

# 不正競爭에 대한 研究

全 秉 翼

## The Study of Unfair Competition

by Jun Byung Ik.

### Abstract.

In the present society of capitalistic economy, Freedom of transactions should be guaranteed, but it goes without saying that it should be within the reasonable range where public order is kept on. In this essays, therefore, the following matters has discribed from the point of view be protect from unfair competition not only business bodies but also consumers for the preservation of society going along fair order.

1. Here will be a new attempt reorganizing the conception of unfair competition where the first aim goes to protect from it both business bodies and consumers.
2. The legal process of unfair competition has reparted into civil society and present copitalism, and has discribed from their process of variation. And furthur exposition will be led to the Korean law of unfair competition and the bill of fair transactions making the Korean goverment.
3. This essays has introduced the types of unfair competition of existing law, and make detailed account on the unfair transaction prescribed in the bill of fair transaction.
4. Based on the ground of torts (transgression), it is discribed the methods that the right of indivual persons and bussines bodies for unfair competition has proected.

### <目 次>

- |                      |                  |
|----------------------|------------------|
| 一. 序 論               | ③ 營業의 信用侵害       |
| 二. 不正競爭의 本質          | ④ 營業秘密의 侵害       |
| 三. 不正競爭法의 推移         | ⑤ 不公正한 去來方法      |
| ① 近代市民社會에 있어서의 不正競爭法 | ⑥ 標章의 不正使用       |
| ② 現代資本主義에 있어서의 不正競爭法 | 五. 不正競爭에 對한 救濟手段 |
| ③ 우리의 不正競爭에 對한 態度    | ① 行爲의 留止請求權      |
| 四. 不正競爭의 多樣性         | ② 損害賠償請求權        |
| ① 虛偽 誇大廣告            | ③ 利得償還請求權        |
| ② 原產地 詐稱             | 六. 結 論           |

### 一. 序 論

不正競爭 또는 不正競業이란 不正한 手段에 의하여 同業者의 利益을 侵害하는 營業上의 競爭 行爲를 말한다. 近代 市民社會에 있어서는 個人的 自由와 平等을 保障하고 그의 基本原理인 所

有權의 保障, 契約自由의 原則, 過失責任主義, 營業의 自由, 等を 선언하였다. 그러나 近代市民社會의 原理들은 經濟가 發展함에 따라, 그 意義가 달라졌다. 即, 契約自由의 絕對인 原則, 所有權의 絕對性, 過失責任主義 等이 契約自由의 相對인 原則, 所有權의 相對性, 過失責任에서 無過失責任으로의 推移를 낳게 하였다. 이와 같이 思想自體의 推移는 近代市民法이 經濟發展에 따른 法概念의 順應이라 해야 하겠다.

近代市民社會의 支柱인 營業自由의 原則도 營業의 競爭自體는 原來 正當한 것이나 경쟁을 不正되게 하는 것은 경쟁自體가 아니고 그 手段이라 하겠다. 이러한 意味에서 「營業에 있어서 信義誠實의 原則에 反하여 顧客을 奪取하는 行爲」를 不正競爭(Unfair competition)의 基本概念으로 하는 見解도 있다(1909年の 독일 不正競爭法 1條). 이 不正手段의 存否는 具體인 去來의 通念에 의하여 判斷될 것이나 직접적으로 法令에 禁止되고 있는 手段은 勿論이거니와 一般으로 公序良給 信義則에 反하는 手段도 여기에 포함된다. 예를들면 營業의 비밀침해, 標章의 不正使用, 營業비방, 不正 또는 詐欺廣告, 原產地詐稱, 強制去來, 排他條件付去來, 差別의 取扱, 不賣同盟 등과 같이 不正競爭의 態樣은 복잡하다. 그리고 不正競爭에 의하여 侵害되고 있는 것이 어떠한 것인가에 대하여는 학설이 분리되어 있다. 即, 營業活動에 있어서 人格을 重視하는 것(人格權 侵害說), 營業活動의 自體는 無體財產權이라는 것(無體 財產權侵害說) 營業活動의 自體에 權利인 營業權의 侵害라는 것(營業權 侵害說), 等으로 다양하게 파악하고 있다. 그러나 不正競爭의 侵害의 對象은 營業者가 가진 營業上의 財產的 利益에만 국한할 것이 아니다. 營業活動에 있어서의 경쟁이 不正手段이 될 때는 他의 경쟁업자의 營業을 害하는 것만이 아니고 一般公衆(消費者) 및 國民經濟에도 害毒이 미치는 바가 크므로 私的인 經濟生活의 健全화와 國民經濟의 健全한 발전을 위하여 國家는 끊임없이 不正 경쟁의 禁止에 노력을 기울이지 않으면 안된다. 이에 따라 各國에서 不正競爭防止의 特別法을 制定하거나 혹은 法律判例의 解析을 通하여 不正 경쟁에 의한 損害의 구제를 강구하고 있는 現狀이다. 우리나라에서도 不正競爭防止法 公正去來案 및 政府의 行政指針으로 서의 消費者保護案 等を 基本으로 하여 一面에서 信用훼손, 業務妨害, 비밀누설, 등에 刑事的 責任을 加하여 刑事的 犯罪로써 成立시키고 혹은 商號의 保護, 營業禁止義務 등의 商法上의 規定으로서 또는 民法의 不法行爲 理論의 不足한 部分을 補強하는 商標法, 特許法, 實用新案法, 意匠法 등으로 不正競爭에 대한 광범위한 法規制로 하고 있다.

이상과 같이 광범위한 法規制로, 不正競爭의 禁止를 하고 있지만 實質的으로, 綜合的인 파악이 결여되고 있다. 따라서 本稿에서는 不正競爭防止에 對한 諸法의 관련성을 比較하고 약간의 문제성을 해결하였다. 即, 從來의 不正競爭에 對한 概念을 경쟁업자의 市場地位의 획득에 대한 保障에 두었지만 經濟의 발전으로 消賣者의 保護, 國民經濟의 健全한 발전에 根本的 本質을 두고 不正競爭行爲의 범위를 再構成해야 했다. 또 不正競爭에 대한 市民社會와 現代資本主義의 社會를 區別하여 現代의 經濟 變遷에 따른 不正競爭에 대한 立法의 規制를 설명하고 나아가서 政府가 試案한 公正去來法案중의 不公正한 去來方法을 不正競爭의 類型이 포함시켰는데 그 理由는 不正競爭行爲의 범위를 「不正」이라고 생각되는 모든 경쟁행위에 확대하였기 때문이다. 여기에서의 不正의 판단은 社會通念에 의하여 決定해야 할 것이다. 그리고 不正競爭에 의한 他競爭業者나 一般消費者의 權利侵害行爲에 대하여 구제수단으로 民法上의 不法行爲理論을 중심으로 하여 事後의인 수단으로 損害賠償請求權, 不當利得返還請求權 등을 說明하고 事前의인 구제수단으로 行爲의 留止請求權을 설명하였다.

## 二. 不正競争의 本質

不定競争(Unfair competitoin)이라 함은 商業道德에 反하는 不公正한 手段에 의하여 行하여지는 競争行爲로서 近代法이 保障한 營業의 自由, 競争의 自由에 하나의 限界를 形成하는 fairplay 原則에 反하는 것을 말한다.

不正競争은 모든 資本主義의 國家에서 規制對象이 되고 있으나, 그 規制의 對象으로 해야 할 不正競争의 類型 卽 不正競争의 概念自體가 各國에 의하여 다르므로 統一의인 法概念을 부여한다는 것은 극히 곤란하다(註 1). 그리고 不正競争의 이와같은 不統一性은 특히 國際的 競争에 있어서는 明確히 나타나고, 아울러 國際的 競争에 있어서의 秩序維持를 위하여는 各國의 不正競争의 概念을 統一함이 絶박히 要求된다는 것은 事實이다. 이러한 意味에서 工業所有權保護同盟條約 및 原產地 虛偽表示의 防止에 관한 「마드리드 協定」은 加盟國에 最低限의 不正競争 規制의 施行을 強制함에 의하여 이 要求의 一部를 만족케 한 機能을 다하였다. 그러나 條約에 포함된 不正競争의 類型은 極히 限定的이고 不正競争의 광범한 類型의 모두를 포섭할 수 없었다. 不正競争概念의 이와같이 多樣性으로 因하여 그 統一이 필요함에도 不拘하고 各國이 差異가 있는 것은 一定의 競争의 競争行爲를 正當한가, 不正한가의 基準이 各國에 따라 다르기 때문이다. 卽, 各國에 있어서 경쟁관계를 관찰하는 관습(慣習)이 다르고 경쟁관계에 있어서의 慣習은 資本主義의 발달의 程度에 따라 一國의 不正競争의 行爲라도 他國에서는 正當한 경쟁행위로 인정한다. 결국 國際的 意味에서 不正競争의 概念을 包括적으로 特定할 수 없는 것은 不正競争自體와 資本主義의 발달단계와 접밀한 관계가 있기 때문이다(註 2). 不正競争의 規制가 本質적으로 資本主義의인 경쟁관계가 確立된 以後임을 말할 것도 없다. 즉 封建社會의 身分의 支配關係下에서는 自由로운 경쟁관계가 成立할 여지가 없었고 또 이것을 前提로 한 「不正」한 경쟁도 있을 수 없음이 當然하다. 따라서 不正競争이 法的인 문제로 등장한 것은 市民社會가 開始된 때가 아니고 19世紀의 후반 「유—롭」의 資本主義가 確立된 以後라 하겠다.

元來 經濟生活의 競争關係에 있어서는 各 경쟁자는 需要者(消費者)의 획득 고객의 흡수를 위한 노력이 계속된다. 이 경쟁자의 努力은 市場에서 自己의 商品을 他의 경쟁자의 商品과 區別을 전제로 한다. 그러나 기계생산에 따른 商品의 大量生産이 됨에 따라 競争者(生産者)와 顧客 사이에 직접적 關係를 형성함은 곤란하게 되고 간접적 關係가 형성되어(중간 媒介를 통하여) 고객은 商品에 特別한 標識에 의한 경쟁자를 식별함이 可能하게 되었다. 따라서 商品에 對한 標識의 保護가 現實的 當면 課題로 나타났다. 卽, 경쟁자중 特定의 者가 商品의 品質에 對한 優秀性, 價格의 低廉으로 市場에서 支配의 地位를 形成한 때에 이 有利한 地位를 전제로 하는 商品標識을 다른 경쟁기업자에 의하여 模倣된 경우는 消費者는 兩商品의 眞偽를 區別하지 않고 購賣할 것이고 또 模倣者는 그 표식을 한 본래의 使用者와 똑같은 有利한 市場地位를 획득할 수 있을 것이다. 이것은 특히 市場에 있어서 資本의 有機的 構成의 高度화된 大企業과 中小企業이 增加되는 곳에 한층 격렬하다. 이와 같이 볼 때 不正競争規制가 商品의 標識의 獨點의 使用을 保障하고 그 使用者를 保護함이 그 本質的 機能임은 明確하나 이것에 그치지 않고 획득된 경쟁상의 유리한 市場地位를 모든 方面에서 保護하는 기능을 하게 되었다. 結論적으로 不正競争

註 1. 田中和夫：英美法における 不正競争(一橋論叢 28권 1號) p. 5.

2. 入江啓四郎：國際不正競争と國際法(國際不正競争の 研究) p. 37.

爭規制의 本質的 기능은 市場에 있어서의 企業이 點하는 地位를 保護함에 있었고 이것은 商品 표식의 獨點的 使用의 保障과 企業信用의 保護를 媒介로 하여 달성되었다. 이것은 英國에 있어서 Passing-off (詐稱通用)가 商品 또는 營業標識의 模倣을 意味하고 Slander of title (權利 非 傍행위)이 營業上의 信用훼손의 뜻을 가진 것은 不正競爭規制가 商品표식의 獨점적 使用의 保障과 企業信用의 保護라는 二個의 要素로 構成되었음을 증명하고 있다(註 3). 그후 경제발전과 企業相互間의 경쟁이 격화됨에 따라 企業은 단순히 他의 경쟁기업자보다도 多數의 需要者를 흡수하는데 目的을 두지 않고 大量生産의 方式下에 있는 自己의 生産構造를 유지하기 위하여 市場에서의 商品需要를 安定케 함을 目的으로 하였다. 왜냐하면 大量生産의 經濟에 있어서는 需要의 不安定은 製品의 單位原價를 높이고 企業의 收益力을 低下하기 때문이다(註 4).

그래서 오늘날의 自由競爭에 있어서는 企業이 市場에서 差別的인 地位를 획득하는 것은 企業維持를 위한 필수조건이 되었다. 또 需要者(顧客)의 흡수는 보다 많은 利益을 획득하기 위한 手段이므로 企業維持의 필요한 前提이기도 하다. 이에 동조하여 不正競爭의 規制는 企業의 市場에서 差別的인 地位의 획득을 위한 保護로서 商標만에 局限하지 않고 商品의 包裝에서 企業의 立地條件에 이르는 모든 종류의 표식을 포괄하게 되었다. 그러나 反面에 企業이 市場에서의 差別的인 地位 획득을 위한 保護를 目的으로 하는 不正競爭의 規制는 該 企業의 市場에서의 獨點을 助成하는 結果가 되었다. 即 商品標識의 保護를 전체로 하여 企業이 市場에 있어서 差別的인 地位를 획득할 때 他의 경쟁기업자는 이와같은 條件에 있는 企業과 경쟁한다는 것은 實質의 으로 곤란하고 反面에 이와같은 差別的인 地位를 획득한 企業은 商品의 唯一한 供給者가 된다(註 5). 이 경우 不正競爭의 規制는 獨點을 保障하고 競爭制限을 하는 것과 같이 보이나 規制의 本質的인 目的은 아니되었다. 그後 名國의 不正競爭規制는 아주 다양한 規制의 對象과 方法을 포함하게 되었다. 美國에서는 競爭 및 獨點制限行爲者의 Unfair methods of competition (不公正한 競爭方法)을 不法으로 보고 不正競爭行爲의 一態樣으로서 파악하고 있다(註 6). 이것은 不正競爭行爲에 對한 概念의 發展의 意義가 있고 從來의 不正競爭의 기초가 競業者가 획득한 市場地位의 保障보다는 오히려 消費者의 保護에 중점을 둔 立法이라 하겠다. 이러한 事淸은 不正競爭의 概念이 該 나라의 經濟發展에 따라 無媒介의 으로 擴大할 可能性이 있는 것을 意味한다. 即 不正規制의 對象 및 不正競爭行爲의 범위는 不正이라고 생각되는 모든 競爭行爲에 擴大하였고 또 不正競爭行爲에 對한 類型의 多樣性을 나타냈다. 그런데 一般的으로 獨點을 禁止하는 法規制와 不正競爭規制와는 明白히 異質的인 構造를 가진 것이라 할 수 있다. 即 ① 不正競爭防止法은 市民法의 性格때문에 營業者의 不正競爭을 禁止하는 것이므로 그에 의하여 損害를 입은 同業者의 利益을 구제하는데 目的을 두고 있다. 이에 對하여 獨點禁止法은 一般消費者의 利益을 保護하고 國民經濟의 民主的인 건전한 발전을 도모하는데 있다. ② 不正競爭防止法은 加害者의 損害賠償責任은 勿論 不正競爭行爲의 留止처분 信用훼손에 필요한 조치와 모든 被害者의 請求에 의하여 裁判所가 적당한 처분을 命할 수 있고 國家는 積極的인 간여를 표시 할 수 없다. 이에 對하여 獨點禁止法은 不正競爭行爲가 禁止되고 있으며 公正去來委員會는 被害者의 請求의 有無에 관계 없이 職權으로 不正競爭行爲의 留止를 命할 수 있다. ③ 不正競爭防止法에 있어서 不正競爭은 去來觀

3. 田中和夫：アメリカにおける 競爭規制(法律時報 31권 2號) p. 22.

