 위법행위에 대해 금지명령을 받아 이를 통해 권리 구제를 받을 수 있다면, 피해자는 적극적으로 법원이나 공정거래위원회에 신고함으로써 범위반행위에 대한 적발률을 큰 비용 없이 높일 수도 있다.

나. 거래상 지위남용행위에 있어 사적집행은 피해 구제 기능을 수행할 수 있다.

거래상 지위남용행위로 인한 피해는 주로 우리사회에서 갑을 관계에서 약자에게 발생하기 때문에 그 구제의 필요성이 크다. 그런데 공정거래위원회의 공적집행은 범위반행위로 이미 발생한 피해자의 피해를 회복시키는데 한계가 있다. 반면 거래상 지위남용행위에 대한 사적집행, 예컨대 손해배상청구나 부당이득반환청구는 피해 구제의 기능을 갖는다. 나아가 범위반행위가 계속되거나 예정될 경우, 금지청구제도는 그 위반행

위로 인해 발생할 수 있는 피해를 사전에 방지하는 기능을 수행할 수 있다.

Ⅲ. 거래상 지위남용행위에 대한 사적집행의 한계

1. 미국식 사적집행 제도의 한계와 평가

가. 미국식 사적집행 제도의 한계⁶⁹⁾

사적집행이 활성화된 대표적인 나라인 미국에서도 사적집행은 그 기능과 필요성에도 불구하고 여러 한계점, 대표적으로 과잉억제, 비효율성, 공적집행과의 상충 가능성 등이 지적되고 있다.

미국식 사적집행 제도의 가장 큰 문제점으로 과잉억제 효과가 지적되고 있다. 이는 3배 배상제도, 집단소송제도와 관련되는데, 위 제도들이 사인의 소송에 대한 인센티브를 지나치게 높여 사인이 소송을 남발하게 된다는 것이다. 사업자는 사업자의 사회적 명성, 기업 이미지 하락 등을 고려하여 가급적 사인과 합의하여 소를 취하시키는 등의 방식으로 소송을 종결짓게 할 수 있고, 이는 경쟁을 촉진하는 것이 아니라 오히려 경쟁의 저해를 초래한다는 것이다.

다음으로 사적집행이 공적집행에 비해 비효율적이라는 비판도 있다. 예를 들어 자진신고자 감면 제도는 담합행위의 적발에 매우 효과적인 것으로 평가되고 있으나, 자진신고자가 추후 사인의 손해배상 소송에 노출

69) 이소영, 주 51)의 학위논문, 48-51면을 요약하였다.

된다면 동 제도를 이용할 인센티브가 현저히 감소될 수 있다는 것이다.

마지막으로 사적집행은 공적집행의 정책 방향과 상충될 가능성이 있다고 한다. 공정거래위원회와 같은 행정기관에서는 통합된 단일의 정부기관으로써 조직적 정책결정을 내리고 이것이 일관성을 유지하는데 반해, 사적집행은 개별 사건마다 위법성과 손해배상 여부가 결정되기 때문에 공정거래법 정책의 일관성과 방향성을 흔들리도록 하여 잠재적 범위 반행위자의 혼란을 가중시킬 수 있다고 한다.

나. 평가

1) 미국식 사적집행 제도의 한계로 지적되는 과잉억지, 비효율성, 공적집행과의 상충 가능성은 우리의 사적집행 제도, 특히 거래상 지위남용행위에 대한 사적집행에 있어서는 한계로 보기 어렵다.

2) 공정거래법상 거래상 지위남용행위에 대해서는 미국과 달리 징벌적 손해배상제도가 도입되어 있지 않고, 전부개정안에서도 징벌적 손해배상제도를 도입하지 않고 있다. 무엇보다 우리나라에서 사업자를 상대로 한 거래상 지위남용행위를 이유로 한 손해배상청구가 사업자에게 합의를 통한 분쟁해결의 압력을 준다고 볼 자료가 없다. 오히려 우리나라에서는 거래상 지위남용행위의 피해자가 손해배상청구를 통해 실효적인 구제를 받지 못하고 있는 상황이 문제로 지적되고 있다.

3) 다음으로 공적집행에 대해 비효율적이라는 비판에 관하여 보면, 사적집행은 공적집행을 대체하는 역할을 수행하는 것이 아니라 공적집행을

보완하는 기능을 수행하는 것이고, 부당한 공동행위와 달리 거래상 지위 남용행위에 있어서는 자진신고자 감면제도가 없다는 점에서 최소한 거래상 지위남용행위에 있어서는 미국에서의 논의가 우리나라에 적용되기는 어렵다.

4) 공적집행과 사적집행의 상충은 우리나라에서도 발생할 수 있다. 그러나 단순히 공정거래위원회의 판단과 민사법원의 판단이 다르다고 하여 그 자체가 문제라고 볼 수 없다.

공적집행과 사적집행이 외형상 충돌하는 것은 크게 두 가지 모습으로 나타난다. 우선 ① 공정거래위원회가 사업자의 특정한 행위를 거래상 지위남용행위로 보고 시정조치, 과징금 부과처분 등을 하였으나 법원에서 피해자가 제기한 손해배상청구소송에서 사업자의 특정한 행위를 거래상 지위남용행위로 보지 않은 경우, ② 그리고 반대로 공정거래위원회에서 사업자의 특정한 행위가 거래상 지위남용행위가 아니라고 보았으나 법원에서 거래상 지위남용행위로 보고 손해배상을 명한 경우이다.

먼저 전자에 관하여 본다. 공정거래위원회의 처분과 민사법원의 판결이 상충되는 것으로 보이는 이유는 행정처분이 갖는 공정력 때문이다. 그러나 행정처분의 공정력은 적법성을 추정하는 효력이 아니라 행정처분의 위법 여부를 묻지 않고 취소되기 전까지 잠정적으로 통용되도록 하는 힘 정도에 불과한 것이기 때문에⁷⁰⁾ 법원은 공정거래위원회가 특정한 행위를 거래상 지위남용행위로 보았더라도 그와 달리 판단하여 피해자의 손해배상청구를 기각할 수 있음은 당연하다.⁷¹⁾ 후자의 경우는 공정거래

70) 박균성, 「행정법론(상)」 제14판, 박영사, 2015, 128면.

위원회의 무혐의처분 등에는 공정력이 인정되지 않기 때문에, 법원은 공정거래위원회의 판단과 달리 피해자의 손해배상청구를 인용하는데 아무런 문제가 없다.

공정거래위원회의 시정조치, 과징금 등의 공적집행은 공정거래법이 허용하는 범위 내에서만 가능함은 명백하다. 구체적인 사건에서 어떠한 법률해석이 헌법에 합치되는 해석인가를 포함하는 법령의 해석·적용에 관한 권한은 대법원을 최고 법원으로 하는 법원에 전속되는 이상 민사법원이 공정거래위원회의 판단에 구속되지 않음은 분명하고, 구속되어서도 안 된다. 공정거래위원회가 한 행정처분이 공정거래법 등에 반하여 위법한 경우에는 그 정책적 판단에 나름의 이유가 인정된다고 하더라도 그 처분을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정되지 않는 한 그 처분에 대한 항고소송이 적법하게 제기되면 법원은 그 처분을 취소하여야 하는 것이다(행정소송법 제28조 제1항 본문 참조).

즉, 공적집행과 사적집행의 충돌 가능성이 있다고 하여 이를 사적집행의 한계로 볼 수 없다.

2. 우리나라에서 거래상 지위남용행위에 대한 사적집행의 한계

공정거래법상 사적집행에 관한 여러 논의는 전체적인 법체계와의 정

71) 대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카29075 판결: “(공정거래법)에 정해진 시정조치가 확정되면 곧바로 사업자 등의 행위에 위법성이 인정되는 것은 아니고 위 시정조치에 있어서 공정거래위원회가 인정한 사실은 그 시정조치에서 지적된 불공정거래행위에 의하여 입은 손해를 배상받고자 제기한 민사소송에서 법원을 구속하지 못하고 다만 사실상 추정을 받게 되는데 그치는 것이다.”

합성에 관한 깊이 있는 논의와는 거리를 두고, 이른바 선진국들의 제도와 우리 제도를 단순히 접목하려는 방향으로 전개되어 온 측면이 있다.⁷²⁾ 우리나라에서 공정거래법의 사적집행 수단으로 논의되는 손해배상 청구제도나 금지청구권제도 등은 기본적으로 민법, 민사소송법과 민사집행법 체계 내에서 운영되는 것이다. 예컨대, 금지청구에 관하여 보면, 미국은 채무불이행이나 불법행위에 관한 보통법상의 원칙적인 구제수단이 금전배상이고, 다만 법원의 재량에 의해 형평법에 의한 금지적 유지명령과 작위적 유지명령이 법원의 재량에 의해 인정되는데⁷³⁾, 우리나라는 채무불이행이 있는 경우에는 원칙적으로 그 강제이행이 가능하고, 불법행위의 경우에는 법원이 명문의 규정이 없는 한 손해배상의 방법으로 금전배상이 아닌 원상회복을 인정하는데 부정적이기 때문에 미국의 금지청구에 관한 논의가 우리나라에 그대로 적용될 수는 없다.

우리나라에서 거래상 지위남용행위에 대한 사적집행의 한계는 전체 법체계와의 정합성이라는 관점에서 살펴볼 필요가 있다. 범위반행위가 인정되고, 그에 대한 억지의 필요가 크다고 하더라도 그 위반행위로 인한 손해가 발생하지 않았다면 손해배상청구는 할 수 없다. 그리고 거래상 지위남용행위의 사법상 효력을 부인하지 않으면서, 사법상 효력을 부인하는 것과 동일한 결과를 가져오는 금지청구권을 인정하는 것에는 신중해야 한다. 예컨대, 계속적 계약관계에서 계약해지 통지가 거래상 지위남용행위에 해당할 경우,⁷⁴⁾ 그 계약해지 통지의 사법상 효력이 무효가 아니라면 계속적 계약관계는 종료된 것인데, 이 경우 금지청구가 가능한

72) 홍대식, 주 1)의 글, 352면.

73) 윤진수, “손해배상의 방법으로서의 원상회복 - 민법개정안을 계기로 하여 -”, 「비교사법」 제10권 1호(통권 20호), 한국비교사법학회, 2003, 87-89면.

74) 불공정거래행위 중 부당한 거래거절에도 해당할 가능성이 클 것이다.

지, 가능하다면 그 대상이 무엇인지 신중하게 검토할 필요가 있다.

IV. 소결

1. 현재의 공정거래법 집행 시스템은 위반행위가 발생할 경우 이를 억제하기 위한 수단은 공정거래위원회의 행정적 집행에 우선권을 두고, 사적집행에는 큰 비중을 두지 않고 있다.⁷⁵⁾ 위반행위를 억제는 주로 공적 집행 중 공정거래위원회의 행정적 집행에 의해 이루어지고 있다. 형사적 집행의 경우 공정거래위원회의 완화 또는 견제된 전속고발권을 통하여 행정적 집행이 보완되고 있다. 사인에게는 법 위반행위로 인한 손해가 발생한 경우에 사후적으로 그 배상을 청구할 수 있는 권리를 부여하고 증명책임 완화 등을 위한 규정을 두고 있으나, 뒤에서 보는 바와 같이 일반 민법상 불법행위에 비해 공정거래법위반행위에 대한 사적집행 기능 강화를 위한 특별한 장치가 있다고 보기는 어렵다.

2. 거래상 지위남용행위 금지의 목적과 관련하여 볼 때, 거래상 지위 남용행위에 대한 사적집행은 사업자가 얻은 부당이득을 박탈하고, 피해자로 하여금 적극적으로 법원이나 공정거래위원회에 신고함으로써 범위반행위에 대한 적발률을 큰 비용 없이 높임으로써 범위반행위의 억제라는 목적에 부합한다. 나아가 피해자가 과거의 입은 손해를 배상받거나 현재 또는 장래의 위법행위에 대해 금지명령을 받아 권리 구제를 받을 수 있다는 점에서 피해자 보호라는 거래상 지위남용행위 금지의 중요한 목적 달성에 기여할 수 있다. 미국에서는 사적집행의 여러 한계가 지적되고 있으나, 우리나라의 거래상 지위남용행위에 대한 사적집행의 한계

75) 홍대식, 주 1)의 글, 355면.

로 보기에 는 무리가 있다.

3. 다만 거래상 지위남용행위에 대한 사적집행은 민법, 민사소송법과 민사집행법 등의 전체 법체계 내에서 이루어진다는 점을 분명히 인식할 필요가 있다. 범위반 억지의 필요가 크다고 하여 민법, 민사소송법의 체계에 어긋나게 사적집행제도를 운영할 수는 없는 것이다. 민법, 민사소송법 등 사법상 손해배상청구 등이 인정되기 어려운 사안은 시정조치나 과징금 등 공적집행을 통해 그 위반행위를 억제하는 것이 타당하다.

제4장 거래상 지위남용행위와 손해배상청구

제1절 개설

1. 공정거래법 제56조는 “사업자 또는 사업자단체는 이 법의 규정을 위반함으로써 피해를 본 자가 있는 경우에는 당해 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다. 다만 사업자 또는 사업자단체가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있다. 거래상 지위 남용 행위로 인해 피해를 본 자는 위 규정을 근거로 사업자에 대하여 손해배상청구를 할 수 있음은 명확하다. 나아가 판례는 사업자가 거래상 지위의 남용행위를 함으로써 거래상대방에게 손해를 입힌 때에는 공정거래법상의 시정조치 또는 과징금 부과 대상이 되는 것과는 별개로 민사상 불법행위책임을 구성한다고 보고 있다⁷⁶⁾.

2. 민법상 손해배상청구권과 공정거래법상 손해배상청구권과의 관계에 대하여 증명책임이 전환되었을 뿐 민법 제750조와 같은 손해배상청구권으로 법조경합의 관계에 있다고 보는 견해가 있으나,⁷⁷⁾ 독점규제법상 손해배상의 피고는 사업자 또는 사업자단체에 한정되고 손해액 인정에 관한 제57조 규정을 두고 있으므로 청구권 경합관계에 있다고 보는 것이 타당하다. 다만 민사소송법에도 공정거래법 제57조와 유사한 조항이 신설되었으므로 민법상 손해배상청구권과 공정거래법상 손해배상청구권을

76) 대법원 2009. 7. 23. 선고 2008다40526 판결.

77) 김차동, “공정거래법의 사적집행제도의 변경 및 그 보완방법”, 「경쟁법연구」 제11권, 한국경쟁법학회, 2005, 81면.

구별할 실익은 크지 않다.

3. 위와 같은 손해배상청구권은 행정적 규제 및 형사적 규제가 손해를 입은 피해자의 구제라는 측면에서 한계가 있다는 점에서 대조를 이룬다.⁷⁸⁾ 또한 피해자가 손해배상청구를 통해 기존의 피해를 구제받을 가능성이 크면 클수록 사후적으로라도 그 피해 신고를 적극적으로 할 수 있는 유인이 될 수 있다는 점에서 공정거래법의 사적집행의 관점에서 그 의미가 크다. 이하에서는 거래상 지위 남용으로 인한 손해배상청구와 관련하여 실무상 주로 문제가 되는 손해액의 증명, 책임 제한에 대해 살펴본다.

78) 이선희, “독점규제법의 사적집행”, 「독점규제법 30년」, 법문사, 2011, 585면.

제2절 손해배상청구 관련 공정거래법 개정 연혁

I. 2004. 12. 31. 법 개정 전

1. 구 공정거래법(1980. 12. 31. 법률 제3320호로 제정된 것)

공정거래법상 손해배상청구제도는 2004. 12. 31. 법률 제7315호로 개정되기 전까지 구 공정거래법[1980. 12. 31. 법률 제3320호로 제정된 것, 이하 ‘구 공정거래법(법률 제3320호)’이라 한다]의 내용에 큰 변화가 없었다.

구 공정거래법(법률 제3320호) 제45조 제1항은 “사업자 또는 사업자단체는 이 법의 규정을 위반함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 당해 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다”고 정하여 민법상 손해배상책임과는 별도로 손해배상책임을 규정하면서 같은 조 제2항에서 “제1항의 규정에 의하여 손해배상의 책임을 지는 사업자 또는 사업자단체는 그 피해자에 대하여 고의 또는 과실이 없음을 들어 그 책임을 면할 수 없다”고 규정하여 무과실책임주의를 채택하였다. 이는 가해자의 고의·과실을 피해자가 주장·증명해야 하는 민법상 불법행위에 기한 손해배상책임에 비하여 피해자에게 유리한 방식으로 평가되었다.

구 공정거래법(법률 제3320호) 제46조 제1항은 “제45조의 규정에 의한 손해배상청구권은 이 법의 규정에 의한 시정조치가 확정된 후가 아니면 이를 재판상 주장할 수 없다”고 정하여 ‘시정조치 선확정주의’를, 같은 조 제2항에서 “제1항의 손해배상청구권은 이를 행사할 수 있는 날로부터

1년을 경과한 때에는 시효에 의하여 소멸된다.”고 정하여 단기 소멸시효를 각 정하였다. 무과실책임주의에도 불구하고 시정조치 선확정주의로 인해 피해자가 공정거래법위반을 이유로 한 손해배상청구는 활성화되지 못했다.

2. 구 공정거래법(1996. 12. 30. 법률 제5235호로 개정된 것)

구 공정거래법[1996. 12. 30. 법률 제5235호로 개정된 것, 이하 ‘구 공정거래법(법률 제5235호)’라 한다] 제57조 제1항은 시정조치 선확정주의를 유지하면서도 단서에 “다만, 이는 민법 제750조의 규정에 의한 손해배상청구의 소를 제한하지 아니한다.”는 규정을 신설하였다. 구 공정거래법(법률 제5235호) 제57조 제2항은 공정거래법상 손해배상청구권의 소멸시효를 기존의 1년에서 3년으로 연장했다.

3. 구 공정거래법(1999. 2. 5. 법률 제5813호로 개정된 것)

구 공정거래법[1999. 2. 5. 법률 제5813호로 개정된 것, 이하 ‘구 공정거래법(법률 제5813호)’라 한다]은 제56조의2(기록의 송부등)에 관한 규정을 신설했다. 위 규정은 “제56조(손해배상책임)의 규정에 의한 손해배상청구의 소가 제기된 때에는 법원은 필요한 경우 공정거래위원회에 대하여 당해 사건의 기록(사건관계인, 참고인 또는 감정인에 대한 신문조서 및 속기록 기타 재판상 증거가 되는 일체의 것을 포함한다)의 송부를 요구할 수 있다”고 정하였다.

II. 2004. 12. 31. 법 개정 후

1. 구 공정거래법(2004. 12. 31. 법률 제7315호로 개정된 것)

가. 개설

우리나라와 유사한 규정을 가지고 있던 일본이 2001. 4. 1. 손해배상청구 관련 규정을 개정하고 금지청구권 관련 규정을 신설하였다. 이에 우리나라에서도 사적집행에 관한 논의가 활발하게 진행되었다.⁷⁹⁾ 그 결과 2004. 12. 31. 법 개정으로 시정조치 선확정주의가 폐지되었고, 종래 무과실책임주의가 입증책임 전환부 과실책임주의로 변경되었으며, 손해액 인정제도가 도입되었다. 반면 징벌적 손해배상, 집단소송, 금지청구권 등은 도입되지 않았다.

나. 시정조치 선확정주의 폐지

구 공정거래법(2004. 12. 31. 법률 제7315호로 개정되기 전의 것)상 손해배상청구에 관하여 무과실책임을 채택하다. 이로 인해 공정거래법상 손해배상청구제도가 남용될 수 있다는 점을 고려하여 시정조치 선확정주의를 도입하였던 것이다. 그런데 법 시행 결과 피해자에 의한 손해배상청구제도가 지나치게 활성화되지 못했다는 비판이 제기되었다. 이에 구 공정거래법[2004. 12. 31. 법률 제7315호로 개정된 것, 이하 ‘구 공정거래법(법률 제7315호)’라 한다]은 시정조치 선확정주의를 폐지하였다.

다. 무과실책임주의에서 입증책임 전환부 과실책임주의로 전환

79) 이선희, 주 78)의 글, 585면.

구 공정거래법(2004. 12. 31. 법률 제7315호로 개정되기 전의 것) 제56조 제2항은 같은 법에 의해 손해배상책임을 지는 사업자 또는 사업자단체는 고의 또는 과실이 없음을 들어 그 책임을 면할 수 없다고 규정하여 무과실책임주의를 채택하였으나, 구 공정거래법(법률 제7315호) 제56조 제1항은 사업자 또는 사업자단체가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 손해배상의 책임을 지지 않는다고 규정하였다.

라. 손해액 인정제도 도입

손해 입증의 곤란이 공정거래법위반을 이유로 한 손해배상청구소송에서 피해자가 충분한 배상을 받기 어려운 원인 중 하나로 지목되었다. 이에 구 공정거래법(법률 제7315호) 제57조는 “이 법의 규정을 위반한 행위로 인하여 손해가 발생한 것은 인정되나, 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는, 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.”고 정하여 손해액의 인정 제도를 규정하였다.

구 공정거래법(법률 제7315호) 제57조에 대해 위 조항의 신설로 법원은 미국에서 논의되고 있는 다양한 손해액 산정기준과 방법 등을 활용함에 있어 광범위한 재량권을 행사할 수 있는 실정법적 근거를 확보하였다는 견해가 있다.⁸⁰⁾

80) 정호열, “2003년 공정거래법 개정안과 손해배상제도의 개편”, 「공정경쟁」 제98호, 한국공정경쟁연합회, 2003, 7면.

2. 현행 공정거래법(2018. 9. 18. 법률 제15784호로 개정된 것)

2004. 12. 31. 법 개정 이후에는 거래상 지위남용행위와 관련한 손해배상 규정의 개정은 이루어지지 않았다. 다만 2018. 9. 18. 법률 제15784호로 부당한 공동행위 및 금지되는 보복조치를 한 사업자·사업자단체에 대하여 3배 이내 배상제도가 도입되어 2019. 9. 19.부터 시행되었다.

제3절 거래상 지위남용행위를 이유로 한 손해배상청구에 있어 손해와 손해액의 증명

I. 거래상 지위남용행위를 이유로 한 손해배상청구

가. 손해배상청구의 구성요건

1) 거래상 지위남용행위로 손해를 입은 자는 민법상 불법행위에 기한 손해배상청구와 공정거래법상 손해배상청구를 할 수 있다. 손해배상청구의 구성요건은 ① 거래상 지위남용행위의 존재, ② 고의 또는 과실, ③ 위법성, ④ 손해의 발생, ⑤ 거래상 지위남용행위와 손해 사이의 인과관계로 구분할 수 있다.

2) 민법상 불법행위에 기한 손해배상청구와 공정거래법상 손해배상청구에 있어 다른 점은 민법상 불법행위에 있어 주관적 구성요건인 고의 또는 과실은 피해자가 주장·증명을 해야 할 사항인 반면, 공정거래법상 손해배상청구에 있어서는 고의 또는 과실의 부존재가 사업자 또는 사업자단체의 항변사항이라는 점에 있다(공정거래법 제56조 참조).

나. 공정거래법에서의 손해의 개념

1) 민법은 불법행위책임의 구성요건인 손해의 개념에 관한 정의 규정을 두고 있지 않다. 그에 따라 현재 학설과 판례에 일부 대립이 있으나, 통설과 판례는 불법행위 등으로 인한 재산상 손해는 위법한 가해행위로

인하여 발생한 재산상 불이익, 즉 그 위법행위가 없었더라면 존재하였을 재산상태와 그 위법행위가 가해진 현재의 재산상태 차이를 말한다는 차액설의 입장에 있다.⁸¹⁾

반면 비재산적 손해에 대한 위자료 액수는 차액설을 통해 산정하는 것이 부적절하기 때문에 사실심법원이 여러 사정을 참작하여 기권에 속하는 재량에 의하여 이를 확정할 수 있다고 보고 있다. 다만 그것이 위자료 산정에 법관의 자의가 허용된다는 것을 의미하는 것은 아니고, 위자료 산정에도 그 시대와 일반적인 법감정에 부합할 수 있도록 액수를 정하여야 한다는 한계가 존재한다.⁸²⁾

2) 공정거래법에도 민법과 같이 손해가 무엇인지에 대한 정의규정은 존재하지 않는다. 일반적으로 공정거래법 위반행위에 다른 손해는 통설인 차액설에 따라 범위반행위가 없었더라면 피해자가 가지고 있었을 이익액과 범위반행위로 인해 현실적으로 현성된 현재의 이익상태의 차이로 파악되고 있다.⁸³⁾

공정거래법상 손해에 비재산적 손해가 포함되는가? 이에 관하여 논하는 글은 찾기가 어렵지만, 비재산적 손해가 배제되어야 한다고 볼 이유가 없다. 대법원은 공정거래법 제23조 제1항 제1호 전단의 ‘기타의 거래거절’을 이유로 공정거래법상 제56조에 따른 손해배상이 인정된 사안에

81) 김용담 편집대표, 주석민법: 채권각칙(6)(제4판), 한국사법행정학회, 2016, 235-236면(이연갑 집필부분), 대법원 2000. 11. 10. 선고 98다39633 판결 등.

