

카르텔로 인한 손해배상소송의 손해액 산정에 관한 검토¹⁾

성균관대학교 법학전문대학원 교수 | 이 선 희

I. 서론

독점금지법 위반행위에 대한 개인 당사자에 의한 손해배상청구는 미국에서 유래한 것인데, 우리나라에서는 1980년 12월 31일 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 “독점규제법”이라 한다) 제정 당시 도입되었다. 한편 2001년 4월 1일, 일본이 법을 개정하여 기존의 손해배상제도를 손질하고 금지청구권을 도입함을 계기로 우리나라에서도 손해배상청구뿐만 아니라 금지청구에 관해서도 활발하게 논의가 진행되었는데, 2004년 12월 31일, 법 개정으로 손해배상제도와 관련하여 시정조치 선(先)확정주의를 폐지하고 손해액 인정제도가 도입되었지만, 금지청구제도는 도입되지 않았다.

독점규제법 위반행위에 대한 손해배상청구소송을 통한 사적 집행의 중요성은 불법행위법의 목적과 관련하여 볼 때 위와 같은 피해자의 구제를 통하여 불법행위를 감소시키는 예방의 효과를 거둘 수 있다는 점 때문일 것이다. 그 외에 제재로서의 효과와 관련되는 것이 징벌적 손해배상인데, 특히 미국 클레이튼법(Clayton Act)에 의한 3배 배상제도 등에 구현되어 있지만 유럽이나 우리나라에서는 이를 허용하지 않는다.

우리나라에서 독점규제법 위반을 이유로 한 손해배상청구권 행사에 관한 실무례가 아직은 많이 집적되어 있지 않지만, 2001년 이후 부당한 공동행위를 중심으로 손해를 배상받기 위한 시도로서의 민사소송이 점차 활발하게 제기되고 있다. 그러나 인과관계 및 손해의 입증과 손해산정의 어려움이 활성화에 걸림돌인 것으로 보인다.

본고에서는 우리나라에서 독점규제법 위반을 이유로 한 손해배상청구의 사건 현황을 살펴보고, 그 중 손해액 산정 등에 관한 몇 가지 쟁점을 부당한 공동행위에 관한 몇 개의 판결례를 중심으로 살펴보기로 한다.

1) 본고는 서울대학교 경쟁법센터가 연구비를 지원하여 진행하는 ‘독점규제법 시행 30년 회고와 전망’이라는 주제의 연구 중 필자가 맡은 ‘독점규제법과 사적 집행’에 관하여 2011년 2월 19일 연구회에서 발표한 내용의 일부를 정리한 것이다.

II. 사건 현황

독점규제법 위반행위의 손해액 산정이 문제된 최초의 판결은 불공정거래행위로 인한 손해배상 청구인 정산실업 사건(대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카29075 판결)로 보이고, 그 후에도 상당기간동안 불공정거래행위와 관련한 손해배상소송이 주를 이루었다.

그러다가 2001년에 5개 정유사 군납유류 입찰담합사건에 대한 소(訴) 제기 이후 부당한 공동행위와 관련된 손해배상청구소송이 증가되어 교복 담합사건, 스테인레스 코일 가격 담합사건, 용인동백지구 분양가 담합사건, 시내전화 요금 담합사건, 밀가루 가격 담합사건 등이 선고되었으며, 현재 설탕 가격 담합사건, 신용카드사의 밴(VAN) 수수료 담합사건에 관한 손해배상소송 등이 제기되어 진행 중인 것으로 파악되고 있다. 그 중 스테인레스 코일 가격 담합사건(서울남부지방법원 2007. 3. 22. 선고2005가단66903 판결), 용인동백지구 분양가 담합사건(서울남부지방법원 2007. 4. 13. 선고 2004가합14254 판결)은 부당한 공동행위에 해당하지 않는다는 이유로 원고들의 청구가 기각되었고, 이에 대하여 원고들이 항소하지 않아 종결되었다.

한편, 시장지배적 지위 남용행위와 관련해서는, 피고 마이크로소프트(Microsoft)의 미국 본사 및 한국 현지법인(이하 “피고들”이라 한다)이 윈도우 운영체계에 미디어 플레이어 및 메신저 프로그램을 결합판매한 행위와 관련하여 경쟁회사가 제기한 2개의 손해배상소송이 있다(이하 “MS 사건들”이라 한다). 이에 대하여 1심 법원은, 피고들의 위법행위는 인정하면서도 피고들의 위법행위와 경쟁회사인 원고들이 주장하는 손해 사이에 상당인과관계(相當因果關係)가 없다는 이유로 원고들의 청구를 모두 기각하였다.

다만 구체적인 내용은 사건에 따라 약간의 차이가 있는데, 메신저의 결합판매가 문제된 서울중앙지법 2009. 6. 11. 선고 2007가합 90525사건(현재 서울고법 2009나71437로 계속 중)에서는 시장지배적 지위 남용행위 중 ‘소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위’ 및 ‘다른 사업자의 사업활동 방해행위’와 ‘끼워팔기’의 불공정거래행위가 모두 성립되는 것으로 본 반면, 미디어 플레이어의 끼워팔기가 문제된 서울중앙지방법원 2009. 6.11. 선고 2006가합24723 사건(서울고법 2009나65487로 계속 중 2010.3.4 항소 취하로 종결)에서는 시장지배적 지위 남용행위 중 ‘소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위’ 부분은 위법행위의 성립을 부정하고, 다른 사업자의 사업활동 방해 및 불공정거래행위 중 끼워팔기에 해당하는 부분은 위법행위의 성립을 인정하였다는 점이다. 그런데 전자의 판결에서, 위법행위가 성립하는 이유는 - 손해가 현실적으로 발생하였기 때문이 아니라 - 그 추상적 위험성이 인정되기 때문이라고 판시하고 있는데, 이는 위법행위가 성립하였더라도 손해 발생 또는 손해액의 입증이 없다는 이유로 청구를 기각하는 것

이 이론적으로는 문제가 없다는 취지로 보인다.

Ⅲ. 주요 쟁점

독점규제법 위반행위로 인한 손해배상청구소송에서 손해액 산정과 관련하여 주로 문제되는 쟁점에 대하여 판결례를 중심으로 간단하게 살펴보기로 한다.

1. 인과관계와 손해액의 입증

(1) 인과관계의 입증

독점규제법 위반행위와 피해자의 손해 발생 사이에는 인과관계가 인정되어야 한다. 위법행위가 있었다고 하더라도 원고가 주장하는 손해가 원고의 잘못된 경영, 기타 위법행위와 관련 없는 요인으로 인한 것이라면 배상되지 않는다.

