



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](#)

법학석사 학위논문

부정경쟁방지법 일반조항의  
적용범위에 관한 고찰

2015년 월

서울대학교 대학원

법학과 지식재산전공

유 영 운

부정경쟁방지법 일반조항의  
적용범위에 관한 고찰

지도 교수 정 상 조

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함

2015년 7월

서울대학교 대학원

법학과 지식재산전공

유 영 운

유영운의 법학석사 학위논문을 인준함

2015년 월

위원장 \_\_\_\_\_ (인)

부위원장 \_\_\_\_\_ (인)

위 원 \_\_\_\_\_ (인)

## 국문 초록

# 부정경쟁방지법상 일반조항의

## 적용범위에 관한 고찰

유 영 운

법학과 지식재산전공

서울대학교 대학원

기술발전과 사회·경제 구조 변화로 인해 일정한 경제적 가치를 창출할 수 있는 자산의 유형이 급증하고 있으며, 기존의 법질서로 규제하기 어려운 다양한 유형의 부정경쟁행위가 등장하고 있다. 이 같은 변화를 반영하여 2014년 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률 제2조 제1호 차목(이하 “부정경쟁행위 일반조항”)이 도입되었다.

부정경쟁행위 일반조항의 문언에 따를 때, 상당한 노력과 비용을 투자하여 구축한 성과는 모두 부정경쟁행위 일반조항의 보호대상이 될 수 있다. 그 결과, 일정한 매장의 분위기와 같은 트레이드 드레스, 아이디어, 퍼블리시티, 일정한 경제적 가치를 창출할 수 있는 거래상 지위 역시 부정경쟁행위 일반조항의 성과로 보호될 수 있게 되었다.

하지만 부정경쟁행위 일반조항이 지나치게 추상적인 문구로 구성되어 있어 구체적으로 어떤 행위가 금지된 행위인지를 예측하기 어렵다. 이 같은 추상성과 모호함으로 인해 부정경쟁행위 일반조항은 개인

의 영리활동을 과도하게 제약하는 수단으로 악용될 여지가 있다. 따라서 부정경쟁행위 일반조항의 적용요건을 엄격히 검토하여 그 적용범위를 제한할 필요가 있다.

먼저, 부정경쟁행위 일반조항이 대법원의 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위 법리에 근거한 것이라는 점을 고려할 때, 부정경쟁행위 일반조항이 적용되기 위해서는 기본적으로 고의 또는 과실 그리고 위법성이 인정되어야 한다고 보는 것이 바람직하다. 특히, 문제가 된 영리활동이 관련 산업분야나 소비자들에게 미치는 영향을 종합적으로 고려하여 그 영리활동을 규제하는 것이 사회 전반적으로 볼 때 이득이 되는 것이 명백한 경우에 한해 그 행위를 부정경쟁행위 일반조항으로 규제하는 것이 바람직하다.

나아가 법적 안정성을 위해 특정한 성과와 관련된 분쟁을 다른 지식재산권 법률로 해결하기 어려운 경우에 한해 부정경쟁행위 일반조항을 적용하는 것이 타당하다. 또한, 부정경쟁행위 일반조항으로 특정한 성과를 보호할 수 있는 시간적 한계를 설정하여 특정한 성과가 부정경쟁행위 일반조항으로 무한정 보호되는 결과가 발생하는 것을 방지할 필요가 있다.

.....

주요어: 부정경쟁행위 일반조항, 경제적 불법행위, 퍼블리시티권,  
아이디어 도용, 트레이드 드레스

학 번: 2010-23517

# 목 차

I. 서론.....	1
1. 연구목적 및 필요성.....	1
2. 연구범위 및 방법.....	2
II. 부정경쟁행위 일반론.....	4
1. 부정경쟁행위 개념.....	4
가. 부정경쟁행위 의의.....	4
나. 부정경쟁행위 유형.....	4
다. 부정경쟁행위 규제 법률.... 오류! 책갈피가 정의되어 있지 않습니다.	
2. 입법례 및 부정경쟁행위 일반조항 도입 경위.....	7
가. 입법례.....	7
나. 부정경쟁행위 일반조항 도입 경위.....	11
3. 부정경쟁행위 일반조항의 특징과 문제점.....	13
가. 부정경쟁행위 일반조항의 특징.....	13
나. 부정경쟁행위 일반조항의 문제점.....	13
III. 부정경쟁행위 일반조항 적용 요건.....	16
1. 들어가며.....	16
2. 선행 대법원 판결 분석.....	17
가. 대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정.....	18
나. 대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다20044 판결.....	20
다. 대법원 2014. 5. 29. 선고 2011다31225 판결.....	22
라. 대법원 판결 검토.....	24
3. 타인의 의미.....	30
가. 타인의 개념.....	30
나. 타인에 기업집단이나 단체도 포함될 수 있는지 여부.....	30
다. 타인이 경쟁자에 국한되어야 하는지 여부.....	33

라.    보론 - 경쟁시장 확정 기준 정립의 필요성 .....	36
4. 성과 등의 의미 .....	44
가.    성과 등에 해당하기 위한 요건 .....	44
나.    성과 등의 범위 .....	49
5. 공정한 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법의 의미 .....	76
6. 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용의 의미 .....	77
가.    사용의 의미 .....	77
나.    모방과의 관계 .....	78
다.    무단 사용행위에 대한 주관적 인식 필요 여부 .....	80
7. 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위의 의미 .....	86
가.    서론 .....	86
나.    보호될 수 있는 경제적 이익의 범위 .....	86
다.    경제적 이익을 침해 당하는 자의 범위 .....	87
8. 위법성 .....	91
가.    위법성 논의의 필요성 .....	91
나.    미국에서의 경제적 불법행위의 위법성 논의 .....	91
다.    국내에서의 부정경쟁행위로 인한 불법행위의 위법성 논의 .....	92
라.    소견 .....	93
IV. 부정경쟁행위 일반조항과 기존 법질서의 관계 .....	94
1. 개괄 .....	94
2. 부정경쟁방지법상 전형적인 부정경쟁행위와의 관계 .....	94
3. 다른 지식재산권 법률과의 관계 .....	95
가.    다른 지식재산권 법률과 대립 관계에 있지 않는 경우 .....	95
나.    다른 지식재산권 법률과 대립 관계에 있는 경우 .....	98
4. 민법과의 관계 .....	100
V. 부정경쟁행위 일반조항 적용 기간 .....	101
1. 문제의 소재 .....	101

2. 성과가 다른 지식재산권 법률로도 보호되는 경우 .....	102
3. 성과가 다른 지식재산권 법률로 보호되지 않는 경우 .....	102
VI. 결론 .....	105

# I. 서론

## 1. 연구목적 및 필요성

기술발전과 사회·경제 구조 변화로 인해 일정한 경제적 가치를 창출할 수 있는 자산의 유형이 급증하고 있으며, 기존의 법질서로 규제하기 어려운 다양한 유형의 부정경쟁행위가 등장하고 있다. 이 같은 변화를 고려하여, 다양한 유형의 부정경쟁행위를 효율적으로 규제할 수 있는 일반적이고 포괄적인 법적 근거를 마련해야 할 필요성이 대두되었다. 그에 대한 대응 방안으로 2014. 1. 31.부터 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률(이하 “부정경쟁방지법”)에 제2조 제1호 차목(이하 “부정경쟁행위 일반조항”)<sup>1</sup>이 시행되었다.

하지만 부정경쟁행위 일반조항이 지나치게 추상적인 문구로 구성되어 있어 구체적으로 어떤 행위가 금지된 행위인지를 예측하기 어렵다. 또한, 우리 부정경쟁방지법은 부정경쟁행위 일반조항에 근거하여 금지청구권 또는 손해배상청구권을 행사할 수 있는 시간적 범위를 명확하게 제한하지 않고 있다. 그렇기 때문에 부정경쟁행위 일반조항은 자유로운 경쟁을 저해하는 수단으로 악용될 위험을 내포하고 있다.

그럼에도 불구하고, 부정경쟁행위 일반조항이 시행된 지 1년이 넘은 현재 부정경쟁행위 일반조항을 언제 어떤 사안에 적용할 것인지,

---

<sup>1</sup> 차. 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

구체적인 적용요건이 무엇인지, 기존 법질서와의 어떤 관계를 형성하는지에 대한 논의가 정립되어 있지 않다.

부정경쟁행위 일반조항이 실제 어떤 식으로 활용될 수 있을 것인지는 결국 다양한 학자들과 실무자들의 심도 있는 논의와 축적된 법원 판결을 통해 결정될 것이다. 본 논문은 그 같은 논의의 초석을 다지기 위해 작성되었으며, 그 동안 국내에서 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위와 부정경쟁행위 일반조항과 관련하여 논의된 내용들을 토대로 부정경쟁행위 일반조항의 구체적인 적용요건 및 적용상 문제점을 고찰하기 위해 작성되었다.

## 2. 연구범위 및 방법

본 논문 II장에서 우리나라의 부정경쟁행위 규제 법률에 많은 영향을 미친 독일, 미국, 일본의 입법례를 살펴본 후, 현행 부정경쟁행위 일반조항의 특징 및 문제점을 분석하겠다.

그런 다음 III장에서 부정경쟁행위 일반조항의 모태가 된 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위에 관한 대법원 판결들을 분석한 후, 부정경쟁행위 일반조항에 기재된 개개의 용어의 의미를 살펴 보겠다. 특히, 트레이드 드레스(Trade Dress), 아이디어(Idea), 퍼블리시티(Publicity), 경제적 가치를 창출할 수 있는 일정한 거래상 지위가 부정경쟁행위 일반조항으로 보호되는 성과에 해당할 수 있는지를 검토하고, 불법행위 성립요건인 고의 또는 과실 그리고 위법성이 부정경쟁행위 일반조항에서 어떤 역할을 수행하는지에 대해서 살펴보겠다.

IV장에서 부정경쟁행위 일반조항이 기존 법질서와 어떤 관계를 형성하는지에 대해 살펴보겠다. 특히, 부정경쟁행위 일반조항이 부정경쟁방지법상의 다른 부정경쟁행위 규제 조항들, 다른 지식재산권 법률, 민법과 어떤 관계에 있는지를 살펴보겠다.

V장에서 부정경쟁행위 일반조항이 적용될 수 있는 시간적 한계에 대해서 검토하겠다. 특히, 다른 지식재산권 법률과의 관계를 고려하여 특정한 성과를 부정경쟁행위 일반조항으로 보호할 수 있는 시간적 범위를 설정하는 것이 바람직한지, 그 시간은 어떻게 설정할 것인지에 대해 살펴보겠다.

## II. 부정경쟁행위 일반론

### 1. 부정경쟁행위 개념

#### 가. 부정경쟁행위 의의

부정경쟁행위는 자유시장경제질서를 해칠 우려가 있는 경쟁행위를 총칭하는 용어이다. 넓은 의미로 부정경쟁행위는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목 내지 (자)목에 한정적으로 열거되어 있던 전형적인 부정경쟁행위뿐만 아니라 경쟁업자의 투자나 노력에 무임 편승하여 부당하게 이익을 도모하는 불공정한 방식의 모든 경쟁행위를 지칭한다.<sup>2</sup>

#### 나. 부정경쟁행위 유형

부정경쟁행위는 다양한 방식으로 행해질 수 있다. 예를 들면, 소비자를 기망하거나 경쟁자의 투자나 노력에 무단으로 편승하는 형태로 행해질 수 있다.<sup>3</sup>

보호법익(경쟁자, 소비자, 일반 공중)을 기준으로 한 독일의 부정경쟁행위 유형론에 따르면, 부정경쟁행위는 ① 다른 경쟁자의 이익을 침해하는 행위(방해 경쟁, 신용훼손과 비방, 비밀누설, 타인의 성과 도용), ② 소비자의 이익을 침해하는 행위(의사결정의 자유를 침해하는 행위,

---

<sup>2</sup> 정상조, 박준석, 「지식재산권법」 제3판, 홍문사, 2013, 713-715면 참조.

<sup>3</sup> 정상조, 박준석, 앞의 단행본(각주 2) 713면 참조.

경품광고, 오인유발, 영업표지남용), ③ 공중의 이익을 침해하는 행위 (시장 교란, 법 위반)로 유형화할 수 있다고 한다.<sup>4</sup>

현행 부정경쟁행위 일반조항에 “... 타인의 ... 성과 등을 ... 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 ... 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위”라고 기재되어 있는 점을 고려할 때, 부정경쟁행위 일반조항은 위 유형들 중 타인의 성과를 도용하는 행위를 규제하기 위한 조항으로 볼 수 있다.<sup>5</sup>

#### 다. 부정경쟁행위 규제 법률

일반적으로 부정경쟁행위를 규제하는 법률로 지식재산권 법률, 민법 그리고 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(“공정거래법”)이 거론된다. 이 중 공정거래법과 부정경쟁방지법의 관계를 살펴보면 아래와 같다(부정경쟁방지법과 나머지 법률 사이의 관계는 IV장에서 논의한다).

---

<sup>4</sup> 박성호, “지적재산권법의 비침해행위와 일반불법행위 - 불법행위 법리에 의한 지적재산권법의 보완 문제를 중심으로”, 정보법학 제15권 제1호, 한국정보법학회, 2011, 224면에서 재인용. 독일의 부정경쟁행위 유형에 대한 설명은 박영규, “독일 부정경쟁방지법(UWG)상 일반조항의 의미와 역할”, 지적재산권 제29호, 한국지적재산권법제연구원, 2009, 15-25면과 하홍준, 정신응, “현행 부정경쟁방지법의 문제점 및 개선방안”과 특허청, 2011, 25-26면 및 29-45면 참조.

<sup>5</sup> 같은 취지의 견해로 김원오, “부정경쟁방지법상 신설된 일반조항의 법적 성격과 그 적용의 한계”, 산업재산권 제45호, 한국지식재산학회, 2014, 277면 및 박윤석, 박해선, “성과모방행위에 관한 고찰”, 지식재산권연구 제9권 제4호, 한국지식재산연구원, 2014, 71면 참조. 한편, 아래 III. 3. 다항에서 보는 것처럼, 부정경쟁행위 일반조항에 “타인”이라는 용어가 사용된 점을 고려할 때, 부정경쟁행위 일반조항이 단순히 경쟁자의 성과를 도용하는 행위만을 규제하기 위한 조항이라고 단정하기 어려운 면이 있다.

공정거래법과 부정경쟁방지법은 모두 부정경쟁행위 또는 불공정거래행위를 규제하여 자유시장경제질서를 구축하기 위한 법률이라는 공통점이 있다.<sup>6</sup> 그런데 공정거래법이 자유경쟁을 제한하는 행위를 규제하여 경쟁이 가능하게 하는데 초점을 맞추고 있는 반면, 부정경쟁방지법은 그 경쟁을 좀더 건전하게 만드는 데 초점을 맞추고 있다고 한다.<sup>7</sup> 또한, 공정거래법은 경쟁사업자에게 사적인 금지청구권을 인정하지 않으며, 부정경쟁방지법 제14조의2 같은 손해액 추정 규정이 없다.<sup>8</sup>

한편, 동일한 경쟁행위에 대해 공정거래법과 부정경쟁방지법이 동시에 적용되는 경우, 부정경쟁방지법의 보충성으로 인해 원칙적으로 공정거래법이 우선 적용된다(부정경쟁방지법 제15조 제2항<sup>9</sup>).<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> 박준석, “한국 지적재산권법과 다른 법률들과의 관계”, 법조 제62권 제12호, 법조협회, 2013, 49-50면 참조.

<sup>7</sup> 권오승, 「경제법」 제11판, 법문사, 2014, 135-136면; 김원오, 앞의 논문(각주 5) 293-296면; 정상조, 「부정경쟁방지법 원론」, 세창출판사, 2007, 140-141면 참조.

<sup>8</sup> 권오승, 이민호, “경쟁질서와 사법상의 법률관계”, 비교사법 제14권 제1호, 한국비교사법학회, 2007, 93-100면 참조.

<sup>9</sup> 제15조 (다른 법률과의 관계)

② 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」, 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」 또는 「형법」 중 국가·국장에 관한 규정에 제2조 제1호 라목부터 바목까지 및 차목, 제3조부터 제6조까지 및 제18조 제3항과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다

<sup>10</sup> 부정경쟁행위 규제 법률을 공정거래법과 부정경쟁방지법으로 이원화하면서 공법 성격이 강한 공정거래법을 사법인 부정경쟁방지법에 우선하여 적용하는 것이 적절한지 및 그에 대한 해결방안과 관련된 논의는 김원오, 앞의 논문(각주 5) 296-305면 참조.

## 2. 입법례 및 부정경쟁행위 일반조항 도입 경위

### 가. 입법례

부정경쟁행위와 관련된 조약으로 공업 소유권 보호를 위한 파리협약(Paris Convention for the Protection of Industrial Property)<sup>11</sup>이 대표적이다. 위 협약은 산업상 또는 상업상의 공정한(honest) 관행(practices)에 반하는 모든 경쟁행위를 부정경쟁행위로 보고 있으며{Article 10bis (2)<sup>12</sup>}, 각 협약 당사국에게 그 같은 부정경쟁행위를 금지시켜야 할 의무를 부과하고 있다{Article 10bis (1)<sup>13</sup>}. 다만, 파리협약은 각 당사국이 구체적으로 어떤 법적 체계를 통해 부정경쟁행위를 규제해야 하는지에 대해서는 제한을 두고 있지 않다{Article 25 (1)<sup>14</sup>}. 따라서 부정경쟁행위 규제 근거 및 수단은 전적으로 각 당사국이 정책적으로 결정해야 할 영역에 있다.

부정경쟁행위 일반조항이 도입되는 과정에서 다양한 나라의 입법례가 거론되었는데,<sup>15</sup> 그 중 가장 빈번하게 언급되었던 나라가 바로 독일, 미국, 일본이다.

---

<sup>11</sup> [http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file\\_id=288514](http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=288514) (2015. 4. 22. 최종 접속) 참조.

<sup>12</sup> (2) Any act of competition contrary to honest practices in industrial or commercial matters constitutes an act of unfair competition.

<sup>13</sup> (1) The countries of the Union are bound to assure to nationals of such countries effective protection against unfair competition.

<sup>14</sup> (1) Any country party to this Convention undertakes to adopt, in accordance with its constitution, the measures necessary to ensure the application of this Convention.

<sup>15</sup> 부정경쟁행위를 규제하기 위한 외국의 입법례에 대한 설명은 산업통상자원위원회 전문위원 이동근, 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 일부 개정 법률안 검토보고서, 2013, 25면; 김원오, 앞의 논문(각주 5) 265-

## 1) 독일

연혁적으로 독일은 일반 불법행위 법리<sup>16</sup> 보다는 부정경쟁방지법 (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb)이란 특별법을 통해서 부정경쟁행위를 규제하여 왔다고 한다.<sup>17</sup>

독일의 부정경쟁방지법<sup>18</sup>은 제3조(“경업자, 소비자 및 그 밖의 시장 참가자의 이익에 반하여 경미하다고 할 수 없는 정도로 경쟁을 침해할 우려가 있는 부정한 경쟁행위는 허용되지 않는다.”)와 같은 일반조항을 두고 있으며 독일 법원에 의해 부정경쟁행위로 인정되었던 행위들을 유형화하여 개별규정(제4조)에 예시적으로 열거하고 있다고 한다.<sup>19</sup>

독일 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위에 해당하기 위해서는 원칙적으로 일반조항인 제3조에서 정한 요건을 충족해야 하며,<sup>20</sup> 위 제3조는

---

282면; 박영규, 앞의 논문(각주 4); 유영선, “부정한 경쟁행위와 관련한 불법행위 성립요건 및 그에 기한 금지청구권 허용여부”, 사법논집 제53집, 법원행정처, 2011, 123-131면 및 147-152면; 하홍준, 정신응, 앞의 보고서(각주 4) 22-65면, 73-85면, 168-213면 참조.

<sup>16</sup> 불법행위 법리에 근거한 독일의 부정경쟁행위 규제 역사에 관한 논의는 윤태영, “경쟁질서 위반행위에 대한 불법행위책임”, 비교사법 제14권 제1호, 한국비교사법학회, 2006, 141-143면 참조.

<sup>17</sup> 박윤석, “법률위반과 부정경쟁행위”, 지식재산연구 제8권 제1호, 한국지식재산연구원·한국지식재산학회, 2013, 108면 참조.

<sup>18</sup> 2004년 개정된 독일의 부정경쟁방지법을 지칭한다. 이하 같다.

<sup>19</sup> 박성호, 앞의 논문(각주 4) 224-225면에서 재인용.

<sup>20</sup> 박윤석, 앞의 논문(각주 17) 111면 참조.

제4조와 같은 개별규정을 보충하는 역할을 하는데 그치는 것이 아니라 독자적인 부정경쟁행위 규제의 법적 근거로 이용된다고 한다.<sup>21</sup>

독일에서 여러 가지 부정경쟁행위 유형 중 타인의 성과를 모방하는 행위에 해당하기 위해서는 기본적으로 ① 경쟁자의 상품 또는 서비스 그리고 ② 경쟁적 특성<sup>22</sup>이 존재하여야 하며, ③ 부정경쟁행위라고 인정해야 할 만한 특별한 사정이 있어야 한다고 한다.<sup>23</sup>

이 중 위 ③ 특별한 사정에 해당하는 성과모방행위와 관련하여, 독일 부정경쟁방지법 제4조 제9호는 i) 모방행위로 인해 영업 출처에 혼동을 초래하는 경우, ii) 모방행위의 대상이 된 제품의 명성에 영향을 주는 경우, iii) 모방에 필요한 지식이나 자료를 부정하게 취득하여 모방행위를 한 경우를 들고 있다고 한다.<sup>24</sup> 그 외에도 iv) 타인의 성과물을 직접적으로 모방하는 행위(타인의 성과물을 거의 다 차용하여 모방자의 창작이 미미한 경우) 역시 성과모방행위의 한 유형으로서 제3조에 근거하여 규제될 수 있다고 한다.<sup>25</sup>

---

<sup>21</sup> 김원오, 앞의 논문(각주 5) 266면에서 재인용. 박영규, 앞의 논문(각주 4) 13-14면 참조.

<sup>22</sup> 경쟁적 특성(Wettbewerbliche Eigenart)이란 영업 출처를 표시하는 기능을 하거나 경쟁자가 구축한 성과물이 특별하다는 징표로서 기능하는 특성을 지칭한다고 한다. 이 부분에 대한 논의는 박윤석, 박해선, 앞의 논문(각주 5) 82면에서 재인용.

<sup>23</sup> 박윤석, 박해선, 앞의 논문(각주 5) 82면에서 재인용.

<sup>24</sup> 박성호, 앞의 논문(각주 4) 225면 및 박윤석, 박해선, 앞의 논문(각주 5) 82-83면에서 재인용. 박영규, 앞의 논문(각주 4) 27-28면 참조.

<sup>25</sup> 김원오, 앞의 논문(각주 5) 278-279면 및 박성호, 앞의 논문(각주 4) 224-225면에서 재인용.

또한, 독일 부정경쟁방지법은 사소하게 경쟁에 영향을 주는 행위(소극적 요건)는 부정경쟁행위로 규제하지 않는다고 한다.<sup>26</sup> 이 같은 행위에 해당하는지 여부는 그 행위가 시장에 미친 영향을 기준으로 개별적인 사례의 총체적인 상황, 객관적인 사정 그리고 경쟁업자의 주관적인 사정도 고려해야 한다고 한다.<sup>27</sup>

## 2) 미국

미국에서는 일반적으로 부정경쟁(unfair competition)을 상업적 불법행위(commercial torts)라고도 지칭하는데, 독일의 부정경쟁방지법 제3조와 같은 일반조항을 별도로 두고 있지는 않다고 한다.<sup>28</sup> 다만, 미국은 판례법(common law)으로 발전시킨 부정이용(tort of misappropriation) 법리를 이용하여 부정경쟁행위를 규제하고 있다고 한다.<sup>29</sup>

한편, 미국 연방대법원 판결에 따르면, 이 같은 부정이용에 해당하기 위해서는 ① 원고가 상당한 투자를 하여 지식재산권법으로 보호 받을 수 없는 무형 자산을 창출하였는데, ② 피고가 투자비용을 거의 들이지 않고 무임승차(free ride)하여 그 무형 자산을 이용한 결과 ③ 원고의 지속적인 무형 자산 창출 동기가 감소되어야 한다고 한다.<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup> 유영선, 앞의 논문(각주 15) 127-128면 및 박윤석, 앞의 논문(각주 17) 111면 참조.

<sup>27</sup> 박영규, 앞의 논문(각주 4) 26-27면 참조.

<sup>28</sup> 유영선, 앞의 논문(각주 15) 123-124면과 하홍준, 정신응, 앞의 보고서(각주 4) 53면에서 재인용.

<sup>29</sup> 유영선, 앞의 논문(각주 15) 124-125면 및 하홍준, 정신응, 앞의 보고서(각주 4) 57면 참조.

<sup>30</sup> 유영선, 앞의 논문(각주 15) 124-125면 참조.

### 3) 일본

일본은 우리나라의 부정경쟁방지법과 비슷한 구조를 가지고 있지만, 독일 부정경쟁방지법 제3조와 같은 일반조항을 도입하지는 않았다고 한다.<sup>31</sup>

일본은 권리침해를 위법성의 한 징표로 보기 시작하면서 공서양속 위반을 불법행위로 규제하였으며,<sup>32</sup> 이 같은 논리에 기초하여 다른 지식재산권 법률로 금지되지 않는 유형의 부정경쟁행위를 불법행위 법리에 근거하여 규제하고 있다고 한다.<sup>33</sup>

일반적으로 일본 법원이 불법행위 법리에 기해 부정경쟁행위를 규제하기 위한 요건은 ① 경쟁자의 ② 상당한 노력과 투자를 통해 창출된 무형 자산을 ③ 공정하고 자유로운 경쟁으로 허용된 범위를 일탈하여 무단으로 사용한 결과 ④ 법률상 보호가치 있는 상대방의 영업상 이익이 침해되어야 한다고 한다.<sup>34</sup>

#### 나. 부정경쟁행위 일반조항 도입 경위

---

<sup>31</sup> 일본에서의 부정경쟁행위 일반조항 도입에 관한 논의는 하홍준, 정신응, 앞의 보고서(각주 4) 73-80면 참조.

<sup>32</sup> 윤태영, 앞의 논문(각주 16) 143-144면 참조.

<sup>33</sup> 유영선, 앞의 논문(각주 15) 128-129면에서 재인용.

<sup>34</sup> 유영선, 앞의 논문(각주 15) 129-133면의 일본 판결 및 불법행위 성립요건 고려요소들 참조.

