

---

## 부정경쟁방지법상 상품형태모방에서 “동종 상품이 통상적으로 가지는 형태”의 의미

---

박선하\* · 양인수\*\*

### I. 서론

#### II. 상품형태모방규제 조항의 도입 및 일본과의 비교

1. 해당 조항의 도입취지 비교
2. 법 규정상 “동종 상품이 통상적으로  
가지는 형태”의 의미
3. 판례상 기본적인 판단방법의 비교

#### III. 통상적으로 가지는 형태 관련 쟁점 유형별 판단사례

1. 우리나라 판례
2. 일본 판례

### IV. 개선점

1. ‘상품 형태’ 및 ‘통상적으로 가지는 형  
태’의 정의 명확화
2. 통상적으로 가지는 형태의 판단  
대상제품
3. 통상적으로 가지는 형태 여부 판  
단 시 전체적인 판단 원칙
4. 상품 일부분이 통상적으로 가지  
는 형태인 경우의 취급

### V. 결어

---

\* 특허청, 산업재산보호협력국 기술디자인특별사법경찰과, 수사관.

\*\* 특허청, 산업재산보호협력국 부정경쟁조사팀, 과장.

## 초 록

모방품 대책으로 부정경쟁방지법의 상품형태모방 관련 규정은 유효한 수단 중 하나이다. 디자인보호법과 달리 출원, 심사, 등록 등의 절차 없이 모방품의 판매 등을 금지하거나 손해배상을 청구할 수 있으며, 라이프 사이클이 짧고, 단가가 싸면서 상품 수도 많아 디자인권을 취득하는 데 어려움이 많은 상품들에 대해서는 보호의 실익은 있다. 다만, 본 규정에서는 상품의 형태에 해당한다 하더라도 동종의 상품이 통상 가지는 형태의 모방에 대해서는 부정경쟁행위에서 제외하고 있는데, 동종의 상품이 통상 가지는 형태를 구체적으로 어떻게 판단해야 할지에 대해서는 명확하지 않은 부분이 있다. 본고에서는 디자인보호법의 창작 비용이성과의 관계 및 법의 취지 등과의 관계에서 동종의 상품이 통상적으로 갖는 형태의 의미에 대하여, 국내 및 일본 판례 등에서 어떻게 판단하고 있는지에 대해 검토하였다. 검토 결과, 국내 판례 및 일본의 판례에 따르면, 동종 상품이 통상적으로 가지는 형태에 해당하는지 여부는 상품의 전체적인 형태를 기준으로 판단하되, 상품의 형태 중 일부 구성만이 혼한 형태이거나 상품의 기능 및 효용과 불가피하게 관련된 형태 등 통상적인 형태에 해당하는 경우 해당 형태 이외의 부분에 중점을 두고 실질적 동일성 여부를 판단하면 되는 것으로 이해된다. 아울러, 실무에서는 법의 취지에 따라 상품의 형태를 창작함에 있어서 실질적으로 노력이나 비용이 소요되었는지 여부를 개별 사안에 따라 판단할 필요가 있는 것으로 이해된다. 한편, 2017년 형사처벌 규정이 도입되었음에도 법 규정의 해석에 있어서 여전히 미흡한 부분이 있는바, 예측 가능성을 높인다는 점에서 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (자)목의 단서를 정비하는 등 입법적 보완이 필요한 것으로 보인다.

## 주제어

상품형태모방, 통상적인 형태, 혼한 형태, 기능 및 효용, 특징적인 요소

## I. 서론

상품의 외관은 디자인보호법 이외에도 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (자) 목의 ‘상품형태모방규제’에 의한 보호도 가능하다. 디자인보호법에 의한 디자인권의 경우 특허청에 출원을 하여, 신규성·창작비용이성 등의 등록요건을 만족하는 디자인에 한해서 보호가 이루어지는 반면, 부정경쟁방지법의 제2조 제1호 (자)목 ‘상품형태모방규제’에서는 출원이나 등록이라는 절차 없이 부정경쟁행위의 금지 또는 예방청구, 손해배상청구, 신용회복청구를 할 수 있으며, 2017년 개정에 의해 형사처벌도 가능하다.

부정경쟁방지법 제2조 제1호 (자)목은 디자인보호법에서와 같이 등록요건을 요하지는 않으나, 상품의 형태가 동종의 상품이 통상적으로 가지는 형태에 해당하는 경우에는 이를 모방하더라도 본 규정의 부정경쟁행위에 해당하지 않는다는 제외 규정을 두고 있다. 개성이 없는 형태나 상품의 기능을 달성하기 위해 불가피하게 채용하지 않으면 안 되는 형태 등이 동종의 상품이 통상적으로 가지는 형태에 해당하는 것으로 설명되고 있으나,<sup>1)</sup> 실무적으로는 그 판단이 용이하지 않다. 예를 들어, 통상적으로 가지는 형태를 판단함에 있어서 상품의 전체적인 형태를 기준으로 판단해야 할지, 상품을 구성하는 개별 형태를 기준으로 판단해야 할지 등 명확하지 않다. 또한 통상적으로 가지는 형태인지 여부를 판단하는 대상이 피모방 제품을 기준으로 해야 하는지, 아니면 모방 제품을 기준으로 해야 하는지도 명확하지 않아서, 양 제품이 당시 유행하던 형태를 따라 제작되고 피모방 제품은 모방 제품의 주요 특징부를 결한 경우 모방 제품을 통상적으로 가지는 형태에 있는 것으로 판단해도 되는 것인지 불명확하다. 특히 피모방 제품이 디자인등록되었으나 그 등록된 디자인이 공지된 디자인 등으로부터 창작이 용이하다고 판단되는 경우, 피모방 제품의 형태를 동종의 상품이 통상적으로 가지는 형태에 해당하는 것으로 판단해도

1) 김창권, “상품형태 모방과 관련하여 동종의 상품이 통상적으로 가지는 형태의 의미”, 『대법원판례해설』, 제112호(2017), 5-6면.

될지 명확하지 않다. 디자인보호법과 부정경쟁방지법의 취지는 다른 것으로, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 자목에 관한 소송 도중에 원고가 출원한 디자인이 등록거절되어도 그것이 본 규정의 소를 직접적으로 기각하는 근거가 될 수는 없다고 보고 있다는 점에서 일견 그 판단이 용이한 것으로 보일수도 있으나,<sup>2)</sup> 실무적으로 그 판단은 쉽지 않다.<sup>3)</sup> 2017년 개정 이후 형사처벌도 가능해진 만큼 판단기준 및 방법을 명확히 할 필요가 있다.

본고에서는 동종의 상품이 통상적으로 가지는 형태에 대한 구체적 판단 방법 모색을 위해, 법의 취지 및 국내 판례를 중심으로 검토하기로 한다. 또한 일본에서는 2004년 법 개정애 앞서 동종 상품의 통상적으로 가지는 형태에 대해 어떻게 판단해야 하는지 등에 대한 다양한 논의가 있었는데, 우리 법 규정 시 참고로 했던 만큼, 일본에서 논의되었던 사항을 비롯하여 법 개정 후 판례 등에서 구체적으로 어떻게 판단하고 있는지 살펴보는 것도 구체적인 판단 방법을 모색함에 있어서 참고가 될 것이다.

## II. 상품형태모방규제 조항의 도입 및 일본과의 비교

### 1. 해당 조항의 도입취지 비교

#### (1) 우리나라의 부정경쟁방지법

부정경쟁방지법 제2조 제1호 (자)목은 2004년 부정경쟁방지법 개정 시 새로 도입된 조항으로, 일본이 1993년 전면개정 시 도입한 제2조 제1항 제3

---

2) 한창희, “미등록 디자인 보호와 부정경쟁방지법”, 『상사판례연구』, 21권 1호(2008), 256면.

3) 서울중앙지법 2014. 1. 16. 선고 2012가합529007 판결에서는 디자인권이 무효가 되었음에도 불구하고 원고 제품의 형태는 동종의 다른 상품들과 차이가 있다고 인정한 반면, 특허법원 2020. 12. 11. 선고 2020나1018 판결에서는 디자인권이 무효가 된 사안에서 그 상품의 형태를 개성이 없는 형태에 해당하는 것으로 판단하였다. 이 판결에 대해서는 뒤에서 다시 살펴보기로 한다.

호<sup>4)</sup>를 참고하여 도입되었다. 본 규정은 타인이 자금·노력을 투하하여 개발·상품화한 상품의 형태를 모방하여 자기의 상품으로 시장에 내놓는 것은 타인이 구축한 개발성과에 대하여 무상으로 편승하는 행위로서 경쟁상 불공정한 행위로 평가되는 것이고, 또한 모방자가 상품형태의 개발을 위한 비용·노력을 들이지 않고 시장에서 경합하는 것을 허용한다면 신상품 개발에 대한 사회적 의욕을 감소시키게 되므로, 상품형태에 대하여 자본과 노동을 투하한 자의 이익을 보호하는 것을 목적으로 한다.<sup>5)</sup> 즉, 기존 제도에 의한 상품 형태의 보호에 한계가 있음을 인정하고,<sup>6)</sup> 기존 제도에서의 보호 요건을 갖추지 못한 경우에도 일정한 기간 즉, 신상품 개발자가 그 개발에 소요된 비용과 노력을 보상받기에 충분한 기간 동안만이라도 그 신상품의 형태를 모방으로부터 보호하기 위한 것이 본 규정의 입법 목적이다. 따라서 본 조항의 요건을 해석함에 있어서는 이와 같은 입법 목적을 염두에 두고 해석

4) 일본의 경우 아래와 같이 2005년 일부 개정을 통해 정의 규정을 추가하는 등 관련 규정을 명확히 하였다.

개정 후(2005. 6. 29.)	개정전(1993.5.19. 신설)
<p><b>제2조 제1항 제3호(정의)</b> 타인의 상품의 형태(당해 상품의 기능을 확보하기 위해 불가결한 형태를 제외한다.)를 모방한 상품을 양도, 대여, 양도나 대여를 위한 전시, 수출 또는 수입하는 행위</p> <p><b>제2조 제4항</b> 이 법률에 있어서, 상품의 형태는 수요자가 통상의 용법에 따라 사용할 때 시각에 의해 인식할 수 있는 상품의 외부·내부의 형상 및 그 형상과 결합한 모양, 색채, 광택 및 질감을 말한다.</p> <p><b>제2조 제5항</b> 이 법률에 있어서, ‘모방하다’라는 것은 타인의 상품의 형태에 의거하여, 이와 실질적으로 동일한 형태의 상품을 만들어내는 것을 말한다.</p> <p><b>제19조 제1항 제5호(적용제외)</b> (가) 일본 국내에 있어서 최초로 판매된 날로부터 기산하여 3년을 경과한 상품에 관해서, 그 상품의 형태를 모방한 상품을 양도, 대여, 양도나 대여를 위한 전시, 수출 또는 수입하는 행위</p>	<p><b>제2조 제1항 제3호</b> 타인의 상품(최초 판매된 날로부터 기산하여 3년을 경과한 것을 제외한다.)의 형태(당해 타인의 상품과 동종의 상품(동종의 상품이 없는 경우에는, 당해 타인의 상품과 그 기능 및 효과가 동일 또는 유사한 상품)이 통상적으로 가지는 형태를 제외한다.)를 모방한 상품을 양도, 대여, 양도나 대여를 위한 전시, 수출 또는 수입하는 행위</p>

5) 한창희, 앞의 글(주 2), 246면.

6) 디자인보호법 이외에도, 상품의 형태는 장기간 지속적이고 독점적으로 사용하여 특정인의 상품으로 인식되는 경우에는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 가목에 의한 상품표지로서 보호를 받을 수 있고, 입체상표로 출원하여 등록받은 경우 상표법에 따라 그 모방 사용으로부터 보호를 받을 수 있으나, 식별력 및 주지성을 획득하는 데 상당한 기간이 소요된다는 점에서 그 한계가 있다.

할 필요가 있다.<sup>7)</sup> 특히, 라이프 사이클이 짧고<sup>8)</sup>, 단가가 싸면서 상품 수도 많은 상품<sup>9)10)</sup>의 경우 모든 상품에 대해서 사전에 디자인권을 취득하는 것은 어려움이 많은데,<sup>11)12)</sup> 이런 면에서 본 규정에 의한 보호의 실익은 적지 않으며, 본 규정은 디자인보호법과 보완적인 관계에 있다고 볼 수 있을 것이다.<sup>13)</sup> 특히 디자인 관련 분야의 경우 제품 제작과 동시에 인터넷 등을 통해 공지를 하는 경우가 적지 않은데, 디자인등록 출원 1년 전(신규성 상실의 예외 주장 기간) 디자인을 공개한 후 디자인등록출원한 경우, 디자인보호법에 의한 보호는 불가능하나 본 규정을 통해 일정 기간 보호가 가능하다.

## (2) 일본의 부정경쟁방지법

일본의 부정경쟁방지법안은 제65회 제국의회에서 부정경쟁을 방지하여 성실한 영업자의 이익을 보호하는 한편, 소비자에게 불측의 손해를 입히지

---

7) 최정열·이규호, 『부정경쟁방지법 — 영업비밀보호법제 포함』, 제4판, 진원사, 2020, 183면.

8) 예를 들어, 의류나 가방 등 유행이 강한 상품 등.

9) 예를 들어, 제품 포장 용기나 장식품 등.

