

RESEARCH ARTICLE

## The Superiority of the Law of Contract over the Unjust Enrichment in the 'Chicken Advertisement Case': the Effect of Arrow's Information Paradox on the Law of Remedy

Jongkhab Na

Professor, Yonsei University School of Law, Republic of Korea

Corresponding Author : Jongkhab Na (jkn@yonsei.ac.kr)

### ABSTRACT

In the 'Chicken Advertisement Idea' case of the Supreme Court of Korea, although a advertisement contract was valid, the Courts admitted the applicability of the (Cha)Mok unfair competition(hereinafter '(Cha)') of the Unfair Competition Act. However, the (Cha) governs unfair acts at the transaction proceeding stage before a valid contract is made. The (Cha) protects idea/information transactions from Arrow's Information Paradox which shows the uncertainty of idea/information transactions. After transactions and contracts are made, there is no necessary of (Cha) protection of the transactions because contracts govern the transactions.

In the 'Chicken Advertising Idea' case, an advertising service contract was made and implemented, but a breach of contract occurred. Therefore, an unfair act under the (Cha) cannot be recognized, because the unfair act under the (Cha) is a legal remedy under unfair enrichment law based on equity, and contract law has priority over remedies based on equity. Thus, there is no room for equity to interfere when a contract exists and governs the transactions.

In a case where a valid contract exists and a matter of default occurs, the court's decisions admitting the (Cha) unfair competition are fault decisions which do not understand the priority of the law of contract and unjust enrichment, an equity jurisprudence.

### KEYWORDS

(cha)mok, Unfair Competition, Idea, equity, contract, Arrow's Information Paradox, unjust enrichment



### Open Access

**Citation:** Na J. 2024. The Superiority of the Law of Contract over the Unjust Enrichment in the 'Chicken Advertisement Case': the Effect of Arrow's Information Paradox on the Law of Remedy. The Journal of Intellectual Property 19(2), 27-44.

**DOI:** <https://doi.org/10.34122/jip.2024.19.2.2>

**Received:** January 30, 2024  
**Revised:** February 18, 2024  
**Accepted:** May 29, 2024  
**Published:** June 30, 2024

**Copyright:** © 2024 Korea Institute of Intellectual Property

**Funding:** The author received manuscript fees for this article from Korea Institute of Intellectual Property.

**Conflict of interest:** No potential conflict of interest relevant to this article was reported.



This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>) which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided that the article is properly cited, the use is non-commercial and no modifications or adaptations are made.

원저

# 계약법의 부당이득(법)에 대한 우월성: 소위 '치킨광고아이디어' 사건에서 애로우의 정보의 역설(Arrow's Information Paradox)의 법적 구제법리에 대한 영향

나종갑

연세대학교 법학전문대학원 교수

\*교신저자: 나종갑(jkn@yonsei.ac.kr)

## 차례

1. 서론
2. 치킨광고아이디어 사건
  - 2.1. 사안요약
  - 2.2. 법원판결들
3. 계약법리의 형평상의 법리에 대한 우월성
  - 3.1. 애로우의 정보의 역설(Arrow's Information Paradox)과 아이디어 거래의 딜레마
  - 3.2. 거래관계의 성립과 형평의 간섭 한계
  - 3.3. 계약과 계약법의 우월성
4. 결론

## 국문초록

소위 '치킨광고아이디어' 사건에서 법원은 광고용역계약이 성립되어 그 일부가 이행된 이후에 부정경쟁방지법상 (차)목의 부정경쟁행위법리의 개입을 인정했다. 그러나 (차)목의 부정경쟁행위는 계약이 성립되지 않았지만 교섭단계에서 발생하는 부정경쟁행위를 규율하는 것으로 보아야 한다. (차)목의 부정경쟁행위는 거래성립이전에 정보거래의 불확실성을 의미하는 애로우의 정보의 역설(Arrow's Information Paradox)을 방지하기 위한 것이다. 거래가 성립된 이후에는 계약에 의하여 거래의 목적이 된 아이디어나 정보가 보호되므로 법이 개입할 필요가 없다.

