

**중간재 산업에서 발생한 담합으로 인한
직접구매자의 손해액 추정**
- 밀가루 담합으로 인한 손해배상 사건을 중심으로 -

정종채 · 장재혁

한국법경제학회

Korean Law and Economics Association

**중간재 산업에서 발생한 담합으로 인한
직접구매자의 손해액 추정**
-밀가루 담합으로 인한 손해배상 사건을 중심으로-

정종채* · 장재혁**

본고에서 다루어지는 밀가루 담합 사건은 중간재 시장인 밀가루시장에서의 담합으로 제빵업체들이 손해를 입은 사안이었다. 법원은 원고인 제빵업체의 손해를 밀가루 구매가격 인상분으로 정의하고, 제빵업체가 최종소비자에게 전가한 비용을 책임제한의 법리로만 고려하였다.

문제는 중간재 시장의 담합으로 인한 직접구매자의 손해는 이윤 감소분이지, 중간재 시장에서의 추가구매가격이 아니라는 점이다. 그러나 중간재 구매자의 이윤 감소분은 중간재에 대한 추가구매비용에서 최종소비자에 대한 비용전가분을 차감한 것과 큰 차이가 없다. 또한 이윤 감소분을 추정하기 위해서는 중간재 시장과 최종재 시장을 동시에 일반균형 분석을 해야 하는 등 측정에 어려움이 있다. 이러한 점들을 고려하면 법원의 판단은 결론적으로는 타당해 보인다.

다만, 이론적인 측면에서는 법원이 손해의 개념을 직접구매자의 이윤 감소분으로 하되 측정의 어려움 등을 이유로 그 대안으로서 구매가격 인상분과 비용전가분을 취한다고 판시하였어야 한다는 비판이 가능하다.

핵심주제어: 중간재 시장, 손해의 개념, 직접구매자의 이윤 감소분, 계량경제학적 측정방법의 한계, 중간재 구매가격 인상분

* 법무법인 세종 변호사, E-mail: jcjung@shinkim.com

** 법무법인 세종 변호사, E-mail: jhchang@shinkim.com

I. 들어가며 - 담합으로 인한 손해액 주정에 관한 선행 판례 및 연구

2000년대 이후 우리나라에서 부당한 공동행위(또는 담합)를 이유로 한 손해배상 소송이 꾸준히 늘어나고 있는 추세이다.¹⁾ 이는 2004년 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 “공정거래법”이라 한다) 개정으로 시정조치 전치주의 및 공정거래법상 손해배상청구권의 단기 소멸시효 규정이 폐지되고, 손해액 인정제도의 도입과 같이 손해배상 소송 관련 규정의 제도적 완화와, 소비자들의 권리의식 신장에 따른 변화인 것으로 추측된다. 이와 같이 부당한 공동행위를 이유로 한 손해배상 소송이 증가하면서, 손해의 인정 및 그 배상금액 산정 방식에 관한 논의가 제기되고 있다.

부당한 공동행위를 이유로 한 손해배상 사건 중 군납유류 입찰담합 사건과²⁾ 중간재 담합에 해당하는 신용카드사의 뱅 수수료 담합 사건³⁾ 등이 학문적으로 주로 연구되었다.⁴⁾ 본고에서 다룰 밀가루 담합 사건⁵⁾은 중간재 담합 사건으로서는 최초로 대법원의 판단을 받은 사안으로, 담합으로 인한 손해배상에 있어서의 손해의 개념, 계량경제학적 방법에 의한 손해액 산정 및 비용전가 항변에 관한 쟁점을 다루고 있어 연구의 대상으로 삼았다.

밀가루 담합 사건은 중간재 시장에서의 담합행위라는 사실관계 자체로 입찰시장에서의 담합이 문제된 군납유류 입찰담합 사건과는 구별된다. 밀가루 담합 사건 판례에서도 경제분석방법의 신빙성과 타당성보다는, 부당한 공동행위로 인한 손해배상에 있어서의 손해의 개념, 손해액 산정에 있어서의 계량경제학 방법론의 적용 및 그 입증의 문제, 비용전가의 항변 등에 관하여 중점적으로 판단하고 있다. 본고에서는 밀가루 담합 사건 판결을 기초로, 입찰담합과는 구별되는 중간재 시장에서의 담합으로 인한 손해액 산정에 관한 법리적 쟁점 및 경제학적 산정방법에 대하여 살펴보도록 하겠다.

1) 본고에서 소개하는 밀가루 담합으로 인한 손해배상 사건 이외에도 담합으로 인한 손해배상을 명한 판결로 교복가격 담합 사건(서울고등법원 2007. 6. 27. 선고 2005나109365 판결), 시내전화요금 담합 사건(서울고등법원 2008나22773 판결) 등이 있으며, 현재 소송 계속 중인 사건으로 CRT 입찰담합 사건(수원지방법원 2010 가합21125) 등이 있다.

2) 서울중앙지방법원 2007. 1. 23. 선고 2001가합10682 판결, 서울고등법원 2007나25157 판결, 대법원 2011. 7. 28. 선고 2010다18850 판결, 서울고등법원 2001나62825 파기환송심사건).

3) 서울중앙지방법원 2011. 11. 4. 2008가합19596, 2008가합29845 판결.

4) 군납유류 입찰담합에 대한 연구로서 신도욱(2010), pp. 230-287; 류근관 · 오선아(2010), pp. 87-112 등이 있다. 신용카드사의 뱅 수수료 담합 사건 및 밀가루 담합 사건에 대한 연구로서 전성훈 · 이한식 · 홍대식(2012), pp. 97-119; 이선희(2013), pp. 226-260 등이 있다.

5) 서울중앙지방법원 2009. 5. 27. 선고 2006가합99567 판결, 서울고등법원 2010. 10. 14. 선고 2009나65012 판결, 대법원 2012. 11. 29. 선고 2010다93790 판결.