10) 완구의 경우도 라이프 사이클이 짧고, 다품종 소량 생산으로 1개당 판매 수익도 적은 제품에 해당.

11) 産業構造審議會・知的財産政策部会・不正競争防止小委員会, “不正競争防止法の見直しの方向性について”, 産業構造審議會・知的財産政策部会・不正競争防止小委員会, 2015, 46면.

12) 関真也, “アパレルデザインの不正競争防止法2条1項3号による保護—「流行」の生成プロセスから見た商品形態の実質的同一性の捉え方の検討”, 『特許研究』, 제68호(2019), 53면에서는 패션분야의 디자인보호와 관련하여 “일본의 경우 2018년 의장 및 상표의 FA기간(출원 후 심사관에 의해 심사 결과의 최초 통지가 출원인에게 발송되기까지의 기간)은 의장이 6.1개월, 상표가 7.6개월로, 패션 디자인 제품의 경우 의장 등이 등록될 무렵에는 다음 시즌으로 넘어가 버려, 투자를 회수해야 하는 시장 환경을 보호하는 역할이 충분하지 않다. 이러한 점에서 보호의 범위 및 기간이 한정되어 있기는 하지만, 등록 등을 요하지 않고 바로 보호를 받을 수 있는 상품형태모방 규정은 패션디자인 관련 분야에서는 중요하다.”라고 하여 패션 관련 상품의 경우 본 규정에서의 보호가 필요하다고 인정하면서도 “유행하는 디자인에 대한 보호를 지나치게 확대하게 되면, 활발한 시장의 순환을 정체시켜, 오히려 패션 산업의 발전을 저해할 우려도 있다”고도 보고 있다.

13) 日向寺勲, “不正競争防止法を活用した知的財産の保護強化(営業秘密の保護と模倣品・海賊版対策)に関する調査研究”, 『知財研紀要』, 14(2005), 57면. (<[https://www.iip.or.jp/suimary/pdf/detail04j/16\\_09.pdf](https://www.iip.or.jp/suimary/pdf/detail04j/16_09.pdf)>, 검색일: 2021. 8. 22.

않도록 하여 산업의 건전한 발전을 도모할 것을 이유로 제안되었고, 1934년 법으로 제정되었다.<sup>14)</sup> 제1조 법의 목적<sup>15)</sup>에는 “국민경제의 건전한 발전에 기여할 것을 목적으로 한다”라고 규정하여, 사업자의 이익보호와 함께, 널리 자유롭고 공정한 경제 질서의 확립을 지향하고 있는 법률임을 명확히 하고 있다.<sup>16)</sup> 이후 수차례의 개정 후, 충분한 지적재산권 보호를 위해 전면 개정의 필요성이 제기되었고, 1993년 전면 개정되었다.<sup>17)</sup> 1993년 개정법에서는 타인의 상품형태를 모방하는 행위가 부정경쟁행위에 해당하는 것으로 추가되었는데, 이후 2005년 일부 개정에서는 민사적 보호만으로는 대응에 한계가 있다는 지적에 따라 벌칙규정의 도입이 검토되었고,<sup>18)</sup> 관련하여 구성요건을 명확히 해야 한다는 지적에 따라 정의 규정<sup>19)</sup>을 명확히 하는 등 구성요

14) 竹田稔·服部誠, 『知的財産権訴訟要論 不正競争・商標編』, 発明推進協会, 2018, 3면, 16면.

15) 부정경쟁방지법 제1조(목적) 이 법률은 사업자 간의 공정한 경쟁 및 이에 관한 국제약속의 성실한 실시를 확보하기 위해, 부정경쟁의 방지 및 부정경쟁에 관한 손해배상에 관한 조치 등을 도모하여, 중국적으로 국민경제의 건전한 발전에 기여할 것을 목적으로 한다.

16) 부정경쟁방지법에서 부정경쟁행위를 규제함으로써, 결과적으로 부정한 상품·서비스의 제공으로부터 소비자를 보호하게 되는데, 이는 공정한 경쟁이 확보됨으로써 이루어지게 되는 것으로, 국민경제의 건전한 발전에 기여하는 측면이 있는 것이라고 한다(아울러, 竹田稔·服部誠, 앞의 책(주 14), 제17면).

17) 竹田稔·服部誠, 앞의 책(주 14), 6-7면.

18) 일본의 경우 형사처벌 도입에 앞서, ① 부정경쟁방지법 제2조 제1항 제1호에서의 벌칙과 동일하게 ‘부정한 목적’ 등의 주관적 요건을 부가하여 한정 적용할 것인지, ② 모방품의 유통에 관여한 자가 아닌 모방품을 제조하여 판매한 주도자에 한정하여 벌칙을 적용할 것인지에 대한 논의가 있었으며, ②의 경우에는 적용범위가 너무 좁아져 해외에서 모방품이 제조된 경우에는 적용이 힘들어 실질적으로 모방품의 등장을 막을 수 없다는 지적에 따라, ‘부정한 이익을 얻을 목적으로 제2조 제1항 제3호의 부정경쟁을 행한 자’로 규정하게 되었다. 이에 따라, 처벌 대상이 되는 주관적 요건으로서 타인의 상품형태를 모방한 상품을 판매함으로써 타인의 선행투자나 지적 영업을 모용(冒用)하여, 부정한 이익을 얻을 목적을 가진 자만을 규제의 대상으로 한정하게 되었다(産業構造審議會·知的財産政策部会, “不正競争防止法の見直しの方向性について”, 産業構造審議會·知的財産政策部会, 2005, 52-53면).

19) 판례에서는 상품의 외관만이 아니라 수요자에게 쉽게 인식되는 상품의 내부 구조까지 ‘상품의 형태’에 포함되는 것으로 해석하고 있었으나, 구성요건을 명확하게 한다는 관점에서 이러한 판례의 태도를 반영하여, 상품의 형태를 ‘수요자가 통상의 용법에 따라 사용할 때 시각에 의해 인식할 수 있는 상품의 외부·내부의 형상 및 그 형상과 결합한 모

건을 명확히 하였다.<sup>20)21)</sup>

도입 취지를 살펴보면, 상품 라이프 사이클의 단축화, 유통 시스템의 발달, 복사·복제 기술의 발전에 의해 타인이 시장에서 상품화하기 위해서 자금·노력을 투하한 성과의 모방을 매우 쉽게 할 수 있게 되었고, 이를 방지하면 모방자는 상품화를 위한 비용이나 리스크를 대폭 경감할 수 있는 반면, 선행자의 시장 선행 이점은 현저하게 감소하여 모방자와 선행자와의 경쟁상 현저한 불공정이 발생하여 개성적인 상품개발, 시장개척에 대한 의욕이 저하되어, 공정한 경영질서를 무너뜨릴 수도 있다는 우려가 제기되었다. 이에 개별 지식재산권의 유무와 관계없이, 타인이 상품화를 위해 자금, 노력을 투하한 성과를 다른 선택지가 있음에도 불구하고 일부러 완전히 모방하여, 어떠한 변경도 가하지 않고 자신의 상품으로 시장에 제공하여, 그 타인과 경쟁하는 행위(데드 카피)는 경쟁상 부정한 행위로서 인정할 필요성이 있다는 인식하에 본 규정을 도입하게 되었다.<sup>22)</sup> 실용신안과 같은 상품 형태의 기능적 고안이나 의장과 같은 심미성이 아니라, '타인의 자금, 노력의 성과를 다른 형태를 취할 선택지가 있음에도 불구하고, 일부러 상품을 완전히 모방하여 그 타인과 경쟁하는 행위를 경쟁상 부정한 것으로 보고 있는데,<sup>23)</sup> 이러한 도입 배경에 따르면, 출원, 심사, 등록이라는 산업재산권적 절차를 요하는 것은 제도의 취지에 반하는 것으로, 본 규정은 선행자와 모방자의 상품의 동일성만을 판단한다면, 그 이상 상품의 창작적 요소를 물을 필요도 없는 모방(데드 카피)을 금지시키기 위한 제도인 것으로 설명되고 있다.<sup>24)</sup>

---

양, 색채, 광택 및 질감을 말한다.'라고 개정하였다.

20) 2조 4항에 '상품의 형태'에 관해, 동조 5항에는 '모방'에 관한 정의규정 신설. 앞의 주 4) 참조.

21) 日向寺勲, 앞의 글(주 13), 57면.

22) 經濟産業省 知的財産政策室編, “逐條解説 不正競争防止法”, 經濟産業省, 2019, 79면.

23) 小野昌延·松村信夫, 『新·不正競争防止法概説(上巻)』, 第3版, 青林書院, 2020, 254면.

24) 본 규정에서의 부정경쟁행위를 데드카피에 한정하는 이유와 관련하여, 田村善之, “商品形態のデッド・コピー規制の動向: 制度趣旨からみた法改正と裁判例の評価”, 『知的財産法政策学研究』, Vol.25(2009), 45면에는 “양자를 비교하여 매우 유사한 경우에만

한편, 데드카피라 할 수 없는 상품에 대해서 어떻게 판단할 것인지에 대해서는, 어떠한 개량이나 창작노력을 수반하는 모방행위를 모두 위법이라고 한다면 경제활동이 위축될 수밖에 없는데, 본 규정에서는 적어도 부정한 경쟁적 의도를 가지고, 시장성이 높은 선행제품을 약간의 개변을 가해서 판매함으로써 이익을 얻는 행위에 관해서 영업활동의 침해로서 불법행위의 성립을 인정해야 한다고 보고 있다.<sup>25)</sup> 따라서 선행자의 성과 위에 ‘새로운 성과’를 쌓는 일은 건전한 경쟁의 범주 내에 있는 것으로, 상품형태모방행위에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 상품 형태의 변경의 정도, 모방의 의사 등을 고려한 판단이 필요하며, 후행자에 의한 개변이 자금·노력을 투하하여 쌓인 새로운 성과로 볼 수 있는 경우에는 그 후행자의 행위는 적법하다 할 것이다.<sup>26)</sup> 결국, 모방에 의해 경쟁상 불공정이 발생한다고 평가할 수 있을 정도의 ‘경업 가치’를 갖춘 상품형태에 해당하는지 여부<sup>27)</sup>를 기준으로 판단할 필요가 있을 것이다.<sup>28)</sup> 아울러, 본 규정의 취지는 시장 선행자의 이익

---

침해를 긍정하고, 그 이상 피모방상품이 종래의 상품과 비교하여 어느 정도 훌륭한 것인지 등을 조사할 필요가 없기 때문에, 출원, 심사, 등록이라고 하는 절차를 거치지 않고, 법원에서 사법의 판단을 받게 하더라도, 재판관에게 지나치게 부담이 되지 않을 것이고, 또한, 데드카피에 한정하지 않고, 부당한 모방행위 일반에 대해서 보호를 하지 않는다면 의미가 없다는 의견에 대해서도 행위 태양을 데드카피로 한정함에 따라, 오히려 상품의 창작적 가치를 묻지 않아도 되게 되는 것이다.”라고 설명하고 있다.

25) 竹田稔·服部誠, 앞의 책(주 14), 94면.

26) 関真也, 앞의 글(주 12), 55면.

27) 小野昌延·松村信夫, 앞의 책(주 23), 296면에는 “본 규정은 발명의 고도성은 물론, 신구성, 진보성, 또는 심미성, 취미성 등을 필요로 하지 않는다. 형태의 특이성도 필수적인 것이 아니다. 하지만, 당해 상품과 경합하는 동종 상품에 있어서 일반적이지 않은 형태일 것을 필요로 한다. 또한, 모방에 의해 경쟁상 불공정이 발생한다고 평가할 수 있는 경업가치를 갖춘 상품형태일 필요가 있다.”라고 하여, 본 규정에서 보호의 대상이 되는 상품의 형태에 대해 설명하고 있다.

28) 부정경쟁방지법 2조 1항 1호 및 2호에서는 ‘인도(引渡)’, ‘인도를 위한 전시’를 부정행위로 규정하고 있고, 3호의 상품형태모방에서는 ‘대여’, ‘대여를 위한 전시’를 부정행위로 규정하고 있는데, 그 이유로는 1호와 2호의 보호법익은 사업자의 영업상 이익이라는 사익에 더해, 일반 공중의 혼동을 방지한다는 공익을 포함하기 때문인 반면, 3호의 상품형태모방은 사업자의 영업상 이익이라는 사익에 한정되기 때문에 요건을 엄격히 한 것으로 설명되고 있다(村西大作, “不正競争防止法を用いた模倣品対策”, 『パテント』, Vol. 59, No. 7(2006), 20면).

을 보호하여 상품 개발의 인센티브를 보장하는 것으로, 디자인의 창작을 보호하는 것은 아니기 때문에 디자이너에게 원시적으로 권리를 부여하는 것이 아니라, 어디까지나 상품화한 자를 보호하는 규정이며, 이러한 점에서 디자인을 보호하는 디자인권과 가장 큰 차이가 있으며, 따라서 단순히 모방 가능한 디자인을 창작한 것만으로는 본 규정에 따른 보호를 받을 수 없다.<sup>29)</sup>

### (3) 소 결

우리나라와 일본의 부정경쟁방지법상 상품형태모방 규제 규정은 라이프 사이클이 짧고, 단가가 싸면서 상품 수도 많아 모든 상품에 대해서 사전에 디자인권을 취득하기 어려운 상품의 보호가 실질적으로 가능하여 디자인보호법을 보완하는 관계에 있다고 볼 수 있는데, 본 규정의 도입 취지에 있어서도 큰 차이점이 있다고 볼 수 없다.