'치킨광고아이디어' 사건에서는 광고용역계약이 성립되어 이행되었으나 그 이후에 계약위반이 발생한 것이다. 따라서 (차)목의 부정경쟁행위를 인정할 수 없다. 왜냐하면 (차)목의 부정경쟁행위는 형평을 바탕으로 하는 부당이득법리에 기한 법적 구제인바, 계약법은 형평에 의한 구제보다 우선하는 것이므로 계약이 존재할 때는 형평이 간섭할 여지가 없다.

결국 계약이 유효하게 존속하고 그 계약에 따른 채무불이행 문제가 발생한 '치킨광고아이디어' 사건에서 (차)목의 부정경쟁행위를 인정한 법원 판결의 법리는 계약법과 (차)목의 부정경쟁방지법의 체계를 이해하지 못하여 발생한 법 해석의 오류(誤謬)라고 할 것이다.

## 주제어

(차)목, 부정경쟁, 아이디어, 형평, 계약, 애로우의 정보의 역설, 광고, 부당이득

## 1. 서론

본 논문은 계약법(law of contract)과 부당이득(equity of unjust enrichment)이 충돌하는 경우에 계약법이 우선 적용됨과 소위 '치킨광고아이디어' 사건에서 내린 대법원 판결<sup>1)</sup>이 법리적 오류(誤謬)가 있음을 논증함에 목적이 있다. 나아가 치킨광고아이디어 사건의 대법원 판결은 부당이득과 계약 간의 우월성에 관하여 판시한 다른 대법원 판결<sup>2)</sup>과도 충돌하고 있다.

계약법리(contract)와 부당이득법리(unjust enrichment)가 충돌하는 경우에 있어 법의 원칙은 계약과 계약법에 의한 구제가 제공된다면 그 범위에서 더 이상 형평법리에 기초한 부당이득법리를 적용하지 않는다.<sup>3)</sup> 당사자의 임의적인 합의, 즉 계약은 거래의 원인(causa)이 있는 것으로서, 거래의 원인이 없는 부당한 것(injustice)이 아니기 때문이다. 물론 계약이나 계약법리를 적용한 결과 부당함이 시정되지 않거나 신뢰의무(fiduciary duty)가 발생하는 경우에는 형평에 기하여 부당이득법리가 개입하여 부당하지 않은 상태로 할 수 있다. 이러한 결과는 영미법이나 대륙법이나 같다.<sup>4)</sup> 예컨대, 계약 채무불이행이 존재하거나 계약이 취소된 경우에는 여전히 계약법상의 관계가 해소되지 않고 있기 때문에 원칙적으로 계약관계를 규율하는 계약과 계약법이 우선 적용된다. 만일 계약 당사자 사이에 특별히 신뢰관계가 존재하는 경우, 예컨대, 고용계약에 의거하여 신탁이나 영업비밀과 같은 재산적 이익이 이전된 경우에는 형평의 법리가 적용될 수 있다.

부당이득법리는 부당한 결과(injustice)를 부당하지 않은 상태(justice)로 회복시키려고 하는 형평에 기초하기 때문에 영미법에서는 계약법에 의하여 부당한 결과(injustice)가 부당하지 않은 상태(justice)가 된다면, 부당이득 등 형평의 원칙에 기한 법리는 적용하지 않는다.<sup>5)</sup> 예컨대, 계약상 용역이나 아이디어 제공의무가 발생한 경우에 그 계약상 의무에 기하여 일방이 급부를 제공하면 타방은 계약상 그 반대급부를 제공할 쌍무적 의무를 부담하므로 형평법리가 개입할 여지가 없게 된다. 다만 계약상의 의무이행만으로 충분하고 완전한 구제가 되지 않는다면, 앞서 언급한 바와 같이, 형평의 법리가 개입할 수 있다.<sup>6)</sup> 예컨대, 형평의 법리를 적용하여 부당

1) 대법원 2020. 7. 23. 선고 2020다220607 판결. 서울고등법원 2022. 12. 22. 선고 2022나2019786 판결 등 (상고기간 확정)도 광고용역계약불이행의 문제를 (차)목의 부정경쟁행위로 인정한 사건으로 본 논문에서 제시하는 같은 문제가 존재한다.