그 동안 기존 지식재산권 법률로 규제하기 어려운 유형의 경쟁행위도 불법행위 법리로 규제할 수 있다는 견해들이 있었다.<sup>35</sup> 하지만 특정한 행위를 불법행위라고 평가할 수 있는 판단기준을 어떻게 설정할 것인지에 대해서는 많은 논란이 있었다.<sup>36</sup>

한편, 대법원은 2010년경 “경쟁자가 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물을 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용함으로써 경쟁자의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻고 경쟁자의 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 행위가 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위에 해당”한다고 하면서, “위와 같은 무단 이용 상태가 계속되어 금전배상을 명하는 것만으로는 피해자 구제의 실효성을 기대하기 어렵고 무단 이용의 금지로 인하여 보호되는 피해자의 이익과 그로 인한 가해자의 불이익을 비교·교량할 때 피해자의 이익이 더 큰 경우에는 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다.”는 판결을 선고하였다(대법원 2010. 8. 25.자 2008마 1541 결정).

이 판결 이후, 명문 규정 없이 불법행위 법리에 기해 금지청구권을 행사할 수 있게 하는 것이 적절한지에 대해 많은 논란이 있었다.<sup>37</sup> 이

---

<sup>35</sup> 대표적으로 박준석, 앞의 논문(각주 6) 21면; 양창수, “민법의 관점에서 본 지적재산권법 - 저작권 침해의 구제수단을 중심으로”, 민법산고, 박영사, 2007, 320-323면; 정상조, 박준석, 앞의 단행본(각주 2) 37-38, 713, 715면 참조.

<sup>36</sup> 대표적으로 최민수, “부정경쟁행위와 불법행위법상 금지청구권, 법조 제62권 제1호, 법조협회, 2013, 264-268면 참조.

<sup>37</sup> 이와 관련된 논의는 권영준, “불법행위와 금지청구권- eBay vs. MercExchange 판결을 읽고”, Law & Technology 제4권 제2호, 서울대학교 기술과 법센터, 2008; 김상중, “불법행위의 사전적 구제수단으로서 금지청구권의 소고: 대법원 2010. 8.

같은 논란을 해소하기 위한 방편으로 부정경쟁행위 일반조항이 도입되었다.

### 3. 부정경쟁행위 일반조항의 특징과 문제점

#### 가. 부정경쟁행위 일반조항의 특징

현행 부정경쟁행위 일반조항은 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위 법리에 기초한 대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정을 반영한 것으로서 독일과 달리 모든 유형의 부정경쟁행위를 규제하기 위한 것이 아니라 일종의 성과모방 행위를 규제하기 위한 조항이다.<sup>38</sup>

하지만, 우리 부정경쟁행위 일반조항은 독일의 부정경쟁방지법상의 전형적인 성과모방행위 보다 더 다양한 유형의 부정경쟁행위를 규제할 수 있는 포괄적인 규정이라는 특징이 있다.<sup>39</sup>

#### 나. 부정경쟁행위 일반조항의 문제점

---

25.자 2008마1541 결정에 관한 평석”, 비교사법 제17권 제40호, 한국비교사법학회, 2010; 김차동, “금지(유지)청구권의 일반근거규정 도입에 관한 연구”, 법학논총 제31권 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2014; 유영선, 앞의 논문(각주 15) 152-172면; 최민수, 앞의 논문(각주 36) 참조.

<sup>38</sup> 같은 취지의 견해로 김원오, 앞의 논문(각주 5) 260-261면; 남형두, “퍼블리시티권에 관한 해외 사례 연구 - 퍼블리시티권을 활용한 해외스포츠/엔터테인먼트 산업 및 비교법 연구”, 한국저작권위원회, 2012, 82면; 박윤석, 박해선, 앞의 논문(각주 5) 71면 참조.

<sup>39</sup> 박윤석, 박해선, 앞의 논문(각주 5) 88면 참조.

하지만 현행 부정경쟁행위 일반조항은 다음과 같은 근본적인 문제점을 가지고 있다.

첫째, 부정경쟁행위 일반조항은 “성과 등”이나 “공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법”처럼 추상적이고 모호한 용어로 구성되어 있다. 그 결과, 위 일반조항에 기재된 내용만으로는 과연 어떤 유형의 경쟁행위가 부정경쟁행위 일반조항으로 규제되는 행위인지를 예측하기 어렵다.<sup>40</sup>

둘째, 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위 법리를 인정한 대법원 판결은 “성과물”이라는 용어를 사용하고 있음에 반하여, 부정경쟁행위 일반조항은 “성과 등”이라는 표현을 사용하고 있다. 따라서 이 “성과 등”이 무엇을 의미하는 것인지가 문제된다. 나아가 “성과 등”에 그 동안 다른 지식재산권 법률로 보호되기 어려웠던 대상들, 특히 단순한 상품의 형태가 아닌 트레이드 드레스(Trade Dress), 저작물이나 영업비밀로 보호되기 어려운 아이디어(Idea), 그 동안 국내에서 많은 논란이 있었던 퍼블리시티(Publicity) 그리고 일정한 경제적 가치를 창출할 수 있는 거래상 지위가 포함될 수 있는지가 모호하다.

셋째, 부정경쟁행위 일반조항은 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위 불법행위에 관한 대법원 논리에 기초한 포괄적인 조항이다. 그런데 우

---

<sup>40</sup> 부정경쟁행위 일반조항을 도입하기 위한 논의를 할 당시부터 부정경쟁행위 일반조항의 구성요건이 지나치게 모호하여 예측가능성을 훼손하게 될 것이라는 우려가 처음부터 존재하였던 것으로 보인다. 하홍준, 정신응, 앞의 보고서(각주 4) 86면 참조.

리 부정경쟁방지법은 제15조 이외에 부정경쟁행위 일반조항이 불법행위 법리와 같은 다른 부정경쟁행위 규제 법리와 어떤 점에 차이가 있는지, 양자가 상호 충돌 또는 모순될 때 어떻게 해결할 것인지를 명확히 하고 있지 않다.

넷째, 부정경쟁행위 일반조항은 특정한 “성과”를 보호대상으로 하는데, 부정경쟁방지법은 특허법이나 상표법과 같은 다른 지식재산권 법률과 달리 그 성과가 보호되는 시간적 제한을 두고 있지 않다. 따라서 특정한 성과가 부정경쟁행위 일반조항으로 영구적으로 보호될 수 있는 것인지가 문제된다.

이하에서는 이 같은 문제점들을 고려하여, 부정경쟁행위 일반조항의 구체적인 적용 요건이 무엇인지, 기존 법 질서와의 관계는 어떻게 되는지, 부정경쟁행위 일반조항이 적용될 수 있는 시간적 한계를 어떻게 볼 것인지를 살펴보겠다.

### III. 부정경쟁행위 일반조항 적용 요건

#### 1. 들어가며

앞서 살펴본 것처럼, 우리 부정경쟁행위 일반조항은 독일, 미국, 일본의 부정경쟁행위 규제 법리와 일치하지 않으며, 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위 법리에 관한 대법원 판단을 반영한 것이다. 그러므로 부정경쟁행위 일반조항의 적용 요건을 검토하기 위해서 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위 관련 선형 대법원 판결들을 분석하는 작업이 선행되어야 한다.

한편, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (자)목<sup>41</sup> 역시 타인이 자금과 노력 등을 투자하여 얻은 성과를 특별한 노력 없이 그대로 모방하는 행

---

<sup>41</sup> 자. 타인이 제작한 상품의 형태(형상·모양·색채·광택 또는 이들을 결합한 것을 말하며, 시제품 또는 상품소개서상의 형태를 포함한다. 이하 같다)를 모방한 상품을 양도·대여 또는 이를 위한 전시를 하거나 수입·수출하는 행위. 다만, 다음의 어느 하나에 해당하는 행위는 제외한다.

(1) 상품의 시제품 제작 등 상품의 형태가 갖추어진 날부터 3년이 지난 상품의 형태를 모방한 상품을 양도·대여 또는 이를 위한 전시를 하거나 수입·수출하는 행위

(2) 타인이 제작한 상품과 동종의 상품(동종의 상품이 없는 경우에는 그 상품과 기능 및 효용이 동일하거나 유사한 상품을 말 한다)이 통상적으로 가지는 형태를 모방한 상품을 양도·대여 또는 이를 위한 전시를 하거나 수입·수출하는 행위

위를 규제하기 위한 조항이다.<sup>42</sup> 그러므로 부정경쟁행위 일반조항의 적용 요건을 분석함에 있어서 형태모방<sup>43</sup>과 관련된 우리 법원 판결들을 참고할만하다.<sup>44</sup>

## 2. 선행 대법원 판결 분석

대법원은 ① 대법원 2008마1541 결정(네이버 광고 대체 사건), ② 대법원 2010다20044 판결(헬로키티 사건), ③ 대법원 2011다31225 판결(자막광고 사건)을 통해, “경쟁자가 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물을 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용함으로써 경쟁자의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻고 경쟁자의 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 행위가 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위”이며, “위와 같은 무단 이용 상태가 계속되어 금전배상을 명하는 것만으로는 피해자 구제의 실효성을 기대하기 어렵고 무단 이용의 금지로 인하여 보호되는 피해자의 이익과 그로 인한 가해자의 불이익을 비교·교량할 때 피해자의

---

<sup>42</sup> 서울중앙지방법원 2013. 7. 11. 선고 2012가합522440 판결 참조.

<sup>43</sup> 박윤석, 박해선, 앞의 논문(각주 5) 75-77면에서 부정경쟁행위 일반조항을 형태모방에 관한 법리와 비교하고 있는데, 이 논문 역시 형태모방을 규제하는 규정이 현행 부정경쟁행위 일반조항과 대응되는 면이 있다는 전제에 서 있는 것으로 보인다.

<sup>44</sup> 본 논문에서 언급된 형태모방과 관련된 판결들과 이론들은 기본적으로 최성준, “상품의 형태, 용기, 포장의 디자인 보호에 관한 최근 판례”, 2013. 11. 27.자 제4회 KOTA 브랜드&디자인 조찬 세미나 발표자료, KOTA 한국상표·디자인협회, 대한변리사회, 한국상표학회, 2013을 참조하였다.

이익이 더 큰 경우에는 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다.”  
는 일정한 기준을 제시하였다.

### 가. 대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정

이 결정은 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위 법리 나아가 그 같은 불법행위의 금지를 요구하기 위해 필요한 요건을 처음으로 정리한 대법원 결정이자 현행 부정경쟁방지 일반조항의 모태가 된 선례라는 점에서 의미가 있다.

#### 1) 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위 성립 요건 관련

이 결정의 특징은, 대법원이 ① 원고인 NHN이 네이버 포털 사이트를 이용하여 직접 광고영업을 하고 있기 때문에 불법적인 광고영업을 한 불법행위자와 경쟁관계에 있다고 보았으며, ② NHN이 상당한 노력과 투자에 의해 구축한 성과물을 무형물인 “네이버 포털 사이트”로 보았다는 점이다.

또한, 위 결정은 ③ 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용하는 행위를 “위 네이버 포털 사이트를 이용하여 광고영업을 하고 있는 원고의 동의를 받지 않고 위 포털 사이트에 있는 원고의 광고를 대체하거나 위 사이트에 새로운 광고를 삽입하는 행위”로 보았으며, ④ 이 같은 무단 이용의 대상을 “위 포털 사이트가 가지는 신용과 고객흡인력”으로 보았고,<sup>45</sup> ⑤ 침해 당한 법률상

---

<sup>45</sup> 유영선, 앞의 논문(각주 15) 138면 참조.

보호가치 있는 이익을 “원고의 광고 영업이익”으로 보았다는 점에서 특색이 있다.

## 2) 부정한 경쟁행위에 대한 금지청구권 인정 요건 관련

위 결정은 본안 소송이 아닌 임시의 지위를 정하는 가처분 신청절차에서 내려진 결정이다. 그런데 대법원이 거론한 금지청구권 인용 요건인 i) “금전배상을 명하는 것만으로는 피해자 구제에 실효성이 없는지”나 ii) “금지청구를 인용함으로써 인한 가해자와 피해자의 불이익을 이익형량”은 일반적인 임시의 지위를 정하는 가처분의 보전의 필요성 판단기준과 비슷하다.

즉, 우리 민사집행법 제300조 제2항<sup>46</sup>에서 임시의 지위를 정하는 가처분은 “특히 계속하는 권리관계에 끼칠 현저한 손해를 피하거나 급박한 위험을 막기 위하여” 인용될 수 있다고 기재되어 있다. 이 같은 내용은 위 i)에 대응된다.

또한, 우리 대법원은 “임시의 지위를 정하는 가처분 ... 을 필요로 하는지의 여부는 당해 가처분신청의 인용 여부에 따른 당사자 쌍방의 이해득실관계, 본안 소송에 있어서의 장래의 승패의 예상, 기타의 제반 사정을 고려하여 법원의 재량에 따라 합목적적으로 결정하여야 할 것”

---

<sup>46</sup> 제300조 (가처분의 목적)

② 가처분은 다툼이 있는 권리관계에 대하여 임시의 지위를 정하기 위하여도 할 수 있다. 이 경우 가처분은 특히 계속하는 권리관계에 끼칠 현저한 손해를 피하거나 급박한 위험을 막기 위하여, 또는 그 밖의 필요한 이유가 있을 경우에 하여야 한다.

이라고 판단하고 있다.<sup>47</sup> 그런데 위 요건들 중 “당사자 쌍방의 이해 득실관계”이라는 항목이 바로 위 ii)에 대응된다고 할 수 있다.

나아가 그 동안 우리 법원은 인격권이 침해된 사안이 아닌 한 본안 소송에서 i) 금전배상을 명하는 것만으로는 피해자 구제에 실효성이 없는지나 ii) “금지청구를 인용함으로써 인해 발생하는 가해자와 피해자의 불이익 이익형량”을 금지청구권 행사 요건으로 보지 않는 경향이 있었다.<sup>48</sup> 따라서 위 대법원 결정만으로는 본안 소송에서 부정한 경쟁행위에 대해 금지청구를 하는 경우에도 위 결정이 그대로 적용될 것인지가 모호한 면이 있었다.

#### **나. 대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다20044 판결**

이 판결은, 손해액 추정 규정이 없는 민법에 근거하여 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위의 손해배상액을 어떻게 산정할 것인지를 판단한 사례이다.

##### **1) 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위 성립 요건 관련**

이 판결의 특징은, ① 원고인 지상파방송사업자가 직접 드라마의 캐릭터 사업을 하지 않고 있지만, 드라마 상품화 사업이라는 경쟁시장을 설정한 후 그 경쟁시장에서 지상파방송사업자가 캐릭터 사업을 하는 불법행위자와 경쟁관계에 있다고 판단하였다는 점이 특징이다.

---

<sup>47</sup> 대법원 1997. 10. 14.자 97마1473 결정 등 참조.

<sup>48</sup> 권영준, 앞의 논문(각주 37) 54, 60면 참조.

또한, 위 판결은 ② 지상파방송사업자가 상당한 노력과 투자에 의해 구축한 성과물을 저작권 및 저작인접권의 대상이 될 수 있는 “드라마”로 본 후, ③ 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용하는 행위를 “드라마 상품화 사업영역에서 경쟁자인 지상파방송사업자의 동의를 받지 않고 불법행위자의 제품을 위드라마를 떠올리게 하기에 충분한 의상과 소품, 모습, 배경으로 꾸며 판매한 행위”,<sup>49</sup> 즉 “드라마 관련 상품화 사업을 추진하기 위해서는 그에 관한 권리자로부터 허락을 받는 것이 그 거래사회에서 일반적인 관행임에도 불구하고 그 허락을 받지 아니한 행위<sup>50</sup>”로 보았다는 특징이 있다.

또한, 위 대법원 판결은 ④ 그 무단 이용의 대상을 “드라마의 명성과 고객흡인력” 또는 “위 드라마 연상으로부터 생겨나는 수요자들의 제품 구매 욕구”로 보았다.

그리고 위 판결은 ⑤ 침해 당한 법률상 보호가치 있는 이익을 “드라마 관련 상품화 사업을 통해 얻을 수 있는 영업이익”으로 보았다는 점에서 특색이 있다.

## 2) 손해배상액 산정 방법 관련

---

<sup>49</sup> 이 사건에서 피고가 자신의 홈페이지에 게시한 제품 이름 앞에 ‘겨울연가’, ‘황진이’, ‘대장금’, ‘주몽’등의 드라마 제호를 직접 기재하는 행위를 하기도 하였다.

<sup>50</sup> 박윤석, 박해선, 앞의 논문(각주 5) 91-92면 참조.

손해배상산정 기준과 관련하여, 위 대법원 판결은 i) 불법행위자가 판매한 제품 수량 및 소매가 합계, ii) 지상파방송사업자가 직접 상품화 사업을 하지는 않는 사실, iii) 지상파방송사업자의 허락을 얻어 상품화 사업 계약을 체결하였다면 지급하였을 사용료, iv) 상품화 권리를 부여 받은 다른 업체들의 판매 감소로 인해 감소한 지상파방송사업자의 사용료 수입, v) 통상적인 상품화 사업 계약에서 소매가 대비 출고가의 비율과 사용료 요율 등을 종합적으로 고려하였으나, 부정경쟁방지법 제14조의2 제5항에 근거한 손해액 산정처럼 결국 법원이 재량으로 손해액을 산정하였다는 특징이 있다.

#### **다. 대법원 2014. 5. 29. 선고 2011다31225 판결**

이 판결은 본안 소송에서 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위 법리에 기해 금지청구를 처음으로 인용한 사례이다.

#### **1) 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위 성립 요건 관련**

이 판결의 특징은 ① 원고인 종합유선방송사업자가 직접 방송광고 영업을 하고는 있지만 방송법상 제한<sup>51</sup>으로 인해 불법행위자가 하는 것

---

<sup>51</sup> 방송법 제73조 제2항 및 동법 시행령 제59조 제2항 제2호 라목은 종합유선방송사업자의 방송광고 허용범위, 시간, 횟수 방법 등을 규제하고 있는데, 종합유선방송사업자는 원칙적으로 자신의 명칭을 고지하거나 방송프로그램 안내고지 목적으로만 자막광고(방송프로그램과 관계 없이 문자 또는 그림으로 나타내는 광고)를 할 수 있으며, 자막광고 횟수는 매시간 6회 이내, 매회 10초 이내로 제한된다.

과 같은 형태의 자막광고 영업을 할 수 없는 상황에서 종합유선방송사업자를 방송광고시장에서의 경쟁자로 인정하였다는 점이다.<sup>52</sup>

또한, 위 판결은 ② 경쟁자가 상당한 노력과 투자에 의해 구축한 성과물을 저작권 및 저작인접권의 대상이 될 수 있는 “방송물(방송신호)”로 인정한 후, ③ 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용하는 행위를 “종합유선방송사업자의 방송내용의 자유의 보호영역에 속하지 않는 수신영역에서 자막광고가 이뤄지기는 하였으나, 불법행위자가 종합유선방송사업자의 이용자의 동의만 받고, 종합유선방송사업자의 동의는 받지 않은 채 종합유선방송사업자의 방송신호와 자신의 자막광고를 하나의 신호로 합친 후 시청자의 방송화면 하단에 자막광고가 나타나게 한 행위”로 보았다는 점이 특징이다.

또한, 위 대법원 판결은 ④ 무단 이용의 대상을 “종합유선방송사업자의 광고(방송물)에 대한 시청자들의 집중도” 또는 “종합유선방송사업자의 방송광고의 광고효과”로 보았으며, ⑤ 침해 당한 법률상 보호가치 있는 이익을 “종합유선방송사업자의 광고이익”으로 보았다는 특색이 있다.

## 2) 부정한 경쟁행위에 대한 금지청구권 인정 요건 관련

---

<sup>52</sup> 이 사건에서 불법행위자는 종합유선방송사업자의 가입자에게 광고영상 송출기기를 제공하여 주었는데, 그 광고영상송출기기를 이용하는 경우 가입자의 방송화면 상단에 종합유선방송사업자의 방송이 나타남과 동시에 방송화면 하단에 광고영상송출기기에 저장되어 있던 불법행위자의 자막광고가 지속적으로 나타났다. 이 같은 유형의 자막광고는 방송법 시행령 제59조 제2항 제2호 라목에서 허용하는 범위를 넘은 광고였다.

위 판결은 본안소송에서도 ⑦ 위 대법원 2008마1541 결정에서 언급한 금지청구권 행사요건을 들어 금지청구를 인용하였으며, ⑧ 불법행위자의 직접적인 불법행위뿐만 아니라 불법행위자가 제3자로 하여금 그 같은 불법행위를 하게 하는 것도 금지시킨 판결이라는 점이 특색이다.

## 라. 대법원 판결 검토

### 1) 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위 규제 요건 분석

앞서 살펴본 대법원 판결들을 분석하여 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위 적용 요건을 정리하면 아래와 같다.

먼저, ① 대법원은 경쟁자에 국한하여 위 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위 법리를 적용하고 있는데, 보호 대상이 되는 경쟁자가 불법행위가 이뤄질 시점에 직접 불법행위와 같은 유형의 영업을 하고 있을 것을 요건으로 하지 않았다. 특히, 대법원 2010다20044 판결에서 보듯이, 대법원은 경쟁자를 선정하는 기준이 되는 경쟁시장의 영역을 다소 넓게 보고 있으며, 문제가 된 불법행위로 인해 잠재적으로라도 영업이익이 침해될 우려가 있다면 경쟁자에 속하는 것으로 보고 있는 듯하다.

다음으로, ② 상당한 노력과 투자에 의해 구축한 성과물의 범위와 관련하여, 대법원은 네이버 사이트와 같은 무형물을 성과물에 포함시키고 있으며, 저작권법과 같은 다른 지식재산권 법률로 보호될 수 있는 방송신호도 성과물에 속한다고 보고 있다. 또한, 대법원은 성과물이 소비자들에 대해 가지는 신용이나 명성, 즉 소비자들로부터 직접 또는

간접적으로 일정한 경제적 대가를 이끌어낼 수 있다는 것을 성과물의 특징으로 보고 있다.

그리고 ③ 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용하는 행위와 관련하여, 대법원은 그 성과물을 구축한 경쟁자의 동의를 받지 않고 무단으로 성과물에 편승하는 행위가 같은 유형의 행위로 보고 있다. 또한, 대법원 2010다20044 판결에서 보듯이, 대법원은 관련 거래시장에서 그 같은 이용에 대한 대가를 지급하는 거래관행이 있는데도 불구하고, 그 거래관행에 반하는 행위를 하였다면 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하는 것으로 인정된다고 보고 있다.

한편, ④ 경쟁자의 노력과 투자에 대한 편승과 관련하여, 대법원은 편승행위의 대상을 그 성과물 자체로 본 것이 아니라 그 성과물이 지닌 일정한 명성이나 고객흡입력으로 보고 있다. 따라서 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위로서 문제되는 경쟁행위는 단순히 그 성과물 자체를 모방하는 행위뿐만 아니라 그 성과물을 자신의 영리행위에 이용하는 행위들도 포함시키고 있다.

또한, ⑤ 보호되어야 할 법률상 보호가치 있는 이익과 관련하여, 대법원은 그 성과물로부터 얻을 수 있는 영업이익을 법률상 보호가치 있는 이익으로 보고 있다.

끝으로, ⑥ 금지청구권 행사요건과 관련하여, 대법원은 금지청구권 행사 요건으로 이익형량을 언급할 뿐 손해배상청구 보다 더 강한 위법성이 필요하다는 판단을 하지 않았다. 이를 두고, 대법원이 부정한 경

쟁행위로 인한 불법행위 사건에서 위법성 단계설의 입장에 있지는 않은 것이라는 평가가 있다.<sup>53</sup>

## 2) 대법원 판결의 한계

### 가) 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위 판단기준의 한계

대법원은, 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위 성립요건으로 ① 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여, ② 타인의 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물을 무단으로 이용함으로써 ③ 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하고, ④ 영업상 부당하게 이익을 얻을 것이라고 하는 네 가지 요건을 들고 있다. 그런데 아래에서 보는 바와 같이, 이 같은 대법원 판결에 대해 위법성 판단기준이 모호하며, 지나치게 쉽게 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위를 인정하는 경향이 있다는 비판이 존재한다.

먼저, 경쟁행위를 불법행위로 규제하는 경우, 그 같은 규제에 의해 관련 산업의 발전이나 소비자 후생에 미치는 영향을 고려해야 하는데, 대법원이 이 같은 사항들을 고려하지 않고 위법성을 넓게 인정하고 있어 적절하지 않다는 지적이 있다.<sup>54</sup> 이 견해는 위 ①과 ③의 요건은 동어반복에 불과한 추상적인 개념이며, ④의 요건은 ①의 타인이 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물에 대응되는 개념에 불과하므로 위 ②(“타인이 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물을 무단으로

---

<sup>53</sup> 유영선, 앞의 논문(각주 15) 172면 참조.

<sup>54</sup> 정상조, “경제적 불법행위 시론: 아이디어 유통의 민사법적 문제를 중심으로”, 민사판례연구 (XXXIV), 민사판례연구회, 2012, 857-858면 참조.

로 이용하는 행위”)만이 위법성 판단에 참고할만한 요소라고 지적한다.<sup>55</sup>

또한, 지식재산권 법률로 보호되지 않는 경쟁행위를 불법행위 법리로 보완하여 규제하는 경우, 부정경쟁방지법에 한정적으로 열거된 전형적인 부정경쟁행위를 넓게 해석하여 그 경쟁행위를 규제하지 않으면 당해 지적 성과물을 창출한 자에게 그 같은 창작행위에 대한 유인(인센티브)이 부족하게 될 것이 명백하다는 등의 특별한 사정이 있어야 그 경쟁행위를 위법하다고 평가할 수 있는데도 불구하고, 대법원은 구체적으로 그 같은 특별한 사정이 무엇인지를 제대로 판단하지 못하고 있다는 지적도 있다.<sup>56</sup>

나아가 대법원 2008마1541 결정 사안의 경우 불법행위자가 경쟁자의 홈페이지 화면을 ‘가로챌다’는 전형적인 위법성 징표가 존재하였던 반면, 대법원 2010다20044 판결 사안에서는 그 같은 사정이 없었는데도 불구하고 불법행위 책임을 인정하는 것이 타당하지 않다는 지적도 있다.<sup>57</sup> 이 견해는, 대법원 2010다20044 판결 사안의 경우 지상파방송사업자들이 드라마 주인공을 연상시키는 옷을 입힌 인형을 파는 사업을 활발하게 하지 않던 상황에서 불법행위자가 지상파방송사업자들의 “상표나 상품표지가 아닌 것”을 사용하는 사업 아이디어를 창안한 것이 반드시 위법하다고 보기 어려운 면이 있다고 지적한다.<sup>58</sup> 그리고 이 견해는 위 대법원 2010다20044 판결 사안의 경우 어떠한 지식재산권법으

---

<sup>55</sup> 정상조, 앞의 논문(각주 54) 855-856면 참조.

