

독점금지소송에서의 공리공론적 손해배상의 증명 -Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp. 사건-*

이 기 중 | 안동대학교 법학과 교수

● ● ● ● ● ● ● 머리

필자는 본지 5월호에 게재된 평석에서, 미국 독점금지소송의 필수요소로 자리잡은 경제전문가의 역할을 간단히 서술하면서, 우리 공정거래소송에서도 경제전문가의 증언통제문제가 곧 현안으로 대두되리라 예상한 바 있다.¹⁾ 사실 공정거래법의 집행에 있어 경제전문가가 기여할 수 있는 분야는 매우 많아 (예: 관련시장, 시장지배력, 수요와 공급의 탄력성, 효율, 진입장벽, 문제된 행위가 경쟁에 미치는 영향, 법 위반행위로 입은 손해 등) 이를 일일이 열거하기 어려울 정도이다. 또한 현재 공정거래법의 집행은 주로 공정거래위원회의 심결절차와 그에 대한 행정소송절차에 중점이 두어져 있으나, 앞으로 손해배상을 중심으로 하는 민사소송과 형사소송의 비중도 점차 늘어갈 것으로 예상된다. 특히 손해배상소송의 경우는 공정거래위원회의 시정조치가 확정되면 피해당사자가 바로 소송을 제기할 수 있어, 공정거래위원회의 전속적 고발과 검찰권의 발동이 요구되는 형사소송에 비해 조기에 활성화될 가능성이 매우 높다고 보여진다. 따라서 본고에서는 손해배상액의 증명과 관련된 경제전문가의 증언에 관한 미국 연방고등법원의 대표적 판례 하나를 살펴보고자

* 이 논문의 초고를 읽고 경제학적 지식이 부족한 필자에게 귀한 조언을 해주신 LECG(Law and Economics Consulting Group)의 신동준 박사님께 감사의 말씀을 드린다. 신 박사는 미국 법무부 독점금지국과 연방거래위원회에서 economist로 활동하신 바 있다. 물론 모든 오류는 필자의 것이다.

1) 이기중, "독점금지소송에 있어서 경제전문가의 증언 -City of Tuscaloosa v. Harcros Chemicals 사건-", 공정경쟁 제81호 (2002. 5.), 60면, 64면.

한다.²⁾ 이 판결에서는 경제전문가의 증언이 공리공론적인(speculative) 것인지 여부가 문제되었다. 이하에서는 먼저 이 사건의 경위와 판결의 내용을 살펴보고, 이어서 손해배상액의 증명방법과 전문가증언의 공리공론성 문제를 논하고자 한다.

●●●●●●●● 사건의 경위

브룬스윅(Brunswick)社로부터 엔진을 구입하는 일단의 보우트 제조업자들이 브룬스윅사를 서먼법 제1조, 제2조 및 클레이튼법 제7조 위반으로 제소하였다. 본고에서는 이 중 서먼법 위반이 문제된 브룬스윅사의 할인정책에 초점을 맞추어 살펴보고자 한다. 브룬스윅사는 구매자들이 자신들의 엔진 소요량 중 일정비율 이상을 브룬스윅사의 제품으로 구입하는 경우 가격을 할인해주는 정책(소위 “점유율기준 할인(market share discount)”)을 시행하였다. 예컨대, 자신들의 엔진 소요량 중 70% 이상을 브룬스윅사 제품으로 구입하는 구매자에 대하여는 가격을 3% 할인하여 주었으며, 2년 이상 그 비율을 유지하는 자나 구매량이 많은 자에게는 추가할인을 제공하였다. 그러나 이 방식에 의한 최대할인율을 적용받는 경우에도 그 가격은 비용을 상회하는 것이었다.

원고측은, 피고의 할인율이 너무 높아 할인을 받지 못하는 보우트 제조업자는 할인혜택을 받는 제조업자와 경쟁할 수 없었고, 그리하여 보우트 제조업자들은 할인율이 적용되는 구매비율을 지킬 수밖에 없었으며, 따라서 피고의 주된 경쟁업체인 볼보(Volvo)사에게는 최소효율규모에 도달하기도 어려운 정도의 시장점유밖에 남지 않았다고 주장하였다. 그 결과 볼보사는 피고보다 비용이 높아져서, 피고가 위의 할인정책이 없었을 경우보다 30% 높은 초과가격(overcharge)³⁾을 부과하는 것을 막지 못했다고 주장하였다.