우리나라의 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (자)목은 기존 제도에서의 보호 요건을 갖추지 못한 경우에도 일정한 기간, 신상품 개발자가 개발에 소요한 비용과 노력을 보상받기에 충분한 기간 동안만이라도 그 신상품의 형태를 모방으로부터 보호할 수 있기 위해 도입된 것으로, 본 조항의 해석에 있어서도 다른 법제(가령, 디자인보호법 등)와의 차이점과 입법 목적을 염두에 두고 해석해야 하는 것으로 이해된다.

## 2. 법 규정상 “동종 상품이 통상적으로 가지는 형태”의 의미

### (1) 우리나라의 부정경쟁방지법

부정경쟁방지법 제2조 제1호의 (자)목 규정에서는 상품의 형태에 해당한다 하더라도 동종의 상품이 통상적으로 가지는 형태의 모방에 대해서는 부정경쟁행위에서 제외하고 있다. 동종의 상품이 통상적으로 가지는 형태를 특정인에게 독점시키는 것은 오히려 공정한 경쟁을 제한하여 부당하기 때문

29) 比良友佳理, “不正競争防止法2条1項3号の保護の開始時期：スティック加湿器事件”, 『知的財産法政策学研究』, 49(2017), 367면.

에, 그 상품의 형태가 동종 상품의 통상적으로 가지는 형태에 해당하는 경우 데드카피에 해당하더라도 상품형태 모방행위에 해당하지 않는다고 보고 있다.<sup>30)</sup> 즉, 동종 상품이 통상적으로 가지는 형태는 누구라도 특별한 비용이나 노력을 투하하지 않고도 채택할 수 있는 것이거나, 동종 상품이 그 기능 및 효용을 발휘하기 위하여 불가피하게 채택할 수 없는 형태인 경우가 대부분이므로, 이러한 경우에도 규제하는 것은 자유로운 경쟁을 저해하는 것으로 보아 부정경쟁행위에서 제외하고 있다.<sup>31)</sup>

상품형태의 모방행위에 대하여는 선행자의 노력, 비용, 시간의 성과를 후행자의 모방으로부터 보호한다는 관점에서 해석·적용되어야 할 것인데,<sup>32)</sup> 이러한 입법의 취지에 비추어, 동종 상품이 통상적으로 가지는 형태라고 함은, 동종의 상품이라면 통상 가지는 그와 같은 흔하고 특별한 특징이 없는 상품형태와 그와 같은 형태의 상품을 단순히 조합한 형태 및 해당 상품으로서 기능을 확보하기 위해서 불가결하게 갖추어야 하는 형태를 말하는 것으로 설명되고 있다.<sup>33)</sup> 구체적으로, 흔한 형태 또는 개성이 없는 형태라 함은 모방의 대상과 경쟁관계에 있는 동종의 상품이라면 통상적으로 갖는 진부한 상품형태 또는 동종의 상품과 비교하여 그 특정한 상품에 어떠한 개성이나 특징을 가져다주지 않는 형태를 말한다. 아울러, 상품의 형태가 어딘가에 공개되어 있다는 이유만으로는 이를 수요자들이 그 상품의 보통의 형태라고 인식하는 것은 아니기 때문에 개성이 없는 형태라고 인정되려면 단순히 선행하는 상품이 존재하는 것만으로는 충분하지 않고 그러한 형태의 상품이 넓게 유통되어야 한다고 보고 있다.<sup>34)35)</sup> 또한 기능을 확보하거나 경쟁상 불

30) 구회근, “부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제1호 자목에 규정된 ‘상품 형태 모방’의 의미”, 『법조』, Vol.606(2007), 150면.

31) 권인희, “상품형태 모방의 지적재산권 침해와 부정경쟁행위 성립요건 비교 연구”, 『홍익법학』, 제19권 제4호(2018), 570면.

32) 구회근, 앞의 글(주 30), 123-124면.

33) 서울고등법원 2014. 4. 24. 선고 2013나63211 판결; 서울고등법원 2015. 9. 10. 선고 2014나2052436 판결.

34) 배상철, “미등록의장의 모방(dead copy) 방지제도에 관한 소고 — 일본 부정경쟁방지법상 상품형태 모방금지조항을 중심으로”, 『산업재산권』, 14호(2003), 178면[김창권, 앞

가피한 형태에는 ‘엄밀하게 말하면 불가피한 형태라고는 할 수 없고 다른 형태를 선택할 수 있는 형태이더라도 그것이 상품의 기능에서 유래한 기술적 형태’인 경우도 포함하고 있는데, 그와 같은 형태에 보호를 부여하게 되면 본래는 특허법 등에 의하여 보호하여야 할 기술 그 자체를 별도의 심사절차 없이 그대로 독점을 허용하는 것이기 때문에 보호의 대상으로부터 제외하고 있다.<sup>36)</sup>

동종의 상품이 통상적으로 가지는 형태에 관한 판단에서는 창작성이 있을 것이 아니라 다른 동종의 상품과 경쟁에 있어서 의미 있는 형태 또는 경쟁상의 특이성 정도의 차이가 있으면 충분한 것으로 보고 있다.<sup>37)</sup> 즉, 상품형태 보호규정은 디자인과는 달리 창작비용이성을 요구하는 것은 아니므로 각 구성 부분을 분해하여 보면 흔한 형태라고 하더라도 그 결합으로 인하여 기존에 존재하지 않았던 새로운 형태가 만들어졌다면 이를 선불리 상품의 통상적인 형태라고 단정하는 것은 조심해야 한다고 한다.<sup>38)</sup> 다만, 동종의 선행상품이 전적으로 동일한 형태의 것이 존재하지 않는 경우라 하더라도 이미 시장에서 광범위하게 볼 수 있는 몇 개의 상품형태를 단순히 조합한 것일 뿐이고, 더욱이 그 조합 자체도 용이한 상품형태는 동종의 상품이 통상적으로 가지는 형태에 해당하는 것으로 볼 수 있다.<sup>39)</sup> 아울러, 본 조항의 청구주체가 ‘스스로 상품을 개발하고 상품화한 자’이고 타인의 상품형태를 모방한 자는

---

의 글(주 1), 6면 재인용.

35) 다만, 일본의 경우, 피모방상품이 선행하는 제3자의 상품을 모방한 경우에도 해당 피모방상품의 형태를 동종 상품이 통상적으로 가지는 형태라고 판단한 사례(大阪地決 平成8.3.29. 知裁集 28卷1号140頁 ‘호킨스 샌달 사건’)가 있는 한편, 입법 취지에 따라 청구인 적격이 없는 것으로 판단한 사례(東京地判 平成13.8.31. 平成12(ワ)26971 ‘에르메스 버킨백 사건’)가 있다.

36) 최정열·이규호, 앞의 책(주 7), 213면.

37) 안원모, “상품형태의 보호 — 부정경쟁방지법 제2조 제1호 자목을 중심으로”, 『산업재산권』, 제19호(2006), 309면[정태호·윤여강, “상품형태모방행위에 관한 특별사법경찰의 운영방안 고찰”, 『정보법학』, 23권 3호, 2019, 100-101면 재인용].

38) 김창권, 앞의 글(주 1), 7면.

39) 정봉현, “부정경쟁방지법에 의한 상품형태의 보호”, 『산업재산권』, 37호(2012), 96-98면 [김창권, 앞의 글(주 1), 6-7면 재인용].

본 조항의 보호를 받을 수 없다고 보아야 하는 점, 상품의 형태를 보호하는 취지는 상품형태에 대한 모든 선행투자자를 보호하는 것이 아니라 시장가치가 있는 성과만을 보호하는 것이고 이는 곧 해당 상품에 독자적인 특징 즉, 창작성이 있어야 함을 의미한다는 점, 만일 상품형태 보호에 창작성 요건을 요구하지 않으면 종래의 지식재산제도와 비교하여 지나치게 강력한 보호조항이라는 점 등을 들어 어느 정도의 창작성을 요한다는 견해도 있다.<sup>40)</sup>

## (2) 일본의 부정경쟁방지법

일본 부정경쟁방지법 제2조 제1항 제3호는 타인의 상품의 형태에 관한 모방을 규제하는 것인데, 법에서는 ‘상품’ 자체의 정의 규정을 두지 않고 있다. 다만, 판례의 취지에 따라 유체물에 한정하지 않고, 무체물이라 하더라도 그 경제적 가치가 사회적으로 인정되고, 독립 거래의 대상이 되는 경우에는 상품에 해당하는 것으로 보고 있으며, 유체물이든 무체물이든 그 형태를 인식할 수 없는 경우에는 본 규정의 ‘상품’에 해당하지 않는 것으로 보고 있다.<sup>41)</sup> 따라서 여기서 말하는 ‘상품의 형태’는 구체적인 상품의 형태가 그 대상이 되며, 상품의 추상적인 아이디어나 독립하여 양도 등의 대상이 되지 않는 상품의 일부분의 형태만을 추출하여 상품의 형태라고 취급하는 것을 인정하지는 않는다.<sup>42)</sup> 동종의 상품이란 모방한 대상과 영업관계에 있는 상품이다. 새로운 상품 분야로, 다른 사람보다 선행하여 개발했기 때문에 모방된 대상 상품과 영업 관계에 있는 상품이 없는 경우가 있는데, 이러한 경우라 하더라도 당해 형태가 모방한 대상 상품과 그 기능 및 효용이 동일 또는 유사한 상품에 있어서 통상적으로 가지는 형태인 경우에는, 누구나 자유롭게 이용할 수 있도록 보호의 대상으로부터 제외하고 있다.<sup>43)</sup> 즉, 대체관계에 있는 상품이 통상적으로 가지는 형태와 동일한 형태를 채용한 경우는 대체관계에 있는

40) 최정열 · 이규호, 앞의 책(주 7), 186-187면.

41) 小野昌延 · 松村信夫, 앞의 책(주 23), 263면.

42) 茶園成樹, 『不正競争防止法』, 第2版, 有斐閣, 2019, 49면.

43) 小野昌延 · 松村信夫, 앞의 책(주 23), 295면.

상품의 형태를 전용한 것에 창작적 의도가 인정되기 때문에 그러한 창작적 의도에 의한 전용을 채용자의 성과로 볼 수 없는 것은 아니나, 이는 모방의 금지를 타당하다고 볼 정도의 현저한 성과라고는 말할 수 없다.<sup>44)</sup>

일본에서는 ‘통상적으로 가지는 형태’의 용어의 정의가 불명확하다는 지적이 있어 왔다. 입법 시 ‘통상적으로 가지는 형태’로서 ‘흔한 형태’, ‘표준적인 형태’, ‘기존의 형태’, ‘호환성을 확보하기 위한 형태’ 또는 ‘당해 물품의 기능을 확보하기 위해 불가결한 형태’가 해당하는 것으로 이해되었으나, 이러한 ‘통상적으로 가지는 형태’의 일의적 해석으로서, 모두가 포함되는 것인지에 대해서는 명확하지 않다는 지적이 있어 왔다.<sup>45)</sup> 검토 결과, ‘통상적으로 가지고 있는 형태’는 ‘흔한 형태’ 및 ‘당해 상품의 기능을 확보하기 위해 불가결한 형태’가 해당하는 것으로 이해되었고,<sup>46)</sup> 2005년 개정에 의해 종래의 ‘통상적으로 가지는 형태’에서 ‘당해 상품의 기능을 확보하기 위해 불가결한 형태’로 변경되었다.<sup>47)</sup> ‘상품의 기능을 확보하기 위한 필수적인 형태’에 대해서는 그 형태를 취하지 않는 한 상품으로서 성립할 수 없으며, 시장에 참가할 수 없고, 특정인의 독점적 이용에 적합하지 않는 것으로, 그러한 모방은 경

44) 小野昌延·松村信夫, 앞의 책(주 23), 297면.

45) 産業構造審議會·知的財産政策部会, 앞의 글(주 18), 47-48면.

46) 검토 과정에서 논의되었던 사항은 다음과 같다. ‘표준적 형태’의 경우, 추상화된 상품 형태로서의 ‘표준적 형태’의 재제(再製)는 원래 개별적인 ‘타인의 상품의 형태’의 ‘모방’에 해당하지 않는다. ‘기존의 형태’의 경우, 본 호의 보호기간이 한정되어 있기 때문에, 보호기간을 경과한 형태는 보호되지 않는다는 식으로 적용이 제외되고 있으며, 보호기간이 경과하지 않은 형태라 하더라도, 선행자의 상품형태를 모방한 사람에 관해서, 본 호의 청구 주체성을 부정한 판례가 있다. 나아가 ‘호환성을 확보하기 위한 형태’는 ‘당해 상품의 기능을 확보하기 위해 불가결한 형태’에 포함된다.

47) 개정법 조문에서 ‘흔한 형태’라는 문구를 넣지 않은 이유와 관련하여 奈須野太, 「不正競争防止法による知財防衛戦略」, 日本經濟新聞, 2005, 145면에는 “입법기술로서는 흔한 형태나 모방품의 형태가 본 규정에 있어서의 보호의 대상이 되지 않는 것으로 명문화하여 제외 규정을 두는 것도 생각할 수 있으나, 타인의 상품의 형태에 해당하지 않는다는 것에 더하여 굳이 제외 규정을 두게 되면, 피해자측에서 자기의 상품의 형태가 흔한 형태에 해당하지 않음과 관련하여 입증책임을 지게 되는 소송 실무상의 문제점도 고려한 것이다.”라고 설명되어 있다(不正競争防止法委員会·第一小委員会, “不正競争防止法改正ガイドライン-形態模倣(第2条1項3号)關係”, 『パテント』, Vol.59, No.3, 2006, 49면에서 재인용).

