

부정경쟁방지법 제2조 제1호 (카)목의 적용과 저작권 보호에 관한 小攷

- 대법원 2020. 3. 26. 선고 2016다276467 판결을 중심으로 -

박 윤 석*

〈목 차〉

- | | |
|---------------------|---------------------|
| I. 서론 | IV. 저작권법에서 바라본 (카)목 |
| II. 최신판례 분석 | 이 적용된 최신 판례 |
| III. 최신 판례와 부정경쟁방지법 | V. 결론 |
| 제2조 제1호 (카)목의 관계 | |

I. 서론

부정경쟁방지 및 영업비밀보호법(이하 부정경쟁방지법) 제2조 제1호 (카)목(이하 (카)목)이 시행된지 7년이라는 시간이 지났다. 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목으로 도입된 현행 (카)목은 도입시 많

◆ 투고일자: 2020. 6. 5. 심사완료일: 2020. 6. 14. 게재확정일자: 2020. 6. 21.

* 고려대학교 법학전문대학원 시간강사, 법학박사

은 찬반론을 거치면서 입법되었다.¹⁾ 현재 (카)목은 우리나라 부정경쟁방지법에 규정된 10개의 부정경쟁행위 이외의 입법공백을 메우기 위한 보충적 일반조항의 역할을 하고 있다.²⁾ 그러나 보충적 일반조항 역할이 일반적인 저작권 소송에서 대부분 예비적 청구로 주장되고 있는 실정이다. 저작권법상 보호받지 못하는 창작물의 경우 (카)목에 의한 보호를 한번 더 검토해볼 수 있다는 의미에서 현재 (카)목이 널리 사용되고 있다. 그러나 최초 (카)목의 입법취지는 저작권법의 부수적 보호를 보충하는 역할로 만들어 진 것은 아닐 것이다. 물론 저작권법상 보호받지 못하는 창작물도 특별한 사정이 있다면 보호받을 근거는 충분히 있다. 타인의 성과를 부정 이용하는 행위는 금지되어야 한다. 1990년대 미국에서도 이미 *National Basketball Association v. Motorola* 사건³⁾을 통해 저작권으로 보호받지 못하지만 보호의 필요성이 있는 것에 대한 보호법리를 인정하였다. 그러나 저작권법에서 예술과 문화발전을 위해 모든 사람이 사용할 수 있도록 허락한 부분까지도 (카)목에 의해 사용이 금지될 가능성이 높아지고 있다.

저작권법상 이용허락된 것이 부정경쟁방지법에서 금지되는 것이 저작권법의 관점에서 모든 사람들이 자유롭게 이용할 수 있는 것에 대한 제한으로 보일 수 있고 부정경쟁방지법 제15조 제1항에 따르면 저작권법의 우선 적용을 명시적으로 규정하고 있기에 저작권법에서 허용

1) 한국지식재산연구원, “현행 부정경쟁방지법의 문제점 및 개선방안”, 특허청, 2011년, 72면.

2) 대법원, 2020. 3. 26. 선고 2016다276467 판결; 대법원 2020. 3. 26.자 2019마6525 결정. 법원이 판시한 보충적 일반조항이라는 의미는 부정경쟁방지법상 규정된 부정경쟁행위 이외의 부정경쟁행위에 대한 적용 가능성을 의미하는 반면, 제한적인 일반조항이란 현재 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (카)목의 적용범위가 나머지 9개의 부정경쟁행위의 성격을 모두 반영한 일반조항의 성격을 가지지 못한다는 의미이다. 박운석, “실질적인 부정경쟁행위와 구제수단에 관한 고찰”, 고려대학교 박사학위 논문, 2014, 19면.

3) *National Basketball Association v. Motorola*, 105 F.3d 841 (2d Cir. 1997).

한 행위를 부정경쟁방지법상 금지시키는 것이 저작권법의 취지를 위반하는 것인지도 문제가 된다. 마지막으로 현재 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (카)목은 모든 저작권법 침해사건에서 주장되고 있는 저작권법의 일반조항으로 이용되고 있는 상황을 엿볼 수 있다.⁴⁾

본 논문은 (카)목의 입법배경을 저작권법 관점에서 살펴보고 (카)목이 적용된 최신 판례를 분석해 보고 저작권법과의 관계를 정리해 본다.

Ⅱ. 최신판례 분석

1. 골프존 사건⁵⁾

(1) 사건의 개요

원고들은 피고가 원고들이 운영하는 골프장 골프코스들의 모습 내지 종합적인 이미지를 무단 사용하여 3D 골프코스 영상으로 제작한 후 이를 스크린골프장 운영업체에 제공한 행위가 골프장 골프코스에 관한 원고들의 저작권을 침해하고, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (카)목의 성과물 도용행위에 해당한다고 주장하며 손해배상을 청구하였다.

