



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학박사학위논문

불법행위 법리를 통한
지적 창작물의 보호

2015년 8월

서울대학교 대학원
법학과 지적재산권법 전공
이 상 현

불법행위 법리를 통한 지적 창작물의 보호

지도교수 정 상 조

이 논문을 법학박사학위논문으로 제출함

2015년 4월

서울대학교 대학원
법학과 지적재산권법 전공
이 상 현

이상현의 박사학위논문을 인준함

2015년 6월

위 원 장 윤진수
부 위 원 장 홍 相 瑠
위 원 박진석
위 원 권영근
위 원 정상조



국문초록

최근 한국의 하급심 법원은 경쟁자가 상당한 노력과 투자를 통하여 이룩한 성과물이 비록 특허법, 저작권법, 상표법 등 지적재산권법에 의하여 보호되지 않는 지적 창작물이라 하더라도, 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용함으로써 경쟁자의 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 경우 민법상 불법행위에 해당한다고 판시해왔다. 이러한 법리는 대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정을 통해서도 확인되었으며, 2013년 개정 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목에 성문화되었다. 그런데 위 대법원 결정은 여기에서 한걸음 더 나아가 위와 같이 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 상태가 계속되어 금전배상을 명하는 것만으로는 피해자 구제의 실효성을 기대하기 어렵고 무단이용의 금지로 인하여 보호되는 피해자의 이익과 그로 인한 가해자의 불이익을 비교·교량할 때 피해자의 이익이 더 큰 경우에는 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다고 판시하였다.

지적재산권법의 보호범주에 속하지 않는 지적 창작물은 궁극적으로 공공의 영역에 속한 것으로서 누구나 자유롭게 이용할 수 있는가에 관하여 논의의 여지가 있다. 그런데 전통적인 지적재산권법의 두 축이라 할 수 있는 특허법, 저작권법이 보호대상을 정하는 방식, 즉 일정한 혁신의 문턱을 넘어선 창작물만을 보호하는 것이 바람직한지 의문이다. 지적재산권법은 외적 팽창과 내적 분화를 겪으며 역동적으로 발전되어 왔고, 개별 법률이 규율하는 영역은 처음부터 완벽한 계산에 따라 일체의 여백을 남기지 않은 채 치밀하게 맞닿아 있는 것이 아니다. 실제로 상당한 노력과 투자가 언제나 진보성 있는 발명 내지 창작성 있는 표현으로 이어지는 것은 아니어서 지적재산권법의 보호영역에서 제외되었다는 사정만으로 보호의 가치가

부정된다고 보기는 어렵다. 작은 규모의 혁신들이 이끌어 낸 누적적 진보의 역사는 기술 산업분야는 물론 문화와 예술분야에서도 마찬가지로 발견된다. 특허법이나 저작권법의 보호대상이 아니라는 이유만으로 그 보호를 부정한다면, 혁신의 재료가 될 수 있는 창작물을 만들어내고자 하는 인센티브는 사라질 것이다.

사실 지적재산권법이 위와 같은 지적 창작물에 대한 보호를 전적으로 외면한 것은 아니다. 상표법과 부정경쟁방지법은 시장에 형성된 신용과 명성을 출처표시를 통해 보호함으로써 간접적인 인센티브를 지원해왔고, 식물신품종 보호법, 반도체보호법, 콘텐츠산업 진흥법 등 보호의 공백을 메우기 위한 특별법도 꾸준히 제정되어 왔다. 그러나 기술의 발달로 타인의 성과물을 모방하기까지 걸리는 시간은 현저하게 줄어들고 있으며, 그러한 공백을 입법에만 의존하는 것도 많은 문제를 야기할 우려가 있다. 법원으로 하여금 개별 사안에서 보호의 필요성을 판단할 수 있도록 하는 법리적 도구가 필요하며, 한국은 물론 미국, 독일, 일본의 판례가 제한된 범위에서나마 불법행위 법리를 통한 지적 창작물의 보호를 인정하는 것도 그러한 맥락에서 이해할 수 있다.

다만, 국내의 초기 하급심 판결은 불법행위 법리를 다소 만연히 적용해왔는데, 이러한 실무례는 정밀하게 설정된 지적재산권법의 보호체계에 혼란을 야기할 우려가 있다. 또한, 위와 같은 지적 창작물을 보호하는 이유는 창작자의 독점적 권리를 보장하기 위해서가 아니라 지속적인 창작의 인센티브를 제공하기 위함이므로, Property Rule에 따라 권리자로 하여금 지적 창작물을 배타적으로 지배할 수 있도록 하기 보다는, Liability Rule에 따라 합리적인 대가를 지급하면 누구라도 자유롭게 이용할 수 있도록 하는 것이 바람직하다. 이러한 점에서 일단 부정경쟁행위만 인정되면 자동적으로 금지청구권을 구제수단으로 인정해 온 현재의 실무례는 재고할 필요가 있다.

부정경쟁행위에 대한 금지청구권을 발령함에 있어 형평적 요소를 고려하도록 한 대법원 1988. 4. 12. 선고 87다카90 판결이 그 해답이 될 수 있다.

주요어: 불법행위, 지적 창작물, 비침해행위, 금지청구권, 부정경쟁 방지법, 일반조항, 권리부여형, 행위규제형

학번: 2010-30350

목 차

국문초록	i
제1장 서론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 논문의 구성	4
제3절 지적재산, 지적재산권이라는 용어의 사용	8
제2장 지적재산권의 이론적 근거와 보호영역	10
제1절 서설	10
제2절 지적재산권의 이론적 근거	12
1. 자연권 이론	12
가. 노동 이론	12
(1) 의의	12
(2) 지적재산권의 정당화	13
나. 인격 이론	16
(1) 의의	16
(2) 지적재산권의 정당화	17
2. 공리주의 이론	19
가. 개요	19
나. 인센티브 이론	20
(1) 의의	20
(2) 평가	22
다. 경제적 효율성 이론	23
(1) 의의	23
(2) 평가	25

3. 소결	26
제3절 지적재산권법의 보호영역	28
1. 논의의 전제	28
2. 특허법	28
3. 저작권법	32
4. 상표법	36
5. 부정경쟁방지법	38
가. 부정경쟁행위	39
나. 영업비밀침해행위	40
6. 그 밖의 지적재산권법	43
가. 디자인보호법	43
나. 실용신안법	45
다. 식물신품종 보호법	46
라. 반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률	48
마. 콘텐츠산업 진흥법	49
제4절 정리	51
1. 지적재산권법의 팽창과 분화	51
가. 특허법과 저작권법의 두 축	51
나. 외적 팽창	52
다. 내적 분화	53
2. 개별 지적재산권의 경계	55
3. 부정경쟁방지법의 기능	57
4. 지적재산권의 이론적 근거의 역할	58
제3장 지적재산에 적용된 불법행위 법리의 비교법적 검토	61
제1절 서설	61
제2절 미국의 논의	63

1. 부정이용 법리의 등장	63
가. 부정이용의 개념	63
나. 부정이용 법리의 전개	64
(1) 부정이용 법리의 등장	64
(2) 부정이용 법리의 위기	66
(가) 연방 보통법의 폐기	66
(나) 연방법 우선 적용 원칙	68
(다) 부정경쟁행위에 관한 리스테인트먼트	70
(3) 부정이용 법리의 현재	72
2. 부정이용 법리의 적용 범위	73
가. 핫뉴스에 국한되는지 여부	73
나. 연방 특허법과의 관계	75
다. 연방 저작권법과의 관계	78
(1) 1976년 연방 저작권법 개정 전	78
(2) 1976년 연방 저작권법 개정 후	80
(가) 개정 경위	80
(나) 추가 요소 테스트의 등장	81
(다) 추가 요소 테스트의 수정	84
(라) 평가	86
3. 부정이용 법리에 관한 학계의 입장	86
가. 긍정적 견해	86
(1) 핫뉴스(Hot-News)와 같은 시간에 민감한 정보를 보호해야 한다는 입장	86
(2) 지적재산 전반에 대한 보호 법리로 받아들여야 한다는 입장	88
나. 부정적 견해	89
(1) 입법과 사법의 관계에서 비판하는 견해	89

(2) 경제학적 관점에서 비판하는 첫 번째 견해	90
(3) 경제학적 관점에서 비판하는 두 번째 견해	90
다. 그 밖의 견해	91
4. 검토	92
제3절 일본의 논의	94
1. 전개 과정	94
2. 일본 판례의 흐름	94
가. 상고심 판결	94
(1) 나니와부시 음반 복제 사건	94
(2) 대학탕 사건	95
(3) 북한 영화 방송 사건	96
(4) 검토	97
(가) 일본 민법 제709조의 해석	97
(나) 법적 보호가치 있는 이익의 판단 기준	98
나. 하급심 판결	100
(1) 불법행위 책임을 긍정한 예	100
(가) 직물 도안 사건	100
(나) 나뭇결 무늬 시트지 사건	101
(다) 자동차 데이터베이스 사건	102
(라) 밀링척 사건	103
(마) 요미우리 온라인 사건	104
(바) 일반인을 상대로 한 법률문제해설서 사건	105
(2) 불법행위 책임을 부정한 예	106
(가) 사식기용 문자 서체 사건	106
(나) 고나 서체 사건	107
(다) 팝 문자 사건	108
(라) 편집 정보지 사건	109

(마) 정수기 사용설명서 사건	110
(바) 공간 튜브 사건	110
(사) 우키요에 해설 사건	112
(아) 낚시 게임 사건	113
(자) 커스터마이즈 인형 사건	114
(차) 거리 공연 연구회 홈페이지 사건	115
(카) 프로야구 게임 사건	116
(타) 타츠야 주방용품 사건	117
(파) 아사히 TV 서체 사건	118
(하) 논문 표절 사건	120
(3) 검토	121
(가) 법적 보호가치 있는 이익	121
(나) 지적재산권법과 다른 보호 법익	122
(다) 모방행위에 대한 규율	123
3. 학계의 평가	124
가. 긍정적 견해	125
(1) 지적재산권법의 입법취지를 고려해야 한다는 견해	125
(2) 자유경쟁질서의 유지라는 관점에서 규율할 수 있다는 견해	125
(3) 입법과 사법의 역할 분담으로 파악하는 견해	126
나. 부정적 견해	127
다. 검토	127
제4절 독일의 논의	129
1. 서설	129
2. 부정경쟁방지법의 구조	129
가. 일반조항으로서의 제3조	129
나. 예시조항으로서의 제4조 내지 제7조	130

3. 타인의 성과물을 위법하게 이용하는 행위	131
가. 의의	131
나. 연방대법원 판례	132
(1) 롤렉스 시계 사건	133
(2) 슬러리 펌프 사건	133
(3) 진공 펌프 사건	134
(4) Tele-info-CD 사건	134
(5) 뉴스 기사 검색 서비스 사건	135
(6) 레고 블럭 사건	136
다. 판례에 나타난 성립요건의 분석	138
(1) 경쟁적 특성	138
(가) 개념	138
(나) 기술적 측면에서의 경쟁적 특성	138
(다) 부정경쟁방지법에서의 기능	140
(2) 특별한 사정	140
(가) 영업상 출처에 관하여 소비자에 대한 기망을 피할 수 있 있던 경우	140
(나) 경쟁자의 신용이나 명성을 부당하게 이용하거나 손상시킨 경우	141
(다) 모방에 필요한 경쟁자의 정보를 부정한 수단으로 취득한 경우	141
(3) 모방의 정도에 따른 차별적 기준	142
4. 검토	142
제5절 한국의 논의	144
1. 논의의 전제	144
2. 불법행위 법리에 관한 판례의 전개	144
가. 개요	144

나. 제1기 판결의 전개	145
(1) 하이트 맥주 사건	145
(2) 미술제 공모전 사건	147
(3) 검토	148
다. 제2기 판결의 전개	150
(1) 일반적인 흐름	150
(2) 불법행위 책임 인정 요건	151
(가) 보호대상과 침해태양	151
(나) 양자의 관계	153
(다) 민법 제750조에의 포섭	154
라. 2010년 대법원 결정 - 인터넷 포털사이트 광고 방해 사건	155
마. 2012년 대법원 판결 - 헬로 키티 사건	158
3. 학계의 평가	160
가. 지적재산권의 입법취지를 존중하는 견해	160
나. 공정한 경쟁질서의 보호를 강조하는 견해	162
4. 제3기 판결의 전개	163
가. 다소 변화된 양상	163
나. 구체적 검토	164
(1) 눈성형 사진 사건	164
(2) 반사필름 사건	164
(3) 전기자전거 사건	165
(4) 양념 용기 사건	165
(5) 짹 패러디 사건	166
(6) 모모코 사건	167
(7) 교과서 도용 사건	168
(8) 별꿀 아이스크림 사건	168

(9) 네이트 연예인 키워드 광고 사건	169
(10) 술섬 사진 사건	170
(11) 네이버 연예인 키워드 광고 사건	171
(12) 색채심리상담 사건	172
제6절 정리	173
1. 위법성 판단 기준에 관한 각국의 재판례	173
2. 신중론 내지 부정설의 논거	174
3. 사건	175
제4장 불법행위 법리를 통한 지적 창작물 보호의 필요성과 그 방법	177
제1절 보호의 필요성	177
1. 혁신의 과정 vs 결과	177
2. 혁신의 과정이 지닌 가치	179
3. 혁신의 과정에 대한 현행 지적재산권법의 보호	181
가. 전통적인 지적재산권법의 시각	181
나. 새로운 보호 법률의 출현	183
(1) 개요	183
(2) 식물신품종 보호법	183
(3) 반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률	184
(4) 콘텐츠산업 진흥법	186
4. 점진적 혁신의 인센티브에 대한 위협	187
5. 소결	189
제2절 보호의 방법	191
1. 서설	191
2. Property Rule과 Liability Rule의 의의	192
가. 개념 및 용례	192

나. Property Rule과 Liability Rule의 구별	193
(1) 기존의 구별론에 대한 부연	193
(2) 지적재산권법에 있어서 Property Rule과 Liability Rule ..	195
3. Property Rule과 Liability Rule의 선택	197
가. 거래비용의 중요성	197
나. 지적재산의 거래비용이 높은 이유	199
(1) 지적재산의 범위를 파악하기 어려움	199
(2) 지적재산의 가치를 파악하기 어려움	200
(3) 대등한 협상을 기대하기 어려움	201
다. 지적재산의 바람직한 보호방식	202
(1) 거래비용에 따른 선택	202
(2) 혁신의 정도에 따른 선택	204
(3) 소결	205
4. Liability Rule 방식의 보호에 적합한 국내법	206
가. 부정경쟁방지법	206
나. 민법	207
제3절 여전히 남은 몇 가지 의문	209
1. 기존 지적재산권법과의 긴장관계	209
2. 손해배상사건에서 있어서 법원의 역량	211
3. 입법과 사법의 역할 분담	213
가. 불법행위 책임의 인정과 기본권 제한	213
나. 입법 과정의 문제	214
제4절 정리	215
제5장 개정 부정경쟁방지법의 해석	217
제1절 부정경쟁방지법 일반조항의 적용범위	217
1. 일반조항의 체계적 지위와 역할	217

가. 부정경쟁방지법 일반조항과 민법 제750조의 관계	217
나. 부정경쟁방지법 일반조항과 다른 지적재산권법의 관계 ..	219
다. 부정경쟁방지법 일반조항에 기대하는 역할	220
2. 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목의 적용요건	220
가. 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과	220
(1) 타인	221
(2) 성과물	222
(3) 상당한 노력과 투자	223
(가) 자본과 노동력	223
(나) 전문적인 지식과 경험	224
나. 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서	226
(1) 일반론	226
(2) 고려 요소	227
(가) 경쟁관계의 존재	227
(나) 이용의 목적	229
(다) 이용의 방법	230
(라) 이용의 정도	231
(마) 이용까지의 시간적 간격	232
(바) 투자 동기에 미치는 영향	233
(사) 성과물의 취득 경위	234
(아) 관련 법익과의 이익형량	235
(자) 출처 혼동의 고려 여부	236
(3) 영업을 위하여 무단으로 사용	237
(4) 경제적 이익의 침해	239
(5) 소결	241
3. (차)목으로 새롭게 포섭될 수 있는 부정경쟁행위의 유형 ..	242
가. 퍼블리시티권 침해	242

나. 트레이드 드레스 모방	243
다. 인터넷 링크를 통한 무임승차	244
라. 메타 태그, 키워드 검색 광고	246
마. 방송 프로그램 포맷 모방	248
제2절 부정경쟁방지법상 금지청구권의 운용 방안	250
1. 서설	250
2. 지적재산권의 침해와 구제수단에 대한 새로운 시각	250
가. 특허법의 변화	250
(1) 특허법상 금지청구권의 기능	251
(2) 금지청구권의 부작용	251
(3) 금지청구권의 자동적 부여에 대한 반성적 고려	253
나. 저작권법의 변화	255
(1) eBay 판결이 저작자의 금지청구권에 미친 영향	255
(2) 보상청구권 체제로의 전환에 관한 논의	257
(3) 사적복제보상금 제도의 도입	258
다. 평가	259
3. 금지청구권의 운용 방안	259
가. 일반조항의 도입으로 인한 재조명	259
(1) 금지청구권의 운용 실태	259
(2) 일반조항 도입으로 인하여 부각되는 문제점	260
나. 바람직한 운용 방안의 모색	262
제6장 결론	265
참고문헌	267
Abstract	281

제1장 서론

제1절 연구의 목적

종래 우리나라의 하급심 법원은 특허법, 저작권법, 상표법 등 지적재산권법에 의하여 보호되지 않는 지적 창작물의 이용행위에 대해 일정한 경우 민법상 불법행위 책임을 인정해왔고, 이러한 법리는 최근 대법원 판례를 통해서도 확인되었다. 상표법이나 저작권법으로 보호될 수 없는 성과물이라 하더라도 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용함으로써 경쟁자의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻고 경쟁자의 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 경우에는 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위에 해당한다는 판시¹⁾가 그러하다. 위 판례는 지적재산권법에 의하여 보호되지 않으나 법적으로 보호할 가치가 있는 이익에 대해 민법상 불법행위 법리에 근거한 구제수단을 제공하였다는 점에서 의의를 찾을 수 있다.

그런데 대법원은 여기에서 한걸음 더 나아가 위와 같이 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 상태가 계속되어 금전배상을 명하는 것만으로는 피해자 구제의 실효성을 기대하기 어렵고 무단이용의 금지로 인하여 보호되는 피해자의 이익과 그로 인한 가해자의 불이익을 비교·교량할 때 피해자의 이익이 더 큰 경우에는 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다고 판시하였다. 이로써 판례가 제시한 불법행위 법리의 의미는 더욱 확대된다. 즉, 위 대법원 판례는 기존의 지적재산권으로 보호받을 수 없는 무형의 이익에 관하여 손해배상뿐만 아니라 금지청구라는 막강한 구제수단을 부여할 수 있는 가교(架橋)를 제공한 것이다. 그리고 이러한 법리는 2013년 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 ‘부정경쟁방지법’이라고 한다) 제2조 제1호 (차)목에 성문화되었다.

1) 대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정, 대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다20044 판결.

대법원의 최초 판시로부터 입법이 이루어지기까지 소요된 시간은 약 3년에 불과하다. 위와 같은 변화는 지적재산권법의 보호체계에 적지 않은 적지 않은 영향을 줄 것으로 예상된다. 아이디어를 보호하는 특허법, 표현을 보호하는 저작권법, 출처의 식별력을 보호하는 상표법 등 전통적인 지적재산권법과 어떠한 관계를 형성하며 어떠한 방식으로 지적재산을 보호할 수 있을 것인지 다양한 가능성이 열려 있다. 이에 대하여, 기존의 지적재산권법과의 충돌의 우려가 있음을 지적하는 목소리가 높아지고 있음은 주지의 사실이다. 아이디어를 비롯한 지적 창작물은 원칙적으로 공중의 영역에 놓여 있고, 지적재산권은 창작 활동을 지속적으로 이끌어내기 위한 인센티브라는 관점에서 본다면, 지적재산권법의 보호영역 밖에 놓인 지적 창작물은 일응 모두가 자유롭게 이용할 수 있다고 볼 수 있다. 이 경우 지적재산권법에 의하여 침해로 인정되지 않는 행위를 재차 민법상 위법성의 잣대로 재단하여 불법행위로 판단하는 판례의 태도는 지적재산의 이용을 부당하게 제한하는 것이라고 평가될 여지도 있을 것이다.

그런데 과연 지적재산권법의 테두리 밖에 놓인 모든 지적 창작물의 이용행위를 자유롭게 내버려두는 것이 바람직하다고 쉽게 결론을 내릴 수 있는지도 의문이다. 역사적으로 인류가 생산해 낸 수많은 지적 창작물 중 특허법이나 저작권법에 의하여 보호될 수 있는 지적재산은 극히 일부에 불과하다. 아마도 그 중 상당수는 특정인의 독점으로 귀속시키는 것이 바람직하지 않아서 처음부터 지적재산권법의 보호대상으로 염두에 두지 않았을 수도 있고, 지적재산권법이 시대의 변화를 미처 따라가지 못하거나 물권에 준하는 배타적 권리를 부여할 정도로 사회적 합의가 이루어지지 않아서 보호의 여백에 남겨진 지적 창작물이 있을 가능성도 배제할 수 없다. 끊임없이 변화해 온 지적재산권법의 어느 한 시점에서 바라본다면, 이러한 의문에 대한 답은 보다 근본적으로, 입법자가 설계한 특허법, 저작권법 등 지적재산권법의 관점에서 인식되지 않은 다른 위법성의 기준에 따라 지적재산의 이용행위를 규율할 수는 없는가를 고찰함으로써 어느 정도 실마리를 잡을 수 있다고 생각한다.

이 글에서는 불법행위 법리를 통한 지적 창작물의 보호가 기존의 보호 체계에서 어떠한 의미를 가지는지 구체적으로 탐구하고자 한다. 가장 오랜 역사를 지닌 특허법과 저작권법이 남겨 놓은 공백과 그 안팎에서 진행되어 온 팽창, 분화 과정으로부터 지적재산권법의 보호규범이 갖추어야 할 모습을 관찰할 수 있고, 그 공백에서 불법행위법이 담당할 수 있는 역할을 찾아보고자 한다. 아마도 위 3년의 시간에 함축된 역사는 그 이전의 수많은 선례들로부터 발견할 수 있고, 비교법적 연구로 시야를 넓히면 근한 세기에 걸쳐 이루어진 논의를 정리하는 작업이 될 것이다.

제2절 논문의 구성

지난 수 십 년 동안 지적재산권은 대체로 팽창하는 방향으로 진화해왔다. 전통적인 지적재산권법의 보호대상이 확대되고 권리의 존속기간이 늘어났으며, 그럼에도 불구하고 채우지 못한 공백은 새로운 법률들이 제정됨으로써 메워져 갔다. 경제·사회·문화 전 분야에 걸쳐 지적재산이 가져올 혁신에 대한 기대가 높아짐에 따라, 발명과 창작을 유인하기 위한 다양한 시도와 노력이 계속되고 있다.

일찍부터 지적재산의 가치를 인식하고 제도를 정비하여 규범을 내재화(內在化)한 선진국들이 인접 국가들에 대해서도 동일한 수준의 보호를 요구함에 따라, 전 세계 각국의 지적재산권 규범은 빠르게 서로를 닮아가고 있다. 최근 한국의 저작권법만 하더라도 저작권 보호기간이 늘어나고 법정손해배상제도가 도입되는 등 일련의 변화가 감지되고 있다.

지적재산권의 팽창과 규범의 통일화는 경제·사회 또는 문화의 변화나 과학기술의 발전에 따라 자연스러운 변화의 과정으로 인식될 수 있지만, 규범이 충분히 내재화되지 못한 상황에서는 지적재산의 창출과 보호라는 목표 아래 무비판적으로 수용될 가능성도 배제할 수 없다. 현대적인 의미의 인센티브 체계를 갖춘 지적재산권법은 1474년 베네치아 특허법을 시작으로, 1624년 영국의 독점법, 1643년 영국 출판협회의 의회 청원, 1710년 영국 앤여왕법, 1790년 미국 특허법 및 저작권법, 1791년 프랑스 특허법 등을 들 수 있다.²⁾ 지적자산을 규율하는 질서가 입법에 반영되고 수범자에게 정당한 것으로 받아들여지기까지 충분한 시간을 가진 국가와 그렇지 못한 국가의 상황은 다를 수밖에 없다. 한국에서도 저작자 사후 보호기간의 연장이나 법정손해배상제도가 가져올 영향이 무엇인가에 관한 본격적인 고민은 한·미 FTA가 가시화 된 후에야 비로소 이루어졌다고 해도 과언이 아니다.

2) William M. Landes, Richard A. Posner, The Economic Structure of Intellectual Property Law, The Belknap Press of Harvard University Press, 2 (2003).

한편, 최근 특허 비실시 수익기업(Non-Practicing Entity, NPE) 등 지적재산에 대한 배타적·독점적 권리가 가져 올 이른바 반공유지의 비극(anti-common tragedy)이 특허권을 중심으로 화두에 오르면서, 지적재산권의 적절한 보호수준에 대한 고민은 새로운 국면을 맞이하게 되었다. 2006년 미국 연방대법원이 *eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C.*³⁾ 판결에서 특허권에 기한 금지청구권의 발령 요건을 엄격히 제한한 것도 눈여겨 볼만한 변화이다. 이러한 추세를 반영하여 특허 제도 무용론 등 다소 극단적인 주장도 다시 제기되고 있으나, 이제껏 그래왔듯 지금의 논의는 합리적인 보호수준을 달성하기 위한 정반합의 과정으로 기억될 것이다.

지적재산의 적절한 보호란 무엇인가에 관하여 수많은 논의가 현재진행형이고, 아마도 지적재산권 제도가 존재하는 한 앞으로도 계속될 것이다. 그러한 거대 담론 속에서 상당히 중요한 역할을 할 것으로 예상됨에도 불구하고 적어도 국내에서는 아직 논자(論者)들의 관심을 크게 받지 못하고 있는 주제가 하나 있다. 바로 민법상 불법행위 법리의 역할이다. 국내의 하급심 판결은 일찍부터 지적재산권법의 보호영역에 속하지 않은 지적 창작물을 민법상 불법행위 책임을 통하여 보호해왔고, 그러한 법리는 2010년 대법원 결정 및 2012년 대법원 판결을 통해 확고한 판례로 자리 잡았다. 통상 공중의 영역(public domain)으로 해석되는 지적재산권의 울타리 밖에서 불법행위 법리가 포착해내는 위법성이 지적재산권 제도 전반에 어떠한 영향을 미칠 수 있는가에 관하여 아직 추상적인 논의만 진행되고 있는 것으로 보인다. 부지불식간에 우리 지적재산권법 체계에 자리 잡은 여타의 제도들과 달리, 불법행위 법리의 적용가능성 및 그 범위는 충분히 그리고 신중히 검토되어야 한다. 그것이 바로 이 글에서 연구하고자 하는 바이다.

제2장에서는 지적재산권의 이론적 근거 및 현행 지적재산권법이 구상하고 있는 보호체계를 검토하고자 한다. 사실 다소 현학적인 논의에 그칠 수 있는 지적재산권의 이론적 근거와 현행법의 보호영역을 연결시키는 것

3) 547 U.S. 388 (2006).

은 처음부터 힘에 부치는 작업이 될 수 있다. 그럼에도 불구하고 다소 거창하게 표현하자면, 지적재산권을 왜 그리고 어떻게 보호해야 하는가에 관한 질문에 대하여 적절한 답변을 찾아보고자 하는 첫 번째 노력으로 충분히 의미를 가질 수 있다고 본다. ‘있어야 할 법’에 관하여 대략적인 힌트를 얻는 것이 본 장의 목표이다.

제3장에서는 지적재산권법에 의하여 보호되지 않는 지적 창작물을 불법행위 법리를 통하여 보호하고 있는 각국의 논의를 살펴볼 것이다. 가장 오랜 역사를 지닌 미국의 부정이용(misappropriation) 법리와 이를 둘러싸고 약 100년 가까이 진행되어 온 논쟁의 역사는 뒤늦게 민법 제750조의 역할을 고민해야 할 우리에게 시사하는 바가 적지 않다. 한편, 한국의 법체계와 가장 유사한 일본의 논의를 검토하는 것도 두 말할 나위 없이 도움이 될 것이다. 일찍부터 부정경쟁방지법에 일반조항을 마련하고 그 해석론을 세밀하게 발전시킨 독일의 판례도 한국의 관련 규정을 해석함에 있어 시행착오를 줄일 수 있게 해 줄 것이라고 생각한다. 비교법적 연구를 통해 확보한 시야는 국내의 판례 및 학설이 차지하고 있는 주소를 정확히 파악하는 데 필수적이다.

제4장에서는 위와 같은 지적재산을 불법행위 법리를 통하여 보호하는 것이 필요한지, 필요하다면 그 방법은 어떠해야 하는지 논의하고자 한다. 전통적인 지적재산권법이 설정한 혁신의 기준을 충족하지 못한 지적 창작물이 우리 지적재산권법 체계에서 어떻게 인식되고 있는지 살펴보고, 실질적인 보호의 필요성을 논증할 것이다. 나아가 보호의 필요성이 인정된다고 하더라도, 과연 어떻게 보호하는 것이 적정한가에 관한 고민도 필요하다. 재산권의 보호방식을 둘러싸고 진행되어 온 Property Rule과 Liability Rule에 관한 기존의 연구 결과는 매우 유용한 도구가 된다. 혁신의 과정을 Liability Rule 방식으로 보호하는 것이 적합한 이유를 살펴보고, 한국의 법체계에서 불법행위 법리가 위와 같은 보호방식에 가장 적합하다는 결론을 도출하고자 한다.

제5장에서는 2013년부터 시행 중인 개정 부정경쟁방지법 제2조 제1호

(차)목의 해석론을 전개한다. 위 일반조항은 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위를 부정경쟁행위로 정의한다. 종래 대법원 판례에 의하여 인정되어 온 불법행위 법리를 성문화한 것이다. 지적재산권법에 의하여 보호되지 않는 지적 창작물에 대한 합리적인 보호수준은 그 성립범위와 구제수단을 검토함으로써 마무리될 수 있다. 특히 Liability Rule 방식의 보호를 제공함에 있어 금지청구권의 역할을 재조명할 것이다.

제3절 지적재산, 지적재산권이라는 용어의 사용

2011. 5. 19. 제정되어 같은 해 7. 20.부터 시행 중인 지식재산기본법 제3조 제1호는 지식재산(知識財産)을 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 것으로 정의한다. 현재 널리 사용되고 있는 지적재산(知的財産)을 대체하는 용어로 해석된다.

사실 특허청은 위 법 제정 전부터 기존의 ‘지적재산’ 및 ‘지적재산권’을 각각 ‘지식재산’과 ‘지식재산권’으로 대체하여 사용해야 한다고 홍보해왔는데, 그 근거로는 21세기 지식기반경제에 적합하다는 점, 새로운 형태의 지적 창작물을 포괄할 수 있다는 점, 중국 등의 예에 비추어 정통 한자식 표현에 부합한다는 점 등을 들었다.⁴⁾

지적재산권은 인간의 창조적 정신노동을 중시한 ‘과정적 용어’인 반면 지식재산권은 보호의 대상을 강조한 ‘결과적 용어’로 구별될 수 있는데, 전자는 보호의 철학적 근거를 가지고 보호 대상을 적절하게 표현한다는 장점이 있고, 후자는 식민지배의 영향으로 수동적으로 답습한 용어를 비판적인 시각에서 극복했다는 의미를 가질 수 있다는 분석도 제기된다.⁵⁾

그러나 지식재산이라는 표현이 그 원어에 해당하는 ‘Intellectual Property’의 의미를 정확히 포착한 것인지, 크고 작은 혼란을 감수하면서까지 이미 실무와 학계에 정착된 지적재산이라는 용어를 다시 배제할 만한 실익이 무엇인지 강한 의문이 남는다. 지식이라는 표현에서는 아무래도 'Knowledge'가 연상되며, 이는 ‘Intellectual’과 관념상 큰 차이가 있다는 설명이 있다.⁶⁾ 한편, 중국에서 ‘지식산권(知識產權)’이라는 용어를 사

4) 특허청, 2005. 5. 31.자 홍보자료, 「지식재산권」 용어 통일 필요성, 4-5면 참조.
(http://www.kipo.go.kr/kpo/user.tdf?a=user.news.notice.BoardApp&board_id=notice&ssl=&cp=1&pg=1&npp=10&catmenu=m02_01_02&sdate=&edate=&searchKey=&searchVal=&c=1003&seq=5168, 2015. 6. 8. 최종 방문)

5) 윤권순, 이승현, 윤종민, “‘intellectual property’ 용어의 동아시아(한국, 일본, 중국)에서의 법적 수용”, 산업재산권, 제34호, 한국지식재산학회, 2011, 46면 참조.

용하므로 지식재산이 정통 한자식 표현에 보다 부합한다는 특허청의 논리에 대해서는, 위 지식산권이라는 용어 자체가 지적재산권의 의미를 정확히 전달하기 어렵고,⁷⁾ 아직 충분히 성장하지 못한 중국의 지적재산권 보호환경에 비추어볼 때 중국의 용례까지 참작하여 한국에서 지식재산이라는 용어를 수동적으로 받아들일 필요는 없다⁸⁾는 비판이 제기된다. 나아가 특허청이 이미 10년 이상 새로운 용례를 홍보하였고, 정의 규정을 포함한 지식재산기본법이 시행된 지 4년이나 경과하였음에도 불구하고, 아직 다수의 문헌에서 지적재산 내지 지적재산권이라는 용어를 계속 사용하는 이유가 무엇인지 다시 한 번 음미해 볼 필요가 있다.

이 글에서는 위와 같은 문제의식에 기초하여 지식재산, 지식재산권 대신 지적재산, 지적재산권이라는 용어를 사용하고자 한다.

6) 박준석, “무체재산권·지적소유권·지적재산권·지식재산권-한국 지재법 총칭 변화의 연혁적·실증적 비판-”, 법학, 제53권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 138면.

7) 이상정, “지적재산권법의 나아갈 방향”, 한국 법학 50년-과거·현재·미래: 대한민국 건국 50주년 기념 제1회 한국법학자대회 논문집, 제2권, 1998, 781면.

8) 박준석, 위의 논문.

제2장 지적재산권의 이론적 근거와 보호영역

제1절 서설

현대적인 의미의 지적재산권이 실정법 내의 질서로 들어온 시점은 아무리 이르게 본다고 하더라도 15세기 무렵이다. 로마가 유럽을 통일하고 중세가 도래하기 전까지 서구 문명을 지배하였던 사상적 기초는 고대 그리스의 헬레니즘 전통과 기독교 헤브라이즘 전통으로 나누어 볼 수 있는데, 두 세계관 모두 지적재산의 사유를 인정하지 않았다.⁹⁾

고대 그리스에서는 지식을 소유하거나 거래할 수 있는 객체로 생각하지 않았으며, 지식과 이를 전파할 수 있는 능력은 신의 선물로 받아들여졌다.¹⁰⁾ 플라톤은 모든 아이디어가 선재한 영혼으로부터 윤회하여 정신세계에서 소산한다고 생각하였고, 소크라테스는 돈을 받고 학식(學識)을 파는 소피스트들을 경멸스러운 시선으로 바라보았다.¹¹⁾ 헤브라이즘 전통에서는 가장 원시적이고 기본적인 생산수단인 토지에 대해서도 영구적인 소유를 인정하지 않았던 사정에 비추어 볼 때, 지식에 대한 독점적 소유는 요원했을 것으로 추측된다.¹²⁾

중세에 이르러 비로소 조금씩 모습을 드러낸 지적재산권에 대한 이론적 근거를 찾기 위하여 많은 연구가 이루어졌다. 소유권 개념의 기초가 된 자연권 사상으로 부터 그 근거를 찾아가 하면, 공리주의의 틀에 기대어 법정정책적 결단이라는 관점에서 지적재산권을 바라보는 시각도 있었다. 이미 실정법적 기초가 견고하게 마련된 상황에서 이러한 논의가 자칫 현학적 유희로 여겨질 수도 있으나, 과학·기술·문화·예술의 발전에 이미 필수불가

9) 남형두, 표절론-표절에서 자유로운 정직한 글쓰기, 현암사, 2015, 48면.

10) Carla Hesse, "The Rise of Intellectual Property, 700 B.C. to A.D. 2000 - An Idea in the Balance", 131:2 Daedalus 26, 26 (Spring 2002).

11) Carla Hesse, 위의 논문.

12) 남형두, 위의 책, 49면.

결한 역할을 해왔고 앞으로도 그러한 역할을 담당해야 할 지적재산권법의 이상적인 모습을 그려보기 위해서는 부득이 그 의미를 되새겨 볼 필요가 있다고 생각된다.

나아가 위와 같은 이론적 시각에서 오늘날의 지적재산권법이 갖추고 있는 모습을 해석해보고자 한다. 지식에 대한 거래를 금기시했던 과거와 달리, 오늘날 정보의 상품화는 너무나도 당연한 현상이 되었다. 정보의 결합을 통해 부가가치가 창출되고, 그러한 가치창출에 기여한 노력을 어디까지 보상해줄 것인가에 관한 고민도 입법에 고스란히 반영되고 있다. 그러므로 전통적인 지적재산권법과 현재의 지적재산권법의 보호영역을 서로 비교해봄으로써 지적재산권법이 변화해 온 방향을 조금이나마 파악할 수 있을 것이다. 또한, 보호대상을 달리하면서도 그 경계를 맞대고 상호작용하는 개별 지적재산권법의 모습도 살펴볼 필요가 있다. 관념적이고 추상적인 지적재산의 영역에 합리적인 기준에 따라 인위적인 선을 긋고 보호규범을 분류하였지만, 결국 지적재산을 어떻게 보호해야 하는가에 관한 근원적인 물음과 그에 대한 답은 때로는 위와 같은 경계를 넘나들며 이루어진다.

자연권 이론이나 공리주의 이론 등에 기초한 철학적 고찰과 실정법상의 개별 권리 및 제도와 일대일로 연결되는 것은 아니어서, 위와 같은 연구를 통해 얻을 수 있는 결과물과 그 한계는 이미 정해져 있는지도 모른다. 다만, ‘있어야 할’ 지적재산권법의 모습을 탐구하기 위해 반드시 거쳐야 할 과정임은 부인할 수 없다.

제2절 지적재산권의 이론적 근거

1. 자연권 이론

가. 노동 이론

(1) 의의

철학자 Locke는 일찍이 역사적인 저술 ‘Two Treatises of Government’를 통해 자연권 사상에 기초하여 재산권을 정당화할 수 있는 근거를 제안하였다. 신(God)이 부여한 재화가 누구나 접근할 수 있는 공유의 영역에 존재하는 것이 이른바 ‘자연 상태(natural state)’인데, 공유 상태에 있는 재화에 누군가의 ‘노동(labor)’이 부가됨으로써 그의 소유로 전환된다고 설명한다.¹³⁾ 모두가 함께 누릴 수 있었던 어떠한 재화가 특정인의 사유재산으로 귀속되기 위해서는 노동력이 투하되어야 하는데, 노동의 결과를 통해 재화의 가치가 증가하므로, 결국 재산권을 부여함으로써 인류 전체의 공동 자산이 늘어날 수 있다는 관점이다.

노동 이론은 다음과 같은 두 가지 조건을 전제로 삼고 있다. 첫째, 자연 상태에서 공유 영역에 존재하는 재화는 타인을 위하여 충분히 그리고 양호한 정도로(enough and as good) 남아 있어야 하고, 둘째, 재산권의 취득은 신의 목적에 부합해야 하므로 낭비되거나 버려지지 않을 정도로만(no waste) 향유되어야 한다는 것이다.¹⁴⁾

자연권에 관한 Locke의 저서들이 집필되었던 17세기 중·후반은 종교개혁과 르네상스를 거쳐 계몽주의의 사상적 기반이 마련된 시점이었다. 당

13) J. Locke, Second Treatise of Government, Two Treatises of Government, §25 (1690), Peter Laslett 역, Cambridge University Press (1988).

14) 위의 논문, §27.

시 유럽에는 중세적 사고가 잔존하여 신에게 속하지 않고 개인이 가질 수 있는 사유재산이라는 개념은 익숙하지 않았는데, Locke의 노동 이론을 통해 사유재산권을 정당화할 수 있는 철학적 근거가 마련되었다고 볼 수 있다.¹⁵⁾ 실제로 Locke의 정치 철학이 제시된 ‘Two Treatises of Government’도 왕권의 절대성을 전제로 한 군주정(monarchical government)에 대한 반론으로서의 성격을 가진다.

(2) 지적재산권의 정당화

(가) 노동 이론의 접목

사실 Locke의 노동 이론은 재산권 일반에 관한 철학적 고찰로서, 처음부터 지적재산권의 정당화 근거로 이용되었던 것은 아니다. 노동 이론이 삼고 있는 기본적인 전제로부터 지적재산권을 정당화하는 논증은 비교적 최근까지 계속되고 있다.

가령, Hughes 교수는 아이디어를 사유화할 수 있는 결론을 도출하기 위하여 위 세 가지 전제를 다음과 같이 변형하여 제시한다. 첫째, 아이디어의 생산에는 인간의 노동이 필요하고, 둘째, 어떤 아이디어가 제거되더라도 그 가치가 크게 감소하지 않는 공유 영역으로부터 위와 같은 아이디어가 창출되며, 셋째, 낭비되거나 버려지지 않아야 한다는 조건에 위배됨이 없이 아이디어를 재산으로 인정할 수 있다는 것이다.¹⁶⁾ 따라서 아이디어와 같은 지적재산도 노동력을 투자한 특정인에게 사유재산으로 귀속될 수 있다는 결론에 이른다.

위와 같은 논증은 아이디어와 같은 지적재산을 사유화할 수 있다는 가능성만을 도출할 뿐, 노동 이론으로부터 지적재산권을 정당화할 수 있는 구체적인 근거에 대해서는 보다 자세한 설명이 필요하다. 아래에서 차례

15) 남형두, 앞의 책(註 9), 70면.

16) Justin Hughes, “The Philosophy of Intellectual Property”, 77 Geo. L. J. 287, 300 (1988-1989).

로 살펴본다.

(나) 노동 회피 이론

노동 회피 이론은 쉽게 말해서 노동의 불쾌함(unpleasant)을 재산권으로 보상해야 한다는 시각이다. Locke의 주장에는 노동을 통해 재화의 가치가 증가하므로 인류 전체에 유익한 공동의 자산이 늘어날 수 있다는 인식이 내재되어 있음은 앞에서 본 바와 같다. 그런데 노동은 즐겁지 않기 때문에 그에 대한 보상이 필요하다고 한다. 이는 재산권이 미치는 영향을 고려함이 없이 도덕적 또는 윤리적 의무의 차원에서 일단 보상이 이루어져야 한다는 시각일 수도 있고, 재산권이 가져올 영향을 감안하여 사람들로 하여금 노동을 행하게 할 수 있는 유인을 제공하는 측면에서 보상이 필요하다는 시각일 수도 있다.¹⁷⁾ 후자의 관점은 뒤에서 살펴 볼 공리주의적 입장과도 어느 정도 통하는 면이 있다. 지적 창작물의 생산에는 일정한 고통이 수반되는데, 이에 대한 보상을 통해 꾸준한 창작을 유인할 수 있다는 설명이 가능하기 때문이다.

미국 연방대법원은 *Mazer v. Stein* 판결에서, 연방 헌법이 과학과 유용한 예술의 발전에 기여한 발명가와 저작자에게 특허권 및 저작권을 부여하는 이유는 그러한 창작 활동에 소요된 ‘고통스러운 나날(sacrificial days)’을 보상해야 하기 때문이라고 판시한 바 있다.¹⁸⁾ 위 판결은 미국 공리주의적 시각을 반영한 대표적인 판시로 손꼽히기도 하지만, 지적 활동에 수반된 힘든 노동을 사회적으로 보상해야 한다는 시각도 반영되었음을 부인할 수 없다.

다만, 노동 회피 이론은 중요한 난점을 안고 있다. 많은 문헌에서 널리 지적되고 있는 바와 같이, 만약 불쾌하지 않은 즐거운 노동을 통해 아이디어를 창출하였다면 그러한 아이디어를 보상해야 하는 이유를 설명하기

17) Hughes, 앞의 논문(註 16), 303면.

18) 347 U.S. 201, 219 (1954).

궁색해진다. 가령, 심미적 만족을 위하여 행복한 마음으로 조각상을 제작하였다면, 그에 투하된 노동을 구태여 사유재산권으로 보상해야 하는 근거를 제시하기 어렵다. 이는 비단 지적재산뿐만 아니라 모든 노동의 결과물에 대하여 동일하게 지적될 수 있는 근본적인 문제이다.

(다) 가치 부가 이론

노동의 성격보다는 노동이 사회에 제공하는 가치에 중점을 두는 이론이다. 가치 부가 이론은 도덕적 관점에서 노동자에게 요구되는 수준을 넘어서 노동을 통하여 타인에게 가치 있는 결과물이 생산된 경우, 해당 노동자는 그에 대한 이익을 누릴 자격이 있다고 설명한다.¹⁹⁾ 따라서 노동 그 자체가 유쾌한지, 불유쾌한지에 대하여는 특별한 제한을 두지 않는다. 노동은 종종 사회적으로 가치 있는 결과물을 창출하는데, 이러한 사회적 가치를 생산한 활동에 대하여 보상이 이루어져야 한다는 논리이다.

뒤에서 살펴볼 *International News Service v. Associated Press* 판결은 언론사가 직접 현장을 취재하여 작성한 뉴스 기사에 관하여 준재산권(準財産權, quasi property)을 인정하였는데²⁰⁾, 정보의 수집, 작성, 배포라는 노동을 통해 사회에 부가적인 가치를 창출하였다는 점에 근거한 것으로 해석될 수 있다. 한편, 한국의 특허법 제29조 제1항이 특허요건으로 산업상 이용가능성을 요구하는 것도 사회에 부가 가치를 창출한 것이 명백한 발명에 대해서만 권리를 부여하겠다는 취지로 해석할 수 있다.

물론, 가치 부가 이론이 모든 지적재산권 제도를 합리적으로 설명할 수 있는 것은 아니다. 이를테면, 특허권의 진보성 요건은 해당 분야에 속한 통상적인 기술자의 시각에서 새로운 가치가 발견될 것을 요하므로, 일반인의 관점에서 사회적 가치가 증가하였다고 하더라도 특허가 발급되지 않을 수 있다. 위 이론이 말하는 가치 부가의 개념을 매우 한정적인 범위로

19) Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, 175 (1977).

20) 248 U.S. 215, 243 (1918).

제한하는 것이나 마찬가지이다. 또한, 작동가능성(operability) 요건은 말 그대로 출원된 발명이 구현 가능한가에 주목할 뿐, 종래의 작동 방식에 비하여 장점이 있을 것을 요하지 않고, 심지어 기존의 결과에 비하여 원활하게 동작하지 않는 경우에도 충족될 수 있는 요건이다.²¹⁾ 아이디어에 어떠한 가치가 추가되었는지 여부를 묻지 않는 것이다.

저작권법도 마찬가지이다. 미국 연방대법원은 *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*²²⁾ 판결에서 창작에 소요된 노력, 비용, 시간을 존중하여 저작권법에 의한 보호를 제공해야 한다는 이른바 ‘이마의 땀(sweat of the brow)’ 이론을 명시적으로 배척하고, 특정 지역 주민들을 인명별로 정리하여 알파벳 순서대로 나열한 전화번호부의 독창성을 부인하였다. 적어도 저작권법이 요구하는 독창성을 판단함에 있어, 위 전화번호부에 들인 노동이 얼마나 많은 가치를 창출하였는지 여부는 결정적인 요소가 되지 못한 것으로 보인다. 사실, 어떠한 저작물이 사회적으로 가치가 있는지 여부를 판단하는 것은 매우 어려운 일이며, 저작권법은 일단 독창성이 인정되는 이상 해당 저작물이 사회에 어떠한 가치를 가져올 수 있는가와 무관하게 저작권을 부여한다. 역사적으로 보더라도, 문학이나 예술 영역에서 있었던 ‘진진’은 ‘황보’ 또는 ‘후퇴’와 쉽게 혼동되어 왔다.²³⁾ 저작권법이 사회적으로 가치 있는 노동의 결과물을 보호한다고 단정하기 어려운 이유이다.

이처럼 현행 특허법이나 저작권법에는 가치 부가 이론만으로는 설명하기 어려운 부분이 분명 존재한다.

나. 인격 이론

(1) 의의

21) 진보성 및 작동가능성에 관한 예시는 Hughes, 앞의 논문(註 16), 307-308면 참조.

22) 499 U.S. 340 (1991).

23) 위의 논문, 310면.

Hegel의 인격 이론(personalgood theory)은 재산권을 인간에게 수여된 천부적인 권리로 이해한다는 점에서 Locke의 노동 이론과 맥락을 같이 하나, 재산권의 창설 근거를 인간의 노동이 아닌 ‘의지(will)’ 또는 ‘개성(personality)’에서 찾는 입장이다. Hegel은 인간의 핵심은 그들의 의지에 기초하는데, 의지는 이를 표현하기 위한 실질적 대상을 필요로 하므로, 의지의 외부적 표현을 위해서는 사유재산이 필수불가결하다고 주장한다.²⁴⁾ 그러므로 자유의 외적인 측면을 제공하는 사유재산이 없이 인간 개개인이 자유를 누리는 것은 불가능하다고 지적한다.²⁵⁾ 즉, 사회는 사유재산을 인정함으로써 인간의 자아실현에 기여할 수 있게 된다.²⁶⁾

인격 이론의 가장 중요한 전제는, 인간이 적절한 자기 계발을 통해 진정한 인간으로 거듭나기 위해서는 외부 환경에 존재하는 자원을 통제할 수 있어야 하며, 이러한 통제는 각자가 재산권을 행사함으로써 가장 잘 구현될 수 있다는 것이다.²⁷⁾ 그러므로 의지의 발현은 인간과 재산권을 이어주는 중요한 단서가 된다. Hegel에게 있어 의지는 인간의 정신적 구성요소 중 최상부에 자리 잡고 있는데, 개성은 바로 자아를 실현하기 위한 개개인의 의지의 투쟁이다.²⁸⁾

(2) 지적재산권의 정당화

Hegel의 관점에서 지적재산은 개성을 사물화(materializing)하는 것이므로, 인격 이론은 유체재산으로부터 굳이 유추의 단계를 거칠 필요 없이

24) Georg. W. F. Hegel, *Philosophy of Right*, §45 (1896), S. W. Dyde 역, Dover Publications (2005).

25) 위의 논문, §§39-45, 46-52.

26) Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, “A Theory of Property”, 90 *Cornell L. Rev.* 531, 542 (2004-2005).

27) Margaret J. Radin, “Property and Personhood”, 34 *Stan. L. Rev.* 957, 957-958 (1982).

28) Hughes, 앞의 논문(註 16), 331면.

바로 지적재산을 정당화할 수 있다.²⁹⁾ 즉, 소설·시·음악·회화·사진 등은 모두 작가의 의지가 일정한 저작물의 형태로서 발현된 것이므로, 그에 대한 재산권이 주어져야 할 충분한 근거가 인정된다. 이처럼 문학 또는 예술 작품과 창작자의 인격 사이에 강력한 연결고리를 인정할 수 있다는 점에서, Hegel의 인격 이론은 지적재산권 중에서도 특히 저작권과 같은 권리를 정당화하는 데 유용하다고 설명된다.³⁰⁾ 다소 논의의 여지는 있으나, 동일성유지권, 성명표시권 등 저작인격권의 근거를 설명하기에도 보다 수월한 측면이 있다.

그렇다고 하여 인격 이론이 모든 지적재산권의 근거로 기능할 수 있는 것은 아니다. 인간의 의지를 재산권의 연결고리로 삼는 이상, 기계적·반복적으로 생산하거나 실용적인 용도로만 고안한 지적재산 등 작가의 의지가 충분히 구현되지 않은 객체에 대해서는 권리를 인정할 근거가 약해진다. 이를테면, 반도체 배치설계의 창작이란 결국 한정된 공간의 재료 위에 다수의 회로소자와 그들을 연결하는 도선을 평면적·입체적으로 배치하는 과정에서 효율성을 추구하는 작업인데, 과연 그 속에서 진정한 인간으로 거듭나기 위한 의지의 투쟁이 있었다고 볼 수 있는지, 설령 있다고 하더라도 저작물에 내재된 개성과의 질적·양적 차이를 어떻게 해석해야 하는지 의문이 제기될 수 있다. 미국 연방 의회가 1984년 마이크로 칩 마스크 보호 법률을 입안할 당시, 의회 사법위원회(House Judiciary Committee)는 마이크로 칩의 배열을 예술적 디자인으로 보아 저작물로 인정하는 방안을 시도하였으나, 결국 위와 같은 공학적 디자인은 특징이나 개성이 없기 때문에 저작권으로 보호하는 것은 불가능하다는 결론에 이른 적도 있었다.³¹⁾

뿐만 아니라, 인격의 발현에 지나치게 무게를 둘 경우, 오늘날 지적재산권 침해 법리로는 설명하기 어려운 결론이 도출되기도 한다. 타인의 지

29) Hughes, 앞의 논문(註 16), 337면.

30) Peter Drahos, A Philosophy of Intellectual Property, Dartmouth Publishing Group, 74-75 (1996).

31) H.R. REP. No. 781, 98th Cong., 2d Sess. 9 참조.

적재산을 복제하더라도, 그 과정에서 복제자의 의지가 투영될 경우 보호의 필요성이 인정되어야 하기 때문이다. 다시 말해서, 만약 어떤 작가가 기계적인 재생산이 아닌 자신만의 기술을 이용하여 다른 작가의 저작물을 복제할 경우, 수작업에 의한 복제물 그 자체는 복제자 고유의 정신적, 기술적 능력의 소산에 해당되므로 원 저작자의 재산을 침해한 것이 아니라 는 설명이 그러하다.³²⁾

노동 이론과 마찬가지로, 인격 이론만으로 모든 지적재산권을 정당화하기는 어려워 보인다.

2. 공리주의 이론

가. 개요

공리주의 이론은 지적재산권을 인간이 누릴 수 있는 당연한 권리로 파악하는 노동 이론이나 인격 이론과 달리, 지적재산권 제도를 공익적 필요에 의하여 마련한 일종의 정책적 결단이라고 설명한다. 이러한 시각은 19세기 영국에서 나타난 Bentham의 공리주의 철학에 입각한 것으로 설명되는데, 중상주의(重商主義) 민족 국가가 번영하던 시기부터 산업혁명을 지나 오늘날 자본주의 경제에 이르기까지 오랜 기간에 걸쳐 발전되고 진화되어 왔다.³³⁾

공리주의는 인간을 언제나 행복을 추구하고 고통을 피하고자 하는 존재로 파악하고, 사회 전체의 이익, 효용, 행복을 늘리는 데 어떠한 영향을 미치는가를 가치 판단의 기준으로 삼는다. 결국 공리주의 이론의 핵심은 Bentham이 제안한 이상론, 즉 ‘최대 다수의 최대 행복(the greatest good of the greatest number)’을 어떻게 하면 보다 정확하고 실현가능

32) Hegel, 앞의 논문(註 24), §68.

33) Peter S. Menell, "Intellectual Property: General Theories", 1600 Encyclopedia of Law & Economics 129, 131 (1999). (<http://encyclo.findlaw.com/1600book.pdf>, 2015. 5. 2. 최종 방문).

한 규범으로 만들어 낼 것인가가 핵심이라고 볼 수 있다.³⁴⁾

나. 인센티브 이론

(1) 의의

인센티브 이론은 지식은 본래 누구에게나 공유되어야 하지만, 그러한 지식을 꾸준히 창출하도록 유도하기 위해서는 부득이 창작자에게 일정한 범위의 권리를 인정할 필요가 있고, 그러한 인센티브가 바로 지적재산권이라고 설명한다. 즉, 지적재산은 비배타적(non-excludable)이어서 타인이 이에 무임승차하여 어떠한 이익을 얻는다고 하더라도 그로 인하여 당장 권리자에게 직접적인 손해가 발생하는 것은 아니지만, 일반적인 유체 재산과 달리 지적재산을 추가로 생산하는 데 필요한 한계비용(marginal cost)은 매우 낮아서 최초의 창작자가 투자 비용을 회수하기도 전에 손쉽게 창작물을 복제할 수 있다. 가령, 컴퓨터 프로그램을 개발하거나 영화를 제작하기 위해서는 상당한 시간과 비용이 소요되지만, 일단 완성된 프로그램이나 영화를 복제하는 데 드는 노력은 사실상 공 CD, DVD 구입비용과 약간의 노동력이 전부이다. 따라서 지적재산권과 같은 보호장치가 없다면 권리자로서는 굳이 많은 시간과 비용을 들여 창작을 할 유인이 사라진다고 설명한다.

오늘날 수많은 미국 학자들³⁵⁾에 의하여 지지되는 인센티브 이론을 누

34) William W. Fisher, "Theories of Intellectual Property" in *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge University Press, 13 (2001).
(<http://cyber.law.harvard.edu/people/ffisher/iptheory.pdf>, 2015. 5. 2. 최종 방문).

35) 미국의 거의 모든 지적재산권 관련 문헌이 인센티브 이론을 전제로 논의를 전개하기 때문에 이를 별도로 언급하는 것은 큰 의미가 없을지 모르나, 그럼에도 불구하고 주된 논제로 삼은 문헌을 위주로 예시하자면, Diane Leenheer Zimmerman, "Copyrights as Incentives: Did We Just Imagine That?", 12 *Theoretical Inquiries L.* 29, 29 (2011), David S. Abrams, "Did TRIPS Spur Innovation?: An Analysis of Patent Duration and Incentives To Innovate", 157 *U. Pa. L. Rev.* 1613, 1615 (2009), Shyamkrishna Balganesh, "Foreseeability and Copyright Incentives", 122 *Harv. L. Rev.* 1569, 1571 (2009), Lydia Pallas Loren, "The Pope's Copyright? Aligning Incentives with Reality by Using Creative Motivation to

가 처음으로 제창하였는지 불분명하나, 적어도 미국 연방 헌법을 기초하고 현대적인 특허 제도를 미국에 도입한 Thomas Jefferson이 1807년 5월 미국의 발명가인 Oliver Evans에게 보낸 편지글보다 앞선 문헌은 찾기 어렵다. Jefferson은 위 편지글에서, “발명은 본질적으로 재산권의 객체가 될 수 없지만, 사회는 유용함을 가져다 줄 수 있는 아이디어의 생산을 독려할 목적으로 그로부터 창출된 이익을 배타적으로 향유할 권리를 부여할 수 있다.”고 언급하였다.³⁶⁾ 이는 지적재산권의 정당화 근거를 노동 내지 인격에서 찾았던 종래의 자연권 이론에 명시적으로 반대하고, 지적재산권은 어디까지나 정책적 고려의 산물임을 밝히고자 한 것으로 해석된다.

실제로 미국 연방 헌법 제8조는, 의회에게 과학과 유용한 기술의 진보를 증진시키기 위하여 저작자와 발명자에게 일정 기간 동안 그들의 저작물과 발명을 독점할 수 있는 보장할 권한이 있음을 명시하고 있으며,³⁷⁾ 연방대법원은 *Mazer v. Stein* 판결을 통해 “특허권과 저작권을 수여하는 조항이 내재하고 있는 경제적 함의는 그것이 바로 과학과 유용한 기술의 창작자 및 발명가의 재능을 통하여 공공의 복리를 증진시킬 수 있는 가장 좋은 방법이기 때문”이라고 실시함으로써 위 헌법 규정이 가지는 의미를 분명히 하였다.³⁸⁾ 그 이후의 연방 법원 판례도 대부분 헌법 제8조의 문

Shape Copyright Protection”, 69 La. L. Rev. 1, 4 (2008), Dan L. Burk & Mark A. Lemley, “Policy Levers in Patent Law”, 89 Va. L. Rev. 1575, 1597-99 (2003); F. Scott Kieff, “Property Rights and Property Rules for Commercializing Inventions”, 85 Minn. L. Rev. 697, 697 (2001), Ian Ayres & Paul Klemperer, “Limiting Patentees’ Market Power Without Reducing Innovation Incentives”, 97 Mich. L. Rev. 985, 986-87 (1999), William M. Landes, Richard A. Posner, “An Economic Analysis of Copyright Law”, 18 J. Legal Stud. 325, 326 (1989) 등을 들 수 있다. 한편, 인센티브 이론 일변도에서 벗어나 그 밖의 다른 철학적 논고를 유연하게 받아들여야 한다는 견해를 밝힌 미국의 최근 문헌으로는 Robert P. Merges, *Justifying Intellectual Property*, Harvard University Press, 304-306 (2011) 참조.

36) *Graham v. John Deere Co.*, 383 U.S. 1, 3 n2 (1966) 참조.

37) “The Congress shall have power to lay and collect taxes, duties, imposts and excises, to pay the debts and provide for the common defense and general welfare of the United States; but all duties, imposts and excises shall be uniform throughout the United States; To promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries”.

구를 인용하여 지적재산의 보호범위를 정하는 것은 결국 창작자의 인센티브와 일반 공중의 이용을 조화롭게 도모하는 과정이라는 취지로 판시해왔다.

(2) 평가

인센티브 이론은 지적재산권을 도구 내지 수단으로 파악하기 때문에, 창작자에 대한 보상과 일반 공중의 이용권한을 적절히 형량함으로써 권리의 존부 및 범위에 대해 유연하게 접근할 수 있다는 장점이 있다. 반대로 이러한 장점은 단점이 되기도 하는데, 권리 범위가 확대되고 보호 기간이 늘어나는 등 오늘날 지적재산권이 사실상 팽창 일변도로 확대되어 오게 만든 이론적 근거가 되기도 하였다.

이를테면, 저작자의 사망 후 50년까지였던 저작권의 존속기간을 70년까지로 연장한 미국의 Sonny Bono Copyright Term Extension Act(CTEA)를 둘러싼 논쟁이 그러하다. 위 개정법은 1978. 1. 1. 이후 창작된 저작물에 대해서도 소급 적용되었는데, 연방대법원은 *Eldred v. Ashcroft* 사건에서 7대 2로 위 법률이 헌법에 위반되지 않는다고 결정하였다.³⁹⁾ 위 판결을 전후하여 미국에서는 저작권의 보호기간을 연장하는 것이 타당한가에 관하여 격렬한 논쟁이 있었다. 이를 찬성하는 입장에서는 미국 연방 헌법 제8조를 인용하여, 과학과 유용한 기술의 진보를 증진할 목적이라 함은 새로운 창작물을 만들어 낼 인센티브뿐만 아니라 기존의 창작물을 보존하고 향상시킬 인센티브도 포함하는 개념이라고 주장하였지만, 결국 그 이면에는 미국 경제에 막대한 이익을 가져오기 위한 정책적 고려가 자리 잡고 있었다.⁴⁰⁾ 수많은 변수를 통제할 경제적 분석은

38) 347 U.S. 201, 219 (1954).

39) 537 U.S. 186 (2003).

40) R. Miller, "Copyright Term Extension: Boon for the American Creators and the American Economy", 45 J. Copyright Soc'Y 319, 320 (1998). 위 문헌 326면은 1995년을 기준으로 미국 저작권 산업의 수출액이 약 532억 달러에 달하는 등 그 무렵 자동차와 농산물을 제외한 다른 모든 분야의 수출액을 압도하였다고 강조한다.

인센티브 이론에 따라 원하는 결론을 얻기 위한 그럴듯한 포장으로 이용될 가능성이 있다는 점을 늘 염두에 두어야 한다.

그 밖에 인센티브 이론에 대하여 오랫동안 제기되어 온 비판 중의 하나는 창작의 동기가 반드시 경제적 보상에만 있지 않다는 것이다. 가령, ‘호밀밭의 파수꾼(The Catcher in the Rye)’이라는 소설로 널리 알려진 J. D. Salinger는 자신의 명성을 부담스러운 짐으로 여기고 창작 이외에는 외부 활동을 전혀 하지 않은 것으로 알려졌다.⁴¹⁾ 뿐만 아니라, 오픈 소스 소프트웨어의 개발에 동참하는 이들 중에는 그냥 그런 종류의 일이 좋아서, 또는 일종의 퍼즐을 푸는 즐거움 때문에 참여하는 경우도 있다.⁴²⁾ 드물기는 하겠지만, 오직 혁신에 대한 열정만으로 지적재산을 생산해내는 창작자들에게 인센티브 이론의 설명방식이 다소 어색하다는 점을 부인할 수 없다.

다. 경제적 효율성 이론

(1) 의의

공리주의적 관점에서 지적재산권 제도를 공익적 필요에 의한 정책으로 파악한다는 점에서는 전통적인 인센티브 이론과 입장을 같이하지만, 지적재산권이 가져 올 동태적 이익(dynamic benefit) 내지 동태적 효율성(dynamic efficiency)과 정태적 이익(static benefit) 내지 정태적 효율성(static efficiency)을 보다 강조하는 시각이다. 인센티브 이론이 창작자에게 부여해야 할 인센티브를 창작 의욕의 고취와 공중의 자유로운 이용이라는 서로 대립되는 이익의 균형으로 파악하였다면, 경제적 효율성 이론은 재산권에 관한 경제학적 분석에 기초하여 지적 창작물에 대한 과도한

41) Sarah Morrill, A Brief Biography of J. D. Salinger (<http://www.mydulllife.com/books/salbio.html> 참조, 2015. 5. 5. 최종 방문); 남형두, 앞의 책(註 9), 92면 註 190에서 재인용.

42) James Boyle, "The Second Enclosure Movement and The Construction of The Public Domain", 66 Law and Contemporary Problems 33, 46 (2003).

사용이나 혼잡을 차단함으로써 공유지의 비극을 방지할 수 있는 효율적인 보호수준을 찾는다는 관점으로 접근한다.⁴³⁾⁴⁴⁾ 그러므로 혼잡효과를 방지할 수 있는 보호수준과 창작 의욕을 고취시키기 위한 인센티브 사이에 약간의 유추가 필요하다.

재산권을 설정함으로써 얻을 수 있는 효용은 통상 동태적 효율성과 정태적 효율성으로 나뉜다. 동태적 효율성이란 재산권을 인정함으로써 권리자로 하여금 자원의 생산이나 개량에 투자를 하게 만드는 동기를 제공한다는 것이다.⁴⁵⁾ 한편, 정태적 효율성이란 재산권을 통해 권리의 가치가 효과적으로 재분배되어 보다 많은 사람이 접근할 수 있는 상태를 의미한다.⁴⁶⁾ 이러한 설명은 지적재산권에도 마찬가지로 적용될 수 있다. 가령, 연구 및 개발비용을 전혀 부담하지 않은 경쟁 기업이 최초 발명자와 동일한 한계비용으로 제품을 생산할 수 있다면, 새로운 제품을 만들고자 하는 동기는 크게 줄어들 것이다. 이미 언급한 바와 같이, 경쟁으로 인하여 시장에서 제품 가격은 한계비용 수준까지 인하될 것이므로, 발명자의 입장에서는 기존에 투자한 시간과 비용 등을 회수할 수 없기 때문이다. 따라서 지적재산권 제도를 통해 정태적 효율성을 일부 희생하더라도 동태적 효율성을 확보할 필요가 있다는 의미이다.

일견 기존의 인센티브 이론과 설명이 유사해보이나, 경제적 효율성 이론은 이러한 논의로부터 한걸음 더 나아가 지적 창작물에도 혼잡효과가 발생할 수 있다고 지적한다. 즉, 공공재와 유사한 특성을 갖는 지적 창작물을 재산권의 객체로 만듦으로써 경제적으로 의미 있는 과용이나 혼잡을 방지할 수 있는 경우가 있는데, 지적재산은 유체재산과 달리 사용이 늘더

43) Landes & Posner, 앞의 책(註 2) 13-14면.

44) 이러한 점에서 Landes & Posner의 경제적 효율성 이론은 기존의 인센티브 이론의 세부 논리를 경제학적 관점에서 부연하는 것에 그친다고 볼 여지도 있다. 한편 위 이론을 기존 인센티브 이론과 구별하여 '효율적 배분 이론'으로 분류하는 문헌으로는 남형두, 앞의 책(註 9), 96-101면이 있다. 위 책 97면은 위 이론이 시카고 학파를 비롯한 소수의 학자들을 제외한 나머지 미국 내 학자들로부터 폭넓은 지지를 받지 못한다고 설명한다.

45) Robert D. Cooter, Thomas Ulen, Law & Economics, 6th ed, 한순구 역, 법경제학, 경문사, 2013, 147면 참조.

46) 위의 책, 147-148면 참조.

라도 소모되거나 혼잡이 발생하지 않을 것이라는 믿음 때문에 위와 같은 가능성이 간과되고 있다고 한다.⁴⁷⁾ 공유지인 목초지에서 타인의 이용을 배제할 수 없다면 과도한 방목이 이루어질 가능성이 있듯이, 공중의 영역에 놓인 지적재산을 누구나 제한 없이 이용할 경우 유체재산과 마찬가지로 그 가치가 줄어들 우려가 있으므로, 권리를 부여함으로써 인위적인 제한을 가할 필요가 있다는 취지이다.⁴⁸⁾ 이와 같이, 유체재산을 둘러싼 혼잡효과가 지적재산에도 마찬가지로 발생할 수 있다는 논리는 경제적 효율성 이론의 핵심적인 전제이다.

(2) 평가

경제적 효율성 이론에 대해서는, 이른바 ‘공유지의 비극(the tragedy of commons)’이라는 가설을 지적재산의 영역으로 유추하였다는 점에서 많은 비판이 가해지고 있다. 위 비판론은 일반적으로 지적 창작물은 비경합적이어서 다수의 이용자들이 동시에 지적재산을 향유할 수 있고, 비배타적이어서 타인의 이용을 제재하기도 쉽지 않으므로, 과용으로 인한 부작용이나 혼잡 효과가 발생하지 않는다는 취지이다.⁴⁹⁾ 나아가 오픈 소스 소프트웨어를 예로 들어 공공의 영역에서도 자원의 창작 내지 혁신이 활발하게 이루어질 수 있다고 지적한다.⁵⁰⁾

다만, 경제적 효율성 이론이 유체재산과 지적재산 사이에서 단순한 유추의 오류를 범하였다고 볼 수 있는지 의문이 든다. 위 입장이 강조하는 공유지의 고갈이란, 가령 유명 인사의 이름·초상 등을 무제한적으로 모방하면 마치 제한 없이 시추하는 유전처럼 그 상업적 가치가 고갈될 수 있다는 것과 같은 맥락이다.⁵¹⁾ 예를 들어, 누구나 책, 영화, 음악 등에 윌트

47) Landes & Posner, 앞의 책(註 2), 14면.

48) 위의 책, 12-13면.

49) Boyle, 앞의 논문(註 42), 41-42면.

50) Boyle, 위의 논문, 44-46면.

51) Landes & Posner, 위의 책, 225면.

디즈니의 캐릭터 미키 마우스를 이용할 수 있다면 사람들은 미키 마우스에 대해 싫증을 느끼게 되고, 결국 미키마우스의 가치가 0이 될 때까지 수요곡선은 아래로 내려갈 수 있기 때문이다.⁵²⁾ 지적재산이 비경합적이라고 하여 과용으로 인한 부작용이나 혼잡 효과가 발생하지 않는다고 단정할 수는 없다는 의미이다. 그러므로 이러한 미키 마우스의 가상 사례가 예외적인지, 오픈 소스 소프트웨어의 사례가 예외적인지는 더 지켜볼 필요가 있다.

3. 소결

지적재산권의 이론적 근거를 두루 고찰한 연구 중 상당수는 비슷한 결론에 도달하는 것으로 보인다. 즉, 어느 하나의 이론에 의하여 다른 이론이 완전히 부정되는 것은 아니며, 지적재산권을 둘러싼 법과 제도는 다양한 이론적 근거를 통해 탐구될 수 있다는 것이다. 현대적 시각에서 지적재산권에 관한 철학적 사유의 틀을 제공한 Fisher 교수는 지적재산권 이론을 통해 지적재산권법의 이상적인 모습에 관한 단서를 발견할 수 있고, 법률 제정과정에 참여하는 다양한 이해관계인 사이에서 의미 있는 소통이 이루어질 수 있도록 도움을 받을 수 있다고 설명한다.⁵³⁾ Merges 교수도 인센티브 이론에 지나치게 매몰되지 말고, Locke, Kant, Rawls의 철학적 아이디어가 시사하는 바를 충분히 고찰해야 한다고 지적한다.⁵⁴⁾

사실 실정법상의 권리가 철학적 사유의 결과와 함수 관계에 있는 것은 아니어서 그 연결고리를 찾는 것은 쉬운 일이 아니다. 더욱이 자연권 사상에 기초한 노동 이론과 인격 이론은 처음부터 지적재산권을 정당화하기 위하여 제창된 것이 아니기 때문에, 인센티브 이론만큼 친숙하고 간결하게 다가오지 않는 측면을 부인할 수 없다. 그러나 뒤에서도 살펴보겠지만

52) Landes & Posner, 앞의 책(註 2), 225-226면.

53) Fisher, 앞의 논문(註 34), 37면.

54) Merges, 앞의 책(註 35), 304-305면.

만, 인센티브 이론만으로는 설명하기 어려운 보호영역이 분명 존재한다. 단편적인 사례이기는 하나, 인센티브 이론에 근거하여 팽창 일변도로 진화해 온 미국 지적재산권법의 역사는 실정법이 제공하는 보호영역의 범위 또는 그 외부의 공백을 법정책적 고려의 산물로만 판단할 경우 바람직하지 않은 결과를 만들어 낼 수 있음을 암시한다. 경쟁국들, 특히 일본에 비하여 뒤쳐진 미국의 산업 경쟁력을 강화할 목적으로 정치적·이념적 차원에서 1970년대부터 지적재산의 보호범위를 급격히 확대하였다는 인센티브 이론 진영의 고백을 귀담아 들을 필요가 있다.⁵⁵⁾

물론 이 글에서 위와 같은 지적재산권법의 변화 과정 자체를 비판하고자 하는 것은 아니다. 다만, 미국 연방대법원의 *Feist* 판결의 실시로부터 추측할 수 있는 바와 같이, 인센티브 이론에 따를 경우 혁신의 과정보다는 혁신의 결과에 초점이 맞추어질 가능성이 있으므로, 그 방향성을 충분히 고민해야 한다는 점을 지적하고 싶다. 결국 ‘있어야 할’ 지적재산권법의 외연에 대한 고민은 지적재산권의 이론적 근거를 종합적으로 고찰함으로써 가능하다고 생각된다.

55) Landes & Posner, 앞의 책(註 2), 415-416면

제3절 지적재산권법의 보호영역

1. 논의의 전제

지적재산권법은 전통적으로 산업재산권법과 저작권법으로 구분되어 왔다. 산업재산권은 지적재산권 분야 중 저작권을 제외한 특허법, 실용신안법, 디자인보호법, 상표법 등을 총칭하는 의미로 사용되는데, 과거 공업소유권(工業所有權, industrial property)으로 불리던 것이 1990년경 특허청의 주도로 산업재산권으로 변경되어 현재까지 사용되고 있다. 한편, 저작권법은 문학과 예술의 영역에 부여되는 권리를 다룬다는 점에서 산업재산권에 대응되는 지위로 분류되어 왔다. 산업재산권은 특허청이 주관하는 출원 및 심사절차를 통해 등록됨으로써 비로소 권리가 발생하는 반면, 저작권은 문화체육관광부가 주관하지만 출원 등의 절차 없이 창작만으로 바로 권리가 발생한다는 점에서 구별된다.

불법행위 법리를 통해 지적재산을 보호할 필요성이 있는지 판단하기 위해서는 적어도 앞으로 논의를 전개하는 데 필요한 범위에서 기존의 지적재산권법이 설정하고 있는 보호영역을 살펴보는 작업이 선행되어야 한다. 이 글에서는 방대한 지적재산권법의 영역을 간략히 그리고 효과적으로 살펴보기 위하여, 보호대상, 침해태양, 보호기간의 세 가지 틀을 이용하고자 한다. 보호대상은 법률이 보호하는 지적재산의 범위를, 침해태양은 위법한 것으로 평가되는 개별 지적재산의 이용행위를 의미한다. 나아가 지적재산권은 소유권과 달리 인위적인 보호기간이 설정되어 있는 경우가 있고 그러한 보호기간이 가지는 의미도 지적재산권별로 상이하므로, 보호기간도 별개의 틀로서 의미를 가질 수 있다. 나아가 이러한 분석틀은 앞으로의 논의 전반에 걸쳐 계속 사용될 것이다.

2. 특허법

가. 보호대상

특허법이 보호하는 발명이란 자연법칙을 이용한 기술적 사상의 창작으로서 고도한 것을 의미한다. 실용 특허(utility patent), 디자인 특허(design patent), 식물 특허(plant patent)를 모두 보호영역에 포함하고 있는 미국 특허법과 달리, 국내에서는 특허법 이외에도 인접 법률이 다수 제정되어 있다. 굳이 미국의 특허에 대입하자면 실용 특허 및 식물 특허에 해당하는 발명이 우리 특허법의 규율대상이고, 디자인 발명은 디자인 보호법에 의하여 보호된다. 한편, 후술할 바와 같이 식물의 품종은 식물 신품종 보호법에 의해서도 중첩적으로 보호될 수 있다.⁵⁶⁾

출원인은 발명을 공중에 공개하고 그에 대한 대가로 일정 기간 해당 발명을 독점적으로 이용할 수 있는 지위를 부여받는다. 특허법은 통상 가장 강력한 형태의 지적재산권으로 일컬어진다. 그만큼 엄격한 심사 절차를 통해서만 발급될 수 있으며, 설정 등록이 되지 않는 이상 특허권이 발생하지 않는다. 특허발명의 보호범위는 특허청구항에 기재된 내용에 따라 정해지는데, 청구항의 해석은 출원인과 특허청 사이에서 달라질 수 있음은 물론, 훗날 소송절차에서 특허의 효력이 다투어질 때 특허청의 해석이 법원의 판결에 의해 뒤집어지는 경우도 많은 편이다.⁵⁷⁾

어떠한 발명이 특허로 보호받기 위해서는 산업상 이용가능성, 신규성, 진보성이 인정되어야 한다. 산업상 이용가능성은 발명이 반복적·계속적으로 산업에 이용되어야 한다는 의미인데, 자연법칙 그 자체 또는 추상적인 아이디어만으로는 구체적이고 유용한 결과를 반복적으로 생산한다고 볼

56) 제3절 5. 다. 참조.

57) 미국의 경우 2012년 6월 30일 기준으로 재심사 결과 기존의 청구항이 전부 유지된 경우는 결정계(ex parte) 22%, 당사자계(inter parte) 11%에 불과하다. 한국의 경우 2010년 기준으로 특허청 심결에서 무효로 인정한 비율은 53.1%(일부인용, 취하, 각하 포함), 법원에서 심결을 취소한 비율은 22.3%에 이르며, 동일한 기준을 일본에 적용해보면 특허청 심결에서 무효로 인정한 비율은 40.2%, 법원에서 심결을 취소한 비율은 24.1%라고 한다. 정연덕, “한국, 미국, 일본의 특허 무효율 비교”, 창작과 권리, 제70호, 2013, 31-33면 참조.

수 없으므로 산업상 이용가능성이 있다고 할 수 없다.⁵⁸⁾

아마도 특허요건을 심사함에 있어 가장 난해하고 다툼의 여지가 많은 것은 바로 진보성일 것이다. 법원에서 특허를 무효로 판단한 사유 중 가장 높은 비율을 차지하는 것도 바로 진보성 부정이다.⁵⁹⁾⁶⁰⁾ 지적재산권법의 보호범주에서 진보성이 인정되지 않는 발명을 어떻게 평가할 것인지 고민이 필요한 이유이다.

나. 침해태양

특허법은 특허권자에게 업(業)으로 특허발명을 실시할 독점권을 부여하므로, 정당한 권한이 없는 자가 타인의 특허발명을 업으로 실시할 경우 특허권을 침해하는 것이 된다. 실시란 발명의 종류에 따라 나누어 보아야 하는데, 방법의 발명인 경우에는 그 방법을 사용하는 행위가 실시에 해당하지만, 물건의 발명인 경우에는 그 물건을 생산·사용·양도·대여 또는 수입하는 행위는 물론 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위도 실시에 해당한다(특허법 제2조 제3호). 그 밖에도 특허법은 비록 위와 같은 실시의 개념에는 포섭되지 않지만 일정한 행위를 업으로 하는 경우 특허

58) 정상조, 박준석, 지식재산권법, 제3판, 홍문사, 2013, 93면.

