

사업자단체의 정부 정책에 반대하기 위한 휴업 결의에 대한 공정거래법의 적용

정 주 미*

〈국문초록〉

본 연구는 정부 정책에 반대하기 위한 정치적 목적에서 비롯한 사업자단체의 휴업 결의에 관한 대표적인 대법원 판결인 2003년의 대한의사협회 I 판결과 2021년의 대한의사협회 II 판결을 중심으로 살펴보고자 한다.

사업자단체의 정부 정책에 반대하기 위한 휴업 결의는 헌법상 표현의 자유에 해당하지만 그의 행사는 일정한 제한을 받기 때문에, 경쟁법인 공정거래법의 적용 대상이 될 수 있다. 이러한 사안에 미국 판례법상 노어먼제 법리를 그대로 적용할 수는 없고, 공정거래위원회는 법 제116조의 법령에 따른 정당한 행위에 해당하여, 공정거래법이 적용제외되는지 검토하여야 한다.

공정거래법 제116조의 법령에 따른 정당한 행위란 대법원은 사업의 특수성으로 경쟁제한이 합리적이라고 인정되거나, 인가제 등에 의하여 사업자의 독점적 지위가 보장되는 반면 공공성의 관점에서 고도의 공적규제가 필요한 사업 등에 있어서 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률이나 명령의 범위 내에서 행하는 필요최소한의 행위라고 하였다. 그런데 의료법의 경우 의료인의 공동행위를 허용하는 규정이 없다는 점에서, 정치적 목적의 사업자단체의 휴업 결의는 공정거래법 제116조에 따른 적용제외에는 해당되지 않는다. 두 대한의사협회 판결에서도 동법의 적용제외 여부는 검토되지 않았다.

한편, 대한의사협회 I 판결에서 대법원은 대한의사협회의 결의가 구성사업자인 의사들의 휴업을 강제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 저해한다(현행 공정거래법 제51조 제1항 제3호 위반)고 보았고, 대한의사협회 II 판결에서 대법원은 구성사업자에 대한 휴업 강요가 없었으므로, 제3호 위반이 아니라고 보았고, 휴업 결의의 경쟁제한성 문제는 동항 제1호 위반에 해당하는지 검토하였다. 공정거래법의 체계나 비교법 등을 참고할 때 제3호의 부당성 판단기준은 구성사업자의 의사결정에 대한 사실상 강제라는 불공정성의 측면에서 이해하는 것이 적절하다. 대법원이 제3호의 위법성을 판단함에 있어서 핵심적으로 고려한 요소는 구성사업자에 대한 휴업의 강제성에 있었다. 그 결과 공정하고 자유로운 경쟁의 과정이 저해되었다고 볼 수 있고, 대법원이 구체적인 경쟁저해의 입증을 요구하였다고 보기 어렵다.

대한의사협회 II 판결에서처럼 휴업 결의의 경쟁제한 문제는 현행법 제51조 제

* 서울대학교 법학전문대학원 강사 · 서울대학교 법학연구소 객원연구원 · 법학박사.

1항 제1호에 따라 판단하는 것이 법의 체계상 자연스럽다. 위 판결에서 대법원은 대한의사협회가 정부 정책에 반대하기 위한 정치적인 목적을 갖고 있었고, 구성사업자들의 휴업의 기간과 참여율, 필수의료의 휴업 제외 등을 고려할 때 휴업으로 인한 품질경쟁 등 경쟁제한의 정도도 크지 않다는 점에서 현행법 제51조 제1항 제1호 위반이 아니라고 하였다.

사업자단체의 휴업 결의가 경쟁을 제한하지 않는다면 위법하지 않고, 경쟁을 제한한다면 부당성 판단에 있어서 정당한 요소로 고려할 수 있는 사업자단체의 의도가 순수하게 정부 정책에 반대하기 위한 의도였는지 아니면 경쟁을 제한할 의도가 있었던 가장 행위였는지를 구분해야 한다. 그런데 순수한 목적에서 비롯한 행위였다면, 부당성 판단을 위한 이익형량에 있어서 그 의도를 중요하게 고려하여 부당성을 인정하지 않는 것이 적절하다. 미국과, 일본, 독일에서도 정부 정책에 반대하기 위한 행위에 경쟁법을 적용하는데 소극적이다. 휴업의 중단이나 제한을 위해 공정거래법이 활용되지 않도록 하고, 이러한 문제는 정치적 협상 또는 입법 등으로 해결하는 것이 바람직하다.

주제어 : 적용제외, 강제성, 사업자단체, 의사협회, 결의, 정치적 목적, 정부 정책, 휴업, 불공정성, 노어면제 법리, 표현의 자유, 이익형량

• 투고일 : 2025.03.28. / 심사일 : 2025.04.22. / 게재확정일 : 2025.04.22.

I. 들어가며

2024년 2월 발표된 의과대학 정원의 2천명 증원이라는 정부 정책으로, 정부와 의료계의 갈등이 장기화되었다. 같은 해 6월 보건복지부는 사단법인 대한의사협회의 집단 휴진결의에 대하여 위 단체를 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 “공정거래법”) 위반 혐의로 신고하였고, 이에 공정거래위원회는 조사에 나서기도 하였다. 공정거래법 제2조 제2호는 사업자단체란 “그 형태가 무엇이든 상관없이 둘 이상의 사업자가 공동의 이익을 증진할 목적으로 조직한 결합체 또는 그 연합체”라고 하였기 때문에, 대한의사협회는 동법의 적용을 받는 사업자단체에 해당한다.

과거에도 정부의 의료정책에 반대하기 위한 대한의사협회의 휴업 결의에 대해 공정거래위원회가 공정거래법을 적용하였고, 행정소송에서 대법원 판결까지 났던 두 사건이 있다. 2003년 선고된 대법원 전원합의체 판결은 대한의사협회 I 판결¹⁾이라 하고, 2021년 선고된 대법원의 판결은 대한의사협회 II 판결²⁾이

1) 대법원 2003. 2. 20. 선고 2001두5347 전원합의체 판결.

라 하겠다. 두 판결에서 공정거래법 제116조의 적용제외 여부는 검토되지 않았다. 대한의사협회 I 판결에서 대법원은 대한의사협회의 행위가 현행법 제51조 제1항 제3호의 ‘사업자단체의 구성사업자의 사업활동 방해행위’에 해당한다고 하였다. 그와 달리, 대한의사협회 II 판결에서 대법원은 동항 제1호의 ‘사업자단체의 부당하게 경쟁을 제한하는 행위’와 동항 제3호의 ‘사업자단체의 구성사업자의 사업활동 방해행위’에 해당하지 않는다고 하였다.

본 연구는 첫째로, 정부 정책에 반대하기 위한 정치적 목적의 사업자단체의 휴업 결의 행위는 헌법 제21조 제1항의 표현의 자유에 해당할 수 있는데, 이에 대해 공정거래법이 적용될 수 있는지 아니면 공정거래법 제116조의 법령에 따른 정당한 행위로서 경쟁법의 적용제외 대상인지 검토하고자 한다. 둘째로, 공정거래법이 적용된다면 동법 제51조 제1항 제1호와 제3호의 위법성 판단기준은 무엇이고, 정부 정책에 반대하기 위한 사업자단체의 휴업 결의가 공정거래법 위반에 해당할 수 있는지 연구하고자 한다.

II. 정치적 목적의 휴업 결의와 공정거래법의 적용 여부

1. 헌법상 표현의 자유의 검토

정부 정책에 반대하기 위한 사업자단체의 휴업 결의 행위는 공정거래법의 적용이 배제되어야 하는가, 아니면 공정거래법의 적용이 가능한가? 두 개의 대한의사협회 판결에서는 공정거래법의 위반 여부가 다투어졌다.

2024년 2월 기사³⁾를 보면, 의과대학 정원 증원에 반대하기 위한 대한의사협회의 휴업 결의에 대해 보건복지부는 의료법 제59조 제1항(“보건복지부장관 또는 시·도지사는 보건의료정책을 위하여 필요하거나 국민보건에 중대한 위해(危害)가 발생하거나 발생할 우려가 있으면 의료기관이나 의료인에게 필요한 지도와 명령을 할 수 있다.”)에 따라, 집단행동 및 집단행동 교사 금지명령을 내렸다. 또한 같은 해 6월 보건복지부는 대한의사협회를 공정거래법 위반 혐의로 공정거래위원회에 신고하였다.

