

## 독일 경쟁법(Wettbewerbsrecht)의 위상과 체계

하 헌 주\*

### <목 차>

- I. 서 설
- II. 독일 부정경쟁방지법
  - 1. 부정경쟁방지에 관한 법률
  - 2. 1896년의 UWG
  - 3. 1909년의 UWG
  - 4. UWG의 보호범의
  - 5. UWG의 적용범위
- III. 독일 경쟁제한금지법
  - 1. 서언
  - 2. GWB의 제정경위
  - 3. GWB의 개정
  - 4. GWB의 보호범의
  - 5. GWB의 적용범위
- IV. UWG와 GWB의 관계
- V. 우리 법에의 시사점

### I. 序 說

독일의 경쟁법(Wettbewerbsrecht)은 기업의 경쟁행위를 규율하는 법

---

\* 법과대학 강사, 비교법연구소 연구원(post-doc), 법학박사.

## 2 比較法學 (第16輯)

규의 총체를 뜻하는 말로서, 경쟁이 있는 경제질서의 존재를 전제로 한다. 경쟁법상의 핵심 내용인 부정경쟁행위나 경쟁제한행위란 일정한 경쟁적 경제질서에서 발생하는 행위의 문제이기 때문이다. 그래서 독일에서는 부정경쟁방지법과 경쟁제한금지법을 통괄하여 경쟁법으로 파악하고 있다. 이들 2개의 법영역은 경제적 경쟁에 관하여 규율하고, 나아가 경제적 경쟁을 보호한다는 측면에서 서로 밀접한 관련을 맺고 있다. 즉 전자는 불공정한 행위를 방지하고, 후자는 경쟁 제한적 행위를 시정한다는 측면에서 결코 대립하는 것이 아니며, 실제로는 서로 보완적인 불가분의 관계에 있다. 부정경쟁방지법은 채무불이행이나 손해배상청구권 등 전형적인 私法的 수단으로 경쟁을 보호하고, 경쟁제한금지법은 연방 카르텔청의 개입을 규정하여 공법적인 요소가 광범위하게 침투하고 있다.<sup>1)</sup>

독일에서 경쟁법이 생성된 계기는 프로이센 공국 내에서 영업의 자유를 처음으로 인정한 1810년의 프로이센 營業稅勅令(preussische Gewerbesteueredikt)과 독일제국 전역에 영업의 자유를 인정한 1869년의 帝國營業令(Reichsgewerbeordnung)의 제정이었다.<sup>2)</sup> 이로 인한 시장의 개방, 즉 일체의 봉건적 속박으로부터의 해방과 더불어 인정된 경제활동의 자유는 경쟁자와 소비자 그리고 공익에 반하는 방향으로 남용되거나 오용될 위험에 노출되어 있었다. 이러한 위험에 대처하고, 모든 사람의 이익을 위하여 자유롭고 공정한 경쟁이 전개될 수 있도록 하기 방안으로 부정경쟁방지법(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 이하 UWG라고 한다)이 1896년 먼저 제정되었고, 그 후 부정경쟁방지법을 개정하는 과정에서 필요에 의하여 1957년 경쟁제한금지법(Gesetz gegen den Wettbewerbsbeschränkungen, 이하 GWB라고 한다)이 제정되었는데, 이 경쟁제한금지법은 광범위한 카르텔 행위를 규율하기 위한 것으로서 카르텔법(Kartellgesetz)이라고도 한다. 따라서 독일의 경쟁법

1) F. Rittner, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 5. Aufl., C.F.Müller, 1995, S. 1.

2) V. Emmerich, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 5. Aufl., C.H.Beck, 1998, S. 2.

은 부정경쟁방지법과 경쟁제한금지법(카르텔법)으로 구성되어 있다. 전자는 우리나라의 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 부정경쟁방지법이라 한다)에 해당되고, 후자는 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 독점규제법이라 한다)에 해당된다.

본 연구에서는 우리나라의 부정경쟁방지법과 독점규제법의 위상과 체계를 검토하고, 그 문제점을 해결하기 위하여 먼저 독일 경쟁법의 구성요소와 체계를 고찰하여 그 시사점을 연구함을 목적으로 한다.

