



독일경쟁제한금지법 개정의 배경이 된 판결의 내용 및 그 평가

이 기 수
고려대 법대 교수

부 일경쟁제한금지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung, 이하 “GWB”라 함) 제 1조는 舊法과 같이 수평카르텔을 금지하는 근본 규칙을 담고 있다. 새로운 규정내용은 “효력을 발생하지 아니한다”는 민법상의 표현을 포기하고 유럽공동체조약(EGV) 제85조제1항과 같이 분명한 카르텔금지를 명백히 규정하고 있다. 이 금지의 민법상의 효과는 동법 제1조에 의거하는 것이 아니라 선량한 풍속에 관한 독일 민법 제134조에 의거하여 나온다. ‘공동목적’(gemeinsamer Zweck)이라는 혼란만 가중시키는 구별개념을 포기하고 그를 ‘상호 경쟁관계에 있는 기업간의 합의’(Vereinbarungen zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen)라는 표현으로 변경하였다. 이 의미는 실재의 경쟁뿐만 아니라 잠재적인 경쟁도 포함하는 개념으로 이해된다. 이와 같이 ‘공동목적’을 ‘상호 경쟁관계에 있는 기업간의 합의’로 바꾼 것은 판례의 문제제기가 있었기 때문이다. 즉 “壓力鑄物”판결(WuW/E BGH 3115), “혈액형검사카드”판결(WuW/E BGH 3121), “鹽泉供給”판결(WuW/E BGH 3137) 및 “기업구속계약”판결(BGH, Ur. v. 12.5.1998, ZIP 1998, 1159)에서 구법 제1조와 제18조의 관계에 대하여 문제가 있음을 알게되었다. 아래에서는 GWB 개정의 배경이 된 판결을 검토한다.

1. “壓力鑄物”판결

이 판결에서는 시간적인 제한없는 고객보호협의의 유효성 여부가 문제되었다. 원고인 유통업자는 피고(제조업자)에게 A회사(고객)를 위하여 계속적으로 壓力鑄物을 주문하였다. 유통업자는 이때 제조자와 고객보호조항을 합의하였는데, 그에 의하면 제조자는 유통업자인 원고의 동의하에만 고객에게 직접 공급하도록 되어 있었다. 그럼에도 불구하고 제조업자는 고객과 직접 거래하기 위하여 이 합의를 해지하였다. 유통업자는 고객보호조항이 유효하다고 주장하며 해지는 부당하다고 항변하였다. 따라서 유통업자는 손해배상청구소송을 제기한 것이다. 뮌헨고등법원은 이 합의가 GWB 제1조에 위반되어 무효라고 선고하였다. 상고결과 독일연방대법원은 이를 파기환송하였다. 연방대법원은 고등법원으로 하여금 사실관계가 구GWB 제18조가 적용되는 경우인지, 아니면 GWB 제1조의 공동목적이 존재하는 경우에 해당하는 것인지를 확정하여야 한다고 하였다.

동 판결의 근거는 다음과 같다.

“상품이나 서비스의 교환에서 경쟁제한이 부수적 합의로 체결된 경우 이 합의는 보통 재화나 서비스의 교환에 보조적 기능을 수행한다. 물품과 서비스교환을 엄격한 금지를 통하여 구속하는 것이 경쟁제한법의 목적이 아니기 때문에 독일연방



대법원은 계속된 판례로 그러한 경쟁제한도 경쟁법적으로 중립적인 계약의 주목적을 도달하기 위하여 합리적으로 요청되는 경우에는 공동의 목적이 없다고 하고 있다(BGH LM 1 GWB Nr. 36). 원고에 의하여 문체제기된 압력주물의 전속적 구입조항은 공동의 목적이 없는 경우로 보아야 한다. 그러한 구입의 구속은 피고가 지속적으로 공급의 준비가 되어 있어야 한다는 점에 대한 정당한 대가로서 급부교환의 범위를 넘어서 공동목적이 있는 경우에 해당하지 않는다고 보아야 한다. 원고의 專屬拘束은 당사자가 압력주물의 거래에 대하여 잠재적인 경쟁자로 등장한다는 점을 통하여 볼 때 어느 정도 정당화된다. 그로 인한 피고의 경제자유의 제한은 수직적 효력도 있다. 여기서 합의된 고객보호조항은 본질적으로는 경쟁제한법적으로는 중립적인 물품의 교환에 향하여져 있다.”

