

# 불공정거래행위 규제에 대한 발전적 입법론에 대하여

- 부정경쟁방지법과 공정거래법의 일원화 방안

법무법인 장백 변호사 | 안 병 한

## ■ 초록

비록 부정경쟁방지법의 제정 목적이 부정경쟁행위 등의 방지를 통하여 건전한 거래질서를 유지한다는 의미의 경쟁체제 확립에 있기는 하지만, 우리나라의 경우는 법 제정 당시와는 달리 사실상 산업스파이에 대한 영업비밀의 보호나 주지의 상표, 영업표지의 보호와 같은 지적재산권의 보호 법률로서의 역할로 점차 변화하고 있고, 특히 부정경쟁방지법이 주지의 상표에 대한 출처의 혼동에 대한 규제뿐만이 아니라 별도로 저명상표의 희석화(稀釋化) 방지라는 법익, 이에 더 나아가 도메인 네임(Domain Name)의 선점과 원산지 및 품질의 오인(誤認) 야기행위, 주지·저명한 타인의 디자인(Design), 캐릭터(Character)와 같은 상품의 표지에 이르기까지 지적재산권과 관련된 보다 넓은 법익의 보호까지 수행하게 되면서 그 기능은 날로 강화되고 있는 상태이다. 이에 반하여 부정경쟁방지법상의 부정경쟁행위 자체에 대한 규제는 사실상 주지 저명한 타인의 상표나 상품표지의 식별력이나 출처표시기능 등의 보호라는 의미의 분쟁수준을 넘지 못하고 있어, '경쟁법'으로서의 역할은 상대적으로 미약해지고 있는 것 또한 현실이다. 또한, 공정거래법 제23조 제1항 제8호를 비롯하여 현행 공정거래법상의 불공정거래행위에 대한 규정체제를 살펴보면, 해석 여하에 따라서는 부정경쟁방지법상의 부정경쟁행위가 대부분 공정거래법상의 불공정거래행위의 범위 내로 포섭될 수도 있는 상황이기도 하다. 이에 양 법률의 성격과 역할, 앞으로 나아가야 할 방향을 고민하지 않을 수 없고, 이와 같은 논의는 발전적 입법론으로서의 가치를 갖는다. 물론, 불공정거래행위(부정경쟁행위)에 대한 규제에 있어서 반드시 독일법체계에 따를 것인지, 아니면 미국의 경우를 따를 것인지에 대한 선택 자체가 논리적으로 양립 불가능한 것은 아닐 것이지만, 우리나라의 경우는 1980년 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」이 제정되는 과정에서 당시 부정경쟁방지법에 담겨 있던 기존의 부정경쟁행위에 대한 규정과 공정거래법상의 불공정거래행위와의 경합이나 중복문제는 마땅히 검토되었어야 했음에도 불구하고, 공정거래법의 제정과정에서 사실상 부정경쟁방지법의 존재 자체가 간과되어 오늘에 이르고 있다. 그동안 양 법률상의 규정 중복이나 충돌을 정식으로 문제 삼았던 바는 없었지만, '발전적 입법론'이라는 차원에서 살펴보면 부정경쟁방지법상의 부정경쟁행위에 대한 규제는 앞으로 공정거래법체계 내의 불공정거래행위로 포섭할 필요가 있고, 이를 통하여 경쟁정책의 전문·전담기구로서 불공정거래행위에 대한 규제의 중심에 서

있는 공정거래위원회를 중심으로 효율적이고 통일적인 경쟁정책을 확립을 기대하여 볼 수 있을 것이다. 이 과정에서 공정거래법의 변화 또한 뒤따라야 하는데, 부정경쟁방지법상의 부정경쟁행위의 편입에 따라 불공정거래행위에 대한 규정 일부를 알맞게 다시 수정하는 것에 그치지 않고, 기존 부정경쟁방지법이 인정하고 있었던 사인간(私人間) 금지 또는 예방청구권 또한 공정거래법으로 그대로 편입되는 방향으로 입법 개선이 이루어질 필요가 있으며, 그동안 '부정경쟁방지법의 공정거래법으로의 편입문제'와는 전혀 무관하게 공정거래법의 사적 구제 및 사소(私訴)의 활성화 차원의 논의로서 공정거래법상 사인간 금지청구권의 도입 여부가 검토되어 왔지만, 앞으로 이 문제는 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위의 공정거래법체계 내로의 편입문제와 함께 이를 포함한 더욱 큰 논의로서 다시 적극적으로 검토될 필요가 있다고 본다. 이를 통하여 앞으로 부정경쟁방지법은 특허청을 중심으로 산업스파이에 대한 규제나 영업비밀의 보호와 기타 지적재산권의 보호에 온 힘을 다하고, 공정거래법은 공정거래위원회를 중심으로 불공정거래행위(부정경쟁행위)에 대한 보다 포괄적이고 통일적인 규제를 담당하여 '선택과 집중'이라는 차원의 각 법률체계의 한 차원 높은 발전 또한 기대해 볼 수 있을 것으로 확신한다. 이러한 합의점을 시작으로 미시적인 다음 단계의 논의에 해당하는 사인간 금지청구권의 허용범위나 허용요건, 남용을 방지하기 위한 제도적 장치, 단체소송 등의 허용 여부 등의 논의도 함께 하여야 할 것이고, 이 과정에서 미국의 클레이튼법(Clayton Act)이나 가까운 일본의 입법례를 참고하여 우리의 실정에 맞는 규제의 틀을 마련함이 타당할 것이고, 이를 통하여 궁극적으로 그동안 공정거래법의 사적 집행의 활성화를 통한 경쟁질서의 확립의 강화라는 이상에 더욱 가까워질 수 있는 좋은 입법적 변화의 모습을 볼 수 있을 것이라 생각한다.

## I. 서설

'경쟁법'(Competition Law, Wettbewerbrecht)이란, 시장경쟁질서에서의 자유롭고 공정한 경쟁을 담보하기 위한 법률을 총칭하는 것으로 말할 수 있고, 우리나라의 경우에 그 대표적인 법률은 당연 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」을 정점으로 한 일련의 공정거래법체계라고 단언할 수 있다. 그러나 그 외에도 경쟁법을 논함에 있어서는 일부 실무상 적지 않은 활용을 보이고 있는 현행 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」을 살펴볼 필요가 있다. 현행 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률은 연혁적으로는 독일에서 1896년에 제정되고 1909년에 대폭 개편된 「부정경쟁방지법」(Gesetz gegen unlauteren Wettbewerbs, 약칭 "UWG")에 근원을 둔 것으로, 우리나라의 경우는 독일법의 영향을 받았던 일본법의 의용<sup>1)</sup>을 거쳐 1962년에 부정경쟁방지법을 제정하여 오늘에 이르고 있는 것이다.<sup>2)</sup> 이와 같은 우리나라의 부정경쟁방지법은 일본을 통하여 독일의 부정

1) 우리나라에서 부정경쟁을 처음으로 규제하게 된 것은 1934년 12월에 내려진 일본의 '1934년법'을 의용(依用)하도록 한 조선부정경쟁방지령(제령 제24호)을 통해서이며, 해방 후에도 일본의 '34년법'과 '38년법'이 1961년까지 그대로 의용되다가 동년 12월 30일에 입법근대화 작업의 일환으로 부정경쟁방지법(법률 제911호)이 제정되었다(정호열, 부정경쟁방지법론, 삼지원, 44면 참조).