82) 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결.

83) 권영준, “공정거래법상 가격담합사건에 있어서 손해배상액 산정”, 「경제규제와 법」 제7권 제2호, 서울대학교 공익산업법센터, 2014, 172-175면.

서 사업자가 재산적 손해의 배상만으로는 회복될 수 없는 정신적 고통을 입었다는 특별한 사정이 있고 피고가 이를 알았거나 알 수 있었다고 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 한 위자료 청구를 기각한 것은 정당하다고 판단한 예가 있다.⁸⁴⁾ 비록 위 사안에서 위자료 청구가 인정되지는 않았지만, 판시사항만을 보면 공정거래법상 손해배상청구의 경우에도 민법상 채무불이행이나 불법행위의 경우와 같이 특별한 사정이 있으면 위자료 청구가 가능하다는 것이 대법원의 입장으로 보인다.

다. 실무상 거래상 지위남용행위를 이유로 한 손해배상청구의 문제점

실무상 거래상 지위 남용행위의 피해자들은 거래상 지위 남용으로 인한 손해액 주장·입증에 어려움을 겪고 있다. 차액설에 따라 재산상 손해를 산정할 경우 피해자는 거래상 지위 남용행위로 인한 손해는 그 남용행위가 없었다면 존재하였을 재산상태와 그 위법행위가 가해진 재산상태의 차이를 주장·증명해야 한다. 구체적 사례로 들어가서 살펴보면 거래상 지위남용행위로 인한 손해가 무엇이고, 구체적으로 어떻게 산정해야 하는지 판단이 어렵고, 그 증명 역시 쉽지 않음을 알 수 있다.

공정거래법 제57조는 “이 법의 규정을 위반한 행위로 인하여 손해가 발생된 것은 인정되나, 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는, 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.”고 규정하고 있다. 그러나 이 규정에도 불구하고 실무상 거래상 지위 남용행위로 인한 손해배상청구는 손해에 대한 증명이 부족하다는 이유로

84) 대법원 2012. 6. 14. 선고 2010다26035 판결.

기각되는 경우가 적지 않은데, 위 규정은 손해액에 대한 증명책임을 완화하였을 뿐 손해 및 위법행위와 손해 사이의 인과관계에 대한 증명책임까지 완화하는 규정은 아니기 때문이다.

이하에서는 실무상 문제 되는 손해의 증명과 관련하여 실무상 문제 되는 사례를 유형별로 살펴본다.

II. 구입강제

1. 의의

구입강제란 거래상대방이 구입할 의사가 없는 상품 또는 용역을 구매하도록 강제하는 행위를 말한다. 신제품을 출시하면서 대리점에 구입을 강요하거나, 계속적 거래관계에 있는 판매업자에게 주문하지도 않은 상품을 임의로 공급하고 반품을 허용하지 않는 사례가 많다. 사업자와 그 상대방 사이에 매매계약이 명시적 또는 묵시적으로 체결된 경우가 많고, 그 매매계약의 효력 또한 무효라고 인정되는 경우가 적기 때문에 손해배상청구는 가장 중요한 구제수단이다.

2. 강제출고로 인한 손해액 인정에 관한 판결

가. 서울고등법원 2017. 1. 26. 선고 2016나2004301 판결⁸⁵⁾에서 강제출고로 인한 손해액 산정이 문제가 되었다. 법원은 강제출고로 인한 강제

85) 이 판결은 대법원 2017. 5. 16.자 2017다212361 판결(심리불속행기각)로 확정되었다.

출고로 인한 손해액을 산정하기 위해서는 원고가 피고로부터 공급받은 제품에 대한 출고가액에서 피고로부터 공급받은 제품을 원고의 거래처에 판매하거나 증정하는 등으로 얻게 되는 이익액 및 강제출고로 인해 원고가 얻은 프로모션 금액 등의 이득액을 공제하고, 판매되거나 증정되지 않고 폐기되는 제품에 대한 폐기처리비용 및 판매되거나 증정된 제품과 관련하여 추가되는 운송비용을 가산하는 방법으로 산정해야 하고, 이를 위해서는 정상가격으로 거래처에 판매된 제품, 할인된 가격으로 거래처에 판매된 제품, 거래처에 증정된 제품, 거래처에 판매되거나 증정되지 않은 제품을 명확히 구분해야 하는데, 이 사건 강제출고가 이루어진 기간 및 횟수, 제품 품목수, 각 제품의 특성, 원고와 피고 사이의 전체 거래 내역 등에 비추어 보면, 이 사건 강제출고로 공급된 모든 제품에 대하여 위와 같은 구분을 하여 구체적인 액수를 입증하는 것은 그 성질상 극히 곤란하다는 이유 등으로 공정거래법 제57조에 따라 출고가액의 60%를 손해로 인정하였다.

나. 서울고등법원 2017. 7. 7. 선고 2016나2001302, 2001319(병합) 판결에서도 강제출고로 인한 손해가 문제 되었다.

이 사안은 사업자가 대리점이 주문하지 않은 유통기한이 임박한 제품, 회전율이 낮은 비인기 제품 등을 대리점에 공급한 다음, 전산관리프로그램을 통해 위와 같이 공급한 수량을 최종 주문량으로 확정하여 대리점으로 하여금 대금을 결제하게 한 행위가 문제가 되었다. 법원은 구입강제행위로 인한 손해는 구입강제 당한 제품의 매입액에서 그 제품을 처분함으로써 발생한 매출액을 공제한 금액이 될 것을 전제로, ① 원고가 자신의 영업 관련 자료를 보유하고 있지 않고, ② 사업자가 과거의 자료 중

일부를 삭제하는 등 대리점의 정확한 주문내역을 할 수 없게 하였으며, ③ 대리점과 사업자의 거래는 그 대상 품목이 매우 다양할 뿐만 아니라 대리점이 주문한 물품량, 구입강제로 인하여 추가된 물품량, 사업자가 지원하는 행사를 위한 물품량, 반품량 등이 매일 복잡하게 발생하였던 점, ④ 대리점의 매입액과 매출액을 증거에 의하여 인정할 수 있다고 하더라도 그 중 구입강제 당한 제품의 매입액과 매출액이 정확하게 얼마인지 특정할 방법이 없는 점 등을 고려하면, 이 사건은 공정거래법을 위반한 행위로 손해가 발생한 것은 인정되나 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에 해당한다는 이유로 공정거래법 제57조에 따라 대리점이 입은 손해액을 총 매출액의 7%로 정하였다.

위 판결의 상고심인 대법원 2017. 12. 5. 선고 2017다252987, 2017다252994(병합) 판결은 원심이 공정거래법 제57조에 따라 대리점이 입은 손해액을 매출액의 7%로 정한 사실인정과 판단에 대해 손해배상책임의 범위에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 오인하여 필요한 심리를 다하지 아니하는 등의 잘못이 없다는 이유 등으로 피고의 상고를 기각하였다.

3. 시사점

가. 앞서 본 판결들에 잘 나타난 바와 같이 원고가 구입강제로 인한 손해액을 정확히 증명하는 것은 쉽지 않다. 우선 구입강제로 인한 ‘손해액’을 어떤 기준에 따라 산정해야 하는지 문제된다. 사업자가 대리점으로 부터 받은 대금 자체를 손해로 본 1심판결도 있으나, 구입강제 사안은

대부분 사업자와 거래상대방 사이에 매매계약 체결이 인정된다는 점에서 거래상대방이 사업자에게 지급한 매매대금 자체를 손해액으로 인정하는 것에는 무리가 있다.

나. 손해액 산정 기준을 정하더라도 구입강제는 대부분 장기간에 걸쳐 이루어지고 거래상대방이 영세업자인 경우가 많아 피해자가 그에 관한 증거를 확보하지 못하는 사례가 많다. 손해와 손해액의 증명책임이 원고인 피해자에게 있는 이상 피해자는 그 입증 곤란으로 인한 불이익을 부담하게 된다.

다. 많은 경우 구입강제로 인한 손해액은 공정거래법 제57조에 따라 산정하게 된다. 공정거래법 제57조는 법원이 상당한 손해액을 인정할 수는 있으나, 위 규정의 취지는 손해가 발생한 것은 인정되나 손해액을 증명하기 위하여 필요한 사실을 증명하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는 증명도를 경감함으로써 손해의 공평·타당한 분담을 지도원리로 하는 손해배상제도의 이상과 기능을 실현하려는 것으로 법원이 위 규정을 적용하여 손해액을 인정할 때에도 손해액 산정의 근거가 되는 간접사실들의 탐색에 최선의 노력을 다해야 하고 탐색해 낸 간접사실들을 합리적으로 평가하여 객관적으로 수증할 수 있는 손해액을 산정하여야 한다(대법원 2016. 11. 24. 선고 2014다81511 판결).

라. 그렇다면 공정거래법 제57조를 적용하여 구입강제로 인한 손해액은 어떻게 산정할 수 있을까? 이는 사실인정의 문제로 일률적으로 말하기는 어려우나, 구입강제가 일어난 기간 중의 매출액 중 일정 비율을 손해액으로 인정하는 방식으로 손해액을 산정하는 사례가 많다. 따라서 피

해자는 최소한 구입강제가 있었던 기간 중의 매출액과 구입강제로 인해 매입할 수밖에 없었던 상품이 매출액에서 차지하는 대략적인 비율 정도는 주장·증명을 할 필요가 있다.

Ⅲ. 이익제공강요

1. 의의

거래상대방에게 자기를 위하여 금전·물품·용역 기타의 경제상 이익을 제공하도록 강요하는 행위를 말한다. 병원의 의약품 거래와 관련하여 보험삭감액에 상당하는 경제적 손실을 제약업체에 전가한 행위가 그 예이다.

2. 이익제공강요로 인한 손해액 인정에 관한 판결

가. 대규모소매점업자의 납품업자에 대한 협력사원 요구 사례

1) 대법원 2008다40526 판결에서 거래관계에 있는 납품업자들에 대하여 거래상 우월한 지위를 가진 대규모소매점업자가 납품업자로부터 협력사원을 파견 받아 납품한 상품 등의 판매업무에 종사하게 한 행위로 인해 납품업자가 입은 손해액 산정이 문제 되었다.

2) 제1심법원⁸⁶⁾은 원고가 피고에게 협력사원을 파견한 사실, 시식용 제품의 비용을 원고가 부담한 사실은 인정되나, 원고의 주장과 같은 파

86) 서울중앙지방법원 2006. 6. 20. 선고 2004가합4152 판결.

견기간, 매장수, 파견인원 및 무상 제공한 시식용 제품의 금액을 인정할 증거가 없고, 협력사원이 원고 매장의 일만이 아니라 피고의 다른 매장의 일도 하였다는 점을 인정할 증거가 없다는 이유로 손해배상책임 자체를 인정하지 않았다.

3) 항소심법원⁸⁷⁾은 대규모소매업자인 피고는 원고가 파견한 협력사원을 1일 2시간 정도 피고의 매장에서 원고가 납품하지 아니한 상품의 판매업무에 종사하게 부분에 한하여 불법행위책임이 있다고 보고, 협력사원이 원고가 납품하지 아니한 상품의 판매업무에 종사한 1일 2시간에 상응하는 급여 상당액에 대해서만 손해배상책임만을 인정하였다.

4) 그런데 대법원⁸⁸⁾은 피고가 원고로 하여금 협력사원을 파견하게 한 행위 자체가 불법행위라고 보고, 그로 인하여 원고가 입은 손해의 범위는 다른 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 불공정거래행위가 없었더라면 원고가 지출하지 않았을 비용, 즉 원고가 지출한 인건비 등 비용의 합계액이 손해라고 판단하였다. 다만 협력사원 파견으로 얻은 매출의 확대 등 이익이 있었던 점을 감안하여 신의칙 내지 공평의 원칙을 고려하여 책임을 제한할 수 있다고 하여 원심판결에 이익제공강요행위에 의한 불법행위의 성립과 그 손해배상의 범위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 하여 항소심판결을 파기하고 환송하였다.⁸⁹⁾

나. 제조업체의 대리점에 대한 협력사원 판촉사원 임금 전가 사례

87) 서울고등법원 2008. 5. 16. 선고 2006나67017 판결.

88) 대법원 2009. 7. 23. 선고 2008다40526 판결.

89) 파기환송심에서 원고와 피고 사이에 조정이 성립되었다.

1) 대법원 2017. 12. 5. 선고 2017다252987 판결에서 제조업체가 이마트, 홈플러스와 같은 대형매장의 요구에 따라 각 지역 매장에 제품 관리 등을 담당할 진열관측사원을 파견하면서 제조업체가 지급해야 할 임금을 대리점주들에게 지급하도록 한 경우, 그 임금 전가로 인한 손해액을 어떻게 산정해야 하는지 문제 되었다.

2) 제1심법원⁹⁰⁾은 진열관측사원의 투입으로 대리점주의 매출도 증대되는 부수적인 효과를 얻을 수 있다는 점을 고려하면 대리점주가 진열관측사원에게 지급해야 할 임금은 실제 지급한 임금의 1/3임을 전제로 대리점주가 입은 손해는 대리점주가 진열관측사원에게 실제로 지급한 임금액 중 피고의 지원금을 공제하고 남은 부담액에서 대리점주가 부담하여야 할 의무가 있는 금액 1/3을 공제한 금액이라고 판단하였다.

3) 항소심법원⁹¹⁾과 대법원⁹²⁾ 모두 1심법원과 같은 방법으로 손해를 산정하였다.

3. 시사점

가. 법원은 협력사원 파견으로 인한 손해액의 경우 구입강제로 인한 손해액과 달리 공정거래법 제57조를 적용하지 않고 손해액을 산정하고 있다. 이는 이익제공행위라는 불공정거래행위가 특정되면, 그로 인해 피해자가 지출한 비용 전체가 손해가 되기 때문에 손해액의 증명이 성질상

90) 서울중앙지방법원 2015. 11. 6. 선고 2014가합549821, 2015가합528418(병합) 판결.

91) 서울고등법원 2017. 7. 7. 선고 2016나2001302, 2016나2001319(병합) 판결.

92) 대법원 2017. 12. 5. 선고 2017다252987, 2017다252994(병합) 판결.

극히 곤란한 경우에 해당하지 않은 경우가 많기 때문이다.

나. 대법원 2008다40526 판결은 피해자가 지출한 비용 전체가 손해이지만, 그 비용으로 인해 피해자가 매출 증대라는 이익을 얻었다는 점을 고려하여 '신의칙 내지 공평의 원칙'을 고려하여 책임을 제한할 수 있다고 본 반면, 대법원 2017다252987 판결은 대리점주가 지급한 임금 자체를 전체가 손해가 아니라 판촉사원의 투입으로 원고 역시 이익을 얻을 수 있다는 점을 감안하여 판촉사원에게 지급한 비용 중 일부만을 손해로 보았다. 대법원 2008다40526 판결과 달리 대법원 2017다252987 판결에서 대리점주가 지급한 임금 전체를 손해로 보지 않은 이유가 무엇인지 명확하지 않다. 직접 사원을 파견한 것이 아니라 그 임금만 대신 지급하였다는 사실관계 차이에 따른 것으로 보이지만, 이익제공과 관련한 손해에 관한 더 깊은 연구가 필요할 것으로 판단된다.

IV. 판매목표강제

1. 의의

자기가 공급하는 상품 또는 용역과 관련하여 거래상대방의 거래에 관한 목표를 제시하고 이를 달성하도록 강제하는 행위를 말한다. 목표를 제시하고 이를 달성하도록 강제하는 행위에는 상대방이 목표를 달성하지 않을 수 없는 객관적인 상황을 만들어내는 것을 포함하고, 사업자가 일방적으로 상대방에게 목표를 제시하고 이를 달성하도록 강제하는 경우뿐만 아니라 사업자와 상대방의 의사가 합치된 계약의 형식으로 목표가 설정되는 경우도 포함한다.⁹³⁾

2. 판매목표강제로 인한 손해액 판결

가. 초고속인터넷 서비스 사업자가 대리점에 판매목표를 강제하였고, 대리점이 사업자로부터 판매에 따라 받을 수 있는 수수료보다 더 많은 현금과 사은품을 지급하여 신규가입자를 유치하게 된 경우 그 손해를 어떻게 산정해야 하는지 문제되었다.

나. 1심법원⁹⁴⁾은 판매목표 강제행위로 입은 손해의 범위는 특별한 사정이 없는 한 판매목표를 강제하여 신규가입자를 유치하는 과정에서 발생한 비용의 합계액에서 신규가입자 유치로 인해 발생한 수익을 뺀 나머지 금액으로 보는 것이 타당하다면서, 원고들이 비용 및 수익의 구체적인 내용을 체계적으로 관리하지 않았거나 관리가 어려웠다고 보이고, 원고들의 손해가 장기간에 걸쳐 누적되어 손해액의 구체적 산정을 위한 근거 자료들이 일부 멸실된 점 등을 고려하여 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란하다고 보았다. 그에 따라 공정거래법 제57조를 적용하여 원고들이 주장하는 영업비용이나 개통비용 등을 폭넓게 인정하되 신규가입자 유치와 직접적 관련이 없는 수수료를 포함한 수수료 전부를 비용으로 공제하는 방식으로 손해액을 인정하였다.

다. 그런데 항소심법원⁹⁵⁾⁹⁶⁾은 사업자가 판매목표를 제시하고 판매목

93) 대법원 2011. 5. 13. 선고 2009두24108 판결.

94) 서울중앙지방법원 2012. 9. 27. 선고 2010가합132461 판결.

95) 서울고등법원 2014. 3. 20. 선고 2012나95464 판결.

96) 항소심판결은 대법원 2014. 8. 26.자 2014다31820 판결(심리불속행)로 확정되었다.

표를 달성하지 못할 경우 불이익을 주거나 줄 것처럼 고지하였다 하더라도 이는 원고들로 하여금 신규가입자 유치를 위해 노력하도록 촉구하거나 독려하기 위한 것으로 정상적인 거래 관행을 벗어난 것이라고 볼 수 없으므로, 이를 공정거래법에서 정한 불공정거래행위라고 볼 수 없다고 판단하였다.

라. 다만 항소심법원은 손해발생 여부에 대해 다음과 같이 부가적 판단을 하였다.

공정거래법 제57조에서 불공정거래행위로 인하여 손해를 입은 피해자들에게 손해액의 입증에 필요한 사실의 입증 책임을 완화하였지만, 그 손해 발생 및 인과관계에 대한 입증책임이 면제되는 것은 아닌데, 원고들이 대리점은 운영하면서 지출하였다는 비용을 인정할 증거가 없고, 원고들 주장과 같은 비용을 지출하였다고 하더라도 그 비용에는 피고의 불공정거래행위가 없었더라도 원고들이 영업을 하기 위하여 지출하였어야 할 비용이 포함되어 있으므로, 피고의 불공정거래행위와 인과관계 있는 비용을 구별하지 않고 곧바로 전체 비용에서 피고로부터 받은 수수료 등을 공제한 금액을 피고의 불공정거래행위로 인한 원고들의 손해라고 인정할 수 없어 피고의 불공정거래행위가 인정된다고 하더라도 그로 인해 원고들에게 손해가 발생하였음을 인정하기 어렵다고 하였다.

3. 시사점

가. 판매목표강제로 인한 손해액과 관련한 위 서울고등법원 2012나 95464 판결은 공정거래법 제57조의 한계를 잘 보여준다. 공정거래법 제

57조는 손해가 발생한 경우 손해액의 증명을 완화한 것이지만 손해발생의 증명책임을 완화한 것은 아니기 때문이다.

나. 그러나 손해 발생 증명과 손해액 증명은 논리적으로 구분되기는 하지만, 현실적으로 손해 발생과 손해액 산정이 명확히 구분되지는 않는다. 판매목표강제의 사례를 보면, 우선 피해자는 불공정거래행위가 없었다면 원고가 지출하지 않았을 비용이 불공정거래행위로 인해 원고가 얻은 이익보다 크다는 사실, 즉 손해 발생을 먼저 증명해야 하는데 이는 손해액 증명과 실질적으로 큰 차이가 없다.

V. 불이익제공

1. 의의

구입강제, 이익제공강요, 판매목표강제 외의 방법으로 거래상대방에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 주는 행위를 말한다. 실무상 가장 많이 문제가 되는 유형이다. 손해배상청구와 관련하여 문제 되는 사례는 아래와 같다.

2. 계약서 미교부

가. 계약서 미교부로 인한 재산상 손해배상책임이 인정된 사례는 찾기가 어렵다. 왜냐하면 계약서 미교부로 인한 재산상 손해의 발생 자체의 증명이 어렵기 때문이다.

나. 대규모유통업체에서 입점자에게 계약서를 내주지 않은 사례에서 법원은 계약서 미교부가 공정거래법 제23조 제1항 제4호, 같은 법 시행령 제36조 제1항 제6호 라목에서 정한 불공정거래행위에 해당한다면서도 원고가 그로 인해 어떠한 손해가 발생하였는지 주장·입증하지 않고 있다는 이유로 이로 인한 손해배상책임은 인정될 수 없다고 판단한 사례가 있다.⁹⁷⁾

다. 계약서 미교부는 다른 거래상 지위남용행위를 위한 하나의 수단으로 이용되는 경우가 많고, 거래 상대방은 사업자로부터 계약서를 받지 않으면 이후 법적분쟁에서 불리한 위치에 놓일 가능성이 높다는 점에서 이에 대한 구제가 필요하다. 하지만 계약서 미교부 자체로 피해자에게 ‘손해’가 발생했다고 인정하기는 어렵다는 점에서 계약서 미교부를 이유로 한 손해배상청구는 특별한 사정이 없는 한 인정되기 어렵다고 보인다.

3. 대금 감액 유형

서울고등법원 2012. 1. 11. 선고 2011나29101, 29118 판결은 가맹본부가 지역본부에 지급해야 하는 수수료를 일방적으로 감액한 사례이다. 가맹본부는 지역본부가 관리하는 지역 가맹사업자들이 가맹본부에 대한 공정거래위원회의 시위에 많이 참석하였다는 이유로 일방적으로 지역본부에 지급해야 하는 수익수수료를 감액하였고, 법원은 그 감액수수료 상당의 손해액을 인정하였다.

97) 서울북부지방법원 2010. 8. 13. 선고 2009나10131 판결(상고되지 않아 확정).

제4절 전부개정안의 자료제출명령제도

I. 개요

전부개정안은 공정거래법 위반에 대한 손해배상청구소송의 활성화를 위해 부당한 공동행위 및 부당지원행위를 제외한 불공정거래행위에 대하여 법원이 해당 기업에 자료제출을 명할 수 있는 제도(이하 '자료제출명령제도'라 한다)를 도입하였다.

공정거래법 위반행위에 대한 손해배상청구소송에서 피해자가 손해 및 손해액에 대한 입증곤란을 겪고 있다는 인식에서 자료제출명령제도를 통하여 기업이 보유하고 있는 여러 자료를 기초로 피해자가 손해 및 손해액에 관한 입증을 용이하도록 하겠다는 의도에서 도입된 것으로 보인다.

자료제출명령제도를 통해 손해배상청구소송이 활성화될 수 있을 것인지에 관하여는 현재로서는 속단하기는 어렵지만, 거래상 지위남용행위에 대한 손해배상청구 사건에 한정하여 보면, 큰 효용성을 갖기는 어려울 것으로 보인다.

