

독점규제법에서의 손해배상(II)*

양 창 수 / 서울대 법과대학 교수

IV. 공정경쟁위반행위로 인한 손해배상책임에 관한 裁判例

2 또한 최근에 나온 大判 97.4.22, 96다54195(공보 97상, 1540)도 독점규제법 위반을 이유로 손해배상이 청구된 사건에 대한 것이다. 이 사건에서는 주로 구 독점규제법 제57조 제1항과 재판상의 손해배상청구와의 관계가 문제되었고,¹¹⁾ 손해배상의 내용 자체에는 별다른 언급이 없다. 그러나 일단 자료의 집중을 위하여 여기서 같이 들어두기로 한다.

2-1. 이 사건에서 피고는 알로에 제품을 생산·판매하는 회사이고, 원고는 피고 회사의 대리점(피고 회사의 “支社”라는 상호를 사용하고 있다)을 운영하는 甲과 계약을 체결하여, 피고 회사의 「녹번특약점」이라는 상호로 피고 회사의 제품을 甲으로부터 공급받아 판매하여 왔다. 그런데 피고 회사는, ① 제품에 생산번호 등의 비표를 사용하는 방법으로 피고 회사가 대리점에 공급하거나 그를 통하여 특약점 등에 공급하는 물품을 대리점이나 특약점 등이 피고 회사가 지정하는 지역 또는 거래처 이외에는 판매하지 못하도록 하고, ② 그 지정 외에 물품이 유통되는 경우에는 제품출고를 정지하거나 해약하는 등의 제재를 가하고, ③ 또한 피고 회사가 미리 지정하는 가격으로 판매하도록 하고 이를 위반하면 물품공급을 중단하거나 벌칙금을 납부하도록 하는 행위를 하였다.

그 후 원고에게 공급된 물품이 피고 회사가 지정한 판매지역 이외의 곳에 유출, 할인판매되었다고 하여 원고는 물품공급을 일시 정지당한 일이 있고, 다시 약 1년 후에는 같은 이유를 들어 물품공급이 완전히 정지되자 원고는 위 「녹번특약점」을 폐업하였다.

한편 원고는 공정거래위원회에 피고 회사의 독점규제법 위반행위를 신고하였다. 그러자 공정거래위원회는 그 중 ①과 ②의 행위는 소위 구속조건부 거래(구 독점규제법 제23조 제1항 제5호 참조)에, ③의 행위는 재판매가격유지행위(동법 제29조 제1항 참조)에 해당한다고 하여 시정명령을 내렸고, 동시에 1천만원의 과징금납부명령을 내렸다.

원고는 이 사건에서 거래보증금의 반환 외에 손해배상을 청구하였다. 즉 원고는 자신이 납부한 벌칙금 1백만원 및 “피고가 상품공급을 중단한 1993년 7월부터 이 사건 거래약정의 유효기간인 1994년 9월까지 14개월 동안 피고가 위 상품공급중단행위를 하지 아니하였다면 원고가 얻을 수 있었던 매월 금 2천7백여만

* 본고는 본지의 지면사정에 의해 저자와의 협의를 거쳐 제37호('98년 9월)에 이어 계속되는 글입니다.

11) 이에 대한 판례평석인 權五乘, “獨占規制法上 損害賠償責任 — 시정조치 전치의 의미를 중심으로”, 民事判例研究 20집 (1998), 408면 이하도 그 副題에서 보는 것처럼 이 문제를 다루고 있다.

원의 일실수입 상당액”의 합계 약 3억8천여만원 상당의 배상을 구한 것이다.

그러나 원심판결(서울고판 96.11.15, 95나46311, 私的으로 입수)은 일실수입의 배상청구를 다음과 같은 이유로 기각하였다. 즉 한편으로 “사업자가 상품공급을 중단하는 등 부당하게 거래를 거절하는 불공정거래 행위 …… 로 인하여 피해를 입은 피해자가 이를 이유로 독점규제법상의 손해배상청구권을 재판상 행사하려면 그 원인이 되는 부당거래거절행위에 대하여 공정거래위원회의 시정조치가 확정되어 있지 않으면 안 된다고 해석함이 상당”한데 이 부당거래거절행위 자체에 대하여는 시정조치가 없었고, 다른 한편 구속조건부 거래나 재판매가격유지행위로 인한 원고의 손해는 원고가 “그러한 제한 없이 영업을 하였다면 더 얻을 수 있었던 수입 상당이라고 할 것”인데 원고는 이에 대하여 아무런 입증을 하지 아니하였으므로, 결국 이 부분 청구는 모두 이유 없다는 것이다.

