

독일 Bockhorner Klinker 사건

홍명수 | 명지대학교 법학과 조교수

I. 사건의 개요와 법적 쟁점

1. 사건의 개요

여기서 다룰 판례는 독일 북서부지역, 특히 니더작센(Niedersachsen) 주 지역을 주된 판매 지역으로 하는 경질벽돌 제조업자들에 관한 사건을 대상으로 한다.¹⁾ 경질벽돌(Klinker)은 벽돌(Mauerziegel), 석회토(Kalksandstein) 그리고 시멘트콘크리트 등과 유사하게 건축자재로서 사용되는 것이다. 위의 지역에 경질벽돌 제조업자들은 구매자들과 지속적으로 가격에 관한 갈등을 빚어 왔으며, 이를 해소하는 방편으로서 공동으로 민법상의 회사(Montagsgesellschaft)와 유한회사(Vereinigten O. Klinkerwerke GmbH, 약칭 VOK)를 설립하였다. 구체적으로 Montagsgesellschaft는 경질벽돌 제조업자 상호간에 가격과 거래조건에 관한 합의를 이루는 수단이 되었으며, VOK는 경질벽돌의 배타적인 판매수단으로 기여하였다. 나아가 Montagsgesellschaft의 정관 제2조는 Montagsgesellschaft의 목적을 참가자들의 공동의 이해에 따라서 VOK를 지배하는 것으로 규정함으로써, 기능상 유기적인 관련성을 가능하게 하였다. 이와 같은 일련의 행위에 의하여 당해 지역의 경질벽돌 제조업자 상호간에 경쟁은 완전히 배제되었으며, 유력한 경질벽돌 판매업자인 Tonvorkommen은 당해 시장에서 퇴출되었다.²⁾

당해 회사의 설립이 독일 경쟁제한방지법(GWB)상 무효인 카르텔에 해당한다는³⁾ 연방카르텔청의 지속적인 경고에도 불구하고, 당해 경질벽돌 제조업자들은 회사조직을 유지하였다. 이

1) BGHSt 21, 18, Kartellsenat, Beschl. vom 27. Januar 1966.

2) BGHSt 21, 18-19면 참조.

3) 구 경쟁제한방지법(GWB-1998년 개정 이전) 제1조.



들이 제시한 항변은, 자신들의 회사설립이 당해 시장에 미치는 영향이 경미하기 때문에 구 경쟁제한방지법 제1조에 해당하지 않는다는 것을 주된 근거로 하였다. 나아가 회사 설립행위가 설사 무효인 카르텔에 해당한다 하더라도 이러한 행위는 자신들의 행위가 경쟁제한방지법에 반하지 않는 것으로 판단한 착오에 기인한 것이고, 따라서 질서위반법(OWiG) 제12조가 면책 사유로서 규정하고 있는 금지착오 규정에 의하여 해당한다는 점에 근거하여, 연방카르텔청이 자신들의 행위에 대하여 구 경쟁제한방지법 제38조제1항제1호에 근거하여 부과한 과태료(Geldbuße)의 적법성을 다투었다. 이에 대하여 법원은 경질벽돌 제조업자들의 항변을 받아들이지 않았으며, 연방카르텔청의 판단을 지지하였다.⁴⁾

2. 법적 쟁점

동 판례에 대한 고찰에 있어서 독일 경쟁제한방지법의 1998년 개정으로 카르텔에 관한 기본 규정, 특히 제1조에 변화가 있었다는 점이 전제되어야 한다. 개정 이전 카르텔에 관한 기본 규정인 경쟁제한방지법 제1조제1항제1문은 “사업자 또는 사업자단체가 공동의 목적으로 체결한 계약 그리고 사업자단체의 결의는 경쟁제한에 의하여 재화 또는 용역의 생산 또는 거래에 관한 시장상황에 영향을 미치는 한 무효이다(Verträge, die Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen zu einem gemeinsamen Zweck schließen, und Beschlüsse von Vereinigungen von Unternehmen sind unwirksam soweit sie geeignet sind, soweit sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen)”라고 규정하고 있었고, 1966년에 이루어졌던 동 판례 역시 이 규정에 근거하여 당해 행위의 위법성을 판단하고 있다. 1998년의 개정에 의하여 카르텔에 관한 기본규정에 해당하는 동 법 제1조는 “경쟁의 방해, 억제 또는 왜곡을 목적하거나 이에 영향을 미치는, 상호 경쟁관계에 있는 사업자들의 합의, 사업자 단체의 결의 및 동조적 행위는 금지된다(Vereinigungen zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sind verboten)”는 것으로 변경되었다. 카르텔에 관하여 규정하고 있는 EC조약 제81조제1항에 많은 영향을 받은 것으로 보이는 이러한 변화에 관하여, Emmerich는 법적 효과