경쟁방지법을 사실상 거의 대부분 답습한 것으로 경쟁법체계라는 관점에서만 바라본다면, 1980년 독점규제 및 공정거래에 관한 법률이 제정되기 이전부터 이미 우리나라의 경우는 일부 불공정경쟁(거래)행위에 관한 규제는 부정경쟁방지법이 일정 부분을 담당해왔던 중이었다.<sup>3)</sup> 그러나 1980년 독점규제 및 공정거래에 관한 법률이 제정되는 과정에서 부정경쟁방지법과는 별도로 공정거래법 규정 속에 불공정거래행위에 대한 더욱 명확한 포괄적인 규제기준이 마련되었고, 분명 이것은 불공정거래행위에 대한 기본규제의 틀로서 도입한 것이었으며, 이와 동시에 '시장경제질서의 파수꾼' 이자 경쟁정책의 전담기구로서 공정거래위원회라는 독립규제위원회가 출범하게 되었는데, 이 당시 부정경쟁방지법에 담겨 있던 기존의 부정경쟁행위에 대한 규정과 공정거래법상의 불공정거래행위와의 경합이나 중복문제에 대해서는 심도 있는 검토를 거치지 못하였고, 결국 사실상 부정경쟁방지법의 존재가 간과되어 오랜 기간 동안 공정거래법과 부정경쟁방지법상의 관련 조항이 병존(竝存)한 상태로 오늘에 이르게 되었다. 특히, 우리나라의 경우에 부정경쟁방지법은 독일에서의 논의와는 달리 '경쟁법'과는 전혀 무관한 법으로 오인되기도 하였는데,<sup>4)</sup> 학계에서의 논의조차 거의 대부분 이를 지적재산권과 관련된 법령으로만 인용하였으며, 더욱이 부정경쟁방지법이 제정 이래 몇 차례의 법 개정과정을 거치면서 기존 부정경쟁 방지에 관한 사항에 추가하여 영업비밀 보호에 관한 문제까지 포섭하게 되면서 법률의 기본적인 성격 자체가 부정경쟁행위에 대한 규제를 통하여 경쟁질서를 확립한다는 점보다는, 영업비밀의 보호와 같은 산업재산권의 보호나 기타 주지의 상표나 영업표지와 같은 지적재산권의 보호가 주된 임무와 역할이 되었고, 그 소관 주무관청 또한 경쟁정책이나 불공정거래행위의 규제와는 직접적 관련이 없는 특허청이 담당하여 왔던 것이다.

결국, 공정거래법이 불공정거래행위에 대한 규제에 있어서 공정거래위원회를 중심으로 많은 선례와 경험을 축적할 동안, 부정경쟁방지법은 특허청을 중심으로 유사상표나 상호, 기타 지적재산권의 보호의 문제에 있어서의 역할만을 주로 담당하여 왔다고 볼 수 있고, 2001년의 법 개정 이래로 부정경쟁방지법은 출처의 혼동에 대한 규제뿐만이 아니라 주지의 상표에 대한 희석화 방지<sup>5)</sup>라는 새로운 법익까지 보호하기 시작하였으며, 여기에서 더 나아가 도메인 네임의 선점과 원산지 및 품질의 오인야기행위 및 기타 영업비밀과 관련된 행위에 이르기까지 광범위한 지적재산권 관련 문제를 규율하게 되면서 부정경쟁방지법에 의한 지적재산권 보호의 문제는 날로 그 역할이 높아지고 있는 상태이다.<sup>6)</sup>

2) 1992년에 영업비밀 보호에 관한 조항이 추가된 이후 1998년의 개정시 법 명칭이 현재의 「부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률」로 변경되었다.

3) 물론, 법 제정 당시 일본과 마찬가지로 우리나라의 경우 또한 후발 산업국가에 불과한 상태에서 선진산업국가와 대등한 수준의 부정경쟁행위를 규제한다는 것은 시기상조였고, 결국 '산업재산권의 보호를 위한 파리협약' 상의 의무를 이행하고 있다는 외관을 만든다는 정도의 목적이 컸다고 볼 수 있기 때문에, 부정경쟁방지법이 실효성 있는 법률로 활성화된 것은 물론 아니었다. 이와 같은 취지에서 일본 또한 1911년 법 제정 당시 독일법(UWG)에서의 부정경쟁행위에 대한 일반조항(Generalklausel)을 삭제하는 등 극히 제한적인 입법만을 행하였던 것이다.

4) 이러한 문제점을 지적한 의견으로는 정호열, 경제법 제3판, 박영사, 2010. 11면 각주6)의 내용 참조.

5) 부정경쟁방지법 제2조 제1호 다목의 희석화 방지에 관한 규정의 신설과 관련된 부분이다. 이와 같은 희석화 방지규정의 도입을 통하여 부정경쟁방지법상 진정한 상표권자의 보호의 정도를 더욱 강화하였다는 평가를 받고 있다.

이와 같은 양 법률의 주된 역할 차이에 비추어 지금이라도 공정거래법 제정 당시에 미처 검토해 보지 못했던 공정거래법과 부정경쟁방지법의 관계를 재정립하여 보고, 현재의 시점에서 변화하고 있는 부정경쟁방지법의 역할과 지위를 다시 한 번 살펴볼 필요가 있다고 할 것이며, 특히 경쟁정책의 전문·전담기구로서 불공정거래행위에 대한 규제의 중심에 서 있는 공정거래위원회가 이미 경쟁정책과 관련된 소관 업무를 주관하고 있는 점에 비추어 부정경쟁방지법의 소관 주무관청으로서 그동안 특허청이 담당하고 있는 일부의 경쟁정책적인 업무에 대한 효율적 재조정의 필요성, 결국 이를 위한 공정거래법과 부정경쟁방지법에 대한 발전적 입법론을 조심스럽게 예상해 볼 필요가 있다고 본다.

이하 본고에서는 이러한 의미를 고려하여 먼저 부정경쟁방지법의 법률상 지위에 대하여 경쟁법으로서의 부정경쟁방지법이라는 지위와 역할을 다시 한 번 되돌아보고, 공정거래법과의 관계, 불공정거래행위와 부정경쟁행위의 개념과 법문상의 경합문제, 공정거래법 제23조 제1항 제8호의 의미, 일반 불공정거래행위에 대한 규정을 중심으로 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위를 공정거래법으로 편입하는 문제, 마지막으로 한국공정거래조정원의 설립과 조정원 내의 공정거래분쟁조정원이 설치되어 운영 중이기는 하지만, 이와는 별도로 공정거래법상 불공정거래행위에 대한 사인의 직접적인 금지청구권 등에 대한 도입 필요성과 실익, 법체계상의 허용 가능성에 대해서도 간략히 정리하여 보기로 한다.

## II. 부정경쟁방지법의 역할 변화와 불공정거래행위에 대한 규제의 실제

### 1. 경쟁법으로서의 부정경쟁방지법

#### (1) 부정경쟁방지법의 역할 변화

‘경쟁법’이라는 개념과 별도로 ‘경제법’<sup>6)</sup>이라는 용어와의 혼용이 여전하지만, 현재 개방된 시장의 건전한 존속과 자유롭고 공정한 경쟁을 확보하기 위한 법률의 총체를 ‘경쟁법’ (Competition Law, Wettbewerbsrecht)이라는 용어로 통칭하고 있음이 세계적인 추세이다. 특히, 국가 간의 규제와 진입장벽이 점점 더 낮아지고 있는 ‘글로벌 경제’ 하에서 경쟁제한적 기업결합을 규제하거나 다수의 사업자들이 경쟁을 제한하기 위한 담합행위를 하는 것을 금지하고, 이와 함께 시장에서 나

6) 줄고, “부정경쟁방지법상의 지적재산권 보호의 문제” - 디자인과 주지상표 등의 부정경쟁방지법상 보호를 중심으로, 지적재산권 vol.32(2009. 7.), 한국지적재산권법제연구원.

7) 경제법의 개념에 관하여는 대상설, 기능설 등의 다양한 논의가 있으나, 우리나라의 경우는 F. 리트너(F. Rittner)가 말한 바와 같이 “국민경제 전체를 정당하게 질서 지우기 위한 법규범과 법제도의 총체”로 파악하는 기능설의 입장을 지지하는 것이 일반적이다.