의료법은 의료인이나 의사협회가 공동행위를 할 수 있도록 보장하고 있지

2) 대법원 2021. 9. 9. 선고 2016두36345 판결.

3) <https://medigatenews.com/news/1383866149>

않다. 하지만 헌법 제21조 제1항에 따른 표현의 자유가 존재한다. 헌법 제21조 제1항은 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.”고 한다. 언론·출판의 자유와 같은 표현의 자유는 자유로운 의사표현이라는 국민의 기본권적 자유권이고, 여기에는 경쟁의 목적이 없는 이타적인 표현의 자유 뿐만 아니라 경제적 이익을 추구하기 위한 경쟁의 목적도 포함된다고 한다.

하지만 그 자유권의 행사는 무제한적으로 보장되는 것은 아니고 제한을 받는다. 표현의 자유의 허용 범위는 법익의 형량과정에서 고려되어야 한다.⁴⁾ 헌법재판소는 광우병 파동으로 시작된 촛불집회를 부정적으로 보도하는 언론사에 대한 광고중단 압박행위(소비자불매운동)에 관한 헌법소원 결정⁵⁾에서 “헌법이 보장하는 소비자보호운동에도 같은 헌법적 허용한계가 분명히 존재하는 이상, 헌법이 보장하는 근로3권의 내재적 한계를 넘어선 쟁의행위가 형사책임 및 민사책임을 면할 수 없는 것과 마찬가지로, 헌법과 법률이 보장하고 있는 한계를 넘어선 소비자불매운동 역시 정당성을 결여한 것으로서 정당행위 기타 다른 이유로 위법성이 조각되지 않는 한 업무방해죄로 형사처벌할 수 있다.”고 하였다.

그렇다면 사업자단체가 정부 정책에 반대하기 위한 의사표시를 위한 적극적인 행위로서 휴업 결의를 한 것은 헌법상 표현의 자유에 의해 보호를 받을 수 있으나, 그러한 행위에도 법질서 안에서 한계가 존재하기에, 경쟁의 보호를 목적으로 하는 공정거래법의 적용이 절대적으로 배제되는 것은 아니다.

2. 정치적 목적의 휴업 결의에 대한 공정거래법의 적용제외 여부

(1) 미국의 노어 면제 법리의 검토

1960년대 미국에서는 정치적 목적의 사업자단체의 행위에 대하여 반독점법을 적용해야 하는지에 대하여 판례법상 노어면제 법리(Noerr Immunity Doctrine) 또는 노어-페닝턴 법리(Noerr-Pennington Doctrine)가 발전하였다. 연방대법원은 이익단체가 입법 과정에 영향을 미치려는 행위는 정치적 행위로서 경쟁제한적이라고 하더라도 독점금지법을 적용제외한다고 하였다. 또한 연방대법원은 이익단체가 행정절차에 영향을 미치려고 한 행위가 경쟁제한적이라고 하더라도 독점금지법의 적용이 배제된다고 하였다.

4) 한수웅, 「헌법학(제6판)」, 법문사, 2016, 743면.

5) 헌법재판소 2011. 12. 29. 선고 2010헌바54, 407(병합) 전원재판부.

그런데 판례는 위 법리를 적용하는 범위를 점차 제한하여왔다. 첫째로, 판례는 정치적 활동임을 주장하지만, 실체는 경쟁제한적인 ‘가장(假裝)’ 행위인지의 여부를 면밀히 검토하여, 이러한 경우에는 반독점법을 적용하였다.

둘째로, 판례는 특정 행위의 정치적 목적과 경제적 목적이 모두 존재한다고 인정되는 경우 합리의 원칙을 적용하였다. 연방대법원은 유리한 법안 제정을 목표로 하는 보이콧 행위에 대해, 목적이 항상 수단을 정당화하는 것은 아니라고 하면서, 정부에 청원하는 수단 자체가 거래를 제한하는 경우 연방거래위원회법(FTC Act) 제5조 위반에 해당될 수 있다고 하였다.⁶⁾

셋째로, 연방대법원은 이익단체가 적극적으로 정부에 영향을 미치는 행위가 아니라, 정부 정책으로 인한 경쟁제한적인 행위에 대해서만 반독점법의 적용이 면제된다고 하였다.⁷⁾

하지만, 미국 판례법상의 노어먼제 법리를 공정거래법의 해석론으로 직접 적용하기 어렵다.⁸⁾ 성문법 국가인 우리나라에서는 공정거래법 제116조에 따른 법령에 따른 정당한 행위에 해당하여, 공정거래법의 적용을 제외할 수 있는 것인지 구체적으로 따져보아야 하기 때문이다.

(2) 공정거래법 제116조의 검토

공정거래위원회는 공정거래법 제116조를 통해 사업자나 사업자단체의 행위가 경쟁에 관한 일반법인 공정거래법의 적용을 받을 수 있는지의 여부를 검토할 수 있다. 동조는 공정거래법의 적용여부를 검토하는 ‘관문’ 역할을 한다.⁹⁾ 1986년 제1차 법개정¹⁰⁾ 이후부터 현행법 제116조는 “이 법은 사업자 또는 사업자단체가 다른 법령에 따라 하는 정당한 행위에 대해서는 적용하지 아니한다.”고 한다. 공정거래법이 계수한 일본의 사적 독점 금지 및 공정거래 확보에

6) F.T.C. v. Superior Court Trial Lawyers Ass’n, 493 U.S. 411, 110 S. Ct. 768, 107 L. Ed. 2d 851, 1990-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 68895 (1990).

7) Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head 486 U.S. 492 (1988).

8) 이봉의, 「공정거래법(제2판)」, 박영사, 2024, 1195면.

9) 참고로 해운담합 판결(서울고등법원 2024. 2. 1. 선고 2022누43742 판결)에서 서울고등법원은 해운법 제29조 제5항은 공동행위에 대한 규제와 경쟁제한의 문제에 대한 시정 권한을 해양수산부장관에게 부여하고 있다는 점에서, 공정거래법 제116조에 따른 적용제외 여부를 공정거래위원회가 심사할 권한이 없는 ‘자기완결적 적용제외’에 해당한다고 하였다.

10) 법률 제3875호, 1986. 12. 31., 일부개정. 1980년 제정법(법률 제3320호, 1980. 12. 31., 제정)은 “이 법의 규정은 특정한 사업에 대하여 특별한 법률이 있거나, 특별한 법률에 의하여 설립된 사업자 또는 사업자단체가 법률 또는 그 법률에 의한 명령에 따라 행하는 정당한 행위에 대하여는 이를 적용하지 아니”하고(법 제47조 제1항), “제1항의 규정에 의한 특별한 법률은 따로 법률로 지정한다.”고 하였다(동조 제2항).

관한 법률(이하 “사적독점금지법”)은 동법의 적용제외 대상을 특별법으로 지정하였지만,¹¹⁾ 공정거래법의 경우 특별법이 제정되지 않았다. 그러한 이유로, 공정거래법 제116조의 적용 여부는 해석론에 맡겨져 있는 상황이다.¹²⁾

대한법무사협회 판결¹³⁾에서 대법원은 현행법 제116조에서 말하는 법률이란 ① “당해 사업의 특수성으로 경쟁제한이 합리적이라고 인정되는 사업 또는 ② 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.”고 하였다.

이러한 경우란 자연독점이라고 불리는 전기·가스·상하수도·철도운송이나 인가제 등에 의한 경우나 규제산업이라고 불리는 은행업, 보험업, 선박 및 항공운송업, 변호사, 법무사, 건축사, 의료기사 등 자격·면허제를 통한 진입규제를 두고 있는 전문직에 대하여 법령 등에서 자유경쟁의 예외를 구체적으로 들고 있는 경우라고 볼 수 있다.¹⁴⁾

1999년에 제정된 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률의 적용이 제외되는 부당한 공동행위 등의 정비에 관한 법률’, 소위 카르텔 폐지법은 특정 산업의 보호나 육성 등을 위해 18개 법률에서 허용해오던 공동행위에 관한 규정을 폐지하였다.¹⁵⁾ 그럼에도 여전히 부당한 공동행위를 허용하는 법률들이 존재하는데, 예를 들면 해운법 제29조¹⁶⁾나 ‘축산계열화사업에 관한 법률’(이하 “축산계열화

11) 이호영, “규제산업(規制産業)과 공정거래법(公正去來法)의 적용제외(適用除外)”, 『법학논총』 제23권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2006, 376-378면; 제정 공정거래법은 일본의 1947년 제정된 사적독점금지법에서 적용제외의 대상으로 ‘자연독점에 고유한 행위’(법 제21조)와 ‘사업법령에 기초한 정당한 행위로서 법률로 지정한 것’(법 제22조)을 두고 있는 것을 계수한 것이었다. 일본은 적용제외의 대상을 법률로 지정한 특별법을 제정하여 운영하였다가 1997년 ‘적용제외제도 일괄정리법’을 제정하여 적용제외의 범위를 축소하였고, 2000년에는 사적독점금지법에서 제21조의 규정도 삭제하였다.

