

RESEARCH ARTICLE

The necessity and direction of revision of Article 15 of the Unfair Competition Prevention Act

Myungsoo Kang^{1,2}

¹Professor, Law School, Pusan National University, Republic of Korea

²Attorney, Republic of Korea

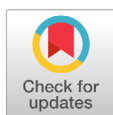
*Corresponding Author: Myungsoo Kang (msk0906@pusan.ac.kr)

ABSTRACT

Article 15 of the Unfair Competition Prevention Act is ambiguously worded, making it difficult to interpret. Moreover, there is the problem of no penalty without a law in that criminal punishment is possible depending on the interpretation. Regarding the Supreme Court's standards of interpretation, there are questions as to whether the specific direction of interpretation is correct depending on the difference in wording between the 1961 enacted law and the 1986 revised law, and whether the interpretation is consistent with the wording of the conflict provision. If so, it is judged appropriate to revise the current regulations rather than maintain them. It is difficult to find legislative examples of the current regulations. On receiving criticism after the enactment of similar legislation in Japan a long time ago, the regulations were deleted. Considering that each law has its own legislative purpose, and irrespective of whether the current regulations are retained or revised, the Unfair Competition Prevention Act will ultimately be applied to the abusive exercise of trademark rights and similar cases; this issue seems to be sufficiently resolved through interpretation theory. Hence, it seems appropriate to delete the provision.

KEYWORDS

Unfair Competition Prevention Act, relationship to other laws, abuse of trademark rights, no penalty without a law, conflict provision



Open Access

Citation: Kang M. 2024. The necessity and direction of revision of Article 15 of the Unfair Competition Prevention Act. The Journal of Intellectual Property 19(1), 109-129.

DOI: <https://doi.org/10.34122/jip.2024.19.1.109>

Received: December 29, 2023

Revised: January 26, 2024

Accepted: February 29, 2024

Published: March 30, 2024

Copyright: © 2024 Korea Institute of Intellectual Property

Funding: The author received manuscript fees for this article from Korea Institute of Intellectual Property.

Conflict of interest: No potential conflict of interest relevant to this article was reported.



This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>) which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided that the article is properly cited, the use is non-commercial and no modifications or adaptations are made.

원저

부정경쟁방지법 제15조의 개정 필요성 및 개정 방향에 관한 고찰*

강명수^{1,2}

¹부산대학교 법학전문대학원 교수, ²변호사

*교신저자 : 강명수 (msk0906@pusan.ac.kr)

차례

1. 서론
2. 다른 법률과의 관계 규정에 관한 우리나라와 일본의 논의
 - 2.1. 부정경쟁방지법 제15조의 제·개정 경과 및 주요 쟁점
 - 2.1.1. 현행법 규정 및 입법 연혁
 - 2.1.2. 현행 규정에 대한 주요 쟁점
 - 2.2. 일본의 입법 및 폐지 상황
 - 2.2.1. 다른 법률과의 관계 규정 제정 및 개정 상황
 - 2.2.2. 입법 이후의 논쟁과 동 규정의 삭제
3. 우리 법 규정에 대한 의문과 개정의 필요성
 - 3.1. 저촉관계 입법의 이유 및 타당성
 - 3.1.1. 1986년 개정의 이유
 - 3.1.2. 저촉관계 입법에 따른 해석상의 차이
 - 3.2. 현행 규정의 해석상 문제점
 - 3.2.1. 저촉 규정에 대한 위헌성 문제
 - 3.2.2. 대법원 판례의 해석 기준 및 비판론
 - 3.3. 현행 규정의 타당성에 대한 견해
4. 현행 규정의 개정 필요성 및 개정 방향
 - 4.1. 현행 규정의 개정 필요성
 - 4.1.1. 저촉규정의 의미에 대한 문제
 - 4.1.2. 실제 적용 사례에 대한 문제
 - 4.2. 현행 규정의 개정 방향
 - 4.2.1. 개정 방향에 대한 검토 및 폐지의 타당성
 - 4.2.2. 동 규정의 개정 방향
5. 결론

국문초록

부정경쟁방지법 제15조는 문언 자체가 모호하여 해석론상 의문의 여지가 있고 특히 동 규정의 해석에 따라 형사처벌까지 가능하다는 점에서 죄형법정주의 문제도 제기된 바 있다. 동 규정에 대한 대법원의 해석 기준에 대해서도 1961년 제정법과 1986년 개정법의 문언상의 차이에 따라 구체적인 해석 방향이 달라지는게 맞는지의 의문과 함께 저촉 규정이라는 문언에 부합하는 해석인지 의문이 있다. 그리고 이러한 취지에서 판례를 비판하는 견해도 수긍되는 바가 있다. 그렇다면 현행 규정을 존치시키기보다 이를 개정하는 것이 타당하다고 판단되고, 개정의 방향은 동 규정의 삭제 또는 수정이 될 수 있다. 현행 규정에 대한 입법례를 찾아보기 어렵고, 일본에서도 유사한 입법을 한 이후 많은 비판을 받아 오다가 오래전에 동 규정을 삭제하였으며, 각 법률마다 고유한 입법취지와 목적, 규율대상이 있어 부정경쟁방지법의 후순위 적용을 인정할 근거가 부족한 점, 현행 규정의 존치나 수정개정에 의하더라도 결국 상표권 등의 남용적 행사에 대해 부정경쟁방지법을 적용한다는 것이 되어 해석론으로 충분히 해결가능하다고 보여지는 점 등을 고려해 볼 때, 동 규정을 삭제하는 것이 타당하다고 생각된다. 다만 동 규정의 폐지가 아닌 개정을 한다면, 현행 규정에 대한 대법원의 해석 기준과 적용사례, 일본에서의 법 운영 현황 등을 고려하여 제1항을 ‘~정당한 권리행사라고 인정되는 행위에 대해서는 부정경쟁방지법을 적용하지 아니한다.’는 형태로 개정함이 타당할 것이다.

주제어

부정경쟁방지법, 다른 법률과의 관계, 상표권 남용, 죄형법정주의, 저촉규정

1. 서론

「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」¹⁾(이하 ‘부정경쟁방지법’이라 한다) 제15조는 ‘다른 법률과의 관계’라는 제목하에 특허법 등과 부정경쟁방지법의 적용기준을 규정하고 있다. 동 규정은 1961년 부정경쟁방지법 제정 당시부터 입법되었던 것을 1986년 개정에 의해 표현을 수정하였고 1998년 개정법에서 제1항과 제2항으로 분리하면서 지금의 형태를 유지하고 있다. 해당 규정에 대해 대법원은 상표권 등의 취득이나 행사가 상표법에 따른 정당한 것이 아니고 상표권 남용에 해당하는 경우에는 제15조가 적용되지 않아 부정경쟁방지법으로 규제할 수 있다고 판단한다. 대법원 판례에 의해 해석 기준이 어느 정도 정립된 것으로 보여지고 따라서 향후의 법 운용에 있어 근본적인 문제가 있다고 할 수는 없지만, 현행 규정이 내포하고 있는 문제가 있다면 그러한 문제를 최소화하는 방향으로 개정하는 것이 타당할 수 있다. 우리 부정경쟁방지법 제15조는 일본의 입법을 참고한 것으로 보여지지만, 일본은 해당 규정을 입법한 후 여러 가지 비판에 직면했고 결국 1993년에 그 규정을 삭제하였음에 반해, 우리는 해당 규정을 존치하고 있을 뿐만 아니라 규정의 문언도 일본의 입법과 다른 형태로 바뀌었다.

이러한 우리법의 특유한 입법 내용은 ‘무엇이 부정경쟁방지법과 다른 규정에 해당하는지’라는 기본적인 문제를 제기하게 되고, 또한 실제 사안에서 문제되는 ‘상표권 등 남용’이 과연 ‘부정경쟁방지법과 다른 규정이 아닌 것’으로서 부정경쟁방지법을 적용한다는 대법원 판단이 타당한지의 의문을 갖게 한다. 그리고 이러한 의문을 검토하기 위해서는 우리법과 일본법의 제·개정 경과, 일본에서의 동 규정 삭제 배경 등을 살펴볼 필요가 있다. 그 과정에서 1961년 제정법 당시 일본의 입법과 같은 형태를 취했다가 1986년 개정에 의해 문언 내용이 변경된 이유가 무엇인지, 그리고 그와 같은 문언 자체의 변경에 의해 실제 해석 적용에 있어 어떠한 차이가 있는지 확인해 볼 수 있다. 이러한 확인을 통해 현행법을 그대로 유지하는 것보다는 개정이 타당하고, 개정의 방향으로는 동 규정을 삭제하는 것과 특허권 등의 정당한 행사에 대해서는 부정경쟁방지법을 적용하지 않는다는 형태로 개정하는 것이 대안임을 알 수 있다.

이하에서는 이러한 방향에서 우리나라와 일본의 제·개정 현황을 살펴본 후, 우리법 규정의 문제점(문언 자체의 모호성, 실제 사안 적용에서의 문제점 등)을 검토하고, 이를 바탕으로 현행 규정의 개정 방향을 제시하면서 개정(안)도 제안해 보기로 한다.

2. 다른 법률과의 관계 규정에 관한 우리나라와 일본의 논의

2.1. 부정경쟁방지법 제15조의 제·개정 경과 및 주요 쟁점

2.1.1. 현행법 규정 및 입법 연혁

현행 부정경쟁방지법 제15조²⁾는 제1항과 제2항으로 구성되어 있으며, “「~법」에 부정경쟁방지

* 이 글은 지난 2023. 12. 14. 특허청-한국지식재산학회 주최로 발명진흥회에서 진행된 「부정경쟁방지법 개정방안 세미나」에서의 발표 자료를 수정·보완한 것임.

1) [시행 2023. 9. 29.] [법률 제19289호, 2023. 3. 28., 일부개정] 기준.

2) 제15조(다른 법률과의 관계) ① 「특허법」, 「실용신안법」, 「디자인보호법」, 「상표법」, 「농수산물 품질관리법」, 「저작권법」 또는 「개인정보 보호법」에 제2조부터 제6조까지 및 제18조제3항과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다. <개정 2011. 6. 30., 2013. 7. 30., 2021. 12. 7.>

② 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」, 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」, 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 또는 「형법」 중 국기·국장에 관한 규정에 제2조제1호라목부터 바목까지, 차목부터 파목까지, 제3조부터 제6조까지 및 제18조제3항과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다. <개정 2013. 7. 30., 2018. 4. 17., 2021. 12. 7.> [전문개정 2007. 12. 21.]