II. 사안의 개요와 소송의 경과

원고 삼립식품주식회사는 제빵·제과업체로 제분업체인 피고 씨제이 제일제당주식회사(이하 “씨제이”라 한다)와 피고 주식회사 삼양사(이하 “삼양사”라 한다)로부터 원재료인 밀가루를 매입해 왔다. 공정거래위원회는 피고들을 포함한 국내 8개 제분업체들이 2000년 1월부터(삼양사는 2002년 2월부터 가담) 2006년 2월까지 국내 밀가루 공급물량을 제한하고, 가격을 인상하며, 밀가루 실수요업체에 대한 장려금을 폐지 또는 축소하기로 거래조건을 합의한 행위가 공정거래법이 금지하는 부당한 공동행위(이하 “본 건 담합행위”라 한다)에 해당한다는 이유로 시정명령 및 과징금 납부 처분을 하였다.⁶⁾

원고는 위 공정거래위원회의 처분 이후, 피고들의 생산량 제한 및 가격 인상 담합의 부당한 공동행위로 인하여 부당하게 높게 형성된 공급가격에 밀가루를 매수하여 원고에게 손해가 발생하였다는 이유로 법원에 손해배상의 소를 제기하였다. 원고는, 손해액으로 담합기간 동안의 담합행위로 인상된 가격 부분(즉, 원고가 구매한 거래가격에서, 담합행위가 없었을 경우 형성되었으리라고 인정되는 가격을 공제한 금액)에 원고가 구매한 밀가루 수량을 곱한 금액 상당이라고 하여 씨제이에게는 2,981,843,190원, 삼양사에게는 753,509,858원을 청구하였다.⁷⁾

위와 같은 손해액과 관련하여 원고는 제1심 법원에 담합기간 동안의 경쟁가격과 원고가 피고들과의 거래로 인하여 입은 손해액을 적절한 계량경제학적 방법을 이용하여 산정해 줄 것을 감정신청하였고, 피고는 피고들의 담합행위로 인하여 실제로 원고가 상실한 이익 감소분이 얼마인지 산정해 줄 것을 보충감정 신청하였다.

참고로 여기서 계량경제학적 방법이라 함은 가격에 영향을 미치는 다양한 요소들을 변수로 설정하고 통계학적 추론방법인 회귀분석에 의하여 카르텔이 가격에 미친 영향과 카르텔 이외의 다른 경제적 요인들이 가격에 미친 영향을 분리하여 카르텔과 가격 간의 상관관계를 보다 정확하게 구별하고, 이를 기초로 가상경쟁가격 추정하는 방법을 의미하며,⁸⁾ 크제더미변수모형(dummy variable model)과 잔차모형(residual model)을 들 수 있다.⁹⁾

결론적으로 제1심과 항소심, 그리고 상고심은 피고들에 대하여 본건 담합행위로 인하여 원고가 입은 손해를 배상할 의무가 있다고 판시하였으며, 지연손해금을 제외한 손해액을

6) 공정거래위원회 2006. 4. 13. 의결 제1006-079호 8개 밀가루 제조·판매업체들의 부당한 공동행위에 대한 건.
7) 원고는 소 제기시에, 담합이 시작되기 직전의 밀가루가격과 담합기간 내의 실제 밀가루가격의 차이를 모두 담합으로 인한 가격 상승으로 간주하여 손해액을 청구하였으나, 감정평가보고서 결과에 따라 손해액을 감축하였다. 또한 담합으로 인한 가격 상승은 소비량의 감소를 가져오기 때문에 추가적인 후생 감소(missing damage)가 존재하지만, 원고는 이러한 후생 감소분을 손해로서 청구하지 않은 것으로 추측된다.

8) 홍대식(2007), pp. 1116-1117.

9) Emily Clark, Mat Hughes, and David Wirth(2004).

씨제이에 대하여 1,235,370,000원, 삼양사에 대하여 309,202,644원으로 인정하였다. 이하에서는 위와 같은 사실관계, 소송경과 및 비담합가격 추정방식에 대한 이해를 바탕으로, 이 사건에서 법원이 인정한 손해배상의 범위 및 손해액에 관하여 구체적으로 살펴보도록 하겠다.

Ⅲ. 대상판결의 요지: 대법원 판결¹⁰⁾을 중심으로

1. 손해의 개념 및 손해액의 추정

제1심 법원¹¹⁾은 일반 불법행위에 기한 손해배상에서와 마찬가지로 담합행위로 인한 손해배상에서의 손해에 관하여 차액설¹²⁾을 취하면서, 담합으로 인한 가격 인상분을 손해라고 보았다. 항소심은 1심 판결과 견해를 같이 하고 축약식의 계량추정방법에 따른 감정인단의 감정 결과를 기초로 하여 손해액을 산정하였다.

피고는 1심 감정인의 감정 결과가 계량추정의 과정에서 부적절한 변수를 사용하였기 때문에 부당하다고 다투었으나, 항소심 법원은 감정인의 감정 결과는 그 감정방법 등에 현저한 잘못이 없는 한 이를 존중하여야 한다는 이유로 피고의 위와 같은 주장을 배척하였다. 대법원 역시 제1심 감정인의 감정 결과를 채택한 원심의 판단에 위법이 없다고 판시하였다.

2. 비용전가액수 공제 주장에 대한 배척 및 손해배상책임의 제한

대법원은 차액설의 입장에서 담합행위로 인한 손해를 가격 인상분이라고 보았다. 또한 대법원은 원고가 밀가루시장(이하 ‘중간재 시장’이라 한다)에서 추가로 지급한 비용을 제빵시장(이하 ‘최종재 시장’이라 한다)에서 가격 인상으로 소비자에게 전가하였고 그 비용전가분을 손해액에서 공제해야 한다는 피고들의 주장에 관하여 양자 사이에는 상당인과관계가 없다는 이유로 손익상계를 배척한 항소심의 판결을 유지하였다.

항소심은 원고가 밀가루가격 인상분을 빵가격에 반영하였을 가능성 자체는 인정하고 이를 기초로 형평의 관념에 입각하여 피고의 손해배상책임을 제한하였다. 대법원은 손해배상책임 비율의 제한은 원칙상 사실심의 전권 사항에 속한다고 전제하면서 아울러 이에 대한 항소심의 판단에 위법이 없다고 보았다. 즉, 대법원은, “원심은 원고는 피고들의 담합행위

10) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2010다93790 판결.

11) 서울중앙지방법원 2009. 5. 27. 선고 2006가합99567 판결.

12) 차액설은 불법행위로 인한 재산상 손해를 위법한 가해행위로 인하여 발생한 재산상 불이익, 즉 그 위법행위가 없었더라면 존재하였을 재산 상태와 그 위법행위가 가해진 현재의 재산 상태의 차이로 보는 견해이다.

로 인하여 입은 손해 중 일부를 소비자에게 전가시킨 이상 소비자에게 궁극적으로 손해의 일부를 전가시킨 원고에 대하여 비용전가 사실을 전혀 고려하지 아니한 채 손해 전부를 전보시켜 준다면, 원고가 뜻하지 않은 이익을 취득하게 되는 것이어서 손해배상제도의 이념에 반하므로, 그 전가액을 고려하여 피고들이 부담하는 손해배상액수를 일부 감액함이 타당하다.”고 판시하였다.

이는 비용전가 항변에 관하여 대법원이 최초로 판단한 사례로, 원칙적으로 피고의 비용전가 항변을 인정하지 않았으나, 손해배상책임의 제한 사유로서 비용전가를 사실상 인정하였다는 데 그 의의가 있다.