2) 대법원 2013. 6. 28. 선고 2013다13733 판결. 동 사안에 대한 독일의 법리는 다음을 참조: Peter Hay, "Unjust Enrichment in the Conflict of Laws: A Comparative View of German Law and the American Restatement 2d", *The American Journal of Comparative Law*, Vol.26 No.1(1978), p. 26.

3) Boston Med. Ctr. Corp. v. Secretary of the Executive Office of Health & Human Servs., 463 Mass. 447, 467, 974 N.E.2d 1114 (2012). American Law Institutes, RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION & UNJUST ENRICHMENT, 3rd. ed., West, 2011, § 2 (2) ("A valid contract defines the obligations of the parties as to matters within its scope, displacing to that extent any inquiry into unjust enrichment"). Michael Traynor, "The Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment: Some Introductory Suggestions", *Washington and Lee Law Review*, Vol.68(2011), p. 900; Douglas Laycock, "Restoring Restitution to the Canon", *Michigan Law Review*, Vol.110(2012), p. 933; William Q. de Funiak, "Contracts Enforceable in Equity", *Virginia Law Review*, Vol.34 No.6(1948), p. 637 ("The only remedy which the common law can give where a party refuses to perform his contract is to award the injured party damages for the breach.").

4) Barton & Ors v. Morris & Anor [2023] UKSC 3. (본 판결은 영국법원 판결로 계약법이 부당이득(법)에 우선한다고 판시하고 있다.)

When parties stipulate in their contract the circumstances that must occur in order to impose a legal obligation on one party to pay, they necessarily exclude any obligation to pay in the absence of those circumstances... This excludes not only an implied contractual term but a claim in unjust enrichment.(para 96)

5) Charlie Webb, *Reason and Restitution: A Theory of Unjust Enrichment*, Oxford Univ. Press, 2016, pp. 217-244.

6) Morrison v. Land, 169 Cal. 580, 586, 147 Pac. 259, 261 (1915).

이익을 원상회복시키는 경우가 공공정책에 위반되거나 합리적인 기대(reasonable expectation)에 어긋나는 경우에는 형평의 법리, 즉 부당이득의 법리를 적용하여 원상회복을 명하지 않는다.<sup>7)</sup>

대륙법상 부당이득법리를 적용할 수 있는 것은 법률상 원인이 없이 급부를 수령한 경우이다.<sup>8)</sup> 즉 부당이득의 법리가 개입하는 경우에는 그 급부의 전제가 되는 계약의 존부나 성부가 계약과 전연관계가 없는 상황에 의해 좌우되는 것이다. 예컨대, 광고용역계약의 이행을 위해 광고 아이디어를 제공했는데, 그 용역대금을 지급하지 않거나 일부만 지급한 채 그 광고를 사용하는 경우에는 그 광고대금의 지급을 부당이득법리를 적용하는 것이 타당한가? 계약이행의 문제로 보아 계약에 의한 채무불이행법리를 적용하는 것이 타당한가?

사실 가상의 사례를 보면 영미법이나 대륙법이나 차이가 없다. 정의로운 것(justice)과 부정의한 것(injustice)은 영미법이나 대륙법에서 보는 관점이 같다고 할 수 있기 때문이다. 영미법상의 원칙하에서 특정한 급부이행은 계약법이 적용되므로 광고용역대가를 지급하는 것은 계약상의 의무가 되고, 소송에서는 계약법리가 청구원인이 될 수 밖에 없다. 즉 부당이득법리가 개입할 필요가 없게 된다.

대륙법상의 경우에도 부당이득법리가 개입을 할 수 없는 이유는 앞서 인용한 위 대법원 판결<sup>9)</sup>에서 나타난다. 계약관계에 의하여 상대방(A)이나 상대방으로부터 위탁을 받은 제3자(B)로부터 그 계약상의 급부를 받은 경우에 그 제3자(B)는 자신이 급부를 한 자(C)에게 부당이득법리를 주장하여 급부된 목적물이나 그 가치의 반환을 청구할 수 없게 된다. 그 급부를 받은 자(C)는 법률상 원인이 없이 급부를 받은 것이 아니기 때문이다. 만일 그와 같이 제공된 급부에 대하여 부당이득법리에 의하여 부당이득을 인정한다면, 위 대법원 판결과 같이 사인간의 자유의사에 의한 의사의 합치, 즉 계약이 다른 법리에 의하여 좌우되게 되어 사적 당사자의 의사합치를 그들의 의사와 관계없이 변경하고, 따라서 계약과 계약법의 존재 가치를 없게 하기 때문이다.