1심에서는 원고들의 골프장을 피고들이 스크린으로 구현한 행위가 저작권 침해행위로 인정되었으나 2심에서 이러한 건축저작물의 일종으로서 골프코스에 대한 저작권자는 골프장의 설계자들과 인정하여 원고 골프장 운영자들의 저작권침해주장을 기각하고, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목 부분만 인정하였다. 원고는 상고했지만 대

4) 서울고법 2020. 2. 6. 선고 2019나2031649 판결; 대법원, 2020. 3. 26. 선고 2016다276467 판결외 다수의 판결 참조

5) 대법원 2020.03.26. 선고 2016다276467 판결.

법원은 상고를 기각 하였다.

(2) 주요 판시 내용

대법원은 골프장의 골프코스는 저작권법에 따라 보호되는 저작물에 해당하나, 저작자인 설계자들로부터 원고들이 저작권을 양수했다는 주장·증명이 없다고 보아 원고들의 저작권 침해 주장을 배척한 원심을 수긍하였고 나아가, 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 해당하고, 원고들과 경쟁관계에 있는 피고 등이 원고의 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 행위에 해당한다고 본 원심의 판단도 수긍하였다.

대법원은 이 사건에서 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (카)목의 구성요건에 대한 판단을 하였다. ‘성과 등’이란 유형에 제한을 두고 있지 않으므로, 유형물뿐만 아니라 무형물도 이에 포함되고, 종래 지식재산권법에 따라 보호받기 어려웠던 새로운 형태의 결과물도 포함될 수 있다. 또한 ‘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.

‘상당한 투자나 노력으로 만들어진 것’이란 권리자가 투입한 투자나 노력의 내용과 정도를 그 성과 등이 속한 산업분야의 관행이나 실태에 비추어 구체적·개별적으로 판단하되, 성과 등을 무단으로 사용함으로

써 침해된 경제적 이익이 누구나 자유롭게 이용할 수 있는 이른바 공공영역(公共領域, public domain)에 속하지 않는다고 평가할 수 있어야 한다.

‘공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용’한 경우란 권리자와 침해자가 경쟁 관계에 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 한다고 판시하였다.

(3) 분석

1) 골프장의 설계한 자와 골프장을 시공 및 운영한 자의 관리 관계

1심과 2심에서 문제가 된 것은 골프코스가 저작물이 될 수 있는가 여부이다. 결론적으로 저작물로 인정받은 것은 골프코스 설계도 자체에 대한 것이고 설계도대로 만들어진 골프코스 그 자체는 저작권의 보호대상이 아니라고 판단하였다. 골프코스의 설계도 상 나타난 구체적인 배치에 있어서는 각 홀마다 페어웨이의 모양이나 길이, 폭, 꺾어진 방향과 각도, 벙커나 워터 해저드의 위치, 모양 및 크기 등이 모두 달라 전체 각 홀마다 독특한 특색을 가지고 있어 창작성 있는 저작물로 인정되었다. 그리고 이 설계도에 대한 저작권은 설계자가 가지게 된다. 문제는 설계도에 따라 골프코스를 시공한 결과물이 저작권의 보호대상이 되는지 여부이다. 이에 대한 구체적 규정은 없지만 우리나라

저작권법은 건축물의 경우에는 그 건축을 위한 모형 또는 설계도서에 따라 이를 시공하는 것을 건축물의 복제행위로 인정한다. 따라서 유추 적용하자면 골프코스 설계도로 만들어진 골프장은 설계도면의 복제물 일 뿐 저작물로서 보호받을 수 없다. 따라서 골프장을 운영하거나 골프장을 시공한 자는 설계자로부터 저작권을 양도받지 않는 이상 골프장의 구성과 배치에 대한 저작권을 가지지 않는다.

다만, 골프장을 운영한 자는 골프장을 관리함으로써 골프장의 자연적 모습이 유지될 수 있도록 관리한 사람으로서 대법원은 골프장의 종합적인 ‘이미지’가 골프장을 조성하고 운영하는 자가 만들어낸 성과라고 인정하였다. 여기서 대법원은 창작적인 설계도대로 만들어진 골프장을 조성 운영하였기 때문에 부정경쟁방지법상의 성과로 인정하였는지 단지, 골프장을 만들고 운영하고 관리한 것에 따른 성과인지에 대해서는 밝히지 않았다. 성과란 것이 단순한 투자로 인해 만들어 지는 것인지 투자 이외의 무엇인가 특징적인 것이 있어야 하는지에 대해서 논란이 발생한다.⁶⁾

2) ‘성과 등’의 범위에 대한 해석

대법원은 ‘성과 등’의 범위에 무형물도 포함되고 특히 성과 등을 무단으로 사용함으로써 침해된 경제적 이익이 누구나 자유롭게 이용할 수 있는 이른바 공공영역(公共領域, public domain)에 속하지 않는다고 평가할 수 있어야 한다고 판단했다. 공유영역이라 함은 지식재산권의 개념상 배타적 권리에 포함되지 않는 모든 사람이 사용할 수 있는 대상을 의미한다. 주로 보호기간이 만료된 저작물과 특허발명 등을 의미한다. 그러나 이 판례에서 대법원이 언급한 공공영역이란 것의 의

6) 이규홍, “부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목(변경 후 카목)에 대한 연구” 정보법학, 제22권 제2호(2018), 67면.