59) 진보성을 판단하기 위하여 특허법은 출원 전에 발명이 속하는 기술 분야에서 통상의 지식을 가진 사람을 가정하고, 인용발명으로부터 청구항에 기재된 발명에 이르게 된 과정이 위 가상인의 입장에서 용이한 것인지 여부를 가리도록 한다. 미국 연방대법원은 2007년 *KSR International Co. v. Teleflex, Inc.* 판결(550 U.S. 398)에서, 이른바 TSM 테스트를 적용하여 선행기술로부터 교시(teaching), 암시(suggestion), 동기(motivation)가 없었던 이상 진보성을 인정해오던 종래의 실무 관행에 제동을 걸었고, 이에 따라 진보성 심사기준은 다소 엄격해졌다고 평가할 수 있다.

60) 한국의 특허법원이 2002년부터 2006년까지 특허발명을 무효로 한 사유를 분석해보면 다음과 같다. 정연덕, 앞의 논문(註 57) 29면 표14 참조.

	신규성	확대선원	진보성	기재불비	기타
2002년	16	1	53	6	2
2003년	9	5	63	8	6
2004년	14	4	71	10	2
2005년	22	4	89	11	1
2006년	22	2	157	19	3

권을 침해하는 것으로 간주하는 이른바 간접침해에 관한 규정을 두고 있다. 특허가 물건의 발명인 경우에는 그 물건의 생산에만 사용하는 물건을 생산·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위가 침해로 간주되고, 특허가 방법의 발명인 경우에는 그 방법의 실시에만 사용하는 물건을 생산·양도·대여 또는 수입하거나 그 물건의 양도 또는 대여의 청약을 하는 행위가 침해로 간주된다(특허법 제127조).

특허권 침해행위의 가장 큰 특징은 대상 발명이 기존 발명을 배긴 것인지 여부는 불문한다는 것이다. 가령, 피고가 생산한 제품이 원고의 특허 청구항의 범위에 포함된다면, 설령 피고가 원고의 특허에 대하여 전혀 알지 못한 채 발명에 임하였다고 하더라도 침해의 성립에 영향을 미치지 않는다. 다만, 침해에 대한 구제수단으로 손해배상청구권을 행사하기 위해서는 침해자의 고의 내지 과실을 요하는데, 그나마 특허법은 침해자에게 과실이 있는 것으로 추정하고 있으며, 경과실인 경우에는 손해액 산정에 있어 고려요소로 삼을 수 있다(특허법 제130조, 제128조 제5항).

이러한 규율방식은 기본적으로 저작물과 달리 특허발명은 공개되기 때문에 누구나 탐색할 수 있다는 점에서 그 근거를 찾을 수 있다. 환언하자면, 특허발명의 내용은 특허공보 또는 특허등록원부 등에 의해 공시되어 일반 공중에게 널리 알려져 있을 수 있고, 또 업으로서 기술을 실시하는 사업자에게 당해 기술 분야에서 특허권의 침해에 대한 주의의무를 부과하는 것이 정당하다는 의미이다.⁶¹⁾

다. 보호기간

특허권을 비롯한 지적재산권의 존속기간은 통상 입법정책의 문제로 이해된다. 우리 특허법은 설정등록한 날부터 특허출원일 후 20년까지 특허권이 존속된다고 규정하고 있다. 다만, 의약품과 같이 허가 과정에 상당한 시간이 소요되고 의약 시판허가를 받아야 비로소 실시가 가능한 발명

61) 대법원 2006. 4. 27. 선고 2003다15006 판결.

에 관한 특허나, 출원인의 귀책사유 없이 일정기간 설정등록이 지연된 특허에 대해서는 일부 존속기간을 연장할 수 있다(특허법 제89조 내지 제92조의 5).

3. 저작권법

가. 보호대상

저작권법의 보호대상인 저작물은 문학·학술 또는 예술의 영역에서 인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물을 의미한다. 일반적으로 저작권법은 아이디어·표현의 이분법에 따라 표현을 보호한다는 점에서, 아이디어를 보호대상으로 하는 특허법과 대조된다. 조금 거칠게 표현하자면, 특허법은 창작적이면서 실용적·기능적인 아이디어를 보호하고, 저작권법은 창작적이면서 비실용적·비기능적인 표현을 보호한다고 할 수 있다. 이러한 이유로 특허법과 저작권법을 두 개의 큰 축으로 삼아 지적재산권법의 보호영역을 체계적으로 탐구하는 작업이 계속되고 있다.

저작권법은 어문·음악·연극·미술·건축·사진·영상·도형·컴퓨터 프로그램 등을 저작물의 종류로 예시하고 있다. 그 중 프로그램 저작물은 과거 기술적 성격을 고려하여 컴퓨터프로그램보호법이라는 특별법에 의하여 보호되고 저작권법이 보충적으로 적용되었는데, 2009년 개정을 계기로 저작권법에 완전히 편입되었다. 한편, 2003년 개정을 통하여 소재의 선택·배열·구성에 창작성이 없는 데이터베이스도 저작권법의 보호범위에 포함시킨 것이 눈에 띈다. 저작물은 기본적으로 창작성이 있을 것을 요구하고, 창작성의 유무를 판단함에 있어 창작에 소요된 노력, 비용, 시간 등은 존중되지 않는다는 것이 그 동안의 시각이었는데,⁶²⁾ 결국 저작권법의 한 장(章)을 차지하게 되었다.

62) 미국 연방대법원의 *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991) 판결은 소위 ‘이마의 땀(sweat of the brow)’ 이론을 명시적으로 배척하였다.

한국은 다른 베른 조약 가입국들과 마찬가지로 창작행위의 완성만으로 바로 저작권이 발생하는 소위 무방식주의를 채택하고 있다. 특허법의 경우 창작자가 발명을 하더라도 특허청이 주관하는 출원 및 등록 등의 절차를 거쳐야 비로소 특허권을 부여한다는 점에서 차이가 있다. 다만, 일정한 절차에 따라 저작권을 등록할 수도 있는데, 이 경우 저작자로 실명이 등록된 자는 그 등록저작물의 저작자로, 창작연월일 또는 맨 처음의 공표연월일이 등록된 저작물은 등록된 연월일에 창작 또는 맨 처음 공표된 것으로 추정되고, 저작재산권의 특정승계 또는 권리설정 등의 사항을 제3자에게 대항할 수 있다(저작권법 제53조 제3항, 제54조).

저작물이 갖추어야 할 창작성(creativity)이란 완전한 의미의 독창성(originality)을 말하는 것은 아니다. 단지 어떠한 작품이 남의 것을 단순히 모방한 것이 아니라, 저작자 나름대로 정신적 노력의 소산으로서의 특성이 부여되어 있고, 다른 저작자의 기존의 작품과 구별할 수 있을 정도이면 충분하다.⁶³⁾ 저작물의 성격에 따라 표현을 아이디어로부터 분리해내는 것이 쉽지 않을 수 있는데, 이 경우 만연히 저작권법에 의한 보호를 부여하면 저작자의 사후에 상당한 기간까지 아이디어에 대한 독점을 인정하는 셈이 된다. 그리하여 저작물의 성격에 따라 창작성의 기준을 달리 판단하는 분화 현상이 저작권법 내에서 발생하고 있는데, 이에 대해서는 후술하기로 한다.

나. 침해태양

실시라는 개념을 통해 침해태양을 일의적으로 규율하는 특허법과 달리, 저작권법은 저작자가 가지는 배타적 권리를 개별적으로 열거하고 있다. 저작인격권으로 공표권, 성명표시권, 동일성유지권이, 저작재산권으로 복제권, 공연권, 공중송신권, 전시권, 배포권, 대여권, 2차적저작물작성권이 저작자에게 부여된다(저작권법 제11조 내지 제13조, 제16조 내지 제22

63) 대법원 2003. 10. 23. 선고 2002도446 판결.

조).

대륙법계 국가들은 대체로 저작권권을 비교적 일찍부터 인정하여 왔다. 가령, 프랑스는 19세기부터 이미 저작권권을 받아들였으며, 1928년에 체결된 베른 조약도 저작권권을 명시하였다.⁶⁴⁾ 이와 달리, 미국에서는 1979년 캘리포니아를 비롯한 일부 주에서 저작권권에 관한 법률을 제정하였고, 연방 차원에서는 베른 조약에 가입한 후인 1990년 Visual Artists Rights Act를 통해 비로소 성명표시권 및 동일성유지권을 받아들였다.⁶⁵⁾ 이러한 현상은 인격 이론 등 자연권 사상에 기초하여 지적재산권을 인정해오던 대륙법계 국가와 인센티브 이론 등 공리주의 사상에 근거하여 지적재산권을 실정법상의 권리로만 받아들인 미국의 법문화적 차이에서 비롯된 것으로 해석된다.

저작권과 특허권의 침해태양에서 나타나는 가장 중요한 차이점은 이른바 ‘독립된 창작(independent creation)’이라는 항변이 가능한지 여부이다. 저작권 침해가 성립하기 위해서는 저작물에 대한 의거관계와 실질적 유사성이 모두 입증되어야 한다. 만약 피고가 만든 저작물이 원고의 저작물과 결과적으로 동일하다고 하더라도, 이를 독립적으로 창작한 사실이 인정되면 원고의 저작권을 침해한 것으로 볼 수 없다. 물론 의거관계를 직접 증명하는 것은 어려우므로, 기존의 저작물에 대한 접근가능성 및 대상 저작물과 기존의 저작물 사이에 실질적 유사성 등 간접사실이 인정되면, 대상 저작물이 기존의 저작물에 의거하여 작성된 것으로 사실상 추정하는 것이 실무의 태도이다.⁶⁶⁾ 반면, 특허법은 대상 발명이 기존 특허의 청구항과 균등한 범위 내에 포섭되면 독립된 창작인지 여부를 불문하고 침해를 인정하고, 이러한 차이는 창작물의 공개를 의무화하고 나아가 이를 유인하고자 하는 특허 제도의 본질에서 비롯된 것임을 앞서 살펴보았다.

64) Landes & Posner, 앞의 책(註 2) 270면.

65) 위의 책.

66) 대법원 2007. 12. 13. 선고 2005다35707 판결.

다. 보호기간

1957. 1. 28. 제정된 저작권법(법률 제432호)은 저작재산권의 존속기간은 저작자 사후 30년까지로, 저작인격권은 영구히 존속하는 것으로 규정하였다. 그 후 개정되어 1987. 7. 1.부터 시행된 저작권법(법률 제3916호)은 베른 조약의 내용을 받아들여 저작인격권은 저작자의 일신에 전속하는 것으로 규정하는 한편, 저작재산권의 존속기간은 저작자 사후 50년까지로 연장하였다. 그 후 한국과 유럽연합 사이에 체결된 자유무역협정의 이행으로 개정되어 2011. 7. 1.부터 시행된 저작권법은 저작재산권의 존속기간을 저작자 사후 70년까지로 연장하였다.

저작권의 존속기간이 점진적으로 연장되어 온 것은 한국만의 사정이 아니다. 1790년에 제정된 미국 연방 저작권법은 최초 보호기간 14년을 부여한 후 저작자가 생존하는 동안 위 기간을 갱신하도록 하였고, 이는 1831년에 28년으로 연장되었으며, 그 후 1909년, 1962년, 1998년 개정을 거쳐 각각 28년, 47년, 67년으로 늘어났다.⁶⁷⁾ 최근 CTEA에 의하여 저작권의 존속기간이 70년으로 연장되었음은 앞에서 본 바와 같다. 14, 28, 47, 67, 70의 숫자에 담긴 규범적 의미를 정확히 파악하기는 어렵다. CTEA를 둘러싼 위헌 논쟁에서 나타난 바와 같이, 불규칙한 위 숫자들은 인센티브 이론에 터잡아 보호기간을 연장하는 정책적인 결단이 차례로 이루어졌다는 흔적에 불과할지도 모른다. 그리고 한국은 그러한 논란의 결과물을 수동적으로 받아들여야 할 처지였다.

지적재산권 영역에서 이러한 현상은 그리 드문 일이 아니다. 적어도 오늘날 지적재산권법의 보호체계는 지속적으로 변화해가고 있으며, 그 중 어느 한 지점을 가리켜 완벽하거나 이상적인 보호영역으로 쉽사리 전체해서는 안 되는 이유이다.

67) Landes & Posner, 앞의 책(註 2), 210-211면.

4. 상표법

가. 보호대상

상품을 생산하거나 서비스를 제공하는 자가 자신의 상품·서비스가 타인의 상품·서비스와 구별되도록 하기 위하여 다양한 표장을 사용한다. 소비자는 그러한 표장을 통하여 상품 등의 출처를 식별할 수 있다. 상표법은 이러한 상품 내지 서비스의 출처표시를 보호하는 법률이다. 특허권과 마찬가지로 상표권도 설정등록에 의하여 발생한다.

기호·문자·도형, 입체적 형상 등으로 이루어진 상표 그 자체도 지적 창작물이라 할 수 있지만, 사실 상표법은 상표권자의 신용이나 명성이 침해되지 않도록 보호함으로써 궁극적으로 우수한 상품이나 서비스를 제공하고자 하는 동기를 제공하는 데 그 목적이 있다. 만약 신제품을 개발한 기업이 시장에 먼저 진입하면, 해당 기업에 대한 신용과 명성이 시장에서 형성되고 이는 매출로 이어진다. 자연적으로 주어진 선행 시간(lead time) 동안 확보한 신용과 명성은 그 후에 시장에 진입한 경쟁자들과 구별되는 표장을 사용함으로써 보호할 수 있는데, 만약 타인이 그러한 표지를 모방할 수 있다면, 새로운 제품을 개발하거나 기존 제품을 개량하고자 하는 동기가 약해질 것이다. 그러므로 상표법은 지적재산의 창작을 간접적으로 지원해주는 제도라고 볼 수 있다.⁶⁸⁾ 이와 같은 상표법의 보호 메커니즘은 특허법이나 저작권법과 분명히 대비되는 특징이다. 즉, 특허법과 저작권법이 시장에 존재하지 않는 인센티브를 적극적으로 창설한다면, 상표법은 시장에 이미 존재하는 인센티브를 보호한다고 할 수 있다.⁶⁹⁾

한 가지 주목해야 할 점은, 이러한 상표법이 보호하고자 하는 인센티브는 특허법이나 저작권법으로 보호되는 지적재산에 국한되지 않는다는 것

68) 정상조, 박준석, 앞의 책(註 58), 559면.

69) 田村善之, “未保護の知的創作物という発想の陥穽について”, 北海道大学グローバルCOE 프로그램 多元分散型統御を目指す新世代法政策学 外部点検評価報告書, 2009, 27-29면.

이다. 발명이나 저작물을 구현한 제품은 물론 다른 지적재산권법의 보호를 누릴 수 없는 창작물도 상표법이 제공하는 출처표시의 보호를 통해 선행 시간의 이익을 누릴 수 있게 된다. 상표 내지 서비스표가 실생활에서 활용되고 있는 광범위한 영역을 감안하면, 오히려 그러한 경우가 대부분일 것이다. 이러한 점에서 상표법은 창작의 노력을 간접적으로 지원해주는 규범으로 볼 수 있다.

나. 침해태양

상표법은 상품 또는 상품의 포장에 상표를 표시하거나, 상품 또는 상품의 포장에 상표를 표시한 것을 양도 또는 인도하거나 그 목적으로 전시·수출 또는 수입하거나, 상품에 관한 광고·정가표·거래서류·간판 또는 표찰에 상표를 표시하고 전시 또는 반포하는 행위를 상표의 사용행위로 규정하고, 상표권자에게 그 사용권한을 독점시킨다(상표법 제2조 제1항 제7호, 제50조). 특허발명의 실시라는 개념을 토대로 실시할 권한을 특허권자에게 독점시키는 특허법과 유사한 구조이다.

상표의 유사성은 그 구성요소인 외관, 호칭, 관념을 객관적, 전체적, 이격적으로 관찰하여 그 각 지정상품의 거래에서 일반 수요자가 두개의 상표에 대하여 느끼는 직관적 인식을 기준으로 그 지정상품의 출처에 대한 인식, 혼동을 일으킬 우려가 있는지에 의하여 판단한다.⁷⁰⁾

다만, 상표법은 등록 상표에 대한 침해행위의 성립요건으로 상표의 동일·유사성만을 명시하고 있기 때문에, 여기에서 더 나아가 수요자의 출처 혼동을 고려할 것인지 문제된다. 상표법이 상품 내지 서비스의 출처표시를 보호하는 법률이라면, 설령 등록된 상표와 유사한 상표를 사용하더라도 수요자들 사이에서 혼동 가능성이 없는 이상 침해로 볼 필요가 있는가에 관한 의문이다. 이와 관련하여 대법원은 상표의 유사여부는 궁극적으

70) 대법원 2006. 8. 25. 선고 2005후2908 판결, 대법원 2004. 10. 15. 선고 2003후1871 판결, 대법원 2002. 11. 26. 선고 2001후3415 판결 등 참조.

로는 상표법의 제도적 목적인 상표모용에 의한 혼동초래행위를 금하여 상표에 화체된 상표권자의 영업상의 신용을 보호해야 한다는 입장에서 상품의 출처를 혼동할 우려가 있느냐 없느냐를 기준으로 하여 결정하여야 한다고 판시한 바 있다.⁷¹⁾ 상표의 유사는 결국 상표법의 입법취지에 따른 규범적 해석이어야 하므로 타당한 해석이라고 생각된다. 이와 같이 꾸준히 생성·변화하고 있는 지적재산권법의 보호영역을 분석함에 있어 목적론적 해석의 중요성을 간과해서는 안 될 것이다.

다. 보호기간

상표권의 존속기간은 상표권의 설정등록이 있는 날부터 10년이고, 위 존속기간은 갱신등록신청에 따라 10년씩 갱신할 수 있다(상표법 제42조 제1항, 제2항). 상표법은 별도로 갱신 횟수를 제한하고 있지 않으므로, 상표권자의 의사에 따라 무제한적으로 상표권을 보유할 수 있다.

사실 상표권의 보호기간은 특허법이나 저작권법과는 다른 의미를 가진다. 특허권 및 저작권은 보호기간이 길수록 일반 공중의 지적재산에 대한 접근이 그만큼 제약된다는 뜻이지만, 상표권의 경우 존속기간을 제한하면 그만큼 일반 수요자의 혼동을 방지할 수 있는 기간이 짧아지는 셈이다. 강력한 출처 식별력을 가진 상표에 관하여 어느 날 갑자기 그 독점권이 상실되고 누구나 사용할 수 있게 된다면, 시장에 초래될 혼란은 상상조차 할 수 없을 것이다. 그러므로 특별한 사정이 없는 한 가급적 상표와 출처의 연결고리를 지속시키는 것이 공익적 목적에도 부합한다. 상표권이 양도될 경우 유사한 지정상품도 함께 이전하도록 규정(상표법 제54조 제1항)하는 것도 이러한 맥락에서 이해할 수 있다.

5. 부정경쟁방지법

71) 대법원 1988. 1. 12. 선고 86후77 판결.

가. 부정경쟁행위

(1) 보호대상 및 침해태양

부정경쟁방지법은 특허법, 저작권법, 상표법 등과 달리 권리자에게 처분가능한 권리를 부여하는 것이 아니라, 영업을 침해할 우려가 있는 일정한 행위유형을 규제하는 방식을 취한다. 개념상 보호대상과 침해태양을 구별할 수는 있지만 양자는 밀접하게 연관되어 있으므로 이를 함께 검토할 필요가 있다.

종래 부정경쟁방지법 제2조 제1호는 (가), (나)목에서 상품 등의 혼동을 초래하는 행위를, (다)목에서 저명상표 희석행위를, (라), (마), (바)목에서 원산지 등의 오인을 유발하는 행위를, (사)목에서 대리인 등의 상표부정사용행위를, (아)목에서 사이버스쿼팅을, (자)목에서 상품형태 모방행위를 부정경쟁행위로 열거하고 있었는데, 2013년 개정을 통해 그 밖에 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위를 (차)목의 부정경쟁행위로 포섭하였다.

경업자, 소비자, 공공의 이익을 모두 보호법익으로 하는 독일 부정경쟁방지법과 비교해 볼 때, 한국의 부정경쟁방지법은 대체로 경업자 보호에 중점을 두어 제정된 것으로 보인다. 부정경쟁행위 유형 중 원산지·출처지·질량 등의 오인을 유발하는 행위는 소비자를 대상으로 이루어지는 것이기는 하나, 이른바 고객의 ‘부정획득(unfair catching of customers)’이라는 관점에서 경업자의 영업을 침해될 우려가 있는 경우에 성립하고, 실제로 구제수단도 소비자가 아닌 경업자에게 부여된다. 이러한 맥락은 새롭게 도입된 일반조항을 해석함에 있어서도 참작해야 할 것이다.

(2) 보호기간

부정경쟁방지법은 상품형태 모방행위에 관하여는 시제품 제작 등 상품의 형태가 갖추어진 날부터 3년이 지난 경우에는 모방을 허용함으로써 사실상 3년의 보호기간을 허여한 이외에 다른 부정경쟁행위에 대해서는 별도의 보호기간을 두고 있지 않다. 그러므로 손해배상청구권의 소멸시효가 완성된 경우와 같이 구제수단의 행사가 제약되지 않는 이상 계속하여 권리를 행사할 수 있다는 해석이 가능하다.

나. 영업비밀침해행위

(1) 보호대상

영업비밀보호법의 보호대상인 영업비밀이란 통상 영업상 노하우로 지칭되는 것, 즉 공공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, 합리적인 노력에 의하여 비밀로 유지된 생산방법, 판매방법, 그 밖에 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보를 총칭한다(부정경쟁방지법 제2조 제2호). 정의 규정으로부터 알 수 있듯이, 독립된 경제적 가치를 가지는 이상 반드시 기술적인 혁신을 전제로 하는 것은 아니며, 고객 명단, 거래처 현황과 같은 경영상의 정보도 영업비밀에 속한다.

영업비밀보호법은 아이디어도 보호대상으로 한다는 점에서 특허법과 보호영역이 중첩될 수 있다. 만약 어떤 발명을 특허로 출원할 경우, 심사절차에 소요되는 시간과 비용, 출원이 공개되었음에도 불구하고 특허를 거절당할 위험 등은 모두 발명자가 감수해야 한다. 이 경우 영업비밀보호법은 하나의 대안이 될 수 있다. 자신의 아이디어를 큰 비용을 들이지 않고 비밀로 보호할 수 있거나, 시장에 배포할 제품으로부터 그에 구현된 아이디어를 쉽게 추출해낼 수 없다면, 발명자로서는 보호수단으로 특허가 아닌 영업비밀을 선택하는 것이 보다 유리하기 때문이다. 이에 대해 영업비밀 보호 제도는 본래 특허법이라는 거의 완비된 보호제도가 있음에도

불구하고, 기술개발자가 출원공개 및 일정기간 뒤의 공유자산귀속이라는 불이익을 회피하기 위하여 특허를 출원하지 않고 보유하고 있는 정보를 국가가 뒤늦게 보호하기 시작한 것이라는 해석이 있다.⁷²⁾

영업비밀로 보호받기 위한 가장 중요한 요건은 바로 비밀성의 유지이다. 아무리 중요한 영업상 정보라도 비밀로 유지하기 위한 합당한 조치를 취하지 않았다면 영업비밀로 보호받지 못한다. 이와 관련하여 비밀로 간직한 아이디어 등을 지적재산권법의 테두리 안에서 보호하는 것은 출원공개를 전제로 한 특허제도와 비교하여 볼 때 그 정당성에 관하여 의문이 제기될 여지가 있다. 즉, 특허법에 의한 보호는 혁신을 일반 공중에 공개한 대가로 부여되는 것인데, 영업비밀 보유자는 그러한 기여를 하지 않았음에도 불구하고 지적재산권법의 보호를 누릴 수 있는가에 관한 의문이다.

그러나 영업비밀보호법의 가치는 그러한 보호규범이 없었을 경우와 비교하여 볼 때 확연히 드러난다. 만약 영업비밀보호법이 존재하지 않는다면 영업상 노하우를 경쟁자에게 노출시키지 않기 위하여 막대한 비용을 들이거나 아예 제품 출시 자체를 꺼릴 수 있는데, 영업비밀을 보호함으로써 이러한 노력을 합리적인 범위 내로 줄일 수 있게 된다.⁷³⁾ 결과적으로 연구 및 개발에 보다 많은 여력을 투입할 수 있는 환경이 조성되는 셈이다.

(2) 침해태양

영업비밀의 침해는 크게 두 가지 유형으로 나뉜다.

먼저 취득 과정 자체가 위법한 행위로서, 절취·기망·협박 등 부정한 수단으로 취득한 영업비밀을 사용·공개하는 경우를 들 수 있다. 절취·기망·

72) 박준석, “영업비밀 침해금지청구에 대한 우리 법원의 태도-기술정보 유출을 중심으로-”, 저스티스, 제114호, 한국법학원, 2009, 184면.

73) Mark A. Lemley, "The Surprising Virtues of Treating Trade Secrets as IP Rights", 61 Stan. L. Rev. 311, 348-349 (2008).

협박은 예시에 불과하며, 상도덕이나 상사윤리에 반하여 공정한 경쟁질서를 해하는 일체의 행위는 부정한 수단으로 간주될 수 있다. 그러므로 경쟁자의 최종 완성품을 역설계(reverse engineering)하여 그 속에 구현된 아이디어를 찾아냈거나, 아예 독자적인 연구를 통해 결과적으로 경쟁자와 동일한 아이디어를 구상해냈다는 것을 입증함으로써 영업비밀 침해 주장을 방어할 수 있다.

다음으로 계약관계에 따라 영업비밀을 적법하게 취득하였으나 이를 비밀로 유지하여야 할 의무를 위반하고 사용·공개하는 경우도 침해에 해당한다. 근로자가 동종·유사 업체로 전직할 경우 비밀유지의무 위반에 관한 분쟁이 자주 발생한다.

(3) 보호기간

영업비밀보호법은 별도의 보호기간을 두고 있지 않으므로, 경제적 이익이 소멸하거나 비밀성이 상실되지 않는 한 영업비밀로서 지속적인 보호를 누릴 수 있는 것이 원칙이다.

그런데 영업비밀 침해에 대한 구제수단으로서 인정되는 금지청구권에 대해서는 일정한 시간적 제약이 가해지고 있다. 먼저 부정경쟁방지법 제 14조는 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있다는 사실 및 침해행위자를 안 날부터 3년, 침해행위가 시작된 날부터 10년이 경과하면 더 이상 금지청구권을 행사할 수 없다고 규정한다. 같은 법 내에서 부정경쟁행위에 대해서는 금지청구권의 행사 기간을 별도로 정하지 않은 것과 대비된다.

나아가 위 기간 내에 금지청구권을 행사한다고 하더라도 법원은 금지명령의 효력이 존속되는 기간을 제한한다. 즉, 금지청구권은 영업비밀 보유자로 하여금 그러한 침해가 없었더라면 원래 있었을 위치로 되돌아갈 수 있게 하는 데에 그 목적이 있으므로, 이러한 목적을 달성함에 필요한 시간적 범위 내에서 기술의 급속한 발달상황 및 침해행위자의 인적·물적 시

설 등을 고려하여 침해행위자나 다른 공정한 경쟁자가 독자적인 개발이나 역설계와 같은 합법적인 방법에 의하여 그 영업비밀을 취득하는 데 필요한 시간에 상당한 기간 동안으로 제한된다는 것이 우리 대법원의 입장이다.⁷⁴⁾ 위 판결은 영구적인 금지는 제재적인 성격을 가지게 될 뿐만 아니라 자유로운 경쟁을 조장하고 종업원들이 그들의 지식과 능력을 발휘할 수 있게 하려는 공공의 이익과 상치됨을 근거로 들고 있다.

본래 영업비밀에 일정한 보호기간이 설정된 것은 아니며, 특허권과 달리 역설계 또는 독자적인 개발을 통해 언제든지 보호를 상실할 위험성이 있으므로, 침해라는 우연한 사정에 기하여 특정인의 향후 이용행위가 영구적으로 금지된다고 보는 것은 형평에 반할 우려가 있다. 다른 한편으로 법원에서 금지기간을 지나치게 짧게 인정할 경우, 영업비밀 보유자는 침해라는 우연한 사정에 기하여 판결을 매개로 자신의 지적재산을 조기에 공중의 영역으로 내놓는 셈이 된다. 지적재산의 적절한 보호 수준을 결정하기 위한 사법적 판단은 다방면에서 이루어지고 있지만, 역설계 난이도 등을 예상하여 침해금지기간을 별도로 설정하는 것은 그 중에서도 가장 어려운 문제에 속하지 않을까 생각된다.

6. 그 밖의 지적재산권법

가. 디자인보호법

(1) 보호대상

디자인보호법에 의하여 보호되는 디자인이란 형상·모양·색채 또는 이들을 결합한 것으로서 시각을 통하여 미감(美感)을 일으키게 하는 물품 내지 글자체를 의미한다. 특허법의 산업상 이용가능성, 신규성, 진보성에 대

74) 대법원 1996. 12. 23. 선고 96다16605 판결.

응하여, 디자인보호법은 공업상 이용가능성, 신규성, 창작비용이성이 인정되는 디자인만을 보호한다. 산업상 이용가능성과 공업상 이용가능성은 사실상 구별하기 어려우므로 진보성과 창작비용이성이 개념상 대조된다. 디자인의 속성상 선행디자인과 비교할 때 진보적이라고 볼 만한 부분을 쉽게 발견하기는 어려우므로, 진보성을 요하는 대신 그보다 완화된 창작비용이성을 요건으로 한 것이다.⁷⁵⁾

특허와 마찬가지로 디자인권도 디자인등록출원절차를 통해서만 발급될 수 있으며, 설정 등록이 되지 않는 이상 디자인권이 발생하지 않는다. 다만, 특허법과 달리 디자인보호법은 종래 시장에서 통용되는 디자인의 수명이 짧은 반면 등록에는 상당한 시간과 비용이 소요된다는 점을 감안하여 일정한 대상 물품에 대하여 무심사방식을 채택하고 있다.⁷⁶⁾

(2) 침해태양

등록디자인권자는 업으로서 등록디자인 또는 이와 유사한 디자인을 실시할 권리를 독점한다(디자인보호법 제92조). 등록된 디자인뿐만 아니라 그와 유사한 디자인에 대해서도 독점권이 발생한다는 점에서 일응 특허권과 구별된다.⁷⁷⁾ 실제 분쟁에서도 디자인권의 침해는 동일 디자인에 의한 침해보다는 유사 디자인에 의한 침해가 부각된다.

디자인의 유사 여부를 검토하기 위해서는 시각을 통한 미감에 있어서 차이가 있는지 살펴보아야 한다. 이 경우 디자인을 구성하는 각 요소를 분리하여 개별적으로 대비할 것이 아니라 전체적으로 대비, 관찰함으로써 보는 사람의 시각을 통하여 일으키게 하는 심미감과 인상의 유사성에 따라 판단한다. 전체를 비교함에 있어서도 보는 사람의 주의를 가장 끌기

75) 정상조, 박준석, 앞의 책(註 58), 255면.

76) 2014. 7. 1.부터 시행되는 개정 디자인보호법은 기존의 무심사등록이라는 표현을 일부심사등록으로 변경하고, 그 적용 대상도 일부 축소하였다.

77) 물론 특허권도 균등론에 따라 발명의 작용효과가 실질적으로 동일한 영역까지 권리범위가 확장된다는 해석이 가능하다.

쉬운 부분을 지배적인 특징 또는 요부로 파악하여, 그 지배적인 특징 또는 요부가 서로 유사하다면 세부적인 특징에 있어서 다소 차이가 있어도 전체적으로 보아서 과거 및 현재의 고안들과 다른 미감적 가치가 인정되는지 살펴보아야 한다는 것이 판례의 입장이다.⁷⁸⁾

(3) 보호기간

디자인권은 특허권과 마찬가지로 설정등록한 날부터 발생하여 디자인등록출원일 후 20년이 되는 날까지 존속한다(디자인보호법 제91조 제1항). 종래 디자인보호법은 보호기간을 15년으로 하였으나, 2010년 개정을 통해 현재와 같이 연장되었다.

나. 실용신안법

(1) 보호대상

실용신안법이 보호하는 고안이란 자연법칙을 이용한 기술적 사상의 창작이다. 정의만 놓고 보면 특허법의 발명과 동일한 표현을 사용하고 있으며, 등록 요건으로 산업상 이용가능성, 신규성, 진보성 등을 요하는 것도 마찬가지이다. 다만, 고안은 물품의 형상·구조 또는 조합에 관한 것으로서, 특허법에서 말하는 발명과 달리 창작의 고도성을 요구하지는 않는다.⁷⁹⁾ 이러한 점에서 실용신안법은 소발명 내지 소특허를 보호함으로써 특허법을 보완하는 규범으로 설명된다.

실용신안권도 특허권과 마찬가지로 설정등록에 의하여 발생한다. 과거에는 디자인보호법과 같은 무심사 방식을 도입하여 운영하였으나, 2006년 개정을 통해 다시 심사주의로 전환되었다.

78) 대법원 1992. 3. 31. 선고 91후1595 판결.

79) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2007후3585 판결.

(2) 침해태양

실용신안권자는 업으로서 등록실용신안을 실시할 권리를 독점한다. 그에 대한 구제수단도 모두 특허법을 준용하고 있다.

(3) 보호기간

실용신안권은 설정등록한 날부터 실용신안등록출원일 후 10년이 되는 날까지 존속한다(실용신안법 제22조 제1항). 특허권의 보호기간이 20년인 점과 비교해보면, 창작의 고도성을 요하지 않는 대신 그 보호범위를 좁힌 것으로 평가할 수 있다.

다. 식물신품종 보호법

(1) 보호대상

식물신품종 보호법은 품종의 다양성을 보호한다. 품종이란 식물학에서 통용되는 최저분류 단위를 기준으로 유전적으로 나타나는 특성 중 한 가지 이상의 특성이 다른 식물군과 구별되고 변함없이 증식될 수 있는 것을 의미한다. 과거 구 종자산업법은 종자의 보증·유통관리 등에 관한 실체적 규정과 품종보호에 관한 절차적 규정을 모두 담고 있었는데, 양 규정이 혼재되어 법률의 체계 및 내용이 복잡하고 이해하기 어렵다는 지적이 있었다. 이에 출원·심사 및 등록 등에 관한 절차적 규정을 분리하여 식물신품종 보호법으로 제정한 것이다.

위 법률에 의하여 보호받기 위해서는 품종의 신규성, 구별성, 균일성, 안정성 및 1개의 고유한 품종명칭을 갖추어야 한다. 위와 같은 식물을 설정등록함으로써 품종보호권이라는 배타적인 권리가 발생한다.

2006년 특허법 개정으로 인하여 무성생식은 물론 유성번식에 의한 식물의 발명에 대해서도 특허요건을 갖추면 특허권을 부여하게 되었으므로, 특허법과 식물신품종 보호법의 보호영역 일부 중첩되었다고 볼 여지가 있다. 특허법은 기술적 사상의 창작에 해당하는 것이면 모두 보호대상에 포함하므로 기존의 종·속에 속하거나 속하지 않는 신규식물뿐만 아니라, 식물세포, 식물유전자 등 식물의 일부나 육종·증식·형질변경·가공 방법은 물론 식물의 특성을 이용한 생산 및 처리방법 등도 모두 보호하는 반면,⁸⁰⁾ 식물신품종 보호법은 품종 그 자체만을 보호한다. 나아가 식물신품종 보호법은 신품종을 개발하지 않고 단지 발견한 후 그 형질을 고정시킨 것과 같이 발명에는 해당하지 않는 경우와, 보호품종으로 지정할 당시 이미 알려진 품종도 품종보호등록을 허용하므로,⁸¹⁾ 특허법이 규율하지 않은 보호대상도 포함하고 있다고 볼 수 있다.

(2) 침해태양

품종보호권자는 업으로서 그 보호품종을 실시할 권리를 독점한다. 침해에 대하여 주어지는 구제수단도 특허법과 유사한데, 이른바 발명이 아닌 발견인 경우에도 배타적 권리가 주어진다는 특징이 있다.

(3) 보호기간

품종보호권의 존속기간은 품종보호권이 설정등록된 날부터 20년으로 하되, 과수와 임목의 품종보호권은 25년 동안 존속하는 것으로 한다(식물신품종 보호법 제55조).

라. 반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률

80) 서영철, “신규 식물발명에 관한 보호법규(하)”, 법조, 제57권 제3호, 법조협회, 2008, 358면.

81) 위의 논문, 359면.

(1) 보호대상

반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률(이하 ‘반도체보호법’이라고 한다)의 보호대상은 반도체 집적회로에 대한 배치설계이다. 배치설계란 반도체 재료의 표면에 다수의 회로소자와 그들을 연결하는 도선을 평면적·입체적으로 배치한 것으로서, 반도체보호법은 창작성 있는 배치설계가 설정등록된 경우 이를 보호한다. 여기서 창작성이란 ‘통상적이 아닌’ 배치설계를 말한다. 그러므로 통상적인 배치설계 요소의 조합으로 구성된 경우라도 전체적으로 볼 때 통상적이 아니라면 창작성이 있는 것으로 본다(반도체보호법 제6조, 제2조 제3호).

배치설계는 일정한 공간 안에서 효율적으로 회로기능을 구성하는 것을 주된 목적으로 하므로, 인간의 사상 또는 감정을 표현한 저작물로 보기 어렵고, 특허발명과 같은 새로운 기술사상의 창작으로 보기 어려우며, 회로를 구성함에 있어 심미적 미감이 수반되는 것도 아니기 때문에 디자인으로 보기도 어렵다. 이처럼 배치설계는 기존 지적재산권법으로 보호받기 어려움에도 불구하고, 그 개발에는 막대한 자본, 시간 및 고도의 기술이 요구됨에도 불구하고 무단복제 등의 형태로 침해받을 위험성이 높다.⁸²⁾ 이에 배치설계를 지적재산권으로 보호함으로써 창작자의 권리를 보호하는 한편 배치설계의 공정한 이용을 도모할 목적으로 별도의 법률을 제정한 것이다.

(2) 침해태양

배치설계권자는 설정등록된 배치설계를 영리 목적으로 이용할 권리를 독점한다. 다만, 배치설계권자가 아닌 자가 제작한 것으로서 창작성이 있

82) 제14대 국회(의안번호 140086) 반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률안 상공위원회 심사보고서 참조(http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/BillDetail.jsp?bill_id=012191, 2015. 6. 8. 최종 방문).

는 동일한 배치설계에 대해서는 배치설계권의 효력이 미치지 않는다는 점에서 특허법과 구별된다(반도체보호법 제9조 제1항 제3호).

(3) 존속기간

반도체 배치설계권은 설정등록일부터 10년 동안 존속한다. 다만 여기에 대해서는 영리를 목적으로 그 배치설계를 최초로 이용한 날부터 10년 또는 그 배치설계의 창작일부터 15년을 초과할 수 없다는 제한이 따른다(반도체보호법 제7조).

마. 콘텐츠산업 진흥법

(1) 보호대상 및 침해태양

콘텐츠산업 진흥법이 보호하는 콘텐츠란 부호·문자·도형·색채·음성·음향·이미지 및 영상 등의 자료 또는 정보를 의미한다. 과거 온라인 디지털콘텐츠산업 발전법은 정보통신망에서 유통되는 디지털 콘텐츠만을 보호하였는데, 콘텐츠산업 진흥법은 아날로그와 디지털을 구별하지 않고 콘텐츠를 보호한다. 다만, 일정한 방식에 따라 콘텐츠 또는 그 포장에 제작연월일, 제작자명 및 위 법에 따라 보호받는다라는 사실을 표시할 것을 요할 뿐이다.

콘텐츠산업 진흥법의 입법취지는 구 온라인 디지털콘텐츠산업 발전법의 제안이유로부터 알 수 있다. 초고속정보망에서 유통되는 국내 디지털콘텐츠의 기반이 취약하여 그 투자를 활성화할 필요가 있었는데, 온라인디지털콘텐츠 제작에 따르는 투자와 노력을 법적으로 보호함으로써 그러한 목적을 달성하고자 제정되었다.⁸³⁾ 저작권법과 달리 보호대상으로서 콘텐츠

83) 제16대 국회(의안번호 161166) 온라인디지털콘텐츠산업발전법안 과학기술통신위원회 심사보고서 참조(http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/BillDetail.jsp?bill_id=017279, 2015. 6. 2. 최종방문).

의 창작성을 요하지 않는 점에 비추어 보더라도, 어디까지나 콘텐츠 제작자의 투자와 노력을 보호하는 규범으로 해석된다.

온라인 디지털콘텐츠산업 발전법은 콘텐츠의 전부 또는 상당한 부분을 복제 또는 전송하는 방법으로 경쟁사업자의 영업에 관한 이익을 침해하여서는 안 된다고 규정하였는데, 신법은 복제·전송뿐만 아니라 배포·방송도 금지하는 한편, 피해자를 경쟁사업자로 한정하지 않고 있다.

(2) 보호기간

콘텐츠산업 진흥법은 침해행위가 성립할 수 있는 시간적 범위를 콘텐츠를 최초로 제작한 날로부터 5년까지로 제한한다(콘텐츠산업 진흥법 제37조 제1항). 저작자 사후 70년까지 존속하는 저작권과 비교하여 볼 때 매우 제한된 기간이며, 저작물과 달리 창작성을 요하지 않는다는 점에서 위와 같은 입법태도를 일응 이해할 수 있다.

제4절 정리

1. 지적재산권법의 팽창과 분화

가. 특허법과 저작권법의 두 축

현대적인 의미의 인센티브 체계를 갖춘 지적재산권법으로는 1474년 베네치아 특허법을 시작으로, 1624년 영국의 독점법, 1643년 영국 출판협회의 의회 청원, 1710년 영국 앤여왕법을 들 수 있다.⁸⁴⁾

베네치아 특허법은 기술의 진보를 독려할 목적으로 유용성, 신규성, 진보성이 인정되는 발명의 창작자에게 그 발명의 공개를 조건으로 배타적 권리를 수여하였는데, 이러한 제도는 15세기 막대한 부와 풍성한 문화를 영위하였던 베네치아의 영향력 그리고 베네치아 예술가와 장인의 활발한 이주와 맞물려 유럽 전역으로 확산되었다.⁸⁵⁾ 영국의 독점법은 특허와 독점은 공공복리에 대한 시련에 불과하다는 비판을 이겨내고, 발명에 대한 독점, 입법으로부터 면책될 수 있는 독점, 특정한 거래 내지 산업에 대한 독점 등을 인정하였다.⁸⁶⁾ 앤여왕법은 비록 저작권이라는 표현을 사용하지는 않았으나, 일정 기간 동안 저자에게 그의 저술을 인쇄하고 복제할 수 있는 배타적 권리를 부여함으로써 오늘날 저작권법의 모태가 되었다.⁸⁷⁾

이와 같은 일련의 역사는 지적재산권법이 특허법과 저작권법으로부터 출발하였음을 알려준다. 그 후 특허법은 1883년 파리 조약에서, 저작권법은 1886년 베른 조약에서 다자간 규범적 합의가 처음으로 이루어졌다.

84) 註 1 참조.

85) Craig Allen Nard & Andrew P. Morriss, “Constitutionalizing Patents: From Venice to Philadelphia”, 2:2 Review of Law & Economic 223, 234-257 (2006).

86) Chris Dent, “‘Generally Inconvenient’: The 1624 Statute of Monopolies as Political Compromise”, 33:2 Melbourne L. Rev. 415, 441 (2009).

87) Dennis W. K. Khong, “The Historical Law and Economics of the First Copyright Act”, 2:1 Erasmus Law and Economics Review 35, 43 (2006).

그러므로 특허법과 저작권법을 기준으로 삼아 지적재산권법의 팽창(膨脹)과 분화(分化) 과정을 보다 효과적으로 탐구할 수 있고, 이러한 접근법은 오늘날 새롭게 생겨나고 있는 보호규범의 의미와 성격을 파악하는 데 매우 유용한 도구가 된다.

이하에서는 특허법과 저작권법을 중심으로 외적 팽창과 내적 분화의 예를 간단히 살펴보고자 한다. 컴퓨터프로그램 보호법에 의하여 보호되었다가 저작물의 범주로 포섭된 컴퓨터프로그램의 경우에서 알 수 있듯이, 내외(內外)의 구별은 임시적이고 상대적인 것이며, 단지 규범의 변화 과정을 수월하게 들여다보기 위한 수단일 뿐이다.

나. 외적 팽창

특허법과 저작권법 사이의 보호공백을 가장 먼저 부각시킨 지적재산은 바로 산업디자인이다. 디자인은 형상·모양·색채 등을 통해 얻을 수 있는 시각적 미감이 구현된 창작물이다.

보호대상만 놓고 보면 일단 저작권법의 응용미술 저작물에 따른 보호를 생각해 볼 수 있다. 그런데 산업디자인은 순수한 미학적 가치보다는 대량 생산 및 판매를 전제로 실용성과 기능성을 고려한다는 점에서, 모든 산업 디자인을 인간의 사상 또는 감정의 표현으로 볼 수 있는지 의문이 제기된다. 이와 관련하여, 1976년 미국 연방 저작권법은 디자인이 제품의 실용적인 측면으로부터 분리되어 독립적으로 존재할 수 있어야 한다고 규정함으로써 소위 분리가능성을 기준으로 삼았다.⁸⁸⁾ 2000년에 개정된 한국의 저작권법도 응용미술 저작물에 디자인이 포함된다고 하면서도 그 이용된 물품과 구분되어 독자성이 인정될 것을 요건으로 하였다. 결국 산업디자인 중 일부만이 저작권법의 보호영역에 포함될 수 있는 셈이다.

그렇다고 하여 특허법⁸⁹⁾에 의한 보호가 수월한 것도 아니다. 특허발명

88) 17 U.S.C. §101.

89) 미국은 디자인 발명을 특허법의 보호범주에 포함시키고 있으나, 유용성(utility)을 요건으로 하

은 기본적으로 자연법칙을 이용한 기술적 사상의 창작을 요건으로 하므로, 시각적 미감을 전제로 하는 디자인과 쉽게 친하기 어렵다. 오히려 심미성과 기능성의 경계를 분명히 하지 않을 경우, 엄격한 특허의 요건을 우회하는 편법이 생겨날 수 있다. 이에 한국은 물론 독일, 일본 등에서도 산업디자인을 별도로 보호하는 법률이 제정되어 특허법과 저작권법 사이의 공백을 메우고 있다. 특허법과 저작권법을 두 축으로 하는 전통적인 지적재산권법의 영역에서 새로운 보호규범이 자리를 차지한 것이다.

반도체의 배치설계도 그러하다. 1992년에 제정된 반도체보호법⁹⁰⁾은 반도체의 배치설계를 보호한다. 앞서 살펴 본 바와 같이, 배치설계는 회로 소자와 도선의 집적도에 따라 상당한 경제적 가치를 가지는 기술적 사상의 창작임에도 불구하고, 일반적인 설계 요소의 조합이라는 점에서 진보성이 인정되기 어렵다. 나아가 산업디자인과 마찬가지로 배치설계를 인간의 사상 또는 감정의 표현으로 보기 어려운 점이 있을 뿐만 아니라, 기능적 저작물로 본다고 하더라도 일반적인 문학, 학술, 예술 범위에 속하는 저작물과 달리 특정한 기능을 수행하기 위한 표현이 제한되는 경우가 많다는 점에서 쉽게 창작성을 인정받기 어렵다. 이러한 공백을 메우기 위해 반도체의 배치설계를 보호하는 별도의 법률이 제정되었다.

다. 내적 분화

전통적인 지적재산권법의 두 축 안에서는 보호영역이 분화되는 현상을 관찰할 수 있다. 특히 아이디어와 표현의 이분법을 전제로 한 저작권법에서 이러한 경향이 뚜렷하다. 문예적 저작물과 달리 사실적(factual)·기능적(functional) 저작물은 그 속에 담긴 표현을 아이디어로부터 분리해내는 것이 쉽지 않을 수 있기 때문에, 저작물의 성격에 따라 보호의 기준을 달

는 실용 특허와 달리 장식적인(ornamental) 요소를 갖출 것을 요하므로, 여기에서 언급하는 특허법에서는 일단 제외한다.

90) 미국의 The Semiconductor Chip Protection Act는 1984년에 제정되었다.

리 설정하는 시도가 이루어지고 있다.

가령, 학술의 범위에 속하는 저작물의 경우 그 학술적인 내용은 만인에게 공통되는 것이고 누구에 대하여도 자유로운 이용이 허용되어야 한다. 나아가 그 저작권의 보호는 창작적인 표현형식에 있지 학술적인 내용에 있는 것은 아니므로, 저작권의 침해 여부를 가리기 위하여 두 저작물 사이에 실질적인 유사성이 있는가의 여부를 판단함에 있어서도 창작적인 표현형식에 해당하는 것만을 가지고 대비하여야 한다.⁹¹⁾

앞서 살펴 본 기능적 저작물도 그러하다. 기능적 저작물은 예술성의 표현보다는 기능이나 실용적인 사상의 표현을 주된 목적으로 한다. 따라서 표현하고자 하는 기능 또는 실용적인 사상이 속하는 분야에서의 일반적인 표현방법, 규격 또는 그 용도나 기능 자체, 저작물 이용자의 이해의 편의성 등에 의하여 그 표현이 제한되는 경우가 많다. 그런데 저작권법은 기능적 저작물이 담고 있는 사상을 보호하는 것이 아니라, 그 저작물의 창작성 있는 표현을 보호하는 것이므로, 기술 구성의 차이에 따라 달라진 표현에 대하여 동일한 기능을 달리 표현하였다는 사정만으로 그 창작성을 인정할 수는 없고 창조적 개성이 드러나 있는지 여부를 별도로 판단하게 된다.⁹²⁾

디자인보호법으로의 팽창에도 불구하고 아직 저작권법에 남아있는 응용미술 저작물도 결국 분화 현상으로 포착할 수 있다. 본래 산업상의 대량생산에의 이용을 목적으로 하여 창작되는 응용미술품 등에 대하여 구 의장법 외에 저작권법에 의한 중첩적 보호가 일반적으로 인정되게 되면 신 규정 요건이나 등록 요건, 단기의 존속기간 등 의장법의 여러 가지 제한 규정의 취지가 몰각되고 기본적으로 의장법에 의한 보호에 익숙한 산업계에 많은 혼란이 우려되므로, 이러한 응용미술작품에 대하여는 원칙적으로 구 의장법에 의한 보호로써 충분하고 예외적으로 저작권법에 의한 보호가 중첩적으로 주어진다고 보는 것이 대법원 판례의 입장이었다.⁹³⁾ 이러한

91) 대법원 1999. 11. 26. 선고 98다46259 판결.

92) 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002도965 판결.

해석은 그 후 응용미술작품 그 자체가 하나의 독립적인 예술적 특성이나 가치를 가지고 있어 예술의 범위에 속하는 창작물에 해당하는 경우 저작물로서 보호된다는 판시함으로써⁹⁴⁾ 중첩적 보호가 가능한 예외적 상황을 구체화하였고, 결국 일명 '히딩크 넥타이'의 도안에 대하여 그 이용된 물품과 구분되어 독자성을 인정할 수 있다는 이유로 저작물성을 긍정한 바 있다.⁹⁵⁾

이와 같은 현상은 저작권법의 본질로부터 파생되는 자연스러운 결론이다. 저작권법은 창작적 표현만을 보호하고 그에 내재된 아이디어를 보호하지 않는데, 표현에 합체된 아이디어에 대하여 저작자의 사후 수십 년에 이르기까지 독점권이 부여되는 것을 막기 위해서는 부득이 저작물의 성격에 따라 보호수준을 달리할 필요가 있다. 이러한 점에서 동일한 아이디어를 제한된 방법으로만 표현할 수 있는 사실적·기능적 저작물은 그 보호범위를 좁게 해석할 필요가 있는데,⁹⁶⁾ 위 대법원 판례는 창작성의 인정 기준을 높이는 방식으로 동일한 저작권법 내에서 차별적인 보호수준을 설정하고 있는 것으로 해석된다.

2. 개별 지적재산권의 경계

개별 지적재산권법의 보호영역은 처음부터 치밀한 계산에 따라 일체의 중첩을 허용하지 않은 채 경계를 맞대고 있는 것이 아니다. 각기 입법목적의 다르기 때문에 하나의 지적재산에 관하여 복수의 보호규범이 적용될 수 있다. 근래 지적재산권법의 분화로 인하여 보호영역의 상호관계에 대

93) 대법원 1996. 2. 23. 선고 94도3266 판결; 위 판결에 대해서는 저작권법이 응용미술작품을 보호범위에 포함시켰음에도 불구하고 위 규정을 사문화시키는 해석이라는 비판이 있다. 이러한 취지의 지적으로는 이상정, “직물디자인의 보호-소위 '대한방직 사건'을 중심으로”, 계간저작권, 제 34호, 저작권심의조정위원회, 1996, 28면, 정상조, 박준석, 앞의 책(註 58), 298면 참조.

94) 대법원 2000. 3. 28. 선고 2000도79 판결.

95) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2003도7572 판결.

96) 정상조 편, 저작권법 주해, 박영사, 2007, 22-23면(정상조 집필부분).

한 관심이 늘어나고 있다.

먼저, 저작권법과 상표법의 관계를 본다. 상표법상 상표를 구성할 수 있는 기호·문자·도형 등이 저작물로서의 창작성을 갖추었다면, 당연히 상표법뿐만 아니라 저작권법에 의한 보호도 누릴 수 있다. 저작물과 상표는 배타적·택일적인 관계에 있지 아니하므로, 그것이 상품의 출처표시를 위하여 사용되고 있거나 사용될 수 있다는 사정이 있다고 하여 저작권법에 의한 보호 여부가 달라진다고 할 수는 없다.⁹⁷⁾ 주로 응용미술 저작물로서 보호될 수 있을 것인데, 앞에서 본 바와 같이 저작권법이 요구하는 분리가능성은 그 이용된 물품과 구분되어 독자성을 인정할 수 있어야 한다는 취지이지, 상품의 출처를 표시하는 기능과 분리되어야 한다는 의미는 아니다.

이러한 논리는 디자인보호법과 상표법에서도 마찬가지로 적용된다. 가령, 타인이 등록한 상표를 자사 제품의 디자인으로 사용한 경우 이를 상표의 사용으로 보아 침해책임을 인정할 수 있을 것인지 문제된다. 이에 대하여, 디자인과 상표는 배타적·선택적인 관계에 있는 것이 아니므로 디자인이 될 수 있는 형상이나 모양이라고 하더라도, 그것이 상표의 본질적인 기능이라고 할 수 있는 자타상품의 출처표시를 위하여 사용되는 것으로 볼 수 있는 경우에는 상표로서의 사용이라고 보아야 한다는 판례가 있다.⁹⁸⁾ 위 판시를 반대해석하면, 타인의 등록 상표를 출처 표시가 아닌 오직 심미적 형상을 나타내는 데 이용하였다면, 상표법상의 사용으로 보기 어렵다는 결론에 이른다.⁹⁹⁾

위 디자인과 상표의 사례에서 알 수 있는 바와 같이, 보호영역의 중첩된다고 하여 이것이 곧 두터운 보호를 의미하는 것은 아니다. 복수의 법률에 의하여 주어지는 지적재산권이 서로 다른 권리자에게 귀속될 수 있기 때문이다. 가령, 동일한 기호·문자·도형 등에 대하여 상표권과 저작권

97) 대법원 2014. 12. 11. 선고 2012다76829 판결.

98) 대법원 2000. 12. 26. 선고 98도2743판결.

99) 이러한 취지의 해석으로는 권택수, “상표적 사용의 의의 및 의장적 사용과의 구별판단기준”, 대법원판례해설, 제35호, 법원도서관, 2001, 932-933면.

이 다른 이에게 부여되었는데, 상표의 사용행위가 저작권법을 위반한 침해행위의 요건을 갖추었다면, 상표법에 따라 등록된 상표를 사용한다는 사유만으로 저작권법에 따른 금지 등 청구를 거절할 수 없다.¹⁰⁰⁾

실제로 보호영역이 중첩됨으로써 개별 지적재산권법의 입법취지에 근본적인 위협이 가해지는 경우도 있다. 예를 들어, 어떠한 상품의 형태가 그 자체로 자연법칙을 이용한 기술적 사상에 해당되는데, 아울러 그 형태에 의하여 출처 표지로서의 식별력도 인정되는 경우를 가정해보자. 앞에서 살펴본 저작권 및 상표권과 마찬가지로, 특허권과 상표권의 중첩적인 보호를 부인할 이유가 없다. 그런데 만약 어떤 권리자가 진보성 등 상대적으로 엄격한 특허요건을 회피할 목적으로 식별력만을 소명하여 상표권에 의한 보호를 선택한다면 어떠한가? 더욱이 상표권은 갱신등록을 통하여 반영구적으로 독점할 수 있다. 분명, 보호영역의 중첩을 인정하면서도 아울러 그 한계를 설정해야 할 필요성이 생긴다. 이러한 현상은 근본적으로 우리 지적재산권법 체계에서 기능(function)을 보호하는 규범은 특허법이 지 상표법이 아니라는 시각에서 이해할 수 있다.¹⁰¹⁾

3. 부정경쟁방지법의 기능

부정경쟁방지법은 영업을 침해할 우려가 있는 일정한 행위유형을 규제하는 방식을 취한다는 점에서 권리자에게 처분가능한 권리를 부여하는 특허법, 저작권법, 상표법 등과 구별된다. 종래 제2조 제1호의 (가)~(아)목에 한정·열거된 부정경쟁행위만 놓고 보면 부정경쟁방지법은 상표법을 보완하는 규범으로서의 역할에 그치는 것이 아닌가하는 의문이 있었다. 그런데 그 후 상품형태 모방에 관한 (자)목이 도입됨으로써 출처 혼동 등의 방지 기능으로부터 벗어나 지적재산 일반을 보호하는 규범으로서의 가능

100) 서울고등법원 2012. 7. 25. 선고 2011나70802 판결.

101) 유영선, “우리나라에서 기능성원리의 적용”, Law & technology, 제7권 제3호, 서울대학교 기술과법센터, 2011, 88-89면.

성을 열었고, 최근 도입된 (차)목으로 인하여 부정경쟁행위의 개념은 질적으로나 양적으로 크게 변화되었다.

부정경쟁행위와 영업비밀 침해행위의 규제는 지적재산권법의 체계 내에서 상당히 중요한 의미를 가진다. 지적재산권법의 보호영역은 계속 팽창·분화하고 있으며, 경우에 따라 보호가치가 인정됨에도 불구하고 위 법률의 보호영역밖에 놓인 지적 창작물도 있을 수 있다. 부정경쟁방지법의 진정한 가치는 바로 그러한 국면에서 나타난다. 자연권 내지 인센티브로서 부여할 권리의 외형을 전통적인 지적재산권법이 그렸다면, 부정경쟁방지법은 그러한 보호영역의 바깥에서 또다시 자유로운 경쟁과 지적재산의 조화로운 보호를 도모한다. 그 중에서는 다시 분화과정을 거쳐 언젠가 배타적 권리의 체계 내로 흡수될 지적 창작물도 있을 것이다.

전통적인 지적재산권의 외부에서 위법성을 인정하는 기준은 공정한 경쟁질서에 반하는지 여부이다. 일응 자유로운 접근이 허용된 영역에서 실시나 복제만으로 바로 위법성을 인정하는 것은 기존의 지적재산권법 질서와 부합되지 않는다. 이를테면, 역설계(reverse engineering)를 통해 파악한 타인의 아이디어를 사용하는 행위는 특허법에서는 허용될 수 없지만, 부정경쟁방지법의 관점에서는 경쟁질서의 공정성을 해하지 않는 행위로서 금지되지 않는다. 그러므로 부정경쟁방지법은 산업구조가 변화하고 기술이 발전함에 따라 부득이 발생하는 전통적인 지적재산권법의 경직성을 보완함으로써 궁극적으로 규범과 현실의 긴장을 완충시킬 수 있는 중요한 역할을 담당하게 된다.

4. 지적재산권의 이론적 근거의 역할

지적재산권의 이론적 근거는 전통적인 지적재산권법과 그 테두리에 둘러 있는 부정경쟁방지법의 변화와 역할을 체계적으로 고찰할 수 있도록 도움을 줄 수 있다.

오늘날 가장 널리 인용되고 있는 인센티브 이론은 지적재산권을 법정책

적 판단의 결과물로 파악하기 때문에, 독점과 공유의 조화를 근거로 권리의 존부 및 범위에 대해 유연한 결론을 도출할 수 있게 해준다. 즉, 보호영역을 확대하거나 제한해야 할 필요성을 판단함에 있어, 창작자의 인센티브를 강화해야 한다거나 반대로 일반 공중의 접근권한을 확보해야 한다는 논리는 지적재산권을 둘러싼 거의 모든 쟁점에서 널리 활용될 수 있다.

그렇다고 하여 노동 이론 및 인격 이론 등 자연권론의 입지가 완전히 부인된다고 보기는 어렵다. 대한민국 헌법 제22조 제2항은 미국 연방법원이 인센티브 이론의 근거로 흔히 인용하고 있는 연방 헌법 제8조의 목적 조항을 포함하고 있지 않다. 뿐만 아니라, 인센티브 이론은 과학과 유용한 예술의 발전에 대한 기여도를 기준으로 인센티브의 제공 여부를 결정한다는 점에서 일정한 한계를 지닐 수 있다. 노동 이론을 명시적으로 배척한 것으로 평가받는 *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*¹⁰²⁾ 판결에서 창작에 소요된 노력, 비용, 시간에 근거하여 저작권을 부여할 수 없다고 실시한 점에 비추어 보면, 인센티브는 일정한 기준 이상의 혁신을 가져온 경우에만 부여되는 과실(果實)로 해석된다.

인센티브의 개념을 위와 같이 파악하는 이상, 인센티브 이론으로 설명하기 어려운 보호규범도 분명 존재한다. 가령, 인센티브 이론 진영에서는 지난 50여 년 동안 저작인격권이 일찍부터 인정되었던 유럽보다 그렇지 않았던 미국에서 오히려 예술적 혁신이 활발하였던 역사에 비추어 창작의 인센티브와 관련이 있는지 의문이며, 특히 동일성유지권은 경제적 관점에서 예술적 창조활동을 위축시키거나 해악을 가져올 수 있다고 비판한다.¹⁰³⁾ 실연자, 음반제작자, 방송사업자 등의 저작인접권도 그 자체로 직접적인 혁신을 이끌어 내기 위한 인센티브라기보다는, 저작물의 전달과 이용을 수월하게 한 노력에 대한 보상으로서의 성격을 지닌다. 반도체보호법은 출원 공개 등의 반대급부 없이 특허법의 진보성이나 저작권법의

102) 499 U.S. 340 (1991).

103) Landes & Posner, 앞의 책(註 2), 276면.

창작성이 인정되지 않는 배치설계를 보호한다. 콘텐츠산업 진흥법과 그 전신인 구 온라인 디지털콘텐츠산업 발전법은 콘텐츠의 창작성은 따지지 않고 처음부터 제작자의 투자와 노력을 보호할 목적으로 제정되었다. 위와 같은 보호규범은 인센티브 이론보다는 노동 이론이나 인격 이론으로 설명하는 것이 보다 수월할 수 있다.

다시 한 번 강조하지만, 위와 같은 논의는 인센티브 이론이 지적재산권의 철학적 근거로 적절하지 못하다는 취지로 비판하는 것이 아니며, 단지 노동 이론 및 인격 이론에 담긴 함의를 무작정 폄훼하여서는 안 된다는 것을 지적하고자 한다. 지적재산의 보호영역은 끊임없이 팽창하며 분화하고 있기에, 어느 한 가지 이론을 반박의 여지가 없는 완벽한 근거로 삼아 보호규범을 설정하고 해석할 경우, 현실적인 보호의 필요성을 외면하고 이론에서만 그 근거를 찾는 주객전도 현상이 발생할 우려가 있다는 점을 간과하지 말아야 한다.

제3장 지적재산에 적용된 불법행위 법리의 비교법적 검토

제1절 서설

지적재산이란 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 의미한다(지식재산기본법 제3조 제1호).

제2장에서 살펴 본 바와 같이, 개별 지적재산권법은 고유의 입법목적에 따라 정교한 보호영역을 구성하면서도 처음부터 완벽한 계산에 따라 그 영역을 분할한 것이 아니어서 끊임없이 팽창, 분화하고 있다. 따라서 인간의 지적 활동으로 얻어 낸 성과물 중에는 특허법, 저작권법, 상표법 등 기존의 지적재산권법의 보호영역에 속한 지적재산이 있는가 하면 그렇지 않은 지적 창작물도 존재한다. 이를테면, 진보성 없는 발명, 창작성 없는 표현 등이 그러하다.

원칙적으로 지적재산은 자유롭게 공유되어야 하지만, 이를 꾸준히 창출할 수 있는 인센티브를 제공할 필요가 있기에 그러한 목적에 따라 설계된 법정정책적 도구가 지적재산권이라는 관점에 따르면, 팽창과 분화에도 불구하고 지적재산권법에 의하여 보호되지 않는 지적 창작물의 이용행위를 굳이 제한할 필요가 있는지 의문이 제기될 수 있다. 그러나 다른 한편으로, 지적재산권법 외부의 영역에서 지적재산권법이 인식하지 않은 다른 관점의 위법성을 해석하고 적용하는 것이 전적으로 금지된다고 볼 수 있는지 또한 숙고해 볼 필요가 있다. 가령, 상표법에 의하여 보호되지 않는 타인의 명성이나 신용에 무임승차하여 경쟁상의 이익을 취한 경우, 이를 민법상 불법행위로 인정하여 손해배상책임 등을 인정할 수 있을 것인지 등에 관한 고민이다.

다행히도 미국, 일본, 독일 그리고 우리나라에서는 이와 관련하여 상당한 실무례가 축적되어 왔고, 이제 그러한 실무례를 체계화할 해석론이 전개될 차례라고 해도 과언이 아니다. 이하에서는 비교법적 관점에서 위 각국에서 진행되어 온 논의를 살펴보고, 그 특징을 분석하고자 한다.

제2절 미국의 논의

1. 부정이용 법리의 등장

가. 부정이용의 개념

미국에서 특허법이나 저작권법으로 보호되지 않는 지적 창작물을 다른 규범으로 보호할 수 있을 것인가에 관한 논의는 이른바 ‘부정이용 (misappropriation)’ 법리를 통해 전개되었다. 부정이용은 ‘부정경쟁행위 (unfair competition)’로부터 파생된 개념이다.¹⁰⁴⁾ 본래 부정경쟁행위는 시장에서 공정한 경쟁질서를 해하는 행위로부터 피해자를 구제할 목적으로 다양한 행위 유형을 포섭하고 있는데, 타인의 노력이 투자된 지적 창작물을 무단으로 이용하는 행위를 부정경쟁행위 중 하나인 부정이용으로 포착한 것으로 이해된다.

미국에서는 기만적이거나 위법한 경쟁행위로 인하여 타인의 영업상 이익을 침해하는 유형의 불법행위들이 부정경쟁행위로 포섭되므로, 결국 부정경쟁행위는 특수한 불법행위(tort)의 지위를 가지는 것으로 해석된다. 실제로 부정경쟁행위에 관한 리스테인트먼트(The Restatement of Unfair Competition)는 부정경쟁행위가 상사 불법행위의 특수한 형태임을 전제로 그에 관하여 규율하며, 미국 변호사협회가 발간한 실무지침서는 부정경쟁행위를 영업상 불법행위(business tort)와 혼용하기도 한다.¹⁰⁵⁾ 따라서 미국에서 논의되는 부정이용 법리도 불법행위 법리에 뿌리를 두고 있다고 볼 수 있다.

104) Nicholas Khadder, "National Basketball Association v. Motorola, Inc.", 13 Berkeley Tech. L.J. 3, 5 (1998).

105) 가령, American Bar Association, Section of Antitrust Law, Business Torts & Unfair Competition: A Practitioner's Handbook (1996) 3면 및 15면은 unfair competition과 business tort를 치환하여 사용하고 있다.

부정이용 법리의 가장 핵심적인 논거는 무임승차(free ride)로 인한 창작 인센티브의 감소를 방지하자는 것이다. 만약 상당한 노력을 들여 창출한 결과물을 경쟁관계에 있는 자가 아무런 제한 없이 이용할 수 있다면, 노동, 기술, 자본 등을 투자하여 혁신을 이루고자 하는 동기가 저해될 우려가 있기 때문에, 이를 방지할 수 있는 법리적 장치가 필요하다.¹⁰⁶⁾

부정이용 법리는 창작의 인센티브를 제공하고자 한다는 점에서 전통적인 지적재산권의 이론적 근거와 그 궤를 같이 하면서도, 진보성 내지 창작성 등 지적 창작물에 담긴 혁신이 아닌 그에 투하된 노력과 비용의 무단이용에 초점을 맞추었다는 점에서 특허법, 저작권법과 기본적인 시각을 달리 한다.

나. 부정이용 법리의 전개

(1) 부정이용 법리의 등장

부정이용 법리는 1918년 연방대법원의 *International News Service v. Associated Press*¹⁰⁷⁾ 판결을 통해 처음으로 등장하였다.

원고 Associated Press(이하 'AP'라고 한다)는 통신사(通信社)로서, 매년 약 350만 달러의 비용을 들여 기사를 취재하고 이를 제휴사에 배포해왔다. 원고는 제휴사로부터 거두는 수익으로 취재비용을 충당해왔는데, 피고 International News Service(이하 'INS'라고 한다)도 원고와 경쟁관계에 있는 통신사로서 그와 유사한 수익구조를 갖추고 있었다. 그런데 INS가 예상치 못한 사정으로 제1차 세계대전에 관한 취재 활동을 할 수 없게 되자, AP의 뉴스를 거의 그대로 복제하여 자신의 제휴사들에게 배포하였다. 이에 AP는 INS가 자사의 뉴스 기사를 복제하는 것은 부정경쟁

106) Paepke, "Economic Interpretation of the Misappropriation Doctrine: Common Law Protection for Investments in Innovation", An, 2 Berkeley Tech L.J. 55, 69 (1987).

107) 248 U.S. 215 (1918).

행위(unfair competition)에 해당한다고 주장하며 소를 제기하였다.

연방대법원의 다수의견은 수많은 뉴스 기사를 일일이 등록하는 것은 사실상 불가능하다는 현실적인 문제를 지적하며 연방 저작권법에 의한 보호를 부정하였다.¹⁰⁸⁾ 나아가 AP가 자사의 뉴스 기사를 자발적으로 공중의 영역에 배포한 이상 영업비밀로 보호를 받을 수도 없다고 보았다. 이어서 다수의견은 AP가 취재 활동을 하기 위하여 상당한 비용, 기술, 인력, 조직을 필요로 하고, 취재를 통하여 작성된 뉴스 기사는 관련 시장에서 교환가치를 가지고 거래되는 반면, INS는 위와 같은 노력 없이도 AP의 기사를 복제하여 손쉽게 이윤을 얻는다는 점에 주목하였다.¹⁰⁹⁾ 따라서 부정 경쟁행위의 전통적인 요소인 ‘출처 사칭(palming off)’이 없더라도, AP의 투자는 ‘준재산권(準財産權, quasi property)¹¹⁰⁾’으로 보호되어야 한다는 것이 다수의견의 결론이다.¹¹¹⁾

이에 대하여 뉴스 기사에 대해 선불리 재산권을 인정하여서는 안 된다는 취지에서 두 가지 반대의견이 제시되었다. 먼저 Holmes 대법관은 위 사건을 전통적인 부정경쟁행위에 해당하는 출처 사칭 법리로 해결해야 한다는 의견을 제시하였다. 즉, INS가 뉴스의 출처를 AP로 밝히지 않은 경우에 한하여 일정 시간 동안 그 복제를 금지하는 것만으로도 충분한 구제가 될 수 있다고 한다.¹¹²⁾ 한편, Brandeis 대법관의 반대의견은 뉴스와

108) 위 사건에 적용된 1909년 연방 저작권법은 등록된 저작물만을 보호하였다.

109) 248 U.S. 215, 238.

110) Black's Law Dictionary에 의하면 영미법상 Property는 “어떠한 객체를 점유하거나 이용함으로써 타인을 배제할 수 있는 권리”로 정의된다(<http://thelawdictionary.org/letter/p/page/152/>, 2015. 6. 12. 최종 방문). Property는 그에 포함되는 Real Property, Personal Property, Private Property, Public Property, Intellectual Property의 구체적인 내용에 비추어 볼 때 물건에 대한 배타적 지배권을 의미하는 민법상 물건보다는 다소 넓은 개념으로 보이고, 물권·채권 등 경제적 가치가 있는 일체의 권리를 모두 포함하는 민법상 재산권보다는 확연히 좁은 개념으로 해석된다. 이와 같이 물건에 가까운 재산권을 표현하는 용어가 마땅치 않으므로, 이하에서는 편의상 ‘재산권’으로 번역하되 민법상 물건 개념과의 혼동을 피하기 위하여 원어를 병기하도록 한다.

111) 248 U.S. 215, 234.

112) 248 U.S. 215, 247. 본래 사칭(palming off)은 자신의 상품을 타인의 상품인 것처럼 혼동을 유발하는 행위를 의미하는데, 위 사건에서는 이와 반대로 INS는 AP의 뉴스 기사를 마치 자신의 뉴스 기사인 것처럼 혼동을 야기하였다고 설명한다(이른바 ‘reverse palming off’).

같은 정보에 대하여 재산권을 부여하는 것은 입법에 의하여 결정될 문제라고 지적한다. 뉴스와 같은 정보를 어떠한 요건으로 보호하고 그에 대하여 어떠한 구제수단을 부여할 것인가에 관하여 다양한 논의가 있을 수 있는데, 법원이 그에 관하여 적극적으로 나서서 규율하는 것은 적절하지 않다는 취지이다.¹¹³⁾

INS 판결은 부정이용 법리를 도입하고 이를 지적 창작물의 도용행위에 대해 적용한 최초의 판시이다. 당시 뉴스 기사는 연방 저작권법상 저작물로 보호될 수 없었는데, 전신 기술의 발달로 사실상 모방에 무력해진 뉴스의 복제를 불법행위 개념으로 포착하였다는 점에서 의미를 가진다. 위 판결에서 부정이용의 개념을 명확히 정의하지는 않았으나, 원고의 뉴스 기사에 대해 준재산권을 인정할 근거에 비추어보면, 대체로 타인이 노동력, 기술, 자본 등을 투하하여 얻은 결과물을 그와 경쟁관계에 있는 자가 별다른 노력 없이 취득하여 이용하는 행위로 해석된다.¹¹⁴⁾

(2) 부정이용 법리의 위기

(가) 연방 보통법의 폐기

미국의 연방제는 연방정부와 주정부의 권한 분배에 관하여 몇 가지 흥미로운 주제를 제공한다. 서로 다른 주(州)에 속한 주민들 사이의 분쟁에 관하여 연방법원이 관할권을 가지는 이른바 주간 주민 관할(州間 住民 管轄, diversity jurisdiction) 사건¹¹⁵⁾에서 해당 주의 제정법이 존재하지 않는 경우 연방법원은 반드시 그 주의 보통법을 적용하여야 하는가에 관한 논의도 그러한 예 중 하나이다.

113) 248 U.S. 215, 266-267.

114) 248 U.S. 215, 236.

115) 문헌에 따라 '주적상이(州籍相異) 사건으로 지칭하기도 한다. 가령, 이재홍, "미국의 연방법원과 주법원의 관할", 재판자료, 58집, 법원도서관, 1992, 이규호, "미국 연방법원에 있어서 주법의 적용여부 및 범위(상)", 사법행정, 39권 7호, 한국사법행정학회, 1998 등이 그러하다.

이와 관련하여, 연방법원은 분쟁에 관련된 해당 주의 제정법은 반드시 적용하여야 하지만, 주법원의 보통법에는 구속될 필요가 없다는 것이 종래 연방대법원의 입장이었다.¹¹⁶⁾ 위 판시는, 사안에 적용할 만한 마땅한 제정법이 없는 경우 연방법원이 독자적인 보통법에 따라 분쟁을 해결할 수 있다는 근거가 되었고, 이에 따라 부정이용 법리와 같은 ‘연방 보통법(federal common law)’이 전개될 수 있었다.

그런데 1938년 연방대법원은 *Erie Railroad Co. v. Tompkins*¹¹⁷⁾ 사건에서, 주간(州間) 주민 관할 사건을 담당하는 연방법원은 해당 주의 제정법뿐만 아니라 보통법에도 구속된다고 판시함으로써, 연방법원의 보통법 창설 권한을 부인하였다. 이로써 주의 분쟁을 해결하기 위한 실체법으로서의 연방 보통법은 모두 설 자리를 잃게 되었고, *INS* 판결에서 실시한 부정이용 법리도 연방 보통법으로서의 지위를 상실하게 되었다. 다만, 보통법의 지위를 상실했다는 것은 *INS* 판결에서 실시된 부정이용 법리가 불법행위의 선례로서 청구권원(請求權原, cause of action)¹¹⁸⁾으로 원용되지 못한다는 것을 의미할 뿐, 그러한 실시 자체마저 부인된다는 것은 아니다.¹¹⁹⁾

실제로 부정이용 개념 자체는 그 후 많은 주에서 제정법을 통해 부정경쟁행위의 한 유형으로 받아들여졌고¹²⁰⁾, 일련의 판결에서 재차 확인됨으로써 보통법으로서의 새로운 지위를 구축하게 되었다. 가령, 경쟁관계에 있는 방송국에서 송출된 라디오나 TV 전파를 수집하여 이를 상업적 용도로 이용하는 행위는 많은 판례에서 부정이용행위로 인정하였다.¹²¹⁾ 그 밖

116) *Swift v. Tyson*, 41 U.S. 1 (1842).

117) 304 U.S. 64 (1938).

118) 영미법상 ‘cause of action’은 종래 소인(訴因) 내지 청구원인(請求原因) 널리 번역되어 왔으나, 그 실질적인 의미는 청구를 이유 있게 하는 실체법상의 권리 또는 법률관계에 가까운 것으로 보인다. 그러므로 이하에서는 청구권원(請求權原)으로 번역하되, 기존의 용례를 고려하여 원어를 병기하도록 한다.

119) *Portfolio Recovery Associates, Inc. v. Portfolio Recovery Group, LLC*, 2013 WL 5723869 (2013).

120) Khadder, 앞의 논문(註 104), 6면.

에도 연극배우가 타인이 창작한 라디오 연속극에 등장한 캐릭터를 이용하여 자신을 홍보하는 행위¹²²⁾, 무역에 관한 정보를 수집하기 위하여 경쟁업체의 출판물을 베끼는 행위¹²³⁾, 저작권이 인정되지 않는 공중의 영역에 속한 음악의 연주를 녹음하여 판매하는 행위¹²⁴⁾, 외부에 공개하거나 모방하지 않을 것을 전제로 소수에게만 공개한 디자인을 이용한 상품을 제작하여 판매하는 행위¹²⁵⁾, 타인의 물리학 교과서에 실린 문제의 풀이 방법을 별도의 책자로 출판하는 행위¹²⁶⁾, 구독자들에게 채권 거래 정보를 제공하기 위하여 보다 많은 정보가 수록된 경쟁업체의 뉴스 기사를 그대로 가져다 쓰는 행위¹²⁷⁾ 등에 대해서도 부정이용이라는 판단이 이루어졌다.

(나) 연방법 우선 적용 원칙

연방 보통법의 폐기를 선언한 *Erie Railroad* 판결에도 불구하고 부정이용 법리가 그 명맥을 유지해온 것은 사실이나, 연방 보통법의 지위를 잃게 됨으로써 특허법, 저작권법 등 연방 지적재산권법에 대하여 열후적인 지위에 놓인 것은 아닌지 의문이 제기될 수 있다. 부정이용 법리의 지위는 연방법과의 관계에서 매우 큰 도전을 맞이하게 되었는데, 1976년 개정 연방 저작권법은 그러한 논의의 도화선이 되었다.