타날 수 있는 불공정거래행위라는 반칙행위를 규제하기 위한 법률영역은 그 명칭을 불문하고 하나의 독자적인 법률영역으로 확고히 자리매김하였으며, 그 내용면에서도 서로 접근하고 있다. 이러한 경쟁법의 개념에 있어서, 우선 협의의 경쟁법이라 함은 공정거래 내지 불공정경쟁 방지에 관한 법으로서 여기에는 일반적인 불공정한 경쟁수단과 방법, 덤핑(Dumping), 경품규제 등에 관한 사항 등을 포함할 수 있고, 이에 더 나아가 일반적 의미의 경쟁법은 이와 같은 의미의 불공정경쟁방지법에 독점금지법을 더한 것을 말하는 것이다.<sup>8)</sup> 어쨌든 현행 부정경쟁방지법 제1조가 국내에 널리 알려진 타인의 상표나 기호 등을 부정하게 사용하는 등의 부정경쟁행위와 타인의 영업비밀을 침해하는 행위를 방지하여 '건전한 거래질서를 유지' 함을 목적으로 한다는 점을 분명히 하고 있는 이상, 비록 그 작용의 과정이나 모습이 공정거래법과 다소 상이할지라도 우리의 부정경쟁방지법은 법문상으로 분명한 '경쟁법'으로서의 지위를 갖는다고 볼 수 있다.

이때 실질적 의미의 부정경쟁방지법을 생각해보면, 이는 부정한 경쟁행위를 규제하는 법조항 일체를 말하는 것으로, 성문(成文)의 부정경쟁방지법은 물론 그 외 민법의 불법행위 등의 제 규정, 상법상의 상호(商號)와 영업피지의무(競業禁止義務)에 관한 규정, 형법의 사기죄, 신용훼손죄, 업무 방해죄와 관련된 규정, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 중 불공정거래행위에 관한 일련의 규정, 특허·상표·디자인·실용신안 등의 보호에 관한 산업재산권법의 제 규정, 표시·광고의 공정화에 관한 법률, 대외무역법, 약사법, 식품위생법의 내용 중 공정거래와 관련된 일부 규정도 모두 포함하는 개념으로도 설명하고 있다.<sup>9)</sup> 그러나 이러한 논의는 '부정경쟁 방지'라는 실질적 역할을 기준으로 한 하나의 개념 정의상의 분류에 불과할 뿐, 일부의 법규정의 실질적 역할이 그러하다는 것 외에 형법상의 사기죄나 민법상 불법행위에 관한 제 규정의 존재만으로 해당 법률 전체를 곧 경쟁법으로 논할 수는 없음이 당연하고, 무엇보다 현행 부정경쟁방지법 제15조가 스스로 다른 법률과의 관계에 대하여 자신과 충돌된 다른 법규정이 있을 때에는 우선 그 법에 의하도록 규정하고 있는 바와 같이 실제의 역할에 있어서 부정경쟁방지법은 스스로 보충적인 지위를 명시하고 있기 때문에, 실질적 의미의 부정경쟁방지법이라는 개념을 통하여 그 법역(法域)을 넓히고자 하는 논의는 우리나라의 경우에는 사실상 실익이 없으며, 비록 부정경쟁방지법이 경쟁법의 일원이라는 하지만 그동안 실제로는 극히 제한된 범위에 한하여 그 역할을 수행하여 왔고, 더욱이 현재는 부정경쟁방지법의 주된 역할이 특허청을 중심으로 산업스파이 등에 대한 영업비밀의 보호나 주지의 상표나 영업표지 등의 보호 등과 같은 산업재산권의 보호로 점차 옮겨가면서 상대적으로 경쟁법으로서의 부정경쟁방지법이라는 역할은 더욱 미약해졌다고 볼 수 있다. 오히려 실질적 의미의 부정경쟁방지법이라는 개념 내에 공정거래법 체계가 함께 논의될 수 있을 정도로 양 법률체계의 경합과 중복문제가 존재한다는 점만을 다시 확인할 수 있는데, 이 문제에 대해서는 이하 별도의 항에서 논하기로 한다.

8) Fritz, Rittner, Wettbewerbs und Kartellrecht, 6.Aufl., 16, 29(정호열, 경제법, 제3판, 박영사, 2010. 11년 각주 7 재인용).

9) 사법연수원, 부정경쟁방지법, 2008, 4면 참조.

## (2) 부정경쟁방지법상의 부정경쟁행위와 공정거래법상의 불공정거래행위와의 관계

추상적이고 다의적인 개념이라고 할 수 있는 ‘부정경쟁행위’에 대하여 현행 부정경쟁방지법 제2조 제1호는 무엇이 부정경쟁행위에 해당하는가에 대하여, 그 구체적인 유형과 개별 유형들의 성립요건에 대하여 다음과 같이 한정적으로 열거하여 규정하고 있다. 즉, 법 제2조 제1호에서는 “부정경쟁행위라 함은 그 목적 여하를 불문하고 상품주체혼동야기행위, 영업주체혼동야기행위, 표시의 식별력 등 손상행위, 원산지오인야기행위, 상품출처오인야기행위, 상품사칭이나 상품의 내용·품질 등의 오인야기행위, 대리인 등의 무단 상표사용행위 등을 말한다”고 규정하고 있는 것이다. 의미만으로 볼 때, 이러한 ‘부정경쟁행위’는 독점규제법상 ‘불공정거래행위’와 지극히 유사한 개념이 아닐 수 없고, 사실상 불공정거래행위의 한 유형으로서 부당한 고객유인, 특히 오인유발적 표시·광고에 대한 규제가 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」로 이관된 이후에는 위 표시·광고법과의 중복, 경합문제<sup>10)</sup>나, 특히 공정거래법 제23조 제1항 제8호가 규정하고 있는 “제1호 내지 제7호 이외의 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위”라는 기타의 불공정거래행위, 즉 이와 같은 일반조항 안에는 사실상 거의 대부분의 부정경쟁행위가 불공정거래행위에 포섭될 수도 있을 것이다.

한편, 부정경쟁방지법은 다른 법률과의 관계에서 이 법의 규정과 충돌된 다른 법의 규정이 있을 때에는 그 법에 의하도록 규정하면서 “① 특허법·실용신안법·디자인보호법 또는 상표법에 법 제2조부터 제6조까지 및 제18조 제3항과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다 ② 독점규제 및 공정거래에 관한 법률, 표시·광고의 공정화에 관한 법률 또는 형법 중 국기·국장에 관한 규정에 법 제2조 제1호 라목부터 바목까지, 제3조부터 제6조까지 및 제18조 제3항과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다”는 점을 명시하면서, 상표법이나 공정거래법 등의 제 규정과 부정경쟁방지법의 위 규정들이 서로 충돌할 경우에는 부정경쟁방지법에 우선하여 해당 법률을 먼저 적용한다는 것과 그 법에 저촉되지 아니하는 범위 안에서만 부정경쟁방지법이 적용 가능하다는 것을 스스로 예정하고 있다(부정경쟁방지법 제15조). 이러한 점에 비추어보면 해석 여하에 따라, 특히 공정거래법 제23조 제1항 제8호상 ‘기타의 불공정거래행위’라는 일반조항에는 극단적으로는 사실상 부정경쟁방지법상의 부정경쟁행위에 대한 논의 자체가 모두 위 불공정거래행위에 포섭될 수도 있을 것이고, 결국 부정경쟁방지법 제15조가 스스로 예정한 바에 따라 부정경쟁방지법 제2조 제1호 라목부터 바목의 규정은 사실상 불필요한 사문화(死文化)규정으로 전락해버리거나, 그 외의 경우도 공정거래법상의 불공정거래행위에 대한 일반규정에 비추어 불필요한 중복규정으로 남게 될 수 있다고 본다.

10) 물론, 공정거래법상의 위계에 의한 고객유인의 의미는 고객을 오인시키는 방법으로, 자신의 상품이나 거래조건을 사실과 달리 경쟁사업자의 그것에 비하여 현저하게 유리한 것으로 오인하게 하는 것 또는 경쟁사업자의 상품이나 거래조건을 사실보다 현저하게 깎아내려서 자신의 것이 상대적으로 양호한 것으로 사실을 오인시키는 것 등을 포함한다는 점에서 보면, 양자의 개념이 그대로 일치하지 않는 것은 분명하다.