법과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다.”고 규정하고 있다. 이러한 규정의 취지는 상표법 등 다른 법률에 부정경쟁방지법의 규정들과 다른 규정이 있는 경우에는 그 법에 의하도록 한 것에 지나지 아니하므로 상표법 등 다른 법률에 의하여 보호되는 권리일지라도 그 법에 저촉되지 아니하는 범위 안에서는 부정경쟁방지법을 적용할 수 있다는 것으로 이해된다.³⁾

동 규정의 입법 연혁을 살펴보면, 1961년 ‘부정경쟁방지법’ 제정 당시 제7조는 “제7조(무체재산권행사행위에 대한 적용의 제외) 제2조제1호 및 제2호, 제3조, 전조제1항 및 제2항과 제8조 제2호의 규정은 특허법, 실용신안법, 의장법, 상표법 또는 상법중상호에 관한 규정에 의하여 권리를 행사하는 행위에 대하여는 적용하지 아니한다.”고 규정하였고, 이후 1986년 전부개정에서 제9조로 위치가 이동하면서 「독점규제및공정거래에관한법률」 및 「형법중 국기·국장에 관한 규정」이 추가되었고 내용도 현행과 같이 “~과 다른 규정이 있는 경우에는 그 법에 의한다.”로 바뀌었다. 이후 1991년 개정에서 영업비밀보호에 관한 규정이 추가됨에 따라 조문의 위치가 현재와 같이 제15조로 이동하면서 ‘상법 중 상호에 관한 규정’이 제외되었다. 그리고 1998년 개정법에서 현행과 같이 제1항과 제2항을 분리하였으며, 이후 법률들의 추가 등을 거쳐 현재에 이르고 있다.

2.1.2. 현행 규정에 대한 주요 쟁점

부정경쟁방지법 제15조의 제정 및 개정 경위에 의하면 다음과 같은 3가지 점을 중심으로 동 규정의 타당성을 살펴볼 필요가 있다.

첫째, 1961년 제정법에서 제7조를 신설한 이유가 무엇인지이다. 1961년 제정법에서는 특허법 등에 의하여 권리를 행사하는 행위에 대하여는 부정경쟁방지법을 적용하지 아니한다고 하여, 부정경쟁방지법이 특허법 등에 대한 보충적 성질이 있음을 규정하였다. 하지만 특허법 등과 부정경쟁방지법은 독자적인 입법 목적과 규율 대상을 두고 있으며, 따라서 특허법 등이 적용된다고 하여 부정경쟁방지법 적용을 배제해야 할 이유는 없다.⁴⁾ 그리고 이런 규정을 둔 입법례도 찾아보기 어렵다.

둘째, 1986년 개정시 제정법과 달리 ‘~다른 규정이 있는 경우에는 그 법에 의한다.’로 표현을 수정한 이유이다. 제정법에서는 법리적 타당성은 논외로 하더라도, 법 규정 자체에 의하면 특허법 등에 따라 권리행사를 하는 경우 부정경쟁방지법을 적용하지 않는다고 하여 해석론적으로는 의문의 여지가 별로 없고, 그러한 입법 형태로 인해 문제가 지적된 것도 없다. 그런데 1986년 개정에서는 이에 대해 ‘~다른 규정이 있는 경우 그 법에 의한다.’라고 표현을 수정하였는데, 그와 같이 개정한 이유가 무엇인지(즉, 제정법 규정에 어떤 문제가 있어 개정한 것인지, 아니면 적용 범위를 명확히 하기 위한 취지인지 등)와 개정에 따른 해석상의 문제(‘~다른 규정’이 무엇을 말하는 것인지)는 없는지이다.

셋째, 1998년 개정시 제1항과 제2항을 분리한 이유이다. 현행 부정경쟁방지법도 이 개정에 따른 형태를 유지하고 있는데, 제1항과 제2항으로 분리한 것은 적용대상이 저촉규정이 달라서인지, 아니면 제1항과 제2항에 규정된 법률들의 성질이 달라서인지 여부이다.

이러한 사항들을 검토함으로써, 현행 규정이 가지고 있는 문제점을 파악하고 개정방향을 찾

3) 정상조 외 17인, 「부정경쟁방지법 주해」, 박영사, 2020, 651면(김병일 집필).

4) 박태일, “디자인권과 상표권 및 부정경쟁행위 사이의 충돌”, 디자인법연구회(편), 디자인보호법 판례연구, 박영사, 2019, 607면에서는 “부정경쟁방지법의 법적 지위에 대하여는 논란의 여지가 있으나 타인의 영업상의 표지를 모용하는 행위를 규제함으로써 영업상의 표지를 보호하고, 영업비밀 침해행위 금지를 통하여 영업비밀을 보호한다는 점에서, 특허법, 실용신안법, 디자인보호법, 상표법 등과 같이 지적재산권법의 한 부분”이라고 한다.

아볼 수 있을 것이다. 그리고 이를 위해서는 먼저 우리 입법에 참고가 된 것으로 보이는 일본의 입법 상황을 살펴볼 필요가 있겠다.

2.2. 일본의 입법⁵⁾ 및 폐지 상황

2.2.1. 다른 법률과의 관계 규정 제정 및 개정 상황

일본은 昭和9年(1934년) 부정경쟁방지법 제정⁶⁾ 당시 第6条(工業所有權の行使に係る適用除外規定)를 입법하였는데, “제1조 제1항 제1호, 제2호 및 제4조 제1항 내지 제3항의 규정은 특허법, 실용신안법, 의장법 또는 상표법에 의한 권리의 행사로 인정되는 행위에 대해서는 적용하지 아니한다.”고 하였다.⁷⁾ 이러한 제정법 규정은 1938년 개정,⁸⁾ 1950년 개정,⁹⁾ 1965년 개정,¹⁰⁾ 1990년 개정¹¹⁾에서 사소한 인용 규정 변경 등만 반영된 채 실질적인 내용 변경 없이 그대로 유지되었다. 폐지되기 전 최종 규정인 1990년 개정법 제6조¹²⁾는 “제1조 제1항 제1호, 제2호 및 제2항, 제1조의2 제1항, 제2항 및 제4항, 제4조 제1항 내지 제3항, 제4조 제2의2, 제5조 제2호의 규정은 특허법, 실용신안법, 의장법 또는 상표법에 의한 권리행사로 인정되는 행위에 대해서는 적용하지 않는다.”고 규정하였다.

일본에서는 1934년 부정경쟁방지법이 제정될 당시 동법 제6조의 제정배경과 관련하여 “상표권 등은 특허권, 즉 나라가 권리로 인정하여 부여한 것이므로 이러한 권리를 행사할 경우에 바로 부정경쟁방지법에 의하여 이를 금지하는 것에는 문제가 있다. 우선 상표법 등이 정하는 절차에 따라 권리를 무효로 한다. 이처럼 권리를 소멸시키고나서 부정경쟁방지법의 적용을 받도록 하였다. 권리가 권리로서 존재하는 경우에 그 권리를 소멸시키지 아니하고 곧바로 부정경쟁방지법에 의하여 단속하는 것은 온당하지 않다. 이와 같은 점에서 제6조의 특별규정을 두게 된 것”이라는 설명이 있었다고 한다. 즉, 부정경쟁방지법 제6조의 제정에는 일정한 절차를 거쳐 등록됨을 전제로 하는 공업소유권을 우선시키려는 정책적인 배려가 있었고, 그러한 이유에서 등록을 전제로 하지 아니하는 저작권 등에 기한 권리행사에 관하여는 유추적용할 여지가 없다고 해석되었다.¹³⁾ 또한 같은 이유에서 특허권 등의 권리행사 결과 주지표시자에 대해 상품주체 또는 영업주체 혼동행위를 야기할 우려가 있다 하더라도 권리행사행위는 원칙적으로 부정경쟁행위가 되지 않는다고 보았다.¹⁴⁾

5) 貞廣知行, “旧不正競争防止法の改正”, IUPACとCASの化合物命名法, <<http://nomenclator.la.coocan.jp/i/p/suprev/rev/unfcp.htm#r001>>, 검색일: 2023. 12. 27.

6) 不正競争防止法(昭和九年法律第十四号).

7) 不正競争防止法(昭和九年法律第十四号) / 昭和9(1934)年, 1935. 1. 1. 시행.

第六条 第一条第一項第一号第二号及第四条第一項乃至第三項ノ規定ハ特許法、実用新案法、意匠法又ハ商標法ニ依リ權利ノ行使ト認メラルル行為ニハ之ヲ適用セス

8) 昭和13年8月1日施行 不正競争防止法中改正法律(昭和13年法律第2号) / 昭和13(1938)年, 1938. 8. 1. 시행.

9) 昭和25年5月1日施行 不正競争防止法の一部を改正する法律(昭和25年法律第90号) / 昭和25(1950)年, 1950. 5. 1. 시행.

10) 昭和40年8月21日施行 特許法等の一部を改正する法律(昭和40年法律第81号) / 昭和40(1965)年, 1965. 8. 21. 시행.

11) 平成3年6月15日施行 不正競争防止法の一部を改正する法律(平成2年法律第66号) / 平成2(1990)年, 1991. 6. 15. 시행.

12) 第六条 第一条第一項第一号及第二号並ニ第二項、第一条ノ二第一項、第二項及第四項、第四条第一項乃至第三項、第四条ノ二並ニ第五条第二号ノ規定ハ特許法、実用新案法、意匠法又ハ商標法ニ依リ權利ノ行使ト認メラルル行為ニハ之ヲ適用セス

13) 도두형, “부정경쟁방지법과 공업소유권법의 적용순위”, 「인권과정의」, 제206호(1993), 89면.

14) 小野昌延, 「注解不正競争防止法」, 有信堂, 1961, 245頁; 豊崎光衛, 「工業所有權法」, 新版, 有斐閣, 1975, 472頁.

2.2.2. 입법 이후의 논쟁과 동 규정의 삭제

일본에서 부정경쟁방지법 제6조를 신설하고 유지해 오는 과정에서 많은 비판이 제기되었다. 즉, 일본에서는 오히려 상표법 등은 본래 부정경쟁방지법의 하위법으로서의 위치를 갖는다는 학설이 지배적이고,¹⁵⁾ 더욱이 대부분의 국가에서도 부정경쟁방지법의 법리는 공업소유권에 우선한다는 것이 정설이라고 한다.¹⁶⁾ 따라서 일본에서도 구법 당시 부정경쟁방지법 제6조의 폐지를 주장하거나 극히 한정적으로 해석하여야 한다는 학설이 유력하였다.¹⁷⁾ 또한 동 규정은 다른 입법례에서는 찾아보기 어려운 규정인 점도 지적되었고, 이러한 문제점들을 고려하여 상품주체 등 혼동을 초래하는 방식으로 상표권을 행사하는 것은 상표권 남용으로 보아 부정경쟁방지법을 적용하는 판결례들이 있었다.¹⁸⁾ 한편, 상표법은 등록주의를 채택하고 있어 등록되지 않은 표장의 보호가 어렵고 이를 부정경쟁방지법의 영역에서 보호하는 분리된 체계를 염두에 둔 것이지만, 상표법도 결국 일반 수요자들의 오인혼동을 방지하고 건전한 거래질서를 유지하는데 그 목적이 있어 실질적으로는 부정경쟁방지법의 목적과 같다는 점에서 특허권 등 우선원칙을 규정하고 있는 제6조는 폐지하는 것이 타당하다는 지적도 있었다.¹⁹⁾