미국의 저작권은 연방 저작권법과 각 주의 저작권법에 의하여 이원적으로 규율된다. 전통적으로 연방법과 주법은 해당 저작물이 ‘공표 (publication)¹²⁸⁾’되었는가에 따라 나뉘어 적용되었는데, 이는 과거 연방

121) *Mutual Broadcasting System v. Muzak Corp.*, 30 N.Y.S.2d 419 (1941), *National Exhibition Co. v. Fass*, 143 N.Y.S.2d 767 (1955), *KMLA Broadcasting Corp. v. Twentieth Century Cigarette Vendors Corp.*, 264 F. Supp. 35 (1967).

122) *Lone Ranger v. Cox*, 124 F.2d 650 (1942).

123) *McCord Co. v. Plotnick*, 108 Cal. App. 2d 392 (1951).

124) *Capitol Records v. Mercury Records Corp.*, 221 F.2d 657 (1955).

125) *Dior v. Milton*, 155 N.Y.S.2d 443 (1956).

126) *Addison-Wesley Pub. Co. v. Brown*, 207 F. Supp. 678 (1962).

127) *Bond Buyer v. Dealers Digest Publishing Co.*, 267 N.Y.S.2d 944 (1966).

저작권법이 저작권의 보호를 받기 위한 요건으로 공표를 명시하여서 공표되지 않은 저작물은 각 주의 보통법에 따라 보호받을 수밖에 없었기 때문이다.¹²⁹⁾ 그 밖에 이원적 체제로 인하여 발생할 수 있는 중복 규율의 문제는 연방 헌법 제6조의 이른바 ‘최고법 조항(Supremacy Clause)’¹³⁰⁾에 의하여 해결된다. 그러므로 개별 주의 제정법 또는 보통법은 연방법에 저촉되지 않는 한도 내에서만 유효하다는 ‘연방법 우선 적용(federal preemption)’ 원칙이 일찍이 확립되었으며, 주법은 연방 지적재산권법과 충돌하지 않는 영역에서 비로소 그 의미를 가질 수 있다.

이와 관련하여, 연방 저작권법이 우선 적용되는 범위를 비교적 구체적으로 명시한 1976년 개정 연방 저작권법 Section 301 (b)에 주목할 필요가 있다. 17 U.S.C. §301로 편입된 위 조항은 각 주의 보통법 내지 제정법이 저작권에 관하여 규율할 수 있는 범위를 명시적으로 제한하였다.

128) 미국 저작권법상 ‘publication’의 번역에 관하여는, 대체적으로 ‘공표’로 번역하는 문헌이 다수 발견되는 가운데, ‘발행’으로 번역하는 문헌(주선아, “우리 저작권법에서의 ‘공표’의 의의-미국 저작권법상의 ‘발행’과 관련하여-”, Law&Technology, 제7권 제4호, 2011)이 눈에 띈다(한편, ‘발행’과 ‘공표’를 병기하는 문헌으로는 이상훈, “미국 저작권법상 2차적 저작물의 보호”, 재판자료: 외국사법연수논집, 제89집, 2000 참조).

17 U.S.C. §101는 ‘publication’을 “저작물의 사본이나 음반을 판매 등의 방법으로 공중에 배포하는 것”으로 정의하는데, 한국 저작권법의 ‘공표’와 ‘발행’ 중 어느 개념에 더 가까운지 논의의 여지가 있다. 한국 저작권법 제2조 제24호는 발행을 “저작물 또는 음반을 공중의 수요를 충족시키기 위하여 복제·배포”하는 것으로, 같은 조 제25호는 공표를 “저작물을 공연, 공중송신 또는 전신 그 밖의 방법으로 공중에게 공개하는 경우와 저작물을 발행”하는 것으로 규정하므로, 일단 공표는 발행을 포함하는 개념으로 해석된다. 그런데 우리 저작권법상 배포는 유형물을 전제로 하기 때문에 배포를 태양으로 하는 발행의 대상에 무형물까지 포함된다고 보기 어려우므로, 굳이 양자를 구별하자면 발행은 유형물만을 대상으로 한다고 볼 수 있지 않을까 생각된다.

미국 저작권법에서는 저작물이 ‘publication’되었는지 여부에 따라 공정이용 항변에 고려되는 저작물의 특성이 달라질 수 있고[*Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 564 (1985)], 저작권청에 저작물을 등록하는 데 필요한 요건이 달라질 수 있으며, 침해자의 고의 판단에 영향을 미칠 수 있고, 법정손해 및 변호사비용의 배상 청구 가부가 결정되는 등 다양한 기준으로 활용되므로[이상의 구별실익에 관하여는 Deborah R. Gerhardt, “Copyright Publication: An Empirical Study”, 87:1 Notre Dame Law Review 135, 145-147 (2011) 참조], 저작물 일반에 널리 적용될 수 있는 공표로 번역하는 것이 적절하다고 생각된다.

129) *Hemingway v. Random House, Inc.*, 296 N.Y.S.2d 771 (1969).

130) 미국 연방 헌법 제6조는 다음과 같이 규정한다.

“이 헌법, 이 헌법에 의하여 제정될 미합중국의 법률, 미합중국의 권한에 의하여 체결되었거나 체결될 모든 조약은 국가의 최고법(the supreme law)이다; 이에 배치되는 어떤 주의 헌법이나 법률이 있다고 하더라도, 모든 주의 법관은 이 헌법에 구속되어야 한다.”

즉, 기존 연방 저작권법 §§102, 103에 규정된 저작물에 속하지 않은 창작물을 보호하거나(the subject matter requirement), §106에 의한 저작권의 일반적인 범위에 속한 배타적 권리와 동등하지 않은 법적·형평적 권리의 침해를 다루는 경우(the general scope requirement)에는 주법에 의하여 규율할 수 있으나¹³¹⁾, 그 밖의 경우에는 연방 저작권법이 우선적으로 적용된다.

위 규정에 따르면, 주의 제정법 내지 보통법으로 구현되어 왔던 부정이용 법리는 연방 저작권법이 우선 적용되지 않는 매우 예외적인 상황에서만 적용될 수 있는데, 뒤에서 살펴 볼 바와 같이 그러한 예외가 인정되는 범위는 그리 넓지 않다.

(다) 부정경쟁행위에 관한 리스테이트먼트

1976년 개정 연방 저작권법에 따라 그 적용 범위가 매우 좁아진 부정이용 법리는 그 후 얼마 지나지 않아 또다시 위기를 맞이하게 되었다. 1987년에 발간된 부정경쟁행위에 관한 리스테이트먼트(The Restatement of Unfair Competition)는 경쟁의 자유를 실현하기 위하여 공정한 경쟁을 저해하는 특정한 행위를 열거하여 제한적으로 규제하는 방식을 취하였는데¹³²⁾, 거래 관계에 있는 타인의 무형 자산(intangible

131) 본래 연방법 우선 적용 원칙의 예외가 인정되는 경우로 아래와 같이 (1)~(4)를 규정하고 있으나, 이 글의 주제와 밀접한 관련이 있는 (1), (3)에 한정하여 논의를 진행한다.

(b) Nothing in this title annuls or limits any rights or remedies under the common law or statutes of any State with respect to—

(1) subject matter that does not come within the subject matter of copyright as specified by sections 102 and 103, including works of authorship not fixed in any tangible medium of expression; or

(2) any cause of action arising from undertakings commenced before January 1, 1978;

(3) activities violating legal or equitable rights that are not equivalent to any of the exclusive rights within the general scope of copyright as specified by section 106; or

(4) State and local landmarks, historic preservation, zoning, or building codes, relating to architectural works protected under section 102 (a)(8).

132) 경쟁의 자유(the freedom to compete)에 관하여 규정하는 위 리스테이트먼트 §1는 부정경쟁행위로서 불법행위 책임이 성립할 수 있는 유형을 한정 열거하는 방식을 취하고 있는데, 이는 앞서 살펴본 §38와 유사한 구조이다.

asset)을 이용하는 행위로 인하여 불법행위 책임이 성립되는 경우를 다음 세 가지로 한정하였다.

- (a) 타인의 영업비밀을 이용하는 행위가 제39조 내지 제45조에 따라 불법행위 책임을 구성하는 경우
- (b) 타인의 정체성(identity)을 이용하는 행위가 제46조 내지 제49조에 따라 불법행위 책임을 구성하는 경우
- (c) 다른 연방법·주법·조약, 계약위반, 연방저작권법에 의하여 유보된 보통법상의 저작권 침해로 인하여 불법행위 책임을 구성하는 경우¹³³⁾

환언하자면, 경쟁관계에 있는 타인의 무형 자산에 무임승차하여 경쟁상 이익을 누린다고 하더라도, 그와 같은 사정만으로는 부정경쟁행위로 볼 수 없다는 것이 위 리스테이트먼트의 시각이다. *INS* 판결을 통해 부정이용 법리가 도입된 이후 이를 적용한 하급심 재판례가 누적되고 있었던 상황임에도 불구하고, 관련 법령·조약 등에 의하여 침해가 인정되거나 영업비밀이나 퍼블리시티권이 침해되는 경우 이외에는, 무형자산을 이용하는 행위 일반에 대하여 불법행위 법리를 적용해서는 안 된다고 본 것이다.

위 리스테이트먼트가 부정행위 법리를 받아들이지 않은 이유는 주석에 보다 상세히 설명되어 있다. 즉, 경쟁자의 아이디어, 혁신 등 무형 자산이 공중에 한 번 공개된 이상 그 이용을 금지하는 일반적인 법원칙은 존재하지 않으며, 오히려 부정이용 법리를 받아들이지 않는 것이 경쟁을 둘러싼 이해관계를 조율하는 효과적인 방법이라고 한다.¹³⁴⁾ 이와 같은 리스테이트먼트의 취지에 대해서는, 위법한 수단으로 경쟁에 임하지 않은 이상 단순히 타인에게 돌아갈 영업상 이익을 얻었다는 이유만으로 불법행위를 구성하지 않으며, 정보 등 무형자산에 관하여 일반적인 물권이 인정될 수 없다는 원칙을 천명한 것이라고 평가하는 견해도 있다.¹³⁵⁾

133) Restatement (Third) of Unfair Competition §38.

134) Restatement (Third) of Unfair Competition §38 cmt. b.

135) Gary Myers, "The Restatement's Rejection of the Misappropriation Tort: A Victory for

비록 리스테인먼트가 그 자체로 구속력 있는 법원(法源)은 아니라고 하더라도 보통법상 청구권원(cause of action)으로 널리 원용되는 점에 비추어 보면, 부정이용 법리의 상당한 위축은 불가피할 것이다.

(3) 부정이용 법리의 현재

부정이용 법리는 1976년 연방 저작권법의 개정으로 인하여 그 적용 범위가 크게 위축되었고, 1987년 부정경쟁행위에 관한 리스테인먼트에서 채택되지 않음에 따라 미국이 모든 주(州)에 공통적으로 적용될 수 있는 법리인가에 관한 근본적인 의문이 제기되었다. 많은 문헌에서 부정이용 법리가 뉴욕주에 한하여 인정되는 보통법임을 전제로 그 한계를 지적하고 있다.¹³⁶⁾

실제로 위 리스테인먼트에서 지적 창작물의 부정이용을 부정경쟁행위로 받아들이지 않은 후에도, *National Basketball Association v. Motorola, Inc.*,¹³⁷⁾ *Barclays Capital Inc. v. Theflyonthewall.com, Inc.*,¹³⁸⁾ *Barry Z. Levine v. Elliot Landy & Landyvision, Inc.*,¹³⁹⁾ *Banxcorp v. Costco Wholesale Corporation*,¹⁴⁰⁾ *Fox News Network, LLC v. Tveyes, Inc.*¹⁴¹⁾ 등 다수의 판결에서 꾸준히 부정이용 법리가 적용되기는 하였으나, 이는 모두 뉴욕을 관할하는 뉴욕남부지방법원, 뉴

the Public Domain”, 47 S.C. L. Rev. 673, 680-681 (1996).

136) 이를테면, Douglas G. Baird, “Common Law Intellectual Property and the Legacy of International News Service v. Associated Press, 50 U. Chi. L. Rev. 411 (1983), Bruce P. Keller, “Condemned to Repeat the Past: The Reemergence of Misappropriation and Other Common Law Theories of Protection for Intellectual Property Law”, 11 Harv. J. L. & Tech. 401 (1997-1998), Khadder, 앞의 논문 등이 그러하다.

137) 105 F.3d 841 (2d Cir. 1997).

138) 650 F. 3d 876 (2d Cir. 2011).

139) 832 F.Supp.2d 176 (2012).

140) 978 F.Supp.2d 280 (2013).

141) 43 F.Supp.3d 379 (2014).

육북부지방법원 또는 연방제2항소법원¹⁴²⁾의 판결이었다.

이러한 경향은 다른 관할의 연방지방법원 판결에서도 지적된다. 오하이오남부연방지방법원은 2012년 *Allure Jewelers, Inc., v. Mustafa UL* ^U¹⁴³⁾ 판결에서, 연방 보통법의 지위를 상실한 연방대법원의 *INS* 판결은 더 이상 유효한 선례가 아니고, 오하이오주에서 *INS* 판결의 법리를 원용하거나 청구권원(cause of action)으로 채택한 법원은 없다고 판시하며, 부정이용 법리를 원용하고자 하는 원고의 주장을 배척하였다.

그러므로 오늘날 부정이용 법리가 처한 상황을 평가하자면, 뉴욕 등 일부 지역에서만 보통법으로서의 지위를 유지하고 있고, 그나마 연방 지적재산권법과의 관계에서 지극히 예외적으로만 적용이 가능한 법리라고 할 수 있을 것이다.

다만, 연방 지적재산권법의 우선 적용 범위를 검토하는 판례들은 단순히 연방법과 주법의 관계를 해석하는 데 그치지 않고, 지적재산권법 밖의 영역에서 불법행위 법리가 개입할 수 있는 요건이 무엇인가에 관하여 어느 정도의 단서를 제공하고 있다. 이러한 판시는 지적재산과 불법행위 법리의 관계를 탐구하는 국내의 논의에도 참고할 만하다고 판단되므로, 이하에서는 그 구체적인 내용에 관하여 살펴보고자 한다.

2. 부정이용 법리의 적용 범위

가. 핫뉴스에 국한되는지 여부

미국의 논의를 정리하게 앞서 선결적으로 검토해야 할 문제는 부정이용 법리의 적용범위이다. 후술할 바와 같이, 부정이용 법리를 다루는 문헌 중에는 핫뉴스의 이용에 국한하여 분석하는 견해도 있고, 지적 창작물의

142) 연방제2항소법원은 코네티컷, 뉴욕동부·서부·남부·북부, 버몬트연방지방법원의 판결에 대한 항소사건을 관할한다.

143) 2012 WL 4322519 (S.D. Ohio).

이용행위 전반을 규율할 수 있는 규범으로 해석하는 견해도 있다.

사실 부정이용 법리를 최초로 선언한 *INS* 판결에서 시간의 흐름에 따라 달라지는 뉴스의 가치가 핵심적인 논거가 되었고, 그 후 *NBA* 판결이 제시한 추가 요소 테스트도 같은 취지에서 핫뉴스의 고유한 특징을 포착한 것으로 해석될 여지가 있다. 실제로 1976년 개정 연방 저작권법 Section 301에 관한 미 하원 보고서는 핫뉴스에 관한 부정이용만을 언급하고 있다.¹⁴⁴⁾

그러나 위 하원 보고서에 대해서는, *INS* 판결과 같은 유사 사례가 연방법 우선 적용 원칙의 예외로 인정될 수 있는가에 관하여 깊이 있는 고찰을 하지 못했다는 지적이 있다.¹⁴⁵⁾ 또한, 1976년 개정 연방 저작권법 Section 301의 개정 취지에 관한 설득력 있는 근거를 제시하지 못하였다는 비판도 제기되어 왔다.¹⁴⁶⁾ 굳이 위 비판을 상기하지 않더라도, 연방법원 및 주법원이 선고한 다수의 판결은 이미 노력과 비용이 투자된 성과물 일반에 대해 부정이용 법리를 적용해왔다. 가령, 비교적 최근의 판시인 *Barry Z. Levine v. Elliot Landy & Landyvision, Inc.* 판결에서는 저작권 침해로 인정되지 않는 사진의 이용행위에 대하여 부정이용 법리를 적용할 수 있는지 문제되었는데, 뉴욕북부연방지방법원은 핫뉴스와 무관한 위 사진에 대해서도 연방 저작권법이 우선 적용되지 않는 범위 내에서 부정이용 법리가 적용될 수 있음을 전제로 추가 요소 테스트를 적용한 바 있다.¹⁴⁷⁾

최근 부정이용 법리의 입지가 극단적으로 좁아진 것은 부인의 여지가 없으나, 적어도 연방 저작권법이 우선 적용되지 않는 국면에서 뉴욕연방지방법원은 부정이용 법리를 핫뉴스에 국한하여 적용하지는 않는 것으로 보인다. 경쟁 질서에 부합하는 유리한 출발(headstart)을 보호하고 그에

144) H.R. REP. No. 94-1476, 132 (1976).

145) Khadder, 앞의 논문(註 104), 16-17면.

146) Jane C. Ginsburg, “Copyright, Common Law, and Sui Generis Protection of Databases in the United States and Abroad”, 66 U. CIN. L. REv. 151, 161-162 (1997).

147) 832 F.Supp.2d 176, 186-187 (2011).

반하는 부당한 무임승차를 방지하고자 하는 것이 부정이용 법리의 취지인 이상, 정보와 가치와 시간적 요소를 관련짓는 것이 반드시 핫뉴스만을 전제로 한다고 단정하기는 어렵다고 생각한다.

나. 연방 특허법과의 관계

연방 특허법은 연방 저작권법과 달리 우선 적용 범위에 관하여 별도의 규정을 두고 있지 않았으므로, 앞서 살펴 본 헌법상 최고법 조항(Supremacy Clause)의 해석론에 따라 지적재산에 관한 주법의 효력이 결정되었다.

먼저, *Sears, Roebuck & Co. v. Stiffel Co.*¹⁴⁸⁾ 사건에서는 주상등(柱上燈, pole lamp)에 대해 부여된 특허가 추후 무효로 인정된 경우, 위 주상등을 모방한 제품을 만들어 판매한 것이 부정경쟁행위에 해당하는지 문제되었다. 연방대법원은 어떤 제품에 대한 특허권이 기간 만료로 소멸하거나 무효로 인정되면 해당 발명은 공중의 영역(public domain)에 속하게 되므로 누구나 위 제품을 생산하거나 판매할 수 있다고 보았다.¹⁴⁹⁾ 따라서 위와 같은 모방행위를 부정경쟁행위로 간주하여 이를 금지하는 일리노이 주의 제정법은 진정한 발명에 대하여 제한된 기간 동안 독점권을 부여하는 연방 특허법의 취지에 반한다고 판시하였다.¹⁵⁰⁾

같은 해 선고된 *Compco Corp. v. Day-Brite Lighting, Inc.*¹⁵¹⁾ 판결도 디자인 특허가 인정되지 않은 형광등 반사갓(reflector for fluorescent light tubes)을 그대로 모방한 제품을 판매한 경우 부정경쟁행위로 규제할 수 있는지 판단하였다. 이에 대하여 연방대법원은 특허법

148) 376 U.S. 225 (1964).

149) 376 U.S. 225, 231.

150) 376 U.S. 225, 232-233.

151) 376 U.S. 234 (1964).

이나 저작권법에 의하여 보호되지 않는 대상은 공중의 영역에 남겨졌다고 보는 것이 위 연방 법률의 취지이므로, 그에 대한 모방을 금지하는 것은 허용될 수 없다고 판시하였다.¹⁵²⁾ 위 판결들은 모두 연방 특허법의 보호 범위에 속하지 않은 지적재산은 일응 공중의 영역에 놓인 것으로서 자유롭게 모방할 수 있다는 관점을 유지하고 있다.

한편, *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*¹⁵³⁾ 사건에서는 특정 제품의 윤곽을 본 따 직접 성형하는 방법으로 타인의 제품을 모방하는 것을 금지하는 플로리다 주법의 효력이 쟁점으로 다루어졌다. 위 법률에 의하면 특허를 받지 못한 선체(船體)라 하더라도 이를 복제하여 동일한 제품을 생산하는 행위가 금지된다. 이에 대하여 연방대법원은 혁신을 자유롭게 이용하고자 하는 욕구와 그러한 혁신을 지속적으로 창출할 수 있게 할 인센티브 사이에는 긴장관계가 형성되는데, 그 균형은 의회가 제정한 연방 특허법에 의하여 유지되며, 그 범위 내에서 지적재산권에 대한 주의 규제 권한은 축소되어야 한다고 강조하였다.¹⁵⁴⁾ 이러한 전제에서, 위 플로리다 주법은 특허법에 의하여 보호되지 않는 물건의 복제를 금지함으로써 *Sears* 사건에서 문제된 일리노이 주법과 마찬가지로 주의 시장 규제와 연방의 특허 정책 사이의 평화로운 공존을 깨뜨렸으므로,¹⁵⁵⁾ 연방 특허법이 우선 적용되어야 한다고 판시하였다.

이러한 취지대로라면, 특허법의 보호대상인 지적재산에 대하여 연방 특허법 이외의 어떠한 법적 보호도 허용될 수 없다는 의미인지 다시 의문이 제기된다. 실제로 이점에 관하여 위 판결들은 명확한 입장을 밝히지 않은 것으로 보인다.¹⁵⁶⁾

152) 376 U.S. 234, 237.

153) 489 U.S. 141 (1989).

154) 489 U.S. 141, 152.

155) 489 U.S. 141, 167.

156) David E. Shipley, "Refusing to Rock the Boat: The Sears/Compco Preemption Doctrine Applied to *Bonito Boats v. Thunder Craft*", 25:3 Wake Forest L. Rev. 385, 388 (1993).

그런데 위 사건에서 문제가 된 지적재산은 다름 아닌 신규성이나 진보성이 결여된 발명¹⁵⁷⁾, 특허기간이 만료되었거나 특허가 무효로 인정된 발명¹⁵⁸⁾이다. 신규성·진보성은 특허법에 의하여 어떠한 발명에 독점이 부여되기 위한 기본적인 요건이고, 특허 존속기간은 위와 같은 독점력이 지속될 수 있는 시간적 한계이다. 특허법이 명시적으로 마련한 위와 같은 요건을 구비하지 못한 발명에 대해서도 부가적인 사정없이 특허발명에 준하는 독점적인 사용권을 보장한다면, 고유의 보호영역을 정밀하게 설정한 특허법의 입법취지가 몰각될 우려가 있음은 분명해 보인다. *INS* 판결에서 경쟁관계에 있는 자가 무임승차하였다는 부가적인 사정이 판시의 주된 근거가 된 점에 비추어 보아도 그러하다. 위 판결들이 부정이용 법리를 통해 규율할 수 없는 근거로 언급한 공중의 영역은 이러한 맥락에서 이해될 수 있다.

특허법의 입법취지에 주목하는 시각은 위 사례들과 달리 연방 특허법의 우선 적용을 부인한 *Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp.*¹⁵⁹⁾ 사건에서도 확인할 수 있다. 당시 오하이오주의 영업비밀보호법은 연방 특허법의 보호대상인 발명에 대해서도 영업비밀로 아울러 보호할 수 있도록 규정하였는데, 이와 같은 주법이 연방 특허법에 저촉되는 것은 아닌지 다투어졌다. 이에 대하여 연방대법원은 양 법률이 동일한 대상을 보호한다고 하더라도, 주의 영업비밀보호법은 연방 특허법과 보호의 취지 내지 성격을 달리하므로, 발명을 장려하는 연방의 특허 정책에 배치되지 않는다고 판시하였다.¹⁶⁰⁾

157) 註 153 참조.

158) 註 148 참조.

159) 416 U.S. 470 (1974).

160) 416 U.S. 471; 만약 영업비밀이 (1) 명백히 특허를 받을 수 없는 경우라면 특허법의 대안으로서 발명을 촉진하는 효과가 있으므로 연방 정책에 부합하고, (2) 특허를 받을 수 있을지 불명확한 경우라면 궁극적으로 특허가 무효로 됨으로써 발생할 위험과 비용을 피하기 위하여 영업비밀보호법의 존재와 무관하게 특허법에 의한 보호를 구하지 않을 수 있을 뿐만 아니라, 특허법에 의한 보호가 불확실한 영업비밀을 특허 출원하도록 유인하기 위하여 영업비밀보호법을 없애는 것은 특허 정책에 부정적인 효과를 야기하며, (3) 명백히 특허를 받을 수 있는 경우라면 영업비밀보호법이 특허법보다 약한 정도의 보호를 제공한다는 점에서 연방 특허법에 배치되지 않는다

이상의 판시를 종합하면, 부정이용 법리는 헌법상 최고법 조항에 따라 연방 특허법의 입법취지를 몰각시키지 않는 범위 내에서만 유효하다고 보는 것이 연방대법원의 입장임을 알 수 있다.

다. 연방 저작권법과의 관계

(1) 1976년 연방 저작권법 개정 전

연방 저작권법 개정을 통하여 우선 적용 범위가 명시되기 전, 연방 저작권법과 주의 제정법 내지 보통법의 관계는 1973년 *Goldstein v. California*¹⁶¹⁾ 사건에서 구체적으로 다루어졌다. 위 사건에서는 음반(sound recording)을 구입한 후 권리자의 허락을 받지 않고 그대로 공테이프에 녹음한 행위를 형사 처벌하는 캘리포니아 주법이 연방 저작권법에 저촉되는지 문제되었다. 당시 적용된 1909년 연방 저작권법이 명시한 저작물의 개념에는 음반이 포함되지 않았기 때문에, 이를 복제한 행위를 처벌하는 것이 연방 저작권법의 취지에 반하는 것은 아닌지 다투어진 것이다. 연방대법원은 헌법에 따라 저작권을 수여할 수 있는 권한을 의회가 독점하는 것은 아니므로, 자유로운 접근을 가능하게 하고자 하는 취지에서 연방 저작권법이 의도적으로 보호 범위에서 배제한 영역이 아니라면 연방 저작권법과의 충돌 문제는 발생하지 않는다고 보았다.¹⁶²⁾ 따라서 연방 저작권법에 의하여 보호되지 않는 음반을 보호하는 캘리포니아 주법은 유효하다고 판단하였다.¹⁶³⁾

위와 같은 접근방법은 앞서 살펴 본 *Sears* 판결 및 *Compco* 판결과 결론을 달리함에도 불구하고 그 맥락은 같다는 점에 주목할 필요가 있다.

고 설명한다.

161) 412 U.S. 546 (1973).

162) 412 U.S. 546, 553.

163) 412 U.S. 546, 559.

만약, 연방 저작권법이 정의한 저작물의 개념에는 포함되나 창작성이 인정되지 않아 저작권이 부여될 수 없는 표현에 대하여 주법이 다른 사정없이 바로 저작권법에 준하는 배타적 권리를 부여하였다면, 위 판결에서와 마찬가지로 연방 저작권법의 입법취지에 반하여 허용될 수 없다는 결론에 이르렀을 것이다. 창작성이 없는 표현에 대해서는 독점적 권리를 부여하지 않겠다는 것이 저작권법의 취지이기 때문이다.

그렇다면 처음부터 연방 저작권법상 저작물의 개념에 포함되지 않았던 표현은 어떠한가? 연방 저작권법상 저작물의 개념에 포함되지 않았다는 사정만으로 일체의 보호를 부인해서는 안 되고, 저작물의 개념에 포함되지 않은 이유가 단순히 입법의 불비에 의한 것인지, 아니면 의도적으로 공중의 영역에 남겨 둘 목적에서 입법 당시부터 배제한 것이 면밀히 살펴보아야 할 것이다. 만약 전자에 해당한다면, 이를 주법으로 보호한다고 하더라도 저작권법의 입법취지에 반한다고 단정할 수 없다.¹⁶⁴⁾

연방 저작권법의 역사에 비추어 보면, 저작물의 범주에 관한 입법적 결단은 저작물의 성격은 물론, 국가 경제에 미치는 상업적 가치에도 의존한다는 것을 알 수 있다.¹⁶⁵⁾ 1790년 최초로 제정된 연방 저작권법은 지도, 도표, 서적만을 보호 대상으로 하였고, 음악저작물은 1831년에 작곡이 저작물의 범주에 포함되면서 비로소 저작권법의 보호를 누릴 수 있었다.¹⁶⁶⁾ 1909년 저작권법 개정 당시, 작곡 이외에 음반에 대해서도 저작권을 인정할 경우 음반의 배포가 원활히 이루어지지 않아 음악 자체가 독점될 가능성이 있다는 우려가 제기됨에 따라 사전에 정해진 실시료의 지급을 내용으로 하는 강제실시권(compulsory license)만을 부여하는 것으로 입법이 된 것은 사실이다.¹⁶⁷⁾ 그런데 이는 보호의 정도를 달리한 것일 뿐, 음반 자체를 보호 범위에서 배제한 것은 아님이 명백하다. 나아가 당시 연

164) *Kewanee Oil* 판결의 표현을 차용하자면, 창작을 장려하는 연방의 저작권 정책에 배치되지 않는다고 할 것이다.

165) 412 U.S. 546, 562.

166) 412 U.S. 546, 562 n17.

167) H.R. REP. No. 2222, 60th Cong., 2d Sess. 6 (1909).

방 저작권법에 명시된 ‘공표(published)’는 의회가 연방 저작권법이 적용되는 기준을 설정한 것에 불과하므로¹⁶⁸⁾, 음반을 법적 보호 대상에서 제외하는 근거가 될 수 없다. 음반에 내재된 저작물로서의 성격 및 그 경제적 가치가 다른 저작물과 다르다고 볼 만한 근거가 없는 이상, 연방 저작권법이 음반을 의도적으로 보호 범위에서 배제하고, 이를 다른 법리, 이를테면 주법에 의하여 보호하는 것조차 금지한다고 해석하기는 어려울 것이다. 실제로 1971년 Sound Recording Amendment를 통해 개정 연방 저작권법은 음반의 무단 복제를 금지할 수 있는 권리를 명시하였다.¹⁶⁹⁾

(2) 1976년 연방 저작권법 개정 후

(가) 개정 경위

17 U.S.C. §301로 편입된 1976년 개정 연방 저작권법 Section 301 (b)는 기존 연방 저작권법 §§102, 103에 규정된 저작물에 속하지 않은 창작물을 보호하거나(the subject matter requirement), §106에 의한 저작권의 일반적인 범위에 속한 배타적 권리와 동등하지 않은 법적·형평적 권리의 침해를 다루는 경우(the general scope requirement)에만 연방법 우선 적용 원칙의 예외가 인정된다고 명시하였다.

환언하자면, 연방 저작권법의 보호 범위에 속한 저작물에 대하여 연방 저작권법과 동등한 권리를 부여하는 주법은 허용될 수 없다는 의미이다. 당시 저작권은 연방법과 주법의 이원적 규제로 인하여 다소 혼란스럽고 불확실한 측면이 있었는데, 주법의 적용 범위를 제한함으로써 사실상 연방법 단일 규율 체제로 전환하고 통일적인 규제를 시도한 것으로 해석된다.¹⁷⁰⁾ 이에 따라 연방 저작권법의 입법취지를 검토하고 그에 따라 주법

168) 412 U.S. 546, 570 n28.

169) 위 개정법은 1972. 2. 15.부터 시행되었고, 그 이전에 녹음된 음반에 대해서는 소급 적용되지 않았다.

170) H.R. REP. No. 94-1476, 130 (1976).

이 규율 가능한 영역을 판단하였던 종래의 논의는 17 U.S.C. §301에 제시된 요건을 해석, 적용하는 방향으로 선회하였다.

새롭게 마련된 위 기준에 따를 경우, 부정이용 법리가 연방 저작권법에 저촉되지 않는 예외로 인정될 여지가 원천적으로 차단되는 것은 아닌지 문제된다. 먼저 개정 저작권법의 입법 경과를 살펴보면, Section 301 입안 당시 제출된 초안은 연방 저작권법이 부정이용 법리에 우선하여 적용된다는 취지였으나, 그 후 변경된 수정안에는 연방 저작권법과 동등하지 않은(not equivalent) 부정이용 법리는 연방법의 우선 적용 대상에 포함되지 않는 것으로 명시되었음을 알 수 있다.¹⁷¹⁾ 한편, 1980년에는 연방 저작권법에 의하여 보호되지 않는 컴퓨터 소프트웨어를 주법에 의하여 보호하는 것은 Section 301의 취지에 반하지 않는다는 내용의 미국 하원 보고서가 제출되기도 하였다.¹⁷²⁾ 위와 같은 경과에 비추어 보면, 연방 저작권법이 종전과 달리 부정이용 법리를 전면적으로 부인한 것은 아니라고 판단된다.

(나) 추가 요소 테스트의 등장

17 U.S.C. §301에 규정된 요건 중 기존 연방 저작권법 §§102, 103에 규정된 저작물에 속하는지 여부(the subject matter requirement)를 판단하는 데에는 비교적 큰 어려움이 없으나, 연방 저작권법의 부여하는 배타적 권리와 동등하지 않은 법적·형평적 권리의 침해에 해당하는지 여부(the general scope requirement)를 검토하는 것은 용이하지 않다. 연방 지적재산권법의 입법취지와 공중의 영역에서 준수되어야 할 경쟁질서를 조화롭게 해석해야 한다는 숙제와 다름 없기 때문이다.

이와 관련하여, *National Basketball Association v. Motorola, Inc.*¹⁷³⁾

171) H.R. REP. No. 2237, 89th Cong., 2d Sess. 16 (1966), S. REP. No. 983, 93rd Cong., 2d Sess. 167 (1974), S. REP. No. 473, 94th Cong., 1st Sess. 20 (1975), H.R. REP. No. 1476, 94th Cong., 2d Sess. 132 (1976).

172) H.R. REP. No. 1307, 96th Cong., 2d Sess., Pt. 1, 23-24 (1980).

판결에서 보다 구체적인 판단기준이 제시된 바 있다. NBA는 29개 소속 팀의 농구 경기를 조직하고 주최하는 단체이다. NBA는 방송권 라이선스 및 경기 입장료를 통하여 막대한 수익을 올리는 이외에, 득점 상황, 남은 시간 등 진행 중인 경기의 세부 정보를 유료 가입자의 무선호출기에 송신하는 서비스도 아울러 제공하였다. 한편, Motorola도 이와 유사하게 NBA의 농구 경기 정보를 자사 호출기 이용자에게 유료로 송신하는 서비스를 제공하였는데, 경기 정보는 Motorola의 리포터들이 라디오나 TV로 중계되는 방송을 통해 취득한 것이었다. NBA는 Motorola의 유료 서비스가 부정이용 등에 해당한다고 주장하였고, 이에 대하여 Motorola는 연방 저작권법이 우선 적용되어야 하므로 부정이용 법리는 적용될 수 없다며 다투었다.

이 사건의 쟁점은 17 U.S.C. §301에 명시된 기준에 따라 연방 저작권법이 부정이용 법리에 우선 적용될 수 있는지 여부로서, 연방제2항소법원의 기본적인 시각은 부정이용 법리는 ‘좁은(narrow)’ 범위 내에서 예외적으로만 인정될 수 있다는 것이다.¹⁷⁴⁾ 먼저, 위 법원은 농구 중계 방송과 달리 농구 경기 그 자체는 기존 연방 저작권법 §§102, 103에 규정된 저작물에 해당하지 않는다고 보았다.¹⁷⁵⁾ 주법의 중복 규율 문제가 발생하기 위해서는 농구 중계 방송 및 농구 경기가 모두 연방 저작권법상 저작물에 해당하여야 하는데, 농구 경기가 연방 저작권법의 보호 범위에 속하지 않는 이상 중복 규율로 인한 우선 적용 요건은 충족되지 않는다는 의미이다.

다음으로, 부정이용 법리를 통해 연방 저작권법과 동등한 배타적 권리를 보장하는 문제가 발생하는가와 관련하여, 위 법원은 ‘추가 요소(extra element)’ 테스트를 제시하였다.¹⁷⁶⁾ 즉, 규제하고자 하는 행위가 ① 저작

173) 105 F.3d 841 (2d Cir. 1997).

174) 105 F.3d 841, 843.

175) 105 F.3d 841, 848.

176) 추가 요소 테스트(extra element test)라는 개념은 중전의 연방제2항소법원 판례에도 등장하였으나, “저작권 침해 주장과 질적으로(qualitatively) 상이한 성격의 행위” 정도로 실시되었을

권 침해행위인 저작물의 복제, 공연, 배포, 전시 등을 대체하거나, ② 위와 같은 침해행위에 그치지 않고 그에 부가되는 다른 요소를 포함하고 있다면, 저작권의 일반적인 보호범주에 속한다고 볼 수 없으므로 주범이 독자적으로 규율할 수 있다는 취지이다.¹⁷⁷⁾ 그렇다면 지적 창작물의 부정이용을 저작권의 침해와 구별할 수 있는 추가 요소가 무엇인지 문제되는데, 가령 ‘상업적 부도덕(commercial immorality)’이나 ‘윤리(ethics)’같은 요건은 추상적인 기준에 불과하므로, 부정이용에 해당하는 모방행위를 저작권법상 복제와 구별하기 위한 추가 요소로 보기에는 적절하지 않다고 한다.¹⁷⁸⁾ 위 법원이 제시한 기준은 다음과 같다.

- | |
|---|
| <ul style="list-style-type: none"> (i) 원고가 비용을 들여 정보를 생산하거나 수집할 것 (ii) 정보의 가치가 시간에 민감(time-sensitive)할 것 (iii) 피고가 위 정보를 이용하는 것이 무임승차(free riding)에 해당할 것 (iv) 피고는 원고가 제공하는 상품 내지 서비스와 직접적인 경쟁관계에 있을 것 (v) 무임승차로 인하여 상품이나 서비스를 제공하려는 원고의 인센티브가 감소할 것 |
|---|

특정한 지적 창작물의 이용행위가 위 다섯 가지 기준을 모두 충족하면, 이는 저작권 침해행위와 구별되는 부정이용에 해당하고, 결과적으로 연방 저작권법과 그 취지를 달리하는 규율로서 연방법 우선 적용의 예외로 인정될 수 있다. 위 기준에 따른 경우, Motorola는 자사의 직원들을 고용하여 직접 농구 경기 정보를 수집하였으므로, NBA가 수집한 정보에 그대로 무임승차한 것으로 보기는 어렵다고 판시하였다.¹⁷⁹⁾ 정보를 수집하기 위한 나름의 비용을 지출하였다는 점에서 INS의 뉴스 기사를 그대로 구독자들에게 전달한 AP의 이용행위와는 구별된다는 뜻이다.¹⁸⁰⁾

뿐, 본 판결에서 제시한 다섯 가지 요건과 같이 구체화되지는 않았다. 가령, *Computer Assocs. Int'l, Inc. v. Altai, Inc.*, 982 F.2d 693, 716 (1992)이 그러하다.

177) 105 F.3d 841, 850
 178) 105 F.3d 841, 851
 179) 105 F.3d 841, 854

(다) 추가 요소 테스트의 수정

연방제2항소법원은 *NBA* 판결에서 제시한 추가 요소 테스트를 최근 *Barclays Capital Inc. v. Theflyonthewall.com, Inc.*¹⁸¹⁾ 판결에서 일부 수정하였다. 위 판결의 사실관계는 다음과 같다.

원고 *Barclays Capital Inc., Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith Inc.,* 및 *Morgan Stanley & Co. Inc.*는 미국의 대형 증권사이다. 원고들은 상장 회사에 관한 정보를 수집하여 분석한 후 추천 종목 등 거래 의사 결정에 도움이 되는 리포트를 작성하여 매일 아침 증권시장 개장 전에 고객들에게 제공해왔다. 피고 *Theflyonthewall.com, Inc.*는 인터넷으로 뉴스를 제공하는 웹사이트 운영자인데, 원고들이 작성한 증권 추천 리포트를 공개하기 전에 이를 입수하여 마찬가지로 증권시장 개장 전 자사의 구독자들에게 판매하였다.

제1심 법원은 *NBA* 판결에서 실시된 추가 요건 테스트를 적용하여 피고의 증권 추천 리포트 판매행위가 부정이용에 해당한다고 판시하였다.¹⁸²⁾ 그러나 피고의 불복으로 개시된 항소심 절차에서 연방제2항소법원은 제1심 법원과 결론을 달리하여, 위 사안에서는 연방 저작권법이 부정이용 법리에 우선하여 적용되어야 한다고 판시했다. 위 판결은 부정이용 법리가 연방 저작권법과의 관계에서 ‘좁은(narrow)’ 범위에서만 예외적으로 적용될 수 있다고 명시한 *NBA* 판결의 설시를 강조하면서,¹⁸³⁾ 위 선례에서 제시한 추가 요건 테스트를 일부 수정 해석하였다. 두 가지 기준을 비교하면 다음과 같다.

180) 105 F.3d 841, 854.

181) 650 F. 3d 876 (2d Cir. 2011).

182) 700 F. Supp. 2d 310, 349-350 (S.D.N.Y. 2010).

183) 650 F. 3d 876, 898. *NBA* 판결 전문에서 ‘좁은(narrow 또는 narrowness)’이라는 표현이 5회나 등장하였다고 강조한다.

<i>NBA</i> 판결	<i>Barclays</i> 판결
(i) 원고가 비용을 들여 정보를 생산하거나 수집할 것 (ii) 정보의 가치가 시간에 민감할 것	(a) 정보의 가치가 시간에 민감할 것
(iii) 피고가 위 정보를 이용하는 것이 무임승차에 해당할 것	(b) 피고가 위 정보를 이용하는 것이 무임승차에 해당할 것
(iv) 피고는 원고가 제공하는 상품 내지 서비스와 직접적인 경쟁관계에 있을 것 (v) 무임승차로 인하여 상품이나 서비스를 제공하려는 원고의 인센티브가 감소할 것	(c) 원고가 제공하는 상품이나 서비스의 현존에 위협이 가해질 것

양자의 차이점은 (iv), (v) 요건과 (c)요건에서 비롯된다. 무임승차에 수반되는 요건으로 종전 판결은 ‘경쟁관계’와 ‘인센티브의 감소’로 구분하여 접근하였는데, 위 판결은 이를 ‘현존에의 위협’으로 재해석하였다.¹⁸⁴⁾ 후자의 기준에 따르면, 양 당사자 사이에 ‘직접적인 경쟁(direct competition)’이 없더라도 부정이용 법리가 적용될 여지가 있다는 점에서 구별의 실익이 있다.¹⁸⁵⁾

연방제2항소법원은 위와 같이 변형된 추가 요소 테스트를 적용하여, 피고가 원고들의 증권 추천 리포트를 자사의 고객들에게 판매한 것은 부정이용에 해당한다고 판단하였다. 즉, 원고들의 증권 추천 리포트는 시간에 민감한 가치를 지니는데, 피고는 별다른 노력이나 비용 없이 원고들의 리포트를 입수하여 자사의 가입자들에게 배포하였고, 그로 인하여 전문적인 지식과 분석 등 상당한 노동, 기술, 자본의 투자를 필요로 하는 위 리포

184) 선례의 법리가 아닌 문언 그 자체에는 구속되지 않는다는 것이 위 판결의 입장이다. 650 F.3d 876 n32 참조.

185) 실제로 위 판결의 별개의견은 원고들이 피고와 직접적인 경쟁관계가 있음을 입증하는 데 실패하였다고 지적한다. 650 F. 3d 876, 908 참조.

트의 현존에 위협이 가해졌다는 취지이다.¹⁸⁶⁾

(라) 평가

부정이용과 저작권 침해행위를 구별하기 위하여 위 판례들이 제시한 기준은 실제로 그 구별하는 데 큰 도움을 주지 못한다는 비판이 있다. 즉, 정보의 시간민감성을 요건으로 하는 근거가 명확하지 않고, 무임승차는 부정이용뿐만 아니라 저작권 침해행위에도 발견되는 현상이며, 인센티브의 감소는 행위의 성격이 아닌 결과에 불과하다는 지적이다.¹⁸⁷⁾ 실제로 17 U.S.C. §301은 연방 저작권법의 우선 적용 범위에 관하여 보다 명확한 기준을 제공하려는 목적에서 입안되었음에도 불구하고 여전히 그 기준이 다소 모호했기 때문에, 아이러니컬하게도 쟁점이 복잡한 사안에서는 오히려 종래의 기준, 즉 최고법 조항의 해석론으로 회귀하여 판단하는 경향이 나타난다는 비판도 제기된다.¹⁸⁸⁾

3. 부정이용 법리에 관한 학계의 입장

가. 긍정적 견해

(1) 핫뉴스(Hot-News)와 같은 시간에 민감한 정보를 보호해야 한다는 입장

부정이용 법리를 지적재산 전반에 대한 법원칙으로 승인하는지 여부는 명확하지 않으나, *NBA 판결* 등을 계기로 제안되었던 핫뉴스 보호론의 입

186) 650 F. 3d 876, 902-906.

187) Khadder, 앞의 논문(註 104), 14-15면.

188) Marshall A. Leaffer, *Understanding Copyright Law*, 5th, LexisNexis, 501 (2010).

장에서 부정이용 법리를 받아들여야 한다는 주장이 활발하게 전개되고 있다.

이러한 면, 뉴스와 같이 시간에 민감한 자산들에 대하여 충분한 선행 시간(lead time)이 확보되지 않을 경우, 그러한 자산을 지속적으로 생산할 동기가 사라지는데, 이러한 경우 부정이용 법리가 사실상 유일한 대안이라는 설명이 있다. 위 견해에 따르면 *NBA* 판결에서 실시한 요소들을 효과적으로 적용함으로써 궁극적으로 공중의 이익을 증진시킬 수 있다고 한다.¹⁸⁹⁾

같은 맥락에서, 뉴스 산업은 무임승차로 인하여 위기에 처했으므로, 부정이용 법리는 지적재산권에 의한 보호를 받을 수 없는 경우에 매우 유용한 구제수단이 될 수 있다는 주장도 제기된다. 다만, *NBA* 판결에 나타난 추가 요소 테스트를 반영하여 그 적용범위를 신중하게 결정해야 연방법 우선 적용 원칙 내지 수정헌법 제1조로부터 자유로울 수 있고, 그러한 과정을 통해 침해가 인정된 이상 금지명령이 언제나 표현의 자유를 침해하는 것은 아니므로 적극적으로 고려해야 한다고 한다.¹⁹⁰⁾

나아가 보호의 방법이라는 측면에서, 정보 등 무형자산을 보호함에 있어 그 동안 법원이 불법행위, 부정경쟁행위와는 외면한 채 전통적인 배타적 권리에 지나치게 의존해 온 경향이 있다고 비판하는 입장도 있다. 이에 따르면, 뉴스와 같은 정보의 경우 수집 과정에서 드는 노력을 보호할 필요는 있지만, 그렇다고 하여 이를 배타적 권리로 보호할 경우 표현의 자유는 심각히 제약될 우려가 있는데, 부정이용 법리가 위와 같은 균형을 정확히 포착하였으므로, 성문화하여 모든 법원이 공통적으로 적용할 수 있도록 해야 한다고 주장한다.¹⁹¹⁾

189) Elaine Stoll, "Hot News Misappropriation: More Than Nine Decades After *Ins v. Ap*, Still An Important Remedy For News Piracy", 79 U. Cin. L. Rev. 1239, 1283-1284 (2010).

190) Brian Westley, "How A Narrow Application of 'Hot News' Misappropriation Can Help Save Journalism", 60 Am. U. L. Rev. 691, 725-728 (2010-2011).

191) Lauren M. Gregory, "Hot Off the Presses: How Traditional Newspaper Journalism Can Help Reinvent the 'Hot News' Misappropriation Tort in the Internet Age", 13 Vand. J.

(2) 지적재산 전반에 대한 보호 범리로 받아들여야 한다는 입장

먼저, 연방 저작권법이 자신의 관할 영역에서 예술과 과학의 발전을 도모하는 것과 마찬가지로, 부정이용 법리도 고유의 영역에서 성과물에 대한 노력을 보상해주는 법리이므로 그 정당성이 인정된다는 견해가 있다. 부정이용 법리는 연방 저작권법의 체계 밖에서 저작물과 다른 대상, 즉 성과물에 대한 노력을 보호하는데, 이러한 노력은 수 십 년 동안 존속되는 저작권과 달리 매우 짧은 시간만 보호될 수 있으며, 공중에 대한 보호가 아닌 경쟁자에 대한 보호라는 점에서 구별의 실익이 있다고 한다. 따라서 부정이용 법리가 연방 저작권법과 충돌하는 것은 아니며, 다만 연방 법이 검토하지 않은 영역으로 보호범위를 확장할 뿐이라는 취지이다.¹⁹²⁾

한편, 지적재산에 관한 질서를 형성할 주(州)의 이해관계로 설명하는 견해도 있다. 연방 지적재산권법 영역에서 발생하는 영업행위에 대해서도 주법이 규율할 이해관계를 가지는데, 발명과 창작의 증진 및 공정한 경쟁의 장려에 관한 사회적 이해관계는 연방 지적재산권법에만 의지할 때 보다는 불법행위 법리 등을 통한 주법이 관여할 때 그 균형을 보다 잘 맞출 수 있으므로, 부정이용 법리를 효과적으로 활용해야 한다고 한다. 이 경우 지적재산권의 성격보다는 침해된 권리의 성격에 근거하여 주법에 의한 구제가 가능하도록 운영해야 한다고 부연한다.¹⁹³⁾

또한, 사법의 적극적인 역할 분담이라는 측면에서 부정이용 법리를 조망하는 입장도 있다. 즉, 자유로운 모방과 경쟁을 지나치게 강조할 경우 오히려 자유경쟁시장 질서가 파괴될 우려가 있는데, 부정이용 법리는 영업주체들 사이에 합법적인 경쟁관계가 지속될 수 있도록 하고, 제한적인

Ent. & Tech. L. 577, 613-615 (2010-2011).

192) Kelly A. Ryan, "Copyright Law: Do State Misappropriation Rights Survive Feist Publications Copyright Laws?", 1992 Ann. Surv. Am. L. 329, 346 (1992-1993).

193) Beverly B. Goodwin, "Misappropriation: A Retreat from the Federal Patent and Copyright Preemption Doctrine", 43 Fordham L. Rev. 239, 256-257 (1974).

연방 지적재산권법에 의하여 보호되지 않는 혁신에 투자할 동기를 제공할 필요가 있다고 한다. 그런데 위와 같은 경쟁질서에 대해서는 의회가 침묵하고 있으므로, 법원이 그에 관한 재량을 형성할 수 있다고 주장한다.¹⁹⁴⁾

나. 부정적 견해

(1) 입법과 사법의 관계에서 비판하는 견해¹⁹⁵⁾

연방제2항소법원의 Learned Hand 판사는 *INS* 판결이 실시된 후 약 10년 만에 *Cheney Bros. v. Doris Silk Corp.* 판결을 통하여 부정이용 법리에 관한 논란을 촉발시켰다. 위 사건에서는 시장에서 인기를 구가하였던 원고의 실크 디자인을 그대로 모방한 제품을 생산하여 원고의 제품보다 낮은 가격에 판매한 피고의 행위가 위법한지 다투어졌다. 물론 원고의 실크 디자인은 특허법이나 저작권법의 보호요건을 갖추지 못한 상태였다. 원고는 *INS* 판결의 법리를 원용하여 피고의 행위가 부정이용에 해당한다고 주장하였다.

위 사건에서 Learned Hand 판사는, *INS* 판결의 다수의견은 해당 사건에서 다루었던 구체적이고 특별한 사실관계에만 적용될 수 있는 법리를 실시한 것으로 해석된다고 전제한 후, 만약 연방대법원이 일반적인 법원칙으로서 부정이용 법리를 선언하였다면, 이는 *INS* 판결을 통해 일종의 특허권 내지 저작권에 관한 보통법을 형성한 것으로서, 의회가 한 세기 이상 고안해왔던 규범 영역을 노골적으로 침해하는 것이라고 비판하였다. 이에 덧붙여, 자신의 재산을 타인이 향유하는 것을 배제하기 위해서는 어떠한 모방도 금지할 수 있는 독점권이라는 강력한 권한을 부여받는 방법이 유일한데, 이러한 권한은 오직 의회만 창출할 수 있다는 것이 헌법의

194) Michael H. Ahrens, "The Misappropriation Doctrine After Sears-Compco" 2 U.S.F. L. Rev. 292, 317-319 (1967-1968).

195) 이하의 판사는 *Cheney Bros. v. Doris Silk Corp.*, 35 F.2d 279 (2d Cir. 1929) 참조.

취지라고 설명하였다.

(2) 경제학적 관점에서 비판하는 첫 번째 견해¹⁹⁶⁾

Posner 판사는 유체재산과 구별되는 지적재산의 특징에 주목한다. 부정이용 법리는 무임승차(*free riding*)의 개념에 기반하는데, 지적재산은 비경합적(*non-rivalry*)이어서 타인의 모방으로 인하여 권리자에게 바로 손해가 발생하지 않고, 오히려 모방으로 인하여 얻는 이익이 권리자의 손해보다 클 경우 사회 복리의 관점에서 유리할 수도 있다고 설명한다. 또한 *INS* 판결에 대해서는, Holmes 대법관이 소수의견에서 지적한 바와 같이, 지적재산의 도용은 전통적인 부정경쟁방지 원칙에 따라 역사칭(*reverse palming off*)의 법리로도 해결할 수 있으므로, 무리하게 지적재산권 일반을 총괄하는 법원칙을 도입할 필요가 없다고 비판한다. 뿐만 아니라, 부정이용 법리를 통해 보호되는 지적재산의 범위를 확장할 경우, 공공의 영역에서 자유롭게 이용할 수 있는 대상이 줄어들어 따라 잠재적 이용자는 부득이 그 이용을 위해 권리자와 협상을 해야하므로, 결과적으로 사회 비용이 증가하는 문제점이 있다고 한다.

다만, 부정이용 법리를 부득이 존속시켜야 한다면, 주범이 아닌 연방의 영역으로 옮겨 주별로 상이한 판단을 할 가능성을 없애고, *NBA* 판결에서 실시된 추가 요소 테스트를 적용하는 것이 그나마 나은 해결책이라고 부연한다. 이를 의회에 맡겨 둘 경우 무분별한 특별법이 양산될 우려가 있으므로 차라리 연방 저작권법을 개정하여 추가 요소 테스트를 받아들이는 것이 바람직하다는 입장이다. 물론 이는 어디까지나 부정이용 법리를 받아들여야 상황을 가정하여 설명한 것이다.

(3) 경제학적 관점에서 비판하는 두 번째 견해¹⁹⁷⁾

196) 이하의 논의는 Richard A. Posner, "Misappropriation: A Dirge", 40 *Hous. L. Rev.* 621, 638-641 (2003-2004) 참조.

197) 이하의 논의는 Mark A. Lemley, "Property, Intellectual Property, and Free Riding", 83

Lemley 교수는, 추상적인 지적재산을 유체물로 비유하여 설명하는 과정에서 지적재산에는 적용될 수 없는 논리조차 그대로 옮겨지는 경향이 있는데, 타인의 성과물에 대한 무임승차를 제재하려는 부정이용 법리도 그러한 경우라고 비판한다. 부정이용 법리의 이면에는 외부효과(externality)를 내부화한다는 관점에서 지적재산의 생산자로 하여금 자신의 성과물이 지닌 일체의 사회적 가치를 모두 회수하게 하려는 의도가 있는데, 지적재산의 생산자에게 부여되는 인센티브는 투자된 비용에 합리적인 이윤을 더한 금액을 회수할 수 있는 정도면 충분하고, 반드시 산출물이 가진 사회적 가치를 모두 획득해야 하는 것은 아니라고 한다.

오히려 최초 창작자에게 부여되는 인센티브가 크면 클수록, 그 창작을 새롭게 활용한 후발 주자들에게 돌아가는 이익이 줄어들었다고 한다. 가령, 특허권자에게 발명이 가진 일체의 가치를 독점하도록 할 경우, 후발주자가 개량발명이나 용도발명에 임할 인센티브는 사라지므로 그러한 진보를 기대하기 어렵게 된다는 것이다. 또한 지적재산에 대한 배타적 권리가 늘어날수록 지대추구(rent-seeking)와 같은 사회적 비용이 증가하여, 불필요한 중복 투자 및 소송비용 증가 등의 문제를 야기할 우려가 있다고 한다.

다. 그 밖의 견해

결론에 있어서 *INS* 판결이나 *NBA* 판결은 정당하지만, 실제로 부정이용 법리가 보호하는 대상은 연방 저작권법의 보호대상과 일치하므로, 연방제2항소법원이 제시한 추가 요소 테스트만으로는 연방 저작권법의 우선 적용 범위로부터 벗어난다고 보기 어렵다는 주장이 있다. 정보가 시간에 민감할 것을 요건으로 하는 근거가 명확하지 않고, 무임승차는 부정이용뿐만 아니라 저작권 침해행위에도 발견되는 현상이며, 인센티브의 감소

Tex L. Rev. 1031, 1046-1052 (2004-2005) 참조.

는 행위의 성격이 아닌 결과에 불과하다는 지적이다. 위 견해에 의하면, 꾸준히 저작물의 개념을 확장시켜 온 연방 저작권법의 역사에 비추어 차라리 연방 저작권법의 보호대상으로 인정하는 방안을 고려해 볼 수 있다고 한다.¹⁹⁸⁾

이와 유사한 취지에서, 성문법은 폭넓은 적용가능성을 전제로 만들어지는 반면, 법원의 판결은 특정한 사실관계에 대해서만 반복적으로 적용될 수 있는 좁은 범위의 법리를 제공하므로, 부정이용 법리에 채택에 신중을 기해야 한다고 지적하는 견해도 있다. 특히 *NBA* 판결에서 제시한 '추가요소 테스트(extra element test)'는 오직 뉴욕 지역의 연방지방법원에서만 받아들여지고 있는 등 규율의 일관성도 문제가 된다고 한다. 그럼에도 불구하고, 인터넷의 등장으로 경제적인 관점에서 무임승차할 수 있는 기회는 크게 늘어난 반면 기술 발전을 따라갈 수 있는 신속한 입법은 사실상 불가능하기 때문에 부득이 판례의 법리에 의존하게 되는 경향이 있음을 부인할 수 없다며 유보적인 태도를 취한다.¹⁹⁹⁾

4. 검토

비록 미국에서 부정이용 법리가 뉴욕 등 일부 지역에서만 보통법으로서 받아들여졌고, 연방 지적재산권법과의 관계에서 지극히 예외적으로만 적용이 가능하다고 하더라도, *INS* 판결 이후 약 100여 년 가까이 진행되어 온 논의의 가치마저 사라진다고 볼 수는 없다. 부정이용도 결국 그 본질은 불법행위라고 할 것이므로, 한국의 논의에 시사하는 바가 무엇인지 살펴볼 필요가 있다.

특허법 및 저작권법은 연방법으로 마련되어 있었고, 부정이용 법리는 주의 제정법이나 보통법을 통하여 발전하였기 때문에, 연방법 우선 적용 원칙은 미국에서 부정이용 법리가 전개되는 과정에서 매우 큰 영향을 미

198) 이상의 논의는 Khadder, 앞의 논문(註 104), 13-18면 참조.

199) 이상의 논의는 Keller, 앞의 논문(註 136), 404-406면 참조.

쳤다. 그런데 연방법-주법의 이원적 규율체계를 갖고 있지 않는 국내에서도 연방지방법원이 추가 요소 테스트를 통하여 형성하고자 한 규제영역은 무엇인지, 어떠한 방법으로 그러한 규범의 모습을 만들어 갔는지 충분히 살펴보아야 한다. 한국의 부정경쟁방지법 제15조 제1항은 부정경쟁방지법이 특허법, 실용신안법, 디자인보호법, 저작권법 등에 대하여 보충적 관계에 있음을 명시하고 있는데, 연방법이 규율하고 있는 영역을 주법이 독자적으로 다룰 수 없는 것과 마찬가지로, 부정경쟁방지법은 특허법 등이 이미 규정하고 있는 영역에 침범할 수 없기 때문이다.

또한, 연방법 우선 적용 원칙의 예외를 두고 진행되어 온 논의도 경청할 필요가 있다. 앞에서 살펴 본 바와 같이, 1976년 개정 연방 저작권법 Section 301 (b)는 연방 저작권법이 우선 적용되지 않는 경우로서, ① 기존 연방 저작권법 §§102, 103에 규정된 저작물에 속하지 않은 창작물을 보호하거나(the subject matter requirement), ② §106에 의한 저작권의 일반적인 범위에 속한 배타적 권리와 동등하지 않은 법적·형평적 권리의 침해를 다루는 경우(the general scope requirement) 두 가지를 규정하였다. 위 조항의 해석을 두고 연방 지적재산권법의 입법취지와 보호성격은 물론 의회와 법원의 역할 분담에 관한 논의까지 다양하게 진행되어 왔다. 근본적으로 통일된 법질서 내에서 지적재산에 적용될 수 있는 위법성의 기준을 어떻게 찾아낼 것인가, 그리고 그러한 역할을 누구에게 맡길 것인가에 관한 고민으로서, 우리 지적재산권법의 해석에도 의미 있는 선행 연구가 될 수 있다.

제3절 일본의 논의

1. 전개 과정

일본에서는 지적 창작물의 무단 이용행위에 대하여 일본 민법 제709조에 따른 불법행위 책임을 인정할 수 있는가에 관한 논의로 전개되었다. 즉, 특허법이나 저작권법이 보호하지 않는 지적 창작물을 경쟁질서에 관한 민법상 위법성 개념을 통해 보호할 수 있는가에 관하여 다양한 연구가 진행되었는데, 우리나라와 같이 부정경쟁방지법상 일반조항이 도입되지 않았기 때문에 현재까지 그러한 논의의 양상은 계속 유지되고 있다.

구 일본 민법 제709조는 ‘권리침해’를 위법성의 요건으로 명시하였으나, 2004년에 개정된 현행 일본 민법 제709조는 ‘권리 또는 법률상 보호받는 이익의 침해’가 있는 경우 위법성이 인정되는 것으로 그 기준이 완화되었다.²⁰⁰⁾ 실제로 이에 관한 일본의 판례도 모두 법률상 보호할 가치 있는 이익이 침해되었는가에 초점을 맞춘다.

이하에서는 먼저 일본 대심원 및 최고재판소 등 상고심 판결을 통해 기본적인 법리의 전개 과정을 살펴보고, 일련의 하급심 판결을 분석함으로써 그 의미를 구체화한 후, 이에 대한 학계의 평가를 살펴보고자 한다.

2. 일본 판례의 흐름

가. 상고심 판결

(1) 나니와부시 음반 복제 사건²⁰¹⁾

200) 第七百九条 (不法行為による損害賠償) 故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。

201) 大審院 1914. 7. 4.(大正3年7月4日) 선고 大正3年(れ)233号 판결(大審院刑事判決録

일본 고유의 창(唱)에 해당하는 나니와부시(浪花節)는 실연자가 사미센(三味線)이라는 악기의 반주에 맞추어 독특한 박자나 억양으로 노래를 부르거나 연기를 하는 장르로서, 가락으로 부르는 부분과 이야기조로 나오는 부분으로 구성되어 있다.²⁰²⁾ 본 사건에서 문제가 된 곡의 가락 부분은 연주자의 즉흥적인 연주로 구성되어 있었는데, 이를 음반에 녹음하여 판매한 행위가 음악저작물을 침해하는지 문제되었다.

이에 대하여 일본 대심원(大審院)²⁰³⁾은, 즉흥적인 음악 연주는 연주자의 주관에 따라 선율이 확정되거나 연주자가 악보를 만들어 이것을 고정시키는 등 선율의 정형이 갖추어지고 반복 가능한 경우에만 음악 저작물로 인정될 수 있는데, 위 사건에서 문제된 나니와부시는 그러한 요건을 갖추지 못하였으므로, 저작권이 침해된 것으로 볼 수 없다고 판단하였다.

한편, 저작권에 의하여 보호되지 않는 즉흥곡을 음반에 녹음하여 판매하는 행위가 민법상 불법행위에 해당하는가와 관련하여, 대심원은 위와 같은 행위가 설령 정의 관념에 반한다고 하더라도 명문상 보호되는 권리가 침해되었다고 볼 수 없는 이상 일본 민법 제709조에 의한 불법행위 책임이 성립하지 않는다고 판시하였다.

(2) 대학탕 사건²⁰⁴⁾

원고는 선대(先代)부터 피고 소유의 건물을 임차하여 ‘대학탕(大學湯)’이라는 이름으로 수 년 동안 목욕탕 영업을 해왔다. 그 후 원고와 피고는

20 輯 1 3 6 0 頁). 위 판결은 저작권법 위반죄 등 형사사건에 관하여 부대하여 제기된 민사사건에 관한 것이다.

202) 두산백과사전 참조(http://www.doopedia.co.kr/doopedia/master/master.do?_method=view&MAS_IDX=101013000695687, 2015. 6. 12. 최종 방문).

203) 대심원은 1947년 일본 재판소구성법(裁判所構成法)에 의하여 폐지되기 전까지 현 최고재판소의 기능을 담당하였다.

204) 大審院 1925. 11. 28.(大正14年11月28日) 선고 大正14年(オ)625号 판결(大審院民事判例集4卷670頁).

임대차계약을 합의 해지하였고, 피고는 위 건물을 타인에게 임대한 후 마 찬가지로 대학탕이라는 이름으로 목욕탕 영업을 하게 하였다. 그러자 원 고는 선대가 피고와 임대차계약을 체결할 당시 목욕탕이 노포(老鋪, 대대 로 물려 내려오는 점포)로서 가지는 영업상 이익은 피고가 보상하거나 선 대가 임의로 타인에게 매각할 수 있다는 내용의 약정이 있었다고 주장하 였다.

이에 대하여 대심원은 구 민법 제709조가 규정하는 불법행위 책임이 반드시 명문상 권리의 침해로 전제로 하는 것은 아니고, 법률 관념상 불 법행위에 근거한 구제가 필요하다고 판단되는 이익이 침해되면 충분하다 고 설시함으로써 종전의 입장을 변경하였다. 이러한 법리에 따라, 노포가 가질 수 있는 영업상 이익은 권리로 볼 수 없으므로 설령 침해가 있었다 고 하더라도 민법상 불법행위 책임이 성립하지 않는다고 판단한 원심 판 결을 파기하였다.

(3) 북한 영화 방송 사건²⁰⁵⁾

피고는 일본의 방송사로서 북한의 주민 세뇌 교육 실상을 알리기 위하 여 약 6분 분량의 기획 보도물을 제작하여 2003. 12. 15. 자사의 뉴스 프로그램에서 방송하였는데, 그 중에는 1978년 북한에서 제작된 ‘명령 027호’라는 제목의 영화가 2분 8초 분량으로 삽입되어 있었다. 이에 북 한 문화성 산하 행정기관인 원고는 피고가 이용 허락 없이 원고의 영화를 뉴스에 삽입하여 상영하였으므로 저작권을 침해하였다고 주장하였다. 북 한이 다소 늦게 가입하기는 하였으나, 위 뉴스 프로그램 방영 당시 베른 조약은 일본과 북한 모두에 대해 발효된 상태였다.

최고재판소는 일본이 북한을 국가로 승인하지 않은 이상 베른 조약에 따른 권리·의무 관계가 발생하지 않는다는 전제 하에, 북한의 영화는 일 본 저작권법에서 보호하는 저작물에 해당하지 않는다고 보았다. 나아가

205) 最高裁判所 2011. 12. 8.(平成23年12月8日) 선고 平成21年(受)602号 판결(最高裁 判所民事判例集65卷9号3275頁, 裁判所時報1545号7頁).

일본 저작권법의 보호를 받지 않는 영상물을 이용하는 행위는 저작권법이 규율 대상으로 하는 저작물의 이용에 따른 이익과는 다른 법적으로 보호되는 이익을 침해하는 등 특별한 사정이 없는 한 불법행위를 구성하지 않는다고 판시하였다.

이에 따라, 피고가 원고의 허락 없이 영화의 일부를 방송함으로써 설령 영화 수입사의 영업상 이익이 침해될 우려가 있다고 하더라도, 북한의 국가 현황 등을 소개할 목적으로 상영시간이 2시간에 이르는 영화 중 2분 8초 분량만을 방송한 것에 지나지 않기 때문에, 자유 경쟁의 범위를 일탈하였다고 보기는 어렵다고 판단하였다.

(4) 검토

(가) 일본 민법 제709조의 해석

일본 최초의 저작권 소송으로 일컫는 나니와부시 음반 복제 사건에서, 대심원은 저작권법으로 보호되지 않는 창작물을 무단으로 이용하는 행위가 설령 정의 관념에 반하는 경우라 하더라도 민법상 불법행위 책임이 성립하지 않음을 분명히 하였다. 침해되는 권리가 명문 규정에 의하여 보호되는지 여부에 따라 다소 엄격하게 위법성을 판단한 것이다.

위 판결은 불법행위 책임에 관한 일본 구 민법 조항의 문리적 해석에 충실한 결과로 보인다. 구 민법 제709조는 “고의 또는 과실로 인하여 타인의 권리를 침해한 자는 이로 인하여 생긴 손해를 배상할 책임이 있다.”고 규정함으로써, ‘권리침해’를 요건으로 하였다. 사회 구성원 사이에 타인에게 손해를 가하는 일은 자주 있을 수 있는데, 권리침해를 요건으로 하지 않으면 손해배상책임이 무한정 확장되어 법적 안정성을 해할 것이라는 고려에서 이루어진 입법으로 평가된다.²⁰⁶⁾ 위와 같은 입법자의 의사에 따라 권리침해가 없다면 불법행위 책임도 없다는 해석론이 자리 잡은 것

206) 이상정, “권리침해에서 위법성으로의 변천과 민법 제750조의 효용”, 민사법의 실천적 과제: 한도 정환담 교수 화갑기념 논문집, 2000, 292면.

이다.

그러나 나니와부시 음반 복제 사건 이후, 정의 관념에 반하는 행위에 대해서도 권리침해가 없다는 이유로 불법행위를 인정하지 않는 이론에 대한 근본적인 반성이 필요하다는 비판론이 제기되었다.²⁰⁷⁾ 권리침해라는 한정된 개념으로는 현대 사회에서 발생하는 다양한 형태의 불법행위를 적절하게 포섭하기 어렵다는 취지로서, 가해행위의 본질적인 요건은 ‘위법성’이 되어야 하며, 민법 제709조가 규정한 권리침해도 위법행위의 징표로 파악해야 한다는 견해로 분석된다.²⁰⁸⁾

결국 대심원은 그 후 대학탕 사건에서, 민법상 불법행위 책임은 반드시 명문상 권리가 침해된 경우에만 성립되는 것이 아니라, 법률상 보호가치 있는 이익이 침해된 경우에도 인정될 수 있다고 판단함으로써, 권리침해에 관한 종전의 제한적 해석을 변경한 것이다. 나아가 2004년에 개정된 현행 일본 민법 제709조는 ‘고의 또는 과실로 타인의 권리 또는 법률상 보호받는 이익을 침해’를 불법행위 책임의 성립요건으로 명시함에 따라,²⁰⁹⁾ 권리침해를 요건으로 하던 종래의 해석론은 더 이상 설 자리가 없어졌다.

(나) 법적 보호가치 있는 이익의 판단 기준

최고재판소는 복한 영화 방송 사건에서 저작권법이 규정한 저작물에 해당되지 않는 창작물이라 하더라도 특별한 사정이 있는 경우 그 이용행위가 불법행위를 구성할 수 있다고 판단하였는데, 여기서 특별한 사정이란 ‘저작권법이 규율 대상으로 하는 저작물의 이용에 따른 이익과는 다른 법적으로 보호되는 이익이 침해되는 경우’를 의미한다. 이는 미국 1976년

207) 我妻榮, 有泉亨, 民法2-債權法, 一粒社, 1977, 411면; 이상정, 앞의 논문(註 205), 293면에서 재인용.

208) 이상정, 위의 논문, 294면.

209) 第709条 (不法行為による損害賠償) 故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。

연방 저작권법에 도입되었던 연방법 우선 적용 원칙의 판단 기준, 즉 기존 연방 저작권법 §§102, 103에 규정된 저작물에 속하지 않은 창작물을 보호하거나(the subject matter requirement), 연방 저작권법의 부여하는 배타적 권리와 동등하지 않은 법적·형평적 권리의 침해에 해당하는지 여부(the general scope requirement)를 판단하는 과정과 매우 흡사하다.

위 판시는 일견 대학탕 판결과 그 취지를 같이하는 것으로 보이나, 보다 구체화된 판단 기준이 가지는 의미를 되새겨 볼 필요가 있다. 북한 영화 방송 사건의 판시에 의하면, 저작권법의 명문 규정에 의하여 보호되지 않는 창작물을 민법상 불법행위 법리에 의하여 보호하기 위해서는 크게 두 가지 요건이 필요하다. ‘법적으로 보호되는 이익’이어야 하되, 그러한 이익은 ‘저작권법이 규율 대상으로 하는 저작물의 이용에 따른 이익과는 다른’ 것이어야 한다.

저작권법의 보호 법익과 구별되어야 한다는 두 번째 요건은 대학탕 사건에서는 명시적으로 제시되지 않았던 기준이다. 이는 저작물로 보호되는 창작물과 그렇지 않은 창작물을 구분하여 후자는 일응 공중의 자유로운 이용이 가능한 영역에 속한다고 보는 시각인데, 앞서 살펴 본 미국의 논의에 비추어 보면 저작권법에 의하여 보호되지 않는 창작물의 이용행위가 민법상 불법행위로 인정됨으로써 결과적으로 저작권법의 입법취지가 몰각되는 것을 방지하기 위함으로 풀이된다. 위 사건에서는 ‘자유 경쟁의 범위를 일탈하여 영업상 이익을 침해’한 경우 저작권법의 보호 목적과는 다른 법률상 보호가치 있는 이익이 침해되었다고 판단하였다.

위 각 판례는 지적재산권법의 명문 규정에 의하여 보호되지 않는 창작물의 이용이 민법상 불법행위 책임을 구성할 수 있는가에 관한 상고심의 판단이라는 점에서, 그리고 그 판단 기준이 다소 변화하였다는 점에서 중요한 의미를 지닌다. 다만, 약 90년에 이르는 시간적 간격을 감안하면, 위 판시가 가지는 의미를 정확히 이해하기 위해서는 동일한 쟁점에 관한 하급심 판결의 판단도 살펴볼 필요가 있다.

나. 하급심 판결

(1) 불법행위 책임을 긍정한 예

(가) 식물 도안 사건²¹⁰⁾

원고는 각종 직물을 제조하여 판매하는 업체이고, 피고도 이와 유사한 영업을 하는 업체로서, 원고와 피고는 동일한 공업 조합에 가입되어 있다. 원고는 매화를 추상화하여 배치한 비단 도안을 제작하였는데, 피고가 자신의 도안을 모방한 제품을 생산하여 판매하였다고 주장하며 소를 제기하였다.

먼저 원고는 자신의 식물 도안이 수요자 사이에 주지성을 획득하였다고 주장하였으나, 법원은 도안의 특징, 원고의 홍보 노력 등에 비추어 원고의 도안 그 자체가 상품 표시로서 주지성을 얻었다고는 보기 어렵다는 이유로 이를 받아들이지 않았다. 다음으로 원고는 식물 도안에 대한 저작권을 주장하였다. 이에 대하여 법원은 식물 도안과 같은 실용품은 원칙적으로 의장법에 의하여 보호하되, 순수 미술로서의 성격을 동시에 지니는 경우에 한하여 저작물로 보호할 수 있다는 법리를 실시한 후, 원고의 식물 도안이 미적 감상이 될 수 있는 완결된 미술 작품으로 보기 어렵다고 판단하였다.

마지막으로 원고는 민법상 불법행위 책임을 주장하였다. 법원은 피고가 원고의 도안을 모방한 제품을 판매함에 따라, 원고가 본래의 제품보다 품질이 떨어지는 직물을 별도로 저렴한 가격에 판매한다는 오해가 수요자 사이에 형성되었고, 이러한 오해로 인하여 원고의 영업 활동 및 영업상의 신용이 침해되었으므로, 불법행위 책임이 성립한다고 판단하였다. 다만, 원고가 주장하는 손해와 침해행위 사이의 인과관계를 충분히 입증하지 못

210) 京都地方裁判所 1989. 6. 15.(平成1年6月15日) 선고 昭和60年(ワ)1737号 판결(判例時報1327号123頁, 判例タイムズ715号233頁).

하였다는 이유로 손해배상청구는 기각하였다.²¹¹⁾

(나) 나뭇결 무늬 시트지 사건²¹²⁾

원고는 가구나 건축 자재에 부착하여 목재의 느낌을 나게 하는 나뭇결 문양의 시트지를 제조하여 판매하여 왔다. 그런데 피고는 원고의 제품을 사진 촬영하여 그 색조만 미묘하게 다르고 나머지는 동일한 이른바 ‘데드 카피(dead copy)’를 생산한 후, 이를 원고의 제품보다 저렴한 가격으로 시중에 판매하였다. 이에 원고도 부득이 유통 가격을 인하할 수밖에 없었다.

원고는 피고의 데드카피 제조 및 판매행위가 원고의 저작권과 소유권을 침해하고, 원고의 영업활동을 침해하는 민법상 불법행위를 구성한다고 주장하였다. 이에 대하여 법원은 원고가 제조한 시트지의 천연 나무 패턴 조합은 고도의 예술성이나 순수 미술로서의 성격을 갖추지 못하였다는 이유로 저작권 침해 주장을 받아들이지 않았다. 나아가 나뭇결 시트지에 대한 소유권의 배타적 효력은 타인이 유체물을 이용할 수 없도록 하는 것에 그치므로, 그 사진을 촬영하는 행위까지 금지시킬 수는 없다고 보아 소유권 침해 주장도 배척하였다.

한편, 법원은 원고의 민법상 불법행위 주장은 받아들여 피고의 손해배상책임을 인정하였다. 창작적인 디자인을 갖춘 물품을 만든 사람이 그 창작적 요소에 의해 상품 가치를 높이고 이를 제조·판매하여 영업 활동을 하는 경우, 해당 물품과 동일한 디자인을 갖추고 동일한 판매 지역에서 경쟁하며 이를 저렴하게 판매함으로써 그 영업 활동을 방해하는 행위는 공정하고 자유로운 경쟁 원리에 의해 이루어지는 거래 사회에서 현저하게 불공정한 수단을 사용하여 타인의 법으로 보호할만한 영업 활동상의 이익을 침해하는 것으로서 민법상 불법행위를 구성한다고 판시하였다.

211) 원고가 입은 무형의 손해 회복을 위한 사과 광고 청구만 인용하였다.

212) 東京高等裁判所 1991. 12. 17.(平成3年12月17日) 선고 平成2年(ネ)2733号 판결 (知的財産権関係民事・行政裁判例集23卷3号808頁).

한편, 불법행위를 이유로 물건의 제조, 판매, 배포의 금지를 구하는 청구는 특별히 이를 인정하는 명문 규정이 존재하지 않는 이상 독점적인 지배권이 침해된 경우에만 인정될 수 있다는 전제 하에 금지청구는 받아들이지 않았다.

(다) 자동차 데이터베이스 사건²¹³⁾

원고와 피고는 컴퓨터 소프트웨어를 개발하여 판매하거나 임대하는 법인이다. 원고는 자동차 정비업체로 하여금 견적서, 작업 지시서, 청구서 등을 손쉽게 작성하고, 고객과 차량에 관한 입력사항을 데이터베이스화하여 효율적으로 관리할 수 있도록 하는 ‘슈퍼 프론트 맨(スーパーフロントマン)’이라는 이름의 프로그램을 개발하여 판매하였다. 위 프로그램은 일본에서 판매되는 4륜 자동차의 특정 정보를 수록한 데이터베이스를 포함하고 있다. 한편, 피고는 이와 유사한 ‘툼캣(トムキャット)’이라는 프로그램을 개발하여 판매하였다. 원고는 피고가 원고의 데이터베이스를 복제하였다는 이유로 금지청구 및 손해배상청구를 하였는데, 실제로 피고는 원고의 데이터 파일을 그대로 복사하여 자신의 데이터베이스에 통합한 것으로 드러났다.

먼저 원고의 저작권 침해 주장에 대하여, 법원은 원고의 데이터베이스가 자동차 검사증에 기재되어 있는 개별 항목을 그대로 수록한 것으로서 소재 선택의 창작성이 없다는 이유로 저작물로서의 성격을 부인하였다.