쟁상 부정하다고 할 수 없기 때문에 상품의 형태에서 제외하기로 하였다<sup>48)</sup>. 즉, 상품의 형태와 상품의 기능이 불가분일체가 되는 경우, 호환성확보를 위해 필요한 경우, 상품의 형태가 시장에서 사실상 표준이 되어 있는 경우 등 그 형태를 취하지 않는 한 상품으로서 성립할 수 없고 시장에 진입할 수 없는 것과 같은 경우에는 이를 경쟁상 부정하다고 관념 지을 수 없으며, 이러한 경우까지 데드카피로 규제하는 것은 오히려 자유 경쟁을 저해하게 되는 것으로 이러한 경우는 본 규정의 규제 대상이 되지 않는다. 다만, 상품의 일부분의 형태만이 불가피한 것으로, 그 외 부분에서는 다른 형태를 취할 여지가 있는 경우에는 본 규정의 적용이 가능하다.<sup>49)</sup>

그러나 개정된 후에도 실질적으로 변경된 내용은 없다.<sup>50)51)</sup> 아울러, 이 부분의 규정은 단순히 이에 해당하는 형태의 모방을 일반적이고 포괄적으로 허용하는 것이 아니라, 상품 형태의 모방의 판단에 있어서 원고상품과 피고 상품을 비교할 때, 그러한 상품으로서 ‘당해 상품의 기능을 확보하기 위해 불가결한 형태 및 혼한 형태’라고 말할 수 있는 부분에 관해서는 비교 검토 시 중요하게 생각하지 않고, 특징적인 부분이야말로 중요시하여 비교해야 한다고 하는, 비교 시에서의 지침을 나타내는 기능을 가지는 것이라고 설명되기도 한다.<sup>52)53)</sup>

48) 經濟産業省 知的財産政策室編, 앞의 글(주 22), 83면.

49) 産業構造審議會, “不正競争防止法の見直しの方向”, 知的財産政策部會報告(1992年 12月 14日), 産業構造審議會, 1992[産業構造審議會・知的財産政策部會, 앞의 글(주 18), 47면에서 재인용].

50) 村西大作, 앞의 글(주 28), 20면.

51) 위 逐条解説 不正競争防止法에는 ‘개정 전 ‘상품의 형태’로부터 제외되어 있던 형태에 대해서는 개정 후에도 제외되는 것으로 한다.’라고 되어 있다.

52) 産業構造審議會・知的財産政策部會, 앞의 글(주 18), 47-48면.

53) PIM(Personal Information Management) 사건(스케줄 관리 소프트웨어 사건)에서도 “형태가 동일 또는 실질적으로 동일인지 여부를 판단함에 있어서는, 당해 상품과 동종의 상품이 통상적으로 가지는 형태를 제외한 위에, 제품 전체를 비교하여 판단해야 한다.”고 하여, 양 제품을 비교하여 공통되는 점은 “양 제품과 동종의 제품이 통상적으로 가지는 형태인 것이 인정되어 … 양 제품의 형태가 동일 또는 실질적으로 동일하다고 할 수 없다.”라고 판단하였다[小林基子, “ソフトウェアの表示画面について著作権侵害を否定した事例 — PIMソフトウェア事件(東京地判 平成15.1.28. 判時1828号121頁)”,

한편, 실무에서는 선행자의 상품의 형태가 선행디자인에 의해 이미 공지된 경우 선행자의 상품의 형태를 통상적인 형태에 해당하는 것으로 볼 수 있는지가 문제가 되기도 하는데, 이와 관련하여 청구 주체성을 부정한 판례가 있다.<sup>54)</sup> 이 사건에서는 본 규정의 취지는 타인이 상품화를 위해 자금이나 노력을 들여서 얻은 성과에 무임승차하는 것을 금지함으로써 선행자의 이익보호를 도모하는 점에 있으며, 이러한 점을 고려하면, 본 규정의 청구주체는 자금이나 노력을 들여서 상품을 개발하여 시장에 내놓은 자에게 한정해야 한다고 보았다.<sup>55)56)</sup> 의류 등 패션 관련 제품의 경우에도, 색상, 소재, 실루엣 등의 디자인 요소에 관해서는 인터칼라<sup>57)</sup>나 트렌드 북<sup>58)</sup> 등의 트렌드 생성 과정에서 복수의 조직이 관여하게 되는데, 이런 과정을 통해 만들어진 디자인 요소는 상품의 개발이나 상품화를 하는 선행자가 자금이나 노력을 투하한 성과에 해당하는 것으로 볼 수 없다. 다만, 유행에 민감한 제품의 경우, 유행에 따른 디자인의 경우 흔한 형태 또는 그에 준하는 것으로 취급 가능한 반면, 이러한 유행적 요소에 더해 개별 회사가 노력하여 부가한 디테일적인 부

『知的財産法政策学研究』, No. 2(2004), 137면].

54) 東京地判 平成13.8.31. 平成12(ワ)26971 ‘에르메스 버킨백 사건’.

원고 상품의 형태는 저명한 에르메스사의 버킨백이라 불리는 가방과 전체적인 형상, 세부 장식 등에 있어서 매우 유사한 것으로, 재판부는 ‘원고제품의 형태는 저명한 에르메스사의 버킨백의 형태를 모방한 것으로, 원고는 스스로 비용, 노력을 투하하여 상품을 개발하고, 시장에 내놓은 자라고 할 수 없다’고 하여, ‘원고 자신이 제3자의 상품을 모방한 경우에는 손해배상청구는 인정되지 않는다’고 판단하였다.

55) 村西大作, 앞의 글(주 28), 19면.

56) 田村善之, “不正競争防止法 2 条 1 項 3 号の制度趣旨とその要件論”, 『日本工業所有権法学会年報』, 21号(1998), 133~146頁에서 田村는 “빌켄슈톡 샌들이라고 하는 독일의 유명한 샌들을 테드 카피한 상품과 관련한 사건(호킨스 샌달 사건)에서 재판부는 채권자의 상품의 형태가 동종의 상품에 해당한다고 판단하여 보호를 부정하고 있으나, 이와 관련하여 통상적으로 가지는 형태가 아니라, 타인의 상품의 형태를 테드카피한 상품의 형태에 기초하여 2조 1항 3호의 보호를 향수할 수 없다고 하는 본 호의 취지 해석으로 대처하는 것이 바람직하다”는 의견을 제시하였다.

57) 국제적으로 유행하는 색을 선정하는 기관.

58) 파리 스튜디오 studio edelkoort에서 세밀한 사회배경 분석이나 예측을 바탕으로 1년 반부터 2년 전 시즌 테마를 추려내고, 각 카테고리에 맞는 트렌드 예측정보를 발신. 패션, 스포츠, 인테리어, 라이프 스타일 등 전체 15종류에 대한 정보를 발신한다.

분에 자금이나 노력을 투하한 것으로 인정되는 경우에는 보호의 대상으로 판단하는 것이 바람직하다고 보고 있다.<sup>59)</sup> 이와 유사하게, 개별 상품들의 조합으로 이루어진 세트 상품의 경우에도 개별 상품에 종래와는 구별되는 형태적 특징이 있을 것을 요한다. 개개의 상품이 혼한 형태이고, 그 조합된 세트 상품 전체의 형태 자체도 혼한 형태에 해당함에도 불구하고, 상품을 조합하여 판매하는 것이 종래에는 없는 새로운 판매방법이라는 하나의 사정만으로 상품의 형태로서 모방을 금지하게 되면, 이는 상품의 조합방법이라는 아이디어를 보호하는 것과 차이가 없게 되는 것이라 하여 보호 대상에서 제외하고 있다.<sup>60)</sup>

### (3) 소결

일본의 경우 동종의 상품이 통상적으로 가지는 형태의 의미가 불명확하다는 지적에 따라 2004년 개정에 의해 “상품의 기능을 확보하기 위해 필수적인 형태”로 변경하였으나, 구체적인 적용에 있어서는 실질적으로 달라진 것은 없다. 또한 국내에서도 통상적으로 가지는 형태의 의미와 관련하여, 혼한 형태, 개성이 없는 형태, 기능을 발휘하기 위한 불가결한 형태 등을 포함하는 것으로 해석하고 있는바, 통상적으로 가지는 형태의 의미는 우리나라와 일본에 있어서 큰 차이가 있다고 볼 수 없다.

일본에서는, 동종 상품이 통상적으로 가지는 형태를 보호의 대상으로부터 제외한 것은 아무런 자금이나 노력 없이 쉽게 창작할 수 있는 아무런 특징도 없는 형태는 보호할 가치가 없는 것이고,<sup>61)</sup> 또한 상품의 기능·효용을 발휘

59) 関真也, 앞의 글(주 12), 61-62면.

60) 小野昌延·松村信夫, 앞의 책(주 33), 273면.

61) 부정경쟁방지법 2조 1항 3호의 취지가 투하 자본의 회수에 있다고 본다면, 東京地判 平成28年 7月 19日 判決 平成27年(ワ)33398号, 東京地判 平成13.12.27. 平成12年(ワ)20801 등의 판례에서와 같이 ‘혼한 형태’에 해당하는지에 관한 판단에 있어서, 자금이나 노력의 투하가 인정되는지 등에 관해 실질적인 판단이 필요하다는 견해도 있다(株式会社野村総合研究所, “令和2年 産業経済研究委託事業 不正競争防止法の基礎的課題及びオープンイノベーション時代の知的財産制度の在り方についての調査”, 株式会社野村総合研究所, 2021, 29면, <<https://www.meti.go.jp/policy/economy/>

하기 위해 불가결하게 채용하지 않으면 안 되는 형태에 대해서는 이를 보호의 대상으로 하면 상품의 형태를 넘어 동종 상품 그 자체의 독점을 초래하게 되는 것으로 보아 보호의 대상에서 제외하고 있다. 시장에 존재하는 형태를 일부 포함한 상품이나 개별 상품의 조합으로 이루어진 상품, 유행하는 형태 등을 채용한 상품 등을 판단함에 있어서는 선행 개발자의 개발 이익을 보호할 필요성이 있는지 여부를 두고 판단하고 있는데, 결국, 통상적인 형태에 해당하는지 여부는 복수의 상품이 경합하는 것을 전제로 하여 그 경쟁의 방법을 규제한다는 법의 취지를 고려하여, 자금이나 노력의 투자가 실질적으로 있었는지 등에 관한 판단이 필요한 것으로 여겨진다. 다만, 판례에서는 상품의 형태가 참신하여 동일한 상품도 유사한 상품이 없는 경우에도 그 상품의 형태가 기능 및 효용을 나타내기 위해 불가피하게 채용하지 않으면 안 되는 형태에 해당한다면 보호의 대상에서 제외하는 것이 바람직하다고 보고 있다.

우리나라의 경우, 선행자의 노력이나 비용 등에 따른 성과를 후행자의 모방으로부터 보호한다는 측면에서 보면, 개별 상품들이 조합되어 이루어진 상품의 경우 다른 상품과 구별되는 특징적인 요소들을 부가한 경우에 한하여 혼한 형태에 해당하지 않는다고 보고 있다. 개별 상품들이 조합되어 이루어진 상품의 경우 각 개별 상품들에 종래와 구별되는 특징이 없는 이상, 조합된 방법이 새로운 형태에 해당한다 하더라도 이는 아이디어에 해당하여 본 규정의 보호대상이 되지 않는 것으로 이해된다. 혼한 형태와 관련해서는, 단순히 선행하는 상품이 존재하는 것만으로는 충분하지 않고 그러한 형태의 상품이 넓게 유통되어야 한다고 보고 있다.

### 3. 판례상 기본적인 판단방법의 비교

#### (1) 국내 판례상의 기본적인 판단방법

두 개의 소화기캔을 하나의 케이스에 내장하여 휴대할 수 있도록 구성된

쌍구형 소화기 사건에서는, “동종의 상품이 통상적으로 가지는 형태는 동종의 상품 분야에서 일반적으로 채택되는 형태로서, 상품의 기능·효용을 달성하거나 그 상품 분야에서 경쟁하기 위하여 채용이 불가피한 형태 또는 동종의 상품이라면 흔히 가지는 개성이 없는 형태 등을 의미한다.”라는 전제 하에, 원고 제품의 주된 특징적 형태와 실질적으로 동일한 형태들이 실용신안등록 공보의 도면에 도시된 제품을 비롯하여 동종의 제품들에도 그대로 나타나 있다고 인정하고, 원고 제품과 선행제품들과의 차이점은 전체 상품의 형태에서 차지하는 비중이나 이로 인한 시각적인 효과 등에 비추어 볼 때, 다른 제품과 구별되는 개성을 부여하는 형태적 특징에 해당한다고 보기는 어렵다는 이유로, 원고 제품의 형태는 전체적으로 볼 때 동종 상품이 통상적으로 가지는 형태에 불과하다고 판단하였다.<sup>62)</sup>

동종의 상품이 통상적으로 가지는 형태를 일부 포함한 화장품 용기 사건에서는, “동종 상품의 통상적 형태에 포함되는 요소를 양자가 똑같이 구비하고 있더라도 이를 제외하고 나머지 요소들만을 비교 대상으로 삼아야 한다.”라고 하여, 상품 형태의 구성요소 중 동종 상품이 통상적으로 갖는 요소는 제외하여 해당 상품들이 실질적으로 동일한지 여부를 판단하였다.<sup>63)</sup>

## (2) 일본 판례상의 기본적인 판단방법

동종 상품이 통상적으로 가지는 형태를 어떻게 판단해야 하는가와 관련하여, 색소폰 스트랩 사건에서는, 피항소인이 항소인의 상품의 형태 중 기본적인 형태를 포함하는 일부 구성들이 당해 상품의 기능을 확보하기 위한 불가결한 형상 내지 혼한 형태에 해당한다고 주장하였는데, 이에 대해 재판부는 “동호에 의해 보호되는 상품의 형태란 상품 전체의 형태를 말하는 것으로, 그 형태는 반드시 독창적일 것을 요하지 않으며, 한편, 상품 전체의 형태가 동종의 상품과 비교하여 어떠한 특징도 없는 혼한 형태의 경우에는 특단의 자급이나 노력 없이 만들어 낼 수 있는 것이기 때문에, 이러한 혼한 형태는

62) 대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다216758 판결.