그러나 大法院은 다음과 같이 판단하여 원심판결을 파기하고 사건을 원심법원에 환송하였다.

“구 독점규제법 제57조 제1항에서 …… 규정한 취지는 조문의 문리해석에 의하거나 독점규제법의 목적, 소송경제의 이념 등에 비추어 보더라도 이는 소의 제기에 앞선 전치절차를 규정한 것에 불과한 것으로서, 일단 전치절차를 거친 당사자로서는 **확정된 시정조치의 실현을 방해하는 상대방의 행위**에 대하여 그 행위가 독점규제법상의 불공정거래행위에 해당됨을 재판상 자유롭게 주장·입증함으로써 그로 인한 손해의 배상을 구할 수 있다고 봄이 정당하고(당원 1990.4.10.자 89다카29075 판결 참조), 원심과 같이 시정조치의 대상이 된 불공정거래행위에 국한하여 그로 인한 손해의 배상을 구하여야 하는 것으로 한정 해석할 수는 없[다] …… 피고 회사의 이 사건 상품공급중단행위는 바로 공정거래위원회가 시정을 명한 구속조건부거래 또는 재판매가격유지행위를 관철하기 위한 수단으로 행해진 것으로서, 그것이 독점규제법상의 불공정거래행위에 해당되는 한 원고로서는 그로 인한 손해의 배상을 구할 수 있다.”

2-2. 우선 이 대법원판결은 원고의 손해배상청구가 민법 제750조에 기하여서가 아니라 구 독점규제법 제56조에 기하여 이루어진 것을 前提로 하고 있음을 지적하여 둘 필요가 있겠다. 이는 법원이 원고의 구체적인 청구내용을 해석한 결과로서, 그 당부를 판단할 자료가 없으므로 이 점에 대하여는 논하지 않는다.

이 판결에서 가장 주목되는 것은, 앞의 1-3.의 (2)에서 지적한 의문이 — 구 독점규제법 제57조 제1항의 해석문제를 매개로 하여— 현실적으로 제기되었고, 나아가 이에 대한 대법원의 태도가 명확하게 제시되었다는 점이다. 다시 말하면 원심법원은, 원고가 배상을 청구하는 손해는 직접적으로는 피고 회사의 거래거절행위로 인하여 발생한 것인데 이에 대하여는 시정명령이 없었으니 위 제57조 제1항의 해석상 그 배상을 청구할 수는 없다고 판단한 것임에 반하여, 대법원은 그 거래거절행위는 공정거래위원회에서 시정조치가 내려진 구속조건부 거래 등을 “관철하기 위한 수단”으로 행하여진 것이므로 그 자체에 대하여 시정명령이 없었다고 하여도 재판상의 손해배상청구가 위 제57조 제1항에 의하여 방해받지 아니한다고 판단한 것이다.

이렇게 보면 대법원은 이 판결에서 앞의 1.에서 본 大判 90.4.10.에서 보인 사건해결의 결론에 관하여 일관된 태도를 취한 것이라고 하지 않을 수 없고, 이 판결이 抽象論에 있어서 위의 大判과 아무런 일치하는 점이 없으면서도 그 判決을 인용하고 있는 것은 그만큼 이유가 있다고 생각된다.

3. 또한 大判 97.9.12, 96다41991(공보 97하, 3078)은, 비록 공정경쟁위반행위에 관한 것은 아니나, 여기서 논하여지고 있는 損害 및 因果關係 인정의 문제에 대하여 매우 흥미로운 판단을 보이고 있다.