12) 이봉익, 앞의 책, 1195면.

13) 대법원 1997. 5. 16. 선고 96누150 판결.

14) 홍대식, “규제산업에서의 공동행위의 적용제외에 대한 고찰 - ‘공정거래위원회의 해운업계 운임 공동행위 사건’을 중심으로 -”, 한국공정거래조정원 『공정한 동행』 창간호, 2022.4. 10면.

15) 법률 제5815호, 1999. 2. 5. 제정. 위 18개 법률들은 공정거래법 제116조의 법령에 따른 정당한 행위에 해당되었는데, 카르텔 폐지법으로 자유경쟁의 예외를 허용하는 영역이 축소되었다.

16) 해운법(법률 제19807호, 2023. 10. 31., 일부개정) 제29조 제1항은 “외항화물운송사업의 등록을 한 자(이하 “외항화물운송사업자”라 한다)는 다른 외항화물운송사업자(외국인 화물운송사업자를 포함한다)와 운임·선박배치, 화물의 적재, 그 밖의 운송조건에 관한 계약이나 공동행위(외항 부정기 화물운송사업을 경영하는 자의 경우에는 운임에 관한 계약이나 공

법”)¹⁷⁾ 제5조 제1항 등이 있다.

하지만 의료법의 경우 의료인은 동법 제2조 제1항에 따라 보건복지부장관의 면허를 받도록 하는 면허제를 운영하고 있으나, 의료인 또는 의료인 단체(동법 제2장 제4절)의 공동행위를 구체적으로 허용하고 있지 않다. 따라서 두 대한의사협회 판결에서 공정거래법 제116조에 따른 적용제외 여부는 다투어지지 않았다.

그러므로 사업자단체의 정부 정책에 반대하기 위한 목적에서 비롯한 휴업 결의는 헌법 제21조 제1항에 따른 표현의 자유에 해당된다고 하여, 공정거래법의 적용이 배제되지 않는다. 또한 공정거래법 제116조에 따라 다른 법령에 따른 정당한 행위에 해당하지 않는다면, 공정거래위원회가 공정거래법상 사업자단체의 금지행위에 해당하는지를 검토할 수 있다.

III. 정치적 목적의 휴업 결의의 구성사업자에 대한 강제성

1. 대한의사협회 판결의 검토

대한의사협회 I 판결에서 대법원 다수의견은 사업자단체인 대한의사협회의 행위가 “단체적 구속으로서, 내심으로나마 휴업·휴진에 반대하는 구성사업자들에게 자기의 의사에 반하여 휴업·휴진하도록 사실상 강요함으로써 구성사업자들의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해하는 결과를 가져”왔다는 점에서 구성사업자의 사업활동을 부당하게 제한하였다고 하였다. 그러면서 다수의견은 “구성사업자인 의사들의 자유의 영역에 속하는 휴업 여부 판단에 사업자단체가 간섭한 것이고, 그 결과 사업자 각자의 판단에 의하지 아니한 사유로 집단 휴업 사태를 발생시키고 소비자 입장에 있는 일반 국민들의 의료기관 이용에 큰 지장을 초래하였으니, 그와 같은 집단휴업 조치는 의사들 사이의 공정하고

동행위는 제외하며, 이하 “협약”이라 한다)를 할 수 있다. 다만, 협약에 참가하거나 탈퇴하는 것을 부당하게 제한하는 것을 내용으로 하는 협약을 하여서는 아니 된다.”고 한다.

17) 축산계열화법(법률 제17799호, 2020. 12. 29., 타법개정) 제5조(수급조절 등) 제1항은 “농림축산식품부장관은 계열화사업자 또는 생산자단체 등(이하 이 조에서 “생산자등”이라 한다)의 요청이 있을 경우 가축의 사육동향 및 시장가격 등을 종합적으로 고려하여 과잉생산이 예측될 경우에는 공정거래위원회와 협의를 거쳐 계열화사업자가 공동으로 일정 기간 동안 일정 지역의 해당 가축 또는 축산물의 생산조정 또는 출하조절을 하게 할 수 있다.”고 한다.

자유로운 경쟁을 저해하는 것”이라고 하였다. 다수의견은 사업자단체가 그러한 행위를 한 정치적 목적(의도)에 대해서는 고려하지 않았다.

대법원은 현행법 제51조 제1항 제3호의 위법성 판단에 있어서 ‘구성사업자들 사이의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해하는 것’이라는 표현을 언제부터 사용하여 왔을까? 1995년 대한약사회 판결¹⁸⁾에서 대법원은 동항 제3호의 “취지는 사업자단체의 구성사업자도 그 개개인은 모두 개별사업자이므로 그들의 폐문(휴업)여부 결정 등의 사업활동은 그들의 경영방침에 따라 자유롭게 보장되어야 한다는 데에 있는 것”이라면서 협회가 구성사업자들에게 그들의 자유의사에 불문하고 폐문을 실행하도록 한 행위는 단체적 구속으로서 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위라고 하였다.

그러나 대법원은 1997년 대한법무사협회 판결에서부터 ‘공정하고 자유로운 경쟁을 저해’한다는 표현을 사용하였다. 대법원은 “협회가 단체의 의사결정으로 규정을 제정하고 소속 지방법무사회로 하여금 그 운영세칙을 제정하여 시행하도록 한 것”은 “소속 법무사들의 집단등기사건의 자유로운 수임을 제한함으로써 공정하고 자유로운 경쟁을 저해”하는 결과를 가져온다고 하였다.

그와 달리 대한의사협회 I 판결의 별개의견은 구법 제26조(현행법 제51조) 제1항의 체계를 보았을 때, 제1호는 경쟁제한성을, 제3호는 사업활동의 제한 또는 강제성으로 나누어 보는 것이 타당하다고 보았다. 별개의견은 “제1호는 사업자단체가 가격, 거래조건, 고객, 설비, 개업, 영업방법 등에 관하여 구법 제19조(현행법 제40조) 제1항 각 호의 행위에 의하여 구성사업자에 대하여 부당하게 경쟁을 제한하는 행위를 금지하는 내용인 데 반하여, 제3호는 사업자단체가 경쟁과 직접적인 관계없이 구성사업자의 사업내용 또는 활동을 부당하게 제한하는 행위를 금지하는 내용으로 이해함이 자연스럽고”, “제3호의 해당요건으로서 ‘부당한 제한행위’ 외에 ‘자유공정경쟁제한’이라는 요건을 부가할 것은 아니”라고 하였다.

한편, 2021년 대한의사협회 II 판결에서, 대법원은 대한의사협회 I 판결의 현행법 제51조 제1항 제3호의 판단기준을 인용하면서도, 협회의 행위가 강제성이 인정되지 않는다는 점에서 제3호의 위반이 아니라고 하였다. 그 이유로 대법원은 “원고의 구성사업자들인 의사들이 이 사건 휴업에 참여할지 여부에 관하여는 자율적으로 결정하도록 하였고, 원고가 구성사업자들에게 직간접적으로 휴업 참여를 강요하거나 그 휴업 불참에 따른 불이익이나 징계를 사전에 고지

18) 대법원 1995. 5. 12. 선고 94누13794 판결.

한 바 없고, 사후에도 휴업 불참에 따른 불이익이나 징계를 가하였다고 보이지 않으며 휴업 찬성률보다 더 낮은 휴업 참여율을 기록한 점 등을 종합하면, 원고가 구성사업자들의 투표를 거쳐 이 사건 휴업을 결의하기는 하였지만 그 구체적인 실행은 구성사업자인 의사들의 자율적 판단에 맡긴 것이라고 할 것이어서 이 사건 휴업의 실행에 있어 사업자단체인 원고가 구성사업자인 의사들의 휴업 여부 판단에 간섭하였다고 볼 수 없”다고 하였다.