63) 서울중앙지방법원 2015. 10. 8. 선고 2015가합508247 판결.

동호에 의해 보호되는 상품의 형태에 해당하지 않는다고 할 것이다. 그리고 상품의 형태가 혼한 형태에 해당하는지 여부는 상품을 전체로서 관찰하여 판단하여야 하고, 전체로서의 형태를 구성하는 개개의 부분적 형상을 추출하여 각각이 혼한지 여부를 판단하는 것은 아니다.”라고 하여, 상품의 형태의 정의를 비롯하여 동종 상품이 통상적으로 가지는 형태에 관한 판단기준을 제시하였다.<sup>64)65)</sup> 구체적인 판단에서, 원심에서는 이 사건에서의 원고상품은 모델 체인지를 한 것으로, 원고의 최초 상품은 최초 판매일로부터 3년을 경과한 것이어서, 주요하게 디자인 변경이 된 부분들에 한정하여 양 상품을 비교하여 실질적인 동일성이 없다고 판단하였는데, 이에 대해, 항소심에서는 디자인이 변경된 전후를 비교하면 전체적인 형태가 달라져서 디자인이 변경된 부분을 포함하는 형태전체가 보호의 대상이 된다고 하였고, 양 상품의 차이점은 전체적인 형태에서 볼 때 사소한 차이에 지나지 않아, 양 상품의 형태는 실질적으로 동일하다고 판단하였다.

소형 솔더백 사건에서는 “동종의 상품이 통상적으로 가지는 형태를 보호의 대상으로부터 제외한 것은 선행상품의 개발자에게 있어서 아무런 자금·노력을 요하지 않고 용이하게 창작할 수 있는, 아무런 특징도 없는 동종의 상품에 공통되는 매우 혼한 형태는 보호할 가치가 없으며, 또한 동종의 상품의 기능·효용을 발휘하기 위해 불가결하게 채용하지 않으면 안 되는 형태에 대해서는 이를 보호대상으로 하게 되면 상품의 형태를 넘어 동일한 기능·효용을 가지는 동종의 상품 그 자체의 독점을 초래하게 되고, 복수의 상품이 시장에 있어서의 경합을 전제로 하는 경쟁을 규제하는 부정경쟁방지법의 취지 그 자체에 반하는 것이기 때문이다.”라고 법의 취지를 명확히 하는 한편, 구체적 판단에서는, 원고 상품이 가지는 특징이 모두 원고가 착상한 것이 아니라 하더라도, 그러한 것들을 조합한 구체적인 상품의 존재도 없다

64) 佐藤英二, “知財高裁 平成31. 1. 24. 平成30年(ネ)10038”, 知財ポータルサイト IP Force, 2019. 6. 5., <<https://ipforce.jp/articles/soei-patent/hanketsu/2019-06-05-665>>, 검색일: 2021. 4. 27.

65) 東京地判 平成30. 4. 26. 平成27(ワ)36405에서도 이와 동일한 취지로 상품의 형태가 혼한 형태에 해당하는지 여부는 상품 전체의 형태를 관찰하여 판단해야 한다고 하였다.

고 보아, 원고 상품의 형태가 동종 상품의 기능·효용을 발휘하기 위해 불가피하게 채용하지 않으면 안 되는 형태라 볼 수 없으므로, 원고의 상품 형태는 동종의 상품이 통상적으로 가지는 형태에 해당하지 않는다고 판단하였다.<sup>66)67)</sup>

한편, 방재용 백 사건에서는 원고 제품과 피고 제품의 공통점 ①~⑧ 중 4개를 개별적으로 혼한 형태라 인정하고, 2개는 캐리어 겸용형 방재용 백의 기능에 있어서 불가결한 형태에 해당한다고 인정한 결과, 양 제품의 차이점은 특징적 부분에 있어서 현저한 차이로 인정된다고 판단하여 실질적 동일성을 인정하지 않았다.<sup>68)</sup>

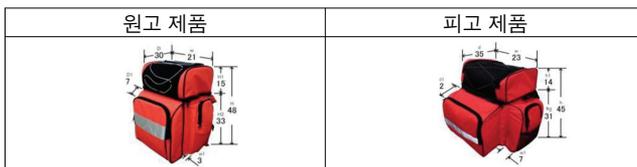
### (3) 소 결

일본에서는 동종 상품이 통상적으로 가지는 형태에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 상품을 전체로서 관찰하여 전체로서의 형태를 구성하는 개개의 부분적 형상을 추출하여 각각이 혼한지 여부를 판단하는 것은 아니라고 보고 있다. 본 규정에서 보호되는 ‘상품의 형태’는 유통에 놓인 당해 상품 전체의 형태를 가리키는 것으로 정의하고 있는 점을 고려하면,<sup>69)</sup> 동종 상품이 통상적으로 가지는 형태에 해당하는지 여부도 상품 전체로서의 형태를 기준으로 판단해야 하는 것으로 이해된다. 다만, 통상적으로 가지는 형태에 관해서는 비교 검토 시 중시해야 하지 않는 것으로, 특징적인 부분이야말로 중시해서 비교해야 한다는 비교 시의 지침을 나타내는 기능을 가지는 것이

66) 東京地判 平成13.12.27. 平成12年(ワ)20801.

67) 동일한 취지의 판례로는 東京地判 平成28.7.19. 平成27年(ワ)33398가 있다.

68) 東京地判 平成27.11.11. 平成26年(ワ)25645.



69) 大阪地判 平成15.10.30. 判時1861号110頁(건축물 사건).

라는 견해와 같이, 판례에서도 선행 상품의 형태 중 일부 구성들만이 통상적인 형태에 해당하는 경우, 비교대상 상품들이 실질적으로 동일한지 여부를 판단함에 있어서, 이러한 부분들 이외의 특징적인 부분, 독자적 요소가 있는 부분에 중점을 두고 판단하고 있음을 알 수 있다.

국내 판례에서는 현재까지 다소 명확하게 정립되지 않은 부분이 있지만, 일본 판례와 같이, 상품 전체가 통상적으로 가지는 형태에 해당하는 경우에는 보호대상 요건으로 처리하고, 상품의 일부가 통상적으로 가지는 형태에 해당하는 경우에는 상품 간의 동일여부 판단 시에 해당 부분을 중요도를 낮게 하여 비교하는 방식으로 처리하는 것이 바람직한 방향이라고 생각된다.

### Ⅲ. 통상적으로 가지는 형태 관련 쟁점 유형별 판단사례

#### 1. 우리나라 판례

##### (1) 개별 상품의 조합으로 이루어진 경우

소프트 아이스크림 위에 벌집채꼴이 올려진 것을 특징으로 하는 소프트 아이스크림 사건에서는, “기발한 형상의 용기를 사용하거나, 용기에 담긴 아이스크림이 독특한 형상을 취하도록 한다거나, 토핑의 모양이나 배치를 특이하게 하는 등 용기의 형상이나 그것에 결합된 아이스크림이나 토핑의 모양, 배치 등에 종래의 아이스크림 제품에서 찾아볼 수 없는 독자적인 특징이 존재하는 경우에는 부정경쟁방지법에서 보호의 대상으로 하는 상품의 형태에 해당한다고 해석함이 타당하다.”고 하면서도, 원고 제품인 아이스크림의 개별 특징들은 기존의 아이스크림 업계에서 사용해 오던 통상적인 형태 내지 방식이라고 판단하였다. 아울러, 여러 부분의 조합되어 이루어진 상품의 경우 조합된 방법이 종래에 없다는 이유만으로 보호하게 된다면 이는 상품의 형태가 아닌 상품을 조합하는 방법이라는 아이디어를 보호하는 것이 되어 부당하다고 판단하였다.<sup>70)</sup>

복수의 용기가 결합되어 만들어진 컵라면 사건에서도 개별 상품을 단순히 조합한 것으로 혼한 형태에 해당한다고 판단하였다.<sup>71)</sup> 재판부는 채권자 제품의 형태는 ① 기존의 빈 컵라면 용기와 유사한 형태의 메인용기에다가, ② 기존의 즉석밥 용기를, ③ 뚜껑으로 삼아 결합시킨 것인데, 위 ① 빈 컵라면 용기와 유사한 형태의 메인용기와, 위 ② 즉석밥 용기와 같은 형태적 특징들은 이미 즉석밥 용기나 즉석 국·탕·라면 용기에서 흔히 사용되는 형태에 해당하여 이러한 특징들을 모방한 행위를 부정경쟁행위로 볼 수는 없다고 인정하였다. 또한 ③과 같은 특징을 모방한 행위에 관해서는, 위 ①, ②의 형태를 조합한 결과 얻어진 제품의 제품 형태를 보면, 조합하기 전 개별 상품이 지닌 형태가 그대로 유지된 채 분리되고, 조합으로 인하여 개별 상품이 지닌 통상적인 형태를 넘어서는 형태적 특이성을 갖추었다고 보기 어려우며, 위 ①, ②의 개별 상품을 조합한 제품은 선행제품들에서 보는 바와 같이 기존 복합밥 제품이나 이중용기를 사용하는 즉석식품 등에서 흔히 사용되는 형태로 보인다고 판단하였다. 아울러, 기존의 빈 컵라면 용기와 유사한 형태의 메인용기에다가 기존의 즉석밥 용기를 뚜껑으로 삼아 결합하는 특징은 상품의 형태가 아니라 개별 상품들의 추상적인 특징에 불과하거나 상품의 조합방식 내지 판매방식에 관한 아이디어에 해당하는 것으로 판단하였다.

## (2) 유행하는 스타일에 기초한 상품의 경우

기존에 유행하던 스타일을 기초로 하여 제작된 사과리 스타일의 하프코트 사건에서는, 피고들이 원고의 제품 역시 타사의 제품을 모방하였고, 원고의 제품 형태는 동종 상품에 공통되는 특징이 없는 혼한 형태에 해당한다고 주장하였으나, 재판부는 “부정경쟁방지법 제2조 제1호 자목은 창작적 성과보다는 상품개발에 자본·노력을 투자한 선행자의 이익을 보호하기 위한 것이어서 선행자의 상품 자체에 표현된 창작적 성과를 응용하여 또 다른 시장 가치 있는 상품형태를 창작하는 경우까지 본 규정의 모방행위에 해당된다고

70) 서울고등법원 2015. 9. 10. 선고 2014나2052436 판결.

71) 서울중앙지방법원 2017. 10. 20.자 2017카합80943 결정.

할 수는 없고, 위와 같이 선풍적으로 인기를 끌어 대중화된 선행자의 창작적 성과를 응용하였다 하여 이를 통해 창작된 또 다른 시장가치 있는 상품형태마저도 동종의 상품이 통상적으로 갖는 형태라고는 할 수 없다”라는 전제하에, 원고 상품의 기본 스타일은 세계적으로 유행했던 스타일로 원고를 비롯한 거의 모든 의류제조업체들이 이러한 스타일의 의류를 제작 및 판매하였고, 원고의 제품도 이러한 스타일에 기초하여 제작되었지만 원고의 제품에는 다른 의류업체들이 생산한 의류들과는 구별되는 특징적인 요소들이 있음을 인정하여, 원고의 제품은 동종 상품에 공통되어 특징이 없는 흔한 형태에 해당하지 않는다고 판단하였다.<sup>72)</sup>

### (3) 디자인권이 등록무효가 된 상품의 경우

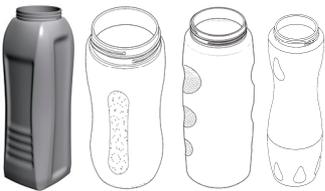
원고의 상품이 디자인등록된 후 등록무효가 된 사건에서는 다음과 같이 판단하였다.

국내 최초로 밀폐용기를 출시한 코멕스산업이 매출 1위의 락앤락을 상대로 낸 손해배상 청구 소송에서, 코멕스산업이 디자인등록한 크리스탈 물병이 등록무효<sup>73)</sup>가 되었는데, 피고인 락앤락은 원고의 디자인이 등록무효로

72) 서울동부지방법원 2006. 12. 1. 선고 2006가합1983 판결.

73) 특허법원 2013. 5. 15. 선고 2013허1689 판결(디자인 등록무효).