## 2. 독점규제및공정거래에관한법률 제23조 제1항 제8호에 대한 검토와 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위에 대한 규제를 공정거래법으로 일원화 하는 문제에 대하여

공정거래법 제23조 제1항 제8호는 “제1호 내지 제7호 이외의 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위”를 불공정거래행위 중 마지막 유형으로의 일반불공정거래행위로 규정하고 있으며, 이는 비록 이견이 있기는 하지만 현행 공정거래법이 취한 한정적 열거주의의 경직성(硬直性)을 보완하는 의미의 ‘작은 일반조항’으로 작용하여, 새롭게 출현하는 불공정거래행위나 시장여건이 바뀔 때 따라 종래에는 위법성이 인정되지 아니하던 행위를 규제하는 법적 근거를 제공할 수 있다는 의미를 갖는다.<sup>11)</sup>

물론, 위 규정의 적용 실재를 살펴보면 우선 동법 시행령 제36조나 이와 관련 별표에서는 현재까지도 공정거래법 제23조 제1항 제8호의 구체적인 유형을 정한 바는 없으며, 실무상으로도 시행령의 관련 규정이 전혀 마련되어 있지 않은 상황에서, 또한 대표적인 각 유형별 불공정거래행위에 대한 제 규정이 이미 존재하는 상황에서 공정거래위원회가 직접 이 조항에 근거하여 불공정거래행위를 규제하기에는 그 필요성을 떠나 힘든 점이 많다고 할 것인데, 비록 공정거래위원회가 마이크로소프트사건<sup>12)</sup>에서 당시 시행령과 고시에서 구체적인 규정을 마련하고 있지 않은 상태에서도 공정거래법 제3조의 2 제1항 제5호상의 “소비자의 이익을 현저하게 저해할 우려가 있는 행위”라는 법 조항을 직접 적용하여 시장지배적 사업자의 지위 남용행위를 규제한 선례가 존재하기는 하지만, 이는 시장지배적 사업자의 시장지배적 지위의 남용금지와 관련된 선례에 불과하므로 이를 일반화할 수 있는 단계는 아니라고 생각되며, 더더욱 판례(대판 2008. 2. 14., 2005두1879 시정명령처분 취소)는 공정거래법 제23조 제1항 제8호와 관련된 사안에서 “독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제23조 제1항 제8호에서는 제1호 내지 제7호와 달리 기본적 행위유형이나 이를 기능할 대강의 기준조차 전혀 제시되어 있지 않다”는 점을 들면서, 이는 결국 “수범자인 사업자의 입장에서는 구체적으로 통상의 사업 활동 중에 행하여지는 어떤 행위가 위 제8호에서 규정한 ‘공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위’에 해당하는 것으로서 금지되는지 여부를 예측하기가 매우 어렵다”라는 문제점을 언급하였고, 더욱 독점규제 및 공정거래에 관한 법률은 법 제23조 제1항에 위반하여 불공정거래행위를 한 사업자에 대하여 행정적 제재에 그치지 아니하고 별도로 형사처벌까지 가능하도록 하고 있는 점을 감안하여 본다면, 공정거래법 제23조 제1항 제8호는 “행위의 작용 내지 효과 등이 제1호 내지 제7호와 유사한 유형의 불공정거래행위를 규제할 필요가 있는 경우에 이를 대통령령으로 정하여 규제하도록 한 수권규정이라고 해석함이 상당하다”라고 판단하면서, 결국 “같은 법 시행

11) 정호열, 경제법(제3판), 박영사, 2010, 436면 참조.

12) 2006. 2. 24. 공정거래위원회 의결 제2006-042호(2002경축0453, 2005경축0375 사건) 마이크로소프트 코퍼레이션 및 한국마이크로소프트 유한회사의 시장지배적 지위 남용행위 등에 대한 건이다.

령에 위 제8호와 관련된 불공정거래행위의 유형 또는 기준이 정하여져 있지 아니한 이상, 문제된 행위가 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위라고 하여 이를 위 제8호의 불공정거래행위로 의율하여 제재를 가할 수는 없다”는 취지의 판결을 행한 바 있는데, 결국 현재의 상태 하에서 일반 불공정거래행위의 규제에 대한 근거조항으로서 공정거래법 제23조 제8호를 직접 적용하는 것은 어려울 것이지만, 이는 변화하는 시장의 상황이나 경제현상에 따라 새롭게 출현하는 불공정거래행위에 대하여 그 행위의 작용 내지 효과 등에 비추어 제1호 내지 제7호와 유사한 유형의 불공정거래행위로서 새롭게 규제할 필요가 있는 경우에 국회의 의결을 거쳐야 하는 법률의 개정절차 없이 이를 대통령령으로 정하여 신속하게 규제하도록 한 분명한 수권규정에 해당하므로, 이는 충분히 규제에 있어서의 탄력성을 확보할 수 있는 제도적 장치로서의 의미를 갖는 것이고, 향후 얼마든지 구체적 타당성을 실현할 수 있는 근거규정으로 작용할 것으로 생각된다.

이와 관련하여 현행 부정경쟁방지법 제2조 제1항 각목은 부정경쟁행위에 대하여 한정적 열거만을 행하고 있는 관계로 부정경쟁방지법상의 부정경쟁행위는 독일이나 스위스의 경우<sup>13)</sup>와는 달리 비교적 제한적 범위에 국한되고 있는데, 이미 앞에서 간략히 살펴본 바와 같이 해석 여하에 따라 부정경쟁방지법상의 부정경쟁행위는 모두 공정거래법상의 불공정거래행위로 충분히 포섭될 수 있고, 이에 의할 경우 법문상 규제의 실효성이라는 측면에 비추어 보더라도 부정경쟁방지법 제15조에 따라 일부 부정경쟁행위의 경우는 해석상 사실상 사문화된 규정에도 불과할 수 있으며, 나아가 그 외의 경우 또한 부정경쟁행위에 대한 규정과 공정거래법상의 불공정거래행위의 규정은 불필요한 중복된 입법에 불과할 수 있다는 극단적인 해석 또한 무리가 아니다. 결국, 이와 같은 문제의 시초는 1980년 독점규제 및 공정거래법의 제정 당시 중복될 수 있는 부정경쟁방지법상의 일부의 규정을 미리 조율하지 못한 실수에서 시작된 것이고, 양 법률의 입법 목적이나 작용의 면에 있어서 서로 중복된 규정을 취할 실익<sup>14)</sup> 또한 크지 않으며, 나아가 부정경쟁방지법의 주된 역할이 점점 더 산업스파이 등에 대한 영업비밀의 보호나 지적재산권의 보호의 문제로 옮겨가고 있는 점, ‘선택과 집중’이라는 측면에 비추어 보더라도 국부(國富)의 유출과 직접 관련되는 영업비밀 등의 보호는 기술적 심사와 조사의 경험과 능력이 충분한 특허청에게, 경쟁정책과 관련된 불공정거래행위(부정경쟁행위)에 대한 규제는 공정거래위원회에 맡겨 불필요한 중복업무의 발생 가능성을 미연에 차단하여 행정 업무의 효율성 또한 기할 수 있을 것이며, 무엇보다 경쟁정책 및 이와 관련된 법률의 소관은 공정거래법과 공정거래위원회로 통일하여 맡기는 것이 전문성과 규제의 통일성을 제고할 수 있는 방법인 점 등에 비추어 보면, 현재의 부정경쟁방지법의 내용 중 부정경쟁행위에 대한 규율부분만큼은 앞으로 공정거래법으로 일원화하되, 이를 통하여 일부 확대된 개념에 대해서는 공정거래법

13) 부정경쟁방지법상 일반 조항을 두고 있는 나라에 속한다. 구체적으로 부정경쟁행위에 대한 기준으로 독일의 경우는 ‘선량한 풍속’이라는 개념을, 스위스의 경우는 ‘신의성실의 원칙’을 규정하고 있다.

14) 물론, 부정경쟁방지법은 사법(私法)이라는 기본적 속성에 근거하여 사인간 부정경쟁행위에 대한 직접적인 금지 또는 예방청구권의 인정을 통하여 별도의 행정기관을 거치지 아니하고 곧바로 이와 같은 권리의 행사나 권리구제절차를 밟을 수 있다는 등의 실익이 있지만, 이 부분과 관련해서는 별도의 항에서 공정거래법상 사인의 금지 또는 예방청구권의 도입문제라는 입법론으로 정리하기로 한다.