II. 전부개정안의 자료제출명령제도 개관

1. 자료제출명령제도 규정 도입 배경

가. 민사소송법 제344조 등은 상대방이 갖고 있는 문서를 서증으로 제출하게 하는 문서제출명령에 대해 규정하고 있다. 디스커버리와 같은 증

거개시제도가 없는 우리나라의 경우 그 이용가능성의 범위에 따라 당사자의 증거수집에 매우 유용한 제도라 할 수 있다.⁹⁸⁾ 민사소송법상 문서제출명령은 2002. 1. 26. 법률 제6626호로 민사소송법이 전부개정되기 전부터 규정되어 있었으나 대상문서가 제한되어 있는 등의 문제로 실무상 크게 활용되지는 못했다. 그런데 2002년 민사소송법 전부개정을 통해 인용문서, 인도·열람문서, 이익문서, 법률관계문서에 해당되지 아니하는 문서라도 원칙적으로 소지하는 문서를 모두 제출하도록 문서제출의무가 일반적 의무로 확장되었고, 사실관계가 복잡한 사건이 늘어 상대방이나 제3자가 소지한 문서를 증거로 제출해야 할 필요가 커짐에 따라 실무상 문서제출명령 활용도가 점점 커지고 있다. 다만 미국의 디스커버리제도에 비해 증거수집기능이 약하다는 비판 또한 받고 있다.

나. 현행 민사소송법에 따른 문서제출명령은 해당 기업이 영업비밀을 이유로 거부할 수 있고, 전자문서·동영상 등 서류 외의 자료는 제출대상에서 제외되고, 제출명령에 불응해도 이에 대한 제재가 미약하여 피해자의 손해 및 손해액 입증에 필요한 증거를 확보하는데 어려움을 겪는다는 비판을 고려하여, 전부개정안은 손해배상청구소송이 활성화될 수 있도록 부당한 공동행위 및 부당지원행위를 제외한 불공정거래행위에 대하여 법원이 해당 기업에 자료제출명령을 할 수 있도록 하고, 영업비밀이라 하더라도 손해의 증명 또는 손해액 산정에 반드시 필요한 경우에는 자료제출을 거부할 수 없도록 하며, 제출명령 불응 시 자료의 기재에 의하여 증명하고자 하는 사실을 진실한 것으로 인정할 수 있는 자료제출명령제도를 도입하였다.⁹⁹⁾

98) 김상수, “기업의 내부문서에 대한 문서제출명령”, 「법과 기업연구」 제6권, 서강대학교 법학연구소, 2016, 5면.

99) 전부개정안, 8면.

다. 개정안의 자료제출명령제도는 일련의 지적재산권법에 규정된 자료 제출명령제도에서 착안하여 도입된 것으로 보인다. 특허법은 자료제출명령제도와 같이 법원은 특허권 또는 전용실시권 침해소송에서 당사자의 신청에 의하여 상대방 당사자에게 해당 침해의 증명 또는 침해로 인한 손해액의 산정에 필요한 제출을 명할 수 있고(특허법 제132조 제1항 본문), 제출되어야 할 자료가 영업비밀에 해당하는 경우에도 침해의 증명 또는 손해액의 산정에 반드시 필요한 때에는 자료 제출을 거부할 수 없다고 규정하고 있다(특허법 제132조 제1항 단서, 제3항). 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 ‘부정경쟁방지법’이라 한다)은 특허법과 유사한 규정을 두고 있다. 특허법이나 부정경쟁방지법의 문서제출명령제도는 실무상 효용이 큰 제도로 평가되고 있다. 다만, 구체적인 규정 에 있어서는 일부 차이가 있는데, 이에 대해서는 아래에서 살펴본다.

2. 전부개정안의 자료제출명령제도 규정

제108조(자료의 제출)

① 법원은 제39조제1항, 제44조제1항(제9호는 제외한다) 또는 제50조제1항제1호를 위반한 행위로 인한 손해배상청구소송에서 당사자의 신청에 따라 상대방 당사자에게 해당 손해의 증명 또는 손해액의 산정에 필요한 자료(제43조제4항에 따른 자진신고 등과 관련된 자료는 제외한다)의 제출을 명할 수 있다. 다만, 그 자료의 소지자가 자료의 제출을 거절할 정당한 이유가 있으면 그러하지 아니하다.

② 법원은 자료의 소지자가 제1항에 따른 제출을 거부할 정당한 이유가 있다고 주장하는 경우에는 그 주장의 당부(當否)를 판단하기 위하여 자료의 제시를 명할 수 있다. 이 경우 법원은 그 자료를 다른 사람이 보게 해서는 아니 된다.

③ 제1항에 따라 제출되어야 할 자료가 영업비밀에 해당하나 손해의 증명 또는 손해액의 산정에 반드시 필요한 경우에는 제1항 단서에 따른 정당한 이유로 보지 아니한다. 이 경우 법원은 제출명령의 목적 내에서 열람할 수 있는 범위 또는 열람할 수 있는 사람을 지정하여야 한다.

④ 법원은 당사자가 정당한 이유 없이 자료제출명령에 따르지 아니한 경우에는 자료의 기재에 대한 상대방의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다.

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

3. 자료제출명령의 범위

가. 전부개정안 제108조 제1항 본문

전부개정안 제108조 제1항은 법원이 손해배상청구소송에서 당사자의 신청에 따라 상대방 당사자에게 해당 손해의 증명 또는 손해액의 산정에 필요한 자료의 제출을 명할 수 있도록 규정하여 서류가 아닌 전자적 형

태의 자료, 도면 등도 제출명령 대상에 포함시켰다.

이는 구 특허법 제132조 제1항(2016. 3. 29. 법률 제14112호로 개정되기 전의 것)이 제출명령의 대상을 서류로 한정하여 서류가 아닌 형태로 존재하는 증거를 조사하는데 어려움을 겪는다는 비판에 따라 현행 특허법에서 제출명령의 대상을 서류에서 자료로 확장한 것을 반영한 것으로 보인다.

나. 자료의 범위

1) 서류와 자료

가) 민사소송법 제344조에서 제출명령을 대상으로 ‘문서’만을 정하고 있다. 민사소송법 제344조가 증거에 관한 장 중 서증의 절에 규정되어 있어 서증으로서의 문서를 대상으로 하는 것으로 해석된다. 그런데 전부개정안 제108조의 제출대상인 자료는 서증으로 제한되지 않으므로 서증의 대상으로서의 문서 외에 검증의 대상으로서의 문서까지도 가능한 것으로 해석할 수 있다.

나) 동영상 파일은 검증의 방법으로 증거조사를 하여야 하여 문서제출명령의 대상이 될 수 없고, 사진의 경우에는 그 형태, 담겨진 내용 등을 종합하여 감정·서증·검증의 방법 중 가장 적절한 증거조사 방법을 택하여 이를 준용하여야 한다.¹⁰⁰⁾ 그에 따라 동영상 파일이나 일부 사진은 문서제출명령의 대상이 되지 못했다. 그런데 전부개정안 제108조는

100) 대법원 2010. 7. 14.자 2009마2105 결정.

‘자료’를 대상으로 하므로 동영상 파일이나 사진 역시 자료 제출이 대상에 포함된다고 해석된다.

2) 손해의 증명에 필요한 자료

가) 손해액의 증명에 필요한 자료와 달리 ‘손해의 증명’에 필요한 자료의 의미가 무엇인지 명확하지 않다. 2016. 3. 29. 법률 제14112호로 개정된 특허법 제136조 제1항이 자료제출명령의 대상을 ‘침해의 증명’에 필요한 경우까지 확장한 것을 참고한 것으로 보인다.¹⁰¹⁾

나) 그런데 특허법 제136조 제1항의 ‘침해의 증명’은 불법행위 성립요건, 즉 ① 고의 또는 과실에 의한 위법행위, ② 손해, ③ 인과관계 중 손해에만 한정되는 내용이 아니다. 특허권 침해사건에서 ‘침해’ 요건은 위법행위와 관련이 있어 개정 특허법 제136조 제1항이 ‘손해액의 증명’ 외에 ‘침해의 증명’을 위한 자료제출명령을 규정한 것은 큰 의미가 있다.

다) 전부개정안의 자료제출명령의 ‘손해의 증명’이 ‘손해액의 증명’과 달리 별도로 규정할 정도로 독자적인 의미를 갖는지 문제된다. ‘손해의 증명’에 ‘위법행위의 증명’이 포함된다고 해석할 수 있을지는 전부개정안이 입법된 후에 관례를 통해 정리가 되겠지만, 전부개정안 제108조 제1항의 문언만을 놓고 보면 부정적으로 해석함이 타당하다고 생각된다.

101) 이와 같은 개정에 따라 특허권자는 특허법 제136조에 따라 상대방의 실시 제품이나 실시 방법에 관하여 다툼이 있는 경우 실제 실시 제품이나 실시 방법에 관한 자료의 제출을 명하는 것이 가능하다(장현진, “자료제출명령의 실무적 운영 방안”, 「특허소송연구」 제7집, 2017, 702면).

3) 손해액의 산정에 필요한 자료

가) 거래상 지위남용행위로 인한 손해액의 산정에 필요한 자료이기 때문에, 제출명령을 신청하는 당사자는 위법한 거래상 지위남용행위가 인정될 수 있다는 합리적인 개연성을 먼저 입증할 필요가 있다.¹⁰²⁾

나) 거래상 지위남용행위로 인한 손해액 산정에 필요한 자료로는 구체적으로 어떤 자료가 있을지, 즉 자료제출명령이 손해액 산정에 있어 실효성이 있을 것인지에 대해서는 아래에서 별도로 살펴본다.

Ⅲ. 자료제출명령에 대한 평가

1. 문제제기

자료제출명령제도는 전부개정안 제108조 제1항에서 명확히 알 수 있는 것처럼 ‘손해’와 ‘손해액’의 증명을 위한 제도이다. 이를 위해 영업비밀에 해당하는 자료에 대해서도 손해의 증명 또는 손해액의 산정에 반드시 필요한 경우에는 그 제출을 거부할 수 없도록 규정하고 있다.

개정안과 같은 자료제출명령제도가 도입될 경우 실무상 어느 정도 활용될지는 쉽게 예측할 수 없다. 그러나 거래상 지위의 남용행위에 대한 손해배상청구에 한정하여 보면, 위 제도는 피해자의 권리 구제에 크게 기여할 것으로 기대하기 어렵다고 보인다.

102) 특허법상 자료제출명령에 관한 장현진, 주 101)의 글, 703면 참조.

2. 거래상 지위남용에 대한 손해배상청구에 있어 입증 곤란과 자료제출명령의 대상

가. 앞에서 유형별로 검토한 바와 같이 거래상 지위남용의 피해자들이 손해배상청구 소송에서 겪는 증명의 어려움은 위반행위의 유형에 따라 다를 수 있다.

나. 구입강제의 경우, 위법한 구입강제 행위가 인정될 경우 통상 손해발생의 증명 자체는 어렵지 않다. 다만, 구체적인 손해액에 증명에 있어 어려움을 겪고 있다. 문제는 구입강제에 있어 손해액 증명에 어려움을 겪는 이유는 손해액과 관련한 증거가 가해자의 영역에 있기 때문이 아니다. 그 증거 자체는 피해자의 영역에 있으나, 범위반행위가 장기간에 걸쳐 이루어지고, 피해자가 영세한 사업자인 경우가 많아 그에 관한 증거를 가지고 있지 못한 경우가 많기 때문에 손해액 입증에 어려움을 겪는 것이다.

다. 이익제공행위는 구입강제에 비해 손해와 관련한 증거가 명확하여 위법한 이익제공행위가 인정되면 통상 손해 및 손해액 입증에 크게 어려움을 겪고 있지는 않다. 이 경우 손해 및 손해액과 관련한 증거 역시 피해자의 영역에 있다. 다만 이 경우에도 피해자가 영세한 사업자인 경우에는 관련 증거가 없어 어려움을 겪을 수는 있다.

라. 판매목표강제의 경우에도 그 손해와 관련한 증거는 피해자 영역에 있다. 그러나 판매목표강제의 경우에는 그 판매목표강제 행위로 인한 손해 발생의 입증부터가 쉽지 않다. 판매목표강제로 인한 손해는 통상 판

매목표강제행위가 없었다면 피해자가 지출하지 않았을 비용이 손해가 되는데, 판매목표행위와 인과관계 있는 비용과 인과관계 없는 비용을 구분하기 어렵기 때문이다.

마. 이처럼 현재 거래상 지위의 남용행위에 대한 손해배상청구소송에서 피해자가 손해 및 손해액 증명과 관련한 증거는 가해자인 사업자 측에 있는 것이 아니라 피해자 측에 있기 때문에 자료제출명령제도를 통해 그 증명의 어려움이 크게 낮아질 것으로 보이지는 않는다.

3. 특허법상 자료제출명령과의 차이점

가. 개정안의 자료제출명령제도는 일련의 지적재산권법에 규정된 자료제출명령제도에서 착안하여 도입된 것으로 보인다. 특허법이나 부정경쟁방지법의 문서제출명령제도는 실무상 효용이 큰 제도로 평가되고 있다.

나. 그러나 개정안의 자료제출명령제도는 특허법이나 부정경쟁방지법의 자료제출명령과 동일한 기능을 수행할 것으로 기대하기 어렵다. 특허법은 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자가 그 침해행위로 인하여 얻은 이익액을 특허권자 또는 전용실시권자가 입은 손해로 추정하는 규정을 두고 있다(제128조 제4항). 부정경쟁방지법 역시 부정경쟁행위 등으로 영업상의 이익을 침해당한 자가 손해배상을 청구하는 경우에 영업상의 이익을 침해한 자가 그 침해행위에 의하여 이익을 받은 것이 있으면 그 이익액을 영업상의 이익을 침해당한 자의 손해액으로 추정한다는 규정을 두고 있다(제14조의2 제2항). 위 추정 규정을 매개로 특허권 침해나 부정경쟁방지법 위반의 경우에는 피해자는 침해자 측에 있는 매출자료 등

을 확보하여 침해자가 얻은 이익액을 자신의 손해액이라고 주장할 수 있다. 즉 손해액 증명에 한정하여 보면, 특허법이나 부정경쟁방지법의 문서제출명령제도가 갖는 실무상 의의는 침해행위로 인한 손해액과 관련한 증거가 침해자 측 영역에 있기 때문이 아니다. 침해자 등의 이익을 피해자의 손해로 추정하는 규정이 있기 때문에 침해자가 위반행위로 얻은 이익을 확인할 필요가 있는데, 그 증거가 침해자 측에 있기 때문이다. 실제 특허법상 자료제출명령의 경우 손해액 산정에 필요한 서류로는 ① 대차대조표, 손익계산서, ② 영업보고서, ③ 매출처별 원장, ④ 매입처별 원장, ⑤ 매출원장(매출전표), ⑥ 매입원장(매입전표), ⑦ 제조원가명세서, ⑧ 원재료 수불부, ⑨ 출고전표, 제품수불대장, ⑩ 재고표, ⑪ 경비명세서(제조경비 및 판매경비), ⑫ 기타 당해 제품의 생산량, 판매량, 판매단가, 매출액, 제조원가, 판매를 위하여 직접 소요된 판매경비 등이 예로 제시되는데¹⁰³⁾ 이 자료들은 침해자의 이익 산정을 위해 필요한 자료이다.

다. 거래상 지위남용으로 인한 손해액 증명에 한정하여 보면, 공정거래법에 특허법이나 부정경쟁방지법과 같은 손해액 추정 규정이 없는 이상 전부개정안의 자료제출명령제도가 실무상 큰 의미를 갖기는 어려울 것으로 생각된다.

103) 장현진, 주 101)의 글, 703면.

제5절 소결

1. 전부개정안과 손해배상청구 활성화

거래상 지위남용행위 금지의 목적을 달성하기 위해서는 피해자의 손해배상청구가 활성화될 필요가 있다. 그러나 거래상 지위남용행위에 대한 손해배상청구는 거래상 지위남용행위에 대한 공적집행에 비하여 활성화되지 않고 있다. 전부개정안은 공정거래법 위반행위에 대한 손해배상청구가 활성화되지 않는 이유를 손해 및 손해액 증명의 어려움에 있다고 보고 특허법, 부정경쟁방지법에서 규정한 자료제출명령제도와 유사한 규정을 신설하였다.

그러나 실제 거래상 지위남용행위에 대한 손해배상과 관련한 판결을 분석하여 보면, 위반행위 유형별로 차이는 있지만 피해자가 손해액 증명에 있어 겪는 어려움은 가해자 측에 있는 증거를 확보하지 못하기 때문이 아니라 피해자가 영세한 사업자여서 자신의 피해에 대한 자료를 충분히 구비하지 못했거나 그 행위의 특성상 차액설에 따른 재산적 손해를 산정하기가 곤란하기 때문임을 알 수 있다. 따라서 전부개정안의 자료제출명령제도가 그대로 입법화된다고 하더라도, 자료제출명령제도를 통해 거래상 지위남용행위에 대한 손해배상청구가 기대만큼 활성화되기는 어려울 것으로 보인다.

물론 거래상 지위남용행위의 경우에도 특허법, 부정경쟁방지법과 같이 그 행위로 인해 사업자가 얻은 이익을 피해자의 손해로 추정하는 규정과 함께 사업자가 얻은 이익을 법원이 제반 사정을 종합하여 산정할 수 있

다는 규정이 신설될 경우에는 거래상 지위남용행위에 대한 손해배상청구가 활성화될 가능성이 높다. 대기업에 의한 거래상 지위의 남용행위의 경우에는 대기업 측에 거래와 관련한 자료가 있는 경우가 많아 그 자료를 바탕으로 대기업이 해당 거래상 지위의 남용행위를 통해 얻은 이익을 산정할 수 있는 사안이 있기 때문이다.

다만 거래상 지위남용행위가 있는 경우 가해자의 이익을 피해자의 손해로 추정하는 규정을 두는 것에 대해서는 지적재산권 침해행위와 공정거래법 위반행위의 특성과 제도 도입에 따른 부작용에 대한 연구가 선행된 후에 그 연구 결과를 바탕으로 신중하게 검토할 필요가 있다.

2. 거래상 지위남용행위에 대한 위자료 청구 활성화 필요성

가. 앞서 본 것처럼 거래상 지위남용행위에 대한 손해배상청구에 있어 손해가 인정되지 않는 이유는 손해 발생과 관련한 증거가 가해자 영역에 있기 때문이 아니다. 계약서 미교부와 같이 그 행위의 특성상 차액설에 따른 손해가 인정되기 어렵거나, 피해자가 자신의 영역에서 발생한 손해에 관한 증거를 확보하지 못했기 때문이다. 이 경우 무리하게 재산적 손해배상청구를 인정하는 것은 과잉 억지효과를 가져올 수 있다.

나. 다만 거래상 지위남용행위 중 구입강제와 같은 위반행위는 단순히 재산적 손해만을 발생시키는 것이 아니라 피해자의 의사결정의 자유를 침해한다는 점에서 비재산적 손해를 발생시키므로, 이 경우에는 정신적 손해를 이유로 한 위자료 청구를 인정할 필요가 있다.

1) 법원은 불법행위로 인한 위자료를 산정함에 있어서는 피해자의 연령, 직업, 사회적 지위, 재산 및 생활상태, 피해로 입은 고통의 정도, 피해자의 과실 정도 등 피해자 측의 사정에 가해자의 고의, 과실의 정도, 가해행위의 동기, 원인, 가해자의 재산상태, 사회적 지위, 연령, 사고 후의 가해자의 태도 등 가해자 측의 사정까지 함께 참작할 수 있다.¹⁰⁴⁾ 나아가 재산상 손해의 발생이 인정되는데도 입증곤란 등의 이유로 그 손해액의 확정이 불가능하여 그 배상을 받을 수 없는 경우에 이러한 사정을 위자료의 증액사유로 참작할 수 있다.¹⁰⁵⁾

2) 거래상 지위남용행위 중 특성상 재산적 손해가 발생하기 어려운 유형의 위반행위에 대해서는 위자료를 탄력적으로 인정하고, 손해는 발생하였지만 그 손해액의 확정이 불가능한 사안에 대해서는 위자료 증액사유로 인정함으로써 손해배상청구의 억지 기능과 보상 기능이 유명무실하게 되지 않도록 할 필요가 있다.

104) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2007다77149 판결 등.

105) 대법원 2007. 6. 1. 선고 2005다5843 판결 등.

제5장 거래상 지위남용행위와 금지청구권

제1절 개설

거래상 지위의 남용행위에 대해서는 구체적인 손해 발생이나 손해액 증명이 어려워 손해배상청구만으로는 피해자의 권리 구제가 충분하지 않은 경우가 있다. 그런데 공정거래법은 사인이 가해자에 대해 직접 법원에 그 위반행위의 금지를 구할 수 있다는 규정을 두고 있지 않다.

우리 법은 개별 법령에서 사인의 금지청구제도를 규정하고 있다. 민법은 소유권, 지상권, 전세권, 저당권과 같은 물권에 기한 금지청구권을 인정하고 있다. 판례는 인격권으로서 명예권에 기초하여 가해자에 대하여 현재 이루어지고 있는 침해행위를 배제하거나 장래에 생길 침해를 예방하기 위한 침해행위의 금지도 구할 수 있다고 보고 있다.¹⁰⁶⁾ 또한 판례는 부정경쟁행위에 대하여 일반 민법상 불법행위에 대한 금지청구가 가능하다고 결정한 바도 있다.¹⁰⁷⁾

개별법에서 금지청구권을 인정하고 있는 경우는 적지 않다. 우선 민법상 담보권에 기한 금지청구권과 유사한 규정을 둔 법으로 동산·채권 등의 담보에 관한 법률¹⁰⁸⁾ 등이 있다. 다음으로 인격권에 기초한 경우로는

106) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2010다60950 판결.

107) 대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정.

108) 동산·채권 등의 담보에 관한 법률

제20조(담보목적물의 방해제거청구권 및 방해예방청구권) 담보권자는 동산 담보권을 방해하는 자에게 방해의 제거를 청구할 수 있고, 동산담보권을

언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률¹⁰⁹⁾이 있다. 그 외에는 지식재산권에 기초한 경우인데, 특허법¹¹⁰⁾, 실용신안법¹¹¹⁾, 상표법¹¹²⁾, 디자인보호법¹¹³⁾, 저작권법, 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 ‘부정경쟁방지법’이라 한다)¹¹⁴⁾, 농수산물 품질관리법¹¹⁵⁾, 산업기술의 유출방지

방해할 우려가 있는 행위를 하는 자에게 방해의 예방이나 손해배상의 담보를 청구할 수 있다.

109) 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률

제30조(손해의 배상) ① 언론등의 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 인하여 재산상 손해를 입거나 인격권 침해 또는 그 밖의 정신적 고통을 받은 자는 그 손해에 대한 배상을 언론사등에 청구할 수 있다.

③ 제1항에 따른 피해자는 인격권을 침해하는 언론사등에 침해의 정지를 청구할 수 있으며, 그 권리를 명백히 침해할 우려가 있는 언론사등에 침해의 예방을 청구할 수 있다.

110) 특허법

제126조(권리침해에 대한 금지청구권 등) ① 특허권자 또는 전용실시권자는 자기의 권리를 침해한 자 또는 침해할 우려가 있는 자에 대하여 그 침해의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다.

111) 실용신안법

제30조(특허법의 준용) 실용신안권자의 보호에 관하여는 「특허법」 제126조, 제128조, 제128조의2 및 제130조부터 제132조까지의 규정을 준용한다.

112) 상표법

제107조(권리침해에 대한 금지청구권 등) ① 상표권자 또는 전용사용권자는 자기의 권리를 침해한 자 또는 침해할 우려가 있는 자에 대하여 그 침해의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다.

113) 디자인보호법

제113조(권리침해에 대한 금지청구권 등) ① 디자인권자 또는 전용실시권자는 자기의 권리를 침해한 자 또는 침해할 우려가 있는 자에 대하여 그 침해의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다.

114) 부정경쟁방지법

제4조(부정경쟁행위 등의 금지청구권 등) ① 부정경쟁행위나 제3조의2제1항 또는 제2항을 위반하는 행위로 자신의 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자는 부정경쟁행위나 제3조의2제1항 또는 제2항을 위반하는 행위를 하거나 하려는 자에 대하여 법원에 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다.

및 보호에 관한 법률¹¹⁶⁾, 식물신품종 보호법¹¹⁷⁾ 등이 있다.

