

## 상호전용권과 공정한 경쟁

저자: 정상조

발행년도: 1996

문헌: 상사판례연구

권호: I 권 (1996년)

출처: 삼영사

일자: 1970.9.17

번호: 70다1225, 1226

[46]

### [사실의 개요]

\_ 원고회사는 1958년 설립 당시에 천일한약주식회사라는 상호를 등기하였다가 1962. 6. 27. 위 상호를 현재의 상호인 '주식회사 천일약방'으로 하는 변경등기를 경료한 후에도 1966. 6. 9. 경까지 종전의 상호인 천일한약주식회사라는 상호를 사용하여 왔다. 피고는 원고가 주식회사 천일약방이라는 상호를 등기한 후 정당한 사유없이 2년간 사용하지 아니하였기 때문에 폐지된 것으로 간주하면서 '주식회사 천일약국'이라는 상호를 사용하였다. 이에 원고는 사용중인 상호 '주식회사 천일약방'에 대한 상호전용권을 주장하였고, 피고는 원고의 등기된 상호 '주식회사 천일약방'이 2년간의 불사용으로 인하여 폐지된 것이기 때문에 자신의 '주식회사 천일약국'이라는 상호를 계속 사용할 수 있는 것이라고 항변하였다.

### [판결요지]

\_ '주식회사천일약방'과 '천일한약주식회사'는 '천일'이라는 중요부분상으로 보아 유사상호로 볼 수 있으나 하는 점은 별론으로 하되 위 두 개의 상호를 가리켜 상법상 동일상호라고는 할 수 없고, 또 원고는 앞에서 본 바와 같이 현재의 상호인 주식회사 천일약방이라는 상호를 등기한 후 그 상호를 2년 이상 사용하지 아니한 데 대한 정당한 사유 있음을 찾아 볼 수 없는 본 건에 있어서는 원고의 본 건 상호는 폐지한 것으로 간주되었다고 보아야 할 것이다.

[47]

## [평 석]

### I. 상호의 사용과 폐지

#### 1. 상호의 단일성

– 우리 상법은 원칙적으로 상호를 자유롭게 선정하여 사용할 수 있도록 하고 상호의 등기도 의무화되어 있지 않다.주1) 상호선정의 자유가 원칙적으로 보장되지만, 회사인 경우에 회사임을 표시해야 하고 상법상의 회사종류를 명기해야 한다든지 동일한 영업에 하나의 단일한 상호를 사용해야 한다든지 또는 영업주체를 오인케 하는 상호를 사용할 수 없다고 하는 제한이 있다.주2) 특히 우리 상법은 동일한 영업에 하나의 단일한 상호를 사용해야 한다고 하는 상호의 단일성을 명시적으로 규정하고 있는데, 이는 상호의 선정·등기·사용 모두에 있어서 상호의 단일성을 요구하는 것으로 보인다. 본 사례에서는 원고가 등기된 상호와 다른 상호를 계속적으로 사용해 오고 있어서 그러한 의미의 상호의 단일성을 해한다는 측면이 있고 대법원이 등기된 상호와 동일하지 아니한 상호를 계속적으로 사용해 온 점을 상호폐지의 사유에 해당되는 것으로 보는 것도 바로 그러한 측면을 중시한 것으로 이해된다. 그러나 엄격히 말해서 상법상 상호의 단일성을 강제할 직접적인 제재수단은 없다. 이러한 점에서 상표법이 "등록상표와 유사한 상표를 사용함으로써 수요자로 하여금 혼동을 생기게 한 경우"주3) 를 상표등록취소의 사유로 규정하고 있는 것과 대비된다.

#### 2. 상호의 폐지

– 본 사례에서 대법원은 원고가 등기된 상호와 유사하지만 동일하지 아니한 상호를 계속적으로 사용해 왔기 때문에 원고의 등기상호는 폐지된 것으로 간주한다고 판시하였다. 본래 상호폐지를 간주하는 상법규정은 상표법이 3년간 계속적 불사용에 대하여 상표취소심판 청구사유로 규정한 것과 마찬가지로의 취지에서, 타인의 상호선정의 자유를 부당히 제한하는 결과가 초래되는 것을 방지하기 위하여 마련된 것이기 때문에,주4) 등기상호와 유사한 상호를 사용하더라도

[48]

등기상호와 동일한 상호를 2년 이상 사용하지 아니한 경우에 엄격히 상호폐지로 간주하는 것이 상호폐지에 관한 상법규정의 취지에 충실한 입장일 것이다. 다만, 우리 상법은 구체적으로 무엇이 상호사용에 해당되는지에 관한 명시적인 규정을 두지 않고 있는바, 예컨대 상호를 상품에 부착하여 마치 상표처럼 사용하는 것도 상호사용에 해당되는가 또는 자신의 상호를 전자우편 주소(domain name)로 사용하는 것만으로도 상호사용이 있다고 인정될 수 있는지 등이 문제될 수 있을 것이다.