뿐만 아니라 제6조 규정에 의해 무효사유나 취소사유 등이 있는 상표권이라 하더라도 상표법에 따른 무효심판 또는 취소절차를 거쳐서 상표권의 효력을 소멸시키지 않는 한 부정경쟁방지법을 적용할 수 없어 불합리(더욱이, 무효사유 중 제척기간 5년을 경과한 경우에는 부정경쟁방지법 적용의 여지가 없게 됨)하다는 지적이 있었다.²⁰⁾ 그리고 이러한 상황에서 법 제정 이후 변화된 상황을 반영하기 위한 전면 개정의 필요성이 제기되고, 1992년 7월부터 WIPO에서 부정경쟁방지법의 국제적인 조화를 목적으로 모델법 준비작업이 개시된 상황을 반영하여, 1993년 전면 개정(1994. 5. 1. 시행)²¹⁾에서 제6조를 삭제하였다.²²⁾ 구 부정경쟁방지법 제6조를 삭제한 1993년 개정 당시 입법자는, 동 규정의 삭제로 형식적으로 상표권 등의 적용을 우선하는 것은 불가능하게 되었고, ‘두 법의 상호간의 조정은 권리남용은 허용되지 않는다는 일반원칙에 의해 처리’하고 산업재산권의 정당한 행사에 대해서는 기존과 같이 처리한다는 것을 토대로 개정한 것으로 설명된다.²³⁾

3. 우리 법 규정에 대한 의문과 개정의 필요성

3.1. 저촉관계 입법의 이유 및 타당성

3.1.1. 1986년 개정의 이유

일본에서의 관련 규정 제정 및 폐지 현황에서 알 수 있듯이 일본은 우리의 1961년 제정법과 같은 형태로 입법하였고 폐지할 때까지 그러한 입법 형태를 유지하였다(편의상 이하에서는 ‘선후

15) 田倉整·元木伸 編, 「實務相談 不正競争防止法」, 商事法務研究会, 1989, 328頁(도두형, 앞의 논문, 90면에서 재인용).

16) 豊崎光衛 et al., 「不正競争防止法」, 第一法規出版株式会社, 1983, 361頁. 다만, 이 주장에 대한 근거는 따로 밝히고 있지 않은데, 그러한 견해가 제외국의 정설인지에 대해서는 의문이 있을 수 있다.

17) 도두형, 앞의 논문, 90면.

18) 豊崎光衛, 前掲書, 473頁.

19) 豊崎光衛, 前掲書, 473頁.

20) 小野昌延·松村信夫, 「新・不正競争防止法概説」, 第3版, 上巻, 青林書院, 2020, 56-57頁.

21) 平成5年5月19日法律第47号[昭和9年法律第14号の全部改正].

22) 経済産業省 知的財産政策室編, 「逐条解説 不正競争防止法」, 平成30年11月29日施行版, 9頁. <<https://www.meti.go.jp/policy/economy/chizai/chiteki/pdf/20181129chikujyokaisetsur.pdf>>, 작성일: 2018. 11. 29.

23) 小野昌延·松村信夫, 前掲書, 51頁.

관계 입법'이라 함). 그런데 우리의 경우 1961년 제정법이 일본의 입법 형태를 따랐으나, 1986년 개정법에서는 이와 달리 '~다른 규정이 있는 경우에는 그 법에 의한다.'라는 형태로 바뀌었다(편의상 이하에서는 '저촉관계 입법'이라 함).

우선 선후관계 입법의 경우 앞서 본 일본의 입법이 우리법에 참고된 것으로 이해된다.²⁴⁾ 그런데 1986년 개정에 의해 지금까지 유지되고 있는 저촉관계 입법으로의 개정 이유는 명확하지 않다. 당시 법 개정의 취지에 대해 “상표법, 디자인보호법 등의 규정과 저촉되지 않는 범위 내에서는 부정경쟁방지법을 적용하여 부정경쟁행위를 효율적으로 규제할 수 있도록 하면서도 법 적용의 유연성이 보장되도록 하고, 타법과의 관계를 명확하게 구분, 법 집행상의 혼란을 배제하여 법의 실효성을 확보하기 위한 것”이라는 소개가 있고,²⁵⁾ 헌법재판소도 “~ 위 제7조가 1986. 12. 31. 법률 제3897호로 전문개정되어 제9조로 될 당시의 개정이유에 대해서는 ‘상표법등의 규정과 저촉되지 않는 범위내에서는 부정경쟁방지법을 적용하여 부정경쟁행위를 규제할 수 있도록 하여 법 적용의 유연성이 보장되도록 하고, 타법과의 관계를 명확하게 구분, 법 집행상의 혼란을 배제하여 법의 실효성을 확보하는 데 도움을 줄 것’라는 내용의 정부측 설명이 있었던 것으로 나타난다(1986. 12. 12. 국회 상공위원회 제131회-제15차 회의록).”고 판시하고 있다.²⁶⁾

하지만 위와 같은 소개 자료에 의하더라도 1961년 제정법과 어떤 점에서 차별화하기 위한 것인지 명확하지 않고, 오히려 “개인의 독점금지 또는 형법상의 권리행사의 개념을 상정하기가 용이하지 않기 때문에 단순히 이들 법이 부정경쟁방지법과 저촉하는 경우에 이들 법이 우선한다는 내용으로 바꾼 것으로 사료된다. 어느 경우에 독금법 또는 형법상의 국가·국장에 관한 규정과 부정경쟁방지법이 충돌하게 되는지 명확하지 아니하나 여하튼 구부정경쟁방지법 제9조가 공업소유권법에 더하여 일정한 원칙이 없이 잡다한 법을 끌어들이다 보니 규정의 문구도 수정할 수밖에 없게 되었다.”는 견해²⁷⁾에 수긍할 점이 있다.

3.1.2. 저촉관계 입법에 따른 해석상의 차이

대법원은 이러한 법 개정의 경위와 관련 설명자료에 충실하게 동 규정을 해석·적용하고 있다. 즉, 대법원은 “구 부정경쟁방지법(1991.12.31. 법률 제4478호로 개정되기 전의 것) 제9조의 규정은 위 법률이 시행되기 전의 구 부정경쟁방지법(1986.12.31. 법률제3897호로 개정되기 전의 것) 제7조가 상표법 등에 의하여 권리를 행사하는 행위에 대하여는 부정경쟁방지법의 규정을 적용하지 아니한다고 규정하던 것과는 달리, 상표법, 상법 중 상호에 관한 규정 등에 부정경쟁방지법의 규정과 다른 규정이 있는 경우에는 그 법에 의하도록 한 것에 지나지 아니하므로, 상표법 등 다른 법률에 의하여 보호되는 권리일지라도 그 법에 저촉되지 아니하는 범위 안에서는 부정경쟁방지법을 적용할 수 있다.”고 판시하였다.²⁸⁾ 이러한 판례의 태도는 1961년 제정법과 1986년 개정법의 표현이 달라짐으로 인해 동 규정의 해석도 다르게 되었다고 보는 것이다.²⁹⁾

24) 박태일, 앞의 논문, 608면. 1961년 제정된 부정경쟁방지법은 당시 일본 부정경쟁방지법(1953년 개정)과 거의 차이가 없었고, 다만 목적조문(제1조)이 마련된 점과 타인상품사칭행위가 부정경쟁행위로 추가된 점이 다를 뿐이라는 견해로는 이상정, “부정경쟁금지법의 발전”, 『경쟁법연구』, 제1권(1989), 89면.

25) 국회 상공위원회, “국회 상공위원회 제131회-제15차 회의록”, 국회 상공위원회, 1986. 12. 12.(김원오, “디자인 보호법제간 경합 현황과 경합의 처리를 둘러싼 제 문제”, 『산업재산권』, 제47호(2015), 231면에서 재인용).

26) 헌법재판소 2001. 9. 27. 선고 99헌바77 결정.

27) 도두형, 앞의 논문, 90면.

28) 대법원 2007. 6. 14. 선고 2006도8958 판결, 대법원 2001. 4. 10. 선고 2000다4487 판결, 대법원 1993. 1. 19. 선고 92도2054 판결.

하지만 1961년 제정법과 1986년 개정법이 비록 표현상에 차이가 있으나 실질적인 적용기준에 있어 어떠한 차이가 있는지 명확하지 않고, 대법원이 1986년 개정법 취지를 존중하면서 부정경쟁방지법 적용을 긍정한 사안들은 1961년 제정법 규정으로도 동일한 결론 도출이 가능하다는 점³⁰⁾에서 이러한 판례의 해석은 의문의 여지가 있다. 1986년 개정의 취지에 대한 비판적 견해도 이와 같은 취지에서 대법원이 상표권의 남용행사에 대해 부정경쟁방지법 적용을 긍정한 결론은 수긍되나, 그 근거 중 하나로 1986년 개정법 규정이 1961년 제정 당시와 다르게 되었다는 점을 들고 있는 것은 잘못이라고 한다.³¹⁾

3.2. 현행 규정의 해석상 문제점

3.2.1. 저촉 규정에 대한 위헌성 문제

현행 규정은 ‘~법에 부정경쟁방지법과 다른 규정이 있는 경우’, 즉 저촉관계 규정이 있는 경우에는 그 법을 적용하고 부정경쟁방지법은 적용하지 않는다고 규정한다. 그런데 특허법 등과 부정경쟁방지법이 저촉되는 규정이 과연 무엇인지 의문이다. 이와 관련하여 현저한 지리적 명칭만으로 된 상표나 서비스표로서 상표법상 보호받지 못하는 표장 사용을 부정경쟁방지법으로 규제하는 것의 위헌성³²⁾ 및 현저한 지리적 명칭이나 기술적 표장 등 상표법상 보호되지 않는 표장의 사용행위를 부정경쟁방지법으로 규제하는 것의 위헌성³³⁾ 문제에 대해 헌법재판소는 각각 합헌 취지로 판단하였으나, 각 사건에서 청구인들이 내세운 “상표법상 등록된 상표 또는 서비스표를 임의로 사용함으로써 상표법위반행위와 부정경쟁방지법위반행위가 모두 성립하는 경우에 이에 대한 등록무효심결이 있기까지는 상표법이 적용되어야 하고 부정경쟁방지법은 적용될 수 없다는 것이 이 사건 법률조항의 의미이다. 그런데 이 사건 법률조항은 대법원이 상표법에 의하여 보호되는 권리일지라도 그 법에 저촉되지 않는 범위 내에서는 부정경쟁방지법을 적용할 수 있다고 해석할 정도로 그 내용이 불명확하다.” 및 “현저한 지리적 명칭이나 기술적 표장의 경우 상표법이 보호하지 않는 명칭임에도 불구하고, 심판대상조항은 현저한 지리적 명칭이나 기술적 표장과 동일하거나 유사한 것을 사용하는 행위에 대하여 부정경쟁방지법이 적용되는지 여부를 명확하게 규정하지 아니하여 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다.”는 주장을 부당하다고 단정하기에는 일말의 의구심이 남는다. 헌법재판소는 동 규정에 대한 대법원의 판시 내용을 근거로 제시하고 있으나 이하에서 보듯이 대법원 판례에 대해서도 비판 견해가 있고, 또한 동 규정의 해석에 따라 형사처벌로도 연결된다는 점에서 과연 현행 규정이 명확성 원칙³⁴⁾에 부합하는지 의문이 있을 수 있다고 생각된다.