그런데 공정거래법은 거래상 지위의 남용행위를 포함한 공정거래법 위반행위에 대한 금지청구권에 관한 규정을 두고 있지 않다. 개별법에서 금지청구권을 인정하는 경우는 물권, 인격권, 지식재산권 등 특정한 권리가 침해된 경우를 전제하고 있는데, 공정거래법 위반행위는 특정한 권리 침해를 전제하고 있지 않아 현행법상 금지청구제도를 인정할 수 있는지, 또는 도입할 필요가 있는지에 대해 논의 개별법에서 금지청구권을 인정하고 있는지 논의가 계속되고 있다

한편 공정거래법 위반행위를 이유로 한 금지청구권을 허용하지 않는 법원의 판결 등이 있자 실무상 공정거래법 위반행위를 이유로 한 금지청

제10조(영업비밀 침해행위에 대한 금지청구권 등) 제10조(영업비밀 침해행위에 대한 금지청구권 등) ① 영업비밀의 보유자는 영업비밀 침해행위를 하거나 하려는 자에 대하여 그 행위에 의하여 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 경우에는 법원에 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다.

115) 농수산물 품질관리법

제36조(권리침해의 금지 청구권 등) ① 지리적표시권자는 자신의 권리를 침해한 자 또는 침해할 우려가 있는 자에게 그 침해의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다.

116) 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률

제14조의2(산업기술 침해행위에 대한 금지청구권 등) ① 대상기관은 산업기술 침해행위를 하거나 하려는 자에 대하여 그 행위에 의하여 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 경우에는 법원에 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다.

117) 식물신품종 보호법

제83조(권리 침해에 대한 금지청구권 등) ① 품종보호권자나 전용실시권자는 자기의 권리를 침해하였거나 침해할 우려가 있는 자에 대하여 그 침해의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다.

구가 활용되지 못하였다. 이에 피해자의 권리구제를 위해서는 손해배상 청구만으로는 부족하기 때문에 공정거래법에 금지청구권이 필요한데, 현행법 해석으로는 금지청구권을 인정하기 어려우므로 입법을 통해 금지청구권을 도입해야 한다는 주장이 꾸준히 있어왔다. 이에 전면개정안은 불공정거래행위에 대한 사인의 금지청구권을 도입하기에 이르렀다. 전면개정안은 피해자의 신속한 권리구제를 위해 불공정거래행위에 대한 금지청구권을 도입했다는 점에서 높이 평가할 수 있으나, 보완이 필요한 사항이 적지 않다.

이하에서는 외국의 금지청구권 인정 여부, 현행법상 공정거래법 위반행위를 이유로 한 금지청구가 가능한지를 살핀 후 전부개정안의 금지청구권 규정에 관하여 검토한다.

제 2 절 외국의 금지청구권 인정 여부

I. 미국

금지명령 또는 금지청구제도 번역될 수 있는 미국법상의 ‘injunction’은 형평법상 발전되어 온 구제수단이다.¹¹⁸⁾ 미국에서 계약불이행이나 불법해행위에 대한 보통법상 원칙적인 구제수단은 손해배상이지만, 손해배상만으로 충분하지 않은 경우 형평법에 의해 구제를 받을 수 있다.¹¹⁹⁾ 금지명령은 본안 판결 이전에 발령되는 임시적 금지명령과 본안 판결 이후 발령되는 확정적 금지명령으로 나눌 수 있다. 임시적 금지명령이 발

118) 김태선, “미국법상 금지명령 제도”, 「민사법학」 61호, 2012. 12., 478면.

119) 윤진수, 주 73)의 글, 87면.

령되기 위해서는 본안 판결에서의 승소가능성 등 그 발령에 필요한 요건을 갖추어야 한다. 확정적 금지명령이 인정되기 위해서는 원고의 실제적 청구권이 인정되고, 불법행위에 따른 손해의 발생이 구체적으로 예상되고 그 손해가 회복할 수 없고 금지명령에 따른 피고의 부담이 원고의 이익과 비교하여 현저하게 불균형하지 않아야 한다.¹²⁰⁾

반독점법 위반행위에 대한 금지청구는 정부의 금지청구와 사인의 금지청구를 구분하여 살펴볼 필요가 있다. 정부의 금지청구는 서면법 제4조, 클레이튼법 제15조에 의하여 법무부 독점금지국이 연방법원에 민사소송을 제기하는 방식으로 이루어지고 있다. 과거 사인의 금지청구가 가능한지 논의가 있었으나 클레이튼법 제16조에서 독점규제법 위반으로 인한 손해나 손해의 위협이 있는 자는 누구든지 금지청구를 할 수 있다고 규정함에 따라 입법적으로 사인의 금지청구가 가능하게 되었다. 정부 소송과의 차이점은 정부 소송의 경우 위반행위의 사실만 입증하면 금지청구를 받을 만한 공공의 손해가 발생하였음이 입증되었다고 보지만, 사인에 의한 청구에 있어서는 원고가 소송을 제기할 수 있는 자격을 증명하여야 하며, 위의 점이 입증된 경우에도 법원은 공익을 고려하여 금지청구를 기각할 수 있다.¹²¹⁾

한편 경쟁방법의 불공정성을 문제 삼는 FTC법 제5조 위반행위에 대하여는 사인이 법원에 금지청구를 할 수는 없다.¹²²⁾

120) 김태선, 주 118)의 글, 478-479면.

121) 이선희, 주 78)의 글, 612면.

122) 강우찬, “공정거래법상 금지청구권과 가처분”, 「민사판례연구」 제31권, 박영사, 2009, 883면.

II. EU

1. EU에서 사적집행은 각 회원국에 맡겨져 있는데, 영국과 독일의 경우를 제외하면 금지청구에 대한 규정이 없다.

2. 독일의 경우 2005년에 개정된 경쟁제한방지법 제33조는 “이 법의 규정, EU조약 제81조, 제82조, 카르텔청의 처분에 위반한 자”를 상대로 금지청구권을 행사할 수 있다고 규정하고 있다. 2004년 개정된 부정경쟁방지법은 제3조에서 “경쟁자, 소비자 기타 시장참여자를 해함으로써 불공정하고 경쟁을 실질적으로 왜곡할 수 있는 경쟁행위는 금지된다.”고 선언하고, 금지되는 행위의 구체적인 목록을 예시하였으며, 제8조 제1항에서는 이 법을 위반한 행위는 행정적 규제의 대상이 되는 것이 아니라 오로지 손해배상청구 및 금지청구 등 사소에 의하도록 하고 있다.¹²³⁾ 금지청구의 원고적격은 직접적 경쟁자, 소비자 단체 등으로 한정된다. 따라서 일반 소비자는 원고적격이 없고, 권한 있는 소비자 단체에 신고하는 수밖에 없다. 마찬가지로 일반 기업도 직접적 경쟁자가 아닌 한 원고적격이 없다.¹²⁴⁾

III. 일본

일본 독점금지법은 2000년 개정을 통하여 사인의 금지청구권을 도입하였다. 일본독점금지법 제24조는 사업자의 불공정한 거래방법 또는 사업자단체의 불공정한 거래방법의 권장에 의하여 이익이 침해되었거나 또

123) 이선희, 주 78)의 글, 615면.

124) 강우찬, 주 122)의 글, 888면.

는 그 우려가 있는 자는 그것에 의하여 현저한 손해가 발생하였거나 또는 그 우려가 있는 때에 사업자 또는 사업자단체에 대하여 침해의 정지 또는 예방을 청구할 수 있다고 정하고 있다.

이처럼 일본은 불공정한 거래방법에 의한 행위에 대해서만 금지청구를 인정하고 있다. 이는 제도도입의 초기 단계에서 위반행위의 입증비용이하고 민사소송에 친숙한 위반행위만을 대상으로 하는 것이 바람직하고, 사적 독점이나 부당한 공동행위 등은 불특정 여러 사람의 사익을 침해하는 경우가 많으므로 개별 피해자에 의한 소송의 제기를 기대하기 어려우며, 이러한 행위는 시장 전체에 중대한 침해로 나타나기 때문에 공익보호 차원에서 공정거래위원회에 맡기는 것이 바람직하다고 보았기 때문이다.¹²⁵⁾

일본 독점금지법의 또 다른 특징은 ‘현저한 손해’를 그 요건으로 한다는 것이다. 현저한 손해는 금지청구권의 예외적, 보충적 성격에 비추어 손해배상청구권 행사의 경우보다 고도의 위법성이 필요한 것이라는 위법성 단계성이 거론되고 있으며 소액의 피해자에게 금지청구권을 인정할 경우 남소에 다른 사회적 피해를 방지하기 위한 대책이라고 받아들여지고 있다고¹²⁶⁾ 하나 일본 외에서는 찾아보기 어려운 독특한 요건이다.

금지청구의 소가 제기되면, 법원은 그 취지를 일본 공정거래위원회에 통지함과 아울러 공정거래위원회에 대하여 당해 사건에 관한 독점금지법의 적용 및 기타 필요한 사항에 관하여 의견을 물을 수 있다.¹²⁷⁾ 일본

125) 신현운, “일본 독점금지법의 위법행위유지청구권”, 「경쟁법연구」 제7권, 한국경쟁법학회, 2001, 127면.

126) 이선희, 주 78)의 글, 616면.

공정거래위원회는 법원의 허가를 받아 법원에 대하여 당해 사건에 관한 독점금지법 적용 기타 필요한 사항에 관한 의견을 제시할 수 있다.

127) 강우찬, 주 122)의 글, 889면.

제3절 현행법상 금지청구권 인정 여부

I. 문제의 제기

전부개정안의 금지청구권은 공정거래법 위반행위에 대한 금지청구가 허용되지 않음을 전제로 한다.¹²⁸⁾ 현행법상 사인의 금지청구권이 인정되는지 여부, 그리고 인정범위에 따라 전부개정안에서 금지청구권을 도입하는 의미가 달라진다. 현행법상 공정거래법 위반행위에 대해 금지청구가 가능한지에 관해 종래 민법에 기한 금지청구와 공정거래법에 기한 금지청구가 가능한지가 구분되어 논의가 이루어졌다.

이하에서는 민법에 기한 금지청구가 가능한지 여부와 공정거래법에 기한 금지청구가 가능한지 여부에 관한 학설을 순차로 살펴본 후 명문의 규정이 없는 경우에 금지청구권 인정에 관한 대법원 판례를 살펴보고자 한다.

II. 현행법상 금지청구권에 관한 학설

1. 민법상 금지청구권 인정 여부에 관한 학설

가. 민법 제394조는 “다른 의사표시가 없으면 손해는 금전으로 배상한다.”고 정하고 있다. 위 규정은 민법 제763조에 의하여 불법행위로 인한 손해배상에 준용된다. 예외적으로 민법 제764조는 “타인의 명예를 훼손

128) 전부개정안, 7면.

한 자에 대하여는 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다.”고 규정하고 있으나, 그 외의 경우에는 금전배상 외에 다른 원상회복을 인정하는 규정을 두고 있지 않다. 이처럼 명문의 규정이 없음에도 금전배상 외에 금지청구권을 인정할 수 있는지를 두고 견해의 대립이 있다.

나. 부정설은 불법행위제도는 위법행위로부터 이미 발생한 손해를 전보시키는 것이므로 현재 이루어지고 있는 위법행위로부터 이미 발생한 손해를 전보시키는 것이므로 현재 이루어지고 있는 위법행위의 배제, 정지나 장래 있을 위법행위의 예방청구권 등은 불법행위 자체로부터는 인정될 수 없다고 한다.¹²⁹⁾

다. 긍정설은 불법행위를 이유로 한 손해배상을 인정하면서도 위법한 행위의 배제를 청구할 수 없는 것은 불법행위제도의 취지에 반하므로 위법한 침해의 배제와 예방을 청구할 수 있어야 한다고 주장한다. 다만 구체적인 근거는 학자별로 차이가 있다. 불법행위 자체의 효과로 금지청구권이 당연히 인정된다는 견해¹³⁰⁾, 명시적인 규정이 없어도 인격권, 영업권, 각 규정의 유추적용 등을 통하여 제3자에 의한 채권침해의 사안에 해당하면, 그 침해의 우려가 매우 급한 경우에는 예외적으로 방해예방, 금지청구 또는 가처분을 인정할 수 있다는 견해¹³¹⁾ 등이 있다.

2. 공정거래법에 기한 금지청구권 인정에 관한 학설

129) 김증한·김학동, 「채권각론」, 박영사, 2006, 899면.

130) 김기선, 「한국채권법각론」, 법문사, 1988, 455-456면.

131) 김재형, “제3자에 의한 채권침해”, 「민법론 III」, 박영사, 2007, 431면.

가. 공정거래법 제56조 제1항 본문은 사업자 또는 사업자단체가 공정거래법을 위반함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에 손해배상책임을 진다고 규정하고 있으나, 손해배상의 방법에 관한 규정을 두고 있지 않고, 금지청구에 관한 규정도 두고 있지 않다. 이에 공정거래법에 기한 금지청구가 가능한지 문제된다.

나. 공정거래법상 위반행위의 효과가 지속될 수 있고, 손해의 발생 사실 입증이 안 될 경우와 손해액 증명이 용이하지 않아 배상받지 못하거나 증명된다고 하더라도 과소배상이 될 가능성이 높으며, 공정거래법 위반으로 인한 손해는 이미 발생하고 나면 사후에 그 피해를 회복하는 것이 불가능한 경우가 많기 때문에 관련 규정의 유추적용을 통해 금지청구를 인정해야 한다는 견해¹³²⁾가 있다.

다. 다만 공정거래법 위반행위 일반에 대해서는 대체로 명시적 규정이 없는 한 금지청구가 허용되지 않는 것으로 보는 견해가 다수의 견해로 보인다.¹³³⁾

Ⅲ. 금지청구권 관련 판례

1. 개관

132) 장운순, “독점규제법상 사인의 권리구제방안의 도입방향”, 「법학논총」 제 36권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2016, 404면(다만, 이 견해 역시 입법상 명시적으로 금지청구권을 도입할 필요가 있다고 주장한다).

133) 권오승, 이민호, 주 55)의 글, 97면, 장승화, “사적집행의 확대: 사인의 금지청구”, 「공정거래법과 규제산업」, 법문사 2007, 398면, 강우찬, 주 122)의 글, 880면.

가. 공정거래법 위반행위에 대해 금지청구를 할 수 있는지에 관한 대법원 판례는 발견할 수 없다. 다만, 공정거래법 위반행위에 대해 금지청구권을 인정할 수 없다는 하급심 판결이나 결정은 있다.

나. 이에 명문의 규정이 없는 경우에 금지청구권을 인정할 수 있는지에 관한 대법원 판례를 먼저 살펴볼 필요가 있다. 특히 거래상 지위남용행위를 이유로 한 금지청구권 인정 여부와 관련성이 높은 영업이익이나 계약관계권리에 기초한 금지청구권 인정 여부에 관한 대법원 판례를 구체적으로 살펴보고자 한다.

다. 다음으로 공정거래법 위반행위에 대해 금지청구권을 인정할 수 없다는 하급심 판결이나 결정을 검토하고자 한다.

2. 명문의 규정이 없는 경우에 금지청구권 인정 여부에 관한 대법원 판례

가. 판례의 경향¹³⁴⁾

공정거래법 위반행위에 대해 금지청구가 가능한지에 관한 대법원 판례는 발견할 수 없다. 다만 명문의 규정이 없는 경우에 금지청구권을 인정할 수 있는지에 관한 대법원 판례를 살펴보는 것은 종래 우리나라의 실무는 주로 보호법익의 성격에 따라 금지청구권의 인정 여부를 결정하여 왔다. 법익보호의 필요성은 있지만 금지청구권에 관한 명문 규정이 없는 경우, 민법이 소유권 등 물권에 대하여만 금지청구권에 관한 명문

134) 김태현, “민사법상 침해금지청구권의 인정근거와 확대범위”, 「사법논집」 제66집, 법원도서관, 2018, 180-181면.

규정을 둔 취지에 따라 대세적 효력이 있는 절대권으로 구성이 가능한 권리에 대하여 금지청구권을 인정하였다. 대표적인 것이 인격권,¹³⁵⁾¹³⁶⁾ 시설관리권¹³⁷⁾ 및 환경 등 생활이익의 침해¹³⁸⁾에 대하여 금지청구권을 인정한 판례들이다. 이러한 입장에서 영업이익이나 계약관계권리 침해행위에 대하여는 원칙적으로 금지청구권을 인정하지 않았고,¹³⁹⁾ 예외적으로 개별 법률 규정의 해석¹⁴⁰⁾이나 당사자 사이의 묵시적 약정¹⁴¹⁾에 의한 금지의무를 도출하는 방법으로 금지청구권을 인정하였다.

이후 부정경쟁방지법에서 절대권이 아닌 권리나 법익이라도 부정경쟁행위 등 일정한 위법행위에 대하여 금지청구권을 인정하는 명문 규정을 두게 되자 보호법익의 성격만이 아니라 침해행위의 성격에 기초한 금지청구권을 인정하게 되었고, 이에 따라 영업이익이나 계약관계권리도 금지청구권의 보호대상이 될 수 있게 되었다.

135) 대법원 1996. 4. 12. 선고 93다40614, 40621 판결(비방광고로 인한 인격권 침해에 대한 사전적 구제수단으로 광고중지청구를 인정한 사례).

136) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2010다60950 판결(언론·출판 등의 표현행위에 의하여 명예가 침해된 경우 사후적 기사삭제청구권을 인정한 사례).

137) 대법원 2006. 5. 26. 선고 2004다62597 판결(학교운영주체인 학교법인과 교장은 학교 시설관리권 등에 기초하여 면학분위기를 해치는 위법행위에 대하여 방해예방청구 등 부작위청구권을 행사할 수 있다고 한 사례).

138) 다만 환경 등 생활이익의 침해를 금지청구권의 직접적 보호법익으로 인정하지 않고 소유권이나 점유권 등을 매개로 하여 금지청구권을 인정하고 있다(대법원 1999. 7. 27. 선고 98다47528 판결, 대법원 2007. 6. 15. 선고 2004다37904, 37911 판결).

139) 대법원 1979. 5. 8. 선고 79다242 판결.

140) 대법원 1979. 11. 13. 선고 79다1497 판결(다만, 수산업법 등 개별 법률 규정의 해석을 통해 업무방해금지 의무를 도출한 사건으로 민법에 기한 금지청구권을 인정한 사례로 보기는 어렵다).

141) 대법원 1997. 12. 26. 선고 97다42540 판결(집합건물의 업종제한과 관련하여, 영업침해 배제를 위한 동종 영업 금지청구권을 인정한 사례).

나. 영업이익이나 계약관계권리에 기초한 금지청구권을 인정한 판례

1) 대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정

가) 위 사건에서 대법원은 부정경쟁방지법 제4조 제1항에서 금지청구권을 인정하고 있는 같은 법 제2조 제1호 각 목의 부정경쟁행위와 유사한 행위가 불법행위에 해당함을 이유로 피해자에게 금지청구권을 인정하였다.

나) 위 결정에 대해서는 부정경쟁방지법 제4조 제1항의 금지청구권을 유추적용한 것이라는 해석,¹⁴²⁾ 일반적인 불법행위의 효과로서 금지와 예방청구권을 인정한 것이라는 해석¹⁴³⁾ 등이 있다.

2) 대법원 2014. 5. 29. 선고 2011다31225 판결

대법원은 위 사건에서, TV를 통한 광고서비스사업 등을 하는 갑 주식회사가 종합유선방송사업자들인 을 주식회사 등의 종합유선방송 가입자들 가운데 음식점, 찜질방 등 불특정 다수 고객 상대 업체들을 회원으로 모집한 후 해당 회원들이 보유한 개별 TV 수상기와 을 회사 등 소유의 케이블방송수신용 셋톱박스 사이에 갑 회사 소유의 광고영상송출기기인

142) 유영선, “부정한 경쟁행위와 관련된 불법행위 성립요건 및 그에 기한 금지청구권 허용 여부”, 「사법논집」 제53집, 2011, 사법발전재단, 170면.

143) 송오식, “불법행위의 효과로서 금지 및 예방청구권: 대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정”, 「법학논총」 제31집 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2011, 550면.

CF박스를 연결함으로써 을 회사 등이 전송한 방송프로그램 화면의 가로·세로 비율이 조정되게 하여 TV 화면의 상단에는 방송프로그램이 나오게 하고 하단에는 갑 회사가 별도로 모집한 광고주들로부터 의뢰받아 CF박스에 저장하였던 자막광고가 나오게 하는 방식으로 광고영업을 한 사안에서, 갑 회사의 CF박스 설치로 을 회사 등의 방송편성의 자유가 침해되었다고 할 것은 아니지만, 갑 회사의 광고행위는 을 회사 등의 광고영업 이익을 침해하는 부정행위로서 민법상 불법행위에 해당하고, 을 회사 등은 갑 회사가 불법행위에 해당하는 위와 같은 행위를 하는 것과 제3자로 하여금 이를 하게 하는 것의 금지를 청구할 수 있다고 하였다.

IV. 검토

1. 민법상 금전배상의 원칙이라는 것은 그 자체로서 완벽한 법이론 내지 공리는 아니다. 금전배상의 원칙은 배상권리자에게 완전히 만족스러운 것은 아니지만, 배상의무자의 편의를 고려하여 배상의무자는 스스로 금전으로 배상하여도 된다는 의미 정도를 가지는 것이고, 어떤 경우에도 이를 관찰시켜야 할 강행규정이라고 볼 수는 없다. 그리하여 원상회복을 인정할 수 있는 요건으로서 발생한 손해의 내용 및 성질이 무엇인지, 이러한 손해를 원상회복의 방법으로 배상할 필요성이 배상권리자의 입장에서 어느 정도인지, 원상회복을 하는 경우 그 용이성의 정도 및 그 이용의 정도는 어떠한지 등을 종합적으로 고려하여 법원이 결정하여야 하고, 배상의무자인 채무자가 원상회복에 의한 손해의 배상을 청구하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 이를 거부할 아무런 이유가 없다.¹⁴⁴⁾

144) 곽윤직 편집대표, 민법주해 [IX], 박영사, 1995, 595- 599면(양삼승 집필 부

2. 이처럼 특별한 사정이 인정된다면 불법행위에 기초한 금지청구를 인정할 수 있고, 거래상 지위남용행위를 규제하는 목적 중에는 거래상대방 보호가 있는 이상 거래상대방 보호를 위해 특별히 필요한 경우에는 금지청구권을 인정할 수 있다.

그렇다면 거래상 지위남용행위에 대한 금지청구권을 인정해야 할 특별한 사정은 무엇인지에 관한 의문이 제기될 수 있다. 사례가 집적되어야 하겠지만, 우선 대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정과 대법원 2014. 5. 29. 선고 2011다31225 판결에서 언급한 ① 침해행위가 계속되어 금전배상을 명하는 것만으로는 피해자 구제의 실효성을 기대하기 어렵고, ② 금지청구권 행사로 보호되는 피해자의 이익과 그로 인한 가해자의 불이익을 비교·교량할 때 피해자의 이익이 더 크며, ③ 금지명령의 집행에 있어 어려움이 없을 것¹⁴⁵⁾이라는 요건이 특별한 사정 인정의 한 기준이 될 수 있을 것이다.

분), 99면.

145) 윤진수 교수는 우리 민법상 원상회복이 인정될 수 있는 경우는 원상회복이 가능하여야 한다는 것을 당연한 전제로 하여, 채권자의 입장에서 볼 때에는 금전배상이 명백히 불충분한 반면, 채무자의 입장에서는 원상회복에 의하더라도 특별히 가혹하지 않으며, 나아가서는 그 집행에 있어서도 금전집행의 경우보다 편리한 경우여야 한다고 한다. 윤진수(주73), 105

제4절 전부개정안의 금지청구권

I. 문제의 제기

1. 현행 공정거래법에서 피해자가 법원에 공정거래법 위반행위에 대하여 금지청구를 하는 것을 허용하지 아니하여 사건처리기간이 장기화되거나, 공정거래위원회가 무혐의 결정을 하는 경우에 피해자 입장에서는 신속한 피해구제를 위한 별다른 대안이 없는 상황을 감안하여 피해자의 신속한 권리구제를 위하여 피해자의 법원에 부당지원행위를 제외한 불공정거래행위에 대한 금지 및 예방의 청구를 직접 할 수 있도록 전부개정안은 금지청구권을 정하고 있다.

2. 구체적으로 살펴보면, 전부개정안 제105조 제1항은 “일정한 유형의 불공정거래행위로 인하여 피해를 입거나 피해를 입을 우려가 있는 자는 그 위반행위를 하거나 할 우려가 있는 사업자 또는 사업자단체에 자신에 대한 침해행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다.”고 금지청구권에 관하여 규정하고 있고, 제3항에서 “법원은 제1항에 따른 금지청구의 소가 제기된 경우에 그로 인한 피고의 이익을 보호하기 위하여 필요하다고 인정하면 피고의 신청에 의하거나 직권으로 원고에게 상당한 담보의 제공을 명할 수 있다.”고 하여 담보제공명령 제도를 정하고 있다.

