

간접구매자 집단소송의 법리적 타당성 연구

(주)하이닉스반도체 통상협력팀*

1. 서론

지난 5월 초, 국내 언론에 “국제카르텔로 인하여 벌금보다 10배 쉰 합의금 쓰나미 온다”는 기사가 게재된 바 있다. 최근 5년간 국내 굴지의 대기업들이 국제카르텔 사실이 적발되어 해외 경쟁당국에 낸 벌금 또는 과징금이 2조 4,000억 원에 달하지만, 이는 빙산의 일각으로 과징금의 최대 10배에 달하는 ‘합의금 쓰나미’가 기다리고 있다는 것이다.¹⁾ 특히, EU와는 달리 3배 손해배상과 같은 징벌적 손해배상 제도를 시행하고 있는 미국에서는, 통상 법무부(Department of Justice)에 카르텔 사실이 적발되게 되면 이를 근거로 피해자들이 손해배상을 주장하며 집단민사소송을 제기한다. 이러한 집단소송은 대부분 법원의 최종판결이 아닌 당사자 간의 합의로 종결되기 때문에 정확한 합의금액은 알려져 있지 않지만, 과징금보다 훨씬 클 것으로 예상된다.

일례로 미국 DRAM 카르텔 사건만 보더라도 삼성전자와 하이닉스반도체에 부과된 미국 법무부의 총 과징금은 약 4억 9,000만 달러지만, 민사상 합의로 종결된 직접구매자와 간접구매자 집단소송에서 알려진 합의금액만 약 3억 달러에 달한다.²⁾ 3억 달러에는 당사자들 간의 합의로 해결한 것은 포함하고 있지 않다. 대부분의 DRAM 제품 매출이 대형 OEM 업체와의 전략적 장기 공급계약에 의하여 이루어 진다는 것을 고려한다면, 총 합의금은 알려진 것보다 훨씬 클 것으로 보인다.

이처럼 수출 기업들은 행정당국의 국제카르텔 조사에 의한 과징금 납부 부담뿐만 아니라 민사

* 남정균, 이주석, 김장기, 이경실, 이지현, 하이닉스반도체 통상협력팀은 2002년부터 미국, 유럽, 캐나다, 한국, 브라질 등에서 제기된 DRAM, Flash, SRAM 제품 관련 행정당국의 카르텔조사와 여기에서 파생된 다양한 민사소송에 대응하고 있다.

1) 전해영, “국제카르텔, 벌금보다 10배 쉰 합의금 쓰나미 온다”, 머니투데이 2011년 5월 3일자

2) 하이닉스반도체와 삼성전자는 미국의 직접구매자 집단소송 합의금으로 6,700만 달러와 7,300만 달러(<http://www.dramantitrustsettlement.com/dram/index.htm>), 간접구매자 집단소송으로 1억 1,300만 달러와 5,000만 달러(http://oag.ca.gov/news/press_release?id=1939&y=2010) 각각 지불하였다. 상대적으로 매출규모가 큰 삼성전자가 직접구매자 집단소송 합의금을 하이닉스반도체보다 적게 지급한 것은 주요 고객과 개별적인 화해계약을 체결한 것으로 보인다.

소송에 의한 합의금 쓰나미에도 노출되어 있다. 이러한 쓰나미를 불러오는 반독점법 위반에 따른 민사소송에는 다양한 형태가 있다. 미국의 경우를 보면, 직접구매자 집단소송, 간접구매자 집단소송, 국가 후견인 소송, 그리고 집단에서 이탈하여 진행되는 Opt-out 소송 등이 있다. 이 가운데 그 동안 논란의 중심에 있던 간접구매자의 집단소송과 관련하여, 지난 5월 캐나다 항소심 법원이 “간접구매자에게는 법적으로 손해배상을 청구할 자격이 없다”는 이유로 간접구매자 소송을 불허하는 획기적인 판결을 함에 따라, 이와 관련된 정보를 공유하고 이에 대한 각국의 견해를 살펴보고자 한다.

II. 본론

1. 간접구매자소송과 Passing-on Defense

‘집단소송’(Class Action)이란, 한 사람 또는 일부 사람이 공통된 이익(Common Interest)을 가진 집단(Class)을 대표하여 소송을 하고, 그 소송의 결과가 소송을 하지 않은 집단의 구성원에 게도 구속력을 가지게 하는 것을 말한다.³⁾ ‘간접구매자’란, 카르텔을 공모한 기업이 아닌 다른 회사로부터 해당 제품이나 서비스를 구매한 자를 일컫는다.⁴⁾

예를 들어, DRAM 사건을 보면 카르텔을 공모한 기업인 삼성전자, 하이닉스반도체, 마이크론 등으로부터 DRAM을 구매한 자는 직접구매자에 해당되고, 이들 업체가 아닌 중계상으로부터 DRAM을 구매하거나 또는 DRAM 제품이 아닌 DRAM이 포함된 PC 등의 제품을 HP나 Apple 등으로부터 구매한 최종 소비자가 간접구매자에 해당된다고 할 것이다. 이렇게 DRAM 또는 DRAM이 포함된 제품을 카르텔 공모기업이 아닌, 제3자를 통하여 간접적으로 구매한 자가 제기 하는 집단소송을 간접구매자 집단소송이라고 한다.

