

법률위반과 부정경쟁행위

박 윤 석*

목 차

- I. 서론
- II. 국제적 규제현황
 - 1. 프랑스
 - 2. 독일
 - 3. 그외 EU 국가
 - 4. 영미법 국가
- III. 법률위반을 통한 부정경쟁행위와 관련된 독일의 입법례
 - 1. 입법 배경
 - 2. 구성 요건
 - 3. 시장행위와 시장진입 규제 규정
- IV. 우리법상 법률위반을 통한 부정경쟁행위
 - 1. 법률위반을 통한 부정경쟁행위의 구성 요건
 - 2. 위반시 부정경쟁행위 성립여부와 관련된 주요 현행법률
 - 3. 민법 제750조 불법행위와의 관계
- V. 결론

* 고려대학교 ICR 센터 연구원, 박사수료.

초록

영업주체가 경제활동을 하면서 법률을 위반하는 행위는 충분히 발생할 가능성이 있다. 이러한 경우 위반한 법률의 규정에 따라 제재를 받는다. 하지만 법률위반 행위가 부정경쟁의 목적으로 이루어지는 경우 위반자는 법적으로 허용될 수 없는 경쟁적 이익을 얻을 수 있는 반면, 경우에 따라 위반한 법률에 규정된 법적 제재는 상대적으로 경미한 경우가 발생할 수 있다. 외국의 경우 이러한 법률위반을 부정경쟁행위의 수단으로 인정하고 있으며 특히 독일의 경우 판례에 의해 부정경쟁행위로 인정해 오다가 2004년 부정경쟁방지법 개정을 통해 성문화하였다.

우리나라 부정경쟁방지법에서는 부정경쟁행위의 개념을 한정 열거적으로 제한하고 있으므로 법률위반을 통한 부정경쟁행위는 열거된 유형에 해당하지 않는 한 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위로 인정될 수 없다. 따라서 법률위반을 통한 부정경쟁행위는 현행법상 민법 제750조의 일반불법행위로 인정 될 수밖에 없다.

법률위반행위를 일반 불법행위 또는 특별법상의 부정경쟁행위로 인정하기 위해서는 많은 요소들이 검토 되어야 한다. 독일의 입법례를 검토하여 보건데, 모든 법률위반행위가 부정경쟁행위로서 인정되는 것은 아니고 시장참여자의 이익과 관련하여 시장행위(Marktverhalten)를 규제하는 법률을 위반하는 경우에만 인정된다는 점은 민법 제750조 불법행위의 구성요건 중 하나인 위법성 인정 여부와 관련하여 참고할만하다. 현행법상 법률위반을 통한 부정경쟁행위는 사례와 학설이 부족함으로 우리법상 법률위반을 통한 부정경쟁행위를 단순히 일반 불법행위의 영역에 머물게 할 것인지 부정경쟁행위로 포함할 수 있는지 논의가 필요하다.

주제어

부정경쟁, 법률위반, 경쟁행위, 시장진입, 불법행위

I. 서론

시장경제에서 경쟁행위는 필연적인 것이며 용인되는 것이다. 그러나 역사적으로 볼 때 상거래상 용인될 수 없는 경쟁행위가 발생하게 되고 이를 방지하고자 부정경쟁방지법이 제정되었다. 우리나라의 경우 1961년 12월 30일 최초 제정된 부정경쟁방지법의 입법제한 이유를 보면 상거래에서 부정한 수단에 의한 상업상의 경쟁을 방지함을 목적으로 하고 있다. 현행 “부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 ‘부정경쟁방지법’)”은 제2조 1항에서 가목부터 자목까지 부정경쟁행위를 한정 열거하고 있으나 모든 부정경쟁행위를 포함하기엔 부족하다. 따라서 부정경쟁방지법에 열거된 이외의 영업행위가 부정한 경쟁행위일 가능성이 있다면 민법 제750조 불법행위에 근거해서만 피해자는 권리 구제를 받을 수 있다.

현대 사회로 들어서면서 산업경제가 발전하고 영업활동의 종류와 수가 늘어나면서 상거래에서의 경쟁행위가 더욱 치열해 지고 있다. 부정경쟁행위의 태양이 점점 다양한 모습으로 나타난다는 것이다. 실례로 최초 제정된 부정경쟁방지법은 5개의 행위만을 부정경쟁행위로 규정하고 있었으나 현재는 9가지의 행위를 부정경쟁행위로 규정하고 있다. 또한 열거된 부정경쟁행위 이외의 행위도 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하거나 경쟁자의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻는 등의 행위는 부정경쟁행위로 인정할 수 있다는 것이 판례의 태도이다.¹⁾

이렇듯 부정경쟁행위의 개념이 확대되어 가는 추세에서 현행 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위로 열거되지 않은 “법률위반을 통한 부정경쟁행위(Rechtsbruch)”에 대해 살펴보려 한다. 독일의 경우 부정경쟁방지법(Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb, 이하 ‘UWG’)이 1909년에 새롭게 제정된 이후 Abgasemissionen(배기가스제한) 판례²⁾ 이전까지 독일연방대법원은 영업자가 법률을 준수하는 경쟁업자에 비하여 법률위반을 통해 법적으로 정당화

1) 대법원 2010. 8. 25. 자 2008마1541 결정.

2) BGHZ, GRUR 00, 1076.

될 수 없는 경쟁이익을 얻을 수 있다는 것을 인식하고 있음에도 불구하고 고의적이고 계획적으로 법률을 위반한 경우 이를 부정경쟁행위로 인정하여왔다.³⁾

이후 독일 부정경쟁방지법은 2004년과 2008년 개정을 통해 제4조 11호에 시장 참여자의 이익과 관련하여 영업행위의 행태를 규율하는 법률의 위반은 부정경쟁행위라고 예시함으로써⁴⁾ 일반조항인 부정경쟁방지법(UWG) 제3조를 뒷받침하는 구체적인 부정경쟁행위 유형 중 하나로 인정되었다. 그리고 유럽 및 미국에서도 법률 위반을 통해 경쟁적 이익을 얻는 것을 부정경쟁행위로 인식하는 경향을 보이고 있다.

따라서 한정적인 부정경쟁행위 유형을 가지는 우리 법제에서 법률위반을 통한 부정경쟁행위는 부정경쟁방지법상 열거되지 않은 새로운 부정경쟁행위로 볼 것인가 아니면 단순히 민법상 제750조에 근거한 불법행위로만 볼 것인가에 관한 의문이 제기 된다. 우선 외국의 경우 법률위반행위와 부정경쟁행위를 어떻게 규제하고 있는지 각국의 규제 현황에 대해서 알아보고 법률위반을 통한 부정경쟁행위(Rechtsbruch)를 부정경쟁행위의 하나로 예시하고 있는 독일의 입법례를 살펴보기로 한다. 그 다음 우리나라 현행 법률과 법률위반을 통한 부정경쟁행위와의 관계를 살펴보도록 한다.

II. 국제적 규제현황

부정경쟁행위는 각국의 법률에 의해 규율되고 있지만 그 방식에 있어서는 국가마다 차이가 있다. 민법의 일반 불법행위를 탄력적으로 운용하여 부정경쟁행위를 규율하거나 특별법을 제정하여 규율하는 것이다. 전자의 경우는 대표적으로 프랑스를 들 수 있고⁵⁾ 후자의 경우는 독일이다. 영미법 국가에서 부정경쟁행위는 판례법(Common law)상의 법리로 발전하였다.

3) Ansgar Ohly, et al., *UWG Kommentare*, C.H. Beck(2010), 487, 488.

4) UWG, § 4 Nr. 11.

5) 이상정, “부정경쟁금지법리의 발전”, *경쟁법연구*, 제1권(1989), 83면.

1. 프랑스

비록 유럽 대부분의 국가들이 부정경쟁에 관한 프랑스의 법리에 영향을 받았지만 정작 프랑스는 정확하게 부정경쟁행위를 규율하는 특별법을 제정하지 않았다. 프랑스는 19세기부터 민법 제1382조 일반불법행위에 근거하여 부정경쟁(Concurrence déloyal)에 대한 강력한 규제를 해왔다.⁶⁾ 부정경쟁행위로 인한 불법행위가 성립하기 위한 요건은 당사자가 경쟁관계에 있어야 하고, 행위자의 유책성(faute)과 손해(prejudice)가 발생하여야 하며 이 둘 사이에 인과관계(lien de causalité)가 성립되어야 한다.⁷⁾ 부정경쟁행위의 가장 핵심은 유책성인데 이는 선량한 상관습(usages honnêtes du commerce)의 위반으로 정의되고 있다.⁸⁾ 상거래에서 법률의 종류를 불문하고 법률위반이 동시에 선량한 상관습에 대한 위반으로 인정될 경우, 법률위반은 민법 제1382조에 근거하여 부정경쟁행위에 해당될 수 있다.⁹⁾

2. 독일

독일은 민법에 의한 부정경쟁행위의 규율을 거부하고 1896년에 부정경쟁방지법을 제정하여 민법의 특별법으로서 부정경쟁방지법을 우선 적용하고 있다.¹⁰⁾ 일찍이 독일 연방대법원은 가치관련 법률(wertbezogenen Normen)과 가치중립적 법률(wertneutralen Normen)을 구별하여 가치관련 법률을 위반한 경우 부정경쟁행위성을 당연히 인정하였다.¹¹⁾ 그러나 가치중립적 법률을 위반

6 Frauke Henning-Bodenwig, *Unfair Competition law—European Union and Member States*, Kluwer Law(2006), 113, 114.

7) Id. 114.

