The Journal of Law & IP 제12권 제1호
Vol. 12 No. 1 July. 2022

부정경쟁방지법상 '기타 성과 등 무단사용행위'에 대한 비판적 고찰*

- 최근 선고된 판례 및 주요 쟁점 검토를 중심으로 -

문선영**

〈목 차〉

Ⅰ. 서론
Ⅱ. ㈏목의 부정경쟁행위 조항 관련 주요 쟁점 검토
Ⅲ. ㈏목의 부정경쟁행위 관련 최근 판례의 검토
Ⅳ. 결론

Ⅰ. 서론

지난 2021년은 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 부정경쟁방지법)이 제정된 지 60주년이 되는 해였다. 우리나라 부정

◆ 투고일자: 2022-06-10 심사완료일: 2022-06-23 게재확정일자: 2022-07-08

* 이 글은 기존에 필자가 2016년 발표한 "부정경쟁행위 일반조항에 관한 주요 법적 쟁점 연구"에 대한 후속 논문으로서, 이후의 법개정 및 판례를 반영하고 추가된 쟁점과 그동안의 논의 및 이에 대한 필자의 견해를 포함하고 있음을 밝힌다.

** 숙명여대 법학부 교수, 변호사.

경쟁방지법은 1961년 독일과 일본의 부정경쟁방지법을 모델로 하여, 상품주체 및 영업주체 혼동행위, 허위표시 등 오인유발행위, 영업상 비방행위와 같은 제한된 형태의 부정경쟁행위에 그친 형태로 제정되었으나,[1] 2021년 데이터 부정사용행위 및 유명인의 초상·성명 등 인적식별표지의 무단사용행위가 새로운 부정경쟁행위로 추가되는 등 현재는 13개에 이르는 부정경쟁행위 유형이 법상 규정되어 있다. 부정경쟁방지법 제정 이후 희석화 행위 및 도메인이름 무단선점행위, 상품형태 모방행위 등 규제가 요구되는 행위 유형의 지속적인 출현에 대응하고 상표법조약, 파리협약 등 국제조약을 반영하기 위해 부정경쟁행위의 유형이 지속적으로 추가되었지만, 2013년 '기타 성과 등 무단사용행위'에 관한 ㈏목(입법당시 ㈎목)의 도입이후에는 ㈎, ㈐, ㈑목의 부정경쟁행위가 연달아 추가되었다. 최근의 이러한 잦은 개정 이유로는 기존의 보충적 일반조항에 근거한 제재만으로는 다양한 무단사용행위를 적절히 제재하는데 한계가 있어 개별 부정경쟁행위로 명확하게 규정하게 되었다는 것이 입법자의 설명이다.[2]

이러한 다양한 개별적 부정경쟁행위 유형이 추가된 배경으로 지적되고 있는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 ㈏목의 부정경쟁행위[3]가 2013. 7. 30. 법 개정시 도입된 지도 벌써 9년이 가까워지고 있다.[4]

---

1) 우리나라에서 최초로 시행된 부정경쟁방지법은 1934년 3월 제령 24호로 제정된 조선부정경쟁방지령이라고 할 수 있으나, 해방이후 우리 정부가 제정한 1961년 법이 최초의 부정경쟁방지법이며 동법의 법명은 1998년 현재와 같은 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률로 개정된 바 있다.

2) 법제처, 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제정·개정 이유, https://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=237355&lsId=&efYd=20220420&chrClsCd=010202&urlMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDocInfoR&ancYnChk=0# (2022. 6. 2. 마지막 방문).

3) 본 논문의 대상이 되는 현 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (파)목의 부정경쟁행위는 학자에 따라 성과모방행위, 성과모용행위, 성과도용행위 등 다양하게 불리고 있으나, 본고에서는 법문에 충실하게 '기타 성과 등 무단사용행위' 또는 (파)목의 부정경쟁행위로 칭한다.

동 조항의 입법의도는 새롭게 발생하는 다양한 유형의 부정한 경쟁행위에 대하여 탄력적, 효율적인 규제를 위한 것이었다는 것이 입법자의 설명이었으나,[5] 법조문의 모호성으로 인해 법적 성격과 성립요건 및 그 적용범위 등에 관해 논란이 여전히 지속되었고, 2020년 한 해 동안에는 ㈏목의 부정경쟁행위 조항의 성격과 판단기준을 제시하는 5건에 이르는 일련의 대법원 판결이 내려졌음에도, 동 조항의 예측가능성이 불확실하다는 비판은 아직도 사그라들지 않고 있다.

㈏목의 입법이후 9년이 가까워 오는 동안 대법원 판결을 포함하여 위 조항에 관한 판례는 어느 정도 축적되었으나 이에 대한 학계의 입장은 각양각색으로 혼란스러운 상황이고, 법률상으로도 ㈏목의 개정과 현행 ㈎, ㈐, ㈑목 등 새로운 부정경쟁행위가 추가되는 등 적잖은 변화가 있었으므로, 현재 시점에서 새로이 내려진 최근의 대법원 판결의 검토와 함께 개정된 부정경쟁방지법의 내용을 포함하여 본 조항에서 논란이 되고 있는 주요 쟁점을 다시금 검토하는 것은 큰 의미가 있을 것으로 판단된다. 이에 본고에서는 ㈏목의 도입 이후 그 성립요건과 관련하여 특히 논란이 많은 ㈏목의 법적 성격과 성과물의 범위 및 위법성의 판단기준 등의 주된 쟁점을 살피고 최근 선고된 주요 대법원 판례들의 비판적 검토를 통해 향후 ㈏목의 바람직한 운용방향을 모색하고자 한다.

---

4) 현행 ㈏목의 부정경쟁행위 조항은 2013. 7. 30. 법률 제11963호로 개정된 부정경쟁방지법에 제2조 제1호 ㈎목으로 신설된 후 2018. 4. 17. 법률 제15580호로 동법 개정시 현행 ㈎목의 신설로 ㈐목으로 변경되었다가, 최근 2021. 12. 7. 법률 제18548호로 개정 시 부정경쟁행위 ㈐, ㈑목이 추가신설되면서 현행 ㈏목으로 이동하였다.

5) 법제처, 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제정·개정 이유, https://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=142374&lsId=&efYd=20140131&chrClsCd=010202&urlMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDocInfoR&ancYnChk=# (2022. 5. 4. 최종방문).

Ⅱ. ㈐목의 부정경쟁행위 조항 관련 주요 쟁점 검토

1. ㈐목의 부정경쟁행위 조항의 법적 성격

2013. 7. 31. 부정경쟁방지법 개정에 의해 당시 ㈑목으로 신설된 본 조항은 기술의 변화 등으로 나타나는 새롭고 다양한 유형의 부정경쟁행위에 적절하게 대응하기 위한 보충적 일반조항이라는 것이 입법자의 설명이다.[6] 그러나 ㈐목의 부정경쟁행위 조항은 그 법문과 입법자의 의도에도 불구하고 그 법적성격에 대해서 많은 논란이 존재해 왔고, 이러한 논란들은 위 조항이 아무리 새롭게 발생하는 다양한 유형의 부정한 경쟁행위에 탄력적, 효율적인 규제하기 위해 도입된 것이라 하더라도 동 조항을 통해 지적재산에 대한 보호를 무한정 확장시킬 수 없다는 비판과 무관하지 않다.

㈐목의 부정경쟁행위의 성격에 대하여는 입법자의 설명에 따라 보충적 일반조항으로 설명하는 것이 다수이나,[7] '그밖에' 라는 문언에도 불구하고 일반조항이라기 보다는 그 자체가 독자적으로 열거되어 있

---

6) 특허청 산업재산보호팀, "부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 일부개정법률안 설명자료", 2011. 8., 1면; 박영규, "보충적 일반조항의 이론과 쟁점 분석", 2015 「제2회 지식재산 정책포럼 자료집」, 47면.

7) 「부정경쟁방지법」, 사법연수원, 2015, 79면; 최정열·이규호, 「부정경쟁방지법」(제3판), 진원사, 2019, 219면; 유영운, "부정경쟁방지법 일반조항의 적용범위에 관한 고찰", 「LAW & TECHNOLOGY」, 제11권 제4호, 「서울대학교 기술과 법 센터」, 2015. 7, 68면; 김원오, "부정경쟁방지법상 신설된 일반조항의 법적 성격과 그 적용의 한계", 「산업재산권」, 제45호, 한국지식재산학회, 2014, 273면; 문선영, "부정경쟁행위 일반조항에 관한 주요 법적 쟁점 연구", 「과학기술법연구」, 제22집 제1호, 2016. 2, 85면; 박윤석·박해선, "성과모방행위에 관한 고찰", 「지식재산권 연구」, 제9권 제4호, 한국지식재산연구원, 2014, 71면; 이상현, "불법행위 법리를 통한 지적 창작물의 보호", 「LAW & TECHNOLOGY」, 제11권 제4호, 서울대학교 기술과법센터, 2015. 7, 43면. 한편, 논자에 따라서는 작은 일반조항 또는 제한적 일반조항이라 지칭하기도 한다.

는 하나의 부정경쟁행위 조항으로 성과모용행위를 규율하는 조항이라고 설명하는 견해가 있고,[8] 보충적 일반조항이 아니라 기존의 부정경쟁행위 이외에 부정취득·사용행위(misappropriation)를 새로운 부정경쟁행위의 유형으로 추가한 것으로 보아야 한다는 견해가 있다.[9] 한편 대법원은 지난 2020년 ㈑목은 "구 부정경쟁방지법의 적용 범위에 포함되지 않았던 새로운 유형의 부정경쟁행위에 관한 규정을 신설한 것으로, 이는 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 일반조항"임을 명시적으로 판시하였고, 이후 판례도 이를 계속하여 확인하는 판결을 내리고 있다.[10]

---

8) 최승재, "부정경쟁방지법 ㈜목에 대한 하급심 판결의 동향 분석", 「변호사」, 제49집, 서울지방변호사회, 2017, 402면; 최승재, "제품의 형태와 색채 모방행위와 부정경쟁행위에 대한 소고 - 비아그라 판결과 세레타이드 판결을 중심으로 -", 「상사판례연구」, 제30권 제2호, 한국상사판례학회, 2017, 212-213면.

9) 나종갑, "부정경쟁방지법의 본질론과 무임승차 행위의 한계 - 한 우산속 바람꽃, 너도바람꽃, 나도바람꽃 -", 「산업재산권」, 제53호, 한국지식재산학회, 2017. 8., 77면.

10) 대법원이 ㈑목의 성격을 보충적 일반조항으로 판시한 최초의 사례는 2020. 3. 26. 선고 2016다276467 판결(골프존 사건) 및 대법원 2020. 3. 26.자 2019마6525 결정(BTS 사건)이며, 그밖의 판결례로는 대법원 2020. 7. 9. 선고 2017다217847 (눈알가방 사건); 서울고등법원 2016. 5. 12. 선고 2015나2044777 판결(서울연인 단팥빵 사건 2심, 대법원 2016. 9. 21. 선고 2016다229058 판결로 심불기각 확정) 등 다수가 있다. 참고로 과거 하급심 판례 중에는 (파)목의 성격을 부정경쟁행위 일반조항으로 판시하기도 하였으나(서울중앙지방법원 2015. 7. 10.선고 2014가합529490 판결{서울연인 단팥빵 사건 1심) 및 서울중앙지방법원 2014. 8. 28.선고 2013가합552431 판결(MoMoko 사건) 등} 이후 점차 보충적 일반조항임을 명시하여 본 조항의 성격을 한정적으로 해석하고 있다. 다만 이에 대해서는 표현과는 달리 실질적으로 일반조항으로 해석하고 있다는 비판이 있다(나종갑, "성과 '모방' 도그마와 부정경쟁방지법 제2조 제1항 (카)목의 적용범위 - 서울연인단팥빵사건을 중심으로", 「산업재산권」, 제62호, 2020, 153면 각주 7).

㈏목을 독자적 조항으로 해석하는 것은 자칫 지적재산법제의 목적에 반해 그 적용범위를 지나치게 확대하게 될 우려가 있고, 반대로 이를 염려하여 ㈏목을 미국법상의 협의의 부정취득·사용행위로 제한해석하는 것은 입법과정에서 논의된 내용을 살펴볼 때 ㈏목은 독일법상의 성과모방행위를 모델로 도입되었다는 점에서 입법자의 의도와는 거리가 멀다. 무엇보다도 두 견해 모두 '그밖에' 적용되는 것으로 규정하고 있는 ㈏목의 법문과 부합하지 않는다. 본 조항의 입법 경위 및 입법자가 밝히고 있는 법률 제, 개정 이유 등을 종합하면,[11] 본 조항은 보충적 일반조항으로 입법된 것으로 판단되며, 이러한 해석이 법조문의 문언적 해석에도 부합하다고 생각된다. 그러나, 보충적 일반조항으로 설명하는 견해들에 있어서도 저적재산법제의 목적에 부합하도록 그 적용에 매우 신중하여야 한다는 점에는 이론이 없다.[12]

2. ㈏목의 부정경쟁행위 조항의 적용 요건상의 주요 쟁점

(1) ㈏목의 부정경쟁행위 조항의 보호대상

본 조항의 입법 과정에서 새로운 유형의 다양한 부정경쟁행위를 포섭하고자 독일식 포괄적 일반조항의 도입이 논의된 것이 사실이나,[13]

---

11) 앞의 각주 6); 김원오, 앞의 논문.

12) 김원오, 앞의 논문. 273면; 이규홍, "부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목(변경 후 카목)에 대한 연구", 「정보법학」, 제22권 제2호, 한국정보법학회, 2018, 63면.