Ⅳ. 판결에 대한 평석: 중간재 시장 담합으로 인한 손해액 측정 및 비용전가에 대한 논의를 중심으로

1. 카르텔로 인하여 발생할 수 있는 손해 개관

경쟁을 제한할 목적으로 행하여지는 모든 형태의 카르텔은 필연적으로 가격 인상 및 거래량 제한의 효과를 가져온다. 실증연구에 따르면, 약 93%의 카르텔에서 가격 인상이 야기되었는데, 인상율의 중간 값은 18%였다고 한다.¹³⁾ 카르텔로 인한 영향을 정확하게 분석하기 위하여는 가격 상승과 함께 거래량 감소를 동시에 고려해야 한다.

만약 카르텔이 최종재 시장에서 발생하였다면, 최종소비자들이 입은 손해로는 <그림 1>에서 설명하는 바와 같이 이론적으로는 ① 가격 상승으로 구매에 추가로 지불하게 된 비용(overcharge cost)¹⁴⁾과 ② 가격 인상으로 인해 감소한 소비에서 오는 상실 효용이 있을 수 있다.¹⁵⁾

만약 카르텔이 중간재 시장에서 이루어졌다면, 이러한 카르텔은 중간재의 가격 인상과 거래량 감소를 초래하고 다시 최종재 시장에서의 가격 인상과 더불어 거래량 감소를 초래하게 된다. 중간재 시장의 구매자이자 최종재 시장의 생산자(1차 구매자)는, ① 카르텔로 인한 원재료가격 상승으로 인해 원재료 구매비용이 늘어나게 되고¹⁶⁾ 동시에 ② 원재료 구매량 감소로 인해 최종재 생산을 통해 이익을 얻을 기회를 상실¹⁷⁾하게 된다(이는 최종재 시장에

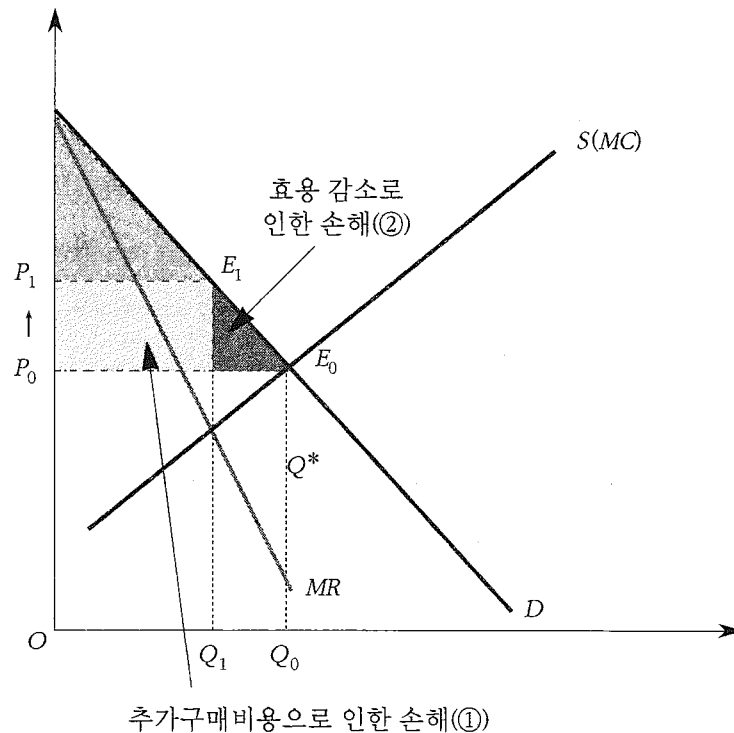
13) Assimakis Komninos et al. (2009), p. ix(http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf).

14) 사각형 $P_0Q_1E_1P_1$ 으로 표시되는 부분. 여기 및 이하에서 Q_1 은 좌표상 (Q_1, P_0) 에 해당하는 점을 의미한다.

15) 삼각형 $Q_1E_0E_1$ 으로 표시되는 부분.

16) 사각형 $P_0Q_0E_1Q_1$ 으로 표시되는 부분. 여기 및 이하에서 Q_1 은 좌표상 (Q_1, P_0) 에 해당하는 점을 의미한다.

그림 1 최종재 시장에서 카르텔로 인하여 발생하는 소비자 손해



서 소비 감소에 따른 효용 상실과 같은 효과이다). 동시에 중간재의 가격 인상 및 공급 감소로 다시 최종재 시장에서도 가격 인상과 거래량 감소가 초래된다. ③ 1차 구매자인 최종재 생산자는 최종재 시장에서 가격 상승 및 거래량 감소로 인해 이윤이 증가될 수도 있고 이윤이 감소될 수도 있다.¹⁷⁾ ④ 최종소비자(2차 구매자) 역시 최종재 가격 인상으로 인해 추가구매비용이 발생하게 되고,¹⁸⁾ ⑤ 소비 감소로 인해 효용 감소²⁰⁾를 겪게 된다.

카르텔로 인한 손해배상 소송에서의 쟁점은 앞서 언급한 경제학적 의미에서의 손해 중 어디까지를 법률적으로 청구 가능한 손해로 볼 것인지에 있다. 구체적으로 최종소비재 시장에서 일어난 카르텔과 관련하여는 소비자들이 소비 감소로 겪은 효용 감소(그림 1)에서 ②가 문제된다.

이러한 문제는 중간재 시장에서 일어난 카르텔에서 조금 더 복잡하다. 직접구매자 입장에서 중간재 시장에서의 추가구매비용만으로 보아야 하는지(이 경우 ②는 직접구매자의 생