4) BGHSt 21, 19-23면.

의 측면에서 카르텔의 무효를 규정하던 태도에서 금지를 규정하는 방식으로 전환된 것, 수직적 카르텔과의 구별기준으로서 종래 사업자 사이의 공동의 목적을 요구하던 것에서 사업자가 상호 경쟁관계에 있을 것을 요구하는 것으로 변경된 것⁵⁾ 그리고 새로운 법률이 경쟁제한을 목적으로 하거나 이에 영향을 미치는 합의를 명시적으로 동일하게 다룸으로써⁶⁾ 종래 '생산 또는 거래에 관한 시장상황에 영향을 미치는'이라는 규정을 둘러싸고 전개되었던 다툼을 종식시켰다는 점 등을 개정의 의의로써 지적하고 있다.⁷⁾ 그러나 당해 사건에서의 법적 쟁점은 현행 독일 경쟁제한방지법 하에서도 기본적으로 유지되는 것으로 볼 수 있으며,⁸⁾ 나아가 우리 독점규제법의 해석에 있어서도 의미 있는 시사점을 제공하고 있다.

우선 이 사건에서 경질벽돌 제조업자들이 설립한 회사는 그 성격상 합작기업(Gemeinschaftsunternehmen)에 해당하는 것으로서, 이때 합작기업의 설립에 관한 규율이 카르텔 규제로서 이루어질 것인지 또는 기업결합에 관한 규제에 의할 것인지에 관한 판단이 선결되어야 한다. 또한 시장획정을 전제로 하여 당해 카르텔의 경쟁제한적인 효과가 감지가능한(spürbar) 것인지와 카르텔 규제의 불문의 요건에 해당하는지가 검토되어야 한다. 끝으로 동 판례는 경쟁법 영역에서 금지착오에 관한 중요한 선례에 해당한다.

II. 법적 쟁점의 검토

1. 합작기업(Gemeinschaftsunternehmen)의 문제

당해 사건에서 제조업자들은 공동의 영업소로서 유한회사의 법적 형태로 합작기업을 설립하였다. 다수 사업자들의 공동의 자회사는 경제력 집중과 같은 효과를 누릴 수 있고, 때문에 경쟁제한방지법은 기업결합통제에서 사업자단체의 설립 또는 획득을 특정한 조건 아래 모회사의 기업결합으로서 다루고 있다(제37조제1항제3호제2문).⁹⁾ 그럼에도 이와 같은 모회사들의 부분

5) 이는 해석상 여전히 수직적인 관계에서의 합의가 카르텔에 포함되는 것으로 이해되는 EC조약 제81조제1항과의 차이를 보여준다.

6) 구범상 '공동의 목적'의 해석에 관하여 전개되었던 논의에 있어서, 우선 대상이론(Gegenstandstheorie)은 당사자간의 관계에 있어서 법적인 구속을 요구하였으며, 효과이론은 경쟁관계에 미치는 효과에 기초하여 공동의 목적을 판단할 것을 주장하였다. Fritz Rittner, Wettbewerbs- und Kartellrecht, C. F. Müller, 1999, 194면 참조.

7) Volker Emmerich, F lle zum Wettbewerbsrecht 4. Aufl., C. H. Beck, 2000, 37-38면.

8) 위의 책, 37면 이하.