2. 법 제51조 제1항 제3호의 위법성 판단기준

(1) 법 제51조 제1항의 체계적인 해석론

공정거래법의 체계를 보면, 법 제40조 제1항에서는 둘 이상의 사업자 간의 부당한 공동행위를 금지하고 있고, 제45조 제1항에서는 사업자의 불공정거래행위를 금지하고 있다. 사업자단체에 관한 규정은 법 제51조 제1항에 따로 규정되어 있는데, 이는 일본 사적독점금지법을 계수한 데에서 비롯하였다. 공정거래법 제51조는 사업자단체에 관한 ‘작은 공정거래법’이라고 할 수 있다.

그렇다면 동법 제51조는 경쟁제한행위를 금지할 수 있고, 불공정거래행위도 금지할 수 있는 것이다. 대한의사협회 I 판결에서 별개의견도 현행법 제51조 제1항 제1호는 공동행위로 인한 경쟁제한성으로, 제3호는 구성사업자에 대한 부당한 제한(강제성)으로 부당성을 판단해야 한다고 하였다. 제3호의 위법성 판단기준으로 경쟁과의 관련성을 요구하게 되면, 법 제45조 제1항 불공정거래행위의 수범자가 사업자로 되어 있는 이상, 사업자단체의 구성사업자에 대한 불공정거래행위에 대해서는 규제의 공백이 불가피하다.¹⁹⁾

게다가 법 제51조 제1항 제2호와 제4호는 불공정거래행위에 관한 규정이므로, 동항 제3호의 위법성 판단기준이 경쟁제한성과 관련이 있어야 할 필요는 없다. 첫째로, 동항 제2호는 “일정한 거래분야에서 현재 또는 장래의 사업자수를 제한하는 행위”를 금지하고 있고, 그 위법성은 사업자단체의 현재 또는 장래의 구성사업자에 대한 자유로운 가입거부 즉 사업활동의 제한 즉 불공정성에 있다.²⁰⁾ 공정거래위원회의 ‘사업자단체활동지침’²¹⁾에 따르면, “① 단체에 가입하지 않으면 사업수행이 곤란한 경우 일정한 영업기간 등 가입조건을 어렵게 하거나, 신규가입자에 대해 기존 회원의 동의를 받도록 함으로써 사실상

19) 이봉익, 앞의 책, 1175면.

20) 이봉익, 앞의 책, 1167면.

21) 공정거래위원회 고시 제2021-35호, 2021. 12. 28., 일부개정.

가입을 제한하는 행위, ② 신규 창업을 저지하거나 기존 사업자를 배제하는 등의 방법으로 당해 사업분야에 있어서 사업자 수의 증가를 제한하는 행위, ③ 신규가입시 일정한 거리제한을 두거나 특정한 장소 내에 또는 매매후 일정한 기간 내에 신규 개설·이전·승계 등을 금지하는 행위, ④ 신규가입 또는 탈퇴를 제한할 목적으로 또는 그와 동일한 효과를 가질 정도로 높은 수준의 가입비를 징수하는 행위”는 원칙적으로 금지된다고 한다.

둘째로, 법 제51조 제1항 제4호는 “사업자에게 제45조 제1항에 따른 불공정거래행위 또는 제46조에 따른 재판매가격유지행위를 하게 하거나 이를 방조하는 행위”를 금지하고 있다. 여기서 ‘하게 하는 경우’란 강요하거나 사실상 강요하는 경우까지 포함하여 불공정한 행위를 하는 것을 의미한다. 공정거래위원회의 ‘사업자단체활동지침’은 사업자에게 불공정거래행위를 하게 하거나 방조하는 행위로서 원칙적으로 금지되는 행위를 예시하고 있는데²²⁾, 그 위법성 판단 기준은 경쟁제한성이 아니다. 또한 동 지침은 사업자단체가 사업자에게 재판매가격유지행위를 하게 하거나 방조하는 행위로서 원칙적으로 금지되는 행위란 “구성사업자 또는 다른 사업자에게 상품의 판매가격을 지정하여 주거나 일정한 이하 또는 그 이상으로 거래하지 못하게 하는 행위”라고 한다. 그 위법성 판단기준은 강제성 또는 불공정성에 있다.

사업자단체가 거래의 주체로서 직접 불공정거래행위를 할 때에는 사업자로서의 성격을 가지므로 이는 법 제45조 제1항의 불공정거래행위에 해당되기 때문에, 법 제51조 제1항 제4호는 사업자단체의 직접적인 불공정거래행위에 관한 규정은 두고 있지 않다.²³⁾ 따라서 사업자단체의 구성사업자에 대한 사업활동

22) 동 지침에 따르면 이러한 행위란 “① 사업자로 하여금 정당한 이유없이 경쟁관계에 있는 다른 사업자(이하 “경쟁사업자”)와 공동으로 특정 사업자에 대하여 거래를 거절하게 하거나 거래에 관계되는 상품 또는 용역의 수량이나 내용을 제한하도록 강요하는 행위, ② 사업자로 하여금 부당하게 거래상대방에 대하여 가격, 거래조건 등에 관하여 차별하여 취급하도록 강요하는 행위, ③ 사업자로 하여금 경쟁사업자를 배제하기 위하여 상품 또는 용역을 공급함에 있어서 부당하게 낮은 가격으로 공급하게 하거나, 또는 상품 또는 용역을 통상 거래가격에 비하여 높은 가격으로 구입하도록 강요하는 행위, ④ 사업자로 하여금 부당하게 경쟁사업자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하기 위하여 부당한 이익을 제공하게 하거나 위계에 의하여 고객을 유인하도록 강요하는 행위, ⑤ 사업자로 하여금 부당하게 경쟁사업자의 고객을 자기와 거래하도록 하기 위하여 끼워팔기, 거래강제 등을 강요하는 행위, ⑥ 사업자로 하여금 그 사업자의 거래상지위를 부당하게 이용하여 거래상대방에게 구입강제, 이익제공, 불이익제공 등을 강요하도록 하는 행위, ⑦ 사업자로 하여금 거래상대방에게 경쟁사업자와 거래하지 않을 것을 조건으로 거래하도록 강요하는 행위, ⑧ 사업자로 하여금 상품 또는 용역을 거래함에 있어서 그 거래상대방의 거래지역 또는 거래상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건을 붙여 거래하도록 강요하는 행위”가 있다고 한다.

제한과 같은 불공정한 행위는 동항 제3호에서 금지하는 것이 필요하다.

(2) 비교법의 검토

일본 사적독점금지법 제8조는 “사업자단체가 다음의 행위에 관련되어서는 안 된다.”고 하면서 제1호에서 ‘일정한 거래 분야에서의 경쟁을 실질적으로 제한하는 것’을 금지하고 제4호에서 ‘구성 사업자의 기능 또는 활동을 부당하게 제한하는 것’을 금지한다. 법 제8조 제1항 제1호의 위반에 대해서는 공정취인위원회가 과징금을 부과할 수 있고, 제1호나 제4호의 위반에 대해서 형사고발이 가능하다.

2017년 공정취인위원회의 ‘사업자단체의 활동에 관한 독점 금지법상의 지침’(事業者団体の活動に關する獨占禁止法上の指針)을 보면, 사업자단체의 행위가 경쟁을 실질적으로 제한하게 되면 법 제8조 제1항 제1호의 위반에 해당하고, 그 정도에 이르지 않으면, 제4호의 위반이 될 수 있다고 한다. 위 지침은 도쿄 고등법원이 경쟁을 실질적으로 제한한다는 것은 시장지배력을 의미한다고 한 것을 인용하였다.²⁴⁾

위 지침은 제4호 위반인 경우를 구체적으로 열거하고 있다. 이러한 행위는 사업자단체의 진입제한행위 및 상품 또는 용역의 종류, 품질, 규격 등의 제한 행위, 영업의 종류, 내용, 방법 등의 제한 행위, 공동사업에 참가 강제 등이 있다고 한다. 동 지침은 제4호의 경우 구성사업자에 대한 방해 여부로 위법성을 인정하고 있고, 경쟁제한성의 입증을 요구하지 않는데, 이는 경쟁의 실질적 제한에 이르지 아니하지만, 경쟁에 악영향을 주는 행위를 금지하기 위함이라고 한다.²⁵⁾ 다만, 위 지침에서는 사업자단체가 국가나 지방공공단체 등에 대한 의견표명을 위한 행위의 경우에는 원칙적으로 범위반에 해당하지 않는다고 한다.

한편, 독일 경쟁제한방지법(GWB) 제1조에서는 사업자 간의 합의 또는 사업자단체의 결의, 동조적인 행위가 경쟁을 금지(prevention), 제한(restriction) 또는 왜곡(distortion)할 목적이나 효과를 금지한다. 사업자단체의 경쟁제한적인 결의는 법 제1조에 따라서 금지할 수 있다.