미가 명확하지 않다.

여기서 구분해야 할 것은 저작물의 예시에 포함되지만 창작성이 없는 것과 저작물 예시에 포함되지 않는 것들 간의 구별이다. 명성 내지 고객흡인력은 저작물의 예시가 아니다. 그러나 창작성 없는 사진, 창작성 없는 소설은 저작권의 보호를 받지 못하는 표현물이다. 창작성 없는 소설은 저작권의 보호를 받지 못하지만 그 소설이 “작가의 것”이라는 점은 부정할 수 없다. 그렇다면 이 창작성 없는 소설은 공유의 영역에 속하는 것인가 아니면 배타적 권리로 보호받지 못하는 개인의 소유인가 하는 점이 문제된다. 대법원의 논리에 따르면 전자라고 한다면 부정경쟁방지법 상의 성과에 해당할 수 있지만 후자라면 성과에 해당할 수 없기 때문이다. 그리고 모든 저작권으로 보호받지 못하는 표현물들은 표현한 자의 것이라는 점을 부정할 수 없다면 저작권 예시에서 언급된 모든 표현물은 부정경쟁방지법상의 성과에 해당되고 (카)목의 구성요건을 충족한다면 창작성 없는 표현물들은 적용이 가능하게 된다. 이러한 구조를 부정경쟁방지법이 지식재산권법에 있어서 보충적 역할을 한다고 설명한다.⁷⁾

2. 방탄소년단 사건⁸⁾

(1) 사건 개요

방탄소년단(BTS) 소속 기획사인 채권자가 연예인들의 사진, 기사 등을 주요 내용으로 하는 잡지를 제작·판매하는 채무자를 상대로 방탄소년단(BTS)의 구성원들의 사진을 대량으로 수록한 부록과 사진이

7) Piper/Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 5. Aufl. 2010, EinfD, Rnm. 56, 57.

8) 대법원 2020. 3. 26.자 2019마6525 결정.

포함된 포토카드(이하 ‘이 사건 특별부록’) 등을 제작하여 판매하는 행위가 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (카)목의 성과물 도용 부정경쟁행위에 해당한다고 주장하며 이 사건 특별부록 등의 제작·판매 금지를 구하는 가처분을 신청한 사건이다.

(2) 주요 판시 사항

채권자는 전속계약에 따라 방탄소년단(BTS)의 음악, 공연, 방송, 출연 등을 기획하고, 음원, 영상 등의 콘텐츠를 제작·유통시키는 등 방탄소년단(BTS)의 활동에 상당한 투자와 노력을 하였고, 그로 인해 방탄소년단(BTS)과 관련하여 쌓인 명성·신용·고객흡인력이 상당한 수준에 이르렀는데, 이는 ‘상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과’ 등으로 평가할 수 있고, 누구나 자유롭게 이용할 수 있는 공공영역에 속한다고 볼 수 없으므로, 타인이 이를 무단으로 사용하면 채권자의 경제적 이익을 침해하게 되고, 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 판단하였다. 채무자가 이 사건 특별 부록을 제작·판매하는 행위는 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 채권자의 성과 등을 무단으로 사용하는 행위에 해당한다고 보아 이 사건 가처분결정을 일부 인가한 원심의 판단을 유지하였다.

(3) 분석

이 판결은 앞서 살펴본 골프장 사건과 매우 유사한 쌍둥이 판례라고 볼 수 있다. 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 한다고 동일한 판단을 하였고, 또한 (카)목이 규정하는 ‘공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용’한 경우에 해당하기 위해서는 권리자와 침해자가 경쟁 관계에 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 한다고 판단하였다. 따라서 골프장 사건에서 무단 이용 대상이 골프장의 종합적 이미지라면 이 판례에서 무단 이용 대상은 BTS의 고객흡인력이라고 볼 수 있다.

Ⅲ. 최신 판례와 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (카)목의 관계

1. (카)목 입법 배경

부정경쟁방지법 제2조 제1호에 (차)목(현재는 (카)목) 신설 이전에 불공정한 방법의 영업과 관련된 새로운 유형의 분쟁들이 있었다. 해당 분쟁들의 대상은 보호 법익이 충분히 있으나 기존 법규들에 의해 보호할 수 없어서 일반적인 민법의 영역에서 보호받고 있었다. 이러한

상황 속에서 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위가 상표권, 저작권 등 배타적인 권리를 침해한 것으로 판단하기 어렵지만, 관련 업계의 관습이나 관행을 위반하고 다른 경쟁업자에게 손해를 입힘으로써 위법한 것으로 판단되는 행위, 상표권의 침해는 없지만 허위의 광고를 한다거나 초상권의 침해 여부를 불문하고 저명한 연예인 등의 고객흡인력을 무단으로 이용한 경우, 저작권의 침해는 없지만 다른 경쟁업자의 상당한 투자에 의해서 수집, 제공되는 데이터를 무단으로 이용하는 행위, 다른 경쟁업자의 투자에 무임 편승하여 부당하게 이익을 도모하는 경우 등의 행위 유형까지 포섭하여야 한다는 견해가 제시되었다.⁹⁾