적 결합의 경우에 사업자단체의 설립에 대한 카르텔금지(1조)의 적용가능성이 근본적으로 배제되지 않는다. 모회사들이 단지 그들의 참가권을 보유하는 것에 지나지 않고, 반면에 합작기업은 '새로운 독자적인 계획통일체'로서 시장에 나타나 완전한 기능을 행사할 경우에만 카르텔 규제의 배제가 가능할 것이다.¹⁰⁾

이 사례에서는 카르텔 규정의 적용을 배제할 수 있는 근거가 제시된 것으로 보이지 않으며, 전체 경질벽돌 제조업자들(모회사들)은 사업자단체와 별개로 여전히 시장에서 활동하고 있다. 따라서 유한회사의 설립에 대한 제1조의 적용가능성이 - 경우에 따라서는 제35조 이하의 적용가능성과 병존하여 - 방해되지 않는 것으로 보아야 한다.

2. 감지가능성(Spürbarkeit)에 관한 판단

개정 이전 카르텔금지에 관한 제1조의 해석에 있어서, 불문의 표지로서 당사자의 합의 등이 시장에 미치는 영향이 최소한 감지가능 할 것이 요구되었다.¹¹⁾ 이때의 감지가능성은 시장에 미치는 영향이 본질적으로 또는 단지 이론적인 가능성으로 존재하는 것이 아닌, 시장상황의 구체적인 의미에서의 변동을 의미하는 것으로 이해되었으며, 이에 관한 결정적인 기준으로서 '구매자의 대체가능성의 축소'가 제시되고 있다.¹²⁾

개정 이후에도, 유사하게 규정된 EC조약 제81조제1항의 적용에 있어서 해석상 감지가능성이 요구되고 있다는 점에¹³⁾ 비추어, 제1조의 해석상 여전히 감지가능성은 카르텔금지의 요건으로서 이해되고 있다.¹⁴⁾

9) GWB 제37조제1항제3호제2문: 다수의 기업이 동시에 또는 순차적으로 위에 표시된 범위에 해당하는 다른 기업에 대한 지분을 취득하는 경우에 이것도 그 다른 기업이 활동하는 시장에 관하여 당해 기업 상호간의 결합으로 본다 (Erwerben mehrere Unternehmen gleichzeitig oder nacheinander Anteile im vorbezeichneten Umfang an einem andern Unternehmen, gilt dies hinsichtlich der Märkte, auf denen das andere Unternehmen tätig ist, auch als Zusammenschluß der sich beteiligenden Unternehmen untereinander).

10) Volker Emmerich, 주 7)의 책, 39면.

11) 동 개념은 실무상 중요하지 않은 경쟁제한을 카르텔금지의 적용에서 배제하는 것을 목적으로 하여 전개된 것으로 이해된다. Gerhard Wiedemann hrsg., Handbuch des Kartellrechts, Kurt Stockmann, § 7, C. H. Beck, 1999, 147면 이하.

12) Volker Emmerich, 주 7)의 책, 43면.

13) Christian Calliess & Matthias Ruffert hrsg., Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Wolfgang Weiß, Art. 81, Luchterhand, 2002, 1033면 이하에서는, 카르텔법 위반 행위자들의 시장점유율의 합계가 5%정도일 것을 감지가능성의 대략적인 기준으로 제시하고 있다.

14) Volker Emmerich, 주 7)의 책, 43면.

감지가능성 판단의 기준으로서 '구매자의 대체가능성'은 관련시장의 획정을 전제하며, 이러한 획정은 공간적 그리고 물적으로 분리된다. 위 사례에서 공간적 관련시장의 획정은 제조물이 운송비용의 비중이 매우 높은 상품이라는 점 그리고 경질벽돌 사용이 지역적으로 독일 북서부에 제한된다는 점 등을 고려하여야 하며, 따라서 공간적 관련시장을 독일 북서부지역으로 제한하는 것은 타당하다. 물적 관련시장의 획정에 있어서는 제품과 인접제품의 관계를 고려하여야 한다. 이에 관하여 Emmerich는 수요시장개념(Bedarfsmarktkonzept)을 원용하여 인접제품이 동일한 사용목적에 위하여 전용에 따른 상당한 부담 없이 대체될 수 있는지를 기준으로 삼고 있다. 이러한 근거하에 위 사례에서 일반적인 벽돌(Mauerziegel)은 경질벽돌과 동일한 시장을 형성한다고 볼 수 있지만, 그 밖의 건축자재는 경질벽돌과 동일 시장을 구성하는 것으로 보기 어려울 것이다.

