

서울고등법원

제14민사부

판결

사건 2014나57800 손해배상(기)
원고, 항소인 1. A
OO시
2. B
OO시
3. C
OO
4. D
OO시
원고들 소송대리인 법무법인 OO
담당변호사 OOO
피고, 피항소인 ◆◆제약 주식회사의 소송수계인 ◆◆◆◆ 주식회사
OO
소송대리인 법무법인 OO
담당변호사 OOO, OOO
제1심 판결 서울중앙지방법원 2014. 10. 23. 선고 2013가합37925 판결
변론종결 2015. 9. 3.

판 결 선 고

2015. 10. 8.

주 문

1. 원고들의 항소를 모두 기각한다.
2. 항소비용은 원고들이 부담한다.

청구취지 및 항소취지

제1심 판결을 취소한다. 피고는 원고들에게 각 100,000원 및 이에 대하여 2005. 1. 1. 부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

1. 기초사실

가. 당사자들의 지위

1) 원고들은 국민건강보험의 가입자로서, 원고 A, B, D은 아래에서 보는 바와 같이 ◆◆제약 주식회사가 제조·판매한 의약품을 처방받아 구매·복용한 사람들이다.

2) 피고는 ◆◆제약 주식회사로부터 회사분할되어 2013. 3. 4. 설립된 회사로서, ◆◆제약 주식회사가 영위하던 사업 중 전문의약품, 의료기기, 진단, 해외사업부문 등에 관한 일체의 권리의무를 이전받았으며(이하 ◆◆제약 주식회사와 피고를 구분하지 않고 '피고'라 한다), 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 (이하 '공정거래법'이라고 한다) 제2조 제1호 소정의 사업자이다.

나. 피고의 부당고객유인행위

피고는 2003. 1. 1.부터 2006. 9. 30.까지의 기간 동안 자신이 거래하는 OO대학병원에 그****, 슈**** 처방증대를 위해 매월 의국비 100만 원을 지원하고, 가**, 스**캡셀, 오*캡슐, 슈***캡셀, 아***정, 발***, 오** 처방증대를 위해 지속적으로 회식을 지원하였으며, 각 과에 맞게 비정기적으로 의국 회식지원 및 항공권지원 등의 활동을 하는 등 현금, 회식비 등 제공을 통한 약품채택비 또는 처방사례비 지급행위, 비품 또는 물품 지원행위, 골프 접대행위, 케이스 스터디를 통한 지원행위, 기부금 제공을 통한 약품채택비 등 지원행위를 하였다.

다. 피고에 대한 과징금 부과 등

1) 공정거래위원회는, 피고가 2003. 6. 1.부터 2006. 9. 30.까지 사이에 자신이 생산하는 의약품의 처방 증대를 목표로 본사 차원의 판매촉진 계획을 수립한 후 전국적인 범위에서 개인의원들로부터 대형 종합병원에 이르기까지 장기간에 걸쳐 지속적으로 물품지원, 골프접대 등을 통하여 지원한 행위는, 정상적인 거래관행에 비추어 부당하거나 과도한 이익을 제공한 것이고 경쟁사업자(잠재적 경쟁자 포함)의 고객을 자기와 거래하도록 유인할 가능성이 있는 행위에 해당한다고 보고, 공정거래법 제23조 제1항 제3호, 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표 1의2] 4호 가목 소정의 '부당고객유인행위'에 해당한다고 판단한 다음, 4,430,000,000원의 과징금을 부과하였다.

2) 피고는 공정거래위원회의 과징금 부과처분에 대하여 항고소송을 제기하였으나, 서울고등법원은 2008. 11. 5. '공정거래위원회의 사실인정 및 부당성 판단과정과 과징금 산정과정에 어떠한 위법이 있다고 할 수 없으므로, 그에 대한 시정명령 및 과징금 납부명령은 적법하다.'고 판결(서울고등법원 2008누2462호)하였고, 위 판결은 2010. 12.

23. 상고기각(대법원 2008두22815호)되어 확정되었다.

라. 원고들의 피고가 제조·판매한 약품 구입

1) 원고 A

원고 A은 ① 2004. 11. 3.부터 2005. 6. 18.까지의 기간 동안 스**캡셀 60mg 합계 26,103원(본인부담금 5,221원) 상당을 요양급여로, ② 2004. 11. 3.부터 2005. 2. 27.까지의 기간 동안 ◆◆가*** 20mg 합계 170,940원 상당을 비급여로, ③ 2005. 3. 27.부터 2005. 3. 31.까지의 기간 동안 아***정 100mg 4,430원(본인부담금 886원) 상당을 요양급여로, ④ 2005. 7. 21. 발***정 500mg 31,524원(본인부담금 6,305원)을 요양급여로 각 구입하였다.

2) 원고 B

원고 B는 ① 2004. 3. 18.부터 2004. 11. 28.까지의 기간 동안 ◆◆가*** 20mg 합계 404,040원 상당을 비급여로, ② 2004. 4. 30. 아***정 100mg 886원(본인부담금 177원) 상당을 요양급여로, ③ 2004. 9. 2.부터 2004. 9. 9.까지의 기간 동안 ◆◆슈*** 캡셀 100mg 합계 23,200원(본인부담금 4,640원) 상당을 요양급여로, ④ 2004. 10. 18.부터 2004. 10. 31.까지의 기간 동안 오**정 5mg 합계 54,360원 상당을 비급여로 각 구입하였다.