3-1. 이 판결의 사안은 다음과 같다. 피고(會計法人이다)가 舊 「주식회사의 외부감사에 관한 법률」 제3조 제1항 소정의 監査人으로서 1993년 2월에 上場會社인 甲 회사의 재무제표에 대한 감사를 실시하였는데, 그에 있어서 위 회사가 當期純損失을 본 것을 純利益이 있는 것으로 재무제표를 허위로 작성하였음(소위 「분식결산」)을 조회·확인 등을 소홀히 하는 등의 過失로 발견하지 못하고 適正意見으로 표시된 監査報告書를 작성하여서, 위 회사는 이를 증권관리위원회와 증권거래소에 제출하여 公示하였다. 이러한 사실은 증권감독원에 의하여 적발되어 1993년 11월 초에 일반에게 알려지면서 거래가 며칠 간 정지된 후에야 재개되었고, 그 후 위 회사는 1994년 1월에 위 회사는 부도를 냈다. 원고는 1993년 10월에 증권회사를 통하여 위 회사의 주식 2천주를 주당 1만5천원 내외로 매수하였다가, 부도가 난 훨씬 후인 1995년 11월에 이를 주당 4천5백원에 매도하였다. 위 회사의 주가는 분식결산 공표 후 서서히 하락하다가 부도설이 나돌던 1993년 말부터 급락하였고(1994년 1월에 주당 8천6백원), 부도 후 1995년 5월에는 주당 2,620원까지 하락하였다.

원고는 이 사건에서 피고에 대하여 주가의 하락으로 발생한 손해의 배상으로 2,340여만원의 지급을 청구하였다. 原審法院은 원고의 청구를 기각하였는데, 그 이유는 다음과 같은 것이었다.

“감사인의 부실감사에 관하여 민법상 불법행위책임을 묻기 위하여는 감사인의 고의·과실, 투자자의 손해의 발생, 인과관계의 존재, 손해액 등에 관하여 별도로 주장·입증을 하여야 할 것”인데, ① “이 사건에서 원고가 분식된 재무제표와 부실한 감사보고서를 신뢰하고 이를 투자판단의 자료로 삼아 주식을 취득하게 되었는지에 관하여는 이를 인정할 아무런 증거가 없”으며, “원고가 위 재무제표와 부실한 감사보고서를 이용하여 주식을 매수하였다고 하더라도” ② “이로 인하여 발생한 손해는 증권거래법 제15조에 법정된 손해가 아니라 원고가 매수할 당시 분식결산이 이루어지지 않았다면 형성되었을 소의 회사의 주가격격과 원고의 실제 취득가격과의 차액 상당이라고 할 것인데 이에 관하여 아무런 주장·입증이 없다”는 것이다.

3-2. 이 중 ①은, 곧 「(i) 피고의 위법행위 → (ii) 주가의 부당형성 → (iii) 원고의 주식 구입 → (iv) 원고의 손해발생」이라는 因果連鎖 중에서 (ii)와 (iii) 사이의 고리가 입증되지 않았다는 판단이다. 원심판결은 명시적으로 판단하고 있지는 않지만, 이 고리의 未立證에 의하여, 전체적으로 보면 원고의 손해와 피고의 부당행위 사이의 인과관계가 입증되지 않게 된다는 취지일 것이다.

그러나 대법원은 이를 破棄하고 건을 원심에 還送하였다. 우선 ①에 대하여는

“주식거래에 있어서 대상기업의 재무상태는 주가형성의 가장 중요한 요인 중의 하나이고, …… 외부감사인에 의한 감사보고서는 그 재무상태를 드러내는 가장 객관적인 자료로서 일반투자자에게 제공·공표되어 주가형성에 결정적인 영향을 미치는 것이므로, 일반투자자로서는 감사보고서가 정당하게 작성되었으리라고 믿고 주가가 당연히 그에 바탕을 두고 형성

되었으리라는 생각 아래 대상기업의 주식을 거래한 것으로 보아야” 한다.

그러므로 원심판결은 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하였다는 것이다.