이와 같이 획정된 관련시장에 기초하여 볼 때, 당해 시장에서 거의 모든 경질벽돌 제조업자들이 계약에 참가하고 있으며, 따라서 고객의 대체가능성은 축소된다고 보여지므로, 감지가능성은 인정될 수 있을 것이다.

3. 금지착오의 문제

연방카르텔청의 과태료 부과와 관련하여 경질벽돌 제조업자들의 행위가 비난받을 수 없는 금지착오의 상태에서 이루어진 것이라면, 면책될 수 있을 것이다. 당해 사건의 경우에 경질벽돌 제조업자들은 그들 카르텔의 미미한 시장영향 때문에 제1조를 적용가능한 것으로 고려하지 않았다는 주장을 전개하였으며, 이는 경쟁제한의 감지가능성이라는 기술되지 않은 구성요건 표시의 해석에 관한 착오로서 금지착오에 해당한다.

결국 이러한 금지착오가 회피가능한 것이었는지가 문제가 되는데, 법원은 무엇보다 연방카르텔청이 경질벽돌 제조업자들에게 계속적인 카르텔금지 위반에 대한 경고를 하였다는 점을 지적하였다.¹⁵⁾ 연방카르텔청은 과태료를 부과하기 이전 1963년 2월 21일의 최종적인 서신에서 경질벽돌 제조업자들의 카르텔금지 위반을 분명하게 설명하였으며, 특히 동 서신은 다른 건축재료에 관한 1962년 7월 7일의 연방대법원의 판결에서 실질성(Spürbarkeit)이 인정되고 있다는 점을 인용하고 있었다. 이러한 상황에 비추어 볼 때, 해당 사업자들의 금지착오가 회피가능한 것으로 보기는 어려우며, 따라서 과태료의 부과는 타당한 것으로 볼 것이다.

15) BGHSt 21, 19면 참조.



III. 우리 독점규제법 관점에서의 평가

1. 경쟁제한성 판단

독점규제법은 제19조제1항에서 일련의 행위를 각 호에 규정하고 “사업자는 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 할 것을 함의하여서는 아니된다”고 규정하고 있다.

동 규정상 경쟁제한의 해석과 관련하여, 공동행위의 구조상 경쟁제한의 개연성이 매우 높고, 따라서 제한된 범위에서만 경쟁제한성의 엄격한 심사가 요구된다고 보는 견해가 유력하다.¹⁶⁾ 이때 독일 경쟁제한방지법상 카르텔금지의 불문의 표지로서 감지가능성은 심사의 기준으로 원용될 수 있을 것이다.

2. 새로운 회사의 설립

독점규제법 제19조제1항제7호는 부당한 공동행위의 태양으로서 “영업의 주요부문을 공동으로 수행하거나 관리하기 위한 회사 등을 설립하는 행위”를 규정하고 있다. 동 규정은 회사설립을 통한 참가 기업들간의 경쟁제한을 금지하는 것에 취지를 두고 있으며, 위 사례에서 경질벽돌 제조업자들이 민사회사와 유한회사를 설립하는 행위는 동 규정에 해당한다고 볼 것이다. 다만 독점규제법상으로도 위 사례에서의 회사의 설립이 기업결합으로서 규제될 가능성은 충분하며(동 법 제7조제1항제5호), 따라서 양자의 경합가능성에 대한 검토가 요구된다. 이에 대하여 앞에서 언급되었던 모기업 활동의 제한과 ‘독립적인 계획단일체’로서의 신설회사의 존재는 판단의 기준으로서 원용될 수 있다고 본다.

3. 금지 착오

위 사례에서 제기되었던 금지착오의 문제는 독점규제법의 적용에 있어서도 검토될 수 있다. 특히 형벌의 부과에 대해서는 금지착오 법리의 적용이 당연한 것이지만, 이외에도 행정제재별적인 성격을 갖고 있는 것으로 이해되는 과징금의 부과에 대해서도 검토의 여지는 있다.

16) 권오승, 경제법, 법문사, 2002, 279-280면.