



Daubert 사건과 독점규제소송상 경제적 증거평가에 대한 소고

주 진 열
단국대학교 법정대학 교수

I. 독점규제소송과 경제적 증거평가

독점규제소송에 있어서 특히 난해한 경제적 증거평가가 개입이 된 분쟁사건의 경우, 법원이 통상적으로 갖고 있는 법률적 지식이나 경험 밖에 있는 경제학적 문제가 다투어질 수 있다.¹⁾ 이때 법원은 복잡한 경제학적 쟁점이 포함된 사실관계 확정에서 경제학 지식의 부족으로 인해 스스로 의도하지 않은 인식론상의 착오를 일으킬 위험에 직면할 가능성이 있다.²⁾ 이러한 착오는 법관 개인의 고의적이고 악의적인 잘못이 결코 아니기 때문에, 만일에 하나라도 독점규제소송에서 담당 재판부의 인식론상의 착오로 인해 특정 경제적 증거가 잘못 평가되었다고 하더라도 소송당사자들이 이를 문제 삼아 다투기 곤란한 상황이 발생할 수 있다.

위와 같은 이유로 법원은 복잡한 경제적 쟁점이 개입된 독점규제소송에 있어서는 사실관계 확정에서 경제학자의 견해에 직접 또는 간접적으로 의존할 수밖에 없게 될 것이다. 만약 소송당사자들이 제시한 경제적 증거가 서로 상충되고, 이에 더하여 감정인 또는 참고인의 지위에서 복수의 경제학자가 제출한 감정의견도 서로 다르다면, 과연 법원은 문제된 경제적 증거를 어떻게 평가해야 할 것인가? 본고는 경제적 증거의 산출이 '과학적' 통계방법론에 의존하고 있다는 점에 착안하여, 과학적 증거평가에 관한 Daubert 사건³⁾이 독점규제소송에 있어서 서로 반대되는 경제적 증거 또는 경제학자의 감정(鑑定)을 평가함에 있어서 어떠한 시사점을 줄

1) 예컨대, 가격고정 담합 문제에 있어서 의식적 병행행위(conscious parallelism)를 직접적으로 증명할 수 있는 증거가 없다고 하더라도 이를 간접적으로 증명할 수 있는 경제적 증거가 정황증거로 이용될 수 있다. 직접증거와 정황증거의 차이점은 법적 의미에 있어서의 증명력(probative value)에 있을 뿐이므로, 의식적 병행행위에 대한 간접증거도 가격고정을 입증할 수 있는 증거에 해당할 수 있음은 물론이다.

2) 난해한 과학적 증거평가에 있어서 사실관계 확정자가 과학지식 부족으로 인식론상의 착오에 빠질 수 있다는 문제점에 대해서는 다음 논문을 참조. Scott Brewer, "Scientific Expert Testimony and Intellectual Due Process", 107 *Yale L. J.* 1535 (1998), pp. 1672-1673.

3) William Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579 (1993).



수 있는지 그러한 시사점의 한계는 무엇인지를 알아보고자 한다.

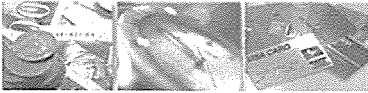
II. 경제적 증거와 과학적 통계학 방법론 : Daubert 사건의 시사점