이러한 상황에서 법원에 새로운 유형의 부정경쟁행위를 판단할 수 있는 판단 근거를 제공하고, 개별 법률로는 보호할 수 없는 새로운 유형의 부정경쟁행위에 대한 규제가 가능하게 되어 법의 실효성을 제고할 수 있으며, 일반조항을 도입하고 있는 국가의 예를 들면서 도입의 필요성을 인정하는 견해¹⁰⁾와 일반조항은 그 개념이 불명확하며, 따라서 적용을 위해서는 별도로 해당 개념을 구체화해야 하고, 새로운 유형의 부정경쟁행위는 개정이 필요한 때마다 법을 개정함으로써 해결할 수 있고, 법규에 열거된 부정경쟁행위 유형에 해당하지 않는 것은 민법상 불법행위로 해결할 수 있다는 점 등을 들어 도입이 불필요하다고 주장하는 반대론이 제기되었다.¹¹⁾

결국 우리나라는 부정경쟁방지법에 기술의 발전과 시장의 변화로 인해 지식재산의 도용, 부정한 방법의 영업과 광고 등이 등장하고, 경제적 가치를 지니는 무형적 산물 혹은 새로운 유형의 지식재산이 등장하는 환경에 적용될 수 있는 일반조항을 도입하게 되었다.

9) 한국지식재산연구원, “현행 부정경쟁방지법의 문제점 및 개선방안”, 특허청, 2011년, 72면.

10) 한국지식재산연구원, 위의 연구보고서, 70면 이하 참조

11) 한국지식재산연구원, 위의 연구보고서, 70면 이하 참조

2. 구성요건 해석

(1) ‘그 밖에’의 의미

부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목은 ‘그 밖에’라는 문구로 시작하는데, 이는 기존에 열거된 개별조항의 적용을 우선 시도해 보고 난 후 보충적·택일적으로만 적용할 수 있는 조항임을 의도한 것으로 여겨진다. 또한, 이에 대해 경합적·중첩적 적용을 허용하게 되면 일반조항에의 적용 의존도를 높여 개별 구성요건의 적용이 무력화되거나 적용을 회피할 위험성이 있다는 점에서도 보충적 규정으로 해석함이 타당하다는 견해가 있다.¹²⁾ 그러나 현재 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (카)목의 일반조항은 (가)목부터 (차)목까지의 행위를 모두 포함할 수 있는 일반조항이라고 볼 수 없다.¹³⁾ 따라서 현재 (카)목의 경우 제한적인 일반조항으로서 다른 부정경쟁행위들과 병렬적으로 적용될 수밖에 없는 형태를 가지고 있다고 생각된다. 그러나 최근 판례에서 대법원은 구 부정경쟁방지법의 적용 범위에 포함되지 않았던 새로운 유형의 부정경쟁행위에 관한 규정을 신설함으로써, 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 일반조항이라고 명시적으로 판단하였다.¹⁴⁾

12) 김원오, “부정경쟁방지법상 신설된 일반조항의 법적성격과 그 적용의 한계”, 산 업재산권, 제45호, 한국지식재산 학회, 2014, 274면.

13) 박윤석, 『실질적인 부정경쟁행위와 구제수단에 관한 고찰』, 박사학위논문, 고려 대학교, 2014, 62면 이하 참조.

14) 대법원 2020. 3. 26.자 선고 2019마6525 결정.

(2) 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등

1) 타인

우선 타인의 범위를 경쟁자로 한정해야 하는지 아닌지가 문제 된다. 독일의 부정경쟁방지법(UWG) 제4조의 경우 성과모방행위(Nachahmung)로 인한 부정경쟁행위가 되려면 경쟁자의 지위에 있을 것을 요구하고 있고, 대법원 판결 중에는 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위 법리가 기본적으로 경쟁자 사이의 부정경쟁행위를 규제하기 위한 것이라고 밝히고 있는 것도 있기 때문이다.¹⁵⁾ 하지만 (차)목은 ‘경쟁자’가 아닌 ‘타인’이라는 용어를 사용하고 있고 이러한 타인이라는 용어는 부정경쟁방지법 제1조, 제2조 제1호 (가)목부터 (차)목에도 사용되나 문언 해석상 경쟁자에 국한된다고 보기 어려우므로, 이를 경쟁자에 국한되지 않는다고 해석하는 것이 타당하다. 다만 경쟁자의 지위에 있지 아니한 사람에게 부정경쟁행위로 인한 손해가 발생하기 어려울 것이고 단지 시장질서를 보호하기 위한 금지청구는 가능할 수 있다.

