

담합의 존재에 관한 경제적 증거: 반독점법과 과점이론의 조화(5)

Gregory J. Werden · 이상승 譯

IV. 담합의 존재 여부에 대한 경제전문가 증언의 증거능력

A. 연방증거법과 Daubert류의 사건(Federal Rules of Evidence and the Daubert Line of Cases)²⁸²⁾

연방증거법 제401조는 '관련된 증거' (relevant evidence)를 "그 증거가 없는 경우와 비교할 때, 소송의 판결에 중요한 사실이 존재할 개연성을 증가시키거나 감소시키는 경향이 있는 증거"라 정의한다.²⁸³⁾ 연방증거법 제402조는 관련된 증거만이 증거능력이 인정된다(admissible)고 규정하고

있으며, 제403조는 관련된 증거라 하더라도, "증거로 허용함으로써 파생되는 피고인에 대한 불공정한 편견의 발생, 쟁점의 혼란, 배심원을 오도할 위험이 그 증거의 증명력(probative value)보다 현저히 크다면 배제(exclude)될 수 있다"고 규정한다.²⁸⁴⁾

전문가의 증언에 대한 연방증거법 제702조는 다음과 같다.

과학적, 기술적 또는 기타 전문지식이 사실심 법원(the trier of fact)이 증거를 이해하거나 쟁점이 되는 사실여부를 결정함에 있어서

* 본 번역문은 ANTITRUST LAW JOURNAL Volume 71 Issue 3, 2004에 게재된 원문을 기고자로부터 번역 허락을 받아 서울대 이상승 교수에게 번역을 의뢰한 것으로서 경쟁저널 제116호(2005. 4)에 이어지는 글이다.

282) 일반적으로 Margaret A. Berger, The Supreme Court's Trilogy on the Admissibility of Expert Testimony, in REFERENCE MANUAL ON SCIENTIFIC EVIDENCE 9 참고 (Fed. Judicial Ctr., 2d ed. 2000).

283) 연방증거법 제401조.

284) 연방증거법 제402조, 제403조.

도움이 된다면, 지식, 기술, 경험, 훈련 또는 교육을 통해 전문가의 자격을 갖춘 증인은, ① 증언이 충분한 사실과 자료에 근거하고, ② 신뢰할만한 원칙과 방법으로부터 나온 것이며, ③ 증인이 그 원칙과 방법을 당해 사건에 적절하게 적용했을 경우, 의견서 제출이나 기타 방법을 통해 증언할 수 있다.²⁸⁵⁾

현행 연방증거법 제702조는 판례법에서의 중요한 발전을 반영하고 있는데, 이는 Frye 판결의 “일반적 수용”(general acceptance) 기준²⁸⁶⁾을 연방증거법으로 대체한 1993년 연방법원의 Daubert 판결²⁸⁷⁾로부터 시작된 것이다.²⁸⁸⁾ 보다 중요하게, 대법원은 사실심 판사(trial judge)가 “증언의 기반이 되는 논증 또는 방법론이 과학적으로 유효한지, 쟁점이 되는 사실문제 판단에 적절히 적용될 수 있는지의 여부”를 판단하는 “수문장 역할(gate keeping role)”을 수행해야 한다고 판시하였다.²⁸⁹⁾ 대법원은 이러한 “심리는 도출된 결론이 아니라 오로지 원칙과 방법론에만 초점을 맞춘 융통성 있는 것”임을 명백히 하였다.²⁹⁰⁾ 또한 Daubert 판결에서 대법원은 “소송의 사실

에 충분히 연계되어 있어 사실을 심리하는 배심원들이 사실 쟁점을 판단하는 데 도움을 줄 수 있을 때”, 즉 증언이 재판에서 진행되는 심리에 잘 부합할 때만, 전문가 증언의 증거능력이 인정된다고 판결하였다.²⁹¹⁾

한 걸음 나아가, Joiner 사건에서 대법원은 전문가 증언의 증거능력에 대한 1심법원의 판결이 재량권의 남용(abuse of discretion)인지의 여부가 대법원에서의 심사대상이라고 판시하였다.²⁹²⁾ 그리고 이 사건에서 대법원은 “존재하는 자료에 대한 연결성이 오직 전문가의 독단적 주장(ipse dixit)에만 의존하는 의견이 증거로 인정”되면 안 된다고 경고하며, “법원은 자료와 전문가가 제시한 의견간의 격차가 지나치게 크다는 결론을 내릴 수도 있다”고 하였다.²⁹³⁾

최근 Kumho Tire 사건에서 대법원은 “사실심 판사의 수문장으로서의 일반적 의무는 ‘과학적(scientific)’ 지식에 근거한 증언에만 국한되는 것이 아니라, ‘기술적(technical)’ 이고 ‘기타 전문화된(other specialized)’ 지식에 근거한 증

285) 연방증거법 제702조.

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

287) Daubert v. Merrell Dow Pharms., Inc., 509 U.S. 579 (1993).

288) Daubert, 509 U.S. 586-89쪽.

289) 상동, 592-93, 597쪽.

290) 상동, 594-95쪽.

291) 상동, 591쪽 (United States v. Downing, 753 F.2d 1224, 1242 (3rd Cir., 1985) 인용).

292) Gen. Elec. Co. v. Joiner, 522 U.S. 136, 141-43 (1997).

293) 상동, 146쪽; cf. Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209, 242 (1993) (만약 “법적 관점에서 효력이 인정되는 충분한 사실에 의해 뒷받침되지 않는 전문가 의견 또는 아니면 다름 없는 소송기록의 사실과 명백히 배치되거나 비합리적이라고 판단되는” 전문가의 의견은 판결의 근거가 될 수 없다).

언에도 적용 된다”는 점을 명백히 하였다.²⁹⁴⁾ 이 판결은 연방증거법 제702조와 Daubert 기준이 반독점 소송에서 경제전문가의 증언에 적용될 수 있는가에 대한 의심의 여지를 없애는 것이다.²⁹⁵⁾ 또한 대법원은 과학적 지식과 기타 전문지식 모두에 적용되는 “Daubert 기준”의 의미를 설명하였다:

Daubert 기준의 목적은 전문가 증언의 관련성과 신뢰성을 명확하게 하기 위해서이다. 이는 전문가적 연구에 기초한 개인적 경험에 기초하는, 법정에서 제출되는 전문가의 증언이 관련 분야의 전문가에게 통상적으로 요구되는 것과 같은 수준의 지적 엄정성(intellectual rigor)을 적용한 결과임을 보장하기 위해서이다.²⁹⁶⁾

이 설명은 중요한 의미를 지니는데, 그 이유는 Daubert 사건에서 대법원은 “전문가 증언의 대

상은 ‘과학적...지식’²⁹⁷⁾이어야 하고, “‘과학적 지식’으로서의 자격을 갖추기 위해서는 추론(inference)이나 주장(assertion)은 과학적 방법으로부터 도출된 것이어야 한다”²⁹⁸⁾고 판시했기 때문이다. 즉 Daubert 사건에서 대법원은 경제학이나 다른 많은 학문분야가 충족하기 어려운 신뢰성의 기준을 제시한 것이다.²⁹⁹⁾

Daubert 판결에서 대법원은 비록 심리가 “유효성 있는 것”이라고는 하였지만, “이론이나 과학적 기법이 법관이나 배심원의 사실 판단을 돕는 과학적 지식인가의 여부를 결정”하는 몇 가지 기준을 제시하였다.³⁰⁰⁾ 제시한 기준은 “사용된 이론이나 기법이 검증 가능한가 (그리고 실제로 검증되었는가)”, “이론과 기법이 관련학계의 심사과정을 거쳐 출판되었는가”, “알려진 또는 잠재적인 오류의 비율이 얼마인가”, “기법의 운영에 관한

294) *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137, 141 (1999);와 상동, 147-49쪽 참고.

295) 적어도 두 개의 반독점 소송에서 하급법원은 Daubert 기준은 경제전문가의 증언에는 적용되지 않는다고 판시한 바 있다. *Brooks Fiber Communications of Tucson, Inc. v. GST Tucson Lightwave, Inc.*, 992 F. Supp. 1124, 1132 (D. Ariz. 1997) *Bell Atl. Bus. Sys. Servs. Inc. v. Hitachi Data Sys. Corp.*, 1995-2 Trade Cas. (CCH) ¶171,259, 76쪽, 130-31 (N.D. Cal. 1995) 참고.

296) *Kumho Tire*, 526 U.S. 152쪽과 *City of Tuscaloosa v. Harcros Chems., Inc.*, 158 F.3d 548, 566 n.25 (11th Cir. 1998) 참고 (경제전문가 증언이 제출된 반독점 소송에서 Daubert 기준에 언급되지 않은 중요한 요소는 “전문가가 자신의 의견을 도출하기 위해 사용한 방법들이 법정이 아닌 그의 전문적 영역에서 요구되는 과학적 방법의 기준을 충족시켰는가”의 여부”라고 판시) (*People Who Care v. Rockford Bd. of Educ.*, 111 F.3d 528, 537 (7th Cir. 1997) 인용).

297) *Daubert*, 509 U.S. 589-90쪽 (중간 생략은 원문).

298) 상동, 590쪽.

299) 실제로, 한 논평가는 반독점법 분석에서 사용되는 대부분의 경제학은 Daubert 기준을 충족시키지 못한다고 주장하였다. Charles D. Weller, *Antitrust Economics as Science After Daubert*, 42 ANTITRUST BULL. 871 (1997) 참고. 다른 논평가들은 실증분석에 의거한 입증이 거의 없는 지난 25년간의 게임이론 모델에 관한 한정적인 주장을 제기하였다. Malcom B. Coate & Jeffrey H. Fischer, *Can Post-Chicago Economics Survive Daubert?*, 34 AKRON L. REV. 795 (2001) Kobayashi, 상기각주 207 참고.

300) *Daubert*, 509 U.S. 593-94쪽.

기준이 존재하며 계속 정비되고 있는가”, 그리고 이론이나 기법이 “광범위하게 수용(widespread acceptance)되는가” 이었다.³⁰¹⁾ Kumho Tire 사건에서 대법원은 Daubert 기준이 “‘확정된 점검표나 검사(definitive checklist or test)’³⁰²⁾가 아님”에 역점을 두고, “신뢰성을 평가함에 있어 Daubert 판결에서 적시된 요소들도 쟁점의 성격, 전문가의 전문 분야, 그리고 전문가 증언의 주제에 따라 적절할 수도 있고 그렇지 않을 수도 있다”는 송무장관(Solicitor General)의 의견에 동의하였다.³⁰³⁾

연방증거법과 판례법에 따르면 경제전문가 증언의 증거능력(admissibility)을 확립하는 3가지 기준은 다음과 같다. 증인이 관련 경제학 분야의 전문가인가? 증언이 관련 경제학 분야의 적절한 방법에 기초한 것인가? 그리고 증언이 해당 사건의 사실에 적절한 방법을 신뢰성 있게 적용하는가? 라는 3가지 조건을 만족하여야 하고, 이들 조건들 중 어느 하나라도 충족시키지 못한다면, 그

증언은 증거에서 배제되어야 한다.