카르텔 관련 직접구매자와 간접구매자 집단소송에 있어서 손해를 배상하기 위해서는, 우선 위반행위와 손해 간에 인과관계가 존재하여야 한다. 이러한 인과관계 관련하여 가장 빈번하게 논의 되는 것이, 카르텔 공모자인 피고가 직접구매자인 원고에 대하여 손해전가의 방어(Passing-on Defense)을 주장할 수 있는지 여부이다. ‘Passing-on Defense’란, 직접구매자는 담합으로 인하여 초과가격(Overcharge)⁵⁾을 피고에게 지불함으로써 자신이 입게 된 손해의 전부 또는 일부를 자신의 하위단계 구매자인 간접구매자에 전가할 수 있기 때문에 직접구매자의 손해의 전부 또는

3) 서철원, 미국 민사소송법, 법원사, (2005) pg. 231

4) 심영섭, 경쟁법 역외적용의 세계적 확산과 그 함의, 산업연구원, (2007)

5) 담합이 형성되어 경쟁가격을 초과하는 가격인상분을 경제학자들은 통상 ‘초과가격’이라고 한다. - 이인권, 전제논문, 98면

일부가 인정될 수 없다는 법률상 방어논리를 말한다. Passing-on Defense는 직접구매자가 위반 행위자의 행위로 인하여 입은 손해를 제3자에 대한 판매가격의 인상을 통하여 이득을 보았으므로 그 부분만큼 손해액에서 배제하는 주장으로 민법상 손익상계의 항변과 같고, 결과적으로 직접구매자에 대한 손해배상청구에서 제3자에게 전가한 가격에 해당하는 부분은 공제되어야 한다는 견해이다.⁶⁾

우리나라는 민법상 손익상계에 대한 명문화된 규정은 없지만, 이론상으로 손익상계는 당연히 되고 있다. 매수인이 운반비용을 부담하기로 한 매매계약에서 매도인의 계약 불이행으로 인하여 발생하는 손해배상 청구에 있어서 계약불이행으로 인하여 매수인이 면하게 될 운반비용을 공제하는 것이 그 예이다. 손익상계는 손해액을 산정하는 방법으로 본래의 상계와 같이 대립하는 두 가지의 채무를 소멸하게 하는 것은 아니다. 따라서 손익상계보다는 '이득공제'라는 표현이 더 적절하다는 견해도 있다. 손익상계에 의하여 공제되는 이득은 손해배상책임이 발생하는 원인과 상당한 인과관계가 있는 것에 한한다. 따라서 다른 원인에 의한 이득은 공제되는 이득에 포함되지 않는다고 본다.⁷⁾

그런데 Passing-on Defense가 받아들여지게 되면 원고로서는 Overcharge 지불로 인한 손해를 피고에게 주장하는 데 있어서 제한을 받게 되고, 이에 따라 피고는 원고가 하위단계 구매자에게 전가한 손해에 대한 배상책임을 면할 수 있게 된다. 또한 Passing-on Defense가 인정되면, 원고가 하위단계 구매자에게 전가한 손해부분에 대하여 이를 전가 받았다고 주장하는 하위단계 구매자(즉, 간접구매자)가 반독점법⁸⁾을 근거로 직접구매자가 아닌 피고인 카르텔 공모자를 상대로 손해배상청구(Passed on Claim)를 할 수도 있을 것이다. 따라서 손해전가의 항변과 간접구매자의 손해배상 청구권은 논리상 밀접한 관련이 있다.

2. 캐나다 항소법원의 판결

2011년 4월 15일 캐나다 브리티시컬럼비아주(British Columbia; BC주⁹⁾) 항소심 법원(British Columbia Court of Appeal)은 Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation, 2011 BCCA 186 (이하 "Microsoft 사건"이라 한다)과 Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Company, 2011 BCCA 187 (이하 "Sun-Rype 사건"이라 한다)에 대한 심리결과를 동

6) 이선희, 공정거래법 위반을 이유로 한 손해배상청구권, (2008), pg. 12

7) 네이버 백과사전, 손익상계

8) 대부분의 국가에서 직접구매자와 간접구매자를 구분하지 않고 카르텔 행위에 따라 손해를 입은 자는 이러한 손해의 배상 청구가 가능하도록 하고 있다.

9) 캐나다 테평양 연안에 있는 인구 약 400만 명의 주(州)로, 주요 도시로는 밴쿠버가 있다.

시에 발표하였다. 항소심 법원은 “간접구매자에게는 원고의 자격이 없다”(Indirect purchasers do not have a cause of action)는 이유로 BC주 1심 법원이 승인하였던 간접구매자에 대한 집단소송 승인을 번복하였다. 이는 간접구매자의 집단소송과 관련한 캐나다 항소심 법원의 최초 결정으로, 캐나다의 반독점 집단소송 역사에서 획기적인 판결로 인식되고 있다.¹⁰⁾

Microsoft 사건과 Sun-Rype 사건에서, 원고는 피고의 반경쟁적인 행위로 인하여 소비자가 Overcharge를 지불하였다고 주장하였다. Microsoft 사건에서 간접구매자 집단은 Microsoft가 독점적 시장 지위의 남용으로 PC 제조업체와의 공모를 통하여 Microsoft 제품의 경쟁을 제한하였고, 이로 인하여 결과적으로 Microsoft 운영체제와 응용 소프트웨어가 탑재된 PC의 소매업자인 간접구매자는 Overcharge를 지불하였다고 주장하였다. Sun-Rype 사건에서 직접구매자와 간접구매자는 피고가 고과당시럽(High Fructose Corn Syrup; HFCS¹¹⁾)의 가격을 담합하였기 때문에 피고의 손해가 발생했음을 주장하였다. 두 사건 모두에서 원고는 직접구매자가 최초 발생한 Overcharge의 일부를 간접구매자에게 전가하여, 결과적으로 간접구매자가 Overcharge를 부담하게 되었다고 주장하였다. 관련 1심 법원은 두 사건 모두에 대한 집단소송을 승인한 바 있다.¹²⁾

항소심에서 피고는 간접구매자는 소송의 청구자격이 없다는 논리를 제시하였다. 직접구매자가 제기한 소송에서 피고가 법적으로 손해의 전가를 방어논리로 사용할 수 없다면, 피고는 원칙적으로 직접구매자와 간접구매자 모두에 대하여 배상하여야 하며, 이는 이중배상(Double Remedy)에 직면하게 된다고 항변하였다.

