

2016년 ICR센터 이슈 집중 라운드 테이블

개인사업자단체 집단파업에 대한 공정거래위원회 시정조치 어디까지 타당한가?

- 2014년 의사협회 집단휴업에 대한 최근 판결을 중심으로 -

- 일 시: 2016년 11월 18일(금) 14:00-16:30
- 장 소: 광화문 세종문화회관 예인홀

의사, 약사, 화물운송사업자 등 다양한 개인사업자들이 구조개편 과정 등에서 사업자단체를 중심으로 의견을 제시하면서 집단파(휴)업을 하는 경우가 있습니다. 이에 대하여 정부가 대화를 통한 해결노력과는 별도로 불법행위를 제재하는 경우가 있는데, 공정거래위원회 역시 그러한 사례가 여럿 있었습니다.

의약분업을 이슈로 야기되었던 대한의사협회 주도의 2000년 휴진사태는 대법원이 2003년 공정거래법 최초의 전원합의체 판결을 통해 공정거래위원회 처분이 적법하다고 확인하였고 이후에도 비슷한 판결이 이어졌습니다.

그런데 금년 3월 서울고등법원은 원격진료제와 영리병원 허용 등을 이슈로 진행되었던 2014년 대한의사협회 휴업결의에 대한 공정거래위원회의 처분을 취소하는 판결을 선고하였습니다. 현재 대법원에 계류 중이기는 하지만, 이 판결은 개인사업자들의 헌법상 기본권 행사, 개인사업자들의 집단파(휴)업에 대한 공정거래위원회의 개입 범위, 공정거래법상 경쟁제한성의 의미 등 많은 쟁점에 대해 새로이 생각할 중요한 문제를 던졌습니다.

ICR센터는 위의 이슈가 법학은 물론 국가경제 차원에서 대단히 중요하다고 생각하여, 국내 최고의 법학 및 경제학 전문가들을 모시고 이 판결을 집중 진단하고 토론하는 라운드 테이블을 마련하였습니다. 많은 분들의 관심을 바랍니다.

ICR 센터 부소장 이황

● 프로그램

13:30~14:00	등록
14:00~14:05	인사말씀 이황 (ICR센터 부소장, 고려대 법학전문대학원 교수)
14:05-14:35	Session 1 주제발표
사회: 이황	“공정거래법상 경쟁제한성의 개념, 판단기준, 한계 - 최근 사례를 중심으로” 정재훈 (서울고등법원 판사, 대등재판부)
14:35-16:00	Session 2 Roundtable
사회: 이황	패널: 안병훈 (공정거래위원회 송무담당관) 김종민 (국민대 경제학과 교수, 전 산업조직학회 회장) 이호영 (한양대 법학전문대학원 교수) 이민호 (법무법인 광장 변호사) 정재훈 (서울고등법원 판사, 대등재판부)
16:00-16:30	질의 응답

- 좌석이 한정되어 있어 참가등록하시는 분에 한하여 입장이 가능합니다.

- 아래 링크를 클릭하시면 사전등록이 가능합니다.

<https://www.eventbrite.com/e/icr-tickets-29043311326>

공정거래법상 경쟁제한성의 개념, 판단기준, 한계 - 최근 사례를 중심으로¹⁾

서울고등법원 판사, 법학박사 정재훈

I. 서 론

독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’이라고 한다) 제2조 제8의2호는 경쟁제한성의 개념에 관하여 “경쟁을 실질적으로 제한하는 행위”라 함은 일정한 거래분야의 경쟁이 감소하여 특정 사업자 또는 사업자단체의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격·수량·품질 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태를 초래하는 행위를 말한다고 규정하고 있다. 이러한 규정에 따라 대법원 판결도 “어떠한 공동행위가 공정거래법 제19조 제1항의 경쟁제한성을 가지는지 여부는 당해 상품의 특성, 소비자의 제품선택 기준, 당해 행위가 시장 및 사업자들의 경쟁에 미치는 영향 등 여러 사정을 고려하여, 당해 공동행위로 인하여 가격·수량·품질 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는지를 살펴 개별적으로 판단하여야 한다.”라고 판시하고 있다,²⁾ 이러한 기준은 공정거래법 제26조 제1항 제1호 등 사업자단체 규제에도 적용되고 있고, 대판 2003. 2. 20, 2001두5347(전합) 등을 통하여 공정거래법 제26조 제1항 제3호 등에도 그대로 적용되고 있다.

최근 서울고등법원은 대상판결(서울고판 2016. 3. 17, 2014누58824)을 통하여 대한의사협회의 휴업 결의가 공정거래법 제26조 제1항 제1, 3호에 위반되는지에 관하여 이를 부정하며 공정거래위원회(이하 ‘공정위’라고 한다)의 처분을 취소하였다.³⁾ 서울고등법원이 공정위의 처분을 취소한 주된 사유는 대한의사협회의 행위에 대하여 경쟁제한성이 인정되기 어렵다는 것이다.⁴⁾ 대상판

1) 필자는 2015년 5월 LEC 학회에서 경쟁제한성에 대한 일반론을 발표하였고, 2016년 10월 6일 경쟁포럼에서 “공정거래법상 경쟁제한성의 개념, 판단기준, 한계 - 최근 사례를 중심으로” 주제로 발표하였다. 이 글은 『정재훈, “의료공급자에 대한 사업자단체 규제와 경쟁제한성 판단”, 「저스티스」 제156호, 2016.』을 보완하여 완성되었음도 밝혀둔다.

2) 대판 2013. 2. 15, 2012두21413.

3) 이 사건은 공정위의 상고로 대법원에 계류 중이다(사건번호: 대법원 2016두36345, 심리불속행 기간이 도과한 상태이다).

4) 대상판결 중 공정거래법 제26조 제1항 제3호 부분에 대하여는 사업자단체인 원고가 구성사업자인 의사들의 휴업 여부 판단에 간섭하였다고 볼 수 없다는 점도 제시되어 있다.

결은 여러 측면에서 중요한 의미를 가지고 있다. 첫째, 의사협회의 휴업 결의 등에 대하여는 대판 2003. 2. 20, 선고 2001두5347(전합)이 있었고, 그로부터 약 13년이 지난 후에 다시 의사협회의 휴업을 전면적으로 다룬 판결이다. 위 전원합의체 판결 이후에 경쟁제한성에 관한 리딩 케이스인 대판 2007. 11. 22, 2002두8626(포스코 사건)이 있었고, 이러한 변화가 종래의 판결에 영향을 줄 수 있는지가 문제가 되는 상황에서 대상판결은 위 전원합의체 판결과 유사한 사안에서 결론을 달리 하였다. 둘째, 이 문제는 결국 경쟁제한성을 어떤 기준으로, 그리고 어떤 범위 내에서 인정할지의 문제와 깊은 관련을 가지고 있다. 공정거래법 제2조 8의2호 외에 경쟁제한성의 판단 요소에 관한 명문의 규정이 없는 상태에서 경쟁제한성의 범위를 어떻게 이해하고, 그 판단요소로 무엇을 채택할지에 따라 사안은 결론을 달리할 수 있을 것으로 보인다. 이 글에서는 대상판결의 사실관계와 소송경과를 먼저 소개한 후, 공정거래법 제26조 제1항 제1호와 제3호에 대한 일반론, 대상판결의 경쟁제한성 판단에 대한 평가를 중심으로 하고, 관련쟁점으로 공동행위 규제에 있어 ‘의도와 목적’의 의미, 사업활동에 대한 제한에 대한 해석 등을 포함하여 대상판결을 분석하고자 한다.

II. 사실관계 및 소송경과

1. 사건의 경위

사단법인 대한의사협회(원고)는 대한민국의 의사면허를 취득하고 의료업을 영위하는 의사들을 구성원으로 하여 의료법에 의하여 설립된 결합체로서 공정거래법 제2조 제4호의 규정에 의한 사업자단체에 해당한다. 정부가 2013. 10. 29. 의료인과 환자 사이의 원격진료제 등을 허용하는 내용의 의료법 개정안을 입법예고하고, 2013. 12. 3. ‘서비스산업발전기본법 및 투자개방형 병원에 대한 입장’에 관한 보도자료를 통해, 의료법인이 영리 자회사를 세워 각종 의료부대사업을 통해 영리활동을 할 수 있도록 하는 영리병원 허용 정책을 발표하자, 원고는 2013. 10. 30. 원격진료제 반대 성명을 발표하고, 2013. 11. 13. 16개 시·도의사회장들로 구성된 ‘비상대책위원회’를 구성하여 2013. 12. 7. ‘전국 의사대표자대회’를 개최하고 2013. 12. 15. ‘전국 의사결의대회’를 개최하였으며, 2014. 2. 21.부터 2014. 2. 28.까지 구성사업자인 의사들을 대상으로 휴업에 대한 찬반 투표를 실시하였다. 위 투표에서는 전체 구성사업자

중 과반을 넘는 58.37%의 의사들이 투표에 참여하였는데, 그 중 76.69%가 휴업 실시에 찬성한 것으로 집계가 되었고, 이에 원고는 2014. 3. 10.자로 휴업을 실행하기로 결의한 뒤, 이러한 결의 내용을 문서 송부, 인터넷 홈페이지 게재 등의 방법으로 구성사업자인 의사들에게 통지함으로써, 구성사업자인 의사들이 2014. 3. 10. 휴업을 실행하였다.

공정위는, 원고의 위 행위가 구성사업자인 의사들의 의료서비스 거래를 제한하여 부당하게 경쟁을 제한하여 공정거래법 제26조 제1항 제1호에 해당되고, 구성원 사업자들로 하여금 휴업을 하도록 강요하는 방법으로 구성사업자의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하여 공정거래법 제26조 제1항 제3호에 해당된다는 이유로 2014. 7. 7. 전원회의 의결 제2014-146호로 원고에게 시정명령 및 과징금납부명령을 하였다. 이에 대하여 원고는 위 처분의 취소를 구하는 소를 서울고등법원에 제기하였다.

2. 서울고등법원의 판단

서울고등법원은 원고의 행위가 공정거래법 제26조 제1항 제1호 및 제3호에 모두 해당하지 않는다는 이유로 공정위의 처분을 전부 취소하였다.

(1) 공정거래법 제26조 제1항 제1호 부분

원고가 회원들의 찬반투표를 거쳐 2014. 3. 10. 휴업을 하도록 결정하여 일부 회원들이 2014. 3. 10. 휴업을 한 행위는 의료서비스제공자인 의사들이 의료소비자와의 의료서비스 거래를 거절하거나 제한한 행위에 해당한다. 그러나 원고의 이러한 행위가 공정거래법 제26조 제1항 제1호에 위반하였다고 하려면 원고의 휴업 결의 및 소속 회원들의 이 사건 휴업이 부당하게 경쟁을 제한하는 행위에 해당하여야 할 것인데, 이 사건 휴업이 부당하게 경쟁을 제한한다고 볼 수 없다.

(2) 공정거래법 제26조 제1항 제3호 부분

원고가 구성사업자들의 투표를 거쳐 이 사건 휴업을 결의하기는 하였지만 그 구체적 실행은 구성사업자인 의사들의 자율적 판단에 맡긴 것이라고 할 것

이어서 휴업의 실행에 있어 사업자단체인 원고가 구성사업자인 의사들의 휴업 여부 판단에 간섭하였다고 볼 수 없다. 또한, 의사들의 이 사건 휴업이 의사들의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해하는 결과를 초래하였다고 볼 수 없다.

Ⅲ. 대상판결의 검토

1. 공정거래법 제26조 제1항 제1호와 제3호

공정거래법 제26조 제1항 제1호는 부당한 경쟁제한 행위로 사업자단체의 행위를 규제하는 것이나, 그 실질은 단체조직에 의한 사업자의 부당한 공동행위를 규제하는 것이다.⁵⁾ 대법원도 “원래 사업자단체는 구성사업자의 공동의 이익을 증진하는 것을 목적으로 하는 단체이므로 그 목적 달성을 위하여 단체의 의사결정에 의하여 구성사업자의 사업활동에 대하여 일정한 범위의 제한을 하는 것이 어느 정도 예정되어 있다고 하더라도 그 결의의 내용이 구성사업자의 사업내용이나 활동을 과도하게 제한하여 구성사업자 사이의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 정도에 이른 경우에는 이를 허용하지 않겠다는 데에 있다.”라는 전제에서 “사업자단체의 위와 같은 행위가 부당하게 경쟁을 제한하는 것인지 여부는 사업자단체의 시장점유율, 경쟁자의 수와 공급여력, 대체성 등 여러 사정을 종합하여 판단하여야 한다.”라고 판시한 바 있다.⁶⁾ 한편, 공정거래법 제26조 제1항 제3호는 구성사업자의 사업활동제한 행위로, 단체가 목적달성을 위하여 의사결정에 의하여 구성사업자의 사업활동에 대하여 일정한 범위의 제한을 하는 것은 예정되어 있다고 할 것이나, 그 결의가 구성사업자의 사업내용이나 활동을 과도하게 제한하여 구성사업자사이의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해하는 경우에는 부당한 제한행위로서 금지된다.⁷⁾

5) 김경란, “사업자단체 금지행위와 적용제외”, 공정거래법 판례선집, 사법발전재단(2011), 639면. 공정거래법 제26조 제1항 제1호는 부당한 공동행위에 준하여 해석되고 있다(이황, “사업자단체의 부당공동행위와 실행행위”, 대법원판례해설 제64호(2007. 7), 562면).