23) 이봉의, 앞의 책, 1179-1181면.

24) 도쿄 고등법원 쇼와 28년 12월 7일 판결. 법원은 경쟁의 실질적 제한은 “경쟁 자체가 감소하여 특정 사업자 또는 사업자 집단이 그 의사로 어느 정도 자유롭게 가격, 품질, 수량, 그 외 각반의 조건을 좌우하는 것에 따라 시장을 지배할 수 있는 상태를 가져오는 것을 말한다.”고 하였다.

25) 정재훈, “의료공급자에 대한 사업자단체 규제와 경쟁제한성 판단”, 『저스티스』 통권 제156호, 한국법학원, 2016, 332-333면.

사업자단체가 다른 사업자에게 부당한 행위를 강요 등을 하는 경우에는 법 제21조가 적용된다. 동조 제2항에서는 “사업자나 사업자단체는 이하 각호 즉, ① 경쟁제한방지법(제1호), ② 유럽 기능조약 제101조나 제102조(제2호), ③ 위법이나 위 조약에 근거한 유럽 집행위원회나 연방카르텔청의 명령(제3호)에 따라서, 계약상 구속의 대상으로 삼을 수 없는 행위를 하게 하기 위하여, 다른 사업자에게 불이익을 가하거나 가할 위협을 하거나, 이익을 제공하거나 제공할 것을 약속할 수 없다.”고 한다.

법 제21조 제2항의 위법성으로 ① 다른 사업자에게 압력(불이익을 주거나 위협하여, 사업자의 의지에 객관적으로 영향을 미치는 경우)을 가하거나 유인을 하는 행위가 ② 동항 각 호에 따른 법률 등을 위반하기 위해 반경쟁적인 행위를 하게 하려는 목적(의도)이 있는지를 판단하게 된다. 사업자에게 반경쟁적 행위를 하도록 할 ‘의도’가 해당 행위의 유일한 목적이 아니어도 되고, 다른 사업자에게 인식될 수 있다면 충분하며, 의도의 존재 여부는 간접적인 정황증거를 통해 종합적으로 판단되어야 한다. 위 행위를 금지하는 목적은 이에 해당하는 행위의 본질이 ‘정상적인 경쟁’(normalen Wettbewerbs)이 잘 기능하는데(Funktionieren) 해롭기(schädlich) 때문이고, 그러한 행위가 상당히 구체적인 경쟁제한적인 효과를 갖는지의 여부는 고려하지 않는다.²⁶⁾

(3) 판례의 ‘구성사업자들의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해’의 의미

1997년 대한법무사협회 판결부터 대법원은 현행법 제51조 제1항 제3호의 부당성 판단에 있어서 사업자단체가 결의를 구성사업자에게 강요함으로써 ‘공정하고 자유로운 경쟁을 저해하는 결과 또는 그러할 우려’가 있는지를 판단하였다. 그런데 법원이 실제 위법성을 판단한 핵심요소는 사업자단체가 구성사업자의 사업활동의 자유에 간섭 또는 사업자단체의 결의를 이행하도록 ‘강요’하였는지, 즉 불공정성의 여부였다.²⁷⁾

여기서 “공정하고 자유로운 경쟁을 저해”라는 표현은 시장획정을 전제한 경쟁제한성이나 경쟁저해성을 판단하는 것은 아니다. 사업자단체의 휴업결의의 경쟁제한 문제는 법 제51조 제1항 제1호에서 검토할 부분이기 때문이다. 사업자단체가 구성사업자의 내심에 반하여 그의 사업활동의 자유를 제한하였다면

26) Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht(7. Auflage), C.H.Beck, band. 2, 2024, Rn. 55, 58-59, 67-69, 74; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 2020, Rn. 39.

27) 이봉의, 앞의 책, 1174면.

이는 불공정한 것이고, 이는 넓은 의미에서 경쟁(과정으로서의 경쟁)과의 관련성을 갖는 것이라고 할 수 있다. 따라서 판례의 ‘공정하고 자유로운 경쟁을 저해하는 결과’에 대해 독자적인 요건으로 해석하는 것은 부적절하다.

법 제45조 제1항의 불공정거래행위의 부당성 즉 공정거래저해성 역시 다수의 판례는 강제 또는 강요, 불이익 제공 등 계약자유를 상당히 침해하는 불공정한 행위가 정상적인 거래관행에 비추어 과도하거나²⁸⁾ 가격이나 품질에 의한 공정한 경쟁에 반하는 경우²⁹⁾에 인정하고 있고, 구체적인 경쟁제한성의 입증을 요구하고 있지 않다는 점을 참고할 필요가 있다.

IV. 정치적 목적의 휴업 결의의 관련 시장에서의 부당성

1. 대한의사협회 II 판결의 검토

대한의사협회 I 판결의 경우, 공정거래위원회는 현행법 제51조 제1항 제3호를 적용하였고, 제1호의 해당 여부는 고려하지 않았다. 다만, 위 대법원 판결에서 반대의견은 “대한의사협회의 행위의 목적은 정부의 의료정책에 대한 항의에 있는 것이지 구성사업자인 의사들 사이의 경쟁을 제한하여 이윤을 더 얻겠다는 데 있는 것이 아”니므로, “대한의사협회가 정부의 정책에 대하여 항의의사를 표시하는 과정에서 구성사업자 상당수로 하여금 영업의 기회를 포기하게 하였다는 점을 들어 바로 대한의사협회의 행위를 구성사업자 사이의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해하는 행위로서 허용될 수 없는 행위라고 단정하기는 어렵다 할 것이고, 나아가 이는 사업자단체에 의하여 행하여지는 가격, 고객, 설비, 개업, 영업방법 등에 대한 제한 등에도 해당하지 아니한다.”고 하였다.³⁰⁾

28) 대법원 2000. 6. 9. 선고 97누19427 판결(파스퇴르 유업 거래상 지위남용행위 판결).

29) 대법원 2006. 5. 26. 선고 2004두3014 판결(한국토지공사 끼워팔기 판결).

30) 보충의견은 제3호의 경우 “공정하고 자유로운 경쟁의 저해와 관련된 사항에 관한 것임을 당연한 전제로 하는 것으로 보아야 할 것이므로, 공정거래법의 목적과는 아무런 관련이 없는 사항에 관한 제한, 예컨대 경쟁제한적 요소가 전혀 없는 회비징수, 회의참석, 영업내부의 경영방식(회계방법, 노무관리 등) 등에 관한 제한은, 다른 법에 의한 규제는 별론으로 하고, 그 본질상 공정거래법의 규제대상이 될 수 없으며”, “‘경쟁정책상 문제가 있는 행위’라면, 그 제한의 정도 여하를 불문하고 일단 위 법규정의 규제대상이 되는 것으로 보고, 다만 그 제한행위의 ‘부당’ 여부를 판단함에 있어서 제한행위의 구체적인 목적이나 효과, 공정하고 자유로운 경쟁을 저해하거나 저해할 우려를 발생시킨 정도 등을 고려하되, 이 경우에도 경쟁의 저해 여부를 유일의 판단요소로 하는 것이 아니고 공정거래법의

그와 달리, 대한의사협회 II 판결의 경우 공정거래위원회는 현행법 제51조 제1항 제1호와 제3호 위반으로 보았다. 이 사건에서 대법원은 제1호의 위법성 판단에 있어서, 경쟁제한성과 부당성 요건을 구분하여 판단하였다.³¹⁾ 대법원은 부당성 여부는 경쟁제한성과 아울러 경제 전반의 효율성에 미치는 구체적인 효과 등을 고려하여 판단하여야 한다고 하였다. 이는 위법적인 요소인 경쟁제한성과 긍정적인 요소인 정당한 이유로서 경제 전반의 효율성 등을 비교형량하여 부당성 여부를 판단하는 것이다.