2) 상당한 투자나 노력으로 만들어진

‘상당한’이란 표현은 항상 추상적 기준을 제시하는 것이어서 사안에 따라 개별적으로 판단해야 한다. 아직 판례상 일반적 의미에서 ‘상당한’에 대한 구체적 기준을 제시하고 있지 않다. 예를 들면 (차)목 신설 이전에는 의사가 병원을 홍보하기 위해 자신의 임상경력과 지식을 활용하여, 시술한 환자의 전후 모습을 촬영한 사진과 홈페이지상 상당 내용을 전문적인 지식과 경험이 투하된 성과물로 인정한 판결¹⁶⁾이

15) 박윤석·박해선, “성과모방행위에 관한 고찰”, 지식재산권연구 제9권 제4호, 한국지식재산연구원, 2014, 82~83면; 유영선, “부정한 경쟁행위와 관련한 불법행위 성립요건 및 그에 기한 금지청구권 허용여부”, 사법논집, 제53권, 법원행정처, 2011, 135면.

있었는데, 법원은 성과물에 대한 노력을 인정하는 과정에 있어 구체적 평가나 기준은 없었다. 또한 (카)목 신설 이후 잡코리아 판결¹⁷⁾에서는 채용정보 사이트의 가장 큰 성공 요인은 채용정보 게시글 확보의 정도이므로, 마케팅 및 개발 비용 등을 지출하여 채용정보를 수집하고, 이를 사이트 양식에 맞게 새롭게 작성한 HTML 소스를 상당한 투자와 노력을 통해 얻은 것이라고 보았고, JTBC 판결¹⁸⁾에서는 약 24억원에 가까운 거액을 들인 것과 기밀유지를 위해 서로 각서를 체결한 것 등에 대해 정보 창출과 가치 유지를 위하여 상당한 투자와 노력을 들인 것으로 인정하였다. 이러한 판단들은 ‘상당한 투자나 노력’이라는 구성요건으로의 진입장벽이 높지 않음을 보여주며, 광범위한 성과 등이 (카)목의 보호범위에 포함시킬 수 있는 가능성을 열어두고 있다. 최근 대법원 판례에서도 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 한다고 판시하였다.¹⁹⁾ 따라서 공중의 이용영역에 놓여야 할 성과물의 경우 (카)목의 보호대상에서 제외됨을 명확히 하였다.

3) 성과 등

법조문에서 표현하고 있는 ‘성과 등’에 대해 살펴보면, 성과는 유체물뿐만 아니라 무체물도 포함하는 것이며 기술적 성과는 물론이고 고객에 대한 이미지, 비즈니스 모델이나 비즈니스 플랫폼, 그리고 고객

16) 서울중앙지방법원 2007. 6. 21. 선고 2007 가합 16095 판결.

17) 서울중앙지방법원 2016. 2. 17. 선고 2015가합517982 판결.

18) 서울중앙지방법원 2015. 8. 21. 선고 2014가합43866 판결.

19) 대법원 2020. 3. 26.자 선고 2019마6525 결정.

데이터나 고객 네트워크 같은 경영적 성과도 포함될 수 있다.²⁰⁾ 그런데, '상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과'이기만 하면 바로 (카)목의 보호대상이 되는지는 본 조항의 적용 범위의 한계와 관련하여 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과물인 경우 모두 (카)목의 보호대상에 포함된다고 본다면 지식재산권에 대한 보충적 보호 역할을 담당하고 있는 부정경쟁방지법의 역할에 부합하지 않는다. 그러나 최근 대법원 판례에서도 (카)목의 보호대상인 '성과 등'의 유형에 제한을 두고 있지 않으므로, 유형물뿐만 아니라 무형물도 이에 포함되고, 종래 지식재산권법에 의해 보호받기 어려웠던 새로운 형태의 결과물도 포함될 수 있다고 판단하면서 '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 한다고 판시하였다.

4) 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 위반하는 사용

먼저 '사용'은 타인의 성과를 본래 목적에 따라 영업활동에 이용하거나 연구, 개발사업 등에 활용하는 등으로 기업 활동에 직·간접적으로 이용하는 행위라고 할 수 있다. 하지만 부정경쟁행위 일반조항이 금지하는 것은 성과 등의 무단사용이다. 이는 '공정한 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로' 타인의 성과 등을 무단 도용하여야 적용됨을 의미한다. 이런 공정한 관행이나 경쟁질서에 반하는지의 판단은 결국 거래 관행이나 사회적 효용을 참작하여 구체적, 개별적으로 판단하여야 할 것인데, 타인의 성과 등의 무단사용이 자유로운 경쟁질서를 해하지 않고 정당한 경쟁을 촉진하거나 그 분야의 표준으로서 성과를 사용하는 것일 경우 이러한 행위는 (카)목의 부정경쟁행위로 볼 수 없다.

20) 최정열·이규호, 『부정경쟁방지법』, 2015, 209면.