6) 대판 2005. 1. 27, 2002다42605; 사법연수원, 공정거래법, 2014, 371면.

7) 대판 1997. 5. 16, 96누150(대한법무사협회 사건); 대판 2001. 6. 15, 2001두175(한국관세사회 사건); 대판 2002. 9. 24, 2002두5672(한국재생유지공업협동조합 사건); 대판 2003. 2. 20, 2001두5347(대한의사협회 사건).

(1) 공정거래법 제26조 제1항 제1호와 제3호의 위법성 판단 기준

공정거래법 제26조 제1항 제1호는 제19조 제1항 각호의 부당한 공동행위의 행위 요건을 객관적 구성요건으로 하고 있는 반면, 제26조 제1항 제3호는 ‘구성사업자의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위’를 객관적 구성요건으로 하고 있어 두 조항의 객관적 행위 요건은 서로 다르다. 나아가 위법성 판단 기준에 관하여, 공정거래법 제26조 제1항 제1호, 제19조는 ‘부당하게 경쟁을 제한하는’ 행위일 것을 요하므로 경쟁제한성이 판단기준이 되는 반면,⁸⁾ 공정거래법 제26조 제1항 제3호는 ‘부당하게 제한하는’ 행위일 것을 요함으로써 제1호와 달리 ‘경쟁제한’ 등 위법성 판단 요소가 명시되어 있지 않음에도 ‘경쟁제한성’이 필요한지 문제되었다. 대한법무사회 사건⁹⁾에서는 “그 결의가 구성사업자의 사업활동에 있어서 공정하고 자유로운 경쟁을 저해하는 경우에는 '구성사업자의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위'에 해당한다.”고 판시함으로써 ‘경쟁제한’이 필요하다는 취지로 판시하였고, 이러한 입장은 관세사회 사건¹⁰⁾에서도 다시 확인되었다. 나아가 대한의사협회 사건¹¹⁾에서는 부당성의 의미에 관하여 다수의견, 반대의견과 별개의견이 일치하지 않았다. 다수의견 및 반대의견은 종전의 대법원 판결에 따라 ‘부당성’의 의미를 ‘경쟁을 저해’하는 것으로 본 후 사실관계에 비추어 경쟁제한성이 인정되는지에 관하여 결론을 달리 한 반면, 별개의견은 “공정거래법 제26조 제1항 제3호는 사업자단체가 경쟁과 직접적인 관계없이 구성사업자의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위를 금지하는 내용으로 이해함이 자연스럽다.”는 전제하에서 ‘부당성’을 ‘경쟁제한’으로 이해할 필요가 없다고 판시하였다.¹²⁾

위에서 본 바와 같이 대법원이 공정거래법 제26조 제1항 제3호에 있어서도 경쟁제한성이 필요하다고 결론을 내렸지만, 이러한 해석이 법 체계상 당연히 도출되는 것이라고는 보기는 어렵다. 공정거래법 제26조 제1항 각호 중 제1호는 경쟁제한성이 필요하지만 제4호 중 불공정거래행위는 전형적인 경쟁제

8) 하종대, “독점규제 및 공정거래에 관한 법률상 사업자단체에 의한 가격결정행위의 부당성의 판단기준”, 대법원판례해설 제58호(2006), 158면.

9) 대판 1997. 5. 16, 96누150.

10) 대판 2001. 6. 15, 2001두175.

11) 대판 2003. 2. 20, 2001두5347.

12) 상세한 내용은 정재훈, 공정거래법 소송실무, 육법사, 2015, 242~243면 참조.

한성이 요구되지 않는다. 공정거래법 제26조 제1항 제2호와 제3호가 문제되는데, 공정거래법 제26조 제1항의 각호는 각각 고유한 위법행위 유형을 정하고 있고, 공정거래법상 사업자단체 금지행위는 일반적인 공동행위와 별도로 고유의 의미를 담아야 한다고 볼 경우에는 제3호의 경우 경쟁제한성을 요하지 않는다고 해석할 여지도 있다. 특히 공정거래법 제26조 제1항 제3호의 경우 사업자단체의 일방적인 방해행위로서 구성사업자에게 일정한 행위를 제한하는 등 추가적인 행위요소가 요구되고 있다고 보거나, 불공정거래행위와 유사하게 본다면 위 전원합의체 판결의 별개의견과 같이 경쟁제한성을 달리 이해할 여지도 있다. 참고로, 일본의 경우 패전 후 독점금지법을 만들면서, “부당거래제한, 사적독점, 공정거래행위”외에 사업자단체 규정을 독자적으로 따로 만들었고 구성사업자의 사업활동방해의 경우 방해 그 자체로 위법이고 경쟁제한성이 필요없다고 보았다.¹³⁾

(2) 관련 판례

공정거래법 제26조 제1항 제1호에 있어 ‘일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위’의 개념에 대하여 대법원은 약사회사건¹⁴⁾에서, 사업자단체인 대한약사회가 약사법 개정에 반대하여 전국의 약국을 무기한 폐문하기로 결의하고 이를 실행하였는바, 내심으로나마 폐문에 반대하는 구성사업자들에게 결과적으로 자기의 의사에 반하여 집단폐문에 따를 수밖에 없도록 한 것은 공정거래법 제19조 제1항 제3호의 판매제한에 해당하고, 약국의 폐문을 강제하여 의약품의 판매를 제한한 결과 의약품판매시장인 약국업 분야에서 사업자단체가 그 의사대로 시장지배력을 형성한 것으로 보이므로 이런 행위는 약국업 분야에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위에 해당하며, 아울러 이러한 행위는 단체적 구속으로서 개별 구성사업자의 사업활동을 부당하게 제한하는 행위에 해당한다고 판시하였다. 공정거래법 제26조 제1항 제1호가 적용된 경우 부당성을 부정한 사건으로는 동양시멘트레미콘 개인사업자협의회가

13) 한국 공정거래법 제26조 제1항 제3호에 대응하는 일본 독점금지법 제8조 제4호의 해석에 있어 실질적 존재의의는 경쟁의 실질적 제한에 이르지 아니하지만, 경쟁에 악영향을 주는 행위를 규제하기 위한 것으로 보고 있다. 이러한 해석론에 대하여 부당한 공동행위에 해당하지 않는 행위를 사업자가 하였다고 하여 규제할 필요가 있는지 의문이 제기되고 있다(村上政博, 獨占禁止法(第4版), 弘文堂, 2011, 269면).

14) 대판 1995. 5. 12, 94누13794.

개별적으로 동양시멘트와의 레미콘 운송계약 체결을 금지하는 결의를 한 사건에서 레미콘운송가격 기타 운송조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있다고 볼 수 없다고 한 사례¹⁵⁾, 제주도관광협회가 구성사업자로 하여금 송객수수료율을 일정 부분 제한한 사례¹⁶⁾ 등이 있다.¹⁷⁾

공정거래법 제26조 제1항 제3호에 있어, 관세사회가 관세보조자의 업무를 제한한 것은 정당한 행위라고 본 사례¹⁸⁾, 경기도자동차매매사업조합이 비조합원에 대하여 역무제공 거부 등을 지시하였다고 볼 사정을 인정하지 아니하며, 회비미납회원에 대하여 전산사용 등을 제한한 것은 사업활동방해로 보기 어렵다고 본 사례¹⁹⁾, 대한건설기계협회가 강제가입 규정을 두고 비회원들로부터 회비를 징수한 경우에 부당성을 부정한 사례²⁰⁾ 등이 있다.²¹⁾

2. 경쟁제한성 부분

(1) 대상판결의 판단

1) 가격, 품질 부분

우리나라 국민건강보험제도의 특성상 의료서비스 가격 인하를 유발하는 의료기관 간의 경쟁이 불가능하므로 이 사건 휴업으로 의료서비스의 공급량이 감소하여 의료서비스수요가 공급량을 초과하더라도, 그로 인하여 발생한 초과수요를 해소하기 위해 시장원리에 따라 가격이 인상될 가능성이 없다. 즉 이 사건 휴업 당일 일부 의료기관의 휴업으로 인하여 의료서비스를 공급하는 의료기관의 수가 줄어들었다고 하더라도 의료소비자로서는 휴업하지 않은 의료기관에서 의료서비스를 종전과 동일한 비용으로 제공받을 수 있었고 이 사건 휴업에 참여하지 않은 의료기관으로서도 의료서비스 공급량이 줄어들었음을 이유로 의료소비자들에게 종전보다 더 높은 진료비를 요구할 수도 없었다. 또한 이 사건 휴업에 참여하지 않은 의료기관이 제공하는 의료서비스의 품질이 이 사건 휴업 이전보다 더 나빠졌다는 점을 인정할 만한 자료도 보이지 아니

15) 대판 2005. 1. 27, 2002다42605.

16) 대판 2005. 9. 9, 2003두11841.

17) 상세한 내용은 정재훈, 앞의 책(각주 11), 236~237면 참조.

18) 대판 2001. 6. 15, 2001두175.

19) 서울고판 2001. 8. 21, 2000누8617(심리불속행 기각).

20) 대판 2005. 6. 24, 2004두8569.

21) 상세한 내용은, 정재훈, 앞의 책(각주 11), 243면 참조.

한다.

원고가 이 사건 휴업으로 영향력을 행사하여 2015년에 적용될 의료비 수가를 3.1%(환산지수 74.4원)로 인상하였다고 볼 만한 아무런 증거가 없을 뿐만 아니라, 원고의 의료비 수가 인상률이 2010년의 경우 3.0%, 2011년 2.0%, 2012년 2.9%, 2013년 2.4%, 2014년 3.0%, 2015년 3.1%인 사실은 당사자 사이에 다툼이 없는바, 이러한 연도별 수가 인상률을 비교하여 보면 2015년의 수가 인상률은 예년의 경우와 거의 비슷할 뿐 다른 년도에 비하여 예외적으로 높았다고 볼 수 없다. 그리고 갑 제8호증의 기재에 의하면 감사원은 2014. 12.경 국민건강보험의 운영 실태에 관하여 감사를 하면서 건강보험정책심의위원회의 공익위원 대부분이 사실상 정부가 임명 위촉함에 따라 당초 취지와 달리 사실상 정부의 보험료 및 요양급여비용 안을 통과시키는 형식적 기구로 운영되고 있다는 이유로 건강보험정책심의위원회의 구성 및 운영의 부적정성을 지적하면서 건강보험정책심의위원회는 설치 목적에 맞게 위원을 구성, 운영하도록 조치한다는 결론을 내렸던 사실을 인정할 수 있어 원고와 정부 사이의 제2차 의·정 협의에서 건강보험정책심의위원회의 공익위원을 가입자와 공급자가 동수로 추천하여 구성하도록 합의한 것은 위 감사원의 감사결과에 의하여 지적된 건강보험정책심의위원회 구성의 부적정성을 시정하여 건강보험정책심의위원회의 객관성을 보장하기 위한 합의로 보일 뿐 원고가 이 사건 휴업의 영향력을 이용하여 의료비의 수가를 인상시키기 위한 것으로 보이지는 않는다.

2) 소비자 불편 부분

원고 및 원고 소속 일부 회원들의 이 사건 휴업으로 인하여 의료소비자들 중 일부가 다른 의료기관을 방문하여야 하는 등의 불편을 겪어야 했던 사실은 인정되기는 한다. 사업자의 거래 제한 또는 거절행위 등의 공동행위로 인한 소비자의 불편은 의료서비스뿐만 아니라 다른 거래영역에서도 마찬가지로 발생할 뿐만 아니라 당연히 수반되는 것이라고 할 것이다. 이러한 거래 제한 또는 거래 거절 등의 공동행위로 인한 소비자의 불편은 서비스의 가격·수량·품질 기타 거래조건 자체가 아니라 이러한 거래조건의 결정에 영향을 미칠 수 있는 여러 요소 중의 하나라고 할 것이어서 소비자의 불편이 있었다는 사정만으로는 사업자의 공동행위에 경쟁제한성이 있다고 할 수는 없다. 그렇지 않고

거래 제한 또는 거래 거절로 인하여 소비자의 불편이 초래된다는 사실만으로 경쟁제한성을 인정하게 된다면, 사업자의 모든 거래 제한 또는 거래 거절행위에 대하여는 경쟁제한성의 유무를 따로 논할 필요도 없이 그 자체로 공정거래법에서 금지하는 부당한 공동행위에 해당하게 되어 거래 제한 또는 거절행위 외에 별도로 그 행위에 경쟁제한성이 있는지 여부를 따져서 이러한 경쟁제한성이 있는 경우에 한하여 부당한 공동행위로 인정하는 공정거래법 제19조 제1항의 규정 내용 및 취지에 반하게 된다.

