

# 독점규제법에서의 손해배상(I)\*

양 창 수 / 서울대학교 법과대학 교수

## I. 서론

1. 흔히 새로 등장하는 법 분야는 그 분야의 「고유성」 또는 「특유성」을 강조하는 경향이 있다. 이는 법의 세계에서 시민권을 얻기 위한 자기주장이라는 점에서 이해될 수 있는 바이기도 하다. 특히 우리나라에서처럼 영역주의적 사고가 지배하고 있는 곳에서는 일단 일정한 법분야가 그 「원리」 등의 차별성을 열심히 주장하여 독립적인 영역으로 인정받고, 나아가 교수채용분야, 국가시험과목 등을 통하여 이를 고정시키는 「객관화」의 과정을 거치는 경향이 있는 것이다.

그러나 공정거래법을 포함하여 경제법의 분야처럼 이제 누구도 그 시민권을 부인하지 않는 법분야에서는 이제 스스로의 발전을 위해서라도 다시 「원칙적 법분야」를 돌아보면서 자신들의 세계를 다시 음미하여 볼 필요가 있다는 느낌을 받는다.

2. 종전에 필자는 「민법에서 본 지적재산권법」을 논의하면서 말한 것을<sup>1)</sup> 거기서의 「지적재산권법」을 공정거래법으로 바꾸어서 인용해 본다면 다음과 같다.

“다른 한편 민법의 입장에서 공정거래법이 제기하는 문제들과 그에 대한 공정거래법학의 응답을 제대로 이해하고 이를 자신의 발전을 위한 자료로 삼을 필요가 있을 것이다. 민법이 「시민사회의 일반법」으로서 그 정당성과 유용성을 오늘날에도 확인받을 수 있으려면, 그 시야를 민법전, 즉 과거의 시점에 만들어진 법률에서 다루어진 소재에만 국한하여서는 아니되며, 새로이 등장하는 문제와의 대면을 통하여 자신의 전래의 이론과 설명방식을 끊임없이 오늘날에도 통용될 수 있는 것으로 개선하여야 한다. 「일반」은 훨씬 유동성이 높고 다양한 「특수」에 의하여 항상 새로운 활기와 생명력을 획득하여야만 유지될 수 있으며, 「상태」는 항상 「과정」의 관점에서 음미되어야 하는 것이다. 이러한 관점에서 보면 공정거래법은 민법에게는 매우 의미 있는 과제 또는 도전이 될 수 있다.”

여기서 공정거래법이란 넓은 의미의 경제법이라고 시야를 넓혀 보아도 다를 바 없을 것이다.

## II. 불법행위법의 체계에서의 공정경쟁위반행위

1. 최근에 불법행위법의 분야에서는 「市場歪曲行爲」라고 부를 수 있는 새로운 유형이 주목되고 있다.

1-1. 불법행위법은 주로 생명·소유권과 같은 구체적 법익이 침해된 경우를 출발점으로 하여 형성되었다.

\* 본고는 본지의 지면 사정에 의해 저자와의 협의를 거쳐 제37호부터 제38호까지 2회에 걸쳐 실게 되었습니다.

1) 양창수, 민법의 관점에서 본 지적소유권법, 정상조 편, 지적재산권법강의(1997), 47면 이하.

우리 법체계에서 불법행위법은 민법 제750조(“고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자...”)를 기본규정으로 하는데, 이 규정은 역사적으로는 결국 로마법의 아퀼리우스법(Lex Aquilia)에 소급된다는 것이 일반적으로 승인되고 있는 견해이다. 이 법은 다음과 같이 정하고 있다. 즉 “어떤 사람이 타인의 奴僕이나 女婢 또는 四足の 群畜을 부당하게 殺害한 경우” 또는 “어떤 사람이 타인에게 부당하게 燒却·破損·破壞함으로써 손해를 가한 경우”에는 그 손해를 배상하여야 한다는 것이다.

법적 사고는 의외로 서서히 전진하는 것이다. 아퀼리우스법이 제정된 후 2천2백년이 지난 오늘날에도 우리 불법행위법은 사람이 사망하거나 신체가 침해된 경우와 물건의 소유권이 멸실 등으로 상실되거나 손괴된 경우를 그 理解의 원형으로 하고 있다. 이는 불법행위의 요건으로서의 민법 제750조의 요건으로서의 「가해행위의 違法性」에 관한 교과서의 설명을 읽으면 바로 알 수 있다.

