발간등록번호
11-1430000-001995-01

OPEN 공공누리 공공저작물 자유이용허

「부정경쟁방지법」의 부정경쟁행위 체계 정비 및 제도개선 방안 연구

특허청

제 출 문

특 허 청 장 귀 하

본 보고서를 "「부정경쟁방지법」의 부정경쟁행위 체계 정비 및 제도 개선 방안 연구" 최종보고서로 제출합니다.

2024년 02월

○ 주관연구기관명 : 조선대학교 산학협력단

○ 연 구 기 간 : 2023. 07. 28.~2023. 12. 27.

○ 주관연구책임자 : 한지영 교수(조선대학교)

○ 참여연구원

연 구 원 : 차상육 교수(경북대학교)

연 구 원 : 강명수 교수(부산대학교)

연 구 원 : 류시원 교수(전남대학교)

연 구 원 : 황선영 연구교수(동아대학교)

연 구 원 : 이일호 박사(연세대학교)

○ 연구보조원 : 정지윤 조교(조선대학교)

목 차

제1장 부정경쟁방지법 체계 정비 ····· 1

제1절 부정경쟁행위 유형의 재분류 및 체계의 합리적 정비방안 ····· 3

제2절 부정경쟁·국기국장 규정 적용범위의 서비스업으로의 확대 ····· 53

제3절 국기·국장 처벌규정의 행정규제 전환 타당성 ····· 81

제2장 디지털 전환에 따른 부정경쟁행위 관련 제도 정비 ····· 113

제1절 개요 ····· 115

제2절 주요 개념 및 관련 쟁점 ····· 120

제3절 메타버스에서 유명상표 부착제품의 무단제작·판매 행위 ····· 125

제4절 메타버스에서 트레이드 드레스 규정의 개선방안 ····· 147

제5절 메타버스에서 상품·영업주체 오인 혼동, 희석화 등 개선방안 ····· 157

제6절 메타버스에서 상품형태 모방 규정의 적용 필요성 ····· 168

제3장 영업방해·부당경고 등 새로운 유형의 부정경쟁행위 유형 추가 ····· 189

제1절 개요 ····· 191

제2절 경쟁자에 대한 허위사실 유포, 비방 등 ····· 191

제3절 부당한 권리 침해 경고 ····· 206

제4절 인터넷상의 부정경쟁행위 ····· 214

제5절 소결 ····· 217

제4장 부정경쟁방지법의 실효적 적용을 위한 제도 정비 ····· 219

제1절 퍼블리시티권 침해에 대한 민사적 구제에서 '영업상 이익' 요건 ····· 221

제2절 다른 법률과의 관계 규정 ····· 260

제5장 결론 ····· 293

제1장 부정경쟁방지법 체계 정비

▶ **제1절** 부정경쟁행위 유형의 재분류 및 체계의 합리적 정비방안

▶ **제2절** 부정경쟁·국기국장 규정 적용범위의 서비스업으로의 확대

▶ **제3절** 국기·국장 처벌규정의 행정규제 전환 타당성

제1장 부정경쟁방지법 체계 정비

제1절 부정경쟁행위 유형의 재분류 및 체계의 합리적 정비방안

1. 기존 부정경쟁행위 유형의 재분류 및 체계의 합리적 정비 방안

가. 총설

(1) 부정경쟁방지법의 개정 연혁

우리 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률의 제정 및 개정 관련 연혁을 보면 이하와 같다. 즉, 1961년 12월 31일 법률 제911호로 제정된 부정경쟁방지법에서는 부정경쟁행위를 9개의 행위유형(법 제2조 제1호 가목~자목)으로 한정 열거(限定 列擧)하였다.[1] 그리고 1991년 12월 31일 개정을 통하여 6개의 영업비밀침해의 행위 유형(제2조 제3호 가목~바목)을 한정하여 추가하였다.[2]

또한 2013년 부정경쟁행위를 포괄적으로 정의하는 '보충적 일반조항'으로서 제2조 제1호 (차)목을 신설하였다(2013.7.30. 일부개정). 이와 같이 규정한 (차)목에서는 '그 밖의 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위'를 부정경쟁행위라고 규정하였다.

나아가 2018년 개정 부정경쟁방지법[3]에서는 (ⅰ)트레이드 드레스(trade dress)의 명시적 보호 규정(나목/다목), (ⅱ) 아이디어 탈취방지 규정(차목)을 각각 신설하였다. 2018년 개정 부정경쟁방지법에서 보충적 일반조항인 위 (차)목은 (카)목으로 변경되었다.

또한 2019년 개정 부정경쟁방지법에서는 (ⅰ) 영업비밀 요건의 완화(제2조 제2호) 및 (ⅱ) 징벌적 손해배상제도 규정(제14조의2 제6항 및 제7항)을 각각 신설하였다.

2021년 12월 7일 개정된 부정경쟁방지법[시행 2022. 4. 20.]에는 (ⅰ) 데이터 부정사용행위 규제 조항(카목) 및 (ⅱ) 퍼블리시티권 보호 규정(타목)[부칙에 따라, 공포 후 6개월이 경과한 2022. 6. 8.부터 시행]이 신설되면서, 2021년 개정 부정경쟁방지법에서 보충적 일반조항인 위 (카)목은 (파)목으로 변경되었다.

다만 보충적 일반조항의 성격을 보면, 우리 부정경쟁방지법이 근래 도입한 조항이지만, 독일 부정경쟁방지법상의 일반조항과 같은 역할을 기대하기는 어려운 점이 있다. 왜냐하면, 그 입법연혁 등을 살펴볼 때 일반 불법행위와 관련하여 대법원이 새로 판시한 기준을 부정경쟁방지법의 명문에 도입한 것에 불과하기 때문이다. 주의할 점은 보충적 일반조항의 명문의 규정과 대비하여 종래 대

1) 1986년 12월 31일 개정 부정경쟁방지법에서는 행정청에 의한 의견청취, 시정권고 등 경제법적 요소를 도입하였다.
2) 송영식/이상정/황종환/이대희/김병일/박영규/신재호 공저, 『송영식 지적소유권법 (하)』 제2판, 육법사, 2013, 384면.
3) 2018. 4. 17. 법률 제15580호로 개정된 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률.

법원 판례의 기준 자체는 차이가 있으므로 향후 보충적 일반조항(과목)의 운영에 있어 공정거래법과의 연결이 아니라 일반불법행위 법리와의 유기적인 역할분담에 초점을 둘 필요가 있을 것이다.[4)]

나. 연구목표 및 내용

(1) 부정경쟁행위의 유형의 재분류 필요성

부정경쟁행위의 유형을 보호대상 또는 행위유형별로 재분류할 필요성이 있다. 특히 유사 또는 중복되는 부정경쟁행위를 통·폐합하는 등 구체적인 개정안 제시의 필요성이 높다.

(2) 연구목표 및 내용

현재 한정적 열거된 부정경쟁행위 중 그 입법취지가 큰 틀에서 보아 유사한 규정들을 통합함으로써 그 체계를 정비할 필요성이 증대하였다.

본 연구를 통해 큰 틀에서 현행 부정경행행위 유형 중 그 입법취지 면에서 실질적으로 동일·유사한 것들을 재분류하고 통폐합하여 좀 더 간단하고 명료한 분류체계를 구축할 예정이다. 특히 부정경쟁행위의 재분류 방향을 예시(例示)하면, 혼동야기행위, 오인야기행위, 성과모용행위 등의 형태로 그 입법취지가 실질적으로 동일·유사한 것들을 재분류하고 통폐합할 필요성이 있다.

이를 위해 본 연구에서는 우선 각국의 부정경쟁행위의 유형을 비교법적으로 고찰하여 시사점을 도출할 것이다.

또한 우리 판례의 최근의 동향에 따라 부정경쟁행위 유형이 즉각적으로 개정되는 방향으로 움직이고 있다는 취지의 비판적 시각을 직시하고, 또 다른 법률과의 관계를 종합적으로 고려하면서, 종국적으로는 우리 법에 맞는 체계적이고 합리적이며 미래지향적인 개정안을 제시할 예정이다.

마지막으로 본 부정경쟁행위의 재분류 및 통폐합에 관한 연구는 이른바 '일반적 정의규정'의 신설 내지 도입여부에 관한 논의와 연계하여 합리적이고 체계적으로 진행할 필요가 있음을 전제로 논의를 전개할 예정이다.

---

4) 박준석, "우리 부정경쟁방지법의 법적 성격 – 공정거래법과의 관계를 중심으로 –", 『산업재산권』 제69호, 한국지식재산학회, 2021.10, 397~450면 참조.

2. 비교법적 고찰(1) - 부정경쟁행위 유형의 입법례

가. 입법례의 개관[5]

(1) 대륙법계 국가

부정경쟁 규제의 법리는 애초 19세기에 영업의 자유를 처음으로 확립한 프랑스에서 성립한 것이고, 그 후 프랑스 이외 독일, 스위스 등 대륙법계에서 부정경쟁 개념을 형성하게 되었다. 독일이나 스위스의 부정경쟁방지법은 경쟁자 내지 경업자 사이의 질서유지를 목적으로 한 시민법적 성질로부터 소비자 보호 시각의 사회법적 성질을 가지는 것으로 발전한 것이라 할 수 있다.

(가) 독일[6]

독일은 기존의 상표법과 상법에 의해 충분히 부정경쟁이 규제될 것으로 믿고 법원이 민법에 있는 불법행위 규정의 적용을 거부한 이래 무제한의 영업자유가 인정되어 왔으나, 투매행위, 산업스파이, 카르텔화 등 부정경쟁 현상이 심각해지자, 프랑스에서 발전한 판례법을 참조하여 1896년 기만적 광고(부실광고) 등을 비롯한 특별한 유형의 불법적 경쟁행위를 금지하는 부정경쟁방지법을 제정하였다. 최초 부정경쟁방지법은 제한적(한정적) 열거적 규제를 시도하였으나, 1909년에는 공서양속에 반하는 일체의 경쟁행위를 금지하기 위한 일반조항을 명문화하였다. 또, 1965년에는 소비자보호 규정을 신설하였다. 소비자 이익보호를 정관상 목적으로 하는 소비자단체도 종전의 영업자나 영업자단체와 같이 부정경쟁행위의 금지청구권을 행사할 수 있도록 하여 부정경쟁행위로부터 소비자이익을 적극적으로 보호할 수 있는 근거규정을 마련하였다.[7] 이하 독일 부정경쟁방지법의 연혁을 구체적으로 살펴본다.

i) 우선 1896년법은 규제의 대상행위로서 기만적 광고(부실광고), 오인적 표시(수량사기 행위), 영업비방, 영업표지의 모용(타인 표장의 부정사용), 영업비밀의 누설 및 부정이용 등, 대표적인 부정경쟁행위 5가지를 한정열거하였다.[8] 부정경쟁행위를 포괄적으로 규제한 일반조항은 두지 않았다.[9] 즉 1896년법은 일반조항을 두지 않았고, 5종류만의 제한적 열거의 부정경업유형으로 규제범위를 좁게 하였다.[10] 그러나 한정(제한)열거주의에 의한 특별법은 사회적 요청에 충분히 반응하지 못하게 되어, 1909년 열거주의를 확대하고, 또 일반조항(제1조)을 추가한 '부정경쟁방지

---

5) 小野昌延, 『不正競爭防止法概說』, 有斐閣, 1994, 19~29頁; 澁谷達紀, 『知的財産法講義Ⅲ [第2版] 不正競爭防止法・獨占禁止法上の私人による差止請求制度・商標法・半導体集積回路配置法』, 有斐閣, 2008, 2~11頁; 青山紘一, 『不正競爭防止法』 第5版, 法學書院, 2008, 5~6頁; 정호열, 『부정경쟁방지법』, 삼지원, 1993, 19~49면 등 참조.

6) 정호열, 『부정경쟁방지법』, 삼지원, 1993, 24~28면; 사법연수원, 『부정경쟁방지법』, 사법연수원 출판부, 2012, 6면; 小野昌延, 『不正競爭防止法概說』, 有斐閣, 1994, 23~24頁; 澁谷達紀, 『知的財産法講義Ⅲ [第2版] 不正競爭防止法・獨占禁止法上の私人による差止請求制度・商標法・半導体集積回路配置法』, 有斐閣, 2008, 4~8頁; 青山紘一, 『不正競爭防止法』 第5版, 法學書院, 2008, 5~6頁; 김완태/류승훈, "독일 부정경쟁방지법이 우리 법제에 주는 시사점", 『원광법학』 제37집 제2호, 원광대학교 법학연구소, 2021.6, 155~181면; 박윤석/안효질, "독일 부정경쟁방지법 최근 개정 동향", 『저스티스』 통권 제157호, 한국법학원, 2016.12, 249~284면 참조.

7) 사법연수원, 『부정경쟁방지법』, 사법연수원 출판부, 2012, 6면

8) 이상정, "부정경쟁금지법리의 발전", 『경쟁법연구 제1권』, 한국경쟁법학회, 1989, 86면(독일 1896년법은 한정열거주의로 ①부실광고, ②수량사기 행위, ③영업비방, ④타인 표장의 부정사용, ⑤영업비밀의 누설 및 부정이용이란 5개의 부정경쟁행위를 규정하였다고 한다).

9) 澁谷達紀, 『知的財産法講義Ⅲ [第2版] 不正競爭防止法·獨占禁止法上の私人による差止請求制度·商標法·半導体集積回路配置法』, 有斐閣, 2008, 4~5頁.

10) 小野昌延, 『不正競爭防止法概說』, 有斐閣, 1994, 24頁.

법'(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG)[11]이 제정되었다.[12]

ii) 1909년법은 제1조의 목적 규정에 의하면 부정경쟁행위로부터 경쟁업자, 소비자와 그 밖의 시장참가자를 확실히 보호하는 데 있었다. 따라서 1909년법에 의한 보호대상은 단지 경쟁업자, 영업인의 개별적 보호가 아니라 경쟁에서 일반적 이익을 가지고 참가하는 경쟁업자, 소비자, 그 밖의 시장참가자이다. 1909년법은 공서양속에 반하는 경쟁행위를 금지하였는데 여기에 부정경쟁행위를 방지하기 위한 일반규정(제1조)과 허락되지 않는 부정경쟁 관련 규정을 두었다. 특정 부정경쟁행위와 관련해서 1909년법에 규정이 없을 경우 당시 독일 민법 제826조를 적용하여 손해배상책임을 추궁하였다. 즉, 1909년법은 오인적표시행위, 종업원의 매수, 영업비방, 영업비밀의 누설·부정취득·모용·부정개시 등 다수의 부정경쟁행위를 별개로 열거하는 것 이외, 동법 제1조에서 "영업상의 거래에서 경쟁목적을 가지고 선량한 풍속에 반하는 행위를 한 자는 그 행위의 금지 및 손해배상 청구를 받는다"고 규정하였다. 1909년법 제1조는 부정경쟁을 방지하기 위한 일반조항으로서 동법이 시행된 100년 가까이 기간 동안 소송상 매우 잘 기능하였다. 제1조 일반조항에 의하면 부정경쟁행위의 위법성은 객관적으로는 양속위반의 유무라는 행위규준에 기초하여 판단한다. 불법행위의 경우에 필요로 하는 특정인에 대한 가해는 요건으로 하지 않는다. 이것에서 보면 1909년법은 행위규준 위반주의에 기초하여 입법되었다고 할 수 있다. 또 양속위반의 유무는 판례이론상 공공의 이익 보호라는 것을 고려하면서, 평균적 사업자의 양식에 기초하여 판단하여야 하는 것으로 하였다. 공공의 이익은 소비자의 이익을 중시하는 것이었다. 독일법이 행위규준 위반주의를 채용한 것은 1909년법이 오인적 표시행위, 가령 오인적 광고, 도산품이나 직관품의 오인적 판매, 오인적인 대매출 등을 널리 규제대상으로 포함한 것에서도 설명할 수 있다. 이들 행위의 직접 피해자는 개개의 소비자이고, 경쟁자는 아니지만 동법은 그들 행위를 부정경쟁방지법의 적용대상으로 하였다.

이러한 행위규준 위반주의의 사고방식은 금지청구소송에서 원고적격자의 범위에도 투영되었다. 즉 금지청구권은 반드시 위법행위의 피해자라고는 한정하지 않는 경쟁자 일반에 널리 부여되었다. 또한 피해자라기에는 오히려 먼 관계가 있는 사업자단체, 소비자단체, 상업회의소 및 공업회의소에도 부여되었다.

iii) 다음으로, 2004년법[13]은 제3조에서 "경쟁사업자, 소비자 또는 기타 시장참가자에게 불이익을 주고 경쟁을 사소하지 않도록(nicht nur unerheblich) 저해할 우려가 있는 부정경쟁행위는 허용되지 않는다"라고 규정하였다. 이것이 동법에서 일반조항이지만, 구법 제1조와 같이 양속위반이라는 윤리적 색채를 수반하는 행위규준은 채용하지 않았다. 부정경쟁의 소극적 효과를 경쟁

11) 실질적 의미의 부정경쟁방지법을 강학상 '부정경업법'(不正競業法)이라고 부르기도 한다. 실질적 의미의 부정경쟁방지법이란 부정한 경쟁행위를 규제하는 법 조항 일체를 말한다.

12) 1909년법 이후 독일의 개정사(改正史)를 보면, 1925년 3월 21일, 1932년 3월 9일, 1935년 2월 26일, 1940년 3월 8일, 1957년 3월 11일, 1965년 7월 21일, 1969년 6월 25일, 1969년 6월 26일, 1970년 6월 23일, 1974년 3월 2일, 1975년 3월 10일, 1986년 7월 27일 각 개정(改正)을 하였다(小野昌延, 『不正競爭防止法概說』, 有斐閣, 1994, 24頁). 그 이후 2004년법과 2008년, 2009년법 그리고 2015년법을 거쳐, 현행 부정경쟁방지법은 2019년 4월 18일 개정되었고, 2023년 기준 최종개정일은 2022년 06월 24일 개정법이 현재 시행중이다. 이하, 이 글에서는 주요한 개정내용을 담은 1909년법과 2004년법 및 2008년법, 그리고 2015년법을 중심으로 검토한다.

13) 2004년법 개정이전에는 1965년 개정법에서 소비자보호규정을 신설하였고, 소비자보호를 목적으로 하는 소비자단체도 종전의 영업자 또는 영업자단체와 같이 부정경쟁행위에 대한 금지청구권을 행사할 수 있도록 하여 부정경쟁행위로부터 소비자의 이익을 보호할 수 있는 근거를 마련하였다.

의 기능면에서 파악하고 경쟁을 저해할 우려라는 규준을 채용하고 있는 것에 동조의 특색이 있다.

'경쟁을 사소하지 않도록 저해할 우려가 있는 행위'라는 것은 실정법상 정의로서 충분하지 않기 때문에 동법은 이 정의에 해당하는 부정경쟁행위를 개별적으로 예시하는 방법을 택하였다. 예시된 부정경쟁행위로는 가령 소비자 기타 시장참가자의 상품서비스의 선택을 왜곡할 우려가 있는 강박·기망·경품류의 제공, 상품서비스의 모방, 경쟁사업자에 대한 방해, 보호법규위반(제4조), 오인적 광고(제5조), 비교광고(제6조), 정신을 헷갈리게 하는 미혹(迷惑) 메일의 송신 기타 미혹(迷惑) 행위(제7조) 등이 있다. 이들 행위의 다수는 구법 제1조의 적용에 따라 위법하게 되는 것이다.

2004년법이 채용하고 있는 행위규준은 ① 경쟁의 저해, ② 경쟁사업자, 소비자 또는 기타 시장참가자에게 주는 불이익이라는 2가지 요소로 구성되어 있지만, 제①요소에서의 경쟁이란 무엇인가 하는 것이 정의되어 있지 않다.

2004년법의 체계는 제1장(일반규정: 제1조 내지 제7조), 제2장(법률효과: 제8조 내지 제11조), 제3장(절차규정: 제12조 내지 제15조), 제4장(형벌규정과 벌금규정: 제16조 내지 제20조)로 구성되어 있고, 부정경쟁행위 방지 관련 규정과 소비자보호 규정을 강화하였다.

ⅳ) 다음으로, 2008년법은 2008년 12월에 개정되었는데, 독일 부정경쟁방지법에 유럽연합지침의 적용이 강화되어 자유화가 확대되었다. 2008년법은 부정경쟁방지법에 의해 경쟁행위의 중점 개념이 영업행위의 새로운 개념인 계약체결과 계약 후의 영업행위라는 용어로 변경되었다. 제3조는 체계적 일반조항을 포함하고 있는데, 여기서는 개별사례에 따른 금지심사 없이 블랙리스트(Schwarze Liste)를 규정하고 있다. 제5조 오인유발 영업행위와 관련된 광고와 제5a조의 부작위에 의한 오인유발 규정을 두어 양자를 서로 구분하였다. 제3조 금지의 구성요건을 통해 부당한 방법으로 부담을 주는 행위에 대해 규정하였다(제7조). 또한 소식, 정보 등의 수단을 토대로 하는 오인유발 영업행위를 통한 부정경쟁 방지를 개선하기 위해 행위법전(Verhaltenskodex)을 새롭게 채택하였으며, 동법 제3조 제3항, 부칙과 동법 제5조 제1항 제2문 제6호에 의한다.

ⅴ) 2009년법은 2009년 8월에 개정되었는데, 동의 없는 전화광고와 특별한 경영 형태와 관련한 소비자보호를 개선방안을 규정하였다.

ⅵ) 2015년법 독일 부정경쟁방지법은 2015년 12월 2일에 개정되었다. 2015년 개정법의 주요 내용은 유럽연합의 불공정한 상관행 지침에 부합하게 독일 부정경쟁방지법을 개정하는 것이었다. 따라서 대부분은 유럽연합의 불공정한 상관행 지침규정을 독일 부정경쟁방지법에 새로이 도입하였다.

세부적 내용으로 제2조의 정의 개념에 몇 가지 변경사항이 있었고 "소비자의 경제적 행위에 미치는 현저한 영향", "거래상 관단"이라는 개념이 새로 도입되었다. 즉 사업자 자신의 활동영역에서 건전한 시장질서를 고려하여 신의성실의 원칙에 따라 소비자를 보호할 수 있도록 기업의 주의의무를 정의하였다(제2조 제1항 제7호). 또한 소비자의 제품선택에 감지할 수 있을 정도의 영향을 미치는 기업의 허위 정보제공에 의한 영업행위를 부정경쟁행위로 정의하였다(제2조 제1항 제8호). 또 소비자 그 밖의 시장참가자가 어떠한 조건 아래 어떠한 방식으로 영업 및 계약을 체결할지 여부, 대가 지불 여부, 상품 또는 서비스를 포함할지 또는 양도할지, 상품이나 서비스와 관련하여 계약상의 권리를 행사할지 여부에 대한 영업행위를 정의하였다(제2조 제1항 제9호). 그리고 제3조의

일반조항의 내용이 변경되었고 이것으로 인해 일반조항으로서 법률효과와 적용관계에 변화가 발생하였다. 2004년 개정으로 도입된 제4조의11까지 부정경쟁행위 유형들은 삭제되었고 삭제된 유형들은 제3a조(법규위반행위), 제4조(상대 경쟁자 보호), 제4a조(공격적 상행위)에 부분적으로 편입되었다. 그리고 제5a조(부작위에 의한 오인야기행위)가 유럽연합지침에 부합되도록 보완되었다. 2015년 개정법을 통해 독일 부정경쟁방지법은 상대 경쟁자와 소비자 그리고 기타 시장참여자를 보호대상으로 하는 법 적용범위를 그대로 유지하면서 소비자 보호측면이 구체화 되었다. 독일 부정경쟁방지법의 특징은 서로 다른 보호정도와 보호법익을 가지고 있는 경쟁자, 소비자, 기타 시장참여자들을 하나의 부정경쟁방지법에서 체계적으로 규율하고 있다는 점을 들 수 있다.[14]

정리하면 2015년법의 구조와 체계는 유럽연합지침을 반영하고 있으며, 판례 또는 이론적 근거를 기반으로 하는 개별 사례 분석을 통해 보다 개선된 방향으로 부정경쟁행위를 규정하고 있다. 동법은 총 5장, 20개의 규정 및 부칙으로 구성되어 있다. 특히 제1장은 제1조(법의 목적), 제2조(정의), 제3조(부정경쟁행위의 금지), 제3a조(법률위반), 제4조(경쟁자보호), 제4a조(공격적 영업행위), 제5조(오인유발 영업행위), 제5a조(부작위에 의한 오인유발), 제6조(비교광고), 제7조(부당한 방법으로 괴롭힘, 즉 부당한 방법으로 부담주는 행위)까지 일반조항을 두고 있다. 제2장에서는 제8조(제거와 부작위), 제8a조(유럽지침 2019/1150 위반시 청구권자), 제8b조(질 높은 경제단체 리스트), 제8조(청구의 남용관철 금지: 책임), 제9조(손해배상), 제10조(이윤환수), 제11조(시효)까지 법률효과를 규정하고 있다. 나아가 제3장은 제12조(임시 법적보호, 공개권한, 소의 가치 차감), 제13조(계약상 형벌), 제14조(사물 및 장소의 권한), 제15조(조정), 제15a조(공정경쟁 강화를 위한 경과규정)까지 절차규정으로 구성되어 있다. 마지막으로 제4장은 제16조(가벌성이 있는 광고), 제17조(영업과 경영비밀의 누설-삭제), 제18조(원본활용-삭제), 제19조(누설유혹과 자청-삭제), 제20조(벌금규정)까지 형벌규정 및 벌금규정을 두고 있다. 그리고 부칙을 두고 있다.

(나) 스위스[15]

스위스의 부정경쟁방지법(이하 'UCA')은 제1조에 목적조항을, 제2조에 일반조항을 두고 있다. 목적조항과 일반조항은 부정경쟁방지법의 보호대상은 무엇인가라는 논의와 관련한다.

제정법인 1943년법(1943.9.30. 제정, 1945.3.1. 시행) 즉, 최초의 UCA는 1945년 3월 1일 시행으로 일반조항과 복수의 개별조항이 정해져 있었다. 독일법과 달리, 스위스는 일반조항에서 선량한 풍속이 아니라 신의성실(信義誠實)에 원칙에 대한 위반을 일반적으로 금지하고 있는 것이 특색이었다.[16] 동법은 부정경쟁법의 목적이 경쟁자의 주관적 권리의 보호로부터 구성된다는 개념이 없어졌다. 즉, 단지 경쟁자에 대한 피해를 금지하는 것만이 아니라, 전반적으로 자유롭고 공정한 경쟁의

14) 2015년 개정 독일 부정경쟁방지법에 관한 논의는 부정경쟁방지법과 공정거래위원회 소관 법령에 부정경쟁행위 또는 불공정 거래행위, 소비자 보호와 관련된 규정이 산재해 있는 우리나라의 현행 법체계에서 상대 경쟁자, 소비자, 기타 시장참여자, 건전한 거래질서의 보호관계를 금지되는 부정경쟁행위를 중심으로 어떻게 정립해 나아갈 수 있는지에 대한 시사점을 보여준다.

15) Markus R. Frick/ Manuel Bigler, "スイス不正競爭防止法の一般條項", 『パテント 2019』, Vol.72 No.13, 18~25頁; 靑山慈一, 『不正競爭防止法』 第5版, 法學書院, 2008, 5頁; 田村善之, "スイスの不正競爭防止法の紹介", <https://lex.juris.hokudai.ac.jp/coe/articles/tamura/article92d.pdf>.

16) 정호열, 『부정경쟁방지법』, 삼지원, 1993, 29면.

악용을 금지했다. 따라서 원칙적으로 동법은 상대방 경쟁자에 의한 부정한 활동으로부터의 경쟁자의 보호(수평적 보호)와 함께 피해를 입었을 경우로 한정되었지만, 소비자의 보호(수직적 보호)에 대해서도 규정한 것이었다. 나아가 해당 행위가 고의일 경우 형사법에 근거해 처벌 대상이 되기도 했다. 이처럼 초기 UCA는 부정경쟁방지법의 한층 더 근대적인 해석을 참작하고 있었지만, 법률실무면에서는, 여전히 주관적 권리라고 하는 과거이 이해를 답습하는 것이었다.

1980년대에는 새로운 형태의 부정경쟁, 새로운 유통기구, 새로운 카피기술 및 소비자의 역할 향상에 의해 UCA의 개정이 필요했기 때문에 UCA가 개정된 후 1988년 3월 1일자 시행됐다. 특히 개정 UCA의 목적은 모든 시장 참가자에게 공정하고 왜곡되지 않은 거래를 철저하게 시키는 것으로, 이른바 경쟁자, 소비자 및 일반 대중의 이익의 등가치를 수반하는 「경쟁의 3차원성」이 강조되었다.

1986년 12월 19일 개정 부정경쟁방지법(1988년 3월 1일 시행)은 제정법인 1943년법을 전면 개정한 것이다. 1986년 개정법에서는 신법의 목적 조항으로 새롭게 이용된 "모든 관계자"라고 하는 용어가 있는데, 부정경쟁 방지법의 보호 주체를 소비자에게까지 확대하는 취지로 이용된 것이라 할 수 있다. 이것에 의해, 경쟁의 수신인이자 구성자인 소비자의 역할을 명시하여, 경쟁법의 3방향성, 즉 경제, 소비자, 공공의 각 이익의 등가성을 명확화하는 것이 의도되었다. 스위스의 1986년 개정법은 구(舊) 1943년 법을 전면적으로 개폐하는 신규 입법이었다. 개정의 주요 동기는 구법 제정 이래 40여 년에 걸쳐 형성되어 온 새로운 부정경쟁행위 유형에 대처한다는 데 있다. 구법은 일반조항을 가지고 있었지만, 스위스의 재판 실무는 그 적용에 신중했다고 알려져 개정법에 있어서는 개별조항을 확대함으로써 새롭게 형성되어 온 부정경쟁행위 유형을 파악하려고 시도하였다. 또, 금지규정이 실효성을 갖도록, 소비자나 소비자 단체 그 외에도 소권을 확대하는 등의 방책을 취하였다.

1986년 개정법에서 「원칙」이라고 제목을 붙인 UCA 제2조에서는 부정경쟁에 대한 일반조항이 다음과 같이 규정되어 있다. 즉, "기망적 혹은 그 외의 방법으로 신의성실의 원칙에 반하는 행위 또는 상관행으로서 경쟁자와의 관계 또는 공급자와 수급자의 관계에 영향을 주는 것은 부정하고 위법하다고 간주된다." 1986년 개정 UCA 제3조~제8조에서는 복수의 개별조항이 기재되어 있으며, 수 회에 걸쳐 변경 또는 수정이 이루어졌다. 그렇지만 일반조항은 개정 UCA의 시행 이래 아직까지 수정되지 않았다.

이처럼 스위스 부정경쟁방지법('UCA')에는 신의성실의 원칙에 위반되는 경쟁행위 모두가 부정하고 위법하다고 간주된다는 일반조항이 정해져 있다. 일반조항은 복수의 개별조항에 의해 보완되고 있다. 스위스 부정경쟁방지법의 일반조항의 설명에 있어서, 스위스의 법률 제정자는 충분히 광범위에 걸친 일반조항만으로 부정경쟁을 금지할 수 있다는 견해에 있었다. 부정경쟁에 대한 연방법에서는 신의성실의 원칙에 반하는 모든 경쟁행위를 부정하고, 따라서 위법하다는 제한이 없는 규정을 정하고 있다. 이 때문에 신규의 개별조항을 도입할 필요 없이 새로운 형태의 부정경쟁이어도 일반조항에 의해 저지할 수 있다. 그럼에도 불구하고 새로운 형태의 부정경쟁을 대상으로 하기 위해서 그때마다 신규의 개별조항이 시행되고 있다. 현재, 대부분의 부정경쟁행위에 대해서는, 개별조항이 적용되어 일반조항에 의할 필요는 없다. 따라서 일반조항은 여전히 스위스 부정경쟁방지법의 기본이 되는 원칙을 정하고 있지만, 오늘날 그 실용상의 중요성은 상당히 한정되어 있다.[17]

1986년 개정법 중 사실에 근거한 신용훼손에 관한 규정(제3조a항), 품질 등 오인행위에 관한 규정(제3조b항), 자격사칭에 관한 규정(제3조c항), 혼동야기행위에 관한 규정(제3조d항), 계약위반 교사행위에 관한 규정(제4조), 영업비밀에 관한 규정(제6조), 염가판매 등에 관한 규정(제21조)은 구법(1943년법)에도 존재했던 것을 개정한 것이다.

1986년 개정법에서는 부정경쟁방지법상 금지대상인 개별적인 부정경쟁행위의 유형을 신설하였는데, 그 주요한 부정경쟁행위의 유형으로서는, 비교광고(제3조의e항), 원가이하매매(염가매매, 제3조f항), 특별히 공격적인 판매방법(제3조g항), 품질등 은폐행위(제3조i항), 구매자에 대한 계약위반의 교사(제4조a항), 타인의 성과 이용(제5조), 남용적인 계약 약관의 이용(제8조) 등이 있다.

스위스법에서는 사업자의 부정경쟁에 의해 이익을 침해당하거나 또는 침해될 우려가 있는 고객(소비자, 수요자)도 금지청구를 할 수 있다고 규정하고(제10조 제1항), 직업단체, 경제단체, 소비자단체에도 금지청구권을 인정하고 있다(동조 제2항).[18]

(다) 프랑스[19]

프랑스에서는 부정경쟁행위에 적용되어야 하는 특별한 일반적 입법은 제정되어 있지 않다. 프랑스에서 부정경쟁은 민법전의 불법행위규정인 동법 제1382조(불법행위)와 제1383조(준불법행위)의 적용을 받았고, 판례에 따라서 부정경업법은 전개 내지 형성되었다. 판례는 고의를 요건으로 하는 민법 제1382조의 적용에서부터 민법 제1383조의 과실에 의한 부정경업법을 인정함에 이르렀다. 따라서 적용법규의 면에서 보면 부정경쟁은 영국법에서와 같이, 불법행위의 하나의 유형이다. 그러나 그 위법성의 판단은 일반불법행위의 경우와 달리, 어떤 행위가 상업상의 예절(loyauté commerciale)에 어긋나는 행위인지 여부를 고려해야 한다. 프랑스법은 형식적으로는 불법행위주의를 취하면서 실질적으로는 행위규준(행위규제) 위반주의를 취하는 것이라 할 수 있다.

'상업상의 예절(loyauté commerciale)'을 규준으로 하는 판단을 최초로 제시한 것은 Lyon 15 janv. 1851. D.P. 1854, 2 138 사건이다. 이 사안은 원고가 판매하는 커피콩의 포장의 황색의 색채나 광고에 표시된 장식, 상패, 장미(rose)색의 색채를 피고가 모용하여 혼동을 초래하였다는 것이다. 원고의 상품의 이들 표시는 상표로서 기탁되지 않았으므로 상표권의 침해는 문제되지 않았고 민법의 일반불법행위 규정의 적용 가부가 논쟁이 된 사례이다.

또 동일한 사고방식에서 영업표시의 모용행위를 위법하다고 해석한 같은 시기의 판례로서, Paris 29 dec. 1852, D.P. 1853, 2. 163이 있다. 원고의 호텔의 바로 이웃에 외관이 매우 유사한 호텔을 개업한 피고의 행위는 위법하다고 하여, 피고에 대하여 손해배상이나 건물의 외관의 변경을 명한 사례이다. 판례의 요지는 상업의 자유(liberté commerciale)는 신성한 원칙(principe sacré)이지만, 사람들이 승인하지 않았듯이, 그리고 선의의 성실한 상인이라면 이용하지 않는 듯한 수단으

17) Markus R. Frick/ Manuel Bigler, "スイス不正競爭防止法の一般條項", 「パテント 2019」, Vol.72 No.13, 18~25頁.
18) 青山紘一, 『不正競爭防止法』 第5版, 法學書院, 2008, 5頁.
19) 小野昌延, 『不正競爭防止法概說』, 有斐閣, 1994, 20~21頁; 澁谷達紀, 『知的財産法講義III [第2版] 不正競爭防止法・獨占禁止法上の私人による差止請求制度・商標法・半導体集積回路配置法』, 有斐閣, 2008, 3~4頁; 青山紘一, 『不正競爭防止法』 第5版, 法學書院, 2008, 5頁; 大橋麻也, "フランスの不正競爭防止法制(1)", 早稻田法學85卷1号, 早稻田大學法學會(2009), 185~218頁; 大橋麻也, "フランスの不正競爭防止法制(2・完)", 早稻田法學85卷2号, 早稻田大學法學會(2010), 151~185頁; 大橋麻也, "大橋麻也,", 比較法學 40 卷2号, 早稻田大學 比較法研究所, (2007), 83~123頁 참조.

로 호소할 자유까지도 보장하는 것은 아니라고 설시하였다. 상업의 자유가 신성한 원칙이라는 것은 그 자유가 프랑스혁명의 다수의 성과 중 하나로서 불가침의 원칙이라고 생각되었기 때문이다. 당시는 오늘날에서 말하는 부정경쟁행위이더라도 지금까지 혁명의 성과의 하나인 소유권의 보호를 침해하는 것, 가령 상표권의 침해 등이 아닌 한, 불법행위로 판정해서는 안된다고 생각되었다. 동 판례는 그 자유에 상업상의 예절(loyauté commerciale)이라는 제약이 있는 것을 설시하였다.

이상과 같이 위법성의 판단기준이 상업상의 예절((loyauté commerciale)에 요구된다고 하지만 그렇다고 하더라도 허위광고는 부정경쟁의 범주로부터 제외되었다. 그 종류의 행위는 경쟁자에 대한 가해성에 흠결이 있고 불법행위의 요건을 충족하고 있다고는 말하기 어렵기 때문이다. 부정경쟁에 대한 적용법규로서 불법행위규정이 선택되어진 것의 한계라고 말할 수 있다. 허위광고에 관하여는 영국법에서와 같이, 소비자보호의 관점에서 형사특별법이 제정되었다.

요컨대, 프랑스는 애초 부정경쟁규제의 법리를 확립한 국가이지만, 현재 부정경쟁의 방지를 직접의 목적으로 하여 제정된 일반적·포괄적인 부정경쟁방지법 자체는 입법되어 있지 않다. 프랑스 판례법으로서 부정경쟁의 규제가 이루어지고 있는 것이다. 판례에서는 '타인의 명성의 불법적인 사용' 행위 등에 대해 고의를 요건으로 하지 않은 채, 부정경쟁 소권(訴權)을 인정하는 경향에 있다.[20]

(라) 일본[21]

일본의 부정경쟁방지법은 원산지오인표시행위와 질량등오인표시행위를 규제의 대상으로 하고 있다(제2조 제1항 제13호). 그리고 그들 행위로부터의 구제를 직접의 피해자인 소비자에게 부여하는 것이 아니라 구체적인 피해를 받았다고 한정되지 않는 영업자에게 부여하고 있다(제3조). 이런 점에서 동법은 행위규준 위반주의에 기초한 입법으로 볼 수 있다. 구법인 1934년법(昭和9年法律14号)의 제정 당시부터 동법은 그러한 성격을 가지고 있다.

다만 그들 행위는 사익침해형의 행위가 아니라 공익침해형의 행위이고, 또한 일본의 부정경쟁방지법은 독일법과 달리 소비자단체나 사업자단체 등에게 소권(訴權)을 부여하지 않기 때문에, 그들 행위에 대한 부정경쟁방지법상의 민사규제는 거의 기능하지 않는 것이 실정이다. 기능하는 것이 있다고 하려면, 그것은 피해를 받았다고 주장하는 자의 시장점유율이 극히 큰 경우에 한정된다. 그러한 사례에서만 영업자에 따라서 피해가 실감되기 때문이다.

오인표시행위에 관해서는 부정경쟁방지법상의 민사규제 이외에, ① 부정경쟁방지법에 기초하여 형사규제(제21조 제2항 제1호, 제4호), ② 부당경품유사 및 부당표시방지법상의 공정거래위원회에 의한 행정규제(동법 제4조, 제6조), ③ 독점금지법상의 사인에 의한 금지청구제도(동법 제24조), ④ 소비자계약법상의 적격소비자단체에 의한 금지청구제도(동법 제4조 제1항, 제2항, 동 제12조 제1항, 제2항)의 적용이 있다. 부정경쟁으로서의 오인표시행위의 방지에 따라서는 모든 규제 내지는 제도에 일장일단(一長一短)이 있다.

---

20) 青山紘一, 『不正競爭防止法』 第5版, 法學書院, 2008, 5頁.

21) 小野昌延, 『不正競爭防止法概說』, 有斐閣, 1994, 25~28頁; 澁谷達紀, 『知的財産法講義Ⅲ [第2版] 不正競爭防止法・蜀占禁止法上の私人による差止請求制度・商標法・半導体集積回路配置法』, 有斐閣, 2008, 10~11頁; 経濟産業省知的財産政策室 編, 『不正競爭防止法 逐條解說』 平成18年改正版, 有斐閣,2007, 3~4頁; 정호열, 『부정경쟁방지법』, 삼지원, 1993, 29~32면.

일본의 부정경쟁방지법은 1909년(明治42년)의 독일 부정경쟁방지법의 개정에 자극 내지 촉발되어 검토된 1911년(明治44년) 법안, 1925년(大正14년)에 합의된 '공업소유권의 보호에 관한 파리협약'(이하 '파리협약'이라 함)의 헤이그 개정조약을 받아서 기초된 1926년(大正15년)법안 등이 검토되었다. 그렇지만 당시의 일본 산업이 발전도상에 있었던 점, 당시의 민법해석상, 권리침해라고는 할 수 없는 행위에 법적책임을 인정해서는 안된다고 생각되었던 점 등의 이유에서 법률제정은 유보되었다. 그 후 1934년(昭和9년)에 파리협약의 런던개정회의에 출석하기 위하여 적어도 헤이그 개정조약에 가입하는 것이 필요하였던 점, 대학탕(大學湯)사건[22]을 계기로 '권리침해'에서 '위법성'으로 민법해석이 변화한 점에서, 헤이그 개정조약에서 부정경쟁의 규정을 일본 국내법에 조화시키기는 것이 가능하게 되었던 점 등에서, 1934년(昭和9년)에 부정경쟁방지법이 제정되었다(1935년 1월 1일 시행). 1934년법(昭和9년법)은 1926년(大正15년)법안에 가까웠고, 파리협약(헤이그 개정조약)의 요구를 과부족 없이 충족함에 그쳤는데, 6개 조문만 있는 간단한 것이었다.[23] 1934년법(昭和9년법)이 제정시에는, ① 주지상품표시의 혼동야기행위, 허위원산지의 오인야기행위, 신용훼손행위만을 '부정경쟁'이라 하였고, ② '부정경쟁의 목적'을 근거로 각 부정경쟁을 하는 것을 요건으로 하였으며(주관적 요건), ③ 벌칙은 외국의 문장의 부정사용만을 대상으로 하여, 전술한 부정경쟁에 관해서는 벌칙규정이 없었다.[24]

일본 부정경쟁방지법의 개정사(改正史)를 보면, 1934년법(昭和9년법) 제정이후, 1990년(平成2년) 개정[25], 1993년(平成5년) 개정[26], 1998년(平成10년) 개정[27], 1999년(平成11년) 개정[28], 2001년(平成13년) 개정[29], 2003년(平成15년) 개정[30], 2004년(平成16년) 개정[31], 2005년(平成17년) 개정[32], 2006년 개정(平成18년) 개정[33], 2009년 개정(平成21년) 개정[34], 2011년 개정(平成23년) 개정[35], 2015년 개정(平成27년) 개정[36], 2016년 개정(平成28년) 개정[37], 2018년 개정(平成30년) 개정[38] 등을 거쳐

22) 大判大14.11.28. 民集4卷670頁[大學湯事件].
23) 小野昌延, 『不正競爭防止法概說』, 有斐閣, 1994, 26頁.
24) 經濟産業省知的財産政策室 編, 『不正競爭防止法 逐條解說』 平成18年改正版, 有斐閣, 2007, 3~4頁.
25) GATT 우루과이 라운드 협상을 선점하고 '영업비밀' 관련 부정행위를 부정경쟁행위로 추가(1991.6.15 시행).
26) 전면 개정(①히라가나화, ②법 목적 명기, ③부정경쟁행위 유형 확충(지명 표시 모용행위・상품형태 모방행위), ④손해배상액 추정규정 신설, ⑤법인 중과규정 창설 등)(1994.5.1 시행).
27) OECD 외국공무원 증뢰방지조약 실시를 위해 외국공무원 증뢰죄 규정(1999.2.15 시행).
28) 디지털 콘텐츠 보호의 관점에서 '기술적 제한수단'과 관련된 부정행위를 부정경쟁행위로 추가(1999.10.1 시행).
29) ①도메인 이름과 관련된 부정행위를 부정경쟁행위로 추가, ②외국공무원 뇌물공여죄에 대해 규제대상 확대(2001.12.25 시행).
30) '지적재산전략대강'(『知的財産戦略大綱』, 2002년 7월)의 지적사항 실시를 위해 ①영업비밀의 형사적 보호 도입 ②민사적 구제조치 강화, ③네트워크화 대응 (2004.1.1 시행).
31) ①외국공무원 뇌물공여죄에 대하여 국외범도 처벌대상에 추가(2005.1.1 시행), ②영업비밀 보호 강화 및 침해행위 입증 용이화(비밀유지명령 도입, 영업비밀이 문제되는 소송에서의 공개정지 요건・절차 정비 등)(재판소법 등 일부를 개정하는 법률)(2005.4.1 시행)
32) 영업비밀의 보호강화, 모방품·해적판 대책 강화, 벌칙 강화, 조문 번호 정리(2005.11.1 시행) → 주지 표시의 혼동 야기 행위가 되는 상품 등의 세관에서의 수입 금지 제도 도입 (관세정률법 일부 개정).
33) 영업비밀, 비밀유지명령 위반죄 관련 형사처벌 강화, 상품형태 모방행위 형사처벌 강화(2007.1.1 시행) →부정경쟁방지법 위반물품 세관 수출금지제도 도입(관세법 일부개정) (2007.1.1 시행).
34) 영업비밀 침해죄와 관련된 형사처벌 강화(①영업비밀을 계속 부당하게 보유하는 행위(영득행위)에 대해서도 처벌대상에 추가, ②목적요건 확대(부정경쟁의 목적→도리·가해의 목적으로 변경) 등)(2010.7.1 시행).
35) ①영업비밀의 내용을 보호하기 위한 형사소송절차의 정비(비닉결정, 호칭 등의 결정, 공판기일 외 증인신문 등), ②기술적 제한수단과 관련된 규율의 강화(규제대상장치의 범위 확대, 형사벌의 도입, 세관에서의 수출입금지제도의 대상(관세법의 일부 개정))(2011.12.1. 시행).

현행법에 이르기까지 잦은 개정이 이어지고 있다.

(2) 영미법계 국가

(가) 영국[39]

영국에서 부정경쟁방지법은 판례법 즉 보통법(common law)로서 형성되었다. 다만 프랑스가 부정경쟁의 개념으로 부정경업에 관한 판례법을 형성한 것에 반하여, 영국에서는 동일한 판례법에 따라서 이 문제를 해결하였음에도 불구하고 부정경쟁이라는 특별한 개념은 구성되어 않았다는 점에서 입법례상 차이가 있다. 그리고, 다른 국가에서라면 부정경쟁이라고 불리어지는 행위에 대해, 영국에서는 보통법(common law)상의 불법행위 소송의 소송원인(訴訟原因)으로 되었다. 이처럼 부정경쟁이라는 특별한 위법행위의 유형은 보통법(common law)상에서도 또한 제정법상에서도 인지되지 않았다. 부정경쟁(unfair competition)이란 용어는 사칭통용(passing-off)이나 상업소송의 분야에서 종종 나타났지만, 프랑스법이 내포한 넓은 의미의 부정경쟁인 개념은 존재하지 않았다.[40] 한편 시장의 도덕(道德)은 이것을 강제하기 위해 특히 준비된 법의 힘을 빌리는 것이 아니라, 전통적인 불법행위법의 틀 내에서 유지 형성되어야 하는 것이고, 또한 그것을 가지고 족하다고 생각해야 하는 것이다. 이러한 불법행위주의의 사고방식을 제시한 판례로서 저명한 것은 Mogul Steamship v. McGregor [1892] 사건[41] 이다. 아웃사이드의 배제를 목적으로 하는 가격과 거래조건에 관한 협정의 위법성이 문제가 된 사례이다. 판사 중 1인은 경쟁상의 예절에 반하는 행위나 영업의 자유를 보장하는 제도나 권리를 침해하는 행위는 부정하다는 의견을 제시하였지만, 다른 판사는 법원이 판단할 수 있는 것은 어떤 행위가 위법한가 아닌가 라는 것으로서, 경쟁의 공정 또는 불공정의 판단에 들어가는 것은 월권이라고 하였다.

불법행위소송의 소송원인(訴訟原因)이 될 수 있는 부정경쟁의 유형은 대별하여 사칭통용(passing-off), 명예훼손(defamation), 침해적 허위표현(injurious falsehood), 신뢰위반(breah of confidence) 등이 있다. 신뢰위반은 또한 비밀의 탐지나 종업원 빼가기 등을 목적으로 하는 계약위반의 권유, 비밀의 누설, 계약관계에 대한 위법한 간섭 등으로 세분된다. 이들 유형 중 가장 빠르게 불법행위로 된 것은 사칭통용(passing-off)이다. 이와 관련된 판례는, Skyes v. Skyes [1824] 사건[42]이다. 원고가 수렵용 벨트 등에 상표 'Skyes Patent'를 사용하여 성업 중이었는데, 이와 동일한 상표를 사용하여 품질이 열등한 동종의 상품을 싸게 판매한 피고가 나타나면서, 원고의 매상이 감소하였고, 이에 원고가 권리확인소송을 제기한 사건이다.

---

36) ①영업비밀 침해행위에 대한 억지력 향상(법정형 인상, 비친고죄화, 부정사용 추정규정, 영업비밀침해물품의 양도행위 등의 규제), ②영업비밀침해죄의 처벌범위 정비(미수처벌, 전득자처벌, 국외범처벌의 범위 확대)(2016.1.1 시행(제척기간 연장에 관한 부분만 2015.7.10 시행)).

37) 영업비밀 침해물품 세관 수출입금지제도 도입(관세법 일부개정)(2016.6.1 시행).

38) ①'한정제공 데이터'와 관련된 부정행위를 부정경쟁행위로서 추가, ②기술적 제한수단과 관련된 규율 강화, ③증거수집절차 강화(②2018.11.29 시행, ①③2019.7.1 시행).

39) 小野昌延, 『不正競爭防止法概說』, 有斐閣, 1994, 21~22頁; 澁谷達紀, 『知的財産法講義Ⅲ [第2版] 不正競爭防止法・獨占禁止法上の私人による差止請求制度·商標法・半導体集積回路配置法』, 有斐閣, 2008, 2~3頁.

40) 부정경쟁(unfair competition)이란 영어는 미국에서 이용되기 시작한 말이다. 다만 영국이 유럽공동체에 가입함에 있어서 대륙법과의 비교법적 연구를 시작하게되어 이런 넓은 의미의 사용법도 학문적으로 시작하였다(小野昌延, 『不正競爭防止法概說』, 有斐閣, 1994, 21頁).

41) Mogul Steamship Co. v. McGregor, Gow & Co. House of Lords 23 Q.B.D. 598 (1889), affirmed [1892] A.C. 25

42) Sykes v. Sykes, 3 B. & C. 541 (K.B. 1824), hayward's Patent Cases, 1, 869.

영국법 아래에서는 불법행위 개념에 포섭되지 않는 부정경쟁의 유형은 보통법(common law)의 경계 밖에 위치하게 되었다. 상품이나 서비스에 관한 허위광고나 오인적 표시행위는 그러한 행위 유형이다. 이러한 종류의 행위는 통상의 사례에서는 경쟁자의 이익을 구체적으로 해하는 것이 없으므로, 이것을 경쟁자로 향해진 불법행위로 보는 것이 곤란하였기 때문이다. 이들의 행위에 관해서는 그것이 소비자의 이익을 해하는 측면에 주목하여 소비자보호법의 규제대상으로 되었다.

이처럼 영국의 경우 판례법으로서 부정경쟁의 규제를 하고 있지만, 애초 부정경쟁규제의 법리가 확립하기 이전에 사칭통용(passing off)의 법리에 따라서 상호나 미등록의 상표가 보호되었다. 사칭통용(passing off)이란 자신의 상품을 타인의 상품으로 사칭(詐稱), 즉 거짓으로 속이는 경우를 말한다. 예컨대 상인 A가 상인 B의 상표 등의 표장을 이용하여 공중에게 B의 상품이나 서비스를 손에 넣은 것이라고 생각하게 하여 기망하는 행위를 말하고, 상표, 상품의 명칭, 서비스표, 영업의 명칭, 외관(get-up), 상품의 등급이 판례에 따라서 보호되었다. 이 법리가 영업상의 보호의 일체로 확대됨으로써 부정경쟁규제의 법리가 확립된 것이다.[43]

(나) 미국[44]

미국에서는 부정경쟁행위(unfair competition)가 각 주(州)의 법원에서 판례법(common law)의 불공정거래 관행에 관한 법 원리에 의해 규제되어 왔다. 사칭통용(혼동초래, passing-off) 또는 부정이용(misappropriation, 盜用, 商事不法行爲)과 같은 행위는 타인의 신용(good will)을 탈취하는 위법한 것이라는 형평법(equity)의 원칙에 입각하여, 법원이 각종 부정경쟁행위에 대해 탄력적으로 대응하여 왔다. 급속한 산업경제의 변화로 각종 불공정거래 관행이 폭발적으로 증가함에 따라, 보통법의 원리를 넘어서서 체계적이고 통일적인 규정에 의한 대응이 요구되면서, 미국법률가협회(ABA)가 성문규정의 모범으로 마련한 "The Uniform Deceptive Trade Practices Act" 및 "The Uniform Trade Secret Act"를 상당수 주가 채택하여 적용하고 있다.[45] 이하 미국 부정경쟁방지법의 형성 및 발전에 관한 연혁적 내용을 구체적으로 살펴본다.

미국은 영국법의 원리를 계수하였으므로, 영국의 보통법 법원에서 불법행위로 되는 것은 불법행위로 인정되었고 그 기본은 영국과 같았다. 다시 말해 미국에서는 19세기 이후 각주(各州) 법원의 판례법, 즉 각주(各州)의 보통법(common law)상 타인의 표시를 모용하는 것에 따른 사칭통용행위(passing-off)가 불법행위로서 위법하게 되었다. 얼마 지나지 않아 사칭통용행위로부터 생래적 식별력을 구비한 상표(technical trademark)를 모용하는 행위가 상표권침해(trademark infringement)의 불법행위로서 분화되었다. 그렇지만 한편으로 사칭통용의 유형으로는 주문과 다른 상품의 인도 또는 상품이나 영업의 외관(trade dress)의 모방이라는 행위가 포함되었고, 이에 수반하여 그들 광의의 사칭통용행위가 부정경쟁(unfair competition)이라고 총칭하게 되었다. 또 20세기에 들어서면, 계약관계에 대한 간섭이나 영업비방 등, 사칭통용 이외의 행위가 새롭게 부정경쟁의 유형에 추가되었다. 부정경쟁의 관념은 이렇게 하여 그 외연을 확대하였다. 그러나 이 시기에 있어서 부정경

43) 青山紘一, 『不正競爭防止法』 第5版, 法學書院, 2008, 5頁.
44) 정호열, 『부정경쟁방지법』, 삼지원, 1993, 32~44면; 사법연수원, 『부정경쟁방지법』, 사법연수원 출판부, 2012, 6면; 小野昌延, 『不正競爭防止法概說』, 有斐閣, 1994, 22~23頁; 渡谷達紀, 『知的財産法講義Ⅲ [第2版] 不正競爭防止法·獨占禁止法上の私人による差止請求制度·商標法·半導体集積回路配置法』, 有斐閣, 2008, 8~10頁.
45) 사법연수원, 『부정경쟁방지법』, 사법연수원 출판부, 2012, 6면

쟁의 개념은 그 내포에 있어서 불법행위 개념과 본질적으로 다른 것은 아니었다. 1890년 셔먼반트러스트법도 이미 보통법상의 인정되었던 부정경쟁행위를 불법 내지 불법행위라고 명언하였다.

부정경쟁의 개념에 질적인 전환을 초래한 것은 연방대법원의 International News Service v. Associated Press 사건[46]이었다. 이 사건에서 부정이용(misappropriation, 盜用, 商事不法行爲)의 법리가 유래되었다.[47] 해당 사안은 AP가 수집한 뉴스를 미국 동부의 계열 신문사에게 송신하였는데, 동업자인 INS가 AP계열의 신문에 게재된 기사를 사용하고 남긴 뒤, 이것을 자사 계열 미국서부의 신문사에 송신하였다는 것이다. 시차(時差)가 있었으므로, 그것이 가능하였다. INS가 송신한 기사는 그 표현이 AP의 것과 달랐으므로, 저작권침해를 이유로 INS를 상대로 소제기하는 것이 곤란하다고 생각한 AP는, INS의 행위가 해적행위(piracy)에 해당한다고 하여 금지를 구하였다. 연방대법원 판례의 요지는 INS의 행위가 INS의 기사를 AP의 기사로서 송신한 것이 아니라, AP의 기사를 INS로서 송신한 것이므로, 전형적인 부정경쟁인 사칭통용이나 부실표시(misrepresentation)에는 해당하지 않지만, 부정이용(misappropriation, 盜用, 商事不法行爲) 내지 부정목적사용이라고 보아야 한다고 판시하였고, AP에게는 구제를 주어야 한다고 판시하였다. 이러한 기사의 유용행위(流用行爲)는 타인의 성과에 대한 무단편승 행위로서, 불법행위라고는 말하기 어려운 성질을 가지지만, 그런데도 판결은 이것을 위법하다고 하였다. 이것은 미국 판례가 행위규준 위반주의의 사고방식을 채용함에 이른 것을 의미한다. 이 사건에서 법원은 부정이용(misappropriation)의 법리로써, '씨뿌리지 아니한 곳에서 거두려는 행위는 씨뿌린자의 수확을 가로채는 것'이라고 표현하였다.

미국이 행위규준 위반주의에 따른 것은 허위광고(false advertising)가 부정경쟁의 범주에 추가된 것에서도 긍정할 수 있다. 다만 그것은 보통법(common law) 자체의 발전에 따른 것이 아니라, 연방법의 제정이 계기가 되었다. 그 경위는 이하와 같다.

법원은 당초, 전술한 영국법이나 프랑스법의 경우와 마찬가지로, 경쟁자에 대하여 허위광고로부터의 구제를 주는 것을 거부하였다. 구제를 부여하는 것이 있다고 하면, 그것은 허위표시에 관한 상품서비스와 동종의 상품서비스를 원고 1인이 공급하고 있는 사례에 한정되었다. 이러한 종류의 사례에서는 허위표시에 관한 상품서비스가 그때까지 업계의 유일한 공급자이었던 원고의 상품서비스와 혼동시킬 우려가 있으므로, 사칭통용의 법리를 차용할 수 있다고 생각하였기 때문이다. 유일한 출처(sole source)의 법리라고 부르는 것이다.

결론적으로는 사칭통용의 성립을 인정하지 않았지만, 이 법리 자체를 부정한 것이 아니라고 보여지는 사례가 있다. 예를 들면, American Washboard Co. v. Saginaw Mfg. Co. 사건[48] 및 Ely-Norris Safe Co. v. Mosler Safe Co. 사건[49]이다. 전자는 아연제의 세탁판을 알루미늄제로 속여 판매하는 자에 대하여, 알루미늄제의 세탁판의 제조판매업자가 행위의 금지를 구하였는데, 소비자는 아연제의 세탁판을 원고의 것으로 혼동하여 구입한 것이 아니라고 하여 청구를 기각한 사례이다. 후자는 원고가 제조판매한 금고(특허제품)의 외관을 그대로 매우 흡사하게 동일한 기능을 가진 금고라고 속여 판매한 자에 대하여, 원고가 행위의 금지를 구하였는데, 원고가 동종의 금고의

46) International News Service v. Associated Press,248 U.S. 215, 39 S. Ct. 68 (1918).
47) 정호열, 『부정경쟁방지법』, 삼지원, 1993, 37~39면.
48) American Washboard Co. v. Saginaw Mfg. Co., 103 Fed. 281. (6th Cir. 1900).
49) Ely-Norris Safe Co. v. Mosler Safe Co. , 7 F.2d 603 (2d Cir. 1925).

유일한 출처인 것이라면 그 청구는 인정될 것이었지만, 실제는 원고가 유일한 출처가 아니라고 판시한 사례이다.

허위광고 일반을 널리 규제하려면, 제정법이 필요하게 되었다. 그래서 제정된 연방법으로서, 1938년에 개정된 연방거래위원회법(Federal Trade Commission Act) 제5조와 1948년에 제정된 랜햄법(lanham Act) 제43조(a)이다. 전자는 '불공정한 경쟁방법'(unfair methods of competition) 이외에 새롭게 '부정 또는 기망적인 행위 또는 관행(unfair or deceptive acts or practices)'에 관하여, 연방거래위원회에 행정규제권한을 부여한 것이고, 후자는 허위광고에 관하여 경쟁자에게 금지청구나 손해배상청구의 민사적 구제수단을 부여한 것이다.

이들 2가지 연방법 중, 랜햄법(lanham Act) 제43조(a)는 민사상의 이른바 일반조항이다. 그래서 동조에 기하여 제기된 허위광고소송은 이 분야에서 풍부한 판례를 제공하는 것이 되었다. 그것은 부정경쟁소송이 판례법을 형성한 것과 유사하다. 그래서 오늘날에는 동조를 해석적용함으로써 생겨난 판례이론을 보통법(common law)으로서 위치부여하고, 허위광고를 보통법(common law)상의 부정경쟁의 한 유형으로서 이해하게 되었다. 리스테이트먼트 제3판 · 부정경쟁[Restatement(third) of Unfair Competition(1996)] 제3조에서는 그러한 이해가 제시되어 있다.

요컨대 미국은 보통법(common law)상에서 부정이용(misappropriation)의 법리가 있었다. 부정이용(misappropriation)의 법리의 성립에는 (ⅰ) 원고가 해당 물건의 제작에 많은 시간과 노력 및 자금을 투자한 점, (ⅱ) 피고가 그 물건을 대부분 혹은 전혀 무상으로 이용하기 때문에 피고의 행위는 '씨뿌리지 아니한 곳에서 거두려는 행위는 씨뿌린 자의 수확을 가로채는 것'이라는, '씨가 없는 곳에서 거둔다'와 같은 성격을 가진다는 점, 즉 오로지 타인이 금전, 시간, 그리고 지적 노력의 투자로 인한 과실을 가로채는 것에 관한 것이라는 점,[50] (ⅲ) 원고가 피고의 행위에 따라 손해를 입었다는 점 등이 요건으로 되어 있다.[51]

(3) 입법례의 정리

부정경쟁의 규제방법에는 불법행위주의와 행위규준위반주의 2가지 흐름이 있다. 불법행위주의는 부정경쟁을 불법행위, 즉 경쟁자에 대한 가해를 요소로 하는 행위로 보는 것이다. 영국법이나 프랑스법은 이러한 사고방식 아래 형성되었다. 행위규준위반주의는 경쟁자에 대한 가해라는 것을 요소로 하지 않고, 시장에서 타당해야 하는 무엇인가의 규준에 비추어, 해서는 안된다고 생각되는 행위를 기초로 부정경쟁이라고 보는 것이다. 일본의 부정경쟁방지법이나 오늘날 독일법, 미국법은 이러한 사고방식에 서 있다.

한편, 우리 부정경쟁방지법은 일본법을 순차적으로 입법을 계수하는 방식으로 독일법을 모태로 삼고 있다고 평가할 수 있다.[52] 왜냐하면 일본은 1934년(昭和9년)에 부정경쟁방지법이 제정되었는데(1935년 1월 1일 시행), 당시 일제 치하의 우리나라는 1934년 朝鮮不正競爭防止令(制令 제24호)에 의해 일본 최초의 부정경쟁방지법을 의용(依用)하였다. 그 후 1961년까지 의용하다가 1961년 12월 30일 비로소 우리의 부정경쟁방지법(제911호)을 최초 제정하였기 때문이다.[53] 그런데 일본법

50) 이러한 점은 전통적인 '動産橫領(conversion) 법리의 확장으로 여겨지고 있다(정호열, 『부정경쟁방지법』, 삼지원, 1993, 38면).

51) 靑山紘一, 『不正競爭防止法』 第5版, 法學書院, 2008, 5~6頁.

52) 사법연수원, 『부정경쟁방지법』, 사법연수원 출판부, 2012, 6면; 小野昌延, 『不正競爭防止法槪說』, 有斐閣, 1994, 26頁.

은 독일법을 모태로 하여 입법하였으나 일반조항을 두지 않았던 것처럼, 우리 법도 일반조항을 두지 않고 있는 점에서는 일본법과 마찬가지로 독일법과 대비하여 입법례적인 차이가 있다 평가할 수 있다. 그리고 부정경쟁행위의 유형에 관하여 독일법을 순차적으로 계수함에 있어서도 일부는 공정거래법에서, 일부는 부정경쟁방지법에서 부정경쟁행위의 유형을 도입한 점에서 그 입법례적 의의가 있다고 보여진다.

(4) 입법례 검토에 따른 시사점

종래 일본 부정경쟁방지법에 대한 입법례적 보완 사항의 지적이 그대로 그 틀을 계수한 우리 입법례의 보완사항으로서도 고려할 여지가 있는지 여부가 문제될 수 있다. 즉 일본 부정경쟁방지법에서의 입법례적 보완 사항으로서 지적되는 것에는, 첫째 일본법은 일반조항을 두지 않고 부정경쟁행위를 한정적으로 열거하는 입법주의를 취하고 있다는 점이다. 즉 조약상의 의무를 이행하는 선에서 내용상 최저한의 규제만을 하다 보니 한정적 열거주의를 취하게 되고, 따라서 제품의 표절행위나 완전모방, 그리고 기타의 부정경쟁행위는 방치하는 입법적 흠결을 보이고 있다는 것이다. 둘째, 일본법은 영업자의 이익에 대한 사법적 보호에 치중하고, 그 결과 소비자보호가 충분히 배려되지 아니한다는 점이다. 그것은 가장 유력한 민사적 구제수단인 금지청구권을 "영업상의 이익을 침해받을 우려가 있는 자"에 한하여 부여하고 있으나(일본 부경법 제1조 제2항), 영업상의 이익침해에 대한 입증이 경우에 따라서는 곤란한 경우가 많고, 이는 영업자의 단체나 소비자단체에 대하여 금지청구권을 부여하지 않는 것이기 때문이다. 여기서 독일의 부정경쟁방지법(UWG)처럼 일반조항의 도입과 단체소송의 도입 주장이 유력하게 대두되었다는 지적이 그것이다.[54]

위와 같이 법제사적으로 독일법의 순차적으로 영향을 받은 우리 부정경쟁방지법에 비추어, 독일의 부정경쟁행위의 유형이나 분류기준으로부터 어떠한 시사점을 도출할 수 있는지 여부가 당면과제가 될 여지가 있다.

첫째, 일반조항의 도입 내지 수용여부의 쟁점이다. 이 점에 대해 살펴보면,[55] 독일의 현행 부정경쟁방지법은 포괄적으로 부정한 경쟁행위를 규제의 대상으로 하는 일반조항(제1조[56])과, 업무상의 사례에 관하여 오인을 발생시키는 표시를 한 자에 대하여 금지 및 손해배상을 할 수 있도록 한 일반조항(제3조)을 나란히 규정함으로써, 부정경쟁을 폭넓게 규제할 수 있도록 하였다. 나아가 독일 부정경쟁방지법은 우리나라 부정경쟁방지법에 대비하여 경쟁자뿐만 아니라 소비자, 나아가 시장참가자에 이르기까지 실질적으로 보호하고 있는 점에서, 향후 우리 부정경쟁방지법에 규정한 부정경쟁행위 유형의 다변화 및 공정거래법과의 관계 재정립 등 중장기적 과제를 시사하고 있다고 할 것이다. 다만 독일 부정경쟁방지법상 일반조항은 여러 개정법을 거치면서 그 내용이 개정되었는데, 국제적 조화를 도모하는 점에서는 긍정적 측면이 있지만, 일반조항이면서도 잦은 개정에 따른 피로감이 누적되어 있는 점에서 부정적 측면을 동시에 갖고 있다고 평가할 수 있다. 따라서 독일식 일반조항의 도입 내지 수용여부는 단기적인 과제로 판단하기 보다는 오히려 중장기적인

53) 정호열, 『부정경쟁방지법』, 삼지원, 1993, 44면.
54) 정호열, 『부정경쟁방지법』, 삼지원, 1993, 31~32면.
55) 최근까지 독일식 일반조항의 도입 내지 수용여부에 대해 논의가 진행되고 있다.
56) 독일 부정경쟁방지법 제1조 "업무상의 거래에서 경쟁의 목적을 가지고 선량한 풍속에 반하는 행위를 한 자에 대해서는 금지 및 손해배상을 청구할 수 있다".

과제로 남겨 놓고 우리 부정경쟁방지법과 공정거래법의 관계를 고려하면서 검토해도 늦지 않을 것으로 판단된다. 이러한 판단근거는 일반조항을 가지고 있는 스위스의 현재 상황에서도 찾을 수 있다. 즉 스위스는 새로운 형태의 부정경쟁이어도 일반조항에 의해 방지할 수 있지만, 그럼에도 불구하고 새로운 형태의 부정경쟁을 대상으로 하기 위해서 그때마다 신규의 개별조항이 시행되었다. 스위스는 현재 대부분의 부정경쟁행위에 대해서는 개별조항이 적용되어 일반조항에 의할 필요는 없다. 따라서 일반조항은 여전히 스위스 부정경쟁방지법의 기본이 되는 원칙을 정하고 있지만, 오늘날에는 그 실용상의 중요성은 상당히 한정되어 있다고 평가받고 있다.[57]

결국 1961년 제정법에서 6가지 부정경쟁행위의 유형이 한정적 열거되었으나, 2023년 현재 우리 부정경쟁방지법에서는 13가지 부정경쟁행위 유형으로 확대됨으로써, 새로운 형태의 부정경쟁행위에 대해 유연하고 합리적으로 잘 대처하고 있으므로, 우리 부정경쟁방지법의 현행 체계에서는 독일이나 스위스와 같은 일반조항에 대한 절실한 도입 필요성은 현재로서는 그다지 시급성이 크지 않다고 평가된다. 이와 마찬가지로 일본도 현재 부정경쟁방지법에서 초기와 달리 14가지의 부정경쟁행위의 유형이 명문화되어 있으므로, 초기와 달리 일반조항의 필요성은 과거처럼 그다지 크지 않다고 여겨지고 있다. 즉, 조약상의 의무를 이행하는 선에서 내용상 최저한의 규제만을 하다 보니 한정적 열거주의를 취하게 되었다는 지적은, 현재로서는 설득력이 없는 입법례적 보완 내지 지적사항이라 할 수 있다.

둘째, 일본법과 마찬가지로 우리 부정경쟁방지법도 영업자의 이익에 대한 사법적 보호에 치중하고, 그 결과 소비자보호가 충분히 배려되지 아니한다는 점이다. 우리 부정경쟁방지법 제4조(부정경쟁행위 등의 금지청구권 등) 제1항에서는 "부정경쟁행위나 제3조의2제1항 또는 제2항을 위반하는 행위로 자신의 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자는 부정경쟁행위나 제3조의2제1항 또는 제2항을 위반하는 행위를 하거나 하려는 자에 대하여 법원에 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다."고 규정함으로써, 금지청구권은 영업상 경쟁자만이 행사할 수 있다. 나아가 우리 부정경쟁방지법 제5조(부정경쟁행위 등에 대한 손해배상책임)에서도, "고의 또는 과실에 의한 부정경쟁행위나 제3조의2제1항 또는 제2항을 위반한 행위(제2조제1호다목의 경우에는 고의에 의한 부정경쟁행위만을 말한다)로 타인의 영업상 이익을 침해하여 손해를 입힌 자는 그 손해를 배상할 책임을 진다."고 규정함으로써, 마찬가지로 손해배상청구권도 영업상 이익이 침해된 자만이 즉 영업상 경쟁자만이 행사할 수 있다고 해석되고 있다.[58]

결국 우리 부정경쟁방지법상 사법적 구제수단으로서 금지청구권과 손해배상청구권의 행사는 일반소비자 또는 소비자단체는 물론 해당 경쟁업자가 아닌 사업자단체도 청구권이 없다고 볼 수 있다. 청구인이 이러한 원고 적격을 갖추지 못한 경우, 통상 이행소송에서 이행청구권의 발생요건 흠결과 마찬가지로 청구기각(請求棄却)되어야 한다.[59][60] 즉 우리 법도 일본법(일본 부경법 제3조 제1항, 제2항)과 마찬가지로 가장 유력한 민사적 구제수단인 금지청구권이 "영업상의 이익이 침해

57) Markus R. Frick/ Manuel Bigler, "スイス不正競爭防止法の一般條項", 『パテント 2019』, Vol.72 No.13, 18~25頁.
58) 사법연수원, 『부정경쟁방지법』, 사법연수원 출판부, 2012, 82~88면.
59) 사법연수원, 『부정경쟁방지법』, 사법연수원 출판부, 2012, 71면.
60) 이에 대해 부정경쟁방지법에 규정된 금지청구권의 원고 적격은 특별소송요건이므로 요건 흠결된 자의 소는 부적격으로 각하(却下)되어야 한다는 소수설이 있다.

되거나 침해될 우려가 있는 자"에 한하여 부여하고 있다는 점이다. 또 손해배상청구권도 "영업상 이익이 침해된 자만"이 행사할 수 있다. 결국 실제 소송에서 영업상의 이익침해 내지 침해 우려에 대한 입증이 경우에 따라서는 곤란한 경우가 많고, 이는 영업자의 단체나 소비자단체에 대하여 금지청구권이나 손해배상청구권 등을 부여하지 않아서 권리구제의 흠결이 지적될 여지가 없지 않은 것이 현실이라 할 것이다. 여기서 한편으로 독일의 부정경쟁방지법(UWG)처럼 단체소송의 도입 주장이 유력하게 대두될 수 있다.[61] 예컨대, 우리나라 부정경쟁방지법이 소비자와 공공의 이익을 보호하기 위한 부정경쟁행위까지 포섭한다면, 상거래상의 경쟁질서에서 객관적 행위 규범으로 역할을 하기 위한 수단으로서 소비자 단체소송은 부정경쟁행위에 대한 구제수단으로서 고려될 수 있을 것이라는 주장과 더불어, 나아가 부정경쟁방지법의 보호대상이 소비자와 일반공중, 즉 공공의 이익도 포함된다고 하면 개별 경쟁자를 제외한 소비자와 공공의 이익을 보호하기 위해 소비자 단체의 제소권이 필요하다는 주장이 있다.[62] 현재 상황으로는 우리나라의 소비자단체 소송도 공익을 목적으로 소비자의 권익을 위해 운영된다고 볼 수 있기 때문에 현재 우리나라의 부정경쟁행위 유형이 경쟁자 개인의 이익보호에 치중하여 있다는 점을 고려하면 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (바)목을 제외하고 부정경쟁행위와 그 구제수단으로서 소비자단체 소송은 적합성이 없는 것으로 보인다.[63] 또, 부정경쟁행위의 유형별로 영업상 이익 요건의 삭제 여부 내지 영업상 이익 요건의 삭제 대신 대체 요건 마련 등과 같은 입법론 제시가 주장될 수 있는 여지가 생기고 있다. 또 다른 한편으로 예컨대 퍼블리시티권 보호조항 즉, '유명인의 초상·성명 등 타인을 식별할 수 있는 표지의 부정사용행위'(부경법 제2조 제1호 타목)는 경쟁자 보호와 커다란 관련성이 없음에도 부경법 제4조, 제5조 등에서 '영업상 이익' 요건을 요구하므로 실효적인 보호에 한계가 있다는 주장이 대두될 수 있다. 이러한 점에 대해서는 향후 이러한 주장에 대한 정합성 여부와 더불어 입법론상 검토 여부에 이르기까지 적지 않은 논쟁 여지가 생길 수 있다고 보인다.

나. 우리나라 - 현행 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위의 유형

(1) 부정경쟁방지법의 개념[64]

'부정경쟁방지법'은 통상 형식적 의미의 부정경쟁방지법과 실질적 의미의 부정경쟁방지법으로 개념상 구별한다.

우선 실질적 의미의 부정경쟁방지법은 강학상 '부정경업법'(不正競業法)이라고 부르기도 하는데, 부정한 경쟁행위를 규제하는 법 조항 일체를 말한다. 성문(成文)의 부정경쟁방지법이 주된 것이나 그 외에도 민법의 불법행위 등의 규정, 상법의 상호와 경업피지의무에 관한 규정, 형법의 사기, 신용훼손, 업무방해 등의 규정, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 중 불공정거래행위에 관한 규정, 특허·상표·디자인·실용신안 등의 보호에 관한 산업재산권법의 규정, 표시·광고의 공정화에 관한 법

61) 독일의 경우 단체의 부작위소송에 관한 법률(Unterlassungsklagengesetz)이 존재하고, 독일 부정경쟁방지법 제8조 제3항에서 경제단체, 소비자 단체, 상공회의소와 같은 단체에 부작위소송을 인정하고 있다.

62) 박윤석, "실질적인 부정경쟁행위와 구제수단에 관한 고찰-법규위반을 통한 부정경쟁행위를 중심으로-", 고려대학교 대학원(법학과) 박사학위논문, 2014.7, 151~157면.

63) 박윤석, "실질적인 부정경쟁행위와 구제수단에 관한 고찰-법규위반을 통한 부정경쟁행위를 중심으로-", 고려대학교 대학원(법학과) 박사학위논문, 2014.7, 155면.

64) 사법연수원, 『부정경쟁방지법』, 사법연수원 출판부, 2012, 6면.

률, 불공정무역행위 조사 및 산업피해구제에 관한 법률, 약사법, 식품위생법 등의 일부 규정도 모두 이에 포함된다.

한편 형식적 의미의 부정경쟁방지법은 부정경쟁방지법이라는 명칭을 가진 성문법, 즉 1961. 12. 30. 제정, 공포되고 1986. 12. 31. 전문 개정된 법률(제3897호)인 제1차 개정법(1987. 7. 1. 시행)을 가리킨다. 1934년 조선부정경쟁방지령(朝鮮不正競爭防止令, 制令 제24호)에 의해 일본 최초의 부정경쟁방지법을 의용하다가 1961년에 부정경쟁방지법(제911호)이 제정되었고, 1986년 개정을 통해 행정청에 의한 의견청취, 시정권고 등 경쟁법적 요소가 도입되는 한편, 타인의 영업비방행위를 민법상 불법행위 및 형법상 신용훼손죄로 갈음할 수 있다는 이유로 삭제되었다. 한편 1991. 12. 31. 개정을 통하여 영업비밀 침해행위가 추가되었고, 그 법률의 명칭도 1998. 12. 31. 개정하여 '부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률'로 변경되었다(1991년 제2차 전면 개정법). 한편 우리나라는 1980. 4. 14. 국제거래에서 우수한 상품에 대한 위조(僞造) 내지 모조(模造)를 막고 건전한 국제상거래 질서를 확립하기 위한 '공업소유권보호를 위한 파리협약'에 가입하였다(1980. 4. 14. 조약 제707호).[65]

(2) 부정경쟁행위 유형의 개관

우선, 종래부터 내려온 것으로, 주로 특정한 동업자의 이익을 침해하는 행위와 동업자전체의 이익을 침해하는 행위로 대별될 수 있다.[66]

다음으로, 희석화 행위(다목)는 혼동가능성과 별개의 근거로 발전되어 온 것이며(혼동가능성 불요), 상품간의 경쟁 여부를 불문하므로(경쟁관계 불요), 혼동가능성과 희석화는 선택적으로 주장할 수 있고, 상호배타적인 것이 아니다.[67]

그리고, 2004년 개정 부정경쟁방지법상 상품형태 모방행위(자목)의 신설을 필두로 하여, 2013년 개정 부정경쟁방지법(2013.7.30. 일부개정) 이후 신설된 일련의 성과 등 도용행위이다.

요컨대 현행 부정경쟁방지법 제2조 제1호에 규정한 부정경쟁행위의 유형을 크게 분류하면 이하와 같이 개관할 수 있다.

첫째, 특정한 동업자의 이익을 침해하는 행위로서 혼동야기행위에는 1) 상품주체혼동행위(가목), 2) 영업주체 혼동행위(나목), 3) 트레이드 드레스(trade dress) 보호(가목 내지 나목), 4) 대리인의 상표권자의 동의 없는 사용행위(사목), 5) 도메인이름 부정취득행위(아목) 등이 있다. 여기서 도메인이름 부정취득행위(아목)는 넓게 보아 광의의 혼동야기행위(상품주체 혼동행위와 영업주체 혼동행위)에 포함될 수 있다.[68]

둘째, 동업자전체의 이익을 침해하는 행위로서 오인야기행위에는, 1) 원산지 허위(거짓) 표시행위(라목), 2) 출처지오인야기행위(마목), 3) 품질 등(상품질량) 오인야기행위(바목) 등이 있다.

셋째, 희석화행위에는, 1) 저명상표 희석행위(다목), 2) 트레이드 드레스(trade dress) 보호(다목) 등이 있다.

넷째, 성과 등 도용행위에는, 1) 상품형태 모방행위(자목), 2) 아이디어 탈취행위(차목), 3) 데이

65) 정호열, 『부정경쟁방지법』, 삼지원, 1993, 44면.
66) 송영식/이상정/황종환/이대희/김병일/박영규/신재호 공저, 『송영식 지적소유권법(하)』 제2판, 육법사, 2013, 396면.
67) 사법연수원, 『2012 부정경쟁방지법』, 사법연수원 출판부, 2012, 67면.
68) 사법연수원, 『2012 부정경쟁방지법』, 사법연수원 출판부, 2012, 68면.

터 부정사용행위(카목), 4) 퍼블리시티권의 보호와 관련하여, 유명인의 초상·성명 등 타인을 식별할 수 있는 표지의 부정사용행위(타목), 5) 타인 성과 등 도용행위(보충적 일반조항)(파목) 등이다.

(3) 부정경쟁행위의 유형의 분류와 체계 정비를 위한 <표>

부정경쟁행위 유형 (제2조 제1호 가목~파목)	특징 및 개정 연혁	체계 정비 (행위유형 및 보호대상 기준)
①상품주체 혼동행위 (가목) ②영업주체 혼동행위(나목)	- 구법(1961년 제정법, 1961.12.30. 법률 제911호), (1986.12.31. 법률 제3897호로 전문개정되기 전의 것) - 2018년 4월 법개정: 트레이드 드레스(trade dress) 보호	- 특정 동업자의 이익 침해행위 - 혼동야기행위 - 주지표지 보호 - 트레이드 드레스 보호
③저명상표 희석행위(다목)	- 2001년 2월 3일 개정법(법률 제6421호)(2001.7.1.시행) - 2018년 4월 법개정: 트레이드 드레스(trade dress) 보호	- 희석화 행위 - 혼동가능성 불요. - 저명표지 보호 - 트레이드 드레스 보호
④원산지 허위(거짓) 표시행위(라목) ⑤출처지 오인야기행위(마목) ⑥품질 등 오인야기행위(바목)	- 구법 (1961년 제정법, 1961.12.30. 법률 제911호), (1986.12.31. 법률 제3897호로 전문개정되기 전의 것)	- 동업자 전체 이익 침해행위 - 오인야기행위
⑦대리인의 상표권자의 동의 없는 사용행위(사목)	- 2001년 2월 3일 개정법(법률 제6421호)	- 특정 동업자의 이익 침해행위
⑧도메인이름 부정취득행위(아목)	- 2004년 개정법(2004.1.20. 법률 제7095호)	- 광의의 혼동야기행위에 포함 - 도메인이름 보호
⑨상품형태 모방행위(자목)	- 2004년 개정법(2004.1.20. 법률 제7095호)	- 성과 등 도용행위 - 상품형태 보호
⑩아이디어 탈취행위(차목)	- 2018년 개정법(2018. 4. 17. 법률 제15580호)(2018.7.18.시행)	- 성과 등 도용행위 - 아이디어 보호
⑪데이터 부정사용행위(카목)	- 2021년 12월 개정법(2021.12.7. 법률 제18548호)(2022.4.20. 시행)	- 성과 등 도용행위 - 데이터자산 보호
⑫유명인의 초상·성명 등 타인을 식별할 수 있는 표지의 부정사용행위(타목)	- 2021년 12월 개정법(2021.12.7. 법률 제18548호)(2022. 6. 8. 시행)	- 성과 등 도용행위 - 퍼블리시티권 의 재산적 보호
⑬타인 성과 등 도용행위(보충적 일반조항)(파목)	- 2013년 개정법(2013.7.30. 개정 법률 제11963호): (차)목 신설(시행 2014.1.31.) - 2018년 개정법('차'목에서 '카'목으로 위치변경) 및 2021년 12월 개정법('카'목에서 '파'목으로 위치변경)	- 성과 등 도용행위 - 보충적 일반조항

다. 일본 - 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위의 유형과 그 체계

금지행위의 유형		대상조문	관련 국제조약	민사적 조치		형사벌
				금지청구 (3조)	손해배상 청구(4조)	벌칙 (21조 1항~3항)
부정경쟁	① 주지상품 등 표시의 혼동야기	2조1항1호	파리조약 제10조의2(3)1	○	○	②
	② 저명상품 등 표시의 모용	2조1항2호		○	○	②
	③ 타인의 상품형태모방한 상품의 제공	2조1항3호		○	○	②
	④ 영업비밀의 침해	2조1항4호 ~ 10호	TRIPs협정 제39조2	○	○	①
	⑤ 한정제공데이터의 부정취득 등	2조1항11호 ~ 16호		○	○	-
	⑥ 기술적제한수단무효화장치제공	2조1항17호 ~ 18호		○	○	②
	⑦ 도메이이름의 부정취득등	2조1항19호		○	○	-
	⑧ 상품·서비스의 원산지, 품질 등의 오인야기표시	2조1항20호	파리조약 제10조(1), 10조의2(3)3	○	○	②
	⑨ 신용훼손행위	2조1항21호	파리조약 제10조의2(3)2	○	○	-
	⑩ 대리인 등의 상표모용	2조1항22호	파리조약 제6조의7	○	○	-
조약상의 금지행위	외국국기·문장 등의 부정사용	16조	파리조약 제6조의3(1)a, (9), (2)			②
	국제기관의 표장의 부정사용	17조	파리조약 제6의3(1)b			②
	외국공무원 등에의 증뢰	18조	OECD 외국공무원증뢰방지조약			②
기타	비밀유지명령위반	10조				②

※ ①: (개인) 징역 10년이하, 벌금 2000만엔(円)(해외사용 등은 3000만엔)이하
: (법인) 벌금 5억엔(円)(해외사용등은 10억엔) 이하

※ ②: (개인) 징역 5년이하, 벌금 500만엔(円)이하
: (법인) 벌금 3억엔(円)이하

※ 민사조치와 형사조치 : ①②③④⑥⑧

※ 민사조치만 : ⑤⑦⑨⑩

※ 형사적 조치만: 조약상 금지행위 및 기타

3. 비교법적 고찰(2) - 부정경쟁행위의 분류 이론[69]

가. 개관[70]

(1) 가능한 부정경쟁행위의 분류 목록

우리나라 부정경쟁방지법은 부정경쟁수단 일반을 포괄적으로 규제하는 이른바 일반조항을 가지고 있지 않다. 또 동법이 정하는 부정경쟁행위들을 유형화하면 실질적으로 세 가지 내지 네 가지에 지나지 않는다. 그래서 동법 소정의 부정경쟁행위에에 관한 한 유형화는 의미가 없다고 할 수도 있다. 그러나 실질적인 부정경쟁수단들은 이 밖에도 무수히 존재할 수 있다. 따라서 이러한 부정경쟁행위에 대한 유형화 문제는 이론적으로 또 실무적으로 대단히 중요한 의미를 가지게 된다.

처음에는 우리의 부정경쟁방지법과 그 체계와 매우 흡사하였던 일본에서는 실질적으로 부정경쟁행위의 목록으로서 다음과 같이 7가지 유형으로 열거하는 견해가 주장되었다.[71]

(ⅰ) 상표・상호 및 기타 표지(영업용 표지)의 모용

- 여기에는 상표・상호 모용 외에, 표시로서의 상품의 외관, 영업활동의 표지(電信略號 등), 작품의 제호, 식물 품종명, 원산지명칭 등 각종 표지의 모용 문제가 있다.

(ⅱ) 오인야기적 광고 라벨의 부정

- 여기에는 상품이나 서비스의 품질・출처・가격 등의 오인야기행위, 허위광고, 과장광고, 부정 라벨 등의 문제가 있다.

(ⅲ) 경쟁 상대의 신용이나 노력・비용에 대한 무단이용

- 사칭통용(passing-off)[72] 이외(사칭통용은 이러한 유형의 고전적인 사례에 해당함), 그 밖에 경쟁 상대방의 광고나 선전의 모용, 상품 등의 모방, 영업비밀의 개시(공개)・영업비밀의 절취・영업비밀의 부정사용 등이 있다.

(ⅳ) 경쟁 상대방의 영업, 그리고 상품에 대한 비방행위,

- 여기에는 비교광고, 상품비교시험결과의 공표 등의 문제가 있다. 여기서 경쟁 상대방의 일신(一身)에 대한 비방행위, 예컨대 상대방 영업자가 전과자 혹은 외국인이라는 사실의 선전 등도 포함된다.

(ⅴ) 경쟁 상대방(경쟁자)에 대한 기업침해

- 보이콧, 상업적 증뢰, 피용자 매수, 부당 사업적 피케팅, 덤핑, 계약파기의 유인, 경쟁 상대방에 일으킨 스트라이크(노동쟁의)에 대한 금전적 원조, 부당한 상업적 보이콧 등의 문제가 있다.[73]

---

69) 小野昌延 編著, 『新・注解 不正競爭防止法[新版](上卷)』, 青林書院, 2007, 23~25頁(小野昌延 집필부분); 松村信夫, 『新・不正競業訴訟の法理と實務』, 民事法硏究會, 2014, 858~859頁.

70) 小野昌延 編著, 『新・注解 不正競爭防止法[新版](上卷)』, 青林書院, 2007, 23~25頁(小野昌延 집필부분); 松村信夫, 『新・不正競業訴訟の法理と實務』, 民事法硏究會, 2014, 858~859頁.

71) 小野昌延, 『不正競爭防止法概說』, 有斐閣, 1994, 15頁.

72) '사칭통용'(詐稱通用, passing-off)이란, 자신의 상품을 타인의 상품으로 사칭(詐稱) 즉 거짓으로 속이는 경우를 말한다.

73) 특히, 피용자(종업원) 내지 수임인에 대한 증수뢰, 계약파기에의 유인, 상대방 기업내의 노동쟁의에 대한 지원 등이 문제된다.

(vi) 가격경쟁 등 부정거래행위 - 부당 염가 등 부정한 가격경쟁행위.

- 할인, 덤핑, 재판매가격유지, 부당경쟁제한, 부당판매조직, 기하급수산식판매(일본의 和算에서, 기하급수(幾何級數)의 계산법, 즉 쥐가 번식하듯 기하급수적으로 급속히 불어남의 비유한 계산법에 기초한 판매) 등의 문제가 있다.

(vii) 프리미엄·경품 판매(끼워팔기), 현상부판매, 부당 리베이트 등,

- 부정경쟁수단으로서의 법규(법률) 위반에 따른 우월한 지위의 획득과 부정경쟁수단으로서의 계약위반 행위 등이 문제된다.

(2) 부정경쟁행위 분류에 대한 개괄적 학설 현황

첫째, 행위의 형식·성격에 따라 부정경쟁행위를 분류하는 견해로서는, (i) Lobe에 의하면, ① 자기의 효과적 기대를 충족하는 행위와 ② 타인의 효과적 기대를 감소시키는 행위로 구분하고, (ii) Nipper dey에 의하면, ① 기여적 경쟁행위와 ② 방해적 경쟁행위로 구분하며, (iii) Köhler에 의하면, ①오인유발행위(Irreleitungen)와 ②적대행위(Feindseligkediten)로 구분한다.[74]

둘째, 부정경쟁행위의 상대방에 따른 분류방법으로서는 Alexander-katz에 의하면, ① 개개의 사람과만 경쟁하는 행위와, ② 다수인(즉 경쟁행위자 전체)를 향한 행위로 구분한다.

셋째, Callmann의 분류방법에 의하면, ① 기여적 경쟁행위, ② 암시적 경쟁행위, ③ 경쟁압도적 경쟁행위로 나눈다.

넷째, Hefermehl의 분류방법에 의하면, ① 고객획득행위, ② 방해행위, ③ 절도행위, ④ 법규위반에 따른 우위획득행위로 나눈다.

다섯째, Mestmäcker의 분류방법에 의하면, ① 경업자의 영업 침해, ② 고객의 부당획득, ③ 타인에 의해 창작된 가치의 모용, ④ 법위반에 의한 우위적 지위의 획득로 나눈다.

여섯째, Callmann[미국]의 분류방법(Unfair Competition, Trademarks and Monopolies, 4th Ed.)에 의하면, ① 경업자의 영업관계 부정침해, ② 경업자의 가치 모용, ③ 불법영업행위로 나눈다.

일곱째, Hubmann의 분류방법에 의하면, ① 경업자의 보호, ② 관계자의 보호, ③ 경쟁질서의 보호로 나눈다.

여덟째, Houin의 분류방법에 의하면, ① 영업비방, ② 오인야기행위, ③ 경업자의 영업 내부파괴를 목적으로 하는 행위, ④ 시장의 일반적 파괴를 목적으로 하는 행위로 나눈다.

아홉째, Desbois의 분류방법에 의하면, ① 혼동야기행위, ② 경쟁기업의 비방, ③ 경쟁기업의 파괴, ④ 시장의 파괴로 나눈다.

이하에서는, 위와 같은 주장 중, 주요한 견해를 중심으로 세부적 내용를 추가적으로 검토한다.

나. 독일의 부정경쟁행위 유형화 이론

(1) 서

독일에서는 종래 기존의 상표법, 상법에 의해 충분히 부정경쟁이 규제될 것으로 믿고 법원이 불법행위 규정의 적용을 거부하고, 무제한의 영업자유가 인정되어 왔다. 그러나 투매행위, 산

74) 한편, 일본의 학자 중 小野昌延 교수는 Köhler의 분류에 대해 ①소송행위와 ②강압행위 또는 ③적대행위로 나누고 있다고 주장한다.

업스파이, 카르텔화 부정경쟁 현상이 심각해지자, 프랑스에서 발전한 판례법을 참조하여 1896년 기만적 광고 등을 비롯한 특별한 유형의 불법 경쟁행위를 금지시키는 '부정경쟁방지법'(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG)을 제정하였다.[75] 그런데 2004년 개정법에서 사용한 'Unlauteren Wettbewerbshandlungen'란 용어는 '부정경쟁행위'라고 번역할 수 있지만, 2008년 개정법에서는 'Unlautere geschäftliche Handlungen'으로 용어를 개정하여 '부정한 거래행위'라는 용어를 사용함으로써 본래 의미에 가깝게 되었다.

독일 부정경쟁방지법의 보호대상은 우리나라와 달리, 경쟁자, 소비자, 시장참여자 등을 규정한다. 따라서 상대방이 존재하는 경쟁행위뿐만 아니라, 경쟁관계가 없더라도 소비자를 상대로 하는 부정한 상행위, 시장 질서를 위반하는 행위를 금지하고 있다. 이처럼 독일 부정경쟁방지법에서는 직접적인 경쟁관계가 없더라도 부정한 거래행위에 해당될 수 있다. 다만 영업자의 소비자에 대한 부정한 거래행위는 간접적으로 동일한 소비자를 상대하는 다른 영업자에게 경쟁관계가 발생할 수 있다는 의미에서 부정경쟁성을 가질 수 있다. 독일의 현행 부정경쟁방지법은 2019. 4. 18. 개정되었고, 2023년 기준 최종개정일은 2022. 6. 24. 개정법이 현재 시행 중이다.[76]

독일의 부정경쟁방지법(UWG)의 특징은 일반조항을 가지고 있다는 점이다. 그리고 동법이 정하는 개별 구성요건 역시 상당히 풍부할 뿐만 아니라 차별화되어 있다. 그리하여 여러 부정경쟁행위를 일정한 기준에 따라 분류하려는 노력은 처음부터 다방면에서 시도되어 오고 있다. 이러한 움직임은 일반조항의 해석과 운용에 있어서도 매우 중요한 위치를 차지하고 있다.

현상적으로 논의 상황을 보면, 제1차 기준에 의한 유형의 수에 따라 이분법, 삼분법, 사분법, 오분법으로 나눌 수 있지만, 결과적인 유형의 수가 문제되기보다는 분류의 기준이 중요하다 할 것이다.

(2) Köhler의 분류[77] - 이분법

: 오인유발행위(Irreleitungen)과 적대행위(Feindseligkediten)

Köhler는 독일에서 부정경쟁행위의 체계적 분류를 초창기에 시도하였다. 즉 독일에서의 체계적 분류는 Köhler에서 비롯되었다. Köhler는 ①오인유발행위(Irreleitungen)와 ②적대행위(Feindseligkediten)의 두 가지 유형으로 나누었다.[78]

오인유발행위(Irreleitungen)에는 광고자와 그 영업상의 급부의 속성에 관한 기만적 표시와 타인의 영업상의 표지의 사기적 이용이 해당된다. 그리고 적대행위(Feindseligkediten)는 비방, 비밀누설, 수뢰, 적대적 영업방해 등이 포함된다.

결국 Köhler의 이러한 이분법(二分法)은 그 후 유형화 논의의 모범이 된 것으로서, 경쟁위반의 방향을 기준으로 하는 것이다. 즉 경쟁위반이 직접적으로는 장차 수요자를 겨냥하고 다른 경쟁자는 간접적으로만 관련되는 것과 경합하거나 착취될 경쟁자를 직접 겨냥하는 것의 두 가지 유형으로 나누는 것이다. 이러한 분류방법은 부정경쟁행위의 대상(방향), 즉 수요자에 직접적으로 영향을

75) 특허청 · 한국지식재산보호협회, [우리기업 해외진출을 위한 해외지식재산권보호 가이드북 – 독일], 2014.12, 25면.
76) 세계법제정보센터 웹페이지(https://world.moleg.go.kr/web/tl/themaLgslReadPage.do?A=A&code=700205&searchType=all&searchPageRowCnt=10&CTS_SEQ=35998&AST_SEQ=1145&ETC=_ 참조.
77) 한편, 일본의 학자 중 小野昌延 교수는 Köhler의 분류에 대해 소송행위와 강압행위 또는 적대행위로 나누고 있다고 주장한다.
78) Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbrecht, 14, Aufl., 1983, Verlag, C.H.Beck, Einl. Rdnr. 155.

미쳐서 간접적으로 경쟁자에 대하여 부정경쟁행위로 인정되는 경우와 직접적으로 경쟁자에 대한 부정경쟁행위로 구분하였다는 것이다.

우리 부정경쟁방지법상 보충적 일반조항인 제2조 제1호 (파)목의 성과도용행위는 직접적으로 경쟁자에 대한 부정경쟁행위의 유형으로 포섭할 수 있어, 결국 Köhler의 이분법적 분류 중 적대행위(Feindseligkediten)에 포함될 수 있을 것이다.[79] 이와 달리 예컨대 우리 부정경쟁방지법상 수요자에 대한 오인야기행위(제2조 제1호 라~바목)는 Köhler의 이분법적 분류 중 오인유발행위(Irreleitungen)에 포함될 수 있는데, 이는 수요자에 직접적으로 영향을 미쳐서 간접적으로 경쟁자에 대해 부정경쟁행위로 인정되는 경우라 할 수 있다.

(3) Callmann의 분류방법[80] - 3분법

: 능률경쟁, 암시경쟁, 폭력적 경쟁

Callmann은 Kohler의 분류를 진전시켜 부정경쟁행위를 3분하는 특색을 보이고 있다. 즉 ① 능률경쟁(Leistungswettbewerb), 즉 능률을 통한 경쟁, ② 암시경쟁(Suggestionswettbewerb), 즉 여론에 적용함으로써 행하는 경쟁, 그리고 ③ 폭력적 경쟁(Gewaltwettbewerb), 즉 다른 경쟁자에 대한 직접적 압박을 통한 경쟁 등 3가지 유형으로 분류하고 있다.[81]

이러한 3분법에 대해서는 분류의 기준이 명백하지 아니하고, 능률경쟁과 비능률경쟁의 구별은 부정경쟁수단 전반에 대한 것이라는 점에서 이 분류방법은 한계가 있는 것으로 평가되고 있다.[82]

(4) Emmerich의 분류

Volker Emmerich는 분류기준을 보호법익에 두는 3분법을 취하고 있다. Callmann과 마찬가지로 유형의 수적인 면에서는 3분법으로 동일하지만, 그 분류기준에서는 차이가 있다. 즉 부정경쟁방지법을 통하여 보호받는 자를 경쟁자, 소비자, 일반공중으로 분류하여, ① 경쟁위반을 다른 경쟁자의 이익을 침해하는 행위(방해경쟁, 신용훼손과 비방, 비밀누설, 타인의 급부에 대한 표절), ② 수요자의 이익을 침해하는 행위(수요자의 의사결정자유를 침해하는 행위, 가치광고, 오인유발, 영업표지남용), 그리고 ③ 공공의 이익을 침해하는 행위(시장교란과 법위반)의 세가지 그룹으로 분류하였다.

Baumbach/Hefelmehl 역시 이익보호(利益保護)라는 관점에서 이 분류가 적절함을 시인하고 있다.[83]

(5) Baumbach/Hefermehl의 분류[84] - 5분법(五分法)

Baumbach/Hefermehl은 경쟁의 기능을 고려하고 투입된 경쟁수단의 종류와 방향 그리고

---

79) 박윤석, "실질적인 부정경쟁행위와 구제수단에 관한 고찰-법규위반을 통한 부정경쟁행위를 중심으로-", 고려대학교 대학원(법학과) 박사학위논문, 2014.7, 19면.

80) 한편, 일본의 학자 중 小野昌延 교수는 이러한 3분법을 기여적 경쟁행위, 암시적 경쟁행위, 경쟁압도적 경쟁행위로 나누고 있다고 주장한다.

81) Callmann, Der unlautere Wettbewerb, 2.Aufl., S.20; Baumbach/Hefermehl, a.a.O. Einl. Rdnr. 155.

82) 정호열, 『부정경쟁방지법』, 삼지원, 1993, 113면.

83) Baumbach/Hefelmehl, a.a.O. Einl. Rdnr. 155.

84) 한편, 일본의 학자 중 小野昌延 교수는 이러한 Baumbach/Hefermehl의 분류에 대해, Hefermehl의 분류방법으로서 4분법을 제시하면서, ①고객획득행위, ②방해행위, ③절도행위, ④법규위반에 따른 우위획득행위로 나누고 있다고 주장한다.

이를 통하여 침해되는 다른 경쟁자, 시장참가자(수요자와 공급자) 및 공중의 이익을 종합적으로 고려하여, ① 고객유인(Kundenfang), ②방해(Behinderung), ③표절(Ausbeutung), ④법위반(Rechtsbuch), ⑤ 시장교란(Marktstörung)의 다섯 유형 즉 5분법(五分法)으로 나누고 있다.

Baumbach/Hefermehl의 분류방법인 5분법(五分法)을 구체적으로 분류하면 이하와 같다. 즉 첫째, 고객유인(Kundenfang) 행위란, 선량한 풍속(die guten Sitten)에 반하는 방법으로 고객 내지 거래상대방의 의사결정의 자유를 해치는 행위를 말하는바, 여기에는 영업관계에 오인유발적 표시를 하거나, 강요, 매수, 번거롭게 하거나 동정심을 불러 일으키는 것 등이 포함된다. 둘째, 방해(Behinderung) 행위란, 상대방 경쟁자를 자기 상품이나 급부의 품질 등을 통하여 객관적으로 능가하는 것이 아니라, 상대방의 일신(一身)이나 기업에 대한 적대행위를 통하여 방해하는 것을 말하는 바, 여기에는 강제, 보이콧, 판매 및 구입 방해, 차별, 인신공격 등의 명예훼손이 포함된다. 셋째, 표절행위(Ausbeutung, 절도행위)는 타인의 노력과 비용의 결과를 가로채는 방법과 수단이 특히 선량한 풍속에 반하는 경우를 말하는바, 여기에는 타인의 성과의 모방과 표절, 타인의 명예와 선전을 이용하는 행위, 그리고 고객 가로채기 등이 있다. 넷째, 법위반이란 법위반을 통한 부당한 우위확보를 말하는바, 여기에는 수직적 가격 및 판매협정을 대한 불준수, 요율(Tariff) 체계 불준수, 그리고 사회적 덤핑을 통한 가격인하 등이 해당된다. 마지막으로 다섯째, 시장교란(Marktstörung) 행위란, 특정한 경쟁자를 개별적으로 겨냥하는 방해행위가 아니라, 수요공급의 자유를 침해함으로써, 시장에서의 경쟁을 위축시켜 시장을 통한 보다 양질의 급부 확보를 불가능하게 하고, 경쟁의 존속 자체를 위협하는 행위를 말한다.

(6) 독일의 부정경쟁행위 유형화 이론의 정리

독일 내의 부정경쟁행위의 유형화에 관한 논의 중에는 특히 Baumbach/Hefermehl의 분류 즉 5분법(五分法)적인 체계가 많은 지지를 받고 있는 듯하다.[85] 독일 학자 중 Rittner도 Baumbach/Hefermehl의 분류체계를 그대로 답습하고 있다. 획일적인 기준에 입각한 것이 아니지만, Köhler의 분류방법, 즉 오인유발행위(Irreleitungen)와 적대행위(Feindseligkediten)로 나누는 이분법과 같은 전통적인 분류법을 기초로 하되, 독일 부정경쟁방지법(UWG) 제1조에 관한 풍부한 판례(判例)를 유형화하는데 있어 아주 실용적인 체계로 평가되기 때문이다.[86]

한편 우리 부정경쟁방지법에서는 개방적 구성요건이 없는 점과 비록 개별 구성요건의 수가 점점 늘어가고 있는 추세에 있지만, 여전히 한정적 열거주의를 취하고 있는 입법례라는 점, 그리고 최근에 입법화된 성과도용 부정경쟁행위에는 그간에 축적된 판례가 종래의 부정경쟁행위에 비해 양적으로 많지 않은 점 등에 비추어 보면, 독일에서의 논의를 그대로 원용하는 것은 현 상황에서 적절한지 의문이 없지 않다.

다만, 선행연구에서는 일단 독일에서의 유형화 논의를 우리 법에 원용한다면, 비교적 단순하고 논리적 일관성을 뚜렷이 가진 보호법익(保護法益)을 기준으로 한 분류가 현재 우리의 법상황에 보다 적절한 것이라는 취지의 주장이 있었다.[87]

---

85) 정호열, 『부정경쟁방지법』, 삼지원, 1993, 115면.

86) Fritz Rittner, Einführung in das Wettbewerbs- und Kartellrecht, 3.Auflage, C.F.Müller Juristischer Verlag, 1989, S.32ff. 다만, Rittner는 Baumbach/Hefermehl의 5분법 체계에서, 시장교란(Marktstörung) 행위 유형을 제외한 4가지 유형만을 거론하는 4분법(四分法) 체계를 전개하고 있다.

한편 Köhler의 이분법적 분류 기준과 현행 부정경쟁방지법상 보충적 일반규정인 제2조 제1호(파)목에 대비하면, 타인의 성과를 무단으로 모용하거나 타인의 성과에 무임승차하는 것은 직접적으로 경쟁자(타인)에 대한 부정경쟁행위로서 결국 Köhler의 이분법적 분류 중 적대행위(Feindseligkediten)에 포함될 수 있을 것이다.[88] 이와 달리 예컨대 우리 부정경쟁방지법상 수요자에 대한 오인야기행위(제2조제1호라~바목)는 Köhler의 이분법적 분류 중 오인유발행위(Irreleitungen)에 포함될 수 있는데, 이는 수요자에 직접적으로 영향을 미쳐서 간접적으로 경쟁자에 대해 부정경쟁행위로 인정되는 경우라 할 수 있다.

(7) 독일의 부정경쟁행위 유형화 이론의 전개로부터 시사점

독일의 부정경쟁에 관한 법은 1909년 부정경쟁방지법(UwG)를 근간으로 하고, 경품법(1932년), 가격할인법(1933년) 등이 추가되어 있다. 한편 독일의 법체계에 있어 부정경쟁에 관한 법은 포괄적인 경쟁법(Wettbewerbsrecht)의 일부를 구성할 뿐이고 1957년에 제정된 경쟁제한금지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB)이 카르텔법으로서 경쟁법의 또 다른 중요한 일부를 구성한다.[89]

즉 넓은 의미의 경쟁법은 카르텔법과 부정경쟁방지법을 포함하는데, 양자의 차이는 카르텔법이 시장에서 자유로운 경쟁이 제한되지 않도록 시장 체제의 보호에 중점을 둔다고 보는데, 이에 반해 부정경쟁방지법은 미시적인 관점에서 경제주체들 개인의 불공정한 행위로 인해 상대 경쟁자 보호에 중점을 둔다. 여기서 카르텔법과 같은 경쟁제한행위 규제법은 경쟁제한행위가 시장 기능에 해악을 끼치지 못하도록 방지하는데 목적이 있으므로, 경쟁제한성이 없으면 해당 카르텔 행위로 피해를 보는 소비자가 있어도 공적 제재인 과징금을 부과하지 않는다. 이에 반해 불공정거래행위의 경우, 판단기준이 개별주체의 경쟁관계에 존재하는 불공정성에 치중하기 때문에 불공정거래행위로 인해 상대 경쟁자와 같은 개별적 경제 주체들간에 손해가 발생한 경우 개인들 간의 이익조정이 필요하게 된다. 그런데 현재 우리나라의 경우 경쟁자간 또는 시장참여자간 불공정거래행위로 인해 발생한 손해의 이익조정에도 행정기관에 의한 공적 구제수단이 주로 사용되고 있는데, 이것은 의문이다. 왜냐하면 과징금이나 벌금 제재와 같은 공적구제수단이 우선시되면 피해자들에 돌아갈 이익이나 피해배상이 과징금이나 벌금 등의 명분으로 국고에 환수되기 때문에, 사실상 피해자는 적정한 피해배상을 받지 못하게 되는 결과를 초래하게 된다. 국민적 보편적 정의감에 비추어 개선이 필요하다.[90]

우리 부정경쟁방지법상 규정된 부정경쟁행위의 유형 모두는 행위의 부정경쟁성만을 기준으로 삼고 있다고 볼 수 있으나, 현재의 우리 공정거래법법상 불공정거래행위는 판단기준을 경쟁제한성과 불공정성을 가지고 있다. 그런데 공정거래법에 규정된 불공정거래행위 유형 중에는 필연적으로 경쟁제한성의 판단이 필요한 행위유형(예컨대, 거래상 지위남용 행위)과 불공정한 경쟁수단만이 문제되는 행위 유형(예컨대, 부당한 고객유인 행위)이 구별없이 규정되어 있다. 따라서 현행 공정

87) 정호열, 『부정경쟁방지법』, 삼지원, 1993, 115면.
88) 박윤석, "실질적인 부정경쟁행위와 구제수단에 관한 고찰-법규위반을 통한 부정경쟁행위를 중심으로-", 고려대학교 대학원(법학과) 박사학위논문, 2014.7, 19면.
89) 정호열, 『부정경쟁방지법』, 삼지원, 1993, 24~25면.
90) 심재한, "공정거래법상 불공정거래행위에 대한 연구", 『안암법학』 제27호, 안암법학회, 2008, 563면.

거래법에 규정된 행위유형 중 부당한 고객유인 등과 같이 그 행위 자체의 불공정성 판단이 중심이 되는 행위들을 공정거래법으로부터 분리하여 금지청구와 손해배상청구와 같은 민사적 구제수단을 활용하는 부정경쟁방지법에 의해 규제하는 것이 보다 바람직해 보인다.[91]

부당한 고객유인행위는 결국 소비자의 합리적 선택 방해 행위로 이어진다는 점에 위법성이 있는 것이다. 구체적으로 보면, 부당한 이익에 의한 고객유인은 그 판단기준으로써 정상적 거래관행에 비추어 부당한 경우에, 또 위계에 의한 고객유인이나 기타의 부당한 고객유인은 판단기준으로써 각각 부당한 경우에 위법한 행위로써 규제대상이 되는 행위인 것이다. 이러한 부당한 고객유인과 같은 불공정거래행위의 유형은 필연적으로 경쟁제한성의 판단이 필요한 행위라고 보기 어렵고, 단순히 불공정한 경쟁수단만이 문제되는 행위유형일 뿐이라고 보는 것이 합리적이다.

Baumbach/Hefermehl의 분류방법인 5분법(五分法)에 따르면, '고객유인(Kundenfang) 행위'를 대표적인 부정경쟁행위의 한 유형으로 들고 있다. 또 Emmerich의 3분법에서도, '수요자의 이익을 침해하는 행위'(수요자의 의사결정자유를 침해하는 행위, 가치광고, 오인유발, 영업표지남용)를 대표적인 부정경쟁행위의 유형으로 들고 있다. 또한 Köhler의 오인유발행위(Irreleitungen)도 마찬가지이다.

요컨대 사적 구제수단으로서 부정경쟁방지법을 적극적으로 활용할 필요가 있다. 경쟁제한성과 무관한 불공정거래행위의 경우, 이로 인해 상대 경쟁자와 같은 개별적 경제주체들간에 손해가 발생한 경우에 개인들 간의 이익조정이 필요하고, 이러한 손해의 공평한 분담은 개인 간의 분쟁으로서 법원을 통한 민사적인 구제절차가 우선이 되어야 할 것이다. 현재 우리나라의 경우 경쟁자간 또는 시장참여자간의 불공정거래행위로 인해 발생한 개인간 손해의 이익조정에도 행정기관에 의한 공적 구제수단이 주로 사용되고 있다. 개인 간의 분쟁으로서 법원을 통한 민사적인 구제절차가 우선이 되어야 할 것이고, 개인 간의 분쟁해결로서 해결할 수 없는 경우에 국가기관이 개입하여 공적 구제를 통해 분쟁을 해결하는 것이 타당하고, 구제절차나 순서로써도 바람직하다. 따라서 우리 부정경쟁방지법과 공정거래법의 규제대상인 행위유형에 대해서는 양자 사이에 체계적 조정이 필요하다. 특히 경쟁제한성 판단과 무관하게 경쟁자 사이에 발생하는 부정한 또는 불공정한 행위는 부정경쟁행위의 유형으로서 규제할 필요가 있다. 향후 양법 사이에 규제대상 행위유형에 대해 합리적인 입법론적 재편이 필요하다고 보인다.

다. 일본(日本)의 부정경쟁행위의 분류에 관한 학설

(1) 小野昌延의 견해[92][93]

① 상표·상호 및 기타의 표지의 모용 - 상표·상호는 물론 표시로서의 상품의 외관·영업활동의 표지·작품의 제호·식물품종명·원산지 명칭 등의 모용,

② 오인야기적 광고 및 라벨(label)의 부정 - 품질·상품의 출처·가격 등의 허위광

91) 정성진, "부정경쟁행위와 불공정거래행위", 『법학논총』 제12권, 국민대학교출판부, 2000, 44면; 박윤석, "실질적인 부정경쟁행위와 구제수단에 관한 고찰-법규위반을 통한 부정경쟁행위를 중심으로-", 고려대학교 대학원(법학과) 박사학위논문, 2014.7, 176~178면.

92) 小野昌延 編著, 『新·注解 不正競爭防止法[新版](上卷)』, 青林書院, 2007, 22~23頁(小野昌延 집필부분)

93) 이와 관련하여, 송영식/이상정/황종환/이대희/김병일/박영규/신재호 공저, 『송영식 지적소유권법 (하)』 제2판, 육법사, 2013, 388~389면에서는, 거의 같은 내용을 부정경업법의 보호대상(保護對象)이 되는 행위유형으로서 분류하고 있다.

고 · 과대광고 · 부정 라벨(label),

③ 경업상대의 신용이나 노력 · 비용의 무단이용 - 경업상대의 광고나 라벨(label)의 모용, 상품 등의 모방, 영업비밀의 개시·절취, 부당사용 등,

④ 경업상대의 영업 · 상품의 비방 - 비교광고, 상품비교시험결과의 공표 등,

⑤ 경쟁상대에 대한 기업침해 - 보이콧(boycott), 상업적 증뢰(贈賂)나 증회(贈賄), 종업원 매수, 부당상업 피켓팅, 덤핑(dumping), 계약파기의 유인, 경업상대방측에 일어난 스트라이크에 대한 금전적 원조, 부당상업적 보이콧(boycott) 등,

⑥ 가격경쟁 등 부정거래행위 - 할인, 덤핑(dumping), 재판매가격유지, 부당경쟁제한, 부당판매조직, 기하 급수(幾何級數)의 계산법 등,

⑦ 프리미엄 · 경품 판매(끼워팔기) · 현상조건부 판매 · 부당 리베이트 - 부정경업으로서의 법규위반에 의한 우월적 지위의 획득, 부정경업으로서의 계약위반 등.

(2) 澁谷達紀의 견해[94]

독일의 통설적 견해인 Callmann의 '기여적 경쟁행위(경업)'이나, Hefermehl의 '기여적 경쟁원리'의 흐름을 발전시켜, '성과경쟁의 왜곡'이라는 개념을 이용하고 있다.

부정경쟁 즉 성과경쟁의 왜곡례(歪曲例)로서, ① 성과의 모용, ② 성과의 자유선택의 방해, ③ 성과경쟁의 방해, ④ 금지된 방법에 의한 밀어내기 등으로 유형화 하고 있다.

① 성과의 모용

성과경쟁에 따라 타인이 취득한 성과, 가령 경쟁상의 지위나 거래처 등을 모용(무단이용)하는 행위는 모용자에 대하여 그 성과의 우열에 비례하는 것 없이 과대한 이익을 주고, 모용된 타인에게는 성과의 우열에 비례하지 않고, 거래처의 탈취나 그 점유상태의 침해라는 손실을 주는 것이므로, 부정경쟁이다.

일본 부정경쟁방지법이 금지하고 있는 혼동초래행위(일본 부경법 제2조 제1항 제1호), 저명표시의 모용행위(동법 제2조 제1항 제2호), 형태모방상품의 반포행위(동법 제2조 제1항 제3호), 영업비밀의 부정취득행위(동법 제2조 제1항 제4호, 제5호, 제8호) 및 그 도용행위(동법 제2조 제1항 제4호~9호)는 그러한 행위라고 할 수 있다. 일본 부정경쟁방지법에서는 규정되어 있지 않지만, 쿨링오프(cooling-off, 철회권) 제도를 악용하여, 체결된 계약을 가로채는 행위나 이른바 부정개업(不正開業)도 실질적으로는 이런 유형에 속하는 부정경쟁이다.

성과경쟁은 경쟁자에 대한 가해(加害)를 수반한다. 따라서 그것은 부정경쟁일 뿐만 아니라, 불법행위를 구성하는 것이다. 그 위법성은 성과의 모용행위가 자유경쟁의 범위를 일탈하는 행위인가 아닌가에 따라서 판단된다. 즉 자유경쟁의 범위내의 행위라면 성과의 모용이더라도, 그것은 자유경쟁의 필연의 결과이므로, 그 행위를 위법하다고 할 수 없지만, 자유경쟁의 범위를 일탈하는 성과의 모용행위는 그러한 정당화의 이유가 없으므로 위법하고, 불법행위를 구성한다고 해석된다. 불법행위법의 분야에서는 자유경쟁의 범위의 일탈이라는 불법행위의 한 분야가 형성되어 있다. 다만 자유경쟁의 범위내외를 구별하기 위한 원리적이고 일의적인 기분은 제시되어 있지 않다. 민법

94) 澁谷達紀, 『知的財産法講義 III』, 有斐閣, 2005, 16~23頁.

(일본)의 판례학설의 한계라고 할 수 있다. 이런 유형의 불법행위가 인정된 사례로는 계약의 가로채기나 부정개업을 이유로 하는 것이 많다.

② 성과의 자유선택의 방해

경쟁의 성과를 수요자가 자유롭게 선택하는 것을 방해하는 행위는 성과의 우열이 경쟁의 승패에 비례적으로 반영하는 것을 방해하는 것으로 되기 때문에, 부정경쟁이다. 부정경쟁방지법이 금지하고 있는 혼동초래행위(일본 부경법 제2조 제1항 제1호)는, 전술하였듯이, 성과의 모용행위로서 부정경쟁임과 동시에 성과의 자유선택의 방해행위로서도 부정경쟁이다.

원산지오인표시행위(일본 부경법 제2조 제1항 제13호), 질량등오인표시행위(동법 제2조 제1항 제13호), 대리인에 의한 본인 상표의 모용행위(동법 제2조 제1항 제15호)도, 이런 유형에 속하는 부정경쟁이다. 외국의 국기나 국가의 문장, 국제기구의 표장 등을 모용하는 행위(동법 제16조, 제17조)도 수요자에 의한 성과의 자유선택을 방해한다.

일본 부정경쟁방지법에는 규정되어 있지 않지만, 부당한 이익에 의한 고객유인(不公正告 제9항), 끼워팔기(tie-in)(동 제10항), 소비자를 곤혹하게 하는 계약체결의 권유(소비계약 제4조 제3항), 미끼 광고, 성가신 과대 광고, 소비자의 공포심・미신・최면상태・욕심(欲得)・욕망・선량의식 등에 편승한 악덕상법(惡德商法: 靈惑商法, 최면상법, 原野商法, 연쇄판매거래, 데이터 상법, 캐치세일즈 등), 주문을 받지 않은 것에 상품을 송달하는 행위 등도 실질적으로는 이런 유형에 속하는 부정경쟁이다.

③ 성과경쟁의 방해

타인의 성과경쟁을 성과경쟁 이외의 수단에 의해 방해 또는 배제하는 행위는 성과의 우열이 경쟁의 승패에 비례적으로 반영하는 것을 방해하는 것이므로, 부정경쟁이다. 일본 부정경쟁방지법이 금지하고 있는 이런 종류의 행위로서는, 영업비밀의 부정개시행위(일본 부경법 제2조 제1항 제4호~9호), 영업비방행위(동법 제2조 제1항 제14호), 기술적 제한수단의 회피수단의 제공행위(동법 제2조 제1항 제10호, 제11호), 도메인이름의 부정취득・보유・사용(동법 제2조 제1항 제12호) 등이 있다.

일본 부정경쟁방지법에는 규정되어 있지 않지만, 거래거절(不公正告 제1항, 제2항), 차별대가(동 제3항), 거래조건 등의 차별취급(동 제4항), 사업자단체에 있어서 차별취급 등(동 제5항), 부당염매(동 제6항), 부당고가구입(동 제7항), 끼워팔기(동 제10항), 배타조건부거래(동 제11항), 재판매가격의 구속(동 제12항), 구속조건부거래(동 제13항), 우월적 지위의 남용(동 제14항), 경쟁자에 대한 거래방해(동 제15항), 경쟁회사에 대한 내부간섭(동 제16항) 등, 불공정한 거래방법으로서 지정되어 있는 행위의 대다수는 이론상으로는 이런 유형에 속하는 부정경쟁이다. 일본 독점금지법이 규제대상으로서 하고 있는 사적독점(동법 제2조 제5항)은 다른 사업자의 사업활동을 지배 또는 배제하는 것으로써 경쟁의 실질적 제한상태를 초래하는 행위이지만, 그 지배배제행위의 다수도 성과경쟁의 방해행위이다. 이들 행위는 타인에 대한 가해(加害)를 수반하므로, 사안에 따라서는 동시에 불법행위(민법)를 구성할 수 있다.

판례에는 다양한 이유에서 그 위법성이 긍정된 경쟁의 방해행위로서 부정개업(不正開業)에 수반

하는 종업원 빼가기, 상호(商號)를 악의로 선행등기함에 따른 본점 이전등기의 방해[95], 악의의 출원에 의한 상표권의 선행등록[96] 등이 있다.

성과경쟁의 방해 또는 배제를 받은 자는 경쟁자, 비경쟁자, 거래의 상대방 모두 좋다. 영업비망, 부정개업에 수반한 종업원 빼가기, 간접적인 거래거절, 사업자단체에서 차별취급, 부당염매, 부당고가구입, 끼워팔기, 배타조건부거래, 경쟁자에 대한 거래방해, 경쟁회사에 대한 내부간섭에서는 경쟁자가 방해 또는 제약을 받고, 기술적제한수단의 회피수단의 제공행위에서는 통상 비경쟁자가 방해를 받고, 직접적인 거래거절, 차별대가, 거래조건 등의 차별취급, 재판매가격의 구속, 우월적지위의 남용 등에서는 거래의 상대방이 방해 또는 제약을 받는다.

성과경쟁의 방해는 일방적으로 행해지는 것도 있지만, 상호적으로 행해지는 것도 있다. 경쟁자가 상호 성과경쟁을 제한하고 합치진 사례로서는, 일본 독점금지법이 규제대상으로 하는 부당한 거래제한(동법 제2조 제6항)이나, 공동의 거래거절(不公正告 제1항)이 있다. 이들 예에서는 경쟁자는 상호 동일 내용의 의무를 부담하는 관계에 있다. 경쟁자가 상호 이질(異質)적인 의무를 부담하는 경우, 가령 일방의 당사자는 가격의 제한을 받지만, 타방의 당사자는 품질의 제한을 받는다는 경우도, 성과경쟁의 상호제한에 해당한다. 거래단계를 달리 하는 자 사이에 성과경쟁을 제한하여 합치는 경우도 있다. 가령 상대방에게 전매(專賣)를 의무지우는 보답으로서, 당해 상대방에게 총괄(독점) 판매권을 주는 경우이다. 이들 상호적 경쟁방해의 사례에서는 당사자의 쌍방이 각각 부정경쟁을 행하는 것이 된다. 다만 통상은 당사자 쌍방의 이해가 대립하는 것은 아니므로, 만약 부정경쟁으로서 규제하는 것으로 하더라도 민사규제는 기능하게 어렵다.

④ 금지된 방법에 의한 밀어내기

법률 기타의 사회규범상 금지되는 방법을 사용하는 것으로써 타인의 경쟁을 빼내는 행위는 정해진 제한의 틀 내에서 성과의 우열을 다투어야 하는 것을 자기만이 그 제한을 밟고 넘어서서 성과를 올리는 행위이므로, 성과의 우열이 경쟁의 승패에 비례적으로 반영하는 것을 방해하는 것이 된다. 따라서 그러한 행위는 부정경쟁이다.

일본 부정경쟁방지법이 금지하는 외국공무원에 대한 이익공여행위(일본 부경법 제18조)는 그러한 의미에서 부정경쟁이다. 이론상은 경제관계법령에 위반하는 경쟁행위 일반도 이런 유형에 속하는 부정경쟁이라고 해도 좋다. 가령 연속판매거래는 소비자의 이득의용을 이용한 상품서비스의 판매행위이지만, 그러한 행위는 특정상거래에 관한 법률에 따라서 금지되고 있으므로, 여기에 위반하는 행위는 이론상은 부정경쟁이다. 독일 부정경쟁방지법의 경우는, 경업자, 소비자 기타 상품서비스의 공급자 혹은 수요자로서 시장에 참가하는 모든 자(Marktteilnehmer)의 이익을 위하여 제정되어 있는 법령에 위반하는 경쟁행위를 부정경쟁으로서 예시하고 있다(동법 제4조 제11호).

부정경쟁방지법의 본질을 불법행위법으로 이해하는 경우에는 경제관계법령에 위반하는 경쟁행위 일반을 부정경쟁으로서 파악하는 것은 곤란할 것이다. 불법행위주의는 권리 내지 이익의 침해를 부정경쟁의 요건으로 하기 때문이다. 불법행위주의 아래에서 부정경쟁으로서 파악할 수 있는 행위는 법령위반행위 중에서도 경쟁자의 이익보호를 목적으로 하는, 이른바 보호법규에 위반하는 행위에 한정된다.

95) 最判昭和36・9・29 民集15巻8号2256頁.
96) 東京高判平成11・11・29 判時1710号141頁.

(3) 田村善之의 견해[97]

자유시장을 전제로 하여 경쟁질서의 유지, 발전이라는 정책적인 관점에서 부정경쟁행위의 유형화를 고려한다.

즉 부정경쟁방지법을 포함한 경쟁법의 목적이 경쟁질서 유지, 발전이라는 것을 전제로 하여, '부정경쟁으로서 금지해야 하는 행위유형'을, ① 경쟁감쇄행위, ② 부당수요환기행위, ③ 성과모용행위, ④ 외부불경제야기행위 등으로 분류하고 있다.

① 경쟁감쇄행위(競爭滅殺行爲)

첫째, 경쟁을 감쇄하는 행위를 금지할 필요가 있다. 시장이 기능하기 위해서는 경쟁이 이루어져야 하기 때문이다. 경쟁감쇄행위에는 경쟁 그 자체를 정지하는 행위나, 도태되어서는 안되는 경쟁자를 배제하는 행위가 포함된다. 가격협정이나 주된 상품의 시장에 있어서 지배적 지위를 따르는 상품의 시장에 확대시켜 끼워팔기, 경쟁자 배제목적의 부당염매행위, 부당한 거래거절 등이 여기에 해당한다. 일본 현행법상은 주로 독점금지법에 의하여 금지되고 있다.

② 부당수요환기행위(不當需要喚起行爲)

거래상대방에 대하여 하자 있는 정보를 전달하거나, 판단능력을 흐리게 하거나, 판단의 자유를 저해하는 행위도 금지할 필요가 있다. 이들 행위를 방치하는 경우에는 가령 경쟁이 이루어지고 있더라도, 수요자가 자기의 판단에 기초하여 거래를 할 수 없게 된다. 간단하게 말하면, ① 경쟁감쇄행위가 경쟁이 이루어지지 않도록 선택지를 없게 하는 것이 문제라고 한다면, ② 부당수요환기행위는 경쟁이 이루어지는지 여부와는 별개로, 선택이 효력이 없게 되는 결과, 경쟁에 의한 시장의 토대가 기능하지 못하게 되는 것이 문제되는 것이다.

이러한 부당수요환기행위는 곧바로 위법하게 되어야 하는 기망행위와, 기타 부당한 유인행위로 나눌 수 있다. 전자 즉 기망행위에는 상품이나 서비스의 내용의 위장행위가 포함된다. 경쟁상대방의 상품이나 서비스를 중상(中傷)하는 행위, 즉 근거 없는 말로 헐뜯어 명예나 지위를 손상시키는 행위도 여기에 포함될 수 있다. 후자, 즉 기타 부당한 유인행위에는 미끼 판매나 미끼 광고, 과대한 경품(景品)을 부착하는 등 부당하게 사행심에 호소하는 광고나 판매방법, 수요자에게 불필요한 재화의 구입을 강제하는 끼워팔기 등등, 소비자의 의사결정을 왜곡하는 행위가 해당할 수 있다.

③ 성과모용행위,

성과모용행위에 해당하는 유형은 타인의 노력, 신용, 기술등에 대한 무임승차(free ride) 행위등 경쟁질서를 발전시켜야 하는 타인의 성과를 모용하는 행위이다.

일본 현행법상 각종 지식재산권법이 있고, 부정경쟁방지법에는 상품등 주체혼동행위, 저명표시의 부정사용행위, 상품형태의 데드카피, 영업비밀의 부정이용행위 등이 규율되고 있지만, 성과모용을 일반적으로 금지하는 조항은 존재하지 않는다.

타인의 성과를 모용함으로써, 타인이 성과를 얻기 위하여 지불한 투하자본에 무임승차(free ride) 하는 행위를 허용하는 경우, 무임승차(free ride)를 하는 자의 쪽이 유리하게 된다고 하면, 성

97) 田村善之, 『不正競爭法概說[第2版]』, 有斐閣, 2004, 17~21頁.

과를 얻기 위하여 자본을 투하한 자가 감소될 가능성이 있다. 여기에는 공급된 상품, 서비스의 질이 향상되지 않고 정체하는 상태를 초래하고, 경쟁질서의 발전이 해치게 될 우려가 있다는 판단에서 성과모용행위를 금지해야 한다는 결론이 도출될 가능성이 있다. 이 경우, 성과(成果)란 품질향상, 서비스 질의 향상 등 재화의 효용을 높이는 것과, 기술혁신에 의해 생산의 효율성을 향상시키거나 새로운 재화를 야기하는 등, 효율성을 높이는 인자가 될 수 있는 것을 말한다.

다만, 이러한 행위 유형 중에는 금지되어야 하는지 여부의 경계선이 어려운 것이 있다. 왜냐하면 동일한 상품의 공급을 금지한다는 것은 상품의 경쟁을 금지한다는 것으로 연계되는 것이어서, 경쟁질서의 유지에 따라 반드시 바람직한 상태를 초래하는 것으로 한정되지 않기 때문이다(특히 시장의 독점에 연계되는 경우). 또한 기술이라는 것이 원래 모방의 축적에 따라 발전하는 것인 이상, 모방행위를 모두 금지하면 기술의 정체, 더 나아가서는 경쟁질서의 정체를 초래하게 될지 모른다. 따라서 성과개발의 인센티브 형성에 필요한 한도에서 보호해야 한다.

④ 외부불경제야기행위

이는 외부불경제를 야기시키면서 재화를 공급하는 행위, 즉 행위자가 사회적인 한계비용의 전부를 부담하지 않기 때문에 재화가 바람직한 공급량을 초과하여 공급되는 행위이다.

예컨대 공해(公害, 환경오염)를 야기시키는 제조행위가 그 전형적인 예이다. 일본 현행 부정경쟁방지법도 외국 국기 등의 무단사용행위를 금지하는 이유를 국제예양(國際禮讓)에서 모색하는 한, 이러한 유형에 포함된다. 그러나 이들의 행위를 모두 부정경쟁행위로서 분류하는 데에는 저항이 수반될 것이다. 적어도 자원배분의 효율성, 최적생산량 등이라는 개념에 애초부터 익숙하지 않고, 어쨌든 부정경쟁행위로서 금지되어야 한다고 해석하는 것은 일반적 행위에 대해서는 경쟁질서라는 기준 이외에 가치 판단이 작동하고 있는 분야라고 할 수 있을 것이다. 이들 행위의 대다수는 불법행위에 관한 일본 민법 제709조 이외, 다수의 법률에 따라서 규율되고 있다는 것에 유의할 필요가 있다.

한편, 외국에서는 다른 법규에 위배하는 경쟁행위가 부정경쟁행위로 될 수 있는지 여부가 논의되고 있다. 이러한 행위유형의 다수는 ④외부불경제야기행위에 포함할 수 있지만, 무허가 영업 등 완전히 묶을 수 없는 것도 있다. 입법론(立法論)으로서 법규위반행위(法規違反行爲)에 대한 대책은 각 법규마다 어떠한 제재(制裁) 시스템을 채용해야 하는가 라는 문제 속에서 고찰되어야 하고, 부정경쟁법의 문제로서 논의할 필요는 적다고 할 것이다. 다만 일반조항에 해당될지의 문제로서 나타날 수 있을 것이다.

라. 기타 소비자보호나 부당고객유인행위 규제의 관점[98]

- 소비자보호나 부당고객유인행위규제의 관점에 입각하여, 외국법과 비교법적 검토를 하면서 부정경쟁행위의 개념에 대해 논하고 있는 견해가 상당수 존재하고 있다.

98) 瀧田重昭, "不正競爭防止法と消費者保護", 『不正競業法の硏究』, 發明協會, 1985, 224頁.; 江口順一, "欺瞞的廣告による不正競爭とアメリカ法", 『工業所有權法の諸問題: 石黑淳平先生馬瀨文夫先生還曆記念論文集・工業所有權法の諸問題』, 法律文化社, 1972, 304頁; 松本恒雄, "不当顧客誘引行爲", 『判例タイムズ』793号, 判例タイムズ社, 1992.10, 43-53頁.

4. 우리나라의 부정경쟁행위 유형별 체계화를 위한 기준

가. 서설

(1) 종래의 견해

첫째, 이분설이다. 즉 종래 초기부터 주장되어온 다수의 견해의 일반적인 분류방식이다. 즉 부정경쟁행위 유형을 특정 동업자의 이익을 침해하는 행위와 동업자 전체의 이익을 침해하는 행위로 구별하는 견해이다(이른바 '이분설'이라 함).[99][100] 이 분류방법은 크게 보호법익(保護法益)을 기준으로 행위유형을 분류하는 견해라 할 수 있다. 이 견해에 따르면, 우리 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위의 유형을 한정적으로 열거한 동법 제2조 제1호에 따른 부정경쟁행위의 유형을 부정경쟁수단으로 인해 직접적으로 피해를 입는 자(被害者)를 기준으로 이하와 같이 분류하고 있었다. 즉 (i) 이른바 상품주체혼동행위, 영업주체혼동행위를 특정한 동업자의 이익을 해치는 행위로 분류한 뒤, (ii) 원산지오인야기행위, 생산지오인야기행위, 그리고 질량오인야기행위를 동업자 전체의 이익을 해치는 행위로서 나누었다. 특히 원산지오인야기행위, 생산지오인야기행위에 대해서는 이를 특정한 동업자집단의 이익을 해치는 행위로서 특정 영업자의 이익을 침해하는 혼동야기행위의 행위유형(상품주체혼동행위, 영업주체혼동행위)과 불특정 다수의 공중의 이익을 침해하는 질량오인야기행위의 행위유형의 중간적 위치를 부여하였다.[101]

이러한 종래의 분류방식을 취하면서도 우리나라와 일본의 학설의 대다수는 법에 규정된 부정경쟁행위의 수가 극히 한정된 까닭에 이 행위들을 유형별로 나누어 설명할 실익이 적다는 이유로 조문(條文)에 대한 축조해설(逐條解說)의 형식을 취하는 태도가 대다수였다.

그러나 이에 대해, 이러한 분류는 우리 부정경쟁방지법의 성격을 순수하게 다른 경쟁자의 이익보호의 체계로 파악하는 것을 전제로 하는 것이라는 비판적 견해가 있었다.[102] 나아가 이 견해는 비록 소비자를 포함한 수요자에 대하여 동법이 사법적 구제수단을 부여하지 아니한다고 하더라도, 동법이 수요자와 공급자를 포함하는 시장참가자 전원의 이익을 보장하여 자유롭고 공정한 경쟁질서의 확립을 목적으로 하는 것이라는 점, 게다가 중요한 것은 혼동이나 오인이 유발되는 자, 다시 말하여 제2조 제1호의 행위들의 직접적 표적은 특정한 동업자나 전체 동업자가 아니라 소비자를 포함한 일반수요자라는 사실이라는 점, 이러한 행위유형을 경쟁자 보호로서가 아니라 수요자 내지 소비자 이익침해행위로 파악하는 독일의 유형론이 이러한 분류의 부적절함을 간접적으로 시사하고 있다는 점 등을 근거로 종래 견해에 비판을 가하고 있다.

나아가 또 다른 비판적 견해에 따르면, 종래 초기 이분법설에 따른 분류방법의 문제점으로서, 우리나라 부정경쟁방지법상 보호되는 보호법익이 주로 경쟁자 개인의 이익을 중요시하는 경향으

99) 송영식/이상정/황종환/이대희/김병일/박영규/신재호 공저, 『송영식 지적소유권법 (하)』, 육법사, 2008, 410면; 송영식/이상정/황종환/이대희/김병일/박영규/신재호 공저, 『송영식 지적소유권법 (하)』 제2판, 육법사, 2013, 396면. 이 책들은 송영식/이상정/황종환 공저, 『지적소유권법』, 육법사, 1987. 7. 30. 초판의 내용상 큰 틀을 그대로 유지하고 있다.

100) 여기서 특정 동업자의 이익이란 개별 경쟁자들의 주관적 이익을 의미하고, 한편 동업자 전체의 이익이란 공동체 전체의 이익보다는 작은 범위에서 해당 영업을 영위하는 집단의 이익이라고 볼 수 있다.

101) 정호열, 『부정경쟁방지법』, 삼지원, 1993, 120면.

102) 정호열, 『부정경쟁방지법』, 삼지원, 1993, 118~119면.

로 입법되었기 때문에 특정 동업자의 이익을 침해하는 행위유형이 주로 규정되어 있으나, (바)목의 상품·질량 오인야기행위는 물건이나 서비스를 제공받는 불특정 다수인에게 피해를 줄 수 있는 행위이고, 경쟁질서 안에서 객관적 행위규범을 위반하는 행위이기도 하므로, 동업자 전체 이익뿐만 아니라 소비자의 이익을 침해하는 행위로 볼 수 있으므로, 결국 특정 동업자 전체의 이익을 침해하는 행위와 동일한 행위 유형으로 볼 수 없다는 문제점이 있다고 한다.[103]

둘째, 삼분설이다. 즉 혼동초래행위와 오인유발행위의 두 가지 유형으로 나누고, 여기에 영업비밀 침해행위를 더하여 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위를 크게 3분하는 견해가 있다(이른바 '삼분설'이라 함).[104] 이 견해는 부정경쟁방지법상 조문의 구성요건에 충실하여 조문상 표현되어 있는 혼동초래와 오인야기의 개념을 구별한다. 이러한 분류방식에 따르면, 현행 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목의 상품주체 혼동행위와 (나)목의 영업주체혼동행위는 혼동초래행위에 속하고, 한편으로 (라)목의 원산지 허위표시행위, (마)목의 출처지 오인야기행위, (바)목의 질량오인야기행위는 오인유발행위에 속하게 된다.