대법원은 (카)목이 규정하는 ‘공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용’한 경우에 해당하기 위해서는 권리자와 침해자가 경쟁 관계에 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 알려졌다는지, 수요자나 거래자들의 혼동가능성 등을 종합적으로 고려해야 한다고 판단하였다.²¹⁾

3. 해외 사례 비교

(1) Kiko v Wycon 사건 개요²²⁾

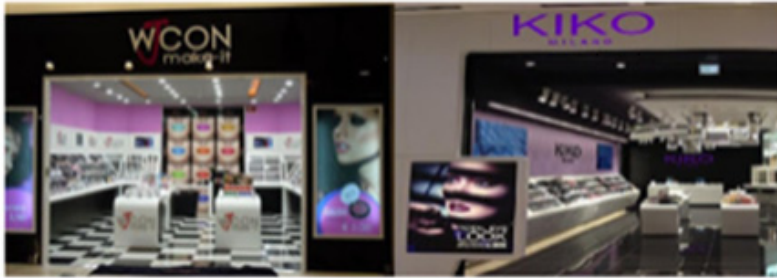
유명 이탈리아 화장품 회사인 원고는 70,000유로를 투자하여 매장의 인테리어를 완전히 바꾸는 리모델링 프로젝트를 시작하여 콘셉트 스토어를 개장하였다. 원고의 매장 인테리어는 단순함과 대칭을 특징으로 하여 최소한의 장식적 요소만을 구비하였고 원고의 매장 인테리어는 2개의 대형 역광 그래픽이 측면에 배치된 개방된 입구, 반복적인 급경사 구조로 구성되고 투명한 플렉시 유리(Plexiglas)로 이루어진 칸막이를 특징으로 하는 측면 진열 공간, 제품을 지탱하고 지지면을 제공하기 위하여 상점의 중앙에 위치한 곡선의 가장자리를 가진 아일랜드(islands), 급경사 진열대 안에 내장된 TV 스크린, 동일한 색상과 디스코 효과를 제공하는 조명의 조합으로 구성되어 있으며 흰색,

21) 대법원 2020. 3. 26.자 선고 2019마6525 결정.

22) 박경신, “[이탈리아] 법원, 매장의 인테리어 장식도 진출저작물로 저작권 보호대상에 해당한다” 저작권 동향, 한국저작권위원회, 2018. 07. 17.에서 재인용.

검정색 및 핑크색/보라색을 압도적으로 사용하였다. 원고는 경쟁 업체인 피고가 원고의 매장 인테리어를 복제하였다고 주장하면서 밀라노 지식재산법원에 저작권 침해 소송을 제기하였다.

밀라노 법원은 인테리어 디자인이라는 개념은 램프나 의자와 같은 실내 장식의 단일 구성요소와 관련이 있는 반면 이 사건에서 쟁점이 되는 인테리어는 다양한 단일 구성요소들의 결합이라는 점을 감안할 때 인테리어 장식의 개념이 보다 적합하며 이는 이탈리아 저작권법 제 2조 제5항의 건축저작물에 해당한다고 판시하였다.



(2) 검토

Kiko v Wycon 사건에서 매장내의 인테리어의 구조와 배치 여러 컨셉이 어우러진 매장의 이미지를 저작권의 보호대상이 된다고 인정하였다. 물론 판결문에서 우리 골프존 사건에서와 같이 종합적인 이미지만 개념을 사용하지는 않았지만 소비자가 가지게 될 화장품 매장의 이미지에 대한 저작권 보호와 골프장을 이용하는 고객이 골프장에 대해 가지는 종합적 이미지에 대한 보호는 유사한 보호라고 보여 진다. 종합적인 이미지에 대한 보호는 주로 영미권에서 이야기 하는 트레이드드레스(tradedress)에 해당한다.

Ⅳ. 저작권법에서 바라본 (카)목이 적용된 최신 판례

1. 문제 제기

(1) 저작권자와 소유권자 그리고 이용자의 삼각 관계

먼저 골프장 사건과 관련하여 대법원의 판례에 따르면 골프장 설계도면이 저작물이고 그로 인해 만들어진 골프장의 코스는 복제물이다. 그렇다면 골프장의 코스를 디지털화하여 스크린 골프에 이용하기 위해서는 먼저 골프장 코스에 대한 저작권을 가지고 있는 저작권자의 동의가 필요하다. 여기서 저작권자와 골프장 운영자(투자자의 의미를 가짐)와 복제행위자의 관계를 살펴볼 때 대법원의 논리에 따르면 복제행위자는 저작권자의 동의 이외에 골프장 운영자의 이용허락까지 받아야 한다. 그 말은 반대로 복제행위자는 저작자의 동의만으로 골프장의 모습을 디지털화 할 수 없다는 의미이다. 따라서 복제행위자가 저작권자의 이용허락을 받고 스크린 골프장을 이용한 경우 골프장 운영자의 허락도 받아야 하는지 의문이다.