<sup>56</sup> 박성호, 앞의 논문(각주 4), 219-220면 참조.

<sup>57</sup> 백강진, “지식재산권 침해소송의 쟁점”, 서울변호사회 제8차 지적재산권 커뮤니티 발표 자료, 2013, 33면 참조.

<sup>58</sup> 백강진, 앞의 발표자료(각주 57) 33면 참조.

로도 명시적으로 보호되지 않음에도 불구하고, 반드시 불법행위를 통해 보호해야 할 지상파방송사업자의 ‘법적으로 보호가치 있는 이익’이 있었는지 자체에 대해 의문을 제기하고 있다.

### 나) 부정한 경쟁행위에 대한 금지청구권을 인정하기 위한 판단기준 상 한계

부정한 경쟁행위에 해당하는지의 위법성을 판단함에 있어서 그 같은 경쟁을 규제함으로써 인해 관련 산업 발전이나 소비자 후생에 미치는 영향을 고려해야 하는 것처럼, 대법원이 금지청구를 인용함으로써 인해 관련 산업 및 소비자에 미치는 영향 즉 공익이 훼손되는지 여부를 고려해야 한다는 지적이 있다.<sup>59</sup>

그리고 대법원 2008마1541 결정과 관련하여, 문제가 된 프로그램이 반드시 네이버 포털 사이트에서만 작동하는 것이 아니며, 사용자들이 다수의 포털 사이트 중 네이버 포털 사이트를 선택하여 그 프로그램을 사용하였다는 사정(즉, 사용자의 광고선택권)을 고려할 때, 대체광고방식 외에 삽입광고방식과 키워드광고방식에 대해서까지 위법성을 인정하여 금지청구를 인용했어야 했는지에 대해 의문을 제기하는 견해도 있다.<sup>60</sup>

### 다) 소결

---

<sup>59</sup> 정상조, 앞의 논문(각주 54) 879-880면 참조.

<sup>60</sup> 박성호, 앞의 논문(각주 4) 220-221면 참조.

대법원은 당사자들이 제출한 증거로부터 인정된 사실관계와 그에 기초한 당사자들의 주장을 판단한다. 따라서 대법원이 위 세 가지 사례를 통해 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위 판단기준을 명확하게 정리하기는 어려울 것이다. 그러나 대법원이 과감하게 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위 영역을 개척하려고 하였던 이상, 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위의 성립요건이나 그와 관련된 권리행사 범위와 한계를 좀더 명확하게 정리하지 못하였다는 점이 아쉽다.

한편, 자유경쟁의 영역에 속해야 하는 행위인지 아니면 규제대상이 되는 부정경쟁행위인지는 결국 그 행위를 위법하다고 볼 것인지와 관련되어 있다.<sup>61</sup> 그런데 자유시장경쟁질서(헌법 제119조)와 경쟁의 자유(헌법 제15조)<sup>62</sup>를 보장하기 위해 원칙적으로 다양한 경쟁행위를 허용하되 도저히 묵과할 수 없는 경쟁행위만을 부정경쟁행위로 규제하는 것이 바람직하다. 따라서 특정한 경쟁행위를 부정경쟁행위로 판단할 것인지 여부를 결정함에 있어서 위법성을 신중하고 엄격하게 판단해야 하며, 그 같은 규제에 의해 그 산업 및 사용자들에게 미치는 영향을 고려할 필요가 있다는 지적들이 타당하다.

이하에서는 이 같은 논의를 전제로, 부정경쟁행위 일반조항에 기재된 각 용어의 의미 및 적용요건에 대해 살펴보겠다.

---

<sup>61</sup> 박성호, 앞의 논문(각주 4) 211 및 214면; 정상조, 앞의 논문(각주 54) 841-842면 참조.

<sup>62</sup> “경쟁의 자유는 기본권의 주체가 직업의 자유를 실제로 행사하는 데에서 나오는 결과이므로 당연히 직업의 자유에 의하여 보장되고, 다른 기업과의 경쟁에서 국가의 간섭이나 방해를 받지 않고 기업활동을 할 수 있는 자유를 의미한다(헌법재판소 1996. 12. 26.자 96헌가18 결정).”

### 3. 타인의 의미

#### 가. 타인의 개념

타인에는 단순한 자연인뿐만 아니라 법인도 포함된다(민법 제3조, 제34조). 타인은 일정한 성과를 구축하는데 기여할 수 있고, 그로부터 이익을 얻는 영리행위를 할 수 있는 자이기만 하면 된다.

또한, 영리를 목적으로 하지 아니하는 개인 또는 법인 기타 단체가 행하는 사업이라도 그것이 널리 경제상 그의 수지계산 위에서 행하여지고 경제적 대가를 얻는 것을 목적으로 하는 경우에는 그 개인이나 법인도 부정경쟁행위 일반조항이 보호하는 타인에 해당할 수 있다.<sup>63</sup>

#### 나. 타인에 기업집단이나 단체도 포함될 수 있는지 여부

##### 1) 문제의 소재

하나의 법인을 형성하지는 않은 일정한 기업집단 또는 다수 사람이 모인 단체가 공동의 투자나 노력으로 일정한 성과를 구축한 경우, 그 기업집단 전체 또는 단체 자체를 부정경쟁행위 일반조항의 타인으로 보호할 수 있는지 아니면 구성원인 개개의 기업이나 사람을 타인으로 보아야 하는지 문제된다. 이는 그 개인들이나 기업들이 함께 구축한 결과(성과 등)에 대해 어떤 권리관계(예: 공유, 합유, 총유 등)를 형성하고 있는지 그리고 그 결과를 무단으로 사용한 제3자에 대해 부정

---

<sup>63</sup> 서울지방법원 2002. 8. 28. 선고 2002가합410 판결 참조.

경쟁방지법에 근거한 권리를 누구의 의사에 따라 어떤 식으로 행사해야 하는지와 연결되어 있는 문제이다.

## 2) 형법 및 상표법상 논의

일정한 단체나 집단의 신용이나 명예훼손과 관련된 형사상의 논의 그리고 최근 상표법 제7조 제1항 제1호 관련 대법원 판결은 이 부분 쟁점에 그대로 적용하기는 어렵지만 참고할만하다.<sup>64</sup>

먼저 형법에서의 논의를 살펴보면, 명성이나 신용은 형법에서 통상 명예훼손죄의 보호법익이 되기도 하는데, 법 인격 없는 단체라고 할지라도 법에 의하여 인정된 사회적 기능을 담당하고 통일된 의사를 형성할 수 있는 경우 명예의 주체가 된다고 한다.<sup>65</sup> 반대로, 법 인격 없는 단체에 이르지 못한 집단은 그 집단 자체가 사회생활상 독립된 존재로서의 특성이 없으므로 명예의 주체가 될 수 없으나, 집합적 명칭을 쓴 경우에도 특정한 범위에 속한 특정인을 가리키는 것이 명백하다면 그 특정인의 명예를 훼손한 것이라고 볼 수 있다고 한다.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> 명예훼손죄와 관련된 보호법익 주체를 누구로 보아 형사적으로 보호할 것인지에 대한 논의나 오인·혼동 가능성 있는 상표등록을 거절하기 위한 상표법 제7조 제1항 제10호에서의 논의를 부정경쟁행위 일반조항으로 보호될 타인이 누구인지 여부에 관한 논의에 그대로 대입하기는 어렵다. 왜냐하면, 소극적으로 특정한 법익을 보호한다는 것과 특정한 법익 침해에 대한 적극적인 사법상의 권리구제수단을 부여 받아 그 권리를 직접 행사한다는 것은 다르기 때문이다.

<sup>65</sup> 박재윤 집필대표, 주석형법, 형법각칙(4) 제4판, 한국사법행정학회, 2006, 402-405면(박홍우 집필 부분) 참조.

<sup>66</sup> 박재윤 집필대표, 앞의 단행본(각주 65) 405-406면(박홍우 집필 부분) 참조.

다음으로 최근 상표법 제7조 제1항 제10호(“수요자 간에 현저하게 인식되어 있는 타인의 상품이나 영업과 혼동을 일으키게 할 염려가 있는 상표”) 관련 대법원 판결을 살펴보면, 대법원은 같은 항 제10호 소정의 ‘선사용표장의 권리자는 개인이나 개별 기업뿐만 아니라 그들의 집합체인사회적 실체도 될 수 있다’고 하면서 ‘범현대그룹과 같은 대기업 집단 자체가 위 제10호의 타인에 포함될 수 있다’는 판결을 선고하였다.<sup>67</sup>

### 3) 소견

이는, 실제로 그 결과물을 만드는데 기여한 기업집단이나 단체 구성원들 사이의 계약 관계, 인적 결합 정도, 결과물의 분리가능성, 결과물의 사용, 수익, 처분 가능성, 각 구성원이 그 같은 결과물을 만드는데 기여한 정도, 각 구성원이 그 결과물로부터 구현되는 고객흡인력과

---

<sup>67</sup> “수요자 간에 현저하게 인식되어 있는 타인의 상품이나 영업과 혼동을 일으키게 할 염려가 있는 상표의 상표등록을 받을 수 없게 하는 것은 일반 수요자에게 저명한 상품이나 영업과 출처에 오인·혼동이 일어나는 것을 방지하려는 데 목적이 있으므로, 위 규정에 따라 상표등록을 받을 수 없는 상표와 대비되는 저명한 상표 또는 서비스표(이하 ‘선사용표장’이라고 한다)의 권리자는 상표등록 출원인 이외의 타인이어야 한다. 여기서 선사용표장의 권리자는 개인이나 개별 기업뿐만 아니라 그들의 집합체인사회적 실체도 될 수 있다. 그리고 경제적·조직적으로 밀접한 관계가 있는 계열사들로 이루어진 기업그룹이 분리된 경우에는, 기업그룹의 선사용표장을 채택하여 등록·사용하는데 중심적인 역할을 담당함으로써 일반 수요자들 사이에 선사용표장에 화체된 신용의 주체로 인식됨과 아울러 선사용표장을 승계하였다고 인정되는 계열사들을 선사용표장의 권리자로 보아야 한다(대법원 2015. 1. 29. 선고 2012후3657 판결).”

명성을 만드는데 기여한 정도 등을 종합적으로 고려하여, 구체적인 사안마다 달리 판단할 문제이다.

다만, 결국 집단이나 단체 그 자체가 부정경쟁방지법상의 권리를 행사하기 위해서는 권리능력이 인정되어야 한다는 점을 고려할 때, 그 집단이나 단체가 비법인 사단으로 인정될 정도가 아니라면, 각 구성원이 약정 내지 인적 결합 정도에 따라 해당 권리를 직접 행사할 수 밖에 없을 것이다.

## 다. 타인이 경쟁자에 국한되어야 하는지 여부

### 1) 문제의 소재

대법원은 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위 법리가 기본적으로 경쟁자 사이의 부정경쟁행위를 규제하기 위한 것임을 명시적으로 밝히고 있다.<sup>68</sup>

반면, 부정경쟁행위 일반조항은 “경쟁자”라는 용어 대신 “타인”이라는 용어를 사용하고 있다. 그러므로 부정경쟁행위 일반조항의 “타인”이라는 표현이 경쟁자를 지칭하는 것인지 문제된다.

### 2) 소견

---

<sup>68</sup> 유영선, 앞의 논문(각주 15) 135면에도 대법원이 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위 법리가 경쟁자 사이에 적용되는 것임을 명확히 하였다고 기재되어 있다.

우리 부정경쟁행위 일반조항의 모범이라고 볼 수 있는 독일 역시 성과모방행위로 인한 부정경쟁행위가 되기 위해서 경쟁자의 지위에 있을 것을 요구하고 있다고 한다.<sup>69</sup> 이 같은 사정을 고려할 때, 부정경쟁행위 일반조항의 “타인”이라는 개념 역시 특정한 경쟁시장에 속하는 경쟁자로 한정하여 해석해야 한다는 주장도 가능하다.

그러나 부정경쟁방지법에서 “타인”이라는 의미에 대해 별도로 정의 규정을 두고 있지는 않다. 그러므로 위 “타인”이라는 용어의 의미는 결국 문리해석에 기초하여 부정경쟁방지법을 비롯한 우리 법 질서 전체를 고려하여 체계적으로 해석하는 것이 바람직하다.

먼저, 국립국어원 표준국어대사전에 따르면, 타인(他人)이란 “다른 사람”을 지칭하는 반면, 경쟁자(競爭者)는 “어떤 목적을 두고 이기거나 앞서려고 서로 다투는 상대자”라는 의미이므로 위 두 단어의 의미가 같지 않다.<sup>70</sup>

다음으로 부정경쟁방지법 및 관련 법률들을 살펴보면, 부정경쟁방지법은 제1조(목적), 제2조 제1호 (가)목, (나)목, (다)목, (바)목, (사)목, (자)목에서도 “타인”이라는 용어를 사용하고 있을 뿐 경쟁자라는 용어를 사용하지 않고 있다.<sup>71</sup> 또한, 상법 제23조 제1항<sup>72</sup>에서도 “타인”라는

---

<sup>69</sup> 박윤석, 박해선, 앞의 논문(각주 5) 82-83면에서 재인용.

<sup>70</sup> 국립국어원 표준국어대사전(<http://stdweb2.korean.go.kr/main.jsp>) 참조(2015. 4. 24. 최종 접속).

<sup>71</sup> 김병일, “부정경쟁행위로 인한 금지청구권”, 법학연구 제1권, 인하대학교 법학연구소, 1999, 12면 참조. 이 논문에는 우리 부정경쟁방지법이 독일의 부정경쟁방지법처럼 경쟁을 목적으로 부정경쟁행위를 하였을 것을 명시적인 요건으로 기재하고 있지 않지만, 부정경쟁행위자가 피해자와 어느 정도 경쟁

용어를 사용하고 있으며, 상표법 제7조 제1항 제6호(저명한 타인의 성명 등), 제7호(선출원등록 상표) 등에서도 “타인”이라는 용어를 사용하고 있다.

그런데 영업표지 혼동<sup>73</sup>, 저명표지의 식별력 손상<sup>74</sup>, 역혼동<sup>75</sup>과 관련된 사례들에서 알 수 있듯이, 위 조항에서 말하는 “타인”이 오로지

---

관계에 있어야 하며, 이 같은 경쟁관계는 반드시 직접적인 경쟁관계일 필요가 없다는 취지로 기재되어 있다.

<sup>72</sup> 제23조(주체를 오인시킬 상호의 사용금지)

① 누구든지 부정한 목적으로 타인의 영업으로 오인할 수 있는 상호를 사용하지 못한다.

<sup>73</sup> “부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제1호 나목에서 정하는 “타인의 영업상의 시설 또는 활동과 혼동을 하게 한다”는 것은 영업표지 자체가 동일하다고 오인하게 하는 경우뿐만 아니라 국내에 널리 인식된 타인의 영업표지와 동일 또는 유사한 표지를 사용함으로써 일반수요자나 거래자로 하여금 당해 영업표지의 주체와 동일·유사한 표지의 사용자 간에 자본, 조직 등에 밀접한 관계가 있다고 잘못 믿게 하는 경우도 포함한다(대법원 2009. 4. 23. 선고 2007다4899 판결).”

<sup>74</sup> “저명한 상품표지와 동일·유사한 상품표지를 사용하여 상품을 생산·판매하는 경우 비록 그 상품이 저명 상품표지의 상품과 다른 상품이라 하더라도, 한 기업이 여러 가지 이질적인 산업분야에 걸쳐 여러 가지 다른 상품을 생산·판매하는 것이 일반화된 현대의 산업구조에 비추어 일반 수요자들로서는 그 상품의 용도 및 판매거래의 상황 등에 따라 저명 상품표지의 소유자나 그와 특수관계에 있는 자에 의하여 그 상품이 생산·판매되는 것으로 인식하여 상품의 출처에 혼동을 일으킬 수가 있으므로, ... 제2조 제1호 소정의 부정경쟁행위에 해당한다(대법원 2000. 5. 12. 선고 98다49142 판결).”

<sup>75</sup> 대법원은 역혼동이 문제된 사안에서, 표지 선사용자인 파워컴 주식회사는 전자제품 제조회사나 전자제품을 구입하려는 소비자들에게 전자부품, 전자제품, 반도체부품 도소매 및 수출업을 하는 회사인 반면, 표지 후사용자인 주식회사

“경쟁자”만을 의미한다고 제한하여 해석하기 어려운 면이 있다. 나아가 “타인”에 해당하는지 여부와 부정경쟁방지법, 상표법, 상법에서 말하는 오인·혼동가능성이 있는지 여부는 서로 다른 구성요건이며 양자를 동일시할 필요도 없다.

나아가 부정경쟁행위 일반조항이 도입된 입법취지를 고려하면, 부정경쟁행위 일반조항은 일반적이고 보충적인 부정경쟁행위의 일반규정을 두어 새로운 유형의 부정경쟁행위에 대한 법 적용범위를 확대하는 것이다.<sup>76</sup> 이 같은 입법 목적에 비추어 볼 때, 부정경쟁행위 일반조항에 기재된 “타인”의 의미를 그 문언에 기재된 것과 달리 축소해서 해석해야 할 입법목적론적인 필요가 있는 것도 아니다.

그러므로 부정경쟁행위 일반조항에 기재된 “타인”이라는 용어를 “경쟁자”로 제한하여 해석하지 않는 것이 타당하다.

## 라. 보론 - 경쟁시장 확정 기준 정립의 필요성

### 1) 경쟁시장 논의의 실익

만약, “타인”의 개념을 경쟁자로 국한시키는 경우, 경쟁자가 속하는 경쟁시장의 범위를 어떻게 설정할 것인가가 중요한 문제일 것이다.

---

파워콤은 전기통신사업자들에게 전기통신회선설비 임대사업 등을 하는 회사로서 두 회사의 고객층과 취급하는 재화와 용역이 달라 오인혼동가능성이 없다고 판단하였다(대법원 2002. 2. 26. 선고 2001다73879 판결). 이 사안에서 대법원이 소송당사자들이 경쟁자가 아니기 때문에 타인이 아니라고 판단하지 않았다.

<sup>76</sup> 산업통상자원위원회 전문위원 이동근, 앞의 검토보고서(각주 15) 11-12면

반면, “타인”의 개념을 경쟁자로 국한하지 않는 경우, 경쟁자를 확정하기 위해 경쟁시장을 논의할 필요가 없다. 다만, 위법성을 판단함에 있어서 특정한 경쟁행위를 규제함으로써 인해 관련 산업 및 수요자의 복리 후생에 미치는 영향을 고려해야 한다는 입장에 서게 되면, 경쟁시장을 확정하는 것은 위법성 판단에 있어서 중요한 문제가 될 수 있다.<sup>77</sup> 왜냐하면, 경쟁시장을 어떻게 볼 것인지에 따라 그 시장에서 특정한 사람이 기대하는 경제적 이익을 빼앗아 가는 행위를 규제해야 하는지에 관한 판단이 달라질 여지가 있기 때문이다.<sup>78</sup> 이는 공정거래법 분야에서 일정한 거래분야 또는 관련시장(relevant market)을 어떻게 확정하는가에 따라 그 시장의 구조가 독점이나 과점 또는 경쟁적 시장으로 평가될 수 있는 것과 같은 이치이다.<sup>79</sup>

이와 관련된 대표적인 사례로 바로 NBA 농구협회의 동의를 받지 않고 무단으로 개인용 휴대전화단말기에 NBA 농구 시합결과나 관련 통계자료를 제공한 *National Basketball Association v. Motorola, Inc* 사건<sup>80</sup>이 거론되기도 한다.<sup>81</sup> 위 사건에서 연방항소법원과 연방지방법원의 판단이 달랐는데, 연방항소법원은 연방지방법원과 달리 농구 결과에 대한 속보를 제공하는 피고가 NBA 농구협회인 원고와 직접적인 영업관계에 있지 않다는 이유로 부정이용의 법리를 적용하지 않았다고 한다.<sup>82</sup> 그

---

<sup>77</sup> 정상조, 앞의 논문(각주 54) 857-858면 참조.

<sup>78</sup> 정상조, 앞의 논문(각주 54) 844 및 857면 참조.

<sup>79</sup> 권오승, 앞의 단행본(각주 7) 136-137면 참조.

<sup>80</sup> *National Basketball Association v. Motorola, Inc.*, 105 F.3d 841 (2nd Cir., 1997)

<sup>81</sup> 정상조, 앞의 논문(각주 54) 844-845면 참조.

<sup>82</sup> 유영선, 앞의 논문(각주 15) 125-126면 및 정상조, 앞의 논문(각주 54) 844-845면에서재인용. Nicholas Khadder, *National Basketball Association v. Motorola, Inc.*, 13 Berkeley Tech. L.J. 3 (1998) 참조.

이유는, 피고가 무선통신기술을 응용해서 개인용 휴대전화단말기에 실시간으로 정보를 제공하는 서비스는 새로운 시장을 개척한 것으로 볼 수 있고, 피고가 위 서비스를 통해 NBA 경기 정보를 실시간으로 제공한다고 하여 원고의 기존 영업시장에 나쁜 영향을 미쳤다고 보기 어렵고, 오히려 소비자 후생이 증가되었다고 볼 수 있기 때문이라고 한다.<sup>83</sup>

## 2) 경쟁시장 결정방법

### 가) 논의의 전제

공정거래법을 적용할 때에도 늘 특정한 사안에서 관련 시장을 어떻게 설정해야 하는지에 대해 다툼이 있으며, 보는 관점에 따라 그 결과가 달라지곤 한다. 그러므로 부정경쟁행위 일반조항을 적용하기 위한 경쟁시장을 일의적으로 설명하기 어렵다. 따라서 본 논문에서는 경쟁시장을 결정할 때 사용할 수 있는 방법론과 고려할 요소에 대해서만 살펴보려고 한다.

### 나) 경쟁시장을 결정하기 위한 접근 방법

논리적으로 볼 때, ① 세부적인 시장을 먼저 설정한 후 그 세부적인 시장을 결합시켜 시장의 범위를 넓혀 가면서 경쟁시장을 결정하는 방법과 ② 전체로서 하나의 시장을 가정한 후 구체적인 사안에 따라 그 시장을 세분화 시키면서 경쟁시장을 결정하는 방법이 있을 것이다.

---

<sup>83</sup> 정상조, 앞의 논문(각주 54) 844-845면 참조.

그런데 부정경쟁방지법은 기본적으로 사회 전반에 걸쳐 건전한 거래질서를 유지하는 것을 목적으로 하며(부정경쟁방지법 제1조), 공정거래법 제2조 제8호<sup>84</sup>처럼 경쟁시장을 세분화하여 판단하지 않고 있다. 또한, 기술발전과 사회구조 변화로 인해 끊임 없이 새로운 상품이나 서비스가 나오고 있고, 그 결과 새로운 유형의 경제적 이익을 창출하는 영업수단이 나오고 있다. 따라서 경쟁시장을 결정할 때 미리 구체적인 세부시장을 설정하여 둔 후 그 시장의 범위를 넓혀 가는 방식을 부정경쟁행위 일반조항에 적용하기 어려운 면이 있다.

따라서 부정경쟁행위 일반조항을 적용함에 있어서 경쟁시장을 결정하는 방법은 위 ②의 접근 방법이 적절할 것으로 보인다.

## 다) 공정거래법상 관련 시장 확정 기준을 따를 것인지 여부

### (1) 문제의 소재

공정거래법상 불공정거래행위에 해당하는지 여부를 판단하기 위해서는 먼저 관련 시장을 확정해야 한다. 이 같은 관련 시장은 상호 경쟁관계에 있는 사업자의 범위를 말하는데,<sup>85</sup> 흔히 경쟁관계에 있거나 경쟁관계가 성립될 수 있는 분야나 범위를 지칭한다(공정거래법 제2조

---

<sup>84</sup> 8. "일정한 거래분야"라 함은 거래의 객체별·단계별 또는 지역별로 경쟁관계에 있거나 경쟁관계가 성립될 수 있는 분야를 말한다.

<sup>85</sup> 권오승, 앞의 단행본(각주 7) 197면 참조.

제8호). 이 같은 관련 시장, 즉 경쟁시장을 확정하는 일응의 기준은 공정거래위원회의 고시에 정리되어 있다.<sup>86</sup>

그런데 공정거래법 역시 부정경쟁방지법처럼 부정경쟁행위를 규제하기 위한 법률이라는 점을 고려할 때, 법적 안정성과 통일성을 확보하기 위해 부정경쟁행위 일반규정의 경쟁시장을 판단함에 있어서 공정거래법상 논의를 차용할 것인지가 문제된다.

## (2) 소견

공정거래법 제2조 제8호는 명시적으로 거래 객체별, 단계별, 지역별로 경쟁시장을 분리하여 판단할 것을 전제로 하고 있다. 따라서 공정거래법은 세분화된 개개의 경쟁시장에서 경쟁이 가능하게 하는데 초점을 맞추고 있다고 한다.<sup>87</sup> 또한, 공정거래법에서는 일반적으로 상품시장을 결정하기 위해 SSNIP(small but significant and non-transitory increase

---

<sup>86</sup> 불공정거래행위심사지침(2012. 4. 25.부터 시행된 공정거래위원회 예규 제134호) IV항에 따르면, 관련시장은 거래대상(상품 또는 용역)의 특성, 거래지역, 거래단계, 거래상대방에 따라 다르게 확정할 수 있다. 관련 시장은 상품시장과 거래시장을 고려하여 판단하는데, 상품 또는 용역의 수요대체성과 공급대체성, 거래지역, 거래단계, 거래상대방 등을 종합적으로 고려하여 판단한다{같은 예규 IV. 2항 및 3항; 기업결합심사기준(2014. 1. 1.부터 시행된 공정거래위원회 고시 제2013-9호) V항; 권오승, 앞의 단행본(각주 7) 197-201면 참조}.