결국 이러한 종래 초기 분류(이분설)에 대한 비판적 견해는 다음과 같이 주장한다. 기본적으로 보호법익 내지 직접적 피해자를 기준으로 삼고, 그 다음 파리협약과 독일 부정경쟁방지법상의 행위유형을 고려하고, 마지막으로 법문의 차이 즉 법 제2조 제1호 각호의 구성요건 즉 가목과 나목과 같은 혼동야기행위는 "혼동을 일으키는 행위"라고 되어 있고, 종래 원산지허위표시행위, 출처지 오인야기행위, 그리고 질량오인야기행위와 같은 오인야기행위는 "오인을 일으키는 행위"라는 되어 있는 차이를 고려하여, ① 혼동초래행위와, ② 오인유발행위 2가지 유형으로 분류하는 2분법을 취하는 주장이 있다. 이 견해는 종래 원산지허위표시행위, 출처지오인야기행위, 그리고 질량오인야기행위는 본질적으로 하나의 유형에 속하는 행위들로서 불필요하게 개별화된 것으로 생각한다고 주장한다. 이 견해는 종국적으로 부정경쟁방지법 전체적으로 보면, 혼동초래행위, 오인유발행위, 영업비밀침해행위로 분류하고 있다.[105]

그러나, 이러한 삼분설(三分說)에 대한 비판적 견해에 따르면, 삼분설의 분류방식은 최초 제정시부터 50년 정도를 지나오면서 현재 부정경쟁방지법이 (다)목의 희석화 행위, (차)목(현행법 (파)목의 보충적 일반조항)의 무임승차 행위 등을 포함하게 됨으로써 오인유발이라는 행위의 형태로 구별할 수 없게 되었다고 비판한다. 즉 (다)목의 희석화 규정은 타인 표지의 식별력이나 명성을 손상하는 행위로서 상품주체 또는 영업주체의 혼동과 구별되는 식별력과 명성의 손상이라는 구성요건을 가지고 있고, 한편 (차)목[현행법 (파)목]의 무임승차 규정은 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용하는 행위유형을 규정함으로써 혼동초래행위와 오인유발행위보다 더 넓은 행위형태를 포함하게 되었다고 비판한다.[106]

---

103) 박윤석, "실질적인 부정경쟁행위와 구제수단에 관한 고찰-법규위반을 통한 부정경쟁행위를 중심으로-", 고려대학교 대학원(법학과) 박사학위논문, 2014.7, 21면.
104) 정호열, 『부정경쟁방지법』, 삼지원, 1993, 119~121면.
105) 정호열, 『부정경쟁방지법』, 삼지원, 1993, 119~121면.
106) 박윤석, "실질적인 부정경쟁행위와 구제수단에 관한 고찰-법규위반을 통한 부정경쟁행위를 중심으로-", 고려대학교 대학원(법학과) 박사학위논문, 2014.7, 20면.

셋째, 행위유형분류 무용론(無用論)이다. 즉, 부정경쟁방지법상 조문의 유사성에 근거한 행위유형 분류방식을 택하는 견해이다.[107] 즉, 우리나라의 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위 유형을 구별한다는 것은 의미가 없고, 현행법상 규정되어 있는 행위를 행위유형으로 인정해야 한다는 견해이다(이른바, '행위유형분류 무용론(無用論)' 이라 함). 이 견해는 부정경쟁행위에 대한 한정열거주의를 취하고 있는 우리나라 상황에서 부정경쟁행위의 유형론은 의미가 없다는 것을 근거로 한다. 이 견해에 따르면, ① 상품주체 및 영업주체에 대한 혼동행위, ② 저명상표 희석행위, ③ 원산지, 생산지 또는 제품의 질·양 등의 오인유발행위, ④ 대리인 등의 무단 상표사용행위, ⑤ 사이버 스쿼팅 및, ⑥ 형태모방 등으로 부정경쟁행위를 유형화 할 수 있다고 한다.

넷째, 보호대상기준설이다. 즉, 위 3가지 견해 따른 분류방법에 근거하여, 우리나라 부정경쟁방지법상의 부정경쟁행위를 경쟁자, 소비자, 공공의 이익을 침해하는 행위유형으로 분류할 수 있다는 견해(이른바 '보호대상기준설'이라 함)이다.[108] 이 견해에 따라 부정경쟁행위를 재분류하면, 혼동초래행위는 경쟁자의 이익을 침해하는 행위이고, 오인유발행위는 소비자의 이익을 직접적으로 침해하는 경위로 볼 수 있으며, 한편 특정 동업자의 이익을 침해하는 행위는 경쟁자의 이익을 침해하는 행위유형이고, 특정 동업자 전체의 이익을 침해하는 행위는 경쟁자 전체의 이익을 침해하는 행위라고 한다. 나아가 부정경쟁방지법 조문의 유사성에 근거하여 행위유형을 분류하는 견해에 따르면, 소비자의 이익을 침해하는 오인유발행위 이외의 부정경쟁행위는 경쟁자의 이익을 침해하는 행위유형에 해당한다고 한다. 결국 이 견해는 현재 우리나라 부정경쟁방지법상 규정된 부정경쟁행위는 경쟁자와 소비자의 이익을 침해하는 행위유형만 규정되어 있으므로 우리나라 부정경쟁방지법상 보호대상은 경쟁자와 소비자에 한정된다고 볼 수 있다고 주장한다.

이 견해의 전제는 이하와 같다. 즉 형식적 부정경쟁행위라고 하면 가장 좁은 의미로서 각 국가에 존재하는 부정경쟁방지법이라는 명칭을 가지고 있는 법에서 규정하고 있는 부정경쟁행위라고 할 수 있고, 이에 반해 실질적 부정경쟁행위란 그 이외의 법률에서 다루는 행위유형 중 경쟁행위로서 위법성이 인정될 수 있는 행위를 의미한다는 점을 전제로 하고 있다. 즉 실질적 부정경쟁행위는 부정경쟁행위법상의 금지된 행위는 아니지만 그에 상응하는 부정한 경쟁행위로 인정되는 행위들이라고 한다. 나아가 부정경쟁방지법에서 부정경쟁행위에 대한 일반조항을 도입하고 있는 경우(예컨대 독일), 형식적 의미의 부정경쟁행위는 사실상 실질적 의미의 부정경쟁행위까지 포함하게 된다고 한다. 결국 우리나라는 부정경쟁방지법에 개별 부정경쟁행위만을 열거하고 있으므로 열거된 행위만을 형식적 의미의 부정경쟁행위로 볼 수 있고, 그 이외의 열거되지 아니한 부정경쟁행위를 실질적 부정경쟁행위로 볼 수 있다고 주장한다.[109]

그러나 이 '보호대상기준설'도 이하와 같이 비판받을 수 있다. 즉 이 견해와 같이 우리나라 부정경쟁방지법상의 부정경쟁행위가 단순히 경쟁자, 소비자, 공공의 이익을 침해하는 행위유형으로 3가지로 단선적으로 정확하고 명확하게 분류할 수 있는지가 의문이라는 점이다. 즉 개별 부정경쟁

107) 윤선희·김지영, 『부정경쟁방지법』, 법문사, 2012, 31면.
108) 박윤석, "실질적인 부정경쟁행위와 구제수단에 관한 고찰-법규위반을 통한 부정경쟁행위를 중심으로-", 고려대학교 대학원(법학과) 박사학위논문, 2014.7, 22면.
109) 박윤석, "실질적인 부정경쟁행위와 구제수단에 관한 고찰-법규위반을 통한 부정경쟁행위를 중심으로-", 고려대학교 대학원(법학과) 박사학위논문, 2014.7, 18면.

행위 유형을 고찰하면 보호대상이 복합적인 성격을 지닌 경우가 오히려 다수라는 점이다. 예컨대, 우리나라 부정경쟁방지법상의 한정열거된 부정경쟁행위를 보호대상 기준으로 살펴보더라도, (i) 단순히 경쟁자만을 보호대상으로 하고 있는 유형(사목, 아목, 차목, 카목등)이 있는 반면에, (ii) 경쟁자 보호와 함께 간접적으로 소비자(수요자)를 보호하는 유형(가목 내지 다목, 자목, 타목)이 있고, 나아가 (iii) 소비자(수요자)와 함께 간접적으로 시장참가자 전체의 이익을 보호하는 유형(라목~바목)이 있으며, 마지막으로 (iv) 경쟁자 보호와 함께 간접적으로 공정한 시장 경쟁질서를 보호하는 유형(파목)이 있다는 점이다. 요컨대 위와 같은 '보호대상기준설'은 3가지 보호대상 기준으로 우리 법상 한정열거된 개별 부정경쟁행위를 분류하는 것은 너무나 보호대상을 단순화한 것이어서 각각의 개별 부정경쟁행위의 보호대상이 복합적 성격을 가지고 있는 경우를 설명하기 어렵다는 비판을 받을 수 있다.

(2) 소결 - 부정경쟁행위의 분류 및 유형화의 곤란성

부정경쟁행위 그 자체의 유형적 분류는 위에서 살펴본 바와 같이, 논자마다 그 분류기준 자체가 다르다. 그 분류기준의 당부를 비교법적으로 검토하거나 분류기준 자체를 비교하여 대비하는 것도 쉽지 않다.

또한 불법행위와 관련지어 부정경쟁행위의 유형화를 하는 것도 그 보호법익 내지 법적보호에 가치가 있는 이익이나 침해행위 유형의 다양성에서 이것을 상세히 분류하는 것도 곤란하다.

그래서 이 글에서 부정경쟁행위에 대한 '위법성(違法性)의 판단근거(判斷根據)'에 따라 부정경쟁행위를 크게 유형화하여 분류하고자 한다.

위와 같은 부정경쟁행위의 유형화 기준에 따르면, 부정경쟁행위 규제의 목적을 경쟁자 내지 경업자 사이의 공정한 경쟁질서의 유지라는 관점에 입각하면, 우선 불법행위에 의한 위법성 판단이 경쟁질서를 침해하는 침해행위의 위법성(악성)에 중점이 두어지는 일련의 행위유형(이하 '경쟁질서위반 유형 부정경쟁행위'라 함)과 타인의 지적활동 혹은 일정한 자본·노력의 투하에 따른 성과를 부당하게 모방하거나 또는 도용(모용)하는 점에 위법성의 중점이 있는 부정경쟁행위 유형(이하 '성과도용 유형 부정경쟁행위'라 함)으로 분류하고자 한다.

요컨대, 이 글 집필자의 사견(私見)으로는, (i) 현행 부정경쟁방지법은 애초와 마찬가지로, 가목과 나목과 같은 혼동야기행위(상품주체혼동행위, 영업주체혼동행위)는 "혼동을 일으키는 행위"가 구성요건으로 되어 있는 점과, 이렇게 나누는 실익이나 근거가 궁핍하다는 점과, 또 자기의 상품을 타인의 영업과 혼동하게 하거나, 반대로 자기의 영업을 타인의 상품과 혼동하게 하는 행위는 현행법에 따르면 규제의 대상이 될 수 있는지 여부가 불명확하다는 형식상의 문제도 있는 점 등에서 양호를 일체화하여 '혼동야기행위' 또는 '혼동초래행위'라고 규정함으로써 형식상의 문제를 제거할 필요가 있다고 생각한다.[110] 나아가, (ii) 원산지허위표시행위, 출처지오인야기행위, 그리고 질량오인야기행위는 본질적으로 하나의 유형에 속하는 행위들로서 불필요하게 개별화된 것이라는 점에서, '오인유발행위'라고 일체화하여 분류할 필요가 있다고 생각한다.[111]

따라서 이 글에서는 현행법의 부정경쟁행위의 유형을 일체화 및 체계화하여 분류하는 방식으로

110) 経済産業省知的財産政策室編著, 『逐條解説 不正競爭防止法(平成23・24年改訂版)』, 有斐閣, 2012, 52頁.
111) 같은 취지, 정호열, 『부정경쟁방지법』, 삼지원, 1993, 120면.

서, 크게 ① 혼동야기(초래)행위, ② 희석화행위, ③ 오인유발행위, ④성과도용행위로 나누고, 나머지 부정경행쟁행위는 ⑤ 기타 부정경쟁행위 등으로 분류함으로써, 결국 5가지 유형으로 구분하여 그 분류를 5분법아래 체계화하여 규정할 것을 시도한다. 나아가 종국적으로는 이러한 분류방식의 타당성을 이론적 근거와 더불어 우리 판례의 태도를 면밀히 검토 후 반영하면서 현행법의 부정경쟁행위 분류에 대한 조문에 대해 개정 취지를 담은 입법론을 전개하고자 한다.

아래에서 보듯이, 우리 부정경쟁방지법에는 성과도용 유형 부정경쟁행위로 볼 수 있는 5가지 유형이 한정적으로 열거되어 있다. 예컨대 ① 상품형태 모방행위(자목), ② 아이디어 탈취행위(차목), ③ 데이터 부정사용행위(카목), ④ 유명인의 초상·성명 등 타인을 식별할 수 있는 표지의 부정사용행위(타목), ⑤ 타인 성과 등 도용행위(보충적 일반조항)(파목) 등 5가지 유형을 성과도용 유형 부정경쟁행위로써 한정적으로 열거하고 있다. 다만, 5가지 유형 중 ③번과 ④번 유형, 즉 ③ 데이터 부정사용행위(카목)(2022. 4. 20. 시행), ④ 유명인의 초상·성명 등 타인을 식별할 수 있는 표지의 부정사용행위(타목)(2022. 6. 8. 시행)의 경우에는, 각 조문의 시행시기에 비추어 대법원 판례가 현재까지 선고된 바 없다.

나. 경쟁질서위반 유형 부정경쟁행위

'경쟁질서위반형 부정경쟁행위'란 부정경쟁행위 규제의 목적을 경쟁자 내지 경업자 사이의 공정한 경쟁질서의 유지라는 관점에 입각하면서, 불법행위에 의한 위법성 판단이 경쟁질서를 침해하는 침해행위의 위법성(악성)에 중점이 두어지는 일련의 행위유형을 말한다.

일반론으로서, '경쟁질서위반형 부정경쟁행위'의 예로서는 (i) 타인의 상품이나 영업상 신용이나 명성에 무임승차하는 행위(고객흡인력의 부정이용 행위), (ii) 타인의 영업에 대한 방해나 간섭 행위(타인의 업무방해 행위) 등이 있다.

우리 부정경쟁방지법 제2조 제1호에 입각하면, 앞서 5분법에 기초할 때, ④ 성과도용행위를 제외한 나머지 유형들, 넓게 보면 ① 혼동야기(초래)행위, ② 희석화행위, ③ 오인유발행위, 및 ⑤ 기타 부정경쟁행위 등이 이른바 '경쟁질서위반형 부정경쟁행위' 유형에 포함된다고 할 수 있다.

다. 성과도용 유형 부정경쟁행위

(1) 의의

(가) '성과도용형(모용형) 부정경쟁행위'란 부정경쟁행위 규제의 목적을 경쟁자 내지 경업자 사이의 공정한 경쟁질서의 유지라는 관점에 입각하면서, 타인의 지적활동 혹은 일정한 자본·노력의 투하에 따른 성과를 부당하게 모방하거나 또는 도용(모용)하는 점에 위법성의 중점이 있는 부정경쟁행위 유형을 말한다.

우리들의 일상생활이나 업무수행은 많거나 적거나 타인의 노동(지적 활동을 포함)이나 자본의 성과(이하 광의 개념에서의 '타인의 성과'라 함)에 의존하고 이것을 이용하고 있다.

지식재산권법은 이러한 이용행위 중, 타인의 지적 창작활동이나 영업상의 신용에 '무임승차'를 방지하기 위하여 각종의 지식재산권을 창설하고 타인의 성과를 보호하는 것과 동시에 그 한계를 획정하고 있다. 따라서 이러한 지식재산권에 의한 보호의 대상으로 되지 않는 타인의 성과 이용은

본래 자유이고, 그러한 이용행위를 법에 의하여 규제해서는 안된다고 하는 사고도 있을 것이다.

또한 자유경쟁사회는 기업을 비롯하여 모든 자의 경쟁에 참가 기회의 평등성을 확보하고, 또한 자기의 행위의 결과에 대한 예측가능성(적법성의 한계에 대한 예측을 의미한다)을 전제로 하여 성립할 수 있는 것이므로, 그러한 행위에 대한 법규제는 명확해야 하고, 해석에 광범한 법 (규범) 창조 기능이 있는 일반조항의 적용은 신중해야 한다는 사고도 일정한 합리성이 있다.

그러나, '권리'(權利)의 동적인 형성과정을 고려하면, 종래에는 자유경쟁(自由競爭)이 보장되는 영역에서 일정한 사회적 사실에 입각한 특정한 이익의 보호를 다른 경쟁참가자에 대한 행위규제를 통하여 실현된 예를 종종 볼 수 있고, 불법행위법을 비롯한 일반조항(一般條項)이 그러한 '권리'(법적으로 보호해야 할 이익)의 인지(認知)에 극히 대단한 역할을 다하였다는 것은 부정할 수 없는 사실이다.

반대로 말하면, 법해석에 의한 새로운 권리(법적으로 보호해야 하는 이익)의 창조 없이는 경쟁사회의 정상적인 발전도 있을 수 없다.

여기서 지식재산권법의 보호를 받지 못하는 타인의 성과에 대한 불법행위 규제의 존재의의가 있다. 즉 지식재산권법·부정경쟁방지법에서 규정되어 있지 않은 지적 성과의 이용행위가 불법행위에 해당한다고 하여 해당 성과의 창작자 등이 보호되는 경우가 있다. 이는 지식재산권법 등이 자유로운 경쟁행위와 부당한 모용행위를 구별하는 기준, 즉 보호받을 만한 지적 성과를 엄격하게 정하는 것이 아니라, 지적 성과의 보호에 관하여 보다 크게 경업법적 배려가 존재하는 것이며, 지식재산권법 등은 어디까지나 해당 배려에 기초하여 보호할 만한 지적 성과를 정형화한 것에 불과하다는 것을 말해주고 있다.[112]

이러한 '타인의 성과'에 대한 보호는 반드시 절대적인 것은 아니다. '타인의 성과'의 이용이 원칙적으로 자유롭게 되어 있는 영역에서는 그 이용을 규제하기 위하여 일정한 합리성(사회적 타당성)이 인정되어야 한다.

그러한 합리성의 근거는 다수의 경우에 이를 이용하는 행위의 위법성이 근거가 된다. 즉 '타인의 성과'를 이용하는 행위가 경쟁사회의 공통규범인 경쟁자 내지 경업자 사이의 '공정하고 자유로운 경쟁'의 확보라는 원칙에 비추어 상당하지 않는 것이 근거가 된다.

이러한 의미에서 성과모용형 부정경쟁행위도 넓은 의미에서는 경쟁질서위반형 부정경쟁행위의 범주에 포함되는 것이고, 그중에서 규범의 합리성의 요소의 하나로서 '타인의 성과'의 존재가 일정한 위법행위로부터 법적 보호를 받을 만한 가치가 있다는 것을 이유로 하는 일련의 행위유형이라고 말할 수 있을 것이다.[113]

이하에서는 이러한 성과모방형 부정경쟁행위에 관한 우리 판례의 형성과정 및 전개와 이에 기초하여 신설된 보충적 일반조항의 신설경위를 살펴본다.

나) 한편 종래 우리 판례는 성과도용형 부정경쟁행위가 보충적 일반조항으로 신설되기 이전에는 민법상 일반불법행위의 하나로서 규율하였다. 이러한 점은 예컨대 이른바 '골프존(스크

112) 이 점에 관한 상세는, 松村信夫, "他人の成果の冒用と不法行爲", 知財管理57卷6号, 日本知的財産協會, 2007, 859頁.

113) 松村信夫, 『新・不正競業訴訟の法理と實務』, 民事法研究會, 2014, 895~896頁.

린 실내골프장)' 사건의 대법원 판결[114]의 하급심(서울고등법원 판결)[115]에서 원고측 주장 태도에서도 명백히 드러난다.

[원고들의 주장]

"원고들은, 원고들의 이 사건 각 골프장의 골프코스와 골프장 명칭은 원고들 각자가 상당한 투자와 노력을 기울여 만든 성과물로서, 피고 회사는 원고들의 허락 없이 이 사건 각 골프장의 골프코스의 모습과 골프장 명칭을 사용하여 골프코스 영상을 제작한 후 2011. 3. 29.부터 2015. 2. 23.까지 스크린골프장 운영업체에게 제공하였는데, 이는 원고들의 명성이나 성과에 편승하여 원고들의 성과물을 피고 회사의 영업을 위해 무단으로 사용한 행위로서 부정경쟁방지법에 제2조 제1호 (차)목의 부정경쟁행위가 도입되어 시행되기 전인 2014. 1. 30.까지는 민법상의 불법행위에, 2014. 1. 31.부터는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목의 부정경쟁행위에 해당한다고 주장한다."

이하에서는 이러한 성과도용형 부정경쟁행위에 관한 우리 판례의 형성과정 및 전개와 이에 기초하여 신설된 보충적 일반조항의 신설 경위를 살펴본다.

(2) 우리 판례의 태도

(가) 일반불법행위 법리에 의한 보호

2010년 대법원 결정(2008마1541)과 2012년 대법원 판결(2010다20044)은 타인의 성과도용행위에 대하여 민법상 일반 불법행위법리를 확대 적용한 사례로서, 성과도용행위에 대한 규제를 위한 새로운 판례이론의 형성에 있어 싹을 틔운 맹아(萌芽)적 판례들이라고 평가할 수 있다.

① 2010년 대법원 결정(2008마1541) - '인터넷 포털사이트(네이버) 광고 방해' 사건

대법원은 "경쟁자가 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물을 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용함으로써 경쟁자의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻고 경쟁자의 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 행위는 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위에 해당한다."라고 판단하였다.[116]

대상결정은 갑 회사가 인터넷 사이트를 이용한 광고시스템 프로그램을 제공하여 이를 설치한 인터넷 사용자들이, 을 회사가 운영하는 인터넷 포털사이트에 방문하면, 그 화면에 을 회사가 제공하는 광고 대신 갑 회사의 광고가 대체 혹은 삽입된 형태로 나타나게 한 사안에서, 갑 회사의

114) 대법원 2020. 3. 26. 선고 2016다276467 판결 [손해배상(지)]. (갑 주식회사가 을 주식회사 등이 소유하는 골프장들을 무단 촬영한 후 그 사진 등을 토대로 3D 컴퓨터 그래픽 등을 이용하여 위 골프장들의 골프코스를 거의 그대로 재현한 입체적 이미지의 골프코스 영상을 제작한 다음 이를 스크린골프장 운영업체에 제공하였는데, 을 회사 등이 위 행위가 구 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제1호 (차)목에서 정한 부정경쟁행위 등에 해당한다며 손해배상을 구한 사안에서, 골프장의 종합적인 '이미지'는 골프코스 설계와는 별개로 골프장을 조성·운영하는 을 회사 등의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과에 해당하고, 갑 회사의 행위는 을 회사 등의 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 을 회사 등의 경제적 이익을 침해하는 행위에 해당한다고 본 원심판단에 위 (차)목의 보호대상 등에 관한 법리오해 등의 잘못이 없다고 한 사례).

115) 서울고등법원 2016. 12. 1. 선고 2015나2016239 판결 [손해배상(지)]

116) 대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정[가처분이의] <인터넷 포털사이트 광고 방해 사건>.

위와 같은 광고행위는 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위에 해당하고, 을 회사는 갑 회사에 대하여 위 프로그램을 이용한 광고행위를 하는 것의 금지 또는 예방을 청구할 피보전권리와 보전의 필요성이 소명되었다고 본 원심결정이 정당하다고 한 사례이다.

2010년 대법원 결정은 '경쟁자'를 행위 주체로 특정함으로써 경쟁관계를 요구하고 있는 점에 특색이 있다.[117] 또한 이 대법원 결정의 의의는 첫째 성과물 무단도용행위를 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위로 보았다는 점과, 둘째 그 불법행위에 대한 금지청구권을 인정하였다는 점[118]이다.[119]

이와 같이 성과물 무단도용행위를 부정한 경쟁행위로 판시한 부분은 특히 미국의 부정이용(misappropriation) 법리에 가깝다고 할 수 있다.[120] 그 후 2013. 7. 30. 법률 제11963호로 개정된 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목(그 위치를 (카)목으로 이전 후, 현재는 (파)목에 규정하고 있음)에 반영되어 보충적 일반조항으로 신설되기에 이르렀다.

위 판례에 대해 보충적 일반조항인 (카)목이 경쟁관계를 전제로 하는지에 대해 종래 긍정설[121]과 부정설[122]의 대립이 있었다.

② 2012년 대법원 판결(2010다20044) - 이른바 "HELLO KITTY" 사건

대법원은 2010년 대법원 결정(2008마1541)을 이어받아, "경쟁자가 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물을 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용함으로써 경쟁자의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻고 경쟁자의 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 행위는 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위에 해당한다(대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정 참조)."고 판시하였다.[123]

대상판결은 갑 주식회사가 자신이 운영하는 홈페이지에서 한국방송공사와 을 방송사가 방영한 "겨울연가", "황진이", "대장금", "주몽" 등 제호하에 위 드라마가 연상되는 의상, 소품, 모습, 배경 등으로 꾸민 "HELLO KITTY" 제품을 제조·판매한 사안에서, 제반 사정에 비추어 갑 회사가 드라마를 이용한 상품화 사업 분야에서 경쟁자 관계에 있는 한국방송공사 등의 상당한 노력과 투자

117) 권영준, "성과 도용에 관한 부정경쟁행위- 대법원 2020. 3. 26. 선고 2016다276467 판결-", 『민법판례연구 II』, 박영사, 2021, 198면.

118) 2010년 대법원결정(2008마1541)이 불법행위에 대한 금지청구권을 인정한 부분에 대해서는, 법무부 민법개정위원회 2014년 민법 개정시안 제766조의2에 반영되었으나 실제 입법되지는 않았다.
[법무부 민법개정위원회 2014년 민법 개정시안 제766조의2] 제1항은 "타인의 위법행위로 인하여 손해를 입거나 입을 염려가 있는 자는 손해배상에 의하여 손해를 충분히 회복할 수 없고 손해의 발생을 중지 또는 예방하도록 함이 적당한 경우에는 그 행위의 금지를 청구할 수 있다.", 제2항은 "제1항의 금지를 위하여 필요한 경우에는 손해를 입거나 입을 염려가 있는 자는 위법행위에 사용되는 물건의 폐기 또는 그 밖에 적절한 조치를 청구할 수 있다."

119) 권영준, 앞의 글, 195면.

120) 성과물 무단도용행위를 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위로 판시한 부분은 특히 미국의 '부정이용(misappropriation)' 법리에 가깝다. International News Service v. Associated Press, 248 U.S. 215 (1918); National Basketball Association v. Motorola, Inc., 105 F.3d 841 (2d, Cir. 1997).

121) 이규홍, "부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목(변경 후 카목)에 대한 연구", 『정보법학』, 제22권 제2호, 한국정보법학회, 2018, 84면; 박정희, "부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목의 적용범위", 『특허법원 개원 20주년 기념논문집』, 특허법원, 2018, 843면; 권영준, 앞의 글, 198면.

122) 유영운, "부정경쟁방지법 일반조항의 적용범위에 관한 고찰", 『LAW & TECHNOLOGY』, 제11권 제4호, 서울대학교 기술과법센터, 2015.7, 54-55면.

123) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다20044 판결[손해배상(기)].

에 편승하여 각 드라마의 명성과 고객흡인력을 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용하여 법률상 보호할 가치가 있는 한국방송공사 등의 해당 드라마에 관한 상품화 사업을 통한 영업상 이익을 침해하였다고 보아, 갑 회사의 제조·판매 행위는 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위에 해당한다고 한 사례이다.

(나) 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위 규제에 의한 보호

우리 부정경쟁방지법에는 성과도용 유형 부정경쟁행위로 볼 수 있는 5가지 유형을 볼 수 있다. 예컨대 ① 상품형태 모방행위(자목), ② 아이디어 탈취행위(차목), ③ 데이터 부정사용행위(카목), ④ 유명인의 초상·성명 등 타인을 식별할 수 있는 표지의 부정사용행위(타목), ⑤ 타인 성과 등 도용행위(보충적 일반조항)(파목) 등 5가지 유형을 성과도용 유형 부정경쟁행위로써 한정적으로 열거하고 있다. 다만, 5가지 유형 중 ③번과 ④번 유형, 즉 ③ 데이터 부정사용행위(카목)(2022. 4. 20. 시행), ④ 유명인의 초상·성명 등 타인을 식별할 수 있는 표지의 부정사용행위(타목)(2022. 6. 8. 시행)의 경우에는, 각 조문의 시행시기에 비추어 대법원 판례가 현재까지 선고된 바 없다.

따라서 본 연구에서는 나머지 성과도용행위 중, ① 상품형태 모방행위('자'목), ② 아이디어 탈취행위('차'목), 및 ⑤ 타인 성과 등 도용행위(보충적 일반조항)('파'목)에 관한 대법원 판결을 중심으로 살펴본다.

이때 ⑤ 타인 성과 등 도용행위(보충적 일반조항)('파'목)에 관한 판결은 다수가 선고된 바 있어서 항목을 바꾸어 살펴본다.

① 상품형태 모방행위('자'목) 규제에 의한 보호

(판례1) 소프트아이스크림과 토핑으로서의 벌집채꿀을 조합하는 제품의 상품형태 부정 사안[124]

[1] 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제1호 (자)목은 타인이 제작한 상품의 형태를 모방한 상품을 양도·대여하는 등의 행위를 부정경쟁행위의 한 유형으로 규정하고 있다. 이는 타인이 개발한 상품의 형태를 모방하여 실질적으로 동일하다고 볼 수 있을 정도의 상품을 만들어 냄으로써 경쟁상 불공정한 이익을 얻는 것을 막기 위한 것으로서, 여기에 규정된 모방의 대상으로서의 '상품의 형태'는 일반적으로 상품 자체의 형상·모양·색채·광택 또는 이들을 결합한 전체적 외관을 말한다. 그러므로 위 규정에 의한 보호대상인 상품의 형태를 갖추었다고 하려면, 수요자가 상품의 외관 자체로 특정 상품임을 인식할 수 있는 형태적 특이성이 있을 뿐 아니라 정형화된 것이어야 한다. 사회통념으로 볼 때 상품들 사이에 일관된 정형성이 없다면 비록 상품의 형태를 구성하는 아이디어나 착상 또는 특징적 모양이나 기능 등의 동일성이 있더라도 이를 '상품의 형태'를 모방한 부정경쟁행위의 보호대상에 해당한다고 할 수 없다.

[2] 투명한 컵 또는 콘에 담긴 소프트 아이스크림 위에 벌집채꿀(벌집 그대로의 상태인 꿀)을 올린 모습을 한 갑 주식회사의 제품이 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 '부

124) 대법원 2016. 10. 27. 선고 2015다240454 판결 [부정경쟁행위금지청구의소]

정경쟁방지법'이라고 한다) 제2조 제1호 (자)목에 의한 보호대상인지 문제 된 사안에서, 매장 직원이 고객에게서 주문을 받고 즉석에서 만들어 판매하는 제조·판매방식의 특성상 갑 회사의 제품은 개별 제품마다 상품형태가 달라져서 일정한 상품형태를 항상 가지고 있다고 보기 어렵고, '휘감아 올린 소프트 아이스크림 위에 입체 또는 직육면체 모양의 벌집채꿀을 얹은 형태'는 상품의 형태 그 자체가 아니라 개별 제품들의 추상적 특징에 불과하거나 소프트 아이스크림과 토핑으로서의 벌집채꿀을 조합하는 제품의 결합방식 또는 판매방식에 관한 아이디어가 공통된 것에 불과할 뿐이므로, 갑 회사의 제품이 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (자)목에 의한 보호대상이 될 수 없다고 본 원심판단이 정당하다고 한 사례.

(판례2) 헬로키티 사건 - 대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다20044 판결[125]

부정경쟁방지법 제2조 제1호 (자)목은 부정경쟁행위의 한 유형으로서 타인이 제작한 상품의 형태를 모방한 상품을 양도·대여 또는 이를 위한 전시를 하거나 수입·수출하는 행위를 규정하고 있는데, 여기에서 "모방"이라 함은 타인의 상품의 형태에 의거하여 이와 실질적으로 동일한 형태의 상품을 만들어 내는 것을 말하며, 형태에 변경이 있는 경우 실질적으로 동일한 형태의 상품에 해당하는지 여부는 당해 변경의 내용·정도, 그 착상의 난이도, 변경에 의한 형태적 효과 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다 (대법원 2008. 10. 17.자 2006마342 결정 참조).

위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 사정을 들어 피고 제품이 원고들 상품과 실질적으로 동일한 형태라고 할 수 없으므로 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (자)목에 해당하지 않는다는 취지로 판단한 것은 정당하다. 거기에 각 상고이유의 주장과 같은 법리오해 등의 위법은 없다.

② 아이디어 탈취행위(차목) 규제에 의한 보호

[판례] BBQ 영상 광고 콘티 사건 - 타인의 광고용역 결과물을 광고에 무단 사용한 사례[126]

대법원은 "피고는 원고에게 제작비를 지급하지 않은 채 원고의 이의제기에도 불구하고 이 사건 광고용역 결과물 중 위 정보나 성과를 피고의 영업상 이익을 위하여 신제품 명칭과 이 사건 광고에 무단으로 사용하였고, 그 사용 행위가 원심 변론종결일에도 계속되고 있다. 이러한 피고의 행위는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목의 부정경쟁행위로서 거래과정에서 취득한 경제적 가치를 가지는 원고의 아이디어가 포함된 정보를 그 제공목적에 위반하여 피고의 영업상 이익을 위하여 부정하게 사용한 행위에 해당하거나, 같은 호 (카)목의 부정경쟁행위로서 원고의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과를 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 피고의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 원고의 경제적 이익을 침해하는 행위에 해당한다."고 판시하였다.

125) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다20044 판결 [손해배상(기)]
126) 대법원 2020. 7. 23. 선고 2020다220607 판결[저작권침해금지등청구의소].

⑤ 성과도용 부정경쟁행위(파목) 규제에 의한 보호 - 보충적 일반조항

(a) 성과도용형 부정경쟁행위에 대한 판단기준과 일반법리의 모델을 제시한 판례

2020년 3월 26일 대법원에서는 보충적 일반조항인 구 (카)목에 대해 이른바 'BTS' 사건 대법원 결정[127]과 이른바 '골프존(스크린 실내골프장)' 사건 대법원 판결[128]에서 같은 취지 내용의 판결이 내려졌다. 그리고 그 따름 판례들[129]이 순차적으로 선고되었다. 그 판시내용은 이하와 같다.

a) 성과도용형 부정경쟁행위 관련 법리

【판결내용】

대법원은 "경쟁자가 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물을 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용함으로써 경쟁자의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻고 경쟁자의 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 행위는 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위에 해당한다."라고 판단하였다(대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정).

그 후 2013. 7. 30. 법률 제11963호로 개정된 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제1호 (차)목은 위 대법원결정의 취지를 반영하여 "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 하나로 추가하였고, 2018. 4. 17. 법률 제15580호로 개정된 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 '부정경쟁방지법'이라 한다)에서 위 (차)목은 (카)목으로 변경되었다[이하 '(카)목'이라고 한다].

위 (카)목은 구 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(2013. 7. 30. 법률 제11963호로 개정되기 전의 것)의 적용 범위에 포함되지 않았던 새로운 유형의 부정경쟁행위에 관한 규정을 신설

127) 대법원 2020. 3. 26.자 2019마6525 결정 [가처분이의]. ("연예인들의 사진, 기사 등을 주요 내용으로 하는 잡지를 제작·판매하는 갑 주식회사가 연예인 매니지먼트, 음반 제작, 공연 기획 등 엔터테인먼트 사업을 하는 을 주식회사의 허락 없이 을 회사 소속 유명 아이돌 그룹의 구성원들에 관한 화보집 등을 제작하여 위 잡지 특별판의 특별 부록으로 판매하려 하자, 을 회사가 갑 회사의 행위는 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제1호 (카)목에서 정한 부정경쟁행위에 해당한다며 위 특별 부록의 제작·배포 등의 금지 등을 구하는 가처분을 신청한 사안에서, 갑 회사가 위 특별 부록을 제작·판매하는 행위는 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 을 회사의 성과 등을 무단으로 사용하는 행위로서 위 (카)목의 부정경쟁행위에 해당한다"고 한 사례)

128) 대법원 2020. 3. 26. 선고 2016다276467 판결 [손해배상(지)]. (갑 주식회사가 을 주식회사 등이 소유하는 골프장들을 무단 촬영한 후 그 사진 등을 토대로 3D 컴퓨터 그래픽 등을 이용하여 위 골프장들의 골프코스를 거의 그대로 재현한 입체적 이미지의 골프코스 영상을 제작한 다음 이를 스크린골프장 운영업체에 제공하였는데, 을 회사 등이 위 행위가 구 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제1호 (차)목에서 정한 부정경쟁행위 등에 해당한다며 손해배상을 구한 사안에서, 골프장의 종합적인 '이미지'는 골프코스 설계와는 별개로 골프장을 조성·운영하는 을 회사 등의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과에 해당하고, 갑 회사의 행위는 을 회사 등의 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 을 회사 등의 경제적 이익을 침해하는 행위에 해당한다고 본 원심판단에 위 (차)목의 보호대상 등에 관한 법리오해 등의 잘못이 없다고 한 사례).

129) 이에 대한 따름 판례로서는, 대법원 2020. 6. 25. 선고 2019다282449 판결[부정경쟁행위금지등청구의소], 대법원 2020. 7. 9. 선고 2017다217847 판결[부정경쟁행위금지등청구의소], 대법원 2020. 7. 23. 선고 2020다220607 판결[저작권침해금지등청구의소], 대법원 2022. 4. 28. 선고 2021다310873 판결[부정경쟁행위금지청구등의소] 등이다.

함으로써, 새로이 등장하는 경제적 가치를 지닌 무형의 성과를 보호하고, 입법자가 부정경쟁행위의 모든 행위를 규정하지 못한 점을 보완하여 법원이 새로운 유형의 부정경쟁행위를 좀 더 명확하게 판단할 수 있도록 함으로써, 변화하는 거래관념을 적시에 반영하여 부정경쟁행위를 규율하기 위한 보충적 일반조항이다.

위와 같은 법률 규정과 입법 경위 등을 종합해보면, (카)목은 그 보호대상인 '성과 등'의 유형에 제한을 두고 있지 않으므로, 유형물뿐만 아니라 무형물도 이에 포함되고, 종래 지식재산권법에 의해 보호받기 어려웠던 새로운 형태의 결과물도 포함될 수 있다. '성과 등'을 판단할 때에는 위와 같은 결과물이 갖게 된 명성이나 경제적 가치, 결과물에 화체된 고객흡인력, 해당 사업 분야에서 결과물이 차지하는 비중과 경쟁력 등을 종합적으로 고려해야 한다.

이러한 성과 등이 '상당한 투자나 노력으로 만들어진' 것인지 여부는 권리자가 투입한 투자나 노력의 내용과 정도를 그 성과 등이 속한 산업분야의 관행이나 실태에 비추어 구체적, 개별적으로 판단하되, 성과 등을 무단으로 사용함으로써 침해된 경제적 이익이 누구나 자유롭게 이용할 수 있는 공공영역(public domain)에 속하지 않는다고 평가할 수 있어야 한다.

또한 (카)목이 규정하는 '공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용'한 경우에 해당하기 위해서는 권리자와 침해자가 경쟁관계에 있거나 가까운 장래에 경쟁관계에 놓일 가능성이 있는지, 권리자가 주장하는 성과 등이 포함된 산업분야의 상거래 관행이나 경쟁질서의 내용과 그 내용이 공정한지 여부, 위와 같은 성과 등이 침해자의 상품이나 서비스에 의해 시장에서 대체될 가능성, 수요자나 거래자들에게 성과 등이 어느 정도 알려졌는지, 수요자나 거래자들의 혼동가능성 등을 종합적으로 고려해야 한다.

(b) 성과도용형 부정경쟁행위 관련 개별적·구체적 판단 사례

b-1) 'BTS' 사건 대법원 결정[130]

① 채권자는 △△△△△(○○○)이라는 이름의 그룹을 결성하기로 하고, 구성원을 선발하여 전속계약을 체결한 후, 훈련을 통해 구성원들의 능력을 향상시켰다. 채권자는 이 사건 전속계약에 따라 △△△△△(○○○)의 음악, 공연, 방송, 출연 등을 기획하고, 음원, 영상 등의 콘텐츠를 제작·유통시키는 등 △△△△△(○○○)의 활동에 상당한 투자와 노력을 하였다. 그로 인해 △△△△△(○○○)과 관련하여 쌓인 명성·신용·고객흡인력이 상당한 수준에 이르렀다. 이는 '상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등'으로 평가할 수 있고, 누구나 자유롭게 이용할 수 있는 공공영역에 속한다고 볼 수 없으므로, 타인이 무단으로 위의 표지를 사용하면 채권자의 경제적 이익을 침해하게 된다.

② 연예인의 이름과 사진 등을 상품이나 광고 등에 사용하기 위해서는 연예인

130) 대법원 2020. 3. 26.자 2019마6525 결정 [가처분이의]. ("연예인들의 사진, 기사 등을 주요 내용으로 하는 잡지를 제작·판매하는 갑 주식회사가 연예인 매니지먼트, 음반 제작, 공연 기획 등 엔터테인먼트 사업을 하는 을 주식회사의 허락 없이 을 회사 소속 유명 아이돌 그룹의 구성원들에 관한 화보집 등을 제작하여 위 잡지 특별판의 특별 부록으로 판매하려 하자, 을 회사가 갑 회사의 행위는 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제1호 (카)목에서 정한 부정경쟁행위에 해당한다며 위 특별 부록의 제작·배포 등의 금지 등을 구하는 가처분을 신청한 사안에서, 갑 회사가 위 특별 부록을 제작·판매하는 행위는 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 을 회사의 성과 등을 무단으로 사용하는 행위로서 위 (카)목의 부정경쟁행위에 해당한다"고 한 사례)

이나 그 소속사의 허락을 받거나 일정한 대가를 지급하는 것이 엔터테인먼트 산업분야의 상거래 관행인 점을 감안해 보면, 통상적인 정보제공의 범위를 넘어 특정 연예인에 대한 특집 기사나 사진을 대량으로 수록한 별도의 책자나 DVD 등을 제작하면서 연예인이나 소속사의 허락을 받지 않거나 대가를 지급하지 않는다면, 상거래 관행이나 공정한 거래질서에 반한다고 볼 수 있다. 채무자가 발매한 이 사건 특별 부록은 채권자가 발행하는 △△△△△(○○○)의 화보집과 관계에서 상대적으로 가격이 낮은 편이고 수요자도 일부 중복되며, 위 화보집의 수요를 대체할 가능성이 충분하므로, 채권자와의 관계에서 경쟁관계를 인정할 수 있다. 따라서 채무자가 이 사건 특별 부록을 제작·판매하는 행위는 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 채권자의 성과 등을 무단으로 사용하는 행위에 해당한다.

b-2) '골프존' 사건 대법원 판결[131]

원심은 다음과 같은 이유로 피고 등의 행위에 대하여 2014. 1. 30.까지는 민법상 불법행위, 그 이후는 (카)목의 부정경쟁행위에 해당한다고 판단하였다. 이 사건 골프장의 골프코스 자체는 설계자의 저작물에 해당하나, 골프코스를 실제로 골프장 부지에 조성함으로써 외부로 표현되는 지형, 경관, 조경요소, 설치물 등이 결합된 이 사건 골프장의 종합적인 '이미지'는 골프코스 설계와는 별개로 골프장을 조성·운영하는 원고들의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과에 해당한다. 원고들과 경쟁관계에 있는 피고 등이 원고 주식회사 신테진, 주식회사 동강홀딩스, 주식회사 스마트홀딩스의 허락을 받지 않고 이 사건 골프장의 모습을 거의 그대로 재현한 스크린골프 시뮬레이션 시스템용 3D 골프코스 영상을 제작, 사용한 행위는 위 원고들의 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 피고의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 위 원고들의 경제적 이익을 침해하는 행위이다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심판단은 위 법리에 기초한 것으로서 정당하다. 원심판단에 피고 등의 상고이유 주장과 같이 (카)목의 보호대상, 경제적 이익 침해 여부, 공정한 상거래 관행과 경쟁질서 등에 관한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 않고 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못이 없다.

(c) 성과도용형 부정경쟁행위 긍정 재판례

c-1) 타인의 명품가방 형태를 무단이용한 사례- 에르메스 가방 형태 도용 사건[132]

이 판결은 타인의 명품가방 형태를 무단으로 이용한 행위에 대해 성과도용 부정경쟁행위에 해당할 수 있다고 판시한 사례이다. 즉 갑 등이 을 외국회사가 생산·판매하는 켈리 백(Kelly Bag)과 버킨 백(Birkin Bag)과 유사한 형태의 핸드백 전면에 갑 등이 창작한 눈알 모양의 도안을 부착하여 판매한 행위가 구 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제1호 (차)목에서 정한 부정경쟁행위인지 문제 된 사안에서, 갑 등이 켈리 백(Kelly Bag)과 버킨 백(Birkin Bag)의 형태를 무단으로 사용하는 행위는 을 회사가 상당한 투자나 노력으로 만든 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위라고 할 수 있는데도, 이와 달리 본 원심판단에 법리오해의

131) 대법원 2020. 3. 26. 선고 2016다276467 판결 [손해배상(지)]
132) 대법원 2020. 7. 9. 선고 2017다217847 판결[부정경쟁행위금지등청구의소].

잘못이 있다고 한 사례이다.

c-2) 타인의 광고용역 결과물을 광고에 무단 사용한 사례[133] - BBQ 영상 광고 콘티 사건

대법원은 "피고는 원고에게 제작비를 지급하지 않은 채 원고의 이의제기에도 불구하고 이 사건 광고용역 결과물 중 위 정보나 성과를 피고의 영업상 이익을 위하여 신제품 명칭과 이 사건 광고에 무단으로 사용하였고, 그 사용 행위가 원심 변론종결일에도 계속되고 있다. 이러한 피고의 행위는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목의 부정경쟁행위로서 거래과정에서 취득한 경제적 가치를 가지는 원고의 아이디어가 포함된 정보를 그 제공목적에 위반하여 피고의 영업상 이익을 위하여 부정하게 사용한 행위에 해당하거나, 같은 호 (카)목의 부정경쟁행위로서 원고의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과를 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 피고의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 원고의 경제적 이익을 침해하는 행위에 해당한다." 고 판시하였다.

c-3) 구동장치 도면 파일의 무단 이용(전송) 사례[134]

대법원은 "원심은 다음과 같은 이유로 피고의 행위가 구 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (카)목의 부정경쟁행위에 해당한다고 판단하였다. (1) 원고는 2013. 7.경 상당한 투자와 노력을 기울여 기존 구동장치와는 사양과 성능, 내·외관의 구조가 다른 이 사건 구동장치를 독자적으로 개발하였다. ...(중략) ... (5) 이 사건 구동장치 도면 파일은 원고가 상당한 투자와 노력을 기울여 얻게 된 성과에 해당하고, 피고가 이 사건 구동장치 도면 파일을 그 제공 목적을 넘어 이 사건 구동장치를 대체할 구동장치를 제작할 목적으로 이용함으로써 원고를 공급처에서 배제한 것은 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 어긋난다. 원심판결 이유를 위 법리에 비추어 살펴보면, 원심판결은 정당하고 구 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (카)목의 성립 요건에 관한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 않는 등 판결에 영향을 미친 잘못이 없다."고 판시하였다.

(d) 성과도용형 부정경쟁행위 부정례[135]- '차량의 루프박스 구조' 도용 사건

대법원은 '차량의 루프박스 구조'와 관련하여 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (카)목의 적용 여부가 문제된 사건에서, '루프박스 하부 판에 홈을 파서 크로스바를 매립시킴으로써 탈부착이 가능한 밀착형 루프박스 구조'가 위 (차)목에서 정한 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등이라고 보기 어렵고, 을 회사 등이 위와 같은 구조를 가진 루프박스 제품을 판매하는 행위가 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용한 것이라고 보기도 어려우므로, 을 회사 등의 행위가 부정경쟁행위에 해당하지 않는다고 판시하였다.

5. 기존 부정경쟁행위 재분류 및 유사·중복 규정 통폐합을 위한 개정안

133) 대법원 2020. 7. 23. 선고 2020다220607 판결[저작권침해금지등청구의소].
134) 대법원 2022. 4. 28. 선고 2021다310873 판결[부정경쟁행위금지청구등의소].
135) 대법원 2020. 6. 25. 선고 2019다282449 판결[부정경쟁행위금지등청구의소].

가. 재분류 체계

현행법 (제2조 제1호 가목~파목)	개정안	보호대상 기준
①상품주체 혼동행위(가목)	① 혼동야기(초래) 행위	- 경쟁자 보호 및 간접적 소비자(수요자) 보호
②영업주체 혼동행위(나목)		
③저명상표 희석행위(다목)	② 저명상표 희석행위	- 경쟁자 보호 및 간접적 소비자(수요자) 보호
④원산지 허위(거짓) 표시행위(라목)	③ 오인야기(유발) 행위	- 소비자(수요자) 및 시장 참가자 전체 이익 보호
⑤출처지 오인야기행위(마목)		
⑥품질 등 오인야기행위(바목)		
⑦대리인의 상표권자의 동의 없는 사용행위(사목)	④ 대리인 등의 무단 상표 사용행위	- 경쟁자 보호
⑧도메인이름 부정취득행위(아목)	⑤ 도메인이름 부정취득행위(사이버스쿼팅)	- 경쟁자 보호
⑨상품형태 모방행위(자목)	⑥ 상품형태 모방행위	- 경쟁자 보호 및 간접적 소비자(수요자) 보호
⑩아이디어 탈취행위(차목)	⑦ 아이디어가 포함된 정보의 부정사용행위	- 경쟁자 보호
⑪데이터 부정사용행위(카목)	⑧ 데이터 부정사용행위	- 경쟁자 보호
⑫유명인의 초상·성명 등 타인을 식별할 수 있는 표지의 부정사용행위(타목)	⑨ 타인의 성명 등 부정사용행위	- 경쟁자 보호 및 간접적 소비자(수요자) 보호
⑬타인 성과 등 도용행위(보충적 일반조항)(파목)	⑩ 타인의 성과 등 부정사용행위	- 경쟁자 보호 및 공정한 시장경쟁질서 보호

※ 개정안에서는 향후 신설 가능성이 있는 부정경쟁행위의 유형들 예컨대, ① 신용저해·영업방해 행위(→ 경쟁자 보호 및 간접적 소비자(수요자) 보호), ② 무당경고 행위(→ 경쟁자 보호 및 시장참가자 보호) 등은 반영하지 않았음.

나. 재분류 체계의 근거 및 체계화에 따른 실익

첫째, 현행 부정경쟁방지법은 애초와 마찬가지로, 가목과 나목과 같은 혼동야기행위(상품주체혼동행위, 영업주체혼동행위)는 "혼동을 일으키는 행위"가 구성요건으로 되어 있는 점과 이렇게 나누는 실익이나 근거가 궁핍하다는 점과, 또 자기의 상품을 타인의 영업과 혼동하게 하거나, 혹은 자기의 영업을 타인의 상품과 혼동하게 하는 행위는 현행법에 따르면 규제의 대상이 될 수 있는지 여부가 불명확하다는 형식상의 문제도 있는 점 등에서 양호를 일체화하여 '혼동야기행위' 또는 '혼동초래행위'라고 규정함으로써 형식상의 문제를 제거할 필요가 있다.

둘째, 원산지허위표시행위, 출처지오인야기행위, 그리고 질량오인야기행위는 본질적으로 하나의 유형에 속하는 행위들로서 불필요하게 개별화된 것이라는 점에서, '오인야기행위' 또는 '오인유발행위'라고 일체화하여 분류할 필요가 있다.

셋째, 종래의 부정경쟁행위 13가지를 10가지 유형으로 통폐합함으로써, 새롭게 신설될 가능성이 있는 부정경쟁행위 유형, 즉 새로운 유형의 부정경쟁행위로서, ① 신용저해·영업방해 행위, ② 부당경고 행위 등을 위한 법체계상 공간 확보 마련이 쉽게 될 수 있는 점에서 체계화에 따른 실익을 찾을 수 있다.

다. 기타 장기 연구과제 - 부정경쟁방지법 체계 정비에 관하여 자문의견

이하에서는 부정경쟁방지법 체계 정비에 관하여 자문의견(박준우 교수)이 있었기에 자문의견 그대로 부기(附記)하여 둔다. 자문의견의 내용은 이번 연구 과제와는 범주적으로 볼 때 직접적인 관련성은 크지 않다고 보인다. 다만 학계의 유력한 견해이고, 또한 모두 부정경쟁방지법에 있어 장기적 연구 과제에 해당하는 것으로 보인다. 요컨대 향후 상표법과 부정경쟁방지법의 체계 정비 문제 및 부정경쟁행위(법 제2조 제1호)와 영업비밀침해행위(법 제2조 제2호 및 제3호)와의 체계 정비 문제와 관련하여 장기 연구과제로써 주목할 필요가 있음을 밝혀둔다.

(1) 가목부터 다목, 사목, 아목, 제3조, 제3조의2, 제3조의3 등을 부정경쟁방지법에서 삭제하고 상표법에서 규정하는 방안

주지·저명 출처표지를 보호하는 가목부터 다목까지는 이미 행위규제로서의 의미는 없어지고 사실상 권리화되었다. 부정경쟁방지법에서 열거된 부정경쟁행위의 규율방식은 '행위규제'로 알려져 있다. 다만, '행위규제'가 '약한 정도의 배타성'을 부여할 수 있는 방식인 것은 사실이지만, '강한 배타성'을 부여할 수 없는 방식은 아니다. 예를 들면, 다목의 '저명 출처표지 희석행위'는 '강한 배타성'을 부여하고 있다.

상표법에 따라 등록된 상표 중 침해소송 또는 권리범위확인심판의 대상인 등록상표도 대부분 주지·저명한 상표이다. 과거에는 '미등록' 주지·저명상표의 수가 적지 않았으나, 이제는 주지·저명상표도 대부분 상표등록하기 때문에 주지·저명상표의 보호를 상표법과 부정경쟁방지법으로 이원화하는 것보다는 상표법으로 일원화하는 방안을 고려하는 것이 좋다고 본다.

대법원은 등록상표권 침해판단에서 출처에 대한 오인·혼동의 우려가 있어야 두 상표가 유사하다고 판단하며, 같은 기준이 부정경쟁방지법에도 적용된다고 판시하였다. 그러나 이 기준에 따르면 혼동을 요건으로 하지 않는 다목의 희석행위금지를 판단할 때 문제가 생긴다. 즉, 다목도 상표 사이의 유사성을 요건으로 하므로, 대법원 판단기준에 의하면 혼동의 우려가 인정되어야 다목의 부정경행행위가 인정될 수 있는데, 이는 다목은 혼동 우려를 요건으로 하지 않는 점과 모순된다.

향후 출처표지의 보호를 상표법으로 일원화하는 작업을 한다면, 희석행위금지를 판단할 때는 상표 유사성 판단에 오인·혼동 우려를 요건으로 하지 않는 방안을 모색하는 것이 좋겠다.

- 상표법 제34조 제1항 제9호, 제11호, 제13호는 부정경쟁방지법 가목부터 다목에 해당할 수 있는 주지저명상표의 등록을 금지하므로 같은 법에 규정하는 것이 바람직하다.
- 이밖에 출처표지를 보호하는 성격을 가진 사목, 아목, 제3조, 제3조의2도 상표법에 규

정하는 것을 검토하는 것이 좋겠다.

(2) 차목 아이디어 탈취행위는 제2조 제3호 라목으로 이동하여 규정하는 방안

현행법 차목(아이디어 탈취행위)과 제3호 라목을 비교하면 다음 표와 같다.

성격	영업비밀 침해행위 (정당취득+부정사용 · 금지)	아이디어 탈취행위
정당한 취득	계약관계 등에 따라 영업비밀을 비밀로서 유지하여야 할 의무가 있는 자가	사업제안, 입찰, 공모 등 거래교섭 또는 거래과정에서
부정함 - 위법성	부정한 이익을 얻거나 그 영업비밀의 보유자에게 손해를 입힐 목적으로	그 제공목적에 위반하여 자신 또는 제3자의 영업상 이익을 위하여 부정하게
대상-영업비밀	그 영업비밀을	경제적 가치를 가지는 타인의 기술적 또는 영업상의 아이디어가 포함된 정보를, - 다만, 아이디어를 제공받은 자가 제공받을 당시 이미 그 아이디어를 알고 있었거나 그 아이디어가 동종 업계에서 널리 알려진 경우에는 그러하지 아니하다.
행위	사용하거나 공개하는 행위	사용하거나 타인에게 제공하여 사용하게 하는 행위

영업비밀 침해유형 중 라목의 성격은 '영업비밀 취득행위는 계약관계 등에 의해 영업비밀을 그 보유자가 스스로 공개하였으므로 정당' 하지만 그 사용이나 공개가 부정한 경우이다. 다만, 영업비밀 준수의무가 계약상 명확하지 않은 경우, 예를 들면 비즈니스를 위한 협상을 위해 영업비밀 보유자가 영업비밀을 스스로 공개하였으나 그 협상을 시작하기 전에 미리 영업비밀 준수약정을 체결하지 않았기 때문에 라목을 적용할 수 있는지 불분명한 경우에도 영업비밀을 보호하기 위해서 만든 규정이 차목의 아이디어탈취행위라고 본다.

그러므로 차목의 성격은 영업비밀보호이며, 이는 제2호 차목(아이디어탈취행위)과 제3호 라목(정당취득+부정사용 · 공개)의 성립요건을 비교한 위 표에서 명확히 드러난다.

아이디어 탈취행위를 인정한 서프라이드 사건(2020다220607)에서 대법원은 다음과 같이 '부정한 사용'을 '신뢰관계 등 위해'로 정의하였다.

> '거래교섭 또는 거래과정에서 제공받은 아이디어 정보를 그 제공목적에 위반하여 **부정하게 사용하는 등의 행위**'에 해당하기 위해서는 거래교섭 또는 거래과정의 구체적인 내용과 성격, 아이디어 정보의 제공이 이루어진 동기와 경위, 아이디어 정보의 제공으로 달성하려는 목적, 아이디어 정보 제공에 대한 정당한 대가의 지급 여부 등을 종합적으로 고려하여, 그 아이디어 정보 사용 등의 행위가 아이디어 정보 제공자와의 거래교섭 또는 거래과정에서 발생한 신뢰관계 등에 위배된다고 평가할 수 있어야 한다.
> (출처: 대법원 2020. 7. 23. 선고 2020다220607 판결).

대법원이 판시한 '신뢰관계 등'도 제3호 라목의 '계약관계 등'을 넓게 해석하여 라목을 적용할 수 있었으므로, 위 차목은 불필요한 입법이었다고 생각한다. 그러나 이미 규정이 신설되고 대법원 판결까지 내려진 이상 차목을 그 취지에 맞게 체계를 정비하는 것이 좋겠다.

또한 그동안 영업비밀 정의 규정 개정을 통하여 '비밀관리' 요건을 '상당한' → '합리적' → '삭제'로 수정함으로써 영업비밀 성립요건이 많이 완화되었으므로, 위와 같이 체계를 정비해도 무리가 없다고 본다.

위에서 설명한 이유로 차목을 3호 라목으로 이동하여 다음의 예시와 같이 규정하는 것을 고려할 수 있다.

현행 규정(3호 라목)	개정안 예시(3호 라목)
계약관계 등에 따라 영업비밀을 비밀로서 유지하여야 할 의무가 있는 자가 부정한 이익을 얻거나 그 영업비밀의 보유자에게 손해를 입힐 목적으로 그 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위	계약관계 등(사업제안, 입찰, 공모 등 거래교섭 또는 거래과정에서 발생한 신뢰관계를 포함한다.)에 따라 영업비밀을 비밀로서 유지하여야 할 의무가 있는 자가 부정한 이익을 얻거나 그 영업비밀의 보유자에게 손해를 입힐 목적으로 그 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위

- 또는 차목을 라목 아래 마목을 추가하고, 현행 마목과 바목을 각각 바목과 사목으로 변경하는 것도 고려할 수 있다.

제2절 부정경쟁·국기국장 규정 적용범위의 서비스업으로의 확대

1. 검토 목적

부정경쟁방지법은 그 연원과 규정형식에 있어서 여타의 지식재산권법과 구별되는 독자성을 지니고 있으나, 제15조 제1항 등을 매개로 다른 지식재산권법과 밀접한 관계를 맺으면서 건전한 거래질서의 유지라는 법목적을 수행하고 있다. 특히 부정경쟁행위금지 조항의 경우 상당 부분 상표법과 함께 광의의 경쟁법으로서, 전자는 개별·구체적 행위규제를 통해, 후자는 독점적 권리보호를 통해 공정한 경쟁을 유도하는 공통의 작용을 협력적으로 수행한다.[136]

상표법은 2016년 전부개정되기 전부터 상표와 서비스표를 보호대상으로 포괄하고 서비스업의 출처표시를 상품의 출처표시와 동등한 수준으로 보호하였고,[137] 2016년 개정을 통해 "상품" 개념에 "서비스"를 포함시켜 서비스표를 상표에 통합함으로써[138] 그와 같은 체계를 확립하였다. 그런데 부정경쟁방지법의 부정경쟁행위금지 조항의 대다수는 여전히 "상품"을 중심으로 보호대상 및 금지행위의 요건을 규정하고 있어, 그 보호대상이 서비스와 관련된 것인 경우 혹은 서비스업의 과정에서 행해지는 행위인 경우에도 적용될 수 있는지에 관한 해석상 논란이 있었다. 그 결과 규율 내지 규제 공백의 우려가 제기되고 있다.

상업적 교역 증대가 통신 기술의 발달 및 디지털 전환과 맞물려 우리나라의 전체 산업구조에서 서비스업이 차지하는 비중이 증가하는 추세이고, 서비스업에서 경쟁이 치열해지면서 해당 분야 부정경쟁행위 규제의 필요성도 증가하고 있다. 본 절에서는 이러한 배경 하에서 "상품"을 중심으로 설정된 현행 부정경쟁방지법의 적용범위를 서비스업으로 확장할 필요성과 그 방안에 대하여 검토한다.

2. 검토 범위 및 방법론

현행 부정경쟁방지법에서 부정경쟁행위를 규율하는 조항에는 부정경쟁행위의 유형별 정의를 담고 있는 제2조 제1호 가목 내지 파목과, "부정경쟁행위의 금지 등" 표제의 제2장에 규정된 제3조(국기·국장 등의 사용 금지), 제3조의2(자유무역협정에 따라 보호하는 지리적 표시의 사용금지 등)가 있다. 이들 조항 중 일부는 서비스와 관련 없음이 명백하거나 혹은 서비스업을 규율범위에 이미 포함하고 있어 검토대상에서 제외하였다. 한편, "상품"과의 관련성을 법문언 내에 직접 드러내는 조항과 그렇지 않은 조항이 공존하는데, 검토대상 조항은 "상품"이라는 문언의 포함 여부가 아니라 '실질적으로 서비스업에 대한 규제공백이 존재할 가능성이 있는가'의 관점에 따라 선정하였다. 마지막으로, 부정경쟁행위금지에 관한 조항들은 "상품"을 보호대상과 관련하여 기술한 조항(예: 제2조 제1호 가목, 자목)과, 금지되는 행위와 관련하여 기술한 조항(예: 제2조 제1호 라목 내지 사목, 제3조의2)으로 구별할 수 있고, 따라서 논의 방식을 '보호대상의 확대'와 '금지행위의 확

136) 헌법재판소 2015. 2. 26. 선고 2013헌바73 결정 참조.
137) 상표법(2016. 9. 1. 법률 제14033호로 전부개정되기 전의 것) 제2조 제1항 제2호 및 제3항.
138) 상표법 제2조 제1항 제1호.

대'로 이원화하는 것이 개념상 가능하다. 그러나 부정경쟁방지법의 부정경쟁행위 금지규범은 본질상 행위규제형 입법으로서 행위의 금지를 통해 보호목적을 달성하므로 상호 유기적으로 연결된 보호대상과 금지행위의 면을 구분하는 것은 작위적이고 적절치 않다. 또한 후술하는 바와 같이 검토대상 조항의 다수가 "상품"을 보호대상이 아닌 금지행위와 관련하여 규정하는 유형에 해당하기 때문에 이원적 접근의 실익이 크지 않다. 따라서 위의 두 규정형식을 구분하지 않고 '적용범위의 확대'라는 단일 관점에서 검토한다.

조항		내용	검토여부	포함/제외 사유
제2조 제1호	가목	상품주체 혼동행위	X	상품과 서비스(영업)의 각 표지 보호를 가목, 나목이 이미 분담하고 있음
	나목	영업주체 혼동행위	X	
	다목	저명표지 희석화행위	X	영업표지를 포함함
	라목	원산지 오인유발행위	O	상품에 관해서만 규정함(특히 바목은 사칭, 품질 등 오인의 대상으로 서비스를 상정할 여지가 있고, 라목, 마목은 바목과 유사성이 있어 함께 검토함)
	마목	출처지 오인유발행위	O	
	바목	상품사칭·품질 등 오인유발행위	O	
	사목	대리인등의 상표 무단사용행위	O	상품에의 상표 사용, 상품 판매 등 행위만 규정하고 있어 서비스표의 사용 등 검토 필요
	아목	도메인이름 관련 부정경쟁행위	X	서비스(업)에의 적용을 배제하지 않음
	자목	상품형태 모방행위	X	서비스(업)에의 적용을 상정하지 않은 조항(트레이드 드레스는 나목으로 보호)
	차목	아이디어 부정사용행위	X	서비스(업)에의 적용을 배제하지 않음
	카목	데이터 부정사용행위	X	
	타목	유명인 식별표지 무단사용행위	X	
	파목	성과등 무단사용행위	X	
제3조		국기·국장 등 사용행위	O	"상표로 사용"이 금지되므로 서비스업에 사용하는 행위에 적용 가능한지 검토 필요
제3조의2		지리적 표시 사용행위	O	지리적 표시의 사용대상을 "상품"으로만 규정함

위 표에 정리된 바와 같이 부정경쟁방지법의 적용범위를 서비스업으로 확대하는 것에 대해 논할 실익이 없는 조항을 제외하면, 검토할 대상이 동법 제2조 제1호 라목 내지 사목, 제3조 및 제3조의2로 좁혀진다. 이하에서는 이들 각 조항별로 규정 내용, 취지 및 가능한 해석론, 국제조약과 외국의 입법례, 법개정의 필요성과 실익에 대해 검토하고, 법개정이 필요하다고 판단되는 조항에 대해서는 구체적인 개정안을 도출할 것이다.

3. 서비스업으로의 적용범위 확대에 관한 조항별 검토

검토 대상으로 선정한 총 6개의 조항을 차례로 검토한다. 오인유발행위라는 공통된 성격을 지니는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 라목 내지 바목은 편의상 일괄하여 검토한다.

가. 원산지 등 오인유발행위(제2조 제1호 라목 내지 바목)

부정경쟁방지법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
1. "부정경쟁행위"란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.
라. **상품**이나 그 광고에 의하여 또는 공중이 알 수 있는 방법으로 거래상의 서류 또는 통신에 거짓의 원산지의 표지를 하거나 이러한 표지를 한 **상품**을 판매·반포 또는 수입·수출하여 원산지를 오인(誤認)하게 하는 행위
마. **상품**이나 그 광고에 의하여 또는 공중이 알 수 있는 방법으로 거래상의 서류 또는 통신에 그 **상품**이 생산·제조 또는 가공된 지역 외의 곳에서 생산 또는 가공된 듯이 오인하게 하는 표지를 하거나 이러한 표지를 한 **상품**을 판매·반포 또는 수입·수출하는 행위
바. 타인의 **상품**을 사칭(詐稱)하거나 **상품** 또는 그 광고에 **상품**의 품질, 내용, 제조방법, 용도 또는 수량을 오인하게 하는 선전 또는 표지를 하거나 이러한 방법이나 표지로써 **상품**을 판매·반포 또는 수입·수출하는 행위

(1) 입법 배경 및 취지

부정경쟁방지법 제2조 제1호 라목 내지 바목에서 규정하는 부정경쟁행위는 모두 상품에 관하여 수요자를 오인하게 하는 행위로서, 라목은 상품의 원산지 거짓 표지행위, 마목은 상품의 생산·제조·가공지(이하 통칭하여 "출처지") 오인유발행위, 바목은 상품 사칭행위(전단) 및 상품의 품질 등을 오인하게 하는 선전 또는 표지에 관계된 행위(후단)를 각각 규정하고 있다. 이들 각 규정은 1961년에 제정된 부정경쟁방지법 제2조 제3호 내지 제5호에서[139] 그 당시의 일본 부정경쟁방지법 조항과 유사한 내용으로 규정하였다가[140] 1986년과 2007년 각 개정에 의해 일부 문구 수정을 거쳐 현행법에 이른 것이다. 한편, 라목과 마목의 "공중이 알 수 있는 방법으로"라는 문구는 우리나라가 가입하지 않은 마드리드협정[141] 제3조의2를 반영한 것으로 평가되는데,[142] 이는 일

139) 부정경쟁방지법(법률 제911호, 1961. 12. 30. 제정) 제2조(부정경쟁행위중지청구권) 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하는 자가 있을 때에는 이로 인하여 영업상의 이익이 침해될 우려가 있는 자는 그 행위의 중지를 청구할 수 있다.
3. 상품이나 그 광고에 의하여 또는 공중이 알 수 있는 방법으로 거래상의 서류 또는 통신에 허위의 원산지의 표지를 하거나 또는 이러한 표지를 한 상품을 판매, 무상반포 또는 수출하여 원산지의 오인을 일으키게 하는 행위
4. 상품이나 그 광고에 의하여 또는 공중이 알 수 있는 방법으로 거래상의 서류 또는 통신에 그 상품이 생산, 제조 또는 가공된 국가 이외의 곳에서 생산 또는 가공된 듯이 오인을 일으키게 하는 표지를 하거나 또는 이러한 표지를 한 상품을 판매, 무상반포 또는 수출하는 행위
5. 타인의 상품을 사칭하거나 상품 또는 그 광고에 상품의 품질, 내용 또는 수량에 오인을 일으키게 하는 선전을 하거나 표지를 하거나 또는 이러한 방법이나 표지로써 상품을 판매, 무상반포 또는 수출하는 행위

140) 다만 우리나라 부정경쟁방지법 제2조 제1호 바목(제정법의 대응 조항은 제2조 제5호)에 대응하는 일본의 구 부정경쟁방지법 규정에는 상품 사칭행위에 관한 내용이 포함되어 있지 않았고 이는 일본의 현행법에서도 마찬가지인데, 이는 형법상 사기죄 규정 및 민법상 불법행위 규정이 마련되어 있었던 것이 원인으로 보인다고 한다. 황의창·황광연, 부정경쟁방지 및 영업비밀보호법(6정판), 세창출판사, 2011, 58면.

141) 정식 명칭은 「상품 출처의 허위·기만적 표시 억제를 위한 마드리드협정(Madrid Agreement for the Repression

본이 1953년 마드리드협정에 가입하면서[143] 동년의 개정법에서 위에 대응하는 문구를 추가하였고[144] 우리나라가 1961년 부정경쟁방지법을 제정할 때 해당 일본법 조항을 수입하였기 때문에 우리 법에 반영된 것이라고 할 수 있다.

부정경쟁방지법 제2조 제1호 마목은 표지의 대상을 라목의 "원산지"의 상위개념에 해당하는 것으로 볼 수 있는 "출처지"로 규정하는 한편,[145] 행위 요건 역시 라목의 "거짓의" 표지 대신 "오인하게 하는 표지"로 규정해 간접적·암시적 오인유발행위를 포괄하고 있는바[146] 규율범위가 더 넓다. 한편, 바목은 상품 사칭행위와 품질등 오인유발행위를 하나의 조문에서 규정하는데, 후자의 경우 라목의 원산지나 마목의 출처지 이외의 상품의 제반 속성인 "품질, 내용, 제조방법, 용도 또는 수량"의 오인유발을 금지하고, 행위 태양에도 "표지" 외에 "선전"을 추가하는 등으로 규율범위를 한층 확장하고 있다. 바목 전단을 제외하면, 라목 내지 바목은 거짓의 또는 오인하게 하는 표지의 대상을 상품으로 정하고, 그 표지의 수단을 상품 또는 그 광고로 규정하는 점에서 공통된다(바목 전단도 사칭의 대상을 상품으로 규정하는 점에서 유사한 면이 있다). 이처럼 부정경쟁방지법 제2조 제1호 라목 내지 바목은 규율 목적 및 적용범위가 상당히 중첩된다.

부정경쟁방지법 제2조 제1호 라목 내지 바목은 상품에 관한 '오인'을 방지한다는 점에서 가목과 나목의 혼동행위와 유사한 점이 있으나, 혼동행위의 금지가 그 상품 또는 영업주체의 경쟁상 이익을 보호하는 것을 목적으로 하는 데 반해, 라목 내지 바목은 자유롭고 공정한 경쟁의 전제조건인 소비자의 정확한 정보 접근을 보장해 거래질서 내지 소비자를 보호하기 위한 규정인 점에서 차이가 있다.[147] 라목 내지 바목이 상품·영업표지에 관한 가목 내지 다목에 비해 민사본안 및 가처분 소송의 수가 훨씬 적다는 점은 라목 내지 바목이 경쟁자보다는 소비자 보호 내지 거시적인 거래질서의 보호를 주된 목적으로 한다는 평가를 실증한다.[148]

(2) 서비스업에의 적용에 관한 해석론

부정경쟁방지법 제2조 제1호 라목 내지 바목은 모두 "상품"에 관해서만 규정하며, 영업 또는 서비스를 직접 명시하지 않는다. 이때의 "상품"은 독립하여 매매 등 거래의 대상이 되는 유

---

of False or Deceptive Indications of Source on Goods)」이며, 1891년에 제정되었다.

142) 정상조 편집대표, 부정경쟁방지법 주해, 박영사, 2020, 59, 68면.

143) https://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/docs/pdf/madrid_source.pdf (2023. 12. 12. 방문).

144) 정진우, "부정경쟁방지법상 오인야기행위에 관한 규정의 개선방안에 대한 고찰 – 일본법과 비교를 중심으로 –", 산업재산권 제74호, 2023, 327-328면.

145) 참고로, 일본의 1993년 개정 부정경쟁방지법은 구법상의 출처지(出所地)를 광의의 원산지(原産地) 개념에 흡수 통합한 형태로 입법하였다. 小野昌延·松村信夫, 新·不正競爭防止法概說(第3版)(下卷), 青林書院, 2020, 93頁 참조.

146) 정상조 편집대표, 앞의 책(주 142), 68-70면 참조.

147) 정상조 편집대표, 앞의 책(주 142), 56, 67, 75면; 윤선희·김지영, 부정경쟁방지법, 법문사, 2012, 144면; 최정열·이규호, 부정경쟁방지법 – 영업비밀보호법제 포함 –(제5판), 진원사, 2022, 155, 157, 163-164면; 허인 외 5, "지식재산제도의 실효성 제고를 위한 법제도 기초연구 – 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 조문별 해설서 –", 특허청 인프라 기초연구과제 최종보고서, 2014, 118-119면.

148) 2015년 이전 3년간 선고 또는 고지된 부정경쟁행위 민사 본안 및 가처분 사건 중 가목 내지 다목 위반을 원인으로 한 사건은 총 300건인 데 반해 라목 내지 바목 위반이 주장된 사건은 총 31건에 불과하였다. 법무법인 다래, 부정경쟁방지법 관련 국내 판결문 분석 연구, 특허청 연구과제 최종보고서, 2017. 12., 35-36면. 2017년부터 2019년까지를 대상으로 한 조사에서도 유사한 경향이 확인되는데, 위 기간 중에 선고 또는 고지된 민사 가처분 및 본안 사건 중 가목 내지 다목 위반이 주장된 사건은 가처분 총 175건, 본안 총 181건이었으나, 라목 내지 바목 위반이 주장된 사건은 가처분 총 18건, 본안 총 20건이었다. 법무법인 다움, 2017-2019 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 판결문 분석 연구, 특허청 연구과제 최종보고서, 2020. 9., 67, 113면.

체물을 뜻하며,[149] 소비재에 국한되지 않고 중간재, 자본재, 부품 등 독립적·반복적 거래 대상이 되는 재화라면 모두 포함된다.[150][151] 컴퓨터프로그램과 같은 무체물, 부동산 등이 상품에 속하는지 여부에 관해서는 견해 차이가 있으나,[152] 서비스가 이에 포함되지 않는다는 점에 대해서는 일부 소수 견해[153]를 제외하고는 이견을 찾기 어렵다.

이러한 용어의 해석론과는 별개로, "상품"을 중심으로 규정된 상기 조항들을 서비스에 확대 내지 유추 적용할 수 있는지에 관해서는 견해가 나뉜다.

- 긍정설: "입법론적으로 해결할 문제"라고 하면서도 "서비스에도 유추적용하는 것이 타당하다"는 견해,[154] "상품의 개념은 독점금지법이나 소비자보호법 등 각각의 법률의 취지에 따라 탄력적으로 해석되어야 하는 것이므로 경쟁법적 규율이 필요한 영업적 급부이면 모두 [본 목의] 상품 개념에 포함된다고 전향적으로 풀이함이 타당할 것"이라고 주장하는 견해[155] 등이 있다.

- 부정설: "연혁적인 이유로 상품으로 한정하는 것으로 보이는데, 서비스에 관한 허위표시광고도 허위표시광고로 인정하지 않아야 할 이유가 없"다고 하면서도 결국 입법적으로 해결하는 것이 타당할 것"이라고 주장하는 견해,[156] 위 긍정설의 둘째 견해에 대하여 "상품과 용역이 차별적으로 사용되고 있는 현재의 법 상태에서 이는 입법론적인 해석에 불과하다"고 비판하는 견해[157] 등이 있다. 또한 특히 라목에 관하여, 본 목을 서비스에 유추적용할 경우 적용범위가 명확하지 않을 수 있는 점, 죄형법정주의 원칙 등을 고려할 때 서비스에의 유추 적용은 신중할 필요가 있다고 주장하는 견해도 있다.[158] 그 밖에, 조문의 해석론에 기초해 서비스에는 적용되지 않는다고만 간략히 언급하는 문헌도 있는데,[159] 이 역시 서비스에의 적용을 부정하는 견해에 속한다.

이상과 같이 부정경쟁방지법 제2조 제1호 라목 내지 바목을 서비스업에 적용할 수 있는지에 관해서는 부정설이 다수이다. 생각건대 다음과 같은 점을 고려할 때 상기 조항들을 서비스업에 적용하는 것은 현행법의 해석으로는 무리라고 판단된다. 첫째, 우리 부정경쟁방지법은 제2조 제1호 가, 나목 등에서 상품과 서비스(영업)를 준별하고 있다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 라목 내지 바목의 "상품"에 서비스는 포함하지 않는 것으로 해석하는 것이 용어의 통일적 해석 측면에서 타당

149) 정상조 편집대표, 앞의 책(주 142), 58면; 윤태식, 부정경쟁방지법, 박영사, 2021, 129면 등.

150) 윤선희·김지영, 앞의 책(주 147), 146면.

151) 이러한 해석론은 상표법상의 "상품" 개념이 2016년 개정을 통해 서비스를 포함하도록 확대된 이후에도 여전히 유지되고 있다.

152) 라목의 "원산지"라는 문언을 고려할 때 서비스와 더불어 부동산도 "상품"에 속하지 않는다고 해석하는 견해에 관해서는 허인 외 5, 앞의 자료(주 147), 122면; 정상조 편집대표, 앞의 책(주 142), 58면 등 참조. 한편, 윤태식, 앞의 책(주 149), 129면에서는 "경제적 가치가 사회적으로 승인되고 독립하여 거래의 대상으로 인정된다면 무체물이라도 포함된다"고 해설하며, 컴퓨터프로그램이 그 대표적인 예이다. 참고로, 일본은 2003년 개정법에서 "전기통신회선을 통하여 제공"하는 행위를 추가하였는데, 이는 타인의 상품 등 표지가 내장된 프로그램을 네트워크를 통해 판매하는 행위가 유체물을 염두에 두고 규정된 '양도'나 '인도'에 해당함을 명확히 하기 위한 취지였다고 한다. 経済産業省知的財産政策室(編), 逐条解説不正競争防止法, 2019. 7. 1., 15頁.

153) 정호열, 부정경쟁방지법론, 삼지원, 1993, 198-199면은 부정경쟁방지법 제2조 제1호 마목의 "상품"이 영업적 거래를 목적으로 하는 유형재화를 의미한다고 하면서, 서비스(용역)를 배제하는 통설에 의하면 본 목의 의의가 사라진다고 하면서 경쟁법적 규율이 필요한 영업적 급부이면 모두 "상품"에 포함된다고 주장한다.

154) 정상조 편집대표, 앞의 책(주 142), 66, 74면.

155) 정호열, 앞의 책(주 153), 199면. 본문의 대괄호 부분은 저자가 추가함.

156) 나종갑, 불공정경쟁법의 철학적·규범적 토대와 현대적 적용, 연세대학교 대학출판문화원, 2021, 321-322면.

157) 윤선희·김지영, 앞의 책(주 147), 159면.

158) 윤태식, 앞의 책(주 149), 141면.

159) 허인 외 5, 앞의 자료(주 147), 122면.

하다. 둘째, 상기 조항들에서 금지하는 행위의 태양인 판매, 반포, 수입, 수출은 모두 유체물인 상품을 대상으로 하는 행위로서 서비스의 제공을 포섭하지 못한다. 셋째, 특히 라, 마목의 경우 오인의 대상인 원산지나 출처지(생산지·제조지·가공지)는 유체물인 상품을 대상으로 설정된 개념이기 때문에, 이를 곧바로 서비스에 적용할 경우 그 범위와 요건이 불명확하게 될 우려가 있다. 참고로, 일본은 1993년 부정경쟁방지법 개정을 통해 품질등 오인야기행위의 적용대상을 상품 외에 서비스(역무)까지 포함하도록 확장하였는데, 위 개정 전 구법 하의 하급심 판결도 유사한 견지에서 전단광고에 게재된 건물 수리에 관한 역무는 "상품"에 해당하지 않는다는 이유로 일본 부정경쟁방지법상의 오인야기행위 규정이 적용되지 않는다고 판단한 사례가 있다.[160]

(3) 국제조약 및 외국의 입법례

(가) 파리협약 및 TRIPS 협정

우리나라가 1980년 가입한 국제조약인 파리협약은[161] 제10조에서 "상품(goods)의 원산지 또는 생산지, 제조자 혹은 판매인에 관하여 허위 표시의 직접적 또는 간접적 사용"에 대해 제9조의 상품의 수입 등에 관한 압류 규정이 적용된다고 정하고 있다. 또한 "부당 경쟁(Unfair Competition)"이라는 표제를 단 제10조의2에서는 제3항 (c)에서 "거래의 과정에 있어 상품(goods)의 성질, 제조방법, 특징, 용도 또는 수량에 대하여 공중을 오도할 표시 또는 주장"을 금지한다. 이처럼 파리협약은 원산지, 출처지 및 품질 등의 허위 내지 오인적 표시의 대상을 유형의 재화인 상품(goods)으로 규정하고 있다.[162]

우리나라가 가입한 다른 국제조약인 WTO[163]의 부속서 1다(Annex 1C)로 포함된 TRIPS 협정[164]은 지리적 표시의 보호에 관한 제3부 제22조에서 회원국은 (a) "당해 상품(goods)의 지리적 근원에 대해 대중의 오인을 유발하는 방법으로 진정한 원산지가 아닌 지역을 원산지로 한다고 표시하거나 암시하는 상품의 명명 또는 소개 수단의 사용" 및 (b) "파리협약(1967년) 제10조의2의 의미 내에서 불공정경쟁행위를 구성하는 사용"을 금지할 수 있는 법적 수단을 제공한다고 규정한다. 또한 TRIPS 협정 제2조 제1항은, 동 협정의 제2부, 제3부, 제4부와 관련하여 회원국은 파리협약(1967년)의 제1조 내지 제12조 및 제19조를 준수한다고 규정하여 이른바 '파리협약 플러스' 접근법을 취하고 있다.[165] TRIPS 협정은 상표 보호에 관한 제2부에서 "상품 또는 서비스"의 표시(signs)를 보호대상으로 언급하는 데 반해, 제3부 제22조에서는 "상품(goods)"만을 명시하고 있다. 이상의 점 및 동 협정에서 파리협약 규정을 인용하고 있는 점을 고려할 때, TRIPS 협정상의 원산지, 출처지 등의 표시 대상도 "상품"으로 한정된다고 할 수 있다.

---

160) 大阪地判昭和58.10.14.昭和57年(ワ)第4801号.

161) 공업소유권의 보호를 위한 파리 협약(Paris Convention for the Protection of Industrial Property), 다자조약 제707호, 1980. 5. 4. 발효.

162) 파리협약 제10조의2 제3항 (a)는 "경쟁자의 영업소, 산품 또는 공업상 혹은 상업상의 활동과 혼동을 일으키게 하는 모든 행위"를 금지하여 상품 외에 영업활동에 대한 혼동야기행위를 금지하는데, 이는 우리 부정경쟁방지법 제2조 제1호 가, 나목에 반영되어 있으므로 라목 내지 바목과 직접 관련된 것으로 보기는 어렵다.

163) 세계무역기구 설립을 위한 마라케시 협정(Agreement Establishing the WTO).

164) 무역관련 지식재산권에 관한 협정(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights).

165) 특허청, 우루과이 라운드(Uruguay Round)와 TRIPS 협정의 성립, 특허청 정책보고서, 2007, 31-32면 <https://www.korea.kr/common/download.do?tblKey=EDN&fileId=188467> (2023. 12. 12. 방문).

우리나라가 가입한 조약은 아니지만 1961년 부정경쟁방지법 제정 당시 일본법의 수입 과정에서 간접적으로 우리 법의 조문 형성에 영향을 준 마드리드협정 역시 오인유발행위의 대상을 "상품(goods)"으로 규정하고 있다. 동 협정 제3조는 "본 조항은 판매자가 그 판매지 이외의 국가로부터 온 상품에 자신의 상호나 주소를 표시하는 것을 금지하지 않는다. 그러나 그 주소나 상호에는 제조·생산의 국가 또는 장소에 관해 분명한 문자로 된 정확한 표시, 또는 진정한 원산지에 관한 오인을 피하기에 충분한 기타 표시가 부기되어야 한다"고 정하고 있다. 또한 제3조의2에서도 "본 협정이 적용되는 국가는 상품의 판매, 전시 또는 판매의 청약과 관련하여, 간판, 광고, 송장, 와인목록, 영업서류, 기타 모든 상업적 통신에 나타나며, 상품의 원산지에 관하여 공중을 기만할 수 있는 표시를 공중이 알 수 있는 방법으로 하는 것을 금지하기 위한 조치를 취한다."고 규정한다.

파리협약 및 TRIPS 협정에서는 부정경쟁행위 제재를 통한 지식재산 보호의 최소 수준을 규정하고 있다. 따라서 회원국들이 국내법을 통해 위 조약상 상품에 관한 규정을 서비스업에 적용하는 것은 금지되지 않는다. 마드리드협정도 마찬가지이다.

(나) 미국

미국의 연방상표법은 제43조 (a)항에서 "상품이나 서비스, 또는 상품의 용기(any goods or services, or any container for goods)" 상에 또는 그와 관련하여 허위의 원산지 표시, 허위이거나 오인케 하는 사실의 기술 또는 표시를 하여 (A) 타인의 상품, 서비스 또는 상업활동의 출처, 후원, 승인 등에 대하여 혼동을 유발하는 행위, (B) 상업적 광고나 선전에서 타인의 상품, 서비스 또는 상업활동의 성질, 특성, 품질 또는 지리적 출처를 부실표시하는 행위에 대하여 손해배상책임을 부담시키고 있다.[166]

(다) 독일

우리나라의 부정경쟁방지법에 대응하는 독일의 부정경쟁방지법(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG)은[167] 제3조에 불공정한 상업적 행위 금지에 관한 일반조항을 두고, 제4조 이

166) 15 U.S.C. § 1125 (a).

167) 독일의 UWG는 독점금지법인 GWB와 함께 '광의의 경쟁법'으로 지칭되고, GWB와 규율범위가 일부 중첩될 수 있다고 평가되기도 한다(박윤석·안효질, "독일 부정경쟁방지법 최근 개정 동향, 저스티스 통권 제157호, 2016, 252면). 그럼에도 불구하고 다음과 같은 이유에서 UWG는 여전히 우리나라의 부정경쟁방지법에 대응한다고 볼 수 있다. 첫째, GWB는 경쟁의 자유를 보호하는 것을 목적으로 하는 데 반해 UWG는 경쟁의 공정성을 규제하는 점에서 그 법 목적 및 집행형식이 근본적으로 구별된다. 우리 부정경쟁방지법도 "건전한 거래질서를 유지"하는 것을 목적으로 하는 점에서 UWG와 공통된다. 둘째로, 독일의 UWG에 규정된 불공정한 경쟁행위는 우리나라의 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위 및 공정거래법상 불공정거래행위 규정이 각각 사법적, 공법적 규율을 나누어 담당하고 있는데, (i) 독일에서도 UWG 위반행위에 대한 행정제재는 매우 드문 점(박성호, "우리나라 '부정경쟁방지법의 탄생'과 그에 관한 법제사적 고찰", 정보법학 제26권 제2호, 2022, 22면), (ii) 우리나라의 부정경쟁방지법에 보충적 일반조항이 도입됨에 따라 그 성격이 경제법에 한층 가까워졌다고 평가되고(박준석, "한국 지적재산권법과 다른 법률들과의 관계, 법조 통권 제687호, 2013, 50면), 공정거래법 개정에 의해 불공정거래행위에 대한 사인의 금지청구제도가 도입됨에 따라 이러한 경향이 강화되고 있음에 비추어 우리 부정경쟁방지법의 성격 역시 광의의 경쟁법에 한층 다가서고 있다. 셋째로, 독일 UWG상의 불공정경쟁행위 일반조항은 우리 부정경쟁방지법의 국제조약상 근거인 파리협약 제10조의2와 맥을 같이 하는 것으로 평가된다(정성진, "부정경쟁행위와 불공정거래행위", 국민대학교 법학논총 제12집, 2000, 38-39면). 넷째로, 우리나라의 부정경쟁방지법은 독일의 UWG를 모델로 한 일본 부정경쟁방지법에 영향을 받아 제정되었는데(박성호, 위의 글, 5-6면), 독일 초기 UWG의 부정경쟁행위의 법적 성질은 불법행위의 일 유형으로 간주되었던 점 및 특히 UWG 제4조 이하의 오인적 표시행위 규정들은 행위규준위반주의에 근거하였다고 평가되는 점(하헌주, "독일 경쟁법(Wettbewerbsrecht)의 위상과 체계", 부산외국어대학교 비교법학 제16집, 2005,

하에서 개별 불공정경쟁행위에 관해 규정하고 있다. 그중 제4조 제3호 a)는 경쟁자의 상품 또는 서비스의 복제품을 제공함에 있어 그 상업적 출처에 관하여 회피 가능한 구매자 기만을 유발하는 행위는 불공정한 것으로 간주된다고 규정한다. 제5조 제2항 제1호는 상품 또는 서비스의 재고, 성질, 성능, 효용, 위험, 성분, 부속품, 제조·공급·제공의 수단 또는 일자, 목적·용도·수량·사양·사후지원 적격성과 같은 주요 특성에 관한 허위의 진술 또는 기만적 정보를 담은 상업적 행위는 불공정성이 간주된다고 규정하며, 제2항 제2, 4호와 제3항에서도 상품과 서비스를 함께 언급한다. 중요정보 누락에 의한 오인유발행위에 관한 제5b조, 불공정한 비교광고에 관한 제6조, 착오유발형 불공정경쟁행위의 개별 유형을 예시하는 제3조 제3항 별지 각 호에서도 상품과 서비스를 함께 언급하고 있다.

요컨대 독일의 UWG는 "상품 또는 서비스"를 오인적 표시 등의 규율대상으로 일괄하여 규정하고 있는데, 이는 오인유발행위에 대한 민사적 구제와 형벌에 관해 각각 제3조와 제4조에서 규정하고 있던 2004년 개정 전 구법에서도 동일하였다.[168]

(라) 스위스

스위스의 연방 부정경쟁방지법[169] 제3조는 다양한 불공정한 경쟁행위를 열거하는데, 그중 (b)호에서는 "본인, 그의 사업, 그의 상호, 그의 상품, 제품 또는 서비스(goods, works or services), 그 가격, 재고량, 판매거래나 사업적 관계에 관해 부정확하거나 오인적인 정보를 제공하거나, 그와 같은 행위로써 제3자를 경쟁상 돕는 행위"를, (i)호에서는 "상품, 제품 또는 서비스(goods, works or services)의 현황, 수량, 목적, 용도 또는 위험성을 은닉함으로써 소비자를 기만하는 행위"를 불공정한 행위의 한 유형으로 규정하고 있다. 이처럼 스위스 연방법에서도 상품과 서비스를 오인유발의 대상으로 함께 규정한다.

(마) 일본

일본의 부정경쟁방지법은 1993년 개정 이전의 제1조 제1항 제3호 내지 제5호에서 우리나라 부정경쟁방지법 제2조 제1호 라목 내지 바목과 거의 동일한 내용을 규정하였다. 위 구법 제1조 제1항 제3호 내지 제5호의 내용은 다음과 같다. 우선 제3호는 "상품 또는 그 광고 또는 공중이 알 수 있는 방법으로 거래상의 서류 또는 통신에 허위의 원산지 표시를 하는 행위 또는 이러한 표시를 한 상품을 판매, 확포 또는 수출하여 원산지의 오인을 일으키게 하는 행위"에 관해 규정하였다. 제4호는 "상품 또는 그 광고에 의하여 또는 공중이 알 수 있는 방법으로 거래상의 서류 또는 통신에 그 상품이 산출, 제조 또는 가공된 지역 이외의 곳에서 산출, 제조 또는 가공된 것으로 오인을 일으키게 하는 표시를 하거나 이러한 표시를 한 상품을 판매, 확포 또는 수출하는 행위"를, 제5호는 "상품 또는 그 광고에 의하여 상품의 품질, 내용, 제조방법, 용도 또는 수량에 있어서

73-74면) 등의 면에서 우리 부정경쟁방지법상의 부정경쟁행위 규범과 공통된다.

168) 유주선, "독일 부정경쟁방지법상 부당한 영업행위에 대한 논의 - 특히 부당한 표시·광고의 규제를 중심으로 -", 경제법연구 제10권 제2호, 2011, 140-142면. 참고로, 점상조 편집대표, 앞의 책(주 142), 64면에서는 우리 부정경쟁방지법 제2조 제1호 라목에 대응하는 독일의 부정경쟁방지법을 제3조와 제4조로 언급하고 있는데, 이는 2004년 개정 전 구법의 내용을 소개한 것으로 보인다.

169) Federal Act on Unfair Competition (UCA) of 1986. 영문판은 다음의 링크에서 확인할 수 있음. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/223_223_223/en (2023. 8. 17. 방문).

오인을 일으키게 하는 표지를 하거나 이러한 표지를 한 상품을 판매, 반포 또는 수출하는 행위"를 각각 부정경쟁행위로 규정하였다. 일본은 1993년 법개정에 의해 위 3개 조항을 통합하면서 그 대상을 상품 외에 서비스(역무)로까지 확대했고, 2003년 개정법에서는 유체물인 상품을 대상으로 한 종래의 '양도', '인도'에 네트워크를 통한 프로그램 판매가 해당한다는 점을 분명히 하기 위해 "전기통신회선을 통하여 제공하는 행위"를 추가하였다.[170]

오인야기행위의 적용대상을 서비스로 확장한 1993년 법개정 당시 산업구조심의회 보고서는 "상품, 서비스를 공급함에 있어서 타사의 상품 등과의 차별화를 도모하고, 수요자의 구매의욕을 높이기 위해 품질, 내용, 수량 등의 면에 있어서와 마찬가지로 표시 면에 있어서도 경쟁이 격화되고 있다"는 것을 법개정의 배경으로 언급하였다. 또한 1993년 개정 전 구법 제1조 제1항 제5호는 "상품의 품질, 내용, 제조방법, 용도 또는 수량"만을 오인야기의 규제대상으로 삼았지만, 독일, 스위스, 미국 등 구미 각국에서도 품질, 내용 등에 관한 오인야기행위에 있어 상품과 서비스를 구별하지 않으며, 세계지식재산기구(World Intellectual Property Organization, WIPO)의 부정경쟁법에 관한 국제적 조화 논의에서도 상품과 서비스에 관한 오인야기행위를 모두 규제의 대상으로 거론하고 있는 점, 근년의 서비스 경제화의 현저한 진전에 따라 서비스가 국민경제의 큰 부분을 차지하고 있어 서비스 분야의 경쟁이 격화되고 있으므로 서비스도 상품과 마찬가지로 규제대상으로 하는 것이 적절하다는 점 등이 법개정의 동기라고 설명하였다.[171]

그 결과 현행법 제2조 제1항 제20호는 "상품, 서비스 또는 그 광고나 거래에 이용하는 서류 또는 통신에 그 상품의 원산지, 품질, 내용, 제조방법, 용도나 수량 또는 그 서비스의 질, 내용, 용도 또는 수량에 대하여 오인하게 하는 표시를 하거나 그 표시를 한 상품을 양도·인도, 양도나 인도를 위하여 전시·수출·수입하거나 전기통신회선을 통하여 제공하거나 그 표시를 하여 서비스를 제공하는 행위"라고 규정하게 되었다. 개정법의 내용에는 몇 가지 특기할 점이 있다. 첫째로, 구법의 "허위의 원산지"를 "원산지"라는 표현으로 대체하면서, 구법 제1조 제1항 제4호에 규정되어 있던 상품의 출처지(산출지·제조지·가공지)와 관련된 문구를 삭제한 것이다. 이는 구법상 원산지에 대해서는 허위로, 출처지에 대해서는 오인케 하는 것으로 표시의 내용을 다르게 규정하고 있던 것을 더 넓은 후자로 통일하고, 구법 제3호의 원산지와 제4호의 출처지의 관계에 관한 해석상의 혼란을 피하고자 했던 것으로 사료되며, 개정법의 '원산지'를 광의로 해석하면 규율 공백은 피할 수 있을 것으로 보인다고 한다.[172] 둘째로, 적용범위를 '상품' 외에 서비스로 확장한 것은 구법 제1조 제1항 제3, 4호의 원산지·출처지 오인야기행위가 아닌 제5호의 품질등 오인야기행위에만 해당한다는 점이다. 그에 따라, 현행법에서 오인야기표시를 한 상품의 인도·양도 등 행위는 서비스와 관련하여 확장하지 않고, 단지 "그 표시를 하여 서비스를 제공하는 행위"로만 규정하였다.

(4) 법개정의 필요성과 실익

우리나라 부정경쟁방지법은, 일본이 1934년 파리협약에 가입하기 위해 동 조약상 최소한의 의무이행을 목적으로 제정한 부정경쟁방지법을 동년의 제령(制令)을 통해 그대로 의용하였다가, 해방

170) 정상조 편집대표, 앞의 책(주 142), 65면.
171) 小野昌延·松村信夫, 前揭書(주 145), 57-58頁.
172) 小野昌延·松村信夫, 前揭書(주 145), 93頁 참조.

후인 1961년 입법근대화 작업의 일환으로 제정되었다.[173] 우리나라의 제정 부정경쟁방지법 제1조 제1항 제3호 내지 제5호는 내용상 큰 변화 없이 현행법의 제2조 제1호 라목 내지 바목으로 이어졌는데, 파리협약 가입을 위해 제정된 일본법의 내용이 거의 그대로 반영됨에 따라 상품을 중심으로 오인유발행위를 규정한 파리협약 및 '파리협약 플러스' 접근법을 취한 TRIPS 협정의 최소보호요건을 충실히 반영하고 있는 것으로 평가할 수 있다. 그러나 앞서 본 일본의 1993년 법개정 취지에서 드러나듯이 경제에서 서비스업이 제조업에 못지 않은 중요한 축으로 자리매김함에 따라 서비스업 분야에서의 경쟁이 치열하게 전개되고 있는 현실을 고려할 때 서비스업과 관련된 허위 또는 오인적 표시를 규율범위에서 배제하는 법적용의 우려가 있는 현행법 규정은 심각한 규제 공백을 낳을 수 있다.

특히 우리 부정경쟁방지법 제2조 제1호 바목의 경우 규제의 목적이 상품으로 제한되어야 할 특별한 이유를 찾을 수 없기에 적용범위를 서비스업으로 확장하는 입법이 고려될 필요가 있다. 즉, 전단의 상품 사칭행위는 타인 서비스의 사칭행위로 확장되는 것이 자연스럽고, 후단의 상품 품질 등 오인유발행위도 서비스의 품질, 내용 등을 오인하게 하는 표시 등의 행위와 규제 목적상 구별할 현실적인 필요를 인정하기 어렵다. 이에 따라 현행법의 바목을 중심으로 그 적용범위를 상품에서 서비스업으로 확장하는 법개정을 고려함이 타당하고, 그러한 법개정은 오인유발행위에 관해 상품과 서비스를 함께 규정하는 미국, 독일, 스위스, 일본 등 외국 입법례와 규제 수준의 국제적 조화의 관점에서도 타당성이 인정될 수 있다. 나아가 사업자의 표시행위에 관한 공법적 규제를 담당하고 있는 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」(이하 "표시광고법")이 규제대상인 '표시'를 "상품 또는 용역"에 관한 것으로 명시하고 있음에 비추어 볼 때(제1조, 제2조 제1호), 부정경쟁행위에 대한 사법적 구제수단을 제공하는 부정경쟁방지법상의 오인유발행위 대상에 서비스(업)를 추가하는 것은 규제방식에 따른 불균형 해소에도 일조할 것으로 기대된다.[174][175]

(5) 구체적인 개정안

가능한 법개정의 방안으로는 정의조항 또는 일반규정을 통해 상품에 관한 규정이 서비스업에도 적용되는 것으로 명시하는 방안, 개별 조항의 문구를 수정하여 적용범위를 확대하는 방안을 고려할 수 있다. 이 중에서 전자의 방안은 비교적 간단한 수정이 수반되는 것을 장점으로 꼽을 수 있으나, 개별 부정경쟁행위 조항의 여러 맥락에서 쓰이는 "상품"이라는 표현을 일률적으로 서비스로 확대하는 것이어서 추가의 해석이 요구된다. 따라서 법적용의 명확성 측면에서 후자의 방안이 바람직하다고 판단된다. 또한 장차 개별 부정경쟁행위 조항이 추가될 가능성을 고려하더라도 현재 법개정이 요구되는 조항이 많지 않으므로, 현행법에 대한 개정 방안으로서는 직접 개별 조항의 내용을 수정하는 것이 더 적절하다고 생각된다.

부정경쟁방지법 제2조 제1호 라목 내지 바목 중 라목은 상품의 거짓 원산지 표지행위를, 마목은

173) 윤선희, "일본 부정경쟁방지법 개정 방향 – 산업구조심의회 지적재산권 정책부회 중간답신을 중심으로 –", 발명특허 제18권 제3호, 1993, 44면; 박성호, 앞의 글(주 167), 4-10면 참조.

174) 같은 취지로, 윤선희·김지영, 앞의 책(주 147), 159면 참조.

175) 또 다른 측면에서, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 라목 내지 바목이 경쟁자가 아닌 소비자 보호를 주 목적으로 하는 규정으로서 가목 내지 다목에 비해 행정적 규제의 수요가 크다는 점을 고려하면(부정경쟁방지법 제7조는 행정청에 부정경쟁행위 조사권한을 부여하고 있음), 행정적 규제를 주된 법집행 방식으로 정하고 있는 표시광고법과 규제대상의 통일을 기하는 작업으로도 볼 수 있다.

상품의 출처지를 오인하게 하는 표지행위를, 바목은 상품의 사칭행위 및 상품의 품질 등을 오인하게 하는 행위를 각각 금지되는 행위로 정하고 있다. 이중 라목의 원산지와 마목의 출처지는 모두 유체물인 상품의 지리적 출처라는 점에서 서비스와 개념상 친하지 않고, 그에 일응 대응할 수 있는 서비스의 제공지역 또는 장소를 바목의 오인의 대상에 추가하는 것이 오히려 적절한 면이 있다. 따라서 서비스(업)의 추가는 바목을 중심으로 반영하고, 라목과 마목은 상품을 대상으로 하는 현행법 내용을 유지하되, 일본의 입법례를 참조하여 상호 적용범위가 중첩되는 라목과 마목을 통합하는 방향으로 개정안을 마련하는 것을 고려할 수 있다.

라목의 "거짓의"는 마목의 "오인하게 하는"에 비하여 더 엄격한 요건이다. 그런데 원산지와 출처지는 범위가 사실상 중첩되므로[176] 입법론의 측면에서 라목과 마목의 행위 요건을 다르게 규정하는 것을 정당화할 특별한 이유를 찾기 어렵다.[177] 그렇다면 라목을 삭제하여 행위 요건을 "오인하게 하는"으로 통일함으로써 규제 공백을 최소화하는 것이 바람직하다고 하겠다.[178]

또한 앞 조항의 중심적 행위 태양을 "표지"라고 표현하는 것은 가목 내지 다목에서 보호대상으로 규정하는 "표지"와의 관계에서 해석상 혼란을 낳을 수 있다. 그러므로 이미 동일한 의미로 받아들여져 혼용되고 있는,[179] 보다 명확하고 일반적인 용어인 "표시"로 순화하는 것이 바람직하다. "공중이 알 수 있는 방법으로" 요건은 해석상 별다른 역할을 하지 않으므로[180] 삭제하는 것이 바람직하다. 아울러, 오인표시를 한 "상품"에 네트워크를 통해 제공될 수 있는 컴퓨터프로그램 등의 무체물이 포함될 수 있다는 해석을 뒷받침하기 위해 일본법을 참조하여 "전기통신회선을 통해 제공"하는 것을 행위 대상에 추가하는 것도 고려할 수 있다(본 목의 해석에는 상표법상 상표의 사용에 관한 정의를 참고할 근거가 없으므로 위 행위 태양을 포섭하기 위한 개정이 필요하다). 이상의 변경사항에 맞추어 조문의 서술형식을 적절히 정비하면 될 것이다.

마지막으로 바목의 경우, 전단의 사칭행위의 대상과 후단의 품질 등 오인표지행위의 대상인 상품에 서비스를 추가하고, 위 개정 마목과 유사한 방식으로 문구를 정리하면 될 것인데, 전단과 후단이 성격상 차이가 있고[181] 후단에 서비스와 관련된 표현들이 추가됨에 따라 규정형식이 복잡해

176) 출처지가 원산지보다 넓은 개념이라는 견해는 정상조 편집대표, 앞의 책(주 142), 68-69면. 출처지와 원산지는 동일한 개념이라는 견해는 정호열, 앞의 책(주 153), 212-213면; 윤태식, 앞의 책(주 149), 144면; 최정열·이규호, 앞의 책(주 147), 158면. 라목의 원산지는 천연물의 산지라는 독자적 의미가 있을 수 있으나, 그렇다 하더라도 마목의 생산지에 포함되는 개념으로 볼 수 있으므로 용어의 사실적인 의미에 있어 원산지와 출처지가 중첩된다는 점에는 의문이 없다.

177) 판례는 구 「농수산물의 원산지 표시 등에 관한 법률」(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것) 제6조 제1항 제1호 전단의 "원산지 표시를 거짓으로 하"는 행위와 동호 후단의 "이를 혼동하게 하는 행위"를 구별하여 후자의 범위를 더 넓게 해석하고 있는데(대법원 2014. 1. 29. 선고 2013도14586 판결), 유사한 해석론이 부정경쟁방지법 제2조 제1호 라목의 "거짓의"와 마목의 "오인하게 하는"의 관계에도 적용된다면 실질적으로 규율범위가 중첩되며 그 보호가치를 달리할 특별한 이유를 찾기 어려운 라목의 원산지 표지(표시)와 마목의 출처지 표지(표시)를 서로 다른 범위에서 보호하게 된다. 따라서 이와 같은 부당한 해석의 결과를 입법적으로 해소할 필요가 있다.

178) 이와 반대로, 일본의 1993년 개정법에서는 구법의 출처지 조항을 원산지 조항에 통합하였다.

179) 정상조 편집대표, 앞의 책(주 142), 60-61면; 윤태식, 앞의 책(주 149), 138면 등.

180) 정상조 편집대표, 앞의 책(주 142), 68면; 윤태식, 앞의 책(주 149), 129면 등.

181) 부정경쟁방지법 제2조 제1호 바목 후단은 라, 마목과 목적·성격이 유사하지만, 바목 전단은 그러하지 않다. 나종갑, 앞의 책(주 156), 제2장에서도 부정경쟁방지법 제2조 제1호 바목 전단(직접사칭)을 가, 나목(간접사칭)과 함께 사칭행위의 절에서 해설하고, 바목 후단은 라, 마목과 묶어 허위표시라는 별개의 부정경쟁행위 유형으로 구분하고 있다.

질 수 있으므로 양자를 별개의 호로 구분하는 것을 제안한다.

이상의 사항을 반영한 개정안은 다음과 같다(주요 개정 부분만 밑줄로 표시함).

현행법	개정안
제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. 1. "부정경쟁행위"란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다. 라. 상품이나 그 광고에 의하여 또는 공중이 알 수 있는 방법으로 거래상의 서류 또는 통신에 거짓의 원산지의 표지를 하거나 이러한 표지를 한 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하여 원산지를 오인(誤認)하게 하는 행위 마. 상품이나 그 광고에 의하여 또는 공중이 알 수 있는 방법으로 거래상의 서류 또는 통신에 그 상품이 생산·제조 또는 가공된 지역 외의 곳에서 생산 또는 가공된 듯이 오인하게 하는 표지를 하거나 이러한 표지를 한 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하는 행위 바. 타인의 상품을 사칭(詐稱)하거나 상품 또는 그 광고에 상품의 품질, 내용, 제조방법, 용도 또는 수량을 오인하게 하는 선전 또는 표지를 하거나 이러한 방법이나 표지로써 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하는 행위	**제2조(정의)** 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. 1. "부정경쟁행위"란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다. 라. 상품이나 <u>그 광고, 거래상의 서류 또는 통신에에 상품의 생산지·제조지 또는 가공지에 대하여 오인하게 하는 표시</u>를 하거나 이러한 표시를 한 상품을 판매·반포, 수입·수출하거나 <u>전기통신회선을 통하여 제공하는 행위</u> 마. 타인의 상품 <u>또는 서비스</u>를 사칭하는 행위 바. 상품<u>이나 서비스</u> 또는 그 광고, <u>거래상의 서류 또는; 통신</u>에 상품 <u>또는 서비스</u>의 품질, 내용, 제조·<u>제공방법</u>, 용도, 수량 또는 <u>제공장소</u>에 대하여 오인하게 하는 표시를 하거나, 이러한 표시를 한 상품을 판매·반포, 수입·수출 <u>또는 전기통신회선을 통해 제공</u>하거나, 이러한 표시를 하여 서비스를 제공하는 행위

나. 대리인등의 상표 무단사용행위(제2조 제1호 사목)

부정경쟁방지법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

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

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

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

(2) 세계무역기구 회원국

(3) 「상표법 조약」의 체약국(締約國)

(1) 입법 배경 및 취지

부정경쟁방지법 제2조 제1호 사목은 파리협약 제6조의7의 내용을 반영하기 위해 2001년 개정법에서 추가된 규정이다. 본 규정은 우리나라에 등록되지 않은 외국의 등록상표에 대하여 그 외국 상표권자의 대리인이나 대표자 또는 대리인이나 대표자였던 자가 정당한 사유 없이 자가 정당한 사유 없이 그 상표를 국내에서 사용하는 행위를 금지하는 규정으로서, 본래 상표권은 속지주

의에 따라 등록된 국가에서만 효력이 미치지만 국제적 부정경쟁행위를 방지하기 위해 일정한 요건 하에 상표권의 효력범위를 넓힌 것이다. 또한 본 규정은 외국 상표권자와 그 대리인·대표자 간 신뢰관계의 파괴를 방지하려는 데에 목적이 있다.[182] 종래 상표법에서는 조약 당사국에 등록된 상표 또는 이와 유사한 상표에 대하여 국내 출원일 전 1년 이내에 그 상표권자의 대리인 또는 대표자였던 자의 동일·유사한 상표등록출원을 거절하도록 규정하고 있었으나,[183] 등록출원행위가 아닌 사용행위에 대해서는 이를 금지하는 규정이 없었기에 2001년 개정법에서 부정경쟁행위로 추가한 것이다.

(2) 국제조약 및 외국 입법례

부정경쟁방지법 제2조 제1호 사목은 보호되는 국제적 상표를 파리협약 당사국, WTO 회원국, 상표법조약(Trademark Law Treaty) 체약국에 등록된 상표로 열거하고 있다. 따라서 위 각 국제조약에서 규율범위를 어떻게 설정하고 있는지를 일차적으로 검토하며, 이어 외국의 입법례 중에서 우리나라와 유사한 규정을 두고 있는 일본 부정경쟁방지법의 규정을 살펴본다[184].

① 파리협약 및 기타 조약

부정경쟁방지법 제2조 제1호 사목의 직접적 근거인 파리협약 제6조의7은 동맹국 등록상표와 동일한 상표에 대하여 그 권리자의 대리인이나 대표자의 출원등록을 금지하는 내용과, 그러한 상표의 무단사용을 금지할 권리의 부여에 대하여 함께 규정하고 있다. 동조 제1항 본문에서는 "일 동맹국에서 상표에 관한 권리를 가진 자의 대리인 또는 대표자가 그 상표에 관한 권리를 가진 자의 허락을 얻지 아니하고 1 또는 2이상의 동맹국에서 자기의 명의로 그 상표의 등록을 출원한 경우에는 그 상표에 관한 권리를 가진 자는 등록에 대하여 이의 신청 또는 등록의 취소 또는 그 국가의 법령이 허용하는 경우에는 등록을 자기에게 이전할 것을 청구할 수 있다"고 규정하며, 제2항에서 "상표에 관한 권리를 가진 자는 위 1항의 규정에 따를 것을 조건으로 그가 허락을 하지 않는 경우에 그 대리인 또는 대표자가 그의 상표를 사용할 것을 저지할 권리를 가진다"고 규정한다. 위 제1항이 상표법에, 제2항이 부정경쟁방지법 제2조 제1호 사목에 반영된 것이다. 유의할 점은, 파리협약 제6조의7의 원문에서는 우리나라에서 공표된 조약 번역문상의 "상표"에 해당하는 용어로 "trademark"가 아닌 "mark"를 사용하고 있다는 점이다. 따라서 후술하는 파리협약 제6조의3과 달리 상표와 서비스표에 모두 적용될 수 있음이 문언상 명백하다.

TRIPS 협정 제2조는 WTO 회원국에게 파리협약 제1조 내지 제12조, 제19조를 이행할 의무를 부과하며, 파리협약 제6조의7도 이에 포함된다. 이와 유사하게, 상표법조약에서도 체약국에 파리협약의 표장(marks)에 관한 규정을 이행할 의무를 부과하며(제15조), 파리협약의 상표(trademarks)에 관한 규정을 서비스표의 등록에 적용할 의무를 부과한다(제16조). 따라서 TRIPS 협정 및 상표법조약의 적용범위도 파리협약 제6조의7의 그것과 다르지 않다.

② 해외 참고 입법례: 일본 부정경쟁방지법

182) 서울고등법원 2011. 10. 27.자 2011라1080 결정.
183) 구 상표법(2001. 2. 3. 법률 제6414호로 개정되기 전의 것) 제23조 제1항 제3호. 현행법에서는 보다 범위를 넓혀 제34조 제1항 제21호, 제54조 제3호에서 규정하고 있다.
184) 독일, 미국 등의 부정경쟁법제에서는 이에 상응하는 규정을 찾을 수 없다.

일본 부정경쟁방지법에서 파리협약 제6조의7의 내용을 반영하고 있는 조항은 제2조 제1항 제22호이다. 동 조항은 우리나라의 부정경쟁방지법 제2조 제1호 사목과 거의 동일하게, 파리협약 가맹국, WTO 가맹국 또는 상표법조약 체약국에서 상표에 관한 권리(상표권에 상당하는 권리)를 가지는 자의 대리인이나 대표자 또는 그 행위일 전 1년 이내에 대리인이나 대표자였던 자가 정당한 이유 없이 그 권리자의 승낙을 얻지 않고 그 권리와 관련된 상표와 동일·유사한 상표를 그 권리와 관련된 상품이나 서비스와 동일·유사한 상품이나 서비스에 사용하는 행위를 금지한다. 1993년 법개정에 의해 "상품" 외에 "서비스(역무)"를 추가한 점에서, 조약 당사국에 등록된 상표의 지정상품과 동일·유사한 "상품"에 사용하는 행위만을 금지되는 행위로 규정한 우리 법과 차이가 있다.

(3) 서비스업에의 적용 가능성 및 법개정 필요성

① 현행법의 해석을 통한 해결 가능성

전술한 바와 같이, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 사목은 상표법상의 부등록사유 규정과 짝을 이룬다. 전자는 조약 당사국에 등록된 상표와 동일·유사한 상표의 무단사용을 행위적 측면에서 규제하고, 후자는 그 등록출원을 제지함으로써 국제적 등록상표를 두텁게 보호하고 있다. 상표법과 부정경쟁방지법의 위 두 규정은 파리협약 제6조의7 제1항과 제2항을 각기 국내법에 도입한 것으로서, 하나의 국제조약 조항에 근거하고 있음을 고려할 때 양자의 적용대상을 통일하는 것이 바람직하다.

2016년 전부개정 전부터 우리 상표법은 상표와 서비스표 간에 차이를 두지 않고 파리협약 제6조의7 제1항을 반영하여 조약 당사국 상표권자의 대리인 또는 대표자의 동일·유사한 상표등록출원을 거절하고 있었다.[185] 2016년 전부개정에 의해 '상표'의 정의에서 "상품"에 지리적 표시가 사용되는 상품을 제외하고는 서비스를 포함하는 것으로 명시함으로써, 상표와 서비스표를 단일한 체계 아래에서 규율하게 되었다. 즉, 현행 상표법 체제에서는 구법상의 '상표'와 '서비스표'에 대해 출원등록 단계에서의 저지가 모두 적용되었음이 명백하다. 따라서 그에 대응하는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 사목이 상품에의 무단사용행위만 규제하는 것으로 해석하는 것은 파리협약 제6조의7에 동일하게 근거하고 있는 우리 상표법과 부정경쟁방지법의 각 조항 간에 불균형을 가져올 수 있다.

현행 부정경쟁방지법 제2조 제1호 사목은 금지되는 행위를 "그 상표의 지정상품에 사용하거나 그 상표를 사용한 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하는 행위"라고 하여 상표권의 효력범위와 일치시키고 있다. 또한 우리 부정경쟁방지법의 위 규정은 파리협약 제6조의7을 상표법 규정과 짝을 이루어 반영한 것이다. 따라서 위 사목의 '상표' 및 '상품'은 상표법상의 용어와 동일한 의미로 해석함이 타당하다. 그런데 우리나라는 2016년 상표법 개정을 통해 구법상의 상표와 서비스표를 '상표'의 단일 체계로 보호하게 되었으므로, 상표법 및 부정경쟁방지법 사목의 '상표'는 서비스표를 포함하는 것으로 해석할 수 있다. 그리고 이러한 해석은 대한민국이 체결하여 국내법의 효력을 가진 파리협약 제6조의7에서 원문의 "mark"("trademark"가 아님)의 번역어로 광의의 "상표"를 사용

185) 구 상표법(2016. 2. 29., 법률 제14033호로 전부개정되기 전의 것) 제23조 제1항 제3호, 제2조 제3항.

한 것과도 조화된다. 나아가 위 개정법에서 '상품' 개념에 서비스를 포함시켰기 때문에, 2016년 상표법 개정 이후에는 부정경쟁방지법 사목의 '상품'에 서비스를 포함하여 상표법의 용례와 일치시키는 것이 자연스럽고 타당하다. 그렇다면, 현행 부정경쟁방지법 제2조 제1호 사목은 (구법의 표현에 따를 때) 조약 당사국에 등록된 서비스표와 동일·유사한 서비스표를 외국 상표권자의 대리인 또는 대표자가 그 지정서비스업과 동일·유사한 서비스업에 무단으로 사용하는 행위까지 포함하는 것으로 해석하는 것이 가능하다.[186]

이와 관련하여 일본이 1993년 개정에 의해 부정경쟁방지법 제2조 제1항 제22호에 '서비스'를 추가한 것이 갖는 의미에 대하여 음미해 볼 필요가 있다. 일본은 상표법 제2조 제1항 제1호와 제2호에서 상표를 상품에 대한 것과 서비스(역무)에 대한 것으로 이원적으로 정의하며, 상표의 '사용'에 관해서도 제2조 제3항 제1, 2호에서는 상품에의 사용을, 제3호 내지 제6호에서는 서비스(역무)에의 사용을 각기 구분하여 규정하고 있다. 따라서 일본 부정경쟁방지법 제2조 제1항 제22호의 "상품"을 해당국 상표법상의 용어와 일치되게 해석할 경우, "상품"에 서비스가 포함되는 것으로 해석하기에 어려움이 있었다. 이에 따라 일본은 1993년 개정법에서 오인야기행위 조항들을 부정경쟁방지법 제2조 제1항 제20호로 통합하면서 상품에 서비스(역무)를 추가하고, 같은 취지를 제22호에도 반영하기 위해 "상품"에 "서비스(역무)"를 추가하는 것이 불가피하였던 것이다.[187] 그러나 우리나라 상표법은 2016년 개정을 통해 "상품"의 의미를 서비스를 포함하는 것으로 확장하였으므로, 상표법상의 용어를 참고한 현행 부정경쟁방지법의 해석으로 외국 서비스표의 동일·유사 서비스에의 사용까지 포섭할 수 있다.

이상과 같이 부정경쟁방지법 제2조 제1호 사목의 적용범위를 서비스표/서비스업에 확장할 필요성은 상기 조항과 짝을 이루고 있는 상표법의 개정 경과 및 입법 근거가 된 파리협약 제6조의7의 문언에 비추어 현행법의 해석을 통해 대처하는 것이 가능하다고 판단된다. 따라서 서비스업에의 적용을 위한 사목의 개정 필요성은 낮다고 판단된다. 유사한 견지에서 "상품"에 프로그램 등 무체물이 포함된다는 점을 명확히 하기 위해 일본 부정경쟁방지법과 같이 '전기통신회선을 통한 제공'을 추가할 필요성 역시 낮다. 우리나라는 2022년 개정 상표법(법률 제18817호)에서 제2조 제1항 제11호의 "상표의 사용"의 정의에 전기통신회선을 통한 제공을 이미 추가하였고, 동일한 상표 사용의 의미가 부정경쟁방지법 사목의 해석에 그대로 원용될 수 있기 때문이다.

② 해석론의 한계를 고려한 법개정 필요성 및 구체적인 개정안

위와 같은 해석에 대해서는 다음과 같은 반론을 예상할 수 있다. 우선, 부정경쟁방지법의 여러 부정경쟁행위 조항 중 제2조 제1호 사목의 "상표" 및 "상품"만 상표법상의 용어를 참조하여 해석할 근거가 부족하다는 점이다. "상품"의 경우 부정경쟁방지법의 여러 조항에서 영업과 구

186) 아래에서 인용하는 대법원 2021. 5. 7. 선고 2020도7080 판결은 부정경쟁방지법 제3조의 "상표로 사용하는 행위"의 의미를 상표법상의 '상표의 사용' 해석기준에 따라 판단하고 있어 참고가 된다.

187) 일본 경제산업성의 부정경쟁방지법 해설서에서는, 파리조약 제6조의7에서 'trademark'가 아니라 'mark'라는 용어를 사용하고 있는 것으로 보아 서비스표도 포함한다는 견해가 유력하였으나, 일본에서는 특히 동 조약 제6조의7이 등록이의신청과 등록무효 등 등록제도를 전제로 규정하고 있음을 고려하여 서비스표는 포함하지 않는다는 해석을 모색해 왔고, 1991년 일본 상표법 개정으로 서비스표 등록제도가 도입된 것에 대응하여 1993년 부정경쟁방지법 개정 시에 서비스(역무)에 관한 표지 사용을 본 호에 추가하였다고 한다. 経済産業省知的財産政策室(編), 前掲書(주 152), 156-157頁.

분하여 사용하고 있으므로 위의 지적에는 일면 수긍할 수 있다. 그러나 "상표"는 그러하지 않다. "상표"라는 용어를 상표법에 정의된 용어의 의미로 해석하는 것은 상표법이 상표의 등록과 사용에 대하여 규율하는 기본법이라는 점과, 부정경쟁방지법이 상표법과 맺고 있는 긴밀한 상호보완적 관계 내지는 일반법-특별법의 관계[188]에 비추어 지극히 타당하고, 오히려 부정경쟁방지법상의 "상표"를 상표법상의 상표와 다른 독자적인 의미로 해석할 근거가 없다. 대법원 판례의 입장도 그와 같다.[189]

다만, 사목은 국내 등록상표가 아닌 조약 당사국에서 등록된 상표를 대상으로 하는 규정이므로 '상표'와 '서비스표'를 구분하여 보호하는 외국 등록상표에 대해 우리나라 상표법상의 상표 개념을 그대로 적용하는 것이 해석상 자연스러운지에 대해 의문이 제기될 수 있고, 사목에는 "상표" 외에도 상표법상의 용어와 다르게 해석될 여지가 있는 "상품"이라는 용어가 포함되어 있어 그 규율범위를 서비스업에의 사용으로 확장하고자 할 경우 예측가능성의 확보 차원에서 법개정을 고려하는 것은 타당해 보인다. 더욱이 사목 위반은 형사처벌 대상으로도 규정되어 있어 위와 같이 제기될 수 있는 해석상 문제가 죄형법정주의의 명확성 원칙에 따라 형사규율 범위를 좁힐 가능성을 완전히 배제하기는 어렵다는 점, 파리협약 제6조의7에서 'trademark'가 아닌 'mark'라는 용어를 사용하고 있음에 비추어 사목의 적용범위를 서비스로 확대하는 법개정은 동 협약상 의무의 확실한 이행이라는 측면에서 정당화될 수 있는 점까지 아울러 고려할 때, 설령 현행법의 해석을 통해 대처할 여지가 있다 하더라도 적용범위의 명확성 제고를 위해 법개정을 고려할 수는 있다고 판단된다.

이러한 견지에서 부정경쟁방지법 제2조 제1호 사목을 개정한다면 동 조항의 "상표"를 "상표 또는 서비스표"로, "지정상품"을 "지정상품 또는 지정서비스업"으로 변경하는 것을 고려할 수 있을 것이다.[190]

188) 정상조, "상표법과 부정경쟁방지법의 조화/통합", 특별법연구 제8권, 2006, 박영사, 749면 등 참조.

189) 대법원 2021. 5. 7. 선고 2020도7080 판결["가. 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」(이하 '부정경쟁방지법'이라고 한다) 제3조 제2항 본문은 "파리협약 당사국, 세계무역기구 회원국 또는 「상표법 조약」 체약국 정부의 감독용 또는 증명용 표지와 동일하거나 유사한 것은 상표로 사용할 수 없다."고 정하고 있고, 같은 법 제18조 제3항 제2호 다.목은 이를 위반한 자를 처벌하도록 규정하고 있다. 한편, 상표법 제2조 제1항 제1호는 '상표'를 '자기의 상품과 타인의 상품을 식별하기 위하여 사용하는 표장'으로 정의하고, 같은 항 제11호는 '상표의 사용'을 '상품 또는 상품의 포장에 상표를 표시하는 행위, 상품 또는 상품의 포장에 상표를 표시한 것을 양도 또는 인도하거나 양도 또는 인도할 목적으로 전시·수출 또는 수입하는 행위, 상품에 관한 광고·정가표·거래서류, 그 밖의 수단에 상표를 표시하고 전시하거나 널리 알리는 행위'로 정의하고 있다. 나. 따라서 부정경쟁방지법 제3조 제2항에서 금지하는 '파리협약 당사국, 세계무역기구 회원국 또는 「상표법 조약」 체약국 정부의 감독용 또는 증명용 표지와 동일하거나 유사한 것을 상표로 사용하는 행위'는 상표법 제2조 제1항 제1호에서 정하는 '자기의 상품과 타인의 상품을 식별하기 위하여 사용하는 표장'으로 사용하는지에 따른다고 할 것이다"].

190) 이와 달리, 현행 사목의 "상표"라는 문언의 해석에 혼란을 초래하는 원인을 제거하는 보다 근본적인 방안도 고려할 수 있다. 즉, 현행 부정경쟁방지법은 제2조 제1호 가목 내지 다목 중 상품에 전부 또는 일부 관련된 가목과 다목에서만 "상표"라는 용어를 사용하고 영업표지에 관한 나목에서는 "표장"이라는 용어를 사용하고 있는데, 이는 상표와 서비스표를 구분하던 2016년 개정 전 상표법상을 의식한 용어 선택을 서비스표가 상표로 통합된 2016년 상표법 개정 이후에도 유지하고 있는 입법의 불비이다. 따라서 부정경쟁행위의 첫 조항인 제2조 제1호 가목에서 "상표"가 상표법에 따른 상표라는 점을 명시하고 이하의 조항들에서 같은 의미로 사용되게끔 하는 동시에, 나목의 "표장"을 "상표"로 아울러 개정함으로써, 부정경쟁방지법의 여러 조항에 포함된 "상표"라는 용어가 상표법상의 의미로 통일적으로 해석된다는 점을 보다 분명하게 할 수 있을 것이다.

현행법	개정안
제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. 1. "부정경쟁행위"란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다. 사. 다음의 어느 하나의 나라에 등록된 상표 또는 이와 유사한 상표에 관한 권리를 가진 자의 대리인이나 대표자 또는 그 행위일 전 1년 이내에 대리인이나 대표자이었던 자가 정당한 사유 없이 해당 상표를 그 상표의 지정상품과 동일하거나 유사한 상품에 사용하거나 그 상표를 사용한 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하는 행위 (1) 「공업소유권의 보호를 위한 파리협약」(이하 "파리협약"이라 한다) 당사국 (2) 세계무역기구 회원국 (3) 「상표법 조약」의 체약국(締約國)	**제2조(정의)** 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. 1. "부정경쟁행위"란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다. 사. 다음의 어느 하나의 나라에 등록된 것과 동일하거나 유사한 상표(서비스표를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)에 관한 권리를 가진 자의 대리인이나 대표자 또는 그 행위일 전 1년 이내에 대리인이나 대표자이었던 자가 정당한 사유 없이 해당 상표를 그 상표의 지정상품 또는 지정서비스업과 동일하거나 유사한 상품 또는 서비스업에 사용하는 행위 (1) 「공업소유권의 보호를 위한 파리협약」(이하 "파리협약"이라 한다) 당사국 (2) 세계무역기구 회원국 (3) 「상표법 조약」의 체약국(締約國)

다. 국기·국장 등 사용행위(제3조)

부정경쟁방지법 제3조(국기·국장 등의 사용 금지) ① 파리협약 당사국, 세계무역기구 회원국 또는 「상표법 조약」 체약국의 국기·국장(國章), 그 밖의 휘장이나 국제기구의 표지와 동일하거나 유사한 것은 **상표로 사용**할 수 없다. 다만, 해당 국가 또는 국제기구의 허락을 받은 경우에는 그러하지 아니하다.
② 파리협약 당사국, 세계무역기구 회원국 또는 「상표법 조약」 체약국 정부의 감독용 또는 증명용 표지와 동일하거나 유사한 것은 **상표로 사용**할 수 없다. 다만, 해당 정부의 허락을 받은 경우에는 그러하지 아니하다.

(1) 입법 배경 및 취지

부정경쟁방지법 제3조는 우리나라가 가입한 파리협약 등 조약 당사국의 국기·국장, 휘장 및 국제기구의 표지와 동일·유사한 것을 상표로 사용하는 행위와, 조약 당사국 정부의 감독용·증명용 표지와 동일·유사한 것을 상표로 사용하는 행위를 각각 금지하되, 해당 정부 또는 국제기구의 허락을 받은 경우는 예외로 하고 있다. 본 규정은 동맹국의 국기·국장·휘장 등을 허락 없이 상표로 등록하는 것을 거절 또는 무효화하는 제도 및 상표로 사용하는 행위의 금지에 관한 의무를 규정하고 있는 파리협약 제6조의3을 반영한 것으로, 상표등록거절 및 무효에 관해서는 상표법 제34조 제1항 제1호 가목 내지 마목에서, 상표로의 사용금지에 관해서는 부정경쟁방지법의 본 조항에서 규정하고 있다. 상표법에서는 조약 당사국의 국기·국장 등과 동일·유사한 상표에 대하여 그 국가나 국제기구의 허락 유무를 불문하고 상표등록을 받을 수 없도록 하고 있음에 반해, 부정경쟁방지법 제3조는 허락을 받은 경우에는 사용할 수 있다고 규정하는 점에서 차이가 있다.

본 규정은 국가의 주권 침해 방지와 신뢰 보호를 목적으로 한다. 국가·국제기구가 사용하는 공공 표지는 공적 신뢰를 표상하는 것으로, 그러한 표장을 상표로 사용하는 행위는 국제질서를 해하는 것이라는 사고에 바탕을 둔 것이며,[191] 국기·국장 등이 상표로 사용될 경우 상품 출처에 대하여 소비자의 오인·혼동을 일으킬 우려가 있다는 점에서 이를 금지할 필요가 있다고 한다.[192]

본 제3조는 조약 당사국의 국기·국장·휘장 및 국제기구의 표지에 관한 제1항과, 조약 당사국의 감독용·증명용 표지에 관한 제2항으로 구성되는데, 우리나라 제정 부정경쟁방지법은 제6조에서 이미 양자 모두에 대하여 규정하고 있었다. 1986년 개정법(법률 제3897호)에서 조문 위치를 제3조로 이동하면서 규정형식을 본문-단서 구조로 바꾸었고, 1998년 개정법(법률 제5621호)에서 종전의 파리협약 당사국에 더하여 세계무역기구 회원국을 추가하였으며, 2001년 개정법(법률 제6421호)에서는 상표법조약 체약국을 추가하였다.

(2) 국제조약 및 외국 입법례

본 조에 관하여도 파리협약 등 국제조약의 조문에 규정된 내용과, 서비스업으로의 적용범위 확대와 관련하여 참고가 되는 외국 입법례인 일본의 부정경쟁방지법 조항에 관해 살펴본다.

(가) 파리협약 및 기타 조약

우리나라 부정경쟁방지법 제3조의 직접적인 근거가 된 국제조약 규정은 파리협약 제6조의3이다. 파리협약 제6조의3은 1925년 헤이그 개정회의에서 신설된 뒤, 1934년 런던 개정회의에서의 형식 수정 및 1958년 리스본 개정회의에서의 적용범위 확대를 거쳐 현재에 이르고 있다. 파리협약 제6조의3 제1항 (a)는 "동맹국은 동맹국의 국가문장, 기, 기타의 기장 및 동맹국이 택한 감독용 및 증명용의 공공의 기호와 인장 또는 문장학상 이러한 것들의 모방이라고 인정되는 것의 상표(trademark) 또는 그 구성부분으로서의 등록을 거절 또는 무효로 하고 또한 권한있는 당국의 허가를 받지 않고 이를 상표(trademark) 또는 그 구성부분으로 하여 사용하는 것을 적당한 방법으로 금지할 것에 합의한다."고 규정한다. 제1항 (b)에서는 위 (a) 규정이 하나 이상의 동맹국이 가입한 정부간 국제기구의 문장, 기, 기타의 기장, 약칭 및 명칭에 대하여 적용되는 것으로 그 적용범위를 확장하며, (c)에서는 국제기구의 문장 등에 관한 (b)의 적용 예외로서 조약 발효 전 선의 취득자의 이익을 침해하는 경우 또는 당해 국제기구와의 관련성이 공중에게 암시되거나 공중을 오도하는 것이 아닌 경우에는 (b)를 적용하지 않을 수 있다고 규정한다. 한편, 동조 제2항에서는 "감독용 및 증명용의 공공의 기호 및 인장의 금지는 당해 기호 및 인장을 포함한 상표가 당해 기호 및 인장을 사용하고 있는 상품과 동일·유사한 종류의 상품에 대하여 사용되고 있는 경우에 한하여 적용된다."고 하여 정부 감독용·증명용 표지에 관해 적용범위를 제한하고 있다.

조약 당사국의 국기·국장 등 및 국제기구의 문장 등에 대한 금지의무를 규정하는 파리협약 제6조의3 제1항 및 제2항은 모두 "상표 또는 그 구성부분으로 하여 사용하는 행위"를 금지하는데, 본 규정은 "표장(mark)"이 아닌 "상표(trademark)"라는 용어를 사용하여 상표만을 적용대상으로 명시하므로 서비스표를 포함하지 않으며,[193] 이러한 해석은 파리협약이 제6조의6 등에서 상표와 서비스표를 구분하고 있는 점에 기인한 것으로 보인다. 다만 위 제6조의3은 동맹국이 동 조에 따른 상표에 관한 의무사항을 서비스표에 대하여 동등하게 적용하는 것을 제한하지 않으므로 서비

191) 나종갑, 앞의 책(주 156), 488면.
192) 정상조 편집대표, 앞의 책(주 142), 380면.
193) *See G.H.C. Bodenhausen, Guide to the Application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property as Revised at Stockholm in 1967*, BIRPI, 1968, pp. 95-96; Sam Ricketson, *The Paris Convention for the Protection of Industrial Property: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, ¶ 12.43.

스표 및 서비스업에의 사용을 적용대상에 포함시킬 것인지 여부는 각 동맹국의 국내법에 일임되어 있다.[194][195]

부정경쟁방지법 제3조의 "세계무역기구(WTO)"와 관련하여 TRIPS 협정 제2조에서 파리협약 제1조 내지 제12조, 제19조의 준수의무를 부과하는 점은 앞서 언급한 바와 같고, 여기에 제6조의3가 포함된다. 아울러, TRIPS 협정 제63조는 파리협약 제6조의3에 따른 회원국의 통보의무와 관련된 조치를 TRIPS의 위원회가 고려한다고 규정함으로써, 파리협약 제6조의3의 이행을 전제로 TRIPS와 파리협약 동시 가입국의 중복 통보 부담을 해소하기 위한 장치를 마련하였다.[196]

한편, 앞서 본 바와 같이 상표법조약은 파리협약의 표장에 관한 규정을 적용할 의무를 각 체약국에 부과하는 한편(제15조), 파리협약의 상표에 관한 규정을 서비스표에 대하여 적용할 의무 역시 부과한다(제16조). 이에 따라 파리협약 제6조의3을 서비스표의 등록에 대하여 적용하는 것은 상표법조약 체약국에게는 의무라 할 수 있다.[197]

(나) 해외 참고 입법례: 일본 부정경쟁방지법

우리나라 부정경쟁방지법 제3조에 대응하는 일본 부정경쟁방지법의 조항은 제16조와 제17조이다. 제16조는 세 개의 항으로 구성되는데, 제1항은 외국 국기·문장 등과 동일·유사한 것을 상표로 사용하거나 상표로 사용한 상품을 양도·인도 등 하거나 전기통신회선을 통하여 제공하거나 상표로 사용하여 서비스를 제공하는 행위를 금지하고, 제2항은 상품의 원산지를 오인하게 할 수 있는 방법으로 외국 문장을 사용하거나 이를 사용한 상품을 양도·인도 등 하거나 전기통신회선을 통해 제공하거나 외국 문장을 사용하여 서비스를 제공하는 행위를 금지하며, 제3항은 외국의 정부나 지방공공단체의 감독용·증명용 인장·기호와 동일·유사한 것을 그 인장·기호가 사용되는 상품 또는 서비스와 동일·유사한 상품 또는 서비스의 상표로 사용하는 행위 및 상품의 양도·인도 등, 전기통신회선을 통한 제공, 서비스의 제공을 금지한다. 제17조는 국제기구의 표장과 동일·유사한 것을 그 국제기구와 관계 있는 것으로 오인하게 할 수 있는 방법으로 상표로서 사용하는 행위 및 상품의 양도 등, 전기통신회선을 통한 제공, 서비스 제공을 금지한다. 제16조 각 항은 권한 있는 외국 관청의, 제17조는 그 국제기구의 허가를 받은 때에는 적용되지 않는다.

우리 법 조항과 비교할 때, 전체적으로 서비스의 제공과 전기통신회선을 통한 상품 제공이 행위 태양으로 추가된 점, 외국 및 국제기구의 범위를 파리협약 등의 동맹국이나 그 동맹국이 가입한

194) Id., ¶¶ 12.43, 12.44c, 12.56; 小野昌延·松村信夫, 前揭書(주 145), 337-338頁.