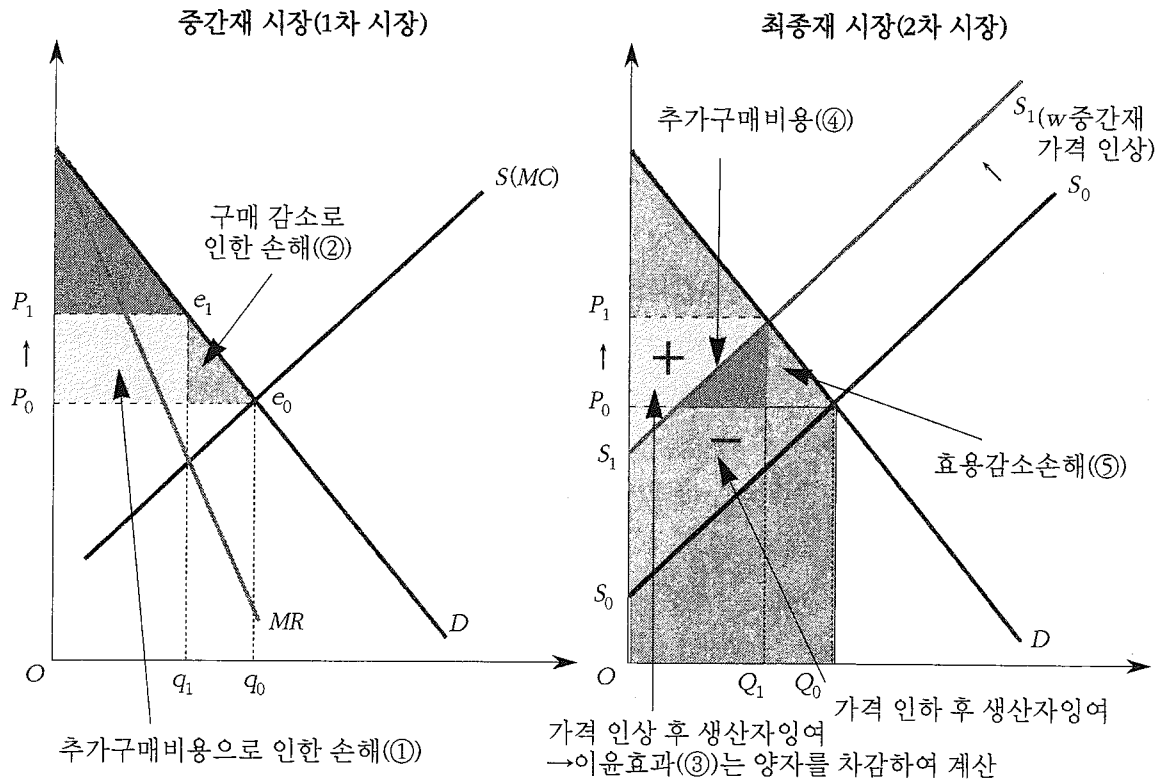
17) 삼각형 $Q_1E_0E_1$ 으로 표시되는 부분.

18) 삼각형 $P_0S_0E_0$ 에서 삼각형 $P_1S_1E_1$ 부분을 차감한 것.

19) 사각형 $P_0Q_1E_1P_1$ 으로 표시되는 부분.

20) 삼각형 $Q_1E_0E_1$ 으로 표시되는 부분.

그림 2 최종재 시장이 완전경쟁인 경우 중간재 담합으로 인한 효과



산기회 상실분인데 이를 ①에 추가해서 추가구매비용 증가분으로 계산할지 여부가 문제된다) 아니면 최종재 시장에서 이윤 감소분, 즉 ③으로만 보아야 할지 등이 문제된다. 최종소비자(2차 구매자)가 입은 손해배상 청구에 대해서는 간접구매자의 원고적격과 상당인과관계의 문제도 고려되어야 하지만, 만약에 간접구매자의 원고적격 등이 인정된다고 할 경우 ④만으로 산정되는지 아니면 효용 감소분인 ⑤도 고려되어야 하는지 여부가 문제된다.

우선, 최종재 시장의 카르텔에서의 소비자 손해에 대하여 살펴본 후, 중간재 시장에서의 문제를 검토하기로 한다.

2. 최종재 담합에서의 손해

대법원은 국방부가 정유사들의 군납유 입찰담합으로 입은 손해배상을 청구한 사건에서, 실제매수가격과 가상경쟁가격의 차이가 입찰담합으로 인한 원고의 손해라고 판단하였다(대법원 2011. 7. 28. 선고 2010다18850 판결).

그런데 불법행위로 인한 재산상 손해에 대한 대법원의 입장인 차액설의 관점에서 보면, 담합으로 인한 손해배상액은 피해자의 현재 상태를 담합행위가 없었을 경우의 상황(But for)으로 되돌리는 것을 목적으로 산정되어야 한다. 그렇다면 최종재 시장에서의 담합으로 소비자가 입게 되는 손해로는 개념적으로 ① 가격 상승으로 구매에 추가로 지불하게 된 비용과 ② 가격 인상으로 인해 감소한 소비에서 오는 효용 상실분이 있게 된다.

물론 대부분의 입찰담합은 개념적으로 위 ②유형의 손해, 즉 감소된 소비로 인한 상실효용에 대하여는 크게 고려할 필요가 없다.²¹⁾ 왜냐하면 대부분의 입찰에서는 구매자가 구매량을 정해 두고 입찰을 통해 가격만을 정하기 때문에 담합으로 인한 거래량 감소가 없기 때문이다.

입찰담합이 아닌 통상의 거래방식에서 담합으로 인한 손해는 입찰담합과 마찬가지로 추가구매비용만으로 정의되고 측정되어야 한다는 견해와 추가구매비용에 소비 감소로 인한 상실효용을 더한 것으로 정의되고 측정되어야 한다는 견해가 있을 수 있다. 생각전대, 소비 감소로 인하여 소비자가 겪는 손해를 계량적으로 측정하기 위하여는 소비자의 수요곡선과 공급곡선을 동시에 추정해야 하는 등 기술적으로도 매우 어렵고 복잡하여 객관성과 정확성을 담보하기 쉽지 않아 소송상 불확실성을 야기할 수 있다. 더욱이 Brander and Ross(2005)²²⁾에 의하면 이러한 효용 감소분은 추가구매비용에 비해 상대적으로 적다고 한다. 무엇보다도 소비 감소로 인하여 소비자가 겪는 손해는, 실질적인 금전적인 증감이 아니라 단지 잠재 소비 감소 등으로 인한 소비자 잉여(효용)의 증감에 불과하여 우리 법제에서 예정한 손해 개념인지에 대한 의문이 있다. 이런 점에서 최종재 시장에서의 담합으로 인해 감소된 소비로 발생하는 소비자 효용 감소분은 불법행위로 배상해야 하는 손해라 보기 어렵다.

따라서 입찰담합에서와 마찬가지로 손해는 추가구매비용만으로 정의되고 측정된다고 보아 가상경쟁가격에서 실제 가격을 차감한 초과가격에 실제거래물량을 곱하여 손해액을 산정하는 것이 적절해 보인다.

3. 중간재 시장에서 일어난 담합에서의 직접구매자의 손해

1) 중간재 담합으로 인한 손해의 개념

(1) 중간재 담합으로 인한 손해를 정의하는 가설

중간재 담합에 의한 손해를 정의하는 견해는 크게 세 가지로 나눌 수 있다. 첫째, 중간재 구매자이자 최종재 생산자인 직접구매자의 이윤 감소분을 손해로 정의하는 견해(이하 “1

21) 군납유 담합 사건에서 대법원의 입장(대법원 2011. 7. 28. 선고 2010다18850 판결).

22) J. A. Brander and T. W. Ross(2005), p. 339.