13) 독일 부정경쟁방지법(UWG)은 1896년 제정시 일반조항을 가지고 있지 않았으나 1909법은 제1조에서 "영업상의 거래에 있어서 경쟁의 목적으로 선량한 풍속에 반하는 행위를 저지른 자에 대해서 금지와 손해배상을 청구할 수 있다."라고 규정하여, 동법 내 개별규정과 경합적으로 적용되고 개별규정이 존재하지 않는 경우에 대하여는 보완적으로 적용되는 일반조항을 신설하였다. 이후 EU 지침의 국내법적 수용을 위한 2004년 법개정시 제3조로 위치를 바꾸어 "경쟁업자, 소비

독일의 일반조항은 동법 내 개별규정과 경합적으로 적용되고 개별규정이 마련되지 아니한 사항에 대해서는 보완적으로 적용되는 것으로 통상적인 일반조항과 큰 차이가 있었다.[14] 또한 일반조항 도입시 법 개념의 불명확성에 대한 혼란 우려와 함께 경합 적용을 허용하면 개별 구성요건의 적용이 무력화 되거나 적용을 회피할 위험성도 제기되었다.[15] 독일 부정경쟁방지법은 경쟁법제에 속하며 경쟁자 외에 소비자 및 기타 시장참여자까지 보호대상으로 하는 반면,[16] 우리나라는 부정경쟁방지법과 별도로 공정거래법제 및 소비자보호법제를 가지고 있어서 양 법제가 법의 목적과 규율대상 등에 상당한 차이가 있으므로 독일법의 논의를 그대로 우리 부정경쟁방지법의 해석 및 적용에 직접적으로 수용하기는 어렵다.[17]

자 및 기타 시장참여자의 이익에 반하여 경미하다고 할 수 없는 정도로 경쟁을 침해할 우려가 있는 부정한 경쟁행위는 허용되지 않는다."라고 규정하면서 위법성의 판단 기준을 선량한 풍속에 반하는 행위에서 불공정한 거래행위로 변경하였고, 과거 일반조항으로 규율해 온 부정경쟁행위 유형들을 제4 내지 7조의 예시적 구성요건으로 구체화하였다. 한편, 2016법 법개정시 제3조는 다시 개정되어 제1항에서 불공정한 경쟁행위는 허용되지 않는다는 원칙을 선언하고 있으며, 제3항에서는 특히 소비자관련행위로서 첨부목록상 정하는 30개 행위에 대하여는 언제나 금지됨을 규정하는 등 점차로 한정적으로 열거하면서 일반조항중심주의에서 이탈하는 경향을 보이고 있다.

14) 정호열, 「경제법(전정 제7판)」, 박영사, 2022, 44-45면; 박영규, "독일 부정경쟁방지법(UWG)상 일반조항의 의미와 역할", 「지적재산권」, 제29호, 한국지적재산권법제연구원, 2009, 13-14면.

15) 박영규, 앞의 자료, 54면.

16) 독일 부정경쟁방지법은 제1조(법의 목적)에서 "경쟁자, 소비자 및 기타 시장 참가자를 부정한 거래행위(불공정 거래행위)로부터 보호하기 위한 것이다. 동시에 이 법은 공정경쟁에 대한 공공의 이익을 보호한다."라고 규정하고 있어서 경쟁자 외에 소비자 및 기타 시장 참가자까지 보호대상으로 하는 법제임을 명확히 하고 있으나, 우리나라는 ㈜목의 도입 당시 부정경쟁행위 일반조항 입법과 함께 보호주체의 확대를 위한 목적 조항의 개정 시도가 있었으나 현재까지도 목적조항의 개정은 이루어지지 않은 상태이다.

17) 다만, 경쟁업자의 보호를 통해 소비자 및 기타 시장참가자에 대한 간접적 보호

이에 따라 ㈏목은 전형적인 부정경쟁행위로 분류되어온 행위유형들을 모두 포함하는 보편적 일반조항이 아니라, 독일 부정경쟁방지법의 일반규정이 규율해 온 행위 유형 중, 지적재산법을 보완하는 의미를 갖는 경쟁상대의 노력을 모용하는 행위로서 타인의 성과물에 대한 도용행위를 중심으로[18] 불법행위론에 기초한 판례[19]의 문구를 기초로 하여 입법되었다.[20] 따라서 본 조항은 새로이 등장하는 경제적 가치를 지닌 무형의 산물을 보호하기 위하여 도입되었으나, 그 적용대상에 있어서 성과모용 금지라는 일정 범주의 유형에 국한된다.[21]

효과가 있음은 사실이며 우리 법 역시 목적조항에서 동법의 목적이 궁극적으로 건전한 거래질서 유지에 있음을 밝히고 있다.

18) 위와 같은 타인의 성과물 모방행위로서 유형화된 행위들은 2004년 독일 부정경쟁방지법 제4조 제9항에 a)상품이나 서비스의 출처에 관련되어 수요자 혼동을 가져오거나 수요자를 기망하는 경우, b)최초 제조자의 명성이 부정하게 손상되거나 이용되는 경우, c)상품을 복제하기 위한 자료나 지식이 부정하게 취득된 경우로 명문화되었다.

19) 대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정; 대법원 2012. 3. 29.자 2010다20044 판결.

20) 독일의 1909년 부정경쟁방지법상 포괄적 일반조항이 규율하는 여러 행위의 유형은 구체적 사례에 의해 유형화할 수 있는데, 학자에 따라 이를 불공정한 고객유인행위, 개별적 방해행위, 경쟁상대 노력의 모용행위, 일반적 시장방해행위(시장교란행위), 기타의 행위로 분류하거나(박영규, 앞의 자료, 51면; 박영규, 앞의 논문, 16면.), 보호법익을 기준으로 다른 경쟁자의 이익을 침해하는 행위, 소비자(또는 수요자)의 이익을 침해하는 행위, 또는 공중의 이익을 침해하는 행위로 나누기도 한다(박성호, “지적재산법의 비침해행위와 일반불법행위 - 불법행위법리에 의한 지적재산법의 보완 문제를 중심으로 -”, 「정보법학」, 제15권 제1호, 한국정보법학회, 2011, 224면).

21) 김원오, 앞의 논문, 261, 277면; 박영규, 앞의 자료, 55면.

(2) ㈏목의 적용요건 상의 주요 쟁점

1) 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 '성과 등'

(가) 타인이 경쟁자에 한정되는지 여부

㈏목의 적용요건에 관한 논의로서, 법문상 '타인'으로 규정되어 있음에도 이를 경쟁자로 한정할 것인가에 관한 논쟁이 존재한다. 이는 독일법이 성과모방행위로 인한 부정경쟁행위에 대하여는 경쟁자의 지위에 있을 것을 요구하고 있고 위법성의 징표로 경쟁질서에 반하는 방법으로 사용할 것을 요구하고 있다는 점에서 기인한 것이나,[22] ㈏목은 '경쟁자'가 아닌 '타인'이라는 용어를 사용하고 있고, 이러한 타인이라는 용어는 부경법 제1조, 제2조 제1호 가, 나, 다, 바, 아, 자, 차, 타목에도 사용되나 문언해석상 경쟁자에 국한된다고 보기 어려우므로, '타인의 성과물'인지 여부를 판단할 때 '타인'이 경쟁자에 국한된다고 보이지 않는다. 실제로 부정경쟁방지법은 주지저명표지에 대한 보호에 있어서 경쟁자에 한정하고 있지 않으므로, 법문과 달리 타인을 반드시 경쟁자로 한정하여 제한 해석해야 한다고 보기 어렵다.[23] 다만, ㈏목의 성립여부 판단시 위법성 판단은 물론이고 이로 인한 법적 효과로서 금지명령을 내리거나 손해배상액의 판단에 있어서도 무단사용행위자와 성과물의 귀속주체 사이의 경쟁관계의 존부는 가장 중요한 고려요소임은 이론의 여지가 없다.

---

22) ㈏목의 적용요건 판단시 경쟁자로 한정해야 한다는 견해로는 이규홍, 앞의 논문, 84면; 박정희, "부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목의 적용범위", 「특허법원 개원 20주년 기념논문집」, 2018, 843면.

23) 문선영, 앞의 논문, 80-81면.

(나) '성과 등'의 범위와 판단기준

본 조항은 신설이후 지적재산권의 과도한 보호에 대한 우려가 제기되어 그 적용범위의 해석에 신중을 기해야 함을 지적하는 견해가 많았다. 본 조항은 파리협약 제10조의2나 독일, 스위스 등의 입법례에서 볼 수 있는 개방적 일반조항이 아니라 보충적, 택일적 일반조항의 형식으로 입법되었고 나아가 적용대상도 타인의 성과물 도용행위에 국한된다. 따라서 ㈏목의 적용에 신중을 기하기 위해서는 그 보호대상이 되는 '성과 등'의 범위와 판단방법을 살필 필요가 있다.

㈏목의 보호대상인 성과물은 유체물에 한정되지 않고 무체물도 포함하는 것이며 기술적 성과는 물론이고 고객에 대한 이미지, 비즈니스 모델이나 비즈니스 플랫폼, 그리고 고객 데이터나 고객 네트워크 같은 경영적 성과도 포함될 수 있다.[24] ㈏목의 보호대상인 '성과 등'의 범위에 부동산과 동산 등 유체물은 제외하여야 한다는 지적도 있으나,[25] 무체자산은 흔히 유체물에 표현되므로 ㈏목의 보호대상은 무체물에 한정되지 않고 유체물도 포함한다고 생각된다. ㈏목의 적용대상을 지나치게 확대하는 것은 경계해야 할 것이나, 보호대상인 성과 자체를 무체물로 한정한다 하더라도 유체물에 체화되는 무형적 가치가 보호대상이 된다는 점에는 이론이 없으므로,[26] ㈏목의 보호대상

---

24) 최정열·이규호, 앞의 책, 220면; 문선영, 앞의 논문, 81면. 참고로, ㈏목의 도입에 모델이 되었던 독일법상 성과의 범위는 모든 종류의 노력의 성과물을 대상으로 하고 있어 그 범위가 매우 광범위 하다는 것이 입법관여자의 설명이며(박영규, 앞의 자료, 55면.), 지적재산법에 의해 보호받지 못하는 경우에도 공서양속에 반하는 모용행위 등에 대해 금지가 가능하므로 지적재산권법을 보충하는 역할을 담당하였다고 한다.

25) 나종갑, "성과 '모방' 도그마와 부정경쟁방지법 제2조 제1항 (카)목의 적용범위", 177-180면.

26) 위 견해도 ㈏목의 적용범위가 무형의 결과를 의미한다고 하면서 유체물에 체화된 무형의 가치가 보호대상이라고 설명하고 있다(나종갑, 앞의 논문, 180면).

에 대한 논의는 대상이 유체물이냐 무체물이냐 보다는 어떠한 '성과 등'을 보호할 것인가에 보다 논의가 집중되어야 할 것이다.

또한 ㈐목의 보호대상은, 모든 성과물이 아닌 상당한 투자나 노력으로 만들어진 것을 요한다. 과연 어느 정도가 상당한 것인가에 관하여는 적어도 ㈎ 내지 ㈑목의 부정경쟁행위 보호법익에 대한 투자나 노력에 상응하는 정도의 투자나 노력에 의한 것이어야 할 것이다.[27] 그러나 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과이기만 하면 바로 ㈐목의 보호대상이 되는 것은 아니며, 명문으로 규정되지 않았다 하더라도 독일 부정경쟁방지법상 요구되는 바와 같이, 거래적 가치(Wettbewerbliche Eigenart)가 있을 것을 요한다고 해석하는 것이 일반적이다.[28] 우리법제에서도 상사불법행위로서 부정경쟁행위의 대상은 경제적 가치가 있을 것을 전제로 하고 있고, ㈐목에 해당되는 행위가 타인의 경제적 이익 침해를 요구하고 있다는 점에서 성과 등에 해당되기 위하여 보호할 만한 거래적 가치를 요한다는 해석은 무리가 없다고 생각된다. 다만, 우리법상 성과 등에 해당되기 위해서 반드시 거래적 가치를 가지고 출처표시 기능을 수행해야 한다고 제한적으로 해석할 필요는 없다.[29]

한편, 대법원은 ㈐목의 보호대상과 관련하여, "위와 같은 법률 규정과 입법 경위 등을 종합하면, ㈐목(당시 ㈋목)은 그 보호대상인 '성과 등' 의 유형에 제한을 두고 있지 않으므로, 유형물뿐만 아니라 무형물도 이에 포함되고, 종래 지식재산권법에 따라 보호받기 어려웠던 새로운 형태의 결과물도 포함될 수 있다."고 판시하면서 원심과 달리 '골프장 명칭'을 포함한 골프코스의 종합적인 이미지를 성과로 판단하였고,[30] 그밖에 아이돌 그룹의 명성·신용·고객흡인력이나[31] 지상파 3

27) 최정열·이규호, 앞의 책, 209면.

28) 박성호, 앞의 논문, 100면; 이규홍, 앞의 논문, 67면. 다만, 논자에 따라서는 이를 경쟁적 특성으로 번역하기도 한다(박윤석·박해선, 앞의 논문, 83면).

29) 유영운, 앞의 논문, 57-58면; 문선영, 앞의 논문, 82면; 이규홍, 앞의 논문, 85면.

사가 구축한 전국동시지방선거 개표방송을 위해 출구조사를 통해 얻은 당선자 예측조사 결과 정보가 ㈏목의 성과물에 해당된다고 판시하는 등,[32] ㈏목의 판단 시 성과 등의 범위 자체를 제한적으로 해석하고 있지는 않다.