195) 유럽사법재판소는, "파리협약 제6조의3에 해당하고 권한 있는 기관의 허가를 받지 않은 상표"를 거절하도록 정한 이사회 규칙 제40/94호 제7조 제1항 (h)에 따라 캐나다 국기와 유사한 단풍나무잎 문양을 포함한 공동체상표(지정상품에 서비스업 포함)의 등록을 거절한 것이 문제된 사건에서, 파리협약 제6조의3은 각 당사국이 동 조항을 서비스표에 확장할 여지를 남겨두었다고 하면서 위 이사회 규칙 조항이 서비스표의 출원에도 적용된다고 판단한 바 있다. Judgment of 16 July 2009, American Clothing Associates v OHIM, Joined Cases C-202/08 and C-208/08 P, EU:C:2009:477, ¶¶ 71-86.

196) 본 규정은 1995. 12. 22. 체결되어 1996. 1. 1. 발효된 「WIPO-WTO 간 협약(Agreement Between WIPO and WTO)」에 의해 구체화되었는데, 동 협약 제3조는 "TRIPS 협정상의 문장 통보 및 이의 송부에 관한 절차는 파리협약 제6조의3에 의해 적용되는 절차에 따라 WIPO 국제사무국에서 관장한다"고 하여, TRIPS 협정 제63조에서 TRIPS 위원회가 담당하는 것으로 규정하는 통보 등의 접수사무를 WIPO 국제사무국에 맡기고 있다. 특허청, 앞의 자료(주 165), 320-321면.

197) *See* Ricketson, *op. cit.*, ¶ 12.56. WIPO도 상표법조약(TLT) 제16조 및 상표법에 관한 싱가포르 조약(STLT) 제16조에 의해 파리협약 제6조의3의 적용이 서비스에 확대된다고 해설한다. WIPO, "General Information on Article 6ter" <https://www.wipo.int/article6ter/en/general_info.html> (2023. 12. 12. 방문).

국제기구로 법률상 한정하지 않고 보호되는 기장 등을 경제산업성령으로 정하는 방식을 취하고 있는 점에서 차이가 있다.[198]

세부적으로는 다음과 같은 차이가 있다. 제16조 제1항의 적용대상 중 외국 문장에 대해서는 제2항에 특별규정을 두어 상표로 사용하지 않더라도 상품의 원산지를 오인하게 할 수 있는 방법으로의 사용을 금지하는데, 입법 취지는 명확하지 않지만 제1항에 부수하여 마련된 점에 비추어 원산지 오인 방지의 목적 외에 외국 문장의 존엄성을 보호하려는 숨은 의도가 있는 것으로 보인다고 한다.[199] 제16조 제3항의 경우 우리 법 제3조 제2항에 대응하는 감독용·증명용 인장·기호의 사용 금지에 대해 규정하는데, 외국의 정부 외에 지방공공단체의 것도 보호대상에 포함되는 점에서 적용범위가 확대되어 있으나, 외국 정부 등 인장·기호가 사용되는 상품·서비스와 동일하거나 유사한 상품·서비스에의 사용이어야 한다는 요건이 부가되어 있다. 이는 파리협약 제6조의3 제2항의 내용을 반영한 것이다. 반면 우리 부정경쟁방지법 제3조 제2항은 위 조약 규정을 반영하지 않고 있는데, 이는 파리협약의 최소보호요건에 비해 더 강한 보호를 제공하는 것이므로 문제되지 않는다. 또한 '외국 정부의 감독용·증명용 표지가 사용되는 상품'이라는 요건은 상표법상의 지정상품과 달리 공시되지 않으므로 적용범위가 불분명해지고 판단이 유동적이 될 수 있다는 문제가 있어, 일본 부정경쟁방지법 제16조 제3항의 그것과 유사한 한정사항을 추가하는 것이 필요한지에 대해서는 신중한 판단을 요한다. 일본 부정경쟁방지법은 제17조에서도 파리협약 제6조의3 제1항 (c) 후단을 반영하여 "그 국제기구와 관계가 있는 것으로 오인하게 할 수 있는 방법으로"라는 요건을 부가하고 있다. 다만 위 파리협약 조항에서 이를 의무가 아닌 재량으로 정하고 있으므로 우리 법에서도 반드시 반영해야 하는 것은 아니다.

(3) 서비스업에의 적용 가능성 및 법개정 필요성

부정경쟁방지법 제3조에서는 "상품"으로 적용범위를 직접 제한하지 않지만 금지되는 행위를 "상표로 사용"하는 행위로 규정하므로 서비스표로의 사용 내지 서비스업에의 사용이 여기에 포함되는지 여부를 검토할 필요가 있다. 특히 제3조의 근거 조약 규정인 파리협약 제6조의3 제1항의 "상표"가 서비스표를 불포함한다는 것이 일반적인 해석이기 때문에 문제가 된다.

그러나 다음과 같은 이유에서 서비스표로의/서비스업에의 사용은 현행 상표법의 "상표" 정의에 따라 부정경쟁방지법 제3조의 적용범위에 포함된다고 보는 것이 타당하다. 파리협약 제6조의3 제1항 (a)는 조약 당사국의 국기·국장 등의 상표등록 거절·무효와(전단) 상표로의 사용행위 금지를(후단) 규정하며, 이 가운데 전단은 상표법에, 후단은 부정경쟁방지법 제3조에 각각 반영되어 있다. 파리협약의 위 조항은 "상표(trademark)"라는 동일한 용어를, 우리 상표법에 반영된 전단과 부정경쟁방지법 제3조에 반영된 후단에서 동일하게 사용한다. 위 두 법령상의 대응하는 규정은 동일한 대상을 서로 다른 측면에서 보호하는 것이다. 나아가 부정경쟁방지법 제3조는 "상표" 및 "상표로 사용"이라는 상표법상의 용어를 사용한다. 따라서 부정경쟁방지법 제3조의 적용범위를 판단함에 있어서는 상표법상 용어의 의미가 일응의 기준이 된다고 보아야 한다. 동일한 견지에서 우리

198) 비동맹국의 국기·국장 등 또는 동맹국이 가입하지 않은 국제기구의 표지에 대한 보호는 파리협약상의 의무사항은 아니다. 小野昌延·松村信夫, 前揭書(주 145), 338頁.

199) 小野昌延·松村信夫, 前揭書(주 145), 340-341頁.

대법원은 부정경쟁방지법 제3조의 "상표로 사용하는 행위"의 의미를, 상표법상의 정의에 따라 '자타 상품을 식별하기 위하여 사용하는 표장으로 사용하는지'에 따라 판단한 바 있다.[200] 그런데 앞서 언급했듯이 우리 상표법은 2016년 개정을 통해 상표와 서비스표를 "상표"의 단일 체제 하에서 보호하는 것으로 체계를 정비하였으므로, 현행 상표법상의 "상표"는 구법상의 서비스표를 포함한다. 즉, 상표법상 "상표로 사용"하는 행위란 상품 또는 서비스의 출처를 표시하는 표장을 서비스업에 사용하는 행위를 문언상 포괄한다. 위와 같은 상표법상 용어의 의미에 따라 부정경쟁방지법 제3조의 "상표로 사용"하는 행위에는 조약 당사국의 국기·국장 등을 서비스표로 혹은 서비스업에 사용하는 행위가 포함된다고 해석할 여지가 충분하며, 이처럼 상표법상 상표 및 그 사용 개념을 부정경쟁방지법 제3조의 해석에 원용하는 것은 앞서 본 대법원 판례에 의하여 지지된다.[201]

부정경쟁방지법 제3조는 조약 당사국의 상표등록을 전제하지 않고 그 국기·국장 등을 "상표로 사용"하는 행위를 금지하며, 이때의 금지되는 행위는 국내에서 상표로서 사용하는 행위이므로 우리나라 상표법의 상표 및 상표 사용 개념을 전제로 한다. 또한, 본 제3조는 "상표로 사용"하는 행위만을 규정할 뿐 상품에의 사용을 명시하지 않으므로 제2조 제1호 가목 내지 다목 등에서 '영업'과 구분하고 있는 '상품'과의 해석상 불통일을 염려할 필요도 없다. 이러한 점들을 고려할 때, 제3조의 "상표로 사용"을 우리 상표법상의 상표 사용의 의미에 따라 해석할 근거는 충분하다. 요컨대, 앞서 검토한 제2조 제1호 사목과는 달리 제3조의 "상표"는 서비스표를 포함하는 상표법상 상표의 의미로 해석하는 데 아무 문제가 없고 이러한 해석은 대법원 판례에 의해서도 지지되므로, 서비스업으로의 적용범위 확대를 위한 개정 필요성은 낮다고 판단된다.

한편, 일본 부정경쟁방지법 제16조 및 제17조에서 "상표로 사용"하는 행위에 더해 행위의 태양으로 명시된 '상표 사용 상품의 양도·인도, 전기통신회선을 통한 제공'을 우리 부정경쟁방지법 제3조에 추가할 것인지도 검토할 수 있는데, 앞서 본 바와 같이 일본 부정경쟁방지법의 위 조문에 기재된 상기 행위 태양은 우리 상표법 제2조 제1항 제11호 나목의 "상표의 사용" 정의에 이미 포함되어 있다. 따라서 "상표로 사용"하는 행위로 그 행위 태양을 간명하게 적고 상표법상의 용어 의미에 따라 판단하도록 한 현행 부정경쟁방지법 제3조의 규정형식을 굳이 바꿀 이유는 없을 것이다.

라. 지리적 표시 사용행위(제3조의2)

부정경쟁방지법 제3조의2(자유무역협정에 따라 보호하는 지리적 표시의 사용금지 등) ① 정당한 권원이 없는 자는 대한민국이 외국과 양자간(兩者間) 또는 다자간(多者間)으로 체결하여 발효된 자유무역협정에 따라 보호하는 지리적 표시(이하 이 조에서 "지리적 표시"라 한다)에 대하여는 제2조 제1호 라목 및 마목의 부정경쟁행위 이외에도 지리적 표시에 나타난 장소를 원산지로 하지 아니하는 상품(지리적 표시를 사용하는 상품과 동일하거나 동일하다고 인식되는 상품으로 한정한다)에 관하여 다음 각 호의 행위를 할 수 없다.

200) 대법원 2021. 5. 7. 선고 2020도7080 판결.

201) 2016년 개정 전에도 부정경쟁방지법 제3조에 대응하는 내용을 부등록사유로 규정한 구 상표법 제7조 제1항 제1호는 서비스표의 등록출원에도 적용되었고(특허법원 2012. 4. 18. 선고 2011허11132 판결 등), 이 점은 현행 상표법 제34조 제1항 제1호도 마찬가지이다. 상표법상의 용어 의미에 따라 부정경쟁방지법 제3조를 해석하는 것은 하나의 파리협약 조항에 근거하고 있는 상표법 규정과 부정경쟁방지법 제3조의 적용범위가 일치되는 바람직한 결과를 가져온다.

1. 진정한 원산지 표시 이외에 별도로 지리적 표시를 사용하는 행위
2. 지리적 표시를 번역 또는 음역하여 사용하는 행위
3. "종류", "유형", "양식" 또는 "모조품" 등의 표현을 수반하여 지리적 표시를 사용하는 행위
② 정당한 권원이 없는 자는 다음 각 호의 행위를 할 수 없다.
1. 제1항 각 호에 해당하는 방식으로 지리적 표시를 사용한 상품을 양도·인도 또는 이를 위하여 전시하거나 수입·수출하는 행위
2. 제2조 제1호 라목 또는 마목에 해당하는 방식으로 지리적 표시를 사용한 상품을 인도하거나 이를 위하여 전시하는 행위
③ 제1항 각 호에 해당하는 방식으로 상표를 사용하는 자로서 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 자는 제1항에도 불구하고 해당 상표를 그 사용하는 상품에 계속 사용할 수 있다.
1. 국내에서 지리적 표시의 보호개시일 이전부터 해당 상표를 사용하고 있을 것
2. 제1호에 따라 상표를 사용한 결과 해당 지리적 표시의 보호개시일에 국내 수요자 간에 그 상표가 특정인의 상품을 표시하는 것이라고 인식되어 있을 것

(1) 입법 배경 및 취지

부정경쟁방지법 제3조의2는 우리나라가 체결한 자유무역협정(FTA)에서 보호하기로 한 지리적 표시를 정당한 권원 없이 사용하는 행위를 금지하기 위한 규정이다. 우리나라는 TRIPS에서 보호대상으로 명시한 지리적 표시에 대하여 상표법상 단체표장제도, 농수산품 품질관리법, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 라, 마목 원산지·출처지 오인유발행위 금지 규정 등에 의하여 보호해 왔다. 이와 달리 유럽연합(EU)에서는 지리적 표시를 독자적인 지식재산권에 가까운 형태로 보호하고 있었다. 이에 우리나라는 한-EU FTA 체결 무렵인 2011년 부정경쟁방지법을 개정하여(법률 제10810호) 본 제3조의2를 추가하였고,[202] 상표법에도 그에 대응하는 내용의 부등록사유를 추가하였다(현행 상표법 제34조 제1항 제19호).

제3조의2의 보호대상은 우리나라가 체결한 양자간 혹은 다자간 자유무역협정에서 보호대상으로 정한 지리적 표시이며, 주지성이나 저명성은 요구되지 않는다. 금지되는 행위는, 지리적 표시를 사용하는 상품과 동일하거나 동일하다고 인식되는 상품 중 지리적 표시에 나타난 장소를 원산지로 하지 않는 상품에 관해 (i) 진정한 원산지 표시 이외에 별도로 지리적 표시를 사용하는 행위, (ii) 지리적 표시를 번역 또는 음역하여 사용하는 행위, (iii) "종류", "유형", "양식", "모조품" 등의 표현을 수반하여 지리적 표시를 사용하는 행위이며(제1항), 위와 같이 지리적 표시를 사용한 상품의 양도·인도 및 이를 위한 전시, 수입·수출, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 라목 또는 마목에 해당하는 방식으로 지리적 표시를 사용한 상품의 인도 및 이를 위한 전시행위(제2항)이다. 제3항은 예외사항을 정하고 있다.

대한민국이 체결한 다자간 FTA는 대표적으로 TRIPS 협정이 있고, 양자간 FTA 중 지리적 표시의 보호대상에 관해 구체적으로 규정하고 있는 것으로는 칠레, EU, 페루, 미국, 튀르키예, 호주, 캐나다, 영국 등과 체결한 것이 있다.[203] 이하에서는 각 FTA에서 지리적 표시에 관한 내용 및 보

202) 정상조 편집대표, 앞의 책(주 142), 386면.
203) 대한민국이 체결하여 발효되었거나 협상중인 FTA의 전체 현황은 정부 FTA 누리집에서 확인할 수 있다. <https://www.fta.go.kr/main/situation/fta/term/> (2023. 12. 12. 방문).

호대상을 살펴보고, 우리 법의 해석론 및 법개정의 실익에 대하여 검토한다.

(2) 자유무역협정상의 지리적 표시 규정[204]

(가) TRIPS 협정

TRIPS 협정은 제22조 내지 제24조에서 지리적 표시 보호에 관하여 규정하고 있다. 제22조는 제1항에서 '지리적 표시(geographical indication)'의 의미를 "상품의 특정 품질, 명성 또는 그 밖의 특성이 본질적으로 지리적 근원에서 비롯되는 경우, 회원국의 영토 또는 회원국의 지역 또는 지방을 원산지로 하는 상품임을 명시하는 표시"라고 정의하며, 제2항에서 지리적 표시와 관련해 금지되는 행위를, 제3항에서는 진정한 원산지의 오인유발 우려가 있는 지리적 표시를 포함하거나 그 표시로 구성된 상표의 등록거절·무효에 대하여 규정한다. 제4항은 제1항 내지 제3항의 지리적 표시 보호의 범위를 상품의 원산지 표시가 문자상 사실이더라도 대중에게 오인되는 지리적 표시에까지 확장하고 있다. 제23조는 포도주와 증류주(wines and spirits)에 대한 추가적인 보호에 관해 규정하며, 제24조는 주로 적용 예외에 대하여 규정한다.

TRIPS 협정 제22조 제1항 소정의 '지리적 표시'는 "상품(good)"의 원산지에 관한 표시로서, 전통적으로 WTO의 맥락에서 상품과 서비스를 구분하고 있음에 비추어 서비스는 포함하지 않는 것으로 해석된다.[205] TRIPS 협정 제24조 제4항과 제6항에서는 상품과 더불어 서비스를 언급하고 있으나, 이는 지리적 표시의 보호가 아니라 적용의 한계 내지 예외사항에 관한 것이므로 TRIPS 협정에 의해 보호되는 지리적 표시에 서비스와 관련된 표시가 포함되지 않는다는 해석에 영향을 미치지 않는다. 다만, 본 제22조는 국내법에서 서비스에 관한 지리적 표시를 보호하는 것을 금지하지 않기 때문에, 스위스, 페루, 리히텐슈타인 등의 국가에서는 서비스도 지리적 표시로 보호하고 있다고 한다.[206]

(나) 한-칠레 FTA

한-칠레 FTA는 우리나라가 체결한 최초의 FTA로서 2004년 발효되었다. 지리적 표시에 관하여는 동 FTA 제16.4조에서 규정하고 있는데, 제1항의 '지리적 표시'는 TRIPS상의 정의와 동일하다. 또한 제2항 전단에서는 TRIPS 제22조 내지 제24조에 기술된 보호 범위 내에 속하는 타방 당사국의 지리적 표시를 보호한다고 규정하며, 이에 더하여 제2항 후단에서 타방 당사국의 지리적 표시를 사용하는 상품의 수입·제조·판매를 금지할 것을 요구한다.

한국이 보호하여야 하는 칠레의 지리적 표시는 부속서 16.4.4와 16.4.5에 열거되어 있는데, 부속서 16.4.4에 포함된 지리적 표시는 포도주와 증류주에 관한 "피스코", "파하레테" 및 포도주에 관한 "비노 아솔이에도"이며, 부속서 16.4.5에는 아카타마 지방 등 포도주의 원산지에 관한 20여 개의 지역 혹은 구역의 지리적 표시가 열거되어 있다.

---

204) 대한민국이 체결한 주요 양자간 FTA에서 지리적 표시 보호에 관한 구체적인 내용은 육소영, FTA 지리적 표시와 국내 이행에 관한 법제연구, 한국법제연구원, 2014. 8., 23-41면 참고.

205) Daniel Gervais, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, Thomson Reuters, 1998, ¶ 2.191; 나종갑, 앞의 책(주 156), 490-491면; 특허청, 앞의 자료(주 165), 124면.

206) 특허청, 앞의 자료(주 165), 124면.

(다) 한-EU FTA

2011년 발효된 한-EU FTA는 제10장 제2절 제3관 이하의 제10.18조부터 제10.26조에 상세히 규정되어 있다. 제10장의 각주 2에는 동 FTA의 적용대상인 '지리적 표시' 중 EU의 것을 이사회 규칙 제510/2006호, 제110/2008호, 제1601/1991호, 제1943/1999호, 제1234/2007호 또는 이들 각 규칙을 대체하는 규칙에 언급된 지리적 표시, 원산지 명칭, 특정지역에서 생산된 고품질 포도주 및 지리적 표시를 가지는 테이블 포도주로 정하고 있다. 제10.18조는 농산물·식품·포도주에 대한 지리적 표시의 인정, 제10.19조는 포도주·방향포도주·증류주에 대한 특정 지리적 표시의 인정, 제10.21조는 금지되는 행위, 제10.23조는 유사상품에 대한 상표등록의 거절·무효화에 관한 각 사항을 규정한다.

EU 측 지리적 표시 정의의 기준이 되는 이사회 규칙 중 제510/2006호는 이사회 규칙 제1151/2012호[207]로 대체되었는데, 동 규칙 제5조는 원산지 명칭(designation of origin, DO)과 지리적 표시(geographical indication, GI)를 상품(product)을 지시하는 명칭으로서 일정한 요건을 갖춘 것으로 정의하며, 그 요건에 "생산단계(production step)"를 포함한다(제1, 2항). 동 규칙의 제목, 전문 제8항 등에 명시된 적용범위(농산물 및 식품) 및 제5조의 DO/GI의 정의에 비추어 볼 때 서비스는 포함되지 않는 것으로 보인다. 다만 제13조 제1항 (b)에서는 우리 부정경쟁방지법 제3조의2 제1항 제3호에 대응하는 금지행위에 관해 "상품 또는 서비스의 진정한 원산지가 표시되더라도"라는 표현이 사용되는데, 전술한 바에 비추어 볼 때 보호되는 지리적 표시의 보호대상이 서비스로 확장되는 것은 아니라고 생각된다.[208] 또 다른 이사회 규칙인 제110/2008호는 이사회 규칙 제2019/787호[209]로 대체되었다.[210] 이 신규 규칙은 증류주의 지리적 표시 등을 보호하는 것을 목적으로 하며(전문 제5항), 보호되는 지리적 표시의 대상을 "증류주(spirit drink)"로 특정하므로(제3조 제4항), 서비스에 적용될 여지는 없다. 한편, 이사회 규칙 제1601/1991호를 대체하는 이사회 규칙 제251/2014호[211]에서도 지리적 표시의 대상을 "방향포도주(aromitised wine)"로 특정하고(제2조 제3항), 포도주에 관한 이사회 규칙 제1493/1999호와 농산물에 관한 이사회 규칙 제1234/2007호의 각 대체 규칙 역시 보호되는 지리적 표시를 포도주 등의 상품(product)으로 명시한다.

대한민국에서 보호가 요청된 유럽연합 회원국의 지리적 표시는 부속서 10-가와 10-나에 기재되어 있다. 부속서 10-4가에는 햄, 소시지, 고추냉이, 맥주, 치즈, 굴, 올리브, 돼지고기, 과자류 등 유럽연합을 원산지로 하는 농산물·식품에 관한 지리적 표시가 기재되어 있고, 부속서 10-나에는 보르도,

207) Regulation (EU) No 1151/2012 of the European Parliament and of the Council of 21 November 2012 on quality schemes for agricultural products and foodstuffs.

208) 이하에서 소개하는 다른 일부 이사회 규칙에도 유사한 내용이 규정되어 있으나, 같은 이유로 보호범위를 서비스로 확장하는 것은 아니라고 판단되어 중복되는 언급은 생략한다.

209) Regulation (EU) 2019/787 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on the definition, description, presentation and labelling of spirit drinks, the use of the names of spirit drinks in the presentation and labelling of other foodstuffs, the protection of geographical indications for spirit drinks, the use of ethyl alcohol and distillates of agricultural origin in alcoholic beverages, and repealing Regulation (EC) No 110/2008.

210) 이사회 규칙 제2019/787호의 보충 규칙인 제2021/1235호는 지리적 표시의 등록 및 취소 등에 관한 내용만을 담고 있어 따로 소개하지 않는다.

211) Regulation (EU) No 251/2014 of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the definition, description, presentation, labelling and the protection of geographical indications of aromatised wine products and repealing Council Regulation (EEC) No 1601/91.

모젤, 꼬냑 등 유럽연합을 원산지로 하는 포도주 및 증류주에 관한 지리적 표시가 열거되어 있다.

(라) 한-페루 FTA

2011년 발효된 한-페루 FTA에서 지리적 표시의 인정 및 보호에 관해 규정하고 있는 조항은 제17.6조이다. 동조 제1항은 양국이 TRIPS 협정에 따라 지리적 표시 보호 체계를 제공한다고 규정한다. 한국에서 보호가 요청된 페루의 지리적 표시는 부속서 17-가 제1절에 규정되어 있는데, 증류주에 관한 "Pisco Perú(Pisco Peru)", 도자기에 관한 "Cerámica de Chulucanas(Chulucanas Pottery)", 옥수수에 관한 "Maíz Blanco Gigante Cusco(Cusco Giant White Corn)", 콩류에 관한 "Pallar de Ica(Pallar Bean from Ica)"의 총 4건이다.

(마) 한-미 FTA

한-미 FTA는 2012년 발효되었다. 지식재산권에 관한 제18장 중 지리적 표시 및 상표에 관하여는 제18.2조에서 규정하고 있다. 제18장의 각주 5는 '지리적 표시'를 "상품의 특정 품질, 명성 또는 그 밖의 특성이 본질적으로 지리적 근원에서 비롯되는 경우, 당사국의 영역이나 당사국 영역의 지역 또는 지방을 원산지로 하는 상품임을 명시하는 표시"라고 하여 TRIPS 협정의 그것과 거의 동일하게 정의한다. TRIPS 협정과 마찬가지로 지리적 표시를 "상품"만을 대상으로 정의하며, 동 FTA에서 상품과 서비스를 구별하고 있으므로 서비스는 지리적 표시의 대상이 아니라고 해석하는 것이 타당하다. 또한 위 각주에서는 그 형식에 관계 없이 어떠한 표지 또는 표지의 조합도 지리적 표시가 될 자격이 있다고 선언한다.

한-미 FTA 제18.2조 제2항은 지리적 표시가 상표로서 보호될 자격이 있음을 규정할 의무에 관한 합의사항을 담고 있으며, 제14항과 제15항은 지리적 표시의 보호를 위한 출원·청원·이의제도 등에 관하여 규정한다. 상표와의 혼동을 야기할 수 있는 지리적 표시 사용에 대한 금지권(제4항), 유명상표와의 관계에서 혼동야기·오인초래·기만 등의 가능성이 있는 지리적 표시의 등록거절·취소·사용금지 조치(제8항)에 관한 규정이 있으나, 이는 상표 보호에 관한 것이고 지리적 표시 자체의 사용 금지와는 무관한 내용이다. 이처럼 한-미 FTA는 지리적 표시의 상표 등 등록을 통한 보호에 관해서만 규정하므로, 양국이 상호 보호를 약속한 지리적 표시 목록은 존재하지 않는다.

(바) 한-튀르키예 FTA

2013년 발효된 한-튀르키예 FTA는 제2.4조에서 지리적 표시의 보호에 관해 기술한다. 동조 제1항은 TRIPS 협정에 따라 지리적 표시 보호제도를 규정하여야 한다고 하여 기본적으로 TRIPS 협정과 동일한 지리적 표시의 보호 범위 및 방식을 따르고 있다. 튀르키예가 보호를 요청한 지리적 표시는 카페트에 관한 "Hereke carpet"와 "Bünyan carpet" 2건이다.

(사) 한-호주 FTA

2014년 발효된 한-호주 FTA는 제13.13조에서 '지리적 표시'를 "상품의 특정 품질, 명성 또는 그 밖의 특성이 본질적으로 지리적 근원에서 비롯되는 경우, 당사국의 영역이나 당사국 영역의 지역 또는 지방을 원산지로 하는 상품임을 적시하는 표시"라고 하여 TRIPS 협정과 거의 동일하게 정의한다. 상표에 관한 제13.2조에 지리적 표시에 관한 일부 내용을 담고 있는데, 동조 제2항

은 각 당사국이 지리적 표시가 상표로서 보호될 자격이 있음을 규정한다고 선언하며, 제3항에서는 등록상표에 대하여 지리적 표시를 포함한 표지의 동일·유사 사용으로 인해 혼동가능성을 야기할 경우 상표의 소유자가 그 사용을 금지할 배타적 권리를 갖도록 규정한다고 명시한다. 전반적으로 한-미 FTA와 내용이 유사하며, 양국이 상호 보호하기로 합의한 지리적 표시의 목록은 존재하지 않는다는 점도 한-미 FTA와 동일하다.

(아) 한-캐나다 FTA

한-캐나다 FTA는 2015년 발효되었으며, 지식재산권에 관한 제16장의 제16.10조에서 지리적 표시 보호에 관해 규정하고 있다. 제16장 각주 3에 정의된 '지리적 표시'는 TRIPS 협정상 정의와 마찬가지로 상품의 지리적 근원에 관한 표시를 의미하며, 캐나다가 보호를 요청한 지리적 표시는 증류주에 관한 "캐나다 위스키" 및 "캐나다 라이 위스키" 2건이다(제16.10조 제2항).

(자) 한-영 FTA

2021년 발효된 한-영 FTA는 지리적 표시의 정의(제10장 각주 2) 및 지리적 표시 보호에 관한 규정(제10.17조 내지 제10.25조)의 내용에 있어서 한-EU FTA와 거의 동일하다. 영국은 농산물 및 식품에 대해서는 지리적 표시의 보호를 요청하지 않았고(부속서 10-가 제1부), 증류주에 관한 "Schotch Whisky", "Irish Whiskey/Irish Whisky" 2건의 지리적 표시에 대해서만 보호를 요청하였다(부속서 10-나 제1부).

(차) RCEP

아세안(ASEAN) 10개국과 대한민국, 중국, 일본, 호주, 뉴질랜드가 회원국인 역내포괄적경제동반자협정(Regional Comprehensive Economic Partnership, RCEP)은 2022년 발효된 다자간 자유무역협정이다. RCEP는 제11장 제4절 이하 7개 조항에서 지리적 표시 보호에 관하여 규정하고 있다. 지리적 표시의 정의는 존재하지 않으나, 제11.29조에서 TRIPS 협정에 따른 모든 요건이 충족되어야 한다고 규정하므로 TRIPS 협정상의 그것과 동일한 의미의 지리적 표시를 보호한다. 나머지 조항에서는 지리적 표시 보호를 위한 출원·이의제기·취소 등의 국내 행정절차 등에 관해 선언적으로 규정할 뿐 구체적인 보호 범위나 방식에 관한 내용은 없다. 개별 회원국이 보호를 요청한 지리적 표시의 목록 역시 존재하지 않는다.

(카) 한-이스라엘 FTA

2022년 발효된 한-이스라엘 FTA는 제14.10조에서 지리적 표시를 TRIPS 협정과 거의 동일하게 정의하고(제1항), TRIPS 협정에 따라 지리적 표시에 대해 적절하고 효과적인 보호를 제공한다고 규정한다(제2항). 그 밖에 구체적인 내용은 담고 있지 않으며, 양국이 보호를 요청한 지리적 표시의 목록은 존재하지 않는다.

(3) 서비스업에의 적용 가능성 및 법개정 필요성

우리 부정경쟁방지법 제3조의2는 '지리적 표시'를 별도로 정의하지 않으므로, 개별 FTA에서 정한 범위에 의하여야 한다. 그런데 앞서 살펴본 바와 같이 TRIPS 협정은 지리적 표시를 상품에 관하여만 정의하고 서비스는 포함하지 않는 것으로 해석된다. 그 밖의 양자간 및 다자간

FTA 중 다수는 TRIPS 협정상의 지리적 표시 보호 규정을 원용하거나 TRIPS 협정과 거의 동일하게 지리적 표시를 정의하고 있으며, 한-EU FTA 및 지리적 표시에 관해 그와 거의 동일한 내용을 포함하고 있는 한-영 FTA도 상대방 측 보호대상에 관한 EU 이사회 규칙의 내용상 서비스에 관한 지리적 표시는 상정하기 어렵다.

다만, 각 FTA에서 합의한 사항을 넘어 국내법에서 서비스에 대하여 지리적 표시 보호를 제공하는 것은 가능하고, 국내법에 의하여 서비스에 대한 지리적 표시 보호를 제공하는 국가도 존재하므로, 우리 부정경쟁방지법 제3조의2에 서비스 관련 지리적 표시 보호를 추가할 것인지를 검토하는 것이 불가능한 것은 아니다. 그러나 다음과 같은 점들을 고려할 때, 우리 부정경쟁방지법 제3조의2에 서비스 관련 지리적 표시 보호를 추가하는 것은 매우 부적절하다고 사료된다.

첫째, 우리나라가 체결한 각 FTA에서 정한 지리적 표시의 개념상 지리적 표시를 서비스에 적용하는 것은 부자연스럽다. 국제적 규모로 이루어지는 서비스의 증가에 따라 서비스의 제공지역 등에 관한 표시를 상품의 원산지 등에 관한 지리적 표시에 대응하는 것으로 관념할 수는 있겠으나, 그 경우 행위지가 대한민국 영토를 벗어나므로 우리나라의 부정경쟁방지법이 적용된다고 단정하기 어려워 서비스에 대한 지리적 표시 보호를 추가할 실익이 적다.

둘째, 부정경쟁방지법 제3조의2 및 그에 대응하는 상표법 제34조 제1항 제19호는 'FTA에 따라 보호하는 지리적 표시'를 전제로 하는데,[212] 앞서 검토한 FTA 중 타방 체약국이 보호를 요청한 지리적 표시는 모두 상품에 관한 것이었고, 서비스에 관한 지리적 표시는 요청된 바 없다. 따라서 우리 부정경쟁방지법에서 서비스 관련 지리적 표시 보호를 추가하더라도, 실제 보호할 대상이 없으므로 법개정의 실익이 떨어진다. 물론 상품에 관한 지리적 표시를 서비스업에 사용하는 행위가 제3조의2의 규제 공백이라고 볼 여지가 없지 않다. 그러나 상품의 거래를 수반하거나 상품 거래에 관계된 서비스의 경우, 그 서비스업에 지리적 표시를 사용하는 행위는 법 제3조의2 제1항의 "상품에 관하여" 지리적 표시를 사용하는 행위로 포섭할 여지가 있으므로 규제 공백은 크지 않다고 사료된다. 나아가 FTA에 따른 지식재산의 보호범위를 설정함에 있어서는 체약국 간 상호적·형평적 협약 이행이 고려되어야 하는데,[213] 거의 모든 FTA의 상대방 국가에서 지리적 표시의 보호범위에 서비스를 포함하지 않거나 그러한 확장을 기대하기 어려운 상황에서 우리나라에서만 보호범위를 확장하는 것은 자국에 불리한 방식으로 FTA를 이행하는 것이 되어 국익에 반한다.

셋째, 지리적 표시를 단체표장과 증명표장제도를 통해 보호하는 상표법과의 균형이 깨질 수 있다. TRIPS 협정을 비롯한 다수의 FTA에서 지리적 표시의 보호수단으로 상표제도에 의한 보호와 원산지 등 오인을 초래할 수 있는 사용 금지에 의한 보호를 함께 규정하는데, 우리 상표법은 2016년 개정 시 '상품' 개념을 서비스를 포함하도록 확장하면서도 지리적 표시가 사용되는 상품은 서비스로의 확장의 예외로 하였다. 즉, 현행 상표법상 지리적 표시 보호는 상품에 관한 것으로 제한

212) 우리나라는 2011년 한-EU FTA를 통해 목록 교환 방식의 지리적 표시 보호제도를 받아들이고 그 이행을 위해 같은 해 상표법과 부정경쟁방지법을 개정하였다. 최교숙·장재원, "지리적 표시 보호를 위한 부정경쟁방지법 제3조의2에 관한 소고", 지식재산연구 제17권 제2호, 2022, 262면 참조.

213) 유사한 견지에서 한-EU FTA에 대해, 우리나라가 보호를 요청한 지리적 표시는 농수산물품질관리법이나 상표법에 의하여 등록된 것인 데 반해 EU에서 보호를 요청한 지리적 표시는 그러한 절차 없이 보호되므로 내국민과 EU의 지리적 표시의 등록자를 평등하게 취급하지 않는 문제가 있다고 지적하는 견해가 있다. 나종갑, "지적재산권 분야에서 FTA 규정의 충돌에 관한 연구 - 샴페인은 국내 지리적표시로 인정될 수 있나? -", 인하대학교 법학연구 제20집 제1호, 2017, 72면 참조.

된다. 이러한 상황에서 부정경쟁방지법 제3조의2에 따른 사용 제재에 의한 보호만을 서비스로 확장할 경우, 국내에 등록된 지리적 표시에 비해 미등록의 지리적 표시에 더 넓은 보호를 제공하는 것이 되어 불합리하다.

라. 소결

부정경쟁방지법의 부정경쟁행위 관련 규정들의 적용범위를 상품 이외에 서비스로 확장하는 것에 대하여 검토하였다. 검토의 대상이 된 조항들은 부정경쟁방지법 제2조 제1호 라목 내지 바목, 사목, 제3조 및 제3조의2였다. 제2조 제1호 라목 내지 바목의 경우 규율공백이 확인되어 구체적인 개정안을 제안하였다. 서비스로의 확대는 바목을 중심으로 하되, 일본의 입법례를 참고하여 라목과 마목을 통합하는 방안을 개정안의 형태로 제안하였다.

제2조 제1호 사목의 경우 해석론으로 규율공백을 메울 여지가 있기는 하나 규제의 명확성 측면에서 개정안을 마련할 실익이 있다는 결론에 이르렀다. 구체적인 개정의 방안으로, 사목의 '상품'에 서비스를 추가함과 더불어, 제2조 제1호 가목 및 나목에서 '상표'가 상표법에 정의된 상표와 같은 의미라는 점을 명확히 함으로써 부정경쟁행위 전반에 대한 통일적 해석을 가능케 하는 방안을 제안하였다.

제3조는 현행법의 해석을 통해 서비스에의 사용을 규제할 수 있다는 점에서, 제3조의2는 우리나라가 체결한 다자간 및 양자간 FTA에서 지리적 표시를 상품에 관한 것으로만 정의하고 있으며 서비스와 관련된 지리적 표시 보호가 요구된 적이 없어 보호범위 확대의 실익이 없고, 국익의 면 및 상표법과 부정경쟁방지법에 의한 지리적 표시 보호의 불균형 등의 면에서 부적절하다는 점에서 각각 개정 필요성이 없다는 결론에 이르렀다.

제3절 국기국장 처벌규정의 행정규제 전환 타당성

1. 국기·국장 등 사용 금지 규정의 내용 및 입법 연혁

가. 현행 규정 및 입법 취지

현행 부정경쟁방지법[214]에서는 법 위반행위에 대해 민사적 구제, 행정적 구제, 형사적 구제를 규정하고 있는데, 파리협약 제6조의3에서 규정한 조약상의 의무를 이행하기 위한 규정으로서,[215] 국기·국장 등의 사용 금지를 규정하고 있는 제3조와 관련해서는 행정적 구제(제7조부터 제9조) 및 형사적 구제(제18조 제3항 제2호)를 인정하고 있을 뿐, 민사적 구제(제4조부터 제7조)는 인정하지 않고 있다. 파리협약 당사국, 세계무역기구 회원국 또는 「상표법 조약」 체약국의 국기·국장(國章) 등에 대한 보호 규정인 점을 감안해 볼 때, 그 위반행위에 대해 손해배상 등 민사적 구제를 인정하는 것은 부적절한 부분이 있고, 그런 점에서 현행 규정이 행정적 구제와 형사적 구제를 중심으로 하고 있음은 타당한 측면이 있다.

국기·국장 등 사용금지 규정은 국기·국장 등이 상징하는 국가 등의 존엄성을 유지하고 국제적인 신의를 보호할 필요가 있고 일반 수요자로 하여금 이들 국가 또는 국제기구와 상표 사용자가 어떠한 특수한 관계에 있는 것처럼 오인·혼동하지 않도록 하기 위한 것, 그리고 감독용 또는 증명용 표지가 가지는 품질보증 기능을 유지하기 위한 것이다.[216] 이와 유사한 취지의 상표법 규정에 대해 판례는 "공익적 견지에서 국제기관의 존엄을 유지하기 위하여 그 칭호나 표장과 동일, 유사한 상표에 대하여 등록을 인정하여 사인의 독점적 사용을 하게 하는 것은 국제신의의 입장에서 적당하지 않기 때문이라 할 것이므로 위 법조에서 규정한 국제기관에는 제국이 공통적인 목적을 위하여 국가간의 조약으로 설치하는 이른바 국가(정부)간의 국제기관뿐만 아니라 정부간의 합의에 의하지 않고 창설된 이른바 비정부단체(Non-governmental Organization)나 국제적 민간단체(International Non-governmental Organization)도 이에 포함될 수 있다."고 판시한 바 있다.[217]

나. 입법 연혁

국기·국장 등(이하에서는 서술의 편의상 '국기등'이라 함)에 대한 사용금지 및 그 위반행위에 대한 형사적 구제는 1961년 제정법 당시부터 존재하였다(제6조, 제9조).

(1) 적용대상인 '국기등'에 관한 규정의 입법 연혁

1961년 제정법에서는 적용대상을 조약 당사국 등으로 한정함이 없이 '국기, 국장, 외국의 문장, 기장 등에 대한 사용금지'의 형태로 규정하였다(제6조[218]). 이후 1986년 전부 개정법률[219]에

214) [시행 2023. 9. 29.] [법률 제19289호, 2023. 3. 28., 일부개정]
215) 편집대표 정상조, 「부정경쟁방지법 주해」, 박영사, 2020, 380면(권동주 집필).
216) 윤태식, 「부정경쟁방지법」, 박영사, 2021, 207면.
217) 대법원 1987. 4. 28. 선고 85후11 판결.
218) 제6조 (국기, 국장등의 사용금지) ① 국기, 국장, 군기, 훈장, 포장, 기장 또는 국제기구등의 표지는 이를 상표로 사용하거나 또는 이를 상표로 한 상품을 판매, 무상반포 또는 수출할 수 없다.
② 외국의 문장, 기장 기타의 휘장으로서 상공부장관이 지정하는 것과 동일 또는 유사한 것은 그 국가의 당해관청의 허가를 받지 아니하면 이를 상표로 사용하거나 또는 이를 상표로 사용한 상품을 판매 또는 무상반포할 수 없다.

서 조문의 위치를 제3조로 이동시키면서 그 적용대상을 '공업소유권의 보호를 위한 파리협약(이하 "파리條約"이라 한다) 당사국의 국기 등'으로 한정하였고,[220] 1998년 개정법[221]에서는 '공업소유권의 보호를 위한 파리협약 당사국'을 '공업소유권의보호를위한파리협약 당사국 또는 세계무역기구 가입국'으로 확대하였다.[222] 이후 2001년 개정법[223]에서 다시 '상표법조약 체약국'을 포함하였으며,[224] 2007년 개정법[225]에서는 내용 변경 없이 사소한 문구 수정을 통해 현재에 이르고 있다.

(2) 위반행위에 대한 벌칙 규정의 입법 연혁

1961년 제정법에서는 국기등 사용금지 규정을 위반한 행위에 대해 '5년 이하의 징역 또는 100만환 이하의 벌금'에 처하도록 했고(제9조), 1986년 개정법에서 '2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금'으로(제11조 제2호), 다시 1991년 개정법에서 현재와 같이 '3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금'으로 상향하였다(제18조 제1항 제2호). 이후 앞서 본 바와 같이 적용대상의 변화에 따라 벌칙 규정도 표현을 수정하여 현재에 이르고 있다.

2. 입법례

동맹국 국기·국장 등의 상표 등록 및 사용 금지에 관한 파리협약 제6조의3은 1925년의 헤이그 회의에서 신설되었고, 그 이후의 개정은 주로 보호대상의 추가, 관련 절차 등에 관계된 것이었다.

파리협약 제6조의3 중 상표 등록 금지는 각국 상표법에서 대부분 규정하고 있으나, 부정경쟁방지법제에 그 사용을 직접 금지하는 규정을 둔 국가는 많지 않은 것으로 보이며, 우리나라와 유사하게 이를 형사처벌의 대상으로 삼고 있는 나라로는 일본, 스위스 등이 있다.

---

③ 전항의 문장, 기장 기타의 휘장은 그 국가의 당해관청의 허가를 받지 아니하면 상품의 원산지의 오인을 일으키게 하는 방법에 의하여 거래상 이를 사용하거나 또는 이를 사용한 상품을 판매 또는 무상반포할 수 없다.

④ 외국정부기관의 감독용 또는 증명용의 인장 또는 기호로서 상공부장관이 지정하는 것과 동일 또는 유사한 것은 그 국가의 당해관청의 허가를 받지 아니하면 이와 동일 또는 유사한 상표로서 사용하거나 또는 이것을 사용한 상품을 판매 또는 무상반포할 수 없다.

219) [시행 1987. 1. 1.] [법률 제3897호, 1986. 12. 31., 전부개정]

220) 제3조 (국기·국장등의 사용금지) ① 공업소유권의 보호를 위한 파리협약(이하 "파리條約"이라 한다) 당사국의 국기·국장 기타의 휘장이나 국제기구의 표지와 동일 또는 유사한 것은 상표로 사용할 수 없다. 다만, 당해 국가 또는 국제기구의 허락을 받은 경우에는 그러하지 아니하다.

② 파리조약 당사국의 정부의 감독용 또는 증명용 표지와 동일 또는 유사한 것은 상표로 사용할 수 없다. 다만, 당해국의 정부의 허락을 받은 경우에는 그러하지 아니하다.

221) [법률 제5621호, 1998. 12. 31, 일부개정]

222) 제3조 (국기·국장등의 사용금지) ① 공업소유권의보호를위한파리협약(이하 "파리協約"이라 한다) 당사국 또는 세계무역기구가입국의 국기·국장 기타의 휘장이나 국제기구의 표지와 동일 또는 유사한 것은 상표로 사용할 수 없다. 다만, 당해 국가 또는 국제기구의 허락을 받은 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 1998. 12. 31.>

② 파리협약 당사국 또는 세계무역기구가입국 정부의 감독용 또는 증명용 표지와 동일 또는 유사한 것은 상표로 사용할 수 없다. 다만, 당해국의 정부의 허락을 받은 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 1998. 12. 31.>

223) [시행 2001. 7. 1.] [법률 제6421호, 2001. 2. 3., 일부개정]

224) 제3조 (국기·국장등의 사용금지) ① 파리협약 당사국, 세계무역기구 회원국 또는 상표법조약 체약국의 국기·국장 기타의 휘장이나 국제기구의 표지와 동일하거나 이와 유사한 것은 상표로 사용할 수 없다. 다만, 당해 국가 또는 국제기구의 허락을 받은 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 1998.12.31, 2001.2.3>

② 파리협약 당사국, 세계무역기구 회원국 또는 상표법조약 체약국 정부의 감독용 또는 증명용 표지와 동일하거나 이와 유사한 것은 상표로 사용할 수 없다. 다만, 당해국의 정부의 허락을 받은 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 1998.12.31, 2001.2.3>

225) [시행 2007. 12. 21.] [법률 제8767호, 2007. 12. 21., 일부개정]

가. 파리협약 제6조의3

파리협약 제6조의3은 "prohibit by appropriate measures the use"를 규정하고 있으며, 금지의 방법은 각 동맹국의 입법 재량에 맡겨두고 있어, 위반행위에 대해 형사처벌 규정을 두는 것이 조약 위반은 아니다. 다만, 파리협약의 위 조항이 도입된 1925년 헤이그(Hague) 개정회의 이전인 1911년 워싱턴 개정회의에서 스위스가 "prohibit and punish"라는 문구를 강하게 제안했었지만, 형사처벌 대상으로 삼는 것에 대한 여러 회원국들의 우려 때문에 더 온건한 표현이 채택된 것이다. 그리고 제6조의3이 이후 몇 차례 개정되는 동안 형사처벌을 명시적으로 포함하지 않는 현재의 규정형식이 유지되었으며, 이런 제6조의3 제정 및 개정 배경/이력이 형사처벌을 규정한 입법례가 이례적인 이유 중 하나일 수 있다.[226]

나. 일본

일본은 1909년(明治42年) 이후부터 부정경쟁방지법의 제정을 검토해 오다가 1934년(昭和9年)에 법을 제정하였는데, 제정당시에 동법의 주요 내용은 아래와 같다.[227]

① 주지상품표시의 혼동야기행위, 허위원산지의 오인야기행위, 신용훼손행위만을 부정경쟁행위로 하고,

② '부정경쟁의 목적'을 가지고 각 부정경쟁행위를 하는 것을 요건으로 하며(주관적 요건)

③ 벌칙은 외국표장의 부정사용만을 대상으로 하고, 다른 부정경쟁행위에 대해서는 벌칙을 두지 않았다.

즉, 일본은 부정경쟁방지법 제정 당시부터 외국표장의 부정사용행위에 대한 벌칙규정을 둔 것이다. 현행 일본 부정경쟁방지법[228]에서는 제16조[229]에서 외국 국기등의 사용금지를, 제17조[230]에서

---

226) 위 제정 배경에 관해서는 Sam Ricketson, The Paris Convention for the Protection of Industrial Property: A Commentary, Oxford University Press, 2015, para. 12.41 참고

227) 経済産業省 知的財産政策室編,「逐條解説 不正競争防止法」, 平成30年11月29日施行版, 2頁.
制定時における同法は,
① 周知商品表示の混同惹起行爲, 虚偽原産地の誤認惹起行爲, 信用毀損行爲のみを「不正競争」としていた。
②「不正競争の目的」をもって各不正競争を行うことを要件としていた（主觀的要件）。
③ 罰則は外國の紋章の不正使用のみを對象としており, 前述の不正競争については罰則規定がなかった。

228) (令和五年法律第五十一号による改正) 施行日 令和五年七月三日.
https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=405AC0000000047_20230703_505AC0000000051&keyword=%E4%B8%8D%E6%AD%A3%E7%AB%B6%E4%BA%89%E9%98%B2%E6%AD%A2%E6%B3%95

229) (外國の國旗等の商業上の使用禁止)
第十六條 何人も, 外國の國旗若しくは國の紋章その他の記章であって経済産業省令で定めるもの（以下「外國國旗等」という。）と同一若しくは類似のもの(以下「外國國旗等類似記章」という。(を商標として使用し, 又は外國國旗等類似記章を商標として使用した商品を譲渡し, 引き渡し, 譲渡若しくは引渡しのために展示し, 輸出し, 輸入し, 若しくは電氣通信回線を通じて提供し, 若しくは外國國旗等類似記章を商標として使用して役務を提供してはならない。ただし, その外國國旗等の使用の許可（許可に類する行政處分を含む。以下同じ。）を行う權限を有する外國の官廳の許可を受けたときは, この限りでない。
2 前項に規定するもののほか, 何人も, 商品の原産地を誤認させるような方法で, 同項の経済産業省令で定める外國の國の紋章(以下「外國紋章」という。）を使用し, 又は外國紋章を使用した商品を譲渡し, 引き渡し, 譲渡若しくは引渡しのために展示し, 輸出し, 輸入し, 若しくは電氣通信回線を通じて提供し, 若しくは外國紋章を使用して役務を提供してはならない。ただし, その外國紋章の使用の許可を行う權限を有する外國の官廳の許可を受けたときは, この限りでない。
3 何人も, 外國の政府若しくは地方公共団体の監督用若しくは証明用の印章若しくは記号であって経済産業省令で定めるもの(以下「外國政府等記号」という。）と同一若しくは類似のもの（以下「外國政府等類似記号」という。）をその外國政府等記号が用いられている商品若しくは役務と同一若しくは類似の商品若しくは役

국제기관의 표장에 대한 사용금지를 규정하고, 제21조 제2항 제7호에서 '제16조, 제17조 또는 제18조[231] 제1항의 규정을 위반한 자'는 5년 이하의 징역이나 5백만엔 이하의 벌금에 처하고, 이를 병과할 수 있다고 규정하고 있다. 그리고 법인에 대해서는 3억엔 이하의 벌금을 병과할 수 있는 양벌규정이 적용된다(제22조 제1항 제3호).

일본은 동 위반행위에 의해 동업자가 받을 손해는 간접적이고, 이러한 분쟁을 개인적으로 해결할 수 있게 하면 결과적으로 분쟁이 국제적으로 악영향을 미칠 수 있다는 고려하에 제재대상을 형사적 구제로 한 것이다.[232]

다. 스위스

스위스의 경우 <CAPA>[233] 및 <국제연합기구 및 기타 정부간기구의 명칭·상징 보호법>[234] 등 두 건의 관련 법령이 존재하는데, 두 법의 내용은 일부 중첩되며, 공통적으로 외국의 국기, 국장 등의 사용에 관해 규정하고 있다.

CAPA 제15조 및 제28조.

Chapter 2 Foreign Public Signs

Section 1 Use and Authorisation

Art. 15 Use

1 Coats of arms, flags and other foreign state emblems or signs that could be confused with them, as well as national figurative and word signs of foreign states, may only be used by the state to which they belong; Article 16 remains reserved.

2 The state entitled to use the signs under paragraph 1 may use them to the extent that such use is neither misleading nor contrary to public policy, morality or applicable law.

3 Coats of arms, flags and other emblems of other foreign public bodies, in particular of communes, may be used to the extent that such use is neither misleading nor contrary to public order, morality or applicable law.

務の商標として使用し，又は外國政府等類似記号を当該商標として使用した商品を譲渡し，引き渡し，譲渡若しくは引渡しのために展示し，輸出し，輸入し，若しくは電氣通信回線を通じて提供し，若しくは外國政府等類似記号を当該商標として使用して役務を提供してはならない。ただし，その外國政府等記号の使用の許可を行う權限を有する外國の官廳の許可を受けたときは，この限りでない。

230) (國際機關の標章の商業上の使用禁止)
第十七條　何人も，その國際機關(政府間の國際機關及びこれに準ずるものとして経濟産業省令で定める國際機關をいう。以下この條において同じ。) と關係があると誤認させるような方法で，國際機關を表示する標章であって経濟産業省令で定めるものと同一若しくは類似のもの(以下「國際機關類似標章」という。) を商標として使用し，又は國際機關類似標章を商標として使用した商品を譲渡し，引き渡し，譲渡若しくは引渡しのために展示し，輸出し，輸入し，若しくは電氣通信回線を通じて提供し，若しくは國際機關類似標章を商標として使用して役務を提供してはならない。ただし，この國際機關の許可を受けたときは，この限りでない。

231) 제18조(외국공무원등에 대한 부정한 이익의 공여 등 금지)

232) 小野昌延・松村信夫, 「新・不正競爭防止法概說 第3版 下卷」, 青林書院, 2020, 342頁.

233) 스위스 국장 및 기타 공공표지판의 보호에 관한 연방법(국장보호법) / Federal Act on the Protection of the Swiss Coat of Arms and Other Public Signs (Coat of Arms Protection Act, CAPA) (https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2015/613/en)

234) Bundesgesetz zum Schutz von Namen und Zeichen der Organisation der Vereinten Nationen und anderer zwischenstaatlicher Organisationen (https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1962/455_461_475/de)

4 Where signs under paragraphs 1 and 3 are understood by the relevant public to be an indication of the geographical origin of goods and services, they are considered to be indications of source within the meaning of the TmPA8 and are subject to Article 48 paragraph 5 and Article 49 paragraph 4 TmPA.

제15조 사용

1. 국장, 국기 및 이와 혼동될 수 있는 기타 외국의 상징 또는 기호, 외국의 국가 상징 및 문자 기호는 해당 국가에서만 사용할 수 있다(제16조는 유보).

2 제1항에 따라 표시를 사용할 권한이 있는 국가는 그러한 사용이 오해를 불러일으키지 않거나 공공질서, 도덕 또는 준거법에 반하지 않는 범위 내에서 이를 사용할 수 있다.

3 기타 외국 공공기관, 특히 지방자치단체의 문장, 깃발 및 기타 상징은 오해를 불러일으키지 않고 공공질서, 도덕 또는 해당 법률에 반하지 않는 범위 내에서 사용할 수 있다.

4 제1항과 제3항에 따른 표시가 관련 공중에 의해 상품 및 서비스의 지리적 출처 표시로 이해되는 경우, 이는 TmPA8의 의미 내에서 출처 표시로 간주되며 제48조 제5항 및 TmPA 49조 4항가 적용된다.

Section 2 Protection under Criminal Law

Art. 28 Unlawful use of public signs

1 Any person who wilfully and unlawfully commits any of the following acts is liable to a custodial sentence not exceeding one year or a monetary penalty:

a. affixes domestic or foreign public signs protected under this Act or signs that could be confused with them to items, or who sells, makes available, imports, exports or carries in transit or otherwise places on the market items marked in this way;

b. uses the signs under letter a on office signs, in advertisements, prospectuses, business papers, internet sites or the like;

c. uses the signs under letter a for services or advertises services with such signs;

d. uses an official designation or a designation that could be confused with it;

e. uses a domestic or foreign national figurative or word sign.

2 If the offender acts for commercial gain, the penalty is a custodial sentence not exceeding five years or a monetary penalty. …10[235]

3 Article 64 TmPA[236] remains reserved.

제28조 공공표지판의 불법사용

1. 고의, 불법적으로 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 1년 이하의 징역형 또

235) 10 Second sentence repealed by No I 9 of the FA of 17 Dec. 2021 on the Harmonisation of Sentencing Policy, with effect from 1 July 2023 (AS 2023 259; BBl 2018 2827).

236) 11 SR 232.11

는 벌금형에 처한다.

a. 이 법에 따라 보호되는 국내 또는 외국의 공공 표시 또는 이와 혼동될 수 있는 표시를 품목에 부착하거나 이러한 방식으로 표시된 품목을 판매, 제공, 수입, 수출 또는 운송 중이거나 기타 방법으로 시장에 출시하는 경우

b. 사무실 간판, 광고, 안내서, 비즈니스 서류, 인터넷 사이트 등에 위 표시를 사용하는 행위

c. 서비스에 문자 a 표시를 사용하거나 그러한 표시를 사용하여 서비스를 광고하는 행위

d. 공식 명칭이나 혼동될 수 있는 명칭을 사용하는 경우

e. 국내 또는 외국의 비유적 표현이나 단어 기호를 사용하는 경우

2. 행위자가 상업적 이득을 위해 위반 행위를 한 경우, 5년 이하의 징역형 또는 벌금에 처한다.

3 TmPA 제64조는 유보된다.

<국제연합기구 및 기타 정부간기구의 명칭/상징 보호법> 제3조 및 제7조

Art. 3

1. Es ist untersagt, die folgenden, der Schweiz durch Vermittlung des Internationalen Büros zum Schutz des gewerblichen Eigentums mitgeteilten Kennzeichen von anderen zwischenstaatlichen Organisationen, denen ein oder mehrere Mitgliedstaaten der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums angehören, zu benützen:

a. ihre Namen (in den schweizerischen Amtssprachen oder in englischer Sprache);

b. ihre Sigel (in den schweizerischen Amtssprachen oder in englischer Sprache);

c. ihre Wappen, Flaggen und anderen Zeichen.

2. Dieses Verbot gilt auch für Zeichen nach Absatz 1, die mit diesen Kennzeichen verwechselt werden können.[237]

제3조

1. 산업재산권 보호를 위한 파리 협약의 하나 이상의 회원국이 회원으로 속해 있는 다른 정부간 기구가 산업재산권 보호를 위한 국제사무국을 통해 스위스에 전달한 다음 상표의 사용은 금지된다.

a. 이름(스위스 공식 언어 또는 영어)

b. 인장(스위스 공식 언어 또는 영어)

c. 그들의 문장, 깃발 및 기타 상징.

2. 이 금지는 이러한 표지판과 혼동될 수 있는 1항에 따른 표지판에도 적용된다.

Art. 6[238]

Ein Zeichen, dessen Gebrauch nach diesem Gesetz unzulässig ist, oder ein mit ihm verwechselbares Zeichen darf nicht als Marke, Design, Firma, Vereins- oder Stiftungsname oder als Bestandteil

237) 6 Fassung gemäss Anhang 3 Ziff. II 2 des Wappenschutzgesetzes vom 21. Juni 2013, in Kraft seit 1. Jan. 2017 (AS 2015 3679; BBl 2009 8533).

238) 9. Fassung gemäss Anhang 3 Ziff. II 2 des Wappenschutzgesetzes vom 21. Juni 2013, in Kraft seit 1. Jan. 2017 (AS 2015 3679; BBl 2009 8533).

davon eingetragen werden.

제6조

이 법에 따라 사용이 허용되지 않는 기호 또는 이와 혼동될 수 있는 기호는 상표, 디자인, 회사명, 협회 또는 재단명 또는 그 일부로 등록될 수 없다.

Art. 7

1. Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer:

a. vorsätzlich und entgegen den Vorschriften dieses Gesetzes die Namen, Sigel, Wappen, Flaggen oder andere Kennzeichen der in den Artikeln 1-3 genannten zwischenstaatlichen Organisationen oder ein anderes damit verwechselbares Zeichen verwendet;

b. solche Kennzeichen auf Geschäftsschildern, Anzeigen, Prospekten, Geschäftspapieren, Internetseiten oder dergleichen anbringt oder sie auf Waren oder ihrer Verpackung anbringt oder so gekennzeichnete Waren verkauft, feilhält, ein-, aus- oder durchführt oder sonst in Verkehr setzt.

1bis Handelt der Täter gewerbsmässig, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe. In leichten Fällen oder wenn der Täter fahrlässig gehandelt hat, kann auf Busse erkannt werden.

2. Vorbehalten bleiben überdies strengere Bestimmungen des besonderen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuches12.

제7조

1. 다음 각 호에 해당하는 자에게는 1년 이하의 징역형 또는 금전적 벌금이 부과된다.

a. 고의로 이 법의 규정에 반하여 1-3조에 언급된 정부 간 기구의 명칭, 휘장, 문장, 국기 또는 기타 고유한 표지 또는 이와 혼동할 수 있는 기타 표지를 사용하는 경우;

b. 이러한 표시를 사업 간판, 광고, 브로셔, 사업 서류, 웹사이트 등에 부착하거나 상품 또는 그 포장에 부착하거나 이러한 방식으로 표시된 상품을 판매, 판매 제안, 수입, 수출 또는 운반하거나 기타 방식으로 시장에 출시하는 행위.

1bis 위반자가 상업적 목적으로 이러한 행위를 한 경우 5년 이하의 징역 또는 벌금형에 처해진다. 경미한 경우 또는 위반자가 부주의하게 행동한 경우에는 벌금이 부과될 수 있다.

2. 또한 스위스 형법 특별 조항의 더 엄격한 조항은 유보되어 있다.

3. 동 규정의 적용 대상과 위반행위에 대한 규제

가. 동 규정의 적용 대상과 형사처벌 규정

국기·국장 등의 사용에 의해 품질오인 등이 발생하는 경우 부정경쟁방지법 제2조 제1호 바목 등으로 규제할 수 있다. 즉, 국기·국장 등의 사용에 의해 부정경쟁행위가 발생하는 경우에

는 제2조 제1호 각목에 의한 규제가 가능하다. 따라서 제3조의 존재 의의는 품질오인 등과 무관하게 국기·국장 등이 사용되는 경우(단순사용)라고 할 수 있다. 그리고 국기·국장 등의 사용 금지를 규정하고 있는 제3조 위반의 경우에는 행정적 구제(제7조부터 제9조) 및 형사적 구제(제18조 제3항 제2호)를 인정하고 있다.

한편, "부정경쟁방지법 제3조 제2항에서 금지하는 '파리협약 당사국, 세계무역기구 회원국 또는 「상표법 조약」 체약국 정부의 감독용 또는 증명용 표지와 동일하거나 유사한 것을 상표로 사용하는 행위'는 상표법 제2조 제1항 제1호에서 정하는 '자기의 상품과 타인의 상품을 식별하기 위하여 사용하는 표장'으로 사용하는지에 따른다고 할 것이다. 타인의 등록상표를 이용한 경우라고 하더라도 그것이 상표의 본질적인 기능이라고 할 수 있는 출처표시를 위한 것이 아니어서 상표의 사용으로 인식될 수 없는 경우에는 등록상표의 상표권을 침해한 행위로 볼 수 없고, 그것이 상표로서 사용되고 있는지 여부를 판단하기 위해서는, 상품과의 관계, 당해 표장의 사용 태양(즉 상품 등에 표시된 위치, 크기 등), 등록상표의 주지저명성 그리고 사용자의 의도와 사용경위 등을 종합하여 실제 거래계에서 그 표시된 표장이 상품의 식별표지로서 사용되고 있는지 여부를 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2011. 1. 13. 선고 2010도5994 판결 등 참조)."는 것이 판례의 입장이다.[239]

결국 국기·국장 등을 상표로 사용해야만 제3조 위반으로 규제가 가능하며, 그러한 상표적 사용으로 인해 출처의 오인혼동 등이 발생하였는지 여부는 문제되지 않는다고 할 것이다.[240]

나. 행정적 규제

부정경쟁방지법에서는 제3조 위반행위에 대한 행정적 규제로서 부정경쟁행위에 대한 조사(제7조), 시정권고 및 그 불이행 내용 등의 공표(제8조)를 규정하고 있으며, 제7조 제1항에 따른 관계 공무원의 조사·수거를 거부·방해 또는 기피한 경우에 대해 2천만원의 과태료 부과를 규정하고 있다(제20조 제1항 제1호).

즉, 현행법에서는 제3조 위반행위 자체가 과태료 부과대상에서 제외되어 있으며, 제3조 위반행위에 대한 행정적 제재방법이 강제력이 약한 시정권고인데 더하여 시정권고에 대한 이행확보수단도 법위반사항에 대한 공표 등으로 한정되어 있어 실효성에 한계가 있다.

다. 형사적 규제

부정경쟁방지법에서는 국기·국장 등 무단사용 행위에 대해 일반적인 부정경쟁행위와 동일하게 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(제18조 제3항).[241] 제3조와 제18조 제3항 제2호의 내용에 차이가 없다는 점을 고려해 볼 때, 제18조 제3항 제2호를 '제3조에 위반한 경우'와 같은 형태로 입법하지 않은 것은 좀 특이하다고 할 수 있다.

---

239) 대법원 2021. 5. 7. 선고 2020도7080 판결.

240) 국기·국장 등의 상표적 사용으로 인해 출처의 오인혼동이 발생하면 제2조 제1호 각목이 적용될 수 있고, 이 경우 제3조와의 경합이 문제될 수 있다.

241) 참고로 형법 제109조(외국의 국기, 국장의 모독)는 "외국을 모욕할 목적으로 그 나라의 공용에 공하는 국기 또는 국장을 손상, 제거 또는 오욕한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다."고 규정하고 있다.

라. 제3조 및 제3조의2 행정조사('17.12~'23.6) 접수 및 종결현황

(단위: 건)

구분		'18	'19	'20	'21	'22	'23.6	합계	비율
접수	부정경쟁행위 (제2조제1호)	83	63(5)	113(16)	113(10)	123(13)	98(45)	593(89)	91.2%
	국기·국장 등 상표사용행위 (제3조)	2	2(2)	1	20(18)	29	1(1)	55(21)	8.5%
	지리적 표시의 사용행위 (제3조의2)	1	1	-	-	-	-	2	0.3%
	소계	86	66(7)	114(16)	133(28)	152(13)	99(46)	650(110)	100%
종결	부정경쟁행위 (제2조제1호)	60	63	71	107	111	72	484	90.1%
	국기·국장 등 상표사용행위 (제3조)	2	2	-	20	18	9	51	9.5%
	지리적 표시의 사용행위 (제3조의2)	1	1	-	-	-	-	2	0.4%
	소계	63	66	71	127	129	81	537	100%

4. 제3조 위반에 대한 형사처벌의 적정성

가. 형벌규정 개선에 대한 최근의 논의 방향 및 내용

부정경쟁방지법 제3조 위반에 대한 형사처벌의 적정성을 검토하기에 앞서, 최근 범정부 차원에서 논의되고 있는 경제 형벌규정 개선 논의를 살펴보기로 한다. 경제법령상 과도한 형벌조항들은 민간의 경영활동을 위축시키고 우리나라의 상대적 투자 매력도를 저하시키는 등 부작용을 초래하여 개선 필요성이 꾸준히 제기되어 왔는데, 이에 과도한 형벌규정(특히 경제형벌)에 대한 정비를 위해 기획재정부와 법무부를 중심으로 지난 2022. 7. 13. 경제 형벌규정 개선 TF를 출범시켰다.[242] 과학기술정보통신부, 행정안전부, 공정거래위원회 등 12개 부처가 참여하여 부처별 소관 법률조항을 전수조사하고 형벌규정에 대한 비범죄화 또는 형량 합리화를 추진하기로 하였다. 그리고 이러한 검토를 위해 다음과 같은 <검토기준> 및 <개선방향>을 제시하였다.

<검토기준>

① 사적자치 영역에 대한 필요·최소한의 형벌인지
② 행정제재 등 다른 수단으로 입법목적 달성이 불가능한지
③ 유사한 입법목적의 타 법률조항과 형평성이 맞는지
④ 해외사례와 비교하여 형벌조항이 과도하지 않은지
⑤ 시대변화에 따라 더는 형사처벌이 불필요한 것은 아닌지

242) 기획재정부 2022. 7. 13. 보도자료, "경제 형벌규정 개선 TF 출범 – 범부처, 형벌규정 일제 점검 및 개선 추진 –".

<개선방향>

① (비범죄화) 국민의 생명, 범죄와 무관한 단순 행정상 의무 위반은 형벌 삭제 또는 행정제재 전환 ② (합리화) 형벌존치가 불가피하더라도 과도한 형량 완화, 先행정제재 부과 후 미이행시 형벌 부과, 책임의 경중(미수/기수, 상해/사망 등)에 따른 형량 차등화 등

이후 2022. 8. 26. '경제 형벌 규정 개선 추진계획 및 1차 개선 과제'가 발표되었는데,[243] 개선이 시급한 17개 법률의 총 32개 형벌규정을 과제로 선정하였으며 4가지 개선 유형 및 유형별 주요 사례는 다음과 같다.

❶ (비범죄화: 형벌폐지) 기존 행정제재로 충분히 입법목적 달성이 가능한 경우 해당 형벌을 폐지

물류사업법 제66조 제1항 제5호

기존: 공사시행인가 또는 변경인가를 받지 아니하고 물류터미널 건설 공사를 시행한 자에 대해 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금 부과

개선: **형벌규정 삭제**
→ 동법 제17조 제1항 제5호 사업정지로 제재

❷ (비범죄화: 과태료 전환) 단순 행정상 의무·명령 위반인 경우 질서 위반행위로 보아 형벌을 과태료로 전환

공정거래법 제126조 제1-3호

기존: 단순 행정상 의무 위반*에 대해 형벌(1억원 이하 벌금) 부과
* 지주회사 설립 전환 신고의무, 지주회사 사업내용 보고의무, 주식소유 채무보증현황 신고의무

개선: **형벌 규정을 1억원(동일인 등)/1천만원(임직원 등) 이하 과태료(행정제재)로 전환**

❸ (합리화: 先행정제재-後형벌전환) 형벌 존치가 불가피하더라도 행정제재를 우선 부과하고, 이를 불이행할 경우 형벌을 부과

하도급법 제30조 제1항 제1호

기존: 수급사업자의 이익을 침해하는 정도가 비교적 낮은 내국 신용장 미개설 행위 및 계약이행·대금지급 보증 위반 시 벌금형

개선: **형벌 부과에 앞서 행정제재(하도급 대금의 2배 이하 과징금 및 시정명령) 부과**

❹ (합리화: 형벌 형량조정) 처벌이 과도하거나 책임의 정도에 비례하지 않는 불합리한 형량을 조정하여 합리화

불공정무역조사법 제40조의2

기존: 원산지 표시대상 물품의 수출·수입 관련 미수범을 본범에 준하여 처벌(5년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금)

개선: **미수범을 기수범에 준하여 처벌하는 조항을 폐지하고 미수와 기수간 형량 차등화**

243) 기획재정부 2022. 8. 26. 보도자료, "민간중심 역동경제 실현을 위한 경제형벌 합리화" – "경제 형벌규정 개선 추진계획 및 1차 개선 과제 발표 –",

그리고 최근인 2023. 10. 12. 경제 형벌규정 3차 개선 과제에 대해 소관부처·법무부·법제처의 심도있는 검토를 거쳐 10개 부처, 22개 법률, 46개 형벌규정에 대한 개선방안을 확정하였다.[244]

〈주요 개선사례〉

구성요건	기존	개선
1 생활밀착형 규정: 14개 규정		
◉(행안부) 옥외광고물법 제18조 제2항 제1호		
도시지역, 공원, 교통수단, 문화재보호구역 등에 미신고(변경신고의 경우를 포함한다) 광고물을 표시한 자	벌금 5백만원 이하	과태료 5백만원 이하
◉(복지부) 사회복지사업법 제55조(제13조 제2항 단서 관련)		
사회복지사의 보수교육의무를 이행하지 않은 자	벌금 3백만원 이하	과태료 3백만원 이하 (※기존 제재 활용)
2 행정적 의무위반: 15개 규정		
◉(산업부) 자유무역지역법 제61조 제3호		
신고를 하지 아니하고 역외작업의 공정에서 발생한 폐품을 처분한 자	벌금 1천만원 이하	과태료 1천만원 이하
◉(해수부) 항만운송사업법 제30조 제2호		
신고를 하지 아니하고 항만운송관련사업을 한 자	징역 1년 이하, 벌금 1천만원 이하	과태료 5백만원 이하
3 사문화된 규정: 10개 규정		
◉(문체부) 뉴스통신법 제35조 제1호		
뉴스통신사업자의 대표이사 또는 편집인이 될 수 없는 사람으로서 대표이사 또는 편집인으로 취임한 사람	벌금 1천만원 이하	과태료 2천만원 이하
◉(해수부) 해수욕장법 제44조 제3호		
관리청의 실시계획 승인을 받지 아니하고 시설사업한 자	징역 1년 이하, 벌금 1천만원 이하	선행정제재-후형벌
4 법률 단위 검토: 7개 규정		
◉(해수부) 선원법 제170조 제3호, 제4호		
퇴직금을 미지급한 선박소유자	징역 2년 이하, 벌금 2천만원 이하	반의사불벌죄 적용 및 형량 조정 (3년 이하 징역, 3천만원 이하 벌금)
시간외수당에 갈음한 유급휴가를 미지급한 선박소유자		
◉(법무부) 채무자회생법 제653조		
구인의 집행을 회피할 목적으로 도주한 자	징역 1년 이하, 벌금 1천만원 이하	과태료 5백만원 이하

나. 부정경쟁방지법 제3조 위반행위에 대한 형사처벌의 적정성

제3조의 존재 의의는 품질오인 등과 무관하게 국기·국장 등이 사용되는 경우(단순사용)라고 할 수 있는데, 이와 같이 부정경쟁행위가 아닌 국기·국장 등의 단순사용에 대해 형사처벌을

244) 기획재정부 2023. 10. 12. 보도자료, "민간의 개선수요가 큰 경제 형벌규정 46개 개선".

하는 것이 과연 적정한 것인지에 대한 의문이 제기될 수 있다. 예를 들어 현행 부정경쟁방지법에서는 전형적인 부정경쟁행위 중 제2조 제1호 아목, 차목, 카목 1)부터 3)까지, 타목 및 파목 위반행위에 대해서는 형사처벌 대상에서 제외하고 있다(제18조 제3항 제1호). 부정경쟁행위 중 어느 행위까지 형사처벌을 할 것인지가 기본적으로 입법재량에 속하는 것이라 하더라도, 전형적인 부정경쟁행위 중 일부 행위에 대해 형사처벌을 배제하고 있으면서, 국기·국장 등의 단순사용에 대해서는 형사처벌을 인정하는 것이 적정한지 의문이 있을 수 있다. 그리고 앞서 본 입법례에서와 같이 국기·국장 등 사용행위에 대해 형사처벌을 인정하는 입법례도 찾아보기 어렵고, 파리협약 제6조의3 입법 경위에 의하면 오히려 형사처벌을 가급적 자제하고자 한 것을 알 수 있다.

이러한 사정들을 앞서 본 법정부 차원의 비범죄화 개선 작업에 견주어 살펴보면, 형벌의 보충성이나 비범죄화 경향, 해외 입법례와의 비교, 국기·국장 등 사용행위를 금지하는 것이 본질적인 것으로서 이는 행정제재로도 같은 목적을 달성할 수 있는 점, 「대한민국과 유럽연합 및 그 회원국 간의 자유무역협정」의 합의사항을 반영하기 위하여 자유무역협정에 따라 보호하는 지리적 표시의 사용 등을 규정한 제3조의2 위반에 대해서는 형사처벌 대상에서 제외하고 있는 점 등을 고려해 볼 때, 지금의 형사처벌 규정을 가급적 행정규제 중심으로 개정하는 것에 대한 검토가 필요할 수 있다.[245]

한편, 현재 기술탈취 등에 대한 대책으로 아이디어 탈취, 성과도용 행위에 대한 형사처벌 규정이 발의되는 등 부정경쟁행위에 대한 강력한 대응을 요구하는 입법환경을 고려할 때, 지금 상황에서 국기·국장에 대한 형사처벌 규정 삭제는 적절하지 않고 현행대로 존치시킬 필요성이 있다는 주장도 가능하다.

결국 현행 규정의 개정 여부 및 (개정을 하는 경우) 개정 방향은 좀 더 많은 연구와 검토, 의견수렴 등을 통해 결정해야 할 것으로 보이는데, 이하에서는 그러한 논의에 참고가 될 수 있는 개정 방향과 현행 규정의 존치 필요성을 살펴보기로 한다.

5. 현행 규정의 개정 방향

국기·국장 등의 무단 사용을 규제해야 한다는 것은 국제조약과의 정합성 등을 위해서도 부인할 수 없는 사실이다. 그리고 국기·국장 등의 무단 사용을 부정경쟁방지법에 의해 규율할 필요도 충분히 인정되고, 다만 현행법과 같이 그 위반행위를 바로 형사처벌의 대상으로 하는 것이 적절한지는 의문이 있을 수 있다. 현행 규정의 개정 필요성을 전제로 할 때, 생각해 볼 수 있는 개정 방향은 형사처벌 규정을 삭제하고 다른 방향(행정적 규제 등)으로 규제하는 것 또는 행정적 규제를 중심으로 하되 보충적으로 형사처벌 규정을 활용하는 것이 있을 수 있다. 전자와 같이 국기·국장 등 사용행위를 형사처벌 대상에서 제외시키는 것은 형벌의 보충성이나 비범죄화 경향,

245) 참고로 형법에서는 국기·국장 모독죄(제105조), 국기·국장 비방죄(제106조), 외국의 국기·국장 모독죄(제109조)에 대해 각각 5년 이하, 1년 이하, 2년 이하의 징역형을 규정하고 있어, 부정경쟁방지법상 국기·국장 등 사용행위에 대한 법정형(3년 이하)과 차이가 있다. 이에 법정부 차원의 제도개선 논의에서 말하는 '유사한 입법목적의 타 법률조항과 형평성이 맞는지'(검토기준-③)도 문제될 수 있겠지만, 형법과 부정경쟁방지법의 입법목적이 유사하다고 단정하기도 어렵고, 여기에서 논하는 형사처벌 자체의 적정성과는 직접 관련이 적다고 보아 이 부분은 다루지 않기로 한다.

주요국의 입법례와 부합하는 측면이 있으나, 현행 형사처벌 규정을 바로 삭제할 경우 국가적 관점에서 위법성이 큰 국기·국장 등 무단사용에 적절히 대응하기 어려울 수 있고, 앞서 본 바와 같이 부정경쟁행위에 대한 형사처벌 강화 등 강력한 대응을 요구하는 지금의 입법환경에 맞지 않으며, 위반행위의 특성상 민사적 구제의 대상으로 하기에 적절하지 않아 형사처벌의 필요성이 다른 부정경쟁행위에 비해 높다고 할 수 있는 점과 맞지 않는 문제가 있다. 이러한 관점에서 결국 현행 규정을 개정한다면, 전자가 아닌 후자, 즉 먼저 행정적 제재를 우선으로 하되, 보충적으로 형사처벌을 하는 선 행정제재, 후 형사처벌의 방안이 타당할 것으로 판단된다.

가. 현행 규정의 개정 필요성

(1) 행정법규 위반행위에 대한 규제 방법

어떤 행정법규위반의 행위에 대하여 이를 단지 간접적으로 행정상의 질서에 장애를 줄 위험성이 있음에 불과한 경우로 보아 행정질서벌인 과태료를 과할 것인지 아니면 직접적으로 행정목적과 공익을 침해한 행위로 보아 행정형벌을 과할 것인지는 기본적으로 입법권자가 제반사정을 고려하여 결정할 입법재량에 속하는 문제이다.[246] 즉, 어떤 행정법규 위반행위에 대하여 이를 단지 간접적으로 행정상의 질서에 장해를 줄 위험성이 있음에 불과한 경우(단순한 의무태만 내지 의무위반)로 보아 행정질서벌인 과태료를 과할 것인지, 아니면 직접적으로 행정목적과 공익을 침해한 행위로 보아 행정형벌을 과할 것인지, 그리고 행정형벌을 과할 경우 그 법정형의 종류와 형량을 어떻게 정할 것인지는, 당해 위반행위가 위의 어느 경우에 해당하는가에 대한 법적 판단을 그르친 것이 아닌 한 그 처벌내용은 기본적으로 입법자가 제반 사정을 고려하여 결정할 입법재량에 속하는 문제이다.[247]

(2) 행정형벌에 의한 규제의 최소화

행정법규 위반행위에 대한 규제를 형사처벌로 할지, 혹은 행정제재로 할지 여부는 입법재량에 속한다고 할 수 있지만, 가급적 형사처벌이 아닌 행정제재를 중심으로 하는 것이 형벌의 보충성이나 비범죄화 경향, 당사자의 권익보호와 법집행의 실효성 보장에 부합하는 것이다. 이러한 취지에서 "형벌부과의 필요성이 인정되지 않은 규정, 즉 행정의무 또는 행정상 협력의무를 보호하기 위한 규정은 '행정익'을 보호하는 것으로 이는 형벌이 아닌 다른 행정상의 제재, 예를 들어 과태료 등과 같은 제재를 활용하는 것이 타당하다."는 견해와,[248] "원래 행정형벌제도는 원칙적으로 행정명령에 대한 의무확보수단으로서 최후적·보충적인 것이어야 한다. 즉 행정명령불이행에 대하여 형벌을 과함은 불가피한 경우에 한하여야 한다. 그런데도 오늘날 미확정인 행정명령위반의 경우에 있어서까지 형벌이 다른 의무확보수단과 중복 내지 병렬적 수단으로 되어 있고, 현행 각 행정법규에 있어 행정명령위반의 제재방법으로 거의 모두가 형벌을 채택하고 있어서 형벌법규과잉

246) 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2011헌가22 전원재판부, 헌법재판소 1998. 5. 28. 선고 96헌바83 전원재판부, 헌법재판소 1994. 4. 28. 91헌바14 전원재판부.

247) 헌법재판소 2016. 9. 29. 선고 2015헌바121, 2016헌바221(병합) 전원재판부, 헌법재판소 2014. 1. 28. 2011헌바174등(심판대상조항이 신고 없는 옥외집회·시위를 주최한 자에 대하여 과태료가 아닌 형벌을 부과하는 것은 과잉금지원칙에 위반하여 과도한 제재를 과하고 있다고 볼 수 없다).

248) 이천현, "행정법규상 벌칙규정의 법정형", 형사정책연구 제20권 제4호(통권 제80호), 2009 겨울호, 143면.

현상을 보이고 있다. 행정상의 의무이행확보라면 행정목적실현을 위한 것이므로 그 제재수단도 가능하다면 형벌이 아닌 행정질서벌 등의 수단이어야 할 것이다. 여기에서 세계 각국의 입법례는 행정명령위반에 대하여 탈형벌화 경향으로 나가고 있다. 우리도 현행 행정법규상의 형사처벌규정은 대폭 정비·개선되어야 한다고 널리 주장되고 있는 것이 현실이다. 그러한 정비·개선의 방향으로 행정형벌로서의 단기자유형과 벌금을 원칙적으로 행정질서벌로 전환하는 것이, 처벌법규는 절차면에서 만이 아니라 실체면에서도 합리성과 정당성이 있어야 한다는 적법절차의 원칙에 적합할 것"이라는 헌법재판소의 판시[249]는 충분히 타당한 측면이 있다.

(3) 현행 규정의 타당성

부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제3조는 감독용 또는 증명용 표지에 대한 등록 여부를 불문하고 상표로 사용할 수 없도록 하면서 이를 위반한 경우 처벌하는 규정(동법 제18조 제3항 제2호 다목)을 두고 있다. 이와 같은 규정의 취지는 위 감독용 또는 증명용 표지를 상표로 사용하는 것을 금지함으로써 위 감독용 또는 증명용 표지의 위신을 이용하여 영업상 유리한 상태로 만드는 것을 방지하고자 하는 것이다.[250]

한편 국회법제실의 자료[251]에 의하면, 과태료 처분의 대상이 되는 위반행위의 예로, ① 신고의무 위반(휴업·폐업 또는 재개업 / 신고·허가 또는 등록사항변경 / 사업 등의 양도·양수·승계 / 종업원 임면(법정고용의무가 있는 경우) / 기타 신고 또는 정정), ② 장부(서류)의 작성·비치·보존의무 위반, ③ 허가증·등록증·면허증 등의 교부 또는 반납 불이행, ④ 허가증·요금표 등 표지물의 게시의무 위반, ⑤ 보고, 자료·물건제출, 출석답변 등의 거부 또는 거짓 이행, ⑥ 검사·조사 또는 출입검사 등의 거부·방해 또는 기피, ⑦ 유사명칭 사용금지 위반, ⑧ 공공기관, 그 밖의 특수법인 등의 등기 또는 공고의 불이행, 규정·명령·지시 위반, ⑨ 겸업, 겸영 또는 겸직 금지의무 위반, ⑩ 조사·측량 등을 위한 토지 등의 출입·사용의 거부·방해, ⑪ 본의무 이행 후 그 부수의무의 불이행(변호사·공인회계사 등의 미등록업무 수행 등), ⑫ 사용료·수수료 등의 요금면탈과 승인된 요금 외의 요금 수수, ⑬ 기타 경미하거나 수시로 과해지는 행정질서유지를 위한 의무 또는 명령의 위반 등을 들고 있다. 그리고 이러한 유형에 속하지만 ① 단순한 행정질서위반이라도 이와 관련성이 깊은 범죄예방을 위하여 필요한 사항, ② 행정질서위반이 결과적으로 위생 및 안전확보를 크게 저해시키는 사항, ③ 정부역점시책에 관련되는 사항, ④ 제도의 목적자체를 침해하는 사항(신고영업의 경우 영업신고 등), ⑤ 기타 제도의 목적달성을 위하여 반드시 형벌로 처벌하여야 할 사항 등에 대해서는 형사벌로 처벌하도록 하고 있다.[252]

위에서 살펴본 과태료 처분대상 유형들을 보면 국기·국장 등의 사용 금지 규정은 ⑦ 유사명칭

249) 헌법재판소 1995. 3. 23. 선고 92헌가14 전원재판부(노동조합법 제46조 중 "제42조의 규정에 의한 구제명령에 위반하거나" 부분은, 노동위원회의 확정되지 아니한 구제명령을 그 취소 전에 이행하지 아니한 행위를 동법 제43조 제4항 위반의 확정된 구제명령을 위반한 경우와 차별함이 없이 똑같이 2년 이하의 징역과 3,000만원 이하의 벌금이라는 형벌을 그 제재방법과 이행확보수단으로 선택함으로써, 국민의 기본권 제한방법에 있어 형평을 심히 잃어 위 법률규정의 실제적 내용에 있어 그 합리성과 정당성을 더욱 결여하였다고 할 것이므로 헌법상의 적법절차의 원리에 반하고 과잉금지의 원칙에도 저촉된다).

250) 대전지방법원 2020. 5. 14. 선고 2019노3594 판결(대법원 2021. 5. 7. 선고 2020도7080) 판결의 원심).

251) 국회법제실, 입법이론과 법제실무, 2008, 1121-1122면; 식품의약품안전청, 법제업무편람, 2008, 237-238면.

252) 이천현, "행정법규상 벌칙규정의 법정형", 형사정책연구 제20권 제4호(통권 제80호), 2009 겨울호, 144-145면.

사용금지 위반의 한 형태로 볼 수 있고, 또한 제3조 제1항 및 제2항의 각 단서에서는 '해당 국가 등의 허락을 받은 경우' 예외를 인정하고 있어 ① 신고의무 위반과도 유사한 측면이 있다. 그리고 국기·국장 등의 사용 금지에 대한 입법례도 일본 등을 제외하면 찾아보기 어렵다.

이러한 점들을 고려해 볼 때 굳이 우리가 국기·국장 등의 사용행위에 대해 형사처벌로 일관하는 것은 바람직하지 않고 따라서 행정제재로의 전환을 적극 검토해 볼 필요가 있다.

이와 관련하여 현행 부정경쟁방지법에서 제3조 위반행위에 대한 행정규제는 부정경쟁행위의 조사(제7조) 및 위반행위의 시정권고 및 해당 사실 등의 공표(제8조)가 있고, 제7조 제1항에 따른 관계 공무원의 조사나 수거를 거부·방해 또는 기피한 자에 대해 2천만원 이하의 과태료를 부과할 수 있을 뿐이다(제20조 제1항 제2호). 즉, 위반행위에 대한 적극적인 시정조치 및 이행강제금 부과, 과태료 또는 과징금 부과 등 행정규제는 전혀 마련되어 있지 않다.

나. 행정규제의 내용

(1) 시정조치

행정규제 위반행위에 대해 어떠한 행정규제를 부과할 것인지도 원칙적으로 입법재량에 속하는 것이다. 따라서 과태료, 과징금, 이행강제금, 시정조치 등 여러 가지 행정규제를 입법할 수 있겠지만, 제3조 위반행위에 대한 규제로서 보다 적절한 수단이 무엇인지 검토하여 이를 기준으로 한 규제방안을 마련하는 것이 타당할 것이다. 행정규제로서 먼저 생각해 볼 수 있는 것이 시정조치 명령이다.

참고로 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」('공정거래법') 제7조 제1항에서는 "공정거래위원회는 남용행위가 있을 때에는 그 시장지배적사업자에게 가격의 인하, 해당 행위의 중지, 시정명령을 받은 사실의 공표 또는 그 밖에 필요한 시정조치를 명할 수 있다."고 규정하고 있는데, 부정경쟁방지법 제3조 위반행위에 대해서도 같은 내용으로 "특허청장은 제3조 위반행위가 있을 때에는 그 위반행위를 한 자에게 해당 표장 사용의 중지, 시정명령을 받은 사실의 공표 또는 그 밖에 필요한 시정조치를 명할 수 있다."는 내용의 입법을 생각할 수 있겠다.

국기·국장 등 사용행위에 대한 제재의 필요성과 위반행위의 특징, 동 규정의 입법취지 등을 고려해 볼 때, 이러한 시정조치를 부정할 이유는 특별히 없을 것으로 생각된다.

한편, 이러한 시정조치만으로는 제3조 위반에 대한 제재로서 한계가 있을 수 있고, 따라서 그와 함께 전형적인 행정규제라고 할 수 있는 과태료, 과징금, 이행강제금의 인정여부를 검토해 볼 필요가 있다.

(2) 과태료

과태료의 경우 벌금, 과징금 등과 법규 위반에 대한 금전 제재라는 점에서 유사하나, 법적 성격, 부과 목적 및 부과 대상 등에서 일부 차이가 있다.[253]

253) 금융위원회, [보도자료] 금융권 과태료 제도개선 방향 – 금융행정의 신뢰성·투명성 향상 및 수범자의 예측가능성 제고를 위해 금융권 과태료 제도개선을 추진합니다. –, 2023. 03. 16.
https://www.fsc.go.kr/no010101/79620?srchCtgry

	법적 성격	부과 목적	부과 대상
벌금	형벌	범죄행위 제재	행위자
과징금	의무확보 수단	부당이득 환수 등	사업자
과태료	질서벌	행정실효성 확보	의무수범자

과태료에 대한 법적 정의 규정은 없고, 강학상 "국가 또는 지방자치단체가 일정한 행정상의 질서위반행위에 대하여 부과하는 금전적 제재"라고 정의된다. 즉, (1) 부과 주체는 행정청이고, (2) 부과 대상은 질서위반행위이며, (3) 부과 내용은 금전적 제재이다.[254] 여기서 부과 대상이 되는 질서위반행위의 개념이 명확하지 않고, 「질서위반행위규제법」[255] 제2조[256] 제1호에서는 "질서위반행위란 법률(지방자치단체의 조례를 포함한다. 이하 같다)상의 의무를 위반하여 과태료를 부과하는 행위"라고 정의하고 있다. 한편, 「질서위반행위규제법」의 2007년 제정 당시 제정이유에서는 "질서위반행위의 성립과 과태료 처분에 관한 법률관계를 명확히 하여 국민의 권익을 보호하도록 하고, 개별 법령에서 통일되지 못하고 있던 과태료의 부과·징수 절차를 일원화하며, 행정청이 재판에 참여할 수 있도록 하고, 지방자치단체가 부과한 과태료는 지방자치단체의 수입이 되도록 하는 등 과태료 재판과 집행절차를 개선·보완함으로써 과태료가 의무이행확보수단으로서의 기능을 효과적으로 수행할 수 있도록 하려는 것"이라고 한다.

(3) 과징금

과징금은 과태료와 같이 "행정적" 제재이며, "금전적" 제재라는 점에서 유사하지만, ① 과태료는 행정상 의무위반행위에 대한 질서벌이고, 과징금은 행정상 의무위반에 대하여 그 이행을 확보하기 위한 행정상의 수단이라는 점, ② 과태료로서 부과될 금전의 한도액은 가벌성의 정도에 따라서 정하여지나, 과징금은 의무위반상태 하에서 영업수익의 예상치 내에서 결정된다는 점에서 다르다.[257]

대법원은 공정거래법상 불공정거래행위에 대해 부과되는 과징금과 관련하여 "과징금은 행정법상의 의무를 위반한 자에 대하여 당해 위반행위로 얻게 된 경제적 이익을 박탈하기 위한 목적으로 부과하는 금전적인 제재로서, 법이 규정한 범위 내에서 그 부과처분 당시까지 부과관청이 확인한 사실을 기초로 일의적으로 확정되어야 할 것이고, 그렇지 아니하고 부과 관청이 과징금을 부과하면서 추후에 부과금 산정 기준이 되는 새로운 자료가 나올 경우에는 과징금액이 변경될 수도

254) 한국법제연구원, 「과태료 제도의 합리적인 정비를 위한 입법모델 연구」, 2017-12, 31-34면.

255) [시행 2008. 6. 22.] [법률 제8725호, 2007. 12. 21., 제정], [시행 2021. 1. 1.] [법률 제17758호, 2020. 12. 29., 타법개정] 기준.

256) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
1. "질서위반행위"란 법률(지방자치단체의 조례를 포함한다. 이하 같다)상의 의무를 위반하여 과태료를 부과하는 행위를 말한다. 다만, 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 제외한다.
가. 대통령령으로 정하는 사법(私法)상·소송법상 의무를 위반하여 과태료를 부과하는 행위
나. 대통령령으로 정하는 법률에 따른 징계사유에 해당하여 과태료를 부과하는 행위
2. "행정청"이란 행정에 관한 의사를 결정하여 표시하는 국가 또는 지방자치단체의 기관, 그 밖의 법령 또는 자치법규에 따라 행정권한을 가지고 있거나 위임 또는 위탁받은 공공단체나 그 기관 또는 사인(私人)을 말한다.
3. "당사자"란 질서위반행위를 한 자연인 또는 법인(법인이 아닌 사단 또는 재단으로서 대표자 또는 관리인이 있는 것을 포함한다. 이하 같다)을 말한다.

257) 서울행정학회, 「과징금 부과액의 합리화를 위한 정비방안」, 2013. 11., 36면.

있다고 유보한다든지, 실제로 추후에 새로운 자료가 나왔다고 하여 새로운 부과처분을 할 수는 없다 할 것이다. 왜냐하면 과징금의 부과와 같이 재산권의 직접적인 침해를 가져오는 처분을 변경하려면 법령에 그 요건 및 절차가 명백히 규정되어 있어야 할 것인데, 위와 같은 변경처분에 대한 법령상의 근거규정이 없고, 이를 인정하여야 할 합리적인 이유 또한 찾아 볼 수 없기 때문이다." 라고 하고,[258] 같은 취지에서 "법상의 과징금 부과는 비록 제재적 성격을 가진 것이기는 하여도 기본적으로는 법 위반행위에 의하여 얻은 불법적인 경제적 이익을 박탈하기 위하여 부과되는 것" 이라고 판시하였다.[259]

한편, 헌법재판소는 과징금의 성질에 대한 여러 가지 견해들이 있음을 전제하면서, "과징금 제도는 대체로 행정법상의 의무위반행위에 대하여 행정청이 의무위반행위로 인한 불법적인 이익을 박탈하거나, 혹은 당해 법규상의 일정한 행정명령의 이행을 강제하기 위하여 의무자에게 부과·징수하는 금전이라고 그 개념 및 법적 성격을 개괄적으로 설명할 수 있을 것이다. 또한, 과징금은 형사처벌이나 행정벌과는 그 성격을 달리하는 것이기는 하나, 위반자에 대하여 금전지급채무를 부담시킨다는 측면에서 실질적으로는 제재로서의 성격을 가지고 있으므로, 그 부과요건에 관하여 법률상 명시적인 근거가 있어야 하는 것은 물론, 헌법상 과잉금지의 원칙과 관련하여 과징금을 부과하여야 할 합리적인 근거가 있어야 하고, 위반자의 의무위반의 정도나 취득한 이익의 크기에 상응하여 과징금을 산정하며, 그 산정기준 및 부과절차 등도 적정하게 규정되어야 할 것"이라고 한다.[260]

결국 이러한 대법원 및 헌법재판소의 판단에 의하면 과징금의 부과는 제재적 성격을 내포하고 있기는 하나, 본질은 '법 위반행위에 의하여 얻은 불법적 이익의 박탈'에 있다고 할 수 있다.[261]

(4) 이행강제금

이행강제금이란 작위의무 또는 부작위의무를 불이행한 경우에 그 의무를 간접적으로 강제 이행시키기 위하여 일정한 기간 안에 의무이행이 없을 때에는 일정한 금전적 강제를 부과할 것을 계고하고 그 기간 안에 이행이 없는 경우 그 금액을 부과하는 것을 말하며, "집행벌"이라고도 불린다. 이행강제금에 대한 일반법은 존재하지 않으며 대표적인 개별 법률로서 건축법 제80조의 이행강제금을 들 수 있다. 즉, (건축) 허가권자는 위법건축물 등에 대한 조치로서 시정명령을 받은 후 시정기간 내에 시정명령을 이행하지 아니한 건축주등에 대하여는 그 시정명령의 이행에 필요한 상당한 이행 기한을 정하여 그 기한까지 시정명령을 이행하지 아니하면 이행강제금을 부

258) 대법원 1999. 5. 28. 선고 99두1571 판결, 대법원 2002. 5. 28. 선고 2000두6121 판결(과징금은 원칙적으로 행정법상의 의무를 위반한 자에 대하여 당해 위반행위로 얻게 된 경제적 이익을 박탈하기 위한 목적으로 부과하는 금전적인 제재이므로, 법이 규정한 범위 내에서 그 부과처분 당시까지 부과관청이 확인한 사실을 기초로 일의적으로 확정되어야 할 것이지, 추후에 부과금 산정기준이 되는 새로운 자료가 나왔다고 하여 새로운 부과처분을 할 수 있는 것은 아니다).

259) 대법원 2001. 2. 9. 선고 2000두6206 판결.

260) 헌법재판소 2001. 5. 31. 선고 99헌가18,99헌바71·111,2000헌바51·64·65·85,2001헌바2(병합) 전원재판부 부동산실권리자명의등기에관한법률제10조제1항위헌제청등.

261) 서울행정학회, 「과징금 부과액의 합리화를 위한 정비방안」, 2013. 11., 9-10면에서는 과징금의 부과목적에 대해 "첫째, 법위반 행위에서 발생한 경제적 이득을 회수하는 목적을 가지고 있다. 둘째, 소비자나 법위반 행위와 관련된 타 사업자의 피해액을 국가가 대신하여 회수한다. 셋째, 억지효과(deterrence effect)이다."라고 설명하고 있는데, 위법행위로 인해 취득한 이득의 회수가 주된 취지라고 보여진다.

과할 수 있다. 일정한 금전적인 부담이 과해진다는 것을 통지하여 "간접적"으로 강제한다는 점에서 과태료와 유사하다고 할 수 있다. 그러나 이행강제금은 애초에 장래 행위를 강제하기 위한 것으로서 의무자에게 요구된 행위가 이행되었거나 의무자 관여가 없이도 결과가 실현되는 경우에는 소멸된다는 점에 과태료와 큰 차이가 있다. 이러한 성격으로 이행강제금은 동일한 사건에 있어서 과태료 또는 형사벌과도 병과될 수 있으며, 필요한 경우 반복하거나 증액이 될 수 있고 다른 징계수단을 대체할 수도 있다.[262]

독점규제 및 공정거래에 관한 법률

제16조(이행강제금) ① 공정거래위원회는 제9조제1항을 위반하여 제14조에 따라 시정조치를 부과받은 후 그 정한 기한 내에 이행을 하지 아니하는 자에게 이행기한이 지난 날부터 1일당 다음 각 호의 구분에 따른 금액에 1만분의 3을 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위에서 이행강제금을 부과할 수 있다. 다만, 제9조제1항제2호의 기업결합을 한 자에게는 이행기한이 지난 날부터 1일당 200만원의 범위에서 이행강제금을 부과할 수 있다.
1. 제9조제1항제1호 또는 제5호의 기업결합의 경우: 취득 또는 소유한 주식의 장부가격과 인수하는 채무의 합계액
2. 제9조제1항제3호의 기업결합의 경우: 합병의 대가로 지급하는 주식의 장부가격과 인수하는 채무의 합계액
3. 제9조제1항제4호의 기업결합의 경우: 영업양수금액
② 이행강제금의 부과·납부·징수·환급 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다. 다만, 체납된 이행강제금은 국세체납처분의 예에 따라 징수한다.
③ 공정거래위원회는 제1항 및 제2항에 따른 이행강제금의 징수 또는 체납처분에 관한 업무를 대통령령으로 정하는 바에 따라 국세청장에게 위탁할 수 있다.

제86조(이행강제금 등) ① 공정거래위원회는 사업자 또는 사업자단체가 제81조제1항제3호 또는 같은 조 제6항에 따른 보고 또는 자료나 물건의 제출 명령을 이행하지 아니한 경우에 그 보고 또는 자료나 물건이 이 법 위반 여부를 확인하는 데 필요하다고 인정할 때에는 소회의의 결정으로 이행기한을 정하여 그 보고 또는 자료나 물건의 제출을 다시 명령할 수 있으며, 이를 이행하지 아니한 자에게는 이행기한이 지난 날부터 1일당 대통령령으로 정하는 1일 평균매출액의 1천분의 3의 범위에서 이행강제금을 부과할 수 있다. 다만, 매출액이 없거나 매출액의 산정이 곤란한 경우에는 이행기한이 지난 날부터 1일당 200만원의 범위에서 이행강제금을 부과할 수 있다.
② 이행강제금의 부과·납부·징수 및 환급 등에 관하여는 제16조제2항 및 제3항을 준용한다.

제92조(이행강제금 등) ① 공정거래위원회는 정당한 이유 없이 동의의결 시 정한 이행기한까지 동의의결을 이행하지 아니한 자에게 동의의결이 이행되거나 취소되기 전까지 이행기한이 지난 날부터 1일당 200만원 이하의 이행강제금을 부과할 수 있다.
② 이행강제금의 부과·납부·징수 및 환급 등에 관하여는 제16조제2항 및 제3항을 준용한다.

262) 서울행정학회, 「과징금 부과액의 합리화를 위한 정비방안」, 2013. 11., 37면.

(5) 소결

제3조 위반행위에 대한 행정규제로서 시정조치 이외에 어떤 행정규제를 인정할 것인지는 논의의 여지가 있을 것이다. 우선 과태료와 과징금에 대해 살펴보면, 제3조 위반행위에 대한 규제가 그와 같은 위반행위를 하지 못하도록 하는 의무이행확보수단으로서의 기능을 하는지(과태료), 위반행위로 인해 얻게 된 경제적 이익의 박탈을 주된 목적으로 하는지(과징금)를 중심으로 살펴볼 수 있다. 물론 과태료와 과징금은 병과할 수 있고,[263] 다만 과징금의 금액을 정할 때 그 규모나 기간·사회적 비난 정도·위반행위로 인하여 다른 법률에 의하여 처벌받은 다른 사정·행위자의 개인적 사정 및 위반행위로 얻은 불법이익의 규모 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 사안에 따라 적정한 과징금의 금액을 정하여야 한다.[264]

그런데 국기·국장 등 사용금지 규정은 국기·국장 등이 상징하는 국가 등의 존엄성을 유지하고 국제적인 신의를 보호할 필요가 있고 일반 수요자로 하여금 이들 국가 또는 국제기구와 상표사용자가 어떠한 특수한 관계에 있는 것처럼 오인·혼동하지 않도록 하기 위한 것, 그리고 감독용 또는 증명용 표지가 가지는 품질보증 기능을 유지하기 위한 것이다.[265] 이러한 취지를 고려해 볼 때, 제3조 위반행위에 대한 규제는 위반행위로 인해 얻게 된 경제적 이익의 박탈을 주된 목적으로 하는 것(과징금)이라기보다는, 그와 같은 위반행위를 하지 못하도록 하는 의무이행확보수단으로서의 기능을 하는 것(과태료)을 중심으로 해야 할 것이다. 현행 부정경쟁방지법이 그 위반행위에 대해 민사적 구제를 인정하지 않고 형사적 구제만 둔 것도 그러한 취지로 이해된다.

이상의 점들을 고려해 보면, 국기·국장 등 사용행위에 대한 규제는 과태료의 형태로 하는 것이 바람직할 것으로 생각된다. 한편, 과태료를 인정하는 경우에도 과징금 부과가 가능하고, 따라서 제3조 위반에 대해 과징금도 병과할 것인지 논의해 볼 수 있을 것이다. 과징금의 병과도 국기·국장 등 사용행위에 대한 엄격한 제재라는 점에서 타당한 측면이 있으나, "이중처벌금지의 원칙을 적용하지 않는다 하여 어떤 하나의 법 위반행위에 대하여 국가가 아무런 제한 없이 제재를 거듭하는 것이 헌법상 용인된다는 것은 아니다. 국민에게 부담을 가하는 공권력작용은 궁극적으로 비례성원칙의 제약을 벗어날 수 없으므로, 형벌적 제재와 비형벌적 제재의 병과 또는 비형벌적 제재간의 병과를 인정하더라도 그 제재의 총합이 법 위반행위에 비하여 지나치게 과잉된 것이어서는 아니된다는 헌법적 견제원리는 여전히 유효하다. 이와 관련하여 입법자는 필요한 경우 여러 제재수단간의 선택가능성을 열어놓되 그 병과를 금지함으로써 부당한 과잉제재로부터 국민을 보호할 수 있는 법적 장치를 마련할 수도 있다."는 헌법재판소 결정[266]을 참고해 볼 때, 과태료와 과징금을 병과하는 입법은 유의할 필요가 있다. 특히 현재로서는 부정경쟁방지법 제3조 위반사례를 찾아보

263) 대법원 1992. 4. 14. 선고 91누5280 판결(자동차운송사업자가 자동차운수사업법 제17조에서 규정한 사고보고의무를 이행하지 아니하였다면 이는 바로 같은 법 제31조 제1항 제1호에 해당하여 거기에서 규정한 사업의 정지를 명하는 처분 등을 할 수가 있는 것이고, 그렇다면 위 법 제31조의2 제1항의 규정에 의하여 그 사업정지처분에 갈음하여 과징금의 부과도 할 수가 있는 것이며 위 사고보고의무위반에 대하여 위 법 제75조 제1항 제2호에서 일정금액 이하의 과태료에 처하는 규정을 두고 있다 하여 위 법 제31조의2 제1항에서 정한 과징금부과의 규정을 배제시킬 수는 없는 것인바 이 점은 위 법 제76조에서 제75조의 과태료에 관한 규정을 적용함에 있어서 제31조의2의 규정에 의한 과징금을 부과한 행위에 대하여는 과태료를 부과할 수 없다라고 규정하고 있는 점에 비추어 더욱 그러하다).

264) 대법원 2007. 6. 28. 선고 2005두9910 판결.

265) 윤태식, 「부정경쟁방지법」, 박영사, 2021, 207면.

266) 헌법재판소 2003. 7. 24. 선고 2001헌가25 전원재판부.

기 어려운 점을 감안할 때, 행정규제로의 전환은 우선 과태료 부과로 하고, 만약 그와 같은 행정규제의 한계로 인해 동 규정 위반행위에 대한 제재의 실효성에 문제가 발견되면 그때 과징금 병과 등 보다 강한 행정규제를 마련하는 것이 타당할 것으로 생각된다.

나아가, 이행강제금의 경우 앞서 본 바와 같이 장래 행위를 강제하기 위한 것으로서 시정조치를 전제로 하여 그 시정조치에 불응하는 경우의 제재수단으로 적합한바(공정거래법 제16조 참고), 따라서 시정조치를 인정하는 것을 전제로 할 때 그 의무이행확보수단으로서 이행강제금 부과는 필요하고 적절한 규제수단이 될 것으로 보인다.

이상의 내용을 종합해 보면, 아래와 같은 행정규제 조항 신설을 생각해 볼 수 있겠다. 한편, 이와 같은 행정규제가 마련된다면, 현행법에서 규정하고 있는 시정권고 등 조치(제8조)는 시정조치보다 실효성이 낮은 것이어서 굳이 존치시킬 필요는 없다고 할 것이다.

제9조의2(시정조치) 특허청장은 제3조를 위반한 행위가 있을 때에는 그 위반행위를 한 자에 대해 해당 표지의 사용 중지, 시정명령을 받은 사실의 공표 또는 그 밖에 필요한 시정조치를 명할 수 있다. 이 경우 제9조의 의견청취 절차를 거쳐야 한다.

제9조의3(이행강제금) 특허청장은 제3조를 위반하여 제9조의2에 따라 시정조치를 부과받은 후 그 정한 기한 내에 이행을 하지 아니하는 자에게 이행기한이 지난 날부터 1일당 (　　) 금액을 초과하지 아니하는 범위에서 이행강제금을 부과할 수 있다.

제20조(과태료) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 2천만원 이하의 과태료를 부과한다. <개정 2013. 7. 30.>

1. 제3조를 위반한 자 (신설)
2. 제7조제1항에 따른 관계 공무원의 조사나 수거를 거부·방해 또는 기피한 자
3. 제9조의4제5항을 위반하여 시정명령을 이행하지 아니한 자

② 제1항에 따른 과태료는 대통령령으로 정하는 바에 따라 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 부과·징수한다. <개정 2011. 6. 30.>

③ 삭제 <2009. 12. 30.>

다. 형벌규정의 인정 여부

(1) 일반 형사처벌과 행정규제의 병과 가부

제3조 위반행위에 대해 앞서 본 바와 같이 행정규제를 우선적으로 적용한다고 전제할 때, 그 이외에 형사처벌 규정도 인정할 것인지의 문제를 검토해 보아야 한다.

먼저 형사벌과 행정규제의 병과 가부에 대해 살펴보면, 병과는 가능하고, 경우에 따라서는 병과가 필요한 경우도 있으나, 이러한 병과에 의할 때 입법권 남용의 우려도 있음을 유의해야 한다.

"어떤 행정처분에 제재와 억지의 성격·기능만이 있다 하여 이를 '국가형벌권의 행사'로서의 '처벌'이라고 볼 수 없다. 행정법은 의무를 명하거나 금지를 설정함으로써 일정한 행정목적을 달성하

려고 하는데, 그 실효성을 확보하기 위하여는 의무의 위반이 있을 때에 행정형벌, 과태료, 영업허가의 취소·정지, 과징금 등과 같은 불이익을 가함으로써 의무위반 당사자나 다른 의무자로 하여금 더 이상 위반을 하지 않도록 유도하는 것이 필요하다. 이와 같이 '제재를 통한 억지'는 행정규제의 본원적 기능이라 볼 수 있는 것이고, 따라서 어떤 행정제재의 기능이 오로지 제재(및 이에 결부된 억지)에 있다고 하여 이를 헌법 제13조 제1항에서 말하는 '처벌'에 해당한다고 할 수 없다. 부당이득 환수와 같은 부가적 기능 없이 오로지 제재적 기능만 있는 행정제재는 실질적으로 형사처벌과 다를 바 없다고 본다면 헌법 제13조 제1항에 규정된 이중처벌금지원칙의 적용범위가 너무 넓어지고, 그 결과 행정목적 실현을 위한 제재의 체계에 경직성을 초래하게 된다.

오히려 행정권에는 행정목적 실현을 위하여 행정법 위반자에 대한 제재의 권한도 포함되어 있다고 보아야 하고, 복잡다기한 행정현상에 대응하여 행정목적의 최적 실현을 위하여는 그 지향점과 효과에 차이가 있는 다양한 의무이행수단을 동원하는 것이 필요할 때도 있을 것이다. 즉, 제재의 총합을 고려하는 가운데 제재의 구체적 기능과 효과를 적합한 복수의 제재수단에 분배할 수 있어야 한다. 예를 들어 하나의 법위반행위에 대하여 '벌금 5천만원' 또는 '영업정지 6월'의 단편적 제재를 하기보다는 '벌금 1천만원'에 '영업정지 3월'의 처분을 병행하는 것(형사처벌과 행정제재의 병과)이 보다 효과적인 경우도 있을 것이고, '영업허가의 취소' 보다는 '영업정지 3월'에 '과징금 3천만원'을 병과하는 것'(행정제재의 병과)이 보다 효율적인 경우도 있을 수 있다. 제재적 성격이 있는 국가작용을 모두 형사처벌로 본다면 위와 같이 제재를 병과하는 것은 어느 것이나 이중처벌금지원칙에 위반된다고 보지 않으면 아니된다. 그러나 행정벌, 행정강제, 영업허가의 취소·정지와 같은 종래의 수단만으로는 행정기능의 확대와 질적 고도화에 따른 행정현상의 변화에 상응하는 실효성을 확보할 수 없어, 이를 보완하는 여러 가지 새로운 의무이행확보수단이 등장하게 되었는데, 제재적 성격의 유무를 기준으로 하여 이중처벌금지원칙을 폭넓게 적용하게 되면 오늘날의 행정현실에 탄력적으로 대응할 수 없게 될 우려가 있다."[267]

"헌법 제13조 제1항이 정한 '이중처벌금지의 원칙'은 동일한 범죄행위에 대하여 국가가 형벌권을 거듭 행사할 수 없도록 함으로써 국민의 기본권 특히 신체의 자유를 보장하기 위한 것이므로, 그 '처벌'은 원칙으로 범죄에 대한 국가의 형벌권 실행으로서의 과벌을 의미하는 것이고, 국가가 행하는 일체의 제재나 불이익처분을 모두 그에 포함된다고 할 수는 없다. 다만, 행정질서벌로서의 과태료는 행정상 의무의 위반에 대하여 국가가 일반통치권에 기하여 과하는 제재로서 형벌(특히 행정형벌)과 목적·기능이 중복되는 면이 없지 않으므로, 동일한 행위를 대상으로 하여 형벌을 부과하면서 아울러 행정질서벌로서의 과태료까지 부과한다면 그것은 이중처벌금지의 기본정신에 배치되어 국가 입법권의 남용으로 인정될 여지가 있음을 부정할 수 없다."[268]

(2) 과태료 부과와 형사처벌의 병과

행정법상의 질서벌인 과태료의 부과처분과 형사처벌은 그 성질이나 목적을 달리하는 별개의 것이므로 행정법상의 질서벌인 과태료를 납부한 후에 형사처벌을 한다고 하여 이를 일사부재리의 원칙에 반하는 것이라고 할 수는 없다.[269] 같은 취지에서 헌법재판소 1994. 6. 30. 선고 92

267) 헌법재판소 2003. 7. 24. 선고 2001헌가25 전원재판부.
268) 헌법재판소 1994. 6. 30. 선고 92헌바38 전원재판부.

헌바38 결정에서는 "구 건축법 제54조 제1항에 의한 무허가 건축행위에 대한 형사처벌과 이 사건 규정에 의한 시정명령 위반에 대한 과태료의 부과는 헌법 제13조 제1항이 금지하는 이중처벌에 해당한다고 할 수 없고, 또한 무허가 건축행위에 대하여 형사처벌을 한 후에라도 그 위법행위의 결과 침해된 법익을 원상회복시킬 필요가 있으므로 이를 위한 행정상 조치로서 시정명령을 발하고 그 위반에 대하여 과태료를 부과할 수 있도록 한 것이 기본권의 본질적 내용을 침해하는 것이라고 할 수도 없다."고 하면서 "다만, 행정질서벌로서의 과태료는 과거의 행정법상 의무위반사실을 포착하여 그에 대하여 사후에 과하는 제재수단의 의미가 강한 것이므로 위법건축물의 시정이라는 행정목적 달성을 위하여 위와 같은 사후의 제재수단을 거듭하는 것은 적절하다고 할 수 없으나, 위법건축물에 대한 1회의 시정명령과 그 불응에 대한 과태료부과 후 위법건축물을 그대로 방치하는 것도 바람직하지 않다. 이러한 점에서 위법건축물의 시정을 위하여 현행 건축법이 앞서 본바와 같이 시정명령 이행확보수단으로서 이행강제금 제도를 채택하고(제83조 제1항) 그 이행강제금을 1년에 2회까지 부과할 수 있도록 한 것(같은 조 제4항)은 타당한 입법적 개선이라고 할 수 있을 것"이라고 설시하였다.

(3) 형사처벌 규정의 타당성

국기·국장 등 사용행위에 대해 행정규제를 우선 적용하더라도 벌칙 규정을 적용하는 것 자체가 문제되지는 않는다. 다만, 동일한 행위에 대해 과태료와 벌칙을 중복 적용하는 것은 과도한 측면이 있고, 오히려 현행 규정보다 그 처벌이 더 강화되는 문제도 있다. 그렇다면 행정규제를 원칙으로 하되, 그러한 행정규제로 인해 시정되지 않거나 행정규제에 대한 불응시 형사처벌을 하는 방안이 적절할 수 있을 것이다. 즉, 위반행위에 대한 시정조치 불응시에 보충적으로 형벌규정을 적용하는 것을 생각해 볼 수 있는데, 다만 앞서 본 바와 같이 시정조치 불이행에 대해서는 우선적으로 이행강제금을 부과하도록 하고 있다. 따라서 이행강제금과 벌칙을 동시에 적용할 것인지, 아니면 이행강제금 부과 후 보충적으로 벌칙을 적용할 것인지의 검토가 필요하다.

이행강제금은 장래의 의무이행을 확보하기 위하여 위반자에게 금전적 부담을 부과하는 행정상 강제집행의 한 유형으로서 과거의 위반행위에 대한 규제인 행정벌과 다르고, 따라서 행정벌과 이행강제금의 병과는 가능하다. 이러한 입법례로서 (1) 공정거래법에서는 제14조에 시정조치등을 규정하면서, 이에 대해 이행강제금(제16조[270])과 벌칙규정(제125조 제1호[271])을 마련하고, (2) 부동산

269) 대법원 1996. 4. 12. 선고 96도158 판결, 대법원 1992. 2. 11. 선고 91도2536 판결(형사소송법 제326조 제1호에 의하면 확정판결이 있는 때에는 판결로써 면소의 선고를 하도록 규정되어 있는바, 이는 확정판결의 일사부재리의 효력에 기하여 동일성이 인정되는 범죄사실에 대한 재소를 금지하는 데에 그 취지가 있는 것이므로, 여기에서 말하는 확정판결에는 정식재판에서 선고된 유죄판결과 무죄의 판결 및 면소의 판결뿐만 아니라, 확정판결과 동일한 효력이 있는 약식 명령이나 즉결심판 등이 모두 포함되는 것이지만, 행정벌에 지나지 않는 과태료의 부과처분은 위 "확정판결"의 범주에 속하지 않는다), 대법원 1988. 1. 19. 선고 87도2265 판결.

270) 제16조(이행강제금) ① 공정거래위원회는 제9조제1항을 위반하여 제14조에 따라 시정조치를 부과받은 후 그 정한 기한 내에 이행을 하지 아니하는 자에게 이행기한이 지난 날부터 1일당 다음 각 호의 구분에 따른 금액에 1만분의 3을 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위에서 이행강제금을 부과할 수 있다. 다만, 제9조제1항제2호의 기업결합을 한 자에게는 이행기한이 지난 날부터 1일당 200만원의 범위에서 이행강제금을 부과할 수 있다.

1. 제9조제1항제1호 또는 제5호의 기업결합의 경우: 취득 또는 소유한 주식의 장부가격과 인수하는 채무의 합계액
2. 제9조제1항제3호의 기업결합의 경우: 합병의 대가로 지급하는 주식의 장부가격과 인수하는 채무의 합계액
3. 제9조제1항제4호의 기업결합의 경우: 영업양수금액

② 이행강제금의 부과·납부·징수·환급 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다. 다만, 체납된 이행강

실권리자명의 등기에 관한 법률(부동산실명법)에서도 명의신탁위반 행위에 대해 이행강제금(제6조[272])과 벌칙적용(제7조[273])을 규정하고 있다.

이행강제금은 기본적으로 시정조치를 전제로 하여 그 시정조치에 불응하는 경우 부과하는 금전적 제재로서 형사처벌과 성질을 달리하고, 무엇보다도 국제적 신의를 준수하기 위하여 국기·국장 등의 사용을 제한하는 것으로서, 그 위반행위에 대해 바로 형사처벌을 하지 않고 시정할 수 있는 기회를 주었음에도 불구하고, 정당한 사유없이 시정조치에 불응한 경우 형사처벌을 하는 것이 과도하다고 보기는 어려울 것이다. 따라서 시정조치를 이행하지 않는 경우에는 이행강제금과 함께 벌칙규정을 적용하는 것이 타당할 것으로 보인다. 이 경우 법정형의 기준을 어떻게 정할 것인지도 논의가 필요한데, 일응 현행법상 일반 부정경쟁행위 위반에 대한 법정형과 동일하게 해도 될 것으

제금은 국세체납처분의 예에 따라 징수한다.

③ 공정거래위원회는 제1항 및 제2항에 따른 이행강제금의 징수 또는 체납처분에 관한 업무를 대통령령으로 정하는 바에 따라 국세청장에게 위탁할 수 있다.

271) 제125조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 1억5천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제7조제1항, 제14조제1항, 제37조제1항, 제42조제1항, 제49조제1항 및 제52조제1항에 따른 시정조치에 따르지 아니한 자

272) 제5조(과징금) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 해당 부동산 가액(價額)의 100분의 30에 해당하는 금액의 범위에서 과징금을 부과한다.

1. 제3조제1항을 위반한 명의신탁자
2. 제3조제2항을 위반한 채권자 및 같은 항에 따른 서면에 채무자를 거짓으로 적어 제출하게 한 실채무자(實債務者)

② 제1항의 부동산 가액은 과징금을 부과하는 날 현재의 다음 각 호의 가액에 따른다. 다만, 제3조제1항 또는 제11조제1항을 위반한 자가 과징금을 부과받은 날 이미 명의신탁관계를 종료하였거나 실명등기를 하였을 때에는 명의신탁관계 종료 시점 또는 실명등기 시점의 부동산 가액으로 한다.

1. 소유권의 경우에는 「소득세법」 제99조에 따른 기준시가
2. 소유권 외의 물권의 경우에는 「상속세 및 증여세법」 제61조제5항 및 제66조에 따라 대통령령으로 정하는 방법으로 평가한 금액

③ 제1항에 따른 과징금의 부과기준은 제2항에 따른 부동산 가액(이하 "부동산평가액"이라 한다), 제3조를 위반한 기간, 조세를 포탈하거나 법령에 따른 제한을 회피할 목적으로 위반하였는지 여부 등을 고려하여 대통령령으로 정한다.

④ 제1항에 따른 과징금이 대통령령으로 정하는 금액을 초과하는 경우에는 그 초과하는 부분은 대통령령으로 정하는 바에 따라 물납(物納)할 수 있다.

⑤ 제1항에 따른 과징금은 해당 부동산의 소재지를 관할하는 특별자치도지사·특별자치시장·시장·군수 또는 구청장이 부과·징수한다. 이 경우 과징금은 위반사실이 확인된 후 지체 없이 부과하여야 한다. <개정 2016. 1. 6.>

⑥ 제1항에 따른 과징금을 납부기한까지 내지 아니하면 「지방행정제재·부과금의 징수 등에 관한 법률」에 따라 징수한다. <개정 2013. 8. 6., 2020. 3. 24.>

⑦ 제1항에 따른 과징금의 부과 및 징수 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제6조(이행강제금) ① 제5조제1항제1호에 따른 과징금을 부과받은 자는 지체 없이 해당 부동산에 관한 물권을 자신의 명의로 등기하여야 한다. 다만, 제4조제2항 단서에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하며, 자신의 명의로 등기할 수 없는 정당한 사유가 있는 경우에는 그 사유가 소멸된 후 지체 없이 자신의 명의로 등기하여야 한다.

② 제1항을 위반한 자에 대하여는 과징금 부과일(제1항 단서 후단의 경우에는 등기할 수 없는 사유가 소멸한 때를 말한다)부터 1년이 지난 때에 부동산평가액의 100분의 10에 해당하는 금액을, 다시 1년이 지난 때에 부동산평가액의 100분의 20에 해당하는 금액을 각각 이행강제금으로 부과한다.

③ 이행강제금에 관하여는 제5조제4항부터 제7항까지의 규정을 준용한다.

273) 제7조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금에 처한다. <개정 2016. 1. 6.>

1. 제3조제1항을 위반한 명의신탁자
2. 제3조제2항을 위반한 채권자 및 같은 항에 따른 서면에 채무자를 거짓으로 적어 제출하게 한 실채무자

② 제3조제1항을 위반한 명의수탁자는 3년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다. <개정 2016. 1. 6.>

③ 삭제 <2016. 1. 6.>

로 생각된다.

제18조(벌칙) ③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제2조제1호(아목, 차목, 카목1)부터 3)까지, 타목 및 파목은 제외한다)에 따른 부정경쟁행위를 한 자
2. 제9조의2에 따른 시정조치에 따르지 아니한 자 (신설)

(4) 현행 규정에 대한 개정(안)

이상에서 살펴본 개정(안)을 정리해 보면 다음과 같다.

현행법	개정(안)
<신설>	**제9조의2(시정조치)** 특허청장은 제3조를 위반한 행위가 있을 때에는 그 위반행위를 한 자에 대해 해당 표지의 사용 중지, 시정명령을 받은 사실의 공표 또는 그 밖에 필요한 시정조치를 명할 수 있다. 이 경우 제9조의 의견청취 절차를 거쳐야 한다.
<신설>	**제9조의3(이행강제금)** 특허청장은 제3조를 위반하여 제9조의2에 따라 시정조치를 부과받은 후 그 정한 기한 내에 이행을 하지 아니하는 자에게 이행기한이 지난 날부터 1일당 ( ) 금액을 초과하지 아니하는 범위에서 이행강제금을 부과할 수 있다.
제18조(벌칙) ③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. 1. 제2조제1호(아목, 차목, 카목1)부터 3)까지, 타목 및 파목은 제외한다)에 따른 부정경쟁행위를 한 자 2. 제3조를 위반하여 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 휘장 또는 표지와 동일하거나 유사한 것을 상표로 사용한 자 가. 파리협약 당사국, 세계무역기구 회원국 또는 「표법 조약」 약국의 국기·국장, 그 밖의 휘장 나. 국제기구의 표지 다. 파리협약 당사국, 세계무역기구 회원국 또는 「표법 조약」 약국 정부의 감독용·증명용 표지	**제18조(벌칙)** ③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. 1. 제2조제1호(아목, 차목, 카목1)부터 3)까지, 타목 및 파목은 제외한다)에 따른 부정경쟁행위를 한 자 2. 제9조의2에 따른 시정조치에 따르지 아니한 자 (신설)
제20조(과태료) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 2천만원 이하의 과태료를 부과한다. <개정 2013. 7. 30.> 1. 제7조제1항에 따른 관계 공무원의 조사나 수거를 거부·방해 또는 기피한 자 2. 제9조의4제5항을 위반하여 시정명령을 이행하지 아니한 자	**제20조(과태료)** ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 2천만원 이하의 과태료를 부과한다. 1. 제3조를 위반한 자 (신설) 2. 제7조제1항에 따른 관계 공무원의 조사나 수거를 거부·방해 또는 기피한 자 3. 제9조의4제5항을 위반하여 시정명령을 이행하지 아니한 자

6. 현행 규정의 존치 필요성

앞에서는 국기·국장 등 사용행위에 대한 현행 형사처벌 규정의 개정을 전제로 한 개정 방향을 살펴보았다. 형벌의 비범죄화 경향을 고려해 볼 때 그러한 개정의 타당성을 생각해 볼 수 있지만, 부정경쟁방지법 위반에 대해서는 오히려 더 강력한 제재가 필요하다는 주장도 적지 않다. 형벌의 보충성이나 비범죄화는 형사처벌의 대상으로 하기에 적절하지 않은 행위들을 형사처벌 대상에서 제외시키는 것을 말하며, 오히려 강력한 제재의 필요성이 큰 행위들은 형사처벌이 가장 유효적절한 규제수단이 될 수 있다. 이와 관련하여 현재 기술탈취 등에 대한 대책으로 아이디어 탈취, 성과도용 행위에 대한 형사처벌 규정의 필요성을 지적하는 목소리가 높다.

<연합뉴스>

https://www.yna.co.kr 최신기사

"대기업의 아이디어·기술 탈취시 형사처벌 규정 신설해야" ...

2023. 4. 18. – 경청에서 활동 중인 박희경 변호사는 부정경쟁방지법상 아이디어 및 성과물 침해 행위에 대한 형사처벌 규정 신설을 제안했다.

<내일신문>

https://m.naeil.comm_news_view

"아이디어·성과물 침해 형사처벌 못해" … 제도보완 절실

2023. 5. 10. – 이 자리에서 "아이디어 도용이나 기술탈취로 피해를 입은 중소기업의 호소가 이어졌다. ... 의 경우에는 형사처벌 규정에서 제외돼 있다"고 지적했다.

<서울경제>

https://www.sedaily.comNewsView

"기술·아이디어 탈취 막을 형사처벌 규정 신설해야" ...

2023. 4. 18. – ... 아이디어 탈취 피해기업 기자회견'에서 "아이디어 및 성과물 침해에 대한 형사처벌 규정을 새롭게 만들어야 한다"고 주장했다.

<녹색경제신문>

https://www.greened.kr/news/articleView

[국회는 지금]중기부, 아이디어 보호할 범정부 협의체 만든다.. ...

2023. 5. 9. – 특허청, "아이디어 탈취 기업, 3배 이상의 징벌적 손해배상" 입법 완료 –피해 중소기업, 정부의 적극적 행정과 형사처벌 가능하게 법 개정해야.

또한 '기타 성과도용 행위를 행정제재 및 형사벌 대상에 추가'하는 내용의 개정(안),[274] '아이디

274) 김경만의원 대표발의(의안번호 제2113300호) (발의연월일 : 2021. 11. 15.)

- 제안이유 및 주요내용

현행법에 따르면 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위를 부정경쟁행위에 해당하는 하나로 유형으로 규정하고 있음.

그러나, 해당 조항은 부정경쟁행위에 포섭되지 않는 나머지 부정경쟁행위를 포괄적으로 규정하고 있는 보충적 일반조항이라는 이유로 특허청장 및 지방자치단체의 장의 행정조사뿐만 아니라 조사 결과에 따

어 탈취행위를 형사벌 대상에 추가'하는 내용의 개정(안)[275]이 각각 발의되는 등 앞서 본 범정부 차원의 비범죄화 경향과 달리 형사처벌을 강화해야 한다는 주장들도 계속 제기되고 있다. 한편, '아이디어 탈취행위를 형사벌 대상에 추가'하는 내용의 개정(안)에 대한 국회검토보고서[276]에 의하면, 그 취지는 타당한 측면이 있으나 동 규정의 보호요건이 명확하지 않다는 취지의 특허청 의견, 및 징벌적 손해배상을 도입하고 시정권고 미 이행시 권고 사실 등을 공표하도록 하는 개정 법률이 공포되어 시행을 앞두고 있으므로 이러한 신설 제재규정[277]을 고려하여 개정 실익을 판단할 필요가 있다는 법무부의 의견이 있었다. 즉, 아이디어 탈취행위에 대한 형사처벌의 타당성은 인정되나, 징벌적 손해배상 및 행정제재의 규제를 강화함에 따라 형사처벌은 도입되지 않은 것으로 보이고, 이는 앞에서 살펴본 '先 행정제재 부과 후 보충적으로 형벌 부과'라는 취지에 부합하는 측면도 있다고 판단된다. 그럼에도 불구하고 부정경쟁행위에 대한 강력한 규제 및 형사처벌 강화 주장이 꾸준히 제기되는 상황에서, 국기·국장 등 사용행위에 대한 형사처벌 규정을 삭제하거나 또는 행정규제를 전제로 한 보충적 규제로 전환하는 것은 부정경쟁행위에 대한 강력한 제재라는 상황에 맞지 않다는 지적이 있을 수 있다. 따라서 이 부분에 대해서 좀더 심도 있는 논의와 검토가 필요할 것으로 보이고, 달리 개정의 필요성이 명확히 확인되지 않는다면 현행 규정을 당분간 존치시키는 것도 고려해 볼 수 있을 것이다.

7. 소결

국기·국장 등 사용행위에 대한 현행 형사처벌 규정은 유사한 입법례가 많지 않으며, 형벌의 보충성이나 비범죄화, 그리고 최근 정부 차원에서 논의되고 있는 경제 형벌규정 개선 논의 등에 비추어 과도하다고 볼 수 있다. 그렇다고 하여 형사처벌 규정이 가지는 위반행위 제재의 실효성을 전면 부정하기에도 무리는 있다. 이러한 점을 고려해 볼 때, 국기·국장 등 사용행위에 대해서는

른 시정권고 및 벌칙 적용을 배제하고 있음.

그런데 벤처기업이나 스타트업이 상당한 투자와 노력을 들여 만든 온라인서비스와 같은 경우 대기업이 시장조사라는 명목으로 무단으로 사용해 아이디어와 성과를 도용하는 사례가 끊이지 않고 있음에도, 행정청은 법 적용 대상이 아니라는 이유로 개입하지 않고 당사자 간 법적 소송으로 해결하라는 식의 입장은 사실상 대기업의 횡포를 묵인해 주고 혁신 벤처기업과 스타트업의 창업의지를 꺾는 불공정한 처사임.

이에 부정경쟁행위의 보충적 일반조항 행위에 대해서는 특허청장에 한해 행정조사를 실시할 수 있도록 하고, 위반행위 적발 시 시정권고 및 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 함으로써 중소벤처기업 보호를 강화하려는 것임.

275) 김정호의원 대표발의(의안번호 2103843) (발의연월일: 2020. 09. 14.)

- 제안이유 및 주요내용

현행법은 사업제안, 입찰, 공모 등 거래교섭 또는 거래과정에서 경제적 가치를 가지는 타인의 아이디어가 포함된 정보를 그 제공목적에 위반하여 자신 또는 제3자의 영업상 이익을 위하여 부정하게 사용하거나 타인에게 제공하여 사용하게 하는 행위를 부정경쟁행위로 규정하고 있음.

그러나 타인의 상당한 투자와 노력으로 만들어진 아이디어를 제공받은 자가 그 목적이나 계약에 위반하여 무단으로 사용하여도 현행법은 부정경쟁행위로 간주할 뿐, 이에 대해서는 특허청 및 지자체의 조사·시정권고 외에는 별다른 처벌 규정이 없어 개발자 등의 아이디어가 제대로 보호받지 못하고 있음.

이에 제공받은 아이디어의 무단 사용자에 대해서도 여타 부정경쟁행위자와 동일하게 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 함으로써 개발자 등의 창조적인 아이디어가 보호받을 수 있도록 하려는 것임(안 제18조제3항제1호).

276) 제382회 국회(정기회) 제13차 산업통상자원중소벤처기업위원회, 2020. 11.자 검토보고서.

277) [시행 2021. 4. 21.] [법률 제17529호, 2020. 10. 20., 일부개정]

1차적으로 시정조치 및 과태료 부과 대상으로 하고, 시정조치에 응하지 않은 경우에 2차적으로 이행강제금 및 형사벌을 부과하는 방안이 적절할 것으로 판단된다. 구체적인 개정안은 다음과 같다.

현행법	개정(안)
<신설>	**제9조의2(시정조치)** 특허청장은 제3조를 위반한 행위가 있을 때에는 그 위반행위를 한 자에 대해 해당 표지의 사용 중지, 시정명령을 받은 사실의 공표 또는 그 밖에 필요한 시정조치를 명할 수 있다. 이 경우 제9조의 의견청취 절차를 거쳐야 한다.
<신설>	**제9조의3(이행강제금)** 특허청장은 제3조를 위반하여 제9조의2에 따라 시정조치를 부과받은 후 그 정한 기한 내에 이행을 하지 아니하는 자에게 이행기한이 지난 날부터 1일당 ( ) 금액을 초과하지 아니하는 범위에서 이행강제금을 부과할 수 있다.
제18조(벌칙) ③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. 1. 제2조제1호(아목, 차목, 카목1)부터 3)까지, 타목 및 파목은 제외한다)에 따른 부정경쟁행위를 한 자 2. 제3조를 위반하여 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 휘장 또는 표지와 동일하거나 유사한 것을 상표로 사용한 자 가. 파리협약 당사국, 세계무역기구 회원국 또는 「상표법 조약」 체약국의 국기·국장, 그 밖의 휘장 나. 국제기구의 표지 다. 파리협약 당사국, 세계무역기구 회원국 또는 「상표법 조약」 체약국 정부의 감독용·증명용 표지	제18조(벌칙) ③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. 1. 제2조제1호(아목, 차목, 카목1)부터 3)까지, 타목 및 파목은 제외한다)에 따른 부정경쟁행위를 한 자 **2. 제9조의2에 따른 시정조치에 따르지 아니한 자**
제20조(과태료) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 2천만원 이하의 과태료를 부과한다. <개정 2013. 7. 30.> 1. 제7조제1항에 따른 관계 공무원의 조사나 수거를 거부·방해 또는 기피한 자 2. 제9조의4제5항을 위반하여 시정명령을 이행하지 아니한 자	**제20조(과태료)** ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 2천만원 이하의 과태료를 부과한다. 1. 제3조를 위반한 자 2. 제7조제1항에 따른 관계 공무원의 조사나 수거를 거부·방해 또는 기피한 자 3. 제9조의4제5항을 위반하여 시정명령을 이행하지 아니한 자

한편, 형벌의 비범죄화 경향과 반대로, 부정경쟁방지법 위반에 대해서는 오히려 더 강력한 제재가 필요하다는 주장도 적지 않고, 현재 형사처벌 대상에서 제외되어 있는 아이디어 도용행위나 성과 모용행위를 형사처벌 대상에 포함시키는 개정(안)도 발의되고 있는 점 등을 고려해 볼 때, 국기·국장 등 사용행위에 대한 형사처벌 규정을 삭제하거나 또는 행정규제를 전제로 한 보충적 규제로 전환하는 것은 부정경쟁행위에 대한 강력한 제재라는 상황에 맞지 않다는 지적이 있을 수 있다. 따라서 이 부분에 대해서 좀더 심도 있는 논의와 검토가 필요할 것으로 보이고, 달리 개정의 필요성이 명확히 확인되지 않는다면 현행 규정을 당분간 존치시키는 것도 고려해 볼 수 있을 것이다.

8. 보론 - 과징금 등 행정적 규제에 대한 참고 법리

가. 과징금 부과에 대한 참고 법리

(1) 과징금과 벌금 등 형사처벌

(가) 과징금 부과와 형사처벌의 병과

구 독점규제및공정거래에관한법률에서 형사처벌과 아울러 과징금의 부과처분을 할 수 있도록 규정하고 있다 하더라도 이중처벌금지원칙이나 무죄추정원칙에 위반된다거나 사법권이나 재판청구권을 침해한다고 볼 수 없고, 또한 같은 법 제55조의3 제1항에 정한 각 사유를 참작하여 부당지원행위의 불법의 정도에 비례하여 상당한 금액의 범위 내에서만 과징금을 부과할 수 있도록 하고 있음에 비추어 비례원칙에 반한다고 할 수도 없다.[278]

(나) 현행법상 벌금과 과징금의 병과 금지를 규정한 입법

환경범죄 등의 단속 및 가중처벌에 관한 법률(환경범죄단속법)[279] 제12조(과징금) 제5항에서는 "환경부장관은 제1항에 따른 과징금을 산출함에 있어 행위자가 동일한 위반행위로 제15조의2제1항 각 호에 따른 벌금, 과징금, 과태료 또는 배출부과금을 부과 받은 경우 그 액수에 상당하는 금액을 과징금에서 뺀다."고 규정하고 있다.

(2) 과징금과 과태료

과태료에 처하는 규정을 두고 있다 하여 과징금부과의 규정을 배제시킬 수는 없고,[280] 같은 유형의 위반행위라 하더라도 그 규모나 기간·사회적 비난 정도·위반행위로 인하여 다른 법률에 의하여 처벌받은 다른 사정·행위자의 개인적 사정 및 위반행위로 얻은 불법이익의 규모 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 사안에 따라 적정한 과징금의 금액을 정하여야 할 것이다.[281]

(3) 현행법상 비형벌적 제재간의 중복부과 금지

(가) 식품위생법[282] 제102조

제102조(과태료에 관한 규정 적용의 특례) 제101조의 과태료에 관한 규정을 적용하는 경우 제82조에 따라 과징금을 부과한 행위에 대하여는 과태료를 부과할 수 없다. 다만, 제82조제4항

278) 대법원 2004. 4. 9. 선고 2001두6197 판결, 헌법재판소 2003. 7. 24. 선고 2001헌가25 전원재판부(이 과징금 부과처분에 대하여 공정력과 집행력을 인정한다고 하여 이를 확정판결 전의 형벌집행과 같은 것으로 보아 무죄추정의 원칙에 위반된다고도 할 수 없다).

279) [시행 2022. 6. 16.] [법률 제18284호, 2021. 6. 15., 타법개정]

280) 대법원 1992. 4. 14. 선고 91누5280 판결(자동차운송사업자가 자동차운수사업법 제17조에서 규정한 사고보고 의무를 이행하지 아니하였다면 이는 바로 같은 법 제31조 제1항 제1호에 해당하여 거기에서 규정한 사업의 정지를 명하는 처분 등을 할 수가 있는 것이고, 그렇다면 위 법 제31조의2 제1항의 규정에 의하여 그 사업정지처분에 갈음하여 과징금의 부과도 할 수가 있는 것이며 위 사고보고의무위반에 대하여 위 법 제75조 제1항 제2호에서 일정금액 이하의 과태료에 처하는 규정을 두고 있다 하여 위 법 제31조의2 제1항에서 정한 과징금부과의 규정을 배제시킬 수는 없는 것인바 이 점은 위 법 제76조에서 제75조의 과태료에 관한 규정을 적용함에 있어서 제31조의2의 규정에 의한 과징금을 부과한 행위에 대하여는 과태료를 부과할 수 없다라고 규정하고 있는 점에 비추어 더욱 그러하다).