설”; 〈그림 2〉에서 ③ 부분), 둘째, 직접구매자의 중간재 구매비용 상승분에서 최종소비자에 대한 손해전가액(최종소비자의 최종재 추가구매비용)을 차감한 금액을 손해로 정의하는 견해(이하 “2설”; 〈그림 2〉에서 ①에서 ④를 차감하여 계산되는 부분), 그리고 직접구매자의 구매비용 상승분만을 손해로 정의하는 견해(이하 “3설”; 〈그림 2〉에서 ① 부분)가 있을 수 있다. 이 가운데 1설은 중간재에 대한 가격 상승으로 인한 중간재 구매량 감소로 인해 최종재 시장에서의 수요, 공급의 변화와 이로 인해 최종재 시장에서의 거래량 감소로 인한 이윤 변화를 모두 고려하는 방안이다. 반면 3설은 최종재 시장은 전혀 고려하지 않고 중간재 시장에서도 거래량 감소는 없다고 전제하고 중간재 가격 상승으로 인한 직접구매자의 구매가격 상승분만을 고려하는 입장이다. 2설은 1설 및 3설을 절충하여 기본적으로 중간재 시장에서의 손해를 기초로 최종재 시장에서의 영향을 반영하는 입장이다.

(2) 판례의 입장과 이에 대한 비판

대법원은 중간재 시장에서 발생한 담합 사건에서 손해를 군납유 판결에서의 손해 개념을 인용해 ‘구매비용 상승분’으로 정의하면서 다만 손해전가액을 손익상계가 아닌 책임제한의 법리에 의하여 손해배상액을 감액하였다. 이는 위 견해들 가운데 사실상 2설의 태도를 취한 셈이다.

하지만 필자의 의견으로는 최종소비재 시장에서의 이윤 감소분이 중간재 시장에서의 담합으로 인한 손해로 정의되어야 한다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 중간재 시장의 구매자는 소비를 위해 구매하는 것이 아니라 생산을 위해 구매하는 자이므로, 구매비용의 증가가 아니라 결국 최종소비재 시장에서의 이윤을 극대화하는 것이 가장 중요한 문제가 된다. 즉, 이 사건에서 제빵업자의 이윤은 최종소비재 시장인 최종재 시장에서 결정되는 것이고, 제빵업자에게 있어서 밀가루가격 인상분은 원가요소에 불과하다. 결국 중간재 구매자에 대한 손해는 구매원가 부분이 아닌 최종적인 이윤에서 측정되어야 한다.

더욱이 중간재 시장에서 담합으로 가격이 인상되면, 중간재 시장에의 생산 또는 구매량이 줄고, 이로 인하여 다시 최종재 시장에서의 공급곡선이 변경된다. 즉, 이 사건에서 중간재 시장에서 제분업자들이 담합을 통해 일종의 독점기업처럼 밀가루의 가격을 인상하면, 밀가루가격은 상승하고 생산량은 감소하게 된다. 이에 따라 제빵회사들은 밀가루가격이 상승된 만큼 최종재 시장에서 제품가격을 인상하고, 그 결과 최종소비재 시장인 최종재 시장에서의 공급곡선이 상방으로 이동하게 된다. 이와 같이 최종소비재 시장에서 발생하는 공급곡선 변화 및 이로 인한 직접구매자들의 손해 변화를 전혀 고려하지 않은 채 중간재 구매가격의 인상분만을 직접구매자의 손해로 정의할 수는 없는 것이다.²³⁾

23) 이 사건이 일어난 최종재 시장의 과점적 구조를 감안하면 더욱더 그러하다. 최종재 시장의 규모는 총 2

둘째, 군납유 담합 사건은 구매량이 정해진 입찰담합 사건이었다. 담합으로 가격이 인상된다 하더라도 구매량에는 변화가 없고 따라서 그 하방의 군사용역시장에서의 생산량에도 영향이 없을 것이다. 하지만 일반 시장에서의 담합은 가격을 인상시키고 구매량을 감소시키게 되며, 더욱이 중간재 담합이라면 최종소비재 시장에서의 공급에 영향을 줄 수밖에 없다. 따라서 구매량이 정해진 입찰담합에서의 방법론을 일반 중간재 시장에서 일어난 담합으로 인한 손해액 산정에 적용하는 것은 타당하지 않다.

따라서 위와 같은 점을 모두 고려할 때, ‘실제이윤과 담합이 없었을 경우의 이윤(가상경쟁이윤)의 차이’, 즉 1설에 의한 손해액 측정이 이론적으로 가장 정확한 중간재 시장에서 일어난 담합으로 인한 직접구매자의 손해라고 할 수 있을 것이다.

2) 그래프를 통해 본 중간재 시장에서의 손해

중간재 시장에서의 담합으로 인한 손해전가분과 직접구매자들의 이윤 변화의 관계는 최종소비재 시장의 구조, 형태, 그리고 수요함수에 따라 달라지게 된다.

최종재 시장이 완전경쟁인 경우, 담합으로 인한 중간재 가격 상승이 최종재 가격 인상으로 전가되는 비율은 최종재의 공급 및 수요 탄력성의 상대적 크기에 따라 결정된다. <그림 2>는 최종재 시장이 완전경쟁인 경우를 가정한 것이다. <그림 2>에서는 가격 인상 전 생산자잉여가 가격 인상 후 생산자잉여보다 더 크게 그려져 있는데, 이 경우에는 이윤이 감소하

조 1,000억 원인데 최종재 시장은 크게 양산빵과 베이커리로 나누어진다. 2006년 기준, 양산빵의 판매액은 5,000억(23.8%), 베이커리는 1조 6,000억(76.2%)에 이르고 있으며, 양산빵 및 베이커리 시장의 시장점유율은 다음 표와 같다.

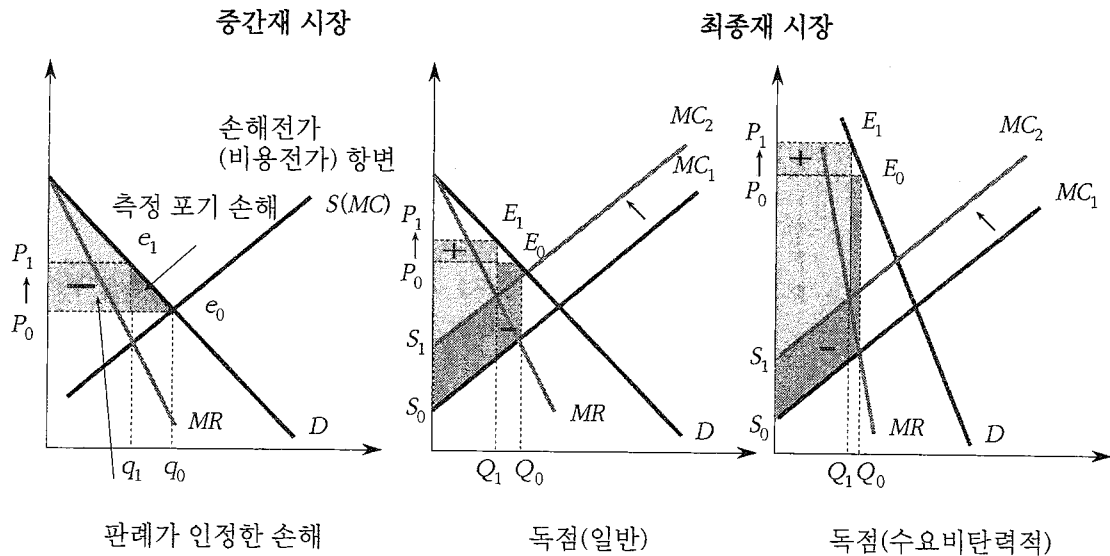
표 2006년 양산업계 및 베이커리업계 시장점유율

양산빵	SPC(78%)		기린	서울
	샤너	삼립		
시장점유율	48.2%	30.5%	14.1%	7.17%
베이커리	파리크라상(SPC)	크라운베이커리	뚜레쥬르	신라명과
	시장점유율	시장점유율		
	62.9%	13.6%	18.5%	5%

출처: 『한국식품연감』, 농수축산신문.