8) Id.

9) Id. 124.

10) 송영식 외 6인, 지적소유권법(하), 육법사, 2008, 402면.

11) 가치관련 법률이란 공서양속과 관련된 경쟁행위법률 또는 특별히 중요한 사회이익을 보호하는 법률, 예를 들어 국민건강, 소송, 환경, 제도적 경쟁과 같은 사회이익을 보호하는 법률을 의미하며 가치중립적 법률이란 그 이외의 법률을 의미한다. Ansgar Ohly, et al., *supra* note 3, at 487.

한 부정경쟁행위에 대해서는 법률 위반자가 다른 경쟁자에 비해 법률위반을 통해 불법적인 경쟁이익을 얻을 수 있음을 인식하고 고의적이고 계획적으로 법률 위반을 한 경우에만 부정경쟁행위성을 인정하였다.¹²⁾ 이후 2000년 Abgase-missionen 사건을 통해 법률위반을 통한 부정경쟁행위가 인정되기 위해서는 위반된 법률이 최소한 부수적으로 경쟁행위관련성을 가지고 있어야만 법률위반을 통한 부정경쟁행위가 인정될 수 있다고 판례를 변경하였다.¹³⁾ 즉 위반된 법률이 경쟁행위와 관련한 최소한의 보호기능을 가지고 있어야만 한다.¹⁴⁾

이후 2004년 부정경쟁방지법 개정을 통해 제4조에서 11가지 부정경쟁행위를 예시적으로 열거하면서 11항에 시장참여자의 이익과 관련하여 시장행위를 규제하는 법률위반을 통한 부정경쟁행위를 명시하였다. 즉 독일연방대법원이 법률위반을 통한 부정경쟁행위에 관한 판례를 변경한 것을 고려하여 2004년 개정법을 통하여 법률위반을 통한 부정경쟁행위의 구성요건 중 법률의 범위를 시장행위규범을 규제하는 법률로 표현하였다. 또한 시장진입을 규제하는 법률위반을 통한 부정경쟁행위를 인정하지 않던 판례의 입장¹⁵⁾도 반영한 것으로 보인다. 그러나 시장행위에 관한 규범과 시장진입규정의 구별에 대해서는 아직도 논란이 계속되고 있다.

3. 그외 EU 국가

EU국가들 중 대부분의 국가들은 법률위반을 통한 부정경쟁행위를 부정경쟁행위로 인식하고 규율하는 입법형식을 취하고 있다. 오스트리아의 경우 부정경쟁방지법 제1조인 일반조항을 근거로 하여 법률위반을 통한 부정경쟁행위를 인정하고 있다. 벨기에의 경우 1991년에 제정된 상관습과 소비자 정보와 보호에 관한 법률(Act on Commercial Practices and Consumer Information and

12) Id. 488.; Ulf Doeprner, "Unlauterer Wettbewerb Durch Rechtsbruch-Quo vadis?", GRUR 2003, 825.

13) BGHZ, GRUR 00, 1076.

14) Id.

15) BGHZ 150, 343 "Elektroarbeiten"; BGH GRUR 02, 825 "Kein Wettbewerbsverstoß durch rechtswidrigen Marktzutritt".

Protection, LPC)이 부정경쟁방지법의 역할을 하고 있다. 이 법률의 보호와 맞지 않게, 판매자가 영업활동 중에 어떠한 법률위반을 통해 다른 판매자나 소비자의 이익에 해를 끼치는 경우 법률위반은 LPC 제93조, 94조에 근거하여 선량한 상관습에 위반하는 행위로 인정된다. 따라서 심지어 세법, 사회보장법 등의 위반도 부정경쟁행위로 인정될 수 있다.¹⁶⁾

덴마크의 경우 1994년에 제정되어 2003년에 개정된 상업관행법(Marketing Practices Act)이 부정경쟁방지법 역할을 하고 있다. 제1조에서 일반조항을 두고 있으며 제1조에 근거해 각각의 상업행위는 선량한 상관행(god markedes foringskik)을 준수해야 한다고 한다.¹⁷⁾ 법률위반의 경우 상업관행법 이외의 법을 위반하는 상업행위는 상업관행법 제 1조 일반조항에 근거하여 선량한 상관행 위반으로 인정될 수 있다. 그러나 이런 경우 위반된 법률은 상거래자와 소비자의 이익과 관련하여 시장을 규제할 목적을 가지는 법률과 동일한 입법목적을 가지고 있어야 한다.¹⁸⁾

핀란드의 경우 부정경쟁방지법으로 볼 수 있는 2가지의 법률이 존재한다. 기업자들 사이의 관계를 규율하는 부정거래관행법(Unfair Trade Practices Act, Laki Sopimattomasta Menettelystä elinkeinotoiminnassa = SopMenL)과 기업과 최종사용자 또는 소비자와의 관계를 규율하는 소비자 보호법(Consumer Protection Act, Kuluttajansuojalaki)이 있다. 법률 모두 일반조항을 두고 있으며 양 법률의 내용과 해석은 매우 유사하다. 법률위반의 경우 소비자 보호법 제 2조에 규정된 일반조항에 따라 소비자 보호를 목적으로 하는 법률의 위반은 불공정한 상업 행위로 간주된다.¹⁹⁾

그리스의 경우 그리스 부정경쟁방지법 이외의 법률을 위반한 경우는 부정경쟁방지법 제1조 일반조항을 위반한 것으로 인정될 수 있다. 이 경우 위반된 법률이 경쟁관계 규율을 목적으로 하는 법률 또는 공서양속에 근거하고 있는 법률일 것을 요한다. 예를 들어 소비자 건강을 보호목적으로 갖는 법률이 있다. 또 다른

16) Frauke Henning-Bodenwig, *supra* note 6 at 85.

17) *Id.* 94.

18) *Id.* 100.

19) *Id.* 112.

요건으로 법률위반을 통한 부정경쟁행위자는 법률 위반을 통해 불법적 경쟁이익을 얻었어야만 한다.²⁰⁾

체코의 경우 상법(원문은 Obchodní zákoník이고 1991년에 제정되었음)에 제41조에서 제54조까지 부정경쟁행위에 관한 법률을 규정하고 있다. 법률위반을 통한 부정경쟁은 상법에 규정된 부정경쟁행위에 관한 제44조 1항의 일반조항에 근거하여 공서양속(bones mores)위반으로 간주된다. 한 사례로 체코 법원은 운전학원이 운전학원 강사의 교육과 관련한 행정기준을 위반함으로써 경쟁적 이익을 얻었다고 판단하였다. 운전학원 강사 교육 기준을 준수한 학원이 기준을 위반한 학원에게 손해배상을 청구(부정경쟁을 근거로)한 사건에서 1심은 운전학원관리는 행정부에 위임되어 있다는 이유로 청구를 기각했지만 항소심에서 체코 부정경쟁방지법(상법 제44조 2항)에 근거해서 인정되었다. 즉 항소심은 운전학원 각 규정에 따라 운전자들을 교육시키지 않음으로서(강사교육을 회피함으로서 학원 교육비 면에서 경쟁적 이익을 얻은 것으로 보임) 운전학원이 상업적 이익을 얻었다고 인정하였다.²¹⁾

4. 영미법 국가

영국의 경우 직접적으로 부정경쟁행위(unfair trade practices)를 규율하는 규정 또는 부정경쟁행위에 근거한 특별한 판례법(common law)상의 불법행위가 존재하지 않았었다. 다만 판례법상의 여러 조건들과 법률이 부정경쟁행위의 특정한 부분에 적용될 수 있었다. 영국에서 중요시된 부정경쟁행위 소송으로는 사칭통용 소송(passing-off suit)이 있고, 법률위반을 통한 부정경쟁행위와 관련된 소송에서는 법적 의무(statutory duties)를 위반한 행위가 판례법상 소송사유로서 인정되고 있다. 그러나 실무적으로 위반된 법률을 통해 보호되는 권리와 청구권자를 결정하기 어렵고, 법률위반을 통한 부정경쟁행위로 인해 청구권자에게 발생한 손해를 증명하기가 어렵다고 한다.²²⁾

20) Id. 157.

21) Id. 91.

22) Id. 148.

미국 부정경쟁방지법의 경우 연방법에 의해 규율되는 특허법, 저작권법과는 달리 각각의 주에서 개별적인 주법으로 규율되어, 주로 판례법에 의해 규제되어 왔다. 나아가 최근에는 통일적인 제정법의 채택을 피하고 있다.²³⁾ 이러한 상황 하에 미국에서도 법률위반을 통한 부정경쟁행위에 관한 논의와 관련된 판례를 찾아볼 수 있다. Featherstone v. Independent Service Station Association of Texas and Others 사건²⁴⁾에서 피고는 가솔린 중개업자로 자신의 상품구매자에게 자동차가 경품인 추첨행사에 참가할 수 있는 경품권 역할을 하는 일정한 양의 티켓을 제공하였다. 이러한 판매방법은 반경품법률(the anti-lottery statute) 위반으로 판단되었다. 위반된 법률(Tex. Penal Code (1925) art. 254 이하)의 내용은 다음과 같다.