또한 대법원은"'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."고 판시함과 아울러, "이러한 성과 등이 '상당한 투자나 노력으로 만들어진' 것인지는 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 이른바 공공영역(公共領域, public domain)에 속하지 않는다고 평가할 수 있어야 한다."고 판시함으로써 ㈏목의 보호대상과 그 판단기준에 대하여 제시하고 있다.[33] 특히 대법원이 부정경쟁방지법의 보충성과 관련하여 공공영역에 속하지 않을 것을 판단기준으로 명시하고 있다는 점은 주목할 만하며, 결국 문제된 '성과 등'이 공공의 영역으로 볼 수 있는지 아니면 법상 보호할 가치가 있

30) 대법원 2020. 3. 26. 선고 2016다276467판결(골프존 사건). 참고로 ㈏목의 법적 성격을 부정취득·사용행위로 보는 견해로서, 명성, 고객흡입력 등 이른바 'goodwill(상업상 신용)'에 대한 침해의 핵심은 허위표시(misrepresentation)로서 이미 허위표시법리에 의해 보호되고 있고, 'goodwill'에 대한 혼동을 가져 오는 것은 수요자로 하여금 'goodwill'을 혼동하게 할 뿐'goodwill'을 직접 취득하는 것이 아니므로 이를 부정취득법리(misappropriation)를 근거로 보호하여서는 안되며, 고객흡인력을 성과로 보게 되면 ㈏목이 적용범위를 가늠할 수 없는 만능조항이 되어 버린다고 비판하는 견해가 있다(나종갑, "성과 '모방' 도그마와 부정경쟁방지법 제2조 제1항 (카)목의 적용범위", 180-182면).

31) 대법원 2020. 3. 26.자 2019마6525 결정(BTS 사건).

32) 대법원 2017. 6. 15., 선고, 2017다200139, 판결

33) 2020. 3. 26. 선고 2016다276467 판결; 대법원 2020. 3. 26.자 2019마6525 결정(BTS 사건) 등.

는 성과 등에 해당될 것인지에 대한 판단이 ㈏목의 적용에서 중요한 의미를 갖는다고 할 수 있으며, 이러한 대법원의 판시는 이후 다수의 판결에도 영향을 미치고 있다.

(다) 보호대상여부에 관한 논쟁과 후속 입법의 검토

㈏목의 보호대상과 관련하여, ㈏목의 부정경쟁행위 조항은 성과 등의 무단사용행위를 규율하는 것인데, 성과물의 범위가 넓어지면, 파목을 보충적 조항이 아닌 모든 행위에 적용될 수 있는 만능조항으로 해석될 가능성이 있게 된다는 지적이 있었고,[34] 특히 아이디어, 퍼블리시티, 트레이드 드레스 등에 관하여 논란이 많았다.

우선 ㈏목의 도입이전에도 아이디어의 무단 사용에 대한 규제필요성과 법적 보호방안에 대한 많은 논의가 있었고,[35] 아이디어가 ㈏목의 보호대상이 될 것인지에 대하여 찬성하는 견해도 있으나,[36] 부정경쟁방지법은 지적재산권의 보충적 규범이므로 타인의 투자와 노력이 들어간 성과물은 표현된 것에 한해야 하고 구체적으로 형성되지 않은 아이디어는 성과물의 개념에서 제외되어야 한다는 반론이 있었다.[37] 필자역시 다른 창작물의 아이디어를 차용하였다 하더라도 이에 자신만의 독자적 아이디어나 창작물 등의 새로운 성과를 부가한다면 이러한 행위는 자유 경쟁질서에 반한다고 볼 수 없을 것이므로, 아이디어의 무단 사용행위를 ㈏목의 부정경쟁행위로 판단하는 것은 매우 신중을 기하여야 한다는 입장이었고,[38] 판례 역시 과거 아이디어를 ㈏목

34) 나종갑, "성과 '모방' 도그마와 부정경쟁방지법 제2조 제1항 (카)목의 적용범위", 160면.

35) 이헌, "아이디어의 보호에 관한 연구", 「LAW & TECHNOLOGY」, 제6권 제1호, 서울대학교 기술과 법센터, 2010. 13면.

36) 유영운, 앞의 논문, 59면.

37) 박윤석·박해선, 앞의 논문, 25면.

38) 문선영, 앞의 논문, 89-90면.

에 의하여 보호하는 데에는 소극적인 입장을 취하고 있었다.[39] 아이디어의 무단 사용에 대한 규제는 2018. 4. 17. 법률 제15580호로 개정에 의해 거래교섭 또는 거래 과정에서 자발적으로 제공된 아이디어에 대하여 규율하는 ㈔목의 부정경쟁행위 조항이 신설되면서 이후 ㈖목에 의해 직접적으로 아이디어를 보호할 수 있는가에 대한 논의는 잦아들었다.

또한 트레이드 드레스를 ㈖목의 보호대상으로 볼 것인가에 대하여 살펴보면, 그동안 우리 법상 트레이드 드레스가 반드시 법적 보호에서 배제되었던 것이 아니고, 상표법상 입체적 상표의 보호가 가능하고, 부정경쟁방지법 ㈎, ㈏, ㈐목의 상품의 용기, 표장 등 그밖의 타인의 상품표지와 영업표지, 또는 ㈑목의 상품형태에 해당할 경우 부정경쟁방지법에 의한 보호가 가능하다. 나아가 판례는 현행법상 명문 규정을 가지고 있지 않는 트레이드 드레스에 대하여도 ㈖목을 활용한 보호가 가능함을 시사하고 있었다. 대표적인 사례로는 이른 바 서울연인 단팥빵 매장 사건의 1심판결에서는 트레이드 드레스의 요건을 자세히 설시하면서 "이를 모두 충족하여 상품이나 서비스의 전체적인 이미지로서의 트레이드 드레스로 평가될 수 있다면 해당 사업자의 상당한 노력

39) 판례는 타인의 안경테 디자인 모방제품을 이탈리아에서 제조 후 수입, 판매한 행위의 차목 해당여부가 문제된 사안에서, "안경테 좌측 하단에 전체적인 색과 다른 색을 일부 입히는 것은 그 자체로 아이디어에 해당하는 것으로 보충적 일반조항에 따라 반드시 보호되어야 하는 성과라고 보기 어렵다"고 판시하였고 {서울중앙지방법원 2014. 8. 29.자 2014카합80386 결정(확정)}, 아이스크림 위에 벌집채꿀을 올린 제품 형태의 모방이 문제된 아이스크림 가게 소프트리 사건에서도 이러한 상품 형태는 독자적인 특징이 없이 단순히 소프트 아이스크림과 토핑으로서의 벌집채꿀을 조합하는 제품 결합방식이나 판매방식에 관한 아이디어를 실현한 것에 불과하다는 이유로 실질적으로 동일한 제품을 판매하더라도 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 부정경쟁행위에 해당한다고 보기 어렵다고 판시하여(서울고등법원 2015. 9. 10. 선고 2014나2052436 판결). 아이디어를 ㈖목에 의하여 보호하는데 신중을 기하고 있다.

과 투자에 의하여 구축된 성과물에 해당한다."[40]고 판시하였으며, 이는 상급심 법원에서도 유지되었다.[41][42]

그러나 이에 대하여는 트레이드 드레스는 영업 주체를 표장하는 것으로 유사한 트레이드 드레스의 사용은 허위표시(misrepresentation)에 해당하고, ㈏목의 "그 밖에 타인의 영업임을 표시하는 표지"에 해당하므로 ㈐목 보다 ㈏목이 트레이드 보호에 더 구체적인 조항이라는 비판이 제기되었고,[43] 판례 중에도 "트레이드 드레스는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 ㈎목 내지 ㈐목 소정의 상품표지나 영업표지에 해당하므로 그와 동일·유사한 트레이드 드레스의 사용행위에 대해서는 위 각 조항이 적용되고, 특별한 사정이 없는 한 그러한 행위에 대하여 부정경쟁

40) 서울중앙지방법원 2015. 7. 10. 선고 2014가합529490 판결.

41) 서울고등법원 2016. 5. 12. 선고 2015나2044777 판결(대법원 2016. 9. 21. 선고 2016다229058 판결에 의해 심불기각으로 확정). 본 사례에서 서울고등법원은 "부정경쟁방지법의 개정 이유 등에 비추어 볼 때, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 ㈐목(당시 ㈑목)의 보호 대상인 '타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과'에는 새로운 기술과 같은 기술적인 성과 이외에도 특정 영업을 구성하는 영업소 건물의 형태와 외관, 내부 디자인, 장식, 표지판 등 '영업의 종합적 이미지'의 경우 그 개별 요소들로서는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 ㈎목 내지 ㈑목을 비롯하여 디자인보호법, 상표법 등 지식재산권 관련 법률의 개별 규정에 의해서는 보호받지 못한다고 하더라도, 그 개별 요소들의 전체 혹은 결합된 이미지는 특별한 사정이 없는 한 부정경쟁방지법 제2조 제1호 ㈐목이 규정하고 있는 '해당 사업자의 상당한 노력과 투자에 의하여 구축된 성과물'에 해당한다고 볼 수 있으므로, 경쟁자가 이를 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 ㈐목이 규정한 부정경쟁행위에 해당한다고 봄이 타당하다."고 판시하였다.

42) 그밖에 사례로는 아이스크림 매장의 외부 간판, 메뉴판, 내부 인테리어 등의 모방이 문제된 사건에서 ㈐목의 부정경쟁행위에 해당된다고 인정한 판례가 있다{서울중앙지방법원 2014. 11. 7. 선고 2014가합524716 판결(소프트리 아이스크림 사건 1심)}.

43) 나종갑, "성과 '모방' 도그마와 부정경쟁방지법 제2조 제1항 (카)목의 적용범위", 158면.

방지법 제2조 제1호 (구) ㈜목이 적용된다고 보기 어렵다."는 판결[44]이 내려지기도 하였다. 이와 같이 트레이드 드레스에 관하여 ㈖목으로 보호하는 것이 적절한 것인가에 대한 지속적인 비판은 2018. 4. 17. 법률 제15580호로 개정시 ㈏ 및 ㈐목의 영업 표지에 관한 부분을 '타인의 영업임을 표시하는 표지(상품 판매·서비스 제공방법 또는 간판·외관·실내장식 등 영업제공 장소의 전체적인 외관을 포함한다)'로 개정하면서 일단락되었고, 위와 같은 개정은 그동안 ㈖목의 적용 여부에 논란이 있었던 트레이드 드레스에 관한 부정경쟁행위 유형이 입법적으로 구체화된 것으로 평가할 수 있다.

한편, 퍼블리시티의 보호에 대해서도 현행법상 부정경쟁행위 일반조항에 의해 퍼블리시티권의 보호가 가능하고 별도의 입법이 불필요하다는 견해,[45] ㈖목의 신설로 퍼블리시티권에 관한 근거조항을 갖게 되었다고 평가하면서 다만 존속기간에 대하여는 보완입법이 필요하다는 견해,[46] 퍼블리시티권의 침해가 문제되는 경우 ㈖목 적용을 반드시 부정적으로 볼 것은 아니라는 견해,[47] 퍼블리시티권의 보호대상이 되는 이미지도 부정경쟁행위 일반조항의 보호대상에 해당하나 이러한 부정경쟁행위에 대한 권리를 누가 누구를 상대로 행사할 수 있는가의 범위를 정하는 것이 어려운 문제라는 견해,[48] ㈖목의 요건을 신중히 판단하여야 하나 이를 만족하는 한도 내에서는 카목을 활용하여 퍼블리시티권을 보호하는 것이 가능하다는 견해[49] 등이 있었으나, 여전히

---

44) 서울고등법원 2017. 12. 14.자 2017라20489 결정.

45) 박준우, 「퍼블리시티권의 이해」, 커뮤니케이션북스, 2015, 84면.

46) 박준석, "인격권과 구별된 퍼블리시티권을 인정할지에 관한 고찰 - 최근의 비판론에 대한 논리적 재반박을 중심으로 -, 「법학」 제56권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2015, 128면.

47) 최승재, "퍼블리시티권에 대한 하급심 판결 동향 분석 및 권리화 방안", 「정보법학」, 제19권 제3호, 한국정보법학회, 2015. 12, 29면.

48) 유영운, 앞의 논문, 60-61면.

초상·성명 등은 생래적인 특징일 뿐 후천적인 투자나 노력으로 만들어진 성과물일 수 없다는 이유로 ㈏목의 보호대상인 성과에 해당될 수 없다는 반론이 존재하였고, 그밖에 ㈏목은 적용범위가 제한되어 퍼블리시티권을 전반적으로 보호하기에 부족하고 부정경쟁방지법은 행위규제형 규범이므로 기존에 제기된 문제들에 대한 해결책을 제시하지 못하는 등 퍼블리시티권을 보호하기 어려운 문제점들을 지니고 있다는 비판이 존재하였다.[50] 그런데 지난 2020년 대법원이 유명 아이돌 그룹 구성원들이 사진을 허락없이 사용하여 잡지를 발행, 판매한 행위가 ㈏목의 부정경쟁행위에 해당한다는 판결을 내리면서[51] 부정경쟁방지법에 의한 퍼블리시티 보호에 관한 입법논의가 다시 급물살을 타게 되었고, 이에 2021. 12. 7. 법률 제18548호로 부정경쟁방지법이 개정되면서 데이터 부정사용행위와 함께 유명인의 초상·성명 등 인적 식별표지를 무단사용하는 행위가 ㈐목의 부정경쟁행위 유형으로 추가되기에 이르렀다. 이는 해당 행위를 부정경쟁행위로 명확히 규정하여 제재함으로써 건전한 거래 질서를 확립하고, 부당한 피해로부터 소비자를 보호하려는 것이었다는 점이 입법자의 설명이나,[52] 새로운 ㈐목의 입법에 대해서는 위법성 판단 기준 등을 포함하여 표현의 자유와의 관계에서 적절한 것이었는지 여전히 논란의 여지가 있고, 소속사에 대한 금지청구권 인정의 적절성 여부도 고민이 필요한 부분이라 생각되므로 입법의 구체적 내용에 대하여는 향후 논쟁의 여지가 있다고 생각된다. 또한, 현재 국회에 계류 중인 저작권법 전면개정안을 보면, 초상등재

---

49) 문선영, 앞의 논문, 92면.