3. 금지청구권이 전부개정안과 같이 입법될 경우, 거래상 지위의 남용 행위 피해자는 가해자를 상대로 공정거래위원회에 위반행위를 신고하는 것과 별도로 법원에 가해자를 상대로 금지청구의 소를 제기하거나 위반행위의 금지를 구하는 가처분 신청을 할 것으로 예상된다.

II. 전부개정안의 금지청구권 요건과 절차¹⁴⁶⁾

1. 금지청구권 행사의 요건

가. 청구권자

1) 금지청구권을 행사할 수 있는 자는 일정한 유형의 불공정거래행위로 인하여 피해를 입거나 피해를 입을 우려가 있는 자이다(전부개정안 제105조 제1항).

2) 과거 종래 금지청구권 도입에 있어 가장 우려 사항 중 하나는 남소로 인해 기업의 자유로운 활동이 위축될 수 있다는 것이었다.

이에 금지청구권을 도입하더라도 원고적격을 제한하여 사인소송이 아닌 단체소송을 도입해야 한다는 견해, 사인 소송을 허용하되 예컨대 ‘현저한 손해를 입을 우려가 있는 경우’와 같이 실제적 요건을 한정하여야 한다는 견해, 사인 소송을 제한 없이 허용하되 남소를 방지하기 위한 소송법상의 제도를 도입하면 된다는 견해 등이 주장되었다.

미국은 독점금지법 위반행위로 인하여 ‘경쟁상의 피해’를 입은 자만이 금지청구를 할 수 있는 것으로 해석·운영되고 있고, 일반적으로 금지청구권을 행사하려면 신청인에게 회복 불가능한 피해가 발생할 것을 요구

146) 홍대식, “공정거래법상 사적집행”, 법원 기업법 커뮤니티 발표자료, 2018, 17-20면.

하고 있다. 다만 손해의 현실적 발생을 입증하지 않아도 금지청구를 인용할 수 있도록 하는 한편, 금지명령을 받하기 위해서는 적절성이 요구되는데, 이는 구제수단으로서 완전성, 실용성, 효율성이 인정되면 그와 같은 적절성이 있는 것으로 해석되어, 신청인 적격의 범위는 비교적 넓게 인정하고 있다. 불공정거래행위에 대한 금지청구권을 인정하는 일본은 금지청구권자가 ‘자신의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자’이어야 할 뿐만 아니라, 이익이 침해되거나 침해될 우려로 인하여 ‘현저한 손해’를 입을 우려가 있어야 한다고 규정하고 있다.¹⁴⁷⁾

전부개정안은 원고적격을 단순히 ‘피해를 입거나 피해를 입을 우려’라고 하여 비교적 그 대상을 넓히는 대신 개정안 제105조 제3항에서 “피고의 이익을 보호하기 위하여 필요하다고 인정하면 피고의 신청에 의하거나 직권으로 원고에게 상당한 담보의 제공을 명할 수 있다.”는 규정을 두었다.

나. 대상행위

금지청구의 대상이 되는 공정거래법 위반행위는 사업자의 불공정거래행위(부당지원행위 제외)와 사업자의 불공정거래행위(부당지원행위 제외)를 하게 하거나 이를 방조한 사업자단체의 행위이다. 전부개정안은 대상행위를 부당지원행위를 제외한 불공정거래행위로 제한하는 방안을 채택하였다.

147) 정환, “공정거래법상 사인의 금지청구권 도입에 관한 소고”, 「경쟁저널」 제168호, 한국공정경제연합회, 2013, 23면.

다. 금지청구의 내용

금지청구의 내용은 피해자인 원고 자신에 대한 침해행위의 금지 또는 예방에 대한 청구이다. ‘자신에 대한’ 것이므로 위반행위로 피해자에게 발생한 당해 침해행위에 대한 중국적인 금지 또는 예방적인 금지를 청구하는 것만이 허용된다. 사인에 의한 금지청구를 허용할 경우 당해 피해자의 구제에 필요한 범위를 넘어 위법행위 전체에 대한 일반적 금지를 명하는 것은 문제가 있다. 위법행위 전체에 대한 일반적 금지를 명할 경우 소송과 관계없는 제3자의 지위를 불안정하게 할 수 있고, 변론주의 및 기판력과의 관계에서도 현행 민사소송법 체계에도 맞지 않기 때문이다.

2. 금지청구권 행사 절차

가. 금지청구의 소의 관할법원은 「민사소송법」에 따라 관할권을 갖는 지방법원 외에 해당 지방법원 소재지를 관할하는 고등법원이 있는 곳의 지방법원도 될 수 있다.

나. 의원입법안 중에는 금지청구의 소가 제기된 경우 법원의 공정위 통지의무 및 의견청취의 근거를 규정하거나 공정위의 의견진술 근거를 규정하여 법원의 금지청구소송에서 공정위의 일정한 역할을 명시하는 내용이 포함된 것이 있으나, 전부개정안에는 그러한 내용이 포함되지 않았다. 한편 손해배상제도에 도입되어 있는 증거조사방법의 특칙을 금지청구제도에도 적용하여 법원과 공정위 간의 사건 기록을 공동 활용하는 방안이 논의되었으나, 전부개정안에는 이런 방안을 도입하지 않았다.

Ⅲ. 전부개정안의 금지청구권에 대한 절차법적 검토

1. 개설

현행 공정거래법은 피해자가 법원에 공정거래법 위반행위에 대하여 금지청구를 하는 것을 허용하지 않고 있다. 앞에서 본 것처럼 법원은 민법에 기한 금지청구에 대해서도 소극적인 입장이다. 이에 전부개정안은 부당지원행위를 제외한 불공정거래행위에 대한 금지 및 예방의 청구를 직접 할 수 있도록 규정하였다.

거래상 지위남용행위에 대한 금지청구에 한정하여 살펴보면, 손해배상 청구만으로는 피해자 보호에 충분하지 못할 수 있다. 대법원이 공정거래위원회의 무혐의 결정에 대해 신고인이 항고소송을 제기하는 것을 허용하지 않아¹⁴⁸⁾ 공정거래위원회가 법적 판단을 그르쳐 잘못된 무혐의 결정을 할 경우 신고인은 헌법소원을 제기하는 것 외에는 불복할 방법이 없는 점까지 고려하면, 금지청구권을 도입하여 피해자 보호를 도모하고, 공정거래위원회의 공적집행을 보완할 필요성은 부인할 수 없다.

그러나 공정거래법의 금지청구권은 민사법에 근거하여 심리되고 집행을 할 수밖에 없어 민법, 민사소송법, 민사집행법 등 전체 법체계와 조화를 이루어야 한다. 전부개정안의 금지청구권의 실체법적 문제는 현재 구체적인 사례가 없어 검토에 한계가 있으므로 이 절에서는 전부개정안에 예정한 금지청구제도의 절차법적 문제를 검토하고자 한다.

148) 대법원 2000. 4. 11. 선고 98두5682 판결.

2. 담보제공명령제도의 문제점

가. 문제제기

1) 헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”고 하여 ‘법률에 의한’ 재판과 ‘법관에 의한’ 재판을 받을 권리를 보장하고 있다. ‘법률에 의한’ 재판청구권을 보장하기 위하여서는 입법자에 의한 재판청구권의 구체적 형성이 필요하다고 하더라도, 이러한 입법활동의 한계로서 입법자는 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 준수하여야 한다.¹⁴⁹⁾

2) 전부개정안 제105조 제3항은 ‘피고의 이익’을 보호하기 위하여 원고에게 상당한 담보의 제공을 명할 수 있다고 정하고 있다. 이는 금지청구권 도입 당시부터 제기된 남소의 위험 때문에 도입된 규정이다. 원고가 법원의 담보제공명령을 따르지 않을 경우에 법원은 원고가 제기한 소를 각하한다는 점에서 담보제공명령은 피해자의 법원에의 접근을 제한한다. 담보제공명령 규정이 과잉금지원칙에 반하여 헌법 제27조 제1항의 재판청구권을 침해할 우려가 있다면 위헌성을 제거하는 방향으로 입법이 이루어질 필요가 있다.

3) 남소의 위험을 제거할 필요는 있지만, 그와 같은 위험 때문에 ‘피고의 이익’을 위한 담보제공명령을 규정할 필요가 있는지에 대해서는 신중한 검토가 필요하다. 이를 검토하기에 앞서 다른 민사소송법, 민사집행

149) 헌법재판소 2016. 6. 30. 선고 2014헌바456, 457(병합) 전원재판부 결정.

법 및 상법 등에 규정된 담보제공명령 규정과의 차이점을 살펴보고, 이를 바탕으로 전부개정안의 담보제공명령의 문제점을 검토하겠다.

나. 민사소송법, 민사집행법 및 상법상 담보제공명령 규정과의 비교

1). 민사집행법 제280조 제3항의 담보제공과의 비교

가) 민사집행법 제280조 제3항의 담보제공명령 개관

법원은 가처분 신청이 있는 경우에 피보전채권과 가처분의 이유가 소명된 때에도 채권자에게 담보를 제공하게 할 수 있다(민사집행법 제280조 제3항, 제301조). 법원은 임시의 지위를 명하는 가처분의 경우 통상적으로 담보 제공을 명하고 있다.

그런데 임시의 지위를 정하기 위한 가처분이란, 당사자 사이에 현재 다툼이 있는 권리 또는 법률관계가 존재하고, 그에 대한 확정판결이 있기까지 현상의 진행을 그대로 방치한다면 권리자가 현저한 손해를 입거나 급박한 위험에 처하는 등 소송의 목적을 달성하기 어려운 경우에, 그로 인한 위험을 방지하기 위해 잠정적으로 권리 또는 법률관계에 관하여 임시의 지위를 정하는 보전처분으로(민사집행법 제300조 제2항), 본안소송과 달리 그 증명의 정도가 ‘소명’으로 충분하고, 현상유지의 성격이 강한 가처분의 경우에는 채권자의 증거가 채무자의 증거보다 우위에 있지 않더라도 향후 본안소송에서 채권자가 승소할 가능성만 어느 정도 있다고 판단되면 가처분 신청이 인용될 수 있다는 점에서¹⁵⁰⁾ 담보제공이 정

150) 법원행정처, 임시의 지위를 정하기 위한 가처분, 「재판실무편람」 제42호,

당화된다.

나) 전부개정안의 담보제공명령과의 차이점

전부개정안의 담보제공명령은 가압류나 가처분과 같은 보전처분에 관한 것이 아니라 본안소송을 제기한 경우에 담보제공을 명할 수 있다는 점에서 민사집행법상 제280조 제3항의 담보제공명령과는 본질적으로 다르다.

1) 민사소송법 제117조의 담보제공명령과의 비교

가) 민사소송법 제117조의 담보제공명령 개관

민사소송법은 “원고가 대한민국에 주소·사무소와 영업소를 두지 아니한 때 또는 소장·준비서면, 그 밖의 소송기록에 의하여 청구가 이유 없음이 명백한 때 등 소송비용에 대한 담보제공이 필요하다고 판단되는 경우”에 담보제공명령(제117조)을 할 수 있다.

원고가 대한민국에 주소·사무소와 영업소를 두지 않은 경우에는 피고가 본안소송에서 승소하여 소송비용확정결정을 받더라도 그 결정을 집행할 원고의 재산이 없을 가능성이 크므로 정당성이 인정된다. “소장·준비서면, 그 밖의 소송기록에 의하여 청구가 이유 없음이 명백한 때 등 소송비용에 대한 담보제공이 필요하다고 판단되는 경우”의 의미에 대해 대법원은 소송비용 담보제공 명령은 소송기록에 의하여 청구가 이유 없

2016, 15면.

음이 명백한 때에 해당하거나 그 밖에 이에 준하는 사유가 있어 피고의 이익을 보호하기 위해 소송비용상환청구권을 쉽게 실현할 수 있도록 필요한 조치를 취해 둘 필요가 있는 경우에만 허용된다는 취지로 판시하여 그 적용범위를 엄격히 제한하고 있다.¹⁵¹⁾

나아가 담보를 제공할 사유가 있다는 것을 알고도 피고가 본안에 관하여 변론하거나 변론준비기일에서 진술한 경우에는 담보제공을 신청하지 못하도록 하여 피고의 담보제공신청권 행사가 제한하고 있다(민사소송법 제118조).

헌법재판소는 민사소송법 제117조 제1항 제1문 중 “소장·준비서면, 그 밖의 소송기록에 의하여 청구가 이유 없음이 명백한 때 등 소송비용에 대한 담보제공이 필요하다고 판단되는 경우”에 관한 부분 및 민사소송법 제120조 제2항이 재판청구권을 침해하는지 여부가 문제된 사건에서 “심판대상조항으로 인하여 원고에게 소각하 판결이 내려지더라도, 원고가 다시 같은 소를 제기하는 것이 금지되지 않으므로 심판대상조항으로 인해 원고의 법원에의 접근이 완전히 차단되는 것은 아니다. 반면, 심판대상조항을 통하여 피고의 소송비용상환청구권의 이행을 확보해 줌으로써 소송 방어를 위해 응소할 수밖에 없는 피고의 소송비용에 대한 부담을 덜고, 동시에 원고가 명백히 부당한 소송을 제기하거나 남소를 제기하는 것을 방지하여 사법자원의 효율적 활용과 합리적 분배에 기여하도록 할 필요성은 크다. 심판대상조항으로 인하여 원고의 법원에의 접근이 어느 정도 제한된다고 하더라도, 그것이 심판대상조항을 통하여 달성하려는 공익보다 무겁다고 할 수 없으므로 심판대상조항은 법익의 균형성도 갖

151) 대법원 2013. 5. 31. 자 2013마488 결정.

추었다.”고 결정하였다.¹⁵²⁾

나) 전부개정안의 담보제공명령과의 차이점

민사소송법의 담보제공명령 그 중 소장·준비서면, 그 밖의 소송기록에 의하여 청구가 이유 없음이 명백한 때에는 법원은 담보제공명령을 할 수 있다. 대법원은 청구가 이유 없음이 명백한 사유가 있어 피고의 이익을 보호하기 위하여 소송비용상환청구권의 용이한 실현을 미리 확보하여 둘 필요가 있는 경우에 담보제공명령이 허용된다고 하여 담보제공명령의 요건을 엄격하게 해석하고 있다.¹⁵³⁾

그런데 전부개정안은 단지 ‘피고의 이익’을 위하여 필요한 경우에 담보제공명령이 가능하다고 하여 담보제공명령이 가능한 경우를 민사소송법의 담보제공명령이 가능한 때보다 크게 넓게 인정하고 있다.

3) 상법상 담보제공명령과의 비교

가) 상법상 담보제공명령 개관

(1) 상법은 여러 담보제공명령 규정을 두고 있다.

(2) 상법 제176조 제1항, 제3항은 이해관계인이 회사의 해산을 청구한 때에는 법원은 회사의 청구에 의하여 상당한 담보를 제공할 것을 명할

152) 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2018헌바431 전원재판부 결정.

153) 대법원 2013. 5. 31.자 2013마488 결정 참조.

수 있다고 정하고 있다. 이 경우 회사가 상당한 담보를 제공할 것을 청구할 때에는 이해관계인의 청구가 악의임을 소명해야 한다(상법 제176조 제3항).

(3) 주주가 결의취소의 소를 제기한 때에도 그 주주가 이사 또는 감사인 때 외에는 법원은 회사의 청구에 의하여 상당한 담보를 제공할 것을 명할 수 있다(상법 제376조 제1항, 제377조 제1항), 이 경우에도 회사가 상당한 담보를 제공할 것을 청구한 때에는 그 청구가 악의임을 소명해야 한다(상법 제377조 제2항, 제176조 제4항).

(4) 그 외에 회사채권자가 회사합병의 무효의 소를 제기한 때(상법 제236조, 제237조), 주주가 회사에 대하여 이사의 책임을 추궁하는 소를 제기한 때(상법 제403조 제1항, 제7항) 등에도 모두 담보제공명령을 할 수 있지만, 회사는 그 청구가 악의임을 소명해야 한다.

(5) 회사가 소명해야 하는 ‘악의’의 의미가 ‘청구사유에 정당한 이유가 없는 경우’를 의미하는지, 아니면 ‘그 소송의 제기가 불법·부당한 목적을 가진 경우’를 의미하는지에 대해 다툼이 있으나, 담보제공제도의 악의를 넓게 인정할 경우 그 소송이 본안소송에 들어가지도 못하고 종료될 수 있다는 점을 고려하여 가능한 엄격하게 해석할 필요가 있다.¹⁵⁴⁾

나) 전부개정안의 담보제공명령과의 차이점

154) 김대연, 주주대표소송에서의 담보제공명령제도, 상사법연구 21권 2호, 한국상사법학회, 2002, 388

상법의 담보제공제도는 회사나 이사가 제소자에 대하여 갖는 손해배상청구의 이행을 담보함과 동시에 회사를 괴롭히는 등 소송이 남용되는 것을 방지한다는 두 가지 목적이 있다. 이처럼 남소의 위험을 방지하기 위한 측면에서는 전부개정안의 담보제공명령제도와 유사점이 있다.

그런데 상법상 담보제공명령을 하기 위해서는 회사 등이 그 소제기가 악의임을 소명해야 한다. 반면 전부개정안의 담보제공명령은 사업자가 원고의 소 제기가 악의임을 소명할 필요가 없다. 나아가 법원은 피고의 이익을 보호하기 위해 필요하다고 판단할 경우 직권으로 담보제공명령을 할 수 있다. 이처럼 상법상 담보제공명령과 전부개정안의 담보제공명령은 그 요건에 있어 큰 차이가 있다.

다. 전부개정안의 담보제공명령에 대한 검토

1) 앞서 살펴 본 것처럼, 민사소송법상 담보제공명령은 원고의 청구가 이유 없음이 명백한 경우에 할 수 있고, 상법상 여러 담보제공명령은 회사 등이 원고의 악의를 소명한 때에 할 수 있다. 이는 남소의 폐해 방지라는 법익과 원고의 재판청구권이라는 법익의 균형을 갖추기 위한 것이다.

전부개정안의 담보제공명령은 발령 요건으로 오로지 ‘피고의 이익’만을 규정하고 있다. 그런데 담보제공명령은 피해자의 법원에의 접근을 제한한다는 점에서 단지 ‘피고의 이익’만을 고려하여 담보제공명령을 하도록 하고 있어 원고의 재판청구권이라는 법익을 고려하고 있지 않다.

2) 전부개정안의 담보제공명령의 ‘피고의 이익’에 ‘원고 청구인용 가능성’, ‘원고의 이익’ 등이 포함되는 것으로 해석할 수 있다는 주장이 있을 수 있으나, 그와 같이 해석할 문언 상 근거가 없다.

나아가 남소의 방지라는 전부개정안의 담보제공명령의 취지를 살리기 위해서는 본안의 심리 이전에 담보제공명령 결정이 있을 필요가 있다. 그런데 ‘피고의 이익’에 ‘원고의 이익’이나 ‘청구인용 가능성’을 모두 고려하도록 할 경우 사실상 본안재판이 종결되기 전에서야 담보제공명령 가부가 가능하여 그 제도의 실익이 없게 된다.

3) 남소로 인한 피해를 막을 필요가 있어 민사소송법상 담보제공명령 외에 별도의 규정이 필요하다면, 상법상 담보제공명령과 같이 피고로 하여금 원고의 소 제기가 악의임을 소명하도록 하는 규정을 추가하고, 직권으로 담보제공명령을 할 수 있다는 부분은 삭제하는 것이 바람직하다.

IV. 전부개정안의 금지청구권에 대한 실체법적 검토

1. 개설

현재까지 불공정거래행위에 대한 금지청구를 인정한 판결을 찾을 수 없고, 전부개정안의 금지청구권의 해석에 관한 논의도 없어 전부개정안의 금지청구권의 요건과 효과를 비판적으로 검토하기는 쉽지 않다. 다만 앞서 본 거래상 지위남용행위의 사법상 효력 검토 결과와 현행법상 금지청구권 인정 여부에 관한 여러 논의에 기초하여 살펴보면, 전부개정안의 금지청구권은 그대로 입법화될 경우 실무상 해결하기 어려운 문제가 발

생될 우려가 있다.

2. 금지청구권 인정에 있어 형평적 요소의 고려 필요성

가. 앞서 본 것처럼 민법에서 불법행위의 경우 금전배상의 원칙을 채택한 이유는 원상회복이 어려운 경우가 많고, 금전배상으로도 완전히 가까운 배상을 실현할 수 있는 경우가 있으며, 원상회복이 실제 집행에 있어 문제가 생길 소지가 많고, 원상회복이 채무자에게 가혹하게 될 소지가 있기 때문이다.¹⁵⁵⁾

나. 그런데 전부개정안 제105조 제1항에 따르면 불공정거래행위로 인하여 피해를 입은 자는 그 위반행위를 한 사업자 등에 대하여 자신에 대한 침해행위의 금지를 청구할 수 있다고 규정하고 있을 뿐, 법원이 그 침해행위의 금지가 가해자에게 가혹한 결과를 초래하거나 그 집행에 어려움 등 형평적 요소를 고려할 수 있다는 규정이 없다.

이에 대해 물권이나 인격권에 기초하지 않은 금지청구에 있어 형평적 고려가 반드시 필요한 것은 아니라는 반론이 가능하다. 예컨대 금지청구에 있어 형평적 고려에 기초한 판단을 한 대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정이 있는 후에 2013. 7. 30. 법률 제11963호로 개정된 부정경쟁방지법 제2조 제1항 (차)목이 위 판례에서 밝힌 불법행위의 유형을 부정경쟁행위의 하나로 성문화 하였다. 부정경쟁방지법 제2조 제1항 (차)목에 기한 금지청구의 경우에 ‘보충성 요건’과 ‘이익형량 요건’을 갖추어지지 않더라도 부정경쟁방지법 제4조에 의한 금지청구권을 행사할 수 있는

155) 윤진수, 주 73)의 글, 105면.

것으로 해석¹⁵⁶⁾되고 위 개정법이 적용되는 사안의 경우에는 실무상 특별한 법익 형량 과정을 거치지 않고 침해행위가 인정되면 금지청구를 인용하고 있다.¹⁵⁷⁾

그러나 위와 같은 부정경쟁방지법 개정에 대해 공정한 거래질서를 보장하는 부정경쟁방지법의 입법 목적과 독자적 지위를 인정하고, 개별적·구체적 사안에 따라 금지청구권의 인용 여부를 유연하게 판단할 수 있는 가능성을 열어둘 필요가 있다는 비판 역시 유력하다.¹⁵⁸⁾

전부개정안의 금지청구권에 대해서는 부정경쟁방지법 개정에 대한 비판이 그대로 적용될 수 있다. 나아가 거래상 지위남용행위는 영업이익이나 영업비밀 침해의 경우에만 인정되는 것이 아니라 계약의 체결 및 이행과정에서도 발생할 수 있는 등 거래상 지위남용행위에 포섭될 수 있는 행위는 부정경쟁방지법 제2조 제1항 (차)목 보다 훨씬 다양하고 넓으므로 법원이 특정한 위반행위에 대해 손해배상청구만을 인정할 것인지, 아니면 금지청구권까지 인정할 것인지를 여러 요소를 종합적으로 고려하여 유연하게 판단할 수 있도록 하는 것이 바람직하다.

3. 거래상 지위남용행위의 사법상 효력과의 조화 필요성

가. 뒤에서 보는 바와 같이 거래상 지위남용행위의 사법상 효력은 구체적 사례에 따라 달리 판단해야 한다. 그런데 거래상 지위남용행위는

156) 이상현, “개정 부정경쟁방지법상 금지청구권에 관한 소고”, 「저스티스」 통권 제159호, 한국법학원, 2017, 328면.

157) 이상현, 주 156)의 글, 328-329면.

158) 이상현, 주 156)의 글, 330면.

계약의 체결, 이행, 종료 과정에서도 발생할 수 있는데, 거래상 지위남용행위의 사법상 효력에 따라 금지청구권의 대상 및 효과가 달라질 수 있다.