– 그러나 다른 한편으로 우리 상법은 상호등기가 의무화되어 있지 않고 미등기상호에 대해서도 상호권이 부여되어 있으며,주5) 미등기상호를 사용하는 자도 타인이 부정한 목적으로 영업주체를 오인케 하는 상호를 사용하지 못하도록 금지 또는 폐지를 청구할 수 있는 상호전용권을 가지는바, 본 사례에서와 같이 등기상호가 폐지된 것으로 간주되더라도 그와 유사한 미등기상호에 대해서 상호전용권 등을 행사할 수 있기 때문에 상호폐지의 간주가 무슨 의미를 가지게 되는지 의문시된다. 미등기상호에 대해서 인정되는 상호전용권은 타인이 동일한 상호뿐만 아니라 유사한 상호까지도 사용하지 못하도록 하는 권리이기 때문에, 본 사례에서와 같이 등기상호가 폐지된 것으로 간주되더라도 그와 유사한 미등기상호에 대한 상

호전용권이 그대로 존속하고 있어서 타인이 폐지된 등기상호를 여전히 사용할 수 없게 되는 결과로 된다면 상호폐지간주가 무의미하게 되기 때문이다. 다시 말해서 미등기상호에 대해서 널리 상호전용권을 부여하면서 등기상호에 대해서는 엄격한 폐지간주제도를 두는 것은 상호모순되거나 최소한 균형이 맞지 않는 것이다. 미등기상호에 대한 상호전용권의 부여에 상응하도록 등기상호의 폐지요건을 완화하여 동일 또는 유사한 상호를 2년간 불사용한 경우로 하거나 또는 미등기상호에 대해서는 상호전용권을 부여하지 말고 부정경쟁방지법 등에 의하여 보호되도록 분리하는 방안을 생각해 볼 필요도 있을 것이다.

## II. 등기상호와 미등기상호의 충돌

\_ 위에서 살펴본 바와 같이 본 사례에서 원고의 등기상호가 폐지된 것으로 간주하는 것도의문시되지만, 설사 원고의 등기상호가 폐지된 것으로 간주하더라도 원고가 자신의 미등기상호에 대한 상호전용권을 행사하면서 피고의 상호

[49]

사용을 금지해 주도록 청구할 수 있다면 어떻게 되는가? 또는 그 반대로 피고는 원고의 등기상호의 폐지를 청구할 수 있을 뿐만 아니라 자신의 등기상호에 대한 상호전용권을 근거로 하여 원고의 미등기상호의 사용도 금지시킬 수 있는가?

\_ 원고의 등기상호가 폐지된 것으로 간주된다고 하여라도 원고는 상호변경등기 이전부터 현재의 미등기상호를 계속하여 사용해 왔기 때문에 자신의 미등기상호에 대한 상호전용권에 근거하여 피고의 등기상호의 사용을 금지해 주도록 요구할 수 있는 것으로 보인다. 폐지된 상호와 유사한 상호를 사용하는 것은 무방하지만 그러한 사실만으로 피고의 상호가 원고의 미등기상호에 대한 상호전용권행사에 대항할 수 있는 필요충분한 항변으로 될 수는 없기 때문이다. 즉 피고가 자신의 상호가 원고의 등기상호와 거의 동일하고 원고의 미등기상호와 유사하다는 사실을 알면서도 자신의 상호를 사용하기 시작하였다면 부정한 목적으로 타인의 영업으로 오인할 수 있는 상호를 사용한 것이 되어 사용이 금지되는 것이 우리 상법의 입장일 것이다. 이와는 반대로 피고가 자신의 상호가 등기되어 있음을 이유로 하여 원고의 미등기상호의 사용을 금지할 수 있는지 여부에 관해서는, 원고가 변경등기 이전부터 미등기상호를 계속적으로 사용해 왔기 때문에 원고에게 부정한 목적이 있다고 보기 어렵다고 보여진다. 따라서 원고는 자신의 등기상호가 폐지된 것으로 간주되는 경우에도 자신의 미등기상호를 계속 사용할 수 있는 데 반하여 피고는 자신의 등기상호까지도 사용할 수 없게 되어서, 결과적으로 미등기상호가 등기상호에 우선하는 효력을 가질 수 있게되고 상호등기의 실익을 반감케 하는 결과로 될 수 있다.