3) 원고 D

원고 D은 ① 2003. 5. 14.부터 2003. 6. 4.까지의 기간 동안 ◆◆가*** 20mg 합계 51,800원 상당을 비급여로, ② 2003. 6. 26.부터 2003. 7. 7.까지의 기간 동안 오**정 5mg 합계 51,240원 상당을 비급여로 각 구입하였다.

【인정 근거】 다툼 없는 사실, 갑 제12, 57, 58, 63, 64, 66, 89 내지 94호증의 각 기

재, 변론 전체의 취지

2. 원고들의 주장

가. 원고들은, 피고가 요양기관에 리베이트를 제공함으로써 공정거래법을 위반하고 요양기관과 공모하여 부당 약제비를 청구하는 공동불법행위를 하였으며, 이로 인하여 다음과 같이 원고들에게 손해를 입게 하였으니 공정거래법 제56조에 의한 손해배상책임 또는 민법상 불법행위로 인한 손해배상책임이 있다고 주장한다.

1) 이 사건 당시 시행되던 실거래가 상환제에 의하면, 요양급여는 고시된 상한금액 내에서 요양기관이 실제 해당 의약품을 구입한 금액을 기준으로 결정된다. 따라서 요양기관이 제약회사로부터 부당한 리베이트를 지급받아 그에 상응하는 경제적 이익을 얻었음에도 불구하고, 고시된 상한금액대로 약제구입비를 신고하고 이를 지급받았다면, 해당 의약품을 구매한 환자들은 본인부담금 중 리베이트 비율만큼의 손해를 입게 된다.

2) 그런데 피고는 앞서 본 바와 같이 요양기관에게 리베이트를 제공하여 부당하게 고객을 유인하는 등 공정거래법을 위반하였고, 요양기관은 이를 통해 리베이트 금액만큼 의약품을 저렴하게 구입하는 실질적 이익을 얻었음에도 불구하고 피고와 공모하여 불법 리베이트 금액을 실거래가 산정시 공제해야 함에도 이를 공제하지 않은 채 고시된 상한금액에 맞춰서 실거래가를 속여 약제구입비를 신고하고 이를 기준으로 원고들로 하여금 관련 비용을 지급케 하였으므로, 결과적으로 원고들은 피고와 요양기관의 위와 같은 공동불법행위로 인하여 리베이트 금액 상당의 손해를 입었다고 보아야 한다.

3) 한편, 피고의 리베이트 제공행위는 피고 제품의 판매증대와 이윤극대화를 위하

여 회사 차원의 조직적인 마케팅을 통해 이루어졌으므로, 설령 원고들에게 의약품을 처방한 의사가 리베이트를 직접 제공받지 않았다고 하더라도 전체적인 관점에서 원고들은 손해를 입었다고 보아야 하고, 원고들의 최소한의 손해금액은 피고가 제공한 리베이트 금액을 전국적 범위로 안분한 금액이라고 보아야 한다.

나. 이어 원고들은 피고의 리베이트 제공행위로 인한 원고들의 손해액에 관하여 다음과 같이 주장한다.

1) 피고가 2003. 6. 1.부터 2006. 9. 30. 사이에 부당하게 제공한 리베이트 액수는 133,657,000,000원이고, 위 기간 동안 리베이트가 제공되었던 피고의 의약품 전체 매출액은 443,003,000,000원이므로, 원고들이 구입한 의약품 구매가격의 30.17%(= 133,657,000,000원 / 443,003,000,000원 × 100%)는 리베이트로 인하여 과다청구 내지 지급된 금액이다.

2) 따라서 원고들은 피고의 리베이트 제공행위로 인하여 원고들이 지급한 의약품 구매비 중 본인부담금의 30.17%에 해당하는 금액만큼의 손해를 입었다고 할 것이므로, 원고들의 피고 의약품 구입으로 인한 손해액(원고들은, 자신들이 부담한 피고 의약품 구매비를 토대로 위 방식에 따라 구체적 손해액을 산정하면, 원고 A의 경우 85,972원, 원고 B의 경우 145,369원, 원고 D의 경우 261,163원, 원고 C의 경우 210,727원이라고 주장한다¹⁾) 중 우선 일부 청구로 각 100,000원씩의 손해배상을 구한다.

3. 판단

가. 손해배상책임 유무 판단의 구조

이 사건에서 원고들 주장에 따른 피고의 손해배상책임이 인정되기 위해서는, 제약

1) 원고들은 2014. 6. 12.자 준비서면을 통하여 원고 A, B, D이 조** 자***정 8mg과 조*** 8mg을 구입한 부분을 피고에 대한 청구금액에 포함시키고 있고, 원고 C이 조*** 8mg을 구입한 것만을 피고에 대한 청구금액으로 하고 있으나, 위 약품들은 피고가 아닌 주식회사 000000000이 제조·판매한 약품이다.

회사인 피고가 요양기관에게 부당한 리베이트를 제공하는 등의 방법으로 요양기관과 공모하여 의약품 가격이 유지되도록 담합하는 등의 불법행위를 하였다는 점, 이로 인하여 원고들이 해당 리베이트 금액만큼 할인된 가격으로 의약품을 구매하지 못하게 됨으로써 그 차액만큼의 손해를 입었다는 점 등이 증명되어야 할 것인바, 이를 판단하기 위한 전제로서 의약품시장의 특성과 의약품 가격결정 구조 및 의약품 리베이트의 특징에 관하여 먼저 살펴본 후, 아래에서 차례로 이에 관하여 살펴본다.