이와 같이 최종재 시장은 한 사업자(SPC)의 시장점유율이 60%를 넘고, 주요 사업자는 3-4개에 불과한 고도로 과점화된 시장에 해당하므로 제분업체들의 담합으로 제빵회사는 구매비용 상승분만큼 손해를 보지만 최종재 시장에서 이윤극대화를 위하여 빵 생산을 줄이고 가격을 인상하여 손해를 만회할 수 있게 된다. 이러한 제빵업체들의 상당한 영향력에도 불구하고, 밀가루시장에서의 구매비용 상승분만을 제빵업체들의 손해로 인정한다면 손해가 과장되거나 왜곡될 우려가 있다. 이런 점에서 제빵업자들의 밀가루 구매비용 증가분만을 손해로 보는 3설은 타당하지 않다.

그림 3 최종재 시장이 독점인 경우 중간재 담합으로 인한 효과



는 현상이 발생한다. 하지만 이는 단기에서의 현상이다. 장기의 완전경쟁시장에서는 가격조정이 이루어져 원고의 이윤은 불변이 되며, 결국 중간재 가격의 변화에 대한 원고의 이윤의 변화율은 0에 수렴하게 된다. 원고의 이윤이 장기적으로 변하지 않는 이유는 완전경쟁시장에서는 궁극적인 조정이 이루어지면 최종재의 가격은 단위비용과 같게 되기 때문이다.²⁴⁾ 즉, 장기에서는 중간재 가격 상승에도 불구하고 직접구매자의 이윤에 변화가 없다는 것이며, 이는 가격 측면에서 중간재 시장에서의 상승된 구입가격만큼(〈그림 2〉에서 $p_1 - p_0$) 최종재 시장에서 완전한 전가가 이루어졌음을 의미한다(〈그림 2〉에서 $p_1 - p_0 = P_1 - P_0$).

한편, 최종소비자에 대한 비용전가분은 중간재 담합 후 최종재 시장에 있어서 최종재 거래량에 최종재 가격 상승분을 곱한 금액이 되는데, 이는 〈그림 2〉 완전경쟁시장에서는 $Q_1 \times \Delta P$ 으로 계산된다(사각형 $P_0 Q_1 E_1 P_1$). 그런데 이러한 비용전가 정도는 최종재 시장의 수요탄력성에 따라 다를 수밖에 없다. 독점적 최종재 시장을 가정한 〈그림 3〉에서는 수요비탄력적인 최종재 시장의 비용전가분인 $Q_1 \times \Delta P$ (사각형 $P_0 Q_1 E_1 P_1$)이 일반적인 최종재 시장의 비용전가분보다 더 크다는 점을 확인할 수 있다.

24) 본 사건에서 제출된 황윤재 교수의 분석 자료에 이러한 내용이 포함되어 있는 것으로 알려져 있다(황윤재 교수의 분석 자료는 공간된 자료가 아닙니다).

3) 직접구매자의 이윤 감소분과 최종재 시장으로의 비용전가분의 관계

직접구매자의 이윤 감소분은 중간재에 대한 추가구매비용에서 최종소비자에 대한 비용전가분(최종소비자의 추가구매비용)을 공제한 차액과는 엄밀한 의미에서는 다른 개념이다. 그런데 아래와 같은 분석에 의하면 직접구매자의 이윤 감소분은 중간재 시장에서의 추가구매비용에서 최종재 시장에서의 비용전가분(최종소비자의 추가구매비용)을 차감한 것과 거의 같다.

중간재의 가격 인상이 직접구매자의 이윤에 미치는 영향은 최종재 시장이 과점시장이라는 것을 전제하고 포락정리(envelope theorem)를 적용하면 $d\pi/dw = \partial\pi/\partial p * dp/dw + \partial\pi/\partial r * dr/dw + \partial\pi/\partial w = \partial\pi/\partial r * dr/dw + \partial\pi/\partial w = \partial\pi/\partial r * dr/dw - x$ 라고 표현될 수 있다.²⁵⁾ 이러한 수식은 $\Delta\pi = \partial\pi/\partial r * dr/dw * \Delta w - x\Delta w$ 로 정리된다.

이렇게 도출된 $\Delta\pi = \partial\pi/\partial r * dr/dw * \Delta w - x\Delta w$ 는 축약형 추정방법을 이용하면 $\partial\pi/\partial r * dr/dw * \Delta w$ 의 근사값은 $Q_1\Delta p$ 로 추정될 수 있으며, 중간재 시장에서의 추가구매비용인 $x\Delta w$ 의 근사값은 $q_1\Delta p$ 로 추정될 수 있다. 즉, $\Delta\pi = Q_1\Delta p - q_1\Delta p$ 의 관계가 성립하게 되는 것이다.

결론적으로 위와 같은 수식에 따르면 직접구매자의 이윤은 중간재에 대한 추가구매비용인 $x\Delta w$ 만큼 줄어들게 되며, 이렇게 줄어드는 이윤은 그 근사값인 $q_1\Delta p$ 로 추정될 수 있다. 이와 동시에 직접구매자는 중간재의 가격 상승으로 인하여 직접구매자의 경쟁기업들이 최종재 시장에서 가격을 인상함에 따라 자신이 판매하는 최종재의 가격을 상승시킬 수 있으며,²⁶⁾ 결국 직접구매자의 이윤 감소분은 최종소비자에 대한 이러한 비용전가로 인하여 일부 줄어들게 된다.

4) 소결론: 중간재 담합으로 인한 직접구매자의 손해에 대한 개념과 대상판결에 대한 아쉬움

앞서 살펴본 바와 같이 중간재 시장에서의 담합으로 인해 직접 구매자가 입는 손해는 중간재 추가구매비용이 아니라 최종재 시장에서의 이윤 감소분이다. 하지만, 중간재 구매자의 이윤 감소분을 구하기 위하여는 중간재 시장과 최종재 시장 양자를 동시에 추정하는 일반균형분석을 실시해야 하고 이 경우 변수가 매우 많아져서 계량경제학적인 추정에 어려움이 클 수 있다. 즉, 계량경제학적 방법을 통한 감정에 많은 시간과 비용이 소요될 수 있다.