4. 占部都美：現段階における 企業の源泉と 企業維持(持經濟評論(1958) 10月號) p. 51.

5. 占部：前掲書 p. 52. 無名會社의 製品은 비록 商品質이 우수하더라도 有名會社의 製品에 따를 수 없다. (廣告 等으로)

6. 矢澤惇二：アメリカにおける 反 Trust 法의 形成(二) 法律時報 19권 5號 p. 79~80.

念上 反倫理的 색채가 농후하다. 이것에 對하여 獨點禁止法은 그 禁止行爲者自體가 반드시 倫理的 色채가 있는 것만이 아니고 國民經濟的인 観点에서 違法된 것이 많다. 따라서 獨點禁止法은 反倫理性은 물론 公共의 利益을 侵害하는 違法性의 要素가 重視되어 多分히 行政的 政治的 色채가 많다. ④ 不正競爭防止法은 市民法的인 性格 때문에 過失責任主義를 基調로 하고 있는데 對하여 獨點禁止法은 故意나 過失을 묻지 않고 責任을 부과하는 無過失責任主義를 基調로 하고 있다.

이와같이 오늘날의 不正競爭法과 公正去來法(案獨點禁止法)은 明白히 異質的인 構造를 가진 것이라 하겠으나, 不正(Unfair)이라는 倫理的 基초에서는 共同의 基반을 하고 있음은 부인하지 못한다. 따라서 獨點禁止法上이나 不正競爭防止法上의 不正競爭도 모두 동일한 범위에 포함시켜 해석해야 할 것이다.

### 三. 不正競爭法の 推移

#### (一) 近代市民社會에 있어서의 不正競爭法

自由나 平等을 基반으로 하여 成立한 近代市民社會에 있어서는 二元的인 對立構造를 가진 政治社會와 經濟社會로 明確히 分離되었다(註 7). 資本主義 經濟體制를 가진 經濟社會에서는 商品生産이 全生産關係를 媒介하고 全社會가 商品交換의 無限한 連鎖로써 形成되었다. 商品交換은 客體인 商品에 對한 自由的이고 排他的 支配를 하는 商品所有者의 自由意思의 合致를 通하여 이룩되어진다. 또 自由意思에 依한 平等한 個人이 행한 交換은 商品交換을 관찰하는 經濟原則인 等價交換으로 成立하였다. 이와 같이 經濟社會에 있어서의 모든 經濟主體는 누구와 무엇을 어떤 條件으로 去來를 하든 自由이나 等價交換의 原則에 對한 否定은 資本主義經濟體制 뿐만 아니라 平等의 原則까지 否定하는 結果가 되므로 等價交換만은 否定할 수 없다. 따라서 이 原則을 維持하는 것이 資本主義의 去來秩序의 原動力으로 생각하였다. 그러나 自由는 單純한 放任이 아니었다. 營業의 自由, 競爭의 自由가 正確히 行使되기 위하여는 必然的으로 自由行使에도 一定한 規範이 要求되었다. 이 規範은 모든 個人에 平等한 自由를 保障하기 위한 制的으로서 理解되고 이 規範의 擔保가 國家의 任務로 되었다. 即 國家는 個人的 自由를 展開하여 그 利益을 追求할 수 있는 權利領域 상호의 限界를 區分하여 個人的 自由의 충돌을 調整하는 것을 그 任務로 한다. 따라서 近代市民社會의 經濟社會와 對立된 政治社會는 經濟社會의 維持確保를 위한 權力統制의 機構로써 第二次的인 任務를 가진 社會라 하겠다. 또 國家가 事前에 一般的인 去來自由의 限界를 劃하는 것은 許用하지 않는다. 個人마다 民事手続에 의하여 司法裁判所에 個別的 事後的인 利害調整을 구하는 경우나 去來秩序의 破壞行爲가 社會的인 倫理規範에 까지 反하여 事後的으로 刑事制裁를 加하는 경우가 아니면 國家는 國民의 由로운 經濟活動에 介入할 수 없었다. 따라서 去來秩序를 破壞하는 경우 即 自由를 濫용하여 他人의 自由領域을 侵害한 경우는 不當利得의 返還義務, 不法行爲에 의한 損害賠償責任을 負擔하고 또는 詐欺罪, 信用毀損罪, 私文書偽造罪 等으로 制裁를 加하였다. 이와같은 現象은 모든 經濟人에 對하여 去來에서 Fair play의 精神을 要求하고 順調로운 等價交換의 運行을 使命으로 하는 國家任務(夜警國家) 때문이다. 그러나 이 중에서 重要한 役割을 擔當한 것은 不法行爲의 概念이었다. 即他人

7. 田中康雄教授는 資本主義 社會가 全體社會이고 이중 重要한 部分社會로서 國家와 市民社會 및 國家가 있다 하였다. (現代法學讀本 p. 3)

의 商品과 混同케 하는 行爲 및 競爭者를 中傷하는 行爲 等도 不法行爲의 一態樣으로 해석 하였다. 또 한개의 行爲에 對하여 民事責任과 刑事責任을 負課할 경우가 있다면 어느 一方의 責任을 課할 수 없는 경우도 있었으니 이것은 兩者의 性質이 다음과 같은 相異가 있기 때문이다. 卽「刑事責任은 行爲者에 對한 應報이며 將來 이와같은 害惡이 發生하는 것을 防止케 하는 것으로서 行爲와 社會에 對한 責任을 묻는 것이다. 이에 對하여 民事責任은 被害者에 發生한 損害를 填補함에 의하여 過去의 害惡의 結果를 回復하여 加害者 被害者 사이에 負擔이 公平을 期함으로서 行爲者의 被害者 個人에 對한 責任을 묻는 것이다」(註 8) 따라서 刑事責任에서는 主觀的 事情이 重視되어 「故意」가 重要한 要件이 되나 民事責任에서는 故意나 過失로서 他人에 「損害」를 부여한 것이 重要한 要件이 된다.

資本主義 經濟가 發展하여 企業者間의 競爭이 激化됨에 따라 信用있는 個人商品과 混同케 하는 表示를 하거나 原產地를 詐稱하는 行爲가 많이 나타났다. 이와같은 行爲는 앞에서 論한 바와 같이 一種의 不法行爲로 看做하여 行爲者는 被害者에 損害賠償을 하지 않으면 안되었고 어떤 경우에는 詐欺罪 및 文書偽造罪로 責任을 물을 수 있었다. 그러나 이것은 損害가 發生한 후의 事後的인 救濟인 것 裁判所의 해석이 반드시 一貫할 수 없는 것 等으로 대단히 불충분한 防止方法이었다. 그래서 事業者의 保護 및 消費者의 保護를 위하여 先進資本主義 國家에서는 19世紀 후반부터 20世紀 初까지 營業 或은 商品을 識別할 수 있는 표식을 特定的 事業者가 排他的이고 獨點的인 權利가 認定되는 商標權 및 商號制度가 整備되었다. 그러나 商標權 및 商號權 等은 積極的으로 認定하여 이 侵害를 排除하는 方法만으로서는 重傷誹謗行爲, 品質誤認行爲 等を 規制함에는 불충분하였다. 그래서 一般的으로 不正한 競爭手段을 禁止하기 위한 法律을 制定한 나라가 있었다. 獨逸의 不正競爭法 1909年 「오스트라」의 不正競爭法(1923年) 등이 이것이다. 이 以外的 國家에서도 不正競爭法은 없었으나 判例로서 不定競爭을 禁止하고 있었다. 美·英·佛) 또 經濟發展 및 貿易이 擴大됨에 따라 國際去來에 있어서도 不正한 競爭手段에 依한 弊害가 현저하게 나타났다. 그러나 各國의 法制定形式이 다르고 各國이 自國産業의 保護를 試圖하였기 때문에 國際的 不正競爭의 規制는 事實上 困難하였다. 그래서 國際條約에 의하여 統一的인 不正競爭을 防止하는 方向을 도모하여 1883年에 「파리」에서 國際工業所有權 保護同盟條約이 締結되어 「工業上 또는 商業上 誠實한 慣習에 反하는 一切의 競爭行爲」를 禁止하고(10條) 同盟國民을 保護하기 위하여 特히 다음 것을 禁止하였다(10條 32項) 卽, ① 「어떠한 方法을 불문하고 경쟁자의 營業施設 生産物 또는 工業上 및 商業上의 活動과 混同을 일으키는 行爲(混同行爲, 誤認行爲) ② 競爭者의 營業施設 生産物 또는 工業上 및 商業上의 活動의 信用을 해치게 하는 商業上의 虛偽主張(營業誹謗) ③ 그 使用이 商業上 商品의 性質, 製造方法, 特徵, 使用上의 適合性 또는 數量에 있어서 消費者를 誤認시키기 容易한 表示 또는 主張(不實廣告)을 禁止하였다. 또 이 同盟條約이 原產地 虛偽表示의 禁止規定이 不充分함을 認定하고 一部の 同盟國은 다시 原產地 虛偽表示의 防止에 관한 「마드리드」協定(1891年)을 체결하였다(註 9).

이와같이 資本主義의 발전에 수반하여 競爭이 激化됨에 따라 競爭手段의 公定化의 문제가 社會的으로 強하게 認識되게 되었다. 이 結果 從來 막연하게 不法行爲의 一態樣으로서 해석된 行爲로서 「不正競爭」이라는 概念이 明確化되었다. 卽 公正한 手段(混同行爲, 營業誹謗行爲, 不實廣告 等)에 依하여 同業者의 利益을 害치게 하는 營業上의 競爭은 「不正競爭(不正競爭)」이라고

8. 加藤一郎: 「不法行爲」 p. 3.

9. 豊崎光衛: 工業所有權法(法學全集 54권 P. 29~48)

하여 不法行爲의 概念을 排除한 것은 去來秩序 維持의 觀念에서 나온 것이다.

그런데 不正競争의 概念은 不法行爲의 一種으로서 발전된 것이므로 그 本質은 同業者의 利益을 侵害하는 行爲가 存在하고 또 不法行爲의 成立要件으로서 故意, 過失이 필요한 것과 같이 不正競争의 成立에도 故意, 過失이 필요하다. 또 規制手段으로서의 違法行爲가 있는 경우에는 被害者는 그 損害의 賠償을 받을 수 있는 救濟手段이 있고 이와같은 事後 救濟만으로는 不充分하여 事前에 行爲를 中止시킬 수 있는 留止請求權을 認定하여 繼續的인 不正競争行爲에 救濟手段이 되게 하였다(註10).

## (二) 現代資本主義社會에 있어서의 不正競争法

20世紀傾 數年の 경쟁을 통한 優勝劣敗의 過程을 통하여 巨大한 資本을 集積 또 集中하는 企業이 나타나 그 經濟力에 의하여 去來自由를 支配하였다. 契約의 自由는 形式的으로는 모든 者에 保障되었다 하더라도 이것은 經濟的으로 弱한 立場에 있는 者는 自己의 生存確保를 위하여 實際上 經濟的으로 強한 立場에 있는 者의 主張에 따르지 않을 수 없다(註11). 따라서 去來의 自由는 巨大한 資本을 集中한 大企業의 經濟的 支配의 自由를 保障하는 手段에 不適當하였다. 元來 去來의 自由는 平等한 個人經濟主體를 前提로 하여 成立한 原則이다. 따라서 經濟主體間의 經濟力이 현저한 격차가 있고 實質的으로 그 平等의 전제가 어긋날 때는 去來의 自由 및 競争의 自由는 반드시 本來의 機能을 다할 수 없게 된다. 이것은 近代市民法이 形式的으로 法의 人格의 平等으로 保障할 수 있다고 생각하였으나 人間社會에는 各個各層의 社會集團이 存立하여 實質的으로 具體的인 人間을 파악하지 못한 오류 때문이다. 특히 後進國에서 급속도로 資本主義化한 美國에서는 高價의 保護관세 때문에 貿易의 自由는 없었다 하더라도 獨點의 企業이 미치는 社會的 弊害는 英國 等の 先進資本主義 國家보다 절실히 통감되었다. 또 美國에서는 少數의 巨大企業이 經濟를 支配한다는 것은 自由 平等 獨立이라는 建國 以來의 傳統의 政治理念에 對한 重大한 위협이었다. 그래서 自由競争 原理의 維持를 目的으로 하는 美國에서는 1890년에 Anti-Trust Act(反獨占 禁止法—Sherman 法)가 制定되었다(註12). 그리고 Trust(私的獨點) 및 Kartel(去來制限)과 같은 競争制限行爲는 社會에 對한 犯罪를 構成하고 이와같은 行爲를 한 경우에는 公益의 代表的인 檢察官이 이것에 對하여 公訴를 提起하였다. 또 이와같은 競争制限行爲에 의하여 損害를 받은 者는 그 賠償의 請求를 裁判所에 訴로써 하게 하였다. 이것은 從來의 去來秩序의 觀念(等價交換 原則의 維持)에 새로운 自由競争(去來自由)의 原則을 유지하는 秩序觀念이 加하여 競争制限行爲를 수반하는 去來는 公正한 去來가 아니라고 생각하였기 때문이다. 그러나 Kartel, Trust와 같은 直接的 競争을 制限하는 行爲의 規制만으로서는 經濟的으로 有益한 大企業이 弱小企業에 不當히 不利한 條件을 가지고 去來를 하거나 去來의 相對方이 競業者와 去來를 못하게 하여 獨點力의 維持強化를 試圖하는 것을 防止하는 것은 不可能하였다. 그래서 當該 行爲만을 본다면 競争을 實質的으로 制限하지 않는 것 같은 行爲라도 그 行爲의 內容 態樣等에서 競争制限行爲의 維持, 強化를 도외시 한 것은 防止할 필요가 있다고 생각하여 美國에서는 1914년에 不公正한 競争方法의 禁止規定을 포함한 Clayton Act와 聯邦去來委員會法이 制定되었다. 이 연방위원회의 設置에 의하여 從來 裁判所만이 私的인 去來에 관여할 수 있었음에 對

10. 後藤英補: 「公正取引」(經濟法學全集 12권) p. 289~290.