<sup>87</sup> 각주 7번 및 해당 본문 참조

in price) 테스트를 사용하는데, 위 테스트는 일정한 조건을 충족시키는 가장 작은 단위의 시장을 기준으로 관련 시장을 확정한다고 한다.<sup>88</sup>

그 결과, 위 SSNIP 테스트에 따를 때, 상표법상 같은 지정상품이나 서비스업으로 분류될 수 있는 상품이나 서비스업이 별개의 시장으로 평가될 가능성을 배제할 수 없다. 그러므로 공정거래법상 관련 시장 확정 기준에 구속되어 부정경쟁행위 일반규정의 경쟁시장을 설정하는 경우, 상표법 나아가 상표법과 상호 보완관계<sup>89</sup>를 이루는 부정경쟁방지법이 의도하지 않은 결과가 발생할 수도 있다. 따라서 공정거래법상 관련 시장 확정 기준을 그대로 부정경쟁행위 일반조항의 경쟁시장 결정 기준으로 채택하기 어려운 면이 있다.

그렇다고 하더라도, 부정경쟁행위 일반규정이 적용될 수 있는 경쟁시장과 관련된 논의가 정립되어 있지 않은 현재로서는 공정거래법상 관련 시장 논의를 참고하여 경쟁시장 확정에서 고려할 요소를 설정한 후, 구체적인 사안의 특성을 고려하여 경쟁시장을 결정할 수 밖에 없다.

## 라) 경쟁시장 결정시 고려할 요소

### (1) 공정거래법상 관련 시장 확정 시 고려할 사항

---

<sup>88</sup> 이 같은 특징을 고려하여 SSNIP 테스트를 ‘반복과정에 의한 최소시장 원칙(iterative process and smallest market principle)’이라고 지칭하기도 한다고 한다. SSNIP에 대한 설명은 권오승, 앞의 단행본(각주 7) 199면에서 재인용.

<sup>89</sup> 정상조, 박준석, 앞의 단행본(각주 2) 44면 참조.

공정거래법상 관련 시장은 ① 상품시장과 ② 거래시장(지역시장)으로 구분된다고 한다.<sup>90</sup> 이 중 ① 상품시장은 특정한 상품이나 용역이 동일한 거래분야에 속한다고 볼 수 있는지 여부에 따라 결정되는데, i) 상품의 기능 및 효용의 유사성, ii) 상품의 가격의 유사성, iii) 구매자들의 대체가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 구매형태, iv) 구매자들과 판매자들의 상품 대체가능성에 대한 인식, v) 통계청이 고시하는 한국표준산업분류, vi) 거래단계(제조, 도매, 소매 등), vii) 거래상대방 등을 고려하여 판단한다고 한다. 반면, ② 거래시장은 특정지역이 동일한 거래분야에 있다고 볼 수 있는지 여부에 따라 결정하는데, i) 상품의 특성(부패성, 변질성, 파손성 등), ii) 구매자와 판매자의 구매지역 전환가능성에 대한 인식, iii) 시간적, 경제적, 법적 측면에서의 구매지역 전환 용이성 등을 고려하여 판단한다고 한다.

대법원은 관련 시장을 판단하기 위해 위와 같은 사정 이외에도 사회적·경제적으로 인정되는 업종의 동질성 및 유사성, 기술발전의 속도, 그 상품의 생산을 위하여 필요한 다른 상품 및 그 상품을 기초로 생산되는 다른 상품에 관한 시장의 상황, 시간적·경제적·법적 측면의 용이성 등도 함께 고려한다.<sup>91</sup>

## (2) 부정경쟁행위 일반조항의 경쟁시장 결정 시 고려할 요소

---

<sup>90</sup> 아래 상품시장과 거래시장 판단 요소에 대한 설명은 기업결합심사기준(2014. 1. 1.부터 시행된 공정거래위원회 고시 제2013-9호) V항 및 권오승, 앞의 단행본(각주 7) 197-201면 참조.

<sup>91</sup> 권오승, 앞의 단행본(각주 7) 137면 및 199면; 대법원 2008. 5. 29. 선고 2006두6659 판결 참조.

부정경쟁행위 일반조항은 기본적으로 기술발전과 사회구조 변화로 인해 등장하는 다양한 유형의 부정경쟁행위를 규제하여 사회 전반에 걸쳐 건전한 거래질서를 유지하기 위한 조항이다. 따라서 공정거래위원회의 관련 시장 확정 기준 이외에 사회 전반에 미치는 사항을 종합적으로 고려하여야 한다는 대법원 2006두6659 판결을 참고할만하다. 그러므로 부정경쟁행위 일반조항의 경쟁시장을 결정하기 위해서 공정거래위원회의 관련 시장 확정 기준을 참고하되, 특정한 영리행위를 규제함으로써 인해 관련 상품이나 서비스 시장, 기술발전이나 사회 구조 변화에 미치는 영향 등을 종합적으로 고려하여 특정한 성과물을 둘러싼 이해관계를 조정하는 것이 타당하다.

이상과 같은 논의를 전제로 공정거래법상 관련 시장 확정 기준과 부정경쟁방지법의 특색을 종합적으로 고려하면, 아래와 같은 방식으로 부정경쟁행위 일반조항의 경쟁시장을 결정할 수 있다.

먼저, 부정경쟁행위 일반규정이 적용되는 상품이나 서비스 시장을 살펴보면, 부정경쟁방지법이 가지는 상표법과의 상호 호환적인 성격을 고려할 때,<sup>92</sup> 상표법 소정의 지정상품이나 지정서비스업 분류 기준을 따르되 유사군코드를 같이 고려하여 관련 상품이나 서비스 시장을 결정하는 것이 바람직하다.

다만, 타인이 결과물을 완성할 당시 그리고 그 결과물을 사용하여 영리행위를 할 당시 예측하지 못한 새로운 시장이 부정경쟁행위를 한 자가 새로이 구축한 것이라고 볼만한 특수한 사정이 있는 경우에는 위와 같이 결정한 상품이나 서비스 시장을 축소해서 보는 것이 타당하다.

---

<sup>92</sup> 정상조, 박준석, 앞의 단행본(각주 2)44면 참조.

왜냐하면, 이러한 경우까지 부정경쟁행위 일반조항으로 규제하는 경우, 새로운 기술이나 영업방법을 개척하고자 하는 의지를 저해할 우려가 있기 때문이다.<sup>93</sup>

다음으로, 거래시장을 살펴보면, 우리나라의 경우 부정경쟁방지법이나 상표법 자체가 일정한 지역적 제한을 두고 적용되는 것이라고 보기 어렵고, 인터넷이나 운송수단 등의 기술발전으로 인해 사실상 전국이 하나의 시장을 형성하고 있다고 볼 수 있다.<sup>94</sup> 따라서 전국을 하나의 시장으로 보는 것이 타당하며, 각 지역 별로 시장을 세분화할 실익은 적다고 생각된다.

## 4. 성과 등의 의미

### 가. 성과 등에 해당하기 위한 요건

#### 1) 상당한 투자나 노력

#### 가) 상당한 투자나 노력의 정도

---

<sup>93</sup> 이는 기존의 저작물을 실질적으로 개변하여 2차적 저작물이 아닌 다른 저작물을 만들었을 때 별개의 저작물로 보호하거나 용도발명에 대해 특허등록을 인정하는 것과 같은 이치이다.

<sup>94</sup> 권오승, 앞의 단행본(각주 7) 137면 및 201면에는 공정거래위원회가 소주와 관련해서는 부산지역과 경남지역(울산 포함)을 별개의 관련 거래시장으로 구분하였다고 소개되어 있다.

부정경쟁행위 일반조항으로 보호되기 위한 성과는 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어져야 한다. 따라서 별다른 노력을 들이지 않은 성과는 공공의 영역(public domain)에 있는 것이며, 누구나 자유롭게 이용할 수 있게 하는 것이 합리적이다.<sup>95</sup> 그러므로 영업비밀 중 공지된 기술정보나 영업정보 그리고 일반 대중이 손 쉽게 접근(readily ascertainable)할 수 있는 정보는 원칙적으로 여기서 말하는 “성과 등”에 해당하기 어렵다.

그러면 어느 정도의 성과를 상당한 투자나 노력에 의해 만들어진 것으로 볼 수 있는지 문제된다. 대법원은 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위 관련 사건에서 성과물로부터 일정한 고객흡인력과 명성이 유래되고, 그 같은 고객흡인력이나 명성으로 인해 일정한 영업이익이 창출될 수 있어야 한다고 판단하였다. 따라서 적어도 소비자들로 하여금 일정한 구매욕구를 불러일으킬 수 있는 결과물을 만들기 위한 투자나 노력이 필요할 것으로 보인다.<sup>96</sup>

## 나) 참고할 형태 모방에 관한 하급심 판결

구체적으로 어느 정도의 노력이나 성과가 필요한지를 일률적으로 말하기 어렵지만, 아래와 같은 형태모방 하급심 판결들을 참고할만하다.<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> 유영선, 앞의 논문(각주 15) 135면 참조.

<sup>96</sup> 같은 취지로 박윤석, 박해선, 앞의 논문(각주 5) 80-81면 참조.

<sup>97</sup> 부정경쟁행위 일반조항의 보호대상이 되는 성과가 일정한 경제적 가치를 창출해야 한다는 점에서 영업비밀에 해당하기 위한 요건인 경제적 유용성(“그 정보의 보유자가 그 정보의 사용을 통해 경쟁자에 대하여 경쟁상의 이익을 얻을 수 있거나 또는 그 정보의 취득이나 개발을 위해 상당한 비용이나 노력이

**(1) 서울중앙지방법원 2014. 1. 10. 선고 2012가합108288 판결**

피고가 원고의 유아용 매트와 유사한 매트를 생산하여 판매한 사안이다.

서울중앙지방법원은 “원고 제품이 시장에 출시되기 이전에 원고 제품과 실질적으로 동일한 형태의 비교대상 제품들이 있었고,<sup>98</sup> 위 비교대상 제품들과 비교할 때 원고 제품이 특별히 경쟁에 있어서 의미 있는 형태를 가지고 있다고 보기 어려워 원고 제품의 형태가 원고가 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물로서 법률상 보호할 가치가 있다고 보기 어렵다.”고 판단하였다.

**(2) 서울중앙지방법원 2013. 8. 22. 선고 2012가합515565 판결**

피고가 원고의 자물쇠(디지털 도어록)과 유사한 형상의 제품을 생산하여 판매한 사안이다.

서울중앙지방법원은 “원고 자물쇠와 피고 자물쇠 중 유사한 구성은 이미 선행 실용신안공보에 공개되어 있었던 사정을 들어, 원고 제

---

필요하다는 것”을 의미, 대법원 2009. 7. 9. 선고 2006도7916 판결 참조)과 일맥상통하는 면이 있다. 그러나 경제적 유용성이 문제된 사안이 많지 않아 참고하기 어려운 면이 있어 형태모방 사례를 살펴보겠다.

<sup>98</sup> 원고는 자신의 제품 특징으로 ① 빨강, 노랑, 초록, 파랑의 순서로 구성된 4단 접이식 매트이며 ② 지퍼 숨김 처리가 되어 있는 점을 들었는데, 원고 제품이 시장에 출시되기 전에 이미 지퍼 숨김 처리가 된 유사한 형상, 모양, 색채의 선행 제품(색상 배열 순서가 같은 제품도 있음)이 있었던 사안이다.

품이 기존의 잠금장치 제품과 비교하여 현저한 특이성을 지님으로써 모방에 다른 부정한 경쟁행위로부터 보호하여야 할 가치가 있는 정도의 자금과 노력으로 구축한 것이라고 보기 어렵다”는 이유로 피고가 모방행위를 하였다고 하더라도 불법행위에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

### **(3) 서울중앙지방법원 2013. 7. 11. 선고 2012가합522440 판결**

피고가 원고의 컴퓨터 모니터 받침대와 유사한 제품을 생산하여 판매한 사안이다.

서울중앙지방법원은 “부정경쟁방지법상 보호되는 상품형태에 디자인보호법이 요구하는 정도의 창작성이 필요하지 않다고 하더라도 그 상품형태가 기존 상품에 비하여 미세한 정도의 특징만 가진다거나 후행자에 의해 모방되더라도 경쟁상 불공정을 야기한다고 평가되지 않는 등의 특별한 사정이 있다면, 이와 같은 상품형태는 보호할 필요가 없는 것이므로 후행자가 그 상품형태를 모방하더라도 부정경쟁방지법상 상품형태 모방행위에 해당하지 아니한다”고 판단하였다.

## **2) 출처표시 기능을 구비해야 하는지 여부**

### **가) 문제의 소재**

독일의 경우, 성과모방행위로 보호될 수 있는 성과는 경쟁적 특성을 갖춘 것, 즉 상품의 특정형태 혹은 특정 구성요소가 해당 거래업계에서 상품의 영업 출처 혹은 상품의 특색을 인식할 수 있는 것이어야

한다고 한다.<sup>99</sup> 이 같은 내용을 고려하여, 우리 부정경쟁행위 일반조항의 성과로 보호되기 위해서 독일에서 말하는 경쟁적 우위를 만들 수 있는 특성이 있어야 하며, 그 같은 특성이 출처표시 기능을 수행할 수 있을 정도에 이르러야 한다고 보아야 하는지가 문제된다.

## 나) 소견

일반적으로 신용과 고객흡인력은 특정한 대상에 대한 일반 대중의 인지도에 따라 달라진다. 따라서 부정경쟁행위 일반조항으로 보호되기 위해서는 특정한 성과가 일반 소비자들 사이에게 인지될 수 있는 특별한 징표를 지니고 있고, 그 같은 징표가 출처표시로서의 기능을 갖추고 있어야 한다고 보아야 하는 것이 아닌지 의문이 들 수 있다.

하지만 부정경쟁행위 일반조항은 일정한 표지만을 보호대상으로 하는 것이 아니며, 주지성이나 출처표시 기능을 구비할 것을 요건으로 하지 않고 있다.

또한, 부정경쟁행위 일반조항은 기존의 법질서로 보호하기 어려운 대상을 보호하기 위한 포괄적이고 일반적인 규정인데, 일정한 상품의 형태, 용기, 포장의 독자적으로 출처표시로서의 기능을 수행하고 주지성을 획득한 경우, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 가목 소정의 “기타 타인의 상품임을 표시한 표지”로서 보호될 수 있다.<sup>100</sup> 따라서 부정경쟁행

---

<sup>99</sup> 박윤석, 박해선, 앞의 논문(각주 5) 82-84면에서 재인용.

<sup>100</sup> “일반적으로 상품의 용기나 포장의 형태나 색상이 상품 출처를 표시하는 것은 아니나, 어떤 용기나 포장의 형상과 구조 또는 문양과 색상 등이 상품에 독특한 개성을 부여하는 수단으로 사용되고, 그것이 장기간 계속적, 독점적, 배타적으로

위 일반조항에 따라 보호되기 위해서 특정한 성과가 반드시 일정한 경쟁적 특성을 갖추고 있어 출처표시의 기능을 수행해야 한다고 볼 필요는 없다고 보는 것이 합리적이다.

## 나. 성과 등의 범위

부정경쟁행위 일반조항의 “성과 등”이 구체적으로 무엇을 의미하는지가 문제된다. 만약, “성과 등”이 다른 지식재산권 법률이 보호하는 대상을 포함한다면, 그 지식재산권법과 부정경쟁행위 일반조항의 관계가 문제될 것이다.

### 1) 성과 등에 포함될 수 있는 무형 자산

부정경쟁행위 일반조항은 근본적으로 새로이 등장하는 경제적 가치를 지닌 무형의 산물을 보호하기 위해 도입되었다.<sup>101</sup> 그리고 현행 부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목에서 성과물이라고 기재하지 않고, “성과 등”이라는 용어가 사용된 이유 역시 다양한 무형의 산물을 보호

---

사용되거나 지속적인 선전광고 등에 의하여 그 형상과 구조 또는 색상 등이 갖는 차별적 특징이 거래자 또는 수요자에게 특정한 품질을 가지는 특정 출처의 상품임을 연상시킬 정도로 현저하게 개별화되기에 이른 경우에는 ... (가)목 에서 정한 “타인의 상품임을 표시한 표지(標識)”에 해당한다. 또한 상표법 제6조 제1항 제3호의 기술적 표장과 같이 일반적으로 식별력이 없는 표지라도 그것이 오랫동안 사용됨으로써 거래자나 일반 수요자들이 어떤 특정인의 상품임을 표시하는 것으로 널리 알려져 인식하게 된 경우에는 ... “타인의 상품임을 표시한 표지(標識)”에 해당한다(대법원 2012. 5. 9. 선고 2010도6187 판결 등).”

<sup>101</sup> 산업통상자원위원회 전문위원 이동근, 앞의 검토보고서(각주 15) 11-12면 참조.

하기 위한 것이라고 볼 수 있다.<sup>102</sup> 따라서 무형의 자산은 부정경쟁행위 일반조항의 보호대상이 된다.<sup>103</sup>

그러면 그 동안 전통적인 지식재산권법으로 보호되기 어려운지에 대해 많은 논란이 많았던 바로 트레이드 드레스(Trade Dress), 아이디어, 퍼블리시티권의 보호대상이 되는 퍼블리시티 역시 부정경쟁행위 일반조항으로 보호되는 무형의 자산에 해당하는지가 문제된다.

## 가) 트레이드 드레스가 성과 등에 포함될 수 있는지 여부

### (1) 문제의 소재

일반적으로 트레이드 드레스(Trade Dress)는 미국 판례법에 의해 발권된 법리로서 ① 물건의 형태(product configuration), 물건의 외형적 분위기(the look and feel of product), ② 서비스 시설의 외형적 분위기(the look and feel of service establishment), ③ 심지어는 판매 방법(marketing methods)까지도 포함하는 개념이라고 한다.<sup>104</sup>

---

<sup>102</sup> 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위에 관한 대법원 판결에서는 “경쟁자가 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물”이라고 명시되어 있으나, 부정경쟁행위 일반조항에는 “성과물”이라는 표현 대신 “성과 등”이라는 표현이 기재되어 있다.

<sup>103</sup> 실제로 위 대법원 2008마1541 결정에서는 무형물인 네이버 포탈 사이트를 그리고 2011다31225 판결과 2011다31225 판결에서는 저작권과 저작인접권의 보호대상이 될 수 있는 방송물을 성과물로 인정하였다.

<sup>104</sup> 최성준, 앞의 세미나발표자료(각주 44) 70면 및 백강진, “상품형태모방에 따른 부정경쟁행위의 인정요건 - 서울고등법원 2012. 2. 2. 2011나69529 판결”, Law & Technology 제8권 제2호, 서울대학교 기술과 법센터, 2012, 33면에서 재인용.

미국에서 통상 트레이드 드레스로 보호되기 위해서는 i) 본질적인 식별력(inherently distinctive)이 있거나 사용에 의해 2차적 의미(secondary meaning)를 취득하여야 하며, ii) 그 트레이드 드레스가 비기능적(non-functionality, 단지 장식적인 요소만으로 구성될 것)이어야 하고, iii) 타인이 유사한 트레이드 드레스를 사용함으로써 인하여 오인·혼동의 가능성(likelihood of confusion)을 야기하여야 한다고 한다.<sup>105</sup> 그리고 일반적으로 트레이드 드레스를 모방(dead copy)하는 경우뿐만 아니라 유사한 트레이드 드레스를 사용함으로써 인하여 오인·혼동가능성(likelihood of confusion)을 야기하는 경우에도 법적 책임을 추궁할 수 있다고 한다.<sup>106</sup>

그런데 트레이드 드레스 중 ① 상품형태의 경우, 상표권이나 디자인권으로 등록되어 있지 않더라도 우리 부정경쟁방지법 제2조 제1호(가), (나), (다), (자)목으로 보호될 수 있다.<sup>107</sup> 그러나 ② 물건이나 서비스의 외형적인 분위기나 ③ 독특한 제품 판매 방법도 우리 부정경쟁방지법으로 보호될 수 있는지에 대해서는 논란의 여지가 있다.

---

윤선희, “현행 상표법상의 상표와 국내에 도입되지 않은 상표”, 한남대학교 과학기술법연구 제4권 제1호, 한남대학교 과학기술법연구원, 1998, 141면 참조.

<sup>105</sup> 김관식, “애플사 대 삼성전자 사건에 비추어 본 트레이드드레스의 법적 보호”, 산업재산권 제39호, 한국산업재산권법학회, 2012, 328면; 최성준, 앞의 세미나발표자료(각주 44) 70면; 백강진, 앞의 논문(각주 104) 34면에서 재인용.

<sup>106</sup> 백강진, 앞의 논문(각주 104) 34면 및 최성준, 앞의 세미나발표자료(각주 44) 70면 참조.

<sup>107</sup> 김관식, 앞의 논문(각주 105) 356-359면; 김동원, “트레이드 드레스의 식별표지성과 관련된 두 가지 쟁점- 부정경쟁방지법 제2조 제1호 가, 나목에 따른 보호를 중심으로”, Law & Technology 제9권 제4호, 서울대학교 기술과 법센터, 2013; 최성준, 앞의 세미나발표자료(각주 44) 2013, 31-38면 참조.

특히, 부정경쟁행위 일반조항이 도입된 상황에서 위 ②와 ③ 유형의 트레이드 드레스가 부정경쟁행위 일반조항의 보호대상이 될 수 있는지가 문제된다. 다만, 위 ③과 같은 유형은 결국 영업방법에 관한 아이디어를 부정경쟁행위 일반조항으로 보호할 수 있는지 여부로 귀결될 것이다. 따라서 여기서 주로 논의대상은 위 ② 유형이다.

## **(2) 부정경쟁행위 일반조항으로 트레이드 드레스를 보호할 수 있다는 하급심 판결**

이 사건은, 원고가 별집을 올려 놓은 아이스크림을 판매하고 있었는데, 피고가 원고와 유사한 컨셉으로 구성된 매장을 운영하면서 원고의 아이스크림과 유사한 제품을 판매한 사안이다(서울중앙지방법원 2014. 11. 27. 선고 2014가합524716 판결<sup>108</sup>). 원고는 피고를 상대로 부정경쟁방지법 제2조 제1호 자목(형태모방)과 차목(부정경쟁행위 일반조항) 소정의 부정경쟁행위를 하였다고 주장하며 소를 제기하였다.

이에 대해 서울중앙지방법원은 트레이드 드레스 자체가 부정경쟁행위 일반조항의 성과에 해당할 수 있다는 판결을 선고하였다.

즉, 서울중앙지방법원은 “트레이드 드레스(Trade Dress)는 어문상으로는 상행위와 관련된 상품 등의 외관, 외양을 의미하는데, 상품이나 서비스의 출처를 표시하는 문자나 기호 또는 도형들과는 달리, 상품이나 서비스의 포장, 색채의 조합 그리고 도안을 포함하는 ‘상품이나 서비스의 전체적인 이미지’가 포함되고, 영업소의 형태와 외관, 내부 디

---

<sup>108</sup> 현재 서울고등법원 2014나2052436 사건으로 계속 중이다.

자인, 장식, 표지판, 근로자의 작업복 등 ‘영업의 종합적인 이미지’ 또한 포함될 수 있다.”고 판단하였다.

그러면서 서울중앙지방법원은 “비록 우리나라의 경우 트레이드 드레스를 독자적으로 보호하는 규정은 존재하지 않지만 ... 특정 영업을 구성하는 영업소의 형태와 외관, 내부 디자인, 장식 표지판 등이 각각 개별 요소들로서는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목 내지 (자)목을 비롯하여 디자인보호법, 상표법 등 지식재산권 관련 법률의 개별 규정에 의해서는 보호받지는 못한다고 하더라도, 그 개별 요소들이 전체 또는 결합된 경우 위와 같이 식별력, 비기능성, 출처 혼동 가능성을 모두 갖추어 상품이나 서비스의 전체적인 이미지로서의 트레이드 드레스로 평가될 수 있다면(따라서 개별 요소들이 지식재산권 관련 법률의 개별 규정에서 요구하는 조건들을 갖추어야 하는 것은 아니다), 이는 특별한 사정이 없는 한 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목이 규정하고 있는 ‘해당 사업자의 상당한 노력과 투자에 의하여 구축된 성과물’에 해당한다고 볼 수 있고, 따라서 경쟁자가 이를 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 영업으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용하는 행위는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목이 정한 부정경쟁행위에 해당한다”고 판결하였다.

이 같은 전제에서 서울중앙지방법원은 ① 외부 간판, ② 메뉴판, ③ 콘반지<sup>109</sup>, ④ 젓소 로고, ⑤ 아이스크림 콘 진열 형태, ⑥ 별집 채 꿀 진열 형태와 같은 구성요소들은 “그 전체로서 원고의 영업 또는 원고 매

---

<sup>109</sup> 위 판결문 20면에는 “콘 아이스크림에서 녹아 흘러내리는 아이스크림으로 인해 구매자의 손이나 옷이 더러워지는 것을 방지하기 위해 콘의 중간 부분에 꽃아서 사용하는 종이로 된 CD 형태의 콘반지”라고 기재되어 있다.

장만의 독특한 분위기를 형성하여 원고의 영업 또는 원고 매장을 다른 디저트 매장들과 차별화” 하여 “위 구성요소들이 그 전체로서 원고 매장의 트레이드 드레스를 형성”한다고 판단하였다.

그런 다음 서울중앙지방법원은 위 “매장 구성요소들은 모두 원고가 상당한 투자와 노력을 기울여 만든 성과물에 해당”하며, 피고가 위 구성요소들을 “모방하여 이를 그대로 채택하거나 상호명, 로고 모양, 개별 상품명 등 일부분만을 변형하여 피고 매장을 구성·운영함으로써 피고 매장을 방문한 소비자들로 하여금 원고 매장과 동일하거나 매우 유사한 느낌을 갖도록” 하였으며, 이 같은 피고의 “행위는 경쟁관계에 있는 원고의 상당한 노력과 투자에 편승하여 원고의 고객흡인력을 자신의 영업을 위해 무단으로 사용함으로써 원고의 경제적 이익을 침해하는 행위로서 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목 소정의 부정경쟁행위에 해당한다”고 판단하였다.