## III. 상호제도의 입법론적 재검토

\_ 우리 상법상 회사인 경우에 한해서 회사임을 표시하는 문자를 상호에 사용할 수 있기 때문에, 주6) 원·피고 모두 그 상호로 보아 주식회사라고 보여지고 주식회사는 상호를 기재한 정관과 함께 설립등기를 함으로써 비로소 성립되는데, 주7) 원·피고의 상호가 등기되었다는 것은 원·피고 모두 자신의 상호를 적법하게 사용할 수 있다는 것을 의미하는 것은 아닌지 그리고 등기를 담당하는 법원이 등기상호의 동일성 및 유사성 심사는 해야 하는 것은 아닌지 하는 입법론적인 문제를 생각해 볼 필요가 있다. 앞에서 살펴본 바와 같이 미등기상호가

등기

[50]

상호에 우선하는 효력을 가지게 된다든지 또는 등기될 상호의 기존 상호와의 동일성 등에 관한 아무런 심사가 이루어지지 아니함으로 인하여 상호등기제도의 의미가 크게 줄어들게 되기 때문이다. 특히 이번 상법 개정에서 상호의 가등기에 관한 제도를 신설하여주8) 동일 또는 유사한 상호에 대한 타인의 선점을 방지할 수 있는 제도적 장치를 두고자 한 것은 진 일보한 것이지만, 상호의 동일성 여부에 관한 실질적 심사가 전제되어 있지 않고 미등기상 호에 관한 상법제도에도 아무런 변화가 없기 때문에, 상호등기제도에 관한 기존의 문제는 여전히 남아 있게 되어 있다.

\_ 예컨대, 널리 알려진 상호가 등기된 지역과 다른 지역에서 동일한 상호가 등기된 경우에 두 지역의 등기상호간의 관계는 어떻게 되는지 그리고 그러한 경우에 등기상호와 다른 지역의 상호권자로부터 허락을 받아서 상호를 사용하는 미등기상호 사용자와의 관계는 어떻게 되는지 등의 문제도 제기될 수 있다. 비교적 최근 사례로서, 신청외 망 김동환이 1944년 서울 종로 2가에서 '고려당'이라는 상호 및 상표로 양과자 제조·판매업을 개시하여 1945. 9. 1. 위 상호로 영업감찰을 받은 이래 같은 업체를 경영하여 오던중 1971. 10. 1. 그의 후손들에 의하여 '주식회사 고려당'이 설립되어 40년이 지난 지금까지 동일한 상표와 상호로 같은 영업을 계속해 오면서 '고려당'이란 표장을 선전해 왔다는 사실은 주지의 사실인데, 피신청인은 1991. 8. 1. 위 회사와 위 회사 제품의 마산대리점계약을 체결함에 있어 위 회사의 상표인 '고려당'을 상품에 관한 광고, 간판 등에 사용할 수 있는 권리도 취득하였고, 피신청인은 위 회사 마산대리점을 개점·운영함에 있어 위 회사의 연혁과 그 관계를 표시하기 위하여 'SINCE 1945 신용의 양과 서울 고려당 마산분점'이라는 간판을 사용하였으나, 같은 마산시에서 1959년 7월 1일부터 이미 '고려당'이라는 상호를 등기하여 사용해 오던 신청인은 피신청인이 부정한 목적으로 동일한 상호 '고려당'을 사용한 것이므로 동상호의 사용의 금지가처분을 신청하였다. 여기에서 대법원은 서울 고려당으로부터 상호사용허락을 받아서 상호를 사용하는 자는 마산에서 고려당이라는 상호로 동일한 영업을 수행하는 피신청인의 명예와 신용을 이용하고자 하는 의도가 없었기 때문에 부정한 목적이 결여된 것이라고 판시하였다.주9) 이 사건은 상이한 지역에 동일한 상호가 등기됨으로써 제기될 수밖에 없는 분쟁의

[51]

하나에 불과한 것이다. 등록된 상표는 전국적인 효력을 가지지만 상호는 등기된 경우에도 적극적인 효력을 가지지 못하다고 하는 차이점이 잘 드러난 사건이기도 하다.