그러나 그렇다고 해서 오늘날의 불법행위법이 로마시대와 같은 내용을 가지고 있다고 생각하여서는 안 된다. 그것은 시대의 추이에 좇아 매우 유연한 운용과 설명체계를 획득하고 발전시켜, 아직도 그 생명력은 생생하다.<sup>2)</sup>

1-2. 그런데 이와 같이 權利侵害(그로 인하여 손해가 발생하게 된다)가 전면에 나서고 그것을 일으키는 行爲의 態樣은 오히려 크게 주목되지 아니하는 경우(바꾸어 말하면, 그러한 권리침해를 일으키기 때문에 그 행위는 위법한 것으로 평가되는 경우)와는 대조적으로, 行爲 자체의 反社會性이 일단 전면에 나서고 그 결과로 —구체적 권리의 침해라기보다는— 단순한 財産損害(독일 민법학에서 *reiner Vermögensschaden*이라고 부르는 손해)에 그치는 경우도 불법행위법의 규율대상을 이루고 있다.<sup>3)</sup> 後者の 중요한 예 중의 하나가 여기서 「시장왜곡행위」라고 불리우는 유형이다.

## 2 「시장왜곡행위」에 의한 불법행위는 우리 법체계에서 대체로 다음과 같은 법규정에 나타나 있다.

2-1. 우선 證券去來法 제188조의2 내지 제188조의5가 그것이다.

이에 의하면, 상장회사의 임원·직원 또는 주요주주 등은 회사의 업무와 관련하여 알게 된 미공개정보를 이용하여 회사의 주식 기타 유가증권의 매매를 하여서는 아니되고(미공개정보이용행위의 금지, 즉 내부자거래의 금지), 누구도 상장주식 등에 관하여 거래가 성황을 이루는 듯이 오해하도록 하거나 기타 판단을 흐리게 할 목적으로 또는 매매거래를 유인할 목적으로 일정한 행위를 하여서는 아니된다(시세조정 등 불공정거래의 금지).

同法은, 이러한 행위를 한 사람이 있는 경우에는 “당해 유가증권의 매매 기타 거래를 한 자가 그 매매 기타 거래와 관련하여 입은 손해를 배상할 책임을 진다”고 정하는 명문의 규정을 두고 있다(동법 제188조의3 제1항, 제188조의5제1항).

2-2. 나아가 「獨占規制및公正去來에 관한法律」(이하 「독점규제법」이라고 부른다) 제56조는 그 제1항에서 “사업자 또는 사업자단체는 이 법의 규정을 위반함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 당해 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다”고 규정하고 있고, 나아가 동조제2항은 그 경우에 사업자 등은 “고의 또는

2) 이에 대하여는 우선 梁彰洙, “不法行爲法の 變遷과 可能性”, 民法研究 제3권(1995), 307면 이하 참조.

3) 현명하게도 통설은 민법 제750조에서 정하는 불법행위 요건으로서의 「행위의 위법성」은 “피침해이익의 종류와 침해행위의 태양(態樣)과의 상관관계”에 의하여 판단된다고 함으로써 두 측면을 모두 포괄하고 있다.

과실이 없음을 들어 그 책임을 면할 수 없다”고 정하고 있다.

주지하는 대로 독점규제법은 시장지배적 지위를 남용하는 행위, 부당한 공동행위, 불공정거래행위를 금지·제한하고 나아가 일정한 형태의 기업결합·경제력 집중을 억제하고 있다. 위 규정상의 손해배상책임이 불법행위책임의 성질을 가진다는 점에는 이론이 없다.

한편 위 규정과 민법 제750조의 관계에 대하여는 특히 1996년 12월 30일의 법률 개정으로 동법 제57조제 1항 단서를 신설함으로써, 민법 제750조에 의한 일반적 불법행위책임을 물을 수 있다고 하는 종전의 통설이 입법적 근거를 얻게 되었다.