나. 의약품 시장의 특성 및 의약품 가격결정 구조(약가상환제도를 중심으로)

1) 의약품 시장의 특성

(가) 광범위한 산업규제

의약품시장은 다른 일반 경쟁시장과 달리 국민건강을 보호한다는 차원에서 여러 법률에 의해서 광범위한 규제가 이루어지고 있고, 그 결과 경쟁이 작동할 수 있는 여지가 사전에 제한된다. 특히 정부는 진입규제, 조직형태의 규제를 비롯하여 의약품 및 의료서비스의 가격과 품질을 규제하는 방식으로 시장에 결정적인 영향을 미치고 있다.

(나) 제3자 지불제도

우리나라에서 건강보험을 둘러싼 이해관계자는 크게 정부, 병·의원과 제약회사, 그리고 보험가입자(소비자)로 구분되는데, 보험급여의 경우 보험가입자가 요양기관에서 의료서비스(요양급여)를 이용하면 보험가입자가 요양기관에 그 대가를 지급하는 방식이 아닌 보험자인 국민건강보험공단이 병·의원에 그 대가를 지급(다만 예산 등의 문제로 보험가입자도 그 비용 중 일부를 본인부담금이라는 형식으로 부담한다)하는 제3자 지불제도를 취하고 있고, 이로 인해 몇가지 특징적인 모습이 나타나고 있다.

먼저, 소비자 내지 환자의 입장에서는 자신이 선택한 의료서비스의 품질과 양에

따라 비용을 부담하지 않고, 정보의 부재로 의료서비스의 질을 올바르게 비교·평가할 수 없으며, 이는 결국 비용/편익을 신중하게衡量할 유인을 사라지게 한다.

반면, 병·의원은 환자를 최선의 방법으로 치료할 윤리적 의무를 지는 외에 기존의 보험급여시스템이 의료서비스의 품질이나 성과와 충분히 연계되어 있지 않기 때문에 의료서비스의 질적 제고에 적극적으로 나설 유인이 적다. 특히, 아래에서 보는 바와 같이 1999년부터 실거래가 상환제도가 시행된 이후에는 약품을 저가로 구매하여 투약할 유인이 사실상 사라졌다.

또한 제약회사로서는 전문의약품의 대중광고가 금지되어 있는 상황에서 가격이나 품질의 메리트를 중심으로 하는 경쟁의 여지가 거의 없고, 오리지널약과 제너릭, 즉 복제약간에 보험약가의 차이가 크지 않기 때문에 신약개발에 나설 유인이 없으며, 약품가격 인하 시에도 매출증대를 통한 이윤증가보다는 기준약가의 인하조정으로 인한 이윤감소가 나타날 수 있기 때문에 약가경쟁에 나설 이유가 사라졌다.

마지막으로, 정부는 막대한 보험재정을 운영하며 보험급여를 지불하는 지위에 있으나, 실제 수혜를 받는 환자가 아니기 때문에 환자의 권익증진이라는 점에서 비효율이 유발될 수 있다.

(㉔) 의료(내지 의약품) 정보의 불완전성, 비대칭성

현행 약사법상 전문의약품의 경우, TV나 인터넷 포털 등을 이용한 대중광고가 금지되어 있고, 의학 또는 약학에 관한 전문적·학술적 목적의 매체를 이용한 광고만 가능한 실정이므로, 환자가 자신에게 맞는 의약품을 스스로 선택할 수 있는 정보도 부재할 뿐만 아니라, 의약분업의 시행으로 인하여 환자가 처방전을 받기는 하나 처방의 내용을 제대로 이해하거나 처방 그 자체에 영향을 미치는 것은 불가능한 상황이다. 이

는 전문의약품의 경우 정보의 비대칭성이 구조화 내지 제도화되어 있기 때문이고, 이러한 정보의 불완전성 및 비대칭성은 병·의원과 약국, 그리고 환자의 관계에서 경쟁을 곤란하게 만든다.

2) 의약품 가격결정 구조(약가상환제도를 중심으로)

(가) 보험의약품의 기준약가 결정

건강보험이 적용되지 않는 의약품은 최종 판매자인 요양기관들이 자유롭게 가격을 표시하여 판매할 수 있으나, 건강보험이 적용되는 의약품 가격은 정부가 보험으로 상환할 수 있는 상한가격(기준약가)을 결정·고시함으로써 사실상 정부가 가격을 관리하고 있다. 이 사건 당시 건강보험이 적용되는 의약품의 기준약가는 대상 의약품과 투여경로 및 성분이 같은 제품이 건강보험에 등재되어 있는지 여부 등에 따라 달리 결정되었고, 사업자가 상한금액 결정신청을 하고 보건복지부 산하의 약제전문평가위원회에서 이를 평가한 후 결정하여 보건복지부장관이 고시하였다.