281) 대법원 2007. 6. 28. 선고 2005두9910 판결.

282) [시행 2023. 1. 1.] [법률 제18445호, 2021. 8. 17., 타법개정]

본문에 따라 과징금 부과처분을 취소하고 영업정지 또는 제조정지 처분을 한 경우에는 그러하지 아니하다.

(나) 전기통신사업법[283] 제54조

제54조(다른 법률과의 관계) 제50조제1항을 위반한 전기통신사업자의 행위에 대하여 제52조제1항에 따른 조치를 명하거나 제53조에 따른 과징금을 부과한 경우에는 그 사업자의 동일한 행위에 대하여 동일한 사유로 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」에 따른 시정조치 또는 과징금의 부과를 할 수 없다.

(다) 구 해운법 제60조 제2항

2015. 1. 6. 개정되기 전 구 해운법 제60조(벌칙적용의 특례) 제1항에서는 공소제기를 위한 해양수산부장관의 고발을 규정하고, 제2항에서는 과징금을 납부한 자에 대해서는 고발을 하거나 과태료를 부과할 수 없도록 하였다.[284] 다만 동 규정은 2015. 1. 6. 개정에 의해 삭제되었다.[285]

나. 병과 규제의 한계 - 과잉금지의 원칙(비례의 원칙)

'이중처벌금지의 원칙을 적용하지 않는다.' 하여 어떤 하나의 법 위반행위에 대하여 국가가 아무런 제한 없이 제재를 거듭하는 것이 헌법상 용인된다는 것은 아니다. 국민에게 부담을 가하는 공권력 작용은 궁극적으로 비례성원칙의 제약을 벗어날 수 없으므로, 형벌적 제재와 비형벌적 제재의 병과 또는 비형벌적 제재간의 병과를 인정하더라도 그 제재의 총합이 법 위반행위에 비하여 지나치게 과잉된 것이어서는 아니된다는 헌법적 견제원리는 여전히 유효하다. 이와 관련하여 입법자는 필요한 경우 여러 제재수단간의 선택가능성을 열어놓되 그 병과를 금지함으로써 부당한 과잉제재로부터 국민을 보호할 수 있는 법적 장치를 마련할 수도 있다.[286]

다. 행정규제에 있어 당사자의 귀책사유

(1) 원칙

행정법규 위반에 대한 제재처분은 행정목적의 달성을 위하여 행정법규 위반이라는 객관

283) [시행 2023. 7. 4.] [법률 제19153호., 2023. 1. 3., 일부개정]

284) 제60조(벌칙적용의 특례) ①제56조와 제57조의 벌칙을 적용함에 있어 제19조(제32조와 제36조에서 준용하는 경우를 포함한다)와 제35조에 따라 과징금을 부과할 수 있는 행위에 대하여는 해양수산부장관의 고발이 있어야 공소(公訴)를 제기할 수 있다. <개정 2008.2.29, 2012.6.1, 2013.3.23>
②해양수산부장관은 제19조(제32조와 제36조에서 준용하는 경우를 포함한다)와 제35조에 따른 과징금을 납부한 자에 대하여는 제1항에 따른 고발을 하거나 제59조에 따른 과태료를 부과할 수 없다. <개정 2008.2.29, 2012.6.1, 2013.3.23>

285) 당시 법 개정의 이유는 "지난 4월 16일 발생한 세월호 사고는 화물과적, 선박평형수의 부족, 화물고박 불량 등 내항 여객운송사업자의 안전관리 소홀과 함께 내항여객선 안전관리시스템 전반의 문제가 내재되어 발생하였던 것으로 나타난바, 향후 이러한 참사가 다시는 발생하지 아니하도록 하기 위해서는 권한과 책임을 명확히 하고, 안전관련 규정을 정비하며, 처벌수준을 강화하는 등 내항여객선 안전관리체계를 혁신하는 한편, 노후 여객선의 신조·대체 활성화, 수송수요 기준 등 진입장벽의 철폐 등 내항 여객운송사업 구조에 대한 전반적인 개편이 필요하다고 할 것임"이라고 하여, 세월호 사고를 계기로 여객운송사업자에 대한 처벌를 강화하기 위한 것으로 이해된다.

286) 헌법재판소 2003. 7. 24. 선고 2001헌가25 전원재판부.

적 사실에 착안하여 가하는 제재이므로, 반드시 현실적인 행위자가 아니라도 법령상 책임자로 규정된 자에게 부과되고, 특별한 사정이 없는 한 위반자에게 고의나 과실이 없더라도 부과할 수 있다. 이는 영업정지 처분[287] 또는 영업정지에 갈음하는 과징금 부과 처분을 하는 경우[288]에도 마찬가지로 적용된다. 다만 위반자의 의무 해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 이를 부과할 수 없다.[289]

(2) 과태료

통상적인 행정질서벌인 과태료는 다른 특별한 규정이 없는 한, 원칙적으로 고의 과실을 필요로 하지 않는다는 것이 종래 판례의 태도였다.[290] 하지만, 2007년 제정된 질서위반행위규제법[291] 제7조에서는 과태료 부과를 위한 귀책사유를 요하고 있다.[292] 그리고 대법원도 "질서위반행위규제법은 과태료의 부과대상인 질서위반행위에 대하여도 책임주의 원칙을 채택하여 제7조에서 '고의 또는 과실이 없는 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다.'고 규정하고 있으므로, 질서위반행위를 한 자가 자신의 책임 없는 사유로 위반행위에 이르렀다고 주장하는 경우 법원으로서는 그 내용을 살펴 행위자에게 고의나 과실이 있는지를 따져보아야 한다."고 판시하였다.[293]

---

287) 대법원 2017. 5. 11. 선고 2014두8773 판결(행정법규 위반에 대한 제재조치는 행정목적의 달성을 위하여 행정법규 위반이라는 객관적 사실에 착안하여 가하는 제재이므로, 반드시 현실적인 행위자가 아니라도 법령상 책임자로 규정된 자에게 부과되고, 특별한 사정이 없는 한 위반자에게 고의나 과실이 없더라도 부과할 수 있다. 이러한 법리는 구 대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률 제13조 제1항이 정하는 대부업자 등의 불법추심행위를 이유로 한 영업정지 처분에도 마찬가지로 적용된다).

288) 대법원 2020. 7. 9. 선고 2020두36472 판결(이러한 법리는 공중위생관리법 제11조 제1항 제8호, 제11조의2 제1항에 따라 공중위생영업자에 대하여 「청소년 보호법」 위반을 이유로 영업정지를 갈음하는 과징금 부과 처분을 하는 경우에도 마찬가지로 적용된다).

289) 대법원 2020. 7. 9. 선고 2020두36472 판결(이러한 법리는 공중위생관리법 제11조 제1항 제8호, 제11조의2 제1항에 따라 공중위생영업자에 대하여 「청소년 보호법」 위반을 이유로 영업정지를 갈음하는 과징금 부과 처분을 하는 경우에도 마찬가지로 적용된다. 다만 공중위생영업자가 남녀 투숙객이 청소년이라는 점을 예견하거나 결과 발생을 회피하기 어렵다고 인정할 만한 특별한 사정이 있어 공중위생영업자의 의무 위반을 탓할 수 없는 정당한 사유가 있는 경우에는 시장·군수·구청장은 공중위생영업자에 대하여 제재처분을 할 수 없다고 보아야 한다), 대법원 2014. 10. 15. 선고 2013두5005 판결(구 여객자동차 운수사업법(2012. 2. 1. 법률 제11295호로 개정되기 전의 것) 제88조 제1항의 과징금부과처분은 제재적 행정처분으로서 여객자동차 운수사업에 관한 질서를 확립하고 여객의 원활한 운송과 여객자동차 운수사업의 종합적인 발달을 도모하여 공공복리를 증진한다는 행정목적의 달성을 위하여 행정법규 위반이라는 객관적 사실에 착안하여 가하는 제재이므로 반드시 현실적인 행위자가 아니라도 법령상 책임자로 규정된 자에게 부과되고 원칙적으로 위반자의 고의·과실을 요하지 아니하나, 위반자의 의무 해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 이를 부과할 수 없다).

290) 대법원 1969. 11. 24.자 69마20 결정(구 무역거래법 제30조의 규정에 의하여 과하여지는 과태료는 행정질서벌의 하나이며 그와 같은 과태료를 과함에 있어서는 위반자의 고의, 과실을 필요로 하는 것이 아니다), 대법원 1969. 7. 29.자 69마400 결정(무역거래법 제30조 규정에 의하여 과하여지는 과태료는 통상적인 행정질서벌중의 하나로서 행정형벌과는 다르다 할 것이다. 즉, 행정질서벌과 행정형벌은 다같이 행정법령에 위반하는데 대한 제재라는 점에서는 같다하더라도 행정형벌은 그 행정법규 위반이 직접적으로 행정목적과 사회공익을 침해하는 경우에 과하여지는 것이므로 행정형벌을 과하는데 있어서 고의 과실을 필요로 할 것이냐의 여부의 점은 별문제로 하더라도 행정질서벌인 과태료는 직접적으로 행정목적이나 사회공익을 침해하는데 까지는 이르지 않고 다만 간접적으로 행정상의 질서에 장해를 줄 위험성이 있는 정도의 단순한 의무태만에 대한 제재로서 과하여지는데 불과하므로 다른 특별한 규정이 없는 한 원칙적으로 고의 과실을 필요로 하지 아니한다고 해석하여야 할 것이다).

291) [시행 2021. 1. 1.] [법률 제17758호, 2020. 12. 29., 타법개정]

292) 제7조(고의 또는 과실) 고의 또는 과실이 없는 질서위반행위는 과태료를 부과하지 아니한다.

293) 대법원 2011. 7. 14.자 2011마364 결정(주거용으로 토지거래허가를 받아 매수한 토지지분을 허가받은 목적대로 이용하지 않은 채 방치하였다는 이유로 과태료 처분을 받은 자가 토지거래허가를 받은 직후 주거용 건물

[참고판례]

대법원 2014. 2. 27. 선고 2012두24498 판결

처분을 할 것인지 여부와 처분의 정도에 관하여 재량이 인정되는 과징금 납부명령에 대하여 그 명령이 재량권을 일탈·남용하였을 경우 법원으로서는 재량권의 일탈·남용 여부만 판단할 수 있을 뿐이지 재량권의 범위 내에서 어느 정도가 적정한 것인지에 관하여는 판단할 수 없어 그 전부를 취소할 수밖에 없고, 법원이 적정하다고 인정되는 부분을 초과한 부분만 취소할 수는 없다(대법원 2009. 6. 23. 선고 2007두18062 판결 등 참조).

대법원 2020. 2. 20. 선고 2019두52386 전원합의체 판결

노동위원회가 하는 구제명령은 사용자에게 이에 복종해야 할 공법상의 의무를 부담시킬 뿐 직접 노사 간의 사법상 법률관계를 발생 또는 변경시키는 것은 아니지만, 구제명령이 내려지면 사용자는 이를 이행하여야 할 공법상의 의무를 부담하고, 이행하지 아니할 경우에는 이행강제금이 부과되며(근로기준법 제33조), 확정된 구제명령을 이행하지 아니한 자는 형사처벌의 대상이 되는(근로기준법 제111조) 등 구제명령은 간접적인 강제력을 가진다.

대법원 2021. 5. 7. 선고 2020도7080 판결

부정경쟁방지법 제3조 제2항에서 금지하는 '파리협약 당사국, 세계무역기구 회원국 또는 「상표법 조약」 체약국 정부의 감독용 또는 증명용 표지와 동일하거나 유사한 것을 상표로 사용하는 행위'는 상표법 제2조 제1항 제1호에서 정하는 '자기의 상품과 타인의 상품을 식별하기 위하여 사용하는 표장'으로 사용하는지에 따른다고 할 것이다.

을 신축하려고 하였으나 허가 당시 도로사용승낙을 하여 주었던 인근 토지 소유자가 태도를 바꿔 차량 출입을 방해함으로써 착공에 이르지 못하였을 뿐이므로 자신에게 책임이 없다고 주장한 사안에서, 이는 제3자의 방해로 토지를 이용할 수 없었을 뿐 의도적으로 허가 목적에 따른 이용을 회피한 것이 아니라는 취지로 질서위반행위규제법 제7조에 따라 고의나 과실을 부인하는 것으로 이해될 여지가 있음에도, 위 주장이 과태료 부과에 아무런 장애가 되지 않는다고 보아 이에 관한 심리와 판단에 나아가지 않은 채 위 주장을 배척한 원심 판단에는 법리오해의 위법이 있다고 한 사례).

제2장 디지털 전환에 따른 부정경쟁행위 관련 제도 정비

▶ **제1절** 개요

▶ **제2절** 주요 개념 및 관련 쟁점

▶ **제3절** 메타버스에서 유명상표 부착제품의 무단제작 · 판매 행위

▶ **제4절** 메타버스에서 트레이드 드레스 규정의 개선방안

▶ **제5절** 메타버스에서 상품·영업주체 오인혼동, 희석화 등 개선방안

▶ **제6절** 메타버스에서 상품형태 모방 규정의 적용 필요성

제2장 디지털 전환에 따른 부정경쟁행위 관련 제도 정비

제1절 개요

최근 전 세계적인 유명 패션 브랜드가 메타버스로 진출하여 기존의 사업 모델을 디지털 세계로 확장하는 현상이 두드러지고 있다. 특히 최근 패션 브랜드의 로고나 디자인 등 기존 상표권을 활용한 디지털 패션 상품이 아바타를 활용하여 메타버스에서 유통되면서 소위 '짝퉁' 상품 등 위조 상품의 등장으로 상표권 침해 가능성이 제기되고 있다. 이와 관련하여 나이키(NIKE), 맥도널드 등 신발, 프랜차이즈 업종 등 전 세계적인 기업들이 메타버스에 상표등록을 하고 있는 상황이다.

한편 메타버스에서 미등록상표를 무단 사용하거나 영업외관 등 트레이드 드레스를 침해하는 행위들이 발생하면서 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위 해당 여부가 문제로 지적되고 있다. 예를 들면, 메타버스에서 제3자가 등록상표와 동일 또는 유사한 상표를 무단 사용하는 등 상표권 침해와는 별론으로, 메타버스에서 영업외관 등 트레이드 드레스를 침해하는 행위, 상품 또는 영업주체에 대한 오인혼동, 위조상표의 부정사용으로 인한 상표의 희석화(Dilution)에 관련된 쟁점들이 등장하고 있다.

메타버스에서 부정경쟁행위와 관련된 유형, 특징 등을 요약하면 다음과 같다:

유형	법조문 요약	특징
상품주체 혼동행위 (가)목[294]	국내에 널리 인식된 타인의 상품임을 표시한 표지(標識)와 동일하거나 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매·반포(頒布) 또는 수입·수출하여 타인의 상품과 혼동하게 하는 행위	상표권 침해와는 달리 ① 표지를 등록할 필요가 없고, 주지성 요구; ② 상품 유사는 요구하지 않음; ③ 자본, 조직 등에 밀접한 관계가 있다는 광의의 혼동행위도 인정
영업주체 혼동행위 (나)목	국내에 널리 인식된 타인의 영업임을 표시하는 표지(상품 판매·서비스 제공방법 또는 간판·외관·실내장식 등 영업제공 장소의 전체적인 외관을 포함한다)와 동일하거나 유사한 것을 사용하여 타인의 영업상의 시설 또는 활동과 혼동하게 하는 행위	
저명표시 희석행위 (다)목	상품주체·영업주체 혼동행위 외에 정당한 사유 없이 국내에 널리 인식된 타인의 상품 또는 영업임을 표시한 표지(타인의 영업임을 표시하는 표지에 관하여는 상품 판매·서비스 제공방법 또는 간판·외관·실내장식 등 영업제공 장소의 전체적인 외관을 포함한다)와 동일하거나 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하여 타인의 표지의 식별력이나 명성을 손상하는 행위	혼동가능성이 없는 경우에도 적용 가능함. 주지성을 넘어서 저명성을 갖추어야 함(대법원 2004. 5. 14. 선고 2002다13782 판결)
상품형태 모방행위	타인이 제작한 상품의 형태를 모방한 상품을	

유형	법조문 요약	특징
(자)목	양도·대여 또는 이를 위한 전시를 하거나 수입·수출하는 행위. 다만, 다음의 어느 하나에 해당하는 행위	
기타 성과 도용행위 (파)목	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	일반적, 보충적 조항임. 다른 부정경쟁방지법 조항이나 전통적인 지식재산권의 비침해 행위를 (파)목 위반행위로 보는 것은 신중할 필요가 있음

메타버스에서 분쟁이 발생할 수 있는 사례를 예시하면 다음과 같다:

상품, 영업 주체 혼동행위	메타버스에서 현실의 유명상표·상호를 무단 사용하는 행위 - 메타버스에서 나이키 매장과 유사하게 꾸며진 매장을 장식하고 가상의 신발 또는 의류를 판매하는 행위 - 현실에서 저명한 상표와 동일 또는 유사한 상표가 부착된 상품을 메타버스에서 사용하는 행위행위
저명표시 희석행위	메타버스에서 현실의 유명상표·상호를 품질이 낮은 상품 또는 영업에 사용하는 행위 - 샤넬 표장을 이용하여 통닭집을 차려 판매하는 행위 - "농심"의 '신라면'을 메타버스에서 사료로 사용하거나, 'Enjoy Coca-Cola'를 'Enjoy Coca-ine'으로 변형하여 사용하는 경우
상품형태 모방행위	신상품 출시 후 1년도 되지 않은 나이키 신발의 상품형태를 모방하여 메타버스에서 판매하는 행위
기타 성과 도용행위	메타버스 내에서 타인의 성과를 도용하여 부정경쟁행위를 하는 경우

메타버스에서 발생하고 있는 분쟁사례를 정리해 보면 다음과 같다:

발생연도	국가	사건 설명
2008년	영국	§ ESS Entertainment 2000(원고) vs. Rock Star Videos(피고) § Rock Star Videos가 개발한 미국 유명 비디오 게임인 San Anreas에서 실제 스트립 클럽의 로고와 디자인이 그대로 묘사되자 스트립 클럽 소유자인 ESS Enter.가 상표권 침해로 고소함 § 법원은 비디오게임이 수정헌법에 의해 보호되는 예술적 표현이기 때문에 상표권을 침해하지 않았다고 판단함
2022년	미국	§ Hermès(원고) vs. Mason Rothschild(피고) § 2021년 12월 Mason Rothschild가 버킨백의 겉면을 모피 질감으로 처리한 '메타버킨즈(Meta Birkins)'라는 이름의 NFT 출시함 (해당 NFT의 누적 매출액은 2022년 1월 기준 약 110만 달러) § Hermès는 2022년 1월 뉴욕 남부연방지방법원에 등록상표 침해, 자사가 상표 사용을 허락한 것처럼 소비자가 오인할 우려 등을 이유로 제소함 § 피고는 수정헌법 제1조에 의한 표현의 자유를 주장하며 소송 각하를 신청함 § 법원은 메타버킨즈의 표장 등이 예술적인 의도가 아닌 버킨백의 인기와 명성에 편승하려는 것이 분명하고 명백히 오인을 유발하고 있다는 점을 근거로 피고의 신청을 기각(소송은 계속 중)

294) 부정경쟁방지법 제2조 제11호 가목을 "가목" 또는 "(가)목"으로 축약하여 기재한다. 이하 동일하다.

발생연도	국가	사건 설명
2022년	미국	§ Nike(원고) vs. StockX(피고) § StockX는 2022년 1월 디지털 운동화를 소유하는 투자상품 '볼트(Vault) NFT'를 출시함 § Nike는 상표법 위반 및 브랜드 평판 훼손 등을 이유로 뉴욕 맨해튼 연방지방법원에 소송을 제기함

특히 유럽의 경우 현실세계에서의 기업과 동일하게 메타버스에서 운영되는 기업에도 경쟁법이 적용된다. 즉 유럽에서 기업이 디지털 플랫폼을 제공하든, 소비재를 판매하든, 주택 개발을 건설하든 관계없이 경쟁법을 준수해야 한다. 유럽에서 경쟁법상 독점금지에 관한 규칙은 기업의 지배적 남용금지, 기업의 경쟁금지체결 불가, 효과적 경쟁을 크게 저해할 것으로 예상되는 기업의 합병 또는 인수의 경우에는 기업의 합병 또는 인수 불가(不可)이다. 예를 들면, 시장지배적 기업이 다른 기업이 메타버스 경제에 참여하는 것을 거부하거나, 데이터에 대한 액세스를 거부하거나, 메타버스에서 자사 제품 및 기타 서비스를 선호하는 행위는 경쟁법 위반이 될 수 있다.

현재 메타버스라고 주장하는 플랫폼들은 다중 플랫폼의 형태로 갈 것으로 전망되는데, 예를 들면, Decentraland, The Sandbox; Roblox 등은 AR/VR을 통합하는 방향으로 갈 것으로 예상된다. 현재 유럽에서는 사후 집행보다는 사전 예방적 규제를 추진하려는 움직임이 있다. EU는 대규모 온라인 '게이트키퍼' 플랫폼에 추가 규제 요건을 부과하는 "디지털 시장법(Digital Markets Act)"을 시행하고 있는데, 이와 같은 법안은 메타버스에도 적용될 수 있다. 예를 들면, 오늘날 유럽에서는 경쟁 당국이 디지털 공간에서 집행되는 사례들이 많은데, 예컨대, App Store에서 클라우드 게임 서비스를 차단한 Apple을 조사한 CMA가 그러하다. 이와 같은 분위기를 볼 때, 유럽에서 메타버스 기업은 경쟁법적 요소를 고려해야 한다.[295]

메타버스에서 발생한 부정경쟁행위 관련 주요 분쟁사례를 구체적으로 살펴본다.

[사례 1] Richard Minsky vs. Linden Research Inc.

리차드 민스키(Richard Minsky)는 가상현실에서 '세컨드라이프(Second Life)' 게임사에서 운영하는 갤러리에 "SLART"라고 명명하였고, 이를 미국 특허상표청(USPTO)에 상표등록하였다. 그 후 민스키는 '세컨드라이프'에서 아바타 '빅터 베지나(Vezina)'가 운영하는 "SLART Garden"이라는 가상의 아트 갤러리를 발견하고, 당해 아바타를 만든 Linden Research, Inc.를 상대로 상표권 침해주장을 하면서 소송을 제기하였다. 미국지방법원은 2008년 9월 세컨드라이프 사용자가 SLART 상표를 침해하는 것을 금지하는 임시금지명령을 내렸고, 동년 10월 가처분금지명령을 내렸다. Linden은 민스키의 상표등록을 취소하기 위하여 미국특허상표청(USPTO)에 청원서를 제출하였고, Minsky가 주장한 상표권 침해, 불공정 경쟁 및 원산지 허위 지정, Minsky의 "SLART" 사용에 대한 계약위반 혐의로 제기된 소송을 기각하려는 반소를 제출하였다. 그러나 2009년 1월 22일 Minsky와 Linden은 비공개 합의로 이 사건을 종료하였다.[296]

295) 매튜 헌트, 메타버스에서의 경쟁/반독점, Bristows LLP, 2022.10.13. 인터넷으로 검색 가능: https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=1fef6574-9ba4-4f3e-8682-ce78154524c2

296) *Minsky v. Linden Research, Inc.*, United States District Court for N.D.N.Y., Case No. 1:08-cv-819-LEK-DRH

[사례 2] Nike vs. StockX[297]

2021. 02. 나이키(NIKE)는 나이키의 로고가 새겨진 나이키 신발을 NFT로 상용화한 혐의로 메타버스에 위치한 마켓플레이스 StockX를 상대로 상표권침해소송을 제기하였다. StockX는 현실세계에서 판매되고 있는 나이키 신발을 NFT로 재현하였다. 이러한 가상자산은 현실세계와 연동되어 소비자가 NFT를 구매하면 자동으로 실제 당해 신발을 구입할 수 있었다. 즉 구매자는 현실세계에서 판매되고 있는 신발을 NFT와 교환하여 구입할 수 있었다. 이 사건에서 나이키는 StockX에서 판매된 신발은 위조 운동화로서 결과적으로 저명상표에 희석화를 야기하여 소비자에게 혼동을 일으키고 있다고 주장하였다. 즉 소비자들이 진짜 나이키 NFT 제품을 구매하고 있다고 믿을 수 있다고 주장하였다. 나이키는 이러한 관행이 저명상표로서 나이키의 명성에 위해를 가할 수 있다고 판단하였고, 소비자가 StockX를 공인 NFT 소매업체에 연동한다고 판단하게 되어 나이키가 메타버스로 진입하는 것을 방해할 수 있다고 판단하였다. 실제로 나이키는 메타버스로의 진입을 준비하기 위해 2021년 12월 수집품 제작에 종사하는 회사인 RTFKT를 인수하기도 하였다. 또한 나이키는 미국 특허상표청(USPTO)에 7개의 상표등록출원서를 제출하여 가상 신발 및 의류에 대한 표장을 등록하여 상표 포트폴리오를 업데이트하였다. 이 사건과 관련하여 나이키는 법원에 신발의 위조 버전 판매 혐의를 포함하여 이의를 제기하였고, 위 사항을 수정할 것을 요구하였다.

본 사건에 관하여 2023년 3월까지 사실관계에 관한 디스커버리 절차가 예정되어 있었고, 전문가 디스커버리 절차는 동년 9월까지로 되어 있었다. 다만 Nike가 StockX 제출 서류에 관하여 이의를 제기했으며, 관련 NFT 판매에 관한 기록을 제출하도록 하는 명령을 구한 것으로 알려져 있는데, 2024년 1월 현재 본안절차가 아직 진행되지 않은 것으로 확인되었다.[298] StockX는 이른바 "work-product immunity"[299]에 의해 해당 서류를 제출할 의무가 없다고 항변했지만, 법원은 이를 받아들이지 않았다. 한편 법원은 양측 변호사에게 비전문가적 공방을 자제할 것을 당부하는 한편, 공동체적 유대감을 보일 것을 요청하기도 했다.[300] 그만큼 주장과 방어가 첨예하게 전개되고 있으며, 현재까지 소송의 결과는 도출되지 못했다.

[사례 3] 에르메스(Hermes) vs. 로스차일드(Rothschild)

미국 로스엔젤레스에서 의류 매장을 운영하는 로스차일드(Mason Rothschild)는 2021년 11월 즈음 '메타버스'와 '버킨'을 합성한 '메타버킨즈(MetaBirkins)'라는 명칭으로 도메인을 등록하고 소셜네트워크서비스(SNS) 계정을 개설하였다. 로스차일드는 2021년 12월에 에르메스(Hermes)의 상징적인 "버킨(Birkin)"가방의 겉면을 모피 질감으로 처리한 "메타버킨스(MetaBirkins)"라고 불리는 핸드백의 NFT 컬렉션을 만들어 NFT 거래소 OpenSea에서 거래하였다. Birkin 모양과 비슷한 모양의 메타버킨스 가방은 2021년 12월 버킨스 가방의 실물 가격인 10,000달러보다 4배나 비싼

(N.D.N.Y. 2009)

297) European Commission, IP Help 참조. 인터넷에서도 검색 가능함: Desk>https://intellectual-property-helpdesk.ec.europa.eu/news-events/news/intellectual-property-metaverse-episode-ii-trade-marks-2022-03-29_en (2023. 12. 15. 방문).

298) <https://www.meshiplaw.com/litigation-tracker/nike-v-stockx> (2023. 12. 15. 방문).

299) 이는 소송에 대비하여 준비된 서류는 상대방을 위한 디스커버리의 대상이 아니라는 미국 민사소송법상 법리이다.

300) Nike, Inc. v. StockX LLC, 2023 WL 3091671 (S.D.N.Y. April 26, 2023).

42,000달러에 판매되면서 크게 인기를 누리게 되어 NFT 아트의 매출액이 2022년 1월 기준 110만 달러(약 13억7000만원)를 넘어섰다고 한다.[301] 이후 에르메스 측은 강하게 이의를 제기하였고, 결국 OpenSea는 이 상품의 거래를 중단하였다. 한편 로스차일드는 자신의 웹사이트를 통해 이 상품의 마케팅을 계속해왔다고 외신들은 전하고 있다.[302] 에르메스는 2022년 1월 뉴욕 남부연방지방법원에 로스와일드를 상대로 상표권 침해, 에르메스가 상표 사용을 허락한 것처럼 소비자가 출처를 오인할 우려, 고급 브랜드인 에르메스의 상표 가치 희석 등을 이유로 소송을 제기하면서, 로스와일드가 메타버킨스 마케팅 활동을 중단할 것, 메타버킨스 닷컴 도메인을 양도할 것 및 에르메스 자산 판매를 통해 얻은 이익에 대한 손해배상을 청구하였다. 이에 대하여 로스차일드는 자신의 창작 활동이 미국수정헌법에서 표현의 자유 영역에 속하며, NFT는 실제 상품이 아니라 가상의 "버킨스"의 예술적 표현이라고 하면서 아티스트의 작품은 상표권 침해로 간주되어서는 안된다고 주장하면서, 미국 수정헌법 제1조에 의한 표현의 자유를 주장하며 에르메스의 상표권 침해 주장을 각하할 것을 주장하였다. 로스와일드의 주장에 대하여 에르메스는 메타버킨즈라는 명칭은 단순한 작품 제목이 아니라 사람들의 관심을 끌고 자신의 NFT를 식별하고 출처를 나타내는 수단으로서 상업적으로 이용된 점, 버킨백의 식별력이 높은 점, 소비자에게 실제 혼동의 사례가 발생하였다는 점(실제 엘르 등 유명 패션 잡지들이 에르메스가 버킨백을 이용한 NFT를 발행했다는 기사를 게재하기도 함), 에르메스가 향후 NFT 사업에 진입하는 것이 예측 가능하다는 점 등을 들어 반박하였다. 로스차일드가 에르메스의 소송을 각하할 것을 요구하는 신청에 대하여 뉴욕 남부지방법원은 메타버킨즈라는 표장이나 버킨백의 트레이드 드레스(trade dress)가 예술적 의도에서 사용됐다기보다는 에르메스의 버킨백의 인기와 명성에 편승한 행위로 소비자의 오인혼동을 야기할 것이라는 판단 하에 로스와일드의 주장에 대하여 기각판결하고, 이 소송은 현재 법원에 계류 중이다.

이와 관련하여 우리나라 대법원은 소위 '에르메스 눈알가방 사건'에서 에르메스의 버킨백(Birkin Bag)의 형태의 주지·저명성 자체는 인정하였다(2020. 7. 9. 선고 2017다217847 판결). 이때 에르메스의 실제 버킨백과 NFT로 구현된 버킨백은 실제 상품이 다르기 때문에 (광의의) 혼동가능성이 있는지 문제되었다.[303] 본 사건에 관한 배심원 평결과 법원의 판결에 대해서는 아래 제3절 중 "4. 비교법" 이하 "나. NFT 관련" / "(1) 미국" 부분에서 확인할 수 있다.

한편 최근 에르메스는 메타버스, NFT 분야를 염두에 두고 가상상품, 가상의 패션 등의 상품분류군에서 상표출원을 하고 있다.[304] 이외에도 버버리(BURBERRY)는 Mythical Games와 NFT 컬렉션을 공개하였고, 구찌(GUCCI)도 다양한 메타버스 패션 아이템을 선보이고 있다.[305] 향후 메타버스 내에서 상품 주체의 (광의의) 혼동가능성이 인정될 가능성은 더욱 높아질 것으로 전망된다.

---

301) 매거진 한경, 모피로 덮인 에르메스 버킨백 NFT, 합법일까 위법일까[김윤희의 지식재산권 산책], 2022.6.10.

302) 위 기사 참조.

303) 구체적으로 실제 버킨백과 메타버스 내의 가상의 버킨백은 서로 물품이 달라 협의의 혼동가능성이 인정될 가능성은 낮고 일반수요자나 거래자로 하여금 '당해 상품표지의 주체와 사용자 간에 자본, 조직 등에 밀접한 관계가 있지 않을까'라고 오신하게 하는 광의의 혼동가능성(대법원 2007. 4. 27. 선고 2006도8459 판결)이 문제된다.

304) https://www.fibre2fashion.com/news/fashion-news/french-hermes-reveals-plans-for-metaverse-fashion-shows-crypto-nfts-282883-newsdetails.htm

305) https://vault.gucci.com/en-US/story/metaverse

제2절 주요 개념 및 관련 쟁점

1. 들어가며: 중립적 관점의 중요성

메타버스든 NFT든 이들 문제에 대한 관점을 가지는 것이 중요하고, 그것이 연구 및 법개정안 도출에 있어서도 전제가 된다. 예를 들어 디지털 가상공간에서 상표 등 브랜드를 이용한 예들, 특히 게임에서 활용된 사례는 적지 않았다고 한다.[306] 이런 사실을 고려해 본다면, 메타버스에서의 표지 사용은 완전히 새로운 문제는 아니다. 그러나 메타버스는 사용자가 주체적으로 브랜드가 포함된 상품이나 외관(이미지)을 만들어 내거나 이를 유통시키고 수익까지 창출할 수 있다는 점에서, 또한 현실세계에서와 마찬가지로 다른 시장참여자들과 경쟁하고, 소비자/수요자를 가진다는 점에서 차이를 보이기도 한다. 전통적인 B2B 관계에 대한 규율이 아니라는 측면에서는 부정경쟁방지법의 전형적인 규율 대상이 아니라고 볼 수도 있지만,[307] B2C 또는 C2C 영역에서의 규율 필요성 역시 점차 커지고 있으며, 비즈니스와 고객(소비자/수요자) 사이의 경계 역시 상당히 모호해진 것이 사실이다.

이런 점을 고려한다면, 우리가 메타버스, NFT 등 현재의 문제에 대응할 수 있는 방식은 다음 세 가지로 요약될 수 있다.

① 현행법의 바른 해석과 적용을 통해 해결될 수 있는 경우
② 외국의 기존 입법과 실무를 참고하는 등 전반적 법개정이 필요한 경우
③ 메타버스 등 문제에 집중하여 특별 입법이 필요한 경우

메타버스와 관련된 몇몇 현상과 행위 중에는 법에 대한 기존 해석 및 그 유연성에 의해 충분히 포섭되는 것이 있을 것이다. 이에 반해 우리 법원의 해석 경향상, 메타버스 관련 행위가 제대로 포섭될 수 있을지 모호하거나 예측이 어려운 경우도 있는데, 이들에 대해서는 입법을 통한 가이드라인 제기가 필요할 수 있다. 특히 비교법이라는 관점에서 주요국의 법제에서는 메타버스 관련 문제가 제기될 여지가 적으나 우리 법에서는 문제되는 경우도 있는데, 이 부분과 관련하여 우리 법제의 전반적인 개선 내지는 업데이트, 더 나아가 외연 확장의 필요성이 도출될 수 있다. 하지만 메타버스라는 새로운 현상을 규율하기 위해서는 메타버스에 특화되고 이 분야에 집중하는 입법에 대해 고려해 볼 필요성 역시 제기된다. 특히 우리나라는 ICT 기술이 발전하고, 이용자들이 새로운 플랫폼에 적응하고 이를 활용하려는 경향이 강하다는 점에서 다른 국가에서 신중하거나 소극적인 태도를 보이더라도 우리나라에서는 선제적 대응이 요구될 수 있고, 모범적인 제도 운영은 법/제도 수출과 선례의 확산에도 기여할 수 있을 것이라 생각된다.

그런데 첫 번째와 두 번째 경우의 구별은 명백하다기보다 모호하다는 문제가 있다. 즉, 우리 법원, 특히 대법원이 부정경쟁방지법과 관련하여 내놓는 판례의 수가 워낙 제한적이다 보니 선례로

306) Christian Tenkhoff, *In-Game Advertising: Grenzen der Werbemaßnahmen in Computerspielen unter dem Gesichtspunkt des lauterkeitsrechtlichen Verbraucherschutzes*. Dr. Kovač 2013 참조.
307) 정상조 대표편집, 『부정경쟁방지법』, 박영사, 2020, 20면(부정경쟁방지법 제2조 제1호 가.목 및 나.목; 이대희 집필부분).

서 '우리나라의 해석 내지 해석경향'이라 단언하기 어려운 경우들이 많다. 이에 따라 본 연구는 법적 안정성과 명확성의 관점에서 접근하고자 하며, 개선이 필요한 부분의 개정을 제안하는 방식을 취하고자 한다.

이런 관점을 가지고, 우선 메타버스, NFT 등 관련 개념과 이들이 가지는 특이점에 대해 설명하고자 한다.

2. 메타버스

메타버스(metaverse)에 관한 법적 평가와 관련해서는 워낙 많은 문헌이 나와 있으므로 여기서는 자세한 분석을 시도하지 않는다. 다만 본 연구와 관련하여 필요한 부분만을 언급하고자 한다. 메타버스는 하나의 정의를 갖는다기보다 여러 화자에 의해 다양하게 설명되고 있다. 도리어 메타버스를 구성하는 요소가 무엇인지 보는 것이 본 연구에 있어 더 유용할 수 있는데, 그중 대표적인 것은 가상현실(Virtual Reality)과 가상자산(Virtual Assets)이다.[308]

이는 일단 현실세계와 연결된 가상의 공간을 의미하며, 여기에는 재산적 가치와 거래라는 관념까지 더해져 시장과 수요가 발생한다는 특징을 가진다. 또한 거래의 대상이 되는 디지털 재화는 -아래에서 볼- NFT라는 매개를 통해 거래되기도 하는데, 이를 동일한 블록체인 기반 가상화폐로 거래할 수 있는 체계도 구축되고 있다.

이처럼 메타버스는 현실과 연결되어 있으면서도 현실을 다른 방식으로 복제하고 변형하여 존재하는 이면 세계로서의 속성을 가진다는 점에서, 또 이런 특징 역시 제공되는 메타버스 서비스에 따라 달라질 수 있다는 점에서 그 법적 규율이 매우 어려워질 수 있다. 특히 디지털 공간에서 아이템, 디지털 이미지, 영상, 인터랙티브 콘텐츠 등으로 존재하는 이른바 디지털 재화에 기존 상표법, 디자인보호법 및 부정경쟁방지법을 적용하는 문제는 각각의 법이 가지는 목적, 패러다임 및 법리에 따라 달리 평가될 수 있다.

더 큰 문제는 현행법만으로 메타버스에서 일어나는 행위를 규율하고, 정당한 권리자를 보호하는 한편 정당한 경쟁질서를 확립할 수 있는지 여부라고 할 수 있다. 무엇보다도 메타버스 공간에서 보호의 공백이 발생하지 않도록 할 필요가 있으므로 이 점을 중심으로 논의하기로 한다. 다만 가상현실 역시 과거/구시대의 표현형식이 더 확장된 것이라 볼 수 있다는 점에서 표현의 자유와 충돌할 가능성을 내포하고 있기도 하다.[309] 이 때문에 메타버스에서 이루어지는 현상과 그 안에서 아바타의 활동이 표현을 위한 것인지, 현실세계의 영리활동과 경제활동에 상응하는 것인지 구별하는 기준을 마련하는 것이 중요할 수 있고, 상표를 이용한 활동 역시 상표/표지 패러디 내지는 기술적 사용으로 볼 수 있는 등 많은 논란이 제기될 수 있다.

본 연구에서 디지털 재화, 가상세계, 디지털 세계 등의 술어를 사용할 것인데, 이는 특별한 대상을 지칭하는 것이 아니다. 메타버스 자체도 불확정 개념에 불과한 상황에서 메타버스 혹은 메타버

308) Markus Kaulartz, Alexander Schmid & Felix Müller-Eising, "Das Metaverse: eine rechtliche Einführung", *RDi* 2022, 521, p. 521.

309) 나종갑, "메타버스와 산업재산권의 법적 쟁점: 가상공간의 보편성(universality)과 특허독립 및 속지주의 원칙에서의 문제점", 저스티스 제194-1호(특집호II: 2023. 2.), 9면.

스 속 오브젝트를 지칭하는 단 하나의 용어가 정립되어 있을 수 없고, 그것을 본 연구에서 정하는 것은 적절하지 않다. 따라서 위와 같은 용어는 법개념으로서 정의를 수반하는 것으로 이해해서는 안 되며, 메타버스 또는 이와 유사한 디지털 공간이나 여기에 탑재되거나 존재하는 디지털 형태의 대상이라는 추상적 개념으로 이해해야 한다.

3. NFT

앞서 본 바와 같이 NFT는 디지털 재화를 대상으로 하는 블록체인 기반 토큰이다. 즉, 디지털 재화에 고유한 값을 부여하여 이를 인증함으로써 대상의 소유권, 구매자 정보, 소유권 이전의 흐름 등을 기록하고 그것이 '원본'임을, 또는 NFT 소유자가 원본의 소유자임을 증명하는 수단으로도 알려져 있다.[310] 따라서 인증서로서 NFT와 그 대상이 되는 이미지 등은 구별되어야 하는데, 실제 NFT가 발행되는 블록체인에는 그 대상이 되는 이미지 등이 탑재되지 않는 경우가 많다.[311] 심지어 NFT 판매 사이트에 따라서 NFT만 판매할 뿐, 이미지 파일이나 링크를 제공하지 않는 경우들까지 있다는 점에서 우리가 오프라인 세계에서 접하는 미술품과 그 인증서를 이미지 파일 등과 이와 결부된 NFT와 일대일로 대응시킬 수 없다.[312] 다시 말해 실물 미술품 시장에서 미술품이 주가 되지만, NFT에서는 NFT 자체가 더욱 중요할 수 있다.

시장에서는 NFT가 거래되면, 이와 결부된 스마트 계약(Smart Contract)에 따라 이미지가 직접 전달되거나 이미지의 경로를 알려주는 것이 일반화되어 있으며, NFT의 가치는 이미지의 소유라기보다 해당 이미지가 자신에게 귀속된다는 점을 대외적으로 알릴 수 있다는 데 있다.[313] 이에 따라 만약 NFT가 부정발행된다면, 디지털 재화에 대한 귀속관계에 혼란이 생기는 것이지만, 이는 무단으로 다른 사람이 권리를 가지는 표지를 '사용'하는 상표품을 판매하거나 여타의 방법으로 유통시키는 것과는 차이가 있다. 저작권 문제도 마찬가지인데, NFT 거래만으로 저작자의 복제권이나 전송권을 침해한 것으로 보기 어렵다. 도리어 소비자/수요자에 대한 오인야기가 발생할 수 있다는 점에서 이를 규율할 수 있는 방법을 연구해 볼 필요가 있다.

4. 메타버스와 NFT의 관계

메타버스와 NFT 각각이 가진 특징에 더해 메타버스 세계에서 NFT의 활용에 대해서도 주목할 필요가 있다. 최근 메타버스에서는 메타버스 공간에 있는 디지털 재화를 NFT 형태로 판매하는 경우가 생겼다. 이에 따라 디지털 재화는 메타버스 공간에 종속되어 있지만, NFT는 외부 블록체인에서 생성되어 개인의 가상화폐 지갑에 보존되고, 결과적으로 메타버스 외부에서 거래되거나

310) 염호준, "NFT의 지식재산권법적 쟁점", 저스티스 제194권 제3호(2023. 2.), 86면.
311) 염호준, 위의 논문, 87면 각주 2번.
312) 이에 따라 원본, 즉 권리자의 허락에 의해 만들어지지 않은 이미지에 대해 NFT가 발행되는 일이 발생하기도 한다. 예를 들어 우리나라에서 미술가 또는 그 유족의 허락 없이 NFT가 발행되어 문제된 바 있으며, 이와 유사한 사례는 외국에서도 있다고 한다. 염호준, 위의 논문, 86면.
313) NFT의 소유는, 예를 들어 디지털 이미지에 대한 지식재산권을 양수받는 것이 아니라, 이미지를 '디지털 물건'으로 소유하는 것을 말한다. 당연히 NFT의 소유로 지식재산권 침해 문제가 바로 해소되는 것은 아니지만, 우리가 음악CD를 소유하더라도 이를 자유롭게 공연/재생할 수 없다는 점을 고려한다면, NFT 역시 지식재산권과 공존·양립할 수 있다 생각된다.

교환될 수 있는 환경이 만들어졌다. 예를 들어 Decentraland라는 서비스에서는 디지털 부동산을 판매하는데, 부동산 데이터, 이미지 및 영상은 메타버스 공간 내에 존재하지만, NFT의 거래는 외부에서 이루어질 수 있다.

앞서 지적한 바와 같이 만약 NFT 거래가 이루어진다고 해서 반드시 해당 이미지에 관한 각종 지식재산권이 함께 이전된다고 볼 수는 없다. 그러나 그 대상(이미지)에 대한 귀속관계가 변경되었다는 점이 인증될 수 있고, 만약 메타버스 플랫폼에서 NFT 귀속을 자신의 서비스에서 구현해 준다면, 이것이 '준'재산법적 의미를 가질 수 있다. 법적으로 정돈되지 않은 표현이지만, NFT의 소유는 단지 대상에 대한 소유권 내지 지배권을 의미하지는 않지만, - NFT와 결부된 이용조건이 있는 경우 - 채권적청구권으로 볼 수 있으며, 이는 메타버스-NFT 협력사업의 법적 근간이 될 수 있다.

같은 논리에서 메타버스에서 상표 등을 부착한 디지털 이미지가 NFT와 결부되어 거래될 수 있다. 당연하게도 상표, 주지 표지 등을 대상으로 하는 NFT의 거래는 상표권의 이전을 수반하지 않으며, 사용권/실시권의 설정 역시 포괄하지 않는다. 권리관계를 포괄하기 위해서는 메타버스와 NFT 체계 모두에서 이를 미리 정해두어야 하고, 이들이 유효한 의사표시와 법률행위로 인정받을 수 있어야 한다. 또 메타버스에서는 표현의 자유라는 가치에 따라 허락되던 행위가 NFT로 거래되는 순간 소비자/수요자에게 오인을 야기하는 행위로 더 이상 표현의 자유로 정당화되기 어려운 상황이 발생할 수도 있다.

다만 아직까지 이런 유형의 서비스 기반이 잘 구축된 것 같지는 않으며, 메타버스의 디지털 재화를 NFT로 거래하는 비즈니스 모델이 어떻게 형성될 것인지 여전히 가늠하기 어려운 것이 현실이다. 그럼에도 불구하고 메타버스에서 유행하던 이미지 등이 NFT화되어 거래될 수 있다는 점, 메타버스 서비스에서 직접 지원하지 않더라도 메타버스 공간에서 NFT 소유자를 해당 아이템/이미지의 '주인'으로 인정하려는 인식이나 신뢰가 생길 수 있다는 점 등 다양한 발전 가능성이 잠재되어 있기는 하다. NFT 부정발행에 대한 규율을 통해 관련 문제가 광범위하게 다뤄지도록 할 필요가 있다.

4. 인플루언서의 문제

메타버스에는 비단 기업과 소비자만 존재하는 것이 아니다. 유튜브라는 플랫폼이 나온 후, 1인 미디어가 발달했고, 이로 인해 물건을 판매하거나 서비스를 제공하기보다 유명세와 인지도 자체를 셀링 포인트로 삼는 이들이 등장했다.[314] 메타버스 세계에서 이런 현상은 더욱 두드러지는데, 이들이 표장이 붙은 디지털 재화를 사용하더라도 이들은 이를 판매하거나 반포하는 방법으로 사용하지 않는 경우가 있다.

이들은 메타버스를 표현을 위한 수단으로 이용한다는 점에서 어느 정도는 보호를 받아야 할 대상으로 여겨질 수 있다. 그러나 다른 한편으로 이들은 단순히 유명세만을 위해 활동하는 것이 아니라는 점, 또 이들의 기업들과 스폰서십 관계를 형성하거나 아예 소셜 커머스를 통해 상품을 판매하기도 하는 등 비즈니스 영역으로 편입되고 있다는 점 역시 고려되어야 할 것이다. 이들의 활동을 전반적으로 기업의 영리활동으로 볼 수 없지만, 마치 '영리성' 및 '비영리성'의 문제를 개별

314) 이보연, "인플루언서 마케팅의 법적 규제: 독일 사례와의 비교연구", 법학연구(전북대학교) 제63집(2020. 9.), 404면.

사안별로 평가해야 하는 것처럼 규모나 경향에 따라 인플루언서의 활동 역시 부정경쟁행위가 될 가능성을 떠져야 할 것이라 생각된다.

물론 우리 지식재산권법은 물론 부정경쟁방지법이 반드시 경쟁관계에 있는 사업자만을 염두에 두는 것은 아니지만, 대개 이를 전제하는 것처럼 보인다. 예를 들어 부정경쟁방지법 파목은 부정경쟁행위로서 성과를 "... 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용"하는 것을 꼽는데, 이는 인플루언서 등 개인의 표현활동과 사업활동의 구별이 어려운 경우에 적용하기 애매할 수 있다. 이런 현상은 B2B, B2C 및 C2C 사이의 구별을 어렵게 만들 것이고, 부정경쟁행위를 규율하는 목적에 대한 이해나 행위유형에 따른 보호법익의 설정에 변화를 가져올 수 있다.

제3절 메타버스에서 유명상표 부착제품의 무단제작·판매 행위

1. 상표보호의 한계

가. 일반론

상표의 침해가 인정되기 위해서는 상표의 동일·유사와 상품/서비스의 동일·유사가 요구된다.[315] 우리 대법원은 "지정상품의 유사 여부는 대비되는 상품에 동일 또는 유사한 상표를 사용할 경우 동일 업체에 의하여 제조 또는 판매되는 상품으로 오인될 우려가 있는가의 여부를 기준으로 하여 판단하되, 상품 자체의 속성인 품질, 형상, 용도와 생산 부문, 판매 부문, 수요자의 범위 등 거래의 실정 등을 종합적으로 고려하여 일반 거래의 통념에 따라 판단하여야 한다."고 설명한 바 있다.[316]

문제는 실제 상품과 메타버스에서 존재하는 디지털 재화 사이에서 상품의 유사성이 인정될 수 있는지 여부라고 할 수 있다. 원칙적으로 현실의 시장에서 실제의 상품을 판매하는 회사가 가상세계에서도 이에 상응하는 물건을 판매할 때, 또 그것이 수요자에게 자연스러운 현상이라 인식될 때 비로소 상품의 유사성이 인정될 수 있다. 물론 예를 들어 현실세계에서 구두와 달리 디지털 재화로서 구두는 실제로 구두로서의 기능을 하지 않으며, 기껏해야 디지털 이미지나 데이터의 형태를 가질 뿐이다.[317] 하지만 상품의 유사성은 비단 상품의 물리적 성질에 의해서만 좌우되는 것은 아니며, 수요자 인식에 따라 충분히 가변적일 수 있다.

EU에서는 산업계의 '관행'도 상품의 유사성을 판단하는 중요한 척도로 삼고 있다. 이에 따라 예를 들어 자동차 업계에서 자신들의 표지를 다른 물건에도 부착하는 것이 관행으로 되어 있다면, 해당 상품군에 대해서까지 상품의 유사성을 인정할 수 있다는 것이다. 예를 들어 벤츠의 로고가 들어간 의복, 시계, 액세서리 등은 흔한데, 이를 근거로 의복 등을 자동차의 유사상품으로 볼 수 있다는 논리이다.[318]

당연히 Nike, Gucci, Addidas 등 브랜드에서 나오는 의복은 유명 표장이 부착된 것으로 특별히 더욱 강화된 보호를 받기도 하지만, 현실세계에서의 의복이나 가상세계에서의 의복이나 모두 착용과 -더 나아가- 보여주기를 목적으로 한다는 점에서 공통점이 있고, 메타버스의 성장에 따라 이것이 수요자에게 유사 상품으로 인식될 가능성도 커진 상황이라 말할 수 있다. 무엇보다 관련 회사가 더욱 높은 빈도로 메타버스에서 현실세계와 동일한 디지털 재화를 판매하거나 아예 자신의 표지를 부착한 고유의 재화를 판매한다면, 인식 수준은 더욱 높아질 것이다. 물론 소비재가 아닌 다른 유형의 상품이나 서비스에서 이와 같은 수요자의 인식을 기대하기 어려울 수 있다는 점에는 주의가 필요하다. 다만 본 연구에서는 유명 상표에 대한 보호를 전제로 한다는 점에서, 더욱이 유명 상표는 주로 소비재에 적용된다는 점에서 상품의 유사성 문제는 해결하기 어려운 문제는 아니라고 생각된다.

도리어 상표권의 보호는 상표적 사용을 전제로 한다는 점이 더욱 문제될 수 있다. 이는 상표의 주된 기능인 출처표시기능과도 관련이 있는데, 상표를 출처표시로 사용하지 않는 경우에는 상표적 사용으로 보지 않으므로 이를 우회함으로써 침해책임을 피할 가능성이 있다. 이는 특히 색깔, 도형, 모형 등 비교적 새로운 형태의 상표에서 자주 나타날 수 있는데, 메타버스 공간을 장식하는

315) 상표법 제108조 제1항.
316) 대법원 2004. 7. 22, 선고 2003후144 판결 등 참조.
317) 박태신·박진홍, "메타버스에 있어서 법률적 쟁점에 관한 시론적 연구", 홍익법학 제24권 제1호(2023. 2.), 170면.
318) CJEU (First Instance), Case T-177/20, paras. 46 *et seq.* - Himmel v. EUIPO.

용도와 상표적으로 사용하는 것의 구별이 어려울 수 있다. 여기에 대해서는 아래에서 더욱 자세히 살피기로 한다.

나. 상표등록 및 사용 개념상의 문제

우리 상표법은 메타버스에서의 상표사용 문제에 가장 빠르고 적극적으로 대응한 모범사례라고 할 수 있다. 특히 상표법상 '사용' 개념이 개정되면서 이제 "상품 또는 상품의 포장에 상표를 표시한 것을 ... 전기통신회선을 통하여 제공하는 행위 또는 이를 목적으로 전시하거나 수출·수입하는 행위"[319]까지 사용 개념에 포섭될 수 있도록 개선되었다. 다만 여전히 특정 표지가 상품의 출처표시로서 메타버스 공간에서 상표법에 의해 보호받으려면 개개의 상품을 지정하여 상표등록을 받아야 한다. 예를 들어 의류 디자인 관련 표지를 현실세계는 물론이고 메타버스에서까지 보호를 받기 위해서는, 현실세계의 의류(제25류)는 물론 유사군 코드 제9류의 '내려받기 가능한 이미지 파일(downloadable image file)'로도 상표등록을 받아야 한다. 특허청이 2022. 7. 14.부터 시행하는 '가상상품 심사지침'에 따른다면 '가상의류'(제9류, G520743, G520745)에도 상표등록을 받아놓아야 한다.[320]

그런데 이렇게 해둔다고 하여 모든 유형의 문제가 해결되는 것은 아니다. 우선 문제되는 것은 메타버스 공간에 대한 인식이다. 만약 상표를 다운로드 가능한 이미지 혹은 컴퓨터 프로그램/소프트웨어로 본다면, 메타버스 내에서 이를 이용하는 대부분의 행위를 통제할 수 있는 것일까? 예를 들어 메타버스 공간에 있는 핸드백 모양 객체에 제3자의 상표를 부착하는 것은 화면에서는 모조품으로 인식될 수 있지만, 실제로는 데이터와 데이터의 결합이거나 특정 결과를 출력하도록 하는 명령/코드에 불과하여 출처표시가 아니라고 평가될 수도 있다. 이는 메타버스의 발전과 영향력, 이에 따른 수요자의 인식변화에 좌우될 수 있는 영역이라 생각되지만, 다운로드 가능한 이미지나 소프트웨어라는 상품분류만으로 자연스럽게 메타버스에서 상표 사용이 곧 해당 상표를 다운로드 가능한 이미지 혹은 소프트웨어로 사용한 경우에 해당하는지에 대해서 제기되는 의문은 현행법과 관련 판례(선례 없음)만으로 해소되지 않는다.

더욱이 다운로드 가능한 이미지라는 것의 용도와 기능 측면에서도 문제 제기가 있을 수 있다. 다운로드 가능한 이미지의 용도는 다운로드 혹은 온라인 게시일 것인데, 메타버스 공간에서의 활용은 다분히 메타버스 공간을 꾸미거나 캐릭터/아바타에게 입히기 위한 것이다. 이에 더해 본 상품분류는 독립적인 이용이 목적이 되는 반면, 메타버스에서는 메타버스상 다른 객체들과 결부되어 사용될 것이 예정되어 있다는 점에서 상품분류의 적절성에 의구심을 제기할 수도 있다.[321] 이는 어느 정도 해석과 선례의 축적을 통해 해결할 수 있는 문제로 볼 수 있으나, 실제 법원의 해석이 어떤 방식으로 이루어질지에 대해서는 짐작하기 어렵다.

또한 위 허들을 모두 넘는다고 해도 다른 한 가지 문제가 남는다. 즉, 상표 불사용으로 인한 등록취소의 가능성이 있고, 이러한 등록상표가 메타버스상에서 일어나는 행위로 사용 요건을 충족할 수 있을지에 관하여는 여전히 의문이 생길 수 있기 때문이다.

결국 상품유형에 따른 등록 없이 현실세계와 메타버스 세계의 유사성을 근거로 유사 표지에 대한 보호가 추구되는 것이 정당한 권리자 입장에서 가장 유리하다고 할 수 있다.

---

319) 상표법 제2조 제1항 제11호 나목.

320) 박성호, "부정경쟁방지법을 통한 '메타버스'에서의 상품 디자인 보호", 법률신문 2023년 5월 25일자.

321) 당연히 이와 정반대로 공간을 꾸미거나 아바타에게 입히는 것이야말로 '이미지'의 역할에 충실한 것이라 볼 수도 있다. Felix Tann, "Markenrechtlicher Schutz im Metaverse: Warenähnlichkeit von virtuellen Gütern (insbesondere NFT) zu analogen Gütern und Softwareprodukten", *GRUR* 2022, 1644, p. 1648.

다. 상표권의 소진 문제

추가로 상표권에 있어 소진 문제도 중요하게 다뤄질 수 있다. 예를 들어 만약 메타버스 공간에서 상표권자 혹은 그 허락을 받은 사람이 정식으로 판매한 상표 부착 아이템이 일단 판매된 후에 이를 같은 메타버스 공간 또는 NFT를 통해 중고로 거래할 수 있는지, 또 거래한다면 이를 두고 상표권이 소진된 경우로 볼 수 있는지가 문제될 수 있다. 이는 메타버스 플랫폼이 이와 같은 거래를 허락하는지 여부와도 관련된 문제일 수 있지만, 중고거래가 가능해진다면, 상표권의 소진 문제도 함께 논의되어야 할 것이다.

2. 부정경쟁방지법에서의 한계

가. 일반론

사례 01:
의류를 지정상품으로 한 등록상표 A는 대한민국에서 널리 알려져 있다. 상표권자는 자신의 허락을 받지 않은 제3자가 자신의 상표와 유사한 표지를 메타버스의 공간장식과 아이템 로고로 사용하여 판매하는 것을 발견했다.

사례 02:
의류를 지정상품으로 한 등록상표 A는 10대에게 잘 알려져 있는데, 상표권자는 해당 상표를 메타버스에서도 적극 사용하고 있다. 그런데 상표권자의 허락을 받지 않은 제3자가 해당 상표와 유사한 상표를 가지고 공간장식과 아이템 로고로 만들어 판매하고 있다.

사례 03:
유명 프랜차이즈 패스트푸드점 A는 특유의 외관과 실내 인테리어로 일체감을 주는데, 해당 매장은 전국에 널리 분포되어 있고, 소비자로부터도 잘 알려져 있다. 프랜차이즈 본사의 허락을 받지 않은 제3자가 메타버스 공간에서 이와 유사한 레이아웃을 가진 건물과 인테리어를 만들고, 그 안에서 아이템 등을 판매하고 있다.

메타버스에서 표지 사용과 관련하여 부정경쟁방지법은 상표법에 비해 상당한 유용성을 제공한다. 즉, 부정경쟁방지법은 위에서 본 메타버스 상표 사용의 상표법상 문제에 대한 해결책을 제시해줄 수 있다. 일단 표지의 국내 주지성이 확인되면(관련 내용은 이하에서 검토), 상품 혹은 서비스의 동일·유사 여부는 부정경쟁행위를 위한 요건이 되지 않거나 완화된 기준하에서 적용되기 때문이다. 물론 수요자에게 혼동이 일어날 가능성이라는 측면에서 어느 정도 상품·서비스의 유사성이 요구된다고 볼 수 있지만, 이는 분류에 따라 등록을 받는 상표와 비교할 수 없는 것으로 상품의 동일·유사를 요건으로 하지 않는 것은 부정경쟁방지법상 표지 보호만이 가지는 차별화된 점이라 할 수 있다. 더욱이 메타버스 공간에서의 인지도는 문제된 표지가 가지는 주지성에도 영향을 줄 수 있다. 이에 따라 실물세계에서의 활동만으로 주지성을 얻기 어려운 표지가 메타버스에 힘입어 주지성을 얻는 것 역시 가능하다고 말할 수 있다.[322] 위 사례 02에서 보는 바와 같이 주지성은 메타버스 공간에서의 수요자 인식에 의해서도 좌우될 수 있다. 물론 메타버스가 단지 특정

322) Fabian Reinholz, "Metaverse und Recht: Das Recht des Metaverse: Ein Überblick", *GRUR-Prax* 2023, 478, p. 480.

연령대의 소수 이용자에 의해서만 이용된다면, 주지성을 얻었다고 보기 어렵지만, 적어도 메타버스를 통해 주지성 획득의 채널이 늘어난 것만은 부정할 수 없다.

메타버스에서 '유명' 표지를 보호하는 방안으로 법 가목과 나목을 상정해볼 수 있다. 우선 가목은 상표를 포함하여 여러 표지가 보호대상이 되고, 나목은 이를 넘어 영업주체를 나타내는 트레이드 드레스를 포함하는 더 다양한 표지를 보호의 대상으로 삼는다. 특히 나목은 "표지가 타인의 영업임을 나타내는 것으로 타인의 영업 자체에 관한 신용을 보호하려는 목적을 가지고 있"다는 점에서 차별화된다.[323] 서비스에 관한 상표와 그에 상응하는 표지가 대표적인 예라고 할 수 있지만, 이를 넘어서는 표지에 대해서도 보호가 인정될 수 있다.[324]

다만 트레이드 드레스의 보호와 관련하여 나목 외에도 파목이 적용될 가능성은 여전히 있다. 과거 영업장을 구성하는 개별 요소의 일체(이른바 전체적인 이미지)가 파목에 의해 보호받는 성과에 해당한다고 본 하급심 판례도 존재했는데,[325] 상품과 영업에 관한 표지 전반이 성과에 해당할 수 있기 때문이다. 그러나 파목에 대해 일반적으로 요구하는 보충성이라는 성격을 고려한다면, 2018년 나목의 개정을 통해 명시적으로 도입된 트레이드 드레스의 보호가 우선하고, 나목상 요건을 충족하지 못한 경우에만 파목상 개별 요건을 검토할 수 있다고 보는 것이 타당하다고 여겨지기도 한다.[326]

특히 나목에 의한 영업표지[327]의 보호는 메타버스 공간에서 현실세계에 있는 영업장과 비슷한 형태의 이미지나 3D로 렌더링된 오브젝트를 설치해두는 경우에 문제될 수 있다. 무엇보다 유명 브랜드의 메타버스 진출이 활발해진 상황에서 현실과 메타버스 세계에서 유사한 영업상 이미지를 발견한다면, 수요자에게 혼동이 야기될 수 있다.

다만 나목과 관련하여 논의되는 비기능적인 것만 트레이드 드레스로서 보호를 향유하는지는 논란거리가 될 수 있다. 우리나라의 다수설은 비기능적인 것에 대해서만 보호를 인정하는 것으로 보

323) 윤태식 대표편집, 앞의 책, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 나.목, 단락번호 2(이기리 집필부분).

324) 예를 들어 우리 대법원은 뮤지컬 캣츠 사건 판결에서 "뮤지컬의 제목이 거래자 또는 수요자에게 그 뮤지컬의 공연이 갖는 차별적 특징을 표상함으로써 구체적으로 누구인지는 알 수 없더라도 특정인의 뮤지컬 제작·공연 등의 영업임을 연상시킬 정도로 현저하게 개별화되기에 이르렀다면, 뮤지컬의 제목도 본목에서 정하는 '타인의 영업임을 표시한 표지'에 해당한다"고 본 바 있다. 대법원 2015. 1. 29. 선고 2012다13507 판결.

325) 서울고등법원 2016. 5. 12. 선고 2015나2044777 판결 참조.

326) 다만 국내 주지성을 획득한 표지가 파목상 "상당한 투자와 노력을 기울여 만든 성과물"에는 해당하지 않는 경우가 그렇게 흔하지는 않을 것이라 생각된다.

327) "부정경쟁방지법에서는 타인의 성명, 상호, 표장, 기타 타인의 영업임을 표시하는 표지로 규정하고 있는데, 부정경쟁방지법이 널리 알려진 타인의 영업표지를 보호하는 기본취지가 그 표지에 대하여 들인 많은 노력 및 투자와 그로 인하여 일반인들에게 널리 알려진 성과를 보호하여 무임승차자에 의한 경쟁질서의 왜곡을 막는 데에 그 목적이 있는 점 등을 고려할 때, 여기서 말하는 '기타 타인의 영업임을 표시하는 표지'의 의미는, 그 표지와 영업주체 사이에 강한 이미지 내지 독특한 특징에 의하여 결합되어 일반수요자가 일견하여 해당 영업표지를 특정 영업주체의 표지라는 것을 인식할 수 있을 정도의 식별력을 갖추고 있고, 나아가 어떤 영업표지가 장기간에 걸쳐 특정 영업주체의 표지로 계속적·배타적으로 사용되어 그 표지가 가지는 차별적 특징이 일반수요자에게 특정 영업주체임을 인식시킬 정도로 현저하게 개별화된 정도에 이르렀다면 부정경쟁방지법의 보호대상이라 할 것이고, 또한 이는 반드시 상표나 표장 등 어떠한 표시에 한정할 이유는 없고, 특정 영업주체의 특징적인 영업방식이나 영업형태라도 위 성명, 상표 등의 예에 포함될 수 있을 정도나 그와 동일시할 정도의 표시성을 수반하는 형태로 자타구별기능과 출처표시기능이 제공되는 경우나 특정한 영업방법 자체가 특정인의 영업활동과 지극히 밀접하게 결합되거나 혹은 그 영업방법을 점속하는 것이 유일하게 동일인의 영업활동으로 인식할 수 있을 정도에 이르는 경우에 있어서는 어떠한 영업방법도 대외적으로 표시기능을 취득하여 부정경쟁방지법 소정의 영업표시로 될 수는 있다고 할 것이다." 서울고등법원 2008. 6. 19. 선고 2008노108 판결.

이는데,[328] 메타버스에서도 동일한 논리가 적용되어야 하는지는 의문시된다. 한편으로 현실세계에서 기능적인 부분이 메타버스에서 비기능적으로 사용될 수 있다는 점에서 기능적 부분에 대해서까지 보호가 미쳐야 한다고 볼 수도 있다. 반면 기능적인 부분에 대해서 -그것이 어떻게 쓰이든- 독점을 인정하는 것은 표지법, 더 나아가 부정경쟁방지법의 기능이 아니라고 본다면, 이를 보호하는 것이 과보호의 문제로 귀결될 수 있다. 다만 메타버스에서 단순화된 형태로 구현되는 트레이드드레스는 대부분 비기능적인 것으로 볼 수 있다는 점에서 일단 주지성을 취득한 후에는 영업출처로서의 보호가 가능할 것으로 보인다. 이에 따라 사례 03의 경우에 원칙적으로 나목에 의해 포섭될 수 있다고 사료된다.[329]

그럼에도 불구하고 부정경쟁방지법은 직접 권리를 부여하는 상표 등에 비해 보호범위가 넓지 않고, 실무적으로 그 위상이 낮게 설정되어 있다는 점은 메타버스에 대한 법적용에 한계로 지적될 수 있다. 우리 대법원은 이른바 헬로키티 사건에서 캐릭터가 국내에서 주지성을 가진다고 하여 그것이 출처표시로서의 기능이 담보되는 것은 아니라는 입장을 밝힌 바 있다.[330] 더욱이 법원은 비전형적인 표지의 보호와 관련하여 부정경쟁방지법이 디자인권이나 특허에 대한 예외에 해당한다는 점과, 그에 따라 특정 표지가 주지성에 더해 출처표시로서의 기능까지 갖춘 경우에만 비로소 작동한다는 점을 강조한 바 있다.[331] 따라서 메타버스에서의 표지 보호는 나름 엄격한 기준에서 평가된다는 점에 주목하면서 법제의 개선방안에 대해 고민해 볼 필요가 있다고 생각된다. 따라서 부정경쟁방지법의 부정경쟁 행위유형 중 가목과 나목이 메타버스에 어떤 영향을 미칠지는 단정하기 어려우며, 현재 법원의 태도로 이를 유추해보는 것 역시 한계가 있다.

나. 상품·사용 개념의 문제

상표법의 문제이기도 한데, 우리 부정경쟁방지법 가목은 표지를 '상품'에 '사용'하는 것을 부정경쟁행위 내지 침해행위로 보고 있다.[332] 상표법에 사용 개념에 대해서는 정의가 있지만, 상표법과 부정경쟁방지법 모두 상품 개념에 대해서 어떤 정의규정도 두고 있지 않다. 상품 개념정의가 부재하다는 점에서 우선 이를 광범위하게 해석하는 것이 가능하다고 일단 전제할 수 있다.[333]

학계의 견해는 나뉘는데, 상품이란 그 개념상 한계로서 유형물만을 의미한다고 해석하는 입장이 있다. 이는 부정경쟁방지법 가목과 나목에서 '상품'표지와 '영업'표지를 구별하고 있다는 점에서 상품의 범위가 제한적이라 보아야 한다고 주장한다.[334] 이에 반해 유체물뿐 아니라 경제적 가치가 사회적으로 승인되고 독립적으로 거래되는 무형물도 상품이 될 수 있다는 견해도 있는데, 주로 상품에 대한 정의가 부재하다는 근거를 제시한다.[335] 따라서 이 부분에 대해서는 최소한 논란이 있

328) 윤태식 대표편집, 앞의 책, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 나.목, 단락번호 5(이기리 집필부분). 이에 반해 명시적 요건이 존재하지 않는다는 이유로 비기능적일 것이 요구되지 않는다는 주장 역시 있다. 정상조 대표편집, 앞의 책, 21면(부정경쟁방지법 제2조 제1호 가.목 및 나.목; 이대희 집필부분).

329) 본 보고서의 초안에 관한 자문의견 중에는 메타버스 세계에서 가목상 상품표지와 나목상 영업표지 사이에는 사실상 차이가 없다는 평가가 포함되어 있다.

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

331) 대법원 2007. 7. 13. 선고 2006도1157 판결.

332) 부정경쟁방지법 나목에는 영업표지와 상품의 관계에 관한 명시적 요건이 없으나, 우리는 가목과 나목의 적용범위를 비교적 엄격하게 나누는 것으로 보인다.

333) 조영선, "상표의 사용개념에 대한 입법론적 고찰", 저스티스 제108호(2008. 8.), 142면.

334) 윤태식 대표편집, 앞의 책, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 바.목, 단락번호 5(이기리 집필부분).

을 것이라 생각된다.

한편 사용 개념과 관련하여, 상표법은 개정을 통해 사용 개념에 디지털 제공을 포함시킨 바 있다.[336] 물론 해당 개정을 통해 비로소 인터넷, 디지털, 네트워크 등으로 대변되는 가상공간에서의 상표 사용이 상표법에 의해 포섭되었다고 말하기는 어렵다. 그럼에도 본 개정은 다분히 디지털 세계에서 상표 사용이 유형물인 상품에 국한되지 않는다는 점을 명확하게 하기 위한 시도로 보이는데,[337] 부정경쟁방지법상 사용이 여기에 준하는 것인지는 -적어도 법문상으로- 그렇게 분명한 것은 아니다. 동 사용 개념이 상표적 사용에 준하는 개념으로 이해되는지, 그보다 넓거나 좁은 개념으로 보아야 하는지에 대해서는 명백한 판례의 태도가 존재하지 않는다. 다만 화자에 따라 정의규정이 없다는 점에서 이를 상표의 사용보다 넓게 볼 수 있다는 견해가 있다. 예를 들어 최성준 판사는 다음과 같이 설명한다.

> 상표법과는 달리 사용의 개념을 별도로 규정하고 있지 않으므로 부정경쟁방지법에서의 '사용'의 개념은 상표법과는 달리 보다 탄력적이고 유연하며 넓게 해석되어질 수 있을 것이고, 아울러 그 개념은 다음에서 설명하는 구체적, 실질적인 혼동가능성과 관련하여 의미가 확정될 것이다(각주 생략). 그렇다고 하여 가, 나, 다목에서의 '사용'의 개념을 무한정 넓게 해석할 수는 없고, 최소한 '상품과 관련된 일체의 사용행위', '영업에 관련된 일체의 사용행위', '상업적 사용'이어야 한다는 한계가 있다.(각주 생략)[338]

다만 사용 개념의 해석은 정의규정이 없다는 이유만으로 무제한적으로 확대되기 어렵다. 다시 말해 부정경쟁방지법은 거의 대부분 개념에 정의를 포함하고 있지 않다는 점에서 명백한 입법의도가 발견되지 않는다면, 유연하고 발전적인 해석이 늘 바람직하다거나 그렇게 될 것이라 기대할 수 있다고 말할 수 없다.[339] 물론 사용 개념의 개선 필요성과 관련해서 현행법으로도 충분하다는 의견이 있다.[340] 특히 우리 대법원은 인터넷 광고에서 상표를 표시한 것에 상표적 사용을 긍정한 바 있다.[341] 그러나 대법원이 상표 사용 여부에 관하여 종합적 판단을 요구한다는 점[342]과 사안에 따른 해석론이 달리 전개되어 혼란을 야기할 수 있다는 점에서, 법문에서의 명확화가 결코 잘못된 결과를 초래하지는 않을 것이라 본다.

결국 입법적 해결을 염두에 두되, 판례가 종합적인 고려를 어떻게 해나가는지 지켜보는 것이 타당할 것이라 생각된다.

---

335) 윤태식, 부정경쟁방지법, 박영사, 2021, 64면.

336) 상표법 제2조 제1항 제11호 나목: "상품 또는 상품의 포장에 상표를 표시한 것을 양도·인도하거나 전기통신회선을 통하여 제공하는 행위 또는 이를 목적으로 전시하거나 수출·수입하는 행위"

337) <https://www.shinkim.com/kor/media/newsletter/2030>.

338) 최성준, "인터넷상에서의 상표법상 문제점", 저스티스 제87호(2005. 10.), 32면.

339) 우리 대법원은 이른바 롤스로이스 사건 판결에서 부정경쟁방지법상 표지의 사용이 상품/영업에 관련된 일체의 사용행위로 정의하면서도, "도메인 이름의 양도에 대한 대가로 금원 등을 요구하는 행위는 도메인 이름을 상품 또는 영업임을 표시하는 표지로 사용한 것이라고는 할 수 없다"고 함으로써 사용 개념이 가진 한계를 드러낸 바 있다. 대법원 2004. 2. 13. 선고 2001다57709 판결.

340) 동 보고서의 초안에 대한 자문의견에 의하면, 현재의 사용 개념으로도 인터넷/메타버스에서의 이용행위를 충분히 커버할 수 있고, 이를 개정할 경우에 도리어 혼란이 발생할 수 있다는 의견이 있었다.

341) 대법원 2012. 5. 24. 선고 2010후3073 판결.

342) 대법원 2003. 4. 11 선고 2002도3445 판결.

또한 사용이라는 허들을 넘는다고 해도 문제된 표지를 출처표시로 사용해야 하며, 이는 표지를 장식적으로 혹은 의장적으로 사용하는 것과 구별된다. 예를 들어 구글 지도에서 제공되는 스트릿뷰(Street View)나 구글 어스(Google Earth)는 지면에 있는 사물을 그대로 촬영하여 제공하면서 간판이나 건물에 새겨진 표지를 표시해주지만, 이를 두고 상표법 또는 부정경쟁방지법상 표지의 사용으로 보기는 어렵다.[343] 그러나 때때로 이들의 구별이 어려울 수 있는데, 예를 들어 구글 어스에서 기존 표지를 다른 가상의 표지로 대체하는 마케팅을 전개한다면, 이는 당연히 사용 개념에 포섭될 수 있어야 한다. 이런 모호성을 해소하기 위해서는 법리의 발전과 판례의 축적이 필요한 것으로 사료된다.

앞서 지적한 바와 같이 메타버스에서 표지가 이용되는 것은 반드시 판매 등 디지털 재화에의 활용을 전제로 하지 않을 수 있다는 점에서, 또 디지털 재화에의 사용을 목적으로 하더라도 그것이 단지 장식적인 의미만 갖는다고 볼 수 있다는 점에서 논란의 여지가 남아 있다. 필요한 입법을 강구하되, 신중한 접근 역시 요구된다.

다. 유명한 정도의 문제

어떠한 표지 사용이 부정경쟁방지법 가목이나 나목에 해당하기 위해서는 문제된 표지가 최소한 국내 주지성을 갖추어야 한다. 메타버스는 지역적 및 국경의 한계를 극복한 시·공간적 개념이지만, 조문상 숱어인 "국내에서 널리 인식된"이 게임이나 여타 메타버스 서비스를 포함하여 특정 플랫폼을 이용하는 국내 이용자만을 인식의 주체, 즉 수요자라고 여기지는 않을 것이다. 이와 관련하여 우리 판례는 "국내의 일정한 지역적 범위 안에서 거래자 또는 수요자들 사이에 알려진 정도로써 족하다."는 입장인데,[344] 이는 지역과 수요자를 기준으로 판단됨을 암시한다. 예를 들어 대법원은 "대구와 그 인근 지역 일반 수요자들에게 특정 출처의 상품임을 연상시킬 정도로 개별화되어 자타 상품의 식별기능을 가지는 상품표지로서 널리 알려져 있었다고 봄이 상당하다."고 판시함으로써 지역 기반 주지성을 인정한 바 있고,[345] 다른 판결에서는 국내 영업의 규모와 광고를 기준으로 판단하기도 했다.[346] 경우에 따라서는 비슷한 형태(표지)가 기존에 다른 사물에서도 사용된 바 있다는 점,[347] 국내 점유율 및 언론 등에서의 긍정적 평가,[348] 국내 포털 사이트에서 검색한 결과로 도출되는 블로그 포스트의 수 등이 기준이 되기도 한다.[349]

이들로부터 알 수 있는 국내 주지성은 국내에서 널리 알려져 있을 것을 원칙으로 하지만, 지역적으로 특정 수요자에게 알려져 있는 것에 대해서도 가목 및 나목을 적용할 수 있는 정도라는 결론에 이를 수 있다. 이는 오프라인 표지에 있어서는 합리적인 기준일 수 있으나, 온라인을 넘어 메타버스 세계에서 표지사용을 통해 '국내 주지성'을 획득하는 것이 가능한지에 대해서는 의문이 생긴다. 물론 국내에서 주지성을 가진 상표를 메타버스에서 사용하는 것에 대해서는 통제가 가능

343) 자문의견에 의하면, 증강현실과 가상현실은 구별되어야 하는데, 통상 증강현실 역시 일종의 가상현실로 볼 수 있고, 그 구별이 모호해지는 경우도 많다.
344) 대법원 2001. 4. 10. 선고 2000다4487 판결 등 참조.
345) 대법원 2012. 5. 9. 선고 2010도6187 판결.
346) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011도10978 판결.
347) 특허법원 2017. 10. 19. 선고 2016나56 판결.
348) 대법원 2008. 9. 11.자 2007마1569 결정.
349) 서울고등법원 2021. 4. 8. 선고 2019나2054093(본소), 2020나2013029(반소) 판결.

하지만, 애초에 메타버스 내에서 사용이 이루어지고, 메타버스에서 유명세를 얻은 경우에 국내 주지성의 요건을 갖춘다는 것이 법개념상 불가능해 보인다는 점에서 이 경우 부정경쟁방지법 파목에 의한 보호만 가능할 뿐이다. 이 부분에 대해서까지 규율이 필요한지에 대해서는 아직까지 많은 논의가 이루어지지 않는 것으로 보이는데, 메타버스의 발전 상황을 면밀히 보면서 규율·입법 필요성을 검토해야 할 것으로 사료된다.

한편 국내 주지성을 가지는 표지가 메타버스 사용으로 혼동을 일으킬 수 있는지와 관련하여, 만약 표지 사용이라는 개념만 충족할 수 있다면, 다른 종류의 상품이나 영업에 사용하는 것으로부터 광범위한 보호가 이루어질 수 있다고 생각된다. 우리 법원은 "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 당해 상품표지의 소유자나 그와 특수관계에 있는 자에 의하여 그 상품이 생산·판매되는 것으로 인식하여 상품의 출처에 혼동을 일으킬 수가 있"다고 전제했으므로,[350] 메타버스에서도 혼동의 개연성이 있다면 동일·유사 표지의 사용이 부정경쟁행위가 될 수 있다고 본다.

3. NFT 부정발행의 문제

가. 문제제기

설령 현실의 상표를 다운로드 가능한 이미지로 등록할 수 있다고 하더라도 NFT의 발행은 이와는 다른 문제일 수 있다.

앞서 본 바와 같이 우선 NFT를 발행하거나 NFT에 외부의 이미지를 링크하는 행위만으로 상표법이나 부정경쟁방지법상 보호표지를 사용한 것이라 보기 어려울 수 있다. 더 나아가 NFT 자체를 다운로드 가능한 이미지로 볼 수도 없다. 즉, NFT 자체가 상품이나 서비스가 되기에 부족하고, NFT의 발행이나 관련 링크행위를 상표의 사용으로 의율하기 어려울 수 있다. NFT는 일종의 인증서 내지 증명서(서류)로서 이미지를 수반하지 않으며, 해당 인증서는 링크된 이미지의 원본성을 직접 보장하기보다는 발행기관의 신뢰성을 바탕으로 대중이 이를 진실한 것으로 인식하도록 유도할 뿐이다.

이와 같은 태도는 아래에서 보는 바와 같이 EU 지식재산청에 의해서도 확인되는데, 지식재산청은 NFT가 단지 다른 데이터(전자적 간행물) 등에 종속되어서 이에 필요한 인증을 제공할 뿐이지, 전자적 간행물로서의 성격을 갖추지 못한 것으로 평가한 바 있다.[351]

실제 권한이 없음에도 NFT를 발행하는 것은 기망으로서 그 자체로 민법상 불법행위나 부정경쟁방지법 파목상 성과모용에 해당할 개연성이 높지만, 이는 표지 보호의 결과라기보다 법익침해나 위법성 있는 행위에 대한 제재 성격이 강하다고 할 것이다.

또 설령 NFT 자체에 이미지가 포함되어 그것 자체가 다운로드 가능한 이미지라는 상품군에 포섭된다고 하더라도 앞서 메타버스에서 본 한계, 다시 말해 유사 상품분류에 따른 등록이 필요하고, 상표 불사용에 따른 상표취소에 대응해야 한다는 점에서 비교적 한계가 명확하다고 볼 수 있다.

350) 대법원 2001. 4. 10. 선고 2000다4487 판결.
351) EUIPO, "Virtual Goods, Non-Fungible Tokens and the Metaverse".

나. 부정경쟁방지법에 의한 해결방안: 바목을 중심으로

사례 04:
A는 유명 브랜드에서 나온 신상품 컬렉션을 상표권자 등의 허락 없이 디지털 이미지로 다운받은 후, 이를 대상으로 하는 NFT를 발행·판매했다. 개별 NFT에는 일련번호가 부여되어 있었다.

사례 05:
사례04와 동일한 사안에서 A는 해당 NFT를 자신이 개설한 판매 사이트 및 제3자의 거래 사이트에 올려 광고하면서 "공식 인증을 받은 NFT를 한정 판매"한다는 내용과 "NFT로 해당 디지털 이미지에 대한 영구적 소유권을 보장"한다고 표시했다.

사례 06:
사례05와 동일한 사안에서 인플루언서 B는 A가 만든 NFT가 희소성과 투자 가치가 있다는 점을 홍보해주면서 수익 중 일부를 분배받기로 약속했다.

사례 07:
사례05와 동일한 사안에서 A는 자신이 개설한 사이트와 NFT 거래 오픈마켓 사이트에서 위 NFT를 판매했다.

(1) 일반론

위 논리는 표지 보호에 관한 부정경쟁방지법 가목 또는 나목(더 나아가 다목)에도 적용될 수 있다. 비록 상표·사용 개념을 넓게 볼 수 있다고 하더라도 NFT와 그것이 대상으로 삼는 이미지, 영상 또는 기타의 콘텐츠가 동떨어져 있다는 것이 문제될 수 있다. 즉, 표지의 직접 사용 없이 그 인증서만을 발행하거나 판매한 것이 부정경쟁행위가 되기 어렵다. 인증서에는 표지가 포함되지 않거나, 출처표시로 표현되지 않기 때문이다.

가목 등이 NFT 발행 문제를 다루는 데 적합하지 않다면, 다른 부정경쟁행위의 유형을 적용해 보는 방법도 고려해볼 만하다. 우선 고려해볼 수 있는 것은 바목이라 생각된다. 바목은 라목 및 마목과 함께 고객을 부정하게 획득하는 '오인유발행위'에 속한다고 평가된다.[352] 이는 일차적인 목표가 표지 권리자 보호가 아니라 소비자 보호에 있다는 점에서 차별점이 있기는 하지만,[353] 소비자 보호의 결과가 표지 관련 행위를 통제한다는 점에서 표지 권리자를 보호한다고도 볼 수 있고, 표지 권리자에게 구제조치를 취할 수 있도록 해두었다는 점에서 결국 권리자를 보호하는 것이다. 바목에서 예정한 세 가지 부정경쟁행위는 다음과 같이 나누어볼 수 있다고 한다.

- 이른바 사칭(詐稱)
- 상품의 품질, 내용, 제조방법, 용도 또는 수량을 오인하게 하는 선전 또는 표지를 하는 행위
- 그러한 방법이나 표지로 상품을 유통시키는 행위[354]

352) 이들 규정의 취지와 관련하여 "이는 부정경쟁방지법의 목적인 건전한 거래질서 유지의 전제인 '수요자의 정확한 정보확보'를 보장하기 위한 규정"이라고 설명되기도 한다. 박준우, "부정경쟁방지법상 타인상품사칭과 품질오인유발의 행위유형 검토: 제2조 제1호 바목 관련 판례를 중심으로", 정보법학 제22권 제3호(2018. 12.), 3면 참조.

353) 윤태식 대표편집, 앞의 책, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 바.목, 단락번호 1(이기리 집필부분).

354) 이 마지막 행위유형은 사칭 및 그 밖의 유인행위 모두에 적용될 수 있다. 이에 따라 바목상 행위유형은 크게

비록 바목상 여러 개념이 불확정적이기는 하지만, NFT의 부정발행은 위 세 유형에 모두 해당하거나, 적어도 두 가지 행위에 해당할 수 있다고 생각된다.

(2) 사칭행위

사칭행위는 자신의 상품을 타인의 상품인 것처럼 속이는 것을 말한다. 다만 사칭이 무엇을 의미하는지에 대한 정의가 따로 제시되어 있지 않고, 국어대사전에서 사칭을 "이름, 직업, 나이, 주소 따위를 거짓으로 속여 이"르는 것으로 정의하고 있다는 점에서 이는 충분히 광의로 해석될 수 있다고 생각된다. 더욱이 영미법, 특히 영국법상 사칭통용(passing off)에 관한 법리 역시 우리 부정경쟁방지법에 영향을 미친 것으로 평가된다는 점에서 업무상 신용을 보호하는 조치가 사칭행위를 금지함으로써 실현된다는 점을 염두에 두어야 할 것이다.[355] 그런데 위에서 본 바와 같이 부정경쟁방지법상 상품 개념의 광의로 해석될 수 있다는 점에서(위에서 보는 바처럼 논란은 있음) 자신이 발행한 NFT가 타인의 상품(타인의 표지를 포함하는 상품들)이 동일하거나 동질의 것이라고 속이는 것 역시 사칭이라 해석될 가능성이 있다. 우리 대법원은 타인의 상품을 자신의 상품인 것처럼 속이는 것 역시 당해 유형의 부정경쟁행위로 본 바 있는데,[356] 적어도 바목이 협소하게 해석되지 않을 것이라는 점만은 확인할 수 있고, 반드시 타인의 상품을 자신 혹은 제3자의 상품으로 속여서 판매할 필요는 없다.[357] 물론 NFT를 물건으로 볼 것인지, 일종의 서류나 증서로 볼 것인지에 대해서는 논란이 있을 수 있지만, 실제 NFT가 거래의 대상이 된다는 점에서 상품이라는 성격을 아예 부정하기 어렵다고 생각된다. 사칭이란 위와 같은 정보를 주거나 거래에 필수적인 정보를 제공하지 않는 경우를 포괄한다고 볼 수 있다.[358]

위 사례 04에서와 같이 자신이 정당한 권원 없이 발행한 NFT를 타인, 즉 상표권자 등의 NFT로 사칭하는 것이 바목상 사칭행위에 해당할 가능성이 있다. 즉, NFT의 부정발행으로 타인의 상품과 자신의 NFT가 관련되어 있다는 점을 보인다는 점에서 거래상 신용에 편승하려는 것이고, 이로써 소비자에 대한 기망이 발생한다. 위에서 본 바와 같이 사칭은 단지 타인의 상품을 자신의 것으로 속이는 것을 넘어서는 개념으로 보아야 하기 때문에 반드시 상품 대 상품으로 사칭해야만 하는 것은 아니다. 위에서 지적한 NFT가 상품인지의 문제는 제기될 수 있고, 우리 판례의 태도가 그렇게 명백한 것은 아니지만, 적어도 사칭행위를 통해 보호하려는 법익과 NFT 부정발행에 따라 침해되는 법익 사이에서는 공통된 부분이 많다. 물론 법의 개정을 통해 그 의미를 더욱 명확화하

두 가지로 혹은 네 가지로도 볼 수 있다.

355) 정문기, "영국의 사칭통용 법리의 기원과 발전", 『고려법학』, 통권 제107호(2022. 12.), 405면.

356) 대법원 1989.6.27. 선고 87도1565 판결.

357) 최정열 · 이규호, 『부정경쟁방지법』, 제5판, 진원사, 2022, 164면.

358) 사칭은 민법상 사기에 의한 불법행위 및 형법상 사기죄에 해당하는 것이 일반적일 것이다. 윤태식 대표편집, 앞의 책, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 바목, 단락번호 4(이기리 집필부분). 그런데 우리 대법원은 "사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것이고, 이러한 소극적 행위로서의 부작위에 의한 기망은 법률상 고지의무 있는 자가 일정한 사실에 관하여 상대방이 착오에 빠져 있음을 알면서도 이를 고지하지 않는 것을 말한다"고 설명한 바 있다. 대법원 2000. 1. 28. 선고 99도2884 판결. 또 "법률상 고지의무는 법령, 계약, 관습, 조리 등에 의하여 인정되는 것으로서 문제가 되는 구체적인 사례에 즉응하여 거래실정과 신의성실의 원칙에 의하여 결정되어야 한다. 그리고 법률상 고지의무를 인정할 것인지는 법률문제로서 상고심의 심판대상이" 된다고도 한다. 대법원 2020. 6. 25. 선고 2018도13696 판결. 이를 종합해보면, NFT에 관한 필수적인 정보를 제공하지 않은 것 역시 사기죄의 구성요건으로서 기망과 부정경쟁방지법 바목상 사칭 모두에 해당할 수 있다고 생각된다.

는 것이 바람직할 것이지만, 현행법도 NFT 부정발행 문제를 해소하는 데 어느 정도 역할을 할 것으로 사료된다.

(3) 오인야기 선전행위

더 나아가 NFT의 부정발행과 결부되어 이를 판매 사이트 등에 게시하거나 판매/경매 사실을 알리는 것은 바로의 두 번째 행위유형인, 상품 또는 광고에 품질, 내용 등을 오인하게 하는 선전·표지 행위에 해당할 수 있다. 비록 NFT 발행 혹은 발행된 NFT를 상품으로 볼 것인지, 또는 서비스로 볼 것인지 의문이 있기는 하지만, NFT의 부당한 광고행위는 위 행위의 다른 요건들을 모두 충족한다고 볼 수 있다.

일단 '광고'란 "영리를 목적으로 도·소매업자, 소비자 등 불특정 거래자를 대상으로 상품에 대한 정보를 제공하는 행위"를 의미한다는 점에서[359] 판매를 위해 NFT를 게시하는 것만으로 광고행위를 한 것이라 볼 수 있고, NFT에 진실성과 원본임에 대한 기망적인 정보가 포함된다면, 이는 상품에 관한 잘못된 정보를 표지한 경우라 할 수 있다. '선전·표지'는 정보전달 수단에 의한 정보제공을 포함한다고 할 수 있으므로[360] 정당한 권리자에 의하지 않은 NFT를 적법한 것으로 속이는 정보를 제공하는 것을 포괄할 수 있다.

이렇듯 NFT에 대한 광고에서 정당한 권원 없는 상품을 적법한 것으로 선전하거나 표지하는 것은 상품의 "내용"에 관한 선전·표지로 이해할 수 있을 것이다.[361] 또 NFT의 "품질"과 관련하여 그 대상 상품이 가진 희소성에 관하여 잘못된 표기를 하는 것, 또 "수량"과 관련하여 대상이 제한된 수량으로만 발행될 것이라는 정보제시나 홍보 역시 문제되는 선전·표지로 이해할 수 있다.

다만 NFT는 대상물을 직접 포함하고 있지 않다는 점에서 대상물의 "품질" 및 "수량"에 대한 기망을 어떻게 판단할지 어려움이 생길 수 있다. 예를 들어 유명 브랜드의 운동화를 NFT로 거래하는 경우 그 대상을 운동화로 볼 것인지, 그렇지 않고 이를 찍은 사진/이미지로 볼 것인지가 문제될 수 있다. 또 한정판 운동화에 대해 한정 수량의 NFT를 발행하는 경우에 이것이 해당 '디지털' 운동화가 한정 수량이라는 것을 의미하는지, NFT 거래 수량이 제한되어 있다는 것을 의미하는 것인지가 분명하지 않을 수 있다. 이는 관련 시장이 활성화되고, 거래관행이 확고해진 이후에야 그 기준을 마련할 수 있을 것이다.

끝으로 위 부정경쟁행위가 되기 위해서는 해당 선전·표지가 "오인하게 하는" 것이어야 하는데, 그 과정은 다음 세 단계로 나누어지는 것으로 이해된다.

- 수요자의 확정
- 수요자의 평균적 이해 및 인식 고려
- 위 수요자와 이해 수준에 따라 오인 여부 판단

359) 윤태식 대표편집, 앞의 책, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 바.목, 단락번호 5(이기리 집필부분).
360) 윤태식 대표편집, 위의 책, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 바.목, 단락번호 5(이기리 집필부분).
361) 판례는 이와 관련하여 "상품의 속성과 성분 등의 품질, 급부의 내용, 제조 및 가공방법, 효능과 사용방법 등의 용도 또는 상품의 개수, 용적 및 중량 등의 수량에 관하여 일반 소비자로 하여금 오인하게 하는 허위나 과장된 내용의 표지를 하거나 그러한 표지를 한 상품을 판매하는 등의 행위"라고 설명한 바 있다. 대법원 2012. 6. 28. 선고, 2010도14789 판결.

물론 구체적인 판단은 개별 사안에 따라 달라지겠지만, 사례 05의 경우 원칙적으로 바목에서 예정한 두 번째 부정경쟁행위에 해당할 수 있다. 위 요건을 갖춘다면, 사례 06과 같은 경우에도 광고행위를 통해 수요자의 오인을 야기한 것으로 볼 수 있다.

(4) 오인야기 판매행위 혹은 성과모용

마지막으로 부당하게 생성된 NFT를 판매하는 것은 바목의 세 번째 행위유형인 "이러한 방법이나 표지로써 상품을 판매"하는 행위에 해당할 수 있다. 동 세 번째 유형이 가진 독립적인 의미에 대해서는 의구심이 생기지만, 사례 07과 같이 오인야기의 표지에 더해 이것이 판매행위로까지 이어진 경우에도 부정경쟁행위에 해당할 것이다. 특히 표지와 판매의 주체가 각기 달라지는 경우에도 부정경쟁행위가 성립할 수 있을 것이다.

위에서 본 바와 같이 발행된 NFT를 상품으로 볼 수 있는지 여부가 논란이 될 수 있다. 또 NFT와 결부된 이미지, 영상 등 외부 출처에서 나오는 것들을 전체적으로 상품으로 볼 수 있는지 여부와 관련해서도 논란이 제기될 수 있다. 물론 브랜드, 상표, 기타 표지 자체를 상품으로 볼 수 없을 것이지만, 적어도 현실세계에서 널리 알려진 브랜드를 부착한 상품에 관하여 잘못된 정보를 제공하고, 이를 토대로 판매 등 영리활동을 하는 것은 오인야기행위로 의율할 필요가 있고, 해석론적 해결뿐 아니라 입법적 해결 역시 강구될 수 있다. 무엇보다 NFT는 일종의 전자증명서라는 성격을 가진다는 점에서 "상품"보다는 라목 및 마목에서와 같이 "거래상의 서류 또는 통신"[362]을 통한 오인야기의 통제를 명문화할 필요성도 제기될 수 있다.

한편 이러한 행위가 바목에 의해 포섭되지 못하더라도 타인의 성과를 NFT로 발행하거나 거래하는 것은 파목에 따른 성과의 모용행위로 규율될 가능성이 충분히 있다. 다만 성과의 모용이라는 범주에 속할 수 있는 모든 행위가 부정경쟁방지법 파목에 의해 자연스럽게 포섭되는 것이 아니라는 점에서(특히 보충성이라는 제약에 의해) NFT의 부정발행과 관련하여 마치 도메인 네임의 부정등록과 사용에 관한 별개의 목이 마련된 것과 유사하게 대응이 필요한지에 대해서는 논의가 필요하다고 생각된다. 더욱이 아래에서 보는 바와 같이 우리 부정경쟁방지법 바목의 모범이 된 것으로도 볼 수 있는 독일 부정경쟁방지법 제5조에서는 우리의 상품 관련성 등 한계가 설정되어 있지 않다는 점에서 -NFT 문제에 대한 대응 차원뿐 아니라 - 오인야기행위에 관하여 전반적으로 유연화가 요청된다고 말할 수도 있다.

이런 점을 종합해보면 NFT를 위한 특별규정이나 사칭을 포함한 오인야기를 위한 유연한 규정의 마련이 필요할 수 있다.

4. 비교법

가. 메타버스 관련

362) 통상 거래상 서류 및 통신은 "영업상 통상 사용되는 송장, 계산서, 견적서, 주문서, 소개장, 추천서 등 일체의 서류 및 편지, 전단지, 전보, 팩스 및 e-mail 등을 통한 통신"을 의미한다. 윤태식 집필대표, 위의 책, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 라.목, 5(윤태식 집필부분).

(1) 미국

미국 상표법이 메타버스에 직접적으로 대응한 사례를 찾기는 어렵다. 그러나 메타버스를 위해 상표등록을 하는 것은 가능하고 유효한 것으로 여겨진다. 이에 따라 이미지/비디오 파일(NFT와 관련된 것 역시 포함)을 포함하여 다운로드 가능한 가상의 상품에 관하여는 9류, 가상 의류 및 액세서리의 온라인 소매업 또는 엔터테인먼트 서비스[363]에 대해서는 35류, NFT 생성 및 거래, 플랫폼 제공 등은 파이낸스 서비스로서 36류에 등록하여 보호받을 수 있다고 한다.[364]

하지만 상표등록에 한계가 있다는 점에 대해서는 앞서 본 바 있는데, 이는 미국에서도 크게 다르지 않다. 문제는 도리어 현실세계의 상품과 메타버스상 디지털 재화를 유사 상품으로 구별할 수 있는지 여부라고 할 수 있다. 위 해외 사례에서 본 바 있는, 메타버킨스를 만든 Rothschild는 에르메스의 버킨백과 유사한 이미지를 만들기는 했지만, 이는 메타태그, 인터넷 사이트명, 제목, 슬로건 등의 의미만을 가질 뿐, 이를 상표로서 사용했는지 여부는 그렇게 분명한 것은 아니었다. 그러나 아래에서 보는 것처럼 미국의 연방법원은 이를 상표적 사용에 해당하는 것으로 보았다. 물론 이른바 Rogers 테스트[365]와 그 이후에 제9 연방항소법원에 의해 발전한 법리에 의하면, First Amendment에 의해 -비록 어느 정도 상업적인 성격이 있더라도 - 상표 사용이 표현의 자유에 의해 정당화될 수 있는 경우들도 있다.[366] 그럼에도 판례는 메타버킨스는 표현의 자유에 의해 포섭되는 이용에 해당하지 않는다고 보았다.

다만 이 메타버킨스 사례를 메타버스에 그대로 적용하기는 어려울 수 있는데, 메타버킨스를 통해 판매한 이미지는 단지 NFT를 통해 판매되었을 뿐, 그것을 메타버스에서 소비할 수 있도록, 다시 말해 아바타를 장식하는 데 사용할 수는 없었다. 그럼에도 불구하고 이 사례는 NFT 다시 말해 상표의 사용임이 메타버스에서보다 더 문제될 수 있는 경우들(즉, NFT 발행, 태깅, 사이트 개설 등)에 적용했다는 점에서 메타버스에까지 확대 적용될 가능성을 높였다고 평가할 수 있다.

다만 이 사건은 NFT와 더욱 관련되어 있다는 점에서 NFT 관련 비교법 과정에서 자세히 다루기로 한다.

(2) 유럽

유럽의 상황을 보면, 유럽 공동체 상표(EU trademarks)를 기준으로 2021년 중순~2022년 중순에 non-fungible tokens 또는 NFT라는 술어를 포함하는 상표등록이 전년 대비 45배 증가한 것으로 알려져 있다.[367] 그럼에도 메타버스는 여전히 그렇게 큰 주목을 받지는 못하고 있는데, EU 공동체 상표를 기준으로 2021년 12월에 와서야 메타버스라는 술어가 포함된 상표가 출원되었다.[368] 이처럼 메타버스에 관한 관심은 아직까지 그렇게 높지 않으며, 관련 문제에 선제적으로 대

363) NFT 판매업 등 포함한다.

364) 그 밖에도 이미지 컬렉션에 대해서는 41류, NFT 만재에는 42류가 적용될 수 있다고도 한다. 이상 Julia Vaughan-Jones, "Fashion Forward: How Luxury Brands, Handbags, and NFTs Are Shaping the Future of Trademark Law in the Metaverse and Beyond", 24 *N.C. J.L. & Tech.* 134, 146 (2022).

365) Rogers v. Grimaldi, 875 F.2d 994 (2d Cir. 1989)

366) <https://cdas.com/are-metabirkins-gonna-make-it-hermes-nfts-and-the-rogers-test-collide/>.

367) <https://euipo.europa.eu/eSearch/#advanced/trademarks.>.

368) <https://euipo.europa.eu/eSearch/#advanced/trademarks.>.

용하는 경우는 EU 회원국에서도 그렇게 흔하지 않다.

그럼에도 불구하고 일반론으로서, 적어도 EU에서 표지의 사용(use of sign)이라는 요건이 그렇게 까다로운 기준이 아니라는 점에는 주목할 필요가 있다. 이에 따라 단지 텍스트, 이미지 또는 사운드의 형태로 감득될 수 있도록 하는 것은 물론, 다소 간접적인 방식인 메타태그나 키워드로의 사용만으로 충분하다고 본다.[369] 물론 이러한 표지의 사용은 상품 혹은 서비스와 관련되어 있어야 한다. 이는 특정 표지가 단지 메타버스 공간 내에서 언급되거나 메타버스 전반에서 사용되는 것과는 다른 맥락이며, 예를 들어 메타버스 공간 내에 존재하는 디지털 재화 혹은 서비스와 결부되어 있어야 한다는 점을 의미할 수 있다.[370]

한편 EU 상표규정에 명시되어 있는 것은 아니지만, 판례에 의해 인정되는 것은 표지가 거래상(in the course of trade) 사용되어야 한다는 것이다. 이는 주로 표지를 영리를 취할 목적으로 사용할 것을 필요로 하는 요건인데, 이에 따라 메타버스 생성도구를 통해 오직 개인적인 이용을 위해 아이템 등이 만들어지는 경우에는 표지 보호가 미치지 않는다고 볼 수 있다. 또 이른바 팬메이드(fan-made) 아이템에 대해서도 상거래상 이용이 부정될 개연성이 높다는 평가도 있다.[371] 이에 반해, 예를 들어 로블록스에서 수백만의 이용자에게 수 천만원 상당의 옷을 만들어 판매한다는 보도가 보여주듯 만약 보호되는 표지를 가지고 아이템을 만들어 판매하는 행위는 상거래상 표지를 이용한 것이 되기에 충분하다.[372]

이어서 가장 중요한 요건이라고 할 수 있는, 표지를 출처표시로 사용할 것이라는 기준을 충족해야 한다. 특히 메타버스 공간은 개성이 표출되는 장으로서 그 안에서 개인적으로 이루어지는 표현의 가치가 헌법상 표현의 자유를 토대로 두텁게 보호될 수 있다. 메타버스 관련 사례는 아니지만, <Call of Duty>라는 게임에서 험비(Humvees)를 사용한 것이 상표권을 침해한 것이 아니라고 판단된 바 있다.[373]

다만 표지, 그것도 유명 표지를 가지고 메타버스에서 영리활동을 하는 것까지 표현의 자유 등으로 정당화되기는 어려울 것이다. 이는 비단 브랜드들이 직접 메타버스 공간에 진출하는 경우뿐 아니라 메타버스 사업자와 협력관계를 맺거나 메타버스에서 자신의 브랜드를 가지고 사업을 할 수 있도록 하는 공식 파트너십을 체결하는 등 활동이 빈번해질수록 동일·유사 표지가 수요자에게 더욱 출처표시로서 인식될 가능성이 높아진다.[374] 사후관리, 더 많은 디지털 재화의 입점, 업그레이드 가능성의 제공 등도 해당 브랜드를 상품출처로 인식시키는 데 도움이 될 것이다.[375] 물론 이는 메타버스-유명 브랜드 사이에서 흔히 기대할 수 있는 바이고, 모든 표지가 메타버스에서 출처표시로 인식된다고 장담할 수 없다. 이른바 차원간 혼동의 문제에 관해서는 후술하기로 한다.

---

369) Christian Tenkhoff, *"In-Game Advertising" - Grenzen der Werbemaßnahmen in Computerspielen unter dem Gesichtspunkt des lauterkeitsrechtlichen Verbraucherschutzes*, Dr. Kovač, 2013.

370) CJEU, Case C-17/06, para 21 - Céline; Case C-23/01, para 34 - Robelco/Robeco.

371) Christian Tenkhoff, Philipp Grotkamp & Sylvia Burgess-Tate, "Brands in the Metaverse: The Concept of 'Interdimensional Confusion' Between the Physical and the Virtual Space under EU Trade Mark Law", *GRUR International* 2023, 643, p. 645.

372) *Id.*

373) *AM Gen. LLC v Activision Blizzard, Inc.*, 450 F. Supp. 3d 467 (SDNY 2020).

374) WIPO Standing Committee on the Law of Trademarks, "Trademarks on the Internet, para 40 on Taser International, Inc. v Linden Research, Inc. with regard to virtual reproductions in Second Life", 2010.

375) Tenkhoff, Grotkamp & Burgess-Tate, *op. cit.*, p. 645.

한편 표지를 상품의 표지로 사용하지 않는 경우에는 표지에 대한 침해가 되지 않는데, 대표적인 경우는 표지를 단지 기술적으로 사용하는 경우이다. 물론 무엇인가를 상품 표지로 사용하는지 여부는 수요자에 의해 정해지는데,[376] 메타버스를 이용하는 해당 상품 수요자 사이에서 메타버스상 브랜드에 관한 인식이 생긴 경우에 상표권 등 표지보호법익의 침해를 인정할 수 있을 것이라 생각된다.

현행의 제도하에서 저명상표 등 유명 표지의 보호 문제는 여타의 표지에 비해 더욱 유리할 수는 있다. 예를 들어 유명 표지는 식별력이 저해될 우려 없이도 단지 수요자가 유명 표지와 문제된 표지 사이에 관련성이 존재한다고 인식할 수 있다는 점만으로도 표지에 대한 침해(희석화)를 인정할 수 있다는 EU사법재판소의 판결도 나와 있다.[377] 희석화는 비단 표지의 가치하락을 야기하는 경우뿐 아니라 단지 유명 표지가 가진 주목도를 의사소통 기능적으로 이용하더라도 침해가 성립하는 것으로 넓게 새기고 있다. 이에 따라 단지 장식을 위해 상표를 사용하는 것 역시 유명 표지에 대한 침해에 해당한다고 본다.[378] 여기서 수요자의 인식이 중요한 요소가 될 수 있는데, 점차 많은 브랜드가 메타버스 공간에 진출하거나 관련 마케팅을 하게 된다면, 수요자는 유명 표장과 메타버스상 표지의 연관성에 대해 더욱 강하게 인식하게 될 것이므로 유명 표지의 보호는 점차 강화될 것이다.[379]

또 우리와 달리 유럽에서는 표지의 국내 주지성과 저명성을 상호 구별하지 않고, 유명 표지라는 하나의 기준에 의하면서 식별력에 따라 보호 범위와 강도가 확장된다는 상호작용을 인정하고 있다. 이 점은 메타버스에서 표지가 보호되는 데 유리한 조건이라고 말할 수 있다.

이른바 차원간 혼동(interdimensional confusion)

차원간 혼동이라고 하는 문제가 있다. 이는 표지 식별력과 상품 유사성의 관계를 설명하기 위한 개념으로 현실세계의 표지와 메타버스상 사용 사이에서 발생하는 혼동에도 적용될 수 있다. 앞서 본 바와 같이 유명 표지의 경우에 상품 및 서비스 사이의 거리가 멀다고 하더라도 혼동야기와 희석화, 특히 명성훼손의 문제가 발생할 수 있는데, 특히 유럽은 식별력과 상품/서비스 유사성 인정의 범위·강도를 연결시켜 놓았다. 이에 따라 다음과 같은 관계가 성립할 수 있다.

- 식별력이 높을수록 더 넓은 유사성 인정
- 상품 또는 서비스가 유사할수록 식별력에 대한 요구 낮아짐

우리 부정경쟁방지법은 주지 표지를 혼동으로부터 보호하는데, 표지에 따라 주지성에 미치지 못하나 보호가 필요한 경우가 있고, 주지성에 따라 보호가 차등적으로 인정되어야 하는 경우도 상정할 수 있다. 주지성 요건을 유연화한다면, 그래서 혼동야기에 대한 평가에 있어 주지성의 정도를 평가할 수 있다면, 메타버스상 표지 사용이 혼동으로 인정될 가능성이 커질 것이다.

376) Horst-Peter Götting, *Gewerblicher Rechtschutz: Ein Studienbuch*, 11th ed., C.H. Beck, 2020, p. 413.
377) CJEU, Case C-408/01, para. 29 - Adidas/Fitnessworld.
378) CJEU, Case C-292/00, para. 30 - Davidoff/Gofkid; CJEU, Case C-408/01, para. 39 - Adidas/Fitnessworld; BGH GRUR 1994, 635, 636 - Pulloverbeschriftung.
379) Tann, *op. cit.*, p. 1649.

(3) 메타버스를 위한 특별입법

일반론이 아닌 메타버스 특화의 대응만 놓고 본다면, 메타버스(또는 메타버스와 결부된 NFT 문제)만을 두고 개정법을 마련하는 등 특별입법을 시도하는 경우는 결코 흔하지 않다. 예를 들어 일본은 -아래에서 보는 바와 같이- 상품형태의 메타버스 내 모방과 관련하여 부정경쟁방지법을 개정한 바 있으나, 표지 보호에 관한 규정까지 손 보지는 않았다. 더 나아가 독일 특허·상표청(Deutsches Patent- und Markenamt: DPMA)은 아직까지 메타버스/NFT와 관련 상표등록에 관하여 특별한 입장을 내놓지 않고 있다.[380] 반면 EU 지식재산청과 미국 특허·상표청은 그 등록 가능성에 대해 최소한 긍정적으로 검토한 것으로 알려져 있는데,[381] 이는 어디까지나 상표등록 영역에 국한된 것이다. 다만 위에서 보는 바와 같이 미국과 EU는 표지법상 보호가 광범위하고, 해석도 유연하다는 점에서 메타버스만을 위한 입법이 굳이 필요하지 않다고 평가할 수 있다.

나. NFT 관련

(1) 미국

우선 살펴봐야 할 것은 위에서도 본 바 있는 메타버킨스 사례에 관한 뉴욕남부지방법원의 판결이다.[382] 본 판결 이전 배심원은 유명상표인 Hermès의 버킨백을 이용해 NFT를 만든 것이 상표권 침해에 해당하는지, 희석화 행위에 해당하는지, 더 나아가 사이버스쿼팅 행위에도 해당하는지 검토했는데, 이들 모두에 대해 침해를 인정했다.[383] 이와 별개로 판결에서는 무엇보다 표현의 자유와의 충돌 문제가 주된 쟁점이 되었는데, Hermès는 물론 버킨백 자체도 유명상표이기 때문인지 상품의 유사 여부가 크게 쟁점으로 부각되지는 못했다. 다만 아래에서 보는 바와 같이 법원이 NFT와 그와 결부된 이미지의 관계를 긴밀한 것으로 전제했다는 점에서, - 아직 선례가 충분하다고 할 수 없지만 - 메타버스와 NFT 환경이 보다 일상화된다면, 또 의류, 패션 등 브랜드에서 실물 제품과 가상세계 제품을 함께 출시하는 경우가 많아진다면, NFT를 통한 표지 사용이 상표권 침해나 부정경쟁행위가 될 가능성은 그만큼 커질 것으로 예상해볼 수 있다.

다만 NFT든 메타버스상 아이템이든 이들은 표현, 때때로 예술적 표현을 위한 것일 수 있다는 점에서 상표나 트레이드 드레스 사용이 정당화될 수 있다. 미국의 제2연방항소법원과 해당 관할에 속하는 연방지방법원은 예술적 표현(artistic expression)이 문제될 때는 이른바 'Rogers 테스트'를,[384] 오로지 상업적 성격만을 가진 경우에는 'Gruner + Jahr 테스트'를 적용해왔다.[385] 동 사건의 법원은 논란의 여지에도 불구하고, 예술적 표현이 개입될 수 있는 영역에서 상표 보호가 후퇴할 수 있다는 점에 대해 긍정했고, 그 결과 메타버킨스 사안에 대해서도 'Rogers 테스트'를 적용해야 한다는 입장에 섰다. 피고인 Rothschild는 해당 NFT가 Hermès가 동물 가죽을 이용한 제품

380) *Id.*, p. 1646.
381) 우리 특허청이 심사지침을 개정한 사실은 외국에서도 비교적 잘 알려져 있으며, 선진사례로 소개되고 있다. *Id.*, p. 1646, fn. 17 & 18 참조.
382) *Hermès International v. Rothschild*, 2023 WL 1458126 (S.D.N.Y. 2023).
383) <https://www.theguardian.com/fashion/2023/feb/08/hermes-metabirkins-trademark-court-case-mason-rothschild>.
384) *Rogers v. Grimaldi*, 875 F.2d 994, 1000 (2d. Cir. 1989).
385) *Gruner + Jahr USA Pub., a Div. of Gruner + Jahr Printing & Pub. Co. v. Meredith Corp.*, 991 F.2d 1072 (2d Cir. 1993).

을 만드는 데 대한 비판으로서 관련 프로젝트를 진행한 것이라 주장했는데, 법원은 피고가 과거에 했던 인터뷰를 인용하며 그가 단지 디지털 세계에서 버킨백에 대한 동일 유형의 환상("same kind of illusion")을 일으킬 수 있는지 보고 싶었다고 밝힌 부분에 주목한 바 있다.

물론 법원은 위와 같은 다소의 영리적 성격만으로 메타버킨스가 예술적 표현에 해당하지 않는다고 단정할 수 없다고 보았다. 즉, 'Rogers 테스트'는 죽어가는 예술가(starving artists)를 위해서만 존재하는 것은 아니라고 한다. 그렇다고 예술적 표현을 무제한적으로 인정할 수도 없는데, 법원이 제시하는 기준은, 원고가 다음 두 가지 중 하나를 입증하는 것이다.

- 표현적인 작품에서 상표의 사용이 기초가 되는 작품에서 예술적으로 유의미하지 않을 것
- 상표가 기초가 되는 작품의 출처나 내용에 관하여 명백하게 호도하는 경우

이 기준 중 하나를 원고가 밝힌다면, 피고의 행위는 표현을 위한 것이 아닌, 상표권 침해로 볼 수 있다. 첫 번째 기준은 피고가 예술적인 의도를 가졌는지, 그렇지 않고 단지 상표가 지니는 대중성과 흡인력을 이용하려는 것인지를 평가하는 것이다.[386] 하지만 이는 상표 사용이 예술적으로 무의미하다는 것이 입증되지 않는다면 쉽게 극복할 수 있는 기준이라 한다.[387] 법원은 해당 사건이 summary judgment를 구하는 것이라는 점에서 여기에 대한 결론을 내리는 데 유보적인 태도를 보였으며, 원·피고 일방에게 유리한 어떠한 결론에 이르지 않았다.[388]

다음으로 명백하게 호도하는 경우에 해당하는 경우를 검토했는데, 이는 공중의 구성원이 그것이 원고에 의해 창작되었거나 달리 허락되었다는 믿도록 조장했는지에 관한 것이다.[389] 제2연방항소법원이 제시한 고려요소는 다음 여덟 가지이다.

- 원고 상표가 얼마나 강력한 것인지; 강력한 상표가 더 높은 보호를 받을 자격이 있음
- 원고 상표와 피고 작품이 얼마나 유사한지
- 공중이 실제로 원고 상표와 피고 작품을 실제로 혼동했다는 점이 드러났는지
- 원고가 NFT 시장에 진입하는 등 이른바 공백을 메우기(bridge the gap)를 할 개연성이 있는지
- 원·피고 제품들이 경쟁관계에 있는지
- 피고가 악의로 원고의 상표를 사용했는지
- 원고 상표 및 피고 작품의 품질
- 관련 소비자의 인식 수준[390]

다만 이러한 요소에 대한 평가를 위해서는 사실에 대한 상당한 조사와 평가가 필요하다는 점에서 법원은 summary judgment가 적합하지 않다고 보았다. 이에 따라 법원은 원·피고 모두의 summary judgment 청구를 기각했다.

결과적으로 판결은 피고의 행위가 상표권 침해에 해당하는지 명확하게 밝히지 않았지만, 적어도

386) *Louis Vuitton Malletier S.A. v. Warner Bros. Ent. Inc.*, 868 F. Supp. 2d 172, 178 (S.D.N.Y. 2012).
387) *E.S.S. Ent. 2000, Inc. v. Rock Star Videos, Inc.*, 547 F.3d 1095, 1100 (9th Cir. 2008).
388) "Because reasonable individuals could reach different conclusions on the "artistic relevance" factor, the Court denies both parties' summary judgment motions on it."
389) *Twin Peaks Prods., Inc. v. Publications Int'l, Ltd.*, 996 F.2d 1366, 1379 (2d Cir. 1993).
390) *Polaroid Corp. v. Polarad Elecs. Corp.*, 287 F.2d 492 (2d Cir. 1961).

NFT 발행을 통한 상표 침해의 가능성을 인정했다는 점에 주목해야 할 것이다. 즉, NFT와 디지털 이미지는 기술적으로 분리되어 있다고 볼 수 있더라도 NFT 발행이 상표의 사용에 해당한다고 평가할 수 있다. 법원은 NFT와 그 대상이 되는 이미지 사이 관계가 긴밀한 경우, 이를 사용 개념에 포섭할 수 있는데, 긴밀성의 정도는 소비자/수요자의 관점에서 평가해야 한다고 보았다.[391] 법원은 NFT가 특정 대상에 한정된 것이라는 점과 NFT와 결부되는 이미지가 특정 NFT에 종속된다는 점을 동일시했으며, 심지어 웹사이트에 이미 NFT와 결부되는 이미지가 현시되어 있는 것 자체를 NFT 구매를 위한 유인이라 보았다.[392] 법원은 피고인 Rothschild가 스마트 계약을 변경함으로써 예정된 것과 다른 이미지를 NFT와 결부시킬 수 있다는 가능성이 있다는 점을 인정했지만, 이러한 가능성만으로 NFT가 유일하거나 희소한 이미지를 구입한다는 소비자의 인식에 영향을 주는 것은 아니라고 보았다.

(2) 유럽, 특히 독일

미국과 마찬가지로 유럽에도 NFT와 관련된 분쟁이 법원에서 다루어진 예는 현재까지 그렇게 흔하지 않다. 이탈리아에서 2022년 7월 이 분야의 첫 결정이 나온 것으로 평가받았는데, 아직까지 후속 판례가 보고되지 않고 있다. 로마일반법원은 FC 유벤투스(Juventus Turin)의 유니폼과 휘장을 NFT화하여 판매한 사례에서 상표권 침해를 인정하고, 구단의 가처분 신청을 받아들였다. 물론 유벤투스 구단은 유니폼 및 휘장과 관련된 일부 상표를 니스 상품분류상 9류인 소프트웨어(다운로드 가능한 전자적 출판물)에 등록해두고 있었다는 점에서 차별점이 있다. 그럼에도 해당 상품분류와 상표등록만으로 NFT로 이용하는 모든 행위가 포섭되는 것이 아니므로, 이것이 적어도 NFT가 유니폼 등과 유사성을 가진다는 점을 인정한 사례라 평가하는 이들도 있다.[393]

해당 판단이 다른 사례에도 영향을 미칠 것인지에 대해서는 여전히 의문이 있다. 특히 유벤투스 구단의 유니폼과 휘장은 저명상표에 해당한다고 볼 가능성이 크고, 심지어 동 구단은 메타버스 세계에서 이미 적극적인 활동을 해오고 있다고 한다. 이를 정확하게 파악하기 위해서는 이탈리아 지식재산권법의 내용과 법리를 검토해야 할 것이고, 판례를 분석해야 할 것이지만, 위 결정은 가처분 신청에 관한 것으로 구체적인 법리가 드러나 있지 않다.

앞서 우리 부정경쟁방지법 바목이 NFT에 적용될 수 있는지 여부에 대해 검토해 보았는데, 이 부정경쟁행위는 독일 부정경쟁방지법 제5조 또는 제5조의a에서 c까지 또는 일본 부정경쟁방지법의 상응규정을 참고하여 만들어진 것이라고 볼 수 있다. 독일 부정경쟁방지법에서 오인야기(Irreführung)는 일찍이 19세기말부터 부정경쟁행위규제에 있어 중심적인 개념이었으며, 1909년 부정경쟁방지법에서 오인야기는 이미 개별규정으로서 제3조에 규정되어 있었다. 잘 알려져 있는 바와 같이 독일의 구 부정경쟁방지법 제1조는 일반규정으로 "큰 일반규정(große Generalklausel)이

391) "Given the centrality of consumer confusion to trademark law generally, it is best to view this issue from the perspective of the prospective consumer. Individuals do not purchase NFTs to own a "digital deed" divorced from any other asset: they buy them precisely so that they can exclusively own the content associated with the NFT."

392) "A screenshot of the MetaBirkins website before minting shows that prospective buyers would have been shopping for an NFT associated with the digital image of a Birkin bag, not a white shrouded object."

393) Tann, *op. cit.*, p. 1646.

라는 별칭을 가지고 있었는데, 오인야기에 관한 제3조는 "작은 일반규정(kleine Generalklausel)으로서 적지 않은 유연성과 광범위한 적용범위를 가지고 있었다.

물론 독일에서 정당한 권리자가 아닌 자가 NFT를 발행하여 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위를 한 것으로 판단한 판례가 나온 것은 아니다. 다만 관련 규정은 일반규정이라고 할 만큼 광범위하다는 점에서 NFT 관련된 문제를 상당히 해소할 것이라는 점은 짐작해볼 수 있다. 즉, 독일 부정경쟁방지법 제5조 제1항은 다음과 같다: "소비자 또는 여타의 시장참여자를 사업적 결정에 이르도록 유도하기에 적합한, 그래서 달리 해당 결정을 하지 않았을 오인을 야기하는 사업상 행위를 한 사람은 부정하게 행위한 것이다."

동법 동조 제2항 이하의 내용은 위 규정을 구체화하는 것이다. 이러한 구체화는 제5조 제1항과 같은 일반규정 유사의 형식에도 불구하고, 이것만으로 오인야기 행위에 대한 통제가 만족스럽지 못했기 때문인데,[394] 독일의 경향도 이를 점차 구체화·목록화하는 쪽으로 나아가고 있다. 대표적인 오인야기 행위는 다음과 같은 정보를 제공하는 것이다.

- 광의로서 상품 혹은 서비스에 관한 중요한 표지[395]에 관한 정보(제2항 제1호)
- 판매의 동기, 가격 및 해당 가격이 계산·산출되는 방식에 관한 정보(제2항 제2호)
- 사업상 관계에 관한 정보(제2항 제3호)
- 스폰서십 관계에 있거나 허락에 의한 것임을 나타내는 언급이나 심볼(제2항 제4호)
- 특정 행위의 필요성에 관한 정보(제2항 제5호)
- 의무가 있음에도 불구하고, 행위준칙을 준수한다는 점에 관한 정보(제2항 제6호)
- 본래 담보책임이 있음에도 불구하고, 급부장애에 있어 소비자권리에 관한 정보(제2항 제7호)

여기서 관련 내용을 모두 살펴볼 수 없으나, 적어도 자신이 권리를 가지지 않는 상품이나 이미지, 더 나아가 영상 등에 대해 정당한 권한 없이 NFT를 발행하거나, 판매 사실을 알리거나, 이를 광고하는 행위는 위에서 보는 바처럼 독일 부정경쟁방지법 제5조 제2항 제3호에 따라 사업적 관계가 있는 것처럼 오인하게 하는 정보를 표시한 것이거나, 제4항에 따라 -최소한- 스폰서십이나 허락에 의한 것임을 나타내거나, 게시 또는 홍보한 것으로서 부정경쟁행위가 성립할 수 있다.

특히 이 규정에서 정보의 표시(Angaben)는 명백하게 '표지하는 것'과 구별된다. 즉, 독일 부정경쟁방지법에서 오인야기는 표지보호가 아니라 진실된 정보를 제공해야 한다는 진실성의 요청/원칙(Wahrheitsprinzip)을 법문화한 것이라고 보아야 한다. 따라서 시장에서 NFT가 유통되고, 그것이 소비자는 물론이고, 경쟁자를 포함한 여타의 시장참여자에게 잘못된 결정을 하게 하는 정보를 제공하거나 표시한 경우에 부정경쟁행위가 되기 충분하다고 여긴다.

다. 평가

비록 유럽과 미국의 논의가 우리에 비해 메타버스나 NFT 문제에 기민하게 반응한다거나, 이른 시기에 대안을 내놓을 것이라고 보기는 어렵다. 도리어 관련 문제에 대해 관심만 보일 뿐, 대안을 내놓는 데 더딘 모습을 보여주기도 한다. 그럼에도 EU와 미국 모두 상표에 대한 두터운

394) Emmerich & Lange, *op. cit.*, § 14, para. 6.
395) 여기서 표지로 번역한 Merkmale는 요소나 성적을 의미하는 것이지 표지법상 의미에서 표지를 의미하지 않는다.

보호와 이를 점차 확장하는 판례법을 통해, 무엇보다 상표보호의 범위를 넓게 인정하는 경향성으로 인해 관련 문제를 어느 정도 극복해나갈 수 있을 것으로 보인다. 물론 미국과 EU도 판례법의 발전을 보면서 메타버스를 위한 새로운 입법을 준비할 가능성이 있어 보이지만, 적어도 좁은 보호범위와 엄격한 요건이라는 제약이 있는 우리 상표법이나 부정경쟁방지법 및 관련 실무보다는 상황이 나아 보인다.

특히 우리의 표지보호법은 표지의 등록을 원칙으로 하되, 등록하지 않은 표지의 보호를 꺼리면서 예외로 취급한다.[396] 무엇보다 미국/EU는 상표법상 법리나 부정경쟁방지법상 법리가 상당히 유연하게 적용되고 있다는 점에서 현재까지 법원의 태도를 분명히 파악할 수 없는, 그래서 관련 법리가 무엇인지 설명하기 어려운 우리의 상황과 대조를 이룬다. 예를 들어 위에서 검토했던 상품개념의 의미와 해석에서 오는 혼란이나 학설대립은 미국과 유럽에서 발견할 수 없고, 이들을 상당히 넓게 새김으로써 상표권자를 보호하고 있다. 더 나아가 Rogers 테스트와 같이 상업적 이용이지만 표현의 자유에 의해 포섭될 수 있는 영역을 명백하게 함으로써 이해당사자의 이익 사이에 균형이 맞추어지도록 한다.

물론 우리 부정경쟁방지법에도 일반규정이 존재하기는 하지만, 그 보충성 때문에 적용영역은 협소하거나 불분명하다. 이처럼 우리 법은 보호요건을 까다롭게 하고, 유연한 일반규정을 보충적으로 적용함으로써 보호를 제한하는 방식을 취한다면, 미국과 EU는 각 이해당사자의 보호법익을 적극적으로 정의하고, 이들을 상호 교량하며, 이를 선례와 법리로 정리함으로써 균형을 추구한다. 당연히 후자의 접근이 상황변화에 유연하게 대응하는 데 유리하다고 말할 수 있다.

물론 우리 법에 당장 패러다임 전환을 요구할 수 없지만, 개별 부정경쟁행위를 메타버스를 포함하여 인터넷/디지털 환경 전반에 맞도록, 또 예측하지 못한 상황에 충분히 유연하게 대응하도록 개선해나갈 필요가 있다.

5. 개정안의 마련

앞서 살펴본 바와 같이 우리 부정경쟁방지법은 메타버스에 대응하는 입법을 하기보다 부정경쟁행위를 다소 유연화하는 방안을 취하는 것이 바람직하다고 생각된다. 다만 법개정은 예상치 못한 결과를 가져올 수 있다는 점에서 하나의 개정 제안과 두 가지의 논의 제안을 하고자 한다.

[바목의 개선] 우선 NFT의 부정발행과 관련하여, 이미 앞서 본 바와 같이 바목에 의해 NFT 발행과 이와 관련된 행위는 상당 부분 통제가 가능할 것으로 여겨진다. 즉, 권원 없이 발행된 NFT를 타인의 상품을 사칭한 경우로 의율하는 것이 가능해 보인다. 이는 사칭 자체가 불확정 개념이고, 상품 역시 -정의규정의 부재로- 광범위하게 해석될 여지가 있기 때문이다. 부정하게 발행된 NFT나 이를 선전하는 것 역시 바목상 ""상품의 품질, 내용, 제조방법, 용도 또는 수량을 오인하게 하는 선전 또는 표지" 행위에 해당할 수 있다. 그럼에도 불구하고 NFT가 상품이거나 홍보매체가 아닌 전자문서 혹은 전자증권으로만 인식될 수 있다는 점에서 바목이 NFT에 적용될 수

396) 최정열 · 이규호, 앞의 책, 59~60면 참조.

있다는 가능성을 명확히 해둘 필요가 있다. 바목과 함께 오인유발행위로 분류되는 라목과 마목에 있는 표현을 차용하여 바목상 "상품 또는 그 광고에 ..."를 "상품, 광고, 거래상의 서류 또는 통신에"로 변경하는 안을 고려해볼 수 있을 것이라 생각된다. 이렇게 할 경우, 특정 이미지에 관한 NFT가 권원 없이 발행되었다면, 해당 NFT는 수량(희소성), 내용(정당성 및 적법성) 등을 오인하게 하는 서류 또는 전자문서로서 부정경쟁행위로 의율될 가능성이 높아질 것이다.

[상품·사용 개념의 극복] 우리 부정경쟁방지법의 모든 행위유형에서 상품과 사용 개념이 전제된 것은 아니다. 특히 가목에서의 표지에 동산인 상품의 표지뿐 아니라 디지털 재화의 형태까지 포함하는지에 대해서는 논란이 제기될 수 있다. 다만 아직까지 디지털 형태로만 존재하는 표지를 메타버스에서 또는 NFT로 활용하는 문제까지 다룰 필요가 있는지에 대해서는 의문이 제기되고, 이에 따라 상품 개념보다 사용 개념의 극복이 중요하게 다뤄질 필요가 있다. 부정경쟁방지법상 사용 개념은 본래 넓은 개념이라거나, 상표법 제2조 제11호 나목에서 "전기통신회선을 통하여 제공하는 행위"가 포함되었다는 점에서 부정경쟁방지법상 사용 개념 역시 이와 연동하여 넓게 볼 수 있다고 볼 수도 있으나, 이를 법원의 해석에 맡김으로써 자연스럽게 해소될 것으로 볼 수 있는지는 의문으로 남는다. 따라서 가목을 개정하는 방안을 고려할 필요가 있다. 다만 사용 개념에 관하여는 학계에서 이견이 있는 만큼 해당 개정안에 대해서는 메타버스 문제뿐 아니라 부정경쟁방지법 전반에 적용되는 사용 개념과 관련하여 향후에 더 많은 논의가 필요하다고 생각된다.

[표현의 자유의 보호 문제] 아직 논의가 활발한 것은 아니지만, 메타버스 내에서 상행위와 개성을 표출하는 행위 사이에는 상당한 긴장관계가 형성될 수 있다. 위에서 본 사용 개념과도 연결되는 것인데, 메타버스 공간에서 출처표시로 표지를 사용한 것과 기술적으로 또는 표현요소로서 표지를 표시한 것 사이의 경계가 모호하거나 이들 기능이 중첩될 수 있다. 이 점을 고려해 본다면, 해석이든 입법이든 표현의 자유를 보호하기 위한 조치가 필요할 수 있다.[397]

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

6. 소결

위에서 본 바와 같이 부정경쟁방지법이 유명 표지가 메타버스 공간에서 보호되도록 하는 유용한 법영역이라는 점에 의심의 여지는 없다. 그만큼 부정경쟁방지법은 유연성을 제공하고, 나름의 확장성도 가지고 있다. 그럼에도 부정경쟁방지법이 충분히 유연하게 해석되고 있는지, 더욱이

397) 이는 자문의견을 반영한 것이다.

그것이 명확성과 법적 안정성 차원에서도 충분한지에 대해서는 의문이 생긴다. 이에 따라 명확하게 할 수 있는 범위 내에서, 그러나 관련 시장과 기술의 발전을 면밀히 보면서 법개정을 시도하는 것이 바람직하다고 생각된다.

우선 비교법적으로 미국과 유럽의 법제는 우리보다 넓은 사용 개념을 가지거나, 사용 개념을 극복한 모습을 보여준다. 부정경쟁방지법 가목과 나목이 메타버스 공간에서의 행위를 포섭하기 위해서는 전통적인 상품 또는 사용 개념의 극복이 필요하다. 대안적인 개념을 도입하는 것을 고려해 볼 수도 있고, 사용 개념을 새로 정의하는 방식도 고려할 수 있다. 예를 들어 "디지털 공간에서" 또는 "전기통신을 통한"이라는 술어를 포함시키는 방안을 고려할 수 있다. 다만 현재까지 사용 개념에 대한 명확한 해석례가 확립되지 않았고, 사용 개념이 적어도 상표법상 사용 개념에 상응하도록 해석될 가능성이 있는 만큼 발전 추이를 지켜보는 것이 나은 결정이 될 수 있다. 더욱이 부정경쟁방지법 가목은 "동일하거나 유사한 것을 사용"하는 것 자체도 부정경쟁행위로 보므로 결국 사용 개념을 통해 상품 개념의 문제도 극복할 수 있을 것이다.

둘째, 미국의 판례 또는 유럽, 특히 독일의 법제를 고려한다면, 현행 제도로도 유명상표를 허락 없이 NFT로 발행하고 유통하는 것이 상표법 침해 및 부정경쟁행위에 해당할 수 있다. 우리 법제는 그만큼 유연하지는 않지만, 적어도 NFT의 부정발행 등에 대해 사칭행위에 관한 바목 또는 파목의 적용이 가능해 보인다. 그런데 위에서 본 바와 같이 NFT는 그 대상이 별개의 공간이 존재하는 경우가 많고, NFT 자체가 일종의 증명서 내지 인증서의 기능만을 할 때가 많다는 점에서 법문에 다소의 보충을 가하는 것 역시 적극 고려해볼 수 있다.

셋째, 끝으로 미국과 유럽에서 표현의 자유와 표지 보호의 관계는 줄곧 연구되어온 분야이다. 이는 우리 법제에 있어서도 향후 논의가 필요한 부분으로 메타버스에서의 표현의 자유를 실현하는 방법을 적극적으로 강구할 필요가 있다. 부정경쟁방지법 가목과 나목은 비단 전통적인 상표만을 보호하는 것이 아니라 출처표시의 기능을 담당하는 다양한 표지를 포괄한다. 메타버스는 기본적으로 표현을 위한 공간이라는 점에서 그동안 해석론으로만 전개되던 표현의 자유 보호 방안을 적극적으로 강구할 필요가 있다고 생각된다.[398]

398) 다만 가목과 나목은 주지성이 있는 표지만을 보호한다는 점에서 표현의 자유를 적극적으로 보호할 필요성이 다소 낮게 평가되므로 구체적인 개정안을 도출하지는 않았다.

제4절 메타버스에서 트레이드 드레스 규정의 개선 방안

1. 부정경쟁방지법상 트레이드 드레스

트레이드 드레스(Trade dress)는 상품의 전체적인 이미지로서 크기, 모양, 색채, 색채의 결합, 구성, 도해 심지어 특정한 판매기법 등과 같은 특성을 포함하며, 다른 상품이나 서비스와 구별하게 해 주는 어떤 상품이나 서비스의 전체적인 시각적 이미지라고 정의된다.[399] 예를 들면, 아동복 라인의 모양, 색상 및 재료 배열, 잡지 표지의 디자인, 유럽 스타일 레스토랑 체인의 외관 및 장식, 와인 가게에 와인 병을 전시하는 방법 등이다.

트레이드 드레스는 지식재산권법령에 포함되어 있지 않다가, 2018. 4. 17. 개정되어 동년 7. 18일부터 시행된 부정경쟁방지법(부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률) 제2조(정의) 제1호 나목과 다목[400]에 신설되었다.[401] 그러나 트레이드 드레스가 부정경쟁행위 중 하나의 유형으로 부정경쟁방지법에 신설되기 이전에도 법원은 이미 일정한 요건을 갖춘 경우에 트레이드 드레스를 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목[현행법 (파)목]의 포괄적 일반규정으로서 부정경쟁행위에 의해 보호받을 수 있는 성과물로 인정하여 왔다.[402]

부정경쟁방지법에 신설된 트레이드 드레스는 동법 제2조 제1호 (나)목의 영업표지 정의를 확장하여 "상품 판매·서비스 제공방법 또는 간판·외관·실내장식 등 영업제공 장소의 전체적인 외관을 포함한다."고 명시함으로써 트레이드 드레스가 영업표지로서 보호된다는 점을 명확히 하였고, 또한 희석화 방지조항인 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (다)목의 표지의 개념에 "타인의 영업임을 표시하는 표지에 관하여는 상품 판매·서비스 제공방법 또는 간판·외관·실내장식 등 영업제공 장소의 전체적인 외관을 포함한다."고 규정함으로써 트레이드 드레스를 의미하는 상품 판매·서비스 제공방법 및 간판·외관·실내장식 등 영업제공 장소의 전체적인 외관을 부정경쟁방지법 개정을 통해 명문화하였으며, 트레이드 드레스가 식별력을 훼손하는 행위로부터 보호받을 수 있도

---

399) 윤선희, 상표법, 2007, 71면 참조; 계승균, 우리나라에서 트레이드 드레스의 법적 보호에 관한 연구, 산업재산권 제42호, 2013년, 45면 이하 참조.

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

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

401) 부정경쟁방지법 개정[법률 제15580호, 2018. 4. 17., 일부개정, 2018. 7. 18. 시행]의 입법사유에 의하면, "영세·소상공인 등이 일정기간 노력을 기울인 결과 일반 소비자에게 알려지게 된 매장의 실내·외 장식 등 영업의 종합적 외관을 무단으로 사용하여 영세·소상공인의 영업에 심대한 손해를 끼치는 불공정한 행위가 다양한 형태로 발생함에도 불구하고 현행 영업표지를 보호하는 규정은 이에 대한 보호 여부가 불분명한 부분이 있어 이를 명확히 규정하여 수요자의 이익을 보호할 필요가 있음."이라고 기재하고 있고, 주요 개정 내용으로 "국내에 널리 인식된 타인의 상품 판매·서비스 제공방법 또는 간판·외관·실내장식 등 영업제공 장소의 전체적인 외관과 동일하거나 유사한 것을 사용하여 타인의 영업상의 시설 또는 활동과 혼동하게 하는 행위를 금지함(제2조제1호나목 및 다목)."이라고 기재하고 있다.