다만, 대법원은 공정거래법의 궁극적인 목적(제1조) 등에 비추어 여러 요소를 종합적으로 고려하여 부당성 여부를 판단하도록 하였는데, 법 제1조의 궁극적인 목적의 내용들은 지극히 추상적이고 그 의미가 모호하기 때문에, 동조에 비추어 부당성 판단이 이루어지는 것은 적절하지 않다.³²⁾

경쟁제한성의 판단에 있어서, 대법원은 사업자단체의 구성사업자들의 휴업으로 가격경쟁 외에 ‘품질경쟁’이 제한된다는 점에서도 경쟁제한성을 인정할 수 있다고 하였다. 대법원은 경쟁제한성이란 “상호 경쟁관계에 있는 구성사업자들 사이에서 경쟁이 제한되어 의료서비스의 가격·수량·품질기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있어야” 한다고 하면서, 원심이 “이 사건 휴업으로 인하여 의료소비자의 진료시간이 단축되는 품질저하가 있었다고 단정할 수 없고, 그로 인하여 원고나 구성사업자의 경제적 이익이나 이윤이 더 늘어난 것이 아니라”는 등, “의료서비스의 가격이 상승될 가능성이 없다는 점을 이 사건 휴업의 경쟁제한성을 부인하는 주된 근거로 들면서 이 사건 휴업으로 인하여 소비자의 불편이 있었다는 사정만으로 경쟁제한성이 있다고 할 수 없다고 판시한 부분은 부적절하다.”하였다. 그러면서 대법원은 “국민건강보

목적은 물론 사회통념상 요청되는 여러 판단요소들과 더불어 하나의 판단요소로서 경쟁저해의 정도를 고려하”(반대의견과 약간 취지를 달리함)여야 한다고 하였다.

31) 대한의사협회 II 판결에서 대법원은 “어떤 공동행위가 ‘경쟁제한성’을 가지는지 여부는 당해 상품이나 용역의 특성, 소비자의 제품선택 기준, 시장 및 사업자들의 경쟁에 미치는 영향 등 여러 사정을 고려하여, 당해 공동행위로 인하여 일정한 거래분야에서 경쟁이 감소하여 가격·수량·품질 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는지를 살펴서 개별적으로 판단하여야 한다(대법원 2009. 3. 26. 선고 2008두21058 판결, 대법원 2015. 10. 29. 선고 2012두28827 판결 등 참조).”고 하였다. 또한 대법원은 가격 담합행위의 “부당성은 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형 있는 발전을 도모한다는 공정거래법의 궁극적인 목적(제1조) 등에 비추어 당해 공동행위에 의하여 발생될 수 있는 경쟁제한적인 결과와 아울러 당해 공동행위가 경제 전반의 효율성에 미치는 영향 등을 비롯한 구체적 효과 등을 종합적으로 고려하여 그 인정 여부를 판단하여야 한다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2012두17773 판결 참조).”고 하였다.

32) 정주미, 「공정거래법상 불공정거래행위의 위법성-부당성 판단기준과 위법성 판단을 위한 이익형량-」, 경인문화사, 2023, 182면.

협법령에 따라 시장경제체제의 가장 기본적인 경쟁 수단이자 본질적 요소인 가격에 관한 경쟁이 대부분 제도적으로 제한되어 있”어, “의료서비스 자체의 전문성, 소비자의 의료기관 선택에 있어서의 기회나 대체가능성, 품질 및 공급량 등 다른 요소들이 상대적으로 중요한 경쟁의 요소가 될 수 있다.”고 하였다.

그런데 대법원은 이 사건 휴업 결의 행위의 경쟁제한성은 인정되지 않는다고 보았는데, 그 이유로 휴업 기간, 참여율, 구체적인 범위와 내용 등에 비추어 보면 ① “휴업 실행 결의에 따라, 참여율 단 하루 동안 휴업이 진행되었고”, ② “실제 참여율이 높지 않”았으며(개원의의 휴업 참여율 20.9%, 전공의의 경우 30%, 지역별로 서울 14.2%, 부산 47.4%, 대구 22.8%, 인천 26.2%, 광주 2.7%, 대전 15.9%, 울산 5% 등), ③ “응급실과 중환자실 등 필수 진료기관은 휴업에서 제외되었다는 점을 들었다.

한편, 부당성 판단에 있어서, 대법원은 이 사건 사업자단체의 행위가 경쟁을 제한하지 않을 뿐만 아니라, 경쟁을 제한할 목적이 없었으므로, 부당하지 않다고 판단하였다. 대법원은 사업자단체의 의도를 중요하게 고려하였는데, 대법원은 “이 사건 휴업은 의료수가의 인상 등 구성사업자들의 경제적인 이익을 직접적으로 추구하거나 상호 경쟁관계에 있는 구성사업자들 사이의 경쟁을 제한하여 의료서비스의 가격·수량·품질 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치기 위한 목적에서 이루어진 것으로 보기 어렵다.”고 하면서, “이 사건 휴업은 헌법상 결사의 자유를 향유하는 원고가 구성사업자들을 대표하여 정부의 의료 정책인 원격의료제나 영리병원제 도입과 관련하여 정부에 의견을 전달하고 교섭하는 과정에서 원고의 구성사업자들이 집단적으로 진료의 제공을 거부하는 방식으로 정부 정책에 반대하기 위한 목적에서 이루어진 것으로 보는 것이 상당하다.”고 하였다.

2. 휴업 결의의 경쟁제한성 판단

(1) 경쟁제한성의 의미

법 제51조 제1항에서는 “사업자단체는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.”고 하면서, 제1호에서는 “제40조 제1항 각 호의 행위로 부당하게 경쟁을 제한하는 행위”를 들고 있다. 동호의 금지요건으로서 행위요건은 사업자단체가 위 공동행위를 할 것을 결정하고 사업자단체의 구성원 간에 그 사업자단체의 의사결정을 준수하여야 한다는 공동인식이 형성됨으로써 성립한다.³³⁾ 또한 제1호는 법 제40조 제1항의 부당한 공동행위와 마찬가지로

지로, ‘부당한 경쟁제한성’ 즉 경쟁제한성 요건과 부당성 요건을 두고 있다.

1999년 제7차 공정거래법 개정³⁴⁾ 전, 구법은 제19조 제1항의 사업자의 공동행위와 제26조 제1항 제1호의 사업자단체의 공동행위가 ‘경쟁을 실질적으로 제한’하는 경우³⁵⁾에 금지하였다가, 1999년 법개정 이후 ‘부당하게 경쟁을 제한하는’ 경우를 금지하게 되었다. 하지만 판례는 여전히 개정법 이전의 경쟁제한성 판단기준을 그대로 인용하고 있는데, 대법원은 사업자단체의 부당한 공동행위가 “‘경쟁제한성’을 가지는지 여부는 당해 상품이나 용역의 특성, 소비자의 제품선택 기준, 시장 및 사업자들의 경쟁에 미치는 영향 등 여러 사정을 고려하여, 당해 공동행위로 인하여 일정한 거래분야에서 경쟁이 감소하여 가격·수량·품질 기타 거래조건 등의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는지를 살펴서 개별적으로 판단하여야 한다.”고 하였다.³⁶⁾ 이는 법 제2조 제5호의 ‘경쟁을 실질적으로 제한하는’ 경우와 같은 의미로서 시장지배력의 형성을 의미한다.

하지만, 제7차 법 개정 이후, 사업자나 사업자단체의 부당한 공동행위에 관한 판례가 실제 고려하고 있는 경쟁제한성 판단기준은 시장지배력이 아니라, 공동행위에 가담한 사업자들의 시장점유율, 공동행위 가담 사업자들 사이의 경쟁제한의 정도 등이다.³⁷⁾

(2) 휴업 결의의 경쟁제한성 판단기준

제7차 법개정 전 판결인 대한약사회 판결에서 대법원은 “집단폐문 결의가 당초 정부의 약사법개정안에 반대하여 그 항의의 표시로써 나온 행위라고 하더라도” 대한약사회가 ① 전국의 약국에게 ② 무기한 휴업을 하게 강제한 행위가 “의약품의 판매를 제한한 결과 의약품판매시장인 약국업분야에서 사업자단체인 원고 약사회가 그 의사대로 시장지배력을 형성”하여 약국업분야에서의 경쟁을 실질적으로 제한”하였다고 보았다.

1999년 법개정 이후 판례는 사업자단체의 부당한 공동행위의 경쟁제한성은

33) 대법원 2006. 11. 24. 선고 2004두10319 판결.

34) 법률 제5813호, 1999. 2. 5., 일부개정.

35) 대한약사회 판결에서 대법원은 경쟁의 실질적 제한은 “시장에서의 유효한 경쟁을 기대하기 어려운 상태를 초래하는 행위, 즉 일정한 거래 분야의 경쟁상태가 감소하여 특정사업자 또는 사업자단체가 그 의사로 어느 정도 자유로이 가격·수량·품질 및 기타 조건을 좌우할 수 있는 시장지배력의 형성을 의미하고, 시장에서 실질적으로 시장지배력이 형성되었는지 여부는 해당업종의 생산구조, 시장구조, 경쟁상태 등을 고려하여 개별적으로 판단하여야” 한다고 하였다.