연방증거법 제702조에 의하면, 경제적 분석을 제공하는 증인은 전문적 “지식(knowledge), 기술(skill), 경험(experience), 훈련(training) 또는 교육(education)”을 갖추어야 한다.³⁰⁴⁾ 반독점과 관련한 여러 소송에서 법원은, ‘관련시장(the relevant market)’과 같은 중요한 쟁점에 대한 증언을 증인이 산업조직론의 전문적 훈련과 경험이 부족하다는 이유로 배제한 바 있다.³⁰⁵⁾ 판례법에서 직접적으로 다루어지지 않은 중요한 쟁점은 훈련과 경험의 정도가 과연 얼마나 전문적(specialized)이어야 하는가의 여부였다. 산업조직론에는 경쟁법을 다루기 위한 목적으로 개발된 지식을 많은 고도로 전문화된 지식이 존재하기 때문에, 가장 경험이 많은 산업조직론 전공학자라고 하더라도 모든 반독점 소송에서 제기되는 쟁점 전부에 대한 전문가가 될 수는 없다. 아직 관련 판례는 없어 보이지만, 증인으로 나선 경제학자가 자신이 제공하는 의견이 다루고자 하는 쟁점과 직접

301) 상동.

302) Kumho Tire, 526 U.S. 150쪽 (Daubert, 509 U.S. 593쪽 인용).

303) 526 U.S. 150쪽. 또한 *Seatrax, Inc. v. Sonbeck Int'l, Inc.*, 200 F.3d 358, 372 (5th Cir. 2000) 참고 (“그러나 Daubert 판결에서 제시된 신뢰성의 기준이 특정 증언에 적용되는지의 여부는 해당 쟁점의 성격, 증인의 전문 분야 및 증언의 주제에 따라 달라진다”); *Bailey v. Allgas, Inc.*, 148 F. Supp. 2d 1222, 1235 (N.D. Ala. 2000) (Daubert 기준은 경제학자의 관련시장에 대한 증언에는 적용되지 않는다고 판시), *aff'd*, 284 F.3d 1237, 1251 (11th Cir. 2002).

304) 연방증거법 제702조

305) *Berlyn, Inc. v. Gazette Newspapers, Inc.*, 214 F. Supp. 2d 530, 537 (D. Md. 2002) (“경제학이나 반독점 분석에 특정한 교육, 훈련, 경험”을 결여한 비경제학자의 관련시장에 대한 증언을 증거에서 배제); *Va. Vermiculite Ltd. v. W.R. Grace & Co.-Conn.*, 98 F. Supp. 2d 729, 733 (W.D. Va. 2000) (“반독점법상 관련시장을 정의하는데 필요한 전문 경제학자의 기술과 훈련”이 결여된 비경제학자의 관련시장에 대한 증언을 증거에서 배제). 또한 *Nelson v. Monroe Reg'l Med. Ctr.*, 925 F.2d 1555, 1572 (7th Cir. 1991) 참고 (동의 의견) (“반독점 시장에 대한 경험이 없고, 반독점법과 경제학 전공자들이 속한 학회나 산업조직론 협회의 일원이 아닌 경제학 박사의 관련시장에 대한 증언은 배제되었어야 한다).

적으로 관련된 주류 경제학 문헌에 대해 생소하거나, 자신이 적용하고자 하는 방법론에 대해 경험이 없다고 판단될 경우 증언을 증거에서 배제하는 것은 법원의 재량권 내에 있다.³⁰⁶⁾

또한 연방증거법 제702조는 전문가의 증언이 “신뢰성 있는 원칙과 방법의 산물(the product of reliable principles and methods)”이어야 하고, 경제전문가의 증언은 관련 경제학 분야의

신뢰할 만한 원칙과 방법에 근거한 것이어야 한다고 규정한다.³⁰⁷⁾ 이러한 관점에서, 법원은 몇몇 사건에서 전문가 증언이 위의 요구조건을 충족시키지 못한다고 판시했는데,³⁰⁸⁾ 특히 실증분석이 경제학의 전문적 기준에 명백히 미달할 때 이러한 판결이 내려졌다.³⁰⁹⁾ Posner 판사는 판시하였듯이, 만약 전문가가 “전문적 기준을 충족하는 연구를 행하지 못했다면”, 비록 그 전문가 증언이 “저명한 대학의 경제학 박사학위를 가지고 있고 반독점

306) 물리학자 Werner Heisenberg는 전문가란 “자신의 전문 분야에서 발생할 수 있는 중대한 실수들에 대해 알고 있고 그러한 실수들을 피할 수 있는 사람”이라 정의하였다. OXFORD DICTIONARY OF QUOTATIONS 331 (Angela Partington ed., 4th ed. 1992). 여러 해 동안 반독점법 분야에 대해 자문을 해온 경험이 있는 경제학자들이라 할지라도 특정한 쟁점이나 방법의 적용에 있어서는 혼란과 경험이 부족하여 중대한 실수를 저지룰 수도 있다.

307) Cf. Hovenkamp, 상기각주 2, 122쪽(“경제학에서 수용되는 방법과 가정들을 바탕으로 한 경제학자의 증언을 배제하는 것은 Daubert 기준의 적절치 못한 사용이다...”); Blair & Herndon II, 상기각주 2, 18쪽 (“전문가의 분석이 주류 경제학 분야의 이론과 방법론에 합치하는 한, Daubert 이의신청(Daubert 기준에 따른 증거 배제신청; Daubert challenge)이 받아들여질 가능성은 적다”).

308) 예를 들어, Blue Dane Simmental Corp. v. Am. Simmental Ass’n, 178 F.3d 1035, 1039-41 (8th Cir. 1999)참고. (“결론에 영향을 줄 수 있는 모든 독립 변수들을 고려하지 않고 인과관계(causation)”를 추론했다는 이유로 전후비교방법에 의거한 손해액 추정(before-and-after damage estimate)을 증거에서 배제한 하급심의 판결을 유지); In re Aluminum Phosphide Antitrust Litig., 893 F. Supp. 1497, 1504 (D. Kan. 1995) (전후비교방법에 의거한 손해액 추정이 몇 가지 중요한 요소들을 고려하지 않았기 때문에 신뢰할 수 없다고 배척). 또한 Blomkest Fertilizer, Inc. v. Potash Corp. of Sask., 203 F.3d 1028, 1038 (8th Cir. 2000)참고 (가격에 영향을 주는 여러 사건들을 고려하지 않은 계량분석(regression analysis)은 담합에 대한 증명력을 제공하지 못한다고 판시). Blomkest 사건에서 문제가 된 증언은 증거로부터 배제될 수도 있었지만, 당해 법원은 증거능력에 관해 명시적으로 다루지 않았다. Gavil II, 상기각주 2, 863-66쪽 참고.

Daubert 기준에 따른 증거 배제신청이 매우 중요했던 사건은 Conwood Co. v. U.S. Tobacco Co., 290 F.3d 768, 791-94 (6th Cir. 2002), cert. denied, 537 U.S. 1148 (2003)이다. 심각한 결함이 있다는 비판이 제기되었음에도 불구하고, 1심과 2심법원은 범위만 여부와 손해액 산정 (liability and damages) 둘 다에 사용되었던 계량경제학 연구에 대한 Daubert 이의신청을 기각했다. D.H. Kaye, The Dynamics of Daubert: Methodology, Conclusions, and Fit in Statistical and Econometric Studies, 87 VA. L. REV. 1933, 1988-2013 (2001) 참고. 항소법원은 증인보다 훨씬 더 계량경제학에 대해 전문가인 노벨 경제학상 수상자 Daniel McFadden이 증언을 배제해야 한다는 법정조언자 의견서(amicus brief)를 받아들이지 않았다. 상동, 1997쪽 n.294 참고.

309) Lantec, Inc. v. Novell, Inc., 306 F.3d 1003, 1025 (10th Cir. 2002) (“경제학과 산업조직론 분야에서의 전문가에게 요구되는 수준의 지적 엄정성을” 적용하지 않은 증언을 배제한 하급심 판결 유지); Bailey, 148 F. Supp. 2d 1237쪽(“방법론이 전문적 합리성 기준을 충족하지 못하므로” 관련시장 증언을 배제), aff’d, 284 F.3d 1237 (11th Cir. 2002) (위 증언의 배제에 관한 논점을 고려하지 않고 약식기각판결 유지). 또한 Holiday Wholesale Grocery Co. v. Philip Morris, Inc., 231 F. Supp. 2d 1253, 1272 (N.D. Ga. 2002)참고. (“그릇된 논증은 비합리적 방법론과 유사하다”), aff’d sub nom. Williamson Oil Co. v. Philip Morris USA, 346 F.3d 1287 (11th Cir. 2003).

경제학(antitrust economics) 분야에서 자문을 해온 경험이 많고, 따라서 경제학 전문가 증언을 제공하기 위한 자격을 갖추었다” 하더라도 그의 증언은 증거로 사용될 수 없다.³¹⁰⁾

Kumho Tire 판결 이전에 Daubert 기준을 적용하였던 소송에서, 법원은 “전문가는 자신이 관련한 학문적 또는 전문적 업무, 즉 소송에서 사용될 것이라고 기대하지 않고서 행하는 업무의 수행에 있어서 통상적으로 사용하는 방법에 따라 도출하지 않은 결과를 증거로 제시할 수 없다”고 판시하였다.³¹¹⁾ 이 판결은 과장이 매우 클 수 있는데, 그 이유는 경제전문가 증인들이 반독점법에서 제기되는 특수한 쟁점들을 다루기 위한 유일한 목적으로 고안된 기법들을 종종 적용하기 때문이다. 반독점법이 존재하지 않는다면, 경제학자들은 일반적으로 관련시장을 확정하거나 공모의 합의가 존재하는지의 여부를 추론하는 시도를 하지 않을 것이다. 그 관련시장 확정 또는 공모의 합의에 대한 추

론을 위한 기법들은 “정상적인 학문적, 전문적 업무(normal academic or professional work)에서” 사용되지 않을 것이다. 그러나 Kumho Tire 판결은 반독점법 소송에서 사용하기 위해 특별히 고안된 기법이라 하더라도 지적으로 엄격한 수준에서 고안되고 사용된 것이라면 허용된다고 판시한 것으로 이해하는 것이 옳다.³¹²⁾ 다른 한편, 경제전문가 증인은 판례법의 선례에서 요구되는 분석이 경제학 분야에서 고안되고 적용되어 온 것처럼 주장해서는 안 된다.³¹³⁾

“단지 전문가의 독단적인 주장(ipse dixit)을 고리로 해서만 자료에 연결되는 의견(opinion)을 증거로 채택해서는 안 된다”는 연방대법원의 주의(admonition)를 감안할 때,³¹⁴⁾ 경제전문가가 자신이 주장하는 결론의 바탕이 되는 경제학 이론을 제시하지 못 하는 경우, 그 전문가의 증언을 배제시키는 것은 지방법원의 재량권의 범위 내에 속할 수 있다.³¹⁵⁾ 그리고 설혹 법원이 증거에서 배제시

310) Kahn v. State Oil Co., 93 F.3d 1358, 1365 (7th Cir. 1996)(Posner, C.J.), vacated on other grounds, 522 U.S. 3 (1997).