결국 대법원 판례에 따르면 복제행위자가 저작권자에게 정당한 사용료를 지불한 경우 골프장의 코스와 모습이 유사해 질 것인데 골프장 운영자에게도 허락을 받아야(부정경쟁방지법상의 권리주장을 피하기 위해)한다는 결론에 이를 수 있다. 따라서 복제행위자가 복제한 대상이 골프장의 조성된 모습 자체를 복제한 것인지, 저작물로서 설계도면을 복제하여 만들어 낸 것인지 구별이 필요할 것이다. 대법원은 단순히 설계도는 저작물이고 이 저작물에 따라 만들어진 골프장의 종합적 이미지는 성과에 해당된다고 판시하였다. 물론 자연과 어우러진 골프장의 경관은 인간의 노력이 아닌 자연이 만들어낸 모습으로 저작권의

보호를 받기 어렵다.²³⁾

대법원에 논리를 그대로 건축저작물로 옮겨가면 건축저작물을 화폭에 담거나 사진, 영화에 촬영하고 싶은 자들은 소유자의 허락까지 받아야 하는가 의문이다. 대법원이 의미한 종합적 이미지란 자연경관에 한정해서 구분지을 수 있을지 의문이고 유지 관리에 시간과 비용이 투자되는 모든 건축저작물에 소유자들이 부정경쟁방지법상의 권리를 행사할 수 있게 된다면 저작권법을 우회하여 과도한 권리를 건축물 소유자가 행사할 수 있다.

(2) 퍼블리시티권의 인정여부

우리나라는 아직 대법원 판례에서 퍼블리시티권을 인정한 판례가 없고 퍼블리시티권을 인정하고 있는 명문의 규정이 없다. 그러나 (카)목에서 보호대상으로 인정하고 있는 고객흡인력이 퍼블리시티권을 우회적으로 보호하는 기능을 할 수 있다는 문제점이 있다. 고객흡인력은 주지 저명성으로 인해 고객들의 주의를 끌 수 있는 능력으로 볼 수 있고 주로 상표법상의 저명상표 개념과 연관되어 논의 된다. 그러나 앞서 살펴본 BTS 판결에서와 같이 BTS 구성원의 사진이 들어간 포토카드의 제작은 재산권적 측면과 인격권적 측면이 결합된 퍼블리시티권의 보호대상에 포함될 수 있다. 대법원이 의미하는 고객흡인력이 단순한 명칭에 따른 고객흡인력인지 아니면 퍼블리시티권을 고객흡인력이라는 개념을 통해 우회적으로 보호하려는 것인지 명확하지 않다.

23) Kelley v. Chi. Park Dist. - 635 F.3d 290 (7th Cir. 2011) 참조.

2. 해석론의 제안

(카)목의 입법배경 과정 중 저작권법과 관련하여 우려되었던 점은 업무상거래, 경업의 목적이라는 요건 없이 타인의 경제적 이익을 침해하면 부정경쟁행위로 인정될 소지가 있는 등 저작권법 등 타 법령에서 규율되는 행위까지 확대 해석될 소지가 있다는 점이었다. 현재 (카)목에서 규정되어 있는 타인의 범위를 구체적인 경쟁자의 범위를 넘어 일반적인 제3자로 확대시키는 경우 (카)목의 적용범위가 상당히 넓혀지게 된다.

골프존 사건에서도 타인의 골프장을 그대로 복제하여 동일한 골프장을 만들어 운영하는 경우 부정한 경쟁행위로서 골프장에 투자한 타인의 성과를 무단 이용한 행위라는 것이 인정될 수 있지만 반대로 골프장 미니어처 내지 스크린 골프장의 경우 일반 골프장과 구체적인 경쟁관계에 있지 않는 경우까지 (카)목으로 인해 골프장 소유자의 허락을 받아야 하는 것은 저작권법 관점에서 공유의 영역에 있어야 할 것이 개인 소유에 속하여 오히려 문화와 예술 및 산업발전을 저해할 수 있다는 우려가 발생할 수 있다.

따라서 (카)목의 타인의 범위를 구체적인 경쟁관계에 있는 자로 한정해서 해석해야 (카)목의 본래 역할에 충실할 수 있을 것이다. 여기서 구체적인 경쟁관계는 자신의 이익이 타인의 손해로 직접적으로 연결되는 것을 일반적인 구체적 경쟁관계로 판단할 수 있을 것이다.

V. 결론

타인이 시간과 비용을 투자하여 이룩한 성과는 (카)목의 입장에서

보호받을 가치가 있을 수 있다. 그러나 부정경쟁행위의 본래적 의미를 생각한다면 단순히 타인이 시간과 비용을 투자하였다는 것만으로 부정경쟁방지법의 보호를 받기는 어려울 것이다. 타인의 성과를 모방하는 행위는 모방행위 자체가 위법한 것이 아니라 모방행위가 특별한 사정 내지 조건을 충족하는 경우 위법한 것이다. 우리나라 (카)목에 여러 가지 구성요건이 규정되어 있는 이유도 독일 부정경쟁방지법상 모방행위가 위법한 것으로 판단되는 3가지 조건이 규정되어 있는 이유도 동일한 이유이다. 더 나아가 National Basketball Association v. Motorola 사건에서도 뉴스가 부정경쟁행위로 보호받을 수 있는 조건을 미국 연방대법원은 규정하고 있다.