3.2.2. 대법원 판례의 해석 기준 및 비판론

부정경쟁방지법 제15조의 적용과 관련하여 대법원은 상표법상 보호되지 않는 현저한 지리적 명칭 등도 부정경쟁방지법상 보호대상이 될 수 있다고 하거나,³⁵⁾ 상표권의 출원이나 등록, 권

29) 사법연수원, 「부정경쟁방지법」, 2015, 7면에서도 같은 취지로 설명하고 있다.

30) 이 부분은 뒤에서 보는 일본 판례의 태도를 통해 확인할 수 있다.

31) 도두형, 앞의 논문, 94면.

32) 헌법재판소 2001. 9. 27. 선고 99헌바77 전원재판부.

33) 헌법재판소 2015. 2. 26. 선고 2013헌바73 전원재판부.

34) 헌법재판소 2021. 2. 25. 선고 2017헌바526 전원재판부(헌법 제12조 및 제13조를 통하여 보장되고 있는 죄형법정주의의 원칙은 범죄와 형벌이 법률로 정하여져야 함을 의미하며, 이러한 죄형법정주의에서 파생되는 명확성원칙은 법률에서 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정하는 것을 의미한다) 참고.

리행사 등이 상표권의 악용 또는 남용³⁶⁾에 해당하는 경우 상표법에 기한 정당한 권리행사가 아니고, 그 경우에는 부정경쟁방지법을 적용할 수 있다고 판시하고 있다. 특히 후자와 관련된 사례들이 대부분인데 이에 대해 “부정경쟁방지법 제15조는 상표법 등 다른 법률에 부정경쟁방지법과 다른 규정이 있는 경우에는 부정경쟁방지법의 규정을 적용하지 아니하고 다른 법률의 규정을 적용하도록 규정하고 있으나, 상표권의 등록이 자기의 상품을 타인의 상품과 식별시킬 목적으로 한 것이 아니고 국내에서 널리 인식되어 사용되고 있는 타인의 상표와 동일 또는 유사한 상표를 사용하여 일반 수요자로 하여금 타인의 상품과 혼동을 일으키게 하여 이익을 얻을 목적으로 형식상 상표권을 취득하는 것이라면 그 상표의 등록출원 자체가 부정경쟁행위를 목적으로 하는 것으로서, 가사 권리행사의 외형을 갖추었다 하더라도 이는 상표법을 악용하거나 남용한 것이 되어 상표법에 의한 적법한 권리의 행사라고 인정할 수 없으므로 이러한 경우에는 부정경쟁방지법 제15조의 적용이 배제된다고 할 것”이라고 일관되게 판시하고 있다.³⁷⁾

위와 같은 판례의 태도에 대해서는 “상표법과 부정경쟁방지법의 취지가 충돌하는데 부정경쟁방지법을 우선 적용하는 것은 부정경쟁방지법 제15조의 취지에 반하는 입법적 해석이다. 우리 대법원은 상표권의 등록 및 행사가 부정경쟁행위에 해당되는 경우에는 상표법을 악용하거나 남용한 것이 되어 부정경쟁방지법 제15조의 적용이 배제된다고 해석하고 있는데,³⁸⁾ 이는 부정경쟁방지법의 시각에서 상표법의 남용여부를 판단함으로써 부정경쟁방지법의 보충적 적용의 원칙을 규정한 제15조와는 정반대의 결과를 가져오는 입법적 해석을 한 것이라고 보여진다. 또한, 상표법 제6조(현행 제33조)의 부등록사유를 포함하고 있는 상표는 상표법이 보호할 필요가 없는 것이고 상표법 제51조(현행 제90조)의 효력범위를 벗어난 상표의 사용은 상표법상 상표권의 침해에 해당되지 않는다고 불구하고, 그러한 상표의 사용이 부정경쟁행위에 해당된다고 보는 것은 부정경쟁방지법을 상표법보다 더 우선해서 적용하는 것으로 부정경쟁방지법 제15조와 상치되는 입법적 해석과 다름없다.”는 지적,³⁹⁾ “우리 대법원은 상표법의 취지와 충돌하는 경우에도 한결같이 부정경쟁방지법을 적용해서 그에 대한 처벌여부를 판단하고 있다.⁴⁰⁾ 근본적으로 상표권침해와 부정경쟁행위를 모두 형사적으로 처벌하는 것이 과연 입법정책적으로 바람직한 것인지에 대해서도 의문이 있지만, 상표법과 부정경쟁방지법의 취지가 충돌하는 사안에 한정해서 보면 더욱 그 형사처벌의 위험성과 불합리성이 명백해진다.”는 지적,⁴¹⁾ 그리고 “우리 대법원은 ‘상표법의 악용 내지 남용’이라고 하는 새로운 기준을 만들어서 부정경쟁방지법이 우선 적용될 수 있는 여지를 지나치게 확대해석하고 있다.”는 지적⁴²⁾이 있다.

35) 대법원 1999. 4. 23. 선고 97도322 판결.

36) 상표권 남용의 판단 기준에 대해서는 대법원 2014. 8. 20. 선고 2012다6059 판결 참고.

37) 상표권 남용에 대하여 부정경쟁방지법 적용을 긍정한 사례로는 대법원 2008. 9. 11.자 2007마1569 결정, 대법원 2007. 6. 14. 선고 2006도8958 판결, 대법원 2004. 11. 11. 선고 2002다18152 판결, 대법원 2001. 4. 10. 선고 2004다4487 판결, 대법원 2000. 5. 12. 선고 98다49142 판결, 대법원 1999. 11. 26. 선고 98다19950 판결, 대법원 1995. 11. 7. 선고 94도3287 판결, 대법원 1993. 1. 19. 선고 92도2054 판결 참고. 한편, 상표법에 의하여 출원·등록된 서비스표권을 사용해 온 것일 뿐 그 출원 자체에 부정한 목적이 있다고 단정하기는 어려워 표장사용행위가 부정경쟁방지법 제2조에서 규정하는 부정경쟁행위에 해당한다고 할 수 없다고 판단한 사례로 대법원 2007. 6. 15. 선고 2005다48246 판결. 그리고 디자인권의 남용적 행사에 대해서도 부정경쟁방지법을 적용한다는 취지의 판시로는 대법원 2013. 3. 14. 선고 2010도15512 판결 참고.

38) 대법원 2001. 4. 10. 선고 2000다4487 판결, 대법원 1996. 5. 13.자 96마217 결정, 대법원 1995. 11. 7. 선고 94도3287 판결, 대법원 1993. 1. 19. 선고 92도2054 판결.

39) 정상조, “상표법과 부정경쟁방지법의 조화/통합”, 특별소송실무연구회(편), 특별법연구, 제8권, 박영사, 2006, 762면.

40) 대법원 1999. 4. 23. 선고 97도322 판결, 대법원 1995. 11. 7. 선고 94도3287 판결, 대법원 1993. 1. 19. 선고 92도2054 판결.

41) 정상조, 앞의 논문, 764-765면.

42) 정상조, 앞의 논문, 756면.

3.3. 현행 규정의 타당성에 대한 견해

부정경쟁방지법 제15조에 대해 달리 문제점을 지적하지 않는 문헌이나 연구논문 등의 경우에는 동 규정에 대해 달리 부정하지 않는 것으로 이해된다.

하지만 이러한 긍정적 견해와 달리, “상표법과 부정경쟁방지법을 중심으로 살펴볼 때, 두 법률은 목적을 달리하는 것임에도 상표권에 기한 권리행사에 대해 부정경쟁방지법 적용을 배제하게 되면 상표권자에게 부정경쟁행위에 관한 면죄부를 주는 것이며, 상표심사 실무를 고려해 볼 때 등록상표권의 정당성을 보장하기 어려운데 등록권리라는 이유로 부정경쟁방지법 적용을 배제하는 것은 부당하다.”는 지적⁴³⁾이 있고, 동 견해는 상표법 등이 부정경쟁방지법에 우선하여 적용되어야 할 합리적인 근거가 없고, 따라서 입법론상으로는 부정경쟁방지법 제15조는 폐지되어야 마땅하다고 한다.⁴⁴⁾

한편, 부정경쟁방지법 중 특히 상표 관련 규정의 문제를 개선하는 방안으로 “부정경쟁방지법중 상표관련 규정과 상표법의 통합의 구체적인 방법으로는, 부정경쟁방지법 중 상표 관련 규정(특히 제2조 제1호 가목 내지 다목 및 아목)을 상표법으로 편입하여 상표법으로 하여금 등록상표뿐만 아니라 미등록주지상표도 함께 통일적으로 규율하도록 하는 것이다. 선의의 미등록주지상표의 선사용자를 보호하는 것과, 상표가 아닌 표장, 영업표지 등도 상표법에서 별도의 장을 마련하여 상표법을 포괄적인 표지 관련 통일법으로서 재개편하는 방안도 통일적인 상표법에서 입법론으로서 고려할 만하다고 본다. 이러한 상표법 개정은 부정경쟁방지법을 상표법으로부터 독립하여 독자적인 불공정경쟁 및 불공정거래를 규율하는 법규로 발전시키는 데에도 중요한 밑거름이 될 수 있다고 생각한다.”는 견해도 있다.⁴⁵⁾

4. 현행 규정의 개정 필요성 및 개정 방향

4.1. 현행 규정의 개정 필요성

4.1.1. 저촉규정의 의미에 대한 문제

현행 부정경쟁방지법 제15조는 저촉 규정의 존재를 전제로 하고 있지만 실제 그런 경우를 찾아보긴 어렵고, 대법원도 상표권 등의 남용적 행사에 대해 부정경쟁방지법 적용을 긍정하고 있다. 현행 규정 자체와 대법원이 부정경쟁방지법 적용을 긍정하는 기준이 달라 혼란의 여지가 있을 수 있지만, 다수의 판례를 통해 대법원의 판단 기준이 어느 정도 확립된 것으로 보이고 따라서 지금과 같은 입법 및 해석 기준을 그대로 유지하더라도 문제가 된다고 할 수는 없을 것이다. 하지만 현행 규정을 그대로 존치시키는 것이 해석상 문제의 소지가 있고, 그러한 문제점을 최소화할 수 있는 개정(안)이 있다면 이 또한 적극적으로 검토해 보아야 할 것이다.

먼저 현행 규정 자체가 내포하고 있는 해석론상의 모호함이 있다. 즉, 부정경쟁방지법 제15조는 상표법 등과 부정경쟁방지법이 상호 저촉되는 경우에 관한 규정인데, 어떠한 경우가 이에 해당하는지 명확하지 않다. 1986년 개정법의 취지 및 이에 대한 판례의 입장을 수용한다 하더라도, 과연 어떠한 경우가 ‘상호 저촉 규정에 해당하여 부정경쟁방지법이 배제되는 경우’인지 여전히 모호하다.⁴⁶⁾ 헌법재판소가 “부정경쟁방지법과 상표법과의 관계, 이 사건 법률조항의

43) 도두형, 앞의 논문, 90-91면.