그러나 원고가 주장한 손해 중에서 위법행위로 인한 것뿐만 아니라 위법행위와 관련 없는 요인으로 인한 것까지 포함되어 있다면, 이를 구분하여 전자를 배상하고 후자는 인과관계가 없다는 이유로 배상에서 제외되어야 한다. 이와 같은 점에서 보면 인과관계의 문제는 손해액의 산정문제와 직결되어 있다.

어떤 사업자(피고)가 특정 거래처를 지원하기 위하여 자기 제품의 공급가격을 거래상대방에 따라 차별적 취급행위를 함으로써 동일한 영업지역에 있는 원고가 매출 감소로 인한 손해를 입었다고 주장하면서 손해배상을 구한, 이른바 '라미화장품' 사건에 대한 하급심 판결(서울지법 1998. 6. 25. 선고 97가합56100 판결)에 의하면, 피고의 위법행위와 원고의 매출 감소사실을 인정하면서도 피고의 행위와 원고의 손해 사이의 상당인과관계에 대한 입증책임(立證責任)의 완화 주장을 배척하고, 매출 감소에 영향을 미치는 여러 요인들 중에서 피고의 위반행위가 원고의 매출 감소에 얼마나 기여하였는지를 확정할 자료가 없다는 이유로 원고의 청구를 기각한바 있다.

그러나 인과관계가 인정되기 위하여 이러한 구체적인 사실을 모두 주장하고 입증한다는 것은 원고의 입장에서 대단히 어려운 일이다. 따라서 환경오염피해소송, 의료과오(過誤)소송 등과 같은 특수소송에서 인과관계의 입증책임을 경감하는 판례의 입장을 독점규제법 관련 소송에서도 확장하는 것이 필요하다.²⁾ 손해의 발생과 배상되어야 할 손해액의 입증 간에는 성질상 차이가 있

2) 홍대식, "공정거래법상 손해배상청구: 실무의 관점에서", 경영법률 제13집 제2호(2003. 2), 한국경영법률학회, 2003년, 266면.

고, 이에 따라 법원의 역할이나 당사자의 입증책임 등도 다르게 보아야 할 것인 바, 특히 손해액 산정에 대해서는 그 판단이 비송적(非訟的) 성질을 가지는 것이고 법원의 창조적 역할을 강조할 수 있을 것이다.³⁾

그러므로 앞서 본 라미화장품의 사례에서도 위법행위와 원고의 매출 감소사실 및 그 시간적·장소적 근접성을 원고가 입증하면 인과관계가 사실상 추정되고, 그 추정을 번복하기 위하여 피고가 원고의 매출 감소가 위법행위 이외의 다른 요인에 의하여 일어났다는 위법행위 이외의 다른 요인에 의한 기여도를 입증하도록 함이 상당하리라고 생각한다.

답합사건에 있어서는, 답합이 없었다면 존재하였을 가상적인 경쟁가격을 산정함에 있어서 답합 이외의 요인을 제거하는 과정에서도 마찬가지로 할 것이다. 이 과정에서 원고의 손해 발생에 영향을 미친 여러 요인들의 상대적 기여도를 측정하기 위하여 계량경제학의 도움을 받은 경제분석 등도 활용할 필요가 있을 것인 바, 이에 대한 상세는 뒤에서 보기로 하되, 다만 이 경우에도 손해의 정확한 산정을 무리하게 요구하게 되면 불법행위의 회복기능뿐만 아니라 예방(억지)기능의 사실상 포기를 의미할 수도 있다는 점을 염두에 두어야 할 것이다. 재산상 손해의 산정이 어려운 경우는 위자료 산정에 있어서 참작함으로써 위자료의 보충적 기능을 활용할 수도 있지만, 이는 개인이 원고인 경우에만 가능하다는 점에서 한계가 있다.

(2) 독점규제법 제57조의 손해액 입증규정

대법원은 일반 불법행위로 인한 손해배상책임과 관련하여, 손해 원인이 인정되는 한 손해액에 관한 입증이 없거나 불충분하더라도 법원이 석명권(釋明權)을 행사하고 입증을 촉구하여 손해액을 심리 판단하여야 하고(대법원 1982. 4. 13. 선고 81다1045 판결 참조), 나아가 장래의 얻을 수 있었을 이익에 관한 입증에 있어서는 그 증명도(證明度)를 과거 사실에 관한 입증에 있어서의 증명도보다 경감하여 채권자가 현실적으로 얻을 수 있을 구체적이고 확실한 이익의 증명이 아니라 합리성과 객관성을 잃지 않는 범위 내에서의 상당한 개연성 있는 이익의 증명으로 족(足)하다고 보아야 할 것(대법원 1992. 4. 28. 선고 91다29972 판결)이라고 판시하여 왔다.

그러나 실제에 있어서는 손해배상 산정방법에 엄격성을 요구하여 손해액 산정의 요소가 되는 사실에 대하여 일일이 충분히 입증할 것을 요청하였으며, 최근까지만하여도 손해배상액 산정에 있어서 견본 추출 산정방식이나 통계적·추정적 산정방식은 전혀 인정하지 아니하였다.⁴⁾

그러나 2004년 법 개정으로 제57조의 손해액 인정에 관한 규정을 두었는 바, 위 규정의 의미와 관련하여 위법행위 또는 위법행위와 손해 발생사실만 입증되면 손해액에 관한 입증이 없이도 법

3) 양창수, "독점규제법에서의 손해배상", 민법연구 제5권, 박영사, 1999년, 244면.

4) 김차동, "공정거래법의 사적집행제도의 변경 및 그 보완방안", 경쟁법연구 11권, 2005년, 한국경제법학회, 83면.

원이 상당한 손해액을 인정하여 손해배상을 명(命)할 수 있는지가 문제될 수 있다.

“이 법의 규정을 위반한 행위로 ‘인하여’ 손해가 발생된 것은 인정되지만, 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는, 법원은 ‘변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여’ 상당한 손해액을 인정할 수 있다”고 규정한 위 제57조 법문의 취지에 비추어 볼 때, 위반행위와 손해 발생 사이의 인과관계가 입증되어야 손해액과 관련된 어느 정도의 증거는 제출되어야 할 것이고 전혀 입증이 없다면 기각될 것이다. 그러나 과연 어느 정도의 증거가 제출된 경우에 손해배상액 인정에 족한 증거라고 할 수 있는가는 여전히 명확하지 않고, 결국 향후 판례의 발전을 통하여 그 구체적인 의미가 확정되어야 할 것으로 보인다.⁵⁾

앞서 본 마이크로소프트 사건들에서 1심 법원은, 독점규제법 제57조의 규정은 위법행위와 손해 사이의 인과관계에 대한 입증책임까지 완화되는 취지로 해석할 수는 없고, 불법행위책임의 일반 원칙에 따라 손해배상청구권을 행사하고자 하는 원고가 위법행위와 손해 발생 사이의 인과관계를 입증하여야 한다고 판시한 다음, 그 상당인과관계의 입증이 없다는 이유로 원고들의 청구를 모두 기각하였다.