2. “혈액형검사카드”판결

이 판결에서는 혈액수혈전에 신속하게 혈액형을 판단하여 주는 검사카드의 유통이 문제로 되었다. 원고는 제조업자이고 피고는 유통회사의 계약상의 승계자이다. 제조업자는 이 유통회사와 전속적 유통계약을 체결하였다. 그에 의하면 원고인 제조업자는 계약에서 정한 지역에서는 다른 특약점을 두지 않을 것을 약속하였으며, 또한 스스로 직접 유통시키지 않을 것도 약정하였다. 다만 이미 직접 구입하고 있는 일정한 구입자는 예외로 하였다. 원래의 유통회사는 유통을 더이상 하지 않고 피고가 그 대신 전속유통계약에 등장하였다. 당사자사이의 거래가 뜸하여졌을 때 원고는 전속적 유통계약을 해제하였다. 그러나 원고는 피고에게 물품을 계속 공급하였고 그 해지는 없었던 것으로 하려고 하였으며 그 사이에 당사자 사이에

새로운 계약에 대하여 협의를 하고 있는 중이었다. 가치분까지 결부되어 소송적으로 복잡한 사안에서 법원은 특히 전속적 유통계약의 효력을 판단하여야 하였다. 고등법원은 그러한 계약이 GWB 제1조에 의하여 무효라고 하였다. 그러나 독일연방대법원의 경쟁제한재판부는 그러한 구속을 유효하다고 보았다. 그 논거로 합의된 경쟁제한은 경쟁제한법적으로 중립적인 계약목적을 달성하기 위하여 필요하고 공동목적이 존재하지 않는다는 점을 들었다. 즉, GWB 제1조가 아니라 GWB 제18조에 의한 계약이라는 것이다.

구체적인 판결근거는 다음과 같다.

“물품이나 서비스의 교환계약에서 경쟁제한내용이 부수적 합의로 체결되었을 때 그러한 내용은 보통 급부교환에 도움을 주는 것이다. 그러한 급부교환을 엄격한 금지를 통하여 금하는 것이 경쟁제한법의 목적은 아니기 때문에 독일연방대법원의 경쟁제한재판부에서는 지속적인 판결로 그러한 경쟁제한규정이 경쟁제한법적으로 중립적인 주목적을 달성하기 위하여 합리적으로 요청되는 경우는 공동목적이 존재하지 않는 것으로 보아야 한다고 판시하였다(BGH, WuW/E 2285, 2288). 계약물품을 전적으로 제조업자에게서만 구입하기로 하고 경쟁제품을 구입하지 않기로 하는 전속유통계약의 경우가 바로 그러한 경우에 해당한다고 판단하여야 한다. 이는 제조업자가 계속하여 물품을 공급할 준비가 되어 있어야 한다는 점에 대한 반대급부이다.”

3. “鹽泉供給”판결

니더작센의 한 지방자치단체가 원고의 아버지에게 부동산교환의 과정에서 의학적인 치료효과가 있는 온천지역을 양도하였다. 그러나 그 과정



에서 온천수를 경영하는 데 필수적인 鹽泉이 있는 부동산의 일부분을 보유하였다. 특별한 합의에 의하여 염천수공급을 타인에게 하지 않고 그 지역을 보호한다는 약정을 하였다. 즉, 이 지방자치단체는 XY지역의 염천을 경쟁사업자에게 공급하지 않기로 하였다. 그러나 이 지방자치단체는 나중에 부동산부분을 재취득하였고 온천부분의 부동산을 어느 유한회사에게 제공하였다. 이 유한회사는 그 온천부동산에 온천시설을 설치하여 염천수를 제공하여 영업을 하였다. 이에 원고가 아버지의 승계자로서 또 온천시설의 소유자로서 소송을 제기하였다. 우선 지방자치단체를 상대로 유한회사에게 부동산제공금지의 청구를, 그리고 유한회사에게는 경쟁행위의 중지를 청구하였다. 지방법원과 고등법원은 그 합의가 GWB 제1조에 의하여 무효라고 보았다. 이는 상고에 의하여 뒤집어졌다. 연방대법원은 이 경우에도 합의된 경쟁제한내용이 구GWB 제18조에 해당하는지, 영업의 자유와 관련한 정당한 이익이 존재하지 않아 GWB 제1조에 해당하는지 여부를 재심사하라고 하면서 파기환송하였다. 만일 전자에 해당한다면 그러한 구속은 유효하고 후자의 경우라면 무효라는 것이다.

4. “기업구속계약”판결

이 판결에서는 독립한 건물청소업자인 원고는 피고(건물청소기업)와 기업구속계약을 체결하였다. 그 계약에 의하면 원고가 피고의 종업원을 빼가거나 피고와 경쟁관계에 서는 것을 금지하고 있다. 그리고 계약종료 이후 1년동안 피고를 위한 고객보호규정이 포함되어 있었다. 그런데 바로 피고의 경쟁보호에 대하여 분쟁이 발생하였고 그 과정에서 원고는 기업구속계약을 해지하였다. 다

투어지는 쟁점은 원고의 급료지급청구권과 피고의 경쟁금지위반으로 인한 손해배상청구권을 상계할 수 있는지의 여부였다. 원고는 하급심에서 특히 하급심이 계약별규정이 약관의 규제에 관한 법률(AGB-Gesetz)에 위반한다는 이유로 무효라고 하여 승소하였다. 그러나 연방대법원의 경쟁제한재판부는 이러한 판단은 지지하면서도 경쟁금지의 유효함 및 계약별조항과는 관계없는 이유로 원심을 파기하였다. 이 때 연방대법원은 고등법원으로 하여금 고객보호규정이 GWB 제1조에 위반하는지여부를 판단하라고 하였다.