311) 상동, 1365쪽.

312) Kumho Tire 판결은 경제전문가의 통상적인 증언 중 일부는 더 이상 허용되지 않음을 시사한다. 경제학자들은 때때로 Brown Shoe 판결의 “실용적 지표(practical indicia)”를 시장획정에 사용해 왔다. Brown Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294, 325 (1962)참고: Gregory J. Werden, The History of Antitrust Market Delineation, 76 MARQ. L. REV. 123, 146-51, 154-55, 172-79 (1992). 이러한 “실용적 지표”는 경제학이 아니며, 더구나 지적으로 엄정한 경제학은 더욱 아니다. 따라서 경제학자들은 더 이상 이러한 지표가 관련시장에 대한 자신의 의견을 지지한다고 증언할 수 없는 것처럼 보인다. 물론, 법원이 이러한 지표가 소송 쟁점과 관련이 있다고 판단하면, 전문가는 이러한 지표에 대한 설명을 제공할 수 있으며, 이는 증거능력이 있다.

313) 경제전문가 증인이 판례법에서 요구하는 특정 분석, 예를 들어 수평 기업결합에 대해 대략적인 구조적 분석을 하는 것은 허용된다. 그러나 이러한 분석이 실제로 경제학의 정상적 관행이 아닌 한, 관행이라고 증언할 수는 없다. 경제전문가 증인들이 판례법이 요구하는 분석들을 시행하면서, 그러한 분석을 “실제로 경제학자들이 한다”고 기술하는 경우들이 있음은 이미 알려져 있다.

314) Gen. Elec. Co. v. Joiner, 522 U.S. 136, 146 (1997) 상기각주 293과 관련 본문 참고.

315) 그렇게 하는 것은 논증 없이 순전히 결론만 제시하는(purely conclusory) 전문가 증언은 고려할 하등의 가치가 없다는 원칙을

키지는 않는다 하더라도, Daubert 기준은 경제 전문가가 도출한 이론적이거나 경험적인 결론의 토대를 엄밀히 심리할 것을 명백히 요구하고 있다. 소송당사자들은 제시된 경제전문가의 증언에 대해 이론적이거나 실증적인 면에서 확실한 근거가 부족하다는 이유로 반론을 제기해왔던 것으로 보이지는 않지만, 그러한 반론제기는 받아들여질 수 있다.

또한 연방증거법 제702조는 전문가의 증언은 “해당 사건의 사실(facts)”에 전문 분야의 원칙과 방법들이 적용되어야 함을 요구하는 바, 위에서 언급한 바와 같이 Daubert와 Joiner 사건에서 대법원은 전문가의 분석은 해당 사건의 사실과 “적합성(fit)이 있어야 한다”고 판시하였다.³¹⁶⁾ 적합성은 몇몇 반독점 소송에서 중요한 쟁점으로 부각되었다. 그 중에서도 특히 Concord Boat 사건

에서 법원은, 손해배상액을 책정함에 있어서 원고의 경제전문가가 사용한 과점모델이 해당 산업의 “경제적 현실에 기초한 것이 아니다”라는 이유로 상당한 액수의 손해액 보상 판정을 무효화시켰다.³¹⁷⁾ 제8항소법원은 “Daubert 기준 중 일부를 충족하는 이론이라 하더라도... 해당 소송의 구체적 사실에 적용되지 않는다면 증거로 인정할 수 없다”고 판시하였다.³¹⁸⁾ 전문가는 분석을 통해 비록 위법 행위가 없었다면 피고의 점유율이 50퍼센트였을 것이라고 주장하였으나, 위법행위가 있기 전에는 75퍼센트에 달했다. 또한 점유율에 막대한 영향을 끼친 여러 사건들을 고려하지 않았다.³¹⁹⁾

마지막으로 연방증거법 제703조와 제704조를 언급할 필요가 있다. 제703조는 특정 소송에서 전문가가 자신의 의견이나 추론을 근거하고 있는 “사

약간 확장하는 것이다. SMS Sys. Maint. Servs., Inc. v. Digital Equip. Corp., 188 F.3d 11, 25 (1st Cir. 1999)참고 (“단지 결론만을 제시하는 전문가의 증언은 전문가의 주장을 입증하기에 충분하지 못하다”); Mid-State Fertilizer Co. v. Exch. Nat’l Bank of Chicago, 877 F.2d 1333, 1339 (7th Cir. 1989) (“단지 최종 결과만을 제시하는 전문가는 소송절차에 가치 있는 어떠한 것도 제공하지 않는 셈이다”).

316) 상기각주 291, 293과 관련 본문 참고.

317) Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp., 207 F.3d 1039, 1056 (8th Cir. 2000). 그 전문가는 산업조직론 전공학자가 아니었다.

318) 상동.

319) 상동, 1056-57쪽; 또한 Group Health Plan, Inc. v. Philip Morris USA, Inc., 344 F.3d 753, 760-61 (8th Cir. 2003)참고 (비록 “관련된 학문 분야에 치밀하고, 정교하며, 충분한 근거를 가진 것이라 하더라도”, 원고측 전문가의 증언은 “과도한 추측(excessive speculation)”이며, 또한 전문가의 분석과 원고측의 “위법성 이론(theory of liability)” 사이에 “연관성이 없다(disconnect)”는 이유로 증거에서 배제되었다); Am. Booksellers Ass’n, Inc. v. Barnes & Noble, Inc., 135 F. Supp. 2d 1031, 1041 (N.D. Cal. 2001) (전문가의 모형은 손해의 인과관계를 입증하기 위한 증거에서 배제되었고 손해배상 청구에 대한 약식각각판결이 허용됨. 이는 해당 모형이 “실제 증거에 의해 뒷받침되지 않는 너무 많은 가정들과 단순화를 포함하고 있기 때문이다”); Johnson Elec. N. Am., Inc. v. Mabuchi Motor Am. Corp., 103 F. Supp. 2d 268, 280-87 (S.D.N.Y. 2000) (전문 경제학자의 분석은 “소송에서의 중요한 사실들을 고려하지 못했기 때문에 사실과 ‘부합(fit)’ 하지 않는다”는 이유로 부분적으로 증거에서 배제됨).

실들이나 자료들은, 그 전문가가 공판(hearing) 전이나 공판시에 인식하고 있던 것이거나 그 전문가에게 제공된 것”, 혹은 “특정 분야의 전문가들이 해당 주제에 대해 의견이나 추론들을 형성함에 있어 신뢰성 있게 의존하는 것”이라 규정한다.³²⁰⁾ 이 규정은 어떤 경제전문가라도 자신보다 더 전문적인 지식을 가진 다른 경제학자가 직접 증언하지 않는 한, 그의 의견에 의존할 수 없다는 것을 의미한다.³²¹⁾ 연방증거법 제704조는 증언이 “사실심 법원이 결정하는 궁극적인 쟁점에 관해 언급한다”는 이유로 증언의 증거능력에 이의를 제기하는 것을 금지한다.³²²⁾ 비록 이 조항이 합의의 존재 여부에 대한 궁극적 질문에 관한 전문가 의견을 증거로 인정해야 한다는 것을 의미하는 것처럼 보이지만, 모든 법원들이 그러한 증언을 허용해 온 것은 아니다.³²³⁾

B. 공모의 존재여부에 관한 경제전문가 증언의 증거능력 원칙 적용에 대한 고찰

Kumho Tire 사건에서 대법원은 전문가의 증언은 관련되는 분야의 전문가가 행하는 실무와 “같은 수준의 지적 엄정성”³²⁴⁾을 적용해야 한다고 판시하였다. 한편, 합의의 존재에 대한 엄정한 경제학적 분석은 게임이론을 근거로 한 것이다. 이는 증인이 반복게임 과점 모형 등에 대해 특정한 입장을 취하여야 함을 의미하지는 않는다. Daubert 판결에서 대법원은 Frye 판결의 일반적 수용(general acceptance) 기준을³²⁵⁾ 기각하면서, 여러 가지 다양한 관점의 견해를 수용할 수 있음을 명백히 밝혔다. 그러나 담합 합의의 존재에 관한 어떠한 견해도 최근 과점이론에 대한 이해를 기반해야 한다. 중요한 것은 증인이, 꾸르노적 행동은 비합리적이고, 합의가 없더라도 과점상황에서는 독점적 가격 책정이 예상된다고 하는 게임이론 이전 시기의 견

320) 연방증거법 제703조.

321) *Dura Auto. Sys. of Ind., Inc. v. CTC Corp.*, 285 F.3d 609, 614 (7th Cir. 2002)참고. (Posner, C.J.), 판시된 내용은 다음과 같다:

아무리 높은 자격을 갖춘 과학자라 하더라도 다른 전문 분야의 과학자의 대변인 역할을 하는 것은 허용되지 않는다. 그렇게 하는 것은 책임을 다하는 과학자의 태도가 아니다. 아무리 능력적인 경제학자라 하더라도, 계량경제학적 전문지식이 부족한 경우, 계량경제학자만이 해결할 수 있는 문제를 제기하는 연구에 대해서 다른 경제학자의 계량경제학적 연구 결과들에 대해 증언하는 것은 허용되지 않는다. 해당 연구가 일상적인 것이 아님이 명백하다면, 실제 저자가 증언해야 하며, 이론가의 뒤에 숨을 수는 없다.

322) 연방증거법 제704조.

323) *Ohio ex rel. Montgomery v. Louis Trauth Dairy, Inc.*, 925 F. Supp. 1247, 1254 (S.D. Ohio 1996)와 비교하라. (*Berry v. City of Detroit*, 25 F.3d 1342, 1353 (6th Cir. 1994)인용) (연방증거법 제704조는 궁극적인 법적 쟁점(ultimate legal issues)보다는 궁극적인 사실 쟁점(ultimate fact issues)에 관련된 것이고, “위법한 공모의 존재”는 법적 쟁점이다), *Petruzzi's IGA Supermarkets, Inc. v. Darling-Del. Co.*, 998 F.2d 1224, 1236-41 (3rd Cir. 1993) (“담합 행동이 있었다고 결론지은” 전문가 증언은 증명력이 있다고 판시하였다). 일반적으로 *Milne & Pace*, 상기각주 2, 39-41 참고 (관련 사건을 취합).