독점규제소송에 있어서 경제적 증거는 과학적 통계학적 방법론에 기초하여 만들어진다. 어떠한 경제학적 방법론도 100% 완벽한 진실을 보장할 수 없기 때문에 독점규제소송에 있어서 경제학적 주장은 확률에 근거한 통계학적 추정에 근거하기 마련이고, 그러한 주장이 진실인지 거짓인지 여부도 상대적인 확률 개념으로 파악할 수밖에 없다.⁴⁾ 독점규제소송에 있어서 특정 사실관계의 확정과 관련하여 A라는 경제적 증거와 B라는 경제적 증거가 서로 정반대의 내용을 담고 있다면, 과연 어떤 방법으로 어떤 증거에 보다 큰 증명력을 부여해야 하는가? 예컨대 A라는 경제적 증거는 경제학계의 주류적 견해를 반영한 것이고 반면에 B라는 경제적 증거는 소수 견해를 반영한 것이라고 해서, 전자가 후자에 비해 증명력이 우세하다고 판단할 수 있는가? 또는 A라는 경제적 증거는 세계적으로 저명한 경제학자의 연구결과에 바탕을 둔 것이고, 반면에 B라는 경제적 증거는 그렇지 못한 경제학자의 연구결과에 바탕을 둔 것이라면, 전자가 후자에 비해 증명력이 우세하다고 판단할 수 있는가? 이러한 가상적 사안에 있어서 아마도 법원은 B라는 경제적 증거보다는 A라는 경제적 증거에 보다 더 큰 신뢰성을 부여하여, 현실적으로 A에 기한 심증형성의 유혹을 받을 수 있다. 만약 법관이 특정 경제적 증거가 학계의 주류적 견해를 반영하였다는 이유로 또는 저명한 경제학자의 연구결과라는 이유로 우세한 증명력을 부여한다면, 이는 증거 '평가'에 의한 심증형성이 아니라 증거 '선택'에 의한 심증형성이 될 것이다. 이러한 경우에는 앞서 언급한 바와 같은 인식론상의 착오가 일어날 수 있는 위험이 있다. 이를 피하기 위해서는 무엇보다도 특정 경제적 증거를 만드는데 있어서 채택된 '방법론'이 과학적으로 건전한 것인지 여부에 증거평가의 기준을 두어야 할 것이다. 그렇다면 어떤 경제적 증거가 과학적 건전성을 담보하고 있는지 알 수 있는가? 일단 경제적 증거는 과학적 통계방법론에 기초해야 한다는 점에서 이데올로기와 같은 신념체계에 기초해서는 아니 된다. 이데올로기에 기초한 경제적 증거는 증거로서의 가치가 처음부터 부인되어야 할 것이다.

과학적 건전성과 관련하여, 과학철학계에서는 건전한 과학과 과학을 가장한 사이비 과학 구별가능성 여부와 관련하여 합리주의와 상대주의 간의 논쟁이 진행되어 왔다.⁵⁾ 합리주의는 건

4) 예컨대 경제적 증거에 있어서 다중회귀분석의 의미에 대한 논의로서 다음 문헌을 참조. Daniel L. Lubinfeld, "Reference Guide on Multiple Regression", in Federal Judicial Center, *Reference Manual on Scientific Evidence*, 2nd ed. (St. Paul, MN: West Group, 2000), pp. 179-221.

5) 합리주의와 상대주의에 대한 간략한 설명은 다음을 참조. David Goodstein, "How Science Works, in



전한 과학은 그 자체의 고유한 원리에 의해 사이비 과학과 구별될 수 있다고 본다.⁶⁾ 반면에 과학적 방법론 그 자체를 부정하는 극단적 상대주의는 과학을 사이비 과학으로부터 구별할 수 있는 기준은 그 어디에도 없다고 한다.⁷⁾ 여기서 과연 합리주의와 극단적 상대주의 중 어느 견해가 과학철학 차원에서 옳은지는 본 고의 관심 대상이 아니다. 본 고의 관심은 독점규제소송에서 경제적 증거가 정황증거로 이용되는 경우, 증거평가 차원에서 중요한 것은 바로 증거평가 기준으로서 기능할 수 있는 과학적 개념을 합리주의와 상대주의 중에서 과연 어느 것이 제공할 수 있는지에 있다. 건전한 과학과 사이비 과학을 서로 구별할 수 없다는 상대주의에 따르면, 경제적 증거의 과학적 건전성 여부를 따질 이유가 없어진다. 이러한 이유로 경제적 증거평가라는 소송절차상의 목적에 국한시켜 본다면, 건전한 과학적 방법론과 그렇지 않은 방법론의 구별 기준을 제시해 줄 수 있는 합리주의가 경제적 증거평가의 기준을 제시하는데 일정한 도움을 줄 수 있다고 생각된다.

합리주의 과학철학은 오늘날 과학적 연구방법론은 수 많은 가설을 만들어 내고 그러한 가설이 반증 가능한 것인지 여부를 살펴보기 위해서 여러 가설을 검증하는 것에 바탕을 두고 있으며, 과학적 설명인 진술은 반드시 경험적으로 검증될 수 있어야 하고,⁸⁾ 어떤 이론이 과학적 지위에 있는지 여부의 판단 기준은 그 이론의 반증 가능성(falsifiability), 또는 반박 가능성(refutability), 또는 검증 가능성(testability) 여부에 있다고 본다.⁹⁾ 이로부터 건전한 과학과 그렇지 않은 과학을 구별해 줄 수 있는 과학적 방법론이란 바로 반복적인 검증 가능성 및 반증 가능성임을 알 수 있다. 이는 이미 언급한 바 있는 Daubert사건¹⁰⁾에서 미 연방대법원이 어떤 이론이 과학적 지위에 있는지 여부의 판단기준은 반증 가능성, 또는 반박 가능성에 있다고 판시한 데에서도 확인할 수 있다. 이러한 구별 기준은 다른 사건에서도 여러 차례 확인된 바 있으며¹¹⁾ 하급 연방법원뿐만 아니라 학계로부터도 지지를 얻고 있다.¹²⁾

Federal Judicial Center”, *Reference Manual on Scientific Evidence*, 2nd ed. (St. Paul, MN: West Group, 2000), pp. 69-73.