(나) 약가상환제도의 변천

① 고시가 상환제

종전(1977. 7. 1. ~ 1999. 11. 14.)에는 요양기관에 지불하는 약품가격을 제약회사가 제출한 의약품의 공장도 출하가격에 일정한 유통이윤을 추가하여 보건복지부장관이 고시하는 가격으로 하는 이른바 고시가 상환제가 적용되었다. 그런데 고시가 상환제도 하에서는 실제로 거래된 가격이 고시가보다 낮더라도 요양기관에 대하여 고시가격으로 상환해 줌으로써 요양기관이 구입가와 고시가격의 차액을 부당하게 이익으로 취하고 이를 건강보험자의 부담으로 전가시킬 뿐만 아니라 과잉투약의 위험성, 제약회사 신제품개발 등 연구개발 의욕의 저하, 의약품 덤핑 거래 등의 문제가 발생하였다.

② 실거래가 상환제

위와 같은 문제를 해결하기 위해서 실거래가가 고시가보다 낮은 경우에는 실거래가로 보상하여 그 차액만큼 보험재정을 절감할 뿐만 아니라, 실거래가를 바탕으로 적기에 상한금액을 조정함으로써 불법적·음성적인 의약품 거래를 투명화, 합리화할 목적으로 실거래가 상환제가 1999. 11. 15. 도입되어 2010. 9. 30.까지 시행되었다.

이는 요양기관이 정부가 정해놓은 상한금액 내에서 제약업체 또는 도매업체로부터 치료재료를 구입한 후 실제 거래한 가격을 건강보험공단에서 환급받는 제도로서, 이에 따라 요양기관은 의료보험약가기준액표에 의한 기준약가 범위 내에서 전분기에 구입한 의약품 실구입가격의 가중평균가격으로 약제비를 청구하고, 자신이 구입한 의약품의 실구입가격, 구입량, 가중평균가격 등 구입내역을 매분기별로 건강보험심사평가원에게 신고·제출하도록 되었으며, 건강보험심사평가원은 매분기 요양기관으로부터 제출·신고된 약제의 실제 구입가격과 공급업소의 의약품 유통거래내역을 현지 확인·조사한 후 실거래가격과 상한금액과의 차이에 대해 가중평균가격을 산출하여 상한금액을 인하하는 방식으로 기준약가를 조정하였다.

하지만 실거래가 상환제로 인하여 요양기관이 공급자로부터 낮은 가격에 의약품을 구입하더라도 그로 인한 이익이 요양기관에 귀속되는 것은 아니기 때문에, 요양기관이 약품가격을 낮추려는 노력을 할 만한 동기나 유인이 없어졌다. 이러한 실거래가 상환제 하에서 제약업체는 신규거래의 유치 및 거래관계의 유지와 확대를 위하여 약품대금 중 일정 부분을 이른바 리베이트라는 명목으로 요양기관에 지급하였고, 결국 실거래가 상환제 시행 후에도 약품대금 지급건수의 99% 이상이 고시된 상한금액으로 지급되어 사실상 그 상한금액이 종전 고시가 상환제에서의 고시가처럼 운영되었다.

③ 시장형 실거래가 상환제

결국 정부는 요양기관이 의약품을 구매하고 이를 다시 판매하는 과정에서 이윤취득을 인정하지 않고 있던 종래의 '실거래가 상환제'가 리베이트에 의한 거래관행을 낳고 있다고 판단하고 '시장형 실거래가 상환제'를 2010. 10. 1.부터 시행하였다. 시장형 실거래가 상환제에서는 요양기관이 의약품을 저렴하게 구입하면 상한금액과 구입금액의 차액의 70%를 수익으로 제공하여, 의료기관에게 의약품을 저렴하게 구입할 동기를 제공한다.

다. 의약품 리베이트 관련 법령 및 그 특성

1) 의약품 리베이트 관련 법령

[독점규제 및 공정거래에 관한 법률]

제19조(부당한 공동행위의 금지)

① 사업자는 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 합의(이하 "부당한 공동행위"라 한다)하거나 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니 된다.

1. 가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위

제23조 (불공정거래행위의 금지)

① 사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(이하 "불공정거래행위"라 한다)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니 된다.

3. 부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하거나 강제하는 행위

② 불공정거래행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다.

제56조(손해배상책임)

① 사업자 또는 사업자단체는 이 법의 규정을 위반함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 당해 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다. 다만, 사업자 또는 사업자단체가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.

[독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령(2007. 11. 2. 대통령령 제20360호로 개정되기 전의 것)]

제36조 (불공정거래행위의 지정)

- ① 법 제23조(불공정거래행위의 금지) 제2항의 규정에 의한 불공정거래행위의 유형 또는 기준은 별표1과 같다.
- ② 공정거래위원회는 필요하다고 인정하는 경우에는 제1항의 규정에 의한 불공정거래행위의 유형 또는 기준을 특정분야 또는 특정행위에 적용하기 위하여 세부기준을 정하여 고시할 수 있다. 이 경우 공정거래위원회는 미리 관계행정기관의 장의 의견을 들어야 한다.