Specific performance . . . will be decreed only when no other adequate relief is available to plaintiff," and also, "The jurisdiction of a court of equity to decree specific performance does not . . . depend at all upon the question whether the contract relates to real or personal property, but altogether upon the question whether the breach complained of cannot be adequately compensated in damages. If it can, the action has no place in a court of equity, and the plaintiff's remedy is strictly in law. . . . So it will be found that in all of the cases in which specific performance of these agreements to leave property by will has been decreed by the courts, there has been present the element of peculiar personal services, fully performed and incapable of compensation in money."

Id., 587-588.

7) Garland v. Consumers' Gas Co. 2004 SCC 25, 2004 CSC 25, 2004 CarswellOnt 1558 (캐나다 법원도 같은 취지로서 범죄에 해당할 만큼 고율의 지연이자를 부과한 공공요금을 그 수납자가 가지는 것은 공공정책에 반하는 것으로서 이에 대하여 부당이득의 법리를 적용할 수 있다고 한다.).

8) 민법 제741조. 대법원 판결은 그와 같은 이유를 다음과 같이 판시하고 있다.

계약의 일방당사자가 계약상대방의 지시 등으로 급부과정을 단축하여 계약상대방과 또 다른 계약관계를 맺고 있는 제3자에게 직접 급부를 한 경우(이른바 삼각관계에서의 급부가 이루어진 경우), 그 급부로서 계약당사자의 계약상대방에 대한 급부가 이루어질 뿐 아니라 그 상대방의 제3자에 대한 급부도 이루어지는 것이므로 계약의 일방당사자는 제3자를 상대로 법률상 원인 없이 급부를 수령하였다는 이유로 부당이득반환청구를 할 수 없다. 이러한 경우에 계약의 일방당사자가 계약상대방에 대하여 급부를 한 원인관계인 법률관계에 취소사유 등의 흠이 있다는 이유로 제3자를 상대로 직접 부당이득반환청구를 할 수 있다고 보면 자기 책임하에 체결된 계약에 따른 위험부담을 제3자에게 전가하는 것이 되어 계약법의 원리에 반하는 결과를 초래할 뿐만 아니라 수익자인 제3자가 계약상대방에 대하여 가지는 항변권 등을 침해하게 되어 부당하기 때문이다.

대법원 2013. 6. 28. 선고 2013다13733 판결.

9) 위 대법원 판결.

불공정경쟁법 또는 부정경쟁방지법이라는 법리는 한편으로 상사불법행위(commercial torts) 법리를 바탕으로 하기도 하지만 부당이득(unjust enrichment) 법리를 바탕으로 하기도 한다. 예컨대, 'palming off/passing off'라고 불리는 사칭모용행위는 불법행위법리를 바탕으로 하지만, 부정취득이용(misappropriation)이나 아이디어 제공(idea submission)의 법리는 부당이득법리를 바탕으로 하고 있다.

