

저작권법상 비침해행위와 부정경쟁방지법 일반조항의 적용범위

# 저작권법상 비침해행위와 부정경쟁방지법 일반조항의 적용범위

연구수행기관 한국저작권위원회  
 연구책임자 송선미



# 저작권법상 비침해행위와 부정경쟁방지법 일반조항의 적용범위

---



본 보고서의 내용은 연구원의 개인적인 견해로 한국저작권위원회의 공식적인 견해와 다를 수 있습니다.

제1장 서론	9
제1절 연구 배경 및 목적	9
제2절 연구 방법 및 범위	10
제2장 부정경쟁행위에 대한 일반적 고찰	12
제1절 부정경쟁행위의 의의	12
1. 부정경쟁행위의 개념	12
2. 부정경쟁행위와 불법행위	13
(1) 불법행위 개요	13
(2) 부정경쟁행위와 불법행위 책임의 관계	14
제2절 부정경쟁행위의 규제	16
1. 부정경쟁방지법의 기원	16
(1) 개요	16
(2) 주요 내용	17
2. 부정경쟁방지법의 의의	18
(1) 개요	18
(2) 주요 연혁	21
3. 부정경쟁방지법과 타 법과의 관계	22
(1) 부정경쟁방지법과 지식재산권법	22
(2) 부정경쟁방지법과 공정거래법	23
제3절 부정경쟁방지법의 입법례	28
1. 국제조약	28
(1) 파리협약	28
(2) WIPO 부정경쟁행위에 대한 보호에 관한 모델조항	30
(3) WTO/TRIPs 협정	32
2. 해외 입법례	33
(1) 유럽연합의 불공정한 상관행 지침	33
(2) 독일	34

(3) 미국	38
(4) 일본	41
<b>제3장 부정경쟁방지법 일반조항에 대한 고찰</b>	<b>43</b>
<b>제1절 부정경쟁방지법 일반조항의 개요</b>	<b>43</b>
1. 입법 배경	43
2. 일반조항의 의의	45
3. 타 부정경쟁행위 조항과의 관계	46
(1) ‘그 밖에’	46
(2) 실무의 태도	47
<b>제2절 일반조항의 적용 요건</b>	<b>48</b>
1. 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등	48
(1) 경쟁 관계	48
(2) 성과	49
(3) 트레이드 드레스의 보호	51
2. 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법	53
(1) 의의	53
(2) 사용	54
3. 경제적 이익의 침해	55
4. 특별한 사정	57
(1) 의의	57
(2) 법원의 판단	58
<b>제3절 퍼블리시티 보호에 대한 일반조항의 적용</b>	<b>59</b>
1. 퍼블리시티권의 개요	59
(1) 의의	59
(2) 법원의 태도	59
2. ‘BTS’ 사건	61
(1) 사실관계	61
(2) 법원의 판단	61
(3) 검토	62
3. 타목의 신설에 의한 보호	62

<b>제4장 저작권의 보호범위와 일반조항의 적용</b> .....	<b>64</b>
<b>제1절 저작권의 보호범위</b> .....	<b>64</b>
1. 개요.....	64
2. 아이디어·표현 이분법.....	65
(1) 의의.....	65
(2) 아이디어와 표현의 구분.....	66
(3) 아이디어 보호에 대한 일반조항의 적용.....	67
3. 창작성.....	68
(1) 의의.....	68
(2) 판단.....	69
<b>제2절 저작권법상 비침해행위와 일반조항의 적용</b> .....	<b>70</b>
1. 저작권법상 비침해행위 유형.....	70
2. 일반조항 도입 이전의 사례.....	71
(1) ‘네이버 광고 검색’ 사건.....	71
(2) ‘성형외과 홈페이지’ 사건.....	72
3. 일반조항 도입 이후의 사례.....	73
(1) ‘광고 콘티’ 사건.....	73
(2) ‘브루마블 게임’ 사건.....	74
(3) ‘포레스트 매니아’ 사건.....	75
(4) ‘솔섬’ 사건.....	77
(5) ‘부동산 매물정보’ 사건.....	78
(6) ‘한자 교감·표점’ 사건.....	79
(7) 검토.....	80
4. 저작권법상 비침해행위와 일반조항 적용 여부.....	81
<b>제3절 지식재산의 보호와 일반조항의 적용</b> .....	<b>82</b>
1. 개요.....	82
2. 지식재산 유형별 사례.....	83
(1) 디자인 관련 사례.....	83
(2) 상표 관련 사례.....	86
(3) 특허 관련 사례.....	88
3. 검토.....	89
 <b>제5장 결론</b> .....	 <b>91</b>

## 저작권법상 비침해행위와 부정경쟁방지법 일반조항의 적용범위

부정경쟁방지법 제2조 카목은 ‘그 밖에 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위’를 부정경쟁행위의 한 유형으로 규정하고 있다. 이 조항은 새로이 등장하는 경제적 가치를 지닌 무형의 성과를 보호하고, 입법자가 부정경쟁행위의 모든 행위를 규정하지 못한 점을 보완하여 법원이 새로운 유형의 부정경쟁행위를 좀 더 명확하게 판단할 수 있도록 함으로써, 변화하는 거래 관념을 반영하여 부정경쟁행위를 규율하기 위해서 도입되었다고 입법 이유를 밝히고 있다. 지식재산에 대한 일차적인 보호는 개별 지식재산권법을 통해 이루어지고 있다. 저작권법을 비롯한 지식재산권법은 각 법이 보호하고자 하는 지식재산의 요건을 엄격하게 규정하고 이를 충족하는 경우에는 독점배타적인 권리를 부여하여 보호하고 있다. 그러나 개별 지식재산권법의 보호 요건을 충족하지 못한 지식재산 성과물에 대해서는 일반 공중의 자유로운 이용이 가능하도록 하고 있다. 저작권법의 경우 형식적으로는 저작물의 유형으로 보이나 저작권법에서 규정하고 있는 저작물성을 갖추지 못하여 저작권법의 보호 대상인 아닌 아이디어를 대표적인 예로 들 수 있다. 이외에도 저작물의 요건을 갖추고 있지만 저작권 제한 규정 등에 의해 저작물의 자유로운 이용이 가능한 경우, 저작권 보호기간이 만료된 저작물을 이용하는 경우도 저작권법상 일반 공중의 자유로운 이용이 허용되는 경우이다. 저작권 보호기간이 만료된 저작 성과물을 모방하는 행위와 타인의 저작 성과물을 모방한 행위가 저작권 제한 규정 등에 해당하는 경우에는 부정경쟁방지법 제15조에 의해 저작권법이 우선 적용되기 때문에 부정경쟁방지법 일반조항의 적용을 논할 영역이 아니다. 부정경쟁방지법 제15조 규정이 없다고 하더라도 이러한 경우에 일반조항의 적용을 인정한다면 이는 저작권법을 우회하여 저작권법이 허용하는 행위를 금지하는 결과를 가져오는 것이기 때문에 허용해서는 안 될 것이다. 따라서 저작 성과물과 관련하여 부정경쟁방지법 일반조항의 적용이 문제가 되는 경우는 저작물성을 갖추지 못하여 저작권법의 보호 대상이 아닌 경우에 한정된다. 부정경쟁방지법 일반조항의 적용이 가능한 경우라고 하더라도 저작권법에서 보호하지 않는 저작 성과물은 자유

롭게 이용할 수 있는 것이 원칙이므로 적용 여부에 대한 해석은 엄격하고 신중하게 이루어져야 한다. 부정경쟁방지법 일반 조항을 적용하여 자유로운 모방행위를 제한하기 위해서는 공정하고 자유로운 경쟁질서에 비추어 정당화될 수 없는 ‘특별한 사정’이 있는 경우에만 허용될 수 있도록 하는 것이 타당하다. 다소 포괄적으로 규정되어 있다는 일반조항이 가지는 한계를 극복하고 부정경쟁방지법의 지식재산 보호에 대한 보충적 지위를 충실하게 수행하기 위해서는 ‘특별한 사정’에 대한 판단은 일반 조항의 바람직한 운용을 위해서 법원이 반드시 고려해야 하는 요소라고 본다.

## General Clause of Unfair Competition Law and Non-Infringement of Copyright

Article 2 (k) of the Unfair Competition Prevention Act stipulates that 'Acts that infringe on the economic interests of others by using the results of other people's considerable investment or effort for their own business without permission in a way that goes against fair commercial practices or competition order' is defined as a type of unfair competition. This provision protects intangible performance with newly emerging economic value and compensates for the failure of the legislator to stipulate all acts of unfair competition so that the court can more clearly determine new types of unfair competition. The primary protection of intellectual property is achieved through individual intellectual property laws. Intellectual Property Law, including the Copyright Act, strictly stipulates the requirements for intellectual property to be protected by each law and when the condition is satisfied, it is protected by granting exclusive right. However, the public is allowed to use intellectual property performance freely that do not meet the protection requirements of individual intellectual property laws. For example, an idea is not protected by Copyright Law so the public can use the idea freely under the Copyright Law. If the copyright protection period has expired or the reproduction of the work falls under the copyright restrictions, etc. is not an area to discuss. Even if there is no provision in Article 15 of the Unfair Competition Prevention Act, if the application of the general provisions is accepted in this case, it should not be allowed because it bypasses the Copyright Act and results in prohibiting the acts permitted by the Copyright Act. Therefore, the case where the application of the general provisions of the Unfair Competition Prevention Act becomes a problem with respect to the work is limited to cases that are not subject to the protection of the Copyright Act because they do not possess the characteristics of the work. Even if the general provisions of the Unfair Competition

Prevention Act can be applied, in principle, works that are not protected by the Copyright Act can be freely used. In order to restrict free copying by applying the general provisions of the Unfair Competition Prevention Act, it is appropriate to allow it only when there are 'special circumstances' that cannot be justified in the light of fair and free competition. In order to overcome the limitations of the general provisions that are somewhat comprehensive and faithfully fulfill the supplementary status of intellectual property protection under the Unfair Competition Prevention Act, judgment on 'special circumstances' is a factor that the court must consider for the desirable operation of the general provisions.



## 제1장

## 서론

## 제1절 연구 배경 및 목적

부정경쟁방지법 제1조는 국내에 널리 알려진 타인의 상표·상호 등을 부정하게 사용하는 등의 부정경쟁행위와 타인의 영업비밀을 침해하는 행위를 방지하여 건전한 거래질서를 유지함을 목적으로 하고 있다. 우리의 경우 부정경쟁방지법은 지식재산권법의 일종으로 분류하는 것이 일반적인 태도이다. 저작권법이나 특허법이 독점배타적인 권리를 부여하여 저작물이나 발명을 보호하는 것과는 달리 부정경쟁방지법은 지식재산 성과물을 이용한 부정한 경쟁행위를 규제하는 방식으로 지식재산을 보호하고 있다. 아이디어, 미등록 상표 등과 같이 지식재산 성과에 포함될 수 있는 대상이지만 각 법에서 요구하고 있는 요건을 충족하지 못하여 개별 지식재산권법의 보호가 인정되지 않는 경우에는 보충적으로 부정경쟁방지법의 부정경쟁행위 금지 규정을 통해 보호를 받을 수 있다.

부정경쟁방지법은 상품표지를 이용한 소비자 혼동행위를 금지하는 것으로부터 시작되었고 그 규율 영역은 도메인, 상품형태, 영업비밀 등으로 확대되었다. 부정경쟁방지법 일반조항은 새로운 기술 환경하에서 다양한 형태의 지식재산 성과물들이 출현하고 있음에도 불구하고 이를 이용한 부정한 경쟁행위를 적절히 규제하고 있지 못하다는 한계를 인식하고 도입하게 되었다.

부정경쟁방지법 제15조는 부정경쟁방지법과 개별 지식재산권법의 내용이 저촉되는 경우 개별 지식재산권법이 우선 적용된다고 규정하여 부정경쟁방지법의 보충적 지위를 명시하고 있다. 이 조항은 저작권법과의 관계는 규정하고 있지 않았으나 일반조항을 도입하면서 저작권법에 대한 내용도 규정하게 되었다. 이전까지 부정경쟁방지법이 금지하고 있던 부정경쟁행위 유형은 저작권법과 관련성을 찾기 어려운 행위들이어서 부정경쟁방지법과 저작권법의 관계를 규정해야 할 필요가 없었다. 그러나 일반조항을 도입하면서 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과에 상표나 디자인 이외에 저작 성과물이 포함될 수 있게 되면서 저작권법과 부정경쟁방지법의 관계를 규정하게 되었다. 따라서 저작권법과 부정경쟁방지법의 관계에 대한 검토는 일반조항의 도입으로 인해 의미를 가지게 되었다고 볼 수 있다.

다른 부정경쟁행위 유형들이 그 요건을 구체적인 규정하고 있는 것과 달리 일반조항은 적용 요건의 포괄성으로 인해 금지되는 행위의 구체적인 내용이 개별 사건에서 법원의 해석을 통해 확인된다는 한계가 있다. 법원은 일반조항을 통해 저작권법의 보호 대상이 아닌 아이디어, 트레이드 드레스 등에 대한 보호를 인정하였고 최근에는 퍼블리시티에 대한 보호를 인정하는 판결을 내리기도 하였다. 일반조항을 잘 운용한다면 입법자가 미처 예상하지 못했던 새로운 형태의 부정경쟁행위에 신속하게 대응할 수 있다는 장점도 있겠지만 다른 한편으로는 자유로운 모방이 가능했던 공공의 영역을 부정경쟁방지법이 제한하여 기존의 법질서 체계를 혼란시키고 자유로운 경쟁질서를 저해할 수 있다는 더 큰 위험이 있다.

본 연구에서는 부정경쟁방지법 일반조항인 카목의 적용 요건에 대한 법원의 해석을 분석하고 저작 성과물과 관련된 부정경쟁방지법 일반조항의 적용 범위에 대하여 검토해보고자 한다.

## 제2절 연구 방법 및 범위

본 연구는 총 5장으로 구성되어 있다. 제1장은 서론으로 연구의 배경 및 목적 그리고 연구 방법 및 범위를 서술하였다.

제2장은 부정경쟁행위에 대한 일반적인 내용을 고찰하였다. 제1절에서는 부정경쟁행위의 의의 그리고 부정경쟁행위와 불법행위와의 관계를 다루고 있다. 부정경쟁방지법에서 규정하고 있는 부정경쟁행위들은 민법 제750조의 불법행위에 포함될 수 있는 유형으로 특히 상거래 활동에서 발생하는 지식재산 성과물에 대한 부정한 경쟁행위를 부정경쟁방지법으로 규제하고 있는 것이다. 특히 부정경쟁방지법 일반조항인 카목은 대법원에서 경쟁사업자에 대한 부정한 경쟁행위로 불법행위에 해당한다고 판단한 행위들을 입법한 것이어서 불법행위와 부정경쟁행위의 관계를 구체적으로 판례를 통해서 살펴보았다. 일반조항의 도입 이후에도 법원은 카목의 적용 여부를 판단할 때 일반조항에 해당하거나 또는 민법상 불법행위에 해당한다는 판시를 하고 있다. 제2절에서는 부정경쟁방지법의 기원, 연혁 그리고 지식재산권법과 공정거래법 등 타 법과의 관계를 다루고 있고 제3절에서는 부정경쟁행위의 개념을 파리협약, WIPO 모델 조항, WTO/Trips 협정 등 주요 국제조약의 내용을 통해서 살펴보고 EU지침, 독일, 미국, 일본의 부정경쟁방지법에 대한 입법례를 검토하였다.

제3장은 부정경쟁방지법 일반조항에 대한 분석으로 일반조항과 관련된 구체적

인 내용을 다루었다. 먼저 제1절에서는 부정경쟁방지법 일반조항에 대한 개요로 입법 배경, 일반조항의 의의, 부정경쟁방지법 타 조항과의 관계를 살펴보고 제2절에서는 일반조항의 적용 요건을 판례를 중심으로 검토하였다. 제3절에서는 퍼블리시티에 대한 일반조항의 적용을 최신 판례를 통해 확인하였다.

제4장에서는 저작권법을 중심으로 한 지식재산의 보호 범위와 부정경쟁방지법 일반조항 적용 범위를 분석하고 있다. 제1절에서는 저작권의 보호 범위를 검토하고 있고 제2절에서는 저작권법상 비침해행위에 대한 일반조항의 적용 여부를 일반조항 도입 이전과 도입 이후로 나누어 판단하고 나아가 저작권 비침해행위 유형별로 일반조항의 적용이 타당한지를 검토하였다. 제3절에서는 저작권법을 제외한 개별 지식재산권법 성과물에 대한 일반조항의 적용 사례들을 분석하고 특징을 검토하였다.

제5장은 결론으로 보충적 일반조항의 해석 요건에 대한 사건을 제시하며 연구를 마무리하였다.

연구 방법은 부정경쟁방지법 일반에 대한 국내외 선행 연구자료와 부정경쟁방지법 일반조항인 카목에 대한 국내 문헌들을 참조하였다. 포괄적이고 추상적인 카목의 적용 요건은 개별 사건에서 법원의 판결을 통해 그 범위가 결정되므로 주요 판례들의 사실관계와 판결 내용을 검토하였다. 일반조항 관련 판례들의 분석을 통해 부정경쟁방지법의 목적에 부합하고 개별 지식재산권법들과의 조화가 필요한 보충적 일반조항으로서의 카목의 적용 범위를 판단하였다.

## 제2장

# 부정경쟁행위에 대한 일반적 고찰

## 제1절 부정경쟁행위의 의의

### 1. 부정경쟁행위의 개념

우리 부정경쟁방지법은 부정경쟁행위의 개념에 대해서 정의하고 있지 않다. 부정경쟁행위의 금지를 규정하고 구체적인 부정경쟁행위의 유형을 열거하고 있을 뿐이다. 파리협약 제10조의2(2)항은 ‘공업상 또는 상업상 공정한 상거래 관행에 반하는 모든 행위는 부정경쟁행위를 구성한다’고 규정하고 있다.<sup>1)</sup> 파리협약에 따르면 부정경쟁행위를 결정하는 핵심적인 요소는 ‘공정한 상거래 관행에 반하는 행위’이다. 통상적으로 부정경쟁방지법 일반조항으로 칭하는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 카목도 ‘공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법’이라는 요건을 규정하고 있다. ‘공정한 상거래 관행’은 추상적인 개념으로 개별 사안에서 법원의 해석과 판단에 의해 구체화 될수 밖에 없다. 이에 파리협약도 제10조의2(3)항에서 구체적으로 소비자들에게 경쟁자의 영업과 혼동을 야기하는 행위, 평판을 훼손하는 행위, 상품에 대하여 잘못된 내용으로 공중을 오인하게 하는 행위를 부정경쟁행위의 예로 규정하고 있다.

대법원은 부정경쟁방지법 일반조항인 카목의 도입 이전 사례에서 ‘법률상 보호할 가치가 있는’ ‘경쟁자’의 ‘상당한 노력과 투자’에 의해 만들어진 ‘성과’를 무단으로 사용하여 ‘영업상 이익을 침해’하는 행위는 ‘부정한 경쟁행위’에 해당한다고 판단하면서 민법 제750조의 불법행위 책임을 인정하였다. 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위는 불법행위의 구체적인 유형에 해당하는 것으로 법원은 해석하고 있다. 일반조항을 비롯한 부정경쟁행위의 의미를 이해하기 위해서 이하에서는 부정경쟁행위와 불법행위와의 관계를 검토해보고자 한다.

1) 파리협약의 부정경쟁 조항에 대한 상세한 내용은 제3절 1. (1)에서 다루기로 한다.

## 2. 부정경쟁행위와 불법행위

### (1) 불법행위 개요

#### 1) 의의

민법 제750조의 불법행위는 고의 또는 과실로 위법하게 타인에게 손해를 가하는 행위를 의미한다. 불법행위가 성립하기 위해서는 ①고의 또는 과실에 의한 행위, ②행위의 위법성, ③위법행위와 손해 사이의 인과관계가 인정되어야 하고, ④행위자의 책임능력이 요구된다. 근대 민법의 3대 원칙 중의 하나는 자기책임의 원칙이다. 민법 제750조도 이 원칙을 반영하고 있어서 고의 또는 과실에 의한 자신의 행위에 대해서만 법적책임을 부담하게 되고 타인의 행위에 대해서는 책임을 지지 않는다.

#### 2) 위법성

민법 제750조는 불법행위 요건을 추상적으로 규정하고 있다. 행위의 위법성은 불법행위의 성립에 가장 중요한 요소로 형사책임에서 요구하는 불법성보다는 넓은 개념으로 해석하고 있다. 위법성은 법률을 위반한 경우에 한정되지 않고 전체 법질서의 관점에서 사회통념상 위법하다고 판단되는 경우도 포함할 수 있는 탄력적인 개념이다.<sup>2)</sup> 관련 행위 전체를 일체로 보아 위법성을 판단해야 하는 것은 아니고 문제가 되는 행위마다 개별적·상대적으로 판단하여야 한다.<sup>3)</sup> 소유권을 비롯한 절대권을 침해한 경우뿐만 아니라 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 경우에도 침해행위의 양태, 피침해이익의 성질과 그 정도에 비추어 그 위법성이 인정되면 불법행위가 성립할 수 있다.<sup>4)</sup> 위법성의 판단 기준에 대해서는 실정법을 기준으로 하는 형식적 위법론과 실정법과 선량한 풍속 기타 사회질서를 기준으로 하는 실질적 위법론이 있으나 통설은 후자의 입장이다.<sup>5)</sup> 불법행위의 인정여부에 대한 상관관계설에 따르면 침해된 이익이 생명·신체 등과 같이 보호이익이 강하고 명확한 것이면 침해행위의 불법성이 적더라도 그 침해 자체가 위법성을 나타내므로 가해행위의 위법성 판단이 용이하지만, 영업상의 이익이나 채권처럼 보호이익이 크지 않고 명확하지 않다면 침해행위의 불법성이 크지 않는 한 가해행위는 위법성 판단이 쉽지 않기 때문에 이러한 사안에서는 이익형량을 통해 위법성을 결정하게 된다.<sup>6)</sup>

2) 대법원2021.6.30.선고2019다268061판결.

3) 대법원2021.6.30.선고2019다268061판결, 대법원2001.2.9.선고99다55434판결 등.

4) 대법원2021.6.30.선고2019다268061판결.

5) 송덕수, 「신민법강의」 제13판, 박영사, 2020, 1389면.

6) 양창수·권영준, 「민법 II-권리의 변동과 구제」, 박영사, 2011, 542~543면.

대법원은 초상권 및 사생활의 비밀과 자유에 대한 부당한 침해도 불법행위를 구성하고<sup>7)</sup> 법인의 명예나 신용을 훼손한 경우에 재산 이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다.<sup>8)</sup> 타인의 성과물을 도용한 경우에도 불법행위의 위법성을 인정하였고<sup>9)</sup> 계약 교섭 단계에서의 부당파기에 관한 사례에서도 일정한 요건 하에 이러한 행위의 위법성을 인정하여 왔다.<sup>10)</sup> 계약 체결을 위한 교섭 과정에서 어느 일방이 보호 가치 있는 기대나 신뢰를 가지게 되었다면 그러한 기대나 신뢰를 보호하고 배려해야 할 의무를 부담하게 된 상대방이 상당한 이유없이 이를 침해하여 손해를 입혔다면, 신의성실의 원칙에 비추어 볼 때 계약체결의 준비단계에서 협력 관계에 있었던 당사자 사이의 신뢰관계를 해치는 위법한 행위를 구성한다고 판단하고 있다.<sup>11)</sup> 특히 계약 체결을 위한 교섭 과정에서 상대방의 기대나 신뢰를 보호하고 배려해야 할 의무를 위반하면서 상대방의 성과물을 무단으로 이용한 경우에는 당사자 사이의 신뢰관계를 해칠 뿐만 아니라 상도덕이나 공정한 경쟁질서를 위반한 것으로서 행위의 위법성을 쉽게 인정할 수 있다고 보았다.<sup>12)</sup>

### (2) 부정경쟁행위와 불법행위 책임의 관계

#### 1) 개요

부정경쟁방지법에 일반조항이 도입되기 전 법원은 상거래에서 발생하는 부정한 경쟁행위가 민법상 불법행위에 해당한다고 판시하며 부정경쟁행위의 본질이 민법 제750조의 불법행위임을 밝혔다.<sup>13)</sup> 대법원이 관련 사건들에서 부정한 경쟁행위로 민법상 불법행위에 해당한다고 판단하면서 제시한 기준들은 부정경쟁방지법 일반조항 카묵으로 입법되었다.

법원은 지식재산권 관련 부정경쟁행위의 사안에서 민법상 불법행위 이론을 보충적으로 이용해왔다. 부정경쟁방지법 제2조 제1호에 규정된 부정경쟁행위에 해당하지 않는 부정한 경쟁행위는 민법상 불법행위가 적용되어 일반불법행위로 판단할 수 있다.<sup>14)</sup> 대법원은 ‘네이버 광고 검색’ 사건에서 민법 제750조의 일반불법행위가 인정된 행위에 대해서도 예외적으로 부정경쟁방지법상의 구제수단인 금지청구권을 인정할 수 있도록 하여 부정경쟁행위에 대한 민법상 불법행위 법리의

7) 대법원2006.10.13.선고2004다16280판결.

8) 대법원2008.10.9.선고2006다53146판결.

9) 대법원2010.8.25.자2008마1541결정 등.

10) 대법원2003.4.11.선고2001다53059판결, 대법원2004.5.28.선고2002다32301판결 등.

11) 대법원2021.6.30.선고2019다268061판결(번역서 사건).

12) *Id.*

13) 대법원2012.3.29.선고2010다20044판결.

14) 대법원2012.3.29.선고2010다20044판결; 서울고등법원2016.1.28.선고2015나2012671판결 등.

역할을 강화한 것이라고 볼 수 있는데, 카목의 입법을 통해 부정경쟁행위에 대한 민법의 역할을 제한했다는 평가를 하는 견해도 있다.<sup>15)</sup>

## 2) 법원의 태도

대법원은 ‘네이버 광고 검색’ 사건에서<sup>16)</sup> 경쟁자가 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물을 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용함으로써 경쟁자의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻고 경쟁자의 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 행위는 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위에 해당한다고 판결하였고, 이와 같은 대법원의 판단은 ‘헬로 키티’ 사건에서도 계속되었다.<sup>17)</sup> 이 사건의 원심판결에서 법원은 ‘불법행위에 해당하는 부정경쟁행위의 요건을 구체적으로 설명하였는데 불법행위는 반드시 저작권 등 실정법에 정하여진 권리가 침해되었을 경우에 한하지 아니하고 법적으로 보호할 가치가 있는 이익에 대하여 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 방법으로 침해행위가 이루어진 경우에도 성립되기 때문에 부당하게 스스로의 이익을 꾀할 목적으로 타인이 시간과 노력 및 자본을 투입하여 이룩한 성과물을 그로부터 아무런 동의없이 이용하거나 그 명성에 부당하게 편승하는 행위는 법적으로 보호할 가치가 있는 상대방의 이익을 침해하는 위법한 행위에 해당하여 불법행위가 성립할 수 있다’고 판시하였다.<sup>18)</sup> 이 사건에서 대법원은 원고인 방송사들의 ‘드라마’들은 이들 방송사가 ‘상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물’에 해당하고 이들 방송사는 각 드라마의 명성과 고객흡인력을 이용하여 그에 관한 상품화 사업을 수행할 수 있는 권한을 타인에서 부여하고 대가를 받는 방식으로 영업을 해오고 있으므로 이러한 영업을 통해서 방송사들이 얻는 이익을 ‘법률상 보호할 가치가 있는 이익’이라고 판단하였다. 드라마 관련 상품화 사업을 추진하기 위해서는 그에 관한 권리자로부터 허락을 받는 것이 그 거래사회에서 일반적인 관행인 점 등을 고려할 때 피고의 행위는 ‘상도덕이나 공정한 경쟁질서’에 반하는 것이라고 보았고, 이러한 행위는 드라마를 이용한 상품화 사업 분야에서 서로 ‘경쟁자의 관계’에 있는 원고들의 ‘상당한 노력과 투자’에 편승하여 드라마의 명성과 고객흡인력을 ‘자신의 영업을 위하여’ 무단으로 이용하여 ‘법률상 보호할 가치’가 있는 원고들의 ‘영업상 이익’을 침해하는 것이라고 따라서 부정한 경쟁행위로 민법상 불법행위에 해당한다고 판시하였다.

15) 박성호, “지적재산법의 비침해행위와 일반불법행위-불법행위법리에 의한 지적재산법의 보완 문제를 중심으로-”, 정보법학 제15권 제1호, 한국정보법학회, 2011, 208~211면.

16) 대법원2010.8.25.선고2008마1541결정.

17) 대법원2012.3.29.선고2010다20044판결.

18) 서울고등법원 2010.1.14.선고2009나4116판결.

## 제2절 부정경쟁행위의 규제

### 1. 부정경쟁방지법의 기원

#### (1) 개요

부정경쟁방지법은 오랜 역사를 가지고 있는 제도이다. 상거래 활동이 이루어지는 영역에서는 불공정한 경쟁이 항상 존재하였기 때문에 공정한 경쟁질서를 보호하기 위하여 부정경쟁방지 제도를 발전시켰다. 상거래에서 공정한 경쟁질서를 보호하는 방법은 상품에 대한 정확한 정보를 제공하는 것에서부터 시작되었다고 볼 수 있다. 중세 길드에서 자신들이 생산한 상품에 사용한 표지는 상품의 제조자를 나타내고 상품의 품질을 알리는 목적으로 사용되었다. 이러한 표지의 사용은 상표법상 상표의 기원에 해당하고 동시에 공정한 경쟁을 도모하는 부정경쟁방지법의 기원으로 볼 수 있다.<sup>19)</sup> 상거래에서 상품의 출처에 대한 정확한 정보를 제공하지 않는 경우에는 불법행위가 성립할 수 있고, 부정경쟁방지법은 소비자들을 기망으로부터 보호하여 상거래 활동과 관련하여 공정한 경쟁질서를 보호하는 것을 목적으로 한다.

저작권법이나 특허법과 같은 지식재산권법은 성문법을 통해서 발전한 제도지만 부정경쟁방지법은 판례를 통해서 발전한 제도이다.<sup>20)</sup> 부정경쟁방지는 판례법상 사칭행위(passing off) 또는 출처혼동행위 방지를 중심으로 발달되었고, 산업화 및 시장의 변화와 함께 다양한 유형의 부정경쟁행위에 널리 적용되는 법리로 발전되었다.<sup>21)</sup> 부정경쟁방지법의 기원인 출처혼동방지에 대한 내용은 대부분 상표법으로 흡수되었고 경쟁자의 보호할 가치가 있는 이익에 대한 침해인 부정취득사용행위(misappropriation)로 그 보호 영역이 확대되었다<sup>22)</sup>

부정경쟁방지법은 경쟁관계에 있는 상대방의 보호를 목적으로 하고 있어서 부정경쟁행위는 경쟁자의 이익을 침해하는 행위로 간주되고 구제수단 또한 민사적 구제수단을 중심으로 이루어졌다. 현행 부정경쟁방지법은 부정경쟁행위에 대한 민사적 구제수단으로 손해배상 및 금지청구를 인정하고 있고 시정명령 등의 행정 구제와 형사책임을 규정하고 있다.

---

19) 나종갑, “불공정경쟁법의 기원과 법원리의 형성”, 정보법학 제23권 제1호, 2020, 5면.

20) 정상조, 「부정경쟁방지법 주해」, 박영사, 2020, 2면.

21) 정상조, 위의 책(각주 20), 3면.

22) 나종갑, “부정경쟁방지법의 본질론과 무임승차 행위의 한계-한 우산속 바람꽃, 너도 바람꽃, 나도 바람꽃-” 산업재산권 제53호, 2017, 41면.

(2) 주요 내용

프랑스는 민법의 불법행위 조항을 통해 부정경쟁법리를 발전시켰다. 독일은 부정경쟁방지법(UWG, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb)을 경쟁법으로 분류하고 있고 부정경쟁방지법에 일반조항을 두어 폭넓게 부정경쟁행위를 규제하고 있다.

독일은 상표법이 부정경쟁방지법보다 먼저 입법이 되었고 1896년 프랑스 판례법을 참조하여 부정경쟁방지법을 제정하였다.<sup>23)</sup>

보통법 국가인 영국은 초기에 상거래로 인해 발생하는 불법행위는 부정한 경쟁행위로 포섭하여 부정경쟁방지법이 발전하게 되었고 상표법은 부정경쟁방지법의 일부로 인정하고 있었다.<sup>24)</sup> 영국에서 부정경쟁행위와 관련하여 연혁적 의미가 있는 사건으로 Dyer's 사건<sup>25)</sup>과 Schoolmaster's 사건이<sup>26)</sup> 있다. Dyer's 사례는 마스터와 도제사이에 일정기간 동안 도제의 거래를 금지하는 계약이 위법행위가 되는지 문제가 된 사건이다. 도제였던 피고 존 다이어는 마스터인 원고에게 6개월 동안 원고가 사는 지역에서 거래를 하지 않겠다고 일방적으로 약속하였다. 이 약속을 이행하는 것에 대한 원고의 반대급부는 없었다. 원고가 법원에 위 계약의 이행을 청구하자 법원은 이와 같이 일방의 영업을 제한하는 계약은 보통법(commom law)과 신(God)의 명령에 위반되는 것으로 만일 원고가 법원에 출석했다면 왕에게 벌금을 낼 때까지 감옥에 가야 한다고 판결하면서 원고의 청구를 기각하였다. 'Schoolmaster's 사건은 작은 도시에 문법 학교가 영업을 하고 있었는데 새로운 학교가 들어서게 되면서 분쟁이 발생하게 된 사안이다. 첫 번째 학교의 교장은 두 번째 학교의 교장이 의도적으로 자신의 영업을 침해하고 있다고 주장하였고 따라서 두 번째 학교가 개교를 하는 것은 보통법에 위반되는 것이라고 선언되어야 한다고 주장하였다. 법원은 첫 번째 학교의 교장이 제기한 소송에는 법이 인식할 수 있는 충분한 침해가 없다고 판단하였다. 법원은 사업을 시작하는 경우에는 손해가 예상되는 것이고 경쟁은 당연히 경제적 손해의 결과를 가져온다고 판시하면서 반경쟁 소송을 제기하기 위해서는 일반적인 영업상의 경쟁이 아닌 거래의 제한으로부터 발생하는 특정한 손해의 유형을 입증해야 한다고 판시하였다. Dyer's 사건은 피고의 자발적인 의사로 거래행위를 제한하는 계약을 체결했음에도 불구하고 이러한 계약의 이행을 구하는 원고의 행위를 금지하였고 Schoolmaster's 사건에서는 영업상의 자유로운 경쟁으로부터 발생하는 손해는 정

23) 나종갑, 위의 논문(각주 19), 3면.