402) 서울고등법원 2016. 5. 12. 선고 2015나2044777판결, 서울중앙지방법원 2015. 9. 3. 선고 2014가합588383판결 등.

록 하였다.

부정경쟁방지법은 2023년 트레이드 드레스와 관련한 제2조(정의) 제1호 나목과 다목이 다시 개정되었는데,[403] 개정법에서는 트레이드 드레스와 관련된 영업주체의 혼동 및 희석화 방지규정으로서 정당한 사유가 있는 경우에 부정경쟁행위를 인정하지 않는 면책 사유를 명확하게 규정하였다는 점에서 특징이 있다.

나. 다음의 어느 하나에 해당하는 정당한 사유 없이 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 표장(標章), 그 밖에 타인의 영업임을 표시하는 표지(상품 판매·서비스 제공방법 또는 간판·외관·실내장식 등 영업제공 장소의 전체적인 외관을 포함하며, 이하 이 목에서 "타인의 영업표지"라 한다)와 동일하거나 유사한 것을 사용하여 타인의 영업상의 시설 또는 활동과 혼동하게 하는 행위

1) 타인의 영업표지가 국내에 널리 인식되기 전부터 그 타인의 영업표지와 동일하거나 유사한 표지를 부정한 목적 없이 계속 사용하는 경우

2) 1)에 해당하는 자의 승계인으로서 부정한 목적 없이 계속 사용하는 경우

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

1) 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장, 그 밖에 타인의 상품 또는 영업임을 표시한 표지가 국내에 널리 인식되기 전부터 그 타인의 표지와 동일하거나 유사한 표지를 부정한 목적 없이 계속 사용하는 경우

2) 1)에 해당하는 자의 승계인으로서 부정한 목적 없이 계속 사용하는 경우

3) 그 밖에 비상업적 사용 등 대통령령(시행령 제1조의2)으로 정하는 정당한 사유에 해당하는 경우

부정경쟁방지법 시행령 제1조의2(정당한 사유)

「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」(이하 "법"이라 한다) 제2조제1호다목3)에서 "비상업적 사용 등 대통령령으로 정하는 정당한 사유"란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다. <개정 2023. 9. 27.>

1. 비상업적으로 사용하는 경우
2. 뉴스보도 및 뉴스논평에 사용하는 경우
3. 삭제 <2023. 9. 27.>
4. 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장, 그 밖에 타인의 상품 또는 영업임을 표시한 표지의 사용이 공정한 상거래 관행에 어긋나지 아니한다고 인정되는 경우

403) 부정경쟁방지법 일부개정 [법률 제19289호, 2023. 3. 28., 일부개정, 2023. 9. 29. 시행.

나목과 다목의 개정이유와 관련하여 법제처는 "국내에 널리 인식된 타인의 상품표지 또는 영업표지의 오인·혼동행위에 대하여 부정한 목적 없이 먼저 사용한 경우에는 부정경쟁행위에서 제외하고, 타인은 선의의 선(先)사용자에게 그의 상품 또는 영업과 자기의 상품 또는 영업 간에 출처의 오인이나 혼동을 방지하는 데 필요한 표시를 할 것을 청구할 수 있도록.."이라고 밝히고 있다.

이외에도 우리나라 대법원은 트레이드 드레스와 관련하여 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (파)목의 보호대상인 '타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과'에 신기술과 같은 기술적 성과 이외에 특정 영업을 구성하는 영업소 건물의 형태와 외관, 내부 디자인, 장식, 표지판 등 '영업의 종합적 이미지'의 경우가 포함될 수 있다고 판시한 바 있으므로 이에 유의해야 할 것이다.[404]

2. 기능성 요건 관련 해외 입법례·사례 검토 및 구체적인 개정안 마련

트레이드 드레스와 관련하여 기능성 요건 관련 해외 입법례 또는 사례를 살펴보면 다음과 같다:

가. 미국

미국에서 트레이드 드레스 보호는 상표에서 파생되며 Lanham Act라는 상표법을 기반으로 한다. Lanham Act은 트레이드 드레스가 상표와 동일한 출처식별기능을 수행하는 경우에 트레이드 드레스를 보호한다. 트레이드 드레스를 상표로 등록하는 것이 가능하지만, 실제적인 이유로 대부분의 트레이드 드레스 및 제품 구성은 15 U.S.C.에 따라 미등록된 상태에서도 보호받을 수 있다(15 U.S.C. § 1125(a)(2016), 상표심사절차 매뉴얼(TMEP), § 1202.02(2017)). TMEP에 따라 트레이드 드레스 보호 범위는 상품 디자인을 포함하도록 확장되었다. 트레이드 드레스는 상품의 "전체 이미지" 또는 "전체적인 외관"이며 크기, 모양, 색상 또는 색상 조합, 질감, 그래픽 또는 특정 판매 기술과 같은 기능을 포함할 수 있다.[405]

미국에서 트레이드 드레스 법규(15 U.S.C. § 1125(a))는 다음과 같다:

"트레이드 드레스는 제품 또는 포장의 기능적이지 않은 물리적 세부 사항 및 디자인으로, 제품의 출처를 [표시] [또는] [식별]하고 다른 제품과 구별된다.

트레이드 드레스는 상품의 전체 이미지 및 전체적인 외관이며 크기, 모양, 색상, 색상 조합, 질감 또는 그래픽과 같은 기능을 포함할 수 있다. 즉, 트레이드 드레스는 사람이 제품이나 서비스를 시장에 제시하는 형태, 즉 전시 방식이다. 타인의 트레이드 드레스를 사용하는 자는 손해배상책임을 질 수 있다."라고 규정하고 있다.

이와 관련하여 살펴보면,[406] 트레이드 드레스는 제품의 디자인을 포함하며, 미등록 트레이드 드레스는 침해에 대한 입증을 위하여 기능성 없음, 식별성 및 혼동 가능성을 입증해야 한다. 즉 트레이드 드레스는 "제품의 전체 이미지"를 포함하며 크기, 모양, 색상 또는 색상 조합, 질감, 그래픽 또는 특정 판매 기술과 같은 기능을 포함할 수 있다.[407] 또한 제품의 디자인 또는 포장은 제품을

404) 대법원 2016. 9. 21 선고 2016다229058 판결(부정경쟁행위금지 등 청구의 소); 서울고등법원 2016. 5. 12 선고 2015나2044777 판결 (부정경쟁행위금지 등 청구의 소).

405) John H. Harland Co. v. Clarke Checks, Inc., 771 F.2d 966, 980 (11th Cir. 1983).

406) 미국 연방 제9순회법원(U.S. Courts for the Ninth Circuit)에서 이 규정에 대한 주석을 달고 있다. 인터넷에서도 검색 가능함: https://www.ce9.uscourts.gov/jury-instructions/node/229 (2023. 11. 22.)

제조업체 또는 출처와 식별하는 역할을 하는 식별성을 획득할 수 있다. 다른 요건이 충족된다고 가정할 때, 이러한 이차적 의미를 획득하는 디자인 또는 패키지는 상품의 원산지, 후원 또는 승인에 대해 혼동을 일으킬 수 있는 방식으로 사용될 수 없는 트레이드 드레스이며, 이러한 점에서 트레이드 드레스에 대한 보호는 경쟁을 촉진하기 위해 존재한다.[408]

트레이드 드레스에 관한 분쟁은 미국에서 많이 발생하고 있는바, 미국 법원에 의하면, 트레이드 드레스는 "상품의 전체적인 이미지로서, 크기, 모양, 색채, 색채의 결합, 구성(texture), 도해(graphics), 심지어 특정한 판매기법(sales techniques) 등과 같은 특성(features)"를 포함한다고 판시하였다.[409] 특히 Two Pesos 사례에서 미국 연방대법원은 "상품의 트레이드 드레스는 상품 전체의 이미지와 종합적인 외관으로, (상품의) 크기, 모양, 색채 또는 색채의 결합, 구성, 도해, 심지어 특정한 판매기법 등과 같은 특성을 포함하며... 레스토랑 외관의 모양, 기호, 레스토랑 부엌의 평면도, 장식, 메뉴, 음식을 제공하기 위한 도구, 음식을 제공하는 사람들의 유니폼, 그리고 레스토랑의 전체적인 이미지를 반영하는 기타의 특성을 포함할 수 있다."고 설시하였다.[410]

트레이드 드레스에는 가장 빈번한 유형은 제품의 포장 관련 사례이다. 이 경우에는 [상품에 대한 설명 삽입]이 [포장(packed)] [랩(wrapped)] [박스에 담긴(boxed)] [용기에 보관(held in a container)] 방식의 증거를 제시할 수 있다. 미국 상표법은 트레이드 드레스가 비기능적(non-functional)이고, 또한 소비자들이 상품출처를 가진 패키징을 타인의 상품과 식별할 수 없는 경우라면, 타인이 동일 또는 유사한 상품 표시를 사용하지 못하도록 트레이드 드레스를 보호한다. 마케팅에 사용되는 무역 문헌도 트레이드 드레스로 보호받을 수 있으며, 경쟁업체가 이를 무단 사용하는 행위는 원산지 허위표시 및 불공정경쟁에 해당한다.

트레이드 드레스는 상품 포장 이외의 경우, 즉 상품 자체의 디자인 또는 전체적인 외관 또는 구성도 보호받을 수 있다. 이 경우에 출처에 대한 식별표시는 외형적인 상품 자체의 일부이므로 기능성이 중요한 문제이다. 트레이드 드레스는 상품이 실용적이거나 유용한 측면이 아닌 상품의 비기능적 측면을 고려할 때, 소비자에게 생성되는 전반적인 시각적 인상과 관련이 있다. 많은 특성들의 복잡한 조합인 이러한 비기능적 측면의 영향을 고려할 때, 이들 특징들의 외형을 별도로 고려할 것이 아니라, 함께 고려해야 한다.[411]

트레이드 드레스는 특정한 판매 기술 등과 같이 서비스에 대해서도 보호받을 수 있다.[412] 이 경우에는 비즈니스와 판매하는 제품 또는 서비스를 식별하는 방식이 중요하다. 즉 비즈니스의 전체 이미지를 반영하는 식별 표지판, 내부 바닥 공간, 장식, 장비, 직원 복장 및 기타 특징과 같이 비즈니스의 일반적인 모양과 외관에 의한 비즈니스 전체 이미지를 말한다.[413]

---

407) Wal-Mart Stores, Inc., v. Samara Brothers, Inc., 520 U.S.205, 210 (2000); Two Pesos, Inc. 대 Taco Cabana, Inc. 505 U.S. 763, 765 n. 1 (1992).

408) Traffix Devices, Inc. 대 Marketing Displays, Inc. 532 U.S. 23, 28 (2001). 1 J. Thomas McCarthy, Trademarks And Unfair Competition § 8:1 (4th ed. 2015) 참조.

409) John H. Harland Co. v. Clarke Checks, Inc., 711 F.2d 966, 219 USPQ 515 (11th Cir. 1983).

410) Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc., 505 U.S. 764 n. 1 (1992).

411) Millenium Labs., Inc. v. Ameritox, Ltd., 817 F.3d 1123 (9th. Cir.2016); Two Pesos, Inc., v. Taco Cabana, Int'l Inc., 932 F.2d 1113 (5th Cir. 1991), aff'd, 505 U.S. 763, 770-73 (1992); Vision Sports, Inc. 대 Meville Corp., 888 F.2d 609, 613 (9th Cir. 1989).

412) Two Pesos, Inc., 505 U.S. at 764-65 참조; Fuddruckers, Inc. 대 Doc's BR Others, Inc., 826 F.2d 837, 841-42 (9th Cir. 1987).

가장 유명한 트레이드 드레스 포장 사례는 '코카콜라 병'이다. 코카콜라 병에 코카콜라 로고, 회사명, 제품명이 없어도 독특한 모양으로 코카콜라임을 알 수 있다. 코카콜라는 모양 면에서 트레이드 드레스를 획득했기 때문에 경쟁업체는 동일 또는 유사한 모양의 병을 사용할 수 없다. 건물 관련 트레이드 드레스 사례로서 타코 카바나(Taco Cabana)가 있다. 이 건물에 대한 논쟁을 통해 미국에서 트레이드 드레스가 수용되기 시작하였다.[414] 또한 버스와 같은 차량에도 적용할 수 있는데, 예컨대, 뉴욕에 본사를 둔 엔터테인먼트 회사 '더 라이드(The Ride)'는 미국뿐만 아니라 해외에서도 버스의 외관을 보호받기 위하여 트레이드 드레스를 등록하였다(미국 상표 번호 5,367,214).

한편 상표법은 미국 헌법에 명시적으로 언급되어 있지 않으며, 트레이드 드레스를 포함하여 상표는 연방 차원뿐만 아니라 주 차원에서도 시행된다. 미국에서 상표 및 트레이드 드레스를 규제하는 연방 법령인 Lanham Act Section 43(a)에 의하면 상품의 트레이드 드레스는 미국 특허청(USPTO)에 등록하지 않아도 다음과 같이 보호받을 수 있다.

상품이나 서비스 또는 상품 컨테이너와 관련하여 상거래에서 단어, 용어, 이름, 기호 또는 장치 또는 이들의 조합, 또는 원산지 허위 표시, 사실에 대한 허위 또는 오해의 소지가 있는 설명, 사실에 대한 허위 또는 오해의 소지가 있는 표현을 사용함으로써

(1) 타인에 의해 자신의 상품, 서비스 또는 상업 활동의 출처, 후원 또는 승인에 관하여, 혼란을 일으키거나 기망할 우려가 있는 경우,

(2) 상업 광고 또는 판촉에서 자신 또는 다른 사람의 상품, 서비스 또는 상업 활동의 성격, 특성, 품질 또는 지리적 기원을 허위로 진술하는 행위,

등의 행위로 인해 피해를 입을 가능성이 있으면 소송을 제기할 수 있다.

이와 같이 Lanham Act은 특정 트레이드 드레스의 소유자가 자신의 트레이드 드레스를 정부 유관기관 또는 시스템에 등록하지 않더라도 Section 43(a)를 위반한 침해자에 대하여 법적 구제조치를 받을 수 있다. 다만, 트레이드 드레스는 미국연방특허상표의 Principal Register(주 등록부) 또는 Supplemental Register(보충 등록부)에 등록할 수 있는데, 등록은 법적 보호를 위해 필수는 아니지만, 이점이 있다. 예를 들면, Principal Register에 등록한 자는 타인이 등록자의 트레이드 드레스를 사용하거나 등록하는 경우에 이를 방지할 수 있다.

Lanham Act에 따라 Principal Register(주 등록부)에 등록하거나 관습법의 보호를 받으려면 트레이드 드레스가 "기능적"이어서는 안된다. 즉, 해당 트레이드 드레스를 구성하는 모양, 디자인, 색상 또는 재료의 구성은 소비자에게 어떠한 인상을 만들어 내는 것 이외에 유용성이나 기능을 제공해서는 안된다. 주 등록부에 등록하거나 Lanham Act에 따라 관습법의 보호를 받으려면 트레이드 드레스가 식별성(distinctive)을 갖추어야 한다. 이를 통해 소비자는 특정한 트레이드 드레스를 가진 상품의 출처를 식별할 수 있게 된다. 다만, 상품 디자인에서의 트레이드 드레스는 상품의 포장과는 달리, 더 이상 "본질적으로 식별력(inherently distinctive)"이라고 할 수 없다. 즉 상품 디자인은 "이차적 의미(secondary meaning)"의 식별력을 획득해야 한다. 이차적 의미를 통한 식별성은

413) Taco Cabana Int'l, Inc., 932 F.2d at 1113 참조; Clicks Billiards Inc. v. Sixshooters Inc., 251 F.3d 1252, 1258-59 (9th Cir. 2001).

414) Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc., 505 U.S. 763 (1992).

트레이드 드레스가 외형적으로는 식별되기 어렵지만, 시장에서 트레이드 드레스의 사용을 통해 소비자에게 출처표시 기능을 할 수 있음을 의미한다.

나. 영국

영국에서 트레이드 드레스는 사칭(pasing off)법에 따라 보호받을 수 있다. 사칭(Passing off)은 관습법상 미등록 상표권을 행사하는 데 사용할 수 있는 행위로, 겟업(Getup), 포장, 사업 전략, 마케팅 기법, 광고 주제 등도 사칭으로 보호받을 수 있다. 사칭은 거래자가 상품이나 서비스를 타인의 상품 또는 서비스로 잘못 표현하는 것을 방지하며, 또한 상인이 자신의 상품이나 서비스가 다른 사람과 어떤 연관이나 관련이 있는 것처럼 주장하는 것을 방지한다.

사칭을 이유로 소송을 제기하는 경우, 예를 들면 등록 또는 미등록상표를 포함하여 타인의 상품과 유사한 것으로 간주되는 겟업(Getup), 즉 사용된 표지 또는 기타 표시를 포함하여 제품의 전체 외관 또는 모양과 느낌에 대한 무단사용을 금지할 수 있다. 영국에서 사칭은 등록상표에 근거한 상표침해소송이 성공할 가능성이 거의 없는 경우에 관습법상의 소송으로서 매우 중요하다. 사칭법과 상표법은 중첩되는 사실관계를 다룰 수 있지만 방식은 매우 다르다. 즉 사칭은 이름, 표시, 겟업 등 표지에 대한 독점권을 부여하지 않으며, 이들을 재산으로 인정하지도 않는다. 오히려 사칭법은 거래 과정에서 대중에게 허위진술을 방지하기 위해 고안되었다고 한다.

영국에서 영업에서 불법행위와 관련하여 필수적으로 충족해야 하는 3가지 요소가 있는데, 거래가가 보유하는 신뢰(Goodwill owned by a trader), 허위진술(Misrepresentation), 신뢰 훼손(Damage to goodwill)이다. 제소자인 원고는 상품이나 서비스에 대한 신뢰, 상품 그 자체를 표시하는 브랜드, 표지, 상품의 겟업에 대한 입증책임이 있다. 또한 원고는 고의적이든 그렇지 않든 피고가 일반 대중에게 자신의 상품 또는 서비스가 원고의 상품 또는 서비스라고 허위진술을 하였음을 입증할 책임이 있다. 이때 원고와 피고의 상품, 서비스 또는 거래 사이에 어떤 연관성이 있어야 하며, 대중에 의한 기만이나 혼란을 야기할 가능성이 있거나 실제로 혼란이 있어야 한다. 신뢰 훼손의 요소로서 거래에 손해 또는 희석화가 있을 수 있다. 이 경우에 원고는 실제 또는 특별한 손해를 입증할 필요는 없으며, 실질적이고 가시적인 손상 가능성만 있으면 충분하며, 이 손상은 합리적으로 예측할 수 있어야 한다.

사칭과 관련하여 소위 역패싱(Reverse passing off)이 있을 수 있는데, 이는 거래자가 타인의 상품이나 서비스를 자신의 것으로 마케팅하는 경우에 발생한다.[415] 영국에서는 거래자 A가 거래자 B의 상품이 실제로는 거래자 A의 상품이라고 주장하는 역패싱이 종종 발생하고 있다.[416]

다. 일본

일본에서는 미국과 같은 트레이드 드레스로서의 보호 제도는 없지만, 상품의 형상, 상품 등 포장 용기의 형상에 대해서는 입체상표로서 보호하고 있다. 매장 외관·내장 형상에 대해서도 그 입체적 형상 자체가 독립적으로 출처를 인식시키는 것이라면 입체상표로서 보호의 대상이 될 수 있다. 더불어 매장의 특정 위치에 붙이는 표장은 위치상표로서, 점포에 이용되는 색채는 색채만으

415) John Roberts Powers School v. Tessensohn [1995] FSR 947 참조.
416) Bristol Conservatories Ltd 대 Conservative Custom Built Ltd [1989].

로 이루어진 상표로서도 보호의 대상이 될 수 있다.

[점포 외관에 관한 규정]

점포 외관의 입체적 형상에 대해서는 상표심사기준에 다음과 같은 규정이 있다.

<상표 심사 기준 15, 제3조 제1항 제3호>

상품의 '형상', 서비스 '제공용으로 제공하는 물건'에 대해서 (2) 건축, 부동산업 등의 건축물을 취급하는 역무를 지정 역무로 하는 경우에 상표가 입체상표로 있고, 그 형상이 건축물의 형상 자체의 범위를 벗어나지 않는다고 인식되는 것에 불과할 때에는 그 서비스의 '제공 용도로 제공하는 물건'을 표시하는 것으로 판단한다.

<상표 심사 기준 18, 제3조 제1항 제6호>

점포 또는 사무소의 형상으로 이루어진 상표의 경우 입체상표에 대하여 상표가 지정상품 또는 지정 서비스를 취급하는 점포 또는 사업소의 형상에 불과하다고 인식되는 경우는 본 호에 해당한다고 판단한다.

일본에서 현행 상표심사기준에서의 취급으로 볼 때 점포 외관의 입체적 형상으로 이루어진 상표는 원칙적으로 상표법 제3조 제1항 제3호 또는 제6호에 해당한다고 판단되어 식별력이 인정받지 못하게 된다. 한편 점포 외관의 입체적 형상으로 이루어진 상표로서 제3조 제1항 제3호에 해당하는 상표라 하더라도 상표법 제3조 제2항에 따라 사용된 결과 수요자가 누구의 업무에 관한 상품 또는 서비스인지 인식할 수 있는 경우에는 식별력이 인정될 수 있다. 또한 상표가 상표법 제3조 제1항 제6호에 해당하는 경우에도 상표심사기준에 의거하여 사용결과 수요자가 누구의 업무와 관련된 상품 또는 서비스임을 인식하게 된 경우에는 본호에 해당하지 않는다고 판단하는 취지로 규정되어 있으며, 이 경우 식별력을 인정받게 된다.

점포의 실내의 입체적 형상에 관해서는 상표심사편람 41.100.02 입체상표 중 제3조제1항에 규정되어 있다(평성 28년 4월 개정). 점포 매장의 실내를 입체상표로 출원하고자 하는 경우에는 매장 내부 일부를 한 방향에서 표시한 형태가 될 수 있으며, 이러한 상표의 출원에서는 입체적 형상의 윤곽이 명확하게 나타날 할 수 없는 상태가 될 수 있으므로, 입체상표로서 구성, 태양이 구체적으로 특정될 수 없는 경우가 되고, 이러한 구성으로 이루어진 입체상표가 상품 또는 서비스의 출처를 표시하는 식별표지로서 사용하는 것으로 이용되는 것으로 인정되지 않으므로 상표법 제3조 제1항의 요건을 충족하지 않는 것으로 여겨진다.[417]

라. 중국

중국은 트레이드 드레스의 개념을 인정하지 않지만, 중국 반부당경쟁법(反不正当競爭法)[418] 제6조에 의하면, "경영자는 다른 사람의 상품으로 오인하거나 다른 사람과 특정한 관계가 있다고

417) 주식회사 선비즈니스(株式會社サンビジネス), 점포 외관 등(트레이드 드레스)에 관한 제도·운용에 대한 조사연구 보고서, 2018년도 산업재산권제도 각국비교조사연구 등 사업, 2019년 3월.

418) 2019년 4월 23일 개정 및 시행된 중국 반부당경쟁법[법률번호 주석령 (2019) 제29호].

오해하도록 혼동을 초래하는 다음과 같은 행위를 하여서는 아니 된다: (1) 다른 사람의 일정한 영향력이 있는 상품 명칭·포장·장식 등과 동일하거나 매우 유사한 상표를 무단으로 사용하는 행위, (2) 다른 사람의 일정한 영향력이 있는 기업 명칭(약칭·글자 모양 등을 포함한다), 사회조직 명칭(약칭 등을 포함한다), 성명(필명·예명·번역명등을 포함한다)을 무단으로 사용하는 행위, (3) 다른 사람의 일정한 영향력이 있는 도메인 주요 부분·웹사이트 명칭·웹페이지 등을 무단으로 사용하는 행위, (4) 다른 사람의 상품으로 오인하거나 다른 사람과 특정한 관계가 있다고 오해하는 혼동을 초래하기에 충분한 그 밖의 행위"라고 규정하여 잘 알려진 상품의 포장, 장식 등과 동일 또는 유사한 상표를 무단 사용하는 행위를 규제함으로써 트레이드 드레스 보호와 유사한 규정을 보유하고 있는 것으로 판단된다.

3. 메타버스에서 트레이드 드레스 보호

메타버스에서는 상표와 관련된 분쟁 이외에도 트레이드 드레스에 관련된 분쟁이 많이 일어날 것으로 예상된다. 아래 사진 (가)는 2020년 4월 23일 Travis Scott이 포트나이트(Fortnite) 게임에서 가상 콘서트로 공연하는 장면이고, 사진 (나)는 New York Times가 메타버스의 예로서 제시한 화면이다. Travis Scott은 총 45분 공연으로 2,000만 달러(한화 약 220억원)을 벌어들였다고 알려져 있는데, 코로나 팬데믹 이후 인게임(in-game) 공연이 음악 및 엔터테인먼트 업계의 미래 수입원으로 부상하고 있다고 분석되면서, 온라인과 오프라인의 경계가 모호해지는 메타버스에서 게임이 새로운 플랫폼으로서 역할을 할 것이라는 기대가 커지고 있다.[419]

[사진 (가)]

[사진 (나)]

메타버스에서는 다른 부정경쟁행위의 유형보다 트레이드 드레스에 관련된 분쟁이 많을 것으로 예측된다. 이러한 관점에서 보면, 2019년 부정경쟁방지법의 개정을 통해 트레이드 드레스의 법적 보호를 명문화하였다는 점은 상당히 유의미하다고 할 수 있다. 다만, 개정법에서도 트레이드 드레스의 기능성에 관해서는 입법이 이루어지지 않은 것은 아쉬운 점이다. 트레이드 드레스의 성립요

419) 한국콘텐츠진흥원, 트래비스 스콧 '포트나이트' 콘서트 수익 2,000만 달러, 실제 공연 수익의 10배, 2021.04.06. 인터넷에서 검색 가능함: https://post.naver.com/viewer/postView.naver?volumeNo=31145894&memberNo= 28980604 (2024.1.2. 방문).

건에는 식별력, 비기능성, 및 혼동가능성을 들 수 있는데, 기능성 여부는 트레이드 드레스를 보호하기 위한 주요 요건이다. 다만 메타버스 환경에서 트레이드 드레스에 관한 분쟁이 발생한 경우에 기능성에 관한 부분을 고려한 입법 개정안을 검토하는 것은 제 외국의 입법례의 진행 상황, 이와 관련된 분쟁 발생 시 현행 부정경쟁방지법상 일반조항의 적용 등의 추이를 살펴보면서 진행되어야 할 것이다.

반면, 상표법은 트레이드 드레스의 일부라고 할 수 있는 입체적 형상, 색채, 색채의 조합, 소리 또는 냄새만으로 된 상표에 대하여 기능성 원리를 규정하고 있다. 즉 상표법은 "상표등록을 받으려는 상품 또는 그 상품의 포장의 기능을 확보하는 데 꼭 필요한(서비스의 경우에는 그 이용과 목적에 꼭 필요한 경우를 말한다) 입체적 형상, 색채, 색채의 조합, 소리 또는 냄새만으로 된 상표"를 상표법 제34조 제1항 제15호에 부등록사유로 규정함으로써 기능성 원리를 규정하고 있다. 또한 상표법 제90조 제1항 제5호에 "등록상표의 지정상품 또는 그 지정상품 포장의 기능을 확보하는 데 불가결한 형상, 색채, 색채의 조합, 소리 또는 냄새로 된 상표"에 대해 상표권의 효력이 미치지 않는다고 규정하고 있다. 상표법상 기능성 판단과 관련하여 우리나라 대법원은 "지정상품 또는 그 포장의 기술적(技術的)기능은 원칙적으로 특허법이 정하는 특허요건 또는 실용신안법이 정하는 실용신안등록 요건을 구비한 때에 한하여 존속기간의 범위 내에서만 특허권 또는 실용신안권으로 보호받을 수 있는데, 그러한 기능을 확보하는 데 불가결한 입체적 형상에 대하여 식별력을 구비하였다는 이유로 상표권으로 보호하게 된다면, 상표권의 존속기간 갱신등록을 통하여 입체적 형상에 불가결하게 구현되어있는 기술적 기능에 대해서까지 영구적인 독점권을 허용하는 결과가 되어 특허제도 또는 실용신안제도(이하 '특허제도 등'이라고 한다)와 충돌하게 될 뿐만 아니라, 해당 상품 등이 가지는 특정한 기능, 효용 등을 발휘하기 위하여 경쟁자가 그러한 입체적 형상을 사용해야만 할 경쟁상의 필요가 있음에도 사용을 금지시킴으로써 자유로운 경쟁을 저해하는 부당한 결과를 초래하게 된다... 상표법은 상표의 한 가지로 입체적 형상으로 된 상표를 도입하면서, 특허제도 등과의 조화를 도모하고 경쟁자들의 자유롭고 효율적인 경쟁을 보장하기 위한 취지에서 신설하여 상표등록을 받으려는 상품 등의 기능을 확보하는 데 불가결한 입체적 형상만으로 된 상표 등은 식별력 요건을 충족하더라도 상표등록을 받을 수 없도록 하였다. 이러한 입법 취지에 비추어 보면, 상품 등의 입체적 형상으로 된 상표가 위 규정에 해당하는지는 그 상품 등이 거래되는 시장에서 유통되고 있거나 이용가능한 대체적인 형상이 존재하는지, 대체적인 형상으로 상품을 생산하더라도 동등한 정도 또는 그 이하의 비용이 소요되는지, 입체적 형상으로부터 상품 등의 본래적인 기능을 넘어서는 기술적 우위가 발휘되지는 아니하는 것인지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다."[420]라고 설시한 바 있다.

특허청의 상표심사기준에서도 기능성 판단기준으로 ① 입체적 형상 등과 관련된 특허출원, 실용신안등록출원, 특허권 및 실용신안권의 존재 여부, ② 입체적 형상 등이 제공하는 실용적인 이점에 대한 광고·홍보·설명의 존재 여부, ③ 동일한 기능을 가진 대체가능한 입체적 형상 등의 존재 여부, ④ 대체가능한 입체적 형상 등의 생산 용이성 및 경제성 등 미국의 In re Morton-Norwich Prods., Inc. 사건[421]의 판결 기준과 유사한 기준을 제시하고 있다.[422] 특히 위

420) 대법원 2015. 10. 15. 선고 2013다84568 판결.
421) 671 F.2d 1332 (C.C.P.A. 1982).

상표심사기준에서는 입체 형상 등의 기능성과 관련하여 미국의 사례를 소개하고 있는 바, 광고에서 기능성을 도출한 사례,[423] 대체적인 형상의 존재 여부와 관계 없이 기능성을 인정한 사례,[424] 대체가능한 항의 이용이 제한됨을 근거로 기능성을 인정한 사례[425] 등을 나열하고 있다.

이와 같이 메타버스에서 트레이드 드레스에 관한 법적 보호를 상표법에 의해서만 보호하는 것은 용이하지 않기 때문에 부정경쟁방지법에 의한 보호를 검토할 수는 있는데, 이에 대한 개정안을 도출하는 데에는 좀 더 신중한 태도가 필요하다.

4. 개정안 여부 검토

메타버스에 트레이드 드레스에 관한 내용을 법제화한 국가는 아직 없는 것으로 보인다. 또한 현행 우리나라 부정경쟁방지법 제2조 제1호 나목에 규정되어 있는 트레이드 드레스 규정을 메타버스에도 적용할 수 있는 것으로 사료된다. 따라서 해외 입법례도 메타버스에 관한 트레이드 드레스 관련 규정이 없을 뿐만 아니라, 부정경쟁방지법 제2조 제1호의 일반조항을 활용하여 메타버스에서 트레이드 드레스에 관한 분쟁을 충분히 해결할 수 있으므로 무리한 개정입법을 진행하기 보다는 향후 해외 입법례의 진행 상황, 분쟁이 발생하는 경우에 부정경쟁방지법의 일반조항의 적용 여부 등에 관한 추이를 검토하면서 입법이 진행되는 것이 바람직할 것이다.

422) 특허청 상표심사기준 '제5부 상표등록을 받을 수 없는 상표' 중 '입체상표, 색채만으로 된 상표 등의 기능성' 참조.
423) In re Becton, Dickinson & Co., 675 F.3d 1368, 1375-76, 102 USPQ2d 1372, 1377-78 (Fed. Cir. 2012).
424) TrafFix Devices, Inc. v. Marketing Displays, Inc. 532 U.S. 23 (2001).
425) In re N.V. Organon, 79 USPQ2d 1639, 1645-46 (TTAB 2006).

제5절 메타버스에서 상품·영업주체 오인혼동, 희석화등 개선방안

1. 상품, 영업 주체 혼동행위 (부정경쟁방지법 제1조 제1호 가목, 나목)

부정경쟁방지법상 '혼동초래행위'는 국내에 널리 인식된 타인의 상품 또는 영업표지와 동일 또는 유사한 표지를 사용하거나, 또는 이러한 표지를 사용한 상품을 유통시킴으로써 수요자로 하여금 타인의 상품 또는 영업에 관하여 혼동을 초래하게 하는 행위를 말한다. 이와 같이 국내에 널리 알려진 표지에 대한 혼동초래행위를 금지하는 이유는 타인의 신용에 무임승차(free-riding)하여 이익을 취하는 부정경쟁행위를 금지시킴으로써 특정한 영업주체의 이익도 보호하는 측면이 있지만, 일반 수요자도 보호함으로서 공정한 경쟁질서를 유지함에 있다.

현실세계에서 유명인인 것처럼 메타버스에서 흉내내면서 국내에 널리 인식된 유명인의 의류, 가방, 신발 등 상품을 판매하는 행위가 부정경쟁방지법 제2조 1호 나목의 상품이나 영업의 주체 혼동행위에 해당하는 부정경쟁행위에 해당하는지 살펴본다.

메타버스에서 상품의 주체혼동 또는 저명한 타인의 성명, 명칭 등을 도용하여 이익을 얻으려는 수단으로 이용하는 경우, 이는 현실에서와 마찬가지로 부정경쟁행위에 해당할 것이다.

부정경쟁방지법상 부정경쟁행위의 유형 중에서 타인을 사칭하는 다양한 형태의 영업행위를 통해 부정한 이익을 얻는 것을 방지하려고 한다면, 메타버스에서 이와 유사한 행위를 부정경쟁행위에 해당하는 것으로 해야 할 것이다.[426]

가. 메타버스에서의 상품·영업주체 혼동·희석화 행위에 대하여 부정경쟁행위로 규율된 국내외 사례 분석

[가상사례]

가) [상품 주체 혼동행위] 메타버스에서 에르메스 매장과 유사한 매장을 차리고 가상의 가방을 판매하는 행위는 부정경쟁행위에 해당하는가?

나) 현실에서 잘 알려진 매장(예: 음식점, 카페 등)과 유사한 매장을 메타버스에서 구현하는 경우에 부정경쟁행위에 해당하는가?

426) 문명섭, 디지털 전환 시대의 지식재산: 메타버스를 중심으로, 한국지식재산연구원, 2021.12., 111면 참조.

(1) 상품주체의 혼동 행위

"상품주체 혼동행위"는 주지의 상품표지 무단사용 등에 따른 혼동행위이며, 상품주체 혼동행위에 해당하려면 객관적 요건으로서 ① 국내에서 널리 인식될 것, ② 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장, 그 밖에 타인의 상품임을 표시한 표지(상품표지)일 것, ③ 타인의 상품표지와 동일·유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품의 판매·반포 또는 수입·수출일 것, ④ 타인의 상품과 혼동하게 하는 행위이어야 하고, 주관적 요건으로서 부정경쟁행위라는 고의의 인식이 있어야 한다.[427] 즉 상품주체 혼동행위에 해당하려면 국내에 널리 인식된[428] 타인의 상표, 성명, 상품의 용기 기타 타인의 상품임을 표시한 표지와 동일·유사한 것을 사용하여 타인의 상품과 혼동[429]을 일으켜야 한다.[430] 이때 상품표지로서 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장 등이 예시되어 있으나, 나아가 상품형태, 문양, 캐릭터, 도메인이름, 트레이드 드레스와 관련하여 상품의 종합적 이미지 등 그것이 상품표지로서 개별적 기능이 있고, 상품의 출처를 나타내는 표지가 될 수 있는 한 모두 해당될 수 있으며[431], 따라서 상품표지를 매우 광의적인 의미로 해석하고 있음을 알 수 있다.

타인의 상품과 혼동하게 하는 행위, 즉 상품출처의 혼동에는 협의의 혼동과 광의의 혼동이 있

427) 윤태식, 부정경쟁방지법, 박영사, 54~55면 참조.

428) 대법원 2012. 11. 29., 선고, 2011도10978, 판결에 의하면, "부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 '부정경쟁방지법'이라고 한다) 제2조 제1호 (가)목에서 타인의 상품임을 표시한 표지가 국내에 널리 인식되었는지 여부는 그 사용기간, 방법, 태양, 사용량, 거래범위 등과 상품거래의 실정 및 사회통념상 객관적으로 널리 알려졌느냐의 여부가 기준이 된다(대법원 2006. 4. 13. 선고 2003도7827 판결, 대법원 2008. 9. 11. 선고 2007도10662 판결 등 참조). 한편 어떤 상품의 형태가 출처표시기능을 가지고 나아가 주지성까지 획득하는 경우에는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목에 규정된 '국내에 널리 인식된 타인의 상품임을 표시한 표지'에 해당하여 같은 법에 의한 보호를 받을 수 있는데, 이를 위해서는 상품의 형태가 다른 유사상품과 비교하여, 수요자의 감각에 강하게 호소하는 독특한 디자인적 특징을 가지고 있는 등 일반수요자가 일견하여 특정의 영업주체의 상품이라는 것을 인식할 수 있는 정도의 식별력을 갖추고 있어야 하며, 나아가 당해 상품의 형태가 장기간에 걸쳐 특정의 영업주체의 상품으로 계속적·독점적·배타적으로 사용되거나, 또는 단기간이라도 강력한 선전·광고가 이루어짐으로써 그 상품형태가 갖는 차별적 특징이 거래자 또는 일반수요자에게 특정 출처의 상품임을 연상시킬 정도로 현저하게 개별화된 정도에 이르러야 한다(대법원 2007. 7. 13. 선고 2006도1157 판결, 대법원 2007. 11. 29. 선고 2006도267 판결 등 참조)."라고 설시하고 있다.

429) 타인의 상품과 혼동을 하게 하는 행위에 해당하는지 여부는 상품표지의 주지성과 식별력의 정도, 표지의 유사 정도, 사용 태양, 상품의 유사 및 고객층의 중복 등으로 인한 경업·경합관계의 존부 그리고 모방자의 악의(사용의도) 유무 등을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2007. 4. 27. 선고 2006도8459 판결 등 참조). 또한 상품의 품질과 가격, 판매장소, 판매방법이나 광고 등 판매 당시의 구체적 사정 때문에 그 당시 구매자는 상품의 출처를 혼동하지 아니하였더라도, 구매자로부터 상품을 양수하거나 구매자가 지니고 있는 상품을 본 제3자가 상품에 부착된 상품표지 때문에 상품의 출처를 혼동할 우려가 있는 등 일반 수요자의 관점에서 상품의 출처에 관한 혼동의 우려가 있다면 그러한 상품표지를 사용하거나 상품표지를 사용한 상품을 판매하는 등의 행위는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 가목, 제18조 제3항 제1호에서 정한 '타인의 상품과 혼동하게 하는 행위'에 해당한다(대법원 2012. 12. 13. 선고 2011도6797 판결 등).

430) 상품주체 혼동행위에 해당하기 위해서는 표지를 자신의 상품출처를 표시하는 것으로 사용하여야 하는데(대법원 2004. 5. 14. 선고 2002다13782 판결 등 참조), 표장이 순전히 장식적 또는 디자인적으로 사용되었다고 볼 수 있는 경우에는 상표의 사용으로 보지 아니하나, 디자인과 상표는 배타적·선택적인 관계에 있는 것이 아니므로 디자인이 될 수 있는 형상이나 모양이라 하더라도 그것이 상표의 본질적인 기능이라고 할 수 있는 자타상품의 출처표시를 위하여 사용되는 것으로 볼 수 있는 경우에는 위 사용은 상표로서의 사용이라고 보아야 하고(대법원 2009. 5. 14. 선고 2009후665 판결 등 참조), 그것이 상표로서 사용되고 있는지는 상품과의 관계, 당해 표장의 사용 태양(즉 상품 등에 표시된 위치, 크기 등), 등록상표의 주지저명성 그리고 사용자의 의도와 사용 경위 등을 종합하여 실제 거래계에서 표시된 표장이 상품의 식별표지로서 사용되고 있는지에 의하여 판단하여야 한다(대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다20044 판결, 대법원 2013. 3. 28. 선고 2010다58261 판결 등).

431) 윤태식, 위의 책, 65~66면 참조.

다. 협의의 혼동이란 소비자의 관점에서 상품출처가 동일하다고 오인하도록 하는 의미의 혼동이고, 광의의 혼동이란 비교대상 상품 자체가 서로 동일·유사하지 않아서 상품 제조·판매 등 직접적으로 출처에 대한 오인·혼동은 없더라도, 국내에 널리 인식된 타인의 주지 또는 저명 상품 표지와 동일 또는 유사한 표지를 사용하거나 타인의 표장이 주는 모티브, 인상, 기억 등에 의해 수요자나 거래자로 하여금 당해 상품표지의 주체와 사용자 간에 자본, 조직 등 업무상·조직상·재정상 또는 계약상 관계나 어떠한 특별한 밀접한 관계가 있을 것으로 오인하게 하는 혼동을 의미한다.[432]

메타버스에서 상품주체 혼동행위는 다양한 형태로 나타날 수 있을 것이다. 예를 들면, 에르메스와 같은 저명상표가 부착된 가상상품을 가상세계에서 가상 매장을 통해 판매하는 경우에 상품주체에 대한 혼동 가능성이 존재하기 때문이다. 이러한 사례들은 메타버스라는 가상공간에서 자주 발생할 것으로 예상된다. 메타버스라는 가상공간에서 영업 주체는 현실세계에서 저명상표가 부착된 상품을 자신의 상품에 부착하여 이용하는 성향을 보일 수 있기 때문에 가상공간의 소비자들의 입장에서는 상품주체 혼동이 일어날 수 있다.

(2) 영업주체의 혼동 행위

부정경쟁방지법 제2조 제1호 나목은 "국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 표장, 그 밖에 타인의 영업임을 표시하는 표지(상품 판매, 서비스 제공방법 또는 간판·외관·실내장식 등 영업제공 장소의 전체적인 외관을 포함한다)와 동일하거나 유사한 것을 사용하여 타인의 영업상의 시설 또는 활동과 혼동하게 하는 행위", 즉 영업주체 혼동행위를 부정경쟁행위로 규정하고 있다.

'국내에 널리 인식된'이란 주지성(周知性)을 말한다. 즉 국내에 널리 인식된 영업표지는 국내 전역 또는 일정한 지역에서 하는 영업을 거래자 또는 수요자들이 특정한 영업이라고 인식하여 다른 사람의 영업과 구별하여 인식하는 경우를 말하며, 따라서 식별력이 없는 표장이더라도 오랫동안 사용함으로써 수요자 또는 거래자들에게 특정한 영업을 표지하는 것이라고 널리 인식되었다면 '국내 널리 인식된 영업표지'에 해당될 것이다.

'타인의 성명 등의 영업표지'란 상품이 아니라 서비스를 업으로서 하는 자의 표지로서, 영업표지는 상표법 제2조 제1호 가목의 기호, 문자, 도형, 입체적 형상, 색채, 홀로그램, 동작 또는 이들을 결합한 것 이외 소리 등 영업출처를 나타낼 수 있는 모든 표시가 포함되는 것으로 해석되며,[433] 우리나라 대법원은 소위 트레이드 드레스와 관련하여 영업을 표시하는 슬로건, 캐치프레이즈, 제목, 매장의 실내외 장식 등 영업의 종합적 외관이라 할지라도 특정인의 영업을 표시하는 것이라고 식별력이 인정되면 이에 포함되는 것으로 설시한다.[434]

'타인의 영업표지와 동일 또는 유사한 것을 사용하는 행위'란 상표법상 상표의 유사여부에 관한 법리가 그대로 적용될 수 있을 것이다. 대법원은 이와 관련하여 "상표의 유사 여부는 그 외관·호

432) 흔히 상표법상 출처혼동은 협의의 출처혼동이고, 부정경쟁방지법상 출처혼동은 광의의 출처혼동으로 설명되는 경우도 있기는 하지만, 정확한 설명은 아닌 것 같다. 부정경쟁방지법상 출처에 대한 혼동개념은 주지성을 가지는 상품표지의 출처표시기능을 통해 축적된 신용을 저해하여 공정한 경업질서를 해치는 행위이다. 자세한 설명에 대해서는 윤태식, 위의 책, 96-97면 참조.

433) 윤태식, 부정경쟁방지법, 박영사, 2021년, 112면 참조.

434) 대법원 2004. 7. 9. 선고 2002다56024 판결; 대법원 2013. 4. 25. 선고 2012다41410 판결 등.

칭 및 관념을 객관적·전체적·이격적으로 관찰하여 그 지정상품의 거래에서 일반 수요자나 거래자가 상표에 대하여 느끼는 직관적 인식을 기준으로 하여 그 상품의 출처에 관하여 오인·혼동을 일으키게 할 우려가 있는지 여부에 따라 판단하여야 하므로, 대비되는 상표 사이에 유사한 부분이 있다고 하더라도 당해 상품을 둘러싼 일반적인 거래실정, 즉 시장의 성질, 수요자의 제력이나 지식, 주의의 정도, 전문가인지 여부, 연령, 성별, 당해 상품의 속성과 거래방법, 거래장소, 사후관리 여부, 상표의 현존 및 사용상황, 상표의 주지 정도 및 당해 상품과의 관계, 수요자의 일상 언어생활 등을 종합적·전체적으로 고려하여, 거래사회에서 수요자들이 구체적·개별적으로는 상품의 품질이나 출처에 관하여 오인·혼동할 염려가 없을 경우에는 유사상표라고 할 수 없어 그러한 상표 사용의 금지를 청구할 수 없고, 이러한 법리는 서비스표 및 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 '부정경쟁방지법'이라 한다) 제2조 제1호 (나)목에서 정한 영업표지에 있어서도 마찬가지이다(대법원 1996. 7. 30. 선고 95후1821 판결, 대법원 2011. 12. 27. 선고 2010다20778 판결 등 참조)."라고 설시한 바 있다.[435]

'타인의 영업상의 시설 또는 활동과 혼동하게 하는 행위'란 영업표지 자체를 동일하다고 오인하게 하는 행위 뿐만 아니라 국내에 널리 인식된 타인의 영업표지와 동일 또는 유사한 표지를 사용함으로써 일반 수요자 또는 거래자가 당해 영업표지의 주체와 동일 또는 유사한 표지의 사용자 사이에 자본, 조직 등에 밀접한 관계가 있다고 오인하게 만드는 경우를 포함한다.[436]

<미국 사례>

본 사례는 Play Pen Gentlemen's Club("Play Pen")이라는 이름으로 L.A.에서 여성이 누드 춤을 추는 스트립클럽을 운영하는 E.S.S. Entertainment 회사가 미국에서 Grand Theft Auto라는 자동차 게임을 만드는 Rock Star Video를 상대로 실제의 스트립클럽 로고와 가게 외관에 관한 상표권 침해 및 트레이드 드레스 침해를 주장한 사례이다.[437] 미연방 제9항소법원은 우선, 피고 표장(Pig Pen)은 원고 표장(Play Pen)과 동일하지 않으며, 둘째, 스트립클럽을 운영하는 원고의 표장과 비디오게임을 하는 원고의 표장을 소비자가 출처혼동을 일으킬 가능성이 없기 때문에 트레이드 드레스 침해는 아니라고 판시하였다. 즉 E.S.S.의 행위는 미 수정헌법 제1조에 의하여 보호되는 예술적 표현의 자유에 해당하기 때문에 소비자들이 스트립클럽이 복잡한 비디오게임을 제작했을 것이라고 혼동하지 않을 것이라고 판단하여 원고 청구를 기각하였다.

현실에서 국내에 널리 인식된 매장과 동일 또는 유사한 매장을 메타버스에서 구현하는 경우에 상표법상 상표의 사용이 현실세계에서의 사용을 전제로 한 것이므로 이를 상표법상 상표 사용이라고 인정하기는 어려울 것이다. 다만, 메타버스에서 플랫폼사업자가 매장에서 영업을 하거나 상

435) 대법원 2013. 6. 27., 선고, 2011다97065 판결.

436) 대법원 2007. 4. 27. 선고, 2006도8459 판결에서 대법원은 "부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제1호 (가)목 소정의 '타인의 상품과 혼동을 하게 하는'의 의미는 상품의 출처가 동일하다고 오인하게 하는 경우뿐만 아니라 국내에 널리 인식된 타인의 상품표지와 동일 또는 유사한 표지를 사용함으로써 일반수요자나 거래자로 하여금 '당해 상품표지의 주체와 사용자 간에 자본, 조직 등에 밀접한 관계가 있지 않을까'라고 오신하게 하는 경우도 포함하며, 타인의 상품과 혼동을 하게 하는 행위에 해당하는지 여부는 상품표지의 주지성과 식별력의 정도, 표지의 유사 정도, 사용 태양, 상품의 유사 및 고객층의 중복 등으로 인한 경업·경합관계의 존부 그리고 모방자의 악의(사용의도) 유무 등을 종합하여 판단하여야 한다."라고 설시하고 있다.

437) E.S.S. ENTERTAINMENT 2000, INC. v. ROCK STAR VIDEOS, INC. 547 F.3d 1095.

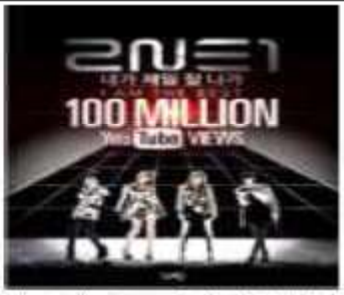
품을 판매하는 행위에 대하여 소비자가 영업주체를 혼동할 가능성은 낮을 것이다. 다만, 메타버스라는 가상세계에서 거래가 활성화되고, 중소기업들을 포함한 다수의 기업들이 참여하게 되면 이들이 메타버스에서 가상상품을 판매하는 활동은 증가할 것이고, 이때 광의의 혼동이 인정되면서 상품 또는 영업주체에 대한 혼동가능성은 점점 높아질 것이다.

(3) 상표권 침해와의 차이

부정경쟁방지법상 상품과 영업주체에 대한 혼동행위는 상표권 침해와 서로 차이가 있다. 예컨대, 첫째, 상표의 경우에는 상표품의 표지를 특허청에 출원하여 엄격한 심사를 거쳐 등록해야 하지만, 부정경쟁방지법상 상품이나 영업은 주지성 또는 저명성이 요구되는 이외에 특허청에 별도의 등록이 필요 없으며, 둘째, 상표권 침해에서 중요한 판단 요인으로서 상품의 유사성을 부정경쟁방지법에서는 요구되지 않는다는 것이다.

판례 번호	판결 요지 및 시사점
서울고등법원 2019. 6. 20. 선고 2018나2069579 판결(확정)[438]	법원은 ① 원고 제품에서 개별 도형을 다양한 색깔로 채택한 '멀티 컬러 LV 모노그램'은 주지·저명한 상품 표지이고, ② 피고가 위 상품 표지를 출처표시로서 사용하였으며(이른바 상표적 사용), ③ 원고와 제휴관계 있는 상품으로 혼동하게 하였으므로(광의의 혼동), 피고의 행위는 상품주체 혼동행위에 해당한다고 판단
대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도5897 판결	1심(서울중앙지방법원 2007.12.21. 2007고합970 판결)은 박상민의 성명과 특징적인 외양 모두 주지성이 있는 영업표지라고 판단함; 2심(서울고등법원 2008. 6. 19. 선고 2008노108 판결)은 박상민의 성명은 영업표지에 해당하지만 박상민의 특징적인 외양 등은 영업표지에 해당하지 않는다고 보아 박상민의 성명 부분만 영업주체 혼동행위에 해당한다고 인정함; 대법원은 원심 판단을 인용함

438) 원고는 위 사건에서 상품주체 혼동행위, 저명표시 희석행위, 기타 성과 도용행위를 주장하였고, 1심(서울중앙지방법원 2018. 10. 4. 선고 2016가합36473 판결)은 상품주체 혼동행위, 저명표시 희석행위를 인정하였고, 위 2심은 상품주체 혼동행위만을 인정하고 나머지 행위는 나아가 판단하지 않았다.

판례 번호	판결 요지 및 시사점
서울고법 2016. 5. 12. 선고 2015나2044777 판결(확정)	 단팥빵 매장의 트레이드 드레스가 쟁점이 된 사건에서, 법원은 매장의 간판, 내부 인테리어 등을 포함한 영업의 종합적인 이미지가 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과에 해당한다고 판단하였음. 동 판결 이후 부정경쟁방지법에 트레이드 드레스 규정이 신설됨
대법원 2015. 1. 29. 선고 2012다13507 판결	 'CATS'의 영문 또는 그 한글 음역으로 된 이 사건 표지는 적어도 이 사건 원심 변론종결일 무렵에는 단순히 그 뮤지컬의 내용을 표시하는 명칭에 머무르지 않고, 거래자 또는 수요자에게 뮤지컬 CATS의 공연이 갖는 차별적 특징을 표상함으로써 특정인의 뮤지컬 제작·공연임을 연상시킬 정도로 현저하게 개별화되기에 이르렀다고 할 것이므로, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (나)목에서 정한 '타인의 영업임을 표시한 표지'에 해당한다고 판단함
서울중앙지방법원 2012카합996 결정	 신청인은 그룹 2NE1의 유명곡 '내가 제일 잘 나가'의 작사·작곡가로, 피신청인(삼양식품)이 노래의 제목을 '내가 제일 잘 나가사끼 짬뽕'으로 응용하여 제품 '나가사끼 짬뽕' 홍보에 사용한 사건이다. 법원은 ① 노래 제목과 같은 저작물의 제호(title)는 저작물의 표지에 불과하고 독립된 사상, 감정의 창작적 표현이라고 보기 어려워 저작권 침해를 인정하지 않았고, ② 노래가 공개된지 1년 정도밖에 지나지 않았고, '내가 제일 잘 나가'와 '내가 제일 잘 나가사끼 짬뽕'은 전체적으로 볼 때 유사하다고 단정하기 어려우며, 신청인은 작사·작곡가인 반면 피신청인은 식품회사로 신청인과 피신청인의 상품이 유사하다거나 고객층이 중복된다고 보기 어렵다는 이유로 상품주체 혼동행위도 부정함

나. 메타버스와 현실세계, 메타버스에서의 유명상표·서비스표 간에 부정경쟁방지법 적용 공백 여부 분석

현행 부정경쟁방지법은 현실 세계에서 발생하는 부정경쟁행위의 유형들을 예시적으로 열거한 것으로, 메타버스를 고려한 입법례는 아니다. 다만, 현실세계에서 발생할 수 있는 부정경쟁행위가 메타버스 공간에서도 일어날 수 있으며, 따라서 이 경우에 법적 구제조치가 필요하다.

(1) 현실에서 유명한 상표가 메타버스에서 무단 사용되는 경우

현실에서 유명한 상표 또는 서비스표(예: 샤넬, 뤼이뷔통, 디올 등)가 메타버스에서 무단 사용되는 경우에 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위에 해당한다. 부정경쟁방지법상 표지는 반드시 등록 여부를 고려하는 것은 아니므로, 미등록상표 또는 미등록서비스표라 할지라도 국내에 널리 인식된 경우에 이와 동일 또는 유사한 것을 사용하거나 이를 사용한 상품을 판매 등을 통해 소비자들에게 혼동행위를 일으킨 경우에는 부정경쟁행위에 해당한다고 해석될 수 있다. 즉 상표 또는 서비스표가 부착된 상품을 메타버스에서 판매하여 혼동을 일으키는 행위는 부정경쟁행위이다. 다만, 메타버스에서 상표 또는 서비스표가 부착된 상품을 현실세계에서 적용할 수 있는 상품의 개념과는 다르며, 최근 우리나라 특허청은 2022. 7. 13. '가상상품 심사처리지침'을 제정하여 가상상품(virtual goods)의 의미를 가상상품+ 기존상품 명칭, 구체적인 현실상품의 가상상품 명칭(예: 가상의류, 가상신발, 가상바지 등)을 인정하고 있다. 또한 특허청의 '가상상품 심사처리지침'은 메타버스 등 가상환경을 이용한 서비스 제공은 온라인 또는 인터넷과 유사하게 가상환경을 수단으로 하는 종전의 서비스 제공형태이므로 서비스 제공목적에 따라 상품을 분류하고 있다.

이와 같은 상황을 고려할 때, 메타버스라는 가상공간에서 부정한 목적으로 가상상품에 유명상표 또는 서비스표를 부착하여 판매 등을 함으로써 소비자들에게 영업주체에 대한 혼동을 야기하는 행위는 부정경쟁행위에 해당한다는 해석이 가능하다.

가. 다음의 어느 하나에 해당하는 정당한 사유 없이 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장, 그 밖에 타인의 상품임을 표시한 표지(標識)(이하 이 목에서 "타인의 상품표지"라 한다)와 동일하거나 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매·반포(頒布) 또는 수입·수출하여 타인의 상품과 혼동하게 하는 행위 1) 타인의 상품표지가 국내에 널리 인식되기 전부터 그 타인의 상품표지와 동일하거나 유사한 표지를 부정한 목적 없이 계속 사용하는 경우 2) 1)에 해당하는 자의 승계인으로서 부정한 목적 없이 계속 사용하는 경우 다. 가목 또는 나목의 혼동하게 하는 행위 외에 다음의 어느 하나에 해당하는 정당한 사유 없이 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장, 그 밖에 타인의 상품 또는 영업임을 표시한 표지(타인의 영업임을 표시하는 표지에 관하여는 상품 판매·서비스 제공방법 또는 간판·외관·실내장식 등 영업제공 장소의 전체적인 외관을 포함한다. 이하 이 목에서 같다)와 동일하거나 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하여 타인의 표지의 식별력이나 명성을 손상하는 행위 1) 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장, 그 밖에 타인의 상품 또는 영업임을 표시한 표지가 국내에 널리 인식되기 전부터 그 타인의 표지와 동일하거나 유사한 표지를 부정한 목적 없이 계속 사용하는 경우

2) 1)에 해당하는 자의 승계인으로서 부정한 목적 없이 계속 사용하는 경우 3) 그 밖에 비상업적 사용 등 대통령령으로 정하는 정당한 사유에 해당하는 경우

(2) 메타버스에서 유명한 상표가 메타버스에서 무단 사용되는 경우

메타버스에서 특정인이 자신의 아바타를 사용하여 영업행위를 하고, 이러한 영업행위를 통해 상표 또는 서비스표가 부착된 가상상품을 사용하여 저명상표가 되었다고 가정할 때, 메타버스 공간에서 타인이 이러한 저명상표를 동의 없이 무단으로 사용하는 경우에도, 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위에 해당하게 된다. 우리나라 부정경쟁방지법의 대상은 등록 여부를 불문하므로 미등록된 표지에 대해서도 영업주체에 대한 혼동이 일어나는 경우에 부정경쟁행위에 해당(법 제2조 제1호 가목)하며, 영업주체 혼동행위 이외에도 타인의 표지의 식별력이나 명성을 손상하는 행위 또한 부정경쟁행위(법 제2조 제1호 다목)에 해당하기 때문이다. 따라서 메타버스에서 유명한 상표를 메타버스에서 무단 사용하는 행위는 영업주체에 대한 혼동을 야기할 뿐만 아니라, 타인의 표지의 식별력 또는 명성을 손상하는 행위에 해당할 수 있기 때문에 부정경쟁행위에 해당하는 것으로 해석해야 할 것이다.

다. 개선방안

현실세계에서 유명한 상표 또는 서비스표를 메타버스에서 무단 사용하거나, 메타버스에서 유명한 상표 또는 서비스표를 무단 사용하는 행위는 부정경쟁행위에 해당하는 것으로 해석될 수 있다. 다만, 메타버스와 같은 가상세계에서 저명상표를 사용하는 것은 해석론에 의거하여 현행 부정경쟁방지법 제2조 제1호 가목 내지 다목의 행위에 해당하는 것으로 해석될 수 있기 때문에, 메타버스에서의 부정경쟁행위를 규제하기 위하여 '전기통신회선을 통한 제공'과 같은 표현을 추가하는 것은 좀 더 추가 검토가 필요하다. 이는 불필요한 해석론을 야기할 위험이 있으며,[439] 이와 관련하여 제 외국의 입법례도 아직 없는 상황이므로, 개정안을 도출하는 것은 좀 더 신중한 검토가 필요하다.

2. 희석화

부정경쟁방지법상 저명상표의 희석화는 부정경쟁행위에 해당한다. 저명상표의 희석화는 출처표시를 무단으로 사용하는 것은 아니지만, 소비자를 기망하거나 경쟁업자의 투자 또는 명성에 무임편승하는 부당한 행위에 해당하며, 메타버스 내에서 국내에 널리 알려진 저명상표의 희석화는 소비자의 오인·혼동과는 관계없이 상표와 관련된 식별력 또는 신용을 약화시키므로 메타버스에서 현실의 유명한 상표의 이미지를 사용하여 현실의 상표 사용에 영향을 미친다면 부정경쟁행위에 해당될 것이다.[440] 예를 들면, 고급 가방 브랜드인 "샤넬(CHANEL)"을 커피전문점 또는 음식점(치킨집 또는 김밥집)의 영업표지로 사용하면 식별력 약화로 인한 희석화가 될 것이며, 저명상표인 코카콜라 회사의"Enjoy Coca-Cola" 표지를 "Enjoy Cocaine"으로 사용하는 행위는 저명한 표지를

439) 자문위원의 의견 참조.
440) 이명희, 메타버스와 지식재산 보호방안 연구, 한국지식재산연구원, 2022.12. ,19-20면 참조.

저급하고 비도덕적으로 이용하는 행위로 이러한 행위는 가상공간에서는 현실세계의 상표법 또는 부정경쟁방지법의 적용 범위를 벗어날 수 있다는 오해가 있을 수 있기 때문에 오히려 메타버스이라는 공간에서 활발하게 발생할 가능성이 있다.

가. 희석화

부정경쟁방지법에서 희석화에 관한 내용은 동법 제2조 제1호 다목으로, 희석화에 대해서 타인의 표지의 식별력을 손상시키거나 명성을 손상시키는 행위로 규정하고 있다. 이와 같이 희석화에 대해서는 두 가지 유형을 들 수 있다. 첫째, 식별력을 손상시키는 희석행위이다. 즉 상표의 식별력을 약화시켜 희석시키는 행위는 희석이론의 전형적 유형으로, 사용자가 상표권자의 상표와 동일 또는 유사한 상표를 계속 사용함으로써 상표권자의 등록상표의 식별력을 손상시키고, 상표권자가 이러한 행위를 금지시키지 않으면서 상표권자의 식별력이 손상되면서 희석되는 행위로, 희석에 의한 손해는 당해 상표가 보유하고 있는 식별력, 더 나아가서는 광고력까지 파괴할 수 있다. 둘째, 명성을 손상시키는 희석행위이다. 이는 표지(標識)가 보유하는 긍정적인 또는 우수한 품질을 연상시키는 연관관계를 감소시키지 못하도록 하기 위한 것으로, 상표권자의 동의 없이 당해 표지를 열등한 품질의 상품 또는 서비스에 사용하는 경우에 발생한다.

저명상표의 희석화는 상품주체·영업주체 혼동행위 외에 정당한 사유 없이 저명한 타인의 상품표지 또는 영업표지를 사용하거나 이를 사용한 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하여 타인의 표지의 식별력이나 명성을 손상하는 행위를 의미한다.

희석화는 혼동가능성이 없더라도 적용될 수 있지만, 주지성만으로는 인정되기 어렵고, 저명성이라는 요건을 충족해야 한다(대법원 2004. 5. 14. 선고 2002다13782 판결 등). 희석화가 쟁점이 되었던 국내 주요 판례들은 다음과 같다:

저명성이 인정된 상품 표지	저명성이 부정된 상품 표지
ROLLSROYCE (대법원 2004. 2. 13. 선고 2001다57709 판결)	Birkin Bag, Kelly Bag (서울고등법원 2016. 1. 28. 선고 2015나2012671 판결)
BURBERRY (대전고등법원 2010. 8. 18. 선고 2010나819 판결)	몬테소리 (대법원 2015. 6. 11. 선고 2013다15029 판결)
TIFFANY (서울지방법원 2003. 8. 7. 선고 2003카합1488 판결)	엔하위키 (서울중앙지방법원 2015. 11. 27. 선고 2014가합44470 판결)
CHANEL (특허법원 2006. 2. 9. 선고 2005허8937 판결)	

특히 뷔이뷔통의 저명성에 편승하여 통닭집인 '루이비통닭'이라는 영업표지를 사용하여 부정경쟁행위에 해당되는지가 문제된 사례(서울중앙지법 2016가단6871)에서 법원은 부정경쟁방지법상 희석화 행위에 해당한다고 판시하였다:

서울중앙지방법원 2016가단6871	피고 A는 당시 영업 중이던 '프라닭'(Puradak Chicken)에서 아이디어를 얻어 VUITON DAK'(루이비통닭)이라는 상호의 가게를 오픈한 후, 루이비통과 유사한 로고를 사용해 간판 등 매장 인테리어를 하고, 치킨포장 상자와 봉투에도 로고 디자인을 넣었다. 법원은 이에 대해 부경법 다목을 이유로 상호 및 로고 사용금지 가처분을 발령하고 이를 위반시 일당 50만원의 간접강제를 명함. 그 후 A는 가게 이름에 영문 철자 띄어쓰기를 바꾸고 앞에 알파벳 3글자를 붙인 '찰루이비 통닭(chaLOUISVUI TONDAK)'으로 변경하였으나 법원은 여전히 부경법 다목에 해당한다고 판단하고 A가 29일간 위 로고를 사용한 행위에 대하여 루이비통에게 총 1450만원을 지급하라고 명함.

메타버스 공간에서도 상표의 희석화는 자주 발생할 수 있다. 즉 현실세계에서 판매되는 저명상표를 권리자의 허락 없이 메타버스에서 무단 사용하는 행위가 일어날 가능성이 매우 높으며, 이 경우에 권리자가 보유하는 표지의 식별력 손상 또는 명성 손상이 일어날 수 있을 것이다. 예를 들면, 전 세계적으로 잘 알려진 저명상표를 업종이 전혀 다른 상품이나 서비스에 무단 사용하는 행위, 특정 상표를 이용한 도메인 이름을 포르노 사이트에 사용하는 행위 등이 그러하다. 이때 검토해야 할 사항은 현실세계에서의 표지를 메타버스에서 무단 사용한 경우에, 저명상표를 당해 권리자의 상표품과 전혀 무관한 상품 또는 서비스업에 사용하는 경우에 현실세계에서 인정된 식별력 손상을 메타버스에서 어느 정도 인정할 것인지 문제가 일어날 수 있다.

나. 메타버스에서 표현의 자유 문제

메타버스 공간에서는 표현의 자유에 관한 문제가 많이 발생할 것으로 예상된다. 메타버스에서 상표를 게임에 사용하거나, 또는 현실에 관계없이 설정된 메타버스 환경에서 상표를 사용하는 경우에는 우리나라 판례에 의할 경우에 상표법에 의한 상표의 사용은 부정될 것이다. 반면, 미국에서는 상표의 사용에 대하여 표현의 자유나 상표의 공정사용(fair use) 법리에 따라 상표권 침해가 부정되는 대부분인 것으로 보인다.[441]

Rogers v. Grimaldi 사례[442]

- 미국의 연방 상표법은 소비자의 혼동을 회피하여야 하는 공익이 표현의 자유를 위한 공익을 초과하는 경우에만 예술 작품(artistic work)에 대하여 적용됨
- 상표의 예술작품 사용에 대한 상표법 위반 성립요건

① 상표 사용이 당해 작품과 예술적 관련성이 전혀 없어야 함

② 약간의 예술적 관련성이라도 있는 경우 작품 출처 또는 내용에 관해 명백하게 오해 야기해야 함

441) 김병일, 부정경쟁방지법 개선 방안에 대한 자문, 2023.12.29.

미국 상표법상 정당사용

① **기술적 공정사용(descriptive fair use):** 타인의 상표를 사용하는 행위가 상품의 출처 표시가 아니라, 사용자 자신의 상품을 표시하기 위하여 사용하는 경우로, 상표가 상표로서의 의미보다는 일정한 상품을 의미하는 경우를 말함

② **사용자를 위한 공정사용/지명적 공정사용(nominative fair use):** 상표 사용자가 타인의 상표가 표장하는 상품을 언급할 수밖에 없는 경우로, 당해 상표를 사용하지 않고서는 해당 상품이라는 사실을 의미할 수 없고, 상표를 사용하더라도 상표권자가 상표 사용자와 모종의 후원 관계에 있거나 사용자를 인정하지 않는 경우

한편 우리나라에서 표현의 자유에 기반한 항변은 지식재산권 분쟁에서 거의 원용되지 않는 것으로 보이는데, 이러한 항변은 주로 당사자의 주장과 논거에 의해 이루어질 것이다. 부정경쟁방지법 시행령 제1조의2(정당한 사유)[443]에서 규정하고 있는 희석화에 대한 예외는 표현의 자유와 정당한 사용을 모두 규정한 것이라고 할 수 있다. 동법 시행령에서 규정하는 '정당한 사유'는 궁극적으로 사용자의 표현의 자유를 보장하기 위한 것이라고 할 수 있다. 메타버스 공간에서 이용자는 자신의 아바타를 이용하여 직접 타인의 상품 등을 비상업적으로 이용하는 경우가 많아질 것으로 예상되므로, 표현의 자유 또는 정당한 사용과 관련된 쟁점이 메타버스에서도 많이 발생할 것으로 예상된다. 메타버스에서 이러한 가능성에 대하여 해석론에 의해 해결할지, 혹은 입법론(부정경쟁방지법 또는 시행령)에 의해 해결할지에 대해서는 추가 논의가 필요하다.

다. 소결

현실세계에서 식별력을 가지고 있는 저명상표를 메타버스 공간에서 사용자가 무단 사용하는 경우에 이는 식별력 손상은 물론 명성 손상을 일으키는 희석화 현상이 일어날 수 있다. 예를 들면, 샤넬은 저명표장이며, 메타버스에서 샤넬 표장의 저명성에 편승하여 영업의 동일·유사성이 인정되지 않는다고 하더라도 저명 표장인 샤넬을 영업표지로 사용하는 행위는 저명상표의 희석화에 해당될 수 있으므로 부정경쟁행위에 해당할 것이다. 다만, 부정경쟁방지법 시행령 제1조의2(정당한 사유)에 의해 저명상표의 비상업적 사용 등 정당한 사유에 해당하는 경우에는 정당한 사용 또는 표현의 자유라는 개념 하에 부정경쟁행위에 포함되지 않을 수 있으며, 메타버스에서 이와 같이 정당한 사유에 해당하는 행위 또는 표현의 자유에 포함시킬 수 있는 행위가 발생한 경우에 이를 부정경쟁행위로 볼지 여부에 대해서는 추가 논의가 필요하다.

---

442) 875 F.2d 994, 999 (2d Cir.1989).

443) 부정경쟁방지법 시행령 제1조의2(정당한 사유) 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」(이하 "법"이라 한다) 제2조제1호다목3)에서 "비상업적 사용 등 대통령령으로 정하는 정당한 사유"란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다. <개정 2023. 9. 27.>

1. 비상업적으로 사용하는 경우
2. 뉴스보도 및 뉴스논평에 사용하는 경우
3. 삭제 <2023. 9. 27.>
4. 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장, 그 밖에 타인의 상품 또는 영업임을 표시한 표지의 사용이 공정한 상거래 관행에 어긋나지 아니한다고 인정되는 경우

제6절 메타버스에서 상품형태 모방 규정의 적용 필요성

1. 상표 및 디자인 보호의 한계

메타버스 공간에서 현실세계의 상품형태를 모방하여 전시하거나 이를 아이템 등 판매 가능한 대상으로 삼아 영리를 추구하는 경우가 발생할 수 있다. 위에서 든 메타버킨스 사례 역시 (입체) 상표에 대한 침해 문제인 동시에 상품형태에 관한 침해 문제라고 할 수 있다. 상품형태는 입체상표로 등록할 수 있지만, 등록 여부와 관계없이 보호받을 수 있는 표지로서 또는 상품형태 자체로서 보호를 향유할 수도 있다. 무엇보다 메타버스에서는 상품형태를 기능적인 측면에서 접근하지 않을 것이고, 이를 메타버스 '공간'이나 '아바타'를 장식하는 용도로 사용할 것인데, 특히 문제되는 경우는 이를 판매하여 영리를 취하는 것이라 생각된다. 또 메타버스 환경에서 비즈니스 활동이 보다 활성화된다면, 가상공간에서 이루어지는 전시나 사업설명회에서 나타나는 상품의 형태를 가상세계 혹은 현실세계에서 모방하는 일이 발생할 수도 있다.

원칙적으로 상품형태를 입체상표로 보호받는 방안을 강구해 볼 수 있다. 다만 이는 등록 및 보호가 가능하다는 것으로, 상품의 형태가 식별표지로 인정되는 데는 한계가 따를 수밖에 없다. 기능을 위해 갖춘 형상이나 출처표시기능을 하지 않는 심미적 요소 등 역시 상표등록에 적합한 식별력을 갖추었다고 볼 수 없다.[444] 물론 유명해진 상품형태는 이차적 의미를 획득함으로써 상표보호에 필요한 식별력을 갖추었다고 볼 수 있지만, 식별력의 획득과 등록이라는 절차가 남게 되고, 이를 위해서는 시간이 필요하다. 게다가 그사이에 수요자에게 형태 전반이 식별표지로 인식되지 못해 보호에 흠결이 생기거나, 정당한 상표 사용자 이전에 제3자가 해당 입체상표를 먼저 출원등록하는 경우도 발생할 것이다.

또 상품형태가 입체상표로서 식별력을 갖추었다고 하더라도 앞서 본 상품군을 지정해야 한다는 문제를 간과할 수 없다. 특히 현실세계와 가상세계에서 상품은 기능이 다르고, 상품분류 자체도 가상세계를 염두에 두고 이루어진 것이 아니라는 점에서 가상공간에서 상표권 침해가 인정되기 더욱 어려워질 수 있다.

디자인권 역시 상품형태의 보호에 적합한 수단이 될 수 있다. 디자인은 식별력을 요구하지 않으며, 신규성과 창작비용이성을 충족할 경우 보호에 이를 수 있으므로[445] 어떻게 보면 상품형태 보호에 가장 적합한 수단이라고도 볼 수 있다. 디자인권은 등록된 권리로서 권리의 안정성이 높고, 출원 후 20년이라는 보호기간은 투자비용의 회수를 위해 비교적 충분한 기간이다. 더욱이 디자인권은 영리적인 이용 전반을 포괄하며, 인정되는 예외 역시 협소한 편이다. 그런데 예를 들어 위에서 살펴본 험비 사례나 메타버킨스 사례에서 각각의 상품형태가 유명한 정도에 이르지 못한 경우,

444) 즉, 형상이 "지정상품의 일반적 형상 또는 그 포장의 형상을 보통으로 사용하는 방법으로 표시한 표장만으로 된 경우"에는 상표등록을 받을 수 없다. 조용순, "부정경쟁방지법을 통한 트레이드 드레스 보호방안", 『산업재산권』, 통권 제53호(2017. 8.), 120면.

445) 비록 디자인에는 이른바 창작비용이성이나 심미성이 요구되기는 하지만, 디자인의 요건 중 심미성은 미가 주관적으로 평가될 가능성 때문에 현재에 와서 거의 의미가 퇴색되었다는 평가가 있다. 조영선, "메타버스에서의 디자인보호 -개정 화상디자인 제도의 공백을 감안하여", 『지식재산연구』, 제18권 제2호(2023. 6.), 99면. 이는 미국과 EU에서도 마찬가지이다. 즉, '기능미'라는 것 역시 인정될 수 있고, 이 기능미라는 것은 디자인이 오직 기능에만 기여하지 않는다는 점을 보임으로써 충족된다.

디자인보호법만으로 메타버스 내 모방으로부터 보호받을 수 있을지, 다시 말해 등록 디자인을 가상공간에서 디지털 이미지로 재현하여 활용하는 경우에 디자인보호법이 충분한 보호를 제공할 수 있을지 문제된다. 무엇보다 화상 디자인의 보호는 그 명칭에서 디자인의 화상을 통한 재현을 디자인권의 보호범주에 포함시킬 수 있을 것 같지만, 이는 메타버스에서의 상품형태 모방을 규율할 만큼 충분한 것은 아니다.[446]

메타버스에서의 상품형태 모방이라는 행위를 규율하기 위해서는 위에서 제기된 한계를 극복해야 할 것이다. 저작권법은 상품형태의 보호에 있어 위에서 지적된 문제를 어느 정도 극복해주는 것으로 보인다. 우선 저작권법은 등록을 요구하지 않으며, 물품성에 관한 요건이 요구되지 않는다는 점에서 분명한 이점이 있다. 더욱이 저작권은 저작자 사후 70년까지 장기 보호가 이뤄진다는 점에서도 권리보호에 유리하다. 무엇보다 저작권법상 이용 개념, 다시 말해 저작자가 가지는 배타적 권리의 범위는 디자인보호법의 그것보다 훨씬 넓다. 즉, 디자인보호법 제2조 제7호 가목에 따라 디자인권자는 "물품을 생산·사용·양도·대여·수출 또는 수입하거나 그 물품을 양도 또는 대여하기 위하여 청약하는 행위"까지만 통제할 수 있으나, 저작권자는 그 복제 및 공중송신에 대해서까지 규율할 수 있기 때문이다.[447] 그러나 상품형태가 저작권법에서 말하는 디자인/응용미술이 되기 위해서는 이른바 개념적 분리가능성이 충족되어야 하고, 기능과 분리된 디자인 요소가 창작성이라는 요건을 충족해야 한다. 우리 법원이 지금까지 상품형태에 대해 응용미술저작물로서의 보호를 인정한 사례도 발견하기 어렵다는 점에서 등록 디자인에 비해 불안한 지위에 놓일 수밖에 없다.

입법론으로는 아예 디자인보호법상 등록 및 보호대상을 가상공간의 디자인으로 확대하는 방안도 고려할 수 있으나, 이는 지식재산권 학계 및 산업계에서 보다 많은 논의가 필요하고,[448] 다른 국가의 법제 및 우리 경제에 미치는 영향을 면밀히 따져야 할 일이다. 즉, 메타버스를 위해 광범위하게 디자인권을 확장했다가 다른 영역에서 부작용이 나올 수 있다는 점을 염두에 두어야 한다. 따라서 이하에서는 부정경쟁방지법에서 상품형태의 보호를 규정한 자목의 개선이라는 작은 목표와, 성과보호라는 차원에서 관련 문제를 통합적으로 보는 큰/미래지향적 목표를 각각 제시하고자 한다.[449]

2. 부정경쟁방지법에서의 한계

사례 08:
A는 MZ세대로부터 좋은 평가를 받는 운동화(SNS에서의 소문으로 단기간에 인기를 얻음)의

446) 2021년 디자인보호법의 개정으로 도입된 화상 디자인은 디자인의 디지털 활용 측면에서 개선을 이루었지만, 이는 "기기의 조작에 이용"되는 경우와 "기능이 발휘되는 것"에 한정된 것으로서(디자인 심사기준 2023, 18면), 이는 현실세계 상품형태를 메타버스에서 모방하는 행위나 메타버스상 디지털 재화를 디자인으로 보호하는 데 도움을 주는 것은 아니다.

447) 저작권법 제16조 및 제18조 참조.

448) 조영선, 앞의 논문, 96면.

449) 물론 디자인보호법을 2022년 상표법 개정에 준하여 개선할 필요가 있다는 점에 대해서도 논의가 있다. 조영선 교수는 디자인보호법 제2조 제7호상 '실시'의 정의에 다목을 신설하여 "디자인의 대상이 물품인 경우, 그 디자인과 동일하거나 유사한 이미지를 전기통신회선을 통해 제공하거나, 제공하게 하는 행위"를 추가하고, 같은 법 제14조에서 "그 디자인과 동일하거나 유사한 이미지를 전기통신회선을 통해 제공하거나, 제공하게 하는 행위"를 추가할 것을 제안한다. 조영선, 위의 논문, 109~110면.

형태(형상, 색채, 질감 등)를 재현한 디지털 이미지 및 3D 렌더링을 만들어 메타버스 공간에 게시했다.

사례 09:
B는 다른 업체의 시제품(완성 후 3년 미경과)을 접한 후에 이와 실질적으로 동일한 형태의 상품을 만들어 판매할 계획을 세우고, 이를 메타버스 공간에서 시연하는 이른바 메타버스 시연·설명회를 개최했다.

사례 10:
C는 완성된 지 5년이 넘었음에도 잘 알려지지 않았다가 이른바 역주행으로 입소문이 난, 타 중소기업의 운동화를 모방한 모조품을 만들고, 메타버스 제품설명회를 열었다.

사례 11:
D는 MZ세대에게 인기를 얻은 각종 액세서리와 굿즈가 나온 지 3년이 경과하기를 기다렸다가 3년 경과 후 바로 위 상품의 특징적인 부분을 모방한 메타버스 아이템을 제작해서 판매했다.

사례 12:
E는 자기 회사에서 고안하여 정당한 권리를 가지는 상품을 판매할 목적으로 이를 메타버스 공간에서 시연하는 메타버스 시연·설명회를 개최했다.

가. 상품형태 모방행위(가목 및 자목)

앞서 확인한 가상공간에서 디자인보호법에 의한 상품형태 보호의 한계를 극복하기 위한 방안으로 부정경쟁방지법을 검토해 볼 수 있다. 그중에서도 일응 가목 및 자목은 상품형태를 보호하는 데 적합한 규정이라고 할 수 있는데, 이들 행위유형이 각각 메타버스에서의 구체적 모방행위를 규율하는 데 적합한지가 문제될 수 있다. 그러나 위 두 행위 유형 이외에도 부정경쟁방지법 파목 역시 일반적 성과모방행위를 금지하는 규범으로서 의미를 지닐 수 있으므로 여기서 검토하기로 한다.

우선 부정경쟁방지법 제2조 제1호 가목은 부정경쟁행위의 한 유형으로 "국내에 널리 인식된 타인의 상표, 성명, 상품의 용기 기타 타인의 상품임을 표시한 표지와 동일 유사한 것을 사용하여 타인의 상품과 혼동을 일으키는 행위"를 금지하고, 이러한 행위를 한 자에게 법에서 정한 법률효과를 귀속시킨다. 상품의 형태나 모양의 경우, 즉 상품형태는 그것만으로 상품의 출처를 표시하는 기능을 가진 것이라 보기 어렵다고 보는 것이 일반적이지만, 예외적으로 형태가 이차적 의미를 획득하여 출처표시기능을 수반하는 경우가 있다.[450] 이는 "기타 타인의 상품임을 표시한 표지"에 해당한다고 볼 수 있으므로[451] 이를 모방·사용하는 행위가 부정경쟁행위가 될 수 있고, 이때 상표법상 상품·서비스 분류 및 상품/서비스의 동일·유사라는 기준에 얽매이지 않을 수 있다.

450) 대법원 2012. 5. 9. 선고 2010도6187 판결 등 참조.

451) "'상품이나 서비스의 전체적인 이미지와 총체적인 외형·느낌' 또는 '구성요소의 총체'를 의미하는 트레이드 [드레스]의 특성상, 상품의 용기·포장 등 상품의 형상 이외에 서비스, 영업시설 등의 전체적인 외관·장식이나 이미지·시설의 외형적 느낌, 판매기법 등의 보호는 어렵다."는 비판이 있다. 조용순, 앞의 논문, 127면. 이처럼 트레이드 드레스가 무엇인지에 대한 논란은 있지만, 적어도 상품형태가 트레이드 드레스임은 명백한 것으로 보이고, 더 나아가 '상품표지'가 무엇을 의미하는지와 관련하여 상품을 구성하는 모든 요소가 표지가 되는 것은 아니지만, 표지로 볼 수 있는 대상의 범위는 가변적이고, 시대변화와 기술발전, 특히 수요자의 인식변화에 따라 유연하게 적용될 수 있다고 생각된다.

다만 가목에서 요구되는 '국내에 널리 인식'될 것, 즉 해당 표지의 주지성이 요구된다는 점에 주의해야 하는데, 상품형태가 식별표지인 동시에 주지성까지 갖추기 위해서는 다른 유사상품과 비교하여, 수요자의 감각에 강하게 호소하는 독특한 디자인적 특징을 가지고 있어야 하고, 일반수요자가 얼핏 보더라도 특정 영업주체의 상품이라는 것을 인식할 수 있는 정도의 식별력을 갖추어야 한다고 설명된다.[452] 또한 가목은 혼동을 요구하는데, 이는 '혼동을 일으키는 행위', 즉 혼동야기행위로, 혼동의 개연성에도 불구하고 사용하는 경우를 의미하는 것으로 보인다. 메타버스에서 혼동이 일어나는지 여부는 상황에 따라 달리 판단되어야 하겠지만, 현재로서는 그 발전을 지켜보면서 실제로 혼동의 가능성이 있는지 사안별로 따져보는 것이 최선이라 생각된다. 결국 가목은 상품형태 보호에도 원용될 수 있지만, 가목상 보호는 일부 유명 상품형태에 국한하여 이루어질 수밖에 없다.

한편 부정경쟁방지법 자목 역시 상품형태의 보호를 위한 입법으로 동 규정이 메타버스 환경에서 활용될 수 있는지도 검토해야 한다.[453] 이 규정의 내용은 다분히 디자인보호법을 모범으로 하고 있다는 사실을 알 수 있다. 즉, 자목과 디자인보호법상 정의규정은 다음과 같이 공통점을 갖는다.

부정경쟁방지법 제2조(정의) 제1호 자목

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 [...]

디자인보호법 제2조(정의)

1. "디자인"이란 물품[물품의 부분, 글자체 및 화상(...)을 포함한다. 이하 같다]의 형상·모양·색채 또는 이들을 결합한 것으로서 시각을 통하여 미감(美感)을 일으키게 하는 것을 말한다.

7. "실시"란 다음 각 목의 구분에 따른 행위를 말한다.

가. 디자인의 대상이 물품(화상은 제외한다)인 경우 그 물품을 생산·사용·양도·대여·수출 또는 수입하거나 그 물품을 양도 또는 대여하기 위하여 청약(양도나 대여를 위한 전시를 포함한다. 이하 같다)하는 행위 [...]

그럼에도 자목은 위에서 보는 바와 같이 디자인보호법상 디자인보다 그 정의가 넓은데,[454] 등록을 요하지 않는 대신, 침해태양이 실시보다 협소하다는 점에서 양 법제는 상호보완적 관계라 할 수 있다.[455] 이는 부정경쟁방지법 자목의 규율목적이 배타성보다 부정경쟁행위의 금지에 있다는

452) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다20044 판결 참조.

453) 본목은 2004년 부정경쟁방지법이 개정되면서 도입된 것으로 이른바 데드 카피(dead copy) 문제, 다시 말해 상품 형태 베끼기에 대응하기 위한 것으로 알려져 있다. 윤태식 대표편집, 앞의 책, 부정경쟁방지법 제2조 정의 제1호 자.목, 단락번호 2번(윤태식 집필부분).

454) 해석상 건(축)물 역시 상품형태에 해당한다고 볼 수 있다. 조영선, 앞의 논문, 115~116면.

455) 특히 대법원은 자목의 목적을 "타인이 개발한 상품의 형태를 모방하여 실질적으로 동일하다고 볼 수 있을 정도의 상품을 만들어 냄으로써 경쟁상 불공정한 이익을 얻는 것을 막기 위한 것"이라 설명함으로써 침해태양의 경쟁 관련성을 강조하기도 했다. 대법원 2016. 10. 27. 선고 2015다240454 판결.

점에서 정당화되는데, 특히 무임승차 문제에 대한 구체적 행위를 규율대상으로 삼는다는 데서 이점이 있다. 더욱이 자목상 보호가 이른바 데드 카피에 대해('실질적 동일성' 요구됨), 형태의 완성으로부터 3년간의 보호기간을 가진다는 점에서 지나친 보호로부터 경쟁자와 산업을 보호하는 기능을 한다는 점에서도 특징이 있다.

현행의 자목은 메타버스 내 모방행위 중 일부를 규율할 수 있을 것으로 판단된다. 예를 들어 상품설명회나 관련 전시회를 메타버스 공간에서 개최하였는데, 이를 본 사람이 이를 현실세계에서 모방품으로 만들었다면, 이는 자목상 부정경쟁행위에 해당할 것이다. 자목상 상품형태에는 "시제품 또는 상품소개서상의 형태를 포함한다."는 문언이 포함되어 있는데, 적어도 메타바스에서의 전시를 '디지털' 상품소개서로 보는 데는 무리가 없어 보인다(사례 12 참조). 하지만 현행 규정의 해석만으로 실질적인 문제인 현실세계 상품이 메타버스에서 데드 카피로서 사용되는 문제를 규율할 수 있는지에 대해서는 의문이 생긴다.

해석하기에 따라 상품형태를 디지털 형태로 확대해석하고, 침해태양 중 전시를 디지털 전시로 유추하는 것이 불가능하지는 않다. 하지만 부정경쟁방지법상 침해태양이 디자인보호법상 실시 개념을 뛰어넘으면서도 개정이 필요하지 않다고 보는 데는 회의적인 주장이 제기될 것이고,[456] 추상적으로 법원이 이러한 해석을 해 줄 것으로 기대하기 어렵다. 다만 본 연구에서 메타버스와 관련하여 주목하는 부분은 기존 유체물의 상품형태를 디지털 형태로 변형하여 메타버스에서 활용하는 것이라 할 수 있고, 디지털 상품형태를 복제하거나 모방하여 이용하는 것까지 포괄해야 하는지에 대해서는 아직까지 의문이 있다. 따라서 상품형태의 의미를 확대하는 것보다 디지털 모방과 전시 등 새로운 형태의 모방행위를 부정경쟁행위의 한 유형으로 포섭해야 하는지 검토가 필요하다.

무엇보다 기존 상품형태와 실질적으로 동일한 모방품의 존재가 부정경쟁행위의 전제가 되는데, 지금까지의 평가는 수요자가 이를 동일한 것으로 인식해야 그 동일성이 실질적이라는 것이다.[457] 현실세계 상품과 메타버스 상품 사이에 '동일성'이 있다고 인식하는 예는 결코 흔하지 않을 것이라는 점은 명백하다. 따라서 사례 08과 같은 경우를 부정경쟁행위로 보기 위해서는 현행 자목만으로 부족하다고 할 것이다. 물론 사례 09와 같이 이미 모조품을 만들어 이를 온라인에서 전시하는 것은 자목상 "전시"에 해당할 수 있는데, 전시에 온라인/메타버스 전시가 포함되는지 여부는 그렇게 분명하지 않다.

나. 성과 모방행위(파목)

더 나아가 부정경쟁방지법 파목 역시 상품형태의 보호에서 어느 정도 역할을 할 수 있다. 즉, 디자인 역시 그 등록 여부와 무관하게 그것이 영업상 성과이면서 경제적 가치를 지닌다면, 이를 사용하는 행위로부터 보호를 받을 수 있다. 부정경쟁방지법이 상표법이 지니는 보호한계를 극복하려는 측면이 있다는 점에서 같은 지식재산권법에 속하는 디자인보호법의 공백을 치유할 가능성이 있다는 것은 자연스럽게 받아들일 수 있다. 특히 사례 08과 같은 사례를 자목으로 통제할 수 있는지 여부가 불투명한 상황에서, 사례 10 및 사례 11과 같은 경우는 자목에 포섭되기에 더욱 어렵다.

무엇보다 자목상의 보호가 완성된 때로부터 3년간만 지속된다는 점에서 보호의 한계가 상당히

456) 최정열 · 이규호, 앞의 책, 190~191면.
457) 위의 책, 204면.

뚜렷하다고 할 수 있다. 비록 상품형태의 보호가 디자인 보호를 대체하거나 무력화해서는 안 되지만, 3년이라는 보호기간은 지나치게 짧을 수 있고, 형태의 완성이라는 시기는 특정하기 어려운 측면도 있다. 따라서 자목상 보호보다 더 오랜 기간 더욱 유연한 방식으로 보호가 이루어질 필요가 있는데, 부정경쟁방지법에는 이보다 더 추상적이고 일반적인 성과에 대한 보호가 파목에 규정되어 있다. 부정경쟁방지법에 따라 메타버스에서 상품형태의 모방이 어떻게 규율되는 보기 위해서는 자목과 파목의 상호관계에 대해 생각해 보아야 한다. 우선 파목에서 예정하는 요건은 다음과 같다.

- 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등일 것[458]
- 성과 등이 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법에 의해 사용될 것
- 자신의 영업을 위하여 사용될 것
- 무단으로 사용될 것
- 타인의 경제적 이익을 침해할 것

잘 알려진 바와 같이 파목은 민법상 불법행위 책임이 성립되기 위한 위법성 개념이 모호하거나 추상적이고, 그 구제수단이 손해배상에 국한되어 있다는 지적에 따라 도입된 것이다.[459] 이를 위에서 보는 바와 같이 네 가지 혹은 다섯 가지 요건으로 정리한 것이 파목이라 할 수 있는데, 그 법문은 구체화 내지 요건화(규칙화)라고 보기 어려운 측면이 있다. 그중 '상당한', '부정한', '경제적' 등의 표현은 불확정 개념이라는 점에서, 구체화라기보다 도리어 법원에 가치평가를 위한 여러 평가지표를 제공한 것이라 할 것이고, 이에 따라 모호성 문제가 크게 개선됐다고 볼 수 없다는 비판도 제기될 수 있다. 이와 관련하여, 파목에 대한 연구에서 흔히 지적되는 바는 파목이 어디까지나 일반적이면서 '보충적'으로 활용되어야 한다는 점이다. 즉, 학계는 법원이 동 규정을 적극 활용하는 데 부정적인 입장을 가진 것처럼 보이고, 이로 인해 법적 안정성을 해치는 현상을 방지하고자 한다.[460] 다만 보충성이라는 것은 다소 애매한 법개념으로 어느 경우에 보충적 규정이 적용될 수 있는지 그 기준이 모호하다고 생각된다. 예를 들어 가목에 따른 국내 주지성이라는 요건을 충족하지 못한 표지가 달리 정당화되는 필요에 의해 파목에 의해 보호되는 것은 보충성에 위배되는 것인지, 보충성의 기능에 충실한 것인지에 대해서는 의문이 생긴다.

비록 파목이 일반규정인 점은 분명하지만,[461] 파목에 있는 "그 밖의"라는 표현이 반드시 보충성

458) "등"이라는 표현으로 미루어 일상언어에서 성과라고 표현하지 않는 것이라도 투자나 노력이 투여된 것이라면 보호의 대상이 될 수 있다고 생각된다.

459) 윤태식 대표편집, 앞의 책, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 카목, 단락번호 2(이기리 집필부분).

460) 나종갑, "성과 '모방' 도그마와 부정경쟁방지법 제2조 제1항 (카)목의 적용범위: 서울연인단팥빵 사건을 중심으로", 『산업재산권』, 통권 제62호(2020. 1.), 195-196면; 신지혜, "부정경쟁방지법 제2조 제1호 일반조항의 적용기준에 관한 고찰: 대법원 2020. 3. 26. 선고 2016다276467 판결을 계기로", 『법조』, 제70권 제6호(2021. 12.), 444면 참조. 한편 보충성은 요구하되, 판례에서 법문에 없는 "특별한 사정" 등을 추가로 요구하는 것은 적용범위를 지나치게 제한하는 것이라는 절충적 주장도 있다. 이규홍, "부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목(변경 후 카목)에 대한 연구: 부정경쟁행위와 불공정거래행위의 교차점", 『정보법학』, 제22권 제2호(2018. 8.), 83면 참조. 이와 달리 파목을 확대하여 적용하는 법원의 태도에 우려를 나타내는 견해도 있다. 나종갑, "부정경쟁방지법 제2조 제1호 카목은 사냥허가(hunting license)인가?: 소위 '눈알가방'사건과 관련하여", 지식재산연구, 제15권 제4호(2020. 12.), 149면 이하 참조. 그만큼 보충성의 의미와 범위에 대한 논란은 여전히 진행중이라고 말할 수 있다.

461) '일반규정'의 정의 역시 그렇게 분명한 것은 아니다. 예를 들어 조용순, 앞의 논문, 131면은 파목을 두고 보충적 규정이지만, 일반규정은 아니라고 평가한다. 그러나 일반규정은 통상 적용영역이 한정되지 않고 유연하게

으로 귀결시키는 술어는 아니라고 생각되며, 법적 안정성 문제와 중첩적용 문제는 법원이 스스로 법논리와 사례유형을 만들어 극복해야 할 문제라 생각된다. 무엇보다 메타버스 등과 관련하여 규율 필요성이 발생했을 때 이에 관하여 가장 빠르고 유연한 대처를 할 수 있는 것 역시 구체적인 사안을 다루는 사법부라 생각되며, 예를 들어 메타버스에서 상품형태의 부당한 사용을 유형화하고 여기에 구체적인 요건을 더하는 일은 법원이 관련 사건을 다루면서 단계적으로 해나갈 수 있다고 본다.

그럼에도 현재의 학계 및 실무계[462]에서 파목을 단지 보충적으로만 활용해야 한다는 입장이라는 점을 도외시할 수는 없고, 법적 안정성이라는 측면에서 필요한 입법을 추진하여 시장과 산업의 혼란을 방지할 필요가 있다는 점에서 작은 대안 역시 제시될 필요가 있다. 더욱이 현행법은 파목에 대해 특허청이나 지방자치단체에 조사 및 시정권고의 가능성을 차단해둔 상황이다.[463] 메타버스에서의 행위는 즉각적인 처리가 중요하다는 점에서 사법적인 판단보다 행정적인 조사 및 판단이 더 효율적일 수 있는데, 상품형태의 모방에 관한 자목이 보다 구체화된다면 특허청의 조치에도 도움이 될 것이다.

3. 문제점

비록 부정경쟁방지법이 메타버스에서의 상품형태 모방에 있어 대안이 될 수 있다는 점에 대해서 원칙적으로 동의할 수 있지만, 앞서 본 바와 같이 자목은 보호기간이 지나치게 짧고, 실질적 동일성 있는 모방을 요구한다. 통상 메타버스는 유행에 민감할 것이지만, 특정 상품형태가 유명세를 얻어 메타버스에까지 확산하기 위해서는 어느 정도의 시간이 필요하다. 더욱이 그것이 메타버스에서 확산되는 시간까지 고려하면, 자목에서 보호가 3년만 인정된다는 것은 지나치게 짧다고 느껴진다. 또 오리지널 상품과 모방품 사이에 실질적 동일성이 있어야 하고, 그것이 수요자에게 동일한 것으로 인식되어야 한다면, 자목이 메타버스상 이용행위를 통제하는 데 부적합하다는 결론에 이를 수 있다.

비단 위 문제들뿐 아니라 불확실성의 문제 역시 지적될 수 있다. 법원이 메타버스에 적합한 해석을 위한 준비가 되어 있는지에 대해서는 의문이 생긴다. 즉, 부정경쟁방지법은 개별 개념에 대한 정의규정을 두지 않고, 각 목에서 개별 부정경쟁행위를 규정한다. 당연히 부정경쟁행위의 개별 요건은 여러 추상적인 개념들로 구성되어 있는데, 이를 넓게 혹은 좁게 해석할 수도 있고, 개별 행위의 도입 목적(상표법, 디자인보호법 등의 확장 또는 특정 경쟁행위 촉진)이나 법 전체의 목적(경쟁자 보호, 소비자 보호 또는 경쟁질서 유지)에 따라 해석은 크게 달라질 수 있다.

우선 가목과 관련하여 우리 법원은 상품형태가 표지가 된다는 입장을 취하는 것으로 보인다. 그러나 상품형태를 표지로 보호하는 데 있어 우리 법원은 문제된 상품의 형태가 장기간에 걸쳐 특정의 영업주체의 상품으로 계속적·독점적·배타적으로 사용되거나, 또는 단기간이라도 강력한 선전광고가 이루어짐으로써 그 상품형태가 갖는 차별적 특징이 거래자 또는 일반수요자에게 특정

적용될 수 있는 규정 전반을 의미하는 것으로 보인다.

462) 예를 들어 대법원 2020. 7. 9. 선고 2017다217847 판결.

463) 부정경쟁방지법 제7조 제1항, 제8조 및 제9조 참조.

출처의 상품임을 연상시킬 정도로 현저하게 개별화된 정도에 이르러야 한다고 함으로써[464] 특별히 영업주체-상품형태에 대한 강력한 연결관계와 그에 대한 수요자 인식까지 요구하고 있다.

단, 위 대법원 판결들의 사실관계로부터 알 수 있는 점은 영업주체에 대한 정확한 인식이 필요하다기보다 영업주체의 동일성에 대한 인식이 중요한 것으로 보인다. 이에 따라 특정한 상품형태가 동일한 영업주체에 의해 나온 것이라는 점이 수요자에게 널리 인식된 경우라면 충분할 것으로 볼 수 있다. 물론 이는 위에서 밝힌 요건을 다소 완화시켜 주지만, 이것으로 상품형태의 보호가 유의미하게 확장될 수 있는지에 대해서는 의문이 생기고, 상품형태에 여타의 표지보다 명확한 특징과 식별력을 요구한다는 인상까지 준다. 이러한 문제를 방지하기 위해서 상품형태가 가목상 보호표지라는 점을 명확히 할 필요가 있는지 검토가 필요하다.

또 자목과 관련하여 규정상 상품에 대한 기존 해석은 "유체물인 상품"을 전제로 하고 있었다.[465] 더욱이 이러한 유체물 허들을 넘는다고 하더라도, 앞서 본 바와 같이 양도, 대여, 전시 등 침해태양이 제한적이다. 앞서 본 바와 같이 전시를 디지털/메타버스 내 전시로 확대해석하는 것은 가능하지만, 상품을 좁게 해석한다면 법원이 반드시 이런 해석을 할 것이라고 보기는 어렵다.

한편 파목 역시 일반규정으로서의 이점을 가지지만, 불확실성과 보충성은 법적 안정성을 저해한다.

4. 비교법

가. 일반론

관련 내용은 디자인과 부정경쟁방지법 부분을 나누어 고찰한다. 단, 본 연구는 부정경쟁방지법에 대한 개정안을 도출하기 위한 것으로, 디자인보호법이나 저작권법에 의한 보호 가능성에 대해서는 논하지는 않는다.

미국에서 상품형태는 트레이드 드레스라는 개념에 포섭될 수 있다. 그런데 동 개념은 "전체적인 인상(total image)"이나 "전반적인 형상(overall appearance)"을 보호대상으로 하고, 개별적인 요소를 보호대상으로 삼지 않는다.[466] 단, 무엇이 보호될 수 있는지는 그것이 구별되고 비기능적일 것을 요구함으로써 특정 부분이 독립적인 경제적 의미를 가진다면 트레이드 드레스로 보호받을 수 있다. 물론 트레이드 드레스가 보호되려면, 그것이 상품의 출처로서 인식되어야 하고, 타인에 의한 동일·유사 트레이드 드레스 사용이 혼동을 일으킬 개연성이 있어야 한다.[467]

앞서 본 바와 같이 트레이드 드레스 보호의 이점은 상품 및 영업의 외관 전체를 보호할 수 있다는 점인데, 이들 전체 혹은 조합이 가지는 식별력이 요구된다는 점에서 식별력 있는 일부(예를 들어 상품 위에 표현된 로고)는 이와 부수된 다른 요소와 결합되어 식별력을 만들어내지 못한다.

또 미국 연방상표법 제43조(c)(1)[468]에 의하면, 유명상표는 희석화로부터 보호를 받는데 이는 트레이드 드레스에 대해서도 적용된다.[469] 그런데 트레이드 드레스에 대해서도 여타의 상표와 같은

464) 대법원 2002. 2. 8. 선고 2000다67839 판결; 대법원 2013. 4. 25. 선고 2012다41410 판결 등.
465) 윤태식 대표편집, 앞의 책, 제2조 정의 제1호 자.목, 단락번호 5번(윤태식 집필부분).
466) Vaughan-Jones, *op. cit.*, p. 144.
467) 조용순, 앞의 논문, 118면.
468) 15 U.S.C. §1125(c)(1).
469) Mary LaFrance, *Understanding Trademark Law*, 4th ed., Carolina Academic Press 2019, p. 234.

기준이 적용되고 동일한 입증책임이 요구된다는 점에서(제43조(c)(4)), 문제된 트레이드 드레스가 유명한 정도에 이르러야 희석화로부터 보호를 향유한다고 할 것이다. 다만 무엇이 유명한 상표인지에 대해서는 과거 법원에 따라 달리 해석된 바 있지만, 2006년 상표법 개정에 따라(제43조(c)(2)(A)) 미국에서 널리 알려져 있을 것을 요구하게 됐다. 유명한지 여부를 판단하는 대상은 "일반적인 수요자 공중(general consuming public)"으로 표현되어 있는데, 해석의 여지는 있지만, 우리가 흔히 주지성과 저명성을 나눌 때 주지성보다 저명성에 가까운 요건이라고 해야 할 것이다.

한편 유럽에 대해 보면, 상품형태의 보호는 독일을 비롯하여 프랑스와 네덜란드에서 널리 인정되고 있는 것으로 알려져 있다.[470] 특히 독일에서의 보호는 독일 제국법원과 연방대법원에서 부정경쟁방지법의 법리를 발전시킨 역사와 그 궤를 같이 한다고 말할 수 있다. 흔히 (추가적인) 경쟁법상의 성과보호[(ergänzender) wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz]라고 일컬어지는데,[471] 원칙적으로 지식재산권이 성과보호를 위한 일차적이고 주된 수단이 된다는 점, 또 상표가 상품/서비스 출처에 대한 기망행위로부터 상표권자를 보호한다는 점에서 경쟁법상 성과보호는 다소 모호한 측면이 있기는 하다. 이에 따라 경쟁법상 성과보호에는 명백한 한계가 존재한다는 점이 강조되기도 한다. 다만 독일에서의 다수설은 기존 지식재산권만으로는 보호의 정도가 충분하지 못하고, 이에 따라 부정경쟁방지법상 성과 보호가 필요하다는 입장이다.[472]

무엇보다 경쟁법체계가 없어 모방품이 나오게 되면, 결국 가격경쟁만이 이루어지게 되는데, 이는 소비자에게 환영할 만한 일이 되기도 하지만, 결국 혁신이라는 것을 저해할 수 있다. 이 점에서 예외적으로 경쟁법을 통해서도 성과를 보호할 필요성이 제기되고, 이는 지식재산권의 목적과도 어느 정도 통하는 부분이다.[473] 상품형태의 보호는 이렇듯 비가격경쟁을 촉진하고, 이와 함께 정당화될 수 없는 경쟁행위를 금지하는 데 목적이 있는 것이다. 이는 단지 상표법의 약점을 보완하기 위한 목적을 가진 것이 아니라 정당한 경쟁을 보호하기 위한 목적이 크다고 볼 수 있다.

물론 상품형태의 부정경쟁방지법적 보호의 성격에 관해서는 다소 혼란이 발생한 바 있다. 즉, 독일의 성과보호는 어디까지나 B2B 영역, 다시 말해 경쟁자 사이에서 모방을 금지하기 위한 것이지만, 관련 규정의 기준이 되는 EU의 지침인 2005/29/EC는 소비자 보호를 위한 목적을 주로 가진다고 평가된다.[474] 그런데 상품형태 보호는 소비자를 보호하거나, 오인야기를 회피하기 위한 목적도 있다는 점에서 목적의 중첩을 인정해야 할 것이다. 전형적이고 전통적인 성과 및 상품형태의 보호는 B2B 영역에 속한다는 점에서 이하에서는 독일의 관련 제도를 중심으로 살펴보도록 한다.

나. 독일 부정경쟁방지법상 성과/상품형태의 보호

독일에서 성과모용은 크게 B2B와 B2C 관계로 나뉜다. 위에서 본 바와 같이 B2C 영역은

470) Ohly, in: Ohly/Sosnitza, § 4 UWG, para. 3/3. EU 차원에서 통일되어 있는 것은 아니다.
471) BGH, GRUR 2015, 909 - Exzenterzähne.
472) 이에 반해 부정설은 지식재산권법에서 입법자가 간과하고 규정하지 않은 '흠결(lacunae)에 한해서 경쟁법이 개입해야 한다는 입장이다. Volker Emmerich & Knut Werner Lange, *Lauterkeitsrecht: Ein Studienbuch*, 12th ed., C.H. Beck, 2022, § 11, para. 4.
473) Ohly, in: Ohly/Sosnitza, § 4 UWG, para. 3/2.
474) EU의 지침 2005/29/EC, 즉, B2C 영역에서의 사업상 행위에 관한 지침에서는 상품형태 등 표지의 모방을 일종의 오인야기 행위로 보고 있다. 이로써 부정경쟁방지법에서 경쟁보호, 성과보호, 오인야기로부터의 보호, 소비자 보호 등은 상당 부분 중첩되거나 동시에 추구된다는 점을 알 수 있다.

EU법의 영향을 강하게 받는 영역으로, 성과모용 역시 오인야기 행위의 한 부류로 본다는 특징이 있다. 지침 이행의 결과로 마련된, 독일 부정경쟁방지법 제3조 제3조의 부록(Anhang)에 포함된 28개의 구체적 행위(이른바 블랙리스트)에 해당하는 경우에 소비자/수요자에 대한 오인야기에 해당한다. 예를 들어 특정 규정이나 기준의 준수와 관련된 잘못된 정보를 표시해두는 것(제1호 및 제3호), 인증표시 등을 허락 없이 하는 것(제2호), 상품 및 서비스와 관련하여 허락이나 용인이 있었다고 속이는 행위(제4호), 한정판 등 제공되는 양에 대해 잘못된 정보를 표시하는 것(제5호), 미끼상품을 통한 유인(제6호), 마감 임박 등 시간상 잘못된 정보를 표시하는 것(제7호), 금전을 지불하고 상위에 랭크된 검색결과에 대해 표시를 하지 않는 것(제11조의a), 폐업/창고정리 등에 관한 부당한 홍보(제16호), 개인간 거래로 속이는 것(제22호) 등이 여기에 해당한다. 특히 광고를 통해 이미테이션에 대한 영업출처를 속이는 것(제13호)이 상품형태와 관련되어 있다고 말할 수 있다. 또 위 블랙 리스트에 명시되어 있지 않더라도 독일 부정경쟁방지법 제5조에서 정한 요건을 갖춘다면, 오인야기에 해당할 수 있으므로 기망적 상품형태 모방이 부정경쟁행위가 될 가능성은 더 커진다.

다만 상품형태를 포함하여 성과에 대한 보호 문제는 앞서 본 바와 같이 주로 B2B 영역에서의 경쟁보호를 중심으로 다뤄지는 것으로 보인다. 특히 B2B 영역에서는 EU 지침들이 다소 나와 있기는 하지만, 이들은 소비자/수요자에 대한 것과 달리 부분적으로 통일되어 있을 뿐이다.[475]

B2B 영역에서 경쟁법상 성과보호에 관하여는 독일 부정경쟁방지법 제4조 제3호에 규정되어 있는데, 여기서 예정한 부정경쟁행위의 유형은 다음과 같다.

- 출처에 대한 기망(a))
- 명성의 훼손(b))
- 산업 스파이 행위(c))

이는 우리 부정경쟁방지법상 가목, 나목, 자목, 파목 등을 포괄하는 것으로, 이것만으로 일반규정이라 할 만큼 광범위한 규율범위를 가지고 있다.[476] 그런데 여기서 더 나아가 독일 부정경쟁방지법 제4조 제1호는 일반규정으로 이해되므로 위에서 나열하지 않은 행위 유형 역시 성과모방에 해당할 수 있다.

그중 가장 주목해야 할 부분은 a)와 b)인데, 우선 독일 부정경쟁방지법 제4조 제3호 a)에 규정되어 있는 상품형태 보호는 다음과 같은 요건을 충족하는 경우에 인정된다.

475) 독일 부정경쟁방지법상 소비자 보호를 위한 오인야기 행위 통제는 우리 부정경쟁방지법보다 더 엄격한 모습을 보여준다. 예를 들어 독일 하이델베르크에 오래 전부터 있던 Hard Rock Café에 대해 연방대법원은 부정경쟁방지법 제5조에 따른 소비자 오인야기가 발생한다고 보았다. 문제는 Hard Rock Café에 대해서는 상표등록이 되어 있지 않았고, 해당 영업장은 이미 오래 전부터 해당 상호를 사용하고 있었다. 그럼에도 법원은 관광객에게 오인이 야기된다는 이유로 이를 오인야기 행위로 본 것이다. BGH GRUR 2013, 1161 - Hard Rock Café 참조. 우리 부정경쟁방지법은 가목 등을 개정하면서 도리어 "타인의 상품표지가 국내에 널리 인식되기 전부터 그 타인의 상품표지와 동일하거나 유사한 표지를 부정한 목적 없이 계속 사용하는 경우"에 부정경쟁행위가 되지 않도록 함으로써 선사용권을 명시적으로 인정했다. 물론 독일의 태도가 더 낫다고 말할 수 없지만, 독일은 부정경쟁방지법을 소비자 및 경쟁자 보호를 중심으로 파악하는데, 이에 반해 우리는 여전히 상표법과의 관계나 상표법의 논리에 더욱 의존하고 있다고 생각된다.

476) 다만 독일은 부정경쟁방지법에서 부정경쟁행위를 열거하지 않고 예시하고 있다는 점에서 우리의 접근방식과 구별되는 측면이 있다. 즉, 위 세 유형에 해당하지 않더라도 일반규정인 독일 부정경쟁방지법 제3조 제1항[이른바 큰 일반규정(große Generalklausel)에 의해, 또는 제4조 제4호(이른바 작은 일반규정(kleine Generalklausel)]에 의해 여타의 성과모방 역시 부정경쟁행위로 포섭될 수 있다.

- 다른 경쟁자의 상품이나 서비스일 것
- 경쟁적 관점에서 고유성이 드러날 것
- 모방되고 제공될 것
- 불공정이 인정되는 정황이 있을 것

금지되는 행위는 제공(Angebot)이며, 상품과 서비스[477]의 모방에 해당하는 것을 제공하여 출처에 대해 기망하는 효과가 나타날 것을 요구한다. 상품형태는 반드시 저명한 정도에 이를 필요는 없으나, 경쟁법적으로 보호할 가치를 지녀야 한다고 본다.[478] 여기에 대한 일반적인 기준은 없으나, 대개 국내 수요자 사이에서 유명한 정도가 -최대한- 요구된다고 설명된다. 여기서 유명성(Bekanntheit)은 절대적 기준은 아니며, 보호의 정도를 정하는 기준이 되는 것으로 이해된다. 이에 따라 경쟁적 가치가 높으면 높을수록 모방으로부터 보호되는 범위 및 정도는 더욱 높아지고 커진다고 보는 것이다[이른바 상호작용(Wechselwirkung)].[479]

모방된 것의 제공은 비교적 넓은 개념으로 보이는데, 수요자가 인식하는 전체적인 인상을 기준으로 보았을 때, 두 상품 사이에 모방이 있고 그 모방이 보호받는 경쟁적 가치가 있는 부분에서 발생했다면,[480] 보호되는 성과가 모용된 경우로 보는 것이다. 출처에 대한 기망(Herkunftstäuschung)은 표지보호법상 출처표시와는 다른 개념으로, 협의와 광의 모두 성립할 수 있는데, 협의의 기망은 동일인이 모방품을 만들었다고 인식하는 경우에 성립되지만, 광의의 기망은 동일인의 다른 라인업으로, 혹은 제2 혹은 제3의 표지로 인식하는 경우와 오리지널 생산·공급자와 경제적 또는 조직적 연결관계가 있는 경우로 여기는 경우를 포괄한다.

만약 이런 가치를 지닌 부분이 아닌 것을 모방했다면, 이는 부정경쟁행위에 해당하지 않고, 마찬가지로 전체적인 인상을 비교할 때도 -마치 요부 관찰과 유사하게- 경쟁적 가치가 있는 부분 사이에서 비교가 이루어진다. 이는 유명상표가 가지는 주지·저명성과 동일한 것은 아니지만, 적어도 식별력을 가지고 보호될 정도에 이르러야 한다는 점에서 이와 유사한 측면도 있다. 예를 들어 좋은 품질이나 좋은 평판도 보호를 정당화해주지만, 이들을 갖춘 상품형태는 식별력을 갖추었을 가능성이 높다. 다만 경쟁법상 보호를 위해서는 상품이 가지는 인지도가 권리자의 노력에 의해서 만들어진 것이어야 한다. 이렇게 함으로써 상품형태의 보호 역시 성과보호의 일종이라는 점이 명확해진다.[481]

이러한 요건을 갖춘다면, 어떤 상품이든 모방으로부터 보호를 향유할 수 있다. 심지어 미국에서 시도되는 예술적인 것과 기술적인 것을 모방 보호에서 원칙적으로 제외하려는 시도가 독일 부정경쟁방지법에서는 발견되지 않는다. 단지 법에서 정한 요건을 충족한 경우에 부정경쟁행위가 되는 것이다.[482] 물론 부정경쟁방지법이 기술적 형상이나 특정 유행에 대해 독점력을 부여하는 제도가

477) 규정은 서비스 역시 보호의 대상이 된다고 정하지만, 실제로 서비스의 모방으로 부정경쟁행위로 인정된 사례(판례)는 없었다.

478) Emmerich & Lange, *op. cit.*, § 11, para. 9.

479) 이러한 상호작용은 독일 상표법에서 발견된다. 즉, 상표의 식별력이 크면 클수록 상품의 유사 범위가 더 넓게 인정되는 것이다.

480) 모방 여부는 전체적인 인상을 중심으로 수요자가 모방품을 본래의 상품을 떠올리는지 여부를 가지고 판단한다.

481) Emmerich & Lange, *op. cit.*, § 11, para. 12.

아니라는 점에서 해당 시기에 생긴 기술 트렌드나 패션의 유행에서 우연히 첫 번째 상품형태를 만든 사람이라고 하여 이를 보호할 수는 없다고 새긴다.[483]

독일 부정경쟁방지법상 상품형태의 보호는 위에서 보는 바와 같이 다분히 성과모방으로부터의 보호라는 성격을 가지며, 그 결과 '성과'로서의 속성 및 가치를 요건으로 한다. 이는 우리 부정경쟁방지법 자목에서 요구되지 않는 것으로 보이므로 자칫 우리 법이 더욱 유연하다고 볼 수도 있다. 하지만 우리의 상품형태 보호는 그 형태를 갖춘 후 3년이라는 초단기 보호기간을 가진다는 점에서 경쟁업체 사이에서 단기간에 인기를 얻은 상품의 형태가 모방되는 경우를 제외한다면, 적용될 수 여지가 협소하다. 이는 도리어 EU의 공동체 디자인 규정에 제11조 제1항에 따라 등록받지 않은 디자인에 대해 EU 역내시장 진입 후 3년간 보호하는 것과 유사한 태도라 볼 수도 있다. 이에 따라 마치 우리 부정경쟁방지법 가목 이하가 상표법에서 보호하지 않는, 등록받지 않은 표지에 대해 보호하는 것처럼, 자목 역시 등록받지 않은 디자인에 대한 보충적 보호제도로도 볼 수 있는 것이다.

우리 부정경쟁방지법 자목과 비교하여 독일 부정경쟁방지법상 성과모방은 비록 경쟁법상의 가치나 보호 필요성을 요구하기는 하지만, 성과모방의 한 유형으로서 상품형태의 모방을 명시하고, 이를 정해진 기한 없이 사업적 노력으로 관리하면 계속 보호받을 수 있다는 점에서 분명한 장점을 가지고 있다고 생각된다.

다. 일본의 부정경쟁방지법 개정

메타버스에서 현상을 염두에 두고 특별입법을 하는 경우는 현재까지 매우 드물다. 예외적으로 일본에서는 2023년초 부정경쟁방지법 개정을 통해 상품형태의 모방이 금지되는 범위를 확대했다. 일본에서는 메타버스에서의 지식재산 보호에 대해서 2021년 이후 적극적인 정책 논의가 이루어지고 있다. 이러한 정책 논의는 일본 내에서 메타버스의 영역이 향후 장기적으로 확대될 것이라 예상하고 있기 때문이다. 특히 일본은 지식재산 분야의 디지털화에 따라, 스타트업 및 중소기업이 지식재산을 활용한 신규 사업을 전개하도록 뒷받침하기 위한 시대적 요청에 대응한다는 목표를 설정하고, 그 취지에 따라 지식재산제도의 재검토 작업을 진행 중이다.

그 일환으로 2023년 6월 7일 부정경쟁방지법 등의 일부를 개정하는 법률을 통과시켰다.[484] 이는 디지털화에 따른 사업활동의 다양화를 감안하여 브랜드, 디자인 등의 보호 강화를 위해서, 디지털 공간에서의 모방행위를 금지하는 규정을 개선한 것으로 평가되며, 상품형태의 모방행위에 대하여 디지털 공간상에서도 부정경쟁행위의 대상으로 하여 금지청구권 등을 행사할 수 있도록 했다고 설명되고 있다.[485]

우리 부정경쟁방지법 자목의 문제이기도 한데, 일본의 부정경쟁방지법상 '상품'의 개념에 유체물만 포함하는 판례(40년전 판례)와 무체물도 포함한다는 판례가 모두 존재했다.[486] 이에 일본의 경

482) *Id.*, § 11, para. 10.
483) *Id.*, § 11, para. 23.
484) 이는 메타버스 등 현안에 관한 종합입법인 부정경쟁방지법, 상표법, 의장법, 특허법, 실용신안법, 공업소유권 특례법의 일부이다.
485) 일본 경제산업성, "不正競爭防止法等（※）の一部を改正する法律案【知財一括法】の概要", 2023.3.10., <https://www.meti.go.jp/press/2022/03/20230310002/20230310002-1.pdf>.
486) 東京高判S57・4・28判時1057号43頁[タイポス書体], 東京地判H30・8・17平成29(ワ)21145[教育用教材ソフト].

제산업성은 디지털 상품 보호에 상품형태의 보호에 관한 법 제2조 제1항 제3호를 적용하지 못할 가능성이 있으며, 최근 무체물의 거래가치가 증가하고 있다는 점을 고려해 '무체물 상품'에도 법 제2조 제1항 제3호의 보호가 미친다는 점을 명확히 해야 할 필요가 있다고 보았다.[487] 구법에서는 상정되지 않았던 디지털상 정교한 의복, 소품 등 상품의 거래가 활발하게 이루어지고 있다고 전제했으며, 이에 따라 유체물 외에 디지털 공간상 상품의 형태모방행위(전기통신회선을 통해서 제공하는 행위)도 규율의 대상으로 하여, 디지털 공간상의 상품 보호를 전반적으로 강화한 것이다.[488]

우리 부정경쟁방지법 자목과 마찬가지로 개정 이전 규정에 의해서는 현실세계에서의 상품의 판매 등(예를 들어 실제의 점포에서의 판매 등)만이 금지의 대상이라고 여겨진 바 있다. 디지털 공간에서의 판매 등(예를 들어 그 상품을 똑같이 CG화한 그래픽이나 영상 등의 메타버스에서 판매 등)을 동법에서 금지하는 것이 어려웠다. 따라서 동법 제2조 제1항 제3호를 개정하여 동호가 규정하는 금지행위에 "전기통신회선을 통하여 제공(電氣通信回線を通じて提供)"하는 행위도 추가함으로써 위와 같은 디지털 공간에서의 판매 등도 규율대상임이 명기되었다고 할 수 있다.[489] 이에 따라 상품형태의 모방행위는 "양도, 대여, 양도 또는 대여를 위해 전시, 수출, 수입하거나 전기통신회선을 통해 제공하는 행위(譲渡し, 貸し渡し, 譲渡若しくは貸渡しのために展示し, 輸出し, 輸入し, 又は電氣通信回線を通じて提供する行爲)"로 변경되었다.

구법	신법
(정의) 제2조 이 법률에서 "부정경쟁"이란 다음에 열거하는 것을 말한다. 1·2 (생략) 3. 타인의 상품형태(해당 상품의 기능을 확보하기 위하여 불가결한 형태를 제외한다.)를 모방한 상품을 양도, 대여, 양도 또는 대여를 위하여 전시, 수출 또는 수입하는 행위	(정의) 제2조 이 법률에서 "부정경쟁"이란 다음에 열거하는 것을 말한다. 1·2 (생략) 3. 타인의 상품형태(해당 상품의 기능을 확보하기 위하여 불가결한 형태는 제외한다.)를 모방한 상품을 양도, 대여, 양도 또는 대여를 위하여 전시, 수출, 수입하거나 전기통신회선을 통하여 제공하는 행위
(定義) 第二條 この法律において「不正競爭」とは, 次に掲げるものを いう。 一·二 (略) 三 他人の商品の形態(当該商品の機能を確保するために不可欠な形態を除く。) を模倣した商品を譲渡し, 貸し渡し, 譲渡若しくは貸渡しのために展示し, 輸出し, 又は輸入する行爲	(定義) 第二條 この法律において「不正競爭」とは, 次に掲げるものをいう。 一·二 (略) 三 他人の商品の形態(当該商品の機能を確保するために不可欠な形態を除く。) を模倣した商品を譲渡し, 貸し渡し, 譲渡若しくは貸渡しのために展示し, 輸出し, 輸入し, 又は電氣通信回線を通じて提供する行爲

487) 일본 경제산업성, "デジタル時代におけるデザインの保護(形態模倣)", 2022.10., <https://www.meti.go.jp/shingikai/sankoshin/chiteki_zaisan/fusei_kyoso/pdf/018_04_00.pdf>.

488) 일본 경제산업성, "不正競爭防止法等の一部を改正する法律【知財一括法】の概要", 2023.6.28., <https://www.meti.go.jp/policy/economy/chizai/chiteki/pdf/forum/reiwa5/09_230628_METI.pdf>.

489) 松本 良太, "[不競法／日本] 不正競爭防止法等の一部を改正する法律の公布(デジタル空間での模倣行爲)", <https://www.soei.com/%E4%B8%8D%E7%AB%B6%E6%B3%95%EF%BC%8F%E6%97%A5%E6%9C%AC-%E4%B8%8D%E6%AD%A3%E7%AB%B6%E4%BA%89%E9%98%B2%E6%AD%A2%E6%B3%95%E7%AD%89%E3%81%AE%E4%B8%80%E9%83%A8%E3%82%92%E6%94%B9%E6%AD%A3%E3%81%99/>.

일본 정부는 위와 같은 개정을 통해 메타버스상 상품형태 모방행위에 대하여 부정경쟁방지법에 의한 금지청구나 손해배상청구가 가능해질 것으로 기대한다. 즉, 3D CG 모델을 보호받는 무체물로 봄으로써 이를 충실하게 재현하고, 네트워크(전기통신회선)를 통해서 송신하여 사용자의 단말기 화면상에 그래픽 또는 영상으로 표시하는 행위도 부정경쟁방지법 제2조 제1항 제3호의 부정경쟁행위에 해당하게 됐다고 평가한다.

무엇보다 일본 정부는 다른 지식재산권법 영역에 의한 보호가 어렵다는 점에 주목한 것으로 보인다. 다른 지식재산권 영역과 달리 부정경쟁방지법 제2조 제1항 제3호는 실용적인 상품의 형태도 보호대상으로 하고, 등록절차도 필요로 하지 않고, 즉시 보호받을 수 있다. 이 때문에 실용적인 상품의 형태를 모방한 디지털 카피를 방지하기가 용이해졌다고 자평한다. 다른 사람보다 먼저 개발·상품화를 실시한 이른바 선행자에게 이익이 미치며, 상표법 등과 달리 권리보호 대상을 구분 등록할 필요도 없다. 게다가 부정경쟁방지법 제2조 제1항 제3호에 의한 보호를 요구하기 위해 그 상품이 유명할 필요도 없다.[490]

심지어 일본 정부는 현실세계의 상품을 디지털 상품으로 모방하는 것뿐 아니라 디지털 상품을 디지털로 바꾸는 것도 동 개정에 의해 포섭될 것으로 기대하고 있다.

2023년 일본 부정경쟁방지법 개정내용 도식화 자료

* 출처: 不正競争防止法等の一部を改正する法律【知財一括法】の概要,

위에서 붉은 색으로 X표시가 된 부분은 이번 개정으로 새롭게 상품형태의 모방으로 보게 된 경우인데, 여기에는 현실세계의 상품을 디지털 세계 상품으로 재현한 것뿐 아니라 디지털 상품을 모방한 디지털 상품을 만드는 데 대한 규율도 포함되어 있다. 이는 '일본 산업구조심의회 지적재산분과회의 부정경쟁방지소위원회'의 논의에도 반영되어 있는데, 상품형태상 상품에 무체물이 포함되는지와 관련하여 다음과 같이 정리되었다.

> "따라서 우선은 축조해설 등에 '상품'에 무체물이 포함된다고 기재함으로써 해석을 명확히 하는 것과 동시에 법 개정에 의해 형태 모방상품의 제공행위가 규정하는 부정경쟁에도 '전기통신 회선을 통해서 제공'하는 행위를 추가하여 네트워크상의 형태 모방상품의 제공행위도 부정경쟁방지법 제2조 제1항 제3호의 적용대상임을 명확히 한 다음, 법률상의

490) 關 眞也, "メタバースにおけるオブジェクトのデザイン保護と創作活動への影響―意匠法及び不正競争防止法2條1項3号を中心に―", 特許研究 PATENT STUDIES No.75 2023/3, p.40.

'상품'의 정의 규정을 정하는 것에 대해서는 향후 판례의 축적을 주시하는 등 장래 과제로서 검토를 계속해 나갈 것"

을 제안했다. 상기 제안에 대해서 본 소위원회에서는 찬동하는 의견이 많이 접수되었다.[491]

이에 따라 일본에서는 상품 개념에 대한 개정 없이 '일단' 메타버스 대응입법이 추진된 것으로 보이고, 재판소의 해석에 맡기되 축조해설상 상품형태에 무체물을 포함시킴으로써 재판소가 이를 참고하도록 기대하는 것 같다. 향후의 논의를 예고했다는 점에서 다소나마 논의를 미룬 인상도 준다.

물론 이와 같은 개정이 메타버스상 모든 모방행위를 통제하는지에 대해서는 의문이 있다. 즉, 동 개정에도 불구하고, 형태가 있는 현실세계 상품과 디지털화된 그래픽 등의 형태가 "실질적으로 동일"하다고 인정되지 않는 한, 네트워크를 통해서 이러한 그래픽 등을 제공하는 행위는 금지되지 않는다고 할 수 있기 때문이다. 그러나 어느 정도의 변경이나 단순화가 있어야 실질적 동일성이 부정되는지에 대해서는 아직까지 명확화가 이루어지지 못한 것으로 보이고, 개정법 관련 판례가 어떻게 형성되는지 아직 가늠하기 어렵다.

Nike가 Roblox에 런칭한 LeBron 운동화[492]

NIke의 LeBron 운동화 실물[493]

491) 産業構造審議會 知的財産分科會, 不正競爭防止小委員會,
"デジタル化に伴うビジネスの多様化を踏まえた不正競爭防止法の在り方", 2020. 3.,
<https://www.meti.go.jp/shingikai/sankoshin/chiteki_zaisan/fusei_kyoso/pdf/20230310_1.pdf>.

492) 출처: https://hypebeast.com/2022/2/lebron-james-nike-nikeland-roblox-lebron-19-chosen-1-info.

493) 출처: https://www.spin.ph/life/active-lifestyle/nike-also-debuts-lebron-19-chosen-1-in-roblox-

위 이미지에서 보는 것처럼 적어도 현재의 발전상황을 고려한다면, 현실세계의 상품형태가 메타버스에서 실질적으로 동일한 정도로 구현되는지에 대해서는 의문이 생길 수 있다. 실물 형태를 가능한 범위 내에서 잘 구현하고 있다고 말할 수도 있지만, 실물 운동화의 질감이나 광택이 재현되어 있다고 보기는 어렵다고 볼 수도 있다. 다만 이는 어디까지나 '지금'이라는 짧은 기간을 기준으로 한 것으로 향후 관련 산업이 어떻게 발전할 것인지 예측하기 어렵고, 메타버스 인프라의 질적 향상과 그에 수반된 아바타, 사물 등의 정밀화는 시간 문제라 평가할 수도 있다.

5. 평가

위에서 보는 바와 같이 독일/EU와 일본은 상품형태의 보호에 있어 상당히 다른 접근을 하고 있다. 일본은 메타버스, 더 나아가 메타버스 유사의 디지털 공간에 특화된 개정을 통해 상품형태를 모방하고 이를 메타버스에서 제공하는 것까지 통제할 수 있도록 했다. 이에 반해 독일은 상품형태의 보호가 성과보호의 일부로 보면서 경쟁적 가치에 따라 보호를 부여하는 태도를 취한다. 물론 우리도 일본 부정경쟁방지법 개정과 같이 하나의 술어를 추가함으로써 메타버스 문제에 대한 대응을 시도해볼 수 있다. 하지만 앞서 본 바와 같이 현재의 메타버스 발전 단계를 고려해본다면, 온라인에서 데드카피, 다시 말해 현실세계 상품과 실질적으로 동일한 대상이 제공되는 상황은 좀처럼 발생하지 않을 수도 있다. 물론 영상 플랫폼 등에서 영상/비대면 전시회를 열고, 여기서 데드카피 모조품이 보여진다면 일본 스타일의 개정법이 의미를 가질 수 있지만, 메타버스에서 이런 개정이 현실적으로 필요한지와 관련하여 의문이 제기되는 것이 사실이다. 무엇보다 "전기통신을 통한 제공"이라는 술어의 포함만으로 우리 법원도 상품 모방을 디지털 세계로 확대할 것인지, 더욱이 일본처럼 디지털 상품을 디지털 상품으로 모방하는 것까지 상품형태의 모방으로 볼지는 예측하기 어렵다.

한편 유럽/독일에 등록받지 않은 디자인에 대한 보호가 존재하고, 이와는 별개로 부정경쟁방지법상 보호, 즉 성과로서 상품형태의 보호 역시 인정한다.[494] 이를 참고하여 우리도 자목과 파목(특히 파목을 더욱 적극적으로 활용하여) 모두에서 상품형태를 보호하는 것이 바람직하다고 볼 여지가 있다. 그런데 현재와 같이 파목이 일반규정이면서도 보충적 성격의 규정으로 남아 있다면, 사안에 따라 문제된 상품형태가 보호될 수 있는지가 달리 결정될 것이다. 무엇보다 파목의 보충성을 지나치게 엄격하게 해석하여 상품형태에 관한 보호는 자목에서 이루어지므로 일반규정은 예외적인 경우에만 인정해야 한다고 본다면, 완성 후 3년이 경과한 상품의 형태에 대해서는 보호가 불가능하거나 매우 제한적으로 인정되는 결과가 초래될 것이다. 이런 문제를 방지하기 위해서라도 파

form-a1017-20220218.

494) 등록받지 않은 디자인을 3년간 보호한다고 하더라도 디자인에 대해 요구되는 실체적 등록요건은 갖추어야 한다. 예를 들어 신규성이 결여된 디자인은 보호를 받을 수 없다. 그러나 독일 연방대법원에 의하면, 기존 레고 브릭과 호환되는 브릭 세트를 만들어 판매한 것이 타인의 시리즈에 편승(Einschieben in eine fremde Serie) 행위에 해당한다고 보고, 성과모방행위로 인정한 바 있다(이른바 레고 법리-Lego-Doktrin-). 레고 브릭은 디자인으로서 신규성을 결여하고 있을 것이므로 이는 부정경쟁방지법상 상품형태의 보호가 지니는 고유한 기능을 잘 보여준다고 하겠다. BGH GRUR 1992, 619 - Klemmbausteine. 다만 이 판결은 디자인의 보호기간을 사실상 연장했다는 비판을 받았고, 연방대법원은 그 적용범위를 줄여나가고 있기는 하다. 그럼에도 불구하고 레고 법리는 여전히 유효하다.

목에서 상품형태가 보호될 수 있다는 점을 명시하는 것이 필요하다고 생각되며, 독일과 같이 성과의 유형을 정해 예시하는 방법도 고려해볼 수 있다.

다만 과목의 적용확대를 조급히 추진할 수는 없는데, 그럴 경우 판결 사이에 차이가 발생하면서 실무에 큰 혼란을 초래할 수 있기 때문이다. 그렇다고 자목의 보호한계인 3년간의 보호와 실질적 동일성의 요구를 개선하는 것 역시 현재로서 쉽지 않고, 메타버스상 상품형태 모방을 위해 제도의 근간을 바꾼다는 것은 연구의 범위에서도 벗어난다. 이렇듯 자목과 과목에 대한 근본적인 개혁이 쉽지 않다는 점을 고려해야 할 것이므로 결국 일본과 같이 메타버스를 위한 규정 개선을 참고하되, 그 보다 구체화된 방법으로 추진하면서 자목상 모방행위 유형을 확장하는 방식을 고려해볼 수 있다고 생각된다.

6. 개정안의 마련

앞서 본 바와 같이 법원은 현행 규정의 해석을 통해 상품형태 등 표지를 메타버스에서 활용하거나 NFT로 발행하는 것을 상품주체에 대한 혼동을 야기하는 행위로 해석할 수 있다. 또 자목상 상품형태 보호 역시 디지털 전시 등에 미칠 수 있다. 그러나 법원이 이러한 해석을 할 것이라고 담보할 수 없고, 만약 법원이 이러한 지침을 따르지 않거나, 법원마다 판단이 달라질 경우에 시장에 큰 혼란이 야기될 수도 있다.

[가목의 개선] 상품형태를 부정경쟁방지법 가목 등 표지보호에 의해 규율하는 것은 간단하지는 않다. 만약 국내 주지성을 갖춘 표지라면 현행법으로도 상품형태를 보호할 수 있고, 상품군 분류 등이 문제되지 않기 때문이다. 다만 주지성 없이 단지 식별력만 갖춘 상품형태가 가목과 유사한 보호를 향유해야 하는지에 대해서는 의문이 생긴다. 가목 전체에서 국내 주지성이 아니라 식별력만 요구한다면, 부정경쟁방지법상 다른 부정경쟁행위에 대해서도 이러한 개정이 추진되어야 할 것인데, 이는 동법의 입법취지에 부합하지 않을 수 있고, 상표법의 형해화를 가져올 수도 있다. 다만 앞서 본 바와 같이 우리 판례의 태도는 보호표지로서 상품형태에 여타의 표지보다 다소 엄격한 태도를 보이는 듯한 인상을 준다는 점에서, 적어도 주지성 있는 상품형태가 상품표지로 보호된다는 점을 명확히 할 필요가 있다. 이에 따른 대안은 상품형상 등 구체적인 보호대상을 가목에서 표지의 한 유형으로 예시하는 정도일 것이다. 구체적으로 자목상 상품형태의 유형으로 예시된 것 중 일부를 가목에서 표지의 예시로 차용하는 방식이 적절해 보인다. 즉, 기존 "상품의 용기·포장, 그 밖에 타인의 상품임을 표시한 표지(標識)"를 "상품의 용기·포장, <u>상품의 형상·외관</u> 그 밖에 타인의 상품임을 표시한 표지(標識)"로 변경하는 방안을 고려해볼 수 있다.

[자목의 개선] 부정경쟁방지법 자목 역시 메타버스에서의 행위를 규율하기 위해서, 및 메타버스 영역에까지 그 규율영역을 확대한다는 의지를 표명하기 위해서는 입법적 변화가 시도되는 것이 가장 바람직하다고 생각된다. 우선 상품형태가 디지털 형태의 상품, 즉 이미지 파일이나 3D로 랜더링된 데이터에 대해서까지 인정되도록 하기 위해서는 개선이 필요하다. 조영선 교수는 그 방안으로 "상품의 형태(... 디지털 이미지로 변환한 것)"을 제시하고 있는데,[496] 이는 실물로 이미 존재

하고 있는 상품 형태를 디지털 이미지/3D 렌더링으로 변환한 것이 모방의 대상이 된다는 점을 분명히 한 제안으로 보인다. 그러나 이 개정만으로 현실세계의 상품형태가 디지털로 모방되는 것이 부정경쟁행위가 되는지에 대해서는 의문이 생긴다. 즉, 상품형태의 '예시'로서 "디지털 이미지로 변환한 것"을 제시한다면, 이는 자칫 디지털 이미지 역시 모방의 대상인 상품형태의 유형으로 해석될 수 있다. 이에 따라 상품형태의 보호를 주장할 수 있는 자가 해당 상품형태의 이미지를 직접 변환해야 모방으로부터 보호받는다는 인상을 줄 수 있다. 또 "이미지"라는 술어가 3D로 렌더링된 메타버스 내 오브젝트 전반을 포괄하는 개념인지에 대해, 더욱이 "변환"도 불확정 개념이라는 점에서 의문을 남긴다. 더 나아가 "모방한 상품을 양도·대여 또는 이를 위한 전시를 하거나 수입·수출하는 행위" 부분을 개정하지 않고, 메타버스에서의 디지털 모방을 규율할 수 있다고 보기 어려울 수 있다. 도리어 일본법을 참고하되 이를 더욱 구체화하여 우선 "모방한 상품을 양도·대여 ..."를 "모방한 상품(전기통신회선을 통해 제공하기 적합하도록 변환한 것을 포함한다. 이하 이 목에서 같다)을 양도·대여 ..."로 변경하는 것을 고려해볼 수 있다.