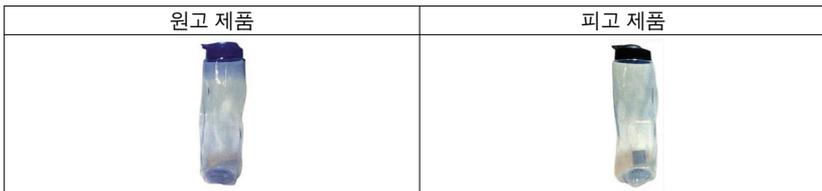
이 사건 등록디자인의 몸체 부분의 무늬와 저면부의 형상 등은 비교대상디자인 1의 대응 부분과 유사할 뿐 아니라 그 창작적 모티브를 같이하고, 이 사건 등록디자인의 몸체 상부의 단턱과 뚜껑 결합 부분은 비교대상디자인 6 내지 9와 유사하다고 인정하여, 이 사건 등록디자인은 비교대상디자인 1의 몸체 부분 디자인에 비교대상디자인 6 내지 9의 몸체 상부의 단턱과 뚜껑 결합 부분을 결합하여 용이하게 창작할 수 있는 디자인이라 판단하였다.

이 사건 등록디자인	비교대상 디자인 1	비교대상디자인 6-9
 <p data-bbox="302 1555 364 1574">(참고도)</p>	 <p data-bbox="498 1555 561 1574">(참고도)</p>	

인해 자유실시디자인에 해당하므로 권리가 없다고 주장하였으나, 재판부는 “부정경쟁방지법상 상품형태 보호행위는 디자인보호법에서 요구하는 정도의 창작성을 요건으로 하지 아니한다.”고 하면서, 원고의 제품은 “동종의 다른 상품들과는 그 형태에 상당한 차이가 있으므로 제품이 모방될 경우에는 경쟁상 불공정이 야기될 것임이 명백하다”고 판단하였다. 또한, 2000년대 초반부터 시장에서 유행하던 물걸무늬 물통의 형태와 동일하거나 유사하다는 피고의 주장에 대해서도 “동종의 상품이 통상적으로 갖는 형태”라 함은 그 형태가 동종업계의 시장에서 사실상 표준으로 되어 있거나 상품의 기능상 그러한 형태를 취하지 않고서는 상품으로 성립하기 어려운 형태를 말하는 것”이라고 하면서, 피고의 주장을 받아들이지 않았다.<sup>74)</sup>

반면, 물품의 명칭이 ‘캔들워머’로 디자인등록 후 등록무효<sup>75)</sup>가 된 사건에서는, 등록디자인의 등록을 무효로 한다는 심결이 내려져 확정되었으므로 갑의 디자인권은 디자인보호법 제121조 제3항 본문에 따라 처음부터 없었던 것으로 보아야 하고, 갑의 제품은 그 형태적 특징이 동종 상품에서 종래부터

74) 서울중앙지법 2014. 1. 16. 선고 2012가합529007 판결.



75) 특허법원 2020. 10. 16. 선고 2019허9142 판결.

이 사건 등록디자인은 선행디자인 1에 주지의 원뿔대의 형상만을 결합하거나 선행디자인 1에 선행디자인 10과 주지의 원뿔대의 형상을 결합함으로써 통상의 디자이너가 쉽게 창작할 수 있는 것에 해당한다고 판단하였다.



채용되어 오던 형태 혹은 동종의 상품이라면 흔히 가지는 개성이 없는 형태 등에 해당하므로 전체적으로 볼 때 원고 제품은 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (자)목에 의하여 보호되는 상품 형태에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다.<sup>76)</sup>

#### (4) 상품의 포장용기 및 그곳에 표시된 라벨의 경우

화장품의 성분 이름과 이에 대한 함량을 막대그래프로 표시한 화장품 용기 사건에서, 재판부는 액체형 화장품은 제품의 용기가 제품 자체와 사실상 일체로 되어 있어 용기의 모방을 제품 자체의 모방과 실질적으로 동일시할 수 있는 경우에 해당하므로 용기에 표시된 표장 역시 상품의 형태에 해당하는 것으로 인정하고, 화장품 용기 전체가 아닌 표장만을 대비하여 실질적 동일성을 판단하였다.<sup>77)</sup>

이 사건에서는 제품 용기 등에 제품에 포함된 성분과 포함되지 않은 성분의 이름, 함량을 표시하고 이를 막대그래프 등으로 표현하는 방식은 식품업계에서는 흔히 사용되는 방법이라고 인정하면서도, 원고 제품이 출시될 당시 화장품 업계에서도 이와 같은 방법을 통상적으로 사용하고 있었다고 볼 증거는 없다고 인정하였다. 또한 화장품 속 성분을 용기 외부의 라벨에 상세히 표시하거나 그 성분 중에 유해 성분이 포함되어 있지 아니하다는 내용을 표시하는 아이디어 자체는 통상적으로 화장품 업계의 광고나 용기의 표장 등에 등장하고 있으나 이를 이 사건 표장과 같은 모습으로 구체적으로 나타낸 형태는 찾을 수 없다고 보았다. 특히 피고 표장은 화장품 성분 중에 유해 성분이 포함되어 있지 아니하다는 내용을 용기에 명확히 표시한다는 추상적 아이디어뿐만 아니라 이를 강조하여 구체적으로 용기 외부에 표현한 형상까지도 유사한 것으로 보고 상품형태모방행위에 해당한다고 판단하였다.<sup>78)</sup>

76) 특허법원 2020. 12. 11. 선고 2020나1018 판결.

77) 서울고등법원 2012. 2. 2. 선고 2011나69529 판결.

78) 원심판결(서울중앙지방법원 2011. 8. 10. 선고 2011가합33127 판결)에서는 '제품용기에 제품에 포함된 성분과 포함되지 않은 성분의 이름, 함량을 표시하고 이를 막대그래프로도 표현하는 방식은 원고 제품이 출시될 당시 및 그 이후에도 식품 업계 및 화장품

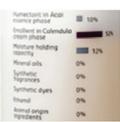
## 2. 일본 판례

### (1) 기능이나 효용에 있어서 불가피한 형태의 경우

피어스 구멍 보호구 사건에서는 불가피하게 채용하지 않으면 안 되는 형태에 관해서 “이러한 종류의 형태를 특정인에게 독점시키는 것은 상품의 형태가 아니라, 동일한 기능 및 효용을 보이는 그러한 종류의 상품 그 자체의 독점을 초래하는 것이 되며, 복수의 상품이 시장에서 경합하는 것을 전제로 하여 그 경쟁의 방법을 규제하는 부정경쟁방지법의 취지 그 자체에도 반하는 것이 된다.”라고 하면서도, “타인의 상품이 매우 참신하여, 기능 및 효용이 동일하거나 유사한 상품이 전혀 없는 경우에 있어서도 당해 상품의 형태가 그 기능 및 효용을 나타내기 위해 불가피하게 채용하지 않으면 안 되는 형태에 해당하는 경우에는, 그 형태는 동종 상품이 통상적으로 가지는 형태에 해당한다.”라고 판단하였다.<sup>79)</sup>

기능을 확보하기 위해 불가결한 형태를 일부 포함하는 통기구 필터 사건에서는, “본 규정은 이른바 데드카피의 금지라는 관점에서 형태 모방을 금지시키는 것으로, 상품으로서의 기능 또는 효용을 가져오는 아이디어 자체를 보호하는 것이 아니기 때문에, 양 상품 사이에 있어서 당해 상품의 기능 내지 효용과 불가피하게 관련된 부분에 있어서 형태의 공통성이 인정된다 하더라도 그것을 이유로 본 규정에서 말하는 형태의 실질적 동일성을 뒷받

업계에서 보통 사용되고 있었던 점, 피고가 이미 자체적으로 제품개발계획 및 디자인 방침을 수립하고 피고 제품 용기에 대하여 외부 발주를 한 점, 양 제품의 출시시기가 비슷한 점 등을 인정하여, 피고가 원고의 이 사건 표장을 모방하였다고 보기 어렵다고 판단하였다.

원고 제품	피고 제품
 	 

(<https://www.designmap.or.kr:10443/ipf/1pPrFrD.jsp?p=272>), 검색일: 2021. 8. 28.

79) 東京地判 平成9.3.7. 平成6年(ワ)22885.

침할 수는 없다.”라고 하고, 구체적 판단에 있어서는, 공통점 중 오염을 외부로부터 시인할 수 있도록 하는 기능을 위해 본체 정면에 적절한 크기의 개구부를 설치하는 것과 맨션 등의 급기구에 고정 설치하여 사용하는 통기구 필터가 급기구의 형태와 사이즈에 맞춰 제작되는 것은 상품의 기본적인 기능 및 효용과 불가피하게 관련된 것으로 보고, 양 상품의 실질적 동일성을 판단함에 있어서 이러한 부분 이외의 차이점과 관련한 부분을 중심으로 실질적 동일성 여부를 판단하였다.<sup>80)</sup>

다만, 어떤 상품형태가 기능이나 효용을 발휘하기 위한 불가피한 형태로 인정되더라도, 그것이 어떠한 자유로운 선택에 따른 필연적인 결과인 경우에는, 통상적인 형태로 볼 수 없고 부경법상 상품형태 보호대상이 된다고 한 사례도 있다. 에어소프트건 사건에서는 순정품(전용품)이 통상적인 형태에 해당하는지 여부가 쟁점이 되었는데, 항소심에서는 “항소인의 에어소프트건 부품을 제조하려고 하는 경우, 그 부품은 항소인의 에어소프트건과 관련한 다른 부품과 조립되지 않으면 안 된다는 필요상, 항소인의 에어소프트건의 당해 부품의 기본적 형태를 답습하지 아니할 수 없음을 충분히 예상 가능할 것이다. 그러나 그렇다고 하더라도, 당해 부품의 형태가 그 상품으로서의 기능 및 효용을 발휘하기 위해 불가피하게 채용하지 않으면 안 되는 형태라고 하여, 동종 상품이 통상적으로 가지는 형태에 해당한다고는 할 수 없다. 왜냐하면, 모방자는 항소인 에어소프트건에 착안하여, 그 부품을 제조한다는 선택을 했기 때문에 이야말로 항소인 에어소프트건의 당해 부품의 특징 있는 형태를 불가피하게 채용하지 않으면 안 되게 된 것으로, 모방자에 의한 항소인 에어소프트건 부품의 특징 있는 형태의 모방은 선택에 의한 필연적인 결과의 하나라고 말할 수 있고, 이러한 선택을 하는 자유를 특징 있는 형태의 부품의 보호를 희생해서까지 자유경쟁의 이름하에 보장하는 것이 법의 목적에 부합한다고는 생각할 수 없다.”라고 하여, 1심에서 순정품의 경우 보호의 대상이 되지 않는다는 판단과 달리 순정품의 경우에도 보호의 대상이

80) 東京高判 平成16.5.31. 平成15年(ネ)6117.

이외 동일한 취지로 東京地裁 平成24.3.21. 平成22年(ワ)145가 있다.

된다고 판단하였다.<sup>81)</sup> 반면, 1심에서는 “부품에 해당하는 경우라 하더라도 당해 부품이 그 구성의 일부로서 조립되는 제품(본체)과 별개의 부품으로서 독립하여 거래의 대상이 되는 경우라면, 본 규정의 ‘상품’에 해당한다. 볼트나 너트 등으로 대표되는 공업제품에 일반적으로 이용되는 부품이나 본체의 제조원을 불문하고 동종 제품에 공통적으로 사용되는 이른바 범용품의 경우에는, 그 형태에 있어서, 동종의 부품에 공통되는 일반적인 형상에 노력을 더하여 어떠한 특징을 부여하는 것을 충분히 생각할 수 있기 때문에, 그러한 부가적 특징을 포함하는 형태가 본 규정에서의 보호의 대상이 되는 것은 명백하다. 이와 달리, 특정 제품에만 사용되는 부품에 관해서는, 당초부터 본체에 조립되는 부품으로서 동일한 형태의 부품을 본체의 제조자 판매자 등이 수리 등의 목적을 위해 별개의 독립된 상품으로서 판매하고 있는 경우(순정품)는 제3자가 순정부품과 호환성을 가지는 부품을 독립하여 상품으로서 판매할 때는 그러한 순정품의 형태는 본 규정의 보호의 대상이 되지 않는다고 이해하는 것이 상당하다.”라고 하여 범용품과 순정품에 대한 판단을 달리 하였다.<sup>82)</sup>

## (2) 수입된 상품의 경우: 통상적인 형태 여부 판단의 지역적 기준

일본 국내에서는 일반적인 형태라고까지 할 수 없으나, 외국에 있어서는 일반적인 형태에 해당하는 경우 통상적인 형태에 해당하는 것으로 판단한 사례가 있다. 한국에서 제조되어 일본 국내로 수입된 예초기 보호 커버에 관한 사건에서는 양 상품의 형태의 공통된 특징들은 한국에 있어서 동종 상품들에게 많이 보이는 형태적 특징에 기능적인 부분으로서의 일부 특징들이 더해진 정도에 지나지 않으며, 양 상품의 형태가 비슷하다는 인상을 주는 형태적 특징의 공통점은 적어도 한국에 있어서는 동종 상품들 사이에 자주 보이는 형태 중 하나에 불과하다고 인정하였다. 결국 원고상품과 피고상품은 둘 다 한국에서 개발되고 제조되어 일본국내에 수입된 상품인 점을 고려하

81) 東京高判 平成14.1.31. 判時1815号123頁(에어컨 순정부품 사건).