24) 나종갑, "커먼로상 상표법의 형성: 영국을 중심으로", 지식재산연구, 제10집, 2015, 77면.

25) Dyer's case (1414) 2 Hen. V, fol. 5, pl. 26.

26) Hamlyn v. More (The Schoolmasters' Case). Y.B. 11 Hen. 4, fol. 47, Hil., pl. 21 (1410) (Eng.).

당한 것으로 판단하였다.

미국은 Hanover 사건<sup>27)</sup>을 통해 상표법을 불공정경쟁법의 한 영역으로 인정하게 되었다. 이 사건에서 미국 연방대법원은 상표에 관한 보통법은 넓은 의미의 불공정경쟁법의 한 부분이라고 판시하였다.<sup>28)</sup> 법원은 상표권은 단지 선택했다는 것만으로 발생하는 것이 아니라 사용에 의해 발생하는 것이고 원고가 자신의 상표를 피고의 지역에서 사용한 것이 아니기 때문에 원고의 상표로부터 불공정한 이익을 얻는 것이 아니라고 판단하였다.<sup>29)</sup> 이 판결을 통해 출처혼동을 통해 소비자를 기망하는 행위뿐만 아니라 부정취득사용행위(misappropriation)를 부정경쟁행위의 범주에서 규제하게 되었다. 부정경쟁행위는 경쟁자가 노력에 의하여 취득한 결과물에 대하여 부정취득을 하는 것을 포함하고, 부정경쟁은 기망, 강요 또는 법에 의하여 금지된 행위에 의한 부정한 행위로 통상의 영업활동 밖의 행위를 하는 것을 의미하게 되었다.<sup>30)</sup> 미국은 독자적인 부정경쟁방지법의 확립은 상대적으로 늦었다. 다만 영미법계의 경우 중세부터 확립되어온 사칭행위(passing off) 법리가 부정경쟁방지법으로 인식되었다.<sup>31)</sup>

## 2. 부정경쟁방지법의 의의

### (1) 개요

부정경쟁방지법 제1조는 이 법은 국내에 널리 알려진 타인의 상표·상호 등을 부정하게 사용하는 등의 부정경쟁행위와 타인의 영업비밀을 침해하는 행위를 방지하여 건전한 거래질서를 유지함을 목적으로 한다고 규정하고 있다.

1961년 제정 당시부터 부정경쟁방지법의 주요 내용은 상품표지 혼동행위, 영업표지 혼동행위, 원산지오인행위, 출처오인행위, 품질오인행위 등 출처표지와 관련된 내용에 한정되어 있었다. 이들 규정의 특징은 모두 상표법에 직접 대응하는 조항들을 찾아볼 수 있다는 점이다.<sup>32)</sup> 영업비밀 침해행위에 대한 조항이 신설된 1991.12.31. 개정까지 부정경쟁방지법은 상표법이 보호하지 못하는 미등록 주지·저명 상표를 보호하는 보완적 법제로 기능하였다.<sup>33)</sup> 영업비밀 보호에 대한 부분은 논외로 하더라도 부정경쟁방지법은 도메인 이름, 상품형태 모방행위 등과 같

27) Hanover Star Milling Co. v. Metcalf, 240 U.S. 403(1916).

28) Hanover Star Milling Co., at 413.

29) 240 U.S. 403(1916).

30) International News Service v. Associated Press, 248 U.S. 215 (1918).

31) 나종갑, 위의 논문(각주 19), 30면.

32) 서울대학교 산학협력단, “부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률의 각 행위유형, 공정거래법과의 관련성, 각국의 부정경쟁방지법 실무 및 관할집중의 필요성에 관한 연구”, 2019, 20면.

33) *Id.*

이 상표법과 직접 관련이 있다고 보기 어려운 대상들도 포섭하여 그 적용 대상을 확장해왔다.<sup>34)</sup> 일반조항인 카목의 신설 이후에도 아이디어 도용행위에 대한 조항이 추가되었고 동시에 트레이드 드레스에 대한 보호가 나목 및 다목에 추가되었다.

현행 부정경쟁방지법은 제2조 제1호에서 부정경쟁행위를, 제3호에서 영업비밀 침해행위를 규정하고 있다.<sup>35)</sup> 부정경쟁행위 유형은<sup>36)</sup> 가목부터 사목까지 그리고

34) *Id.*

35) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “부정경쟁행위”란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.

가. 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장, 그 밖에 타인의 상품임을 표시한 표지(標識)와 동일하거나 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매·반포(頒布) 또는 수입·수출하여 타인의 상품과 혼동하게 하는 행위

나. 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 표장(標章), 그 밖에 타인의 영업임을 표시하는 표지(상품 판매·서비스 제공방법 또는 간판·외관·실내장식 등 영업제공 장소의 전체적인 외관을 포함한다)와 동일하거나 유사한 것을 사용하여 타인의 영업상의 시설 또는 활동과 혼동하게 하는 행위

다. 가목 또는 나목의 혼동하게 하는 행위 외에 비상업적 사용 등 대통령령으로 정하는 정당한 사유 없이 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장, 그 밖에 타인의 상품 또는 영업임을 표시한 표지(타인의 영업임을 표시하는 표지에 관하여는 상품 판매·서비스 제공방법 또는 간판·외관·실내장식 등 영업제공 장소의 전체적인 외관을 포함한다)와 동일하거나 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하여 타인의 표지의 식별력이나 명성을 손상하는 행위

라. 상품이나 그 광고에 의하여 또는 공중이 알 수 있는 방법으로 거래상의 서류 또는 통신에 거 짓의 원산지의 표지를 하거나 이러한 표지를 한 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하여 원산지를 오인(誤認)하게 하는 행위

마. 상품이나 그 광고에 의하여 또는 공중이 알 수 있는 방법으로 거래상의 서류 또는 통신에 그 상품이 생산·제조 또는 가공된 지역 외의 곳에서 생산 또는 가공된 듯이 오인하게 하는 표지를 하거나 이러한 표지를 한 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하는 행위

바. 타인의 상품을 사칭(詐稱)하거나 상품 또는 그 광고에 상품의 품질, 내용, 제조방법, 용도 또는 수량을 오인하게 하는 선전 또는 표지를 하거나 이러한 방법이나 표지로써 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하는 행위

사. 다음의 어느 하나의 나라에 등록된 상표 또는 이와 유사한 상표에 관한 권리를 가진 자의 대리인이나 대표자 또는 그 행위일 전 1년 이내에 대리인이나 대표자이었던 자가 정당한 사유 없이 해당 상표를 그 상표의 지정상품과 동일하거나 유사한 상품에 사용하거나 그 상표를 사용한 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하는 행위

(1) 「공업소유권의 보호를 위한 파리협약」(이하 “파리협약”이라 한다) 당사국

(2) 세계무역기구 회원국

(3) 「상표법 조약」의 체결국(締約國)

아. 정당한 권원이 없는 자가 다음의 어느 하나의 목적으로 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 그 밖의 표지와 동일하거나 유사한 도메인이름을 등록·보유·이전 또는 사용하는 행위

(1) 상표 등 표지에 대하여 정당한 권원이 있는 자 또는 제3자에게 판매하거나 대여할 목적

(2) 정당한 권원이 있는 자의 도메인이름의 등록 및 사용을 방해할 목적

(3) 그 밖에 상업적 이익을 얻을 목적

자. 타인이 제작한 상품의 형태(형상·모양·색채·광택 또는 이들을 결합한 것을 말하며, 시제품 또는 상품소개서상의 형태를 포함한다. 이하 같다)를 모방한 상품을 양도·대여 또는 이를

아목부터 카목까지로 구분하여 설명할 수 있는데 가목부터 사목까지는 상표법과 직간접으로 관련성을 맺고 있는 조항들이어서 상표법과 긴밀하게 연결되어 있고 각 조문의 해석에 있어서도 상표법의 논의를 참고할 수 있다.<sup>37)</sup> 아목부터 카목까지는 부정경쟁방지법이 고유하게 보호하는 영역으로 부정경쟁방지법에 관련 조항이 도입된 연혁이나 배경 등을 통한 해석이 필요하다.<sup>38)</sup>

부정경쟁방지법은 불법행위에 대한 특별법의 지위를 가지고 있지만 금전배상을 원칙으로 하는 불법행위 책임에서는 예외적인 경우 이외에는 인정되지 않는 금지

위한 전시를 하거나 수입·수출하는 행위. 다만, 다음의 어느 하나에 해당하는 행위는 제외한다.

- (1) 상품의 시제품 제작 등 상품의 형태가 갖추어진 날부터 3년이 지난 상품의 형태를 모방한 상품을 양도·대여 또는 이를 위한 전시를 하거나 수입·수출하는 행위
  - (2) 타인이 제작한 상품과 동종의 상품(동종의 상품이 없는 경우에는 그 상품과 기능 및 효용이 동일하거나 유사한 상품을 말한다)이 통상적으로 가지는 형태를 모방한 상품을 양도·대여 또는 이를 위한 전시를 하거나 수입·수출하는 행위
- 차. 사업제한, 입찰, 공모 등 거래교섭 또는 거래과정에서 경제적 가치를 가지는 타인의 기술적 또는 영업상의 아이디어가 포함된 정보를 그 제공목적에 위반하여 자신 또는 제3자의 영업상의 이익을 위하여 부정하게 사용하거나 타인에게 제공하여 사용하게 하는 행위. 다만, 아이디어를 제공받은 자가 제공받을 당시 이미 그 아이디어를 알고 있었거나 그 아이디어가 동종 업계에서 널리 알려진 경우에는 그러하지 아니하다.
- 카. 그 밖에 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위
2. “영업비밀”이란 공공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, 비밀로 관리된 생산방법, 판매방법, 그 밖에 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보를 말한다.
  3. “영업비밀 침해행위”란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.
    - 가. 절취(竊取), 기망(欺罔), 협박, 그 밖의 부정한 수단으로 영업비밀을 취득하는 행위(이하 “부정취득행위”라 한다) 또는 그 취득한 영업비밀을 사용하거나 공개(비밀을 유지하면서 특정인에게 알리는 것을 포함한다. 이하 같다)하는 행위
    - 나. 영업비밀에 대하여 부정취득행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 영업비밀을 취득하는 행위 또는 그 취득한 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위
    - 다. 영업비밀을 취득한 후에 그 영업비밀에 대하여 부정취득행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위
    - 라. 계약관계 등에 따라 영업비밀을 비밀로서 유지하여야 할 의무가 있는 자가 부정한 이익을 얻거나 그 영업비밀의 보유자에게 손해를 입힐 목적으로 그 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위
    - 마. 영업비밀이 라목에 따라 공개된 사실 또는 그러한 공개행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 영업비밀을 취득하는 행위 또는 그 취득한 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위
    - 바. 영업비밀을 취득한 후에 그 영업비밀이 라목에 따라 공개된 사실 또는 그러한 공개행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위
  4. “도메인이름”이란 인터넷상의 숫자로 된 주소에 해당하는 숫자·문자·기호 또는 이들의 결합을 말한다.
- 36) 영업비밀 침해행위를 제외한 부정경쟁행위를 의미한다.  
 37) 서울대학교 산학협력단, 위의 보고서(각주 32), 22~23면.  
 38) *Id.*

청구가 인정되고 있다.<sup>39)</sup>

## (2) 주요 연혁

우리나라 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하, “부정경쟁방지법”)은 1934년 12월 28일에 발령된 조선부정경쟁방지령(제령 제24호)에서 기원을 찾을 수 있다.<sup>40)</sup> 일본은 파리협약 가입의 이행을 위하여 1934년 3월에 부정경쟁방지법(일본 법률 제14호)을 제정하여 공포하였는데 그 법이 우리나라에 그대로 적용된 것이다. 조선부정경쟁방지령은 1945년 8월 15일까지 시행되었다가 1961년 부정경쟁방지법이 제정될때까지 존치되었다.

현행 부정경쟁방지법은 1961년 12월 30일(법률 제911호) 제정되었고 1986년 전부 개정을 포함하여 총 19번의 개정을<sup>41)</sup> 통해 지금의 틀을 갖추게 되었다. 1961년 제정 당시에는 법률의 명칭이 ‘부정경쟁방지법’이었으나 1998년 개정을 통해 법률명을 ‘부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률’로 변경하였다.

1991년 12월 30일(법률 제4478호) 일부 개정에서는 과학기술 투자의 확대와 기술혁신에 따라 산출되는 기술상 경영상 유용한 정보의 중요성이 높아짐에 따라 영업비밀의 도용 등 침해행위를 방지하여 기업 간의 건전한 경쟁질서를 확립하고자 영업비밀 보호에 관한 규정을 신설하였다. 부정경쟁방지법이 규율하고 있는 사항 중 영업비밀 보호에 관한 비중이 커지고 있어서 이를 반영하여 변경한 것이다.

2001년 2월 3일(법률 제6421호) 일부 개정은 유명상표와의 혼동 외에 비상업적 사용 등 정당한 이유없이 유명상표의 표지의 식별력이나 명성을 손상시키는 행위인 ‘희석화’를 부정경쟁행위 유형의 하나로 추가하였다. 그리고 상표권자의 대리인이나 대표자 또는 대리인이나 대표자이었던 자가 정당한 사유없이 상표권자의 등록상표와 동일 또는 유사한 상표를 그 지정상품과 동일 또는 유사한 상품에 사용한 경우를 부정경쟁행위 유형에 추가하여 파리협약 제6조의7 제2항의 내용을 부정경쟁방지법에 수용하였다.

2004년 1월 20일(법률 제7095호) 일부 개정에서는 부정한 목적으로 타인의 성명, 상호, 상표 등과 동일하거나 유사한 도메인이름을 등록·사용하는 등의 행위를 부정경쟁행위에 추가하여 사이버스쿼팅에 대한 제재를 규정하였다.

39) 이호영, “경쟁법과 불공정경쟁행위에 관계에 관한 비교법적 연구”, 법학논집 제33권 제1호, 2016, 367면.

40) 황의창, 「부정경쟁방지법」, 세창출판사, 1996, 7면.

41) 타법의 개정으로 인한 일부 개정 5차례는 제외하였다.

2011년 6월 30일 (법률 제10810호) 일부 개정에서는 한·EU FTA합의 사항을 반영하기 위한 개정으로 보호되는 지리적 표시의 사용 등을 금지하여 지리적 표시를 보호하도록 하였다.

2013년 7월 30일 (법률 제11963호) 일부 개정을 통해 제2조 제1호 차목에 부정경쟁행위에 관한 보충적 일반조항을 신설하였다. ‘그 밖에 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위’를 부정경쟁행위의 한 유형으로 규정하게 되었다. 부정경쟁행위에 대한 일반조항의 도입은 대법원 판례를 반영해서 이루어진 것으로 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 타인의 무형자산을 무단으로 사용하는 행위가 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 경쟁업자에게 부당한 손해를 가하는 위법한 행위라고 판단되는 경우에는 민법상 불법행위를 구성하고 이러한 부정경쟁행위를 규제하기 위한 목적으로 입법되었다.<sup>42)</sup>

2018년 4월 17일 (법률 제15580호) 일부 개정을 통해 제2조 제1호 나목과 다목에 영세소상공인 등이 일정기간 노력을 기울인 결과 일반소비자에게 알려지게 된 매장의 실내외장식 등 종합적 외관을 무단으로 사용하는 불공정한 행위를 금지하도록 규정하였다. 이를 통해 그동안 보충적 일반조항을 적용하여 보호해왔던 트레이드 드레스를 보호할 수 있도록 하였다. 또한 차목을 신설하여 경제적 가치를 가지는 아이디어를 거래상당, 입찰, 공모전 등을 통하여 취득하고 이를 사업화하여 경제적 이익을 얻는 행위를 금지하여 중소벤처기업이나 개발자를 보호하도록 하였다. 이 규정의 도입으로 종전의 차목은 카목으로 변경되었다.

### 3. 부정경쟁방지법과 타 법과의 관계

#### (1) 부정경쟁방지법과 지식재산권법

##### 1) 지식재산권법의 의미

지식재산이란 인간의 창조적 활동 또는 경험 등에 의하여 창출되거나 발견된 지식, 정보, 기술, 사상이나 감정의 표현, 영업이나 물건의 표시, 생물의 품종이나 유전자원, 그 밖에 무형적인 것으로서 재산적 가치가 실현될 수 있는 것을 의미하고(지식재산기본법 제3조 제1호), 지식재산권이란 법령 또는 조약 등에 따라 인정되거나 보호되는 지식재산에 관한 권리를 말한다(지식재산기본법 제3조 제3호). 지식재산기본법에 따르면 특허권, 실용신안권, 상표권, 디자인권, 저작권 등은 지식재산권에 해당하고 영업비밀은 지식재산에 해당한다고 볼 수 있다.<sup>43)</sup>

42) 정상조, 앞의 책(각주 20), 10면.

넓은 의미의 지식재산권은 지식재산에 관련된 권리를 뜻하는 것이므로 성문법상의 특허권이나 저작권 또는 상표권뿐만 아니라 계약이나 불법행위 또는 부당이득의 법리에 의해서 지식재산을 보호받을 수 있는 권리를 포함하는 개념으로 파악할 수 있다.<sup>44)</sup> 그러나 좁은 의미의 지식재산권이란 지식재산을 일정 기간 보호하기 위해서 저작권법이나 특허법 또는 상표법 등의 성문법에 의해서 부여된 권리만을 의미한다. 일반적으로 지식재산권은 산업재산권과 저작권으로 분류하고 있다. 발명, 고안, 디자인, 상표 등에 대한 권리는 산업에서 중요한 기능을 수행하는 권리라는 의미에서 산업재산권이라고 부르고 창작물에 대한 권리는 저작권으로 보호되고 있다. 산업재산권에는 특허권, 실용신안권, 디자인권, 상표권 뿐만 아니라 부정경쟁방지에 의해서 보호되는 이익 등도 포함된다.<sup>45)</sup> 이와 같이 지식재산 보호의 일부 영역을 담당하고 있기때문에 부정경쟁방지법을 지식재산권법으로 분류하고 있다.<sup>46)</sup>

특허법, 저작권법, 상표법, 디자인보호법 등과 같은 지식재산권법은 구체적인 보호 대상을 규정하고 일정한 요건을 충족하는 지식재산에 대하여 독점·배타적인 권리를 부여하는 방식으로 지식재산을 보호하고 있다. 반면 부정경쟁방지법은 상품의 표지, 상호, 영업 표지, 상품의 형태, 아이디어, 성과물 등을 대상으로 하는 구체적인 부정경쟁행위를 금지하여 관련 지식재산을 보호하는 법률로 행위규제를 통하여 지식재산을 보호하는 기능을 한다.<sup>47)</sup>

지식재산권법은 발명과 창작을 유인·장려하기 위하여 그 결과물을 배타적으로 사용·수익·처분할 수 있는 권리를 부여하고 있기 때문에 그러한 배타적인 권리가 미치는 범위 내에서는 단기적으로는 자유로운 경쟁을 제한한다고 볼 수 있지만 장기적으로는 소비자의 보호와 동태적 시장의 형성 및 유지에 기여하는 역할을 한다.<sup>48)</sup>

43) 이규호, 「지식재산의 이해」, 박영사, 2020, 8면.

44) 정상조·박준석, 「지식재산권법」 제4판, 홍문사, 2020, 5면.

45) 정상조·박준석, 위의 책(각주 44), 7면.

46) 부정경쟁방지법을 지식재산권법으로 분류하고 있기때문에 지식재산권법이라는 표현을 적당하지 않고 지식재산법이 타당하다는 견해도 있다. 부정경쟁방지법은 지식재산을 보호하기는 하지만 저작권이나 상표권과 같이 독점배타적인 권리를 부여함으로써 지식재산을 보호하는 것은 아니기 때문이다.

47) 최정열·이규호, 「부정경쟁방지법」 제4판, 진원사, 2020, 5면.

48) 정상조·박준석, 앞의 책(각주 44), 23면.

## 2) 각 법의 관계

부정경쟁방지법은 저작권법, 특허법, 실용신안법, 상표법 등과 마찬가지로 지식재산권법에 해당한다.<sup>49)</sup> 개별 지식재산 보호에 대한 각 지식재산권법과 부정경쟁방지법의 관계에 대해서 기본적으로 관련 지식재산권법이 우선적으로 적용되지만, 부정경쟁방지법의 요건을 충족하고 있다면 개별 지식재산권법 이외에 부정경쟁방지법의 적용도 가능하다. 부정경쟁방지법 제15조 제1항은 ‘특허법, 실용신안법, 디자인보호법, 상표법, 농수산물 품질관리법 또는 저작권법에 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다’고 규정하고 있어서 개별 지식재산권법의 적용이 우선하는 것을 명시적으로 규정하고 있다. 그러나 이 조문의 의미에 대해서 대법원은 ‘부정경쟁방지법 제15조의 규정은 상표법 등에 부정경쟁방지법의 규정과 다른 규정이 있는 경우에는 그 법에 의하도록 한 것에 지나지 아니하므로 상표법 등 다른 법률에 의하여 보호되는 권리일지라도 그 법에 저촉되지 아니하는 범위 안에서는 부정경쟁방지법을 적용할 수 있다고 판시하여 상표법에 따라 보호되는 권리이더라도 상표법에 저촉되지 아니하는 범위 안에서는 부정경쟁방지법을 적용할 수 있다’는 점을 분명히 밝히고 있다.<sup>50)</sup> 이러한 대법원의 태도는 저작권법이나 특허법이 부정경쟁방지법과 충돌하는 문제에도 동일하게 적용될 수 있는 것이다.

헌법재판소는 상표법과 부정경쟁방지법의 관계에 대해서 다음과 같이 결정하고 있다. ‘상표법과 부정경쟁방지법은 모두 경쟁법의 성격을 가지는 것으로, 영업상 혼동초래행위를 저지하고 공정한 경쟁을 유도하는 기능을 수행한다는 점에서 공통점을 가진다. 그러나 부정경쟁방지법은 유통시장에서 널리 알려진 성명·상호·표장 등의 영업표지와 혼동이 생길 염려가 있는 행위를 개별·구체적 사안에 따라 금지하여 공정한 경업질서를 유지하고자 하는 행위규제형 입법인데 비해, 상표법은 상표 등록이라고 하는 절차적 수단을 통해 독점적인 사권을 창설함으로써 1차적으로 등록상표권자의 사익을 보호하는 권리부여형 입법이라는 차이가 있으며, 이러한 차이는 양법의 보호대상 및 방법에 관한 차이를 수반한다. 상표법은 상표를 보호함으로써 상표사용자의 업무상 신용유지를 도모하여 산업발전에 이바지함과 아울러 수요자의 이익을 보호하는 것을 목적으로 하며(상표법 제1조), 부정경쟁방지법은 국내에 널리 알려진 타인의 상표·상호 등을 부정하게 사용하는 등의 부정경쟁행위와 타인의 영업비밀을 침해하는 행위를 방지하여 건전한 거래질서를 유지하는 것을 목적으로 한다(부정경쟁방지법 제1조). 상표법은 특정 표지가 널리 알려진 것인지 여부를 묻지 않고 등록이라는 절차만 밟으면

49) 최정열·이규호, 앞의 책(각주 47), 5면.

50) 대법원1996.5.13.선고96마217판결; 대법원1993.1.19.선고92도2064판결; 대법원1999.4.23.선고97도322판결 등.

독점권을 부여하므로 등록대상이 한정된다. 즉, 보호 가치에 대한 실질적 심사의 과정 없이 등록이라는 절차만으로 독점적 보호가 가능한 우리 상표법에서 상표의 등록대상이 되려면 식별력이라는 보호 요건을 갖춘 것이어야 한다. 이에 비하여 부정경쟁방지법은 널리 알려진 표지와 혼동이 생길 염려가 있는 행위를 개별·구체적으로 규제하는 것이기 때문에 보호 대상보다는 규제 대상을 한정하는 것이 문제로 된다. 그리고 이러한 규제를 통해 부정경쟁방지법이 보호하는 보호대상이 되기 위해서는 등록을 필요로 하지 않는다. 상표법에서는 보호되지 않는 표지도 부정경쟁방지법에 따른 보호는 받을 수 있는 것이다.<sup>51)</sup> 헌법재판소의 결정에서 나타난 바와 같이 부정경쟁방지법은 개별 지식재산권법의 공백을 보완하면서 지식재산에 대한 보호를 확대하는 역할을 하고 있다.

부정경쟁방지법과 다른 법률과의 관계를 규정한 제15조는 1986. 12. 31.(법률 제3897호) 전부 개정을 통해서 입법되었는데 당시에는 저작권법을 규정하고 있지 않았다.<sup>52)</sup> 2013. 7. 30. 법률 제11963호로 개정된 부정경쟁방지법부터 저작권법과의 관계를 규정하게 되었다. 개정안 심사보고서에서 특별히 언급하고 있지 않지만 일반조항인 부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목(현행 카목)을 새롭게 도입하면서 ‘성과 등’에 저작 성과물이 포함될 가능성을 염두에 두고 저작권법과의 관계를 규정한 것으로 보인다.

## (2) 부정경쟁방지법과 공정거래법

### 1) 공정거래법의 의의

독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’)과 부정경쟁방지법은 공정한 거래질서를 보호한다는 점에서 공통점이 있다. 공정거래법은 19세기 시장경제의 발전에 따른 독점의 부작용으로부터 공공의 이익을 보호하고자 발전하였다. 거대자본에 의한 시장 독점과 카르텔의 형성은 경쟁자 사이에 경쟁을 제한하고 가격통제 등 소비자의 이익을 침해하는 행위들이 발생하였고 이러한 시장에서의 거래제한 행위를 금지하기 위하여 공정거래법이 탄생하였다. 상거래 관계에서 발생하는 부정경쟁행위에 대하여 공정거래법은 공법적으로 부정경쟁방지법은 사법적으로 접근하는 체계로 분류하는 것이 일반적인데 연혁적으로는 일상적 사회생활에 밀착된 부정경쟁방지법이 그 필요에 따라 먼저 발달하였고 정책적 시각이 강한 공정거래법은 경제법의 주요 영역을 형성하며 비교적 늦게 입법화되었다.<sup>53)</sup>

51) 헌법재판소2015.2.26.선고2013헌바73결정.

52) 부정경쟁방지법 제9조 (다른 법률과의 관계) 특허법, 실용신안법, 의장법, 상표법, 독점규제 및 공정거래에관한법률, 상법중 상호에 관한 규정 또는 형법중 국가·국장에 관한 규정에 제2조 내지 제4조 및 제11조의 규정과 다른 규정이 있는 경우에는 그 법에 의한다.

공정거래법 제정이유서는 경제운용의 기본방향을 정부주도에서 민간주도로 전환하고 민간기업의 공정하고 자유로운 경쟁체제를 통하여 창의적 활동을 조장하고 소비자 권익도 보호하는 건전한 경제질서의 확립을 위하여 독과점의 폐단을 적절히 규제한다는 헌법 정신을 따르기 위함이라고 밝히고 있고, 우리나라 공정거래법 제1조는 ‘이 법은 사업자의 시장지배적 지위의 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고, 부당한 공동행위 및 불공정거래행위를 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모함을 목적으로 한다’고 규정하고 있다.

구체적으로는 자유로운 경쟁을 제한하는 행위를 금지함과 동시에 공정한 경쟁을 저해하는 행위를 금지하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진하고 소비자의 이익을 확보하는 것을 특징으로 한다. 공정거래법에서 규제하고 있는 불공정거래행위(법 제45조 제1항)는 경쟁제한적 행위 이외에 경쟁의 수단이나 방법의 불공정성, 거래의 내용이나 조건의 불공정성 등을 통하여 공정한 거래질서를 침해하는 행위도 포함된다.<sup>54)</sup> 공정거래법상 불공정행위의 적용 요건은 행위주체로서의 사업자 요건, 행위요건, 공정거래저해성이 존재하여야 성립한다. 법에 규정된 행위의 유형과 기준들은 불공정거래행위의 포괄적 범위와 기준을 제시한 것으로 매우 일반적이고 추상적이기 때문에 이를 구체화하기 위하여 시행령에 「불공정거래행위의 유형과 기준」을 따로 규정하고 있다. 불공정거래행위가 경제 환경이나 시장 여건의 변화에 따라 다양한 모습으로 나타나고 있어서 변화에 적절하게 대응하기 위하여 구체적으로 제시할 필요가 있기 때문이다.<sup>55)</sup> 독일의 경우 우리나라의 공정거래법에 해당하는 경쟁제한방지법은 경쟁의 자유를 보호하기 위한 법으로, 부정경쟁방지법은 경쟁의 공정성을 보호하기 위한 법으로 이원화되어 있다.<sup>56)</sup>

## 2) 각 법의 비교

공정거래법은 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 불공정거래행위라고 규정하면서 제23조 제1항 1호부터 8호까지 구체적인 유형을 나열하고 있다. ‘공정한 거래’라는 의미는 공정한 경쟁보다 넓은 개념으로 경쟁의 수단이나 방법의 공정성뿐만 아니라 경쟁의 자유를 제한하는 경쟁제한성이나 거래조건의 공정성까지 포함하는 포괄적인 개념으로, 경쟁 그 자체의 공정성뿐만 아니라 경쟁자와 거래상대방 나아가 소비자의 이익도 함께 보호하는 제도라고 할 수 있다.<sup>57)</sup> 부

53) 정선진, “부정경쟁행위와 불공정거래행위”, 법학논총 제12집, 2000, 50면.

54) 권오승·서정, 「독점규제법」 제4판, 법문사, 2020, 397면.

55) 권오승·서정, 위의 책, 398면.

56) 권오승·서정, 앞의 책(각주 54), 396면.

정경쟁방지법은 목적 조항 등 외형적 모습과 범목적을 달성하기 위한 규범방식에서 공정거래법과 유사한 규범으로 볼 수 있다.<sup>58)</sup> 부정경쟁방지법은 제1조에서 건전한 거래질서 유지를 목적으로 하고 있어서 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진한다는 목적을 가진 공정거래법의 목적과 유사하고, 구체적으로 법의 목적을 달성하기 위한 규범방식에서도 독점배타적인 권리를 부여하는 지식재산권법과 달리 타인의 불공정경쟁행위를 금지하고 손해배상을 청구할 수 있는 소극적인 지위를 부여하고 있다는 점에서 유사한 면이 있다.<sup>59)</sup>

이와 같이 부정경쟁방지법과 공정거래법이 유사한 면을 가지고 있더라도 공정거래법과 차이가 있는데 부정경쟁방지법은 사권을 중심으로 운용되는 사법이지만 공정거래법은 공적기관의 제재에 의존하는 공법이라는 본질적인 차이가 있다. 부정경쟁방지법은 지식재산권법의 일부로 다루어져 특허청이, 공정거래법은 공정거래위원회에서 이 법령제정 업무를 담당하고 있다. 일본도 부정경쟁방지법을 지식재산권법의 일부로 취급하고 있어서 경제산업성 내부의 경제산업정책국 지적재산정책실에서 법령제정 업무를 담당한다. 독일의 경우에는 부정경쟁방지법이 지식재산권법과 구별되어 경쟁제한방지법과 더불어 광의의 경쟁법을 구성하고 연방카르텔청이 관리하고 있다. 독일을 제외한 주요 국가들에서도 부정경쟁방지법은 지식재산권법의 일부로 취급하고 성질상 공정거래법과 일정한 관련을 맺고 있을 뿐이다.<sup>60)</sup>

구체적인 사례에서 부정경쟁행위와 불공정경쟁행위가 중첩되는 부분이 존재할 수도 있는데 이 경우에는 부정경쟁방지법 제15조 제2항에 의해서 공정거래법이 우선적으로 적용된다. 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」, 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」, 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 또는 「형법」 중 국기·국장에 관한 규정에 제2조제1호라목부터 바목까지, 차목 및 카목, 제3조부터 제6조까지 및 제18조제3항과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다고 규정하고 있다.

57) 권오승, 「경제법」 제13판, 법문사, 2019, 318면.

58) 서울대학교 산학협력단, 앞의 보고서(각주 32), 24면.

59) 서울대학교 산학협력단, 앞의 보고서(각주 32) 324면.

60) 서울대학교 산학협력단, 앞의 보고서(각주 32), 331면.

## 제3절 부정경쟁방지법의 입법례

### 1. 국제조약

#### (1) 파리협약

##### 1) 관련 조항

공업소유권 보호를 위한 파리협약(Paris Convention for the Protection of Industrial Property, 이하 ‘파리협약’)은 1883년 처음 채택되었고 특히, 실용신안, 디자인, 상표, 상호, 지리적 표시, 부정경쟁방지 등의 산업재산권을 보호하기 위한 국제적 통일 기준을 마련하기 위해서 만들어진 협약이다.<sup>61)</sup> 부정경쟁행위와 관련된 내용은 제10조의2와 제10조의3에서 규정하고 있는데 제10조의2는 부정경쟁행위에 대한 일반적인 금지를 규정하고 있고,<sup>62)</sup> 제10조의3은 부정경쟁행위에 대한 구제 수단을 규정하고 있다. 파리협약 제10조의2는 부정경쟁 금지에 관한 통일된 보호 기준의 토대를 마련하기 위한 목적으로 규정되었다.<sup>63)</sup>

제10조의2(2)항은 부정경쟁(unfair competition)이란 산업상 또는 상업상 공정한 관행에 반하는 모든 경쟁행위를 포함한다고 규정하고 있다. 제10조의2에서 명시적으로 금지하는 유일한 행위는 제3항에 규정된 경쟁자의 사업과 혼동을 야기하는 행위, 경쟁자의 사업의 평판을 떨어뜨리는 행위, 제공되는 상품의 특성에 대해 대중을 오도하는 행위이다. 이 세 가지 모두 기만을 포함하는 행위로 보통 법상 사칭행위(passing off) 법리의 기초가 된다.<sup>64)</sup> 그러나 민사법의 영역에서는

---

61) Patricia Norton, “The Effect of Article 10bis of the Paris Convention on American Unfair Competition Law”, *Fordham Law Review Vol.68*, 1999, p.236.