다음으로 민법상 불법행위 책임에 대하여, 법원은 민법 제709조에서 말하는 불법행위의 성립 요건으로서의 권리침해는 반드시 엄격한 법률상의 권리의 침해임을 요하지 않으며 법적 보호 가치 이익의 침해를 가지고 충분하다고 보았다. 이 사건의 경우, 원고의 데이터베이스 개발 과정에서

213) 東京地方裁判所 2001. 5. 25.(平成13年5月25日) 선고 平成8年(ワ)10047号 판결(判例時報1774号132頁, 判例タイムズ1081号267頁). 위 판결은 중간판결(中間判決)로서 중국판결은 東京地方裁判所 2002. 3. 28.(平成14年3月28日) 선고 平成8年(ワ)10047号 판결(判例時報1793号133頁, 判例タイムズ1104号209頁) 참조.

40명 이상의 근로자가 72,000시간을 소비하고, 개발 비용으로 5억 엔 이상이 소요되었으며, 그 유지 관리에도 연간 4,000만 엔이나 필요한 점 등에 주목하였다. 원고가 위와 같은 데이터베이스를 이용하여 영업을 하고 있는 상황에서 그 데이터베이스 속에 포함된 데이터를 추출·복제하여 작성한 데이터베이스를 그 사람의 판매 지역과 경합 지역에서 판매하는 행위는 공정하고 자유로운 경쟁 원리에 의해 이루어지는 거래 사회에서 현저하게 불공정한 수단을 사용한 것이므로, 법적 보호 가치 있는 영업 활동의 이익을 침해하여 민법상 불법행위를 구성한다고 판시하였다.

(라) 밀링척 사건²¹⁴⁾

원고는 공작 기계 부품 등을 제조·판매하는 회사이고, 피고는 원고 등으로부터 기계류 등을 공급받아 이를 판매하는 회사이다. 원고는 공작물을 절삭하는 기계의 회전축에 장착되는 밀링척(ミーリングチャック, milling chuck)을 제작하여 판매하였다. 그런데 피고는 원고의 밀링척과 사실상 동일한 제품을 제조하였고, 그 카탈로그조차도 원고의 카탈로그 중 상표만 가린 채 촬영하여 사용하였다.

원고의 부정경쟁행위 주장에 대하여, 법원은 원고의 밀링척 모양이 수요자 사이에 상품 출처의 표시로서 널리 인식되었다고 보기는 어렵다는 이유로 이를 배척하였다.

한편, 민법상 불법행위 주장에 대해서는, 영업 질서를 파괴하는 불공정한 행위는 반드시 부정경쟁방지법에서 규정한 유형의 부정경쟁행위에 한정되는 것은 아니므로, 영업자가 실시하는 일련의 영업 활동 행위의 양태가 전체적으로 공정한 경쟁 질서를 파괴하는 현저하게 불공정한 방법으로 이루어 행위자에 해의(害意)가 존재하는 경우에는 민법상 불법행위를 구성할 수 있다고 보았다.

위 사건에서 피고는 원고의 밀링척과 형태가 유사하면서도 품질 및 성

214) 大阪地方裁判所 2004. 11. 9.(平成16年11月9日) 선고 平成15年(ワ)7126号 판결 (判例時報1897号103頁).

능이 뒤떨어지는 제품을 제조하여 판매하면서, 제품 코드 번호조차 원고의 것과 유사하게 부여함은 물론 원고의 카탈로그를 그대로 사용하였다. 법원은 이로 인하여 피고 제품을 원고 제품으로 오해한 고객들이 생기게 되었고, 결과적으로 원고가 오랜 세월 영업 활동으로 쌓아온 원고 전체 제품의 품질과 성능에 대한 신용이 크게 훼손되었다고 판단하였다. 그러므로 피고의 유사 제품 판매행위가 공정한 경업 질서를 파괴하는 현저하게 불공정한 행위라고 보았다.

(마) 요미우리 온라인 사건²¹⁵⁾

원고는 인적·물적 자원을 투입하여 사건을 취재하고 정보를 수집하여 뉴스 기사를 작성하는 신문사로서, ‘야후 재팬(Yahoo Japan)’ 웹사이트에 자사의 기사를 유상으로 제공해왔다. 피고는 디지털 콘텐츠를 제작하는 업체로서 ‘라인토픽’이라는 웹사이트를 운영하였다. 원고의 기사 제목은 제한된 범위 내에서 보도할 뉴스의 개요를 간단히 소개하고 정확하게 전달하기 위하여 25자 이내로만 작성된다. 그런데 라인토픽 웹사이트는 원고가 제공하는 기사의 제목을 그대로 전제하는 한편, 이용자의 선택에 따라 등록된 이용자가 운영하는 홈페이지에도 표시될 수 있도록 하였는데, 이용자가 위 제목을 클릭하면 야후 재팬 웹사이트의 해당 뉴스 기사가 새창으로 열리는 링크 서비스를 제공하였다. 이에 원고는 뉴스 기사 제목에 대한 저작권 침해 및 영업 침해로 인한 불법행위 책임을 주장하며 소를 제기하였다.

이에 대하여 제1심 법원²¹⁶⁾은 원고의 뉴스 기사 제목을 창작적 표현으

215) 知的財産高等裁判所 2005. 10. 6. (平成17年10月6日) 선고 平成17年(ネ)10049号 판결(http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/350/009350_hanrei.pdf, 2015. 6. 16. 최종 방문). 위 판결에 대해서는, 원고의 서비스와 혼동을 초래한 것도 아니고 한정된 기사 제목의 표현방법을 원고에게만 귀속시킬 수 없다는 점을 들어 불법행위 책임을 인정한 항소심 판결을 비판하는 견해가 있다. 山本隆司, “創作性のない表現をデッドコピーした場合における不法行為成立の可否”, 最新判例知財法-小松陽一郎先生還暦記念論文集, 2008, 666면 참조.

216) 東京地方裁判所 2004. 3. 24.(平成16年3月24日) 선고 平成14年(ワ)28035号 판결(判例時報1857号108頁, 判例タイムズ1175号281頁).

로 볼 수 없다는 전제 하에 저작물로서의 성격을 부인하였다. 나아가 민법상 불법행위 책임에 대해서는, 저작권법에 따라 독점적 권리가 부여되지 않은 이상 타인이 이를 이용하는 것은 자유로운 것이 원칙이며, 피고가 부정하게 스스로의 이익을 도모하거나, 원고에게 손해를 가할 목적으로 이용하는 등 특별한 사정이 없는 한, 위와 같은 이용행위가 위법한 것은 아니라고 보았다.

그러나 항소심에서는 불법행위 책임에 관하여 판단을 달리하였다. 먼저 민법상 불법행위의 성립 요건과 관련하여, 반드시 저작권 등 법률에 정해진 엄밀한 의미에서의 권리가 침해된 경우에 한정하지 않고, 법적 보호 가치 있는 이익이 위법하게 침해된 경우라면 불법행위가 성립하는 것으로 해석해야 한다고 보았다. 나아가 인터넷에서 대량의 정보가 신속하게 전달되고 있으나, 가치 있는 정보는 아무런 노력 없이 당연히 인터넷 상에 존재하는 것이 아니며, 정보를 수집·처리하고 이를 인터넷에 공개하는 사람들이 있기 때문에 인터넷에 많은 정보가 존재할 수 있다고 판시하였다. 이와 같은 논리에 따라, 원고의 뉴스 기사 제목은 한정된 문자로 간결하고 정확하게 정보를 전달하기 위한 노력을 통해 만들어진 점, 원고는 야후 재팬을 비롯한 다른 포털사이트에 유료로 기사를 제공해온 점, 대부분의 이용자는 기사 제목을 보는 것 이외에 실제로 클릭하는 경우는 많지 않다는 점 등을 들어 법적 보호 가치 있는 이익이 인정된다고 판단하였다.

(바) 일반인을 상대로 한 법률문제해설서 사건²¹⁷⁾

원고는 동경지방법변호사회 소속 변호사로서 채권 회수, 서명·날인, 어음·

217) 知的財産高等裁判所 2006. 3. 15.(平成18年03月15日) 선고 平成17年(ネ)第10095号, 平成17年(ネ)第10107号, 平成17年(ネ)第10108号 판결.
(http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/781/032781_hanrei.pdf, 2015. 6. 15. 최종 방문)

수표 등에 관한 법률 문제에 대하여 전문가가 아닌 일반인을 대상으로 한 서적을 저술하였다. 피고도 이와 마찬가지로 일반인을 독자로 한 법률해설서를 저술하였는데, 기본 구성, 기재 순서, 문장, 도표 등이 원고 서적과 상당히 유사하였다.

법원은 원고의 서적 중 채권양도에 관한 해설 부분은 법령이나 판례로부터 알 수 있는 사항을 그대로 인용한 것으로서, 일반적으로 통용되는 표현을 사용한 것에 불과하여 창작적인 표현이라고 할 수 없으므로, 저작권법에 따라 보호받을 수 없다고 판시하였다.

나아가 민법상 불법행위 주장에 대하여는, 원고의 서적을 구성하는 개개의 표현이 저작권법의 보호를 받을 수 없다고 하더라도 민법상 불법행위 책임마저 부정되는 것은 아니라고 보았다. 이 사건의 경우, 원고가 일반인을 대상으로 한 법률 해설서를 집필하기 위해서는 법률적 소양이 없는 사람도 쉽게 이해할 수 있도록 분류 방법, 설명 순서, 용어 선택, 도표 활용 등 다양한 연구가 필요하고, 원고는 위 서적을 발행하여 경제적 이익을 얻을 수 있으므로, 이는 법적 보호 가치 있는 이익이라고 보았다. 그렇다면 피고가 원고의 문헌 중 상당 부분을 차용하여 집필료 등을 절약하고 짧은 시간에 자신의 서적을 발행한 것은, 영리 목적으로 타인의 성과물을 부정하게 이용하여 이익을 얻은 것이므로, 사회적으로 허용되는 공정한 경쟁의 한도를 초월하여 불법행위를 구성한다고 판시하였다.

(2) 불법행위 책임을 부정한 예

(가) 사식기용 문자 서체 사건²¹⁸⁾

원고는 대만 등 동남아시아에서 이용되는 사식기(寫植機)의 문자판에 들어갈 서체를 개발한 후, 이를 탑재한 사식기를 제작하여 판매하였다.

218) 大阪地方裁判所 1989. 3. 8.(平成1年3月8日) 선고 昭和58年(ワ)4872号 판결(無体財産權關係民事·行政裁判例集21卷1号93頁, 判例時報1307号137頁).

한편, 피고는 한자 정보처리 전산 출력 시스템에 탑재할 서체를 개발하여 이를 디지털화하였는데, 피고의 서체는 원고의 서체를 기계적으로 복사한 후 약간의 수정을 가한 것에 불과하였다.

이에 원고는 피고를 상대로 주위적으로 서체의 저작권 침해책임, 예비적으로 민법상 불법행위책임을 주장하였다. 이에 대하여 법원은, 원고가 제작한 서체가 기존의 서체와 다른 창작적 요소를 갖추었다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 문자가 인류 공동의 자산이라는 점을 감안하면 인쇄라는 실용적 목적으로 개발된 서체에 대해 쉽게 독점적인 권리를 부여해서는 안 된다는 이유로 저작권 침해 주장을 받아들이지 않았다.

한편, 민법상 불법행위 주장에 대하여는, 원고가 서체를 제작함으로써 취득한 법적 보호 이익이 무엇인지 그 구체적인 내용이 입증되지 않았으며, 단순히 저작권법에 의한 보호가 인정되지 않는다는 이유로 불법행위법에 의한 보호를 요구할 수는 없다는 이유로 배척하였다.

(나) 고나 서체 사건²¹⁹⁾

원고와 피고는 모두 인쇄용 서체를 제작하여 판매하는 법인이다. 원고는 ‘고나(ゴナ)’라는 서체를 개발하였는데, 피고가 고나 서체의 특징적인 부분을 그대로 모방한 고딕체를 제작하여 판매하였다고 주장하며 손해배상 및 금지청구의 소를 제기하였다.

법원은, 서체가 일반적으로 저작물로서 보호되면 출판된 언어의 저작물을 복사하여 사용할 경우, 해당 서체로 작성된 저작물에 대하여 저작자의 허락을 받아야 할 뿐만 아니라 위 인쇄에 사용된 서체의 저작자로부터도 허락을 받아야 한다는 점에서, 언어의 저작물의 이용에 중대한 지장이 초래된다고 보았다. 그러므로 해당 서체 그 자체로 미적 감상의 대상이 됨

219) 大阪地方裁判所 1997. 6. 24.(平成9年6月24日) 선고 平成5年(ワ)2580号 판결(最高裁判所民事判例集54卷7号2499頁, 判例タイムズ956号267頁). 위 사건은 상고기각[最高裁判所 平成12年9月7日 平成10年(受)332号]으로 확정되었으나, 민법상 불법행위 책임에 관한 판단은 위 제1심 판결에서 이루어졌다.

은 물론 평균적으로 일반인의 미적 감흥을 불러 그 미적 감각을 만족시키는 정도의 미적 창작성을 가진 경우가 아닌 이상 미술 저작물로서 저작권의 보호를 받을 수 없다고 판시하였다. 이러한 법리에 따라 원고의 고나서체는 창작성을 갖추지 못하였으므로 저작권의 보호를 받을 수 없다고 판단하였다.

한편, 법원은 저작권법에 의한 보호를 받지 못하는 서체도 그것이 진정한 저작물로서 과거의 서체에 비해 특유의 특징을 갖추었고, 타인이 부정당한 경쟁을 할 목적으로 그 특징 있는 부분을 거의 전체에 걸쳐 똑같이 모방하여 서체를 제작·판매하였다면, 이는 서체 시장에서 지켜져야 할 공정한 경쟁 질서를 파괴한 것으로서 민법 제709조의 불법행위에 해당한다고 할 것이므로, 이로 인하여 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 판시하였다.

그런데 위 사건에서 피고의 서체는 다른 고딕체의 일반적인 특징도 상당 부분 답습한 것으로서 서체 제작 과정에서 원고의 서체를 모방하였다고 볼 만한 증거가 부족하다는 이유로 불법행위의 성립을 부정했다.

(다) 팝 문자 사건²²⁰⁾

원고는 서체의 시각적 효과를 부각한 28개의 팝(pop) 문자를 개발하여 판매하는 업체이고, 피고는 컴퓨터용 문자 폰트를 제조하는 업체이다. 원고는 피고가 원고가 개발한 서체를 트레이싱 페이퍼에 베긴 후 일부분만 변경한 서체를 판매하였다고 주장하며 소를 제기하였다.

먼저, 원고는 원고가 개발한 28개의 팝 문자는 그 형태만으로 수요자들 사이에 식별력을 가질 수 있으므로, 피고가 그와 유사한 서체를 제작하여 판매한 행위는 부정경쟁행위에 해당한다고 주장하였으나, 법원은 원고의 팝 문자의 판매량, 홍보 상황 등에 비추어 보면 주지성을 갖추지 못하였다는 이유로 위 주장을 받아들이지 않았다.

220) 東京地方裁判所 2000. 1. 17.(平成12年1月17日) 선고 平成9年(ワ)7268号 판결(判例時報1708号146頁, 判例タイムズ1026号273頁).

나아가 원고의 불법행위 주장에 대해서는, 설령 원고가 제작한 팝 문자를 피고가 모방하여 이를 판매하였다고 하더라도, 그와 같은 사정만으로 원고의 법적 이익을 침해하는 것으로 볼 수 없다고 판단하였다.

(라) 편집 정보지 사건²²¹⁾

원고는 각종 정보지를 발행하면서 인터넷으로 관련 서비스를 제공하는 업체로서, 각종 학교 및 강좌에 관한 안내, 광고 등을 수록한 월간지를 창간하여 발행해왔다. 피고도 학교 및 강좌 정보를 게재한 월간지를 창간하고 웹사이트를 운영하였는데, 정보지 편집 체계, 광고 기사 분류·배열 방법, 웹사이트 레이아웃 및 아이콘 등이 원고의 정보지와 매우 유사하였다.

법원은 원고의 정보지가 편집 저작물에 해당하지 않는다는 이유로 저작권 침해 주장을 배척하였다. 나아가 민법상 불법행위 주장에 대해서는, 일반적으로 시장에서 경쟁은 본래 자유로워야 하고, 자유로운 언론 활동 또한 최대한 보장되어야 한다는 이념에 비추어 보면, 저작권 침해 행위에 해당하지 않는 정보지의 편집·발행 행위에 대하여 그와 같은 행위가 일부러 상대방에게 손해를 줄 목적으로만 이루어지는 등의 특별한 사정이 없는 한 민법상의 일반 불법행위를 구성할 수도 없다고 판시하였다.

그런데 이 사건의 경우, 원고의 정보지와 피고의 정보지에 게재된 광고 기사 중 학교 명칭이 일치하는 비율은 40~50%에 불과하고, 광고 기사 분류 배열 방법도 완전히 일치하는 것이 아니며, 아이콘 개수, 종류 및 명칭과 그 배열의 순서도 정확히 일치하는 것은 아니고, 정보지 전체의 컬러 페이지의 비율 전체적인 구성이나 주요 페이지 레이아웃도 다른 느낌을 준다는 이유로 위와 같은 특별한 사정이 인정되지 않는다고 판단하

221) 東京地方裁判所 2004. 3. 30.(平成16年03月30日) 선고 平成15年(ワ)第285号 판결(http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/421/010421_hanrei.pdf, 2015. 6. 17. 최종 방문). 위 판결은 항소기각[東京高等裁判所 2005. 3. 29.(平成17年03月29日) 선고 平成16年(ネ)第2327号 판결(http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/666/009666_hanrei.pdf, 2015. 6. 17. 최종 방문)]으로 확정되었으나, 민법상 불법행위 책임에 관한 판단은 위 제1심 판결에서 이루어졌다.

였다.

(마) 정수기 사용설명서 사건²²²⁾

원고와 피고는 모두 정수기 장비를 판매하는 업체이다. 원고는 소비자
들이 정수기 제품의 기능, 구조, 부품, 명칭, 사용방법, 주의사항, 보증범
위 등을 쉽게 이해할 수 있도록 문자, 사진, 도면 등을 이용하여 사용설
명서를 제작하였는데, 피고는 이를 거의 그대로 모방한 사용설명서를 작
성하여 배포하였다.

원고는 먼저 사용설명서가 편집 저작물에 해당한다고 주장하였으나, 법
원은 위 설명사항이 소재의 선택이나 배열에 해당되지 않는다고 보았다.
나아가 법원은 사용설명서가 전체적으로 또는 부분적으로 어문 저작물에
해당한다는 주장에 대해서는, 위 내용들이 객관적 사실에 관한 것으로서
흔히 사용되는 표현으로 이루어져 창작성이 없다고 판단하였다.

마지막으로 원고는 사용설명서의 작성에 다양한 창의력이 요구되고 많
은 시간과 노력이 투자되었음에도 불구하고 경쟁관계에 있는 피고가 무단
으로 배포하여 원고의 영업활동을 침해하였으므로 민법상 불법행위에 해
당한다고 주장하였다. 이에 대하여 법원은, 피고가 위 사용설명서를 독립
적으로 배포한 것이 아니라 이미 피고와 거래가 성사된 고객들에게만 제
공하므로 자유로운 경쟁의 범위를 넘는 행위라고 볼 수 없고, 원고의 사
용설명서가 흔한 표현방식으로 구성된 이상 그 표현방식을 모방한 것이
불법행위에 해당된다고 볼 수 없다고 판시하였다.

(바) 공간 튜브 사건²²³⁾

222) 大阪地方裁判所 2011. 12. 15.(平成23年12月15日) 선고 平成22年(ワ)第11439
号 판결(http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/857/081857_hanrei.pdf, 2015. 6. 17. 최
종 방문).

223) 知的財産高等裁判所 2012. 2. 22.(平成24年02月22日) 선고 平成23年(ネ)第1005
3号 / 平成23年(ネ)第10082号 판결(判例時報2149号119頁, 判例タイムズ140
4号287頁).

반소원고는 신축성이 있는 천을 원통형으로 만들고 로프를 사용하여 위 원통형 천을 공중에 띄운 후 그 속으로 사람이 들어가면 상·하·좌·우 방향에서 반력(反力, reaction force)을 체험할 수 있는 ‘공간 튜브’ 장치를 개발하였는데, 공간 튜브 장치는 무대 장치, 미술 작품, 교육용 체험 장치 등으로 널리 활용될 수 있다. 반소원고와 반소피고는 상호 협력하여 공간 튜브 장치를 이용한 사업을 시행하기로 하였으나 다른 사정으로 인하여 위 계약이 해제되었는데, 반소피고는 그 후에도 반소원고의 허락 없이 공간 튜브 장치를 이용하여 이벤트 사업 등을 실시하였다.

먼저 법원은 반소원고의 저작권 침해 주장에 대하여, 공간 튜브 장치는 실용화되거나 산업상 이용되는 것을 목적으로 하는 응용 예술에 속하므로, 순수 미술이나 미술 공예품과 동일시 할 수 있는 미적 특성을 가지고 있는 경우에 한하여 저작물로 보호될 수 있다고 전제하였다. 그런데 공간 튜브가 제공하는 ‘부드러운 공간’ 내지 ‘부유할 수 있는 공간’은 장치 자체의 표현이라기보다는 그 기능에 불과하므로 창작성의 근거가 될 수 없고, 그 밖에 창작성 있는 표현으로 볼 만한 특징이 발견되지 않는다고 판단하였다.

다음으로 부정경쟁방지법 위반 주장에 대해서는, 반소원고의 공간 튜브 장치가 그 자체로 수요자들 사이에 널리 인식되었다고 볼 수 없어 출처 혼동의 여지가 없고, 반력을 느끼게 하는 동종의 상품이 가지는 일반적인 형태를 모방한 것은 부정경쟁행위에 해당하는 상품 형태 모방으로 볼 수 없다고 판시하였다.

마지막으로 민법상 불법행위 책임 주장에 대해서는, 공간 튜브 장치가 저작권법이나 부정경쟁방지법에 의하여 보호되지 않는 이상 그와 유사한 장치를 반소원고가 독점적, 배타적으로 사용할 수 있는 것은 아니라고 설시하였다. 반소원고의 창의적인 아이디어가 반영되었다는 이유만으로 구체적인 권리 내지 이익이 침해되었다고 볼 수 없으므로, 반소피고가 유사 장치를 이용하여 영업활동을 한다고 하더라도, 경쟁자인 반소원고의 신용

과 노력을 위법하게 무단 사용한 것으로 볼 수 없다고 판시하였다.

(사) 우키요에 해설 사건²²⁴⁾²²⁵⁾

원고는 1935년에 발행된 ‘근세 니시키에(錦繪) 세대 역사’ 제1권 및 제2권의 저작권을 상속한 자이자, 동시에 1978년에 발행된 ‘니시키에 에도 막부 말기 메이지의 역사’ 제7권에 수록된 ‘니시키에 수상(隨想) 8’의 저작자이다. 피고는 1991년 NHK 방송 프로그램에 출연하여 우키요에(浮世繪)의 역사를 주제로 강연을 하는 한편, 1992년 ‘에도 뉴미디어 - 우키요에 정보, 광고, 놀이’라는 서적을 출판하였다. 원고는 “우키요에 판화는 미술품으로 만들어진 것이 아니라 에도 시대 서민의 장난감에서 출발하였고 막부 말기에는 일종의 저널리즘적 역할을 담당하였다.”는 취지의 피고의 강연 및 서적 내용이 원고의 저작권을 침해한 것이고, 설령 그렇지 않더라도 원고의 연구 성과물을 도용한 것으로서 민법상 불법행위에 해당한다고 주장하였다.

법원은 원고의 저술과 대비되는 피고의 저술 중 상당 부분은 표현이라기보다는 그 전제가 되는 사상 내지 아이디어이거나, 역사적 사실 내지 사건에 해당하므로, 저작권 침해로 볼 수 없다고 판시하였다. 또한, 표현으로 볼 수 있는 나머지 문구는 짧은 단어의 조합에 불과하거나 창작성이 부족하여 저작물성을 인정할 수 없다고 보았다.

나아가 선행 저작물에 기재된 역사적 사실과 그에 대한 견해에 있어 공통점이 있다고 하더라도 창작적인 표현으로 동일성이 인정되지 않는 이상

224) 大阪地方裁判所 2012. 7. 5.(平成24年07月05日) 선고 平成23年(ワ)第13060号 판결(http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/524/082524_hanrei.pdf, 2015. 6. 17. 최종 방문).

225) 우키요에(浮世繪)는 세속적인 삶을 묘사한 그림으로서 일본 에도 시대에 유행하였다. 우키요에는 육필화(肉筆畵) 내지 판화(版畵)로 그려졌는데, 판화 그 중에서도 목판화의 비중이 압도적으로 높았다는 점에서 다색 목판화를 가리키는 니시키에(錦繪)로 부르기도 하였다. (네이버캐스트 ‘카나가와의 큰 파도’ http://navercast.naver.com/contents.nhn?rid=51&contents_id=4483 및 ‘우키요에의 의미’ http://navercast.naver.com/contents.nhn?rid=51&contents_id=89065 참조, 2015. 6. 17. 최종 방문).

저작권법이 규율하는 권리 또는 이익과는 다른 법적으로 보호되는 이익을 위법하게 침해하는 등의 특별한 사정이 없는 한 불법행위 책임이 성립되지 않는다는 법리를 재확인하였다. 이 사건의 경우, 원고가 저작권을 보유한 서적은 1935년에 발행된 반면 피고의 방송이나 서적은 그로부터 약 60년이나 경과한 후에 등장하였으므로, 그로 인하여 원고의 경제적 이익이나 명예가 침해되었다고 볼 수 없다고 판단하였다.

(아) 낚시 게임 사건²²⁶⁾

원고는 2007년 낚시를 소재로 한 휴대폰용 인터넷 게임 ‘낚시 스타(釣リスタ)’를 제작한 후 자사의 SNS와 연동하여 이용자들에게 전송하였다. 원고의 게임은 상단 화면, 낚시터 선택 화면, 캐스팅 화면, 물고기를 끌어오는 화면 등으로 구성된다. 한편 피고는 2008년 ‘낚시 게타운(釣リゲタウン)’ 게임을 개발한 후 게임 내용 중 일부 화면을 자사의 웹사이트에 게재하여 홍보하였는데, 위 화면은 원고의 게임 화면과 매우 유사하였다.

법원은 위 두 화면에 담긴 기본적인 아이디어가 동일하기는 하나 이는 저작권의 보호대상이 아니고, 그 밖에 피고가 모방하였다고 볼 수 있는 부분은 창작성 있는 표현으로 볼 수 없는 화면에 불과하다고 보아, 저작권 침해 주장을 받아들이지 않았다.

한편, 게임 영상이 유례를 찾아볼 수 없을 정도로 독창적이고 그러한 특징이 게임의 전 과정에 걸쳐 반복되고 장시간 화면에 표시되어 수요자 사이에 널리 알려진 경우에는 부정경쟁방지법에서 말하는 상품 등 표시로 볼 수 있지만, 원고의 게임에서 그러한 특징이 발견되지는 않고, 피고가 위 영상을 상품 등의 표시로 사용하는 것도 아니므로, 부정경쟁방지법 위반의 문제도 발생하지 않는다고 판시하였다.

마지막으로 민법상 불법행위 책임에 대해서는, 저작자의 독점적 권리와 일반 국민의 문화적 삶의 자유가 조화될 수 있도록 저작권의 발생 원인,

226) 知的財産高等裁判所 2012. 8. 8.(平成24年08月08日) 선고 平成24年(ネ)第10027号 판결(判例時報2165号42頁, 判例タイムズ1403号271頁).

내용, 범위, 소멸 원인 등 독점권이 미치는 범위 한계를 분명히 하는 저작권법과, 사업자들 사이의 공정한 경쟁을 도모하기 위하여 부정경쟁행위의 한계를 분명히 하는 부정경쟁방지법의 입법취지에 비추어, 저작권법이나 부정경쟁방지법이 규율의 대상으로 하는 이익과는 다른 법적으로 보호되는 이익을 침해하는 등의 특별한 사정이 없는 한 불법행위를 구성하지 않는다고 판시하였다. 그런데 위 사건의 경우에는 피고가 자유경쟁의 범위를 일탈하여 원고의 위와 같은 이익을 침해하였다고 볼 수 없다고 판단하였다.

(자) 커스터마이즈 인형 사건²²⁷⁾

원고가 제작하여 판매하는 커스터마이즈 인형이란 사람의 나체를 본뜬 50~60cm 가량의 관절 인형으로서 다양한 포즈를 취하게 할 수 있는 한편 사용자의 취향에 따라 가발, 의류 등을 착용시킬 수 있는 제품이다. 원고는 2003년경부터 커스터마이즈 인형을 판매해왔는데, 피고가 2010년경부터 원고의 인형을 모방하여 그와 유사한 제품을 만들어 판매하자, 피고를 상대로 소를 제기하였다.

먼저 부정경쟁방지법상 상품 등 표시 혼동 주장에 대해서는, 원고의 인형 형태 그 자체로 특정한 영업주체의 상품임을 나타내는 출처 식별 기능이 있었다고 볼 수 없다고 판단하였다. 또한 상품 형태 모방에 따른 부정경쟁행위 주장에 대해서는, 인형의 얼굴, 흉부, 관절, 신체비율 등의 다르다는 점을 들어 배척하였다.

다음으로 저작권 침해 주장에 대해서는, 사용자의 취향에 따른 가공 내지 개조 등이 이루어지기 전의 상태인 원고의 인형 그 자체만으로는 순수 미술에 해당한다고 보기 어렵고, 그렇다고 응용 미술 저작물로 보기에는 순수 미술과 동일시할 수 있을 정도의 미적 창작이 구비되지 않았다고 판

227) 東京地方裁判所 2012. 11. 29.(平成24年11月29日) 선고 平成23年(ワ)第6621号 판결(http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/798/082798_hanrei.pdf, 2015. 6. 17. 최종 방문).

시하였다.

마지막으로 불법행위 주장에 대해서는, 부정경쟁방지법이나 저작권법에 의하여 보호되지 않는 제품에 관하여 원고가 주장하는 바와 같이 부정한 무임승차가 있었다고 하더라도, 사회적으로 허용되는 공정한 경쟁의 한도를 넘어 위법한 행위에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

(차) 거리 공연 연구회 홈페이지 사건²²⁸⁾

원고는 거리 공연 연구회에 가입하여 연구회 홈페이지를 개설하고 관리하다가 탈퇴한 회원이다. 한편 또 다른 회원인 피고는 위 연구회에서 발생한 내분으로 인하여 대립관계에 있었는데, 원고가 탈퇴할 무렵 기존 홈페이지의 소스 코드를 입수하여 일부 새로운 정보를 추가한 홈페이지를 제작, 관리하였다.

먼저 저작권 침해여부와 관련하여, 법원은 위 홈페이지의 개별 화면에 포함된 표현적 요소에는 창작성이 없고, HTML 소스 코드 그 자체는 원고가 사용한 별도의 홈페이지 제작 프로그램에 의하여 자동적으로 생성된 것에 불과하므로 사상 또는 감정의 창작적 표현으로 볼 수 없다고 판시하였다.

다음으로 원고는 위 홈페이지 화면 내지 소스 코드에 상당한 시간과 노력을 투자하였으므로, 피고의 이용행위는 법적 보호 가치 있는 이익의 침해라고 주장하였다. 이에 대하여 법원은 ① 위 화면 및 소스 코드의 이용에 관한 이익은 저작권법이 규율하고자 하는 독점적 이용의 이익과 다르지 않고, ② 설령 저작권법과 다른 법적 보호가치 있는 이익이 인정된다고 하더라도, 원고는 거리 공연 연구회 회원들이 낸 회비로부터 관리비를 마련하여 위 회원들을 위해 홈페이지를 업데이트해왔던 점, 피고는 원고의 항의를 받은 후 폰트, 아이콘, 배경 이미지, 사진 배치 등 홈페이지의

228) 東京地方裁判所 2012. 12. 27.(平成24年12月27日) 선고 平成22年(ワ)第47569号 판결(http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/675/083675_hanrei.pdf, 2015. 6. 17. 최종 방문).

구성을 크게 변경한 점 등에 비추어 피고의 이용행위가 사회적으로 허용되는 한도를 넘었다고 볼 수 없다고 보아 위 주장을 받아들이지 않았다.

(카) 프로야구 게임 사건²²⁹⁾

원고는 SNS에 기반한 카드 게임 방식의 프로야구 게임을 개발하였다. 원고의 게임은 이용자가 스카우트나 확률형 뽑기(가챠, ガチャ)를 통해 선수를 수집하여 야구팀을 편성한 후 다른 이용자와 겨루는 방식으로서, 선수 뽑기, 스카우트, 오더, 강화, 시합 등 다섯 가지 항목을 핵심적인 구성요소로 한다. 한편, 이를 모방하여 피고가 개발한 프로 야구 카드 게임도 SNS에 기반하는데, 선수 뽑기, 미션, 오더, 강화, 시합 등 원고의 게임과 유사한 다섯 가지 메뉴가 제공된다. 원고는 피고를 상대로 주위적으로 부정경쟁방지법 위반, 예비적으로 민법상 불법행위 책임을 주장하며 소를 제기하였다.

법원은 먼저 출처 혼동에 기한 부정경쟁행위 주장과 관련하여, 게임의 영상이 유례없이 독창적인 특징을 가지고, 그러한 특징이 게임의 전 과정에 걸쳐 반복되어 장시간 화면에 표시되는 등의 방법으로 수요자 사이에 널리 인식될 경우에는 상품의 표시 등에 해당될 수 있으나, 위 사건에서 원고의 게임은 그렇게 보기 어렵다고 판단하였다. 한편 상품 형태 모방 주장에 대해서는, 상품의 형태란 시각에 의하여 인식할 수 있는 유형적인 제품의 구체적인 형상을 의미하는데, 선수 뽑기, 스카우트, 오더, 강화, 시합 등은 게임의 진행방법이나 규칙으로서 무형의 아이디어, 제품의 기능, 제품의 추상적인 형태 등에 불과하므로, 상품 형태 모방으로도 볼 수 없다고 설시하였다.

나아가 민법상 불법행위 책임에 대해서는, 최고재판소가 북한 영화 방송 사건에서 설시한 법리를 그대로 인용하는 한편, 시장에서의 경쟁은 본

229) 東京地方裁判所 2013. 11. 29.(平成25年11月29日) 선고 平成23年(ワ)第29184号 판결(http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/039/084039_hanrei.pdf, 2015. 6. 17. 최종 방문).

래 자유로울 수밖에 없으므로, 경쟁행위가 일부러 상대방에게 손해를 줄 목적으로 이루어지는 등 자유경쟁의 범위를 일탈하여 이루어짐으로써 부정경쟁행위의 규제와 관련된 이익과는 다른 법적으로 보호되는 이익을 침해하는 등의 특별한 사정이 없는 한 불법행위를 구성하지 않는다고 판시하였다. 위 사건의 경우, 원고가 비용과 노력을 들인 프로야구 게임의 시스템에서 보호되어야 하는 법적 이익은 저작권법 및 부정경쟁방지법에 의하여 보호되어야 할 법적 이익과 다르지 않다고 보았다. 나아가 피고의 의도적으로 원고에게 손해를 줄 목적으로 게임을 배포하는 등 자유경쟁의 범위를 일탈하였다고 볼 만한 사정도 보이지 않는다고 판단하였다.

(타) 타츠야 주방용품 사건²³⁰⁾

원고는 일본에서 저명한 요리사인 타츠야(達也)의 이름과 사진을 이용하여 'TATSUYA IDEA KITCHEN'이라는 표장을 만든 후 주방용품을 출시하였다. 원고는 수 개의 주방용품을 하나의 시리즈로 모아 위 표장으로 판매하였는데, 각기 다른 용도를 지닌 주방용품이 간단한 디자인을 지니면서도 다양한 색상으로 서로 어우러져 있는 특징이 있었다. 원고는 2011년 3월경부터 일부 상품을 출시한 후 8월경에는 TATSUYA IDEA KITCHEN 홈페이지에서 모든 상품의 정보 및 사용법을 소개하였는데, 피고는 그 후 이와 유사한 주방용품을 시리즈로 묶어 판매하였다. 이에 원고는 부정경쟁방지법 위반 및 민법상 불법행위 책임을 주장하며 소를 제기하였다.

법원은 피고가 주방용품을 출시하기 전까지 원고의 상품이 그 자체로 출처 표시로서 수요자들 사이에 인식되었다고 보기 어렵다는 이유로 상품 출처 혼동의 주장을 배척하였고, 원고와 피고의 상품에는 육안으로 식별할 수 있는 분명한 차이점이 있다는 이유로 상품 형태 모방 주장도 받아

230) 東京地方裁判所 2014. 4. 17.(平成26年04月17日) 선고 平成25(ワ)第18665号 판결(http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/165/084165_hanrei.pdf, 2015. 6. 18. 최종 방문).

들이지 않았다.

한편 법적 보호 가치 있는 영업활동상의 이익이 침해되었다는 주장에 대해서는, 선행 상품의 형태에 기초하여 후발 상품을 만들어 이를 선행 제품보다 저렴하고 판매하는 것은 의장법 및 부정경쟁방지법 등에 반하지 않는 이상 일반적으로 사업자의 정당한 경제 활동의 일환이므로, 공정한 경쟁으로 사회적으로 허용되는 한도를 초과하는 사정이 없는 한 일반 불법행위 책임이 성립하지 않는다고 판시하였다. 이와 같은 법리에 따라, 원고와 피고의 주방용품이 종류와 기능에 있어서 공통점이 있으나, 피고의 상품은 명칭도 상이하고 그 포장에 유명 요리사의 얼굴 사진을 포장에 부착하지 않아서 판매 방법을 모방하였다고 볼 수 없고, 별개의 상품을 일련의 시리즈로 묶어서 공동으로 전시하는 것도 흔한 판매 방법이며, 제품 설명서에 기재된 표현도 상당 부분 다르다는 점을 들어 사회적으로 허용되는 한도를 넘는 경쟁행위로 볼 수 없다고 판단하였다.

(파) 아사히 TV 서체 사건²³¹⁾

피고 TV 아사히는 원고가 개발한 서체 소프트웨어를 구입하여 피고 IMAGICA로 하여금 방송 프로그램 편집 등에 사용하도록 하였는데, 피고 IMAGICA는 방송 프로그램 편집 과정에서 원고와의 소프트웨어 라이선스에 위반하여 서체를 사용하였고, 피고 TV 아사히는 위와 같이 제작된 프로그램을 방송하였다. 이에 대하여 원고는 저작권 침해, 의장권 침해, 부정경쟁방지법 위반 등을 주장하지 않은 채 민법상 불법행위 책임을 주장하며 피고들을 상대로 소를 제기하였다.

법원은 최고재판소의 북한 영화 방송 사건의 법리를 원용하여, 현행법상 창작 디자인의 이용에 관해서는 저작권법, 의장법 등의 개별 지적재산권법이 일정한 요건에 따라 독점적 권리의 보호를 도모하고, 일정한 경우

231) 大阪高等裁判所 2014. 9. 26.(平成26年09月26日) 선고 平成25年(ネ)第2494号 판결(http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/575/084575_hanrei.pdf, 2015. 6. 18. 최종 방문).

에는 부정경쟁방지법에 의한 보호도 가능하지만, 이로 인하여 국민의 경제 활동과 문화 활동 자유를 지나치게 제약하지 않도록 하기 위해 각 법은 각 지적재산권의 발생 원인, 내용, 범위, 소멸 원인 등을 정하여 그 독점권이 미치는 한계를 명확히 하였고 실시하였다. 나아가 이와 같은 입법취지에 비추어 볼 때, 창작 디자인이 위 각 법률의 보호 대상이 되지 않는 경우에는 해당 디자인의 이용행위가 각 지적재산권법이 규율의 대상으로 하는 창작물의 이용에 따른 이익과는 다른 법적으로 보호되는 이익을 침해하는 등의 특별한 사정이 없는 한 불법행위를 구성하지 않는다고 법리를 실시하였다. 또한 헌법상 영업의 자유가 보장되어 각자 자유 경쟁 원리에 따라 영업 활동을 할 수 있다는 점에 비추어 보면, 타인의 영업행위에 의해 자신의 영업상의 이익이 침해되었다는 사정만으로 바로 불법행위에 해당한다고 볼 수는 없고, 타인의 영업행위가 자유 경쟁의 범위를 벗어나 영업의 자유를 남용하였다고 할 수 있는 특별한 사정이 인정되는 경우에만 위법성이 인정된다고 판시하였다.

그런데 원고가 주장하는 법률상 보호가치 있는 이익은 결국 자신의 서체를 무단으로 사용하면 불법행위를 구성할 수 있다는 취지로서 서체를 독점적으로 이용하는 이익으로 볼 수 있는데, 원고의 서체에 상당한 노력과 비용이 투자되었다고 하더라도 위와 같은 이용 이익은 지적재산권법의 규율 대상과 다르지 않다고 보았다. 나아가 피고들이 라이선스 약정 위반 사실을 알고도 무단으로 원고의 서체를 사용하였다는 고의가 입증되지 않는 등 그 이용이 영업의 자유를 남용한 것으로 보기도 어렵다고 판단하였다.²³²⁾

232) 판결문 중 일본 지적재산기본법 제2조에 규정된 ‘지적재산’과 ‘지적재산권’과의 관계를 실시한 부분이 흥미롭다. 위 판결은 원고의 서체가 지적재산기본법에서 정의한 지적재산에는 해당된다고 보면서도, 앞서 법적으로 보호 가치가 인정되지 않는다고 실시한 바와 같이 지적재산권이 부여되지 않는다고 설명한다. 즉, 지적재산에는 지적재산권으로 보호되는 지적재산과 그렇지 않은 지적재산이 모두 포함된다는 의미인데, 한국의 지식재산기본법 제3조에도 그와 같은 해석론이 적용될 수 있는지 논의의 여지가 있다. 이 글에서는 그와 같은 논의를 뒤로 미룬 채, 위 일본 판례의 해석론에 따른 경우 ‘지적재산권으로 보호되지 않는 지적재산’을 ‘지적 창작물’로 표현하였음을 밝혀둔다.

(하) 논문 표절 사건²³³⁾

원고는 지적재산권법을 전공하는 대학 교수이고, 피고들은 지도 교수와 그 제자이다. 원고는 피고들의 논문이 자신의 논문을 표절하였다고 주장하며 소를 제기하였다.

먼저 원고는 저작인격권 중 동일성유지권, 성명표시권의 침해를 주장하였는데, 법원은 원고가 표절로 지적한 피고들의 저술 중 일부에 대해서만 저작자인 원고의 성명을 표시하지 않은 채 창작성 있는 표현을 그대로 사용하였다는 이유로 성명표시권 침해를 인정하였다.

한편 원고는 저작권 침해가 인정된 표절은 물론 그렇지 않은 원고의 논문의 이용행위에 대하여 모두 민법 제709조의 불법행위 책임이 성립한다고 주장하였다. 연구자들은 집필하는 학술 논문의 내용에 따라 타인으로부터 그 능력 내지 성과를 평가받고, 논문 집필에 많은 시간, 노력, 비용이 소요되므로, 논문의 내용을 타인의 도용·표절로부터 보호해야 할 이익은 저작권법과 구별되는 법적으로 보호가치 있는 이익인데, 피고들이 스스로 조사·연구를 하지 않은 채 원고의 표현을 표절하여 원고의 업적에 이른바 무임승차한 것은 원고의 연구를 방해함과 동시에 전문가의 지위를 부당하게 얻으려고 한 것이므로 위법하다는 취지이다.

이에 대하여 법원은 최고재판소의 북한 영화 방송 판결의 법리를 인용한 후, 연구자가 저술하여 공표한 학술 논문을 다른 사람이 복제하는 등의 방법으로 이용하였다고 하더라도 그것만으로 연구자의 학문의 자유가 침해되었다고 볼 수 없으며, 해당 연구자의 능력, 전문성 내지 실적에 대한 평가가 저하되었다고 보기 어렵다고 설시하였다. 나아가 표절된 부분은 원고의 논문 중 몇 줄에 지나지 않고, 그 중 일부는 영국 저작권법 관련 조항을 해설한 것으로서 표현을 선택할 여지가 매우 적고 그 한도 내에서만 저작자의 개성이 간신히 드러날 수 있으므로, 피고들의 저술이 원

233) 東京地方裁判所 2015. 3. 27.(平成27年03月27日) 선고 平成26年(ワ)第7527号 판결(http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/025/085025_hanrei.pdf, 2015. 6. 18. 최종 방문).

고의 노력 내지 업적에 대한 무임승차에 해당하지 않는다고 보았다. 결국 피고들의 논문 작성 및 공표가 저작권법과는 구별되는 원고의 법적 보호 가치 있는 이익을 침해하였다고 볼 수 없다고 판단하였다.

(3) 검토

(가) 법적 보호가치 있는 이익

지적재산권법의 명문 규정에 의하여 보호되지 않는 창작물을 민법상 불법행위 법리에 따라 보호할 수 있는가에 관하여, 위 하급심 판결은 대체로 법으로 보호할 가치가 있는 이익이 침해되었는가에 따라 책임 성립 여부를 판단하였다.

먼저 2011년 북한 영화 방송 사건 이전의 사례들은 대체로 침해자가 공정한 시장 경쟁 질서에 반하여 영업 손실 및 영업상 신용을 포함하는 영업 활동상의 이익을 침해하였는가에 주목하였다는 점에서, 저작권법의 보호 법익과 구별되는 다른 법적 보호가치 있는 이익이 침해될 것을 요하는 위 최고재판소의 판결의 토대를 마련한 것으로 보인다. 2004년 일본 민법 개정 전에도 권리침해에 한정하지 않고 법적 보호가치 있는 이익의 침해 여부에 따라 불법행위 책임을 인정하는 것이 주류적인 해석론인 점에 비추어 보면, 위 판결들은 결국 민법상 불법행위 책임의 성립요건에 따라 개별 사실관계를 포섭한 것으로 볼 수 있다.²³⁴⁾

한편 2011년 이후의 판결들은 저작권에 한정되었던 최고재판소의 판시를 다른 지적재산권 영역으로 확장한 점이 눈에 띈다. 타츠야 주방용품 사건을 비롯한 일련의 재판례를 분석해보면, 저작권법뿐만 아니라 의장법, 부정경쟁방지법이 보호대상으로 하는 이익과 다른 법적 보호가치 있

234) 2003. 3. 1.부터 시행된 일본 지적재산기본법 제2조 제2항은 “특허권·실용신안권·육성자권·의장권·저작권·상표권 기타 지적재산에 관하여 법령에 의해 정해진 권리 또는 법률상 보호되는 이익에 관한 권리”를 지적재산권으로 정의함으로써, 법적 보호가치 있는 이익에 관하여 민법과 통일적인 해석이 가능할 것으로 보인다.

는 이익이 침해된 경우 불법행위 법리로 보호될 수 있다고 판시하였음을 알 수 있다.

앞서 최고재판소 판결의 분석에서 검토한 바와 같이, 이러한 기준은 미국에서 연방 저작권법의 우선 적용 범위를 판단하기 위한 두 번째 요건, 즉 연방 저작권법의 부여하는 배타적 권리와 동등하지 않은 법적·형평적 권리의 침해에 해당하는지 여부(the general scope requirement)를 판단하는 과정과 매우 유사하다. 어쨌든 이로써 현재 일본 법원이 지적 창작물의 이용행위에 대하여 불법행위 책임을 인정하는 대략적인 기준은 어느 정도 정립된 것으로 보인다.

(나) 지적재산권법과 다른 보호 법의

지적 창작물의 보호에 민법이 개입할 수 있는 단서는 지적재산권법의 보호대상과 구별되는 보호 법의이다. 일본 하급심 판례들은 지적재산권법의 입법취지를 고려하여 그와 중복되는 보호를 민법이 제공하여서는 안 된다고 판단하는 것으로 해석된다.

위 판례들이 포착한 지적재산권법과 다른 법적 보호가치 있는 이익의 침해란, 대체로 타인이 영업에 이용할 목적으로 시간과 비용을 투자하여 이룩한 성과물에 경쟁관계에 있는 자가 공정한 경쟁질서에 반하는 방법으로 무임승차하여 타인의 영업상 이익을 침해한 경우를 의미한다. 자유시장경제의 공정한 경쟁질서는 전통적인 특허법이나 저작권법이 보호하고자 하는 영역과 분명히 구별된다.

일본의 판례는 지적재산권법의 보호영역과 중복된 보호를 제공하는지 여부를 판단함에 있어, 불법행위 법리를 통하여 궁극적으로 확보되는 보호영역의 성격을 실질적으로 고려하여 접근하는 것으로 보인다. 가령, 프로야구 게임 사건에서는 원고가 보호받고자 하는 게임의 영상은 본래 저작권법의 보호대상이므로, 그와 같은 게임 영상에 상당한 노력이 투자되었다고 하여 바로 타인의 모방을 금지하는 것은 결과적으로 저작권법에

의한 보호와 다를 바 없다고 해석한다. 아사히 TV 서체 사건에서도 이와 유사한 논리가 발견된다. 원고가 자신의 서체를 피고들의 무단이용으로부터 보호받게 되면 결국 해당 서체를 독점적으로 사용하고자 하는 이익을 누리는 것이므로, 단순히 상당한 노력과 비용이 투자되었다는 사정만으로 그러한 이익을 부여한다면 지적재산권법이 보호하고자 하는 이익과 다르지 않다고 해석한다. 서체의 모방에 관한 초기의 판결들, 예를 들어 사식 기용 문자 서체 사건, 팝 문자 서체 사건의 경우 구체적인 근거를 제시하지 않은 채 법적 보호 가치 있는 이익이 인정되지 않거나 침해되지 않았다고 판단하였는데, 위 아사히 TV 서체 사건의 논리가 마찬가지로 적용될 수 있을 것으로 보인다.

그렇다면 성과물에 대한 무임승차를 금지함으로써 보호하고자 하는 법익은 어떠한 경우에 지적재산권법이 보호하고자 하는 법익과 구별될 수 있는가? 이를테면, 프로야구 게임 사건에서 판시한 바와 같이 경쟁행위 자체가 일부러 상대방에게 손해를 줄 목적으로 이루어지는 경우 등을 들 수 있다. 결국 지적재산권의 입법취지를 고려하여 사안별로 판단할 수밖에 없을 것이다.

(다) 모방행위에 대한 규율

공정한 경쟁질서에 반하는 무임승차는 대부분의 사례에서 타인의 성과물 전부 또는 일부에 대한 모방행위로 나타난다.

한편, 사식기용 문자 서체 사건과 나뭇결 무늬 시트지 사건은 1993년 일본 부정경쟁방지법 개정안에 상품 형태 모방 규정이 도입되는 중요한 계기가 되었다.²³⁵⁾ 위 규정 도입 당시 무임승차 내지 부당한 모방이라는 개념은 모두 불명확하여 예측 가능성을 해친다는 지적도 있었으나, 제품 개발의 인센티브로서 지적재산권에 의한 보호뿐만 아니라 개발자가 관련 시장에 먼저 진입함으로써 누리게 되는 이익도 고려해야 한다는 입론이

235) 田村善之, “不正競争防止法2条1項3号の制度趣旨とその要件論”, 日本工業所有権法学会年報, 21号, 1998, 133면.

받아들여졌다.²³⁶⁾ 2005년 개정을 통해 최초 판매일로부터의 3년 경과 제외 규정이 삭제되고, 상품 형태에 관한 정의 규정이 도입되는 등 약간의 변화가 있었으나, 현재 타인의 상품 모방에 기초한 경쟁질서 위반행위는 원칙적으로 부정경쟁방지법에 의하여 규율될 수 있게 되었다.

이는 민법의 위법성 기준이 부정경쟁방지법의 체계로 편입되는 흥미로운 과정을 보여준다. 특허법, 저작권법, 의장법 등 일본의 지적재산권법에 의하여 인식되지 않았던 위법성이 일단 민법에 의하여 포착된 후, 입법을 통해 지적재산권법의 체계로 들어온 것이다.²³⁷⁾

다만, 위 규정은 ‘상품 형태’의 모방에 관한 규율이므로, 적어도 일본에서는 일체의 모방행위가 부정경쟁방지법의 영역으로 옮겨간 것은 아니다. 요미우리 온라인 사건에서 원고는 항소심에 이르러, 피고가 원고의 뉴스 기사 제목을 그대로 복제한 행위는 부정경쟁방지법 제2조 제1항 제3호의 상품 형태 모방에 해당된다는 주장을 새롭게 추가하였다. 그러나 이에 대하여 법원은 상품의 형태란 수요자가 통상의 용법에 따라 사용하면서 인식할 수 있는 제품 외부 및 내부의 형상과 그에 결합된 모양, 색채, 광택, 질감 등이므로, 요미우리 뉴스 기사의 제목은 이에 해당하지 않는다고 판단하였다.²³⁸⁾ 그러므로 위와 같은 상품 형태 이외의 지적 창작물에 대한 모방은 여전히 민법에 의하여 규율된다.

3. 학계의 평가

가. 긍정적 견해

236) 田村善之, 앞의 논문(註235), 134-135면.

237) 낚시 게임 사건에서 지적재산고등재판소는 부정경쟁방지법이 규율의 대상으로 하는 이익과는 다른 법적 보호가치 있는 이익이 침해되는 특별한 경우에만 민법상 불법행위가 성립할 수 있다고 판시하였는데, 가령 그러한 불법행위 법리가 아예 부정경쟁방지법에 편입된 경우는 어떠한가? 국내의 경우 개정 부정경쟁방지법에 일반조항이 도입됨으로써 바로 그러한 상황을 맞이하게 되었다. 이에 관하여는 제5장에서 살펴보기로 한다.

238) 註 215.

(1) 지적재산권법의 입법취지를 고려해야 한다는 견해²³⁹⁾

불법행위 법리에 의한 지적재산권의 보호를 특별법과 일반법의 관계를 정립하는 문제로 보면서, 지적재산권법의 보호 범위에 속하지 않은 취지를 고려하여 불법행위 책임의 성립 여부를 결정해야 한다는 견해이다.

위 견해는 민법상 불법행위 책임의 법적효과로는 손해배상청구권이 주어지고, 지적재산권법 위반의 효과로는 그에 더하여 금지청구권이 부여된다는 점에 주목한다. 금지청구권이 인정되지 않는 불법행위 법리에 의한 보호를 침해에 대한 미약한 보호로, 금지청구권까지 부여하는 지적재산권 법리에 의한 보호를 침해에 대한 확대된 보호라고 파악하여 양자를 구별한다. 따라서 지적재산권법이 보호하지 않는 취지가 침해에 대한 확대된 효과, 즉, 금지청구권만을 거부한 취지인지, 아니면 손해배상책임 자체를 부인하는 취지인지를 살핀 후, 전자의 경우에는 미약한 보호, 즉, 민법상 불법행위 책임을 긍정해도 좋다는 입장이다.

(2) 자유경쟁질서의 유지라는 관점에서 규율할 수 있다는 견해

앞의 견해와 달리 지적재산권법의 입법취지에 구속받지 않고 공정한 경쟁질서의 관점에서 위법성을 판단해야 한다는 견해이다. 즉, 개별 지적재산권법에 의하여 위법한 것으로 인정되지 않는 행위라 하더라도, 그러한 행위가 자유 경쟁의 관점에서 정당화될 수 없다면 민법에 의하여 불법행위 책임이 성립한다는 입장이다. 따라서 지적재산의 이용행위가 공정한 시장 경쟁 질서에 반하여 영업 손실 및 영업상 신용을 포함하는 영업 활동상의 이익이 침해된 경우 위법성을 인정한다. 불법행위 법리는 배타적 권리가 부여되는 지적재산권법에 비하여 보다 유연한 해결책을 제공할 수 있다는 점도 지적한다.²⁴⁰⁾

239) 이하의 논의는 島並良, “一般不法行為法と知的財産法”, 法学教室, 380号, 2012, 148-152면 참조.

이와 유사한 맥락에서, 지적재산권법도 일종의 경쟁질서를 보호하는 규범으로 파악하는 견해도 있다. 즉, 경쟁법적 관점에서 자유로운 경쟁을 저해하는 부당한 모용행위는 당연히 규제하는 것이 경쟁법적 배려인데, 다만 지적재산권법은 일정한 수준에 도달한 지적 성과물에 대해서 일정기간 경쟁자를 배제하고 이익을 독점할 기회를 보장할 뿐이라고 설명한다. 그렇다면 지적재산권법은 어디까지나 경쟁법 시스템 내에서 ‘강한 법적 보호’를 의미할 뿐이므로, 지적재산권법의 보호 영역에 들지 못한다고 하여 경쟁법으로 규율할 수 없다는 것을 의미하지는 않는다고 한다.²⁴¹⁾

(3) 입법과 사법의 역할 분담으로 파악하는 견해²⁴²⁾

규제 방법이라는 측면에서, 지적재산권법에 의한 보호를 입법에 의한 규제로, 민법상 불법행위 법리에 의한 보호를 사법에 의한 규제로 파악하여, 입법과 사법의 역할 분담이라는 관점으로 접근하는 견해이다. 본래 공유 영역에 속한 아이디어를 지적재산권으로 보호하는 것은 그 수범자인 일반 국민의 권리가 제한되는 것을 의미하는데, 이러한 권한의 창설은 민주적 정당성이 보장되는 입법에 의하거나 시장의 자율에 맡겨두는 것이 원칙이라고 한다.

따라서 정치적 책임을 지지 않는 사법부로서는 지적재산권을 강화하는 방향의 해석은 자제해야 하고, 반대로 이를 제한하는 방향의 해석은 보다 과감하게 할 수 있다고 한다. 다만, ‘입법을 기다리지 않아도 될 정도로 효율성이 개선될 것이 분명’하거나, ‘지적재산권법에 의한 보호에 흠결이 있다고 일반적으로 인식’되는 경우에 예외적으로 사법부가 민법상 불법행

240) 이상의 논의는 上野達弘, “未承認国の著作物と不法行為－北朝鮮事件－”, Law&Technology, 45号, 2009, 65-66면 참조.

241) 이상의 논의는 松村信夫, “他人の成果の冒用と不法行為”, 知財管理, 57卷 6号, 2007, 859-861면 참조.

242) 이하의 논의는 田村善之, 앞의 논문(註 69), 32-33면 참조. 丁文杰, “知的財産権・不法行為・自由領域: 日韓両国における規範的解釈の試み”, 北海道大学 法学博士學位論文, 2014, 54면도 대체로 같은 취지로 파악된다.

위 법리를 통해 지적 창작물의 이용을 제한할 수 있다고 해석한다.

나. 부정적 견해²⁴³⁾

입법에 의하지 않고 모방행위를 규제할 경우 창작물의 이용을 위축시키는 결과를 초래할 수 있으므로 선불리 민법상 불법행위 책임을 인정하여서는 안 된다고 비판한다. 무임승차를 그대로 방치하는 것이 부정적 효과가 있다고 하더라도, 개별 사실관계에 근거하여 위법성을 판단하는 법원이 거시적 관점에서 정책적 판단을 하는 것은 쉽지 않다는 문제가 있다고 한다. 나아가 설령 판례가 축적됨으로써 위법성 판단 기준이 구체화된다고 하더라도 그 때까지 법적 안정성이 훼손되는 것을 막을 수 없으므로, 결국 민법상 불법행위 법리를 적용해서는 안 된다고 주장한다.

다. 검토

지적재산권법에 의하여 금지되지 않는 모방행위를 민법상 불법행위로 규율할 수 있는가에 관하여 일본의 학설은 대체로 그 성립 가능성을 긍정하는 것으로 보인다. 위 부정설에 대해서는, 수범자의 문화·경제 활동의 자유를 과도하게 위축시킬 우려가 있는 경우에는 불법행위 법리의 개입을 포기할 수 있으므로, 법적 안정성이 훼손된다는 이유만으로 민법에 의한 규율을 부정할 필요는 없다는 비판이 제기된다.²⁴⁴⁾

민법상 불법행위로 규율할 수 있다는 주류적인 해석론은 어떠한 경우에 그 책임을 인정할 것인가에 관하여 세부적인 관점을 달리한다. 일반적으로 공정한 경쟁질서의 유지라는 규범목적은 지적재산권의 입법취지를 존중하는 방향으로 해석한다면 고유의 경쟁법적 질서를 관철시키는 방향으

243) 이하의 논의는 井上由里子, “パブリシティの権利の再構築”, 現代企業法学の研究(筑波大学大学院企業法学専攻10周年), 信山社, 2001, 180면; 丁文杰, 앞의 논문(註 242), 48면에서 재인용.

244) 田村善之, “知的財産権と不法行為—プロセス志向の知的財産法政策学の一様相—”, 同編, 新世代知的財産法政策学の創成, 有斐閣, 2008, 43면 註 100; 丁文杰, 위의 논문, 50면에서 재인용.

로 해석하는 경우에 비하여 불법행위 법리의 적용 범위가 줄어들 것이다. 또한, 사법 자제의 관점에서 지적재산권법의 흠결과 그 개선 가능성을 기준으로 접근하는 경우에도 위법성 해석에 제약이 따를 것으로 보인다.

이에 비하여, 지적재산권법의 입법취지에 구속되지 않고 공정한 경쟁 질서의 유지라는 관점에서 지적 창작물의 이용행위를 규제할 수 있다는 견해는 상대적으로 넓게 위법성을 인정할 수 있을 것으로 생각된다.

제4절 독일의 논의

1. 서설

독일은 1896년에 부정경쟁방지법(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG)을 제정하였고, 1909년에 이미 “영업활동 과정에서 경쟁을 목적으로 선량한 풍속에 반하는 행위를 한 자는 금지청구 및 손해배상청구를 당할 수 있다.²⁴⁵⁾”는 내용의 일반조항을 도입하여 지적재산의 불공정한 이용행위를 규율할 수 있는 근거를 마련하였다. 그 후 위 일반조항은 한 세기 가까이 존속하여 오다가, 2004년에 부정경쟁방지법이 전면 개정되면서 새로운 모습을 갖추게 되었다.

이에 따라 독일에서 지적재산권법으로 보호되지 않는 지적 창작물의 이용행위는 일찍부터 부정경쟁방지법상 일반조항의 해석에 따라 허용 여부가 결정되어 왔다. 이하에서는 독일 부정경쟁방지법의 구조를 간단히 살펴보고, 그 해석론을 검토하고자 한다.

2. 부정경쟁방지법의 구조

가. 일반조항으로서의 제3조

2004년 개정 부정경쟁방지법은 종전의 법률을 전면 개정하여 완전히 새로운 체계를 갖추게 되었다. 부정경쟁행위에 관한 일반조항인 개정법 제3조 제1항은 “경쟁자, 소비자 또는 다른 시장 참여자의 이익에 영향을 미칠 수 있는 불공정한 상행위는 금지된다.²⁴⁶⁾”고 규정한다. 1909년 부

245) §1 "Wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden."

정경쟁방지법은 행위규범의 기준으로 ‘선량한 풍속(guten Sitten) 반하는 행위’를 명시하였는데, 위 개정을 통해 ‘불공정한 행위(unlautere Handlungen)’로 변경한 것이 눈에 띄는 특징이다.

선량한 풍속은 불법행위 책임에 관한 독일 민법 제826조에 위법성 판단의 기준으로 명시된 개념이다. 사실 선량한 풍속이라는 표현은 비도덕성에 지나치게 초점을 맞추어 법률용어로 보기에는 다소 시대에 뒤떨어진 경향이 없지 않았는데, 위와 같이 개정됨으로써 불공정행위의 개념을 널리 사용해왔던 유럽공동체 지침과 조화를 이루게 된 것으로 평가된다.²⁴⁷⁾ 다만, 개정법도 불공정성에 대하여 별다른 정의 규정을 두고 있지 않으며, 후술할 예시조항이 일응의 기준이 될 수 있다. 종전과 마찬가지로 판례에 의하여 구체화되는 과정이 필요할 것으로 생각된다.

나. 예시조항으로서의 제4조 내지 제7조

부정경쟁행위의 유형화에 대해서는 이미 상당한 논의가 진행된 바 있는데, 여기에서는 보호법익을 기준으로 하여 경쟁자의 이익(Interessen der Mitbewerber)을 침해하는 행위, 소비자의 이익(Interessen der Abnehmer)을 침해하는 행위, 일반 공중의 이익(Interessen der Allgemeinheit)을 침해하는 행위로 삼분하는 Emmerich의 분류법²⁴⁸⁾에 따라 예시조항을 살펴보고자 한다.

먼저 제4조 제1호 내지 제6호는 소비자 이익의 관점에서 부정경쟁행위를 예시한다. 구체적으로, 소비자의 독립된 판단과 자유로운 선택에 영향

246) §3 Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen

(1) Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig, wenn sie geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen.

247) M. Finger & S. Schmieder, “The New Law Against Unfair Competition: An Assessment”, 6 German LJ 201, 205 (2005).

248) Volker Emmerich, Unlauterer Wettbeverb, 7. Auflage, C.H. Beck München, 91, 205, 409 (2004).

을 미치는 방법으로 상품과 서비스를 광고하는 행위(제1호 내지 제2호), 은닉된 광고행위(제3호), 할인, 혜택, 경품 등의 참여 조건을 명백히 밝히지 않은 광고행위(제4호 내지 제6호)를 규제한다.

다음으로 제4조 제7호 내지 제10호, 제5조 내지 제7조는 경쟁자의 이익의 관점에서 부정경쟁행위를 규제한다. 즉, 경쟁자의 상품, 서비스, 인격적·영업적 상황 등을 폄하하는 의견이나 사실을 진술하는 행위(제4조 제7호 내지 제8호), 타인의 성과물이나 명성을 부당하게 이용하는 행위(제4조 제9호), 경쟁자의 영업을 계획적으로 방해하는 행위(제4조 제10호), 오인을 유발하는 광고행위(제5조), 비교 광고행위(제6조), 수인한도를 넘어서는 홍보행위(제7조)가 이에 해당된다.

마지막으로 제4조 제11항은 일반 공중의 이익을 보호한다는 관점에서 시장 활동을 규제하는 법규에 위반되는 행위를 규제한다. 부정한 경쟁으로부터 시장 참여자를 보호하는 법규를 준수하지 않은 행위를 바로 부정경쟁행위로 포섭함으로써 건전한 경쟁질서를 확보하고자 함이다.²⁴⁹⁾ 소비자 및 경쟁자의 보호에 그치지 않고 전반적인 시장경제질서를 건전하게 유지하고자 하는 취지로 해석된다.

위 각 규정은 어디까지나 부정경쟁행위의 예시에 불과하므로 그 행위유형 자체만으로 바로 부정경쟁행위로 인정되는 것은 아니라, 제3조의 나머지 요건도 충족해야 한다.²⁵⁰⁾ 즉, 일응 제4조 내지 제7조의 유형에 해당한다고 하더라도, 제3조에 따라 경쟁자, 소비자 또는 다른 시장 참여자의 이익에 위해를 가하지 않는다면 부정경쟁행위로 인정되지 않는다.

3. 타인의 성과물을 위법하게 이용하는 행위

가. 의의

249) Emmerich, 앞의 책(註 248), 420면.

250) M. Finger & S. Schmieder, 앞의 논문(註 247), 206-207면.

§4 불공정 영업행위의 예시²⁵¹⁾

9. 경쟁자의 상품이나 서비스를 모방한 상품, 서비스를 제공하는 행위로서,
 - a) 영업상 출처에 관하여 소비자에 대한 기망을 피할 수 있었던 경우 또는,
 - b) 상품 및 서비스에 관한 원 생산자의 명성을 부당하게 이용하거나 손상시킨 경우 또는,
 - c) 모방품의 생산에 필요한 지식 내지 자료를 부정한 수단으로 취득한 경우

독일에서 지적재산의 무단이용을 포섭할 수 있는 부정경쟁행위 유형은 제4조 제9항이다. 위 규정은 타인의 상품, 서비스, 유형물을 위법하게 모방하는 행위를 규제함으로써, 특허법, 저작권법, 상표법 등의 보충적(ergänzender) 지위에서 지적재산을 보호하는 역할을 담당한다.

여기서 모방(Nachahmung)은 타인의 성과물을 따르거나 재현하는 것에 그치지 않고, 그에 편승하는 일체의 행위를 포함하는 광의의 개념으로 사용되고 있다. 이를테면, 불필요하게 소비자에게 출처 혼동을 유발한 경우, 경쟁자의 신용이나 명성에 과도하게 편승한 경우, 모방할 목적으로 부정한 수단을 이용하여 타인의 비밀을 취득한 경우 등이 모두 위법한 모방행위의 예로 명시되어 있다. 그러므로 한국의 부정경쟁행위 유형과 비교하자면, 독일 부정경쟁방지법 제4조 제9항은 우리 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (다)목의 식별력·명성 손상, (자)목의 상품 형태 모방, (차)목의 성과물 무단이용 등을 모두 아우르는 규정으로 볼 수 있다.

나. 연방대법원 판례

251) §4 Beispiele unlauterer geschäftlicher Handlungen

9. Waren oder Dienstleistungen anbietet, die eine Nachahmung der Waren oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers sind, wenn er
 - a) eine vermeidbare Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft herbeiführt,
 - b) die Wertschätzung der nachgeahmten Ware oder Dienstleistung unangemessen ausnutzt oder beeinträchtigt; oder
 - c) die für die Nachahmung erforderlichen Kenntnisse oder Unterlagen unredlich erlangt hat;

(1) 롤렉스 시계 사건²⁵²⁾

원고는 롤렉스 시계에 대한 디자인권을 보유하고 있었는데, 그 존속기간이 경과하였다. 그 후 피고가 원고의 시계 디자인을 거의 그대로 모방한 후 이를 원고보다 낮은 가격에 판매하자, 부정경쟁행위라고 주장하며 소를 제기하였다.

연방대법원은 설령 평균적인 소비자들 사이에서 출처가 혼동될 가능성이 없다고 하더라도, 사실상 동일한 디자인의 시계를 보다 낮은 가격에 판매하는 것은 원고의 신용과 명성을 무단으로 이용한 것에 해당하므로, 부정경쟁행위에 해당한다고 판시하였다. 또한, 피고는 원고의 명성을 이용한 것에 그치지 않고 나아가 손상을 가할 우려가 있다는 점도 지적하였다.

(2) 슬러리 펌프 사건²⁵³⁾

원고는 슬러리 펌프(Gülepumpen, 고체와 액체가 혼합된 현탁액을 빨아들이는 펌프)를 제조하여 판매해왔다. 피고는 원고의 회사에서 근무하다가 퇴사하여 동종 업체를 설립하고 원고의 제품과 유사한 펌프를 생산하여 판매하였다. 원고는 자신의 펌프는 경쟁적 특성(wettbewerbliche Eigenart)를 가지는데, 피고들이 이를 무단으로 모방하여 출처를 오인하게 만들었으므로, 부정경쟁방지법에 위반된다고 주장하였다.

이에 대하여 연방대법원은, 어떠한 제품이 경쟁적 특성을 가진다고 보기 위해서는, 특별한 디자인이나 특징을 갖추고 이를 통해 수요자에게 영업 출처 내지 당해 제품의 상세에 관한 정보를 제공할 수 있어야 하고, 경쟁적 특성이 약하면 특별한 사정이 인정되는 경우에만 그 모방이 금지

252) BGH 1984. 8. 11. 선고 I ZR 128/82 판결(GRUR 1985, 876).

253) BGH 1999. 1. 14. 선고 I ZR 203/96 판결(GRUR 1999, 751).

된다는 일응의 기준을 실시하였다. 그런데 피고의 펌프가 원고의 제품과 유사한 면은 인정된다고 하더라도, 시장에서 판매되고 있는 많은 펌프가 대부분 그러한 디자인을 가지고 있다는 점에서 경쟁적 특성이 약하고, 그럼에도 불구하고 그에 대한 모방이 부정경쟁행위에 해당한다고 볼 만한 자료는 부족하다고 판단하였다.

(3) 진공 펌프 사건²⁵⁴⁾

원고와 피고는 모두 수봉식 진공 펌프(Flüssigkeitsring-Vakuumpumpen)를 생산하여 판매하였는데, 원고는 피고의 펌프가 원고의 경쟁적 특성을 모방하였으므로 부정경쟁행위에 해당한다며 소를 제기하였다.

연방대법원은 상품의 제작에 필요한 기술을 임의로 선택할 수 없거나 대체할 수 없다면 경쟁적 특성이 인정될 수 없다고 실시하였다. 아울러 경쟁적 특성이 강할수록 모방행위를 부정경쟁행위로 보기 위한 특별한 사정의 필요성은 낮아지는데, 이 사건에서 피고는 원고의 펌프를 ‘거의 동일하게(fast identischen)’ 모방하였다고 지적하였다.

한편, 원고의 펌프를 구성하는 기술적 요소는 다른 부분으로 대체가 가능하고 실제로 유사 제품을 판매하는 다른 경쟁자들은 그렇게 하였음에도 불구하고, 피고는 원고의 펌프와 외관만 상이하고 기술적 요소가 사실상 동일한 제품을 생산하였으므로, 출처 오인 가능성 등 특별한 사정을 추가로 심리해야 하는데, 진공 펌프의 실제 수요자인 전문가들 사이에서 원고와 피고의 제품에 대한 영업 출처의 혼동은 일어나지 않았다고 판시하였다.

(4) Tele-info-CD 사건²⁵⁵⁾

254) BGH 1995. 12. 14. 선고 I ZR 240/93 판결(GRUR 1996, 210).

255) BGH 1999. 5. 6 선고 I ZR 199/96 판결(GRUR 1999, 923).

원고는 전화번호부를 전자적 형태로 제작하여 무료로 배포하고, 광고수익으로 그 비용을 충당해왔다. 피고는 원고의 전화번호부에 수록된 데이터를 이용하여 지역별·업종별로·인명별로 전화번호부를 작성한 후 'Tele-info-CD'라는 상품으로 판매하였다. 원고는 피고의 CD가 원고의 데이터베이스를 그대로 복제하여 제작된 것이라고 주장하며 저작권 침해 및 부정경쟁방지법 위반을 주장하였다.

연방대법원은 전화번호부를 구성하는 개개의 자료나 그 집합체로서의 전화번호부 모두 창작성이 없다는 이유로 저작권 침해 주장을 배척하였다.

나아가 부정경쟁행위 주장에 관하여는, 경쟁자가 창작자의 모든 디자인을 모방한 것이 아닌 경우 경쟁적 특성은 모방된 부분에 한하여 고려해야 한다는 기준을 제시하였다. 즉, 모방된 부분만 놓고 보았을 때 영업 출처에 관한 혼동을 불러 일으켜야 비로소 부정경쟁행위로 볼 수 있다는 취지이다. 위 기준에 따를 경우, 피고가 모방한 전화번호부 데이터 그 자체만으로는 시장의 수요자들 사이에서 영업 출처를 표시하는 기능이 있다고 볼 수 없으므로 경쟁적 특성이 매우 약하다고 보았다.

다만, 연방대법원은 피고가 원고의 성과물 전체를 그대로 모방하였다면, 행위의 불공정성이 크지 않더라도 부정경쟁행위로 인정될 수 있다고 설시하였다. 이 사건에서 피고는 CD의 영업 출처에 관하여 소비자를 기망하지 않았으나, 원고는 상당한 노력 비용을 들여 매년 자료를 갱신해야 하는 반면 피고는 이에 기대어 유리한 지위에서 가격 경쟁을 할 수 있으므로, 위와 같은 불공정성의 기준을 충족한다고 판시하였다.

(5) 뉴스 기사 검색 서비스 사건²⁵⁶⁾

원고는 'Handelblatt'이라는 일간지와 'DM'이라는 잡지를 발행하는 출판사이고, 피고는 'Paperboy'라는 검색 서비스를 통해 뉴스 기사 등을 제

256) BGH 2003. 3. 20. 선고 I ZR 117/00 판결(GRUR 2003, 956).

공하는 업체이다. 피고의 검색 서비스는 이용자가 검색창에 키워드를 입력하면 검색엔진이 관련 기사들을 찾아서 하이퍼링크를 제공하는 방식이다. 원고는 피고의 검색서비스는 뉴스 기사에 대한 원고의 저작권을 침해하고, 원고의 성과물을 부당하게 이용한 행위로서 부정경쟁방지법에 위반된다고 주장하였다.

연방대법원은 하이퍼링크를 통해 원고의 웹사이트에 접속된다고 하더라도 원고의 저작물이 복제되는 것은 아니므로 복제권은 침해되지 않고, 나아가 이미 공중에 공개된 웹사이트에 새롭게 하이퍼링크를 제공한다고 하여 공표권이 침해되는 것은 아니며, 데이터베이스에 저장된 뉴스 기사 등에 대하여 키워드 검색을 통해 매우 적은 분량의 데이터가 전송된 것만으로 데이터베이스에 대한 권리가 침해되었다고 보기 어려우므로, 결과적으로 원고의 저작권이 침해되었다고 볼 수 없다고 실시하였다.

나아가 하이퍼링크 기술은 방대한 인터넷에서 정보를 효과적으로 찾을 수 있는 유용한 기술인데, 피고의 검색 서비스는 링크를 통하여 이용자들이 하여금 바로 원고의 웹사이트로 접속하게 하므로 원고의 광고 수익을 침해하지 않았고, 특정한 기술적 보호조치를 우회한 것도 아니라고 보았다. 그렇다면 피고의 검색엔진과 하이퍼링크의 이용행위는 경쟁질서에 반하는 것으로 볼 수 없으므로, 부정경쟁행위에 해당하지 않는다고 판시하였다.

(6) 레고 블럭 사건²⁵⁷⁾

원고는 전세계적으로 유명한 ‘레고(LEGO)’라는 명칭의 장난감 블럭을 오래 전부터 제조하여 판매하는 회사이다. 원고의 블럭은 플라스틱 재질로 이루어져 있는데, 그 윗부분에는 원통형 돌출부가 있고, 아랫부분에는 위 돌출부를 부착시킬 수 있는 홈이 있어서, 각각의 블럭은 위 돌출부와 홈을 통해 서로 결합될 수 있다.

257) BGH 2004. 12. 2 선고 2004 I ZR 30/02 판결(GRUR 2005, 349).

피고는 중국에서 제조한 플라스틱 블럭을 판매하였는데, 피고의 블럭에도 원고의 블럭과 결합할 수 있는 돌출부와 홈이 있었다. 다만, 피고의 상품 포장에는 원고의 블럭과는 다른 상품임을 전제로 다른 우수 브랜드의 상품과 호환이 가능하다는 취지가 기재되어 있었다. 원고는 피고가 시장에서 널리 알려진 원고의 블럭과 호환되는 제품을 판매함으로써 원고의 명성과 신용에 편승하여 불공정한 경쟁을 하였다고 주장하였다.

연방대법원은 비록 부정경쟁방지법이 구체적인 보호기간을 설정하고 있지는 않으나, 기업들 사이에 활발한 경쟁이 이루어져야 할 시장에서 혁신에 대한 보호를 시간적 제약 없이 무한정 부여함으로써 경쟁자의 진입을 차단하는 것은 존속기간을 법률로 정한 특허법, 실용신안법, 디자인보호법 등의 취지에 반하는 것이라고 보았다. 이 사건에서 원고의 레고 블럭이 시장에 소개된 후 벌써 40년 이상 경과하였으므로, 더 이상 호환 상품의 진입을 막아서는 안 된다고 판단하였다. 뿐만 아니라, 피고는 자신의 상품 포장에 원고의 상품과 출처가 다름을 명시하였으므로, 결과적으로 원고가 쌓아 온 명성에 일부 편승하게 되었다고 하더라도 부정한 경쟁으로 볼 수 없다고 설시하였다.

사실 레고 블럭과 호환되는 상품의 판매행위가 부정경쟁행위에 해당되는지 여부는 이전에도 다투어졌다. 독일 연방대법원은 1964년 및 1992년 두 차례에 위와 같은 호환 상품의 판매는 부정경쟁행위에 해당한다고 판시함으로써 경쟁자의 시장 진입을 차단한 바 있다. 1964년 판결에서는, 비록 모방 자체는 자유롭게 허용된다고 하더라도, 원고가 독창적인 상품을 개발하여 그에 관한 시장을 형성하는 동안 피고는 아무런 기여를 하지 않았음에도 불구하고, 위와 같이 원고의 노력으로 형성된 시장에 피고가 원고와 동일한 상품으로 진입하여 이익을 누리는 것은 부정경쟁행위에 해당한다고 판시하였다.²⁵⁸⁾ 1992년 판결에서도 위 판결을 인용하여, 원고의 레고 블럭에 포함된 인형을 탑승시킬 수 있는 기차 모형의 블럭을 만들어 판매하는 것은 원고의 노력으로 형성된 시장에 부당하게 진입하는

258) BGH 1963. 11. 6 선고 Ib ZR 37/62 판결(GRUR 1964, 621).