50) 한지영, "부정경쟁방지법에 의한 퍼블리시티권 보호방안에 대한 비판적 검토", 「홍익법학」, 제17권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2016, 660-661면.

51) 대법원 2020. 3. 26.자 2019마6525 결정(BTS 사건).

52) 법제처, 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제정·개정 이유, https://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=237355&lsId=&efYd=20220420&chrClsCd=010202&urlMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDocInfoR&ancYnChk=0# (2022. 5. 12. 최종방문).

산권을 입법하는 안을 포함하고 있어서,[53] 향후 퍼블리시티의 보호에 관한 법제동향을 주시할 필요가 있다.

2) 공정한 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용

(가) 위법성의 판단기준

㈎목의 적용여부의 판단에서 가장 핵심적인 부분은 '공정한 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로'타인의 성과 등을 무단 사용하였는지에 관한 것으로, 이는 구체적인 행위가 부정경쟁행위로서 위법성을 갖는지 여부를 판단하는 기준이 된다. 위법성의 판단은 침해법익의 성질, 피침해법익과 침해행위의 상관관계 등을 고려하여 구체적 행위 마다 개별적, 상대적으로 판단하는데, 부정경쟁행위 일반조항은 기존의 지식재산법률에 의하여 규율하지 못한 다양한 부정한 경쟁행위를 규율하기 위해 특별히 도입된 규정이라는 점을 고려할 때, 그 위법성을 인정하는데 있어서는 이를 인정할 만한 특별한 사정이 존재하여야 한다.[54]

㈎목으로 규율할 만한 위법성이 있는지를 판단함에 있어서는 다른 부정경쟁행위의 행위태양과 동일한 정도의 부정한 수단을 이용하였는지, 그리고 다른 부정경쟁행위와 대등할 정도로 시장의 경쟁질서를 심각하게 교란하였는지, 경쟁질서를 해할 목적으로 상대방에게 손해를 가하거나 스스로 이익을 취할 의사가 있었는지, 그 산업분야의 거래관행에 부합하는지, 그 행위를 규제함으로써 그 산업분야에 악영향을 미쳤는지, 현재 또는 장래의 기술발전이나 소비자에게 미치는 영향이

---

53) 국회 의안정보시스템, 의안번호 2107440, 저작권법 전부개정법률안(도종환의원 등 13인), http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_Q2T1M0X1D0M4W1T4M3O0R3Y4C7O3D2 (2022. 6. 9. 최종방문).

54) 문선영, 앞의 논문, 99면; 박성호 앞의 논문, 98면.

어떠한지, 그 행위의 규제가 사회 전반의 이익에 부합됨이 명백한지 등 이와 같은 제반의 요소들을 종합적으로 고려하여 해당 행위가 사회 전체적 관점에서 부정경쟁행위로 규제되어야 할 특별한 사정이 있는지를 판단하여야 하고, 그 판단에 있어서는 부정경쟁방지법의 목적과 지식재산권의 정당화 근거를 고려하여 보다 신중을 기해야 할 것이다.[55] 또한 그 위법성의 정도는 부정경쟁방지법상 열거된 개별 부정경쟁행위에 준하는 경우로서 공정한 거래질서 및 자유로운 경쟁질서의 관점에서 정당화할 수 없는 정도에 이르러야 한다.[56]

(나) 위법성 판단 기준으로서의 예속적 모방과 직접적 모방의 구별론

위법성의 판단기준과 관련하여, 독일 부정경쟁방지법상 일반조항의 해석과 관련하여 전개된 부정경쟁행위로서 인정할 수 있는 특별한 사정에 관한 유형을 참고할 필요가 있다고 주장하면서, 그 행위유형 중 하나인 타인의 성과물에 대한 도용으로서 예속적 모방과 직접적 모방을 구분하여 설명하는 견해가 유력하게 제시되고 있다. 이 견해에 따르면, 타인의 성과물에 대한 모방은 모방의 양태에 따라 타인의 성과를 토대로 모방자 자신의 창작이 가미된 형태인 예속적 모방(sklavische Nachahmung)과 타인의 성과를 대부분 그대로 가져오고 모방자의 창작이 거의 없는 직접적 모방(unmittelbare Leistungsübernahme)으로 나눌 수 있고, 후자는 특별한 사정이 인정되어 위법성을 긍정할 수 있으나, 전자는 후자와 달리 타인의 성과물에 대한 직접적 모방이 아닌 자신의 창작이 가미된 형태로 모방한 경우이므로 언제나 특별한 사정이 인정되는 것은 아니며, 선행자와의 계약상 의무나 신의칙에 반

55) 문선영, 앞의 논문, 99-100면.

56) 서울고등법원 2017. 2. 16. 선고 2016나2035091 판결(눈알가방 사건 항소심); 서울고등법원 2017. 1. 12. 선고 2015나2063761판결(포레스트 매니아 사건); 서울고등법원 2018. 10. 11. 선고 2015나2047271 판결 등.

하는 형태로 모방하거나, 부정한 수단에 의해 정보를 취득한 양태로 모방한 경우에 특별한 사정이 인정된다고 설명한다.[57] 또한 이러한 유형의 특별한 사정이란, 타인의 지적 성과물의 이용행위를 민법상 불법행위 법리에 의해 보호해 주지 않으면 그 지적 성과물을 창출하거나 고객 흡인력 있는 정보를 획득한 타인에 의한 인센티브가 부족하게 될 것이 명백한 경우, 지적재산법의 입법적 흠결에 대해 입법보완이 필요하지만 그때까지 기다릴 수 없는 상황을 의미한다고 한다.[58]

예속적 모방의 경우 곧바로 위법성을 인정하지 않고, 계약상 의무나 신의칙에 반하는 형태의 모방이나 부정한 수단에 의한 정보를 취득한 형태로 모방하는 경우에만 위법성이 인정되는 것으로 제한하여 해석하고 있다는 점에서, 이 견해는 법상 금지되어 있지 않은 행위를 부정경쟁행위로 규율함에 있어서 위법성을 엄격하게 판단함으로써, ㈏목의 적용범위가 지나치게 확대되지 않도록 제한하여 해석하고 있다는 점에서 여전히 의의가 있다고 생각된다.

다만, 독일에서 논의된 일반조항에 의해 부정경쟁행위로 판단할 수 있는 특별한 사정의 유형들은, 위법성 판단의 요소로서 고려할 수 있는 제반 사정으로 참고할 필요는 있으나 예속적 모방의 경우에 특별한 사정이 인정되는 부분을 위와 같은 예외적인 경우로 한정하고 이에 해당하지 않는 경우에는 무조건 ㈏목의 적용을 배제할 필요는 없다고 생각되며, 부정경쟁행위로 규율할 만한 특별한 사정이 인정되는지에 대해서는 위에서 살펴 본 제반 사정을 종합적으로 고려하여 사안에 따라

57) 박성호, 앞의 논문, 99-100면. 다만 이에 대하여, 독일법상 'sklavische Nachahmung'는 예속적 모방이 아니라 노예적 모방이라고 함이 타당하나, 위 견해가 모방자의 사고나 창작성이 가미되지 않는 경우를 노예적 모방(sklavische Nachahmung)이 아니라 직접적 모방(unmittelbare Leistungsübernahme)으로 설명하고 있다고 비판하고 있는 견해로는 나종갑, "성과 '모방' 도그마와 부정경쟁방지법 제2조 제1항 (카)목의 적용범위", 170면.

58) 박성호, 앞의 논문, 100면.

구체적, 개별적으로 위법성을 판단할 필요가 있다고 생각된다. 따라서, 위 견해에서 제시하고 있는 계약상 의무나 신의칙에 반하는 형태의 모방이나 부정한 수단에 의한 정보취득의 양태로 모방하는 것은 특별한 사정이 인정되는 하나의 예시가 될 수 있을 것으로 생각되며, 반대로 직접적 모방이라고 하더라도 무조건 위법하다고 판단할 수 있는 특별한 사정이 인정된다고 단정하기보다는 개별적, 구체적으로 판단할 때 위법성이 부인되는 경우도 있을 수 있다고 생각된다.[59] 한편, 판례 중에는 과거 앞서 본 견해와 같이 ㈜목의 위법성을 엄격히 판단하여 직접적 모방만을 특별한 사정에 해당하는 것으로 판시한 사례들도 존재하였으나.[60] 앞서 본 최근의 대법원 판결[61]이후에는 위법성 판단시 이러한 고등법원 판결들과 같이 특별한 사정에 대한 설시를 명문으로 요구하기보다는 아래 기술하는 바와 같은 위법성의 제반 고려요소를 설시하고 이를 종합하여 판단하고 있다.

---

59) 독일 부정경쟁방지법상 직접적 모방의 예로 제시되는 공정이용의 대상이 되는 서적의 복제하는 행위의 경우에 이를 복제하였다고 해서 언제나 위법성 판단기준이 되는 특별한 사정을 인정하기는 어려울 것이다(직접적 성과모방행위의 금지여부에 관한 독일에서의 견해대립을 소개하는 문헌으로는 박윤석·박해선, 앞의 논문, 86-87면 참조).

60) 서울고등법원 2017. 1. 12. 선고 2015나2063761판결(포레스트 매니아 사건); 서울고등법원 2019.9.26. 선고 2018나2052021판결(루프박스 사건 항소심) 등. 다만 최근의 판례에서는 위법성의 인정을 위해 특별한 사정에 대해 특별히 요구하거나, 이를 기초로 예속적 모방과 직접적 모방을 구분하여 직접적 모방만을 특별한 사정이 존재하는 것으로 판단하지는 않는 것으로 보인다(2020. 3. 26. 선고 2019마6525 결정 및 2016다276747 판결 등).

61) 2020. 3. 26. 선고 2016다276467 판결(골프존 사건) 및 대법원 2020. 3. 26.자 2019마6525 결정(BTS 사건). 대법원은 동 판결들을 통해 최초로 ㈜목의 성격을 분명히 하고 각 요건사실에 관련된 성과의 범위 및 판단요소, 위법성의 판단기준 등에 대하여 구체적으로 설시하는 판결을 내렸다.

(다) 관련 판례의 검토

한편 대법원은 앞서 본 사건들을 통하여 ㈏목이 정하는 '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."고 하여 위법성이 인정될 수 있는 판단기준을 구체적으로 제시하였고,[62] 이는 이후 다른 판결에서 자주 인용되고 있다. ㈏목이 혼동가능성을 법문상 요구하고 있지 않아 이를 ㈏목의 성립요건으로 볼 수는 없으나, 대법원은 이를 위법성 판단의 고려 요소로 거시하고 있다는 점이 주목된다.

한편, 위 판결에 대하여 판례가 타인의 성과 모방이나 이용행위에 공정한 거래질서 및 자유로운 경쟁질서에 비추어 정당화될 수 없는 '특별한 사정'이 있는 경우에만 ㈏목 위반을 인정했던 일부 하급심 판결과 달리, 그와 같은 특별한 제한을 명문으로 요구하지 않음으로써 ㈏목의 인정 범위를 넓혔다고 평가하는 견해도 있으나,[63] 위 대법원 판결을 비롯한 이후의 일련의 판결들이 ㈏목의 적용범위를 적극적으로 판단하고 있고, 과거 위 하급심 판결들[64]이 원칙적으로 직접적 모

---

62) 2020. 3. 26. 선고 2016다276467 판결 및 대법원 2020. 3. 26.자 2019마6525 결정 (BTS 사건).

63) 대법원, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (카)목이 '보충적 일반조항'임을 최초로 판시, 2020. 3. 31.자 법률신문기사, https://m.lawtimes.co.kr/Content/LawFirm-NewsLetter?serial=160682 (2022. 6. 3. 최종검색).

64) 서울고등법원 2017. 2. 16. 선고 2016나2035091 판결(눈알가방 사건 항소심); 서울고등법원 2017. 1. 12. 선고 2015나2063761판결(포레스트 매니아 사건); 서울고

방만을 특별한 사정에 해당하는 것으로 판시하는 등 위법성을 엄격하게 판단한 것은 사실이나, 특별한 사정을 위와 같이 제한적으로 엄격하게 해석하기 보다는 이를 법률상 명시적으로 금지되어 있지 않는 행위에 대하여 부정경쟁행위로서 위법성을 인정할 수 있는 제반 고려요소로 이해할 수 있고, 향후에도 판례는 위법성 판단 시 그 요소로서 제시한 바 있는 위 여러 가지 사정들을 종합하여 신중하게 판단하여야 함은 물론이다.