상의 불공정거래행위에 대한 규정을 재손질하거나 기타 일반불공정거래행위에 대한 행위유형을 구체화 하는 등의 방법으로 지금이라도 입법적인 개선, 조정을 행하는 것이 타당한 시기라고 보인다. 그렇다면 과연 이러한 불공정거래행위에 대한 규제를 공정거래법으로 일원화하는 것으로 인해 잃게 되는 것은 없는지에 대한 고민이 바로 여기에서 시작되어야 하는데, 이는 곧 부정경쟁방지법이 택한 사법상의 규율방식에서 얻을 수 있었던 긍정적인 사항들에 대한 검토를 말하는 것이므로, 이하의 항에서 이 부분과 함께 공정거래법상의 사인간 직접적 금지 또는 예방청구권의 도입 필요성이라는 입법론으로 함께 살펴보기로 한다.

### Ⅲ. 공정거래법상의 불공정거래행위에 대한 사인간 금지 및 예방청구권의 도입 필요성

#### 1. 공정거래법과 부정경쟁방지법상의 규율상 차이

이미 간략히 언급한 바와 같이 독점규제 및 공정거래에 관한 법률과 부정경쟁방지법은 모두 자유롭고 공정한 경쟁질서를 확립하기 위한 경쟁법체계에 속하고 있는 법률이라는 점에서는 공통된다. 그러나 법률의 내용을 살펴보면, 그동안 공정거래법과는 달리 부정경쟁방지법은 상품표지나 영업주체의 혼동과 같은 부정이용(Misappropriation)등 부정한 수단에 의한 경쟁으로 인하여 발생할 수 있는 피해를, 주로 사적인 구제를 주된 내용으로 하는 방법에 의하여 올바른 경쟁환경을 조성할 수 있도록 하는 정도로 법의 목적을 달성하려고 하였다. 구체적인 규제수단에 있어서도 그동안 공정거래법은 공정거래위원회를 중심으로 한 행정적 수단을 통한 규제를 중심으로 운영되었던 반면, 부정경쟁방지법은 주로 금지 또는 예방청구, 손해배상청구와 같은 사적 구제수단을 중심으로 운영하여 왔던 것이다. 법률 위반에 대한 제재의 모습에 있어서도 먼저 공정거래법상의 불공정거래행위는 공정거래법의 위반이라는 사실과 사법상의 효력이라는 유효성 심사의 문제는 철저히 별개로 사법의 일반 영역에 맡기고 있으며, 다만 불공정거래행위로 인한 피해자는 공정거래법 제56조에 의거하여 손해배상을 청구할 수 있도록 하면서 그 입증책임을 전환하여 주는 정도의 의미를 찾을 수 있고, 그 외의 경우는 불공정거래행위에 대하여 법 제67조 제2호에 따른 형사처벌을 행하거나 그 외 공정거래위원회에 의한 시정조치와 과징금의 부과라는 행정적 제재가 주를 이루고 있다. 이에 대하여 부정경쟁방지법은 민사적 구제수단을 주된 것으로 상정하여 금지 또는 예방청구권의 인정, 물건 등의 폐기·제거청구권, 손해배상청구권 및 신용회복청구권, 부당이득반환청구권을 규정하고 있고, 그 이외에 건전한 거래질서 유지를 위하여 국내에 널리 알려진 타인의 상표·상호·표장 등과 같은 표지를 부정하게 사용하여 타인의 상품이나 영업과 오인 또는 혼동을

일으킨 자 등에 대하여 처벌규정을 마련하여 형사처벌을 행하고 있으며, 일정한 경우에는 특허청장으로 하여금 필요한 조사나 물품을 수거할 수 있도록 하고, 이에 대한 단속과 시정을 권고하거나 과태료를 부과하는 등의 행정적 제재 또한 마련하고 있다.

## 2. 부정경쟁방지법상의 사인간 금지청구권을 공정거래법으로 편입하는 문제에 대하여

이미 간략히 언급한 바와 같이 향후의 입법 개선과정에서는 부정경쟁방지법의 경우는 지적재산권의 보호나 산업스파이 등에 대한 영업비밀 보호법으로의 역할을 강화하면서 이와 관련된 일반 조항의 도입이나 구체적인 금지행위유형의 재정리를 통하여 영업비밀 보호나 산업재산권의 보호에 대한 기본법으로의 특화와 내실을 기할 필요가 있다고 생각되며, 그동안 특허청 소관의 부정경쟁방지법이 일부 담당하여 왔던 부정경쟁행위에 대한 규율은 공정거래법 또는 표시·광고의 공정화에 관한 법률, 하도급거래공정화에 관한 법률, 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률과 같은 공정거래법체계 안의 불공정거래행위로 이관하여 공정거래위원회의 주관 아래 통일적인 불공정거래행위에 대한 규제로 재정립하는 것이 타당하다고 볼 때, 기존 부정경쟁방지법이 채택하고 있던 사법적 규율방식의 공정거래법으로의 편입문제 역시 함께 적극적으로 생각해 볼 필요가 있다고 본다.<sup>15)</sup>

결론적으로 다음과 같은 취지에 비추어 이미 언급한 부정경쟁방지법과의 역할 재조정과정에서 향후 공정거래법의 개정이 뒤따를 경우, 우선 공정거래법상의 불공정거래행위에 한하여 사인간의 금지 또는 예방청구권을 공정거래법에도 도입하는 것이 타당하다고 생각된다.

첫째, 우선 공정거래법은 법 위반사실이 있다고 인정할 경우 공정위가 직권으로 필요한 조사를 할 수 있음을 규정하고 있고(법 제49조 제1항), 또한 누구든지 법 위반사실을 공정거래위원회에 신고할 수 있다는 것(법 제49조 제2항)과 신고인의 범위에 제한을 두고 있지 않다는 점에 비추어 현행 공정거래법상의 불공정거래행위에 대한 제재 또는 시정에 있어서 사인 또한 분명한 동인이 될 수 있음은 분명하다. 또한, 공정거래법은 2007년 개정을 통하여 한국공정거래조정원의 설립과 함께 조정원 내에 공정거래분쟁조정협의회를 설치하여 불공정거래행위와 관련된 민사상의 분쟁을 담당하기 위한 제도적 장치까지 마련한 상황임을 감안할 때, 과연 공정거래법 내에 별도로 사인간의 금지청구권까지 인정하여야 할 필요성과 실익이 존재하는지에 대해서는 다소 의문이 있을 수 있다. 그러나 현실 속에서 피부로 느낄 수 있는 체감지수를 따져 볼 때, 법 위반사실의 신고만으로 공정거래위원회의 심사절차가 즉시 개시될 수 없는 상황도 얼마든지 존재하는데, 특히 법 위반의 사실은 인정되지만 그 범위나 피해의 정도가 크지 않을 경우에는 공정거래위원회를 거치지 아니하

15) 물론 공정거래법상의 사인의 금지청구권의 도입 필요성에 대한 논의는 위와 같은 부정경쟁방지법상의 금지청구권을 공정거래법 내로 편입시키는 문제와 전혀 무관하게 이미 공정거래법상의 '사적 집행제도 내지 사소제도 활성화 방안'이라는 취지에서 손해배상제도의 제도 개선과 함께 논의되었던 것이다. 만일 공정거래법상의 사적 집행제도의 활성화 차원에서 공정거래법 내에 사인간 금지청구권이 실제로 입법화된다면, 마찬가지로 부정경쟁방지법상의 부정경쟁행위에 대한 규제와의 중복 여부나 실익이 또 다시 문제될 수 있다고 본다.