항소심 법원은 Passing-on Defense를 거부한 Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick(이하 “Kingstreet 사건”이라고 한다)의 2007년 대법원 판결을 근거로, 간접구매자 집단소송에 대하여 피고측의 손을 들어 주었다. Kingstreet 사건에서 원고인 나이트클럽은 클럽에서 판매한 주류에 부과된 세금의 환급을 요구하였다. 이에 대하여 피고인 정부는, 나이트클럽이 주류에 부과된 세금을 나이트클럽의 손님에게 전가하였으므로 나이트클럽은 아무런 손해를 입지 않았다고 반박하였다. 대법원은 정부의 Passing-on Defense가 보상법(Restitution Law)의 기본원칙에 위반될 뿐만 아니라 경제학적으로도 잘못 이해되고 있으며, 입증에 심각한 어려움을 야기할 수 있다는 판례를 근거로¹³⁾ Passing-on Defense의 적용을 거부하였다. 반독점 측면에서 동 판결을 해석하면 직접구매자는 어느 정도의 Overcharge를 고객들에게 전가했는가와 상관없이 직접구매자의 손실은 Overcharge가 지불될 때 완성된 것으로 보아야 하며, 지불된

10) 이번 결정은 BC주 항소심 법원의 결정으로, 원고측의 대법원(the Supreme Court of Canada) 상고가 예상된다.

11) 옥수수 전분에서 얻은 과당이다. 과당의 함량이 높은 감미료로 설탕보다 75% 정도 더 달고 음료, 제과, 제빵산업에 광범위하게 사용되고 있다.

12) Sun-Rype 1심 법원은 2010년 6월 30일 집단소송을 승인하였다. (2010) BCSC 922

13) British Columbia v. Canadian Forest Products Ltd., (2004) SCC 38. 가격이 수요탄력도가 높으면 원고는 매출 감소 또는 수익 감소에 따른 손실을 볼 수 있지만, 반면에 수요탄력도가 낮으면 세금을 의하여 가격이 올라가더라도 매출이나 수익에 영향을 주지 않을 수 있다. 따라서 세금이 부과되지 않았다면 원고가 가격을 인상하지 않을 수도 있었고, 이에 따라 더 많은 이익을 창출할 수 있었다고 하는 것은 불가능하다.

Overcharge의 100%를 돌려 받을 수 있다고 봐야 한다고 하였다. 원고가 합리적이지 않은 가격을 1차적으로 지불하여 입은 손해를 2차 구매자에게 전가하여 손해금액을 회수할 수 있다는 점이 피고의 보상청구권을 제한할 수 있는냐에 대하여, 법원은 적어도 손해에 관한 법은 1차 단계를 벗어나지 않는다고 하였다.¹⁴⁾ 따라서 법률상 실제로 유효하지 않은 세금이 나이트클럽 고객에게 전가되었다고 할지라도, 위반행위자에게 책임이 있는 손실은 Overcharge가 최초로 지불될 때 생성되는 것으로 보아야 한다고 판결하였다. 피고가 피해가 전가되었으므로 손해가 없다는 주장을 펼 수 없으므로 전가된 Overcharge에 대한 보상을 요구하는 소송은 법률적으로 성립되지 않는다고 하였다.¹⁵⁾

Kingstreet 사건을 근거하여 판사는 “피고가 방패로 Passing-on Defense를 사용할 수 없다면, 원고도 창으로 Passing-on을 사용할 수 없다”는 이유를 제시하였다. 간접구매자는 법률이 Passing-on을 방어수단으로 허용하지 않는 상황에서 이에 근거할 수 없으며, 만약 이를 허용한다면 직접구매자는 Overcharge의 100%를 구제받을 수 있고 간접구매자는 그들에게 전가된 Overcharge 만큼 추가적으로 구제받게 되므로, 피고에게 이중보상 부담을 초래할 수 있다고 판단하였다.

Sun-Rype 사건의 피고는 하급법원에서도 동일한 주장을 하였지만, 하급법원은 두 가지 이유로 피고의 주장을 거부하고 간접구매자의 집단소송을 승인하였다. 첫째, 판사는 비록 법원이 피고에게 Passing-on을 방어수단으로 허용하지 않지만, 법원은 여전히 Passing-on이 발생하였다는 점을 하나의 사실로 인지할 수 있다. 따라서 간접구매자는 실제로 자신들에게 전가된 Overcharge 금액에 대한 구제를 요구할 수 있다. 둘째, 직접구매자와 간접구매자가 하나의 집단을 구성하는 집단소송에서는 이중구제가 발생하지 않을 것이다. 이런 상황에서는 법원은 간접구매자와 직접구매자를 구분하지 않고 전체 집단을 기준으로 한 Overcharge 금액의 합계를 사용하여 피해를 산정할 수 있다고 판단하였다.

상급법원은 두 가지 이유 각각에 대하여 반대 의견을 제시하였다. 첫째로, 원고는 Passing-on Defense와 Passing-on 존재사실(Fact)을 구분하여, 피고가 직접구매자를 상대로 Passing-on Defense를 사용할 수는 없도록 한 것이, 실제로 Passing-on이 발생한 간접구매자로 하여금 소송을 불가능하게 하는 것은 아니라고 주장하고 있다. 그러나 Passing-on Defense와 Passing-on의 존재를 구분하는 것은 법적으로 성립되지 않는다. 법원이 피고가 Passing-on Defense를 제기하는 것을 허용하지 않는 것으로 보여질 수 있지만, Passing-on Defense는 특정한 이유로 법원이 허용(Allow)하지 않는 것이 아니라 법이 이를 인정(Recognize)하지 않기 때문이라고 설

14) Southern Pacific Co. v. Darnell-Taenzer Lumber Co., 245 U.S. 531 at 533-534.

15) Sun-Rype Products Ltd. V. Archer Daniels Midland Company (2011) BCCA 187 at 34.

명했다.¹⁶⁾ 따라서 법률상 Passing-on이 인정되지 않으므로 Overcharge의 Passing-on 존재사실은 소송적격(Cause of Action)을 판정하는데 아무런 관련이 없다고 판단하였다.