(3) 미국의 판례 등으로부터의 시사점

1) 미국 연방법원은 손해 및 인과관계, 손해액의 입증에 대한 입증정도를 달리 한다.

손해 발생의 사실(Injury-in-Fact)은 상당한 확실성(Reasonable Certainty)을 가지고 입증되어야 하지만, 인과관계는 증거의 우세(Preponderance of Evidence)만으로 입증될 수 있다는 입장을 밝혔다. 그러나 원고는 피고의 범위반행위가 손해의 유일한 원인은 아니더라도 적어도 중요한(Material) 또는 본질적인(Substantial) 요소라는 점을 입증할 것을 요구하고 있다.

손해액의 입증도 손해사실의 입증과 같은 정도의 엄밀함을 요구하지는 않는다. 손해의 입증상의 어려움으로 인하여 범법자가 이익을 얻게 되는 결과를 막기 위한 것이라고 설명되고 있으며 “피고의 잘못된 행위에 의하여 발생한 손해산정에 있어서 불확실성의 위험은 궁극적으로 피고 자신에게 돌아가야 한다”고 한다. 이러한 원칙은 미국변호사협회(ABA)에서 작성한 배심원용 지침서(1987년)에도 언급되어 있다.⁶⁾ 손해의 발생 자체는 확실하게 입증된 것을 전제로 “손해액은 단순한 추측(Speculation)만으로 결정될 수 없지만, 만일 증거가 손해액의 정도를 정당하고 합리적인 추론(Just and Reasonable Inference)으로 보여준다면 비록 그 결과가 오직 근사치(Approximate)에 불과하더라도 그것으로 충분하다”고 한다.

5) 김차동, 전계 논문, 86면.

6) ABA, Jury Instructions, Damages, Instruction1, p.F9 - 이인권, “부당공동행위에 대한 실증연구 고찰 - 입찰담합사례를 중심으로”, 한국경제연구원, 2008년, 111-112면에서 재인용.

손해의 산정방법에 있어서는 1920년부터 전후비교법을 사용한 것을 시작으로 표준시장비교법, 시장점유율이론, 비용기반접근법 등 다양한 방법들이 시도되었다. 최근에는 경제학자 등 전문가 증인의 도움을 얻어서 개념적으로는 전후비교법 또는 표준시장비교법을 사용하면서도 다중회귀 분석법과 같은 계량경제학적 기법에 의하여 손해를 산정하는 경우가 많은데 이러한 방법론 또한 일반적으로 인정되고 있다.⁷⁾

위와 같은 손해액 입증에 대한 법원의 유연한 태도는 3배 배상제도 및 미국 연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure)에 의하여 인정되는 집단소송제도 등과 더불어 독점금지법상 손해배상 활성화의 요인이 되고 있다.

2) 한편, 유럽에서는 아직 손해배상제도의 활용이 저조하다. 여러 가지 원인이 있겠지만 손해배상액의 입증이 복잡하고 어려우며 손해액의 계량을 위하여 일반적으로 승인된 이론모델이 존재하지 않아 손해배상소송 제기에 따른 위험이 매우 크다는 점이 핵심적인 원인의 하나로 지목되고 있다. 이에 EU 위원회는 2008년 4월에 공표한 EU 경쟁법 위반에 기한 손해배상에 관한 백서(White Paper)를 통하여 현실적 피해자가 입은 정확한 피해액을 언제나 정확하게 계산하여야 한다는 생각을 엄격히 적용할 경우, 손해액 계산은 매우 어렵거나 현실적으로 불가능할 수 있다는 점을 지적하고 손해산정의 편의를 위하여 손해의 수량화(Quantification)를 위한 실용적이며 구속력 없는 지침을 마련하고자 하는 계획을 밝혔지만, 아직 가시적인 성과는 발견되지 않는다.

3) 일본에서도 독점금지법 위반행위를 원인으로 한 손해배상소송은 시정조치 선확정주의나 단기소멸시효제도 등에 의하여 제한을 받는 독점금지법 상의 것이든 이런 제한이 적용되지 않은 민법 상의 것이든 공히 활성화되지 못하였는데, 손해의 발생이나 인과관계 및 손해액에 관한 입증의 어려움이 그 원인의 하나로 지목되고 있다.

2. 간접구매자의 청구권과 손해의 전가

미국에서 원고적격(原告適格) 및 손해산정과 관련한 논점 중 하나는, 간접구매자의 원고적격 및 손해전가항변을 부정한다는 점이다. 이는 1968년 미국 연방대법원의 Hanover Shoe 판결과 Illinois Brick 판결에서 확립되었는데, 손해전가항변을 인정할 경우에 손해산정의 어려움과 법위반행위자의 이중배상 위험을 방지하기 위한 것이라고 설명된다. 그러나 현재 미국의 많은 주(州)에서는 Illinois Brick 판결을 따르지 않고 주법에 따라 간접구매자가 손해배상청구의 소를 제

7) 홍동표, "손해배상액 추정방법론에 대한 경제학적 검토 : 미국의 사례를 중심으로", 상사법연구 27권 1호(통권58호), 한국상사법학회, 2008년, 263면에서 재인용.

기할 수 있도록 허용하고 있고, 최근 미국 경쟁법의 현대화를 위한 입법 및 행정적 권고사항을 제시한 경쟁법현대화위원회(Antitrust Modernization Commission) 보고서(2007년)는 간접구매자도 연방법원에 손해배상청구가 가능하도록 입법화할 것을 권고한 바 있다.⁸⁾

한편, 우리나라의 민사소송법 하에서는 이행소송의 원고적격에 제한을 두지 않고 있어 담합의 위반행위자로부터 물품을 구매하지 않은 최종 소비자 등 간접구매자가 원고로서 손해배상을 구할 수 있다는 점에는 별다른 의문이 없다.

최종 소비자인 원고들이 담합행위자인 제조판매업자들을 상대로 제기한 학생복 제조·판매사업자 가격 담합사건⁹⁾에서, 항소심법원은 독점규제법 제19조 제1항 제1호의 “가격을 결정, 유지 또는 변경하는 행위”에는 사업자가 직접 판매하는 상품의 출고가격을 확정하는 방법뿐만 아니라 최종 소비자에 대한 재판매가격 등을 결정하는 행위도 시장원리에 입각한 자유롭고 공정한 경쟁에 대한 직접적인 제약이 되어 이에 해당한다고 봄이 상당하므로 피고들은 위 법조가 정하고 있는 부당한 공동행위의 금지에 위반되는 불법행위를 하였다”고 판시하였는 바, 간접구매자의 손해배상청구가 가능한지에 관한 직접적인 설시는 하지 않았지만 결과적으로 이를 인정하였다.

