

독점금지소송에 있어서 경제전문가의 증언

-City of Tuscaloosa v. Harcros Chemicals 사건-

이 기 증 | 안동대학교 법학과 교수

● ● ● ● ● ● ● 머리에

1970년대 이후 미국 독점금지법에서 자체성의 원칙(당연위법의 원칙, per se rules)이 퇴조하면서 합리성분석이 요구하는 경제분석의 수요를 충족시키기 위해 독점금지소송에서 경제전문가의 증언이 차지하는 비중이 급격히 증가하였다.¹⁾ 그리하여 오늘날은 경제전문가의 증언이 없는 독점금지소송이란 거의 생각할 수 없는 정도가 되었으나, 이 과정에서 검증되지 않았거나 주류에서 벗어난 이론에 근거한 증언, 공리공론에 치우친 증언 또는 의뢰인의 이익에 부응하고자 왜곡된 증언 등에 대한 질적 통제의 문제가 대두되었다.²⁾ 이러한 자격미달의 증언들이 배심 앞에서 행해지지 않도록 차단하는 방법으로는 크게 두 가지가 있는데, 첫째는, 1993년의 다우버트(Daubert) 판결³⁾에서 개발되어 연방증거규칙(Federal Rules of Evidence) 제702조(Rule 702)에 도입된 기준에 미달하는 경제전문가의 증언을 배제하는 것이며, 둘째는, 경제전문가의 증언이 사건의 필수

* The author wishes to thank Professor Jan Vetter of UC Berkeley Law School, who is one of the leading authorities in the field of complex civil litigations, for invaluable advice and encouragement. 또한 이 논문의 초고를 읽고 민사소송에 대한 지식이 짧은 필자에게 귀한 조언을 해 준 대구대학교 법과대학의 강태원 교수에게도 심심한 사의를 표한다.

1) A. I. Gavil, Defining Reliable Forensic Economics in the Post-Daubert/Kumho Tire Era: Case Studies from Antitrust, 57 Wash. & Lee L. Rev. 831 at 833f. (2000).
 2) P. Areeda, R. D. Blair & H. Hovenkamp, 2 Antitrust Law ¶1309a (2d ed. 2000).
 3) Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993).

요소가 되는 사실상의 쟁점을 형성하는 데 불충분할 경우 배심을 거치지 않고 하는 판결(summary judgment) 절차로 들어가는 것이다.

다우버트 판결은, 전문가의 증언은 모두 허용한다는 70년 이상 지속된 선례⁴⁾를 깨고, 판사에게 문지기(gate keeping) 역할을 할 책임을 부여하면서, 전문가의 증언의 신뢰성(reliability)을 판단함에 있어서, 그가 사용하는 이론이나 기술이, (i) 검증될 수 있거나 이미 검증된 것인지, (ii) 동료들에 의해 검토되고 공간(公刊)된 것인지, (iii) 일반적으로 승인된 것인지, (iv) 이미 알려져 있거나 잠재적인 오류의 비율은 어느 정도인지 등을 검토하여야 한다고 판시하였다. 다우버트 사건은 원래 의약품의 부작용에 관한 것으로 여기서 제시된 기준은 과학적(scientific) 지식에 기초한 증언만을 대상으로 한 것이었으나, 그 후 타이어의 제조물 책임에 관한 금호(Kumho) 판결⁵⁾에서 과학 외 분야의 기술적이고(technical) 전문적인(specialized) 지식에 기초한 증언에도 적용되는 것으로 확장되었다. 이에 따라 독점금지사건에서도 경제분야 전문가의 증언에 다우버트 기준을 적용하는 판례가 속출하였으며, 본고에서 다루는 투스칼루자(Tuscaloosa) 판결⁶⁾은 그 대표적인 사례에 속한다.

● ● ● ● ● ● ● 사건경위

원고인 투스칼루자市는 식수처리용 염소공급업자들이 가격책정을 공모하였다고 주장하였다. 원고는 공모의 직접증거는 제시하지 못하고, 전문가들의 증언을 통해 다음과 같은 몇 가지 정황증거를 제시하였다. 먼저 원고측의 경제전문가는 (i) 염소시장이 소수의 사업자로 구성되어 있고, (ii) 동질적인 제품을 공급하며, (iii) 사업자들의 가격구조가 매우 유사하고, (iv) 수요탄력성이 낮으며, (v) 봉합된 호가를 제출하여 경매하는 방식이 공모에 위반한 자를 색출하기 좋게 만들고 있고, (vi) 피고들이 가격일람표를 발행하고 여타의 거래에서도 이를 준수하였으며, (vii) 동일한 호가를 제출하고, 선별적으로 호가제출을 거부하며, 호가제출을 담합가격에 대한 “신호(signal)”로

4) *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (D.C.Cir.1923).

5) *Carmichael v. Samyang Tire, Inc.*, 131 F.3d 1433 (11th Cir. 1997), cert. granted sub nom. *Kumho Tire Co., Ltd. v. Carmichael*, 524 U.S. 936 (1998).