324) *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137, 152 (1999); 상기각주 296과 관련 본문 참고.

325) 상기각주 287-88과 관련 본문 참고.

해를 취할 수 없다는 것이다. 해당 분야에서의 발전에 25년 이상 뒤쳐진 시각을 견지한 증인은 합리적으로 판단하였을 때, 연방증거법 제702조에 의해 요구되는 전문적 지식을 갖고 있다고 할 수 없다. 서면법 제1조를 위반한 합의가 있다는 것에 대한 경제전문가의 증언에 대한 Daubert 판결의 가장 기본적인 중요한 의미는 그러한 증거가 최신 과점이론에 입각하여야 한다는 것이다.

경제전문가의 증언이 최신 과점이론에 확고한 기초를 두고 이루어진 것이라 하더라도 용어가 엄밀하게 정의되지 않은 결과 증인이 주장하는 바가 명확하지 않다면, 이를 배제하는 것은 해당 법원의 자유재량에 맡겨진다. 경제전문가들은 구두 합의(spoken agreement)와 암묵적 합의(unspoken agreement)를 구별하지 않고 “담합(collusion)”이라는 용어를 사용하는 경향이 있고, 심지어 합의가 없는 경우에도 담합이라는 용어를 사용하기도 한다.³²⁶⁾ 만약 증인이 담합이라는 용어를 이렇게 폭넓게 사용하거나, 또는 증인이 그 용어를 어떤 의미로 사용한 것인지 판단하기 어렵다면 피고들이 “담합” 행위를 했다는 증언은 연방증거법 제702조가 요구하는 “사실심 법원이 증거를 이해하거나 쟁점이 되는 사실여부를 결정함에 있어서 도움”이 되지 못한다.³²⁷⁾ 더욱이

대부분의 배심원들은 “담합”이라는 용어가 확실히 부정적인 의미를 내포한 것으로 인식하므로, 합법적 행위에 대해 “담합”이라는 단어를 사용한 증언은 연방증거법 제403조에 의거하여 “피고에 대한 불공정한 편견, 쟁점의 혼동, 배심원단을 오도할 위험”이 있으므로 증거에서 배제되어야 한다.³²⁸⁾

비록 연방증거법 제704조하에서는 허용된다 하더라도, 서면법 제1조를 위반한 합의가 존재하는지의 여부에 관한 단정적인 결론 또한 증거에서 배제되어야 한다. 세상은 매우 복잡하지만 경제학적 분석 도구는 충분히 정확하지 않기 때문에, 담합 합의의 존재 또는 부존재에 관한 단정적인 결론을 내리기에는 경제분석에 한계가 있다. 경제학 증거에 기초한 단정적 결론은 연방증거법 제702조가 요구하는 “신뢰할만한 원칙과 방법의 산물(the product of reliable principles and methods)”이라 보기 어렵고, “피고인에 대한 불공정한 편견을 일으킬 위험(the danger of unfair prejudice)”이 있으므로 연방증거법 제403조에 의해 증거에서 배제되어야 한다.

경제전문가가 경제학이 허용하는 범위를 명백히 벗어나 담합 합의가 존재하는지 여부에 대해 단정적 결론을 내린다면, 법원은 재량으로써 그

326) Williamson Oil Co. v. Philip Morris USA, 346 F.3d 1287 (11th Cir. 2003) 판결에서, 저명한 경제학자의 증언이 “법원의 사실심리를 돕지 못한다”는 이유로 증거에서 배제되었다. 상동, 1323쪽. 그는 “담합”의 의미를 의식적 동조행위(conscious parallelism)를 포함하는 것으로 정의하였고, 그 결과 “합법적인 가격설정과 위법한 가격설정을 구분하지 않았다” 상동.

327) 연방증거법 제702조.

328) 연방증거법 제403조.

증인의 증언 전체를 증거에서 배제하여야 한다.³²⁹⁾ “신뢰할 만한 원칙과 방법”을 적용하지 않고 도출된 단정적 결론이 포함된 의견들은 모두 배제되어야 한다. 신뢰할 만한 원칙과 방법을 적용하지 않았다는 것은, 비록 다른 면에서는 아무리 증인의 자격이 뛰어나다 해도 필요한 전문지식이 부족함을 의미한다. 또는 그 증인이 “관련 분야의 전문가가 사용하는 것과 동일한 수준의 지적 엄정성”을 적용하지 못한 것임을 암시한다.

반독점 소송에서 경제전문가의 역할은 소송의 복잡한 사실 문제에 미시경제이론을 적용함으로써 사실심 법원으로 하여금 어떻게 경쟁자들이 주어진 상황에서 서로 상호작용을 하는지를 밝히는 것이다. 시장에서 관측된 행동이나 결과가 의미하는 바를 이해하기 위해서는 해당 산업에 대한 상당한 지식을 필요로 하는 것이 통상적이다. 반독점적 분석의 대부분과 마찬가지로, 상황에 대한 경제적 분석을 통해 합의의 존재를 추론하는 작업은 사실관계에 대한 집중적인 검토가 필요한 경우가 보통이다. 연방증거법 제702조는 전문가의 증언은 “충분한 사실이나 자료에 근거한(based on sufficient facts or data)” 것이어야 하고, 전

문가들은 “원칙과 방법을 소송의 사실에 신뢰성 있게” 적용하여야 한다고 규정한다. 결론적으로, 경제전문가가 해당 사실관계에 대해 충분한 지식이 없어 자신이 제시하는 결론을 신뢰성 있게 도출할 수 없다면 그 증언은 배제되어야 한다.

경제전문가가 관련 사실관계에 대해 충분한 지식을 갖추었는지의 여부를 판단하는 명확한 기준은 없다.³³⁰⁾ 하지만 이를 경고하는 몇 가지 징후는 존재한다. 첫째 징후는, 증인이 해당 산업에 대한 아무런 경험도 없고 제출하고자 하는 증언을 준비하는 데 할애한 시간이 적은 경우이다. 둘째 징후는 분석에 있어 해당 사실관계를 충분히 반영하지 못한 경우이다. “해당 사건에 특화되지 않은 일반적인 분석에 의거한” 증언은, Daubert 판결이 요구하는 “증언이 소송의 사실에 충분히 연계되어 사실심 법원에 도움을 주어야 한다”는 기준을 충족시키지 못한다.³³¹⁾

“논평가들과 경제전문가들은 일반적으로 시장의 구조가 담합을 용이하게 만드는 상황인지의 논점에 대해 증언할 수 있다고 일반적으로 의견을 같이 한다.”³³²⁾ 따라서 원고측의 경제전문가들은

329) 변호사들의 강력한 요구가 없는 한, 담합 합의의 존재에 대해 단정적인 결론을 내릴 경제전문가는 거의 없다. 증언 전체를 증거로부터 배제하는 것이 적절한 벌칙인데, 그 이유는 변호사에게 올바른 유인(incentives)을 제공하기 때문이다. 만약 무리한 결론 자체만을 배제한다면 무리한 결론을 제시하는데 따른 위험이 없으므로 변호사들이 경제전문가들에게 부당한 압력을 가하는데 대한 제재조치가 되지 못 한다.

330) Brand Name Prescription Drugs 사건에서, 지방법원은 경제전문가 증인들이 기초적인 사실들을 모르고 있었다는 이유로 증언을 증거에서 배제하였다. 그러나 항소법원은 증인의 결론이 명백한 것(비록 논점은 벗어났지만)이기 때문에 그러한 이유로 증거를 배제하는 것은 타당하지 못하다고 판시하였다. 상기각주 170 참고.

331) Daubert v. Merrell Dow Pharms., Inc., 509 U.S. 579, 591 (1993); 또한 상기각주 291과 관련 본문 참고.

332) Milne & Pace, 상기각주 2, 38쪽. 상기각주 262-63과 관련 본문 참고; Hovenkamp, 상기각주 2, 141쪽 참고. (“경제학자

해당 산업의 조건이 담합을 용이하게 한다고 증언하고, 피고측의 경제전문가들은 반대의 증언을 하는 경우가 보통이다. Hovenkamp 교수는 경제전문가 증언이 다룰 수 있는 적합한 논제는 “시장구조가 합의를 불필요하게 만드는가의 여부”라고 주장해 왔다.³³³⁾ 비록 법원들이 이러한 증언을 통상적으로는 증거에서 배제할 충분한 근거가 있다.

그러한 증언이 “소송의 사실에 충분히 연결되어” 있지 않은 경우가 있는데, 이런 경우에는 배제되어야 한다. 구조적 조건의 중요성은 공모의 실제 내용에 따라 달라진다.³³⁴⁾ 예를 들어, 시장 혹은 고객 할당을 할 경우 가격에 대한 합의를 할 때 일어날 수 있는 복잡함을 피할 수 있다. 따라서, 원고가 제기한 공모의 내용이 가격에 대한 합의일 경우에는 매우 높은 정도의 상품 이질성이 중요한 구조적 요소가 될 수 있으나, 만약 공모의 내용이

고객 할당에 대한 합의라면, 상품 이질성은 전혀 의미가 없다. 이와 유사하게, 경쟁사업자의 가격을 관찰하지 못하는 것은 합의된 가격에 대해 상대방이 속임수를 쓰는 것을 감지하기 어렵게 만들 수 있으나, 만약 각 고객의 공급자를 관찰하는 것이 가능하다면, 고객할당에 대해 속임수를 쓰는 것은 여전히 쉽게 감지할 수 있을 것이다. 시장의 조건이 담합을 용이하게 만든다는 증언은, 구체적인 담합이론이 설명되고 또한 그 이론이 해당 사건의 쟁점에 증언을 연결시키는 데에 유용한 경우가 아니면 모두 배제되어야 한다. 그리고 만약 원고가 자신이 의존하는 담합이론을 명확히 밝힌다면, 시장 조건이 담합을 용이하게 하는가의 여부에 관한 피고측 경제전문가의 증언은 원고측의 담합이론에 기반하지 않는 한 배제되어야 한다.

Daubert의 “알려진 또는 잠재적인 오류율

는 시장구조가 합의를 합리적이거나 가치 있는 것으로 만드는지 여부를 포함한 여러 의견을 제시하여 사실심의 결정에 영향을 줄 수 있다”); Blair & Herndon II, 상기각주 2, 19쪽 (“산업의 구조적 조건들이 담합을 용이하게 만든다는 견해는 주류 경제학과 반독점법 문헌과 합치한다”).