둘째는, 집단소송에 있어서 이중구제에 관한 것이다. 피고는 직접구매자가 아닌 집단 전체를 대상으로 하여 보상책임을 지면 되고, 원고가 직접구매자로부터 받은 Overcharge 금액을 집단을 대상으로 어떻게 배분할지는 법원이 향후 결정할 것이므로 과다 보상의 가능성은 없다고 원고는 주장한다. 그러나 항소법원은 직접구매자가 유일한 원고인 소송의 경우와 마찬가지로 직접구매자가 일부 금액을 간접구매자에게 전가하였는지의 여부와 상관없이, 직접구매자는 초과 지불한 전체 금액을 요구할 권한이 있다고 판결하였다. 소송진행의 성격, 즉 직접구매자와 간접구매자 소송을 하나의 집단으로 하느냐 또는 직접구매자만의 소송을 진행하느냐에 따라 직접구매자에게 불이익이 주어지는 안된다고 보았다. 직접구매자에 부과된 Overcharge의 일부를 되돌려 받는 것은 직접구매자의 법적인 권한에 해당된다. 집단소송진행법(Class Proceeding Act)은 소송적격의 요건을 규정하거나 변경할 수 없는 하나의 절차규정에 불과하다.¹⁷⁾ 법원에게는 집단소송진행법을 근거로 하여 직접구매자와 간접구매자 간의 Overcharge를 배분할 권한이 없으며, 따라서 직접구매자의 법적 권한을 감소시킬 수도 없다고 판단하였다.

마찬가지로 피고가 Passing-on Defense를 사용하지 못하고 직접구매자의 법적 권한에 해당하는 Overcharge 전체를 직접구매자에게 모두 보상하게 되면, 간접구매자가 주장할 수 있는 법적인 손해는 존재하지 않게 된다. 그러므로 간접구매자에게는 소송적격이 없게 된다고 판결하였다.

동 판결을 위하여 상급법원은 아래에서 자세히 설명하겠지만, 간접구매자 소송을 불허한 미국 연방법원의 Hanover Shoe와 Illinois Brick Co 사건의 판례를 인용하면서, Microsoft 사건과 Sun-Rype 사건은 미국 연방법원 판례와 동일한 법률 해석의 결과로 보았다. 특히 상급법원은 미국의 일부 주(州)에서 간접구매자 소송을 허용하고 있지만 이러한 결정은 엄격한 법률 원칙의 적용이 아닌 정책적인 결정에 의한 것으로, Passing-on Defense가 허용되지 않으면 간접구매자의 소송적격이 존재하지 않는다는 법률적 사실을 제대로 고려하지 않았기 때문이라고 하였다.¹⁸⁾

동 판결을 통하여 상급법원은 간접구매자는 소송적격이 없다는 이유로 간접구매자 집단에 대한 피고의 주장을 수용하여 Microsoft와 Sun-Rype 사건의 간접구매자 집단소송의 승인을 거부하였다. 그러나 Sun-Rype 사건의 직접구매자 집단에 대한 피고의 주장은 거부하고, 직접구매자에 대한 집단소송을 승인한 1심 법원의 판결은 인정하였다.

이번 판결은 3명의 판사가 참여하여 만장일치가 아닌 2:1의 다수결로 간접구매자의 소송적격을

16) The defense cannot be raised, not because it is for some reason not allowed, but because the law does not recognize it.

17) Bisailon v. Concordia University, 2006 SCC 19.

18) Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Company, 2011 BCCA 187 at 38, The American state court decisions appear to be largely policy driven; they do not come to grips with the absence of a legal basis for an indirect purchaser's cause of action once it is accepted there is no passing-on defense.

인정하지 않았다.¹⁹⁾ 소수의견으로 1명의 판사는 간접구매자의 집단소송을 인정한 하급법원의 판결에 동의하였다. 아마도 원고측은 동 소수의견을 근거로 대법원(The Supreme Court of Canada)에 상고할 것으로 보여진다.

대법원이 상고를 받아들인다면,²⁰⁾ 원고는 미국의 일부 주에서 허용하고 있는 간접구매자 소송의 정책적인 측면에 초점을 맞출 것으로 보인다. 원고는 항소심 법원의 결정이 지나치게 기술적이며 집단소송의 취지에 어긋난다는 점을 강조하면서, 집단소송진행법을 광범위하고 목표지향적인 방법으로 해석할 것을 요구할 것으로 보인다. 반면, 피고는 항소심 법원의 판정을 지지하여 이 중구제의 금지원칙을 주장할 것으로 예상된다.

대법원 상고가 수용될 경우, 대법원의 최종 결정까지는 1~2년 정도가 소요될 것으로 보인다. 동 소송에 대한 대법원의 최종 판결까지 DRAM 사건을 포함한 많은 캐나다의 반독점 사건 진행이 유보될 것으로 예상되며, 대법원의 판결은 캐나다의 모든 다른 주에도 영향을 미칠 것으로 판단된다.²¹⁾ 이번 결정으로 피고업체는 캐나다의 반독점 관련 집단소송에서 간접구매자의 소송을 거부할 강력한 무기를 갖게 되었으며, 이미 집단소송이 승인된 간접구매자의 소송 승인을 철회하기 위한 피고의 재심의 요청이 증가할 전망이다.

3. 다른 국가의 판례

(1) 미국

미국 반독점법 위반행위로 인한 손해배상 청구소송에서 Passing-on Defense의 인정 여부를 최초로 다룬 사건은 1968년 미국 연방대법원의 Hanover Shoe²²⁾ 사건 판결이다. 신발 제조업체인 Hanover Shoe는 신발 제조기계 시장에서 독점적 지위를 누리고 있던 United Shoe가 매매가 아닌 임대형태로만 기계를 공급함에 따라 Hanover Shoe가 Overcharge를 지불하였다고 주장하면서 손해배상청구의 소송을 제기하였다. Hanover Shoe의 논리는 United Shoe가 우월적 시장 지위를 통하여 해당 기계의 매매금액보다는 높은 임대료를 청구하여 Overcharge가 발생하였다는 것이다. 그러나 United Shoe는 Hanover Shoe가 자신의 고객에게 판매하는 신발가격을 인상함으로써 Overcharge의 전부는 아닐지라도 일부를 소비자에게 전가하였다는 방어논리로 맞섰

19) Lowry와 Frankel 판사는 간접구매자의 소송적격을 인정하지 않았지만, Donald 판사는 소송적격을 인정하였다.

20) 일반적으로 캐나다 대법원이 상고를 수용하는 정도는 약 10%에 지나지 않지만, 금번 사건의 경우는 판결에 중요성에 비추어 상고의 수용 가능성이 훨씬 높은 것으로 현지 전문가들은 예상하고 있다.