(2) 평가

공정거래법 제2조 제8의2호는 경쟁제한성의 개념에 관하여 “경쟁을 실질적으로 제한하는 행위”라 함은 일정한 거래분야의 경쟁이 감소하여 특정 사업자 또는 사업자단체의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격·수량·품질 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태를 초래하는 행위를 말한다고 규정하고 있다. 이러한 규정의 필요성 및 경쟁제한성의 정의가 적절한지에 관하여는 다양한 의견이 있을 수 있다. 그러나 명문의 규정이 있는 이상 이에 따라 경쟁제한성 여부를 우선적으로 검토해야 할 것이고, 그 다음 단계로 위 규정에 정의된 요소 외로 경쟁제한성 개념의 외연을 확대할 수 있는지를 고려하여야 할 것이다. 아래에서는 가격, 수량, 품질의 측면에서 원고의 행위가 어떤 의미를 가지는지를 고찰해본다.

1) 가격 측면

원고의 행위가 의료서비스의 가격에 영향을 미쳤거나, 그럴 우려가 있는 지이다. 의료시장에서는 진료비가 대표적인 가격이다. 의료기관이 진료를 행한 대가로 어느 정도의 진료비를 지불받게 할 것인지는 진료비 지불의 제도에 따라 달라진다. 한국은 요양급여비용을 보험자와 의료공급자 사이의 계약에 의하여 정하도록 하고 있고 이 계약을 수가계약이라고 부른다.²²⁾ 수가계약이 결

22) 국민건강보험법 제45조(요양급여비용의 산정 등) ① 요양급여비용은 공단의 이사장과 대통령령으로 정하는 의약계를 대표하는 사람들의 계약으로 정한다. 이 경우 계약기간은 1년으로 한다. ② 제1항에 따라 계약이 체결되면 그 계약은 공단과 각 요양기관 사이에 체결된 것으로 본다. ③ 제1항에 따른 계약은 그 직전 계약기간 만료일이 속하는 연도의 5월 31일까지 체결하여야 하며, 그 기한까지 계약이 체결되지 아니하는 경우 보건복지부장관이 그 직전 계약기간 만료일이 속하는 연도의 6월 30일까지

될다면 건강보험정책심의위원회의 의결을 거쳐 보건복지부 장관이 수가를 일방적으로 고시하게 되므로 사실상 수가고시제가 적용되는 것이다.²³⁾ 이와 같이 정부가 가격을 고시하는 것이 일반적이어서 의료공급자들이나 원고와 같은 사업자단체의 행위로 인하여 의료서비스의 가격이 영향을 받기는 어려운 상황이다.²⁴⁾ 이러한 제도적인 측면에 비추어 보면 특별한 사정이 없는 한 원고의 행위가 의료서비스의 가격에 영향을 미치기는 어려우므로, 같은 전제에 선 대상판결은 수긍할 수 있다. 대판 2003. 2. 20, 2001두5347(전합)은 휴업의 결과 의료수가가 대폭 인상되었다는 점에서,²⁵⁾ 이 사건과 차이가 있는 것으로 보인다.²⁶⁾

2) 공급량 측면

원고의 행위가 의료서비스의 수량에 영향을 미쳤거나, 그럴 우려가 있는 지이다. 서울고등법원은 이 쟁점에 관하여 구체적인 판단을 하지 않았다. 증명책임이 있는 공정위가 이에 관한 실증적인 증거를 제출하지 못하였을 가능성이 높지만, 경쟁제한성 판단의 전제가 되는 주요 쟁점이므로 충분한 심리를 하고 판단을 명시하는 것이 바람직한 것으로 보인다. 다만, 이 사건에서 휴업기간이 2014. 3. 10. 하루에 그친 점에 특징이 있다. 서울고등법원도 이 점에 비추어 공급량 감소가 크게 의미있다고 보지 않은 것 같다. 가정적으로 휴업기간이 더 길었다면 이러한 공급량 감소를 어떻게 평가할 것인지가 달라질 여지도 있을 것이다.

이와 관련하여 일반론으로 다음과 같은 의견을 제시할 수 있다. 부당한 공

심의위원회의 의결을 거쳐 요양급여비용을 정한다. 이 경우 보건복지부장관이 정하는 요양급여비용은 제1항 및 제2항에 따라 계약으로 정한 요양급여비용으로 본다. ④ 제1항 또는 제3항에 따라 요양급여비용이 정해지면 보건복지부장관은 그 요양급여비용의 명세를 지체 없이 고시하여야 한다. ⑤ 공단의 이사장은 제33조에 따른 재정운영위원회의 심의·의결을 거쳐 제1항에 따른 계약을 체결하여야 한다. ⑥ 심사평가원은 공단의 이사장이 제1항에 따른 계약을 체결하기 위하여 필요한 자료를 요청하면 그 요청에 성실히 따라야 한다. ⑦ 제1항에 따른 계약의 내용과 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

23) 이상돈, 수가계약제의 이론과 현실, 세창출판사, 2009, 6~7면.

24) 상세한 내용은, 정재훈, “의료분야에 대한 독점규제법 적용에 관한 연구”, 고려대학교 대학원(2011. 8.), 276~277면 참조.

25) 서정, “사업자단체의 부당행위와 경쟁제한성”, 경제법판례연구 제1권(2004. 7). 314면; 손동환, “사업자단체에 대한 독점규제법 적용”, 재판실무연구 제3권(2006), 596~597면.

26) 대판 2003. 2. 20, 2001두5347(전원합의제)의 사안에서도 경쟁제한성이 인정되기 어렵다는 견해로는 심재한, “사업자단체의 사업활동 제한행위”, 상사판례연구 제18집 제2호(2005), 72면.

동행위가 공급량에 영향을 미치는 것을 규제하는 것은 공급량을 줄여서 과소공급을 통하여 가격이 인상되는 것을 방지하는데 주안점이 있다. 이러한 측면에서 대상사건에서 원고의 행위는 앞에서 본 가격결정 제도에 비추어 공급량 감축이 있었더라도 가격에 영향을 미치지 못할 가능성이 높아서 경쟁제한성 인정에 어려움이 있을 수 있다. 나아가 의료서비스의 과잉공급이 이루어지고 있다면, 공정위의 입증에는 더 어려움이 커질 수 있다. 예를 들면, 「U.S. v. Socony-Vacuum Oil Co. 판결」²⁷⁾은 대형정유업자인 피고인들이 동부 텍사스와 중부 지역의 현물시장에서 잉여물량을 매입함으로써 석유 가격을 인상하기로 합의한 행위에 대한 형사사건이다. 배심재판으로 진행된 1심은 이러한 합의가 당연위법이라는 전제에서 위법성을 인정하였다. 2심에서 당연위법 법리의 적용을 부정하였으나, 연방대법원은 당연위법의 법리를 적용하였다. 종전에 당연위법 법리가 적용된 사건은 가격에 대한 직접적인 합의 사건이었던 반면, 이 사건은 생산량 감축 합의를 통한 가격인상 합의라는 점에서 차이가 있다. 이 판결에는 시장 가격에 대한 인위적인 개입은 그 자체로 위험하다는 판시가 포함되어 있다. 비록 경쟁을 통하여 발생하는 폐해가 있더라도 가격에 대한 인위적인 개입은 허용되지 않는다는 의미로, 가격협정을 규제해야 하는 이론적인 근거를 제시한 판결로 평가할 수 있다. 이와 같이 공급량 감축은 가격인상이라는 측면에서 이해할 수 있다. 이 점에서 대상판결에서 공급량 감축이 발생한 경우 관련시장에서 그 효과를 어떻게 이해해야 할지는 간단한 문제가 아니다.

한편, 의료서비스의 공급이 일반적인 재화나 용역의 공급과는 다른 특성이 있음에도 유의할 필요가 있다.²⁸⁾ 일반적인 공급의 원칙이 의료시장에서는 상당히 제약된다. 의료공급량을 결정하는 의료가격이 시장의 기능에 의하여만 결정되는 것이 아니라 정부의 정책에 의하여 결정되는 경우도 많기 때문이다. 의료공급자의 우월적 지위를 견제하기 위하여 정부는 어떤 형태로든 의료시장 특히 의료가격의 결정에 참여하게 된다.²⁹⁾ 공급자의 시장진입이 제도적으로 통제되고 있다. 예를 들면 의사수를 제한하기 위한 의과대학 정원제에서부터 시장진입 제한은 시작된다. 면허제도를 통해 의학교육을 받고 의사시험에 합

27) U.S. v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150(1940).

28) 공정위의 의결서에 비추어 보면 이러한 특수성에 대한 고민이 드러나 있지 않아서, 관련시장에 대하여 공정위가 정확히 이해를 하고 처분에 이른 것인지 의문이다.

29) Paul J. Feldstein, *Health Care Economics*, Delmar Publishers Inc., 1993, pp. 141-142.

격한 사람만 등록된 의사로 의료행위를 하도록 하는 등 공급자의 질적인 관리를 통해 공급을 통제한다.³⁰⁾ 의료공급의 제한으로 인하여 공급이 수요에 대하여 비탄력적이고, 정부의 직접적인 제한 외에도 의사의 양성에 소요되는 장기간의 교육과 훈련기간은 의료수요의 변화에 대한 공급의 조정을 어렵게 할 뿐만 아니라 진료과목별로 공급의 불균형을 초래할 수 있다.³¹⁾ 의료서비스에 있어서는 대체서비스가 없고, 의료서비스는 기계에 의한 자동생산과 대량생산이 불가능해 노동과 자본의 최적배분에 한계가 있다.³²⁾ 의료공급자들은 정부 면허, 사적인 신임, 개업조건 등으로 이동성이 제한되지만 이는 자원의 비효율적인 배분, 가격 차별 같은 문제를 감수하는 대신 소비자 보호를 추구하기 위한 것이어서 불가피한 측면이 있다.³³⁾

3) 품질 측면

경제적인 효율성을 추구하다보면 의료의 질(Quality of Care)이 저하되지 않을까라는 우려는 의료분야에 경쟁법을 적용함에 있어서 흔히 대두되는 문제이다. 그러나 경제적인 동기와 의료의 질을 서로 대립되는 동기로 보는 것은 지나치게 극단적인 시각으로 두 관점은 서로 공존할 수 있다. 의료분야에서도 효율성은 고려되어야 할 것이되 그 효율성은 의료보장과 밀접한 관련을 맺게 되므로 일반 상품 및 서비스의 평가와는 차별화되며 이러한 효율성에는 의료의 질 문제도 포함된다. 일반 산업에서의 효율성 증대는 비용 절감, 생산량 확대(판매 또는 수출의 확대), 생산기술 및 연구능력의 증가 등으로 측정된다. 의료서비스에서도 비용절감, 생산량 증대, 질 향상, 기술 발전 등을 효율성의 요소로 볼 수 있다.³⁴⁾

의료의 질에 관한 논의는 비가격경쟁의 틀에서 이루어지는 경향이 있으므로, 복잡하다. 의료기관은 가격 경쟁뿐만 아니라 비가격 경쟁을 억제하기 위하여 경쟁제한행위를 할 가능성이 있다. 사회보험에 의하여 진료비가 일률적으

30) James W. Henderson, *Health Economics & Policy*, South-western, 2002, pp. 230-232.

31) Ibid.

32) 엄영진, *건강과 의료의 경제학*, 계축문화사, 2010, 117~119면.

33) Thomas L. Greaney, "Quality of Care and Market Failure Defenses in Antitrust Health Care Litigation", 21 *Conn. L. Rev.* 605(1989), p. 636. 상세한 내용은 정재훈, 앞의 논문(각주 23), 14면 참조.

34) 상세한 내용은 정재훈, 위의 논문(각주 23), 53면 참조.

로 결정되는 국가에서는 의료시장에서 독점이 있더라도 시장을 통하여 가격이 결정될 여지가 없기 때문에 가격인상의 문제가 생기지 않는다. 그러나 의사가 유발하는 수요, 대기시간, 의료의 질 등의 문제가 제기되고 있어서, 독점상태가 가격 이외의 요소에 주는 영향에 관하여는 의료경제학적인 분석방법에 의하여 성과를 검토할 필요가 있다.³⁵⁾ 의료시설에 대한 규제는 안전성의 확보 및 의료지출의 억제라고 하는 경쟁정책 이외의 중요한 정책목적과도 관련되어 있으므로 의료제도를 검토함에 있어서는 규제의 유효성을 둘러싼 신중한 검토가 필요하며, 특히 의료보험 제도가 시장에 주는 영향을 고려할 필요가 있다.³⁶⁾

이 사건에서, 품질측면에서는 법원이 지적한 바와 같이, 공정위가 이를 뒷받침할 만한 특별한 증명을 하지 못한 것으로 보인다.³⁷⁾ 그 밖에 공정위는 가격, 수량, 품질의 측면에서 경쟁제한효과의 증명이 어렵게 되자, 소비자의 불편 등을 경쟁제한효과로 구성하는 대안을 주장하였고, 서울고등법원은 이를 배척하였다. 위와 같은 요소를 경쟁제한효과로 보는 것은 어려운 것이다. 이러한 측면에서 대판 2003. 2. 20, 2001두5347(전합)의 다수의견이 경쟁제한성의 근거로 “그 결과 사업자 각자의 판단에 의하지 아니한 사유로 집단휴업 사태를 발생시키고 소비자 입장에 있는 일반 국민들의 의료기관 이용에 큰 지장을 초래하였음”을 든 것은 적절하다고 보기 어렵다.