경품추첨(lottery)을 행하거나 어떠한 동산, 부동산, 개인적 재산을 경품에 의해서 처리한 자는 100달러 이상, 1000달러 이하의 벌금에 처해지며, 또한 경품에 사용되는 어떠한 증서(ticket)라도 판매, 판매청약, 판매를 위해 소지하는 자는 10달러 이상 50달러 미만의 벌금에 처한다고 규정되어 있다. 원고는 피고의 경쟁업자로서 피고가 일정한 양의 경품티켓을 제공한 행위에 대해 금지청구를 신청하여 인정받았다. 법원은 이 사건에 대해 피고가 고객을 유인 하는 방법으로 처벌법규(the penal statute, 여기서는 반경품법률임)를 지속적으로 위반하는 행위는 부정경쟁행위의 한 형태로 인정된다고 하였다.²⁵⁾

미국 캘리포니아주 부정경쟁방지법(West's Ann. Cal. Bus. & Prof. Code § 17200)에 따르면 부정경쟁행위란 불법(unlawful), 부정(unfair)하거나 기만적인(fraudulent)인 영업행위 또는 영업관행을 포함한다. 불법한 영업행위라는 의미는 현재 시행되는 주법, 연방법 또는 판례법(Common law)을 위반한 행위라고 판례에서 인정하고 있다.²⁶⁾

23) 미국법률가협회(ALI)가 마련한 통일기만적 거래관행법(Uniform Deceptive Trade Practices Act) 및 통일영업비밀법(The Uniform Trade Secret Act)을 각 주에 채택토록 제안하여 상당수의 주가 이를 채택하였고 통일이화가 진행되고 있다. 송영식 외 6인, 앞의 책(주 10), 401면.

24) 10 S. W.2d 124.

25) Note, "ENJOINING THE VIOLATION OF A PENAL STATUTE AS BEING AN UNFAIR METHOD OF COMPETITION", 42 Harv. L. Rev. 693, 696.

26) Ubaldi v. SLM Corp., 852 F.Supp.2d 1190, 1203.

III. 법률위반을 통한 부정경쟁행위와 관련된 독일의 입법례

부정경쟁행위를 부정경쟁방지법이란 특별법을 통해 규율하고, 일반 불법행위법에 의한 규제를 거부한 독일은 부정경쟁행위에 관한 많은 법리적 발전과 판례를 축적하고 있다. 따라서 독일을 중심으로 법률행위 위반을 통한 부정경쟁행위의 입법례를 살펴보기로 한다.

1. 입법 배경

2004년 개정전 독일 UWG 제1조는 부정경쟁행위에 관한 일반조항 역할을 하였다. 많은 부정경쟁행위 유형이 법률에 규정되어 있지 않고 판례에 의해 형성되어 왔다. 따라서 법률위반을 통한 부정경쟁행위도 판례상 인정되어 왔던 부정경쟁행위였다.²⁷⁾ 그 중 Bayern-Express사건²⁸⁾을 살펴보면 원고 Bayern-Express社は 베를린과 뮌헨 버스노선운행 영업(Linienverkehr)에 대한 베를린 의회(Senator)의 허가를 얻고 영업 중이었다. 피고는 버스회사를 운영하고 그 외에 “Berolina”란 여행사를 운영 중이었다. 피고는 베를린과 독일지역 사이 구간을 대여버스를 이용한 여객자동차운송사업(Gelegenheitsverkehr)의 영업에 대한 허가를 얻고 영업 중이었다.²⁹⁾ 피고는 특히 베를린과 뮌헨 구간 운행영업을 많이 하였다. 원고는 피고가 1952년 1월 1일부터 베를린과 뮌헨 구간을 오고 가는 승객들에게 버스노선 운행영업자들이 발행하는 버스승차권형태와 유사한 모양으로 승차권을 승객에게 배포하고 교통비도 원고의 교통비³⁰⁾보다 저렴한 값(약 10마르크에서 20마르크 정도)에 제공하였다고 주장하였다. 이에 원고는 버

27) 이미 1990년대에 정부의 허가없이 또는 금지된 행위를 통한 영업행위는 부정경쟁이라는 견해가 존재했다. Eichmann, “Der Vorsprung durch eigenen Rechtsbruch”, GRUR 1967, 564; Jochen Glöckner, Wettbewerbsbezogenes Verständnis der Unlauterkeit und Vorsprungserlangung durch Rechtsbruch”, GRUR 2008, 960.

28) BGH GRUR 1957, 558 “Bayern-Express”.

29) 독일여객운송법 제9조에 따르면 정기적인 노선을 운행하는 버스노선 영업과 수요에 따라 여객을 운송해주는 영업은 구별되고 허가된 영업의 범위도 다르다.

30) 원고의 교통비는 관할관청으로부터 규제를 받으며 관할관청으로부터 승인 받는 것임.

스노선운행영업에 대해 허가도 받지 않은 피고의 행위는 여객운송법(Personenbeförderungsgesetz)을 위반하였으며 이는 부정경쟁행위에 해당한다고 주장하였다. 독일연방대법원은 공서양속에 중립적인 법률(가치중립적 법률)인 경우 경쟁자가 해당 법률을 위반하여 행한 모든 경쟁행위가 바로 부정경쟁방지법 제1조(개정전 UWG)의 부정경쟁행위에 해당되지 않는다고 하였다. 그러나 피고가 위반한 여객운송법은 공서양속에 중립적인 법이지만 특별한 사정(besonderen Umstände)이 있는 경우, 즉 법률을 준수하는 상대 경쟁자에 비해 경쟁적인 이익을 얻기 위해 고의적이고 계획적으로 법률을 위반한 경쟁자에게는 부정경쟁방지법 제1조의 공서양속 위반이 인정될 수 있다고 판시하였다.³¹⁾ 이러한 독일연방대법원의 가치관련 법률과 가치중립적 법률을 구분하는 입장은 2000년도까지 계속되었다.

그후 배기가스제한(Abgasemissionen)판례³²⁾에 의해 판례를 변경하게 되는데 주된 논점은 법률위반을 통해 계획된 비용절감이 경쟁적 이익을 가능하게 할 수 있기 때문에 환경보호법률을 위반하여 제작된 제품을 판매하는 행위가 경쟁위반(부정경쟁행위)이 될 수 있는지에 관한 것이었다.³³⁾ 독일연방대법원은 비록 어떠한 방법으로도든 상대 경쟁자의 경쟁기회에 영향을 줄 수도 있지만, 경쟁행위라고는 볼 수 없고 경쟁적 관점에서 순수한 경쟁행위에 부정경쟁행위의 성격을 부여하는 것이 적절치 않은 법률위반을 경쟁행위가 인정되기에 앞서 규제하는 것은 독일 부정경쟁방지법 제1조에 포함되지 않는다고 판시하였다.³⁴⁾ 이 판례의 의미는 모든 법률위반 행위가 부정경쟁행위성을 가지는 것은 아니기 때문에 법률위반이 경쟁행위로서의 실체를 가지고 있지 않은 경우에는 부정경쟁행위로 규제할 수 없다는 의미로 볼 수 있다. 따라서 법률위반행위와 경쟁행위는 구별될 수 있는 개념이고 부정경쟁방지법으로 규제되기 위해서는 법률위반행위가 경쟁행위성도 포함하고 있어야 한다. 즉 영업자가 경쟁행위를 통하여 법률을 위

31) BGH GRUR 1957, 558, 559.

32) 주 2) 참조.

33) Helmut Köhler, "Wettbewersrecht im Wandel: Die Neue Rechtsprechung zum Tatbestand des Rechtsbruchs", NJW 2002, 2761.

34) Id.

만하면 부정경쟁행위라고 볼 수 있지만 단순히 법률위반을 하였을 때는 법률위반이 경쟁행위로 평가될 수 있어야 한다. 따라서 독일연방대법원은 경쟁행위가 국민건강과 같은 중요한 공동체이익을 보호하는 법률을 위반한 경우³⁵⁾ 추가적인 부정경쟁행위성을 입증할 필요 없이 부정경쟁행위로 인정할 수 있다고 하였다. 만약 위반된 법률자체가 직접적으로 경쟁행위성과 관련되지 않은 경우 공동체의 중대한 이익을 경시(위반)하며 경쟁행위가 행해졌다는 점이 부정경쟁방지법 제1조(개정전 UWG)에 근거하여 인정되기 어렵다고 판단하였다.³⁶⁾

그러나 법률위반이 경쟁적 행위에 앞서 발생하거나 후에 발생한 경우에는 경쟁행위와 법률위반은 동시에 발생한 것이 아니고 약간의 관련성만 있기 때문에 법률위반과 경쟁행위가 동시에 인정되는 법률위반을 통한 부정경쟁행위와 구별된다. 법률위반행위는 위반된 법률이 최소한 부수적으로라도 경쟁행위와 관련된 보호기능을 가지고 있으며 또한 특정 시장의 상황이 확정되고 그 시장에서 활동하는 경쟁자에 대해 균등한 법률적 조건을 형성하는 법률일 경우 법률위반행위(경쟁행위)가 부정경쟁행위로 인정된다. 즉 법률위반행위가 경쟁행위로서 인정되어야 하는데 경쟁행위와 관련된 법률을 위반한 행위는 경쟁행위로서 평가받을 수 있을 것이다. 따라서 비록 가치관련 규정이라도 최소한 부수적으로라도 시장관련성이 없는 법률위반을 통하여 이익을 얻는 경우 시장행위(경쟁행위)는 부정경쟁이라고 할 수 없다. 이러한 배기가스제한(Abgasemissionen)판례의 근거를 계기로 독일대법원은 판례를 변경하였다. 판례 변경의 근거 및 이유는 2004년 독일 부정경쟁방지법 초안의 개정 이유서에 그대로 반영되어 있으며³⁷⁾ 이에 따라 법률위반을 통한 부정경쟁행위 관련 예시규정이 도입되었다.