[별표 1] 불공정거래행위의 유형 및 기준(제36조 제1항 관련)

4. 부당한 고객유인

법 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항 제3호 전단에서 "부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위"라 함은 다음 각목의 1에 해당하는 행위를 말한다. 가. 부당한 이익에 의한 고객유인

정상적인 거래관행에 비추어 부당하거나 과대한 이익을 제공 또는 제공할 제의를 하여 경쟁사업자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위

[약사법 시행규칙(2008. 1. 15. 보건복지부령 제434호로 전부 개정되기 전의 것)]

제57조 (의약품 등의 유통체계확립 및 판매질서유지를 위한 준수사항)

- ① 법 제38조의 규정에 의하여 약국개설자·의약품 제조업자·수입자 및 의약품 판매업자 기타 법의 규정에 의하여 의약품을 판매할 수 있는 자는 의약품의 유통체계를 확립하기 위하여 다음 각호의 사항을 준수하여야 한다.
- 6. 의약품 도매상 또는 약국 등의 개설자는 현상품·사은품 등 경품류를 제공하거나 소비자·환자 등을 유치하기 위하여 호객행위를 하는 등의 부당한 방법이나 실제로 구입한 가격(사후 할인이나 의약품의 일부를 무상으로 제공받는 등의 방법을 통하여 구입한 경우에는 이를 반영하여 환산한 가격을 말한다) 미만으로 의약품을 판매하여 의약품 시장질서를 어지럽히거나 소비자를 유인하지 아니할 것

2) 의약품 리베이트의 특성

일반적으로 리베이트라 함은 판매자가 매출액의 일부를 구매자에게 되돌려 주는 것을 의미하나, 진료를 받는 환자가 의약품 선택할 수 없고, 진료와 관련된 대부분의 선택은 의사가 하기 마련인 의료서비스의 특성상 의약품 리베이트라는 용어는 '의약품 채택·처방유도 등 판매촉진을 목적으로 의약품 제조(수입)업자가 직접 또는 도매업소를 통해 요양기관이나 의료인·약사·한약사에게 금전, 물품, 향응 등 경제적 이익을 제공하는 행위' 등의 의미로 사용된다.

통상 리베이트가 정상적인 거래관행에 비추어 부당하거나 과대하여 당해 상품의 가격이나 품질에 따라 구매결정이 내려지지 않는 경우 공정하고 자유로운 경쟁을 침해하게 되는데, 국내 의약품 시장 역시 약가규제로 인하여 판매경쟁이 의약품의 품질과 가격을 중심으로 이루어지지 못하고 있기에 의약품 리베이트 역시 공정하고 자유로운 경쟁을 침해하는 문제를 야기한다.

그러나 의약품시장에서 경제적 경쟁은 거의 제약업체의 거래처 확보단계, 즉 도매단계에서 이루어지고, 특히 실거래가 상환제 하에서 수요자인 요양기관으로서는 약품을 저렴하게 구입할 유인이 전혀 없기 때문에 결국 의약품 리베이트의 근본원인 중 하나가 의약품 가격규제임은 부인하기 어렵다 할 것이다.

라. 원고들의 청구에 관한 판단

1) 의약품 가격인상과 관련된 불법행위의 증명 유무

가) 원고들은, 피고가 요양기관과 공모하여 요양기관에 제공한 리베이트 가액 상당만큼 의약품 가격을 올려 최종 소비자인 원고들에게 재판매하기로 담합하였다는 취지로 주장한다.

공정거래법 제19조 제1항 제1호, 제56조 제1항 본문 규정은, 사업자들이 계약·협

정·결의 기타 방법으로 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 가격 결정·변경의 합의를 하여 그 합의의 실행에 의하여 피해를 입은 자가 있는 경우에는 당해 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 지도록 규정하고 있다. 위 규정에 의한 손해배상책임은 공급자들이 가격담합을 통하여 수요와 공급의 원칙에 의하여 결정되어야 할 가격결정 과정을 왜곡하고 상호간의 가격경쟁을 제한하는 부당한 공동행위를 한 경우에는 이로 인하여 수요자는 합리적인 가격에 상품을 구매할 수 있는 권리를 침해당한 것이므로 이를 배상하도록 한 것으로서, 사업자가 고의·과실이 없음을 입증하지 아니하는 한 사업자가 책임을 부담하고(공정거래법 제56조 제1항 단서), 특별한 사정이 없는 한 위와 같이 부당하게 경쟁을 제한하는 합의를 함으로써 위법성이 인정된다.

나) 살피건대, 피고가 요양기관에 대한 리베이트 제공과 관련하여 공정거래법 제23조 제1항 제3호를 위반한 '부당한 고객유인행위(독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령(2007. 11. 2. 대통령령 제20360호로 개정되기 전의 것) 제36조 제1항 [별표 1] 제4항 가목의 '정상적인 거래관행에 비추어 부당하거나 과대한 이익을 제공 또는 제공할 제의를 하여 경쟁사업자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위)'를 하였다는 이유로 공정거래위원회로부터 과징금부과 등 행정처분을 받고 이에 대한 항고소송에서 패소판결을 선고받고 그 판결이 확정된 사실은 앞서 인정한 바와 같다.

그러나, 앞서 본 사실들과 변론의 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음과 같은 여러 사정을 종합하면, 피고가 의약품 리베이트 제공행위와 관련하여 공정거래위원회로부터 과징금부과 등 행정처분을 받고 이에 대한 항고소송에서 패소판결을 선고받고 그 판결이 확정되었다는 점 및 원고들이 제출한 증거들만으로는, 피고가 요양기관과 공모하여 요양기관에 제공한 리베이트 가액 상당만큼 의약품 가격을 올려 최종 소비자

인 원고들에게 재판매하기로 답합하였다는 점을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

① 이 사건에서 공정거래위원회는 피고가 요양기관에 리베이트를 제공한 행위에 대하여 공정거래법 제23조 제1항 제3호를 위반하여 부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하는 행위에 해당한다고 판단하였을 뿐, 그 행위가 의약품 가격에 대하여 가격인하를 저해 또는 가격인상을 초래하는 등 가격결정 과정을 왜곡하고 상호간의 가격경쟁을 제한하는 부당한 공동행위라고 판단한 것이 아니다.