25) π : 직접구매자 이윤, p : 최종재 가격, r : 최종재 시장 경쟁사업자 가격, w : 중간재의 가격, x : 중간재 구매량.

26) 이러한 상승분이 ' $\partial\pi/\partial r * dr/dw$ '이며, 그 근사값은 $Q_1\Delta p$ 로 나타낼 수 있다.

더욱이 변수가 많고 모델이 복잡하면 복잡할수록 계량경제학적 추정에 대한 오류의 가능성이 높아지고 이는 결국 판결 결과에 대한 신뢰성 문제로 이어질 수 있다.

이에 반해 중간재 시장에서의 추가구매비용과 최종재 시장에서의 비용전가부분(최종소비자의 추가구매비용)은 일반균형분석 없이 각 시장에서의 부분균형분석을 통해 구할 수 있으며, 이는 일반균형분석에 비하여 계량경제학적 추정면에서 훨씬 간단한 장점이 있다. 더욱이 복잡한 분석에 비해 오류의 가능성은 줄 수 있다.

그렇다면 소송 경제와 비용의 측면에서 중간재 시장 담합으로 인한 직접구매자에 대한 손해는 이윤 감소분으로 하되 그 실질적인 측정을 위한 대리변수(proxy)로 중간재 시장에서의 추가구매비용에서 최종재 시장으로의 비용전가부분을 차감한 것으로 보는 것도 일리가 있다. 이러한 결론은 대상판결과 같다. 하지만 법률적 개념과 정치성의 측면에서 대상판결이, 중간재 담합으로 인한 직접구매자의 손해를 이윤 감소분으로 정의하고 나아가 이윤 감소분을 측정하기 위한 대리변수로 중간재 추가구매비용에서 최종소비자로의 비용전가분(최종소비자의 추가구매비용)으로 계산할 수 있다고 판시하였으면 하는 아쉬움이 있다.

4. 손해전가 항변 및 간접구매자 원고적격

1) 손해전가 항변의 의의

손해전가 항변이란 직접구매자가 입은 손해의 전부 또는 일부가 간접구매자에게 전가되었으므로 직접구매자가 주장하는 손해 중 전가된 부분은 공제되어야 한다는 항변을 의미한다. 이러한 손해전가 항변의 인정 여부는 각국의 경쟁법 분야에서 논란이 되고 있는 문제로서, 간접구매자의 손해배상청구권 인정 여부와 관련이 되어 있다. 즉, 손해전가 항변과 간접구매자의 원고적격은 동전의 양면과 같아서, 담합사업자의 손해전가 항변이 인정된다면, 손해전가에 따라 손해를 입은 최종소비자에게 원고적격이 인정되어 손해배상 청구가 인정되어야 논리적이다.

2) 미국과 EU에서의 손해전가 항변 및 간접구매자 원고적격에 관한 논의

이와 관련하여 미국 연방대법원은 직접구매자의 손해배상 청구에 대하여 피고에게 손해전가 항변을 허용하지 않는 대신 피고의 이중배상 위험을 회피하기 위하여 간접구매자의 원고적격을 원칙적으로 부정하는 입장을 견지하고 있다. 손해전가는 계량적으로 추정하기 어려워 이를 재판에 반영할 경우 손해액 추정이 사실상 불가능한 점, 간접손해의 존재가 불확실하고 입증도 어려운 상황에서 불확실성에 따른 위험(손해)은 불법행위자가 지는 것이

합리적이라는 점을 근거로 손해전가 항변을 인정하지 않고 있다.²⁷⁾ 이는 직접구매자의 소송 제기 유인을 강화하여 손해배상제도의 효율적인 집행을 추구하기 위한 정책적 판단이라고 할 수 있다.²⁸⁾ 그러나 미국내 36개 주와 콜롬비아특별구 등에서는 간접구매자에 대한 원고 적격을 주법으로 인정하고 있어, 연방 반독점법에 관한 판례의 원칙에도 불구하고 이중배상의 법적 위험은 존재²⁹⁾하는 한편, 원고적격을 인정하고 있는 주와 인정하지 않는 주 사이의 형평성도 문제가 되고 있다. 또한 미국의 반독점 현대화위원회(U.S. Antitrust Modernization Commission)는 2007. 4. 대통령과 의회에 제출한 보고서에서 주 반독점법에서 허용하는 간접구매자 소송제도를 연방 반독점법에서 통합적으로 운영하면서 직·간접 구매자가 입은 실제 손해액에 따라 배상액이 배분될 수 있도록 해야 한다고 제안한 바 있다.

미국과 달리 손해배상제도가 활성화되지 않았던 EU에서 경쟁법 집행을 담당하는 집행위원회는 2008. 4. 반독점법 위반행위에 대한 손해배상 청구에 관한 백서와 그 부속 문서인 Commission Staff Working Paper를 발간하였다. 이 보고서에서는 최종소비자가 아닌 직접구매자의 청구에 대하여 위반행위자에게 손해전가의 항변을 허용하는 한편, 간접구매자가 유통단계를 거쳐 위법한 초과가격의 손해가 전가되었다는 사실과 그 정도에 대한 입증 곤란을 구제하기 위하여 간접구매자는 손해의 전부가 자신에게 전가되었다는 번복 가능한(rebuttable) 추정 법리에 의존할 수 있도록 해야 한다고 제안한다. 다만 부속 문서에서는 개인인 피해자가 소액배상 청구를 제기할 유인이 약하다는 점을 들어 피해자에 대한 보상 기능에 초점이 있는 손해배상제도와 법 위반행위의 억제 기능에 초점이 있는 손해배상제도 사이에는 상충관계가 있을 수 있으므로, 집단소송이나 단체소송과 같은 집합적 구제기구 도입의 필요하다는 의견을 제시하고 있다.³⁰⁾

3) 국내에서의 손해전가 항변에 관한 논의

국내법상 최종소비자가 아닌 직접구매자가 손해배상 청구를 할 경우 담합사업자에게 손해 전가의 항변을 허용할지에 대한 명확한 근거는 없다. 이러한 손해 전가의 항변을 손익상계의 법리로 설명하는 견해가 있다. 그러나 손해배상액의 산정에 있어 손익상계가 허용되기 위해서는 손해배상책임의 원인이 되는 행위로 인하여 피해자가 새로운 이득을 얻었고,

27) Hanover shoe, inc. v United Shoe Machinery Corp., 203 U.S. 390, 27 S.Ct.65, 51 L.ED. 241(1906) 참고.