6) 대표적인 문헌으로는 특히 다음 문헌을 참조. Carl G. Hempel, *Philosophy of Natural Science* (Prentice-Hall, 1966); Carl G. Hempel et al (eds.), *Methodology, Epistemology, and Philosophy of Science* (Dordrecht/Boston: D. Reidel Publishing Company, 1983); K. Popper, *The Logic of Scientific Discovery* (New York: Routledge, 1959); K. Popper, *Conjecture and Refutation: The Growth of Scientific Knowledge* (New York: Basic Books, 1968); K. Popper, *The Myth of the Framework: In Defense of Science and Rationality* (London/New York: Routledge, 1968).

7) 대표적 문헌으로서 Paul K. Feyerabend, *Against Method : Outline of an Anarchistic Theory of Knowledge* (London : Humanities Press, 1975).

8) Carl G. Hempel, *supra* note 6, p. 49.

9) K. Popper, *Conjecture and Refutation: The Growth of Scientific Knowledge* (New York: Basic Books, 1968), p. 37.

10) William Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579 (1993).

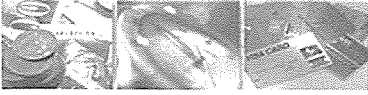


그렇다면 독점규제소송에 있어서 특정 사실관계의 확정과 관련하여 A라는 경제적 증거와 B라는 경제적 증거가 서로 정반대되는 경우에 있어서, 법원은 반드시 경제학계의 주류적 견해에 의존할 필요가 없을 것이다. 비주류인 경제학적 견해를 담은 경제적 증거도 그 기초가 되는 과학적 통계방법론이 건전하다면 경우에 따라 우세한 증명력이 인정되어야 할 것이다. 다만 법원은 소수견해에 근거한 경제적 증거의 신뢰성과 타당성을 점검하기 위해서는 그러한 견해가 학계에서 검증되고 높이 평가받는 것인지 여부를 검토해야 할 것이다. 경제적 증거에 대한 검증과 평가는 바로 관련 경제학자들의 동료집단에 의해 이루어질 수밖에 없다. 이러한 점에서 특정 경제적 증거가 동료집단의 심사(peer review)를 거쳤는지 여부는 매우 중요할 수 있다.¹³⁾ 경제학계에서의 검토를 통하여 특정 경제적 증거는 그 기초가 된 통계적 분석방법에 심각한 오류가 있다고 판명될 수도 있을 것이다. 이러한 맥락에서 법원은 경제적 증거평가와 관련하여 동료집단에 의한 심사를 거치지 않은 경제학 보고서에 대해서는 증거능력에 일정한 제한을 부과하는 것이 바람직하다고 판단된다.

11) *General Electric Co. v. Joiner*, 118 S.Ct.2 512 (1997); *United States v. Scheffer*, 118 S.Ct. 1261 (1998); *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 118 S.Ct. 2339 (1999) 등 참조.

12) Daubert 판결에 대한 평석으로는 다음 논문을 참조. David E. Bernstein, "The Admissibility of Scientific Evidence after Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.", 15 *Cardozo L. Rev.* 2139 (1994); Bert Black et al, "Science and the Law in the Wake of Daubert: A New Search for Scientific Knowledge", 72 *Tex. L. Rev.* 715 (1998); Hon. Harvey Brown, "Procedural Issues Under Daubert", 36 *HOUS. L. REV.* 1133 (1999); K. Chesebro, "Taking Dauberts Focus Seriously: The Methodology/Conclusion Distinction", 15 *Cardozo L.R.* 1745 (1994); Cassandra C. Colchagoff, "A New Era for Science and the Law: The Face of Scientific Evidence in the Federal Courts after Daubert v. Merrell Dow Pharmaceutials, Inc.", 29 *Tulsa L.J.* 735 (1994); Edward J. Imwinkelried, "Evidence Law Visits Jurassic Park: The Far-Reaching Implication of the Daubert Courts Recognition of the Uncertainty the Scientific Enterprise", 81 *Iowa L. Rev.* 55 (1995); Erin K.L. Mahaney, "Assessing the Fitness of Novel Scientific Evidence in the Post-Daubert Era: Pesticide Exposure Cases as a Paradigm for Determining Admissibility", 26 *Envtl. L.* 1161 (1996); Ephraim Margolin, "Daubert: Comments on the Scientific Evidence Symposium", 30 *U.C. Davis L. Rev.* 1249 (1997); John M. Mansfield, "Scientific Evidence under Daubert", 28 *St.Marys L.J.* 1 (1996); Susan R. Poulter, "Daubert and Scientific Evidence: Assessing Evidentiary Reliability in Toxic Tort Litigation", 1993 *Utah L. Rev.* 1307 (1993).