36) 대법원 2009. 3. 26. 선고 2008두21058 판결, 대법원 2015. 10. 29. 선고 2012두28827 판결 등.

37) 대법원 2015. 6. 11. 선고 2013두1676 판결.

시장지배력의 형성보다 낮은 수준에서 고려하고 있다. 달빛어린이병원 판결³⁸⁾에서 대법원은 “달빛어린이병원 사업은 기본적으로 소아청소년과 야간·휴일 진료서비스의 공급기회나 공급량을 늘리기 위해서 도입된 것”인데, 대한소아청소년과 의사회가 구성사업자인 소아청소년과 전문의 중 전문의 3인(과거 2인) 이상을 보유하여 위 사업에 참여할 수 있는 병원 중 8개 병원의 의사 28명에게 위 사업에 참여하지 않도록 강제한 행위는 경쟁제한성이 인정된다고 보았다.

대법원은 그 근거로 ① 위 사업 신청병원 4개 중 2015. 3~5. 원고의 요구에 따라 2개 병원이 취소 신청을 하였고, ② “달빛어린이병원의 수가 2014. 9.~2017. 5.까지 전국적으로 9개에서 19개로 증가”하였음에도, ③ 위 사업에 “참여할 의사가 있었던 구성사업자들의 신규 신청이 위축되고 그로 인하여 위 사업의 참여구성사업자나 참여하고자 하는 병원들이 전문의 수급에 어려움을 겪어 사업 활동에 지장을 받을 수 있”으며 ④ 위 “병원 사업으로 인한 야간·휴일 진료 확대가 제한될 우려가 크고 구성사업자들 상호 간의 경쟁을 저해할 우려가 있”으며, ⑤ “소비자인 일반 국민들의 소아청소년과 야간·휴일 진료서비스에 대한 선택의 기회가 제한될 우려가 있”다는 점을 들었다.

대한의사협회 II 판결의 경우, 대법원은 ① 휴업 기간은 하루에 불과할 정도로 짧았고, ② 참여율도 개원의의 경우 20.9%, 전공의의 경우 30% 등으로 낮았으며, ③ 응급실과 중환자실 등 필수 진료기관은 휴업에서 제외되었다는 점에서, 휴업으로 인한 품질경쟁이 제한되지 않았다고 보았다. 그렇다면, 사업자단체의 휴업 결의로 인한 구성사업자들의 휴업으로 인해 경쟁제한성이 인정되려면, 휴업의 기간과 휴업의 참여율, 필수의료는 제외되었는지, 소비자의 선택권이 제한되는지 등을 사안별로 판단하여야 한다.

3. 휴업 결의의 부당성 판단

정부 정책에 반대하기 위한 사업자단체의 휴업 결의 행위의 부당성 판단은 단계별로 이루어져야 한다. 우선 ① 휴업 결의가 구성사업자 간의 경쟁을 제한한다면, ② 부정적인 요소인 경쟁제한의 정도와 긍정적인 요소인 정부 정책에 반대하기 위한 목적 등 정당한 이유를 비교형량함을 통해 부당성 여부를 판단하여야 한다.

첫째로, 사업자단체의 휴업 결의가 경쟁을 제한하지 않는다면(경쟁제한성 요

38) 대법원 2021. 9. 15. 선고 2018두41822 판결.

건의 미충족), 사업자단체의 의도와 같은 정당한 사유와 비교형량하여 부당성 요건의 충족 여부를 검토할 필요 없이, 위법하지 않다고 볼 수 있다. 대한의사협회 II 판결에서 대법원은 사업자단체의 휴업 결의가 경쟁제한적이라고 단정하기 어려운 점과 정부 정책에 반대하기 위한 휴업의 목적이 있었던 점 등을 종합적으로 고려하여 부당성을 인정하지 않았다. 그런데 휴업 결의가 경쟁제한적이지 않다면 그 행위가 부정적인 효과가 없기 때문에, 위법성을 인정할 이유가 없다.

둘째로, 사업자단체의 휴업 결의가 경쟁제한성이 인정되는 경우, 부당성 판단에 있어서 정부 정책에 반대하기 위한 목적과 비교형량은 어떻게 이루어져야 하는가? 우선, 휴업 결의의 목적이 정당한 것인가를 판단하여야 한다. 즉 사업자단체의 휴업 결의가 순수하게 정부 정책에 반대하기 위한 것이었는지 아니면 경쟁을 제한하기 위한 의도에서 비롯한 것이었는지를 구분하여야 한다. 달빛어린이병원 판결에서 대법원은 이 사건 행위는 “정부의 보건의료정책에 대한 반대를 목적으로 하는 활동의 일환으로 이루어진 것이기는 하지만”, “행위의 내용이나 태양, 방법 등에 비추어 볼 때 그 주된 목적이나 의도는 오히려 사업자단체인 원고가 상호 경쟁 관계에 있는 원고의 구성사업자로 하여금 위 사업에 참여하지 않도록 직접적으로 방해함으로써 야간·휴일 진료서비스의 공급에 관한 경쟁의 확대를 제한하기 위한 것으로 보는 것이 타당하다.”고 하였다. 이 사건 행위처럼 정치적 목적뿐만 아니라, 경쟁을 제한할 의도가 있었다면, 이러한 행위에 대한 부당성 판단이 이루어져야 한다.

위에서 살펴본 바와 같이, 미국 판례법상 노어먼제 법리의 발전 과정을 보면, ① 순수한 정치적 목적의 행위와 경쟁제한적인 가장 행위를 구분하였고, ② 이익단체가 적극적으로 정부에 영향을 미치는 행위가 아니라, 정부 정책에 반대할 목적에 비롯한 행위에 대해서만 반독점법의 적용을 면제하였다는 것을 참고할 필요가 있다.

셋째로, 사업자단체의 휴업 결의가 경쟁을 제한하는데, 정부 정책에 반대하기 위한 순수한 목적에서 비롯하였다면 부당성 판단을 위한 비교형량은 어떻게 이루어져야 하는가? 대한약사회 판결에서 대법원은 전국 약사들의 무기한 휴업으로 경쟁이 제한된다면, 정치적 목적의 행위라도 부당하다고 하였다.

비교법을 참고하면, 미국 판례법상 노어먼제 법리가 있고, 일본도 사업자단체의 정부나 지방공공단체에 의사표명을 하기 위한 구성사업자의 사업활동 제한행위를 원칙적으로 금지하지 않는다. 독일 경쟁제한방지법 제21조 제2항의 경우에도 동법 등의 위반을 목적(의도)으로 사업자나 사업자단체가 다른 사업

자에게 강제행위를 하였는지를 고려하고 있다.

헌법상 표현의 자유가 제한되는 범위는 원칙적으로 사안별로 이익의 형량을 통해 판단될 수 있으나, 경쟁제한의 의도가 없는, 순수한 정치적 목적의 행위에 대해서는 입법이나 정책으로 해결하고, 공정거래법의 적용은 소극적으로 하는 것이 적절하다.³⁹⁾ 공정거래위원회의 개입은 정부 정책에 반대하기 위한 사업자단체의 의사표시인 휴업을 제한 또는 금지하게 되는 ‘수단’으로서 활용될 우려가 들기 때문이다. 정부 정책에 집단적 항의를 표시하기 위해 사업자단체가 휴업을 결의한 사건에서 공정거래위원회는 공정거래법 위반 여부를 검토한 경우도 있었고, 그렇지 않은 경우도 있었다. 그에 대해 위원회가 선별적으로 개입한다는 인상을 줄 수 있다는 우려도 있었다.⁴⁰⁾ 공정거래위원회가 공정하고 자유로운 경쟁의 보호를 위해 사건의 본질이 정부와 사업자단체가 갈등하는 과정에서 발생한 휴업 결의에까지 개입해야 하는 것인지 의문이 든다. 따라서 정부 정책에 항의하기 위한 순수한 의도의 사업자단체의 행위가 경쟁제한적인 측면이 있더라도 부당성 판단에 있어서 경쟁제한적인 의도가 없었다는 점을 정당한 이유로서 중요하게 고려하여 부당성을 인정하지 않는 것이 적절하다.