## II. 독일 부정경쟁방지법

### 1. 不正競争防止에 관한 法律

UWG는 기본적으로 경쟁에 있어서 기업의 행위를 규율하는 기업행태법이다. 따라서 경쟁이 존재하는 경제질서를 전제로 하므로, 경쟁이 배제된 경제질서 하에서는 기업의 부정경쟁행위 자체가 존재할 수 없다. 독일의 부정경쟁방지에 관한 법률(Recht gegen den unlauteren Wettbewerb)은 1909년 6월 7일의 현행 UWG를 근간으로, 1932년 3월 9일의 景品令((Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutze der Wirtschaft(Zugabeverordnung))<sup>3)</sup>과 1933년 11월 25일의 가격할인법(Gesetz über Preisnachlässe(Rabattgesetz))<sup>4)</sup> 등의 법률로 구성되어 있다.<sup>5)</sup> 이들 부정경쟁에 관한 법률들은 선량한 풍속(die gutten Sitten)에

3) 경품령은 부정경쟁의 방지를 목적으로 상거래에서 경품을 제공하는 행위를 원칙적으로 금지하고, 예외적으로 사소한 가액의 경품만을 허용한 대통령령이다. 이를 고의로 위반한 경우에는 벌금형을 부과한다.

4) 가격할인법은 부정경쟁의 방지를 목적으로 소비자에게 생활필수품 등을 소매하는 경우에 할인을 제한하고, 현금지급의 경우에는 할인율을 3% 이내로 하며, 대량거래의 경우에는 양에 의한 할인도 상거래상 통상적인 것만 허용하는 법률이다.

#### 4 比較法學 (第16輯)

위배되는 경쟁의 목적을 가진 모든 영업상의 거래행위를 금지하는 UWG 제1조의 일반조항(Generalklausel)<sup>6)</sup>에 의하여 통괄된다. 따라서 UWG상의 부정경쟁에 관한 類型들은 일반조항을 개별화·구체화하는 의미를 가진다.<sup>7)</sup>

### 2. 1896년의 UWG(舊 不正競爭防止法)

영업의 자유를 인정한 1869년의 帝國營業令의 시행은 강력한 경제적 세력들이 봉건적 속박으로부터 해방되어 모든 시장에서 경쟁을 촉진하였고, 이로 인하여 경제의 카르텔화가 야기되어 산업스파이, 부당염가판매 등 부정경쟁현상이 대량으로 발생하였다. 그럼에도 불구하고 제국법원(Reichsgericht, RG)은 처음에는 카르텔행위나 부정경쟁행위를 방관하는 모습을 취하였고, 더 나아가 이를 긍정하고 있어서 적어도 독일에서는 부정경쟁의 개념이 인정되지 않음을 명백히 하여 부정한 음모(unlautern Machenschaften)로부터 경쟁의 보호를 거절하였다. 왜냐하면 商號法(Firmenrecht)과 商標法(Warenzeichenrecht)을 통하여 소비자는 混同으로부터 보호되고 있으므로, 이것으로 독일 내의 부정경쟁은 규율된다고 보았기 때문이다. 그래서 독일에서는 부정경쟁이 사실상 무제한으로 허용되었다.

그 후 1894년 상표법을 개정하는 과정에서 부정경쟁행위를 방지할 수 있는 법률제정의 필요를 인식하게 되었고, 이에 1896년 부정경쟁방지법

5) 이 외에도 1950년 7월 13일의 여름대매출과 겨울대매출에 관한 연방경제장관의 명령(Die Verordnung des Bundeswirtschaftsministers über Sommer- und Winterschlussverkäufe) 등이 있다.

6) §1 【Generalklausel】 Wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstossen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden(영업상의 거래에서 경쟁의 목적으로 선량한 풍속에 반하는 행위를 한 자에 대해서는 중지와 손해배상을 청구할 수 있다).

7) F. Rittner, a.a.O., S. 27f.

(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 27. 5. 1896)을 처음으로 제정하였다. 이 舊 UWG는 시급한 경쟁의 극단적인 폐해만을 우선 규제하기 위한 것이어서 부정경쟁 전반에 관한 보편적인 규율은 고려의 대상에서 제외되었다. 그래서 舊 UWG에서는 오인유발, 영업비방, 營業標識의 모용, 영업비밀의 누설 등에 대해서만 규제를 하였다. 즉 舊 UWG은 부정경쟁 전반에 관한 보편적 규율을 의도한 바 없었으므로, 입법적 결함을 보충하기 위하여 실질적 부정경쟁행위에 해당하는 간접적 거래거절, 부당한 차별대가의 청구, 상호적 배타조건부 거래, 무효인 산업재산권에 기한 침해의 경고, 著名表示의 모용 등의 행위에 대해서는 1900년 시행된 민법(BGB)상의 불법행위규정인 제823조 1항과 제826조를 유추 적용하여 규제를 하였다. 여기서 피침해이익은 인격권 또는 영업권이였다. 그러므로 舊 UWG상의 부정경쟁행위의 법적 성질은 불법행위의 일유형으로 간주되었다.