**2-3.** 또한 「物價安定에 관한法律」 제7조는, “사업자는 폭리를 목적으로 물품을 매석하거나 판매를 기피하는 행위로서 경제기획원장관이 물가의 안정을 저해할 우려가 있다고 인정하여 매점매석행위(買占賣惜行爲)로 지정한 행위를 하여서는 아니된다”고 정하고 있다.

이 법률에는 위의 (1)·(2)에서와는 달리 그 규정에 반하는 행위를 한 사람에 대하여 손해배상책임을 과하는 규정을 명문으로 두고 있지 않다. 그러나 민법 제750조를 통하여 앞의 두 경우와 별로 다르지 않은 결과에 도달할 것이라고 생각된다.

**2-4.** 한편 不正競爭防止法을 보면 그 제5조에서 “故意 또는 過失에 의한 不正競爭行爲로 他人의 營業上 利益을 侵害하여 損害를 가한 자는 그 損害를 賠償할 責任을 진다”고 규정하고 있다.

이는 비록 「타인의 영업상 이익」을 보호범의 범위로 내세우고 있으나, 「영업상 이익」이란 매우 「내용이 희박한 이익」으로서 그 침해는 실제로는 한편으로 그 앞의 「不正競爭行爲」 자체에 몰입되거나 다른 한편으로 그 다음에 나오는 「손해」, 특히 「영업자의 순수한 재산손해」와 크게 다를 바 없다고 생각된다.<sup>4)</sup> 그러한 의미에서 위 규정은 오히려 부정경쟁행위라는 「行爲의 違法性」을 전면에 내세운 불법행위규정이라고 할 수 있다. 그러나 동시에 위 규정은 영업을 영위하는 사람을 손해배상청구권의 주체로 제한한다는 점에서, 이 경우에는 뒤의 Ⅲ. 3에서 언급하는 손해의 분산은 문제되지 않는다. 그러한 의미에서 위 규정은 양자의 경계선상에 있다고 할 수 있다.

**2-5.** 이와 같은 법률의 규정을 중요한 근거의 하나로 하여, **민법 제750조의 체계 안에서 새로운 불법행위유형으로 「시장왜곡행위」의 유형을 구성할 수 있으리라고** 생각된다.

민법 제750조는 하나의 일반조항(Generalklausel)으로서, 이해당사자에게 법 적용의 결과에 대한 예견가능성을 확보하여 줌으로써 그들의 법생활의 안정을 도모하기 위하여, 그 내용의 명료화에 대한 요구가 특히 강조되어야 한다. 이러한 명료화는 특히 유형화를 통한 구체화(Kontretisierung durch Typisierung)를 통하여 달성될 수 있다.

### III. 공정경쟁위반행위의 불법행위법적 특성

#### 1. 이들 「시장왜곡행위」의 유형은 불법행위법상으로 다음과 같은 특징을 지닌다.<sup>5)</sup>

이러한 특징은 「시장왜곡행위」의 불법행위가 통상적으로, 「금지된 행위」 → 시장의 왜곡 → 가격의 부당

4) 이에 대하여는 독일민법 제823조 제1항에서 정하는 「其他의 權利(sonstiges Recht)」와 관련하여 행하여지는 「(설비되고 실시된) 營業에 대한 權利(Recht am (engerichteten und ausgeübten) Gewerbebetrieb)에 대한 論議가 참고가 된다.

형성 → 부당가격에 의한 거래 → 시장참여자(상대방, 고객, 소비자 등)의 손해』라는 형태로 나타나는 것과 관련된다.

## 2. 무엇보다도 현저한 특징은, 시장의 유동성으로 말미암아 「가격의 부당형성」에 대한 입증이 용이하지 아니하다는 점에 있다.

시장은 무수히 많은 요인에 의하여 영향을 받는 「불확실성의 용광로」이므로, 구체적인 경우에 「금지된 행위」, 즉 違法行爲가 없었다고 가정하는 경우에 그 거래대상의 가격이 과연 어떻게 형성되었을 것인지 누구도 확실하게 말할 수 없다.