이 대법원 판단의 핵심은, 결국 피고의 위법행위로 형성된 不當價格으로 원고가 주식을 취득하였으면 그것으로 피고의 행위와 원고의 손해 사이의 인과관계는 일단 입증되었다고 보아야 한다는 취지를 전제로 하여, 과연 피고의 행위로 인하여 부당가격이 형성되었는지를 따지는 데 있다고 생각된다. 대법원은 (i) 주식거래에서의 판단요소로서의 재무상태의 「현저한」 중요성, 그리고 (ii) 일반투자자가 재무상태를 판단함에 있어서의 감사보고서의 「결정적」 중요성을 드는 것은 바로 이러한 맥락에서이다. 즉 株價는, 시장에서의 가격결정의 메카니즘 일반이 그러하듯이, 팔려고 하는 자(불특정다수인)와 사려고 하는 자(불특정다수인)가 매도 또는 매수하려고 하는 가격을 정하여 시장에 —주식시장의 경우에는 非對面的으로— 이를 제시함으로써 결정되는 것인데, 위 (i), (ii)와 같이 실시된 바의 감사보고서의 「중요성」에 의하여 그 내용은 시장 참가자들의 **매도 또는 매수하려고 하는 가격**에 「인과관계적」 영향을 미치고, 이를 통하여 결국 실제로 형성되는 가격을 정하는 事情이 된다는 것이다. 그리하여 부실감사는 부당가격을 형성하게 되는 원인으로 평가되는 것이다.

이와 같이 여기서 결정적인 사정 또는 결정적인 의미를 가져야 하는 사정은, 실은 —원심판결이 취한 태도처럼— 피고가 구체적으로 감사보고서의 기재를 믿고 주식을 매수하였는지 여부가 아니라, 피고의 위법행위가 부당가격을 형성하였다고 볼 것인지 여부에 있는 것이다. 위 판결의 중요성은 —비록 당해 法官이 이를 명확하게 의식하였는지는 별론으로 하고— 바로 이 점을 확인·선언한 데 있다고 할 것이다. 그리고 이러한 태도는 **시장왜곡행위 일반**에 대하여 적용되어야 할 것으로 생각된다.

3-3. 나아가 대법원은 ②에 관련하여 다음과 같이 판시한다.

“원심판시와 같이 주식을 매수한 원고가 소의 회사의 분식결산 및 피고의 부실감사로 인하여 입은 손해액은 위와 같은 분식결산 등으로 인하여 상실하게 된 추가상당액이라고 봄이 상당하고, 이 사건의 경우 이와 같은 …… 추가상당액은 특별한 사정이 없는 한 (i) 분식결산 및 부실감사가 밝혀져 거래가 정지되기 전에 정상적으로 형성된 주가와 (ii) 분식결산 및 부실감사로 인한 거래정지가 해제되고 거래가 재개된 후 계속된 下終價를 벗어난 시점에 정상적으로 형성된 주가의 또는 그 이상의 가격으로 매도한 경우에는 그 매도가액과의 차액 상당이라고 볼 수 있다.”

그러므로 원심판결이 손해액의 산정을 반드시 “원고의 주식매수 당시 분식결산 등이 없었으면 형성되었을 주시가격”을 기준으로 행하여져야 한다는 태도를 취하여 그 주장·입증이 없다고 하여 원고 청구를 기각한 것은 잘못이라는 것이다. 대법원은 결국 원고의 청구는 그대로 인용될 수 있다는 태도인 것으로 보인다.

그러나 이 점에 대하여는 대법원과 원심법원의 태도차이는 별로 크지 아니한 것으로 생각된다. 즉 원심은, 원고의 주식매수 당시를 기준으로 하여 원고의 매수가격과 그 때 분식결산 등이 없었다면 형성되었을 假定的 價格과의 차액이 손해라고 하는 것인데, 대법원이 말하는 (i)의 가격은 실제로는 원고의 실제 매수

가격이 되기 쉬울 것이고,¹²⁾ 또 그 (ii)의 가격은 결국 원심판결이 말하는 “원고의 주식매수 당시 분식결산 등이 없었으면 형성되었을 주식가격”과 크게 다르지 않을 것이다. 오히려 兩者의 차이는, 구체적으로 이 사건에 있어서 원심판결이 말하는 “원고의 주식매수 당시 분식결산 등이 없었으면 형성되었을 주식가격”에 대한 주장·입증이 없다고 할 것이 아니라, 원고가 주식을 최종적으로 매도한 가격(주당 4천5백원)이 바로 이에 해당한다고 보아야 하지 않았는가 하는 점에 있다고 생각된다.