2. 구성 요건

독일 부정경쟁방지법상 법률위반을 통한 부정경쟁행위의 적용요건을 살펴보

35) 경쟁행위를 통하여 법률위반을 한 경우이다. 반대의 경우 법률위반 행위가 모두 경쟁행위로 인정되지 않을 것이며 경쟁행위로 평가받지 않는 법률위반행위는 부정경쟁행위가 아닌 단순한 위법행위이다.

36) Id. 2761.

37) BT-Drucks 15/1487, p.19.

기 전에 우선 현행 독일 부정경쟁방지법상의 적용요건을 살펴보면 제3조는 일반조항 역할을 하고 있으며 제4조는 제3조에서 정의한 부정경쟁행위를 예시적으로 열거하여 부정경쟁행위 개념을 보충하는 역할을 하고 있다. 이러한 일반적 금지조항은 모든 금지행위를 규정할 수 없으므로 새로운 부정경쟁행위에 대해 탄력적으로 대응할 수 있다는 점에서 의의가 있다.³⁸⁾ 예시적으로 열거된 제4조에 해당하는 부정경쟁행위가 존재하더라도 제3조에서 규정한 부정경쟁행위의 일반조항 조건을 충족시켜야 한다. 즉, 제3조에 따른 일반조항 적용요건은 우선 영업행위가 존재해야 하고 이 영업행위가 부정경쟁을 가져야 한다. 그리고 이러한 행위가 경쟁자, 소비자, 그 외의 시장참여자의 이익에 영향을 주어야 하며, 이 영향이 감지할 수 있을(spürbarkeit) 정도여야 한다.³⁹⁾

따라서 독일 부정경쟁방지법 체계상 제4조 11항에 규정된 법률위반을 통한 부정경쟁행위가 적용되기 위해서는 제4조 11항의 구성요건 해당성을 검토하고 난 후 다시 일반조항의 구성요건에 해당되는지를 살펴보아야 한다. 이 경우에 제4조 11항의 구성요건을 충족하는 법률위반을 통한 부정경쟁행위가 경쟁자, 소비자, 그 이외 시장참여자의 이익에 감지할 수 있을 정도의 영향을 끼쳐야 한다. 물론 상대 시장참여자의 이익에 영향을 미치는 요건은 이미 법률위반을 통한 부정경쟁행위의 요건에 포함되어 있지만 그 영향이 감지할 수 있을 정도로 영향력이 있어야 한다.⁴⁰⁾ 예를 들면 소비자의 안전과 건강 보호를 위한 법률 위반은 소비자의 건강이 달린 문제이기 때문에 상당히 중요한 것이라고 판단하였다.⁴¹⁾

3. 시장행위와 시장진입 규제 규정

38) 박영규, “독일 부정경쟁방지법상 일반조항의 의미와 역할”, 지적재산권, 제29권(2009), 26면.

39) UWG § 3 (1).

40) 제한규정(Bagatelklausel)이라고 하며 사소하고 경미한 부정경쟁행위는 일반적으로 경업자 및 경쟁관계의 이익에 영향을 미치지 않으므로 부정경쟁방지법을 적용하지 않기 위한 조항이다. 2004년 개정 부정경쟁방지법 제3조에는 사소하지 않은 것(nicht nur unerheblichen)이라고 표현하고 있었으나 2008년 개정 부정경쟁방지법 제3조에서는 감지할 수 있는(spürbarkeit) 것으로 개정되었다. Helmut Köhler, Die Bagatelklausel in § 3 UWG, GRUR 2005, 1, 2; Helmut Köhler, “Die UWG-Novelle 2008 WRP”, 109, 113.

41) BGH GRUR 05 778 780 “Atemtest”.

독일 부정경쟁방지법 제4조 11항 법률위반을 통한 부정경쟁행위에 해당되는 법률 위반은 우선 크게 시장행위를 규제하는 법률과 시장진입을 규제하는 법률로 나누어 볼 수 있다. 아직도 독일에서 많은 논쟁이 있지만 시장진입규제와 시장행위규제 법률을 구분하고 시장진입을 규제하는 법률을 위반한 경우 제4조 11항의 구성요건에 해당되지 않는 것으로 본다. 한 기업이 시장진입에 관한 규정을 위반한 사실을 근거로 그 위반행위가 자동적으로 시장참여자에 대한 경쟁행위 위반으로 인정되는 결과가 나타나지 않는다. 하나 예를 들자면 자동차를 절도하여 자동차도로에서 절도된 자동차를 운전하는 사람은 법적으로 위법하지만(절도죄), 이를 통해 운전자가 도로교통법을 위반한 것으로 인정될 수 없는 것과 같다.⁴²⁾ 독일연방대법원은 부정경쟁행위로부터 보호하기 위한 이유가 아닌 다른 이유로 해당 법률이 영업자의 시장진입을 금지하려고 한다면, 시장으로 진입을 제한하는 법률을 위반한 경우라도(위반된 법률에 규정된 벌칙규정과는 독립적으로) 경쟁자가 부정경쟁방지법 제1조(개정전 UWG)에 의해 위반행위자에게 권리를 주장하게 하는 것은 인정될 수 없다고 판시하였다.⁴³⁾

시장진입을 규제하는 법률을 위반한 행위를 부정경쟁행위로 인정할 수 없다는 것은 2004년 부정경쟁방지법 개정 전의 독일연방대법원의 입장이고 2004년 개정 법률에 반영되었다. 그러나 시장진입을 규제하는 법률이 동시에 시장행위도 규제 한다면 이중기능(Doppelfunktion)을 가지는 것으로서 시장행위를 규제하는 법률을 위반한 것과 동일시하여 법률위반을 통한 부정경쟁행위에 해당될 수 있다.⁴⁴⁾

제품과 관련된 광고법 특히 치료품(의약품)광고법(Heilmittelwerbegesetz), 식품 및 사료법(Lebensmittel-und Futter mittelgesetzbuch) 등의 광고는 사용자의 건강과 특별히 연결되어 있고 시장 행위를 규제하는 법률로 인정하고 있다.⁴⁵⁾ 또한 영업시간과 관련하여 영업시간제한법(LadenschlussG)은 시장행위를 규제하는 법률로 인정되고 있다.

42) Köhler & Bornkamm, UWG, C.H. Beck(2012), Rn 11.44.

43) BGH GRUR 02, 825.

44) Ansgar Ohly, et al., *supra* note 3, at 496.

45) *Id.* 514, 517.

시장행위를 규제하는 법률로 인정되지 않는 법을 살펴보면 조세법(Steuerrecht)은 시장행위를 규제하는 법률의 역할을 하지 않고 공공적인 자금조달에 관한 역할을 한다. 환경법(Umweltrecht)의 경우 환경과 건축보호에 관한 법률은 특정 시장에 대한 경쟁성을 규율하기 보다는 첫 번째로 공동체의 이익과 주민들을 보호하는 법이다.⁴⁶⁾ 이들 법률위반은 시장행위를 규율하는 법률이라고 볼 수 없다.

IV. 우리법상 법률위반을 통한 부정경쟁행위

1. 법률위반을 통한 부정경쟁행위의 구성 요건

다른 국가에 관해 앞서 살펴본 것처럼 법률위반행위를 부정경쟁행위로 인정하는 경향이 보편적임을 알 수 있다. 그러나 우리나라 현행 부정경쟁방지법에서는 부정경쟁행위에 대한 일반조항이 존재하지 않고 부정경쟁행위를 한정 열거적으로 제한하고 있어 이에 해당하는 행위가 아닌 이상 법률위반을 통한 부정경쟁행위는 부정경쟁행위에 포함되기에 무리가 있다. 하지만 민법 제750조에 의한 불법행위의 성립 가능성은 남아 있다. 또한 부정경쟁방지법에 부정경쟁행위로 열거되어 있지 아니하더라도 경쟁자의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻고 경쟁자의 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 행위는 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위에 해당된다고 하여 부정경쟁방지법에 규정된 부정경쟁행위 외의 부정한 경쟁행위를 일반불법행위로 인정하는 대법원 판례도 존재한다. “인터넷 포털사이트 광고 방해 사건”⁴⁷⁾에서 대법원은 민법 제750조를 통해 부정경쟁방지법상 열거되지 않은 부정경쟁행위로서 불법행위를 인정하였으며 이러한 불법행위를 막기 위해 금지 또는 예방청구권을 인정하였다. 현행법상 법률위반을 통한 부정경쟁행위가 인정되기 위해서는 특별법에 규정이 없는 한 최소한 민법 제750조의 불법행위에 해당되어야 한다. 따라서 법률위반을 통한

46) Id. 495.