11. 原島重義: 「民法規範의 抽象的 성격에 對하여」 法政研究 29권 1. 2. 3號 p. 21.

12. 後藤: 前掲書 p. 290.

하여 準司法的 權限을 가진 行政委員會로 여기에 干渉할 수 있게 한 것이다. (우리나라의 公正去來委員會도 여기에 따른 것이다) 不正競業(不正競爭)의 概念은 앞에서 말한 바와 같이 不法行爲의 現論이 發達한 것이나 公正한 自由競爭의 維持라고 하는 公益保護 立場에서 課하여진 去來自由 制限은 各人에 平等한 自由行使의 領域을 制限하는 점에서 그 性格上의 差異를 볼 수 있다. 그러나 法律로서 새로운 去來秩序가 設定된 것에도 그 秩序를 파괴하는 行爲(法律로서 保護해야 할 利益 또는 權利를 侵害하는 것)에 의하여 損害를 받은 경우는 곧 不法行爲가 成立할 것이다. 왜냐하면 새로운 去來秩序의 確立에 의하여 不法行爲의 領域도 확대한 것이라 볼 수 있기 때문이다. 그렇지 않으면 이러한 不法行爲는 競爭維持의 目的에서 나온 것이므로 傳統的 不法行爲와는 달리 그 行爲의 故意 過失보다는 行爲의 結果에 重大한 意味를 가질 것이다(註13).

經濟가 發展하여 大量生産, 大量消費의 時代가 됨에 따라 大量販賣를 가능케 하는 宣傳 廣告 活動이 盛行하고 이것에 의하여 一般消費者에 對한 不當한 去來誘引行爲로서 虛偽, 欺瞞廣告가 社會적으로 크다란 問題가 되었다. 大量販賣時代에는 하나의 企業이 한번의 확대광고라도 그 영향은 不特定 多數의 消費者에 넓게 미치므로 이 行爲에 依한 被害者는 競業者만이 아니고 物件을 買入한 一般消費者도 포함된다. 廣告는 元來 消費者에 精確한 商品知識을 제공하여 消費者의 合現的인 消費에 의하여 生産과 消費와의 合現的인 調整을 圖謀하는 機能을 하는 것이다. 따라서 虛偽 欺瞞 廣告는 競業者의 生産販路의 위축은 勿論 消費者가 받는 不利益 뿐만 아니라 生産과 消費와의 合理的 調整을 阻害하는 結果가 된다. 또 自由競爭의 原則은 消費者의 商品選擇의 自由를 전체로 하여 成立한 것이므로 自由競爭의 維持에서도 이러한 事態를 防止할 필요가 있다. 이러한 意味에서 다음과 같은 3가지 方法에 의하여 立法政策이 고려되었다. 첫째 虛偽 欺瞞 廣告는 從來의 不正競業과 同一 或은 數似的 內容을 가진 것이므로 不正競業法에 消費者保護를 위한 規定을 加하여 違法한 廣告를 한 者에 對하여 罰則을 課하는 方法이다. 둘째로 虛偽, 欺瞞 廣告에 對하여 從來의 不正競業法을 維持하면서 特別法으로서 自由競爭維持를 위한 Anti-Trust Act 로 이것을 禁止하고 있다. 셋째로는 公衆위생의 見지에서 虛偽 欺瞞廣告에 依한 弊害가 큰 分野에서는 行政的 規制를 하는 方法이다. 어느 方法에 依한 것이냐는 各國의 立法政策에 重點두는 바에 따라 相異하겠으나 첫째의 方法을 取하면서 3가지 方法을 適當히 組立시키므로써 規制의 效果를 올릴 것이다. 또 資本主義에 있어서 모순 및 弊害는 競爭의 不完全이라는 面에서만 나타나는 것이 아니다. 기술의 進보는 商品을 多樣化하여 經濟生活을 潤택케 하였으나, 그 反面 消費者가 「알 수 없는 商品」이 增加하여 消費者의 身體安全에 크다란 위협이 되었다. 따라서 公衆위생 身體의 安全 等の 具地에서 國家의 去來에 對한 介入이 필요하게 되었다. 예를들면 어떠한 制限을 받지 않고 有毒性 色素가 들어 食料品을 自由로히 販賣할 경우에는 그 食料品에 依한 被害者는 不法行爲로서 製造業者 또는 販賣業者에 損害賠償을 請求할 수 있고 國家가 犯罪로서 事後的으로 刑罰을 課하여 危險品의 販賣를 阻止케 할 수 있으나 이것으로서로는 公衆의 安全을 충분히 期할 수 없다. 그래서 事前의 阻止가 필요한 분야에서는 行政的 規制가 발달하였다. 그러나 行政規制의 필요는 公衆위생 등의 분야에서만 限하지 않았다. 事業의 內容, 消費者의 知識의 결여, 需給構造의 變動等 여러가지 理由에서 行政規制가 필요하다. 따라서 오늘날은 行政規制에 依하여 去來秩序는 維持되고 形成된다 하겠다(註14).

13. 豊崎光衛: 「不正競業法の 發展」 田中還歷 「商法の 基本問題」 所取.

14. 後藤: 前掲書 p. 29~295.



## (三) 우리의 不正競爭에 對한 態度

우리나라에서는 일찍이 不正競爭에 關한 法制는 整備되지 못하였다. 그 理由는 君主主義下에 있는 當時로서는 資本主義的인 去來方式이 成立하지 않았던 때문이다. 그 후 韓日合併以後 1934年에 日本의 不正競爭法을 施行했다. 그 以後 解放과 더불어 憲法의 留保條項에 의하여 계속 그 效果를 가졌다가 1961年 12月 朝鮮不正競爭防止令을 폐지하고 1962年 1月부터 不正競爭防止法을 制定하여 施行했다. 이것은 民法의 不法行爲法, 無體財產權에 對한 諸法 등을 中心으로 하는 單편적이고 불철저한 法規制로 初期市民法(後進資本主義國家)의 不正競爭에 對한 態度에 不過하였다.

市場을 통한 公正하고 自由로운 競爭은 資本主義經濟의 生命이다. 그러나 自由資本은 그 屬性으로서 獨點化의 性向을 가지고 있으며 이것은 資本主義 經濟發展에 이바지한 바도 컸지만 여러가지 弊害를 가져오기도 하였다. 그리고 이 弊害를 除去하는 데는 公權力의 介入에 依한 競爭經濟秩序의 確立이 필요하다는 反獨點經濟政策이 오늘날 自由主義國家의 하나의 公同의 關心事가 되고 있다. 反獨點立法은 이러한 經濟政策의 實行을 法障하는 것으로서 現在 거의 모든 先進資本主義 國家가 그 形式과 具體的 內容은 달리하지만 反獨點立法의 體制를 갖추고 있다.

우리나라에서도 이에 순응하여 政府는 國政監査에서 指適된 獨寡點業體의 폭리를 規制하기 위하여 여러가지 法案이 모색 되었다. 經濟規模의 擴大에 따른 企業의 集中現象, 獨·寡點 또는 카르텔 形式에 依한 경쟁制限, 不公正한 去來의 발생 등으로 인하여 中小企業의 發展에 支障을 주고 一般消費者의 負擔이 加重될 뿐만 아니라 國民經濟의 均衡的인 發展을 阻害할 우려가 있으므로 法案의 目的으로서 經濟活動에 있어 自由롭고 公正한 競爭秩序를 確立함으로써 一般消費者를 保護하는 동시에 事業者의 企業活動을 促進시키며 나아가서 產業經濟 全般의 건전한 발전과 國民經濟의 實質的인 向上에 이바지할 것을 規定하고 全文 44條의 公正去來案을 만들었다. 그 主要骨子を 보면 ① 競爭制限契約은 등록토록 하고 ② 등록된 競爭制限契約中 制限契約이 公共의 利益에 反하거나 制限契約의 實施方法이 違法 또는 不當하거나 市場에서의 地位를 남용하는 경우에 禁止, 變更, 取消, 効力停止命令 등을 내릴 수 있도록 하고 ③ 不當한 價格拘束에 對해서는 이를 無効宣言 및 實施禁止하고 ④ 등록된 制限契約을 一般的으로 拘束力 있게 宣言하고 또 이에 加入할 것을 권장할 수 있게 하고 ⑤ 不公正한 去來方法은 指定告示토록 하고 ⑥ 카르텔(Kartel)의 禁止 ⑦ 市場支配地位의 남용의 禁止 ⑧ 公正去來委員會를 設置하고 그 審査事項을 規定하였으며 ⑨ 國民의 權利를 保護하기 위하여 聽聞制를 두고 ⑩ 異議申請, 其他 行政訴訟에 關한 規定을 두었고 ⑪ 罰則을 두었다.

이 公正去來法案은 事業者들에 의하여 反對되어 提案된지 오랜 期間이 흘렀으나 審議에 着手하지 못하고 있으나 國民들의 暴利規制에 對한 法律案이 조속히 審議 着手될 것을 冀望하고 있다.

또 政府는 次官會議에 消費者 保護要綱案을 上程하였는데 이것은 全文 19條 附則으로 된 行政指針으로서의 性質을 가진 것인데 그 主要骨子を 간추려 본다면 政府는 ① 消費者 保護措置를 위한 年次報告를 每年國務會議에 提出하고 ② 不當한 價格과 商品流通阻害 및 一定한 限度以上の 市場支配力을 갖는 獨寡點企業의 不當行爲 등을 規制하며 ③ 正札制를 實施하도록 장려 하도록 하고 ④ 商品의 檢査制度를 정비 확충하여 ⑤ 消費者 團體의 育成을 強化하도록 하고 있다. 나아가 政府는 消費者 保護를 위한 綜合施策으로 다음과 같은 事項을 권장하도록 하

고 있다. 즉 ① 商品 및 用益에 의한 消費者의 生命과 身體 및 財産에 對한 危害防止 ② 商品 및 用役의 計量上 不利益除去 ③ 商品 및 用役의 價格과 品質 및 規格에 관한 事項 ④ 公正去來 및 不當利益防止에 관한 事項 ⑤ 消費者의 自助努力補助와 政府施策에 對한 消費者의 意見反影 事項 등으로 規定하였다.

그 以後 政府는 여러가지 案을 總括하여 새로운 公正去來法案을 試案하였다. 反獨點立法을 위하여 經濟企劃院에서 立案한 이 法案은 그 目的을 「不當한 去來制限 및 不公正한 去來方法」을 規制하여 協定 其他 不當한 方法에 의한 生産, 販賣, 價格 등의 不當한 拘束을 排除함으로써 公正하고 自由로운 경쟁을 확보하여 一般消費者의 利益을 保護함과 동시에 國民經濟의 발전에 기여……」에 두고 總 102個條와 附則 3個條로 構成되었는데 그 內容의 編制를 보면 第一章에 法案의 總則을 規定하였고 第二章에 不公正한 去來方法 및 不當한 去來制限의 禁止를 規定하고 公正去來委員會의 指定事項으로서 ① 不當하게 他事業者를 差別的으로 取扱하는 것 ② 不當한 價格으로 去來하는 것 ③ 不當하게 競爭者의 顧客을 自己와 去來하도록 誘引하거나 強制하는 것 ④ 相對方의 事業活動을 不當하게 拘束하는 條件으로 去來하는 것 ⑤ 自己의 去來上의 地位를 不當하게 利用하여 相對方과 去來하는 것 ⑥ 自己 또는 自己가 株主내지 役員인 會社와 경쟁관계에 있는 他事業者와 그 去來相對方과의 去來를 不當하게 妨害하는 것 등으로 規定하였다. 第三章에서는 事業者團體의 禁止行爲를 規定하였는데 事業者의 共同行爲는 흔히 事業者團體의 活動으로서 行하여진다. 이 경우에 事業者團體는 事業者가 아니므로 法의 적용에서 除外되는 모순이 있으므로 事業者團體의 活動을 規制하게 되었다. 第四章에서는 適用除外 規定을 두고, 第五章에는 損害賠償請求權을 두고 第六章에서는 公正去來委員會를 두고 國務總理의 所屬下에 會議廳行政機關으로 하였다. 第七章에 訴訟, 第八章에 罰則을 두었다.

그런데 이 法案이 시대의 變遷에 따라 消費者保護에 目的을 두어 國民經濟의 발전에 기여 하는데 큰 意義가 있다. 그러나 이 法案이 美國의 反트라스트法(Sherman Act 1890, Federal Trade Commission Act 1914, Clayton Act 1914의 三法이 主軸이 됨)을 배경으로 하여 制定되고 西獨의 競爭制限 禁止法案에 影響을 받아 日本의 現行法인 私的獨點의 禁止 및 公正去來의 確保에 관한 法律에 그 範型을 딴 것인데 그 內容에서는 커다란 差異가 있다. 첫째 「不當한 去來制限을 하거나, 不公正한 去來方法을 使用하여서는 안된다」고 法文上 表現하여 禁止主義를 채택하고 있는 國家의 大部分이 私的獨點과 不當한 去來制限을 區分하였는데 우리 法案은 우리나라의 經濟現實에서 寡點企業이 카르텔을 組織하기 쉽고 카르텔價格이 物價上昇의 先導를 하고 있다는 점에서 集約적으로 規制하였다(註15). 둘째로 不當한 去來制限 내지 不公正한 去來方法을 內容으로 하는 國際的 協定 또는 契約을 해결하는데 規制가 없다. 셋째로 再販賣價格維持(Resale price maintenance)에 관한 規定이 없다는 등의 未備點이 存續한다.

公正去來法案이 實定法과의 모순점이 문제가 되는데 이에 對한 法的 根據를 說明하고자 한다. 첫째로 憲法上의 根據로는 外國法에서는 經濟憲法의 一內容을 이루고 있는 것으로 말한다. 公正去來法이 經濟民主化를 위한 基本法이요 國家經濟를 自由競爭秩序를 유지하기 위한 法制인만큼 經濟憲法的인 要素를 가지기는 하나 自由競爭秩序를 維持하기 위하여 契約 내지 去來自由에 一定한 規制를 加하는 것으로서 經濟活動에 對한 公的인 規制를 目的으로 하는 점에서 經濟法的인 性格을 가지는 것이다. 同時에 이는 市民法原理에 의한 形式的인 自由平等이 파생시킨 實

15. 裴基政：公正去來法試案의 基本構造(法政通卷 192號 p.9).