333) Hovenkamp, 상기각주 2, 141쪽; 또한 Baker, 상기각주 120, 49-50쪽 참고 (“법원은 기업들이 조정된 높은 균형가격에 도달하기 위해 위법한 절차를 사용하는 것이 필요한가를 고려해야 한다”); Blair & Herndon II, 상기각주 2, 19쪽 (“사실, 담합을 용이하게 만드는 구조적 조건은, 명시적 합의(explicit agreement)의 필요성을 줄임으로써 실제 공모(actual conspiracy)보다 묵시적 합의(tacit collusion)가 일어날 가능성을 높일 수 있다”). 본 논문에서 사용한 용어를 빌리자면, 위의 주장은 시장 조건이 가격조정을 매우 쉽게 만들어 합법적이고 암묵적인 합의의 개연성이 있다는 것을 의미한다. 그러나 그러한 증언은 Stigler의 모형과 용의자의 딜레마 게임의 통찰력을 무시하는 경향이 있다. 만약 그러하다면, 상기각주 324-25와 관련 본문에서 논의한 이유에 의해 증거에서 배제되어야 한다.

334) 일부 논자는 진입조건이 언제나 큰 중요성을 띤다고 주장한다. John E. Lopatka, Solving the Oligopoly Problem: Turner’s Try, 41 ANTITRUST BULL. 843, 895, 906 (1996)참고. 그러나 신규 진입으로 인해 카르텔의 목표가 때로는 달성되지 못했다는 증거는 상대적으로 진입이 쉽다고 해도 카르텔 합의의 형성은 막지 못했음을 입증하는 것이다. 더욱이, 진입조건에 대한 통상적인 분석은 카르텔 형성을 예측하는데 있어 오류율이 높다는 사실은 잘 알려져 있다. 이 분석에 따르면 고속도로 건설산업 분야에서 진입은 상대적으로 쉽다. 하지만 서면법 역사상 다른 어떤 산업 분야보다도 고속도로 건설산업 분야에서 공모 합의의 기소 사건이 더 많았다. 예를 들어 1955-1980년 동안, 다른 어떤 산업도 기소 건수가 22건을 넘지 않았지만 고속도로 건설산업에서는 83건이었다. 2 JAMES M. CLABAULT & MICHAEL K. BLOCK, SHERMAN ACT INDICTMENTS 1955-1980, 1053-70쪽 (1981) 참고.

(known or potential rate of error)” 기준은 구조적 조건(structural conditions)에 대한 증언에 적용될 수 있다.³³⁵⁾ 적발되지 않은 카르텔 행동의 정도를 알아내는 것은 불가능하다. 하지만 카르텔 행동은 용이한 상황에서도 보통 발생하지 않는다는 것이 일반적 견해이다.³³⁶⁾ 담합이 용이한 상황에서 이를 예측하는 것의 오류율이 매우 높음을 감안할 때, 법원이 연방증거법 제702조와 제403조를 근거로 원고측 경제전문가들이 제시한 구조적 조건에 대한 증거를 배제하는 것은 재량권의 범위에 속한다. 그러한 증언은 “사실심 법원이 증거를 이해하는데 도움을 주지 못하고”, “증거로 허용함으로써 파생되는 피고인에 대한 불공정한 편견의 발생, 쟁점의 혼란, 배심원을 오도할 위험이 그 증거의 증명력(probative value)보다 현저히 [클 수 있다].” 게다가 카르텔 행동은 구조적 상황이 특별히 담합을 용이하게 만드는 상황이 아닐 때에도 관찰되어 왔다. 담합이 용이하지 않은

조건하에서 담합의 부존재를 예측하는데 있어서의 오류율은 상당히 높아 담합 부존재를 주장하는 피고측 경제전문가의 증언에 의심을 불러일으킬 정도이다.³³⁷⁾

다양한 종류의 계량 경제학적 증거는 충분한 준비과정을 거친다면 증거능력이 인정된다. 하지만, 가격과 비용간의 관계를 측정함으로써 합의의 존재 여부를 결정하는 것은 거의 불가능하다는 것이 명백하다. 경제학은 요구되는 추론을 도출하기 위해 필요한 이론적·실증적 도구들을 제공하지만, 이러한 도구들은 비용과 수요에 대한 정확한 측정이 이루어지지 않는 한 거의 쓸모가 없는데, 정확한 측정에는 많은 문제가 따른다.³³⁸⁾ 비용의 변화에 대한 가격의 반응 정도로부터 합의를 추론하는 것은 더더욱 문제가 많아 보인다. 독점에서의 반응은 꾸르노 혹은 베르뜨랑 과점에서의 반응과 비슷하며, 이 둘 다 측정하기 매우 어려운 수요

335) 상기각주 301과 관련 본문 참고.

336) 만약 암묵적 합의(unspoken agreement)를 중요한 현상으로 보고 암묵적 합의가 서면법 제1조를 위반한 것으로 생각하였다면, 이러한 관찰은 그다지 중요한 것이 아닐 것이다.

337) 형사 기소가 이루어졌던 담합이 발생한 산업들의 구조적 특성에 대한 경제학 문헌은 담합이 용이한 조건이 아닌 경우에도 발생한 경우들이 있음을 지적한다. Peter Asch & Joseph J. Seneca, Characteristics of Collusive Firms, 23 J. INDUS. ECON. 223 (1975)참고: Arthur G. Fraas & Douglas F. Greer, Market Structure and Price Collusion: An Empirical Analysis, 26 J. INDUS. ECON. 21 (1977); George A. Hay & Daniel Kelly, An Empirical Survey of Price Fixing Conspiracies, 17 J.L. & ECON. 13 (1974); Margaret C. Levenstein & Valerie Y. Suslow, Studies of Cartel Stability: A Comparison of Methodological Approaches, in How CARTELS ENDURE AND HOW THEY FAIL: STUDIES OF INDUSTRIAL COLLUSION (Peter Grossman ed., forthcoming 2004). 보다 중요하게, 서면법의 적용 대상이 아닌 수출 카르텔의 형성을 예측함에 있어 구조적 조건들의 오류율을 실제로 측정하고자 하는 시도가 있다. 동전을 던질 경우 정확한 예측 확률이 1/2인 실험에서, 가장 예측력이 있는 구조적 조건의 예측확률은 3/4이었으며, 카르텔이 형성되지 않았는데 형성되었을 것으로 예측하는 오류와 반대의 오류의 경우의 수는 같았다. Andrew R. Dick, Identifying Contracts, Combinations and Conspiracies in Restraint of Trade, 17 MANAGERIAL & DECISION ECON. 203 (1996)참고.

338) 꾸르노 균형과 가장 담합의 정도가 강한 담합 균형을 구분해 내는 것의 어려움에 대한 흥미로운 설명은, PHILIPS, 상기각주 41, ch. 8; Philips, 상기각주 231 참고.

곡선의 굴곡의 정도(demand curvature)에 의존한다.³³⁹⁾ 그러므로 가격과 비용 사이의 관계나 비용 증가에 따른 가격인상 정도에 관한 계량 경제학적 증거는 사실심 법원의 판단을 돕지 못하고 오히려 쟁점들을 혼동시킬 수 있다.

보다 유용한 (또한 보다 일반적인) 계량 경제학적 증거는 원고가 서면법 제1조를 위반한 합이라고 주장하는 시간과 장소에서의 가격 또는 입찰가와 통제된 시간과 장소에서의 가격이나 입찰가를 비교하는 것이다. 이 주제에 대해서는 여러 유형의 연구가 존재한다. 가장 중요한 것 중 하나는 피고의 가격이나 입찰가를 공모가 있다고 주장되는 기간의 전과 후에서 상호 비교하는 것이다. 물론 이는 배상액에 관한 연구이나, 관련 비용과 수요에 관한 요소들을 적절히 고려한 상태에서 진행된다면, 이는 또한 합의가 있었다고 주장되는 시기에 피고들이 가격이나 입찰가를 변화시켰는지의 여부를 판단할 수 있는 근거 자료를 제공한다.³⁴⁰⁾ 또 다른 유형의 연구는 공모가 있었다고 주장되는 기간 동안의 피고의 입찰행위를 실제 공모하지 않는 입찰자의 행동이나 가상적으로 공모하지 않은 입찰자의 행태와 비교하는 것이다. 이러한 비교를 하기 위한 다양한 방법론에 대한 광범위한 문헌이 존재한다.³⁴¹⁾ 준비가 충분히 이뤄진다면, 이러한 유형의 계량 경제학적 증거는 명백히 증거로서 인정될 수 있고, 또한 약식기각판결을 내려달라는 피고의 신청을 각하하는 충분한 증거가 될 수도 있다.

경제전문가들은 합리적일 수는 있지만 경제학 전문지식과 관계없는 추론을 하는 경우가 많다. 예를 들어, 가격의 인상 또는 어떤 생산자가 어떤 고객을 담당할 것인가에 관한 경쟁사업자들 간의 의사소통(특히 은밀한 의사소통)은, 가격담합이나 시장 분할 합의를 추론하는데 사용될 수 있다. 서면 증거는 카르텔을 인식할만한 단서를 포함할 수 있다. 여러 법원은 거의 백 년 동안 합의의 추정에 있어서 그러한 증거에 의존하여 왔다. 그러나 일반적으로 경제학적 전문지식이 이러한 추론을 도출하는데 기여하는 바는 없다.³⁴²⁾ 따라서 그러한 증거

경제전문가들은 합리적일 수는 있지만 경제학 전문지식과 관계없는 추론을 하는 경우가 많다. 예를 들어, 가격의 인상 또는 어떤 생산자가 어떤 고객을 담당할 것인가에 관한 경쟁사업자들 간의 의사소통(특히 은밀한 의사소통)은, 가격담합이나 시장 분할 합의를 추론하는데 사용될 수 있다. 서면 증거는 카르텔을 인식할만한 단서를 포함할 수 있다. 여러 법원은 거의 백 년 동안 합의의 추정에 있어서 그러한 증거에 의존하여 왔다. 그러나 일반적으로 경제학적 전문지식이 이러한 추론을 도출하는데 기여하는 바는 없다.³⁴²⁾ 따라서 그러한 증거

339) 독점에서의 비용변화의 효과에 관해서는 Robert L. Bishop, *The Effects of Specific and Ad Valorem Taxes*, 82 Q.J. ECON. 198 (1968); Jeremy I. Bulow & Paul Pfleiderer, *A Note on the Effect of Cost Changes on Prices*, 91 J. POL. ECON. 182 (1983) 참고. 베르트랑과 꾸르노 과점에서의 비용 변화의 효과에 관해서는, Simon P. Anderson et al., *Tax Incidence in Differentiated Product Oligopoly*, 81 J. PUB. ECON. 173 (2001) 참고; Sheldon Kimmel, *Effects of Cost Changes on Oligopolists' Profits*, 40 J. INDUS. ECON. 441 (1992).