어쨌거나 이 점에 대한 대법원의 판단도 「시장외곡행위로 인한 손해」 일반의 입장에서 보면 매우 흥미로운 것이다. 대법원도 원심법원도 그 손해를 부당가격과 정상가격의 차이에 있다고 보는 점에는 다름이 없기 때문이다. 다만 이 건과 같은 경우에 원고가 실제로 입은 손해가 그 차이를 「용인할 수 있는 범위 내에서 합리적으로」 반영하고 있는가 하는 점을 어떻게 판단할 것인가(즉 원고가 適時를 선택하여 매도하였다면 손해를 보다 줄일 수 있었지 않았는가 등의 판단)만이 문제되는 것이다.

4. 그 외에 참고가 되는 것으로는 이 역시 비록 독점규제법 위반행위에 관한 것은 아니나, 서울地法 南部支院判 94.5.6, 92가합11689(사적으로 입수)이 있다.

4-1. 이 사건에서는 피고 甲이 경영하는 피고 乙 회사에서 적자가 누적되자 자금조달의 편의를 보기 위하여, 상장요건이 갖추어지지 아니하였음에도 공인회계사 피고 丙 등과 공모하여 분식결산·허위감사 등의 방법으로 허위로 상장요건을 갖추어 상장하였고, 원고는 그 정을 모르고 그 회사의 상장주식을 주식시장에서 매수하였던 사안에 대한 것이다. 이 사건 소송에서 원고는 그 후 주식이 가격이 급격히 하락하여 무가치하게 됨으로써 손해를 보았다고 주장하고, 피고들을 상대로 하여 손해배상을 청구하였다.

법원은 원고의 손해와 피고들의 행위 사이의 인과관계의 증명에 대하여 이를 원칙대로 원고에게 입증할 것을 엄격하게 요구하게 되는 것은 사회형평의 관념에 맞지 않는다고 하고,¹³⁾ 다음과 같이 판시하였다.

“증권거래소에 상장할 수 없는 부실기업의 주식을 불법으로 상장하였음을 원인으로 하는 손해배상청구소송에 있어서 청구자인 피해자는 [1] 피청구자의 행위와 [손해발생 사이가 아니라] 부실기업의 불법 상장 사이에 상당인과관계가 있다는 점, [2] 청구자가 선의로 당해

12) 大判 67.12.21, 67다2158(集 15-3, 312) 등 判例에 의하면, 가령 부동산매도인이 목적물을 제3자에게 양도함으로써 그 채무가 이행불능으로 인하여 매수인에게 배상하여야 할 손해는 원칙적으로 그 이행불능 당시의 부동산의 시가 상당액(즉 부동산의 객관적 가치)인데, 이는 다른 특별한 사정이 없는 한 제3자에의 실제의 처분가격이라는 것이다.

13) “일반적으로 주식시장에서 어떤 주식을 매도 또는 매수하고자 하는 사람은 당해 회사의 자산상태, 사업전망 및 정부의 경제정책, 경제계의 제반 상황과 업계의 전망, 물가, 금리 등 경제적 요인과 기타 국내의 정치상황, 국제문제 등 복합적 요인을 합리적으로 고려하여, 그 주식을 보유함으로써 이익배당 또는 주식이 가격의 상승을 통하여 이익을 얻을 수 있고 그 이익률이 적어도 다른 종목의 주식이나 주식 이외의 다른 투자대상분야의 기대수익률을 상회하리라는 합리적 기대가 가능할 때 이를 매수하고, 그 반대일 경우 이를 매도하기 때문에, 당해 주식의 시장가격은 특별한 사정이 없는 한 거래 당사자의 위와 같은 평가가 일치되는 지점에서 형성[된다] …… 주식시장에서는 불특정다수인들 사이에 非對面的, 集團的으로 수시로 거래가 이루어지는 관계로 그 거래의 상대방이라는 개념이 존재할 여지가 없고, 위에서 본 바와 같은 가격결정구조의 특성상 상장된 기업의 주식이 가격은 그 주식이나 당해 기업 자체에 관한 사항 이외의 다른 요인들에 의하여 영향을 받는 경우도 많이 있을 뿐 아니라, 주식 가격의 급락을 초래하는 기업의 부도도 여러 가지 복합적 요인에 의하여 발생하기 때문에, 피해자가 가해행위와 손해발생 간의 인과관계의 모든 과정을 증명하는 것은 극히 어렵거나 사실상 불가능한 경우가 대부분이다.”(同判決, 32면~33면)