47) 대법원 2010. 8. 25. 선고, 2008마541 결정.

부정경쟁행위의 구조를 살펴보고 민법 제750조에 따른 불법행위의 구성요건과 대비해 보기로 한다.

1) 위반된 법률의 성질

첫번째, 객관적인 구성요건으로는 위반된 법률의 성질이 가장 문제될 것이다. 독일의 사례에서 살펴보았듯이 법률위반행위 자체가 바로 부정경쟁행위가 되는 것은 아니다. 독일의 경우 변경된 판례 입장을 보면 최소한 위반된 법률이 부수적으로라도 경쟁행위 관련성을 가지고 있어야 한다.⁴⁸⁾ 즉, 위반된 법률의 성격을 구분하여 판단하고 있다. 예를 들어 독일 통설에 따르면 특허법, 저작권법, 상표법 등 지적재산 관련 법률위반은 시장행위를 규율하는 시장 관련 규정으로 볼 수 없다고 한다.⁴⁹⁾ 생각건대 법률위반을 통한 부정경쟁행위가 인정되기 위해서는 법률위반행위가 경쟁행위로서의 위법성도 가지고 있어야 한다. 하지만 실제로 법률위반행위와 경쟁행위의 관련성을 판단하기가 쉽지 않을 것이므로, 상거래에서 경쟁행위와 관련된 법률을 위반한 경우 법률위반행위 자체가 경쟁행위성을 가지게 될 것이다. 즉, 최소한 부수적으로 경쟁행위 관련성을 가지는 법률을 위반한 행위는 법률위반행위와 경쟁행위위반 모두에 해당될 수 있다.

이와 반대로 미국의 경우 캘리포니아주법에 근거하여 어떠한 연방법, 주법 등의 위반은 대부분 캘리포니아주 부정경쟁방지법상 청구원인으로 인정될 수 있으며,⁵⁰⁾ 상행위가 기본적인 주법, 연방법 또는 판례법을 위반한다면 해당 영업행위는 부정경쟁행위를 구성할 수 있다고 판례에서 언급하고 있다.⁵¹⁾ 즉 판례는 부정경쟁행위 구성요건 중 하나인 불법적인 행위는 문언의 의미대로 법에 의해 금지된 것(forbidden by law)으로 민법, 형법, 연방법, 주법, 행정규칙 등의 위반도 포함한다는 입장⁵²⁾으로서 독일의 경우와 달리 위반된 법률의 성격을 구

48) BGHZ, GRUR 00, 107.

49) Ansgar Ohly, et al., *supra* note at 3, 495.

50) *Plascencia v. Lending 1st Mortg.* 583 F.Supp.2d 1090, 1098.

51) *Ubaldi v. SLM Corp.* 852 F.Supp.2d 1190, 1203.

52) *In re Pomona Valley Medical Group, Inc.*, 476 F.3d 665, 674.

별하지 않고 있다.

우리나라의 경우 현행법상 부정경쟁행위가 한정 열거적으로 제한적인 점, 민법 제750조에 의한 부정경쟁행위의 인정이 보편적이지 않은 점을 고려할 때 미국과 같이 모든 법률 위반을 부정경쟁행위에 해당하는 법률위반으로 인정하기에는 법률위반을 통한 부정경쟁행위의 인정범위가 너무 광범위해질 수 있는 문제점이 있다. 따라서 위반된 법률의 성격 또는 보호 목적을 판단하여 시장참여자의 이익과 관련하여 시장행위를 규제하고 시장참여자와 경쟁자 또는 소비자를 보호하는 법률을 위반하였을 때 법률위반이라는 구성요건을 충족한 것으로 제한하는 것이 타당할 것이다.

2) 경쟁적 이익

법률위반을 통해 부정경쟁행위자가 경쟁 이익(Vorsprung: commercial advantage)을 얻었어야 한다. 경쟁적 이익은 반대로 보면 법률위반을 통해 가격 등과 같은 상행위에 있어서 중요한 요소에 영향을 미침으로서 법률을 준수하는 경쟁자들이 입게 되는 불이익이라고 볼 수 있고, 이는 부정경쟁방지법 이외의 법률위반을 통해 실현되는 부정경쟁행위의 본질이다.⁵³⁾ 독일에서는 가치중립적 법률위반의 경우에는 법률위반을 통해 상대 경쟁업자보다 법적으로 허용될 수 없는 이익(Ungerechtfertigten Vorsprung)을 얻은 경우 부정경쟁행위로 인정하고 있었다.⁵⁴⁾ 영업의 자유라는 측면을 고려해 볼 때 경쟁적 이익은 법적으로 허용될 수 없는 상당한 경쟁적 이익 또는 이로 인해 다른 경쟁자가 입게 되는 경쟁상의 손해로 법적으로 허용될 수 없는 것이란 점이 고려되어야 할 것이다. 또한 경쟁적 이익과 법률위반을 통한 부정경쟁행위 간의 인과관계 성립도 필요하다.

3) 주관적 요소

우리나라의 현행 부정경쟁방지법은 부정경쟁행위 성립에 대한 고의 또는 과

53) Louis Altman & Malla Pollack, *Callmann on Unfair Competition*, 33, § 16:2 Violations of public laws.

54) BGH GRUR 1973, 655, 658 "Möbelauszeichnung".

실을 요구하지 않고 있다. 그러나 피해자가 손해배상을 청구할 경우에는 고의 또는 과실이라는 주관적 요소를 필요로 한다(부정경쟁방지법 제5조). 독일의 2004년 부정경쟁방지법 개정 전 판례에서는 법률위반을 통한 부정경쟁행위가 인정되기 위해서는 법률위반을 인식하고 경쟁적 이익을 얻기 위한 고의적이고 계획적인 법률위반일 것을 요구하였다.⁵⁵⁾ 그러나 변경된 판례와 2004년 개정을 통해 부정경쟁행위에 대한 주관적 요소를 요구하지 않게 되었다(일부는 행위 유형상 주관적 요소를 요구함). 하지만 손해배상을 청구하기 위해서는 고의 또는 과실의 주관적 요소는 여전히 요구되므로⁵⁶⁾ 독일의 경우 주관적 요소가 필요치 않다는 의미는 법률위반을 통해 경쟁적 이익을 얻겠다는 추가적인 주관적 요소까지 요구되지 않는다는 것이다. 미국의 경우 법률위반의 빈도와 정기적인 법률위반이 추가적인 주관적 요소의 특징적인 징표가 된다는 견해가 있다.⁵⁷⁾

우리나라의 경우 민법 제750조에 근거해서 법률위반을 통한 부정경쟁행위에 대한 손해배상이 청구되는 경우 위반행위자가 경쟁자 보다 경쟁적인 이익을 얻기 위해 고의적이고 계획적으로 법률을 위반했다는 사정은 법률위반을 통한 부정경쟁행위를 인정하기 위한 주관적 요소로서 고려될 수 있을 것이다.

2. 위반시 부정경쟁행위 성립여부와 관련된 주요 현행법률

법률위반을 통한 부정경쟁행위의 경우 위반된 법률의 성질이 시장참여자의 이익과 관련하여 시장행위를 규율하는 법률이어야 한다고 설명하였다. 모든 법률위반이 부정경쟁행위성을 가질 수 없기 때문에 위반된 법률의 성질에 따른 제한이 필요하다. 모든 법률위반을 부정경쟁행위로 인정한다면 법률위반을 통한 부정경쟁행위는 단순히 부정경쟁행위에 관한 일반조항의 다른 표현일 수 있기 때문이다. 또한 민법 제750조에 근거하여 부정경쟁행위를 인정하기 위해서는 위법성이 인정되어야 하지만 법률위반행위 자체의 위법성이 아니라 부정경쟁행위로서의 위법성이 인정되어야 한다.

55) BGH GRUR 96, 786, 788 "Blumenverkauf an Tankstellen".

56) UWG, § 9.

57) Helmut Köhler, *supra* note 33 at 35.

우리나라에서 법률위반을 통한 부정경쟁행위에 관한 사례 및 논의가 부족하기 때문에 위반된 법률을 제한하기 위한 기준으로 독일의 부정경쟁방지법상 시장참여자의 이익과 관련하여 시장행위를 규율하고 최소한 부수적으로라도 경쟁행위 관련성을 가지고 있는 법률이란 기준을 이용하여 현행 법률을 살펴보기로 한다. 현행법상 경쟁제한과 관련한 법률 중 대표적인 것은 독점규제 및 불공정거래에 관한 법률이다. 그리고 제품의 출처와 원산지 표시 등 소비자가 알아야 하는 정보에 관한 표시, 제품 또는 서비스의 광고에 관한 법률, 판매행위와 판매가격 등에 관한 법률들이 개별 법률로 산재해 있다. 또한 이들 법률들이 비슷한 유형의 행위를 각각의 법률에서 규제하고 있어서 우선 시장행위와 관련된 법률과 그렇지 않은 법률로 구별하여 검토해 보기로 한다.