340) POSNER 판사의 의견과 일치, 상기각주 98, 88쪽 (“비용의 증가에 의한 것이 아닌 동시의 가격인상과 생산량 감소는 가격담합 계획을 실행에 옮겼다는 좋은 증거가 된다”).

341) 관련 문헌에 대한 쉬운 개관은 Bajari & Summers, 상기각주 195 참고. Significant contributions are: Bajari & Ye, 상기각주 193; Laura H. Baldwin, Robert C. Marshall & Jean-Francois Richard, *Bidder Collusion at Forest Service Timber Auctions*, 105 J. POL. ECON. 657 (1997); Pesendorfer, 상기각주 195; Porter & Zona, 상기각주 199; Robert H. Porter & J. Douglas Zona, *Detection of Bid Rigging in Procurement Auctions*, 101 J. POL. ECON. 518 (1993). 또한 Chantale LaCasse, *Bid Rigging and the Threat of Government Prosecution*, 26 RAND J. ECON. 398 (1995) 참고 (담합 기업들은 경쟁적 입찰을 흉내냄으로써 입찰담합의 감지로부터 벗어날 수 있음).

342) George J. Stigler, *What Does an Economist Know?*, 33 J. LEGAL EDUC. 311 (1983) 참고 (경제학자들은 “서류

의 중요성에 관한 경제전문가들의 의견들은 경제학의 적용을 기반으로 하지 않기 때문에 연방증거법 제702조에 의해 증거에서 배제되어야 한다.³⁴³⁾

또한 서면증거나 경쟁사업자간의 의사소통이 지니는 의미에 대해 “배심원들을 오도하는 것”을 막기 위해 연방증거법 제403조를 사용하는 것이 적절할 수도 있다. 비록 증인이 증거를 해석함에 있어 전문지식에 근거하지 않았다 하더라도, 배심원들은 전문가의 의견을 존중할 수 있다. 더 심각한 문제는 특히 경쟁사업자들 간의 의사소통에 관한 전문가 증언은 일반 상식과 경제학의 가르침에 어긋날 수 있다. 경쟁사업자들의 단순한 의사소통으로부터 합의를 추론하는 것은 무책임한 행동이다.³⁴⁴⁾ 경쟁사업자들은 공통의 문제에 직면하는 경우가 보통이며, 따라서 집단적인 그러나 합법적인 방법으로 문제를 처리하거나, 혹은 단순히 서로 동병상련 할 수 있다.³⁴⁵⁾

이상의 논의가, 서면증거와 경쟁자들 사이의 의사소통에 대한 전문가 증인의 경제적 해석이 절대로 증거로 사용될 수 없다는 것을 의미하는 것은

아니다. 경제전문가는 그러한 증거에 대해 특별한 중요성을 부여할 수 있다. 담합 합의가 존재한다는 가장 강력한 증거는 합의위반을 응징하는 행위일 텐데, 그러한 행위는 전반적 또는 합의위반자의 고객에 한정된 공격적인 가격경쟁의 형태를 띤다. 합법적 경쟁과 합의위반에 대한 응징을 구별하기 위해서는 자료와 서면증거의 종합적 검토가 필요한데, 이에 산업조직론 전공 경제학자의 전문지식이 요구된다.

또한 경쟁자들의 의사소통 형태가 가격이나 생산량에 대한 의사합치를 위한 협상으로 해석하는 것이 합리적인지 여부에 대한 경제전문가의 잘 준비된 증언은 증거로써 사용될 수 있다. 위에서 언급한 PCS 경매사건과 ATP 사건에서는,³⁴⁶⁾ 합의의 추론이 용이하여 경제전문가 증언이 불필요했을지 모른다. 하지만 전문가 증언이 있었다면 이는 증거로서 수용될 수 있다. 한편, 다른 사건에서는 전문적인 지식에 의존한 보다 정교한 추론이 필요할 것이다. 당해 법원이 합의를 추정하기 위해 스스로 경제적 분석을 행하였던 Eastern States

를 읽는 데 어떠한 특별한 기술도 가지고 있지 않다).

343) City of Tuscaloosa v. Harcros Chems., Inc., 158 F.3d 548, 565 (11th Cir. 1998) 참고 (“서면증거가 담합을 반영한다”라는 전문가의 주장은 “사실심 법원이 어떠한 기술적 도움 없이도 그러한 결론들이 도출되는지 여부를 결정할 수 있는 능력이 있기 때문에” 증거에서 배제).

344) Cf. Holiday Wholesale Grocery Co. v. Philip Morris, Inc., 231 F. Supp. 2d 1253, 1276 (N.D. Ga. 2002) (“경쟁이 존재하는 시장, 특히 과점 시장에서는, 기업들이 전략적 결정을 내림에 있어 다른 기업들의 시장에서 의사소통을 탐지할 것이기 때문에, 반독점법은 심지어 가격에 관한 것이라도 그러한 논의를 허용한다...”), aff’d sub nom. Williamson Oil Co. v. Philip Morris USA, 346 F.3d 1287 (11th Cir. 2003).

345) 물론 이견이 있을 수 있지만, 경쟁사 A가 경쟁사 B에게 B의 자기 이익에 대해 교육하는 것 또한 합법적인 것이다. A가 B의 가격이나 생산량 수준 책정이 잘못되었다고, 예를 들어 B가 생각하는 수요 탄력성이 잘못되었다고 설득한다고 해도 이것이 합의는 아니다. 한편, A와 B 사이의 대화에서 다른 논의도 일어났다고 사실심 법원이 추론하는 것은 가능하다.

346) 상가각주 213-16과 관련 본문 참고.

사건과 Interstate Circuit 사건에서는 합의의 존재에 대한 전문가의 증언은 증거능력이 인정되었을 뿐 아니라, 결정적인 역할을 하였다.³⁴⁷⁾

경제전문가의 증언이 서면법 제1조를 위반한 합의의 존재 여부에 대한 “사실심 법원(trier of fact)”의 결정을 도울 수 있는 방법들은 수 없이 많다. 경제학자들은 관측된 행동이 비협조적 내쉬 균형과 일치하는지의 여부에 관한 통찰력을 제공할 수 있다. 경제전문가 증언의 증거능력을 평가함에 있어 가장 중요한 일반적인 규칙은 전문가의 추론이 단순한 “독단(ipse dixit)”에 의거한 것이 아니라 경제이론에 근거하여야 한다는 것이다. 추론이 증거로써 인정되려면 산업조직론 전공자들 또는 일반 경제학자들이 보통 수용하는 경제 모형의 뒷받침을 받아야 한다.³⁴⁸⁾ 그리고 그 모형은 해당 상품, 경쟁사업자, 그리고 이들의 의사소통 방식의 주요 특성을 반영하여야, 즉 모형이 해당 산업에 적합한 것이어야 추론이 증거로써 인정될 수 있다.

C. Daubert 기준을 이용하여 전문가 증언의 기반이 되는 경제이론 발견하기

경제전문가들은 서면법 제1조를 위반한 합의의 존재를 도출한 추론의 이론적, 실증적 근거에 대해 보통 자신해서 상세히 설명하려고 하지 않는다.³⁴⁹⁾ 이런 상황에서는 사실심 법원이 서로 정반대되는 의견을 제시하는 전문가들 사이의 의견불일치의 핵심이 무엇인지를 파악하거나 전문가 증언에 대한 평가를 내리는 것은 사실상 불가능하다. 또한, 이로 인해 Daubert 신청(Daubert 기준에 입각한 전문가 증언 배제신청; Daubert motion)에서 증언의 증거능력을 평가하거나, 약식기각판결 신청에서 원고의 증거가 충분한 지를 평가하는 데 있어 충분한 근거를 확보할 수 없게 된다.

Daubert 신청은 경제전문가로 하여금 합의의 존재에 대해 자신이 도출한 추론의 이론적 혹은 실증적 근거를 자세히 설명하게 만드는 아주 좋은 수단이다. 이와 같은 방법을 통해 Daubert 기준은, 경제전문가가 자신의 ‘블랙박스’를 열고 경제

347) 상기각주 71-74, 81-85와 관련 본문 참고.

348) Cf. Blair & Herndon III, 상기각주 2, 48쪽 (“증언에 대한...이론적이거나 실증적 근거가 있어야 한다. 단순한 주장에 의한 근거는 부적합하다”). 공모가 자기 이익에 반하는 행동이라는 경제전문가의 증언에도 불구하고 공모 주장에 대한 약식기각판결을 법원이 승인한 경우가 다수 존재한다. Cleveland v. Viacom Inc. 73 Fed. Appx. 736, 740-41 (5th Cir. 2003)참고; In re Citric Acid Litig., 191 F.3d 1090, 1105 n.9 (9th Cir. 1999). 다른 증거의 존재로 인해 약식판결을 내릴 수 없는 경우에는, 자기 이익에 반하는 행동이라는 주장에 대한 논증 없는 증거는 배제하는 것이 적절하다.

349) 특히 배심 사건들에서는 실제 법정증언(courtroom testimony)시 세부사항에 대해 간략히 하는 것은 이해할 수 있지만, 전문가 보고서(expert reports)는 세부사항을 상세히 설명해야 한다. 연방민사소송법 제26조 (a)항 (2)절 (B)에 의하면 전문가 증언(expert testimony)이 있기에 앞서 “개진될 모든 의견들에 대한 빠짐없는 진술 및 의견의 근거 및 이유”가 기재된 전문가 보고서가 먼저 제출되어야 한다. 이는 전문가로 하여금 추론의 근거를 밝히지 않고 법정 증인대에 서는 것을 금지하는 것으로 보이나, 이 조건이 실질적으로 집행된 적은 없어 보인다.

학적 증언을 하게 하는, 상당히 유용한 목적을 달성하는 데 사용될 수 있다.³⁵⁰⁾

경제전문가 증인이 경제학적 근거를 설명하지 못하거나 불완전하게 설명하면 소송의 반대당사자는 증거로 인정될 수 없는 증언을 제외해 달라는 '재판전 배제신청(motion in limine)'을 제출하여 자신의 이익을 보호할 수 있다. 어떤 증거든 제시하는 측이 그 증거의 허용가능성에 대해 설득할 책임(burden of persuasion)을 진다.³⁵¹⁾ 따라서 추론의 경제학적 근거를 명확히 서술할 수 없음을 지적함으로써 증거제출자로 하여금 자신의 근거를 제공하도록 할 수 있다. 그러므로, 증언 배제신청(motion to exclude)에 반대하는 준비서면에는 증인이 주장하고자 하는 추론의 근거가 반드시 제시되어야 한다. 또한, 법원은 전문가에게 공판에 출두하여 증언할 것을 명하여 그 전문가가 주장하는 근거를 면밀히 검토할 수 있다.