### 3. 1909년의 UWG(현행 부정경쟁방지법)

1909년의 UWG(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Vom 7. Juni 1909(RGBl. S. 499))는 정당한 경쟁을 포괄적으로 보호하기 위하여 선량한 풍속에 위배되는 일체의 경쟁행위를 일반적으로 금지하는 일반조항을 제1조에서 규정하여 입법적인 흠결을 보완하였다. 이 규정은 부정경쟁을 방지하기 위한 일반조항으로서 부정경쟁의 관련소송에서 빈번하게 적용된다. 또한 이 조항은 부정경쟁행위의 위법성의 판단에 있어서 주관적으로는 경쟁목적의 존재 여부를, 객관적으로는 양속위반의 존재유무를 판단하는 행위규준의 기준이 된다. 따라서 독일의 현행 UWG는 행위규준위반주의에 근거하여 입법된 것이라 할 수 있다.<sup>8)</sup>

8) 독일의 현행 법제 하에서도 부정경쟁을 불법행위의 일유형으로 보고, 부정경쟁방지법을 불법행위법의 특별법으로 보는 견해가 있다. 상세는 V. Emmerich, a.a.O., S. 12ff.

행위규준위반주의는 부정경쟁행위의 중지청구소송에서 원고적격자의 범위에도 반영되어 부정경쟁행위의 중지청구권은 반드시 위법행위의 피해자에 국한되지 않고, 일반적으로 넓은 의미의 경쟁자, 즉 피해자라고 할 수 없는 사업자단체·소비자단체·상공회의소·수공업회의소 등에도 부여되고 있다.<sup>9)</sup> 또한 양속위반의 유무는 판례이론상 공공의 이익보호, 특히 소비자의 이익보호에 초점을 맞추어 평균적 사업자의 양식을 기준으로 판단하고 있다. 그래서 선량한 풍속에 반하는 행위규준의 결정기준은 평균적 사업자이고, 행위규준의 구체적 내용은 소비자의 이익보호를 고려하여 결정된다.<sup>10)</sup>

독일이 행위규준위반주의에 근거하고 있는 것은 일반조항상의 규정뿐만 아니라, UWG에서 오인적 표시행위를 광범위하게 규제 대상으로 하고 있는 것에서도 알 수 있다. 예를 들면 UWG가 규제대상으로 하는 오인적 표시행위에는 오인적 광고(UWG§3·4), 倒産品 및 직판품에 관한 오인적 판매(UWG§6·6a), 오인적 우대판매(UWG§6b), 오인적 대량판매(UWG§7·8) 등이 있다. 이러한 행위의 직접적 피해자는 각각의 소비자이지만, UWG에서 규제의 대상으로 한다. 또한 일반조항에서도 이러한 행위에 대한 중지청구권자로 경쟁자 일반, 소비자단체, 사업자단체, 상공회의소, 수공업회의소를 규정하여(UWG§13 (2)), UWG가 행위규준위반주의에 의한 것임을 명확히 하고 있다.

#### 4. UWG의 保護法益

##### (1) 권리의 객체

UWG의 목적은 통상 불법행위법상의 경쟁자보호로서 UWG에 의하

9) 오인적 광고, 도산품 및 직판품의 오인적 판매, 오인적 우대판매, 비상인에 대한 계속적 판매거래, 오인적 대량판매에 대해서는 경쟁자, 소비자단체, 사업자단체, 상공회의소, 수공업자회의소에 중지청구권을 부여하고 있다(UWG §13 (2)). 또 위반자에게 고의나 과실이 있는 때에는 피해자가 손해배상을 청구할 수 있다(UWG§13 (6)).

10) V. Emmerich, a. a. O., S. 36ff

여 보호되는 경쟁자의 법익을 뜻한다. 이러한 UWG의 보호법익에 관해서는 논란이 있다. UWG의 보호법익은 경쟁자의 부정한 행위로 인하여 이익을 침해당한 영업자의 인격권(Persönlichkeitsrecht)으로, 이 인격권의 객체는 자유로운 영업활동 또는 경쟁관계에서 총체적으로 파악되는 경영자의 이익이라고 하는 견해<sup>11)</sup>와 하나의 포괄적 이익 또는 제도보호(Interessenschutz od. Institutionenschutz)로 보는 견해<sup>12)</sup>가 있다. 후자의 견해에 의하면 UWG의 목적은 우선 경쟁자, 시장참여자 및 일반공중의 이익을 보호하는 객관적 행위규범을 GWB와 함께 정립하여 경쟁질서의 원활한 기능을 담보하기 위한 것으로서 판례의 입장이기도하다.<sup>13)</sup>