44) 도두형, 앞의 논문, 95면.

45) 정상조, 앞의 논문, 766면. 한편, “입법론으로는 독일 표지법 제6조와 마찬가지로, 등록상표권과 미등록주지상표권의 권리의 선행순위의 결정에는 권리가 취득된 시점을 기준으로 한다는 방식으로 개정함이 바람직”하다는 견해로는 정상조 외 17인, 앞의 책, 653면 주3(김병일 집필).

입법배경, 판례의 해석에 의해 구체화된 내용 등을 종합하여 보면, 이 사건 법률조항은 서로 밀접한 관계에 있으면서도 구체적 입법목적과 규율방법을 달리함으로써 상호간에 저촉, 충돌의 가능성을 가지고 있는 양법의 관계를 분명히 함으로써 이러한 저촉, 충돌에 대비하기 위한 것임을 알 수 있는바, 제기된 문제가 민사적인 것인지 혹은 형사적인 것인지에 따라서, 그리고 저촉, 충돌의 구체적 태양에 따라서 해석을 통하여 그 의미가 더욱 구체화될 여지를 아직 남기고 있는 것으로 보인다.”고 판시한 것,⁴⁷⁾ “부정경쟁방지법 제15조는 상표법에 다른 규정이 있는 경우에는 상표법의 규정에 따른다고 하고 있으므로 해당 법조문의 문리해석상은 등록상표의 권리가 우선하는 것으로 생각될 수 있다. 그러나 대법원은 ‘상표법 등 다른 법률에 의하여 보호되는 권리일지라도 그 법에 저촉되지 아니하는 범위 안에서는 부정경쟁방지법을 적용할 수 있다’고 판시하고 있어, 선상표사용자의 권리를 우선할 것인지 또는 등록상표권자의 권리를 우선할 것인지는 구체적 사안에 따라 달라질 수밖에 없을 것이며 이에 대한 적절한 해석론(기준)이 요구된다.”는 지적⁴⁸⁾도 이러한 모호성을 잘 보여주는 것이다. 특히 이러한 현행 규정의 모호성은 부정경쟁방지법에 따른 형사처벌 문제를 내포한다는 점에서 위헌성 논란도 제기될 수 있다. 비록 앞서 본 바와 같이 동 규정의 위헌성 여부에 대해 헌법재판소는 합헌 취지로 판단하였으나, 현행 규정의 문언만 보면 상표권 등에 기한 권리행사의 경우 어떠한 요건 하에서 부정경쟁방지법이 적용된다는 것인지(즉, 어떤 경우가 상호 저촉되는 경우에 해당한다는 것인지) 명확하지 않은 부분도 있다.⁴⁹⁾

다음으로 동 규정의 해석에 대한 대법원 판례의 태도가 명확하다면 이러한 규정상의 모호성이 어느 정도 수긍될 수 있겠지만, 부정경쟁방지법 제15조의 의미와 대법원 판례의 태도⁵⁰⁾에 대한 비판적 견해⁵¹⁾를 참고해 볼 때, 판례의 해석 기준이 명확하다고 단정하기도 어렵다. 비록 동 비판 견해가 “대법원이 부정경쟁방지법의 적용결과가 상표법의 입법취지에 정면으로 반함에도 불구하고 부정경쟁방지법을 우선해서 적용하는 것은 부정경쟁방지법 제15조의 취지를 몰각한 것”⁵²⁾이라고 한 것에 대해서는 다툼의 여지가 있을 수 있겠으나, 적어도 이러한 지적이 있다는 것은 대법원의 해석 기준에 문제가 있을 수 있음을 보여주는 것임은 분명해 보인다.

4.1.2. 실제 적용 사례에 대한 문제

현행 규정의 해석·적용 사례들은 앞서 본 바와 같이 상표법상 보호대상이 아닌 표장에 대한 부정경쟁방지법 적용을 긍정한 것과 상표권의 남용적 행사에 대해 부정경쟁방지법 제15조를 배제하고 부정경쟁방지법을 적용한 사례가 대부분이다(특히 후자와 관련된 사례들이 절대 다수임). 후자와 관련하여 “가사 권리행사의 외형을 갖추었다 하더라도 이는 상표법을 악용하거나 남용한 것이 되어 상표법에 의한 적법한 권리의 행사라고 인정할 수 없으므로 이러한 경우에는 부정경쟁방지법 제15조의 적용이 배제된다고 할 것”이라고 하여 부정경쟁방지법의 적용 기준

46) 이선희, “공정거래법과의 관계에서 본 부정경쟁방지법 제15조 제2항의 의미와 적용”, 『저스티스』, 제196호(2023), 127면에서도 “제15조 제2항에서 말하는 ‘-와는 다른 규정이 있을 때에는 공정거래법에 의한다’는 모호한 규정만으로는, 과연 위 제15조 제2항이 어떤 경우에 적용되어야 하는지를 알기 어렵다.”고 한다.

47) 헌법재판소 2001. 9. 27. 선고 99헌바77 전원재판부.

48) 정민호, “상표법상 권리와 부정경쟁방지법상 권리의 충돌문제 - 대법원 2000. 5. 12. 선고 98다49142 판결을 대상으로 -”, 『성균관법학』, 제24권 제3호(2012), 752면.

49) 부정경쟁방지법 제15조의 해석에 대해 대법원 판례와 다른 기준을 제시하는 견해는, 그 연장선상에서 제15조의 불명확성과 이로 인한 죄형법정주의 위반의 문제도 지적한다. 정상조, 앞의 논문, 764면 이하 참고.

50) 대법원 2001. 4. 10. 선고 2000다4487 판결, 2004. 4. 16. 선고 2003다6859 판결 등.

51) 정상조, 앞의 논문, 758-762면 참고.

52) 정상조, 앞의 논문, 763면.

을 제시하고,⁵³⁾ “서비스표권자가 국내에서 널리 인식되고 사용중인 타인의 서비스표와 동일·유사한 서비스표를 사용하여 일반 수요자로 하여금 타인의 영업과 오인·혼동을 일으키게 함으로써 부당한 이익을 얻을 목적으로 서비스표를 출원·등록한 것이 아니라면, 서비스표권자가 등록된 서비스표를 사용하는 것은 상표법에 의하여 부여된 정당한 권리를 행사하는 것으로서 부정경쟁방지법 제2조에서 규정하는 부정경쟁행위에 해당되지 않는다.”고 하여 부정경쟁방지법 적용이 배제되는 기준도 실시하고 있다.⁵⁴⁾

이 두 판례의 판시 내용을 보면 결국 상표권자 등의 권리 취득 및 행사가 정당한 목적을 위한 것이 아니라 일반 수요자로 하여금 타인의 상품과 혼동을 일으키게 하여 이익을 얻을 목적으로 형식상 권리를 취득하거나 행사하는 것이라면 그러한 행위에 대해서는 부정경쟁방지법이 적용된다는 것으로 이해할 수 있다.⁵⁵⁾

그런데 일본의 구법(즉, 우리의 1961년 제정법과 동일한 규정) 당시 ‘특허법 등에 의한 권리행사에 대해서는 부정경쟁방지법을 적용하지 않는다.’는 취지로 규정하고 있었지만, 일본 법원은 특허권 등의 남용적 행사에 대해 부정경쟁방지법 적용을 긍정하였다.⁵⁶⁾ 다시 말해 상표권 등 남용적 행사에 대해 부정경쟁방지법을 적용한다는 결론은 현행법 규정(저촉관계 입법)의 형태를 취하나, 1961년 제정법 규정(선후관계 입법)의 형태를 취하나 다를 바 없다는 것이다.⁵⁷⁾

이론적인 관점에서 생각해 보더라도, 등록권리 행사에 대해 부정경쟁방지법 적용을 긍정할 것 인지의 문제가 발생할 수 있고, 이 경우 적법한 등록권리 행사에 대해서까지 부정경쟁방지법을 적용하면 출원 및 등록을 통해 독점적 지위를 부여하는 산업재산권의 취지 자체가 몰각될 우려도 있다.⁵⁸⁾ 이와 달리 상표의 출원 및 등록, 상표권의 행사 등이 정당한 목적하에 이뤄진 것이 아니라 부정한 목적을 위한 것으로서 상표권 남용에 해당하는 경우라면 상표법상 보호는 부정되고, 그러한 행위에 대해 부정경쟁방지법을 적용하더라도 문제가 없고 오히려 그 적용의 필요성이 있다고 할 것이다. 그런데 이와 같은 상표권 등의 남용적 행사가 ‘상표법과 부정경쟁방지법이 상호 저촉되는 경우’인지는 앞서 본 바와 같이 다툼의 여지가 있다. 결국 부정경쟁방지법 제15조의 구체적인 적용 사례 및 판단 기준은 상표권 등의 남용여부에 있는 것이고, 그에 반해 현행 규정은 저촉 여부로 입법되어 있어 법 규정과 실제 동 규정의 적용 사례에 차이가 있는 것으로 보여진다.

53) 대법원 1993. 1. 19. 선고 92도2054 판결, 대법원 1995. 11. 7. 선고 94도3287 판결, 대법원 2000. 5. 12. 선고 98다49142 판결, 대법원 2001. 4. 10. 선고 2000다4487 판결.

54) 대법원 2007. 6. 15. 선고 2005다48246 판결.

55) 윤태식, 「부정경쟁방지법」, 박영사, 2021, 35-37면에서 제15조 제1항이 문제되는 경우로 상표권의 남용적 행사를 중심으로 설명하는 것도 그러한 이유에서라고 보여진다.

56) 구법 당시 일본 법원이 상표권 등에 의한 권리주장을 배척하고 부정경쟁방지법을 적용한 것은 (1) 상표권 등에 의한 권리행사가 아닌 경우(상표권 행사를 주장했지만, 문제된 표장이 등록상표권이 아니어서 그 주장 자체가 받아들여지지 않은 경우), (2) 상표권 등에 의한 권리행사였으나 상표권 남용에 해당하는 경우였다(일본 판례에 대한 보다 자세한 소개는 도두형, 앞의 논문, 91-93면 참고).

57) 앞서 본 바와 같이 상표법상 보호대상이 아닌 표지의 사용에 대해 부정경쟁방지법을 적용한 사례도 있으나, 해당 사례에서 그러한 결론을 도출하기 위해 현행 부정경쟁방지법 제15조가 필요하지는 않은 것이다.

58) 정당한 표장 사용인지 여부가 아니라 형식적으로 출원하여 등록받았는지의 관점에서 그 보호기준을 정하는 산업재산권의 본질을 생각해 볼 때, 미등록표지 사용을 전제로 한 부정경쟁방지법의 지나친 강조는 출원 및 등록을 장려하는 산업재산권 보호에 역행할 수도 있을 것이다.