또한 공정거래법 제23조 제1항 제3호, 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표1의 2] 제4호 가목에서 부당고객유인행위를 금지하는 취지는, 부당한 이익 제공으로 인하여 가격, 품질, 서비스 비교를 통한 소비자의 합리적인 상품 선택을 침해하는 것을 방지하는 한편, 해당업계 사업자 간의 가격 등에 관한 경쟁을 통하여 공정한 경쟁 질서를 유지하기 위한 데에 있는 것으로(대법원 2014. 3. 27. 선고 2013다212066 판결 참조), 피고가 이를 위반한 행위로 인하여 경쟁사업자인 다른 제약회사가 손해를 입었음을 주장하며 피고를 상대로 손해배상책임을 물을 수 있을지언정, 피고가 제조한 의약품을 구입한 소비자들인 원고들이 피고의 위와 같은 위반행위를 이유로 곧바로 손해배상을 구할 수 있다고 보기 어렵다.

② 이 사건 당시 시행되던 실거래가 상환제 아래에서 의약품 고시 상한가는 사실상 '고정가격'으로 기능하였고, 이러한 상황에서 요양기관은 그 고시가를 건강보험공단에 청구하여 이를 모두 지급받을 수 있었다. 실제 99% 이상의 의료기관이 그와 같은 청구를 하여 보험약가를 지급받았으므로, 요양기관은 굳이 피고와 공모하여 의약품 가격을 고시 상한가로 유지하기로 답합할 동기나 필요가 없었다.

③ 설령 피고가 요양기관과의 거래 유지와 확대 등을 위해 리베이트를 제공하는 등의 행위를 하였다고 하더라도, 그것이 곧 피고가 요양기관과 공모하여 의약품의 가격을 리베이트 제공액수만큼 부당하게 인상하거나 보험약가 상한가가 계속 유지되도록 담합하는 등 의약품 가격형성 과정을 왜곡함으로써 가격경쟁을 제한하는 불법행위를 한 경우에 해당한다고 단정하기는 어렵다.

2) 원고들이 주장하는 손해의 발생이 증명되었는지 여부

가) 원칙적으로 불법행위로 인한 재산상의 손해는 위법한 가해행위로 인하여 발생한 재산상의 불이익, 즉 불법행위가 없었더라면 존재하였을 재산상태와 불법행위가 가해진 이후의 재산상태와의 차이를 말하는 것이고(대법원 2000. 11. 10. 선고 98다39633 판결, 대법원 2006. 1. 26. 선고 2002다12659 판결 등 참조), 이러한 손해의 액수에 대한 증명책임은 손해배상을 청구하는 피해자인 원고에게 있으므로(대법원 1994. 3. 11. 선고 93다57100 판결, 대법원 2011. 7. 28. 선고 2010다18850 판결 등 참조), 원고는 불법행위가 없었더라면 존재하였을 재산상태와 불법행위가 가해진 이후의 재산상태가 무엇인지에 관하여 이를 증명할 책임을 진다.

나) 원고들은, 피고가 요양기관에 매출한 의약품 총액에서 요양기관에 제공한 리베이트 총액이 차지하는 비율(30.17%)만큼 의약품의 가격이 부당하게 과대청구된 것이므로, 원고들이 본인부담금으로 지출한 이 사건 의약품의 가격 중 위 비율만큼 과대청구된 것으로 보아야 하고, 이를 원고들의 손해액으로 보아야 한다고 주장한다.

살피건대, 원고들의 앞서 본 불법행위에 관한 주장들을 받아들인다 하더라도, 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 원고들이 제출한 증거들만으로는 원고들이 주장하는 개별 의약품의 가격상승 또는 왜곡으로 인한 손해에 대한 증명이 있다고 보기 부족하고,

달리 이를 인정할 증거가 없다.

① 제약회사의 요양기관에 대한 리베이트 제공이 의약품 가격 형성에 영향을 미친다 하더라도, 리베이트 제공 목적이 특정 납품업체의 제품을 채택하고 지속적으로 사용하는 데 대한 유인 내지는 사례의 성격을 지니는 이상, 제약회사가 리베이트를 제공하지 않을 경우 다른 형태의 판촉·홍보 비용 증가 등이 발생하지 않을 것으로 단정할 수 없으므로, 원고들의 주장과 같이 피고의 리베이트 제공액 전부가 의약품 가격에 영향을 미친다거나 요양기관이 국민건강보험법을 위반하여 부당하게 약제비를 과다 청구한 것이라고 단정할 수 없다.

② 또한, 개별 의약품마다 리베이트 제공액수 및 그로 인한 가격변동에 있어서 차이가 발생한다고 봄이 상당하므로 피고의 리베이트 제공행위로 인한 원고들의 손해액 증명과 관련해서는 원고들 주장과 같이 모든 의약품을 일반화시켜 손해액을 산정할 수는 없고, 결국 원고들이 구매한 개별 의약품별로 리베이트 제공으로 인하여 의약품 가격이 어느 정도 인상되었는지가 밝혀져야 한다.