현재 우리나라 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (카)목이 모든 저작권법 사건의 일반 조항처럼 활용되는 것은 본래의 입법취지와 맞지 않고 저작권법에서 모든 사람에게 이용허락을 허락한 부분을 부정경쟁방지법으로 다시 제한하여 저작권법의 보호영역을 우회하여 공유영역을 축소시키는 문제를 발생시킬 수 있다. 따라서 (카)목의 타인의 범위를 제한적으로 구체적인 경쟁관계에 있는 자로 제한하여 축소 해석해야 저작권법과의 충돌을 최소화 시킬 수 있을 것이다.

〈참고문헌〉

- 김원오, “부정경쟁방지법상 신설된 일반조항의 법적성격과 그 적용의 한계”, 산업재산권, 제45호, 한국지식재산 학회, 2014.
- 박윤석, “실질적인 부정경쟁행위와 구제수단에 관한 고찰”, 고려대학교 박사학위 논문, 2014.
- 박윤석·박해선, “성과모방행위에 관한 고찰”, 지식재산권연구 제9권 제4호, 한국지식재산연구원, 2014.
- 유영선, “부정한 경쟁행위와 관련한 불법행위 성립요건 및 그에 기한 금지청구권 허용여부”, 사법논집, 제53권, 법원행정처, 2011.
- 이규홍, “부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목(변경 후 카목)에 대한 연구” 정보법학, 제22권 제2호(2018).
- 최정열·이규호, 「부정경쟁방지법」, 2015.
- 한국지식재산연구원, “현행 부정경쟁방지법의 문제점 및 개선방안”, 특허청, 2011년.
- Piper/Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 5. Aufl. 2010, EinfD, Rnrm. 56, 57.

〈국문 초록〉

부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목으로 도입된 현행 (카)목은 도입시 많은 찬반론을 거치면서 입법되었다. 현재 (카)목은 우리나라 부정경쟁방지법에 규정된 10개의 부정경쟁행위 이외의 입법공백을 메우기 위한 보충적 일반조항의 역할을 하고 있다. 그러나 보충적 일반조항 역할이 일반적인 저작권 소송에서 대부분 예비적 청구로 주장되고 있는 실정이다. 저작권법상 보호받지 못하는 창작물의 경우 (카)목에 의한 보호를 한번 더 검토해볼 수 있다는 의미에서 현재 (키)목이 널리 사용되고 있다. 그러나 최초의 (카)목의 입법취지는 저작권법의 부수적 보호를 보충하는 역할로 만들어 진 것은 아니다. (카)목의 입법배경 과정 중 저작권법과 관련하여 우려되었던 점은 업무상거래, 영업의 목적이라는 요건 없이 타인의 경제적 이익을 침해하면 부정경쟁행위로 인정될 소지가 있는 등 저작권법 등 타 법령에서 규율되는 행위까지 확대 해석될 소지가 있다는 점이었다. 현재 (카)목에서 규정되어 있는 타인의 범위를 구체적인 경쟁자의 범위를 넘어 일반적인 제3자로 확대시키는 경우 (카)목의 적용범위가 상당히 넓혀지게 된다. 우리나라 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (카)목이 모든 저작권법 사건의 일반 조항처럼 활용되는 것은 본래의 입법취지와 맞지 않고 저작권법에서 모든 사람에게 이용허락을 허락한 부분을 부정경쟁방지법으로 다시 제한하여 저작권법의 보호영역을 우회하여 공유영역을 축소시키는 문제를 발생시킬 수 있다. 따라서 (카)목의 타인의 범위를 제한적으로 구체적인 경쟁관계에 있는 자로 제한하여 축소 해석해야 저작권법과의 충돌을 최소화시킬 수 있을 것이다.

주제어: 부정경쟁, 부정이용, 골프존, BTS, 성과모방

〈Abstract〉

A study on the scope of the Article 2 (1) (k) of the Unfair Competition Prevention Act and copyright protection

Pak, Yunseok^{*}

The article 2.1.(K) of the Unfair Competition Prevention Act has many pros and cons. the (K) has mainly used as a supplementary general provision to fill in the legislative blanks other than the ten unfair competition acts prescribed in the Unfair Competition Prevention Act. However, the role of supplementary general provisions is mostly claimed in general copyright litigation. In the case of creative works that are not protected under the copyright law, The article 2.1.(K) is widely used in the sense that the protection under the article 2.1.(K) can be reviewed once more. However, the legislative intent was not to supplement the protection of copyright law. During the legislative process of article 2.1.(K), concern regarding copyright law is a conflict with the copyright law by the article 2.1.(K).

^{*} Lecturer, Korea University Law School

The problem is that the article 2.1.(K) could be interpreted to be expanded by no limitation of the concept of “other persons” regulated in the article 2.1.(K). If the concept were not restricted as competitor in a concrete competition, the article 2.1.(K) the scope of application (K) would be significantly distorted. It does not match the original legislative purpose and restricts the part of the copyright law which is recognized as public domain. Therefore, it is necessary to limit the scope of others in the article 2.1.(K) to those who have a specific competitive relationship and to minimize the conflict with copyright law.

Key Words: unfair competition, misappropriation, copyright, golfzone, BTS