質的인 不自由 不平等을 배제하기 위한 目的을 가지는 점에서 社會法的인 性格을 가지는 것이 라 하겠다. 우리 憲法은 이러한 經濟秩序의 根本原則을 憲法 第111條에서 明白히 하고 있다. 「大韓民國의 經濟秩序는 個人的 經濟上의 自由와 創意를 尊重함을 基本으로 한다」고 하여 自由 競爭秩序를 規定하고 「國家는 모든 國民에게 生活의 基本的 需要를 充足시키는 社會正義의 실현과 균형있는 國民經濟의 발전을 위하여 필요한 범위내에서 經濟에 관한 規制와 調整을 한다」 고 하여 經濟規制와 調整의 根據를 제시하고 있다. 따라서 獨寡點規制法의 制定根據는 충분히 있다고 본다. 왜냐하면 獨寡點規制法이 結果主義에 의하여 資本主義的인 獨리나 競爭制限의 弊害를 規制함으로써 中小企業者의 利益을 옹호하고 消費者의 利益을 옹호하는 것이 때문에 이는 균형 있는 國民經濟의 발전과 社會正義의 實現을 위한 필요한 規制라 할 수 있기 때문이다. 둘째로 公正去來法案이 契約自由權을 侵害하지 않는 것일까. 우리 憲法에는 「마지막」憲法과는 달리 契約의 自由에 관한 明文規定이 없으나 第八條의 人間의 尊嚴規定에서 契約自由가 根據되어 있고 憲法 第20條에서 財產上의 契約自由가 規定되어 있고 憲法 第31條에서 身分上의 契約自由가 保障되어 있다고 보아야 할 것이다. 이러한 契約의 自由는 憲法 第32條의 秩序維持와 公共 福利를 위해서만 法律로 制限할 수 있고 民法 第103條는 「善良한 風俗 其他 社會秩序에 違反한 事項을 內容으로 하는 法律行爲는 無効로 한다」고 하고 民法 第二條의 信意誠實의 原則等은 契約의 自由를 制限할 수 있는 實定法의 根據라 하겠다. 따라서 公正去來法案의 一般消費者를 保護하는 동시에 事業者의 企業活動을 促進시키는 것을 公共의 福利로 理解하여 法律으로써 契約의 自由權을 制限하려고 하는 것이라고 볼 것이다. 그런데 독일에서는 個別的으로 禁止할 수 있는 카르텔規制法은 만들 수 있으나, 全面的인 카르텔禁止法은 違憲이라 하는데 우리나라에서도 明文規定은 없으나 똑같이 해석해야 할 것이다. 셋째로 公正去來法案이 營業의 自由를 侵害하지 않는 것일까. 우리 憲法은 營業의 自由를 保障하고 있는데(1963年 8月 22日 大法院判決) 이의 根據로서는 憲法 第12條의 職業選擇의 自由의 한 內容이라 하겠다. 職業選擇의 自由 내지는 營業의 自由는 憲法 第32條에 의하여 制限될 수 있다. 그런데 營業自由의 制限에 있어서는 公共 福利를 위한 消極的인 立場에서의 制限과 公共福利를 위한 積極的인 立場에서의 制限으로 나누어 생각할 수 있다. 前者에 속하는 것으로서 宿泊業의 許可制, 飲食店營業의 許可制, 典當舖營業의 許可制 등 들 수 있을 것이다. 後者에 屬하는 것으로서는 小作制度의 禁止, 煙草, 人蔘 等の 專賣權 등을 들 수 있다. 公正去來法案에 있어서의 競爭制限禁止規定이 營業의 自由에 對한 制約이기는 하나 이것은 公共의 福利維持와 增進의 目的을 가진 것이라고 하겠다. 一般的으로 少數의 獨點企業者의 營業自由를 制限함에 의하여 他의 이에 對立하는 경쟁자의 自由 消費者, 勞働者 등의 財產權이나 自由——나아가서는 生存權——를 保障하고 있는 관계에 있으므로 이 意味에서 公共의 福祉에 合致하고 憲法에 適合하다 하겠다. 넷째로 公正去來法案이 結社의 自由를 侵害하지 않을까. 憲法 第18條의 結社의 自由도 憲法 第32條에 의하여 秩序維持와 公共福利를 위하여 制限할 수 있기 때문에 이들 獨點結合을 制限할 수 있음은 타당하다.

以上과 같이 우리나라의 公正去來를 위한 諸立法을 살펴 왔다. 어느 立法이 消費者 및 企業者에 公正한 경쟁을 위한 立法인지 짐치기 어려우나 보다 消費者 保護에 역점을 둔 立法이 要 闕된다.

#### 四. 不正競爭의 多樣性(類型)

오늘날 一般的으로 不正競爭이라고 하는 것은 商道德에 反하는 不公正한 手段에 의하여 행하

여건 競爭行爲로서近代法이營業의自由, 競爭의自由에 對한 하나의 限界를 形成하는 Fair play의 原則에 反하는 것이다. 具體的으로는 各國에서 不正競爭이라 하는 行爲類型에는 差異가 있으나 오늘날은 當初에 비하여 점차로 그 범위를 擴大하여 競爭者의 權利 및 利益을 侵害하는 것만이 아니고 널리 消費者 利益을 侵害하는 것(不實廣告) 또 國民經濟上의 利益을 侵害하는 것까지도 不正競爭의 概念속에 포함시키고 있기 때문에 統一的인 法概念을 構成하는 것은 곤란하다. 따라서 現行의 不正競爭法과 政府가 초안한 公正去來法案에 포함된 것만을 설명한다.

### (一) 虛偽 誇大廣告

오늘날 商品需要者의 획득이라는 測面에서 廣告는 社會的으로 모든 方面에서 널리 행하여지고 있다. 卽 신문, 잡지와 같은 인쇄물 또는 文言에 依한 것 廣告塔, 揭示板, 看板 등에 의한 것 또는 Radio와 T.V로 使用하는 것 등 그 方法은 實로 복잡하다. 이 廣告는 營業競爭에 대단히 중요한 역할을 擔當하고 있다. 그렇기 때문에 만일 廣告內容이 誇大하거나 眞實에 合致되지 않고 不正할 때는 商品需要者에 不意의 損害가 있다. 그래서 이러한 不合理한 廣告를 規制하기 위하여 多角的으로 法規의 定立에 노력하고 있다. 廣告에 對한 法概念은 여러가지가 있으나 「廣告란 不特定多數人을 豫知시키게 하는 方法으로서의 意思表示를 말하고 그 方法如何를 불문하고 또 廣告를 알 수 있는 사람의 범위의 廣狹도 분지 않는다」(註16)는 有力學說에 贊成한다. 이와같이 廣告는 一般公衆에 認識시키게 하는 意思表示의 方法이므로 意思表示의 公開性 또는 公衆性이라는 것이 그 基本的 特徵이라 하겠다. 이러한 意味에서 少數人間의 法律關係와는 다르고 어느 정도 禁反言(estoppel)의 적용을 받는 경우가 많다(특히 현상광고의 報酬額에 착오가 있을 때 實益이 있다.) 廣告內容에 있어서 他人의 名譽信用을 손상하거나 他人의 營業을 방해하거나 또는 商品需要者를 僞裝하여 착오에 빠지게 하는 경우 그 廣告者의 故意 또는 過失이 있는 限, 廣告者는 그 때문에 받은 損害를 賠償하지 않으면 안된다. 또 廣告者의 使用이나 支配監督을 받는 者도 廣告者의 선임감독에 過失이 없음을 증명하지 않는 한 廣告에 기인한 不法行爲의 責任을 免치 못한다. 또 廣告者에는 損害賠償 以外에 名譽를 회복하는 謝罪廣告를 할 것도 要求할 수 있다(註17). 그리고 一般消費者를 保護하기 위하여 「不實廣告」 및 誇大廣告를 不正競爭으로 認定하고 行政罰로서나 立法으로서 禁止하고 있는 경우가 많다 Clayton Act가 이에 속한다.

### (二) 原產地 詐稱

商品 또는 그 廣告에 虛偽의 原產地를 表示하거나 또는 이러한 虛偽表示를 한 商品을 販賣輸出하여 原產地를 誤認시키게 한 行爲는 不正競爭法에 依한 不正競爭行爲로 構成된다(不競法 2條)(美國에서 製造하지 않은 物件에 美國에서 제조한 것같이 그 명칭을 사용한 경우) 이에 對한 것에는 不正競爭에 依한 罰則이 있다(不競法 8條). 그 以外에 輸出入去來의 秩序를 確立하고 외국무역의 건전한 발전을 기하기 위하여 貿易法施行令에 의하면 虛偽의 原產地를 表示한 貨物의 輸出去來를 不公正한 去來로 認定하고 이를 禁止하고 있다(貿易法施行令 12條). 특히 原產地의 保護를 위하여 1883年 原產地 虛偽表示에 관한 「마드리드」協定이 있다.

16. 末弘嚴太郎：債權各論 p.722 以下.  
鳩山私夫：增訂日本債權法各論 p.84.  
17. 志津田代治：商法の理論 p.98~99.

### (三) 營業의 信用侵害

營業上의 信用은 사람의 經濟的 給付能力에 對한 社會的 價値로서 營業에 대한 名譽다. 따라서 信用의 主體는 名譽의 主體와 같이 自然人, 法人, 法人以外의 團體等を 不問한다. 不正競爭法에 의하면 競爭관계에 있는 他의 營業上의 信用을 侵害하는 陳述(營業에 관한 事項에 있어서 自己의 意見을 술하는 것) 또는 流布(不特定人에 告知하는 것)함에 의하여 信用을 侵害하는 行爲를 禁止하고 있다. (不競爭法 2條) 예를들면 A商店에 模造品을 製作하지 않는데 A商店의 商品은 模造品이라고 진술하는 경우 等이다. 이것은 刑法30條의 名譽毀損에도 該當한다. 따라서 진술 또는 流布한 事實의 眞實이 立證되면 不正競爭은 構成되지 않는다.

### (四) 營業秘密의 侵害

企業도 우리들의 個人과 같이 秘密을 가지고 있고 이 秘密이 남용되어 他人에 누설되지 않는 것이 企業維持를 위한 불가결의 요건이다. 그러나 不正競爭에서는 이에 관한 規定이 없고 商法 및 公正去來法案에 어느정도 營業秘密의 保護에 관한 規定이 있는데 불과하다. 독일의 不正競爭法은 營業의 被用者 職工 또는 徒弟로서 雇傭契約이 存續中 經營上의 秘密을 경쟁의 目的 또는 同業者를 害할 것을 目的으로 하는 것을 禁止한다(獨不競爭法 17條). 또 독일은 工業能力을 유지하기 위하여 外國에 對한 秘密을 누설하는 것을 禁止하고 있다. 우리 商法에 營業에 秘密을 알고 있는 支配人 代理商 合名會社 및 合資會社의 無限責任社員 株式會社 및 有限會社의 理事等に 어느 程度의 차이는 있으나 競爭 妨害의 罪를 부과하여 秘密 누설을 방지하고 있다(商 17條, 89條, 397條, 567條). 그 以外에 株主의 會計書類 覽權의 行使에도 이 점이 考慮되고 있다. 卽, 이 權利를 一株를 가진 株主에 까지 許用 한다면 이 權利를 남용하여 企業內部의 秘密을 탐색하여 不正目的에 使用할 우려가 있으므로 우리의 商法은 이를 少數株主權化하고 또 會社는 그 不當함을 證明한다면 그 權利行使를 拒否할 수 있게(商 466條) 한 것을 營業上의 秘密 누설을 防止하는데 목적을 두었다(註18).

### (五) 不公正한 去來方法

市場을 통한 公正하고 自由로운 경쟁은 資本主義經濟의 生命이다. 그러나 自由資本은 그 屬性으로서 獨占化의 性向을 가지고 있으며 이것은 資本主義의 經濟發展에 이바지한 바도 컸지만 또한 여러가지 弊害를 가져오기도 하였다. 그리고 이 弊害를 除去하는 데는 公權力의 介入에 의한 경쟁경제질서의 確立이 필요하다는 反獨占經濟政策이 오늘날 自由主義諸國의 公동의 관심사가 되고 있다. 反獨占立法은 어렇한 經濟政策의 實行을 法的으로 保障하는 것으로서 現在의 거의 모든 先進資本主義國家가 그 形成과 具體的인 내용은 달리하나 一般적으로 不當한 去來制限 및 不公正한 경쟁거래의 方法을 그 規制對象으로 하고 있다. 이 規制의 立法的인 태도로는 獨占이나 去來制限 등은 經濟의 自由로운 發展을 阻害하는 社會惡으로 보고 禁止하는 獨占禁止主義와 獨占이나 去來制限 自體를 違法視하지는 않으나 市場支配力의 不當한 발휘를 방지하고자 하는 弊害規制主義가 있다.

우리나라에서도 反獨占立法을 위한 公正去來法案의 立法目的은 「不當한 去來制限 및 不公正한 去來方法을 規制하여 協定기타 不當한 方法에 의하여 生産 販賣價格 技術등의 不當한 拘束

18. 徐燾珪: 商法(上) p. 417.

을 排除함으로써 公正하고 自由로운 경쟁을 確保하여 一般消費者의 利益을 保護함과 同時에 國民經濟의 건전한 발전에 기여...」 하는데 두고 있다(案 1條). 즉 一般消費者의 利益과 國民經濟의 건전한 발전을 최종목적으로 하여 이 목적을 위한 여건으로서 公正 自由경쟁의 확보를 設定하고 그 手段으로서 不當한 去來制限과 不公正한 去來方法을 規制하겠다는 것이다. 이 法案의 動因이 된 經濟現實을 分析하여 集約하면 다음과 같다(註19).

① 우리나라 獨占, 또는 寡占企業의 生産品價格은 下方硬直性和 上方敏感性이 현저하여 管理價格 또는 칼텔價格에 의한 不當한 獨占利潤을 取得하고 있다. ② 獨占 利潤을 유지하기 위하여 積極적으로 유통면에 介入하며 再販賣價格을 스스로 決定하여 市場을 광범위하게 支配하고 있다. ③ 대부분의 독점기업은 商業資本的性質을 가지고 있어 長期的인 展望위에서의 企業運營보다는 去來上에 발생하는 商業利潤에 더욱 민감하여 독점이나 경쟁제한등의 方法에 의하여 市場支配를 기도하고 있다. 이 결과로서 他企業活動 특히 中小企業의 發展이 阻害될 뿐 아니라 消費者에게 不當한 負擔을 전가시켰다는 것을 지적하고 이러한 弊端 내지 모순을 除去하는 데는 公權力에 의한 直接的인 統制手段보다는 公正하고 自由로운 경쟁과 去來를 公權力의 介入에 의하여 간접적으로 助長하는 것이 自由經濟體制上, 有効하고 적절하다는 結論에 이르고 있다.