4.2. 현행 규정의 개정 방향

4.2.1. 개정 방향에 대한 검토 및 폐지의 타당성

현행 부정경쟁방지법 제15조를 개정하는 것을 전제로 한다면, 그 개정 방향으로는 동 규정을 삭제하는 방안 또는 해석론상 혼란을 줄이는 방향으로 수정하는 방안이 있을 수 있다. 전자의 경우 일본의 입법이 참고될 수 있고, 부정경쟁방지법은 상표법 등과는 다른 고유의 입법 목적과 취지를 가지고 있어 독자적으로 규율하면 된다는 점에서 긍정적인 측면이 있다.⁵⁹⁾ 한편, 상표권 등의 정당한 행사에 대해서는 부정경쟁방지법 적용이 배제되어야 할 것인데⁶⁰⁾⁶¹⁾ 이러한 점을 입법으로 명확히 할 필요도 있고, 부정경쟁방지법 제15조가 1961년 제정되어 지금까지 오랜 기간 해석·적용되어 왔으며 다수의 판례들이 쌓여 이제는 어느 정도 해석 기준이 정립되었다는 점을 고려해 볼 때 개정의 타당성도 인정될 수 있다.

이중 어느 하나의 방향이 옳다고 단정하기는 어렵겠지만, 다음과 같은 이유에서 개정보다는 폐지가 타당할 것으로 판단된다. 첫째, 현행 규정에 대한 입법례를 찾아보기 어렵다. 우리 입법에 참고가 된 일본이 유일한 입법례였지만 앞서 본 바와 같이 일본은 동 규정을 오래전에 삭제하였다. 둘째, 각 법률마다 고유의 입법 목적 및 규율 대상이 있다는 점에서 부정경쟁방지법의 후순위 적용에 관한 규정을 둘 이유는 없다고 판단된다. 예를 들어 병행수입업자가 상표를 사용하여 광고·선전행위를 한 것이 상표권 침해가 아니라 하더라도, 그 사용태양 등에 비추어 부정경쟁방지법 제2조 제1호 나목 소정의 영업주체 혼동행위에 해당될 수 있는데,⁶²⁾ 이처럼 부정경쟁방지법의 적용여부는 독자적으로 판단하면 족한 것이지 다른 법률과의 적용순서를 고려할 필요는 없는 것이다.⁶³⁾ 셋째, 상표법 등 권리부여형 지식재산권법과의 관계에서 부정경쟁방지법이 후순위라고 볼 이유는 없으며,⁶⁴⁾ 오히려 제외국에서는 부정경쟁방지법이 산업재산권법에 대해

59) 헌법재판소 2015. 2. 26. 선고 2013헌바73 전원재판부(심판대상조항이 처벌하는 행위는 상표권 침해행위와는 그 구체적 입법목적과 규율방법을 달리함으로써 각자 독자적 기능을 발휘하고 있다. 특정 표지의 독점을 허용하는 것이 공익에 반할 수 있다는 관점을 감안하더라도, 상표법에서 독점적 사용을 방지하기 위하여 등록대상으로 허용하지 않는 현저한 지리적 명칭 등이 사실상의 사용에 의하여 주지되어 식별력을 갖춘 경우 부정경쟁방지법에 의하여 보호가 되는 것은 부정경쟁방지법이 추구하는 또 다른 공익에 기여하는 것이다. 부정경쟁방지법과 상표법의 기능, 입법목적과 규율방법의 차이에 비추어 볼 때 각 보호대상에 차이가 있는 것은 오히려 당연한 것이며, 이러한 차이점이 있다는 사실만으로 심판대상조항이 불명확하다고 할 수 없다) 참고.

60) 대법원 1993. 1. 19. 선고 92도2054 판결(물론 상표권자는 지정상품에 대하여 그 등록상표를 사용할 권리를 독점하는 것이고, 일단 등록된 상표는 심판에 의하여 무효로 확정되기까지는 유효한 것임은 소론과 같고, 그러므로 일반적으로는 상표법에 의한 상표권자의 상표권행사가 국내에 널리 알려진 타인의 상표와 동일 또는 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매 반포하여 타인의 상품과 혼동을 일으키게 하는 행위에 해당하는 경우에도 위의 법률의 적용대상이 되지 않는다고 보는 것이 옳을 것) 참고.

61) 정상조, 앞의 논문, 759면(상표법이 선출원주의를 채택하고 있어서 주지·저명 상표를 먼저 등록하기 위해서 출원하는 것은 애초에 상표법이 기대하고 예상하던 바이고, 그러한 상표등록출원이 상표법의 요건에 맞지 않으면 등록출원을 거절하거나 또는 등록된 후 무효심판에 의해서 무효로 만들 수 있는 제도적 장치가 있으므로, 타인의 주지·저명 상표를 먼저 등록하는 것이 상표법을 악용하거나 남용하는 것이라고 말할 수는 없다. 부정경쟁방지법을 적용할 필요가 있다고 하는 선입견을 가지고 보는 경우에 한해서 상표법의 악용/남용이라는 판단이 나올 수 있는 것이라면, 이는 명백히 부정경쟁방지법 제15조의 규정에 반하는 방식으로 부정경쟁방지법을 상표법에 우선해서 적용하는 것이다) 참고.

62) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도7462 판결, 대법원 2002. 9. 24. 선고 99다42322 판결.

63) 행위규제방식의 입법은 특허권, 상표권, 저작권 등 권리부여방식 입법의 보완적 성격을 가진다는 견해로 이규홍, “부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목(변경 후 카목)에 대한 연구 - 부정경쟁행위와 불공정거래행위의 교차점 -”, 「정보법학」, 제22권 제2호(2018), 94면 및 박성호, “우리나라 ‘부정경쟁방지법’의 탄생’과 그에 관한 법제사적 고찰”, 「정보법학」, 제26권 제1호(2022), 16면 참고.

64) 도두형, 앞의 논문, 95면 참고. 부정경쟁방지법은 지식재산권법으로서 특히 상표법이나 특허법 등의 다른 산업재산권법이 미치지 않는 영역의 지식재산권까지를 포함하는 지식재산권법의 일반법이라 할 수 있는데(윤선희, 「지적재산권법」, 제19정판, 세창출판사, 2022, 544-545면), 개별 지식재산권법 침

우선하여 적용된다는 것이 정설이라는 견해⁶⁵⁾도 있다. 넷째, 부정경쟁방지법의 후순위 적용은 파리조약상의 의무(제10조의2)를 위반하는 것이 아닌지 의문이 제기될 수 있다.⁶⁶⁾ 다섯째, 실제 사례에서 제15조가 긍정되어 부정경쟁방지법 적용이 배제되고 다른 법률에 의해서만 규율되는 경우를 찾아보기 어렵고,⁶⁷⁾ 일본에서도 같은 이유에서 해당 규정의 존치 실익에 대한 의문제기가 있었다.⁶⁸⁾ 여섯째, 현행 규정을 개정하더라도 아래 개정안에서 보듯이 결국 상표권 등의 남용적 행사에 대해서는 부정경쟁방지법을 적용한다는 것이 되어 이는 해석론으로 충분히 해결가능하다고 보여진다.⁶⁹⁾ 또한 현행 규정을 개정하거나 아니면 그대로 존치시키는 경우, 상호 저촉 규정을 정확히 특정할 수 있는지의 문제,⁷⁰⁾ 그리고 향후 어떠한 법률들을 계속 추가해 나갈 것인지의 문제도 있으며,⁷¹⁾ 무엇보다도 동 규정을 존치시켜야 할 근본적인 이유를 찾기 어렵다.⁷²⁾ 이러한 점들을 고려해 볼 때, 부정경쟁방지법 제15조는 개정보다 삭제가 타당할 것으로 판단된다.⁷³⁾

해 여부와 가장 일반법이라 할 수 있는 민사적 불법행위 해당성 여부는 각 법률의 고유한 기준에 따라 판단된다는 점(대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다20044 판결 참고)에서, 개별 지식재산권법 침해 여부와 부정경쟁방지법 위반 여부도 독자적으로 판단함이 타당해 보인다.

65) 豊崎光衛 et al., 前掲書, 361頁.

66) 豊崎光衛 et al., 前掲書, 361-362頁.

67) 앞서 본 바와 같이, 상표법에 의하여 출원·등록된 서비스표권을 사용해 온 것일 뿐 그 출원 자체에 부정한 목적이 있다고 단정하기는 어려워 표장사용행위가 부정경쟁방지법 제2조에서 규정하는 부정경쟁행위에 해당한다고 할 수 없다고 판단한 대법원 2007. 6. 15. 선고 2005다48246 판결이 있으나, 이 사안은 대상 행위가 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위에 해당하지 않는다는 것이지 부정경쟁방지법보다 상표법이 우선적용되기 때문에 부정경쟁방지법 적용을 배제하겠다는 것은 아니다. 한편, 진정상품병행수입업자의 상표사용행위에 대해 부정경쟁방지법 적용을 긍정한 판례의 태도에 대해 “이는 진정상품의 병행수입에 대하여는 상표권의 효력을 제한하는 것일 뿐 부정경쟁방지법영업비밀보호에관한 법률 등 다른 법률에 의한 규제까지를 완화하는 것은 아니”라는 견해가 있는데(이두형, “상표권의 효력과 그 제한”, 한국산업재산권법학회(편), 지적재산권의 현재와 미래 : 소담 김명신선생 화갑기념논문집, 법문사, 2004, 221면 주55)), 두 법률의 독자성을 생각해 보면 타당한 지적이라고 할 것이다.

68) 豊崎光衛 et al., 前掲書, 362頁.

69) 송영식 외 6인, 「지적소유권법(하)」, 제2판, 육법사, 2013, 464-465면. 박준우, “부정경쟁방지법 개정방안 세미나”, 한국지식재산학회·특허청, 2023. 12. 14., 52면에서는 대법원 2012. 10. 18. 선고 2010다103000 전원합의체 판결(하이드)의 취지를 고려해 보더라도 “주지미등록상표의 부정경쟁목적 등록·사용의 경우 상표권 남용을 이유로 제15조 적용을 배제하고 부정경쟁행위라고 판결하는 것은 상표법 취지에 부합한다.”고 하는데, 제15조 유무와 상관 없이 판례 해석론에 의해 그와 같은 결론도 출이 가능하다는 취지라고 이해된다.

70) “형법에는 부정경쟁방지법 제3조와 관련되는 규정은 없으며, 독점규제법에는 국가·국장 또는 국제기구의 표지, 정부의 감독·증명용 표지의 용어조차 없다. 따라서 부정경쟁방지법 제15조의 규정은 동법 제3조에 관하여는 의미가 거의 없다.”는 지적(정상조 외 17인, 앞의 책, 655면)이 있는데, 제15조의 정확한 입법이 쉽지 않음을 보여주는 것이다.