또 양도, 대여, 수입, 수출 및 '전시'에 메타버스 내 게시나 제공행위가 포섭되도록 할 필요성도 제기된다. 앞서 본 것처럼 이들은 메타버스에서의 상품형태 사용에 적합한 개념이 아닐 수 있다. 도리어 상표법상 사용 개념에 포함되어 있는 "전기통신회선을 통해 제공하는 행위"[496]를 자목 등에 추가하는 방향을 고려해 볼 수 있다고 생각된다. 다만 '제공'이라는 개념은 다소 불확정적이고, 자목의 다른 행위유형에 비해 지나치게 넓게 해석될 여지도 있다. 메타버스에서의 게시 및 판매행위의 통제가 목적이라는 점에서 행위유형에 "전기통신회선을 통"한 것을 포함하는 방식이 적합할 것이고, 비단 전시회를 통한 전시가 아니라도 보여주는 행위 자체를 전시로 볼 수 있다는 점[497]에서 전자적/디지털 전시가 행위유형에 포함되는 것만으로 족하다고 볼 수 있다. 이에 따라 "양도·대여 또는 이를 위한 전시를 하거나 수입·수출하는 행위"를 "양도·대여 또는 이를 위한 전시를 하거나(전기통신회선을 통한 행위를 포함한다. 이하 이 목에서 같다) 수입·수출하는 행위"로 개선할 수 있을 것이다. 이렇게 할 경우에 상품형태에 관한 기존 정의를 변경할 필요 없이 입법의도가 잘 드러난다는 장점도 있다.

다만 위와 같은 개정은 처음부터 디지털로 존재하는 상품의 디지털 모방에 대해서는 적용되지 않거나 최소한 적용 여부가 모호하다는 한계가 있다는 점을 미리 밝혀둔다. 자목이 디자인보호법상 한계를 극복하기 위해 나온 것이고, 화상디자인제도가 이 부분을 포섭하지 못한다면, 결국 '본래부터', 다시 말해 상품형태가 처음부터 디지털 형태로 존재하거나 현실세계 상품형태를 권원 있는 자가 디지털로 변환하고, 이것의 모방이 문제되는 경우까지 논의하는 것이 논리적이다. 그러나 개정안은 해당 문제가 현실에서 해결해야 할 시의성 있는 문제인지에 대해 판단해보고 규율 필요성을 따져서 제시해야 하는데, 관련 사례가 전혀 없는 것은 아니나,[498] 아직까지 주목할 현상으로

495) 조영선, 앞의 논문, 114면.

496) 조영선, 위의 논문, 114~115면.

497) 국어대사전에 의하면 전시(展示)란 " 여러 가지 물품을 한곳에 벌여 놓고 보임"을 의미할 뿐 아니라 "책, 편지 따위를 펴서 봄. 또는 펴서 보임"을 포괄한다.

498) 예를 들어 코카콜라는 포트나이트(Fortnite) 플랫폼에서 코크 제로바이트라는 아이템을 출시한 후 이를 다시 오프라인 상품으로 판매한 바 있다고 한다. 신의수·박민경·한재경, "메타버스 환경에서 지식재산 보호전략: 동작상표 및 동적화상디자인을 중심으로", 『법학연구(전북대학교)』, 제69집(2022. 9.), 380면 참조. 다만 이 사례만을 가지고 디지털 상품형태의 보호 필요성이 바로 인정되는 것은 아닌데, 우선 코카콜라 자체가 저명

보이지 않으므로 산업계 현장조사 등 면밀한 검토가 필요해 보인다.

[자목의 예외 및 파목] 등록받지 않은 상품의 형태가 보호될 경우에 발생할 수 있는 문제에 대해서도 고민은 필요하다. 특히 상품의 형태가 상품의 생산 또는 유통과 무관한 영역에서 사용되었다는 이유만으로 부정경쟁행위가 되는 것은 사실상 디지털 디자인권을 등록 없이 인정해주는 것과 같은 결과를 초래할 수 있어 문제된다. 또 이와는 정반대의 방향에서 디지털에서 유명해진 3D 모델링 등을 단 3년간만 보호하는 것은 너무 짧다는 비판이 나올 수도 있다. 이에 따라 자목상 상품형태 모방의 예외에 (3)을 추가하고 다음과 같이 해두는 방안을 고려해볼 수 있다. 무엇보다 메타버스에서 디지털 재화를 거래하는 것보다 직접 만들어 사용하는 표시되도록 하는 것은 일종의 전시에 해당할 수 있다. 이에 따라 "(3) 영리를 주된 목적으로 하지 아니하고, 상품 형태를 단지 표현의 수단으로 활용하기 위해 상품의 형태를 모방한 상품을 전시하는 행위"[499]를 신설하는 동시에, 논의의 방향성으로서 파목에서 보호되는 행위유형을 보다 구체화하는 방안을 고민해볼 필요가 있다.

현행법	개정안
가. 다음의 어느 하나에 해당하는 정당한 사유 없이 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장, 그 밖에 타인의 상품임을 표시한 표지(標識)(이하 이 목에서 "타인의 상품표지"라 한다)와 동일하거나 유사한 것을 **<u>사용하거나</u>** 이러한 것을 사용한 상품을 판매·반포(頒布) 또는 수입·수출하여 타인의 상품과 혼동하게 하는 행위 [...]	**<개정안 1>** **가.** 다음의 어느 하나에 해당하는 정당한 사유 없이 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장, 그 밖에 타인의 상품임을 표시한 표지(標識)(이하 이 목에서 "타인의 상품표지"라 한다)와 동일하거나 유사한 것을 **<u>사용(전기통신회선을 통한 제공 포함한다. 이하 같다)</u>**하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매·반포(頒布) 또는 수입·수출하여 타인의 상품과 혼동하게 하는 행위 [...] **<개정안 2>** **가.** 다음의 어느 하나에 해당하는 정당한 사유 없이 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장, **<u>상품의 형상·외관</u>**, 그 밖에 타인의 상품임을 표시한 표지(標識)(이하 이 목에서 "타인의 상품표지"라 한다)와 동일하거나 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매·반포(頒布) 또는 수입·수출하여 타인의 상품과 혼동하게 하는 행위 [...]

상표에 해당하고, 도리어 제로바이트가 기존 상품형태를 모방한 것이라는 점에서 이를 다시 상품으로 출시한 것은 '재'모방에 해당한다. 이러한 측면에서 위 사안은 애초에 디지털 상품형태를 보호하는 것과 다른 차원의 문제라 생각된다. 다만 최근 RTFKT와 같이 디지털 스니커즈 등 의류를 판매하는 회사도 등장하고 있다는 점에서 발전 잠재력은 크다고 볼 수 있다.

499) 여기서 '전기통신회선을 통해'라는 술어는 위 "(전기통신회선을 통한 행위를 포함한다. 이하 이 목에서 같다)"의 개정제안으로 인해 불필요한 것이 되었다.

	<개정안 3> **가.** 다음의 어느 하나에 해당하는 정당한 사유 없이 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장, **상품의 형상·외관**, 그 밖에 타인의 상품임을 표시한 표지(標識)(이하 이 목에서 "타인의 상품표지"라 한다)와 동일하거나 유사한 것을 **사용(전기통신회선을 통한 제공 포함)**하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매·반포(頒布) 또는 수입·수출하여 타인의 상품과 혼동하게 하는 행위 [...]
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. [...]	**자.** 타인이 제작한 상품의 형태(형상·모양·색채·광택 또는 이들을 결합한 것을 말하며, 시제품 또는 상품소개서상의 형태를 포함한다. 이하 같다)를 모방한 상품**(전기통신회선을 통해 제공하기 적합하도록 변환한 것을 포함한다. 이하 이 목에서 같다)**을 양도·대여 또는 이를 위한 전시를 하거나 수입·수출하는 행위**(전기통신회선을 통한 행위를 포함한다. 이하 이 목에서 같다).** 다만, 다음의 어느 하나에 해당하는 행위는 제외한다. [...] **(3) 영리를 주된 목적으로 하지 아니하고, 상품의 형태를 단지 표현의 수단으로 활용하기 위해 상품의 형태를 모방한 상품을 전시하는 행위**

7. 소결

이상에서 본 바와 같이 메타버스에서 상품형태가 모방되는 일은 현재에도 발생하고 있고, 앞으로 발생할 가능성은 더 큰 것으로 보인다. 이와 관련하여 대응이 필요할 것으로 보이는데, 거시적인 개선책과 함께 미시적인 대응책 역시 필요하다고 생각된다. 궁극적으로 성과모방과 상품형태의 모방 사이의 관계가 정립되어야 할 것이지만, 일단 부정경쟁방지법 자목의 개선을 통한 명확화가 필요하다. 해석에 따라 현행법상 "전시"에 디지털 전시가 포함되는 것으로 보아 관련 문제를 해결할 수 있으나, 법적 안정성을 추구할 필요가 있고, 일본 역시 동일 목적으로 법을 개정했다는 사실에 주목할 필요가 있다. 일본 역시 메타버스에 특화된 입법을 했다기보다 상품형태 모방이 디지털 세계에도 미치도록 조치한 바 있고, 이는 메타버스에 대응하기 위한 입법이지만, 인터넷/네트워 환경 전반에 적용될 수 있다는 점에서 메타버스만을 위한 것은 아니다.

첫째, "디지털 공간에서" 또는 "전기통신(회선)을 통한"이라는 술어를 추가함으로써 기존 상품 관련으로만 적용될 것이 예정된 보호범위를 확대할 필요가 있다. 물론 위에서 본 것처럼 관련 개념의 해석에 관하여는 이견이 있지만, 입법을 통해 이를 정리해둔다면 향후에 관련 분쟁을 줄일 수 있다.

둘째, 가목에 상품형태에 해당하는 요소들, 즉 자목에서 상품형태를 예시한 개념들이 상품표지로서 명시된다면, 명확성에 기여할 것이다. 현행법으로도 가목상 표지에 상품형태가 포함될 수 있으나, 이를 명확화해둔다면, 판례상 표지로서의 상품형태에 요구되는 엄격한 식별력 기준을 완화

하는 효과를 기대할 수 있다.

셋째, 표현의 자유와의 조화 및 절충은 불가피해 보인다. 메타버스 공간에서 디지털 상품을 만드는 일은 어렵지 않고, 같은 맥락에서 일종의 표현수단이 될 수 있다. 그럼에도 디지털 상품이 현실세계 상품과 동일하게 취급되고, 동일한 모방 기준이 적용된다면, 결국 자유로운 표현을 위축시키고 상품형태의 모방에 관한 자목의 규범력을 약화시킬 우려도 있다. 아직까지 가능성에 머물러 있지만, 메타버스상 상품형태를 베껴 현실세계의 상품을 만든 사람이 도리어 개정법 자목을 가지고 메타버스상 상품형태를 만든 선행자에게 상품형태를 모방한 것이라 문제제기할 수도 있다.

넷째, 그럼에도 아직까지 우리 부정경쟁방지법에서 본래 디지털 형태인 상품을 다시 디지털로 모방하는 것에 대한 규율이 필요한지에 대해서는 의문이 있고, 그 필요성도 크게 제기되는 것 같지는 않다. 일본 정부는 원칙적으로 디지털을 디지털로 모방하는 것이 규율영역에 포섭된다는 입장이지만(개정법에 관한 해석), 사법부의 해석에 맡기는 다소 유보적 입장도 엿보인다. 향후 논의나 메타버스의 발전상황에 예의주시하면서 관련 논의를 이어 나가야 할 것이다.

다섯째, 위에서 지적한 바와 같이 성과모방으로 포섭될 수 있는 영역이 커짐에 따라 메타버스에서의 행위가 파목에 의해 포섭될 수 있다는 의견이 있다.[500] 궁극적으로 상품형태의 모방과 성과모방의 관계 문제가 규명되지 않는다면, 혼란을 피할 수 없을 것이다. 더욱이 상품형태는 완성된 때로부터 3년간만 보호되는데, 파목을 통해 이를 우회할 수 있다면, 자목 자체가 형해화될 우려도 있다.

500) 자문의견으로도 제시되었다.

제3장 영업방해·부당경고 등 새로운 유형의 부정경쟁행위 유형

▶ **제1절** 개요

▶ **제2절** 경쟁자에 대한 허위사실 유포, 비방 등

▶ **제3절** 부당한 권리 침해 경고

▶ **제4절** 인터넷상의 부정경쟁행위

▶ **제5절** 소결

제3장 영업방해·부당경고 등 새로운 부정경쟁행위 유형 추가

제1절 개요

우리 부정경쟁방지법은 1961년 6가지 부정경쟁행위를 규제하는 내용으로 제정된 이래, 국내경제의 변화 및 국제적 규범 기준에 발맞춰 부정경쟁행위 유형을 추가하는 개정을 거듭해 왔다. 2013년 개정 시 현행법 제2조 제1호 파목에 해당하는 보충적 일반조항을 신설한 이후에도 3가지 유형을 추가하여, 현재는 가목부터 파목까지 총 14종의 부정경쟁행위를 아우른다. 규제대상인 행위 유형을 열거하는 이러한 부정경쟁방지법의 체계는 자유시장경제를 기반으로 하여 경쟁원리에 배치되는 위법한 행위를 선별적으로 저지하고자 고안된 것이다.[501] 따라서 자유로운 경쟁의 확보라는 원칙을 존중하여 경쟁활동에 대한 규제 확대에는 신중하여야 하겠으나, 건전한 거래질서에 비추어 정당화될 수 없는 새로운 유형의 행위가 나타나거나 해악이 큰 부정경쟁행위에 대한 명확한 규제 공백이 발견된다면 적절한 법적 구제수단의 마련을 고민할 필요가 있다.

본 절에서는, 위와 같은 견지에서 다음의 세 가지 영역에서 부정경쟁행위 규정을 마련할 필요가 있는지에 대하여 검토한다.

① 경쟁자에 대한 허위사실 유포 또는 악의적 비방에 의한 신용훼손·영업방해('영업비방행위')

② 경쟁자나 그 거래처 또는 소비자에 대한 부당한 특허권 등 침해 경고('부당경고행위')

③ 홈페이지 무단 링크 삽입, 이용자 가로채기 등 인터넷 환경에 특수한 부정경쟁행위('인터넷상 부정경쟁행위')

제2절 경쟁자에 대한 허위사실 유포, 비방 등

1. 연혁 및 문제점

경쟁활동의 목적은 결국 상대적 경쟁우위를 확보하는 데 있으므로, 불공정한 경쟁활동은 위법한 수단으로 자신의 경쟁력을 높이는 것과, 경쟁자의 경쟁력을 훼손하는 것 중의 하나로 귀결된다. 우리 부정경쟁방지법은 1961년 제정 당시 제2조 각 호에서 개별 부정경쟁행위들을 규정하였는데, 그중 제1호부터 제5호까지는 위 두 가지 유형 중 첫 번째 것을 규제하는 내용이었고(상품표지·영업표지 혼동행위, 사칭행위, 원산지·출처지·품질 등 오인야기행위), 두 번째 유형을 직접 규율하는 것은 "경쟁관계에 있는 타인의 영업상의 신용을 침해하는 허위의 사실을 진술하거나 유포하는 행위"에 관한 제6호가 유일하였다. 법제정 당시에 시행중이었던 일본의 1953년 개정 부정경쟁방지법을 거의 그대로 도입한 것이기에 제정법의 위 제6호도 당시 일본법의 대응 조문과 내용이 동일하였고, 제1호 내지 제5호와 달리 형사처벌 대상에 포함시키지 않은 점(제8조)도 당시

501) 서울고등법원 2019. 9. 26. 선고 2018나2052021 판결 참조.

일본법과 같았다.

우리 부정경쟁방지법은 제정 후 25년만인 1986년에 처음으로 개정되었는데, 이때 위 제2조 제6호가 삭제되었다. 1986년의 개정이 전면개정이었던 관계로 당시의 입법자료에서 신설·보완되는 제도 외에 제6호의 삭제 이유에 대한 구체적인 언급을 찾을 수 없지만, 위 개정법에 관해 해설한 한 문헌은 형법상 업무방해죄 등의 규율로 충분하다고 하여 제6호가 삭제되었으며 그 배경에는 부정경쟁방지법을 형법의 일종 혹은 아류로 보는 입법관여자들의 시각이 작용했다고 해설한다.[502] 1986년 개정 시 경쟁자 신용침해행위에 관한 제2조 제6호를 삭제한 점에 대해서는, 부정경쟁방지법은 민법상 불법행위법의 특별법인 점에 비추어 중대한 입법적 오류라는 견해,[503] 일반조항이나 새로운 부정경쟁행위 규정을 도입하기는커녕 다른 영업자의 이익을 직접적으로 침해하는 행위 유형을 부정경쟁행위 목록에서 완전히 삭제하는 결과가 되어 사회변화에 따른 실질적·포괄적인 규율 필요성을 도외시한 것이라는 견해[504] 등 부정적인 평가가 많다.

이후 수 차례의 개정을 거치며 부정경쟁행위 목록이 증가해 왔으나, 1986년 개정법에서 삭제된 내용은 현재에 이르기까지 누락된 채로 남아있다. 즉, 현행법에는 허위·왜곡 사실 유포, 비방광고 또는 부당한 비교광고 등에 의한 경쟁자 신용훼손·영업방해행위로 요약되는 이른바 '영업비방행위'를 직접 다루는 규정은 존재하지 않는다. 아래에서는 위와 같은 행위에 대한 현행법의 부정경쟁행위 규정 및 다른 법률의 적용가능성과, 조약 및 외국 입법례에 관해 검토한다.

2. 관련 법제 현황

가. 부정경쟁방지법

영업비방행위 중 '부당한 비교광고'는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 바목에 의해 일부 규율될 수 있다. 부당한 비교광고는 행위자의 상품 등에 관한 내용이 허위인 경우, 경쟁자의 상품 등에 관한 내용이 허위인 경우, 정보 자체는 정확하지만 비교 방법이 부당한 경우와 같이 다양한 방식으로 행해질 수 있다. 바목은 '상품이나 그 광고에 행위자의 상품의 품질 등을 오인하게 하는 선전·표지를 하는 행위'로 비교적 포괄적으로 규정되어 있기는 하나, 오인유발표지의 대상이 행위자 자신의 상품의 품질 등에 국한된다. 따라서 경쟁자의 상품이 아닌 경쟁자에 대한 허위사실만 포함하는 경우나, 행위자의 상품의 품질 등에 관해서는 정확하게 적시하고 경쟁자의 상품에 관해서만 허위의 정보를 전달하는 경우, 행위자와 경쟁자의 각 상품에 관하여 정확한 정보를 전달하지만 비교 방법이 잘못되어 경쟁자 상품에 관해 왜곡된 인상을 전달하는 경우 등을 규율하는 데에는 한계가 있다.

다음으로, 파목의 경우 보충적 일반조항으로서 도입되기는 하였으나, '타인의 성과등을 무단으로 사용하는 행위'로 규정되어 있어 영업비방행위에 직접 적용되기에는 어려움이 있다. 영업비방행위는 타인의 성과 등을 사용하여 그에 무단편승하는 것이 아니라 그 성과등을 공격 대상으로 삼는

502) 윤병각, "부정경쟁행위의 유형과 구제방법", 지적소유권에 관한 제문제(하), 재판자료 제57집, 법원행정처, 1992, 557면, 각주 2. 황의창·황광연, 앞의 책(주 140), 8면은 "민법상의 불법행위 및 형법상의 신용훼손죄로 갈음할 수 있다는 이유로 삭제"했다고 해설하는데, 타법에 의한 규율과 중복된다는 점이 삭제 이유가 되었다는 설명은 공통된다.

503) 박성호, 앞의 글(주 167), 11면.

504) 정호열, 앞의 책(주 153), 46면.

행위이기 때문이다. 즉, 과목은 앞서 언급한 불공정한 경쟁활동 유형 중 위법한 방법·수단으로 행위자 자신의 경쟁력을 직접 증대시키는 것인 반면, 영업비방행위는 경쟁자의 경쟁력을 훼손하고 그 결과로서 상대적 경쟁우위를 확보하는 행위인 점에서 구조적으로 차이가 있다. 나머지 부정경쟁행위 규정들도 영업비방행위와 무관한 영역을 규율하거나 위 과목과 유사한 이유로 영업비방행위에 적용되기 어렵다. 경쟁자의 경쟁력을 직접 공격의 대상으로 삼는 부정경쟁행위는 현행법 제2조 제1호 각 목에 규정된 행위 유형 가운데에는 존재하지 않는다.

요컨대, 부정경쟁방지법상의 부정경쟁행위 규정에 의하여서는 극히 일부의 유형을 제외하고는 영업비방행위를 적절히 규율할 수 없다.

나. 민법

영업비방행위는 타인(경쟁자)에게 손해를 가하고 경쟁상 이익을 얻는 행위이므로, 경쟁자에 대한 비방이나 허위광고가 그 내용이나 방법 면에서 거래질서와 상관행에 비추어 정당화될 수 없는 것으로 평가된다면 민법상 불법행위에 해당할 수 있다. 따라서 불법행위를 원인으로 한 손해배상의 청구는 가능하다. 그러나 민법은 손해배상의 방법으로 금전배상을 원칙으로 정하고 있으므로(민법 제763조, 제394조) 판례는 물권적 권리 침해가 아닌 이상 매우 예외적인 이익 침해 사안에서만 명확한 실정법의 근거 없이 불법행위에 대한 금지청구를 허용하고 있다.[505] 즉, 민법상 불법행위에만 의존할 경우 영업비방행위로 인한 영업상 이익 침해에 대한 법적 구제에 있어 제한이 따른다.

한편, 영업비방행위는 경쟁자의 영업상 신용의 훼손을 직접적으로 목적하는 행위이므로[506] 민법 제764조에서 명예훼손에 대한 구제수단의 특칙으로 정한 "명예회복에 적당한 처분"을 금지청구권 행사의 근거로 원용할 수 있는지를 검토해 볼 수 있다. 그런데 민법 제764조에 따른 처분은 일반적으로 정정보도, 취소광고 등 원상회복의 성격을 갖는 적극적 처분을 의미하는 것으로 이해된다.[507] 침해상태의 중단은 원상회복의 전제로서 명예회복처분의 실효성을 확보하기 위해 필요할 수 있으나, 원상회복 그 자체는 아니다. 민법 제764조를 유추해석하여 명예훼손에 대한 예방처분까지 포함시킬 수 있다는 주장이 있으나,[508] 금지청구권이 이에 포함되지 않는다는 전제에서 불법행위에 대한 금지청구권 포괄규정 신설이 시도되었던 점,[509] 부정경쟁방지법은 민법 제764조를 구체화한 제6조를 금지청구에 관한 제4조와 별도로 규정하고 있는 점 등을 고려할 때, 현행법의 일반적 해석론으로 받아들이기에는 무리가 있다.

마지막으로 인격권 침해의 법리 구성을 검토할 수 있다. 우리 대법원은 인격권 침해행위에 대한 금지청구권을 인정한다. 그러므로 영업비방행위의 신용훼손적 측면을 인격권의 침해로 구성한다면 사전예방적 구제가 불가능하지 않다.[510] 인격권 침해에 대한 금지청구를 인정한 최초의 대법원 판결[511]이 비방광고행위 중지청구 사안이었던 점은 이를 뒷받침한다.

---

505) 최우진, "불법행위에 대한 예방청구권 - 민법전으로의 체계조화적 편입을 위한 소견 -", 고려법학 제107호, 2022, 3면.

506) 제정 부정경쟁방지법 제2조 제6호는 "영업상 신용을 침해하는"이라는 문구를 통해 이 점을 분명히 표현한다.

507) 김용담 편집대표, 주석 민법[채권각칙(8)](제5판), 한국사법행정학회, 2022, 679-681면(이원).

508) 박윤직 편집대표, 민법주해(XIX)[채권(12)], 박영사, 2005, 333면(김황식).

509) 최우진, 앞의 글(주 475), 5-6면 참조.

510) 권영준, "비방광고금지청구의 법리", 광고판례백선, 도서출판 정독, 2019, 333면에서는, 판례가 명시적으로 밝히지 않은 인격권 침해에 대한 금지청구권 인정의 근거 중 하나로 민법 제764조 명예훼손 특칙 규정의 유추적용을 언급한다.

다. 표시광고법 등

표시광고법은 공정거래법상 불공정거래행위에 관한 특별법으로, 부당한 표시·광고에 대한 공법적 규율을 담당한다.[512] 표시광고법 제3조 제1항 각 호는 부당한 표시·광고 유형을 거짓·과장의 표시·광고(제1호), 기만적인 표시·광고(제2호), 부당하게 비교하는 표시·광고(제3호), 비방적인 표시·광고(제4호)로 열거하며, 이중 제3호와 제4호가 영업비방행위와 특히 관련성이 있다. 표시·광고의 부당성 일반 요건은 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려(소비자오인성)와, 공정한 거래질서를 해칠 우려(공정거래저해성) 두 가지이다(제3조 제1항 본문). 신용의 훼손은 요하지 않는다. 동법 시행령 제3조 제5항의 위임에 따른 공정거래위원회의 「부당한 표시·광고행위의 유형 및 기준 지정고시」에 의하면, 소비자오인성은 보통의 주의력을 가진 일반 소비자가 표시·광고를 수용하는 전체적·궁극적 인상을 기준으로 객관적으로 판단한다.[513] 공정거래저해성에 관해서는 광고 그 자체로 인해 소비자의 합리적인 구매 결정을 방해함으로써 관련시장에서의 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는지 여부를 기준으로 판단하며, 따라서 상품 또는 용역에 관한 소비자의 구매 결정과 관계없는 광고는 공정거래저해성이 존재한다고 보기 어렵다.[514]

동 고시는 비교표시·광고에 관하여, 경쟁사업자의 규모·연혁 등 경쟁사업자 자신에 관한 사항이나 경쟁사업자가 공급하는 상품의 가격·품질 등 거래내용이나 거래조건 등에 관해 허위의 내용을 인용하여 표시·광고하거나, 사실과 같더라도 동일 조건 하에서 비교하지 않고 표시·광고하거나, 사업자 또는 상품 등의 일부에 대하여 비교하면서 마치 전체에 대한 비교인 것처럼 표시·광고함으로써 소비자오인우려가 있는 행위는 부당한 표시·광고가 된다고 규정한다.[515] 또한, 비방적인 표시·광고에 대해서도 경쟁사업자 자신 또는 그 상품 등에 대해 객관적 근거가 없는 허위의 내용으로 중상·비방하거나 불리한 사실만을 표기하여 비방하는 표시·광고행위가 이에 해당한다고 규정한다.[516]

표시광고법은 부당한 표시·광고에 대하여 공정거래위원회의 시정조치와 동의의결, 임시중지명령, 과징금 등의 공법적 제재를 1차적 구제수단으로 규정한다(제7조 내지 제9조). 그에 더해 제17조 제1호에서는 형사처벌에 대하여, 제10조와 제11조에서는 민사적 구제수단으로 손해배상에 대하여 규정하고 있다. 부당한 표시·광고행위에 대한 민사적 금지청구에 관해서는 규정을 두고 있지 않다.

표시·광고에 관한 특별법인 「식품 등의 표시·광고에 관한 법률」도 제8조 제1항에서 표시광고법 제3조 제1항과 유사하게 부당한 표시·광고행위에 대해 규정하고 있는데, 제6호에서는 "다른 업체나 다른 업체의 제품을 비방하는 표시 또는 광고"를, 제7호에서는 "객관적인 근거 없이 자기 또는 자기의 식품등을 다른 영업자나 다른 영업자의 식품등과 부당하게 비교하는 표시 또는 광

511) 대법원 1996. 4. 12. 선고 93다40614,40621 판결.
512) 1999년 표시광고법이 제정되기 이전 부당한 표시·광고행위는 공정거래법상 불공정거래행위로서 규제되었으나, 표시·광고법의 제정 이후에는 불공정거래행위 유형 중 표시·광고법 규제대상은 표시광고법이 담당하게 되었다. 표시·광고법 제정 전의 행위로서 공정거래법상 불공정거래행위 규정이 적용된 대표적인 사건으로는 대법원 1998. 11. 27. 선고 96누5643 판결이 있다. 홍명수, "비방광고의 부당성 판단", 광고판례백선, 도서출판 정독, 2019, 322면, 각주 2 참조.
513) 「부당한 표시·광고행위의 유형 및 기준 지정고시」(공정거래위원회고시 제2019-11호), II.2.가.
514) 위의 고시, II.3.가, 나(3).
515) 위의 고시, III.14.가, 다.
516) 위의 고시, III.14.라.

고"를 각각 부당한 표시·광고행위로 규정한다. 그 밖에 의료법과 변호사법도 일정한 광고행위를 금지하고 있다. 의료법 제56조 제2항 제5호는 다른 의료인등을 비방하는 내용의 광고를 금지하며, 변호사법 제23조 제2항 제5호 전단도 다른 변호사등을 비방하는 광고를 금지한다. 다만, 비교광고의 경우 부당성을 묻지 않고 절대적으로 금지하는데(의료법 제56조 제2항 제4호, 변호사법 제23조 제2항 제5호 후단), 이는 해당 직역의 공익성을 고려한 것으로 생각된다. 위반행위에 대한 제재형식은 행정규제와 형사처벌 등으로 규정되어 있다.

라. 형법

광고행위를 규제하는 표시광고법 등에 포함된 형사처벌 규정은 형법의 특별법이다. 따라서 해당 각 벌칙 조항에 해당하지 않는 경우에도 형법상 신용훼손 또는 업무방해 등의 구성요건을 충족할 경우 형법에 의하여 처벌될 수 있다.

형법 제313조는 허위의 사실을 유포하거나 기타 위계로써 사람의 신용을 훼손한 자를 처벌하도록 규정한다. 신용훼손죄의 보호법익인 신용은 지불능력 또는 지불의사에 관한 사회적 신뢰로서 사람에 대한 사회적 평가인 점에서 명예와 그 성격을 같이하나, 신용훼손죄는 명예훼손죄와 형법의 별개 장에서 규정하며 세부 구성요건과 소추조건 등에서 차이가 있어 재산죄의 성격을 겸유하는 독립된 범죄라고 본다.[517] 허위사실의 유포는 객관적으로 진실과 부합하지 않는 과거 또는 현재의 사실을 유포하는 행위로서, 단순한 의견이나 가치판단만을 표시하는 것은 이에 해당하지 않는다.[518] 위계는 행위의 목적을 달성하기 위해 상대방에게 오인·착각·부지를 일으키게 하여 이를 이용하는 것을 말한다.[519] 허위사실 유포와 기타 위계는 영업비방행위의 전형적인 수단이다. 명예훼손죄와 달리 위법성조각사유에 관한 규정이 없다.

다음으로, 형법 제314조의 업무방해죄는 신용훼손죄의 방법(허위사실 유포 기타 위계) 또는 위력으로 사람의 업무를 방해하는 것을 구성요건으로 한다. 업무방해죄의 업무는 직업 또는 계속적으로 종사하는 사무나 사업을 말하며, 이를 방해하는 행위는 업무의 집행 자체를 방해하는 것 외에 널리 업무의 경영을 저해하는 행위를 포함한다. 업무방해의 결과가 실제로 발생함을 요하지 않고 그 결과를 초래할 위험의 발생으로 족하다.[520] 사업상의 경쟁활동 과정에서 경쟁자 또는 경쟁자의 상품 등에 대한 허위사실을 유포하거나 비방에 의하여 경쟁자나 그 상품 등에 대하여 소비자의 오인을 발생시키고 이를 이용함으로써 경쟁자의 경영을 저해하여 상대적 경쟁우위를 추구하는 영업비방행위는 업무방해죄에 해당하는 경우가 많을 것이다.

신용훼손죄와 업무방해죄의 죄수에 관해 상상적 경합관계라는 견해와 법조경합 중 특별관계라는 견해가 대립하는데, 이처럼 양자의 규율범위는 상당히 중첩되어 있다. 영업비방행위는 경쟁자의 신용훼손을 그 직접적 수단으로 하는 동시에 경쟁자의 경쟁활동에 관한 업무를 방해하는 결과를 초래하는 경우가 많기 때문에 위 두 죄의 구성요건을 동시에 충족할 수 있고, 실제로 경쟁자에 관하여 행한 하나의 행위에 대하여 신용훼손죄와 업무방해죄를 함께 적용하여 그 성립 여부를 판단한 사례들이 있다.[521]

517) 신동운, 형법각론(제2판), 법문사, 2018, 778-779면 참조.
518) 대법원 1983. 2. 8. 선고 82도2486 판결.
519) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2006도3400 판결.
520) 이상 신동운, 앞의 책(주 487), 785-786, 791-792면 및 인용된 판례 참조.

3. 국제조약 및 외국의 입법례

가. 파리협약

파리협약 제10조의2 제3항에 금지되는 행위로 규정된 세 가지 행위유형 중 (b)의 "거래의 과정에 있어 경쟁자의 영업소, 산품 또는 공업상 혹은 상업상의 활동에 관하여 신용을 해하게 할 허위의 주장"은 우리나라의 제정 부정경쟁방지법 제2조 제6호와 유사한 내용을 담고 있다. 본 조항은 1925년 헤이그 개정회의에서 제10조의2 제3문 제2호 "거래 과정에서 경쟁자 제품의 신용을 해하는 성격의 허위 주장"으로 신설되었고, 1934년 런던 개정회의에서 문구를 보충하여 현재의 모습이 되었다. 본 조항은 헤이그 개정회의 이전의 제10조의2에서 규정하고 있었던 "불공정경쟁으로부터의 효과적인 보호"를 개별 행위유형으로 구체화한 것으로, 다음과 같은 적용범위를 갖는다. 먼저, 제10조의2 제3항 (b)는 경쟁자의 영업소 등에 관해 신용을 해하는 행위로 제한되고, 다른 시장에 참가하는 거래자 등을 겨냥한 행위는 포함되지 않는다. 경쟁자의 공업상·상업상의 활동에는 경쟁자가 제공하는 서비스와 사업적 행위 등이 포함되나, 명예훼손이 관심을 두는 개인의 인격적 측면에 대한 허위의 주장은 그것이 거래 과정에서 행해지고 개인에 대한 공격이 그 개인과 관계된 경쟁자의 상품 또는 서비스에 관한 직접적 암시를 포함하지 않는 한, 본 조항의 적용범위에서 벗어난다. 경쟁자의 신용을 해하는 주장인 것만으로는 불충분하고, 허위의 주장이어야 한다.[522]

나. 독일

독일의 부정경쟁방지법인 UWG는 "경쟁자의 보호"라는 표제의 제4조에서 영업비방행위에 관해 규정한다. 제4조 제1호는 경쟁자의 식별 표지, 상품, 서비스, 활동, 또는 개인적·사업적 상황에 관한 비방·폄훼행위에 대해, 제2호는 경쟁자의 상품, 서비스, 회사 또는 그 회사의 경영자·경영진 구성원에 관하여 명백한 진실이 아닌 사실을 주장하거나 유포하여 그 회사의 운영 또는 경영자의 신용을 해하는 행위에 대해 각각 불공정성을 간주하며, 제4호는 경쟁자를 표적으로 방해하는 행위를 불공정한 상업상 행위로 간주한다. 아울러, 비교광고에 관해서는 UWG 제6조에서 별도로 규정하는데, 여기서는 영업비방행위에 관한 일반규정인 제4조를 중심으로 검토한다.

UWG 제4조는 그 표제에서 알 수 있는 바와 같이 소비자가 아닌 경쟁자의 보호를 목적으로 하는 조항이다. 제4조 각 호 중 제2호는 허위사실의 진술에 의한 영업상 피해로부터 경쟁자를 보호하는 역할을 담당한다. 제2호는 '사실'만 규율대상으로 하며, 부정적인 가치평가적 진술은 규율범위에서 제외한다.[523] 다만 경쟁자에 관하여 금지되는 진술을 '허위의 사실'보다 범위가 다소 넓은 '명백한 진실이 아닌 사실'로 규정하고 있다.[524] 따라서 경쟁자나 경쟁자의 상품 등에 관하여 진실에 부합하는 정보를 유포하는 행위는 제2호의 규율범위에 속하지 않는 것이 원칙이다.

이러한 행위에 대하여 제1호가 적용될 수 있다. 제1호는 허위사실의 진술을 요건으로 하지 않는

521) 대법원 2011. 5. 13. 선고 2009도5549 판결.
522) Ricketson, *op. cit.*, ¶ 13.51.
523) Helmut Köhler et al., *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (41. Auflage), C.H.Beck, 2023, UWG § 4, ¶ 2.2.
524) UWG 제4조 제2호 단서는 발신인 또는 수신인이 적법한 이익을 가진 비밀 통신에 의하는 경우, 주장 또는 유포된 사실이 '진실에 반하는' 것인 때에만 불공정한 행위가 된다고 규정한다. 이로부터 같은 호 본문의 규율대상인 '명백한 진실이 아닌' 사실은 허위의 사실보다 그 범위가 다소 넓게 설정되어 있음을 알 수 있다.

대신, 경쟁자나 경쟁자의 상품 등에 대한 '비방 또는 폄훼'행위를 요구한다. 이로써 제1호는 비방·폄훼의 대상인 경쟁자의 경쟁상 이익 및 왜곡되지 않은 경쟁에 관한 일반적 이익을 보호하는 역할을 한다.[525] 다만 진실에 부합하는 사실의 진술은 표현의 자유 및 경업의 자유와의 관계에서 금지의 범위가 정해져야 하므로, 그것이 비방적·폄훼적이라고 하여 언제나 제1호가 적용되는 것은 아니고, 공중이 그 정보에 대해 사실적으로 정당화되는 이익을 갖는 경우에는 제1호가 적용되지 않을 수 있다. 따라서 진실에 부합하는 비방적 진술의 경우, 수용자에게 있어 그 정보의 가치가 높거나 합당한 비평의 이유가 있을수록, 그리고 비평이 사실에 근거하는 방식으로 이루어질수록 불공정성이 부정될 가능성이 높아진다.[526]

이상과 같이 제4조 제1호는 제2호에 비해 적용범위가 상대적으로 넓은데, 그러한 제1호보다 적용범위가 한층 넓은 조항이 경쟁자를 표적으로 방해하는 행위를 금지하는 제4조 제4호이다.[527] 제4호의 '표적으로(gezielt)' 요건은 시장에서 경쟁자를 배제하거나 경쟁자의 지위를 약화시키려는 의도의 존재를 내포하는데, 경쟁은 본래 경쟁자의 경쟁력을 약화시키고 자신의 경쟁력을 강화시키는 방식으로 이루어지므로 경쟁자를 방해하거나 배제하려는 의도만으로는 불충분하고, 시장에 대한 구체적인 방해 혹은 그에 상응하는 구체적 위험이 있어야 한다.[528] 이러한 점 및 2004년 개정법에서 본 제4호를 도입한 취지는 종래의 법적 기준을 변경하고자 한 것이 아니라는 점에서 시사되듯이, 제4호의 해석에서 중요한 역할을 담당하고 있는 판례상의 기준은 '표적으로' 요건보다 '불공정성' 요건에 집중하고 있다.[529] 독일에서 제4호에 해당하는 것으로 논의되어 온 행위에는 판매 방해, 광고 방해, 종업원 유인에 의한 방해, 제품 모방, 구매력 남용 등이 있다.

다. 미국

미국에서 영업비방행위는 주로 커먼로에 의해 규율된다. 불법행위법 리스테이트먼트(제2판)에서 이와 관련된 규정은 '명예훼손(defamation)'이라는 표제의 제5절과, '치상허위(injurious falsehood)'라는 표제를 단 제6절에 위치한다. 명예훼손에 의한 불법행위책임은 (i) 타인에 대한 거짓의 또는 명예훼손적 진술을 (ii) 정당한 권원 없이 제3자에게 공표하는 행위로서, (iii) 행위자에게 적어도 부주의가 있어야 하고, (iv) 그 공표에 의한 특별손해 또는 청구권원의 존재를 성립요건으로 한다.[530] 한편 치상허위에 관해 동 리스테이트먼트는 (i) 타인의 이익을 해치는 (ii) 거짓 진술을 공표하는 행위로서, 행위자에게 (iii) 금전적 가치가 있는 타인의 이익을 해하려는 의도 내지 합리적인 인식이 있고, (iv) 그 진술의 허위성에 관해 악의 또는 과실이 인정되는 경우 손해배상책임이 있다고 규정한다.[531] 치상허위의 법리는 타인의 재산권에 대한 비방적인 거짓 진술을 의미하는 비방행위(disparagement)에도 적용된다. 이때 비방적인 진술이란 타인의 재산의 성상 혹은 재산권의 존부 또는 범위에 대한 의문을 야기하는 행위로서, 그 진술의 공표자가 의문을 야기할 의도가 있거나 그 진술의 수신인이 의문의 야기로 합리적으로 이해할 수 있는 것을 말한다.[532]

525) Köhler et al., *op. cit.*, UWG § 4, ¶¶ 1.2, 1.5.
526) *Id.*, UWG § 4, ¶ 1.16.
527) *Id.*, UWG § 4, ¶ 1.6.
528) *Id.*, UWG § 4, ¶ 4.9.
529) *Id.*, UWG § 4, ¶ 4.7.
530) Restatement (Second) of Torts § 558 (1977).
531) *Id.* at § 623A.

불법행위법상 명예훼손과 치상허위 내지 비방행위(이하 '비방행위'로 통칭함)의 법리는 허위사실의 공표를 요건으로 한다는 점 등에서 공통되지만, 다음의 몇 가지 점에서 차이가 있다. 첫째는 보호목적의 차이로, 명예훼손은 주로 개인적인 명예의 보호를 목적으로 하는 법리로 발전한 데 반해, 비방행위는 경제적 이익의 보호를 목적으로 한다.[533] 둘째는 허위에 대한 증명책임인데, 커먼로상 명예훼손적 사실은 허위성이 추정되지만, 비방행위의 경우 원고가 진술의 허위성을 증명하여야 한다. 셋째로, 비방행위는 진술이 허위사실이라는 점에 관해 악의 내지 과실이 있는 경우에만 인정된다는 점에서 요건을 충족하기가 더 까다롭다. 마지막으로, 명예훼손의 경우 특별손해의 증명이 반드시 요구되는 것이 아닌 데 반해, 비방행위를 원인으로 손해배상을 주장하기 위해서는 원고가 허위사실의 공표에 의한 금전적 손해를 특별손해로서 입증하여야 한다. 명예훼손과 비방행위는 중첩되는 경우가 많지만, 차이가 나타나는 경우로 예컨대 문제가 된 진술이 원고 자신이 아니라 단지 원고의 영업 또는 상품의 품질이나 성질에만 관계된 것인 경우에는 명예훼손은 성립하지 않지만 비방행위가 성립할 수 있다고 한다.[534]

참고로, 불공정경쟁법 리스테이트먼트(제3판)도 제2조 이하에서 '기만적 마케팅'에 관해 규정하고 있으나, 해당 규정은 "행위자 본인의(actor's own)" 상품 또는 서비스에 관해 기만적 혹은 오인적 표시를 하는 행위를 금지한다. 경쟁자를 비롯한 타인의 상품이나 서비스에 관한 허위의 진술 등을 내용으로 하는 영업비방행위는 적용대상에 포함하지 않으므로[535] 검토를 생략한다. 한편 주법상의 민사적 규율에 관하여는, 미국의 여러 주에서 채택한 모델법인 통일 기만적 거래행위법(Uniform Deceptive Trade Practices Act)을 주로 참고할 수 있다. 동 모델법은 기만적 거래행위의 한 유형으로 '거짓의 또는 오인적인 사실의 진술로써 타인의 상품, 서비스 또는 사업을 비방하는 행위'에 대해 규정하는데,[536] 이는 불법행위법 리스테이트먼트상의 상업적 비방행위에 비해 요건이 단순화되어 있기는 하나 취지는 일맥상통한다고 할 수 있다.

라. 일본

일본 부정경쟁방지법에서 영업비방행위에 관한 규정은 제2조 제1항 제21호이다. 동 조항은 "경쟁관계에 있는 타인의 영업상 신용을 해치는 허위사실을 고지하거나 유포하는 행위"를 부정경쟁행위의 하나로 규정한다. 이에 대응하는 조항은 1934년 제정법 제1조 제3호에 포함되어 있었다. 제정 당시의 문구는 "타인의 상품의 신용을 해치는 허위의 사실을 진술하거나 유포하는 행위"로,[537] 제1조 본문에서 부정경쟁의 목적을 추가 요건으로 규정하고 있었다. 일본의 부정경쟁방지법 제정은 헤이그 개정회의에서 개정된 파리협약의 일본 발효일인 1935년 1월 1일에 맞춰 이루어졌고, 같은 날 시행되었다. 헤이그 개정회의에서 신설된 파리협약 제10조의2 제3문 (b)가 제정법에 반영된 것은 이 때문이다.[538] 제정법 제1조 제3호에는 없었던 "경쟁관계" 요건은 1950년 개정법에

532) *Id.* at §§ 624, 629.
533) In re Steven Lipsky, 460 S.W.3d 579, 591 (Tex. 2015).
534) Restatement (Second) of Torts § 558 cmt. g (1977).
535) Restatement (Third) of Unfair Competition § 2 cmt. c (1995).
536) Revised Uniform Deceptive Trade Practices Act § 2(a)(8). 동 모델법의 전문은 다음 링크에서 확인할 수 있다. <https://library.nclc.org/sites/default/files/field_media_file/2019-02/rudtpa66.pdf> (2023. 10. 10. 방문).
537) 조문 내용이 헤이그 개정회의에서 신설된(런던회의에서 개정되기 전의) 파리협약 제10조의2 제3문 (b)와 거의 동일하다.

서 도입되었는데, 동 개정 시 제1조 본문의 부정경쟁 목적 요건을 삭제하면서 경쟁관계 요건을 추가하여 파리협약상의 문구와 일치시킨 것이다.[539] 제정법상의 "진술"이 "고지"로 바뀐 것은 1993년 개정에 의해서인데, 의미가 특별히 달라진 것은 아니라고 한다.[540]

각 요건의 의미는 다음과 같다.[541] "경쟁관계"는 잠재적 경쟁관계를 포함하여 넓게 해석된다. 허위사실은 진실과 다른 것이면 충분하고 반드시 구체적으로 지적된 것임을 요하지 않는다. 고지 또는 유포되는 것은 허위의 사실이어야 하고 단순한 주관적 의견 표명은 이에 해당하지 않으나, '사실'의 의미를 넓게 해석해 "모조품", "재료가 나쁘다"와 같이 가치판단이 포함된 표현이라도 사실에 해당한다고 본 판례가 있다. 행위 요건으로서 "고지"는 사실을 발표하는 것을 의미하고, "유포"는 사실을 불특정다수인에게 고지하는(전파시키는) 것을 말한다. 판례에 의하면 본 조항은 부당한 비교광고나 권리 침해 경고 등에도 적용될 수 있다.[542]

부정경쟁방지법 제2조 제1항 제21호 위반행위에 대해서는 금지청구 및 손해배상청구가 가능하나, 형사처벌은 되지 않는다. 형사처벌 대상에 포함되지 않은 이유에 대해서는 다음과 같은 추론이 가능하다. 영업비방행위 외에도 한정제공데이터 및 도메인이름 관련 부정경쟁행위 등 역시 형사처벌 대상에서 제외되어 있는데, 일본 경제산업성의 해설서에서는 그 이유에 관해 '부정경쟁방지법은 부정경쟁행위에 대한 구제수단으로서 민사적 청구를 기본으로 하되, 공익 침해의 정도가 현저하고 당사자 간 민사적 청구에 맡기는 것이 적당하지 않은 행위유형에 대해서는 형사벌의 대상으로 하고 있다'고 설명한다.[543] 한편, 일본의 제정 부정경쟁방지법에서는 벌칙규정인 제5조에서 외국 문장등 사용행위(제정법 제4조)만을 처벌하고 그밖의 모든 부정경쟁행위를 형사처벌 대상에서 제외하였다가 1950년 개정법에서 영업비방행위 외의 부정경쟁행위에 대해 형사처벌 규정을 마련하였는데, 그 취지에 대해 '부정경쟁방지법의 공법적 성격의 강화'라고 평가하는 견해가 있다.[544] 이상의 설명에 비추어 볼 때, 영업비방행위는 그 규제의 사익 보호적 성격을 고려해 형사처벌 대상에서 제외하는 것으로 보인다.

마. 중국

중국의 반부정당경쟁법 제11조는 "경영자는 허위 정보 또는 오도성 정보를 날조·전파하여 경쟁 상대방(競爭對手)의 상업 신용·상품 명성에 손해를 가해서는 아니된다"고 규정하며, 이를 실무상 '상업적 비방행위'라고 한다. 보호 객체인 상업 신용은 경영자의 자산 상태, 경영 능력 등

538) 파리협약 제10조의2 제3항 (b)는 1934년 런던 개정회의에서 현재의 모습으로 개정되었는데, 일본 내에서의 위 개정 조약 발효일은 1938년 8월 1일이었기 때문에, 1934년 제정되어 1935년 1월 1일 시행된 일본 제정법에는 헤이그 개정회의 당시의 조문 내용이 반영된 것이다.

539) 小野昌延·松村信夫, 前揭書(주 145), 97頁.

540) 上揭書, 114頁.

541) 이하의 내용은 上揭書, 97-117頁을 참고하여 정리한 것이다.

542) 본 조항을 권리 침해 경고 사안에 적용한 판례를 소개한 문헌으로는 日本弁理士會中央知的財産研究所(編), 不正競爭防止法研究:「權利侵害警告」と「營業秘密の保護」について, LexisNexis, 2007, I部 참조.

543) 経濟産業省知的財産政策室(編), 前揭書(주 152), 34, 245頁. 한편 같은 해설서 151면 각주 176에서는 영업비방행위가 부정경쟁방지법상의 처벌대상에는 포함되어 있지 않지만, 형법상 신용훼손죄 또는 업무방해죄로 처벌되는 경우가 있을 수 있다고 부연한다. 이러한 설명은 일반형법상의 형사적 구제수단이 이미 존재한다는 것으로서, 부정경쟁방지법에 특별형법적 규정을 두지 않은 이유를 이해할 수 있는 단서가 된다.

544) 豊崎光衛·松尾和子·澁谷達紀, 不正競爭防止法, 第一法規, 1983, 351頁. 1950년 개정법안에 대한 중의원 및 참의원 회의자료에서는 형사처벌 규정을 확대하는 법개정의 이유에 관해 제재 강화 외에 특별한 이유를 발견할 수 없다.

에 대한 사회의 우수한 평가를 뜻하며, 상품 명성은 상품의 품질에 대한 사회적 평가로서 상업 신용의 일부분에 해당한다. 행위자와 피침해자 사이에는 구체적인 경쟁관계, 즉 동일하거나 유사한 업종 관계가 있어야 한다고 보는 것이 일반적이다.[545] "허위 정보 또는 오도성 정보"는 2017년 개정에 의해 개정 전 제14조의 "허위사실"을 문언상 확장한 것으로, 구법 시행 당시에도 판례는 허위사실을 반드시 사실과 다른 정보만이 아니라 사실과 다른 오해를 불러일으키거나 불러일으키기 쉬운 것을 의미하는 것으로 넓게 해석하였다.[546] '날조'는 사실의 악의적 왜곡 또는 과장을 포함하며, '유포'는 불특정 또는 특정의 다수인에게 날조된 정보를 여러 형식으로 전파하여 알게 하는 것을 의미한다. 본 조에 해당하기 위해서는 경쟁 상대방의 상업 신용의 훼손 혹은 훼손 가능성이 인정되어야 하고, 반드시 실질적인 경제적 손해가 발생해야 하는 것은 아니다.[547] 유포의 형식은 불문한다.

본 조 위반행위에 대한 구제수단으로 제17조는 피해자의 손해배상청구에 대하여 규정하며, 제23조는 동 위반행위에 의해 경쟁 상대방의 상업 신용, 상품 명성에 손해를 입힌 자에 대해 감독검사부서가 행위의 중지와 그 행위에 따른 영향의 제거를 명령하고, 10만 위안 이상 50만 위안 이하(정황이 중한 경우 50만 위안 이상 300만 위안 이하)의 행정벌(罰款)에 처한다고 규정한다. 한편 중국 형법 제221조는 "허위사실을 날조 및 유포하여 타인의 상업 신용·상품 명성에 중대한 손해를 가하거나 기타 정황이 중한 경우, 2년 이하의 유기징역 또는 구류에 처하고, 벌금을 단독으로 부과 또는 병과한다"고 하여, 위 반부정당경쟁법 제11조에 해당하는 행위를 형사처벌 대상으로 규정하고 있다.[548]

4. 규정 신설의 필요성 및 내용

가. 규제의 필요성

우리나라가 가입한 국제조약인 파리협약 제10조의2는 동맹국에 부정경쟁에 대한 "효과적인 보호를 보장"할 의무를 부과하며(제1항), 부정경쟁행위의 대표적 유형으로 거래 과정에서 경쟁자의 영업에 관한 신용을 해하는 허위 주장을 명시하고 이를 금지한다(제3항 (b)). 나아가 파리협약 제25조 제1항에서 각 동맹국은 본 협약의 적용을 보장하기 위하여 필요한 조치를 취할 것을 약속하고 있다. 그러므로 파리협약 제10조의2 제3항 (b)에 상응하는 영업비방행위 금지 규정을 부정경쟁방지법에서 누락하고 있는 우리나라는 파리협약상의 이행의무를 충분한 수준으로 이행하지 못한 것으로 볼 수 있다. 뿐만아니라, 경쟁자의 경쟁력을 직접 훼손하는 영업비방행위는 모용, 사칭, 편승 등의 방법으로 행위자의 경쟁력 상승을 꾀하는 다른 부정경쟁의 방법과 구조 면에서 차별화되고, 경쟁자 이익 침해의 효과가 직접적이라는 점에서 규제의 필요성이 더 크기 때문에 이러한

545) 전정현, 반부정당경쟁법, 세창출판사, 2015, 147-149면 참조.
546) 最高人民法院(2013)民三終字第5号民事判決書.
547) 전정현, 앞의 책(주 515), 150, 155면.
548) 위 형법 조항은 반부정당경쟁법 제11조의 "경쟁 상대방"에 비해 피침해자의 범위를 "타인"으로 더 넓게 규정하고 있다. 이와 관련하여, 중국 시장감독관리국이 2022년 11월 22일 공표한 반부정당경쟁법 개정초안 의견수렴안에는 현행법 제11조의 비방의 대상인 경쟁 상대방을 기타 모든 경영자 범위로 확대하는 내용이 포함되어 있다. 법무법인(유) 율촌, "해외법률동향: [중국] 중국 <반부정당경쟁법(개정초안의견수렴안)>의 공표", 율촌 뉴스레터 2023년 1월호, 2면.

규제 공백을 메울 현실적인 요청도 존재한다.[549] 독일, 일본, 중국 등 해외 각국의 불공정경쟁법제에서 영업비방행위에 대해 규정하는 것 역시 그 규제의 필요성을 시사한다.

그런데 영업비방행위를 규율하는 우리나라의 법제를 보면, 행정적 구제의 경우 표시광고법이 부당한 비교 표시·광고와 비방 표시·광고를 포함해 규율범위를 상세하게 정하고 그 '표시' 및 '광고'의 범위도 넓게 정의하고 있기 때문에[550] 영업비방행위의 상당 부분을 포섭한다. 형사적으로는 그 구성요건이 비교적 간이한 형법상 신용훼손죄와 업무방해죄의 중첩 적용에 의하여 넓은 범위의 영업비방행위에 대한 형사처벌이 가능하다. 반면 민사적으로는, 현행 부정경쟁방지법에 영업비방행위를 직접 정의하는 규정이 존재하지 않아 민법상 불법행위로 다루어지는 것이 불가피하고, 따라서 손해배상청구권 외에 금지청구권을 행사하는 데에 법리상 어려움이 있다.[551] 현행 법제 내에서 금지청구권을 인정할 수 있는지와 관련하여 다음 세 가지 측면을 검토한다.

첫째로, 앞서 언급한 바와 같이 우리 대법원은 인격권 침해를 원인으로 하는 금지청구를 인정하고 있다. 신용훼손은 재산권과 인격권 모두에 대한 침해적 성격이 있으므로, 인격권 침해를 근거로 영업비방행위에 대한 금지청구를 모색할 수 있다. 다만 이러한 법리 구성은 활용 사례가 많지 않아 영업비방행위 피해자가 일반적으로 활용 가능한 정형적인 법리로서는 부족함이 있다. 나아가 영업비방행위는 개인의 명예가 아닌 재산적 이익과 직결되는 영업상 신용을 훼손하는 행위이므로 그 규제의 본질은 재산적 이익의 보호에 있다고 할 수 있다. 따라서 인격권 침해를 금지청구권 행사의 기본 법리로 삼는 것은 영업비방행위 규제의 본질과 어울리지 않는다. 다른 한편으로 실정법상 명문의 근거가 없는 영업비방행위에 대한 금지청구의 근거를 헌법에서 유래하는 인격권에서 찾을 경우, 영업의 자유나 표현의 자유 등 다른 기본권과의 형량을 위해 사안별로 금전배상만으로

549) 영업비방행위에 관계된 신용훼손죄와 업무방해죄에 대해 형법은 5년 이하의 징역 또는 1,500만원 이하의 벌금에 처하는 것으로 규정하여(제313조, 제314조 제1항), 부정경쟁방지법이 부정경쟁행위자를 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하는 것(제18조 제3항 제1호)에 비해 더 강하게 처벌한다.

550) 표시광고법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "표시"란 사업자 또는 사업자단체(이하 "사업자등"이라 한다)가 상품 또는 용역(이하 "상품등"이라 한다)에 관한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사항을 소비자에게 알리기 위하여 상품의 용기·포장(첨부물과 내용물을 포함한다), 사업장 등의 게시물 또는 상품권·회원권·분양권 등 상품등에 관한 권리를 나타내는 증서에 쓰거나 붙인 문자·도형과 상품의 특성을 나타내는 용기·포장을 말한다.
   가. 자기 또는 다른 사업자등에 관한 사항
   나. 자기 또는 다른 사업자등의 상품등의 내용, 거래 조건, 그 밖에 그 거래에 관한 사항
2. "광고"란 사업자등이 상품등에 관한 제1호 각 목의 어느 하나에 해당하는 사항을 「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제2조 제1호 및 제2호에 따른 신문·인터넷신문, 「잡지 등 정기간행물의 진흥에 관한 법률」 제2조 제1호에 따른 정기간행물, 「방송법」 제2조 제1호에 따른 방송, 「전기통신기본법」 제2조 제1호에 따른 전기통신, 그 밖에 대통령령으로 정하는 방법으로 소비자에게 널리 알리거나 제시하는 것을 말한다.

표시광고법 시행령 제2조(광고의 방법) 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」(이하 "법"이라 한다) 제2조 제2호에서 "대통령령으로 정하는 방법"이란 다음 각 호의 매체 또는 수단을 이용하는 것을 말한다.

1. 전단·팸플릿·견본 또는 입장권
2. 인터넷 또는 PC통신
3. 포스터·간판·네온사인·애드벌룬 또는 전광판
4. 비디오물·음반·서적·간행물·영화 또는 연극
5. 자기 상품 외의 다른 상품
6. 그 밖에 제1호부터 제5호까지의 규정에 따른 매체 또는 수단과 유사한 매체 또는 수단

551) 신용훼손행위에 대하여 민법상 불법행위를 적용하여 판례로써 보호하는 것이 가능하기는 하나, "신용훼손행위의 전형성"을 고려할 때 다른 부정경쟁행위와 함께 부정경쟁방지법에서 통합적으로 규율하는 것이 바람직하다는 견해로는 현대호, "한국과 일본의 부정경쟁방지법에 관한 고찰", 최신 외국법제정보 2008-6호, 2008, 110, 114면.

전보되지 않는 손해의 유무·정도에 관한 심사가 이루어질 수 있으므로[552] 금지청구 가부에 대한 충분한 예측가능성을 제공하기에 적절한 법리 구성은 아니라고 판단된다.

둘째로, 2020년 공정거래법이 전면개정되면서(법률 제17799호) 불공정거래행위에 대한 사인의 금지청구를 허용하는 제108조가 신설되었으므로, 표시광고법의 규제대상 행위에 대해서도 위 공정거래법상의 신설 규정을 활용해 금지청구를 할 수 있는지를 검토할 수 있다. 그러나 표시광고법은 공정거래법 전면개정에 발맞춰 이루어진 개정 및 이후의 개정에서 공정거래법의 조항 중 위 제108조는 여전히 준용하지 않고 있다. 생각건대 (i) 공정거래법 제108조는 특정 범위의 불공정거래행위에만 적용되는 형식을 취하는 점, (ii) 표시광고법의 규율범위에 속하는 행위에 대해서는 특별법인 표시광고법이 공정거래법에 우선하여 적용되는 점, (iii) 다른 특수불공정거래행위 규제법령인 「하도급거래 공정화에 관한 법률」도 사인의 금지청구제도를 도입하지 않아 침해행위에 대한 피해자의 금지청구가 불가능한 상황이라는 이유로 법개정이 준비 중인바,[553] 공정거래법 제108조를 명시적으로 준용하지 않는 표시광고법에 대해서도 같은 평가가 가능한 점 등을 고려할 때, 현행법의 해석상 표시광고법 위반행위에 대해 공정거래법 제108조 규정을 적용 내지 유추적용하여 사인의 금지청구권을 인정하기는 어려울 것으로 생각된다.

마지막으로, 파리협약 제10조의2 제3항의 직접 적용에 의한 금지청구의 가부이다. 부정경쟁행위에 관해 규정하는 파리협약 제10조의2 중 제1항은 동맹국에 효과적인 보호 보장의무를 부과하는 형식을 취하므로 일반적으로 국내법 입법에 의한 이행을 예정한 것으로 이해된다. 반면 제3항은 "~ 금지한다" 형식으로 규정되어 있어 동맹국 내에서 동 조약 규정을 직접 적용할 수 있는 것으로 해석된다.[554] 우리나라가 체결·비준한 국제조약인 파리협약은 헌법 제6조 제1항에 따라 국내법과 같은 효력을 가지므로 별도의 국내 입법 없이 동 조약 제10조의2 제3항 (b)의 규정을 적용해 피해자가 금지청구를 할 수 있다는 견해가 제기될 수 있다. 그러나 어떠한 행위가 금지된다는 실체법적 내용을 규정하는 것과 금지청구 등 절차법적 수단을 제공하는 것은 완전히 다른 문제이다. 금지청구제도는 파리협약 제10조의2 제1항의 "효과적인 보호를 보장"한다는 규정, 제10조의3에 명시된 타 동맹국 국민에게 "적절한 법률상의 구제수단"의 부여를 약속하는 규정,[555] 제25조 제1항의 협약 적용을 위해 필요한 조치를 취할 것에 대한 약속 규정 등에 따른 동맹국 의무의 이행 문제이므로, 여전히 국내 입법을 요하는 사항이라고 보아야 한다.

요컨대 현행 법제상으로 민사적 구제수단으로서 영업비방행위에 대한 금지청구제도는 미흡한

552) 실제로, 인격권 침해행위에 대한 금지청구 사안을 다룬 다수의 대법원 판례는 다른 기본권 내지는 헌법적 가치와 형량하여 침해금지청구의 당부를 판단하고 있다. 대법원 2013. 3. 28. 선고 2010다60950 판결; 대법원 2022. 11. 17. 선고 2018다249995 판결 등 참조.

553) 김경만 의원 대표발의 하도급거래 공정화에 관한 법률 일부개정법률안(의안번호 제2116544호)에 대한 국회 정무위원회 검토보고서, 2022. 9., 5면.

554) Bodenhausen, *op. cit.*, p. 143.

555) 파리협약(다자조약 제707호) 제10조의3(상표, 상호, 허위표시, 부당경쟁: 구제수단, 청구권)

1. 동맹국은 제9조, 제10조 및 제10조의2에 언급된 모든 행위를 효과적으로 억제하기 위하여 적절한 법률상의 구제수단을 타 동맹국의 국민에게 부여할 것을 약속한다.
2. 제9조, 제10조 및 제10조의2에 언급된 행위를 억제할 목적으로 동맹국은 이해관계를 가진 생산자, 제조자, 또는 판매인을 대표하며 또한 그 존재가 본국의 법에 배치되지 아니하는 조합 또는 단체에 대하여 그 법령하에 국내의 조합 또는 단체에게 인정되고 있는 한도내에서 사법적 수단으로 제소하거나 또는 행정기관에 이의 신청을 할 수 있도록 하는 조치를 규정할 것을 약속한다.

상황이다. 파리협약 제10조의2 제1항이 부정경쟁에 대한 "효과적인 보호의 보장" 의무를 동맹국에 부담시키고 있음을 고려할 때, 규제 확충을 모색하는 것은 타당하다. 특히 영업비방행위는 경쟁자의 신용훼손을 직접적인 목적으로 하고 있으므로 피해자가 분명하게 존재해 민사적 구제수단이 중요한 기능을 하며, 신용의 실추는 경쟁자의 영업능력 전반에 영향을 미치고 사후적 배상만으로 전보되기 어려운 장기적인 손해를 발생시키므로 손해배상청구 외에 금지청구제도를 마련할 필요가 있다.[556]

나. 구체적인 개정안

앞서 살펴본 바와 같이 경쟁자에 대한 허위의 진술로써 경쟁자의 경쟁력을 직접 손상시키는 것을 내용으로 하는 영업비방행위는 경쟁의 작용을 왜곡시키는 구조 면에서 다른 부정경쟁행위와는 구별된다. 이 점은 제정법에서 삭제된 영업비방행위를 다시 부정경쟁행위로 추가할 경우 부정경쟁방지법의 운용에 있어 담당하게 될 독자적인 의의를 가늠케 하는 동시에, 이러한 행위구조를 규율하는 유일한 규정이 될 것이라는 점에서 그 적용범위를 충분히 넓게 설정할 필요성을 시사한다. 다만 부정경쟁방지법에서 규율하게 될 영업비방행위는 민법상 불법행위에 속하는 신용훼손행위 중에서도 경쟁수단 내지 경쟁방법의 위법성을 근거로 이를 금지청구에 의해 구제 가능한 부정경쟁행위로 규정하고자 하는 것인 만큼, 불법행위로서의 신용훼손보다 좁은 범위에서 명확한 요건 하에 규율될 수 있도록 하여야 한다는 점을 개정안 마련에 있어 고려할 필요가 있다.[557]

우리나라의 제정 부정경쟁방지법 제1조 제6호는 영업비방행위를 "경쟁관계에 있는 타인의 영업상의 신용을 침해하는 허위의 사실을 진술하거나 유포하는 행위"라고 규정하였는데, 이는 당시 일본 부정경쟁방지법의 규정을 본받은 것으로서 일본의 현행 규정도 이와 크게 달라지지 않았다. 이하에서는 위 제정법상의 영업비방행위 규정을 기본으로, 적용범위의 설정과 관련된 몇 가지 측면을 검토한 뒤 이를 바탕으로 구체적인 개정안을 도출하고자 한다.

① "경쟁관계에 있는 타인": 첫 번째 고려사항은 타인의 범위를 경쟁자로 제한할 필요가 있는지 여부이다. 미국의 불법행위법 리스테이트먼트의 규정을 제외하면 독일, 일본, 중국 등 주요국의 부정경쟁행위법제는 모두 비방행위의 대상을 경쟁자로 한정하고 있다.[558] 이처럼 경쟁관계를 요건으로 삼는 것은 민법상 신용훼손행위 중 경쟁 과정에서 포착되는 특수한 유형의 행위를 부정경쟁행위로서 규율하는 규정의 성격상 타당하다고 판단된다. 이를 경쟁관계 없는 타인으로 넓힐 경우 일반 신용훼손행위와 구분하는 것이 곤란해져 금지청구라는 구제수단 제공의 정당성에 의문이 발생

556) 향후 표시광고법에 공정거래법 제108조에 대응하는 사인의 금지청구 규정이 도입될 경우 진술한 과제의 상당 부분이 해소될 것을 기대할 수 있다. 그러나 파리협약 제10조의2는 부정경쟁행위에 관한 조항이므로 이를 반영한 국내 법령인 부정경쟁방지법에서 함께 규율하는 것이 법체계상 바람직하며, 다른 부정경쟁행위와의 균형을 고려할 수 있다는 면에서도 더 타당한 방안이라고 사료된다.

557) 아래에서 보는 바와 같이 이러한 관점을 바탕으로 불법행위로서의 명예훼손 혹은 신용훼손에 비하여 좁게 그 적용범위를 설정하기 위하여 피해자를 '경쟁자'로, 행위 요건을 '허위사실의 고지 또는 유포'로 제한하는 개정안을 제안하였으나, 여전히 그 적용범위가 지나치게 넓다는 자문의견이 본 보고서 작성 과정에서 제시되었다(물론, 이와 반대로 영업비방행위 규제의 독자적 의의에 근거하여 규정 신설에 찬동하는 의견도 제시되었다). 따라서 개정법률안 검토 과정에서 뚜렷한 부작용이 발생할 개연성을 지지하는 구체적인 사정이 발견된다면, 이 규정의 적용범위를 아래에서 제안한 것에 비하여 한층 더 축소하는 방향으로 추가적인 검토가 진행될 수 있다는 점을 밝혀둔다.

558) 참고로, 중국의 제3차 반부정당경쟁법 개정초안에는 비방의 대상을 기타 모든 경영자로 확대하는 내용이 포함되어 있다.

할 수 있으므로, 경쟁관계 요건은 유지함이 타당하다고 판단된다.

② "허위의 사실": 우리 제정법의 영업비방행위 규정은 일본법 규정과 마찬가지로 "허위의 사실"을 진술하거나 유포하는 행위를 금지하였다. 그러나 경우에 따라서는 명백하게 허위가 아니더라도 진실로 확인되지 않은 사실이나 정보의 수용자가 해석하기에 따라 허위의 내용으로 받아들여질 수 있는 오도성의 사실을 진술 또는 유포하는 방법에 의해서도 경쟁자의 영업상 신용의 훼손이라는 결과를 가져올 수 있으므로, "허위의 사실" 요건에 대해서는 확대를 검토할 필요가 있다. 외국의 법제에서도 진술 등의 내용을 허위사실보다 조금 넓게 설정한 예를 찾을 수 있는데, 예를 들어 독일의 UWG 제4조 제2호는 '명백한 진실이 아닌 사실'로, 미국 불법행위법 리스테이트먼트 제558조는 '거짓의 또는 명예훼손적 진술'로, 중국의 반부정당경쟁법 제11조는 '허위 정보 또는 오도성 정보'로 각각 규정하고 있다. 사견으로는, '허위'사실의 범위를 판례를 통해 다소 유연하게 해석하는 것이 불가능하지 않으므로,[559] 우선 제정법과 동일하게 영업비방행위의 요건을 "허위의 사실"로 정하고, 동 규정의 운용 과정에서 규율 공백이 발견되는 경우 축적된 사례를 바탕으로 신중하게 재개정을 논의하는 단계적인 접근을 취할 수 있을 것이다. 한편, 영업비방행위는 허위사실의 전파에 의한 경쟁자 신용훼손행위를 제재하고자 하는 것이므로, 정보 전달 여부가 모호한 "진술"보다는 정보의 전달을 더 직접적으로 지시하는 "고지"라는 표현을 사용하는 것이 바람직할 것으로 생각된다.

③ "규정 형식": 우리 제정법의 영업비방행위 규정은 행위의 목적 내지 효과 측면인 "경쟁관계에 있는 타인의 영업상의 신용을 침해하는"을 행위의 내용인 "허위의 사실을 진술하거나 유포하는 행위" 앞에 놓는 구조를 취하며, 같은 규정형식이 일본 부정경쟁방지법 제2조 제1항 제21호와 미국 불법행위법 리스테이트먼트의 치상허위 규정에서도 확인된다. 이와 달리 중국의 반부정당경쟁법 제11조는 허위 정보 등의 날조·전파라는 행위의 내용을 앞에 기술하고, 상업 신용 등의 훼손이라는 행위의 효과를 그 뒤에 규정한다. 독일 UWG 제4조 제2호는 행위의 내용만 요건으로 기술하고 있다(아래 표 참조).

관련 조문	규정 내용
우리나라 제정 부정경쟁방지법 제1조 제6호	경쟁관계에 있는 타인의 영업상의 신용을 침해하는 허위의 사실을 진술하거나 유포하는 행위.
일본 부정경쟁방지법 제2조 제1항 제21호	경쟁관계에 있는 타인의 영업상의 신용을 해하는 허위의 사실을 고지하거나 유포하는 행위.
미국 불법행위법 리스테이트먼트 제623A조	타인의 이익을 해치는 거짓 진술을 공표하는 행위로서, 행위자에게 금전적 가치 있는 타인의 이익을 해할 의도 내지 (그 가능성에 대한) 인식이 있고, 그 진술이 거짓임을 알았거나 부주의로 진위를 알지 못한 경우에는 그로 인한 금전적 손해를 배상할 책임이 있다.
독일 UWG 제4조 제2호	경쟁자의 상품, 서비스, 회사 또는 그 회사의 경영자·경영진 구성원에 대하여 명백한 진실이 아닌 사실을 주장 또는 유포하는 행위. 단, 수신인이 적법한 이익을 보유한 비밀 교신의 경우, 주장 또는 전파되는 사실이 진실에 반하는 경우에만 불공정한 행위가 된다.

559) 2017년 개정 전 구법상의 '허위 정보'를 사실과 다른 정보뿐 아니라 사실과 다른 오해를 불러일으키거나 불러일으키기 쉬운 것을 의미하는 것으로 넓게 해석한 중국 최고인민법원 판례(주 516) 참조.

중국 반부정당경쟁법 제11조	경영자는 허위 정보 또는 오도성 정보를 날조·전파하여 경쟁 상대방의 상업 신용·상품 평판에 손해를 주어서는 아니된다.

이러한 여러 규정 형식 중 일본법과 우리 제정법 규정의 형식은 허위사실의 대상이 특정되지 않아 다른 부정경쟁행위와 규율범위가 중첩될 수 있다는 단점이 있다. 이와 달리 중국법과 같이 경쟁자의 신용훼손 등을 행위의 목적이 아닌 효과로서 규정하는 것은 자칫 신용훼손의 효과가 발생한 경우에만 영업비방행위 요건을 충족하는 것으로 해석될 수 있다는 점이 단점으로 지적될 수 있다. 한편, 독일법과 같이 허위 진술의 대상을 경쟁자나 그 상품 또는 서비스 등으로 구체적으로 특정하는 방식은 영업비방행위의 적용범위를 명확히 할 수 있는 장점이 있는 반면에, 자칫 규율 공백을 낳을 우려가 있고 규정이 번잡해질 수 있다. 이처럼 각각의 규정형식에는 장단점이 있고 우리 제정법의 규정 형식에도 고유의 장점이 있다. 따라서 파리협약 제10조의2 제3항 (b)의 형식을 충실히 따른 우리 제정법의 영업비방행위 규정을 복원하는 것이 바람직하다고 생각된다.

④ 형사처벌 적용 여부: 앞서 검토하였듯이 우리 제정법과 일본법의 영업비방행위 규정은 형사처벌 대상에서 제외되어 있다. 경쟁자를 직접 공격하는 영업비방행위의 규제는 거래질서의 보호와 일정한 관련성이 있는 다른 부정경쟁행위에 비해 사익을 보호하는 성격이 강하고,[560] 민사상 청구권을 행사할 자도 비방의 상대방인 타인(경쟁자)으로 사전에 명확하게 정해지므로 피해자의 구제를 형사적 제재보다는 민사적 구제에 맡기는 것이 자연스러운 면이 있다. 일본법에서 영업비방행위를 형사처벌 대상에서 제외하고 있는 이유 역시 위 행위 규제의 사익 보호적 성격에 주목한 것임은 앞서 본 바와 같다. 이러한 점을 고려할 때 영업비방행위는 형사처벌 대상에 포함시키지 않는 것이 바람직하다고 생각된다.

이상을 바탕으로 제안하는 영업비방행위 조항의 구체적인 내용은 다음과 같다.

현행법	개정안
제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. 1. "부정경쟁행위"란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다. 파. 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	**제2조(정의)** 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. 1. "부정경쟁행위"란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다. 파. <u>경쟁관계에 있는 타인의 영업상 신용을 해하는 허위의 사실을 고지하거나 유포하는 행위</u>(신설) 하. 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(파목에서 이동)

560) 앞서 살펴본 바와 같이 우리나라의 제정 부정경쟁방지법에 존재하던 영업비방행위 규정이 1986년 전면개정 당시 삭제된 이유에 관해서는 부정경쟁방지법을 형법의 일종 내지 아류로 보는 입법관여자들의 시각이 작용했다는 평가가 있다. 만약 이와 같은 관점이 동 제정법 조항이 삭제된 직접적 근거로서 작용하였다면, 본문에서 살펴본 영업비방행위의 민사구제 적합성에 비추어 동 규정의 삭제는 중대한 입법적 오류라는 점에서 영업비방행위 규정을 부활시키는 법 개정의 추가적인 근거를 찾을 수 있을 것이다.

제3절 부당한 권리 침해 경고

1. 문제점

기술, 디자인, 브랜드 등 지식재산으로 보호되는 각 영역에서 치열한 경쟁이 전개되고 있다. 그러한 과정에서 경쟁수단으로 활용되는 특허권, 상표권 등의 지식재산권은 법적으로 승인된 독점권이다. 따라서 소송절차 또는 소송 외적 방법으로 경쟁자의 지식재산권 침해를 주장하는 것은 권리의 적법한 행사방법에 속한다. 그러나 권리(지식재산권) 침해 경고가 정당한 권리 행사의 범위를 넘어 경쟁자에게 손해를 가하거나 부당한 경쟁상 이익을 얻기 위하여 또는 그러한 방법으로 행해지는 경우라면 건전한 거래질서를 해할 위험이 있다. 권리 침해 경고를 받은 경쟁자로서는 그에 대응하기 위한 법적 비용이나 침해에 따른 영업상 손실을 피하기 위해 경쟁사업을 중단하기로 결정할 수 있는데, 이러한 결과를 의도하고 허위의 사실로써 경쟁자를 상대로 권리 침해 경고를 한다면 정당한 권리행사의 범위를 벗어난 것이 될 수 있다. 또한 특히, 경쟁자가 아니라 경쟁자의 거래처 또는 소비자를 상대로 경쟁자의 권리 침해에 관한 허위의 사실을 고지·유포하여 이를 전달받은 상대방이 경쟁자와의 거래를 중단하도록 유도하는 행위 역시 정당한 권리행사로 보기 어려운 경우가 많을 것이다.

본 절에서는 이러한 부당한 권리 침해 경고를 부정경쟁방지법에서 규율하기 위한 법개정의 필요성에 대해 검토한다.

2. 우리나라의 법제 현황

가. 부정경쟁방지법 및 지식재산권법

일본과 중국의 부정경쟁방지법령에는 영업비방행위에 관한 규정이 마련되어 있어, 이를 부당한 권리 침해 경고에 적용할 수 있다. 그러나 우리나라는 1986년 개정 시 부정경쟁방지법에서 영업비방행위 규정을 삭제하였다. 현행법의 부정경쟁행위 규정 가운데에는 부당경고행위에 직접 적용되기에 적합한 규정이 존재하지 않는다.

특허법 제65조와 디자인보호법 제53조는 보상금지급청구 조건으로서 출원공개 후 서면 경고에 관해, 상표법 제58조는 손실보상청구의 조건으로서 출원공고 후 서면 경고에 관해 규정한다. 그러나 이는 등록 이후의 권리행사와 관련된 내용이 아닐뿐더러 그 경고가 부당한 경우에 대해서는 규정하지 않는다. 한편, 특허법 제228조와 디자인보호법 제222조는 각각 특허, 디자인과 관련된 허위표시죄에 대해 규정하고 있으나, 이는 권리 '침해'에 관한 허위 사실 유포와는 직접적인 관련이 없다.

나. 민법

우리 부정경쟁방지법에 관련 규정이 부재하였기에 부당한 권리 침해 경고에 관한 민사적 구제는 민법상 불법행위를 중심으로 이루어져 왔다.[561] 관련 사례가 많지는 않으나, 대표적인 사

561) 1986년 개정 전에 제정법 제2조 제6호를 권리 침해 경고 사안에 적용한 사례는 보이지 않는데, 이는 지식재산권 침해 경고를 원칙적으로 정당한 권리행사로 보는 시각이 작용하여 그 경고행위와 관련된 문제 제기 자체

례는 다음과 같다.[562]

- 대법원 2001. 10. 12. 선고 2000다53342 판결: 피고는 원고의 자동여과기가 자신의 특허권을 침해하였다는 이유로 원고를 고소하는 한편, 원고 및 원고 자동여과기의 구매업체들을 상대로 특허 침해 경고장을 발송하였다. 법원은 위 고소에 대하여는 권리행사로서 허용될 수 있는 행위라고 볼 수 있으나, (i) 원고의 자동여과기는 피고의 특허발명을 침해하지 않는 것으로 판단되고, (ii) 피고가 가처분신청 등 법적 절차는 취하지 아니한 채 (iii) 원고 자동여과기의 구매업체들을 상대로 그들에게도 법적 책임을 묻겠다는 취지의 경고와 함께 사회단체와 언론을 통한 불이익을 암시하며 형사고소에 대한 합의조건으로 원고와의 계약을 해제하고 자신과 다시 계약을 체결할 것을 지속적으로 강요하여, (iv) 이에 견디다 못한 구매업체들이 원고와의 계약을 해제하고 원고의 자동여과기를 철거하게 한 것은 정당한 권리행사를 벗어난 위법한 행위이며, (v) 특허권 침해 여부가 불명확한 상태에서 대한변리사회의 감정 결과만을 신뢰하여 보다 주의 깊은 조사를 하지 않은 채 특허권 침해를 믿은 데에 과실이 있다는 이유로, 피고의 불법행위에 기한 손해배상책임을 인정하였다.

- 대전지방법원 2009. 12. 4. 선고 2008가합7844 판결: 마사이워킹용 전문신발에 관한 특허권자인 피고는 원고와 계약을 체결한 홈쇼핑업체를 상대로 원고의 기능성 신발이 자신의 특허권을 침해하는 것이라고 주장하며 판매 중지, 각서 제출, 제품 폐기, 사과문의 언론 게재를 요구하고 그에 불응 시 즉시 형사고발을 진행할 것이라는 내용의 경고장을 발송하였고, 이에 홈쇼핑업체는 예정되어 있던 원고 제품에 대한 홈쇼핑방송을 모두 취소하였다. 이후 특허심판원은 원고가 청구한 권리범위확인심판에서 원고 제품이 피고 특허의 권리범위에 속하지 않는다는 심결을 하였다. 원고가 피고를 상대로 손해배상을 청구한 본 사건에서 법원은 다음과 같은 이유로 피고의 불법행위를 인정하였다. 먼저, 피고가 권리범위확인심판청구나 가처분신청을 하지 않은 채 변리사의 판단에 근거하여 원고의 특허침해를 단정하고 강력한 내용의 경고장을 원고의 거래처에 발송한 행위에 고의 내지 과실이 있다고 판단하였다. 또한 법원은 (i) 피고가 홈쇼핑업체에 발송한 경고장에서 단순히 원고의 특허침해 가능성을 언급한 것이 아니라 특허침해를 단정한 점, (ii) 홈쇼핑업체는 특허 침해 여부를 판단할 객관적 능력이 있다고 보기 어려운 점, (iii) 홈쇼핑방송 예정일까지 전문가의 자문을 구할 시간적 여유가 없었던 점, (iv) 기업 이미지 관리가 중요한 홈쇼핑업체로서는 위험을 무릅쓰고 홈쇼핑방송을 강행할 수는 없었던 점을 근거로, 피고의 경고장 발송행위와 홈쇼핑방송 취소로 인한 원고의 손해 사이의 인과관계 및 피고 행위의 위법성을 인정하였다.

- 특허법원 2018. 10. 26. 선고 2017나2417(본소), 2017나2424(반소) 판결: 원고는 피고의 진공항아리 제품이 원고의 등록디자인 두 건(그중 한 건은 등록무효로 확정되었고, 다른 한 건은 소극적 권리범위확인심판이 인용 확정되었음)의 디자인권을 침해했다고 주장하며 피고뿐만 아니라 홈쇼핑업체 등 피고 제품 판매처들에게 일괄하여 그 내용과 문구과 매우 단정적인 1, 2차 내용증명통고를 발송했다. 이로 인해 피고 거래처들은 피고 제품의 온/오프라인 판매를 중단하였다.

가 드물었기 때문으로 추측된다.

562) 아래에 소개한 판결 외에도, 서울고등법원 2007. 10. 10. 선고 2006나65257 판결(거래처 상대, 불법행위 부정); 서울고등법원 2000. 5. 16. 선고 99나59971 판결(경쟁자 상대, 불법행위 부정); 서울고등법원 1994. 9. 2. 선고 94나3836 판결(경쟁자 상대, 불법행위 인정) 등이 있다. 조영선, "특허침해 경고의 법률문제 - 비교법적 현황과 그 시사점을 중심으로", 사법 통권 제30호, 2014, 55-56면 참조.

법원은 원고가 피고 제품의 홈쇼핑 판매를 확인하자마자 별다른 검토 없이 피고 외에 그 거래처들에게까지 디자인권 침해를 단정하는 내용의 경고장을 발송해 피고 제품의 판매를 중단시킨 행위가 정당한 권리행사를 벗어나 고의·과실로 위법하게 피고의 영업활동을 방해한 불법행위에 해당한다고 인정하면서, 침해 경고자의 주의의무에 관해 다음과 같은 두 가지 중요한 판시를 하였다. 첫째, 제소 및 소송수행과 달리 경고장을 발송하는 행위는 사법적 구제절차를 선취 또는 우회할 목적으로 이루어지는 자력구제의 성격을 가지는 것으로 법적 제도를 통한 분쟁해결이라는 법치주의 이념을 훼손할 우려가 크므로 경고장을 발송할 때는 매우 신중할 것이 요구된다. 둘째, 침해 의심 제품의 생산자 외에 그 거래처에 대해서까지 경고를 할 때에는 그로 인해 생산자의 "영업상 신용을 훼손할 우려"가 크므로 생산자에 대해 경고할 때보다 그 침해 여부 판단에 더욱 세심하고 고도한 주의가 요구된다.

다. 형법

형법에 규정된 죄 가운데 부당한 권리 침해 경고에 적용될 수 있는 것은 제313조 신용훼손죄와 제314조 업무방해죄이다. '신용훼손죄'는 신용훼손의 위험 발생이 요구되므로 경쟁자에게 경고하는 행위에는 적용될 수 없고, 경쟁자의 거래처나 소비자를 상대로 경쟁자의 권리 침해 사실을 주장하는 내용의 경고장 발송 등 행위에 적용될 수 있다. 이와 달리 '업무방해죄'는 경쟁자에 대한 침해 경고의 경우에도 업무방해의 요건을 충족한다면 적용될 수 있을 것이다. 양 법조는 행위의 요건으로 허위사실의 유포 또는 위계를 포함하는데, 행위 당시에 침해를 주장한 권리에 무효사유가 있어 그 권리범위가 인정될 수 없음이 명백하였다면 이는 양 법조의 허위사실 및 고의 판단에 고려될 여지가 있을 것이다. 역시 관련 판례는 많지 않고, 다음과 같은 사례들이 확인된다.

- 대법원 1977. 4. 26. 선고 76도2446 판결: "전용실시권 없이 의장권만을 경락에 의하여 취득한 자가 전용실시권에 기해 그 권리범위에 속하는 물품을 제조판매하는 거래에 관하여 자기에게만 실시권이 있는 양 주장하면서 물품의 제조판매의 중지와 불응시 제재하겠다는 통고문을 내용증명우편으로 발송하였다면 이는 업무방해죄의 구성요건을 충족할 수 있다."

- 대법원 2010. 10. 28. 선고 2009도4949 판결: "甲 회사와 乙의 공유인 특허발명이 그 진보성이 부정된다는 이유로 특허심판원의 무효심결이 내려진 후 확정되기 전에 甲 회사의 대표인 피고인이 '丙이 생산·판매한 제품은 위 특허권을 침해한 제품이다'라는 사실을 인터넷을 통하여 적시하고, 또한 丙의 거래처들에 같은 내용의 내용증명을 발송하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 범행 당시 이미 위 특허발명에 대한 무효심결이 있었다는 사유만으로 위 심결이 확정되지도 않은 상태에서 그 무효사유가 있음을 알고 있었다고 단정하기는 어렵고, 더욱이 丙의 제품이 위 특허발명의 특징적 구성을 가지고 있어 특허권을 침해하는 것이라고 판단할 여지가 없지 않은 사정들에 비추어, 위 각 범행일시에 피고인에게 위와 같이 적시된 사실이 허위라는 인식이 있었다고 보기 어려운데도, 이와 달리 본 원심판단에 허위사실 적시 명예훼손죄와 허위사실 유포 기타 위계에 의한 업무방해죄의 '범의'에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례."

위 두 대법원 판결 중 첫 번째 판결은 의장권자가 전용실시권자를 상대로 권리 침해 경고를 한 사안에서 업무방해죄를 인정한 것이고, 두 번째 판결은 경쟁자의 특허 침해 사실을 인터넷 및 경쟁자의 거래처에 보낸 내용증명에 적시한 사안에서 업무방해죄의 성립을 부정한 사안인바, 업무방

해죄는 권리 침해 경고의 상대방이 경쟁자인 경우와 경쟁자의 거래처, 일반 공중인 경우에도 적용될 수 있음을 알 수 있다. 다음으로, 위 두 번째 판결에서는 허위사실 적시 명예훼손죄와 허위사실 유포 기타 위계에 의한 업무방해죄의 범의를 동일한 기준에 따라 판단하고 있는데, 이로부터 명예훼손죄와 유사한 신용훼손죄 역시 업무방해죄와 더불어 경쟁자의 거래처 등을 상대로 한 부당한 권리 침해 경고행위에 적용될 가능성이 있다고 추론할 수 있다.[563] 또한 위 두 번째 판결에서 침해를 주장한 특허에 대하여 무효심결이 있었다는 사정만으로는 그 확정 전에 무효사유가 있음을 알고 있었다고 단정하기 어렵다는 이유로는 업무방해죄 등의 범의로서 허위의 인식이 있었다고 보기 어렵다고 판단한 점에 비추어 볼 때 고의를 매우 엄격하게 해석하고 있고, 그에 따라 민사상 손해배상청구에 비해 형사 구제가 기능하는 범위는 상당히 축소될 것으로 보인다.

라. 공정거래법

공정거래법 제117조는 저작권법, 특허법, 실용신안법, 디자인보호법 또는 상표법에 따른 권리의 정당한 행사라고 인정되는 행위에 대해서는 공정거래법의 적용을 배제한다. 지식재산권 침해 경고는 그 권리의 효력에 기대어 행하는 정당한 행위의 외관을 갖추고 있으므로 공정거래법의 적용이 배제되는지가 문제되는데, 대법원은 GSK-동아제약 사건에서 "특허권의 정당한 행사라고 인정되지 않는 행위"란 행위의 외형상 특허권의 행사로 보이더라도 그 실질이 특허제도의 취지를 벗어나 제도의 본질적 목적에 반하는 경우를 의미한다고 하면서, 여기에 해당하는지 여부는 "특허법의 목적과 취지, 당해 특허권의 내용과 아울러 당해 행위가 공정하고 자유로운 경쟁에 미치는 영향 등 제반 사정을 함께 고려하여 판단"해야 한다고 하여,[564] 지식재산권법의 관점과 공정거래법의 관점을 종합적으로 고려하여 법적용 여부를 판단해야 함을 명시하였다.[565] 이에 따라 외형상 정당한 권리 주장으로 보이더라도 그 주장이 허위 사실에 기초하고 있는 경우 등 정당한 권리행사의 한계를 벗어났다면 공정거래법이 적용될 수 있다.

부당한 권리 침해 경고에는 단독행위인 시장지배적지위남용행위와 불공정거래행위 규정이 적용될 수 있는데, 지식재산권의 보유 사실만으로 곧바로 시장지배력이 추정되지 않는다는 것이 근래의 일반적인 관점이고,[566] 시장지배적지위남용행위의 인정은 경쟁제한성의 증명을 요하므로, 그보다는 불공정거래행위의 적용이 상대적으로 선호될 가능성이 있다. 다만, 공정거래위원회의 이 분야 심사지침에서는 단독행위 중 시장지배적지위남용행위를 중심으로 기준을 제시하는데, 권리 침해 경고에 관한 사항은 특허관리전문사업자(NPE)의 권리 행사 부분에서 "상대방이 특허관리전문사업자의 특허권 행사에 대응하는 데 필요한 중요한 정보를 은폐 또는 누락하거나 오인을 유발하는 등의 기만적인 방법을 사용하여 특허소송을 제기하거나 특허침해 경고장을 발송하는 등의 행위"에 대해 경쟁제한 우려를 인정할 수 있는 행위라고 설명한다.[567] 한편 침해 경고가 아닌 침해소송 제기에 관해서도 유사한 설명이 있는데, 특허가 기만적으로 취득된 것임을 알면서도 특허침

563) 실제로, 일반적인 비방행위에 대하여는 명예훼손 관련 죄를 업무방해죄와 함께 적용한 사례들이 많다. 대법원 1992. 5. 8. 선고 91도3051 판결; 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007도4850 판결; 대법원 2022. 6. 30. 선고 2022도362 판결 등.
564) 대법원 2014. 2. 27. 선고 2012두24498 판결.
565) 권오승 · 서정, 독점규제법 – 이론과 실무 –(제4판), 법문사, 2020, 635면.
566) 「지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침」(공정거래위원회예규 제389호), II.2.나.
567) 「지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침」(공정거래위원회예규 제389호), III.7.라.

해소송을 제기하는 행위, 특허침해가 불성립한다는 사실(특허가 무효라는 사실 등)을 알면서 특허침해소송을 제기하는 행위, 특허침해가 불성립한다는 사실이 사회통념상 객관적으로 명백함에도 불구하고 특허침해소송을 제기하는 행위는 남용행위로 판단될 가능성이 크다고 한다.[568][569]

위의 설명은 경쟁자를 상대로 한 권리행사의 상황을 상정한 것으로 보이는데, 경쟁자의 거래처를 상대로 하는 권리 침해 경고의 경우도 법상 요건을 충족한다면 시장지배적지위남용행위 중 사업활동방해행위(제5조 제1항 제3호) 또는 불공정거래행위 중 부당한 고객유인행위나 사업활동방해행위(제45조 제1항 제4호, 제8호) 등이 적용될 수 있을 것이다. 다만 지식재산권 행사에 관한 공정거래법 적용 사례들은 역지불합의, 실시허락 거절, 차별적 취급, 불공정한 거래조건의 설정 등 라이선스를 둘러싸고 일어나는 행위들에 집중되어 있고, 지식재산권 침해 경고를 공정거래법 위반으로 인정한 국내 사례는 찾기 어렵다. 소송을 통한 부당한 지식재산권 행사에 관해서도 표준필수특허가 이외의 일반적인 특허권 행사에 관한 논의는 많지 않다.[570]

앞서 언급한 바와 같이 2020년 전면개정된 공정거래법에서 제108조에 불공정거래행위에 대한 사인의 금지청구제도를 도입하였으므로 현행법상 규율의 공백으로 볼 수 있는 민사상 금지청구와 관련해 불공정거래행위로의 포섭을 고려할 실익이 있음은 분명하다. 그러나 불공정거래행위는 객관적 경쟁질서 내지 거래질서의 보호를 목적으로 하고[571] 이를 경쟁제한성 또는 공정거래저해성 심사에 반영하고 있으므로, 경쟁자를 부당한 권리 침해 경고에 의한 경쟁상 이익 침해로부터 보호하는 민법 및 형법상의 대응 규율 원리와 차이가 있어, 불공정거래행위보다 부정경쟁행위로 규율하는 것이 더 적합한 측면이 있다. 나아가 부당경고행위에 대한 공정거래법 적용 범리는 민법상 불법행위나 형법의 영업방해죄에 비해 구체적으로 형성되어 있지 않아 공정거래법의 적극적 적용을 기대하기 쉽지 않다는 한계가 있다.

3. 외국의 법제

가. 독일

독일에서는 부당한 권리 침해 경고가 주로 민법(BGB) 제823조 제1항에 근거하여 경쟁자의 영업권을 침해하는 불법행위로서 다루어져 왔다. 대부분의 부당한 침해 경고행위는 과실책임의 형태를 띠는데, 독일의 재판실무는 경고의 상대방이 침해자인 경우보다 소비자 또는 침해자의 거래상대방 등 제3자인 경우(특히 일반 공중을 대상으로 하는 경우)에, 그리고 관련 권리가 사후에 무효로 판명될 여지가 클수록 행위자에게 더 높은 주의의무를 부과하여 불법행위 책임 인정에 더 적극적이라고 한다.[572] 한편 독일 연방대법원은 2005년 전원합의체 판결에서 특허권자의 경고가 침해자에 대한 것이든 그 거래 상대방 등에 대한 것이든 법적 근거가 없는 것으로 판명될 경우에

568) 「지식재산권의 부당한 행사에 대한 심사지침」(공정거래위원회예규 제389호), Ⅲ.2.가~다.

569) 실제로 제약업체가 특허권 비침해 사실을 분명하게 인지한 상태에서 경쟁사업자에게 특허침해금지 가처분을 신청한 행위와, 데이터 조작 등 기만적 방법으로 취득한 특허권에 기해 경쟁사업자를 상대로 특허권 침해금지 청구의 소를 제기한 행위에 대하여 공정거래법상 불공정거래행위(부당한 고객유인)로 인정한 처분례 및 판례가 있다. 공정거래위원회 2021. 3. 11. 의결 제2021-063호; 서울고등법원 2023. 8. 30. 선고 2021누40470 판결.

570) 다만, 위 각주와 같이 최근의 예외적인 사건이 있다.

571) 대법원 2018. 7. 12. 선고 2017두51365 판결 참조.

572) 조영선, 앞의 글(주 530), 41면.

는 경고자에게 민사상 책임을 부담시키는 것이 원칙이라고 하여, 부당경고행위가 불법행위 책임의 대상임을 재확인하였고, 주장된 권리가 사후에 무효로 되는 등 적법한 권원이 상실되는 것을 불법행위 책임 인정의 유력한 사정으로 보았다.[573]

한편, 부정경쟁방지법령인 UWG상의 근거로는 제4조가 주로 거론되는데, 제4호에 따른 고의의 경쟁자 표적 방해행위의 경우, 포괄적 요건을 엄격히 해석하여 경고자가 스스로 무권리자라는 점을 주관적으로 인식할 것을 요구하므로 과실에 의한 방해행위는 인정되지 않는다고 한다. 다음으로, 부당경고행위는 UWG 제4조 제2호의 허위사실 주장·유포에 의한 부정경쟁행위에도 해당할 수 있고, '사실'의 전파로 인정되지 않는 경우에는 제1호의 비방·폄훼행위 규정이 적용될 수 있다.[574] 다만, UWG의 부정경쟁행위 규정은 요건이 까다롭기 때문에 불법행위에 비해 적극적으로 적용되지 않는 것으로 보인다.[575] 그러나 2004년 UWG 개정에 의해 부정경쟁행위의 요건에서 행위자의 부정경쟁 목적 등 주관적 요소가 삭제됨에 따라 과실책임의 규제공백이 제거되었으므로 민법의 특별법인 UWG가 우선하여 적용되어야 한다는 주장이 유력하게 부각하고 있다고 한다.[576]

나. 미국

미국에서는 부당경고행위에 대한 책임의 근거로 불공정경쟁행위(unfair competition), 불법행위법상의 부당한 영업간섭(tortuous interference), 영업비방·신용훼손(trade libel) 등이 거론되며, 타 법제와는 달리 경고의 상대방이 경쟁자인지 아니면 경쟁자의 고객이나 거래처인지에 따라 책임을 달리 파악하지는 않는다고 한다.[577] 객관적 요건으로는 침해 주장이 객관적으로 근거 없는 것이어야 함이 요구되는데, 무효임이 명백한 특허권에 기한 권리 행사가 대표적이다. 주관적 요건으로는 권리 행사가 근거 없는 것임을 알면서도 상대방에게 손해를 가하거나 이를 통해 이득을 얻으려는 의사, 즉 악의(bad faith)가 요구된다. 판례상 악의를 인정한 경우를 유형별로 나누어 보면, 특허의 무효 또는 비침해사유를 인식하고 있었던 경우, 불특정다수의 거래자들을 상대로 경고를 남발하는 경우, 제소의사가 없으면서 제소할 듯이 경고하는 경우, 특허권의 효력을 과장하거나 사실과 다른 내용을 포함하여 경고하는 경우, 침해 여부에 대해 전문가의 조언을 거치지 않은 경우 등이 있다고 한다.[578]

다. 일본

일본에서는 부당경고행위를 부정경쟁방지법 제2조 제1항 제21호의 영업비방행위로 파악해 오고 있다. 일본 부정경쟁방지법의 영업비방행위는 허위사실의 고지 또는 유포를 요건으로 하므로, 경고의 내용이 가치판단적 요소를 포함하여도 '사실'에 해당하는지가 문제되는데, 학설과 판례는 단순한 의견 표명은 '사실'에 해당하지 않는다고 하면서도 '사실'의 범위를 넓게 해석하여 가치판단을 포함하는 표현이라도 사실에 해당하는 표현이 있다면 '사실'로 볼 수 있고, 여기에는 법적

573) BGH, 15. 07. 2005 - GSZ 1/04, GRUR 882[조영선, 앞의 글(주 530), 41면 각주 11에서 재인용].
574) 이상 박윤석·안효질, "지식재산권 분쟁에 있어서 부당 경고에 대한 고찰", 안암법학 제50호, 2016, 381-383면 참조.
575) 조영선, 앞의 글(주 530), 39면 참조.
576) 박윤석·안효질, 앞의 글(주 542), 378, 380면.
577) 조영선, 앞의 글(주 530), 48면.
578) 이상 조영선, 앞의 글(주 530), 48-51면 참조.

평가를 받는 일정한 사실상태에 관한 진술도 포함된다고 한다.[579]

일본의 판례와 학설은 독일의 경우와 유사하게, 침해 경고의 상대방이 경쟁자인 경우보다는 경쟁자의 거래처 또는 소비자를 상대로 하는 경고행위에 대해 높은 주의의무를 부과한다.[580] 이와 같은 이원적인 태도에 대하여는 '영업비방행위 규정이 보호하는 영업상 신용은 제3자의 외부적 평가인 사회적 평가인데, 권리 침해에 관한 잘못된 사실정보가 권리자와 침해로 주장된 경쟁자 간에 교환된 경우에는 허위사실이 고지되었다고 하더라도 그 정보가 당사자 간에만 머무르고 제3자 또는 사회에 유포되지 않으므로 외부적 평가인 사회적 신용을 해하지 않기 때문'이라는 설명이 있다.[581] 과거의 판례는 2차적 침해자에 대한 권원 없는 경고를 거의 당연위법처럼 취급해 오다가, 최근에는 경고의 목적과 내용, 권리자의 조사능력, 경고 상대방의 침해소송 대응능력 등을 종합적으로 고려하여 과실책임을 개별적으로 판단하는 판결이 늘고 있다.[582] 또한 부당경고행위에 대한 제재의 한계를 위법성조각사유에서 찾기도 하는데, 근래에 들어 권리자의 경고가 경쟁자의 거래상대방에게 한 것으로서 외형상 영업비방행위의 구성요건이 충족되더라도, 그 경고가 거래상대방 자신에 대한 정당한 권리행사의 일환으로 행해진 경우 등에는 위법성이 조각된다는 취지로 판시하는 판결이 늘고 있다고 한다.[583]

라. 중국

중국도 영업비방행위에 관한 규정을 반부정당경쟁법에 두고 있음은 앞서 본 바와 같다. 동법 제11조는 허위 정보 등의 날조·유포에 의해 경쟁자의 상업 신용 및 상품 명성을 해하는 행위를 금지한다. 이때 권리 침해를 경고하는 내용의 진정서나 통지서를 발송하는 행위도 경쟁자에 관해 허위 또는 오도성 정보를 전파하는 것이라면 본 조에 해당할 수 있다. 이와 관련된 판례로, 피고가 그와 경쟁관계에 있는 원고를 상대로 제기한 영업비밀 침해소송이 진행중이어서 침해사실에 대한 진위 여부가 확인되지 않은 상태에서, 원고의 발주처의 외국 주주에게 서신을 발송하여 영업비밀 침해를 확언하고 침해행위 중지 조치를 촉구한 행위에 대해, 허위 정보 유포에 의한 상업 신용훼손이 인정된 사건이 있다.[584]

4. 규정 신설의 필요성

우리나라에서 부당경고행위에 대한 민사적 규율은 민법상 불법행위를 중심으로 이루어진다. 형사적 규율은 주로 형법상 업무방해죄가 담당하며, 신용훼손죄도 함께 적용될 여지가 있다. 행정적 규제는 공정거래법상 불공정거래행위 규정 등을 통해 이루어질 수 있으나, 실효적인 집행은 이루어지지 않고 있는 것으로 보인다. 현재 민사적 규율의 사실상 공백에 해당하는 금지청구의 구제수단 마련 및 행정적 규제의 보완을 위해 부정경쟁방지법에서 부당경고행위 규율을 담당하는 것

579) 小野昌延·松村信夫, 前揭書(주 145), 99-100頁; 日本弁理士會中央知的財産研究所(編), 前揭書(주 512), 30頁.
580) 조영선, 앞의 글(주 530), 45면.
581) 小野昌延·松村信夫, 前揭書(주 145), 104頁.
582) 조영선, 앞의 글(주 530), 45-46면.
583) 日本弁理士會中央知的財産研究所(編), 前揭書(주 512), 39頁.
584) 上海市第一中級人民法院(2009)滬一中民五(知)初字第228号民事判決書. 전정현, 앞의 책(주 515), 150-153면에서 재인용.

을 검토할 수 있겠으나, 다음과 같은 점을 고려할 때 부당경고행위를 위한 별도의 규정을 신설할 필요성이 크지 않다고 판단된다. 국내의 문헌에서도 부당경고행위를 부정경쟁행위로 규율하는 것의 타당성을 주장하는 견해가 많다.[585]

부당경고행위는 경쟁자에 대한 경고와 경쟁자의 거래처 또는 소비자 등에게 행하는 경고로 나눌 수 있는데,[586] 이중 후자인 경쟁자의 거래처 등에 대한 경고는 경쟁자의 상품 등에 대한 허위정보를 유포하여 경쟁자의 신용을 훼손하는 행위의 성격을 가지므로 앞서 신설을 제안한 영업비방행위에 의해 대부분 규율될 수 있다.[587][588] 앞서 본 바와 같이 일본과 중국은 경쟁자의 신용을 훼손하는 허위사실 유포 등의 행위를 규정하는 부정경쟁방지법령 조항을 부당경고행위에 적용하고 있다. 독일의 UWG는 부당경고행위에 더 직접적으로 적용 가능한 '경쟁자를 표적으로 방해하는 행위'라는 규정을 제4조 제4호에 두고 있으나, 영업비방행위에 관한 제1호와 제2호도 적용될 수 있는 것으로 평가된다.[589] 한편, 1차적 침해행위자 내지 경쟁자를 상대로 하는 경고행위는 통상 소 제기 전 단계의 권리행사로 볼 여지가 있고, 독점권 부여형식의 지식재산권법에 대한 부정경쟁방지법의 보충성에 비추어 이를 부정경쟁행위로 규율하는 데에는 신중할 필요가 있는 반면, 경쟁자의 거래처 등을 상대로 하는 침해 경고에는 보다 높은 수준의 주의의무가 요구되므로 규제 필요성 또한 크다. 따라서 경쟁자의 거래처 등을 상대로 하는 부당경고행위를 영업비방행위에 관해 신설할 규정으로 규율하고, 경쟁자를 상대로 하는 부당경고행위에 대해서는 명백한 규제의 필요성이 확인되기 전까지 일단 형법상 업무방해죄와 민법상 불법행위 등 현행 규범체계로 다루는 단계적 접근이 바람직할 것이라고 본다.[590]

585) 박윤석 · 안효질, 앞의 글(주 542), 391-393면; 조영선, 앞의 글(주 530), 60-61면.

586) 문헌에 따라 양자에 대한 표현이 조금씩 다르다. 조영선, 앞의 글(주 530), 40-41면에서는 전자를 '1차적 침해자에 대한 경고', 후자를 '2차적 침해자에 대한 경고'로 표현하며, 박윤석 · 안효질, 앞의 글(주 542), 368-369면에서는 독일에서의 논의에 기초해 전자를 '생산자경고', 후자를 '소비자경고'로 구분하여 칭한다.

587) 조영선, 앞의 글(주 530), 38-39, 60-61면. 각주 53에서는 영업비방행위와 관련된 파리협약 제10조의2 제3항(b)를 부당한 권리 침해 경고행위를 다루는 조항으로 해설하면서, 그와 관련된 우리나라 법제 현황으로 제정 부정경쟁방지법상의 영업비방행위 관련 조항인 제2조 제6호가 1986년 개정에 의해 삭제된 연혁을 소개한다.

588) 조영선, "권리침해에 대한 금지청구에 있어서 형평법적 요소의 도입 방안 연구", 특허청 연구용역과제 최종보고서, 2015. 9., 94-96면에서는 침해 경고의 남용을 막기 위한 법개정 모델로 특허법에 관련 규정을 신설하는 방안과 부정경쟁방지법에 부정경쟁행위 규정을 신설하는 방안을 제시하는데, 양자 모두 신설규정의 내용이 "그 진실여부가 명백하지 않거나 허위인 사실을 주장 또는 유포하여 타인의 영업을 방해하는 행위"로서 앞서 부정경쟁방지법에 신설을 제안한 영업비방행위 규정(안)과 그 핵심 요건 및 규율범위가 실질적으로 중첩된다.

589) 박윤석 · 안효질, 앞의 글(주 542), 381-383면.

590) 그럼에도 불구하고 경쟁자에 대한 부당한 침해 경고행위까지 부정경쟁방지법에서 규율하고자 할 경우 영업비방행위에 관한 신설 조문의 '신용훼손'에 더해 '영업방해'를 추가하는 것을 고려할 수는 있을 것이다.

제4절 인터넷상의 부정경쟁행위

1. 문제점

정보기술의 급속한 발달과 데이터경제의 부각으로 인터넷은 상품의 유통, 판매의 도구로서 오프라인의 수단을 상당 부분 대체해 가고 있으며, 아울러 새로운 서비스 출현의 장을 제공하여 경제 성장을 견인한다. 그에 따라 인터넷상의 경쟁도 치열해지고 있는데, 그 과정에서 온라인 광고 차단이나 트래픽 납치 등 인터넷 환경에 특유한 기술적 성격을 지닌 새로운 유형의 부정한 경쟁 활동이 등장하는 중이다.[591] 부정경쟁행위 규제법령인 부정경쟁방지법은 상품의 제조·판매산업을 중심으로 한 경쟁상황을 모델로 하여 입법되었기 때문에 새롭게 등장하는 인터넷상 부정경쟁행위 유형에 대처하는 데 한계가 있을 수 있다.

이러한 배경 및 축적된 사례들을 바탕으로 중국은 2017년 반부정당경쟁법 개정을 통해 인터넷상의 특수한 부정경쟁행위들을 규제하기 위한 조항을 추가하였다. 이하에서는 인터넷상 부정경쟁행위가 사회정제적으로 특히 문제되었고 최근 이를 해결하기 위해 추진된 중국의 입법 사례를 중심으로 우리나라에서도 법제적 대응이 필요한지에 관해 검토한다.

2. 중국의 2017년 반부정당경쟁법 개정

중국은 1987년 파리협약 가입을 계기로 동 조약 제10조의2에서 요구하는 부정경쟁으로부터의 보호 보장의무 이행을 위해 경쟁법 도입을 추진했고, 그 결과 1993년 반부정당경쟁법이 제정, 시행되었다.[592] 제정 후 20년 이상 반부정당경쟁법을 적용하는 과정에서 부정경쟁행위 규율 공백, 반독점법과의 중복·모순, 규제수단의 불충분성 등에 관한 여러 문제들이 발견되었다. 이를 해결하기 위해 2013년경부터 개정 논의가 시작되어 2017년 첫 개정이 이루어졌고, 2019. 4. 23. 2차로 개정되어 같은 날 시행되었다.

위 1차 및 2차 개정에서 주목되는 부분은 인터넷 관련 부정경쟁행위 규정이 신설되었다는 점이다. 중국은 근래 인터넷경제가 큰 규모로 빠르게 성장하는 과정에서 인터넷상의 경쟁에서 여러 부작용이 나타났고, 특히 이용자 탈취행위, 타인의 광고 또는 소프트웨어를 차단하는 행위 등에 관한 다수의 분쟁 사안들이 발생하였다.[593] 이러한 행위들에 대하여 중국의 반부정당경쟁법 실무에서는 일반조항인 제2조를 주로 적용해 왔다. 그러나 최고인민법원이 제2조를 지나치게 넓게 적용할 경우 시장경쟁을 저해할 수 있다는 문제를 경계함에 따라 인터넷상의 부정경쟁행위를 적절히 규제하는 데에는 한계가 있었다.[594] 이에 중국은 2017년 1차 개정법 제12조에 인터넷 부정경쟁행위에 관한 조항을 별도로 마련하였고, 같은 조항이 2019년 개정법에서도 유지되었다.

---

591) 왕홍은·유지화, "중국 인터넷 부정경쟁행위의 규제에 관한 소고", 국제거래와 법 통권 제40호, 2023, 245면.

592) 황선영, "중국 부정경쟁방지법상 인터넷 부정경쟁행위 관련 규정 검토", 민사법의 이론과 실무 제22권 제3호 (2019), 98-99면.

593) 구체적인 사건의 내용과 판결에 관한 소개는 황선영, 위의 글, 103-110면; 국한문·이동원, "반부정당경쟁법의 개정과 사법적 적용 - 인터넷 부정경쟁 행위 유형을 중심으로 -", 경제법연구 제17권 제3호, 2018, 175-177면 참조.

594) 황선영, 앞의 글(주 560), 111-114면.

반부정당경쟁법 제12조는 우선 제1항에서 "경영자가 인터넷을 이용하여 생산·경영 활동에 종사하는 경우 이 법의 규정을 준수하여야 한다"고 하여 그 적용범위를 인터넷상의 활동으로 정한다. 또한 제2항에서 "경영자는 기술적 수단을 이용하여 사용자 선택에 영향을 미치는 방식 또는 그 밖의 방식으로 다른 경영자가 합법적으로 제공하는 인터넷 상품 또는 서비스의 정상 운영을 방해하는 행위를 하여서는 아니 된다"고 하여 (i) 기술적 수단의 이용과 (ii) 다른 경영자의 운영 방해라는 두 가지 기본 요건을 제시한다. 제2항 각 호에서는 네 가지 행위 유형으로 이를 구체화하는데, 그 각 내용은 다음과 같다.[595]

- 제1호: 다른 경영자의 동의 없이 그가 합법적으로 제공하는 인터넷 상품 또는 서비스에 링크·강제 리디렉션을 삽입하는 행위
- 제2호: 사용자를 오도·기만·강박하여 다른 경영자가 합법적으로 제공하는 인터넷 상품 또는 서비스를 수정·종료·제거하도록 하는 행위
- 제3호: 다른 경영자가 합법적으로 제공하는 인터넷 상품 또는 서비스에 대하여 악의로 호환되지 않도록 하는 행위
- 제4호: 다른 경영자가 합법적으로 제공하는 인터넷 상품 또는 서비스의 정상 운영을 방해·훼방하는 그 밖의 행위

이러한 행위들은 여타의 부정경쟁행위들과 일부 공통된 면이 있기는 하나, 이들과 구별되는 특징이 있다. 본 조의 행위들은 사용자의 선택 또는 기타의 수단에 영향을 미치는 방법으로 다른 경영자가 합법적으로 제공하는 인터넷 상품이나 서비스의 정상적인 작동을 저해 또는 파괴하는 인터넷 고유의 기술적 수단을 사용하는 데에 특징이 있다는 점에서 그러하다.[596] 위의 행위들은 중국에서 발생한 그간의 분쟁 사례들에서 문제가 되어 온 인터넷상 부정경쟁행위들을 유형화한 것이다.

3. 현행법의 적용 가능성 및 규정 신설의 필요성

중국의 반부정당경쟁법에 도입된 인터넷상 부정경쟁행위들은 경쟁자에 대한 허위 또는 오인적 사실을 유포하기 위해 전파성이 강한 인터넷을 단순히 매체로 이용하는 등의 전통적 부정경쟁행위의 온라인 확장판에 불과한 것이 아니라는 점에서 종래의 부정경쟁행위 규정으로는 규율하기 쉽지 않다. 우리나라의 현행 부정경쟁방지법에서 유일하게 적용을 고려할 수 있는 조항은 제2조 제1호 파목이다. 중국 반부정당경쟁법 제12조 제2항 각 호의 행위는 인터넷에 고유한 기술적 수단을 사용해 경쟁자의 영업기회를 박탈하거나 영업활동을 방해한다는 점에서 공통되나, 제1호는 그러한 방해가 행위의 효과인 측면이 있고 제2호 내지 제4호에서는 방해행위가 직접적 행위의 내용을 이룬다는 차이가 있다. 따라서 타인의 성과등을 사용하여 경쟁자의 노력에 무단 편승하는 것을 규제하는 우리 부정경쟁방지법의 보충적 일반조항을 적용하는데 적합한 영역은 위 제1호 및 그와 유사한 행위들이라고 볼 수 있다. 다만 중국 반부정당경쟁법 제12조 제2항 제2호 내지 제4호에 해

595) 2022년 11월 22일 중국의 국가시장감독총국이 공고한 제3차 개정초안 의견수렴안에서는 인터넷 부정경쟁행위에 관한 제12조를 다시 한 번 대폭 개정하여 총 6가지 행위유형으로 구분하고 있다.
596) 국한문·이동원, 앞의 글(주 561), 172면.

당하는 행위들도, 예컨대 이용자 탈취, 온라인 광고 대체행위 등의 경우 타인의 성과등을 무단으로 사용해 타인에게 손해를 입히고 부당한 이익을 얻는 우리 법 파목의 행위로 포섭될 수 있을 것이다.[597]

인터넷상의 새로운 부정경쟁행위들에 대한 형사적 규제는 형법 제314조 제1항의 위계·위력에 의한 업무방해죄나 동조 제2항의 컴퓨터등장애 업무방해죄 등으로 의율할 여지가 있다. 그러나 앞서 본 바와 같이 민사적 구제 중 민법상 불법행위에 의해 보충적으로 의율할 수 있는 손해배상의 영역 외에 부정경쟁방지법에 의한 사전금지를 통해 구제받을 가능성은 다소 부족해 보인다. 또한 인터넷 부정경쟁행위들은 그것을 통해 얻어지는 이익에 비하여 투여되는 기술비용이 낮고, 인터넷의 개방성·전파성·신속성으로 인해 그 효과가 빠르고 넓게 나타날 수 있어[598] 규제의 필요성이 큰 것도 사실이다. 다만, 아직 관련 사례들이 충분히 축적되지 않았고 부정경쟁방지법 제2조 제1호 파목의 적용 가능성이 존재하는 우리나라에서는 관련 규정의 신설을 신중하게 고려하는 것이 바람직하다고 생각된다.

중국에서 반부정당경쟁법 제12조를 도입한 배경에는 인터넷상 부정경쟁행위에 관한 분쟁 사례들이 발생하는 상황에서 반부정당경쟁법 제2조의 일반조항 적용에 한계가 있었던 점이 자리한다. 중국 제정법상의 제2조는 부정경쟁행위의 기본 요건을 제대로 명시하고 있지 않았고 엄밀히 말해 일반조항이 아니라고까지 평가될 정도로 추상적인 내용만을 담고 있었기 때문에 그 규제원리가 주로 법관의 신의성실 및 상도덕에 대한 인식 또는 재량에 달려 있었던 것이다.[599] 이에 반하여 우리나라의 부정경쟁방지법 제2조 제1호 파목은 다른 부정경쟁행위 규정에 비해 적용범위가 포괄적이기는 하나 구체적 사안에 적용 가능한 형태로 주관적·객관적 요건들을 규정하며, 판례가 그 해석기준을 점차 구체화함에 따라 적용 사례들도 축적되고 있다. 따라서 중국에 비해서는 더 유리한 상황에서 신(新) 유형의 부정경쟁행위 사안에서 보충적 일반조항의 적용을 기대해 볼 수 있다. 또한 우리 부정경쟁방지법 제2조 제1호 파목은 본래 새롭게 등장하는 부정경쟁행위에 탄력적으로 대응하기 위한 목적으로 도입되었기 때문에, 우리 부정경쟁방지법에 인터넷상 부정경쟁행위를 규제하기 위한 개별 규정을 서둘러 마련하기보다는 우선 파목의 적용을 통해 대응하는 것이 그 도입 취지를 살리는 길이라고 생각한다. 따라서 중국과 마찬가지로 관련 분쟁 사례들이 축적되고, 그에 대한 파목 등의 적용기준이 구체화되거나 규율의 공백이 뚜렷하게 확인되는 것을 기다려, 개별 규정의 신설이 필요하다고 판단되는 경우에는 실효적 규제가 가능하도록 충분한 검토를 거쳐 법개정으로 나아가는 것이 바람직할 것이다.

597) 현행법 제2조 제1호 파목의 도입 계기가 되었던 대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정이 광고 대체 사안을 다룬 점을 참고할 수 있다.
598) 왕홍은·유지화, 앞의 글(주 559), 247-248면 참조.
599) 왕홍은·유지화, 앞의 글(주 559), 251면.

제5절 소결

새로운 유형의 부정경쟁행위를 규제할 수 있는 부정경쟁방지법 조항의 신설에 대해 검토하였다. 검토 대상은 크게 세 가지 유형으로, ① 경쟁자에 대한 영업비방행위, ② 부당한 권리(지식재산권) 침해 경고행위, ③ 인터넷상 부정경쟁행위였다.

이 중 영업비방행위는 우리나라의 제정 부정경쟁방지법에 포함되어 있었다가 이후 개정에 의해 삭제된 내용으로, 그 행위 구조의 특수성 및 경쟁자에게 미치는 효과의 심대성·장기성에 비추어 구제수단으로서 금지청구를 제공하는 방식의 독자적인 규제 필요성이 인정되며, 주요국의 부정경쟁법제에서 이에 관한 규범을 마련하여 운영하고 있는 점, 영업비방행위 규제 공백은 파리협약상의 의무 이행 문제와도 관계되어 있는 점 등을 고려하여, 삭제된 규정을 회복할 필요성이 있다는 결론을 얻었다.

부당한 권리 침해 경고행위의 경우, 경쟁자 외의 자를 향하는 경고는 신설될 영업비방행위 규정이 적용될 수 있다는 점을 비교법적 검토 등을 통해 확인하였고, 이에 따라 영업비방행위 규정과 별도로 부당경고행위만을 다루기 위한 조항을 신설할 필요성은 낮다고 판단하였다. 한편 경쟁자를 향하는 직접적인 경고행위의 경우, 특허법 등 지식재산권법과 부정경쟁방지법의 충돌 가능성 등을 고려할 때 부정경쟁방지법에서 이를 직접 규정하기보다는 민법상 불법행위 등 기존 규범체계를 통해 이를 규율하는 것이 바람직하다는 결론을 얻었다.

마지막으로, 인터넷상 부정경쟁행위의 경우, 중국에서 최근 이루어진 법개정 외에는 이를 부정경쟁법제에서 개별적으로 규율하는 타국 입법례를 찾을 수 없다. 또한, 우리나라의 부정경쟁방지법은 중국과는 달리 구체적 사안에서 적극적으로 적용되고 있는 부정경쟁행위에 관한 보충적 일반조항을 두고 있으므로, 동 조항의 해석·적용을 통해 인터넷상에서 이루어지는 새로운 부정경쟁행위에 대한 규제를 우선적으로 시도하여 볼 여지가 충분하다. 이러한 점을 고려하여, 중국과 유사한 형태의 인터넷상 부정경쟁행위에 대한 시급한 규정 신설의 필요성은 없다는 결론을 도출하였다.

제4장 부정경쟁방지법의 실효적 적용을 위한 제도 정비

▶ **제1절** 퍼블리시티권 침해에 대한 민사적 구제에서 '영업상 이익' 요건

▶ **제2절** 다른 법률과의 관계 규정

제4장 부정경쟁방지법의 실효적 적용을 위한 제도 정비

제1절 퍼블리시티권 침해에 대한 민사적 구제에서 '영업상 이익' 요건

1. 개괄

부정경쟁방지법 제2조 제1호에 정한 부정경쟁행위를 분류하면, 크게 총 12가지 유형의 부정경쟁행위와 함께 보충적 일반조항을 두고 있다. 부정경쟁행위의 유형을 구체적으로 살펴보면, ① 상품주체 혼동행위((가)목), ② 영업주체혼동행위((나)목), ③저명상표희석행위((다)목), ④ 원산지 거짓표시행위((라)목), ⑤ 상품 출처지 오인야기행위((마)목), ⑥ 상품 품질 등 오인야기행위((바)목), ⑦ 상표권자의 동의 없는 대리인의 상표사용행위((사)목), ⑧ 도메인이름 부정취득행위((아)목), ⑨ 상품형태모방행위((자)목), ⑩ 아이디어 부정사용행위(탈취행위)((차)목), ⑪ 데이터 부정사용행위((카)목), ⑫ 유명인의 초상· 성명 등 타인을 식별할 수 있는 표지의 부정사용행위((타)목), 및 ⑬ 보충적 일반조항((파)목)이 있다.

현행 부정경쟁방지법은 '상품'의 출처표시 관련 내용을 중심으로 규정하고 있으며, 2021년 12월 개정법에서 데이터 부정사용행위 규제 조항 신설((카)목) 및 퍼블리시티권 보호 규정이 신설((타)목)되었다.

부정경쟁방지법은 동법 제2조 제1호에서 열거된 행위에 의하여 자신의 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있다고 인정되는 자에 대하여 민사적 구제로서 금지청구권, 손해배상청구권 및 신용회복조치청구권 등을 인정하고 있다.

퍼블리시티 조항이 신설되면서 재산적 침해에 대한 손해배상 청구가 용이해지고, 금지청구가 가능하게 되었다. 입법 당시 (타)목 위반행위의 경우에는 형사처벌 대상에서 제외하였지만, 민사적 구제수단에 실효적 변화는 없었다. (타)목에 따라 타인을 식별할 수 있는 표지의 부정사용행위인 경우에는 불법행위로 재산적 손해를 배상하고 금지청구를 인정할 수는 있지만, 그 대상이 '성명, 초상, 음성, 서명 등 타인을 식별할 수 있는 표지', 즉 '인격권의 보호대상'으로 경제적 가치를 가지는 인격표지의 부당한 이용을 금지하고자 하는 조항이라는 측면에서 다른 부정경쟁행위 유형인 일종의 성과 보호를 하는 것과는 결이 다르다 할 것이다. 부정경쟁방지법의 체계상 청구권자와 침해자 사이의 경쟁적 관계가 필요하기 때문에 퍼블리시티권 침해의 경우 경쟁관계에 있지 않은 자에 의한 사용이나 영업적 사용에 이르지 못한 경우에도 제4조, 제5조의 적용이 어려울 수 있는 문제도 존재한다.

따라서 퍼블리시티권과 관련된 개념, 해외 입법례 검토를 통해 퍼블리시티권의 민사적 구제 조치와 관련한 규정을 검토한다.

2. 퍼블리시티권 개념과 법적 성질

가. 개념

퍼블리시티권은 권리의 성질과 주체, 객체 등을 어떻게 보느냐에 따라 다양하게 정의될 수 있다. 퍼블리시티권은 미국의 판례법 또는 성문법상 형성되어온 것으로서 사람이 자신의 성명, 초상, 목소리, 서명, 이미지 등을 상업적으로 이용하거나 그 이용을 허락할 수 있는 권리를 말한다.[600] 이를 간단히 정리해보면 '개인의 성명·초상 등 자기동일성표지를 상업적으로 이용하여 경제적 이익을 얻거나 그러한 사용을 통제·금지할 수 있는 권리라고 할 수 있다.[601]

우리나라에서는 소설 '무궁화 꽃이 피었습니다'의 출판 등 금지가처분 사건[602]에서 '퍼블리시티권'이란 용어가 처음 사용되기 시작하였고, 평전 '메이저리그와 정복자 박찬호' 사건[603]에서 유명 운동선수의 대형 브로마이드 사진에 대해 퍼블리시티권 침해를 인정한 바 있다. 이처럼 사람의 초상, 성명 등과 같은 인격적 요소를 영리적으로 이용하는 권리인 퍼블리시티권 침해를 둘러싼 사건들이 우리 판례상 인정되었지만, 성문법 체계를 따르는 우리 실정법상 보호에 한계가 있었다. 더욱이 한류의 영향력이 확대되고 유명인의 초상·성명 등을 사용하는 제품·서비스가 다양해지면서 관련 불법 상품의 제작·판매 행위도 증가하고 있으나, 유명인 등의 재산적 손실이나 소비자에게 발생한 피해를 적절히 보호하는 데 한계가 있었다. 이에 유명인의 초상·성명 등에 독자적 권리를 부여하여 보호하자는 논의가 제기되었으나, 초상 등의 경우도 일신전속적 성격상 권리의 양도·상속이 불가능하여 상표권과 권리충돌이 발생하는 등 그 특성상 복잡한 논란이나 부작용이 야기될 소지가 있다는 지적도 있었다. 한편, 대법원은 타인이 영업 목적으로 공개한 데이터와 유명인의 초상·성명 등이 지닌 경제적 가치를 '상당한 투자와 노력의 성과'로 인정하여 이를 무단사용한 행위를 부정경쟁행위로 제재한 바 있지만, 이는 이 법의 보충적 일반조항에 근거한 것으로, 향후 발생할 수 있는 다양한 형태의 무단사용행위를 적절히 제재하기에는 한계가 있음에 따라,[604] 2021년 12월 7일 「부정경쟁방지법」 개정을 통해 '국내에 널리 인식되고 경제적 가치를 가지는 타인의 성명, 초상, 음성, 서명 등 그 타인을 식별할 수 있는 표지를 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위'(제2조 제1호 (타)목)를 별도의 부정경쟁행위로 신설하여 보호하기에 이르렀다. 유명인의 인적 식별표지를 무단으로 영리목적으로 사용하는 행위를 규제하는 규정이 마련됨으로써, 사람의 성명, 초상이 가지는 경제적 가치를 부정경쟁방지법에서 보호하고, 타인의 부정경쟁행위를 제재함으로써 건전한 거래 질서를 확립하게 되었다.

나. 제2조 제1호 (타)목

(1) 보호주체

퍼블리시티권은 재산적 가치가 있는 국내에 널리 인식되고 경제적 가치를 가지는 타인의

600) 정상조 편집대표, 부정경쟁방지법 주해, 박영사, 2021, 252면.
601) 송영조·이상정, 저작권법 개설(제7판), 세창출판사, 2011, 195면.
602) 서울지방법원 1995. 6. 23. 선고 94카합9230판결.
603) 서울고등법원 1998. 9. 29. 자 98라35 결정.
604) 부정경쟁방지법 제개정사유 참고.

성명, 초상, 음성, 서명 등 그 타인을 식별할 수 있는 표지를 상업적으로 이용하거나 그 이용을 허락할 수 있는 권리라고 할 수 있다. 그렇다 보니 퍼블리시티권은 스포츠 스타나 연예인과 같은 실제로 광고 등에 이들의 초상이나 음성 기타 동일성을 식별할 수 있는 표장을 사용하는 경우가 문제가 된다.[605] 즉, 퍼블리시티권의 보호주체는 모든 사람이 아니라 대중에 널리 알려진 연예인, 모델, 운동선수, 정치인 등과 같은 유명인 내지 공적 인물에 한정된다고 할 것이다.[606] 따라서 대부분 배우, 탤런트, 가수, 운동선수 등 '고객흡입력을 취득한 자' 가 퍼블리시티권의 보호 주체가 된다. 연예인이나 스포츠인 중에서도 해당 업계의 종사자나 수요자에게 널리 인식되어있지 않는 이른바 '무명' 연예인이나 스포츠인의 경우 이러한 성립요건을 충족했다고 보기 어렵지만, 판례를 통해 일반인에게도 퍼블리시티권이 인정된다고 한 판례[607]도 존재한다. 그러나 부정경쟁방지법 (타)목은 '국내에 널리 인식되고 경제적 가치를 가지는 타인'으로 표시하고 있기 때문에 보호 주체는 대부분 배우, 탤런트, 가수, 운동선수 등이다. 그러나 일반인이나 유명하지 않은 연예인, 스포츠인의 경우라 하더라도 (타)목에서의 보호요건인 '국내에서 널리 인식된', '경제적 가치를 가지는 것' 이라는 요건을 충족하는 경우 (타)목에 따른 부정경쟁행위로 인정할 수는 있을 것이지만 대부분의 경우 보호요건을 만족하지 못해 (타)목의 부정경쟁행위로 인정받기는 어렵다고 판단된다.

'고객흡인력을 취득한 자'라면 자연인뿐만 아니라 법인이나 단체도 퍼블리시티의 주체가 될 수 있다는 견해가 있다.[608] 이에 대한 견해를 자세히 보면, 자연인이 아닌 법인이나 단체의 명칭에도 상업적 가치가 있는 경우가 많고, 퍼블리시티권이 인격권의 측면보다 재산권의 측면에 중점을 두고 있는 것이므로 퍼블리시티권의 향유주체를 자연인에 한할 것은 아니라고 보이는 점, 독일에서도 자연인뿐만 아니라 법인, 권리능력 없는 사단, 공공기업체, 점포명·기업명과 관련된 상품명, 조합 등 단체명 등에게도 성명권이 인정되고 있고, 일본에서도 종교법인에게 성명권을 인정한 사례가 있는 점, 특히 상법, 부정경쟁방지법(현행 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률), 상표법만으로는 법인의 성명을 함부로 광고 등 상업적으로 이용한 경우 이에 대한 제재를 가하기에 부족한 점 등을 감안하면 법인 또는 비법인 단체 등에게도 퍼블리시티권을 인정함이 타당하다고 한다.[609] 미국에서도 Bi-Rite Enterprises, Inc.사건[610]에서 법원은 "그 식별표지로 시장가치를 개발하는 단체는 개인으로서 그 이름에 퍼블리시티권이 있다. 퍼블리시티권을 보호하는 논거는 한 쪽은 개인이고 한 쪽은 단체구성원이라는 이유만으로 유사한 원고들을 다르게 취급하는 것을 정당화하지 않는다"라고 판시한 사건이 있다. 자연인만이 주체가 된다는 견해는 퍼블리시티권은 단체의 명칭이나 표장에까지 인정하는 때에는 상표법, 부정경쟁방지법 등의 다른 지식재산권법과의 혼란을 야기할 것이므로 법인 등의 단체로부터 확대 적용하는 것은 적절하지 않다고 본다.[611] Bi-Rite Enterprises, Inc.사건을 제외하고 대부분의 미국 판례의 경우 퍼블리시티권의 주체를 자연인에게 한정하여 인정하고 있고, 캘리포니아주 역시 법령에 오직 자연인만을 보호대상으로 규정

605) 최승재, "부정경쟁방지법상 퍼블리시티권 보호조항에 대한 연구", 특허청 정책연구과제 최종보고서, 2022.3, 34면.
606) 정문기, "부정경쟁방지법상 유명인의 인적식별표지", 법학논집 제46권 제4호, 2022, 274면.
607) 서울동부지방법원 2004. 2. 12. 선고 2002가합3370판결.
608) 이상정, "퍼블리시티권에 관한 소고", 아세아여성법학 제4호, 2001, 320면
609) 한위수, "퍼블리시티권의 침해와 민사책임(하)", 인권과 정의 제243호, 1996, 111면.; 이창협, "퍼블리시티권의 주체와 객체에 관한 연구", 법학연구 제11권 제1호, 2008, 70면.
610) Bi-Rite Enterprises, Inc. v. Button Master, 555 F. Supp. 1188 (S.D.N.Y. 1983).
611) 정상기, Publicity권에 관한 소고, 계간저작권 제7권 제2호, 1994 여름호, 19면.

하고 있다. 하지만 국내의 경우 아직 퍼블리시티가 권리의 형태로 보호되지 못하고 있으며, 부정경쟁방지법상 퍼블리시티의 보호주체와 관련한 구체적 판결이 없는 상황이므로 법인 또는 단체에 대해서도 퍼블리시티권을 인정할 것인가에 대한 논란의 소지는 남아 있다.

또한, 자연인으로 이루어진 그룹의 퍼블리시티권도 (타)목의 보호대상에 해당하는지가 문제 될 수 있다. 단일한 자연인들이 가지는 고객흡인력이 문제가 되는 경우가 있으나 걸그룹이나 보이그룹, 내지 창작자집단과 같이 복수의 유명인들이 전체를 표상하는 명칭을 사용하는 경우 그 전체를 표상하는 그룹이 하나의 자연인 집단으로서 (타)목에 의한 보호대상이 될 수 있는가 하는 점이다.[612]

부정경쟁방지법은 행위규제 방식의 법제이기 때문에 여전히 퍼블리시티권이라는 권리가 창설된 것이 아니라는 점에서, 부정경쟁방지법은 단지 무단사용행위를 금지하는 입법 형태라는 한계로 인해 여전히 퍼블리시티권의 주체 영역은 해석의 영역에 있다 할 것이다.[613] 퍼블리시티라는 권리가 새롭게 창설된 것이 아니기 때문에 현행의 부정경쟁방지법상 퍼블리시티권 보호규정으로는 보호대상에 한계가 존재할 수밖에 없어서 결국 개별 사안마다 법원의 판단에 맡겨져야 하고, 따라서 판례가 상당히 축적되기 전까지는 실무적으로 혼란이 계속될 것이다.

(2) 보호객체

부정경쟁방지법에 퍼블리시티권 보호조항이 마련됨에 따라 부정경쟁행위임을 인정받아 권리구제를 받기 위해서는 침해행위의 대상이 "국내에 널리 인식되고 경제적 가치를 가지는 타인의 성명, 초상, 음성, 서명 등 그 타인을 식별할 수 있는 표지"여야 한다. (타)목의 입법으로 사람의 성명, 초상이 가지는 경제적 가치를 부정경쟁방지법에서 보호하는 법률상 보호할 이익으로 명문화되었고, (타)목의 적용 대상은 성명·명칭 또는 초상·서명·인장·아호·예명 필명 또는 이들의 약칭 등 특정인을 식별할 수 있는 표지는 (타)목의 보호객체가 된다.[614] 이외에 음성, 캐릭터, 이미지 등 특정인과 동일시할 수 있는 식별력이 인정된다면 퍼블리시티권의 보호대상에 포함될 수 있다. 뿐만 아니라 특정인을 닮은 사람의 사진이나 초상을 무단으로 광고 등에 상업적으로 이용한 경우, 특정인의 명성을 이용하여 주의를 끌게 한 경우라면 퍼블리시티권 침해가 된다.[615]

종합하면 부정경쟁방지법에 퍼블리시티권 보호객체는 특정인을 식별할 수 있는 표지라면 모두 보호되는 것이 아니라 경제적 이용가치 이전에 그것이 국내에서 널리 인식되어 '고객흡입력'을 지니고 있는지 여부로 판단된다. 또한, 인적식별표지에 형성된 명성 내지 고객흡입력에 무임승차하는 행위를 규제하는 것으로 반드시 상품이나 영업과 결합할 필요는 없다.[616]

(3) 보호요건

앞서 설명한 '인적식별표지'가 보호받기 위해서는 '국내에서 널리 인식되고 경제적 가치를 가지는 것'이라는 '주지성' 및 '경제적 가치'의 요건이 충족되어야 한다.

'국내에서 널리 인식된'의 의미는 '주지성'을 의미하고, '주지성'이란 식별표지가 특정인임을 표시

612) 최승재, "부정경쟁방지법상 퍼블리시티권 보호조항에 대한 연구", 특허청 정책연구과제 최종보고서, 2022.3, 89면.
613) 문건영, "부정경쟁방지법 제2조 제1호 (타)목 해석의 쟁점 및 금지·손해배상 청구권자", 산업재산권 제75호, 2023, 265면.
614) 정문기, "부정경쟁방지법상 유명인의 인적식별표지", 법학논집 제46권 제4호, 2022, 276면.
615) 이지원, "우리나라에서의 퍼블리시티권 형성과 침해구제에 관한 연구", 법학연구 통권 제53집, 2017, 69면.
616) 정문기, "부정경쟁방지법상 유명인의 인적식별표지", 법학논집 제46권 제4호, 2022, 276면.