고, 보다 적극적으로 해당 불공정거래행위에 대하여 사인의 주도 아래 행위의 금지 또는 예방청구를 행할 수 있는 보다 직접적인 법률상 근거를 마련하여 두는 것이 타당하고, 만일 그 구체적인 절차에 있어서 불공정거래행위에 대한 직접적인 금지 또는 예방청구권을 피보전권리로 하여 민사집행법상의 만족적 가치분<sup>16)</sup>의 한 형태로 발현될 경우를 상정하여 본다면, 그 어느 경우보다 신속한 권리구제와 법적 정의의 실현이 가능하여 궁극적으로 이는 경쟁질서의 확립에도 획기적인 큰 변화를 마련할 수 있다는 점이다. 즉, 그 법률상 근거에 있어서 공정거래법이 불공정거래행위에 대하여 사인간의 금지 또는 예방청구권을 인정하는 명확한 법 조항을 마련한다면, 이를 통한 사인간의 소송과정에서의 판례의 집적으로도 그 구체적인 내용과 적용기준에 대한 어느 정도의 예측 가능성 또한 기대할 수 있게 될 것이고, 한정된 예산과 인력 하에서 '선택과 집중'이라는 취지에서 공정거래위원회의 경우도 중요한 법 위반사실을 중심으로 불공정거래행위에 대한 시정방향을 선도하는 등 큰 틀의 경쟁체제의 확립을 기하고, 이와는 별도로 미시적인 불공정거래행위에 대한 시정은 주로 사인간의 금지 또는 예방청구권의 행사라는 모습으로 보다 활성화된 보충적 시정을 기할 수 있을 것이라는 실익이 존재한다. 이는 공정거래위원회의 본래 설치 목적 자체가 사인간의 분쟁 해결을 위한 것이 아니었던 점에 비추어 본다면 사소한 개인간의 분쟁에 있어서는 공정거래위원회를 거칠 필요가 없이 곧바로 금지를 청구할 수 있도록 함이 효율적이라는 생각과도 일치한다. 둘째, 공정거래법 내에 이와 같은 사법적 성질의 금지 또는 예방청구권을 도입한다고 하여도 공정거래법 자체의 법적 성격이나 그 외 법체계의 변질 또는 그 외 여타 불공정거래행위에 관한 조항들의 사문화 위험 등도 전혀 없다고 본다. 이미 공정거래법은 민사상 불법행위로 인한 손해배상청구권과 관련된 규정까지 두고 있는 상황이며, 이에 대한 입증책임의 전환이나 손해배상액 산정에 있어서의 특칙(特別), 기타 민사상 분쟁의 해결을 예정한 공정거래분쟁조정협의회의 설치와 운영 등 이미 공정거래법 내에는 민사상의 문제와 관련된 부분에 대하여도 많은 규정을 두고 있는 중이므로 더욱 그러하다. 셋째, 현행 공정거래법 제23조 제1항 제8호는 "행위의 작용 내지 효과 등이 제1호 내지 제7호와 유사한 유형의 불공정거래행위를 규제할 필요가 있는 경우에 이를 대통령령으로 정하여 규제하도록 한 수권규정"으로, 향후의 필요에 따라 얼마든지 같은 법 시행령에 위 제8호와 관련된 불공정거래행위의 유형 또는 기준을 정하여 새로운 유형의 불공정거래행위를 규제할 근거와 방법도 충분하다고 볼 수 있다. 그러나 현실적 입법의 구체화 여부를 떠나 그 작용에 있어서는 위에서 본 첫째의 이유와 다를 바 없이 새로운 유형의 불공정거래행위에 대하여 일반조항의 구체화를 통하여 적극적으로 대처가 가능하다 할지라도, 공정거래위원회의 적극적 개입과는 별도로 사인간

16) 과거 사소제도의 활성화 차원에서 공정거래법상의 금지청구권을 도입하자는 주장 중에는 이와 별도로 금지청구를 가치분의 형태로 구할 수 있는 근거규정 또한 공정거래법 내에 설정할 필요가 있다는 견해가 있는데(김차동, "공정거래법의 사적(私的)집행제도의 변경 및 그 보완방안"-2004.5.7.자 및 6.23.자 정부제출안 및 2000년도 정기국회에서 통과예정인 안을 중심으로, 경쟁법연구 제11권, 2005. 한국경쟁법학회, 100면 참조), 결론적으로 공정거래법 내에는 가치분절차에서의 피보전권리에 해당하는 금지청구권의 명문 규정만을 두면 충분할 것이고, 그 외 보전필요성의 판단이나 일반 가치분절차는 기존 민사집행법에 따른 만족적 가치분에 대한 논의로 충분하므로, 별도로 공정거래법 내에 가치분절차에 대한 근거규정까지 마련할 실익은 전혀 없다고 본다.

의 금지 또는 예방청구권을 통하여 보다 적절하게 대응 가능한 새로운 유형의 불공정거래행위 또한 존재할 것이고, 결국 위와 같은 일반 불공정거래행위에 대한 규정의 존재만으로 별도의 사인간 금지청구권 등까지 부정할 이유는 없다고 본다. 넷째, 공정거래법상 사인간의 금지청구권을 입법 화함으로써 인하여 남소(濫訴) 등의 우려가 존재한다면 사인간의 금지청구권이 인정될 필요가 큰 영역에 한하여 제한적으로 이를 허용하거나 기타 그 청구를 행사할 수 있는 당사자를 제한하는 등의 방법 또는 행사요건을 엄격하게 한정하는 방법, 기타 담보 등 일정한 금원(金員)을 공탁하게 하는 등의 방법으로도 충분히 그 우려를 여과할 수 있을 것이다.<sup>17)</sup> 다섯째, 비록 불공정거래행위와 관련된 사인간의 분쟁을 조정하기 위하여 한국공정거래조정원 내에 공정거래분쟁조정협의회를 설치하기는 하였지만, 엄격하게 말하면 협의회의 역할에는 한계가 존재한다. 즉, 협의회는 분쟁 당사자에게 분쟁사항에 대하여 자발적으로 합의하도록 권고하거나 조정안을 작성하여 제시하는 정도에 그칠 뿐, 사인간의 분쟁에 대하여 이를 강제적으로나 종국적으로 해결할 수 있는 권한은 없으며, 분쟁조정 당사자 일방이 조정을 거부하거나 해당 분쟁조정사항에 대하여 법원에 소(訴)를 제기하는 등 조정절차를 진행할 실익이 없는 경우 등에는 조정절차를 종료할 수밖에 없고(법 제48조의7 제4항), 분쟁조정절차의 성격상 분쟁의 신속한 해결이라는 장점이 있기는 하지만, 사실상 당사자 쌍방의 양보만을 통하여 분쟁을 해결하는 방법은 모든 분쟁에 있어서 유효한 방법은 아닐 것이므로, 이와는 별개로 사인의 직접적인 금지청구권을 인정하여 사인에게 구제절차에 있어서의 다양한 선택권을 부여하는 것이 타당하다고 본다. 여섯째, 현행 공정거래법은 민사상 손해배상청구에 있어서의 일정한 특칙을 마련하는 등 사소 활성화를 위한 개선에 노력하고 있기는 하지만, 손해배상청구절차는 사후적 구제절차에 불과하다는 점과 금전적 배상에 그친다는 한계가 있어서 이와는 별도로 금지청구권 등을 도입하는 것이 타당할 것인데, 가장 적절한 사례로 과거 미국의 넷스케이프 커뮤니케이션즈 코퍼레이션에서 처음으로 개발한 웹브라우저인 ‘넷스케이프 네비게이터’(Netscape Navigator)의 경우, 한때는 사용자점유율 면에서 독보적인 위치의 웹브라우저(Web Browser)였지만 현재는 개발 및 지원이 중단된 상태로 그 자취를 감춰버렸는데,<sup>18)</sup> 이는 마이크로소프트사가 오늘날의 거대기업으로 성장한 계기가 되었던 윈도우 3.0<sup>19)</sup>의 성공 이후, 컴퓨터 운영체제로서 윈도우의 시장점유율이 독점에 가까운 상황에 이르러 1996년부터 윈도우 운영체제 안에 ‘인터넷 익스플로러’(Internet Explorer)를 통합하여 ‘끼워팔기’로 사용자들에게 제공하면서, 결과적으로 넷스케이프 네비게이터의 이용이 급격하게 줄어들게 되었고, 그 뒤 넷스케이프 네비게이터는 시장점유율이 극히 미미한 수준으로 전락해버린 뒤 오늘에 이르렀는데, 비록 이후 위와 같은 마이크로소프트

17) 김차동, “공정거래법의 사적(私的)집행제도의 변경 및 그 보완방안” - 2004.5.7.자 및 6.23.자 정부제출안 및 2000년도 정기국회에서 통과예정인 안을 중심으로, 경쟁법연구 제11권, 2005. 한국경쟁법학회, 100면 참조.