1) 시장행위와 관련된 법률

우리나라에서는 기업 또는 개인의 시장 경쟁행위와 관련된 법은 부정경쟁방지법과 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘독점규제법’)이라고 볼 수 있다. 부정경쟁방지법은 지적재산권법의 일부 영역으로, 독점규제법은 경제법의 핵심 영역으로 구분하고 있으나⁵⁸⁾ 부정경쟁행위와 독점규제법상 불공정거래행위는 유사한 개념으로 이해할 수 있으며 양 법률은 경쟁질서의 유지를 도모하기 위한 법률로 볼 수 있다.⁵⁹⁾ 특히 독점규제법 제23조 3호의 부당한 고객유인행위는 부정경쟁행위로도 평가 받을 수 있다.⁶⁰⁾ 그러나 위반행위에 대한 규제 측면에서는 독점규제법상 불공정거래행위 위반시 공정거래위원회의 시정조치, 과징금 등의 행정규제가 중심인 반면 부정경쟁방지법은 주로 민사적 청구에 의존하고 있는 것이 다르다.⁶¹⁾

현행법상 부정경쟁방지법 제15조 2항에 따르면 독점규제 및 공정거래에 관

58) 하현주, “독일 경쟁법(Wettbewerbsrecht)의 위상과 체계”, 비교법학, 제16권(2005), 25면.

59) 정성진, “부정경쟁행위와 불공정거래행위”, 법학논총, 제12권(2000), 55면.

60) 우리나라의 불공정거래행위와 독일의 부정경쟁방지법(UWG)상 행위는 원래 관련성이 없고 우리나라의 불공정거래행위 유형은 대부분 경쟁을 제한하는 행위 유형에 해당한다는 견해. 심재한, “공정거래법상 불공정거래행위에 대한 연구”, 안암법학, 제27권(2008), 565면.

61) 윤선희 · 김지영, 부정경쟁방지법, 법문사, 2012, 64면.

한 법률이 부정경쟁방지법에 우선하는 것으로 규정되어 있다. 따라서 독점규제법상 불공정거래행위에 해당되는 경우 경쟁업자는 독점규제법상 제공되는 구제수단을 통해서 권리를 보호받아야 한다. 독점규제법 제56조에 따르면 사업자 또는 사업자단체는 이 법의 규정을 위반함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 당해 피해자에게 손해배상책임을 부담한다. 결국 불공정거래행위 위반에 대한 손해배상 청구와 현행 부정경쟁방지법상 규정되지 않은 법률위반을 통한 부정경쟁행위에 대한 구제는 민법 제750조에 의해서 해결될 수 밖에 없다. 이런 결과를 놓고 볼 때 특수한 불법행위 유형을 부정경쟁행위로 정형화 해놓은 현행 부정경쟁방지법에 대하여 부정경쟁행위에 관한 일반적 금지 조항을 도입하여 손해배상 및 행위 금지청구 등의 구제수단을 제공하자는 입법론이 나타나고 있다.⁶²⁾

2009년 9월 10일 시행된 「인터넷주소자원에 관한 법률」 제12조 1항에 따르면 누구든지 정당한 권원이 있는 자의 도메인이름 등의 등록을 방해하거나 정당한 권원이 있는 자로부터 부당한 이득을 얻는 등 부정한 목적으로 도메인이름 등을 등록·보유 또는 사용하여서는 아니 된다고 규정하고 있다. 또한 인터넷주소자원에관한법률 제정이유를 살펴보면 부정한 목적의 도메인이름 선점 등록을 금지하여 정당한 권원이 있는 자의 인터넷주소의 사용을 보장하려는 것이라고 밝히고 있다. 정당한 권원이 없는 자가 도메인 이름을 선점하여 이를 통해 인터넷 판매, 인터넷 광고 등을 행할 경우 인터넷이 아닌 실제 상거래에서 경쟁자가 만들어 놓은 경쟁적 이익을 훼손하거나 이에 무임승차하는 경우가 발생할 수 있다. 따라서 부정경쟁방지법의 경우 정당한 권원이 있는 자의 도메인 이름의 등록 및 사용을 방해할 목적으로 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 그 밖의 표지와 동일하거나 유사한 도메인이름을 등록·보유·이전 또는 사용하는 행위를 부정경쟁행위로 규정하고 있다(「부정경쟁방지법」 제2조 제1호 아목). 인터넷주소자원에 관한 법률은 인터넷주소의 자원배분과 분쟁조정에 관한 법률이란 성격과 인터넷을 사용하여 상거래를 행할 때 사용하는 인터넷 주소에 관한 법률로서 시장참여자의 행위를 규제하고 그 이익을 보호하는 법률의 성격도 가진다고 볼 수 있다.

62) 박영규, 앞의 논문(주 38), 29면.

「유통산업발전법」은 제1조에서 이 법은 유통산업의 효율적인 진흥과 균형 있는 발전을 꾀하고, 건전한 상거래질서를 세움으로써 소비자를 보호하고 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다고 규정하고 있다. 또한 제12조의2(대규모점포 등에 대한 영업시간의 제한 등)에서 대규모점포에 대한 영업시간 제한 또는 의무휴업일 지정에 관해 규정하고 있다. 시장참여자의 행위를 규제하는 것 중 영업시간 또는 근로시간을 제한하는 것은 대표적인 사례로 볼 수 있다. 독일의 경우에도 근로시간법(Arbeitszeit Gesetz)과 관련하여 빵집 근로시간을 정한 법⁶³⁾을 위반하여 법률위반자가 경쟁자보다 허용될 수 없는 경쟁적 이익을 얻은 경우 부정경쟁행위로 인정하였다.⁶⁴⁾

「농산물의 원산지 표시에 관한 법률」의 경우 이 법 제1조 목적은 농산물·수산물이나 그 가공품 등에 대하여 적정하고 합리적인 원산지 표시를 하도록 하여 소비자의 알권리를 보장하고, 공정한 거래를 유도함으로써 생산자와 소비자를 보호하는 것을 목적으로 한다. 이 또한 농수산물의 생산가공을 통하여 출하하거나 판매 또는 판매할 목적으로 보관·진열하는 자에게 적용되는 법률이라고 볼 수 있다. 동법 제3조에 의하면 농수산물 또는 그 가공품의 원산지 표시에 대하여 다른 법률에 우선하여 적용한다고 규정하고 있다. 그러나 현재 법률에 의하면 위반행위자에 대한 처벌규정만 있을 뿐 사인 간의 권리관계에 대한 규정은 존재하지 않는다. 따라서 법률위반을 통해 경쟁관계에 있는 경쟁자가 피해를 입은 경우 권리구제가 어려울 수 있다. 상거래에서 제품에 대한 표시행위는 필연적으로 소비자 또는 유통업자에게 영향을 줄 수 있다. 또한 현재 부정경쟁방지법 제2조 제1호 라목 등에 유사한 규정이 존재한다. 따라서 농산물의 원산지 표시에 관한 법률은 판매자 또는 생산자의 시장행위와 관련이 있으며 위반시 오인혼동의 발생가능성도 존재하므로 시장행위와 관련된 법률로 볼 수 있다.

이와 비슷한 법률로 「방송광고판매대행 등에 관한 법률」을 들 수 있다. 이 법률도 농산물의 원산지 표시와 관련된 법률과 마찬가지로 사인간의 권리에 대해

63) 빵집과 제과점 근로시간에 관한 법률(Gesetz über die Arbeitszeit in Bäckereien und Konditoreien) 제5조에 따르면 월요일부터 금요일까지는 자정부터 새벽 4시까지 그리고 밤 10시부터 12시까지, 일요일 저녁은 밤10시부터 밤12시까지 빵과 제과를 제조하지 못하도록 하였다. 이 법은 1996년 10월 31일로 효력을 상실하였다.

64) BGH GRUR 89, 116.

서는 규정하고 있지 않다. 이 법 제1조에 의하면 방송광고 판매시장의 경쟁을 촉진하고, 공정한 거래질서를 확립하여 방송광고시장 활성화와 방송의 공공성, 공익성 및 다양한 구현에 이바지함을 목적으로 한다. 광고는 소비자에게 영향을 미치는 가장 큰 시장행위 중 하나이다. 또한 광고행위는 상품판매를 위한 대표적인 판매 경쟁행위이다. 따라서 방송광고판매대행 등에 관한 법률은 경쟁행위 관련성을 가지고 또한 시장행위를 규제하는 법률의 성격을 가질 수 있다.

「대규모유통업에서의 거래공정화에 관한 법률」은 대규모유통업에서의 공정한 거래질서를 확립하고 대규모유통업자와 납품업자 또는 매장임차인이 대등한 지위에서 상호 보완적으로 발전할 수 있도록 함으로써 국민경제의 균형 있는 성장 및 발전에 이바지함을 목적으로 한다(제1조). 이 법의 경우 유통업 특히, 대규모유통업자들 간의 경쟁관계를 규율하고 있기보단 유통업자와 수직적 결합관계를 가지는 납품업자와의 관계를 규율하고 있다. 또한 동법 제2조에서 대규모유통업자가 납품업자 또는 매장임차인에 대하여 거래상 우월적 지위에 있다고 인정되는 거래에 대하여 적용된다고 한다. 따라서 시장참여자의 이익과 관련하여 수평적 지위에 있는 유통업자들 간의 공정한 경쟁에 관한 법보다 대규모유통업자에 의한 거래상 지위남용 행위에 피해를 볼 수 있는 납품업자의 보호에 관련된 법률로 볼 수 있다.