것이라고 판시하였다.²⁵⁹⁾

2004년 본 판결에서는 원고가 그동안 레고 블럭 시장에서 충분한 기간 동안 보호를 누렸다고 판단하여 종전과 입장을 달리한 것으로 해석된다.

다. 판례에 나타난 성립요건의 분석

(1) 경쟁적 특성

(가) 개념

‘경쟁적 특성(wettbewerbliche Eigenart)’는 1909년 부정경쟁방지법 시절부터 판례에 의하여 도입된 개념으로서, 수요자의 눈높이에서 다른 상품 내지 서비스와 충분히 구별되는 특징을 의미한다.²⁶⁰⁾

독일 부정경쟁방지법은 원칙적으로 영업활동에 수반되는 모방의 자유를 인정하며, 예외적인 경우에만 부정경쟁행위로 규율하는 태도를 취한다. 그러한 예외가 인정되는 첫 번째 관문이 바로 경쟁적 특성이다. 타인의 성과물을 모방하는 행위를 공정한 경쟁질서에 반하는 것으로 보기 위해서는 일단 모방의 대상이 되는 상품, 서비스 등에 경쟁적 특성이 인정되어야 하며, 시장에 존재하는 모든 성과물이 부정경쟁방지법의 보호대상이 되는 것은 아니라는 취지이다. 그러므로 어떤 상품이나 서비스가 애초에 수요자들 사이에서 출처에 대한 관심을 이끌어낼 수 없거나, 오랜 기간 모방을 통해 최초로 보유하였던 경쟁적 특성이 사라졌다면 모방행위에 대한 법적 보호를 요청할 수 없게 된다.

(나) 기술적 측면에서의 경쟁적 특성

259) BGH 1992. 5. 7 선고 I ZR 163/90 판결(GRUR 1992, 619).

260) A. Baumbach & W. Hefermehl, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 23. Auflage, C.H. Beck München, §4, 9.24 (2004).

경쟁적 특성이 심미적 측면에서 인정될 수 있음은 이론의 여지가 없다. 시각적으로 차별되는 아름다움이 느껴지는 상품의 형태·포장 등이 대표적이다. 여기에서 나아가 기술적 측면에서도 인정될 수 있는지 문제된다. 이에 대하여 독일의 하급심 판례 중에는 오프로드 주행에 적합한 바이크 손잡이에 대한 모방행위가 문제된 사건에서, 기술적 측면에서 영업은 자유롭게 모방될 수 있어야 품질의 향상에 기여하고 소비자의 이익에도 부합하므로, 경쟁적 특성을 쉽게 인정하여서는 안 된다는 취지로 판시한 사례가 있다.²⁶¹⁾

앞서 살펴 본 바와 같이, 독일 연방대법원은 진공 펌프 사건에서 특정한 기술적 사상을 구현하기 위한 대체 수단이 존재하지 않은 경우 모방이 허용되어야 한다고 판시한 바 있다. 위 판결이 경쟁적 특성 자체를 제한한 것인지, 아니면 모방이 부정경쟁행위로 인정되기 위하여 요구되는 특별한 사정을 달리 본 것인지 명확하지 않으나, 적어도 한정된 설계나 재료만으로 달성할 수 있는 기술의 모방행위는 상대적으로 엄격한 기준에 따라 불공정성을 판단하는 것으로 해석된다. 이러한 차별적 접근방법은, 가령 특정한 기능을 수행하기 위한 기술방식이 제한되어 있음에도 불구하고 그에 대한 모방을 금지할 경우, 부정경쟁방지법이 특허법을 우회하여 독점력을 제공하는 결과를 야기할 수 있다는 점에서 충분히 설득력을 가진다.

나아가 경쟁자의 상품과의 호환가능성 있는 상품을 제조하는 데 필요한 범위 내에서 이루어진 기술적 특징의 모방도 불공정한 행위로 인정되지 않는다.²⁶²⁾ 호환가능한 상품의 시장에서 가지는 경쟁상의 이익이 반드시 본래의 창작자에게 귀속되어야 한다고 보기는 어렵다. 공정한 관행에 반하는 경쟁행위를 제한하지만, 그렇다고 하여 불필요한 독점 또한 부여하지 않겠다는 취지로 해석된다.

261) OLG Stuttgart 1986. 9. 23. 선고 2 W 55/86 판결(LSK 1987, 200095).

262) BGH 1999. 12. 8. 선고 I ZR 101/97 판결(GRUR 2000, 521).

(다) 부정경쟁방지법에서의 기능

경쟁적 특성의 유무에 그치지 않고 그 정도까지 살펴야 하는 이유는 부정경쟁행위로 인정되기 위하여 요구되는 특별한 사정의 정도가 달라지기 때문이다. 즉, 경쟁적 특성이 강한 상품이나 서비스를 모방하면 그 자체 만으로도 부정경쟁행위로 인정될 가능성이 높아지지만, 경쟁적 특성이 약하다면 그러한 모방을 허용할 수 없는 특별한 사정이 인정되는 경우에만 부정경쟁행위로 포섭될 수 있다.

또한, 경쟁적 특성은 부정경쟁행위가 성립할 수 있는 시간적 한계를 간접적으로 설정하는 기능을 한다. 특허권이나 저작권은 존속기간이 법정되어 있지만, 부정경쟁행위는 그러한 제한이 없어 권리자는 이론적으로 무제한 보호될 수 있다. 그런데 수요자의 관점에서 다른 상품 내지 서비스와 구별될 것을 전제로 하는 경쟁적 특성은 시장 환경의 변화에 따라 달라질 수 있기 때문에, 시간의 흐름에 따라 자연스럽게 보호적격을 상실하는 효과를 가져온다.²⁶³⁾

(2) 특별한 사정

상품이나 서비스의 영업에 있어 원칙적으로 모방의 자유가 인정되기 때문에, 경쟁적 특성을 가진 상품이나 서비스를 모방했다는 사정만으로 바로 부정경쟁행위에 해당하는 것은 아니며, 모방행위의 불공정성 내지 부도덕성을 인정할 수 있는 특별한 사정이 인정되어야 한다. 앞서 언급한 바와 같이, 2004년에 개정된 독일 부정경쟁방지법 제4조 제9항은 부정경쟁행위로 볼 수 있는 세 가지 유형을 다음과 같이 예시하고 있다.

(가) 영업상 출처에 관하여 소비자에 대한 기망을 피할 수 있었던

263) Rogier W. de Vrey, Towards a European Unfair Competition Law - A Clash Between Legal Families, 189 (2006).

경우

해당 상품이나 서비스의 평균적인 수요자 사이에서 영업 출처에 대한 혼동을 유발하는 경우 부정경쟁행위로 인정될 수 있다. 부정경쟁행위로 보기 위한 출처 혼동은 반드시 영업 출처에 대한 직접적인 혼동만을 의미하는 것이 아니며, 소비자로 하여금 원 출처의 2차 브랜드로 혼동시키는 것도 이에 해당한다.²⁶⁴⁾ 상품의 형태가 중요한 비중을 차지하고 그것이 외관상 드러난다면 그 외관을 중심으로, 상품의 형태가 중요하지 않거나 포장에 가려져 있다면 그 포장을 중심으로 혼동 가능성을 판단해야 한다.

그러므로 경쟁자의 입장에서는 소비자가 원 출처와 혼동을 일으키지 않게 할 합리적인 조치를 취해야 한다. 가령, 레고 블럭 사건에서 피고는 원고의 블럭과 호환가능한 상품을 제조하여 판매하면서도, 그와는 다른 상품이라는 사실을 포장에 분명히 밝힘으로써 출처의 혼동을 방지하였다.

(나) 경쟁자의 신용이나 명성을 부당하게 이용하거나 손상시킨 경우

경쟁자가 상품 내지 서비스에 투자함으로써 시장에서 형성된 신용이나 명성을 이용하는 행위는 공정한 거래질서에 반하는 것으로 인정된다. 이른바 저명한 상품이나 서비스의 고객흡인력이 희석화되는 것으로서, 폴렉스 시계 사건에서 실시된 바와 같이 수요자들 사이에 출처 혼동이 있었는지 여부는 묻지 않는다.

(다) 모방에 필요한 경쟁자의 정보를 부정한 수단으로 취득한 경우

경쟁자가 비밀로 보관하고 있는 지식이나 자료를 부정한 수단으로 취득한 경우 부정경쟁행위로 간주된다. 부정경쟁방지법 제17조에서는 비밀유지관계를 위반한 영업비밀 침해에 대하여 규정하고 있는데, 만약 모방행

264) BGH 2000. 10. 19. 선고 I ZR 225/98 판결(GRUR 2001, 443).

위가 최초 생산자의 영업비밀을 이용하여 이루어졌다면, 양 규정이 중첩적으로 적용될 수 있다.²⁶⁵⁾

(3) 모방의 정도에 따른 차별적 기준

Tele-info-CD 사건과 진공 펌프 사건에서 실시된 바와 같이, 부정경쟁행위로 인정되기 위하여 필요한 경쟁적 특성 및 특별한 사정의 정도는 모방의 태양에 따라 달라진다.

먼저 타인의 성과물을 변경을 가하지 않고 그대로 모방한 경우로서, Tele-info-CD 사건에서와 같이 타인의 데이터베이스를 그대로 복제하여 이용하는 행위가 이에 해당한다. 위와 같은 모방행위는 그 자체로 불공정성이 어느 정도 발현되었다고 볼 수 있으므로, 경쟁적 특성과 특별한 사정의 입증부담이 상대적으로 가벼워진다. 가령, 위 판결에서 연방대법원은 모방의 대상이 된 전화번호부의 경쟁적 특성이 강하다고 보기는 어렵지만, 이를 그대로 복제한 이상 출처 혼동 등의 사정이 없더라도 부정경쟁행위가 성립할 수 있다고 판시하였다.

이와 비교하여, 타인의 성과물을 모방하기는 하였으나 약간의 변경을 가한 경우에는 필요한 입증의 정도가 상대적으로 높아진다. 진공 펌프 사건이 그러한데, 타인의 상품이나 서비스를 그대로 복제한 경우와 달리 경쟁적 특성 및 특별한 사정이 충분히 인정되는 때에 한하여 부정경쟁행위로 포섭될 수 있다. 이와 관련하여 연방대법원은 어떠한 제품을 톨 모델로서 참조한 이상 그에 사소한 변경을 가했다는 것만으로는 부정경쟁행위로부터 벗어날 수 없다고 판시한 바 있다.

4. 검토

독일은 지적재산권법의 보호영역 밖에서 원칙적으로 모방의 자유를 인

265) Vrey, 앞의 책(註 263), 186면.

정하면서도, 그러한 모방의 행위가 공정한 경쟁질서에 반하여 이루어지는 경우 부정경쟁방지법을 통해 규제하는 방식을 취하고 있다. 독일을 비롯한 많은 유럽 국가의 지적재산권 분쟁에서 부정경쟁방지법이 보충적 규범으로 자주 주장되고 있으며, 특히 독일과 네덜란드에서 상품형태 모방행위에 대하여 상표법, 디자인보호법과 더불어 부정경쟁방지법에 기한 구제 조치를 취하는 것은 그리 드문 일이 아니라고 한다.²⁶⁶⁾

한편, 보호대상이 지닌 경쟁적 특성과 모방의 정도를 함께 고려하여 불공정성을 판단하는 판례의 태도에 주목할 필요가 있다. 경쟁적 특성의 정도에 따른 차별적인 판단기준은 침해된 법익의 성질과 침해행위의 모습 사이의 상관관계에서 위법성을 파악하는 소위 상관관계론과 같은 맥락에 있는 것으로 보인다. 불공정성과 같은 추상적인 개념을 비교적 수월하게 구체화해나갈 수 있는 단초가 될 수 있을 것으로 생각된다.

266) Annette Kur & Vytautas Mizaras, Structure of Intellectual Property Law: Can One Size Fit All?, Edward Elgar, 103 (2011).

제5절 한국의 논의

1. 논의의 전제

한국에서 지적재산권법으로 보호되지 않는 지적 창작물에 대한 무단 도용은 일본과 마찬가지로 민법상 불법행위 책임을 통해 규제되어 왔다. 다수의 하급심 판결을 통해 타인의 자본과 노력이 투하된 성과물을 공정한 경쟁질서에 반하는 방법으로 이용하여 영업상 이익을 침해하는 행위는 민법상 불법행위에 해당한다는 법리가 전개되었고, 이러한 원칙은 2010년 대법원 결정 및 2012년 대법원 판결을 통해 확고한 판례로 자리잡았다.

다만 한 가지 특징이 있다면, 2013년 개정 부정경쟁방지법이 대법원 판례의 취지를 반영하여 부정경쟁행위에 관한 일반조항을 마련함으로써, 이제는 부정경쟁행위로 포섭할 수 있는가에 관한 논의로 전환되었다는 점이다.

물론 그렇다고 하더라도, 부정경쟁행위는 경쟁질서의 관점에서 바라 본 불법행위에 다름 아니므로, 일반조항의 바람직한 해석을 위해서는 이제까지 누적된 판례에 나타난 위법성 판단 기준을 살펴볼 필요가 있다.

2. 불법행위 법리에 관한 판례의 전개

가. 개요

현재까지 한국에서 지적재산의 이용에 불법행위 법리를 적용한 판례의 추이는 크게 세 단계로 나누어 살펴볼 수 있다. 먼저, 초창기 아이디어 보호에 관한 판례로서, 보호대상이나 침해태양에 대하여 구체적인 판사가

이루어지지 않는 않지만, 민법 제750조의 적용 가능성을 제시하였던 중요한 이정표이다(제1기). 다음으로, 저작물로 보호받지 못하는 사진의 이용 행위를 발단으로 전개된 일련의 판례로서, 보호대상과 행위태양에 관하여 어느 정도 정립된 기준을 제시하였다는 의의가 있다(제2기). 마지막으로, 위와 같은 하급심 판례의 법리가 대법원 판례에 의하여 채택된 후 등장한 판시로서, 보호대상과 행위태양을 다소 엄격하게 제한하고자 하는 경향이 나타난 사례들이다(제3기)²⁶⁷⁾.

나. 제1기 판결의 전개

(1) 하이트 맥주 사건²⁶⁸⁾

(가) 사실관계

원고는 열을 받으면 변색되는 열센서를 응용하여 내용물의 저장보관 온도나 사용 온도를 손쉽게 나타낼 수 있는 온도측정용 용기를 개발하여 실용신안등록을 출원하였다. 원고는 피고에게, 피고가 생산하는 하이트 맥주의 용기 표면에 온도감지테이프를 부착하여 판매하면서, 소비자들에게 맥주의 온도가 8℃ 근처에 가장 깊은 맛을 느낄 수 있다는 취지로 광고하는 전략을 제안하는 한편, 그와 같은 맥주의 용기를 건본품으로 제공하였다.

그러나 피고는 원고와 별도의 협의를 거치지 않은 채 온도감응잉크로 인쇄한 암반천연수 마크를 맥주 용기에 부착하여, 맥주의 온도가 7~8℃에 이르면 위 마크가 나타나도록 하였다. 또한, 소비자들에게 맥주가 가장 맛있는 온도에서 위 마크가 나타나므로 눈으로 확인할 수 있다는 취지

267) 이와 같은 구별이 시기적으로 명확히 나누어지는 것은 아니지만, 일련의 흐름을 살펴본다는 의미에서 대략적으로나마 분류하고자 한다.

268) 서울고등법원 1998. 7. 7. 선고 97나15229 판결.

로 광고하였다.

그 후 원고의 출원한 고안은 일본에서 공개된 기존의 고안으로부터 용이하하게 도출될 수 있다는 이유로 실용신안등록이 거절되었다. 이에 원고는 피고가 원고의 아이디어를 비밀로 유지해야 할 의무를 위배하여 영업비밀을 침해하였고, 설령 그렇지 않다고 하더라도 원고의 아이디어를 무단으로 사용한 것은 민법상 불법행위를 구성한다고 주장하였다.

(나) 판단

먼저 영업비밀 침해 주장에 대하여, 법원은 원고의 아이디어를 맥주 용기에 온도감응장치를 부착하여 맥주의 맛이 가장 좋은 상태를 용기에 부착된 표시를 통해 알게 한다는 기술적 사항과, 위와 같은 사항을 광고하여 큰 판매효과를 거둘 수 있다는 판매전략에 관한 사항으로 나누어 살펴 보았다. 전자의 경우, 온도감응테이프를 용기에 부착하는 아이디어는 실용신안등록 출원 후 거절되었을 뿐만 아니라, 이미 외국에서 실용화되어 사용되고 있었으므로, 영업비밀에 해당하지 않는다고 보았다. 나아가 후자의 경우, 이미 일본, 캐나다 등지의 맥주 회사가 온도감응테이프를 이용하여 맥주맛이 좋은 일정한 온도에서 이를 알리는 표시가 드러난다는 점을 광고한 전례가 있으므로, 마찬가지로 원고만의 영업비밀로 볼 수 없다고 판시하였다.

다음으로 불법행위 책임 주장에 대하여는, 지적재산권 또는 부정경쟁방지법상 영업비밀에 해당하지 않는 아이디어를 아이디어의 창출자의 허락을 받지 않고 사용하는 행위를 일반 불법행위로 볼 것인가에 관하여는 논의의 여지가 있다고 설시함으로써 다소 유보적인 태도를 취하였다. 다만, 최소한의 요건으로서 아이디어의 참신성(독창성)과 이를 침해하는 행위를 필요로 하는데, 온도감응테이프를 부착한 음료 용기는 해외에서 이미 사용되어 왔으므로 참신성이 있다고 볼 수 없고, 피고의 온도감응잉크 방식과 원고의 온도감응테이프 방식에 기술상의 차이가 있으며 더욱이 피고가

위 표시를 부착한 맥주를 판매한 시점은 원고의 제안서가 송부된 후로부터 1년이 경과한 때라는 점에서 아이디어의 침해로도 볼 수 없다고 판시하였다.

(2) 미술제 공모전 사건²⁶⁹⁾

(가) 사실관계

피고는 미술제 주제공모전을 열기 위한 주제 및 운영계획을 공모하였는데, 그 공모 내용은 미술 또는 미술 연관 장르 간의 관계를 조명하는 것으로서, 2회에 걸쳐 공모하여 기획료를 지급한다고 공지하였다. 원고는 피고에게 ‘변화와 물결, 그리고 정신’이라는 주제로 세부 기획안을 제출하였는데, 피고는 심사 후 원고를 포함한 응모자들에게 당선작이 없다고 통보하였다. 피고는 그로부터 한 달 후 위 미술제 주제공모전의 이름으로 미술 작품의 주제공모를 광고하였는데, ‘나-작가의 자아정체성과 진정성’을 주제로 하였으며, 현대 산업사회에서 잃어가는 인간성을 회복하고 개인의 정체성을 찾아야 한다는 것을 강조한다는 점에서 그 기본적인 사상은 원고의 기획안과 유사하였다.

원고는 피고가 원고의 기획안을 무단으로 도용하여 주제공모전의 주제로 사용하였으므로, 저작권 침해 및 일반 불법행위 책임이 성립한다고 주장하였다.

(나) 판단

법원은 원고의 기획안과 피고의 주제에 내재된 아이디어의 유사점이 인정된다고 하더라도 그러한 아이디어 자체는 저작권법의 보호대상이 아니므로, 이를 표현한 형식에 차이점이 있는 이상 저작권 침해로 볼 수 없다

269) 서울지방법원 1999. 4. 16. 선고 98나24852 판결.

고 판단하였다.

나아가 불법행위 책임에 대해서는, 원고의 기획안과 유사한 주제를 이용했다고 하더라도 원고의 기획안을 모방한다는 점에 대한 고의 또는 과실이 입증되지 않았고, 원고의 기획안의 내용이 독창성이나 신규성이 있어 이를 보호하여야 할 법적 가치가 있다고 보기도 부족하므로, 불법행위를 구성하지 않는다고 실시하였다.

(3) 검토

가) 두 가지 가능한 추측

아이디어 보호에 관한 초기 판례들은 그 후의 판례들이 일관되게 실시하는 보호대상과 침해태양에 대한 구체적인 실시 없이, 바로 민법상 불법행위 책임의 성립 여부를 판단하였다. 위 판결들은 도용당한 아이디어에 독창성이나 신규성이 있을 것을 요건으로 하였다는 특징이 있다.

이러한 판시에 관하여 두 가지 추측이 가능하다. 먼저, 묵시적 계약의 법리를 통하여 아이디어를 보호하였던 미국의 판례가 모델이 되었을 것이라는 가정이다. 가령, 아이디어의 이용에 관한 명시적 계약을 체결하지 않은 거래 당사자 사이에서 묵시적 계약이 체결된 것으로 인정되기 위해서는, 그러한 해석을 뒷받침할 수 있는 계약의 약인(約因, consideration)이 존재해야 하므로, 해당 아이디어의 ‘신규성(novelty)’이 입증되어야 한다고 판단한 사례들이 있다.²⁷⁰⁾ 그러나 애초에 계약법에서조차 약인과 같은 개념을 받아들이지 않고 있는 한국법의 해석에서, 그것도 계약이 아닌 불법행위 법리를 적용함에 있어서 위와 같은 약인의 요소를 고려해야 하는지 의문이다. 실제로 미국의 초창기 판례 중에는 신규성이 없다는 사정에 근거하여 바로 아이디어의 가치가 없는 것으로 보기 어렵다는 판시도 있었다.²⁷¹⁾

270) *Downey v. General Foods Corp.* 31 N.Y.2d 56 (1971), *Apfel v. Prudential-Beachy Securities, Inc.*, 81 N.Y.2d 470 (1993) 등이 그러하다.

다음으로 보호대상이 아이디어라는 점에서 아이디어를 보호하는 대표적인 지적재산권법인 특허법과의 관계를 고려한 판단이라는 추측이다. 즉, 위 법률이 보호요건으로 삼는 신규성, 진보성 등에 준하는 요건을 적용함으로써, 반사적으로 지적재산권법에 의하여 보호될 적격을 갖춘 아이디어를 가려낸다는 취지이다. 그러나 이러한 해석은 특허법과 불법행위법의 역할에 비추어 받아들이기 어렵다. 특허법은 신규성, 진보성 등 일정한 혁신의 기준을 넘어선 아이디어에 대하여 배타적·독점적인 권리를 부여하는 규범이며, 위와 같은 물권적 지위로 말미암아 창작자는 두터운 보호를 누릴 수 있다. 그러나 불법행위법에 의하여 보호되는 창작자는 위법성을 매개로 하여 상대적으로 약한 보호를 누릴 수밖에 없다. 이를테면, 특허권자는 업으로 특허발명을 실시할 일체의 권한을 독점하므로, 제3자가 법령 특허권의 존재를 모른 채 독립적으로 연구를 한 결과 위 발명을 이용하는 결과에 이르렀다고 하더라도 침해가 성립된다. 반면, 민법 제750조는 고의·과실에 의한 위법한 발명의 이용행위만을 규제한다. 이와 같이 양 규범의 보호수준이 상이한 이상, 위법성을 판단함에 있어 지적재산권법의 입법취지를 고려함은 별론으로 하더라도, 양자의 보호대상을 반드시 동일하게 설정해야 할 논리 필연적인 근거를 찾기는 어렵다.

나) 보호대상에 관한 실시

미술제 공모전 사건에서 해당 아이디어를 ‘보호하여야 할 법적 가치’가 있는지 판단하였다는 점에 대해 주목할 필요가 있다. 위 판결에서도 독창성이나 신규성을 요건으로 실시하기는 하였으나, 그로부터 나아가 법적으로 보호할 가치가 있는 이익의 존부를 위법성 판단의 기준으로 제시하였다는 점에서 하이트 맥주 판결과 구별된다. 법적으로 보호할 가치가 있는 이익은 불법행위 성립의 최소한의 요건으로 제시되었던 독창성 내지 신규성 등 다소 지엽적인 요소에 국한되지 않은 그보다 일반화 된 기준이 될

271) *Keller v. American Chain Co.*, 255 N.Y. 94 (1930).

수 있다는 점에서 중요한 의미를 가진다. 이는 후술할 판례들에서 일관되게 나타나는 보호대상 요건의 출발점으로도 볼 수 있다.

다. 제2기 판결의 전개

(1) 일반적인 흐름

지적재산권법에 의하여 보호되지 않는 지적 창작물을 무단으로 이용한 행위를 불법행위로 규율할 수 있는가에 관하여, 일반적으로 지적 창작물과 관련하여 지적재산권법에 권리의 발생원인, 내용, 성질, 범위, 소멸원인 등을 규정하고 있는 것은 반대로 그런 제한이 없는 경우에는 사적활동의 자유를 보장한다는 취지이므로 위법성을 인정할 수 없다고 판시한 사례도 있었으나²⁷²⁾, 대부분의 사안에서는 일정한 기준에 따라 불법행위의 성립 여부를 판단하였다.

그러한 판결들 중에서는 창작성을 갖추지 못한 사진의 이용에 관한 사례가 가장 많이 발견된다. 저작권법에 의하여 보호되는 저작물에 해당하기 위해서는 문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물이어야 하고 그 요건으로서 창작성이 요구되는데, 사진저작물의 경우 피사체의 선정, 구도의 설정, 빛의 방향과 양의 조절, 카메라 각도의 설정, 셔터의 속도, 셔터찬스의 포착, 기타 촬영방법, 현상 및 인화 등의 과정에서 촬영자의 개성과 창조성이 인정되어야 그러한 저작물에 해당한다는 것이 판례의 입장이다.²⁷³⁾

이와 같이 판례의 기준에 따른 창작성을 갖추지 못한 사진을 무단으로 도용하는 행위를 민법상 불법행위로도 규율해서는 안 되는 것인지 문제될 수 있다. 다수의 하급심 판결은 일정한 요건 하에 불법행위 책임을 인정하였다. 가령, 수년간 모발이식수술을 전문으로 연구·시술하여 온 성형외

272) 서울남부지방법원 2005. 3. 18. 선고 2004가단31955 판결.

273) 대법원 2010. 12. 23. 선고 2008다44542 판결 등 참조.

과 전문의가 병원 홈페이지에 게시하게 위하여 모발이식수술을 받은 환자
들의 수술 전 상태와 수술 후 일정 기간이 지난 후의 모발 상태를 촬영한
사진²⁷⁴⁾, 청소대행업체의 대표가 전화번호부 책자에 삽입되는 업체 광고
에 이용할 목적으로 직원들이 청소하는 모습을 찍은 사진²⁷⁵⁾, 치질 관련
서적에 게재하기 위하여 질환별로 정리한 치질 환자의 항문 사진²⁷⁶⁾,
인터넷 쇼핑몰에서 건강보조식품을 판매하기 위하여 촬영한 제품 사
진²⁷⁷⁾, 자동차 수리에 관한 정보를 제공하는 인터넷 카페에 게시하기 위
하여 자동차 수리 과정을 촬영한 사진²⁷⁸⁾ 등은 모두 촬영자의 개성과 창
조성이 부족하다는 이유로 저작권이 인정되지 않았지만, 그 이용행위는
민법 제750조의 불법행위에 해당한다고 판단하였다. 구체적인 인정 요건
은 아래에서 살펴보기로 한다.

(2) 불법행위 책임 인정 요건

(가) 보호대상과 침해태양

위 하급심 판결들은 대체로 불법행위가 성립하기 위해서는 반드시 저작
권 등 법률에 정해진 엄밀한 의미에서의 권리가 침해되었을 경우에 한하
지 않는다는 전제 하에, 사진이 제작되기까지의 노력에 비추어 이를 법적
으로 보호할 가치가 있는지, 그리고 사진을 모방하는 행위가 공정한 경쟁
의 관점에서 허용될 수 있는지 주목하였다. 구체적으로, 보호대상과 관련
하여 ‘법적으로 보호할 가치가 있는 이익’이 인정되어야 하고, 침해태양과

274) 서울중앙지방법원 2007. 6. 21. 선고 2007가합16095 판결.

275) 대전지방법원 2007. 10. 19. 선고 2007나9038 판결.

276) 광주지방법원 2008. 11. 6. 선고 2008가합3499 판결, 항소심(광주고등법원 2008나7627)에
서 화해권고결정 확정.

277) 서울중앙지방법원 2015. 4. 24. 선고 2014나62403 판결, 현재 상고심(대법원 2015다31483)
계속 중.

278) 서울중앙지방법원 2014. 11. 28. 선고 2014가합536344 판결.

관련하여 ‘공정하고 자유로운 경쟁원리에 의해 성립하는 거래사회에 있어서 현저하게 불공정한 수단을 사용’할 것이 요구된다.

먼저 보호대상과 관련하여, 위 판례에서는 연구·노력에 따른 성과가 사진에 반영된 경우, 사진을 촬영하기 위하여 노동력·비용·전문지식이 활용된 경우, 판매 상품에 대한 정보를 소비자에게 정확하고 효과적으로 전달하여 고객을 유인할 목적으로 상당한 시간과 비용 등 노력을 들여 촬영한 경우²⁷⁹⁾, 법적으로 보호할 가치가 있는 이익이 인정되었다.

나아가 침해태양과 관련하여서는, 위 모발이식 환자들의 사진을 다른 의사가 자신의 홈페이지 등에 게시한 행위, 위 청소 사진을 경쟁 청소업체에서 자사의 광고를 위해 사용한 행위, 경쟁관계에 있는 한의사가 자신의 치질 관련 서적을 저술하면서 위 항문 사진을 게재한 행위, 인터넷 쇼핑몰에서 동종의 건강보조식품을 판매하면서 경쟁자의 제품 사진을 도용한 행위, 자동차 수리에 관한 서적을 저술하면서 위 자동차 카페에 게시된 사진을 이용하는 행위 등이 공정하고 자유로운 경쟁원리에 의해 성립하는 거래사회에 있어서 현저하게 불공정한 수단을 사용한 것으로 평가되었다.²⁸⁰⁾

위와 같은 법리는 사진 이외의 다른 지적재산에 대해서도 마찬가지로 적용되어 왔다. 온라인으로 제공되는 타인의 공인중개사 시험문제해설을 그대로 복제하여 수험서와 기출문제해설집을 제작한 행위에 대하여, 법원은 위 문제해설은 많은 노동력과 비용을 들인 것으로서 그 동안의 경험과 전문지식에 기초한 산물인데, 이를 영업상 경합관계에 있는 자가 무단으로 이용하여 영업상 이익을 취한 것은 민법 제750조의 불법행위에 해당한다고 판시하였다.²⁸¹⁾ 사진 도용 사례에서 살펴본 보호대상 및 침해태양

279) 차례로, 서울중앙지방법원 2007. 6. 21. 선고 2007가합16095 판결, 광주지방법원 2008. 11. 6. 선고 2008가합3499 판결, 서울중앙지방법원 2014. 10. 15. 선고 2013가단212651 판결 참조.

280) 차례로, 서울중앙지방법원 2007. 6. 21. 선고 2007가합16095 판결, 대전지방법원 2007. 10. 19. 선고 2007나9038 판결, 광주지방법원 2008. 11. 6. 선고 2008가합3499 판결, 서울중앙지방법원 2014. 10. 15. 선고 2013가단212651 판결, 서울중앙지방법원 2014. 11. 28. 선고 2014가합536344 판결 참조.

의 요건이 그대로 판단되었음을 알 수 있다.

(나) 양자의 관계

보호대상과 침해태양 요건 중 어느 하나라도 충족되지 않을 경우 불법 행위 책임은 성립하지 않는다. 가령, 개별 한자의 구성요소의 뜻을 조합하는 것만으로 해당 한자의 뜻을 연상하여 암기할 수 있도록 하는 자원부호 체계를 고안하여 이를 해설한 서적이 출판되었는데 타인이 이를 모방한 서적을 뒤이어 출판한 사안에서, 법원은 위 자원부호 체계는 학술적인 이론으로서 사회구성원들이 자유롭게 이용할 수 있으므로 이를 모방하여 유사한 서적을 출판하였다고 하더라도 건전한 상거래질서를 위반한 것으로 볼 수 없으므로 민법상 불법행위에 해당하지 않는다고 판시한 바 있다.²⁸²⁾ 위 자원부호 체계는 일반인들로 하여금 쉽게 한자를 배울 수 있도록 하는 아이디어로서 그 고안에 적지 않은 노력과 비용이 투하되는 등 보호대상 요건을 갖추었음에도 불구하고, 침해태양의 관점에서 학술적 이론을 이용하는 것이 공정한 경쟁질서에 반한다고 보기 어렵다는 이유로 불법행위 책임의 성립을 부정한 것이다.

보호대상 요건을 갖추지 못한 경우에도 마찬가지이다. 어학원을 운영하는 원고가 학원 홈페이지에 미국 학교 입학에 위하여 어학원에서 이루어지는 일반적인 교육과정을 설명하는 글이나 원고의 시설을 찍은 사진을 게시하였는데 동종 학원을 운영하는 피고가 이를 그대로 복제하여 자신의 홈페이지에 게시한 사안에서, 법원은 피고가 무단 도용한 원고 홈페이지의 내용은 대부분 미국 학교 입학에 위한 어학원에서 이루어지는 교육과정에 관한 일반적인 설명으로 어학원을 운영하는 사람이 흔히 광고할 수 있는 내용에 해당하므로 법적으로 보호받을 이익에 해당한다고 보기 어렵다는 취지로 판시하였다.²⁸³⁾ 경쟁관계에 있는 자가 자신의 영업을 위하여

281) 서울중앙지방법원 2008. 11. 14. 선고 2007가단70153 판결.

282) 서울고등법원 2008. 6. 10. 선고 2007나87117(본소), 2007나87124(반소) 판결, 상고취하로 확정(대법원 2008다52291).

타인의 지적재산을 도용하였음에도, 그와 같은 지적재산이 법적으로 보호할 가치가 있는 이익으로 볼 수 없다는 점에 근거하여 불법행위 책임을 인정하지 않은 것이다.

(다) 민법 제750조에의 포섭

위와 같은 판시는 민법 제750조에 나타난 불법행위 책임의 성립요건, 즉 고의·과실, 위법성, 손해, 인과관계 등을 어떻게 적용하고 있는가? 앞서 살펴 본 보호대상과 침해태양을 설시하는 이외에 불법행위의 개별 성립요건을 명시적으로 언급하고 이에 사안을 포섭시키는 판시는 찾기 어렵다. 다만, 위법성은 보호대상과 침해태양으로 설명이 가능하고, 고의·과실은 이미 시장에 존재하는 타인의 성과물에 대한 무임승차라는 점에서, 위 각 요건은 어렵지 않게 인정될 수 있을 것으로 보인다.

문제는 손해와 인과관계이다. 타인의 성과물을 무단으로 이용하였다고 하더라도, 최초 창작자에게 어떠한 손해가 발생하였는지, 나아가 그러한 손해가 침해자의 이용행위와 상당인과관계가 인정될 수 있는지 면밀히 검토해야 한다. 그런데 앞서 살펴 본 판결들은 대체로 재산상 손해 청구에 대해서는 손해가 발생하였다고 볼 만한 증거가 부족하다는 이유로 받아들이지 않고, 위자료 청구만을 인정하였다.

유체재산과 달리 지적재산의 침해로 인한 손해를 산정하는 것은 쉽지 않다. 더욱이 지적재산권법에 마련된 손해 산정에 관한 특칙을 활용할 수 없는 상황에서 창작자의 정신적 손해를 인정하는 것은 권리구제를 위한 고육지책으로 볼 여지도 있다. 다만, 지적 창작물의 무단 도용에 대하여 불법행위 법리를 적용하게 된 근본적인 출발점은 공정한 경쟁질서에 반하여 경쟁자의 성과물을 무단으로 이용하고 영업상 이익을 침해하는 것을 방지하기 위함이라는 점을 고려하면, 이에 관한 손해배상실무가 위자료 일변도로 운용되는 것이 바람직하다고만은 볼 수 없다. 더욱이 정신적 손

283) 서울고등법원 2014. 5. 15. 선고 2013나41402 판결.

해는 그 입증방식이 정형화되어 있지 않다는 점에서, 자칫 손해가 발생하지 않았음에도 불구하고 위자료라는 명목으로 손해배상청구가 쉽게 인용되는 것은 아닌지 비판적으로 검토할 필요가 있다.

라. 2010년 대법원 결정 - 인터넷 포털사이트 광고 방해 사건²⁸⁴⁾

(1) 사실관계

채권자는 인터넷 포털사이트 '네이버(NAVER)'를 운영하는 회사로서, 방문자들에게 배너광고를 노출하거나 우선순위 검색결과 도출서비스 등을 제공하는 방법으로 광고영업을 하여 그로부터 얻는 광고수익을 영업의 주된 수입원으로 삼아왔다.

채무자는 광고주를 모집한 후 광고에 사용될 프로그램을 제작하여 배포하였는데, 위 프로그램을 설치한 인터넷 사용자들이 네이버를 방문하면 그 화면에 채권자의 광고 대신 같은 크기의 채무자의 배너광고가 나타나거나(대체광고 방식), 화면의 여백에 채무자의 배너광고가 나타나거나(여백광고 방식), 검색창에 키워드를 입력하면 검색결과 화면의 최상단에 위치한 검색창과 채권자의 키워드 광고 사이에 채무자의 키워드 광고가 나타났다(키워드삽입광고 방식).

이에 채권자는 채무자를 상대로 위 프로그램의 제조, 사용, 판매 및 배포 금지를 청구하였다.

(2) 판단

대법원은 경쟁자가 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물을 상도

284) 대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정.

덕이나 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 판시함으로써, 종래 하급심 판결들에 의하여 인정되어 오던 법리를 정리하였다.

위 사건에서 네이버를 통한 채권자의 광고영업 이익은 법률상 보호할 가치가 있는 이익에 해당하고, 채무자의 광고행위는 인터넷을 이용한 광고영업 분야에서 서로 경쟁자의 관계에 있는 채권자가 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 네이버를 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용함으로써 채권자가 얻어야 할 광고영업의 이익을 무단으로 가로채는 것이므로, 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위에 해당한다고 판시하였다.

나아가 채무자의 위와 같은 광고행위가 일회적인 것이 아니라 계속적으로 반복되며, 채무자에게 금전배상을 명하는 것만으로는 채권자 구제의 실효성을 기대하기 어렵고, 채무자의 위와 같은 광고행위를 금지함으로써 보호되는 채권자의 이익이 그로 인한 채무자의 영업을 자유에 대한 손실보다 더 크므로, 광고행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다고 판시하였다.

(3) 검토

위 대법원 결정이 지적 창작물의 보호규범으로서 가지는 의미는 그 본안사건, 즉 채권자(이하 '원고'라고 한다)의 채무자(이하 '피고'라고 한다)에 대한 광고행위 금지청구 사건²⁸⁵⁾을 통해 보다 잘 이해할 수 있다. 위 본안소송에서 원고는 피고의 위 프로그램 제작 및 광고 행위가 원고의 인터넷 홈페이지 및 프로그램에 대한 저작권 침해행위 내지 영업주체 혼동 내지 식별력 손상에 기한 부정경쟁방지법 위반행위에 해당한다고 주장하

285) 서울중앙지방법원 2009. 7. 22. 선고 2008가합110895 판결.

였다.

이에 대하여 법원은 인터넷 홈페이지도 그 구성형식, 소재의 선택이나 배열에 있어 창작성이 있는 경우에는 편집저작물에 해당하여 독자적인 저작물로 보호받을 수 있지만, 피고의 프로그램은 설치에 동의한 사용자의 화면 내에서 원고 홈페이지의 화면과는 어느 정도 구분되어 실행되므로 저작권이 침해되지 않았다고 판단하였다. 또한 프로그램 저작권에 관하여는, 별도의 웹 프로그래밍 요소가 포함되지 아니한 일반적인 HTML 문서 자체는 웹 문서를 정리하여 나타내기 위한 문법을 기술한 태그(Tag)에 불과하여 창작성 있는 표현이라고 볼 수 없다고 보았다. 나아가 원고가 제공하는 광고와 피고가 제공하는 광고의 출처를 구분하였다는 사정 등을 종합하여 부정경쟁방지법상 영업주체 혼동행위 내지 식별력 손상행위도 인정되지 않는다고 판시하였다.

다만, 주로 광고 수익으로 운영되는 원고의 포털사이트를 이용하여 원고의 광고 효과를 약화시키는 것은 원고가 장기간의 노력과 투자에 의하여 구축한 저명한 인터넷 포털사이트라는 콘텐츠에 무임승차하려는 것으로서 공정한 경쟁질서 내지 상거래 질서에 위반하는 행위이므로, 일종의 불공정 경쟁행위에 해당한다고 보았다.

다시 위 대법원 결정으로 돌아가 불법행위 책임의 성립요건에 관한 판시내용을 자세히 분석해보면, 보호대상으로서 ‘상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물’을, 침해태양으로서 ‘경쟁관계에 있는 자가 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용하는 행위’를 실시하는 한편, 이를 다시 ‘법률상 보호할 가치가 있는 이익’과 ‘경쟁자의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻는 행위’로 각각 부연하고 있다. 전자와 후자는 사실상 동의어로 보이며, 위와 같은 판시 구조는 기존의 하급심 판결이 다양한 사실관계에서 실시한 위법성 판단 요소들을 종합적으로 고려한 결과로 해석된다. 다소 거칠게 표현하자면, ‘보호대상 = 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물 = 법률상 보호할 가치가 있는 이익’, ‘침해태양 = 경쟁관계에 있는 자가 상도덕이나 공

정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용하는 행위 = 경쟁자의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻는 행위'의 등식이 성립한다고 보아도 무방할 것이다.

한편, 본 결정이 불법행위에 대한 구제수단으로 손해배상청구권 이외에 금지청구권을 인정한 것은 상당한 변화이자 진보이다. 이러한 판시가 지적 창작물의 보호규범으로서 가지는 의미에 대해서는 제4장 이하에서 상세히 살펴보고자 한다.

마. 2012년 대법원 판결 - 헬로 키티 사건²⁸⁶⁾

(1) 사실관계

원고들은 '겨울연가', '황진이', '대장금', '주몽' 등의 드라마를 제작하여 방송하는 한편, 한류 드라마 열풍에 힘입어 위 드라마의 로고나 캐릭터를 상표 등록하고 그에 관한 상품화 사업을 진행하였다. 그런데 피고는 헬로 키티 캐릭터를 상품화할 수 있는 독점권을 부여받은 후, 위 드라마의 명칭이나 주인공 등의 명칭을 붙인 핸드폰줄, 볼펜, 노트 등을 제작하여 한류 열풍의 주역인 캐릭터를 상품화하였다는 설명과 함께 판매하였다. 이에 원고들은 피고를 상대로 손해배상청구의 소를 제기하였다.

(2) 판단

먼저 상표권 침해 주장에 대하여, 대법원은 피고가 원고의 상표를 제품의 모양을 설명하는 용도로 사용하였을 뿐 출처를 표시할 목적으로는 사용하지 않았으므로, 상표적 사용을 전제로 한 상표권 침해는 성립하지 않는다고 보았다.

다음으로 부정경쟁방지법상 상품주체 혼동행위 주장에 대하여, 원고들

286) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다20044 판결.

의 드라마 캐릭터, 의상, 소품 등이 거래자 또는 수요자 사이에서 주지성을 획득하였다고 볼 수 없다고 판시하였고, 상품형태 모방행위 주장은 양 상품 사이에 실질적 동일성이 인정되지 않는다는 이유로 배척하였다.

한편, 드라마의 등장인물로부터 명칭이나 복장, 사용하는 소품만을 따로 떼어 낸 캐릭터가 원래의 저작물로부터 독립하여 별도로 저작권에 의하여 보호된다고는 보기 어렵다는 이유로 캐릭터에 대한 저작권 침해 주장도 받아들이지 않았고, 그 밖에 영상저작물·사진저작물·응용미술저작물에 관한 저작권 침해 주장도 모두 배척하였다.

마지막으로 민법상 불법행위 주장과 관련하여, 대법원은 위 인터넷 포털사이트 광고 방해 사건의 판시를 그대로 인용한 후, 원고들은 자사의 드라마의 제작을 위하여 상당한 비용과 인력, 시간을 투입한 사정 등에 비추어 드라마의 제호, 캐릭터 등을 이용하여 상품화사업을 영위할 수 있는 거래질서는 법적으로 보호할 가치가 있는 이익에 해당하고, 피고가 드라마의 인기에 편승하여 부당한 이익을 얻고자 원고들의 드라마를 연상하게 하는 형태의 제품을 제조·판매하는 것은 상도덕이나 상관습 등 사회질서에 반하는 행위라고 판단하였다.

(3) 검토

2010년 대법원 결정에서 실시한 법리를 재확인한 본안 사건이다. 본사안에서도 앞서 언급한 보호대상과 침해태양의 공식이 그대로 적용될 수 있다. 즉, 드라마 제작을 위하여 상당한 비용과 인력, 시간을 투입하였으므로, 그러한 성과물을 이용하여 상품화사업을 할 수 있는 거래질서는 법적으로 보호할 가치가 있는 이익에 해당하고(보호대상), 상품화시장에 있어서 경쟁관계에 있는 피고가 원고의 드라마가 지닌 대중적 인기에 편승하여 그 캐릭터 등을 이용한 제품을 제조하여 판매하는 것은 상도덕 내지 상관습에 반하는 행위에 해당한다고 보았다(침해태양).

다만 이에 대하여, 원고가 상당한 비용, 인력, 시간을 들여 드라마를 제

작하였다 하더라도 드라마 자체로 인한 수익보다 캐릭터 상품화사업으로 얻는 수익이 더 크다면, 피고의 행위로 인하여 드라마 제작에 관한 인센티브가 부족해진다고 볼 수 없으므로, 굳이 캐릭터 상품화 사업으로 인한 수익의 독점권을 보장할 필요가 없다는 취지의 지적이 있다.²⁸⁷⁾ 창작에 따른 외부효과의 내부화는 적절한 인센티브를 보장하는 선에서 그쳐야 한다는 미국의 논의²⁸⁸⁾와 같은 맥락으로 해석된다.

3. 학계의 평가

가. 지적재산권의 입법취지를 존중하는 견해

앞서 살펴 본 실무례에 대하여 국내에서는 그 규율 가능성은 인정하면서도 지적재산권법의 입법취지가 훼손되지 않도록 신중하게 운영해야 한다는 입장이 대체적인 것으로 보인다.

대표적으로, 기술이 발전하고 시장이 변화함에 따라 창의와 혁신을 위한 결과물에 대한 무단이용을 방지함으로써 투자와 노력을 위축시킬 우려가 있는 경우 불공정한 경쟁행위로 규율할 여지가 있고 이로써 창작과 혁신을 촉진시킬 수 있지만, 그와 같은 규율이 지적재산법의 취지에 반할 우려도 있으므로, 개별 사례에서 무단이용이 경제적으로 어떠한 결과를 초래하고 그에 관한 시장의 평가, 관습, 상도덕이 어떠한가에 관한 상세한 분석이 필요하다는 견해가 있다.²⁸⁹⁾

지적재산권으로 보호되지 않는 정보는 원칙적으로 자유로이 사용할 수 있다는 것이 지적재산권법의 취지인데, 가령 저작물성을 취득하지 못한

287) 임상민, “지적재산법상 보호되지 아니하는 지적성과물에 대한 무단 이용과 일반불법행위의 성부”, 저스티스, 132호, 한국법학원, 2012, 161-162면.

288) 제1절 3. 나. (3) 참조.

289) 정상조, “인터넷 산업의 발전과 규제-기술과 시장 그리고 법의 상호작용-”, 저스티스, 제121호, 한국법학원, 2010, 779-780면.

사진은 누구나 간단하게 촬영할 수 있으므로, 그러한 창작물에 대한 이용 행위를 불법행위로 규제하는 것은 신중해야 한다는 주장도 같은 맥락으로 해석된다.²⁹⁰⁾

한편, 민법이 지적재산권법의 흠을 메워주는 역할을 하는 것은 긍정적이지만, 너무 지나칠 경우 지적재산권법이 당초 예정한 모습을 벗어나 법적 불안을 초래할 수 있으므로, 아주 심각한 흠이 아니라면 지적재산권법에 맡겨두는 것이 바람직한데, 현재 우리 판례에서는 민법에 의한 예외적 구제가 너무 자주 발동됨으로서 일반조항으로 도피할 우려가 커지고 있다는 견해도 제시된다.²⁹¹⁾

지적재산권법상 비침해행위에 대해 민법상 불법행위 책임을 안이하게 인정하면, 공유 상태에 놓인 지적재산의 이용에 규제되어 지적재산권 제도가 형해화될 가능성이 크므로, 불법행위 법리에 의해 보호되지 않으면 창작의 인센티브가 발생할 것이 명백한 경우에 한하여 일반법에 의한 특별법의 보완관계라는 측면에서 접근해야 한다는 견해도 같은 맥락으로 파악된다.²⁹²⁾

저작권법 등 지적재산권법의 목적을 고려할 때, 침해된 이익이 사회통념상 독자적인 이익으로 승인된 경우에 한하여 위법성을 인정해야 한다는 견해도 지적재산권법의 입법취지를 고려하여 불법행위 책임의 성립 범위를 판단하는 입장으로 이해된다.²⁹³⁾

한편, 아이디어는 관련 지식재산권법률의 보호요건을 갖추기 직전의 것에서부터 단순한 생각에 이르기까지 다양한 종류의 가치를 가지고 있어서 계약법에 의한 보호와 달리 불법행위법에 의한 보호는 지적재산권법의 원

290) 이상정, “사진의 저작물성에 관한 일고”, 계간 저작권, 27권 1호, 한국저작권위원회, 2014, 95-98면.

291) 박준석, “한국 지적재산권법과 다른 법률들과의 관계”, 법조, 62권, 12호, 법조협회, 2013, 20-22면 및 21면 註 30.

292) 박성호, “지적재산법의 비침해행위와 일반불법행위-불법행위법리에 의한 지적재산법의 보완 문제를 중심으로-”, 정보법학, 제15권 제1호, 한국정보법학회, 2011, 203-204면.

293) 정진근, “창작성 없는 비저작물의 이용과 일반불법행위책임-2007가합16095 판결을 중심으로-”, 상사판례연구, 제22집 3권, 한국상사판례학회 2009, 263-265면.

칙적인 입장과 배치될 수 있으므로, 보호대상을 어느 정도 경제적·사회적 가치를 가진 아이디어로 한정해야 하고, 가해의 태양도 증대하여 강한 반사회성을 가지는 경우에만 불법행위로 인정해야 한다는 견해도 있다.²⁹⁴⁾

설령 저작권법에 의한 보호가 인정되지 않는 경우라 하더라도 경쟁질서를 현저히 위반하는 등 법적 보호가치 있는 이익이 침해된 경우에는 민법상 불법행위를 인정할 수 있지만, 엄격한 지적재산권의 침해 요건에 대한 판단은 미루어 둔 채 불확실하고 모호한 일반 불법행위 법리에 따라 판단하는 실무례가 지속될 경우, 무형적 정보의 이용에 관하여 혼란이 야기되고 지적재산권법의 대원리가 훼손될 우려가 있다는 지적²⁹⁵⁾도 같은 맥락으로 해석된다.

지적재산권법에 의하여 보호되지 않는 지적성과물은 공공재로서 모방과 이용의 자유가 원칙적으로 보호되어야 함을 강조하면서, 사회의 변화에 따라 기존의 지적재산권법에 의하여 보호되지 않았던 지적성과물에 대한 침해행위를 규제할 필요가 있더라도, 바로 민법 제750조의 불법행위를 인정하기 보다는 적기에 개별 입법을 통해 보호규정을 마련하는 것이 바람직하다는 입론도 발견된다.²⁹⁶⁾ 지적재산권법의 입법취지를 존중한다는 측면에서는 앞의 견해들과 취지를 같이하면서도, 입법에 의한 해결에 보다 무게를 둔다는 특징이 있다.

나. 공정한 경쟁질서의 보호를 강조하는 견해

지적재산권으로 규율되지 않는 영역에서도 건전한 시장경쟁질서의 유지와 같은 독립적인 법익을 보호하기 위하여 민법이 적극적으로 개입할 수 있다는 입장이다.

294) 최호진, “아이디어의 보호가능성과 유형별 사례분석”, 저스티스, 제140호, 한국법학원, 2014, 163면.

295) 신지혜, “공중의 영역에 해당하는 저작물 이용에 대하여 일반불법행위 책임을 인정한 판결례에 대한 고찰”, Law&Technology, 제6권 제2호, 서울대학교 기술과법센터, 2010, 18면.

296) 임상민, 앞의 논문(註 287), 166-167면.

먼저, 사회적으로 위법하여 불법행위에 해당함에도 불구하고 그것이 지적재산권법에 의하여 보호되지 않는 공공영역에 있다는 추상적인 이유만으로 불법행위에 의한 규제를 부정해서는 안 된다는 견해가 있다. 지적재산에 관한 특별법의 제정에도 불구하고 아직 상당히 넓은 영역이 다루어지지 않은 채로 남아 있는데, 그러한 영역은 여전히 민법 제750조에 의하여 규율될 수밖에 없다고 한다.²⁹⁷⁾

같은 취지에서, 지적재산권법의 울타리 밖에 있는 자유경쟁의 영역이라 하더라도, 타인의 등에 허락 없이 올라타거나 타인의 성과물을 가로채는 행위는 제재를 받아야하며, 불법행위법은 그러한 행위를 규제하여 울타리 밖의 영역이 무법천지로 변하는 것을 방지함은 물론 거래현실과 입법의 괴리를 메우는 역할을 할 수 있다는 평가도 있다.²⁹⁸⁾

4. 제3기 판결의 전개

가. 다소 변화된 양상

2010년 이후의 하급심 판결들도 마찬가지로 위 대법원 결정의 범리에 따라 불법행위 성립 여부를 판단하였다.²⁹⁹⁾ 다만 한 가지 구별되는 특징이 있다면, 보호대상과 침해태양을 비교적 넓게 인정하던 종전의 판결들과 달리, 경쟁관계, 자본과 노력의 투자, 경쟁질서 위반 등을 다소 엄격히 판단함으로써 불법행위 법리의 적용 범위를 제한한 판시들이 다수 눈에 띈다. 이하에서 차례로 살펴보기로 한다.

297) 유영선, “부정한 경쟁행위와 관련한 불법행위 성립요건 및 그에 기한 금지청구권의 허용 여부”, 사법논집, 제53집, 법원도서관, 2011, 142-143면.

298) 이숙연, “지적재산권법 체계하에서의 불법행위법의 역할-서울고등법원 2010. 1. 14. 선고 2009나4116 판결-, Law&Technology, 제6권 제2호, 서울대학교 기술과법센터, 2010, 138면.

299) 대상 결정 및 판결의 취지에 따라 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목이 신설된 이후에는 민법 제750조 대신 위 규정이 적용되었다. 자세한 경우는 후술하도록 한다.

나. 구체적 검토

(1) 눈성형 사진 사건³⁰⁰⁾

피부과 전문의인 원고가 눈성형을 시술받은 환자들의 시술 전후 사진을 원고 병원 홈페이지에 게시하였는데, 원고 병원에서 고용의로 근무하던 피고가 퇴사 후 성형외과를 개원하면서 위 사진을 피고 병원의 홈페이지에 게시하여 홍보에 이용한 사안이다.

법원은 종전의 판결들과 마찬가지로 환자를 촬영한 사진에 촬영자의 개성과 창조성이 부족하다고 보아 저작권 침해 주장을 배척하였다.

이어서 민법상 불법행위 주장에 대하여는, 원고가 보유하고 있는 환자들의 사진은 피고가 원고 병원에서 근무할 당시 피고로부터 시술받은 환자들의 시술부위를 촬영한 것으로서 대부분 피고가 직접 촬영한 후 분류하고 정리한 것이므로, 설령 경쟁관계에 있는 피고가 위 사진을 자신의 병원 홍보에 이용하였다고 하더라도 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 원고의 노력과 투자에 편승하여 원고의 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해한 것으로 볼 수 없다고 보아 책임의 성립을 부정하였다.

(2) 반사필름 사건³⁰¹⁾

원고가 교통표지판, 소방복 등에 사용되는 반사필름을 제조하여 판매해 왔는데, 원고 회사에서 근무하던 피고가 퇴사한 후 동종업체를 설립하여 원고 제품과 유사한 반사필름을 생산하여 판매하자, 원고가 손해배상청구를 한 사안이다.

위 법원은 반사필름 제조 기술의 비밀성이 유지되지 않았다는 이유로 원고의 영업비밀 침해 주장을 받아들이지 않았다.

300) 서울중앙지방법원 2011. 7. 19. 선고 2011가합3027 판결.

301) 서울서부지방법원 2011. 8. 26. 선고 2010가합14735 판결.

한편, 피고가 이미 동종 업종에 오랜 기간 근무하여 관련 지식을 축적하였고 원고 회사에 근무할 당시에 이틀 이용하여 필름의 품질을 향상시켰으며 실제로 피고가 생산한 반사필름의 첨가제, 용제의 종류나 배합 비율이 모두 다름은 물론 퇴사시 별도의 비밀유지 약정을 하지 않았으므로, 원고의 기술정보가 법률상 보호할 가치가 있는 이익이라거나 피고가 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 원고들의 이익에 부당하게 편승한 것으로 볼 수 없다고 보아 민법상 불법행위 책임도 인정하지 않았다.

(3) 전기자전거 사건³⁰²⁾

원고가 배터리 내장형 전기자전거를 개발하여 판매해왔는데, 동종업체인 피고가 유사한 디자인의 전기자전거를 생산하여 판매하자, 원고의 자전거 디자인을 모방하였다고 주장하며 금지청구 및 손해배상청구의 소를 제기한 사례이다.

먼저 부정경쟁방지법상 상품 형태 모방 주장에 대하여, 위 법원은 양사의 제품이 전기자전거나 일반자전거에서 흔히 채택하는 구조인 점을 감안하면, 일부 유사점이 있다고 하더라도 형상·모양·색채 등에 있어서 실질적으로 동일한 형태라고 단정할 수 없다고 보아 배척하였다.

다음으로 불법행위 주장과 관련하여, 원고의 제품들은 종전부터 자전거에 널리 사용되어 오던 형태 및 부품들을 단순히 결합 또는 조립한 것에 불과하며, 자전거의 형태나 부품의 변경에는 한계가 있는 점을 감안하면, 원고가 고안한 자전거의 형태가 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물로서 법률상 보호할 가치가 있다고 보기 어렵다는 이유로 받아들이지 않았다.

(4) 양념 용기 사건³⁰³⁾

302) 서울중앙지방법원 2014. 4. 24. 선고 2013가합42330 판결, 항소취하로 확정(서울고등법원 2014나2014175).

303) 서울중앙지방법원 2014. 5. 29. 선고 2013가합539049 판결.

원고가 양념 저장용 격자구조의 칸막이 용기에 관한 실용신안등록, 특허등록, 디자인등록을 마친 후 위 아이디어를 이용한 양념 용기를 제조하여 판매하였는데, 피고가 원고의 제품과 유사한 양념 용기를 생산하여 판매하자, 원고의 용기 디자인을 모방하였다고 주장하며 금지청구 및 손해배상청구의 소를 제기한 사안이다.

먼저 상품 형태 모방 주장에 대하여, 원고의 상품의 형태가 갖추어진 날부터 3년이 지나 부정경쟁행위로 볼 수 없다는 이유로 받아들이지 않았다.

다음으로 불법행위 주장과 관련하여, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (자) 목의 입법취지상 3년이 경과한 다음에는 원칙적으로 상품형태를 모방하더라도 이를 금지할 수 없다고 보아야 하지만, 경쟁자가 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물을 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용한 경우에는 불법행위가 성립할 여지가 있다고 보았다.³⁰⁴⁾ 다만, 위 사안에서는 피고가 3년 경과 후 원고의 양념 용기를 모방하여 판매한 사실 이외에 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반한다고 볼 만한 사정이 없다는 이유로 불법행위 책임을 부정하였다.

(5) 짹 패러디 사건³⁰⁵⁾

본 판결은 타 방송사의 프로그램 중 일부 특징적인 요소를 이용하여 새로운 영상물을 제작한 행위의 위법성을 검토한 사안이다. 지상파 방송사업자인 원고는 ‘짹’이라는 제목의 영상물을 제작·방송하였는데, 피고가 자신의 방송채널을 통하여 ‘짹 재소자특집 1부’, ‘짹 재소자특집 2부’, ‘짹

304) 일본의 논의로서, 3년의 보호기간이 경과한 후 상품 모방을 하더라도, 경쟁지역에서 염가로 판매하는 등의 특별한 사정이 부가된다면 별도의 불법행위 법리로 보호할 수 있다는 취지의 견해가 있다. 田村善之, 不正競争法概説, 第2版, 有斐閣, 2003, 282면 註 1 참조.

305) 서울고등법원 2014. 7. 3. 선고 2013나54972 판결, 현재 상고심(대법원 2014다49180) 계속 중.

재소자 리턴즈’, ‘짹 메디컬 특집’ 등의 프로그램을 방송하였다. 피고의 영상물은 위 제목뿐만 아니라 원고 영상물의 소재와 장면도 일부 패러디하였다.

이에 대하여 법원은 원고가 독창적인 장면이라고 주장하는 영상물의 내용은 아이디어의 영역에 해당하거나 이미 다른 영상물에서 사용되어 창작성이 없다는 이유로 저작권 침해 주장을 받아들이지 않았다.

나아가 민법상 불법행위 책임에 대해서는, 피고가 원고 영상물의 인기 에 일부 편승한 부분이 있다고 하더라도 그밖에 피고의 독자적인 아이디어를 바탕으로 피고 자신의 비용과 노력을 들여 원고 영상물에 존재하지 않는 다양한 창작적 요소를 가진 영상물을 제작한 것이므로 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 명백한 불공정한 행위로 볼 수 없다고 판시하였다.

(6) 모모코 사건³⁰⁶⁾

원고가 ‘MoMoko(모모코)’라는 상호로 퓨전 일본음식점을 운영하였는데, 피고가 원고 음식점에서 주방장으로 근무하다가 퇴사한 후 위 상호를 포함한 서비스표 등록을 마친 후 “동일한 상호로 음식점을 운영하면서 www.모모코.net”이라는 홈페이지를 개설하였다.

먼저, 수요자들 사이에 원고의 상호를 통하여 원고의 음식점 영업을 다른 영업과 구별하여 널리 인식할 수 있을 정도에 이르렀다고 보기 어렵다는 이유로 피고의 행위가 부정경쟁방지법상 영업주체 혼동행위 내지 부정목적 도메인 등록·보유행위에 해당하지 않는다고 보았다.

나아가 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목, 즉 부정경쟁행위 일반조항에 위배된다는 주장에 대해서는, 원고의 상호, 음식점의 간판과 내부 인테리어에 사용된 글자 도안과 고양이 그림은 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과물에 해당한다고 보기 어렵고, 피고가 상호, 간판 및 내부 인

306) 서울중앙지방법원 2014. 8. 28. 선고 2013가합552431 판결.

테리어 일부 외에도 메뉴 구성, 가격, 매장의 구조 및 전체적인 분위기, 구체적인 영업 형태 등까지 이 사건 음식점을 그대로 모방하는 등 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 피고 음식점을 운영하였다고 인정하기에 부족하다고 판시하였다.

(7) 교과서 도용 사건³⁰⁷⁾

위 사건에서는 원고의 교과서에 실린 원고(原稿), 도표, 삽화, 사진 등을 원고의 동의 없이 자사의 교과서에 게재한 피고의 행위가 문제되었다. 위 게재 부분 중 도표의 이용행위에 대해서는 도표의 창작성이 인정되지 않는다는 이유로 저작권 침해 주장이 배척되었다.

한편, 민법상 불법행위 주장에 대해서는, 공공기관에서 발표한 통계를 그 분야에서 흔히 사용되는 시각화 방법으로 표현한 것에 불과하고 일반인도 쉽게 작성할 수 있다는 점에 근거하여 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물이라는 주장도 배척하였다.

(8) 벌꿀 아이스크림 사건³⁰⁸⁾

원고는 ‘SOFTREE’라는 상호로 벌집 그대로인 상태의 꿀을 첨가한 아이스크림을 판매해왔다. 피고는 그로부터 약 8개월 후 ‘MILKCOW’라는 상호로 아이스크림을 판매하였는데, 매장의 외부 간판·내부 인테리어·메뉴판·상품 진열형태에 있어 많은 유사점이 발견되었을 뿐만 아니라, 피고의 아이스크림에도 벌집과 꿀이 첨가되었다. 그 밖에도 피고는 가맹점을 모집하는 과정에서 원고 매장의 내·외부를 촬영한 사진을 그대로 사용하였다. 원고는 피고가 위와 같이 매장 내부 인테리어 및 시설 등을 모방한 것은 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목에서 규정한 부정경쟁행위에 해

307) 서울중앙지방법원 2014. 10. 31. 선고 2014가합528374 판결.

308) 서울중앙지방법원 2014. 11. 27. 선고 2014가합524716 판결.

당한다고 주장하였다.

법원은 원고가 주장하는 매장의 구성요소들이 전체로 또는 서로 결합되어 식별력, 비기능성, 출처 혼동 가능성을 모두 갖추어 상품이나 서비스의 전체적인 이미지로서의 트레이드 드레스(Trade Dress)로 평가될 수 있다면, 이는 (차)목이 규정하고 있는 상당한 노력과 투자에 의하여 구축된 성과물에 해당한다고 판시하였다. 이러한 관점에서 원고 매장 구성요소들을 모방하여 이를 그대로 채택하거나 상호명, 로고 모양, 개별 상품명 등 일부분만을 변형하여 피고 매장을 구성·운영한 것은 피고 매장을 방문한 소비자들로 하여금 원고 매장과 동일하거나 매우 유사한 느낌을 갖도록 하여 원고의 고객흡인력을 자신의 영업을 위해 무단으로 사용한 것이므로, (차)목의 부정경쟁행위에 해당한다고 판단하였다.

(9) 네이트 연예인 키워드 광고 사건

원고들은 가수, 배우 등으로 활동하고 있는 연예인이고, 피고는 인터넷 검색 포털 사이트인 네이트(NATE)를 운영하는 회사이다. 피고는 포털사이트 이용자들이 검색창에 특정 키워드를 입력하면,³⁰⁹⁾ 사전에 피고로부터 해당 키워드를 이용한 광고 서비스를 구매한 광고주의 사이트 주소와 광고문구가 검색결과 화면의 상단에 게시되도록 하고, 사람들이 그 주소나 광고 문구를 클릭하면 해당 사이트로 연결되도록 해주는 키워드 검색 광고 서비스를 제공하고 있다. 이 때 특정 키워드에 대하여 높은 금액을 지급한 광고주의 광고일수록 검색결과 화면의 상단에 게시된다.

원고들은 피고가 원고들의 성명이나 예명을 상업적으로 사용함으로써 원고들의 퍼블리시티권을 침해하였고, 원고들이 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성명, 초상 등이 갖는 고객흡인력을 상도덕이나 공정한 경쟁 질서에 반하여 피고의 영업을 위하여 무단으로 이용한 것은 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목의 부정경쟁행위에 해당한다고 주장하였다.

309) 방송 프로그램에서 연예인들이 착용하였던 옷, 신발, 액세서리 등을 ‘○○○ 목걸이’, ‘△△△ 가방’, ‘□□□ 공항패션’ 등의 형태로 조합한 키워드가 그러한 예이다.

법원은 우리법의 해석상 퍼블리시티권의 법적 근거를 인정하기 어렵다고 설시한 후, (차)목의 위반 여부가 있는지 판단하였다. 법원은 키워드 검색광고는 인터넷 검색 포털사이트에서 널리 사용되는 사업방식으로 알고리즘 자체가 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법이라고 인정하기 어렵고, 원고들의 성명이 고객흡인력을 획득하는데 원고들의 노력과 투자 외에 피고를 비롯한 인터넷 검색 포털사이트의 기여가 상당부분 있으며, 키워드 검색광고를 통하여 원고들이 실제로 협찬받거나 광고한 제품이 검색되어 구매를 촉진하는 효과가 있어 키워드 검색광고가 반드시 원고들의 경제적 이익을 침해하거나 건전한 거래질서를 해하지 않는다는 점에 근거하여 (차)목의 부정경쟁행위에 해당하지 않는다고 판단하였다.

(10) 술섬 사진 사건

원고는 갤러리를 운영하는 개인 사업자인데, 삼척시 ‘술섬’을 촬영한 영국 사진작가 마이클 케나로부터 해당 사진의 저작권을 양도받았다. 한편, 피고는 여행사진공모전을 개최하여 아마추어 사진작가로부터 ‘술섬’을 촬영한 사진을 출품받아 이를 이용한 광고영상을 제작하여 TV와 인터넷을 통해 방송하였다. 원고는 피고의 광고영상에 사용된 공모전 사진이 케나의 사진저작권을 침해하고, 케나의 예술감과 심미감에 무단 편승하여 그 성과물을 자신의 영업을 위하여 도용하였으므로, (차)목의 부정경쟁행위에 해당한다고 주장하였다.

법원은 케나의 사진에 표현된 창작적 요소와 피고의 사진에 담긴 창작적 요소에 실질적 유사성이 인정되지 않는다는 이유로 저작권 침해 주장을 받아들이지 않았다.

또한 부정경쟁방지법 (차)목에 해당한다는 주장에 대해서는, 실질적 유사성이 인정되지 아니하는 형태의 모방행위는 저작권법에 의해 허용되는 것이고, 위 (차)목은 한정적으로 열거된 부정경쟁방지법 제2조 제1호(가)~(자)목 소정의 부정경쟁행위에 대한 보충적 규정일 뿐 저작권법에

의해 원칙적으로 허용되는 행위까지도 규율하기 위한 규정은 아니라고 해석하였다. 나아가 피고가 자사의 광고에 필요한 케나의 사진의 이용대가를 지급하지 않기 위하여 이를 모방한 공모전 사진을 채택한 것은 아니므로, 술섭에 관한 예술적 가치나 의미, 그에 관한 마이클 케나의 명성 등에 편승하여 이를 상업적으로 이용한 것으로도 볼 수 없다고 판단하였다.

(11) 네이버 연예인 키워드 광고 사건³¹⁰⁾

원고들은 본명이나 예명으로 가수, 배우 등으로 활동하고 있는 연예인이고, 피고들은 인터넷 검색 포털 사이트인 네이버(NAVER)를 운영하면서, 온라인 광고영업을 하는 회사이다. 위 포털 사이트의 검색결과를 보여주는 화면에서는 이용자들이 검색창에 특정 키워드를 입력하면, 사전에 피고들과 계약을 맺은 광고주의 사이트 주소와 광고문구를 다른 검색결과보다 먼저 게시된다. 피고들은 이를 이용하여 이용자들이 원고들의 성명과 상품이 결합한 키워드나 원고들의 성명만을 키워드로 입력하면, 미리 대가를 지급한 광고주들의 웹페이지를 검색결과로 나타내는 서비스를 제공하였다. 이에 원고들은 위와 같은 키워드 검색광고 서비스가 원고들의 퍼블리시티권을 침해하는 등 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목에서 규정한 부정경쟁행위에 해당한다고 주장하였다.

구체적인 판시사항은 네이트 연예인 키워드 광고 사건과 매우 유사하다. 먼저 퍼블리시티권은 그 법적 근거가 없다는 이유로 침해 주장을 배척하고, (차)목의 위반 여부가 있는지 판단하였다. 그런데 원고들과 같은 연예인은 자기의 성명이 널리 일반 대중에게 공개되기를 희망하거나 추구하는 측면이 있으므로 검색어로 자주 사용된다고 하여 원고들의 사회적 평가와 명성 등을 저하시킨다고 볼 수 없고, 잠재적 수요자인 이용자들에게 키워드 검색서비스를 자유롭게 제공하지 못한다면 광고주들이 원고에게 물품을 협찬하거나 대가를 지급할 이유가 없으며, 원고들의 성명이 고객

310) 서울고등법원 2015. 1. 30. 선고 2014나2006129 판결.

흡인력을 획득한 것은 원고들의 노력과 투자는 물론 인터넷 검색 포털사이트 및 일반 대중이 부여한 인지도와 저명성에서 비롯된 측면도 있고, 키워드 검색광고는 인터넷 검색 포털사이트에서 일반적으로 사용되는 사업방식으로서 그 알고리즘 자체가 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목에서 규정한 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 보기 어렵다는 점을 두루 지적하며 원고들의 청구를 받아들이지 않았다.

(12) 색채심리상담 사건³¹¹⁾

원고는 일본의 회사에서 컬러테라피스트 과정을 이수하며 색채심리에 관한 공부를 하던 중, 위 회사로부터 관련 교재를 한국어로 번역하고 이를 이용하여 한국에서 컬러테라피스트 강좌를 실시할 수 있는 권리를 부여받았다. 한편, 피고들은 원고가 운영하던 한국색채심리분석연구소의 자문교수와 강사로 재직하다가 퇴사하여, 한국예술심리상담협회를 설립하고 그 산하의 비채심리상담센터를 운영하였다.

원고는, 위 교재의 내용을 비롯하여 원고의 색채심리 분석방법과 그에 관한 교육시스템, 수업방식, 커리큘럼 등은 원고가 상당한 노력과 투자로 구축한 성과에 해당하는데, 피고들이 원고가 운영하던 한국색채심리분석연구소에서 근무하면서 이를 습득하게 된 것을 기화로 원고와 동일한 색채심리 상담 및 상담사 교육프로그램을 시행한 것은, 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 원고가 이룩한 성과를 무단으로 사용한 행위라고 주장하였다.

이에 대하여, 법원은 원고가 색채심리 관련 교재 및 교육시장을 단독으로 개척하였다거나 독창적인 교육프로그램을 창설하였다고 보기 어렵고, 색채심리상담사라는 자격증 명칭이나 교육프로그램 등 역시 일반적으로 사용되는 것들에 불과하므로, 원고의 성과물을 무단 이용한 것으로 볼 수 없다고 판시하였다.

311) 서울고등법원 2015. 4. 30. 선고 2014나2018733 판결.

제6절 정리

1. 위법성 판단 기준에 관한 각국의 재판례

불법행위 법리를 통하여 지적 창작물의 보호를 시도한 한국, 미국, 일본, 독일의 판례들은 대체로 공정한 경쟁질서를 해하는 무단도용을 규제한다는 관점에서 위법성을 평가해왔다. 미국에서는 연방법 우선 적용 원칙에 따라 특허법·저작권법과 주의 제정법·보통법의 기본적인 지위에 큰 차이가 있었다. 결국 부정이용 법리는 보통법으로 널리 받아들여지는 데 실패하였을 뿐만 아니라, 연방 지적재산권법의 입법취지에 따라 예외적으로 인정되는 범위도 매우 협소하다. 한편, 일본과 한국의 재판실무도 대체로 부정경쟁행위의 규율이라는 관점에서 위법성을 판단한 것으로 보인다. 독일의 경우 오래 전부터 부정경쟁방지법에 일반 조항을 도입하여 지적 창작물의 이용행위를 규율해왔기 때문인지, 경쟁법적 색채가 가장 확연히 드러나고 있다. 판례법에 따라 발전되어 온 경쟁적 특성의 개념이 이러한 특징을 가장 잘 드러내고 있다.

일본에 비하여 우리 법원이 불법행위 책임의 성립 범위를 다소 넓게 인정한다는 시각³¹²⁾도 있으나, 반드시 그렇게 단정하기는 어렵다고 생각된다. 최고재판소는 북한 영화 방송 사건에서 저작권법이 규율 대상으로 하는 저작물의 이용에 따른 이익과는 다른 법적으로 보호되는 이익을 침해하는 등 특별한 사정이 인정되면 불법행위를 구성할 수 있다고 판시하였는데, 실제로 그 이후 위 기준을 구체화한 하급심 판례들을 분석해보면 한국과 마찬가지로 부정경쟁행위의 관점에서 위법성을 판단한 것을 알 수 있다. 가령, 일본의 일반인을 상대로 한 법률문제해설서 사건과 한국의 기출문제해설집 사건, 일본의 요미우리 온라인 사건과 한국의 인터넷 포털사이트 광고 방해 사건 등에 실시된 논리 구조는 매우 유사하다. 2012

312) 丁文杰, 앞의 논문(註 242), 119면.

년 이후 국내의 하급심 판결은 종전과 달리 위법성 인정에 다소 엄격한 태도를 취하고 있으며, 이러한 경향은 일본과 유사하다.

나아가 이러한 판단 기준은 미국 1976년 연방 저작권법에 도입되었던 연방법 우선 적용 원칙의 추가 요소 테스트 항목, 즉 연방 저작권법의 부여하는 배타적 권리와 동등하지 않은 법적·형평적 권리의 침해에 해당하는지 여부(the general scope requirement)와도 일맥상통하는 면이 있다.

결론적으로, 한국, 미국, 일본, 독일의 법원은 지적재산의 이용행위가 경쟁관계에 있는 타인의 성과물을 도용한 것으로 평가되는 경우, 공정한 경쟁질서를 보호한다는 측면에서 그러한 이용행위의 위법성을 인정한다는 공통점을 지닌다고 볼 수 있다.

2. 신중론 내지 부정설의 논거

불법행위 법리를 적용을 경계하는 입장은 크게 두 가지로 분류할 수 있다. 지적재산권법의 입법취지가 훼손되지 않도록 인정범위를 좁혀야 한다는 견해와 입법자가 규율하지 않은 영역을 법원이 불법행위 법리를 통해 적극적으로 제약하는 것은 자제해야 한다는 견해가 그러하다. 지적재산권법이 침해행위로 인정하지 않는 영역에서는 일단 공중의 자유로운 접근이 가능하다는 것을 전제로, 입법 목적의 존중 내지 사법 자제의 관점에서 불법행위의 성립 범위를 제한해야 한다는 논리이다.

한 가지 흥미로운 사실은 한국, 일본과는 법체계가 다른 미국에서도 유사한 국면으로 논의가 진행되어 왔다는 점이다. 연방법과 주법의 이원적 체계로 인하여 구체적인 방법론에 있어서 차이가 있을지는 모르나, 지적재산에 관하여 ‘있어야 할’ 법질서를 탐구하는 과정에서 해결해야 할 고민은 비슷한 것으로 보인다.

다만, 위 신중론 내지 부정설은 동일한 사실관계나 그에 대한 법원의 결론을 전제로 한 구체적·개별적 평가라기보다는 일반론의 입장에서 제시

된 입론이 대부분이기에, 불법행위 법리의 개입을 허용하는 영역이 실제로 어떻게 다른지는 아직 불분명하다. 가령, 지적재산권법의 입법취지를 참작한다고 하더라도, 이를 정도까지 고려할 것인가에 따라 결론이 달라질 수 있기 때문이다.

3. 사건

결론적으로 지적재산권법 보호영역에 밖에 놓인 지적 창작물도 경우에 따라 보호의 필요성이 있으며, 시장에서 지켜져야 할 공정한 경쟁질서라는 관점에서 불법행위 법리로 규율할 수 있다는 입장에 동의한다. 엄밀히 말하면, 이는 지적 창작물 그 자체에 대한 직접적인 보호라기보다는, 창작자가 자신의 지적 창작물을 영업에 이용하여 얻을 수 있는 정당한 이익을 불공정한 방법으로 침해하는 경쟁자의 영업활동을 불법행위로 인정함으로써, 그 반사적인 효과로 당해 지적 창작물에 대한 보호를 누릴 수 있다고 보는 것이 정확할 것이다. 후술하는 바와 같이, 여기에서 주어지는 보호는 소위 Liability Rule 방식의 보호로서 창작자는 손해배상청구권만을 행사할 수 있는 것이 원칙이다.

다만, 위와 같은 법리를 적용하여 불법행위 책임을 인정한 국내의 하급심 판결, 특히 제1기 판결 중에는 다소 만연히 보호적격을 인정한 것으로 보이는 사례들이 다수 발견된다. 이를테면 솔섬 사진 사건 이전의 사진저작물에 관한 사례들이 그러한데, 창작성이 인정되지 않는다는 이유로 저작권법의 보호영역에서 일단 배제한 후 이를 다시 상당한 노력이 투자되었다는 이유만으로 바로 불법행위 법리로 보호하는 것은 민법 제750조를 통하여 또 하나의 저작권법을 만들어내는 것과 다르지 않다. 위와 같은 실무례가 지속된다면, 창작의 인센티브와 일반 대중의 이용을 조화롭게 규율하기 위하여 보호대상·침해태양을 정밀하게 설정하고 그 균형점을 찾고자 하는 저작권법의 노력이 무색해질 것이다. 저작권법이 인식하지 않은 다른 관점의 위법성을 찾아내고, 이것이 인정되지 않는다면 일응 공중

의 영역에 놓인 창작물로 보아야 한다.