62) Article 10bis [Unfair Competition]

(1) The countries of the Union are bound to assure to nationals of such countries effective protection against unfair competition.

(2) Any act of competition contrary to honest practices in industrial or commercial matters constitutes an act of unfair competition.

(3) The following in particular shall be prohibited:

1. all acts of such a nature as to create confusion by any means whatever with the establishment, the goods, or the industrial or commercial activities, of a competitor;

2. false allegations in the course of trade of such a nature as to discredit the establishment, the goods, or the industrial or commercial activities, of a competitor;

3. indications or allegations the use of which in the course of trade is liable to mislead the public as to the nature, the manufacturing process, the characteristics, the suitability for their purpose, or the quantity, of the goods.

63) Patricia Norton, The Effect of Article 10bis of the Paris Convention on American Unfair Competition Law, *Fordham Law Review Vol.68*, 1999, p.236.

기만과 관련되지 않은 많은 관행을 포함하는 것으로 부정경쟁의 의미를 해석한다. 유럽사법재판소에 따르면 유럽연합상표지침 제6조 제1항에<sup>65)</sup> 재현된 ‘산업상 또는 상업상의 공정한 관행’은 ‘상표소유자의 이익과 관련하여 공정하게 행동할 의무’를 의미하고<sup>66)</sup> 이는 또 다시 해석의 여지를 남기고 있어서 순환이라는 비난을 받았다.<sup>67)</sup> 유럽사법재판소는 ‘불공정(unfair)’의 의미에 대해서 두 당사자 간의 상업적 관련이 있는 것으로 오인하게 하는 것뿐만 아니라 상표의 식별력있는 특징이나 명성에 대한 불공정한 이익을 이용하여 상표의 신용을 훼손하거나 평판을 떨어뜨리는 것을 의미하는 것이라고 해석하고 있다.<sup>68)</sup>

파리협약의 부정경쟁 금지에 관한 규정은 매우 유연한 조항으로,<sup>69)</sup> 회원국들은 적어도 최소한 파리협약이 정의하고 있는 것과 같이 부정경쟁 행위금지를 효과적으로 보장해야 한다는 것을 의미한다.<sup>70)</sup> 회원국들은 부정경쟁행위 금지에 대하여 다른 기준들을 규정할 수 있어서 파리협약에서 제시하고 있는 것보다 부정경쟁행위에 대하여 더 강력한 규제를 할 수도 있다.<sup>71)</sup>

## 2) 파리협약 가이드라인

1968년 발간된 파리협약 가이드라인(Guide to the Application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, 이하 ‘파리협약 가이드라인’)은 제10조의2의 내용을 다음과 같이 설명하고 있다.<sup>72)</sup>

64) Mary LaFrance, “Passing off and unfair competition: conflict and convergence in competition law”, *MICH. ST. L. REV.* Vol.2011:1413, 1421.

65) Article 6 Limitation of the effects of a trade mark

1. The trade mark shall not entitle the proprietor to prohibit a third party from using, in the course of trade,

(a) his own name or address;

(h) indications concerning the kind, quality, quantity, intended purpose, value, geographical origin, the time of production of goods or of rendering of the service, or other characteristics of goods or services;

(c) the trade mark where it is necessary to indicate the intended purpose of a product or service, in particular as accessories or spare parts;

provided he uses them in accordance with honest practices in industrial or commercial matters

66) Case C-228/03, Gillette Co. v. L-A Laboratories Ltd. Oy, 2005 E.C.R. 1-2337.

67) Tom Alkin, “Should There Be a Tort of ‘Unfair Competition’ in English

Law?”, *3 J. INTELL. PROP. L. & PRAC.* 48, 49(2008).

68) Gillette, 2005 E.C.R. 1-2337, 43, 45.

69) Marcus Höpferger & Martin Senftleben, “Protection Against Unfair Competition at the International Level — The Paris Convention, the 1996 Model Provisions and the Current Work of the World Intellectual Property Organisation”, 2007.

70) *Id.*

71) *Id.*

구체적인 ‘경쟁’의 의미에 대해서는 각국에서 개별적으로 결정될 사항이라고 보았다. 각국은 좁은 의미에서는 경쟁적이지 않은 행위, 즉 동일한 산업이나 거래 안이지만 다른 산업 또는 거래 분야에서 확립된 평판으로부터 부당하게 이익을 얻음으로써 그러한 평판을 약화시키는 행위까지 부정경쟁행위로 확장할 수 있다고 한다. 제2항은 공정한 관행에 반하는 산업적 또는 상업상으로 반하는 어떠한 행위도 부정경쟁행위로 간주된다고 규정하고 있는데 이에 대한 기준은 부정경쟁행위로부터 보호를 요구하는 각국에 존재하는 공정한 관행에 한정되지 않는다. 각국의 법원이나 행정당국은 국제 거래에서 확립된 공정한 관행도 고려해야 한다. 만일 각국의 법원이나 행정당국이 산업상 또는 상업상 공정한 관행에 반하는 행위에 대한 보호를 요구한다면, 각국의 국내법에 의한 제재와 구제 수단을 적용해야 하고 부정경쟁행위가 되는 행위를 금지해야 한다. 다양한 행위들이 위의 기준에 부합될 수 있을 것이라고 가이드라인은 설명하고 있다.

## (2) WIPO 부정경쟁행위에 대한 보호에 관한 모델조항

WIPO 부정경쟁행위에 대한 보호에 관한 모델조항(Model Provision on Protection against Unfair Competition 1996, 이하 ‘WIPO 모델조항’)은 파리협약 제10조의2의 이행을 추진하기 위해 만들어졌다. WIPO 모델조항은 총 6개의 조문으로 규정되어 있는데 각 조문은 각 부정경쟁행위의 유형을 규정하고 구체적인 사례를 함께 규정하고 있다는 점에서 특징이 있다. 제1조는 부정경쟁행위에 대한 정의를 규정하고 있고<sup>72)</sup> 다른 사업자의 사업이나 활동에 관한 혼동야기(제2조), 다른 사업자의 신용이나 명성에 대한 훼손(제3조), 공중의 오인 야기(제4조), 다른 사업자의 사업이나 활동에 대한 비방(제5조) 그리고 마지막으로 비밀정보에 대한 부정경쟁(제6조)을 정의하고 있다.<sup>74)</sup>

72) G.H.C. Bodenhausen, “Guide to the application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property”, *BIRPI*, 1968, p.144.

73) Article 1 General Principles

(1)[General Provision] (a) In addition to the acts and practices referred to on Article 2 to 6, any act or practice, in the course of industrial or commercial activities, that is contrary to honest practices shall constitute an act of unfair competition.

(b) Any natural person or legal entity damaged or likely to be damaged by an act of unfair competition shall be entitled to the remedies referred to in ... .

(2) [Relationship Between Articles 1 to 6 and Provision Protecting Inventions, Industrial Designs, Trademarks, Literary and Artistic Works and Other Intellectual Property Subject Matter] Articles 1 to 6 shall apply independently of, and in addition to, any legislative provisions protecting inventions, industrial designs, trademarks, literary and artistic works and other intellectual property subject matter.

74) WIPO publication No. 832, 1996, 1.02.(p.6).

WIPO 모델조항의 체계는 기본적으로 파리협약 제10조의2를 따르고 있다. 파리협약 제10조의2 제2항에 규정된 부정경쟁행위는 제10조의2(3)항에서 구체화되었고, WIPO 모델조항 제1조 제1항은 모델조항 제2조부터 6조에 의해 그 내용이 구체적으로 보완되고 있다. WIPO 모델조항에 명시적으로 나열된 부정경쟁행위의 내용이 더 많다는 것은 보호를 제공할 개별 사례를 더욱 구체화하려는 목적으로 볼 수 있다.<sup>75)</sup>

파리협약 제10조의2(2)항의 문맥에서 가장 중요한 역할을 하는 ‘공정한 상거래 관행(honest practices)’의 개념은 WIPO 모델조항에서도 유지된다. 파리협약에 규정되어 있는 표현과 동일한 표현을 사용하여 부정경쟁행위의 의미를 규정하고 있고, WIPO 모델조항 제1조 제1항에서 규정하고 있는 ‘관행(practice)’은 구체적인 행위가 결여된 경우에도 부정경쟁행위가 될 수 있다는 것을 명확하게 하기 위해서 규정하고 있는 것이다.<sup>76)</sup> 예를 들면 소비자 잡지에 게재된 제품 테스트에 관한 정보를 수정하거나 보완하지 않아 시장에서 제공되는 제품의 품질에 대해 잘못된 인상을 주는 경우, 제품의 올바른 작동 또는 제품의 가능한 부작용에 관한 충분한 정보를 제공하지 않는 경우도 부정경쟁행위에 해당할 수 있다는 것을 의미한다.<sup>77)</sup> ‘산업상 또는 상업상 활동’의 의미는 제품 또는 서비스를 제공하는 기업의 활동, 특히 그러한 제품 또는 서비스의 구매 및 판매뿐만 아니라 변호사, 개업의 의사 및 기타 그러한 사람들과 같은 전문가의 활동을 포괄하는 넓은 의미로 이해되어야 한다.<sup>78)</sup> WIPO 모델조항의 목적을 달성하기 위해서는 개인이나 기업의 활동이 영리목적인지의 여부는 중요하지 않다.<sup>79)</sup> 파리협약 제10조의2(2)항은 ‘경쟁적인 행위(any act of competition)’라고 규정하고 있지만 WIPO 모델조항은 행위가 경쟁적인 행위이어야 할 것을 규정하고 있지 않다. 이는 WIPO 모델조항이 행위를 한 자와 해당 행위로 인해 이익이 영향을 받는 당사자 사이에 직접적인 경쟁이 없는 상황에서도 적용된다는 것을 의미한다.<sup>80)</sup> 예를 들어, 잘 알려진 상표가 소유자가 아닌 다른 사람이 완전히 다른 제품에 사용하는 경우 상표의 사용자는 일반적으로 상표소유자와 경쟁관계에 있지 않지만 그럼에도 불구하고 상표의 사용은 경쟁과 관련이 있게 된다.<sup>81)</sup> 상표사용자는 잘 알려진 상표를 사용하지 않는 경쟁자보다 이익을 얻음으로써 상표사용자의 제품 판매에 유

75) Marcus Höpferger&Martin Senftleben, *supra note* 69, 2007.

76) WIPO publication No. 832, 1996, 1.03.(p.8).

77) WIPO publication No. 832, 1996, 1.04.(p.8).

78) WIPO publication No. 832, 1996, 1.05.(p.8).

79) *Id.*

80) WIPO publication No. 832, 1996, 1.06.(p.10).

81) *Id.*

리하게 작용될 수 있다. 더욱이 그 행위가 경쟁적이어야 한다는 요건의 생략은 소비자도 보호된다는 것을 명확하게 한다.<sup>82)</sup>

### (3) WTO/TRIPs 협정

무역 관련 지적재산권 협정(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 이하 ‘WTO/TRIPs협정’)은 파리협약 제10조의2와 같은 부정경쟁행위에 대한 일반적인 규제 규정을 두고 있지는 않다. 다만 지리적 표시 보호에 관한 규정인 제22(2)(a)항과 제22(2)(b)항은 지리적 표시를<sup>83)</sup> 이용한 오인·혼동야기 행위를 금지하는 규정을 두고 있어서 이를 부정경쟁행위 금지에 관한 조항으로 해석할 수 있다.<sup>84)</sup>

WTO/TRIPs협정이 지리적 표시에 대한 보호를 규정하고 있는 이유는 지리적 표시에 관한 부정경쟁행위를 방지하여 소비자를 보호하기 위한 것이다. 본 규정에 따라 회원국은 지리적 표시를 허위로 부착하거나 기타 부정한 방법으로 사용하는 행위를 금지하도록 입법을 해야 한다. 제22(2)(a)항은 상품의 지리적 출처에 대하여 공중의 오인을 야기하는 방법으로 진정한 원산지가 아닌 지역을 원산지 지로 표시하거나 암시하는 모든 사용을 금지할 수 있다고 규정하고 있다. 제22(2)(b)항은 파리협약 제10조의2의 의미 내에서의 부정경쟁행위를 구성하는 사용을 금지한다고 규정하고 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 파리협약 제10조의2는 부정경쟁행위 금지에 관한 규정이다. 파리협약 제10조의2 제3항은 사칭행위, 혼동행위, 비방행위, 허위표시를 부정경쟁행위로 규정하고 있어서 지리적 표시를 이용하여 이러한 행위를 하는 경우에는 TRIPs 협정 제22(2)(b)항에 따라 규제할 수 있다.

우리나라는 부정경쟁방지법 제3조의2를<sup>85)</sup> 두어 자유무역협정에 따라 보호되는

82) *Id.*

83) TRIPs협정 제22(1)조는 지리적 표시란 상품의 특정 품질, 명성 또는 그 밖의 특성이 본질적으로 지리적 출처에서 비롯되는 경우, 회원국의 영토 또는 회원국의 지역 또는 지방을 원산지 지로 하는 상품임을 나타내는 표시라고 규정하고 있다.

84) Article 22(Protection of Geographical Indications)

2. In respect of geographical indications, Members shall provide the legal means for interested parties to prevent:

(a) the use of any means in the designation or presentation of a good that indicates or suggests that the good in question originates in a geographical area other than the true place of origin in a manner which misleads the public as to the geographical origin of the good;

(b) any use which constitutes an act of unfair competition within the meaning of Article 10bis of the Paris Convention (1967).

85) 제3조의2(자유무역협정에 따라 보호하는 지리적 표시의 사용금지 등) ① 정당한 권원이 없는 자는 대한민국이 외국과 양자간(兩者間) 또는 다자간(多者間)으로 체결하여 발효된 자유

지리적 표시를 보호하도록 하고 있다. 이 규정은 우리나라가 외국과 양자간 또는 다자간으로 체결하여 발효된 자유무역협정에 따라 보호하는 지리적 표시에 대하여는 제2조 제1호 라목 및 마목의 부정경쟁행위 이외에도 지리적 표시에 나타난 장소를 원산지로 하지 아니하는 상품에 관하여 그 지리적 표시를 사용하는 행위를 금지하고 있다. 부정경쟁방지법의 보호 대상이 되는 지리적 표시는 우리나라가 체결한 다자간 또는 양자간 자유무역협정에 따라 보호하기로 합의된 지리적 표시이기만 하면 국내에서의 주지·저명성을 필요로 하지 않는다.

## 2. 해외 입법례

### (1) 유럽연합의 불공정한 상관행 지침

2005년 유럽연합의 불공정한 상관행 지침(Unfair Commercial Practices Directive 2005/29/ec.)은 불공정한 상거래 행위로부터 소비자를 보호하기 위해서 제정되었다. 유럽연합 내에서 기업들의 불공정한 행위로부터 소비자를 보호하고 불공정한 상거래 행위에 대한 최소한의 기준을 마련하고 있다. 상거래에 있어서 불공정한 행위를 규제한다는 점에서 부정경쟁방지법과 유사한 점이 있지만 유럽연합의 불공정한 상관행 지침은 사업자와 소비자 사이에 발생하는 상거래에서의 부정경쟁행위를 규제하고 있어서 우리 부정경쟁방지법이 경쟁 관계에서 발생하는 불공정한 상거래 행위를 규제하는 것과는 차이가 있다. 유럽연합의 불공정한 상관행 지침 제5(1)항은<sup>86)</sup> 불공정한 상거래 행위 금지를 금지하는 일반조항으로 규정되어 있다. 제5조에 따르면 상거래 행위가 직업적인 성실성에 반하고 실질적

---

무역협정에 따라 보호하는 지리적 표시(이하 이 조에서 “지리적 표시”라 한다)에 대하여는 제 2조제1호라목 및 마목의 부정경쟁행위 이외에도 지리적 표시에 나타난 장소를 원산지로 하지 아니하는 상품(지리적 표시를 사용하는 상품과 동일하거나 동일하다고 인식되는 상품으로 한정한다)에 관하여 다음 각 호의 행위를 할 수 없다.

1. 진정한 원산지 표시 이외에 별도로 지리적 표시를 사용하는 행위
  2. 지리적 표시를 번역 또는 음역하여 사용하는 행위
  3. “종류”, “유형”, “양식” 또는 “모조품” 등의 표현을 수반하여 지리적 표시를 사용하는 행위
  - ② 정당한 권원이 없는 자는 다음 각 호의 행위를 할 수 없다.
    1. 제1항 각 호에 해당하는 방식으로 지리적 표시를 사용한 상품을 양도·인도 또는 이를 위하여 전시하거나 수입·수출하는 행위
    2. 제2조제1호라목 또는 마목에 해당하는 방식으로 지리적 표시를 사용한 상품을 인도하거나 이를 위하여 전시하는 행위
  - ③ 제1항 각 호에 해당하는 방식으로 상표를 사용하는 자로서 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 자는 제1항에도 불구하고 해당 상표를 그 사용하는 상품에 계속 사용할 수 있다.
    1. 국내에서 지리적 표시의 보호개시일 이전부터 해당 상표를 사용하고 있을 것
    2. 제1호에 따라 상표를 사용한 결과 해당 지리적 표시의 보호개시일에 국내 수요자 간에 그 상표가 특정인의 상품을 표시하는 것이라고 인식되어 있을 것
- 86) 제5조(불공정한 상관행의 금지)1. 불공정한 상업적 관행은 금지된다.

으로 제품을 구매하는 평균적인 소비자 또는 특정 소비자 집단에 영향을 미치고 집단의 평균적 구성원의 경제행위를 실질적으로 왜곡시키거나 왜곡시킬 우려가 있는 경우 부정경쟁행위에 해당한다.<sup>87)</sup>

## (2) 독일

### 1) 연혁

독일 부정경쟁방지법(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG)은 경쟁제한방지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)과 함께 경쟁법의 기본적인 한 축을 이루고 있다.<sup>88)</sup> 전자는 경쟁의 자유를 보호하고 후자는 경쟁의 공정성을 규제한다. 우리나라와 일본을 비롯한 대부분의 국가들은 부정경쟁방지법을 지식재산권법으로 분류하고 있으나 독일은 경쟁법으로 분류하고 있다. 독일은 1896년 부정경쟁방지법을 제정하면서 파리협약 제10조의2를 국내법에 최초로 수용하였다.<sup>89)</sup>

독일은 1896년 기만적 광고 등을 비롯한 특별한 유형의 부정경쟁행위를 금지하는 ‘부정경쟁방지법(Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewer, UWG)’을 제정하였는데 제한적 열거주의에 의해서는 사회의 요구에 부응하기에 어렵다고 판

---

87) Article 5 Prohibition of unfair commercial practices

1. Unfair commercial practices shall be prohibited.

2. A commercial practice shall be unfair if:

(a) it is contrary to the requirements of professional diligence,  
and

(b) it materially distorts or is likely to materially distort the economic behaviour with regard to the product of the average consumer whom it reaches or to whom it is addressed, or of the average member of the group when a commercial practice is directed to a particular group of consumers.

3. Commercial practices which are likely to materially distort the economic behaviour only of a clearly identifiable group of consumers who are particularly vulnerable to the practice or the underlying product because of their mental or physical infirmity, age or credulity in a way which the trader could reasonably be expected to foresee, shall be assessed from the perspective of the average member of that group. This is without prejudice to the common and legitimate advertising practice of making exaggerated statements or statements which are not meant to be taken literally.

4. In particular, commercial practices shall be unfair which:

(a) are misleading as set out in Articles 6 and 7,  
or

(b) are aggressive as set out in Articles 8 and 9.

5. Annex I contains the list of those commercial practices which shall in all circumstances be regarded as unfair. The same single list shall apply in all Member States and may only be modified by revision of this Directive.

88) 박준석, “한국 지적재산권법과 다른 법률들과의 관계”, 법조, 2013, (Vol.687), 50면.

89) 서울대학교 산학협력단, 앞의 논문(각주 32), 295면.

단하여 1909년 일반조항인 제1조를 도입하는 새로운 부정경쟁방지법을 제정하였다. 제1조는 ‘영업상 거래에서 경쟁의 목적으로 선량한 풍속에 위반하는 행위’를 한 자를 상대로 금지청구 및 손해배상청구를 할 수 있다고 규정하고 있었다.<sup>90)</sup> 1909년 부정경쟁방지법의 일반조항은 민법상 불법행위 조항과 유사하게 포괄적으로 규정되어 있어 경쟁의 자유를 인정해 줄 영역을 구분하기 위한 기준이 필요했는데, 법의 규제를 받지 않는 모방행위는 허용하지만 ‘특별한 사정’이 있는 경우에만 부정경쟁행위로 인정하였다.<sup>91)</sup> 제1조는 2004년 개정법에서 제3조로 이동하였고<sup>92)</sup> 구체적인 부정경쟁행위의 유형은 제4조에 규정되었다.<sup>93)</sup> 2004년 개정법은 2015년 일부 개정이 있었지만 현재까지 독일 부정경쟁방지법의 큰 틀을 이루었다. 2015년 개정을 통해 제3조 일반조항은 변화를 가져오게 되었다. 구 법 제3조는 영업자, 소비자 및 기타 시장참여자의 이익을 침해하는 부정경쟁행위를 금지한다고 규정하고 있어서 이 기준은 모든 부정경쟁행위에 일률적으로 적용되고 있었다.<sup>94)</sup> 그러나 2015년 개정법은 간단하게 부정경쟁행위를 금지한다고만 규정하고 있어서 선언적 조항으로 변하게 되었다.

독일 부정경쟁방지법은 경쟁 관계의 사업자를 보호하기 위해서 제정되었지만 소비자, 공공의 이익 보호를 포괄하는 법률로 발전하였고, 2015년 개정을 통해 소비자 보호가 더욱 강화되었다. 2015년의 개정은 2005년에 규정된 유럽연합의 불공정한 상관행 지침(Directive 2005/29/EC)을 부정경쟁방지법에 새롭게 도입하기 위한 것이어서 지침에 규정된 행위들이 새로운 부정경쟁행위 유형으로 포섭되고 소비자 관련 조항의 개정이 중심을 이루었다. 언급한 바와 같이 이 지침은 사업자와 소비자의 거래 관계에만 적용되는 것으로, 2004년 개정 이후 일반조항의 역할을 해오던 제3조 제1항과 소비자 일반조항으로서 제3조 제2항과의 관계를 명확하게 하였다.<sup>95)</sup> 그리고 부정경쟁방지법 제4조에서 존재하던 11가지의 부정경쟁행위의 예시적 규정을 폐지하고 세부적으로 구별하여 규정하였다. 부정경쟁행위 유형 중 소비자 보호와 관련된 규정은 삭제하고 경쟁자를 보호하는 행위 유형을 개정법 제4조에 규정하게 되었다.

90) 손천우, “부정경쟁방지법 제2조 제1호 카목이 규정하는 성과물 이용 부정경쟁행위에 관한 연구”, 대법원판례해설, 2020, 990면.

91) *Id.*

92) 제3조(부정경쟁행위의 금지) 영업자, 소비자 및 그 밖의 시장참여자의 이익에 반하여 경미하다고 할 수 없을 정도로 경쟁을 침해할 우려가 있는 부정한 경쟁행위는 허용되지 않는다.

93) 박성호, 앞의 논문(각주 15), 224면.

94) 손천우, 앞의 논문(각주 90), 304면.

95) 박윤석·안효질, “독일 부정경쟁방지법 최근 개정 동향”, 저스티스 통권 제157호, 한국법학원, 2016, 250면.

## 2) 주요 내용

독일 부정경쟁방지법 제1조는 경쟁자, 소비자 그리고 기타 시장 참여자를 부정한 거래행위로부터 보호하고 동시에 공정한 경쟁에 대한 이익을 보호하는 것을 목적으로 한다고 규정하고 있다. 제2(1)(2)항은 ‘시장참여자’란 경쟁자와 소비자를 포함하여 상품과 서비스의 수요자 또는 공급자로서 활동하는 모든 사람을 의미한다고 규정하고 있고, 제2(1)(3)항은 ‘경쟁자’란 상품 또는 서비스의 공급자 또는 수요자로서 구체적인 경쟁 관계에 있는 모든 영업자를 의미한다고 규정하고 있다. 제3조는<sup>96)</sup> 2004년 개정 이후부터 부정경쟁행위에 대한 일반조항으로 설명되고 있다. 제3조 제1항의 ‘거래행위’의 의미에 대해서는 제2(1)(1)항에서 규정하고 있는데 자연인이 자신 또는 타인의 영업을 위하여 거래 전과 후 또는 그 과정에서 발생하는 상품 또는 서비스의 계약 체결이나 이행, 판매 촉진과 객관적으로 관련된 모든 행위를 의미하고 여기에서의 상품은 부동산, 서비스는 권리와 의무의 이행을 포함한다고 규정하고 있다. 제3(1)항은 경쟁자에 대한 부정경쟁행위의 일반조항이고, 제3(2)항은 유럽연합의 불공정한 상관행 지침에 근거하여 도입된 것으로 소비자 보호를 위한 부정경쟁행위의 일반조항에 해당한다. 소비자와 관련된 부정경쟁행위가 제3a조부터 제7조까지에 해당하지 않는 경우에는 일반조항인 제2항이 적용된다. 2015년 개정법은 제3a조(위법행위)를<sup>97)</sup> 신설하여 위법행위 판단기준으로 삼았고 제4조는 구체적인 부정경쟁행위를 열거하고 있는데 제3항이 우리 부정경쟁방지법 일반조항인 카목과 비교할 수 있는 조항이다.<sup>98)</sup> 제

96) 제3조(금지되는 부정한 거래행위)

(1) 부정한 거래행위는 금지된다.

(2) 소비자를 향하거나 소비자와 관련된 거래행위는 거래행위가 영업적 주의의무를 다하지 못하고 소비자의 경제적 행위에 현저한 침해를 가져오는 경우 금지된다.

(3) 동법 부칙에 도입된 부정경쟁행위는 당연히 금지된다.

(4) 소비자에 대한 거래행위를 판단하는 경우, 평균적 소비자 또는 거래행위가 특정한 소비자 계층에 사용된 경우 그 계층의 평균적 소비자에 근거해야 한다. 영업자의 예측가능성에 대해서 거래행위 관점에서 정신적 또는 신체적 결함, 나이 또는 경솔함 또는 이러한 것에 근거한 제품 또는 서비스 제공에서 특별한 보호가 필요한 소비자들에 해당되는 소비자 계층의 경제적 행위에 현저한 영향을 주는 거래행위는 해당 계층의 평균적 구성원의 관점에 근거해서 판단되어야 한다.

97) 제3a조(법규위반을 통한 부정경쟁행위) 누구든지 시장참여자의 이익에서 시장행위를 규제하는 법률을 위반하고 그 법규위반이 소비자, 기타 시장참여자 또는 경쟁자의 이익을 인식가능할 정도로 침해하는 경우 부정한 것으로 간주한다.

98) 제4조(경쟁자 보호) 누구든지 다음의 행위를 하는 경우 부정한 것으로 간주한다.

1. 다른 경쟁자의 표지, 상품, 서비스, 활동, 인적 또는 거래 관계를 폄하 또는 비방하는 행위

2. 경쟁자의 영업 또는 상품, 서비스 또는 경영자나 임직원에게 관한 사실을 그 사실이 진실하다고 증명할 수 없음에도 주장하거나 유포하여 기업의 영업 또는 영업신용에 손해를 가한 경우, 비밀유지를 통해 전달되거나 그 전달의 수신인이 전달된 사실에 대한 정당한 이익을 가지고 있는 경우 그 사실이 진실에 반하여 주장되거나 유포된 경우에 한해 부정한 행위가 된다.

3. 경쟁자의 상품 또는 서비스를 모방한 상품 또는 서비스를 제공하는 경우

3항은 타인의 상품 또는 서비스를 무단으로 모방하는 행위를 규제하고 있다. 모방 행위를 통해 소비자의 혼동을 야기하는 경우, 경쟁자의 신용을 훼손하는 경우, 부정하게 모방에 필요한 지식을 취득하는 경우 등을 금지하고 있다.

### 3) ‘특별한 사정’과 ‘경쟁적 특성’

독일 부정경쟁방지법 제4(3)항에서 금지하는 모방의 대상은 경쟁적 특성<sup>99)</sup>이 있는 경쟁자의 상품 또는 서비스이다. 조문에서 ‘경쟁적 특성’을 규정하고 있는 것은 아니지만 독일 법원은 부정경쟁방지법상 금지되는 성과모방행위에 해당하는지를 판단할 때 이 부분을 고려하고 있다. 경쟁적 특성은 상품의 특정 형태 또는 특정 구성 요소가 해당 거래업계에서 상품의 영업상 출처 또는 상품의 특징을 인식할 수 있도록 하는 것을 의미한다.<sup>100)</sup> 경쟁적 특성은 매력적이거나 미적 감각이 있는 형상, 기술적 양식으로 특별한 구조·재료·품질·작업방식과 같이 다른 사람들보다 경쟁적 우위에 있을 수 있거나 경제적 이익을 얻을 개연성이 높은 성과물을 의미하는 것으로 이해되고 있다.<sup>101)</sup> 따라서 경쟁적 특성은 경쟁자와 소비자, 기타의 시장참여자 및 일반 공중에 대하여 보호할 가치가 있는 성과물의 모방행위만을 금지한다는 의미를 가지고 있다.<sup>102)</sup>

경쟁적 특성을 가지고 있지 않은 성과물은 원칙적으로 자유로운 모방의 대상이 되고 ‘특별한 사정’이 존재하는 경우에만 부정경쟁행위로 인정된다.<sup>103)</sup> 독일 연방 대법원의 판례를<sup>104)</sup> 통해 확립된 특별한 사정은 예외적으로 성과에 대한 모방을 금지하는 근거가 된다. 현행 부정경쟁방지법 제4조 제3항의 내용은 특별한 사정의 구체적인 예시에 해당한다. 즉 a) 경쟁자의 상품이나 서비스의 모방행위가 영업상의 출처에 회피가능한 혼동을 야기한 경우, b) 모방된 상품 또는 서비스에 관한 평가를 악용 또는 훼손한 경우, c) 모방에 필요한 지식 또는 서류를 부정하게 취득한 경우가 이에 해당한다. 이외에 모방의 대상이 된 제품의 제작자에게

- a) 수요자에게 영업적 출처에 관한 회피가능한 혼동을 야기한 경우
- b) 모방된 상품 또는 서비스에 관한 평가를 악용 또는 훼손한 경우
- c) 모방에 필요한 지식 또는 서류를 부정하게 취득한 경우

99) 경쟁적 특성을 거래적 가치로 번역하는 문헌이 있다. 경쟁적 특성이란 시장에서 반복적으로 거래되면서 인식된 가치를 의미하는 것이므로 거래적 가치가 적절하다고 한다: 이규홍, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목(변경 후 카목)에 대한 연구”, 정보법학 제22권 제2호, 2018, 67면.

100) Piper/Ohly/Sosnitzer, UWG, 5. Aufl. 2010, § 4.9, Rn. 9/27; BGHZ 50, 125, 130 “Pulverbehälter”.

101) Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 17. Aufl. § 1. Rn. 453.

102) Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl. § 4, Rn. 9.24.

103) Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 17. Aufl. § 1. Rn. 440.

104) *Id.*

불성실한 방법으로 모조품 제조에 관한 정보를 빼내오는 경우, 배임행위를 통한 모조품의 제작행위, 상대 경쟁자를 방해할 목적으로 경쟁자의 제품과 유사한 제품을 만들어 고의로 염가에 판매하는 모방행위 등도 특별한 사정에 해당한다.<sup>105)</sup>

금지되는 성과모방행위에 해당하는지에 대한 판단은 모방이 이루어진 상황, 방법과 결부시키고 있는데 경쟁적 특성이 강하고 모방의 방법과 정도가 커질수록 모방의 부정경쟁성을 판단하는 특별한 사정의 요구 정도는 낮아지므로,<sup>106)</sup> 경쟁적 특성이 적은 제품의 경우 보호의 범위는 더 좁게 해석되어야 한다고 한다.<sup>107)</sup>

독일의 경우 모방행위를 직접적 모방과 예측적 모방으로 구분하여 검토하고 있는데, 직접적 모방행위는 타인의 성과물을 그대로 모방하는 행위를 의미하고 후자는 타인의 성과를 토대로 자신의 창작이 가미된 경우를 의미한다.<sup>108)</sup> 부정경쟁행위로서의 특별한 사정이 인정되는 유형으로는 타인의 성과물에 대한 직접적 모방행위가 있는 경우를 의미한다.<sup>109)</sup>

### (3) 미국

#### 1) 개요

미국의 부정경쟁방지법(unfair competition law)은 보통법(common law)으로부터 발전하였다. 연방법 차원에서 별도의 부정경쟁방지법을 두고 있는 것은 아니고 표지에 대한 사칭행위를 금지하는 법리를 포함하여 부정경쟁금지 법리가 각각 발달해왔다. 연방법으로 상표법인 Lanham Act 제43(a)조가 출처혼동행위와 허위표시행위 금지 등을 규정하고 있어서 연방법상의 부정경쟁방지 조항으로 인정되고 있다.<sup>110)</sup> 이 조항은 부정경쟁행위라는 표현을 조문에 사용하고 있지는 않았

105) Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 17. Aufl. § 1, Rn. 475 ff.