또 우리 法案은 公正하고 自由로운 경쟁을 確保하기 위하여 不當한 去來制限과 不公正한 去來方法의 使用을 禁止하고 있으므로 弊害規制主義에 따르고 있으며 外國의 法制와는 달리 獨占(monopolization)을 그 規制對象에서 除外되고 있는데 資本集積이 빈약한 우리의 實情으로 企業結合에 지장을 주지 않겠다는 것이다. 同法案은 2條5項에서 不公正한 去來方法을 定하고 이 것에 의하여 公正去來委員會의 「指定」이 있어야만 不公正한 去來方法으로서의 法的効力이 認定되고 指定이 없으면 違法行爲가 되지 않는다. 따라서 法案이 일거하고 있는 不公正去來方法은 다음과 같다.

① 差別的 取扱(法案2條, 5項1號)

이는 「不當하게 他事業者를 差別的으로 取扱하는 것」이다. 이는 不當한 價格差別(Price discrimination)이 典型的인 것으로 생각되겠으나 其他 去來條件(去來條項, 去來方法)의 差別的 취급도 이에 해당한다(註20). 元來 어떠한 事業者가 製造한 商品(完成品等)의 販賣業者는 자주 當該商品의 競爭商品을 취급하고 또 事業者가 使用한 商品(完成品, 部分品 原料等)의 供給者는 반드시 當該事業者에 대하여만 供給을 하는 것은 아니다 이와 같은 경우 事業者는 販賣業者가 競爭商品보다도 自己商品을 우선하여 판매하도록 여러가지 方法의 販賣促進手段을 試圖하고 있다. 이와같은 경우의 事業者의 生産過程에 對한 方法은 一般的으로 말하면 自己에게 協助하는 者에게는 去來條件에 있어서 相對的으로 우선케 하는 동시에 自己에게 협조하지 않는 者에게 對하여는 相對的으로 不利하게 취급함이 보통이다. 이와같이 事業者의 生産의 方法이 社會通念上 타당하다고 인정되는 범위내에서 行하여 진다면 이것은 오히려 事業者사이의 경쟁을 촉진하는 요소가 될수 있다. 그러나 이것은 오히려 그 差가 현저하게 公正性を 缺한다면 去來上의 公正한 경쟁이 阻害되고 드디어는 生産의 獨占化의 경향이 있게 된다. 여기에서 差別的 取扱이 不公正한 去來方法으로 規制對象이 되는 理由이다. 여기서 價格에 對한 差別은 法案, 2條 5項 2號에서 적용되어야 할 것이고 이 條項에 規制되는 것은 其他 生産條件에 있어서의 差別的 取

19. 公正去來立法에 관한 參加資料 p. 165.

20. 케이스ブック 獨占禁止法(矢澤惇編) p. 211.

扱이 여기에 포함된다(註21). 다시 말하면 價格을 除外하고 商品의 品質去來의 時期, 代金決濟方法 去來保證金の 額과 그 取扱, 運送, 配給方法等과 같이 去來에 관련된 모든 條件이 포함된다. 이 條項에서 「正當한」한 理由가 없더라는 것은 去來에 있어서의 差別이 合理的으로 認定되는 理由가 없다는 것을 意味하며 「현저한 差別」이라는 것은 社會通念上으로 認定될 수 없는 差別이라하겠으나 이것은 具體적인 去來의 狀況을 고려하여 판단해야 할 것이다. 또 현저한 質적인 것과 量的인 것이 있다. 또 正當한 理由가 있는가 없는 가는 差別의 程度와에 관련하여 판단할 것이므로 形式的으로 理由가 있다고 하더라도 實質적으로 合理的 差別이 없다면 正當한 理由가 없다고 판단해야 할 것이다. 예를들면 自己의 商品에 대한 販賣를 장려하기 위하여 去來의 相對方에 割引金を 交付하거나 去來額의 大小에 의하여 할인율에 差異를 設定할 수 있는 것이다. 또 最近에 運送企業에 있어서는 그 利用者에 對한 運送契約에 수반하는 差別의 취급을 禁止케 한 것도 이 條項에 해당한다(海運 12條). 이것은 海上運送法이 定하고 있는 船舶運航業者 즉 定期航路業者와 不定期航路業者에게 元來 적용 되었다. 그러나 實際上 規制對象으로 되고 있는 것은 主로 海運同盟(Shipping Conference)에 加盟하고 있는 定期航路業者가 同盟하여 船舶 또는 荷主에 대하여 행하는 不當한 行爲일 것이다. 또 共同行爲 또는 事業者團體에게 特定の 事業者를 배척하거나 또는 共同行爲 또는 事業者團體의 内部에 있어서 特定の 事業者를 差別的으로 취급함에 의하여 그 事業活動을 현저하게 不利益하게 한 것도 여기에 해당한다. 예를들면 特定 事業者를 배척함에는 除名단이 아니고 加入拒否 脫退勸告 등이 있고 内部的으로 不當한 差別에는 特定 事業者에 대하여 過대한 負擔金を 課하거나 共同設備의 正當한 利用을 妨害하는 것 등이다.

## ② 不當價格(法案 2條, 5項 2號)

이는 「不當한 價格으로 去來하는 것」인데 價格의 正當성이 되는 것은 常識的으로는 原價에 適正利潤을 加한 것을 基準으로 하여 생각한다. 그러나 價格의 決定은 原則적으로 去來의 自由에 속하는 것이고 適正價格으로 去來하지 않더라도 法案의 目的에 違反되는 것은 아니다. 따라서 이 不當性도 自由롭고 公正한 경쟁을 阻害할 餘려가 있는 對價決定인가에 따라 不當如否를 판단해야 할 것이다. 元來 商品에는 價格이라는 指標에 의하여 去來로서 換算된다. 商品이 이 指標에 따라 去來를 통하여서 事業者가 받는 代價는 企業活動을 유지발전케 하는 利潤의 源천이 되므로 商品의 販賣價格의 設定은 事業者에게 있어서는 가장 중요한 事業活動의 하나라 하겠다. 現在의 自由主義 經濟秩序에 있어서는 이 價格設定은 他的 事業活動과 같이 原則적으로 事業者의 自由에 맡겨지고 있다. 그래서 事業者는 경쟁상품이 存在하는 경우 경쟁상품의 品質 販賣政策, 價格의 動向에 의하여 복잡한 영향을 받더라도 경쟁업자보다는 一般消費者에게 需要될 수 있는 기회가 有利하다고 생각 되는 價格을 自己의 商品價格으로 設定하게 되는 것이다. 왜냐하면 商品의 需要자는 여러가지의 同種商品의 品質과 價格을 比較하여 品質面에서 自己의 希望에 적합하고 價格面에서 적합한 卽, 低廉한 商品을 구입하는 것이 보통이기 때문이다. 어느 事業者가 一般消費者의 商品에 대한 選擇行動樣式에 合當한 企業努力을 하고 良質인 商品을 보다 廉가르 一般消費者에게 (需要者) 提供한다면 경쟁업자는 不利한 地位에 있게 되고 企業의 維持 및 發展을 위하여는 똑같은 企業努力을 하게 되므로 社會生活 그 自體는 豊부하게 될 것이다. 따라서 事業者의 自由로운 경쟁에 의하여 國民經濟의 發展을 가져온다는 立場에서 본다면 事業者들의

21. 反對說이 있다. 卽 모두 다 여기에 포함된다. 公正去來委員會編: 「改正獨占禁止法 解說」 p. 55.

價格面에서 경쟁하는 것은 一般的으로 公正하고 自由로운 경쟁이라 할 것이다. 그러나 이상과 같은 경쟁은 現實的으로는 個個의 事業者에 있어서 반드시 적용 되는 것은 아니다 어느 事業者를 막론하고 보다 많은 이윤을 얻기위하여는 오히려 自己 商品을 될수 있는 限 높은 價格으로 판매하는 것이 希望일 것이다. 卽 어느 事業者의 商品에 有力한 경쟁상품이 存在하지 않는다고 하면 이 事業者는 自由로 需要者의 狀況을 감안하여 그 商品의 판매에 의한 最大의 利潤이 되는 것을 販賣價格으로 決定할 것이다. 그러나 이와같은 價格設定이 自由로히 되지 않는 것은 앞에서 論한 바와같이 경쟁업자가 存在하기 때문이므로 어떠한 方法으로든지 相對方의 경쟁력을 弱化시켜 市場에서 구축해야만 利潤획득이 보다 용의 하게 될 것이다. 그래서 價格切下로서 事業者의 一時的 損害를 감수하더라도 需要者를 이끄는 가장 좋은 무기가 될 것이다. 따라서 이와 같은 現實的인 모순때문에 自由경쟁에 있어서의 良質인 商品을 社會에 供給해야 하는 自由主義 經濟秩序를 깨트리는 結果가 되었다. 이러한 理由때문에 價格競爭에 依한 不當價格設定이 不公正한 去來方法으로 規制하게 된 理由이다.

또 事業者는 商品의 供給者의 立場에 있는 以外에 商品의 需要者의 立場에 있는 경우가 있다 예를들면 原料供給者에 對한 製造業者, 製造業者에 대한 販賣業者와 같은 것이 여기에 속한다. 一般的으로 價格決定은 自由롭고 公正한 경쟁을 害阻하지 않는 범위내에서의 對價決定이라야 한다. 그래서 不當히 저렴한 代價로서 物資 資金 其他의 經濟上의 利益을 供給하는 것은 不公正한 去來方法이 될 것이다. 예를들면 指示價格以下の 販賣, 協定價格以下の 판매 등과 같이 소위 亂賣에(註22) 속하는 것이 여기에 해당한다. 또 正當한 理由없이 地域的인 價格差別(Local cutting)도 여기에 해당한다. 이는 어느 事業者가 自己 支配下에 있는 特定市場에 對하여는 높은 價格으로 판매하면서 여기에서 얻은 초과이익으로 填補할 수 있으므로 경쟁이 심한 市場에 있어서는 저렴한 價格으로 판매하는 형식이다. 그러나 폐업때의 投賣는 유행에 늦었기 때문에 저렴한 價格으로 판매하는 廉價販賣는 여기에 해당하지 않으나 大企業이 경쟁자를 排除하기 위하여 하는 一時的인 (Dumping)은 여기에 해당한다(註23). 또 一時的인 損實에 의하여 製品의 販路를 확장하고 販賣量을 늘리기 위한 營業의 機略인 경우는 여기에 속하지 않는다. 또 原材料를 高價로 買占하여 경쟁업자의 事業活動을 곤란케 하는 行爲도 不公正한 去來方法이 될 것이다.

### ③ 顧客의 奪取(法案 2條, 5項 3號)

이는 「不當하게 競爭者의 고객을 自己와 去來하도록 誘引하거나 強制하는 것」이다. 元來 自由競爭은 顧客의 爭奪戰이고 이를 위하여 事業者는 生産기술의 개발 및 生産販賣의 合理化에 企業努力을 경주하고 있다. 事業者는 良質 및 저렴한 商品을 適正하고 조속히 市場에 供給하고 消費者는 이를 需要함으로서 自由主義의 經濟는 경쟁에 그 根本的 支柱로 삼고 있다. 그러나 現實的으로는 自由主義의 經濟가 생각했던 바와는 거리가 멀어졌다. 卽 良質 저렴한 商品의 提供者는 實際의 경쟁에 있어서 반드시 優位에 있는 것이 아니고 反對로 品質 및 價格面에서 不足하고 不當한 事業者가 경쟁의 승리자인 경우가 적지않다. 특히 現代와 같이 廣告 宣傳을 위한 기술이 극도로 발달한 時代에는 消費者의 商品知識의 不足이 라든가 消費者의 虛榮心 射幸心등의 弱點이 모든 面에서 廣告活動에 利用되고 있다. 따라서 事業者도 단순하게 良質 廉價인

22. 後藤：前掲書 p. 345.

23. 今村：獨占禁止法 p. 111.



商品을 供給하는 것 만으로는 치열한 경쟁에 있어서 승리를 거둘수는 없다. 이로 인하여 事業者는 勞苦가 많은 能율경쟁을 하지 않고 安易한 方法으로서 過大한 懸賞廣告, 景品付販賣, 欺瞞的 廣告, 表示 등으로 고객을 유인하지 않을 수 없게 되므로 消費者의 適正한 商品選擇의 利益阻害는 크지 않을 수 없을 뿐만 아니라 良心的인 事業者의 保護를 위하여서도 重要하다. 따라서 公正競爭 即, 企業의 眞實한 能율을 중심으로 하는 경쟁을 유지하기 위하여 規制對象으로 하고 있다. 따라서 이 條項에 해당되는 것으로는 正常的인 商慣習에 비추어 不當한 利益 또는 不利益으로서 직접 또는 간접으로 경쟁자의 顧客을 自己와 去來케 하는 一切行爲다. 自己와 去來케 하는 경우라는 것은 직접의 相對方만이 아니고 넓은 意味의 消費者를 포함한다. 去來의 誘引方法은 多樣하겠으나 지나친 景品付賣出이 不公正한 方法에 해당한다. 또 경쟁상품의 使用 또는 경쟁자와의 去來가 不利益함을 선전하여 그 顧客을 自己와 去來하게 하는 간접적인 유인 역시 이에 해당한다. 또 「誇大廣告」나 「虛偽品質表示」로 消費者의 구매의욕을 不當하게 자극하는 행위도 여기에 해당한다. 이것은 경쟁자의 顧客을 탈취하는 것이 아니라고 하겠으나 不公正한 去來方法은 경쟁手段에 限하지 않으며 同廣告나 表示로 경쟁자의 상품을 사지않기 때문이다. 또 去來의 強制는 誘引의 度を 지나쳐 相對方의 自由意思를 拘束하여 自己와 去來케 하는 것인데 去來의 유인은 대부분의 경우 利益을 가지는 데 對하여 去來의 強制는 대부분의 경우 不利益을 가지게 하는 것이다. 여기서의 不利益 또는 利益은 반드시 經濟上의 利益 또는 不利益만에 限하지 않고 手段으로서는 폭력이나 협박의 手段에 의한 경우도 있다. 그러므로 保護해야 할 利益(法益)은 去來相對方의 去來上의 地位 그 自體라 하겠다. 보통은 排他的 去來協定の 하나인 結合契約(tying or tie-in agreements)에 의하여 自己와 有利한 地位를 利用하는 것도 이에 해당한다(註23). 예컨대 生産者가 販賣業者에 對하여 需要도가 높은 甲商品을 공급하면서 需要도가 低廉한 乙商品의 受入을 強要하는 것과 같다. 또 영화 배급업자의 上映業者에 대한 全프로의 強賣契約 소위 (block booking)이 이에 해당한다(註24).