만약 대규모유통업자가 동법을 위반하여 다른 소규모 유통업자에 비해 법적으로 허용될 수 없는 경쟁적 이익을 얻는다면 대규모유통업자의 행위가 독점규제 및 공정거래에 관한 법률에 위반됨은 논외로 하고 부정경쟁행위를 구성할 수 있는지가 문제가 된다. 유통업자와 납품업자는 일정부분 시장참여자라고 볼 수 있고 이 둘 사이의 관계는 시장행위와 밀접한 관련이 있으며 왜곡된 유통시장은 소비자에게도 악영향을 미칠 수 있다. 독일의 경우 법조문에 시장참여자의 이익과 관련하여 시장행위를 규제하는 법률이라고 명시하고 있으므로 대규모유통업에서의 거래공정화에 관한 법률은 시장행위를 규제하는 법률의 성격을 가지고 있다고 볼 수 있다.

「표시·광고의 공정화에 관한 법률」은 상품 또는 용역에 관한 표시·광고를 할 때 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 하는 부당한 표시·광고를 방지하고 소비자에게 바르고 유용한 정보의 제공을 촉진함으로써 공정한 거래

질서를 확립하고 소비자를 보호함을 목적으로 한다(제1조). 더욱이 현재 이 법 제3조 제1항의 부당한 표시·광고 행위의 금지를 위반하여 사업자 등이 공정거래위원회로부터 시정조치를 받은 경우 위반행위로 인하여 피해를 입은 자는 사업자에 대하여 재판상 손해배상청구를 할 수 있다(동법 제10조). 해석상 피해자의 개념에 경쟁업자도 포함될 수 있으므로 경쟁적 피해를 받은 상대 경쟁자도 손해배상을 청구를 할 수 있다. 이렇듯 표시·광고의 공정화에 관한 법률은 당연히 시장참여자의 시장행위와 관련된 법률로 볼 수 있지만 현행법상 부정경쟁방지법과의 관계에서 우선 적용되는 법률이다.

2) 시장행위와 관련되지 않는 법률

시장행위를 규제하는 법률과 관계없는 것들을 살펴보면 세금과 관련된 법, 환경과 관련된 법, 도로교통법, 지식재산권 등은 직접적으로 시장행위 규율과 관련이 없다고 볼 수 있다. 독일의 경우 지식재산권은 시장행위 규제와는 직접적인 관련이 없다고 하는 견해가 지배적이다. 특히 외국 저작권을 침해한 경우 상대 경쟁업자는 부정경쟁을 근거한 어떠한 청구도 할 수 없다고 하였다.⁶⁵⁾

3. 민법 제750조 불법행위와의 관계

1) 부정경쟁행위와 일반불법행위의 위법성 요건 비교

위에서 살펴본 법률위반을 통한 부정경쟁행위의 요소를 기초로 민법 제750조 불법행위와의 관계를 살펴보기로 한다. 법률위반행위를 통한 부정경쟁행위와 같이 특별법에 규정이 없는 경우 보충적으로 민법 제750조가 적용될 수 있다.⁶⁶⁾ 강화적으로 불법행위가 성립하기 위해서는 행위자의 고의 또는 과실이 존재하고 위법성이 인정되고 피해자에게 손해가 발생하여야 하며 행위와 손해 사이에 인과관계가 존재하여야 한다. 그러나 법률위반을 통한 부정경쟁행위가 불

65) BGH GRUR 325, 326 "Elektronische Pressearchive".

66) 윤태영, "경쟁질서 위반행위에 대한 불법행위 책임", 경제법연구, 제5권 제2호(2007), 60면.

법행위로 인정되기 위해서는 위법성 판단 문제가 가장 본질적인 문제라고 할 수 있다.⁶⁷⁾ 법률위반을 통한 부정경쟁행위의 경우 우선 일정한 규범(법률이 될 수도 있고 시행령이 될 수도 있다)의 위반을 전제한다. 규범위반자체를 위법성으로 보는 견해⁶⁸⁾에 따라 규범위반이 바로 민법 제750조의 구성 요건인 위법성을 충족한다고 하더라도 부정경쟁행위로서의 위법성을 나타낸다고 볼 수 없을 것이다. 따라서 민법상 일반불법행위의 위법성과 부정경쟁행위의 위법성의 차이를 검토하기 위하여 부정경쟁방지법상 규정되지 않은 행위에 부정경쟁행위를 인정한 판례의 태도를 살펴본다.

최근 선고된 헬로키티 사건⁶⁹⁾ 판례를 보면 경쟁자가 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물을 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용함으로써 경쟁자의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻고 경쟁자의 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 행위는 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위에 해당한다고 판시하고 있다. 상기 판례에서 언급한 민법상 인정될 수 있는 부정한 경쟁행위의 구성요건은 첫째 상도덕 또는 공정한 경쟁질서 위반, 둘째 무단이용과 무임승차를 이용하여 부당한 이익을 얻음, 셋째 법률상 보호할 가치가 있는 이익의 침해로 볼 수 있다. 법률위반을 통한 부정경쟁행위의 경우 법률위반을 전제함으로 공정한 경쟁질서 위반에 해당할 수도 있으며 법률을 준수한 상대 경쟁자와 비교하였을 때 부당한 이익을 얻게 된다. 판례상 대법원은 무단 이용과 무임승차에 근거하여 부당한 이익을 얻은 경우 부정한 경쟁행위로 인정하였지만 부당한 이익을 얻는 방법을 무단이용과 무임승차에 한정할 것은 아니라 할 것이다. 헬로키티 사건의 경우 가해자가 이익을 얻는 수단이 경쟁자가 이룩한 성과를 무단이용하고 그로인해 경쟁자의 고객흡인력에 무임승차한다는 특별한 사정이 존재하였을 뿐이다. 독일의 사례와 비교해 보면 개정 전 부정경쟁방지법에 의해 법률위반을 통한 부정경쟁행위를 인정하기 위해서 위반된 법률이 가치중립적인 경우 특별한 사정(besonderen

67) 유영선, “부정한 경쟁행위와 관련한 불법행위 성립요건 및 그에 기한 금지청구권 허용 여부”, 사법논집, 제53집(2011), 131면.

68) 곽윤직, 민법주해 제11권, 박영사, 2005년, 205-227면 참조.

69) 대법원 2012. 3. 29. 선고, 2010다20044 판결.

Umstände) 즉, 행위자가 법적으로 허용될 수 없는 경쟁적 이익을 얻기 위해 고의적이고 계획적으로 법률을 위반했다는 정황이 인정되어야 했다. 우리나라의 경우 특별법인 부정경쟁방지법으로 다스릴 수 없는 행위에 대하여 보충적으로 민법 제750조의 불법행위를 인정하였는데 다시 그 불법행위의 태양을 무단이용과 무임승차로 한정할 필요는 없으므로, 독일의 판례와 비교하건대 우리나라의 경우도 경쟁적 이익을 얻기 위해 고의적이고 계획적인 법률위반이란 특별한 사정이 존재하고 이러한 특별한 사정이 공서양속에 위반될 만큼 사회적으로 허용될 수 없다는 사정은 민법 제750조에 근거한 법률위반을 통한 부정경쟁행위성 판단에 필요한 고려사항이 될 것이다.⁷⁰⁾

2) 부정경쟁행위를 일반불법행위로 인정한 판례

네이버 사건의 원심에서는 피신청인의 행위가 부정경쟁방지법 제2조에 한정적으로 열거되어 있는 부정경쟁행위 중 하나에 해당되지 않는다 하더라도, 그것이 타인의 권리 침해 또는 그에 상응하는 보호할만한 가치 있는 법익의 침해에 해당하거나 또는 상도덕이나 관습에 반하는 정도가 공서양속 위반에까지 이를 정도로 불공정하여 위법성이 인정되고 그로 인한 신청인의 업무방해 및 손해가 인정된다면, 일반법으로서 민법의 불법행위 규정을 적용할 수 있다고 하였다.⁷¹⁾ 헬로키티 사건 원심에서는 불법행위는 반드시 저작권 등 실정법에 정하여진 권리가 침해되었을 경우에 한하지 아니하고, 법적으로 보호할 가치가 있는 이익에 대하여 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 방법으로 침해행위가 이루어진 경우에도 성립된다고 하였다.⁷²⁾ 지방법원 판례로서 한 병원에서 인터넷에 공개한 환자 사진과 상담내용을 무단으로 사용한 행위는 공정하고 자유로운 경쟁원리에 의해 성립하는 거래사회에 있어서 현저하게 불공정한 수단을 사용함으로써 사회적으로 허용되는 한도를 넘어 법적으로 보호할 가치 있는 영업활동상의

70) 부정한 경쟁행위의 유형화에 관한 논의. 박성호, “지적재산법의 비침해행위와 일반불법행위”, 정보법학, 제15권 제1호(2011), 223면 이하 참조.

71) 서울고등법원 2008. 9. 23. 자 2008라618 결정.

72) 서울고등법원 2010. 1. 14. 선고, 2009나4116 판결.