4) 소결

대상판결의 ‘경쟁제한성 판단’에 관하여는 다음과 같은 점을 지적할 수 있다.

첫째, 가격, 수량, 품질 측면에서 경쟁제한성에 관한 증명이 부족하다고 본 서울고등법원의 판단은 원칙적으로 수긍할 수 있다.³⁸⁾ 유사한 사례로 「F.T.C. v. Indiana Federation of Dentists 판결」³⁹⁾과 비교해 볼 때, 대상판결의 사

35) 石田道彦, “反トラスト法からみたアメリカ医療”, 法政研究(2001. 7), 230~231면.

36) 위의 논문, 231~232면. 상세한 내용은 정재훈, 앞의 논문(각주 23), 54~55면 참조.

37) 의료서비스의 특성상 공정위가 단기간 내에 의료시장을 정확히 이해하여 이 부분을 증명함으로써 경쟁제한성을 보여주는 것은 무리였던 것으로 볼 여지도 있다.

38) 경쟁제한성이 인정되기 위하여 ‘가격상승, 산출량감소’ 등 정태적 경쟁제한의 효과나 ‘혁신저해, 다양성감소’ 등 동태적 경쟁제한의 효과 등 객관적 경쟁제한효과가 나타나는 경우이어야 한다는 견해로는 주진열, “공정거래법상 경쟁제한성 요건의 증명방법에 관한 연구”, 사법 제22호(2012. 12), 17면.

39) F.T.C. v. Indiana Federation of Dentists, 476 U.S. 447(1986).

안에서 원고의 행위에 경쟁제한효과가 발생하였거나 발생할 우려가 있다고 볼 수 있을지 의문이다. 「F.T.C. v. Indiana Federation of Dentists 판결」은, 피보험자들을 위하여 치과 의료서비스를 구매하는 보험회사가 치료비 청구 시 “x-ray”사진도 첨부하여 제출하도록 하자, 치과의사 협회(Indiana Federation of Dentists)가 보험회사에 대하여 사진 제출을 거부하는 방침을 공표한 사건이다. 이에 대하여 연방거래위원회가 집단적 거래거절로 셔먼법 제1조, 연방거래위원회법 제5조에 위반된다고 보아 금지결정(cease and desist order)을 하였다. 연방항소법원은 위원회 결정을 파기하였으나, 연방대법원은 연방거래위원회 결정이 적법하다는 취지로 항소심을 파기하였다. 연방대법원은 협회의 행위를 집단적 거래거절 사건으로 분류한 후 간이화된 합리의 원칙을 적용하여 경쟁제한성을 인정하였다. 연방대법원은 의료서비스에 대하여 경쟁을 거부하는 것은 시장의 기능을 저해하는 것으로,⁴⁰⁾ 경쟁제한성을 증명하기 위하여 정당한 분석이 필요하지 않다고 보았다. 또한, 소비자나 보험자의 정보취득 비용을 높이는 것⁴¹⁾에 경쟁촉진적인 효과가 발견될 수 없다고 보았다. 이 판결은 의사들에 의하여 의료정보가 독점될 수 없다고 판시함으로써 소비자의 정보에 대한 접근권, 소비자 주권을 천명한 판결로 평가받고 있다. 협회는 정보가 공개될 경우 위험성이 있을 수 있다고 주장하였으나, 연방대법원은 이러한 주장은 소비자의 정보에 대한 접근권을 부정하는 것으로 받아들일 수 없다고 판단하였다. 「F.T.C. v. Indiana Federation of Dentists 판결」의 사안과 대상판결의 사안은 모두 의료공급자의 집단적인 거래거절이라는 공통점을 가지고 있으나, 전자의 경우 경쟁제한효과에 대한 설명이 어느 정도 이루어진 반면에, 후자의 경우 공정위가 경쟁제한효과에 관하여 적정한 논증을 하였는지 의문이다. 이 점에서도, 가격, 수량, 품질의 측면에서 경쟁제한효과를 부정한 대상판결은 전반적으로 타당하다고 생각한다.

둘째, 경쟁제한성을 넓게 이해하고, 우리나라의 현실상 사업자단체의 행위에 대한 강력한 행위규제가 필요하다는 점을 강조하는 입장에 선다면 의사협회와 구성원 의사들 간에 이해관계가 일치하고 의사협회의 영향력이 막강한 상황에

40) A refusal to compete with respect to the package of services offered to consumers impairs the ability of the market to advance social welfare by ensuring the provision of desired goods and services to consumers at a price approximating the marginal cost of providing them.

41) making it more costly for the insurers and patients who are the dentist's customers to obtain information needed for evaluating the dentist's diagnoses.

서 이들의 집단휴업 결의가 경쟁을 제한할 상당한 개연성이 있다고 볼 여지도 있을 것이다.⁴²⁾ 나아가, 경쟁제한효과의 가능성을 증명하는 것으로 충분하다는 입장에 선다면 대상판결의 사안에서도 경쟁제한성이 인정될 여지가 있다. 예를 들면, 「British Airways v. Commission 판결」⁴³⁾에서는 경쟁제한효과가 발생할 가능성만으로도 증명이 충분하다고 보았음에 유의할 필요가 있다.⁴⁴⁾ 한편, 이 사건의 경우 투자개방형 병원설립과 원격진료제도를 저지하기 위한 의사협회의 단체행동이라는 측면에서 사업자단체 규제로서 구성사업자의 사업 활동 제한을 넘어 의료시장에서 다른 의료인들의 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있었는지 여부에 대하여도 검토할 여지가 있었던 것으로 보이지만, 공정 위는 이러한 측면을 별도로 고려하지는 않았던 것으로 보인다. 결국 대상판결의 상고심에서 대법원이 경쟁제한성의 범위에 관하여 전체적인 방향을 결정해야 할 문제로 보인다.

셋째, 대상판결에서 경쟁제한성의 판단은 공정거래법 전체 구조와 맞물려 중요한 시사점을 제시하는 것으로 보인다. 특히, 단독행위 규제와 공동행위 규제에 있어 체계상 차이점에 유의할 필요가 있다. 두 규제에 있어 경쟁제한성의 개념이 달라질 수는 없겠으나, 현실적인 규제에 있어 갖는 의미는 차이가 있을 수 있다. 단독행위 규제에 있어 시장지배적 지위 남용 행위 규제(공정거래법 제3조의2)와 불공정거래행위 규제(공정거래법 제23조)가 별도로 있어, 공정거래법 제3조의 2의 경쟁제한성을 좁게 해석하더라도 이를 넘는 부분을 공정거래법 제23조로 규제할 수 있어 규제의 공백은 발생하지 않을 것이다. 이와 달리 공정거래법 제19조는 경쟁제한성을 좁게 볼 경우 이를 넘는 부분은 규제의 대상에서 제외되게 된다.⁴⁵⁾ 이런 견지에서 공정거래법 제19조와

42) “일정한 거래분야에 있어서 경쟁의 실질적인 제한에 이르지 않지만 공정하고 자유로운 경쟁을 저해하는 것”으로 이해한다면 경쟁제한성의 의미를 넓게 이해할 여지가 있다{김의환, “구성사업자의 사업내용-활동을 부당하게 제한하는 행위의 의미”, 21세기 사법의 전개, 송민 최종영 대법원장 재임개념 문집 간행위원회(2005), 728면}.

43) British Airways v. Commission, T-219/99(2003). 원고(British Airways)는 영국에서 가장 큰 항공회사이다. 원고는 원고가 발행한 티켓의 판매 등 서비스를 제공하는 항공사에 대하여 수수료를 지급하면서, 티켓의 매출이 전체에 비하여 증가한 여행사에 대하여 성과보상을 지급하는 시스템을 운영하였다. 유럽연합 집행위원회는 원고의 이러한 성과보상 시스템이 시장지배적 지위 남용에 해당한다고 보았다. 이에 대하여 원고가 소를 제기하였으나, 유럽연합 일반법원은 집행위원회의 처분이 적법하다는 판단을 하였다(항소심인 유럽연합 사법법원도 동일한 결론에 이르렀다).

44) The effect does not necessarily relate to the actual effect of the abusive conduct. It is sufficient to show that the abusive conduct tends to restrict competition or that the conduct is capable of having that effect.

45) 그 동안 공정거래법 집행 경향에 비추어 공동의 거래거절로 포섭하기도 어렵다.

그 연장선상에 있는 공정거래법 제26조 제1항 제1, 3호를 해석함에 있어 법원은 경쟁제한성의 외연이 어디까지 확대될 수 있는지를 확정해야 하는 중요한 문제에 직면하게 된다. 경쟁제한성을 좁게 확정할 경우 사업자단체의 남용행위 등과 관련하여 과소집행의 우려가 있으나, 규제 목적이 다른 개별법이 적용될 수 있어 결과적으로 규제의 공백은 방지될 수 있을 것으로 보인다.⁴⁶⁾ 또한, 경쟁제한성에 포섭되는 범위를 확장하다 보면, 경쟁제한성의 의미가 무엇인가라는 근본적인 문제에 직면할 수 있음에도 유의하여야 한다.

넷째, 공정거래법 제2조 8의2호 외에 경쟁제한성의 판단 요소에 관한 다른 명문의 규정이 없는 상태에서 법원의 역할은 경쟁제한성의 판단요소로 명문의 규정에 드러난 요소 외에 무엇을 채택하고, 무엇을 채택하지 않을 것인지에 있는 것으로 보인다. 그 동안 우리 대법원은 경쟁제한성의 개념에 여러 기준을 사건의 필요에 따라 다양하게 포함하는 태도를 취하였다. 그러나 경쟁제한성과 관련하여 논의되는 다양한 개념을 판시사항에 넣음에 있어서, 전체적인 정합성을 고려하여 신중하고 일관성 있게 적용하여야 한다.

공정거래법 제2조 8의2호를 통하여 명시된 ‘경쟁성과인 가격, 수량, 품질’ 등과 이를 통하여 달성되는 ‘소비자 후생, 효율성’ 외에 어떤 판단 요소가 대상이 될 수 있을지 고찰할 필요가 있다. 「Hoffman La Roche v. Commission 판결」⁴⁷⁾에서는 경쟁제한성을 언급함에 있어 시장구조에 대한 영향(*influence the structure of a market*), 경쟁의 약화(*the degree of competition is weakened*)와 함께 정상적인 경쟁(*normal competition*)과 차이 등을 고려하였다. 또한, 「Manufacture Francaise des Pneumatiques Michelin v. Commission 판결」⁴⁸⁾에서는 경쟁제한성을 다양한 요소를 통하여 설명을 하며 경쟁제한성의 전형적인 요소인 경쟁자 배제의 측면⁴⁹⁾ 등과 더불어 의사결정

46) 진료거부 행위에 대하여 의료법 등 보건의료법규가 적용될 수 있다.

47) Hoffman La Roche v. Commission, Case 85/76(1979, 'Vitamin case'). 원고는 비타민을 생산하는 제약회사이다. 유럽연합 집행위원회는, 원고가 구매자와 사이에 독점적인 구매계약을 체결하거나, 충성리베이트(*loyalty rebate*)를 제공한 행위가 시장지배력의 남용행위에 해당한다고 판단하였다. 이에 대하여 원고가 피고 위원회의 처분의 취소를 구하는 소를 제기하였으나, 법원은 위원회의 처분이 정당하고, 다만 '비타민 B3' 시장에 대하여만 시장지배력이 인정되지 않는다고 보았다.

48) Manufacture Francaise des Pneumatiques Michelin v. Commission, T-203/01(2003, 'Michelin II case'). 원고(Manufacture Francaise des Pneumatiques Michelin)는 타이어를 생산하여 판매하는 회사이다. 유럽연합 집행위원회는 관련시장인 프랑스의 타이어 시장에서 원고가 다양하고 복잡한 리베이트를 제공하고, 가격을 할인하는 등으로 시장지배적 지위를 남용하였다고 판단하였다. 이에 대하여 원고는 소를 제기하였고, 일반법원은 이 사건에서 집행위원회의 처분이 적법하다고 판단하였다.

49) bar competitors from access to the market, strengthen the dominant position by distorting

의 자유(buyer's freedom to choose his sources), 차별(apply dissimilar conditions to equivalent transactions), 불공정성(unfairness of the system) 등도 고려하였다. 이와 같이 유럽연합 판결을 중심으로 경쟁제한성을 설명하며 정상적인 경쟁과 차이, 의사결정의 자유, 불공정성 등을 포섭하려는 경향이 있다. 반면, 미국의 경우, 「Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc. 판결」⁵⁰⁾과 같이 경쟁과정에서의 위법을 경쟁제한성에 포섭함으로써 표준설정 과정에서 기망행위를 서면법 2조에 포섭하려고 한 사례도 있으나,⁵¹⁾ 전반적으로 다양한 요소를 경쟁제한성의 판단요소로 포섭하려는 경향은 드문 편이다. 이와 같이 경쟁제한성을 이해하는 시각은 국가별로 경쟁법 발전의 과정에 따라 일정 부분 차이가 있는 것으로 보인다.⁵²⁾

아래에서는 이러한 기준설정과 관련하여 대상판결과 관련된 몇 가지 쟁점을 검토해본다. 먼저, ‘의사결정의 자유’에 관한 문제이다.⁵³⁾ 유럽연합의 경우, 「Manufacture Francaise des Pneumatiques Michelin v. Commission 판결」에서 보듯이 의사결정의 자유를 고려하는 것을 흔히 볼 수 있다. 이와 달리, 미국의 경우, 의사결정의 자유를 경쟁제한성 판단에서 고려하는 것은 일반적이라고 보기 어렵다. 다만, 「Continental TV, Inc v. GTE Sylvania, Inc. 판결」⁵⁴⁾에서 대법원 소수의견이 당사자의 자율권을 강조하였고,⁵⁵⁾ 「Eastman

competition, loyalty inducing effect.

50) Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc., 501 F.3d 297(3rd Cir. 2007). 표준화기구는 FRAND(fair, reasonable, and non-discriminatory) 약정을 조건으로 피고(Qualcomm Inc.)의 3세대 무선통신기술인 WCDMA(wide-band code division multiple access) 기술을 표준으로 채택하였다. 피고는 칩셋 시장의 경쟁자인 원고(Broadcom Corp.)에 대하여 위 기술에 대한 FRAND 조건의 실시를 거절하였다. 이에 대하여 원고는 피고가 서면법 제2조를 위반했다는 사유로 소를 제기하였다. 1심은 원고의 청구를 기각하였으나, 항소심은 독점화 및 독점화기도에 관한 서면법 제2조 위반 소지가 있다는 이유로 파기하였다(원고가 참여하지 않은 시장에서의 독점 유지 주장 및 피고의 클레이튼법 7조 위반 혐의에 대하여는 1심과 결론을 같이 하였다). 그 후 원고와 피고 사이에 합의가 이루어졌다.

51) Deception in a consensus-driven private standard-setting environment harms the competitive process. 이러한 태도에 대하여 비판적인 입장에서 형평법상 금반언의 법리로 해결하거나, 연방거래위원회법 제5조의 문제로 접근해야 한다는 시각도 있다. 이 문제를 거래거절의 문제로 인식한다면 종래 미국의 판례가 거래거절을 좁게 인정한 경향에 비추어 보면 1심처럼 원고의 주장 자체로 서면법 제2조의 요건을 주장하지 못하였다는 판단이 가능할 수 있다. 따라서, 종래 전개된 서면법 제2조의 법리에 비추어 보면 경쟁제한성을 인정하기 쉽지 않다.

52) 시장구조의 폐해, 경쟁과정의 보호, 잠재적인 경쟁자 배제, 정상적인 경쟁의 침해, 경쟁기반의 저해, 불공정성, 경쟁자 등의 불이익, 소비자선택권, 의사결정의 자유 침해 등이 문제된다.

53) 의사결정의 자유는 통상 사업자에 대하여 논의된다는 점에서, 소비자의 선택권과 그 대상에서 차이가 있다.

54) Continental TV, Inc v. GTE Sylvania, Inc., 433 U.S. 36(1977).

55) The Sherman Act was intended to prohibit restrictions on the autonomy of independent

Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc. 판결」⁵⁶⁾에서도 대법원 소수의견이 의사결정의 자유 침해를 지적하고 있다. 「NYNEX Corp. v. Discon, Inc. 판결」⁵⁷⁾에서도 의사결정의 자유 보호는 궁극적으로 경쟁보호로 연결될 수 있음을 지적하고 있으나, 이는 주류적인 흐름으로 보기 어렵다.⁵⁸⁾

한국의 경우, 의사결정의 자유를 다룬 대표적인 판결은 대판 2013. 4. 25, 2010두25909(에쓰대시오일 사건)⁵⁹⁾이다. 이 판결에서 “배타조건부 거래행위의 ‘부당성’은 당해 배타조건부 거래행위가 물품의 구입 또는 유통경로의 차단, 경쟁수단의 제한을 통하여 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자나 잠재적 경쟁사업자를 관련시장에서 배제하거나 배제할 우려가 있는지를 비롯한 경쟁제한성을 중심으로 그 유무를 평가하되, 거래상대방인 특정 사업자가 당해 배타조건부 거래행위로 거래처 선택의 자유 등이 제한됨으로써 자유로운 의사결정이 저해되었거나 저해될 우려가 있는지 등도 아울러 고려할 수 있다고 보는 것이 타당하다.”라고 판시하였다. 그러나 경쟁제한성과 ‘의사결정의 자유’ 사이의 관계가 무엇인지는 명확하지 않다는 문제점이 있다. 경쟁제한성과 의사결정의 자유를 모두 기준으로 제시할 경우 두 기준이 서로 상충되는 경우가 있을 수 있다.⁶⁰⁾ 대상판결의 선례가 된 대판 2003. 2. 20, 2001두5347(전합)에서 다수의견은 “대한의사협회가 비록 구성사업자인 의사들 모두의 이익을 증진하기 위한 목적에서라고 하더라도 구성사업자들에게 본인의 의사 여하를 불문하고 일제히 휴업하도록 요구하였고 그 요구에 어느 정도 강제성이 있었다고 한다면, 이는 구성사업자인 의사들의 자유의 영역에 속하는 휴업 여부 판단에 사업자단체가 간섭하였음”을 경쟁제한성의 판단근거로 제시하는 등 ‘의사결정의 자유’를 경쟁제한성의 일부로 고려하였다. 그러나 이러한 판시사

businessmen even though they have no impact on price, quality, and quantity of goods and services.

56) Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., 504 U.S. 451(1992).

57) NYNEX Corp. v. Discon, Inc, 525 U.S. 128(1998).

58) 선택권보호(freedom to choose suppliers)도 궁극적으로 경쟁보호와 연결될 수 있고, 의사결정의 자유를 통하여 독점을 방지할 수도 있다는 시각이다.

59) 원고(에쓰대쉬오일 주식회사)가 1998년경부터 자영주유소와 소요제품 전량을 원고로부터 공급받기로 하고, 이러한 의무를 위반할 경우 계약해지, 손해배상 등 제재를 할 수 있도록 규정하는 석유제품공급계약을 체결한 사건으로, 대법원은 원고의 이러한 행위가 배타조건부거래에 해당한다고 보았다.

60) 대판 2013. 4. 25, 2010두25909(에쓰대시오일 사건)의 사안도 경쟁제한성은 인정되기 어렵지만, 의사결정의 자유를 침해한 사례로 볼 여지가 있다. 경쟁제한성이 높음에도 의사결정의 자유를 침해한다고 규제하는 것이 경쟁법상 타당한지의 문제는 공정거래법이 어떤 가치를 지향해야 하는지의 근본적인 문제와 연결되어 있다.

항은 위 전원합의체 판결 이후에 선고된 대판 2007. 11. 22, 2002두8626(포스코 사건)과 부합하지 않는다. 물론, 유럽연합의 판결이나 미국의 일부 판결과 같이 의사결정의 자유가 경쟁이 원활하게 작동할 수 있도록 하는 기반으로 경쟁의 보호와 연결될 수 있음을 부정하기는 어렵다. 다만, 의사결정의 자유가 공정거래법 제2조 8의 2호의 문언에 포섭되는 것으로 해석하기는 쉽지 않고, 그 적용에 있어서도 위 규정과 반드시 조화되는 것도 아니다. 이 점에서 의사결정의 자유 침해가 경쟁제한성에 포함하여야 할지는 근본적으로 고민을 해야 할 문제이다. 이러한 측면에서도 대상판결에 대한 상고심은 중요한 선례가 될 것으로 보인다.

다음으로 소비자 선택권의 문제이다. 최근 대판 2015. 4. 23, 2012두24177은 “원심이 인정한 사실관계와 그 판시 사정들을 종합하여 보면, 원고 등이 이 사건 합의에 따라 IPTV(internet protocol television)사업자에 대한 사업활동 방해행위를 함으로써 IPTV사업자의 유료방송서비스 시장 진입을 어렵게 만들었을 뿐만 아니라 유료방송서비스 시장에서 IPTV사업자의 채널 경쟁력이 약화되고 소비자의 유료방송서비스에 대한 선택의 폭이 축소될 우려가 발생하였으므로, 이 사건 합의로 인하여 유료방송서비스 시장에서의 경쟁이 제한되거나 제한될 우려가 있는 상태가 초래되었다고 볼 수 있고, 이와 같은 사업활동 방해행위로 인하여 유료방송서비스 시장에 친경쟁적 효과를 가져왔다고 보기 어렵다.”라고 판단하였다. 이 사건이 종전의 부당한 공동행위 사건과 구별되는 점은 진입장벽, 경쟁사업자의 배제, 소비자 선택권 등을 경쟁제한성 판단의 요소로 제시하였다는 점이다. 그 중 진입장벽, 경쟁사업자의 배제는 새로운 요소로 볼 수 없으나, 소비자 선택권을 경쟁제한성 판단의 요소로 제시한 것은 검토할 필요가 있다. 이 부분은 종래 시장지배적 지위 남용행위 규제⁶¹⁾나 불공정거래행위 규제에서 ‘다양성 감소’를 언급하였던 것과 같은 연장선상에서 이해할 수 있다. 가격, 수량, 품질에 대한 영향으로 경쟁에 대한 효과가 발생하여 소비자후생에 영향을 미치는 경쟁법의 메커니즘과 소비자의 선택권은 서로 다른 접근방식일 수 있다. 소비자 후생에 소비자의 선택권이 영향을 미칠 수도 있으나, 이를 경쟁법에서 고려할지는 간단한 문제가 아니다. 경쟁규범은 그 집행 결과 소비자 편익이 발생하더라도, 소비자보호가 아니라 경쟁보호를 기준으로 적용하여야 하고,⁶²⁾ 소비자보호규범도 그 집행 결과 경

61) 대판 2007. 11. 22. 2002두8628. 등

62) 공정거래법 제1조는 ‘소비자보호’를 명시하고 있다. 이는 경쟁이 제대로 기능한 경우에 얻게 되는 소

쟁이 보호되더라도, 경쟁보호가 아니라 소비자보호를 주된 판단기준으로 적용하여야 한다고 볼 여지가 있다. 이런 전제에 선다면, 경쟁제한성 판단에 ‘경쟁법의 집행결과 발생하는 소비자후생’이라는 차원이 아니라 이와 별도로 소비자 선택권을 고려하는 것은 이론적으로나 실무적으로 충분한 검토가 필요하다. 대선판결의 선행판결인 대판 2003. 2. 20, 2001두5347(전합)의 다수의견이 경쟁제한성의 근거로 “그 결과 사업자 각자의 판단에 의하지 아니한 사유로 집단휴업 사태를 발생시키고 소비자 입장에 있는 일반 국민들의 의료기관 이용에 큰 지장을 초래하였음”을 든 것을 굳이 선행하자면 소비자선택권이나 소비자주권의 관점에서 경쟁제한성에 접근한 것으로 볼 여지가 있다. 그러나, 경쟁규범과 소비자보호규범은 소비자 이익 실현의 공통의 과제를 수행하고, 기능적으로 상호보완적일 수 있더라도,⁶³⁾ 경쟁자나 소비자 등 특정인의 보호가 아니라 경쟁보호에 1차적인 관심을 두고 있는 경쟁규범과 소비자의 보호에 1차적인 관심을 두고 있는 소비자보호규범은 기본적으로 차이가 있어 양자의 판단기준을 혼용하는 것은 신중할 필요가 있다. 앞에서 본 「F.T.C. v. Indiana Federation of Dentists 판결」⁶⁴⁾은 소비자의 정보에 대한 접근권, 소비자 주권을 천명한 판결로 평가받고 있다. 그러나, 이는 원고의 행위가 경쟁제한적이라고 판단한 경쟁제한성의 메커니즘에 따른 것이지, 소비자의 선택권을 경쟁제한효과에 포함시킨 것은 아니었음에 유의할 필요가 있다.

3. 의도 및 목적 부분

(1) 대선판결의 판단

법원은 다음과 같은 측면에서 경쟁제한의 의도 및 목적이 인정되지 않는다고 보았다. ① 원고나 소속 회원들이 휴업을 결의하고 휴업을 실행한 목적 또는 이유는 정부의 원격진료허용 및 영리병원허용 정책을 반대하기 위한 것으로서 의료서비스의 가격·수량·품질 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미칠 의사나 목적이 없었다.⁶⁵⁾ ② 이 사건 휴업이 의료소비자의 불편을 초래하였을

비자 이익의 의미로 이해될 수 있어 소비자보호법제와는 차이가 있을 수 있다(홍명수, “경쟁정책과 소비자정책의 관련성 고찰: 독점규제법과 소비자법의 관계를 중심으로”, 소비자문제연구 제44권 제1호(2013), 51면).

63) 위의 논문, 49면.

64) F.T.C. v. Indiana Federation of Dentists, 476 U.S. 447(1986).

65) 대선판결 10, 11면.