제4장에서는 위와 같은 결론에 이르게 된 근거에 대하여 언급하고자 한다.

제4장 불법행위 법리를 통한 지적 창작물 보호의 필요성과 그 방법

제1절 보호의 필요성

1. 혁신의 과정 vs 결과

특허법에 있어서 진보성이나 저작권법에 있어서 창작성은 독점이라는 인센티브를 누리기 위하여 법률이 부여한 핵심적인 요건이다. 발명에 대한 법적 보호가 없다면 발명자의 입장에서는 자신의 발명을 공개하기 보다는 비밀로 유지하고자 노력하고, 그 결과 사회 구성원이 이용할 수 있는 지식은 줄어들게 되는데, 특허법은 진보성이라는 필터를 통하여 실패 가능성을 무릅쓰고 유용한 지식의 총량을 늘린 발명자에게 독점권을 부여한다. 진보성과 창작성은 전통적인 지적재산권법이 요구한 혁신의 표상인 셈이다.

혁신을 위한 투자를 계량적으로 평가할 수 있는 지표로 흔히 GDP 대비 R&D 지출 통계가 인용된다. 국내의 경우 GDP 대비 R&D 지출 비중은 2007년 3.0%, 2008년 3.1%, 2009년 3.3%, 2010년 3.5%, 2011년 3.7%, 2012년 4.0%로 꾸준히 상승해왔으며, 이는 OECD 국가 중 최상위권에 속한다.³¹³⁾ 모든 R&D 투자가 지적재산권을 목표로 하는 것은 아니며, 기초과학 연구와 같이 처음부터 특허법에 의하여 보호받기 어려운 성과물을 위해 투자하는 분야도 존재한다. 그렇다면 진보성과 창작성 등 전통적인 지적재산권법이 요구하는 혁신의 표상을 갖추지 못한 지적재산은 바로 그 전통적인 법체계에서 과연 어떤 의미를 가지는 것인가? 보다 논의의 범위를 좁히자면, 많은 시간과 비용을 들여 창작한 지적 창작물이 위와 같은 혁신의 표상을 갖추지 못하였을 때에도 이를 법적으로 보호할

313) 통계청 웹사이트 중 녹색성장포털(<http://green.kostat.go.kr>, 2015. 4. 1. 최종 방문) 참조.

필요가 있는 것인가에 관한 의문이다.

이와 관련하여 먼저 떠올려볼 수 있는 것이 이른바 ‘이마의 땀(sweat of the brow)’ 이론으로서, 미국 연방대법원의 *Feist* 판결³¹⁴⁾에서 직접적으로 다루어졌다. 위 사건에서는 특정 지역 주민들을 인명별로 정리하여 알파벳 순서대로 나열한 전화번호부를 무단으로 복제하는 행위가 허용될 수 있는지 문제되었다. 위와 같은 전화번호부를 저작물로 볼 수 있는가와 관련하여, 연방대법원은 저작물로 보호받기 위해서는 반드시 독창성(originality)이 인정되어야 하는데, 인명별로 나열된 전화번호 그 자체는 사실(fact)에 불과하므로 저작권의 객체가 아니라고 보았다.³¹⁵⁾ 나아가 전화번호를 인명의 알파벳 순서에 따라 나열한 것만으로는 선택, 조합, 배열의 창작성(creativity)이 인정되지 않으므로 편집저작물로서도 보호될 수 없다고 판단하였다.³¹⁶⁾

위 판결에서 주목할 만한 설시는 이른바 ‘이마의 땀(sweat of the brow)’ 이론을 명시적으로 배척한 부분이다. 이마의 땀 이론이란 창작에 소요된 노력, 비용, 시간을 존중하여 저작권의 보호를 제공하여야 한다는 주장이다. 위 이론에 의하면, 공중의 영역에 속하거나 독창성이 없는 자료만을 수집하여 책을 만든다고 하더라도, 노동력이 투하된 이상 저작권을 인정할 수 있다는 논리가 성립한다.³¹⁷⁾ 연방대법원은 이마의 땀 이론은 저작권법의 기본 원칙에 반하며³¹⁸⁾, 연방 저작권법에서 제시한 저작물의 보호 기준은 어디까지나 독창성이지, 이마의 땀이 되어서는 안 된다고 설시하였다.³¹⁹⁾ 위와 같은 판시는 저작권법의 이론적 근거에 관한 인센티브 이론과 노동 이론 중 전자를 택한 것으로 해석된다.³²⁰⁾

314) 499 U.S. 340 (1991).

315) 499 U.S. 340, 344-345.

316) 499 U.S. 340, 361-362.

317) 499 U.S. 340, 352.

318) 499 U.S. 340, 353.

319) 499 U.S. 340, 359-360.

320) 조영선, “판례에 나타난 저작물의 창작성-부인된 사례의 유형화를 중심으로-”, 법조, 50권

다소 투박한 관점일수는 있으나, 이마의 땀은 저작물이 창출되기까지의 과정을, 창작성은 저작물이 창출된 결과를 설명하는 기준이 될 수 있다. 막대한 자본과 노동의 투자가 언제나 창작성을 갖춘 저작물의 산출로 이어질 것이라고 기대하기는 어려우며, 반대로 창작성이 언제나 상당한 시간과 비용을 필요로 한다고 단정하기도 어렵다. *Feist* 판결은 이와 같은 맥락을 확인한 것으로서, 일응 ‘이마의 땀(과정)’보다는 ‘창작성(결과)’에 초점을 맞추어 보호영역을 설정한 것으로 해석된다.

물론, 위와 같은 판시를 들어 혁신의 결과만을 보호하는 것이 저작권법의 태도라고 단정하기는 어렵다. 가령, 위 판결에서 쟁점이 된 데이터베이스를 예로 들어 본다면, 한국의 현행 저작권법은 소재의 선택·배열 또는 구성에 창작성을 갖춘 데이터베이스는 물론 그렇지 못한 데이터베이스에 대해서도 일정한 배타적 권리를 부여하고 있다.³²¹⁾ 뿐만 아니라, 실연자, 음반제작자, 방송사업자 등 저작인접권자에게 인정되는 배타적 권리도 반드시 창작성을 전제로 하는 것은 아니다. 저작인접권은 저작물의 전달과 이용을 가능하게 함으로써 저작물에 일정한 가치를 더한 경우 부여되는데, 그 속성상 산업적 자본에 대한 투자를 보호하기 위해 등장하였음을 부인할 수 없다.³²²⁾ 이러한 보호기능은 뒤에서 살펴볼 바와 같이 상표법과 부정경쟁방지법에 주로 맡겨졌다고 해석되지만, 그에 앞서 저작권법이 혁신의 과정에 대한 보호를 전적으로 외면한 것은 아니라는 점을 염두에 둘 필요가 있다.

2. 혁신의 과정이 지닌 가치

12호, 법조협회, 2001, 199-203면.

321) 저작권법 제91조 내지 제98조 참조. 이러한 저작권법의 보호방식을 비판하며, 창작성을 갖추지 못한 데이터베이스에 배타적 지배권을 부여하기 보다는 부정경쟁방지법에 의하여 보호하는 것이 바람직하다는 견해(정상조, “데이터베이스의 법적보호”, 디지털재산법연구, 제1권 제1호, 세창출판사, 2001, 62-64면, 박준석, “퍼블리시티권의 법적성격-저작권과 상표 관련 권리 중 무엇에 더 가까운가?”, 산업재산권, 제30호, 한국산업재산권법학회, 2009, 313-314면)가 있으며 타당한 지적이라고 생각된다.

322) 윤중수, “저작인접권에 관한 고찰-저작인접권의 본질론적 검토와 미디어환경의 변화에 따른 쟁점을 중심으로-”, 사법논집, 제45집, 법원도서관, 2007, 603-607면.

특허법 및 저작권법은 1883년 파리 조약 및 1886년 베른 조약을 통해 창작자의 인센티브와 공중의 자유로운 이용권의 이익형량에 관하여 개별 국가들 사이에 규범적 합의가 이루어진 가장 전형적인 지적재산권 보호 모델이다. 위 법은 각기 입법목적에 따른 혁신의 기준을 설정하고, 그 기준을 충족한 지적재산에 대하여 일정 기간 배타적인 권리를 부여함으로써 창작자로 하여금 혁신에 투하된 자본을 회수할 수 있도록 한다.

그러나 위와 같은 기준에 미치지 못하는 지적재산도 그 보호가치가 부정되는 것은 아니다. 오늘날의 문명은 현존하는 지식을 재발견함으로써 발전해 온 것이 아니라, 기존의 지식을 이용하고 거기에 새로운 지식을 더함으로써 진보해왔다. Issac Newton은 1676년에 작성한 어느 편지글에서 “만약 내가 보다 멀리 볼 수 있었다면, 그것은 거인의 어깨 위에 올라섰기 때문이다.”는 유명한 표현을 남겼다.

마찬가지로 기술적 진보도 누적적 과정이며, 지적재산의 창작자들은 대부분 타인이 기존에 창작한 지적자산을 이용하여 자신의 지적자산을 창작해왔다.³²³⁾ 실제로 20세기 말에 컴퓨터·생명공학 등 정보 기반 기술이 극적으로 발전하는 과정에서, 특허법이 정한 요건에 미치지 못하고 영업비밀로도 보호받기 어려웠던 점진적 혁신이 매우 중요한 역할을 하였으며³²⁴⁾, 컴퓨터 소프트웨어 산업에서의 기술혁신은 대부분 기존 소프트웨어를 보완하는 과정에서 나오기 때문에 독점적·배타적인 권리를 부여할 경우 오히려 기술의 진보를 지체시킬 수 있다는 연구 결과도 있다.³²⁵⁾

이러한 특징은 산업재산권 분야에 국한되지 않는다. 다채로운 상상력을 동원하여 저작물을 만들어 내는 사람을 기존 저작물의 개선자라기보다는 외로운 천재로 오해하는 경향이 있으나, 누적적 진보의 메커니즘은 문화와 예술 영역에서도 마찬가지로 작동해왔다는 지적이 있다.³²⁶⁾ 역사적으

323) Landes & Posner 앞의 책(註 2), 407-408면.

324) J. H. Reichmann, "Legal Hybrids Between The Patent And Copyright Paradigms", 94 Colum. L. Rev. 2432, 2443-2444 (1994).

325) Landes & Posner, 위의 책, 326-327면.

로 매우 중요했던 예술 창작의 한 형태는 사실 기존의 저작물을 소재로 개량하는 방법이었다고 한다.³²⁷⁾ 캐나다의 문학가 Northrop Frye는 이러한 경향을 가리켜 “시는 다른 시들로부터만 나올 수 있다. 소설도 다른 소설들로부터 나온다.”라고 표현하였다.³²⁸⁾

이처럼 특허법이나 저작권법이 설정한 혁신의 문턱을 넘은 지적재산도 기존에 존재하였던 '점진적 혁신(incremental innovation)'의 혜택을 누렸음을 부인할 수 없다. 그러므로 비록 이마의 땀 이론이 저작물의 창작성에 관한 논의에서 인용되어 온 것이기는 하나, 지적재산이 창출되기까지의 과정에 투하된 노력에 초점을 맞추어 이를 법적으로 보호할 것인가에 관한 논의는 지적재산권 전반으로 확장하여 음미해 볼 필요가 있다.

3. 혁신의 과정에 대한 현행 지적재산권법의 보호

가. 전통적인 지적재산권법의 시각

사실 혁신의 표상에 초점을 맞추었던 전통적인 지적재산권법도 그렇지 못한 지적재산에 대한 보호를 전적으로 외면하였다고 보기는 어렵다. 이에 대한 논의를 전개하기 위해서는 먼저 상표법과 부정경쟁방지법이 지적재산권법 체계 내에서 담당하는 역할을 살펴볼 필요가 있다.

지적재산권법은 지적재산의 비경합성을 제거하는 방법으로 자유로운 시장에서 발명과 창작이 지속될 수 있는 동기를 제공한다. 창작자 입장에서는 지적재산을 비밀로 유지하지 않고도 혁신의 선구자로서 창작물을 독점적으로 이용할 수 있는 지위를 부여받는 셈이다. 이러한 인센티브가 제공되는 방식은 크게 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 시장에 존재하지 않는

326) Landes & Posner, 앞의 책(註 2), 422면 n4.

327) 위의 책, 58면.

328) Northrop Frye, *Anatomy of Criticism: Four Essays*, Princeton University Press, 97 (1957); 위의 책, 59면-60면에서 재인용.

인센티브를 창설하는 방식과 시장에 이미 존재하는 인센티브를 지원하는 방식이다.³²⁹⁾

특허법과 저작권법은 일정한 수준에 달하는 혁신의 표상을 갖춘 지적재산에 대한 독점권을 매개로 그 창작을 유인하므로 전자에 해당한다. 반면, 상표법과 부정경쟁방지법 중 일부 조항은 상품 또는 서비스의 출처표시를 보호하는 규범이다. 상품 또는 서비스와 그 출처를 연결시키는 고리를 공고히 함으로써 소비자로 하여금 품질의 동일성을 확신하게 한다. 즉, 어떤 제품을 개발한 기업이 특정한 표지를 부착하고 품질을 향상시키면, 해당 기업에 대한 명성과 신용이 시장에서 형성되고 이는 매출로 이어진다. 그런데 타인이 그러한 표지를 모방할 수 있다면, 기존의 제품을 개량하거나 새로운 제품을 개발하고자 하는 동기가 약해질 것이다. 그러므로 엄밀히 말하자면 상표법과 부정경쟁방지법은 출처표시를 매개로 상품이나 서비스의 품질을 유지·향상시키고자 하는 기업의 신용과 명성을 보호하는 제도이며, 이러한 신용은 이미 시장에 존재하고 있는 인센티브라는 점에서 새로운 인센티브를 창설하는 특허법 내지 저작권법과 구별된다.³³⁰⁾ 환언하자면, 상표법과 부정경쟁방지법은 창작 등 지적인 노력을 간접적으로 지원해주는 제도로 볼 수 있다.³³¹⁾

그런데 상표법과 부정경쟁방지법이 간접적으로 보호하는 지적 창작물은 반드시 특허법이나 저작권법에 의하여 보호되는 대상일 것을 요하지 않는다. 상표 내지 서비스표가 실생활에서 활용되고 있는 광범위한 영역을 고려해보면, 오히려 그렇지 못한 경우가 대부분일 것이다. 그렇다면 지적재산권법의 보호범위는 점진적 혁신에 대해서도 미치며, 창작자가 혁신의 가치를 먼저 활용함으로써 얻을 수 있는 유리한 출발(headstart) 내지 선행 시간(lead time)을 보호하는 방식으로 인센티브를 제공한다고 볼 수 있다. 가령, 상품에 구현된 아이디어 그 자체는 특허법이나 영업비밀보호

329) 이러한 구별방식은 田村善之, 앞의 논문(註 69), 27-29면 참조.

330) 위의 논문, 28면.

331) 정상조, 박준석, 앞의 책, 559면

법에 의한 보호를 받지 못한다고 하더라도, 경쟁자가 없는 시장에 먼저 진입하여 점유율을 확보하는 방법으로 혁신에 투자한 자본을 회수할 수 있다. 선진입을 통하여 확보한 시장점유율은 후발 주자와의 관계에서 식별력 있는 표지를 통해 상표법이나 부정경쟁방지법으로 보호받을 수 있으므로, 결국 지적재산권법의 보호체계가 작동하는 셈이다.

나. 새로운 보호 법률의 출현

(1) 개요

전통적인 특허법과 저작권법의 체계 속에서 새롭게 생겨난 일부 지적재산권법은 혁신의 과정 및 결과라는 이분법적 시각에서 매우 흥미로운 특징을 지닌다. 예를 들면, 진보성이 없는 발명이나, 발견에 가까운 창작을 보호하는가 하면, 명시적으로 혁신에 투하된 노력과 자본을 보호하겠다고 선언한 법률도 등장하고 있다.

본래 지적재산권법은 시장에 이미 존재하는 인센티브를 간접적으로 지원하는 상표법과 부정경쟁방지법의 형태로 혁신의 과정에 대한 보호를 외면하지 않았다는 것이 앞서 검토한 바이다. 그런데 처음부터 혁신의 과정을 보호하기 위하여 제정된 법률이 존재해왔으며 또 새롭게 나타나고 있다는 사실은 지적재산권법 역할이 무엇인지 탐구함에 있어 매우 중요한 단서를 제공한다.

이하에서는 그러한 단서로 볼 수 있는 몇 가지 법률에 대하여 살펴보고자 한다.

(2) 식물신품종 보호법

식물신품종 보호법은 신품종에 대한 육성자의 권리를 보호할 목적으로 제정된 법률이다. 종래 구 종자산업법은 종자의 보증·유통관리 등에 관한

실체적 규정과 품종보호에 관한 절차적 규정을 모두 담고 있었는데, 양 규정이 혼재되어 법률의 체계 및 내용이 복잡하고 이해하기 어렵다는 이유로, 위 법률 중 식물신품종의 출원·심사 및 등록 등에 관한 절차적 규정을 분리하여 별개의 법률을 제정한 것이다.³³²⁾

식물신품종 보호법은 신규성, 구별성, 균일성, 안정성 및 1개의 고유한 품종명칭을 갖춘 식물을 설정등록한 권리자에게 품종보호권이라는 배타적 권리를 부여한다(식물신품종 보호법 제16조, 제106조 제1항, 제54조). 품종보호권자는 설정등록된날로부터 20년(단, 과수와 임목은 25년)동안 업으로서 보호품종을 실시할 권리를 독점하는데, 구체적으로 전용실시권 및 통상실시권을 설정할 수 있고, 손해배상청구권은 물론 금지청구권도 행사할 수 있다(식물신품종 보호법 제61조, 제63조, 제83조, 제84조).

이러한 보호방식은 특허법과 매우 유사하다. 그런데 식물신품종 보호법은 신품종을 ‘발명’하지 않고 단지 ‘발견’한 후 그 형질을 고정시킨 경우에도 동일한 보호를 제공한다.³³³⁾ 게다가 구별성 요건에 따라 일반인에게 알려져 있는 품종과 명확하게 구별될 것을 요할 뿐(식물신품종 보호법 제16조 제2호, 제18조), 해당 품종이 기존에 알려진 식물군으로부터 쉽게 도출될 수 없을 것까지 요하지는 않는다.

요약하자면, 식물신품종 보호법은 특허법의 관점에서 발명에 수반되는 위험을 무릅쓰고 유용한 지식의 총량을 늘린 혁신의 표상을 갖추지 못하였음에도 불구하고, 품종 개발이 지닌 가치와 그에 대한 노력을 보호하기 위하여 특허법과 유사한 정도의 보호를 제공하는 것이다.

(3) 반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률

1992년 반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률(이하 ‘반도체보호법’이

332) 제18대 국회(의안번호 1814156) 식물신품종 보호법안 농림수산식품위원회 심사보고서 참조 (http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/BillDetail.jsp?bill_id=ARC_N111P1W2J1Q2R1S3O1P8B1D2Z3K0F0, 2015. 6. 24. 최종 방문).

333) 서영철, 앞의 논문(註 80), 358-359면.

라고 한다)이 현행 지적재산권법 체계 안으로 들어오게 된 경위도 흥미롭다. 반도체보호법의 보호대상은 반도체 재료의 표면에 다수의 회로소자와 그들을 연결하는 도선을 평면적 또는 입체적으로 배치한 설계로서(반도체보호법 제2조 제1호, 제2호), 한정된 공간 내에서 확보된 회로소자와 도선의 집적도가 경제적 가치를 결정한다. 반도체보호법은 창작성이 있는 배치설계를 설정등록한 자에 대하여 배치설계권이라는 배타적 권리를 부여하는데, 여기서 창작성이란 ‘통상적이 아닌’ 배치설계로서, 통상적인 배치설계 요소의 조합으로 구성된 경우라도 전체적으로 볼 때 통상적이 아니라면 창작성이 있는 것으로 본다(반도체보호법 제6조, 제2조 제3호). 이러한 창작성의 개념을 토대로 저작권법에 의한 보호를 생각해볼 여지도 있다.

그러나 기능적 저작물은 그 표현하고자 하는 기능 또는 실용적인 사상이 속하는 분야에서의 일반적인 표현방법, 규격 또는 그 용도나 기능 자체, 저작물 이용자의 이해의 편의성 등에 의하여 그 표현이 제한되는 경우가 많으므로 작성자의 창조적 개성이 드러나지 않을 가능성이 크며, 설계도나 배치도가 작성자에 따라 정확하게 동일하지 않고 다소간의 차이가 있더라도 그러한 사정만으로 기능적 저작물의 창작성을 인정할 수 없다는 대법원 판례³³⁴⁾의 취지에 따르면, 배치설계에 대하여 저작권법에 의한 보호를 기대하기는 어렵다.

또한, 배치설계는 일정한 공간 안에서 효율적으로 회로기능을 구성하는 것을 주된 내용으로 하므로, 새로운 기술사상의 창작이라기보다는 경험칙에 기한 시행착오를 반복함으로써 얻어지는 기술의 성과물로 볼 수 있다.³³⁵⁾ 앞서 살펴본 반도체보호법 특유의 창작성의 개념에 비추어 볼 때, 단순히 이미 공지된 배치를 새롭게 조합하는 것에 그친다면 공지 기술을 뛰어넘은 발명일 것을 전제로 하는 특허법상 신규성 내지 진보성 요건을

334) 대법원 2011. 2. 10. 선고 2009도291 판결, 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도29 판결 등 참조.

335) 박성호, “반도체칩의 배치설계에 관한 법적 보호”, 변호사-법률실무연구-, 제25집, 서울지방 변호사회, 1995, 295면.

충족시킬 수 있을지 의문이다.

사실 반도체집적회로의 연구과정에서 상대적으로 많은 경비와 노력이 소요되는 것은 바로 위와 같은 배치설계 부분이며, 배치설계의 재산적 가치도 그러한 맥락에서 인식되기에 이르렀다.³³⁶⁾ 위 법률이 제안된 배경도 반도체 제조공정 중 가장 많은 시간과 비용이 소요되는 반면 무단복제 등의 형태로 쉽게 침해받을 위험성이 큰 배치설계를 지적재산권으로 보호함으로써 창작의욕을 고취하기 위함이다.³³⁷⁾ 그러므로 반도체보호법은 배치설계에 투하된 상당한 시간과 비용을 보호하는 법률이라고 보아도 무방하다.

(4) 콘텐츠산업 진흥법

이러한 경향은 비교적 최근에 전면 개정된 콘텐츠산업 진흥법에서 확연히 드러난다. 콘텐츠산업 진흥법의 전신(前身)인 온라인 디지털콘텐츠산업 발전법은 경쟁사업자에 대한 관계에서 디지털콘텐츠의 무단복제 등 행위를 금지함으로써 온라인디지털콘텐츠 제작자의 투자와 노력을 법적으로 보호할 목적으로 제정된 법률로서, 위와 같은 입법취지를 가진 법률은 전세계에서 최초인 것으로 평가된다.³³⁸⁾

다만, 위 법은 적용 대상을 정보통신망에서 유통되는 디지털 콘텐츠로만 한정하였는데, 기술의 발전에 따라 아날로그 콘텐츠와 디지털 콘텐츠의 구별이 큰 의미를 갖기 어렵게 되고, 콘텐츠 상호간은 물론 매체간·플랫폼간 융합 콘텐츠가 등장하게 된 점을 고려하여 콘텐츠 전반을 규율할 수 있는 법률을 정비하기 위하여 콘텐츠산업 진흥법으로 새롭게 개편되었다.³³⁹⁾

336) 1970년대의 문헌이기는 하나, 당시 등록된 반도체 특허의 약 90%는 신규성이 없어 무효로 될 운명이라는 지적도 있다; C. T. Taylor & Z. A. Silberston, "The Economic Impact of the Patent System: A Study of the British Experience", 84:334 The Economic Journal 442 (1974) 참조.

337) 註 82 참조.

338) 오승중, 저작권법, 박영사, 2005, 135면.

콘텐츠산업 진흥법은 정당한 권한 없이 콘텐츠제작자가 상당한 노력으로 제작하여 위 법이 정한 보호의 취지를 표시한 콘텐츠를 복제·배포·방송 또는 전송하여 콘텐츠제작자의 영업에 관한 이익을 침해할 경우 손해배상책임이 성립한다고 규정한다. 그런데 콘텐츠를 정의함에 있어 “부호·문자·도형·색채·음성·음향·이미지 및 영상 등의 자료 또는 정보”이라고 규정할 뿐, 콘텐츠 자체의 창작성은 별도의 요건으로 하지 않는다(콘텐츠산업 진흥법 제2조, 제37조, 제38조). 보호대상 요건으로서 혁신의 표상을 요구하지 않는 것이다.

다양한 콘텐츠 관련 사업이 지속적으로 발전할 수 있도록 지원함으로써 콘텐츠의 원활한 유통을 도모할 목적으로, 혁신의 결과가 아닌 과정에 초점을 맞추어 그에 투하된 노력을 보호하는 법률로 볼 수 있다.

4. 점진적 혁신의 인센티브에 대한 위협

위와 같이 특허법이나 저작권법이 요구하는 혁신의 표상을 갖추지 못한 지적 창작물도 그 보호의 필요성이 인정된다. 콘텐츠산업 진흥법과 같이 처음부터 창작에 투하된 시간과 비용을 보호하기 위한 법률도 생겨나기는 하였으나, 전통적으로 시장에서 상품이나 서비스의 품질을 유지·향상시키고자 하는 기업의 신용과 명성을 보호하는 상표법과 부정경쟁방지법이 그러한 역할을 담당하였다.

그런데 기술의 급속한 발달로 인하여 시장에서 신용과 명성을 형성할 수 있는 선행 시간(lead time)이 크게 줄어들었고, 점진적 혁신에 대한 인센티브는 큰 위협을 받게 되었다. 과거와 달리 시장에 배포된 상품에 구현된 아이디어를 모방하는 데 드는 시간과 비용은 미미한 수준이다. 심지어 영업비밀로 굳건히 보호된 아이디어도 시장에 배포된 상품이나 서비스를 역분석(reverse engineering)하여 그 실체를 밝히는 데 그리 많은

339) 제18대 국회(의안번호 1803911) 온라인 디지털콘텐츠산업 발전법 전부개정법률안 문화체육관광방송통신위원회 심사보고서 참조(http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/BillDetail.jsp?bill_id=ARC_L0B9V0G2L2I4P1Y5B1L5U0N0Y0A4C4, 2015. 6. 24. 최종 방문).

시간과 비용이 들지 않는다. 기술적 보호조치를 무력화하는 행위를 금지하는 법률이 제정되었다는 것은 역설적으로 그러한 보호조치들이 제 기능을 발휘하지 못하였다는 의미이기도 하다. 최근에는 영업활동의 상당 부분이 인터넷을 통해 이루어지면서 웹사이트 분석을 통해 경쟁업체의 다양한 정보를 쉽게 습득할 수 있다. 이를테면, 경쟁자의 광고 서버, 서비스 분석 도구, 위젯, 이메일 호스팅 업체는 물론, 특정 서비스에 대한 트래픽 정보, 기간별 순방문자 수, 사용 기술 도구 등도 파악할 수 있다. 아예 웹 분석 기술에 기반하여 경쟁업체의 영업 정보를 유료로 제공하며 수익을 얻는 기업도 등장하고 있다.³⁴⁰⁾ 이러한 환경은 최초 창작자로 하여금 시장에 먼저 진입함으로써 얻을 수 있는 경쟁의 우위를 채 확보하기도 전에 모방자들과 경쟁에 임하게 한다.

반면, 그러한 모방자들은 최초 혁신에 필요한 노동과 자본을 다른 곳에 투자할 수 있으므로, 오히려 후발 경쟁에서 창작자보다 유리한 위치에 설 수 있다. 혁신에 투자된 연구 및 개발 비용에 직·간접적인 기여를 하거나 현존하는 지식에 누적적·연속적인 개선을 더하지 않고도, 너무나도 쉽게 타인의 노력에 무임승차할 수 있는 상황에 이르렀다.³⁴¹⁾

사실, 모방으로부터 방어할 수 있는 선행 시간이 줄어든다는 점을 인정하면서도 시장 점유율이 제공하는 그 밖의 무형적인 이익을 근거로 여전히 인센티브가 충분하다는 주장도 많이 제기되어 왔다. 가령, WestLaw와 같은 데이터베이스 제작자는 사전에 장래의 고객들인 로스쿨 학생들에게 무료로 사용하도록 함으로써 자사의 서비스 이용방식에 일단 길들여지도록 하면 나중에 이용료를 징수하더라도 그와 같은 익숙함을 벗어나 경쟁사의 서비스로 이동하기 어려우며, Microsoft Word와 같은 프로그램은 사전에 많은 사용자를 확보해두면 네트워크 효과로 인하여 문서파일의 공유가 어려운 경쟁사의 워드 프로그램으로 옮겨가는 것을 막을 수 있다는 취지이다.³⁴²⁾

340) 가령, <https://www.similartech.com> 등이 그러하다.

341) Reichmann, 앞의 논문(註 324), 2525면.

그런데 점진적 혁신의 존재 의의는 거대한 상업적 성공에만 있는 것이 아니다. 일본의 자동차 데이터베이스 사건을 떠올려보자.³⁴³⁾ 원고는 자동차 정비업체의 고객 관리, 견적서·작업 지시서·청구서 작성 등을 손쉽게 할 수 있도록 해주는 소프트웨어를 개발하기 위하여, 개발 비용으로 5억 엔 이상을 투자하였고 데이터베이스 개발과정에 40명 이상의 근로자가 72,000시간을 소비하였지만, 아쉽게도 소재의 선택과 배열에 창작성이 없었다. 만약 원고가 WestLaw와 같이 장래의 고객을 미리 확보하여 길들이는 데 실패하였거나, Microsoft Word처럼 네트워크 효과를 유발하기에 충분한 고객을 확보하지 못하였다면, 원고가 투자한 시간과 비용은 정녕 보상받을 자격이 없는 성과물인가? 경쟁관계에 있는 피고가 위 데이터베이스를 그대로 이용하여 새로운 프로그램을 개발하고 시장에 진입하는 것은 어쩔 수 없는 결과라고 외면하면서도, 그 후로도 원고와 같은 창작자가 꾸준히 나와서 사회 지식의 총량을 늘려주기를 기대하는 것이 진정 지적재산권법이 설계한 인센티브 구조인지 반문해 보아야 한다.

선행 시간이 크게 줄어든 이상, 소규모 혁신을 전통적인 상표법과 부정 경쟁방지법의 역할에만 기대어 보호하기 어렵게 되었다. 창작자는 시장의 최초 진입자로서 최소한의 과실도 확보하기 전에 보다 유리한 지위에서 경쟁을 시작하는 모방자와 맞서야 하는 것이 현실이다. 창작에 들인 자본과 시간을 회수할 수 있다는 보장이 없다면, 그러한 창작이 계속될 것으로 기대하기 어려울 것이다. 그러므로 구체적인 사안에 따라 유연하게 적용할 수 있으며 과도하거나 부족하지 않은 보호를 제공할 수 있는 새로운 보호수단을 강구할 필요가 있다.

5. 소결

342) Kal Raustiala & Christopher Sprigman, *The Knockoff Economy: How Imitation Sparks Innovation*, Oxford University Press, 193-194 (2012).

343) 제3장 제2절 2. 나. (다) 참조.

이상에서 살펴 본 바와 같이, 현행 지적재산권법은 창작의 결과로 나타난 혁신의 표상은 물론, 창작 과정에 투자된 시간과 비용도 아울러 직·간접적으로 보호하고 있다. 위와 같은 지적재산권법의 태도는 어떠한 지적창작물이 특허법이나 저작권법이 설정한 혁신의 기준에 미달한다는 이유만으로 실정법의 보호범위에서 쉽게 제외해서는 안 된다는 결론을 어렵게 이나마 암시한다.

물론 앞서 살펴본 지적재산의 보호 정도가 적절한 수준이 아니라고 단정할 수 있는 실증적인 근거를 찾기는 어렵다. 현 시점이 점진적 혁신을 지속적으로 창출할 수 있도록 인센티브가 필요한 단계인지, 아니면 잠재적 이용자가 자유롭게 접근할 수 있도록 진입장벽을 없애야 할 단계인지 정확히 진단하는 것은 쉽지 않은 일이다. 어쩌면 지적재산권법의 영원한 숙제, 즉 창작자의 인센티브와 공중의 자유로운 이용을 어떻게 조화시킬 것인가에 관하여 또 하나의 의문을 추가하는 것에 불과할지도 모른다.

다만, 산업은 물론 문화·예술 영역에 있어서도 점진적 혁신을 통해 사회에 유용한 지식의 총량을 늘릴 수 있다는 명제를 출발점으로 삼는다면, 그러한 혁신의 창작자들이 유리한 출발 내지 선행 시간의 인센티브조차 사실상 누리기 어려운 작금의 상황을 그대로 방치해둘 수는 없다. 정보통신기술의 발달로 크게 증대된 모방의 위협 속에서도 혁신의 발판이 될 수 있는 창작물들이 꾸준히 생산될 수 있도록 유인할 필요가 있다. 그러므로 전통적인 지적재산권법에 의하여 보호되지 않는 지적 창작물에 대한 보호를 아예 포기하고 시장의 기능에 맡기기 보다는, 일단 보호 범위에 포함시키되 보호의 정도를 조절함으로써 균형을 찾아가는 방법이 합리적이라고 생각된다.

제2절 보호의 방법

1. 서설

현행 지적재산권법의 보호범위에는 속하지 않으나 법적 보호가치 있는 창작물도 보호해야 할 필요성이 있다는 점을 앞서 살펴보았다. 이제 해결해야 할 과제는 과연 위와 같은 창작물에 대하여 어떠한 형태의 보호를 부여할 것인가이다. 보호의 수준이 지나치게 높다면 혁신의 재료로 널리 활용되기 어려워질 것이고, 반대로 보호의 수준이 지나치게 낮다면 지속적인 창작을 유인할 수 없을 것이다. 그러므로 규범의 보호수준은 그 수범자인 창작자와 잠재적 이용자의 이해관계를 어떻게 조화시킬 것인가의 문제이다.

법경제학 교과서에서 흔히 사용되는 공장 폐수 배출 사례를 들어보자. 공장 소유자에게 폐수를 배출할 권리를 부여할 것인지, 마을 주민들에게 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 부여할 것인가에 따라 이해관계가 조정되는 양상이 달라진다. 꽤 이상적인 가정이지만, Coase의 정리(Coase Theorem)에 따르면 거래비용이 전혀 존재하지 않는 가상의 시장에서는 위와 같은 권리가 누구에게 부여되는가에 상관없이 당사자의 교섭을 통해 효율적인 자원배분이 이루어질 수 있다.³⁴⁴⁾ 그러나 문제는 여기서 끝나지 않는다. 가령 마을 주민의 환경권을 인정한다고 하더라도, 환경권을 침해하는 공장 폐수 배출행위를 금지시킬 권리를 부여할 것인지, 아니면 단순히 폐수 배출로 인한 손해만을 전보받을 수 있도록 할 것인가에 따라 보호수준은 판이하게 달라진다. 전자와 달리 후자의 경우에는 공장 소유자에게 손해배상을 무릅쓰고 폐수를 배출할 수 있는 선택지가 주어지기 때문이다.

이를 지적 창작물에 적용하면, 특허법이나 저작권법으로 보호받지 못하

344) R. H. Coase, "The Problem of Social Cost", The Journal of Law & Economics Vol III, 9-16 (1960).

는 지적 창작물의 창작자에게 타인의 이용을 배제할 수 있는 권한까지 부여할 것인지, 아니면 그 창작물 이용으로 인한 손해만 전보받도록 할 것인가에 관한 문제로 볼 수 있다. 이른바 ‘Property Rule’과 ‘Liability Rule’의 선택에 관한 논의이다.

2. Property Rule과 Liability Rule의 의의

가. 개념 및 용례

Property Rule은 권리자의 의사에 의하지 않고서는 그 누구도 그의 법적 지위(legal entitlement)를 박탈할 수 없도록 하는 보호방식을 말한다. 제3자는 권리자와의 거래를 통하여서만 그러한 법적 지위를 향유할 수 있는데, 권리자는 주관적으로 평가한 가치를 자신의 법적 지위에 부여할 수 있을 뿐만 아니라, 타인과 거래에 임할 것인지 여부도 자유롭게 결정할 수 있다.³⁴⁵⁾

한편, Liability Rule은 제3자가 권리자와 합의하지 않고도 그가 보유하고 있는 법적 지위를 누릴 수 있는 보호방식을 의미한다. 다만, 제3자는 사후적으로 결정된 이용대가를 권리자에게 지급하여야 한다.³⁴⁶⁾ 이 점에서 아무리 많은 이용대가를 지급할 의사가 있다고 하더라도 권리자와 합의가 이루어지지 않는 이상 그 법적 지위를 향유할 수 없는 Property Rule과 구별된다.

Property Rule과 Liability Rule의 용례에 관하여, 국내에서는 대체로 물권적 보호원칙·손해배상원칙, 권리부여형 보호방식·행위규제형 보호방식, 동의규칙·보상규칙 등을 사용하고 있다. 물권적 보호원칙과 손해배상원칙은 물권이 아닌 채권의 경우에도 Property Rule 방식의 보호가 가능

345) Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", 85 Harv. L. Rev. 1089, 1092 (1972).

346) 위의 논문.

한 경우가 있고, 손해배상은 위법한 행위를 전제로 한다는 점에서 위 개념을 정확히 반영하지 못하는 측면이 있다.³⁴⁷⁾ 한편, 권리부여형 보호방식과 행위규제형 보호방식은 주로 지적재산권법학계에서 널리 사용되고 있는데, 특허법·저작권법·상표법과 부정경쟁방지법을 구별하는 기준으로는 적합하지만, 후술할 바와 같이 개별 사안에 따라 행위규제형 보호방식의 규범에서도 Property Rule 방식의 보호가 가능한 경우가 있다는 점에서 부연 설명이 필요하다. 비교적 최근에 제안된 동의규칙과 보상규칙의 용례³⁴⁸⁾는 Property Rule과 Liability Rule의 본래적 의미에 가장 가깝지만, 아직 널리 사용되고 있지는 않은 것으로 보인다.

이 글에서는 일단 Property Rule과 Liability Rule의 원어를 그대로 사용하여 논의를 진행하기로 한다.

나. Property Rule과 Liability Rule의 구별

(1) 기존의 구별론에 대한 부연

Property Rule과 Liability Rule은 그 어원상 재산권(Property)과 책임(Liability)으로 해석될 수 있고, 실제로 많은 문헌에서 독점적·배타적인 권리가 부여되었는가에 따라 양자를 구분하고 있다. 이러한 구별론은 그 취지에 관하여 충분히 선해할 여지가 있음에도 불구하고, 마치 보호대상 그 자체에 독점적·배타적인 권리가 부여되지 않으면 Property Rule 방식의 보호를 전혀 누릴 수 없다는 오해를 불러일으킬 소지가 있는 것도 사실이다.

앞에서 살펴 본 바와 같이, Property Rule과 Liability Rule을 준별하는 가장 중요한 기준은 권리자의 의사에 반하여 그가 가지는 법적 지위를

347) 윤진수, “혼인과 이혼의 범경제학”, 범경제학연구, 제9권 제1호, 한국범경제학회, 2012, 47면 주47.

348) 위의 논문, 47면.

박탈할 수 있는가이다. 보호대상에 대하여 독점적·배타적 권리가 부여된 경우에도 Liability Rule 방식의 보호만 가능할 수도 있고, 반대로 그렇지 않은 경우에도 Property Rule 방식의 보호가 인정될 수 있기 때문에, 개별 사안에서 법적 보호가 부여되는 구체적인 양상에 따라 나누어 볼 필요가 있다.

부동산 이증양도 사례에서 제1양수인의 법적 지위를 예로 들어본다. 주지하는 바와 같이, 제1양수인은 양도인에 대한 채권자의 지위에 있을 뿐이며, 그와 같은 지위를 들어 제2양수인에게 대항할 수 없다. 따라서 제2양수인이 부동산을 먼저 취득하였다고 하더라도, 제1양수인은 양도인에 대하여 손해의 배상만을 구할 수 있을 뿐, 제2양수인을 상대로 부동산의 반환을 청구할 수는 없다. 즉, 양도인은 제1양수인의 의사에 반하여 그가 부동산 매수인으로서 누리는 법적 지위를 침해할 수 있으며, 다만 그 대가로 추후 손해배상청구 소송에서 법원이 객관적으로 산정한 손해액을 배상할 의무가 있을 뿐이다. 이 경우 제1양수인은 Liability Rule에 의한 보호를 받는다고 볼 수 있다. 그런데 이와 달리 제2양수인이 양도인의 배임행위에 적극 가담한 경우는 어떠한가? 제2양도행위가 민법 제103조에 따라 무효로 인정되는 경우, 제1양수인은 양도인과 제2양수인을 상대로 부동산 매수인으로서의 지위를 관철시킬 수 있고, 자신의 의사에 반하여 그 지위를 박탈당하지 않을 수 있다. 이 경우 제1양수인은 Property Rule에 의한 보호를 받는 것이 된다.³⁴⁹⁾

Property Rule과 Liability Rule에 관한 정의와 구별방식의 괴리는 아마도 물권과 물권적 청구권의 긴밀한 관계를 전제로 한 것이 아닐까 짐작된다. 즉, 물권적 권리가 부여되면 그에 대한 구제수단으로 물권적 청구권을 누릴 수 있으므로, 권리자의 의사에 반하여 제3자가 그 법적 지위를 향유할 수 없기 때문이다.

그러나 물권적 청구권은 권리자로 하여금 물권 내용의 원만한 상태를 실현하게 하기 위하여 법이 인정한 구제수단일 뿐, 물권 자체로부터 논리

349) 이상의 부동산 이증양도 사례에 대한 적용은 윤진수, “부동산 이증양도의 경제적 분석-배임행위 적극가담론의 비판-”, 저스티스, 제29권 제1호, 1996, 115면 참조.

필연적으로 도출되는 권리가 아니다.³⁵⁰⁾ 일반 불법행위에 대한 구제수단으로 금지청구권이 발전되어 온 영미나 프랑스의 경우는 물론, 물권·채권의 준별을 민법전의 체계화에 정착시킨 독일에서도 금지청구권은 물권·채권의 구별과 관련 없는 문제로 다루어지고 있다.³⁵¹⁾ 물론 물권이 채권에 비하여 두터운 보호를 누려야 할 충실한 법익이기 때문에 물권적 청구권과 같은 강력한 구제수단이 보다 수월하게 정당화될 수는 있겠으나, 물권제도의 목적에 따라 물권적 청구권은 얼마든지 부인될 수 있다.³⁵²⁾

(2) 지적재산권법에 있어서 Property Rule과 Liability Rule

지적재산권을 보호하는 방식을 준별함에 있어, 일반적으로 특허법, 저작권법, 상표법은 Property Rule에 의한 보호방식으로, 부정경쟁방지법은 Liability Rule에 의한 보호방식으로 구분한다. 이러한 구별은, 가령 상표법과 부정경쟁방지법을 예로 들면, 상표·서비스표의 등록이라는 절차적 수단을 통해 독점적인 사권을 창설하는가, 아니면 개별적·구체적 사안에 따라 상표·서비스표 등과 혼동이 생길 우려가 있는 특정한 침해행위를 금지하는가에 따른 것이다.³⁵³⁾

그런데 앞서 살펴본 바와 같이, 보호대상에 대하여 배타적 권리를 부여하였는가 혹은 그렇지 않은가에 따라 일도양단식으로 Property Rule 내지 Liability Rule 방식의 보호가 정해진다고 보기는 어렵다. 즉, 특허권자, 저작자, 상표권자도 Liability Rule에 의한 보호만을 누릴 수밖에 없는 경우가 있고, 반대로 부정경쟁행위의 침해자도 Property Rule에 의한 보호를 받을 수도 있다. 예를 들면, 부정경쟁방지법 제4조³⁵⁴⁾의 금지청구

350) 박윤직 편, 민법주해 V, 박영사, 1992, 180면(양창수 집필부분).

351) 김상중, “불법행위에 대한 금지청구권의 판례법적 형성과 발전: 영업이익과 계약관계 침해에 대한 예방적 보호를 중심으로”, 민사재판의 제문제, 제22권, 민사실무연구회, 2013, 335면.

352) 박윤직 편, 위의 책, 180-181면(양창수 집필부분).

353) 헌법재판소 2001. 9. 27. 선고 99헌바77 전원재판부 결정 취지 참조.

354) 제4조(부정경쟁행위 등의 금지청구권 등) ① 부정경쟁행위나 제3조의2제1항 또는 제2항을 위

권이 인정되는 한도 내에서는, 독점적인 사권을 부여받지 못한 권리자도 자신의 의사에 반한 이용행위를 저지시킬 수 있으므로, Property Rule 성격의 보호를 향유할 수 있다. 한편, 독점적·배타적 지위를 부여받은 특허권자라 하더라도, 특허법 내지 발명진흥법에서 규정하고 있는 법정실시권이 인정되는 국면에서는 자신의 의사와 무관하게 해당 권리를 타인에게 설정해주어야 하므로, Liability Rule 방식의 보호만 인정되는 셈이다. 이와 같은 관점에서, Merges 교수는 지적재산권자로 하여금 집중관리 단체를 통하여 특허권이나 저작권을 라이선싱하도록 할 경우, Property Rule이 Liability Rule화 된다고 설명한 바 있다.³⁵⁵⁾

이러한 설명 방식으로 인하여 기존의 용례에 대한 혼란이 야기된 면이 없지 않다. 그러나 Property Rule과 Liability Rule의 구별이 가지는 진정한 실익은 권리자의 의사에 반하여 그가 가지는 법적 지위를 박탈할 수 있는가이다. 물권적 청구권이 물권만 누릴 수 있는 필연적인 귀결이라면 종래의 구별론에는 별다른 문제가 없겠지만, 지적재산과 같이 공중의 접근과 효율적인 전파를 고민해야 할 영역에서 위와 같은 구별의 실익을 따지지 않고 단순히 ‘○○권’으로 보호되는지 여부를 가리는 것은 큰 의미를 가지기 어렵다.

위와 같은 맥락에서 지적재산에 대한 Property Rule 방식의 보호 여부를 결정짓는 가장 중요한 구제수단은 사실상 금지청구권이다. 특허권·저작권·상표권 등 물권에 준하는 권리를 부여받지 못한 지적재산의 권리자도 부정경쟁방지법상 금지청구권을 통하여 Property Rule 방식의 보호를 누릴 수 있다. 이는 금지청구권의 운용방식에 따라 개별 지적재산권법이 제공하는 보호의 성격이 달라질 수 있음을 암시한다. 가령 특허법 제126조³⁵⁶⁾에 의한 금지청구권의 인정범위를 엄격히 해석함으로써 손해배상책

반하는 행위로 자신의 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자는 부정경쟁행위나 제3조의2제1항 또는 제2항을 위반하는 행위를 하거나 하려는 자에 대하여 법원에 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다.

355) Robert P. Merges, “Contracting into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organizations”, 84 Cal. L. Rev. 1293 (1996).

356) 제126조(권리침해에 대한 금지청구권 등) ① 특허권자 또는 전용실시권자는 자기의 권리를

임을 원칙적인 구제수단으로 운용할 경우 특허법은 특허권이라는 배타적 권리에도 불구하고 Liability Rule에 가까운 성격을 지니게 되고, 부정경쟁방지법 제4조의 금지청구권을 일체의 침해행위에 대하여 원칙적으로 인정하게 되면 부정경쟁방지법은 보호대상에 대한 배타적 권리 없이도 Property Rule로서 기능하게 되는 것이다.

그러므로 이하에서는, 사후적으로 대가를 지급함으로써 지적재산권자의 의사에 반하여 해당 지적재산을 이용할 수 있는가에 따라 Property Rule 방식의 보호와 Liability Rule 방식의 보호로 구별하여 사용하기로 한다.

3. Property Rule과 Liability Rule의 선택

가. 거래비용의 중요성

먼저 수범자의 입장에서, 권리자와의 합의를 거치지 않고 해당 권리가 지닌 가치를 누릴 수 있느냐에 관하여 결론을 달리함은 앞에서 본 바와 같다. 권리자의 자발적 의사에 의하지 않은 권리의 이전을 금지한다는 점에서, 일반적으로 Property Rule이 권리자를 보다 두텁게 보호한다고 볼 수 있다.

그런데 Property Rule은 어디까지나 거래당사자의 합의에 따라 효과적으로 권리의 가치가 분배될 수 있음을 전제로 한다. 가령, 어떠한 발명자가 Property Rule로 보호받는 자신의 지적재산으로 100만 원의 가치를 창출할 수 있는데, 위 지적재산을 특별한 방법으로 상품화하여 150만 원의 가치를 창출해낼 수 있는 아이디어를 가진 구매자가 130만 원 이하의 가격으로 위 지적재산을 양수할 의사가 있다고 가정해보자. 당사자들이 합리적인 경제주체라면, 발명자와 구매자는 100만 원에서 130만 원 사이

침해한 자 또는 침해할 우려가 있는 자에 대하여 그 침해의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다.
② 특허권자 또는 전용실시권자가 제1항에 따른 청구를 할 때에는 침해행위를 조성한 물건(물건을 생산하는 방법의 발명인 경우에는 침해행위로 생긴 물건을 포함한다)의 폐기, 침해행위에 제공된 설비의 제거, 그 밖에 침해의 예방에 필요한 행위를 청구할 수 있다.

의 가격으로 협상하여 권리를 이전하게 될 것이다. 위와 같은 거래로 인하여 지적재산이 보다 효과적으로 사용됨에 따라 추가로 50만 원의 사회적 잉여(social surplus)가 발생하였으므로, 이 경우 Property Rule은 유익하게 작동하였다고 볼 수 있다.

그런데 협상이 원활하게 이루어질 수 없는 경우는 어떠한가? 거래비용이 전혀 존재하지 않는 이상적인 시장에서는 최초 권리가 누구에게 부여되는가에 상관없이 당사자의 교섭을 통해 효율적인 자원배분이 이루어질 수 있다는 Coase의 관점에서³⁵⁷⁾, 합리적인 경제 주체들 사이에서 협상이 이루어지기 어려운 경우란 결국 ‘거래비용(transaction cost)’이 큰 경우를 의미한다. 거래비용은 교섭 단계에 따라 탐색비용(search cost), 교섭비용(bargaining cost), 집행비용(enforcement cost) 등 세 가지로 구별할 수 있다.³⁵⁸⁾ 탐색비용은 거래 상대방을 찾아내는 비용이다. 당연히 시장에서 쉽게 구할 수 있는 제품의 탐색비용은 낮은 반면, 쉽게 구할 수 없는 제품의 탐색비용은 높을 것이다. 교섭비용은 거래 목적물의 가치를 파악하고 협상에 이르도록 유인하는 비용이다. 앞의 사례에서, 거래 목적물인 지적재산에 대해 발명자가 부여하는 가치와 구매자가 부여하는 가치가 서로에게 공개된다면, 양 당사자는 어렵지 않게 협상에 이를 것이다. 그러나 가치를 파악하기 어렵거나, 서로에게 유리한 정보를 은닉하거나, 구매를 원하는 자가 다수이거나, 거래 당사자 사이에 감정적 적대심이 형성된 경우 등 교섭비용을 높일 수 있는 요소는 무수히 존재한다. 마지막으로 집행비용은 합의된 사항을 이행하는 데 소요되는 비용을 의미한다. 이를테면, 추후 발명자가 구매자와의 약속을 어기고 권리를 이전하지 않는 것을 저지시킬 수 있는 수단을 마련하는 데 필요한 비용이다.³⁵⁹⁾

거래비용의 개념은 앞에서 살펴본 발명자와 구매자의 사례에도 적용해 볼 수 있다. 구체적으로 구매자가 발명자와 협상하여 발명에 관한 권리를

357) 註 344 참조.

358) Cooter, Ulen, 한순구 역, 앞의 책, 110면.

359) 이상의 거래비용에 관한 설명은 대체로 위의 책, 111-113면 참조.

이전받는 데 필요한 탐색비용, 교섭비용, 집행비용의 합계액이 40만 원이라고 가정해보자. 이 경우 구매자가 지급할 의사가 있는 가장 높은 가격인 130만 원을 지출한다고 하더라도, 발명자에게는 교섭비용을 제외한 나머지 90만 원만 지급될 수 있기 때문에 발명자와 구매자를 모두 만족시키는 협상은 이루어질 수 없다. 이 경우 지적재산에 관한 권리는 발명자에게 남게 되고, 그 결과 오직 100만 원 상당의 가치만을 창출하는 데 그친다. 거래비용이 크다면 당사자 사이의 협상에만 의존할 경우 사회적 잉여를 극대화할 수 없는 상황에 놓일 수 있는 것이다.

가상적인 사례에 불과하기는 하나, 앞서 예시로 든 거래비용이 비현실적으로 높은 것이어서 특정한 결론을 도출할 목적으로 비현실적인 가정을 하였다는 지적이 제기될 수도 있을 것이다. 그러나 유감스럽게도 지적재산의 거래비용은 그 속성상 높을 수밖에 없다고 보아도 무방하며, 지적재산의 거래비용을 낮추기 위한 다양한 시도가 이루어지는 것은 우연이 아니다. 구체적인 이유는 아래에서 살펴보기로 한다.

나. 지적재산의 거래비용이 높은 이유

(1) 지적재산의 범위를 파악하기 어려움

먼저, 지적재산은 그 범위를 정확히 파악하기 어렵다. 특허를 예로 들자면, 청구항 해석을 둘러싼 다양한 논의는 차치하더라도, 비교적 정형화된 청구항도 출원인과 특허청 심사관 사이에 해석이 달라질 수 있으며, 출원과정에서 보정을 통하여 한정된 발명의 범위가 훗날 특허소송에서 그대로 유지되리라는 보장도 없다. 특허공보가 토지대장과 같은 역할을 할 것으로 기대하기 어려운 이유이다.

보다 근본적으로, 한정된 표현으로 발명의 내용을 충분히 설명하는 것은 매우 어려운 일이다. 언어의 성질상 특허 출원에 기재된 내용의 핵심을 정확히 포착하는 것은 안타깝게도 불가능하다.³⁶⁰⁾ 특허 청구항의 불확

실성은 현상에 단어를 사상(寫像)시키는 과정에서 본질적으로 수반되는 것일지도 모른다.³⁶¹⁾ 이러한 문제는 저작물이라 하여 다르지 않다. 당해 저작물의 어떤 부분이 저작권으로 보호되는 표현이고, 어떤 부분이 그렇지 않은 아이디어인지 구별하는 것은 법률 전문가에게도 쉽지 않은 작업이다.

하물며 지적재산권법으로 보호되지 않는 지적 창작물의 경우 권리의 객체와 그 범위를 파악할 수 있는 정형화된 틀조차 찾기 어려우며, 따라서 당사자 사이의 불완전한 언어가 가져오는 불확실성은 극대화된다. 그렇기 때문에 부동산 내지 동산의 거래와 달리 협상 과정에서 목적물의 범위와 이전되는 권리의 내용을 특정하는 데 상당히 많은 시간과 비용이 소요된다고 보아도 무리가 아니다.

(2) 지적재산의 가치를 파악하기 어려움

다음으로, 어쩌면 그보다 더 큰 난관은 거래 당사자들이 지적재산이 지닌 가치를 정확히 파악하기 어렵다는 것이다. 앞의 사례에서는 발명자와 구매자는 거래 목적물인 지적재산의 유보가치를 각각 100만 원과 150만 원으로 평가한 것으로 전제하였으나, 이러한 손쉬운 가정은 현실의 거래와는 거리가 멀다.

오늘날 수많은 경제학 문헌들은 발명의 가치를 사전에 예측하는 것이 얼마나 어려운 일인지 충분한 증거들을 통해 보여주고 있다.³⁶²⁾ 더욱이 유체재산과 달리 지적재산은 동종, 유사품이 널리 존재하지 않으며, 개별적인 거래정보가 충분히 공개되어 시장에 누적될 것을 기대하기도 어렵다. 평가의 어려움은 구매자는 물론 발명자의 입장에서도 마찬가지이다.

360) *Festo Corp. v. Shoketsu Kinzoku Kogyo Kabushiki Co.*, 535 U.S. 722, 731 (2002).

361) Dan L. Burk & Mark A. Lemley, "Quantum Patent Mechanics", 9 *Lewis & Clark L. Rev.* 29 (2005).

362) Mark A. Lemley, "The Economics of Improvement in Intellectual Property Law", 75 *Tex. L. Rev.* 989, 1049 (1996-1997).

발명자도 자신의 지적재산이 가진 가치를 정확히 파악하기 어려우며, 일단 성공적인 발명을 한 기업도 이를 효과적으로 상품화하는 과정에서 실패할 수 있다.³⁶³⁾ 거래 상대방이 자신의 발명을 통해 얻을 수 있는 이익을 가늠할 수 없는 상황에서 만족할만한 라이선스 금액을 산정하기 어렵고, 정보의 비대칭으로 인하여 거래 자체를 망설이게 할 우려가 있다. 특히 장기적인 예측이 수반되는 상황에서 위와 같은 불확실성은 극대화된다. 오늘날 대표적인 가정용 컴퓨터 제조사인 IBM이 과거 컴퓨터에 대하여 과학적 연산에 사용되는 특별한 장치에 불과하므로 그에 대한 시장 수요가 존재하지 않을 것이라고 예측한 일화는 흥미롭다.³⁶⁴⁾

(3) 대등한 협상을 기대하기 어려움

마지막으로 지적재산권의 배타성으로 인한 협상력의 문제를 들 수 있다. 오늘날 하나의 제품을 생산하는 데 하나의 특허만 필요한 경우를 발견하기는 쉽지 않다. 특히 정보통신 및 생명공학 산업에서는 하나의 제품에 수 천 개 이상의 특허를 필요로 하기도 하는데, 이러한 경우 특허권자 중 1인이라도 협상을 거부한다면 금지청구권으로 인하여 경쟁자는 모든 영업을 중단해야 할 위험에 처한다. 특허발명은 합리적인 대체재를 찾는 것이 어렵기 때문에, 사실상 협상의 추가 어느 정도 기울어진 상태에서 출발한다고 보아도 과언이 아니다.

미국 연방대법원의 *eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C.* 판결에서 Kennedy 대법관은, 오늘날 비실시 특허권자는 금지명령의 위협을 이용하여 비정상적인 라이선스료를 받아내는 도구로 활용하고 있으며, 실시할 필요가 있는 특허가 해당 제품의 아주 작은 구성부분에 불과한 경우에도 금지명령으로 인하여 협상력은 크게 기울어지는 경향이 있다고 지적한 바 있다.³⁶⁵⁾ 따라서 교과서에나 나올 법한 이상적인 협상이 이루어지기를 기

363) Lemley, 앞의 논문(註 362), 1049-1050면.

364) N. Rosenberg, *Exploring the Black Box: Technology, Economics and History*, Cambridge University Press, 220 (1994).

대하기는 어렵다.

다. 지적재산의 바람직한 보호방식

(1) 거래비용에 따른 선택

거래비용이 높은 경우에는 당사자의 원활한 합의가 어렵고, 결과적으로 Property Rule에 의한 효과적인 자원 배분을 기대할 수 없게 된다. 이는 지적재산을 유용한 방법으로 이용하여 보다 많은 사회적 잉여를 가져올 수 있는 잠재적 이용자들에게 진입장벽이 되고, 후속적인 혁신을 방해하거나 지연시키는 요인이 된다. 따라서 권리와 교섭이 성공하지 못했다고 하더라도 이용자로 하여금 일단 권리의 가치를 활용할 수 있도록 하되 사후적인 보상을 제공하도록 하는 Liability Rule을 대안으로 고려할 수 있다. 일반적으로 거래비용이 낮은 경우에는 Property Rule에 의한 보호가, 거래비용이 높은 경우에는 Liability Rule에 의한 보호가 바람직하다는 지적³⁶⁶⁾도 같은 맥락이다.

그렇다면 위와 같은 사정을 감안하여 모든 지적재산을 Liability Rule에 의하여 보호해야 하는 것인가? 그러한 취지의 주장이 없는 것은 아니다. 비록 지적재산에 한정된 논의는 아니지만, 모든 권리에 대해 일종의 법정 실시권을 부여하고 법원이 산정한 실시료를 지급하게 할 경우, 당사자로 하여금 보다 전략적인 협상에 임하도록 유인할 수 있다는 견해도 제시된다.³⁶⁷⁾

그런데 Liability Rule을 관철시킴에 있어 부딪히게 될 현실적인 문제점은 당사자의 협의가 아닌 국가의 개입을 통해 지적재산의 가치를 평가하

365) 547 U.S. 388, 396-397 (2006).

366) Calabresi & Melamed, 앞의 논문(註 345), 1119-1120면 참조.

367) Ian Ayres & Eric Talley, "Solomonic Bargaining: Dividing a Legal Entitlement to Facilitate Coasean Trade", 104 Yale L. J. 1027, 1092-94 (1995) 참조.

여야 한다는 것이다. 즉, Property Rule에 의할 경우 일단 국가가 누군가에게 권리를 부여하면 당사자 사이의 거래를 통해 그 가치는 정해지는 반면, Liability Rule은 국가가 나서서 권리의 가치를 결정하는 것을 전제로 한다.³⁶⁸⁾ 사전에 법정실시권 및 실시료 산정 기준을 마련해두거나(입법적 개입), 사후에 손해배상청구 소송 등에서 법원이 손해액을 산정하는 방법(사법적 개입) 등을 들 수 있다. 그러므로 이러한 메커니즘을 통해 효과적인 자원 분배를 이끌어낼 수 없는 상황이라면, 지적재산을 보호하는 방식으로 Liability Rule이 우월하다고 단정하기는 어렵다. 가령, 최초 권리자가 자신의 재산에 대하여 잠재적 이용자가 평가한 가치보다 더 큰 자신만의 고유한 가치를 부여하거나, 사후적으로 법원이 개입하여 재산의 가치를 평가하기 어려운 경우 등이 그러하다.³⁶⁹⁾³⁷⁰⁾ 그런데 이러한 상황은 지적재산을 둘러싼 사례에서는 어렵지 않게 찾아볼 수 있다.³⁷¹⁾

나아가 국내의 저작권협회와 같이 지적재산권자로부터 관리 권한을 양도받은 사적 단체가 설립되어 전문적으로 지적재산을 관리할 경우에는 앞서 살펴 본 거래비용의 문제점이 상당 부분 해소될 수 있다.³⁷²⁾ 위와 같은 상황이라면, Property Rule에 따라 권리 범위를 명확히 하고 잠재적 이용자들을 협상 테이블로 유도하는 것이 보다 바람직한 결과를 만들어낼 수 있을 것이다. 그 밖에도 정책적으로 권리자를 두텁게 보호함으로써 강력한 인센티브를 부여해야 할 필요가 있는 경우에는 Property Rule의 상대적 장점이 충분히 부각될 수 있다.

368) Calabresi & Melamed, 앞의 논문(註 345), 1092면.

369) L. Kaplow & S. Shavell, "Property Rules Versus Liability Rules: An Economic Analysis", 109 Harv. L. Rev. 713, 762 (1996).

370) 한편, 거래비용이 높더라도 권리자가 부여하는 특유 가치(idiosyncratic value)가 높을 경우 Property Rule에 의한 보호가 바람직하다는 견해로는 허성욱, “권리남용금지 법리에 관한 법경제학적 고찰”, 법조, 제55권 제1호, 법조협회, 2006, 227-229면 참조. 이에 대한 반론으로는 윤진수, “권리남용 금지의 경제적 분석-토지 소유자의 지상물 철거 청구를 중심으로-”, 민법논고, 제2권, 박영사, 2007, 122-123면 참조.

371) Lemley, 앞의 논문(註 362), 1052면 n362.

372) Merges, 앞의 논문(註 355), 1296-1297면.

(2) 혁신의 정도에 따른 선택

지적재산권법은 권리자에게 독점을 허용함으로써 부여할 수 있는 창작의 인센티브와 일반 공중으로 하여금 창작에 접근할 수 있도록 함으로써 확보할 수 있는 자유 경쟁의 균형을 설정하기 위한 노력이다. 마찬가지로, 지적재산의 보호방식을 선택하는 것은 인센티브와 자유 경쟁 사이에 놓인 균형을 추를 창작자의 의사에 반하는 지적재산의 이용을 통제할 수 있는 권한을 부여하는 쪽으로 기울게 할 것인가, 아니면 지적재산의 효과적인 활용에 중점을 두고 사후적 보상에 그치는 쪽으로 기울게 할 것인가의 문제라고 할 수 있다.

일반적으로 대규모의 혁신은 변화하는 시장의 기능을 예측해야 할 상당한 위험을 무릅쓰고 이루어지는 반면, 소규모의 혁신은 이미 형성된 시장 및 관련 기술의 패러다임 속에서 진화해가는 소비자의 수요로부터 발생한다.³⁷³⁾ Property Rule이 후발 주자로 하여금 이미 수행 중인 연구 및 개발을 포기하고 권리자가 제시한 라이선스 약정에 따르도록 강요할 수 있는 협상력을 부여하는 점을 감안하면, 소규모의 혁신에 Property Rule에 따른 보호를 부여하는 것은 신중해야 한다.

혁신은 모방을 통해 비로소 가능하며, 대부분의 지적재산의 창작자들이 기존에 창작된 지적재산을 재료로 이용하여 자신의 지적재산을 창작해왔음은 앞에서 본 바와 같다. 따라서 그 자체만으로는 혁신의 정도가 크지 않거나 누적된 활용을 통해 또 다른 혁신의 발판이 될 수 있는 지적 창작물은 Property Rule로 묶어두기 보다는, Liability Rule로 보호함으로써 그 이용가능성을 넓혀두는 것이 바람직하다.³⁷⁴⁾ 다시 말해서, 혁신의 정도에 비추어 독점력으로부터 극대화된 이익을 얻는 메커니즘을 정당화할 수 없다면, 적절한 수준의 보상을 기반으로 해당 지적재산이 시장의 수요

373) Reichmann, 앞의 논문(註 324), 2531면.

374) 특허법 및 저작권법의 보호요건을 충족시키지 못한 지적재산에 대하여 배타적 권리를 부여함으로써 발생할 수 있는 과소보호 내지 과대보호의 문제점에 대해서는 위의 논문, 2436-2442면 참조.

에 따라 널리 전파될 수 있도록 해야 한다는 의미이다. 적어도 현행 지적 재산권법의 체계 하에서는, 진보성이나 창작성의 문턱을 넘지 못하여 그 보호범위에 속하지 않았으나 그럼에도 경제적 활용가치를 부인할 수 없는 지적 창작물이 바로 그러한 대상이라고 할 수 있다.

배타적 권리를 부여가 부여될 경우 보호의 균형을 잃게 될 우려가 있는 지적재산을 보다 낮은 보호수준을 가진 규범으로 보호하고자 하는 논의는 종래부터 있어왔다. 이를테면, 창작성을 결여한 데이터베이스를 저작권법으로 보호하는 것은 공유자산을 사유화하는 길을 열어줄 우려가 있으므로, 부정경쟁행위로 규율하는 것이 국내의 실정에 부합한다는 견해³⁷⁵⁾, 퍼블리시티권을 저작권법에 규정하여 물권에 준하는 배타적 지배권을 조건 없이 부여할 경우 지나치게 타인의 표현의 자유를 제약할 우려가 있으므로, 부정경쟁방지법으로 보호하여 부정이용이라는 요건을 완충할 매개로 삼는 것이 바람직하다는 견해³⁷⁶⁾ 등은 모두 Liability Rule을 통하여 보호의 균형을 달성하고자 하는 입장과 같은 맥락인 것으로 이해된다.

(3) 소결

이상의 논의를 종합하면, 이 글에서 다루고자 하는 지적 창작물은 Property Rule보다 Liability Rule 방식의 보호가 적합하다는 결론에 도달한다. 변화하는 시장의 기능을 예측해야 할 리스크가 수반되지 않고 실제로 사회가 요구하는 혁신의 표상에 이르지 못했다는 점에서 보호의 정도를 낮추는 것이 정당화되고, 그럼에도 불구하고 상당한 노력과 투자가 필요하고 누적적 혁신을 위한 재료가 될 수 있다는 점에서 누구나 합리적

375) 정상조, “우리나라의 데이터베이스 보호”, 세계의 언론법제, 상권 19호, 2006, 24-25면. 저작권법 개정 전의 견해로서 같은 취지로는 박준우, “데이터베이스의 법적 보호에 관한 법경제학적 분석-배타적 접근방법과 부정경쟁방지적 접근방법의 비교-”, 상사법연구, 제19권 2호, 한국상사법학회, 2000, 404-410면.

376) 손경환, 엔터테인먼트법(하), 진원사, 2008, 186-187면, 박준석, 앞의 논문(註 321), 312면 註 43, 박준우, “부정경쟁방지법에 의한 퍼블리시티의 보호-유명인의 유사물을 이용한 광고를 중심으로-”, 산업재산권, 제22호, 한국산업재산권법학회, 2007, 187-190면.

인 대가를 지급하고 접근할 수 있어야 하기 때문이다.

그렇다면 이제 국내 실정법 차원에서 Liability Rule 방식의 보호를 구현할 수 있는 방법을 찾아보고자 한다.

4. Liability Rule 방식의 보호에 적합한 국내법

가. 부정경쟁방지법

국내 현행법 체계에서 지적재산에 대한 Liability Rule 방식의 보호로, 더 정확히 표현하면 행위규제형 방식의 보호로 흔히 부정경쟁방지법이 논의되어 왔다. 그러나 지적 창작물 그 자체에 대하여 배타적·독점적 권리를 부여하는지 여부만으로 Property Rule과 Liability Rule을 구별할 수 없음은 앞에서 지적한 바와 같다.

부정경쟁방지법은 타인의 상표 내지 상호를 부정하게 사용하는 등 공정한 경쟁질서에 반하는 일련의 행위를 부정경쟁행위로 보아 규제할 뿐, 일정한 보호객체를 상정하고 그에 대하여 배타적 권리를 부여하지는 않는다. 따라서 특허법이나 저작권법 등 그 밖의 지적재산권법에 의하여 보호되지 않는 지적 창작물의 잠재적 이용자는 부정경쟁행위에 해당하지 않는 한 이를 자유롭게 이용할 수 있다. 그러나 정작 보호방식의 특징이 드러나는 국면, 즉 지적 창작물의 이용행위가 부정경쟁행위에 해당하여 위 법의 규율을 받는 경우에는 이를 Liability Rule에 의한 보호로 보기 어려운 측면이 있다.

부정경쟁방지법 제4조는 침해에 대한 구제수단으로서 금지청구권을 규정하고 있는데, 위 금지청구권이 인용되는 한도 내에서 침해자는 권리자의 의사에 반하여 해당 지적재산을 이용할 수 없게 된다. 그런데 뒤에서 살펴보는 바와 같이 현재 위 금지청구권은 모든 침해행위에 대하여 거의 자동적으로 주어지고 있다. 다시 말해서, 일단 부정경쟁행위로 인정된 이

상 합리적인 대가만을 지급하고 타인의 성과물을 이용하는 것은 사실상 불가능한 셈이다. 따라서 적어도 현 시점에서 부정경쟁방지법이 Liability Rule 방식의 보호를 제공한다고 보기는 어렵다.

나. 민법

다음으로 부정경쟁방지법, 나아가 지적재산권법의 일반법이라고 할 수 있는 민법을 고려해볼 수 있다. 유체재산과 무체재산의 용례로부터 알 수 있듯이, 지적재산권법상 손해배상 규정은 모두 민법상 불법행위 법리의 변용이라 해도 과언이 아니다. 특허법 제128조, 상표법 제67조, 저작권법 제125조 등 국내 지적재산권법에 마련된 손해배상 규정은 모두 민법의 일반원칙을 전제로 한 특칙인데, 민법의 해당 규정을 준용한다는 취지조차 밝히지 않고 있는 것은 위와 같은 관계가 너무나 당연하기 때문이다.³⁷⁷⁾

민법상 불법행위 법리가 Liability Rule 방식의 보호규범으로서 기능할 수 있는가와 관련하여 한 가지 검토해야 할 점은 바로 피해자에게 금지청구권이 구제수단으로 인정될 수 있는가이다. 명예훼손으로 인한 불법행위에 있어 손해배상에 갈음하여 또는 그와 함께 적당한 처분을 명할 수 있다는 민법 제764조의 특칙이 마련되어 있기는 하나, 실무상 민법상 불법행위 책임은 일반적으로 민법 제763조, 제394조 따라 금전의 배상을 통해 손해를 전보시키는 구제수단으로 기능하여 온 것이 사실이다.

주지하는 바와 같이, 현행 민법에서 불법행위 책임에 대한 구제수단으로 금지청구권을 인정할 수 있을 것인가에 관한 학계의 오랜 논의가 있었다. 이에 대하여 불법행위 책임은 위법한 행위로부터 이미 발생한 손해를 전보시키는 제도이므로 현재 이루어지고 있는 위법행위의 배제를 구하거나 장래에 발생할 위법행위의 예방을 구하는 것은 인정될 수 없다는 취지의 비판론도 있으나³⁷⁸⁾, 대체적으로 금지청구권의 인정에는 찬성하되 다

377) 박준석, “한국 지적재산권법과 다른 법률들과의 관계”, 법조, 687호, 법조협회, 2013, 12면.

만 그 이론적 근거를 어떻게 마련할 것인가에 관한 논의가 많았던 것으로 평가된다.

가해행위의 결과인 손해에 대하여는 배상청구를 인정하면서도 손해의 원인인 가해행위에 대하여는 그 제거 또는 예방을 시인하지 않는 것은 불합리하고 불법행위 제도의 본지에도 반하므로 물권적 청구권에 관한 규정을 유추적용 하자는 견해³⁷⁹⁾, 법이 보호하고자 하는 권리나 이익이 침해되었다면 피해자는 그 침해로부터 회복될 수 있는 가장 적절하고 유효한 수단에서의 하여 구제되어야 한다는 법의 일반원칙에 따라 ‘전체유추(Gesamtanalogie)’를 통해 금지청구권을 허용함으로써 불법행위법의 흠결을 보완할 수 있다는 견해³⁸⁰⁾, 불법행위의 경우에 유지청구를 인정할 것인가 여부는 법논리의 문제가 아니라 법정책의 문제로서 민법이 배상책임만을 규정하고 금지청구를 불허하지 않은 것은 불법행위의 경우 금전배상이 원칙이고 예외적인 경우에 한하여 금지청구를 허용할 수 있다는 의미라는 견해³⁸¹⁾, 법의 이념은 불법행위의 억제에 있고 위법성만 있으면 방해배제청구권이 인정되므로 고의·과실까지 요하는 불법행위 책임에서 방해배제 및 방해예방청구권이 발생하는 것은 당연하다는 견해³⁸²⁾ 등이 그러하다.

앞서 살펴본 바와 같이, 최근 대법원은 인터넷 포털사이트 무단 광고행위를 민법상 불법행위로 인정하면서, 무단이용 상태가 계속되어 금전배상을 명하는 것만으로는 피해자 구제의 실효성을 기대하기 어렵고 무단이용의 금지로 인하여 보호되는 피해자의 이익과 그로 인한 가해자의 불이익을 비교·교량할 때 피해자의 이익이 더 큰 경우에는 그 행위의 금지 또는

378) 김증한, 김학동, 채권각론, 제7판, 박영사, 2006, 899면.

379) 김기선, 한국채권법각론, 법문사, 1988, 455-456면.

380) 권영준, “불법행위와 금지청구권-eBay vs. MercExchange 판결을 읽고-”, Law&Technology, 제4권 제2호, 서울대학교 기술과법센터, 2008, 62면.

381) 조홍식, “유지청구 허용 여부에 관한 소고”, 민사판례연구, XXII, 민사판례연구회, 2000, 60-61면.

382) 송오식, “불법행위의 효과에 관한 일제언”, 민사법연구, 제6집, 호남민사법연구회, 1997, 147-148면.

예방을 청구할 수 있다고 판시하였다.³⁸³⁾ 법리적 근거를 명확히 밝히지는 않았으나 불법행위의 피해자에게 그에 대한 구제수단으로 불법행위의 금지 또는 예방을 청구할 권리를 부여한 것은 분명하다.

그렇다고 하여 부정경쟁방지법과 마찬가지로 민법상 불법행위 법리가 Liability Rule로서 기능하기 어려워진 것은 아니다. 민법 제750조의 구제수단으로 금지청구권이 인정되기 위해서는 부정경쟁방지법상의 금지청구권과 달리 ① 금전배상을 명하는 것만으로는 피해자 구제의 실효성을 기대하기 어렵고, ② 무단이용의 금지로 인하여 보호되는 피해자의 이익과 그로 인한 가해자의 불이익을 비교·교량할 것을 요하므로, 구체적 타당성을 고려하여 권리자의 의사와 상관없이 침해자로 하여금 일정한 배상을 전제로 해당 권리를 향유하도록 할 여지가 충분하기 때문이다.

제3절 여전히 남은 몇 가지 의문

1. 기존 지적재산권법과의 긴장관계

지적재산권법에 의하여 보호되지 않는 지적 창작물도 보호의 필요성이 있고, 구체적인 보호방식으로는 Liability Rule이 적합하며, 현행 실정법 체계에서 민법이 그와 같은 기능을 수행할 수 있다는 것이 이제까지 진행해 온 논의이다.

그럼에도 불구하고 여전히 특별법이 정밀하게 구성한 위법성 영역의 밖에서 일반법이 위법성을 인정하는 것에 대한 우려가 있을 수 있다. 일정한 혁신의 기준을 충족한 경우에 한하여 배타적 독점력을 부여하는 지적재산권법의 입법취지에 비추어 보면, 특허법이 보호하지 않는 발명이나 저작권법이 보호하지 않는 표현은 일응 공중의 영역에서 자유로운 이용이 허락된 것으로 볼 수 있다. 그러한 이용행위를 또다시 민법의 잣대로 위

383) 대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정.

법성을 평가함으로써 지적재산권법과의 충돌 내지 긴장이 형성될 수 있다는 취지이다. 이와 관련하여, 미국, 일본은 물론 국내에서 다양한 논의가 진행되어 왔음은 앞에서 살펴본 바와 같다.

결론적으로, 지적재산권법으로 보호되지 않는 지적 창작물의 이용행위도 민법상 불법행위에 해당할 수 있으며, 나아가 그렇게 규율해야 한다고 생각된다. 위법이라는 것은 실정법규와 사회질서에 위반하는 것, 다시 말해서 실정법이나 사회질서에 비추어 볼 때 시인되지 않는 상태를 말한다.³⁸⁴⁾ 위법성의 판단기준은 헌법을 정점으로 하는 통일된 질서 속에서 다양한 계층 구조를 형성하고 있는 개별 법률에 나누어 자리 잡고 있다. 그러한 법률들이 규율하는 영역은 처음부터 완벽한 계산에 따라 일체의 여백을 남기지 않은 채 치밀하게 맞닿아 있는 것이 아니어서, 규범의 공백이나 중복이 있을 수 있음은 물론이다.³⁸⁵⁾ 그러므로 어떠한 법률에서 보호되지 않는 영역이라고 하여 다른 법률에서도 마찬가지로 보호될 수 없다고 단정할 수 없게 된다.

특히, 이른바 특별법으로 분류되는 규범체계의 최전선에서 규율할 수 없는 무질서 상태가 발견되었다면 일반법으로 한 발 물러나 그 상태를 최종적으로 시인할 것인가를 결정해야 한다. 아마도 그 과정은 해당 특별법이 인식하고 있지 않은 다른 관점에서의 위법성을 찾아내고 이를 적용할 수 있는가를 판단하는 작업이 될 것이다. 그렇다면 민법상 불법행위 법리를 통해 지적재산의 이용행위를 규율함으로써 지적재산권법과 충돌 내지 긴장관계에 놓인다는 것은 결국 지적재산권법이 인식하지 않은 위법성을 적용한 결과로서 발생한 반사적 효과에 불과하지 않은지 비판적으로 음미해야 하고, 그러한 위법상태를 거부하는 것이 헌법을 정점으로 한 통일된 법질서에 부합한다면 애초에 충돌 등의 문제는 발생하지 않는다고 보아야 한다.³⁸⁶⁾³⁸⁷⁾

384) 박윤직 편, 민법주해 XVIII, 박영사, 2005, 208면(이상훈 집필부분).