이와 같이 간접구매자의 청구권을 인정하게 되면, 담합행위자인 피고가 손해전가의 항변(Passing on Defense)을 주장할 수 있는지와 손해액 산정에서 어떻게 참작되는지가 문제된다. 이와 관련하여 밀가루 제조업자들로부터 밀가루를 구매한 원고들이 위 제조업자(피고)들을 상대로 제기한 이른바 ‘밀가루 담합사건’¹⁰⁾에서 1심 법원은 손해전가항변에 대하여, 특별한 사정이 없는 한 밀가루를 원료로 하여 생산한 제품의 가격을 인상하여 손해를 전가할 것인지 여부 및 그 범위는 원고의 의사에 전적으로 맡겨진 영역이라는 이유 등에서 원고의 손해는 이미 현실적으로 초과 지급한 비용 자체로 확정된다 할 것이고, 원고가 그 후 제품의 가격을 인상함으로써 실질적으로 손해를 회복하였다는 사정은 피고들의 위법행위로 인한 손해액 자체를 확정함에 있어 아무런 영향을 미칠 수 없다고 하고, 나아가 피고들의 위 주장을 손익상계(損益相計)의 취지로 선택하여 살펴보더라도 “원고와 피고들 사이의 밀가루 매매계약과 원고와 소비자 사이에 체결된 제품 매매계약은 구별되는 별개의 계약이므로, 피고들의 담합으로 인한 위법한 밀가루 가격의 상승과 원고가 가격 인상을 통하여 별개의 계약에 기하여 취득한 이익과의 상당인과관계도 없다”고 판시하였다. 다만, 피고가 주장하는 사정은 “손해액을 제한하는 사정으로 참작할 수 있다”고 한 다음, 구체적으로 제한의 정도를 정함에 있어서는 여러 요인들(밀가루 가격, 빵 중량, 실질국내총생산, 소비자 물가지수, 기타 제조비용, 고정효과더미(Dummy), 월별더미 등을 설명변수로 하여) 이 빵의 가격에 미치는 영향을 식별하여 순수하게 밀가루 가격의 인상으로 인하여 발생하는 빵 가격의 인

8) 홍동표, 전계논문, 263면에서 재인용.

9) 뒤의 3. 나. (2) 참조.

10) 뒤의 3. 나. (5) 참조.

상분을 추출한 다음, 계량경제학적 방법론을 이용하여 이를 추정한 감정결과를 채용하였다.¹¹⁾

3. 손해액의 산정

앞서 본 인과관계 및 손해의 입증과도 관련되는 손해액의 산정은, 위반행위가 없었더라면 있을 을 가상적인 상황과의 비교를 통하여 가능하기 때문에 매우 어려운 문제이고, 손해배상청구가 활성화되지 않은 현실적인 이유이기도 하다.

한편, 2007년 7월 13일 개정된 민사소송법에 의하여 도입된 전문심리위원제도(법 제164조의 2 내지 8)는 법원이 소송관계를 분명하게 하거나 소송절차를 원활하게 진행하기 위하여 직권 또는 당사자의 신청에 따른 결정으로 전문심리위원을 지정하여 소송절차에 참여하게 한 것이다. 전문 심리위원은 재판의 합의에는 참여할 수 없지만, 전문적인 지식을 필요로 하는 소송절차에서 설명 또는 의견을 기재한 서면을 제출하거나 기일에 출석하여 설명이나 의견을 진술할 수 있는 바, 향후 손해산정에 있어서도 적극적으로 활용할 필요가 있을 것으로 보인다.

(1) 산정방법론

우리나라의 통설이자 판례인 차액설에 의하면, 독점규제법 위반행위로 인한 손해란 위반행위가 존재하는 상황 하에서 피해자가 실제 지급하거나 지급받은 금액과 범위만행위가 존재하지 않았 을 경우에 지급하거나 지급받은 금액의 차액에 해당한다. 부당한 공동행위를 예를 들면, 가정적 인 경쟁가격(이하 “But-for Price”라 한다)을 찾아 실제가격과의 차이에 해당하는 초과가격 (Overcharge)을 추정하는 것이 손해액 산정에 있어서 중심이 된다.

1) 전후비교법과 표준시장비교법, 그리고 이중차분법

이에 대한 분석방법을 개념적으로 분류하면 크게 전후비교법과 표준시장비교법이 있으며, 한편 전후비교법과 표준시장비교법을 복합적으로 사용하면서 가격에 영향을 주는 여러 가지 변수 를 고려하는 방법인 이중차분법(Difference in Difference Method)이 사용되기도 한다.¹²⁾ 최근 전후비교접근법을 사용함에 있어서 회귀분석법과 같은 계량경제학적 기법의 도움을 받는 경우가 많다. 더미변수모형(Dummy Variable Model)과 가격예측모형이 대표적인 예로, 이는 담합과 직 접 관련이 없는 변수들을 통제함으로써 가능하다.

11) 대략 초과가격의 1/2 이상이 전가된 것으로 평가되었다.

12) 이인권, 전제논문, 19~20면.

2) 기타 방법론

한편, 가격을 기초로 손해를 산정하는 위 방법론과는 달리 가격에 영향을 주는 비용 등의 변수를 고려하는 비용기반접근법과 시장점유율에 기하여 손해를 산정하는 시장점유율이론이 있다. 그리고 과점시장에 관한 서로 다른 경제이론모형을 사용하여 가정적 경쟁가격과 카르텔 행동으로 인한 효과를 추정하는 방법이 '경제이론모형에 의한 추정방법'이라는 이름으로 소개되기도 하고, 계량경제학적 모형에 의한 추정방법을 별도의 방법론으로 들기도 한다.¹³⁾

최근에는 전후비교법과 표준시장비교법이 다른 요인을 통제하지 않은 채 어떤 시장에서의 담합 전과 후의 가격을 단순 비교한다든지, 문제된 시장과 가장 유사하면서도 카르텔의 영향을 받지 않은 시장을 찾아서 양 시장의 각 가격을 단순 비교함으로써 초과가격을 산정하기보다는, 개념적으로는 전후비교법과 표준시장비교법에 의하지만 계량경제학적 기법의 도움을 받는 것이 보통이어서 계량경제학적 모형에 의한 추정방법은 앞서 본 방법론과는 구별되는 독립된 방법론이라고 하기 보다는, 모형의 설정이나 분석에 있어서 계량경제학의 도움을 받은 경우를 총칭하는 것이라고 봄이 상당하므로 여기에서는 따로 분류하지 않고, 다만 계량경제학적 기법에 대하여 따로 항을 두어 설명하기로 한다. 경제이론모형에 의한 추정방법의 경우도 계량경제학적 기법의 도움을 받는 것이 보통이다.