106) BGH GRUR 12, 59; Ohly/ Sosnitzer, Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb, Rdn. 3/26.

107) OLG Köln GRUR-RR 14, 494, 496.

108) 박성호, 앞의 논문(각주 15), 224면.

109) 박성호, 앞의 논문(각주 15), 225면.

110) 제43조 (FALSE DESIGNATIONS OF ORIGIN, FALSE DESCRIPTIONS, AND DILUTION FORBIDDEN)

(a) (1) 특정한 상품이나 서비스 또는 상품용기와 관련하여, 상거래에서 다음 각목의 1에 해당하는 단어, 용어, 명칭, 상징, 고안물 또는 그 결합물이나 출처에 대한 허위명칭, 사실에 대한 허위 또는 오해의 소지가 있는 설명 또는 사실에 대한 허위 또는 오해의 소지가 있는 표시를 하는 자는 누구든지 이로 인하여 손해를 입거나 또는 손해를 입을 가능성이 있다고 믿는 자가 제기하는 민사 소송에서 책임을 진다.

(A) 그러한 자와 타인의 제휴, 관계 또는 연관성에 대하여 또는 그러한 자의 상품, 서비스, 상업적 활동의 원산지나 후원 또는 타인의 승인에 대하여 혼동 또는 오인을 야기하거나 기만할 가능성이 있는 것

(B) 상업 광고 또는 판촉 활동에 있어서, 그러한 자 또는 타인의 상품, 서비스 또는 상업적 활동의 성격, 특성, 품질 또는 지리적 출처를 그릇되게 표시하는 것

(2) 동 항에 있어서, "누구든지"는 주, 주의 부속 조직 및 공무를 수행하는 주 또는 부속 조직

지만 미국 법원은 미등록상표를 이용한 출처혼동 및 허위표시에 적용하여 연방법상의 부정경쟁방지법을 확립하였다고 해석하고 있다.<sup>111)</sup> 미국은 연방법 우선의 법칙(federal preemption)에 의하여 연방 지식재산권법과 충돌하는 부정경쟁방지법은 그 효력이 부정된다.

미국의 부정경쟁 리스테이트먼트(3d)(Restatement of Unfair Competition of Law)<sup>112)</sup> 제1장은 경쟁의 자유를 규정하고 있다. 이에 따르면 (1) 제2장에 열거된 기만적 마케팅, (2) 제3장에 규정된 상표와 기타 다른 식별표지에 관한 손해를 야기하는 것, (3) 제4장에 열거된 퍼블리시티권과 영업비밀을 포함하는 무형의 거래 가치를 도용하는 것이거나 행위의 성질과 일반공중에게 미칠 수 있는 영향을 고려하여 부정한 경쟁 방법으로 조치할 수 있다고 판단되는 행위가 아니라면, 사업이나 거래에 참여하여 다른 사람의 상거래 관계에 손해를 야기하는 사람은 경쟁자에 대해 책임이 없다고 규정하고 있다.<sup>113)</sup>

미국의 부정경쟁행위는 기본적으로 주 법(state law)에 따라 규제되고 있다. 각 주의 부정경쟁방지법의 통일을 위해 1964년 기만적 거래행위 통일법안을(Uniform Deceptive Trade Practices Act) 마련하여 모델법으로 사용하고 있다.<sup>114)</sup> 각 주는 부정경쟁방지법을 제정하거나 법원에서 보통법 법리를 적용하여 특정한 형태의 부정경쟁행위를 규제하고 있다. 주 법상 인정되는 부정경쟁행위로 는 사칭행위(passing off), 혼동행위, 허위기망행위, 비방광고의 전통적인 부정경쟁행위가 있고 사칭행위로부터 나온 희석화(dilution), 트레이드 드레스(trade dress) 보호, 아이디어 제공, 퍼블리시티권(publicity right)이 새로운 부정경쟁행위로 평가되고 있다.

## 2) 법원의 태도

초기 미국의 보통법상의 부정경쟁방지는 특히 상표를 통해 나타나는 신용(goodwill)에 대한 보호의 필요성에 대한 법원의 인식과 밀접하게 관련되어 있었다.<sup>115)</sup> 미국의 부정경쟁 사례는 경쟁자의 상품에 대한 사칭행위의 구제에 기초하

의 공무원 또는 피고용인을 포함한다. 주, 주의 부속 조직, 공무원 또는 피고용인은 비정부기관과 동일한 방법과 범위 내에서 동 법의 적용대상이 된다.

(3) 트레이드 드레스(trade dress) 침해에 관한 민사소송에서, 동 법에서 규정하는 주등록부에 등록되지 않은 경우 트레이드 드레스로서의 보호를 주장하는 자가 보호를 받고자 하는 부분이 기능적이지 않다는 점에 대해서 입증책임을 진다.

111) 나종갑, 앞의 논문(각주 22), 51면; 서울대학교 산학협력단, 앞의 보고서(각주 32), 279면.

112) 리스테이트먼트 혹은 법제록은 주법의 통일화를 위한 운동으로 선례로 정착된 판례의 요점을 정리한 것이다.

113) § 1. General Principles (a)

114) 나종갑, 앞의 논문(각주 22), 51면.

고 있다.<sup>116)</sup> 사칭행위(passing off) 법리는 법원이 실질적으로 사칭행위가 아니라면 기만적 상업행위에 대해서는 구제를 하지 않겠다는 확고한 보통법상의 원리로 자리잡게 되었다.<sup>117)</sup> Washboard Co. v. Saginaw Manufacturing Co. 사례에서<sup>118)</sup> 법원은 피고가 자신이 만든 아연 워시보드에 원고의 상표인 알루미늄을 무단 사용한 것에 대한 소송 청구를 기각하였는데 ALUMINUM 상표를 모방하여 피고가 자신의 상품을 일반공중에게 원고의 상품으로 속이고 있다는 주장을 원고가 입증하지 못했기 때문이다. 다른 후속 사례들에서도 법원들은 다양한 허위 제품 표시와 허위 광고 사례에 대한 구제를 인정하지 않았는데 심지어 피고 제품의 품질과 관련된 주장에 대해서도 이를 받아들이지 않았다.<sup>119)</sup> Westminster Laundry Co. v. Hesse Envelope Co. 사례에서 법원은 피고가 원고의 상표를 광고에 사용한 경우에도 부정경쟁을 인정하지 않았고,<sup>120)</sup> Hamilton Manufacturing Co. v. Tubbs Manufacturing Co. <sup>121)</sup> 사례에서도 법원은 피고가 자신의 경쟁 제품을 판매하기 위해서 원고의 제품에 대한 설명을 포함하는 원고의 카탈로그 일부의 사용을 금지하는 청구를 기각하였다.

그러나 결국 법원은 비록 사칭행위가 존재하지 않더라도 보통법하에서 동일하게 보호받을 가치가 있다는 것을 인정하기 시작하였다. 그러나 연방 상표법 제43(a)항이 통과된 이후에도 법원은 처음에는 사칭행위가 존재하지 않으면 피고 제품에 대한 허위표시가 있더라도 연방상표법 제43(a)항의 적용을 부정하였다.<sup>122)</sup> 그러나 점차 부정경쟁행위에 대한 범위를 확대하기 시작하면서 법원은 경쟁사의 재산에 대한 부정취득사용(misappropriation)으로부터 기업을 보호할 필요성을 인식하기 시작하였다. 부정취득사용과 관련한 가장 유명한 International News Service v. Associated Press<sup>123)</sup> 사례는 INS가 경쟁사인 AP의 뉴스를 무단으로 복제하여 제공한 행위가 문제가 되었다. 법원은 뉴스의 사실 자체는 저작권으로 보호될 수 없지만 뉴스를 생산하는데 필요한 노력과 비용을 보호될 수 있다고 보았다. 따라서 무단으로 뉴스를 유통하는 것은 부정경쟁에 해당한다고 판단하였다. 이 사건을 통해 사칭행위에 머무르던 부정경쟁방지는 부정취득사용으로 확대되었다.

115) Doris Long, 「Unfair Competition and the Lanham Act」, BNA BOOKS, 1993, p.2.

116) Doris Long, 위의 책, p.3.

117) Doris Long, 앞의 책(각주 115), p.4.

118) Washboard Co. v. Saginaw Manufacturing Co., 103 F. 281(6th Cir. 1900).

119) Doris Long, 앞의 책(각주 115), p.4.

120) Westminster Laundry Co. v. Hesse Envelope Co., 156 S.W. 767(Mo. Ct. App. 1913).

121) Hamilton Manufacturing Co. v. Tubbs Manufacturing Co., 216 F. 401 (W.D. Mich. 1908).

122) Doris Long, 앞의 책(각주 115), p.4.

123) 248 U.S. 215 (1918).

(4) 일본

일본 부정경쟁방지법은 1934년 파리협약에 가입하기 위해 처음 제정되었다. 1909년 독일 부정경쟁방지법 개정에 자극을 받아 1911년 법안이 마련된 적이 있었고 1925년 파리협약의 헤이그 개정협약에 영향을 받아 1926년 법안이 검토되었지만 법제정은 유보되었다가 1934년 파리협약의 런던개정회의 참석을 계기로 법을 제정하였다. 파리협약상 의무를 형식적으로 준수하기 위해 제정된 것이어서 실질적으로 적용할 수 없는 것이었다.<sup>124)</sup> 파리협약의 가입 의무로서 요구되던 내용을 최소한으로 만족시킬 목적으로 최초의 일본 부정경쟁방지법이 제정되었다는 것이 공식적인 설명이다.<sup>125)</sup>

일본 부정경쟁방지법 제1조는 이 법은 사업자 간의 공정한 경쟁 및 이에 관한 국제 약속의 정확한 실시를 확보하기 위해, 부정경쟁방지 및 부정경쟁에 따른 손해 배상에 관한 조치 등을 강구하고, 이를 통해 국민 경제의 건전한 발전에 기여함을 목적으로 한다고 규정하고 있다. 일본 최고재판소는 부정경쟁방지법의 목적에 대해서 영업의 자유 보장 하에서 자유경쟁이 행해지는 거래 사회를 전제로 하여, 경제 활동을 하는 사업자 사이의 경쟁이 자유경쟁의 범위를 일탈하여 남용적으로 이루어지거나 사회 전체의 공정한 경쟁질서를 파괴하는 경우에 이를 부정경쟁으로 방지하려는 것이라고 설명하고 있다.<sup>126)</sup>

일본은 부정경쟁행위에 대한 일반조항을 두고 있지 않고 제2조 제1호부터 제22호까지 열거된 구체적인 행위들을 부정경쟁행위로 규하고 있다. 현행 부정경쟁방지법은 상품주체혼동행위, 저명표시모용행위, 영업비밀부정이용행위, 기술적 제한수단에 대한 무효화행위, 도메인부정취득행위, 품질등오인야기행위, 신용훼손행위, 대리인 등의 상표모용행위 등을 부정경쟁행위로 규정하고 있다. 2018년 개정을 통해 부정경쟁행위 유형에 ‘한정제공데이터’의 부정취득사용 등의 행위를 신설하여 데이터제공자와 이용자 보호의 균형을 고려하여 최소한의 규율 기준을 마련하였다.<sup>127)</sup> 한정제공데이터 관련 부정경쟁행위는 일본 부정경쟁방지법 제2조 제1항 제11호부터 제16호에 규정되어 있는데 주요 내용으로 한정제공데이터의 부정취득사용 등의 행위를 금지하고 기술적 제한 수단의 효과를 저해하는 행위에 대한 규율 강화 등을 규정하였다. ‘한정제공데이터’란 ‘업으로서 특정인에게 제공하는 정보로서 전자적 방법(전자적 방법, 자기적 방법 기타 타인의 시각에 따라

124) □□産業省知的財産政策室編, 「逐□解□ 不正競□防止法 - 令和元年7月1日施行版」(2019.7.), 3頁, 344.

125) *Id.*

126) 天理□事件最高裁判決 (最判平18.1.20民集60□1□137頁).

127) 최정렬·이규호, 앞의 책(각주 46), 226면.

서는 인식할 수 없는 방법)에 의해 상당량 축적되어 관리되는 기술상 또는 영업상의 정보로서 비밀로 관리되고 있는 것을 제외한 것'을 의미한다(일본 부정경쟁방지법 제2조 제7항). 일본 부정경쟁방지법상의 부정경쟁행위에 대한 규율은 지속적으로 확대·강화되었지만 일반조항이 존재하지 않으므로 그 밖에는 민법상 일반불법행위에 의존할 수 밖에 없다.<sup>128)</sup> 일본 부정경쟁방지법은 일반조항을 두고 있지 않아서 그 적용대상이 상대적으로 한정적이라고 볼 수 있다.

---

128) 이호영, 앞의 논문(각주 39), 367면.

제3장

부정경쟁방지법 일반조항에 대한 고찰

제1절 부정경쟁방지법 일반조항의 개요

1. 입법 배경

부정경쟁방지법은 2013년 7월 30일(법률 제11963호) 일부 개정을 통해서 부정경쟁행위에 대한 보충적 일반조항으로 제2조 제1호 차목(현행 카목)을 신설하게 되었다. 이 조항은 2014년 1월 31일부터 시행되었으며 2018년 7월 개정에 의해 카목으로 조항이 이동하였다. 법률안 심사보고서에 따르면<sup>129)</sup> 부정경쟁방지법 제2조 제1호 가목부터 자목까지 제한적으로 열거하고 있는 부정경쟁행위의 정의 조항에 보충적 일반조항을 도입하여 새로운 유형의 부정경쟁행위에 대한 법적용의 포섭 범위를 확대함으로써, 새로이 등장하는 경제적 가치를 지닌 무형의 산물을 보호하고, 나아가 입법자가 부정경쟁행위의 모든 행위를 규정하지 못한 점을 보완하여 법원에게 새로운 유형의 부정경쟁행위를 판단할 수 있는 유연성을 제공함으로써 변화하는 거래 관념과 공동사회의 가치 기준을 적시에 반영하여 부정경쟁행위를 규율하기 위한 것이라고 밝히고 있다. 차목(현행 카목)의 입법 이전에도 일반조항의 도입에 대한 논의는 꾸준히 이어져 왔는데 독일과 같이 일반조항을 도입해야 부정경쟁행위 규제에 있어 통일성과 안정성, 탄력성 등을 확보할 수 있다는 점을 이유로 하고 있었다. 독일에서는 부정경쟁방지법을 경쟁법의 일부로 보아 공정한 경쟁질서를 저해하는 것이라면 어떤 행위라도 규제하겠다는 취지에서 개방적 일반조항을 두어 부정경쟁행위를 규제하고 있다.<sup>130)</sup>

부정경쟁행위에 대한 일반조항이 없더라도 법원은 민법 제750조에 근거하여 새로운 유형의 부정경쟁행위를 인정할 수 있다. 앞서 대법원은 ‘네이버 광고 검색’ 사건에서 경쟁자가 상당한 투자와 노력에 의하여 구축한 성과물을 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용함으로써 경쟁자

129) 국회 산업통상자원위원회, 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 일부 개정 법률안 심사보고서, 2013, 4~6면.

130) 독일 부정경쟁방지법 제3조(금지되는 부정한 거래행위)

(1) 부정한 거래행위는 금지된다.

의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻고 경쟁자의 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 행위는 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위에 해당한다고 판단함으로써 기존 지식재산권 체계 밖에서도 민법상 불법행위로서의 부정경쟁행위를 인정할 수 있다고 판단하였다.<sup>131)</sup> 대법원이 판시한 부정한 경쟁행위에 해당하는 불법행위의 성립요건과 일반조항의 성립요건은 실질적으로 거의 동일하지만 전자는 민법이고 후자는 지식재산권법이기 때문에 민법에 근거한 판결보다는 부정경쟁방지법의 일반조항에 근거한 판결들이 더 큰 힘을 발휘할 수 있다는 점을 의미한다고 한다.<sup>132)</sup>

대법원은 일반조항의 도입 배경에 대해서 새로이 등장하는 경제적 가치를 지닌 무형의 성과를 보호하고, 입법자가 부정경쟁행위의 모든 행위를 규정하지 못한 점을 보완하여 법원이 새로운 유형의 부정경쟁행위를 좀 더 명확하게 판단할 수 있도록 함으로써, 변화하는 거래 관념을 반영하여 부정경쟁행위를 규율하기 위한 것이라고 설명하고 있다.<sup>133)</sup> 인터넷 및 디지털로 대표되는 새로운 기술의 발달로 인하여 기업의 개발 성과물이 다양한 형태로 나타나고 있고 그러한 개발 노력에 대하여 이를 법적으로 보호해줄 필요가 있음에도 불구하고 타인이 그 성과를 자신의 경제적 이익을 위하여 도용하는 것은 매우 용이하지만 특허법, 실용신안법, 상표법, 디자인보호법, 저작권법과 같은 기존의 지식재산권법은 물론 부정경쟁행위를 구체적으로 한정하여 열거하는 열거주의 방식을 취한 종래의 부정경쟁방지법 조항으로는 그 보호가 불가능한 상황이 종종 발생하게 됨에 따라 새로운 유형의 부정경쟁행위에 대한 부정경쟁방지법의 포섭범위를 확대하기 위하여 부정경쟁행위에 대한 보충적 일반조항으로서 부정경쟁방지법에 카목이 신설되었다.<sup>134)</sup>

분명 긍정적인 측면이 있음에도 불구하고 부정경쟁방지법 일반조항에 대한 우려는 이 조항의 적용 영역이 점점 확대되고 있다는 부분이다. 전통적인 부정경쟁행위에서 고려되지 않았던 아이디어, 트레이드 드레스, 퍼블리시티 보호까지<sup>135)</sup> 그 보호 대상이 확대되는 문제가 발생하였다.<sup>136)</sup> 일반조항인 카목에 의한 보호가 인정되었던 트레이드 드레스는 2018년 부정경쟁방지법의 개정으로 상품 판매·서

131) 대법원 2010.8.25.선고2008마1541결정.

132) 박준우, “부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목의 유형화에 대한 검토”, 산업재산권법 제55호, 한국지식재산권법학회, 2018, 306면.

133) 대법원 2020.7.9.선고2017다217847판결.

134) 서울고등법원2017.2.16.선고2016나2035091판결.

135) 대법원 2020.3.6.선고2019마6525판결.

136) 나종갑, 앞의 논문(각주 22), 39면.

비스 제공 방법 또는 간판·외관·실내장식 등 영업 제공 장소의 전체적인 외관에 통한 혼동행위와 희석화 행위를 제2조 제1호 나목과 다목에 규정하게 되었다.

## 2. 일반조항의 의의

부정경쟁방지법 제2조 제1호 카목은 ‘그 밖에 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위’를 부정경쟁행위로 규정하고 있다. 일반조항이란 법률상 요건을 추상적 일반적으로 규정하고 있는 조항을 말한다.<sup>137)</sup> 우리 법상 가장 대표적인 일반조항의 예로는 민법 제2조 제1항의 신의성실원칙이라고 할 수 있다.<sup>138)</sup> 민법 제103조의 선량한 풍속 기타 사회질서에 관한 규정도 일반조항에 해당한다.<sup>139)</sup> 이러한 조항들은 그 성립 요건을 추상적으로 규정하고 있어서 구체적인 내용은 법원에 위임하고 있다.<sup>140)</sup> 따라서 법원이 탄력적으로 조항을 해석하거나 적용할 수 있다는 장점을 가지고 있지만 확대 적용이나 남용의 우려가 존재하게 된다.

부정경쟁방지법 제2조 제1호 가목의 상품주체 혼동행위, 나목의 영업주체 혼동행위, 다목의 저명상표 희석행위, 아목의 주지표시 도메인 이름 사용행위 및 자목의 상품형태모방행위, 차목의 아이디어 탈취행위 등도 모두 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 경쟁자의 상당한 노력과 투자로 구축된 성과물에 무임승차 (free riding)하는 행위로 카목의 행위에 포함될 수 있다. 만일 가내지 차목의 각 행위 유형에는 해당하지만 각 목에서 정하고 있는 부정경쟁행위로 인정되기 위한 요건을 일부 갖추지 못한 경우에도 일반조항인 카목이 적용된다면 카목과 별개로 가내지 차목을 둘 이유가 없지만 가목 내지 차목에서 정하고 있는 개별 요건들은 창작자의 보호와 자유로운 경쟁이라는 두 가지의 가치를 적절히 조화시키기 위한 입법자의 결단에 해당하기 때문에 부정경쟁방지법은 카목의 도입으로 그와 별개로 여전히 가목 내지 차목의 규정을 유지하고 있다. 따라서 카목은 다른 부정경쟁행위 조항들이 적용되지 않는 경우에 적용되는 조항이 아니라 별도의 독자적인 내용을 가진 조항으로 해석되어야 할 것이다.

일반조항의 도입 이전의 민법상 불법행위 판례가 매우 제한적으로 해당 법리를 적용하여 온 점, 디자인보호법이나 부정경쟁방지법 등의 실정법이 그 입법 목적

137) 윤철홍 역주, 「해제: 일반조항으로 도피」, 법원사, 2018, 106면.

138) 민법 제2조(신의성실) ①권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다.

139) 민법 제103조(반사회질서의 법률행위) 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다.

140) 윤철홍, “헤데만의 ‘일반조항으로 도피’에 대한 수용적 고찰”, 법학논집 제43집, 2019, 225면.

을 달성하기 위해서 필요한 경우에 그리고 필요한 범위 내에서만 디자인권 등의 보호나 부정경쟁행위를 금지하고 그 이외의 영역에서는 디자인 등의 자유로운 이용이나 자유로운 경쟁을 원칙적으로 허용하고 있는 점, 시장참여자의 입장에서 볼 때 가목 내지 자목에 규정하고 있는 유형의 행위를 함에 있어 부정경쟁방지법이 규정하고 있는 요건을 충족하지 아니하여 법률상 허용된다고 판단하고 그 행위를 하였음에도 부정경쟁행위로 인정될 경우 불측의 손해를 보게 되어 법정 안정성을 저해할 우려가 있는 점, 부정경쟁행위의 일반조항의 지나친 확장해석은 시장경제의 기본인 경쟁의 자유를 과도하게 제한할 우려가 있는 점, 대법원 판례의 법리와 구 부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목은 가목 내지 자목에 규정하고 있는 행위 유형과는 다른, 종래의 지식재산권 관련 제도 내에서는 예상할 수 없어 기존 법률로는 미처 포섭할 수 없었던 유형의 행위로서 가목 내지 자목의 부정경쟁행위에 준하는 것으로 평가할 수 있는 행위를 규율 대상으로 하는 것이라고 해석함이 상당하다는 점 등을 고려하여 일반조항에 대한 적용 여부를 신중하게 고려해야 한다는 법원의 판결은 새겨볼 만하다.<sup>141)</sup>

특히 상품표지의 사용으로 인한 성과물에 대하여 일반조항에 따른 보호를 인정할 수 있는지 여부는 그러한 성과를 이루기 위해 들인 투자나 노력의 정도, 성과의 사회적·경제적 가치의 정도, 상대방의 행위로 인하여 침해되는 이익의 정도, 모방의 정도, 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 정도 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여, 기존의 개별 조항들에 준하는 정도의 보호를 할 필요가 있는지의 관점에서 매우 신중하게 판단하여야 하며, 이를 판단하는 경우에 기존의 개별 조항들에 의한 법적 보호의 공백이 있는 영역을 메워줄 필요가 있는 특별한 사정이 있는지도 함께 살펴보아야 하는데, 상품표지·영업표지·상품형태 등 기존의 개별 조항들에 의하여 보호될 수 있는 적격이 있는 식별표지의 경우에는 위와 같은 특별한 사정들을 인정받는 것이 상대적으로 더 어려울 것이다.<sup>142)</sup>

### 3. 타 부정경쟁행위 조항과의 관계

#### (1) ‘그 밖에’

카목은 부정경쟁방지법 제2조 제1호 가목부터 차목에 규정된 구체적·개별적 부정경쟁행위에 해당되지 않는 경우에 보충적으로 적용되는 조항으로 법문상으로 이러한 점을 분명하게 하기 위해서 ‘그 밖에’라는 문구를 넣어 개별 조항의 우선 적용을 전제로 일반조항이 적용되는 것임을 명시하고 있다. ‘그 밖에’라는 표현은

141) 서울중앙지방법원2015.6.10.선고2013가합556587, 2014가합546662판결.

142) 특허법원2017.10.19.선고2016나56판결.

카목과 다른 조항은 그 적용 범위가 다르다는 것을 나타내기 위한 것이므로 그 밖에 카목의 부정경쟁행위에 해당하는 경우에는 카목을 중복해서 적용할 수 없다는 근거가 된다.<sup>143)</sup> 카목의 ‘그 밖에’는 보충적 조항 또는 가목으로부터 차목의 규정과 적용 범위를 달리하는 근거 규정이라고 보는 것이 타당하다.<sup>144)</sup> 따라서 ‘그 밖에’는 소극적 구성요건으로 이해할 수 있다.<sup>145)</sup>

카목을 일반조항으로 보게 되면 민법상 불법행위와의 경계가 불분명해지므로 이를 일반조항으로 보아서는 안되고, ‘그 밖에’의 의미는 기존 부정경쟁행위와 구별되는 새로운 부정경쟁행위를 규정한 것이라고 설명하는 견해도 있다.<sup>146)</sup>

## (2) 실무의 태도

일반조항 관련 사례들의 일반적 흐름을 살펴보면 처음부터 일반조항을 주장하는 경우보다는 보충적 조항이자 일반 조항이라는 성격을 활용하여 특정 조항에 근거한 주장이 배척될 경우에 대비하여 예비적 청구로 카목 위반을 주장하고 있는 사례가 빈번하다. 즉 저작권법 등 다른 지식재산권법의 조항이나 부정경쟁방지법 가목 내지 차목에 근거한 주장을 주위적 청구로 하고 카목은 예비적 청구로 하는 실무에서의 태도가 일반적인 현상으로 자리잡고 있다.<sup>147)</sup>

카목이 보충적 일반조항이라는 점에 대해서 카목의 적용 범위는 기존에 규정된 지식재산권법이나 부정경쟁행위의 적용 영역이 제외된 ‘한정된 일반조항’이라는 견해가 있다.<sup>148)</sup> 지식재산과 관련된 일정한 불법행위가 있는 경우 관련 규정의 적용 순서는 저작권법이나 상표법과 같은 관련 지식재산권법 규정의 적용 여부를 우선적으로 판단하고 다음은 부정경쟁방지법 가목부터 차목까지의 적용 여부를 판단해야 하며 마지막으로 부정경쟁방지법 일반조항의 적용을 고려해야 한다고 한다는 견해가 있다.<sup>149)</sup> 다만 법 적용에 있어서 문제가 되는 부분은 저작권법의 보호대상이 아닌 대상, 즉 저작물이 아니거나 공정이용이 허용되는 대상인 경우에 저작권법 침해는 인정되지 않겠지만 일반조항에 근거한 보호를 주장할 수 있

143) 최승재, “제품의 형태와 색채모방행위와 부정경쟁행위에 대한 소고:비아그라 판결과 세레타이드판결을 중심으로”, 상사판례연구 제30집 제2권, 2017, 213면.

144) 최병률, “부정경쟁방지법 제2조 제1호 카목의 적용범위-다른 부정경쟁행위 및 지식재산권과 관련하여”, 대법원판례해설, 2020, 1153면.

145) 특허청-한국지식재산연구원, 「지식재산제도의 실효성 제고를 위한 법제도 기초연구 - 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 조문별 해설서」, 2014.12, 174면.

146) 나중갑, “성과도방 도그마와 부정경쟁방지법 제2조 제1항 카목의 적용범위-서울연인단팔빵사건을 중심으로”, 산업재산권 제62호, 2019, 82면.

147) 이규홍, “부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목(변경 후 카목)에 대한 연구”, 정보법학 제22권 제2호, 2018, 63면.

148) 최병률, 앞의 논문(각주 144), 1151면.

149) *Id.*

는 지의 여부이다. 이론적으로는 각 법의 구성요건이 다르므로 각 지식재산권법에 규정된 침해행위는 아니지만 일반조항의 적용이 가능한 경우가 있을 수 있다. 이 경우 일반조항을 적용한다면 입법자가 경쟁자나 일반공중에 의한 자유로운 이용을 허용하고자 하는 대상에 대하여 우회적으로 이를 부정하는 결과를 초래하기 때문에 이러한 경우까지 일반조항을 적용하는 것은 부당하다.<sup>150)</sup> 카목에 대한 주장이나 그에 따른 적용 범위가 너무 확장되는 현상이 이어진다면 개별 조항에 대한 깊이 있는 해석은 간과되고 더 적용하기 무난해 보이는 일반조항으로의 도피 현상이 나타날 우려가 있다는 실무적인 문제점이 거론되고 있다.<sup>151)</sup>

카목은 지식재산을 이용한 부정한 경쟁행위에 대해서는 적용 요건의 엄격한 해석에 따라 예외적으로 적용될 수 있지만 적어도 개별 부정경쟁행위 조항의 각 요건이 충족되지 않는 경우에 보충적으로 적용되어서는 안 될 것이다. 카목은 그 자체로 개별적이고 독립적인 조항으로 보충적 조항이라는 의미는 처음부터 개별 부정경쟁행위 조항의 적용될 수 없는 사안에 적용된다는 의미에서 ‘보충적’ 조항이라는 의미로 해석하는 것이 타당하다.

## 제2절 일반조항의 적용 요건

### 1. 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등

#### (1) 경쟁 관계

카목에서 규정하고 있는 ‘타인’은 ‘경쟁 관계’의 존재를 의미한다. 지식재산의 보호를 통해 결과적으로 지식재산의 창작자가 잠재적 경쟁자들에 대하여 가질 수 있는 유리한 지위의 확보는 지식재산권법이 보호하고자 하는 내용은 아니다. 그러나 경쟁 관계의 존재는 부정경쟁방지법의 입법 목적을 구현하면서도 그 적용 범위가 과도하게 확대되어 다른 지식재산권법과 충돌하지 않도록 조정하는 중요한 요소가 된다.<sup>152)</sup> 다른 부정경쟁행위 조항들에 대한 논리적인 해석으로도 경쟁 관계에서 발생하는 부정경쟁행위를 의미하고 있다고 해석된다. 소비자들을 오인·혼동하게 하는 행위들이나 상품 모방행위, 아이디어 탈취행위는 경쟁사업자의 제

150) *Id.*

151) 이규홍, 앞의 논문(각주 147), 63면; 최병률, 앞의 논문(각주 144), 1151면; 서울대학교 산학협력단, 앞의 논문(각주 32), 125면.

152) 전성태·문명섭, 「국내외 지식재산 법제도 비교분석」, 지식재산연구원, 2016, 69면.

품이나 서비스의 존재를 전제로 하는 것으로 해석될 수 있다.

부정경쟁방지법은 부정경쟁행위를 규율하기 위한 것이고 이러한 ① 부정경쟁은 경쟁자 사이에 발생하는 것이 대부분이고, ② 이 조항에 의해 금지되는 행위는 타인의 성과를 자신의 영업을 위하여 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 것이므로 경쟁 관계가 아닌 성과 등 무단사용행위가 타인의 경제적 이익을 침해할 가능성은 적으며, ③ 이 조항은 대법원 결정의<sup>153)</sup> 내용과 문구를 기초로 하여 부정경쟁방지법에 도입된 것으로 위 결정에서 불법행위의 상대방을 경쟁자로 한정하고 있고, ④ ‘타인’을 사용한 다른 조항들보다 카목은 추상적 포괄적으로 규정되어 있는 점, ⑤ 부정경쟁방지법 카목과 유사한 독일의 성과모방행위 조항이 경쟁자의 지위에 있을 것을 요구하고 있는 점, ⑥ 위법성의 요건으로 경쟁 질서에 반하는 방법으로 사용할 것을 요구하는 점 등에 비추어 보면 여기에서의 ‘타인’은 특별한 사정이 없는 한 경쟁자에 한정된다고 보는 것이 타당하다.<sup>154)</sup>

대법원도 ‘권리자와 침해자가 경쟁 관계에 있거나 가까운 장래에 경쟁 관계에 놓일 가능성이 있는지’를 고려해야 한다고 판시하고 있어서 ‘타인’의 범위는 경쟁 상대방으로 제한하여 해석하고 있다.<sup>155)</sup>

## (2) 성과

상당한 투자나 노력에 의해 만들어진 ‘성과 등’인지는 권리자가 투입한 투자나 노력의 내용과 정도를 그 성과 등이 속한 산업 분야의 관행이나 실태에 비추어 구체적·개별적으로 판단해야 한다.<sup>156)</sup> 카목이 다른 부정경쟁행위 조항의 보충규정인 점을 고려하면 다른 조항의 보호법익에 대한 투자나 노력에 상응하는 정도가 요구될 것이다. ‘성과 등’을 판단할 때에는 성과물이 갖게 된 명성이나 경제적 가치, 결과물에 화체된 고객흡인력, 해당 사업 분야에서 결과물이 차지하는 비중과 경쟁력 등을 종합적으로 고려해야 한다.<sup>157)</sup> 부정경쟁방지법이 건전한 거래질서를 유지함을 목적으로 한다는 점을 고려하면 개인정보 보호법이나 의료법, 통신비밀보호법 등에 관한 법률에 위반하여 불법적으로 수집된 개인정보, 의료정보, 신용정보 등은 포함되지 않을 것이다.<sup>158)</sup>

153) 대법원2010.8.25.자2008마1541결정.

154) 박정희, “부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목의 적용범위”, 특허법원 개원 20주년 기념논문집, 2018, 843면; 이규홍, 앞의 논문(각주 147), 84면.

155) 대법원2020.3.26.선고2016다276467판결.

156) 대법원2020.3.26.선고2016다276467판결; 대법원2020.3.26.자201965256결정.

157) 대법원 2020.7.9.선고2017다217849판결.

158) 최정열·이규호, 앞의 책(각주 47), 226면.