주식을 매수함으로써 손해를 입었다는 점을 입증함으로써 족하고, 이에 대하여 가해자는 피해자의 손해가 예기치 못한 경제사정의 급변 등 주식의 불법상장 이외의 다른 원인에 의한 것임을 입증하지 못하는 한 책임을 면할 수 없다 …….”

4-2. 한편 위 소송에서는 丁 은행도 피고가 되었다. 丁 은행은 피고 乙 회사의 주거래은행으로서 증권거래법 제188조의2에서 정하는 「內部者」에 해당하는데, 피고 乙 회사의 부도사실을 알면서, 그 사실이 공시되기 전에 “피고 乙 회사의 주식이 정상적으로 거래되고 있는 틈을 타”서 보유주식 전량인 71천 주를 매도하였던 것이다. 그리하여 원고는 앞의 Ⅱ 2-1.에서 본 동법 제188조의3 제1항(“제188조의2의 規定에 위반한 자는 당해 有價證券의 賣買 기타 去來를 한 자가 그 賣買 기타 去來와 관련하여 입은 損害를 賠償할 責任을 진다.”)에 기하여 피고 丁 은행을 상대로 손해배상을 청구하였다.

위 판결은 위 규정의 취지에 대하여 다음과 같이 판시하고 있다.

“위 규정은 비대면적, 집단적으로 이루어지는 증권시장 거래의 특성상 시장참여자의 불공정거래행위로 손해를 입은 투자자가 가해자를 확정하고 그의 고의, 과실 및 그의 가해행위와 자신이 입은 손해 사이의 모든 인과관계의 과정을 밝혀 불법행위책임을 묻는 것이 사실상 불가능에 가까운 점에 비추어 다른 시장참여자에게 손해를 가할 수 있는 불공정거래행위의 한 유형으로서 내부자거래를 규정하고 내부자거래가 인정되는 범위에서는 인과관계의 입증책임도 완화하기 위한 규정으로 보아야 할 것이다.”

그리하여 그 규정에서 「당해 유가증권의 매매 …… 를 한 자」란 “① 내부자가 거래한 것과 같은 종목의 유가증권을 ② 同時期에 ③ 내부자와는 반대방향으로 매매한 자를 의미한다”고 한다. 그리고 그 범주에 해당하는 사람이 손해를 입었음을 입증하기만 하면 내부자거래를 한 사람은 당연히 그 손해를 배상하여야 한다는 판단을 하고 있다. 이는 결국 위법행위(여기서는 「내부자거래」)와 손해발생 간의 인과관계의 입증을 원고적격의 유무 판단에 관한 객관적 기준으로 대체하는 것으로서, 실제로는 과연 「인과관계의 입증」이라고 부를 수 있는지 자체가 의문이다. 즉 내부자거래가 주식가격의 변동에 어떠한 영향을 미쳤는가, 바꾸어 말하면 주식가격의 구체적 변동(「결과」)에 내부자거래가 원인이 되었는가 또는 어떠한 범위에서 원인이 되었는가에 대한 판단과는 전적으로 무관하게, 앞의 ①부터 ③의 요건(이는 「원인→결과의 연쇄」와는 상관없는 徵表들이다)만 충족하면 손해배상책임을 인정하는 것이다.