그런데 이 사건에서 원고들은 이러한 점에 관한 아무런 주장·증명 없이 막연히 피고의 리베이트 제공행위가 조직적으로 이루어졌으므로, 설령 원고들에게 의약품을 처방한 의사가 리베이트를 제공받지 않았다고 하더라도 전체적인 관점에서 원고들은 손해를 입었고 그 손해액 역시 리베이트 제공 대상 의약품 전부에 관하여 산술평균하는 방식으로 계산하여 주장하고 있을 뿐이다. 따라서 원고들의 위와 같은 주장과 제출된 증거들만으로는 피고의 리베이트 제공으로 인하여 원고들이 구매한 의약품의 가격이 어느 정도 상승 또는 왜곡된 것인지가 증명되었다고 보기 어렵다.

다) 원고들은 또한, 제약회사가 리베이트를 제공한 경우 「약제 및 치료재료의 구입

금액에 대한 산정기준」(보건복지부 고시 제2003-48호, 2003. 9. 1. 개정된 것)에 의하여 보건복지부는 해당 약제의 고시금액 상한가를 인하할 수 있으므로 피고는 해당 리베이트 금액만큼 인하된 가격분에 대한 손해를 배상할 책임이 있다고 주장한다.

그러나, 피고의 리베이트 제공행위로 인하여 피고의 의약품 고시 상한가가 위 고시에 따라 실제로 직권 인하되었다거나 피고의 행위가 위 고시의 적용을 받는 행위에 해당된다는 점 등에 관한 구체적 주장·증명이 없는 이상, 보건복지부 고시기준에 의해 상한가 인하조치가 가능하다는 점만을 근거로 리베이트 제공 금액이 곧 원고들이 입은 손해라거나 요양기관이 그 리베이트 금액 해당분만큼 인하된 가격으로 의약품을 구매하여 최종 소비자들에 그 인하된 가격으로 의약품을 재판매하였을 것이라고 보기는 어렵다.

라) 원고들은, 원고들의 주장과 증명만으로 원고들의 손해가 얼마인지 명백하게 증명된 것으로 볼 수 없다고 하더라도 공정거래법 제57조²⁾의 규정에 따라 원고들의 이 사건 청구가 받아들여져야 한다는 취지로 주장한다.

살피건대, 원고들 주장과 같이 이 사건 손해배상청구와 관련하여 위 규정이 적용되려면 그 전제로서 피고의 공정거래법 위반행위로 인하여 원고들에게 손해가 발생하였다는 점 자체가 우선 증명되어야 할 것인바, 피고가 의약품 리베이트를 제공한 행위가 부당고객유인행위로서 공정거래법을 위반한 행위에 해당함은 앞서 본 바와 같으나, 이로 인하여 요양기관이 실거래가 산정시 리베이트 상당액만큼을 부당하게 과다청구하였다거나 원고들이 구매한 의약품의 가격이 상승하였다는 점이 증명되지 않은 이상,

2) 공정거래법 제57조

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.

손해액 증명에 관하여 원고들이 주장하는 위 규정을 적용할 여지가 없다 할 것이므로, 원고들의 위 주장도 이유 없다.

3) 피고의 리베이트 제공행위와 원고들이 피해를 입었다고 주장하는 손해 사이에 상당인과관계가 있는지 여부

가) 불법행위로 인한 손해배상책임을 지우려면 그 위법한 행위와 이로 인하여 발생한 손해 사이에 상당인과관계가 있어야 하고, 그 상당인과관계의 유무는 결과발생의 개연성, 위법행위의 태양 및 피침해이익의 성질 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2007. 5. 11. 선고 2004다11162 판결, 대법원 2012. 4. 26. 선고 2010다102755 판결 등 참조).

나) 그런데 앞서 본 사정들과 함께 아래와 같은 사정들을 종합하여 보면, 설령 원고들이 주장하는 바와 같이 최종 소비자인 원고들이 요양기관으로부터 리베이트 금액 중 상당액이 포함된 가격으로 의약품을 구입함으로써 의약품을 보다 고가에 매입하게 되었다고 하더라도, 그 손해와 피고가 요양기관에 리베이트를 제공한 행위 사이에는 상당인과관계가 있음이 증명되었다고 보기는 어렵다.

① 실거래가 상환제 시행 이후 전국의 병·의원이 거의 모든 약품가를 보건복지부 장관이 고시한 상한가를 기준으로 하여 환자의 본인부담금 및 요양급여비용을 청구하여 지급받았고, 제약회사나 약품도매상들도 의약품의 납품가격에 대해서는 개별적으로 따로 협상할 필요 없이 이미 고시가로 결정되어 있다는 것을 전제로 하여 각 병·의원에 대한 영업활동을 하였다. 그리하여 실거래가 상환제 시행 이후 약품대금 지급 건수의 99% 이상이 고시된 상한금액으로 지급되어 사실상 그 상한금액이 종전 고시가격 상환제에서의 고시가격처럼 운영되었는바, 이는 실거래가 상환제 아래에서 보건복지부

장관이 고시한 상한가가 의약품 시장에서 사실상 '고정 상한가'로 기능하였음을 나타낸다.