뿐만 아니라 의료서비스의 가격상승, 다양성 감소, 서비스 품질저하, 경쟁사업자의 감소 등 의료서비스의 가격·수량·품질 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있었고, 원고에게 그에 대한 의도와 목적이 있었다는 점이 인정되어야 이 사건 휴업의 경쟁제한성이 인정될 것인데 이 사건 휴업일과 휴업 다음날에 대한 진료서비스 공급상황을 비교 분석한 을 제17호증(경제분석 전문가 의견서)의 기재만으로는 이를 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 자료나 사정이 보이지 아니한다.⁶⁶⁾

(2) 평가

경쟁제한효과를 평가함에 있어 고려요소로 의도나 목적을 고려할 수 있다. 그러나 경쟁제한효과를 증명하기 위하여 의도나 목적을 필수적으로 증명해야 하는지의 문제는 이와 다른 별개의 문제이고, 부당한 공동행위나 사업자단체 규제에서 이러한 요건이 필요하다고 보기 어렵다. 그런데도 서울고등법원은 “원고에게 그에 대한 의도와 목적이 있었다는 점이 인정되어야 이 사건 휴업의 경쟁제한성이 인정될 것이다.”라고 판시하여 경쟁제한효과의 요건으로 필수적으로 의도와 목적이 증명되어야 하는 것처럼 실시한 것은 수궁하기 어렵다.

서울고등법원이 위와 같은 실시를 한 것은, 대판 2007. 11. 22, 2002두8626(포스코 사건)을 참고한 것으로 보이지만,⁶⁷⁾ 다음과 같은 점에서 수궁하기 어렵다. 첫째, 위 대법원 판결은 단독행위로서 시장지배적 지위 남용행위에 대한 사건이므로 의도나 목적이 필요할 수 있으나, 이 사건과 같이 부당한 공동행위의 연장선상에 있는 사건에서는 의도나 목적이 요건으로 필요하지 않다고 보는 것이 타당하다. 비교법적인 검토를 하더라도 공동행위의 위법성 판단

66) 대상판결 12, 13면.

67) 위 판결은 “시장지배적 사업자의 거래거절행위가 그 지위남용행위에 해당한다고 주장하려면, 그 거래거절이 상품의 가격상승, 산출량 감소, 혁신 저해, 유력한 경쟁사업자의 수의 감소, 다양성 감소 등과 같은 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로서 그에 대한 의도와 목적이 있었다는 점을 입증하여야 하고 거래거절행위로 인하여 현실적으로 위와 같은 효과가 나타났음이 입증된 경우에는 그 행위 당시에 경쟁제한을 초래할 우려가 있었고 또한 그에 대한 의도나 목적이 있었음을 사실상 추정할 수 있지만, 그렇지 않은 경우에는 거래거절의 경위 및 동기, 거래거절행위의 태양, 관련시장의 특성, 거래거절로 인하여 그 거래상대방이 입은 불이익의 정도, 관련시장에서의 가격 및 산출량의 변화 여부, 혁신 저해 및 다양성 감소 여부 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 거래거절행위가 위에서 본 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로서 그에 대한 의도나 목적이 있었는지를 판단하여야 한다.”라고 판시하였다.

에 있어서 의도나 목적 등 주관적 요건을 독립적 요건으로 이해하는 법리는 찾아보기 어렵다.⁶⁸⁾ 유럽연합의 경우 우리의 부당한 공동행위 규제에 대응하는 유럽연합기능조약 제101조의 해석에 있어 경쟁제한에 관한 주관적 의도는 관련된 증거이기는 하지만 필수적인 요건은 아니라고 보고 있다.⁶⁹⁾ 미국의 경우, 「U.S. v. Socony-Vacuum Oil Co 판결」,⁷⁰⁾ 「NYNEX Corp. v. Discon, Inc 판결」,⁷¹⁾ 「U.S. v. Microsoft Corp. 판결」⁷²⁾ 등이 모두 공동행위에서 의도나 목적의 증명이 필수적이 아니라고 판단하였다. 물론, 「in re Baby Food Antitrust Litigation 판결」⁷³⁾과 같이 합리의 원칙 적용을 위하여, ① 피고들 간 합의, 공모, ② 합의, 공모가 관련 시장에서 반경쟁적 효과를 수반하는지, ③ 합의, 공모의 목적이 위법한지, ④ 합의, 공모에 따른 손해 발생 등 입증의 단계를 거쳐야 한다고 판시하여 목적의 증명이 필요한 것처럼 판시한 사례도 있으나 이는 주류적인 판례로 보기 어렵다. 공정거래법 해석에 있어서도 주관적 요건에 관한 논의는 드물지만, 경쟁제한성을 판단함에 있어 주관적 요건에 관하여 특별한 고려를 요구하지 않는다는 견해가 유력하다.⁷⁴⁾ 대법원 판결 중에서도 부당한 공동행위 규제에 있어 의도나 목적이 필수적이라는 취지는 발견되지 않는다. 대상판결이 이러한 단독행위 규제와 공동행위 규제의 차이와 비교법적인 검토를 충분히 한 후 ‘의도와 목적’에 관한 부분을 실시한 것인지는 의문이다.

둘째, 설령 의도나 목적의 증명이 필요하다는 입론에 서더라도 대상판결이 ‘경쟁제한성’과 ‘의도나 목적’의 증명이 모두 같은 비중으로 필요한 것처럼 실시한 것은 적절하지 않다. 위법성을 판단하는 방법에 있어서 초기의 서면법 제2조 사건은 독점화 의도를 중심으로 판단하는 경향이 있었으나, 독점금지법 위반을 판단함에 있어 주관적인 의도보다는 객관적으로 실증되는 경쟁제한성에 무게를 두게 되면서 경쟁제한 효과를 초래할 우려가 객관적으로 입증된 경

68) 홍명수, “독점규제법 위반행위에 있어서 주관적 요건의 검토”, 경쟁법연구 제29권(2014), 34면.

69) 위의 논문, 19면. 유럽연합 기능조약 제101조에서 경쟁제한의 목적을 언급하고 있으나, 이는 공동행위의 성질상 경쟁제한의 효과를 갖는 경우에 존재하는 것으로 위법성의 주관적 요건을 의미하는 것은 아니다. 경쟁제한의 목적은 구체적인 주관적 의도와 무관하게 입증될 수 있다(위의 논문, 27, 34면).

70) U.S. v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150(1940).

71) NYNEX Corp. v. Discon, Inc, 525 U.S. 128(1998)

72) U.S. v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34(D.C.Cir. 2001).

73) in re Baby Food Antitrust Litigation, 166 F. 3d 112(3d Cir. 1999).

74) 홍명수, 앞의 논문(각주 62), 28면.

우에 위법성이 인정되고, 이러한 입증이 이루어진다면 독점화의 의도는 사실상 추단된다.⁷⁵⁾ 이러한 추세에 비추어 객관적 경쟁제한효과가 증명된 경우 의도도 사실상 추정되는 것으로 보아야 할 것이다. 나아가, 포스코 판결에서 ‘거래거절의 경위 및 동기, 거래거절행위의 태양, 거래거절로 인하여 그 거래 상대방이 입은 불이익의 정도’ 등 당사자 사이의 개별적인 사정을 설시한 부분에 대하여도 불공정거래행위로서 거래거절이 아닌 시장지배적 지위 남용으로서 거래거절에 요할 필요가 있는지 의문이고, 이러한 사정까지 입증해야 한다면 주관적 요소를 지나치게 엄격하게 입증하도록 하는 것이 된다는 비판이 있음에도 주목할 필요가 있다.⁷⁶⁾

셋째, 원고의 의도와 목적이 경쟁제한성 증명을 위한 필수적인 요소는 아니라는 입장에 서더라도, 이를 간접사실로 고려하는 것은 충분히 가능하고, 또한 필요하다. 이 점에서 이 사건은 선례인 대판 2003. 2. 20, 2001두5347(전합)과 차이가 있다. 위 판결에서는 2000. 7. 1. 의약분업 시행을 앞두고 실시된 ‘약품 실거래가 상환제’를 둘러싸고 의약분업제도의 보완과 의료수가의 현실화 등 의료계의 주장을 관철하기 위하여 휴업결의가 이루어진 것으로 의료수가 인상 등 가격에 영향을 미치려는 의도 및 목적이 인정되었다. 반면, 이 사건에서는 정부의 원격진료허용 및 영리병원허용 정책을 반대하기 위한 것으로서 차이가 있으므로, 이러한 차이를 고려하는 것은 가능할 것이다.

4. 사업활동에 대한 제한 여부(휴업의 강제 부분)

(1) 대상판결의 판단

원고가 소속 구성사업자들의 찬반 투표를 거쳐 2014. 3. 10. 휴업을하기로 결의하고, 그 결의 내용을 문서 송부, 인터넷 홈페이지 게재 등의 방법으로 구성사업자인 의사들에게 통지함으로써, 일부 의사들이 2014. 3. 10. 이 사건 휴업을 실행한 사실은 앞서 인정한 바와 같으나, 원고의 구성사업자인 의사들이 이 사건 휴업에 참여할지 여부에 관하여 원고가 구성사업자들에게 직·간접적으로 강요하거나, 이 사건 휴업 불참에 따른 불이익이나 징계를 사전에 고

75) 이황, “공정거래법상 단독의 위반행위 규제의 체계: 시장지배적 지위 남용행위로서의 거래거절행위의 위법성, 그 본질과 판단기준”, 사법 제5호(2008. 9), 226면.

76) 포스코 판결의 문언에도 불구하고 경쟁제한적 효과에 대한 우려만이 입증가능한 경우에도 객관적 요소들로부터 사업자의 내심의 의사를 사실상 추단할 수 있다는 취지로 이해해야 한다는 견해(이황, 위의 논문, 238면)가 있다.

지한 바도 없을 뿐만 아니라 사후에도 휴업 불참에 따른 불이익이나 징계를 가하였다고 볼 만한 사정도 보이지 않는 점, 보건복지부에서 집계한 통계에 의하면 이 사건 휴업에 참여한 의사의 비율이 개원의의 경우 20.9%, 전공의의 경우 30%에 불과하여 휴업찬성률보다 더 낮은 휴업참여율을 기록한 점[전체 구성사업자 기준 휴업찬성률은 44.76%(= 투표 참여율 58.37% × 찬성률 76.69%)이다]에 비추어 볼 때 원고가 구성사업자들의 투표를 거쳐 이 사건 휴업을 결의하기는 하였지만 그 구체적 실행은 구성사업자인 의사들의 자율적 판단에 맡긴 것이라고 할 것이어서 이 사건 휴업의 실행에 있어 사업자단체인 원고가 구성사업자인 의사들의 휴업 여부 판단에 간섭하였다고 볼 수 없다.

(2) 평가

공정거래법 제26조 제1항 제3호는 ‘구성사업자의 사업내용 또는 활동을 제한하는 행위’라는 객관적인 요건을 요하고 있다. 이 사건에서 사업내용 등을 제한하는 행위로 문제가 된 것은 휴업을 강요하였는지 여부이다. 공정위는 원고가 이사회를 통해 구성사업자들의 집단 휴업을 결의하고 이를 공문, 내부전산망, 홈페이지 보도자료 게재 등을 통해 구성사업자들에게 통지하여 원고의 의사를 구성사업자들에게 표시하고, 이미 집단 휴업일을 정한 이후에 투표라는 ‘공동 인식 형성을 위한 기법’을 사용하여 구성사업자인 의사들의 공동의사를 형성케 하였고, 실제 실행여부를 점검하고 발표함으로써 내심으로나마 집단 휴업에 반대하는 의사들에게 자신의 의사여하를 불문하고 휴업하도록 사실상 강요하였다고 주장하였으나, 법원은 이를 받아들이지 않았다.

대판 2001두5347(전합)의 배경이 된 사건에서는 참석 서명과 아울러 불참자에 대해서는 불참사유서를 받기로 결의하여 소속 회원들에게 통보하는 등 사업내용 등 제한을 인정하는데 큰 어려움이 없었다. 이에 비하여 이 사건에서 원고가 완화된 수단을 동원하여 휴업을 결의함으로써 사실인정 과정에서 쟁점이 된 것으로 보인다.

이 부분은 관점의 차이가 있을 수 있는 부분이다. 물론 원심이 지적한 두 가지 사정, 즉 구성사업자인 의사들이 실제 이 사건 휴업을 실행함에 있어서는 투표에서의 휴업찬성률보다 더 낮은 휴업참여율을 보인 점, 원고가 이 사건 휴업 불참 구성사업자들에 대한 제재수단을 전혀 마련하지 않았을 뿐만 아니라 실제로 아무런 불이익이나 제재를 가하지 않았던 점이 사업활동 제한에

서 고려되는 전형적인 요소인 것은 부정할 수 없다. 그러나 참여율이 낮거나 제재수단이 없다는 사정만으로 사업활동 제한이 아니라고 단정할 수 있는지는 의문이다. 나아가 의사면허를 취득한 자는 의료법의 규정에 따라 관련 사업자 단체인 원고의 당연 회원으로 가입되고 그 정관을 준수하여야 하며, 원고는 그 회원에 대하여 징계를 할 수 있는 권한이 있는데다가, 사업자단체의 구성 사업자들은 단체의 구성원으로서 그 단체의 의사결정에 따라야 하는 것이 일반적인 조직체의 속성인 점은 대상판결과 대판 2001두5347(전합)에서 본질적인 차이가 없다고 볼 여지도 있다. 원고가 그 구성사업자들에 대하여 상당한 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있고, 의사협회가 가지는 공급자단체로서의 독점적인 지위에 비추어 제재수단 등이 동원되지 않았더라도 사업활동의 제한이라고 평가할 여지도 있을 것이다.