원고측의 경제전문가는, 피고의 할인정책이 이론적으로나 실제적으로나 위에 말한 바와 같은 반경쟁적 효과를 가짐을, 소위 “쿠르노 모델(Cournot model)”을 인용하면서 다음과 같이 주장하였다. 즉, 종래 피고와 볼보사의 비용 및 엔진 품질은 동일하였으므로, 쿠르노 모델에 의할 때 양사의 시장점유율은 50% 대 50%로 귀결되어야 한다. 그런데 피고의 시장점유율이 수차에 걸쳐 78%에 달하였다는 사실은 곧 피고가 반경쟁적 행위를 시행하였음을 의미한다. 따라서 피고가 50%의 시

2) Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp., 21 F.Supp. 2d 923 (E.D.Ark.1988), rev'd, 207 F.3d 1039 (8th Cir. 2000), cert. denied, 121 S.Ct. 428 (2000).

3) 초과가격(overcharge)이라 함은 실제로 지불된 가격과 법 위반행위가 없었더라면 지불되었을 가격간의 차액을 말한다.

장점유율을 넘어선 시점부터 보우트 제조업자들에게 초과가격이 부과되었다고 보아야 한다.

피고측은, 본안 심리전의 다우버트 심리(Daubert hearing)⁴⁾에서, 원고측 경제전문가의 초과가격 산정이 합리적 기초를 결하고 있으며, 그가 원용한 것은 실은 쿠르노 모델이 아니고 단순한 기계적인 공식에 불과하다고 주장하였다. 그러나 지방법원은 원고측 전문가의 증언을 허용하였고, 배심은 이에 기초하여 4천 4백만 달러에 달하는 손해배상을 평결하였다.

Ⅲ. 항소심판결

제8연방고등법원은, 원심판결을 파기하면서 다음과 같이 실시하였다.

첫째, 경쟁을 촉진함으로써 낮은 가격을 유도하는 것을 목적으로 하는 독점금지법의 입장에서 가격할인의 반경쟁적 효과를 인정하기 위해서는 엄격한 요건을 충족시킬 필요가 있다. 그런데 원고측의 이론은, 피고측의 할인정책을 친경쟁적 할인정책과 구별시켜주는 실제적인 기준을 제시하지 못하고 있어 법원으로서 받아들이기 수가 없다.

둘째, 원고측은 구매자들이 그 엔진 소요량의 70%를 브룬스윅으로부터 구입할 때 적용되는 할인이 매우 중요(critical)하다고 주장하였으나, 실제로는 70% 미만을 구입함으로써 이 중요하다는 할인을 적용받지 않는 구매자들이 있는가 하면, 원고측의 주장에 의할 때 소요량의 70%를 넘는 부분은 타사제품으로 구입하는 것이 이익이 될 것임에도 불구하고 피고의 제품을 70%를 초과하는 비율로 구입하는 구매자들도 있어, 원고측의 이론은 드러난 사실들과 모순되고 있다.

셋째, 비록 원용된 경제이론⁵⁾이 동료들에 의한 검토, 공간(公刊), 검증, 이미 알려져 있거나 잠재적인 오류의 비율 및 일반적인 승인 등과 같은 다우버트 기준을 충족시키는 것이라 하더라도, 그것이 당해 사건의 특정 한 사실관계에 적용되지 않는 것이라면 허용되어서는 안 된다. 그런데 원고측 전문가는 피고의 할인정책이 없었다면 브룬스윅과 피고의 시장점유율이 50% 대 50%로 귀결될 것이라고 주장하였으나, 실제로는 피고가 할인정책을 채택하기 전에 이미 피고의 시장점유율이 75%에 이르렀다는 사실을 원고측 전문가는 무시하였다. 또한 볼보사의 제품이 피고의 그것에 비해 품질이 떨어지는 것으로 인식되던 기간에 볼보사의 매출이 가장 급격하게 감소했다는 사실도

4) 다우버트 심리(Daubert hearing)라 함은, 전문가의 신뢰성을 결여한 증언이 배심 앞에서 행해지는 것을 막기 위해 다우버트 판결에서 개발된 기준에 따라 전문가의 증언을 심사하기 위하여 이루어지는 심리절차를 말한다. 다우버트 판결에 관한 상세는 이기중, 전계논문, 60면 이하 참조.

5) 판결문은 쿠르노 모델이 원용된 연방 독점금지 판결을 달리 찾지 못했다고 하고 있으나(207 F.3d at 1056 footnote 11), 쿠르노 모델은 일반적으로 승인되어 다양하게 적용되는 이론으로서 피고측도 이 이론모델 자체에 대해서는 이의를 제기하고 있지 않다.