그러나 계량경제학적 기법에 기한 경제분석은 비(非)전문가인 법관이 충분히 이해하고 판단의 준거로 삼기에는 너무 난해하거나 복잡하여 판단에 도움이 되기보다는 오히려 혼란을 초래하거나 사건의 처리를 지연시키는 경우가 적지 않고, 근거가 없거나 의도적으로 판단자(判斷者)를 오도(誤導)하는 경우도 발생할 우려가 있다고 지적되고 있기도 하다.

우리나라에서 특정한 손해액 산정방법의 타당 여부가 논란이 되었던 대표적인 예로는 군납유류 사건이 있다. 1심 법원은 계량경제학모형의 이중차분법(통계학적 추론방법으로 중회귀분석¹⁴⁾을 사용한 더미변수모형을 설정한 다음 이중차분법에 따라 담합기간의 군납과 비군납의 낙찰가격의 차이에서 비담합기간의 군납과 비군납의 낙찰가격의 차이를 차감)에 의한 반면, 2심은 표준시장 비교법에 의한 손해의 산정방법에 의하여 손해를 산정하였다. 이에 대한 상세는 뒤에서 보기로 한다.

(2) 몇 개의 판결례

독점규제법 위반행위 중 가장 대표적인 부당한 공동행위를 이유로 한 손해배상소송의 예를 보

13) 홍대식, "카르텔로 인한 손해액 산정 : 이론과 실제", 비교사법 제14권 3호(하)(통권 38호), 한국비교사법학회, 2007년, 15~16면.
 14) 담합 여부와 군납의 특수성 또는 시기적 특수성뿐만 아니라 원유가, 환율 등 여러 요인들로부터 영향을 받으므로 이러한 담합 이외의 가격결정요인들이 낙찰가격에 미치는 영향을 통제하기 위하여 사용되었다.

면, 위법행위로 인한 초과가격과 위법행위가 없었더라면 존재하였을 가상의 가격(Bur-for Price)과의 차이에 의하여 손해를 산정함에 있어서(차액설의 입장), 위의 가상의 가격은 아래에서 보는 바와 같이 직관에 의하여 위법행위 후의 가격에 일정한 비율을 곱하여 산출하는 경우(교복 담합사건의 경우)로부터 전후비교법 및 표준시장비교법에 의하여 찾는 경우 및 여기에 계량경제학적 방법론을 사용하여 복잡한 계산을 하는 경우에 이르기까지 다양하다.

그 중 대표적인 판결례를 살펴보기로 한다.

1) 서울지역 4개 약품도매상 가격 담합사건¹⁵⁾

부당한 공동행위를 이유로 한 최초의 손해배상청구소송으로 보이는 위의 사건에서, 법원은 피고들의 담합행위로 원고들에게 공급한 간염백신의 단위당 공급가격과 시중거래가격과의 차이에 기초하여 구체적인 손해배상액을 산정하였는데, 법원이 손해의 범위를 확정하는 것은 어느 정도 의제(擬制)의 성격을 지닐 수밖에 없다는 점을 명시하면서 담합이 행하여지지 않은 지역의 구체적인 공급가격의 예, 보건소와 일반 병·의원 간의 공급물량의 비율, 경쟁입찰이 행하여진 시기, 물량, 피고들이 제약회사로부터 공급받은 단가 등을 종합적으로 고려하여 상당하다고 여겨지는 시중거래가격을 ‘산정’ 하는 적극성을 보였다.

2) 교복 담합사건¹⁶⁾

항소심법원은, 피고들의 불법행위가 이루어진 기간 동안의 국내 교복시장의 현황과 특징 및 규모, 교복의 직접 판매자들은 백화점, 대형할인점, 총판 등으로 이루어진 복잡한 유통구조로 되어 있으며, 그 판매점의 특성에 따라 마진율이 크게 차이가 나는 점과 지역에 따른 물류비 등까지 고려할 경우 제조사별·지역별·판매점별 적정 원가를 산정한다는 것은 매우 어려운 점 등에 비추어 보면, 그 “적정가격은 나머지 원고들이 실제로 지급한 총 구입가격을 기준으로 여러 사정을 감안하여 판단”하는 것이 상당하고, 손해배상의 범위는 원고들이 실제로 지급한 총 구입가격에서 매출액, 제조원가 및 마진율, 최근 학생들의 브랜드 제품의 선호경향과 그에 따른 브랜드 가치 상승 정도 등 여러 가지 사정을 고려하면, 공정한 경쟁상태에서 형성되었을 적정가격은 나머지 원고들이 실제로 지급한 총구입가격의 85% 정도에 해당한다고 봄이 상당하다고 판시하였다.¹⁷⁾

소액 다수의 소비자가 간접 구매자로서 소송의 당사자였다는 사정을 감안하면 정치(靚緻)한 경

15) 서울지방법원 1996. 11.22. 선고 95가합16511 판결, 서울고등법원 1998. 5. 20. 선고 97나4465 판결 그 1심 판결문(서울지방법원 1996. 11.22. 선고 95가합16511 판결)은 입수하지 못하였다.

16) 서울중앙지법 2005.6.17. 선고 2002가합590 판결, 서울고법 2007.6.27. 선고 2005나109365 판결(확정).

17) 원심인 서울중앙지방법원 2005. 6. 17. 선고 2002가합590 판결에서는 80% 정도로 보았다. 서울고등법원이 원심과 달리 판단한 사유가 추가로 제출된 증거를 참작하였는지, 아니면 그러한 사실인정이 변론에 나타난 사정에 대한 평가를 원심과 달리한 데 기초한 것인지는 확인하기 어렵다. - 홍대식, 비교사법, 제1125면 참조.

제분석 증거가 제출될 것을 기대하기는 사실상 어렵다고 할 수는 있지만,¹⁸⁾ 손해액 입증의 정도에 관해서는 어느 정도 일관되고 예측 가능한 판단기준이 제시될 필요는 있다는 점에서 아쉬움이 있다.

3) 정유사 군납유류 입찰 담합사건¹⁹⁾

위 사건은 많은 액수의 과징금 부과처분을 받았던 피고들을 상대로 유래가 없을 정도로 많은 액수의 배상을 구한 사건으로, 손해액 산정과 관련하여 많은 공방이 이루어졌다는 점에서도 주목을 받았다.