IV. 여론(餘論)-결론에 갈음하여⁷⁷⁾

대상판결은 사업자단체에 관한 사건을 다루고 있지만, 공정거래법 전반에 걸쳐서 여러 의미 있는 시사점을 제시하는 것으로 보인다.

1. 어떤 관점과 철학에서 동일 또는 유사한 사안에 접근할 것인가?

이 판결이 의료공급자에 국한되는 문제인지, 나아가 의료공급자의 일정한 행위(이 사건에서는 의료민영화 등 정부정책과 관련된 집단적인 행위)에 국한되는 문제인지 고민할 필요가 있다. 이 사건은 산업으로서의 성격과 함께 의료보장의 성격을 가지는 의료분야에서 발생하였다는 점에서 특수성이 있다. 그러나 의료분야에서도 경쟁법이 전면적으로 적용되어야 한다. 따라서 의료시장이라는 점에서 차별성을 두기는 어려울 것이다. 오히려 이 사건에서 쟁점이 된 의료공급자의 행위가 국가정책에 대한 항의로서 의미를 가지고 있다는 점에서 특수성을 찾아야 한다. 이 점에서 다른 의료공급자(한의사 등), 약사, 운송사업자 등 개인사업자들이 정부 정책 등에 대하여 집단행동을 하는 사안도

77) 이 부분은 필자가 2016년 10월 6일 경쟁포럼에서 “공정거래법상 경쟁제한성의 개념, 판단기준, 한계 - 최근 사례를 중심으로” 주제로 발표한 후, 이에 관한 다양한 코멘트와 그 이후 필자의 생각을 보완한 부분이다. 문제 제기에 그치고 완성도가 높지 않은 부분이지만, 논의의 활성화를 위해서 언급한 점에 대하여는 넓은 이해를 구한다.

대상판결의 사안과 같은 선상에서 보아야 할 것으로 생각된다.

먼저, 이러한 사안이 경쟁법의 성격을 지니고 있는 공정거래법에서 규율할 문제인지, 그렇지 않은지의 문제를 살펴보아야 한다. 이는 공정위가 개입할 사안인지, 다른 규제당국이 개입할 사안인지의 문제, 즉 관할경합의 문제와 직결되어 있다. 이 사안이 관련시장에서 접근해야 하는 경제적인 사건으로 규정할 것인지, 헌법상 기본권과 관계된 정치적 사건으로 규정할 것인지에 따라 공정거래법의 적용 대상인지가 달라질 수 있다. 물론 이 사안이 규제가 필요한 사안일 수는 있다. 그러나 반드시 경쟁법을 통하여 규제할 필요가 있는지는 다른 차원의 문제이다.

공정거래법의 범주에서 논의하는 경우에도 이를 적용제외의 수준에서 논의할지, 부당성 평가, 즉 경쟁제한성의 수준에서 논의할지, 기타 요건의 수준에서 논의할지 문제된다. 대상판결은 경쟁제한성의 범주에서 이 사건을 다루었다. 공정거래법 제58조는 “이 법의 규정은 사업자 또는 사업자단체가 다른 법률 또는 그 법률에 의한 명령에 따라 행하는 정당한 행위에 대하여는 이를 적용하지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 대판 1997. 5. 16, 96누150 판결은 “위 조항에서 말하는 법률은 당해 사업의 특수성으로 경쟁제한이 합리적이라고 인정되는 사업 또는 인가제 등에 의하여 사업자의 독점적 지위가 보장되는 반면 공공성의 관점에서 고도의 공적규제가 필요한 사업 등에 있어서 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률 또는 그 법률에 의한 명령의 범위 내에서 행하는 필요 최소한의 행위를 말한다”라고 판시하고 있고, 이러한 판시는 사업자단체에 관한 대판 2005. 8. 19, 2003두9251 판결(부산광역시 치과의사회 사건), 시장지배적 지위 남용행위에 관한 대판 2010. 5. 27, 2009두1983 판결(티브로드 강서방송 사건)에서 계속되고 있다. 이러한 관점에서 보면 공정거래법상 적용제외의 문제로 이 사건에 접근하는 것은 종전의 선례에 비추어 어려울 것으로 보인다. 이 점에서 소위 ‘노어 페닝톤(Noerr-Pennington)’의 법리⁷⁸⁾로 이 사건에 접근하기에는 현실적인 한계가 있다.

2. 공급량 감소는 그 자체로 경쟁제한효과를 의미하는가?

78) 사업자가 반경쟁적인 효과를 가져오는 법률, 정책, 판결을 얻기 위하여 그에 영향을 주기 위한 행위를 하였다고 하더라도 당해 사업자에게 경쟁법 위반의 책임을 물을 수 없다는 법리이다.

이 사건에서 비록 1일의 휴업이지만, 공급량 감소가 발생한 것은 부정하기 어렵다. 이러한 공급량 감소를 어떻게 평가할지가 문제된다.

첫째, 의료공급자들의 행위로 인하여 공급량 감소가 이루어지고, 그 결과 가격인상이 이루어지거나 그러한 우려가 있는 경우이다. 이 경우 경쟁제한효과는 무리없이 도출될 수 있다. 앞에서 언급한 「U.S. v. Socony-Vacuum Oil Co.」 판결이 이러한 경우이다. 그러나, 대상판결의 사안에서, 의료서비스 가격결정 구조의 특수성에 비추어 공급량 감소를 가격인상의 측면에서 이해하기는 어렵다.

둘째, 의료공급자의 행위가 가격인상을 목표로 한 것이고, 이로 인하여 정부정책이 변하여 가격이 인상되는 경우이다. 선례인 대판 2003. 2. 20, 2001두5347(전합)은 휴업의 결과 의료수가가 대폭 인상되었다. 또한, 의약분업으로 인한 의료공급자의 수입감소를 휴업의 중요한 동기로 볼 수 있었다. 이 경우 경쟁제한성을 인정할 여지는 있을 것으로 보인다. 국선변호료를 인상하기 위하여 집단적으로 수입거절을 한 「F.T.C. v. Superior Court Trial Lawyers Association, 493 U.S. 411 (1990)」 판결에서 경쟁제한성이 인정된 것과 비교해 볼 수 있다.

셋째, 의료공급자의 행위로 공급곡선이 이동하는 등 시장 자체의 여건이 변화한 경우에도 경쟁제한성이 설명될 수 있을 것으로 보인다. 다만 이 사건과 같이 휴업 기간이 짧은 경우에 공급곡선에 영향을 미쳤다고 보기는 어려울 수 있다. 이 경우는 경쟁제한성을 뒷받침하는 경제적인 분석 등이 제시되어야 한다.

넷째, 공급량이 가격과 관계없이 감소된 경우에도 경쟁제한효과가 발생한 것으로 볼 수 있는지의 문제가 있다. ‘공급량의 감소’를 ‘경쟁의 감소’로 본다면, 공급량 감소만으로도 경쟁제한효과로 설명할 수는 있다.

그러나 이러한 시각은 난점이 있다. 먼저, 공급량 감소는 경쟁제한효과의 전형적인 현상이지만 가격과 관련 없이 이를 설명하는 것이 가능한지, 가능하더라도 필요한지의 문제이다. 특히 경쟁제한성의 설명에 있어 시장지배력을 가격지배력 내지는 가격결정력으로 이해하는 견해에 따르면 위와 같은 설명은 받아들이기 어렵다(시장지배력이 가격결정력을 넘어선 개념이라고 본다면 설명이 가능할 수 있다). 다음으로, 대상판결의 사안과 같이 가격이 고정된 상태에서 공급량만 감소할 경우에는 당해 행위자의 손실로 귀결될 수 밖에 없다. 스스로 손실을 감수하고 공급량을 감소한 경우, 이를 경쟁제한적인 행위로 설

명할 수 있을지 의문이다. 물론 공동행위에 의한 약탈적 가격설정과 같이 단기간의 손실을 감수하여 경쟁자를 배제한 후 손실을 만회하는 경우라면 가능할 수 있으나, 이 사건은 그러한 설명이 쉽지 않다. 참고로, 「Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574 (1986)」 판결에서, 미국 텔레비전 제조사들이 일본 텔레비전 제조사들에 대하여 일본 제조사들이 20년이 넘는 기간 동안 텔레비전 세트에 대해 일본에서는 인위적으로 높은 가격으로 가격협정·유지를 하면서 같은 시기에 미국에서는 낮은 가격으로 가격협정·유지를 하는 공모를 하였음을 이유로 손해배상을 구하는 사소를 제기하였다. 미국 제조사들은 ‘낮은 가격’은 미국 제조사에 상당한 손해를 주는 것으로 일본 제조사들이 그들의 일본 시장에서의 독점적 이익을 이용하여 미국 시장에서 약탈적 가격을 설정하고 그로 인해 미국 제조사를 퇴출시키려고 공모하였다고 주장하였다. 즉 이러한 공모가 성공하면 일본 제조사들은 미국 소비가전 시장에서 담합을 형성하여 생산량을 제한하고 공정한 경쟁 가격보다 높게 가격을 인상할 것이라는 취지이다. 미국 제조사들은 이러한 일본 제조사들의 행위가 셔먼법 제1, 2조, 로빈슨패트만 법 제2조(a), 월슨 관세법 제73조를 위반하였다고 주장하였다. 이러한 독점금지법 사건에서 행위가 경제적으로 합리적인지(economic plausibility)를 경제학적으로 설명하지 못하면 원고의 소가 약식판결로 종료되고, 본안심리에 들어갈 수 없다. 결국, 연방대법원은 20년 동안 약탈적 가격설정이 성공하지 못하였음에도 지속되고 있다는 가설이 경제학적으로 가능하지 않다고 보았다.

3. 경쟁제한성의 이론적인 문제-경쟁제한성에 관련된 다양한 개념을 어떻게 이해하고 설정할 것인가?

가. 관련 개념의 분류

일반적으로 어떤 법률을 적용함에 있어 개념을 정의하고, 이를 해석하는 방법으로 접근하는 경우가 흔히 있다. 경쟁제한성은 이러한 방식으로 접근하기에는 적절하지 않을 수 있다. 그러나 경쟁제한성을 설명하기 위하여 동원되는 개념이 무엇이고, 현실에서 어떤 의미가 있으며, 어떻게 서로 다른지를 검토하는 작업은 규범의 집행에 있어 유용할 수 있다. 편의상 ① 경쟁의 개념, ② 경쟁제한성의 개념, ③ 경쟁제한효과의 개념, ④ 경쟁제한효과의 판단 기준, ⑤

경쟁제한효과의 평가방법과 증거, ⑥ 경쟁제한효과의 증명도(증명책임)의 순서로 분류해 볼 수 있다. ①부터 ③까지가 이론의 영역에 속한다면, ④부터 ⑥까지는 집행실무의 문제로 볼 수 있다. 이와 관련되는 개념을 분류해 본다.

첫째, 경쟁성과 내지 시장성과, 소비자후생, 효율성이다. 경쟁제한성의 핵심은 경쟁성과인 가격, 수량, 품질이다. 공정거래법 제2조 8의2호도 가격, 수량, 품질로 구성되는 경쟁성으로 경쟁제한성을 정의하고 있다. 가격 인상, 생산량 감축, 품질 저하는 시장성과의 폐해이고, 그 결과 소비자 후생의 감소가 발생한다. 즉, 경쟁법에서 소비자후생은 경쟁성과의 저해(沮害)로 나타나는 것을 의미한다. 경쟁제한효과의 반대 측면이 경제적인 효율성(economic efficiency)이고, 경쟁촉진효과로 효율성을 고려할 수 있다.

둘째, 시장구조와 시장구조의 폐해 문제이다. 시장구조와 관련하여 '경쟁자의 배제, 퇴출, 신규경쟁자의 진입 제한'은 시장구조의 폐해로 볼 수 있다. 이들이 경쟁성과 자체는 아니지만, 경쟁성과와 밀접한 관련이 있고, 경쟁성과를 직접 판단하기 어려운 경우 중요한 판단기준으로 사용될 수 있다.

시장구조의 폐해를 파악함에 있어 시장점유율과 그 변동, 그리고 진입장벽은 중요한 자료가 될 수 있다. 이 점에서 관련시장의 획정 및 이를 통한 시장점유율의 파악은 경쟁제한성과 밀접한 관련성이 있다. 가격, 생산량, 품질의 측면에서 경쟁제한성을 직접 증명하는 대신, 시장점유율에 기초한 분석에 의하여 경쟁제한성을 간접적으로 증명하는 방법이 더 용이하다. 경쟁제한성의 '직접 증명 방법'이 경쟁성과를 증명하는 것이라면, 경쟁제한성의 '간접 증명 방법'은 시장구조를 통한 증명방법이라고 볼 수도 있다. 다만, 시장점유율은 행위유형별로 그 의미가 조금씩 다를 수 있다. 예를 들면, 시장지배적 지위 남용행위에서 시장점유율은 시장지배적 사업자인지를 결정하기 위한 행위자 요건으로 1차적인 의미가 있어, 경쟁제한성 평가에 1차적인 의미가 있는 연성 공동행위, 기업결합과 차이가 있다. 한편, 우리 공정거래법 제4조 2호 등 일부 조항은 시장구조에 따라 시장지배적 사업자를 추정하고 있다. 이는 시장구조를 특히 강조한 사례라고 볼 수 있다.