18) 위키백과 검색 “넷스케이프” <http://ko.wikipedia.org>

19) 마이크로소프트 윈도우의 첫 독립버전인 윈도우 1.0은 1985년 출시되었으나 당시에는 기능의 부족(DOS의 연장선에 불과하였다)으로 많은 이용자를 확보하지 못하였다가, 새로운 버전을 거듭하면서 1990년 윈도우 3.0이 큰 성공을 거두게 되었고, 그 후 윈도우 NT, 98, 2000, XP를 거쳐 2009년 윈도우 7에 이르며 컴퓨터운영체제시장을 장악했다.

트사의 행위가 독점금지법 위반으로 손해배상책임을 져야한다는 결론에 이르렀지만, 이미 시장에서 사실상 퇴출되어 버린 넷스케이프 네비게이터의 시장점유율을 다시 되돌릴 수는 없었고, 이는 사인간의 금지청구권을 전혀 인정하지 않는 우리의 공정거래법 하에서 얼마든지 일어날 수 있는 불운한 시나리오(Scenario)가 아닐 수 없으며, 결국 손해배상청구권의 인정만으로는 불공정거래행위로 인한 피해의 완벽한 보호가 불가능하다는 것을 잘 대변해주고 있는 것이라 하겠다.<sup>20)</sup> 일곱째, 공정거래법상의 금지청구권의 명문화를 통하여 이와 관련된 불필요한 논쟁을 종식시킬 수 있다는 점이다. 우선, 우리의 경우 일반 법체계 하에서 금지청구권을 인정할 수 있는 근거는 물권(物權)에 기한 물권적 청구권의 일환이거나 인격권 또는 기타 이에 준하는 준물권(準物權)으로의 성질을 갖는 영역에 한정된다. 결국, 그 외의 경우는 명문의 규정이 존재할 경우에 한하여 직접적인 금지청구권을 인정할 수 있다 할 것인데,<sup>21)</sup> 공정거래법상 불공정거래행위 영역이 바로 여기에 해당하기 때문에 별도의 명문 규정은 필요하다고 생각된다. 나아가 금지청구의 가능 여부는 타인의 권리행사에 매우 중대한 영향을 미치게 될 것이므로, 예측 가능성의 보장이라는 측면에서도 이를 명문화하는 것이 바람직하다. 마지막으로, 이미 독점금지법상의 금지청구권을 입법적으로 해결한 일본의 경우를 참고해볼 수 있다. 이에 대해서는 다음 항에서 별도로 살펴보기로 한다.

### 3. 일본 공정거래법상의 금지청구권<sup>22)</sup>의 개요 및 평가

전반적인 법률체계에 있어서 우리나라는 그동안 많은 부분에 있어서 일본의 경우를 입법적으로 참고하여 왔고, 우리의 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 또한 그 도입 시부터 일본의 「사적독점

20) 사건의 개요를 다시 설명해보면, 마이크로소프트사는 도스(DOS)와 윈도우(Windows)로 컴퓨터 운영체제를 독점해온 기업이었지만, 당시 인터넷 운영체제에서는 경쟁업체에 비하여 한참이나 뒤쳐져 있었다. 즉, 인터넷 웹 브라우저 시장의 초기 강자는 넷스케이프의 네비게이터였으며, 1990년대까지 대부분의 사람들은 사실상 넷스케이프 네비게이터가 표준화되어 이를 통해서만 인터넷에 접속할 수 있었던 상황이었다. 반면, 마이크로소프트사는 컴퓨터 운영체제인 윈도우만 확실히 잡고 있으면 머지않아 인터넷 시장도 저절로 자기들 것이 되리라고 예상했던 것이었다. 그러나 시간이 흐르면서 인터넷은 컴퓨터 운영체제와는 전혀 다른 별개의 시장으로 급속하게 성장하기 시작하였고, 다급해진 마이크로소프트사가 뒤늦게 서둘러 인터넷 시장에 합류했지만 이미 네비게이터라는 강자가 버티고 있었다(1996년의 경우 넷스케이프의 네비게이터는 85%의 시장을 점유하고 있었던 반면, 인터넷 익스플로러의 시장 점유율은 불과 5% 남짓이었다). 마이크로소프트사는 이와 같은 절대적인 불리함을 극복하기 위하여 자신들의 독점적인 지위를 이용하여 윈도우와 인터넷 익스플로러를 무료로 함께 묶어 판매하기 시작하였고, 이미 운영체제로서 독점적 지위에 있던 윈도우 없이는 컴퓨터의 운영 자체가 불가능한 정도였기에 소비자들은 인터넷 익스플로러를 패키지로 구입하지 않을 수 없었다. 결국, 시장은 서서히 인터넷 익스플로러로 기울기 시작하면서 넷스케이프는 시장에서 힘을 잃다가 1999년에는 AOL에, 그리고 나중에는 타임워너(Time Warner)에 합병되고 말았다. 넷스케이프를 인수한 타임워너는 독점금지법 위반혐의로 마이크로소프트사를 상대로 소송을 제기하였으며, 오랜 시간을 끌던 양측의 싸움은 마이크로소프트사측이 타임워너에 7억 5,000만 달러를 배상하는 조건으로 마무리되었다. 그러나 이와 같은 금전적 배상은 넷스케이프의 시장점유율을 회복하는 것에는 전혀 도움을 줄 수 없었으며, 사실상 배상액 또한 마이크로소프트사가 이를 통하여 얻게 된 막대한 이익에 비하면 미미한 수준에 불과할 수 있는 것이다.

21) 견해 중에는, 우리나라의 경우에는 몇몇 하급심 판례가 명문의 금지청구권이 존재하지 않는 상황 하에서도 공정거래법에 근거하여 금지청구권을 인정한 바 있다면서 서울고법 1995. 1. 12. 고지94라187사건을 그 예로 들고 있으나(김지동, 앞의 논문, 94면), 이는 공정거래법 위반의 점을 근거로 사인간 계약의 무효를 인정한 직접적인 사례일 뿐 채권자의 금지청구권에 대하여 가처분결정을 행한 근거로서의 피보전권리는 중전의 독점판매대리점계약상의 권리에 근거한 것일 뿐이어서, 이를 두고 법원이 과거 공정거래법에 직접 근거하여 금지청구권을 인정하였다는 평가를 하는 것은 무리라고 본다(따라서 사안에서는 채권자와 직접적인 독점판매대리점계약관계가 없던 자에 대한 가처분신청 부분은 받아들이지 않았다).

22) 2001년 4월 1일부터 시행된 사적독점의 금지 및 공정거래의 확보에 관한 법률 제24조 상의 금지청구권을 말한다.

의 금지 및 공정거래의 확보에 관한 법률」(私的獨占の禁止及び公正取引の確保に關する法律)을 하나의 모델로 참고한 법률로, 일본의 공정취인위원회(公正取引委員會)는 우리나라의 공정거래위원회에 대응한다. 비록 양국의 경제 규모나 시장 현황과 같은 경제구조가 서로 그대로 동일한 것은 아니지만, 일본의 경우를 참고하는 것은 여러 가지 측면으로 볼 때 분명 우리의 경쟁법체계의 발전에도 도움이 될 수 있다고 본다. 특히, 일본의 경우는 1999년대 후반부터 심각한 경제 불황을 겪게 되면서 구조적 불황을 극복하기 위한 방안으로 사적구제제도의 활성화 방안에 대한 논의를 거듭하다가 공정취인위원회가 ‘독점금지법위반행위에대한민사적구제제도관련연구회」(獨占禁止法違反行為に係る民事的救濟制度に關する研究會)를 결성하면서 동 연구회가 사인에 의한 금지청구권 제도의 도입의 필요성을 강조한 보고서를 제출한 이후 사적독점의 금지 및 공정거래의 확보에 관한 법률의 개정을 통하여 사인에 의한 금지청구권이 전격 도입되었고, 이로 인하여 일본 독점금지법은 사적 집행의 내용이 한층 강화되었다.<sup>23)</sup> 다만, 위와 같은 일본의 독점금지법상의 금지청구권(差止請求權)은 독점금지법 전반에 대하여 인정된 권리가 아니라 불공정거래행위, 사업자단체가 불공정거래행위를 구성사업자로 하여금 시키는 행위에 대해서만 청구할 수 있도록 제한하였고, 청구권자는 이익을 침해당한 또는 침해당할 우려가 있는 자로 그 청구권자의 손해가 현저하거나 현저한 손해가 발생할 우려가 있는 경우로 제한하고 있으며, 남용될 소지가 있는 일정한 경우에는 담보 제공의무까지도 부과할 수 있음을 규정하고 있다. 물론, 이와 같은 제한적 입법에 대해서는 그 외 부당한 공동행위나 사적독점의 영역에 대해서도 금지청구권을 인정하여야 할 필요성이 있음에도 오직 불공정거래행위에 한하여 이를 인정하는 것은 비합리적이라는 지적도 있으나, 우리의 경우 공정거래법상 사인간의 금지청구권을 도입하는 문제에 있어서 신중을 기한다는 차원에서는 일본과 같은 제한적 입법을 우선적으로 고려해볼 가치가 있다고 본다.<sup>24)</sup>