그러므로 ① 과연 원고에게 손해가 있는지(즉 가격의 부당형성이 있는지) 아니면 금지행위가 없었더라도 가격은 원고가 거래한 것과 별로 다르지 않았을 것이나 아닌지, 나아가 ② 가격이 부당하게 형성되었다는 것 자체는 인정할 수 있다고 하여도 금지행위가 없었다면 있었을 가격이 구체적으로 얼마인지, 또한 ③ 형성된 가격이 과연 피고의 위법행위로 말미암아 왜곡된 것인지 등을 확정하기가 매우 어렵다는 문제가 제기된다.<sup>6)</sup>

## 3. 이러한 소송수행의 어려움과 아울러 승소에의 유인도 문제된다.

**3-1.** 이 유형에서는 손해가 권리침해형에서처럼 침해된 권리의 주체 한 사람에게 집중되어 있지 않고 시장참여자 전원에게 분산되어 있다. 그러므로 대부분의 경우에 피해자 개개인의 손해액은 비교적 소액이다. 이 점을 위의 2에서 본 소송위험(Prozeßrisiko)과 합하여 생각하여 보면, 소송을 제기하더라도 제조자 자신에게 돌아오는 具體的 利益은 또는 그 구체적 제소이익의 期待値는 결코 큰 것이 아니다. 그러므로 구체적인 피해자는 —그렇지 않아도 「시간 끌고 돈 드는」— 소송수행을 주저하게 된다. 그러므로 가해자의 가해행위를 제재하는 私法的 手段을 추구할 動機를 얻기 어렵다.

그리고 그와 맞물려, 남이 제기하는 동종의 소송 또는 그 결과에 무상편승(free ride)하고자 하는 유혹이 그만큼 커진다.

**3-2.** 그러나 전체적으로 보면, 즉 시장왜곡행위로 인한 시장참여자 전체의 손해를 합산하면 그 액은 무시할 수 없는 경우도 적지 않다. 그러므로 사회 전체의 입장에서 비용/편익 분석(cost-benefit analysis)을 한다면, 이 손해가 補填되지 아니하고 방치된 채로 있어도 좋은지 의문이다.

나아가 —더욱 중요한 것으로— 이와 같이 위법행위에 대한 개인에 의한 제재가 방치되면, 그 행위를 위법한 것으로 평가하게 하는 배후의 「제도」가 많은 경우에 實效性을 확보하기 어렵게 된다. 시장경제이념의 기초에 있는 생각이 그러한 것처럼, 사회구성의 출발점을 각 개인에 둔다면, 각 개인이야말로 어떠한 「제도」의 功過의 중궁적인 귀착점이다. 그가 「제도」의 長短에 의하여 가장 큰 영향을 받으며, 또 그가 그에 가장

5) 이상은 제조물책임소송 기타 소비자소송에 대하여도 대체로 마찬가지로 말할 수 있다.

6) 이 어려움을 雄辯으로 말하여 주는 것은, 일본에서의 소위 「獨禁法違反損害賠償訴訟」의 추이이다. 東京高裁 1977년 9월 19일 判決; 東京高裁 1981년 7월 17일 判決; 山形地裁 鶴岡支所 1981년 3월 31일 判決 등에서 원고의 청구는 모두, 손해 또는 인과관계의 요건에 挫折되었다.

민감하다. 公權力에 의하여 이를 탐지하고 증명하고 평가하는 것에는 한계가 있다. 그러므로 중국적으로 위법행위는 각 개인의 이니시어티브에 의하여 匡正되어야 한다(「私法の優位」).

3-3. 그러한 의미에서 이러한 「시장왜곡행위」에 대하여는 訴訟에의 誘因이 필요하며, 이를 통하여 私的 이니시어티브에 의한 법의 실현을 복돋울 필요가 있다. 우리는 여기서 미국에서 —懲罰的 損害賠償은 일단 차치하고— Clayton법 등이 3倍額 損害賠償을 규정하고 있는 것을<sup>7)</sup> 상기하게 된다.