71) 현행법 제15조는 애초 제정당시에는 산업재산권 및 상법중 상호에 관한 규정만 언급되어 있었다가, 1986년 개정에서 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률, 형법 중 국가·국장에 관한 규정’ 추가, 1991년 개정에서 ‘상법 중 상호에 관한 규정’ 삭제, 1998년 개정에서 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 및 형법 중 국가·국장에 관한 규정을 제2항으로 분리, 1999년 개정에서 제2항에 ‘표시·광고의 공정화에 관한 법률’ 추가, 2011년 개정에서 제1항에 ‘농산물품질관리법 또는 수산물품질관리법’ 추가, 2013년 개정에서 제1항의 ‘농산물품질관리법 또는 수산물품질관리법’을 ‘농수산물 품질관리법’으로 하고 ‘저작권법’ 추가, 2018년 개정에서 제2항에 ‘하도급거래의 공정화에 관한 법률’ 추가, 2021년 개정에서 제1항에 ‘개인정보보호법’ 추가 등의 개정이 있었다. 즉, 제15조가 제정된 후 계속해서 관련 법률들이 추가되어 왔고, 따라서 동 규정을 존치하게 되면 앞으로도 관련 법률들의 제·개정때마다 그 법률을 제15조에 추가할지 여부를 검토해야 하는 문제가 있다. 이러한 문제에 대한 지적으로는 문선영, “부정경쟁방지법 개정방안 세미나”, 한국지식재산학회·특허청, 2023. 12. 14., 54-55면 참고.

72) 디자인권 남용에 대한 사례도 있긴 하지만(대법원 2013. 3. 14. 선고 2010도15512 판결) 제15조가 문제되는 것은 대부분 상표권 남용에 관한 것인데, 이와 같이 한정적 영역에서만 문제되더라도 불구하고 현행 규정과 같은 복잡한 입법을 유지할 필요가 있는지도 의문이다.

73) 필자는 지난 2023. 12. 14. 세미나에서의 발제 당시 동 규정의 폐지보다는 개정이 적절할 것이라는 의견을 제시했으나, 당시 세미나에 참석했던 전문가분들의 상당수 의견이 폐지가 타당하다는 것이었고 이러한 의견을 참고하여 재검토를 해 본바 개정보다는 폐지가 더 바람직하다는 판단을 하게 되었

4.2.2. 동 규정의 개정 방향

만약 지금 단계에서 현행 규정을 바로 삭제하는 것보다 해석상의 의문을 줄이는 방향으로 개정을 한다면, 선후관계 입법의 형태로 하는 것이 타당할 것으로 판단된다. 즉, 부정경쟁방지법 제 15조를 삭제하여 상표법 등과 부정경쟁방지법을 각각 독립적으로 해석·적용하면 된다고 볼 수 있지만, 우리법 제15조의 연혁 및 운영 현황, 출원 및 등록을 중심으로 한 산업재산권 보호 체계의 중요성, 부정경쟁방지법의 보충적 성질,⁷⁴⁾ 대법원의 해석 기준⁷⁵⁾ 등을 고려하여 동 규정의 개정이 바람직하다고 판단된다면, 상표권 등의 권리행사가 정당한 경우에는 부정경쟁방지법을 적용하지 않고, 그러한 권리행사가 정당하지 않은 경우(상표권 등 남용)에는 부정경쟁방지법이 적용된다는 내용으로 입법 개정을 고려할 수 있을 것이다.⁷⁶⁾

4.2.2.1. 제15조 제1항의 개정 방향

상표권 등의 권리행사가 정당한 경우에는 부정경쟁방지법을 적용하지 않고, 그러한 권리행사가 정당하지 않은 경우(상표권 등 남용)에는 부정경쟁방지법이 적용된다는 내용으로 개정을 한다면 다음과 같이 입법이 가능할 것이다. 이와 관련하여 산업재산권법이 아닌 「농수산물 품질관리법」, 「저작권법」 또는 「개인정보 보호법」에 대해서도 동일한 개정 내용 적용이 타당한지 의문이 있을 수 있는데, 「농수산물 품질관리법」은 지리적표시의 등록(제32조)에 의한 지리적표시권(제34조)이 인정되어 특허법과 유사한 보호체계를 두고 있는 점(동법 제41조에서는 특허법의 많은 규정들을 준용하고 있음), 「저작권법」은 지식재산권의 한 유형으로서 산업재산권법과 달리 취급할 이유가 없는 점(아래의 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제117조 참고), 「개인정보 보호법」의 경우 등록을 전제로 한 보호는 아니지만 보호대상인 개인정보를 특정하고(제2조 제1호) 이에 대한 보호를 규정한다는 것에서 저작권법과 유사한 측면이 있는 점 등을 고려해 볼 때, 산업재산권법과 같은 개정 내용으로 포섭시킬 수 있을 것으로 생각된다(「농수산물 품질관리법」, 「저작권법」 또는 「개인정보 보호법」이 각각 2011년, 2013년 및 2021년에 각각 제15조 제1항에 추가신설된 점도 참고될 수 있을 것이다).

<개정(안)> 제15조(다른 법률과의 관계) ① 이 법은 「특허법」, 「실용신안법」, 「디자인보호법」, 「상표법」, 「농수산물 품질관리법」, 「저작권법」 또는 「개인정보 보호법」에 따른 권리의 정당한 행사라고 인정되는 행위에 대해서는 적용하지 아니한다.

이러한 입법은 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’이라 한다)」 제117조⁷⁷⁾에서도 찾아볼 수 있다. 참고로 위 공정거래법 규정의 해석 기준과 관련하여 특허법 등의 관점에서 판단해야 한다는 견해, 공정거래법의 관점에서 판단해야 한다는 견해 등이 대립하다가 GSK-동아제약 사건 판결에서 대법원⁷⁸⁾은 “‘특허권의 정당한 행사’라고 인정되지 아니하는 행위’란 행위의 외형상 특허권의 행사로 보이더라도 그 실질이 특허제도의 취지를 벗어나 제도의 본질적 목적에 반하는 경우를 의미하고, 여기에 해당하는지는 특허법의 목적과 취지, 당해 특허

다.

74) 부정경쟁방지법이 상표법 등과의 관계에서 보충적 지위에 있다는 것이 아니라, 실제 제도 운영면이나 법적 성질에 있어 보충적 성질이 있음을 말한다.

75) 대법원 1993. 1. 19. 선고 92도2054 판결(일반적으로는 상표법에 의한 상표권자의 상표권행사가 국내에 널리 알려진 타인의 상표와 동일 또는 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매 반포하여 타인의 상품과 혼동을 일으키게 하는 행위에 해당하는 경우에도 위의 법률의 적용대상이 되지 않는다고 보는 것이 옳을 것) 참고.

76) 이러한 개정에 대한 긍정적인 의견으로 박준우, 앞의 글, 53면 참고.

77) 제117조(무체재산권의 행사행위) 이 법은 「저작권법」, 「특허법」, 「실용신안법」, 「디자인보호법」 또는 「상표법」에 따른 권리의 정당한 행사라고 인정되는 행위에 대해서는 적용하지 아니한다.

78) 대법원 2014. 2. 27. 선고 2012두24498 판결.

권의 내용과 아울러 당해 행위가 공정하고 자유로운 경쟁에 미치는 영향 등 제반 사정을 함께 고려하여 판단하여야 한다.”고 하여 양 법의 관점을 종합하여 판단하는 것으로 입장을 정리하였다. 현행 공정거래법 제117조의 모델이 된 일본에서의 입법 경위에서도 그 제정 이유가 정확히 확인되지 않고 있고, 우리나라의 상황도 마찬가지이다. 이에 동 규정의 해석 방향에 대해 여러 견해대립이 있고, 위 대법원 판결에 대해서도 비판적 견해가 있지만,⁷⁹⁾ 판례의 태도를 참고해 볼 때 만약 부정경쟁방지법 제15조 제1항을 위와 같은 형태로 개정하게 되면 유사한 대법원 판시 기준이 적용될 가능성이 높을 것으로 보인다.⁸⁰⁾

4.2.2.2. 제15조 제2항의 존치 실익 및 개정 방향

부정경쟁방지법은 특허법 등과 달리 권리부여형이 아닌 행위규제형 입법이라는 특징을 가지고 있다.⁸¹⁾ 그런 점에서 이와 유사한 ‘행위규제형 입법’과의 우선순위에 대해서는 입법적으로 명확히해 둘 실익이 있을 수 있고, 그러한 취지에서 현행 제15조 제2항이 “「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」, 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」, 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 또는 「형법」 중 국기·국장에 관한 규정에 제2조제1호라목부터 바목까지, 차목부터 파목까지, 제3조부터 제6조까지 및 제18조제3항과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다.”고 규정한 것은 타당한 측면이 있다.

동 규정이 제1항과 제2항으로 분리된 것은 1998년 개정법에서인데, 제1항에서는 ‘특허법·실용신안법·의장법 또는 상표법’을, 제2항에서는 ‘독점규제및공정거래에관한법률 또는 형법중 국기·국장에 관한 규정’을 두었다. 제1항은 권리부여형 법률을, 제2항은 행위규제형 법률을 둔 것으로 이로 인해 제1항과 달리 제2항에서는 저촉의 대상이 되는 부정경쟁방지법 규정이 구체적이고 제한적으로 열거되어 있다. 앞서 본 바와 같이 제15조 개정의 방향으로 우선적으로 동 규정의 삭제가 타당하고 동조 제2항도 달리 볼 바 없다.⁸²⁾ 다만 동 규정을 개정하는 경우에는 제1항과 다른 특징을 고려할 필요가 있겠다.

먼저 부정경쟁방지법 제15조 제2항에서 열거하고 있는 법률들과 부정경쟁방지법의 성격이 동일한 것은 아니다. 예를 들어 공정거래법은 경쟁자를 직접 보호하기 위한 것이 아니라 경쟁을 보호하는 것이며⁸³⁾ 넓은 의미의 공정거래법에 속하는 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」,

79) 류시원, “지식재산권 유형에 따른 공정거래법 집행에 관한 연구”, 고려대학교 법학전문대학원, 박사, 2022, 41-48면 참고.

80) 부정경쟁방지법과 공정거래법은 사권적 규제와 공법적 규제라는 점에서 차이가 있고, 따라서 공정거래법에서의 해석 기준이 부정경쟁방지법상 문제해결에 어떠한 장점이 있는지에 대한 의문이 제기될 수 있다(문선영, 앞의 글, 55면 참고). 그렇지만 권리의 정당한 행사에 해당하는지 여부를 두 법의 관점을 종합하여 판단한다는 기준이 달리 적용되어야 할 이유는 없을 것으로 판단된다.

81) 헌법재판소 2001. 9. 27. 선고 99헌바77 전원재판부.

82) 이선희, 앞의 논문, 133면에서는 제15조 제2항과 관련하여 공정거래법과 부정경쟁방지법의 적용 순서나 적용 요건에 대해 나름의 해석기준을 제시하면서 “이러한 해결방법은 추후 부정경쟁방지법 제15조가 삭제되더라도, 법질서로서의 경쟁촉진을 중시하는 사익보호를 위한 부정경쟁방지법과의 관계를 생각할 때, 타당성을 가질 수 있으리라 생각된다.”고 하는데, 결국 제15조의 존치 실익이 없음을 인정한 것으로 이해된다.