21) 대법원이 원고의 상고를 거부하게 되면 Microsoft와 Sun-Rype 사건은 캐나다의 BC주에 한정되게 되어, Ontario주를 포함한 다른 법원들이 BC주 항소심 법원의 결정을 따르지 않을 가능성이 존재한다. 따라서 이번 판결의 실제 적용에는 많은 불확실성이 존재하고 있다.

22) Hanover Shoe v. United Shoe Mach. Corp., 392 U.S. 481, 88 S.Ct. (1968).

다. 이에 대하여 연방대법원은 반독점규제법 위반행위를 통하여 초과이익을 얻은 자는 자신으로부터 재화 등을 구매한 직접구매자가 다시 그 고객에게 Overcharge를 전가하여 손해를 보상 받았음을 주장하며 직접구매자에 대한 손해배상책임을 피할 수 없다고 판시하였다. 사실 연방대법원은 Passing-on Defense를 허용할 때 벌어질 난해한 손해계산방법과 무분별한 소송 및 직접구매자의 손해청구권한이 줄면서 발생할 징벌적 손해배상의 실질적 유효성의 약화 등의 문제를 우려하고 있었던 것이다. 대법원의 판결 이후에 미국의 독점규제법 위반을 이유로 제기되는 손해배상청구 소송에서 피고들은 원칙적으로 연방법에 근거하여 Passing-on Defense를 주장할 수 없게 되었다.²³⁾

이로부터 약 10년이 경과한 1977년, 연방대법원은 Illinois Brick²⁴⁾ 사건 판결에서 손해배상의 대상이 되는 손해의 종류를 제한하면서 간접구매자는 손해배상청구의 소송을 제기할 수 없다고 판결하였다. Illinois Brick 판결은 콘크리트 벽돌 가격을 담합한 Illinois Brick 및 경쟁사들을 대상으로 한 미국 법무부의 조사에 이어 제기된 민사소송이었다. Illinois주는 콘크리트 벽돌의 간접구매자였고, 독과점가격에 의하여 매입된 콘크리트 벽돌을 사용하여 건축한 빌딩의 매수인 지위에서 소(訴)를 제기하였다. 피고와 원고인 Illinois주 사이에는 둘 이상의 구매단계(Intervening Purchaser)가 존재한다는 이유로 피고는 간접구매자는 연방 반독점법에 의한 손해배상청구의 소송을 제기할 수 없다는 주장을 하였고, 그 논거로 Hanover Shoe 판결이 손해전가(Passing-on) 사실을 방어수단으로 사용할 수 없다고 하였으므로, 이와 균형을 맞추어 손해전가를 공격수단으로 주장하는 것 역시 허용되어서는 안된다는 점을 들었다. 이에 연방대법원은 간접구매자가 Overcharge 부분을 부담하였다는 주장을 토대로 제기된 연방 반독점법에 따른 손해배상청구의 소를 인정할 수 없다고 판시하였다.

Hanover Shoe 판결은 Passing-on Defense의 인정 여부에 관하여 판단하였을 뿐 직접구매자가 손실을 전가함으로써 손해를 떠안게 된 간접구매자가 반독점법 위반행위자를 상대방으로 하여 손해배상청구의 소를 제기할 수 있는지의 여부까지는 다루지 않았고, 이 문제는 1977년 Illinois Brick 판결에 와서야 비로소 다루어진다. Illinois Brick 판결에서 연방대법원은 Hanover Shoe 판결에 의하여 반독점법 위반행위자가 Passing-on Defense를 주장할 수 없게 된 상황에서 간접구매자마저 손해배상청구의 소송을 제기하도록 허용한다면, 위반행위자가 이중배상의 위험에 처하게 될 것이므로 간접구매자의 원고적격을 부정하는 결론을 내릴 수밖에 없었다.²⁵⁾

그러나 두 판결은 Passing-on Defense의 적용 여부를 다룬 최초의 판결이라는 점에서 그 의의가 있을 뿐 미국에서조차 아직까지 그 타당성을 충분히 인정받지는 못하고 있다. 미국의 일부

23) 이선희, 공정거래법 위반을 이유로 한 손해배상청구권, (2008), pg. 9

24) Illinois Brick Co. v. State of Illinois 431 U.S. 720 (1977).

25) 윤세리, 전게논문, 1099면.

주정부는 연방정부의 Illinois Brick 판결에 따라 간접구매자의 소송적격을 부정하는 조치를 수용하지 않고 있다.²⁶⁾ 많은 주가 관련 법률 및 법원 판결을 통하여 직접구매자뿐만 아니라 간접구매자도 주(州)반독점법에 근거하여 손해의 배상을 청구하는 것을 허용하는 Illinois Repealer Registration(IBR) 제정 및 기존 Customer Protection 법안을 손질하는 정책을 도입하고 있다. 이에 동일한 반독점법 위반행위에 따른 손해의 보상을 위하여 직접구매자는 연방법을 통하여, 간접구매자는 주법(州法)을 통하여 별도의 소송을 제기하는 결과가 초래되고 있다. 간접구매자의 소송적격에 대한 연방법과 주법의 차이는 그 자체로 많은 문제점을 야기하여 왔다. 예를 들어, 간접구매자는 연방법에 근거하여 보상을 요구하는 직접구매자 소송에 참여할 수 없기 때문에 하나의 소송으로 모든 책임과 보상을 한꺼번에 충분히 해결할 수 있는 사건조차도 직접구매자와 간접구매자는 연방법원과 지방법원에 중복되는 여러 개의 소송을 제기하였다. 또한 이러한 연방법과 주법의 충돌은 이중적이며 일관성 없는 보상의 발생 가능성으로 인하여 원고와 피고 모두가 합의에 이루는데 있어서 난관에 봉착하게 되었다. 2005년 6월 도입된 집단소송공정법(Class Action Fairness Act, CAFA)은 이러한 문제점을 일부분 해결하였다.²⁷⁾ CAFA는 피고가 주 법원에 제기된 간접구매자 집단소송을 연방법원으로 이송하여, 연방법원에 제기된 직접구매자 소송과 통합할 수 있도록 하고 있다. 그러나 CAFA는 일부 이송을 제한하거나 연방법원에서 재판을 위하여 직접구매자 소송과 간접구매자 소송을 통합하는 것은 허용하지는 않는 등 일부 한계를 가지고 있어서 완전한 해결책은 되지 못하고 있다.