## (2) 보호받는 객체

### 1) 경쟁자 보호에서 사회법적 이해로

舊 UWG에서는 부정경쟁행위를 순수한 불법행위법상의 관점에서 BGB 제823조 1항을 적용하여 해결하였다. 그러나 현행 UWG 제13조 1항에서는 그 이익을 침해당한 영업자 외에 일정한 단체에 대해서도 소권을 부여하는 단체소송(Verbandsklage)을 인정하여 UWG는 사회법적 이해로 전개되었다.<sup>14)</sup> 이에 부정한 경쟁으로부터 경쟁자보호는 물론이고, 소비자, 시장참여자 및 공공의 이익보호까지도 도모하게 되었다.

### 2) 소비자 보호

UWG 제1조와 제3조의 해석과 적용에 있어서는 피해경쟁자의 이익만이 고려의 대상이 될 수 없고, 시장전체의 상황이나 소비자의 이익도 포괄적으로 고려대상이 되어야 함이 제13조a 1항에서 나타난다. 이는 피해자 외에 이익단체와 소비자 단체에 소권을 부여하고 있는 점에서도

11) W. Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, C.H.Beck, 1958, S. 207f.

12) V. Emmerrich, a.a.O., S. 15f.

13) B.VerfGE 32, 311(316); BGHZ 35, 329(333).

14) Baumbach · Hefermehl, a.a.O., S. 130; W. Fikentscher, a.a.O., S. 157f.

명백히 인정된다. 그래서 소비자 보호의 측면이 점차 강조됨에 따라 제 1조 일반조항에 관한 해석도 변천될 것을 예측할 수 있다. 예를 들면 암시적 선전(Suggestivwerbung), 비교선전(vergleiche Werbung) 등에 관한 논의를 들 수 있다. 최근 판례에서 나타나는 비교선전의 금지에 대한 완화<sup>15)</sup>등이 UWG에 대한 사회법적 이해로 지적될 수 있을 것이다.

### 3) 공공의 이익

오늘날 UWG의 또 하나의 임무는 공익보호이다. 그래서 공공의 이익 보호라는 관점에서 경쟁의 존속자체를 위협할 수 있는 일정한 경쟁행위는 제1조 일반조항에 의하여 제한될 수 있도록 하고 있는데, 그 대표적 예가 편집된 광고지의 교부행위, 오리지널 상품의 대량배포 행위 등이다. 이에 대하여 UWG는 경제정책상 중립적 위치에 있고, 또한 GWB를 보완하여 경쟁의 배제나 경쟁에 대한 과도한 제한으로부터 경쟁을 보호해야 할 의무를 가지는 것으로 확대하여 해석하고 있다(시장관계상의 공정성(marktbezogene Unlauterheit)). 그런데 이러한 해석과 적용은 법적 안정성을 해할 우려가 있다. 즉 공공의 이익에 대한 내용이 전혀 불확정적인 것이어서 입법정책적 차원에서 고려되어야 할 것이다. 따라서 공공의 이익에 대한 고려는 UWG에 대한 GWB의 총체적 영향 하에서 인정되어야 할 것이다.<sup>16)</sup>

## 5. UWG의 適用範圍

### (1) 서

UWG는 '영업상의 거래(geschäftlicher Verkehr)' 행위와 그 행위가 '경쟁의 목적으로(zu Zwecken des Wettbewerbs)' 행해질 것이 요구된

---

15) BGHZ 42, 134; BGHZ 50, 1.

16) V. Emmerich, a.a.O., S.18.

다. 따라서 UWG의 적용범위를 결정하는데 있어서 기본적으로 검토되어야 할 것은 '특정의 행위가 영업적 거래상의 행위인가'하는 점과 '경쟁의 목적이 존재하는가'의 여부이며, 여기에 해당되지 않는 경우에는 UWG가 적용되지 않고, 민법상의 불법행위법의 적용이 문제될 것이다.

또한 UWG의 적용과 관련하여 문제되는 것은 증가하는 공법인의 경제적 영리활동이다. UWG의 규율대상은 경제적 영리활동에 한정되므로, 국가의 행정활동(hoheitlichen Tätigkeit)과 경제적 영리활동의 구별 문제가 대두된다.