먼저, 원고는 싱가포르 현물시장에서 형성된 거래가격(MOPS; Means of Platt's Singapore)²⁰⁾과 국내의 대량 수요처에 공급한 거래실례가격²¹⁾을 사용한 표준시장비교법에 의하여 청구금액을 산정하였고, 이에 대하여 계량경제학모형에 의한 추정방법을 사용한 피고들의 한국개발연구원(KDI)의 보고서와 법원 촉탁에 의하여 감정인단인 서울대학교 경제연구소 기업경쟁력연구센터의 감정(이하 “원감정”이라 한다)은 모두 계량경제학모형에 의한 추정방법을 사용하였는데, 그 산정금액이 KDI 보고서의 경우에 약 302억 원(원고측 주장 손해액의 약 20%)인 반면, 원감정 결과는 약 1,120억 원으로 그 격차가 현저하였다. 이에 법원은 감정인단의 전문가 증언 및 일부 피고가 제출한 ‘보완감정 결과에 대한 검토의견서’ 등을 감안하여 보완감정을 수행할 것을 감정인단에 의뢰하였고 감정인단이 새로이 손해액을 추정한 결과, 그 손해액의 규모는 1,093억 원으로 산정되었다. 그 후에도 당사자들의 공방은 계속되어 각각 전문가들에게 의뢰한 수 개의 검토의견서들이 제출되었다.²²⁾

① 1심 판결

위 사건의 1심 판결은 (a) 손해의 의미와 손해액의 입증 (b) 손해의 산정방법 (c) 과징금 처분과 의 관계에 대하여 주목할 만한 판시를 하였다.

18) 이 사건에 대한 평석은 아니지만, 조홍식, “경제학적 논증의 법적 지위 : 배제적 범실증주의의 관점에서”, 법학 48권 4호(145호), 124-178, 서울대학교 법학연구소, 2007년, 125-127면에 의하면, 이제까지 배상액 추정에 대한 우리 법원의 실무관행은 경제학자의 눈으로 보면 주먹구구식이라고 천시될 수도 있는 귀납추론의 방식에 기초하였다고 볼 수 있는데, 그 이유는 고액의 감정료를 파하고자 하는 소송경제 외에도 법원이 누대에 걸쳐 민사사건을 처리하면서 내려온 가치판단을 반영하는 측면도 있는 것으로 보여진다고 한다.

19) 서울중앙지방법원 2007. 1. 23. 선고 2001가합10682, 서울고법 2009.12.30. 선고 2007나25157 판결, 대법원에 2010다18850 사건으로 계속 중이다.

20) 판시내용에 의하면, 싱가포르 현물시장은 개별 국내시장에서 발생하는 석유제품의 단기적 수급 불균형을 해소하기 위하여 형성된 시장으로, 가격과 거래량의 변동이 심하고 주로 일회성 거래가 이루어진다는 특성이 있다.

21) 판시내용에 의하면, 국내의 대량 수요처는 군납과 비교하여 구매 유종이 많지 않고 구매량이 매우 클 뿐만 아니라 구매 목적과 고려사항, 거래 조건, 거래방식 등에 차이가 있어서 시장가격 변동요인이 생길 때 구매자별로 구매가격의 변화정도가 다르다는 특성이 있다.

22) 우리 민사소송법은 법원이 선임하는 감정인에 의한 재판상 감정에 대해서만 규정하고 미국법과 같은 전문가증인(Expert Witness)제도를 채용하고 있지는 않지만, 실무상 당사자가 선임한 전문가가 감정을 행하고 그 감정 결과를 서증(書證)으로 제출하는 경우가 종종 있다. 이에 대하여 대법원은 법원이 그 감정 의견을 합리적이라고 인정하면, 이를 사실인정(事實認定)의 자료로 삼을 수 있다는 입장이다.

(a) 이 사건 대상 판결은 손해를 차액설에 기하여 정의하면서, 손해액의 입증에 관해서는 “담합 행위로 인하여 원고가 입은 손해, 즉 담합이 없었을 경우 형성되었을 경쟁가격은 종종 정확하게 측정하기가 어려운 바, 그렇다고 하여 원고의 배상을 받을 권리가 침해되어서는 안 된다. 손해액을 단순히 추측에만 의존하여 계산할 수는 없고, 담합과 무관한 다른 요인에 의한 낙찰가격 상승분에 대해서까지 피고들에게 배상책임을 부담하게 할 수도 없지만, 손해액이 이론적 근거와 자료의 뒷받침 아래 과학적이고 합리적인 방법에 의하여 정당하게 추정되었다고 평가된다면 법원은 그와 같이 산정된 손해액을 기준으로 배상을 명하여야 할 것이다.”²³⁾ 나아가 스스로 위법행위를 한 피고들이 그 위법행위에 따른 손해액이 확실하게 산정되지 않는다는 사정을 내세워 손해배상책임을 부정하는 것은 받아들일 수 없다”고 판시함으로써 손해액 산정에 있어서 적극적인 법원의 역할을 강조하였다.

(b) 그리고 손해액의 산정과 관련해서는, 표준시장비교방법을 배척하고 중회귀분석을 통한 이중차분법을 사용하되 “계량경제학상의 중회귀분석을 통한 이중차분법에 의하여 피고들의 담합행위로 인한 원고의 손해를 산정하는 경우 손해액을 합리적·과학적으로 추정하려면, 정확한 자료와 사실관계의 이해를 바탕으로 하여 확립된 경제이론에 의거하여 낙찰가격에 영향을 미치는 여러 요인을 올바르게 식별한 후 각 요인이 실제로 낙찰가격에 미친 영향을 제대로 포착할 수 있도록 모형과 변수를 설정하여야 한다. 비록 손해액을 추정함에 있어서 다소 불확실성이 존재할 수밖에 없다고 하더라도, 경제학적 이론과 사실적 근거에 입각하지 아니한 채 단순히 주관적인 추측에 의거하여 모형을 설정하는 것은 배척되어야 한다. 아울러 자료의 정확성과 자료 처리의 일관성은 과학적이고 합리적인 손해액산정을 위한 계량분석에 있어서 가장 기본적인 사항이고, 계량분석 결과는 통계적 유의성뿐만 아니라 현실적 적합성도 충족시켜야 한다”고 판시하였다.

또한 전문가에 의한 경제적 증거의 취사(取舍)와 관련하여 “전문적인 지식과 경험을 가진 감정기관에 대한 감정촉탁결과는 특별히 경험칙(經驗則)이나 논리법칙에 반한다는 등의 사정이 없는 한 존중되어야 할 것이지만, 계량경제학적 분석방법을 통하여 손해액을 산정하는 이 사건에 있어서, 사실관계의 해석, 정확하고 일관된 자료 처리, 경제학적 이론과 사실적 근거에 바탕을 둔 추정방법과 모형의 설정, 사용된 자료의 성격, 추정 결과가 현실을 적절히 반영하는지 여부 등의 문제가 규범적으로 평가되어야 한다”²⁴⁾고 하면서, 그 원칙에 따라 기본적으로는 1심 법원의 촉탁에 의

23) 이 부분은 앞에서 본 ABA의 배심원 지침서의 내용 및 미국 대법원판례의 내용과 궤를 같이한다.