다만, 서울중앙지방법원은 “부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목 위반을 이유로 개별 요소들 각각에 대한 사용 금지 청구를 받아들일 경우, 부정경쟁행위를 한정적으로 열거하고 있는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목 내지 (자)목 및 상표법, 디자인보호법 등 관련 법률의 규정을 형해화할 우려가 있다”는 이유로 “원고가 피고에 대하여 사용 금지를 구할 수 있는 범위는 피고가 원고 매장 구성요소들에 대응되는 피고 매장의 구성요소들을 함께 모아 동종 영업인 디저트 제조·판매업에 사용함으로써 소비자들로 하여금 원고의 영업과 피고의 영업 사

이에 혼동을 불러일으키게 하는 것으로 한정되어야 한다”고 판단하였다.<sup>110</sup>

### (3) 소견

일반적으로 특정한 분위기의 매장을 구성하기 위해서는 많은 비용과 시간이 투자되어야 한다. 그리고 매장이 가지는 독특한 이미지나 분위기는 소비자들의 제품 구매를 좌우하는 한 요소로 작용한다. 따라서 독특한 매장의 이미지나 분위기는 상당한 노력과 비용을 투자하여 만든 것으로서 일정한 경제적 가치를 창출할 수 있는 것으로서, 소비자에게 대해 고객흡인력을 가질 수 있다. 그러므로 서비스 시설의 외형적 분위기 같은 트레이드 드레스 역시 부정경쟁행위 일반조항의 보호대상에 해당한다고 볼 수 있다.<sup>111</sup>

다만, 위 서울중앙지방법원의 판결은 미국의 트레이드 드레스 법리, 예를 들면 출처표시가능이나 출처에 대한 혼동가능성을 그대로 채택하

---

<sup>110</sup> 위 판결문 주문 2의 가항에는 이 같은 내용을 반영하여 “피고는 디저트 제조·판매업 및 그 가맹점 모집·운영을 위하여 별지 6. 목록 제1 내지 4항 기재 각 외부 간판, 메뉴판, 콘반지, 젓소 로고 및 같은 목록 제5, 6항 기재 아이스크림 콘 또는 별집채꿀의 각 진열 형태를 함께 사용하여서는 아니” 된다고 기재되어 있다.

<sup>111</sup> 특정 매장의 분위기를 구성하는 개개의 인테리어 구성품은 제3자가 창작 또는 제조한 것을 구입하는 경우가 많으며, 그 매장의 내부 독특한 도안이나 색채와 같은 인테리어 구성 역시 전문적인 인테리어 사업자가 대가를 받고 마련해 준 경우가 많다. 따라서 일반적으로 조성된 특정 매장 분위기를 누구의 노력과 비용으로 만든 것인지 그와 관련하여 누가 금지청구권을 행사할 수 있는지에 대해 논란의 여지가 있다.

여 부정경쟁행위 일반조항을 적용하였는데, 이 같은 판단이 적절한지 의문이다. 특히, 우리 부정경쟁행위 일반조항은 위와 같은 요소를 요건 사실로 요구하지 않으며, 위법성과 같은 불법행위의 일반적인 요건 사실이 부정경쟁행위 일반조항에서 어떤 식으로 고려되어야 하는지에 대해 아무런 언급이 없다.

## 나) 아이디어가 성과 등에 포함될 수 있는지 여부

### (1) 문제의 소재

일반적으로 특허발명이나 영업비밀로 보호되지 않는 한, 아이디어 자체를 지식재산권법으로 보호하기 어렵다.<sup>112</sup> 특히, 아이디어가 구체적이지 않고 추상적일수록 특허나 영업비밀로 보호되기 어렵다.

추상적인 아이디어만 제공한 경우 발명의 기술적 과제를 해결하기 기술적 사상의 창작행위에 실질적으로 기여하였다고 보기 어려운 면이 있어 발명자로 보호되기 어렵고,<sup>113</sup> 그 같은 아이디어는 산업상 이용가능성<sup>114</sup>이 인정되기 어려울 뿐만 아니라 신규성이나 진보성이 결여된 경우가 많을 것이다.

또한, 추상적인 아이디어는 기본적으로 그 정보 자체를 취득하거나 개발하기 위해 상당한 비용이나 노력이 필요하지 않은 경우가 많아 독

---

<sup>112</sup> 같은 취지의 견해로 최호진, “아이디어의 보호가능성과 유형별 사례분석”, 저스티스 통권 제140호, 한국법학원, 2014, 145-148면 참조.

<sup>113</sup> 대법원 2012. 12. 27. 선고 2011다67705, 67712 판결 참조.

<sup>114</sup> 대법원 2003. 3. 14. 선고 2001후2801 판결 참조.

립된 경제적 가치를 가지기 어려운 경우가 많을 것이다.<sup>115</sup> 그리고 추상적인 아이디어는 구체적인 기술정보보다 상대적으로 비밀로 관리하기 위해 필요한 조치를 취하기 어려울 뿐만 아니라 손쉽게 외부에 공개될 수 있어 비공지성을 상실할 가능성이 높다. 게다가 실령 영업비밀 보호요건을 충족한다고 하더라도, 그 같은 아이디어를 접한 자들이 역설계의 방식으로 그 추상적인 아이디어를 지득하게 될 가능성 역시 높아 그 아이디어를 사용하는 자에 대해 영업비밀 침해를 주장하기 어려운 경우가 많을 것이다.

그러나 아이디어는 영업이익을 창출하는 근간이 될 뿐만 아니라 그 같은 아이디어를 얻는데 많은 시간과 비용이 필요한 경우가 많다. 그러므로 기존 지식재산권 법률로 보호되기 어려운 아이디어가 부정경쟁행위 일반조항의 보호대상이 될 수 있는지 여부가 문제된다.

## (2) 미국에서의 아이디어 무단 사용 논의

미국의 경우, 당사자 사이에 아이디어 사용에 관한 별도의 합의와 약인이 있는 경우 계약 법리에 따라 아이디어 무단 사용 행위를 규제할 수 있다고 한다.<sup>116</sup> 그리고 계약으로 보호되지 않는 경우, 불법행위

---

<sup>115</sup> 대법원 2009. 7. 9. 선고 2006도7916 판결 참조.

<sup>116</sup> 정상조, 앞의 논문(각주 54) 846-850면에 따르면, 1) 미국의 경우 일반적으로 아이디어를 제공하는 자가 그 아이디어의 제공이 상대방에 의한 보상을 전제로 한 것임을 분명히 하고, 2) 상대방도 그러한 보상조건을 알면서 아이디어를 제공 받은 경우 당사자 사이에 아이디어 보상에 관한 묵시적 계약이 체결된 것으로 인정될 수 있다고 한다. 또한, 위 논문 847면에 따르면, 이 같은 묵시적 계약이 성립된 경우, 그 아이디어가 당사자 사이에서 상대적으로 새로운 것으로서의 독창성이 인정되기만 하면, 그 아이디어가 공지의 아이디어라도 하더라도 위

법리에 기해 아이디어 무단 사용과 관련된 분쟁을 해결할 수 있다고 한다.<sup>117</sup>

다만, 주법의 불법행위 법리로 아이디어 무단 사용 행위를 규제하는 경우, 저작권법으로 보호하지 않아 누구나 자유롭게 사용할 수 있는 아이디어를 재산처럼 보호하는 결과를 낳게 되어 연방 저작권법에 위반될 소지가 있다고 한다.<sup>118</sup> 그렇기 때문에 미국 뉴욕주 법원은 아이디어가 새롭고 구체적이며 그 아이디어를 제공 받은 상대방 당사자가 비밀유지의무나 충실의무를 부담한다고 볼 수 있음에도 불구하고, 그 같은 의무를 위반하거나 그 아이디어 사용에 대해 보상을 하는 관행을 위반하여 아이디어를 무단으로 사용한 경우와 같이 특별한 사정이 있는 경우에 한해 불법행위로 규제할 수 있다고 한다.<sup>119</sup>

### (3) 국내에서의 아이디어 무단 사용 논의

그 동안 국내에서 아이디어를 보호할 수 있는 방안이 무엇인지에 대해 많은 논의가 있었다.<sup>120</sup> 그 중에서 본 논문의 주제와 관련 있는 견해를 몇 개 소개하면 아래와 같다.

---

보상계약을 무효로 만들 수 없다고 한다. 최호진, 앞의 논문(각주 112) 150-155면 참조.

<sup>117</sup> 정상조, 앞의 논문(각주 54) 851면에서 재인용.

<sup>118</sup> 정상조, 앞의 논문(각주 54) 850면 참조.

<sup>119</sup> 정상조, 앞의 논문(각주 54) 851-852면 및 최호진, 앞의 논문(각주 112) 155-156면에서 재인용.

<sup>120</sup> 이헌, “아이디어의 보호에 관한 연구”, Law & Technology 제6권 제1호, 서울대학교 기술과 법센터, 2010; 정상조, 앞의 논문(각주 54); 최호진, 앞의 논문(각주 112) 참조. 위 논문들에 언급된 하급심 판결(서울고등법원 1998. 7. 7.

**(가) 다른 지식재산권으로 보호되지 않는 아이디어를 보호하기 어렵다는 취지의 견해**

지식재산권의 보호대상에 포함되지 않는 지적 성과를 이용하는 것은 규제대상이 아닌 자유의 영역에 속해야 하며, 특히 구체적으로 형성되지 않은 아이디어를 보호해서는 안 된다는 견해가 있다.<sup>121</sup>

이 견해는 지식의 공유 및 문화산업의 발전을 위해 아이디어는 공유되어야 하며, 타인의 지적 성과물인 아이디어를 보호하는 경우 지식재산권의 보호를 무한정 확장시키는 결과를 가져오게 되는 문제가 있다는 점을 이유로 들고 있다.<sup>122</sup>

다만, 이 견해는 아이디어를 통해 구체화된 활용가치가 있는 성과는 부정경쟁행위 일반조항으로 보호될 수 있다고 한다.<sup>123</sup>

**(나) 다른 지식재산권으로 보호되지 않는 아이디어를 보호해야 한다는 취지의 견해**

아이디어의 무단 사용 역시 부정경쟁행위의 일종이므로 규제해야 한다는 견해도 있다.<sup>124</sup> 다만, 이 견해에 따르면, 어느 정도의 정확이

---

선고 97나15229 판결, 서울지방법원 1999. 5. 14. 선고 98나24852 판결, 서울중앙지방법원 2007. 7. 6. 선고 2006가합13938 판결, 서울중앙지방법원 2013. 8. 16. 선고 2012가합80298 판결 등) 참조.

<sup>121</sup> 박윤석, 박해선, 앞의 논문(각주 5) 79-80면 참조.

<sup>122</sup> 박윤석, 박해선, 앞의 논문(각주 5) 79-80면 참조.

<sup>123</sup> 박윤석, 박해선, 앞의 논문(각주 5) 80면 참조.

인정되어야 아이디어 무단 사용행위를 위법하다고 볼 수 있는지가 문제된다.

이에 대해 법률로 보호하기에 적합한 대상이 되기 위해서는 어느 정도 참신하고 독창적이며 구체적인 아이디어이어야 하며, 가해자의 침해행위 태양의 불법성이 매우 불량하거나 신뢰관계나 묵시적 의무 같은 일정한 무단 사용 금지 의무를 부담하고 있다면 가해행위의 불법성을 무겁게 판단할 수 있다는 견해가 있다.<sup>125</sup>

또한 이 같은 유형의 무단 사용은 결국 경제불법행위의 영역에 속하는 문제이므로, 먼저 그 아이디어가 해당 산업에서 어떤 가치와 지위를 가지는지를 검토하여, 그 아이디어를 보호하는 경우 자유경쟁이 위축되는 측면 보다 산업 발전과 소비자 후생을 증가시킬 수 있다면 아이디어 무단 사용 행위를 위법하다고 보아 규제해야 한다는 견해도 있다.<sup>126</sup>

그렇지만, 이 입장에 있는 견해들 역시 완전히 공개된 아이디어나 일반공중이 알 수 있는 상태에 놓인 아이디어는 그 아이디어 무단 사용에 대해 불법행위 책임을 추궁하는 것이 불합리하므로 보호대상이 되는 아이디어가 보호가치가 있을 만큼 참신하거나 독창적이어야 하

---

<sup>124</sup> 대표적으로 이헌, 앞의 논문(각주 120), 정상조, 앞의 논문(각주 54)과 최호진, 앞의 논문(각주 112) 참조.

<sup>125</sup> 최호진, 앞의 논문(각주 112) 163-164면 참조.

<sup>126</sup> 정상조, 앞의 논문(각주 54) 861-862면 참조.

며,<sup>127</sup> 어느 정도 비밀로 유지된 상태로 상대방에게 제공될 필요가 있다고 한다.<sup>128</sup>

### (다)아이디어 무단 사용 관련 하급심 판결

그 동안 아이디어 무단 사용과 관련하여 가장 빈번하게 거론되었던 사건으로는 ① 하이트 맥주 사건이 있다. 그리고 최근 ② “짜”이라는 프로그램의 포맷을 모방한 사건 그리고 ③ 타인의 아이스크림과 유사한 제품 및 매장을 구성한 것이 아이디어 무단 사용행위인지와 관련된 분쟁이 있었다.

#### ① 서울고등법원 1998. 7. 7. 선고 97나15229 판결<sup>129</sup>

피고가 원고로부터 온도감응테이프를 부착한 맥주의 용기 아이디어를 제공 받은 후, 온도감응잉크로 인쇄한 상표를 부착하여 하이트 맥주를 생산한 사안이다. 이 같은 피고의 행위가 아이디어 무단 사용으로서 불법행위에 해당하는지 문제되었다.

서울고등법원은 “지적재산권 또는 부정경쟁방지법상의 영업비밀에 해당하지 아니하는 아이디어를 아이디어 창출자의 허락을 받지 아니하고 사용하는 행위가 일반 불법행위를 구성한다고 볼 것인가에 대하여는 논의의 여지가 있다 할 것이나, 원고가 주장하는 바와 같이 그 최

---

<sup>127</sup> 하이트 맥주 광고사건의 항소심 법원(서울고등법원 1998. 4. 28. 선고 97나15229 판결)은 이와 유사한 입장에 있다고 볼 여지가 있는데, 이 부분에 대한 설명은 정상조, 앞의 논문(각주 54) 859면 및 최호진, 앞의 논문(각주 112) 169-170면 참조.

<sup>128</sup> 정상조, 앞의 논문(각주 54) 862면 참조.

<sup>129</sup> 1심은 서울지방법원 1997. 2. 14. 선고 96가합7170 판결이다.

소한의 요건으로서 아이디어의 참신성(독창성)과 이를 침해하는 행위가 있을 것이 그 요건으로 된다.”고 판단하였다.

이 같은 전제에서 서울고등법원은 “온도감응테이프나 온도감응잉크 등의 온도감응수단을 부착한 맥주나 음료 용기에 관한 아이디어는 이미 국외에서 1983년 경부터 공지, 공용되고 있었고, 이를 판매전략에 이용하여 왔던 점, 또한 국내에서 상당히 오래 전부터 맥주를 전문적으로 생산하는 업체인 피고 회사가 온도감응수단을 부착한 맥주를 판매전략에 이용한 위 사례들에 관하여 이를 모르고 있었다고 인정하기는 어려운 점, 피고 회사가 온도감응잉크로 인쇄한 상표를 부착한 하이트 맥주를 생산, 판매한 것은 원고로부터 제안서를 송부 받은 때로부터 1년이라는 시간이 경과한 때이고, 피고 회사가 시행한 온도감응잉크 방식과 원고가 제안한 온도감응테이프 방식에는 그 기술 상의 차이가 있는 점 등 여러 사정에 비추어 볼 때 원고의 위 아이디어는 참신성(독창성)을 인정하기 어려울 뿐 아니라, 피고 회사가 원고의 아이디어를 이용하여 온도감응잉크로 인쇄된 상표를 맥주의 용기에 부착하여 하이트 맥주를 생산, 판매하였다고 단정하기도 어렵다.”고 보아 불법행위 책임을 부정하였다.

② 서울고등법원 2014. 5. 29. 선고 2013나54972 판결<sup>130</sup>

---

<sup>130</sup> 1심은 서울중앙지방법원 2013. 8. 16. 선고 2012가합80298 판결이며, 현재 대법원 2014다49180으로 계속 중이다. 임상혁, 법률신문 2014. 8. 14.자 기획기사 2013년 분야별 중요 판례 분석 (23) 엔터테인먼트법 (<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?Serial=86665>, 2014. 4. 24. 최종 접속) 참조.

피고가 원고의 프로그램인 “짜”(교제할 이성을 찾는 과정을 그린 프로그램)과 유사한 내용의 프로그램을 방송하여 아이디어 무단 사용 등이 문제된 사안이다.

서울고등법원은 피고의 영상물이 원고의 영상물의 저작물의 제목을 표현하는 방식, 등장인물을 표현하는 방식, 출연자 집단별 저작물 제목의 표현, 상황과 공간을 표현하는 방식, 출연자의 등장 방식, 자기 소개의 표현 방식과 프로필 정리 장면, 등장인물의 마음을 표시하는 방식(도시락 선택), 제작진과의 속마음 인터뷰, 가족과 전화통화, 데이터권리를 얻기 위한 게임, 프로그램 종료 마지막 장면 문구, 내레이션 을 통한 사건 전개 등에 기초하여 구상 및 기획된 것으로 볼 수 있지만, 이 같은 원고의 영상물 내용은 저작권법의 보호대상이 아닌 아이디어의 영역에 포함되거나 이미 다른 영상물에서 사용되고 있었다는 이유로 실질적인 유사성을 부정하여 저작권 침해를 인정하지 않았다.

나아가 서울고등법원은 “원고 영상물이 원고가 상당한 노력과 투자로 구축한 성과물에 해당하지만, 원고 영상물의 표현과 구성 등은 기존의 영상물에서 널리 사용되던 것을 기초로 만들어낸 방송프로그램 진행방식에 관한 아이디어에 불과하다. 또 피고는 원고 영상물의 소재와 장면 등의 요소와 원고 영상물의 제목을 꺾어디한 명칭을 사용하여 방송함으로써 원고와 같은 방송사업자로서 경쟁 관계에 있는 피고가 원고 영상물의 인기에 일부 편승한 부분이 있다고 하더라도 그 밖에는 피고의 독자적인 아이디어를 바탕으로 피고 자신의 비용과 노력을 들여 원고 영상물에 존재하지 않는 다양한 창작적 요소를 가진 피고의 영상물을 제작한 것이므로 피고의 이러한 창작행위는 원고의 저작권 등을 침해하지 않는 한도에서는 원칙적으로 허용되는 것으로서 그것이 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 명백한 불공정한 행위에 해당한

다고 단정하기 어렵고, 리얼리티 방송에 속하는 원고 영상물과 달리 피고 영상물은 성인 대상 코미디 또는 게임광고 프로그램으로서 피고가 방송하거나 전송하는 영상물을 통하여 올리는 피고의 영업이익이 원고의 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는지도 분명하지 않다”고 보아 부정행위로 인한 불법행위 손해배상청구를 기각하였다.

### ③ 서울중앙지방법원 2014. 11. 27. 선고 2014가합524716 판결<sup>131</sup>

앞서 살펴본 타인과 유사한 형태의 아이스크림 및 매장 분위기를 사용한 사안이다.

서울중앙지방법원은 “소프트 아이스크림 위에 별집 채 꿀을 얹는다는 구상 자체는 아이디어에 해당한다”고 하더라도, ① 그 아이디어를 실현시키는 방법, 즉 소프트 아이스크림과 별집 채 꿀의 양 및 비율, ② 별집 채 꿀 제공방식, ③ 컵 아이스크림의 경우 컵의 재질, 모양, 및 색깔의 구성, 콘 아이스크림의 경우 콘의 모양 및 색깔의 구성 등을 달리하여 위 아이디어를 실현할 수 있음에도 불구하고, 피고가 단순히 “소프트 아이스크림 위에 별집 채 꿀을 얹는다는 구상만을 모방한 것이 아니라 원고 아이스크림의 구체적인 상품 형태를 사실상 그대로 모방”하였다고 보아 자목 소정의 형태모방으로 인한 부정경쟁행위를 인정하였다.

다만, 서울중앙지방법원은 아이스크림 매장 분위기를 구성하는 아이디어에 대해서는 별도로 판단을 하지 않은 채, 그 매장 분위기 전체

---

<sup>131</sup> 현재 서울고등법원 2014나2052436 사건으로 계속 중이다.

를 하나의 트레이드 드레스로 보아 부정경쟁행위 일반조항을 적용하였다.

## (라)소결

현대 사회에서 아이디어는 사업의 성패를 좌우하는 중요한 요소이다. 그러므로 특정한 아이디어를 창출하기 위해 상당한 노력과 비용을 투자하였다면 원칙적으로 부정경쟁행위 일반조항의 보호대상인 “성과 등”에 해당한다고 보는 것이 합리적이다.

다만, 그 아이디어가 공지되어 있거나 기존 공지의 아이디어를 손쉽게 조합한 것에 불과하다면, 상당한 노력과 투자로 구축된 것이라고 보기 어려워 부정경쟁행위 일반조항으로 보호되지 않을 것이다.

## 다) 퍼블리시티가 성과 등에 포함될 수 있는지 여부

### (1) 문제의 소재

일반적으로 퍼블리시티권(Right of Publicity)은 초상, 성명, 음성 등 특정인의 각종 이미지를 포함한 대상물을 광고 혹은 상품판매 등 널리 상업적으로 사용할 수 있는 권리를 지칭한다.<sup>132</sup>

퍼블리시티권이 인격권으로 도출되는 재산권적 성격을 지닌 권리라는 사실은 부정할 수 없다.<sup>133</sup> 다만, 그 법적 성격을 어떻게 볼 것인가

---

<sup>132</sup> 정상조, 박준석, “부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률에 의한 퍼블리시티권 보호방안 연구”, 특허청, 2009, 13면 참조.

지 여부에 따라 권리 보호기간, 양도 및 상속성 등과 관련하여 준용 내지 유추 적용될 수 있는 법규 내용이 달라진다.<sup>134</sup>

하지만 우리나라의 경우, 그 동안 미국<sup>135</sup>과 달리 명문의 규정이 없던 까닭에 퍼블리시티권(Right of Publicity)을 인정할 수 있는지 그리고 금전배상주의(민법 제763조, 제394조)를 원칙으로 하고 있는 현행 민법 체계에서 퍼블리시티를 보호하기 위한 금지청구권을 인정할 것인지에 대해 많은 논란이 있었다.<sup>136</sup> 우리 하급심 법원 역시 시기마다 구체적인 사안마다 이와 관련하여 다른 판결을 선고하기도 하였다.<sup>137</sup>

---

<sup>133</sup> 퍼블리시티권의 재산권적 성격을 강조하는 경우, 자연인 이외의 법인이나 단체, 동식물 등에 대해서도 퍼블리시티권이 인정될 수 있다는 결론에 도달할 수 있다. 실제로 일본의 경우, 이 같은 전제에서 물건의 명칭에 대해 퍼블리시티권을 인정할 것인 것 여부가 논의되기도 한다고 한다. 이 부분에 대한 논의는 정상조, 박준석, 앞의 연구보고서(각주 132) 50-53면 및 82-87면 참조.

<sup>134</sup> 퍼블리시티권을 개개의 인격과 구분되는 별도의 재산권으로 볼 것인지, 재산권으로 보는 경우 제3자에 대해 침해금지를 요구할 수 있는 배타적 그리고 대세적인 성질을 중시하여 물권에 준하는 권리로 취급할 것인지, 아니면 단순한 물권과 독특한 유형의 지식재산권의 한 종류로 볼 것인지, 지식재산권의 한 분류로 보는 경우 저작인격권 등 구체적으로 어떤 지식재산권과 유사한 권리로 볼 수 있는지에 대한 논의는 정상조, 박준석, 앞의 연구보고서(각주 132) 57-81면 및 박준석, “퍼블리시티권의 법적 성격 - 저작권과 상표 관련 권리 중 무엇에 더 가까운가?”, 산업재산권 제30호, 2009 참조.

<sup>135</sup> 미국은 각주의 보통법으로 퍼블리시티권을 인정하고 있는데, 이와 관련된 각주의 입법례 및 판결을 정상조, 박준석, 앞의 연구보고서(각주 132) 16-19면 및 31-49면 참조. 한편, 일본은 명문으로 퍼블리시티권을 규정하지 않고 있지만 민법상의 불법행위 법리에 기해 사실상 퍼블리시티권 침해행위를 규제하고 있다고 한다. 이와 관련된 논의는 같은 연구보고서(각주 132) 49-54면 참조.

<sup>136</sup> 명문의 규정이 없는 상황에서도 퍼블리시티권을 인정해야 한다는 견해로 남형두, “퍼블리시티권의 입법적 보호 방안 연구, 문화관광부, 2011와 정상조,

그런데 최근 부정경쟁행위 일반조항이 도입된 이상, 부정경쟁행위 일반조항이 퍼블리시티권의 법적 근거가 될 수 있는지 혹은 퍼블리시티 자체를 부정경쟁행위 일반조항으로 보호할 수 있는지가 새롭게 문제되고 있다.

## (2) 부정경쟁행위 일반조항이 퍼블리시티권의 법적 근거가 될 수 있는지 여부

### ① 입법 과정에서의 논의

그 동안 퍼블리시티권의 보호기간, 양도성, 상속성 등에 대한 논란을 종식시키고자 저작권법이나 부정경쟁방지법으로 퍼블리시티권을 명문화하고자 하는 시도가 있었다.<sup>138</sup> 이 같은 입법론 중에는 퍼블리시티권이 특정한 사람이 가지는 징표의 고객흡인력이나 명성에 무단 편승

---

박준석, 앞의 연구보고서(각주 132)가 있다. 반면, 명문의 규정이 없는 상황에서 퍼블리시티권이라는 미국 보통법상의 권리를 인정하기 보다는 초상을 영리로 이용당하지 아니할 초상영리권(대법원 2006. 10. 13. 선고 2004다16280 판결 등)을 적절히 확대하여 관련 분쟁을 해결하여야 한다는 견해로 백강진, 스포츠게임과 선수의 권리, Law & Technology 제6권 제1호, 서울대학교 기술과 법센터, 2010가 있다.

<sup>137</sup> 퍼블리시티권 인정 여부에 관한 국내 판결은 정상조, 박준석, 앞의 연구보고서(각주 132) 19-30면 및 남형두, “재산분할청구권의 대상으로서 지적재산권- 퍼블리시티권을 중심으로”, 가족법 연구 제22권 제3호, 한국가족법학회, 2008, 357-360면 참조.

<sup>138</sup> 이 부분에 대한 논의는 정상조, 박준석, 앞의 연구보고서(각주 132) 64-65면 및 102-117면 참조.

하는 것을 금지시킬 수 있는 권리라는 점을 고려하여, 부정경쟁방지법으로 퍼블리시티권을 보호하려는 시도도 있었다.<sup>139</sup>

하지만, 신설된 부정경쟁행위 일반조항이 명시적으로 퍼블리시티권을 언급하고 있지도 않아 부정경쟁행위 일반조항이 퍼블리시티권을 인정할 수 있는 법적 근거가 될 수 있는지에 대해 비판적인 견해가 있다.<sup>140</sup>

## ② 하급심 판결

최근 서울고등법원은 부정경쟁행위 일반조항이 있음에도 불구하고, 물권과 유사한 재산권인 퍼블리시티권을 인정할 수 없다는 판시를 하였다(서울고등법원 2015. 1. 30. 선고 2014나2006129 판결).<sup>141</sup> 또한, 유사한 사안에서 서울서부지방법원 2014. 7. 24. 선고 2013가합32048 판결<sup>142</sup> 역시 위 서울고등법원과 같은 이유로 퍼블리시티권을 부정하였다. 이와 관련하여 서울고등법원 판결을 간략히 살펴보겠다.