한편, 2007년 4월 미국 경쟁법현대화위원회(Antitrust Modernization Commission)²⁸⁾는 직접구매자와 간접구매자 소송을 좀더 효율적이고 공정하게 진행할 것을 제안하는 보고서를 의회와 대통령에게 제출하였다. 동 위원회는 직접 및 간접구매자 소송을 하나의 연방법원에서 진행할 수 있도록 입법화하여 이중적인 보상이 이루어지거나, 실제 피해자가 보상을 받지 못하거나, 피해를 보지 않았음에도 보상이 이루어지는 상황이 발생하지 않아야 한다고 권고하였다. 또한 위원회는 연방 반독점법에 따라 직접구매자와 간접구매자 모두가 실제 발생한 손해의 보상청구가 가능하도록 Illinois Brick 과 Hanover Shoe 판결을 수정할 것을 제안하였다.²⁹⁾ 그러나 동 위원회의 권고사항조차도 참여한 12명 위원들의 일치된 의견은 아니었던 점에서 미루어 볼 수 있듯이, 많은 논란에 부딪쳐 현재까지도 위원회의 권고사항은 입법화되지 못하고 있다.

26) 현재 36개 주법에서 Illinois Brick 판결을 따르지 않고 주법에 근거하여 간접구매자가 손해배상청구의 소를 제기할 수 있도록 허용하고 있다.

27) The U.S. Class Action Fairness Act of 2005, 28 U.S.C. Section 1332(d), 1453 and 1711-1715.

28) Antitrust Modernization Commission Act of 2002에 의하여 조직된 것으로, 대통령, 상·하원에 의하여 임명된 12명으로 구성되어 있다.

29) Report and Recommendation of Antitrust Modernization Commission, 2007/04/02, pg 267.

(2) EU

EU에서는 반독점 관련 규정인 EU 기능조약(TFEU)³⁰⁾ 101조³¹⁾ 및 102조³²⁾ 위반으로 피해를 입은 개인 또는 기업이 그 피해를 효과적으로 보상받도록 보장하고 있다. 2001년과 2006년 ECJ(European Court of Justice) 판결³³⁾을 통하여 누구든지 경쟁법 위반자를 상대로 손해배상 청구의 소송을 제기할 수 있다고 판시하며 개별보상의 권리를 강조하였다. 이와 별도로 각 EU 회원국에서도 독자적인 법규(Community Law)를 통하여 피해자의 보상요구권리를 보장하고 있다. 예를 들면, 독일, 이탈리아, 스페인, 영국 등은 해당 국가의 독자적인 경쟁법을 근거로 소송(개별손해보상)을 진행할 수 있다. 그러나 이러한 ECJ 판례와 회원국내 법규에도 불구하고 EU에서는 카르텔 피해자에 대한 보상이 제대로 이루어지지 않는 것이 현실이다. 각 회원국의 민사손해배상제도가 미비하고³⁴⁾ 회원국내 경쟁당국(National Competition Authority)의 역할이 제한적³⁵⁾이었기 때문에 미국과는 달리 반독점에 관한 공적 집행 이후에도 개인 손해배상 소송이 활발하게 이루어지지 않고 있다. 다만, 최근 들어 유럽집행위원회의 11개 항공사에 의한 항공회물에 대한 카르텔행위의 적발³⁶⁾ 계기로 영국과 네덜란드 등에서 민사소송이 제기되는 등 새로운 전기를 맞고 있다. 특히 해당 소송에는 간접구매자에 해당하는 화주(貨主)가 원고로서 손해배상 소송에 참여하고 있어서 그 결과가 주목된다.

EU는 현재의 민사손해배상 소송(Private Antitrust Litigation) 제도로는 위반행위로 인한 피해 보상이 어려운 것을 인식하고, 2008년 4월에 경쟁법 위반행위로 인한 민사손해배상 소송(Private Damage Action)의 활성화를 위한 정책보고서(White Paper)를 발표하였다.

동 White Paper에서 Passing-on Defense와 손해전가에 따른 손해배상 청구를 모두 허용할

30) 2009년 12월 1일 Lisbon Treaty에 의거 제정되었으며, EU 카르텔 규제 근거 규정인 EU 기능조약(Treaty on the Functioning of the European Union: TFEU)이다.

31) 과거 EU 조약 'Article 81'로 표기되었지만 TFEU 101조로 명칭이 변경되었다. - EU 회원국 간의 무역에 영향을 미치고 EU 시장 내의 경쟁을 지해·제한 또는 왜곡시키는 것을 목적으로 하거나, 그러한 효과를 가지는 사업자간의 합의, 결정 또는 공동행위를 금지하고 있다. (<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html>)

32) 과거 EU 조약 'Article 82'로 표기되었지만 TFEU 102조로 명칭이 변경되었다. - EU 시장이나 일부 회원국 시장에서 우월적 지위(Dominant Positions)를 차지하고 있는 하나 또는 다수의 사업자에 의한 지위의 남용이 회원국 간의 통상에 영향을 미치는 경우를 금지하고 있다. (<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html>)

33) Case C-453/99, Courage and Crehan, [2001] ECR I-6297, and Joined Cases C-295-298/04, Manfredi, [2006] ECR I-6619. - 2001년 Courage and Crehan 사건을 보면 경쟁법을 위반하여 체결된 약정의 일반 당사자가 타방 당사자를 상대방으로 제기한 소송에서 ECJ는 EC 조약 TFEU 101조 위반 시에 누구든지 경쟁법 위반자를 상대로 손해배상을 청구를 제기할 수 있다고 판시하고 있다.

34) 'Courage and Crehan' 판결에서 ECJ는 간접구매자가 위반자를 상대로 소를 제기할 수 있는지 여부에 대한 명시적 판단은 내려지지 않았다

35) ICGT TO: Competition Litigation 2009, 1-9 "The EC Commission's White Paper on Damages Actions: The English Experience".