나. 앞에서 본 것처럼 계속적 계약관계에서 계약해지 통지가 거래상 지위남용행위에 해당할 경우, 그 계약해지 통지의 사법상 효력이 무효가 아니라면 계속적 계약관계는 사법상 종료되었다고 보아야 한다. 문제는 그로 인한 침해가 계속되고 있다고 볼 수 있는지, 계속되고 있다고 본다면 과연 계약해지 통지로 인한 침해의 배제를 위한 금지청구권행사가 가능한지 여부이다. 침해가 계속되고 있다고 본다면, 전부개정안의 금지청구권 행사를 부정할 근거가 없다. 이 경우 금지청구권 행사가 가능하다고 볼 것인지, 가능하다면 어떤 금지명령이 가능한지에 대해 해결하기 어려운 문제가 제기된다.

다. 거래상 지위남용행위의 사법상 효력과 금지청구의 대상을 어떻게 조화시킬 것인지에 대해서는 더 많은 연구가 필요할 것이라고 생각된다. 특히 거래상 지위남용행위를 사법상 무효가 아니라고 보면서도 피해자에게 거래상 지위남용행위에 대한 적극적인 금지를 구할 수 있는 권리를 부여하는 것은 사법상 해결하기 어려운 법률관계가 만들어질 수 있어 신중해야 한다. 이러한 측면을 고려할 때, 앞서 본 것처럼 금지청구권 인정 여부에 대해 법원에 상당한 재량을 인정할 필요가 있다. 거래상 지위남용행위의 사법상 효력을 일률적으로 판단할 수 없는 이상 금지청구권 역시 개별적으로 인정 여부를 판단하는 것이 금지청구권 도입에 따른 혼란을 피할 수 있는 길이라고 생각된다.

제6장 거래상 지위남용행위의 사법상 효력

제1절 개설

1. 들어가며

가. 공정거래법은 공정거래법 제19조 제4항이 “부당한 공동행위를 할 것을 약정하는 계약 등은 사업자 간에 있어서는 이를 무효로 한다.”는 규정을 두고 있는 것과는 달리 거래상 지위의 남용행위를 포함한 불공정 거래행위의 사법상 효력에 관해서는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 그로 인해 거래상 지위의 남용행위의 사법상 효력에 관해서는 상당히 복잡한 견해 대립이 있다.

나. 거래상 지위의 남용행위의 사법상 효과에 관한 논의가 다른 광의의 단속규정의 사법상 효력에 비해 더 복잡하게 진행되는 이유 중 하나는 불공정거래행위의 사법상 효력을 판단함에 있어 체계적 해석을 할 공정거래법 규정이 없다는 점이다.¹⁵⁹⁾ 하지만 더 큰 이유는 거래상 지위의

159) 대법원 2019. 1. 17. 선고 2015다227000 판결 참조: “구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2017. 4. 18. 법률 제14813호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘공정거래법’이라 한다)은 제10조의2 제1항과 제15조를 위반한 경우 시정조치를 명하거나(제16조 제1항), 과징금(제17조 제2항) 또는 형벌(제66조 제1항 제6호, 제8호)을 부과할 수 있다고 정하면서도, 제10조의2 제1항과 제15조를 위반한 행위의 사법상 효력에 관해서 직접 명시하고 있지는 않다. 그러나 공정거래법은 문언상 제10조의2 제1항을 위반한 행위가 일단 사법상 효력을 가짐을 전제로 하는 비교적 명확한 규정을 두고 있다. 즉, 공정거래법은 제10조의2 제1항을 위반한 행위가 있는 때에는 공정거래위원회가 시정조치로서 채무보증의 취소를 명할

남용행위의 모습이 굉장히 다양하다는 점에 있다. 통상 법규정이 단속규정인지, 아니면 강행규정인지는 법규정에 위반한 행위의 사법상 효력을 부인하지 않으면 법규정이 달성하고자 하는 목적을 달성할 수 없는지, 사법상 효력을 부인할 경우 거래의 안전을 침해할 우려가 없는지 등을 종합적으로 고려하여 결론을 내리게 된다. 그런데 거래상 지위의 남용행위의 경우, 위와 같은 이익형량을 해야 하는 위반행위를 특정하기 어렵다는 문제가 있다.

다. 이하에서는 거래상 지위남용행위의 사법상 효력에 관한 학설, 판례를 살펴보고, 거래상 지위남용행위 금지 규정을 강행규정으로 볼 수 있는지, 거래상 지위남용행위가 민법 제103조 위반으로 무효라고 볼 수 있는지, 거래상 지위남용행위를 권리남용이라고 볼 수 있는지 등을 순차로 살펴보겠다.

수 있다고 정하고 있다(제16조 제1항 제5호). 이는 공정거래법 제10조의2 제1항을 위반한 채무보증이 사법상 유효함을 전제로 한 것이고, 그 채무보증이 공정거래위원회의 재량에 따라 취소가 가능하다고 정한 것이다. 공정거래법이 위와 같은 채무보증을 사법상 무효라고 보았다면 굳이 시정조치로 취소를 명할 수 있다는 규정을 둘 이유가 없다. 따라서 공정거래법의 문언해석상 공정거래위원회의 시정명령으로 취소되기 전까지는 공정거래법 제10조의2 제1항을 위반한 채무보증은 일단 사법상 유효하다고 보아야 한다. 마찬가지로 공정거래법 제10조의2 제1항의 적용을 면탈하려는 제15조를 위반한 탈법행위도 사법상 유효하다고 볼 수 있다.

이러한 결론은 공정거래법이 다른 금지대상 행위에 대해서는 사법상 무효라거나 무효의 소를 제기할 수 있다는 명문의 규정을 두고 있는 것에 의해서도 뒷받침된다. 공정거래법 제19조 제4항은 ‘부당한 공동행위를 할 것을 약정하는 계약 등은 사업자 간에 있어 이를 무효로 한다.’고 정하고, 제16조 제2항은 ‘기업결합의 제한, 채무보증제한기업집단의 지주회사 설립제한 등을 위반한 회사의 합병 또는 설립이 있는 때에는 공정거래위원회가 회사의 합병 또는 설립무효의 소를 제기할 수 있다.’고 정하고 있다”

제2절 거래상 지위남용행위의 사법상 효력에 관한 학설 및 판례

I. 학설

1. 무효설

거래상 지위의 남용행위는 최소한 신의칙이나 선량한 풍속을 위반하는 등 민법의 일반원칙에 반하는 행위이어야 한다는 것을 전제로, 거래상 지위의 남용행위에 해당될 정도라면 모두 민법 제2조 혹은 제103조 위반행위가 되어야 한다고 주장한다. 이 견해에 따르면 거래상 지위 남용행위는 모두 사회질서에 반하여 무효이다.¹⁶⁰⁾

2. 원칙적 무효설

이 견해는 공정거래법 위반행위는 원칙적으로 헌법상의 경제질서를 해치고 민법의 기본원리인 계약의 자유를 해친다는 점에서 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 것으로 무효로 보아야 한다고 한다.¹⁶¹⁾ 다만 그와 같은 법률행위를 근거로 하여 이미 법률관계가 형성되어 있어서 그 행위를 무효로 하는 경우 거래관계에 상당한 혼란을 초래할 우려가 있는 경우이거나 위반의 정도가 미약하여 그 법률행위를 무효로 하는 것이 상대방사자에게 지나치게 가혹한 경우 등과 같이 그 위반행위를 무효로 하

160) 변동열, “거래상 지위의 남용행위와 경쟁”, 「저스티스」 제34권 제4호, 한국법학원 2001, 187-190면.

161) 권오승·이민호, 주 55)의 글, 89면.

는 것이 부적절한 경우에는 비록 범위반행위가 있다고 하더라도 이를 유효라고 보는 것이 타당하다고 한다.

3. 개별적 해결설

불공정거래행위 위반 행위의 태양이 다양하므로 사법적 효력을 일률적으로 결정하는 것은 무리가 있으므로 구체적 사안에 따라 안전의 존중에 필요한 한도에서 사법관계의 안정을 도모하면서 공정거래법의 취지와 거래 안전을 고려하여 무효의 범위를 결정하자는 견해이다.¹⁶²⁾

II. 대법원 2017. 9. 7. 선고 2017다229048 판결

1. 개관

대법원 2017. 9. 7. 선고 2017다229048 판결(이하 ‘대상판결’이라 하고, 대상판결과 관련한 사건을 ‘대상사건’이라 한다)은 거래상 지위의 남용행위의 사법상 효력에 관한 최초의 대법원 판결이다. 대상판결 이전에는 거래상 지위의 남용행위를 포함한 공정거래법상 불공정거래행위의 사법상 효력의 중요성에도 불구하고 그에 관한 판례가 없었다. 대상판결의 제1심, 제2심은 모두 대법원과 같이 사업자의 청구를 부정했다는 점에서는 결론이 같지만, 그 구체적인 논거에는 다소 차이가 있다.

대상판결의 중요성에도 불구하고 위 판결에 대해서는 아직 별다른 평석이 존재하지 않는다. 이에 아래에서 상세히 살펴보고자 한다.

162) 홍대식, “독점규제법상 불공정거래행위의 사법적 효력”, 「사법논집」 제30집, 대법원 법원행정처, 1999, 167면.

2. 사건의 개요

가. 원고는 지방에서 백화점을 운영하는 대규모소매업자이고, 피고는 원고에게 의류를 납품하는 업체이다.

나. 원고와 피고는 2012. 9. 1. 원고가 피고로부터 납품받은 상품을 매입하여 상품대금을 지급하고 피고의 책임 하에 상품을 판매한 후 재고품을 반품하는 조건으로 거래하는 내용의 '특정매입거래계약서'[이하 '이 사건 계약' 또는 '이 사건 계약서'라 한다]를 작성하고 지속적으로 거래를 하였다.

다. 피고는 2014. 9. 25. 원고에게 “피고는 원고에게 상품대금 반환채무 232,222,685원(이하 '이 사건 상품대금'이라 한다)이 있음을 확인하면서 이를 4회에 걸쳐 분할 상환한다. 재고물품의 판매는 피고의 책임 하에 실시하되, 판매가 부진하여 매출채권이 각 일자별 상환금액에 미치지 못하는 경우 각 일자의 익일에 부족금액을 원고의 은행계좌에 입금한다.”는 내용의 이 사건 상품대금 반환에 관한 확약서(이하 '이 사건 확약' 또는 '이 사건 확약서'라 한다)를 작성하였다.

라. 피고는 이 사건 확약 후 재고물품을 판매하여 원고에게 이 사건 상품대금 중 150,381,995원을 지급하였다.

마. 이에 원고는 피고를 상대로 이 사건 상품대금 중 나머지 대금 81,843,690원(= 232,222,685원 - 150,381,995원)의 지급을 구하는 소송을

제기하였다.

3. 제1심¹⁶³⁾ 및 원심¹⁶⁴⁾의 판단

가. 제1심에서 당사자의 주장과 법원의 판단

1) 피고의 주장

피고는 이 사건 확약에 기한 반품행위는 공정거래법, 동법 시행령 및 대규모소매업에 있어서의 특정불공정거래행위의 유형 및 기준 지정고시'(이하 '대규모소매업 고시'라 한다)에서 금지하는 부당반품행위에 해당하기 때문에 원고의 청구에 응할 수 없다고 항변하였다.

2) 1심법원의 판단 요지

가) 대규모소매업 고시는 직매입거래에서 대규모소매업자가 납품업자에게 상품의 전부 또는 일부를 반품하는 행위를 불공정거래행위 중 거래상 지위 남용행위의 한 유형으로 정하고 있는데, 위 고시 자체에 법규적 효력은 없지만, 그 내용이 충분히 구체적·합리성을 띠고 있고, 수범자에게도 행동준칙으로서 예상가능한 내용을 담고 있다면, 법원이 관련 법령을 해석하고 적용함에 있어 유력한 지침이 될 수 있다.

나) 이 사건 계약의 실질이 특정매입거래가 아닌 직매입거래에 해당

163) 창원지방법원 통영지원 2016. 8. 23. 선고 2015가단24590 판결.

164) 창원지방법원 2017. 4. 19. 선고 2016나56889 판결.

하는데, 이 사건 확약은 대규모소매업자인 원고가 납품업자인 피고로부터 매입한 상품 중 판매되지 아니한 상품 전부를 반품하는 내용으로 공정거래법 제23조 제1항 제4호의 불공정거래행위 중 거래상 지위남용행위로서 피고에 대한 민사상 불법행위에 해당하고, 이 사건 확약은 이러한 불법행위를 실현하는 내용으로서 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위에 해당하여 무효이다.

다) 또한 법률행위 목적의 불법의 한 경우로서 당사자 일방이 그의 독점적 지위 내지 우월한 지위를 악용하여 자기는 부당한 이득을 얻고 상대방에게는 과도한 반대급부 또는 기타의 부당한 부담을 과하는 법률행위는 반사회적인 것으로서 무효인데, 이 사건 확약은 원고가 우월한 거래상의 지위를 악용하여 부당하게 반품대금 상당의 이익을 얻고 피고에게 그에 상응하는 부당한 부담을 과하는 법률행위로서 민법 제103조가 정한 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 무효인 법률행위에 해당한다.

나. 원심에서 당사자의 주장과 법원의 판단¹⁶⁵⁾

1) 원고의 주장

이 사건 확약서를 작성한 것이 불공정거래행위에 해당하더라도 이는 공정거래위원회가 시정조치를 명하거나 과징금을 부과할 수 있는 사유에 불과할 뿐 이 사건 확약서의 사법상 효력이 부정되는 것은 아니므로 피

165) 원심은 1심판결과 판단이 유사하므로 원고의 주장 중 사실인정에 관한 부분을 제외하고 이 사건 확약의 내용 및 효력에 관한 부분에 한정하여 본다.

고는 이 사건 확약서에 따른 대금반환의무를 이행하여야 한다.

2) 원심 판단

공정거래법에서 불공정거래행위의 사법상 효력을 무효로 하는 규정을 두고 있지 아니하다 하더라도 앞서 본 바와 같이 사업자가 거래상 지위의 남용행위를 함으로써 거래상대방에게 손해를 입힌 때에는 이는 민사상 불법행위에 해당하고, 이러한 불법의 한 경우로서 당사자의 일방이 그의 독점적 지위 내지 우월한 지위를 악용하여 자기는 부당한 이득을 얻고 상대방에게는 과도한 반대급부 또는 기타의 부당한 부담을 과하는 법률행위는 반사회적인 것으로서 무효라 할 것이므로, 살피건대, 이 사건 확약서는 우월한 지위에 있는 원고가 이를 악용하여 별다른 사유 없이 반품을 함으로써 원고는 반품대금 상당의 이익을 얻고 피고에게 그로 인한 부담(유행에 민감한 의류제품의 특성상 제작일로부터 상당 시간 경과한 반품 제품들을 판매하기 어려울 것으로 보인다)을 과하는 법률행위에 의한 것이라 할 것이므로, 이는 반사회적인 것으로서 무효라 할 것이다.

4. 대법원¹⁶⁶⁾의 판단¹⁶⁷⁾

가. 공정거래법은 사업자가 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 금지되는 불공정거래행위의 하나로 규정하고 있다(제23조 제1항 제4호). 이러한 거래상 지위의 남용행위가 공정거래법상 불공정거래행위에

166) 대법원 2017. 9. 7. 선고 2017다229048 판결.

167) 원고는 상고이유로 이 사건 확약서의 사법상 효력 외에도 이 사건 계약서의 해석, 거래상 지위의 남용행위와 증명책임의 분배 등도 주장하였다.

해당하는 것과 별개로 위와 같은 행위를 실현시키고자 하는 사업자와 상대방 사이의 약정이 경제력의 차이로 인하여 우월한 지위에 있는 사업자가 그 지위를 이용하여 자기는 부당한 이득을 얻고 상대방에게는 과도한 반대급부 또는 기타의 부당한 부담을 지우는 것으로 평가할 수 있는 경우에는 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 법률행위로서 무효라고 할 것이다(대법원 1996. 4. 26. 선고 94다34432 판결 참조).

나. 이 사건 확약의 목적 내지 내용은 원고가 납품받은 상품의 반품과 피고가 지급받은 대금의 반환에 관한 것으로서 그 자체가 반사회질서적인 것이라고 할 수는 없다. 그러나 이 사건 계약의 실질과 함께 이 사건 확약을 들여다보면 원고는 피고로부터 의류를 직접 매입한 것처럼 임의로 판매하고 정해진 마진율도 철저히 지키지 않았으면서 이 사건 계약이 반품이 전제된 특정매입거래계약으로 체결된 것을 기화로 일거에 재고를 반품하는 내용으로 이 사건 확약서를 작성하였다. 이 사건 확약은 원고가 우월한 지위를 이용하여 자기는 부당한 이득을 얻고 피고에게는 과도한 반대급부 내지 부당한 부담을 지우는 법률행위로 평가할 수 있고, 이를 강제하는 것은 사회적 타당성이 없어 사회질서에 반한다고 봄이 상당하다.

제3절 거래상 지위남용행위의 사법상 효력에 관한 검토

I. 논의의 전제

1. 거래상 지위의 남용행위의 사법상 효력에 관한 논의는 단순히 사법상 그 계약이 유효인지, 무효인지에 그쳐서는 안 된다. 사법상 계약이 유효하다고 하더라도 그 이행 전에 피해자가 그 계약의 이행을 거절할 수 있는지, 거절할 수 있다면 그 근거가 무엇인지에까지 검토할 필요가 있다. 따라서 거래상 지위의 남용행위의 사법상 효력은 다음 순서로 논의할 필요가 있다.

2. 먼저 거래상 지위의 남용행위에 기한 계약이 사법상 유효인지, 무효인지와 관련하여, ① 거래상 지위의 남용행위 금지 규정이 강행규정인지 아니면 단속규정인지, ② 거래상 지위의 남용행위를 민법 제103조 위반으로 볼 수 있는지를 검토해야 한다.

여기서 주의할 점은 특정한 법규정이 강행규정인지 아니면 단속규정인지는 법규정이 가지는 법률효과에 관한 문제로 법규정의 해석의 문제이기 때문에 하나의 법규정, 즉 거래상 지위의 남용행위 금지 규정을 특정 사안에서는 강행규정으로, 다른 사안에서는 단속규정으로 해석할 수 없다는 것이다. 또한 특정한 계약이 민법 제103조 위반인지 여부는 계약 체결시를 기준으로 판단하여야 하기 때문에 특정한 계약이 민법 제103조 위반인지 여부를 그 계약의 이행 전후에 따라 달리 판단할 수는 없다.

3. 다음으로 거래상 지위의 남용행위에 기한 계약이 사법상 유효라고 하더라도 피해자가 그 계약을 이행하기 전에 피해자에게 그 계약의 이행을 거절할 수 있는 항변권을 인정할 수 있는지는 별도로 검토할 필요가 있다. 즉 대상 판결 사안과 같이 사업자가 거래상 지위의 남용행위에 기한 계약을 근거로 피해자를 상대로 이행청구를 할 때 거래상 지위의 남용행위 금지 규정의 목적 등을 고려하여 피해자가 상대방의 청구를 민법 제2조 등을 근거로 거절할 수 있는지를 검토할 필요가 있다.

II. 거래상 지위남용행위금지 규정의 법적성격

1. 판단기준

일반적으로 넓은 의미의 단속규정에 위반하는 행위의 사법상 효력에 관하여 법률에 특별한 규정을 두고 있지 않은 경우에는 ① 그 규정이 일정한 행위 자체를 금지, 제한하는 것을 목적으로 하는 것인지, 그 행위의 결과에 의하여 재화 또는 경제적 이익이 귀속되는 것을 방지하려는 것인지 그 입법의 취지를 참작하고, ② 위반행위에 대한 사회의 윤리적 비난의 정도나 위법행위에 따른 법률효과의 발생이나 그 이익의 귀속 그 자체에 대한 부당성의 유무 등 그 행위에 대한 반사회적 또는 반도덕성에 관한 사회적 평가나 이를 감안한 사회경제정책의 방향을 고려하며, ③ 당해 법률행위의 유효성 유무가 거래의 안전에 미치는 영향이나, ④ 양 당사자 사이의 신의와 형평을 비교교량하는 등 제반 사정을 구체적으로 살펴, 그 위반행위에 대한 처벌만으로 그 실효를 거둘 수 없고, 그 사법상의 효력까지도 부인하여야만 비로소 그 목적을 이룰 수 있는지 여부를 기준으로 판단한다.

2. 단속규정으로 해석할 수 있는 요소

가. 손해배상청구를 통한 경제적 이익 귀속의 방지

1) 거래상 지위의 남용행위의 사법상 효력을 부인하지 않더라도 사업자가 거래상 지위의 남용행위로 인해 경제적 이익을 얻는 것을 막을 수 있다. 공정거래법 제56조 제1항은 다른 단속규정과 달리 그 위반행위가 있고, 그로 인해 피해자가 손해를 입은 경우, 사업자는 피해자에게 손해배상을 해야 한다고 정하고 있다. 즉 거래상 지위의 남용행위의 사법상 효력과 무관하게 피해자는 사업자를 상대로 거래상 지위의 남용행위로 인해 피해자에게서 사업자로 이전된 이득의 반환받을 수 있다.

2) 구 하도급거래 공정화에 관한 법률(2006. 3. 3. 법률 제7864호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 하도급법’이라 하고, 특정한 개정과 관계없이 하도급거래 공정화에 관한 법률을 지칭할 때는 단순히 ‘하도급법’이라 한다) 제11조가 문제된 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010다53457 판결 사안이 위법한 법률행위의 사법상 효력을 부인하지 않더라도 금지 규정의 목적을 달성할 수 있는 한 예이다.

구 하도급법 제11조는 “원사업자는 수급사업자에게 책임을 돌릴 사유가 없음에도 불구하고 제조 등의 위탁을 할 때 정한 하도급대금을 부당하게 감액(이하 ‘부당감액’이라 한다)하여서는 아니 된다”고 부당감액을 금지하였다. 구 하도급법 제30조 제1항 제3호¹⁶⁸⁾는 구 하도급법 제11조

168) 구 하도급법

를 위반한 원사업자에게 하도급대금의 2배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처하도록 하였다. 또한 그 규정 위반행위 중 일정한 경우¹⁶⁹⁾만 공정거래위원회에서 조사하게 하여 공정거래위원회로 하여금 그 결과에 따라 원사업자에게 시정조치를 명하거나,¹⁷⁰⁾ 과징금을 부과하도록¹⁷¹⁾ 정하고 있었다.

제30조(벌칙) ① 다음 각호의 1에 해당하는 원사업자는 수급사업자에게 제조등의 위탁을 한 하도급대금의 2배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처한다.

3. 제4조(부당한 하도급대금의 결정 금지) 내지 제12조(물품구매대금등의 부당결제청구의 금지)·제12조의2(경제적 이익의 부당요구 금지) 및 제13조(하도급대금의 지급등)의 규정을 위반한 자
169) 구 하도급법

제23조(조사대상거래의 제한) 제22조(위반행위의 申告등) 제2항의 규정에 의하여 공정거래위원회의 조사개시대상이 되는 하도급거래는 그 거래가 종료된 날부터 3년을 경과하지 아니한 것에 한한다. 다만, 거래가 종료된 날부터 3년 이내에 신고된 하도급거래의 경우에는 거래가 종료된 날부터 3년이 경과한 경우에도 조사를 개시할 수 있다.

170) 구 하도급법

제25조(시정조치) ① 공정거래위원회는 제3조(書面의 교부 및 書類의 보존)·제4조(부당한 하도급대금의 결정금지) 내지 제12조(물품구매대금등의 부당결제청구의 금지)·제12조의2(경제적 이익의 부당요구 금지)·제13조(하도급대금의 지급등)·제13조의2(건설하도급 계약이행 및 대금지급 보증)·제14조(하도급대금의 직접지급) 내지 제20조(탈법행위의 금지)의 규정에 위반한 발주자 및 원사업자에 대하여 하도급대금등의 지급, 범위반행위의 중지 기타 당해 위반행위의 시정에 필요한 조치를 권고하거나 명할 수 있다.

171) 구 하도급법

제25조의3(과징금) ① 공정거래위원회는 다음 각호의 1에 해당하는 발주자·원사업자 또는 수급사업자에 대하여 수급사업자에게 제조등의 위탁을 한 하도급대금이나 발주자·원사업자로부터 제조등의 위탁을 받은 하도급대금의 2배를 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금을 부과할 수 있다.