---

<sup>139</sup> 정상조, 박준석, 앞의 연구보고서(각주 132) 2009, 64-81면 및 남형두, 앞의 연구보고서(각주 38) 82면 참조. 하홍준, 정신응, 앞의 연구보고서(각주 4) 70-71면에는 “뿐만 아니라 기술의 발전과 시장의 변화에 따라 나타나는 새로운 유형의 부정경쟁행위로 거론되고 있는 것들로서 전자상거래(오픈마켓), 온라인광고(키워드 광고 등), 퍼블리시티권, 게임산업 등이 있다.”고 기재되어 있다.

<sup>140</sup> 남형두, 앞의 연구보고서(각주 38) 83-84면 참조.

<sup>141</sup> 1심은 수원지방법원 성남지원 2014. 1. 22. 선고 2013가합201390 판결인데, 위 서울고등법원과 같은 이유로 퍼블리시티권을 인정하지 않았다.

<sup>142</sup> 위 서울서부지방법원 사건은 현재 서울고등법원 2014나2031187 사건으로 계속 중이다.

서울고등법원 2015. 1. 30. 선고 2014나2006129 판결 사건은, 네이버 포털 사이트에서 유명 연예인의 성명과 상품명 등을 조합한 문구(예: OOO 정장, △△△ 목걸이 등)를 키워드로 한 검색광고 서비스가 유명 연예인의 퍼블리시티권을 침해한 것으로 볼 수 있는지가 문제된 사안이다.

이 사안에서 서울고등법원은 “성명권은 헌법상의 행복추구권과 인격권의 한 내용을 이룬다. 성명권은 일반적으로 자신의 성명을 타인의 방해를 받지 않고 사용할 수 있는 권리, 자신의 성명이 타인에 의하여 모용되거나 무단으로 사용되지 않을 권리를 내용으로 한다. 자신의 성명을 상업적으로 이용하고 통제할 수 있는 권리는 위에서 본 성명권에 당연히 포함되고, 별도로 퍼블리시티권이라는 개념을 인정할 필요가 없다”고 판단하였다.

그리고 서울고등법원은, “원고들은 물권, 채권, 지식재산권과 별도의 독립적 재산권으로서 퍼블리시티권이 인정되어야 한다고 주장하고 있으나, 재산권의 내용은 법률로 정한다는 헌법 제23조 제1문에 따라 물권과 채권은 「민법」에 의하여, 지식재산권은 「저작권법」 · 「상표법」 · 「특허법」 · 「디자인보호법」에 의하여 인정하고 있는 반면, 독립적 재산권으로서의 퍼블리시티권을 인정하는 법률은 존재하지 않는다. 원고의 주장에 독립적 재산권으로서가 아니라 불법행위나 양도 · 상속에 있어서 채권보다 물권에 가까운 독점적으로 배타성이 있는 권리로서 퍼블리시티권을 인정하여야 한다는 취지가 포함되어 있다고 하더라도, 「민법」 제185조는 물권은 법률 또는 관습법에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못한다고 규정하고 있을 뿐 아니라, 현재 인정되고 있는 성명권만으로도 퍼블리시티권이 보호하고자 하는

유명인의 성명에 관한 권리의 보호가 가능하므로 퍼블리시티권을 독립적인 권리로 인정할 필요가 있다고 보기도 어렵다”고 판단하였다.

또한, 서울고등법원은 “부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목은 "그 밖에 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위"를 부정경쟁행위의 한 유형으로 본다. 그러나 설사 피고들의 행위가 부정경쟁방지법에 위반되었다고 하더라도, 퍼블리시티권을 인정할 수 없어 성명권은 인격권으로 파악되므로, 피고들이 원고들의 경제적 이익을 침해하였다고 할 수 없다.”고 판단하여 부정경쟁행위 일반조항이 퍼블리시티권을 인정하는 법적 근거가 되기 어렵다고 판단하였다.<sup>143</sup>

### ③ 소결

부정경쟁행위 일반조항 개정에 대한 검토보고서<sup>144</sup>에는 새로운 유형의 부정경쟁행위의 예시로 아바타, 게임아이템, 운동경기 통계자료 등의 무단 사용 행위, 출처혼동을 유발하는 인터넷 프레이밍 광고를 들고 있을 뿐 퍼블리시티권 침해행위가 기재되어 있지 않다. 따라서

---

<sup>143</sup> 배타적 그리고 대세적인 성질을 가지는 권리라고 하여 반드시 물권과 같이 취급해야 할 논리적 필연성이 없으며, 퍼블리시티권이 통상의 물권처럼 물건을 대상으로 하는 권리가 아니므로 반드시 물권과 동일하게 취급하여야 할 필요는 없다는 견해가 있다. 이 견해는 퍼블리시티권을 물권과 동일시하여서는 안 된다는 전제에서 단순히 물권법정주의에 근거하여 명문의 규정이 없다는 이유로 퍼블리시티권을 부정하여서는 안 된다는 입장을 보이고 있다. 이 부분에 대한 논의는 정상조, 박준석, 앞의 연구보고서(각주 132) 61-63면 참조.

<sup>144</sup> 산업통상자원위원회 전문위원 이동근, 앞의 검토보고서(각주 15) 11-13면 참조.

부정경쟁행위 일반조항이 퍼블리시티권 침해로 한 규정이라고 단정하기 어렵다.

또한, 우리나라 헌법 제23조 제1항에서 재산권의 내용과 한계를 법률로 명시하도록 규정하고 있는 점을 고려할 때, 명문의 규정이 없는 별도의 새로운 재산권을 인정하는 것에는 한계가 있다고 생각된다. 나아가 퍼블리시티권의 재산권적 측면을 강조하는 경우, 양도성, 상속성, 보호기간이 가장 문제되는데 우리 부정경쟁방지법은 이와 관련된 내용을 두고 있지 않다.<sup>145</sup>

따라서 부정경쟁행위 일반조항 자체가 퍼블리시티권의 법적 근거가 되기는 어렵다고 보인다.

### **(3) 퍼블리시티가 부정경쟁행위 일반조항의 성과 등에 해당할 수 있는지 여부**

퍼블리시티권의 보호대상인 퍼블리시티 역시 타인이 상당한 노력과 투자로 만든 것이라고 볼 수 있는 경우, 부정경쟁행위 일반조항으로 보호되는 “성과 등”에 해당한다고 볼 여지가 있다. 따라서 퍼블리시티 자체가 부정경쟁행위 일반조항으로 보호될 수 있는지 여부를 살펴보겠다.

---

<sup>145</sup> 남형두, 앞의 연구보고서(각주 38) 83-84면에는 퍼블리시티권 침해는 경쟁관계를 요건으로 하지 않으므로 경쟁관계에 있지 않은 자에 의한 자에 의한 퍼블리시티권 침해행위를 부정경쟁행위 일반조항으로 규율하기 어렵고, 퍼블리시티권 양도, 상속, 보호기간 등에 대해 별도 입법이 필요하다고 기재되어 있다.

## ① 하급심 판결

앞서 살펴본 서울고등법원 2015. 1. 30. 선고 2014나2006129 판결에서 퍼블리시티 자체가 부정경쟁행위 일반조항의 “성과 등”에 해당할 수 있는지 여부에 대한 명시적인 판단이 없었다.

다만, 서울고등법원은 “원고들의 성명이 고객흡인력을 획득한 것은 원고들의 노력과 투자도 있으나, 피고들을 포함한 인터넷 검색 포털 사이트 및 일반 대중이 부여한 인지도와 저명성에서 비롯된 것이다. 따라서 고객흡인력을 가지는 원고들의 성명으로 인한 이득을 원고들만이 독점하여야 한다고 할 수 없다”고 판단하였다.

## ② 소견

부정경쟁행위 일반조항은 “성과 등”의 범위를 제한하고 있지 않다. 따라서 상당한 비용과 노력으로 경제적 가치를 창출할 수 있는 일정한 결과물이 만들어진 것이 인정되면 부정경쟁행위 일반조항으로 보호될 수 있다.

특정인이 일반 대중으로부터 좋은 이미지를 가지고 있으며, 인지도가 상승한 경우, 그의 성명 등은 고객흡인력을 가지게 된다. 그 결과 그 특정인을 나타내는 이미지는 많은 경제적 가치를 창출하게 된다. 그런데 이 같은 이미지를 구축하는 데에는 많은 시간과 비용이 필요하다. 따라서 부정경쟁행위 일반조항의 “성과 등”에서 퍼블리시티를 제외할 이유가 없다. 따라서 퍼블리시티권의 보호대상이 되는 징표도 상당

한 비용과 노력으로 구축한 것이면 “성과 등”에 해당한다고 볼 수 있다.

다만, 현실에서 그 같은 퍼블리시티가 당해 유명인 혼자의 비용과 노력으로 구축되는 경우는 드물다. 오히려 위 서울고등법원이 판시한 것처럼, 경제적 가치를 창출할 수 있는 특정인의 이미지는 수 많은 사람들의 관심과 영리 또는 비영리적 활동에 기해 구축된다. 따라서 실제로 특정 유명인 또는 그와 관련된 사업자(기획사 등)의 노력과 비용으로 구축된 퍼블리시티의 범위가 어디까지인지가 모호한 경우가 많다. 그러므로 퍼블리시티가 부정경쟁행위 일반조항의 “성과 등”에 해당할 수 있다고 하더라도, 누가 누구에 대한 관계에서 부정경쟁행위를 한 것이며 부정경쟁방지법상의 권리를 누가 그리고 어느 범위 내에서 행사하는 것이 타당한지 여부를 판단하는 것이 쉽지 않을 것이다.

## 2) 성과 등에 유형 자산이 포함될 수 있는지 여부

부정경쟁행위 일반조항이 다양한 유형의 무체 자산을 보호하기 위한 일반적이고, 포괄적인 규정이므로 그 보호대상을 축소하는 것은 바람직하지 않다. 그런데 일반적으로 경제적 가치가 있는 무체 자산은 구체적인 유형물에 화체된 경우가 많다. 따라서 부정경쟁행위 일반조항의 보호대상인 “성과 등”에 경제적 가치를 창출할 수 있는 무형 자산이 화체된 유체물도 포함된다고 볼 수 있다.<sup>146</sup>

## 3) 성과 등에 일정한 거래상 지위가 포함될 수 있는지 여부

---

<sup>146</sup> 박윤석, 박해선, 앞의 논문(각주 5) 88면 참조.

## 가) 문제의 소재

일반적으로 장기간 투자하여 일정한 거래관계를 형성하거나 소비자들에게 장기간 특정한 물건이나 서비스를 제공한 경우, 그 같은 거래상 지위는 소비자들에 대해 일정한 고객흡인력을 가지게 된다. 이 같은 거래상 지위를 구축하는데 상당한 비용과 시간을 투자해야 한다는 점에서 이 같은 거래상 지위를 부정경쟁행위 일반조항의 “성과 등”에 해당한다고 볼 수 있는지 문제된다.

## 나) 하급심 판결

서울고등법원 2010. 8. 19. 선고 2009나88091 판결 사건에서 원고는, 피고가 원고로부터 제품을 공급받아 제3자에게 납품하여 오다가 갑자기 원고와 거래관계를 종료시키고 원고로부터 공급 받았던 제품과 동일한 제품을 자체 생산하여 제3자에게 납품하여 판매한 행위가 자신의 기존 거래상 지위를 침해하는 불법행위에 해당하며, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (자)목 소정의 형태모방으로 인한 부정경쟁행위에 해당한다고 주장하였다.

그런데 서울고등법원은 형태모방으로 인한 부정경쟁행위를 인정하면서도, “부정경쟁방지법은 민법의 특별법이라 할 것이고, 위에서 본 바와 같이 부정경쟁방지법이 ‘상품형태 모방행위’를 부정경쟁행위로 정의하고 이에 의한 손해배상청구를 인정하고 있으므로 원고는 ‘상품형태 모방행위’를 이유로 부정경쟁방지법과 별도로 민법상 불법행위에 기한 손해배상을 청구할 수 없다 할 것이고, 그 밖에 원고가 주장하는 사유만으로는 피고의 불법행위를 인정하기 어렵다”고 판단하여 불법행위 청구를 기각하였다.

## 다) 소결

이 같은 거래상 지위 보호는 특히 외국 회사가 사업 실패 위험을 피하기 위해 국내에 대리상 또는 재판매상을 지정하여 그 자들로 하여금 국내에서 광고 및 영업을 하게 하였다가 그 제품이나 서비스가 성공하는 경우 대리상 또는 재판매상 계약을 종료시킨 후 직접 또는 제3자를 통해 동일한 영업을 하는 경우에 문제된다. 그 동안 이 같은 거래상 지위 박탈은 공정거래법상 거래거절과 관련하여 특히 문제되었다.<sup>147</sup>

부정경쟁행위 일반조항이 보호하는 대상을 제한하고 있지 않는 점을 고려할 때, 특정한 제품이나 서비스를 시장에 계속 공급하며 그 제품이나 서비스의 인지도가 상승되어 고객흡인력이나 명성이 상승된 경우 그로부터 경제적 이익을 취할 수 있는 지위 역시 부정경쟁행위 일반조항이 보호하는 성과에 해당할 수 있다고 보는 것이 타당하다.

다만, 실제로 그 시장에서 그 제품이나 서비스가 고객흡인력이나 명성을 가지게 된 것이 그 제품이나 서비스를 만든 사람의 행위에 기인한 것인지 아니면 실제로 관련 제품이나 서비스를 공급하며 판매활동을 한 사람의 행위에 기인한 것인지 그리고 각각이 기여한 정도가 어떻게 되는지를 판단하기가 쉽지 않다.

또한, 설령 이 같은 거래상 지위를 보호할 필요가 있다고 하더라도, 실제로 그 같은 거래상 지위를 침해 내지 박탈하는 것이 부정경쟁행위

---

<sup>147</sup> 서울고등법원 2005. 1. 14. 선고 2004나14040 판결 등 참조.

에 해당하는지 여부는 그 같은 거래상 지위를 구축하게 된 경위, 그 같은 거래상 지위와 관련된 사적인 계약 내용, 그 같은 계약 작성을 주도한 자가 누구인지, 상대방이 그 같은 거래상 지위를 보호해야 할 만한 사정이 존재하는지 등을 종합적으로 판단할 수 밖에 없다. 따라서 실제 사례에서 이 같은 거래상 지위를 둘러싼 분쟁이 부정경쟁행위 일반조항으로 해결되는 사례가 많지는 않을 것이다.

## 5. 공정한 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법의 의미

우리 부정경쟁행위 일반조항에는 구체적으로 어떤 방법이 공정한 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법인지 명확히 정리되어 있지 않다. 이 같은 방법에 해당하는지 여부는 일의적으로 결정할 수 없고, 결국 그 같은 방법과 관련된 거래관행이나 사회적 효용을 고려할 수 밖에 없다.<sup>148</sup>

그러나 일반적으로 부정경쟁방지법에 규정된 전형적인 부정경쟁행위들, 영업비밀 침해행위, 타인의 지식재산권을 침해하는 행위들은 위 공정한 경쟁이나 관행에 반하는 방법에 해당할 것이다. 또한, 아바타, 게임아이템, 운동경기 통계자료 등을 무단으로 사용하는 행위, 출처혼

---

<sup>148</sup> 서울고등법원은 “키워드 검색광고는 인터넷 검색 포털사이트에서 일반적으로 사용되는 사업방식으로, 키워드 검색광고의 알고리즘 자체가 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목 에서 규정한 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법이라고 인정하기 어렵다.”고 판단하였는데(서울고등법원 2015. 1. 30. 선고 2014나2006129 판결), 이는 키워드 검색광고와 관련된 거래관행 그리고 검색서비스의 공공재로서의 효용을 고려한 것으로 보인다.

동을 유발하는 인터넷 프레이밍 광고 역시 공정한 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법이라고 볼 수 있다.<sup>149</sup>

나아가 아래 5항에서 살펴보는 것처럼, 타인이 구축한 “성과 등”을 그의 동의를 받지 않고 무단으로 사용하는 행위 역시 전형적인 공정한 관행이나 경쟁질서에 반하는 행위의 하나라고 볼 수 있다.

## 6. 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용의 의미

### 가. 사용의 의미

부정경쟁방지법 제2조 제1호는 별도로 타인의 성과를 자신의 영업을 위하여 무단으로 “사용”하는 행위가 무엇을 의미하는지에 대한 정의규정을 두고 있지 않다. 그러므로 여기서의 “사용”은 결국 같은 법 제2조 제3호에 기재된 영업비밀 “사용”에 관한 대법원 판결을 참고하여 그 의미를 파악할 수 밖에 없다.

대법원은 영업비밀을 사용하는 행위를 “영업비밀 본래의 사용 목적에 따라 이를 상품의 생산·판매 등의 영업활동에 이용하거나 연구·개발사업 등에 활용하는 등으로 기업활동에 직접 또는 간접적으로 사용하는 행위로서 구체적으로 특정이 가능한 행위”라고 보고 있다.<sup>150</sup>

---

<sup>149</sup> 산업통상자원위원회 전문위원 이동근, 앞의 검토보고서(각주 15) 11-12면.

<sup>150</sup> 대법원 2009. 10. 15. 선고 2008도9433 판결 등 참조.

따라서 부정경쟁행위 일반조항의 “사용”이라는 용어의 의미 역시 타인의 “성과 등”을 본래 사용 목적에 따라 영업활동에 이용하거나 연구·개발사업 등에 활용하는 등으로 기업활동에 직접 또는 간접적으로 사용하는 행위라고 볼 수 있다.

## 나. 모방과의 관계

### 1) 모방과 사용의 차이점

일반적으로 타인의 성과를 무단 사용하는 행위는 그 성과와 동일 또는 유사하게 모방하는 형태가 될 것이다. 그러므로 부정경쟁행위 일반조항에서 말하는 사용행위는 모방행위로 귀결되기도 한다.

하지만 엄밀하게 말해 모방(模倣)과 사용(使用)은 그 의미가 일치하지 않는다. 모방<sup>151</sup>은 “다른 것을 본뜨거나 본받는 것”을 의미하는 반면, 사용은 “일정한 목적이나 기능에 맞게 쓰는 것”을 의미한다.<sup>152</sup> 따라서 모방은 특정한 대상을 그대로 복제하거나 일부 변형하여 차용하는 방식으로 동일 또는 유사한 대상을 만들어내는 행위를 지칭하는 반면, 사용은 사용 대상과 동일 또는 유사한 대상을 만들지 않고도 성립될 수 있는 개념이다. 따라서 사용행위가 인정되기 위해 반드시 모방이 행해져야 하는 것은 아니다.

---

<sup>151</sup> 박윤석, 박해선, 앞의 논문(각주 5) 75-76면에는 “모방자가 타인의 성과물을 행위의 대상으로 삼고 자신의 성과물을 통해서 그 대상을 재현함으로써 타인의 성과물에서 자신의 성과물을 이끌어내는 것”이라고 설명되어 있다.

<sup>152</sup> 국립국어원 표준국어대사전(<http://stdweb2.korean.go.kr/main.jsp>) 참조(2015. 4. 22. 최종 접속).

이 같은 사실은 네이버 광고 대체 사건(대법원 2010. 8. 25.자 2008 마1541 결정)을 살펴보면 더 명확해진다.<sup>153</sup> 이 사건에서 불법행위자는 네이버 사이트(www.naver.com)가 가진 신용과 고객흡인력에 무단 편승하기 위해서 업링크솔루션 프로그램을 제작하여 배포하였다. 개개의 소비자들이 위 프로그램을 다운로드 받아 자신의 컴퓨터에 설치한 후 그 컴퓨터로 네이버 사이트에 접속하는 경우, 해당 컴퓨터의 모니터에만 위 프로그램이 제공하는 대체광고(Uplink Layer), 여백광고(Uplink Space), 키워드삽입광고(Uplink Search)가 나타날 뿐 다른 컴퓨터나 위 네이버 포털 사이트의 웹서버 자체에는 아무런 영향을 미치지 않는다. 그 결과, 불법행위자가 네이버 사이트의 일부 또는 전부를 차용하여 동일 또는 유사한 포털 사이트를 만들어내는 행위를 하였다고 보기는 어렵다.

따라서 위 사안에서 불법행위자가 모방행위를 하였다고 평가하기 어려운 면이 있다. 하지만 위 불법행위자가 네이버 사이트를 무단으로 사용하여 위 사이트가 가지는 신용과 고객흡인력에 편승하였다고 볼 수는 있는 것이다.

## 2) 부정경쟁행위 일반규정으로 규제할 수 있는 모방의 정도

타인의 성과를 완전히 그대로 모방하는 경우에는 타인의 성과를 사용한 것으로 쉽게 인정할 수 있을 것이다. 그런데 타인의 성과를 일부 변형한 경우, 과연 그 타인의 성과를 사용한 것이라고 할 수 있는지가 문제된다. 이 같은 문제는 특히 아이디어나 컨셉이 동일한 경우

---

<sup>153</sup> 위 대법원 결정의 사실관계는 유영선, 앞의 논문(각주 15) 136-137면에서 재인용.

또는 추상적인 특징이 동일하나 구체적으로 그 특징을 구현하는 구성이 다른 경우 더더욱 문제된다. 이 같은 변형이 있는 사건에서 타인의 성과를 모용한 것인지 여부에 대한 입증은 별도로 압수수색이 이뤄지지 않는 한 감정으로도 입증하기 어렵다.

형태모방 사건의 판결을 참고하면, 타인의 성과에 의거하여 이와 실질적으로 동일한 상품을 만들어 내는 것은 타인의 성과를 사용하는 행위에 해당한다고 볼 수 있을 것이다.<sup>154</sup> 그런데 실질적으로 동일한지 여부는 당해 변경의 내용·정도, 착상의 난이도, 변경에 의한 형태적 효과 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하며,<sup>155</sup> 성과의 종류에 따라 관련 지식재산권 침해 여부 판단기준<sup>156</sup>을 참고하여 판단할 수 밖에 없다.

## 다. 무단 사용행위에 대한 주관적 인식 필요 여부

### 1) 고의 또는 과실 필요 여부

#### 가) 문제의 소재

일반적으로 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위는 별도로 고의 또는 과실이 없어도 성립되며, 부정경쟁방지법 제2조 제1호에 열거된 행위

---

<sup>154</sup> 서울중앙지방법원 2013. 6. 27. 선고 2012가합516933 판결 참조.

<sup>155</sup> 대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다20044 판결 참조.

<sup>156</sup> 특허의 경우 균등론, 저작물의 경우 실질적 동일성 등이 그 예이다.

(형태모방 제외<sup>157</sup>)를 하기만 하면 부정경쟁방지법 제4조의 금지청구 대상이 될 수 있다. 만약 부정경쟁행위를 한 자에게 고의 또는 과실이 인정되는 경우에는 추가적으로 손해배상이나 실추된 신용회복을 위해 필요한 조치의 이행을 요구할 수 있다(부정경쟁방지법 제5조, 제6조, 제14조의2).

반면, 부정경쟁행위 일반조항은 부정경쟁방지법 제2조 제1호 가목 내지 자목의 전형적인 부정경쟁행위와 달리 그 행위태양이 구체적으로 특정되어 있지 않다. 그 결과, 타인의 성과를 사용하는 특정한 행위가 부정경쟁행위에 해당하는지 여부를 사전에 인식하기 어렵다. 또한, 부정경쟁행위 일반조항은 대법원의 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위 법리를 반영한 조항이라는 점이 특징이다. 따라서 부정경쟁행위 일반조항의 규제대상이 되기 위해서 무단 사용에 대한 고의 과실이 필요하다고 볼 것인지가 문제된다.<sup>158</sup>

## 나) 소결

---

<sup>157</sup> 형태모방으로 인한 부정경쟁행위가 성립되기 위해서는 모방의사가 필요한데, 모방의사는 여러 간접사실에 의해 추정될 수 있다. 이와 관련된 설명은 최성준, 앞의 세미나발표자료(각주 44) 55면 및 58-59면 그리고 백강진, 앞의 논문(각주 104) 34-35면 참조.

<sup>158</sup> 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위를 인정한 대법원 판결에서 “자신의 영업을 위하여 무단으로 이용함으로써 경쟁자의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻을 것”을 요건으로 정하고 있는데, 이는 일반적인 불법행위 성립요건인 고의 또는 과실 요건을 흡수하여 정한 것이라는 견해로 유영선, 앞의 논문(각주 15) 135면 참조. 나아가 부정경쟁방지법에 근거하여 부정한 경쟁행위를 규제하는 경우 민법상 과실책임 주의를 완화할 필요가 있다는 취지의 견해로 하홍준, 정신웅, 앞의 보고서(각주 4) 87-90면 및 117-118면 참조.

부정경쟁행위 일반조항은 대법원의 불법행위 법리를 거의 그대로 채택한 것이므로 법적 안정성을 위해 특별한 사정이 없는 한 민법상 불법행위 법리의 기본원칙을 파괴하는 것을 자제할 필요가 있다. 특히, 부정경쟁행위 일반조항이 그 동안 지식재산권 법률로 규제되지 않던 영역에서 사인의 경제활동을 규제하는 측면이 강하므로 부정경쟁행위로 특정한 경제활동을 규제하는 것에 신중해야 한다.

또한, 부정경쟁행위 일반조항의 보호대상인 성과는 특허권이나 상표권처럼 등록을 통해 대외적으로 공개되는 것도 아니며, 주지성이나 출처표시로서의 기능을 갖추지 않아도 된다. 그리고 부정경쟁행위 일반조항은 다른 전형적인 부정경쟁행위와는 달리 구체적으로 어떤 행위가 법에 의해 금지된 행위인지에 대한 예측가능성이 충분히 확보되어 있지 않아 상대적으로 비난가능성이 높다고 보기 어려운 면이 있다.

나아가 부정경쟁행위 일반조항의 “무단 사용”의 개념에는 “모방행위”도 포함되는데, 형태모방에서 모방의사를 요구하고 있으므로 이와 균형을 맞출 필요도 있다.<sup>159</sup>

이 같은 점들을 고려할 때, 현행 부정경쟁행위 일반조항에 “편승”이라는 표현이 누락되어 있다고 하더라도, 무단 사용이 인정되기 위해서는 그 같은 행위에 대한 고의 또는 과실이 필요하다고 보는 것이 합리적이다.