385) 가령, 구 중자산업법이나 반도체보호법이 입법되기 전 특허법으로 보호받을 수 없었던 품종의 다양성이나 반도체 배치설계의 이용행위를 민법 제750조에 근거하여 위법하다고 평가하였다면 어떠한가?

2. 손해배상사건에서 있어서 법원의 역량

Liability Rule에 따라 지적재산을 보호할 경우, 잠재적 이용자들은 언제든 그 대가를 지급하고 해당 지적재산을 자유롭게 이용할 수 있다. 그러므로 Liability Rule의 장점은 적정한 이용대가를 전제로 하여서만 나타날 수 있는데, 이용대가가 지나치게 높으면 사실상 Property Rule과 다름없는 규율이 될 것이고, 지나치게 낮으면 권리보호 기능을 제대로 수행할 수 없을 것이다.

지적재산의 이용대가는 물론 Property Rule에서와 마찬가지로 당사자들 사이의 합의에 따라 정해질 수도 있겠지만, 그와 같은 합의가 이루어지지 않은 때 비로소 Liability Rule의 고유한 특징이 발현된다. 적정한 이용대가를 산정하는 방법은 크게 입법에 의한 경우와 사법에 의한 경우로 나누어볼 수 있다. 사전에 법령이 규정한 법정실시료가 전자에 해당하고, 권리가 침해자를 상대로 제기한 손해배상청구의 소에서 법원이 정한 손해배상금이 후자에 해당한다.

법정실시권은 미리 정해진 실시조건을 통해 지적재산권의 간명한 양도를 이끌어낼 수 있는 장점이 있는 것이 사실이다. 그러나 입법은 속성상 추상적·일반적 규율방식에 의존할 수밖에 없으며, 일단 입법이 이루어지면 이를 다시 변경하거나 폐지하기 어렵다. 전통적인 지적재산권법에 의하여 포섭되지 않은 다양한 형태의 지적재산을 보호하고자 하는 목적이라면, 입법기술의 관점에서 대통령령, 부령과 같은 위임입법의 탄력성에 기대한다고 하더라도 역동적으로 변화하는 지적재산권 시장에서 충분히 그 역

386) 유영선, 앞의 논문(註 297), 142-143면은 성문의 지적재산권법에 의해 보호될 수 있는 지적재산의 범위를 설정하는 것과 마찬가지로, 불법행위 법리를 적용하는 것은 불법행위에 기하여 규제해야 할 부정행위(경쟁행위)의 범위(다른 관점에서는 이러한 규제를 통한 권리자의 보호범위)를 설정하는 문제일 뿐, 이미 공공영역에 들어가 있는 지적 산물에 대한 자유로운 이용을 제한하고자 하는 문제가 아니라고 설명한다.

387) 만약 현행 지적재산권법이 모두 민법 제6편 ‘무체재산권’편으로 편입되어 물권과 채권에 관한 일반규정이 준용되는 경우를 가정해본다면 위와 같은 관계는 더욱 명확해진다.

할을 수행할 수 있을지 의문이다.

위와 같은 이유로 Liability Rule을 통해 지적재산을 보호함에 있어 손해액을 산정하는 법원의 역할이 강조된다. 그러나 손해배상청구 소송에서 법원이 합리적인 대가를 산정할 역량이 있는가에 관하여 의문이 제기될 수 있다. 일단 재판절차가 개시된 이상 지적 창작물의 권리와 침해자 사이에 이용대가에 관한 합의가 이루어지지 않았다면 법원은 심리를 통해 적정한 손해액을 산정하여야 한다. 그런데 산업 전반에 걸친 지적재산권의 가치를 평가하도록 숙달된 판사 내지 특별법원이 없다면 소송당사자들은 판사의 판단에 영향을 미치지 위해 상당한 비용을 지출해야 하며, 이는 Liability Rule에 수반되는 또 다른 거래비용이라는 지적이 있다.³⁸⁸⁾ 같은 맥락에서, 손해와 이익을 산정할 수 있는 정보가 법원에 없다면 Property Rule이 보다 좋은 선택이라는 입장도 있다.³⁸⁹⁾

법원이 지적재산의 원활한 이용을 도모할 수 있는 적정한 이용대가를 산정할 역량이 충분한가에 관하여 현 시점에서 긍정적인 답변을 내놓기는 쉽지 않다. 특히, 위와 같은 지적은 대체로 법원이 손해를 산정할 역량이 부족한 경우 침해자에게 유리하도록 적은 손해액만을 인정한다는 경향이 있음을 전제로 하는데,³⁹⁰⁾ 국내에서도 이를테면 특허 침해를 원인으로 한 손해배상청구 사건에서 손해액이 지나치게 적은 액수로 인정된다는 비판이 계속되어 온 것이 냉정한 현실이다.

다만, 배상액 산정을 둘러싼 논란을 전적으로 법원의 역량 문제로 평가하기는 어려운 측면도 분명 존재하고³⁹¹⁾, 지적재산권 침해로 인한 손해액 입증의 어려움을 감안한 다수의 특칙이 마련되어 있으며, 최근에는 실제

388) Merges, 앞의 논문(註 355), 1317면.

389) A. Mitchell Polinsky, "Resolving Nuisance Disputes: The Simple Economics of Injunctive and Damage Remedies", 32 Stan. L. Rev. 1075, 1111 (1980).

390) Robert. P. Merges, "Of Property Rules, Coase and Intellectual Property", 94 Colum. L. Rev. 2655, 2666-2667 (1994).

391) 미국과는 다른 산업구조와 기술혁신의 정도, 차액설을 기초로 변천해 온 손해배상 이론도 과소배상의 원인이 될 수 있다는 견해가 제시된다. 설민수, "특허침해 소송에서 손해배상 산정의 현실과 그 구조적 원인, 그 개선모델", 사법논집, 제58집, 법원도서관, 2014, 395면 이하 참조.

손해액에 같음하여 법률이 정한 금액을 손해로 청구할 수 있는 법정손해 배상제도가 일부 지적재산권법에 도입되는 등 다양한 방식의 제도 보완이 이루어지고 있다. 더욱이 기술이 빠르게 발전할수록 실정법의 규율을 벗어난 분쟁이 발생할 가능성이 높아짐에 따라 법원의 판례법이 차지하는 비중은 점점 높아지기 때문에³⁹²⁾, 구제기능으로부터 손해배상제도를 따로 떼어내어 고안하기도 쉽지 않다.

그렇다면 앞서 든 사정만으로 Liability Rule을 부적합하다고 단정하기 보다는, 합리적 대가의 산정을 담보할 수 있는 제도적 보완을 고려하는 것이 타당한 해결책이라고 생각된다.

3. 입법과 사법의 역할 분담

가. 불법행위 책임의 인정과 기본권 제한

모든 아이디어가 원칙적으로 공중의 영역에 속한다는 관점을 유지하면, 지적재산의 자유로운 이용을 제한하는 지적재산권법은 그 수범자인 일반 국민의 권리를 제한하는 법률로 볼 수 있다. 이러한 전제에서 입법부와 달리 민주적 정당성이 약한 사법부는 지적재산권을 강화하는 방향의 해석을 자제해야 한다는 취지의 주장이 미국과 일본에서 제기되었음은 앞서 본 바와 같다. 즉, 의회가 제정한 지적재산권법의 보호범위에 속하지 않은 지적재산을 민법상 불법행위 법리를 통해 보호함으로써 지적재산 이용에 관한 일반 국민의 권리를 제한하는 것은 자제되어야 한다는 논리이다.³⁹³⁾

지적재산에 관한 일반 국민의 접근권이 무엇을 의미하는지 명확하지 않

392) Keller, 앞의 논문(註 136), 427면.

393) 이를테면, 미국의 경우 *INS* 판결에서 살펴 본 Brandeis 대법관의 반대의견(註 113), *Cheney Bros. v. Doris Silk Corp.*, 35 F.2d 279 (2d Cir. 1929) 판결에 실시된 Learned Hand 판사의 견해(제3장 제1절 3. 나. 참조)가 그러하고, 일본의 경우 田村善之, 앞의 논문(註 242), 32-33면이 그러하다.

으나, 가령 일정한 상황에서 지적재산을 이용할 수 있는 권리가 표현의 자유 내지 재산권과 같은 헌법상 기본권의 지위로 고양된다고 하더라도, 공공복리를 위하여 법률로 제한될 수 있음은 명백하다.³⁹⁴⁾ 지적재산권법으로 보호되지 않는 작은 규모의 혁신을 보호함으로써 사회 전체의 지식의 총량을 늘리고 공공의 이익을 증진시킬 수 있다는 것은 앞서 논증한 바와 같으며, 법률에 규정된 위법성의 개념을 해석하고 적용할 수 있는 권한은 법원에게 있다.

뿐만 아니라, 입법은 그 속성상 빠르게 변화해가는 현실에 탄력적으로 대응하기 어렵고, 아래에서 살펴볼 바와 같이 지적재산권자에게 유리한 방향으로 입법이 편중될 가능성이 높다는 점을 고려하면, 단지 의회와의 관계에서 민주적 정당성이 부족하다는 이유만으로 불법행위 법리를 통해 지적재산을 보호하는 것을 자제해야 한다는 논리는 선뜻 수긍하기 어려운 면이 있다.

나. 입법 과정의 문제

나아가 입법이 국민 전체의 이익을 대변한다는 전제가 언제나 옳은지 의문이다. 적어도 지적재산권법 분야에 대해서는 그러하다.

이 글의 논지를 벗어나지 않는 범위 내에서 반박하자면, 미국의 경우 새로운 지적재산권에 관한 입법은 언제나 격렬한 논쟁의 대상이 되어 왔으며 특정한 이익집단의 로비를 극복하고 공공의 이익과 균형을 맞춘 결과를 이끌어 내는 것은 매우 어려운 일로 평가되고 있다.³⁹⁵⁾ 이러한 현상은 근본적으로 지적재산을 확장할 경우 권리자는 직접적인 경제적 지대를 얻을 수 있지만 잠재적 이용자들의 피해는 경쟁시장의 수입을 잃는 것에

394) 헌법 제37조 ② 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

395) Dennis S. Karjala, "Misappropriation As A Third Intellectual Property Paradigm", 94 Colum. L. Rev. 2594, 2599 (1994).

불과하다는 점에서 양자의 목소리를 모을 수 있는 결집력에 분명한 차이가 있다는 점에 기인한다.³⁹⁶⁾ 따라서 지적재산권의 확장을 반대하는 잠재적 이용자들이 집단적 의사를 구성하기 보다는, 그 확장에 찬성하는 권리자들이 이익집단을 조직하여 입법에 관여하는 것이 보다 수월해진다.

실제로 1980년대부터 2000년대 초까지 미국 연방대법원의 지적재산 분쟁 사건에 제출된 전문가의 법정 조언서(amicus curiae brief)³⁹⁷⁾ 중 과반수가 지적재산권의 확장을 지지하는 내용이며, 특히 특허 사건의 경우 지적재산권의 보호에 대한 찬반 비율은 1.71:1에 이른다고 한다.³⁹⁸⁾ 이러한 경향을 인지한 미국의 어느 학자는 1976년 연방저작권법의 입법 과정을 다음과 같이 비평했다.

“연방저작권법의 초안을 기초한 사람들은 연방의원이나 그들의 보좌관들이 아니다. 저작자·발행인 등 연방저작권법이 규정하는 재산권에 경제적 이해관계를 가진 자들의 협상을 통해 문언이 다듬어졌다.”³⁹⁹⁾

제4절 정리

혁신에 대한 보상체계로서 지적재산권법이 취해야 할 모습을 생각해본다면, 가령 시장의 기능을 예측하거나 상당한 위험을 무릅써야 할 대규모의 혁신에 대해서는 Property Rule 방식의 보호를 통해 권리자에게 강력한 보상을 제공하는 것이 정당화될 수 있다. 반면, 진보성이나 창작성을 갖추지 못한 소규모의 혁신은 그 자체가 가져올 진보보다는 더 큰 혁신을

396) Landes & Posner, 앞의 책(註 2), 407면 참조. 한편 사법 자제를 주장한 일본의 학자도 입법과정에서 ‘소수 집단에 의한 바이어스(bias) 현상’이 발생할 수 있다는 점은 인정한다. 田村善之, 앞의 논문(註 242), 32-33면 참조.

397) 소송당사자가 아닌 제3자도 소송당사자들의 동의와 법원의 허가를 거쳐 재판절차에서 중요하게 다루어야 할 법률적 쟁점과 전문지식 등에 관한 의견을 담은 법정 조언서(amicus curiae brief)를 제출할 수 있다.

398) 위의 책, 411면.

399) J. D. Litman, "Copyright, Compromise, and Legislative History", 72 Cornell L. Rev. 857, 860-861 (1987).

위한 발판이 될 수 있다는 점에 주목하여 보호하고자 하는 것이므로, Liability Rule에 따라 잠재적 이용자들은 언제든지 그 대가를 지급하고 해당 지적재산을 자유롭게 이용할 수 있도록 하는 것이 합리적이다.

부정경쟁방지법은 대표적인 Liability Rule 방식의 지적재산권법으로 분류되나, 실제 보호방식은 금지청구권의 운용에 따라 결정될 것이다. 만약 현재 재판실무와 같이 침해행위가 있는 이상 자동적으로 부여된다면, 부정경쟁방지법이 제공하는 보호가 Liability Rule이라고 보기는 어렵다. 한편, 민법 제750조의 불법행위 책임에 대한 구제수단으로도 금지청구권이 인정될 수 있다는 것이 대법원의 판시이나, 구체적 타당성을 살펴 인용 여부를 결정할 수 있다는 점에서 부정경쟁방지법과 달리 Liability Rule의 역할을 기대할 수 있다.

그런데 2014. 1. 31.부터 시행되는 한국의 개정 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목은 “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 규율한다. 따라서 종래 민법상 불법행위 법리로 다루어왔던 지적재산의 도용에 관한 사례는 이제 부정경쟁방지법으로 무대를 옮기게 되었다. 동시에 금지청구권에 관한 고민도 함께 따라왔다.

다음 장에서는 합리적인 Liability Rule로서 기능할 수 있는 불법행위의 성립요건 및 그 효과를 개정 부정경쟁방지법에 대한 검토를 통해 분석하고자 한다.

제5장 개정 부정경쟁방지법의 해석

제1절 부정경쟁방지법 일반조항의 적용범위

1. 일반조항의 체계적 지위와 역할

가. 부정경쟁방지법 일반조항과 민법 제750조의 관계

2013. 7. 30. 법률 제11963호로 개정된 부정경쟁방지법은 부정경쟁행위의 개념을 정의하는 제2조 제1호에서 (차)목을 신설하여, “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 규정하였다. 기술의 변화 등으로 나타나는 새롭고 다양한 유형의 부정경쟁행위에 적절하게 대응하기 위하여 기존의 (가)~(자)목에 대한 보충적 일반조항이 도입된 것이다.⁴⁰⁰⁾ 다양한 형태로 진화해가는 부정경쟁행위를 탄력적으로 규율할 수 있는 일반조항을 도입해야 한다는 주장이 지속적으로 제기되어 왔는데, 이번에 새롭게 도입된 위 (차)목은 그러한 요구에 부응하는 조항으로 이해된다.

위 일반조항의 문언을 2011년도 대법원 결정에 실시된 민법상 불법행위의 성립요건과 비교해보면, 양자는 사실상 동일한 개념요소로 이루어진 것을 알 수 있다. 일반적으로 부정경쟁방지법은 민법상 불법행위 법리에 대하여 특별법의 지위에 있는 것으로 해석된다. 비교법적 관점에서 프랑스의 부정경쟁방지법은 불법행위 규정에 해당하는 프랑스 민법 제1382조, 제1383조 및 19세기부터 축적된 판례 이론에 의하여 형성되었고⁴⁰¹⁾,

400) 제19대 국회(의안번호 1905569) 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 일부개정법률안 산업통상자원위원회 위원회 제출안 참조(http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/BillDetail.jsp?bill_id=PRC_X1L3NOG4E2R2S1B0I2A9U1Q1Z1I8V1, 2015. 6. 27. 최종 방문).

독일 부정경쟁방지법은 민법상 불법행위 규정으로 규율되지 않았던 특별한 유형의 불법경쟁행위를 금지할 목적으로 프랑스 판례법을 참조하여 1896년 제정되었으며,⁴⁰²⁾ 일본의 1934년 부정경쟁방지법도 불법행위의 연장선상에서 주관적 요건에 대응하여 ‘부정경쟁의 목적’을, 객관적 요건에 대응하여 개별 부정경쟁행위의 유형을 나열하였다.⁴⁰³⁾

우리 헌법이 보장하고 있는 자유시장경제는 개인과 기업이 국가의 규제로부터 벗어나 창의를 바탕으로 자유로운 경쟁을 할 수 있는 질서를 보장하는데, 특정 사업자가 관습이나 상도덕에 반하는 방식으로 영업을 하여 그와 경쟁관계 있는 사업자가 손해를 가하는 것을 방지할 경우 공정한 경쟁질서를 확보할 수 없다.⁴⁰⁴⁾ 그러므로 시장에서 준수되어야 할 경쟁질서를 공고히 하고 그 속에서 합리적인 경제활동의 자유를 보장하기 위해서는 일정한 유형의 영업활동을 위법한 것으로 보아 규제할 필요가 있다. 한국의 경우 종래 부정경쟁방지법이 제정되어 위와 같은 역할을 담당하였으나, 그 유형이 제한적으로 열거되어 있어서 상거래 과정에서 다양하게 등장하는 부정경쟁행위를 탄력적으로 규율할 수 없었다. 이에 부정경쟁방지법에 포섭되지 않는 유형의 불공정한 영업행위를 민법상 일반 불법행위로 보아 규제할 필요성이 제기되었고, 위 (차)목의 모태가 된 인터넷 포털사이트 광고방해 판결도 그러한 배경에서 등장하였다고 볼 수 있다.

이러한 점에서 개정법에 마련된 위 일반조항은 그동안 부정경쟁방지법으로 포섭할 수 없었던 일정한 유형의 부정경쟁행위를 민법상 불법행위로 규율하여 온 판례의 법리가 성문화된 것으로 해석할 수 있다. 실제로 위 개정 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목의 시행일인 2014. 1. 31. 이전의 행위에 대하여는 민법 제750조를, 2014. 1. 31.부터의 행위에 대하여는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목을 적용하는 것이 실무의 태도인

401) 윤선희, 김지영, 부정경쟁방지법, 법문사, 2012, 14-16면 참조.

402) 특허청, 한국지식재산보호협회 편, 해외지식재산권 보호가이드북(독일), 2014, 25면.

403) 小野昌延, 不正競争防止法解説, 有斐閣, 1974, 39-40면; 윤선희, 김지영, 앞의 책, 57면에서 재인용.

404) 정상조, 박준석, 앞의 책(註 58), 707-709면.

것으로 보인다.⁴⁰⁵⁾

부정경쟁행위가 특수한 유형의 불법행위라는 점을 감안하면, 이론상 (차)목에 의하여 규율되지 않는 부정경쟁행위에 대해서는 여전히 민법상 불법행위 법리가 적용될 가능성이 있다.⁴⁰⁶⁾ 다만, 부정경쟁방지법 개정 전까지 판례가 민법 제750조를 적용해왔던 지적 창작물 도용행위는 모두 현재의 (차)목으로 포섭될 수 있는 유형의 부정경쟁행위이고, (차)목의 문언에 비추어 보더라도 경쟁질서에 반하는 타인의 성과물 이용과 관련하여 민법 제750조에 의존할 여지는 극히 희박해졌다고 보아도 무방하다. 따라서 이제까지 지적 창작물의 보호방법과 관련하여 검토하였던 민법상 불법행위 법리에 관한 논의는 이제 부정경쟁방지법상 일반조항의 해석론으로 무대를 옮기게 되었다고 볼 수 있다.

나. 부정경쟁방지법 일반조항과 다른 지적재산권법의 관계

부정경쟁방지법의 일반조항은 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물을 보호대상으로 하며, 위 성과물의 개념에는 유체재산은 물론, 지식, 정보, 기술, 사상이나 감정의 표현 등 다양한 지적 창작물이 포함될 수 있다. 특허법이나 저작권법이 진보성 있는 발명이나 창작성 있는 표현 등 일정 기준을 넘어선 혁신을 보호대상으로 하는 것과 비교해보면, 위 조항은 창작의 과정에 투하된 노력과 투자에 초점을 맞추었다는 점에서 관점을 달리한다.

이와 관련하여, 부정경쟁방지법 제15조는 특허법, 실용신안법, 디자인보호법, 상표법, 저작권법 등과의 관계에서 보충적인 지위에 있음을 분명

405) 서울중앙지방법원 2015. 1. 29. 선고 2014가합52520 판결 참조.

406) 이와 같은 취지의 시각으로는 김원오, “부정경쟁방지법상 신설된 일반조항의 법적성격과 그 적용의 한계”, 산업재산권, 제45호, 한국산업재산권법학회, 2014, 292-293면, 박윤석, “실질적인 부정경쟁행위와 구제수단에 관한 고찰-법규위반을 통한 부정경쟁행위를 중심으로-”, 고려대학교 대학원 박사학위논문, 2014, 42-43면 참조.

히 하고 있다.⁴⁰⁷⁾ 그러므로 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목은 위 지적재산권법에 모순·저촉되지 않는 한도 내에서만 지적 창작물을 보호할 수 있다.

다. 부정경쟁방지법 일반조항에 기대하는 역할

지적재산권법으로 보호되지 않는 지적 창작물도 혁신의 발판이 될 수 있도록 그 창작을 독려하되, 합리적인 대가의 지급을 전제로 시장의 수요에 따라 널리 전파될 수 있도록 해야 한다는 것이 이제까지 진행하여 온 논의이다. 현행 지적재산권법 체계 내에서 위와 같은 역할을 할 수 있는 것은 바로 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목이다.

적정한 수준의 Liability Rule 방식의 보호를 제공하기 위해서는 먼저 침해자의 책임이 성립하는 범위를 합리적으로 제한해야 하고, 일단 침해가 인정된 후 권리자에게 부여되는 구제수단의 적정성도 아울러 검토해야 한다. 점진적·누적적 혁신이 사회의 진보에 기여하기 위해서는 법질서에서 용납할 수 없는 접근만 제한되어야 하는데, 부정경쟁행위의 개념이 바로 그러한 행위를 가려낼 수 있는 첫 번째 필터이기 때문이다.

이하에서는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목의 적용요건을 분설하고, 침해에 대한 구제수단으로서 주어지는 금지청구권의 합리적인 운용방안에 대하여 살펴보고자 한다.

2. 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목의 적용요건

가. 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과

407) 제15조(다른 법률과의 관계) ① 「특허법」, 「실용신안법」, 「디자인보호법」, 「상표법」, 「농수산물 품질관리법」 또는 「저작권법」에 제2조부터 제6조까지 및 제18조제3항과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다.

(1) 타인

타인이란 성과물을 이용하는 자 이외의 자를 말한다. 도용 내지 무임승차의 성격상 타인성이 문제되는 사례는 많지 않을 것이나, 성과물의 창작 과정에 양 당사자가 모두 개입하고 그 이용 및 귀속에 관한 별도의 약정이 없는 경우에는 검토할 여지가 있다.

국내 하급심 판결 중에서는 눈성형 사진 사건이 그러하다. 피고는 원고 병원에 고용되어 근무할 당시 환자의 시술부위를 촬영하여 분류한 후 이를 원고 병원 홈페이지에 게시하였는데, 피고가 퇴사 후 별도의 병원을 운영하면서 위와 같은 사진을 그 홍보에 이용한 사안에서, 법원은 피고의 불법행위 책임을 부정하였다.⁴⁰⁸⁾ 타인의 성과물인가에 관하여 법원의 명시적인 판단은 없었으나, 위 사진의 이용 내지 귀속에 관한 별도의 약정이 없었던 이상 다투어 볼 여지가 있을 것이다.

한편, 반사필름 사건에서는 피고가 원고 회사에 근무할 당시 자신의 지식과 경험을 이용하여 필름의 품질을 향상시킨 점이 지적되었다.⁴⁰⁹⁾ 역시 반사필름 제조 기술에 관한 비밀유지 및 이용 약정이 체결되지 않았던 사안인데, 피고가 기여한 정도가 미미하다면 타인의 성과물로 볼 수 있겠지만, 기여도가 큰 경우에는 쉽게 타인성을 인정하여서는 안 된다.

이와 관련하여, 일본의 하급심 판결 중에는 원고와 피고가 고양이 발바닥 모양의 게임기를 시장에 출시하기 위한 비용과 노력을 분담한 경우, 제3자의 모방으로부터는 원고와 피고 모두 보호받을 수 있지만, 서로의 모방에 대해서는 ‘타인의 상품’에 해당하지 않으므로 부정경쟁행위에 해당하지 않는다는 취지의 판시가 있다.⁴¹⁰⁾

408) 註 300 참조.

409) 註 301 참조.

410) 東京高等裁判所 2000. 12. 5.(平成12年12月05日) 선고 平成12年(ネ)第4198号 판결(http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/813/012813_hanrei.pdf, 2015. 6. 28. 최종 방문); 원고는 게임 사나리오를 작성하고 게임기 외형을 고양이 발바닥 모양으로 한다는 아이디어를 제안했고, 피고는 제품의 디자인, 명칭, 포장, 설명서의 제작을 주도한 사안이다.

(2) 성과물

부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목의 보호대상은 상당한 투자나 노력으로 만들어진 ‘성과’이다. 여기서 성과란 유체물은 물론, 지식·정보·기술, 사상이나 감정의 표현, 영업이나 물건의 표시 등 지적 창작물을 포함하는 넓은 개념이다. 시장경제질서가 고도화됨에 따라 신용과 명성의 중요성은 나날이 높아지고 있는데, 하급심 판결 중 상당수가 신용과 명성에 대한 무임승차를 규율하는 것도 우연이 아니다.

일체의 성과물에 대한 모방을 금지하는 것은 경쟁의 자유를 해할 뿐만 아니라 헌법이 보장하는 자유시장경제의 취지에도 부합하지 않는다. 경쟁자의 도용으로부터 보호해야 할 필요성을 갖추지 못한 성과물이 모두 보호범위에 포함된다면, 아무리 침해태양 요건을 엄격하게 설정한다고 하더라도 적절한 보상체제로 기능하기 어려울 것이다. 그러므로 경쟁으로부터 보호해야 할 필요성이 있는 성과물을 가려낼 수 있는 일응의 기준이 필요한데, 이를테면 시장에서 이미 널리 통용되고 있는 상품 내지 서비스와 동일하거나 별다른 차이가 없는 성과물까지 특정인에게 귀속시켜 그에 대한 모방을 금지해서는 안 될 것이다.

사실 우리 부정경쟁방지법은 이미 경쟁으로부터 보호해야 할 필요성이 있는가에 따라 모방의 허용 여부를 결정하고 있는 것으로 보인다. 가령, 상품 형태 모방에 관한 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (자)목은 동종의 상품이 통상적으로 가지는 형태의 상품에 대해서는 모방을 금지하지 않고 있다. 여기서 동종의 상품이 통상적으로 가지는 형태라 함은, 상품의 형태가 시장에서 사실상 표준으로 되어 있거나, 상품의 기능상 그러한 형태를 갖지 않고서는 상품으로 성립하기 어려운 경우를 의미한다.⁴¹¹⁾ 위와 같은 형태의 모방을 금지하는 것은 사실상 해당 상품을 시장의 선진입자에게 독점시키는 것과 다름없으므로 경쟁으로부터 보호하지 않는다.

411) 青山紘一, 不正競争防止法, 第二版, 法學書院, 2005, 60면; 구회근, “부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제1호 자.목에 규정된 ‘상품형태 모방’의 의미”, 법조, 제56권 제3호, 법조협회, 2007, 150면에서 재인용.

이러한 해석은 (차)목에도 마찬가지로 적용될 수 있다. 이를테면, 종전부터 자전거에 널리 사용되어 오던 형태 및 부품들을 단순히 결합 또는 조립한 것에 불과한 고안, 종래부터 사용되어 온 자격증 명칭이나 교육프로그램 등⁴¹²⁾은 모방으로부터 보호해야 할 성과물에 해당하지 않는다고 판단한 하급심 판결들이 그러하다. 위와 같은 상품 내지 서비스를 특정 영업주체의 창작물로 보아 모방을 금지시키는 것은 오히려 공정한 경쟁의 자유를 해할 우려가 있으므로 유의해야 한다.⁴¹³⁾

(3) 상당한 노력과 투자

(가) 자본과 노동력

성과물에 대한 노력과 투자로 가장 쉽게 생각해볼 수 있는 것은 바로 자본과 노동력이다.

성과물의 종류 및 성격, 시장의 상황에 따라 ‘상당한’의 기준은 달라질 수 있겠으나, 가령 일본의 자동차 데이터베이스 사건에서는 데이터베이스 개발에 40명 이상의 근로자가 72,000시간을 소비하였고, 초기 개발 비용으로 5억 엔이 투입된 점 등에 근거하여 보호가치 있는 성과물로 인정하였다.⁴¹⁴⁾ 요미우리 온라인 사건에서는 뉴스 기사 제목의 보호 필요성을

412) 차례로 서울중앙지방법원 2014. 4. 24. 선고 2013가합42330 판결, 서울고등법원 2015. 4. 30. 선고 2014나2018733 판결 참조.

413) 독일 연방대법원은 어떠한 상품이나 서비스가 모방으로부터 보호받기 위해서는 특별한 디자인 내지 특징을 갖추고 이를 통해 수요자에게 영업 출처 또는 당해 제품에 관한 상세한 정보를 제공할 수 있어야 한다고 판시함으로써, 보호대상이 ‘경쟁적 특성(wettbewerbliche Eigenart)’을 갖출 것을 요구한다(註 253 참조). 수요자의 관점에서 특정 영업주체의 상품 내지 서비스로 인식된다는 사정은 경쟁관계에서 보호해야 할 대상으로 포착할 수 있는 매우 중요한 단서가 될 수 있으나, 반대로 위와 같은 요건을 갖추지 못한 성과물이라고 하여 모두 보호대상에서 제외해야 하는가에 대해서는 논의의 여지가 있다. 이와 관련하여, 창작자가 성과물을 통해 타인에 비하여 경쟁적 우위에 있을 수 있거나 경제적 이익을 얻을 개연성이 높은 경우 경쟁적 특성을 가진다고 해석하는 견해(박윤석, 박해선, “성과모방행위에 관한 고찰”, 지식재산연구, 제9권 제4호, 한국지식재산연구원, 2014, 81면)가 있다.

414) 註 213 참조.

판단함에 있어 1일 평균 작성되는 기사가 160개~200개이며, 편집 기자 1명당 평균 30~40개의 기사 제목을 작성한다는 점이 고려되었다.⁴¹⁵⁾ 이와 달리, 공공기관에서 발표한 통계를 그 분야에서 흔히 사용되는 시각화 방법으로 도표를 작성한 것에 불과한 경우⁴¹⁶⁾에는 상당한 노력과 투자가 있었다고 보기 어려울 것이다.

한편, 실질적인 투자는 반드시 연구 또는 개발에 관한 것이어야 하며 홍보 내지 생산에 들어간 비용은 고려해서는 안 된다는 견해⁴¹⁷⁾가 있으나, 반드시 연구·개발 비용으로 국한해야 하는지 의문이다. 이를테면, 고객흡인력에 대한 무임승차는 부정경쟁행위로 널리 규율되고 있는데, TV·일간지 등을 통한 홍보 노력은 어떠한 상품이나 서비스가 소비자들에게 널리 알려져 있다는 사정을 판단하는 데 중요한 단서가 되기도 한다.⁴¹⁸⁾

(나) 전문적인 지식과 경험

자본과 노동력뿐만 아니라, 전문적인 영역에 속하는 지식이나 경험도 노력과 투자로 평가될 수 있다. 국내 하급심 판결에서는 수년간 모발이식 수술을 전문으로 연구·시술한 임상경력과 지식을 활용하여 시술을 하고 그 수술 경과가 좋은 환자들을 촬영한 사진 및 의학지식과 다년간의 임상 경험에 기초하여 작성한 환자들과의 상담내용⁴¹⁹⁾, 오랜 기간의 강의 경험과 전문지식을 바탕으로 작성한 기출문제 해설집⁴²⁰⁾ 등이 그러한 예로 인정되었다. 또한, 변호사가 오랜 기간 가사사건을 전문적으로 처리하면서 신문·잡지에 이혼 등 가족법 관련 칼럼을 수차례 기고하고, 수많은 TV 프로그램에 출연하였으며, 홍보를 위해 4년 동안 광고비로 약 3억 5,000

415) 註 215 참조.

416) 서울중앙지방법원 2014. 10. 31. 선고 2014가합528374 판결 참조.

417) Paepke, 앞의 논문(註 106), 70면.

418) 서울중앙지방법원 2014. 11. 27. 선고 2014가합524716 판결 참조.

419) 이상 서울중앙지방법원 2007. 6. 21. 선고 2007가합16095 판결 참조.

420) 서울중앙지방법원 2008. 11. 14. 선고 2007가단70153 판결 참조.

만 원을 지출한 사정을 들어, 위 변호사의 이름 및 그가 운영하고 있는 법무법인의 명칭은 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과물에 해당한다고 본 사례도 있다.⁴²¹⁾

전문적인 지식과 경험 등의 개념요소는 자본, 노동력 등과 더불어 노력과 투자라는 추상적 개념을 조금이나마 구체화할 수 있는 단서이지만, 언제나 객관적인 데이터를 통해 입증될 수 있는 것은 아니다. 그러나 보호대상을 선정하기 위한 문리적 해석의 출발점은 다름 아닌 노력과 투자이고, 이는 전통적인 지적재산권법이 요구하는 혁신의 표상을 갖추지 못하였더라도 법적으로 보호받는 이유를 정당화할 수 있는 근거인 점을 감안하면, 국내의 초기 일부 하급심 판결의 설시는 다소 만연히 보호적격을 인정한 것은 아닌지 아쉬움이 남는다.

가령, 의사가 병원을 홍보하기 위하여 촬영한 수술 내지 시술 환자의 사진은 전문적인 지식과 경험이 투하된 성과물로 인정되었는데, 이를테면 수술의 중요성·난이도·성과 등에 관한 평가 없이 바로 의사라는 촬영자의 직업으로부터 전문지식과 경험이 사진에 반영되었다고 추론할 수 있는지 의문이 든다.⁴²²⁾ 같은 맥락에서, 청소대행업을 하는 원고가 자신의 직원들이 청소하는 모습을 찍은 사진을 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물로 인정한 이유도 알기 어렵다.⁴²³⁾ 창작성 없는 사진에 투하된 노력이 무엇이고 왜 보호되어야 하는가에 관한 설명은 아쉽게도 판시내용에 나타나지 않는다. 만약 판결에 드러나지 않은 다른 사정이 없다면, 위와 같은 사진의 이용행위를 금지하는 것은 저작권법의 입법취지, 그리고 다른 지적재산권법에 대하여 보충적 지위에 있음을 선언한 부정경쟁방지법 제15조에 반할 것이다.

421) 서울중앙지방법원 2015. 1. 16. 선고 2014가합509007 판결 참조.

422) 환언하자면, 전문적인 지식과 경험을 갖춘 의사가 찍은 환자의 사진은 모두 그러한 지식과 경험이 투영된 것으로 간주하여 상당한 노력과 투자에 의해 구축한 성과물로 보아야 하는가에 관한 의문이다.

423) 대전지방법원 2007. 10. 19. 선고 2007나9038 판결 참조.

나. 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서

(1) 일반론

부정경쟁방지법 ‘공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법’으로 타인의 성과물을 이용할 것을 요건으로 한다. 영업이익에 대한 민사법적 보호는 민법 제750조뿐만 아니라 개별 법률에 의하여도 이루어질 수 있는데, 일반조항을 갖춘 부정경쟁방지법이 바로 그와 같은 기능을 하므로, 결국 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서는 부정경쟁방지법의 관점에서 위법성의 개념을 풀이한 것으로 보인다.

불법행위 책임에 있어서 위법성은 침해된 법익의 성질과 침해행위의 모습 사이의 상관관계로부터 판단된다고 하는 상관관계론에 의하면, 영업이익은 생명, 신체, 건강, 소유권 등에 비하여 피침해법익이 약하므로, 영업이익 보장과 경쟁자유 실현이라는 대립하는 이익형량을 거쳐 거래관념상 필요하다고 여겨지는 주의의무의 위반이 있는 경우에 한하여 책임이 인정된다고 한다.⁴²⁴⁾ 이러한 상관관계론은 지적재산권법의 해석에도 반영되어, 주지·저명의 정도가 강한 상표나, 창작성이 큰 저작물은 그렇지 않은 상표나 저작물보다 강한 보호를 누려야 한다고 한다는 입론도 제시된다.⁴²⁵⁾

타인의 성과를 무단으로 이용한 행위의 위법성 판단과 관련하여 참고할 수 있는 해석론으로는, 침해태양 자체의 불공정성이 명백한 경우로 한정해야 한다는 견해⁴²⁶⁾, 부정 경쟁의 목적만으로 타인의 성과물을 그대로 이용하는 경우에는 위법성이 인정될 수 있다는 견해⁴²⁷⁾, 독일 부정경쟁방

424) 김상중, 앞의 논문(註 351), 322-323면.

425) 송영식·이상정·황중환·이대희·김병일·박영규·신재호, 송영식 지적재산권법(하), 제2판, 육법사, 2013, 255면.

426) 정상조, “혁신과 경쟁: 기술과 시장의 변화에 대한 법적 대응”, 인터넷과 법률 II, 법문사, 2005, 23면.

427) 이상정, 앞의 논문(註 206), 299-300면.

지법상 일반조항에 관한 해석론을 참고하여 경쟁자, 소비자, 일반 공중을 기준으로 보호법익을 유형화해야 하고, 성과물이 가져야 할 거래적 가치는 모방행위와의 상관관계에서 정해지므로 직접적 모방의 경우에는 성과물의 가치가 사소한 것이어도 무방하다는 견해⁴²⁸⁾, 침해의 태양이라든지 가해자의 주관적인 상황이 상당히 강한 정도의 반사회성을 가질 것이 요구된다는 견해⁴²⁹⁾ 등이 있다.

한편, 최근 개정된 독일 부정경쟁방지법 제3조의 입법취지도 고려해 볼 필요가 있다. 1909년 개정된 독일 부정경쟁방지법 제3조는 일반조항을 도입하여 영업상의 거래에 있어서 경쟁의 목적으로 선량한 풍속에 반하는 행위를 부정경쟁행위로 규율하여 왔는데, 위 조항은 2004년 개정되어 규율대상인 부정경쟁행위가 단지 사소하게 경쟁에 침해를 주는 정도는 아니어야 한다는 요건을 새로 추가하였다. 이는 부정경쟁방지법이 적용되는 경쟁행위가 사건이나 보호되는 사람들의 이익의 관점에서 일정한 중요성을 가져야 한다는 의미로서, 위 조항으로 인하여 종래의 부정경쟁행위가 상당 부분에 있어 정당화되어야 한다기보다는 사소한 사안들에 대해서까지 규율하지 않겠다는 취지로 해석된다.⁴³⁰⁾ 경쟁과정에서 발생할 수 있는 사소한 무질서까지 부정경쟁행위로 규율하는 것은 역동적인 자율 경쟁을 억제시킬 우려가 있으므로 유의해야 한다.

(2) 고려 요소

(가) 경쟁관계의 존재

부정경쟁방지법은 건전한 거래질서의 유지를 목적으로 하며, 과거 부정

428) 박성호, 앞의 논문(註 292), 223-225면. 위 저자가 거래적 가치로 번역한 ‘wettbewerbliche Eigenart’는 이 글에서는 경쟁적 특성으로 번역한 바 있다.

429) 이현, “타인의 의류와 유사한 디자인의 의류를 제조·판매한 자의 법적 책임에 관한 연구”, Law&Technology, 제7권 제6호, 서울대학교 기술과법센터, 2011, 40면.

430) 심재한, “독일의 개정 부정경쟁방지법 고찰”, 경영법률, 제16집 제1호, 한국경영법률학회, 2005, 682-685면 참조.

경쟁방지법 제2조 제1호 (가)~(아)목은 전통적인 출처 사칭(passing off)의 관점에서 타인의 상표·상호 등을 부정하게 사용하는 행위를 열거하였다. 그 후 개정된 상품 형태 모방에 관한 (자)목 및 일반조항인 (차)목에서 위와 같은 관점이 다소 약화되기는 하였으나, 여전히 경쟁관계를 전제로 한다는 점에서 종전의 규정들과 동일한 규율 목적을 가진 것으로 해석된다.

공정한 경쟁질서를 보장함으로써 지적재산의 창작자가 잠재적 경쟁자들에 대하여 가질 수 있는 유리한 지위는 사실 지적재산권법이 직접적으로 보호하고자 하는 법익이라고 보기 어렵다. 지적재산권자에게 부여되는 독점력은 어디까지나 발명과 창작을 유도하는 인센티브이며, 관련 시장에서의 우위는 그러한 독점력을 활용한 결과에 불과하다. 미국에서도 경쟁관계에 있는 자의 무임승차를 금지하는 것은 연방 저작권법이 제공하는 보호와 다른 성격의 법적·형평적 보호로 인정된 바 있다.⁴³¹⁾ 그러므로 경쟁관계의 존재는 부정경쟁방지법의 입법 목적을 구현하면서도 그 적용 범위가 과도하게 확장되어 다른 지적재산권법과 충돌하지 않도록 조정하는 중요한 개념요소가 된다.

경쟁관계는 반드시 현실적으로 존재해야 하는 것은 아니며, 침해 당시에는 경쟁관계가 존재하지 않았더라도 가까운 장래에 경쟁관계에 놓일 고도의 개연성이 있는 것으로 충분하다. 이와 관련하여 참고할만한 몇 가지 사례가 있다. 원고가 젓병 건조대 디자인을 제작하였는데 피고가 이를 모방하여 컵 보관대로 제작한 후 판매한 사안에서, 법원은 원고가 위 디자인을 적용한 제품을 실제 출시하여 판매하지 않았고, 가까운 시일 안에 출시·판매할 계획도 없다는 이유로 경쟁관계에 있지 않다고 보았다.⁴³²⁾ 한편, 피고가 자동차 수리에 관한 서적을 출판하면서 원고가 운영하는 인터넷 카페에 게시된 자동차 수리 사진을 그대로 게재한 행위에 대하여 위법성을 인정한 하급심 판결⁴³³⁾의 결론은 비판적으로 음미해볼 필요가 있

431) *National Basketball Association v. Motorola, Inc.*, 105 F.3d 841, 851-854 (2d Cir. 1997).

432) 서울중앙지방법원 2014. 11. 28. 선고 2013가합90445 판결 참조.

다. 설령 원고가 자동차 수리점을 운영하면서 위 카페를 통해 사업을 홍보하였다고 하더라도, 자동차 수리점의 운영과 서적 출판 사이에 어떠한 경쟁관계가 존재하는지 의문이다. 나아가 위 사진을 도용한 서적을 출판한다고 하여 자동차 수리 정보를 공유하는 인터넷 카페의 운영에 차질이 빚어진다고 보기도 어렵다. 최소한의 창작성마저 인정되지 않는 사진의 이용행위가 경쟁질서를 위협할 우려마저 없다면, 선불리 부정경쟁행위로 의율해서는 안 될 것이다.

(나) 이용의 목적

연구 또는 시험을 위하여 특허발명을 실시하는 경우 또는 보도·비평·교육·연구 등을 위하여 저작물을 이용하는 경우와 같이 권리자의 이익을 해하지 않는 범위 내에서 정당한 목적에 따른 지적재산의 이용행위는 규범의 종류를 불문하고 허용되어 왔다. 이와 같은 맥락에서, 건전한 경쟁을 목적으로 하는 성과물의 이용행위는 부정경쟁방지법의 규율 영역에서 제외되어야 한다.

가령, 타인의 성과물에 해당하는 상품의 일부가 다른 부품으로 대체될 수 있어서 경쟁자가 그 부품을 생산하여 판매하는 경우가 그러하다. 외관상 타인의 노력으로 형성된 시장에 편승하여 이익을 누리는 것으로 평가될 수 있으나, 상품에 처음부터 위와 같은 대체가 예정되어 있고 그러한 부분이 창작의 본질적인 내용에 해당된다는 등의 특별한 사정이 없는 이상, 대체용 부품의 2차 시장에서까지 경쟁이 함부로 제한되어서는 안 된다. 이러한 법리는 가장 강력한 지적재산권인 특허권에 대해서도 마찬가지로 적용된다. 제3자로 하여금 호환이 가능한 부품을 생산하여 2차 시장에서 활발한 경쟁이 일어나도록 유도함으로써 창작자의 보호범위가 지나치게 확대되는 것을 방지하고, 품질·가격 경쟁을 통해 소비자의 편익에도 도움을 줄 수 있기 때문이다.

433) 서울중앙지방법원 2014. 11. 28. 선고 2014가합536344 판결 참조.

반면, 의도적으로 경쟁자의 영업을 방해하거나, 경쟁지역에서 염가로 판매하거나, 오로지 손해를 줄 목적으로 성과물을 이용하였다면 특별한 사정이 없는 한 부정경쟁행위로 인정되어야 한다.⁴³⁴⁾

(다) 이용의 방법

타인의 성과물을 이용하는 방법은 다양한 방식으로 이루어질 수 있기 때문에 이용의 방법적 측면에 있어서 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는지 여부를 판단하는 것은 쉽지 않다. 부정경쟁방지법은 상거래 관행 및 경쟁질서에 관한 별도의 정의 규정을 두고 있지는 않으나, 상관습(商慣習)에 관한 상법의 해석론을 빌려오자면, 상거래 관행이란 상사관계에 관한 관행이 오랫동안 계속되어 거래계에서 정착된 법적 확신을 의미한다고 볼 수 있다.⁴³⁵⁾

국내의 사례 중 타인의 성과물을 이용하는 방법에 관한 상거래 관행을 직접 언급한 사례로는 이른바 키워드 검색광고 사건이 있다. 유명 연예인의 이름을 상품과 결합한 키워드 검색광고 서비스에 관하여, 법원은 위와 같은 형태의 광고는 인터넷 검색 포털사이트에서 널리 사용되는 사업방식이므로 키워드 검색광고의 알고리즘 자체가 상거래 관행에 반하지 않는다고 판시한 바 있다.⁴³⁶⁾ 일본의 정수기 사용설명서 사건에서는, 피고가 원고의 사용설명서를 모방하여 자신의 고객들에게 제공하였다고 하더라도 이미 피고와 거래가 성사된 고객들만 그 대상으로 하였으므로, 자유로운 경쟁의 범위를 넘지 않는다고 판단한 바 있다.⁴³⁷⁾

434) 일본의 프로야구 게임 사건(註 229)에서는 피고가 의도적으로 원고에게 손해를 줄 목적으로 모방 게임을 배포하였는지 검토한 바 있다. 한편, 3년의 보호기간이 경과하여 부정경쟁방지법상 상품 형태 모방 금지 규정에 의한 보호를 받지 못하더라도 경쟁지역에서 저렴한 가격으로 판매하는 등 특별한 사정이 부가된다면 민법상 불법행위 법리로 규제할 수 있다는 지적도 있다(註 304).

435) 손주찬, 정동윤 편, 주석 상법[총칙·상행위(1)], 제3판, 한국사법행정학회, 2003, 81면.

436) 서울고등법원 2015. 1. 30. 선고 2014나2006129 판결, 서울서부지방법원 2014. 7. 24. 선고 2013가합32048 판결 참조.

437) 註 222 참조.

사실 일반 상사 분야에서조차 상관습에 대한 사례가 그리 누적되지 않았던 점을 감안하면, 당장 부정경쟁방지법 영역에서 의미를 가질 만한 상거래 관행을 충분히 발견하기는 어려울 것으로 짐작된다. 결국 타인의 성과물을 이용하는 과정에서 지켜야 할 공정한 경쟁질서가 개별 사건에서 어떻게 해석되었는지 탐구하고, 일반화할 수 있는 개념요소를 추출해야 할 것이다.

(라) 이용의 정도

만약 타인의 성과물에 대하여 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (자)목의 상품형태 모방과 같은 완전한 모방(dead copy 또는 slavish imitation)이 이루어진 경우라면 불공정성의 정도가 높아진다고 볼 여지가 있다. 모방의 관점에서 (차)목과 (자)목의 구별 실익은 (자)목은 ‘상품의 형태’에 대한 모방행위에만 적용된다는 점이다. 여기서 상품의 형태란 수요자가 통상의 용법에 따라 사용하면서 인식할 수 있는 제품 외부 및 내부의 형상과 그에 결합된 형상, 모양, 색채, 광택 등이므로, 그 밖의 대상에 대한 모방행위에는 (차)목이 적용된다.

판례에 나타난 사례로는, 타인이 촬영한 사진을 그대로 가져다 쓰거나 사소한 부분만 수정하여 이용한 경우,⁴³⁸⁾ 타인의 음식점의 상호, 간판 및 내부 인테리어 일부 외에도 메뉴 구성, 가격, 매장의 구조 및 전체적인 분위기, 구체적인 영업 형태 등까지 모방한 경우⁴³⁹⁾ 등이 있다. 타인의 성과물 전부를 그대로 모방하거나 실질적 동일성에 영향을 미치지 않는 범위 내에서 일부만 수정한 경우이다.

반면, 경쟁 방송사의 인기 프로그램 중 특징적인 요소를 차용하여 새로운 영상물을 제작하였다고 하더라도, 자신만의 독자적인 아이디어에 따라 비용과 노력을 들여 위 영상물에 존재하지 않았던 다양한 창작적 요소를

438) 서울중앙지방법원 2007. 6. 21. 선고 2007가합16095 판결, 광주지방법원 2008. 11. 6. 선고 2008가합3499 판결, 서울중앙지방법원 2014. 11. 28. 선고 2014가합536344 판결 참조.

439) 서울중앙지방법원 2014. 8. 28. 선고 2013가합552431 판결 참조.

부가하였다면, 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하지 않는다고 보았다.⁴⁴⁰⁾ 또한, 일본의 편집 정보지 사건에서는 경쟁업체의 광고기사에 포함된 학교 중 40~50%만 일치하고, 기사 분류 및 배열 방법 등이 완전히 동일하지 않다는 점 등에 근거하여 불법행위 책임을 부정한 바 있다.⁴⁴¹⁾

누적적 진보의 메커니즘은 기술 산업 분야는 물론 문화와 예술 영역이라고 해서 다르지 않으며, 기존의 창작물을 일부 모방하여 새로운 창작물을 만드는 것은 역사적으로 매우 중요했던 창작의 한 형태였다.⁴⁴²⁾ 그러므로 타인의 성과물에 대한 모방의 정도가 크지 않다면 그에 부가된 창작의 정도를 고려하여 위법성 판단에 신중을 기해야 한다.

(마) 이용까지의 시간적 간격

특허법 및 저작권법의 보호를 누리지 못하는 지적 창작물이라 하더라도 상표법이나 부정경쟁방지법이 허용하는 선행 시간(lead time)의 이익을 충분히 누렸다면, 이제 그러한 창작물은 공중의 영역에 속한 것으로 보아 경쟁자가 자유롭게 이용할 수 있도록 하는 것이 시장경제질서의 취지에 부합한다. 그러므로 창작물이 시장에 등장하여 모방되기까지 걸린 시간적 간격도 부정경쟁행위 성부의 판단에 고려되어야 한다.

공정과 불공정을 나누는 시간적 간격을 일의적으로 판단하기는 어려울 것이다. 다만, 시장에서 평균적인 지식과 경험을 갖춘 창작자가 투하된 자본을 회수할 수 있을 것으로 예상되는 가상의 시간이 상한이 되어야 함은 명백해 보인다. 비유컨대, 상품화 노력을 게을리 한 창작자가 막차를 놓쳤다면, 경쟁자들로 하여금 그를 더 기다리게 할 필요는 없다. 지연된 혁신은 사회 전체의 관점에서도 바람직하지 않기 때문이다. 그러므로 통상적으로 투하 자본의 회수에 필요할 것으로 예상되는 시간이 경과한 이

440) 서울고등법원 2014. 7. 3. 선고 2013나54972 판결 참조.

441) 註 221 참조.

442) 제4장 제1절 2. 참조

상, 창작자의 주관적 사유, 가령 평균에 못 미치는 경영 능력으로 인하여 선행 시간을 효과적으로 활용하지 못했다는 등의 사정은 고려할 필요가 없다.

이와 관련하여 참고할 수 있는 것이 독일의 레고 블럭 판결이다. 1964년 및 1992년 두 차례에 걸쳐 경쟁자가 원고의 블럭과 호환이 가능한 블럭을 제조하여 시장에 진입하는 것을 금지하였던 연방대법원은, 2004년 판결에서는 입장을 바꾸어 40년 이상의 오랜 시간이 경과하는 동안 원고의 상품은 시장에서 충분한 보호를 누렸으므로 더 이상 경쟁자의 진입을 차단할 명분이 없다고 판시하였다.⁴⁴³⁾ 결국 상품 또는 서비스의 성격, 관련 시장의 상황, 소비자의 수요 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 할 것이다.

(바) 투자 동기에 미치는 영향

타인의 성과물을 이용하는 행위가 자유경쟁시장에서 노력과 투자를 계속할 인센티브를 침해하지 않는다면 경쟁질서에 반한다고 단정하기 어렵고, 오히려 이를 권장함으로써 사회에 유용한 자원을 효과적으로 분배시키는 결과에 이를 수 있다.

앞서 살펴 본 네이버 및 네이트 연예인 키워드 광고 사건에서 인터넷 포털사이트가 해당 연예인들이 노력과 투자에 의하여 구축한 성명, 초상 등이 갖는 고객흡인력을 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 이용한 것인지 다투어졌다. 이에 대하여 법원은 키워드 광고 서비스가 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반한다고 보기 어렵다고 판시하면서, 오히려 연예인들의 성명이 고객흡인력을 획득하는 데에는 인터넷 검색 사이트의 기여가 상당부분 인정되고, 키워드 검색광고를 통하여 연예인들이 실제로 협찬받거나 광고한 제품의 구매를 촉진하는 효과가 있음을 지적하였다.⁴⁴⁴⁾

443) 註 257, 258, 259 참조. 다만, 부정경쟁방지법이 특허권이나 디자인권의 존속기간보다 훨씬 긴 기간 동안 선행 시간의 이익을 제공할 필요가 있었는가에 관하여 의문이 있다.

이러한 판시는 미국 연방대법원이 *NBA* 판결에서 제시한 추가 요소 테스트를 통해 침해자의 무임승차로 인하여 상품이나 서비스를 제공하려는 권리자의 인센티브가 감소할 것을 요건으로 한 것과 같은 맥락으로 이해된다.⁴⁴⁵⁾ 창작의 동기가 지속될 수 있는 한, 그 범위 내에서 최대한의 접근을 허락하는 것이 건전한 경쟁을 유도하고 나아가 지식의 효과적인 분배에 기여하는 방법이다. 그러므로 최초 권리자의 투자 동기를 저해하지 않는 이용행위라면 공정한 경쟁질서를 위협한다고 단정하기는 어려울 것이다.

(사) 성과물의 취득 경위

침해태양의 위법성을 타인의 성과물을 ‘취득’하는 단계와 ‘이용’하는 단계로 나누어 살펴본다면, 취득 단계에서 위법성의 요소를 추출하는 것은 쉽지 않다. 가령, 영업비밀 침해의 경우 타인이 유지하고 있는 비밀성을 인위적으로 해제하고 영업비밀을 취득하는 과정에서 법질서에 대한 적대적 태도가 발현되는 경향이 있지만, 공중에 공개된 타인의 성과물은 굳이 그러한 수단에 의하지 않고도 취득할 수 있기 때문이다. 따라서 상도덕, 상사윤리, 공정한 경쟁질서라는 개념은 미국에서 영업비밀의 취득 과정에 ‘부정한 수단(improper means)’이 있었는지 판단하는 기준으로 널리 인용되어 왔음에도 불구하고⁴⁴⁶⁾, 그로부터 얻을 수 있는 단서는 매우 제한

444) 서울고등법원 2015. 1. 30. 선고 2014나2006129 판결, 서울서부지방법원 2014. 7. 24. 선고 2013가합32048 판결 참조.

445) 제3장 제1절 2. 나. (나) 참조.

446) 불법행위에 관한 리스테이트먼트(The Restatement of Tort) §757 주석 f는 일반적으로 받아들여진 상도덕(commercial morality)이나 합리적인 행위(reasonable conduct)의 기준에 미치지 못하는 일체의 수단이라고 설명한다; “상사관계에서 정글의 법칙을 도덕성(morality)의 기준으로 채택할 수 없다”, *E.I. du Pont de Nemours & Co. v. Christopher*, 431 F.2d 1012, 1016 (5th Cir. 1970); “영업비밀을 보호하는 이유는 상업적 혁신·발전은 물론 상사 윤리(commercial ethics)의 유지에도 명백한 공익이 자리잡고 있기 때문이다”, *Jet Spray Cooler, Inc. v. Crampton*, 377 Mass. 159, 167 (Mass. 1979); “영업비밀보호법은 거래계에서 보다 높은 상도덕(commercial morality)의 기준을 확립하고 추구해왔다”, *Hyde Corp. v. Huffines*, 158 Tex. 566, 581 (Tex. 1958)

적이다. 실제로 앞서 살펴 본 국내와 미국, 일본의 사례 중에서도 타인의 성과물을 취득하는 과정에서 위법성을 인정한 판시는 찾아보기 어렵다. 특히 국내 하급심 판결들의 경우, 침해태양을 판단하는 국면에서 경쟁관계와 무임승차의 요건이 갖추어지면 특별한 사정이 없는 한 상거래 관행이나 경쟁질서에 위반되는 것으로 판시하는 경향이 나타난다.⁴⁴⁷⁾

다만, 그렇다고 하여 성과물 취득 태양에 대한 평가를 완전히 배제할 수 있는 것은 아니다. 신뢰 관계를 배신하는 등 상도덕에 반하여 타인의 성과물에 관한 정보를 입수하여 활용한 경우가 그러하다. 일본의 사례로서, 악기 제조자가 독창적으로 개발한 전자 악기에 관하여 위탁 판매계약을 체결하기 위한 협상이 진행되다가 결렬되었는데, 그 과정에서 알게 된 제품 개발 정보를 이용하여 유사 상품을 생산하여 판매한 사안이 있었는데, 법원은 개발자의 영업상 이익을 고의로 위법하게 침해한 것으로 불법행위 책임이 성립된다고 판단하였다.⁴⁴⁸⁾

성과물의 취득 과정에서 이미 법질서에 적대적인 태도가 발현되었다면, 그 이용행위가 경쟁질서에 반하는지 여부를 판단하는 과정에서 다소 완화된 기준을 적용할 필요가 있다. 즉, 앞서 살펴 본 고려요소 중 이용의 목적·방법·정도·시간적 간격 등이 공정한 경쟁질서에 반하는지 살펴봄에 있어, 타인의 성과물을 시장에서 자연스럽게 접근한 경우에 비하여 요구되는 입증의 수준이 다소 낮더라도 부정경쟁행위로 인정될 수 있다.

(아) 관련 법익과의 이익형량

종래 저작권법과 표현의 자유와의 관계에 관하여 많은 연구가 진행된 바 있다. 일정한 표현에 대하여 독점력을 부여하는 저작권의 보호 범위가

447) 가령, 서울중앙지방법원 2007. 6. 21. 선고 2007가합16095 판결, 대전지방법원 2007. 10. 19. 선고 2007나9038 판결, 광주지방법원 2008. 11. 6. 선고 2008가합3499 판결, 서울중앙지방법원 2014. 10. 15. 선고 2013가단212651 판결, 서울중앙지방법원 2014. 11. 28. 선고 2014가합536344 판결 등이 그러하다.

448) 東京地方裁判所 1988. 7. 1.(昭和63年7月1日) 선고 昭和53年(ワ)8769号 판결(判例時報1281号129頁).

늘어나면 표현의 자유가 줄어들 우려가 있지만, 반대로 저작권법이 유인하는 창작적인 표현 속에 담긴 아이디어가 전파됨으로써 표현의 자유가 보다 풍부하게 보장될 수도 있다.⁴⁴⁹⁾ 그런데 저작권법의 분화 과정에서 살펴본 바와 같이, 아이디어와 표현이 언제나 명확히 구별되는 것은 아니다. 만약 표현을 보호한다는 명목으로 그 속에 담긴 아이디어에까지 접근을 제한한다면, 아이디어의 자유로운 배포가 차단될 우려가 있다. 타인의 성과물의 이용행위를 제한함에 있어서도 위와 같은 상관관계를 아울러 고려할 필요가 있다.

앞서 살펴 본 일본의 편집 정보지 사건에서 이러한 관점이 드러난 바 있다. 위 사건에서는 경쟁관계에 있는 정보지에 대한 모방행위가 문제되었는데, 법원은 자유로운 언론활동이 최대한 보장되어야 한다는 이념에 비추어 보면 저작권 침해 행위에 해당하지 않는 정보지의 편집·발행 행위는 일부러 상대방에게 손해를 줄 목적으로만 이루어지는 등의 특별한 사정이 없는 한 불법행위에 해당하지 않는다고 판시하였다.⁴⁵⁰⁾ 타인의 성과물을 이용하는 행위가 표현의 자유와 관련된 경우 침해태양의 판단기준을 보다 엄격히 한 취지로 풀이된다.

사실 서적의 출판 행위를 불법행위로 인정함으로써 결과적으로 자유로운 표현이 제약될 우려에도 불구하고, 영리를 목적으로 한 모방행위에 대하여 어디까지 표현의 자유를 보장해 줄 것인가도 쉽지 않은 문제이다. 다만, 단순히 경쟁자 사이의 영업의 자유가 서로 충돌하는 경우와 비교해 본다면, 신중하게 접근할 필요가 있다는 점은 부인할 수 없다.

(자) 출처 혼동의 고려 여부

전통적인 부정경쟁행위가 출처 사칭(passing off 또는 palming off)으

449) 이에 대한 상세한 논의는 이형하, “언론 출판의 자유와 저작권의 상충과 조정-헌법상 언론 출판의 자유를 이유로 하여 저작권침해에 대한 면책특권을 인정할 것인가?-, 헌법재판연구 I, 한국사법행정학회, 1993 참조.

450) 註 221 참조.

로부터 출발한 것은 사실이나, 오늘날 부정경쟁방지법이 새롭게 편입된 모든 행위가 출처의 혼동을 요건으로 하는 것은 아니다. 특히 (차)목은 (자)목과 마찬가지로 선행 창작자의 투자로 창출된 성과물에 위법하게 무임승차하는 것을 방지하고자 하는 취지이므로, 반드시 수요자의 관점에서 특정 영업주체의 상품이나 서비스와 혼동될 가능성이 있어야 한다고 볼 수 없다.⁴⁵¹⁾

다만, 이미 시장에 형성된 타인의 신용이나 명성에 무임승차하는 것에 그치지 않고 소비자에게 출처를 혼동시킬 의도가 입증되었다면, 그로 인하여 경쟁질서에 가해지는 위협은 증가되었다고 할 것이므로, 보다 수월하게 부정경쟁행위로 판단할 수 있다.

(3) 영업을 위하여 무단으로 사용

성과물을 이용할 수 있는 정당한 권한 없이 자신의 영업에 사용한 경우를 의미한다. 경쟁자의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻는 행위는 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반한다는 것이 종래의 대법원 판결 및 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목의 기저에 흐르는 논리이다. 앞서 살펴 본 하급심 판결들에서도 ‘무임승차(free riding)’라는 표현은 어렵지 않게 발견할 수 있다.

그런데 무임승차가 유체재산과 지적재산에서 가지는 의미는 매우 다르다. 흔히 지적재산은 비경합적(non-rivalry), 비배타적(non-excludable)이라고 설명한다. 가령 유체물인 자동차는 내가 사용하는 동안 남이 사용할 수 없지만, 아이디어는 내가 활용하고 있는 동안에 타인도 마찬가지로 활용할 수 있다. 이러한 점에서 지적재산은 비경합적이다. 나아가 지적재산은 그 속성상 허락하지 않은 이용행위를 금지하기 어렵다. 자동차는 점유를 회복함으로써 타인의 점유를 배제할 수 있지만 지적재산은 그렇지

451) (자)목의 상품 형태 보호규정은 선행자가 자금, 노력을 투하한 성과를 도용하는 행위를 금지하는 것이므로 선행자의 상품과 후행자의 상품 사이에 혼동을 초래할 것을 요하지 않는다는 취지의 견해로는 구회근, 앞의 논문(註 411), 148면 참조.

못하다는 점에서 비배타적이다.

이와 같은 특징으로 인하여 무임승차가 가지는 의미도 달라진다. 사실 타인이 지적재산에 무임승차함으로써 어떠한 이익을 얻는다고 하더라도, 그로 인하여 언제나 권리자에게 직접적인 손해가 발생하는 것은 아니다. 지적재산의 비경합성으로 인하여 권리자도 여전히 자신의 지적재산을 향유할 수 있기 때문이다. 그럼에도 불구하고 입법을 통해 지적재산의 비배타성을 제거함으로써 무임승차를 차단시키는 것은 지속적인 혁신을 유도하기 위한 정책적 고려라는 것이 전통적인 인센티브 이론의 관점이다.

이러한 논의가 시사하는 바는 침해태양의 위법성을 판단함에 있어 무임승차한 자가 얻은 이익에 지나치게 무게를 두어서는 안 된다는 것이다. 지적재산의 추상적인 성격으로 인하여 설명하기 다소 어려운 개념을 유체재산과의 비유를 통해 전달하는 설명방식이 많이 활용되고 있는데, 이로 인하여 지적재산에는 정당화될 수 없는 유추까지 무리하게 이루어지는 경향이 있다. 무임승차로 인한 외부효과(externality)를 내부화해야 한다는 논의를 지적재산권에 그대로 적용하는 것이 바로 그러한 경우로 지적된다.⁴⁵²⁾⁴⁵³⁾

그러나 심지어 유체재산에 있어서도 권리자가 모든 긍정적 외부효과를 내부화하도록 허용하는 것은 아니다. 별다른 대가를 지급하지 않고도 타인이 구축한 성과물로부터 이익을 얻는 사례는 우리 주변에서 어렵지 않게 발견할 수 있다. 화단에 심은 꽃으로부터 행인들이 만족감을 얻었다고 하여 그를 쫓아가서 그 만족감에 대한 대가를 지급하라고 요구할 수 없으며, 우중충한 담벼락을 아름다운 페인트로 도색할 때 이웃들이 얻게 될 이익을 내놓으라고 할 수도 없다.⁴⁵⁴⁾ 대형병원이 개설된 지역으로 약국을

452) 일반적으로 시장 외부의 요인으로 인하여 의도하지 않은 비용이나 편익이 발생하는 것을 외부효과라고 하는데, 그에 대하여 가격을 부여함으로써 시장 내부에서 거래되도록 하는 것을 외부효과내부화(internalization of externality)라고 한다. 예를 들어, 누군가 기르는 수탉이 울어대서 이웃들에게 피해를 입혔다면 이러한 영향은 시장을 통하지 않고 전달된 외부효과이지만, 이에 대해 소음세 등을 부과하면 시장 밖에 있던 외부효과가 가격을 통해 내부화된 것으로 볼 수 있다. Robert D. Cooter, Thomas Ulen, 한순구 역, 앞의 책(註 45), 209-210면 참조.

453) Mark A. Lemley, 앞의 논문(註 157), 1038-1039.

이전하고 손쉽게 고객을 확보하였다고 하더라도 병원에 그와 같은 이익을 반환해야 할 의무는 없는 것과 같은 이치이다. 하물며 비경합성으로 인하여 타인이 무임승차로 얻는 이익이 바로 권리자의 손해로 직결되지 않는 지적재산의 영역에 있어서, 무임승차가 위법성의 징표로서 가지는 의미의 한계를 명확히 인식할 필요가 있다.

(4) 경제적 이익의 침해

부정경쟁방지법 제2조 제1호 각 목에 열거된 부정경쟁행위 중 경제적 이익의 침해를 요건으로 하는 것은 (차)목이 유일하다. 경제적 이익의 개념에 관하여는 별도의 정의 규정을 두고 있지 않으나, 부정경쟁방지법의 입법목적과 (차)목 도입의 배경이 된 대법원의 판례에 비추어 볼 때, 경제적 이익이란 결국 영업활동을 통해 얻을 수 있는 이익을 의미하는 것으로 해석된다. 그러므로 (차)목의 부정경쟁행위가 성립하기 위해서는 단순히 타인의 성과물을 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위해 이용하는 것에 그치지 않고, 그로 인하여 타인의 영업상 이익이 침해되는 결과에 이르러야 한다.

이와 관련하여, 일본의 요미우리 온라인 사건에서는 원고가 다른 웹사이트에 기사 제목을 제공한 대가로 수수하는 라이선스료에 근거하여, 피고가 무단으로 기사 제목을 도용할 경우 그에 해당하는 라이선스료 상당의 영업상 이익이 침해된다고 판단하였다.⁴⁵⁵⁾ 또한, 일반인을 상대로 한 법률문제해설서 사건에서는 원고의 서적이 발행된 후 불과 4개월 내지 6개월 만에 피고의 서적이 발행된 점에 비추어, 내용이 유사하고 독자층이 공통되는 원고의 서적 판매에 영향을 미쳤을 개연성이 있다는 이유로 영업상 이익의 침해를 인정하였다.⁴⁵⁶⁾ 반면, 우키요에 해설 사건에서는 피

454) 이상의 사례는 Lemley, 앞의 논문(註 453), 1048-1049면 참조.

455) 註 215 참조.

456) 註 216 참조.

고의 저술 및 방송활동은 원고의 서적이 발행된 후로부터 약 60년이나 경과한 후라는 점에 근거하여 경제적 이익의 침해를 부정하였다.⁴⁵⁷⁾

그런데 앞서 지적한 바와 같이 (차)목 도입 전 국내의 하급심 실무는 사실상 위자료 일변도로 운용되어 왔다. 가령, 원고가 병원 홈페이지에 게시한 모발이식수술 환자들의 수술 전·후 사진을 피고가 도용한 사안에서, 위와 같은 도용으로 인하여 원고의 영업에 어떠한 침해가 발생하였는지 판단하지 않은 채 재산상 손해의 발생을 인정할 증거가 없다는 이유로 위자료 청구만 받아들였다.⁴⁵⁸⁾ 한편, 원고가 인터넷 쇼핑몰에서 건강보조식품을 판매하기 위하여 촬영한 제품 사진을 피고가 임의로 사용한 사안에서는, 피고의 사진 도용으로 인하여 원고의 제품 판매에 영향을 미쳤다고 보기 어렵다고 실시하면서도, 영업활동상의 무형의 이익을 위법하게 침해한 것으로 인정하여 위자료 청구를 받아들였다.⁴⁵⁹⁾

이러한 재판례는 영업상 이익의 침해 여부를 비교적 명확히 짚고 넘어가는 일본의 실무와 대비된다. 물론 이에 대해서는 경제적 이익의 침해가 정신적 손해의 발생과 반드시 양립불가능한 것은 아니라는 등의 반론이 가능할지 모른다. 그러나 이를테면, 원고의 재산상 손해가 입증되지 않았다거나, 성과물의 도용이 원고의 제품 판매에 영향을 미쳤다고 보기 어렵다는 이유로 위자료 청구만을 받아들인 일련의 사안에서, 영업상 이익의 침해가 어떠한 근거에서 인정되었는지 의문이 들지 않을 수 없다.

한편, 부정경쟁방지법 제14조의 2 제5항은 손해가 발생된 것은 인정되나 그 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 극히 곤란한 경우에는 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다고 규정한다. 이른바 ‘상당한 손해액’ 조항으로서, 종래 위자료로 인정되었던 손해는 이제 (차)목이 도입됨에 따라 위 조항에 근거하여 인정될 것으로 예상된다.

457) 註 224 참조.

458) 서울중앙지방법원 2007. 6. 21. 선고 2007가합16095 판결.

459) 서울중앙지방법원 2015. 4. 24. 선고 2014나62403 판결, 현재 상고심(대법원 2015다31483) 계속 중.

상당한 손해액 조항은 지적재산권 침해로 인한 손해배상청구 사건에서 손해액 입증에 많은 어려움을 겪는 현실을 고려한 입법적 결단으로서, 부정경쟁방지법뿐만 아니라 특허법, 저작권법, 상표법, 실용신안법, 디자인보호법 등에서도 마찬가지로 활용되고 있으며, 충분히 그 필요성이 인정된다. 다만, 그렇다고 하여 위 조항이 법원으로 하여금 (차)목의 경제적 이익 침해 요건에 관한 판단을 건너뛰고 바로 손해의 산정으로 나아가도록 하는 ‘급행티켓’이 될 수는 없음은 분명하다.⁴⁶⁰⁾

(5) 소결

앞서 살펴 본 바와 같이 국내의 일부 하급심 재판례는 지적재산권법으로 보호되지 않는 지적 창작물에 대하여 너무 쉽게 보호적격을 인정한 것은 아닌지, 그로 인하여 민법 제750조를 또 하나의 지적재산권법으로 운용한 것은 아닌지 아쉬움이 남는다. 모든 지적 성과물에 대한 이용행위를 규제하고자 하는 것이 민법 내지 부정경쟁방지법의 취지는 아니며, 아무리 Liability Rule 방식의 보호만 제공한다고 하더라도 침해의 성립범위를 지나치게 넓게 인정하면 정당한 모방을 통한 누적적 진보를 이루기는 어려워진다. 뿐만 아니라, 일본의 하급심 판결과 달리 경제적 이익 또는 영업상 이익의 침해에 대하여 충분한 실시 없이 바로 위자료를 인정하였다는 점에서도 많은 아쉬움이 남는다.

적어도 지적재산권법 학계의 시각에서 경제법 영역으로부터 애써 지켜오고 있는 부정경쟁방지법이지만, 일반조항을 도입한 부정경쟁방지법과 그 외의 지적재산권법을 조화롭게 해석하는 것은 쉽지 않은 과제이다. 미국에서 부정이용 법리(misappropriation doctrine)가 연방 지적재산권법과 충돌하지 않는 영역을 찾기 위한 논의가 한 세기에 걸쳐 다양한 스펙

460) 2010년 하반기부터 2013년 1월까지 선고된 지방법원 합의부 이상의 사건들 중 위 상당한 손해액 인정조항에 근거하여 손해배상청구를 받아들인 사건의 비율은 약 71.92%에 이른다고 한다. 박준석, “지적재산권 침해의 손해액 입증 곤란시 ‘상당한 손해액’의 인정에 관하여”, 인권과 정의, 제438호, 대한변호사협회, 2013, 83-86면 참조.

트럼으로 진행되어 왔다는 사실이 이를 방증(傍證)한다. 추상적인 법개념의 외연을 실질적으로 탐구하는 과정에서 구체적 사실관계를 전제로 누적된 재판례가 주는 도움은 아무리 과장해도 지나치지 않다. 그럼에도 불구하고 부정경쟁방지법상 일반조항에 따라 보호해야 할 대상의 윤곽을 미리 그려보는 작업은 매우 중요하다고 생각된다. 부정경쟁방지법의 일반조항 하나가 돌연 지적재산권법의 전 체계를 혼란에 빠뜨릴 수 있는 내부의 적이 될 수 있기 때문이다.

3. (차)목으로 새롭게 포섭될 수 있는 부정경쟁행위의 유형

가. 퍼블리시티권 침해

성명, 초상, 이미지 등을 상업적으로 이용할 수 있는 권리를 의미하는 퍼블리시티(publicity)권은 그 인정의 필요성에 관하여 많은 논의가 있어 왔다. 하급심 판결 중에는 재산적 권리로서의 퍼블리시티권을 인정한 사례도 있으나,⁴⁶¹⁾ 최근에는 퍼블리시티권의 개념 자체는 필요하다고 인정하면서도 성문법주의를 취하고 있는 우리나라에서 법률, 조약 등 실정법이나 확립된 관습법 등의 근거 없이 물권과 유사한 독점·배타적 재산권인 퍼블리시티권을 인정하기는 어렵다고 보는 판시가 다수 발견된다.

이와 관련하여, 유명인의 퍼블리시티에 대한 무단 편승을 부정경쟁행위로 규율하고자 하는 노력이 있었으나, 일반조항 도입 전에는 상품 내지 영업의 표지와 연결고리가 필요했기 때문에 개정 전 부정경쟁방지법에 열거된 행위유형으로 포섭하는 데 다소의 제약이 있었던 것이 사실이다.

그런데 개정법에 새롭게 도입된 (차)목은 퍼블리시티를 보호할 수 있는 법적근거로 보다 수월하게 활용될 수 있을 것으로 예상된다. 즉, 유명인

461) 서울지방법원 1995. 6. 23. 선고 94카합9230 판결, 서울지방법원 서부지원 1997. 8. 29. 선고 94가합13831 판결, 서울지방법원 1999. 7. 30. 선고 99가합13985 판결, 서울고등법원 2000. 2. 2. 선고 99나26339 판결 등 참조.

이 상당한 노력을 투자하여 성명, 초상, 이미지 등이 고객흡인력을 가질 수 있게 되었는데, 공정한 경쟁질서에 반하여 위와 같은 고객흡인력을 무단으로 이용하였다면 부정경쟁행위에 해당된다는 논리적 구성이 가능하다. 이 경우 유명인과 침해자 사이의 경쟁관계는 이를테면 광고 시장과 같이 고객흡인력을 영리 목적으로 활용할 수 있는 분야에서 형성될 것이다. 물론 이와 같은 경쟁관계는 침해 당시 반드시 현실적으로 존재할 것을 요하지 않으며, 향후 광고 시장 등에서 그 수익을 두고 경쟁할 고도의 개연성이 있으면 충분하다고 보아야 한다.

나. 트레이드 드레스 모방

상행위를 의미하는 ‘트레이드(Trade)’와 전체적인 외관을 의미하는 ‘드레스(Dress)’의 조합에 의한 용어인 ‘트레이드 드레스(Trade Dress)’는 상행위와 관련된 상품 등의 외관을 의미한다. 상품이나 서비스의 출처를 표시하는 문자나 기호 또는 도형들과는 달리, 크기, 형상, 포장, 색채, 특별한 판매방식 등 상품이나 서비스의 전체적인 인상이 포함되고, 나아가 영업소의 외관, 내부 장식, 표지판, 근무복과 같은 영업의 전반적인 외관도 포함될 수 있다.⁴⁶²⁾

트레이드 드레스 보호에 관한 논의는 미국 연방 상표법(Lanham Act) §43 (a)의 미등록 상표 보호 범위의 해석에 관한 보통법을 통해 전개되었으며, ① 본질적으로 식별력이 있거나(inherently distinctive), 2차적 의미(secondary meaning)를 획득함으로써 식별력이 있고, ② 비기능적(non-functional)이며, ③ 침해자의 상품의 출처에 관하여 소비자에게 혼동가능성을 야기하는 경우에 한하여 보호받을 수 있다.⁴⁶³⁾

462) *Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc.*, 505 U.S. 763, 764 n1 (1992), *Blue Bell Bio-Medical v. CinBad, Inc.*, 864 F.2d 1253, 1256 (1989), *John H. Harland Co. v. Clarke Checks, Inc.*, 711 F. 2d 966, 980 (1983).

463) 유영선, “우리나라 법에 의한 산업디자인의 보호 및 한계”, 사법논집, 제41집, 대법원 법원행정처, 2005, 660-661면.

우리 지적재산권법도 마찬가지로 트레이드 드레스에 관한 명시적인 규정을 별도로 두고 있지 않다. 만약 경쟁관계에 있는 자가 판매하는 상품 자체를 모방하였다면 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (자)목으로 규율할 수 있을 것이지만, 상품 형태 이외에 영업의 전반적인 이미지를 구성하는 요소들이 개별적으로는 지적재산권법, 특히 상표법의 보호를 받기 어려운 경우가 있을 것이다. 그러한 경우, 만약 상품·서비스의 인상과 영업의 외관을 이루는 개별 구성요소들의 전체적인 결합을 통해 다른 영업과 구별되는 특징이 발견되고, 위와 같은 성과물의 구축에 상당한 노력과 비용이 투자되었다면, 경우에 따라 이를 (차)목을 통해 보호할 필요도 있을 것이다.