정보나 아이디어 제공과 거래의 성립과의 딜레마는 애로우의 정보의 역설(Arrow's Information Paradox)<sup>10)</sup>로 대변된다. 정보나 아이디어는 배타성이 없어 통제할 수 없음에도 불구하고 거래관계의 성립, 계약이 성립하기 이전에 그 정보나 아이디어의 거래대금을 정하기 위한 경제적 가치평가를 위해 거래상대방에게 거래성립전에 미리 제공되어야 하는 상황은, 거래가 불발되거나 거래관계가 해소된 경우에 해당 정보나 아이디어에 대한 통제를 할 수 없기 때문에<sup>11)</sup> 통제력을 상실할 우려로 인하여 미리 정보나 아이디어를 제공할 수 없게 하고, 결국 정보나 아이디어 거래를 어렵게 한다. 따라서 거래를 활성화하고 성립시키기 위해 정보나 아이디어에 대하여 법적 보호가 필요한 상황이 된다. 이러한 경우에 법은 정보나 아이디어 제공(submission)만으로 법적구제를 할 수 있는 법적관계를 설정하여야 한다. 이러한 법적 이념하에서 우리나라 부정경쟁방지법은 소위 (차)목에 규정된 아이디어 제공관계에 있어서 부정경쟁행위를 성립을 의제한다. 따라서 (차)목의 본질은 계약성립 이전에 적용되는 보충적인 관계가 된다. 당사자 사이에 정보나 아이디어 거래를 목적으로 하는 계약이 성립한 경우에는 더 이상 애로우의 정보의 역설(Arrow's Information Paradox) 상황이 존재하지 않기 때문이다. 정보나 아이디어 거래에 있어서 이러한 법경제학적 본질은 계약의 법리와 부당이득의 법리의 관계와 상호 영향을 주고 받는다.

민법의 법리는 부정경쟁방지법상의 불법행위와 부당이득법리에도 당연히 적용되고 있는 것이다. 그러나 이와 같은 법리와 다른 새로운 법리가 제시되어, 법적 혼란을 제시하고 있는 것으로 보이는 대법원 판결이 존재한다.<sup>12)</sup> 소위 '치킨광고아이디어' 사건 판결<sup>13)</sup>이다.

치킨광고아이디어 사건은 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목(이하 (차)목)에 규정된 정보와 아이디어 거래법리를 적용한 최초의 대법원 판결로 알려져 있다.<sup>14)</sup> 그러나 치킨광고아이디어 사건의 법적 해결에 있어서 애로우의 정보의 역설(Arrow's Information Paradox)이 영향을 미치고 있음을 고려해야 한다. 결론적으로 (차)목은 주된 목적이 거래교섭 과정 중에 제공된 아이디어를 보호하기 위한 규정으로, 계약체결이후에는 계약에 의해 규율(계약위반)이 적용되어야 함이 계약법과 부당이득법과의 관계이다. 그럼에도 불구하고 대법원이 계약상의 채무불이행에 대하여 부당이득법리인 (차)목을 적용한 것은 근본적인 법리에 대한 오해에서 비롯된 것으로 보인다. 즉 용역이행에 따른 쌍무적 대가의 지급은 계약상의 특정이행의 문제이므로 계약법에 의해 해결되어야 하는 것으로 이에 대하여 형평법리와 부당이득법리를 적용한 것은 근본적인 재검토가 필요하다.

10) Kenneth J. Arrow, "Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention", in Essays in the Theory of Risk-Bearing, North-Holland Pub. Co., 1974, p. 152. 원래 Arrow의 본 논문은 1959년 12월 Rand Corp. 에서 간행되었고, R. R. Nelson이 편집한 The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors의 pp. 609-626에 게재되었다.

11) 거래를 위해 아이디어와 정보를 제공했으나 거래가 불성립되었지만 아이디어와 정보를 회수할 수 없는 대표적인 예가 Smith v. Dravo Corp., 203 F.2d 369 (7th Cir. 1953) 사건이라고 할 수 있다.

12) 조형찬, "부정경쟁방지법상 '아이디어 탈취 금지규정'의 제한적 적용의 필요성", 「법학연구」, 제30권 제2호(2022) 289-311면은 법원이 저작권법상의 쟁점을 회피하였다는 점을 비판하고 있는바, 저작권법의 우월성의 문제를 제기하고 있으므로 전체적으로 계약과 형평기초로한 (차)목의 법리의 우월성문제를 다뤄 본 논문의 전체적 취지와 같은 쟁점을 제기한다고 할 수 있다.

13) 대법원 2020. 7. 23. 선고 2020다220607 판결.

14) 박성호, "2020년 지적재산권법 중요판례평석", 「인권과정의」, 제497권(2021), 204면.