#### 4. 그 행위의 위법성은, 상대적으로 윤리적·도덕적인 가치평가보다는 정책적·제도적 평가에 의하여 좌우된다.

일반인의 통상적 관념으로는, 시장에 참여한 어떠한 사업자의 일정한 경쟁제한적 행위 또는 시장개입행위가 과연 「법질서 전체의 입장에서 보아 시인되는 것인지」를 —이것이 행위의 위법성 여부를 판단하는 궁극적인 기준이다— 판단하기가 쉽지 않다. 특히 개인 사업자의 입장에서 부득이하다고 여겨지는 행위라도 허용되어서는 아니될 수 있다. 뒤에서 보는 大判 90.4.10, 89다카29075(集 38-1, 197)은, “사업자의 행위가 위 법률 [전면개정 전의 독점규제법] 제15조나 제20조에 규정한 불공정거래행위에 해당하려면 「부당하게」(즉 정당한 이유 없이) 행위하여야 하는 바 불공정거래행위의 해당성을 조각하기 위한 「정당한 행위」라고 함은 전적으로 공정한 경쟁질서유지라는 관점에서 평가되어야 하고 단순한 사업경영상 필요 또는 거래상의 합리성 내지 필요성만으로는 「정당한 이유」가 인정되지 아니한다 할 것이다”라고 실시하는데, 이는 매우 흥미로운 판단이다.

그렇기 때문에, 법률에 의한 명문화, 그 수권을 받은 기관에 의한 규정 또는 판단 등이 요청되는 것이다.

### IV. 공정경쟁위반행위로 인한 손해배상책임에 관한 재판례

#### 1. 우리 실무상 독점규제법 위반을 이유로 한 손해배상이 문제된 사건으로는 우선 大判 90. 4. 10, 89다카 29075(集 38-1, 197)이 있다.

1-1. 이 사건에서 피고는 화장품을 제조하여 판매하는 회사이고, 원고는 1986년 8월에 그와의 사이에 「상품거래 및 대리점계약」을 체결하여, 동년 10월부터 1년간 피고 회사의 「온양지사」로서 피고 회사로부터 제품을 공급받아 온양시 일대에 판매하기로 하였다. 그 계약 중에는 ① 원고는 물품을 관할구역 내에서만 판매하여야 하고, ② 원고는 피고 회사가 지정하는 소비자권장가격에 따라 판매하여야 하고 할부판매 또는 할인판매를 하지 못하며, ③ 원고의 판매사원에 대하여도 물품을 판매하지 못하고, ④ 이를 위반하였을 경우에는 일방적으로 해약할 수 있다는 등의 조항이 포함되어 있었다. 그런데 동년 10월 20일과 11월 4일에 온양시 소재의 종합화장품 코너에서 피고 회사의 제품이 발견되는 일이 발생하자, 피고 회사는 동년 11월 18일에 「온양지사」를 폐쇄한다는 통보와 함께 제품의 공급을 중단하였다.

원고는 이에 당시의 공정거래위원회에 불공정거래행위 신고를 하였다. 그러자 동 위원회는 피고 회사의

7) 이에 대하여는 우선 尹寶玉, “美國獨占禁止法上 3倍賠償制度”, 黃迪仁 교수 화갑기념논문집(1987), 511면 이하 참조.

행태를 불공정거래행위로 인정하고 이에 대한 시정명령을 내렸고 이 명령은 확정되었다. 그리고 원고는 이 사건 소송을 제기하여, 당시의 독점규제법 제45조에 기하여 원고가 입은 손해의 배상을 청구하였다.

原審(서울高判 89.10.13, 89나18711, 사적으로 입수)은, 결론적으로 원고가 배상청구한 5천9백만원 중에서 약 9백만원에 대하여 손해배상을 명하였고, 대법원도 피고 회사의 上告를 기각하여 원심판결을 확정지었다.

이 쟁송에서의 爭點을 요약하면, (i) 피고 회사의 행위가 과연 구 독점규제법 제15조(또는 제20조)에 정하여진 불공정거래행위에 해당하는가 또는 피고 회사의 행위에는 「정당한 사유」가 있다고 할 것인가, (ii) 동법 제46조에 비추어 보면 시정조치가 확정되기 전의 행위를 이유로 하여서는 동법 제45조에서 정하는 손해배상 책임을 물을 수 없다고 할 것이 아닌가, (iii) 손해의 내용과 배상범위를 어떻게 정할 것인가 하는 점이었다. 그리고 이는 피고 회사의 上告理由에서도 다투어진 바이었다(상고이유에서는 그 외에 判斷遺脫의 점이 주장되었다).