그 과정이 무엇이든 간에, 증언의 모든 근거를 공개하는 것은 여러 가지 혜택을 가져다준다. 합의의 추론에 대해 전문가가 경제학의 어떤 이론적 혹은 실증적인 근거도 제시할 수 없다는 것이 명백해질 수 있다. 추론의 바탕으로 제시된 이론적 혹은 실증적 근거가 해당 추론을 논리적으로 뒷받침하지 못한다는 사실이 분명해질 수도 있다. 추론의 최신과점이론에 위배된다는 것이 명백해질 수도 있다. 이 세 가지 모두의 경우, 증언은 증거능력으로서의 기준을 충족시키지 못하므로 배제되어야 한다. 이에 더하여 증인이 증거에서 배제될 정도의 기본적인 결함은 없지만 중요한 취약점이 있다는 사실이 명백해질 수도 있다. 그 경우, 해당 증언은 약식기각판결 신청의 각하를 막는 데는 부족할 수 있다.³⁵²⁾

예를 들어, 관측된 특정 행동이나 결과가 완전 경쟁시장에서는 일어날 수 없기 때문에 그것이 일어났다는 것은 합의의 증거라는 주장을 생각해보

350) 전문가의 법정 밖 증언 조서(deposition)를 받는 것은 분명히 바람직한 것이나, 이를 통해 얻을 수 있는 것에는 한계가 있다. 예를 들어, 증인이 자신이 근거로 사용한 모든 경제학 문헌, 자신의 이론적인 모형이나 계량경제분석의 기술적인 세부사항을 기억하여 서술할 수 있을 것이라 기대되지 않는다. 더욱이 구두증언(oral testimony)은 상당히 모호한 의미를 지니는 경우가 많다.

351) 예를 들어 *Oddi v. Ford Motor Co.*, 234 F.3d 136, 144 (3rd Cir. 2000) 참고 ("전문가 증언의 제출자는 반드시 민사사건에서의 증거의 우세기준(preponderance of proof)에 따라 해당 증언이 Daubert 기준을 만족함을 보여야 한다") (*Daubert v. Merrell Dow Pharms., Inc.*, 509 U.S. 579, 593 n.10 (1993) 인용); *Lust v. Merrell Dow Pharms., Inc.*, 89 F.3d 594, 598 (9th Cir. 1996) ("전문가 증언의 증거능력에 대한 입증책임은 그 전문가를 내세우는 소송당사자에게 있다"); *Baker v. Urban Outfitters, Inc.*, 254 F. Supp. 2d 346, 353 (S.D.N.Y. 2003) ("전문가 증언의 제안자는 민사사건에서의 증거의 우세기준에 의해 증거능력을 입증할 책임을 진다"); *Bouchard v. Am. Home Prods. Corp.*, 213 F. Supp. 2d 802, 808 (N.D. Ohio 2002) ("전문가를 제외한 당사자는 해당 증언의 증거능력에 대한 입증책임을 진다"); *Blanchard v. Eli Lilly & Co.*, 207 F. Supp. 2d 308, 314 (D. Vt. 2002) ("전문가 증언을 제외한 당사자는 민사사건에서의 증거 우세기준에 의한 증거의 증거능력 입증책임을 진다"); 일반적으로 *Gavil II*, 상기각주 2, 849-50쪽 참고.

352) 일반적으로 2 AREEDA, HOVENKAMP & BLAIR, 상기각주 154, ¶309c2, 129-36쪽; *Gavil I*, 상기각주 2, 698-708쪽 참고.

자.³⁵³⁾ 세 가지 점에서 그러한 주장은 “전문가의 독단적 주장(ipse dixit of the expert)”으로 볼 수 있다.³⁵⁴⁾ 첫째, 해당 시장은 완전경쟁시장과는 거리가 멀 수 있다.³⁵⁵⁾ 피고들은 자신들이 참여하는 시장이 완전경쟁적이라고는 거의 주장하지 않기 때문에, 사실상 쟁점은 해당 행동이나 결과가 일회게임에서의 비협조적 내쉬 과점균형과 일치하느냐의 여부이다. 둘째, 증인은 단지 해당 행동이나 결과에 대한 결백한(innocent) 설명이 없다는 주장을 하고 있음에 불과할 가능성이 크다. 그러나 실제 경제에는 이상해 보이는 행동이지만 조만간 이에 대해 합리적이고 음모와 무관한 설명을 제공하는 경제이론이 개발되는 경우가 많다. 셋째, 가장 중요한 것은, 증인이 해당 행동이나 결과가 왜 독점이나 카르텔에서 더 자주 관측될 가능성이 큰지에 대해 아무런 설명도 하지 못할 수 있다. 관측된 행동이나 결과가, 일회게임 과점 모형에서의 비협조적 내쉬균형의 가정 하에서보다 셔먼법 제1조를 위반하는 합의의 가정하에서 더 잘 설명될 경우에만 합의의 추론에 대한 경제학적 근거가 존재한다고 말할 수 있다.

경제학자가 흔히 하는 또 하나의 “독단적 주장”은 지나친 일반화가 있다. 이러한 과잉 일반화는 그 이론적 혹은 실증적 근거를 조사함으로써 그 실체를 드러낼 수 있다. 예를 들어, 한 사건에 있어 원고와 피고측 경제전문가들은 모두 시장점유율 안정성의 중요성을 과장할 수 있다. 원고측 경제전문가는 “시장에서의 주요 기업들이 상호간 비교시 동일한, 혹은 거의 동일한 시장점유율을 상당한 기간 동안 유지한다면, 이는 그들이 시장을 분할했다는 단서이다”라는 Posner 교수의 견해를 인용할 수 있다.³⁵⁶⁾ 이 견해는 타당하다. 하지만 경제전문가는 이에 그치지 않고 더 나아가, 안정적 시장점유율은 시장의 분할 없이는 관찰될 수 없다는 주장을 펼칠 유혹을 느낄 수 있다. 하지만 이러한 주장에 대한 경제학적 근거는 없다.³⁵⁷⁾ 피고측 경제전문가는 Posner 교수의 견해의 역의 논리(converse)에 기초하여 “불안정적 시장점유율은 담합이 존재하지 않는다는 징후이다”라는 주장으로 나아갈 수 있다.³⁵⁸⁾ 이 주장에 대한 근거를 조사해 보면 지나친 일반화임이 밝혀질 것이다. 시장점유율의 안정성은 담합 합의의 존재(existence)보다는 담합 합의의 효력(effectiveness)에 대한 근거로서 더

353) 또한 경제전문가는 합의가 없을 때는 특정 행동이나 결과가 관찰될 것이기 때문에, 이와 상이한 행동이나 결과들이 관찰된다는 근거로 합의를 추론해야 함을 주장할지 모른다. 다음의 논의는 이러한 주장에도 적용된다.

354) 이와 비슷한 맥락에서 증거력이 인정될 수 있는 경제전문가 증언의 한 예는, 특정 관행의 산업 전반에 걸친 채택이 가격조정은 조장하는 반면 다른 어떠한 정당한 사업 목적과도 부합하지 않는다는 것이다. Cf. George A. Hay, *The Meaning of "Agreement" Under the Sherman Act: Thoughts from the "Facilitating Practices" Experience*, 16 REV. INDUS. ORG. 113, 128-29 (2000) (위법성이 인정되어 금지 가능한 담합 조장행위들이 발생하는 경우 합의를 정의할 것을 제안).

355) Blair & Herndon II, 상기각주 2, 18쪽.

356) POSNER, 상기각주 98, 79쪽.

357) Blair & Herndon III, 상기각주 2, 48쪽 참고.

358) Blair & Herndon II, 상기각주 2, 18쪽.

의미가 있다. 그 이유는 카르텔 합의를 위반하는 것과 이에 대한 응징은 시장점유율을 불안정하게 만들기 때문이다. 게다가 카르텔은 시장을 할당하는 방식 이외의 형태로도 존재하는 바, 그러한 경우에는 시장점유율은 시간이 지남에 따라 변동하는 경향이 높다.

조달 입찰과 관련한 몇 개의 소송 사건에서 기존 공급자의 재계약 비율이 높다는 사실의 중요성에 관해서는 많은 논의가 있어 왔다. 실제로 제11항 소법원은 한 사건에서 높은 재계약 비율(high incumbency rate)의 사실만을 근거로 약식기각판결을 파기한 바 있다.³⁵⁹⁾ 높은 재계약 비율이 흥미로운 사실이긴 하지만, 합의가 존재하지 않으면 재계약 비율이 어떻게 될 것인가를 예측하는 과점 모형을 사용하지 않고서는 재계약 비율이 높다는 사실에서 어떠한 추론도 도출해 낼 수 없다. 그러한 사건에서 원고측 전문가가 제시하는 통계 테스트를 수행하기 위해서는, 그 전문가는 특정 고객과 계약을 갱신할 확률이 내생적으로 생성되는 확률 모형을 가정해야 한다.³⁶⁰⁾ 그러므로 이러한 사건들에서 원고측 전문가는 비록 공개하지는 않았고 비록 경제학적 근거가 없는 것이었다 하더라도 무언가 모형이라고 부를 만한 것을 가지고 있었던 것이다.

통계 전문가 증언에 대한 Daubert 이의신청에서 첫 번째 쟁점은 확률 모형(probability model)이 완전히 자의적인 것인지의 여부이다. 만약 그렇다면 연방증거법 제401조와 제702조에 의해 배제된다. 만약 확률 모형이 자의적인 것이 아니라면, 그 모형의 신뢰성과 적합성(reliability and fit)을 심사해야 한다. 해당 확률 모형이 정식 경매 모형에 기반하고, 비협조적 내쉬균형 개념을 사용하여 입찰의 분포를 생성하면 신뢰성 기준은 충족한다. 이러한 모형들이 표준적인 도구로 사용되는 것이다. 최소한 원고측 전문가가 인식하는 시장의 주요 특성들을 해당 경매 모형이 모두 반영해야 적합성 기준을 만족한다.

주요 비평가들은 “Daubert 기준에 따른 경제학 증언의 배제는 반독점 사건에서 드물게 사용되어야 하며, 경제학자의 방법론이 해당 전문 분야의 기준에 비추어 볼 때 명백하고 심각한 결함이 있는 경우에 국한되어야 한다”고 주장한다.³⁶¹⁾ 이들은 통상적인 경우 “가치가 없는 전문가 증언을 처리하는 더 적합한 방법”은 약식기각판결이라고 말한다.³⁶²⁾ 하지만 Daubert 이의신청을 훨씬 더 광범위하게 사용해야 한다. 그 이유는 상당히 많은 양의 경제전문가 증언이 배제되어야 할 뿐만 아니라, Daubert 이의신청을 심리하는 소송절차(proceedings)는 법원을 교육시킨다는 더 중요

359) 상가각주 159와 관련 본문 참고.