#### IV. 결론 : 부정경쟁방지법상의 부정경쟁행위에 대한 규제의 공정거래법으로의 일원화 필요성, 공정거래법상의 사인간 금지 및 예방청구권의 도입 필요성을 중심으로

비록 부정경쟁방지법의 제정 목적이 부정경쟁행위 등의 방지를 통하여 건전한 거래질서를 유지한다는 의미의 경쟁체제 확립에 있기는 하지만, 우리나라의 경우, 법 제정 당시와는 달리 사실상

23) 김차동, “일본 경쟁법상의 공정거래법 위반행위에 관련된 민사적 구제제도”, 경쟁법연구, 한국경쟁법학회, 2003, 82면 참조.

24) 2004년 6월 23일자로 공정위가 제출한 공정거래법 개정안(정부제출안)에 대하여 유승민 의원 등이 2004년 10월 8일 별개 수정안 중의 하나로 공정거래법 위반행위의 전반에 대하여 금지청구권을 도입하자는 내용(“공정거래법 위반으로 인하여 피해를 입었거나 피해의 우려가 있을 경우 공정거래위원회의 시정조치와 무관하게 법원에 당해 행위의 중지를 요청할 수 있다”)이 담겼던 수정안을 제출한 바도 있으나, 이는 입법화에 이르지 못하고 폐기되었고, 금지청구권의 범위나 행사요건의 중요성에 비추어 그 기준부터 불명확하다는 비판도 있었다.

부정경쟁방지법은 산업스파이에 대한 영업비밀의 보호나 주지의 상표, 영업표지의 보호와 같은 산업재산권의 보호 법률로서의 역할로 점차 변화하고 있고, 특히 부정경쟁방지법이 주지의 상표에 대한 출처의 혼동에 대한 규제뿐만 아니라 별도로 저명상표의 희석화 방지라는 법익, 이에 더 나아가 도메인 네임의 선점과 원산지 및 품질의 오인 야기행위, 주지 저명한 타인의 디자인, 캐릭터와 같은 상품의 표지에 이르기까지 지적재산권과 관련된 보다 넓은 법익의 보호까지 행하게 되면서 날로 그 기능은 강화되고 있는 상태이다. 이에 반하여 부정경쟁방지법상의 부정경쟁행위에 대한 규제는 사실상 주지 저명한 타인의 상표나 상품표지의 식별력이나 출처표시기능 등의 보호라는 의미의 분쟁수준을 넘지 못하고 있어 '경쟁법'으로서의 역할은 상대적으로 더욱 미약해지고 있는 것이 현실이다. 또한, 공정거래법 제23조 제1항 제8호를 비롯하여 현행 공정거래법상의 불공정거래행위에 대한 규정체제를 살펴보면 해석 여하에 따라서는 부정경쟁방지법상의 부정경쟁행위가 대부분 공정거래법상의 불공정거래행위의 범위 내로 포섭될 수도 있는 상황이기도 하다. 이에 양 법률의 성격과 역할, 앞으로 나아가야 할 방향을 고민하지 않을 수 없고, 이와 같은 논의는 발전적 입법론으로서의 가치를 갖는다. 물론, 불공정거래행위(부정경쟁행위)에 대한 규제에 있어서 반드시 독일법체계에 따를 것인지 아니면 미국의 경우를 따를 것인지에 대한 선택 자체가 논리적으로 양립 불가능한 것은 아닐 것이지만, 우리의 경우 1980년 독점규제 및 공정거래에 관한 법률이 제정되는 과정에서 당시 부정경쟁방지법에 담겨 있던 기존의 부정경쟁행위에 대한 규정과 공정거래법상의 불공정거래행위와의 경합이나 중복문제는 마땅히 검토되어야 했음에도 공정거래법의 제정과 정에서 사실상 부정경쟁방지법의 존재 자체가 간과되어 오늘에 이르고 있다. 그동안 양 규정의 중복이나 충돌을 정식으로 문제 삼았던 바는 없지만, '발전적 입법론'이라는 차원에서 살펴보면 부정경쟁방지법상의 부정경쟁행위에 대한 규제는 앞으로 공정거래법체계 내의 불공정거래행위로 포섭할 필요가 있고, 이를 통하여 경쟁정책의 전문·전담기구로서 불공정거래행위에 대한 규제의 중심에서 있는 공정거래위원회를 중심으로 효율적이고 통일적인 경쟁정책을 확립을 기대하여 볼 수 있을 것이며, 이 과정에서 자연스럽게 과거 부정경쟁방지법상의 일반 조항의 도입 필요성에 대한 논의도 정리될 수 있을 것이다. 이와 함께 공정거래법의 변화 또한 뒤따라야 하는데, 부정경쟁방지법상의 부정경쟁행위의 편입에 따라 불공정거래행위에 대한 규정 일부를 알맞게 다시 수정하는 것에 그치지 아니하고, 기존 부정경쟁방지법이 인정하고 있었던 사인간 금지 또는 예방청구권 또한 공정거래법 내로 그대로 편입되는 방향으로의 입법 개선이 이루어질 필요가 있으며, 그동안 '부정경쟁방지법의 공정거래법으로의 편입문제'와 전혀 무관하게 공정거래법의 사적 구제나 사소의 활성화 차원의 논의로서 공정거래법상 사인간 금지청구권의 도입 여부가 검토되어 왔지만, 앞으로 이 문제는 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위의 공정거래법체계 내로의 편입문제와 함께 이를 포함한 더욱 큰 논의로서 다시 적극적으로 검토될 필요가 있다고 본다. 이를 통하여 앞으로 부정경쟁방지법은 특허청을 중심으로 산업스파이에 대한 규제나 영업비밀의 보호, 기타 산업재산권의 보호에

은 힘을 다하고, 공정거래법은 공정거래위원회를 중심으로 불공정거래행위(부정경쟁행위)에 대한 보다 포괄적이고 통일적인 규제를 담당하여 '선택과 집중'이라는 차원의 각 법률체계의 발전을 기대할 수 있을 것으로 확신한다. 이러한 합의점을 시작으로 미시적인 다음 단계의 논의에 해당하는 사인간 금지청구권의 허용범위나 허용요건, 남용을 방지하기 위한 제도적 장치, 단체소송 등의 허용 여부 등의 논의도 함께 하여야 할 것이고, 이 과정에서 미국의 클레이튼법이나 가까운 일본의 입법례를 참고하여 우리의 실정에 맞는 규제의 틀을 마련함이 타당할 것이고, 이를 통하여 궁극적으로 그동안 그려왔던 공정거래법의 사적 집행의 활성화를 통한 경쟁질서의 확립과 강화라는 이상에도 더욱 가까워질 수 있는 좋은 입법적 변화의 모습이라 생각되며, 공정거래법상의 사적 집행제도의 강화는 공정거래법을 약화시키는 것이 아니라 궁극적으로 경쟁질서의 확립에 긍정적인 시너지(Synergy)를 발휘하게 될 것으로 생각된다.



\* 지면사정상 참고문헌은 생략합니다.