82) 東京地裁 平成11.2.25. 平成8年(ワ)19445.

여, 선행개발자의 개발 이익을 보호하는 부정경쟁방지법 2조 1항 3호의 취지에 비추어, 양 상품의 공통된 특징들에 중점을 두고 양 상품의 형태가 극히 유사하다고 평가하여 원고 상품의 형태를 보호하는 것은 바람직하지 않다고 판단하였다.<sup>83)</sup>

### (3) 시장에 존재하는 형태를 일부 포함하는 경우

종래의 상품의 형태를 일부 채용한 것과 관련하여 가나리 용기구 사건<sup>84)</sup>에서는 “어떤 상품의 형태가 부정경쟁방지법 2조 1항 3호에 의해 보호를 받는 것은, 자금, 노력을 투하하여 창작·개발한 성과인 상품을 다른 사람보다 먼저 시장에 제공한 것에 따른 것으로 이해되기 때문에, 어떤 상품의 형태가 당해 상품의 판매개시 시점에 있어서 이미 시장에 존재한 형태와 독점적 형태로 이루어진 경우에는 두 상품의 형태가 실질적으로 동일한지 여부를 판단함에 있어서, 독자적 요소의 부분에 중점을 두고 판단해야 한다”라고 하여, 원고 상품의 기본적 부분(전체 형태, 단위 용기의 기본 형태, 단위 용기의 바닥판 형태, 측벽 내면의 형태, 돌기 부분의 형태, 측벽 외면의 리브의 존재)에 관해서는 이미 종래의 상품에 있는 것으로 인정하는 한편, 원고 상품의 형태가 보호되는 부분은 이러한 기본적인 부분의 형태를 전제로 한, 단위 용기의 코너부, 위치 고정 리브의 존재, 연결 형상 등의 세부의 구체적인 형태에 있는 것으로 판단하여, 원피고 상품의 실질적 동일성을 부정하였다.<sup>85)</sup>

83) 大阪地裁 平成27.10.29. 平成25年(ワ)11486.

84) 大阪地裁 平成12.6.22. 判決 平成8(ワ)3428号, 이 외 동일한 취지로 東京地判 平成17.5.24. 平成15(ワ)17358이 있다.

85) 한편, 불탄(仏壇: 일본의 절과 가정에서 불상이나 위패를 안치하여 예배하는 조그만 사당) 사건(大阪地判 平成10.8.27. 判不競 2924号743頁)에서는, “채권자 상품과 채무자 상품의 공통되는 형태가 선행하는 제3자의 상품에 있어서도 존재하기 때문에 공지된 것으로, 그러한 형태는 동종 상품이 통상적으로 가지는 형태에 해당한다.”라는 채권자의 주장에 대해, ‘보호가 동시에 동종 상품이 통상적으로 가지는 형태를 보호의 대상으로부터 제외하는 것은 동종의 상품이라면 일반적으로 가지는 형태는 그 개발에 특단의 비용이나 노력의 투하 및 리스크 부담이 없는 것이 통상적이기 때문에, 그것을 특정한 자에게 전용시키는 것은 동종 상품 간에 있어서 발전적인 경쟁을 저해하는 것을 근거로 하는 것으로 이해된다. 따라서 동종 상품이 통상적으로 가지는 형태란 단순히 동종의 선행

#### (4) 개별상품의 조합으로 이루어진 경우

초밥 재료의 선택, 초밥의 개수, 초밥의 배열 방법 등에 관해서 상품의 형태에 해당한다고 원고가 주장한 배달용 초밥 사건에서는, 배달용 초밥에 사용되는 용기, 초밥 재료와 반찬의 종류, 배치 등에 의해 구성되는 원고 상품이 상품의 형태에 해당한다고는 인정하였으나, 원고의 배달용 초밥의 형태에는 용기나 초밥의 종류, 크기 등이 종래부터 존재하는 일반적 범위를 넘는 독자적인 특징이 없다는 것을 이유로 동종 상품이 통상적으로 가지는 형태에 해당하는 것으로 판단하였다.<sup>86)</sup>

## IV. 개선점

### 1. ‘상품 형태’ 및 ‘통상적으로 가지는 형태’의 정의 명확화

우리나라에서는 상품의 일부의 형태는 원칙적으로 상품의 형태라고 할 수 없으나, 그 일부에 상품 형태의 특징전부가 있는 경우나 독립적인 거래의 대상이 되는 경우에는 상품의 형태에 해당하는 것으로 보고 있다.<sup>87)</sup> 일본의 경우 상품의 부분적인 디자인도 상품의 형태로 인정해야 한다는 산업계의 요청은 있으나,<sup>88)</sup> 현재까지는 “동호에 의해 보호되는 상품의 형태란 상품 전체의 형태를 말하는 것”이라 하여, 상품의 형태는 상품의 전체 형태에 해당하는 것으로 보고 있다.

이러한 관점에서 보면 앞에서 살펴보았던 화장품 용기에 표현된 표장을 상품의 형태로 인정한 사례(서울고등법원 2012. 2. 2. 선고 2011나69529판결), 상품의 형태의 정의와 관련하여 비판이 있을 수 있다. 즉, 법의 취지에서 보

---

상품 중에 유사한 형태가 있는 것만으로는 부족하고, 동종의 상품이라면 일반적으로 가지고 있는 형태인 것을 요하는 것으로 이해해야 한다.”라고 판단하였다.

86) 東京地判 平成13.9.6. 平成12年(ワ)17401.

87) 최정열 · 이규호, 앞의 책(주 7), 190-191면.

88) 株式会社野村総合研究所, 앞의 글(61), 30면.

면, 선행자의 성과 위에 새로운 성과를 쌓는 일은 건전한 경쟁의 범주 내에 있는 것으로, 후행자에 의한 개변이 자금이나 노력을 투하하여 쌓인 새로운 성과로 볼 수 있는 경우에는 그 후행자의 행위는 적법한 것으로 보고 있음에도 불구하고, 이 사건 표장의 성분 표시 방법 등의 특이성에 중점을 두고 판단함으로써 원고 상품의 표장 전체가 아닌 원고 상품의 표장에 표현된 콘셉트 또는 아이디어를 보호하는 결과를 초래하게 된 것은 아닌가 하는 생각이 든다. 특히, 피고가 제작한 표장에 대한 평가가 전혀 없이, 일부 콘셉트 등이 유사하다는 사정만에 초점을 두어, 상품의 형태가 어떻게 정의될 수 있는가에 대한 검토 없이, 바로 실질적인 동일성 여부를 판단한 점에는 아쉬움이 있다. 또한, 해당 판례에서는 원고의 성분 표시 방법이 식품업계에서는 흔히 사용되는 방법이라 인정하면서도 화장품업계에서는 흔한 형태에 해당하지 않는 것으로 인정하였는데, 상품의 형태로서의 판단 대상을 화장품 용기가 아닌 성분 표시 방법을 포함하는 표장으로 한정하고 있다는 점에서, 동종 상품에 대한 해석에 있어서도 성분 표시를 포함하는 표장에까지 확대하여 판단할 필요가 있는 것은 아닌가 하는 생각이 든다. 이와 관련하여 일본에서는 대체관계에 있는 상품이 통상적으로 가지는 형태와 동일한 형태를 채용한 경우 창작적 의도가 인정되기는 하나 모방의 금지를 타당하다고 볼 정도의 현저한 성과라고는 보고 있지 않은 점에서, 우리의 태도와는 다른 점이 있다.

‘동종 상품이 통상적으로 가지는 형태’에는 흔한 형태, 개성이 없는 형태나 기능·효용을 발휘하기 위해 불가결하게 채용하지 않으면 안 되는 형태가 해당하는 것으로 이해된다. 국내와 일본에서는 흔한 형태에 해당하는지 여부와 관련하여, 단순히 동종의 선행 상품 중에 유사한 형태가 존재하는 것만으로는 부족하고, 동종의 상품이라면 일반적으로 가지고 있는 형태일 것을 요하는 것으로 보는 견해들도 있는데, 다만, 일본에서는 보호를 구하는 상품의 형태가 이미 선행하는 제3자의 상품의 형태를 모방한 상품에 해당하는 경우에 입법 취지에 따라 청구인 적격이 없는 것으로 보거나, 상품의 형태 중 일부가 종래의 형태를 채용하여 이루어진 경우에 보호를 구하는 자가 실질적으로 창작에 기여한 부분에 중점을 두고 판단하고 있는 사례도 있어서, 실

무적인 판단에 있어서 참고가 될 것으로 생각된다.

## 2. 통상적으로 가지는 형태의 판단 대상제품

통상적으로 가지는 형태인지 여부를 판단함에 있어서, 그 판단 대상을 피모방 제품(원고제품)으로 해야 하는지, 아니면 모방 제품(피고제품)으로 해야 하는지 명확하게 규정되어 있지 않아, 실무에 혼란을 주고 있다.

일본의 경우, 법 규정상 “타인의 상품의 형태(당해 상품의 기능을 확보하기 위해 불가결한 형태를 제외한다.)를 모방한 상품”으로 되어 있는바, 법문상 보면 통상적으로 가지는 형태(기능을 확보하기 위해 불가결한 형태)인지 여부를 판단하는 대상은 타인의 상품(즉, 피모방 제품) 형태인 것이 명확해 보인다. 다만, “동종의 상품이 통상적으로 가지는 형태?”는 소극적 요건으로서 선행자인 원고의 상품형태를 모방한 후발자가 피고로서 주장·입증해야 할 항변으로 보기 때문에, 원고의 상품(타인의 상품, 피모방 제품)에 대해 동종의 상품이 통상적으로 가지는 형태에 해당하여 본 규정의 보호의 대상에서 제외해야 한다고 주장 가능한 것 이외에도, 피고는 피고의 상품(모방 제품) 형태가 원고의 상품과 동종의 상품이 통상적으로 가지는 형태라는 점, 또는 원고의 상품과 동종의 상품이 아직 존재하지 않는 경우에는 피고의 상품형태는 원고의 상품과 그 기능 및 효용이 동일하거나 유사한 상품이 통상적으로 가지는 형태라는 점에 대해 주장·입증 가능하다고 하고 있다.<sup>89)</sup>

일본과 달리 우리나라 부정경쟁방지법에서는 제2조 제1호 (자)목 단서에서 “타인이 제작한 상품과 동종의 상품이 통상적으로 가지는 형태를 모방한 상품을 양도·대여 또는 이를 위한 전시를 하거나 수입·수출하는 행위”를 제외하고 있는바, 법 규정상으로는 원고 상품에 관한 보호대상 요건(원고 상품은 통상적으로 가지는 형태에 해당하기 때문에 (자)목에서 보호대상으로 하는 상품형태에서 제외된다)으로도 해석할 수 있지만, 동시에 피고 상품에 관한

89) 박성호, “2017년 지적재산법 중요 판례”, 『인권과 정의』, No.473, 2018, 173-174면; 大江忠, 『要件事實知的財産法』, 第一法規出版, 2002, 400-401면.

항변(피고 상품은 통상적으로 가지는 형태를 모방한 것에 지나지 않기 때문에, 위 규정에 의해서 자유롭게 할 수 있다)<sup>90)</sup> 규정으로도 해석할 수 있어 보인다. 따라서 우리 법 규정상, 피고는 원고의 상품에 대한 언급이 없이, 단지 피고의 상품이 원고의 상품과 동종의 상품이 통상적으로 가지는 형태에 해당함에 대해 주장 및 입증하면 족하는 것으로 보는 것이 타당하다고 생각된다. 실무적으로도, 피고가 동종의 상품이 통상적으로 가지는 형태에 해당한다고 주장하려고 하는 경우, 원고의 상품 기준보다는 피고의 상품 기준으로 주장하는 것이 수월한 경우가 많다.

### 3. 통상적으로 가지는 형태 여부 판단 시 전체적인 판단 원칙

국내와 일본의 관례의 태도 등에 따르면, 동종의 상품이 통상적으로 가지는 형태에 해당하는지 여부의 판단은 상품을 전체적으로 볼 때 동종의 상품이 통상적으로 가지는 형태에 해당하는지 여부를 판단하는 것으로 보고 있다.

앞서 살펴본 사파리 스타일의 하프코트 사건에서 “선봉적으로 인기를 끌어 대중화된 선행자의 창작적 성과를 응용하였다 하여 이를 통해 창작된 또 다른 시장가치 있는 상품형태마저도 동종의 상품이 통상적으로 갖는 형태라고는 할 수 없다”라는 전제하에, “원고 상품의 기본 스타일은 세계적으로 유행했던 스타일로 원고를 비롯한 거의 모든 의류제조업체들이 이러한 스타일의 의류를 제작 및 판매하였고, 원고의 제품도 이러한 스타일에 기초하여 제작되었지만 원고의 제품에는 다른 의류업체들이 생산한 의류들과는 구별되는 특징적인 요소들이 있음을 인정하여, 원고의 제품은 동종 상품에 공통되어 특징이 없는 흔한 형태에 해당하지 않는다”고 판단한 것은, 전체 상품 중의 일부분이 통상적으로 가지는 형태에 해당한다고 하더라도 다른 부분에서

---

90) 이것은 마치 디자인보호법상에서 등록 디자인권이 선행디자인에 무효라고 주장하는 것 대신에, 피고제품은 선행디자인에 의해 용이하게 창작 가능한 것이므로 자유실시 디자인에 해당한다고 주장하는 소위 ‘자유 실시 디자인 항변’과 유사하다.