360) 재계약비율의 증가는 (무작위적인 변동이라고 설명되지 않으면) 경쟁자들의 입찰패턴의 변화를 의미하는 것이므로 더 중요한 의미를 지닌다. 왜냐하면 이러한 변화는 고객할당 합의의 채택에 따라 나타날 수 있기 때문이다.

361) 2 AREEDA, HOVENKAMP & BLAIR, 상가각주 154, ¶1309d, 136쪽.

362) 상동.

한 목적을 수행하기 때문이다.

판사들은 과점이론에 대해 거의 아는 것이 없고, 알고 있는 것은 법적 견해(legal opinion)나 반독점법 교과서에서 익히게 된다. 판사들이 그들 스스로 경제문헌을 읽고 이해하는 것을 기대할 수 없기 때문에, 그들이 과점이론을 배우는 데 있어 가장 좋은 방법은 경제전문가 증언을 접하고 전문가가 혹은 그들의 변호사가 인용하는 경제문헌을 읽는 것이다. 일반적으로 연방법원의 판사는 소송이 시작될 때는 최신 과점이론에 대해 거의 아무것도 알지 못할 가능성이 크기 때문에, Daubert 신청에 대한 결정을 내리는 과정에서 관련 자료를 검토하는 것은 해당 주제에 대한 판사의 이해를 극적으로 높일 가능성이 크다. Daubert 신청에 대해 결정해야 하는 것은 판사로 하여금 아마도 처음으로 최신 과점이론에 대해 생각해 보게 하고, 또한 최신 과점이론을 반독점 사건분석과 교과서에 소개되는 다소 왜곡되고 또한 심하게 시대에 뒤떨어진 설명을 통해서가 아니라, 경제전문가들의 증언과 그들이 의존하는 경제문헌으로부터 직접 배우도록 만들 것이다.

원칙적으로는, 최신 과점이론에 대해 숙고해 보는 것은 약식기각판결 신청에 대한 판결을 내리는

데 더 필요하다. Daubert 기준은 판사가 경제전문가 증언이 해당 전문 분야의 기준과 부합하는지만을 결정하는 것을 요구할 뿐이다. 이에 반해 적용 가능한 약식기각판결 기준은³⁶³⁾ “반독점 사건 담당 판사로 하여금 전문가의 전문 분야에 들어갈수록 강제하여” 전문가가 제시한 결론이 증거와 분석에 의해 정당화 되는지를 결정하도록 요구한다.³⁶⁴⁾ 그러나 약식기각판결의 소송절차는 판사가 전문가의 전문 분야에 들어갈 기회를 덜 제공할 수 있다. 이런 관점에서 볼 때 Daubert 신청에 대한 소송절차 (Daubert process)는 약식기각판결을 보완하는 중요한 역할을 한다.

V. 맺음말

높은 수준의 지적 엄정성을 적용하고 똑같은 증거를 사용하더라도, 원고측과 피고측의 경제전문가들은 매우 다른 결론에 도달할 수 있다.³⁶⁵⁾ 그 이유는, 어떤 사실이 가장 중요하고, 특히 어떤 모형이 가장 타당한가에 대해 서로 다른 판단을 하기 때문이다. Posner 교수는 전문가 증언을 법정에서 사용하는데 발생하는 문제는 “전문가들 사이의 의견의 불일치”이며, 이러한 의견의 불일치는 특히 반독점 사건에서 경제학자들 간에 심각하다

363) 상기각주 146-56과 관련 본문 참고.

364) Hovenkamp, 상기각주 2, 137쪽.

365) 이는 서면법 제1조 위반인 합의의 존재에 대해 법정 밖에서 경제학자들이 도달하는 상이한 결론을 설명한다. 실제 담합 사건에서 의견 차이에 관한 논의는 Frank A. Scott, Jr., Great School Milk Conspiracies Revisited, 17 REV. INDUS. ORG. 325 (2000)와 Robert F. Lanzillotti, Great School Milk Conspiracies Revisited: Rejoinder, 17 REV. INDUS. ORG. 343 (2000)을 비교해 보라.

고 지적한다.³⁶⁶⁾

최신 과점이론에는 실제로 의견의 불일치라 할 수 있는 문제가 존재한다. 몇몇 경제학자들은 반복게임 모형을 크게 신뢰하여, 암묵적 합의(unspoken agreement)만 있어도 가격조정이 발생한다고 믿을 수 있다. 이들 경제학자들은 구두합의(spoken agreement)가 있었느냐 문제에 관한 대부분의 정황 증거는 전적으로 애매모호하다고 간주할 수 있다. 반면, 용의자의 딜레마 게임과 Stigler의 모형이 중요하다고 판단하는 다른 경제학자들은 암묵적 합의는 존재하지 않거나 존재하더라도 드물다고 믿고, 상황 증거로부터 구두합의의 존재를 쉽사리 추론할 수 있다.

경제전문가들이 최신 과점이론을 기반으로 하여 지적으로 엄밀한 분석을 제공하는 한, 그들의 증언은 증거로서 인정될 수 있다. Frye의 일반적 수용 기준(the Frye standard of general acceptance)을 기각함으로써, 미국 연방증거법과 Daubert 판결은 서로 다른 다양한 관점의 표현을 허용했다. 그러나 Daubert 판결은 법정에서 제시되는 견해가 견고한 기반에 기초할 것을

요구하는 수단 또한 제공하였다. 경제전문가의 증언에 대한 배제신청은, 전문가로 하여금 자신의 증언의 이론적 혹은 실증적 기반이 무엇인지를 먼저 공개하게 하고 그 다음 이에 대한 면밀한 심사가 가능하게 하는 유용한 도구이다. 이로부터 예상되는 결과는 양측 전문가들 간의 의견일치의 정도가 증가하고 또한 양측 전문가들이 각자 자신의 분석을 행함에 있어 내린 선택에 대해 좀 더 초점이 맞추어진 논쟁을 벌이는 것이다.

경제전문가들의 입장에서 보면 매우 중요한 이해관계가 걸려있다. 전문적 기준에 미흡하다는 이유로 자신의 증언이 배제된다면 그 전문가의 미래 수입에 심각한 영향을 줄 수 있다. 그러므로 Daubert 기준에 의한 증언 배제의 가능성(the threat of Daubert exclusion)은 경제전문가들로 하여금 “관련 분야의 전문가에게 통상적으로 요구되는 것과 같은 수준의 지적 엄정성을 적용하도록” 박차를 가할 것이다.³⁶⁷⁾ 아마도 보다 중요한 것은 변호사들로 하여금 자신들이 고용하는 경제전문가에게 보다 높은 수준의 지적 엄정성을 허락하고, 권장하고, 심지어 요구하게 만들리라는 것이다.³⁶⁸⁾

366) Richard A. Posner, *The Law and Economics of Economic Expert Witness*, J. ECON. PERSP., 1999년 봄, 91 쪽, 96쪽 (“경제전문가를 쓰는 것이 가장 큰 문제가 되는 분야는 전문가들의 동의가 없는 경제학 분야이다. 과거의 반독점 경제학은 그러하였고 현재도 여전히 어느 정도는 그러하다. 모든 이에게 존경 받는 경제학자도 반독점 사건에 있어서는 한 사람은 ‘강경론자(hawk)’ 이고 다른 사람은 ‘온건파(dove)’ 일 수 있다”) 참고.

367) *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137, 152 (1999); 상기각주 296과 관련 본문 참고.

368) 경제전문가 증언에 지적 엄정성이 부족한 한 가지 이유는, 변호사가 배심원이나 판사가 엄밀한 분석을 이해하지 못할 것이라고 믿기 때문일 수 있다. 그러나 엄밀한 경제분석이라 해도 비전문가로 하여금 그 요점을 이해할 수 있도록 하는 방법으로 설명할 수 있다. 게다가, 전문가 보고서(expert reports)는 대체적으로 다른 전문가들을 위해 쓰여지기 때문에, 일부러 단순화하여 쓸 필요도 없고, 또한 의미를 정확하고 간결하게 전달하는데 필요하다면 전문용어를 사용하는 것이 낫다. 변호사가 경제전문가들의 증언

최신 과점이론에 대한 의견의 불일치 문제는 경제학자들 사이에서보다는 판사들 사이에서 더욱 심각할지 모른다. 위에서 언급했듯이, Posner 교수와 Turner 교수는 매우 다른 과점 모형에 각자의 분석을 기초했기 때문에 서면법 제1조의 과점 예의 적용에 관해 상이한 결론에 도달하였다.³⁶⁹⁾ 판사들 사이의 유사한 견해 차이, 그 중에서도 특히 Posner 판사와 대부분의 다른 판사들 간의 견해 차이는 약식판결에서의 여러 상이한 의견이 표출되는 이유를 설명해준다. 그러나 이 상이한 의견의 대부분은, 판사들이 최신 과점이론에 대해

무지한 결과, 서면법 제1조 위반인 합의의 존재에 대한 경제학적 증거를 평가할 역량이 부족하기 때문이다. 만약 법원이 최신 과점이론의 기초를 이해하게 된다면 보다 정제되고 보다 일관성 있는 판결이 내려질 것이다.³⁷⁰⁾ Daubert 신청은 전문가들로 하여금 합의의 존재에 대한 추론을 할 때 최신 과점이론을 근거로 하도록 유도하고, 법원으로 하여금 경제전문가들이 내린 추론을 평가함에 있어 최신 과점이론에 기반을 두도록 요구함으로써, 이러한 과정을 촉진할 것이다. **경쟁저널**

이 덜 엄밀하기를 바라는 또 다른 이유는, 더 엄밀한 분석을 할 경우 전문가가 더 필요하고 보다 전문화된 따라서 더 높은 보수를 받는 전문가들이 필요하여 비용이 더 많이 들기 때문일 수 있다.

369) 상기각주 236-64와 관련 본문 참고.

370) 법원이 최신 과점이론에 대한 공통된 이해(common understanding)를 기반으로 논증하지 않는 한, 담합 합의의 추론에 대한 법원의 분석은 결코 진정한 일관성을 확보할 수 없다. 공통된 이해를 달성하려면 아마도 과점이론에 관한 대법원의 법적 의견 제시(judicial pronouncements)가 있어야 할 것이다. 그러나 대법원이 그러한 의견제시를 하거나 하는 것은 그리 바람직하지 않을 것이다. 대법원은 아마도 과점이론을 정확히 이해하지 못 할 것이며, 또한 경제학은 계속 발전함에도 불구하고 한 번 표명된 대법원의 의견은 몇 십 년 동안 재판관들의 과점에 대한 생각을 얼어붙게 만들 수도 있다. 이러한 문제가 발생할 가능성을 시사하는 예는 Brooke Group 사건에서 발견된다. 이 판결에 표명된 대법원의 과점이론에 대한 방언(dictum)은 이미 폐기된 Chamberlin-Fellner식 과점이론을 지지하는 것으로 해석될 수 있다. 상기각주 209-12와 관련 본문 참고.