6) *City of Tuscaloosa v. Hartros Chemicals, Inc.*, 877 F.Supp. 1504 (N.D. Ala. 1995), rev'd, 158 F.3d 548 (11th Cir. 1998), cert. denied, 120 S.Ct. 309 (1999).

사용하는 양상을 보였다고 주장하였다. 또한 원고측의 통계전문가는 (i) 호가의 제출이 특정고객에 대하여 다른 사업자가 종전에 부과하였던 가격을 존중하는 양상을 보였으며, (ii) 담합이 있었다고 주장되는 지역의 가격이 여타 지역의 가격보다 상당히 높았다고 증언하였다.

피고측은 이러한 증언들이 의식적 병행행위를 위법한 공모로 만드는 추가적 요소(plus factors)를 증명하는 데 실패하였으며, 의식적 병행행위 자체만으로 위법한 공모를 구성한다고 봄으로써 연방대법원과 연방제11고등법원의 판례에 배치된다고 주장하였다. 지방법원은 피고측의 이러한 주장을 받아들이는 한편, 상술한 다우버트 기준을 문리적으로 적용하여 통상적인 사업상의 의사소통이나 행사를 공모의 증거로 보는 경제전문가의 해석은 (i) 그의 전문분야인 경제학에서 의지할 만한 근거를 찾을 수 없는 주관적인 견해에 불과하며, (ii) 검증된 적도 없고 검증될 수도 없으며, (ii) 오류의 비율도 알 수 없으므로, 신뢰성이 없어 배제되어야 한다고 판시하였다. 또한 통계전문가의 증언도 신뢰성이 없으며, 그 통계분석도 공모를 증명하기에 불충분하다고 보았다. 원고는 통계전문가의 증언배제에 관해 항소하였다.

● ● ● ● ● ● ● ● 항소심판결

▣ 전문가에 의한 증언의 허용성(admissibility)과 충분성(sufficiency)의 구분

연방제11고등법원은 하급심이 통계전문가에 의한 증언을 다우버트 기준에 따라 허용할 것인지 하는 문제와 그것이 배심을 거치지 않고 하는 판결을 피할 만큼 충분한지 하는 문제를 혼동한 것이라고 판시하였다. 즉, 전문가의 증언은 과학적·기술적 전문지식을 적용하여 사실판정자가 증거를 이해하거나 쟁점이 된 사실관계를 판단하도록 보조할 수만 있으면 된다는 것이다. 다시 말해 문제된 통계전문가의 증언이 그 자체로서 원고의 주장을 입증할 필요는 없으며, “원고가 배심 앞에서 맞추고자 하는 퍼즐의 한 조각을 구성하면” 족하기 때문에, 전문가의 자료나 증언이 증거로서 허용되기 위해서 성공적인 공모를 증명(show a successful conspiracy)하여야 한다고 요구하는 것은 지방법원의 재량남용이라는 것이다.

▣ 전문가에 의한 증언의 한계 : 사실판정자의 보조역할

문제된 통계전문가가 공모의 존재를 주장하거나 특정한 호가의 제출을 공모자들에 대한 신호로 성격규정한 것이 그의 통계전문가로서의 능력범위를 벗어나는 것이라는 점에서는 제11순회항소

법원과 지방법원이 동일한 입장을 보였다. 공모의 존재여부나 호가의 성격에 대한 결론 자체는 전문가들의 도움이 없더라도 사실판정자가 온전히 내릴 수 있는 것이기 때문에, 이러한 주장이나 성격규정은 어디까지나 사실판정자를 보조한다는 전문가증인의 역할에서 벗어나는 일이라는 것이다. 더욱이 이 사건에 적용될 법적 기준에 관한 통계전문가의 견해는 그의 능력을 벗어나는 것으로 배제되어야 한다고 보았다.

반면 호가제출가격, 비용, 동액호가의 빈도 등을 측정하기 위한 자료의 편집과 손해액의 추산에 관한 통계전문가의 증언은, 신뢰성이 입증된 방법론인 단순산술·대수 및 복합회귀분석(multiple regression analysis)의 결과라고 인정되었다.