원고측 전문가는 무시하였다. 이는 양사의 제품이 동일한 품질이라는 주장과 배치되는 것이다. 따라서 원고측 전문가의 견해는, “선미장착(stern drive) 엔진시장의 경제적 실상의 모든 측면을 고려하지 못한 것으로서, 적법한 행위와 위법한 행위를 구별하지 못하는 것이므로 허용되지 말아야 한다”는 것이다. 즉, 원고측 전문가의 결론은 “단순한 공리공론(mere speculation)”에 불과한 것이다.⁶⁾

원고측은 연방대법원에 상고하였으나 기각되었다.

● ● ● ● ● ● ● ● 판결의 분석

1. 점유율기준 할인정책의 반경쟁성 여부

브룬스웁사가 그 할인정책으로 인해 30%의 초과가격을 부과할 수 있었다는 주장은 납득하기 어렵다. 그것이 만약 사실이라면, 볼보사와 같은 경쟁사업자들이 20%의 초과가격을 부과하는 것만으로도 간단히 브룬스웁사의 고객들을 빼앗아올 수 있었을 것이기 때문이다.⁷⁾ 물론 피고가 여러 제품들에 대해 점유율기준 할인정책을 실시하는 데 반해 원고는 오직 한 제품만 가지고 경쟁하고 있을 경우라든가, 피고는 전국적으로 경쟁을 하는 데 반해 원고는 한 지역에서만 경쟁하고 있는 경우에는 이러한 할인정책이 반경쟁적 효과를 가질 수도 있으나, 본 사건에서 원고는 이러한 사정들을 전혀 주장하고 있지 않은 것이다.⁸⁾ 그럼에도 불구하고 지방법원은 전문가의 증언 중 옥석을 가리는 고유의 문지기 역할(gatekeeping)을 수행하지 않음으로써 막대한 손해배상 평결이 내려지게 방치한 것이다.

2. 독점금지법 위반행위로 인한 손해액의 증명

독점금지법 위반행위로 인한 손해배상을 청구하기 위하여 원고는 피고의 위법한 행위로 인해

6) 207 F.3d at 1057.

7) Hovenkamp, Post Chicago Antitrust: A Review and Critique, 2001 Colum. Bus. L. Rev. 257 at 280.

8) Id. at 280f.

자신의 형편이 나빠졌음을 증명하여야 한다. 그 가장 통상적인 방법은, 피고의 위법행위만이 배제되고 나머지는 동일한 가상의 상황("but-for" condition)에서의 원고의 상태를 제시하고, 이러한 가상의 상황과 실제상황과의 차이(가격으로 나타날 수도 있고, 이익으로 나타날 수도 있는)를 손해액의 척도로서 제시하는 것이다.⁹⁾ 피고의 위법행위가 배제된 가상의 상황을 제시하는 방법으로는 전후법(before-and-after methods)과 척도법(yardstick methods)이 사용되어 왔다. 전후법은 동일한 시장에서 피고의 위법행위가 있었던 시기의 상태와 없었던 시기의 상태를 비교하는 것이다. 척도법은 피고의 위법행위가 없었던 시기의 상태에 대한 기록(track record)이 부족할 경우¹⁰⁾ 비교가능한 다른 시장을 찾아서 문제된 시장과 비교하는 것이다.

한편 피고의 비용과 수익에 관한 자료만을 가지고 원고의 손해액에 대한 증거로 활용하는 대안도 제시되고 있으며,¹¹⁾ 그 밖에도 매우 다양한 경제이론 모델들이 손해액의 증명을 위해 원용되고 있다.¹²⁾

3. 공리공론적 손해액의 증명

전통적으로 독점금지법 위반행위로 인한 손해액의 입증에 관하여는 원고의 입증부담을 매우 가볍게 인정하여 주는 것이 법원의 입장이다. 그렇지 않으면 독점금지법 위반의 입증곤란으로 인해 범법자가 이익을 얻게 되기 때문이다.¹³⁾ 그러나, 이러한 입증책임의 경감이 친경쟁적 행위조치 억제하는 부작용을 초래하는 것을 막기 위해, 법원은 지나치게 함량미달인 손해액의 증명을 "공리공론적(speculative)"이라 이름 붙이면서 손해배상청구를 기각하곤 한다. 피고의 법 위반행위가 배제된 가상의 상황과 실제상황간의 차이를 제시하는 것이 손해액의 증명이라고 할 때, 이러한 차이의 발생을 초래하였을 수도 있는 피고의 위법행위 외의 다른 요소들을 합리적으로 설명하지 못하는 원고측의 증명은 공리공론(speculation)이라 부를 수 있을 것이다.¹⁴⁾ 전후법에 관한 판결들이 손해액증명의 최소기준으로 요구하는 것은 다음 두 가지이다.¹⁵⁾ 첫째, 비교되는 기간들이 상호 비교가능한 것이어야 한다. 원고나 유사한 기업이 피고의 위반행위가 없을 경우 원고가 제시한 시나

9) Blair & Page, "Speculative" Antitrust Damages, 70 Wash. L. Rev. 423 at 426 (1995).