24) 우리나라는 미국과는 달리 배심제도가 없으며 전문가 증인의 증거능력을 일반적으로 제한하는 규정은 존재하지 않지만, 법원이 전문가 증인의 신뢰성을 변별할 수 있는 기준이 필요하다는 점에서 볼 때 전문가 증인의 허용성의 기준을 증거의 적절성(또는 관련성; Relevance)과 신뢰성(Reliability)에 두는 다우베르트(Daubert) 기준은 우리나라의 독점규제법상 손해배상에 있어서 중요한 자료가 된다고 할 것이다. 실제로 이 부분 판시는 전문가 증인의 증거능력에 대한 Daubert 기준을 연상시킨다. - 同誌, 주진열, “Daubert 사건과 독점규제소송상 경제적 증거평가에 대한 소고”, 경쟁서널 통권 128호(2006. 8/9), 182면.

한 원감정 후 피고 측의 의견서 및 감정인단에 대한 증인신문결과로 나타난 문제점을 참조한 보완감정결과에 따르면 1심 법원의 감정촉탁 전에 피고 측이 임의로 제출한 경제적 증거인 KDI 보고서²⁵⁾를 배척하되²⁶⁾ 다만 법원 스스로 감정인의 감정결과를 수정하여 i) 다툼의 대상이 되었던 회귀분석 모형의 추정방법 중 통상최소자승법(Ordinary Least Squares Method; OLS)을 사용하고 ii) 담합의 효과를 각 연도별로 구분하지 않고 2000년도의 담합과 그 이전인 1998년, 1999년도의 담합을 구분하는 모형을 채택하였으며 iii) 유찰수의계약 자료를 모두 모형에서 제외한 다음, 피고들이 제공한 103억 원의 무상 공급분까지 손해액에서 공제하여 약 810억 원을 인용하였다.

(c) 마지막으로 손해액과 과징금 처분의 관계에 대하여, 대상 판결은 “사법상의 불법행위로 인한 손해배상책임과 과징금이 구분되고, 이들은 손익상계의 대상이 되는 동일한 목적과 성격을 지닌 급부(給付)라고 보기 어려우며, 단순히 과징금의 실질적 부과주체인 국가가 담합행위의 피해자라는 점 때문에 손해배상액을 정함에 있어 과징금의 부과 여부 및 그 액수를 고려하여 하게 된다면, 피해자가 국가라는 우연한 사정에 기하여 가해자가 부담하는 손해배상액이 달라지는 부당한 결과가 도출된다는 이유로 과징금을 부과함에 있어서 담합행위로 인하여 취득한 이익의 규모를 고려할지언정 담합행위로 인한 손해액을 산정함에 있어서 과징금의 부과 여부 및 그 액수를 고려할 것은 아니”라고 판시하였다.

② 항소심 판결

한편, 이 사건 항소심 법원은 1심 법원이 인정한 사실관계를 바탕으로 손해액을 산정함에 있어서, 즉 계량경제학 상의 중회귀분석을 통한 손해액 산정방법이 그 자체로서 매우 합리적인 방법임에는 틀림이 없지만 현실적 제약이 있음을 강조하였다. 즉, 이 사건에서 유류가격 형성에 미치는 변수는 연구진마다 15개에서 20개가 제시되었으며, 분석자의 가치관에 따른 변수 선택으로 모델 구성이 달라져, 그 결과는 5.5배 가량의 차이를 낳았다는 점을 지적하면서(188억여 원에서 1,120억여 원의 스펙트럼이 존재하였다), 여기서 법원은 어느 모델이 정답이라고 평가하기가 곤란하며 1심 법원과 같이 어떤 모델을 선택한 후에 그 변수를 변경하는 것은 합리적인 규범 판단의 범위를 벗어난 것이라고 보았다.²⁶⁾

한편, 원고의 MOPS 가격비교방법의 현실적합성에 비추어 MOPS 가격비교방법을 담합기간의 가상 경쟁가격을 추정하는 일종의 기준으로 충분히 활용할 수 있다는 이유로 위 방법론에 기한 원고의 산식(算式)을 기준으로 하되, 통계적 편차를 반영하여 최종적으로 피고들이 배상하여야 할 손해액을 1,300억 원으로 확정하였다.

25) 그 이유로 이론적 측면은 별론으로 하더라도 원감정 결과보다 더 중대한 자료 상의 오류를 내포하고 있다는 점을 들고 있다.

26) 신도옥, 입찰담합으로 인한 손해액 산정기준, 법률신문 제3814호(2010년 3월 11일자) 참조.

③ 1심 판결과 항소심 판결의 비교

위와 같이 위 사건의 1심 판결은 손해액 추정의 근거가 되는 경제적 증거를 채택하기 위한 기준을 밝히고 감정인 및 당사자측 경제전문가가 사용한 계량경제학적 분석의 적절성을 평가한 다음, 채택된 증거를 규범적으로 평가하여 법원 스스로 감정인의 감정결과를 수정 적용한 점이 특징으로, 독점규제법 위반으로 인한 손해배상사건에서 최초로 계량경제학적 방법에 의한 손해산정을 시도하였다는 점에서 미국식 독점규제법의 운용에 익숙한 실무가들로부터 뜨거운 호응을 받았다.

반면, 2심 판결은 1심 법원이 전문 감정인에 대한 규범적 통제를 위하여 결과적으로 전문감정인의 판단내용에 대한 실체적·내용적 통제에까지 나아간 것에 대한 우려를 나타냄과 동시에 계량경제학의 전제로서 현실을 단순화한 경제학적 모델은 끝없는 공방이 가능한 영역으로, 계량경제학적 손해액 산정의 방법을 도입할 경우에 종국적으로 손해배상액의 입증책임을 부담하는 원고의 입증 노력에 대하여 피고 측이 경제전문가를 동원하여 손해액의 감액을 위한 방향으로 경제학적인 논증을 펼칠 경우, 3배 배상제도를 통하여 손해배상제도의 억제기능을 강화하고 있는 미국과는 달리 억제보다는 보상기능이 강한 우리 손해배상법 하에서는 이른바 '불확실성의 혜택'이 피고들에게 돌아가 필연적으로 과소배상의 위험이 존재함을 이유로 그 도입에 신중을 기하고, 그 대신 표준시장비교법을 채택하되 약간의 수정을 가한 결과, 결과적으로 원고로 하여금 더 많은 액수를 배상받도록 하고 있다는 점이 눈에 띈다.