신용 등의 무형의 이익을 위법하게 침해하는 것으로서 평가할 수 있으므로 민법 제750조의 불법행위를 구성한다고 판시한 바 있다.⁷³⁾

현재 판례가 많이 축적되어 있지 않지만 상기 열거된 판례의 경우 부정한 경쟁행위가 인정되기 위한 특별한 사정으로서 경쟁자가 이룩해 놓은 성과를 무단 이용하거나 무임승차하는 행위가 공서양속에 위반하거나 사회적으로 허용되는 한도를 넘을 것을 요구하고 있다고 볼 수 있다.

V. 결론

법률위반을 통한 부정경쟁행위 개념은 현행 부정경쟁방지법에 포함되어 있지 않다. 따라서 부정경쟁방지법이 개정되지 않은 이상 법률위반을 통한 부정경쟁행위는 민법 제750조에 의한 불법행위로만 인정될 수 있다. 그러나 앞서 국제적 현황에서 살펴보았듯이 법률위반을 통한 부정경쟁행위는 널리 인정되는 부정경쟁행위의 한 유형이며, 특히 부정경쟁행위에 대한 민법상 불법행위의 탄력적 적용을 거부하고 특별법으로 부정경쟁행위를 규제해 온 독일의 경우 독일연방대법원에 의해 인정된 부정경쟁행위 개념이다.

법률행위를 통한 부정경쟁행위 개념의 변화를 요약하면 초기 독일연방대법원의 판례는 위반된 법률의 성질을 가치관련 규정과 가치중립적 규정으로 구분하고,⁷⁴⁾ 가치관련 규정을 위반하여 부정경쟁행위를 한 경우 공서양속 위반과 동일시하여 부정경쟁행위를 인정하였다. 그러나 가치중립적 규정을 위반한 경우 부정경쟁행위로 인정되기 위해서는 위반행위자가 법률을 준수하는 상대 경쟁자로부터 경쟁적 이익을 얻기 위해 고의적이고 계획적으로 법률을 위반했다는 점이 인정되어야 했다. 이렇게 가치관련 규정과 가치중립적 규정을 구별하던 종래 판례의 입장은 2000년 배기가스제한(Abgasemissionen) 판례를 통해 법률위

73) 서울중앙지법 2007. 6. 21. 선고, 2007가합16095 판결.

74) 가치관련 규정과 가치중립적 규정을 구별하는 것의 어려움과 개별적인 사례에서 타당치 못한 결과가 나오기도 했다. 이로 인해 인해 많은 비판을 받아왔다. Harmut Eisenmann/Ulrich Jautz, *Grundriss gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, C.F. Müller 2007, 202.

반을 통한 부정경쟁행위가 인정되기 위해서는 위반된 법률이 최소한 부수적으로라도 시장경쟁보호와 관련성을 지니고 있어야 한다고 변경되었다. 그 후 2004년 부정경쟁방지법 개정을 통해 제4조 11항에 시장참가자의 이익과 관련하여 시장행위를 규제하기 위해 제정된 법률을 위반한 경우를 부정경쟁행위로 명시하였다.

우리나라의 경우 경쟁법체계의 주요 법률은 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」과 부정경쟁방지법이라고 할 수 있고, 또한 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」은 소비자에 대한 표시 및 광고를 규제하는 대표적인 법률이다. 이 법률들이 비슷한 행위의 유형도 각각 다른 법률로 규율하고 있는 입법체계상의 문제는 논외로 하더라도 현행법에서 법률위반을 통한 부정경쟁행위의 개념을 인정하는 규정은 없다. 사회가 발전하면서 새로운 부정경쟁행위가 나타나는 모습은 최초 6개 행위로 제정된 부정경쟁방지법이 현재 9개의 부정경쟁행위 유형을 규정하고 있다는 점, 현행법상 부정경쟁행위 규정 이외의 행위도 민법 제750조에 의한 부정한 경쟁행위로 인정될 수 있다는 판례를 통해서도 확인 할 수 있으며 우리 현행 부정경쟁방지법이 발전해 온 모습이다. 외국의 부정경쟁행위 규제현황을 고려할 때 법률위반을 통한 부정경쟁행위는 부정경쟁행위 개념에 포함되어 있다. 이런 외국의 사례를 참조하여 현재 우리법체계에서 법률위반을 통한 부정경쟁행위 개념을 도입하기 위해서는 민법 제750조에 근거하는 수밖에 없는데 최근 판례는 민법 제750조를 근거로 하여 부정경쟁방지법에 규정되지 않은 행위를 부정한 경쟁행위로 인정하였고 더 나아가 부정한 경쟁행위에 대한 금지청구를 인정하기도 하였다. 부정경쟁방지법상의 부정경쟁행위 외의 부정한 경쟁행위를 인정하는 판례의 경향은 법률위반을 통한 부정경쟁행위가 민법상 부정한 경쟁행위의 개념에 포함될 수 있음을 보여주며 더 나아가 종국적으로는 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위 유형의 변경을 가져 올 수 있다. 따라서 현행법상 제한적인 부정경쟁행위를 열거하고 있는 부정경쟁방지법에 대한 재검토를 통해 새로운 부정경쟁행위에 대한 논의가 필요하다.

참고문헌

- 곽윤직, 민법주해 제11권, 박영사, 2005.
- 박성호, “지적재산법의 비침해행위와 일반불법행위”, 정보법학, 제15권 제1호(2011).
- 박영규, “독일 부정경쟁방지법(UWG)상 일반조항의 의미와 역할”, 지적재산권, 제29권(2009).
- 송영식 외 6인, 지적소유권법(하), 육법사, 2008.
- 심재한, “공정거래법상 불공정거래행위에 대한 연구” 안암법학, 제27권(2007).
- 유영선, “부정한 경쟁행위와 관련한 불법행위 성립요건 및 그에 기한 금지청구권 허용 여부”, 사법논집, 제53집(2011).
- 윤태영, “경쟁질서 위반행위에 대한 불법행위 책임”, 경제법연구, 제5권 제2호(2007).
- 이상정, “부정경쟁금지법리의 발전”, 경쟁법연구, 제1권(1989).
- 정성진, “不正競爭行爲와 不公正去來行爲”, 법학논총, 제12권(2000).
- 하헌주, “독일 경쟁법(Wettbewerbsrecht)의 위상과 체계”, 비교법학, 제16권(2005).
- Eichmann, “Der Vorsprung durch eigenen Rechtsbruch”, *GRUR* 1967.
- Frauke Henning-Bodenwig, *Unfair Competition law - European Union and Member States*, Kluwer Law, 2006.
- Harmut Eisenmann/Ulrich Jautz, *Grundriss gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, C.F. Müller, 2007.
- Helmut Köhler, “Wettbewersrecht im Wandel: Die Neue Rechtsprechung zum Tatbestand des Rechtsbruchs”, *NJW* 2002.
- _____, “Die Bagatellklausel in § 3 UWG”, *GRUR* 2005, 1, 2.
- _____, “Die UWG-Novelle 2008”, *WRP*, 109, 113.
- Jochen Glöckner, “Wettbewerbsbezogenes Verstandnis der Unlauterkeit und Vorsprungs-langung durch Rechtsbruch”, *GRUR* 2008.
- Köhler/Bornkamm, *UWG*, C.H. Beck, 2012.
- Köhler/Ohly, *UWG Kommentare*, C.H.Beck, 2010.
- Louis Altman, Malla Pollack, *Callmann on Unfair Competition*,

Trademarks, and Monopolies, Thomson Reuters/West, 2012.

Note, "ENJOINING THE VIOLATION OF A PENAL STATUTE AS BEING
AN UNFAIR METHOD OF COMPETITION", *Harv. L. Rev.* Vol.42.

Ulf Doepner, "Unlauterer Wettbewerb durch Rechtsbruch-Quo vadis?",
GRUR 2003.

Breach of Law and Unfair Competition

Yunseok, Pak

Abstract

In Korea Law System, it is not common that a breach of law could be an unfair competition. The Korean Unfair Competition Law which restricts types of unfair competition acts does not regulate a breach of law as the unfair competition. However, in comparison with the case of EU countries and US, the breach of law has been recognized as unfair competition. In particular, the breach of law which has been acknowledged as unfair competition by Federal Supreme Court of Germany(BGH) was codified Nr.11, Article 4 in Unfair competition Act of Germany, during 2004 revision of Unfair competition Act. In US case, an unlawful act may constitute unfair competition according to California statue law and a violation of almost any federal, state, or local law may serve as the basis for a claim under California's Unfair Competition Law. Such an unfair competition could be prohibited only by civil code article 750 in korean law system, because The Korean Unfair Competition Law has recognised only nine types of acts as unfair competition. So, a breach of law that is not covered by The Korean Unfair Competition Law could be an unfair competition based on Civil Code article 750. An illegality of article 750 should be admitted to mark a breach of law as a character of unfair competition. In order to constitute illegality based on Civil Code article 750, we need a standard of the illegality, that unlawful practices should mean a breach of law which regulates market behavior related to interest of

participants in market because all unlawful practices would not be accepted as unfair competition. this standard is used in some of EU countries, but they regulate a breach of law as unfair competition based their competition law, not civil law. The Korean Supreme Court judged that an unfair business practice could be unfair competition based on Civil Code article 750, even though they are not covered by unfair competition law. We need to discuss whether a breach of law is a new type of unfair competition act or just one of torts based on Civil Code.

Keywords

UWG, unfair competition(unlauterkeit), breach of law(rechtsbruch), market behavior(marktverhalten), advantage(vorsprung)