아래에서는 치킨광고아이디어사건을 살펴보고, 본 글의 핵심쟁점인 계약법(law of contract)과 부당이득법리(unjust enrichment) 및 부정취득이용(misappropriation)법리와 의 관계를 통하여 치킨광고아이디어사건에서 대법원이 바탕으로 한 법리가 근본적 결함이 있다는 것을 논증하고자 한다. 나아가 동일한 부정경쟁법리의 선상에 있는 (파)목 등의 부정경쟁행위의 법리해석에도 도움이 되는 법리를 제공하고자 함에 있다.

## 2. 치킨광고아이디어 사건

### 2.1. 사안요약

본 사안은 우리나라 최초로 (차)목의 부정경쟁행위의 성부를 판단한 판결이라고 하여 유명해진 사건이다. 본 사안은 원고와 피고(1)가 치킨광고방법(광고용역 결과물, 네이밍(naming), 콘티제작 등)에 관한 아이디어를 제공하기로 하고 그에 대한 계약상의 의무로 그 대금을 지급하기로 하는 치킨광고용역계약이 성립했다. 원고는 피고(1)와의 계약기간 1년으로 한 광고용역계약을 체결하였는데, 그 계약기간만료가 임박한 시점에서 시장에 출시를 앞둔 피고(1)의 제품에 대한 광고 용역을 의뢰하여, 원고가 위 광고계약 1달을 앞두고 그 제품의 이름과 콘티를 완성하였는데, 피고(1)는 원고와의 광고용역을 중단하여 위 계약기간이 도과되었다. 그 후 피고(1)는 원고에 대한 제작비를 일부만 지급하고 나머지에 대하여는 원고와의 협의를 거부하였다. 그러나 피고(1)는 원고가 이행한 광고 아이디어(제품의 이름 및 콘티 등)를 다른 광고제작업체(피고(2))(본 사건에서 그 광고제작업체는 공동 피고가 되었다.)에게 원고가 제공한 제품 이름을 그대로 사용하고, 콘티를 매우 유사하게 이용하여 광고를 제작하여 방송하였다.<sup>15)</sup>

이 사건 피고(치킨배달점 가맹사업 회사)는 원고(광고대행 회사)와의 이 사건 계약을 통해 원고로부터 피고의 신제품 명칭, 광고에 사용할 이 사건 광고용역 결과물(이 사건 네이밍, 이 사건 콘티 등)을 제공받았다.

이 사건 계약에 따르면 피고는 원고에게 이 사건 광고용역 결과물의 제작비 전액을 지급하여야 원고가 제공한 광고아이디어, 명칭, 콘티 사용 등 대한 제반 권리를 취득하였다. 그런데 피고는 원고에게 그 제작비를 지급하지 않은 채, 다른 광고대행 회사(피고(2))를 통해 이 사건 콘티에 의거하여 이 사건 광고를 제작하고, 피고(1)는 이 사건 네이밍에 따라 만들어진 제품 명칭으로 신제품을 출시·판매하였다. 피고(1)는 원고에게 계약에 따른 대금일부를 지급했으나, 원고는 계약상 채무, 즉 대금지급이 (일부) 불이행되었음을 이유로 소송을 제기했다.<sup>16)</sup>

15) 이점에서 원고와 피고(1) 사이에는 영업비밀보호를 위한 신뢰관계나 (차)목의 행사근거가 되는 아이디어 제공관계가 성립된다고 주장할 수 있으나, 이는 당사자 사이의 계약상 명시된 비밀유지의무를 포함한 명시적 계약상의 의무위반의 문제로 보이고, 신뢰관계의 문제로 보이지는 않는다. 비밀유지의무위반과 영업비밀보호를 위한 계약상무위반은 구별해야 한다. 영업비밀의 개념이 명시되어 있으므로 비밀유지의무가 모두 영업비밀보호법상의 계약위반이 되는 것은 아니기 때문이다.