### 1. 상표와 상호

\_ 그러한 문제들은 상호에 관한 상표법과 부정경쟁방지법상의 제도를 비교·연구해 봄으로써 해석론 또는 입법론적인 해결책에 도달할 수 있게 될 것이다. 우선, 상표법상의 상표와 상법상의 상호와의 관계를 살펴보면 양자 모두 상인의 명칭으로 사용되는 표시에 대한 보호제도라는 점은 마찬가지이다. 그러나 상표는 심사를 거쳐서 등록됨으로써 상표권보호의 대상이 되는 것을 원칙으로 하고 있는 데 반하여 상호는 등기 여부에 관계없이 상법상 일정한 보호의 대상이 되고 실질적인 심사 없이도 등기된다. 또한, 등록상표는 지역적 제한없이 당해 상표의 사용에 대한 배타적 권리가 부여되는 데 반하여, 상호는 등기를 한 시·읍면 내로 한정된 보호대상일 뿐이다. 다만, 우리 상표법은 저명한 타인의 상호를 포함한 상표는 등록받을 수 없는 것으로 규정하고 있어서 저명한 타인의 상호는 상표법에 의하여 간접적으로

보호될 수 있다.주10)

## 2. 부정경쟁방지법과 상법상의 상호

– 부정경쟁방지법과 상법 모두 상호의 등기를 요구함이 없이 법적 보호를 부여하고 있는 점은 마찬가지로이지만,주11) 상법은 부정한 목적으로 타인의 상호를 사용하는 것을 금지하고 있는 데 반하여 부정경쟁방지법은 부정한 목적의 입증을 필요로 하지 않는다. 또한, 상법은 상인에 관한 법제도이기 때문에 영리를 목적으로 하는 상인의 상호만을 보호하고 있는 데 반하여, 부정경쟁방지법은 공정한 경쟁질서를 확보하는 것을 주된 목적으로 하고 있을 뿐이지 영리목적의 상인을 보호하는 것을 목적으로 삼고 있지 않기 때문에 영리를 목적으로 하는 상인의 상호뿐만 아니라 비영리단체의 명칭이나 표지를 이용하여 소비자의 혼동이나 오인을 초래하는 행위까지도 포함하는 것으로 해석된다.주12)

[52]

## 3. 상표법과 부정경쟁방지법

– 상표법은 상표에 체화된 신용 등에 관한 개인적 권리를 보호함으로써 간접적으로 공정한 거래질서 또는 경쟁질서를 확보하는 데 반하여, 부정경쟁방지법은 상표에 제한되지 않고 널리 상품이나 영업 또는 원산지·생산지·품질 등에 관한 혼동이나 오인을 초래하는 행위를 금지함으로써 공정한 경쟁질서를 확보하는 것을 목적으로 하고 있다. 양 법제도는 주된 법목적이나 구체적 방법론에 있어서는 차이가 있지만 공정한 경쟁질서의 확보에 긴요한 법제도라는 점에서는 공통된 측면을 가지고 있다.

– 상표법은 구체적인 사용 여부에 크게 영향받지 않고 등록상표와 동일하거나 유사한 상표의 사용을 금지하는 데 반하여, 부정경쟁방지법은 구체적인 업계에서의 거래를 전제로 하여 현실적으로 소비자들의 혼동·오인이 초래될 위험이 있는 경우에 한해서 상표 등의 사용을 금지하게 된다. 또한, 부정경쟁방지법상의 부정경쟁행위는 상표권침해행위와는 달라서 반드시 등록된 상표와 동일 또는 유사한 상표를 사용하는 것을 요하는 것이 아니고 등록 여부와 관계없이 국내에 널리 인식된 타인의 상품표지와 동일 또는 유사한 것을 사용하며 충족된다.주13)