36) EC Press Release, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/1487&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>

것을 제안하고 있다. 그러나 동시에 손해전가제도 자체가 복잡한 절차 상의 문제를 야기할 수 있고, 선례 및 판결이 부족한 불명확한 제도임을 인식하고 있다. 아마도 법리적 형평성을 위하여 두 가지를 모두 인정하는 것으로 보이지만, 손해의 전가과정을 보여줄 수 있는 방법 및 증거의 부재로 손해전가방식 활용에는 많은 어려움이 있을 것으로 보인다. 이러한 어려움을 충분히 인식하여 White Paper에서는 각 회원국 법원에 손해전가 보상을 위한 증거 제출을 완화시킬 것을 요구하고 있다. 또한 손해전가와 관련하여 위반행위자에게 Passing-on Defense를 허용하는 반면, 간접구매자들은 Overcharge가 자신들에게 전가되었다는 추정사실(Rebuttable Presumption)만을 근거로 소송을 제기할 수 있는 제도의 입법을 제안하고 있다.³⁷⁾

(3) 우리나라

우리나라도 Passing-on Defense의 허용 여부와 간접구매자의 원고적격을 인정할 것인지에 대한 명확한 법규가 아직까지 존재하지 않는다. 그러나 일부 판례에서 Passing-on Defense를 원칙적으로 허용하지 않고 있다. 삼립식품이 밀가루 가격과 공급 물량을 담합한 CJ 제일제당과 삼양사를 대상으로 제기한 손해배상 청구소송(이하 “밀가루 담합사건”이라 한다)에서 1심과 항소심은 피고측이 주장하는 Passing-on Defense를 받아들이지 않았다.³⁸⁾ 법원은 직접구매자가 중간단계의 원재료 구매자로, 자신이 입은 손해의 전부 또는 일부를 하위구매자인 간접구매자에게 전가할 수 있다고 하더라도, 담합이 없었다면 형성되었을 정상적인 가격보다 높은 가격으로 원재료를 매수하고 대금을 지급함으로써 거래가 이루어진 시점을 기준으로 직접구매자의 손해는 이미 현실적으로 초과 지급한 비용 자체로 확정되는 것으로, 그 이후에 제품의 가격을 인상함으로써 실질적으로 손해를 회복하였다는 사정은 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 위반행위로 인한 손해액 자체를 확정함에 있어서 아무런 영향을 미칠 수 없다고 판결하였다. 또한 Passing-on Defense를 손익상계의 취지에서 살펴보더라도, 원고와 피고들 사이의 밀가루 매매계약과 원고와 소비자 사이에 체결된 제품 매매계약은 구별되는 별개의 계약이므로 피고들의 담합으로 인한 위법한 밀가루 가격의 상승과 원고가 가격 인상을 통하여 별개의 계약에 의하여 취득한 이익과의 상당한 인과관계도 없다고 판결하여, Passing-on Defense를 원칙적으로 불허하였다.

다만, 중간재의 경우는 상위단계에 존재하는 사업자가 독점적 지위를 이용하여 제품을 고가로 판매함에 따라 직접구매자의 비용이 증가하면 그 비용이 어느 정도 하위단계의 시장에 존재하는 구매자에게 전가되리라는 점은 쉽게 예상할 수 있고, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」은 소비

37) 이선희, 공정거래법 위반을 이유로 한 손해배상청구권, (2008), pg. 10.

38) 서울고등법원 2010.10.14. 선고 2009나65012 사건, 서울중앙지방법원 2009.5.27. 선고 2006가합99567 사건, 현재 대법원 2010다93790으로 계류 중이다.

자의 법의 보호도 그 목적으로 하고 있어 간접구매자가 손해배상청구 소송을 제기할 경우에 이중 배상의 위험성이 야기될 가능성도 있다. 그러므로 손해 분담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 볼 때, 손해전가의 사실과 이중배상의 위험 등 제반 사정을 참작하여 직접구매자에 대한 손해배상액을 제한할 수 있다고 판결하였다. 결과적으로 하위단계의 구매자에게 전가된 Overcharge를 고려하여 피고들이 부담하는 손해배상액수의 일부 감액을 허용하였다.

밀가루 담합사건에서 법원은 손해액의 산정을 위하여 피고가 Passing-on Defense를 주장하는 것을 원칙적으로 불허하고 있다. 그러나 동시에 손해의 일부를 소비자에게 전가시킨 원고에게 비용전가사실을 전혀 고려하지 아니한 채 손해 전부를 전보시켜준다면, 원고는 뜻하지 않은 이익을 취득하게 되어 손해 분담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 반한다고 보아, 피고들이 부담하는 손해배상액수를 일부 감액하는 것도 타당한 것으로 보고 있다.³⁹⁾

한편, 간접구매자의 원고적격과 관련하여 2010년 서울중앙지방법원은 여행사에서 탑승권을 구매하였다가 위약금을 물게 된 고객이 항공사를 상대로 직접 배상을 청구할 수 있다고 판결하였다. 이는 간접구매자가 직접 계약을 맺지 않은 기업을 상대로 공정거래법 위반에 관한 소송을 청구할 수 있는지를 두고 법원이 내린 최초의 판단이다. 법원은 “원고가 여행을 통하여 비행기표를 샀기 때문에 항공사와는 직접 계약이 없는 간접구매자다”라는 항공사의 주장에 대하여 “간접구매자라고 하여도 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 위반행위로 손해를 봤다면, 소비자가 직접 배상을 청구할 수 있다”고 하여 간접구매자의 원고적격을 인정하였다.⁴⁰⁾

밀가루 담합사건의 Passing-on Defense의 허용 여부 판결과 여행을 통하여 탑승권을 구매한 간접구매자의 소송사례를 볼 때, 우리나라의 경우에도 Passing-on Defense와 간접구매자 소송과 관련하여 많은 법리적 불확실성이 존재하며, 유사한 사례가 지속적으로 발생할 것으로 보여진다. 좀 더 활발한 논의를 통하여 Passing-on Defense의 허용 여부와 간접구매자의 원고적격에 대한 명확한 법리 해석이 이루어져야 할 것으로 보인다.