16) 1심(서울중앙지방법원 2019. 5. 24. 선고 2017가합590127 판결) 판결이유중 금원지급청구부분을 보면 다음과 같은데, 광고용역계약을 그 청구원인으로 인정하고 있다:

나. 금원지급청구

1) 주위적 청구

피고들의 1. 가. 1) 내지 3)항 기재 각 행위 및 피고 제너시스비비큐의 1. 가. 4)항 기재 행위, 피고 제너시스비비큐가 이 사건 계약 제9조를 위반하여 이 사건 네이밍 및 콘티를 피고 그레이월드와이드코리아에 누설하거나 공개한 행위로 인하여, 원고는 이 사건 콘티로 광고를 제작, 전송, 방송함으로써 얻을 수 있었던 광고 제작비 및 광고 매체수수료 등과 이 사건 네이밍 제공에 따른 네이밍 방향 도출 기획료 및 네이밍 제작기획료를 회수할 수 있는 경제적 기회를 박탈당하고 그 금액 상당의 손해를 입었다. 따라서 원고는 피고들에 대하여, 피고들의 위와 같은 불법행위로 인하여 원고가 입은 손해 530,010,000원의 배상을 구한다.

2) 예비적 청구

본 사안에서는 원고와 피고(1)사이의 계약에 따라 제공된 광고아이디어에 대하여 계약에서 정한 대가의 일부만 지급하고 나머지를 지급하지 않은 채, 광고용역계약의 채무이행을 위해 제공된 치킨광고에 대한 아이디어를 피고(1)이 제3자(피고(2))에게 사용하게 하여 광고물을 제작하였고, 원고가 작명한 상품명에 따라 만들어진 제품 명칭으로 피고의 신제품을 출시·판매한 행위가 (차)목과 (파)목(본 사안이 문제된 때는 (카)목에 해당함)의 부정경쟁행위에 해당하는지가 문제되었다.<sup>17)</sup> 본 사안에서 법원은 계약이 성립하고, 이에 따른 채무불이행을 한 행위가 부정경쟁방지법상 (차)목과 (파)목의 부정경쟁행위가 성립된다고 판시했다. 그러나 (차)목과 (파)목은 보충적인 조항으로 계약이 존재하지 않을 때 또는 형평의 원리가 개입해야 할 필요성이 존재할 때 적용되어야 한다는 점에서 이례적인 판결로 볼 수 있다.

## 2.2. 법원판결들

앞서 본 바와 같이<sup>18)</sup> 원고는 1심에서 본 사안의 주위적 청구원인으로 피고(1)과의 계약을 근거로 제시했다.<sup>19)</sup> 2심에서 원고는 주위적 청구원인을 선택적으로 변경하였다.<sup>20)</sup>

1심판결은 당사자의 주장과 계약조항을 근거로 하였지만, 그 판시에서 “이 사건 계약 제9조를 위반하여 이 사건 네이밍 및 콘티를 피고 그레이월드와이드코리아에 누설하거나 공개한 행위로 인하여,.... 피고들의 위와 같은 불법행위로 인하여...” 라고 판시하고 있다. 그런데 주위적 청구원인으로 계약위반을 인정하면서 불법행위로 인한 손해배상을 청구한다고 하고 있어 혼란스럽다. 계약위반이 곧바로 부당이득이나 불법행위가 되는 것은 아니기 때문이다.

원고는 피고와의 사이에 체결된 본 계약상 비밀유지의무<sup>21)</sup>를 위반했으므로 영업비밀 침해라고 주장하고 있는데, 이는 계약상 ‘비밀유지의무’위반일 수는 있지만, 이것이 곧바로 영업비밀 보호법(부정경쟁방지법과 구분하여 영업비밀보호법이라 함)상 비밀성, 비밀성유지노력 및 관리의무 등 영업비밀요건을 충족하여야 하는 영업비밀침해라고 보이지 않는다. 계약에 규정된 비밀유지의무를 위반하였다고 하여 모두 영업비밀보호법상 영업비밀침해가 되는 것은 아니기 때문이다. 원고와 피고(1) 사이에는 비밀유지의무를 포함한 쌍무적인 특정채무를 성립시켰을 뿐, 원고의 영업비밀을 피고(1)이 취득한 것은 아니다. 피고(1)이 비밀유지의무를 위반한 것은 본질적으로 계약상의 의무위반, 즉 채무불이행이다. 그런데 원고와 피고(1)사이에서 체결된 계약 제13조에는 제작비 지급으로 피고(1)의 소유로 한다는 조항이 있어, 피고(1)의 영업비밀이 될 수 있어도, 원고의 영업비밀이 된다는 것은 선득 납득이 가지 않는다.