덧붙여 하급심 판례 중에는, "'공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용'한 경우에 해당하는지를 판단함에 있어서는 앞서 본 바와 같은 요소들에 추가하여 이용의 목적 등 이용자의 주관적 인식 및 악의, 이용의 방법, '성과 등'의 취득 경위, 이용(모방)의 정도, 이용까지의 시간적 간격, 투자 동기(인센티브)에 미치는 영향, 공공의 이익, 당사자들 사이의 이익균형 등을 함께 고려할 필요가 있다"고 하면서 "한편, 특정인의 행위가 '타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용한 것'인지를 판단함에 있어서는, 먼저 앞서 본 법리에 따라 ㈑목(당시 ㈑목)의 보호대상인 '성과 등'에 해당하는지를 검토함과 동시에 침해자의 행위가 '공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용'한 경우에 해당하는지를 검토한 이후에, 피침해이익인 '성과 등'과 행위태양인 '공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 무단 사용'을 상관적·종합적으로 고찰하여 ㈑목 부정경쟁행위에 해당하는지를 최종적으로 평가하는 과정을 거칠 필요가 있다. 여기서 상관적·종합적으로 고찰한다는 것은 '성과 등'에 대한 법적 보호의 필요성·강도(정도)가 큰 경우에는 무단 사용이 공정

등법원 2019.9.26. 선고 2018나2052021판결(루프박스 사건 항소심) 등.

한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 정도가 작은 경우에도 ㈏목 부정경쟁행위에 해당할 수 있고, 반대로 '성과 등'에 대한 법적 보호의 필요성·강도(정도)가 작은 경우에도 무단 사용이 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 정도가 큰 경우에는 ㈏목 부정경쟁행위에 해당할 수 있음을 의미한다."고 판시하여[65] 침해된 이익과 가해행위 사이의 상관관계에 따른 위법성 판단기준을 설시하고 있다.

(라) 사용의 의미

㈏목은 법문상 타인의 성과 등을 무단으로 '사용'하는 경우에 성립되는 것인데, 이 때 '사용'은 타인의 성과를 본래 목적에 따라 영업활동에 이용하거나 연구, 개발사업 등에 활용하는 등으로 기업 활동에 직, 간접적으로 이용하는 행위라고 할 수 있다.[66] 또한 ㈏목은 법문상 '무단사용'행위로 규정하고 있어 모방행위를 대상으로 하는 독일 부정경쟁방지법의 경우보다 넓은 행위 태양을 포섭할 수 있다고 설명하기도 한다.[67] 한편, 모방을 무단사용의 한 형태로 보는 위와 같은 견해와 달리, ㈏목을 협의의 부정취득·사용행위(misappropriation)에 한정하고, 법문의 사용의 의미를 성과 그 자체를 가져오는 것으로 좁게 해석하는 유력한 견해가 제시되고 있다.[68] 즉, ㈏목은 부정경쟁방지법의 성격상 보충적 일반조항이 아니며, 좁은 의미 타인의 노력에 의해 취득한 결과물에 대한 부정취득·사용에 관한 조항이므로, 이를 성과모방행위로 보고 허위 표시의 하나인 모방행위까지 포함하는 것으로 해석하는 것은 부적절하다는 비판이다.[69] 우리나라 부정경쟁방

65) 서울고등법원 2020. 10. 22. 선고 2019나2058187 판결.
66) 유영운, 앞의 논문, 61-62면.
67) 박윤석·박해선, 앞의 논문, 88면.
68) 나종갑, "부정경쟁방지법의 본질론과 무임승차 행위의 한계", 78면.
69) 나종갑, "성과 '모방' 도그마와 부정경쟁방지법 제2조 제1항 (카)목의 적용범위", 172-173면.

지법상 모방은 노예적 모방(sklavische Nachahmung)이고, 노예적 모방은 경쟁자의 물품을 직접적으로 가져오는 것이 아니라 부정경쟁행위자 스스로 동일한 상품을 제조하는 것이며, 부정경쟁방지법은 허위표시행위를 별도로 구체적으로 규정하고 있으므로 부정취득사용은 허위표시와 구별되는 개념으로 사용하여야 한다는 설명이다.

불법행위법리에서 유래한 허위표시 법리와 형평법상 법리에서 출발한 부정취득사용은 다른 법리로 규율되어야 하므로 양자를 구분하여야 한다는 지적은 매우 타당하고, ㈏목의 적용범위를 판단함에 있어서도 반드시 유념하여야 할 것으로 생각된다. 다만, 법문상의 사용의 개념을 협의의 부정취득사용으로 제한하는 것은 향후 개별 부정경쟁행위 조항의 정비와 ㈏목의 입법적 개선방향으로 의미가 있으나 ㈏목의 입법경위나 그 취지 및 법문의 문언해석상으로 위와 같이 제한 해석하기는 다소 어렵다고 생각된다. ㈏목의 적용범위가 지나치게 확대되지 않도록 하기 위해서는, 사용의 의미에 대한 제한 해석보다는 결국 해당 성과 등이 '상당한 투자나 노력에 의해 만들어진 것인지' 여부 및 이를 '공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 무단 사용하였는지'[70]에 대한 엄격한 판단에 있어서 규율되도록 함이 더 적절할 것으로 판단된다. 한편, 그밖에 ㈏목은 혼동가능성이 요건이 아니라는 점에서 법문의 무단사용은 성과 그 자체를 가져오는 것 혹은 유체물의 경우 이에 준하여 완전히 같게 모방하는 것을 의미하는 것으로 엄격히 보아야 하고 이에 이르지 않은 모방행위에 대해서는 민법의 영역으로 남겨두어야 한다는 견해도[71] 같은 취지의 입장으로 생각되나, 법률상 요건사실을 매우 제한하여 인정하고 있는 ㈎목의 상품형태

70) 참고로, 앞의 견해에 의하면 상대방에게 영향을 미치는 그 이상의 것, 기생행위로 인정될 만한 요건이 있어 하다고 설명하고 있다(나종갑, "부정경쟁방지법의 본질론과 무임승차 행위의 한계", 72-78면 및 나종갑, 186-189면 등 참조).

71) 이규홍, 앞의 논문, 88면.

모방행위와는 달리 법문상 위법성 판단의 요건사실을 불확정적으로 제시하고 있는 ㈏목에 있어서 혼동가능성이 요건이 아니라는 이유로 사용의 범위를 위와같이 제한해석하기도 현행법의 해석상으로는 어렵다고 생각되며, 앞서 본 바와 같이 대법원은 혼동가능성을 위법성 판단의 고려 요소로 거시하고 있기도 하다.[72]

(3) ㈏목의 중첩적 적용의 가부

㈏목의 경우 그 요건사실이 다소 모호하고 불확정적으로 구성되어 있어 입법당시부터 적용을 지나치게 확대하게 되면 다른 부정경쟁행위 유형에 관한 조항은 물론이고, 저작권법, 상표법, 특허법 등 지적재산법을 형해화시킬 우려가 제기 되었다. 이에 따라 ㈏목의 적용은 '그밖에' 다른 개별 부정경쟁행위의 요건이 충족되지 않는 경우에 보충적으로 적용되어야 한다는 의미에서 보충적 일반조항으로 입법이 되었으나, 실제 사건에서는 다른 청구원인의 주장과 ㈏목이 함께 주장되는 것이 일반화되었고, 이에 ㈏목을 중첩적으로 적용할 수 있는지 여부가 논란이 되었다.

이 부분은, 문제된 사안이 예를 들어 전형적으로 다른 부정경쟁행위의 행위유형에 해당되는 사안인데, 다시 ㈏목의 적용이 가능한지와 같은 경우에 문제가 되는데, 이미 법상 규율대상으로 특정한 부정경쟁행위의 행위유형이거나 나아가 기타 지적재산권법상 침해 여부가 문제되는 사안에서, 그 요건사실이 인정되지 않아 결과적으로 허용되는 행위라고 판단되는 경우에 다시 ㈏목을 적용하는 것은, 보충적 일반조항의 본질에 맞지 않고, 부정경쟁방지법의 본질에도 맞지 않는다. 이러한 경우까지 예를 들어 ㈎목 위반이자 ㈏목 위반으로 판단하거나, 행위유형

72) 2020. 3. 26. 선고 2016다276467 판결 및 대법원 2020. 3. 26.자 2019마6525 결정 (BTS 사건).

상 ㈎유형의 행위이나 이에 해당되지 않아 허용된다고 판단할 행위를 다시 ㈏목에 해당되는지 여부를 검토하여 청구를 인용하는 것은 법이 예정한 ㈏목의 적용범위에 포함되지 않는다고 생각된다. 덧붙여 전형적으로 다른 개별 부정경쟁행위 유형에 해당되는 경우에 ㈏목이 함께 주장된 경우에는, 우선 그 다른 개별 부정경쟁행위에의 해당 여부를 판단하여야 하며, 이를 먼저 판단하지 않은 채 ㈏목의 해당여부를 먼저 판단하여 인용하는 것도 보충적 일반조항의 성격상 허용되지 않는다.

그러나, 만약 지적재산법이나 다른 부정경쟁행위의 행위유형에 해당되지 않으나, 이를 규율할만한 상당한 이유가 있는 경우, 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과로서, 나아가 이를 법적으로 보호할 만한 부정한 수단의 사용, 경쟁관계에서 타인의 손해를 초래하고 자신의 이익을 꾀하는 등 위법한 요소들이 충분한 경우라면, 보충적으로 ㈏목의 적용이 가능하다고 생각된다. 다만, 법이 위법하다고 특정해 놓은 행위유형에 해당되지 않는다면 이러한 행위는 원칙적으로 자유이므로, 이를 부정경쟁행위로 규율하기 위해서는 부정경쟁방지법의 본질로 보나 지적재산법의 목적에서 볼 때, ㈏목의 적용대상인 성과에 해당되는지 그리고 이러한 규율을 정당화할 수 있는 특별한 사정이 인정되는지의 위법성의 판단에 있어서 구체적이고 세밀한 검토가 요구된다.

Ⅲ. ㈐목의 부정경쟁행위 관련 최근 판례의 검토

1. 대법원 2020. 3. 26. 선고 2016다276467 판결 (골프존 사건)[73]

(1) 사건의 개요

위 판결은 골프장을 소유·운영하는 원고들이[74] 자신들의 골프장을 포함한 국내외 여러 골프장의 모습을 거의 그대로 재현한 스크린골프 시뮬레이션 시스템용 3D 골프코스 영상을 제작하여 스크린 골프장 운영업체에 제공한 피고를 상대로 저작재산권 침해와 부정경쟁방지법 제2조 제1호 ㈐목(판결당시 ㈎목)의 부정경쟁행위에 해당하거나 민법상 불법행위에 해당된다는 이유로 손해배상을 구한 사건이다. 대법원은 위 사건을 통해 ㈐목의 법리에 대하여 비교적 자세한 설시를 하였는데, 골프장 명칭을 포함한 이 사건 골프장의 종합적인 이미지가 성과에 해당하고, 원고들과 경쟁관계에 있는 피고 등이 허락없이 스크린골프 시뮬레이션 시스템용 3D 골프코스 영상을 제작, 사용한 행위는 원고들의 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 피고의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 원고들의 경제적 이익을 침해하는 행위라고 판시하면서 피고 등의 행위가 당시 ㈑목으로 신설된 본 조항의 시행일인 2014. 1. 31.이전까지는 불법행위, 그 이후는 ㈐목의 부정경쟁행위에 해당된다고 판단한 원심의 판단이 정당하다고 판시하였다.

---

73) 같은 날 선고된 골프존 사건과 BTS 사건은 대법원이 ㈐목(판결당시 ㈎목)의 법리에 대해 구체적으로 설시한 최초의 사례들이다.

74) 위 사건에서 쟁점이 되지는 않았지만 ㈐목의 부정경쟁행위 금지청구권의 행사주체와 관련하여 이를 어디까지 인정할 수 있을지, 예를 들어 이 사건에서도 만약 소유자와 운영자가 다른 경우에는 누구에게 금지청구권을 인정할 것인지 등에 대하여는 앞으로 많은 고민이 필요한 부분이라 할 수 있다.

(2) 검토

위 판결은 대법원이 같은 날 선고된 2020. 3. 26.자 2019마6526 결정과 함께 ㈏목의 적용법리를 최초로 구체적으로 판시한 사례로, ㈏목의 법적 성격, 보호대상인 '성과 등'의 의미와 판단시 고려요소 및 판단기준과 함께 위법성의 판단에 있어 '공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단 사용'에 해당되는지에 관해, 비록 일반적인 수준이지만 비교적 자세히 설시하고 있다는 점에서 주목해야 할 판례로 생각된다. 그러나 위 판결은 저작권자인 골프코스 설계자들 외에 골프장을 소유하고 운영하는 자에게 부정경쟁방지법 ㈏목의 시행일 이후에는 ㈏목 위반의 부정경쟁행위에 해당된다는 판단을 함으로써, 골프코스를 이용한 시뮬레이션 사업을 하려는 자는 향후 저작권자의 이용허락과 함께 골프장을 소유, 운영하는 자에 대하여도 허락을 얻어야만 하는 결과를 낳게 되었다.[75]

또한 ㈏목의 부정경쟁행위가 성립하기 위한 위법성 판단에 있어서, 위 판결은 "'공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용'한 경우에 해당하기 위해서는 권리자와 침해자가 경쟁 관계에 있거나 가까운 장래에 경쟁관계에 놓일 가

---

75) 김인철, "골프코스의 저작권법상 보호-골프존 사건을 중심으로", 산업재산권, 제64호, 한국지식재산학회, 2020. 7, 430면. 덧붙여, 본 사건은 골프코스를 건축저작물로 보고 저작권을 인정함에 있어서 문제된 것은 클럽하우스등을 포함한 골프장이 아니라 골프코스인데, 외벽조차 없는 골프코스를 건축저작물로 인정한 판시 내용이 적절한 것이냐에 대한 비판이 있었고, 골프장의 기능적인 면과 저작물로서의 창작성이 분리가능한 것인지에 대해서 자세한 설시가 없다는 점도 지적되고 있다(김인철, 앞의 논문, 441, 447면). 위 판결은 골프코스의 저작물성을 인정하였으나, 저작자는 골프코스 설계자들이므로 원고들과 같은 골프장 운영업체는 설계도서의 이용권만 보유하고 있을 뿐 저작권자가 될 수는 없다고 판시하였다. 골프코스에 대하여 창작성을 일괄적으로 부인하는 것은 적절하지 않다고 생각되나, 반면 저작물로서 창작성이 있다고 하더라도 기능적인 성질을 제외하면 그 보호범위가 매우 제한적이라는 지적이 있다.