#### ④ 事業活動의 不當拘束(法案, 3條 5項 4號)

이는 「相對方의 事業活動을 不當하게 拘束하는 條件으로 去來하는 것」이다. 現在의 經濟體制에 있어서는 事業者의 事業活動手段은 직접적으로나 간접적으로 모든 경쟁업자를 排除하는 手段이라고 하여도 좋을 것이다. 事業者는 經營의 安定과 計劃性을 所望하므로 繼續的 去來關係의 強化를 위하여 最大의 努力을 다하는 것이 通例이나 단순히 去來계속의 義務를 負擔하는 것은 거래의 계약 去來의 豫約으로서 去來處選擇의 自由의 범위를 벗어나는 것은 아니다. 그러나 당사자간의 關係를 한층 강화하기 위하여 當事者의 双方 또는 一方이 相對方의 경쟁자와 去來하거나 相對方의 去來處가 될 者와 去來하는 것을 禁止하는 경우가 있는데 이와같이 排他的 去來約款(exclusive dealing agreements)은 第3者와의 去來가 排除되므로 不公正한 去來方法으로 規制對象이 된 理由이다 이와같이 相對方(供給者)이 自己와 하는 去來와 同種의 去來를 하는 第3者(供給者)와 하는 去來를 拘束하는 것(에 自己의 商品等を 供給하는 事業者에 對하여 또는 自己의 供給者에 對한 第3者의 去來에 對하여 그 商品, 商品의 製造에 要하는 原料, 部分品の 구입기타를 指定하는 것) 相對方(需要者)과 그 者의 供給者와의 사이에 去來를 拘束하는 것(에, 自己가 供給하는 機械에 使用하는 附屬品等を 特定の 第3者에게 供給을 받고 自己가 供給하는 原料等の 구입에 對하여 特定の 第3者가 製造하는 기계를 使用해야 한다는 條件을 붙이는 것) 또

24. 金宗炫 : 「不當去來·不公正한 去來方法」(法政 통권 192號 p. 25).

相對方(供給者)과 그 需要者사이의 去來를 拘束하는 것. 相對方과(需要者) 그 需要者사이의 去來를 拘束하는 것등이 모두가 여기에 포함된다(註25).

그런데 排他的 去來條件에는 排他的 受入條件과 排他的 供給條件으로 分離할 수 있다. 排他的 受入條件이라 함은 어떤 事業者가 製造業等에 供給하는 原料部分品 完成品等を 배타적으로 구입하고 製造業者에 대하여는 自己의 경쟁업자에 供給하는 것을 禁止하는 條件을 붙이는 것으로 소위 專屬下請契約이다. 이것은 곧 販賣業者가 他的 경쟁商品을 취급하지 않는다는 취지의 契約을 하는 相互排他的 條件附去來約款의 一種이라 하겠다. 排他的 受入條件은 去來의 相對方에 대하여 경쟁업자에게 商品의 提供을 禁止하는 것이므로 경쟁업자는 當該相對方과의 去來가 排除되므로 公正競爭秩序에 阻害된다. 할 수 있다. 그러나 正當한 理由가 있으면 公正競爭秩序에 阻害되지 않는다. 예를들면 販路가 없는 中小企業者가 大企業의 販賣業者에 그 製品을 排他的으로 供給한다면 自己의 製品을 원활히 판매할 可能性이 있고 事業活動上의 利益을 볼 수 있는 경우이다. 또 大企業者와 專屬의 下請契約을 한 中小企業者는 보통의 경우 安定的인 供給을 할 수 있고 아울러 事業活動上의 利益을 향수할 경우이다.

排他的 供給條件이라 함은 製造業者 또는 販賣業者(行爲의 主體)가 그 商品의 供給에 대하여 경쟁상품을 취급하지 않는다는 條件을 붙이는 것을 意味한다. 이와같은 條件을 붙인 代表的인 것은 排他的 條件附의 特約店契約이라 할 수 있다. 他事業者와의 사이에 排他的 供給條件을 붙여 去來하는 事業者는 自己의 商品에 대한 販賣經費를 절감하고 生産을 計劃的으로 行할 수 있는 것등의 利益이 있다. 그래서 排他的 供給條件에 의한 去來에 있어서도 排他的 受入條件의 경우 와같이 行爲主體의 경쟁업자가 他的 企業者(供給者)에 對하여 自己의 商品을 自由로 供給한다면 경쟁업자도 行爲의 主體와 똑같은 이익을 향할 수 있고 그 商品에 있어서는 公正경쟁에 영향을 미치지 않으므로 不當한 條件이라 할 수 없다. 따라서 排他的 條件에 의한 去來가 正當한 理由없이 不當하게 되어 資本主義의 經濟秩序를 阻害하는 것의 實例로는 事業者가 多數의 販賣業者와의 사이에 排他的 供給契約을 체결하여 그것 때문에 경쟁업자가 그 商品의 去來를 할 수 없는 경우 (日本의 大正製藥事件)와 販賣業者는 一般的으로 복수의 同種製品을 취급하기 때문에 이와같은 者에 대하여 行爲의 主體가 경쟁재품을 취급할 수 없게하는 것은 경쟁업자가 종래의 去來關係를 상실하므로 부당한 경우가 될 것이다. 그 以外에 去來關係에 있는 事業者가 相互 相對方에 대하여 排他的 去來條件을 붙이는 것은 相互排他的 條件附去來이나 이 不當性도 排他的 受入條件 및 排他的 供給條件의 경우와 똑 같은 것이다.

#### ⑤ 去來上의 地位의 不當利用(法案 2條 5項 5號)

이는 「自己와 去來上의 地位를 不當하게 利用하여 相對方과 去來하는 것」이다. 自由主義의 經濟體制에 있어서는 事業者는 原則的으로 去來相對方의 選擇의 自由를 가지고 가장 自己에게 有利한 條件으로 提示하는 것으로 去來하고 不當한 條件을 提示하는 것에는 去來를 拒否하는 것이 自由로히 保障되어 있다. 이 自由를 公正히 行使함을 媒介로 하여 企業者는 보다 좋은 良質 저렴한 商品을 공급할 수 있게끔 企業努力이 集中된다. 여기에 自由主義의 경쟁경제의 秩序가 나타난다. 그러나 現實의 복잡한 去來에 있어서는 對等者사이의 競争經濟를 중심으로 하는 去來自由가 반드시 보증된다 할 수 없다. 오히려 具體的인 去來에 있어서는 構造的인 大企業과 中小企業사이의 去來上의 힘의 不均衡, 需給關係에 基因하는 去來上의 强者와 弱者와의 關係,

25. 「公正取引」(經營法學 全集 12권 p 350).

其他 社會的 現實로서의 金融資本의 産業資本에 對한 優位등의 關係가 競争이 作用하는 以前에 그 前提條件으로 現實에 存在한다. 이러한 現實의 去來에 있어서 去來上의 優位에 있는 者가 그 힘의 關係를 一方的으로 弱者인 相對方과의 去來에 있어서 강제하는 自由를 妨礙한다면 自由資本主義의 公正하고 自由로운 經濟질서의 觀點에서 不當하지 않을 수 없다. 即 去來上의 地位의 格差를 不當히 利用함에 의하여 본래의 競争중심의 企業努力을 하지 않고 一面에서 是 경쟁자로서의 地位를 不當히 強하게 하여 自己에게 有利하게 하고 他面 競争자로서의 地位로 不當히 弱하게 하여 競争질서를 阻害하는 結果가 된다. 이와같이 競争에 대한 阻害의 効果는 直接的인 競争관계에 있는 것만이 아니고 널리 間接적인 關係가 있으므로 現實의 經濟體制에 있어서 公正한 去來를 保護하기 위하여는 去來上의 地位의 不當利用은 不公正한 去來方法으로 規制할 必要가 있다.

이에 따라 自己의 去來上의 地位가 相對方에 대하여 優월하고 있는 것을 利用하여 正常的인 商慣習에 비추어 相對方에 不當히 不利한 條件으로서 去來하는 一切의 行爲를 여기에 포함한다. 이는 去來相對方에 대하여 「不當히 不利益」을 낳게 하는 그 自體가 違法性이 있고 優월 자체는 相對的인 것을 要하며 去來의 地位에 基因함을 要한다. 따라서 반드시 資本力에 있어서는 差異가 없다 하더라도 一方이 組合과 같은 강력한 團結力을 가지고 있는 경우도 포함한다. 또 去來條件으로서 明示의 계약조건만이 아니고 묵시 또는 事實上의 조건도 포함된다. 그러나 부대조건 및 新입조건 등은 포함되지 않는다(註26). 또 正當한 理由없이 相對方인 會社의 任員選任에 있어서 自己의 指示에 따르게 하거나 自己의 承認을 받을 條件으로 去來하는 것도 이 조항에 해당한다. 事業者는 一般的으로 去來의 相對方과의 사이에 信賴關係에 基因하여 去來하기 때문에 相對方의 經營부진 去來관계 등의 離脫 때문에 예기치 않은 損害가 있으므로 事業經營 간부들을 支配하여 自己의 충실한 經營활동을 한다면 不安의 要素는 除去될 수 있다. 그러나 이와같이 去來의 相對方에 經營의 自主權을 奪取하는 것은 他面에서는 1個의 事業者의 손에 많은 事業者를 從屬케 하고 그 事業者의 地位를 不當히 強化하여 소위 特權(Trust)의 發展이 要因이 되므로 不公正한 去來方法으로 規制對象으로 하고 있다. 그러나 銀行이 債權保全을 위한 事後管理措置로서 하는 임원선임 간섭은 不當性이 없는 것으로 보인다(註27). 即, 經理직원을 파견하는 경우다.

#### ⑥ 競争事業者의 事業活動의 妨害行爲(法條 6號)

이는 「自己 또는 自己가 株主 내지 役員인 會社와 競争관계에 있는 他事業者와 그 去來 相對方과의 去來를 不當히 妨害하는 것」이다. 現在의 經濟體制下에서는 事業者의 事業活動手段은 直接的으로나 間接적으로 모든 競争업자들을 극복하기 위한 手段이라 하여도 過言이 아니다. 따라서 事業者가 競争市場에 있어서 競争업자에 對항하는 수단중 不當하다고 인정되는 것은 앞에서 論한 바와 같은 去來手段을 利用하는 것 即, 相對方을 自己의 去來處로 確保하고 또는 競争업자를 相對方과 去來못하게 하여 競争업자의 去來의 기회를 박탈하거나 감소케 하는 行爲에 限하지 않는다. 이 行爲中 事業者가 競争업자의 事業活動에 對하여 직접간섭하여 그 者의 事業活動에 직접적으로 妨害하여 그 者의 活動力을 약화시키는 것이다. 公正競争은 元來 商品의 品質, 가격등의 企業의 競争力에 의하여 조성되어야 할 것이다. 이와 같은 直接的인 妨害行爲에

26. 正田彬：經濟法 p. 222.

27. 日本興業銀行事件(昭 28審決集).

의하여 경쟁업자의 競爭力을 阻害하는 것은 公正競争과는 全然 異質的인 것이라고 말하지 않을 수 없다. 물론 이것은 개개의 事業者와의 사이에 분쟁으로서 相對方의 權利를 侵害할 때는 民法上의 不法行爲에 의한 損害賠償請求權을 行使할 수 있다. 그러나 이와같은 行爲가 公正한 經濟秩序로 阻害할 경우에는 事業者는 물론이거니와 消費者를 위하여 방입할 수 없기 때문에 경쟁업자에 대한 직접적인 간섭活動이 不公正한 去來方法으로 規制對象으로 하고 이는 理由이다. 여기서 「自己……와……경쟁관계에 있는 事業者」라는 경우의 自己는 事業者이나 「自己가 株主 또는 役員인 會社」라는 경우의 自己는 事業者인 때와 事業者가 아닌者(個人인 경우와 團體인 경우가 存在한다)일 때의 雙方이라고 생각해야 한다. 또 어느 事業者가 去來를 함에 이에 대응하는 고객은 경쟁업자의 고객과 중복됨이 많으므로 고객의 誘引活動은 大小의 경쟁업자에 대하여는 妨害의 效果를 가질 수 있다. 그러나 경쟁업자에 대한 去來活動에 있어서의 직접간섭이 不公正한 去來方法이 된다는 公正한 經濟秩序에 阻害的인 影響을 미치는 것에 限하므로 여기에 있어서의 不當性도 당연히 公正경쟁질서에 대한 影響을 기준으로 하여 판단해야 할 것이다. 경쟁업자에 대한 직접간섭은 많은 경우 社會的 倫理的으로 보아서 비판의 가치가 있는 性格을 가진 것이 그 처벌의 대상이 되고 경쟁질서에 關聯되지 않을 때에는 단순히 私的인 분쟁에 不遇하다. 따라서 競爭業者의 구축에 의한 市場獨占化를 試圖하는 것과 新事業者의 事業活動을 不可能케 하여 市場의 獨占化를 시도하는 것 등이 이에 속한다. 또 不當한 妨害對象으로 되는 것은 去來 또는 去來관계이다. 따라서 경쟁업자와의 去來관계라면 그 者와의 物資 等に 供給者와 의 去來이나 需要者와의 去來나 不問하고 또 이미 成立한 去來關係이거나 成立過程에 있는 것이나를 불문한다.

妨害方法에는 어떠한 方法으로든지 불문한다. 예를 들면 特許權者가 競爭業者의 製品이 自己의 特許權에 侵害라고 하여 出訴한다고 하여 위협하든지 그 製品의 販賣를 妨害하는 것 등이다. 또 경쟁업자의 事業內容 其他에 있어서 事業에 反하여 선전을 행하고 去來處에 오해를 남게 하여 商品의 판매를 방해하는 것도 여기에 포함된다. 또 商事賄賂(Commercial bribery)에 해당하는 것으로서 事業者 役員 使用人 등에 物資 金錢 등의 經濟上의 利益 혹은 地位 등을 부여하여 自己의 事業活動의 利益은 도모하는 것도 不公正한 去來方法이 된다. 또 경쟁회사의 株主에 대하여 金錢 地位 등을 提供하여 自己의 株式을 讓渡케 하고 經營의 自主權을 박탈하거나 株主 또는 役員이 經濟上의 利益을 공여하여 株主總會에서 會社의 方針을 反對케 하거나 또 그 事業上의 비밀을 누설케 하거나 또 株式을 所有함으로써 少數株主權 單獨株主權의 行使를 不當히 하여 事業活動에 不利益을 부여하는 것도 不公正한 去來方法이다. 이것과의 關聯하여 刑法에서도 虛偽의 事業을 轉과하거나 策略에 의하여 業務를 妨害한 때에는 業務妨害罪가 成立시켜 보 호하고 있다.