이 중 흥미로운 것은 (i)과 (iii)에 대한 것이다.<sup>8)</sup>

**1-2. 피고 회사는 (i), 특히 그 중 「정당한 이유」와 관련하여 다음과 같이 주장하였다.** “피고 회사가 ... 제품공급을 중단한 이유는, 피고 회사 제품은 한방생약재로 제조한 특수화장품이어서 그 보관이 쉽지 아니하고 또 사용법이 특이하여 피고 회사에서 그 사용법을 터득한 판매원을 통하여 직접 소비자에게만 판매하여야 하는데도 불구하고 원고가 이를 어기고 난매(亂賣) 및 할인판매 등을 하여 그 품질이 변질되어 피고 회사 제품의 판로가 두절되고 심지어는 소비자가 그 변질된 화장품을 사용함으로써 말미암아 피부병이 생겨 그로 인한 손해배상청구를 당하는 등 하여 부득이 위와 같은 제품의 특이성 때문에 원고와의 대리점계약을 해지하고 그 제품공급을 중단하게 된 것이므로 피고 회사의 위 조치에는 정당한 사유가 있는 것”이라는 것이다.

이에 대하여 原審은 공정거래위원회에 의하여 피고 회사의 행위가 독점규제법에 위반한 것으로 인정되어 시정명령이 행하여지고 그 명령이 확정되었기 때문에 피고 회사의 행위는 정당한 이유가 없는 것이라고 판단하였다. 그러나 대법원은 이러한 理由提示에 동조하지 않았다. 즉 “위 시정조치에 있어서 공정거래위원회가 인정한 사실은 법원을 구속하지 못하고 다만 사실상 추정에서 그치는 것”이므로, 공정거래위원회의 확정된 시정명령이 있다고 하여 바로 피고 회사의 행위가 불공정거래행위로 평가되는 것은 아니라는 것이다. 그러나 결론적으로는 피고 회사의 행위는 ‘부당하게’ 행하여진 것이라고, 즉 정당한 이유가 없다고 판단하였다. 그 理由는 주의깊게 읽을 필요가 있다.

“불공정거래행위의 해당성을 조각하기 위한 「정당한 이유」라 함은 전적으로 공정한 경쟁질서유지라는 관점에서 평가되어야 하고 단순한 사업경영상 필요 또는 거래상의 합리성 내지 필요성만으로는 「정당한 이유」가 인정되지 아니한다 할 것이다.

기록에 의하면, 피고가 제조한 화장품은 일반화장품보다 다소 변질우려가 크고 따라서 사용기간이 상대

8) 나머지 (ii)에 대하여 보면, 위 판결이 말하는 대로, “[구 독점규제법] 제45조에서 정한 무과실손해배상책임은 사업자 또는 사업자단체가 피해자에 대하여 고의, 과실이 없음을 들어 그 책임을 면할 수 없게 하여 피해자의 손해배상청구를 일반불법행위의 경우보다 용이하게 하는 한편, 위 법률의 규정에 의한 시정조치가 확정된 후에만 피해자가 이를 재판상으로 주장할 수 있게 하여 그 전에 하는 재판상 주장을 제한하는 취지로 볼 것이고, 논지의 지적과 같이 위 무과실손해배상책임은 위 시정조치 이후의 사업자 또는 사업자단체의 불공정거래행위로 재산상 손해가 있는 경우에 한하여 발생한다고는 볼 수 없다”는 점에는 異論의 여지가 없다고 생각된다.

적으로 짧다는 정도의 특이점밖에 발견되지 않아서 그 취급이나 사용에 있어서 전문적인 기술이나 경험이 필요하다고 보이지 않고 피고가 주장하는 유통질서의 확립의 필요성도 결국 피고 회사가 지정하는 소비자권장가격을 유지하거나 피고 회사의 지사나 대리점 간의 경쟁을 방지하고자 하는 것이라고 보이므로 위와 같은 사유는 이 사건 피고의 불공정거래행위를 조각할 정당한 사유가 될 수 없다.”