“연방대법원의 카르텔재판부의 확고한 판례에 의하면 교환계약에서 부수적 합의로 채용된 경쟁제한내용은 경쟁의 보장이라는 견지에 비추어보아 경쟁제한을 정당화하는 이익이 존재하지 않을 때에는 GWB 제1조에 위반된다. 이 전제조건이 본 사안에서는 충족되지 않았다. 반대로 경쟁이라는 견지에서 고려하여야 할 이익이 존재한다. 특히 이러한 방법으로만 경쟁법적으로 중립적인 기업구속계약의 주목적을 달성할 수 있기 때문이다.”

5. 평가

이상의 판결이 밝힌 내용은 다음과 같다 : ① 구법 제1조와 제18조는 상호 일반법과 특별법의 관계에 있는 것이 아니라 상호 배제한다. ② 양자의 결정적인 구별기준은 “공동목적”이어서 그것이 존재하면 전적으로 구법 제1조가 적용되고 그것이 존재하지 않으면 구법 제18조만이 적용된다. ③ “공동목적”이라는 기준은 GWB의 목적에 비추어 해석이 필요하다. ④ 그 해석은 과거의 판례처럼 “같은 방향의 이해”에 초점을 두어서는 아니된다. ⑤ 구법 제1조의 의미에서의 공동의 목적은 경쟁제한을 위하여 경쟁자유의 견지에서 인정되는



이익이 존재하지 않는 교환계약에서도 존재한다.

위의 판결에서 독일연방대법원이 “공동의 목적”을 구체화하기 위하여 고유이론(Immanenztheorie)의 요소를 반영하고 있다. 이 때 연방대법원은 전통적인 의미에서의 고유이론을 합리적으로 벗어나려하였고 이를 일부는 판결에서 직접적으로 표현하였다. “혈액형검사카드”판결에서는 “고유의 思考”를 “공동의 목적”의 구성요소로 인정하지 않고 있다. “壓力鑄物”판결에서는 연방대법원은 고유이론에 머물러 있으면서도 여기서도 “공동의 목적”이라는 척도에 연결함에 있어 고유이론의 가치평가를 고등법원보다 합리적으로 관대하게 처리하고 있다. 그리고 “鹽泉供給”판결에서는 고유이론을 넘어서서 경쟁제한금지에 대하여 독자적인 제한을 인정하고 있다. 가장 최근에 선고된 “기업구속계약”판결에서는 “공동의 목적”에 대하여는 언급하지 않았다.

더불어 新法 제1조의 ‘상호합의한 행위유형(aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen)’으로의 독단적인 통합은 舊法 제25조제1항과 유럽공동체조약 제85조제1항과는 달리 수직으로 합의한 행위유형은 더이상 금지되지 아니되는 것으로 이해된다. 독일 카르텔법에서의 전형적인 추정개

념의 유지와 관련하여 보면 실제상의 의미는 그렇게 크지 않다. ‘상호경쟁관계에 있는 기업’의 구성요건표지는 교환계약(쌍무계약이라고 할 수 있으며 여기서는 제1의 계약)에서의 경쟁제한과의 한계설정문제는 해결되지 아니한 채 그대로 남게된다. 新法 제16조(舊法 제18조)에 귀속되는 다수의 交換契約은 최소한 잠재적인 경쟁관계를 야기하게 된다. 만일 경쟁의 자유와 관련하여 평가되어야 할 고찰방법에서 교환계약에서의 경쟁제한에 어떤 인정해야 할 이익이 있을 때에는 지금과 마찬가지로 구성요건 제재에 근거하거나 고유이론(Immanenztheorie)에 근거하여 해결해야만 한다. 하지만 이와 관련하여 과거의 실수를 되풀이해서는 아니되고, 舊法에서의 ‘공동목적’, 新法에서 ‘상호 경쟁관계에 있는’이라는 일정한 구성요건표지를 제한적으로 해석하여야 할 것이다. 新法 제1조에서는 시장관계의 영향력, 즉 카르텔의 외부효과에 관한 규정은 더이상 포함시키고 있지 않다. 하지만 新法으로 질적 변경이 없어야 된다는 점에서 유럽공동체조약 제85조제1항에서와 같이 계속 제1조의 해석에 앞으로도 잠재력과 관련하여 시장관계의 외부효과 혹은 영향력의 구성요건표지는 특별히 필요하게 된다. **공정**

공정거래제도에 관한 여러분의 원고를 기다립니다.

공정한 경쟁질서를 확립하고, 공정거래제도가 국민 각계각층에 확산될 수 있도록 하기 위해 사단법인 한국공정거래협회는 공정거래전문지인 월간「공정경쟁」을 발행하고 있습니다.

「공정경쟁」지는 공정경쟁 사회의 위상을 새롭게 하고 관계전문가들과 함께 공정거래제도에 관한 문제를 여러분과 토론하고자 합니다. 참신하고 의욕적인 여러분의 글을 다음의 주소로 보내주세요.

보 내 곳 : (100-743) 서울특별시 중구 남대문로 47가 45 상의회관 621호
사단법인 한국공정거래협회
「공정경쟁」출판담당자 앞
전 화 : (02)775-8870~2
E-mail : kfca2000@netsgo.com(인터넷), kfca2000(천리안)