능성이 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."고 판시하고 있다. 그런데 판시내용과는 달리, 실제 골프장을 소유, 운영하는 자와 스크린골프 시뮬레이션 시스템용 3D 골프코스 영상을 제작하여 스크린 골프장 운영업체에 제공한 피고 등이 경쟁관계에 있는지에 대하여는 의문이다. 필드 골프와 스크린 골프는 경쟁관계가 아닌 상호보완관계이며, 실제로 스크린골프 홀 접속량이 많은 상위 100개 필드 골프장의 라운드 수가 이전 버전의 라운드 수 대비 16% 증가하였다는 자료가 제시되기도 하는데,[76] 이러한 스크린 골프 산업분야의 특성을 감안할 때, 위 사안에서 피고들의 행위를 금지청구권이 인정될 수 있는 ㈌목의 부정경쟁행위로 규율할 정도의 위법성이 인정된다고 볼 수 있을지 의문이 든다.

오히려, 이와 같은 사안에서는 이 사건 골프장의 종합적인 이미지의 무단사용에 대해 골프장 영업으로 인한 타인의 법률상 보호할 가치 있는 이익을 침해하는 부정한 경쟁행위로서 손해배상책임을 원칙으로 하는 민법상 불법행위에 따른 구제방법을 도모하는 것으로 족하지 않았나 생각된다.[77] 또한 골프코스는 저작물로서 창작성이 있다고 하더라도 기능적인 성질을 제외하면 그 보호범위가 매우 제한적이라고 할 수 있음에도 이를 설계한 저작자 뿐 아니라, 이를 구현한 표현물을

76) 김인철, 앞의 논문, 464면.

77) 물론 이 사건에서 원고들은 자신들의 골프장 명칭 및 이미지를 사용하였던 점에 대하여 부정경쟁행위에 해당된다는 이유로 손해배상만을 구하였으나 판시 내용에 따르면 향후 유사한 사례에서 골프장의 소유, 운영자들이 ㈌목의 부정경쟁행위에 해당된다는 이유로 사용자체를 금지할 수 있게 된다.

양도받아 소유, 운영하고 있는 자에게까지 부정경쟁행위 금지청구권을 인정할 수 있도록 함으로써 결과적으로 관련 사업의 현황과 경쟁관계 여부를 보다 세심하게 고려하여 판단하지 못하였다는 점에서 아쉬운 면이 있다. 덧붙여 위 판결에서는 위법성의 판단요소로 수요자나 거래자들의 혼동가능성 여부도 고려해야 한다고 판시하고 있는데, 법문상 혼동가능성 여부가 ㈏목의 성립요건이 아니라는 점을 고려할 때 이는 위법성 판단시 고려 요소의 하나로서 신중한 판단을 촉구하는 의미로 거시된 것으로 생각된다.

2. 대법원 2020. 3. 26.자 2019마6525 결정(BTS 사건)

(1) 사안의 개요

연예인 매니지먼트, 음반 제작, 공연 기획 등 엔터테인먼트 사업을 하는 회사인 채권자는 연예인들의 사진, 기사 등을 주요 내용으로 하는 잡지를 제작·판매하는 회사인 채무자가 채권자의 허락 없이 동 회사 소속 유명 아이돌 그룹의 구성원들에 관한 화보집 등을 제작하여 잡지 특별판의 특별 부록으로 판매하려 한 행위에 대하여 ㈏목(당시 ㈎목)의 부정경쟁행위에 해당한다는 이유로 위 특별 부록의 제작·배포 등의 금지 등을 구하는 가처분을 신청하였다. 이에 대하여 대법원은 ㈏목의 판단 기준에 대하여 자세히 설시하면서, 채무자 회사가 위 특별 부록을 제작·판매하는 행위는 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 을 회사의 성과 등을 무단으로 사용하는 행위로서 ㈏목의 부정경쟁행위에 해당한다고 판시하였다.

(2) 검토

개인의 성명, 초상 등은 개인의 인격을 나타내는 표지이고 개인을 식별할 수 있는 개인정보에 해당하며, 성명, 초상 등이 경제적 가치를 가지는 고객흡인력을 가지는 경우에 그 인격표지의 주체는 이를 통제할 수 있는 배타적 권리를 가진다고 할 수 있다. 이를 강학상 퍼블리시티권으로 부르고 있는 것이며 이는 본래 인격권으로부터 유래한 권리로서 인격권적 성질을 가지는 것이다. 그러나 이를 독립한 권리로 볼 수는 없으며, 현행법상 인격권 및 불법행위 법리를 포함하여 구체적 태양에 따라 헌법, 민법, 저작권법, 상표법, 부정경쟁방지법 등 관련 규정을 이용하여 성명, 초상 등에 대한 인격권과 여기에서 파생된 경제적 이익 내지 재산적 가치를 보호하는 것이 가능하다고 할 것이고, 이러한 방법 중 어떤 한 방법이 절대적인 보호수단이 될 수는 없다.[78]

위 판결은 퍼블리시티권을 직접적으로 인정하고 있는 것은 아니지만 실질적으로는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 ㈏목에 의하여 퍼블리시티권의 보호를 도모할 수 있음을 보여주었고, 이는 현 ㈐목의 입법에 영향을 미쳤다. 그러나 이 판결을 기계적으로 해석하여 특히 사회적 관심이 높은 유명인의 경우 보도, 논평 등에 있어서 대상자의 성명, 초상 등의 인격표지를 이용하거나 경우에 따라 상업적 이용이라고 볼 수 있는 경우에도 이를 모두 퍼블리시티권의 침해라고 주장하여서는 안 될 것이며, 정당한 표현행위에 해당하거나 국민의 알권리의 충족 등의 정당한 사유가 있는 경우에는 타인의 고객흡인력 있는 인격표지를 사용하더라도 위법하다고 판단하여서는 안 될 것이다. 따라서, 동 판결로 인하여 타인의 인격표지를 무단 사용하는 것이 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위에 해당된다고 기계적으로 판단하거나 동 판결의

78) 문선영, “상표법제에 의한 퍼블리시티권의 보호와 한계”, 「아주법학」 제12권 제4호, 아주대학교 법학연구소, 2019. 2, 120면.

내용을 단순하게 해석하여서는 안 될 것이다. 덧붙여, 위 판결 이후 현재 ㈑목의 입법을 통해 유명인의 초상·성명 등 인적 식별표지를 무단 사용하는 행위를 부정경쟁행위로 규제하기 시작하였으나, ㈑목의 법문상 위법상의 판단기준은 '공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로'라고 되어 있어 ㈒목과 차이가 없다. 이는 일본의 경우, '핑크레이디 사건'에서 고객흡인력을 가지는 사람의 성명, 초상 등을 무단으로 사용하는 행위가 ①초상 등 그 자체를 독립적으로 감상의 대상인 상품 등으로 사용하고, ②상품 등의 차별화를 위할 목적으로 초상 등을 상품 등에 붙이며, ③초상 등을 상품 등의 광고로 사용하는 등, 오로지 초상 등이 가지는 고객흡인력의 이용을 목적으로 하는 경우에는 퍼블리시티권을 침해하는 것으로서 불법행위법상 위법성이 인정된다고 판시한 것[79]과 비교할 때, 그 범위가 명확하지 않고 더 넓게 해석될 여지가 있다. 따라서 ㈑목의 제정 이후에도 퍼블리시티의 무단 사용행위에 대한 위법성의 판단에 있어서 ㈒목과 동일한 어려움이 예상되는 바, 해당행위가 부정경쟁행위로서 위법성을 가진다는 구체적인 기준과 유형화를 통하여 예측가능성을 담보할 수 있도록 하여야 함은 물론이다. 경제적 가치를 가지는 고객흡인력을 가지는 인격표지가 함부로 도용되어서도 안 되지만, 이로 인한 표현의 자유를 저해하여 공정한 비판과 자유로운 언론을 막아서거나 창작과 재생산에 대해 법적 규제라는 장벽이 되어 문화적, 산업적 발전에 걸림돌이 되어서는 안 될 것이다.

한편, 대상판결의 채권자는 연예기획사로, 소속 그룹인 이 사건 유명 아이돌 그룹을 전 세계적인 그룹으로 키워낸 소속사인데, 본 사건에서 채무자가 채권자의 허락 없이 동 그룹 명칭 및 구성원들의 이름, 사진을 상당 분량 사용하여 이 사건 각 잡지를 발행·판매하려 하였다

79) 最高裁 平成 24. 2. 2. 平成21(受)2056号 · 判例時報 2143号 72頁.

는 이유로 동 잡지의 인쇄, 제작, 판매 등의 금지를 구하였다. 대상판결에 있어서 위 아이돌 그룹의 위상과 소속사의 투자나 노력이 상당하였고, 채권자 회사가 그룹 구성원들과 전속계약 후 화보집을 제작 판매하였다는 점을 고려할 때 본 판결의 타당성을 부인하게 어려우나, 그룹 구성원들의 성명, 초상 등과 같은 인격표지의 귀속 주체는 소속사가 아닌 그 구성원임이 원칙이므로, 구성원이 아닌 소속사에게 이와 같은 청구권을 행사할 법적 권리가 인정된다고 일반화하는 것은 어렵다고 생각된다.

3. 대법원 2020. 7. 9.선고 2017다217847 판결(눈알 가방 사건)

(1) 사안의 개요

본 사건은 원고들이 생산하는 세계적인 명품 가방인 켈리 백(Kelly Bag)과 버킨 백(Birkin Bag)과 유사한 형태의 핸드백 전면에 피고 갑이 창작한 (샤이걸), (윙키걸), 등의 도안(이하 이 사건 도안이라 한다.)이 부착된 가방제품들을 생산·판매한 피고들의 행위가 부정경쟁방지법상 ㈎, ㈐ 또는 ㈑목(당시 ㈏목)의 부정경쟁행위에 해당되는지가 문제된 사례이다.

대법원은 우선, 피고들 제품이 원고들의 켈리 백(Kelly Bag)과 버킨 백(Birkin Bag)의 형태(이하 '이 사건 상품표지'라고 한다)와 유사하다는 사정만으로는 구매자는 물론이고 제3자가 피고들 제품과 이 사건 상품표지를 동일한 출처로 혼동하게 할 우려가 있다고 보기 어렵다고 판단하여 ㈎목의 적용 배척하고, 이 사건 상품표지가 갖는 차별적 특징이 관계 거래자 이외에 일반 공중의 대부분에까지 특정 출처의

상품임을 연상시킬 정도로 현저하게 개별화된 정도에 이르렀다고 보기 어렵다고 판단하여 ㈐목의 적용 역시 배제한 원심의 각 판단을 지지하였다. 나아가 대법원은 ㈑목과 관련하여 이 사건 상품표지는 국내에서 계속적·독점적·배타적으로 사용되어 옴으로써 전면부와 측면부의 모양, 손잡이와 핸드백 몸체 덮개의 형태, 벨트 모양의 가죽 끈과 링 모양의 고정구 등이 함께 어우러진 차별적 특징으로 일반 수요자들 사이에 특정의 상품 출처로서의 식별력을 갖추게 되었으므로, 공공영역(public domain)에 속하는 것으로 보기 어렵고, '법률상 보호할 가치가 있는 이익'에 해당한다고 판시하면서, 피고들이 이 사건 상품표지를 무단으로 사용하는 행위는 원고들이 상당한 투자나 노력으로 만든 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위라고 판단하였다.

(2) 검토

대법원의 ㈑목 관련 판시 내용을 살펴보면, 원고들 제품과 피고들 제품이 전체적, 이격적으로 관찰하면 유사해 보이고, 피고들 제품이 인기를 얻게 된 데에 이 사건 상품표지와의 유사성이 상당한 기여를 한 것으로 보이며, 피고들 제품이 판매되면서 원고들 제품에 대한 일부 수요를 대체하거나 원고들 제품의 희소성 및 가치 저하로 잠재적 수요자들이 원고들 제품에 대한 구매를 포기할 가능성이 높아진다는 점에서 원고들의 경제적 이익을 침해하였고, 피고들이 사용한 슬로건 "Fake for Fun"에서 이 사건 상품표지의 주지성과 인지도에 편승하려는 피고들의 의도가 추단 가능하며, 패션잡화 분야에서 수요자들에게 널리 알려진 타인의 상품표지를 사용하기 위해서는 계약 등을 통해 제휴나 협업을 하는 것이 공정한 상거래 관행에 부합하다고 보았다.