3. 제4조(부당한 하도급대금의 결정금지) 내지 제12조(물품구매대금등의 부당결제청구의 금지)·제12조의2(경제적 이익의 부당요구 금지)·제13조(하도급대금의 지급등)·제13조의2(건설하도급 계약이행 및 대금지급 보증)의 규정을 위반한 원사업자

한편 구 하도급법은 제11조에 위반된 대금감액 약정의 효력에 관해서는 아무런 규정을 두지 않았다. 대법원은 구 하도급법 제11조는 그 약정에 위배한 원사업자와 수급사업자 간의 계약상 효력을 부인하는 조항은 아니라고 하면서도 “하도급거래 공정화에 관한 법률의 입법 목적과 입법 취지 등에 비추어 보면, 같은 법 제11조 제2항 각 호에 해당하는 행위를 한 원사업자가 우월적 지위를 이용하여 수급사업자의 자발적 동의에 의하지 않고 하도급대금을 부당하게 감액한 경우에는 그 하도급대금의 감액 약정이 민법상 유효한지 여부와 관계없이 그 자체가 하도급거래 공정화에 관한 법률 제11조를 위반한 불공정 거래행위에 해당하는 것으로서 위 규정에 의하여 보호되는 수급사업자의 권리나 이익을 침해하는 불법행위를 구성하고, 원사업자는 이로 인하여 수급사업자가 입은 손해를 배상할 책임이 있다.”고 판시하였다.

나. 거래안전 침해 우려

1) 강행규정으로 볼 경우 거래안전을 크게 해칠 수 있다. 거래상 지위의 남용행위로 인한 계약의 목적물이 선의취득이 인정되지 않는 부동산인 경우에는, 그 계약의 효력을 무효로 하는 것은 등기를 신뢰하고 부동산을 거래한 제3자에게 큰 손해를 가할 수 있다. 거래상 지위의 남용행위가 있는 경우, 그로 인한 피해자를 보호할 필요는 있지만, 그 보호를 위해 제3자의 이익이 부당하게 침해되어서는 안 된다. 거래상 지위의 남용행위의 피해자 중 상당수는 사업자와의 거래를 통해 향후 더 큰 이익을 얻을 것을 기대하고 사업자의 부당한 요구에 응하는 경우가 적지 않다는 점을 감안하면, 거래상 지위의 남용행위의 피해자를 거래상 지위남

용행위로 형성된 외관을 신뢰하고 거래한 제3자보다 더 보호할 필요까지는 없기 때문이다.

2) 구 하도급거래공정화에관한법률(2013. 8. 13. 법률 제12097호로 개정되기 전의 것) 제17조는 “원사업자는 수급사업자의 의사에 반하여 하도급대금을 물품으로 지급하여서는 아니 된다”고 정하고 있고, 구 하도급법 제20조는 “원사업자는 하도급거래와 관련하여 우회적인 방법에 의하여 실질적으로 이 법의 적용을 면탈하려는 행위를 하여서는 아니 된다”고 정하고 있었다. 이 판결에서 원사업자가 수급업자에게 선급금에 갈음하여 미분양된 부동산을 대물변제하였는데, 그 대물변제가 구 하도급법 제17조, 제20조에 반하여 무효인지가 쟁점이었던 대법원 2003. 5. 16. 선고 2001다27470 판결은 거래 안전을 고려하여 대물변제가 유효라고 판단한 사건이다.

원심은 부동산의 시가, 원사업자와 수급업자의 부동산에 대한 평가금액 사이에 상당한 차이가 있는 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 대물변제 약정은 선급금을 그 액수에 미치지 못하는 부동산으로써 대신 지급하기로 한 것으로 실질적으로 수급사업자의 진정한 의사에 반하여 하도급대금을 물품으로 지급하기로 한 약정으로 구 하도급법 제17조, 제20조에 위배되어 무효라고 판단했다. 나아가 위 선급금의 대물지급약정 중 시가 상당액과 시가를 초과하는 금액 사이에는 분할이 가능하고, 원사업자가 수급업자에게 양도한 부동산의 그 당시 시가 상당액에 대하여는 선급금으로 지급된 것이라고 보는 것이 원사업자나 수급업자의 그 당시의 의사에도 부합하는 것이라 볼 것이므로, 원사업자와 수급업자 사이의 약정은 그 시가 상당액에 관하여는 유효하고, 이를 초과하는 부분에 한하여 무

효라고 봄이 상당하다고 판단하였다.

하지만 대법원은 이 사건 대물변제 약정이 하도급법 제17조에 위배되지 않는다고 판단하였다.¹⁷²⁾ 나아가 하도급법 제17조에 반하는 계약의 사법상 효력에 관하여 “하도급법은 그 조항에 위반된 도급 또는 하도급 약정의 효력에 관하여는 아무런 규정을 두지 않는 반면 위의 조항을 위반한 원사업자를 벌금형에 처하도록 하면서 그 조항 위반행위 중 일정한 경우만을 공정거래위원회에서 조사하게 하여 그 위원회로 하여금 그 결과에 따라 원사업자에게 시정조치를 명하거나 과징금을 부과하도록 규정하고 있을 뿐이어서 그 조항은 그에 위배한 원사업자와 수급사업자간의 계약의 사법상의 효력을 부인하는 조항이라고 볼 것은 아니다.”라고 판시하여 앞서 본 대법원 판결과 동일한 이유로 하도급법 제17조를 단속규정으로 보았다.

172) 대법원은 “하도급 제17조는 ‘의사에 반하여’ 하도급대금을 물품으로 지급하는 것을 금지하고 있는바, 하도급법의 제정취지가 “하도급거래에 있어서 원사업자의 부당한 행위를 억제하고 수급사업자의 열위(열위)적 지위를 보완하여 하도급거래가 상호보완적인 협조관계에서 이루어지도록 유도”하려는 데 있음에 비추어 볼 때 열위적 지위에 있는 수급사업자가 원하지 않음에도 원사업자의 의사에 따라 하도급대금을 물품으로 지급하는 것에 동의 또는 승낙하는 경우에는 ‘의사에 반하여’ 지급한 것에 해당한다고 할 것이고 다만, 그 경우 무효 또는 취소할 수 있는 정도의 강박에 의한 것임을 요하는 것은 아니라고 할 것이나, 당초부터 하도급대금을 물품으로 지급하는 것을 전제로 하여 하도급계약을 체결하는 것이 사적자치의 원칙상 금지되는 것은 아니고, 이러한 경우까지 하도급대금을 약정한 물품으로 지급하는 것이 ‘원사업자의 부당한 대물변제’에 해당하여 금지되는 것이라고는 할 수 없다.”고 판단한 후 원사업자와 수급사업자 사이에 당초 도급계약을 체결할 당시부터 선급금을 부동산으로 대물변제하기로 약정하였으므로 이를 가리켜 하도급법 제17조에서 정한 원사업자의 부당한 대물변제에 해당한다고 할 수는 없다고 판단하였다.

대법원 2003. 5. 16. 선고 2001다27470 판결과 앞서 본 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010다53457 판결의 판시사항은 동일하지만 고려요소는 동일하지 않다. 구 하도급법 제17조를 효력법규로 보는 경우 수급업자의 의사에 반하는 공사대금의 대물변제약정은 모두 무효가 되는데, 그와 같은 사정을 모르고 수급사업자로부터 대물변제의 목적물을 양수한 양수인은 원칙적으로 그 양수행위가 무효로 돌아가게 됨으로써 피해를 입게 되고 그로 인해 거래의 안전이 침해된다. 나아가 구 하도급법 제17조를 효력법규로 보게 되면 이에 위반된 행위는 강행법규 위반행위로서 무효가 되어 원칙적으로 원사업자나 수급사업자 모두 그 무효를 주장할 수 있게 되어, 공사대금으로 지급받은 물품이 경제사정에 따라 가격변동이 발생할 경우 불리한 쪽에서 무효를 주장하여 그 효력을 무효로 돌릴 수 있게 된다. 또한 원사업자가 파산한 경우에는 파산관재인 등이 대물변제의 무효를 이유로 대물변제의 목적물의 반환을 청구할 수 있는 결과가 발생할 수 있다는 점 등이 고려된 것으로 보인다.¹⁷³⁾

3. 단속규정으로 해석할 경우의 문제점

가. 단속규정으로 해석할 경우 거래상 지위남용행위 금지 규정의 목적을 달성하기 어려운 경우가 있다. 예컨대, 거래상 지위의 남용행위 중 구입강제와 관련한 판례 사안¹⁷⁴⁾을 보면, 손해배상청구만으로는 피해자의 구제가 쉽지 않음을 알 수 있다. 건설회사가 납품회사에게 구입할 의사

173) 최복규, “부당한 대물변제 방식에 의한 선급금지급의 유효여부”, 「대법원 판례해설」 제44호, 2004, 414면.

174) 유료방송 시장에서 큰 영향력을 가지고 있는 티브로드홀딩스가 홈쇼핑사업자에게 자신의 계열사인 동림관광개발이 갖고 있던 골프장 회원권을 구입하도록 한 대법원 2013. 11. 28. 선고 2013두1188 판결 참조

가 없었던 지방의 미분양 아파트를 시가에 구입하도록 한 경우, 그로 인해 납품회사가 입은 손해가 무엇인지 파악하기 어렵다. 이는 구입장제의 부당성의 핵심은 거래상 지위의 남용행위로 인해 피해자가 재산상 손해를 입었는지 여부가 중요한 것이 아니라 그 남용행위로 인해 피해자의 자유로운 의사결정이 저해되었는지에 있기 때문이다.

나. 단속규정으로 해석할 때 제기되는 가장 큰 문제점은 대상사건과 같이 사업자가 피해자를 상대로 거래상 지위의 남용행위로 인해 체결된 계약의 이행을 구할 때 제기된다. 거래상 지위남용행위 금지 규정을 단속규정으로 보면, 사업자의 이행청구는 민법 일반조항에 의할 수밖에 없게 된다. 민법 제103조, 민법 제2조 적용과 관련한 문제는 뒤에서 별도로 살펴본다.

4. 소결론

특정한 법규정이 강행규정인지 아니면 단속규정인지는 법규정이 가지는 법률효과에 관한 문제로 법규정의 해석 문제이다. 즉 하나의 법규정을 특정 사안에서는 강행규정으로, 다른 사안에서는 단속규정으로 해석할 수 없다. 그렇다면 거래상 지위의 남용행위 금지규정은 단속규정으로 해석할 수밖에 없는데, 그 이유는 다음과 같다.

가. 앞에서 본 것처럼 공정거래법상 손해배상청구만으로는 피해자가 구제받을 수 없는 경우가 있다. 그러나 그와 같은 사례 때문에 거래상 지위의 남용행위 금지규정을 강행규정으로 해석하면, 거래의 안전이 심각하게 위협을 받게 된다. 거래안전은 거래상 지위의 남용행위의 사법상

효과는 대부분 사업자의 청약에 대해 피해자가 승낙한 것을 전제로 한다. 많은 사례에서 피해자가 사업자의 부당한 요구에 응한 이유는 그 요구에 응함으로써 향후 사업자와의 거래를 통해 당해 거래의 손해보다 큰 이익을 볼 것을 기대하기 때문이다. 즉, 거래상 지위의 남용행위의 피해자 역시 거래상 지위의 남용행위에 일부 책임이 있는 경우가 적지 않다. 그런데 거래상 지위의 남용행위로 인해 형성된 외관을 신뢰하고 거래한 제3자는 거래상 지위의 남용행위와 관련된 아무런 책임이 없다. 거래상 지위의 남용행위에 일부 책임이 있는 피해자를 구제하기 위해 그와 관련이 없는 제3자의 이익을 침해하는 것은 형평에 맞지 않고, 그와 같이 해석해야 할 공익도 인정할 수 없다.

나. 거래상 지위의 남용행위의 피해자가 구제를 받지 못하는 경우에도, 공정거래위원회는 사업자에게 과징금을 부과하는 방법 등으로 사업자가 그 거래에서 얻은 이익을 박탈하는 등의 제재를 가할 수 있다. 즉 사업자가 거래상 지위의 남용행위를 통해 금전으로 환산하기 어려운 이익을 얻은 경우에는 공적집행을 통해 사업자를 규제할 수 있다

다. 물론 거래상 지위의 남용행위 금지규정을 단속규정으로 해석할 경우, 사업자가 거래상 지위의 남용행위로 인한 계약의 유효성을 주장하며 그 계약을 이행을 거절하는 피해자를 상대로 법원에 그 이행을 청구한 경우를 어떻게 해결해야 하는지에 관한 어려운 문제가 남는다. 이는 항목을 바꿔서 살펴본다.

Ⅲ. 거래상 지위남용행위와 민법 제103조의 관계

1. 들어가며

거래상 지위의 남용행위 중 그 불법의 정도가 지나치게 큰 경우에는 그 행위를 민법 제103조 위반으로 볼 수 있음을 분명하다. 문제는 거래상 지위의 남용행위가 성립할 경우 예외 없이(앞서 본 무효설) 또는 원칙적으로 민법 제103조 위반으로 볼 수 있는지(앞서 본 원칙적 무효설)에 있다.

2. 민법 제746조와 관련한 법률관계

가. 거래상 지위의 남용행위가 민법 제103조 위반으로 볼 수 있는지에 대한 검토에 앞서 거래상 지위의 남용행위가 민법 제103조 위반으로 인정되는 경우의 법률관계를 민법 제746조와 관련하여 개략적으로 살펴볼 필요가 있다.

나. 거래상 지위의 남용행위로 인한 계약을 민법 제103조 위반으로 보면, 원칙적으로 사업자와 피해자 모두 이미 이행한 급부의 반환을 구할 수 없다.¹⁷⁵⁾ 물론 이렇게 해석하면 거래의 안전이 위협받는 문제는 막을 수 있다.

그러나 판례는 민법 제746조를 단순히 부당이득반환청구를 배척하는 채권적 효과에 있다고 보지 않고 물권적 효력이나 민법 전반을 규율하는

175) 민법 제746조 본문 참조

일반규정으로서의 성격을 가진다고 해석하고 있다.¹⁷⁶⁾ 즉 불법의 원인으로 재산을 급여한 사람은 민법 제746조 단서의 예외에 해당하지 않는 한 급여자의 손해배상청구를 인정하지 아니하는 것이 오히려 사회상규에 명백히 반한다고 평가될 수 있는 특별한 사정이 없는 한 상대방의 불법행위를 이유로 그 재산의 급여로 말미암아 발생한 자신의 손해를 배상할 것을 주장할 수 없다.¹⁷⁷⁾ 그 손해배상청구가 금지되는 이유가 법의 일반

176) 대법원 1979. 11. 13. 선고 79다483 전원합의체 판결: “민법 제746조는 불법의 원인으로 인하여 재산을 급여한 때에는, 그 이익의 반환을 청구하지 못한다고 규정하고 있는 바, 일반의 법리에 따른다면, 불법의 원인에 의한 급여는, 법률상의 원인이 없는 것이 되므로, 부당이득이 되어 그 이익의 반환을 청구할 수 있게 되는 것이나, 이러한 청구를 인정하는 것은, 법의 이념에 어긋나는 행위를 한 사람의 주장을 시인하고 이를 보호하는 것이 되어, 공평의 이념에 입각하고 있는 부당이득제도의 근본취지에 어긋날 뿐만 아니라, 법률 전체의 이념에도 어긋나게 되기 때문에, 이 규정은 선량한 풍속, 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위를 무효로 하는 민법 제103조와 표리를 이루어, 사회적 타당성이 없는 행위를 한 사람을 보호할 수 없다는 법의 이념을 실현하려고 하는 것이다.

이리하여 민법 제746조는 민법 제103조와 함께 사법의 기저를 이루는 하나의 큰 이상의 표현으로서 이것이 비록 민법 채권편 부당이득의 장에 규정되어 있기는 하나, 이는 일반적으로 사회적 타당성이 없는 행위의 복구가 부당이득의 반환청구라는 형식으로 주장되는 일이 많기 때문이고, 그 근본에 있어서는 단지 부당이득제도만을 제한하는 이론으로 그치는 것이 아니라, 보다 큰 사법의 기본 이념으로 균립하여, 결국 사회적 타당성이 없는 행위를 한 사람은 그 스스로 불법한 행위를 주장하여, 복구를 그 형식 여하에 불구하고 소구할 수 없다는 이상을 표현하고 있는 것이라고 할 것이다 .

따라서 급여를 한 사람은 그 원인행위가 법률상 무효라 하여 상대방에게 부당이득을 원인으로 한 반환청구를 할 수 없음은 물론, 그 원인행위가 무효이기 때문에 급여한 물건의 소유권은 여전히 자기에게 있다고 하여, 소유권에 기한 반환청구도 할 수 없는 것이고, 그리하여 그 반사적 효과로서 급여한 물건의 소유권은 급여를 받은 상대방에게 귀속하게 되는 것이라고 해석함이 타당하다고 할 것이다.”

177) 대법원 2013. 8. 22. 선고 2013다35412 판결: “불법의 원인으로 재산을 급여

적 이념의 구현에 있다고 볼 때, 공정거래법에서 손해배상청구를 인정하였다고 하여 민법 제746조에 반하여 피해자가 사업자를 상대로 손해배상을 청구할 수 있다고 해석할 수 없다. 즉 거래상 지위남용행위의 피해자는 사업자를 상대로 손해배상도 청구할 수 없게 된다.

다. 이에 대해 불법성비교론을 통해 앞서 제기된 문제를 해결하자는 주장이 있을 수 있다. 즉 사업자의 불법성이 피해자의 불법성보다 현저히 크다고 보는 것이다. 그렇게 보면, 피해자는 사업자를 상대로 계약의 무효를 주장할 수 있음은 물론 그로 인해 손해를 입었다면 손해배상도 청구할 수 있다. 문제는 거래상 지위의 남용행위로 매매와 같은 쌍무계약이 체결된 경우에 생긴다. 예컨대 사업자 A가 거래상 지위를 남용하여 피해자 B로부터 시가 1억 원의 토지를 8,000만 원에 매수하였고 그에 따라 계약이 모두 이행된 경우, B는 A로부터 토지의 반환을 구할 수 있는 반면, A는 B에게 이미 지급한 매매대금의 반환을 구할 수 없게 된다.

3. 거래상 지위남용행위와 민법 제103조의 관계에 관한 학설 및 대법판결 검토

한 사람은 상대방 수령자가 그 ‘불법의 원인’에 가공하였다고 하더라도 상대방에게만 불법의 원인이 있거나 그의 불법성이 급여자의 불법성보다 현저히 크다고 평가되는 등으로 제반 사정에 비추어 급여자의 손해배상청구를 인정하지 아니하는 것이 오히려 사회상규에 명백히 반한다고 평가될 수 있는 특별한 사정이 없는 한 상대방의 불법행위를 이유로 그 재산의 급여로 말미암아 발생한 자신의 손해를 배상할 것을 주장할 수 없다고 할 것이다. 그와 같은 경우에 급여자의 위와 같은 손해배상청구를 인용한다면, 이는 급여자는 결국 자신이 행한 급부 자체 또는 그 경제적 동일물을 환수하는 것과 다름없는 결과가 되어, 민법 제746조에서 실정법적으로 구체화된 법이념에 반하게 되는 것이다.”

가. 무효설 검토

민법 제103조 위반을 근거로 거래상 지위의 남용행위가 무효라고 주장하는 견해의 구체적 내용은 다양하다. 우선 거래상 지위의 남용행위의 성립범위는 민법 제103조 위반과 동일하다는 견해, 즉 무효설은 거래상 지위의 남용행위의 사법상 효력에 관한 학설 중 무효설은 거래상 지위의 남용행위의 부당성과 민법 제103조의 공서양속 위반을 동일하게 보아야 한다는 전제에 있다. 그러나 앞에서 살펴 본 바와 같이 거래상 지위의 남용행위의 부당성은 민법 제103조의 공서양속 위반보다 더 넓은 개념으로 이해해야 하므로 타당하지 않다.

나. 원칙적 무효설 검토

원칙적 무효설은 무효설과 달리 거래 안전을 위해 예외적으로 계약을 유효로 인정할 수 있는 여지를 남겨두고 있다. 유효로 본다는 의미가 정확하지는 않으나, 계약 이행 전후에 따라 달리 판단하자는 의미로 이해된다. 그러나 특정한 계약이 민법 제103조 위반인지 여부는 그 계약이 체결된 시점을 기준으로 판단하여야 한다.¹⁷⁸⁾ 민법 제103조 위반이었던 계약이 당사자가 그 계약을 이행하였다고 하여 유효가 될 수는 없다. 즉 동일한 내용의 매매계약을 이행 여부를 기준으로 민법 제103조 위반 여

178) 대법원 2015. 7. 23. 선고 2015다200111 전원합의체 판결: “선량한 풍속 기타 사회질서는 무단히 변천하는 가치관념으로서 어느 법률행위가 이에 위반되어 민법 제103조에 의하여 무효인지는 법률행위가 이루어진 때를 기준으로 판단하여야 하고, 또한 그 법률행위가 유효로 인정될 경우의 부작용, 거래자유의 보장 및 규제의 필요성, 사회적 비난의 정도, 당사자 사이의 이익균형 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 합리적으로 판단하여야 한다.”

부가 달라질 수 없다는 점에서 문제가 있다.

다. 대상판결의 제1심 검토

명확하지는 않지만 제1심판결의 이유¹⁷⁹⁾를 자세히 보면 거래상 지위의 남용행위로 인한 계약은 대부분 민법 제103조 위반에 해당한다는 결론에 이르게 된다.

이 견해는 무효설에서 본 문제점을 그대로 가지고 있다. 나아가 “불법행위를 실현하는 계약은 민법 제103조 위반”이라는 논거는 타당해보이지만, 그대로 받아들이기 어렵다. 우리 법은 단순히 불법행위를 실현하는 내용의 계약이라는 이유만으로 그 계약의 효력을 부인하지 않고 있다. 사기, 강박에 의해 계약이 체결되면, 피해자는 그 계약을 취소하지 않고도 기망자를 상대로 불법행위로 인한 손해배상을 청구할 수 있다.¹⁸⁰⁾¹⁸¹⁾

179) 제1심판결은 이 사건 확약이 민법 제103조 위반이라는 주요한 논거로 “공정거래법 제23조 제1항 제4호의 불공정거래행위 중 거래상 지위남용행위로서 피고에 대한 민사상 불법행위에 해당하고, 이 사건 확약은 이러한 불법행위를 실현하는 내용으로서 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위에 해당하여 무효이다”를 제시하였다. 그러나 거래상 지위의 남용행위에 해당하고, 그로 인해 피해자가 손해를 입으면, 예외 없이 민사상 불법행위를 구성한다. 즉, 위 논리에 따르면 거래상 지위의 남용행위로 인한 계약 중 민법 제103조 위반에 해당하지 않는 계약이 오히려 극히 예외에 속할 것이다.

180) 대법원 1998. 3. 10. 선고 97다55829 판결: “제3자의 사기행위로 인하여 피해자가 주택건설사와 사이에 주택에 관한 분양계약을 체결하였다고 하더라도 제3자의 사기행위 자체가 불법행위를 구성하는 이상, 제3자로서는 그 불법행위로 인하여 피해자가 입은 손해를 배상할 책임을 부담하는 것이므로, 피해자가 제3자를 상대로 손해배상청구를 하기 위하여 반드시 그 분양계약을 취소할 필요는 없다.”

181) 대법원 1993. 4. 27. 선고 92다56087 판결: “법률행위가 사기에 의한 것으로

즉 사기로 인한 계약의 상대방이 피해자를 상대로 그 계약의 이행을 구하는 것은 법원에 불법행위의 실현을 구하는 것이다. 그런데 이 경우 그 계약의 이행을 구하는 것이 불법행위의 실현이라는 이유로 반사회질서에 반하여 무효라고 주장은 없다. 이에 대해 사기, 강박에 의한 계약의 경우, 피해자에게 취소권이 있으므로 그 계약이 반사회질서 위반에 해당하지 않는다는 반론이 가능하나, 특정한 계약이 사기, 강박을 이유로 취소되는 경우보다 반사회질서위반을 이유로 한 무효로 인정되는 경우가 피해자에게 더 유리하다는 점을 고려하여 보면, 법이 피해자에게 취소권을 인정하였는지에 따라 해당 계약의 반사회성 여부가 달라진다고 보기는 어렵다.