V. 마치며

첫째로, 정치적 목적의 사업자단체의 휴업 결의 행위는 헌법 제21조의 표현의 자유라는 권리에 해당하지만 그의 행사는 일정한 제한을 받으므로, 공정거래법의 적용대상이 될 수 있다. 하지만 미국 판례법상 노어면제 법리를 공정거래법의 해석론으로 적용하기는 어렵고⁴¹⁾, 공정거래법 제116조의 법령에 따른 정당한 행위에 해당하는지를 판단하여야 한다. 그런데 법령에 따른 정당한 행위란 대한법무사협회 판결에서 대법원은 “인가제 등에 의하여 사업자의 독점적 지위가 보장되는 반면 공공성의 관점에서 고도의 공적규제가 필요한 사업 등에 있어서 자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률이나 명령의 범위 내에서 행하는 필요최소한의 행위”를 들었다. 따라서 정치적 목적의 사업자단체의 휴업 결의는 공정거래법 제116조의 적용제외에 해당되지 않는다면,

39) 이봉의, 앞의 책, 1176-1177면.

40) 이봉의, 앞의 책, 1177면.

41) 이봉의, 앞의 책, 1195면.

공정거래법이 적용될 수 있다. 의료법의 경우에는 의료인의 공동행위를 허용하는 규정이 없으므로, 공정거래법의 적용은 배제되지 않는다. 두 대한의사협회 판결에서도 동법의 적용제외 여부는 검토되지 않았다.

둘째로, 경쟁제한적 행위와 불공정한 행위를 모두 금지하고 있는 공정거래법의 체계와 일본과 독일 등 비교법을 참고할 때, 공정거래법 제51조 제1항 제3호의 부당성 판단기준은 강제성이라는 불공정성의 측면에서 이해하는 것이 적절하다. 판례도 제3호의 부당성 판단기준을 사업자단체의 결의에 내심으로 반대하고 있는 구성사업자의 의사결정의 자유가 침해되는 점을 중요한 고려요소로 보았다. 대한의사협회 I 판결에서 대법원이 사업자단체가 구성사업자에게 휴업을 사실상 강제하여 공정하고 자유로운 경쟁이 저해된다고 판시한 것은 구체적인 경쟁저해의 정도를 입증하도록 하고 있는 것은 아니다. 불공정한 행위로 인해 경쟁의 과정이 저해되는 측면에서 이해하여야 하여야 한다.⁴²⁾ 사업자단체가 구성사업자의 의사결정의 자유를 강제하는 문제는 법 제51조 제1항 제3호 그리고 휴업 결의로 경쟁을 제한하는 문제는 법 제51조 제1항 제1호를 적용하는 것이 자연스럽다.

셋째로, 사업자단체의 휴업 결의 행위가 경쟁을 제한하지 않는다면, 사업자단체의 정치적 목적 등 정당한 이유와 비교형량을 통해 부당성 여부를 따져볼 필요없이, 법 제51조 제1항 제1호 위반이 아니다. 대한의사협회 II 판결에서 대법원은 휴업의 기간과 참여율, 필수의료의 휴업 제외 등을 고려할 때 휴업으로 인한 품질경쟁의 제한 정도가 크지 않다고 하였다.

그런데 사업자단체의 휴업 결의가 경쟁을 제한한다면, 정당한 이유로서 휴업 결의의 목적이 정부 정책에 반대하려는 순수한 의도인지 아니면 경쟁을 제한하기 위한 의도에서 비롯한 가장행위인지를 구분하여야 한다.

만약 사업자단체의 휴업 결의가 정부 정책에 반대하기 위한 순수한 의도에서 비롯하였다면, 미국과 일본, 독일처럼 경쟁법을 적용하지 않는 것이 적절하다. 이러한 경우에는 공정거래법 제51조 제1항 제1호의 부당성 판단을 위한 이익형량에 있어서 사업자단체의 의도를 중요하게 고려하여 부당성을 인정하지 않아야 한다. 사실상 공정거래위원회가 사업자단체의 휴업을 금지하거나 제한하는 ‘수단’으로 활용되지 않도록 하고, 이러한 사안은 정치적 또는 입법적으로 해결하는 것이 바람직하다.

42) 이봉의, 앞의 책, 1174-1175면.

[참고문헌]

1. 국내문헌

권오승/서정, 「독점규제법(제6판)」, 법문사, 2023.

이봉의, 「공정거래법(제2판)」, 박영사, 2024.

정주미, 「공정거래법상 불공정거래행위의 위법성-부당성 판단기준과 위법성 판단을 위한 이익형량-」, 경인문화사, 2023.

한수웅, 「헌법학(제6판)」, 법문사, 2016.

나지원, “사업자단체의 금지행위와 부당성 판단 - 대상판결 대법원 2021. 9. 9. 선고 2016두36345 판결 -”, 「경쟁법연구」 제46권, 한국경제법학회, 2022.

손동환, “공정거래법 적용대상과 사업자성”, 「경쟁법연구」 제49권, 한국경제법학회, 2024.

서 정, “사업자단체의 부당행위와 경쟁제한성”, 「경제법판례연구」 제1권, 법문사, 2004.

심재한, “사업자단체의 사업활동 제한행위”, 「상사판례연구」 제18집 제2권, 한국상사판례학회, 2005.

이봉의, “해운선사 간 운임협약과 해운법상 “자기완결적” 적용제외”, 「경쟁법연구」 제48권, 한국경제법학회, 2023.

이호영, “규제산업(規制産業)과 공정거래법(公正去來法)의 적용제외(適用除外)”, 「법학논총」 제23권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2006.

정병기/김병규/홍동표, “의료 서비스 시장에서 발생한 집단 행위의 사업자단체 금지 행위 해당 여부 판단 기준”, 「경쟁저널」 제211호, 한국공정경쟁연합회, 2022.

정재훈, “의료공급자에 대한 사업자단체 규제와 경쟁제한성 판단”, 「저스티스」 통권 제156호, 한국법학원, 2016.

홍대식, “규제산업에서의 공동행위의 적용제외에 대한 고찰 - ‘공정거래위원회의 해운업계 운임 공동행위 사건’을 중심으로 -”, 한국공정거래조정원 「공정한 동행」 창간호, 2022.4.

2. 영문문헌

David McGowan/Mark A. Lemley, “Antitrust Immunity: State Action and Federalism, Petitioning and the first amendment”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1994.

Dylan Carson/Scott Russell, “Circuits Reinforce Split over When

Noerr-Pennington Shields Serial Litigants”, *The antitrust source*, 2021.

Gary Minda, “Interest groups, Political freedom, and Antitrust: A modern reassessment of the Noerr-Pennington doctrine”, *Hastings Law Journal*, 1990.

Publisher’s Editorial Staff, “Part I - Noerr-Pennington and State Action Doctrines”, *The Lawyer’s Brief* Volume 43, Issue 13, 2013.

3. 독문문헌

Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht(7. Auflage), band. 2., C.H.Beck, 2024.

Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 2020.

[Abstract]

The illegality of a business association's decision
in protest against government policy

Jumi Jung*

In 2003, the Supreme Court ruled that the Korean Medical Association, as a business association, violated Article 51, Paragraph 1, Subparagraph 3 of the Korean Competition Law by coercing physicians to close their clinics in protest against government healthcare policy.

In contrast, in 2021, the Supreme Court ruled that the Korean Medical Association's decision encouraging doctors to close their clinics to oppose government policy—absent any element of coercion—did not constitute a violation of Article 51, Paragraph 1, Subparagraphs 3 of the law. Furthermore, the court concluded that the decision of the Medical Association's decision did not infringe Article 51, Paragraph 1, Subparagraphs 1 of the law, given that the extent of the restriction on competition was minimal and there was no demonstrable intent to restrict competition.

First, this paper suggests that although freedom of expression under Article 21 of the Constitution is protected, it is subject to limitations. Since the Medical Act does not contain any provisions permitting collective action in the form of cartels among medical professionals, the Korean Medical Association's resolution does not fall within the exemption provided under Article 116 of the Korean Competition Law.

Second, the determination of illegality under Subparagraph 3 should primarily rest on the presence of unfair conduct, such as coercion or undue pressure on member physicians.

Finally, where the actions of a business association are motivated by a bona fide intention to express opposition to public policy, rather than by anti-competitive

* Lecturer at Seoul National University School of Law · Researcher at the SNU law research Institute · Ph.D. in law.

objectives, it would be appropriate to exempt such conduct from the application of competition law – as is the case in the United States, Japan, and Germany.

Keywords : exemption, coercion, business association, Medical Association, decision, political purpose, government policy, suspension, unfairness, Noerr Immunity, freedom of expression, balancing of interests