그러나 이러한 대법원의 판시 내용에 대하여는 앞서 본 예속적 모방 및 직접적 모방 구별론에 의하면 타인의 성과를 모방하면서도 자신의 창작성이 가미된 형태 즉 눈이나 입술 모양의 이 사건 디자인을 덧붙인 형태로서 부정경쟁행위로 인정할 만한 특별한 사정이 존재하지 않으므로 ㈏목의 적용이 부정되어야 한다는 비판이 있으며,[80] 다른 견해로는 ㈎ 내지 ㈐목의 상품의 'goodwill'과 관련된 사안에서 ㈏목을 적용해서는 안되며, 단순히 'goodwill'을 차용하거나 상품이나 영업표지가 동일하거나 유사하다는 이유만으로 수요자 기망을 요구하지 않는 ㈏목을 적용하면 ㈏목이 최상의 조항이 된다는 비판이 존재한다. 눈알가방 사건은 시장의 차이로 상품의 대체나 혼동이 발생하지 않았으므로, 이는 ㈎목과 ㈐목이 소극적으로 규정한 공공영역에 속하는 것이고, 피고는 단지 가방의 디자인으로 사용한 것이며 식별표지로 사용한 것이 아니라는 견해이다.[81]

본 건에서 있어서 모방된 원고들의 가방형태의 주지성은 인정되나 피고들 제품은 고가의 원고들 제품에 전혀 사용되지 아니하는 광택이 있는 저렴한 인조가죽과 반짝이는 소재의 스팽글을 사용하고 있으므로 혼동가능성이 인정되지 않는다. 따라서 원고들이 상품형태는 ㈎목의 상품표지에 해당되지 않으며, 이 사건 상품표지가 관계 거래자 이외에 일반 공중의 대부분에까지 특정 출처의 상품임을 연상시킬 정도로 현저하게 개별화된 정도에 이르렀다고 보기 어려우므로 원고들의 상품형태가 저명한 상품표지에 해당되지 않는다는 점 역시 전 심급을 통해 법원이 일관적으로 인정한 사실이다. 대법원은 그럼에도 불구하고 이 사

80) 박성호, 패션디자인의 모방행위와 부정경쟁방지법 제2조 제1호 ㈌목의 적용범위, 2018. 4. 10.자 법률신문 기사, https://m.lawtimes.co.kr/Content/Info?serial=141952 (2022. 6. 9. 최종검색).

81) 나종갑, "부정경쟁방지법 제2조 제1호 카목은 사냥허가(hunting license)인가", 「지식재산연구」, 제15권 제4호, 한국지식재산연구원, 2020, 176-177면.

건 상품표지가 특정의 상품 출처로서의 식별력을 갖추게 되었으므로 공공의 역역에 속하는 것으로 보기 어렵다고 판단하였는데, 본 건에서 일반 표지법의 원리와 달리 부정경쟁방지법만의 독자적 원리에 기해 ㈏목을 적용할 만한 위법성이 있다고 볼 수 있는지, 법적 보호의 공백을 메꾸어 주어야 하는 특별한 사정이 있는 것인지는 의문이다.

상표법제는 식별력 있는 표장에 대하여 등록에 의해 상표권을 보호하고, 미등록 표지에 대해서는 부정경쟁방지법상 허위표시 법리에 의해 규제되는 ㈎내지 ㈐목의 법리에 의해 보호하는 것이 원칙인데, 본 사안에서 원고들 제품과 피고들 제품은 혼동가능성이 없어 서로 경쟁관계에 있다고 보이지 않으며, 표장의 모방은 결과물의 모방과는 다른 것이라는 점을 종합하면, 본 사례에서 위와 같이 ㈎ 및 ㈐목의 개별부정경쟁행위에 해당되지 않음에도 ㈏목에 의해 다시 규율할 만한 위법성이 있다고 보이지 않는다. 판례 중에도 "타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등"은 부정경쟁방지법 제2조 제1호 ㈎목, ㈏목에 규정된 국내에 널리 인식된 타인의 상품표지, 영업표지에 준하는 것이어야 한다고 해석함이 타당하다고 판시한 판결이 있고,[82] "식별표지의 사용으로 인한 성과물에 대하여 위 ㈏목(판결문상 ㈑목)에 따른 보호를 인정할 수 있는지 여부는, 그러한 성과를 이루기 위해 들인 투자나 노력의 정도, 성과의 사회적·경제적 가치의 정도, 상대방의 행위로 인하여 침해되는 이익의 정도, 모방의 정도, 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 정도 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여, 기존의 개별조항들에 준하는 정도의 보호를 할 필요가 있는지의 관점에서 매우 신중하게 판단하여야 한다. 더불어 이를 판단함에 있어서는 기존의 개별조항들에 의한 법적 보호의 공백이 있는 영역을 메워줄 필요가 있는 특별한 사정이 있는지도 함께 살펴보아야 하는데, 상품표지, 영업표지, 상품형태

82) 서울고등법원(춘천재판부) 2017. 5. 17. 선고 2017나13 판결.

등 기존의 개별조항들에 의하여 보호될 수 있는 적격이 있는 식별표지의 경우에는 위와 같은 특별한 사정들을 인정받는 것이 상대적으로 더 어려울 것[83]"이라고 판시하기도 하였다.

4. 대법원 2020. 7. 23. 선고 2020다220607 판결(광고도용 사건)

(1) 사안의 개요

치킨배달점 가맹사업 회사인 피고는 광고대행 회사인 원고와 마케팅업무대행계약을 체결하고 그 계약에 따라 결과물인 네이밍과 콘티 등을 제공받은 후 그 결과물 제작비 전액을 지급하지 않았음에도 불구하고, 다른 광고대행 회사를 통해 광고용역 결과물인 본건 콘티에 의거하여 광고를 제작하고 그 네이밍에 따라 만들어진 제품 명칭으로 신제품을 출시·판매하였다. 이에 대하여 원심은 이 사건 광고용역 결과물 중 네이밍과 이 사건 콘티의 구성방식·구체적 설정 등은 부정경쟁방지법 제2조 제1호 ㈅목의 경제적 가치를 가지는 원고의 아이디어가 포함된 정보이고, 같은 호 ㈄목(당시 ㈂목)의 원고의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과에 해당하고, 피고의 행위는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 ㈅목의 부정경쟁행위로서 원고의 경제적 가치 있는 정보를 그 제공 목적에 반하여 부정하게 사용한 행위에 해당하거나 ㈄목의 부정경쟁행위로서 공정한 상거래 관행이나 경쟁 질서에 반하는 방법으로 원고의 경제적 이익을 침해하는 행위에 해당한다고 판시하였고, 대법원은 이러한 원심의 판단을 지지하였다.

---

83) 특허법원 2017. 10. 19. 선고 2016나56 판결.

(2) 검토

위 판결은 아이디어의 도용에 관한 ㈅목의 부정경쟁행위에 관한 법리를 설시한 최초의 대법원 판결로서도 의미가 있는 사건이다. 그런데 위 판결에서는 ㈅목의 부정경쟁행위가 성립된다고 명시적으로 판시하면서도 다시 ㈄목의 부정경쟁행위의 해당여부에 대하여 중복하여 판단하고 있는데, ㈄목의 보충적 일반조항의 성격상 피고의 행위가 ㈅목과 함께 ㈄목의 행위에 중첩적으로 해당된다고 판시한 원심을 수긍한 것이 적절한 것인지 의문이다. 이와 같이 ㈄목의 중복적용을 인정한 그밖의 판례로는, 유명 브랜드인 MCM 제품의 디자인을 모방한 가방을 판매한 행위가 문제된 사안에서 비록 피고들의 행위가 부정경쟁방지법 제2조 제1호 ㈎, ㈐목의 부정경쟁행위에 해당한다고 하여 ㈄목(당시) ㈅목위 규정이 적용될 수 없다고 볼 수는 없다고 판시하면서 ㈄목의 부정경쟁행위에도 해당한다고 본 사례가 있다.[84] 이와 같은 입장에서 일반적 보충조항의 의미는 바로 종래 보호받기 어려웠던 새로운 형태의 결과물에 대해서 보호가 가능하다는 적극적·긍정적 의미이지 다른 지식재산권 또는 부정경쟁행위에 해당하지 않을 때에만 보호하겠다는 소극적·부정적 의미라고 볼 수 없다고 하면서 ㈄목은 독자적 요건으로서 별다른 이유 없이 ㈄목의 중복적용을 제한하는 것은 타당하지 않다는 견해가 있으나,[85] ㈄목은 보충적 일반조항으로서 위와 같은 해석은 입법취지와 법문은 물론이고 지적재산법의 목적에도 부합하지 않으며, 더욱이 다른 개별 부정경쟁행위에 해당됨에도 다시 ㈄목에 해당된다고 판시하는 것은 선택적 청구의 특성상 실익도 없다.

---

84) 서울중앙지방법원 2015. 1. 16. 선고 2014가합529797 판결(MCM 가방사건, 동 판결은 2015. 12. 23. 상소심인 서울고등법원 2015나201177 사건에서 강제조정으로 확정됨).

85) 손천우, "부정경쟁방지법 제2조 제1호 ㈌목이 규정하는 성과물 이용 부정경쟁행위에 관한 연구", 「사법」, 제1권 제55호, 사법발전재단, 2021, 1019, 1028면.

5. 대법원 2020. 6. 25. 선고 2019다2824499 판결(루프박스 사건)

(1) 사안의 개요

원고는 최초로 밀착형 루프박스를 개발하여 판매하고 있고, 원고 제품은 기존 제품들과 달리 루프박스를 차량 지붕에 밀착시키기 위하여 루프박스의 하판에 루프랙과 연결된 크로스바가 삽입될 수 있는 홈을 만들어서 결합 후 크로스바가 전혀 외부에 노출되지 않도록 장착되는데, 피고들이 원고 제품을 모방하여 제품을 제조, 판매하였으므로 이는 ㈑목의 부정경쟁행위에 해당한다고 주장하였다. 원고는 2016. 9. 원고 제품과 관련하여 발명의 명칭 '차량 밀착형 루프박스 장착용 루프랙 어셈블리'에 관하여 특허등록을 받은바 있으나, 그 청구항에서 원고가 이 사건에서 주장하는 성과(크로스바가 루프박스 바닥면에 매립되도록 하는 기술사상)를 특정하지 않았고, 위 특허발명의 상세한 설명에는 '루프박스의 하판은 크로스바와 보강지지부가 안착되는 부분은 홈 형태로 이루어져 루프박스를 크로스바와 보강지지부 상부에 안착시키면 루프박스의 하판이 루프패널에 접촉되어 루프패널과 틈을 형성하지 않도록 되어있다'라는 기재가 있어 원고가 주장하는 성과인 크로스바가 루프박스 바닥면에 매립되도록 하는 아이디어가 공개되어 있다.

원심은 '루프박스 하부 판에 홈을 파서 크로스바를 매립시킴으로써 탈부착이 가능한 밀착형 루프박스 구조'가 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등이라고 보기 어렵다고 판단하였고, 원고가 특허등록을 받으면서 그 청구항에 원고가 주장하는 성과를 특정하지 않았으므로 이는 원칙적으로 그 이용이 자유로운 영역에 속한다고 판시하였으며, 본 판결은 상고기각으로 종결되었다.

(2) 검토

대법원은 원고의 상고를 기각하였으나, 크로스바에 루브박스 바닥면에 매립되도록 하는 기술사상도 성과가 될 수 있음을 부인하지는 않았다. 또한 대법원 판결이 원 판결의 판시 내용 중 '원심판결 이유 설시에 일부 적절하지 않은 부분이 있다'고한 부분의 관련하여 이는 청구범위에 포함되지 않은 기술사상도 ㈑목의 보호대상이 될 수 있음을 시사한 것으로 해석하는 견해가 있는데, 의문이다. 이 견해는 '루프박스 하부 판에 홈을 파서 크로스바를 매립시킴으로써 탈부착이 가능한 밀착형 루프박스 구조'가 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등이라고 볼 수 있는지에 관하여, 청구범위에 포함되어 있지 않은 기술사항이라고 하여 반드시 성과가 아니라고 볼 수는 없고, 원고 제품 출시일은 2015. 8.경이고 이후 2016. 9. 특허명세서가 출원공개되었다는 이유로 사후적으로 성과 등에 해당하지 않는다고 보는 것이 불합리하며, 이 사건 루프박스 구조가 구현된 원고 제품이 시장에서 실제로 상당한 경쟁력과 고객흡인력을 가진다고 보이고, 피고들이 제시한 선행기술 가운데 이 사건 루프박스 구조와 완전히 동일하다고 볼 만한 것은 존재하지 않는 점에서 성과로 인정할 여지가 커 보인다고 설명하고 있다.[86] 그러나 특허권의 보호범위를 청구범위를 기준으로 정하여지는 것이 원칙이라는 점을 상기하면, 비록 발명의 상세한 설명이나 도면에 나타난 것이라 하더라도 청구범위에 기재되지 아니한 사항은 보호범위에서 제외된다. 따라서 이러한 특허법의 기본 원칙에서 벗어나 발명자가 청구범위에 특정하지 않고 공개한 기술사상을 ㈑목으로 규율하는 것은 원칙적으로 허용되지 않으면 달리 이를 인정하여

86) 손천우, 앞의 글, 1012면. 다만 이 견해도 피고들의 행위가 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 원고의 성과를 무단으로 사용한 것이라고 볼 수는 없어 원심의 결론에는 위법이 없다는 입장이다.

야 할 특별한 사정을 상정하기도 쉽지 않다. 위와 같은 해석은 ㈏목의 적용범위를 특허제도의 기본 원칙에 맞지 않게 부당히 확장시킬 우려가 있다고 생각된다.