4. 평가

미국 연방대법원 등이 종래 Passing-on Defense를 부정함과 동시에 간접구매자의 소송청구권까지도 부정하였던 이유는, 법 위반행위자가 이중으로 배상하여 과도한 부담을 지는 것을 방지하는 동시에 법 집행의 효율성을 확보하기 위함이었다. 또한 간접구매자의 손해배상청구의 경우, 각 유통단계별로 전가된 구체적 손해계산의 어려움과 집단소송의 특징인 수 많은 원고의 발생으

39) 서울중앙지방법원 2009.5.27. 선고 2006가합99567, pg 25 책임의 제한.

40) 윤미란, 한국소비자신문 “여행사 통해 탑승권 샀어도 항공사 소송 가능” 2010년 11월 3일자.

로 적절한 보상을 받지 못하는 점과 피고인 카르텔 행위자가 과도한 배상의 위험에 처하는 문제점이 존재하였다. 또한 손해액 산정을 위한 절차의 복잡화 및 소송의 장기화 및 중복소송 등이 문제점으로 지적되었다. 그러나 Passing-on Defense에 있어서 손해의 입증 및 산정에 어려움이 있다면, 이는 보다 정교한 경제분석을 통하여 합리적으로 해결할 수 있는 영역이므로 Passing-on Defense를 거부하는 합리적인 이유가 되지 못한다고 보는 이들도 있다. 나아가 실질적으로 직접구매자가 위반행위자에게 초과하여 지급한 가격부분을 다시 자신의 고객인 간접구매자에게 전가하기 위하여 가격을 높일 것이라는 점은 합리적으로 예상되는 것이므로, 직접구매자가 가격을 올려 간접구매자에게 제품을 판매하는 행위가 개입되어 있으면 위반행위와 간접구매자의 손해 사이에 상당한 인과관계가 인정된다고 보아 손해배상청구를 인정함이 타당하다고 보는 견해도 있다.⁴¹⁾

그러나 앞서 캐나다 항소법원 판결에서 기술한 바와 같이, 아무리 정교한 경제분석 모델을 도입하더라도 Passing-on Defense는 논란이 생길 수 밖에 없을 것이다. 가격에 대한 수요탄력도가 높은 상품이나 서비스라면 직접구매자는 Overcharge의 지불에 따른 매출 감소 또는 수익 감소에 따른 손실을 볼 수 있지만, 반면에 가격에 대한 수요탄력도가 낮으면 Overcharge의 지불에 의하여 상품의 가격이 올라가더라도 매출이나 수익에 영향을 주지 않을 수도 있을 것이다. 따라서 Passing-on Defense를 허용한다면 해당 상품의 수요탄력도가 어느 정도인지를 판단하여야 하며, 이와 더불어 Overcharge의 지불과의 인과관계를 경제학 모델을 통하여 입증하여야 할 것이다. 그러나 현실적으로 원고와 피고가 동의하는 수요탄력도와 인과관계를 산정하는 것은 불가능에 가깝다고 할 것이다. 또한 피해의 배상을 위하여 직접구매자에게 손해의 전가 정도에 대한 입증을 요구하게 되면, 직접구매자조차도 적절한 피해의 보상을 받지 못하게 되어 공정거래법의 도입 취지에 어긋날 수도 있을 것이다. 반면, 법원이 피고에게 손해의 전가 정도에 대한 입증책임을 부여할 경우에도 현실적으로 피고가 이를 입증하는 것이 어려워 과도한 보상이 이루어질 가능성이 높다. 간접구매자의 손해배상청구 소송을 허용하더라도, 미국의 사례를 살펴보면 실제 피해를 입은 개별 소비자인 간접구매자가 보상받게 되는 금액은 미미한 수준에 불과하여, 대부분 공익재단에 기부하거나 공공의 목적을 위한 기금 조성을 위하여 사용되는 의미가 퇴색되는 경우가 많다.

따라서 이상의 점 등을 고려하여, 공정거래법 위반행위자가 Passing-on Defense를 방어수단으로 사용하지 못하게 하는 동시에 손해의 전가를 이유로 간접구매자가 손해배상을 청구하는 것을 인정하지 않는 것은 불가피한 선택으로 생각된다. 그러므로 미국의 일부 주에서와 같이 피고에게는 Passing-on Defense를 허용하지 않는 반면, 손해전가에 의해서만 생길 수 있는 간접구매자의 손해배상청구를 인정하는 것은 논리의 모순이 아닐 수 없다.

41) 이선희, 공정거래법 위반을 이유로 한 손해배상청구권, (2008), pg. 12.

III. 결론

지금까지 캐나다 BC주 항소법원의 간접구매자에 대한 원고적격을 인정하지 않은 최근 판결을 토대로 Passing-on Defense와 간접구매자 소송의 타당성에 대한 각국의 견해와 판례들을 살펴 보았다. 우리나라는 물론 반독점 관련 소송의 역사가 긴 미국과 유럽에서조차 간접구매자의 손해 배상 소송에 대한 명확한 법규나 해석이 존재하지 않는 상황 하에서 시간과 장소에 따라 상반되는 판결로 인하여 논란이 지속되고 있는 실정이다.

이미 DRAM, 항공화물, LCD 등의 형사소송과 과징금으로 혹독한 대가를 치르고 있는 우리나라 업체에 있어서 이런 추가적인 민사소송에 대한 노출과 간접구매자 소송에 따른 불확실성은 엄청난 부담이 아닐 수 없다. 업체의 입장에서는 무엇보다도 국제카르텔 규제 강화 추세에 발 맞추어 반독점법 준수 및 예방활동을 통한 위반행위의 사전 근절이 최선일 것이다. 그러나 국내 기업들의 국제적인 경제범위의 확장과 그에 따른 국제 사법권의 마찰 사이에서, 법의 투명성과 예측 가능성을 위하여 Passing-on Defense의 허용 여부 및 손해의 전가를 근거로 한 간접구매자의 피해보상청구가 가능한 지에 대한 명확한 판단이 조속히 이루어지길 기대한다. 