83) 대법원 2015. 9. 10. 선고 2012두18325 판결(공정거래법은 불공정거래행위를 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모함을 목적으로 하고(제1조 참조), 불공정거래행위에서의 ‘거래’란 통상의 매매와 같은 개별적인 계약 자체를 가리키는 것이 아니라 그보다 넓은 의미로서 사업활동을 위한 수단 일반 또는 거래질서를 뜻하는 것으로 보아야 하는 점(대법원 2010. 1. 14. 선고 2008두14739 판결 참조)을 고려할 때, 공정거래법 제23조 제1항은 단순히 불공정한 계약내용이나 사법상 권리의무를 조정하기 위한 것이 아니라 공정한 거래질서 또는 경쟁질서의 확립을 위하여 경제에 관한 규제와 조정이라는 공법적 관점에서 불공정한 거래행위를 금지하는 규정이라고 보아야 한다) 참고.

「하도급거래 공정화에 관한 법률」도 마찬가지이다.⁸⁴⁾ 이러한 공정거래법은 지식재산권법과는 달리 재산권 기타 권리를 부여하는 법이 아니라 위반행위에 대한 집행으로서 제재를 가하는 것을 주된 임무로 한다.⁸⁵⁾ 한편, 형법상 국기·국장 보호 규정은 국가의 권위와 대외적 체면을 보호 법칙으로 하는 구체적 위법범으로서 사익보호적 성격이 거의 없음⁸⁶⁾에 반해 부정경쟁방지법 제2조 제1호 라~바목, 차~파목 등은 사익보호적 성격이 강하다는 점에서 차이가 있다.⁸⁷⁾

그럼에도 불구하고 부정경쟁방지법과 제15조 제2항의 각 법률들은 특정한 권리부여를 전제로 한 보호체계가 아니라 구체적인 행위 유형들을 규제한다는 점에서 공통되고, 제2항에서 규정하고 있는 법률들이 부정경쟁방지법에 비해 공적 규제 또는 제재의 성격이 더 강한 입법인 점에서 규율을 양보하는 현행 부정경쟁방지법 제15조 제2항이 타당한 측면이 있다고 보여진다. 따라서 제15조 제1항을 앞서와 같이 개정한다 하더라도 제2항은 현행과 같이 그대로 존치시키는 것이 타당할 것으로 판단된다.

5. 결론

부정경쟁방지법 제15조는 다른 법률과 부정경쟁방지법의 적용 순서에 대해 규정하고 있는데, 저촉규정의 형태를 취하고 있어 해석론상 의문의 여지가 있다. 동 규정은 1961년 제정법 당시에는 일본의 입법과 같이 선후관계 입법의 형태를 취하고 있었는데, 1986년 개정에서 저촉관계 입법으로 바뀌었으며 1998년 개정에서 제1항과 제2항으로 분리되었다. 우리법에 참고가 된 일본은 1934년 제정 당시 선후관계 형태로 입법을 하였고 그러한 입법 형태를 유지해 오다가 여러 가지 비판이 제기되어 1993년 개정법에서 이를 삭제하였다. 결국 우리 부정경쟁방지법 제15조는 그 입법례를 찾아보기 어렵고 특히 저촉관계 입법은 일본의 구법과도 다른 특이한 입법이라 할 수 있다. 이러한 특이한 입법에 대해 우리 대법원은 그 동안 다수의 판례를 통해 상표권 등의 남용적 행사에 대해서는 부정경쟁방지법을 적용한다는 해석 기준을 정립해 왔고 따라서 지금의 규정을 그대로 존치하더라도 문제가 된다고 단정하기는 어렵다. 하지만 현행 규정은 문언 자체가 모호하여 해석론상 의문의 여지가 있고 특히 동 규정의 해석에 따라 형사처벌까지 가능하다는 점에서 죄형법정주의 문제도 제기된 바 있다. 나아가 동 규정에 대한 대법원의 해석 기준에 대해서도 1961년 제정법과 1986년 개정법의 문언상의 차이에 따라 구체적인 해석 방향이 달라지는게 맞는지, 그리고 저촉 규정이라는 문언에 부합하는 해석인지의 문제가 있다. 이러한 취지에서 판례를 비판하는 견해도 수긍되는 바가 있다. 그렇다면 현행 규정을 존치시키기보다 이를 개정하는 것이 타당하다고 할 것이고, 개정의 방향은 동 규정의 삭제 또는 수정이 될 수 있는데 현행 규정에 대한 입법례를 찾아보기 어렵고, 일본에서도 유사한 입법을 한 이후 많은 비판을 받아 오다가 오래전에 동 규정을 삭제하였으며, 각 법률마다 고유한 입법취지와 목적, 규율대상이 있어 부정경쟁방지법의 후순위 적용을 인정할 근거가 부족한 점, 현행 규정의 존치나 개정에 의하더라도 결국 상표권 등의 남용적 행사에 대해 부정경쟁방지법을 적용한다는 것이 되어 이는 해석론으로 해결가능하다는 점 등을 고려해 볼 때, 동 규정을 삭제하는 것이 타당

84) 송영식 외 6인, 앞의 책, 465면에서는 “독점규제법이나 형법은 공법으로 부정경쟁방지법과는 별개의 입법목적 가진 것이고 상호 양립할 수 없는 관계에 있는 것이 아니므로 각각 독자적으로 적용될 수 있는 이치”라고 하는데, 제15항 제2항의 입법 타당성을 부정하는 근거로 볼 수도 있을 것이다.

85) 이선희, 앞의 논문, 126면.

86) 헌법재판소 2019. 12. 27. 선고 2016헌바96 전원재판부(국기 보호 규정은 ... 국가의 대표적 상징물인 국기를 존중, 보호함으로써 국가의 권위와 체면을 지키고, 국민들이 국기에 대하여 가지는 존중의 감정을 보호하려는 목적에서 입법된 것).

87) 타법에서 규제하는 유사행위에 대한 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위의 특징에 대한 설명으로는 황의창·황광연, 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호법」, 제6정판, 세창출판사, 2011, 25-26면 참고.

하다고 생각된다. 다만 동 규정의 폐지가 아닌 개정을 한다면, 현행 규정에 대한 대법원의 해석 기준과 적용사례, 일본에서의 법 운영 현황 등을 고려하여 제1항을 ‘~정당한 권리행사라고 인정되는 행위에 대해서는 부정경쟁방지법을 적용하지 아니한다.’는 형태로 개정함이 타당할 것으로 보인다.

그동안 부정경쟁방지법 제15조의 문언에 대한 불확실성이나 해석론상 의문점, 동 규정 존치의 타당성에 대한 연구가 많지 않았던 것으로 보이는데,⁸⁸⁾ 향후 이 규정에 대한 후속 연구나 동 규정 개정에 있어 이상의 논의가 참고되길 기대해 본다.

88) 우리나라에서 지적재산권법에 관한 법사학 혹은 법제사 연구는 많이 부족한 것이 현실이라는 지적이 있는데(박성호, 앞의 논문, 3면), 제15조 존치의 타당성에 관한 선행 연구들이 많지 않은 것도 그러한 이유 중 하나라고 생각된다. 부정경쟁방지법 제15조에 대한 폐지 또는 개정에 대한 검토는 그러한 점에서 법제사적 연구와도 연결될 수 있을 것이다.

참고 문헌(References)

단행본(국내 및 동양)

- 박태일, “디자인권과 상표권 및 부정경쟁행위 사이의 충돌”, 디자인법연구회(편), 디자인보호법 판례연구, 박영사, 2019.
- 사법연수원, 「부정경쟁방지법」, 사법연수원, 2015.
- 송영식 외 6인, 「지적소유권법(하)」, 제2판, 육법사, 2013.
- 윤선희, 「지적재산권법」, 제19정판, 세창출판사, 2022.
- 윤태식, 「부정경쟁방지법」, 박영사, 2021.
- 이두형, “상표권의 효력과 그 제한”, 한국산업재산권법학회(편), 지적재산권의 현재와 미래: 소담 김명신선생 화갑기념논문집, 법문사, 2004.
- 정상조, “상표법과 부정경쟁방지법의 조화/통합”, 특별소송실무연구회(편), 특별법연구, 제8권, 박영사, 2006.
- 정상조 외 17인, 「부정경쟁방지법 주해」, 박영사, 2020.
- 황의창·황광연, 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호법」, 제6정판, 세창출판사, 2011.
- 小野昌延, 「注解不正競争防止法」, 有信堂, 1961.
- 小野昌延·松村信夫, 「新・不正競争防止法概説」, 第3版, 上巻, 青林書院, 2020.
- 豊崎光衛, 「工業所有權法 新版」, 有斐閣, 1975.
- 豊崎光衛 et al., 「不正競争防止法」, 第一法規出版株式会社, 1983.

학술지(국내 및 동양)

- 김원오, “디자인 보호법제간 경합 현황과 경합의 처리를 둘러싼 제 문제”, 「산업재산권」, 제47호(2015).
- 도두형, “부정경쟁방지법과 공업소유권법의 적용순위”, 「인권과 정의」, 제206호(1993).
- 박성호, “우리나라 ‘부정경쟁방지법의 탄생’과 그에 관한 법제사적 고찰”, 「정보법학」, 제26권 제1호(2022).
- 이규홍, “부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목(변경 후 카목)에 대한 연구 - 부정경쟁행위와 불공정거래행위의 교차점 -”, 「정보법학」, 제22권 제2호(2018).
- 이상정, “부정경쟁금지법의 발전”, 「경쟁법연구」, 제1권(1989).
- 이선희, “공정거래법과의 관계에서 본 부정경쟁방지법 제15조 제2항의 의미와 적용”, 「저스티스」, 제196호(2023).
- 정민호, “상표법상 권리와 부정경쟁방지법상 권리의 충돌문제 - 대법원 2000. 5. 12. 선고 98다49142 판결을 대상으로 -”, 「성균관법학」, 제24권 제3호(2012).

학위논문(국내 및 동양)

- 류시원, “지식재산권 유형에 따른 공정거래법 집행에 관한 연구”, 고려대학교 법학전문대학원, 박사, 2022.

인터넷 자료

- 經濟部 知的財産政策室編, 「逐条解説 不正競争防止法」, 平成30年11月29日施行版. <<https://www.meti.go.jp/policy/economy/chizai/chiteki/pdf/20181129chikujyokaisetsur.pdf>>, 작성일: 2018. 11. 29.
- 貞廣知行, “旧不正競争防止法の改正”, IUPACとCASの化合物命名法. <<http://nomenclator.la.coocan.jp/ip/suprev/rev/unfcp.htm#r001>>, 검색일: 2023. 12. 27.

기타 자료

- 국회 상공위원회, “국회 상공위원회 제131회-제15차 회의록”, 국회 상공위원회, 1986. 12. 12.
- 문선영, “부정경쟁방지법 개정방안 세미나”, 한국지식재산학회·특허청, 2023. 12. 14.

박준우, “부정경쟁방지법 개정방안 세미나”, 한국지식재산학회·특허청, 2023. 12. 14.

한국지식재산학회·특허청, “부정경쟁방지법 개정방안 세미나 자료”, 한국지식재산학회·특허청, 2023.