10) Coastal Fuels of Puerto Rico, Inc. v. Caribbean Petroleum Corporation, 79 F.3d 182, 200 (1st Cir. 1996).

11) Erickson, Costs and Conspiracy: Use of Cost Data in Private Antitrust Litigation, 14 Antitrust Bull. 347 (1969).

12) Floyd & Sullivan, Private Antitrust Actions: The Structure and Process of Civil Antitrust Litigation at 1001f. (1996).

13) Bigelow v. RKO Radio Pictures, Inc., 327 U.S. 251, 264 (1946).

14) Blair & Page, supra note 7 at 47.

15) Id. at 469.

리오와 유사하게 성과를 거둔 경우에만 법원은 원고의 설명을 받아들일 것이다. 둘째, 원고가 제시하는 가상의 상황은 손해발생기간중에 모든 시장참가자들이 자신들의 이익극대화를 위해 반응하는 것을 전제로 한 것이어야 한다. 한편 척도법의 경우는 비교되는 두 시장이 완전히 동일하지 않은 한 그 차이들을 고려하여 손해액이 산정되어야 하므로 더욱 까다로운 요건을 충족시켜야 한다고 할 수 있다.¹⁶⁾

또한 피고의 비용 및 이익자료를 기초로 한 증명법도, 경쟁적인 상황에서의 이윤수준과 위법행위기간중의 이윤수준의 차이를 증명하여야 하기 때문에 매우 실행하기 곤란한 것으로 평가되고 있다.¹⁷⁾ 그리고 다양한 경제이론 모델을 원용한 손해액증명의 경우에도 그 결론이 도출된 전제조건들이 증거에 의해 뒷받침되는 경우에만 법원이 이를 받아들이고 있다.¹⁸⁾

● ● ● ● ● ● ● 맺으며

독점금지법 위반으로 인한 손해배상청구제도는 피해자의 구제와 반경쟁적 행위의 억제라는 양면의 효과를 모두 지닌 구제수단이다. 따라서 이 제도는 법 위반행위로 인한 피해자구제의 충실과 친경쟁적 시장행동의 조장이라는 두 가지 목적이 조화롭게 달성될 수 있는 방향으로 운영되어야 할 것이다. 우리나라의 경우는 아직 공정거래법 위반행위로 인한 손해배상청구제도가 그 잠재력을 발휘하지 못하고 있는 상황이지만, 그 활성화를 위해 원고의 입증부담을 지나치게 경감할 경우 친경쟁적 활동의 저해라는 뜻밖의 부작용이 일어날 수 있다.¹⁹⁾ 따라서 적어도 당해 사건의 사실관계와 유리되어 현실적 기초를 결한 공리공론적 손해액증명은 이를 배척하여야 할 것이다. 물론 법정에서 손해액증명의 공리공론성 여부를 심사하기 위해서는 장기적으로 경제학적 심사의 역량을 갖춘 법조인들의 배출이 필요하다 하겠으나, 우선은 민간의 전문가를 감정인으로 소환하는 등의 방법으로 공정거래 소송에 본격적인 경제학적 심사의 장을 마련하는 방안을 검토할 필요가 있지 않을까 한다. **공정**

16) Id. at 451.

17) Lanzillotti, Problems of Damages in Antitrust Suits, 16 Antitrust Bull. 329 at 339 (1981).

18) Floyd & Sullivan, *supra* note 9 at 1001.

19) 물론 우리 법은 미국법과 달리 3배배상이 아닌 실손배상만을 인정하기 때문에 이러한 냉각효과(chilling effect)를 다소 적게 평가할 수도 있다. 그러나 거액의 손해배상소송이 제기되는 경우에는 실손배상이라 하더라도 경제에 미치는 영향이 매우 커질 수 있다. 그리고 공정거래소송수행에 드는 적지 않은 비용을 생각할 때 손해배상소송이 일단 제기되면 소가가 거액이 될 가능성이 높다 하겠다.