▣ 판결의 분석

투스칼루사 사건에 대한 지방법원의 판결이 공개되자 다음과 같은 몇 가지 비판이 제기되었다.⁷⁾ 첫째, 현행법과 일치하지 않는 내용이 포함되어 있다고 해서 전문가의 증언이 배제될 경우 변화하는 경제학적 지식에 발맞추어 독점금지법을 발전시키지 못하게 될 우려가 있다. 둘째, 다우버트 판결은 연방증거규칙 제702조에 따른 전문가증언의 배제기준으로서 오로지 전문가가 사용하는 기술이나 방법론(methodology)의 신뢰성에 초점을 맞추고 있는 데 반해서 지방법원판결은 그러한 방법론을 이 사건에 적용한 결과인 결론(conclusion)에 초점을 맞추고 있다. 그러나 결론의 신뢰성에 대한 심사는 증언이 허용된 이후에 별도의 절차를 통해 이루어지도록 되어 있는 것이다. 셋째, 당해 사건에 대한 방법론의 적용결과에 다우버트 기준을 적용하여 그 결론이 이미 동료들의 심사를 받고 공간되었으며 검증되었을 것을 요구하는 것은 어불성설이다. 결론에 대한 심사나 검증은 교호심문(cross-examination) 절차에서 이루어질 것이다. 넷째, 지방법원판결처럼 다우버트 기준을 문리적으로 경직되게 적용한다면 독점금지사건에서 경제전문가가 증언을 하는 데 극복할 수 없는 장애가 생길 수도 있다. 독점금지경제학의 상당부분이 이론적 모델과 정책적 판단의 산물로서 경험적 기초를 결하고 있기 때문이다.

이러한 비판을 받아들여 연방고등법원은 보다 완화된 다우버트 기준을 적용하여 전문가 증언의 허용성과 충분성을 구분함으로써 독점금지소송에서 경제전문가의 증언이 보다 활발히 개진되는 길을 열었다. 그리하여 오늘날 다우버트 기준에 따라 경제전문가의 증언이 배제되는 사례는 매우 적은 것으로 나타나고 있다.⁸⁾ 그러나 이렇게 되자 다우버트 심사에 소요되는 막대한 시간과 비용

7) A. I. Gavil, After Daubert: Discerning the Increasingly Fine Line Between the Admissibility and Sufficiency of Expert Testimony in Antitrust Litigation, 65 Antitrust L.J. 663 at 676ff. (1997).

8) C. B. Hockett, G. M. Alexis & C. M. Wheeler, Revisiting the Admissibility of Expert Testimony in Antitrust Cases, 15 Antitrust 7 at 8 (2001).

이 과연 그만한 가치가 있는지는 의문이 제기되는가 하면,⁹⁾ 당사자주의의 관점에서 다우버트 판결을 극히 제한적으로 해석하고 전통적인 방식에 따라 배심을 거치지 않고 하는 판결(summary judgment)에 회부하는 절차에 치중하자는 의견도 제시되고 있다.¹⁰⁾

생각건대, 아직 다우버트 기준은 발전단계에 있으며, 실무적인 견지에서 볼 때 다우버트 기준에 의해 증언을 배제하는 방식과 증언의 불충분성을 이유로 배심을 거치지 않고 하는 판결(summary judgment)에 회부하는 방식 사이에는 식별할 수 있는 차이가 있으므로,¹¹⁾ 당분간은 다우버트 기준이 미국독점금지소송의 필수요소로서 기능하리라 예상된다.

●●●●●●●● 맺으며

우리 공정거래법에서도 자체성의 원칙의 퇴조는 최근 들어 더욱 가속화되고 있어¹²⁾ 합리성판단을 위한 경제분석의 요구가 급증하고 있다. 따라서 공정거래소송에서 경제전문가의 증언을 어떻게 통제할 것인가 하는 문제가 우리나라에서도 곧 현안으로 대두되리라 생각되는데, 이때 다우버트 판결 및 그 계보에 속하는 판결들이 우리에게 많은 시사점을 던져주리라 기대된다. 물론 우리 민사소송에는 배심제도가 없으며 전문가의 증언도 결국은 법관의 자유심증에 의해 그 가치를 판단하게 되어 있으므로, 투스칼루자 판결에 나타난 바와 같은 허용성과 충분성의 갈등가능성은 배제되어 있다고 할 수 있다. 또한 우리 민사소송법에는 전문가의 증언의 증거능력을 일반적으로 제한하는 규정은 존재하지 않는다. 그러나 경제이론이 재판과정을 통해 법질서의 형성에 영향을 미치는 과정에서 판사가 절차적·규범적 요구에 따라 전문가의 증언의 신뢰성을 변별할 수 있는 기준이 필요하다는 점에서 볼 때 다우버트 및 그 후속판결들은 우리에게도 중요한 연구과제가 되고 있다 하겠다. **공정**

9) Gavil, supra note 1 at 876f.
 10) Hyongsun Kim, Adversarialism Defended: Daubert and the Judge's Role in Evaluating Expert Evidence, 34 Colum.J.L. & Soc. Probs. 223 (2001).
 11) 다우버트 기준에 따라 배제되는 증언은 판사가 일체 고려할 수 없으나, 배심을 거치지 않고 하는 판결(summary judgment)에 대한 신청을 심사함에 있어서는 배제되지 않은 모든 증언을 검토하여야 한다. 다만 이러한 차이도 점차로 좁혀지는 경향이 있다. Areeda et al., supra note 2, ¶1309a.
 12) 예컨대, 김영호, "부당공동행위에 있어 합의의 존재 추정방법," 법률신문 2002. 4. 18.자 <<http://www.lawnews.co.kr/information/case/contents.asp?Seq=558>> (2002. 4. 25. 방문).