### (2) 영업상의 거래

UWG 제1조의 일반조항과 제3조, 제6조a, 제6조b, 제13조, 제17조, 제18조와 경품령 제1조 및 가격할인법 제1조 등은 영업상의 거래행위에 한정하여 적용된다. 이는 순수한 개인적 활동과 순수한 행정활동을 UWG와 그 부속법령의 적용범위에서 배제하여 적용범위를 경제거래의 영역으로 한정시키기 위한 것이다.

영업상의 거래활동에 해당되는 것으로는 영업목적에 이바지하는 활동과 일체의 활동촉진행위, 즉 경제적 거래활동에 대한 독자적 참여행위이다.<sup>17)</sup> 다만 이러한 행위는 대외적인 것으로, 예컨대 동료직원이나 부하직원 등에 대한 지시 등과 같은 경영 내부적 사항은 포함되지 않는다. 그러나 경제단체가 그 구성원을 위하여 구성원의 경쟁자의 상품을 비방하는 것으로써 경쟁에 개입하는 것은 영업상의 거래행위에 포함된다.

### (3) 경쟁행위, 경쟁의사, 경쟁관계

전술한 바와 같이 UWG는 영업상의 거래행위와 경쟁을 목적으로 행위가 행해질 것이 요구되지만, 경쟁목적의 의미에 대해서는 견해가 나누어진다. 독일의 판례는 경쟁행위(Wettbewerbshandlung)의 개념을 협의로 해석하여 경쟁행위는 항상 그에 상응하는 경쟁의사를 전제로 하

17) BGHZ 19, 299(304); BGHZ 26, 52(58).

고, 이 경쟁의사(Wettbewerbsabsicht)는 경쟁자간의 경쟁관계 내에서 인정되는 것으로 한정하고 있다.<sup>18)</sup> 따라서 경쟁행위로 인정되기 위해서는 우선 행위의 여부를 불문하고 특정인의 경제적 손실 하에 경쟁행위자 자신 또는 제3자의 판매(또는 구매)를 촉진시키는 객관적인 행위가 존재하여야 하고, 그에 상응하는 경쟁의사가 있어야 한다. 따라서 단순히 타인의 영업을 조장하려는 의사로 충분하므로, 경쟁의사가 행위의 유일하고 배타적인 동기일 것을 요하지는 않고, 단지 다른 동기에 상응하는 일정정도를 유지하여야 하는 것으로 평가된다. 그래서 경쟁의사 없이 단순히 타인의 경쟁을 조장하는 단순한 인식(Bewusstsein)은 여기에 해당되지 않지만, 일반적으로 대외적 경쟁행위가 존재하는 경우에는 영업자가 그에 상응하는 경쟁의사를 가진 것으로 추정된다.<sup>19)</sup> 그리고 다른 경쟁자의 경제적 손실 하에 자기나 제3자의 경쟁을 촉진시키려는 의사는 구체적인 경쟁관계의 틀 속에서 인정될 수 있다. 그러므로 경쟁행위는 경쟁관계(Wettbewerbsverhältnis)의 존재를 전제로 하고, 이 경쟁관계는 공급자 사이에는 물론이고, 수요자 사이에도 존재할 수 있으므로, 수요경쟁도 역시 UWG의 규율대상이 된다.

그런데 판례에서는 경쟁관계를 인정함에 있어서 영성한 태도를 취하고 있는 것으로 평가된다. 일반적으로 경쟁자는 동일한 업종과 동일한 경제적 등급에 속하는 것이 중시되지만, 필수적 조건은 아니다. 비록 직접 상대방의 고객이 다른 거래권에 속하는 경우에도 판매에서 상대방을 방해할 수 있는 상품이나 급부가 호환 가능한 것이면 충분하기 때문이다(간접적 경쟁관계). 이 때 판매에 대한 간접적 침해위험이 인정되고, 이로 인하여 서로 다른 경제적 등급에 속하는 자 사이에서 경쟁관계가 발생할 수 있으며, 나아가 전혀 다른 업종에 속하는 자 사이에서도 동일한 고객을 대상으로 한 경쟁관계가 존재할 수 있기 때문이다.<sup>20)</sup>

18) RGZ 50, 107; BGHZ 3, 270; GRUR 1960, 384.

19) BGHZ 3, 270; BGH, GRUR 1962, 34(36).

20) 대표적인 예로는 BGH, LM§1UWG Nr. 240.

그러나 UWG상의 금지청구권의 행사와 관련하여 UWG 제13조에서는 구체적 경쟁관계의 존재를 요하지 않고, 또한 공급자간에 비슷하거나 동일한 제품이 존재하는 것과 같은 추상적 경쟁관계의 충족으로 충분하다고 하여, 구체적 경쟁관계는 전보손해배상청구에서 의미가 있다고 평가된다