## (六) 標章의 不正使用

### ① 營業標의 不正使用

營業標라는 것은 大明商船株式會社의 「大」와 같이 商人의 營業上의 同一性을 表示한 것이다. 이것은 商人이 自己를 表示하는 商號와는 달라서 一般的으로 看板 廣告 標札 等に 表示된다. 營業標는 文字 또는 圖形이므로 商標와 다름이 없다. 그러나 商標가 自己의 商品을 標示하기 위하여 使用하는 점에서 相異하다. 또 이것은 營業을 去來上 明確히 하고 營業上의 利益을 增進하는 作用을 하기 때문에 營業자에게 재산적 가치가 있다는 것을 否定할 수 없다. 이런 점에

## 不正競争에 대한 研究

着眼하여 外國에서는 여기에 權利의 成立을 認定하고 영업과 동시에 또는 營業과 分離하여 讓渡의 目的이 될 수 있으므로 他人의 營業標의 不正侵害가 영업상의 이익침해가 되게 하였다. 그러나 우리의 법은 영업표에 대하여는 아무런 規定도 없고 학설의 태도도 明確치 않다. 그러나 不正競争防止法에 의하면 他人의 영업표와 同一 또는 類似한 것을 使用하여 他人의 영업상의 施設 또는 活動과 混同케 하는 行爲에 있어서는 被害者는 損害賠償請求權 및 不正競争留止請求權을 인정하고 있다. 이것이 우리나라의 唯一한 영업표 보호의 規定이라 하겠다. 그러나 去來上通常 同種의 營業에 관용되고 있는 명칭 其他의 表示에는 2條 1項의 規定은 적용하지 않는다(不競法 4條).

## ② 商標의 不正使用

商標(Trade mark)란 「商品을 表示하는 것으로서 生産, 製造, 加工, 證明 또는 販賣業者가 自己의 商品을 他業者와 구별하기 위하여 使用하는 記號, 文字圖 또는 그 結合이 特別顯著한 것」이라고 하였다. 특히 特別顯著하여 이것에의 그 商品을 명백히 식별할 것을 要한다. 이것을 「特別顯著性」 또는 「識別力」이라고 하고 이 식별력에 의하여 商品의 誤認混同을 防止하고 영업자 또는 一般需要者의 利益을 保護할 수 있다. 商標에 있어서는 不正競争의 防止의 立場에서 不正競争法 商標法에 상세하게 規定되고 있으나 그 中에서 商標法에 의하면 他人이 쓰고 있는 商標에 類似한 것(이것은 出願時를 기준으로 한다) 널리 慣用되고 있는 標章과 類似한 것 商品을 誤認混同을 생기게 할 우려가 있는 것 他人의 登錄商標와 동일 또는 유사한 것 등은 등록을 허용하지 않는다(商標法 4條). 그런데 商標의 同一性 類似性의 判斷의 기준이 商標法에 明文의 規定이 없으므로 판례나 학설에 따르고 있다(註29). 학설의 입장에서는 첫째 視覺에 의한 判定으로서 外觀類似한 것(예: H. D. K → K. D. K) 둘째 聽覺에 의한 判定으로서 稱呼類似를 지적한다(白花 → 白和) 세째 觀念에 의한 判定으로서 觀念에 類似한 것(名山 → 名岳)으로 구별한다. 또 判例의 立場에서는 隔離的 觀察에 의하여 時와 場所를 달리하여 관찰하는 것 商標全體의 印象을 관찰하는 것 去來者 및 需要者의 주의력을 표준으로 하여 觀察하는 것 등으로 判斷의 기준을 設定한다. 그러나 類似性의 기준을(판단) 設定하는 것은 容易한 것이 아니고 구체적 인 경우에 따라 經驗법칙이 기준이 될 것이다. 商標 또는 商號와 같이 등록된 商標는 商標權者의 專用할 權利를 가진다(商標法 15條). 따라서 등록상표의 不正使用에는 刑事責任은 물론 民事責任을 負擔하지 않으면 안된다.

## ③ 商號의 不正使用

商號는 商人이 營業上 自己를 표창하는 명칭으로서 社會信用의 指標가 될 뿐만 아니라 營業 競争에 대단히 중요한 意義를 가진다. 따라서 商品需要者가 商號에 의하여 商人을 誤認하거나 營業의 實態를 誤認케 할 수 있는 것과 같이 商號의 不正使用을 阻止하지 않으면 안된다. 그러므로 企業者 自體의 保護는 물론 消費者 保護를 위하여 商號에 대한 法的規制를 加하여 營業의 오인 혼동을 방지하고 있다. 營業의 誤認을 豫放할려면 商號와 營業과의 一致를 要求하는 商號 眞實主義(註30)가 가장 理想的이라고 할 것이나 그러나 수년간 商號를 중심으로 축적된 去來關係 營業의 名聲 등을 유지하는데 관한 商人 自己의 利益도 무시할 수 없다. 특히 相續 營業讓渡로 因한 營業자의 변경이 생기는 경우에 보호할 필요가 있다. 商法은 商號선택의 自由를 認

29. 志津: 前掲書 p. 115~116.

30. 田中耕太郎: 商法 總則의 概說 p. 301.

定하고(商號 自由主義)(商 18條) 공중보호 및 去來安全保護를 위하여 積極 및 消極的인 制限을 두고 있다. 첫째 會社의 商號에는 그 종류에 따라 合名會社, 合資會社, 株式會社 및 有限會社의 文字를 使用해야 하고 商事特別法에 의하여 特殊事業을 目的으로 하는 會社는 그 業務도 表示해야 한다. 예컨대 銀行, 信託, 保險 等の 營業을 하는 會社는 그 商號中에 記載해야 한다. 둘째로 會社가 아니면 商號에 會社임을 表示한 文字를 使用하지 못한다(商 20條)(註31). 이것에 違反한 者에 대하여는 過怠料의 처분을 받는다(商 29條) 반드시 會社라는 文字가 아니더라도 會社를 誤認시킬 文字도 使用하지 못한다. 셋째로 누구든지 不正의 目的으로 他人의 營業으로 誤認할 수 있는 商號는 使用하지 못한다(商 23條). 不正目的이라 함은 自己의 營業을 他人의 營業과 誤認케 하는 意圖를 말한다. 이러한 不正한 目的이 있으면 商號의 登記如何를 불문하고 保護된다. 또 使用에는 契約締結과 같이 法律行爲上의 使用 뿐만 아니라 看板, 廣告 등과 같이 事實上의 使用도 포함된다. 또 使用하는 지역에도 관계가 없다. 이 規定에 違反하여 商號를 使用하는 者가 있을 때에는 그것으로 因하여 損害를 받을 염려가 있는 者는 그 폐지와 損害의 배상을 청구할 수 있다(商 23條). 넷째로 他人에게 自己의 姓名 또는 商號를 使用하여 營業할 것을 허락한 자는 자기를 營業주주로 오인하여서 去來한 第3者에 대하여 그 타인과 연대하여 변제할 責任이 있다(商 42條). 이것은 一般公衆의 利益保護를 위한 英美法上의 禁反言(estoppel)의 法理와 같은 사상의 表現이다(註32). 이 以外에도 商號는 商人의 名칭으로서 이를 使用하는 者 및 去來相對方을 위하여 重要한 利害關係가 있으므로 商號登記와 公示制度의 체용 會社는 商號가 登記 事項이라는 것 또 商號는 登記有無에 불구하고 保護하는 것 商號는 同一한 營業에 對하여는 單一해야 한다는 것 등이 (註33) 商法에 規定되고 있다.

#### ④ 其他 標章의 不正使用

標章의 保護에서 경시되고 있는 것이 表裝이다. 여기에는 商品의 表裝과 같이 商品表示도 있고 店舖의 裝飾, 店員의 制服과 같이 外觀上 장식을 目的으로 하는 營業포장도 있으나 어느 것이나 고객을 이끄는 중요한 역할을 하므로 實질上 財産的 價値를 認定하여 그 不正侵害에 對하여는 損害賠償請求 및 留上請求權을 肯定하는 견해도 있다(佛의 판례는 不正競爭으로 認定) 우리 不正競爭法에서도 商品의 容器, 包裝 등이 去來需要者에게 알려진 것은 他人이 이것과 同一 또는 類似한 것을 使用하여 商品의 誤認 混同을 일으키게 할려는 不正競爭行爲로 規定하였다(不競法 2條).

### 五. 不正競爭에 對한 救濟手段

不正競爭(不公正競爭 포함)은 行政上 및 司法上의 처벌의 대상이 되겠으나 私法的 效果로써 不正競爭에 對한 救濟手段의 重要한 것은 장애 行爲에 對한 留止請求權, 被害者가 이미 받은 損害의 填補로서 損害賠償請求權, 不法行爲로 利益을 받은 行爲者에 對한 利得返還請求權으로 나눌 수 있는데 分說하면 다음과 같다.

31. 독일은 人的會社에서는 會社의 存在를 表示하는 文字와 無限責任社員의 氏名을 商號에 記載함을 要한다. (獨商 19條)
32. 徐燦珏: 前揭書 p. 94~95.
33. 上田耕生: 「一箇의 營業에 對する 數箇의 商號使用의 許用性」 法律論叢 p. 145 以下.

## (一) 行爲의 留止請求權

商法 및 不正競爭防止法은 商號의 不正使用 및 特定の 重要な 不正競爭을 행한 者에 대하여 被害企業 또는 被害를 받은 者는 그 不正競爭行爲를 留止(中止)할 수 있다는 規定을 두고 있으나 公正去來法案은 社會法 또 經濟法의 性格을 가지고 있으므로 公正去來委員會가 그 不正競爭行爲의 中止를 命令할 수 있다(行政處分). 그러나 特別法이나 商法에 特別規定을 缺한 경우나 公正去來委員會가 不公正去來로 指定하지 않을 때 被害者 및 被害企業은 어떻게 그 權利를 保護할 것인가. 여기에 대하여는 特許 등의 無體財產權의 侵害에 대하여는 그 權利의 排他的 支配權이 있으므로 物權的 請求權으로서 妨害排除, 妨害豫防의 請求權이 認定된다. 그런데 從來의 物權的 請求權의 理論을 前提로 한다면 排他的인 支配權으로서 法律上 公認되기 前階段는 認定하기 곤란할 것이고 또 顧客獲得可能性이라는 不確定的 利益을 근거로 하는 侵害除去의 請求等도(物權的 期待權)(註34)도저히 기대할 수 없다. 이것을 認定할 수 있는 理論은 어떤 것일까.

첫째로 不正競爭에 依하여 侵害된 法益을 어떠한 排他的 支配權으로서 構成할 것인가에 對하여는 企業說과 人格權說이 있다.

① 企業權說→企業 혹은 營業은 客觀的 意味로는 企業이 속하는 여러가지 財產, 權利 및 事實關係의 綜合으로서 組織體이며 主觀的 意味로는 企業者의 營業活動이라고 一般的으로 認定되고 있다. 이와같은 企業을 法的인 一體로서 파악하여 그 위에 企業權의 成立을 인증한 것은 營業의 讓渡 및 擔保化 등에 관한 法的 構成을 간단히 하는 目的에서 독일 民法의 특수한 構造에서 나온 것이다(獨 823條, 1004條). 不正競爭에 있어서의 企業侵害行爲는 直接侵害와 間接的 侵害(顧客獲得可能性)로 나눌 수 있는데 직접적 침해는 企業의 客觀的 財貨로서의 價値自體가 侵害되기 때문에 支配權의 性格이 있다 하겠으나 間接적 침해의 경우는 고객의 商品선택의 自由가 認定된 以上 支配權의 權利에 포함시키는 것은 곤란하다. 따라서 企業總體를 支配權으로 하여 그 侵害行爲에 留止請求權을 認定함은 困難하다(註35).

② 人格權說→이 說은 Kohler가 提唱한 것으로 「去來에 있어서 他人에 앞서기 위하여 不正을 행한 者는 單純히 相對方의 利益을 害함만이 아니고 그 人格을 害하는 것이다. ……따라서 競爭의 全理論은 人格權의 全理論으로 集約된다」(註36)고 하고 독일의 判례도 여기에 따르고 있다. 그러나 營業의 活動 그 自體를 「一般的인 人格權」의 發現의 權利로 보는 것은 無理하다. 營業活動 그것은 一般的으로는 自由競爭에 있고 他人의 人格權과 別個獨立의 人格權으로 構成하는 것은 곤란하다. 不正競爭에 있어서 侵害되는 것은 營業활동 그 自體가 아니고 財產的 側面에서는 支配權的 財產權으로서의 企業(직접침해의 경우)과 고객획득가능성(간접침해의 경우)일 것이며 人格的 利益의 측면에서는 營業활동의 기초가 되는 名譽, 信用 등의 排他的인 人格權이다. 實際上 문제로서 不實廣告 등은 被害者의 人格 等과는 無關係하고 또 一般的으로 不正競爭은 競爭者의 營業활동 그것 보다는 그 結果로서의 企業의 存在 및 活動領域 등에 方向을 두고 있다. 이러한 의미에서 人格權說은 그 意義로 喪失하였다(註37).

둘째로 物權的 請求權을 物權의 獨占物로 생각하고 一般的 効力으로서 모든 權利에 侵害除去

34. 金曾漢：物權法 p. 122.

35. 鈴木竹雄：「流通對象としての 企業と 侵害の 對象としての 企業」法協 59권 9號 p. 1434.

36. 豊崎：前掲書 p. 588.

37. 高島：前掲書 p. 18.

의 請求權으로 認定하고 있다. 그러나 이 請求權에 依하더라도 企業의 利益을 害치는 모든 不正競爭에 있어서 留止請求權을 認定함에는 앞에서 論한 바와 같이 企業을 包括的 權利로서 構成하는 方法과 結合하지 않으면 안되기 때문에 不確定한 고객획득 可能性을 포함하는 企業을 하나의 權利로서 구성하는 것은 곤란하다. 왜냐하면 고객획득 가능성은 不正한 手段에 의하여 侵害된 경우에만 違法으로 判斷할 利益이 있으므로 이것만으로서 여기에 「權利」라고 부르기에 는 아무런 實益이 없기 때문이다. 學說上으로 物權的 請求權의 근거는 權利의 不可侵性이며 모든 權利에 侵害除去請求權을 인정할 수 있다는 것이 有力히 主張되었다(註38). 그러나 妨害除去의 請求權을 認定함에는 物權과 債權을 全然 同一視 할 수 없다. 權利의 侵害가 妨害除去의 請求權을 발생케 함에는 侵害가 위법하지 않으면 안되나 그 違法性的 認定條件이 債權이 物權보다는 엄중하다 할 것이다. 따라서 妨害除去請求權의 기초는 權利의 不可侵性에 있는 것이 아니고 侵害行爲 또는 侵害된 狀態의 違法性自體에 있다 하겠다(註39).