‘성과 등’은 상당한 투자나 노력으로 만들어진 것을 의미하므로 그렇지 않은 성과의 경우에는 공공의 영역에 두어 자유롭게 이용할 수 있도록 하여야 할 것이다.<sup>159)</sup>

대법원은 성과의 의미에 대해서 ‘골프존’<sup>160)</sup>, ‘BTS’<sup>161)</sup>, ‘광고 콘티’<sup>162)</sup>사건에서 카목은 그 보호 대상인 ‘성과 등’의 유형에 제한을 두고 있지 않으므로 유형물 뿐만 아니라 무형물도 이에 포함되고, 종래 지식재산권법에 따라 보호받기 어려웠던 새로운 형태의 결과물도 포함될 수 있다고 판단하고 있다.

‘골프존’ 사건에서<sup>163)</sup> 법원은 골프장의 골프코스 자체는 설계자의 저작물에 해당하나 골프 코스를 실제로 골프장 부지에 조성함으로써 외부로 표현되는 지형, 경관, 조경요소, 설치물 등이 결합된 ‘골프장의 종합적인 이미지’는 골프 코스와는 별개로 골프장을 조성·운영하는 원고들의 상당한 투자와 노력으로 만들어진 ‘성과’에 해당하므로 원고들의 허락을 받지 않고 골프장의 모습을 거의 그대로 재현한 스크린 골프 시뮬레이션 시스템용 3D 골프 코스 영상을 제작·사용한 행위는 원고들의 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 피고들의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 원고들의 경제적 이익을 침해하는 행위라고 판단하였다. 이 외에도 법원은 연예인의 성명·초상과 같은 동일성 표지<sup>164)</sup>, 영업 표지<sup>165)</sup>, 과자 제품의 형상<sup>166)</sup>, 상품 표지<sup>167)</sup>등을 ‘성과 등’으로 인정하고 있다.

카목에서 규정하고 있는 ‘성과’는 무형물만을 의미하고 유형물은 포함되지 않는다는 견해가 있다.<sup>168)</sup> 이 견해는 카목의 적용 범위는 부정취득사용행위 (misappropriation)를 금지하는 조항으로 타인이 만들어낸 경제적 가치가 있는 무형의 결과를 부정취득하여 그 결과물을 모방이 아니라 그대로 직접 사용하는 행위를 규제하는 것이고 타인이 만들어 낸 유체물에 대하여 자신의 노력으로 모방품을 만들어내는 것은 각 해당 조항으로 규제할 일이지 카목의 규제 대상이 아니라고 한다.

159) 정상조 편집, 앞의 책(각주 42), 210면.

160) 대법원2020.3.26.서고2016다276467판결.

161) 대법원2020.3.26.자2019마6525결정.

162) 대법원2020.7.23.선고2020다220607판결.

163) 서울고등법원2016.12.1.선고2015나2016239판결.

164) 대법원2020.3.26.자2019마6525결정.

165) 서울고등법원2020.10.22.선고2019나2058187판결.

166) 서울중앙지법2015.8.21.선고2014가합581498판결.

167) 대법원2020.7.9.선고2017다217847판결.

168) 나종갑, 앞의 논문(각주 146), 178면.

(3) 트레이드 드레스의 보호

1) 의의

트레이드 드레스(trade dress)는 상거래의 의미하는 트레이드(trade)와 외관을 의미하는 드레스(dress)가 합성된 단어로, 상품 또는 서비스의 출처표시로 자리잡은 특징적인 외관 등을 보호하기 위하여 미국 판례를 통해서 형성된 개념이다.<sup>169)</sup> 트레이드 드레스는 다른 상품이나 서비스와 구별하게 해주는 상품이나 서비스의 전체적인 외관 또는 이미지를 의미한다.<sup>170)</sup> 트레이드 드레스가 상품 또는 서비스의 출처를 표시하고 다른 사람이 판매하는 것과 구별할 수 있을 정도로 충분히 식별되는 경우, 트레이드 드레스는 이름, 슬로건과 같은 전통적인 상표와 같은 기능을 하게 되므로 미국은 연방 상표법으로 트레이드 드레스를 보호하고 있다.<sup>171)</sup>

트레이드 드레스에 대한 보호가 시작된 초기에는 상품의 형태와 같은 것만을 의미했으나 미국 연방대법원은 상품의 크기, 모양, 색채 또는 색채의 결합, 구성, 도해, 심지어 특정한 판매기법 등과 같은 특성을 포함하며, 레스토랑 외관의 모양, 기호, 레스토랑 부엌의 평면도, 장식, 메뉴, 음식을 제공하기 위한 도구, 음식을 제공하는 사람들의 유니폼 그리고 레스토랑의 전체적인 이미지를 반영하는 기타의 특성을 포함할 수 있다고 판시하면서 트레이드 드레스의 보호 범위를 확장하였다.<sup>172)</sup>

우리 법원은 ‘트레이드 드레스’는 상행위와 관련된 상품 등의 외관, 외양을 의미하는 것으로 상품이나 서비스의 출처를 표시하는 문자나 기호 또는 도형들과 달리, 상품이나 서비스의 포장, 색채의 조합 및 도안을 포함하는 ‘상품이나 서비스의 전체적인 이미지’가 포함되고 영업소의 형태와 외관, 내부 디자인, 장식, 표지판, 근로자의 작업복 등 ‘영업의 종합적인 이미지’ 또한 포함될 수 있다고 판시하고 있다.<sup>173)</sup>

트레이드 드레스는 상품의 형태, 디자인, 색채 등 다양한 요소들을 포함하고 있어서 상표법이나 디자인보호법상의 보호가 가능하다. 다만 이러한 법의 보호를 받기 위해서는 등록을 필요하고 등록하지 않은 상품의 형태나 색채가 널리 알려

169) 윤선희, 「상표법」 제4판, 법문사, 2016, 72면; 이상정, “트레이드 드레스의 보호에 관한 미국연방대법원의 월마트 판결과 트라픽스 판결에 관한 소고”, 창작과 권리, 제27호, 2002, 37면.

170) Linda Stevens Mark Vanderbroek, “Protecting and Enforcing Trade Dress”, *American Bar Association*, 2009, p.1.

171) *Id.*

172) *Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc.*, 505 U.S. 764 (1992), p.1.

173) 서울중앙지방법원2015.7.1.선고2014가합529490판결.

진 경우라면 부정경쟁방지법상 보호가 가능하다.

일반조항인 카목의 보호대상이었던 트레이드 드레스는 2018.4.17. 일부 개정을 통해 부정경쟁방지법 제2조 제1호 나목의 ‘그 밖에 영업임을 표시하는 표지’에 ‘상품 판매·서비스 제공 방법 또는 간판 외관 실내장식 등 영업 제공 장소의 전체적인 외관을 포함한다’고 추가하여 트레이드 드레스에 대한 부정경쟁방지법상 보호를 명문화하였다. 영세·소상공인 등이 일정한 기간 노력을 기울인 결과 일반 소비자에게 알려지게 된 매장의 실내·외 장식 등 영업의 종합적 외관을 무단으로 사용하여 영세·소상공인의 영업에 심대한 손해를 끼치는 불공정한 행위가 다양한 형태로 발생함에도 불구하고 현행 영업표지를 보호하는 규정은 이에 대한 보호 여부가 불분명한 부분이 있어 이를 명확히 규정하여 수요자의 이익을 보호할 필요가 있다고 개정이유서에서 밝히고 있다.

## 2) 법원의 태도

법원은 상품 형태와 같이 자목이 적용될 만한 사안이나 매장의 간판이나 인테리어 등과 같은 대상에 대해서 카목을 적용하여 왔다. ‘장난감 포장 용기’ 사건에서<sup>174)</sup> 법원은 ‘우리나라에서는 아직 트레이드 드레스를 독립적인 지재권으로 보호하는 법률 규정이 존재하지 아니하여 해당 트레이드 드레스의 구체적 내용에 따라 상표법의 입체상표 규정, 디자인보호법, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 각 목 규정 등 각 개별 보호 법규에 의하여 간접적으로 보호받을 수 있을 뿐이고, 어떤 트레이드 드레스가 위 법규들이 보호하는 입체상표나 디자인, 상품영업표지, 상품형태 등을 내용으로 하지 않고 무형적 특징의 개별 요소 또는 그 복합물, 전체적인 이미지 등을 주된 내용으로 하는 것이라면 우리 법제에서는 그 자체로 이를 보호받을 수 없다’고 판시하면서, ①상품서비스 시장이 날로 국제화되어가는 추세, ②트레이드 드레스를 보호하는 각국의 입장 및 국내에서도 이를 보호할 필요가 있고, ③기존의 법제로는 규제하기 곤란한 새로운 유형의 지재권 침해행위를 규제하기 위하여, 일반조항의 취지에 비추어 트레이드 드레스의 경우 구 차목(현행 카목)의 적용이 가능하다고 판단하였다.

나아가 대법원은 간판이나 매장 인테리어와 같은 영역으로 트레이드 드레스에 대한 보호를 확장하였다. ‘단팔빵 매장’ 사건에서 일심법원은 특정 영업을 구성하는 영업소의 형태와 외관, 내부 디자인, 장식, 표지판 등이 각각 개별 요소들로서는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 가목 내지 자목을 비롯하여 디자인보호법, 상표법 등 지식재산권 관련 법률의 개별규정에 의해서는 보호받지 못한다고 하더라도

174) 서울중앙지방법원2015.9.3.선고2014가합588383판결.

그 개별 요소들이 그 전체 혹은 결합되어 ① 본질적으로 식별력이 있거나 2차적 의미를 획득하고, ② 비기능적이며, ③ 트레이드 드레스에 의하여 침해자의 상품이나 서비스의 전체적인 이미지로서의 트레이드 드레스로 평가될 수 있다면 이는 특별한 사정이 없는 한 구 차목(현행 카목)이 규정하고 있는 해당 사업자의 상당한 노력과 투자에 의하여 구축된 성과물에 해당한다고 볼 수 있고 따라서 경쟁자가 이를 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용하는 행위는 차목(현행 카목)의 부정경쟁행위에 해당할 수 있다고 판단하였다.<sup>175)</sup>

## 2. 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법

### (1) 의의

파리협약 제10조의2는 산업상 또는 상업상 공정한 관행(honest practices)에 반하는 모든 행위는 부정경쟁에 해당한다고 규정하고 있다. 부정경쟁방지법 카목에서도 공정한 관행이나 경쟁 질서에 반할 것을 요구하고 있다. 공정한 관행의 의미에 대해서는 거래 관행이나 사회적 효용을 참작하여 구체적으로 판단할 수 밖에 없다. 부정경쟁행위 일반규정을 통해 개별 지식재산권법에서 금지되지 않는 행위를 규제하고자 하는 경우에는 이를 정당화할 명확한 사유가 필요하고, 부정경쟁행위 일반조항을 통해 영리 행위를 규제하는 경우 그로 인한 영향은 그 영리 행위와 관련된 특정한 당사자들뿐만 아니라 산업 분야의 거래 관행에 부합하는지, 그 행위를 규제함으로써 인해 그 산업 분야에 악영향을 미치는지 현재 또는 장래의 기술 발전이나 소비자들에게 미치는 영향을 종합적으로 고려하여 그 행위를 규제하는 것이 사회 전반의 이익에 부합되는 것이 명백한 경우에 한하여 위법성을 인정하는 것이 바람직하다고 한다.<sup>176)</sup>

대법원은 ‘에르메스 눈알 가방 사건’에서 수요자들에게 널리 알려진 타인의 상품표지를 사용하기 위해서는 계약 등을 통해 제휴나 협업을 하는 것이 공정한 상거래 관행에 부합하는 것으로 볼 수 있어서 ‘타인의 동의없이 수요자들에게 널리 알려진 타인의 상품표지에 스스로 창작한 도안을 부착하여 상업적으로 판매하는 행위’를 공정한 상거래 관행에 부합하지 않는다고 판단하고 있다.<sup>177)</sup> ‘골프존’ 사건에서는 ‘원고들의 허락을 받지 않고’ 골프장의 모습을 거의 그대로 재현한 스크린 골프 시뮬레이션 시스템용 3D골프 코스 영상을

175) 서울중앙지방법원2015.7.1.선고2014가합529490판결.

176) 이규홍, 앞의 논문(각주 147), 86면.

177) 대법원2020.7.9.선고2017다217847판결.

제작·사용한 행위가 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 행위라고 보았고<sup>178)</sup> ‘BTS’ 사건에서는 연예인의 이름과 사진 등을 상품이나 광고 등에 사용하기 위해서는 ‘연예인이나 소속사의 허락을 받거나 일정한 대가를 지급하는 것이 엔터테인먼트 산업 분야의 상거래 관행인 점’을 감안하면 통상적인 정보제공의 범위를 넘어 특정 연예인에 대한 특집 기사나 사진을 대량으로 수록한 별도의 책자나 DVD 등을 제작하면서 연예인이나 소속사의 허락을 받지 않거나 대가를 지급하지 않는 것이 상거래 관행이나 공정한 거래질서에 반하는 행위라고 판단하였다.<sup>179)</sup>

그리고 최근 ‘해운대 암소 갈비 사건’에서는 ‘상거래 관행이나 경쟁 질서에 반하는 무단 사용에 해당하기 위해서는 권리자와 침해자가 경쟁 관계에 있거나 가까운 장래에 경쟁 관계에 놓일 가능성이 있는지, 권리자가 주장하는 성과 등이 포함된 산업 분야의 상거래 관행이나 경쟁질서의 내용과 그 내용이 공정한지, 위와 같은 성과 등이 침해자의 상품이나 서비스에 의해 시장에서 대체될 수 있는지, 수요자나 거래자들에게 성과 등이 어느 정도 알려졌는지 수요자나 거래자들의 혼동가능성이 있는지 등을 종합적으로 고려해야 한다’고 판시하면서 추가적으로 이용의 목적 등 이용자의 주관적 인식 및 악의, 이용의 방법, ‘성과’의 취득 경위, 이용(모방)의 정도, 이용까지의 시간적 간격, 투자 동기(인센티브)에 미치는 영향, 공공의 이익, 당사자들 사이의 이익 균형 등을 고려해야 할 필요가 있다고 판시하고 있다.<sup>180)</sup> 이 사건에서는 타인의 유명한 영업표지 동일한 상호와 영업방법을 모방한 행위를 공정한 상거래 관행과 경쟁 질서에 반하는 행위로 판단하고 있다. 일반적으로 타인의 성과물을 이용하는 행위가 개별 지식재산권법에 의해 허용되는 행위가 아니라면 동의없이 ‘무단’으로 사용하는 행위는 일반적으로 상거래 관행이나 공정한 경쟁질서에 반한다고 평가되고 있다.

## (2) 사용

타인의 성과를 자신의 영업에 무단으로 사용하는 것으로 무임승차(free riding)를 의미한다.

사용의 의미에 대해서는 다양한 견해가 있는데 사용의 해석에 따라 카목의 적용 범위가 달라질 수 있다. ‘사용’의 의미에 대해서 타인의 성과를 동일 또는 유사하게 모방하는 것을 뜻한다고 하면서 모방과 사용은 그 의미가 다르기때문에 사용이 반드시 모방을 전제로 하는 것이라고 볼 필요가 없다는 견해가 있고,<sup>181)</sup>

178) 대법원2020.3.26.선고2016다276467판결.

179) 대법원2020.3.26.자2019마6525결정.

180) 대법원 2020.7.9.선고2017다217847판결; 대법원 2020.3.26.선고2016다276467판결 등.

카목의 ‘사용’ 행위는 원칙적으로 성과 그 자체를 가져오는 것 또는 유체물의 경우 이에 준하여 완벽하게 동일하게 모방하는 것을 의미하는 것으로 보아야 하고 이에 이르지 않는 경우에는 민법상 불법행위로 규율해야 한다는 견해가 있다.<sup>182)</sup> 모방과 사용을 엄격하게 구분해야 한다는 견해에 따르면 성과모방을 카목에 포함시키면 타인의 상표에 대한 모방, 트레이드 드레스 모방도 성과모방에 해당하고 저작권 침해도 성과를 모방한 것으로 이해하여 카목의 부정경쟁행위도 주장하게 되고 다수의 부정경쟁행위 사건에서 카목의 부정경쟁행위를 다른 부정경쟁행위와 동시에 성립한다고 주장하는 결과를 가져왔다고 한다.<sup>183)</sup> 이 견해는 카목에서의 ‘사용’의 의미는 타인이 이룩한 성과를 모방하여 스스로 결과물을 만들어 내는 것이 아니라 성과 그 자체를 그대로 가져다 이용하는 것만을 의미하는 것으로 부정취득사용만을 카목의 적용 대상으로 판단하고 있다.<sup>184)</sup> 구체적으로는 방송사들이 조사한 선거예측결과를 무단으로 사용한 행위가 전형적인 부정취득사용에 해당한다.<sup>185)</sup>

부정취득사용은 무임승차를 의미하는 것이므로 성과 등의 사용에 사용자의 상당한 투자나 노력이 따랐다면 카목이 적용될 수 없다고 한다.<sup>186)</sup>

법원이 ‘사용’의 의미를 어떻게 해석하고 있는지에 대해서 명시적인 의견을 제시하고 있지는 않지만 구체적 사건들을 통해 유추해보다면 자신의 성과물이라고 주장할 수 있을 정도의 동일성만 인정되면 충분한 것으로 보여진다.

### 3. 경제적 이익의 침해

카목은 경제적 이익을 침해하는 행위라고 명시적으로 규정하고 있어서 경쟁자인 타인에게 손해를 가하지 않는 경우에는 부정경쟁행위에 해당하지 않는다. 다른 부정경쟁행위 조항과 달리 경제적 이익이 침해될 것을 명확하게 규정하고 있는데 이는 일반조항인 카목의 적용범위를 제한하여 규정하고자 하는 것으로 판단된다. 경제적 이익의 침해란 성과 등과 관련된 영업상의 이익을 의미하는 재산상의 손해를 말한다.<sup>187)</sup> 경제적 이익에는 유형의 이익은 물론이고 명성, 신용, 고객 흡인력, 영업 가치, 기술상 또는 영업상 정보와 같은 무형의 이익도 포함한다.<sup>188)</sup>

181) 유영운, “부정경쟁방지법 일반조항의 적용범위에 관한 고찰”, Law & Technology, 제11권 제4호, 2015, 62면.

182) 이규홍, 앞의 논문(각주 147), 88면.

183) 나종갑, 앞의 논문(각주 146), 192면.

184) 나종갑, 앞의 논문(각주 146), 193면.

185) 대법원2017.6.15.선고2017다211039판결.

186) 최병률, 앞의 논문(각주 144), 1166면.

187) 최정열·이규호, 앞의 책(각주 47), 213면.

선거예측결과도 거래의 대상으로 경제적 가치를 가지는 이익으로 판단하고 있다.<sup>189)</sup> 경제적 이익은 원칙적으로 현존하는 이익이어야 하고 장래에 발생할 잠재적 이익도 이에 포함된다. 경제적 이익이란 사회통념상 독자적인 이익으로 승인될 정도에 해당해야 하는 것으로 단순히 성과 등의 사용이익으로 보게 되면 저작권법상 보호 여부와 관계없이 경쟁사업자가 해당 성과 등을 허락없이 이용하는 것만으로도 성과물 소유자의 경제적 이익을 침해하는 것으로 볼 수 있기 때문에 그러한 성과물을 통해 이루어지고 있는 경쟁사업자의 영업활동으로부터 발생하는 이익이라고 보아야 한다.<sup>190)</sup> 법원은 다수의 판결들에서 ‘경제적 이익의 침해’를 ‘법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해’하는 행위로 표현하여 판단하고 있다.

법원은 상품표지가 카목으로 보호할 만한 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 갖는 경우에 해당하는지를 판단함에 있어서는 상품과 관련하여 축적된 명성·신용·고객흡인력·품질에 대한 신뢰도가 상품·영업표지에 화체되고 그 재산적 가치가 구체적으로 실현되어야 한다.<sup>191)</sup> 그리고 상품표지가 갖는 재산적 가치에 대한 구체적인 평가는 상품표지가 해당 사업 분야에서 차지하는 비중 및 경쟁력과 함께 상품표지의 사용기간, 사용 방법, 사용태양, 사용범위, 매출액, 시장점유율, 광고 선전의 방법·횟수·기간·수상내역, 언론보도 내역, 온라인 정보의 양과 질, 거래실정 등을 종합하여 상품·영업표지에 화체된 명성·신용·고객흡인력·품질에 대한 신뢰도의 재산적 가치를 추단하는 방법을 통해서 판단할 수 있다고 한다.<sup>192)</sup>

대법원은 소속사가 아이돌 그룹의 명성·신용·고객흡인력이 상당한 수준에 이르도록 상당한 투자와 노력을 한 경우 이러한 고객흡인력이 화체된 연예인의 이름과 사진 등의 표지를 무단으로 사용하는 행위는 소속사의 ‘경제적 이익을 침해’하는 행위로 판단하였고<sup>193)</sup>, 경쟁사업자가 해외 유명인의 사진을 합성하여 만든 이미지를 자신의 쇼핑물에 복제·모방하여 게시한 행위도 보호가치 있는 영업상 이익을 침해하는 행위로 판단하였다.<sup>194)</sup>

188) 정상조 편집, 앞의 책(각주 42), 213면.

189) 서울고등법원2016.11.24.선고2015나2049789판결.

190) 유대중·신재호, “부정경쟁방지법에 의한 아이디어 보호의 비판적 검토”, 창작과 권리 제83호, 2016, 80면.

191) 서울고등법원2020.10.22.선고2019나2058187판결.

192) *Id.*

193) 대법원2020.3.26.자2019마6525결정.

194) 대법원2020.2.13.선고2015다225967판결.

## 4. 특별한 사정

### (1) 의의

‘특별한 사정’의 존재는 카목에 규정된 요건은 아니지만 일부 대법원 판결을 비롯한 하급심 판결에서 카목의 적용 여부를 판단하면서 고려하고 있는 내용이다. 입법례에서 살펴 본 바와 같이 독일의 법원은 법의 규제를 받지 않는 모방행위는 원칙적으로 허용하고 ‘특별한 사정’이 존재하는 경우에만 성과모방행위를 부정경쟁행위로 인정하고 있다.<sup>195)</sup>

카목은 자유로운 사용 영역을 제한하는 조항이기 때문에 다른 부정경쟁행위보다 그 행위의 위법성이 높아야 한다. ‘특별한 사정’의 의미를 파괴적 기생행위 또는 파괴적 경쟁행위로 경쟁자를 해치면서 자신의 이득을 취하는 경우를 의미한다는 견해가 있다.<sup>196)</sup> 많은 비용이 투입된 선거 예측 결과를 무단으로 이용하거나<sup>197)</sup>, 경쟁자에게 가야 할 고객을 자신에게 유인한 사례가<sup>198)</sup> 이에 해당한다. 전자자의 경우 방송국의 선거예측 결과는 투표마감 후 개표가 끝나기 전 몇 시간 동안에만 가치가 존재하는 것인데 여기에 참여하지 않은 자가 이를 공개한 것은 경쟁 방송국의 영업을 파괴하는 행위에 해당한다. 지상파방송 3사가 실시한 사전 투표조사 결과는 저작권의 보호 대상이 아니므로 자유로운 사용이 허용되기 때문에 원칙적으로 부정경쟁행위의 대상이 아니다. 그러나 자유로운 사용이 가능한 정보라고 하더라도 그 정보를 불법적으로 취득하여 이용함으로써 그 정보를 창출한 경쟁자의 영업을 파괴하는 것은 반사회적이고 공정한 경쟁질서를 해치는 행위라고 할 수 있고 이러한 정도에 이르러야 ‘특별한 사정’이 인정된다.<sup>199)</sup>

지식재산권법은 타인의 지적 창작활동이나 영업상 신용에 편승하는 것을 방지하기 위하여 각종 지식재산권을 창설하여 타인의 성과를 보호함과 동시에 그 한계를 설정하고 있다. 그러므로 지식재산권의 보호 대상이 아닌 타인의 성과를 이용하는 행위는 원칙적으로 자유롭게 허용되어야 한다. 공정한 경쟁은 경쟁 참여 기회에 대한 평등성 확보와 자기 행위의 결과에 대한 예측가능성(적법성의 한계에 대한 예측가능성)을 전제로 성립한다.<sup>200)</sup> 따라서 자유로운 이용이 가능한 행위를 규제하기 위해서는 일정한 합리성(사회적 타당성)이 인정되어야 하는데 이를 정당화하는 요건이 ‘특별한 사정’에 대한 판단이라고 볼 수 있다.

195) 박윤석·박해선, “성과모방행위에 관한 고찰”, 지식재산연구 제9권 제4호, 2014, 82~83면.

196) 나종갑, 앞의 논문(각주 146), 86면.

197) 대법원2017.6.15.선고2017다200139판결.

198) 대법원 2016.9.21.선고2016다229058판결.

199) 나종갑, 앞의 논문(각주 146), 86면.

200) 서울고등법원2016.11.24.선고2015나2049789판결.

카목의 적용에 있어서 ‘특별한 사정’이 존재하는지를 판단하는 것은 광범위한 법규범 창설의 우려가 있는 카목의 적용을 제한하고 그 범위를 명확하게 하는 중요한 역할을 하고 있다.

## (2) 법원의 판단

법원은<sup>201)</sup> ‘포레스트 매니아’ 사건, ‘에르메스 눈알 가방’ 사건, ‘선거예측결과’ 사건 등의 항소심에서 ‘지식재산권의 보호 대상이 아닌 타인의 성과는 원칙적으로 자유롭게 이용할 수 있는 영역이므로 그 이용을 규제하기 위해서는 일정한 합리성이 인정되어야만 하고 이러한 합리성의 근거는 그 이용행위의 위법성, 즉 타인의 성과를 이용하는 행위가 경쟁사회의 공통규범인 경쟁자 간의 공정하고 자유로운 경쟁의 확보라는 원칙에 비추어 상당하지 아니할 것에 있다고 하면서, 지식재산권법에 의하여 보호되지 않는 타인의 성과는 재산적 가치를 갖는다고 하더라도 자유로운 모방과 이용이 가능하고 이러한 자유로운 모방과 이용이 제한되기 위해서는 ‘특별한 사정’이 존재해야 한다고 판시하였다. ‘특별한 사정’이란 ①성과물의 이용행위를 보호해주지 않으면 그 성과물을 창출하거나 고객흡인력이 있는 정보를 획득한 타인에 대한 인센티브가 부족하게 될 것이 명백한 경우, ②절취 등 부정한 수단에 의하여 타인의 성과나 아이디어를 취득한 경우, ③선행자와의 계약상 의무나 신의칙에 현저히 반하는 양태의 모방 행위, ④의도적으로 경쟁자의 영업을 방해하거나 경쟁지역에서 염가로 판매하거나 오로지 손해를 줄 목적으로 성과물을 이용하는 경우, ⑤타인의 성과를 토대로 하여 모방자 자신의 창작적 요소를 가미하는 예측적 모방이 아닌 타인의 성과를 대부분 그대로 가져오면서 모방자의 창작적 요소가 거의 가미되지 아니한 직접적 모방에 해당하는 경우를 의미하는 것으로 판단하였다.<sup>202)</sup> 즉 타인의 성과 모방이나 이용행위의 경과, 이용자의 목적 또는 의도, 이용의 방법이나 정도, 이용까지의 시간적 간격, 타인의 성과물의 취득경위, 이용행위의 결과 등을 종합적으로 고려해야 하여 거래 관행상 현저히 불공정하다고 볼 수 있는 경우가 ‘특별한 사정’에 해당한다고 판단하였다.<sup>203)</sup>

201) 서울고등법원 2017.2.16. 선고2016나2035901판결(에르메스눈가방); 서울고등법원2017.1.12. 선고2015나2063761판결(포레스트 매니아); 서울고등법원2016.11.24. 선고2015나2049789판결(선거예측결과).

202) *Id.*

203) *Id.*

## 제3절 퍼블리시티 보호에 대한 일반조항의 적용

### 1. 퍼블리시티권의 개요

#### (1) 의의

퍼블리시티권(publicity right)은 미국의 판례법을 통해 형성되어온 것으로서 사람이 자신의 성명, 초상, 목소리, 서명, 이미지 등을 상업적으로 이용하거나 그 이용을 허락할 수 있는 권리를 말하는 것으로, 초상·성명 등의 상업적 이용에 관한 권리 또는 사람의 초상·성명 등 그 사람 자체를 가리키는 것을 광고 상품 등에 상업적으로 이용하여 경제적 이익을 얻을 수 있는 권리를 의미한다.<sup>204)</sup>

퍼블리시티권의 발전은 프라이버시권(privacy right)의 인정으로부터 시작되었다.<sup>205)</sup> 퍼블리시티권이라는 개념이 처음 등장한 것은 1953년 ‘Healan v. Topps’ 사건으로<sup>206)</sup> 알려져 있다. 이 사건의 원고는 유명 프로야구선수들의 사진과 이름을 독점적으로 사용할 수 있는 권리를 가지고 있었는데 경쟁 관계에 있는 피고가 동일한 선수들의 사진을 무단으로 이용하지 소송을 제기한 사건이다. 제2항소법원은 프라이버시권과 별도로 그에 부가하여 자신의 사진에 가지는 공표 가치에 대한 권리, 즉 그의 사진을 공표할 배타적 권리를 타인에게 부여할 권리를 가진다고 하면서 이를 퍼블리시티권이라고 할 수 있다고 판시하였다. 이 사건을 통해 인격적인 권리인 프라이버시권과는 구별되는 경제적 권리로서의 성격을 가지는 퍼블리시티권의 개념을 인정하게 되었다.

#### (2) 법원의 태도

퍼블리시티권이라는 용어가 우리 법원에서 처음 인용된 것은 1995년 ‘이휘소 사건’으로<sup>207)</sup> 이 사건에서 법원은 ‘퍼블리시티권이라 함은 재산권 가치가 있는 유명인의 성명, 초상 등 프라이버시에 속하는 사항을 상업적으로 이용할 권리’라고 언급하면서 퍼블리시티권의 존재를 인정하기 시작하였다.<sup>208)</sup> 이후 다수의 하

204) 한위수, “퍼블리시티권의 침해와 민사책임”, 인권과 정의, 1996, 29면; 이해완, “퍼블리시티권의 법제화 방향에 대한 연구”, 성균관법학, 2016, 81면; 오승중, 「저작권법」 제4판, 박영사, 2016, 1058면.

205) 정상조 편집, 앞의 책(각주 42), 261면; 이해완, 앞의 논문(각주 204), 85면; 홍승기, “퍼블리시티권-그 실체와 입법론”, 계간 국제법률경영, 2005, 75-79면.

206) Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Cheewing Gum, Inc., 202 F.2d 866(2d Cir. 1953).

207) 서울중앙지방법원1995.6.23.선고94카합9230판결.

208) 김상중, “퍼블리시티권에 관한 국내 논의의 현황과 비교법적 고찰을 통한 법리적 제언”, 비교사법 제23권 제1호, 통권72호, 2016, 6면.

급심 판결들에서도 퍼블리시티권의 존재를 긍정하는 판결들이 나왔는데 그 근거에 대해서 ‘퍼블리시티권이란 재산적 가치가 있는 유명인의 성명, 초상 등 프라이버시에 속하는 사항을 상업적으로 이용할 수 있는 권리로 일반적으로 인정되는 인격권에 기초한 권리이지만 인격권과는 달리 양도가 가능하다’고 판시하거나<sup>209)</sup>, ‘원고의 승낙없이 원고의 초상과 성명을 상업적으로 사용함으로써 코미디언으로서 대중적 지명도가 있어 재산적 가치가 있는 원고의 초상 등을 상업적으로 이용할 권리인 퍼블리시티권을 침해한 것으로 불법행위에 해당한다’,<sup>210)</sup> ‘피고 회사가 원고의 초상을 상업적으로 사용한 것으로 탤런트, 영화배우 겸 광고모델로서 대중적 지명도가 있어 재산적 가치가 있는 원고의 초상 등을 상업적으로 이용할 권리인 퍼블리시티권도 침해한 것이라고 할 것이다’<sup>211)</sup>, ‘유명인의 허락을 받지 아니하고 그의 성명을 상업적으로 이용하는 행위는 성명권 중 성명이 함부로 영리에 이용되지 않을 권리를 침해한 민법상의 불법행위를 구성한다고 볼 것이고, 이와 같이 보호되는 한도 내에서 자신의 성명 등의 상업적 이용에 대하여 배타적으로 지배할 수 있는 권리를 퍼블리시티권으로 파악하기에 충분하며, 이는 인격권과는 독립된 별개의 재산권으로 보아야 한다’고 퍼블리시티권의 인정 근거를 밝힌 사례들이 있다.<sup>212)</sup>

퍼블리시티권을 부정하는 법원은<sup>213)</sup> 그 이유에 대해서 ‘민법 제185조는 물권을 법률 또는 관습법에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못한다고 규정하여 물권법정주의를 선언하고 있고 물권법의 강행법규성은 이를 중핵으로 하고 있으므로 법률이 인정하지 않는 새로운 종류의 물권을 창설하는 것은 허용되지 않는데 재산권으로서의 퍼블리시티권은 성문법과 관습법 어디에도 근거가 없어서, 법률, 조약 등 실정법이나 확립된 관습법 등의 근거없이 필요성이 있다는 사정만으로 물권과 유사한 독점배타적 재산권인 퍼블리시티권을 인정하기 어렵고, 퍼블리시티권의 성립요건, 양도, 상속성, 보호 대상과 존속기간, 침해가 있는 경우의 구제수단 등을 구체적으로 규정하는 법률적인 근거가 마련되어야만 퍼블리시티권이 인정될 수 있다’라고 판시하고 있다.

퍼블리시티권의 인정 여부에 대한 법원의 태도에 차이가 있는데 이는 관할 법원에 따라 청구인에게 유리 또는 불리한 결과를 가져오게 되어 불공평한 결과를 초래할 수 있어서, 당사자의 법적 안정성의 결여 등 정의와 효율의 측면에서 큰

209) 서울고등법원2000.2.2.선고99나26339판결.