위 인용부분의 첫번째 단락을 理論적으로 설명하면, 위의 판단은 다음과 같은 설명구조를 가진다고 할 수 있다. 가해자의 행위의 위법성조각사유로서의 「정당한 이유」는 有責性判斷과는 차원을 달리한다. 「단순한 경영상 필요 또는 거래상의 합리성」 등과 같은 것은 過失判斷에서 고려되는 요소일 뿐이고, 불공정거래행위인지 여부와는 무관하다는 것이다.<sup>9)</sup>

1-3. 우리의 관점에서 더욱 흥미를 끄는 것은 (iii)에 관련된 법원의 판단이다. 원심법원은 다음과 같은 방식으로 피고가 배상하여야 할 손해액을 산정하였다.

(1) 우선 원고가 피고 회사로부터 공급받은 제품(로손, 크림, 린스, 샴푸)을 피고 회사의 지정가격으로 판매할 경우의 판매이익을 산출한다. 이는 지정가격에서 매입가 및 -피고 회사에 지급되는- 판매수수료를 공제함으로써 얻어진다(①).

그러나 “피고 회사의 지정가격으로 판매하는 경우도 있지만 할인판매하는 경우도 있”기 때문에, 이렇게 얻어진 數値를 그대로 용인할 수는 없다. 그러므로 여러 증인의 증언을 종합하여, 기준이 되는 판매이익을 그보다 낮은 가격으로 잡는다(②). 예를 들면 로손은 ①은 3,550원이지만, ②는 “2천원 정도”가 된다.

이렇게 해서 피고 회사로부터 제품 공급이 중단되기까지의 기간 동안 원고가 얻은 판매이익의 총액이 위의 ②에 공급받은 개수를 곱하여 산출된다(③). 여기서 의문은 과연 공급받은 개수 전부를 곱하여도 좋은가 하는 점인데, 이에 대하여 원심은 용이주도하게도 “위 지사에서는 판매할 수 있는 수량만큼을 수시로 주문하기 때문에 피고 회사로부터 공급받은 제품은 2~3일 내에 재고 없이 모두 판매되는 사실”을 인정하고 있다.

그리고 이에 의하여 월평균 판매이익이 산출된다(④). 여기서 「매월 지출되는 경비」가 공제됨으로써 월평균 순수입이 산출된다(⑤). 「매월 지출되는 경비」로서는, 점포임대보증금에 대한 年 5푼 상당의 “금융이자” 및 월 차임, 전기세 등을 포함한 일반관리비, 광고선전비, 전화비, 직원 급여, “판매사원에 대한 출근수당”, 그리고 “기타 잡비”가 있다.

그리하여 종국적으로 월평균 순수입에다가 계약기간이 종료될 때까지의 기간, 즉 제품공급이 중단된 시기부터 계약종료기간(1987년 9월 30일)상까지의 기간을 곱함으로써 피고 회사가 배상하여야 할 손해액이 확정된다(⑥). 이 사건에서 피고 회사가 배상하여야 하는 것으로 확정된 손해는, 원고의 적극적 손해가 아니라 소극적 손해, 즉 “[만일 피고의 제품공급이 계속되었더라면 얻을 수 있을] 수익을 얻지 못하는 손해”인 것이다.

대법원은 이러한 算定方式에 대하여, 단지 “기록에 비추어 보면 원심의 위와 같은 조치는 정당”하다는 무미건조한 표현으로 이를 긍정하였다.

9) 그런데 구 독점규제법 제45조제2항은 주지하는 대로 사업자의 손해배상책임은 “故意 또는 過失이 없음”을 들어 면책될 수 없는 것으로 정하고 있으므로, 결국 그러한 사정은 적어도 同條 제1항의 책임을 면제시킬 수 없다.

(2) 이 사건에서는, 「계약 = 불공정거래행위 → 상대방(원고)의 계약불준수 → 사업자의 거래중단(계약해지) → 거래중단으로 인한 일실이익(소극적 손해)의 발생」이라는 因果連鎖가 존재한다.