통상적이지 않은 특징적인 요소가 있는 경우는 전체적으로 보아 통상적으로 가지는 형태라고 할 수 없다고 한 것이라고 이해된다.

앞서 본 일본 까나리 용기구 사건<sup>91)</sup>에서도, 종래의 상품 형태를 일부 채용한 것이라 하더라도 독자적 요소도 함께 포함하고 있는 것이라면, 전체적으로 보아 통상적인 형태라고 할 수 없다고 보았다. 다만, 일본에서의 방재용백 사건에서의 혼한 형태와 상품의 기능 및 효용과 관련한 형태를 모두 포함하는 경우와 같이, 상품을 구성하는 개별 형태를 추출하여 개별 형태가 혼한지 또는 기능적 형태에 해당하는지 여부를 판단하게 됨으로써, 최종적으로는 복수의 선행디자인들 또는 기능적 형태들의 결합에 의해 구성되어 종전에는 없었던 새로운 상품 형태에 해당함에도 불구하고, 해당 상품 형태에 대한 보호를 부정하게 될 가능성은 여전히 남아 있다. 상품형태 보호규정은 디자인과는 달리 창작비용이성을 요구하는 것은 아니므로 각 구성을 분해하여 보면 혼한 형태라고 하더라도 그 결합으로 인하여 기존에 존재하지 않았던 새로운 형태가 만들어졌다면 이를 선불리 동종 상품의 통상적으로 가지는 형태라고 단정해서는 안 된다.

#### 4. 상품 일부분이 통상적으로 가지는 형태인 경우의 취급

앞에서 살펴보았듯이, 상품 전체가 통상적으로 가지는 형태에 해당하는 경우에는 보호대상 요건을 충족하지 않는 것이거나 피고의 항변 사항에 해당하여, 상품형태 모방에 해당하지 않는 것으로 취급한다. 그렇다면, 상품 전체가 아닌, 상품을 구성하는 일부분이 통상적으로 가지는 형태에 해당하는 경우는 어떻게 취급할 것이냐가 문제된다.

국내와 일본의 판례의 태도 등에 따르면, 상품의 형태 중 일부 구성만이 혼한 형태나 상품의 기능 및 효용과 불가피하게 관련된 형태에 해당하는 경우 해당 형태 이외의 부분에 중점을 두고 비교대상 상품의 실질적 동일성 여

91) 大阪地裁 平成12.6.22. 平成8(ワ)3428.

부를 판단하면 되는 것으로 이해된다. 앞서 본 화장품 용기 사건에서는 화장품 용기 전체가 아닌 막대그래프로 표시된 라벨(용기에 표시된 외부 형상)만을 대비하여 실질적 동일성을 판단하였는바, 해당 판결문에 구체적인 설시는 없지만, 그 이외에 부분은 통상적인 형태라고 보아 중요도를 낮게 보고 특징적 요소를 중심으로 실질적인 동일성을 판단한 것으로 이해하는 것이 바람직해 보인다.

## V. 결어

본고에서는 동종의 상품이 통상적으로 가지는 형태의 의미에 대한 구체적 판단 방법 모색을 위해, 법의 취지를 비롯하여 국내 및 일본 판례 등에 대해 살펴보았다. 구체적 해석에 있어서는 일부 차이점이 존재하였으나, 도입 취지 등에서는 큰 차이가 없음을 확인하였다.

국내 및 일본의 판례에 따르면, 동종 상품이 통상적으로 가지는 형태에 해당하는지 여부는 상품의 전체적인 형태를 기준으로 판단하여 그 보호의 대상이 되는 것인지 여부를 판단하면 되는 것이고, 상품의 형태 중 일부 구성만이 혼한 형태나 상품의 기능 및 효용과 불가피하게 관련된 형태에 해당하는 경우 해당 형태 이외의 부분에 중점을 두고 비교대상 상품의 실질적 동일성 여부를 판단하면 되는 것으로 이해된다. 이러한 판단 방법에 있어서는 법의 취지인 상품의 형태를 창작함에 있어서 어떠한 노력이나 비용이 실질적으로 소요되었는지 여부를 개별 사안에 따라 판단할 필요가 있는 것으로 이해된다.

일본의 경우 2005년 상품형태모방에 대한 형사처벌 규정의 적용에 앞서, 오랜 기간 축적된 판례 등을 검토하여 정의 규정을 추가하는 등 구성요건을 명확히 하는 노력을 기울였다. 동종 상품이 통상적으로 가지는 형태 이외에도 ‘최초 판매된 날’의 의의에 관하여 국내 시장 참입 시기(일본 국내에서 영업을 하는 자의 실질적인 영업적 이익 보호) 및 소송 시 입증의 용이성 등을 고려

하여 일본 국내에 있어서 최초로 판매된 날을 ‘최초 판매된 날’로서 명확히 하는 등 예측 가능성을 높이기 위한 검토가 이루어졌다.<sup>92)</sup> 하지만, 우리의 경우 2017년 형사처벌 규정이 도입되었음에도 법 규정의 해석에 있어서 여전히 미흡한 부분이 있는바, 예측 가능성을 높인다는 점에서도 통상의 형태를 판단함에 있어서 전제가 되는 ‘상품’의 정의에 대한 검토와 함께, ‘동종 상품이 통상적으로 가지는 형태’의 의미를 명확히 하고, 상품형태 보호기간 3년 기산점을 ‘상품형태가 갖추어진 날’에서 ‘판매된 날’로 개정하는 등 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (자)목의 단서를 정비하는 입법적 보완이 필요한 것으로 보인다.

\* 본고에서 인용한 일본 논문, 판례 등 일본 관련 자료의 내용은 저자가 번역한 것임.

---

92) 日向寺勲, 앞의 글(주 13), 56면.

참고문헌

〈단행본(국내 및 동양)〉

- 茶園成樹, 『不正競争防止法』, 第2版, 有斐閣, 2019.
- 大江忠, 『要件事実知的財産法』, 第一法規出版, 2002.
- 小野昌延・松村信夫, 『新・不正競争防止法概説(上巻)』, 第3版, 青林書院, 2020.
- 竹田稔・服部誠, 『知的財産権訴訟要論 不正競争・商標編』, 発明推進協会, 2018.
- 奈須野太, 『不正競争防止法による知財防護戦略』, 日本経済新聞, 2005.
- 최정열·이규호, 『부정경쟁방지법 — 영업비밀보호법제 포함』, 제4판, 진원사, 2020.

〈학술지(국내 및 동양)〉

- 구회근, “부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제1호 자목에 규정된 ‘상품형태 모방’의 의미”, 『법조』, Vol.606(2007).
- 권인희, “상품형태 모방의 지적재산권 침해와 부정경쟁행위 성립요건 비교 연구”, 『홍익법학』, 제19권 제4호(2018).
- 김창권, “상품형태 모방과 관련하여 동종의 상품이 통상적으로 가지는 형태의 의미”, 『대법원판례해설』, 제112호(2017).
- 박성호, “2017년 지적재산법 중요 판례”, 『인권과 정의』, No.473(2018).
- 배상철, “미등록의장의 모방(dead copy) 방지제도에 관한 소고 — 일본 부정경쟁방지법상 상품형태 모방금지조항을 중심으로”, 『산업재산권』, 14호(2003).
- 안원모, “상품형태의 보호 — 부정경쟁방지법 제2조 제1호 자목을 중심으로”, 『산업재산권』, 제19호, 2006.
- 한창희, “미등록 디자인 보호와 부정경쟁방지법”, 『상사판례연구』, 21권 1호(2008).
- 関真也, “アパレルデザインの不正競争防止法2条1項3号による保護—「流行」の生成プロセスから見た商品形態の実質的同一性の捉え方の検討”, 『特許研究』, No.68, (2019).
- 不正競争防止法委員会・第一小委員会, “不正競争防止法改正ガイドライン—形態模倣(第2条1項3号)関係”, 『パテント』, Vol.59, No.3, 2006.
- 比良友佳理, “不正競争防止法2条1項3号の保護の開始時期: スティック加湿器事件”, 『知的財産法政策学研究』, 49(2017).
- 小林基子, “ソフトウェアの表示画面について著作権侵害を否定した事例 — PIMソフトウェア事件(東京地判 平成15.1.28. 判事1828号)”, 『知的財産法政策学研究』,

No. 2(2004).

日向寺勲, “不正競争防止法を活用した知的財産の保護強化(営業秘密の保護と模倣品・海賊版対策)に関する調査研究”, 『知財研紀要』, 14(2005).

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

田村善之, “商品形態のデッド・コピー規制の動向: 制度趣旨からみた法改正と裁判例の評価”, 『知的財産法政策学研究』, Vol.25(2009).

村西大作, “不正競争防止法を用いた模倣品対策”, 『パテント』, Vol. 59, No. 7(2006).

### 〈판례〉

대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다216758 판결.

서울고등법원 2015. 9. 10. 선고 2014나2052436 판결.

서울고등법원 2012. 2. 2. 선고 2011나69529 판결.

특허법원 2020. 12. 11. 선고 2020나1018 판결.

특허법원 2020. 10. 16. 선고 2019허9142 판결.

특허법원 2013. 5. 15. 선고 2013허1689 판결.

서울중앙지방법원 2015. 10. 8. 선고 2015가합508247 판결.

서울중앙지방법원 2014. 1. 16. 선고 2012가합529007 판결.

서울동부지방법원 2006. 12. 1. 선고 2006가합1983 판결.

서울중앙지방법원 2017. 10. 20.자 2017카합80943 결정.

知財高裁 平成31. 1 .24. 平成30年(ネ)10038.

東京高判 平成14.1.31. 判時1815号123頁(에어컨 순정부품 사건).

東京地判 平成30.4.26. 平成27(ワ)36405.

東京地判 平成28.7.19. 平成27年(ワ)33398.

東京地判 平成27.11.11. 平成26年(ワ)25645.

東京地裁 平成24.3.21. 平成22年(ワ)145.

東京地判 平成17.5.24. 平成15(ワ)17358.

東京高判 平成16.5.31. 平成15年(ネ)6117.

東京地判 平成13.12.27. 平成12年(ワ)20801.

東京地判 平成13.9.6. 平成12年(ワ)17401.

東京地判 平成13.8.31. 平成12(ワ)26971.

東京地裁 平成11.2.25. 平成8年(ワ)19445.

東京地判 平成9.3.7. 平成6年(ワ)22885.

大阪地裁 平成27.10.29. 平成25年(ワ)11486.

大阪地裁 平成12.6.22. 平成8(ワ)3428.

大阪地判 平成 10.8.27. 判不競 2924号743頁(불단 사건).

大阪地判 平成15.10.30. 判時1861号110頁(건축물 사건).

#### 〈연구보고서〉

産業構造審議會, “不正競争防止法の見直しの方向”, 知的財産政策部会報告(1992年 12月 14日), 産業構造審議會, 1992.

産業構造審議會・知的財産政策部会, “不正競争防止法の見直しの方向性について”, 産業構造審議會・知的財産政策部会, 2005.

産業構造審議會・知的財産政策部会・不正競争防止小委員会, “不正競争防止法の見直しの方向性について”, 産業構造審議會・知的財産政策部会・不正競争防止小委員会, 2015.

株式会社野村総合研究所, “令和2年 産業経済研究委託事業 不正競争防止法の基礎的課題及びオープンイノベーション時代の知的財産制度の在り方についての調査”, 株式会社野村総合研究所, 2021.

#### 〈기타자료〉

經濟産業省 知的財産政策室編, “逐条解説 不正競争防止法”, 經濟産業省, 2019.

佐藤英二, “知財高裁 平成31. 1. 24. 平成30年(ネ)10038”, 知財ポータルサイト IP Force, 2019. 6. 5., <<https://ipforce.jp/articles/soei-patent/hanketsu/2019-06-05-665>>, 검색일: 2021. 4. 27.

## The Meaning of the General Forms in the Regulation on the Imitation of Goods of the Unfair Competition Prevention Act

Park, Sunha & Yang, Insu

As a countermeasure against imitation goods, the regulation on the imitation of goods of the Unfair Competition Prevention Act is one of the effective means. Unlike the Design Protection Act, it may prohibit to sale the imitation goods or compensate damages without application, examination, registration, etc. And, It is more helpful for goods that have a short life cycle, low unit price, and a large number of goods, making it difficult to acquire design rights. However, it is not subject to the protection of this regulation if the form is general or indispensable to ensuring the functioning of said goods. However, it is not specifically clear how to judge such the form. In this paper, we will review how we judge in domestic and Japanese precedents in relation to the design protection law and the purpose of the Unfair Competition Prevention Act. According to domestic and Japanese precedents, it is understood that we should judge whether the form is general or indispensable to ensure the functioning of said goods based on the form of the entire product, but if some of the form of goods correspond to this form, we should judge with focus on other parts of that form. In addition, in practice, it would be necessary to determine on a case by case basis whether it took substantial

effort or cost to create the form of goods in accordance with the purpose of the Act. On the other hand, despite the introduction of the criminal punishment regulations in 2017, there are still insufficient parts in the interpretation of the regulations. So it seems that legislative supplement is necessary such as clarifying the provisions of the law in terms of increasing predictability.

Keyword

the imitation of good's form, general form, common form, function and utility, characteristic form