210) 서울중앙지방법원2005.9.27.선고2004가단235324판결.

211) 서울중앙지방법원2004.12.10.선고2004가합16025판결.

212) 서울중앙지방법원2006.4.19.선고2005가합80450판결.

213) 수원지방법원2014.1.22.선고2013가합201390판결.

문제와 어려움 내지 혼란을 초래하고 있으므로 입법을 통한 조속한 해결이 필요하다는 견해가 있고<sup>214)</sup>, 인격권과 재산권을 엄격하게 분리하여 취급하고 있는 대륙법계를 취하는 우리나라의 입장에서 인격적 요소와 강하게 결합되어 있는 초상 등에 관한 권리를 재산적 권리인 퍼블리시티권으로 새롭게 설정하는 것은 민사법 전체 체계에서 신중하게 검토해야 한다는 견해도 있다.<sup>215)</sup>

## 2. 'BTS' 사건

### (1) 사실관계

채권자는 연예인 매니지먼트, 음반 제작, 공연 기획 등 엔터테인먼트 사업을 하는 회사로 아이돌 그룹인 'BTS'의 소속사이다. 채무자는 연예인들의 사진 기사 등을 주요 내용으로 하는 잡지를 제작·판매하는 회사로, BTS의 화보집, BTS 심층취재판이라는 부록을 제작하여 발매할 예정이라는 내용을 홈페이지에 게시하자 채권자 법원에 도서출판금지 등 가처분 신청을 하였다. 법원은 가처분 결정을 내렸지만 이후 채무자는 특별판을 발매하면서 구성원들의 사진이 포함된 포토카드를 함께 판매하였다. 채무자는 가처분이의신청을 하였다.

### (2) 법원의 판단

일심법원은<sup>216)</sup> 그룹의 명칭, 구성원의 이름, 사진 등이 가지는 고객흡인력은 상당한 투자나 노력으로 얻어진 성과에 해당하고 이는 구성원에게 귀속되는 것이 원칙이나 전속계약에 따라 그 기간동안은 신청인에게 귀속하고, 이 사건의 특별 부록은 신청인의 공식화보집을 대체할 수 있고 소비자들에게 신청인의 상품으로 오인·혼동될 우려가 있어서 신청인의 동의없이 그룹의 명칭, 구성원의 이름, 사진을 이용하여 특별부록을 제작하는 것은 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 무단으로 사용함으로써 신청인의 경제적 이익을 침해하는 행위에 해당하다고 판단하여 화보집, 심층취재판, DVD, 스틸사진, 브로마이드 등의 제작·판매 등을 금지하는 가처분인가결정을 내렸다. 항소법원은<sup>217)</sup> 부록에 대한 제작·판매금지의 가처분은 인가하고, 장래 구성원들의 초상, 예명, 본명, 영문명을 포함한 문구, BTS의 각 명칭 및 표지를 사용한 상품 일체에 대한 인쇄금지는 잡지를 발매하는 자로서 통상적인 잡지의 보도 범위 내지 표현의 자유의 보호 범위 내에서 이용할 수 있다고 보아 이에 대한 가처분 신청은 기각하였다.

214) 이해완, 앞의 논문(각주 204), 100면.

215) 오승중, 앞의 책(각주 204), 1085면.

216) 서울남부지방법원2019.5.2.자2019카합20050결정.

217) 서울고등법원2019.9.18.자201920535결정.

대법원은<sup>218)</sup> 채권자가 아이돌 그룹의 구성원들을 선발하여 전속계약을 체결한 후 훈련을 통해 구성원들의 능력을 향상시켰고 전속계약에 따라 아이돌 그룹의 활동에 상당한 투자와 노력을 했으며 그로 인한 아이돌 그룹과 관련하여 쌓인 명성·신용·고객흡인력이 상당한 수준에 이르렀는데 이는 상당한 투자나 노력으로 만들어진 ‘성과’로 평가할 수 있어서 누구나 자유롭게 이용할 수 있는 공공영역에 해당하지 않는다고 판단하였다. 따라서 타인이 이를 무단으로 사용하는 경우에는 채권자의 ‘경제적 이익을 침해’하게 되고 연예인의 이름과 사진 등을 상품이나 광고에 사용하기 위해서는 연예인이나 소속사의 허락을 받거나 일정한 대가를 지급하는 것이 엔터테인먼트 산업분야의 상거래 관행인 점을 감안하면 통상적인 정보제공의 범위를 넘어 특정 연예인에 대한 특집 기사나 사진을 수록한 별도의 책자나 DVD를 제작하면서 연예인이나 소속사의 허락을 받지 않거나 대가를 지급하지 않는 것은 ‘상거래 관행이나 공정한 거래질서에 반하는 행위’라고 판단하였다. 또한 채무자가 발매한 특별 부록은 채권자가 발생하는 아이돌 그룹의 화보집과의 관계에서 수요를 대체할 가능성이 충분하여 ‘경쟁관계’도 인정되므로 채무자의 행위는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 카목의 부정경쟁행위에 해당한다고 판단하였다.

### (3) 검토

‘BTS’ 사건에서 대법원은 명시적으로 퍼블리시티권이라는 표현을 사용하지 않았다. 그러나 전속계약서에 따르면 그룹 명칭, 사진, 초상 등 동일성을 나타내는 일체의 것에 대한 권리를 ‘퍼블리시티권’으로 명명하고 이에 대한 권리를 소속사에게 귀속시키는 조항을 두고 있었다. 가처분의 인가를 결정하는 일심법원 판결은 이 계약서를 바탕으로 소속사에게 소위 ‘퍼블리시티권’이라고 부르는 성과에 대한 귀속주체를 인정하였다. 이 사건은 법원이 퍼블리시티에 대한 권리를 부정경쟁방지법 일반조항인 카목을 통해서 보호했다는 점에서 의미가 매우 크다.

이 판결을 통해 부정경쟁방지법에 퍼블리시티에 대한 보호 규정이 도입되는 계기가 마련되었다.

## 3. 타목의 신설에 의한 보호

부정경쟁방지법을 통한 퍼블리시티에 대한 보호에 대해서는 ①개인의 아이덴티티가 가지는 고객흡인력이 반드시 노력의 성과가 아닐 수도 있다는 점, ②현재의 규정이 여러 가지 불확정개념으로 구성되어 있어 그 적용에 애매한 점이 많아서

218) 대법원2020.3.26.선고2019마6525결정.

표현의 자유와의 관계에서 명확한 경계선을 긋기 어렵다는 점, ③부정경쟁행위로 규제하는 것은 권리자에 배타적인 권리를 귀속시키지 않고 단지 침해자의 행위를 규제하는 ‘행위규제’의 접근방법을 취하는 것이므로 권리의 유동적인 측면을 보장받는데 아쉬운 점, ④권리가 없고 반사적 이익만 있으므로 권리의 상속성을 분명하게 인정받을 수도 없다는 점을 들어 부정경쟁방지법에 의한 보호를 반대하는 견해가 있었다.<sup>219)</sup>

저작권법은 전부 개정안(2021.1.15. 도종환의원 대표발의 의안번호 7440) 제5장에 초상등의 보호를 새롭게 규정하여 퍼블리시티에 대한 독점배타적 권리를 인정하였고 부정경쟁방지법도 개정안(2021.2.2. 이철규의원 대표발의 의안번호 7846)을 발의하여 퍼블리시티에 대한 보호를 규정하는 내용을 도입하였다.

2021년 12월 7일 부정경쟁방지법 개정안이 먼저 통과되어(법률 제18548호, 2021.12.7., 일부개정, 시행 2022.4.20.) 퍼블리시티에 대한 보호는 부정경쟁방지법 제2조 타목의 부정경쟁행위 조항을 통해 우선적으로 이루어지게 되었다. 이 조항의 내용은 ‘국내에 널리 인식되고 경제적 가치를 가지는 타인의 성명, 초상, 음성, 서명 등 그 타인을 식별할 수 있는 표지를 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위’를 부정경쟁행위로 규정하고 있다. 이 조항의 적용 요건에서 알 수 있는 바와 같이 위법성을 판단하는 요건인 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위는 일반조항인 카목의 요건과 동일하고 다만 그 보호 대상이 타인의 성명, 초상, 음성, 서명 등으로 현행 카목보다 구체적이라는 점에서만 차이가 있다. ‘BTS’ 판결에서 퍼블리시티에 대한 보호가 일반조항인 카목을 통해서 인정되었기때문에 그 영향을 받은 것으로 보여진다. 따라서 일반조항의 해석에서 문제가 되는 대부분의 요건들은 타목에서도 여전히 문제가 될 수 있을 것이다. 개정 부정경쟁방지법에 의한 퍼블리시티 보호의 가장 큰 문제점은 부정한 경쟁행위가 발생한 경우에 소극적으로 타인의 퍼블리시티 이용행위를 금지할 수 있을 뿐이고 이 조항을 근거로 적극적으로 권리를 주장할 수 없다는 점이다. 퍼블리시티 보호에 대한 사회적 합의가 이루어졌다면 단순히 소극적으로 퍼블리시티에 대한 부정한 경쟁행위를 금지하는 방식을 선택할 것이 아니라 독점배타적인 권리를 부여하는 방식에 의한 보호가 타당하다고 생각한다.

219) 이해완, 앞의 논문(각주 204), 101-102면.

## 제4장

## 저작권의 보호범위와 일반조항의 적용

### 제1절 저작권의 보호범위

#### 1. 개요

저작권은 대상이 저작물임을 전제로 인정되는 권리이다. 저작권법 제2조 제1호는 ‘인간의 사상이나 감정을 표현한 창작물’을 저작물이라고 정의하고 있다.<sup>220)</sup> 이 조항은 2006.12.28. 법률 제8101호를 통해서 도입된 것으로 개정 전의 저작권법은 저작물을 문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물로만 정의하고 있어서, 데이터베이스, 컴퓨터프로그램 등을 저작권법으로 보호할 수 없었다. 저작권법 개정을 통해 저작물의 정의를 현행법과 같이 규정하여 문학이나 예술의 범주에 속하지 않는 대상에 대해서도 저작권법의 보호가 가능하게 되었다.

저작권법은 저작물에 대한 정의 규정을 두어 저작권법의 보호 대상을 명확하게 하고 있다. 인간이 제작한 모든 창작물이 저작권법으로 보호되는 것이 아니고 개인이 제작한 대상이 ‘창작물’이며 단순한 아이디어가 아닌 ‘표현’에 해당하는 경우에만 독점배타적 권리인 저작권의 발생을 인정하고 있다. 따라서 저작권법에서 규정하고 있는 요건을 충족하지 못하는 창작물은 저작권법이 보호하는 저작물이 아니므로 타인이 이를 이용하더라도 적어도 저작권 침해의 문제는 발생하지 않는다. 다만 저작권법상 저작물은 아니지만 타 법의 보호 요건을 충족하는 경우에는 민법 등에 의한 보호가 가능하고 부정경쟁방지법 일반조항의 도입으로 저작권법의 보호 대상이 아닌 창작물에 대한 보호가 가능할 수 있다.

‘아이디어·표현 이분법’과 ‘창작성’ 요건은 창작자의 측면에서는 창작물에 대한

220) 저작권의 보호와 관련된 가장 중요한 조약인 베른협약은 제2(1)항에서 보호 대상인 ‘문학·예술저작물’을 예시적으로 열거하고 있는데 사전, 소책자 및 그 밖의 문서, 강의, 강연, 설교 및 그 밖의 같은 성격의 저작물, 연극 또는 악극 저작물, 무용저작물과 무연극, 가사가 있거나 또는 없는 작곡, 영화와 유사한 과정에 의하여 표현된 저작물을 포함하는 영상저작물, 소묘, 회화, 건축, 조각, 판화 및 석판화, 사진과 유사한 과정에 의하여 표현된 저작물을 포함하는 사진저작물, 응용미술저작물, 도해, 지도, 설계도, 스케치 및 지리학, 지형학, 건축학 또는 과학에 관한 3차원 저작물과 같은 문학, 학술 및 예술의 범위에 속하는 모든 제작물을 포함한다고 규정하고 있다.

저작권의 보호 여부를 확인할 수 있고 이용자의 측면에서는 타인의 창작물에 대한 자유로운 이용이 가능한지를 판단하는 기준이 된다.

## 2. 아이디어·표현 이분법

### (1) 의의

아이디어·표현 이분법은 저작권의 보호 대상은 표현된 것에 한정되고, 아이디어에 해당하는 영역은 저작권으로 보호하지 않는다는 것을 의미한다. 아이디어·표현 이분법은 미국 연방대법원의 판례를<sup>221)</sup> 통해서 발전한 법리로 저작물의 보호 범위를 정하는 기본 원리로서의 역할을 하고 있다.<sup>222)</sup> 이 법리는 저작권법의 구체적 조항을 통해 표현되었다. WTO/TRIPs 협정 제9(2)항은 ‘저작권의 보호는 표현에는 적용되나 사상, 절차, 운용방법 또는 수학적 개념 그 자체에는 적용되지 아니한다’고 규정하고 있고,<sup>223)</sup> 미국 저작권법 제102(b)항은 ‘어떠한 경우에도 독창적인 저작물에 대한 저작권 보호는 그것이 그 저작물에 기술, 설명, 예시 또는 수록되는 방법에 관계없이 아이디어, 절차, 공정, 체제, 조작방법, 개념, 원리 또는 발견에 미치지 아니한다’고 규정하고 있다.<sup>224)</sup>

구체적으로 아이디어가 무엇을 의미하는지 정의를 내리는 것은 어렵고, 저작물의 유형에 따라서 그 내용이 달라지는 부분이기도 하며 하나의 저작물에서 아이디어 부분과 표현을 분리하는 것도 쉬운 것은 아니다. 아이디어·표현 이분법은 실무적으로 복제권 침해 판단에 있어서 중요한 역할을 하게 되는데 두 저작물이 실질적으로 유사하더라도 표현 부분이 아닌 아이디어 부분이 유사한 경우에는 복제권 침해가 아니다. 법원은 복제권 침해 여부를 판단할 때 의거성, 실질적 유사성을 기준으로 하고 있는데 이러한 판단의 전제로 창작적 표현이 실질적으로 유사한지를 고려하고 있다. 두 작품이 실질적으로 유사하더라도 원저작물의 창작적 표현이 아닌 아이디어나 전통적으로 내려온 표현 부분이 유사하다면 복제권 침해는 인정되지 않는다.

아이디어에는 과학 이론, 화풍, 문제의 해결 방법, 조작 방법, 작품의 주제 등

221) Baker v. Selden 101, U.S. 99(1879).

222) 오승중, 앞의 책(각주 204), 82면.

223) Article 9 Relation to the Berne Convention

2. Copyright protection shall extend to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such.

224) § 102 Subject matter of copyright: In general

(b) In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work.

이 포함되는 것으로 설명되고 있다. 게임 규칙 그 자체는 기본적으로 아이디어의 영역에 속하는 것으로, 특허법에서는 게임 규칙을 기술적 사상의 창작에 해당하지 않기 때문에 발명에 해당하지 않는 것으로 설명하고 있다.<sup>225)</sup> 방송 프로그램의 포맷은 특정 프로그램이 가지고 있는 내용이나 형식상의 독창적인 요소들 또는 프로그램에 대한 일종의 약속 기획으로 프로그램의 시작부터 종료까지 연출자가 보고 지시할 내용을 서술해놓은 것을 의미하는 것으로<sup>226)</sup> 아이디어에 해당하는 것으로 구분하고 있다.<sup>227)</sup>

## (2) 아이디어와 표현의 구분

대법원은 예외적으로 구체적인 대본이 없이 구성안만을 기초로 출연자 등에 의하여 표출되는 상황을 담아 제작되는 리얼리티 방송 프로그램은 무대, 배경, 소품, 음악, 진행 방법, 게임 규칙 등 다양한 요소들로 구성되고 이러한 요소들이 일정한 제작 의도나 방침에 따라 선택되고 배열됨으로써 다른 프로그램과 확연히 구별되는 특징이나 개성이 나타날 수 있어서 개별 구성요소가 저작물로 보호되는지의 여부와 상관없이 프로그램 전체는 저작물로 보호 받을 수 있다고 판단한 사례가 있다.<sup>228)</sup>

대법원은 저작권법상 저작물은 문학·학술 또는 예술과 같은 문화의 영역에서 사람의 정신적 노력에 의하여 얻어진 아이디어나 사상 또는 감정의 창작적 표현물을 가리키므로 그에 대한 저작권은 아이디어 등을 말·문자·음·색 등에 의하여 구체적으로 외부에 표현한 창작적인 표현 형식만을 보호 대상으로 하는 것이어서 표현의 내용이 된 아이디어나 그 기초 이론 등은 설사 독창성·신규성이 있는 것이라 하더라도 저작권의 보호대상이 될 수 없을 뿐만 아니라 표현 형식에 해당하는 부분에 있어서도 다른 저작물과 구분될 정도로 저작자의 개성이 나타나 있지 아니하여 창작성이 인정되지 않는 경우에는 이 역시 저작권의 보호대상이 될 수 없다고 판시하고 있다.<sup>229)</sup> 따라서 저작권 침해 여부를 가리기 위하여 두 저작물 사이에 실질적인 유사성이 있는지 여부를 판단할 때에는 창작적인 표현형식에 해당하는 것만을 가지고 대비해 보아야 하고, 표현형식이 아닌 사상 또는 감정

225) 특허법상 보호되는 발명은 자연법칙을 이용한 기술적 사상의 창작으로 고도한 것을 의미하는데 게임규칙은 자연법칙이 아닌 인간의 인위적인 약속에 해당하여 발명의 대상성이 부정된다.

226) 채정화·이영주, “방송 프로그램의 포맷에 대한 저작권 보호 및 실질적 유사성의 판단 기준에 관한 연구-리얼리티 프로그램을 중심으로”, 언론과학연구 제10권 제1호, 2010, 292면

227) 육소영, “방송프로그램 포맷의 저작권법에 의한 보호의 한계와 그 대안-대법원2017.11.9.선고 2014다49180판결을 중심으로-”, 법학연구 통권 제61집, 전북대학교 법학연구소, 2017, 416면.

228) 대법원2017.11.9.선고2014다49180판결.

229) 대법원1999.10.22.선고98도122판결.

그 자체에 독창성·신규성이 있는지를 고려해서는 아니되고 저작권의 보호대상은 인간의 사상이 또는 감정을 외부에 표현한 창작적인 표현형식이고 거기에 표현되어 있는 내용, 즉 아이디어나 이론 등의 사상 또는 감정 그 자체는 원칙적으로 저작권의 보호대상이 아니라고 밝히고 있다.<sup>230)</sup>

### (3) 아이디어 보호에 대한 일반조항의 적용

아이디어나 정보 그 자체는 저작권법의 보호 대상은 아니지만 특허법이나 영업 비밀의 보호 대상이 될 수 있고 아이디어의 무단이용은 민법상 불법행위나 부당이득으로 되는 경우도 있다.<sup>231)</sup>

부정경쟁행위 일반조항에서 특별히 아이디어를 보호를 제외하고 있지 않기 때문에 아이디어를 구축하기 위해서 상당한 노력과 비용이 투자되었다면 아이디어는 부정경쟁행위 일반조항으로 보호될 수 있지만<sup>232)</sup> 법원은 아이디어를 일반조항으로 보호하는데 소극적인 태도를 보이고 있다. ‘별집 모양 아이스크림’ 사건에서 원고 제품이 원고의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과에 해당한다고 볼 여지는 있지만, 아이스크림 용기와 소프트 아이스크림, 별집채꼴 개개의 형태에 아무런 독자적인 특징이 없이 단순히 소프트 아이스크림과 토핑으로서의 별집채꼴을 조합하는 제품의 결합방식이나 판매방식에 관한 아이디어를 실현한 것에 불과하기 때문에 동일한 제품을 만들어도 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 행위가 아니라고 판단하였고<sup>233)</sup> ‘짜 프로그램’ 사건<sup>234)</sup>의 항소심 판결에서도 원고 영상물이 원고가 상당한 노력과 투자로 구축한 성과물에 해당하고 피고가 원고 영상물의 일부 소재, 장면, 아이디어 등을 사용하여 영상물을 제작한 것은 사실이지만, 피고의 독자적인 아이디어를 바탕으로 비용과 노력을 들여 원고 영상물을 존재하지 아니하는 다양한 창작적 요소를 담아 영상물을 제작한 이상 이러한 행위가 부정경쟁행위로서 불법행위를 구성하지 않는다고 판단하였다.

230) 대법원2013.8.22.선고2011도3599판결.

231) 정상조, “창작과 표절의 구별기준”, 서울대학교 법학 제44권 제1호, 2003, 110면.

232) 유영운, 앞의 논문(각주 181), 59면.

233) 서울고등법원2015.9.10.선고2014나2052436판결(별집 아이스크림).

234) 서울고등법원2014.7.3.선고2013나54972판결(짜).

### 3. 창작성

#### (1) 의의

저작권법 제2조 제1호는 저작물의 정의를 ‘인간의 사상이나 감정을 표현한 창작물’로 규정하고 있어서 아이디어·표현 이분법을 간접적 표현하고 있고 창작성을 저작물의 성립요건으로 규정하고 있다. 저작권의 보호 대상인 ‘표현’에 해당하더라도 창작성이 없으면 저작물성이 인정되지 않기 때문에 저작권법의 보호를 받을 수 없다.

창작성의 판단에 대한 기준으로는 노동이론과 유인이론이 대립하고 있다. 노동이론은 저작권을 부여하는 근거가 창작자의 정신적 노동의 대가라고 보기 때문에 정신적 노동이 투입된 이상 창작성이 거의 없어도 저작물로 성립될 수 있다.<sup>235)</sup> 유인이론은 저작권을 부여하는 근거를 저작물을 통해 문화발전을 유인한 것에 대한 대가로 보기 때문에 문화발전을 유인할 만한 일정한 수준의 창작성이 있어야 저작권으로 보호할 수 있다고 본다. 유인이론에 따르면 아무리 많은 시간과 지적인 노력을 투입했다고 하더라도 창작적 개성이 없는 누가 작성해도 동일한 결과물이 나오는 전화번호부와 같은 대상에 대해서는 창작성을 부정하게 된다.<sup>236)</sup>

일반적으로 설명되는 창작성은 독창성(creativity)을 의미하는 것은 아니고 특허발명에서 요구되는 신규성(novelty)을 의미하는 것도 아니다. 저작물의 창작성은 독자성(originality)을 뜻하는 개념으로 타인의 저작물을 베껴낸 것이 아니기만 하다면 창작성은 인정될 수 있다. 복제권 침해 여부를 판단할 때 법원은 ‘의거성’을 고려하고 있는데 이는 저작물의 독자성에 대한 판단을 의미한다. 타인의 저작물을 모방하지 않고 스스로 만들어낸 창작물이라면 두 저작물이 완전히 동일하다고 하더라도 ‘의거성’이 인정되지 않아 두 저작물은 각각 독립된 저작물로 존재할 수 있다.

창작성은 저작물로서의 성립 여부를 결정함과 동시에 보호 범위를 확정하는 요소로 창작성의 ‘존재’만으로 저작물성이 인정되고, 창작성이 높은 저작물인 경우에는 보호의 정도가 높다. 저작권법 제35조의5는 공정이용의 판단에 있어서 저작물의 성질 및 용도를 고려하도록 하고 있는데(제2호) 창작성이 높은 저작물을 동의없이 이용하는 경우에는 공정이용의 적용에 부정적인 요소가 될 수 있다. 그러나 창작성이 낮은 기능적 저작물을 이용한 경우라면 공정이용의 판단에 유리하게 작용할 수 있다.

235) 오승종, 앞의 책(각주 204), 46면.

236) *Id.*

(2) 판단

대법원은 창작성의 의미에 대해 ‘단지 어떠한 작품이 남의 것을 단순히 모방한 것이 아니고 작자 자신의 독자적인 사상 또는 감정의 표현을 담고 있음을 의미할 뿐이어서 이러한 요건을 충족하기 위해서는 단지 저작물에 그 저작자 나름대로의 정신적 노력의 소산으로서의 특징이 부여되어 있고 다른 저작자의 기존의 작품과 구별될 수 있을 정도이면 충분하다’고 판단하거나<sup>237)</sup>, ‘창작성은 작품이 저자 자신의 작품으로서 남의 것을 복제한 것이 아니라는 것과 최소한의 창작성이 있는 것을 의미하므로 반드시 작품의 수준이 높아야 하는 것은 아니지만 저작권법에 의한 보호를 받을 가치가 있는 정도의 최소한의 창작성은 있어야 한다’고 하거나<sup>238)</sup> ‘저작권법 제2조 제1호의 저작물에서 요구되는 창작성은 완전한 의미의 독창성은 요구하는 것은 아니더라도 적어도 단순히 남의 것을 모방한 것이어서는 안 되고 창작자 자신의 독자적인 표현을 담고 있어야 한다’고 설명하고 있다.<sup>239)</sup>

객관적인 사실, 누가 하더라도 같거나 비슷할 수 밖에 없는 표현도 창작자의 창조적 개성이 드러나지 않기 때문에 창작성이 인정되지 않는다.<sup>240)</sup> 구체적으로 광고 전단지에 흔히 사용되는 디자인<sup>241)</sup>, 한문 원본을 단순히 기계적으로 결합 배치한 것에 불과한 역사서<sup>242)</sup>, 국세청 고시자료를 그대로 옮겨 놓은 단순한 기계적 작업의 범주를 벗어나지 않는 것<sup>243)</sup>, 내용 외에는 보호할만한 독창적인 표현형식이 포함되지 않은 광고 문구<sup>244)</sup>, 실용적인 목적을 달성하기 위해서 제품 자체만을 충실하게 촬영하여 보호할 만한 정도의 창작성이 없는 사진<sup>245)</sup> 등은 창작성을 인정할 수 없어서 저작권법상의 보호를 부정하였다.<sup>246)</sup>

창작성이 없어서 저작권법의 보호를 받을 수 없는 경우라고 하더라도 타인이 이를 무단으로 이용하여 손해를 야기한 경우 불법행위로서의 요건을 충족하면 민법상 보호가 인정될 수 있고<sup>247)</sup> 부정경쟁방지법 카목의 요건을 충족하게 된다면 부정경쟁방지법의 보호도 가능하다.

237) 대법원1995.11.14. 선고94도2238판결; 대법원2014.2.27. 선고2012다28745판결 등.

238) 대법원2009.6.25. 선고2008도11985판결; 대법원2003.11.28. 선고2001다9359판결 등.

239) 대법원2020.4.29. 선고2019도9601판결; 대법원2017.11.9. 선고2014다49180판결; 대법원2011.2.10. 선고2009도291판결 등.

240) 대법원2017.11.9. 선고2014다49180판결; 대법원2009.1.30. 선고2008도29판결; 대법원2005.1.27. 선고2002도965판결 등.

241) 수원지방법원2000.4.19. 선고99가합6375판결.

242) 서울고등법원1997.12.9. 선고96나52092판결.

243) 서울지방법원1998.7.10. 선고97가합75507판결.

244) 서울고등법원1998.7.7. 선고97나15229판결.

245) 대법원2001.5.8. 선고98다43366판결.

246) 오승중, 앞의 책(각주 204), 66면.

247) 서울중앙지방법원2007.6.21. 선고2007가합16095판결.

## 제2절 저작권법상 비침해행위와 일반조항의 적용

### 1. 저작권법상 비침해행위 유형

저작권법은 사상이나 감정이 표현된 창작물에 대해서만 저작권법상 독점배타적인 권리를 인정하고 있다. 창작성이 없는 작품이거나 독창적인 표현이 아니라 아이디어의 범주에 속하는 창작물은 저작물성이 인정되지 않기 때문에 이를 타인이 이용하더라도 저작권 침해 문제는 발생하지 않는다. 따라서 이러한 성과물은 원칙적으로 공중의 자유로운 이용이 가능하지만 이용행위가 민법 제750조의 불법행위 요건을 충족하거나 부정경쟁방지법 일반조항이 적용될 수 있는 부정한 경쟁행위에 해당한다면 각 법에 따른 규제를 받을 수 있다.

저작물과 관련하여 부정경쟁방지법 일반조항의 적용 여부의 타당성을 판단하기 위해서는 먼저 부정경쟁방지법이 적용될 수 있는, 다시 말하면 저작권법이 적용되지 않는 대상에 대한 검토가 필요하다. 저작물의 보호에 대해서는 저작권법이 일차적인 역할을 담당하고 있고 부정경쟁방지법 제15조도 이를 명시하고 있다.

타인의 저작물을 무단으로 이용했다고 해서 항상 저작권 침해가 발생하는 것은 아니다. ①외형적으로는 저작물의 유형으로 보이지만 저작권법에서 규정하고 있는 저작물성을 갖추지 못하여 저작권법의 적용 대상이 아닌 경우, ②저작물의 요건을 갖추었으나 저작재산권 제한 규정에 의하여 저작물의 무단 이용 행위가 허용되는 경우 그리고 ③저작권 보호 기간이 만료된 저작물을 이용하는 행위는 저작권 침해에 해당하지 않는다. 첫 번째의 경우를 제외하고는 저작권법의 규정이 우선적으로 적용되기 때문에 부정경쟁방지법 일반조항이 적용될 수 없을 것이다.

이하에서 검토할 저작물과 관련된 부정경쟁방지법 일반조항의 적용 여부 판단 사례들도 저작물성이 인정되지 않는 성과물에 대한 분쟁 사안들이다. 법원은 부정경쟁방지법 일반조항이 도입되기 이전에는 위와 같은 사안에서 불법행위 책임을 판단하였고 일반조항의 도입 이후에는 부정경쟁방지법 위반 여부를 판단하고 있다.

## 2. 일반조항 도입 이전의 사례

### (1) ‘네이버 광고 검색’ 사건

#### 1) 사실관계

신청인은 인터넷 포털 사이트의 운영하는 회사로 광고주들로부터 인터넷 사이트에 배너광고를 유치하여 광고수익사업을 영위하고 있다. 피신청인은 광고 시스템 프로그램을 개발하여 사용·판매하는 회사이다. 피신청인은 광고 시스템 프로그램을 인터넷 사용자들에게 제공하여 이를 설치한 인터넷 사용자들이 신청인이 운영하는 인터넷 포털사이트를 방문하면 그 화면에 신청인이 제공하는 광고 대신 피신청인의 광고가 대체 혹은 삽입된 형태로 나타나게 하였다. 신청인은 피신청인의 행위가 신청인의 영업과 혼동을 불러일으키거나 신청인 표지의 식별력 또는 명성을 손상케 하여 부정경쟁방지법 위반 또는 부정경쟁행위로서 불법행위에 해당하며, 저작물인 인터넷 사이트의 화면표시를 변경·수정하는 것은 동일성유지권 침해에 해당한다며 해당 프로그램의 제조, 사용, 판매 및 배포의 금지 등을 구하는 가처분 신청을 하였다.<sup>248)</sup>

#### 2) 법원의 판단

일심법원은<sup>249)</sup> 피신청인이 프로그램을 통해 신청인의 웹사이트의 여백 또는 광고란에 자신의 광고를 보이게 하는 행위는 공정한 경쟁질서 내지 상거래 질서에 반하는 행위로서 민법 제750조에서 규정한 불법행위에 해당한다고 판단하며 해당 프로그램의 제조, 사용, 판매, 배포 금지에 대한 가처분 인가결정을 내리고 나머지 부분에 대해서는 가처분신청을 기각하였다. 항소법원은<sup>250)</sup> 정보통신망법·저작권법·컴퓨터프로그램보호법 위반은 인정하지 않았고 부정경쟁방지법 제2조 제1호 나목·다목에 해당하지 않는다고 판단하였다. 그러나 피신청인의 행위는 신청인의 인터넷 포털사이트의 신용과 고객흡인력을 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용하고 신청인이 장기간의 노력과 투자에 의하여 구축한 저명한 인터넷 포털사이트라는 콘텐츠에 무임승차하려는 것으로 공정한 경쟁질서 내지 상거래 질서에 위반하는 행위에 해당하고 신청인의 광고에 관한 영업상 이익을 침해할 위험이 크다고 판단하여 신청인의 업무를 방해하는 부정경쟁행위로 불법행위에 해당한다고 판단하였다.

248) 대법원2010.8.25.자2008마1541결정.

249) 서울중앙지방법원2008.2.18.자2008카합45결정.

250) 서울고등법원2008.9.23.자2008라618결정.

대법원은<sup>251)</sup> 채권자인 신청인이 상당한 노력과 투자에 의하여 국내 최대 포털 사이트를 구축하고 이와 같이 확보된 방문객들에게 배너광고를 노출시키거나 우선순위 검색 결과 노출서비스를 제공하는 방법 등으로 광고 영업을 해오고 있는데 이러한 광고 영업의 이익은 법률상 보호할 가치가 있는 이익에 해당하고, 인터넷 이용자들이 네이버를 방문하면 그 화면에 채권자의 광고 대신 같은 크기의 채무자인 피신청인의 배너광고가 나타나거나(대체광고) 화면의 여백에 채무자의 배너광고가 나타나거나(여백광고), 검색창에 키워드를 입력하면 검색창과 채권자의 키워드 광고사이에 채무자의 키워드광고가 나타나도록(키워드삽입광고) 하였는데 이러한 광고는 인터넷 이용자들이 네이버를 방문할 때 나타나는 것이므로 이는 결국 네이버가 가지는 신용과 고객흡인력을 무단으로 이용하여 채권자가 얻어야 할 광고 영업 이익을 무단으로 가로채는 행위에 해당하는 것으로 보았다. 따라서 채무자인 피신청인의 행위는 경쟁자 관계에 있는 채권자가 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 네이버를 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용함으로써 채권자의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻고 법률상 보호할 가치가 있는 이익인 채권자의 광고 영업 이익을 침해하는 부정행위로서 민법상 불법행위에 해당한다는 원심 판결을 인용하였다. 그리고 이러한 광고행위가 일회적인 것이 아니어서 인터넷 사용자들이 네이버에 접속할 때마다 반복되는 점, 프로그램에 의한 광고 행위의 성질상 채권자가 인터넷 사용자들이 프로그램 설치현황 및 채무자의 광고 현황을 일일이 파악하여 대응하기 어려운 점, 광고 내용에 따라서는 채권자의 신용, 명성 등 무형적인 가치까지 손상시킬 수 있다는 점 등을 고려할 때 금전배상을 명하는 것만으로는 채권자 구제의 실효성을 기대하기 어렵고 광고행위를 방지할 경우 광고 영업을 그 수익모델로 삼고 있는 채권자 회사의 존립 자체를 위협할 수 있다는 점에서 채무자의 광고행위를 금지함으로써 보호되는 채권자의 이익이 채무자의 영업을 자유에 대한 손실보다 크다고 판단하면서, 불법행위의 금지로 인해 보호되는 피해자의 이익과 그로 인한 가해자의 불이익을 비교·교량 할 때 피해자의 이익이 더 큰 행위에 대해서는 예외적으로 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다고 판단하였다.