다만 이 사건에서는 원고의 손해는 명백한 것으로 보인다. 즉 원고는 피고 乙 회사의 부도가 공시되기 직전인 1992년 4월 29일에 6천만원을 지출하여 그 주식 1만주를 구입하였는데 그 공시 후 폭락된 시가료를 매도하여 겨우 588만원을 회수하였을 뿐이었던 것이다.

4-3. 이 판결이 우리의 문제관점에서 흥미를 끄는 것은, 한편으로 주식시장의 왜곡행위에 있어서 위법행위와 손해발생 사이의 인과관계와 관련한 문제의 어려움을 극명하게 지적하고 있는 점, 다른 한편으로 그 문제의 해결을 위한 —음미하여 불 만한— 思考의 端緒를 제시하고 있다는 점이다.

V. 공정경쟁위반행위로 인한 손해배상에 관한 일반적 접근

1. 위와 같이 공정경쟁위반행위로 인한 손해배상을 어떠한 내용으로 인정할 것인가에 대하여는 손해에 관한 이론 일반의 입장에서 새로운 접근이 요구된다.

1-1. 손해에 관한 이론 일반과 관련하여 종전에 통설은 「손해」를 소위 차액설적으로 파악하였다. 즉 「가해 원인이 없었다면 존재하였을 이익상태와 가해가 행하여진 현재의 이익상태의 차이」가 곧 손해라는 것이다.

가령 생산업자들이 가격협정을 맺은 것을 들어 그 물품을 구입한 소비자가 독점규제법 위반을 이유로 손해배상청구를 하는 경우에, 이를 적용하면 다음과 같이 된다.

(i) 가해행위가 행하여진 현재의 이익상태는 현실구입가격을 기준으로 정하여진다. 이것이 가해행위의 결과이기 위하여는, ① 가격협정에 의한 원공급가격의 상승 → ② 중간유통단계에서의 가격의 상승 → ③ 소매점의 구입가격의 상승 → ④ 소매가격의 상승이라는 인과연쇄가 요구된다.

(ii) 가해행위가 없었다면 있었을 이익상태는 예상구입가격을 기준으로 한다. 이를 가격협정 직전의 가격으로 보아도 좋은가는 논의의 여지가 있으나, 적어도 일률적으로 그렇게 말할 수 없다는 점은 분명하다. 그렇다면 예상구입가격을 어떤 방식으로든 산출해 내야 한다.

그리하여 (i)과 (ii)의 차이가 곧 손해가 된다.

1-2. 그러나 이러한 논리구조에서는 따로 판단되어야 할 세 가지의 사항이 한꺼번에 논의된다. 즉 손해의 발생과 가해행위와 손해 간의 인과관계와 배상되어야 할 손해액(또는 손해의 금전적 평가액)이 그것이다. 그러나 이들 셋은 성질상 차이가 있고, 이에 따라 법원의 역할이나 당사자의 입증책임 등도 다르게 될 수 있기 때문에 구별이 요구된다.

예를 들면 손해의 발생은 그 배상을 구하는 사람이 어떠한 손해를 문제삼고 있는가를 밝혀야 한다는 점에서 비추어서도 피해자가 주장·입증하여야 한다. 그러나 인과관계의 점에 대하여는 일찍부터 특히 가령 公害 등의 경우에는 입증책임의 경감이 논의되어 왔고, 판례(가령 大判 84.6.12, 81다558(集 32-3, 53)¹⁴⁾ 등)도 이를 수용하였다. 또한 손해의 금전적 평가에 대하여는 그 판단이 非訟的 성질을 가진다고 하여 법원의 창조적 역할이 강조되고 있다.

이렇게 보면, 위 三者의 구별을 관철할 수 있는 논리구조를 구상해 볼 필요가 있다.