한다는 것을 해당 업계의 종사자나 수요자에게 널리 인식되어 있는 정도를 말한다. 주지성이 있기 위해서는 모든 사람들이 표지를 인식하고 있을 필요는 없다.[617] 타인의 상품임을 표시한 표지가 국내에 널리 인식되었는지 여부는 그 사용기간, 방법, 태양, 사용량, 거래범위 등과 상품거래의 실정 및 사회통념상 객관적으로 널리 알려졌느냐의 여부가 일응의 기준이 된다.[618] 따라서 어떠한 표지가 외국에서 주지성이 있으나 국내에서 주지성이 없다면 부정경쟁방지법에 의한 보호대상이 될 수 없으며, 반대로 외국에서는 주지성이 없으나 국내에서 주지성이 있다면 보호될 수 있다.[619] 주지성 판단의 시적(時的) 기준은 당해 (타)목 침해여부가 쟁점이 되는 그 시점에서의 주지성을 판단하여야 한다.[620]

'경제적 가치'란 유명성을 통해 획득한 인지도나 고객흡인력으로 볼 수 있다. BTS 판결에서 대법원은 BTS의 성명·초상 자체가 가진 가치가 아니라 명성이나 경제적 가치, 결과물에 화체된 고객흡인력, 해당 사업 분야에서 결과물이 차지하는 비중과 경쟁력이라는 경제적 가치를 보호하는 것이라고 밝히고 있다.[621]

(타)목에 따르는 경제적 이익의 귀속 주체의 경우 노력에 의한 성과 중 경제적 가치를 가지는 인격표지의 부당한 이용을 금지하는 것으로, 경제적 이익은 경제적 가치를 발생시킨 자신에게 귀속되는 것으로 해석해야 한다.[622] 최근 BTS 판결[623]에서 법원은 "소속사인 채권자에게 BTS의 연예활동과 관련하여 이 사건 전속계약에 따라 상당한 투자와 노력을 하였더라도, BTS의 명칭, 그 구성원의 이름, 사진 등에 부가된 신용이나 명성, 고객흡인력은 BTS의 구성원에게 귀속되는 것으로 보아야 한다. 신청인이 BTS의 브랜드 이미지 등에 대해 독자적으로 주장할 수 있는 권리나 경제적 이익을 가진다고 보기는 어렵다. 다만, 신청인은 이 사건 전속계약에 따라 계약 기간 동안 BTS의 구성원들의 성명, 사진, 초상, 기타 동일성을 나타내는 일체의 것을 업무와 관련하여 이용할 수 있는 독점적 권한을 가지고 있고(제2조, 제9조 제1항), 그로부터 계약 기간 동안 BTS의 명칭, 구성원의 성명, 사진을 이용한 화보집, 기타 상품을 제작·판매하거나 이를 허가할 독점적 권리가 있다. 신청인은 이러한 독점적 권리에 근거여 자신의 영업상의 이익이 침해되는 것을 막기 위해 부정경쟁행위의 금지를 청구할 수 있다."라고 판결하였다. 법원은 BTS 구성원에게 성과가 귀속됨을 분명히 하고, 전속계약에 따라 소속사가 구성원들의 성명, 사진, 초상, 기타 동일성을 나타내는 일체의 것을 업무와 관련하여 이용할 수 있는 독점적 권한을 가지고 있고, 상당한 투자와 노력으로 만들어진 성과 등으로 평가할 수 있다 하여 소속사의 경제적 이익 침해를 긍정하는 판결을 내렸다. 그러나 여전히 부정경쟁방지법상 보호되는 퍼블리시티권의 침해문제는 개별적 사안에 따라 판단해야 하는 상황에서 보호대상의 요건을 둘러싸고 그 구체적인 판단기준 및 적용범위와 관련하여서는 실무상 논란이 있다.

617) 대법원 2020. 6. 14. 선고 2002도1613 판결.
618) 대법원 2001. 9. 14. 선고 99도691 판결.
619) 정상조 편집대표, 부정경쟁방지법 주해, 박영사, 2021, 29면.
620) 최승재, "부정경쟁방지법상 퍼블리시티권 보호조항에 대한 연구", 특허청 정책연구과제 최종보고서, 2022.3, 73면.
621) 대법원 2020. 3. 26.자 2019마6525 결정.
622) 문진영, "부정경쟁방지법 제2조 제1호 (타)목 해석의 쟁점 및 금지·손해배상 청구권자", 산업재산권 제75호, 2023, 265면.
623) 서울남부지방법원 2019. 5. 2.자 2019카합20050 결정.

(4) 침해판단기준

국내 판결례를 바탕으로 퍼블리시티권 침해의 유형들을 살펴보면, 결국 퍼블리시티권의 침해가 인정되기 위해서는 타인이 유명인 등의 성명, 초상 등을 허락 없이 광고에 사용하거나 이를 직접 판매하는 등 '상업적으로 이용'을 하여야 한다. 박찬호 브로마이드 사건[624]에서 법원은 "공적 인물의 생애에 관한 서술과 그에 관한 평가를 담은 평전에서는 그 저작물의 성질상 대상자의 성명을 사용하고 대상자의 사진을 게재할 수 있을 뿐만 아니라 대상자의 생애에서의 주요 사건이 다루어지고, 그에 대한 저자의 의견이 더하여지는 것이 당연하다 할 것이며, 그러한 평전의 저술은 그 대상자의 명예나 권리를 침해하지 않는 한 허용되어야 한다."라고 설시함에 따라 공적 인물의 생애에 관한 서술과 그에 관한 평가를 담는 서적인 평전에서 주인공인 공적 인물의 성명이나 초상을 이용하는 경우 등 정보를 제공하기 위한 목적이라면 퍼블리시티권 침해로 인정되지 않을 것이다.

공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법은 (파)목의 위법성 판단 기준을 그대로 옮겨 놓은 것으로 (타)목의 위법성 판단은 (파)목과 관련한 법원의 설시내용을 차용할 수 밖에 없을 것이다.[625] 따라서 위법성 판단 시 '타인'은 자신의 인적식별표지에 축적된 명성이나 고객흡입력을 무단으로 사용하는 행위로부터 보호를 구하는 지위에 있는 자를 말하는데, 자연인, 법인이나 단체도 포함되며, 성과를 구축하는데 공동으로 기여하였고, 그로부터 경제적 이익을 얻을 수 있는 지위에 있다면 비법인 사단이나 그 밖의 단체 등도 포함된다.[626] '경제적 이익 침해'란 성과 등과 관련된 재산적 손해를 의미하고, 정신적 손해만 발생한 경우에는 이에 해당하지 않는다. 이러한 경제적 이익에는 유형의 경제적 이익은 물론 명성, 업무상 신용, 고객흡입력과 같은 무형의 이익도 포함된다. 나아가 경제적 이익의 범위와 관련하여서는 현실적 이익뿐만 아니라 아직 구체적으로 현실화되지 않은 고객 증가나 광고 수익과 같은 기대이익이나 잠재적 이익도 포함된다.[627]

국내에서는 아직 퍼블리시티권 침해 여부의 판단에 관한 구체적인 기준이 정립되어 있지 않고, 개개의 사안별로 판단이 이루어지고 있는 것으로 보인다. 국내 하급심 판결들은 퍼블리시티권이라는 권리를 인정하는 경우에도 표현의 자유와의 충돌이 우려되는 경우 여러 근거를 제시하면서 상업적 이용이 아니라거나 퍼블리시티권 침해가 아니라는 판결을 내려왔다.[628]

3. 퍼블리시티권에 관한 외국의 입법례

가. 미국

퍼블리시티권은 연방대법원의 판례와 각 주의 판례, 각주의 성문법이 제정되었음에도, 전국적인 연방 퍼블리시티권에 대한 법률은 아직 제정되지 않은 상황이다.[629] 미국의 총 50개 주 가운

624) 서울고법 1998. 9. 29.자 98라35 결정.
625) 정문기, "부정경쟁방지법상 유명인의 인적식별표지", 법학논집 제46권 제4호, 2022, 277면.
626) 정문기, "부정경쟁방지법상 유명인의 인적식별표지", 법학논집 제46권 제4호, 2022, 278면.
627) 정문기, "부정경쟁방지법상 유명인의 인적식별표지", 법학논집 제46권 제4호, 2022, 278면.
628) 문건영, "부정경쟁방지법 제2조 제1호 (타)목 해석의 쟁점 및 금지·손해배상 청구권자", 산업재산권 제75호, 2023, 259면.
629) 하홍준, "개인의 동일성의 상업적 이용에 대한 보호법제": 퍼블리시티권을 중심으로, 비교사법 12권 3호, 2005, 573면.

데 19개 주에서 퍼블리시티권을 보호하기 위한 법률을 제정하고 있고, 28개 주에서 이를 보통법(common law) 상의 권리로 인정하고 있다. 성문법으로 법을 제정하여 퍼블리시티권을 인정하고 있는 주의 경우에도 그 인정내용이 상이하다.[630] 성문법으로 퍼블리시티권을 보호하고 있는 16개의 주 가운데 퍼블리시티권을 명백하게 상업적 가치가 있는 재산권으로 규정한 주는 California(1972 제정, 1985 개정), Indiana(1994 제정), Kentucky(1984 제정), Nevada(1989 제정), Oklahoma(1995 제정, 1986 개정), Tennessee(1984제정), Texas(1987 제정) 등 7개 주이며, 프라이버시권에 관한 규정 아래에 퍼블리시티권을 규정한 주는 Florida, Massachusetts, Nebraska, New York, Rhode Island, Utah, Virginia, Wisconsin, Washington 등 9개 주이다. 한편, Arizona, Alabama, California, Connecticut, Georgia, Hawaii, Illinois, Kentucky, Michigan, Minnesota, Missouri, New Jersey, Ohio, Pennsylvania 등 19개 주는 보통법상의 권리로 퍼블리시티권을 인정하고 있다.

성문법으로 인정하는 주	근거법령
1. Arizona	A.R.S. T. 12, Ch. 6, Art. 16 Right of Publicity
2. California	Cal.Civ.Code §3344 Use of another's name, voice, signature, photograph, or likeness for advertising or sellingor soliciting purposes
3. Hawaii	HRS §482P-8 Procedure for identifying transferees, licensees,or assignees; requirement to seek damages or relief
4. Ohio	R.C. §2741 Right of Publicity
5. INDIANA	IC 32-36-1 Rights of Publicity
6. Illinois	765 ILCS 1075 Right of Publicity Act
7. Nevada	N.R.S. 597.790 Miscellaneous Trade Regulations and Prohibited Acts-Right of Publicity
8. New York	Civil Rights Law Chapter 6. Article 5. §50 Right of Privacy
9. Oklahoma	12 Okl.St.Ann. §1449 Unauthorized use of another person's rights of publicity
10. Kentucky	KRS §391.170Commercial rights to use of names and likenessesof public figures
11. Nebraska	Neb.Rev.St. §20-2 Rights of Privacy

630) 최승재, "퍼블리시티권의 법적 성격과 주요쟁점에 관한 연구(상)", 언론중재 제115권, 2010, 73면.

성문법으로 인정하는 주	근거법령
12. Rhode Island	Gen.Laws 1956, §9-1-28 Action for unauthorized use of name, portrait, or picture
13. Tennessee	T. C. A. T. 47, Ch. 25, Pt. 11 Protection of Personal Rights
14. Texas	V.T.C.A., Property Code §26 Use of a Deceased Individual's Name, Voice,Signature, Photograph, or Likeness
15. Virginia	Va. Code Ann. §8.01-40 Unauthorized use of name or picture of any person; exemplary damages; statute of limitations

출처: 최승재, "퍼블리시티권의 법적 성격과 주요쟁점에 관한 연구(상)", 언론중재 제115권, 2010, 73면.

1977년 발간된 Restatement of the Law, Second, Torts는 퍼블리시티권을 프라이버시권의 일종으로 다루고 있었는데, 1995년 발간된 Restatement of the Law, Third, Unfair Competition은 "Ch.4 Appropriation of Trade Value, Topic 3. Right of Publicity"이라는 타이틀 아래 §46(퍼블리시티권의 개념) §47('거래목적을 위한 이용: Use for the Purposes of Trade'의 개념정의) §48(침해금지: Injunction), 549(금전배상: Monetary Relief) 등 4개의 조문을 둠으로써, 종래의 프라이버시권과는 별개의 권리로서 퍼블리시티권을 규정하였다.[631]

미국에서 퍼블리시티권은 기존의 프라이버시권만으로는 해결하기 어려운 경제적 이익에 대한 보호 측면에서 발전하였다. 프라이버시권은 원하지 않은 공개로부터의 사생활 보호를 핵심으로 하는 권리로서 이러한 권리가 침해되었을 때 인정되는 손해전보는 정신적 피해에 대한 것에 한정된다.[632]

1902년의 Roberson v. Rochester Folding Box Co. 사건[633]의 항소심 판결은 미국에서 개인의 성명이나 초상이 광고 등에 상업적으로 사용됨으로써 문제가 된 중요 판결로서, 다수의견은 이른바 소송 홍수의 위험성을 경고하면서 프라이버시란 선험적으로 존재하는 원칙이라는 견해를 채택하지 않았으나 입법에 의해 프라이버시권이 규정될 수 있음을 인정하였다. 이 판결 이후 뉴욕주 의회는 광고나 거래목적을 위해 타인의 성명이나 초상을 무단으로 이용하는 행위는 불법행위인 동시에 경범죄에 해당한다고 규정한 법률을 제정하였다.[634] 이후 1905년 Pavesich v. New England Life Insurance Co. 사건[635]에서 조지아주의 대법원은 보스턴의 생명보험회사가 보험사 광고에 허위 추천 문구와 함께 원고의 초상을 무단 이용한 사안에서 자연권으로서의 프라이버시권 존재를 최초로 인정하였다.

퍼블리시티권이라는 개념을 사용하면서 퍼블리시티권이 프라이버시권과는 별도로 존재하는 권리임을 인정한 판결은 1953년도의 제2연방항소심인 Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing

631) 엄동섭, "퍼블리시티권", 서강법학연구 제6권, 2001, 150면.
632) 문일환, "퍼블리시티권의 보호", 동아법학 제55호, 2012, 345면.
633) 171 N.Y. 538, 64 N.E. 442 (1902).
634) 엄동섭, 퍼블리시티권, 서강법학연구 제6권, 2001, 151면.
635) 122 Ga. 190, 50 S.E. 68 (1905).

Gum, Inc 사건이다.[636] 항소심법원은 "사람들은 자신의 사진의 공표가치에 대한 권리, 즉 자신의 사진을 독점적 특권을 다른 사람에게 부여할 수 있는 권리를 가지며, 그러한 부여는 영업의 양도 등을 동반하지 않고 유효하게 이루어질 수 있다. … 이 권리는 퍼블리시티권이라고 불리어질 수 있을 것이다. 유명인들은 자신들의 모습이 공중에의 노출을 통해 감정의 손상을 입지는 않지만, 만약 자신들의 모습이 광고 등에 사용되는 데 대한 대가를 받지 못한다면 심한 박탈감을 느낄 것이다. 만약 퍼블리시티권이 다른 광고업자들로 하여금 그 유명인들의 사진을 이용하지 못하도록 할 수 있는 배타적인 이용허락의 대상이 될 수 없다면, 그 권리는 유명인들에게 통상 아무런 수입도 가져다주지 않게 될 것이다."라고 판시함으로써 양도 불가능성을 특징으로 하는 프라이버시권과는 달리 퍼블리시티권은 양도될 수 있는 권리이고, 이러한 권리를 전속적으로 양도받은 자는 이를 침해하는 제3자를 상대로 소를 제기할 수 있다는 것을 인정하였다.

Haelan 판결 후 퍼블리시티권의 법적 성격을 둘러싼 견해대립이 계속되었으나, 1977년 Zacchini 판결[637]을 통해 퍼블리시티권의 입지가 확립되었다. 연방대법원은 Zacchini 판결에서 "퍼블리시티권을 보호하는 근거가 신용(good will)의 절취로 인한 부당이득을 금지하는 것"이라고 하면서 "퍼블리시티권을 보호하는 것이 공중에게 유익한 공연을 만들기 위해 요구되는 투자를 할 경제적 요인을 제공"하는 것이라고 판시하였다. 이 판결을 계기로 퍼블리시티권의 법적 성격은 인격권이 아닌 재산권이라는 것이 명확해졌으며, 미국의 주법에 의해 퍼블리시티권의 양도나 상속이 가능하도록 규정되었다.[638]

나. 독일

독일에서는 퍼블리시티권에 대한 명문 규정은 존재하지 않고, 독일민법 제12조에서 성명권을, 「조형예술 및 사진작품의 저작권에 관한 법률(Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie)」 제22조에서 초상권을 규정하여 개별적 인격권으로서의 성명권, 초상권 및 개별적 인격권의 흠결을 보완하는 일반적 인격권으로 보호하고 있다. 독일에서의 인격권은 우선적으로 정신적 이익의 보호를 목적으로 하므로 권리주체와 분리될 수 없고 또한 포기할 수 없는 일신전속적 권리로서 양도와 상속이 부정되었다.[639] 1999년 마를레네 디트리히(Marlene Dietrich) 판결[640]에서 독일 연방대법원(BGH)은 "일반적 인격권 및 개별적 인격권은 일차적으로 비재산적 이익의 보호에 봉사하는 것이지만, 이에 그치지 않고 더 나아가 재산적 이익의 보호도 행하는 것"이라고 판시하며 재산권적 성격을 인정"하고, 나아가 "인격권은 그 주체에게만 귀속되어 있는 자신의 초상이나 성명 등 인격표지들을 제3자의 영업 이익을 위하여 사용할 것인지 여부 및 만약 사용한다면 어떠한 조건 하에서 사용할 것인지 여부에 대한 자유로운 결정을 보호해야 한다"라고 하면서 퍼블리시티권의 상속성도 인정하였다.[641] 그럼에도 여전히 인격권의 양도성은 부인되고 있다. 이러한 원칙은 독일 저작권법 제29조 제1항 "사망으로 인한 처분행

636) 202 F.2d 866 (2d Cir. 1953).
637) 433 U.S. 562, 571 (1977).
638) 한국지식재산연구원, "개정 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률의 주요내용 분석", 특허청, 2022.12. 50면.
639) 문일환, "퍼블리시티권의 보호", 동아법학 제55호, 2012, 345면.
640) Marlene Dietrich 사건 (BGH NJW 2000, 2195=GRUR 2000, 709 – Marlene Dietrich).
641) 김해정, "개정 부정경쟁방지법상 퍼블리시티 조항 신설의 의미와 전망", 한국지식재산연구원, 2022.06. 9면.

위의 이행으로 혹은 상속재산분할의 방법으로 공동상속인에게 양도될 수 있는 예외를 제외하고 저작권은 양도될 수 없다."로 확인할 수 있는데, 다만 동법 제31조 제1항에 따르면 저작권자는 타인에게 저작물을 개별적인 혹은 모든 이용방식으로 이용시키는 권리를 부여할 수 있다. 양도성을 부인하는 대신 양도성의 필요성은 부인할 수 없으므로 사용권의 설정으로 제한적으로 허용하는 형태이다.[642] 독일의 퍼블리시티권 특징은 사람의 인격표지에 성립해 있는 비재산적 이익과 재산적 이익을 통합적으로 보호하면서 이를 통한 과도한 인격의 상업화를 방지한다는 것이다.[643]

다. 일본

일본도 독일과 마찬가지로 명문의 법률규정은 없다. 다만 하급심 판례에서는 퍼블리시티권이란 용어가 통용되고 있고, 인격권으로서의 초상권, 성명권은 일반적으로 인정됐다. 1976년 '마크레스터 사건'[644]에서 일본 동경지방재판소는 "배우, 가수, 프로스포츠 선수는 자기의 이름, 초상을 이용하여 대가를 얻고 제3자에게 전속적으로 그 이름, 초상을 이용시킬 수 있는 이익을 갖고 있고, 이러한 이익은 법적 보호 대상이 된다."라고 판시함으로써 퍼블리시티권이라는 명칭은 사용하지 않았지만, 실질적으로 퍼블리시티권의 존재를 최초로 인정하였다. 그 후 동경고법은 1991년 '오냥코 클럽 사건'(おニャンコクラブ)[645]에서 "예능인의 성명・초상이 갖는 고객흡입력은 해당 예능인이 획득한 명성・사회적 평가・지명도로부터 생긴 독립된 경제적 이익 내지 가치로 파악하는 것이 가능하므로 이것을 해당 예능인에게 귀속시키는 것은 당연한 것이고 해당 예능인은 이러한 고객흡입력을 갖는 경제적 이익 내지 가치를 배타적으로 지배하는 재산적 권리를 갖는 것으로 인정함이 상당하다."라고 판시함으로써 실질적으로 퍼블리시티권을 인정하였다.[646]

1999년 '킹크림슨 사건'[647]에서는 세계적으로 유명한 미국의 락그룹 KingCrimson의 리더가 그의 사진 및 레코드 등의 재킷 사진을 게재하고 '킹크림슨'이라는 제호를 사용한 서적을 승낙 없이 출판한 데 대하여 퍼블리시티권의 침해를 이유로 불법행위에 기한 손해배상청구 및 서적의 판매금지를 청구하였다. 해당 사건의 1심 및 항소심 판결에서도 '저명인은 그 이름 초상 기타 고객흡입력이 있는 개인식별 정보가 갖고 있는 경제적 이익 내지 가치를 배타적으로 지배하는 권리를 갖고 있는바, 이를 소위 퍼블리시티권이라고 칭한다.'라고 판시함으로써 퍼블리시티권이라는 용어를 사용하였다. 이 판결은 퍼블리시티권의 권리대상이 사람의 성명·초상에 한정될 필요가 없다는 최초의 판결로 평가받는다.[648] 그리고 '킹크림슨 사건'에서 '오로지(専ら) 기준설'에 의해 '표현의 자유'를 우위에 두었다. 언론이 퍼블리시티를 이용하는 사안의 경우 '오로지' 퍼블리시티 가치의 이용을 목적으로 하는 경우에만 퍼블리시티권 침해를 인정하자는 취지이다.[649] 이후 '부부카 사건'[650]에서 '오로지 기준설'을 벗어나 퍼블리시티권 침해를 확대하고자 하였다.[651] 그러나 이른바

642) 문일환, "퍼블리시티권의 보호", 동아법학 제5호, 2012, 346면.
643) 한국지식재산연구원, "개정 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률의 주요내용 분석", 특허청, 2022.12. 56면.
644) 이한주, "퍼블리시티권에 관하여", 사법논집 제39집, 2004, 345면.
645) 東京高判平成3年9月26日 判時1400号3頁, 判タ772号246頁 [「おニャン子クラブ」事件].
646) 이한주, "경주마(競走馬)의 퍼블리시티권", 저스티스 제85호, 2005, 160면.
647) 東京高裁平成11年2月24日判決, 平成10年(ネ)第673号[キング・クリムゾン事件:控訴審]. 1심은 東京地裁平成10(1999).1. 21 判決.
648) 이한주, "경주마(競走馬)의 퍼블리시티권", 저스티스 제85호, 2005, 161면.
649) 이한주, "경주마(競走馬)의 퍼블리시티권", 저스티스 제85호, 2005, 161면.

'핑크레이디 사건'에서 최고재판소가 초상 등을 상품과 광고 등에 '오로지' 초상 등이 가지고 있는 고객흡인력을 이용할 목적으로 한다고 말할 수 있는 경우 퍼블리시티권을 침해한다는 '오로지 기준설'을 취함으로써 논란이 정리되었다.[652]

2012년 '핑크레이디' 사건[653]을 통해 일본 최고재판소는 "초상 등은 상품의 판매 등을 촉진하는 고객흡인력을 가지는 경우가 있고 이러한 고객흡인력을 배타적으로 이용할 권리는 초상 등 그 자체의 상업적 가치에 기한 것이므로 인격권에서 유래하는 권리의 한 내용을 구성하는 것이라고 할 수 있다."라고 판시하면서 일본 최고재판소는 처음으로 퍼블리시티권이 인격권(人格權)에서 유래하는 법적 권리임을 인정하였다. 나아가 위 판결에서는 퍼블리시티권의 침해요건에 대해, "오로지 초상 등이 갖는 고객 흡인력의 이용을 목적으로 한다고 말할 수 있는 경우"의 예로서, ① 초상 등 그 자체를 독립하여 감상의 대상이 되는 상품 등으로서 사용하는 경우, ② 상품 등의 차별화를 도모하는 목적으로 초상화 등을 상품 등에 붙일 경우, ③ 초상 등을 상품 등의 광고로서 사용하는 경우"의 3가지 유형을 들고 있다. 또 퍼블리시티권 침해의 불법행위의 성립여부에 관한 판단기준으로서, "오로지 초상 등이 있는 고객 흡인력의 이용을 목적으로 한다고 할 수 있는 경우"인지 아닌지 라는 기준을 제시하였다.[654] 요컨대 '핑크레이디 사건'에 대해서는, 일반적으로 퍼블리시티권이 초상 등 그 자체의 상업적 가치에 기초한 것이므로 개인의 인격권에서 유래하는 권리 중 하나를 구성하는 것이라고 판시하면서 이른바 '인격권설'(人格權說)을 최고재판소가 명확히 판시하였다는 점(일본의 통설)과 동시에, 표현의 자유와의 관계로 불법행위가 성립하는 범위를 좁힌 것('오로지 기준설'), 즉 표현의 자유와의 관계에서 퍼블리시티권의 적용한계를 설정하였다고 평가되고 있다.[655]

4. 부정경쟁방지법상 퍼블리시티권 침해시 민사구제 수단

부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률은 제2조 제1호에 열거된 부정경쟁행위에 대한 민사적 구제수단으로 제4조 금지청구권, 제5조 손해배상청구권, 제6조 신용회복청구권을 인정하고 있다. 다만, 본 보고서에서는 검토 범위를 제4조, 제5조의 내용으로 제한한다.

가. 금지청구권(제4조)

금지청구권은 물권적 청구권의 일종으로 민법상의 소유권, 점유권과 같은 배타적인 권리의 보호를 위해 인정된다. 우리나라 민법상 인정되는 물권적 청구권으로서 물권적 반환청구권, 물권적 방해제거청구권, 물권적 방해예방청구권을 들 수 있다(민법 제213조, 제214조). 그러나 물권 이외에도 우리나라 대법원은 인격권의 경우 금지청구권을 인정하고 있고,[656] 2010년 인터넷 포털사이트 광고 방해사건에서 대법원은 "무단이용 상태가 계속되어 금전배상을 명하는 것만으로는 피

650) 東京高裁判決平成18年4月26日判決・判時1954号47頁[ブブカスペシャル7事件].
651) 임상혁, "퍼블리시티권의 한계에 관한 연구", 경인문화사, 2018, 221-246; 홍승기, "퍼블리시티권 입법의 영향", 언론중재 제166호, 2023, 49면.
652) 계승균, "우리나라에서 퍼블리시티권보호에 관한 소견", 정보법학 제17권 제3호, 2013, 82-83면.
653) 最判平成24年2月2日 平21(受)第2056号 民集66巻2号89頁[ピンク・レディー事件最高裁判決].
654) 박성호, 저작권법(제3판), 박영사, 2023, 383~384면.
655) 박성호, 저작권법(제3판), 박영사, 2023, 383-384면.
656) 대법원 2005. 1. 17.자 2003마1477 결정.

해자 구제의 실효성을 기대하기 어렵고 무단이용의 금지로 인하여 보호되는 피해자의 이익과 그로 인한 가해자의 불이익을 비교·교량할 때 피해자의 이익이 더 큰 경우 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다."라고 판시함으로써 민법상 불법행위 책임에 대한 구제수단으로 금지청구권을 분명히 하였다.[657]

공정한 경쟁질서를 유지하기 위해서는 부정경쟁행위에 대한 가장 직접적이며 유효한 수단은 부정경쟁행위의 금지 및 예방을 청구하는 것이다. 민법상 불법행위에 있어서는 금전배상이 원칙이지만 부정경쟁행위자에 대하여 손해의 배상을 시켜도 부정경쟁행위 자체를 금지시키지 아니하면 피해자의 구제로는 충분하지 않기 때문에 부정경쟁행위를 즉시에 중지시킬 수 있는 금지 및 예방청구권 등을 인정하고 있다.[658] 금지청구권은 이미 발생한 이익침해에 대한 그 보전 목적으로 한 사후적 구제수단인 손해배상청구권과는 달리 현재 계속되고 있는 침해행위의 정지나 장래에 발생할 수 있는 침해에 대한 예방을 사전적 구제수단의 성격이 강한 보호 수단이다.[659]

부정경쟁방지법 제4조의 금지청구권은 특허권, 상표권 등과 같이 권리의 성격에 기초하여 그 권리에 대세적 효력을 부여함으로써 그에 기한 금지청구권이 인정되는 경우가 아니라 행위의 성격에 기초하여 특정한 행위를 금지하는 경우에 해당한다.[660]

(1) 입법연혁

연혁	내 용
제정 1961.12.30 법률 제911호	제2조 (부정경쟁행위중지청구권) 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하는 자가 있을 때에는 이로 인하여 **영업상의 이익**이 침해될 우려가 있는 자는 그 행위의 중지를 청구할 수 있다. 1. 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기, 포장 기타 타인의 상품임을 표시한 표지와 동일 또는 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매, 무상반포 또는 수출하여 타인의 상품과 혼동을 일으키게 하는 행위 2. 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 표장 기타 타인의 영업임을 표시하는 표지와 동일 또는 유사한 것을 사용하여 타인의 영업상의 시설 또는 활동과 혼동을 일으키게 하는 행위 3. 상품이나 그 광고에 의하여 또는 공중이 알 수 있는 방법으로 거래상의 서류 또는 통신에 허위의 원산지의 표지를 하거나 또는 이러한 표지를 한 상품을 판매, 무상반포 또는 수출하여 원산지의 오인을 일으키게 하는 행위 4. 상품이나 그 광고에 의하여 또는 공중이 알 수 있는 방법으로 거래상의 서류 또는 통신에 그 상품이 생산, 제조 또는 가공된 국가 이외의 곳에서 생산 또는 가공된 듯이 오인을 일으키게 하는 표지를 하거나 또는 이러한 표지를 한 상품을 판매, 무상반포 또는 수출하는 행위 5. 타인의 상품을 사칭하거나 상품 또는 그 광고에 상품의 품질, 내용 또는 수량에 오인을 일으키게 하는 선전을 하거나 표지를 하거나 또는 이러한 방법이나 표지로써 상품을 판매, 무상반포 또는 수출하는 행위

657) 대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정.
658) 한국지식재산연구원, "지식재산제도의 실효성 제고를 위한 법제도 기초연구", 특허청, 2014, 250면 이하.
659) 윤선희, 부정경쟁행위에 관한 고찰(7), 33면. https://koreascience.kr/article/JAKO199772410654728.pdf
660) 정상조 편집대표, 부정경쟁방지법 주해, 박영사, 2021, 401면.

연혁	내 용
	6. 경쟁관계에 있는 타인의 영업상의 신용을 침해하는 허위의 사실을 진술하거나 유포하는 행위
전부개정 1986.12.31. 법률 제3897호	제4조 (부정경쟁행위의 중지청구등) ① 제2조 각호의 1에 해당하는 행위로 인하여 자신의 영업상의 이익이 침해될 우려가 있다고 인정하는 자는 법원에 그 행위의 중지를 청구할 수 있다. ② 제2조 각호의 1에 해당하는 행위로 인하여 자신의 **영업상의 이익**이 침해된 자는 법원에 손해배상청구를 할 수 있다. ③ 제2조 각호의 1에 해당하는 행위로 인하여 자신의 영업상의 이익이 침해된 자는 제2항의 규정에 의한 손해배상을 청구할 경우 손해배상에 대신하여 또는 손해배상과 함께 영업상의 신용을 회복하는데 필요한 조치를 법원에 청구할 수 있다. ☞ 제4조(부정경쟁행위의 중지청구등)으로 신설
일부개정 1991.12.21. 법률 제4478호	제4조 (부정경쟁행위의 금지청구권등) ① 부정경쟁행위로 인하여 자신의 **영업상의 이익**이 침해되거나 침해될 우려가 있다고 인정하는 자는 부정경쟁행위를 하거나 하고자 하는자에 대하여 법원에 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다. ②제1항의 규정에 의한 청구를 할 때에는 그 부정경쟁행위를 조성한 물건의 폐기, 부정경쟁행위에 제공된 설비의 제거 기타 부정경쟁행위의 금지 또는 예방을 위하여 필요한 조치를 함께 청구할 수 있다. ☞ '부정경쟁행위의 중지청구등'을 '부정경쟁행위의 금지청구권등'으로 개정함. ☞ 침해되거나 침해될 우려가 있다고 인정하는 자라고 하여 종전의 제1항과 제2항을 제1항으로 통합함. ☞ 예방조치가 가능하도록 명문화함
일부개정 2001.2.3. 법률 제6421호	제4조 (부정경쟁행위의 금지청구권등) ① 부정경쟁행위로 인하여 자신의 **영업상의 이익**이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자는 부정경쟁행위를 하거나 하고자 하는 자에 대하여 법원에 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다. ②제1항의 규정에 의한 청구를 할 때에는 그 부정경쟁행위를 조성한 물건의 폐기, 부정경쟁행위에 제공된 설비의 제거 기타 부정경쟁행위의 금지 또는 예방을 위하여 필요한 조치를 함께 청구할 수 있다. ☞ '침해되거나 침해될 우려가 있다고 인정하는 자'를 '침해되거나 침해될 우려가 있는 자'로 개정함
일부개정 2004.1.20. 법률 제7095호	제4조 (부정경쟁행위의 금지청구권등) ① 부정경쟁행위로 인하여 자신의 **영업상의 이익**이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자는 부정경쟁행위를 하거나 하고자 하는 자에 대하여 법원에 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다. ②제1항의 규정에 의한 청구를 할 때에는 그 부정경쟁행위를 조성한 물건의 폐기, 부정경쟁행위에 제공된 설비의 제거, 부정경쟁행위의 대상이 된 도메인이름의 등록말소 그 밖에 부정경쟁행위의 금지 또는 예방을 위하여 필요한 조치를 함께 청구할 수 있다. ☞ 금지 또는 예방을 위해 필요한 조치에 '부정경쟁행위의 대상이 된 도메인이름의 등록 말소'를 추가함
일부개정 2007.12.21. 법률 제8767호	제4조 (부정경쟁행위의 금지청구권 등) ① 부정경쟁행위로 자신의 **영업상의 이익**이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자는 부정경쟁행위를 하거나 하려는 자에 대하여 법원에 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다. ② 제1항에 따른 청구를 할 때에는 다음 각 호의 조치를 함께 청구할 수 있다. 1. 부정경쟁행위를 조성한 물건의 폐기 2. 부정경쟁행위에 제공된 설비의 제거 3. 부정경쟁행위의 대상이 된 도메인이름의 등록말소 4. 그 밖에 부정경쟁행위의 금지 또는 예방을 위하여 필요한 조치 ☞ 제1항에서 '자신의 영업상의 이익'을 '영업상의 이익'으로 개정함. ☞ 제2항의 열거방식을 변경함

연혁	내 용
일부개정 2011.6.30. 법률 제10810호	제4조(부정경쟁행위 등의 금지청구권 등) ① 부정경쟁행위나 제3조의2제1항 또는 제2항을 위반하는 행위로 자신의 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자는 부정경쟁행위나 제3조의2제1항 또는 제2항을 위반하는 행위를 하거나 하려는 자에 대하여 법원에 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다 ② 제1항에 따른 청구를 할 때에는 다음 각 호의 조치를 함께 청구할 수 있다. 1. 부정경쟁행위나 제3조의2제1항 또는 제2항을 위반하는 행위를 조성한 물건의 폐기 2. 부정경쟁행위나 제3조의2제1항 또는 제2항을 위반하는 행위에 제공된 설비의 제거 3. 부정경쟁행위나 제3조의2제1항 또는 제2항을 위반하는 행위의 대상이 된 도메인 이름의 등록말소 4. 그 밖에 부정경쟁행위나 제3조의2제1항 또는 제2항을 위반하는 행위의 금지 또는 예방을 위하여 필요한 조치 ☞ 부정경쟁행위 등의 금지청구권 등의 대상에 '부정경쟁행위' 이외에 '자유무역협정에 따라 보호하는 지리적 표시의 사용금지'를 포함하여 개정함
일부개정 2023. 3. 28, 법률 제19289호	제4조(부정경쟁행위 등의 금지청구권 등) ① 부정경쟁행위나 제3조의2제1항 또는 제2항을 위반하는 행위로 자신의 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자는 부정경쟁행위나 제3조의2제1항 또는 제2항을 위반하는 행위를 하거나 하려는 자에 대하여 법원에 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다. <개정 2011. 6. 30.> ② 제1항에 따른 청구를 할 때에는 다음 각 호의 조치를 함께 청구할 수 있다. <개정 2011. 6. 30.> 1. 부정경쟁행위나 제3조의2제1항 또는 제2항을 위반하는 행위를 조성한 물건의 폐기 2. 부정경쟁행위나 제3조의2제1항 또는 제2항을 위반하는 행위에 제공된 설비의 제거 3. 부정경쟁행위나 제3조의2제1항 또는 제2항을 위반하는 행위의 대상이 된 도메인 이름의 등록말소 4. 그 밖에 부정경쟁행위나 제3조의2제1항 또는 제2항을 위반하는 행위의 금지 또는 예방을 위하여 필요한 조치 ③ 제1항에 따라 제2조제1호차목의 부정경쟁행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있는 권리는 그 부정경쟁행위가 계속되는 경우에 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자가 그 부정경쟁행위에 의하여 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있다는 사실 및 그 부정경쟁행위를 한 자를 안 날부터 3년간 행사하지 아니하면 시효의 완성으로 소멸한다. 그 부정경쟁행위가 시작된 날부터 10년이 지난 때에도 또한 같다. <신설 2023. 3. 28.> ☞ 제3항에서 금지청구권 시효소멸 규정 신설

출처: 한국지식재산연구원, "지식재산제도의 실효성 제고를 위한 법제도 기초연구", 특허청, 2014 재구성.

부정경쟁방지법상 부정경쟁행위 등의 금지청구 등에 관해서는 1961. 12. 30. 법률 제911호로 제정된 부정경쟁방지법 제2조 부정경쟁행위중지청구권 규정 이후 수 차례 개정이 있었다. 2011. 6. 30. 법률 제10810호에서 부정경쟁행위 등의 금지청구권 등의 대상에 '부정경쟁행위' 이외에 '자유무역협정에 따라 보호하는 지리적 표시의 사용금지'를 포함하여 개정된 이후, 2023년 제3항에서 부정경쟁행위의 금지청구권을 행사할 수 있는 시효소멸 규정을 신설하였다.

(2) 요건

불법행위 책임 성립만으로 언제나 금지청구권이 인정되는 것은 아니며, 금전배상에 대한 보충적 구제수단으로서 반드시 피해자의 이익과 가해자의 불이익을 비교 형량한 후 행사할 수 있다.[661] 부정경쟁행위의 피해자에게 법이 특별히 부여하는 방어권이라 할 수 있어서 금지의 범위는 당해 부정경쟁행위의 금지, 예방 등을 함에 있어 필요하고도 충분한 한도에서 이루어져야 하고, 특히 쌍방 당사자의 이익이 신중하게 비교 형량되어 그 조치의 종류와 범위를 결정하게 된다.[662]

(가) 부정경쟁행위

금지청구권을 행사하기 위해서는 우선 부정경쟁행위가 존재하여야 한다. 따라서 법 제2조 제1호 (가)목 내지 (타)목에서 규정하고 있는 부정경쟁행위의 경우는 금지청구권을 행사할 수 있다.

부정경쟁방지법상 금지청구권의 대상이 되는 부정경쟁행위의 성립에는 상법상의 상호권 침해에서와 같은 '부정한 목적' 이나 부정경쟁행위자의 '고의, 과실' 요건은 필요 없다.[663] 침해자 개인의 책임을 묻는 손해배상의 경우와는 달리 침해자가 선의, 무과실인 경우에도 공익상 필요 또는 소비자 보호를 위하여 금지청구를 인정할 실익이 있다.

그동안 법에서 규정하지 아니한 행위에 대하여 금지청구권을 인정할 수 있는지가 문제 되었다. 대법원은 2010. 8. 25.자 2008마1541결정에서 "경쟁자가 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물을 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용함으로써 경쟁자의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻고 경쟁자의 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 행위는 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위에 해당하는 바, 위와 같은 무단이용 상태가 계속되어 금전배상을 명하는 것만으로는 피해자 구제의 실효성을 기대하기 어렵고 무단이용의 금지로 인하여 보호되는 피해자의 이익과 그로 인한 가해자의 불이익을 비교·교량할 때 피해자의 이익이 더 큰 경우에는 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다."라고 판시한바 있다. 해당 판결에서 대법원은 불법행위에 대하여 금지청구권을 인정할 수 있는 근거를 명확히 밝히지는 않고 있지만, 새로운 부정경쟁행위에 대한 추가 입법이 이루어지기 전에 출현한 새로운 형태의 '부정한 경쟁행위'에 대하여 금지청구권을 유추하여 적용하겠다는 것으로 해석된다.[664] 본조가 유추적용되기 위해서는 ① 경쟁자가 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물이 존재하여야 한다. ② 침해자가 이를 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용하여야 한다. ③ 그 결과 경쟁자의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻고 경쟁자의 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하여야 한다. 나아가 ④ 무단이용 상태가 계속되어 금전배상을 명하는 것만으로는 피해자 구제의 실효성을 기대하기 어려울 뿐 아니라, ⑤ 무단이용의 금지로 인하여 보호되는 피해자의 이익과 그로 인한 가해자의 불이익을 비교·교량할 때 피해자의 이익이 더 큰 경우라야 한다.[665]

---

661) 이상현, 개정 부정경쟁방지법상 금지청구권에 관한 소고, 저스티스 통권 제159호, 2017, 323면.
662) 윤선희, 부정경쟁행위에 관한 고찰(7), 33면. https://koreascience.kr/article/JAKO199772410654728.pdf
663) 대법원 1995. 9. 29. 선고 94다31365,31372판결
664) 정상조 편집대표, 부정경쟁방지법 주해, 박영사, 2021, 395-396면.
665) 정상조 편집대표, 부정경쟁방지법 주해, 박영사, 2021, 396면.

(나) 영업상의 이익

① 영업

'영업'이란 상법상 상행위뿐만 아니라 널리 경제적 대가를 얻는 것을 목적으로 하는 사업을 포함하여 주관적으로는 "계속적·집단적으로 동종의 영리행위를 행하는 것"이라고 해석되며, 일반적으로는 이윤추구를 목적으로 한 영리사업이 그 중심이 된다.[666] 그러나 이윤이 발생하지 않아도 수지타산을 목적으로 영업을 반복, 계속하고 있는 사업이라면 침해행위로부터의 보호의 필요성은 영리사업과 동일하게 인정된다.[667] 그러므로 단순히 영리를 목적으로 하는 경우만이 아니고 상업 이외의 농업, 광업 등 산업 전반을 포함하여 계속적인 경제활동을 하는 주체에 의한 활동, 즉 경제적 대가를 얻는 것을 목적으로 하는 활동이면 충분하기 때문에 병원, 유치원의 경영, 학술·기술 등의 진흥·발전 등 사회복지, 문화활동 사업 내지 공익사업, 변호사 등의 활동도 경제활동 주체인 이상 모두 포함된다.[668] 이와 같이 부정경쟁방지법상 영업의 개념을 넓게 해석하는 것은 부정경쟁방지법상의 영업의 개념은 부정경쟁행위에 대한 금지청구의 주체나 보호대상의 범위를 결정하는 중요한 개념이므로 그 내용은 부정경쟁방지법의 목적을 고려하여 결정되어야 하기 때문이다.[669]

② 이익

상품표지 등의 보유자가 그 표지의 주지성에 의해서 사업상 누리게 되는 '이익'을 의미하며, 이러한 이익은 사업상의 것이면 충분하고 법률상의 권리일 필요는 없다. 또한 영업상의 이익은 원칙적으로 현재 존재하는 것을 필요로 하며 과거에 누렸던 이익은 보호받을 수 없다. 그러나 반대로 현재는 존재하지 않으나 장래에 누릴 가능성이 있는 이익은 보호받을 수 있다고 본다.[670] 영업상의 이익은 금전으로 환가되는 이익이 원칙이지만 사업상의 신용이나 명예와 같이 금전으로 환가되지 않는 사실상의 이익도 포함하는 것이며, 부정경쟁행위로 인하여 이익이 침해되었다는 것은 경제적으로 얻을 수 있었던 이익을 얻지 못하게 되는 경우는 물론 제품이나 영업의 품질에 관한 소비자의 신뢰를 잃게 되는 것도 포함한다.[671]

③ 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려

영업상의 이익 침해로서는 출처혼동에 의한 거래처의 상실, 매상의 감소, 신용의 훼손, 표지의 표지력 희석화 내지 고객흡인력의 감소 등이 그 전형적인 예이다.[672]

금지청구권을 행사하기 위해서는 영업상의 이익이 침해될 우려만으로도 족하므로 실제로 이익의 침해가 있음을 입증할 필요는 없고, 이익이 침해될 정도의 가능성이 있으면 충분하다.[673] 그러나 단순히 추상적인 우려에 불과하거나 주관적 견해나 예상에 의한 것을 뜻하지 않고, 사회통념상 '이익이 침해될 가능성이 확실히 있다.'는 객관적으로 인식될 수 있는 사정이 있으면 된다. 침해행위가

666) 윤선희, 부정경쟁행위에 관한 고찰(7), 33면. https://koreascience.kr/article/JAKO199772410654728.pdf
667) 한국지식재산연구원, 지식재산제도의 실효성 제고를 위한 법제도 기초연구, 특허청, 2014, 250면 이하.
668) 정상조 편집대표, 부정경쟁방지법 주해, 박영사, 2021, 396면.
669) 최정열·이규호, 부정경쟁방지법, 진원사, 2017, 379면.
670) 한국지식재산연구원, 지식재산제도의 실효성 제고를 위한 법제도 기초연구, 특허청, 2014, 250면 이하.
671) 최정열·이규호, 부정경쟁방지법, 진원사, 2017, 379면.
672) 윤선희, 부정경쟁행위에 관한 고찰(7), 33면. https://koreascience.kr/article/JAKO199772410654728.pdf
673) 서울고등법원 1996. 7. 5. 선고 96나7382 판결.

어느 정도 계속 반복될 필요가 있으나, 반드시 현재에도 이루어지고 있을 필요는 없고, 과거의 침해사실 및 반복의 위험성의 입증으로도 침해될 우려가 인정될 수 있을 것이며, 침해행위가 가까운 과거에 있었다면 반복의 위험은 추정된다고 보아 피고가 그 추정을 깨뜨려야 할 것이다.[674]

침해자가 아직 표지를 사용하지 아니하는 경우에도 '침해될 우려'를 인정할 수 있는지 문제가 된다. '우려'란 장래에 침해받을 가능성이 있는 것을 말하지만 주관적 침해 가능성만으로는 부족하며, 사회통념상 객관적으로 영업상 이익이 침해될 가능성이 있어야 한다. 그러나 '우려'의 요건을 너무 엄격하게 요구할 경우 금지 및 예방청구권의 취지가 감소되므로 부정경쟁행위가 이미 존재한다면, 특단의 사정이 없는 한 영업상 이익이 침해될 우려가 있다고 보아야 할 것이다.[675] 이른바 '준비행위'의 경우 사업 및 홍보계획의 수립, 제작설비의 발주, 전문인력의 모집, 표지자체의 구입, 표지사용상품의 주문, 혼동적 상표의 등록, 동일 상호의 등기 등 객관적으로 침해의사가 표현된 경우에는 침해될 우려를 인정하여야 할 것이다.[676]

④ 부정경쟁행위를 하거나 하려는 자

'부정경쟁행위를 하거나'의 의미는 부정경쟁행위가 현재 계속되고 있을 때 금지청구가 중심적 지위를 점하고 있는 것을 의미하고, '부정경쟁행위를 하려는'이란 부정경쟁행위에 의하여 영업상의 이익이 장래 침해받을 우려가 있을 때 예방청구가 중심적 지위에 놓인 것을 의미한다. 이때의 '하거나 하려는 자'란 부정경쟁행위를 하고 있거나 하려고 하는 자뿐만 아니라 부정경쟁행위를 하도록 하는 자, 즉 교사자도 포함하는 것으로 해석된다.[677] 여기에서, '행위'는 실행의 착수에 국한하지 않고 금지청구의 실효성 확보를 위하여 실행의 착수를 기다릴 필요 없이 착수의 우려가 인정되는 단계에 이르면 행위요건은 충족되었다고 본다.[678] 여기에서 '착수의 우려가 인정되는 단계'란 보다 구체적으로는 실행의 착수가 가능한 객관적 상황하에서 실행에 관한 주관적 결의가 있는 때를 말한다고 본다. 그러므로 착수가 가능한 객관적 상황이 전개되어 있는 것만으로 충분하지 아니하고, 또 주관적 결의가 되어 있는 것만으로도 충분하지 않다는 것이다. 즉, 주관적·객관적으로 모두 침해의 개연성이 높을 때에만 착수의 우려가 있는 단계에 있다고 본다.[679]

(3) 청구권자

(가) 청구권자

부정경쟁행위에 대한 금지청구권자는 상대방의 부정경쟁행위로 인하여 자신의 영업상 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자로서 주지표지 등의 소유자 뿐 아니라 그 사용에 관하여 고유하고 정당한 이익이 있는 자이다.[680] 따라서 금지청구권의 청구권자는 침해된자 이외에 침해될 우려가 있는자도 청구 가능하기 때문에 금지청구권자의 범위와 손해배상 청구권자의 범위는 유사하

674) 정상조 편집대표, 부정경쟁방지법 주해, 박영사, 2021, 398면.
675) 한국지식재산연구원, "지식재산제도의 실효성 제고를 위한 법제도 기초연구", 특허청, 2014, 250면 이하.
676) 사법연수원, 부정경쟁방지법, 2009, 89; 정상조 편집대표, 부정경쟁방지법 주해, 박영사, 2021, 399면.
677) 법인의 대표자가 법인의 대표자 자격으로 부정경쟁행위를 하였거나 사용자인 법인이나 개인의 피용자가 사용자의 지시, 묵인 또는 관여하에 부정경쟁행위를 한 경우에는 당해 사용자에 대하여 금지청구를 행사할 수 있음. 윤선희, 부정경쟁행위에 관한 고찰(7), 35면. https://koreascience.kr/article/JAKO199772410654728.pdf
678) 한국지식재산연구원, "지식재산제도의 실효성 제고를 위한 법제도 기초연구", 특허청, 2014, 250면 이하.
679) 한국지식재산연구원, "지식재산제도의 실효성 제고를 위한 법제도 기초연구", 특허청, 2014, 250면 이하.
680) 대법원 1997. 2. 5. 자96마364결정.

다고 볼 수 있는데 오히려 금지청구에 대한 단체의 제소권을 생각한다면 금지청구권자의 범위가 더 넓다고 볼 수 있다.[681]

특허나 상표권과 같이 재산권 내지 준물권적인 권리의 침해행위에 대해서 그 권리자는 침해행위로 인하여 영업상 이익의 침해 여부에 관계없이 언제나 금지청구를 할 수 있는 반면, 부정경쟁행위 등에서는 그 권리의 귀속주체와 관계없이 영업상 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자에 한하여 금지청구를 할 수 있다는 차이가 있다.[682] 요컨대 부정경쟁방지법상의 금지청구권의 주체는 상표나 표장 등에 관한 권리의 주체뿐만 아니라 당해 표장의 부정사용과 관련하여 영업상 이익이 침해된 주체이고 따라서 권리의 귀속 보다는 영업상 이익의 침해를 입었는지가 중요한 쟁점이 된다.[683]

우리나라 부정경쟁방지법상 영업상 이익을 침해당하거나 그러한 우려가 있는 사람은 금지청구권을 행사할 수 있다. 여기서의 영업상 이익을 침해당할 수 있는 자는 부정경쟁행위 유형에 따라 차이가 있겠지만, 우리나라 대법원 판례는 "표지의 소유자뿐만 아니라 그 사용권자 등 그 표지의 사용에 관하여 고유하고 정당한 이익을 가지고 있는 자도 포함된다."라고 보았다.[684] 따라서 영업표지의 소유자 이외에 매매계약 또는 라이선스를 통해 정당한 이익을 보유할 지위에 있는 자는 영업상 이익을 침해당할 수 있는 자로 볼 수 있다.[685] 그러므로 직접적으로 영업상 이익이 침해되지 않는 일반소비자, 소비자 단체 또는 사업자 단체는 '영업상의 이익'과 관련이 없으므로 청구권이 없다.[686]

(타)목의 경우 (가), (나)목 또는 (바)목과는 법문의 구조가 전혀 다르다. 그 법문을 보면, '타인'을 식별할 수 있는 표지를 사용하여 '타인'의 경제적 이익을 침해하는 행위일 것을 요구하고 있고, 앞과 뒤의 '타인'은 동일한 자로 해석된다. 그러나 위 '타인'이 아닌 제3자가 그 영업상 이익이 침해될 수도 있을 것이며, 그 제3자가 표지의 사용에 관한 고유하고 정당한 이익을 가진 자라면 금지청구권을 행사할 수 있다고 보아야 할 것이다.[687] 연예인 매니지먼트사의 경우 실질적 기여나 역할, 실제의 관계에 따라 사안마다 개별적인 판단이 이루어져야 할 것이나, 매니지먼트 계약이 종료되면 더 이상 대리권을 행사하여 위임받은 업무를 하면서 그로 인한 수익을 배분하는 관계가 아니기 때문에, 금지청구권을 행사할 고유의 정당한 이익이 없다고 해석해야 할 것이다.[688]

공업소유권보호를 위한 파리협약 가맹국의 국민인 외국인은 같은 협약 제1조(동맹의 성립), 제2조 제1항(내국민 대우), 제10조의2 제1항(부당 경쟁으로부터의 보호)의 규정에 의하여 부정경쟁행

681) 박윤석, "실질적인 부정경쟁행위와 구제수단에 관한 고찰 – 법규위반을 통한 부정경쟁행위를 중심으로", 고려대학교 박사학위논문, 2014, 151면.
682) 최정열·이규호, 부정경쟁방지법, 진원사, 2017, 377면.
683) 최정열·이규호, 부정경쟁방지법, 진원사, 2017, 378면.
684) 대법원 1997. 2. 5. 선고 96마364 결정.
685) 박윤석, "실질적인 부정경쟁행위와 구제수단에 관한 고찰 – 법규위반을 통한 부정경쟁행위를 중심으로", 고려대학교 박사학위논문, 2014, 152면.
686) 스위스나 독일의 법제는 소비자 단체 내지 사업자 단체에 대하여 금지청구권을 인정하고 있음. 윤선희, 부정경쟁행위에 관한 고찰(7), 34면. https://koreascience.kr/article/JAKO199772410654728.pdf
687) 문건영, "부정경쟁방지법 제2조 제1호 (타)목 해석의 쟁점 및 금지·손해배상 청구권자", 산업재산권 제75호, 2023, 270면.
688) 문건영, "부정경쟁방지법 제2조 제1호 (타)목 해석의 쟁점 및 금지·손해배상 청구권자", 산업재산권 제75호, 2023, 271면.

위자의 상호등록 당시나 현재에 이르기까지 국내에 주소 또는 영업소를 두지 않고 있었다 하더라도 한국인과 동일하게 취급받게 되어 부정경쟁행위의 금지를 구할 권리가 있다.[689][690] 이러한 판결로 인해 타국이 보호하지 않은 부정경쟁행위 유형도 파리협약에 근거하여 상호 보호해야 하는지 의문이 들 수 있다. 만약 부정경쟁방지법에 국내법과 조약과의 관계에 대해 법률상 '조약이 우선한다거나 국내법이 우선한다'라는 규정이 있다면 쉽게 해석될 수 있겠으나, 부정경쟁방지법에는 파리조약 규정과 관계 규정은 없다. 국제법의 기본원칙인 내국민대우의 원칙이나 최혜국대우의 원칙과 같은 기본원칙들도 대부분의 조약들이 채택하고 있는 기본원칙이지만, 지식재산권에 관한 조약에서의 내국민대우라거나 최혜국대우의 원칙이 무엇을 의미하는지는 관련 조약의 구체적인 내용에 따라서 다르게 해석될 수 있다.[691] 파리조약의 불공정 경쟁행위의 금지에 대한 규정은 구체성과 완전성을 결하여 직접 권리의무의 부과에 이르지 못하고, 오직 조약 가맹국으로 하여금 더 구체적이고 완전한 내용의 국내법을 갖출 의무를 부과하는 성질의 조약으로 볼 수 있기 때문에 파리조약과 국내법의 모순이나 우선순위를 논하는 것은 적절하지 않다.[692] 그러므로 타국이 보호하지 않은 부정경쟁행위 유형을 국내법에 포함하였다 해서 상호주의원칙이나 내국민대우의 원칙에 의해 외국인에게까지 그 보호 대상을 확대 적용할 필요는 없다고 판단된다.

(나) 청구권의 대상 및 범위

금지청구권은 현재 또는 장래의 계속적인 부정경쟁행위의 금지를 구하는 침해금지청구권, 장래에 생길 우려가 있는 행위를 사전에 금지하는 권리로서의 예방적 금지청구권 및 의무위반에 의하여 발생된 상태의 제거를 구하는 방해제거청구권의 3가지를 포함하고 있다. 다만 위법상태의 제거를 구하는 청구권은 독립하여 행사할 수 없고 다른 2개의 청구권을 행사할 때 부수하여 청구할 수 있음은 본조 제2항의 규정 취지상 분명하다.[693]

부정경쟁행위를 하거나 하고자 하는 자에 대하여 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다. 현실적으로 행해지고 있는 부정경쟁행위로 영업상의 이익이 침해되고 있는 경우에는 금지를 청구하고, 장래의 부정경쟁행위로 영업상의 이익이 침해될 우려가 있는 때에는 예방을 청구할 수 있다.

금지 및 예방 청구권의 내용은 ⅰ) 현재 계속 중인 침해행위에 대한 금지, ⅱ) 장래의 침해행위에 대한 금지, ⅲ) 침해행위를 조성한 물건의 제거·폐기, 부정경쟁행위의 대상이 된 도메인이름의 등록말소, 그 밖의 금지 및 예방을 위하여 필요한 조치 등을 모두 포함한다.[694]

따라서, 금지 및 예방청구권의 대상은 구체적으로 특정되어야 하고, 그 범위는 당해 부정경쟁행

689) 최정열·이규호, 부정경쟁방지법, 진원사, 2022, 509면; 한국지식재산연구원, "지식재산제도의 실효성 제고를 위한 법제도 기초연구, 특허청", 2014, 250면 이하.

690) 타인의 상품 또는 영업임을 표시한 표지 사건인 서울고등법원 1997. 8. 12. 선고 95나26598 판결에서 "공업소유권보호를위한파리협약 가맹국의 국민인 외국인은 같은 협약 제1조, 제2조 제1항, 제10조의2 제1항의 규정에 의하여 부정경쟁행위자의 상호등록 당시나 현재에 이르기까지 국내에 주소 또는 영업소를 두지 않고 있었다 하더라도 한국민과 동일하게 취급받게 되어 부정경쟁행위의 중지를 구할 권리가 있다."라고 판시함.

691) 정상조, 지적재산권에 관한 국제적 법질서와 국내법(한국법과 세계화, 2005 국제시심포지움), 서울대학교 BK 법학연구단, 2006, 38면.

692) 정상조, 지적재산권에 관한 국제적 법질서와 국내법(한국법과 세계화, 2005 국제시심포지움), 서울대학교 BK 법학연구단, 2006, 55면.

693) 정상조 편집대표, 부정경쟁방지법 주해, 박영사, 2021, 402면.

694) 한국지식재산연구원, "지식재산제도의 실효성 제고를 위한 법제도 기초연구, 특허청", 2014, 250면 이하.

위의 중지·예방·배제를 함에 필요하고도 충분한 한도 내에서 그쳐야 하고 특히 그것을 결정함에 있어서 고려해야 할 여러 가지 사정 가운데에서 '금지'에 의하여 의무자가 입게 되는 불이익까지도 아울러 충분하게 고려하여야 하므로, 폐기·제거와 같은 위법상태의 제거청구는 위와 같은 부정경쟁행위의 금지 및 예방에 필요한 최소한도에 그쳐야 한다.[695]

금지청구권은 장래의 새로운 부정경쟁행위 방지를 목적으로 하기 때문에 전체 상황에 비추어 명백하게 반복의 위험이 없다면 금지청구권은 인정되지 않는다. 또한, 일시적으로 침해행위가 중지된 상태라고 하더라도 언제든지 침해행위가 반복될 개연성이 있다면 침해예방청구로서 금지청구가 인정될 수 있다. 예방청구권은 금지청구권의 특별한 형태로서 아직까지 부정경쟁행위가 있었던 것은 아니지만 앞으로 그러한 행위가 행하여질 직접적인 가능성이 있는 경우에 인정되지만, 부정경쟁행위가 장래에 행하여질 가능성의 존재를 인정받을 수 있는 구체적인 사실관계 또는 상황을 입증하여야 한다.[696]

(다) 부정경쟁행위를 조성한 물건 등의 폐기·제거청구권

부정경쟁행위에 대한 금지청구를 할 때는 부정경쟁행위를 조성한 물건의 폐기, 부정경쟁행위에 제공된 설비의 제거, 부정경쟁행위의 대상이 된 도메인이름의 등록말소, 그 밖에 부정경쟁행위의 금지 또는 예방을 위하여 필요한 조치를 함께 청구할 수 있다. '침해행위를 조성한 물건'이란 침해행위를 일으키게 하는 물건을 말하고, '부정경쟁행위에 제공된 설비'란 침해행위에 직접적으로 제공된 것을 말한다.[697] 예를 들면 타인의 주지 표지를 제작하기 위한 제조설비를 갖추고 있거나 이러한 표지를 사용한 상품을 판매하고 있는 경우 그와 같은 물적 상태를 그대로 방치하여 두면 부정경쟁행위가 계속되거나 장래에 부정경쟁행위가 재발할 가능성이 있게 된다. 따라서 부정경쟁행위의 방지를 확실하게 하고 실효성 있는 예방 등을 하기 위하여 그 물적 상태를 제거하는 청구권의 인정이 필요하기 때문에 부정경쟁행위에 대한 금지청구권과 함께 물건 등의 폐기·제거청구권을 특별히 인정하고 있다. 본 규정의 취지에 비추어 보면 폐기 및 제거 등 청구는 당해 침해행위와 관련하여 그 침해의 주의와 예방에 필요하고 충분한 조치에 한정되는 것이고 그 이상의 것은 허용되지 않는다.[698]

(라) 소멸시효

2023년 3월 부정경쟁방지법이 개정되면서 제4조 제3항에 "제1항에 따라 제2조제1호차목의 부정경쟁행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있는 권리는 그 부정경쟁행위가 계속되는 경우에 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자가 그 부정경쟁행위에 의하여 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있다는 사실 및 그 부정경쟁행위를 한 자를 안 날부터 3년간 행사하지 아니하면 시효의 완성으로 소멸한다."라는 아이디어 탈취 행위에 대한 소멸시효 규정을 신설하였다. 그러나 여전히 다른 부정경쟁행위로 인해 발생한 금지 및 예방 청구권의 소멸시효에 대한 규정은 없다. 그동안 소멸시효에 대해 예방청구권과 달리 금지청구권은 소멸시효의 적용을 받

695) 윤선희, 부정경쟁행위에 관한 고찰(7), 35면. https://koreascience.kr/article/JAKO199772410654728.pdf
696) 윤선희, 부정경쟁행위에 관한 고찰(7), 35면. https://koreascience.kr/article/JAKO199772410654728.pdf
697) 윤선희, 부정경쟁행위에 관한 고찰(7), 35면. https://koreascience.kr/article/JAKO199772410654728.pdf
698) 최정열·이규호, 부정경쟁방지법, 진원사, 2017, 382면.

는 것으로, 이 경우 민법 제162조 제1항 및 제166조 제2항의 규정에 의하여 침해행위를 한 때로부터 10년간 행사하지 아니하면 시효로 소멸한다는 견해가 있어 왔다.[699] 설령 부정경쟁방지법상 소멸시효에 대한 규정이 없어 시효로 소멸하지 않는다고 보더라도 실효의 원칙에 의하여 권리가 실효되는 경우가 발생할 수 있을 것이다.[700]

(4) 민법상 금지청구권과 관계

우리 민법은 불법행위 책임에 관한 소송실무에서 민법 제763조, 제394조에 따라 금전배상을 통해 피해자의 손해를 전보시키는 데 초점을 맞추어 불법행위에 기한 법익침해에 대하여 사후적 구제수단만을 인정하며 불법행위를 사전에 억제하는 방법은 규정되어 있지 않았다. 다만, 소유권 등의 물권이 침해되거나 침해될 염려가 있는 경우 물권자에게 물권적 청구권의 행사를 인정함으로써 방해의 제거 또는 방해의 예방청구권을 인정하였다.[701] 대법원의 명예훼손 사건,[702] 허위비방광고행위[703] 등에서 인격권 침해에 대한 금지청구권을 인정한바 있다.

그런데 2010년 인터넷 포털사이트 광고 방해 사건에서 대법원은 "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 해당하고, 이러한 무단이용 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 경우 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다."라고 판시하였다.[704] 대상 사건에서 대법원은 불법행위 성립을 인정한 후, 그 권리관계에 관하여 일회적인 불법행위와는 달리 계속, 반복적인 침해가 이루어지고 사후적인 금전적 배상만으로는 피해가 완전히 회복이 어려울 것으로 예상되는 '특별한 사정'이 존재하는 경우에 금지청구권을 인정하였다. 이후 해당 법리를 인용한 하급심 판결 중 무단이용상태가 계속되어 금전배상을 명하는 것만으로는 피해자 구제의 실효성을 기대하기 어려운 경우가 아니라는 이유로 금지청구를 받아들이지 않은 판례도 있다.[705]

대상판결 이전 법원의 판결들은 단순히 침해행위가 발생하였다는 사정만으로는 바로 금지청구권을 행사할 수 있다는 취지가 아니라, 손해배상청구권에 대한 보충적 구제수단이라는 측면에서 법익 형량을 통해 제한적으로 금지청구권을 인정하였다. 우리 민법은 금지청구권은 행위를 하는 개인이나 기업에 중대한 영향을 미칠 수 있으므로 법원은 문제된 행위가 계속되거나 앞으로도 계속될 것이라는 개연성이 높은 경우에만 금지청구권을 인정해야 하며, 단순히 손해가 일회성에 그칠 경우에 금지청구권은 부인된다고 보고 있었다.[706] 그런데, 대법원 2010. 8. 25. 2008마1541결정

699) 특허청, "부정경쟁방지법업무해설서(2008)", 2008, 67면.
700) 정상조 편집대표, 부정경쟁방지법 주해, 박영사, 2021, 410면.
701) 최민수, "불법행위법상 금지청구권에 관한 소고", 법학논집 제41권 제2호, 2016, 141면.
702) 대법원 1988. 10. 11. 선고 85다카29판결.
703) 대법원 1996. 4. 12. 선고 93다40614, 40621판결.
704) 대법원 2010. 8. 25. 2008마1541결정.
705) 서울중앙지판 2013. 11. 7. 2013가합19873.
706) 윤태영, "경쟁질서 위반행위에 대한 불법행위책임", 비교사법 제14권 제1호, 2007, 160-162면.

에서 대법원은 종전의 견해와 달리 부정한 경쟁행위에 대하여 일정한 요건하에서 민법상 불법행위의 성립뿐만 아니라 금지청구권의 행사까지 인정하였다. 이로써 민법상 불법행위 책임에 대한 구제수단으로 금지청구권을 인정하면서 불법행위 피해자는 적극적으로 가해행위의 제거 또는 예방을 구할 수 있게 되었다.[707]

2010년 대법원 결정은 2013년 7. 30. 법률 제11963호로 개정된 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목(현행 (파)목) 보충적 일반조항 신설로 이어졌다. 보충적 일반조항은 "그 밖에 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위"로 규정하여 신설됨에 따라 부정경쟁방지법 제4조의 금지청구권과 제5조 손해배상청구권이 직접 적용될 수 있게 되어 제4조 금지청구권이 손해배상청구권에 대한 보충적 지위로 해석되지 않고, 특별한 법익 형량 과정을 거치지 않고도 침해행위가 인정되면 곧 금지청구권이 인용되는 것으로 해석되게 되었다.[708] 부정경쟁방지법의 법익을 고려할 때에도 공정한 경쟁질서의 유지를 위해서는 부정한 경쟁행위 그 자체를 금지시키는 것이 가장 직접적이고 효과적이라 할 것이다.[709]

민법에서 금지청구권이 인정되는 경우는 배타적 지배권의 성질을 가지는 권리가 침해되는 경우에만 금지청구권이 인정되며 여기에는 물권, 대항력 있는 임차권, 인격권, 무체재산권 등이 포함된다.[710] 하지만 부정경쟁방지법은 민법의 불법행위와 달리 '영업상 이익'을 보호 법익으로 하고, 이를 침해한 자에 대하여 금지청구권을 통한 민사적 구제를 인정하고 있다.[711] 영업상 이익은 부정경쟁행위에 의한 침해로부터 보호받을 가치가 인정되어 그 보호를 위하여 그 침해행위의 금지를 구하는 것이 건전한 거래질서 유지의 이념에서 시인될 수 있는 정당한 이익이라야 한다.[712] 즉, 영업상 이익은 사업자가 그 영업활동을 수행함으로써 얻는 유형 또는 무형의 경제적 가치 및 기타 이익 일반을 의미하며, 영업으로 인한 상품 또는 서비스의 모습에 의하여 직접적으로 금전으로 나타나는 유형의 이익 이외에 예컨대 상품 등 표시에서는 명성, 신용, 고객흡입력, 오인야기행위에서는 당해 상품에 관한 영업의 가치, 신용 또는 영업비밀의 경우에는 기술상 또는 영업상 가치와 같은 무형의 이익도 포함된다.[713] 또한, 침해의 대상이 되는 이익은 일반적으로 불법행위가 성립하는 경우의 손해를 가져오는 이익침해의 대상인 권리에 상응하는 것으로서 부정경쟁방지법의 보호대상이 되는 법익을 뜻하는 것으로 본다.[714]

나. 손해배상청구권(제5조)

부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제5조는 행위자의 고의 또는 과실로 영업상 이익이 침해당했을 경우 손해배상청구권을 규정하고 있으며, 금지 및 예방청구권과 달리 부정경쟁행위자의 고의 또는 과실, 제2조 제1호 소정의 부정경쟁행위의 존재, 영업상 이익의 침해로 인한 손

707) 이상현, "개정 부정경쟁방지법상 금지청구권에 관한 소고", 저스티스, 159호, 2017, 322-323면.
708) 이상현, "개정 부정경쟁방지법상 금지청구권에 관한 소고", 저스티스, 159호, 2017, 328-329면.
709) 윤태영, "경쟁질서 위반행위에 대한 불법행위책임", 비교사법 제14권 제1호, 2007, 159면.
710) 곽윤직 편집대표, 민법주해 제18권: 채권 (11), 박영사, 2012, 257면.
711) 김병일, "부정경쟁행위로 인한 금지청구권", 법학연구 제1집, 1999, 166면.
712) 대법원 1976. 2. 24. 선고 73다1238판결.
713) 김병일, "부정경쟁행위로 인한 금지청구권", 법학연구 제1집, 1999, 167면.
714) 김병일, "부정경쟁행위로 인한 금지청구권", 법학연구 제1집, 1999, 166면.

해의 발생 및 부정경쟁행위와 손해발생 사이의 인과 관계라는 요건이 충족되어야 한다.

(1) 입법연혁

개 정	내 용
제정 1961.12.30 법률 제911호	제3조 (부정경쟁행위의 손해배상책임) ① 고의 또는 과실로 인하여 전조 각호의 1에 해당하는 행위를 한 자는 이로 인하여 **영업상이익**의 침해를 받은 자에 대하여 손해배상의 책임을 진다. ② 전조 제1호, 제2호 또는 제5호에 해당하는 행위로 인하여 타인의 영업상의 신용을 침해한 자 또는 동조 제6호에 해당하는 행위를 한 자에 대하여는 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 대신하여 또는 손해배상과 함께 영업상의 신용을 회복하는데 필요한 조처를 명할 수 있다. ☞ '부정경쟁방지법' 제3조로 제정
일부개정 1987.12.31. 법률 제3897호	제4조 (부정경쟁행위의 중지청구등) ② 제2조 각호의 1에 해당하는 행위로 인하여 자신의 **영업상의 이익**이 침해된 자는 법원에 손해배상청구를 할 수 있다. ☞ 제4조 제2항에 의한 손해배상청구로 변경 규정함
일부개정 1991.12.21. 법률 제4478호	제5조 (부정경쟁행위에 대한 손해배상책임) 고의 또는 과실에 의한 부정경쟁행위로 타인의 **영업상 이익**을 침해하여 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임을 진다. ☞ 제5조에 의한 부정경쟁행위에 대한 손해배상책임 규정으로 변경하여 규정함
일부개정 2001.2.3. 법률 제6421호	제5조 (부정경쟁행위에 대한 손해배상책임) 고의 또는 과실에 의한 부정경쟁행위로 타인의 **영업상 이익**을 침해하여 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임을 진다. 다만, 제2조 제1호 다목의 경우에는 고의에 의한 부정경쟁행위에 한한다. ☞ 식별력이나 명성을 손상하게 하는 행위에 대해서는 손해배상청구의 요건을 고의에 의한 부정경쟁행위에 한하도록 규정함
일부개정 2001.2.3. 법률 제6421호	제5조 (부정경쟁행위에 대한 손해배상책임) 고의 또는 과실에 의한 부정경쟁행위(제2조제1호다목의 경우에는 고의에 의한 부정경쟁행위만을 말한다)로 타인의 **영업상 이익**을 침해하여 손해를 입힌 자는 그 손해를 배상할 책임을 진다. ☞ 단서 내용을 본문으로 삽입하였으며, '손해를 가한 자는'을 '손해를 입힌 자는'으로 개정함
일부개정 2011.6.30. 법률 제10810호	제5조(부정경쟁행위 등에 대한 손해배상책임) 고의 또는 과실에 의한 부정경쟁행위나 제3조의2제1항 또는 제2항을 위반한 행위(제2조제1호다목의 경우에는 고의에 의한 부정경쟁행위만을 말한다)로 타인의 **영업상 이익**을 침해하여 손해를 입힌 자는 그 손해를 배상할 책임을 진다. ☞ 본문에 제3조의2 제1항 또는 제2항을 위반한 행위를 삽입하여 자유무역협정에 따라 보호하는 지리적 표시의 사용금지 등을 포함하도록 개정함

부정경쟁방지법이 제정되던 1961.12.30. 법률에서는 제3조 부정경쟁행위의 손해배상책임으로 규정된 이후 1991.12.21.19 일부개정부터 손해배상책임 규정은 제5조에 입법되어 있다. 부정경쟁방지법 제5조는 금지 및 예방청구권과 달리 행위자의 고의 또는 과실로 영업상 이익이 침해당했을 경우나 제3조의 2에 의한 자유무역협정에 따라 보호하는 지리적 표시의 사용금지에 대한 손해배상청구권을 규정하고 있다.

부정경쟁방지법상의 손해배상책임은 민법상의 불법행위 책임을 부정경쟁행위에 대하여 명확하게 하기 위한 규정이다. 따라서 부정경쟁방지법상의 손해배상 책임에 대해서도 부정경쟁방지법의 특칙들이 적용되는 이외에는 민법상의 불법행위책임에 관한 규정과 해석이 그대로 적용된다.[715]

(2) 요건

부정경쟁행위에 대한 손해배상 책임은 특별한 규정이 없는 한 민법상의 손해배상 원칙에 따르고 있다. 우리나라 부정경쟁방지법 제5조는 고의 또는 과실에 기초한 부정경쟁행위자에게만 손해배상 의무를 부담시키고 있다. 불법행위의 구성요건으로서 고의 또는 과실은 원칙적으로 구별할 실익이 적으나 손해배상의 범위나 손해액 산정에 있어서 영향을 줄 수가 있다.[716]

(가) 청구권자 및 그 상대방

① 손해배상 청구권자

부정경쟁방지법의 발생 배경은 역사적으로 상거래상 발생하는 과도한 경쟁행위로부터 경쟁관계에 있는 영업주체를 보호하기 위함이었다. 손해배상 청구권자는 '고의 또는 과실에 의한 부정경쟁행위로 영업상 이익이 침해되어 손해를 입은 자'이다. 본조는 불법행위 규정임과 동시에 '영업을 영위하는 사람을 손해배상 청구권의 주체로 제한한다는 점'에 특징이 있다.[717] 제4조가 금지청구권의 주체를 "영업상 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자"로 규정한 것과 구별된다. 따라서 부정경쟁행위에 대한 손해배상 청구권자는 부정경쟁행위로 직접적인 피해를 본 경쟁자가 일차적 청구권자가 된다.

여기서 의미하는 경쟁자는 구체적인 경쟁 관계 속에 대립하고 있는 복수의 경쟁 주체들 사이에서 상품과 용역의 소비와 제공에 관련된 행위를 영위하는 행위 주체이다. 우리나라의 경우에는 부정경쟁방지법 제5조에 청구권자를 특정하지 않고, "영업상 이익을 침해하여 손해를 입힌 자는 그 손해를 배상할 책임을 진다."라고만 규정하고 있다. 즉, 제5조의 해석상 손해배상 청구권자는 영업상 이익의 침해를 받은 자를 의미하게 된다.[718] 제5조에서 '영업상 이익'이 침해된 자에는 영업표지의 소유자뿐 아니라 그 사용권자 등 그 표지의 사용에 관하여 고유하고 정당한 이익을 가지고 있는 자도 포함된다고 해석해야 할 것이다.[719] 어느 경우에 고유하고 정당한 이익을 가진다고 인정할 것인지는 법 제2조 제1호 소정의 각 부정경쟁행위의 구체적 유형에 따라 사안별로 해석해야 한다. 우리나라 부정경쟁방지법상 구체적 경쟁관계의 존재여부는 원고 적격의 문제라기 보다 부정경쟁행위로 인한 손해의 발생과 범위를 정하는데 있어 인과관계의 판단기준이 되는 것으로 경쟁자 개인의 이익을 보호하기 위한 부정경쟁행위 유형의 경우에 한해서는 손해배상 청구권자를 특정하기 위한 경쟁 관계의 존재가 요구되지 않는다고 볼 수 있다.[720] 최근 대법원이 BTS 판결에서 금지청구권과 마찬가지로 매니지먼트사도 일정한 경우 (타)목의 부정경쟁행위에 대해 손해배상청구권을 행사할 수 있는 자에 해당할 수 있다고 해석하고 있다.[721]

---

715) 최정열·이규호, 부정경쟁방지법, 진원사, 2017, 387면.
716) 박성호, "부정경쟁행위에 대한 손해배상책임 법리의 고찰", 한양법학 제24권 제2호, 2013, 339-340면.
717) 정상조 편집대표, 부정경쟁방지법 주해, 박영사, 2021, 424면.
718) 박성호, "부정경쟁행위에 대한 손해배상책임 법리의 고찰", 한양법학 제24권 제2호, 2013, 344면
719) 정상조 편집대표, 부정경쟁방지법 주해, 박영사, 2021, 425면.
720) 박윤석, "실질적인 부정경쟁행위와 구제수단에 관한 고찰 – 법규위반을 통한 부정경쟁행위를 중심으로", 고려대학교 박사학위논문, 2014, 140면.
721) 문건영, "부정경쟁방지법 제2조 제1호 (타)목 해석의 쟁점 및 금지·손해배상 청구권자", 산업재산권 제75호, 2023, 276면.

② 손해배상청구의 상대방

손해배상청구권의 상대방은 '고의 또는 과실에 의한 부정경쟁행위로 타인의 영업상 이익을 침해하여 손해를 입힌 자'로 제한된다.[722] 손해배상청구의 상대방은 부정경쟁행위를 하여 타인의 영업상 이익을 침해한 자이다. 실제로 이런 행위를 계속하고 있는 자도 포함되지만, 행위를 할 우려가 있는 것만으로는 손해가 발생한 것이 아니므로 상대방이 될 수 없다.[723] 특히 실무상으로는 손해배상 청구소송의 피고로 누구를 선택할 것인지는 손해의 실질적 회복이라는 측면에서 중요한 문제이다. 국내 학설은 침해자가 법인인 경우 법인과 함께 직접 침해행위를 실행한 대표자도 공동불법행위의 법리에 따라 부진정연대책임을 질 경우가 많을 것이고, 피용자의 부정경쟁행위에 대하여 사용자 책임을 지는 경우도 있을 것이라고 설명한다.[724] 문제는 구체적인 책임근거를 어떻게 명시할 것인가 하는 점이다. 예컨대, 법인의 대표자가 직무와 관련하여 부정경쟁행위를 한 경우 민법 제35조에 의해 법인의 불법행위책임이 성립하므로 법인과 그 대표자는 각 손해배상책임을 지고, 양자의 책임은 부진정연대의 관계에 놓이게 될 것이다. 한편, 상법 제401조에 의해 주식회사의 이사가 그 임무를 해태하여 부정경쟁행위를 함으로써 제3자에 대하여 손해배상책임을 지는 경우도 있을 것이다. 이 경우 법인 외에 해당 이사를 손해배상청구의 상대방으로 할 수 있다. 또한 민법 제756조에 의해 법인 등 사용자는 피용자가 어느 사무에 종사하면서 그 사무집행에 관하여 제3자에게 부정경쟁행위를 하여 손해를 입힌 경우 이를 배상할 책임을 지게 된다. 이때에도 법인 등 사용자 외에 피용자를 손해배상책임의 상대방으로 할 수 있다.[725]

(나) 청구권의 요건

손해배상청구의 요건은 ⅰ) 행위자의 고의 또는 과실(단, 제2조 제1호 다목 규정의 저명상표 희석행위는 고의에 의한 부정경쟁행위에 한한다.), ⅱ) 객관적으로 위법한 부정경쟁행위의 존재, ⅲ) 부정경쟁행위에 의한 영업상 이익이 침해되어 손해가 발생, ⅳ) 행위와 손해 발생과의 상당한 인과 관계의 존재가 필요하다.

① 고의 또는 과실

부정경쟁행위자의 고의 또는 과실을 요구하는 것은 민사법의 원칙인 자기책임의 원칙에 기한 것으로 보인다. 이런 점에서 부정경쟁행위자의 고의 또는 과실을 요구하지 않는 금지청구와 구별된다. 금지청구는 현재 또는 발생할 우려가 있는 객관적인 위법행위를 중지 또는 예방하는 것을 목적으로 하기 때문에 행위자의 책임과 상관없이 발생한다. '고의'란 부정경쟁행위라는 것을 알면서 감히 이를 행하는 심리상태를 말하며, '과실'이란 일정한 결과가 발생한다는 것을 알고 있어야 함에도 불구하고 부주의로 그것을 알지 못하고 어떤 행위를 하는 심리상태를 말한다.[726] 여기서 말하는 고의는 부정경쟁행위를 구사하는 객관적인 사실에 대한 인식을 의미하며 이로 인하여 부당한 영업상의 이익을 얻거나 상대방에게 손해를 입게 하려는 주관적인 목적까지 요구되

722) 한국지식재산연구원, "지식재산제도의 실효성 제고를 위한 법제도 기초연구", 특허청, 2014, 250면 이하.
723) 박성호, "부정경쟁행위에 대한 손해배상책임 법리의 고찰", 한양법학 제24권 제2호, 2013, 347면
724) 박성호, "부정경쟁행위에 대한 손해배상책임 법리의 고찰", 한양법학 제24권 제2호, 2013, 347면
725) 박성호, "부정경쟁행위에 대한 손해배상책임 법리의 고찰", 한양법학 제24권 제2호, 2013, 347면
726) 곽윤직 편집대표, 민법주해 제18권: 채권 (11), 박영사, 1992, 184-185면

는 것은 아니다.[727] 고의의 인정에는 위법성의 인식을 필요로 하지 않는다고 보아 위법성의 인식 또는 인식가능성은 고의의 요소가 아니라 책임요소라고 파악하고 있다. 따라서 본조에서 말하는 고의는 자신의 행위가 타인의 영업상 이익을 침해하는 결과를 발생시킬 것이라는 점을 알면서도 그러한 행위를 감행한 경우에 그 행위자에게 고의가 있었다고 본다.[728] 과실은 누군가의 영업상 이익을 침해할지도 모른다는 정도의 인식이었을 때에는 고의가 아니라 과실로 된다. 본조는 고의·과실 외에 부정경쟁의 목적을 요구하지도 않는다.[729]

우리나라 특허법 제130조는 특허권의 침해행위에 대하여 과실이 있는 것으로 추정하고, 상표법도 제110조에 과실 추정 규정을 두고 있는 것과 달리 부정경쟁행위에 대해서는 과실 추정 규정이 없기 때문에 고의·과실에 대한 입증책임은 불법행위 일반론에 따라 손해배상 청구권자가 부담한다.[730] 그런데 고의와 과실을 구별하는 것은 미필적 고의나 인식 있는 과실의 경우처럼 실제로는 상당히 곤란하다. 본조에서 고의와 과실을 구별하는 것은 고의의 경우에만 손해배상책임이 인정되는 법 제2조 제1호 (다)목에 의한 부정경쟁행위를 제외하고는 크게 중요하지 않다. 다만, 법 제14조의2 제4항 단서에서 "영업상의 이익을 침해한 자에게 고의 또는 중대한 과실이 없으면 법원은 손해배상 금액을 산정할 때 이를 고려할 수 있다."라고 규정하고 있으므로 이러한 경과실에 의한 감액청구의 경우에는 고의와 과실을 구별할 실익이 있다.[731] 즉 고의의 침해에 대해서는 경과실 감액이 성립할 여지가 없으므로 고의의 성립에 위법성의 인식이 필요하지 않다는 책임설을 따르면 고의의 인정 범위가 넓어지지만, 위법성의 인식을 고의의 요소로 보는 고의설을 따르면 반대로 그 인정 범위가 좁아지게 된다.[732] 따라서 고의설의 입장에서는 경과실에 의한 감액 규정 적용 가능성이 그만큼 높아진다는 실익이 있다.[733] 또한 본조에 의한 손해배상청구에 대해 보충적으로 적용될 수 있는 민법의 불법행위 관련 규정 제756조에서도, 가해자의 고의 또는 중대한 과실에 의한 불법행위에 있어서는 배상액의 감액을 청구할 수 없고, 경과실로 인한 불법행위의 경우에만 손해배상액의 감액을 청구할 수 있도록 함으로써, 손해배상액의 경감청구에 있어서 차이를 두고 있는데, 이때에도 그 구별의 실익이 있다.[734]

② 부정경쟁행위

부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목 내지 (타)목 규정의 부정경쟁행위가 존재하여야 한다. 각 부정경쟁행위의 어느 하나에 해당하는 경우는 물론이고 사안에 따라서는 여러 개의 부정경쟁행위에 해당하는 경우도 있을 수 있다. 법 제2조 제1호 (가)목 내지 (타)목에서 한정적으로 열거한 각 부정경쟁행위는 위법성을 전제로 한 것이기 때문에, 민법 제750조의 손해배상청구에서의 위법성 요건과는 달리 본조의 손해배상청구에서는 위법성 요건을 별도로 검토할 필요가 없다.[735]

727) 최정열·이규호, 부정경쟁방지법, 진원사, 2017, 388면.
728) 정상조 편집대표, 부정경쟁방지법 주해, 박영사, 2021, 417면.
729) 정상조 편집대표, 부정경쟁방지법 주해, 박영사, 2021, 417면.
730) 박성호, "부정경쟁행위에 대한 손해배상책임 법리의 고찰", 한양법학 제24권 제2호, 2013, 340면
731) 박성호, "부정경쟁행위에 대한 손해배상책임 법리의 고찰", 한양법학 제24권 제2호, 2013, 340면
732) 박성호, "부정경쟁행위에 대한 손해배상책임 법리의 고찰", 한양법학 제24권 제2호, 2013, 340면
733) 박성호, "부정경쟁행위에 대한 손해배상책임 법리의 고찰", 한양법학 제24권 제2호, 2013, 340면
734) 박성호, "부정경쟁행위에 대한 손해배상책임 법리의 고찰", 한양법학 제24권 제2호, 2013, 340면
735) 정상조 편집대표, 부정경쟁방지법 주해, 박영사, 2021, 421면.

③ 부정경쟁행위에 의한 영업상 이익의 침해로 손해의 발생

부정경쟁방지법에서의 '영업'이란 주지표지의 사용대상으로 일반적으로 이윤추구를 목적으로 한 영리사업이 중심이 되지만, 이윤이 발생하지 않는다고 하더라도 수지타산을 목적으로 영업을 반복, 계속하고 있는 사업이라면 침해행위로부터의 보호의 필요성은 영리사업과 동일하게 인정되므로 단순히 영리를 목적으로 하는 경우만이 아니고 널리 경제상 그 수지계산 위에서 행해지고 있는 사업도 포함된다고 할 것이다.[736] 따라서 영리를 목적으로 하는 개인기업이나 주식회사와 같은 영리법인만이 아니고 농업협동조합과 같은 비영리특수법인이 독립채산제 아래에서 경영하는 사업이나 각종 비영리단체, 협동조합, 자연인의 사업활동도 수지타산 위에서 이루어진다면 영업에 포함된다고 할 것이다. 요컨대, 직접적으로 영리를 목적으로 활동하는 기업은 물론이고 의사변호사와 같은 자유업, 교육사업이나 공익을 목적으로 하는 사업활동도 여기서 말하는 '영업'의 범위에 포함된다고 할 것이다.[737]

여기서의 '이익'이란 영업자가 영업을 수행함에 있어서 향유할 수 있는 유형 또는 무형의 이익 일반을 가리키는 것으로서, 사실상의 것이면 족하고 법률상의 권리일 필요는 없다.[738]

④ 부정경쟁행위와 손해발생과의 상당인과관계

일반불법행위의 경우와 마찬가지로 위법한 부정경쟁행위로 인하여 손해가 발생하여야 하며 그 손해와 부정경쟁행위 사이에는 상당인과관계가 인정되어야 한다.[739] 여기서 말하는 손해에는 재산적 손해와 비재산적 손해[740]가 있고, 재산적 손해에는 적극적 손해(권리재산의 멸실 등)와 소극적 손해(일실손해)가 있다.[741] '상당인과관계'라는 것은 원인과 결과 간에 무엇인가 관련이 있다는 사실적·자연적·기계적 인과관계를 말하는 것이 아니라, '원인-결과'의 관계에 있는 무한한 사실 가운데에서 객관적으로 보아 어떤 전·후 사실로부터 보통 일반적으로 초래되는 후행 사실이 있는 때에 양자 사이에 상당인과관계가 있다고 하는 것이 우리나라의 통설이다.[742] 이러한 상당인과관계설에 의하면 단순히 개개의 경우에 관하여 구체적으로 '원인-결과'의 관계를 고찰하는 데 그치지 않고 다시 이를 일반적으로 고찰하여 동일한 조건이 존재하는 경우에는 동일한 결과를 발생하게 하는 것이 보통이라는 경우에만 인과관계를 인정함으로써 우연한 사정이나 특수한 사정은 책임에서 제외한다. 또 상당인과관계의 판단에 있어서는 가해행위 당시에 통상인이 알 수 있었던 사정과 가해자가 특히 알고 있었던 사정을 함께 고찰의 대상으로 한다(이른바 '절충설').[743]

(3) 손해배상의 범위

(가) 손해배상의 범위

736) 박성호, "부정경쟁행위에 대한 손해배상책임 법리의 고찰", 한양법학 제24권 제2호, 2013, 343면
737) 한국지식재산연구원, "지식재산제도의 실효성 제고를 위한 법제도 기초연구", 특허청, 2014, 250면 이하.
738) 박성호, "부정경쟁행위에 대한 손해배상책임 법리의 고찰", 한양법학 제24권 제2호, 2013, 343면
739) 최정열·이규호, 부정경쟁방지법, 진원사, 2017, 406면.
740) 정신적 손해로서의 위자료, 법인에 대해서는 무형손해 등
741) 박성호, "부정경쟁행위에 대한 손해배상책임 법리의 고찰", 한양법학 제24권 제2호, 2013, 343면
742) 박성호, "부정경쟁행위에 대한 손해배상책임 법리의 고찰", 한양법학 제24권 제2호, 2013, 343면
743) 박성호, "부정경쟁행위에 대한 손해배상책임 법리의 고찰", 한양법학 제24권 제2호, 2013, 343면

손해배상 청구권의 목적은 부정경쟁행위로 인한 손해를 전보하는 것으로 그 범위는 부정경쟁행위와 상당인과관계가 있는 일체의 손해로서 적극적 손해, 소극적 손해, 정신적 손해 등이 포함되며. 이에 대한 입증 책임은 청구권자가 부담한다.[744]

적극적 손해는 부정경쟁행위로 인하여 이미 가지고 있었던 이익이 손실되는 경우로 이른바 발생손해를 말하고, 소극적 손해는 부정경쟁행위가 없었더라면 얻을 수 있었던 권리의 손실, 즉 과실이익을 의미한다.[745] 그러나 손해액의 입증이 용이하지 않기 때문에 「부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률」 제14조의 2는 손해액의 추정에 관한 규정을 두어 부정경쟁행위 또는 영업비밀 침해행위로 인한 손해액 산정을 용이하게 하고 있다. 법원도 "부정경쟁행위로 영업상의 이익을 침해한 자가 침해행위로 이익을 얻은 경우에는 그 이익액을 영업상의 이익을 침해당한 자의 손해액으로 추정한다고 정하고 있다. '침해자가 받은 이익'이란 침해자가 침해행위로 얻게 된 것으로 그 내용에 특별한 제한이 없으므로 부정경쟁행위의 모습에 따라 여러 가지 방식으로 산정될 수 있고, 반드시 침해품의 판매를 통해 얻은 이익에만 한정되지 않는다. 타인의 성과 등을 무단으로 사용하여 완제품을 제조함으로써 타인의 성과 등을 적법하게 사용한 경우에 비해 완제품 제조비용을 절감한 경우에는 비용 절감으로 인한 이익을 침해자의 이익으로 볼 수도 있다. 한편 부정경쟁행위로 영업상의 이익을 침해당한 자가 실제로 입은 손해가 추정액에 미치지 못하는 경우에는 추정의 전부 또는 일부가 뒤집어질 수 있으나, 추정을 뒤집기 위한 사유와 그 범위에 관해서는 침해자가 주장·증명을 해야 한다."라고 판시한바 있다.[746]

(나) 민법상 손해배상청구권과의 관계

부정경쟁행위로 발생하는 손해란 다양한 각도에서 바라볼 수 있다. 타인의 성과물을 부정 이용하거나 타인의 명성을 훼손하거나 상품에 대한 거짓 정보를 표시하는 등의 행위를 통해 상대 경쟁자, 소비자 그 외 시장참여자에게 손해가 발생할 수 있다. 그러나 손해의 발생과 부정경쟁행위자가 발생한 손해를 어디까지 책임질 것인가는 구별되어야 한다.

우리나라 부정경쟁방지법 제5조에 근거한 손해배상청구는 민법 제750조에 근거한 손해배상의 원칙이 적용되기 때문에 민법상 논의되는 손해의 개념에 대해서 살펴볼 필요가 있다. 민법 제750조의 구성요건은 크게 4가지로 구성되어 있다. 고의 또는 과실로 인한 가해행위, 가해행위의 위법성, 손해의 발생, 가해행위와 손해 사이의 인과관계가 4가지 구성요건이고 고의, 과실과 책임능력은 주관적 요소, 위법성과 손해발생은 객관적 요소로 보고 있다.[747] 민법 제750조는 "고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다."라고 규정하고 있는바, 불법행위는 반드시 저작권 등 실정법에 정하여진 권리가 침해되었을 경우에 한하지 아니하고, 법적으로 보호할 가치가 있는 이익에 대하여 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 방법으로 침해행위가 이루어진 경우에도 성립된다. 따라서 부정하게 스스로의 이익을 꾀할 목적으로 타인이 시간과 노력 및 자본을 투입하여 이룩한 성과물을 그로부터 아무런 동의 없이 이용하거나 그 명성에 부당하게 편승하는 행위가 법적으로 보호할 가치가 있는 상대방의 이익을 침해하는 위

744) 한국지식재산연구원, "지식재산제도의 실효성 제고를 위한 법제도 기초연구", 특허청, 2014, 271면.
745) 윤선희, 부정경쟁행위에 관한 고찰(7), 36면. https://koreascience.kr/article/JAKO199772410654728.pdf
746) 대법원 2022. 4. 28. 선고 2021다310873 판결
747) 곽윤직 편집대표, 민법주해 제18권: 채권 (11), 박영사, 1992, 206면.

법한 행위에 해당하여 불법행위가 성립할 수 있다.[748]

본조의 연혁에서 살펴본 바에 따르면, 본조의 성격은 "민법상의 불법행위로 인한 손해배상청구권을 확인적으로 규정한 특별규정"이라고 할 수 있다. 따라서 부정경쟁행위에 대한 손해배상청구에 있어서는 그 성질에 반하지 않는 한 불법행위에 관한 민법의 여러 규정들이 보충적으로 적용된다.[749] 그러므로 본조에 의한 손해배상청구권은 양도성을 가지며, 소멸시효에 대해서는 민법 제766조가 적용된다. 또한, 부정경쟁행위에 의해 정신적 손해를 입은 때에는 민법 제751조 규정에 의해 무형손해에 대한 위자료 청구를 할 수 있다.[750]

문제는 '타인의 영업상 이익'에 대한 침해에 대하여 본조에 의한 구제 이외에도 일반적인 불법행위규정에 의한 구제를 이론상 또는 특히 실제상 인정할 수 있을 것인지 여부이다.[751] 부정경쟁방지법상의 손해배상청구권과 민법상의 불법행위에 기한 손해배상청구권과의 관계에 대해서는 양자를 전적으로 동일한 청구권으로 파악하여 경합하지 않는다고 생각할 수도 있겠지만, 부정경쟁방지법상의 손해배상청구권은 요건이나 손해배상청구권자의 범위에 대하여 민법상 불법행위에 대한 특칙을 마련한 것이기 때문에 양자는 경합한다고 이해하는 것이 타당할 것이다. 기존 국내 논의에서도 본조와 민법 제750조의 관계를 경합관계로 이해하지만 양자를 청구권경합으로 볼 것인지, 아니면 법조경합으로 볼 것인지에 관해서는 견해가 나뉘었다. 학설상으로는 청구권 경합을 긍정하는 견해가 다수설이다. 다만, 양자의 관계에 대하여 명시적으로 언급한 판례는 아직 발견되지 않는다.[752]

(다) 소멸시효

부정경쟁방지법에는 부정경쟁행위에 대한 손해배상청구권 소멸시효에 대하여 규정하고 있지 않으나 민법 제766조에 의해 "손해 또는 배상의무자를 알았을 때부터 3년간 행사하지 아니하면 시효에 의해 소멸되며, 부정경쟁행위를 안 날로부터 10년을 경과한 때에도 또한 같다."라고 규정하고 있다.[753]

5. 퍼블리시티권 침해에 관한 외국의 구제 수단 검토

가. 미국

미국은 연방법이 없이 개별 주법에 따라 개별적인 구제방법을 규정하고 있다. 퍼블리시티권을 성문법으로 보호하고 있는 주에서도 그 보호대상(성명, 초상, 음성 등), 구제방법(금지청구, 손해배상, 징벌적 배상, 3배 배상, 합리적인 변호사비용 부담 등), 사후 특별규정의 유무 및 사후 보호기간 등에 관하여 그 내용이 상이하다. 정리하면 미국에서는 퍼블리시티권 침해가 발생하는 경우 그 구제방법은 크게 금지처분 청구, 보상적 손해배상 청구, 징벌적 손해배상 청구 등이 고려된다.[754]

748) 서울고등법원 2010. 1. 14. 선고 2009나4116 판결.
749) 박성호, "부정경쟁행위에 대한 손해배상책임 법리의 고찰", 한양법학 제24권 제2호, 2013, 336면.
750) 박성호, "부정경쟁행위에 대한 손해배상책임 법리의 고찰", 한양법학 제24권 제2호, 2013, 336면.
751) 양창수, 민법연구(제3권), 박영사, 1995, 313면; 박성호, "부정경쟁행위에 대한 손해배상책임 법리의 고찰", 한양법학 제24권 제2호, 2013, 336면.
752) 박성호, "부정경쟁행위에 대한 손해배상책임 법리의 고찰", 한양법학 제24권 제2호, 2013, 336면
753) 한국지식재산연구원, "지식재산제도의 실효성 제고를 위한 법제도 기초연구", 특허청, 2014, 250면 이하.
754) 이상정, "퍼블리시티권에 관한 소고", 아세아여성법학 제4호, 2001, 320면 재구성.

미국의 경우 퍼블리시티권에 대한 평가기준의 부족에도 불구하고 다양한 법원의 판례들은 손해배상을 평가하기 위한 3가지 조합들을 사용하고 있다. 그것들은 ① 원고의 재산권의 공정한 시장가치, ② 침해자가 원고가 진입하지 아니한 시장에 있는 경우에는 시가 또는 합리적인 저작권사용료, ③ 침해에 기인한 피고의 이익을 조합하여 손해배상을 판단하고 있다.[755]

미국에서도 침해구제와 관련된 통일된 연방법의 제정 필요성에 관한 논의가 있다.

주	(제정년) 수정년	보호 범위	사후 보호기간	구제
캘리포니아	(1972) 1985	성명, 초상, 유사한 것[756], 목소리	50년	손해배상, 징벌적배상, 변호사비용
플로리다	(1967)	성명, 초상, 유사한 것,	40년	금지청구, 손해배상, 징벌적배상
인디애나	(1994)	성명, 초상, 유사한 것, 목소리	100년	금지청구, 손해배상, 징벌적배상, 변호사비용부담
켄터키	(1984)	성명, 유사한 것	50년	-
매서츄세츄	(1974)	성명, 유사한 것	-	금지청구, 손해배상, 3배배상
네브라스카	(1979)	성명, 유사한 것	없다	-
네바다	(1989)	성명, 초상, 유사한 것, 목소리	50년	금지청구, 손해배상, 징벌적배상
뉴욕	(1903) 1995	성명, 유사한 것, 목소리	-	금지청구, 손해배상, 징벌적배상
오클라호마	(1955) 1986	성명, 초상, 유사한 것, 목소리	100년	금지청구, 손해배상, 징벌적배상, 변호사비용부담
로드아일랜드	(1972) 1980	성명, 유사한 것	-	금지청구, 손해배상, 3배배상
테네시	(1984)	성명, 초상, 유사한 것	10년	금지청구, 손해배상
텍사스	(1987)	성명, 초상, 유사한 것, 목소리	50년	손해배상, 징벌적배상, 변호사비용부담
유타	(1909) 1981	성명, 유사한 것	-	금지청구, 손해배상, 징벌적배상, 변호사비용부담
버지니아	(1904) 1977	성명, 유사한 것	20년	금지청구, 손해배상, 징벌적배상
워싱톤	(1998)	성명, 초상, 유사한 것, 목소리	10년 또는 75년	금지청구, 손해배상
위스콘신	(1997)	성명, 유사한 것	-	금지청구, 손해배상, 변호사비용부담

755) 이영록, "퍼블리시티권에 관한 연구(II) 침해이용과 권리행사 제한 그리고 구제수단에 대한 미국에서의 논의를 중심으로", 저작권연구자료 47, 저작권심의조정위원회, 2004, 94면

출처: 이상정, "퍼블리시티권에 관한 소고", 아세아여성법학 제4호, 2001, 321면 참조.

뉴욕주는 성문법을 제정하여 퍼블리시티권을 인정하고 있고 이에 뉴욕주 법원은 성문법에서 규정한 사항만 퍼블리시티권에 의해 보호받을 뿐 보통법에 따른 퍼블리시티권은 인정하지 않는다. 반면 캘리포니아주는 성문법으로 인정되는 퍼블리시티권과 별개로 살아 있는 사람에 대해 보통법상 퍼블리시티권리를 인정하여 그 보호 대상이 뉴욕주보다 넓다는 차이가 있다.[757]

캘리포니아주와 뉴욕주는 퍼블리시티권 침해에 대한 손해배상(recovery in the form of both appropiate damages and injunctive relief)을 인정하고 있다. 캘리포니아주의 California Civil Code § 3344(a)는 "다른 사람의 이름 등을 사전 동의 없이 고의로 이용한 사람은 그 결과 피해자가 입은 모든 손해를 배상해야 하며, 특히 실제 손해와 $750 중에서 더 큰 금액을 배상할 책임이 있다."라고 규정한다. 뉴욕주는 New York Civil Rights Law § 51에서 "자신의 이름 등이 서면 동의 없이 광고나 거래 목적으로 이용된 사람은 이로 인해 입은 모든 손해에 대한 배상을 구하는 소를 제기할 수 있다."라고 규정한다. 다만, 뉴욕주에서 퍼블리시티권의 침해로 인정되기 위한 '부정한 사용(misuse)'은 거래나 광고(trade or advertising)'의 목적이 있어야 하고, 우연한 사용은 면책시키고 있는데, 이는 연방수정헌법 제1조에 말하는 표현의 자유와의 균형을 맞추기 위한 것으로 해석되고 있다.[758]

반면 캘리포니아주의 경우 보통법에 의해서 퍼블리시티권의 침해를 주장하는 원고가 입증해야 할 사실은 첫째, 이름이나 목소리, 외관 등 특정인의 동일성(identity)을 표지하는 특징의 사용, 둘째, 사용자가 취한 이득, 셋째 그리고 그로 인한 손해의 발생이라는 세 가지 요건이다. 이는 보통법상의 불법행위에 기한 손해배상 요건과 크게 다르지 않다. 한편, 성문법에 의해 보호를 구하는 경우에는 여기에 고의적 사용(knowingly used)이라는 요건을 추가로 입증하여야 한다.[759]

나. 독일

독일에서 퍼블리시티권이 인격권의 일부로 보호되는 결과, 퍼블리시티권이 침해된 경우에는 원칙적으로 인격권의 비재산적 이익이 침해된 경우에 인정되는 구제수단이 항상 함께 고려되어야 한다.[760] 사람의 동일성표지 위에 재산적 이익만이 존재하는 것이 아니라 비재산적 이익도 함께 존재하므로 그 표지가 상업적으로 이용되었다고 하여 재산적 이익만이 침해되었다고 할 수는 없기 때문이다.[761]

(1) 금지청구권

756) likeness
757) 최승재, "퍼블리시티권의 법적 성격과 주요쟁점에 관한 연구(상)", 언론중재 제115권, 2010, 75면.
758) Natalie Grano, "Million Dollar Baby: Celebrity Baby Pictures and the Right of Publicity", Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal, Winter 2010, pp.633-634.: 최승재, "퍼블리시티권의 법적 성격과 주요쟁점에 관한 연구(상)", 언론중재 제115권, 2010, 75면.
759) Beth A. Cianfrone, Thomas A. Baker III, "The Use of Student-Athlete Likenesses in Sport Video Games: an Application of the Right of Publicity", Journal of Legal Aspects of Sport, Winter 2010, p.40: 최승재, "퍼블리시티권의 법적 성격과 주요쟁점에 관한 연구(상)", 언론중재 제115권, 2010, 75면.
760) 안병하, "독일의 퍼블리시티권 관련 논의 개관", 비교사법 제23권1호(통권 72호), 2016, 145면-150면.
761) 안병하, "독일의 퍼블리시티권 관련 논의 개관", 비교사법 제23권1호(통권 72호), 2016, 145면-150면.

인격권 침해 시 인정되는 대표적인 금지청구권으로는 부작위청구권, 방해배제청구권으로서의 정정청구권, 철회권 그리고 반론권 등을 들 수 있다. 이 중에서 정정청구권, 철회권은 특정사실(Tatsachen)의 주장으로 인한 인격권 침해 시 이용되는 것이고, 반론권은 언론기관의 보도에 대해 행사되는 것이므로, 인격표지가 상업적으로 이용되는 경우에는 주로 부작위청구권이 고려의 대상으로 된다.[762]

이러한 부작위청구권의 근거 규범은 제1004조이고, 고도의 인격적인 성질로 인해 양도가 불가능하다. 그 요건으로는 위법한 인격권 침해가 처음으로 행해질 염려가 있거나 또는 반복될 위험이 있을 것이 요구된다. 특히 전자의 경우에 부작위청구권이 받아들여지는 것은 청구권자가 이미 가해자가 행할 행위의 내용을 어느 정도 알고 있는 경우에나 가능할 것이다. 실무에서는 법원에 곧바로 부작위청구의 소를 제기하기 보다는 당사자 사이에서 위약벌 약정과 결합되어 행해지는 부작위의무부담선언(Unterlassungsverpflichtungserklärung)에 의해 분쟁을 해결하는 경우가 많다.[763]

(2) 손해배상청구권

(가) 재산적 손해에 대한 배상

독일 판례는 인격권의 재산적 구성부분 침해 시 소위 "3가지 손해산정방법"을 인정하면서도 - 무체재산권이 침해된 경우와는 달리 - 그 전제로 인격주체의 상업적 이용의사를 요구하고 있었다. 이를 소위 Herrenreiter-Doktrin이라고 하는데, 그 취지는 아마도 재산권적 성격이 아주 강한 무체재산권의 경우에는 그 침해시 곧바로 재산적 손해의 발생을 인정할 수 있지만, 비재산권과 재산권의 성격을 겸유하고 있는 인격권이 침해된 경우에는 곧바로 재산적 손해의 발생을 인정할 수는 없고, 그 인격주체에게 자신의 동일성표지를 상업적으로 이용할 의사가 있었던 경우에만 재산적 손해의 발생을 인정할 수 있다는 데에 있을 것으로 생각된다.[764] 그렇다면 이러한 Herrenreiter-Doktrin은 재산적 손해의 배상과 관련하여서는 올바른 방향을 제시하고 있는 것이라 하겠다.[765]

(나) 비재산적 손해에 대한 배상

독일 판례는 그간 인격권 침해 시 발생하는 비재산적 손해의 금전배상을 통상적인 위자료로부터 독립시켜 하나의 독자적인 제도로 발전시켰다. 그리고 그 요건으로 인격권의 중대한 침해 및 다른 구제수단의 불충분성을 요구하고 있다. 이러한 비재산적 손해에 대한 금전배상은 사람의 동일성표지가 상업적으로 무단이용된 경우에도 재산적 손해의 배상이나 기타 재산법적 구제수단과 함께 인정되는 것이 바람직하다.[766]

(3) 부당이득반환청구권

인격권에 재산권적 귀속내용이 인정되고, 그것을 침해하여 타인이 법률상 원인 없이 이익을 얻는다면 당연히 제812조 제1항 후단에 규정된 이른바 침해부당이득반환청구권이 인정된다. 재

762) 안병하, "독일의 퍼블리시티권 관련 논의 개관", 비교사법 제23권1호(통권 72호), 2016, 145면-150면.
763) 안병하, "독일의 퍼블리시티권 관련 논의 개관", 비교사법 제23권1호(통권 72호), 2016, 145면-150면.
764) 안병하, "독일의 퍼블리시티권 관련 논의 개관", 비교사법 제23권1호(통권 72호), 2016, 145면-150면 참조.
765) 안병하, "독일의 퍼블리시티권 관련 논의 개관", 비교사법 제23권1호(통권 72호), 2016, 145면-150면.
766) 안병하, "독일의 퍼블리시티권 관련 논의 개관", 비교사법 제23권1호(통권 72호), 2016, 145면-150면.

산권적 권능이 침해된 것에서 침해부당이득반환청구권 성립의 요건인 '피침해자의 손실(auf dessen Kosten)'을 발견할 수 있기 때문이다. 이때 침해자가 얻은 이익은 그가 무단이용을 통해 절약한 비용에 있는 것이 아니라 타인의 동일성 표지의 이용 그 자체에 있는 것으로 보아야 한다.[767]

(4) 무단사무관리에 기한 이윤반환청구권

침해부당이득제도는 그 효과가 라이센스료의 반환에 그치므로 침해자가 침해행위로 인해 취한 이윤을 완전히 회수하는 데에는 역부족이다. 이러한 이유로 타인의 동일성표지를 상업적으로 무단이용하여 그 타인의 인격권의 재산권적 구성 부분을 고의로 침해한 자에 대해 무단사무관리 제도를 통한 이윤의 회수(제687조 제2항 제1문, 제681조 제2문, 제677조)를 꾀하려는 견해도 많이 주장되고 있다.[768]

다. 일본

(1) 손해배상청구권

퍼블리시티권이 침해된 경우 일본 불법행위법의 일반 규정인 민법 제709조의 요건에 해당하면 불법행위에 기한 손해배상청구가 가능하다고 본다. 퍼블리시티권에 재산권적 성격을 인정하는 이상은 손해가 인정되는 한 어떠한 입장에 있건 손해배상이 인정되는 것에는 이견이 없다.[769] 그러나 자기의 성명·초상 등을 모용당한 피해자가 그 손해의 배상을 청구하는 경우에는, 민법 제709조의 불법행위에 기한 손해배상으로서 침해행위, 손해의 발생, 손해액, 침해행위와 손해의 상당인과관계를 증명할 필요가 있는데, 손해액의 산정이 용이하지 않은 난점이 있다.[770]

한편 위자료와 관련하여 판례의 주류적 입장은 퍼블리시티권 침해에 기한 정신적 손해의 배상을 인정하지 않고 있다. 물론 '마크레스터 사건'[771]과 '藤岡弘사건'[772]과 같이 유명한 사건에서 위자료를 인정한 적이 있지만, 이것은 지극히 예외적이다. 오히려 전형적인 퍼블리시티권 침해상황에 있어서 경제적 손해에 더하여 위자료 손해까지 인정되는 것은 고려하기 어렵다고 본다.[773] 즉 "퍼블리시티권은 인격권에서 유래하는 권리의 일내용이지만, 초상 등 그 자체의 상업적 가치에 기초한 것이므로 정신적 손해를 인정하는 것은 곤란하다."[774]라고 보고 있다.[775]

(2) 금지청구권

오냥코 클럽 사건[776]에서는 처음으로 퍼블리시티권을 재산권으로 보면서 그에 따른 금지청구가 인정되었다. 그 근거로 연예인의 성명·초상에 관한 고객 흡인력은 그에게 경제적 이익·가치를 독점적으로 지배하는 독점적 권리를 발생하게 하는 것이라는 점이 관시되어 있다.[777] 그러나

767) 안병하, "독일의 퍼블리시티권 관련 논의 개관", 비교사법 제23권1호(통권 72호), 2016, 145면-150면.
768) 안병하, "독일의 퍼블리시티권 관련 논의 개관", 비교사법 제23권1호(통권 72호), 2016, 145면-150면.
769) 윤태영, "일본법에서의 퍼블리시티권", 비교사법 제23권1호(통권 72호), 2016, 181면.
770) 윤태영, "일본법에서의 퍼블리시티권", 비교사법 제23권1호(통권 72호), 2016, 181면.
771) 東京地判 昭和 51(1976)年 6月 29日, 判例時報 817号 23면.
772) 富山地判 昭和 61(1986)年 10月 31日, 判例時報 1218号 128면.
773) 윤태영, "일본법에서의 퍼블리시티권", 비교사법 제23권1호(통권 72호), 2016, 181면.
774) 東京地判 平成 25(2013)年 4月 26日.
775) 윤태영, "일본법에서의 퍼블리시티권", 비교사법 제23권1호(통권 72호), 2016, 183면.
776) 東京高判 平成 3(1991)年 9月 26日, 判例時報 1400号 128면.

민법상 금지청구가 인정되는 것은 물권적 청구권 또는 인격권적 청구권에 한정된다고 일반적으로 생각되고 있기 때문에, 명문 규정이 없는 퍼블리시티권에 대해서는 금지청구를 인정하는 근거가 무엇인지 문제로 된다. 학설들도 퍼블리시티권은 인격권과는 별개의 재산권으로 해석되므로 금지가 가능하다고 하는 근거는 곤란하다고 한다.[778]

6. '퍼블리시티권 침해'에 대한 금지청구권 및 손해배상청구권 요건의 '영업상 이익요건' 개정 검토

부정경쟁방지법은 '권리'를 부여하는 입법이 아니라 '행위를 규제'하는 법이라는 측면에서 불법행위법과 유사한 법제라고 할 수 있다. 부정경쟁방지법 (타)목이 도입됨에 따라 퍼블리시티권이 우리법상 권리로서 인정될 수 있을지 여부와는 별개로, 퍼블리시티권이 보호하고자 하는 법익은 (타)목에 근거하여 보호받을 수 있게 되었다.[779]

부정경쟁방지법 (타)목 퍼블리시티 조항은 보충적 일반 조항인 (파)목의 "그 밖에 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등"을 "국내에 널리 인식되고 경제적 가치를 가지는 타인의 성명, 초상, 음성, 서명 등 그 타인을 식별할 수 있는 표지"로 변경하여 그 대상만을 달리하고 있을 뿐 이하 동일한 법문의 구조를 취하고 있다는 측면에서 (타)목의 위법성 판단시 (파)목과 관련한 법원의 설시 내용을 참고하여 '영업상 이익요건' 부분의 개정 방안을 검토해 볼 수 있다 할 것이다.

(타)목	(파)목
타. 국내에 널리 인식되고 경제적 가치를 가지는 타인의 성명, 초상, 음성, 서명 등 그 타인을 식별할 수 있는 표지를 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위	파. 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

대법원은 골프존사건에서 (파)목의 보호대상범위와 판단기준 등에 관하여 처음으로 구체적 법리를 제시하였다. 대법원은 " '공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용'한 경우에 해당하기 위해서는 권리자와 침해자가 경쟁관계에 있거나 가까운 장래에 경쟁관계에 놓일 가능성이 있는지, 권리자가 주장하는 성과 등이 포함된 산업분야의 상거래 관행이나 경쟁질서의 내용과 그 내용이 공정한지, 위와 같은 성과 등이 침해자의 상품이나 서비스에 의해 시장에서 대체될 수 있는지, 수요자나 거래자들에게 성과 등이 어느 정도 알려졌는지, 수요자나 거래자들의 혼동가능성이 있는지 등을 종합적으로 고려해야 한다."라고 설시하였다.[780] 골프존사건 이후 BTS 사건[781]에서도 대법원은 "'공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하

777) 윤태영, "일본법에서의 퍼블리시티권", 비교사법 제23권1호(통권 72호), 2016, 183면.
778) 윤태영, "일본법에서의 퍼블리시티권", 비교사법 제23권1호(통권 72호), 2016, 183면.; 木山雅弘, "パブリシティ權の權利構成の展開とその意味に關する覺書", 國士舘法學 2012年 12月号, 2012, 57면; 齊藤博, "氏名 肖像の商業的利用に關する權利", 特許研究 15号, 1993, 24면.
779) 김혜정, "개정 부정경쟁방지법상 퍼블리시티 조항 신설의 의미와 전망", 한국지식재산연구원, 2022.06. 20면.
780) 대법원 2020. 3. 26. 선고 2016다276467판결.

는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용'한 경우에 해당하기 위해서는 권리자와 침해자가 경쟁관계에 있거나 가까운 장래에 경쟁관계에 놓일 가능성이 있는지, 권리자가 주장하는 성과 등이 포함된 산업분야의 상거래 관행이나 경쟁질서의 내용과 그 내용이 공정한지, 위와 같은 성과 등이 침해자의 상품이나 서비스에 의해 시장에서 대체될 수 있는지, 수요자나 거래자들에게 성과 등이 어느 정도 알려졌는지, 수요자나 거래자들의 혼동가능성이 있는지 등을 종합적으로 고려해야 한다."라고 동일한 법리를 설시하였다. 마찬가지로 BTS 사건에서 대법원은 "연예인의 이름과 사진 등을 상품이나 광고 등에 사용하기 위해서는 연예인이나 소속사의 허락을 받거나 일정한 대가를 지급하는 것이 엔터테인먼트 산업분야의 상거래 관행인 점을 감안하면 통상적인 정보제공의 범위를 넘어 특정 연예인에 대한 특집 기사나 사진을 대량으로 수록한 별도의 책자나 DVD 등을 제작하면서 연예인이나 소속사의 허락을 받지 않거나 대가를 지급하지 않는 것은 상거래 관행이나 공정한 거래질서에 반하고, 갑 회사가 발매한 특별 부록은 을 회사가 발행하는 위 아이돌 그룹의 화보집과 관계에서 수요를 대체할 가능성이 충분하여 경쟁관계도 인정되므로, 갑 회사가 위 특별 부록을 제작·판매하는 행위는 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 을 회사의 성과 등을 무단으로 사용하는 행위"에 해당한다고 판시하였다.

이러한 판례를 통해 '공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용'에 대한 판단시 고려해야 할 요소들이 분명해졌다 할 것이고 이러한 내용은 (타)목에도 적용된다 할 것이다. 따라서 '무단으로 사용하는 행위'는 성과 주체의 허락없이 이용하는 것을 의미하므로 그 타인의 허락이 있었다면 부정경쟁행위에 해당한다 할 수 없고, 여기서 허락은 명시적인 허락뿐만 아니라 묵시적인 허락도 포함된다 할 것이다.[782] '타인의 경제적 이익'을 침해한다는 것은 결국 타인에게 경제적 손해를 입게 한다는 것이다. '경제적 이익의 침해'라는 것은 결국 재산적 손해를 의미하는 것이므로 정신적인 손해만 발생한 경우에는 원칙적으로 부정경쟁행위에는 해당한다고 할 수 없으나, 직접적인 경제적 이익이 침해되지는 않았다고 하더라도 침해자의 행위로 인하여 타인의 신용이 훼손되었다면 이로써 경제적 이익의 침해는 충분히 예견된 것이므로 이와 같은 경우에도 경제적 이익의 침해가 있었는지 살펴봐야 할 것이다.[783] 침해금지청구나 손해배상 청구의 경우 경제적 이익이 침해되었음을 구체적으로 입증해야 하는지 아니면 추상적으로 경제적 이익이 침해될 가능성을 입증하면 족한 것인지와 관련하여, 침해금지제도가 부정경쟁행위로 인한 손해의 확대 뿐만 아니라 손해의 예방을 위해서도 필요한 것이라는 점을 참작하면, 적어도 침해금지청구를 할 때 경제적 이익을 침해할 높은 개연성을 입증하는 정도면 충분할 것이다.[784]

종합하면 퍼블리시티권 조항과 법문의 구조가 거의 유사한 (파)목의 법원 판례를 검토하면 (파)목 위반의 경우에도 청구권자와 침해자 사이의 경쟁적 관계가 필요함을 알 수 있고, 그 법문의 구조가 거의 동일한 (파)목의 재판결에서도 법원은 경쟁관계와 영업상 이익 요건을 구제 요건으로 살피고 있다는 점에서, 설령 퍼블리시티권 침해의 경우 경쟁관계에 있지 않은 자에 의한 사용이나

781) 대법원 2020. 3. 26.자 2019마6525 결정.
782) 최정열·이규호, 부정경쟁방지법, 진원사, 2017, 213면.
783) 최정열·이규호, 부정경쟁방지법, 진원사, 2017, 213면.
784) 최정열·이규호, 부정경쟁방지법, 진원사, 2017, 213면.

영업적 사용에 이르지 않은 경우가 있다 하더라도 이는 일부 제한된 사건일 것이므로, 법 시행이 얼마 지나지 않았고 이와 관련된 판결이 많지 않은 상황에서 성급한 법 개정은 오히려 역효과를 불러일으킬 것이라고 생각한다. 퍼블리시티권은 일종의 재산권이므로 이를 침해하는 행위, 즉 무단으로 타인의 성명, 초상 등의 동일성표지를 상업적으로 이용한 경우 이는 민법상 불법행위에 해당하므로 피침해자는 침해자에 대하여 그가 입은 재산적 손해배상을 청구할 수 있다. 다만, 이러한 경우 피침해자가 퍼블리시티권의 침해로 인하여 입은 손해를 구체적으로 어떻게 산정할 것인지가 문제될 수 있다. 그러나 이는 결국 침해자가 이용하여 문제가 된 침해자의 동일성표지의 공정한 시장 가치에 근거한다고 할 것이지만, 이러한 시장가치를 평가한다는 것은 쉽지 않다.

부정경쟁방지법은 "국내에 널리 알려진 타인의 상표·상호(商號) 등을 부정하게 사용하는 등의 부정경쟁행위와 타인의 영업비밀을 침해하는 행위를 방지하여 건전한 거래질서를 유지함을" 목적으로 한다. 건전한 거래질서 유지라는 법목적 달성을 위해 상거래상 발생하는 과도한 경쟁행위로부터 경쟁관계에 있는 영업주체를 보호하기 위해 금지청구권, 손해배상청구권을 구제수단으로 규정하고 있다. 독일의 부정경쟁방지법에서 사업자, 수요자 또는 관련시장에 참여하는 기타의 당사자들의 이익에 해를 가하는 불공정한 상거래행위를 포괄적으로 부정경쟁행위로 보아 금지하고 있다고는 하나, 우리나라 부정경쟁방지법 해석론은 그 법목적으로 제시된 '건전한 거래질서'를 염두에 두고 그 법목적에 부합되어야 하고, 건전한 거래질서, 공정한 상거래 관행 또는 경쟁질서는 나라마다 상이하다 할 것이다.[785] 일부 퍼블리시티권 사건에서 경쟁자가 아니라는 점에서 구제조치가 잘 이루어지지 못하고, 영업상 이익이 침해된 자 및 침해될 우려가 있는자로 범위가 한정되면서 그 보호 범위가 제한적이라고 할 수는 있지만, 부정경쟁방지법의 탄생 배경과 그동안 축적된 판례들을 검토할 때 부정경쟁방지법의 목적에 비추어 고민하면 퍼블리시티권에 관한 부정경쟁 행위만을 한정하여 현행 금지청구권과 손해배상청구권상의 '영업상 이익' 요건을 삭제하는 것은 법리상 무리가 따른다고 판단된다.

또한, 부정경쟁방지법은 민법의 불법행위와 달리 '영업상 이익'을 보호 법익으로 하고, 이를 침해한 자에 대하여 금지청구권, 손해배상청구권을 인정하고 있다. 부정경쟁방지법의 연혁상 살펴보더라도, 금지청구권과 손해배상청구권상의 '영업상 이익' 요건은 상당한 시간 동안 중요한 요건으로 다루어져 왔다. 앞서 살펴본 바와 같이 현행 판례들은 '영업상 이익'을 부정경쟁행위에 의한 침해로부터 보호받을 가치로 인정하여 그 보호를 위하여 침해행위의 금지를 구하는 것이 건전한 거래질서 유지의 이념에서 시인될 수 있는 정당한 이익이어야 한다고 보고 있다.[786] 구체적으로 '영업상 이익'은 사업자가 그 영업활동을 수행함으로써 얻는 유형 또는 무형의 경제적 가치 및 기타 이익 일반을 의미하며, 영업으로 인한 상품 또는 서비스의 모습에 의하여 직접적으로 금전으로 나타나는 유형의 이익 이외에 예컨대 상품 등 표시에서는 명성, 신용, 고객흡입력, 오인야기행위에서는 당해 상품에 관한 영업의 가치, 신용 또는 영업비밀의 경우에는 기술상 또는 영업상 가치와 같은 무형의 이익도 포함되고,[787] 부정경쟁방지법 취지에 비추어 이익의 개념을 지나치게 엄격히 해석하지 않고 넓게 탄력적으로 해석하고 있다.[788] 현행 부정경쟁방지법상 구제수단인 금지청구권,

785) 정상조 편집대표, 부정경쟁방지법 주해, 박영사, 2021, 13면.
786) 대법원 1976. 2. 24. 선고 73다1238판결.
787) 김병일, "부정경쟁행위로 인한 금지청구권", 법학연구 제1집, 1999, 167면.

손해배상청구권 법리는 이미 오랜 시간 부정경쟁방지법의 구제수단으로 적용되어 왔고, 상당한 이론적 근거 및 판례가 형성되어 왔다.

해외 퍼블리시티권 입법 사례 검토에서도 알 수 있듯 퍼블리시티권은 미국에서도 연방법 보호가 아닌 일부 주에서 주법의 형태로 보호되고 있을 뿐이고, 주법이라 하더라도 보통법(common law), 성문법에 의해 인정하는 등 그 보호 형태도 다르다. 뿐만 아니라 주에 따라 퍼블리시티권의 보호범위, 구제방식 등도 달랐다. 설령 미국에서 조차 퍼블리시티권 침해를 긍정하더라도 불법행위에 근거한 규제가 이루어지고 있다는 점에서 부정경쟁방지법을 통한 규제를 하는 우리나라와는 차이를 보인다. 독일의 경우에도 독립된 재산권으로서 퍼블리시티권을 보호하지 않고, 인격권의 일종으로 보고 있을 뿐이며, 민법에 성명권을 규정하여 초상권과 성명권을 보호하고 있다. 일본은 퍼블리시티권의 명시적 보호 규정은 없지만, 권리가 침해된 경우 민법상 불법행위에 기초하여 판단하고 있다. 따라서 퍼블리시티권 보호 양상이 다른 해외 입법례를 바탕으로 퍼블리시티권 침해에 대한 민사 구제 요건인 부정경쟁방지법 제4조 및 제5조의 '영업상 이익' 요건과 관련한 직접적인 비교법적 판단은 상당히 제한된다 할 것이다.

현재 민법 개정안은 '인격표지영리권'에 관한 입법을 예고하면서 타인의 퍼블리시티권 이용에 정당한 이익이 있는 자는 권리자의 허락이 없더라도 합리적인 범위에서 영리적으로 이용할 수 있도록 허용하였으며, 그 침해에 관하여서도 제3조의2 제2항 내지 제3항을 준용하여 침해제거, 예방청구권을 인정하고 있다. 따라서 추후 민법 개정 추세 등의 검토가 필요하고, 부정경쟁방지법상의 부정경쟁행위 유형 전체에 대한 재검토를 병행한 이후 부정경쟁방지법상의 퍼블리시티권에 관한 구제조치 규정의 개정이 타당할 것으로 판단된다.

7. 소결

퍼블리시티 조항이 신설되면서 재산적 침해에 대한 손해배상 청구가 용이해지고, 금지청구가 가능하게 되었다. 입법 당시 (타)목 위반행위의 경우에는 형사처벌 대상에서 제외하였지만, 민사적 구제수단에는 실효적 변화가 없었다. (타)목에 따라 타인을 식별할 수 있는 표지의 부정사용행위인 경우에는 불법행위로 재산적 손해를 배상하고 금지청구를 인정할 수는 있지만, 그 대상이 '성명, 초상, 음성, 서명 등 타인을 식별할 수 있는 표지', 즉 '인격권의 보호대상'으로 경제적 가치를 가지는 인격표지의 부당한 이용을 금지하고자 하는 조항이라는 측면에서 다른 부정경쟁행위 유형인 일종의 성과 보호를 하는 것과는 결이 다르다 할 것이다. 부정경쟁방지법의 체계상 청구권자와 침해자 사이의 경쟁적 관계가 필요하기 때문에 퍼블리시티권 침해의 경우 경쟁관계에 있지 않은 자에 의한 사용이나 영업적 사용에 이르지 못한 경우에도 제4조, 제5조의 적용이 어려울 수 있는 문제도 존재한다.

퍼블리시티권은 '개인의 성명·초상 등 자기동일성표지를 상업적으로 이용하여 경제적 이익을 얻거나 그러한 사용을 통제·금지할 수 있는 권리라고 할 수 있다. 그러나 부정경쟁방지법은 '권리'를 부여하는 입법이 아니라 '행위를 규제'하는 법이라는 측면에서 불법행위법과 유사한 법제라고 할 수 있다.

788) 윤태식, 부정경쟁방지법, 박영사, 2021, 222면.

퍼블리시티 조항은 보충적 일반 조항인 (파)목의 "그 밖에 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등"을 "국내에 널리 인식되고 경제적 가치를 가지는 타인의 성명, 초상, 음성, 서명 등 그 타인을 식별할 수 있는 표지"로 변경하여 그 대상만을 달리하고 있을 뿐, 이하 동일한 법문의 구조를 취하고 있다는 측면에서 (타)목의 위법성 판단시 (파)목과 관련한 법원의 설시 내용을 참고하여 '영업상 이익요건' 부분의 개정 방안을 검토해 볼 수 있다 할 것이다. 퍼블리시티권 조항과 법문의 구조가 거의 유사한 (파)목의 법원 판례를 검토하면 (파)목 위반의 경우에도 청구권자와 침해자 사이의 경쟁적 관계가 필요함을 알 수 있고, 그 법문의 구조가 거의 동일한 (파)목의 재판결에서도 법원은 경쟁관계와 영업상 이익요건을 구제 요건으로 살피고 있다. 또한, 퍼블리시티 조항은 '경제적 가치를 가지는 표지'를 그 보호 대상으로 하고 있다는 점에서 제4조와 제5조의 '영업상 이익요건'만을 개정하더라도 실익이 없을 것으로 판단된다. 그리고, 퍼블리시티권 침해의 경우 경쟁관계에 있지 않은 자에 의한 사용이나 영업적 사용에 이르지 않은 경우가 있다 하더라도 이는 일부 제한된 사건일 것이므로 법 시행이 얼마 지나지 않았고, 이와 관련된 판결이 많지 않은 상황에서 성급한 법 개정은 오히려 역효과를 나타낼 것이라는 생각이 든다.

또한, 부정경쟁방지법은 민법의 불법행위와 달리 '영업상 이익'을 보호 법익으로 하고, 이를 침해한 자에 대하여 금지청구권, 손해배상청구권을 인정하고 있다. 부정경쟁방지법의 연혁상 살펴보더라도, 금지청구권과 손해배상청구권상의 '영업상 이익' 요건은 상당한 시간 동안 중요한 요건으로 다루어져 왔으며, 부정경쟁방지법 취지에 비추어 이익의 개념을 지나치게 엄격히 해석하지 않고 넓게 탄력적으로 해석하고 있다. 현행 부정경쟁방지법상 구제수단인 금지청구권, 손해배상청구권 법리는 이미 오랜 시간 부정경쟁방지법의 구제수단으로 적용되어 왔고, 상당한 이론적 근거 및 판례가 형성되어 왔다. 일부 퍼블리시티권 사건에서 경쟁자가 아니라는 점에서 구제조치가 잘 이루어지지 못하고, 영업상 이익이 침해된 자 및 침해될 우려가 있는자로 범위가 한정되면서 그 보호 범위가 제한적이라고 할 수는 있지만, 부정경쟁방지법의 탄생 배경과 그동안 축적된 판례들을 검토할 때 부정경쟁방지법의 목적에 비추어 고민하면 퍼블리시티권에 관한 부정경쟁 행위만을 한정하여 현행 금지청구권과 손해배상청구권상의 '영업상 이익' 요건을 삭제하는 것은 법리상 무리가 따른다고 판단된다.

해외 퍼블리시티권 입법 사례 검토에서도 알 수 있듯 퍼블리시티권은 미국에서도 연방법 보호가 아닌 일부 주에서 주법의 형태로 보호되고 있을 뿐이고, 주법이라 하더라도 보통법(common law), 성문법에 의해 인정하는 형태도 다르다. 뿐만 아니라 주에 따라 퍼블리시티권의 보호범위, 구제방식 등도 달랐다. 설령 미국에서조차 퍼블리시티권 침해를 긍정하더라도 불법행위에 근거한 규제가 이루어지고 있다는 점에서 부정경쟁방지법을 통한 규제를 하는 우리나라와는 차이를 보인다. 독일의 경우에도 독립된 재산권으로서 퍼블리시티권을 보호하지 않고, 인격권의 일종으로 보고 있을 뿐이며, 민법에 성명권을 규정하여 초상권과 성명권을 보호한다. 일본은 퍼블리시티권의 명시적 보호 규정은 없지만, 권리가 침해된 경우 민법상 불법행위에 기초하여 판단하고 있다. 따라서 퍼블리시티권 보호 양상이 다른 해외 입법례를 바탕으로 퍼블리시티권 침해에 대한 민사 구제 요건인 부정경쟁방지법 제4조 및 제5조의 '영업상 이익' 요건과 관련한 직접적인 비교법적 판단은 상당히 제한된다 할 것이다.

현재 민법 개정안은 '인격표지영리권'에 관한 입법을 예고하면서 타인의 퍼블리시티권 이용에 정당한 이익이 있는 자는 권리자의 허락이 없더라도 합리적인 범위에서 영리적으로 이용할 수 있도록 허용하였으며, 그 침해에 관하여서도 제3조의2 제2항 내지 제3항을 준용하여 침해제거, 예방청구권을 인정하고 있다. 따라서 추후 민법 개정 추세 등의 검토가 필요하고, 부정경쟁방지법상의 부정경쟁행위 유형 전체에 대한 재검토를 병행한 이후 부정경쟁방지법상의 퍼블리시티권에 관한 구제조치 규정의 개정이 타당할 것으로 판단된다.

제2절 다른 법률과의 관계 규정

1. 우리나라에서의 논의

가. 현행법 규정 및 입법 연혁

(1) 현행법 규정

부정경쟁방지법 제15조는 다음과 같이 규정하고 있다.

제15조(다른 법률과의 관계) ① 「특허법」, 「실용신안법」, 「디자인보호법」, 「상표법」, 「농수산물품질관리법」, 「저작권법」 또는 「개인정보 보호법」에 제2조부터 제6조까지 및 제18조제3항과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다. <개정 2011. 6. 30., 2013. 7. 30., 2021. 12. 7.> ② 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」, 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」, 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 또는 「형법」 중 국기·국장에 관한 규정에 제2조제1호라목부터 바목까지, 차목부터 파목까지, 제3조부터 제6조까지 및 제18조제3항과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다. <개정 2013. 7. 30., 2018. 4. 17., 2021. 12. 7.> [전문개정 2007. 12. 21.]

동 규정의 취지는 상표법 등 다른 법률에 부정경쟁방지법의 위 규정들과 다른 규정이 있는 경우에는 그 법에 의하도록 한 것에 지나지 아니하므로 상표법 등 다른 법률에 의하여 보호되는 권리일지라도 그 법에 저촉되지 아니하는 범위 안에서는 부정경쟁방지법을 적용할 수 있다는 것이다.[789]

(2) 입법 연혁

(가) 1961년 제정법

1961년 제정 부정경쟁방지법 제7조는 다음과 같이 규정하고 있다.

제7조(무체재산권행사행위에 대한 적용의 제외) 제2조제1호 및 제2호, 제3조, 전조제1항 및 제2항과 제8조제2호의 규정은 특허법, 실용신안법, 의장법, 상표법 또는 상법중상호에 관한 규정에 의하여 권리를 행사하는 행위에 대하여는 적용하지 아니한다.

우리 부정경쟁방지법에서는 1961년 제정법 당시부터 다른 법률과의 관계에 관한 규정을 마련하였다. 제정법 당시에는 일본법과 유사한 취지에서 특허법 등이 우선한다는 취지에서 규정을 하고 있었고, 다만 산업재산권 이외에 '상법 상 상호'에 대해서도 부정경쟁방지법의 적용 배제를 규정한 점이 특징이라고 할 수 있다.

(나) 1986년 전부개정

1986년 부정경쟁방지법 전부개정에서 동법 제9조는 다음과 같이 규정하고 있다.

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

1986년 전부개정에서는 그 적용대상에 '독점규제 및 공정거래에 관한 법률' 및 '형법 중 국기·

789) 편집대표 정상조, 「부정경쟁방지법 주해」, 박영사, 2020, 651면(김병일 집필).

국장에 관한 규정'이 추가되었고, 이에 더하여 부정경쟁방지법과 다른 법률과의 관계에 대한 의미 있는 내용 변화가 있었다. 즉, 개정 전에는 특허법 등에 의한 권리 행사에 대해서는 부정경쟁방지법을 적용하지 아니한다고 하였으나, 개정법에서는 '다른 규정이 있는 경우에는 그 법에 의한다.'고 하여, 특허권 등에 의한 권리행사라 하더라도 특허법 등과 저촉되지 않는 경우에는 부정경쟁방지법이 적용될 수 있는 것으로 해석가능하게 된 것이다.

대법원도 이러한 법 개정 취지에 따라 "구 부정경쟁방지법(1991.12.31. 법률 제4478호로 개정되기 전의 것) 제9조의 규정은 위 법률이 시행되기 전의 구 부정경쟁방지법(1986.12.31. 법률제3897호로 개정되기 전의 것) 제7조가 상표법 등에 의하여 권리를 행사하는 행위에 대하여는 부정경쟁방지법의 규정을 적용하지 아니한다고 규정하던 것과는 달리, 상표법, 상법 중 상호에 관한 규정 등에 부정경쟁방지법의 규정과 다른 규정이 있는 경우에는 그 법에 의하도록 한 것에 지나지 아니하므로, 상표법 등 다른 법률에 의하여 보호되는 권리일지라도 그 법에 저촉되지 아니하는 범위 안에서는 부정경쟁방지법을 적용할 수 있다."고 판시하였다.[790]

(다) 1991년 개정법[791]

1991년 개정법 제15조는 다음과 같이 규정하고 있다.

제15조(다른 법률과의 관계) 특허법, 실용신안법, 의장법, 상표법, 독점규제및공정거래에관한법률 또는 형법중 국기·국장에 관한 규정에 제2조 내지 제6조, 제10조 내지 제14조 및 제18조제1항의 규정과 다른 규정이 있는 경우에는 그 법에 의한다. <개정 1991. 12. 31.> [제9조에서 이동<1991. 12. 31.>]

1991년 개정법에서는 영업비밀보호에 관한 규정이 추가됨에 따라 조문의 위치가 현재와 같이 제15조로 이동하였고, '상법 중 상호에 관한 규정'이 제외된 것 이외에 내용적인 변화는 없었다.

(라) 1998년 개정법[792]

1998년 개정법 제15조는 다음과 같이 규정하고 있다.

제15조(다른 법률과의 관계) ① 특허법·실용신안법·의장법 또는 상표법에 제2조 내지 제6조 및 제18조제1항의 규정과 다른 규정이 있는 경우에는 그 법에 의한다. ② 독점규제및공정거래에관한법률 또는 형법중 국기·국장에 관한 규정에 제2조제1호 다목 내지 마목, 제3조 내지 제6조 및 제18조제1항의 규정과 다른 규정이 있는 경우에는 그 법에 의한다.