그리고 원고가 배상을 청구하는 손해는 직접적으로는 거래중단으로 인하여 발생한 것이다. 그러므로 과연 그 소극적 손해가 원래의 불공정거래행위, 즉 판매지역의 제한이나 재판매가격의 제한으로 인하여 발생한 것인지에 대하여 의문이 있을 수 있다. 原審은 이러한 의문에 정면으로 답하지 아니하고, 그 대신 원고의 계약불준수를 이유로 하여 대리점계약을 해지하고 제품 공급을 중단한 것 자체가 —또는 그것도— 불공정거래행위라고 인정함으로써<sup>10)</sup> 피해 넘어갔고, 이에 대하여 大法院은 별다른 이의를 제기하지 않고 있다.

이러한 판단은 독점규제법 위반으로 인한 손해배상청구권을 생각함에 있어서 극히 흥미로운 점이다. 이를 일반화하면 다음과 같이 말할 수 있을지도 모른다. 즉 독점규제법에 위반하는 내용이 계약에 포함되어 있는 경우에 상대방이 이를 준수하지 아니하더라도 사업자가 이를 이유로 하여 거래를 중단하는 등의 「제재」를 가한 때에는, 그 「제재」로 인하여서 상대방에게 발생한 손해에 대하여 —또는 그 손해에 대하여도— 상대방(현행의 독점규제법 제56조제1항 : “이 法의 規定을 違反함으로써 被害를 입은 者”)은 그 배상을 청구할 수 있다.

그러나 민법 제750조에 기한 손해배상청구에서도 과연 인과관계 판단의 그러한 일반화가 통용될 수 있는지는 검토를 요한다.

(3) 그런데 손해배상액을 확정하기 위하여 이와 같은 복잡한 '계산과정을 거칠 것을 독점규제법 위반행위 일반에 요구하는 것은 아무래도 무리라는 생각이 든다. 위의 사건에는 그나마 위와 같은 산정을 가능하게 또는 의미있게 만드는 특유의 사정이 있다.

우선 위 사건의 당사자는 불공정거래행위를 한 사업자의 직접 상대방으로서, 그 불공정계약의 당사자이다. 독점규제법에서 금지된 다른 행위, 가령 不當共同行爲(제19조 이하)나 企業結合 등(제7조 이하)의 경우에는 손해가 계약의 직접 상대방에게 발생하는 경우는 거의 없고, 그 이외의 시장참여자만이 문제된다.

나아가 위 사건에서는 계약의 존속이 1년이라는 짧은 기간으로 미리 약정되어 있었고, 원고의 손해배상청구도 이 기간 동안의 일실이익에 한정되었다. 그리하여 그 동안의 가격변동 기타 사정변경은 무시하여도 좋을 것이었다.

또한 원고와 피고 회사 간의 거래규모에서도 알 수 있듯이(앞의 (1)에서 본 월평균 판매이익, 즉 ㉓은 2백 3십만원이고, 월평균 순수입, 즉 ㉕은 86만원이다), 원고는 하나의 영업을, 그것도 매우 작은 규모로 영위하고 있었다. 따라서 판매이익 등의 영업이익이나 경비를 공제한 후의 순수입 등을 비교적 용이하게 또 안정적으로 산정해 낼 수 있었다. 가령 원고가 지출하는 경비는 그 종목도 한정적이고 단순하였다. 그러나 영업의 규모가 커지고 또 여러 종류의 영업을 동시에 영위하게 되면, 과연 문제의 불공정거래행위가 전체 영업에 어떠한 영향을 미칠 것인지는 그렇게 쉽사리 확정지을 수 없을 것이다(제38호('98년 10월)에 계속됩니다).■

10) “상품거래 및 대리점계약」시에 대리점의 판매지역을 지정하여 주고, 대리점이 소비자에게 판매하는 가격을 지정하고, 특히 대리점이 임의로 제품을 할인판매시장에 유출하였다 하여 대리점계약을 일방적으로 해지하여 영업소를 폐쇄하고 제품 공급을 중단하는 것은 대리점의 자유로운 사업활동을 제한하여 공정한 경쟁을 저해하는 불공정한 행위로서 독점규제및공정거래에관한법률 제15조 각호에 해당한다 할 것이므로 피고 회사는 위 법률 제45조에 따라 원고에게 이로 인한 손해를 배상할 책임이 있다 ...”