---

<sup>159</sup> 이 부분에 대한 논의는 최성준, 앞의 세미나발표자료(각주 44) 55면 및 58-59면 그리고 백강진 앞의 논문(각주 104) 34-35면 참조.

이 경우, 고의 또는 과실은 사용 대상이 되는 성과가 타인의 노력과 비용에 의하여 만들어진 것으로서 타인에게 속한다(다만, 그 타인을 특정할 정도에 이를 필요는 없고 그 성과물이 공공의 영역에 놓여있지 아니하다는 정도를 아는 것으로 족하다)는 것을 알았거나 과실로 알지 못하는 것을 의미한다고 볼 수 있을 것이다.<sup>160</sup>

## 2) 선의자 특례 인정 여부

### 가) 문제의 소재

현대사회에서 자신의 영업을 위해 필요한 모든 구성이나 사업요소를 직접 준비하는 것은 쉬운 일이 아니며, 필요한 재화나 서비스를 제3자로부터 제공 받는 경우가 많다. 그 결과, 타인의 성과를 무단으로 사용하는 것과 같은 외관을 띄지만, 정작 성과를 사용하는 사람은 그 같은 재화나 서비스가 타인의 성과를 무단으로 도용한 것이라는 사실을 모르는 경우도 있을 것이다. 이 같은 경우, 그 자가 부정경쟁행위를 한 것으로 보고, 그 같은 무단 사용행위 나아가 그와 관련된 모든 영리행위를 중지하라고 요구하는 것은 부당한 결과를 야기할 수 있다.

그런데 우리 부정경쟁방지법은 영업비밀 침해행위와 달리 부정경쟁행위에 대해서는 선의자 특례규정을 두고 있지 않다(부정경쟁방지법

---

<sup>160</sup> 이숙연, “지적재산권법 체계하에서의 불법행위법의 역할 - 서울고등법원 2010. 1. 14. 선고 2009나4116 판결”, Law & Technology 제6권 제2호, 서울대학교 기술과법센터, 2010, 137면 참조. 위 논문은 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위의 성립요건으로서의 고의 또는 과실의 의미를 위 본문처럼 설명하고 있다.

제13조<sup>161</sup>). 따라서 거래 안전을 위해 부정경쟁행위 일반조항을 적용함에 있어서도 선의자 특례와 같은 효과를 인정할 것인지 문제된다.

## 나) 형태모방에서의 선의자 특례 논의

타인의 성과를 모방하는 행위를 규제하는 형태모방 관련 판결을 살펴보면, 일본은 타인의 상품형태를 모방한 사실을 몰랐고, 그 같은 부지에 중과실이 없는 경우, 그 상품 양수인이 형태모방과 관련된 부정경쟁행위 책임을 지지 않는다고 한다.<sup>162</sup>

---

<sup>161</sup> 제13조 (선의자에 관한 특례)

① 거래에 의하여 영업비밀을 정당하게 취득한 자가 그 거래에 의하여 허용된 범위에서 그 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위에 대하여는 제10조부터 제12조까지의 규정을 적용하지 아니한다.

② 제1항에서 “영업비밀을 정당하게 취득한 자”란 제2조 제3호다목 또는 바목에서 영업비밀을 취득할 당시에 그 영업비밀이 부정하게 공개된 사실 또는 영업비밀의 부정취득행위나 부정공개행위가 개입된 사실을 중대한 과실 없이 알지 못하고 그 영업비밀을 취득한 자를 말한다.

<sup>162</sup> 최성준, 앞의 세미나 발표자료(각주 44) 68면 참조. 하흥준, 정신응, 앞의 연구보고서(각주 4) 182-183면에서 해당 일본 부정경쟁방지법 조항을 재인용하면 아래와 같다.

제19조(적용제외 등) 제3조 내지 제15조, 제21조(제2항 제6호에 관한 부분을 제외한다) 및 제22조의 규정은 다음의 각호에 열거된 부정경쟁의 구분에 따라 해당 각호에 정하는 행위에는 정하지 않는다.

5. 제2조 제1항 제3호에 열거된 부정경쟁행위: 다음에 열거된 행위

나. 타인의 상품형태를 모방한 상품을 양수한 자(양수 받은 때에 그 상품이 타인의 상품 형태를 모방한 상품인 것을 알지 못하고, 알지 못한 것에 대하여 중대한 과실이 없는 자에 한한다)가 그 상품을 양도, 대여 또는 양도나 대여를 위하여 전시, 수출 또는 수입하는 행위

우리나라에서도 형태모방으로 인한 부정경쟁행위가 성립되기 위해서 모방의사를 필요로 하는데,<sup>163</sup> 하급심 법원은 모방의사를 인정하기 어려운 선의취득자를 보호하는 취지의 판결을 선고하기도 하였다. 즉, 서울서부지방법원(서울서부지방법원 2013. 10. 31. 선고 2012나4361 판결)은 형태모방 사안에서, 자신들이 판매한 상품이 원고 상품의 형태를 모방한 것이고, 이를 판매함으로써 원고에게 손해를 입힌다는 것에 대한 고의 또는 과실을 인정하기에 부족하다는 이유로 그 상품을 인수하여 판매한 자들의 형태모방으로 인한 손해배상책임을 부정하였다.<sup>164</sup>

#### 다) 소견

앞서 살펴본 것처럼, 부정경쟁행위 일반조항이 금지하는 타인의 성과 무단 사용행위가 되기 위해서는 무단 사용에 대한 고의 또는 과실이 필요하다고 보는 것이 바람직하다. 그러므로 부정경쟁방지법 제13조와 같은 특례 규정이 입법되기 전이라도 구체적인 사정을 고려하여 고의 또는 과실이 없는 선의의 거래자를 보호할 필요가 있다.<sup>165</sup>

---

<sup>163</sup> 이 부분에 대한 논의는 최성준, 앞의 세미나발표자료(각주 44) 55면 및 58-59면 그리고 백강진, 앞의 논문(각주 104) 34-35면 참조.

<sup>164</sup> 최성준, 앞의 세미나발표자료(각주 44) 68-69면 참조. 다만, 위 판결 주문을 보면 원고가 피고들에게 손해배상만 청구한 것으로 보인다. 따라서, 위 판결을 근거로 모방에 대한 고의 또는 과실이 없는 자에 대해서 손해배상청구 이외에 금지청구권까지 행사할 수 없다고 볼 수 있는지는 논란의 여지가 있다..

<sup>165</sup> 부정경쟁행위 일반조항에 근거한 법적 책임을 논하는 글은 아니지만, 아이디어 무단 사용으로 인한 법적 책임과 관련하여, 뮤지컬 작가가 드라마 제작팀을 만나 뮤지컬을 드라마로 작품화하는 것에 대한 기대와 신뢰를 가지고 관련 작품에 대한 독창적인 아이디어를 제공하여 주었음에도 불구하고, 드라마 제작팀이 그 아이디어를 그대로 사용해서 드라마를 제작하여 수익을 창출하였다면 그 제작팀이 아이디어 무단 사용에 대한 책임을 부담하는 것이 타당하지만, 만약 그

## 7. 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위의 의미

### 가. 서론

타인이 일정한 성과를 만든 경우, 그 성과로 인해 얻을 수 있는 경제적 이익의 종류가 많다. 제3자가 그 성과를 무단으로 사용하는 경우, 다양한 사람들이 자신이 원하는 수 많은 종류의 기대이익을 얻지 못하게 되는 결과가 발생할 수 있다. 그러므로 부정경쟁행위 일반조항에 근거하여 권리를 행사할 수 있는 자, 즉 특정한 성과와 관련된 경제적 이익을 침해 당한 자의 범위를 어떻게 설정할 것인지에 대한 검토가 필요하다.

### 나. 보호될 수 있는 경제적 이익의 범위

일반적으로 특정한 성과로부터 얻을 수 있는 경제적 이익은 그와 관련하여 기대되는 영업이익일 것이다. 그런데 그 같은 영업이익은 사업자가 그 영업활동을 수행하여 얻는 유형 또는 무형의 경제적 가치나 이익을 의미하며, 금전과 같은 유형적인 이익 외에 명성, 신용, 고객흡

---

드라마의 작가들은 그 같은 아이디어 도용행위를 알지 못한 채 제작팀으로부터 전해들은 이야기를 토대로 드라마 대본을 작성하였다면 그 드라마 작가들 역시 아이디어 무단 사용으로 인한 책임을 진다고 단정하여서는 안 된다는 취지의 견해가 있다. 이와 관련된 논의는 정상조, 앞의 논문(각주 54) 869-870면 참조.

인력, 영업가치, 기술상 또는 영업상 정보의 가치와 같은 무형의 이익도 포함한다.<sup>166</sup>

이 같은 영업이익의 범위와 관련하여, 아직 구체적으로 현실화 되지 않은 잠재 시장에서의 기대이익 또는 추상적인 이익까지 이 같은 경제적 이익의 범위에 포함시킬 수 있는지가 문제된다. 앞서 살펴본 것처럼, 대법원은 헬로키티 사건(대법원 2010다20044 판결)에서 드라마 주인공을 연상시키는 옷을 입은 인형을 파는 상품화 사업을 직접 하지 않았던 지상파방송사업자의 잠재적인 영업이익도 위 경제적 이익에 포함되는 것처럼 판단하였다.

## 다. 경제적 이익을 침해 당하는 자의 범위

### 1) 일반론

부정경쟁행위 일반조항의 경제적 이익을 침해 당한 자는 부정경쟁방지법 제4조에 근거하여 금지청구권을 행사할 수 있다.

그런데 일반적으로 부정경쟁방지법 제2조 제1호 가목 등의 전형적인 부정경쟁행위의 금지 등을 청구할 수 있는 자에는 그 표지의 소유자뿐만 아니라 독점적 실시권자, 그룹 명칭의 경우 계열사 중 1개의 회사, 프랜차이즈의 경우 본부와 그 가맹점 등 그 표지의 사용에 관하여 고유하고 정당한 이익을 가지고 있는 자도 포함되며, 영업과 함께 표지를 양수한 양수인도 그 금지청구권을 승계한다.<sup>167</sup>

---

<sup>166</sup> 김병일, 앞의 논문(각주 71) 11면 참조.

<sup>167</sup> 법원행정처, 지적재산권재판실무편람 (2005년 개정판), 2005, 59면 참조.

또한, 영업비밀에 대한 침해행위의 금지청구권의 경우, 영업비밀을 최초 개발한 자, 정당한 양수인, 사용허락을 받은 사용자 역시 부정경쟁방지법상의 금지청구권을 행사할 수 있다.<sup>168</sup>

## 2) 성과와 관련된 권리나 법률상 지위를 양수한 자

상당한 노력과 비용으로 성과를 만든 후 직접 영업을 하는 자는 부정경쟁행위 일반조항으로 보호될 것이다. 그리고 위 일반론에서 보는 것처럼, 그 같은 성과를 만든 자로부터 그 성과와 관련된 모든 권리나 법률상 지위를 승계한 자 역시 부정경쟁행위 일반조항으로 보호된다고 보는 것이 타당하다.

## 3) 성과를 만든 자로부터 사용 허락을 받은 자<sup>169</sup>

특정한 성과를 만든 자와 그 성과를 사용하여 직접 영업을 하는 자가 다른 경우 과연 누가 부정경쟁행위 일반조항에 따라 보호 받을 수 있는 지가 문제된다. 이 같은 문제가 발생하는 이유는 그 성과를 사용하여 영업을 하는 자가 그 성과에 화체된 고객흡인력이나 신용을 구축하는데 기여하는 측면이 있기 때문이다.

---

<sup>168</sup> 법원행정처, 앞의 단행본(각주 167) 59면 참조.

<sup>169</sup> 이 부분에 대한 논의는 기본적으로 최성준, 앞의 세미나발표자료(각주 44) 51-54면에 기재된 형태모방으로 인한 부정경쟁행위를 한 자에 대해 손해배상 및 금지청구를 할 수 있는 타인이 누구인지에 관한 논의를 참조하였다.

부정경쟁행위 일반조항이 특허처럼 특정한 성과를 만드는 행위 자체를 중시하여 그 같은 창작행위를 한 자를 보호하기 위한 조항이라고 보는 경우, 그 성과를 만드는데 기여한 자는 실제로 그 성과를 직접 사용하여 영업하는지 여부를 불문하고 부정경쟁행위 일반조항으로 보호될 것이다. 반면, 부정경쟁행위 일반조항이 특정한 성과를 만드는 행위 자체 보다는 그 성과에 화체된 신용과 명성을 구축하는 행위를 보호하기 위한 조항이라고 보는 경우, 성과를 만든 자가 아닌 그 성과를 실제 사용하여 영업하는 자가 부정경쟁행위 일반조항으로 보호될 수 있다.

한편, 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위가 문제된 헬로키티 사건의 하급심<sup>170</sup> 법원은 지상파방송사업자로부터 상품화 사업을 대행 또는 대리할 권한을 부여 받은 자와 이들을 통해 비독점적인 상품화 권한을 부여 받은 자는 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위 청구를 할 수 없다는 취지의 판시를 하였다. 또한 유사사건에서 서울중앙지방법원은 방송사들로부터 드라마의 캐릭터 등에 관하여 비독점적인 상품화 권한을 부여 받은 자의 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위 청구권 행사를 부정하기도 하였다.<sup>171</sup>

반면, 형태모방이 문제된 사안에서, 서울고등법원은 그 형태를 창작한 자가 아니라 상품화를 위하여 투자하거나 모험을 감수한 자가 형

---

<sup>170</sup> 서울고등법원 2010. 1. 14. 선고 2009나4116 판결 및 이숙연, 앞의 논문(각주 160) 133면 참조.

<sup>171</sup> 서울중앙지방법원 2012. 9. 5. 선고 2011가합70430 판결 참조.

태모방으로 인한 부정경쟁행위에 대해 일정한 권리를 행사할 수 있는 자라고 판단하였다.<sup>172</sup>

또한, 서울중앙지방법원은 제품의 디자인을 창작한 후 제3자로 하여금 그 디자인을 사용하여 제품을 생산하여 판매하게 한 자는 형태모방으로 인한 부정경쟁행위로 인해 영업상 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자에 해당한다고 보기 어려워 형태모방으로 인한 부정경쟁행위 금지 및 손해배상청구권을 행사할 수 없다고 판단하였다.<sup>173</sup>

부정경쟁행위 일반조항의 입법취지를 고려할 때, 부정경쟁행위 일반조항은 계속해서 새로이 발생하는 무형 자산을 보호하기 위한 측면이 강하다.<sup>174</sup> 따라서 기본적으로 특정한 성과를 창작한 자를 우선하여 보호하는 것이 타당하다. 다만, 다른 지식재산권 법률과의 형평을 고려하여 그 같은 성과를 창작한 자로부터 그 성과를 독점적으로 사용할 권한을 부여 받은 자는 부정경쟁행위 일반조항에 기한 권리를 행사할 수 있다고 보는 것이 타당하다. 반면, 비독점적인 권한이 있는 자는 부정경쟁행위 일반 조항에 기한 권리를 주장할 수는 없고, 결국 채권침해 법리에 기해 불법행위 주장을 할 수 밖에 없을 것으로 보인다.

---

<sup>172</sup> “부정경쟁방지법 제2조 제1호 자목은 창작적 성과보다는 상품개발에 자본·노력을 투자한 시장선행자의 이익을 보호하기 위한 것으로서, 위 자목에서 규정하고 있는 ‘타인’이란 상품의 형태를 창작한 자가 아니라 상품화를 위하여 투자하거나 모험을 감수한 자를 말하므로, 선행자가 상품화하였다는 점, 선행자로부터 독점판매권을 수여 받았다는 점을 입증하면 위 자목의 청구주체가 될 수 있다(서울고등법원 2010. 8. 19. 선고 2009나88091 판결).”

<sup>173</sup> 서울중앙지방법원 2013. 9. 6. 선고 2012가합40610 판결 참조.

<sup>174</sup> 산업통상자원위원회 전문위원 이동근, 앞의 검토보고서(각주 15) 11-12면 참조.

## 8. 위법성

### 가. 위법성 논의의 필요성

그 동안 부정경쟁방지법 제2조 제1호에 한정적으로 열거되어 있던 부정경쟁행위들은 일반적으로 위법하다고 평가되는 행위들을 예시하여 두었던 것이라고 한다.<sup>175</sup> 그렇기 때문에 위와 같은 전형적인 부정경쟁행위에 해당하는 경우 별도로 그 같은 행위가 위법한지 여부가 문제되지 않았던 것으로 보인다.

그런데 부정경쟁행위 일반조항은 추상적인 용어들로 구성되어 있기 때문에 실제로 어떤 행위가 규제대상이 되는 위법한 행위인지 예측하기 어렵다. 그러므로 부정경쟁행위 일반조항을 적용함에 있어서 구체적으로 어떤 행위를 위법하다고 볼 수 있는지에 대한 논의가 필요하다.

### 나. 미국에서의 경제적 불법행위의 위법성 논의

미국의 경우, 일정한 영리행위에 의해 경제적 이익이 침해되었다는 이유만으로 그 같은 영리행위를 위법하다고 보기 어렵고, 그 행위가 시장질서에 미치는 영향 또는 그 행위를 규제하는 것이 소비자후생의

---

<sup>175</sup> 정상조, 박준석, 앞의 단행본(각주 2) 708면에서 재인용. 곽윤직, 편집대표, 「민법주해 [XVIII] 채권(11)」, 박영사, 2005, 219면(이상훈 집필 부분) 참조.

증가와 관련 산업 발전에 도움을 주는지 여부를 고려하여 위법성을 판단한다고 한다.<sup>176</sup>

#### 다. 국내에서의 부정판 경쟁행위로 인한 불법행위의 위법성 논의

대법원은 부정판 경쟁행위로 인한 불법행위의 위법성 판단기준과 관련하여 “타인의 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물을 무단 이용”하는지 여부<sup>177</sup>와 “상도덕이나 공정한 경쟁질서 위반”되는지 여부<sup>178</sup>를 들고 있는 것으로 보인다.

학설 중에는 ① 부정경쟁방지법상의 전형적인 부정경쟁행위 태양과 대등할 정도로 실질적으로 시장의 경쟁질서를 교란하였는지, 경쟁질서를 해할 목적으로 상대방에게 손해를 가하거나 스스로 이익을 취할 의사와 같은 주관적 사정도 참고할 필요가 있다는 견해<sup>179</sup>, ② 특정한 영업활동을 규제함으로써 관련 산업의 발전과 소비자 후행이 증가한다는 점이 명확한 경우에 한해서 위법성을 인정해야 한다는 견해<sup>180</sup>, ③ 피해자와 가해자의 기본권 중 어느 하나가 완전히 희생되지 않게 하고, 경쟁질서를 유지해야 하므로 침해행위가 가진 공공성 또는 공익상 필요성의 내용과 정도를 비교하되 사안마다 침해행위가 추구하는

---

<sup>176</sup> 정상조, 앞의 논문(각주 54) 842-844면에서 재인용.

<sup>177</sup> 정상조, 앞의 논문(각주 54) 843, 844, 856-857면 참조.

<sup>178</sup> 유명선, 앞의 논문(각주 15) 135면 참조.

<sup>179</sup> 다만, 이 견해는 이 같은 주관적 요소는 객관적인 행위를 통해 추단될 수 있으므로 별도로 주관적 요소 자체를 위법성을 인정하기 위한 추가적인 요건으로 인정할 필요는 없다고 한다. 박윤석, 박해선, 앞의 논문(각주 5) 95-96면 참조.

<sup>180</sup> 정상조, 앞의 논문(각주 54) 852-854면 참조.

목적, 행위수단, 양 당사자의 지위 등을 종합적으로 고려하여 위법성을 판단해야 한다는 견해<sup>181</sup>, ⑤ 독일 법원이 인정한 부정경쟁행위 일반조항의 구체적인 유형들을 참고하여 위법성을 판단하자는 견해<sup>182</sup> 등이 있다.

## 라. 소견

지식재산권 법률은 금지의 대상이 되지 않는 부분은 공적 영역에 남겨 두고, 그 같은 공적 영역을 제3자가 자유롭게 이용(모방)하는 것을 보장한다는 특징이 있다.<sup>183</sup> 그러므로 부정경쟁행위 일반규정으로 특정한 경쟁행위, 특히 다른 지식재산권 법률로 금지되지 않는 행위를 규제하고자 하기 위해서는 보다 더 명확한 정당화 사유가 필요하다.

그런데 부정경쟁행위 일반조항으로 특정한 영리행위를 규제하는 경우, 그로 인한 영향은 그 영리행위와 관련된 특정한 당사자들뿐만 아니라 우리 사회 전반에 영향을 줄 것이다. 그러므로 부정경쟁행위 일반조항에 위반되는 영리행위를 한 것인지 여부를 판단할 때, 그 같은 행위가 그 산업분야의 거래관행에 부합하는지, 그 행위를 규제함으로써 인해 그 산업분야에 악영향을 미치는지, 현재 또는 장래의 기술발전이나 소비자들에게 미치는 영향을 종합적으로 고려하여, 그 행위를 규제하는 것이 사회 전반의 이익에 부합됨이 명백한 경우에 한해 위법성을 인정하는 것이 바람직하다고 판단된다.

---

<sup>181</sup> 윤태영, 앞의 논문(각주 16) 151-154면 참조.

<sup>182</sup> 박성호, 앞의 논문(각주 4) 223면 참조.

<sup>183</sup> 백강진, 앞의 발표자료(각주 57) 31면 참조.

## IV. 부정경쟁행위 일반조항과 기존 법질서의 관계

### 1. 개괄

앞서 살펴본 것처럼, 부정경쟁행위 일반조항으로 보호되는 대상은 기존의 법률로 보호될 수 있는 대상을 포함할 수도 있고 포함하지 않을 수도 있다. 그러므로 부정경쟁행위 일반조항과 기존의 법률 사이의 관계가 어떤지 살펴볼 필요가 있다. 이하에서 부정경쟁행위 일반조항과 부정경쟁방지법에 열거되어 있던 기존 부정경쟁행위 유형과의 관계, 다른 지식재산권법과의 관계, 민법과의 관계 순서로 살펴보겠다.

### 2. 부정경쟁방지법상 전형적인 부정경쟁행위와의 관계

부정경쟁행위 일반조항의 입법 과정, 입법 목적, “그 밖에”라는 문구를 고려할 때, 부정경쟁행위 일반조항이 다른 전형적인 부정경쟁행위 조항들을 보충하는 일반적인 조항으로서 성과모방 행위를 규제하기 위한 규정이라고 보는 견해가 있다.<sup>184</sup> 이 같은 입장을 취하는 경우, 전형적인 부정경쟁행위 규정이 부정경쟁행위 일반조항과 중첩적으로 적용될 수 있는 사안이면 그 전형적인 규정이 먼저 적용되고, 전형적인

---

<sup>184</sup> 대표적으로 김원오, 앞의 논문(각주 5) 257-261면 및 박윤석, 박해선, 앞의 논문(각주 5) 71면 참조.

부정경쟁행위 규정으로 규제하기 어려운 사안에 한해 부정경쟁행위 일반조항이 적용된다고 볼 수 있다.

이와 관련하여, 서울중앙지방법원은 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (나)목 영업주체 혼동행위, (아)목 부정목적 도메인 등록행위, (차)목 소정의 부정경쟁행위, 민법상 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위가 성립하는지가 문제된 사안에서, ‘전형적인 부정경쟁행위 유형에는 해당하나 그 각목이 정하고 있는 부정경쟁행위로 인정되기 위한 요건을 충족하지 못하여 위법하다고 보기 어려운 경우 그 같은 행위를 부정경쟁행위 일반조항으로 규제하는 것에 신중하여야 한다’는 판결을 선고하기도 하였다.<sup>185</sup>

### 3. 다른 지식재산권 법률과의 관계

#### 가. 다른 지식재산권 법률과 대립관계에 있지 않는 경우

위 2항에서 살펴본 것처럼, 부정경쟁행위 일반조항과 다른 지식재산권 법률과 상호 모순 또는 충돌되지 않고 동시에 적용될 수 있는 경

---

<sup>185</sup> “부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목은 (가) 내지 (자)목에 규정하고 있는 행위유형과는 다른 종래의 지식재산권 관련 제도 내에서는 예상할 수 없어 기존 법률로는 미처 포섭할 수 없었던 유형의 행위로서 (가) 내지 (자)목의 부정경쟁행위에 준하는 것으로 평가할 수 있는 행위에 한하여 적용되고, 특별한 사정이 없는 이상 (가) 내지 (자)목에서 정하고 있는 행위유형에는 해당하나 위 각 목에서 정하고 있는 부정경쟁행위로 인정되기 위한 요건을 갖추지 못한 행위에 대하여는 (차)목에 의한 부정경쟁행위로 함부로 의율하여서는 아니 된다(서울중앙지방법원 2014. 8. 28. 선고 2013가합552431 판결).”

우, 다른 지식재산권 법률이 먼저 적용되고 그 법률로 해결되지 않는 경우 부정경쟁행위 일반조항이 적용될 것이다.<sup>186</sup>

나아가 기존 지식재산권 법률로 보호되기 어렵던 자산도 부정경쟁행위 일반조항으로 보호될 수 있다. 그 대표적인 예가 바로 비밀관리성이 결여된 기술정보나 영업정보이다.<sup>187</sup> 중소기업은 대기업과 달리 자신의 중요한 기술정보나 영업정보를 체계적이고 엄격하게 비밀로 관리하는데 어려움을 겪는다. 그 결과, 중소기업이 보유한 정보는 비밀관리성이 결여되어 영업비밀로 보호되지 않기도 한다. 그런데 우리 대법원은 영업비밀 보호요건 중 비밀관리성을 구비하지 못한 정보도 영업용 중요자산으로 보아 그 같은 정보를 유용한 경우 배임죄를 인정하고 있다.<sup>188</sup>

---

<sup>186</sup> 같은 취지의 견해로 김원오, 앞의 논문(각주 5) 284-285면 및 정상조, 박준석, 단행본(각주 2) 714면 등 참조.

<sup>187</sup> 비공지성을 결여한 정보는 부정경쟁행위 일반조항으로 보호되기 어렵다. 참고로 서울중앙지방법원 역시 같은 전제에서, 비공지성, 독립된 경제적 가치, 비밀관리성의 요건이 구비되지 않았다는 이유로 영업비밀 침해금지 청구를 부인하면서 피고가 원고의 기술정보를 무단으로 사용하였다고 볼 증거가 부족하고, 설령 무단으로 사용하였다고 하더라도 금전배상만으로는 피해구제의 실효성을 기대하기 어렵다고 볼 수 없다고 하여 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위에 기한 금지청구를 기각하기도 하였다(서울중앙지방법원 2012. 12. 28. 선고 2011가합12690 판결).