국내의 사례로는 벌꿀 아이스크림 사건을 들 수 있다. 법원은 간판, 메뉴판, 콘반지, 젓소 로고, 아이스크림 진열 형태, 별집채꿀 진열형태 등 원고의 아이스크림 매장의 구성요소들은 원고의 영업 또는 원고 매장만의 독특한 분위기를 형성하는 특징적인 부분으로서 원고가 상당한 투자와 노력을 기울여 만든 성과물인데, 피고가 이에 편승하여 원고의 고객흡인력을 자신의 영업을 위해 무단으로 사용한 것은 (차)목의 부정경쟁행위에 해당한다고 판단하였다.⁴⁶⁴⁾

다. 인터넷 링크를 통한 무임승차

인터넷 하이퍼링크는 하나의 HTML 문서에서 다른 HTML 문서를 참조할 수 있도록 연결하는 것을 의미하는데, 그 구체적인 구현방식에 따라 단순 링크(simple link), 직접 링크(direct link), 프레임 링크(frame link), 인라인 링크(inline link)로 나누어 볼 수 있다.

단순 링크와 직접 링크는 이용자로 하여금 참조하고자 하는 웹사이트를 직접 방문하도록 한다는 점에서 공통점이 있지만, 해당 웹사이트의 초기 페이지로 이동시키는 단순 링크와 달리, 직접 링크는 특정한 하위 페이지

464) 註 308 참조.

로 이동시킨다는 차이점이 있다. 이와 달리, 프레임 링크와 인라인 링크는 이용자로 하여금 참조하고자 하는 웹사이트를 직접 방문하지 않고 링크를 제공한 웹사이트에서 다른 문서를 참조할 수 있도록 한다. 다만, 인라인 링크가 참조하고자 하는 문서를 링크 제공자의 웹사이트 특정 부분에 제공하는 반면, 프레임 링크는 링크 제공자의 웹사이트 화면 내에서 분할된 프레임에 참조하고자 하는 문서를 제공한다는 형식상의 차이점이 있다.⁴⁶⁵⁾

인터넷 링크는 방대한 정보에 효율적으로 접근할 수 있도록 해주는 핵심적인 기술이라는 점에서 그 필요성은 부인할 여지가 없지만, 만약 링크를 통하여 다른 웹페이지에 게시된 타인의 저작물을 임의로 이용자에게 제공한 경우 저작권의 침해로 볼 수 있는지 문제될 여지가 있다. 이와 관련하여, 대법원은 인터넷 링크는 연결하고자 하는 웹페이지나, 웹사이트 등의 서버에 저장된 개개의 사진저작물 등의 웹 위치 정보 내지 경로를 나타낸 것에 불과하므로, 비록 인터넷 이용자가 링크 부분을 클릭함으로써 링크된 웹페이지나 개개의 저작물에 직접 연결한다 하더라도 저작권법이 규정하는 복제, 전송 및 전시에 해당하지 않는다고 판시한 바 있다.⁴⁶⁶⁾ 위 판례에 대해서는, 복제나 전시와 달리 디지털 시대에 신설된 전송의 개념은 유형물이라는 개념요소로부터 비교적 자유롭고, 전송이 이루어지는 데 결정적인 기여행위를 한 주체가 누구인가에 따라 유연한 해석이 가능하므로, 전송권 침해로 볼 수 있다는 비판이 제기된다.⁴⁶⁷⁾

어쨌든 현재의 대법원 판례의 취지에 따르면, 링크를 통하여 타인의 저작물을 임의로 이용하더라도 침해책임을 부담하지 않게 되는데, 인라인 링크나 프레임 링크와 같이 이용자로 하여금 원 출처에 해당하는 웹사이트에 방문하지 않도록 하는 경우, 저작자의 입장에서는 자신의 콘텐츠를

465) 이상 인터넷 링크의 특징에 관한 설명은 박준석, “이미지 검색엔진의 인라인 링크 등에 따른 복제, 전시, 전송 관련 저작권침해 책임”, 민사판례연구, 제33-1권, 박영사, 2011, 644-645면 참조.

466) 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다4343 판결.

467) 위의 논문, 680-681면.

제공하는 대가로 광고수익마저 얻을 수 없다는 문제가 발생한다. 이는 꼭 저작물의 이용에 한정된 논의는 아니다. 가령, *Ticketmaster Corp. v. Tickets.Com, Inc.* 사건⁴⁶⁸⁾에서 다루어진 바와 같이, 웹사이트를 기반으로 이루어지는 타인의 영업활동 전반에 인터넷 링크를 통하여 무임승차할 가능성을 배제할 수 없다. 위 사건에서 원고와 피고는 영화, 공연 등 티켓 판매 영업에서 경쟁관계에 있었는데, 원고는 자신의 웹사이트를 방문한 이용자로 하여금 인터넷 링크를 통하여 피고의 웹사이트에서 판매하는 티켓을 구입할 수 있도록 하였다. 위 본안사건은 재판상 화해로 종결되었으나, 인터넷 링크를 통해 타인의 성과물을 무단으로 이용할 가능성을 보여주었다는 점에 주목할 필요가 있다.

위와 같은 사안에서, 필요한 경우 (차)목의 부정경쟁행위로 규율하는 방법을 검토할 수 있다.⁴⁶⁹⁾ 다만, 인터넷 링크 자체는 다양하고 방대한 정보에 대한 효율적인 접근수단으로서 기능할 뿐만 아니라 적어도 현재까지는 필수불가결한 기술로서 광범위하게 활용되고 있으므로, 링크 그 자체가 공정한 경쟁질서에 반하는 영업방법이라고 단정하기는 어렵고, 앞서 분석한 고려 요소를 통해 침해태양을 면밀히 살펴보아야 할 것이다.

라. 메타 태그, 키워드 검색 광고

메타 태그(meta tag)란 웹사이트의 정보를 제공하는 태그로서, 작성자가 HTML 코드에 자신의 웹사이트를 함축적으로 표현할 수 있는 일정한 단어를 삽입하면 메타코드를 찾아내는 검색엔진이 이를 인식하고 필요한 경우 검색결과로 제공한다. HTML 문서에 대한 일종의 인덱스(index)로서 기능하는 셈이다.

468) 54 U.S.P.Q.2d 1344 (C.D.Cal. 2000).

469) 경쟁사업자의 인라인 링크행위를 부정이용(misappropriation) 법리로 규율할 수 있다는 취지의 견해로는 Mark A. Lemley & Peter S. Menell, Robert P. Merges, *Software and Internet Law* 3d ed., Aspen Law & Business, 729-730 (2006), Julie E. Cohen & Lydia P. Loren, *Copyright in a Global Information Economy*, Aspen Law & Business, 388 (2002); 각 박준석, 앞의 논문(註 465), 685면에서 재인용.

최근 메타 태그의 원리와 유사한 키워드 검색 광고의 위법성이 다투어진 몇몇 사례가 있었다. 광고주들은 자주 검색될 것으로 예상되는 키워드를 자신의 상품이나 서비스에 연결시키기 위하여 인터넷 포털 사이트와의 계약을 통해 선점해왔다. 가령, 가방을 판매하는 광고주가 ‘여행가방’이라는 키워드 사용계약을 체결하면, 이용자가 검색창에 위 단어를 입력하였을 때 해당 광고주의 쇼핑몰이 검색 페이지 상단에 노출되도록 하는 방식이다. 그런데 이러한 키워드 검색 광고가 타인의 고객흡인력에 대한 무임승차로 평가될 수 있다는 지적이 제기되었다. 등록 상표나 주지·저명 상표를 키워드로 선점하여 이를 검색하는 이용자에게 자신의 상품·서비스를 광고하는 경우가 그러하다.

키워드 검색광고를 둘러싼 논의는 다양한 쟁점을 다루고 있다. 키워드의 노출 없이 그 검색결과만을 제공하는 것이 상표의 사용에 해당되는지, 검색결과에 따라 광고주의 웹사이트로 이동하여 상품을 구입하기 전에 출처에 대한 혼동이 사라진 경우에도 혼동 가능성이 있었다고 볼 수 있는지에 주로 문제된다. 전자와 관련하여서는, 위 상표는 컴퓨터 내부에서 처리되는 알고리즘에만 사용되고 이용자에게 보이지 않기 때문에 상표의 사용으로 인정하기 어려운 측면이 있다는 견해⁴⁷⁰⁾와 시각적 표시 여부와 무관하게 상표적 사용으로 볼 수 있으며 특히 부정경쟁방지법상 표지의 사용은 상표의 사용과 달리 신축적으로 해석할 여지가 있다는 견해⁴⁷¹⁾ 등이 제시된다. 한편 후자에 대해서는, 실질적인 혼동에 의하여 판매가 이루어지지 않더라도 소비자의 최초 관심을 끌어들이기 위한 혼동이 발생한 정도로 상표가 사용된 경우 상표권 침해가 될 수 있다는 이른바 최초 관심혼동(initial interest confusion) 이론이 미국 연방법원을 중심으로 받아들여지고 있다.⁴⁷²⁾

470) 송영식 등, 앞의 책(註 425), 503면, 유대중, “검색광고의 법적 문제에 관한 소고”, 인터넷법률, 제34호, 법무부, 2006, 5면, 김성호, “인터넷배너광고의 연계에 대한 법적 문제”, 인터넷법률, 제11호, 법무부, 2002, 101면 참조.

471) 박준석, “인터넷상에서 ‘상표의 사용’ 개념 및 그 지위(III): 메타태그, 한글도메인이름 관련 분쟁을 중심으로-”, 사법, 제16호, 사법연구지원재단, 2011, 32-33면 참조.

472) 송영식 등, 앞의 책(註 425), 505-506면 참조.

만약 타인의 주지·저명 상표를 키워드 검색광고에 이용한 결과 경쟁질서에 반하여 그 고객흡인력을 상당 부분 흡수하는 결과가 발생하였다면 (차)목의 부정경쟁행위로 규율할 수 있다고 생각한다. 나아가 광고에 사용된 키워드가 연예인 등 유명인의 성명에 해당된다면, 이론적으로 앞서 검토한 퍼블리시티권 침해의 문제로 다루어질 여지도 있을 것이다.⁴⁷³⁾

마. 방송 프로그램 포맷 모방

방송 프로그램 포맷에 대해서는 다양한 정의가 있는데, “장르 및 유형 개념보다도 훨씬 구체적인 수준에서 프로그램이 갖추고 있는 일정한 구성이나 틀”⁴⁷⁴⁾, “프로그램에 포함된 플롯, 스토리 전개, 주제, 분위기, 음악, 연속되는 이벤트, 제작 가이드라인 등의 구성”⁴⁷⁵⁾ 등으로 이해되어 왔으며, 최근에는 기존의 정의들에 기초하여 “방송 프로그램을 제작하기 위한 독창적이고 구체적인 체제로서 줄거리, 진행방법, 세트 디자인, 출연자의 행위 등을 포함하는 제작 계획 또는 기법”으로 설명하기도 한다.⁴⁷⁶⁾

국내 방송 프로그램 포맷 시장은 아직 초기 단계에 불과하지만, 영국, 네덜란드를 중심으로 한 유럽에서 상위 100개의 방송 프로그램 포맷의 가치만 약 3조 원에 이르며, 방송물로서 얻는 수익 이외에도 지속적인 부가가치를 창출할 것으로 기대되고 있다.⁴⁷⁷⁾

473) 연예인에 대한 키워드 검색광고가 퍼블리시티권의 침해라고 주장하며 인터넷 포털사이트를 상대로 소를 제기한 사안에서 (차)목의 적용가능성을 검토한 사례로는 서울고등법원 2015. 1. 30. 선고 2014나2006129 판결 참조. 다만 결론에 있어 위 판결은 키워드 검색광고로 인하여 해당 성명을 가진 연예인들에게 어떠한 손해가 발생하였다고 보기 어렵고, 키워드 검색광고의 알고리즘 자체가 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목에서 규정한 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법이 아니라고 판시하였다.

474) 배진아, “방송 시장의 포맷 거래에 관한 연구”, 방송과 커뮤니케이션, 제9권 제2호, 문화방송, 2008, 10면.

475) Jay Rubin, “Television Formats: Caught in the Abyss of the Idea/Expression Dichotomy”, 16:2 Fordham Untell. Prop. Media & Ent. L. J. 663, 694 (2006).

476) 주자람·정윤경·조연하·홍원식, 방송프로그램 포맷의 보호방안 연구, 한국저작권위원회, 2014, 34면.

477) 주자람 등, 위의 책, 3-4면.

방송 프로그램 포맷의 보호방안으로 먼저 생각해볼 수 있는 것은 저작권법이다. 그런데 저작권은 표현과 아이디어의 이분법에 따라 표현만을 보호대상으로 하므로, 방송 제작 계획 내지 기법 등의 아이디어를 보호대상으로 포착하는 데 어려움이 있다. 다음으로 상표법도 고려해볼 수 있으나, 방송 포맷은 출처의 혼동을 유발하지 않고도 얼마든지 우회하여 모방할 수 있다. 이러한 점에서 방송 포맷 개발 과정에 많은 인력과 비용이 투하되고, 성공한 방송 프로그램 포맷은 막대한 경제적 부를 창출할 수 있음에도 불구하고,⁴⁷⁸⁾ 자유로운 경쟁을 명목으로 한 모방에 노출될 우려가 있다. 이 경우 부정경쟁방지법 (차)목을 보호규범으로 고려해볼 수 있다. 방송 프로그램 포맷은 상당한 비용과 노력을 들여 이룩한 성과물로 볼 수 있고, 이를 모방하는 행위가 공정한 경쟁질서에 반하여 기존 창작자의 영업상 이익을 침해한다면 부정경쟁행위로 포섭할 수 있을 것이다.

실제로 국내의 짹 패러디 사건에서 타 방송사의 프로그램 포맷을 모방하여 새로운 영상물을 제작한 행위의 위법성이 다투어졌다. 원고는 ‘짹’이라는 제목의 영상물을 제작·방송하였는데, 피고가 자사의 방송채널을 통하여 ‘짹 재소자특집 1부’, ‘짹 재소자특집 2부’, ‘짹 재소자 리턴즈’, ‘짹 메디컬 특집’ 등의 프로그램을 방송하면서, 원고 방송 프로그램의 소재와 장면도 일부 패러디하였다. 원고는 방송 프로그램 포맷 중 13가지의 특징을 피고가 모방하였다고 주장하였는데, 법원은 원고가 주장하는 위 특징은 표현이 아닌 아이디어에 해당한다고 보아 저작권 침해 주장을 배척한 후, 타인의 성과물을 무단으로 이용하여 불법행위 책임을 부담하는지 판단하였다. 결론에 있어, 피고는 독자적인 아이디어를 바탕으로 피고 자신의 비용과 노력을 들여 원고 영상물에 존재하지 않는 다양한 창작적 요소를 부가하였다는 이유로 민법상 불법행위 주장도 받아들이지 않았으나, 부정경쟁방지법 (차)목으로 규율할 여지가 있다는 가능성은 일단 확인된 것으로 보인다.

478) 게임쇼 장르에 해당되는 영국 ITV의 ‘Come Dine with Me’ 프로그램 포맷 라이선스 약정은 2011년 한 해 동안 약 2억 1,740만 달러의 수익을 창출했다고 한다. 주자람 등, 앞의 책(註 476), 18면 참조.

제2절 부정경쟁방지법상 금지청구권의 운용 방안

1. 서설

부정경쟁방지법이 제공하는 보호의 수준은 앞서 검토한 부정경쟁행위의 성립범위뿐만 아니라, 그에 대하여 부여되는 구제수단의 종류에 따라서도 달라진다. 그런데 보호의 수준을 결정하기 위하여 부정경쟁행위의 성립범위를 무리하게 확대하거나 축소할 경우 입법취지가 몰각되거나 인접 법률과의 경계가 모호해 질 우려가 있다.⁴⁷⁹⁾ 따라서 부정경쟁행위에 대한 구제수단을 합리적으로 활용함으로써 적절한 보호 수준을 유지하는 것이 중요하다. 현행 부정경쟁방지법은 부정경쟁행위에 대한 구제수단으로 금지청구권(제4조), 손해배상청구권(제5조), 신용회복청구권(제6조)을 마련하고 있다.

그런데 최근 전통적인 지적재산권법의 두 축으로서 보호영역을 공고히 구축해왔던 특허법 및 저작권법의 보호방식에 관하여 새로운 변화가 감지되고 있다. 권리자의 금지청구권을 언제나 받아들여야 하는지, 정당한 대가를 지급하는 것을 조건으로 보다 수월하게 이용을 허락하도록 유인해야 하는 것은 아닌가에 관한 논의로서, 창작의 성과를 지적재산권자에게 독점시키는 방법론에 대한 근본적인 고민이다. 특허발명과 저작물은 전형적인 Property Rule 방식의 보호를 제공받아 왔다는 점에서 이러한 논의가 가지는 의의를 정확히 이해할 필요가 있다.

2. 지적재산권의 침해와 구제수단에 대한 새로운 시각

가. 특허법의 변화

479) 저작권법의 경우 창작성이 없는 데이터베이스에 대해서도 저작권과 유사한 권리를 부여함으로써 법체계상 다소의 혼란이 야기된 측면이 있음을 부인할 수 없다.

(1) 특허법상 금지청구권의 기능

금지청구권은 특허권을 침해하거나 침해할 우려가 있는 경우 그 침해의 금지와 예방을 청구할 수 있는 권리이다. 손해배상청구권이 과거의 침해에 대한 사후적 구제라면, 금지청구권은 현재 또는 장래의 침해에 대한 사전적 구제로 볼 수 있다. 우리 특허법 제126조, 미국 35 U.S.C. §154(a), 일본 특허법 제100조는 모두 특허권 침해에 대한 구제수단으로서 금지청구권을 인정하고 있다.

일반적으로 금지청구권은 물권적 청구권과 같은 속성의 권리로 해석되는데, 권리자의 입장에서는 손해배상책임만으로 전보될 수 없는 손해의 회복을 꾀할 수 있고, 침해자의 입장에서는 장래를 향한 일체의 영업활동을 금지당할 수 있다는 점에서 매우 강력한 구제수단에 해당한다. 비록 물권적 청구권이 물권의 필연적 귀결이라고 보기는 어려우나, 물권의 두터운 보호를 위하여 양자가 긴밀한 관계에 있음을 부인할 수 없고, 특허권과 같은 배타적 권리의 내용을 원만하게 실현시킬 수 있다는 점에서 그 존재 의의를 찾을 수 있다.

(2) 금지청구권의 부작용

특허권자의 금지청구권의 행사로 인하여 뜻하지 않은 비효율이 발생할 수 있다는 주장이 최근 미국에서 부각되고 있다. 논의의 발단은 특허를 보유하기만 한 채 실시는 하지 않는 특허권자(Non-Practicing Entities, NPE)이다. 물론 NPE가 처음부터 특허 제도의 문제점을 양산한 것은 아니다. 미국의 반도체 칩 제조사인 Texas Instruments는 생산설비 없이 라이선싱만으로 최근 20년 동안 매년 약 8억 달러의 수익을 창출해왔으며, 한 때 성공한 비즈니스 모델로 평가받기도 하였다.⁴⁸⁰⁾

480) Paul M. Mersino, "Patents, Trolls, and Personal Property: Will eBay Auction Away a

그런데 최근 NPE가 타인이 특허를 실시하기를 기다렸다가 배타적 권리를 무기로 협박에 가까운 협상 테이블을 차리는 사례가 빈번하게 발생하였다. 협상이 결렬되어 특허권자가 금지청구권을 행사할 경우 영업 자체를 중단해야 할 위기에 처할 수 있기 때문에, 상대방으로서는 특허권자가 요구하는 비합리적인 실시료를 거절하기 어렵기 때문이다. 경제학적 관점에서 권리자의 의사에 의하지 않고는 법적 지위를 박탈당하지 않도록 하는 Property Rule이 비효율적인 자원 배분을 유발하는 셈이다. Property Rule은 거래 당사자들이 합리적인 경제주체임을 전제로 하지만, 금지명령이라는 강력한 무기를 가진 특허권자로서는 굳이 ‘합리적인’ 실시료의 산정에 동의해야 할 이유가 없다.

이는 꼭 NPE에 한정된 논의가 아니다. 최근 20여 년 동안 미국에서만 약 250만 개의 특허가 발급되었는데, 위 특허 중 상당수는 정보통신 및 생명공학 산업에 집중되어 있다.⁴⁸¹⁾ 이로 인하여 관련 제품을 생산하고자 하는 자는 모든 특허권자와 협상을 해야 하는데, 만약 위 특허권자 중 1인이라도 금지청구권을 행사한다면 생산자는 모든 영업을 중단하고 거액의 소송에 휘말리게 될 우려가 있다. 비용은 차치하더라도 제품 생산에 필요한 모든 특허 및 그 권리자를 찾아내고 실시허락을 받는 데 드는 시간은 하루가 다르게 급변하는 정보통신 및 생명공학 산업에 치명적이다.

한 가지 흥미로운 점은 위와 같은 소송의 위협에도 불구하고 적지 않은 경제주체들이 일단 제품의 연구 및 개발에 착수하는 경향이 발견된다는 것이다.⁴⁸²⁾ 가령, 인텔은 매년 수 백 건에 달하는 특허침해소송의 위협에

Patent Holder’s Right to Exclude?,” 6 Ave Maria L. Rev., 314 (2007).

481) 1990년대의 경우 전체 특허의 중 컴퓨터에 관한 것은 24.2%, 반도체에 관한 것은 9.3%, 전 기전자에 관한 것은 7.7%가, 생명공학에 관한 것은 3.7%에 이른다고 한다. John R. Allison & Mark A. Lemley, “Who’s Patenting What? An Empirical Exploration of Patent Prosecution”, 53 Vand. L. Rev. 2099, 2148 (2000) 참조.

482) 지적재산권자연합회(Intellectual Property Owners Association)가 2003년에 주요 업체 지적 재산 담당자를 상대로 조사한 결과에 의하면, 자사의 기술 개발 및 R&D에 있어서 경쟁사의 특허가 중요한 역할을 할 것으로 예상될 경우 과감하게 후속 단계의 개발을 포기한다고 응답한 업체는 23%에 불과했다.

(http://www.ipo.org/wp-content/uploads/2013/04/survey_results_revised.pdf, 2015. 4. 15. 최종 방문)

시달리지만 꾸준히 마이크로프로세서를 개발하고 있고, 유전자 치료기술을 개발하는 업체들도 장래 타인의 유전자 특허가 중요한 부분을 차지할지 모른다고 생각하면서도 수 천 개의 유전자 특허로 구성된 유전자 칩을 제조하고 있다.⁴⁸³⁾ 장래 타인의 특허를 침해하게 된다는 사정을 예상하면서도 이를 무시하고 연구에 착수한 후, 막연히 사후적인 라이선스 협상이 체결되거나 특허 소송에서 무효 항변이 받아들여질 것을 기대하는 현상이 발생하고 있다.

위와 같은 시도를 가리켜 특허 제도에 반하는 처사라고 비난만 할 수는 없다. 수많은 특허가 얽히고 설킨 산업 분야에서 해당 특허를 이용하고자 할 경우 Property Rule의 취지에 따라 개별 특허권자를 하나씩 찾아내어 협상에 임하는 것은 매우 힘든 일이다. 다수의 협상 중 하나라도 결렬될 경우 제품 전체는 금지명령의 위협에 처하며, 기적적으로 모든 협상을 성공으로 이끌었다고 하더라도 이미 제품 개발의 시기를 놓친 후일 가능성도 있다. 적어도 위와 같은 사례에서는 특허권자의 금지청구권으로 인하여 '반공유지의 비극(anti-common tragedy)'이 탄력을 받고 특허 제도가 혁신을 늦추는 현상이 발생하는 셈이다.

(3) 금지청구권의 자동적 부여에 대한 반성적 고려

2006년 미국 연방대법원의 *eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C.*⁴⁸⁴⁾ 판결은 지적재산권 침해에 대한 구제수단으로서 금지청구권을 어느 정도로 인정할 것인가에 관한 논의에 불을 지피는 계기가 되었다. 35 U.S.C. §283은 법원은 특허권의 침해를 방지하기 위하여 '형평의 원칙에 따라(in accordance with the principles of equity)' 금지명령을 부여할 수 있다

483) Mark A. Lemley, "Ignoring Patents", 2008 Mich. ST. L. Rev., 19, 20-21 (2008). 위 논문 29면은 장래 소송에서 특허 침해가 인정되지 않거나 특허 무효 항변이 받아들여질 것을 기대하고 개발을 계속하는 것을 가리켜 짐을 짓기 전에 자신의 땅이 어디까지인지 알아보지도 않고 일단 신축하는 것과 다를 바 없다고 설명한다.

484) 547 U.S. 388 (2006).

고 규정한다.⁴⁸⁵⁾ 위 규정의 문언에 의하면 금지명령 발령 전 형평의 요소를 고려해야 하는 것으로 해석되는데, 고려해야 할 형평의 원칙이란 무엇인지, 일단 특허 침해가 인정되면 그에 대한 구제수단으로 언제나 금지명령을 부여해야 하는지 다투어졌다.

이에 대하여, 연방항소법원(CAFC)은 특허에 부여되는 배타적 권리는 물권의 핵심적인 개념으로서 권리가 유효하고 침해가 인정되는 이상 금지명령이 발령되는 것이 일반적인 원칙이라고 보았다. 따라서 해당 특허를 이용하지 못함에 따라 중요한 공익적 요청이 좌절되는 등 예외적인 경우를 제외하고는 금지명령이 인정되어야 한다고 판시하였다.⁴⁸⁶⁾ 사실상 특허권 침해가 있는 경우에는 금지명령이 자동적으로 따르도록 한 것이다.

그러나 연방대법원은 위와 같은 태도에 제동을 걸었다. 금지명령은 형평의 원칙에 따라 발령될 수 있는데, ① 회복할 수 없는 손해가 발생하고 (irreparable injury), ② 금전배상과 같은 구제수단으로는 손해를 전보하기 어려우며 (inadequate to compensate), ③ 금지명령이 부여될 경우 원고와 피고가 겪을 고통의 균형이 맞아야 하고 (the balance of hardships), ④ 영구적 금지명령으로 인하여 공익에 해가 되지 않는 경우 (the public interest)에만 금지명령을 부여해야 한다는 이른바 ‘4요건 테스트(four-factor test)’는 확립된 형평의 원칙을 반영한 것으로서, 특허법에도 마찬가지로 적용되어야 한다고 판시하였다.⁴⁸⁷⁾ 연방항소법원의 판단보다 폭넓은 형평의 요소를 고려해야 한다고 지적한 것이다.

위 판결은 산업계에 큰 반향을 불러 일으켰다. 이제 NPE를 비롯한 특허권자는 금지명령이 기각될 가능성을 염두에 두고 협상 테이블에 앉게 되었다. 침해자의 입장에서조차 걱정할 손해를 배상해주기만 하면 영업을 계속할 수 있는 가능성을 확보한 것과 마찬가지로이다. 특허 제도가 오히려

485) 35 U.S.C. 283 "The several courts having jurisdiction of cases under this title may grant injunctions in accordance with the principles of equity to prevent the violation of any right secured by patent, on such terms as the court deems reasonable."

486) *MercExchange, L.L.C. v. eBay Inc.*, 401 F.3d 1323, 1338 (2005).

487) 547 U.S. 388.

혁신을 지연시킨다는 이유로 특허 무효론까지 제기되어 오던 상황에서, 합리적인 실시료를 통해 특허권자도 보호하면서 혁신의 속도도 늦추지 않을 수 있는 가능성을 *eBay* 판결이 제시한 것이다.⁴⁸⁸⁾

나. 저작권법의 변화

(1) *eBay* 판결이 저작자의 금지청구권에 미친 영향

연방저작권법도 연방특허법과 마찬가지로 저작권 침해에 대한 구제수단으로 금지청구권을 인정한다. 17 U.S.C. §502 (a)는 저작권 침해를 방지하거나 억제하기에 합리적이라고 인정되는 경우 법원은 금지청구권을 발령할 수 있다고 규정한다.⁴⁸⁹⁾ 형평의 원칙을 명시적으로 언급한 연방특허법과 문언상 다소 차이가 있으나, 문리적 해석에 의하더라도 침해만 인정되면 바로 금지청구권을 인정할 수 있다는 취지는 아닌 것으로 보인다. 실제로 미국 연방대법원은 *eBay* 판결에서 저작자의 금지청구권에 대해서도 언급하였는데, 일련의 선례를 감안할 때 저작권의 침해가 인정된다는 사실만으로 금지청구권이 자동적으로 따라온다고 볼 수 없으며, 금지청구권을 발령함에 앞서 형평적 요소를 고려하여야 한다는 법리는 저작권에 대해서도 마찬가지로 적용된다고 판시하였다.⁴⁹⁰⁾

eBay 판결이 선고된 2006. 5. 15.부터 2010. 6. 1.까지 약 57건의 연방항소법원 및 지방법원 판결에서 *eBay* 판결의 법리를 원용하여 금지청

488) 같은 취지의 견해로 Lemley, 앞의 논문(註 483), 32-33면, David B. Conrad, "Minig the Patent Thicket: The Supreme Court's Rejection of the Automatic Injunction Rule in *eBay v. MercExchange*", 26 Rev. Litig. 119, 146-149 (2007) 참조.

489) 17 U.S.C. §502 (a) Any court having jurisdiction of a civil action arising under this title may, subject to the provisions of section 1498 of title 28, grant temporary and final injunctions on such terms as it may deem reasonable to prevent or restrain infringement of a copyright.

490) 547 U.S. 388, 392-393. 연방대법원은 *New York Times Co. v. Tasini*, 533 U.S. 483, 505 (2001), *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 578, n10 (1994), *Dun v. Lumbermen's Credit Assn.*, 209 U.S. 20, 23-24 (1908) 등을 선례로 들었다.

구의 인용 여부를 판단하였다.⁴⁹¹⁾ 비교적 최근의 사안으로는 연방제5항소 법원의 *Aspen Technology, Inc. v. M3 Technology, Inc.* 판결을 들 수 있는데, 위 판결은 eBay 판결이 실시한 4요건 테스트를 그대로 적용하여 소프트웨어 저작자인 원고의 금지청구를 받아들였다.⁴⁹²⁾

사실 특허권과 저작권의 보호영역에는 미묘하면서도 결코 무시할 수 없는 차이가 있는데, 그 중 하나가 바로 ‘독립된 창작(independent creation)’의 항변이 가능한지 여부이다.⁴⁹³⁾ 저작권 침해 주장에 대해서는 원 저작자의 저작물에 의거하지 않고 독립적으로 창작하였다는 항변을 할 수 있기 때문에, 일단 저작권 침해가 인정된 이상 의도적인 침해행위가 있었던 것으로 볼 수 있다.⁴⁹⁴⁾ 그 밖에도 다양한 강제실시권(compulsory licenses)이나 공정 이용(fair use) 항변 등 저작물의 폭넓은 이용을 도모하기 위한 제도적 장치가 존재한다. 이러한 점에 근거하여, 저작권법은 소위 알박기(holdup)를 방지할 수 있는 고유의 내부 메커니즘을 갖추고 있고, 특허와 달리 대체재를 비교적 어렵지 않게 발견할 수 있으므로, eBay 판결의 법리를 저작자의 금지청구권에 그대로 받아들이는 것은 무리라는 견해도 제시된다.⁴⁹⁵⁾

그러나 침해의 성립과 구제수단의 인정범위는 구별하여야 한다. 앞에서 검토한 바와 같이, 강력한 구제수단이 부여될 것을 우려하여 지적재산권법의 보호대상이나 침해태양을 의도적으로 축소하는 해석은 자칫 불필요한 혼란만을 가중시킬 우려가 있다. 법원으로 하여금 사안에 따라 적절한 구제수단을 선택할 수 있도록 함으로써 구체적 타당성을 추구할 수 있는 통로를 열어둘 필요가 있다.

491) Jiarui Liu, "Copyright Injunctions After eBay: An Empirical Study", 16:1 Lewis & Clark Law Review 215, 228 (2012) 참조.

492) 569 Fed.Appx. 259, 272-273 (2014).

493) 제2장 제3절 참조.

494) *Bucklew v. Hawkins, Ash, Baptie & Co., LLP*. 329 F.3d 923, 931 (2003)은 저작권 침해는 특허권 침해와 달리 고의에 의한 불법행위라고 설명한다("Copyright infringement unlike patent infringement is an intentional tort.").

495) 위의 논문, 257-262 참조.

(2) 보상청구권 체제로의 전환에 관한 논의

현행 저작권법은 학교의 교육 목적상 필요한 교과용 도서에 게재하거나 수업 등의 목적상 필요하다고 인정되거나(저작권법 제25조), 도서관에서 조사·연구 등의 목적으로 복제하거나 컴퓨터를 이용하여 다른 도서관으로 전송하는 경우(저작권법 제31조)에는 저작자의 배타적 권리 행사를 제한하고 사전에 고시된 보상금을 지급받도록 규정한다. 그 밖에도 실연자와 음반제작자는 방송사업자 또는 디지털음성송신사업자가 판매용 음반을 사용하거나 판매용 음반이 공연에 이용되는 경우 보상금을 청구하는 이외에 배타적 권리를 행사할 수 없다(저작권법 제75조, 제76조 제76조의 2, 제82조, 제83조, 제83조의 2). 저작권법은 특허법과 마찬가지로 전형적인 Property Rule 방식의 보호로 분류됨에도 불구하고, 권리자의 이익과 일반 공중의 이익의 균형을 깨뜨리지 않는 선에서 저작물이 배타적 지배권으로부터 벗어나 널리 이용될 수 있도록 보상청구권 규정을 마련하고 있다.

그런데 최근 저작권의 배타적 권리로서의 성격을 유연화 내지는 상대화함으로써 저작물이 가져다주는 편익을 보다 수월하게 누릴 수 있도록 하자는 주장이 제기되고 있다. 저작권의 가치를 시장의 평가에 맡김으로써 저작물이 가장 높은 가치로 활용될 수 있도록 해야 한다는 논리로 무장한 신고전주의자(Neoclassicist)들은 저작권의 법정실시를 비판하고 공정이용 항변의 인정범위를 줄여야 한다는 입장을 고수해왔다. 이에 대하여 Netanel 교수는 1996년 그의 논문을 통해 민주적 지배와 시민 사회의 관점에서 Liability Rule 방식의 보호를 통해 저작자의 창작 인센티브를 훼손하지 않으면서도 일반 공중이 보다 효과적으로 저작물의 가치를 향유할 수 있도록 하는 것이 바람직하다고 주장한 바 있다.⁴⁹⁶⁾⁴⁹⁷⁾

496) Neil Weinstock Netanel, "Copyright and a Democratic Civil Society", 106 Yale Law Journal 283, 341-363 (1996).

497) Netanel 교수는 그 후 그의 저서 Copyright's Paradox, Oxford University Press (2008)에

국내에서도 위 견해를 인용하여, 인터넷 기술의 발달로 누구나 손쉽게 정보를 배포할 수 있는 환경임에도 불구하고 저작권으로 인하여 그러한 기술적 편익을 온전히 향유하기 어려워졌으므로, 배타적 권리를 주축으로 한 현행 저작권 제도의 틀을 보상청구권 체제로 변용해야 한다는 주장이 제기되고 있다.⁴⁹⁸⁾

(3) 사적복제보상금 제도의 도입

Liability Rule 방식의 보호와 취지를 같이 하는 제도로서 비교적 널리 정착된 형태로는 사적복제보상금 제도(copyright levies)를 들 수 있다. 사적복제보상금 제도란 사적 복제로 인하여 저작자에게 발생할 수 있는 손해를 과세와 유사한 방식으로 소비자에게 전가시키는 제도이다. 통상 복제에 이용되는 기기나 미디어의 판매 대금에 일정한 부과금을 포함시킨 후 그와 같이 징수한 금액을 저작자에게 배분하는 방식으로 구현된다. 사적복제보상금 제도는 1965년 독일 저작권법에서 처음으로 채택된 이래 미국, 일본, 유럽 각국 등 40여 개 국가에 도입되어 시행 중이다.⁴⁹⁹⁾

사적복제보상금 제도가 가장 널리 활용되고 있는 유럽에서는 최근 저작자에게 돌아갈 공정한 보상(fair compensation)의 수준에 관하여 활발한 연구가 진행 중이다. 최근 EU의회는 EU회원국에 대하여 사적복제의 예외가 저작권법과 완전한 조화를 이룰 수 있도록 함과 동시에 사적복제보상금 제도를 클라우드 컴퓨팅 기술 영역에도 적용될 수 있도록 확대하는 내용의 결의안을 채택하였다.⁵⁰⁰⁾

서 저작자에게 인정되는 독점·배타적 권리를 축소하고 구제수단을 손해배상책임으로 전환해야 한다는 취지를 다시 강조하였다. 위 저서의 내용에 대해서는 박성호, “저작권의 역설: 저작권법의 ‘오래된 미래’를 생각한다.”, 계간 저작권, 제90호, 한국저작권위원회, 2010 참조.

498) 김병일, “정보의 공유와 이용에 관한 법적 쟁점”, 제9회 한국법률가대회 제2세션 세미나 자료, 2014, 15면.

499) 윤종수, “디지털 시대의 저작권과 대안적 보상체제”, 지적재산권, 제25호, 2008, 18-19면.

500) 상세한 내용은 차상욱, “지정토론문(정보의 공유와 이용에 관한 법적 쟁점)”, 제9회 한국법률가대회 제2세션 세미나 자료, 2014 참조.

다. 평가

지적재산권 중 가장 엄격한 요건을 통하여 발급되고 공고하게 보호되어 오던 특허권, 그리고 특허권과 함께 전통적인 지적재산권의 양대 축으로 자리매김해왔던 저작권에 대하여 이른바 Liability Rule 방식의 보호를 고려할 수 있게 되었다는 점은 매우 큰 파격이 아닐 수 없다. 이러한 변화에 *eBay* 판결은 분명 중대한 전환점이 되었다. 특히, 저작물의 가치를 널리 향유할 수 있도록 하여야 한다는 목표 아래 특허권보다 이른 시기부터 Liability Rule로서의 전환이 논의되었던 저작권은 이제 그 논의를 구체화할 수 있는 제도들이 하나 둘 제시되고 있다.

이제까지 그래왔듯 위와 같은 현상도 지적재산권법이 역동적으로 변화해가는 양상의 한 단면에 불과할지 모른다. 그러나 적어도 현 시점에서 지적재산권법을 사회 전체에 유용한 지식의 총량을 증가시키는 데 그치지 않고, 어떻게 하면 그러한 지식을 효과적으로 배분하여 혁신으로 이끌어낼 수 있도록 운용할 수 있는가에 대해서도 함께 탐구해야 한다고 생각한다. 일반조항을 도입한 부정경쟁방지법상 금지청구권의 역할을 고민해야 하는 이유도 같은 맥락이다.

3. 금지청구권의 운용 방안

가. 일반조항의 도입으로 인한 재조명

(1) 금지청구권의 운용 실태

부정경쟁방지법 제4조에 규정된 금지청구권은 특허법상 금지청구권과 마찬가지로 부정경쟁행위로 인하여 영업상 이익이 침해되거나 침해될 우

려가 있는 경우 그러한 행위 자체의 금지 또는 예방을 청구할 수 있는 권리이다. 금지청구권은 현재 계속 중이거나 장래 발생할 우려가 있는 침해 행위를 사전적으로 구제한다는 점에서 사후적으로 손해를 전보해주는 손해배상청구권과 구별된다. 권리자의 입장에서는 부정경쟁행위로 인하여 침해된 이익을 유효·적절하게 회복할 수 있는 한편, 침해자의 입장에서는 경쟁자의 권리 구제를 위하여 영업 자체를 중단해야 할 위기에 처할 수 있기 때문에, 부정경쟁방지법에서 금지청구권이 가지는 의미는 더할 나위 없이 중요하다.

그런데 금지청구권을 규정한 부정경쟁방지법 제4조는 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려 이외에 구체적 타당성을 고려할 수 있는 다른 요건은 명시하지 않고 있다. 상법상 상호권의 침해에서와 같은 부정한 목적은 물론, 손해배상책임의 성립요건인 고의 내지 과실도 요하지 않는다.⁵⁰¹⁾ 따라서 (차)목의 부정경쟁행위를 구성하는 개념요소들이 모두 인정된 국면에서 영업상 이익의 침해 우려가 없을 것으로 인정되는 상황은 언뜻 생각하기 어렵다. 침해행위 당시를 기준으로 하는 손해배상액 산정과 달리 금지청구의 성립요건은 사실심 변론종결 당시까지 나타난 사정에 기초하여 판단해야 하는데, 변론종결 무렵에는 침해자가 더 이상 타인의 성과물을 이용하고 있지 않은 경우에도 제반사정에 비추어 향후 이용할 우려가 없다고 보기 어렵다는 이유로 금지명령이 발령될 수 있다.⁵⁰²⁾ 오히려 요건사실만 놓고 보면 구제수단으로서 보호의 정도가 약한 손해배상청구권에 비해 입증이 수월한 측면도 있다. 실제로 부정경쟁행위에 관한 금지청구사건을 다루는 하급심 실무에서도 ‘침해가 있으면 곧 인용’되는 경향이 나타난다.

(2) 일반조항 도입으로 인하여 부각되는 문제점

501) 대법원 1995. 9. 29. 선고 94다31365 판결.

502) 서울중앙지방법원 2014. 11. 27. 선고 524716 판결.

전통적인 지적재산권법이 요구하는 혁신의 표상은 갖추지 못하였으나 자본과 노력의 성과물로서 또 다른 혁신의 재료가 될 수 있는 지적 창작물은 Liability Rule 방식으로 보호하자는 것이 이제까지 전개하여 온 이 글의 주된 논지이다. 일반조항 도입 전 Liability Rule로서 기능하였던 민법 제750조는 분명 그러한 역할을 담당해왔다.

대법원은 2010년 인터넷 포털사이트 광고방해 사건에서 민법상 불법행위에 대한 구제수단으로 금지청구권을 인정하였으나, 위 금지청구권은 ① 금전배상을 명하는 것만으로는 피해자 구제의 실효성을 기대하기 어렵고, ② 무단이용의 금지로 인하여 보호되는 피해자의 이익과 그로 인한 가해자의 불이익을 비교·교량할 때 피해자의 이익이 더 큰 경우에 한하여 행사할 수 있었다.⁵⁰³⁾ 실제로 하급심 실무도 무단이용상태가 계속되어 금전배상을 명하는 것만으로는 피해자 구제의 실효성을 기대하기 어려운 경우가 아니라면 금지청구를 받아들이지 않았다.⁵⁰⁴⁾ 개별 사안에 따라 구체적 타당성을 고려하여 손해배상책임만 인정할 수 있었기 때문에 Liability Rule로서 운용할 여지가 충분했던 것이다.

그러나 2013년 부정경쟁방지법에 일반조항이 편입되고 민법 제750조의 역할을 이어받음에 따라 상황이 바뀌었다. 앞서 살펴본 바와 같이, 그동안 금지청구권은 부정경쟁행위에 대한 구제수단으로 거의 예외 없이 발령되어 왔으며, 침해가 인정됨에도 이익형량을 통해 금지청구를 기각한 사례를 발견하기 어렵다. 다시 말해서, 개정 부정경쟁방지법 (차)목의 시행일인 2014. 1. 31.을 기준으로 금지청구권의 요건이 달라진 셈이다.

전통적인 지적재산권법으로 보호되지 않는 점진적 혁신은 다른 중요한 혁신의 재료가 될 수 있다는 점에서 그러한 혁신이 지속될 수 있도록 투하된 자본과 노력을 회수할 수 있는 기회를 제공하는 것인데, 현행 실무

503) 대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정. 위 결정이 침해금지가처분 신청사건에 관한 것임을 감안하면 위 ①, ② 요건은 보전의 필요성을 실시한 것으로 볼 여지도 있으나, 그 이후의 위 결정을 인용하는 본안소송에서도 위 두 가지 요건을 모두 고려하여 금지청구권의 인용 여부를 판단하고 있다.

504) 가령 서울중앙지방법원 2013. 11. 7. 선고 2013가합19873 판결이 그러하다.

례와 같이 금지청구권을 폭넓게 인정하면 그러한 혁신의 재료가 사회 전체로 널리 공유되는 것을 억제할 우려가 있다. 환언하자면, 특허법 내지 저작권법에 의하여 혁신의 정도가 낮은 지적 창작물은 필요에 따라 널리 이용될 수 있도록 Liability Rule로 보호하고자 하였는데, 정작 Liability Rule 방식의 보호규범으로 기능해야 할 부정경쟁방지법이 Property Rule 과 다른없는 보호를 제공하는 문제가 생기는 셈이다.

물론 일반조항 도입 전 (가)~(자)목에 열거되었던 부정경쟁행위가 그 자체로 권리자의 영업에 대한 침해의 우려가 높은 것으로 평가되어 왔다고 선례할 여지도 있다. 설령 그렇다고 하더라도 이제 (차)목이 도입되어 향후 다양한 침해태양이 포섭될 것으로 예상되는 이상, 종래와 같은 실무례를 계속 유지할 것인지 심도 있게 고찰할 필요가 있다.

나. 바람직한 운용 방안의 모색

결론부터 말하자면, ‘침해가 있으면 곧 인용’하여 온 현행 실무례의 태도에 대해서는 다소 의문점이 있다. 우리 대법원은 일찍부터 미국 연방대법원의 *eBay* 판결과 마찬가지로 부정경쟁방지법상 금지청구권을 인정함에 있어 형평적 요소를 고려하였다. 대법원 1988. 4. 12. 선고 87다카90 판결이 그러하다.

원고가 판매하는 가구용 광택제의 표지는 국내에 널리 인식되어 있는 표지인데, 피고가 그와 유사한 표지를 사용하여 가구용 광택제를 판매하자, 원고는 피고를 상대로 위 가구용 광택제의 판매금지 및 보관 중인 가구용 광택제 용기의 폐기를 청구하였다. 당시 시행중이었던 구 부정경쟁방지법(법률 제3897호) 제4조는 현행법상 금지청구권과 같은 내용의 중지청구권을 규정하고 있었는데,⁵⁰⁵⁾ 원고의 청구는 위 규정에 근거한 것이다. 원고는 판매 금지청구만 인용하고 폐기 청구는 기각한 원심 판결에

505) 제4조 (부정경쟁행위의 중지청구등) ① 제2조 각호의 1에 해당하는 행위로 인하여 자신의 영업상의 이익이 침해될 우려가 있다고 인정하는 자는 법원에 그 행위의 중지를 청구할 수 있다.

불복하여 상고하였다.

이에 대하여 대법원은 구 부정경쟁방지법상 중지청구권에는 당해 부정경쟁행위 그 자체의 정지 이외에도 그의 예방적 조치를 청구할 수 있는 권능으로서 조성물의 제거, 폐기청구권이 포함될 수 있다고 전제한 후, “본 규정 가운데의 ‘중지’의 범위는 당해 부정경쟁행위의 정지, 예방, 배제를 함에 필요하고도 충분한 한도 내에서 그쳐야 하는 것이고 특히 그것을 결정함에 있어서 고려해야 할 여러 가지 사정 가운데에서 ‘중지’에 의하여 의무자가 입게 되는 불이익까지도 아울러 충분하게 고려하여야 하는 것”이라고 판시하였다. 금지청구권을 인용함에 앞서 형평적 고려가 전제되어야 함을 분명히 선언한 것이다.

사실 위 판결의 취지는 대법원이 2010년 인터넷 포털사이트 광고방해 사건에서 민법상 불법행위에 대한 구제수단으로 금지청구권을 인정하면서 실시한 발령요건에 반영되었다는 지적이 있다. 즉, 위 결정 결정은 금지명령의 발령요건 중 하나로 ‘무단이용의 금지로 인하여 보호되는 피해자의 이익과 그로 인한 가해자의 불이익을 비교·교량할 때 피해자의 이익이 더 큰 경우’를 명시하였는데, 이는 부정경쟁방지법상 금지청구권의 해석에 관한 위 대법원 1988. 4. 12. 선고 87다카90 판결의 취지를 이어받은 것으로서 *eBay* 판결과 유사한 맥락으로 볼 수 있다는 취지이다.⁵⁰⁶⁾

그런데 정작 부정경쟁방지소송에 있어서는 위 1988년 대법원 판결은 폐기되거나 변경된 사실이 없음에도 불구하고 어떤 연유에서인지 그 후의 금지청구에 관한 하급심 실무례에 반영되지 않고 있다. 부정경쟁방지법 위반의 형사사건에서 침해상표를 표시한 물건을 몰수할 필요성이 없다고 지적하면서 한 차례 인용되었을 뿐이다.⁵⁰⁷⁾

소유권처럼 보호하여야 할 법익이 강한 절대권의 경우에는 특별한 사정

506) 유영선, 앞의 논문(註 297), 170-171면 참조. 한편 금지청구권의 행사가 권리 남용이 되는 경우에는 인정되지 않는다는 취지로 위 판결을 해석하는 견해로는 김병일, “영업비밀 침해금지 와 금지청구의 기산점”, 창작과 권리, 제53호, 세창출판사, 2008, 124면 참조.

507) 2015. 4. 19. 현재 법원 판결문 검색시스템에서 대법원 1988. 4. 12. 선고 87다카90 판결을 인용한 사건은 위 형사판결(서울중앙지방법원 2005. 11. 30. 선고 2005노507 판결) 이외에 발견되지 않는다.

이 없는 한 방해배제·예방청구가 받아들여져야겠지만, 부정경쟁방지법은 그보다 약한 영업이익을 보호한다. 더욱이 전형적인 Property Rule 방식의 보호로 일컬어지던 특허권에 있어서도 금지청구권의 발령 요건을 엄격히 해석하려는 경향이 미국에서 나타나고 있음은 앞에서 본 바와 같다. 앞으로 얼마나 더 많은 행위태양들이 일반조항에 포섭될지 가늠하기조차 어려운 상황에서, 일체의 부정경쟁행위를 모두 금지명령으로 규율하기보다는 개별 사실관계에 따라 형평적 요소를 고려할 수 있는 여지를 남겨두는 것이 바람직하다. 다시 한 번 부연하지만, 금지청구권이라는 구제수단 자체를 부인하거나 그 역할을 폄하하고자 하는 것은 아니며, 침해만 있으면 곧 부여되는 기존의 부정경쟁방지소송 실무례에서 벗어나, 2010년 대법원 결정의 판시와 마찬가지로 형평의 요소를 고려할 수 있는 여지를 남겨두어야 한다는 취지이다.

특히, 이 글에서 일반조항의 보호대상으로 고려하고 있는 지적 창작물, 가령 진보성 없는 아이디어, 창작성이 없는 표현, 비밀성이 없는 영업방법 등은 노력과 투자에 대한 합리적인 대가만 지급하면 널리 공유될 수 있어야 하는데, 자동적으로 금지청구권이 부여됨으로써 지적 창작물의 공유 자체가 어려워지거나 합리적인 대가가 산정될 수 없다면 부정경쟁방지법과 여타의 지적재산권법 사이의 불편한 동거는 불가피하다. 부정경쟁방지법상 금지청구권의 운용 방식은 우리 지적재산권법 체계에서 합리적인 Liability Rule을 구현할 수 있는 마지막 퍼즐이 될 것이다.

제6장 결론

미국의 부정이용 법리, 한국과 일본의 민법상 불법행위 법리, 독일의 부정경쟁방지법은 공정한 경쟁질서의 관점에서 지적재산권법으로 보호되지 않는 지적 창작물의 이용행위를 좁은 범위에서나마 규제해왔다.

전통적인 지적재산권법은 각기 입법목적에 따른 혁신의 기준을 설정하고, 그 기준을 충족한 지적재산에 대하여 일정 기간 배타적인 권리를 부여함으로써 창작자로 하여금 혁신에 투하된 자본을 회수할 수 있도록 해왔다. 이러한 보호체계는 혁신의 과정보다는 혁신의 결과에 주목하였다고 평가할 수 있으며, 특허법과 저작권법이 대표적으로 그러하다. 그렇다고 하여 지적재산권법이 언제나 혁신의 과정을 외면한 것은 아니다. 상표법과 부정경쟁방지법은 출처표시를 매개로 상품이나 서비스의 품질을 유지·향상시키고자 하는 기업의 신용을 보호하는데, 이는 간접적으로 인센티브를 지원하는 방식의 보호규범으로 볼 수 있다. 다시 말해서, 지적재산권법은 점진적 혁신에 대하여 통상 창작자가 혁신의 가치를 먼저 활용함으로써 얻을 수 있는 유리한 출발(headstart) 내지 선행 시간(lead time)의 인센티브를 제공해 온 것이다. 실제로 식물신품종 보호법, 반도체보호법, 콘텐츠산업 진흥법 등은 그러한 취지를 구체화한 특별법으로 볼 수 있다. 사실 역사는 점진적, 누적적 혁신을 통해 발전하여 왔으며, 이러한 경향은 특허법을 비롯한 산업재산권 분야에서는 물론, 저작권법 분야에서도 마찬가지로 발견된다. 지적재산의 창작자들은 대부분 타인이 기존에 창작한 지적재산을 이용하여 자신의 지적재산을 창작해 온 것이다. 따라서 지적재산이 창출되기까지의 과정에 투하된 노력을 보호할 실질적인 필요성도 인정됨에도 불구하고, 오늘날 기술의 발달로 인하여 더 이상 자연적인 선행 시간은 기대하기 어렵게 되었다.

한편, 지적재산은 일반적으로 거래비용이 높다는 점에서 당사자 사이의 협상을 통한 효과적인 전파를 기대하기 어렵고, 변화하는 시장의 기능을 예측해야 할 상당한 위험을 무릅쓰고 이루어지는 대규모 혁신과 달리 소

규모 혁신은 이미 형성된 시장 및 관련 기술의 패러다임 속에서 진화해가는 소비자의 수요로부터 발생하는 점을 감안하면, 지적재산권법으로 보호되지 않는 지적 창작물은 Liability Rule 방식으로 보호하는 것이 합리적이다.

한국에서는 대법원 판례의 법리를 반영하여 제2조 제1호에서 (차)목을 새롭게 도입한 부정경쟁방지법에 Liability Rule 방식의 보호의 역할을 기대할 수 있다. 공정한 상거래 관행 및 경쟁질서 위반과 같은 추상적 기준은 재판례의 누적을 통해 구체화할 수 있는데, 합리적인 책임 범위를 설정하기 위해서는 다양한 요소를 고려해야 한다. 나아가 같은 법 제4조에 마련된 금지청구권의 운용 방법에 대하여 깊이 있는 성찰이 요구된다. 모든 침해에 대하여 자동적으로 금지청구권이 부여된다면, 권리자와의 협상에 의하지 않고는 해당 지적 창작물을 이용할 수 없다. 협상력의 균형을 깨뜨리고 소규모 혁신의 폭넓은 이용을 도모할 수 없다는 점에서 이러한 운용은 바람직하지 않다. 미국 연방대법원의 *eBay* 판결이나 한국의 대법원 1988. 4. 12. 선고 87다카90 판결은 그에 대한 해답을 줄 수 있다.

참고문헌

1. 국내 문헌

가. 단행본

김기선, 한국채권법각론, 법문사, 1988

김증한, 김학동, 채권각론, 제7판, 박영사, 2006

곽윤직 편, 민법주해 V, 박영사, 1992

남형두, 표절론-표절에서 자유로운 정직한 글쓰기, 현암사, 2015

손경한, 엔터테인먼트법(하), 진원사, 2008

손주찬, 정동윤 편, 주식 상법[총칙·상행위(1)], 제3판, 한국사법행정학회, 2003

송영식·이상정·황종환·이대회·김병일·박영규·신재호, 송영식 지적재산권법 (하), 제2판, 육법사, 2013

윤선희, 김지영, 부정경쟁방지법, 법문사, 2012

정상조 편, 저작권법 주해, 박영사, 2007

정상조, 박준석, 지식재산권법, 제3판, 홍문사, 2013

주자람·정윤경·조연하·홍원식, 방송프로그램 포맷의 보호방안 연구, 한국 저작권위원회, 2014

특허청, 한국지식재산보호협회 편, 해외지식재산권 보호가이드북(독일), 2014

Robert D. Cooter, Thomas Ulen, Law & Economics, 6th ed, 한순구역, 법경제학, 경문사, 2013

나. 논문

- 구회근, “부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제1호 자.목에 규정된 ‘상품형태 모방’의 의미”, 법조, 제56권 제3호, 법조협회, 2007
- 권영준, “불법행위와 금지청구권-eBay vs. MercExchange 판결을 읽고-”, Law&Technology, 제4권 제2호, 서울대학교 기술과법센터, 2008
- 권택수, “상표적 사용의 의의 및 의장적 사용과의 구별판단기준”, 대법원 판례해설, 제35호, 법원도서관, 2001
- 김병일, “영업비밀 침해금지과 금지청구의 기산점”, 창작과 권리, 제53호, 세창출판사, 2008
- 김상중, “불법행위에 대한 금지청구권의 판례법적 형성과 발전: 영업이익과 계약관계 침해에 대한 예방적 보호를 중심으로”, 민사재판의 제문제, 제22권, 민사실무연구회, 2013
- 김성호, “인터넷배너광고의 연계에 대한 법적 문제”, 인터넷법률, 제11호, 법무부, 2002
- 김원오, “부정경쟁방지법상 신설된 일반조항의 법적성격과 그 적용의 한계”, 산업재산권, 제45호, 한국산업재산권법학회, 2014
- 박성호, “반도체칩의 배치설계에 관한 법적 보호”, 변호사-법률실무연구-, 제25집, 서울지방변호사회, 1995
- _____, “저작권의 역설: 저작권법의 ‘오래된 미래’를 생각한다.”, 계간 저작권, 제90호, 한국저작권위원회, 2010
- _____, “지적재산법의 비침해행위와 일반불법행위-불법행위법리에 의한 지적재산법의 보완 문제를 중심으로-”, 정보법학, 제15권 제1호, 한국정보법학회, 2011
- 박윤석, “실질적인 부정경쟁행위와 구제수단에 관한 고찰-법규위반을 통한 부정경쟁행위를 중심으로-, 고려대학교 대학원 박사학위논문, 2014
- 박윤석, 박해선, “성과모방행위에 관한 고찰”, 지식재산연구, 제9권 제4

- 호, 한국지식재산연구원, 2014
- 박준우, “데이터베이스의 법적 보호에 관한 법경제학적 분석-배타적 접근 방법과 부정경쟁방지적 접근방법의 비교-”, 상사법연구, 제19권 2호, 한국상사법학회, 2000
- _____, “부정경쟁방지법에 의한 퍼블리시티의 보호-유명인의 유사물을 이용한 광고를 중심으로-”, 산업재산권, 제22호, 한국산업재산권법학회, 2007
- 박준석, “영업비밀 침해금지청구에 대한 우리 법원의 태도-기술정보 유출을 중심으로-”, 저스티스, 제114호, 한국법학원, 2009
- _____, “퍼블리시티권의 법적성격-저작권과 상표 관련 권리 중 무엇에 더 가까운가?”, 산업재산권, 제30호, 한국산업재산권법학회, 2009
- _____, “이미지 검색엔진의 인라인 링크 등에 따른 복제, 전시, 전송 관련 저작권침해 책임”, 민사판례연구, 제33-1권, 박영사, 2011
- _____, “인터넷상에서 ‘상표의 사용’ 개념 및 그 지위(III): 메타태그, 한글도메인이름 관련 분쟁을 중심으로-”, 사법, 제16호, 사법연구지원재단, 2011
- _____, “한국 지적재산권법과 다른 법률들과의 관계”, 법조, 62권, 12호, 법조협회, 2013
- _____, “지적재산권 침해의 손해액 입증 곤란시 ‘상당한 손해액’의 인정에 관하여”, 인권과 정의, 제438호, 대한변호사협회, 2013
- 배진아, “방송 시장의 포맷 거래에 관한 연구”, 방송과 커뮤니케이션, 제9권 제2호, 문화방송, 2008
- 서영철, “신규 식물발명에 관한 보호법규(하)”, 법조, 제57권 제3호, 법조협회, 2008
- 설민수, “특허침해 소송에서 손해배상 산정의 현실과 그 구조적 원인, 그 개선모델”, 사법논집, 제58집, 법원도서관, 2014
- 송오식, “불법행위의 효과에 관한 일제언”, 민사법연구, 제6집, 호남민사

- 법연구회, 1997
- 신지혜, “공중의 영역에 해당하는 저작물 이용에 대하여 일반불법행위 책임을 인정한 판결례에 대한 고찰”, Law&Technology, 제6권 제2호, 서울대학교 기술과법센터, 2010
- 심재한, “독일의 개정 부정경쟁방지법 고찰”, 경영법률, 제16집 제1호, 한국경영법률학회, 2005
- 유대중, “검색광고의 법적 문제에 관한 소고”, 인터넷법률, 제34호, 법무부, 2006
- 유영선, “우리나라 법에 의한 산업디자인의 보호 및 한계”, 사법논집, 제41집, 대법원 법원행정처, 2005
- _____, “우리나라에서 기능성원리의 적용”, Law & technology, 제7권 제3호, 서울대학교 기술과법센터, 2011
- _____, “부정한 경쟁행위와 관련한 불법행위 성립요건 및 그에 기한 금지청구권의 허용 여부”, 사법논집, 제53집, 법원도서관, 2011
- 윤권순, 이승현, 윤종민, “'intellectual property' 용어의 동아시아(한국, 일본, 중국)에서의 법적수용”, 산업재산권, 제34호, 한국지식재산학회, 2011
- 윤종수, “저작인접권에 관한 고찰-저작인접권의 본질론적 검토와 미디어 환경의 변화에 따른 쟁점을 중심으로-”, 사법논집, 제45집, 법원도서관, 2007
- _____, “디지털 시대의 저작권과 대안적 보상체제”, 지적재산권, 제25호, 2008
- 윤진수, “부동산 이중양도의 경제적 분석-배임행위 적극가담론의 비판-”, 저스티스, 제29권 제1호, 1996
- _____, “권리남용 금지의 경제적 분석-토지 소유자의 지상물 철거 청구를 중심으로-”, 민법논고, 제2권, 박영사, 2007
- 이규호, “미국 연방법원에 있어서 주법의 적용여부 및 범위(상)”, 사법행정, 39권 7호, 한국사법행정학회, 1998

- 이숙연, “지적재산권법 체계하에서의 불법행위법의 역할-서울고등법원 2010. 1. 14. 선고 2009나4116 판결-, Law&Technology, 제6권 제2호, 서울대학교 기술과법센터, 2010
- 이상훈, “미국 저작권법상 2차적 저작물의 보호”, 재판자료: 외국사법연수 논집, 제89집, 2000
- 이상정, “권리침해에서 위법성으로의 변천과 민법 제750조의 효용”, 민사법의 실천적 과제: 한도 정환담 교수 화갑기념 논문집, 한도 정환담 교수 화갑기념 논문집 간행위원회, 2000
- _____, “직물디자인의 보호-소위 '대한방직 사건'을 중심으로”, 계간저작권, 제34호, 저작권심의조정위원회, 1996
- _____, “사진의 저작물성에 관한 일고”, 계간 저작권, 27권 1호, 한국저작권위원회, 2014
- 이재홍, “미국의 연방법원과 주법원의 관할”, 재판자료, 58집, 법원도서관, 1992
- 이 현, “타인의 의류와 유사한 디자인의 의류를 제조·판매한 자의 법적 책임에 관한 연구”, Law&Technology, 제7권 제6호, 서울대학교 기술과법센터, 2011
- 이형하, “언론 출판의 자유와 저작권의 상충과 조정-헌법상 언론 출판의 자유를 이유로 하여 저작권침해에 대한 면책특권을 인정할 것인가?-, 헌법재판연구 I, 한국사법행정학회, 1993
- 임상민, “지적재산법상 보호되지 아니하는 지적성과물에 대한 무단 이용과 일반불법행위의 성부”, 저스티스, 132호, 한국법학원, 2012
- 정연덕, “한국, 미국, 일본의 특허 무효율 비교”, 창작과 권리, 제70호, 2013
- 정상조, “데이터베이스의 법적보호”, 디지털재산법연구, 제1권 제1호, 세창출판사, 2001
- _____, “혁신과 경쟁: 기술과 시장의 변화에 대한 법적 대응”, 인터넷과 법률 II, 법문사, 2005

- _____, “우리나라의 데이터베이스 보호”, 세계의 언론법제, 상권 19호, 2006
- _____, “인터넷 산업의 발전과 규제-기술과 시장 그리고 법의 상호작용-”, 저스티스, 제121호, 한국법학원, 2010
- 정진근, “창작성 없는 비저작물의 이용과 일반불법행위책임-2007가합 16095 판결을 중심으로-”, 상사판례연구, 제22집 3권, 한국상사판례학회 2009
- 조영선, “판례에 나타난 저작물의 창작성-부인된 사례의 유형화를 중심으로-”, 법조, 50권 12호, 법조협회, 2001
- 조홍식, “유지청구 허용 여부에 관한 소고”, 민사판례연구, XXII, 민사판례연구회, 2000
- 주선아, “우리 저작권법에서의 ‘공표’의 의의-미국 저작권법상의 ‘발행’과 관련하여-”, Law&Technology, 제7권 제4호, 2011
- 최호진, “아이디어의 보호가능성과 유형별 사례분석”, 저스티스, 제140호, 한국법학원, 2014
- 허성욱, “권리남용금지 법리에 관한 법경제학적 고찰”, 법조, 제55권 제1호, 법조협회, 2006

다. 기타 문헌

- 김병일, “정보의 공유와 이용에 관한 법적 쟁점”, 제9회 한국법률가대회 제2세션 세미나 자료, 2014
- 특허청, 2005. 5. 31.자 홍보자료, 「지식재산권」 용어 통일 필요성
- 차상욱, “정보의 공유와 이용에 관한 법적 쟁점”, 제9회 한국법률가대회 제2세션 세미나 자료, 2014

2. 외국 문헌

가. 단행본

American Bar Association, Section of Antitrust Law, Business Torts & Unfair Competition: A Practitioner's Handbook (1996)

A. Baumbach & W. Hefermehl, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 23. Auflage, C.H. Beck München (2004)

Julie E. Cohen & Lydia P. Loren, Copyright in a Global Information Economy, Aspen Law & Business (2002)

Peter Drahos, A Philosophy of Intellectual Property, Dartmouth Publishing Group (1996)

Volker Emmerich, Unlauterer Wettbeverb, 7. Auflage, C.H. Beck München (2004)

Northrop Frye, Anatomy of Criticism: Four Essays, Princeton University Press (1957)

Georg. W. F. Hegel, Philosophy of Right (1896), S. W. Dyde 역, Dover Publications, 2005

Annette Kur & Vytautas Mizaras, Structure of Intellectual Property Law: Can One Size Fit All?, Edward Elgar (2011)

William M. Landes & Richard A. Posner, The Economic Structure of Intellectual Property Law, The Belknap Press of Harvard University Press (2003)

Marshall A. Leaffer, Understanding Copyright Law, 5th, LexisNexis (2010)

Mark A. Lemley & Peter S. Menell, Robert P. Merges, Software and Internet Law 3d ed., Aspen Law & Business (2006)

J. Locke, Second Treatise of Government, Two Treatises of

- Government, §25 (1690), Peter Laslett 역, Cambridge University Press (1988)
- Jiarui Liu, "Copyright Injunctions After eBay: An Empirical Study", 16:1 Lewis & Clark Law Review 215 (2012)
- Robert P. Merges, Justifying Intellectual Property, Harvard University Press (2011)
- Neil Weinstock Netanel, Copyright's Paradox, Oxford University Press (2008)
- Robert Nozick, Anarchy, State, and Utopia, Basic Books (1977)
- Kal Raustiala & Christopher Sprigman, The Knockoff Economy: How Imitation Sparks Innovation, Oxford University Press (2012)
- Rogier W. de Vrey, Towards a European Unfair Competition Law - A Clash Between Legal Families (2006)
- 我妻榮, 有泉亨, 民法2-債權法, 一粒社, 1977
- 小野昌延, 不正競争防止法解説, 有斐閣, 1974
- 田村善之, 不正競争法概説, 第2版, 有斐閣, 2003
- 青山紘一, 不正競争防止法, 第二版, 法學書院, 2005

나. 논문

- David S. Abrams, "Did TRIPS Spur Innovation?: An Analysis of Patent Duration and Incentives To Innovate", 157 U. Pa. L. Rev. 1613 (2009)
- Michael H. Ahrens, "The Misappropriation Doctrine After Sears-Compco" 2 U.S.F. L. Rev. 292 (1967-1968)
- John R. Allison & Mark A. Lemley, "Who's Patenting What? An Empirical Exploration of Patent Prosecution", 53 Vand. L.

Rev. 2099 (2000)

Ian Ayres & Paul Klemperer, "Limiting Patentees' Market Power Without Reducing Innovation Incentives", 97 Mich. L. Rev. 985 (1999)

Douglas G. Baird, "Common Law Intellectual Property and the Legacy of *International News Service v. Associated Press*", 50 U. Chi. L. Rev. 411 (1983)

Shyamkrishna Balganesh, "Foreseeability and Copyright Incentives", 122 Harv. L. Rev. 1569 (2009)

Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, "A Theory of Property", 90 Cornell L. Rev. 531 (2004-2005)

James Boyle, "The Second Enclosure Movement and The Construction of The Public Domain", 66 Law and Contemporary Problems 33 (2003)

Dan L. Burk & Mark A. Lemley, "Policy Levers in Patent Law", 89 Va. L. Rev. 1575 (2003)

———, "Quantum Patent Mechanics", 9 Lewis & Clark L. Rev. 29 (2005)

Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", 85 Harv. L. Rev. 1089 (1972)

R. H. Coase, "The Problem of Social Cost", *The Journal of Law & Economics* Vol III (1960)

David B. Conrad, "Minig the Patent Thicket: The Supreme Court's Rejection of the Automatic Injunction Rule in *eBay v. MercExchange*", 26 Rev. Litig. 119 (2007)

Chris Dent, "'Generally Inconvenient': The 1624 Statute of Monopolies as Political Compromise", 33:2 Melbourne L.

- Rev. 415 (2009)
- M. Finger & S. Schmieder, "The New Law Against Unfair Competition: An Assessment", 6 German LJ 201 (2005)
- William W. Fisher, "Theories of Intellectual Property" in *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge University Press (2001)
- Deborah R. Gerhardt, "Copyright Publication: An Empirical Study", 87:1 Notre Dame Law Review 135 (2011)
- Jane C. Ginsburg, "Copyright, Common Law, and Sui Generis Protection of Databases in the United States and Abroad", 66 U. CIN. L. REV. 151 (1997)
- Lauren M. Gregory, "Hot Off the Presses: How Traditional Newspaper Journalism Can Help Reinvent the 'Hot News' Misappropriation Tort in the Internet Age", 13 Vand. J. Ent. & Tech. L. 577 (2010-2011)
- Beverly B. Goodwin, "Misappropriation: A Retreat from the Federal Patent and Copyright Preemption Doctrine", 43 Fordham L. Rev. 239 (1974)
- Carla Hesse, "The Rise of Intellectual Property, 700 B.C. to A.D. 2000 - An Idea in the Balance", 131:2 Daedalus 26 (Spring 2002)
- Justin Hughes, "The Philosophy of Intellectual Property", 77 Geo. L. J. 287 (1988-1989)
- L. Kaplow & S. Shavell, "Property Rules Versus Liability Rules: An Economic Analysis", 109 Harv. L. Rev. 713 (1996)
- Dennis S. Karjala, "Misappropriation As A Third Intellectual Property Paradigm", 94 Colum. L. Rev. 2594 (1994)
- Bruce P. Keller, "Condemned to Repeat the Past: The

- Reemergence of Misappropriation and Other Common Law Theories of Protection for Intellectual Property Law", 11 Harv. J. L. & Tech. 401 (1997-1998)
- Nicholas Khadder, "National Basketball Association v. Motorola, Inc.", 13 Berkeley Tech. L.J. 3 (1998)
- F. Scott Kieff, "Property Rights and Property Rules for Commercializing Inventions", 85 Minn. L. Rev. 697 (2001)
- Dennis W. K. Khong, "The Historical Law and Economics of the First Copyright Act", 2:1 Erasmus Law and Economics Review 35 (2006)
- William M. Landes, Richard A. Posner, "An Economic Analysis of Copyright Law", 18 J. Legal Stud. 325 (1989)
- Mark A. Lemley, "The Economics of Improvement in Intellectual Property Law", 75 Tex. L. Rev. 989 (1996-1997)
- _____, "Property, Intellectual Property, and Free Riding", 83 Tex L. Rev. 1031 (2004-2005)
- _____, "Ignoring Patents", 2008 Mich. ST. L. Rev., 19 (2008)
- _____, "The Surprising Virtues of Treating Trade Secrets as IP Rights", 61 Stan. L. Rev. 311 (2008)
- J. D. Litman, "Copyright, Compromise, and Legislative History", 72 Cornell L. Rev. 857 (1987)
- Lydia Pallas Loren, "The Pope's Copyright? Aligning Incentives with Reality by Using Creative Motivation to Shape Copyright Protection", 69 La. L. Rev. 1 (2008)
- Peter S. Menell, "Intellectual Property: General Theories", 1600 Encyclopedia of Law & Economics 129 (1999)
- Robert. P. Merges, "Of Property Rules, Coase and Intellectual Prpperty", 94 Colum. L. Rev. 2655 (1994)

- _____, “Contracting into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organizations”, 84 Cal. L. Rev. 1293 (1996)
- Paul M. Mersino, “Patents, Trolls, and Personal Property: Will eBay Auction Away a Patent Holder’s Right to Exclude?,” 6 Ave Maria L. Rev., 314 (2007)
- R. Miller, “Copyright Term Extension: Boon for the American Creators and the American Economy”, 45 J. Copyright Soc’Y 319 (1998)
- Gary Myers, “The Restatement’s Rejection of the Misappropriation Tort: A Victory for the Public Domain”, 47 S.C. L. Rev. 673 (1996)
- Craig Allen Nard & Andrew P. Morriss, “Constitutionalizing Patents: From Venice to Philadelphia”, 2:2 Review of Law & Economic 223 (2006)
- Neil Weinstock Netanel, "Copyright and a Democratic Civil Society", 106 Yale Law Journal 283 (1996)
- Paepke, "Economic Interpretation of the Misappropriation Doctrine: Common Law Protection for Investments in Innovation", An, 2 Berkeley Tech L.J. 55 (1987)
- A. Mitchell Polinsky, “Resolving Nuisance Disputes: The Simple Economics of Injunctive and Damage Remedies”, 32 Stan. L. Rev. 1075 (1980)
- Richard A. Posner, "Misappropriation: A Dirge", 40 Hous. L. Rev. 621 (2003-2004)
- Margaret J. Radin, “Property and Personhood”, 34 Stan. L. Rev. 957 (1982)
- Diane Leenheer Zimmerman, “Copyrights as Incentives: Did We

- Just Imagine That?", 12 Theoretical Inquiries L. 29 (2011)
- J. H. Reichmann, "Legal Hybrids Between The Patent And Copyright Paradigms", 94 Colum. L. Rev. 2432 (1994)
- N. Rosenberg, Exploring the Black Box: Technology, Economics and History, Cambridge University Press (1994)
- Jay Rubin, "Television Formats: Caught in the Abyss of the Idea/Expression Dichotomy", 16:2 Fordham Untell. Prop. Media & Ent. L. J. 663 (2006)
- Kelly A. Ryan, "Copyright Law: Do State Misappropriation Rights Survive Feist Publications Copyright Laws?", 1992 Ann. Surv. Am. L. 329 (1992-1993)
- David E. Shipley, "Refusing to Rock the Boat: The Sears/Compco Preemption Doctrine Applied to Bonito Boats v. Thunder Craft", 25:3 Wake Forest L. Rev. 385 (1993)
- Elaine Stoll, "Hot News Misappropriation: More Than Nine Decades After Ins v. Ap, Still An Important Remedy For News Piracy", 79 U. Cin. L. Rev. 1239 (2010)
- C. T. Taylor & Z. A. Silberston, "The Economic Impact of the Patent System: A Study of the British Experience", 84:334 The Economic Journal 442 (1974)
- Brian Westley, "How A Narrow Application of 'Hot News' Misappropriation Can Help Save Journalism", 60 Am. U. L. Rev. 691 (2010-2011)
- 上野達弘, "未承認国の著作物と不法行為－北朝鮮事件－", Law&Technology, 45号, 2009
- 山本隆司, "創作性のない表現をデッドコピーした場合における不法行為成立の可否", 最新判例知財法－小松陽一郎先生還暦記念論文集,

2008

島並良, “一般不法行為法と知的財産法”, 法学教室, 380号, 2012

田村善之, “不正競争防止法2条1項3号の制度趣旨とその要件論”, 日本工業
所有権法学会年報, 21号, 1998

———, “知的財産権と不法行為－プロセス志向の知的財産法政策学の一
様相－”, 同編, 新世代知的財産法政策学の創成, 有斐閣, 2008

松村信夫, “他人の成果の冒用と不法行為”, 知財管理, 57巻 6号, 2007

丁文杰, “知的財産権・不法行為・自由領域: 日韓両国における規範的解釈
の試み”, 北海道大学 法学博士學位論文, 2014

다. 기타 문헌

田村善之, “未保護の知的創作物という発想の陥穽について”, 北海道大学グ
ローバルCOE プログラム 多元分散型統御を目指す新世代法政
策学 外部点検評価報告書, 2009

Abstract

Protection of Intellectual Creations under Tort Law

Lee, Sang Hyun

Majoring in Intellectual Property Law

The Graduate School

Seoul National University

The Korea lower courts have recently ruled that free-riding on a competitor's achievement created through considerable endeavor and investment may constitute a tort where it does infringe upon the interests being worthy of legal protection, even when the achievement is unprotected by intellectual property laws, such as Patent Act, Copyright Act or Trademark Act. The doctrine was also upheld by the Korean Supreme Court(2008Ma1541) in 2010, and has been codified at Section 2(1)(Cha) of the Unfair Competition Act of 2013. In addition, the Supreme Court declared that courts may grant a permanent injunction when monetary damages are inadequate to compensate for the injury and the balance of hardships between the parties favors the plaintiff.

There may be pros and cons regarding the argument that intellectual creations unprotected by intellectual property rights are free for all to use in the public domain. However, patent and copyright, the two fundamental intellectual property rights, protect only the achievement which can reach a certain standard of innovation. Intellectual property law has undergone both external expansion and internal differentiation, and it implies that there may be the protection gap between the traditional patent and copyright regimes. Technological advances are often incremental and supported by small-scale innovations. Those terms also can be used to understand the advances of literature and art. Thus, it is necessary to provide some incentives for investment in unpatentable, noncopyrightable innovation by impeding intellectual espionage in certain cases.

In fact, intellectual property law have not entirely unprotected those kinds of creations. Trademark law and unfair competition law have provided indirect incentive by preserving credits or reputations in the market. Congress has also enacted sui generis laws, such as Plant Varieties Protection Act, Semiconductor Protection Act or Contents Industry Promotion Act in order to supplement traditional intellectual property laws. However, it takes less time and money for second comers to copy other's achievement in the market with the help of technological advance. A shortage of lead time threatens to prevent creators of unpatentable or noncopyrightable innovation from recouping their initial investments and turning profits. These contexts help us to better understand the importance of the court decisions of U.S., Germany, Japan as well as Korea applying general tort law to the

infringement of those kinds of intellectual creations.

The early decisions of the Korea lower courts, however, tend to depend on tort law excessively, which results in conflict with the exquisite protection area provided by intellectual property laws. Moreover, tort law are applied to using competitor's achievement because of providing incentive for incremental innovation rather than preserving exclusive rights of first movers. Thus, 'Liability Rule' is more appropriate than 'Property Rule' in those cases. Recent lower courts' decisions allowing automatic injunctions in unfair competition cases should be reconsidered in this context. The Korean Supreme Court's decision(87DaKa90) of 1988, which declared that permanent injunctions against unfair competition should be granted in accordance with the principles of equity, can play a significant role in handling the problem.

Keywords: tort, intellectual creation, non-infringement, injunction, unfair competition, general clause, property rule, liability rule

Student Number: 2010-30350