4. 검토

사업자와 피해자 사이의 이익형량의 문제, 거래안전의 침해 문제 등을 고려할 때 거래상 지위의 남용행위가 인정되더라도 민법 제103조 위반은 극히 예외적인 경우 외에는 인정해서는 안 된다. 경제질서의 기본법인 공정거래법 위반 여부가 민법 제103조 위반 여부를 판단함에 있어 주요한 형량 요소가 될 수 있으나, 거래상 지위남용행위를 민법 제103조 위반으로 볼 경우의 사법상 법률관계를 고려하면, 거래상 지위남용행위가 민법 제103조 위반이라고 보는 데에는 신중할 필요가 있다.

서 취소되는 경우에 그 법률행위가 동시에 불법행위를 구성하는 때에는 취소의 효과로 생기는 부당이득반환청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권은 경합하여 병존하는 것이므로, 채권자는 어느 것이라도 선택하여 행사할 수 있지만 중첩적으로 행사할 수는 없다.”

IV. 거래상 지위남용행위와 권리남용의 관계

1. 들어가며

거래상 지위의 남용행위 금지 규정이 단속규정에 해당하고, 민법 제 103조 위반은 극히 예외적인 경우에만 인정되므로, 대부분의 거래상 지위의 남용행위에 기한 계약은 사법상 유효한 계약으로 볼 수밖에 없다. 문제는 대상 판결 사안과 같이 사업자가 피해자를 상대로 거래상 지위의 남용행위에 기한 계약을 근거로 이행청구를 한 경우에 생긴다. 피해자가 위법한 계약의 이행으로 실질적인 손해가 발생하기 전에 그 계약의 이행 자체를 거절할 수는 없는 것일까?

2. 권리남용 항변의 판단에 있어 고려할 요소

사업자의 사법상 권리행사가 공정거래법에 위반된다는 사실이 곧바로 거래상대방의 항변 사유가 되지 않는다.¹⁸²⁾ 그러나 공정거래법이 경제질서의 기본법인 점이나 채권의 행사에도 민법의 대원칙인 신의성실의 원칙과 권리남용금지의 원칙이 적용된다는 점을 고려하면, 사안에 따라서는 공정거래법에 위반한 권리행사가 권리남용으로 인정될 수 있다. 물론 권리남용 여부는 해당 계약을 체결하게 된 목적과 경위, 상대방이 해당 계약에 기한 이행청구를 하게 된 구체적·개별적 사정을 종합하여 판단할 수밖에 없지만, 그 판단을 함에 있어 고려할 수 있는 형량 요소를 미리 살펴볼 필요가 있다.

182) 권영준, “특허권 남용의 법리와 그 관련 문제”, 「산업재산권」 제36호, 2011. 219면.

가. 거래상 지위남용행위를 한 사업자의 신뢰보호 필요성

사업자는 법원의 판결을 통해 그 계약을 강제로 이행 받더라도, 피해자에게 그로 인해 입은 손해를 배상해야 한다. 사업자가 거래상 지위를 남용하여 체결한 계약에 대해 갖는 신뢰는 사업자의 위법행위가 기인한 것으로 정당한 신뢰라고 보기 어렵다. 위와 같은 측면을 고려하면, 일반적으로 사업자가 거래상의 지위를 남용하여 체결된 계약에 대한 사업자의 신뢰는 보호할 가치가 크다고 볼 수 없다.

다만 피해자가 사업자에게 그 계약이 이행되리라는 신의를 부여였고, 사업자가 그 계약이 이행되리라 믿고 그에 상당한 준비를 한 경우 등에는 사업자의 신뢰를 보호할 필요가 있을 것이다.

나. 피해자 보호의 필요성

1) 해당 계약의 체결과정이나 이행과정 등을 종합하여 볼 때, 피해자를 보호할 필요가 있는지는 피해자의 권리남용 항변을 인정함에 있어 중요한 고려 요소임은 분명하다. 피해자는 거래상 지위의 남용행위로 원치 않는 위법한 계약을 체결한 것이고, 피해자가 사업자의 신뢰에 반하여 계약 이행을 거절하겠다는 의사는 위법행위에 응하지 않겠다는 것이므로, 피해자의 위와 같은 거절의사는 보호할 필요가 있다.

2) 다만 사업자와 피해자의 관계를 전체적으로 살펴볼 때, 피해자가 사업자와의 거래관계에서 상당한 이익을 본 경우에는 특정 계약이 피해

자에게 다소 불리하다고 하여 그 계약의 이행을 청구하는 것이 곧바로 권리남용이라고 보기는 어려울 것이다.

다. 제3자의 신뢰침해 여부

일반적으로 계약이 이행되기 전 단계에서는 그 계약으로 인해 형성된 외관이 없으므로 제3자의 신뢰를 보호할 필요가 크지 않다. 다만 예외적으로 제3자에게 해당 계약이 이행되리라는 정당한 신뢰가 부여된 경우에는 제3자의 신뢰 역시 고려할 필요가 있다.

라. 법률관계의 불안정성

1) 피해자의 권리남용항변을 인정할 경우, 사안에 따라서는 사업자와 피해자의 법률관계가 지나치게 불안정한 상태로 지속될 수 있다.

2) 거래상 지위의 남용행위를 이유로 한 권리남용 항변은 그 행사기간에 아무런 제한이 없다. 피해자에게 권리남용 항변이 인정되면, 사업자와 피해자 사이에 거래관계가 종료된 후에도 그 계약이 언제 이행될지 알 수 없는 상황에 놓이게 된다.

반면 피해자는 언제든지 사업자를 상대로 그 계약의 이행을 구할 수 있다. 예컨대, 계약의 목적물이 시기에 따라 가격에 등락이 큰 주식이라면 피해자는 원하는 시기에 그 계약의 이행을 구할 수 있다. 또한 건설업에 종사하는 사업자가 거래상 지위를 남용하여 피해자에게 미분양 아파트를 양도하는 계약을 체결하였는데, 피해자가 계약금과 중도금 중 일

부만 지급하고 나머지 중도금과 잔금 지급을 거부한다면, 사업자는 그 아파트를 영원히 매도하지 못하고¹⁸³⁾ 피해자를 상대로 매매계약의 이행을 구할 수도 없는 상황에 놓이게 된다.

3) 피해자의 권리남용항변을 인정할 경우의 법률관계, 특히 그로 인해 불안정한 법률관계가 장기간 지속될 가능성이 있는지 역시 권리남용항변을 인정함에 있어 고려할 필요가 있다.

3. 검토

가. 거래상 지위의 남용행위가 권리남용에 해당하는지 여부는 사업자의 신뢰를 보호할 필요가 있는지, 피해자를 보호할 필요가 있는지, 제3자의 신뢰를 침해될 여지는 없는지, 권리남용항변을 인정함으로써 법률관계가 지나치게 장기간 불안정해질 우려는 없는지 여부 등 여러 사정을 종합하여 판단할 수밖에 없다.

183) 대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결: “부동산 매매계약에서 계약금만 지급된 단계에서는 어느 당사자나 계약금을 포기하거나 그 배액을 상환함으로써 자유롭게 계약의 구속력에서 벗어날 수 있다. 그러나 중도금이 지급되는 등 계약이 본격적으로 이행되는 단계에 이른 때에는 계약이 취소되거나 해제되지 않는 한 매도인은 매수인에게 부동산의 소유권을 이전해 줄 의무에서 벗어날 수 없다. 따라서 이러한 단계에 이른 때에 매도인은 매수인에 대하여 매수인의 재산보전에 협력하여 재산적 이익을 보호·관리할 신임관계에 있게 된다. 그때부터 매도인은 배임죄에서 말하는 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당한다고 보아야 한다. 그러한 지위에 있는 매도인이 매수인에게 계약 내용에 따라 부동산의 소유권을 이전해 주기 전에 그 부동산을 제3자에게 처분하고 제3자 앞으로 그 처분에 따른 등기를 마쳐 준 행위는 매수인의 부동산 취득 또는 보전에 지장을 초래하는 행위이다. 이는 매수인과의 신임관계를 저버리는 행위로서 배임죄가 성립한다.”

나. 다만 경제질서의 기본법인 공정거래법에 반하는 위법한 행위를 한 사업자의 신뢰를 보호하기 위해 그 계약을 피해자의 의사에 반해서 강제로 이행시킬 필요가 있는지를 생각해보면, 거래상 지위의 남용행위를 이유로 한 권리남용 항변은 인정될 가능성이 크다고 생각된다.

V. 소결

1. 거래상 지위남용행위의 사법상 효력 문제는 거래상 지위남용행위에 대한 손해배상청구나 금지청구 못지않게 중요한 문제다. 거래상 지위의 남용행위가 무효임을 이유로 하는 피해자의 부당이득반환청구는 과실상계가 인정될 수 있는 거래상 지위남용행위가 위법함을 이유로 하는 손해배상청구보다 피해자 구제에 더 충실할 수 있고, 공정거래법에 근거한 금지청구권을 인정하지 않더라도 계약의 효력 등에 근거하여 사업자의 위법한 침해행위의 중단을 구할 수 있기 때문이다.

2. 그렇다면 현행법상 거래상 지위의 남용행위의 사법상 효력은 어떠한가? 거래상 지위남용금지 규정은 강행규정으로 볼 수 없으므로 원칙적으로 유효로 보되 개별적·구체적 사정을 고려하여 민법 제2조 또는 민법 제103조 인정 여부를 판단할 수밖에 없다. 다만 민법 제103조 위반을 인정할 경우 거래안전이 침해되고, 경우에 따라서는 거래상 지위남용행위를 금지하는 취지가 몰각될 수 있으므로, 거래상 지위남용행위를 민법 제103조 위반이라고 보는 것에는 신중할 필요가 있다. 반면 거래상 지위남용행위를 이유로 한 권리남용 항변은 구체적 사정을 종합하여 인정 여부가 결정되겠지만, 실무상 활용될 가능성이 높다고 보인다. 권리남용 항

변을 인정으로 인해 침해되는 사업자의 신뢰는 보호가치가 적은 반면, 그로 인해 제3자의 신뢰가 침해될 여지가 적으며, 과거 법원이 공정거래법위반을 이유로 한 권리남용 항변을 인정한 예도 있기 때문이다.

제7장 결론

제1절 요약

거래상 지위남용행위 금지규정의 목적에는 경쟁질서 보호 외에 피해자 보호가 포함된다. 공정거래법 집행의 중심인 공정거래위원회의 행정적 집행은 경쟁질서 보호 목적을 달성하는 데에는 적합할 수 있으나 피해자 보호의 목적을 달성하기에는 부족한 면이 있다. 사적집행의 활성화는 공적집행을 보완하여 거래상 지위남용행위에 대한 억제 효과를 높일 수 있음은 물론 피해자 구제 목적을 달성할 수 있는 장점이 있다. 전부개정안은 사적집행을 활성화하기 위해 자료제출명령제도, 금지청구권제도 등을 도입하였다.

이 글은 거래상 지위남용행위에 관한 사적집행 전반을 살피고, 전부개정안 중 사적집행 활성화와 관련된 여러 제도에 대한 검토를 목적으로 한다. 과거 손해배상청구나 금지청구에 비해 주목을 받지 못했던 거래상 지위남용행위의 사법상 효력에 대해서도 사적집행의 관점에서 검토하였다.

그 검토결과는 아래와 같다.

전부개정안은 공정거래법 위반행위를 이유로 한 손해배상청구가 활성화되지 않는 원인을 피해자가 손해나 손해액 증명을 하지 못하는데 있다고 보고 자료제출명령제도를 신설하였다. 그러나 거래상 지위남용행위에 관한 민사판결을 분석하여 보면, 피해자가 손해배상청구소송에서 겪는

입증의 어려움은 피해자가 가해자 영역에 있는 증거를 확보하지 못하기 때문에 발생하는 것이 아님을 알 수 있다. 특허권 등 지식재산권 침해를 원인으로 한 손해배상청구와 달리 거래상 지위남용행위를 원인으로 한 손해배상청구에서는 자료제출명령제도가 피해자의 손해와 손해액을 증명하는데 큰 도움이 될 것으로 기대하기 어렵다. 특허법 등 지식재산권법과 같이 가해자의 이익을 피해자의 손해로 추정하는 규정이 추가 도입된다면, 자료제출명령제도를 통해 피해자의 손해액 증명이 용이해질 수 있으나 거래상 지위남용행위로 인한 피해자의 피해를 가해자가 얻은 이익을 통해 추정할 수 있는지에 대해서는 신중한 검토가 필요하다.

전부개정안은 현행법상 공정거래법 위반을 이유로 한 금지청구가 허용되지 않음을 전제로 금지청구제도를 도입하였다. 전부개정안은 금지청구의 남용을 막기 위해 담보제공명령제도를 규정하고 있으나, 이는 피해자의 재판청구권을 지나치게 제한하기 때문에 수정·보완이 필요하다. 거래상 지위남용행위가 인정되는 경우에도 법원이 여러 요소를 종합적으로 고려하여 금지청구를 인용할지를 결정할 수 있도록 전부개정안의 금지청구권 관련 규정을 보완할 필요가 있다.

거래상 지위남용행위의 사법상 효력과 관련하여, 거래상 지위남용금지 규정을 강행규정으로 볼 수 없으므로, 그 효력은 사안에 따라 여러 사정을 종합하여 개별적으로 판단해야 한다. 다만 민법 제103조 위반을 인정하는 것은 거래의 안전을 침해할 우려가 있으므로 거래상 지위남용행위 중에서도 반사회성이 큰 경우에만 예외적으로 민법 제103조 위반으로 보아야 할 것이다. 권리남용항변을 인정할지 여부는 사안에 따라 개별적·구체적으로 판단할 수밖에 없으나, 사업자의 신뢰보호 필요성, 피해자 구제 필요성, 제3자의 신뢰 침해 여부 등을 고려하면, 권리남용항변은

실무상 활용될 가능성이 높다고 생각된다.

제2절 향후 과제

공정거래법은 다양한 유형의 불공정거래행위를 규제하고 있다. 각 불공정거래행위는 연관성이 크지 않고 그 규제 목적이나 이념 등에 차이가 있다. 공정거래법 위반행위의 유형이 다양한 이상 그에 대한 사적집행에 관한 연구는 총론적인 접근만으로는 부족하고 다양한 유형의 위반행위를 개별적·구체적으로 검토한 후 종합하는 방식으로 이루어져야 한다.

이 글에서는 공정거래법 위반행위 중 거래상 지위남용행위에 관한 사적집행을 둘러싼 실무상 쟁점을 살피고, 이를 바탕으로 전부개정안에서 새로 도입하고자 하는 여러 제도를 검토하였다. 이 글의 논의를 다른 유형의 불공정거래행위에 그대로 적용할 수는 없다. 거래상 지위남용행위 외의 불공정거래행위의 사적집행에 관해서도 개별 사례를 바탕으로 한 깊이 있는 연구가 이루어지길 기대한다.

참 고 문 헌

[단행본]

- 공정거래위원회, 2018년 통계연보, 2019
- 곽윤직 편집대표, 민법주해 [IX], 박영사, 1995
- 권오승·서정, 「독점규제법 이론과 실무」 제3판, 법문사
- 김건식·원세범, 「거래상 지위남용 규제의 필요성 및 개선방안」, 한국
공정거래조정원, 2018
- 김용담 편집대표, 주식민법: 채권각칙(6)(제4판), 한국사법행정학회, 2016
- 김기선, 「한국채권법각론」, 법문사, 1988
- 김중환·김학동, 「채권각론」, 박영사, 2006
- 박균성, 「행정법론(상)」 제14판, 박영사, 2015
- 법원행정처, 임시의 지위를 정하기 위한 가처분, 「재판실무편람」 제42
호, 2016
- 신현운, 「경제법」 제6판, 법문사, 2014
- 이호영, 「독점규제법」 제5판, 홍문사, 2015
- 정재훈, 「공정거래법 소송실무」 제2판, 육법사, 2017

[연구 및 학위논문]

- 강우찬, “공정거래법상 금지청구권과 가처분”, 「민사판례연구」 제31권,
박영사, 2009,
- 고재중, “일본의 우월적 지위남용 규제 현황과 법적 정합성 논의 검토”,
최신외국법제정보 2018 제2호
- 권영준, “공정거래법상 가격담합사건에 있어서 손해배상액 산정”, 「경제

- 규제와 법」 제7권 제2호, 서울대학교 공익산업법센터, 2014
- 권영준, “특허권 남용의 법리와 그 관련 문제”, 「산업재산권」 제36호, 2011
- 권오승·이민호, “경쟁질서와 사법상의 법률관계”, 「비교사법」 14권, 한국비교사법학회, 2007
- 김대연, “주주대표소송에서의 담보제공명령제도”, 상사법연구 21권 2호, 한국상사법학회, 2002
- 김두진, “한국 독점규제법의 집행”, 아시아 경쟁법의 비교: 2005년 국제 학술심포지움, 아시아법연구소, 2006
- 김상수, “기업의 내부분서에 대한 문서제출명령”, 「법과 기업연구」 제6권, 서강대학교 법학연구소, 2016
- 김재형, “제3자에 의한 채권침해”, 「민법론 III」, 박영사, 2007
- 김차동, “공정거래법의 사적집행제도의 변경 및 그 보완방법”, 「경쟁법연구」 제11권, 한국경쟁법학회, 2005
- 김차동, “민사적 구제수단의 행정·형사적 구제수단에 대한 비교우위”, 「법학논총」 제31집 제1호, 한양대학교 법학연구, 2014
- 김태선, “미국법상 금지명령 제도”, 「민사법학」 61호, 2012. 12
- 김태현, “민사법상 침해금지청구권의 인정근거와 확대범위”, 「사법논집」 제66집, 법원도서관, 2018
- 박해식, 불공정거래행위의 하나인 ‘자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 거래상대방에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 주는 행위’를 하였음을 이유로 시정명령 등 행정처분을 하기 위한 요건으로서 “불이익”의 의미, 대법원판례해설 41호, 법원도서관, 2002
- 변동열, “거래상 지위의 남용행위와 경쟁”, 「저스티스」 제34권 제4호,

한국법학원 2001

- 송오식, “불법행위의 효과로서 금지 및 예방청구권: 대법원 2010. 8. 25. 자 2008마1541 결정”, 「법학논총」 제31집 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2011
- 신영수, “경쟁법의 사적 집행 활성화 - 전제와 현실, 그리고 과제”, 「법학논고」 제36집, 경북대학교 법학연구원, 2011
- 신현윤, “일본 독점금지법의 위법행위유지청구권”, 「경쟁법연구」 제7권, 한국경쟁법학회, 2001
- 유영선, “부정한 경쟁행위와 관련된 불법행위 성립요건 및 그에 기한 금지청구권 허용 여부”, 「사법논집」 제53집, 2011, 사법발전재단
- 윤진수, “손해배상의 방법으로서의 원상회복 - 민법개정안을 계기로 하여 -”, 「비교사법」 제10권 1호(통권 20호), 한국비교사법학회, 2003
- 이봉의, “공정거래법의 실효적 집행”, 한국경쟁법학회, 2004. 3.
- 이봉의, “유통분야 불공정거래행위에 대한 제재의 재구성”, 「경쟁법연구」 제35권, 한국경쟁법학회, 2017
- 이상현, “개정 부정경쟁방지법상 금지청구권에 관한 소고”, 「저스티스」 통권 제159호, 한국법학원, 2017
- 이선희, “독점규제법의 사적집행”, 「독점규제법 30년」, 법문사, 2011,
- 이선희, “한국 경쟁법의 사적 집행제도의 개요와 향후 발전방향”, 「경쟁법연구」 제29권, 한국경쟁법학회, 2014
- 이소영, “공정거래법의 사적 집행에 관한 민사법적 고찰”, 서울대학교 박사학위논문, 2019
- 이황, “공정거래법에서 ‘거래상 지위’의 개념과 판단기준”, 법제연구통권 제51호, 한국법제연구원, 2016

- 장승화, “사적집행의 확대: 사인의 금지청구”, 「공정거래법과 규제산업」, 법문사 2007
- 장윤순, “독점규제법상 사인의 권리구제방안의 도입방향”, 「법학논총」 제36권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2016
- 장현진, “자료제출명령의 실무적 운영 방안”, 「특허소송연구」 제7집, 2017
- 정호열, “2003년 공정거래법 개정안과 손해배상제도의 개편”, 「공정경쟁」 제98호, 한국공정경쟁연합회, 2003
- 정환, “공정거래법상 사인의 금지청구권 도입에 관한 소고”, 「경쟁저널」 제168호, 한국공정경쟁연합회, 2013
- 최복규, “부당한 대물변제 방식에 의한 선금금지급의 유효여부”, 「대법원판례해설」 제44호, 2004
- 홍대식, “공정거래법상 사적집행”, 법원 기업법 커뮤니티 발표자료, 2018
- 홍대식, “공정거래법상 공적집행과 사적집행 간의 관계”, 「시장경제와 사회조화」: 남천 권오승교수 정년기념논문집, 법문사, 2015
- 홍대식, “독점규제법상 불공정거래행위의 사법적 효력”, 「사법논집」 제30집, 대법원 법원행정처, 1999
- 홍준호, “거래상 지위남용행위에 관한 법적 연구”, 단국대학교 상사법 전공 석사학위 논문, 2013

[국의 참고문헌]

Albert A. Foer, "Abuse of Superior Bargaining Position(ASBP): What Can We Learn from Our Trading Partner?", AAI Working

Paper No. 16-2, 2016

Abstract

Private Enforcement on the Abusing of Trading Position

Seung Heo

Department of Law, Competition Law

The Graduate School

Seoul National University

In addition to protecting a competitive order, the objective of restricting the abusing of trading position includes protecting victims. Although it is appropriate to enforce administrative orders by the Fair Trade Commission to achieve the goal of safeguarding competitive rules, it is insufficient to accomplish the goal of protecting victims. Promoting private enforcement can not only restrain abusing of trading position by improving public enforcement, but achieve the objective of saving victims. The amendment bill introduced the order to produce materials, injunction, and so on.

This paper aims to provide the overview of private enforcement on abusing of trading position and review other institutes associated with promoting private enforcement among the amendment bill. It also reviewed the judicial effectiveness of abusing of trading position, which gained relatively less attention than claim for damage, in terms of private enforcement.

The amendment bill stipulates that the causes of inactive measures

for a claim for damage on the ground of violations is that victims are unable to demonstrate its damage or costs. In this sense, the order to produce materials was enacted to address such problems. Civil judgments on the abusing of trading position revealed that it is not true that victims are hard to demonstrate their damages in a claim for damage trial as they are unable to obtain valid evidence held by perpetrators. Contrary to a claim for damage derived from infringing intellectual property rights such as patent law, the order to produce materials is not tremendously helpful in demonstrating damage and costs imposed on victims in a claim for damage caused by abusing of trading position. If clauses to estimate the profits gained by perpetrators to loss by victims like intellectual property rights such as patent law are introduced, it will be easier to demonstrate their amounts of damage. Yet it is necessary to thoroughly consider whether their damage caused by abusing of trading position can be estimated by profits gained by perpetrators.

The amendment bill introduced injunction on the premise that under the current law, injunction is not permitted due to violation of the Fair Trade Act. The bill stipulates the order to provide security in a bid to prevent abuse of injunction. Yet it needs improvement and amendment due to excessive restriction on the right to access to courts for victims. With regard to the injunction claim of the amendment bill, clauses should be amended in the way that courts can generally review other elements and determine the citation of injunction in case that abusing of trading position is approved.

As to judicial effectiveness in abusing of trading position, an clause on the restriction of abusing of trading position shall not be seen as compulsory clause. In this sense, its effectiveness shall be considered as a respective case by reviewing other conditions. Since it is likely to infringe the security of trade by acknowledging the violation of clause 103 of the Civil Law, extremely antisocial abusing of trading position shall be only regarded as violations under that act as an exceptional case. Whether to acknowledge the defense of the right of abuse should be considered in a single and specific way depending on cases. However, this right of abuse is likely to be used in practice given the need to protect trust of business owners, to save victims and violation of trust to the third party.

The Fair Trade Act restricts a variety of unfair tradepractices. Every single unfair practice is not interrelated and differs from the restriction objectives and belief. Given diverse types of violations, studies on private enforcement should review and organize various types of violations in every single case specifically rather than taking a general approach. The follow-up research is expected to be carried out in depth on the basis of every single case regarding private enforcement of other types of unfair tradepractices in addition to abuse of power.

Keywords: Amendment Bill of Fair Trade Act, Abusing of trading position, Private enforcement, Claim for damage, Injunction, Judicial

effectiveness

Student Number: 2006-21670