② 피고가 요양기관에 제공한 리베이트의 실질은, 실거래가 상환제 아래에서 요양기관이 의약품을 저가에 구매할 동기나 유인이 사라짐에 따라 요양기관을 상대로 가격경쟁을 할 필요가 사라지고 대신 자신들과 거래하도록 유인하는 데 지출한 판촉·홍보비였다. 즉 피고는 요양기관에 리베이트를 제공함에 있어서 의약품 납품대금을 직접 할인하는 형태로 제공한 것이 아니라, 현금, 회식비, 학회경비 제공, 골프접대, 비품 및 물품지원 등의 형태로 약품채택비 또는 처방사례비 등을 지급한 것이므로, 이는 요양기관에 대하여 의약품 가격을 할인해 준다는 성격보다는 특정 납품업체의 제품을 채택하고 지속적으로 사용하는 데 대한 유인 내지는 사례의 성격을 지닌다.

③ 피고가 위와 같이 리베이트 제공 과정에서 증가하게 된 판촉·홍보비의 상당부분을 의약품 가격에 반영하였다 하더라도, 그것이 가격규제 관련 법령에 위반된다고 볼 만한 주장·증명이 없고, 시장경제 체제에서 상품의 가격책정은 원칙적으로 공급자의 권한에 속하는 사항인 점을 아울러 고려하면, 피고의 이러한 가격책정 행위를 가리켜 위법하다고 단정할 수 없다.

④ 앞서 살펴본 바와 같은 의약품 시장의 구조적 특성(광범위한 산업규제, 제3자 지불제도, 정보의 불완전성 내지 비대칭성) 및 실거래가 상환제로 인하여 고시 상한가가 사실상 고정가격으로 기능하였던 점에 비추어 볼 때, 피고의 이 사건 리베이트 제공이 없었더라면 요양기관이 피고로부터 제공받은 리베이트 가액 중 상당액만큼 의약품을 저가에 구입하거나 저가에 최종 소비자에게 재판매할 동기 내지 경제적 유인이 있다고 보기도 어렵다. 원고들은 제약회사가 요양기관에게 리베이트를 제공한 사실이

발각될 경우 해당 의약품의 약가는 직권으로 인하되는데(리베이트-약가인하 연동제), 이에 비추어 보더라도 피고가 요양기관에게 리베이트를 제공한 이상 그 의약품의 실거래가는 리베이트 상당액만큼 부풀려진 것으로 볼 수밖에 없다는 취지로 주장하나, 리베이트-약가인하 연동제는 2009. 1. 13. 국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙이 일부 개정되면서 최초로 도입·시행된 제도로 이 사건 리베이트 제공 당시에는 존재하지 않았을 뿐만 아니라, 리베이트-약가 인하 연동제는 리베이트 지급에 대한 제재로서 장래에 향하여 건강보험이 적용되는 약가를 인하하는 강제적인 행정조치를 취하는 것이므로, 이 사건 당시 존재하지 아니하였던 가격규제 제도인 리베이트-약가인하 연동제를 근거로 요양기관이 제약회사로부터 리베이트 가액 중 상당액만큼 저가에 의약품을 구매하거나 최종 소비자들에 저가에 그 의약품을 재판매하였을 것이라고 보는 것은 타당하지 않다.

⑤ 의약품 리베이트 수수 관행은 위와 같이 의약품의 유통체계와 불합리한 의료보험 약가제도 등 구조적인 요인에서 발생한 것으로, 이들이 서로 복합적으로 작용하여 고시 상한가에 따른 의약품 가격 형성, 보험재정의 부실, 사회적 비용의 증대 등 여러 불합리한 문제가 발생한 점은 부정할 수 없다. 그러나 이 사건에서 원고들이 피고에 대하여 구하는 민사상 손해배상책임은, 요양기관으로부터 의약품을 최종적으로 구입한 소비자 개개인이 제약회사들의 요양기관에 대한 리베이트 제공으로 말미암아 법률상 손해를 입었다고 평가할 수 있는지, 그에 대한 증거가 있는지 여부로 판단되어야 하는 것이므로, 이와는 다른 문제로 보아야 한다. 제약회사의 의약품 리베이트 제공행위로 인한 여러 문제점은 결국 의약품의 유통구조를 합리적으로 개선하고 의약품 가격이 수요와 공급의 원리 및 가격경쟁에 따라 정해질 수 있도록 의료보험약가 제도를 보

완하며, 아울러 리베이트 제공행위에 대한 제재를 강화하고 적발시 엄정한 환수조치 등을 취하며 그 환수액의 규모를 고시되는 의약품 상한가 산정에 적절히 반영하는 등의 조치를 취하는 등으로 해결함이 바람직할 것이다.

마. 소결론

따라서 이 사건에서 원고들이 제출한 증거들만으로는, 피고가 요양기관과 공모하여 원고들이 구입한 의약품의 가격을 리베이트 제공 액수에 상응하는 만큼 상승시켜 최종 소비자인 원고들에게 재판매하기로 담합함으로써 원고들이 이로 인한 손해를 입었다거나, 나아가 피고의 요양기관에 대한 리베이트 제공행위와 원고들이 피해를 입었다고 주장하는 손해 사이에 상당인과관계가 있다는 점이 증명되었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

4. 결론

그렇다면, 원고들의 이 사건 청구는 모두 이유 없으므로 이를 기각할 것인바, 이와 결론을 같이한 제1심 판결은 정당하므로 원고들의 항소는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 정종관

 판사 김유진

 판사 박해빈