14) 이 대법원판결이 실시하는 立證輕減의 이유가 흥미롭다. 즉 「일반적으로 불법행위로 인한 손해배상청구사건에 있어서 가해행위와 손해발생과의 사이에 인과관계의 존재를 입증할 책임은 청구자인 피해자가 부담함에는 의문의 여지가 없다 할 것이나 이른바 오염물질인 폐수를 바다로 배출함으로써 인하여 이 사건과 같은 공해로 인한 손해배상을 청구하는 소송에 있어서는 기업이 배출한 원인물질이 물을 매체로 하여 간접적으로 손해를 끼치는 수가 많고 공해문제에 관하여는 현재의 과학수준으로도 해명할 수 없는 분야가 있기 때문에 가해행위와 손해의 발생 사이의 인과관계를 구성하는 하나하나의 고리를 자연과학적으로 증명한다는 것은 극히 곤란하거나 불가능한 경우가 대부분이므로 이러한 공해소송에 있어서 피해자인 원고에게 사실적 인과관계의 존재에 관하여 과학적으로 엄밀한 증명을 요구한다는 것은 공해로 인한 사법적 구제를 사실상 거부하는 결과가 될 우려가 있는 반면에 가해기업은 기술적, 경제적으로 피해자보다 훨씬 원인조사가 용이한 경우가 많을 뿐만 아니라 그 원인을 은폐할 염려가 있기 있으므로」 가해기업이 어떠한 유해한 원인물질을 배출하고 그것이 피해물건에 도달하여 손해가 발생하였다면 가해자측에서 그것이 무해하다는 것을 입증하지 못하는 한 책임을 면할 수 없다 ...” 이 논리를 독점규제법 위반행위로 인한 손해배상청구의 경우에 적용하지 못할 이유는 어디에 있을까?

1-3. 일본의 어느 학자는 다음과 같은 아이디어를 제시하고 있다.¹⁵⁾

손해의 개념과 관련하여서는 종래 통설의 지위에 있던 차액설이 아니라 —특히 인신사고와 관련하여 논의되고 있는— 소위 「현실적 손실설」, 즉 개개의 법익에 관하여 입은 불이익이 바로 「손해」라는 최근 유력한 견해를 다시 음미해 볼 필요가 있다.

이에 의하여 독점규제법 위반행위에서의 보호법익을 「공정한 경쟁에 의하여 형성된 가격으로 물품을 구입하는 이익」이라고 보고, 그 경우의 손해란 그 이익에 관련한 불이익, 즉 부당한 거래제한, 불공정거래행위 등에 의하여 형성된 가격(즉 「부당가격」)에 의하여 물품을 구입하지 아니할 수 없었다는 것 자체가 곧 손해라고 하면 어떨까. 그리고 인과관계는 독점규제법 위반행위에 의하여 「부당가격」이 형성되고 그 가격으로 물품을 구입하였다는 것에 의하여 충족된다.

이렇게 보면 실제로 문제되는 것은 「부당가격」의 형성을 원고가 입증하는 것이다. 그리고 이는 가령 위의 가격협정의 예에서는, 가격협정에 의한 原供給價格의 상승(위 1-1. (i)의 ①)과 小賣價格의 상승(④) 및 그 사이의 시간적·장소적 근접성을 원고가 입증하면, 그 후로는 —소위 間接反證論에¹⁶⁾ 의하여— 상대방이 ④가 ①과는 무관하게 일어났든가, 또는 ②나 ③이 일어나지 않았다는 것을 피고가 反證하여야 한다는 것이다.

이러한 제안과 앞의 IV. 4에서 본 下級審判決의 판시가 유사함은 놀랄 만한 일이다.

2 한편 피해자로 하여금 소송을 제기할 誘因을 주는 제도적 장치의 정비도 시급하다고 생각된다.

미국과 같은 3배액손해배상이나 징벌적 손해배상을 도입하는 것이 만일 체계파괴적인 것으로 생각된다 고 하더라도, 다음과 같은 방책은 검토하여 볼 만하다.

- 1) 집단당사자의 소송제도의 정비
- 2) 저작권법 제93조, 제94조나 특허법 제128조 등에서 보는 손해액 입증의 경감규정
- 3) 일부라도 승소한 당사자에 대한 소송비용 부담의 면제 ■

15) 淡路剛久, “獨禁法違反損害賠償訴訟における損害論”, 經濟法學會年報 제3호(1982), 48면 이하.

16) 註 14의 大判 84.6.12. 참조.