다만, 시장점유율은 효과주의적인 접근방법에서 그 의미가 줄어들 수 있다. 형식주의적인 접근에서는 시장점유율을 통하여 시장지배적 사업자가 이미 존재하는 것으로 인정된다면 그에 따라 경쟁질서가 시장 내에서 왜곡되고 있다는 판단이 용이할 수 있다. 반면, 효과주의적인 접근방법에서는 시장지배적 사업자가 존재한다는 사정만으로 시장에서 폐해가 존재한다고는 말하기 어렵다.

기업들은 가격경쟁 외에도 비가격경쟁(품질, 광고, 제품차별화)을 하고 있다. 시장지배적 사업자가 효율성에 기하여, 특히 혁신의 효과에 따라 경쟁자를 배제하는 것을 규제하기는 어렵게 된다.

셋째, 경쟁과정의 보호이다. 역사적으로 경쟁과정을 경쟁성과를 증진하기 위한 수단으로 보는 입장이 있는 반면, 경쟁과정 그 자체를 중시하는 입장도 있었다. 경쟁과정은 경쟁성과와 다르고, 시장구조와도 구별되는 개념으로 보인다. 경쟁과정의 보호를 경쟁제한성으로 이해할 수 있을지는 검증이 필요하다. 포스코 판결의 ‘유력한 경쟁사업자의 수’를 경쟁과정의 보호로 이해하는 견해도 있으나, 이는 경쟁과정보다는 시장구조에 가까울 수 있다. 경쟁과정의 보호가 경쟁자 등의 불이익이라면, 경쟁자보다는 경쟁보호를 중심에 두는 경쟁법과 조화되기 어려울 수 있다. 미국의 경우, 「Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc. 판결」과 같이 경쟁과정에서의 위법을 경쟁제한성에 포섭함으로써 표준설정 과정에서 기망행위를 셔먼법 2조에 포섭하려고 한 사례도 있으나, 전반적으로 다양한 요소를 경쟁제한성의 판단요소로 포섭하려는 경향은 드문 편이다.

넷째, 봉쇄효과의 문제이다. 봉쇄효과는 시작지배적 지위 남용, 기업결합, 배타조건부 거래, 끼워팔기, 조인트벤처 등 다양한 유형에서 이론적 근거로 제시되고 있다. 봉쇄효과를 경쟁배제(foreclosure competition)로 이해한다면 이는 경쟁제한효과와 다르지 않다. 이보다 넓게 봉쇄효과를 ‘잠재적 경쟁자 배제’로 이해한다면 이는 ‘경쟁자 비용 상승(raising rival's cost) 이론’ 또는 ‘진입장벽 이론’과 유사한 것으로 보인다. 우리의 시장지배적 지위 남용행위 심사기준에 반영되어 있는 ‘봉쇄효과, 경쟁사업자의 비용상승 효과’가 그 예이다. 또한, 배타조건부 거래에 있어서 ‘양적 봉쇄와 질적 봉쇄의 개념’, 기업결합심사기준 중 수직적 기업결합에서 ‘시장의 봉쇄효과’, 혼합형 기업결합에서 ‘잠재적 경쟁의 저해, 진입장벽의 증대’ 등이 이와 관련된 개념이다. 이러한 봉쇄효과를 경쟁제한성 판단에 반영할지에 관하여는 견해가 대립되는 것으로 보인다. 봉쇄효과는 다양한 개념으로 논의되고 있으나, 기본적으로 ‘진입장벽’을 매개로 하여 ‘경쟁사업자의 수 감소’, ‘잠재적 경쟁’ 등에 주목하고 있다. 봉쇄효과에 부정적인 입장을 취하더라도 이를 ‘시장구조’의 문제로 인식하여, 경쟁성과를 간접적으로 증명함에 있어 고려할 수 있는 요소로 볼 수 있을 것이다.⁷⁹⁾

다섯째, 소비자선택권, 의사결정의 자유 침해 문제, 경쟁자의 불이익 내지

경쟁자 침해의 문제, 불공정성, 경쟁의 수단 및 내용에서 공정성, 경쟁의 전제로서 경제적 자유 등의 문제이다. 이 부분은 경쟁제한성의 논의에서 상대적으로 주변부에 위치한 개념으로 볼 수 있다. 참고로 유럽연합 판결의 경우 경쟁제한성을 판단하며 경쟁제한효과의 전형인 가격, 수량, 품질의 측면에서의 경쟁제한효과나 그 우려뿐 아니라 의사결정의 자유(buyer's freedom to choose his sources), 차별(apply dissimilar conditions to equivalent transactions), 불공정성(unfairness of the system), 정상적인 경쟁과 차이 등도 고려하는 것으로 보인다.

나. 소결

경쟁성과와 그로 인한 소비자 후생의 저해가 경쟁제한효과의 핵심임은 부정할 수 없다. 시장구조, 그리고 봉쇄효과는 경쟁성과의 간접적인 증명을 위하여 경쟁제한성에 포섭할 수도 있을 것으로 보인다. 경쟁과정은 그 실체가 불분명하여 경쟁제한성에 포함할지 고민이 필요하다. 경쟁과정의 개념을 어떻게 정할지에 따라 달라질 수 있다. 소비자선택권, 경쟁자 등의 불이익, 불공정성, 의사결정의 자유 침해는 경쟁제한성의 본질적인 개념이 아니지만, 판단에 있어 정황적인 요소 등으로 고려하는 것은 가능할 것이다. 나아가 이를 경쟁제한성의 개념에 포섭할지는 어려운 선택의 문제로 보인다. 경쟁의 개념에서 그 외연을 확대할 경우 경쟁제한성의 개념과 본질이 흐려질 위험도 부정하기 어렵다. 경쟁제한성의 외연을 확대하는 것 보다, 민사법이나 다른 규제법에 맡기는 것이 현실적이고, 적절한지도 고민할 필요가 있다.

4. 경쟁제한성의 실무적 문제-경쟁제한성의 개념과 함께 경쟁제한성의 증명방법 내지 증명도를 어떻게 설정할 것인가?

가. 경쟁제한효과의 증명방법 내지 증명도

경쟁제한효과의 판단 기준은 포스코 판결[대판 2003. 2. 20, 선고 2001두

79) 시장구조에서 중요한 시장의 집중도와 진입장벽은, 봉쇄효과를 평가하는데도 중요하다. 이 경우에도 봉쇄효과 자체를 경쟁성과의 저해라고 볼 수는 없을 것이다. 봉쇄효과가 있더라도 다른 효율성의 증명으로 경쟁제한성이 부정될 수 있다.

5347(전합)]에서 제시되었다. 다만, 포스코 판결은 경쟁제한효과가 어떤 방법에 의하여, 어느 정도 수준까지 증명되어야 하는지에 관하여는 밝히지 않고 있다. 이 점에서, 포스코 판결의 법리하에서도 경쟁제한효과의 증명방법은 유연하게 운영될 수 있다. 물론, 일정한 유형의 행위를 하게 되면 그 자체만으로 경쟁제한성이 인정되는 것으로 이해하는 것은 곤란하다. 또한, 경쟁제한효과 판단에 있어 경제적인 요소를 고려해서 이를 판단하는 것은 유용하고 필요하다. 다만, 경쟁법 분야에서 발달된 경제적인 증거의 유용성을 인정하면서도, 경험에 기초한 실증적인(empirical) 증거도 충분히 고려할 필요가 있다. 이 점에서 경제분석의 결과가 경험의 축적에 따른 현상학적인 실태와 부합하는지 검토해야 할 것이다. 포스코 판결이 효과주의적인 접근을 한 것은 명백하지만, 그 경우에도 경쟁제한효과의 증명 수준을 어떻게 유지하는가에 따라 결과적으로 미국의 판결 동향과 유럽연합의 판결 동향 중 어느 하나에 더 가깝게 근접할 여지도 있다.

가격상승과 산출량 감소의 측면에서 경쟁제한효과가 인정되는 것이 원칙적이고, 쉽게 설명되는 것은 부정하기 어렵다. 그러나 이러한 측면에서만 경쟁제한효과가 증명될 수 있는 것으로 국한하기는 어려울 수 있다. 가격, 산출량 이외에 다른 증거에 의하여도 경쟁제한효과는 추론될 여지가 있다. 경쟁법이 경쟁을 보호하기 위한 것이고 경쟁자를 보호하기 위한 것은 아니지만, 경쟁자에 대한 침해 사례가 광범위하게 발견되면 이를 경쟁제한성 판단에 고려할 여지도 있다.⁸⁰⁾ 앞에서 지적한 의사결정의 자유나 소비자 불편도 그 자체로 경쟁제한효과라고 볼 수는 없겠으나, 시장에서 발생하는 경쟁제한효과의 판단에 있어 정확한 요소로 고려할 수도 있을 것이다.

나. 비교법적인 방법론의 선별적 수용

2007년 포스코 판결이 선고될 당시, 경쟁제한성에 관한 접근방법에 대하여 미국과 유럽연합이 수렴하는 듯한 경향을 보였던 측면이 있다. 이런 상태에서 대법원은 경쟁제한효과의 판단기준에 관하여 위와 같은 국제적인 흐름을 고려

80) 「Brown Shoe Co. v. U.S., 370 U.S. 294 (1962) 판결」은 경쟁보호를 다수의 경쟁자가 시장 내에 존속하는 것으로 이해하였다. 이는 판결문에 ‘경쟁자보호가 아니라 경쟁보호’라는 전제를 내세웠지만, 실상은 경쟁보호보다는 경쟁자 보호에 치중한 판결로 이해할 수 있다. 미국의 경우 다수의 소규모 사업자가 존재하는 상태를 추구했던 경향에서 소수의 대규모 사업자가 존재하더라도 효율성이 있으면 무방하다는 경향으로 확고하게 이동하였다.

하여 결정을 할 수 있었다. 그러나, 포스코 판결 이후 미국과 유럽연합은 ‘수렴화(收斂化)’보다는 ‘차별화(差別化)’의 경로를 걸은 것으로 보인다. 최근 한국에서 문제가 된 충성 리베이트, 이윤압착, 지식재산권 남용에 관한 경쟁법적 규제 사안 등은 모두 미국과 유럽연합의 시각 차이가 상당한 사안이다. 이러한 사안들이 현재 대법원의 판단을 기다리거나, 판단 대상이 될 가능성이 높다. 국제적으로 시장지배적 지위 남용에 대하여 수렴화의 경향을 보이던 2007년 포스코 판결 당시와 달리, 대법원이 미국과 유럽연합의 시각 차이를 전제한 후 방향을 결정해야 하는 어려운 결단의 문제에 직면할 수 있다. 이러한 상황에서 다음과 같은 점에 유의할 필요가 있다.

첫째, 우리가 어떤 법리를 채택하여 적용할지는, 우리의 시장이 어떤 구조이고, 어떻게 동태적으로 변화하고 있는지에 따라 결정되어야 할 문제로 보인다. 미국과 유럽연합의 시장지배적 지위 남용에 관한 시각 차이는 각 국가의 시장에 대한 인식 차이에서 비롯된 것으로 볼 수 있다. 시장이 다르면 그에 적용되는 법리가 달라지는 것은 자연스럽다.⁸¹⁾

둘째, 비교법적인 방법론의 유용성과 그 한계도 고려되어야 한다. 그 동안 비교법적인 연구를 통하여 공정거래법의 쟁점에 접근하였고, 이러한 방법론이 상대적으로 유용하였음은 부정할 수 없다. 특히 공정거래법 집행은 한 국가에 머물지 않는 국제적인 이슈가 되고 있어 이러한 방법론이 중요함은 부정하기 어렵다. 그러나 이러한 비교법적인 틀을 원용하는 것만으로 한국의 시장에서 발생한 쟁점을 해결하는데 어려움이 있을 수 있고, 장기적으로 이러한 어려움은 가중될 수 있다. 특히 시장지배적 지위 남용 사안에서, 비교법적인 시각 차이가 있는 경우 법철학의 차이에서 비롯된 것일 수도 있으나, 그 밖에 국가이익(national interest)의 차이에서 비롯된 것일 수도 있음에 유의할 필요도 있다. 이 점에서도 비교법적인 방법론을 선별적으로 수용할 필요도 있을 것이다.

81) 이 점에서 미국과 유럽연합의 법리를 두고 그 자체의 우위를 논하는 것은 적절하지도, 필요하지도 않은 것으로 보인다. 법제도는 그 자체의 완성도나 완결성이 중요한 것이 아니라 현실에서 어떤 기능을 하고, 어떻게 문제를 해결하는지에 따라 평가되어야 할 것이다.