28) 참고로, 일리노이 사건에서는 간접구매자의 원고적격을 부인하면서도, i) 판매량이 제한되어 있고 직접구매자가 판매자에 대하여 cost-plus 계약을 가지고 있는 경우, ii) 직접구매자가 독점금지법 위반자에 의해 조정되고 있는 경우에는 예외적으로 간접구매자의 청구가 가능하다고 판시한 바 있다(Illinois Brick Co. v Illinois, 431 U.S. 720, 97 S.Ct. 2061, 52 L. Ed. 2d. 707 (1977)).

29) 장혜림(2008), pp. 49-52.

30) 홍대식(2008), pp. 30-31.

그 이득과 손해배상책임의 원인인 행위 사이에 상당인과관계가 있어야 한다는 것이 판례의 입장인데, 위반행위와 별도로 직접구매자가 제3자에 대한 판매행위를 통하여 손해를 전가하여 취득한 이익이 손익상계의 공제 대상이 된다고 보기는 어렵다.³¹⁾ 다만, 밀가루 담합 사건에서 대법원은 최종재 시장으로의 손해전가의 가능성을 손해배상액을 정할 때에 참작하는 것이 공평의 원칙상 타당하다고 하여 결과적으로 형평의 원칙에 따라 책임 제한을 인정하였는바, 사실상 손해전가 항변을 인정하였다고도 볼 수 있다.

원고적격을 폭넓게 인정하여 간접구매자의 손해배상청구권을 인정하더라도, 담합행위와 간접구매자의 손해 사이에 상당인과관계가 인정될 수 있는지는 여전히 극복해야 할 문제로 남는다.

물론 중간재 시장에서의 생산자가 최종소비자를 상대로 불법행위를 한 것으로 보기는 어렵겠지만 중간재 시장에서의 담합이 최종재 시장에서의 가격 인상 및 생산량 감소를 초래하여 소비자들의 손해로 귀결될 가능성이 있음은 충분히 추론되는 것이어서 중간재 시장의 담합이 최종소비자들의 손해와 인과관계가 있다고 볼 여지가 있다.

하지만 이러한 인과관계와 관련된 통설과 판례의 태도인 상당인과관계설, 즉 인과관계를 일정한 전행사실과 후행사실 사이의 필연적 또는 과학적 인과관계가 아니라 법률적 관점 또는 법적 관점에서의 인과관계라고 보는 입장³²⁾에 의하면, 중간재 시장의 담합과 최종소비자들의 손해 간에는 변수가 산재해 있어 최종소비재 시장에서의 수요 및 공급곡선의 탄력성에 따라 심지어는 최종재 시장에서 생산량이 증가하거나 가격이 상승할 가능성도 배제할 수 없는 등, 피고들의 담합행위와 간접구매자의 손해 사이의 상당인과관계를 인정하기가 쉽지는 않을 것으로 보인다.

V. 결론

중간재 시장에서 발생한 담합으로 인한 직접구매자의 손해는 감소된 이윤이지, 원가요소에 불과한 밀가루 구매가격 인상분이 아니다. 본건 판례는 원고가 입은 손해를 밀가루 구매가격 인상분으로 정의하면서도 최종재 시장에 대한 비용전가분(손해전가분)을 책임제한의 법리로 반영하는 2단계의 방법을 사용하고 있지만, 손해전가분 추정을 위해서는 사실상 제빵시장의 수요곡선도 추정해야 한다는 점에서 이윤 감소분 추정과 비교해 그 복잡성에서 실질적인 차이가 없는 것으로 보인다.

한편, 중간재 구매자가 최종재 시장에서 입게 되는 이윤 감소분은 중간재에 대한 추가구

31) 홍대식(2008), p. 32.

32) 이민호 · 선정호(2012), p. 128.

매비용에서 최종소비자에 대한 비용전가분(즉, 최종소비자의 추가구매비용)을 차감한 것과 큰 차이가 없다. 더욱이 최종재 시장에서의 이윤 감소분을 추정하기 위해서는 중간재 시장과 최종재 시장을 동시에 일반균형분석을 해야 하는데 그 복잡성으로 인해 계량경제학적 측면에서 많은 어려움이 있다. 이런 측면에서 대상판결은, 그 결론의 측면에서는 일리가 있다.

이러한 연구 결과를 보았을 때, 만약 이윤 감소분 추정이 계량적 추정에서의 어려움 때문에 현실적으로 취하기 어려운 것이라면, 손해의 정의는 이윤 감소분으로 하되 그 추정의 어려움 등을 이유로 그 대안(proxy)으로서 구매가격 인상분과 비용전가분을 취하는 것으로 판결을 명확하게 실시해 주었다면 보다 정치한 판결이 되었을 것이라는 아쉬움이 있다.

참 고 문 헌

- 이민호·선정호, “공정거래법 위반행위와 손해의 인과관계-미국에서의 논의를 중심으로”, 『법조』, 통권 제665호, 2012.
- 장혜림, “독점규제법 위반행위자를 피고로 하는 간접 구매자 손해배상청구소송의 법적 문제”, 『상사법연구』, 제27권 제1호(통권 제58호), 2008. 5.
- 홍대식, “카르텔로 인한 손해액의 산정-이론과 실제”, 『비교사법』, 제14권 2호 통권38호(하), 2007.
- _____, “공정거래법상 손해배상청구소송의 실무상 제문제”, 사법연수원 법관연수강의안, 2008.
- Brander, J. A. and T. W. Ross, “Estimation Damages from Price-Fixing,” Working Paper 2005-3, Phelps Centre for the Study of Government and Business, 2005, Sauder School of Business, University of British Columbia.
- Clark, Emily, Mat Hughes, and David Wirth, “Study on the Conditions of Claims for Damages in case of Infringement of EC Competition Rules,” *Ashurst*, 2004. 8.
- Komnios, Assimakis et al., “Quantifying antitrust damages: Towards non-binding guidance for courts,” *European Commission*, 2009. 12.

[Abstract]

The Measurement of Direct Buyer's Damage Due to a Cartel in Intermediate Goods Industry Focusing on the Wheat Flour Cartel Case

Jong Chae Jung · Jae Hyuk Chang

This paper deals with a cartel case in the wheat flour market of South Korea focusing on the damage caused by the cartel on bakery companies. The judges defined bakery companies' total damage as the increased production cost of bakery companies due to the cartel. The judges did not deduct the amount of cost that bakery companies passed onto its customers. Instead, they reflected such amount in their damage calculation by limiting the wheat companies' liability.

The main problem of the court decision on this case is that the damage of bakery companies is, precisely speaking, their reduced profit not the increased cost used by the judges. However, the increased cost of bakery companies after deducting the amount they passed on to their customers come very close to the amount of their reduced profit.

Considering the econometric complexity of performing general equilibrium analyses, one could argue that the court reached a reasonable conclusion. However, it would have been ideal if the court defined the bakery companies' damage as the reduced profit and then used the increased cost as a proxy, acknowledging the difficulty of directly measuring the reduced profit.

Keywords: definition of damage, reduced profit of the direct buyer, the limitations in using econometric methods in cartel cases