1998년 개정법에서는 독점규제및공정거래에관한법률 또는 형법중 국기·국장에 관한 규정을 제2항으로 분리시킨 것 이외에 실질적인 내용에 변화는 없었다.

(마) 1999년 개정법[793]

1999년 개정법 제15조는 다음과 같이 규정하고 있다.

790) 대법원 2007. 6. 14. 선고 2006도8968 판결, 대법원 2001. 4. 10. 선고 2000다4487 판결, 대법원 1993. 1. 19. 선고 92도2054 판결.
791) [시행 1992. 12. 15.] [법률 제4478호, 1991. 12. 31., 일부개정]
792) [법률 제5621호, 1998. 12. 31, 일부개정]
793) [법률 제5814호, 1999. 2. 5, 타법개정]

제15조(다른 법률과의 관계) ① 특허법·실용신안법·의장법 또는 상표법에 제2조 내지 제6조 및 제18조제1항의 규정과 다른 규정이 있는 경우에는 그 법에 의한다. ② 독점규제및공정거래에관한법률, 표시·광고의공정화에관한법률 또는 형법중 국기·국장에 관한 규정에 제2조제1호 다목 내지 마목, 제3조 내지 제6조 및 제18조제1항의 규정과 다른 규정이 있는 경우에는 그 법에 의한다. <개정 1999.2.5.> [전문개정 1998.12.31.]

1999년 개정법에서는 제2항에 '표시·광고의공정화에관한법률'이 추가되었다.

(바) 2001년 개정법[794]

2001년 개정법 제15조는 다음과 같이 규정하고 있다.

제15조(다른 법률과의 관계) ① 특허법·실용신안법·의장법 또는 상표법에 제2조 내지 제6조 및 제18조제3항의 규정과 다른 규정이 있는 경우에는 그 법에 의한다. <개정 2001.2.3> ② 독점규제및공정거래에관한법률, 표시·광고의공정화에관한법률 또는 형법중 국기·국장에 관한 규정에 제2조제1호 라목 내지 바목, 제3조 내지 제6조 및 제18조제3항의 규정과 다른 규정이 있는 경우에는 그 법에 의한다. <개정 1999.2.5., 2001.2.3> [전문개정 1998.12.31.]

실질적인 내용 변경은 없이 인용조문만 수정하였다.

(사) 2004년 개정법[795]

2004년 개정법 제15조는 다음과 같이 규정하고 있다.

제15조(다른 법률과의 관계) ① 특허법·실용신안법·디자인보호법 또는 상표법에 제2조 내지 제6조 및 제18조제3항의 규정과 다른 규정이 있는 경우에는 그 법에 의한다. <개정 2001.2.3, 2004.12.31> ② 독점규제및공정거래에관한법률, 표시·광고의공정화에관한법률 또는 형법중 국기·국장에 관한 규정에 제2조제1호 라목 내지 바목, 제3조 내지 제6조 및 제18조제3항의 규정과 다른 규정이 있는 경우에는 그 법에 의한다. <개정 1999.2.5., 2001.2.3> [전문개정 1998.12.31.]

'의장법'이 '디자인보호법'으로 법명이 바뀜에 따라 그 내용을 반영한 것이다.

(아) 2007년 개정법[796]

2007년 개정법 제15조는 다음과 같이 규정하고 있다.

제15조(다른 법률과의 관계) ① 「특허법」, 「실용신안법」, 「디자인보호법」 또는 「상표법」에 제2조부터 제6조까지 및 제18조제3항과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다. ② 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」, 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」 또는 「형법」 중 국기·국장에 관한 규정에 제2조제1호라목부터 바목까지, 제3조부터 제6조까지 및 제18조제3항과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다. [전문개정 2007.12.21.]

내용 변경은 없이 법명 표기법 등 형식적인 부분만 개정되었다.

794) [법률 제6421호, 2001. 2. 3. 일부개정]
795) [법률 제7289호, 2004. 12. 31. 타법개정]
796) [시행 2007. 12. 21.] [법률 제8767호, 2007. 12. 21., 일부개정]

(자) 2011년 개정법[797]

2011년 개정법 제15조는 다음과 같이 규정하고 있다.

제15조(다른 법률과의 관계) ① 「특허법」, 「실용신안법」, 「디자인보호법」, 「상표법」, 「농산물품질관리법」 또는 「수산물품질관리법」에 제2조부터 제6조까지 및 제18조제3항과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다. <개정 2011.6.30>
② 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」, 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」 또는 「형법」 중 국기·국장에 관한 규정에 제2조제1호라목부터 바목까지, 제3조부터 제6조까지 및 제18조제3항과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다. [전문개정 2007.12.21.]

제1항에 「농산물품질관리법」 또는 「수산물품질관리법」이 추가되었다. 당시 개정에서는 「대한민국과 유럽연합 및 그 회원국 간의 자유무역협정」의 합의사항을 반영하기 위하여 자유무역협정에 따라 보호하는 지리적 표시의 사용 등을 금지하고, 지리적 표시의 침해에 대한 금지예방, 손해배상 등 구제절차를 마련하여 지리적 표시자의 권리를 보호하도록 하였는데, 이러한 지리적 표시 보호에 관한 규범간 관계 정비를 위한 취지였다.

(차) 2013년 개정법[798]

2013년 개정법 제15조는 다음과 같이 규정하고 있다.

제15조(다른 법률과의 관계) ① 「특허법」, 「실용신안법」, 「디자인보호법」, 「상표법」, 「농수산물 품질관리법」 또는 「저작권법」에 제2조부터 제6조까지 및 제18조제3항과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다. <개정 2011.6.30, 2013.7.30>
② 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」, 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」 또는 「형법」 중 국기·국장에 관한 규정에 제2조제1호라목부터 바목까지 및 차목, 제3조부터 제6조까지 및 제18조제3항과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다. <개정 2013.7.30.> [전문개정 2007.12.21]

제1항에서 「농산물품질관리법」 또는 「수산물품질관리법」이 「농수산물 품질관리법」으로 통합되고, 「저작권법」이 추가되었으며, 제2조 제1호 차목(일반규정)이 신설됨에 따라 제2항에도 차목이 추가되었다.

(카) 2018년 개정법[799]

2018년 개정법 제15조는 다음과 같이 규정하고 있다.

제15조(다른 법률과의 관계) ① 「특허법」, 「실용신안법」, 「디자인보호법」, 「상표법」, 「농수산물 품질관리법」 또는 「저작권법」에 제2조부터 제6조까지 및 제18조제3항과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다. <개정 2011.6.30, 2013.7.30>
② 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」, 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」, 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 또는 「형법」 중 국기·국장에 관한 규정에 제2조제1호라목부터 바목까지, 차목 및 카목, 제3조부터 제6조까지 및 제18조제3항과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다. <개정 2013.7.30., 2018.4.17> [전문개정 2007.12.21.]

797) [법률 제10810호, 2011. 6. 30, 일부개정]
798) [법률 제11963호, 2013. 7. 30, 일부개정]
799) [법률 제15380호, 2018. 4. 17, 일부개정]

제2항에 「하도급거래 공정화에 관한 법률」이 추가되고, 아이디어가 포함된 정보 보호 관련한 제2조 제1호 차목이 신설되면서 기존의 차목이 카목으로 위치 이동함에 따라 대상 조항을 차목에서 차목 및 카목으로 정비하였다.

(타) 2021년 개정법[800]

2021년 개정법 제15조는 다음과 같이 규정하고 있다.

제15조(다른 법률과의 관계) ① 「특허법」, 「실용신안법」, 「디자인보호법」, 「상표법」, 「농수산물 품질관리법」, 「저작권법」 또는 「개인정보 보호법」에 제2조부터 제6조까지 및 제18조제3항과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다. <개정 2011.6.30, 2013.7.30, 2021.12.7> ② 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」, 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」, 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 또는 「형법」 중 국기·국장에 관한 규정에 제2조제1호라목부터 바목까지, 차목부터 파목까지, 제3조부터 제6조까지 및 제18조제3항과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다. <개정 2013.7.30, 2018.4.17., 2021.12.7> [전문개정 2007.12.21.] [시행일: 2022.6.8] 제15조제2항의 개정규정 중 제2조제1호타목에 관한 부분

제1항에 「개인정보 보호법」이 추가되고, 제2항의 대상 조항이 파목까지로 변경되었다.

(파) 소결

앞서 본 바와 같이 우리 부정경쟁방지법 제15조 규정은 1961년 제정법 당시부터 존재했었고, 1986년 전면개정에서 적용순서에 대한 중요한 내용 변화가 있었다. 그리고 이후에는 적용대상 법률이 계속 추가되면서, 대상 조문에 대한 반영이 이루어져 왔음을 알 수 있다. 이러한 현행법 규정의 입법 경위와 관련하여서는 (1) 1961년 제정법 당시에 제7조를 두게 된 이유 및 '상법상 상호'가 포함된 이유, (2) 1987년 전면개정에서 적용순서에 대한 개정을 하게 된 이유, (3) 현행법 제15조 규정의 타당성에 대한 검토가 필요해 보인다.

나. 1961년 제정법 제7조의 입법 배경 및 타당성

1961년 부정경쟁방지법 제정 당시 '다른 법률과의 관계'를 입법하게 된 배경에 대해서는 명확한 기록을 찾기 어려우며, 다만 일본 부정경쟁방지법에 그 기반을 두고 있다고 이해된다.[801] 뒤에서 보는 바와 같이 일본은 등록권리 우선의 원칙에 기반하여 1934년 부정경쟁방지법 제정 당시 '다른 법률과의 관계'를 입법하면서, 같은 이유에서 그 적용대상을 '특허법, 실용신안법, 의장법, 상표법'으로 한정하였다. 그에 비해 우리의 1961년 부정경쟁방지법 제7조에서는 특허권 등 등록에 의해 권리가 발생하는 경우뿐만 아니라 '상법상 상호'도 포함하고 있었다는 것이 특징이라 할 수 있다.

이에 대해서는 "상법상의 상호권은 상호등기를 경료하지 않더라도 상호사용행위에 의하여 발생하는 것이고 상호등기는 다만 상호침해자의 부정한 목적의 존재를 추정시키는 기능을 할 뿐이다(상법 제23조 제4항). 따라서 1961년 부정경쟁방지법 제6조가 등록을 전제로 하는 상표권 등의 공

800) [시행 2022. 4. 20.] [법률 제18548호, 2021. 12. 7., 일부개정]
801) 도두형, "부정경쟁방지법과 공업소유권법의 적용순위", 인권과정의 제206호, 대한변호사협회, 1993, 90면.

업소유권에 더하여 상호권의 행사의 경우에도 부정경쟁방지법의 적용을 배제한 근거가 명확하지 아니하다."는 견해가 있다.[802]

다. 1986년 개정의 취지

1986년 전부개정에서는 그 적용대상 추가와 더불어 '다른 규정이 있는 경우에는 그 법에 의한다.'고 하여, 특허권 등에 의한 권리행사라 하더라도 특허법 등과 저촉되지 않는 경우에는 부정경쟁방지법이 적용될 수 있는 것으로 바뀌었다.

이러한 법 개정의 취지는 '상표법, 디자인보호법 등의 규정과 저촉되지 않는 범위 내에서는 부정경쟁방지법을 적용하여 부정경쟁행위를 효율적으로 규제할 수 있도록 하면서도 법적용의 유연성이 보장되도록 하고, 타법과의 관계를 명확하게 구분, 법집행상의 혼란을 배제하여 법의 실효성을 확보하기 위한 것'이라고 한다.[803]

헌법재판소도 이에 대해 "1986. 12. 31. 법률 제3897호로 전문개정된 후 1991. 12. 31. 법률 제4478호로 개정되기 전의 구 부정경쟁방지법 제9조는 '다른 법률과의 관계'라는 제목으로 '……상표법……에 제2조 내지 제4조 및 제11조의 규정과 다른 규정이 있는 경우에는 그 법에 의한다.'라고 규정하여 이 사건 법률조항과 거의 다름이 없다. 그러나, 이와 같이 개정되기 전, 즉, 1986. 12. 31. 법률 제3897호로 전문개정 되기 전의 구 부정경쟁방지법 제7조는 '무체재산권 행사 행위에 대한 적용의 제외'라는 제목으로 '제2조 제1호 및 제2호, 제3조, 전조 제1항 및 제2항과 제8조 제2호의 규정은 ……상표법……에 의하여 권리를 행사하는 행위에 대하여는 적용하지 아니한다.'라고 규정하여 이 사건 법률조항과 상이한 표현을 사용하였다. 그런데, 위 제7조가 1986. 12. 31. 법률 제3897호로 전문개정되어 제9조로 될 당시의 개정이유에 대해서는 '상표법등의 규정과 저촉되지 않는 범위내에서는 부정경쟁방지법을 적용하여 부정경쟁행위를 규제할 수 있도록 하여 법적용의 유연성이 보장되도록 하고, 타법과의 관계를 명확하게 구분, 법집행상의 혼란을 배제하여 법의 실효성을 확보하는 데 도움을 줄 것'라는 내용의 정부측 설명이 있었던 것으로 나타난다(1986. 12. 12. 국회 상공위원회 제131회-제15차 회의록)."고 판시하였다.[804]

한편, 이와 같이 변경된 이유에 대해 "개인의 독점금지 또는 형법상의 권리행사의 개념을 상정하기가 용이하지 않기 때문에 단순히 이들 법이 부정경쟁방지법과 저촉하는 경우에 이들 법이 우선한다는 내용으로 바꾼 것으로 사료된다. 어느 경우에 독금법 또는 형법상의 국기·국장에 관한 규정과 부정경쟁방지법이 충돌하게 되는지 명확하지 아니하나 여하튼 구부정경쟁방지법 제9조가 공업소유권법에 더하여 일정한 원칙이 없이 잡다한 법을 끌어들이다 보니 규정의 문구도 수정할 수밖에 없게 되었다"는 견해가 있다.[805]

대법원은 법 개정 취지에 따라 "구 부정경쟁방지법(1991.12.31. 법률 제4478호로 개정되기 전의 것) 제9조의 규정은 위 법률이 시행되기 전의 구 부정경쟁방지법(1986.12.31. 법률제3897호로 개정되기 전의 것) 제7조가 상표법 등에 의하여 권리를 행사하는 행위에 대하여는 부정경쟁방지법의

802) 도두형, "부정경쟁방지법과 공업소유권법의 적용순위", 인권과정의 제206호, 대한변호사협회, 1993, 90면.
803) 1986. 12. 12. 국회 상공위원회 제131회-제15차 회의록(김원오, "디자인 보호법제간 경합 현황과 경합의 처리를 둘러싼 제 문제", 산업재산권 제47호, 한국지식재산학회, 2015. 08., 231면에서 재인용).
804) 헌법재판소 2001. 9. 27. 선고 99헌바77 결정.
805) 도두형, "부정경쟁방지법과 공업소유권법의 적용순위", 인권과정의 제206호, 대한변호사협회, 1993, 90면.

규정을 적용하지 아니한다고 규정하던 것과는 달리, 상표법, 상법 중 상호에 관한 규정 등에 부정경쟁방지법의 규정과 다른 규정이 있는 경우에는 그 법에 의하도록 한 것에 지나지 아니하므로, 상표법 등 다른 법률에 의하여 보호되는 권리일지라도 그 법에 저촉되지 아니하는 범위 안에서는 부정경쟁방지법을 적용할 수 있다."고 판시하였다.[806]

라. 현행 규정에 대한 검토

(1) 현행 규정의 위헌성 문제

(가) 문제의 소재

현행 규정은 부정경쟁방지법과 다른 법률과의 관계를 규정하고 있지만 그 적용기준이 명확하지 않다. 즉, 특허권이나 상표권 등을 출원 및 심사를 거쳐 등록을 받는 행위(권리취득행위), 특허권 등의 침해행위라고 판단되어 권리를 행사하는 행위(권리행사행위) 등은 특허법 등에 규정되어 있고 해당 법률에 의해 규제(등록 여부나 침해 판단 여부 등)가 되는데, 그러한 법 규정을 믿고 권리를 취득하거나 행사한 경우 부정경쟁방지법 위반으로 규제를 하게 되면 권리자의 지위는 매우 불안정해질 수밖에 없다.

특허권 등은 권리부여형 입법이고 부정경쟁방지법은 행위규제형 입법으로서 그 중복적용 가능성은 다른 법률의 중복적용과 달리 판단할 이유가 없는데, 이에 대해 부정경쟁방지법 제15조에서는 "「특허법」 ~에 제2조부터 제6조까지 및 제18조제3항과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다."고 하여 서로 다른 규정이 존재하는 것을 전제로 한 입법 내용을 담고 있다. 하지만 부정경쟁방지법과 특허법 등 상호간에 다른 규정, 즉 저촉규정은 존재하지 않는다. 그런 점에서 부정경쟁방지법 제15조에서 말하는 '다른 규정이 있으면'의 의미가 모호하고, 특히 특허권 등에 의한 권리행사를 부정경쟁행위로 규제하게 되면 민사책임 이외에 형사처벌의 대상도 된다는 점에서 죄형법정주의 위반 문제도 제기될 수 있다. 그리고 헌법재판소 2001. 9. 27. 선고 99헌바77 결정에서 이 문제가 정면으로 다뤄졌는데 그 내용을 살펴보면 아래와 같다.

(나) 사실관계

청구인은 1991. 2. 13.경부터 천안시 신부동에서 '천안종로학원'이라는 상호로 입시학원을 운영하여 오던 중 대전지방법원 천안지원(95고단211)에 '국내에 널리 인식된 정○O 경영의 종로학원이라는 학원상호 및 영업표시와 동일 또는 유사한 표시를 청구인의 학원건물의 간판 등에 함부로 사용하여 위 정OO의 영업상의 시설 또는 활동과 혼동을 일으키게 함으로써 구 부정경쟁방지법(1991. 12. 31. 법률 제4478호로 개정되고, 1998. 12. 31. 법률 제5621호로 개정되기 전의 것. 이하 '구법'이라고 한다) 제18조 제1항 제1호, 제2조 제1호 나목을 위반하였다'는 혐의로 기소되어 1996. 7. 24. 유죄판결을 선고받았다.

그러자 청구인은 위 판결에 불복하여 대전지방법원(96노1340)에 항소한 결과 '종로학원'이라는 서비스표가 상표법상 보호되지 않는 현저한 지리적 명칭만으로 된 서비스표이며 구법 제15조에

806) 대법원 2007. 6. 14. 선고 2006도8958 판결, 대법원 2001. 4. 10. 선고 2000다4487 판결, 대법원 1993. 1. 19. 선고 92도2054 판결.

의하면 이러한 표지는 부정경쟁방지법에 의해서도 보호될 수 없다는 이유로 1997. 1. 17. 무죄판결을 선고받았으나, 다시 검사가 대법원(97도322)에 상고한 결과, 1999. 4. 23. 대법원은 상표법상 보호받지 못한다고 하더라도 그것이 오랫동안 사용됨으로써 거래자나 일반 수요자들에게 어떤 특정인의 영업을 표시하는 것으로 널리 알려져 인식되게 된 경우에는 구법이 보호하는 영업표지에 해당한다는 이유로 위 원심판결을 파기하고 사건을 대전지방법원 본원합의부로 환송하였다.

청구인은 위 환송후 재판(99노946) 계속 중에 구법 제15조가 죄형법정주의에 위반된다는 등의 이유로 위헌법률심판제청신청(99초480)을 하였으나, 1999. 8. 12. 위 신청이 기각되자, 같은 해 8. 24. 같은 조항의 위헌확인을 구하기 위하여 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(다) 청구인의 주장

① 상표법상 등록된 상표 또는 서비스표를 임의로 사용함으로써 상표법위반행위와 부정경쟁방지법위반행위가 모두 성립하는 경우에 이에 대한 등록무효심결이 있기까지는 상표법이 적용되어야 하고 부정경쟁방지법은 적용될 수 없다는 것이 이 사건 법률조항의 의미이다.

그런데 이 사건 법률조항은 대법원이 상표법에 의하여 보호되는 권리일지라도 그 법에 저촉되지 않는 범위 내에서는 부정경쟁방지법을 적용할 수 있다고 해석할 정도로 그 내용이 불명확하다. '다른 규정이 있는 경우에는 그 법에 의한다'는 불명료한 문구를 내세워 상표법상 보호받지 못하는 표지를 사용한 청구인에 대하여 구법위반으로 법적용을 한 것은 헌법상 죄형법정주의에 위반되며, 인간의 존엄과 기본적 인권의 보장에 관한 헌법 제10조, 평등권에 관한 헌법 제11조, 거주이전의 자유에 관한 헌법 제14조에도 위배된다.

② 부정경쟁방지법에도 사회공익을 위해 특정인에게 독점시킬 수 없는 표지, 즉 현저한 지리적 명칭 등에 관해서는 그 사용이 부정경쟁방지법위반이 되지 않는다는 취지의 명문규정을 두거나 이와 같은 표지의 독점사용을 금지하는 상표법 규정에 대한 준용규정을 두어 이러한 표지 사용에 관한 혼란이 없도록 하여야 한다.

(라) 헌법재판소의 판단

① 위와 같은 부정경쟁방지법과 상표법과의 관계, 이 사건 법률조항의 입법배경, 판례의 해석에 의해 구체화된 내용 등을 종합하여 보면, 이 사건 법률조항은 서로 밀접한 관계에 있으면서도 구체적 입법목적과 규율방법을 달리함으로써 상호간에 저촉, 충돌의 가능성을 가지고 있는 양법의 관계를 분명히 함으로써 이러한 저촉, 충돌에 대비하기 위한 것임을 알 수 있는바, 제기된 문제가 민사적인 것인지 혹은 형사적인 것인지에 따라서, 그리고 저촉, 충돌의 구체적 태양에 따라서 해석을 통하여 그 의미가 더욱 구체화될 여지를 아직 남기고 있는 것으로 보인다.

그러나 당해사건과 관련지어 볼 때, 적어도 이 사건 법률조항이 청구인의 주장과 같이 해석될 수는 없다는 점은 분명히 드러난다. 즉, '상표법…… 에 다른 규정이 있는 경우에는 그 법에 의한다' 라는 규정이 상표법상 상표나 서비스표로 등록될 수 없는 표지는 부정경쟁방지법의 보호대상도 될 수 없다거나, 상표법상 상표나 서비스표로 일단 등록이 된 표지에 관한 권리 침해 여부에 대해서는 상표법만 적용되고 부정경쟁방지법은 적용될 수 없다는 의미로 해석될 여지는 없다.

그리고 당해사건과 같이 상표법위반이 성립되지 않는 경우는 양법이 경합 또는 저촉되는 경우를 대비한 이 사건 법률조항의 규율대상에 포함되지 않는 것이다.

② 나아가, 양법이 다 같이 경쟁법의 테두리 안에 들어간다는 공통점을 가지고 있음에도 불구하고 그 구체적 입법목적과 규율방법을 달리함으로써 각자 독자적 기능을 발휘하고 있음에 비추어 볼 때, 청구인의 주장과 같이 상표법이 보호하지 않는 표지는 부정경쟁방지법에서도 보호하지 않는 것이 반드시 타당하다고도 할 수 없다.

특정 표지의 독점을 허용하는 것이 공익에 반할 수 있다는 관점을 감안하더라도, 상표법에서 독점적 사용을 방지하기 위하여 등록대상으로 허용하지 않는 현저한 지리적 명칭 등이 사실상의 사용에 의해 주지되어 자타식별력을 갖춘 경우에까지 이를 등록대상에서 제외하는 것이 가장 타당한지는 단정할 수 없다. 이러한 경우에는 또 다른 공익이 고려대상에 들어오게 되는 것이다. 같은 이치로, 상표법에 의해 등록될 수 없는 표지가 실제의 사용에 의해 주지되었을 때 부정경쟁방지법에서는 보호가 된다 하더라도 이는 부정경쟁방지법이 추구하는 또 다른 공익에 기여할 수 있는 것이며, 그것만으로 법체계상 혼란을 일으키는 것은 아니다. 그리고 양법의 기능, 입법목적과 규율방법의 차이에 비추어 볼 때 각 보호대상에 차이가 있는 것은 오히려 당연한 것이며, 이러한 차이점이 있다는 사실만으로 법률의 불명확성이 초래된다고 할 수 없다.

③ 요컨대, 당해 사건과 같이 상표법 위반이 성립되지 않고 부정경쟁방지법 위반 여부만 문제되는 경우에는 양법이 경합 또는 저촉되는 경우를 대비한 이 사건 법률조항의 규율대상에 포함되지 않으며, 이 사건 법률조항이 청구인의 주장과 같이 상표법상 상표나 서비스표로 등록될 수 없는 표지는 구법의 보호대상에서도 제외된다거나, 상표법상 상표나 서비스표로 일단 등록이 된 표지에 관한 권리 침해 여부에 대해서는 상표법만 적용되고 구법은 적용되지 않는다는 의미로 해석될 여지는 없으므로 이와 같은 점에서 불명확성을 초래하는 면이 있다고 볼 수 없다.

결국, 당해 사건에 대해서는 이 사건 법률조항이 적용되지 아니하며 이 사건 법률조항의 위헌여부에 따라 당해 사건 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라질 수 없으므로, 이 사건 법률조항의 위헌여부는 당해 사건과의 관계에서 재판의 전제성이 없다.

(마) 소결

헌법재판소는 위와 같이 설시하면서 이 사건에서 부정경쟁방지법 규정이 합헌이라는 취지로 판단하였고, 그 근거 중 하나로 동 규정의 해석기준에 대한 대법원 판례를 들고 있다.[807]

807) 당해 사건의 환송전 제2심 판결을 파기한 대법원 1999. 4. 23. 97도322 판결은 이 사건 법률조항에 관하여 다음과 같이 판시하였는데, 이러한 해석은 대법원의 종래의 입장을 그대로 유지한 것이다.
부정경쟁방지법 제15조의 규정은 상표법 등에 부정경쟁방지법의 규정과 다른 규정이 있는 경우에는 그 법에 의하도록 한 것에 지나지 아니하므로, 상표법 등 다른 법률에 의하여 보호되는 권리일지라도 그 법에 저촉되지 아니하는 범위 안에서는 부정경쟁방지법을 적용할 수 있는 것이고(대법원 1993. 1. 19. 선고 92도2054 판결; 대법원 1995. 11. 7. 선고 94도3287 판결; 대법원 1996. 5. 13.자 96마217 결정 각 참조), 또한 부정경쟁방지법 제2조 제1호 소정의 행위는 상표권 침해행위와는 달라서 반드시 등록된 상표(서비스표)와 동일 또는 유사한 상호를 사용하는 것을 요하는 것이 아니고, 등록 여부와 관계없이 사실상 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기, 포장 기타 타인의 상품임을 표시하는 표지와 동일 또는 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품의 판매 등을 하여 타인의 상품과 혼동을 일으키게 하거나 타인의 영업상의 시설 또는 활동과 혼동을 일으키게 하는 일체의 행위를 의미하는 것이다(대법원 1996. 1. 26. 선고 95도1464 판결; 대법원 1996. 5. 31. 선고 96도197 판결 각 참조).
따라서 비록 현저한 지리적 명칭만으로 된 상표나 서비스표이어서 상표법상 보호받지 못한다고 하더라도 그

대법원 판례의 태도도 헌법재판소 판단과 다르지 않다. 결국 현행 부정경쟁방지법 제15조는 정당하다는 것으로 판단되었고, 이후 현저한 지리적 명칭이나 기술적 표장에 해당하여 상표법의 보호를 받지 못하는 표지를 이용한 부정경쟁행위를 처벌하는 구 '부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률'(2007. 12. 21. 법률 제8767호로 개정되고, 2013. 7. 30. 법률 제11963호로 개정되기 전의 것, 이하 '부정경쟁방지법' 이라 한다) 제18조 제3항 제1호 중 제2조 제1호 나목에 관한 부분이 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배되는지가 문제된 사건에서 헌법재판소는 같은 취지의 판시를 하면서 해당 조항은 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배되지 않는다고 하였다.[808] 이에 따라 동 규정은 현재까지 계속 존치되고 있다.

하지만 헌법재판소가 근거로 삼은 대법원 판례에 대해서도 비판적인 견해가 있고, 특허법 등에 근거하여 출원 및 등록받은 권리를 행사하는 행위를 부정경쟁방지법으로 규제하는 것이 과연 정당한지, 부정경쟁방지법에 의한 규제가 허용된다 하더라도 '특허법 등에 부정경쟁방지법과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다.'는 현행 입법 규정이 그 적용 기준을 명확히 하고 있는지에 대해서는 의문이 있을 수 있다.

(2) 현행 규정의 해석 기준 및 비판론

(가) 부정경쟁방지법과 다른 법률의 관계

부정경쟁방지법은 특허법, 실용신안법, 디자인보호법, 상표법, 상법상의 상호 등과 같이 지식재산권법의 한 부분이다. 예컨대 부정경쟁방지법에 규정하고 있는 부정경쟁행위 중 혼동야기행위의 규제는 상표법과 함께 영업상의 신용에 화체된 재산을 보호하는 것이며, 영업비밀의 보호는 특허법 등과 함께 사람의 창작활동을 보호하는 것이다. 다만 특허법·상표법 등은 객체에 권리를 부여하여 지식재산의 보호를 하려는 것에 반해 부정경쟁방지법은 부정경쟁행위의 규제를 통하여 지식재산을 보호하려는 점에서 차이가 난다. 또한, 부정경쟁방지법은 지식재산권법으로서, 특히 상표법이나 특허법 등의 다른 산업재산권법이 미치지 않는 영역의 지식재산권까지를 포함하는 지식재산권법의 일반법이라고 할 수 있다.[809]

부정경쟁방지법과 특허법 등의 관계는 서로 독립적이면서도 상호 밀접한 관련성이 있고, 상호 보완적이면서도 개별적인 입법이라는 특징이 혼재되어 있다. 그렇다보니 특허권 등에 기한 권리행사를 부정경쟁방지법으로 규제할 수 있는지 의문이 제기될 수 있고, 이에 대한 기준을 부정경쟁방지법 제15조에서 규정하고 있다.

(나) 현행 규정에 대한 의문

부정경쟁방지법 제15조에서는 "특허법 등에 ~과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다."

것이 오랫동안 사용됨으로써 거래자나 일반 수요자들이 어떤 특정인의 영업을 표시하는 것으로 널리 알려져 인식하게 된 경우에는 부정경쟁방지법이 보호하는 영업표지(서비스표에 한정되지 아니하고, 타인의 성명이나 상호, 표장 기타 타인의 영업임을 표시하는 일체의 표지를 포함한다)에 해당한다고 할 것이며, 두 영업자의 시설이나 활동 사이에 영업상, 조직상, 재정상 또는 계약상 어떤 관계가 있는 것으로 오인될 경우에도 타인의 영업상의 시설 또는 활동과 혼동을 일으키게 하는 부정경쟁행위에 해당한다고 할 것이다(대법원 1997. 12. 12. 선고 96도2650 판결 참조).

808) 헌법재판소 2015. 2. 26. 선고 2013헌바73 전원재판부.

809) 윤선희, 「지식재산권법 제19정판」, 세창출판사, 2022, 544-545면.

고 규정하고 있다. 이 규정에 의하면, 특허법 등과 부정경쟁방지법 규정이 상호 저촉될 수 있고, 그 경우에는 특허법 등을 적용하고 부정경쟁방지법은 적용하지 않겠다는 취지로 해석된다. 즉, 부정경쟁방지법이 특허법 등에 대해 보충적으로 적용되는 것으로 이해된다. 그런데 특허법 등의 규정과 부정경쟁방지법이 저촉되는 경우가 있는지 의문이 있다. 가장 문제가 많이 되는 '상표권'을 중심으로 살펴보면, 상표권에 기한 권리행사가 부정경쟁행위에 해당하는 경우 부정경쟁방지법을 적용할 수 있는지가 명확하지 않다. 부정경쟁방지법 제15조의 문언 및 취지를 고려해 볼 때 상표권에 기한 권리행사에 대해서는 부정경쟁방지법이 적용되지 않아야 한다는 주장도 가능하고,[810] 이와 달리 상호 저촉되는 규정이 없기 때문에 상표권에 기한 권리행사에 대해서도 부정경쟁방지법이 적용될 수 있다는 해석도 가능하다. 전자의 해석에 의하면 부정경쟁방지법의 고유한 입법 취지를 몰각시키는 문제가 있고, 후자의 해석에 의하면 현행 규정 자체의 존재 실익에 대한 의문(즉, 부정경쟁방지법 제15조가 없더라도 같은 결론에 이르기 때문에 동 규정을 둘 이유가 무엇인지에 대한 의문)이 제기될 수 있다.

"부정경쟁방지법 제15조는 상표법에 부정경쟁방지법과 다른 규정이 있으면 상표법의 규정에 의한다고 규정하고 있으므로, 상표법과 부정경쟁방지법이 충돌하는 경우에는 상표법이 우선하고 그러한 충돌이 없거나 상표법에 관련 규정이 없는 경우에 한해서 부정경쟁방지법이 보충적으로 적용된다는 것으로 해석된다. 그러면 어떠한 경우에 상표법이 부정경쟁방지법에 우선해서 적용되는가의 문제는 어떠한 경우에 상표법과 부정경쟁방지법이 서로 충돌하고 서로 상이한 규정을 두고 있는 것인가의 문제로 귀착된다. 우선, 부정경쟁방지법의 연혁을 보면, 상표법에 따라서 등록된 상표권의 행사라고 해서 언제나 상표법이 우선해서 적용되는 것은 아니고 부정경쟁방지법이 적용될 수 있는 여지는 있다. 부정경쟁방지법에 의한 보호가 상표법의 취지와 충돌되지 않는 경우에도 부정경쟁방지법이 적용될 수 있을 것이다. 그러나 다른 한편, 상표법에 따라서 등록된 상표권의 행사이지만 부정경쟁방지법 위반에 해당된다고 해서 언제나 부정경쟁방지법을 상표법에 우선해서 적용한다면 그러한 해석은 부정경쟁방지법의 보충적 적용을 규정한 제15조의 문언적 의미에 반하는 해석이 될 것"이라는 견해[811]도 이러한 해석상의 모호성을 보여주는 것으로 이해된다.

이하에서는 이에 대한 판례의 해석 기준과 그러한 판례에 대한 의견을 살펴본 후, 현행 규정의 개선 방향을 제시해 보기로 한다.

(다) 판례의 태도

대법원은 상표권의 출원이나 등록, 권리행사 등이 상표권의 악용 또는 남용에 해당하는 경우에는 상표법에 기한 정당한 권리행사가 아니고, 그 경우에는 부정경쟁방지법을 적용할 수 있다는 일관된 태도를 보이고 있다.

즉, "부정경쟁방지법 제15조는 상표법 등 다른 법률에 부정경쟁방지법과 다른 규정이 있는 경우에는 부정경쟁방지법의 규정을 적용하지 아니하고 다른 법률의 규정을 적용하도록 규정하고 있으

810) 부정경쟁행위라 하더라도 상표법에 따라 출원 및 등록받은 권리를 행사하는 것은 상표법상 허용되는 행위로서 적법하고 따라서 그러한 행위를 (부정경쟁방지법으로) 규제하는 것은 상호 저촉되는 것(적법한 행위를 위법한 행위로 규제하는 것으로서 상호 저촉)이어서 결국 제15조에 따라 부정경쟁방지법 적용은 배제되어야 한다는 주장이 가능하다.

811) 정상조, "상표법과 부정경쟁방지법의 조화/통합", 특별법연구 제8권, 박영사, 2006, 756면.

나, 상표권의 등록이 자기의 상품을 타인의 상품과 식별시킬 목적으로 한 것이 아니고 국내에서 널리 인식되어 사용되고 있는 타인의 상표와 동일 또는 유사한 상표를 사용하여 일반 수요자로 하여금 타인의 상품과 혼동을 일으키게 하여 이익을 얻을 목적으로 형식상 상표권을 취득하는 것이라면 그 상표의 등록출원 자체가 부정경쟁행위를 목적으로 하는 것으로서, 가사 권리행사의 외형을 갖추었다 하더라도 이는 상표법을 악용하거나 남용한 것이 되어 상표법에 의한 적법한 권리의 행사라고 인정할 수 없으므로 이러한 경우에는 부정경쟁방지법 제15조의 적용이 배제된다고 할 것"이라고 판시하고 있다.[812]

(라) 판례에 대한 비판적 견해

위와 같은 판례의 태도에 대해서는 다음과 같은 비판 견해가 있다.

"상표법과 부정경쟁방지법의 취지가 충돌하는데 부정경쟁방지법을 우선 적용하는 것은 부정경쟁방지법 제15조의 취지에 반하는 입법적 해석이다. 우리 대법원은 상표권의 등록 및 행사가 부정경쟁행위에 해당되는 경우에는 상표법을 악용하거나 남용한 것이 되어 부정경쟁방지법 제15조의 적용이 배제된다고 해석하고 있는데,[813] 이는 부정경쟁방지법의 시각에서 상표법의 남용여부를 판단함으로써 부정경쟁방지법의 보충적 적용의 원칙을 규정한 제15조와는 정반대의 결과를 가져오는 입법적 해석을 한 것이라고 보여진다. 또한, 상표법 제6조(현행 제33조)의 부등록사유를 포함하고 있는 상표는 상표법이 보호할 필요가 없는 것이고 상표법 제51조(현행 제90조)의 효력범위를 벗어난 상표의 사용은 상표법상 상표권의 침해에 해당되지 않는데도 불구하고, 그러한 상표의 사용이 부정경쟁행위에 해당된다고 보는 것은 부정경쟁방지법을 상표법보다 더 우선해서 적용하는 것으로 부정경쟁방지법 제15조와 상치되는 입법적 해석과 다름없다.[814]

우리 대법원은 상표법의 취지와 충돌하는 경우에도 한결같이 부정경쟁방지법을 적용해서 그에 대한 처벌여부를 판단하고 있다.[815] 근본적으로 상표권침해와 부정경쟁행위를 모두 형사적으로 처벌하는 것이 과연 입법정책적으로 바람직한 것인지에 대해서도 의문이 있지만, 상표법과 부정경쟁방지법의 취지가 충돌하는 사안에 한정해서 보면 더욱 그 형사처벌의 위험성과 불합리성이 명백해 진다.[816]

우리 대법원은 '상표법의 악용 내지 남용'이라고 하는 새로운 기준을 만들어서 부정경쟁방지법이 우선 적용될 수 있는 여지를 지나치게 확대해석하고 있다.[817]"

마. 현행 규정의 타당성에 대한 견해

(1) 부정적 견해

812) 대법원 2008. 9. 11.자 2007마1569 결정, 대법원 2007. 6. 14. 선고 2006도8958 판결, 대법원 2001. 4. 10. 선고 2004다4487 판결, 대법원 1993. 1. 19. 선고 92도2054 판결 등.

813) 대법원 2001. 4. 10. 선고 2000다4487 판결, 대법원 1996. 5. 13.자 96마217 결정, 대법원 1995. 11. 7. 선고 94도3287 판결, 대법원 1993. 1. 19. 선고 92도2054 판결.

814) 정상조, "상표법과 부정경쟁방지법의 조화/통합", 특별법연구 제8권, 박영사, 2006, 762면.

815) 대법원 1999. 4. 23. 선고 97도322 판결, 대법원 1995. 11. 7. 선고 94도3287 판결, 대법원1993. 1. 19. 선고 92도2054 판결.

816) 정상조, "상표법과 부정경쟁방지법의 조화/통합", 특별법연구 제8권, 박영사, 2006, 764-765면.

817) 정상조, "상표법과 부정경쟁방지법의 조화/통합", 특별법연구 제8권, 박영사, 2006, 756면.

(가) 상표법과 부정경쟁방지법을 중심으로 살펴볼 때, 두 법률은 목적을 달리하는 것임에도 상표권에 기한 권리행사에 대해 부정경쟁방지법 적용을 배제하게 되면 상표권자에게 부정경쟁행위에 관한 면죄부를 주는 것이며, 상표심사 실무를 고려해 볼 때 등록상표권의 정당성을 보장하기 어려운데 등록권리라는 이유로 부정경쟁방지법 적용을 배제하는 것은 부당하다는 취지의 견해가 있다.[818] 동 견해는 상표법 등이 부정경쟁방지법에 우선하여 적용되어야 할 합리적인 근거가 없고, 따라서 입법론상으로는 부정경쟁방지법 제15조는 폐지되어야 마땅하다고 한다.[819]

(나) 부정경쟁방지법 중 특히 상표 관련 규정의 문제를 개선하는 방안으로 "부정경쟁방지법중 상표관련 규정과 상표법의 통합의 구체적인 방법으로는, 부정경쟁방지법 중 상표 관련 규정(특히 제2조 제1호 가목 내지 다목 및 아목)을 상표법으로 편입하여 상표법으로 하여금 등록상표뿐만 아니라 미등록주지상표도 함께 통일적으로 규율하도록 하는 것이다. 선의의 미등록미주지상표의 선사용자를 보호하는 것과, 상표가 아닌 표장, 영업표지 등도 상표법에서 별도의 장을 마련하여 상표법을 포괄적인 표지 관련 통일법으로서 재개편하는 방안도 통일적인 상표법에서 입법론으로서 고려할 만하다고 본다. 이러한 상표법 개정은 부정경쟁방지법을 상표법으로부터 독립하여 독자적인 불공정경쟁 및 불공정거래를 규율하는 법규로 발전시키는 데에도 중요한 밑거름이 될 수 있다고 생각한다."는 견해가 있다.[820]

(2) 긍정적 견해

부정경쟁방지법 제15조에 대해 달리 문제점을 지적하지 않는 문헌이나 연구논문 등의 경우에는 동 규정에 대해 달리 부정하지 않는 것으로 이해할 수 있을 것이다. 그리고 앞서 본 바와 같이 대법원과 헌법재판소도 동 규정에 대해 달리 문제가 있음을 지적하지 않고, 오히려 동 규정을 적극적으로 해석 적용하고 있음을 알 수 있다. 그리고 다른 법률과의 관계에 대해 실질적인 내용 변경이 있었던 1986년 개정법 당시 '상표법등의 규정과 저촉되지 않는 범위내에서는 부정경쟁방지법을 적용하여 부정경쟁행위를 규제할 수 있도록 하여 법적용의 유연성이 보장되도록 하고, 타법과의 관계를 명확하게 구분, 법집행상의 혼란을 배제하여 법의 실효성을 확보하는 데 도움을 줄 것'라는 내용의 정부측 설명은 이 규정의 긍정적인 측면을 잘 보여주고 있다고 생각된다.

2. 일본에서의 논의

가. 입법 연혁

일본은 昭和9年(1934년) 부정경쟁방지법 제정 당시 第6條(工業所有權の行使に係る適用除外規定)을 두었고, 이후 인용 규정의 반영을 위한 형식적인 4차례의 개정이 있은 다음 平成5年(1993년) 전면개정(1994. 5. 1. 시행)에 의해 동 규정이 삭제되었다.

818) 도두형, "부정경쟁방지법과 공업소유권법의 적용순위", 인권과정의 제206호, 대한변호사협회, 1993, 90-91면.
819) 도두형, "부정경쟁방지법과 공업소유권법의 적용순위", 인권과정의 제206호, 대한변호사협회, 1993, 95면.
820) 정상조, "상표법과 부정경쟁방지법의 조화/통합", 특별법연구 제8권, 박영사, 2006, 766면.

第6條 제·개정 현황[821]

1) 不正競爭防止法(昭和九年法律第十四号) / 昭和 9 (1934) 年, 1935.1.1. 시행

第六條 第一條第一項第一号第二号及第四條第一項乃至第三項ノ規定ハ特許法, 實用新案法, 意匠法又ハ商標法ニ依リ權利ノ行使ト認メラルル行爲ニハ之ヲ適用セズ

2) 昭和13年8月1日施行 不正競爭防止法中改正法律 (昭和13年法律第2号) / 昭和 13(1938)年, 1938. 8.1. 시행

第六條 第一條第一項第一号乃至第三号及第四條第一項乃至第三項ノ規定ハ特許法, 實用新案法, 意匠法又ハ商標法ニ依リ權利ノ行使ト認メラルル行爲ニハ之ヲ適用セズ

3) 昭和25年5月1日施行 不正競爭防止法の一部を改正する法律 (昭和25年法律第90号) / 昭和 25 (1950) 年, 1950. 5. 1. 시행

第六條 第一條第一号第二号, 第一條ノ二, 第四條第一項乃至第三項及第五條第二号ノ規定ハ特許法, 實用新案法, 意匠法又ハ商標法ニ依リ權利ノ行使ト認メラルル行爲ニハ之ヲ適用セズ

4) 昭和40年8月21日施行 特許法等の一部を改正する法律 (昭和40年法律第81号) / 昭和40(1965)年, 1965. 8. 21. 시행

第六條 第一條第一項第一号及第二号並ニ第二項, 第一條ノ二, 第四條第一項乃至第三項, 第四條ノ二並ニ第五條第二号ノ規定ハ特許法, 實用新案法, 意匠法又ハ商標法ニ依リ權利ノ行使ト認メラルル行爲ニハ之ヲ適用セズ

5) 平成3年6月15日施行 不正競爭防止法の一部を改正する法律 (平成2年法律第66号) / 平成 2 (1990) 年, 1991. 6. 15. 시행

第六條 第一條第一項第一号及第二号並ニ第二項, 第一條ノ二第一項, 第二項及第四項, 第四條第一項乃至第三項, 第四條ノ二並ニ第五條第二号ノ規定ハ特許法, 實用新案法, 意匠法又ハ商標法ニ依リ權利ノ行使ト認メラルル行爲ニハ之ヲ適用セズ

[번역] 제6조 "제1조 제1항 제1호, 제2호 및 제2항, 제1조의2 제1항, 제2항 및 제4항, 제4조 제1항 내지 제3항, 제4조 제2의2, 제5조 제2호의 규정은 특허법, 실용신안법, 의장법 또는 상표법에 의한 권리행사로 인정되는 행위에 대해서는 적용하지 않는다."

6) 平成5年5月19日法律第47号 [昭和9年法律第14号の全部改正]

平成5年(1993년) 전면 개정(1994. 5. 1. 시행) : 법 제정 이후 변화된 상황을 반영하기 위한 전면 개정의 필요성이 제기되고, 平成4年(1992년) 7월부터 WIPO에서 부정경쟁방지법의 국제적인 조화를 목적으로 모델법 준비작업이 개시된 상황을 반영하여, 부정경쟁방지법을 전면개정하면서 제6조를 삭제하였다.[822]

821) http://nomenclator.la.coocan.jp/ip/suprev/rev/unfcp.htm#r001

822) 経済産業省 知的財産政策室編, 「逐條解説 不正競爭防止法」, 平成30年11月29日施行版, 9頁. https://www.meti.go.jp/policy/economy/chizai/chiteki/pdf/20181129chikujyokaisetsur.pdf

나. 일본의 입법 이유

일본에서는 1934년 부정경쟁방지법[823]이 제정될 당시 동법 제6조의 제정배경과 관련하여 다음과 같은 설명이 있었다고 한다. '상표권 등은 특허국, 즉 나라가 권리로 인정하여 부여한 것이므로 이러한 권리를 행사할 경우에 바로 부정경쟁방지법에 의하여 이를 금지하는 것에는 문제가 있다. 우선 상표법 등이 정하는 절차에 따라 권리를 무효로 한다. 이처럼 권리를 소멸시키고나서 부정경쟁방지법의 적용을 받도록 하였다. 권리가 권리로서 존재하는 경우에 그 권리를 소멸시키지 아니하고 곧바로 부정경쟁방지법에 의하여 단속하는 것은 온당하지 않다. 이와 같은 점에서 제6조의 특별규정을 두게 된 것이다.' 이처럼 일본에 있어서 부정경쟁방지법 제6조의 제정에는 일정한 절차를 거쳐 등록됨을 전제로 하는 공업소유권을 우선시키려는 정책적인 배려가 있었고, 그러한 이유에서 등록을 전제로 하지 아니하는 저작권 등에 기한 권리행사에 관하여는 유추적용할 여지가 없다고 해석되었다.[824]

또한 같은 이유에서 특허권 등의 권리행사 결과 주지표시자에 대해 상품주체 또는 영업주체 혼동행위를 야기할 우려가 있다 하더라도 권리행사행위는 원칙적으로 부정경쟁행위가 되지 않는다고 보았다.[825]

다. 입법 이후의 논쟁과 동 규정의 삭제

일본에서는 오히려 상표법 등은 본래 부정경쟁방지법의 하위법으로서의 위치를 갖는다는 학설이 지배적이고, 더욱이 대부분의 국가에 있어서도 부정경쟁방지법의 법리는 공업소유권에 우선한다는 것이 정설이다. 따라서 일본에서도 구법 당시 부정경쟁방지법 제6조의 폐지를 주장하거나 극히 한정적으로 해석하여야 한다는 학설이 유력하였다.[826] 또한 동 규정은 다른 입법례에서는 찾아보기 어려운 규정인 점도 지적되었고, 이러한 문제점들을 고려하여 상품주체 등 혼동을 초래하는 방식으로 상표권을 행사하는 것은 상표권 남용으로 보아 부정경쟁방지법을 적용하는 판결례들이 있었다.[827]

상표법은 등록주의를 채택하고 있어 등록되지 않은 표장의 보호가 어렵고 이를 부정경쟁방지법의 영역에서 보호하여 분리된 체계를 염두에 둔 것이지만, 상표법도 결국 일반 수요자들의 오인혼동을 방지하고 건전한 거래질서를 유지하는데 그 목적이 있어 실질적으로는 부정경쟁방지법의 목적과 같다는 점에서 특허권 등 우선원칙을 규정하고 있는 제6조는 폐지하는 것이 타당하다는 지적도 있었다.[828]

뿐만 아니라 제6조 규정에 의해 무효사유나 취소사유 등이 있는 상표권이라 하더라도 상표법에 따른 무효심판 또는 취소절차를 거쳐서 상표권의 효력을 소멸시키지 않는 한, 부정경쟁방지법을 적용할 수 없어 불합리(더욱이, 무효사유 중 제척기간 5년을 경과한 경우에는 부정경쟁방지법 적용의 여지가 없게 됨)하다는 지적이 있었고,[829] 1993년 개정법에서 결국 동 규정을 삭제하였다.

---

823) 不正競爭防止法(昭和九年法律第十四号).
824) 도두형, "부정경쟁방지법과 공업소유권법의 적용순위", 인권과정의 제206호, 대한변호사협회, 1993, 89면.
825) 小野昌延, 「注解不正競爭防止法」, 有信堂, 1961, 245頁; 豊崎光衛, 「工業所有權法 新版」, 有斐閣, 1975, 472頁.
826) 도두형, "부정경쟁방지법과 공업소유권법의 적용순위", 인권과정의 제206호, 대한변호사협회, 1993, 90면.
827) 豊崎光衛, 「工業所有權法 新版」, 有斐閣, 1975, 473頁.
828) 豊崎光衛, 「工業所有權法 新版」, 有斐閣, 1975, 473頁.
829) 小野昌延 · 松村信夫, 「新 · 不正競爭防止法概說 [第3版] 上卷」, 青林書院, 2020, 56-57頁.

구 부정경쟁방지법 제6조를 삭제한 1993년 개정 당시 입법자는, 동 규정의 삭제로 형식적으로 상표권 등의 적용을 우선하는 것은 불가능하게 되었고, '두 법익 상호간의 조정은 권리남용이 허용되지 않는다는 일반원칙에 의해 처리'하고 산업재산권의 정당한 행사에 대해서는 기존과 같이 처리한다는 것을 토대로 개정한 것으로 설명된다.[830]

3. 현행 규정의 개정 방향 및 폐지의 타당성에 대한 검토

가. 부정경쟁방지법 제15조의 특징

현행 부정경쟁방지법 제15조는 제1항과 제2항으로 구성되어 있다. 제1항은 「특허법」, 「실용신안법」, 「디자인보호법」, 「상표법」, 「농수산물 품질관리법」, 「저작권법」 또는 「개인정보 보호법」과 부정경쟁방지법의 관계를 규정하고, 제2항은 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」, 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」, 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 또는 「형법」 중 국기·국장에 관한 규정과 부정경쟁방지법의 관계에 대해 규정한다.

입법 경위에서 살펴본 바와 같이 1961년 제정법 당시부터 하나의 조문에서 규정하고 있었다가, 1998년 개정법에서부터 현재의 형태와 같이 제1항과 제2항으로 분리하였다. 현행 규정을 보면 제15조 제1항은 권리부여형 입법을, 제2항은 행위규제형 입법을 대상으로 한 것으로 이해되고, 권리부여형과 행위규제형의 차이를 고려해 볼 때 현재와 같이 이를 분리하는 것의 타당성도 수긍된다. 우선순위에 관한 부정경쟁방지법의 비교 대상 규정도 제1항과 제2항은 달리하고 있다.

이 중에서 기본적인 논의는 제1항을 중심으로 다뤄졌고, 일본에서의 논의도 제1항과 관련된 것이었다. 이하에서는 이러한 점을 토대로 제1항을 중심으로 제15조의 타당성을 살펴보고 제2항에 대해서는 제1항과의 차이를 중심으로 검토하기로 한다.

나. 현행 규정의 해석 기준

현행 규정을 그대로 존치할 것인지 아니면 개정할 것인지 또는 삭제할 것인지에 대한 검토를 위해 우선 현행 규정 제15조의 해석 기준 및 이에 대한 판례를 먼저 살펴보기로 한다.

부정경쟁방지법 제15조와 관련하여 상표권 등에 의한 권리행사의 경우 부정경쟁방지법의 적용이 배제되는지에 대해 다음과 같은 원칙적인 법리를 설시하고 있다.

즉, "부정경쟁방지법 제15조는 상표법 등 다른 법률에 부정경쟁방지법과 다른 규정이 있는 경우에는 부정경쟁방지법의 규정을 적용하지 아니하고 다른 법률의 규정을 적용하도록 규정하고 있으나, 상표권의 등록이 자기의 상품을 타인의 상품과 식별시킬 목적으로 한 것이 아니고 국내에서 널리 인식되어 사용되고 있는 타인의 상표와 동일 또는 유사한 상표를 사용하여 일반 수요자로 하여금 타인의 상품과 혼동을 일으키게 하여 이익을 얻을 목적으로 형식상 상표권을 취득하는 것이라면 그 상표의 등록출원 자체가 부정경쟁행위를 목적으로 하는 것으로서, 가사 권리행사의 외형을 갖추었다 하더라도 이는 상표법을 악용하거나 남용한 것이 되어 상표법에 의한 적법한 권리의 행사라고 인정할 수 없으므로 이러한 경우에는 부정경쟁방지법 제15조의 적용이 배제된다고 할 것이다."라고 하여 부정경쟁방지법의 적용 기준을 제시하고,[831] "부정경쟁방지 및 영업비밀보호

830) 小野昌延 · 松村信夫, 「新 · 不正競爭防止法概說 [第3版] 上卷」, 青林書院, 2020, 51頁.

에 관한 법률(이하 '부정경쟁방지법'이라 한다) 제15조는, 상표법 등 다른 법률에 부정경쟁방지법과 다른 규정이 있는 경우에는 부정경쟁방지법의 규정을 적용하지 아니하고 다른 법률을 적용하도록 규정하고 있고, 상표법 제2조 제3항, 제50조는, 서비스표권자는 지정서비스업에 관하여 등록서비스표를 사용할 권리를 독점한다고 규정하고 있으므로, 서비스표권자가 국내에서 널리 인식되고 사용중인 타인의 서비스표와 동일·유사한 서비스표를 사용하여 일반 수요자로 하여금 타인의 영업과 오인·혼동을 일으키게 함으로써 부당한 이익을 얻을 목적으로 서비스표를 출원·등록한 것이 아니라면, 서비스표권자가 등록된 서비스표를 사용하는 것은 상표법에 의하여 부여된 정당한 권리를 행사하는 것으로서 부정경쟁방지법 제2조에서 규정하는 부정경쟁행위에 해당되지 않는다(대법원 2001. 4. 10. 선고 2000다4487 판결, 2004. 4. 16. 선고 2003다6859 판결 등 참조)."고 하여 부정경쟁방지법 적용이 배제되는 기준도 설시하고 있다.[832]

이 두 판례의 판시 내용을 보면 결국 상표권자 등의 권리 취득 및 행사가 정당한 목적을 위한 것이 아니라 일반 수요자로 하여금 타인의 상품과 혼동을 일으키게 하여 이익을 얻을 목적으로 형식상 권리를 취득하거나 행사하는 것이라면 그러한 행위에 대해서는 부정경쟁방지법이 적용된다는 것으로 이해할 수 있다. 그리고 이러한 해석기준은 부정경쟁방지법 제15조의 문언에 충실한 해석이기도 하다.

(1) 부정경쟁방지법 적용을 긍정한 판례

(가) 대법원 1993. 1. 19. 선고 92도2054 판결

상표권자는 지정상품에 대하여 그 등록상표를 사용할 권리를 독점하는 것이고, 일단 등록된 상표는 심판에 의하여 무효로 확정되기까지는 유효한 것임은 소론과 같고, 그러므로 일반적으로는 상표법에 의한 상표권자의 상표권행사가 국내에 널리 알려진 타인의 상표와 동일 또는 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매 반포하여 타인의 상품과 혼동을 일으키게 하는 행위에 해당하는 경우에도 위의 법률의 적용대상이 되지 않는다고 보는 것이 옳을 것이다.

그러나 상표의 등록이나 상표권의 양수가 자기의 상품을 타업자의 상품과 식별시킬 목적으로 한 것이 아니고, 국내에 널리 인식되어 사용되고 있는 타인의 상표가 상표등록이 되어 있지 아니함을 알고, 그와 동일 또는 유사한 상표나 상호 표지 등을 사용하여 일반 수요자로 하여금 타인의 상품과 혼동을 일으키게 하거나 타인의 영업상의 시설이나 활동과 혼동을 일으키게 하여 이익을 얻을 목적으로 형식상 상표권을 취득하는 경우에는 그 상표의 등록출원이나 상표권의 양수 자체가 부정경쟁행위를 목적으로 하는 것으로서, 가사 권리행사의 외형을 갖추었다 하더라도 이는 상표법을 악용하거나 남용한 것이 되어 상표법에 의한 적법한 권리의 행사라고 인정할 수 없으므로, 위의 법률 제9조에 해당한다고 할 수 없다.

(나) 대법원 1995. 11. 7. 선고 94도3287 판결

구 부정경쟁방지법(1986.12.31. 법률 제3897호로 개정되고, 1991.12.31. 법률 제4478호로

831) 대법원 1993. 1. 19. 선고 92도2054 판결, 대법원 1995. 11. 7. 선고 94도3287 판결, 대법원 2000. 5. 12. 선고 98다49142 판결, 대법원 2001. 4. 10. 선고 2000다4487 판결.
832) 대법원 2007. 6. 15. 선고 2005다48246 판결.

개정(1992.12.15. 시행)되기 전의 것) 제9조의 규정은 위 법률이 시행되기 전의 구 부정경쟁방지법(1986.12.31. 법률 제3897호로 개정되기 전의 것) 제7조가 상표법 등에 의하여 권리를 행사하는 행위에 대하여는 부정경쟁방지법의 규정을 적용하지 아니한다고 규정하던 것과는 달리 상표법, 상법 중 상호에 관한 규정 등에 부정경쟁방지법의 규정과 다른 규정이 있는 경우에는 그 법에 의하도록 한 것에 지나지 아니하므로, 상표법 등 다른 법률에 의하여 보호되는 권리일지라도 그 법에 저촉되지 아니하는 범위 안에서는 부정경쟁방지법을 적용할 수 있는 것이다(당원 1993.1.19. 선고 92도2054 판결 참조).

(다) 대법원 1999. 4. 23. 선고 97도322 판결(파기 환송)

구 부정경쟁방지법 제15조의 규정은 상표법 등에 구 부정경쟁방지법의 규정과 다른 규정이 있는 경우에는 그 법에 의하도록 한 것에 지나지 아니하므로, 상표법 등 다른 법률에 의하여 보호되는 권리일지라도 그 법에 저촉되지 아니하는 범위 안에서는 구 부정경쟁방지법을 적용할 수 있다.[833]

(라) 대법원 1999. 11. 26. 선고 98다19950 판결

원심은, 상표권은 기본적으로는 사적 재산권의 성질을 가지지만 그 보호범위는 필연적으로 사회적 제약을 받는다 할 것인데 상표의 등록이 자기의 상품을 다른 업자의 상품과 식별시킬 목적으로 한 것이 아니고 일반 수요자로 하여금 타인의 상품과 혼동을 일으키게 하거나 타인의 영업상의 시설이나 활동과 혼동을 일으키게 하여 이익을 얻을 목적으로 형식상 상표권을 취득하는 경우에는 상표의 등록출원 자체가 부정경쟁행위를 목적으로 하는 것이 되고, 비록 권리행사의 외형을 갖추었다 하더라도 이는 상표법을 악용하거나 남용한 것이 되어 상표법에 의한 적법한 권리의 행사라고 인정할 수 없다(대법원 1995. 11. 7. 선고 94도3287 판결 등 참조)고 하고, 피고가 1994.경 정읍지역에서 원고와 동일한 업종의 영업에 참가한 자로서 분뇨 등 관련 영업을 표시할 수 있는 명칭으로는 '정화', '분뇨수거', '위생', '미화' 등 여러 가지가 있는데도 굳이 원고의 영업을 표시하는 명칭으로 널리 인식된 것으로서 자신의 원래 상호인 '△△△△'과는 아무런 상관도 없는 '미화분회'라는 명칭을 전화번호 안내 명의로 사용하고 상호도 '미화분회'로 변경한 점 및 피고의 출원에 의하여 서비스표가 등록된 시기와 경위에다가 판시와 같이 앞서 본 제반 사정 등을 종합하여 보면, 피고의 서비스표 등록출원 및 이에 따른 서비스표권 취득은 자기의 영업을 다른 업자의 영업과 식별시킬 목적으로 한 것이라기보다는 일반 수요자로 하여금 원고의 영업과 혼동을 일으키게 하여 이익을 얻을 목적에서 이루어진 것이라고 봄이 상당하고, 따라서 피고의 '미화분회'란 서비스표 사용은 상표법에 의한 적법한 권리의 행사라 할 수 없다고 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 심리미진 채증법칙 위배로 인한 사실오인이나 부정경쟁행위와 서비스표권에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

833) 그럼에도 불구하고 원심은 상표법상 보호되지 아니하는 현저한 지리적 명칭만으로 된 서비스표에 대하여는 부정경쟁방지법이 보호하는 타인의 영업표지가 아니라는 전제하에서 피고인의 행위는 부정경쟁행위가 아니라고 판단하고 말았으니, 그러한 원심판결에는 부정경쟁행위에 대한 법리를 오해한 나머지 심리를 다하지 아니한 잘못이 있고, 이러한 잘못은 판결 결과에 영향을 미쳤음이 명백하다.

(마) 대법원 2000. 5. 12. 선고 98다49142 판결

구 부정경쟁방지법 제15조는 상표법 등 다른 법률에 부정경쟁방지법과 다른 규정이 있는 경우에는 부정경쟁방지법의 규정을 적용하지 아니하고 다른 법률의 규정을 적용하도록 규정하고 있으나, 상표권의 등록이 자기의 상품을 타인의 상품과 식별시킬 목적으로 한 것이 아니고 국내에서 널리 인식되어 사용되고 있는 타인의 상표와 동일 또는 유사한 상표를 사용하여 일반 수요자로 하여금 타인의 상품과 혼동을 일으키게 하여 이익을 얻을 목적으로 형식상 상표권을 취득하는 것이라면 그 상표의 등록출원 자체가 부정경쟁행위를 목적으로 하는 것으로서, 가사 권리행사의 외형을 갖추었다 하더라도 이는 상표법을 악용하거나 남용한 것이 되어 상표법에 의한 적법한 권리의 행사라고 인정할 수 없으므로 이러한 경우에는 구 부정경쟁방지법 제15조의 적용이 배제된다고 할 것이다(대법원 1993. 1. 19. 선고 92도2054 판결, 1995. 11. 7. 선고 94도3287 판결 등 참조).

(바) 대법원 2001. 4. 10. 선고 2000다4487 판결

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판시 사실에 터잡아 1982. 4. 3. 소외인의 상표등록출원 당시 원고의 이 사건 캐릭터가 상품표지로서 주지성을 획득하였고 소외인의 상표등록출원은 아직 원고의 상표등록 사실이 폭넓게 알려지지 않은 것을 기화로 널리 알려진 이 사건 캐릭터의 이미지와 고객흡인력에 무상으로 편승하여 자신의 상품판매를 촉진할 의도에서 행하여진 것이므로 피고가 사용하는 상표가 등록상표라고 하더라도 그 사용은 상표권의 남용으로서 상표권자로서 보호받을 수 없다고 판단하고 있는바, 이는 위에서 본 법리에 따른 것으로서 정당하고, 거기에 상표권의 남용에 관한 법리오해의 위법이 없다.

(사) 대법원 2004. 11. 11. 선고 2002다18152 판결(파기 환송)

피고가 1998. 7. 3. "Cap's"와 같은 표장으로 상표등록의 출원을 할 당시 'CASS' 표장 또는 이를 포함한 이 사건 카스용기의 전면에 있는 문자, 도형, 색채 등이 일체로 결합한 구성은 국내에 널리 알려진 상품표지에 해당하는 점, 피고는 그와 같은 표장으로 상표등록을 받아 "Caps"와 같은 형태로 이 사건 캡스용기에 사용하여 온 점 등을 고려하면 피고의 상표등록 출원은 널리 알려진 'CASS' 표장 또는 이 사건 카스용기의 이미지와 고객흡인력에 무상으로 편승하여 자신의 상품판매를 촉진할 의도에서 행하여진 것으로 보이므로, 피고가 사용하는 상표가 등록상표라고 하더라도 그 사용은 상표권의 남용에 해당하여 상표권자로서 보호받을 수 없다고 할 것인바, 이와 달리 이 사건 캡스용기에서의 Cap's 상표의 사용이 상표권에 기한 정당한 사용임을 전제로 하는 원심의 위 판단은 위법하므로 이 점에 관한 상고이유에서의 주장도 이유 있다.

(아) 대법원 2008. 9. 11.자 2007마1569 결정(파기 환송)

등산용품 등에 관하여 K2 상표가 특정 상품표지로서의 식별력과 주지성을 취득하였다고 보아, 그와 유사한 상표를 등록출원하여 사용하는 행위는 일반 수요자로 하여금 타인의 상품과 혼동을 일으키게 하여 부정한 이익을 얻을 것을 목적으로 하는 것으로 부정경쟁행위에 해당한다고 본 사례[834]

834) 그렇다면 원심은, 제1, 2 상표의 등록출원행위 및 그 사용행위가 부정경쟁행위에 해당한다고 판단하였어야 함

(2) 부정경쟁방지법 적용을 부정한 판례(대법원 2007. 6. 15. 선고 2005다48246 판결)

원심이 적법하게 인정한 사실과 기록에 비추어 살펴보면, 피고는, 1997. 6. 5. 원심판시 원고들의 영업표장 'CARLIFE'가 포함된 'www.carlife.co.kr'이라는 인터넷 도메인이름을 등록한 다음, 2000. 2. 22. 및 같은 해 7. 19. 원심판시 각 서비스업들에 관하여 각 영문자 'CARLIFE'로 구성된 서비스표를 각 출원·등록(순차로 등록번호 제68207호, 제76666호, 제73706호)하여 2002. 8.경부터 위 인터넷 사이트에서 자동차용품판매대행 및 보험견적서비스 제공업 등을 영위하면서 그 인터넷 사이트 좌측 상단에 'CARLIFE'을 표시하는 등 원고의 영업표장과 동일한 표장을 사용하였던 점(이하 피고가 사용한 표장을 '이 사건 표장'이라 한다), 피고의 인터넷 도메인이름 등록은 원고들의 인터넷 도메인이름 등록보다 먼저 이루어진 점, 피고가 영위한 위 자동차용품판매대행과 보험견적서비스 제공업은 피고의 등록서비스표(등록번호 제76666호, 등록번호 제73706호)의 지정서비스업 중 인터넷사이버쇼핑몰임대업과 보험정보제공업 등에 속한다고 할 수 있는 점, 원고들이 피고를 상대로 한 피고의 등록서비스표(등록번호 제73706호)에 관한 등록무효심판 사건에서 피고의 보험정보제공업 등은 원고들 등록서비스표(등록번호 제22812호)의 지정서비스업 중 '출판업, 편집업, 뉴스공급업'과 사이에서 출처의 오인·혼동을 불러일으킬 정도는 아니라고 판단된 점 등에 비추어 보면, 피고는 상표법에 의하여 출원·등록된 서비스표권을 사용해 온 것일 뿐 그 출원 자체에 부정한 목적이 있다고 단정하기는 어려우므로, 피고의 이 사건 표장사용행위가 부정경쟁방지법 제2조에서 규정하는 부정경쟁행위에 해당한다고는 할 수 없다.

따라서 원고들의 피고에 대한 인터넷 도메인이름 및 전자우편주소 사용금지청구를 기각한 원심조치는 정당하고, 거기에 판결 결과에 영향을 미친 법리오해 등 위법이 없으므로 이를 탓하는 상고이유 제3점의 주장은 이유 없으며, 원고들의 상고이유 제1, 2점에서 주장하는 사유들은 피고의 이 사건 표장사용행위가 상표법에 기한 정당한 권리행사로서 부정경쟁행위가 아니라고 본 이상 그 당부가 판결 결과에 영향을 미치지 아니한다.

다. 현행 규정 및 해석론에 대한 의문과 개정 필요성

(1) 현행 규정에 대한 의문

부정경쟁방지법 제15조의 규정에 대해서는 다음과 같은 두 가지 점에 의문이 있을 수 있다. 첫째, 현행 규정이 우리 입법에 참고가 된 것으로 보이는 일본의 구법 및 우리의 1961년 부정경쟁방지법 제7조와 달리 규정한 것의 타당성 문제이다. 1961년 부정경쟁방지법 제7조에서는 "특허법 등에 의하여 권리를 행사하는 행위에 대하여는 부정경쟁방지법을 적용하지 아니한다."는 형태로 규정하였다가, 1986년 개정법에서 지금과 같이 "~ 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다."는 형태로 바뀌었다. 이러한 1986년 개정법의 취지가 일본의 구법 규정이나 우리의 1961년 제정법 당시와 달리 특허권 등의 권리행사에 대해서도 적극적으로 부정경쟁방지법을 적용하기 위한 개정이었는지 생각해 볼 문제이다. 앞서 본 1986년 개정의 취지 설명자료(1986. 12. 12. 국회 상공위원회 제131회-제15차 회의록) 및 이에 대한 헌법재판소 결정, 그리고 동 개정 취지를 충실히 해석·적용

에도 피신청인들의 제1, 2 상표와 신청인의 **K2** 상표가 동일·유사하지 아니한다는 이유로 신청인 회사의 주위적 신청을 기각하였음은 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목 소정의 상품표지 유사 판단에 관한 법리오해의 위법이 있다 할 것이고, 이 점을 지적하는 재항고이유는 이유 있다.

하고 있는 대법원 판례 등을 보면, 1986년 개정은 1961년 제정법과 달리 특허권 등에 의한 권리행사라 하더라도 부정경쟁방지법과 저촉되지 않으면 부정경쟁방지법을 적용하겠다는 취지로 보여진다. 하지만 1986년 개정 당시 표현이 구법과 달라지게 된 이유는, 당시 적용 제외 대상에 '독점규제 및 공정거래에 관한 법률'과 '형법 중 국기·국장에 관한 규정'이 추가되었는데 "개인의 독점금지 또는 형법상의 권리행사의 개념을 상정하기가 용이하지 않기 때문에 단순히 이들 법이 부정경쟁방지법과 저촉하는 경우에 이들 법이 우선한다는 내용으로 바꾼 것으로 사료된다. 어느 경우에 독금법 또는 형법상의 국기·국장에 관한 규정과 부정경쟁방지법이 충돌하게 되는지 명확하지 아니하나, 여하튼 구부정경쟁방지법 제9조가 공업소유권법에 더하여 일정한 원칙이 없이 잡다한 법을 끌어들이다 보니 규정의 문구도 수정할 수밖에 없게 되었다"는 견해도 있다.[835] 이 견해는 같은 취지에서 대법원이 상표권의 남용행사에 대해 부정경쟁방지법 적용을 긍정한 결론은 수긍되나, 그 근거 중 하나로 1986년 개정법 규정이 1961년 제정 당시와 다르게 되었다는 점을 들고 있는 것은 잘못이라고 주장한다.[836]

1986년 개정법은 1961년 제정법 당시와 다르게 표현이 수정되었고, 동 개정안 설명 자료나 대법원 판결 및 헌법재판소 결정도 모두 그런 취지로 해석하고 있는 점 등을 고려해 볼 때, 위 비판 견해의 설득력이 높다고 보기는 어려울 것이다. 하지만 특허법 등 규정과 부정경쟁방지법 규정이 상호 저촉되는 경우가 과연 있을지라는 의문과, 일본의 법 규정과도 달리 개정되었으며 그러한 개정이 독점규제법 및 형법 규정 추가와 동시에 이뤄졌다는 점 등을 생각해 보면, 위 비판 견해의 지적도 수긍할 점이 있다고 할 것이다. 결국 현행 부정경쟁방지법 제15조가 일본의 구법 및 우리의 1961년 제정법과 달리 표현하고 있지만, 그러한 개정에 의해 구법과는 다른 해석 적용을 해야 하는지, 아니면 표현이 수정되긴 했지만 1961년 제정법 당시와 실질적인 차이가 없어 같은 해석기준이 적용되어야 하는지 다툼의 여지가 있음은 부인하기 어려워 보인다.

둘째, 현행 규정의 적용 기준에 대한 의문이다. 즉, 1986년 개정법의 취지 및 이에 대한 판례의 입장을 수용한다 하더라도, 과연 어떠한 경우가 '상호 저촉 규정에 해당하여 부정경쟁방지법이 배제되는 경우'인지 모호하다. 우선 일본의 구법(즉, 우리의 1961년 제정법과 동일한 규정) 당시 '특허법 등에 의한 권리행사에 대해서는 부정경쟁방지법을 적용하지 않는다.'는 취지로 규정하고 있었지만, 일본 법원은 특허권 등의 남용적 행사에 대해 부정경쟁방지법 적용을 긍정한 것이다.[837] 부정경쟁방지법에 대한 등록권리의 우선적 효력을 명문으로 인정하고 있던 구법 당시 일본 법원은 법 규정에도 불구하고 특허권 등의 남용적 행사에 대해서는 부정경쟁방지법 적용을 긍정한 것이었다. 다음으로 1986년 개정법에 의해 표현이 수정된 이후 우리 대법원이 상표권에 기한 권리행사 주장을 배척하고 부정경쟁방지법 적용을 긍정한 것도 앞서 보았듯이 모두 상표권 등의 남용적 행사에 대한 것이었다.

---

835) 도두형, "부정경쟁방지법과 공업소유권법의 적용순위", 인권과정의 제206호, 대한변호사협회, 1993, 90면.
836) 도두형, "부정경쟁방지법과 공업소유권법의 적용순위", 인권과정의 제206호, 대한변호사협회, 1993, 94면.
837) 구법 당시 일본 법원이 상표권 등에 의한 권리주장을 배척하고 부정경쟁방지법을 적용한 것은 (1) 상표권 등에 의한 권리행사가 아닌 경우(상표권 행사를 주장했지만, 문제된 표장이 등록상표권이 아니어서 그 주장 자체가 받아들여지지 않은 경우), (2) 상표권 등에 의한 권리행사였으나 상표권 남용에 해당하는 경우였다(일본 판례에 대한 보다 자세한 소개는 도두형, "부정경쟁방지법과 공업소유권법의 적용순위", 인권과정의 제206호, 대한변호사협회, 1993, 91-93면 참고).

(2) 현행 규정의 개정 필요성

현행 부정경쟁방지법 제15조는 저촉 규정의 존재를 전제로 하고 있지만 실제 그런 경우를 찾아보긴 어렵고, 대법원도 상표권 등의 남용적 행사에 대해 부정경쟁방지법 적용을 긍정하고 있다. 현행 규정 자체와 대법원이 부정경쟁방지법 적용을 긍정하는 기준이 달라 혼란의 여지가 있을 수 있지만, 앞서 본 바와 같이 다수의 판례를 통해 대법원의 판단 기준이 어느 정도 확립된 것으로 보이고 따라서 지금과 같은 입법 및 해석 기준을 그대로 유지하더라도 문제가 된다고 할 수는 없을 것이다. 하지만 현행 규정을 그대로 존치시키는 것이 해석상 문제의 소지가 있고, 그러한 문제점을 최소화할 수 있는 개정(안)이 있다면 이 또한 적극적으로 검토해 보아야 할 것이다.

먼저 현행 규정 자체가 내포하고 있는 해석론상의 모호함이 있다. 즉, 부정경쟁방지법 제15조의 문언에 의하면 상표법 등과 부정경쟁방지법이 상호 저촉되는 경우에 관한 규정인데, 어떠한 경우가 이에 해당하는지 명확하지 않다. 헌법재판소가 "부정경쟁방지법과 상표법과의 관계, 이 사건 법률조항의 입법배경, 판례의 해석에 의해 구체화된 내용 등을 종합하여 보면, 이 사건 법률조항은 서로 밀접한 관계에 있으면서도 구체적 입법목적과 규율방법을 달리함으로써 상호간에 저촉, 충돌의 가능성을 가지고 있는 양법의 관계를 분명히 함으로써 이러한 저촉, 충돌에 대비하기 위한 것임을 알 수 있는바, 제기된 문제가 민사적인 것인지 혹은 형사적인 것인지에 따라서, 그리고 저촉, 충돌의 구체적 태양에 따라서 해석을 통하여 그 의미가 더욱 구체화될 여지를 아직 남기고 있는 것으로 보인다."고 판시한 것도 이러한 모호성을 보여주는 것이다.[838]

다음으로 동 규정의 해석에 대한 대법원 판례의 태도가 명확하다면 이러한 규정상의 모호성이 어느 정도 수긍될 수 있겠지만, 부정경쟁방지법 제15조의 의미와 대법원 판례의 태도에 대한 아래의 비판적 견해에서 알 수 있듯이 대법원의 해석 기준에 대해서도 의문이 제기되고 있다.

(가) 상표법과 부정경쟁방지법의 입법 취지가 충돌되지 않는 경우[839]

"상표법과 부정경쟁방지법의 적용 결과 또는 취지가 상호충돌되지 않는 경우에는 상표법에 따라서 등록된 상표가 가해자의 상표이거나 피해자의 상표이거나 그러한 등록상표에 대해서도 부정경쟁방지법이 적용될 수 있다. 예컨대, 등록된 상표의 보유자라도 그 등록상표에 부등록사유 내지 등록무효사유가 있거나 상표법 제51조(현행 제90조)에 규정된 효력범위를 벗어나서 상표권을 행사함으로써 결과적으로 부정경쟁행위에 해당되는 행위를 한 경우에는, 부정경쟁방지법을 적용된다고 해서 상표법의 취지에 반하는 것이 아니므로, 부정경쟁방지법 제15조의 '상표법에 다른 규정이 있는 경우'에 해당되지 않고 따라서 상표권의 행사에 대해서도 부정경쟁방지법이 적용될 여지는 있다.

…

등록상표에 대해서 상표법상 인정되는 보호범위보다 넓은 보호범위를 인정받기 위해서 부정경쟁방지법을 원용하는 것은 부정경쟁방지법 제15조가 규정하고 있는 상표법우선의 원칙 또는 부정경쟁방지법의 보충적 적용과 모순되지 않는다. 부정경쟁방지법이 상표법상의 보호범위보다 넓은 보호범위를 부여하는 것은 주지성을 전제로 하는 것이고, 동일한 등록상표의 경우에도 수요자간에

838) 헌법재판소 2001. 9. 27. 선고 99헌바77 전원재판부.
839) 정상조, "상표법과 부정경쟁방지법의 조화/통합", 특별법연구 제8권, 박영사, 2006, 756-758면.

널리 인식되어 있는 상표인지 아닌지 여부에 따라서 당해 등록상표의 명성·고객흡인력 및 수요자신뢰에 커다란 차이가 있고 따라서 그 실질적인 보호범위에도 차이를 인정하는 것은 공정한 시장질서의 형성에도 도움이 되고 당해 상표의 재산적 가치의 차이에도 비례하는 합리적인 것이다. 다시 말해서 부정경쟁방지법이 수요자간에 널리 인식된 주지의 등록상표에 대해서 상표법상의 보호범위보다 넓은 범위의 보호를 부여하는 것은 상표의 명성과 수요자의 신뢰를 보호한다고 하는 상표법의 법목적에도 합치되는 것이다. 이와 같이 주지의 등록상표에 대해서 상표법상의 보호범위보다 넓은 범위의 보호를 인정하는 것이 상표법의 법목적에 합치되고, 상표법은 주지의 등록상표에 대한 별도의 효력범위를 규정하고 있지 않을 뿐이므로, 주지의 등록상표에 대해서 부정경쟁방지법을 적용함으로써 상표법하에서 보다 넓은 보호범위를 인정하는 것은 부정경쟁방지법 제15조에 반하지 않는다고 해석된다."

(나) 상표법과 부정경쟁방지법의 입법 취지가 충돌되는 경우[840]

"상표법이 선출원주의를 채택하고 있어서 주지·저명 상표를 먼저 등록하기 위해서 출원하는 것은 애초에 상표법이 기대하고 예상하던 바이고, 그러한 상표등록출원이 상표법의 요건에 맞지 않으면 등록출원을 거절하거나 또는 등록된 후 무효심판에 의해서 무효로 만들 수 있는 제도적 장치가 있으므로, 타인의 주지·저명 상표를 먼저 등록하는 것이 상표법을 악용하거나 남용하는 것이라고 말할 수는 없다. 부정경쟁방지법을 적용할 필요가 있다고 하는 선입견을 가지고 보는 경우에 한해서 상표법의 악용/남용이라는 판단이 나올 수 있는 것이라면, 이는 명백히 부정경쟁방지법 제15조의 규정에 반하는 방식으로 부정경쟁방지법을 상표법에 우선해서 적용하는 것이다.

…

상표법상 무효의 사유가 없이 적법하게 등록된 상표의 사용도 부정경쟁행위가 될 수 있다면, 상표법상 적법한 행위에 대해서 왜 부정경쟁방지법을 우선 적용하는지에 관한 설득력 있는 이유가 있었어야 할 것이다. 요컨대, 주지·저명 상표의 선점이 상표법의 악용·남용에 해당된다고 보면서 상표법상의 요건과 절차를 무시하고 부정경쟁방지법을 우선적으로 적용하는 것은, '남용'의 의미나 부정경쟁방지법 제15조의 의미에 관한 해석론으로서는 무리한 것이다."

위 견해는 결국 상표법으로 보호받지 못하는 영역에 한정하여 부정경쟁방지법을 보충적으로 적용해야 하고, 상표법에 기한 권리행사를 (상표법에 의한 무효나 취소 등이 아닌) 부정경쟁방지법의 관점에서 규제하는 것은 부당하다는 취지로 보여진다. 동 견해가 "이와 같이 부정경쟁방지법의 적용 결과가 상표법의 입법 취지에 정면으로 반하는 것은 '상표법에 부정경쟁방지법과 다른 규정이 있는 경우'에 해당되는 것이고, 바로 이러한 경우에 부정경쟁방지법 제15조는 상표법의 규정이 우선해서 적용된다고 규정하고 있는 것이다. 따라서, 대법원이 부정경쟁방지법의 적용결과가 상표법의 입법취지에 정면으로 반함에도 불구하고 부정경쟁방지법을 우선해서 적용하는 것은 부정경쟁방지법 제15조의 취지를 몰각한 것이다. 결과적으로 대법원의 해석론은 부정경쟁방지법의 보충적 적용을 규정한 부정경쟁방지법 제15조와는 정반대로 부정경쟁방지법의 우선적 적용 내지 상표

840) 정상조, "상표법과 부정경쟁방지법의 조화/통합", 특별법연구 제8권, 박영사, 2006, 758-762면 참고.

법의 보충적 적용의 원칙을 새롭게 만든 것이고 이는 입법적인 성격의 해석인 것이다."[841]라고 하는 것도 같은 취지로 이해된다. 이러한 비판적 견해가 타당한지 여부는 별론으로 하더라도, 이와 같은 문제가 제기되는 이유는 부정경쟁방지법 제15조가 저촉 규정을 전제로 입법되어 있기 때문으로 보인다.

같은 취지에서 "부정경쟁방지법 제15조는 상표법에 다른 규정이 있는 경우에는 상표법의 규정에 따른다고 하고 있으므로 해당 법조문의 문리해석상은 등록상표의 권리가 우선하는 것으로 생각될 수 있다. 그러나 대법원은 '상표법 등 다른 법률에 의하여 보호되는 권리일지라도 그 법에 저촉되지 아니하는 범위 안에서는 부정경쟁방지법을 적용할 수 있다'고 판시하고 있어, 선상표사용자의 권리를 우선할 것인지 또는 등록상표권자의 권리를 우선할 것인지는 구체적 사안에 따라 달라질 수밖에 없을 것이며 이에 대한 적절한 해석론(기준)이 요구된다."는 지적도 있다.[842]

이러한 현행 규정의 모호성은 부정경쟁방지법에 따른 형사처벌 문제를 내포한다는 점에서 위헌성 논란도 제기될 수 있다. 비록 앞서 본 바와 같이 동 규정의 위헌성 여부에 대해 헌법재판소는 합헌 취지로 판단하였으나, 현행 규정의 문언만 보면 상표권 등에 기한 권리행사의 경우 어떠한 요건 하에서 부정경쟁방지법이 적용된다는 것인지(즉, 어떤 경우가 상호 저촉되는 경우에 해당한다는 것인지) 명확하지 않은 부분도 있다고 할 수 있다.[843]

이와 같이 현행 규정은 문언 자체에서 해석론상 혼란의 여지를 남겨두고 있는 것이다.

다음으로 현행 규정의 해석·적용 사례와 기준을 살펴보면, 앞서 본 바와 같이 부정경쟁방지법 제15조의 적용 여부는 결국 상표권 등의 권리행사가 권리남용에 해당하는지 여부로 귀결됨을 알 수 있다. 이론적인 관점에서 생각해 보더라도, 등록권리 행사에 대해 부정경쟁방지법 적용을 긍정할 것인지의 문제가 발생할 수 있고, 이 경우 적법한 등록권리 행사에 대해서까지 부정경쟁방지법을 적용하면 출원 및 등록을 통해 독점적 지위를 부여하는 산업재산권의 취지 자체가 몰각될 우려도 있다.[844] 이와 달리 상표의 출원 및 등록, 상표권의 행사 등이 정당한 목적하에 이루어진 것이 아니라 부정한 목적을 위한 것으로서 상표권 남용에 해당하는 경우라면 상표법상 보호는 부정되고, 그러한 행위에 대해 부정경쟁방지법을 적용하더라도 문제가 없고 오히려 그 적용의 필요성이 있다고 할 것이다. 한편, 이와 같은 상표권 등의 남용적 행사가 '상표법과 부정경쟁방지법이 상호 저촉되지 경우'인지는 앞서 본 바와 같이 다툼의 여지가 있다. 이와 같이 부정경쟁방지법 제15조의 구체적인 적용 사례 및 판단 기준은 상표권 등의 남용 여부에 있는 것이고, 그에 반해 현행 규정은 저촉 여부로 입법되어 있어 법 규정과 실제 동 규정의 적용 방향에 차이가 있는 것으로 보여진다.

결국 현행 부정경쟁방지법 제15조는 문언 자체(저촉 규정)에서 해석상 혼란의 여지를 남겨 두고 있고, 동 규정이 문제되는 경우는 상표권 등의 남용적 행사 여부라는 점(즉, 문언 내용과 실제 적

841) 정상조, "상표법과 부정경쟁방지법의 조화/통합", 특별법연구 제8권, 박영사, 2006, 763면.

842) 정민호, "상표법상 권리와 부정경쟁방지법상 권리의 충돌문제 – 대법원 2000. 5. 12. 선고 98다49142 판결을 대상으로 –", 성균관법학 제24권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2012. 9., 752면.

843) 부정경쟁방지법 제15조의 해석에 대해 대법원 판례와 다른 기준을 제시하는 견해는, 그 연장선상에서 제15조의 불명확성과 이로 인한 죄형법정주의 위반의 문제도 지적한다. 상조, 764면 이하 참고.

844) 정당한 표장 사용인지 여부가 아니라 형식적으로 출원하여 등록받았는지의 관점에서 그 보호기준을 정하는 산업재산권의 본질을 생각해 볼 때, 미등록표지 사용을 전제로 한 부정경쟁방지법의 지나친 강조는 출원 및 등록을 장려하는 산업재산권 보호에 역행할 수도 있을 것이다.

용 방향에 차이가 있음)을 고려해 볼 때, 입법적 개정을 하는 것이 현행 규정을 존치시키는 것보다 더 바람직할 것으로 판단된다.

라. 현행 규정의 개정 방향 - 동 규정 폐지의 타당성

현행 부정경쟁방지법 제15조를 개정하는 것을 전제로 한다면, 그 개정 방향으로는 동 규정을 삭제하는 방안 또는 해석론상 혼란을 줄이는 방향으로의 수정 방안이 있을 수 있다. 전자의 경우 일본의 입법이 참고될 수 있고, 부정경쟁방지법은 상표법 등과는 다른 고유의 입법 목적과 취지를 가지고 있어 독자적으로 규율하면 된다는 점에서 긍정적인 측면이 있다.[845] 먼저, 이 규정은 일본의 입법을 참고한 것인데 일본 이외에 다른 입법례를 찾아보기 어렵고, 일본도 1934년 입법 이후 여러 가지 비판에 직면하였다가 1993년 개정법에서 이를 삭제하였다. 따라서 현재로서는 이와 관련된 입법례가 없고, 더욱이 현행 규정은 일본 입법과도 달리 '~와 다른 규정이 있는 경우'로 되어 있어 해석론상 혼란을 초래하기도 한다. 그리고 부정경쟁방지법은 특허법 등과 함께 지식재산권법의 한 유형으로서 고유의 입법 목적과 규율 대상, 적용 요건 등이 있기 때문에 동법의 적용 기준에 부합하는지를 중심으로 판단하면 족하지, 다른 법률에 따라 판단이 달라져야 할 이유가 없다. 진정상품 병행수입업자의 상표사용행위가 상표권 침해에 해당하지 않는다 하더라도 사용태양에 따라 부정경쟁방지법상 영업주체혼동행위에 해당할 수 있다는 판례[846]도 이러한 취지로 이해할 수 있다. 또한 동 규정이 문제되는 사례들은 대부분이 상표권 남용에 대한 것인데, 상표권의 남용적 행사는 상표법상 보호대상이 될 수 없고, 따라서 그러한 행위에 대해 부정경쟁방지법을 적용하는 것은 부정경쟁방지법 제15조의 존재와 무관한 것이다.[847] 한편, 일본의 입법 배경에서 본 바와 같이 동 규정의 입법 이유는 등록권리를 행사하는 경우 부정경쟁방지법의 적용을 배제하겠다는 것인데, 등록권리의 정당한 행사에 대해 부정경쟁방지법의 적용을 부정하는 것은 그것이 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위에 해당하지 않기 때문이지, 부정경쟁행위에 해당하는데 등록권리로서 다른 법률이 우선 적용되기 때문으로 볼 이유는 없다. 만약 다른 법률에 근거한 정당한 권리행사를 부정경쟁행위로 규제하는 것이 부당한 사안이 있다면 부정경쟁방지법에 그에 대한 예외 규정을 마련하여 대처할 것이지,[848] 법률 상호간의 적용 순서(특히 부정경쟁방지법의 후순위 적용)에 의해 처리하는 것은 부정경쟁방지법의 독자적인 입법 목적 및 취지에 반한다. 나아가 동 규정을 개정(개정안은 후술 참고)하여 존치시킨다면, 입법 배경 및 개정 경과에서 본 바와 같이 관련

845) 헌법재판소 2015. 2. 26. 선고 2013헌바73 전원재판부(심판대상조항이 처벌하는 행위는 상표권 침해행위와는 그 구체적 입법목적과 규율방법을 달리함으로써 각자 독자적 기능을 발휘하고 있다. 특정 표지의 독점을 허용하는 것이 공익에 반할 수 있다는 관점을 감안하더라도, 상표법에서 독점적 사용을 방지하기 위하여 등록대상으로 허용하지 않는 현저한 지리적 명칭 등이 사실상의 사용에 의하여 주지되어 식별력을 갖춘 경우 부정경쟁방지법에 의하여 보호가 되는 것은 부정경쟁방지법이 추구하는 또 다른 공익에 기여하는 것이다. 부정경쟁방지법과 상표법의 기능, 입법목적과 규율방법의 차이에 비추어 볼 때 각 보호대상에 차이가 있는 것은 오히려 당연한 것이며, 이러한 차이점이 있다는 사실만으로 심판대상조항이 불명확하다고 할 수 없다) 참고.

846) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도7462 판결, 대법원 2002. 9. 24. 선고 99다42322 판결.

847) 이러한 취지에서 "피고가 부정경쟁목적으로 미등록주지상표를 등록·사용하는 상황은 상표권 남용으로 인해 피고가 등록상표권을 주장할 수 없는 상황이므로 부정경쟁방지법만 단독으로 적용되며 제15조는 적용할 수 없는 상황이므로 '우선·충돌·저촉 등'을 논할 필요조차 없다"는 견해로 박준우, 「부정경쟁방지법 개정방안 세미나」, 한국지식재산학회·특허청, 2023. 12. 14., 토론문 51면 이하 참고.

848) 예컨대, 우리 부정경쟁방지법은 최근인 2023. 3. 28. 개정에서 국내에 널리 인식된 타인의 상품표지 또는 영업표지의 오인·혼동행위에 대하여 부정한 목적 없이 먼저 사용한 경우에는 부정경쟁행위에서 제외하도록 하였는데, 이와 같이 부정경쟁방지법의 적용 여부는 부정경쟁방지법 자체적으로 규율·적용할 문제이다.

법률들이 제·개정될 때마다 부정경쟁방지법 제15조에 추가하는 것을 검토하게 될 것인데 어느 법률을 어떤 기준하에서 제15조 대상에 포함시켜야 할지 그 판단이 명확하지 않다는 문제도 있다.[849] 무엇보다도 지금의 제15조를 존치시켜야 할 실질적인 이유나 필요성을 찾아보기 어렵다. 그러한 점에서 부정경쟁방지법 제15조의 개선 방향은 개정이 아닌 폐지가 타당하다고 판단된다.

그리고 이러한 부정경쟁방지법 제15조 폐지의 타당성은 제15조 제1항 뿐만 아니라 제2항에 대해서도 마찬가지이다. 즉, 제15조 제2항에서 규정하고 있는 "「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」, 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」, 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 또는 「형법」 중 국기·국장에 관한 규정"에 대해 부정경쟁방지법이 후순위로 적용되어야 할 이유가 없고, 그와 같은 입법례도 찾아보기 어려우며, 부정경쟁방지법의 독자적인 입법 목적 및 취지에도 반한다. 또한 어떠한 법률들이 제15조 제2항에 포함될 수 있는지 그 기준도 명확하지 않고, 향후 새로운 입법이 만들어질 때마다 제15조 제2항과의 관계가 문제될 수 있어, 법적 혼란을 계속 초래할 우려도 있다. 그러한 점에서 제15조 제1항 및 제2항은 모두 폐지하고, 부정경쟁방지법의 독자적인 지위를 인정하는 것이 타당할 것으로 판단된다.

<제15조에 대한 개정(안) 1>

현행법	개정(안)
제15조(다른 법률과의 관계) ① 「특허법」, 「실용신안법」, 「디자인보호법」, 「상표법」, 「농수산물 품질관리법」, 「저작권법」 또는 「개인정보 보호법」에 제2조부터 제6조까지 및 제18조제3항과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다. <개정 2011. 6. 30., 2013. 7. 30., 2021. 12. 7.><신설> ② 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」, 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」, 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 또는 「형법」 중 국기·국장에 관한 규정에 제2조제1호라목부터 바목까지, 차목부터 파목까지, 제3조부터 제6조까지 및 제18조제3항과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다.	<삭제>

4. 현행 규정의 개정에 대한 검토

가. 현행 규정의 개정 필요성 및 방향

현행 부정경쟁방지법 제15조는 폐지하는 것이 타당하는 것을 앞에서 살펴보았는데, 1961년 제정법 당시부터 관련 규정이 있었고 동 규정에 대해 그동안 많은 판례들이 쌓여 왔다는 점에서 지금 당장 동 규정을 폐지하는 것은 시기상조 또는 적절하지 않다는 의견도 있을 수 있다. 만약 그러한 의견을 따른다고 하더라도, 현행 규정은 '~와 다른 규정이 있는 경우'로 되어 있어 해석상

849) 문선영, 「부정경쟁방지법 개정방안 세미나」, 한국지식재산학회·특허청, 2023. 12. 14., 토론문 55면에서도 이러한 취지에서 "대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률에 따른 기술자료나 산업기술 유출방지 및 보호에 관한 법률과 부정법상 영업비밀과의 관계에 대해서는 어떻게 해석하여야 하는지, 이들 법률도 부정법 범문에 포함시켜야 하는 것인지 문제이고 나아가 향후 관련 법률이 제정될 때마다 부정법 포함여부를 논의해야 하는 것인지도 문제가 될 수 있"다고 지적한다.

혼란을 초래하고 있고 따라서 해석상 혼란을 최소화하는 방향으로 개정할 필요가 있다고 판단된다. 앞서 본 바와 같이 동 규정이 문제되는 것은 상표권의 남용적 행사에 대한 부정경쟁방지법 적용 여부인데, 그렇다면 현행 규정을 권리의 정당한 행사 여부를 중심으로 입법하는 것이 적절할 수 있을 것이다. 특히 상표권 등의 남용적 행사에 대해 부정경쟁방지법을 적용하는 것은 문제가 없고, 이와 달리 의문이 제기될 수 있는 것은 상표권 등의 정당한 행사에 대해서도 부정경쟁방지법을 적용할 것인지의 문제이다. 즉, 현행 부정경쟁방지법 제15조를 삭제하게 되면, 상표법 등에 근거한 정당한 권리행사인지 여부를 묻지 않고 부정경쟁방지법 적용 여부를 독자적으로 판단하게 될 것인데, 그렇다면 상표권 등의 정당한 행사에 대해서도 부정경쟁방지법을 일률적으로 적용하게 되는지 의문이 제기될 수 있을 것이다. 각 법률마다 고유의 입법 목적과 취지, 적용 기준이 있기 때문에 상표권 등의 정당한 행사에 대해서도 부정경쟁방지법을 적용할 수 있다고 볼 수도 있겠지만,[850] 앞서 본 바와 같이 실질적인 사용 여부가 아니라 형식적인 출원 및 등록을 중심으로 보호체계를 갖추고 있는 산업재산권법의 취지에 반하는 문제도 발생할 수 있다.[851] 상표권의 남용적 행사에 대한 부정경쟁방지법 적용을 긍정하는 대법원도 그 전제로 "물론 상표권자는 지정상품에 대하여 그 등록상표를 사용할 권리를 독점하는 것이고, 일단 등록된 상표는 심판에 의하여 무효로 확정되기까지는 유효한 것임은 소론과 같고, 그러므로 일반적으로는 상표법에 의한 상표권자의 상표권행사가 국내에 널리 알려진 타인의 상표와 동일 또는 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매 반포하여 타인의 상품과 혼동을 일으키게 하는 행위에 해당하는 경우에도 위의 법률의 적용대상이 되지 않는다고 보는 것이 옳을 것"임을 인정하고 있다.[852]

이와 같은 개정의 필요성을 전제로, 구체적인 개정 방향을 검토해 보기 위해 우선 특허권 등의 행사와 부정경쟁방지법의 적용 여부가 문제될 수 있는 4가지 유형별을 구분하여 살펴보면 아래와 같다.

(1) 상표권 등의 정당한 행사

(가) 상품주체 등 오인혼동이 발생하지 않는 경우: 상표권 등의 정당한 행사가 있고, 이로 인해 상품주체 등 오인혼동도 발생하지 않는다면 이러한 행위에 대해 부정경쟁방지법이 적용되지 않음은 의문이 없다. 다만 이러한 결론은 부정경쟁방지법 제15조와 무관하기 때문에, 동 규정의 존재 실익은 없다.

(나) 상품주체 등 오인혼동이 발생하는 경우: 상표권 등의 정당한 행사로 인해 상품주체 등 오인혼동이 발생하는 경우 부정경쟁방지법의 적용이 문제될 수 있다. 이 경우에는 부정경쟁

850) 상표권 등의 정당한 행사 행위가 부정경쟁행위에 해당하는 경우는 없겠지만, 이론적으로는 그러한 적용가능성도 부인할 수는 없을 것이다.

851) 정상조, "상표법과 부정경쟁방지법의 조화/통합", 특별법연구 제8권, 박영사, 2006, 759면(상표법이 선출원주의를 채택하고 있어서 주지·저명 상표를 먼저 등록하기 위해서 출원하는 것은 애초에 상표법이 기대하고 예상하던 바이고, 그러한 상표등록출원이 상표법의 요건에 맞지 않으면 등록출원을 거절하거나 또는 등록된 후 무효심판에 의해서 무효로 만들 수 있는 제도적 장치가 있으므로, 타인의 주지·저명 상표를 먼저 등록하는 것이 상표법을 악용하거나 남용하는 것이라고 말할 수는 없다. 부정경쟁방지법을 적용할 필요가 있다고 하는 선입견을 가지고 보는 경우에 한해서 상표법의 악용/남용이라는 판단이 나올 수 있는 것이라면, 이는 명백히 부정경쟁방지법 제15조의 규정에 반하는 방식으로 부정경쟁방지법을 상표법에 우선해서 적용하는 것이다) 참고.

852) 대법원 1993. 1. 19. 선고 92도2054 판결.

방지법 제15조가 적용되어 부정경쟁방지법 적용이 배제되고, 따라서 동 규정의 입법 실익이 있게 된다. 다만, 이 영역에 대한 판단 기준으로 현행과 같이 저촉 규정 형태로 입법하는 것이 바람직한지는 의문이 있을 수 있다.

(2) 상표권 등의 부당한 행사

(가) 상품주체 등 오인혼동이 발생하지 않는 경우: 상표권 등의 부당한 행사가 있다 하더라도 이로 인해 상품주체 등 오인혼동행위가 발생하지 않는다면, 부정경쟁방지법의 적용 영역이 아니기 때문에 부정경쟁방지법은 적용되지 않는다. 이 경우에도 제15조의 존재 실익은 없다.

(나) 상품주체 등 오인혼동이 발생하는 경우: 상표권 등의 부당한 행사가 있고 이로 인해 상품주체 등 오인혼동이 발생하면 되면 부정경쟁방지법을 적용할 수 있을 것이고, 앞에서 살펴본 대법원 판례들도 주로 이 영역에 대한 것이다. 다만 이 경우 부정경쟁방지법을 적용하기 위해 굳이 제15조가 존재해야 하는지는 의문일 수 있다.

위에서 본 바와 같이 상표권 등의 권리행사에 대해 부정경쟁방지법을 적용할 것인지의 문제는 상표권 등의 정당한 행사로 상품주체 등 오인혼동이 발생하는 경우[(1)-(나)]와 상표권 등의 부당한 행사로 상품주체 등 오인혼동이 발생하는 경우[(2)-(나)]가 있다. 그리고 이러한 유형 중 후자에 대해 부정경쟁방지법을 적용하는 것은 문제의 여지가 없을 것이고, 이와 달리 전자에 대해 부정경쟁방지법을 적용할 것인지는 의문이 있을 수 있다.

부정경쟁방지법 제15조를 삭제하여 상표법 등과 부정경쟁방지법을 각각 독립적으로 해석·적용하면 된다고 볼 수도 있겠지만, 앞서 본 바와 같이 법 제15조의 연혁 및 운영 현황, 출원 및 등록을 중심으로 한 산업재산권 보호 체계의 중요성, 부정경쟁방지법의 보충적 성질[853] 등을 고려해 볼 때, 전자에 행위에 대해서는 부정경쟁방지법 적용이 배제된다는 것을 명문화해 둘 필요도 있을 수 있다.

결국 상표권 등의 권리행사가 정당한 경우에는 부정경쟁방지법을 적용하지 않고, 그러한 권리행사가 정당하지 않은 경우(상표권 등 남용)에는 부정경쟁방지법이 적용된다는 내용으로 입법 개정을 하는 것이 바람직할 것으로 보인다.[854]

나. 제15조 제1항의 개정(안)

상표권 등의 권리행사가 정당한 경우에는 부정경쟁방지법을 적용하지 않고, 그러한 권리행사가 정당하지 않은 경우(상표권 등 남용)에는 부정경쟁방지법이 적용된다는 내용으로 개정을 한다면 다음과 같은 사항을 고려하여 개정이 가능할 것이다. 이때 산업재산권법이 아닌 「농수산물품질관리법」, 「저작권법」 또는 「개인정보 보호법」에 대해서도 동일한 개정 내용 적용이 타당한지 의문이 있을 수 있을 것이다. 이에 대해서는 추가적인 연구와 논의를 통해 다른 형태의 개정안(제

853) 부정경쟁방지법이 상표법 등과의 관계에서 보충적 지위에 있다는 것이 아니라, 실제 제도 운영면이나 법적 성질에 있어 보충적 성질이 있음을 말한다.

854) 이러한 개정방향에 대해 찬성하는 의견으로 박준우, 「부정경쟁방지법 개정방안 세미나」, 한국지식재산학회·특허청, 2023. 12. 14., 토론문 53면 참고.

15조 제2항에서 규율하는 방안, 제3항에서 별도로 규율하는 방안 등)도 도출할 수 있겠으나, 「농수산물 품질관리법」은 지리적표시의 등록(제32조)에 의한 지리적표시권(제34조)이 인정되어 특허법과 유사한 보호체계를 두고 있는 점(동법 제41조에서는 특허법의 많은 규정들을 준용하고 있음), 「저작권법」은 지식재산권의 한 유형으로서 산업재산권법과 달리 취급할 이유가 없는 점(아래의 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제117조 참고), 「개인정보 보호법」의 경우 등록을 전제로 한 보호는 아니지만 보호대상인 개인정보를 특정하고(제2조 제1호) 이에 대한 보호를 규정한다는 것에서 저작권법과 유사한 측면이 있는 점 등을 고려해 볼 때, 산업재산권법과 같은 개정 내용으로 포섭시킬 수 있을 것으로 생각된다(「농수산물 품질관리법」, 「저작권법」 또는 「개인정보 보호법」이 각각 2011년, 2013년 및 2021년에 각각 제15조 제1항에 추가신설된 점도 참고될 수 있을 것이다).

<개정(안)> 제15조(다른 법률과의 관계) ① 이 법은 「특허법」, 「실용신안법」, 「디자인보호법」, 「상표법」, 「농수산물 품질관리법」, 「저작권법」 또는 「개인정보 보호법」에 따른 권리의 정당한 행사라고 인정되는 행위에 대해서는 적용하지 아니한다.

이러한 입법은 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제117조에서도 찾아볼 수 있다.

제117조(무체재산권의 행사행위) 이 법은 「저작권법」, 「특허법」, 「실용신안법」, 「디자인보호법」 또는 「상표법」에 따른 권리의 정당한 행사라고 인정되는 행위에 대해서는 적용하지 아니한다.

참고로 위 공정거래법 규정의 해석 기준과 관련하여 특허법 등의 관점에서 판단해야 한다는 견해, 공정거래법의 관점에서 판단해야 한다는 견해 등이 대립하다가 GSK-동아제약 사건 판결에서 대법원[855]은 "(구)공정거래법 제59조는 '이 법의 규정은 저작권법, 특허법, 실용신안법, 디자인보호법 또는 상표법에 의한 권리의 정당한 행사라고 인정되는 행위에 대하여는 적용하지 아니한다.'고 규정하고 있으므로, '특허권의 정당한 행사라고 인정되지 아니하는 행위'에 대하여는 공정거래법이 적용되고, 이는 '정당한'이란 표현이 없던 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2007. 8. 3. 법률 제8631호로 개정되기 전의 것) 제59조의 경우도 마찬가지이다. '특허권의 정당한 행사라고 인정되지 아니하는 행위'란 행위의 외형상 특허권의 행사로 보이더라도 그 실질이 특허제도의 취지를 벗어나 제도의 본질적 목적에 반하는 경우를 의미하고, 여기에 해당하는지는 특허법의 목적과 취지, 당해 특허권의 내용과 아울러 당해 행위가 공정하고 자유로운 경쟁에 미치는 영향 등 제반 사정을 함께 고려하여 판단하여야 한다. 따라서 의약품의 특허권자가 자신의 특허권을 침해할 가능성이 있는 의약품의 제조·판매를 시도하면서 그 특허의 효력이나 권리범위를 다투는 자에게 그 행위를 포기 또는 연기하는 대가로 일정한 경제적 이익을 제공하기로 하고 특허 관련 분쟁을 종결하는 합의를 한 경우, 그 합의가 '특허권의 정당한 행사라고 인정되지 아니하는 행위'에 해당하는지는 특허권자가 그 합의를 통하여 자신의 독점적 이익의 일부를 상대방에게 제공하는 대신 자신의 독점적 지위를 유지함으로써 공정하고 자유로운 경쟁에 영향을 미치는지에 따라 개별적으로 판단하여야 하고, 이를 위하여는 합의의 경위와 내용, 합의의 대상이 된 기간, 합의에서 대가로 제공하기로 한 경제적 이익의 규모, 특허분쟁에 관련된 비용이나 예상이익, 그 밖에 합의에서 정한 대가를 정당화할 수 있는 사유의 유무 등을 종합적으로 고려하여야 한다."고 하여 양 법의 관점을

855) 대법원 2014. 2. 27. 선고 2012두24498 판결.

종합하여 판단하는 것으로 입장을 정리하였다.

현행 공정거래법 제117조의 모델이 된 일본에서의 입법 경위에서도 그 제정 이유가 정확히 확인되지 않고 있고, 우리나라의 상황도 마찬가지이다. 이에 동 규정의 해석 방향에 대해 여러 견해 대립이 있고, 위 대법원 판결에 대해서도 비판적 견해가 있지만,[856] 판례의 태도를 참고해 볼 때 만약 부정경쟁방지법 제15조 제1항을 위와 같은 방식으로 개정하게 되면 유사한 대법원 판시 기준이 적용될 가능성이 높을 것으로 보인다.

다. 제15조 제2항의 개정 방향

제15조 제2항을 삭제하지 않고 존치시키는 경우, 현행 규정을 그대로 둘 것인지 아니면 앞서 본 제15조 제1항 개정 논의를 참고하여 표현을 수정할 것인지 검토해 볼 필요가 있다. 제15조 제2항에는 제1항과 달리 주로 행위규제형 입법들이 규정되어 있는데 이 부분을 중심으로 살펴볼 수 있다. 부정경쟁방지법은 특허법 등과 달리 권리부여형이 아닌 행위규제형 입법이라는 특징을 가지고 있다. 그런 점에서 이와 유사한 '행위규제형 입법'과의 우선순위에 대해서는 입법적으로 명확하게 할 실익이 있을 수 있고, 그러한 취지에서 현행 제15조 제2항이 "「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」, 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」, 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 또는 「형법」 중 국기·국장에 관한 규정에 제2조제1호라목부터 바목까지, 차목부터 파목까지, 제3조부터 제6조까지 및 제18조제3항과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다."고 규정한 것은 타당한 측면이 있다.

물론 부정경쟁방지법 제15조 제2항에서 열거하고 있는 법률들과 부정경쟁방지법의 성격이 동일한 것은 아니다. 예를 들어 공정거래법은 경쟁자를 직접 보호하기 위한 것이 아니라 경쟁을 보호하는 것이며,[857] 넓은 의미의 공정거래법에 속하는 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」, 「하도급거래 공정화에 관한 법률」도 마찬가지이다. 한편, 형법상 국기·국장 보호 규정은 국가의 권위와 대외적 체면을 보호법익으로 하는 구체적 위험범으로서 사익보호적 성격이 거의 없음[858]에 반해 부정경쟁방지법 제2조 제1호 라~바목, 차~파목 등은 사익보호적 성격이 강하다는 점에서 차이가 있다.

그럼에도 불구하고 부정경쟁방지법과 제15조 제2항의 각 법률들은 특정한 권리부여를 전제로 한 보호체계가 아니라 구체적인 행위 유형들을 규제한다는 점에서 공통되고, 제2항에서 규정하고 있는 법률들이 부정경쟁방지법에 비해 공통적으로 공적 규제 또는 제재의 성격이 더 강한 입법인 점에서 규율을 양보하는 현행 부정경쟁방지법 제15조 제2항이 타당한 측면이 있다고 볼 수 있다.

---

856) 류시원, "지식재산권 유형에 따른 공정거래법 집행에 관한 연구", 고려대학교 법학전문대학원 박사학위논문, 2022. 2., 41-48면 참고.

857) 대법원 2015. 9. 10. 선고 2012두18325 판결(공정거래법은 불공정거래행위를 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모함을 목적으로 하고(제1조 참조), 불공정거래행위에서의 '거래'란 통상의 매매와 같은 개별적인 계약 자체를 가리키는 것이 아니라 그보다 넓은 의미로서 사업활동을 위한 수단 일반 또는 거래질서를 뜻하는 것으로 보아야 하는 점(대법원 2010. 1. 14. 선고 2008두14739 판결 참조)을 고려할 때, 공정거래법 제23조 제1항은 단순히 불공정한 계약내용이나 사법상 권리의무를 조정하기 위한 것이 아니라 공정한 거래질서 또는 경쟁질서의 확립을 위하여 경제에 관한 규제와 조정이라는 공법적 관점에서 불공정한 거래행위를 금지하는 규정이라고 보아야 한다) 참고.

858) 헌법재판소 2019. 12. 27. 선고 2016헌바96 전원재판부(국기 보호 규정은 ... 국가의 대표적 상징물인 국기를 존중, 보호함으로써 국가의 권위와 체면을 지키고, 국민들이 국기에 대하여 가지는 존중의 감정을 보호하려는 목적에서 입법된 것).

그러한 점에서 제15조 제2항을 삭제하지 않고 존치시키는 것을 전제로 한다면, 현행 규정을 개정할 필요나 실익은 크지 않고 지금의 입법을 유지하는 게 타당할 것이다.

라. 소결 - 제15조에 대한 개정(안)

이상의 검토 내용을 종합해 보면, 부정경쟁방지법 제15조에 대해서는 다음과 같이 제15조 제1항만 내용을 수정하는 개정(안)을 제시해 볼 수 있겠다.

<제15조에 대한 개정안 2>

현행법	개정안 2
제15조(다른 법률과의 관계) ① 「특허법」, 「실용신안법」, 「디자인보호법」, 「상표법」, 「농수산물 품질관리법」, 「저작권법」 또는 「개인정보 보호법」에 제2조부터 제6조까지 및 제18조제3항과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다. <개정 2011. 6. 30., 2013. 7. 30., 2021. 12. 7.><신설> ② 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」, 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」, 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 또는 「형법」 중 국기·국장에 관한 규정에 제2조제1호라목부터 바목까지, 차목부터 파목까지, 제3조부터 제6조까지 및 제18조제3항과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다.	**제15조(다른 법률과의 관계)** ① 이 법은 「특허법」, 「실용신안법」, 「디자인보호법」, 「상표법」, 「농수산물 품질관리법」, 「저작권법」 또는 「개인정보 보호법」에 따른 권리의 정당한 행사라고 인정되는 행위에 대해서는 적용하지 아니한다. ② (현행 유지) 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」, 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」, 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 또는 「형법」 중 국기·국장에 관한 규정에 제2조제1호라목부터 바목까지, 차목부터 파목까지, 제3조부터 제6조까지 및 제18조제3항과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다.

5. 소결

현행 부정경쟁방지법 제15조는 유사한 입법례를 찾아볼 수 없고 저촉규정의 의미도 모호하여 해석론상 혼란을 초래하고 있다. 무엇보다도 부정경쟁방지법의 독자적인 입법 취지 및 목적 등을 고려해 볼 때, 다른 법률에 대해 후순위적으로 적용되어야 할 이유를 찾아보기 어렵다. 따라서 해당 규정은 삭제하는 것이 타당하다고 판단된다(개정안 1).

<제15조에 대한 개정안 1>

현행법	개정(안)
제15조(다른 법률과의 관계) ① 「특허법」, 「실용신안법」, 「디자인보호법」, 「상표법」, 「농수산물 품질관리법」, 「저작권법」 또는 「개인정보 보호법」에 제2조부터 제6조까지 및 제18조제3항과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다. <개정 2011. 6. 30., 2013. 7. 30., 2021. 12. 7.><신설> ② 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」, 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」, 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 또는 「형법」 중 국기·국장에 관한 규정에 제2조제1호라목부터 바목까지, 차목부터 파목까지, 제3조부터 제6조까지 및 제18조제3항과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다.	제15조(다른 법률과의 관계) <삭제>

다만, 동 규정이 1961년 제정법부터 있어 왔고 이에 대한 판례도 많이 나와 있다는 점에서 지금 당장 삭제하는 것이 무리가 있다면, 제1항의 경우 판례의 해석 기준에 맞게, 그리고 공정거래법

제117조의 입법을 참고하여 특허권 등의 부당한 행사에 대해 적용된다는 형태로 개정하고, 이와 달리 제2항은 지금과 같은 입법 형태를 유지하는 것이 타당하다고 할 것이며, 그 개정안은 다음과 같다(개정안 2).

<제15조에 대한 개정안 2>

현행법	개정(안)
제15조(다른 법률과의 관계) ①「특허법」,「실용신안법」,「디자인보호법」,「상표법」,「농수산물 품질관리법」,「저작권법」 또는「개인정보 보호법」에 제2조부터 제6조까지 및 제18조제3항과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다. <개정 2011. 6. 30., 2013. 7. 30., 2021. 12. 7.><신설> ②「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」,「표시·광고의 공정화에 관한 법률」,「하도급거래 공정화에 관한 법률」 또는「형법」 중 국기·국장에 관한 규정에 제2조제1호라목부터 바목까지, 차목부터 파목까지, 제3조부터 제6조까지 및 제18조제3항과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다.	**제15조(다른 법률과의 관계)** ① 이 법은「특허법」,「실용신안법」,「디자인보호법」,「상표법」,「농수산물 품질관리법」,「저작권법」 또는「개인정보 보호법」에 따른 권리의 정당한 행사라고 인정되는 행위에 대해서는 적용하지 아니한다. ② (현행 유지) 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」,「표시·광고의 공정화에 관한 법률」,「하도급거래 공정화에 관한 법률」 또는「형법」 중 국기·국장에 관한 규정에 제2조제1호라목부터 바목까지, 차목부터 파목까지, 제3조부터 제6조까지 및 제18조제3항과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다.

제5장 결 론

제5장 결 론

본 연구에서는 부정경쟁방지법의 체계 정비, 디지털 전환에 따른 부정경쟁행위 관련 제도 정비, 영업방해·부당경고 등 새로운 유형의 부정경쟁행위 검토 및 부정경쟁방지법의 실효적 적용을 위한 제도 정비라는 4가지 대주제 하에 부정경쟁방지법 개정안을 도출하기 위하여 연구가 진행되었다.

첫째, 부정경쟁방지법의 체계 정비와 관련해서는 기존 부정경쟁행위 재분류, 유사·중복 규정 통·폐합 등 현행 13가지 유형을 기준에 따른 재분류 방안, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 라목, 마목, 바목 등의 합리적 통·폐합 방안, 부정경쟁·국기국장 규정 적용범위를 서비스업으로의 확대 방안, 및 국기·국장 처벌규정의 행정규제 전환 타당성에 관하여 고찰하였다. 그 결과, 다음과 같은 결론에 도달하였다:

(1) 현행 부정경쟁방지법은 애초와 마찬가지로, 가목과 나목과 같은 혼동야기행위(상품주체혼동행위, 영업주체혼동행위)는 "혼동을 일으키는 행위"가 구성요건으로 되어 있는 점과 이렇게 나누는 실익이나 근거가 궁핍하다는 점, 또한 자기의 상품을 타인의 영업과 혼동하게 하거나 반대로 자기의 영업을 타인의 상품과 혼동하게 하는 행위는 현행법에 따르면 규제의 대상이 될 수 있는지 여부가 불명확하다는 형식상의 문제도 있는 점 등에서 양호(兩號)를 일체화하여 '혼동야기행위' 또는 '혼동초래행위'라고 규정함으로써 형식상의 문제를 제거할 필요가 있고, 또한 원산지허위표시행위, 출처지오인야기행위, 및 질량오인 야기행위는 본질적으로 하나의 유형에 속하는 행위들로서 불필요하게 개별화된 것이라는 점에서, '오인야기행위' 또는 '오인유발행위'라고 일체화하여 분류할 필요가 있으며, 종래의 부정경쟁행위 13가지를 10가지 유형으로 통폐합함으로써, 새롭게 신설될 가능성이 있는 부정경쟁행위 유형 즉 새로운 유형의 부정경쟁행위로서, ① 신용저해·영업방해 행위, ② 부당경고 행위 등을 위한 법체계상 공간 확보 마련이 쉽게 될 수 있는 점에서 체계화에 따른 실익을 찾을 수 있다는 결론에 도달하였다.

(2) 부정경쟁·국기국장 규정 적용범위를 서비스업으로의 확대 방안과 관련하여 부정경쟁방지법 제2조 제1호 라목 내지 바목, 사목, 제3조 및 제3조의2 규정을 검토하였고, 제2조 제1호 라목 내지 바목의 경우 규율 공백이 확인되어 구체적인 개정안을 제안하였다. 특히 서비스로의 확대는 바목을 중심으로 하되, 일본의 입법례를 참고하여 라목과 마목을 통합하는 방안을 개정안의 형태로 제안하였다. 또한, 제3조는 현행법의 해석을 통해 서비스에의 사용을 규제할 수 있다는 점에서, 제3조의2는 우리나라가 체결한 다자간 및 양자간 FTA에서 지리적 표시를 상품에 관한 것으로만 정의하고 있으며 서비스와 관련된 지리적 표시 보호가 요구된 적이 없어 보호범위 확대의 실익이 없고 국익의 면 및 상표법과 부정경쟁방지법에 의한 지리적 표시 보호의 불균형 등의 면에서 부적절하다는 점에서 각각 개정 필요성이 없다는 결론에 이르렀다.

(3) 국기·국장 등 사용행위에 대한 현행 형사처벌 규정은 유사한 입법례가 많지 않으며, 형벌의 보충성이나 비범죄화, 그리고 최근 정부 차원에서 논의되고 있는 경제 형벌규정 개선 논의 등에 비

추어 과도하다고 볼 수 있다. 그렇다고 하여 형사처벌 규정이 가지는 위반행위 제재의 실효성을 전면 부정하기에도 무리는 있다. 이러한 점을 고려해 볼 때, 국기·국장 등 사용행위에 대해서는 1차적으로 시정조치 및 과태료 부과 대상으로 하고, 시정조치에 응하지 않은 경우 2차적으로 이행강제금 및 형사벌을 부과하는 방안이 적절할 것으로 판단된다. 구체적인 개정안은 다음과 같다.

현행법	개정(안)
<신설>	**제9조의2(시정조치)** 특허청장은 제3조를 위반한 행위가 있을 때에는 그 위반행위를 한 자에 대해 해당 표지의 사용 중지, 시정명령을 받은 사실의 공표 또는 그 밖에 필요한 시정조치를 명할 수 있다. 이 경우 제9조의 의견청취 절차를 거쳐야 한다.
<신설>	**제9조의3(이행강제금)** 특허청장은 제3조를 위반하여 제9조의2에 따라 시정조치를 부과받은 후 그 정한 기한 내에 이행을 하지 아니하는 자에게 이행기한이 지난 날부터 1일당 (　) 금액을 초과하지 아니하는 범위에서 이행강제금을 부과할 수 있다.
제18조(벌칙) ③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. 1. 제2조제1호(아목, 차목, 카목1)부터 3)까지, 타목 및 파목은 제외한다)에 따른 부정경쟁행위를 한 자 2. 제3조를 위반하여 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 휘장 또는 표지와 동일하거나 유사한 것을 상표로 사용한 자 가. 파리협약 당사국, 세계무역기구 회원국 또는 「상표법 조약」 체약국의 국기·국장, 그 밖의 휘장 나. 국제기구의 표지 다. 파리협약 당사국, 세계무역기구 회원국 또는 「상표법 조약」 체약국 정부의 감독용·증명용 표지	**제18조(벌칙)** ③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. 1. 제2조제1호(아목, 차목, 카목1)부터 3)까지, 타목 및 파목은 제외한다)에 따른 부정경쟁행위를 한 자 2. 제9조의2에 따른 시정조치에 따르지 아니한 자
제20조(과태료) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 2천만원 이하의 과태료를 부과한다. <개정 2013. 7. 30.> 1. 제7조제1항에 따른 관계 공무원의 조사나 수거를 거부·방해 또는 기피한 자 2. 제9조의4제5항을 위반하여 시정명령을 이행하지 아니한 자	**제20조(과태료)** ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 2천만원 이하의 과태료를 부과한다. 1. 제3조를 위반한 자 (신설) 2. 제7조제1항에 따른 관계 공무원의 조사나 수거를 거부·방해 또는 기피한 자 3. 제9조의4제5항을 위반하여 시정명령을 이행하지 아니한 자

둘째, 디지털 전환에 따른 부정경쟁행위 관련 제도 정비에 관련하여, 최근 메타버스라는 가상세계에서 사용자들이 자신의 아바타를 활용하여 현실세계에서 유명한 표지를 무단 이용하는 사례들이 자주 발생하게 되는 현상과 관련하여, 현행 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위의 유형들을 메타버스 공간에도 적용할 수 있는지에 대하여 살펴보았다.

우선 부정경쟁방지법 가목과 나목이 메타버스 공간에서의 행위를 포섭하기 위해서는 전통적인 상품 또는 사용 개념의 극복이 필요한데, 대안책으로서 "디지털 공간에서" 또는 "전기통신회선을 통한 제공"이라는 표현을 포함시키는 방안을 검토할 수 있다. 또한, NFT의 부정발행의 경우에 사칭행위에 관한 바목의 활용이 가능해 보이는데, NFT는 그 대상이 별개의 공간이 존재하는 경우가 많고, NFT 자체가 일종의 증명서의 기능만을 할 때가 많으므로, 이 점을 고려하여 NFT 발행이나 선전행위를 부정경쟁방지법 바목에 따라 규율하는 것은 가능하고, 유용할 것이라 생각된다. 특히 메타버스가 기본적으로 표현을 위한 공간이라는 점에서 그동안 해석론으로만 전개되던 표현의 자유를 어떻게 실현하는 것이 바람직할지에 대하여 그 보호 방안을 적극적으로 강구할 필요가 있다고 생각된다.

한편, 메타버스에서 상품형태의 모방행위가 발생할 개연성이 높으므로, 이에 대한 방안을 강구할 필요가 있다. 이와 관련하여 성과모방과 상품형태의 모방 사이의 관계가 정립되어야 하겠지만, 최근 일본은 부정경쟁방지법을 개정한 점을 주목할 필요가 있고, 일본 역시 메타버스에 특화된 입법을 했다기보다 상품형태 모방이 디지털 세계에도 미치도록 조치한 바 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 일본은 원칙적으로 디지털을 디지털로 모방하는 것을 규율영역에 포섭시키는 입장이지만, 해석은 사법부에 맡기는 다소 유보적 입장도 보이므로, 향후 메타버스의 발전 상황에 예의주시하면서 논의를 전개해 나가야 할 것이다. 이외에도 성과모방으로 포섭될 수 있는 영역이 커짐에 따라 메타버스에서의 행위가 (파)목에 의해 포섭될 수 있다는 의견이 있는데, 상품형태의 모방과 성과모방의 관계 문제가 규명되지 않는다면, 혼란을 피할 수 없을 것이므로 이들의 관계를 정립할 필요가 있다. 이와 관련하여 다음과 같이 개정안을 제안한다:

현행법	개정(안)
가. 다음의 어느 하나에 해당하는 정당한 사유 없이 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장, 그 밖에 타인의 상품임을 표시한 표지(標識)(이하 이 목에서 "타인의 상품표지"라 한다)와 동일하거나 유사한 것을 **사용하거나** 이러한 것을 사용한 상품을 판매·반포(頒布) 또는 수입·수출하여 타인의 상품과 혼동하게 하는 행위 [...]	가. 다음의 어느 하나에 해당하는 정당한 사유 없이 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장, **상품의 형상·외관,** 그 밖에 타인의 상품임을 표시한 표지(標識)(이하 이 목에서 "타인의 상품표지"라 한다)와 동일하거나 유사한 것을 **사용(전기통신회선을 통한 제공 포함)** 하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매·반포(頒布) 또는 수입·수출하여 타인의 상품과 혼동하게 하는 행위 [...]
바. 타인의 상품을 사칭(詐稱)하거나 **상품 또는 그 광고에** 상품의 품질, 내용, 제조방법, 용도 또는 수량을 오인하게 하는 선전 또는 표지를 하거나 이러한 방법이나 표지로써 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하는 행위	바. 타인의 상품을 사칭(詐稱)하거나 **상품, 광고, 거래상의 서류 또는 통신에** 상품의 품질, 내용, 제조방법, 용도 또는 수량을 오인하게 하는 선전 또는 표지를 하거나 이러한 방법이나 표지로써 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하는 행위

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. [...]	자. 타인이 제작한 상품의 형태(형상·모양·색채·광택 또는 이들을 결합한 것을 말하며, 시제품 또는 상품소개서상의 형태를 포함한다. 이하 같다)를 모방한 상품**(전기통신회선을 통해 제공하기 적합하도록 변환한 것을 포함한다. 이하 이 목에서 같다)**을 양도·대여 또는 이를 위한 전시를 하거나 수입·수출하는 행위**(전기통신회선을 통한 행위 포함).** 다만, 다음의 어느 하나에 해당하는 행위는 제외한다. [...] **(3) 영리를 주된 목적으로 하지 아니하고, 상품의 형태를 단지 표현의 수단으로 활용하기 위해 상품의 형태를 모방한 상품을 전시하는 행위**

한편 메타버스에 트레이드 드레스에 관하여 살펴보면, 이를 법제화한 국가는 아직 없는 것으로 보인다. 또한 현행 우리나라 부정경쟁방지법 제2조 제1호 나목에 규정되어 있는 트레이드 드레스 규정을 메타버스에도 적용할 수 있는 것으로 사료된다. 따라서 해외 입법례도 메타버스에 관한 트레이드 드레스 관련 규정이 없을 뿐만 아니라, 부정경쟁방지법 제2조 제1호의 일반조항을 활용하여 메타버스에서 트레이드 드레스에 관한 분쟁을 충분히 해결할 수 있으므로 무리한 개정입법을 진행하기 보다는 향후 해외 입법례의 진행 상황, 분쟁이 발생하는 경우에 부정경쟁방지법의 일반조항의 적용 여부 등에 관한 추이를 검토하면서 입법이 진행되는 것이 바람직할 것이다.

또한 현실세계에서 유명한 상표 또는 서비스표를 메타버스에서 무단 사용하거나, 메타버스에서 유명한 상표 또는 서비스표를 무단 사용하는 행위는 부정경쟁행위에 해당하는 것으로 해석될 수 있다. 다만, 메타버스와 같은 가상세계에서 저명상표를 사용하는 것은 해석론에 의거하여 현행 부정경쟁방지법 제2조 제1호 가목 내지 다목의 행위에 해당하는 것으로 해석될 수 있기 때문에, 메타버스에서의 부정경쟁행위를 규제하기 위하여 '전기통신회선을 통한 제공'과 같은 표현을 추가하는 것은 좀 더 추가 검토가 필요하다. 이는 불필요한 해석론을 야기할 위험이 있으며, 이와 관련하여 제 외국의 입법례도 아직 부재한 상황이므로, 현재 단계에서 이와 관련하여 개정안을 마련하는 것은 아직은 시기상조이며, 좀 더 신중한 검토가 필요하다.

이외에도 현실세계에서 식별력을 가지고 있는 저명상표를 메타버스 공간에서 사용자가 무단 사용하는 경우 식별력 손상 및 명성 손상을 일으키는 희석화 현상이 일어날 수 있다. 다만, 부정경쟁방지법 시행령 제1조의2(정당한 사유)에 의해 저명상표의 비상업적 사용 등 정당한 사유에 해당하는 경우에는 정당한 사용 또는 표현의 자유라는 개념 하에 부정경쟁행위에 포함되지 않을 수 있으며, 메타버스에서 이와 같이 정당한 사유에 해당하는 행위 또는 표현의 자유에 포함시킬 수 있는 행위가 발생한 경우에 이를 부정경쟁행위로 볼지 여부에 대해서는 추가 논의가 필요하다.

셋째, 본 연구에서는 영업방해·부당경고 등 새로운 유형의 부정경쟁행위를 검토하였고, 그 대상으로 경쟁자에 대한 영업비방행위, 부당한 권리(지식재산권) 침해 경고행위, 인터넷상 부정경쟁행위

의 3가지를 검토하였다. (1) 영업비방행위는 우리나라의 제정 부정경쟁방지법에 포함되어 있었다가 이후 개정에 의해 삭제된 내용으로, 그 행위 구조의 특수성 및 경쟁자에게 미치는 효과의 심대성·장기성에 비추어 구제수단으로서 금지청구를 제공하는 방식의 독자적인 규제 필요성이 인정되며, 주요국의 부정경쟁법제에서 이에 관한 규범을 마련하여 운영하고 있는 점, 영업비방행위 규제 공백은 파리협약상의 의무 이행 문제와도 관계되어 있는 점 등을 고려하여, 삭제된 규정을 회복할 필요성이 있다는 결론을 얻었다. (2) 부당한 권리 침해 경고행위의 경우, 경쟁자 외의 자를 향하는 경고는 신설될 영업비방행위 규정이 적용될 수 있다는 점을 비교법적 검토 등을 통해 확인하였고, 이에 따라 영업비방행위 규정과 별도로 부당경고행위만을 다루기 위한 조항을 신설할 필요성은 낮다고 판단하였다. 한편 경쟁자를 향하는 직접적인 경고행위의 경우, 특허법 등 지식재산권법과 부정경쟁방지법의 충돌 가능성 등을 고려할 때 부정경쟁방지법에서 이를 직접 규정하기보다는 민법상 불법행위 등 기존 규범체계를 통해 이를 규율하는 것이 바람직하다는 결론을 얻었다. (3) 인터넷상 부정경쟁행위의 경우, 중국에서 최근 이루어진 법 개정 외에는 이를 부정경쟁법제에서 개별적으로 규율하는 타국 입법례를 찾을 수 없었다. 한편 우리나라 부정경쟁방지법은 중국과는 달리 구체적 사안에서 적극적으로 적용되고 있는 부정경쟁행위에 관한 보충적 일반조항을 두고 있으므로, 동 조항의 해석·적용을 통해 인터넷상에서 이루어지는 새로운 부정경쟁행위에 대한 규제를 우선적으로 시도하여 볼 여지가 충분하다. 이러한 점을 고려하여, 중국과 유사한 형태의 인터넷상 부정경쟁행위에 대한 시급한 규정 신설의 필요성은 없다는 결론을 도출하였다.

넷째, 부정경쟁방지법의 실효적 적용을 위한 제도 정비라는 주제 하에서는 손해배상·금지청구 규정의 '영업상 이익' 요건 필요 여부를 퍼블리시티권에 대하여 검토하였고, 부정경쟁방지법과 다른 법률과의 관계에 관한 규정인 부정경쟁방지법 제15조의 규정을 살펴보았다. 그 결과, 다음과 같은 결론에 도달하였다:

(1) 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (타)목에 퍼블리시티 조항이 신설되면서 퍼블리시티권의 재산적 침해에 대한 손해배상 청구 및 금지청구가 가능하게 되었다. 따라서 타인을 식별할 수 있는 표지를 부정사용하는 경우에는 불법행위로 재산적 손해를 배상하고, 금지청구를 인정할 수는 있게 되었다. 퍼블리시티권 조항은 보충적 일반조항인 (파)목의 "그 밖에 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등"을 "국내에 널리 인식되고 경제적 가치를 가지는 타인의 성명, 초상, 음성, 서명 등 그 타인을 식별할 수 있는 표지"로 변경하여 그 대상만을 달리하고 있을 뿐, 동일한 법문의 구조를 취하고 있다는 측면에서 (타)목의 위법성 판단시 (파)목과 관련한 법원의 설시 내용을 참고하여 '영업상 이익요건' 부분의 개정 방안을 검토할 수 있을 것이다. 퍼블리시티권 조항과 법문의 구조가 거의 유사한 (파)목의 법원 판례를 검토하면 (파)목 위반의 경우에도 청구권자와 침해자 사이의 경쟁적 관계가 필요함을 알 수 있고, 그 법문의 구조가 거의 동일한 (파)목의 재판결에서도 법원은 경쟁관계와 영업상 이익 요건을 구제 요건으로 살피고 있다는 점에서 설령 퍼블리시티권 침해의 경우 경쟁관계에 있지 않은 자에 의한 사용이나 영업적 사용에 이르지 않은 경우가 있다 하더라도 이는 일부 제한된 사건일 것이므로 성급한 법 개정은 오히려 역효과를 나타낼 것이라고 판단되며, 따라서 퍼블리시티권의 법적 개념이 아직 명확하지 않고, 퍼블리시티권 침해 사건에서도 구제조치 규정의 '영업상 이익' 부분은 크게 문제되지 않는다고 판단된다. 또한, 부정

경쟁방지법은 민법의 불법행위와 달리 '영업상 이익'을 보호 법익으로 하고, 이를 침해한 자에 대하여 금지청구권과 손해배상청구권을 인정하고 있으며, 일부 퍼블리시티권 사건에서 경쟁자가 아니라는 점에서 구제조치가 잘 이루어지지 못하고, 영업상 이익이 침해된 자 및 침해될 우려가 있는자로 범위가 한정되면서 그 보호범위가 제한적이라고 할 수는 있지만, 부정경쟁방지법의 탄생배경과 그동안 축적된 판례들을 검토할 때 부정경쟁방지법의 목적에 비추어 고민하면 퍼블리시티권에 관한 부정경쟁행위만을 한정하여 현행 금지청구권과 손해배상청구권상의 '영업상 이익' 요건을 삭제하는 것은 법리상 무리가 따른다고 판단된다. 따라서 추후 민법 개정 추세 등의 검토가 필요하고, 부정경쟁방지법상의 부정경쟁행위 유형 전체에 대한 재검토를 병행한 이후 부정경쟁방지법상의 퍼블리시티권에 관한 구제조치 규정의 개정이 타당할 것으로 판단된다.

(2) 현행 부정경쟁방지법 제15조는 전 세계적으로 유사한 입법례를 찾아볼 수 없을 정도이며, 저촉 규정의 의미도 모호하여 해석론상 혼란을 초래하고 있다. 무엇보다도 부정경쟁방지법의 독자적인 입법 취지 및 목적 등을 고려해 볼 때, 다른 법률에 대해 후순위적으로 적용되어야 할 이유를 찾아보기 어렵다. 따라서 해당 규정은 삭제하는 것이 타당하다고 판단된다. 다만, 동 규정이 1961년 제정법부터 있어 왔고, 관련 판례들도 많이 있다는 점에서 지금 당장 삭제하는 것이 무리가 있다면, 제1항의 경우 판례의 해석 기준에 맞게, 그리고 공정거래법 제117조의 입법을 참고하여 특허권 등의 부당한 행사에 대해 적용된다는 형태로 개정하고, 제2항은 그대로 두는 것을 검토할 필요가 있다.

현행법	개정안 1	개정안 2
제15조(다른 법률과의 관계) ①「특허법」,「실용신안법」,「디자인보호법」,「상표법」,「농수산물 품질관리법」,「저작권법」 또는「개인정보 보호법」에 제2조부터 제6조까지 및 제18조제3항과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다. <개정 2011. 6. 30., 2013. 7. 30., 2021. 12. 7.><신설> ②「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」,「표시·광고의 공정화에 관한 법률」,「하도급거래 공정화에 관한 법률」 또는「형법」 중 국기·국장에 관한 규정에 제2조제1호라목부터 바목까지, 차목부터 파목까지, 제3조부터 제6조까지 및 제18조제3항과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다.	**제15조** <삭제>	**제15조(다른 법률과의 관계)** ① 이 법은「특허법」,「실용신안법」,「디자인보호법」,「상표법」,「농수산물 품질관리법」,「저작권법」 또는「개인정보 보호법」에 따른 권리의 정당한 행사라고 인정되는 행위에 대해서는 적용하지 아니한다. ② 현행과 같음

「부정경쟁방지법」의 부정경쟁행위 체계 정비 및 제도개선 방안 연구

발행일 : 2024년 2월
발행처 : 특허청 산업재산보호정책과(www.kipo.go.kr)
대전광역시 서구 청사로 189
정보대전청사 4동
TEL. (042) 481-5967

이용허락 유형	표시 마크	이용허락범위
[제4유형] 제1유형+상업적 이용금지+변경금지	OPEN 공공누리 공공저작물 자유이용허락	- 출처 표시 - 비상업적 이용만 가능 - 변형 등 2차적 저작물 작성 금지

「부정경쟁방지법」의 부정경쟁행위
체계 정비 및 제도개선 방안 연구

KIPO 대전광역시 서구 청사로 189 정부대전청사 4동
Tel. 042-481-5967 http://www.kipo.go.kr

ISBN : 979-11-6884-185-713500
DOI : 10.8080/P9791168841857