13) 과학적 증거평가에 있어서 동료집단에 의한 심사의 중요성에 대한 보다 상세한 논의는 다음을 참조. Lawrence S. Pinsky, "The Use of Scientific Peer Review and Colloquia to Assist Judges in the Admissibility Gatekeeping Mandated by Daubert", 34 *Hous. L. Rev.* 527 (1997).



III. 경제적 증거평가 기준으로서의 통계적 추정의 타당성

소송절차가 진실 발견을 그 이념으로 삼고 있다고 하더라도 인간 지식의 한계로 인해, 어떠한 소송당사자도 어떤 사실을 100%의 확실성으로 입증할 수는 없다. 독점규제소송에 있어서 정황증거로 이용되는 경제적 증거는 완벽한 진실 그 자체가 아니라 진실일 수 있는 확률을 나타낼 뿐이다. 경제적 증거가 사실관계 확정에 있어서 매우 중요한 사건에 있어서는, 법원은 제한된 시한 내에 난해한 경제적 증거를 제대로 평가하여 판단을 내리기가 매우 힘들 수도 있다.

경제적 증거는 과학적 통계방법론에 의존하고 있다는 점에서, 법원은 과학자가 아니고 법정은 과학실험실이 아니지만 법은 과학적으로 건전한 지식의 범위에 속하는 결정을 추구해야만 한다는 미 연방대법관 Breyer의 언명¹⁴⁾은 독점규제소송에 있어서 경제적 증거평가 문제와 관련하여 큰 시사점을 준다. 사실 경제학자가 법원에 제출하는 감정(鑑定)은 권고적 성격만을 가지므로 법원은 경제학자가 제시한 의견에 구속될 필요가 없다. 그럼에도 불구하고 법원은 독점규제소송에 있어서 복잡한 경제학적 쟁점이 포함된 사실문제를 다룸에 있어서 경제학자가 제출한 의견에 크게 의존하게 될 것이고, 이러한 범위에서 과학적 통계학방법론에 근거한 경제학자의 감정의견은 사실관계의 객관적 평가에 있어서 핵심적 역할을 수행할 것이다. 이러한 점에서 독점규제소송에서 경제적 증거의 평가에 있어서 이론적 및 통계적 건전성을 강조하고 Daubert 법리의 적용가능성을 제시한 Blair와 Herndon의 주장은 일면 타당해 보인다.¹⁵⁾

그런데 미국 연방증거규칙 제702조와 같이 과학적 증거와 관련한 명문의 성문법 규정이 없는 우리나라의 법제하에서는 국내 독점규제소송상 경제적 증거의 평가기준으로서 과학적 증거평가에 관한 Daubert 법리를 도입하는 데에는 분명 일정한 한계가 있다. 이러한 한계는 미국과 달리 독점규제소송에서 경제학자의 역할이 상대적으로 미미한 한국적 상황에서는 더욱 커진다. 그럼에도 불구하고 독점규제소송에서도 특히 난해한 경제적 증거평가가 개입된 사건을 해결함에 있어서 인식론상의 착오를 피하고 정확한 사실관계의 확정을 위해서는, 특정 경제적 증거가 과학적으로 건전한 통계학적 추론에 기초하고 있는지에 대한 평가는 반드시 있어야 할 것이다. 이러한 점에서 어떠한 통계학적 분석도 피할 수 없는 오류(error)의 개념을 중심으로 경제적 증거의 증명력 평가기준을 만들 수 있고, 이러한 범위내에서 Daubert 법리는 우리나라에서도 경제적 증거의 객관적 평가에 있어서 일정한 역할을 할 수 있는 여지가 있다고 생각된다. **정정지표**

14) Stephen Breyer, "The Independence of Science and Law", 280 Science 537 (1998), reprinted in Federal Judicial Center, *Reference Manual on Scientific Evidence*, 2nd ed. (St. Paul, MN: West Group, 2000), p. 4.
15) Roger D. Blair & Jill Boylston Herndon, "The Implications of Daubert for Economic Evidence in Antitrust Cases", 57 Wash. & Lee L. Rev. 801 (2000), pp. 829-830 참조.