<sup>188</sup> 영업비밀이 아니더라도 그 자료가 불특정 다수의 사람에게 공개되지 않았고 사용자가 상당한 시간, 노력 및 비용을 들여 제작한 영업상 주요한 자산인 경우에도 그 자료의 반출행위는 업무상배임죄를 구성한다(대법원 2008. 4. 24. 선고 2006도9089 판결 등). 백강진, 앞의 발표 자료(각주 57) 31면 및 최호진, 앞의 논문(각주 112)179면 참조.

그런데 이 같은 기술정보나 영업정보는 각 중소기업이 상당한 시간과 노력을 투자하여 만든 성과로서 그 기업에게 막대한 경제적 이익을 가져다 주기도 한다. 따라서 비밀관리성이 구비되지 않은 정보 역시 부정경쟁행위 일반조항의 성과로 보호될 수 있다고 보는 것이 타당하다.

같은 전제에서, 영업비밀에 해당하지 않는 아이디어라도 하더라도, 그 아이디어를 공개하지 않고 어느 정도 비밀로 유지하여 왔고, 상대방도 조리상 비밀유지의무를 부담하고 있다면, 부정경쟁방지법상의 비밀유지의무를 위반하여 영업비밀을 무단 사용하는 것을 영업비밀 침해행위로 규제하는 것처럼 그 같은 아이디어 무단 사용 행위를 위법한 행위로 보아 규제할 수 있다는 견해가 있다.<sup>189</sup> 이렇게 보는 경우, 창의적인 아이디어를 개발해서 제공한 개인을 부정경쟁방지법으로 보호하지 못하는 입법의 공백을 메울 수 있다는 장점이 있다고 한다.<sup>190</sup>

나아가 창작성이 결여된 아바타, 게임아이템, 운동경기 통계자료도 그 같은 정보를 만드는데 상당한 노력과 시간이 투입된 것이라면, 부정경쟁행위 일반조항으로 보호될 수 있다.<sup>191</sup> 또한, 특허법, 실용신안법, 디자인보호법에서 정한 요건을 구비하지 못하여 관련 지식재산권 법률로 보호되지 못하는 것이라고 하더라도 그 같은 결과물을 얻기까지 상

---

<sup>189</sup> 정상조, 앞의 논문(각주 54) 863-864면 참조.

<sup>190</sup> 정상조, 앞의 논문(각주 54) 863-864면 참조.

<sup>191</sup> 산업통상자원위원회 전문위원 이동근, 앞의 검토보고서(각주 15) 24면에서는 아바타와 게임아이템을 보호해야 할 필요성을 설명하면서 서울지방법원 2003.11.14. 2003카합2639 결정 및 서울중앙지방법원 2004.3.19. 선고 2003카합3852 판결을 예시로 들고 있다.

당한 노력과 비용이 투자되었다면 그 결과물은 부정경쟁행위 일반조항으로 보호될 수 있다.

참고로 부정경쟁행위 일반조항이 문제된 사안은 아니지만, 서울중앙지방법원은 선행 디자인으로부터 용이하게 창작할 수 있다는 이유로 등록무효로 된 디자인을 경쟁사업자가 사용한 사안<sup>192</sup>에서 디자인권으로 보호되지 않더라도 형태모방에 관한 규정으로 보호될 수 있다는 판결을 선고하기도 하였다.<sup>193</sup>

#### 나. 다른 지식재산권 법률과 대립 관계에 있는 경우

원칙적으로 부정경쟁방지법 제15조 제1항<sup>194</sup>에 따라 특허법, 실용신안법, 디자인보호법, 상표법 등 다른 지식재산권 법률이 우선하여 적용되어 그 법률에 따라 권리관계가 정리될 것이다.

---

<sup>192</sup> 디자인맵의 2015. 1. 6.자 IP 분쟁사례 게시글  
<http://www.designmap.or.kr/ipf/IpFtFrD.jsp?p=269> (2015. 4. 24. 최종접속) 참조.

<sup>193</sup> “설령, 피고의 주장을 이 사건 디자인의 창작성이 인정되지 아니하므로 이를 실시하는 이 사건 실시행위도 상품형태 모방행위에 해당하지 않는다는 취지로 선행하더라도, 부정경쟁방지법상 상품형태 보호행위는 디자인보호법에서 요구하는 정도의 창작성을 요건으로 하지 아니한다고 할 것이고, 이 사건 원고 제품은 ... 동종의 다른 상품들과는 그 형태에 상당한 차이가 있고, 이 사건 원고 제품이 모방될 경우에는 경쟁상 불공정이 야기될 것임은 명백하므로, 피고의 이 사건 실시행위는 상품형태 모방행위에 해당한다(서울중앙지방법원 2014. 1. 16. 선고 2012가합529007 판결).”

<sup>194</sup> 제15조 (다른 법률과의 관계)

① 「특허법」, 「실용신안법」, 「디자인보호법」, 「상표법」, 「농수산물 품질관리법」 또는 「저작권법」에 제2조 부터 제6조까지 및 제18조 제3항과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다.

한편, 상표법 제53조 제2항<sup>195</sup>은 “상표권자·전용사용권자 또는 통상 사용권자는 그 등록상표의 사용이 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」 제2조 제1호 차목에 따른 부정경쟁행위에 해당할 경우에는 같은 목에 따른 타인의 동의를 받지 아니하고는 그 등록상표를 사용할 수 없다”고 명시하고 있다. 따라서 등록상표(서비스표)를 사용하더라도 부정경쟁행위 일반조항으로 규제될 수 있다.

반면, 특허법 제98조, 디자인보호법 제95조, 실용신안법 제25조에는 위 상표법 제53조 제2항과 같은 내용이 기재되어 있지 않다. 그렇다고 하더라도, 부정경쟁의 목적으로 특허권, 디자인보호권, 실용신안권을 등록하여 행사한 경우에는 부정경쟁행위 일반조항으로 규제될 수 있다.<sup>196</sup>

---

<sup>195</sup> 제53조 (타인의 디자인권 등과의 관계)

② 상표권자·전용사용권자 또는 통상사용권자는 그 등록상표의 사용이 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」 제2조 제1호 차목에 따른 부정경쟁행위에 해당할 경우에는 같은 목에 따른 타인의 동의를 받지 아니하고는 그 등록상표를 사용할 수 없다.

<sup>196</sup> “국내에서 널리 인식되어 사용되고 있는 타인의 상품임을 표시한 표지와 동일 또는 유사한 디자인을 사용하여 일반 수요자로 하여금 타인의 상품과 혼동을 일으키게 하여 이익을 얻을 목적으로 형식상 디자인권을 취득하는 것이라면, 그 디자인의 등록출원 자체가 부정경쟁행위를 목적으로 하는 것으로서, 설령 권리행사의 외형을 갖추었다 하더라도 이는 디자인보호법을 악용하거나 남용한 것이 되어 디자인보호법에 의한 적법한 권리의 행사라고 인정할 수 없으니, 이러한 경우에는 부정경쟁방지법 제15조 제1항 에 따라 같은 법 제2조의 적용이 배제된다고 할 수 없다(대법원 2013. 3. 14. 선고 2010도15512 판결)”.

## 4. 민법과의 관계

일반적으로 민법은 지식재산권 법률의 일반적이고 보충적인 법이므로 지식재산권 법률로 규제되는 행위<sup>197</sup>뿐만 아니라 규제되지 않는 행위라고 하더라도 불법행위 요건을 갖춘 경우 민법상 불법행위 책임을 부담하게 된다고 보고 있다.<sup>198</sup>

다만, 성과모방 유형의 부정경쟁행위의 경우, 부정경쟁행위 일반조항으로 규제되지 않음에도 불구하고 불법행위의 관점에서 볼 때 위법하다고 평가할 수 있는 사례가 있을지는 의문이다.

---

<sup>197</sup> 하급심 판결 중에는 “부정경쟁방지법은 민법의 특별법이라 할 것이고, 위에서 본 바와 같이 부정경쟁방지법이 ‘상품형태 모방행위’를 부정경쟁행위로 정의하고 이에 의한 손해배상청구를 인정하고 있으므로, 원고는 ‘상품형태 모방행위’를 이유로 부정경쟁방지법과 별도로 민법상 불법행위에 기한 손해배상청구를 할 수 없다 할 것이고, 그 밖에 원고가 주장하는 사유만으로는 피고의 불법행위를 인정하기 어렵다(서울고등법원 2010. 8. 19. 선고 2009나88091 판결)”고 판결 선고된 사안이 있다.

<sup>198</sup> 박준석, 앞의 논문(각주 6) 21면; 양창수, 앞의 논문(각주 35) 320면; 정상조, 박준석, 앞의 단행본(각주 2) 37-38, 713, 715면 참조.

## V. 부정경쟁행위 일반조항 적용 기간

### 1. 문제의 소재

지식재산권에는 관련 법에 일정한 권리존속기간 내지 보호기간이 명시된 권리와 그렇지 않은 권리가 존재한다. 특허권, 실용신안권, 디자인권은 전자에 속하며, 상표권<sup>199</sup>이나 부정경쟁방지법에 따라 보호되는 특정한 표지와 관련된 권리는 후자에 속한다.

특히, 부정경쟁방지법은 영업비밀 침해 금지청구권에 대해서만 시효 규정을 두고 있을 뿐(부정경쟁방지법 제14조), 부정경쟁행위에 대해서는 별도로 금지청구권이나 손해배상청구권이 성립되는 기간이나 그 권리 행사기간을 제한하는 규정을 두고 있지 않다. 다만, 대법원은 사실심 변론종결시를 기준으로 특정 표지의 주지성이나 저명성을 판단하여 그 표지를 보호하기 위한 금지청구권 인정 여부를 제한하고 있다.<sup>200</sup>

---

<sup>199</sup> 상표권의 존속기간은 설정등록이 있는 날로부터 10년이나(상표법 제42조 제1항) 존속기간갱신등록신청에 따라 10년씩 갱신할 수 있으므로 사실상 존속기간의 제한이 없다(상표법 제42조 제2항).

<sup>200</sup> “부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제4조에 의한 금지청구에 있어서 같은 법 제2조 제1호 (가)목 소정의 타인의 성명·상호·상표·상품의 용기·포장 기타 타인의 상품임을 표시한 표지가 국내에 널리 인식되었는지 여부는 사실심변론종결시를 기준으로 판단하여야 하며, 같은 법 제2조 제1호 (다)목의 경우에도 마찬가지이다(대법원 2004. 5. 14. 선고 2002다13782 판결).”

그런데 부정경쟁행위 일반조항으로 보호될 수 있는 성과에는 영업 비밀보호 법리나 다른 지식재산권 법률로 보호되는 대상이 포함되는 경우도 있고 그렇지 않은 경우도 있다. 그 결과, 부정경쟁행위 일반조항으로 특정한 성과가 보호될 수 있는 시간적 제한이 없다고 보는 경우, 사실상 다른 지식재산권 법률이 특정한 지식재산권의 권리존속기간이나 보호기간을 설정하고 있는 것을 무력화시킬 수 있다. 따라서 부정경쟁행위 일반조항으로 특정한 성과가 보호될 수 있는 시간적 한계를 설정하는 것이 바람직하다.

## **2. 성과가 다른 지식재산권 법률로도 보호되는 경우**

다른 지식재산권으로 보호될 수 있는 대상이 부정경쟁행위 일반규정으로 보호되는 특정한 성과에 해당하는 경우, 법적 안정성을 위해서 그 성과가 부정경쟁행위 일반규정으로 보호될 수 있는 기간은 관련 법률에서 정하는 기간의 최장기를 초과하여서는 아니 된다고 보는 것이 타당하다.

## **3. 성과가 다른 지식재산권 법률로 보호되지 않는 경우**

다른 지식재산권으로 보호되지 않고 부정경쟁행위 일반규정으로만 보호되는 성과의 경우, 그 성과의 특성을 고려하여 보호기간을 설정할 수 밖에 없다. 참고로 독일에서 타인의 성과물을 직접적으로 모방하는 것을 금지하는 이유가 그 성과물을 개발한 자의 투자를 보상해 주기

위한 것이므로 부정경쟁방지법에 의해 보호되는 기간은 개발자가 투자 회수에 합리적으로 필요한 기간 이내로 한정된다고 한다.<sup>201</sup>

### 가. 성과가 신용이나 명성인 경우

부정경쟁행위 일반조항으로 보호되는 성과가 신용이나 명성이라면, 원칙적으로 유사한 거래관행 등을 고려하여 그 같은 신용이나 명성이 상당한 경제적 가치를 가지는 기간을 설정하여 부정경쟁행위 일반규정으로 보호하는 것이 합리적이다.

### 나. 성과가 신용이나 명성이 아닌 경우

부정경쟁행위 일반조항으로 보호되는 성과가 신용이나 명성이 아닌 경우, 법적 안정성을 도모하기 위해 부정경쟁행위를 한 자가 공정한 거래관행에 따라 그 같은 성과를 구축하기 위해 독자적으로 투자하였으리라고 볼 수 있는 기간 동안만 그 성과를 부정경쟁행위 일반규정으로 보호하는 것이 바람직하다.<sup>202</sup>

---

<sup>201</sup> 박성호, 앞의 논문(각주 4) 225면에서 재인용.

<sup>202</sup> 참고로 타인의 상품 형태를 모방한 상품을 판매한 것이 문제된 사안에서 자목 소정의 형태모방을 금지하는 3년의 기간이 지난 후에도 그 같은 상품을 판매하는 행위가 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위에 해당할 수 있는지가 문제된 적이 있다. 서울중앙지방법원은 위 3년의 기간이 경과한 이후에도 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위가 성립될 여지가 있음을 인정하면서도, 금지청구권을 행사하기 위한 요건인 이익형량을 더욱 엄격하게 하여야 한다고 하면서 결국 금지청구권 행사를 부정하였다(서울중앙지방법원 2011. 6. 28.자 2010카합3082 결정).

이 같은 해석론은 그 동안 영업비밀 침해 금지청구권에 관한 대법원 판결에서도 도입된 적이 있다. 즉, 우리 대법원은 부정경쟁방지법상 영업비밀을 보호하는 목적이 침해행위자가 그러한 침해행위에 의하여 공정한 경쟁자보다 '유리한 출발(head start)' 내지 '시간절약(lead time)'이라는 우월한 위치에서 부당하게 이익을 취하지 못하도록 하고, 영업비밀 보유자로 하여금 그러한 침해가 없었더라면 원래 있었을 위치로 되돌아갈 수 있게 하는 데에 있다는 입장을 보였다.<sup>203</sup>

따라서 특정한 성과를 부정경쟁행위 일반조항으로 보호할 수 있는 기간은 영업비밀 금지청구권 행사기간과 관련된 대법원 판결<sup>204</sup>을 참고하여, 해당 성과 등의 내용과 난이도, 타인이 그 성과 등을 구축하기 위해 소요된 기간과 비용, 부정경쟁행위자 등이나 다른 사업자들이 독자적인 개발이나 역설계와 같은 합법적인 방법에 의하여 그 성과 등을 취득하는 데 필요한 시간, 그 성과 등과 유사한 대상을 보호하는 지식재산권의 존속기간이 등을 종합적으로 고려하여 결정할 수 밖에 없다.

---

<sup>203</sup> 대법원 1996. 12. 23. 선고 96다16605 판결 등; 영업비밀 침해금지청구권을 인정하는 이론적 근거 및 위 대법원 판결에 대한 평석은 박준석, “영업비밀 침해금지청구에 대한 우리 법원의 태도 - 기술정보 유출을 중심으로”, 저스티스 통권 제114호, 한국법학원, 2009, 178-187면 참조.

<sup>204</sup> 대법원 1998. 2. 13. 선고 97다24528 판결 참조.

## VI. 결론

부정경쟁행위 일반조항은 새로운 유형의 부정경쟁행위를 규제하는 일반적이고 보충적인 근거 규정으로 역할을 할 수 있다는 점에서 의의가 있다. 특히, 부정경쟁행위 일반조항의 문언에 따를 때, 상당한 노력과 비용을 투자하여 구축한 성과는 모두 부정경쟁행위 일반조항의 보호대상이 될 수 있다. 그 결과, 일정한 매장의 분위기와 같은 트레이드 Dress, 아이디어, 퍼블리시티, 일정한 경제적 가치를 창출할 수 있는 거래상 지위 역시 부정경쟁행위 일반조항의 성과로 보호될 수 있다.

하지만 부정경쟁행위 일반조항이 지나치게 추상적인 문구로 구성되어 있어 구체적으로 어떤 행위가 금지된 행위인지를 예측하기 어렵다. 이 같은 추상성과 모호함으로 인해 부정경쟁행위 일반조항은 개인의 영리활동을 과도하게 제약하는 수단으로 악용될 여지가 있다. 따라서 부정경쟁행위 일반조항의 적용요건을 엄격히 검토하여 그 적용범위를 제한할 필요가 있다.

먼저, 부정경쟁행위 일반조항이 대법원의 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위 법리에 근거한 것이라는 점을 고려할 때, 부정경쟁행위 일반조항이 적용되기 위해서는 기본적으로 고의 또는 과실 그리고 위법성이 인정되어야 한다고 보는 것이 바람직하다. 특히, 문제가 된 영리활동이 관련 산업분야나 소비자들에게 미치는 영향을 종합적으로 고려하여 그 영리활동을 규제하는 것이 사회 전반적으로 볼 때 이득이 되는 것이 명백한 경우에 한해 그 행위를 부정경쟁행위 일반조항으로 규제하는 것이 바람직하다.

나아가 법적 안정성을 위해 특정한 성과와 관련된 분쟁을 다른 지식재산권 법률로 해결하기 어려운 경우에 한해 부정경쟁행위 일반조항을 적용하는 것이 타당하다. 또한, 부정경쟁행위 일반조항으로 특정한 성과를 보호할 수 있는 시간적 한계를 설정하여 특정한 성과가 부정경쟁행위 일반조항으로 무한정 보호되는 결과가 발생하는 것을 방지할 필요가 있다.

## 참고 문헌

### <단행본>

- 곽윤직, 편집대표, 「민법주해 [XVIII] 채권(11)」, 박영사, 2005 182  
권오승, 「경제법」 제11판, 법문사, 2014  
박재운 집필대표, 주식형법, 형법각칙(4) 제4판, 한국사법행정학회, 2006  
법원행정처, 지적재산권재판실무편람 (2005년 개정판), 2005  
정상조, 「부정경쟁방지법 원론」, 세창출판사, 2007  
정상조, 박준석, 「지식재산권법」 제3판, 홍문사, 2013

### <논문>

- 권영준, “불법행위와 금지청구권- eBay vs. MercExchange 판결을 읽고”,  
Law & Technology 제4권 제2호, 서울대학교 기술과 법센터, 2008  
권오승, 이민호, “경쟁질서와 사법상의 법률관계”, 비교사법 제14권 제1  
호, 한국비교사법학회, 2007  
김관식, “애플사 대 삼성전자 사건에 비추어 본 트레이드드레스의 법적  
보호”, 산업재산권 제39호, 한국산업재산권법학회, 2012  
김동원, “트레이드 드레스의 식별표지성과 관련된 두 가지 쟁점- 부정  
경쟁방지법 제2조 제1호 가, 나목에 따른 보호를 중심으로”, Law &  
Technology 제9권 제4호, 서울대학교 기술과 법센터, 2013  
김병일, “부정경쟁행위로 인한 금지청구권”, 법학연구 제1집, 인하대학  
교 법학연구소, 1999

- 김상중, “불법행위의 사전적 구제수단으로서 금지청구권의 소고: 대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정에 관한 평석”, 비교사법 제17권 제40호, 한국비교사법학회, 2010
- 김원오, “부정경쟁방지법상 신설된 일반조항의 법적 성격과 그 적용의 한계”, 산업재산권 제45호, 한국지식재산학회, 2014
- 김차동, “금지(유지)청구권의 일반근거규정 도입에 관한 연구”, 법학논총 제31권 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2014
- 남형두, “재산분할청구권의 대상으로서 지적재산권- 퍼블리시티권을 중심으로”, 가족법 연구 제22권 제3호, 한국가족법학회, 2008
- 남형두, “퍼블리시티권에 관한 해외 사례 연구 - 퍼블리시티권을 활용한 해외스포츠/엔터테인먼트 산업 및 비교법 연구”, 한국저작권위원회, 2012
- 남형두, “퍼블리시티권의 입법적 보호 방안 연구”, 문화관광부, 2011
- 박성호, “지적재산권법의 비침해행위와 일반불법행위 - 불법행위 법리에 의한 지적재산권법의 보완 문제를 중심으로”, 정보법학 제15권 제1호, 한국정보법학회, 2011
- 박영규, “독일 부정경쟁방지법(UWG)상 일반조항의 의미와 역할”, 지적재산권 제29호, 한국지적재산권법제연구원, 2009
- 박윤석, “법률위반과 부정경쟁행위”, 지식재산연구 제8권 제1호, 한국지식재산연구원 · 한국지식재산학회, 2013
- 박윤석, 박해선, “성과모방행위에 관한 고찰”, 지식재산권연구 제9권 제4호, 한국지식재산연구원, 2014
- 박준석, “영업비밀 침해금지청구에 대한 우리 법원의 태도 - 기술정보 유출을 중심으로”, 저스티스 통권 제114호, 한국법학원, 2009
- 박준석, “퍼블리시티권의 법적 성격 - 저작권과 상표 관련 권리 중 무엇에 더 가까운가?”, 산업재산권 제30호, 2009

- 박준석, “한국 지적재산권법과 다른 법률들과의 관계”, 법조 제62권 제12호, 법조협회, 2013
- 백강진, “상품형태모방에 따른 부정경쟁행위의 인정요건 - 서울고등법원 2012. 2. 2. 2011나69529 판결”, Law & Technology 제8권 제2호, 서울대학교 기술과 법센터, 2012
- 백강진, “스포츠게임과 선수의 권리”, Law & Technology 제6권 제1호, 서울대학교 기술과 법센터, 2010
- 백강진, “지식재산권 침해소송의 쟁점”, 서울변호사회 제8차 지적재산권 커뮤니티 발표 자료, 2013
- 양창수, “민법의 관점에서 본 지적재산권법 - 저작권 침해의 구제수단을 중심으로”, 민법산고, 박영사, 2007
- 유영선, “부정한 경쟁행위와 관련한 불법행위 성립요건 및 그에 기한 금지청구권 허용여부”, 사법논집 제53집, 법원행정처, 2011
- 윤선희, “현행 상표법상의 상표와 국내에 도입되지 않은 상표”, 한남대학교 과학기술법연구 제4권 제1호, 한남대학교 과학기술법연구원, 1998
- 윤태영, “경쟁질서 위반행위에 대한 불법행위책임”, 비교사법 제14권 제1호, 한국비교사법학회, 2006(한국경제법학회 학술대회)
- 이숙연, “지적재산권법 체계하에서의 불법행위법의 역할 - 서울고등법원 2010. 1. 14. 선고 2009나4116 판결”, Law & Technology 제6권 제2호, 서울대학교 기술과 법센터, 2010
- 이현, “아이디어의 보호에 관한 연구”, Law & Technology 제6권 제1호, 서울대학교 기술과 법센터, 2010
- 정상조, “경제적 불법행위 시론: 아이디어 유통의 민사법적 문제를 중심으로”, 민사판례연구 (XXXIV), 민사판례연구회, 2012
- 정상조, 박준석, “부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률에 의한 퍼블리시티권 보호방안 연구”, 특허청, 2009

최민수, “부정경쟁행위와 불법행위법상 금지청구권, 법조 제62권 제1호, 법조협회, 2013

최성준, “상품의 형태, 용기, 포장의 디자인 보호에 관한 최근 판례”, 2013. 11. 27.자 제4회 KOTA 브랜드&디자인 조찬 세미나 발표자료, KOTA 한국상표·디자인협회, 대한변리사회, 한국상표학회, 2013 45

최호진, “아이디어의 보호가능성과 유형별 사례분석”, 저스티스 통권 제 140호, 한국법학원, 2014

하홍준, 정신응, “현행 부정경쟁방지법의 문제점 및 개선방안”, 특허청, 2011

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

(<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1155&context=btj> 최종접속 2015. 4. 23.)

#### <기타 자료>

국립국어원 표준국어대사전(<http://stdweb2.korean.go.kr/main.jsp>) (2015. 4. 24. 최종 접속)

기업결합심사기준(2014. 1. 1.부터 시행된 공정거래위원회 고시 제2013-9호)

디자인맵의 2015. 1. 6.자 IP 분쟁사례 게시글 <http://www.designmap.or.kr/ipf/IpFtFrD.jsp?p=269> (2015. 4. 24. 최종접속)

불공정거래행위심사지침(2012. 4. 25.부터 시행된 공정거래위원회 예규 제134호)

산업통상자원위원회 전문위원 이동근, 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고서, 2013

[http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file\\_id=288514](http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=288514) (2015. 4. 22. 최종접속)

임상혁, 법률신문 2014. 8. 14.자 기획기사 2013년 분야별 중요 판례 분석 (23) 엔터테인먼트법 (<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?Serial=86665>, 2014. 4. 24. 최종 접속)

## **Abstract**

# **Study of the Scope of the General Unfair Competition Activity Clause**

Youngwoon You

Intellectual Property LL.M.

The Graduate School

Seoul National University

Development of technology and transition into a new social and economic structure have introduced a diverse of valuable assets and unexpected unfair competition activities. These changes resulted in the enforcement of the General Unfair Competition Activity Clause in the Korean Unfair Competition Prevention and Trade Secret Protection Act in 2014 (“the General Clause”).

The General Clause stipulates that every result made with a substantial amount of effort and money is entitled to be protected under the General Clause. Therefore, Trade Dress, idea, publicity and legal status which derive economic value are eligible to be protected under the General Clause.

However, too abstract and ambiguous content of the General Clause makes it hard to predict which business could be deemed as an illegal activity under the General Clause. Accordingly, it is desirable to clearly analyze and limit the scope of the General Clause as its ambiguity may threaten free business transactions.

It is reasonable to conclude that only those who knew or failed to know his misappropriation activities are liable under the General Clause, considering the principle of liability with fault in torts. Furthermore, injunction of the misappropriation under the General Clause must undoubtedly benefit the whole society. Also, the General Clause can be applied to cases where pre-existing Intellectual Property laws are not appropriate to apply to resolve conflicts. Finally, it is necessary to set a reasonable timeline for a legal claim based on the General Clause.

.....

Keywords: General unfair competition activity clause, Economic Torts,

Publicity Right, Idea and Trade Dress Misappropriation

Student Number: 2010-23517