## (2) ‘성형외과 홈페이지’ 사건

원고와 피고는 모두 성형외과 의사로 자신의 병원을 소개하는 홈페이지를 각각 운영하고 있었다. 피고는 원고의 홈페이지에 실린 모발이식 수술 전후의 사진을

251) 대법원2010.8.25.자2008마1541결정.

텔레비전 방송에 출연하며 사용하였고, 피고 홈페이지의 온라인 상담 코너의 상담 내용을 자신의 병원 홈페이지에 게시하였다. 이에 원고는 주위적 주장으로 모발수술 사진과 상담내용에 대하여 저작권(복제권, 방송권, 동일성유지권) 침해, 예비적 주장으로 민법 제750조의 불법행위를 주장하였다.

법원은<sup>252)</sup> 모발이식 수술 사진과 상담 내용에 대하여 각각 사진저작물과 어문저작물에 해당하지 않는다고 판단하여 저작권 침해는 인정하지 않았으나 불법행위 책임은 인정하였다. 불법행위가 성립하기 위해서는 반드시 저작권 등 법률에 정해진 엄밀한 의미에서의 권리가 침해되었을 경우에 한하지 않고, 법적으로 보호할 가치가 있는 이익이 위법하게 침해된 것으로 충분하며 스스로의 이익을 피할 목적으로 이를 이용하거나 또는 원고에게 손해를 줄 목적에 따라 이용하는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 불법행위가 성립할 수도 있다고 보았다. 원고의 모발이식 수술 전후 사진과 상담 내용은 원고의 연구, 노력에 따른 성과이고 홈페이지에 촬영 사진, 상담내용을 게시한 것은 경제적 가치있는 활동에 해당하고, 인터넷에 공개한 사진들과 상담내용을 저작권법상의 보호를 받지 못한다고 하더라도 법적 보호의 가치가 있는 이익에 해당하고 피고가 영리목적으로 ‘영업상 경쟁관계’에 있는 원고가 노동력과 비용을 들여 촬영하고 작성한 상담 내용을 무단으로 도용해서 사용한 것은 공정하고 자유로운 경쟁원리에 의해 성립하는 거래사회에 있어서 현저하게 불공정한 수단을 사용함으로써 사회적으로 허용되는 한도를 넘어 원고의 ‘법적으로 보호할 가치있는’ 영업활동상의 신용 등의 ‘무형의 이익’을 위법하게 침해하는 것으로 불법행위를 구성한다고 판시하였다.

### 3. 일반조항 도입 이후의 사례

#### (1) ‘광고 콘티’ 사건

원고는 광고업, 광고대행업 등을 영위하는 회사이다. 피고1은 치킨배달업을 하는 회사이고 피고2는 광고대행업무를 영위하는 회사이다. 원고는 피고1과 새로 출시할 치킨제품의 네이밍 등 광고용역 계약을 체결하였고 신제품의 네이밍을 ‘써프라이드’로 하는 방송용 광고 콘티를 작성하여 원고에게 제출하고 이를 기초로 한 광고촬영을 준비하고 있었다. 제품의 출시와 광고촬영 일정을 연기하던 피고1이 계약종료를 통보한 후 피고2와 광고계약을 체결하고 원고가 네이밍한 제품명을 방송 광고와 각종 광고물에 사용하자 원고는 피고들을 상대로 네이밍과 광고 콘티에 대한 저작권침해, 부정경쟁방지법 제2조 제3호 라목의 영업비밀침해, 구 부정경쟁방지법 차목(현행 카목) 및 부정경쟁방지법 차목의 아이디어 탈

252) 서울중앙지방법원 2007.6.21.선고2007가합16095판결.

취행위를 주장하며 소송을 제기하였다.

일심법원은<sup>253)</sup> 원고의 콘티와 피고2의 광고는 창작적인 표현에 해당하는 부분이 실질적으로 유사하지 않다고 판단하여 저작권 침해를 인정하지 않았고 영업비밀침해도 인정하지 않았다. 구 부정경쟁방지법 차목(현행 카목)에 대해서도 지식재산권법에 의하여 보호되지 않는 타인의 성과는 재산적 가치를 가지더라도 자유로운 모방과 이용이 가능하고 타인의 성과 모방이나 이용행위에 공정하고 자유로운 경쟁질서에 비추어 정당화될 수 없는 ‘특별한 사정’이 있는 경우에만 민법상 불법행위나 구 부정경쟁방지법 차목이 적용된다고 판시하며 카목의 적용을 부정하였다.

항소법원은<sup>254)</sup> 네이밍의 ‘씨프라이드’와 콘티의 구성방식, 구체적 설정 등은 상당한 투자나 노력으로 만들어진 ‘성과’에 해당하고 피고들이 대가를 지불하지 않고 콘티에 기초한 광고를 제작한 행위는 저작권 침해와는 별개로 부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목과 카목에 해당한다고 판단하였다.

대법원은<sup>255)</sup> 카목이 정하는 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용한 경우에 해당하기 위해서는 권리와 침해자가 경쟁관계에 있거나 가까운 장래에 경쟁관계에 놓일 가능성이 있는지, 권리가 주장하는 성과 등이 포함된 산업분야의 상거래 관행이나 경쟁질서의 내용과 그 내용이 공정한지, 성과 등이 침해자의 상품이나 서비스에 의해 시장에서 대체될 수 있는지, 수요자나 거래자들에게 성과 등이 어느 정도 알려졌는지, 수요자나 거래자들의 혼동가능성이 있는지 등을 종합적으로 고려해야 한다고 판시하며 원심의 판단에 위법이 없다고 판단하였다.

## (2) ‘브루마블 게임’ 사건

원고는 부동산 거래 보드게임과 모바일용 게임에 대하여 독점적 사용권을 취득한 회사이다. 피고는 부동산 거래 보드게임을 소재로 한 컴퓨터용 온라인 게임 ‘모두의 마블’을 출시하고 모바일 게임도 출시하였다. 원고는 피고가 출시한 보드게임과 모바일 게임에 대하여 저작권 침해와 구 부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목(현행 카목) 또는 민법상 불법행위를 주장하며 침해금지 및 손해배상을 청구하는 소송을 제기하였다.

일심법원은<sup>256)</sup> 보드게임의 구성요소 중 기본적인 규칙과 진행방식은 부동산 거

253) 서울중앙지방법원2019.5.24.선고2017가합590127판결.

254) 서울고등법원2020.2.6.선고2019나2031649판결.

255) 대법원2020.7.23.선고2020다220607판결.

256) 서울중앙지방법원2017.9.29.선고2016가합570805판결.

래 보드게임에 공통적 또는 전형적으로 수반되는 표현 형식에 해당하므로 창작성이 없어 저작권의 보호 대상으로 볼 수 없다고 판단하였다. 저작권의 보호대상이 되는 지명 선택이나 지명 배열 부분 등은 피고 게임의 각 구성요소와 실질적으로 유사하지 않다고 보아 저작권 침해를 인정하지 않았다. 모바일 게임에 대해서도 저작권 침해를 인정하지 않았다. 구 부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목(현행 카목)에 해당하는지 여부에 대해서는 피고가 게임을 출시하면서 원고 보드 게임과의 유사성·연관성을 언급하고 기본적인 게임 규칙과 진행방식을 반영하여 상당 부분 유사하게 구현한 것은 원고 보드 게임의 인기에 편승하려는 의도가 있는 것으로 보이지만 이것만으로 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 행위를 했다거나 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 불법행위를 했다고 평가할 수 없어서 부정경쟁행위에 해당하지 않는다고 판단하였다.

항소법원도<sup>257)</sup> 지식재산권법에 의하여 보호되지 않는 타인의 성과는 설령 그것이 재산적 가치를 가진다고 해도 자유로운 모방과 이용이 가능하고 다만 그와 같은 타인의 성과 모방이나 이용행위에 공정하고 자유로운 경쟁 질서에 비추어 정당화될 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에만 구 부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목(현행 카목)이 규정하는 부정경쟁행위 또는 민법상 불법행위에 해당한다고 판시하며 원고의 항소를 기각하였다.

대법원은<sup>258)</sup> 심리불속행기각 판결을 내렸다.

### (3) ‘포레스트 매니아’ 사건

#### 1) 사실관계

원고는 매체-3-게임(게임 속 특정한 타일들이 3개 이상의 직선으로 연결되면 함께 사라지면서 점수를 획득하도록 고안된 게임) 형태인 ‘팜 히어로 사가’ 게임을 개발하여 출시하고 있는 회사이다. 피고는 홍콩 회사가 개발하여 출시한 매체-3-게임인 ‘포레스트 매니아’의 한국 시장 독점 유통에 관한 라이선스를 보유한 회사로 인터넷 플랫폼을 통해 게임을 출시하였다. 원고는 피고에 대하여 저작권 침해(복제권 또는 2차적 저작물 작성권 및 공중송신권)와 구 부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목(현행 카목)의 부정경쟁행위를 주장하며 소송을 제기하였다.

#### 2) 법원의 판단

일심법원은<sup>259)</sup> 추상적인 게임의 장르, 기본적인 게임의 배경, 게임의 전개 방

257) 서울고등법원 2018.4.26. 선고 2017나2064157 판결.

258) 대법원 2018.8.16. 선고 2018다237138 판결.

259) 서울중앙지방법원 2015.10.30. 선고 2014가합567553 판결.

식, 규칙, 게임의 단계 변화 등은 게임의 개념 방식 해법 창작 도구로서 아이디어에 불과하므로 그러한 아이디어 자체는 저작권법에 의한 보호를 받을 수 없고 나아가 아이디어를 게임화하는데 있어 필수불가결하거나 공통적 또는 전형적으로 수반되는 표현 등도 저작권법에 의한 보호 대상이 될 수 없다고 판단하였다. 게임 방식이나 규칙은 특정인에게 독점권이 있는 것이 아니라 누구나 자유롭게 사용하여 다양한 표현으로 다양한 게임을 만들 수 있도록 하여야 할 것이므로, 원고와 피고의 게임 중 중복되는 게임규칙 부분은 저작권의 보호 대상에 해당하지 않고 이를 제외한 구체적인 표현 부분 역시 실질적으로 유사하지 않아서 원고의 저작권을 침해하지 않는다고 판단하였다. 그러나 ①원고가 게임 개발과정에 많은 인력과 비용, 기술 및 노하우 등 유무형의 자산을 함께 투여하였으므로 이는 상당한 노력과 투자로 만들어진 성과에 해당하고, ②원고 게임은 많은 규칙을 최초로 도입하였는데 피고 게임에도 위 규칙들이 동일하게 적용되고 있는 점 등에 비추어 보았을 때 원고 게임에 의거하여 개발된 것으로 봄이 상당하고, ③원고와 피고는 모두 모바일 게임 제작 공급업체로 경쟁관계에 있다는 점 등을 고려하여 구 부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목(현행 카목)의 부정경쟁행위와 민법 제750조의 불법행위 책임을 인정하였다.

항소법원은<sup>260)</sup> 일심법원과 동일하게 저작권침해를 인정하지 않았고 부정경쟁행위에 대해서도 일심법원의 판단과 달리 이를 인정하지 않았다. 지식재산권의 보호 대상이 아닌 타인의 성과 이용은 원칙적으로 자유로운 영역이므로 그 이용을 규제하기 위해서는 일정한 합리성(사회적 타당성)이 인정되지 않으면 안 되고 이러한 합리성의 근거는 많은 경우 그 이용행위의 위법성, 즉 타인의 성과를 이용하는 행위가 경쟁사회의 공통규범인 경쟁자간의 공정하고 자유로운 경쟁의 확보라는 원칙에 비추어 상당하지 않은 것에 있고, 피고 게임이 원고 게임의 인기에 일부 편승한 부분이 있다고 하더라도 원고 게임에 존재하지 않는 다양한 창작적 요소를 가진 피고 게임을 제작하여 게임 이용자들에게 제공한 것이므로 피고 측의 게임 창작 및 제공행위는 원고의 저작권을 침해하지 않는 한도에서는 원칙적으로 허용되는 행위로서 상도덕이나 공정한 경쟁 질서에 반하여 명백한 불법행위에 해당한다거나 공정한 상거래 관행이나 경쟁 질서에 반한다고 보기 어렵다고 판단하였다.

대법원은<sup>261)</sup> 저작권 침해를 인정하면서 구 부정경쟁방지법 차목(현행 카목) 및 불법행위에 대한 부분은 판단하지 않았다. 법원은 게임 저작물은 어문저작물, 음

260) 서울고등법원 2017.1.12.선고2015나2063761판결.

261) 대법원2019.6.27.선고2017다212095판결.

악저작물, 미술저작물, 영상저작물, 컴퓨터프로그램 저작물 등이 결합되어 있는 복합적 성격의 저작물로서 컴퓨터 게임물이나 모바일 게임물에는 게임 사용자의 조작에 의해 일정한 시나리오와 게임 규칙에 따라 반응하는 캐릭터, 아이템, 배경화면과 이를 기술적으로 작동하게 하는 컴퓨터프로그램 및 이를 통해 구현된 영상, 배경음악 등이 유기적으로 결합되어 있다. 따라서 게임물은 저작자의 제작 의도와 시나리오를 기술적으로 구현하는 과정에서 다양한 구성요소들을 선택·배열하고 조합함으로써 다른 게임물과 확연히 구별되는 특징이나 개성이 나타날 수 있다. 그러므로 게임물의 창작성 여부를 판단할 때에는 게임물을 구성하는 구성요소들 각각의 창작성을 고려함은 물론이고, 구성요소들이 일정한 제작 의도와 시나리오에 따라 기술적으로 구현되는 과정에서 선택·배열되고 조합됨에 따라 전체적으로 어우러져 그 게임물 자체가 다른 게임물과 구별되는 창작적 개성을 가지고 저작물로서 보호를 받을 정도에 이르렀는지도 고려해야 하는데 피고의 게임은 원고의 게임물 제작 의도와 시나리오가 기술적으로 구현된 주요한 구성요소들의 선택과 배열 및 유기적인 조합에 따른 창작적인 표현 형식을 그대로 포함하고 있어서 양 게임물은 실질적으로 유사하다고 볼 수 있다고 판단하였다.

#### (4) ‘솔섬’ 사건

원고는 사진작가인 A로부터 ‘솔섬’ 사진에 대한 저작권을 양도받았고 피고는 여행사진 공모전을 통해 아마추어 사진작가가 출품한 사진을 입선으로 선정하였다. 피고는 이 공모전 사진을 이용한 광고영상을 TV 및 인터넷을 통해 방송하였다. 이에 원고는 이 사건 사진저작물과 공모전 사진은 실질적으로 유사하고 공모전 사진을 원고의 허락없이 영리목적의 광고에 사용한 행위는 복제권 또는 2차적저작물 작성권 침해에 해당하고 선택적으로 구 부정경쟁방지법 제2조 차목(현행 카목)의 부정경쟁행위에 해당한다고 주장하였다.(1심에서는 저작권 침해만을 주장하였으나 항소심에서는 선택적 청구로 부정경쟁행위를 주장하였다.)

일심법원은<sup>262)</sup> 사진저작물은 피사체의 선정, 구도의 설정, 빛의 방향과 양의 조절, 카메라 각도의 설정, 셔터의 속도, 셔터 찬스의 포착, 기타 촬영방법, 현상 및 인화 등의 과정에서 촬영자의 개성과 창조성이 인정되어야 저작권법에 의하여 보호되는 저작물에 해당하는데 창작적 표현 형식에 해당하는 요소를 분리하여 각각 대비하거나 저작물을 전체적으로 대비하는 방법에 의하더라도 이 사건 사진저작물과 공모전 사진에는 실질적 유사성이 인정되지 않는다고 판단하였다.

항소법원은<sup>263)</sup> 구 부정경쟁방지법 차목(현행 카목)의 해당 여부에 대하여 피고

262) 서울중앙지방법원2014.3.27.선고2013가합527718판결.

가 광고에 사용한 공모전 사진은 이 사건 사진저작물과 실질적 유사성이 인정되지 않으므로 원칙적으로 자유롭게 사용할 수 있다고 판단하였다. 원고는 사진저작물이 모방되었음을 전제로 차목(현행 카목)의 적용을 구하였으나 실질적 유사성이 인정되지 않은 형태의 모방행위는 저작권법에 의해 허용되는 것이고 차목(현행 카목)은 한정적으로 열거된 부정경쟁방지법 제2조 제1호 행위에 보충적 규정일 뿐 저작권법에 의해 원칙적으로 허용되는 행위까지 규율하기 위한 규정은 아니라고 판단하였다.

#### (5) ‘부동산 매물정보’ 사건

채권자는 부동산 정보제공업, 광고업 및 광고 대행업 등을 영위하는 법인으로 주식회사 매경닷컴 및 네이버 주식회사의 온라인 부동산 매물정보 서비스에 각종 매물 정보를 제공하는 영업을 하고 있다. 채무자는 인터넷 웹사이트 및 어플리케이션을 운영하는 부동산 매물정보서비스 회사로 크롤링 방식으로 채권자 웹사이트의 HTML 소스를 무단으로 복제하여 부동산 매물정보에 관한 데이터베이스를 복제하였다. 이에 채권자는 저작권 침해 및 구 부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목(현행 카목)의 적용을 주장하며 법원에 침해금지 가처분신청을 하였다.

법원은<sup>264)</sup> 채권자가 부동산 매물정보를 ‘기본정보’와 ‘매물정보’로 나누어 각 요소별로 체계적으로 배열, 구성한 후 이를 일정한 기준에 따라 검색할 수 있도록 한 것은 저작권법상 보호되는 ‘데이터베이스’에 해당한다고 판단하였다. 채무자에 대하여 데이터베이스 복제 등 금지청구가 인정되기 위해서는 채무자가 채권자의 데이터베이스를 다른 컴퓨터 프로그램파일에 고정하거나 다시 제작하는 등의 복제가 일어나야 하는데 ①수집된 매물정보가 수시로 업데이트가 되어 어느 시점에서 어느 정도의 범위까지 복제되었는지 불분명하고, ②매물정보의 특성상 정보의 일부가 일치한다는 사정만으로 채무자가 채권자의 정보를 복제하였다고 단정할 수 없고, ③채무자가 자체적으로 정보를 수집하는 팀을 운영하고 있어서 매물정보 중 일정한 부분은 내부 조직의 운영을 통해서 수집된 것으로 보이기 때문에, 채무자가 크롤링 방식으로 매경부동산 및 네이버부동산의 HTML 소스 또는 각 웹사이트에 저장된 부동산 매물정보 전체 또는 일부를 무단으로 복제하였다고 인정하기 부족하다고 판단하였다.

구 부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목(현행 카목)은 기술의 변화 등으로 나타나는 새롭고 다양한 유형의 부정경쟁행위에 적절하게 대응하기 위해서 신설된 보충

263) 서울고등법원2014.12.4.선고2014나2011480판결.

264) 서울중앙지방법원2017.12.29.선고2017카합81043결정.

적 일반조항으로서 종래의 지식재산권 관련 제도내에서는 예상할 수 없어 기존 법률로는 미처 포섭할 수 없었던 유형의 행위를 금지할 필요성이 발생할 경우를 대비하여 입법된 것이기 때문에 보충적 일반조항에 따른 금지청구의 보호 범위를 확장하는 것은 기존의 법률 체계가 요구하는 보호 요건의 존재를 무의미하게 만들 뿐 아니라 자신의 행위가 기존의 다른 법률 조항에서 금지되는 행위에 해당하지 아니한다고 판단한 시장참여자에게 불측의 제재를 가하는 것이 되어 법적 안정성을 저해할 우려가 있으므로 매우 신중하게 이루어져야 한다고 판시하면서 부정경쟁방지법 차목(현행 카목)의 적용을 인정하지 않았다.

#### (6) ‘한자 교감·표점’ 사건

원고는 조선시대 학자 서유구의 저술인 ‘임원경제지’ 번역사업회를 승계한 사단법인이다. 피고들은 대학교 산하 쌀·삶·문명연구원으로 원고와 협력하여 임원경제지 중 일부를 간행하였고 원고와의 협력관계 종료이후에는 자체적으로 임원경제지의 번역사업을 진행하였다. 원고는 자신이 교감<sup>265)</sup>과 표점 작업을 한 부분을 기초로 피고들의 번역물이 만들어졌다고 주장하며 저작권 침해 소송을 제기하였다.

일심법원은<sup>266)</sup> 저작권 침해 여부를 판단하기 위해 원저작물을 번역한 원고의 저작물이 2차적 저작물에 해당하는지를 먼저 판단하였다. 원고 저작물 중 번역 부분은 한문으로 된 문장을 언어체계가 다른 한글로 풀어내는 데 있어 다양한 어미 변화, 조사, 어감, 접속사 등을 역자의 창조적 개성에 따라 사용하였고, 적절한 어휘와 구문의 선택 및 배열, 문체, 어조 등에 있어 번역자의 창조적 개성이 나타나 있다고 할 것이어서 창작성이 인정되는 번역저작물로서 저작권법이 보호하는 2차적 저작물에 해당한다고 판단하였으나 교감과 표점을 한 부분에 대해서는 원저작물에 대한 종합적인 서지 조사를 하고 이를 비교·대조하는 방식으로 오류가 있는 부분을 수정하는 등 상당한 노력을 들여 교감작업을 하더라도 이는 창작적 표현이 아니라 원문의 재현에 불과하고, 원문에 침표 등 부호를 표점하는 작업도 작성자의 개성이 드러나는 창작적 표현이 아니라 어느 부분을 한 어구로 보아 원문을 해석할지에 관한 학술적인 내용에 해당하는 것으로 학술적인 내용 자체는 저작권의 보호 대상이 아니므로, 저작권의 보호대상이 될 수 없다고 판단하였다.

항소법원도<sup>267)</sup> 저작권 침해를 인정하지 않았고 원고가 새롭게 주장한 민법

265) 같은 종류의 여러 책을 비교하여 차이가 나는 것을 바로 잡는 것을 의미한다.

266) 서울중앙지방법원2019.1.9.선고2013가합77879판결.

267) 서울고등법원2019.8.29.선고2019나2007790판결.

상 불법행위 책임도 인정하지 않았다.

대법원은 원심법원의 판결을 인용하면서 저작권 침해를 인정하지 않았으나 불법행위 책임의 판단 부분은 파기 환송하였다. 원고의 번역본 초고는 상당한 시간과 높은 수준의 정신적 노력이 투입되었을 것으로 판단되므로 ‘상당한 노력과 투자에 의하여 구축된 성과물’에 해당되고, 원고 번역본 초고와 피고 저작물 사이에 존재하는 공통된 오류나 번역 문구의 일치 사례 등에 비추어 보면 피고 저작물 등은 원고 번역본에 의거하여 작성되었을 가능성이 높다고 보았다. 원고와 피고는 번역 출간 작업을 함께 수행하였고 그 결과 일정한 정도의 협력관계나 신뢰관계가 형성되어 왔다고 볼 수 있고, 원고가 이 협력 사업 종료 이후 원고의 번역본 초고의 폐기와 사용금지를 명시적으로 요청하기도 하였는데 위와 같은 사정을 인식하고도 원고 번역본 초고를 무단으로 이용하여 피고 저작물을 출판한 것이라면 피고들의 행위는 ‘상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하는 것’이라고 평가할 여지가 크다고 보았다. 따라서 피고들의 행위는 계약 체결을 위한 준비 단계에서 협력관계나 신뢰관계에 있었던 원고가 가지게 된 보호가치 있는 기대나 신뢰를 침해하고 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위를 구성하는지 여부를 판단해야 하는데 원심이 이 부분 주장을 배척한 것은 불법행위의 성립에 관한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 않아 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 판단하였다.

### (7) 검토

저작물의 보호에 대해서는 저작권법의 우선적으로 고려된다. 저작물성이 인정되지 않아 저작권법의 보호를 받을 수 없는 성과물을 타인이 위법하게 무단으로 이용하여 손해를 야기한 경우에는 민법 제750조의 요건을 판단하여 불법행위 책임을 물을 수 있다. 불법행위 책임은 고의 또는 과실에 의한 위법한 행위로 타인에게 손해를 가한 경우에 인정된다. 법원은 아이디어에 해당하거나 창작성이 인정되지 않은 창작물을 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용하여 타인의 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해한 경우에는 그 행위의 ‘위법성’을 인정하고 있다. ‘네이버 광고 검색’ 사건이나 ‘성형외과 홈페이지’ 사건에서 법원은 위에서 언급한 요건이 충족되는 행위는 부정한 경쟁행위로 민법상 불법행위에 해당한다는 판단을 내렸다. 불법행위 책임에 대한 구제수단은 손해배상 책임이 원칙인데 ‘네이버 광고 검색’ 사건에서는 예외적으로 금지청구권도 인정하였다. 금지청구권은 물권이나 인격권 같은 절대권이 침해된 경우에만 인정하는 것이 원칙이었으나 법원은 경제적 이익의 침해에도 이

를 인정하게 되었다.

저작물이 아닌 성과물의 무단이용 행위에 대한 위법성을 판단했던 침해자와 피해자 사이의 ‘경쟁관계’의 존재, ‘상당한 투자나 노력에 의한 성과’, ‘공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법’, 법률상 보호할 만한 가치가 있는 ‘경제적 이익의 침해’가 부정경쟁방지법 일반조항인 카목의 적용요건으로 규정되었다. 부정경쟁방지법 일반조항의 적용이 다투어진 ‘광고 콘티’ 사건의 일심법원은 카목의 적용을 위해 ‘특별한 사정’을 요구하며 일반조항의 적용을 부정하였고<sup>268)</sup> ‘부동산 매물정보’ 사건에서도 일반조항의 적용을 신중하게 판단하며 부정경쟁방지법의 적용을 부정하였다.

저작권법을 비롯한 지식재산권법에 의해 보호되지 않는 타인의 성과물을 타인이 무단으로 이용한 경우 그 성과물이 재산적 가치를 가진다고 하더라도 원칙적으로 모방과 자유로운 이용이 허용되어야 한다.<sup>269)</sup> 지식재산 침해가 인정되지 않는 성과모방행위가 자유로운 경쟁질서에 비추어 정당화될 수 없는 ‘특별한 사정’이 있는 경우에만 부정경쟁행위 책임을 인정해야 한다<sup>270)</sup>는 법원의 태도는 부정경쟁방지법 일반조항의 적용 범위를 제한하여 기존 지식재산권법 체계에서 부정경쟁방지법이 가지는 보충적 지위를 다시 한번 확인하는 것이라고 본다. 부정경쟁방지법 일반조항에 대한 법원의 이와 같은 신중한 적용은 다른 지식재산권법과 부정경쟁방지법의 조화로운 운용을 위한 바람직한 태도라고 판단된다.

#### 4. 저작권법상 비침해행위와 일반조항 적용 여부

앞서 일반조항의 적용 여부가 다투어질 수 있는 저작권 비침해행위에 대한 유형을 다음과 같이 분류해보았다. ①외형적으로는 저작물의 유형으로 보이지만 저작권법에서 규정하고 있는 저작물성을 갖추지 못하여 저작권법의 적용 대상이 아닌 경우, ②저작물의 요건을 갖추었으나 저작재산권 제한 규정에 의하여 저작물의 무단 이용 행위가 허용되는 경우 그리고 ③저작권 보호 기간이 만료된 저작물을 이용하는 행위가 이에 해당한다.

저작물성을 갖추지 못하여 저작권법의 보호대상이 아닌 아이디어 등에 대한 모방행위에는 일반조항의 적용 여부를 다룰 수 있을 것이다. 개별 지식재산권법에서 보호하지 못하지만 경제적 가치가 있는 성과물에 대한 상거래에서의 부정행위

268) 이와 달리 대법원은 ‘특별한 사정’에 대한 언급없이 일반조항의 적용을 인정하였다.

269) 서울지방법원2019.5.24.선고2017가합590127판결.

270) 서울고등법원2016.11.24.선고20152019789판결; 서울중앙지방법원2019.5.24.선고2017가합590127판결; 서울고등법원2018.1.9.자2017라21036결정; 특허법원2017.10.19.선고2016나56판결; 서울고등법원2017.2.16선고2016나2035091판결 등.

경쟁행위를 규제하기 위한 조항이 부정경쟁방지법 일반조항에 해당한다. 이 경우에도 구체적인 적용 여부는 엄격하고 신중하게 판단해야 하고 자유로운 사용을 금지해야 할 ‘특별한 사정’이 있는지를 고려해야 할 것이다.

저작권 보호기간이 만료된 저작물을 이용한 경우와 저작권법에 의해 정당한 이용행위로 판단된 경우에는 부정경쟁방지법 제15조에 의해 저작권법이 우선적으로 적용되므로 부정경쟁방지법을 적용할 수 없다. 이러한 경우에 부정경쟁방지법 일반조항을 다시 적용하여 자유로운 이용을 금지한다면 저작권법을 우회하여 자유경쟁을 제한하는 결과를 야기하기 때문이다. 지식재산 보호에 대한 철학적 근거 중에 하나가 유인론이다. 창작을 유인하기 위한 인센티브로 일정기간 동안 독점배타적인 권리를 주고 이 보호기간이 끝나면 공공의 영역에 두어 누구나 자유롭게 이용하도록 하는 것이 지식재산 보호의 목적이다. 일부 법원은 지식재산권법에 의하여 보호되지 않는 타인의 성과는 원칙적으로 재산적 가치를 가진다고 해도 자유로운 모방과 이용이 가능하기때문에 이러한 행위가 일반조항에 의해 금지되기위해서는 ‘특별한 사정’이 요구된다고 판시하면서 그 ‘특별한 사정’의 한 유형으로 지적성과물의 이용을 보호해주지 아니하면 그 지적성과물을 창출하거나 고객흡인력있는 정보를 획득한 타인에 대한 인센티브가 부족하게 될 것이 명백한 경우를 언급하고 있다. 보호기간이 만료된 저작물에 대한 모방행위는 위에서 언급한 ‘특별한 사정’에도 해당할 수 있다고 본다. 저작권자는 보호기간 동안 독점배타적인 권리를 통해 충분한 인센티브를 누렸기 때문이다. 일반조항은 경쟁 관계를 전제하므로 저작권 보호기간이 만료된 저작물의 이용을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 사용했다고 판단하기도 어려울 것이다.

결론적으로 저작권 비침해행위 유형 중 저작물성을 갖추지 못하여 처음부터 저작권법의 보호 대상이 아닌 경우를 제외하고는 일반조항의 적용 여부를 다룰 수 없다고 본다.

## 제3절 지식재산의 보호와 일반조항의 적용

### 1. 개요

부정경쟁방지법 카목은 그 적용 대상을 ‘상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등’으로 하고 있어서 지식재산에 해당하는 다양한 대상들이 소송에서 다투어지고 있다. 각 지식재산권법은 각각의 보호 보호범위가 존재하고 있어서 그 보호 범위 밖에서의 이용은 자유롭게 허용된다. 그러나 일반조항인 카목의 도입으로

이러한 자유로운 이용에 제한이 가해지고 지식재산권법 체계에 혼란을 야기할 수도 있다는 우려를 낳고 있다.

일반조항인 카목 이외의 부정경쟁행위 유형들은 그 요건에서 구체적인 제한 행위를 예측할 수 있어서 법원에 의한 해석의 범위가 넓지 않았다. 그러나 카목의 경우 그 요건이 상당히 포괄적으로 규정되어 있어서 모든 지식재산권 관련 분쟁에 주장되는 일반조항처럼 이용될 수도 있다는 문제가 있다.

실제로 부정경쟁방지법 카목에 대한 입법평가 보고서에 따르면 일반조항의 도입 이후 이 조항을 근거로 부정경쟁행위를 주장하는 사건의 비중이 부정경쟁방지법의 다른 조항을 주장하는 사건의 비중보다 높게 나타나고 있다는 점은 이러한 염려가 단순히 기우가 아님을 보여주고 있다. 2014년 일반조항 시행 이후 한 해 동안 주장된 일반조항 관련 사건은 28건이었으나, 2015년 이후에는 182건으로 부정경쟁행위 유형 중에서 가장 많이 주장되었다.<sup>271)</sup> 이 중 민사 본안 94건, 민사 가처분 88건이었고 인용된 사건은 민사 본안 22건, 가처분 3건이었다.<sup>272)</sup> 민사사건 25건 중 다른 유형의 부정경쟁행위를 함께 주장한 사건은 14건, 단독으로 주장한 사건은 11건이었다.<sup>273)</sup>

실무적으로 지식재산권 침해에 대한 소송이 제기되었을 때 저작권이나 상표 등 관련 지식재산권 침해가 주의적으로 주장되고 일반조항은 예비적으로 주장되는 경우들이 빈번하다.<sup>274)</sup> 주의적으로 주장된 관련 지식재산권 침해가 인정된다면 예비적으로 주장된 부정경쟁방지법 일반조항의 적용 여부는 판단하지 않는다.

이하에서는 디자인, 상표, 특허 등 지식재산 유형별 일반조항의 적용 사례를 살펴보기로 한다.