## IV. 결 론

– 본 사례에서 대법원은 등기상호의 상호권자로 하여금 등기된 상호와 동일한 상호를 사용하도록 요구하고 등기상호와 유사한 상호를 사용하는 것만으로는 등기상호폐지의 간주를 피할 수 없다는 점을 분명히 함으로써, 상호선정의 자유를 보장하고자 하는 상법의 취지에는 충실한 입장을 취하고 있다. 그러나 현행 상법은 미등기상호에 대해서도 상호전용권을 부여하고 있고 상호전용권은 타인이 유사한 상호를 사용함으로써 영업주체의 혼동을 야기하는 경우에까지 미치도록 되어 있으며, 상호등기에 있어서 기존 등기상호와의 동일성 여부에 관하여 아무런 심사도 요구하고 있지 않기 때문에, 상호의 폐지를 간주하는 것만으로는 타인의 신용을 부당히 이용하지 아니하면서 자유롭게 상호를 선정하여 공정한 경쟁을 할 수 있도록 유도하기는 상당히 어렵게 되어 있지 않은가 생각된다.

\_ 본 사례는 상법상 상호폐지간주에 관한 법규정의 해석의 문제에서 나아가

[53]

보다 근본적인 문제로서, 상호등기의 공신력과 미등기상호의 상법상 보호제도에 상당한 의문을 제기하는 계기를 제공해 주고 있고, 특히 현행 상법상 예정된 상호의 전통적 기능과 오늘날 상호가 가지는 경제적 기능·가치와의 괴리에 적절히 대응하기 위한 입법적 해결책을 모색하지 않을 수 없게 한다. 상호가 단순히 상인의 동일성을 확보하기 위한 명칭으로서의 의미만을 가지는 것이 아니라 상인의 신용이 체화된 표식로서 재산적 가치 있는 권리의 객체로 인식되고 있기 때문에 유사한 기능을 수행하는 상표 등에 관한 지적재산권법제도와 비교·연구가 이루어지는 것이 필요하다. 특히 상표법 등의 지적재산권법이 등록된 상표와 등록되지 아니한 저명상표의 효과 및 보호방법을 전혀 달리하고 있는 것처럼, 상법상 상호의 등기에 대해서도 부정목적의 추정 이상의 커다란 차별적 효과를 부여하거나 등기상호와 미등기상호를 구별하여 상법과 부정경쟁방지법이 역할을 분담하는 방안들을 검토해 볼 필요가 있다. 또한, 산업재산권 등록의 전산화와 마찬가지로 상호등기의 전산화를 통하여 등기신청된 상호와 기존 상호와의 동일성 심사는 신속하게 이루어질 수 있도록 해야 상호등기의 의미가 커질 것이다. 이러한 입법론적 해결책을 통하여 상호권의 효율적인 보호와 상호에 부착된 신용을 둘러싼 공정한 경쟁의 질서를 도모할 수 있게 될 것으로 기대된다.

---

주1)

참고로 독일에서는 상호공시의 원칙에 따라서 개인기업도 자신의 상호를 등기해야 하고 등기된 상호에 대해서만 상호전용권이 부여된다.

주2)

[상법 제18조 내지 제23조.](#)

주3)

[상표법 제73조 제1항 제2호.](#)

주4)

[최기원, 상법총칙·상행위, 경세원, 1994, 180면.](#)

주5)

[상법 제23조.](#)

주6)

[상법 제19조](#) 및 [제20조](#).

주7)

[상법 제172조](#) 및 [제289조](#).

주8)

개정[상법 제22조의2](#).

주9)

[대법원 1993.7.13. 선고, 92다49492 제2부 판결 상호사용금지 등 가처분 이의](#).

주10)

[상표법 제7조](#); 독일상표법 제24조는 무단으로 타인의 상호를 상품이나 포장 또는 광고 등에 이용하는 행위를 금지하고, 타인의 상호를 고의 또는 과실로 이용하는 자는 손해배상의 책임도 지도록 하고 있다.

주11)

그러나 독일에서는 등록된 상호에 대해서만 상호전용권이 부여되고 미등록상호에 대해서는 부정경쟁방지법에 의한 보호만이 인정되어 상법과 부정경쟁방지법이 역할을 분담하고 있다.

주12)

[정호열, 부정경쟁방지법론, 삼지원, 1993, 128면](#).

주13)

[대법원 1981.9.22. 선고, 81도649 제3부 판결. 상표법위반, 부정경쟁방지법위반](#).