2심 판결은 원고로 하여금 손해액 입증의 지나친 부담을 덜고 산정의 부정확으로 인한 위험은 피고가 부담하여야 한다는 원리에 충실하였으나, 비전문가인 법관이 이해하여 판단의 준거로 삼기에는 계량경제학적 기법에 의한 경제분석이 너무 난해한데다가 경제분석과 관련하여 피고 측이 제출한 증거나 반박 주장 중 일부는 의도적으로 법관을 오도하는 경향까지 있음에도 불구하고, 법관이 그 옥석을 가리기 어렵다고 판단한 탓인지 다소 부정확하더라도 법관의 수준에서 이해 가능한 방식에 의한 손해산정방식을 선택한 것이 아닌가 하는 추측을 가지게 하는데, 경제분석의 질(質)과 윤리성에 대해서도 생각하게 하는 계기가 된 것으로 보인다.

4) 시내전화요금 담합사건²⁷⁾

피고들의 담합에 의한 시내전화요금 인상행위로 손해를 입었다고 주장하는 소비자들이 제기한 소송이다. 원고들이 피고들의 부당공동행위로 인하여 최소한 1,000원의 기본료 인상분을 부담하였으므로 그 손해액은 각 원고마다 12,000원(기본료 인상분 1,000원 × 부당공동행위기간 12개월)이 된다고 하고, 한편 타인의 불법행위로 인하여 재산권이 침해된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 재산상의 손해의 배상에 의하여 정신적 고통도 회복된다고 보아야 할 것이므로, 원고들

27) 서울중앙지방법원 2008. 1. 18. 선고 2005가합88937, 109504(병합) 판결, 서울고법 2009.12.24 선고 2008나22780 판결(항소기각), 확정됐다.

에게 재산상 손해의 배상만으로는 회복할 수 없는 정신적 손해가 발생하였다고 보기 어려워 원고들의 정신적 손해배상청구의 주장은 이유 없다고 판시하였다.

위 사안은 공정거래위원회에 의하여 담합의 내용으로 인정된 사항 중 일부에 해당하는 기본요금 인상분에 기초하여 손해배상을 구한 것으로, 원고들 스스로 손해액 입증의 부담을 스스로 줄이려고 한 것으로 보이고 손해액 산정과 관련해서는 주목할 만한 내용이 없는 것으로 보인다.

5) 밀가루 담합사건²⁸⁾

제조업자들로부터 밀가루를 구매한 원고들이 위 제조업자들을 상대로 제기한 밀가루 담합사건에서 1심 법원은, 담합에 의한 요인 이외에도 밀가루의 수요와 공급에 미치는 요인들에 의하여 영향을 받는 밀가루 가격의 특성을 고려하여, 담합 이외에 밀가루 가격에 영향을 미치는 요인을 통제하고 난 후 담합의 효과를 추정하기 위하여 밀가루의 시장균형가격의 결정식인 축약형 방정식을 근거로 한 중회귀분석모형을 설정하고, 그 중에서도 담합시기를 구분하는 터미변수와 밀가루의 수요와 공급에 영향을 미치는 여러 경제변수들을 설명변수로 고려한 터미변수모형을 사용하여 손해를 산정한 감정결과를 채용하여 손해배상을 명하였다.²⁹⁾

손해의 의미와 손해액의 입증, 손해의 산정방법에 대한 판시내용은 군납유류 사건의 1심 판결과 대동소이(大同小異)하다.

IV. 결론

독점규제법의 사적 집행은 독점규제법 위반행위로 피해를 입은 자에 대한 손해의 회복 외에도 일반 예방적인 역할을 수행한다.

우리 독점규제법의 사적 집행방법으로서 손해배상청구의 경우, 3배 배상이나 집단소송과 같은 제도적인 유인책이 없다는 점을 제외하고는 과거에 제도적으로 손해배상청구를 제한하던 요소들이 거의 철폐되었다. 그럼에도 불구하고 손해배상제도가 활성화되지 않은 것은, 결국 인과관계 및 손해의 입증과 손해산정의 어려움으로 인한 것으로 보이고, 이를 제거하기 위한 입법적인 노력 및 당사자와 법원의 적극적인 태도가 필요한 것으로 보인다. 그런 점에서 2001년 이후 부당한 공동행위를 중심으로 손해배상소송이 활발히 제기되고, 그 중 몇몇 사건에서 인과관계 및 손해산정과 관련하여 법원이 보여준 적극성은 향후 우리나라에서도 사적 집행이 활성화되리라는 기대

28) 서울중앙지방법원 2009. 5. 27. 선고 2006가합99567 판결. 또한 2007년 8월 20일 공정위의 설탕가격 담합에 관한 시정명령 및 과징금 납부 명령에 기하여 같은 원고가 설탕의 제조·판매사업자를 상대로 하는 2008가합34304호도 계속 중이다.

29) 손해의 전가를 참작한 점에 대해서는 앞의 2. 참조.

를 갖게 한다.

이와 관련하여 소송을 대리하는 변호사들과 경제적 증거를 제출하는 감정인들은 경제학적 방법론에 대한 난해한 설명을 통한 끝없는 공방을 벌이기보다는 손해배상소송이 책임의 존부(存否)를 판별하는 것 이외에도 상대방 측과 손해액 산정에 관한 접점을 찾아가는 과정이라는 인식을 가지는 것이 바람직하다고 생각된다.

그리고 법원은 소송과정에서 손해산정의 부정확으로 인한 위험은 피고가 부담하여야 한다는 원리에 충실하되, 내부적으로는 손해산정과 관련된 경제학적인 기본 지식을 축적하여 경제적 증거의 신뢰성을 판단할 능력을 키워야 할 것이다. 1982년 「교통사고처리특례법」이 제정되고, 1990년 이후 교통사고로 인한 손해배상청구소송이 급증하자 법원이 가동능력상실률에 대한 감정서의 증거가치평가에 대한 전문 지식을 위하여 수차례 연구모임을 통하여 내부보고서를 축적하였으며, 감정인 풀(Pool)을 마련하고 정기적으로 그 적정성을 모니터링 하여 부적격 감정인을 배제하는 등으로 감정서의 질과 감정인의 윤리성을 점검해온 경험이 독점규제법 위반행위로 인한 손해배상소송의 손해액 산정과 관련한 향후 과제를 해결하는데 도움이 될 것이다.

독점규제법의 사적 집행으로서 손해배상제도의 활성화는 우리나라 경쟁법의 전반적인 집행력을 강화하는데 큰 역할을 하리라고 생각한다.