## 2. 지식재산 유형별 사례

### (1) 디자인 관련 사례

#### 1) ‘에르메스 프린트백’ 사건

원고인 ‘에르메스’는 프랑스의 세계적인 패션 회사로 가방, 의류 등을 생산하는 회사이고 피고는 국내에서 핸드백, 의류, 잡화의 도소매업을 목적으로 하는 회사이다. 피고는 원고가 생산 판매하는 켈리백, 버킨백 등을 그대로 촬영하여 이를 폴리에스터 소재의 천에 프린트한 핸드백 제품을 판매하였다. 원고는 피고를 상대로 부정경쟁방지법 제2조 제1호 가목, 다목, 차목(현행 카목) 또는 민법상 불법

271) 정진근, “부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률에 대한 입법평가”, 2018, 152면.

272) *Id.*

273) 특허청, “부정경쟁방지법 관련 국내 판결문 분석 연구”, 2017.12., 45면.

274) 박준우, 앞의 논문(각주 132), 309면.

행위를 주장하며 부정경쟁행위 금지 및 손해배상을 청구하였다.

일심법원은<sup>275)</sup> 원고가 주장한 가목의 상품주체 혼동행위는 출처에 대한 소비자들의 혼동가능성이 없다고 판단하였고 다목의 저명상표 희석화 주장에 대해서도 원고의 가방 형태들이 ‘국내에 널리 인식된 상품표지’에 해당하지 않는다고 판단하였다. 그러나 피고가 원고의 제품을 무단으로 사용하는 행위는 부정경쟁방지법 차목(현행 카목)에 해당한다고 판단하였다.

항소법원은<sup>276)</sup> 먼저 ①피고가 원고와 동일한 상품을 국내에서 생산·판매하고 있는 이상 경쟁자라고 할 수 있으며, 현실적으로 시장에서 대등한 수준의 경쟁관계에 있어야 하거나 수요를 직접적으로 대체하는 상품을 생산·판매하는 관계에 있어야만 경쟁자가 되는 것은 아니라고 보았다. ②피고의 제품들이 전면부의 형상, 손잡이 부분의 형상에서 원고 제품과 거의 동일하고 3D 프린팅기법으로 인쇄하여 원고 제품들의 독특한 디자인적 특징을 그대로 프린트한 행위는 원고의 제품을 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용하는 행위에 해당하고, ③원고의 가방들의 독특한 형태는 상품의 명성·이미지가 화체되어있는 것으로 상품의 재산적 가치를 형성하는 핵심적인 요소에 해당하기 때문에 법적 보호 가치가 있는 것으로, 피고의 행위는 원고의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻는 행위라고 판단하였다.

## 2) ‘에르메스 눈알 가방’ 사건

원고인 ‘에르메스’사는 핸드백, 의류 등을 생산·판매하는 세계적으로 유명한 프랑스 패션 회사이고 피고는 여성용 핸드백, 의류 등을 생산하는 국내 회사이다. 피고는 원고의 제품과 유사한 형태의 핸드백에 특이한 형태의 눈알 모양 도안을 그린 제품을 생산·판매하였다. 원고는 피고를 상대로 부정경쟁방지법 제2조 제1호 가목의 상품주체혼동행위, 다목의 저명상표 희석화, 차목(현행 카목)의 부정경쟁행위 또는 민법상 불법행위를 주장하며 소송을 제기하였다.

일심법원은<sup>277)</sup> 피고의 행위가 구 부정경쟁방지법 차목(현행 카목)의 부정경쟁행위 또는 민법상 불법행위에 해당하는 이상 원고가 선택적으로 주장한 가목 또는 다목의 적용 여부를 따로 판단하지 않는다고 판시하였다.

항소법원은<sup>278)</sup> 차목(현행 카목)의 주장에 대해서 원고 제품의 형태가 ‘상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과’에 해당하고 원고와 피고 제품의 유사성이 인정

275) 서울중앙지방법원 2015.1.29선고2014가합552520판결.

276) 서울고등법원 2016.1.28선고2015나2012671판결.

277) 서울중앙지방법원2016.6.1.선고2015가합549354판결.

278) 서울고등법원2017.2.16선고2016나2035091판결.

되기는 하지만, 이러한 사실만으로 피고의 제품 제작 및 판매행위가 공정한 거래 질서 및 자유로운 경쟁질서에 비추어 정당화될 수 없는 ‘특별한 사정’이 있는 경우로 원고 제품의 형태에 해당 이용행위를 보호하지 않으면 원고 제품을 창출한 원고에 대한 인센티브가 부족하게 될 것이 명백한 경우에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

대법원은 ① 원고의 상품 형태 표지는 일반수요자들 사이에서 특정의 상품 출처로 식별력을 갖추게 되었으므로 공공의 영역에 속하는 것으로 보기 어렵기 때문에 ‘법률상 보호할 가치가 있는 이익’에 해당하고, ② 수요자들로부터 피고의 제품들이 인기를 얻게 된 것은 원고의 상품 표지와 유사한 특징이 상당한 기여를 한 것이고, ③ 피고들의 제품의 판매로 인해 원고 상품 표지의 희소성 유지에 장애 요소가 될 수 있고 원고 제품에 대한 일부 수요를 대체하거나 제품의 희소성 및 가치 저하로 잠재적 수요자들이 원고 제품에 대한 구매를 포기할 가능성이 높아진다는 점에서 원고의 ‘경제적 이익을 침해’ 한다고 볼 수 있고, ④ 피고가 사용한 ‘fake for fun’ 슬로건은 원고 상품 표지의 주지성과 인지도에 편승하려는 의도를 추단할 수 있고, ⑤ 타인의 동의없이 수요자들에게 널리 알려진 타인의 상품 표지에 스스로 창작한 도안을 부착하여 상업적으로 판매하는 행위가 공정한 경쟁질서에 부합하는 행위라고 보기 어려우며, ⑥ 타인의 상품표지를 사용하기 위해서는 계약 등을 통해 제휴나 협업을 하는 것이 공정한 상거래 관행에 부합하는 것이므로 피고의 행위는 차목(현행 카목)에 해당한다고 판단하여 원심을 파기환송하였다.<sup>279)</sup>

### 3) ‘나이키’ 사건

원고는 세계적으로 유명한 스포츠 브랜드로 ‘나이키’라는 상표로 스포츠 의류 및 스포츠 용품을 개발·생산하는 회사이다. 피고는 인터넷을 통해 원고의 운동화를 그대로 모방한 제품을 생산·판매하였다. 원고는 피고를 상대로 부정경쟁방지법 제2조 제1호 자목, 차목 및 민법상 불법행위 책임, 디자인권 침해금지를 구하는 소송을 제기하였다.

법원은<sup>280)</sup> 피고가 원고 운동화의 상품형태를 모방하여 제품을 생산하였고 이는 부정경쟁방지법상 상품형태 모방행위에 해당하지만 자목의 경우 시제품 제작일로부터 3년이 경과한 이후의 행위에 대해서는 적용을 받지 않는다고 판단하였다. 법원은 피고의 디자인권 침해는 인정하였으나 부정경쟁방지법 차목(현행 카목)과

279) 대법원2020.7.9.선고2017다217847판결.

280) 서울중앙지방법원2015.6.10.선고2013가합556587, 2014가합546662판결.

불법행위 책임에 대해서는 다음과 같은 이유로 책임을 부정하였다. 먼저 자목에서 정한 상품형태 모방행위가 적용되는 기간에 대해서는 차목 및 불법행위 여부를 따질 실익이 없다고 보았다. 그 이후의 기간의 모방행위에 대해서는 ① 자목의 요건을 갖추지 못한 경우에 차목(현행 카목)을 적용할 수 있다면 자목을 둘 이유가 없지만 차목의 신설 이후에도 여전히 자목이 존재하고 있고, ② 차목(현행 카목)의 입법 취지, 부정경쟁방지법 제2조 제1호의 규정체제, 차목(현행 카목)의 신설 이전의 판례가 매우 제한적으로 차목(현행 카목)의 법리를 적용하여 온 점, ③ 디자인 보호법이나 부정경쟁방지법 등의 실정법이 그 입법목적에 달성하기 위한 필요한 범위내에서만 디자인권 등의 보호나 부정경쟁행위의 금지를 하고 그 이외의 영역에서는 자유로운 이용이나 경쟁을 허용하고 있는 점, ④ 시장참여자의 입장에서 자목(현행 카목)의 요건을 충족하지 않아서 법률상 허용된다고 판단하고 그 행위를 하였음에도 부정경쟁행위로 인정되었을 경우 불측의 손해를 보게 되어 법적안정성을 저해할 우려가 있는 점, ⑤ 일반조항의 지나친 확장해석은 시장경제의 기본인 경쟁의 자유를 과도하게 제한할 우려가 있다는 점 등을 고려하면 자목에서 정하는 행위유형에는 해당하나 그 요건을 갖추지 못한 경우에 다시 민법상 불법행위나 차목이 정한 부정경쟁행위에 해당한다고 볼 것인지 여부는 매우 신중하게 판단해야 하는 것으로 이 사건에서 피고의 행위는 민법상 불법행위나 부정경쟁방지법 차목(현행 카목)에 해당하기 어렵다고 판단하였다.

## (2) 상표 관련 사례

### 1) ‘올래 소주’ 사건

원고와 피고는 모두 주류의 제조 및 판매업을 영위하는 회사로 원고는 ‘올래’라는 상표를 양수하여 상표권을 취득하였다. 원고는 자신의 상표를 투명병과 초록색 소주병에 표시하여 사용하였는데 피고도 자신이 판매하는 소주병에 ‘제주올래’, ‘제주소주’ 등의 상표를 사용한 소주 제품을 판매하였다. 이에 원고는 상표권 침해 및 부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목(현행 카목)의 부정경쟁행위 및 가목의 상품주체 혼동행위를 주장하며 소송을 제기하였다.

일심법원은<sup>281)</sup> 상표권 침해, 부정경쟁방지법 가목 및 차목(현행 카목)의 주장을 인정하지 않았고, 원고는 부정경쟁방지법 나목의 영업주체 혼동행위를 추가로 주장하며 항소하였다.

항소법원은<sup>282)</sup> 원고 상표의 요부인 ‘올래’와 피고의 ‘제주올래’ 표장에서의 요

281) 제주지방법원 2016.1.7.선고2014가합2347판결.

282) 특허법원2017.10.19.선고2016나56판결.

부인 ‘올레’는 호칭이 매우 유사하여 동일·유사한 상품에 사용하는 경우 수요자에게 오인·혼동을 일으키게 할 우려가 있다고 보아 상표권 침해를 인정하였다. 부정경쟁방지법 가목과 나목이 적용되기 위해서는 ‘국내에 널리 인식된 타인의 영업임을 표시하는 표지’에 해당하는 것을 전제로 하는데 원고의 상표는 이에 해당하지 않기 때문에 이를 적용하지 않았다. 차목에 대해서 법원은 원고가 주장하는 ‘성과’는 영업 표지인 ‘제주소주’와 파란색 라벨 및 파란색 뚜껑이 부착된 투명 소주병을 오랫동안 사용해 옴으로써 쌓은 신용 및 고객흡인력을 의미한다고 보았다. 식별표지의 사용으로 인한 성과물에 대하여 위 차목(현행 카목)에 따른 보호를 인정할 수 있는지 여부는, 그러한 성과를 이루기 위해 들인 투자나 노력의 정도, 성과의 사회적·경제적 가치의 정도, 상대방의 행위로 인하여 침해되는 이익의 정도, 모방의 정도, 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 정도 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여, 기존의 개별 조항들에 준하는 정도의 보호를 할 필요가 있는지의 관점에서 매우 신중하게 판단하여야 하고, 기존의 개별조항들에 의한 법적 보호의 공백이 있는 영역을 메워줄 필요가 있는 ‘특별한 사정’이 있는지도 함께 살펴보아야 하는데, 상품 표지, 영업 표지, 상품 형태 등 기존의 개별 조항들에 의하여 보호될 수 있는 적격이 있는 식별표지의 경우에는 위와 같은 특별한 사정들을 인정받는 것이 상대적으로 더 어려울 것이라고 판시하면서 차목(현행 카목)의 적용을 부정하였다.

## 2) ‘의약품 용기’ 사건

원고들은 각각 다국적 제약회사와 그의 한국유통 담당 회사이고 피고들은 다국적 제약회사의 한국 법인과 그 의약품을 생산·판매하는 한국회사들이다. 원고들의 의약품의 특허 존속 기간이 만료되자 피고들은 원고 약품의 복제 약품을 생산하여 원고 약품의 용기의 형상과 색채가 유사한 용기에 담아 판매하였다. 이에 원고들은 피고들의 행위는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 가목, 다목, 차목(현행 카목)에 해당한다고 주장하며 소송을 제기하였다.

일심법원은<sup>283)</sup> 가목과 다목의 적용을 부정하였고 차목(현행 카목)의 적용 여부에 대해서는 원고 제품과 피고 제품에서 일부 유사성이 발견되기는 하지만 그 형태나 외관, 작동 방법 등에서 상당한 차이가 있어서 피고 제품이 원고 제품을 그대로 모방하였다고 보기 어렵다고 판단하여 차목(현행 카목)의 적용을 부정하였다.

항소법원은<sup>284)</sup> 일심법원과 같이 부정경쟁방지법 가목과 다목의 적용을 부정하

283) 서울중앙지방법원2015.8.21.선고2014가합552216판결.

였고, 차목의 적용 여부에 대해서는 원고의 흡입기 형태는 원고 제품을 표시하는 표지로서 국내에 널리 인식되었다고 볼 수 있어서 신용과 고객흡인력이 구축되었으므로 상당한 노력과 투자로 만들어진 ‘성과’에 해당하지만 두 제품이 서로 유사하지 않아 피고 제품을 사용하는 것이 원고 제품의 형태를 이용하는 행위에 해당한다고 할 수 없다고 보았고, 보라색만을 따로 떼어내어 성과로 볼 수도 없으므로 피고들이 보라색을 흡입기에 사용하는 행위가 ‘공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법’에 의한 사용이라고 볼 수 없다고 판단하였다.

### (3) 특히 관련 사례

#### 1) ‘루프박스’ 사건

원고는 레저용품을 수납할 수 있는 차량용 루프박스를 제조·판매하는 회사로 기존 제품들과 달리 원고 제품은 루프박스를 결합 후 크로스바가 전혀 외부에 노출되지 않게 장착할 수 있도록 하였다. 원고는 자신의 루프박스과 유사한 제품을 판매하는 피고를 상대로 부정경쟁방지법 제2조 제1호 자목(상품형태모방행위) 및 구 부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목(현행 카목)을 주장하였다.

일심법원은<sup>285)</sup> 부정경쟁방지법 제2조 제1호 자목의 부정경쟁행위 규정은 타인의 상품에 구현된 기술 사상을 보호하는 것이 아니라 타인 상품의 형태를 보호하는 것이므로 가로 바 및 바닥면의 구체적 형상이 실질적으로 동일하지 않다면 가로 바가 루프박스 바닥면에 매립된다는 점이 공통된다고 이유만으로 부정경쟁방지법 제2조 제1호 자목의 타인의 상품형태 모방에 해당한다고 할 수 없다고 판단하였다. 피고 제품이 원고 제품의 형태를 모방하였다고 볼 수 없기때문에 피고들이 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 원고의 성과를 무단으로 사용했다고 평가할 수 없어서 구 부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목(현행 카목)의 적용을 부정하였다.

항소법원은<sup>286)</sup> 일심법원의 판결을 인용하면서 원고가 루프박스 제품과 관련하여 특허등록을 받은 바 있지만 그 청구항에서 원고가 주장하는 성과를 특정하지 않았으므로 원고가 주장하는 성과는 원칙적으로 그 이용이 자유로운 영역에 해당한다고 판단하였다.

대법원도<sup>287)</sup> 원심판결을 인용하면서 상고를 기각하였다.

284) 서울고등법원2016.3.3.선고2015나2049390판결.

285) 서울중앙지방법원 2018.8.31.선고2017가합5558024판결.

286) 서울고등법원2019.9.26.선고2018나2052021판결.

287) 대법원2020.6.25.선고2019다282449판결.

## 2) ‘살균수 제조 장치’ 사건

법원은 ‘살균수 제조장치’ 사건에서<sup>288)</sup> 종래의 지식재산권 관련 제도 내에서도 일반적으로 예상할 수 있었던 특허권 침해행위의 경우 발명자는 특허법에 따라 보호받을 수 있는데, 특허법이 규정하고 있는 개별 요건들은 발명자의 보호와 자유로운 경쟁이라는 두 가지의 가치를 적절히 조화시키기 위한 입법자의 결단에 해당한다고 판단하였다. 따라서 발명이 진보성이 없어서 무효가 됨에 따라 특허권의 보호를 받지 못하게 되는 경우에 부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목(현행 카목)의 보충적 일반조항에 따른 금지청구를 허용하는 것은 진보성이 없고 이미 공개된 발명에 대하여 새롭게 보호를 하는 것은 위와 같이 기존 법률체계가 갖출 것을 요구하던 일정한 보호 요건의 존재 의의를 퇴색시킬 우려가 있고 더욱이 부정경쟁방지법 제15조는 특허법, 실용신안법, 디자인보호법, 저작권법 등과의 관계에서 보충적인 지위에 있음을 분명히 하고 있으므로 부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목은 위 지식재산권법에 모순·저촉되지 아니하는 한도 내에서만 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 보호할 수 있다. 따라서 위와 같은 경우에 부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목을 적용하는 것은 공개된 특허에 나타난 기술적 사상의 범위 위 특허의 기술적 사상이 구체적으로 반영된 제품 등이 이룬 성과의 정도와 사회적·경제적 가치, 위 특허의 기술적 사상을 구체화하는데 투입된 노력과 비용, 양 당사자 사이 보호 가치 있는 이익의 형량 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 예외적으로 신중하게 이루어져야 한다고 판시하였다. 사안의 경우 채권자의 제품은 ‘타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등’에 해당한다고 보기 부족하다고 보아 부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목(현행 카목)의 적용을 부정하였다.

## 3. 검토

상표권, 디자인권, 특허권은 산업재산권에 속하는 권리로 이와 같은 지식재산권의 침해를 주장하기 위해서는 각 지식재산권법의 요건을 갖추어 디자인, 상표 등이 등록되어있어야 한다. 등록되어있지 않은 발명품, 상표, 디자인은 개별 지식재산권법의 보호를 받을 수 없고 이를 무단으로 이용한 행위가 부정경쟁행위로서의 요건을 갖추게 되면 부정경쟁방지법의 보호를 주장할 수 있게 된다. 특히 우리 부정경쟁방지법에 의하면 주지·저명한 미등록 상표는 부정경쟁지법 가목, 나목, 다목에 의한 보호가 가능하다.

‘의약품용기’ 사건은 약품 흡입기의 형태와 용기의 보라색이 입체상표와 색채

288) 서울고등법원2018.1.9자2017라21036결정.

상표로 등록되어 있지 않았기 때문에 상표권 침해가 아닌 부정경쟁행위를 주장하였고, ‘올레 소주’ 사건의 분쟁 대상은 등록상표이어서 상표권 침해 주장과 함께 부정경쟁행위를 함께 주장하였다. 개별 지식재산권법에서 보호하지 않는 지식재산 성과물은 공공의 자유로운 사용이 원칙이므로 이를 부정경쟁방지법 일반조항을 통해 금지하기 위해서는 ‘특별한 사정’이 필요하다는 것이 법원의 판단이다.

미등록 디자인은 부정경쟁방지법 자목의 상품 형태 모방행위 주장이 가능하지만 자목은 상품 형태가 갖추어진 날로부터 3년 이내의 디자인에 대한 모방행위만을 금지하고 있다. ‘나이키’ 사건에서 법원은 3년이 지난 상품형태의 모방은 적법한 행위로, 이러한 상품 형태에 일반조항인 차목(현행 카목)을 적용하는 것은 모방이 합법적인 행위라고 생각하는 시장참여자들에게 불측의 손해를 야기할 수 있고 일반조항의 확대적용은 자유경쟁에 대한 과도한 제한에 해당할 우려가 있다고 판시하면서 일반조항의 적용여부를 신중하게 판단하고 있다. 이 사건에서 법원은 디자인권 침해를 인정하였고 따라서 부정경쟁방지법 자목의 상품형태 모방행위와 차목(현행 카목)의 일반조항 침해에 대한 주장은 판단하지 않았다. 부정경쟁방지법은 지식재산권법을 보충하는 법률이고, 특히 일반조항의 경우 다른 부정경쟁행위 조항의 적용이 부정되는 상황에서 보충적으로 고려해야 하는 규정은 아니고 다른 부정경쟁행위 조항과 같이 독립된 부정경쟁행위를 규정하고 있는 조항으로 판단해야 할 것이다.

## 제5장

## 결론

부정경쟁방지법은 상표·상호 등을 부정하게 사용하는 등의 부정경쟁행위를 방지하여 건전한 거래질서를 유지하는 방식으로 지식재산권을 보호하는 것을 목적으로 하고 있다. 일반적으로 부정경쟁방지법은 저작권법, 상표법, 디자인보호법 등과 같이 지식재산을 보호하는 법률로 분류하고 있다. 개별 지식재산권법이 각 지식재산에 대한 독점배타적인 권리를 부여하는 것으로 상표, 발명, 디자인 등을 보호하고 있다면 부정경쟁방지법은 이와 같은 지식재산 성과물을 이용하는 상거래에서의 부정한 경쟁행위를 금지하는 방법으로 지식재산을 보호하고 있다.

부정경쟁방지법 일반조항인 카목은 그 입법 목적에서 밝히고 있는 바와 같이 종전의 부정경쟁방지법이 한정적열거주의를 취하고 있어서 기술 발전의 결과로 새롭게 출현하는 지식재산 관련 부정경쟁행위에 적절하게 대응하지 못하고 있다는 점을 고려하여 신설된 조항이다. 부정경쟁방지법에 일반조항인 카목이 도입되기 전까지 저작권법과 부정경쟁방지법은 보호의 영역이 중첩되는 지점이 거의 없었다. 그러나 카목은 그 내용을 ‘그 밖에 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위’로 하고 있어서 ‘성과 등’의 범위에 창작물과 관련된 대상이 포함될 수 있게 되었다. 이러한 이유로 부정경쟁방지법 제15조는 저작권법과의 우선순위를 규정하는 내용을 일반조항의 도입과 함께 규정하게 되었다. 따라서 저작물과 관련된 불법행위는 부정경쟁방지법 제15조 제1항에 의해 저작권법에 의한 규율이 우선하게 된다. 저작권법에 의해 타인의 성과물인 저작물에 대한 무단 이용 행위가 적법한 행위로 판단된 경우에도 부정경쟁방지법 일반조항을 적용한다면 저작권법을 형해화시키는 결과를 가져오게 된다. 더 이상 저작권법의 보호대상이 아닌 저작물은 공공의 영역에 두고 누구나 자유롭게 이용할 수 있어야 하기 때문에 부정경쟁방지법 일반조항을 적용할 수 없다. 따라서 일반조항의 적용 여부와 관련해서는 저작권법이 적용될 수 없는 저작물성을 갖추지 못한 성과물에 대해서만 문제가 될 수 있다.

일반조항은 법원의 해석에 의해 광범위한 법규범 창설 기능의 우려가 있어서 개별 사안에서 적용 여부를 판단할 때에는 신중하고 엄격한 검토가 필요하다. 법원이 일반조항을 해석하는 과정에서 그 보호 범위를 확장하게 된다면 기존의 지식재산권법 체계가 요구하는 보호 요건의 존재를 무의미하게 만들 뿐 아니라 자신의 행위가 기존의 다른 법률 조항에서 금지되는 행위에 해당하지 않는다고 판단한 시장참여자에게 불측의 제재를 가하는 것이 되어 법적 안정성을 저해할 우려가 크다. 따라서 다른 지식재산권 관련 법률 및 경쟁 관련 법률과 모순, 저촉되지 않는 한도 내에서만 그 보호 범위를 정해야 하고 개별 지식재산권법에 의하여 보호되지 않는 타인의 성과는 재산적 가치를 가진다고 해도 자유로운 모방과 이용이 가능하도록 해야 한다.

카목의 적용 범위와 관련해서는 법원의 역할이 중요하다. 일반조항이라는 특징으로 인해 구체적인 내용이 구체적 사안에서 법원의 판단에 의해 결정되기 때문이다. 일반조항인 카목의 바람직한 해석을 위해서 타인의 성과모방이나 이용행위에 공정하고 자유로운 경쟁질서에 비추어 정당화될 수 없는 ‘특별한 사정’이 존재하는지를 고려하는 것이 필요하다. ‘특별한 사정’에 대한 판단은 일반조항에 의한 성과모방행위의 규제가 사회적 타당성을 가지도록 하는 중요한 요소로 다소 불명확한 구성요건으로 인해 적용 범위 확대의 우려가 존재하는 일반조항의 약점을 보완하는 수단이 될 수 있을 것이다. 일반조항의 도입 초기에는 일반조항의 요건을 엄격하게 해석하면서 카목의 위법성을 인정할 수 있는 ‘특별한 사정’을 고려하는 다수의 판결이 보였으나 최근 대법원은 판단 기준에 대한 종합적인 판단을 통해 적용 대상을 확장하는 듯한 태도를 보이고 있다.

법원은 다음과 같은 경우들을 일반조항을 적용할 수 있는 ‘특별한 사정’이 있는 것으로 판시하고 있다. 우리 법원은 지적 성과물의 이용을 보호해주지 않으면 그 지적성과물을 창출하거나 고객흡인력있는 정보를 획득한 타인에 대한 인센티브가 부족하게 될 것이 명백한 경우, 절취 등 부정한 수단에 의하여 타인의 성과나 아이디어를 취득한 경우, 선행자와의 계약상 의무나 신의칙에 현저히 반하는 모방, 건전한 경쟁을 목적으로 하는 성과물의 이용이 아니라 의도적으로 경쟁자의 영업을 방해하거나 오로지 손해를 줄 목적으로 성과를 이용하는 경우, 타인의 성과를 대부분 그대로 가져오면서 모방자의 창작적 요소가 가미되지 않은 직접적 모방의 경우를 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 비추어 정당화될 수 없는 ‘특별한 사정’의 유형으로 언급하고 있다.

앞으로도 무엇이 일반조항인 카목의 위법성을 인정할 수 있는 ‘특별한 사정’에 해당할 수 있는지는 법원의 판례를 통해서 축적해 나가야 할 부분이다.

이를 통해 해석을 통한 확대 적용의 우려가 있는 부정경쟁방지법 일반조항에 대한 걱정을 덜어내고 지식재산 보호의 작은 빈틈을 채운다는 본래의 목적을 충실히 수행할 수 있을 것이다.

## 참고문헌

### 〈국내 문헌〉

#### 1. 단행본

- 권오승 서정 「독점규제법 제4판」, 법문사, 2020  
 권오승 「경제법」 제13판, 법문사, 2019  
 정상조 「부정경쟁방지법 주해」, 박영사, 2020,  
 송덕수 「신민법강의」 제13판, 박영사, 2020,  
 양상수·권영준 「민법 II-권리의 변동과 구제」, 박영사 2011  
 오승중 「저작권법」 제4판, 박영사, 2016  
 윤선희 「상표법」 제4판, 법문사, 2016  
 윤철홍 역주 「해제: 일반조항으로 도피」, 법원사, 2018  
 이규호 「지식재산의 이해」, 박영사, 2020  
 윤선희·김지영 「부정경쟁방지법」, 법문사, 2012  
 정상조·박준석 「지식재산권법」 제4판, 홍문사, 2020  
 최정열·이규호 「부정경쟁방지법」 제4판, 진원사, 2020  
 황의창 「부정경쟁방지법」, 세창출판사, 1996

#### 2. 학술논문

- 나중갑, “불공정경쟁법의 기원과 법원리의 형성”, 정보법학 제23권 제1호, 2020  
 \_\_\_\_\_, “부정경쟁방지법의 본질론과 무임승차 행위의 한계-한 우산속 바람꽃, 너도 바람꽃, 나도 바람꽃-” 산업재산권 제53호, 2017  
 \_\_\_\_\_, “커먼로상 상표법의 형성: 영국을 중심으로”, 지식재산연구, 제10집, 2015  
 \_\_\_\_\_, “성과모방 도그마와 부정경쟁방지법 제2조 제1항 카목의 적용범위-서울연인단 팔뚝사건을 중심으로”, 산업재산권 제62호, 2019  
 박성호, “지적재산법의 비침해행위와 일반불법행위-불법행위법리에 의한 지적재산법의 보완문제를 중심으로-”, 정보법학 제15권 제1호, 한국정보법학회, 2011  
 박준석, “한국 지적재산권법과다른 법률들과의 관계”, 법조, 2013  
 박윤석·안효질, “독일 부정경쟁방지법 최근 개정 동향”, 저스티스 통권 제157호, 한국법학원, 2016  
 박윤석·박해선, “성과모방행위에 관한 고찰”, 지식재산연구 제9권 제4호, 2014

- 박준우, “부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목의 유형화에 대한 검토”, 산업재산권법 제 55호, 한국지식재산권법학회, 2018
- 박정희, “부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목의 적용범위”, 특허법원 개원 20주년 기념논문집, 2018
- 손천우, “부정경쟁방지법 제2조 제1호 카목이 규정하는 성과물 이용 부정경쟁행위에 관한 연구”, 대법원판례해설, 2020
- 이호영, “경쟁법과 불공정경쟁행위에 관계에 관한 비교법적 연구”, 법학논집 제33권 제1호, 2016
- 유영운, “부정경쟁방지법 일반조항의 적용범위에 관한 고찰”, Law & Technology, 제 11권 제4호, 2015
- 유대중 신재호, “부정경쟁방지법에 의한 아이디어 보호의 비판적 검토”, 창작과 권리 제83호, 2016
- 윤철홍, “헤데만의 ‘일반조항으로 도피’에 대한 수용적 고찰”, 법학논집 제43집, 2019
- 육소영, “방송프로그램 포맷의 저작권법에 의한 보호의 한계와 그 대안-대법원 2017.11.9.선고2014다49180판결을 중심으로-”, 법학연구 통권 제61집, 전북대학교 법학연구소, 2017
- 이규홍, “부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목(변경 후 카목)에 대한 연구”, 정보법학 제 22권 제2호, 2018
- 이상정, “트레이드 드레스의 보호에 관한 미국연방대법원의 월마트 판결과 트라픽스 판결에 관한 소고”, 창작과 권리, 제27호, 2002
- 이해완, “퍼블리시티권의 법제화 방향에 대한 연구”, 성균관법학, 성균관법학 제28권 제4호, 2016
- 정선진, “부정경쟁행위와 불공정거래행위”, 법학논총 제12집, 2000
- 정상조, “창작과 표절의 구별기준”, 서울대학교 법학 제44권 제1호, 2003
- 채정화 이영주, “방송 프로그램의 포맷에 대한 저작권 보호 및 실질적 유사성의 판단 기준에 관한 연구-리얼리티 프로그램을 중심으로”, 언론과학연구 제10권 제1호, 2010
- 최병률, “부정경쟁방지법 제2조 제1호 카목의 적용범위-다른 부정경쟁행위 및 지식재산권과 관련하여”, 대법원판례해설, 2020
- 최승재, “제품의 형태와 색채모방행위와 부정경쟁행위에 대한 소고:비아그라 판결과 세레타이드판결을 중심으로”, 상사판례연구 제30집 제2권, 2017
- 한위수, “퍼블리시티권의 침해와 민사책임”, 인권과 정의, 1996
- 홍승기, “퍼블리시티권-그 실체와 입법론”, 계간 국제법률경영, 2005

3. 보고서

서울대학교 산학협력단, 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률의 각 행위유형, 공정거래법과의 관련성, 각국의 부정경쟁방지법 실무 및 관할집중의 필요성에 관한 연구」, 2019

전성태·문명섭, 「국내외 지식재산 법제도 비교분석」, 지식재산연구원, 2016

정진근, 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률에 대한 입법평가」, 2018

특허청, 「부정경쟁방지법 관련 국내 판결문 분석 연구」, 2017.12.

\_\_\_\_\_, 「지식재산제도의 실효성 제고를 위한 법제도 기초연구 - 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 조문별 해설서」, 2014.12

〈해외 문헌〉

Piper/Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG, Kommentar, München (C.H. Beck), 5. Aufl. 2010–8

G.H.C. Bodenhausen, Guide to the application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, BIRPI, 1968

Linda Stevens Mark Vanderbroek, “Protecting and Enforcing Trade Dress”, American Bar Association, 2009

Marcus Höpferger Martin Senftleben, “Protection Against Unfair Competition at the International Level — The Paris Convention, the 1996 Model Provisions and the Current Work of the World Intellectual Property Organisation”, 2007.aw?”, 3 *J. INTELL. PROP. L. & PRAC.* 48, 2008

Norton, Patricia. “The Effect of Article 10bis of the Paris Convention on American Unfair Competition Law”, *Fordham Law Review* Vol.68, 1999

Thomas Farkas, “Does the UK Need a General Law Against Unfair Competition? A Fashion Industry Insight: Part 2”, 33 *EUR. INTELL. PROP. REV.* 290, 2011

Tom Alkin, “Should There Be a Tort of 'Unfair Competition' in English Law?”, 3 *J. INTELL. PROP. L. & PRAC.* 48, 2008

經濟産業省知的財産政策室編, 『逐條解説 不正競争防止法 -令和元年7月1日施行版』, 2019

## 저작권법상 비침해행위와 부정경쟁방지법 일반조항의 적용범위

발행일 : 2021년 12월

저자 : 송선미

발행처 : 한국저작권위원회

[52852] 경상남도 진주시 충의로 19, 1/2/5층

전화 : 055-792-0000(대표)

인터넷 홈페이지 : <http://www.copyright.or.kr/>

인쇄 : (주)두루행복한세상 (전화 : 1644-0728)

---

총서명 : 저작권연구 2021-01

I S B N : 978-89-6120-494-1 (94010)

I S B N : 978-89-6120-047-9 (세트)

※ 본 연구보고서는 나눔글꼴을 사용하여 제작하였습니다.