Ⅳ. 결론

최근 대법원은 부정경쟁방지법 제2조 제1호 ㈏목의 적용에 상당히 적극적인 판결을 연달아 내렸으나, 그동안 ㈏목의 적용범위를 지나치게 확장하는 것에 신중을 기해야 한다는 점이 매우 강조되어 왔다는 점을 고려하면, 위와 같은 판결들의 일부 판시내용이 과연 적절한 것인지에 대하여는 다소 의문이다. ㈏목은 입법 이후 요건사실의 모호성과 불명확성을 이유로 법적 성격, 적용 범위, 위법성의 판단기준 등에 관한 논란이 끊이지 않고 있다. 입법의 공백으로 볼 수 있는 범위에서 부정한 경쟁행위를 규제하고자 하는 목적과 취지는 좋았으나, 불확정적이고 모호한 법문으로 인하여 현실적으로 개별 사례에 있어서 과연 법률상 보호가치 있는 이익으로서 입법의 공백으로 보아야 할지, 아니면 공공의 영역으로 보아야 할지에 대한 판단이 항상 쉬운 것이 아니며, 이로 인해 ㈏목이 전가의 보도처럼 남용되고 있다거나 법원에 지나친 입법형성권을 부여하게 된다는 비판이 거세다. 이러한 현실은 한편으로는 부정경쟁행위 유형의 구체화를 이유로 ㈏목의 도입 이후 개별적인 부정경쟁행위가 지속적으로 추가되는 결과를 초래하기도 하였으나, 새로이 추가된 부정경쟁행위 유형들이 그 적용대상이나 위법성 판단기준을 포함한 요건사실을 명확하게 규정하고 있다고 보기 어렵고 심지어 다른 법률과의 저촉 문제도 제기되고 있다.

지난 2020년 대법원이 최초로 ㈏목의 판단기준에 관하여 구체적으로 설시하는 두 건의 판결을 내렸으나 그 내용은 일반적인 기준을 제시한 것이어서 향후에도 ㈏목의 운용은 구체적 사안에서 개별적으로 판단될 수밖에 없다고 생각된다. 또한 대법원은 위 두 건의 판결 이후의 사건들에서 ㈏목의 적용에 적극적인 태도를 보이고 있고 표지법이나 특허법에 의해 규제되지 않는 영역에서도 ㈏목이 적용될 수 있음을 직, 간접적으로 시사하고 있으며, 아울러 ㈏목의 중첩적용도 인정하고 있어서, ㈏목이 지나치게 확대 적용되고 있다는 비판에서 자유로울 수 없다. 지적재산법제를 보완하기 위해 도입된 ㈏목이 오히려 기존의 법제에 의해 허용되는 행위를 다시 규제하는 등 지적재산법제의 형해화를 초래하지 않도록 운용될 필요가 있으므로, 현행 법률 하에서 ㈏목의 보호대상인지 여부를 판단함에 있어서는 관련 지식재산권법의 요건과 취지를 고려하여 해당 지식재산권법을 형해화 하지 않는 범위 내에서 부정경쟁방지법의 목적을 고려하여 신중히 판단해야 한다. 또한 법원으로서는 ㈏목의 부정경쟁행위에 해당된다는 판단을 함에 있어서 해당행위가 위법성을 가진다는 구체적인 기준과 유형화를 통하여 예측가능성을 담보할 수 있도록 하여야 할 것이며, 동 조항이 타인의 성과를 이용하는 모든 행위를 규율하는 무소불위의 조항으로 흐르지 않도록 적용여부의 판단을 내릴 때 이에 대한 상세한 설시를 하는 수고로움을 피하지 말아야 할 것이다. 또한 ㈏목의 부정경쟁행위로 규율하게 되면 민법과 달리 금지청구권이 인정되고, 손해배상액의 추정규정이 적용되는 바, 부정경쟁방지법에 따라 금지청구권이 인정되는 것은 지적재산법제의 입법적 보완이 필요한 경우에는 마땅히 필요한 것이겠으나, 경우에 따라서 이러한 금지청구권의 인정이 오히려 지적재산법제의 본연의 목적과 반대되는 결과를 낳는 일이 발생할 수 있으므로, 일정한 범위 내에서 금지청구권을 제한하는 방안을 고려할 필요

가 있고, 부정경쟁방지법에 대한 구제 보다 민법상 불법행위에 의한 구제가 더 적절한 경우에 이를 좀더 적극적으로 활용할 필요가 있다. 한편, 개별 사건에서의 위법성 판단은 개별적 구체적으로 이루어지게 되는데, 이를 위해서는 경쟁관계성 여부 판단이 매우 중요한 고려요소가 된다고 생각되며, 개별 사건에서 경쟁관계 및 상거래 관행등을 보다 면밀히 살필 것이 요청된다. 장기적으로는 ㈑목의 개정을 통해 그 적용범위를 제한하고 필요한 경우 개별적인 부정경쟁행위의 도입을 통해 요건 사실을 명확히 할 필요도 있다고 생각된다.

〈참고문헌〉

단행본

박준우, 「퍼블리시티권의 이해」, 커뮤니케이션북스, 2015.

「부정경쟁방지법」, 사법연수원, 2015.

정호열, 「경제법」(전정 제7판), 박영사, 2022.

최정열·이규호, 「부정경쟁방지법」(제3판), 진원사, 2019.

논문 및 기타자료

김원오, "부정경쟁방지법상 신설된 일반조항의 법적 성격과 그 적용의 한계", 「산업재산권」, 제45호, 한국지식재산학회, 2014.

김인철, "골프코스의 저작권법상 보호-골프존 사건을 중심으로", 「산업재산권」, 제64호, 한국지식재산학회, 2020. 7.

나종갑, "부정경쟁방지법의 본질론과 무임승차 행위의 한계 - 한 우산속 바람꽃, 너도바람꽃, 나도바람꽃 -", 「산업재산권」, 제53호, 한국지식재산학회, 2017. 8.

_____, "성과 '모방' 도그마와 부정경쟁방지법 제2조 제1항 (카)목의 적용범위 - 서울연인단팥빵사건을 중심으로 -", 「산업재산권」, 제62호, 2020.

_____, "부정경쟁방지법 제2조 제1호 카목은 사냥허가(hunting license) 인가", 「지식재산연구」, 제15권 제4호, 한국지식재산연구원, 2020.

문선영, "부정경쟁행위 일반조항에 관한 주요 법적 쟁점 연구", 「과학기술법연구」, 제22집 제1호, 한남대학교 과학기술법연구원, 2016. 2.

_____, "상표법제에 의한 퍼블리시티권의 보호와 한계", 「아주법학」 제12권 제4호, 아주대학교 법학연구소, 2019. 2.

박성호, "지적재산법의 비침해행위와 일반불법행위 - 불법행위법리에 의한 지적재산법의 보완 문제를 중심으로 -", 「정보법학」, 제15권 제1호, 한국정보법학회, 2011.

_____, 패션디자인의 모방행위와 부정경쟁방지법 제2조 제1호 ㈖목의 적용범위, 2018. 4. 10.자 법률신문 기사, https://m.lawtimes.co.kr/Content/Info?serial=141952 (2022. 6. 9. 최종검색).

박영규, “독일 부정경쟁방지법(UWG)상 일반조항의 의미와 역할”, 「지적재산권」, 제29호, 한국지적재산권법제연구원, 2009.
_____, “보충적 일반조항의 이론과 쟁점 분석”, 2015 제2회 지식재산 정책 포럼 자료집.
박윤석·박해선, “성과모방행위에 관한 고찰”, 「지식재산권 연구」, 제9권 제4호, 한국지식재산연구원, 2014.
박정희, “부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목의 적용범위”, 「특허법원 개원 20주년 기념논문집」, 2018.
박준석, “인격권과 구별된 퍼블리시티권을 인정할지에 관한 고찰-최근의 비판론에 대한 논리적 재반박을 중심으로-, 「법학」 제56권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2015.
손천우, “부정경쟁방지법 제2조 제1호 ㈎목이 규정하는 성과물 이용 부정경쟁행위에 관한 연구”, 「사법」, 제1권 제55호, 사법발전재단, 2021.
유영운, “부정경쟁방지법 일반조항의 적용범위에 관한 고찰”, 「LAW & TECHNOLOGY」, 제11권 제4호, 서울대학교 기술과 법 센터, 2015. 7.
이 헌, “아이디어의 보호에 관한 연구”, 「LAW & TECHNOLOGY」, 제6권 제1호, 서울대학교 기술과 법센터, 2010.
이규홍, “부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목(변경 후 카목)에 대한 연구”, 「정보법학」, 제22권 제2호, 한국정보법학회, 2018.
이상현, “불법행위 법리를 통한 지적 창작물의 보호”, 「LAW & TECHNOLOGY」, 제11권 제4호, 서울대학교 기술과법센터, 2015.
최승재, “부정경쟁방지법 ㈏목에 대한 하급심 판결의 동향 분석”, 「변호사」, 제49집, 서울지방변호사회, 2017.
_____, “제품의 형태와 색채 모방행위와 부정경쟁행위에 대한 소고-비아그라 판결과 세레타이드 판결을 중심으로-”, 「상사판례연구」, 제30권 제2호, 한국상사판례학회, 2017.
_____, “퍼블리시티권에 대한 하급심 판결 동향 분석 및 권리화 방안”, 「정보법학」, 제19권 제3호, 한국정보법학회, 2015. 12.
한지영, “부정경쟁방지법에 의한 퍼블리시티권 보호방안에 대한 비판적 검토”, 「홍익법학」, 제17권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2016.

〈 국문 초록 〉

부정경쟁방지법 제2조 제1호 ㈏목의 부정경쟁행위가 2013. 7. 30. 법 개정시 도입된 지도 벌써 9년이 가까워지고 있다. 동 조항의 입법의도는 새롭게 발생하는 다양한 유형의 부정한 경쟁행위에 대하여 탄력적, 효율적인 규제를 위한 것이었다는 것이 입법자의 설명이었으나, 법조문의 모호성으로 인해 법적 성격과 성립요건 및 그 적용범위 등에 관해 논란이 여전히 지속되었고, 2020년 한 해 동안에는 ㈏목의 부정경쟁행위 조항의 성격과 판단기준을 제시하는 5건에 이르는 일련의 대법원 판결이 내려졌음에도, 동 조항의 예측가능성이 불확실하다는 비판은 아직도 사그라들지 않고 있다.

㈏목의 입법이후 9년이 가까워 오는 동안 대법원 판결을 포함하여 위 조항에 관한 판례는 어느 정도 축적되었으나 이에 대한 학계의 입장은 각양각색으로 혼란스러운 상황이고, 법률상으로는 ㈏목의 개정과 현행 ㈎, ㈐, ㈑목 등 새로운 부정경쟁행위가 추가되는 등 적잖은 변화가 있었으므로, 현재 시점에서 새로이 내려진 최근의 대법원 판결의 검토와 함께 부정경쟁방지법의 개정내용을 포함하여 본 조항에서 논란이 되고 있는 주요 쟁점을 다시금 검토하는 것은 큰 의미가 있을 것으로 판단된다. 이에 본고에서는 ㈏목의 도입 이후 그 성립요건과 관련하여 특히 논란이 많은 성과물의 범위 및 위법성의 판단기준 등의 주된 쟁점을 살피고 관련된 판례의 비판적 검토를 통해 향후 ㈏목의 바람직한 운용방향을 모색하고자 한다.

주제어: 부정경쟁, 부정경쟁방지법, 부정경쟁행위, 기타 성과 등 무단사용행위, 보충적 조항

〈Abstract〉

A Legal Review on Application of 'Unauthorized Use of Other's Achievements' under the Unfair Competition Prevention Act

– Focused on the Research of Recent Cases and Main Issues –

Moon, Sun Young*

The year 2021 was the 60th anniversary year of the enactment of the Korean Unfair Competition Prevention and Trade Secret Protection Act (hereinafter referred to as the Unfair Competition Prevention Act). Korea's Unfair Competition Prevention Act was enacted in 1961 taking the legislative formats of the Unfair Competition Prevention Act of Germany and Japan and listed the types of unfair competition activities such as causing confusion with another person's goods or commercial facilities/activities, making false marks, activities causing the public's misleading of the goods, and slander in business, etc. Currently, there are 13 types of unfair competition activities in the Act, including the new types of unfair competition activities in 2021: illegal use of data and unauthorized use of celebrities' personal identification marks

* Professor of Law at Sookmyung Women's University, Attorney at Law.

such as portraits and names. The Korean Unfair Competition Prevention Act has been adding the new types of unfair competition activities in the Act in order to regulate the continuously emerging unfair competition activities such as dilution, unauthorized entity's registration or usage of other's domain name, copying the shape of other's goods, and to comply with Trademark Treaty and Paris Convention for the Protection of Industrial Property. In 2013, the Unfair Competition Prevention Act legislated 'any other acts of infringing on other persons' economic interests by using the achievements without their permission' in Article 2.1.(Pa). And also continuously added the new types of unfair competition activities in Article 2.1.(Cha) to (Ta) afterward. The reason for such frequent revisions of the Act in recent years was to overcome the limitations to regulate the various unauthorized activities that were not listed in the Act and to clearly define each activity in the Act.

Now it has been nearly nine years since Article 2.1.(Pa) was legislated in the Unfair Competition Prevention Act on July 30, 2013. Article 2.1.(Pa) was legislated to provide flexible and efficient interpretation of the court to regulate the various types of newly occurring unfair competition activities. However, there is a skeptical view that the terms and standards of Article 2.1.(Pa) are vague. Even though there were 5 Supreme Court cases of Article 2.1.(Pa) issues and the Supreme Court decision indicated some explanations of the Article and application of the standards, the vagueness of the Article still remains.

Regarding such debates among scholars and frequent revisions of the Unfair Competition Acts, this paper researches the related cases of the past 9 years and explores the main issues of the cases.

Especially this paper focuses on the research on Article 2.1.(Pa), specifically studying the standard of interpretation of the scope of the other's achievements, illegality, and other main issues.

Key Words: Unfair Competition Prevention, Unfair Competition Prevention Act, Acts of Unfair Competition, the Scope of Unfair Competition Prevention Act, Supplementary Clause.