이상과 같이 本稿에서는 物權的 請求權을 확장 적용하고 「違法」에 對한 法的 反動으로서 權利侵害의 有無에 不拘하고 侵害除去의 請求權을 인정한다는 立場에서 不正競爭行爲에 對하여 物權的 請求權의 근거를 「違法의 利益侵害」에 두고 광범하게 留止請求權을 認定할 것이라 생각된다. 即, 法은 違法에 對하여 그 除去를 希望하고 違法한 行爲 또는 狀態에 依하여 損害를 받은 者 또 받으려는 者는 그 豫防 또는 除去의 違法行爲로 한 者 또는 違法한 狀態로 支配한 者에 對하여 청구할 수 있음은 當然하다. 따라서 行爲者의 故意過失은 반드시 필요없고 違法한 것이면 이 權利를 행사할 수 있다. 支配權을(註40) 侵害하는 경우를 除外하고 權利 其他의 利益에 對한 侵害가 違法인가의 如否는 原則으로 被害法益의 性質과 侵害行爲의 態樣등을 綜合하여 法的 理想과 社會通念에 따라 判斷해야 할 것이다. 當面の 문제인 不正競爭(간접침해)의 違法性을 判斷함에는 客觀的인 營業조직의 存在, 侵害行爲의 態樣 主觀的인 責任狀態 등을 綜合하여 타당한 해결을 해야 한다.

## (二) 損害賠償請求權

不正競爭行爲에 對한 구제수단으로 이미 過去에 생긴 損害의 填補를 청구함에는 不法行爲의 문제가 생긴다. 不正競爭은 財産的 損害外에 大部分의 경우 信用名譽 등을 손상시키는 경우가 많으므로 不法行爲를 理由로 하여 被害者는 財産的 損害에 對한 賠償 및 名譽信用의 훼손에 대한 배상을 청구할 수 있다. 그래서 前者에는 金錢賠償에 依하나 後者에는 原狀回復의 措置가 필요하다. 即 裁判所나 行政廳은 名譽 또는 信用을 회복하는 適當한 처분을 할 수 있다(註41). 留止請求權이 行爲의 違法성과 損害의 발생 및 損害의 우려가 있을 때 그 要件이 되고 있으나 損害賠償請求權은 違法性 損害발생 以外에 原則상으로 故意過失이 필요하다.

### ① 故意·過失

不正競爭法에 依하면 故意 또는 過失에 依하여 所定の 不正競爭行爲를 한 者는 營業상의 利益을 侵害當한 者에 對하여 損害賠償의 責任을 진다(不競爭法 3條). 그러나 公正去來法案은 所定

38. 清水: 「不法行爲と現實的救濟」(法經研究 1권 1號 p. 17).

39. 四宮: 「不正競爭と權利保護手段」法律時報 31권 2號 p. 19 以下.

40. 我妻: 「事務管理, 不當利得, 不法行爲」新法律學全集 p. 125.

41. 四宮: 前掲書 p. 19.



의 不公正한 去來 方法을 使用한 者는 被害者에 對하여 故意·過失에 對한 有無에 不拘하고 責任을 負擔하게 하였다. 다시 말하면 不正競爭法이나 民法의 경우는 故意·過失이 없으면 請求權이 발생하지 않는 市民法의 過失責任主義에 依하나 公正去來法案은 無過失責任을 認定하고 社會法的인 性格을 가진 經濟的인 弱者保護에 목적을 두고 있다. 이것은 從來의 不正競爭에 對한 過失責任에서 無過失責任이 認定 되게 된 것이다.

### ② 權利 侵害(違法性)

不法行爲의 一般原則을 定하고 있는 民法 750條는 違法行爲로 그 要件으로 하고 있으나 不正競爭을 不法行爲로 함에 이 점은 어떻게 說明할까가 문제이다. 特別法에 依하여 損害賠償의 事由行爲가 明白히 規定된 경우와 不正競爭이 特許權, 名譽權 等과 같이 一般的으로 權利로 確立된 것을 侵害하는 경우는 문제가 아니다. 그러나 企業의 고객획득가능성을 侵害한데 不適當한 경우는 留止請求權에서와 같이 설명하기 곤란하다.

첫째로 不正競爭의 被害法益을 權利로서 構成된다고 생각하고 있다. 여기에 對하여는 앞에서 論한 바와 같다.

둘째로 權利남용을 채용하여 不正競爭을 不法行爲로 생각하는 것이다. 「불란스」는 自由競爭權 또는 自由競爭權인 權利를 認定하고 不正競爭은 그 남용이라는 입장이다(註42). 이 見解는 그 反面에 相對方의 自由競爭權 또는 自由競爭權을 認定하지 않을 수 없겠으나 앞에서 論한 바와 같이 不正競爭에 依하여 침해된 것은 이 같은 人格의 活動 그것이 아니고 그 成果로서의 고객 획득가능성이 있고 또 그 根源으로서의 人格權이 있다. 그러나 이 理論構成에 公序良俗의 理念이 事態과악에 중요한 역할을 한다는 점에서 歷史的 意義가 있다.

셋째로 準法行爲說이다. 이것은 不法行爲의 成立에는 權利侵害가 필요하다는 것을 전제로 두고 權利侵害를 當하지 않는 不正競爭은 不法行爲에 준하여 行爲者의 責任을 인정하자는 方法이다(註43). 그런데 이 說은 不法行爲로 부르든가, 準不法行爲로 부르든가의 國語문제에 귀착하고 實質的으로는 不法行爲에 있어서 權利侵害의 要件을 完화한데 不適當하다.

以上과 같이 結局 權利侵害를 違法性的의 徵表에 不適當하고 違法성을 權利侵害에 代身하는 要件으로 나타나야 한다(註44).

### (三) 利得償還請求權

不正競爭業者가 特許權 또는 商標權의 冒用에 依하여 막대한 利益을 받는 경우에 被害者는 어떠한 근거에 基하여 回復할 것인가. 이 경우 被害者는 不正競爭業者에 對하여 不法行爲에 基한 損害賠償을 請求하거나 또 不當利得을 理由로 하여 利得의 상환을 청구할 수 있으나 어느 경우라도 그 청구의 범위는 一般的으로 被害者가 받은 損害에 限定하고 被害者의 損害과 關係없이 발생한 경우와 被害者에 損害가 全然 없을 때는 손해배상이 문제가 되지 않는다. 그리고 被害者가 받은 損害의 立證責任을 필요하지 않으므로 이 경우에 事務管理 및 準事務管理의 規定을 유추하여 特許權 및 著作權의 侵害者에 對하여 利得償還請求權을 認定하고 있다(註45). 具體的으로 보면 不正競爭業者가 特殊한 재능과 노력을 使用하여 特別한 費用을 들인 경우에는 即, 被害者가

42. 「佛國法에 於ける 不正競爭 就て」 現代法의 諸問題 p. 304.

43. 藤本: 「不正競爭防止法의 理論 及び適用」 法律時報 6권 7호 235 以下.

44. 末川: 權利侵害論 p. 120.

45. 독일의 通說은 認定하고 있다.

豊崎: 前掲書 p. 242.

얻지 못한 利益은 不正競業者가 얻었다면 이것은 상환하지 않는 것이 公平할 것이다. 또 損害賠償의 범위는 侵害와 相當因果關係있는 一切의 損害로서 積極的 損害(받는 損害)와 消極的 損害(喪失한 利益) 即, 賣上高의 減少를 포함하여 精神的 손해에도 미친다고 해석된다. 그래서 精神的 損害에 있어서는 金錢賠償 以外에 謝罪廣告와 같은 方法이, 認定되고 있다. 다음에 立證責任이 문제가 되는데 不法行爲, 不當利得을 주장하는 경우에 損害의 發生自體에서는 不正競業者가 被害者의 商標權, 特許權 등을 侵害한 것 또는 混同 誤認케 한 것을 立證하면 損害가 있음이 推定되고(註46) 損害 不存在의 立證은 不正競業者에게도 주어도 좋다. 또 損害額의 算定이 문제가 되는데 損害額의 證明은 損害의 存在가 推定된 以上 不正競業者가 冒用에 依하여 판매한 商品의 利益全部를 증명하면 被害者가 喪失한 利益이라고 推定되고 그 中에서 不正競業者 自身の 힘에 依하였다는 것에 對한 立證은 不正競業者에 있다.

### 結 論

自由와 平等을 기만으로 하여 成立한 近代市民社會에 있어서는 二元的인 對立構造를 가진 政治社會와 經濟社會로 明確히 分離되었다. 資本主義의 經濟體를 가진 經濟社會에 있어서는 商品生産이 全生産關係를 媒介하고 全社會가 商品交換의 無限한 연대로써 形成되었다. 商品交換의 支柱가 된 것은 等價交換이며 等價交換의 否定은 資本主義의 經濟와 民主主義의 기본원리인 平等의 原則과 연관되므로 否定自體는 결코 存在할 수 없다. 따라서 이 原則을 유지하는 것이 去來秩序로 생각되었다. 그러나 自由는 단순히 放任的인 것은 아니다. 營業의 自由, 競爭의 自由가 正當히 行使되기 위하여는 필연적으로 自由行使에도 一定한 規範이 要求되었다. 이 規範은 모든 個人에 平等한 自由를 保障하기 위한 制約으로서 理解되고 이 規範의 擔保가 國家의 任務로 되었다. 即, 國家는 個人的 自由를 展開하여 그 利益을 追求할 수 있는 權利領域의 相互의 限界를 區分하여 個人的 自由의 충돌을 調整하는 것을 그 任務로 한다. 따라서 近代市民社會의 經濟社會와 政治社會는 經濟社會(資本主義의 經濟體制)의 維持確保로 위한 權力統制의 機構로서 말하자면 第二次的인 任務를 가진 社會라 하겠다. 뿐만 아니라 國家가 事前에 一般的인 去來自由의 限界를 劃하는 것은 許用치 않는다. 去來秩序를 파괴하는 경우의 制裁는 모든 經濟人에 對하여 公正去來의 精神을 가지고 去來를 要求하는 資本主義社會의 倫理的 反撥을 除去하여 順調로운 等價交換의 運行을 使命으로 하는 國家의 任務때문이었다. 그러나 이 中에서 重要한 역할을 擔當한 것은 不法行爲의 概念이었다. 即, 他人의 商品과 混同케 하는 行爲 및 競爭者를 中傷하는 行爲 등도 不法行爲의 一種이라 생각하였다. 그 後 資本主義의 經濟가 發展하여 企業者間의 競爭이 激化됨에 따라 信用있는 個人商品과 混同케 하는 表示를 하거나 原產地를 詐稱하는 行爲가 많이 나타났다. 이에 對하여 法律은 一種의 不法行爲로 看做하여 行爲者는 被害者에 對하여 損害賠償을 하지 않으면 아니되게 하고 어떤 때는 詐欺罪 및 文書偽造罪 등과 같이 刑事的 責任을 負課하기도 하였다. 그러나 이것은 損害가 發生한 後의 事後的 救濟인 것, 裁判所의 해석이 統一性을 찾을 수 없다는 것 등으로 대단히 不充分한 防止方法이었다.

20世紀傾 資本의 集中現象이 나타나고 그 經濟力에 의하여 去來의 自由를 支配하였다. 契約이 自由는 形式的으로는 모든 者에 保障되었다 하더라도 實質的으로는 經濟的으로 弱한 者는 自己

46 豊崎：前掲書 p. 908 以下.

의 生存確保를 위하여 經濟的으로 強한 者의 主張에 따르지 않을 수 없다. 따라서 去來의 自由는 巨大한 資本集中을 한 大企業의 經濟的 支配의 自由를 保障하는 手段에 不適當하였다. 이 結果로 因하여 平等한 個人(經濟人)을 전체로 한 去來의 自由 및 競爭의 自由는 經濟主體間的 經濟力에 있어서 현저한 격차가 나타나고 實質的인 平等의 前提가 무너졌기 때문에 그 本來的인 機能을 다 할 수 없게 되었다. 即, 不正競爭規制의 本質的 機能은 市場에 있어서 企業이 占하는 地位를 保護함에 있었고 이것은 商品의 標識의 獨占의 使用의 保障과 企業信用의 보호를 개로 달성되었다. 後 經濟發展과 企業相互間的 경쟁이 격화됨에 따라 企業은 단순히 他的 경쟁자 보다도 다수의 고객을 흡수하는데 目的을 두지 않고 大量生産下에 있는 自己의 生産構造를 유지하기 위하여 市場에서의 商品의 需要를 安定케 함을 目的으로 하였다. 왜냐하면 大量生産의 經濟에 있어서는 需要의 不安定은 製品의 單位原價를 높이고 企業의 收益力을 低下하기 때문이다. 그래서 경쟁에 있어서 企業이 市場에서 差別的인 地位를 황득하는 것은 企業의 維持를 위한 필수 要件이 되었다. 또 고객의 흡수는 보다 많은 이익을 획득하기 위한 手段이므로 企業의 유지 爲한 필수조건이 된다. 이와같이 不正競爭規制는 企業이 市場에서 差別的인 地位의 획득을 위한 保護로서 商標판에 局限하지 않고 商品의 포장에서 企業의 立地條件에 이르는 모든 종류 의 표시를 포함하게 되었다. 他方 企業에 의한 差別的인 市場地位의 획득을 保護하는 不正規制는 그 企業의 市場에 있어서의 獨占을 保障하는 結果가 되었다. 이로 因하여 企業의 獨占化로 因하여 企業者間的 被害는 물론이거니와 消費者에게 미치는 영향이 크게 나타났다. 이에 對하여 各國은 規制하는 法律을 만들었다. 이것이 곧 獨占禁止法이다. 그런데 獨占禁止法이 앞에서 論한 바와 같이 不正競爭의 개념에 포함될 수 없다는 것은 事實이다. 그러나 獨占은 本來的인 意味는 市場의 獨占이 아니고 고객의 변동에 의하여 항상 변동한다. 差別的인 地位를 획득하기 위한 경쟁은 全 경쟁자간 끊임없이 계속된다. 따라서 모든 市場獨占과는 區別해야 한다. 이러한 意味에서 不正競爭規制는 당연히 경쟁관계를 규제하는 法으로서의 性格을 가지고 경쟁 관계 의 規制라는 점에서 獨占禁止法이나 不正競爭法을 共通의 理念을 가진다 하겠다.

이상과 같이 本稿에서는 오늘날의 競爭關係의 規制로서의 不正 경쟁법의 不正競爭의 意義를 擴大하여 說明하고 나아가서 不正競爭이 市民社會와 現代的 資本主義社會에 변천된 과정을 논술 하였다. 또 不正競爭에 對한 類型을 不正競爭法에 포함된 原産地의 商標의 不正使用 等과 같은 것은 물론이고 政府가 試案한 바 있는 公正去來法案속의 不公正한 去來方法(法案 2條)을 不正 경쟁의 類型에 포함시켜 說明하고 나아가서 消費者保護를 위한 政府의 통제는 별도로 하고 個人이나 企業間的 不正競爭에 의한 權利의 侵害가 있었을 때 여기에 對한 權利保護手段으로 民法上의 不法行爲의 理論을 中心으로 하여 事後의 구제절차로서 損害賠償請求權, 不易利得반 환정구권과 그 行爲에 對한 事前의 구제절차로서 行爲의 留止請求權에 對하여 說明하였다.