2심은 피고(1)는 이 사건 광고용역 결과물을 사용할 권한이 없을 뿐 아니라 비밀로 유지해야 할 의무도 있다고 봄이 상당하다고 판시하고 있는데, 2심의 광고의 전송 및 방송, 그리고 광고를 폐기하라는 금지명령판결이 영업비밀보호법상 영업비밀침해를 근거로 한 것이라면 그와 같은 금지명령을 내리는 것은 가능하다. 비밀유지계약위반에 의한 영업비밀침해는 가능하기 때

피고 제너시스비비큐는 이 사건 계약 제6조 제3항 및 제5항에 따라 원고의 광고물에 대한 제작비를 지급할 의무가 있으므로, 원고는 피고 제너시스비비큐에 대하여 이 사건 네이밍 및 콘티의 제작비 124,507,689원의 지급을 구한다.

17) 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (파)목의 부정경쟁행위, 현재의 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목의 부정경쟁행위를 청구 및 저작권침해, 영업비밀침해도 주장했다.

18) 위 각주 13 참조.

19) 서울중앙지방법원 2019. 5. 24. 선고 2017가합590127 판결.

20) 서울고등법원 2020. 2. 6. 선고 2019나2031649 판결.

21) 원고와 피고(1) 사이에 체결된 이 사건의 분쟁 대상인 계약 제9조에는 비밀유지의무를 규정하고 있다. (“피고 제너시스비비큐 또는 원고는 본 계약의 이행에 관련하여 취득한 자료 일체를 비밀로 유지하여야 하며 이를 제3자에게 누설 또는 공개할 수 없다. 만일 비밀이 누설 되었을 경우는 이로 인하여 상대방이 입은 손해를 배상하여야 한다. 본 조의 규정은 본 계약의 종료 후에도 계속 유효하다.”)

문이다.<sup>22)</sup> 그러나 영업비밀보호법상 영업비밀이 되려면 비밀성, 비밀성유지노력 및 경제적 가치에 대한 당사자 주장과 법원의 판단이 있어야 했다. 나아가 그 정보나 아이디어를 피고에게 이전할 특정채무의 존재가 없어야 그 정보가 아이디어가 자신의 영업비밀침해라는 주장이 타당하게 된다.

원고는 1심에서 주위적 청구와 예비적 청구로 각 계약위반을 청구한 것으로 보이는데 1심 판결문상으로는 불명확하지는 않다. 그러나 2심에서는 1심의 주위적 청구와 예비적 청구를 선택적 청구로 변경한 것으로 보인다.<sup>23)</sup> 그리하여 2심법원은 피고(1)는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목의 부정경쟁행위 또는 (파)목의 부정경쟁행위를 하였고, 피고(2)는 피고(1)과 공동으로 위(파)목의 부정경쟁행위를 하였다고 봄이 상당하다고 판시했다.<sup>24)</sup>

대법원은 “위 (차)목은 거래교섭 또는 거래과정에서 제공받은 경제적 가치를 가지는 아이디어를 정당한 보상 없이 사용하는 행위를 규제하기 위해 2018. 4. 17. 법률 제15580호로 개정된 부정경쟁방지법(2018. 7. 18. 시행)에서 신설된 규정이다.”라고 판시하면서도 거래교섭이 성공한 경우, 즉 계약이 유효하게 존속하는 본 사건의 경우에도 (차)목을 적용하였다.<sup>25)</sup>

치킨광고아이디어 사건과 같이 아이디어나 정보 제공을 목적으로 하는 계약관계가 성립한 경우에는 해당 계약이 존재하므로 (차)목이 아닌, 해당 계약에 의하여 보호되는 것으로 보아야 한다. 치킨광고아이디어 사건에서 법원은 (차)목과 (파)목의 부정경쟁행위를 인정했다. 만일 계약불이행에 (차)목과 (파)목의 부정경쟁행위를 인정한다면, 모든 상사거래뿐만 아니라 민사거래에서 발생하는 계약위반으로 인한 채무불이행이 모두 (차)목이나 (파)목의 부정경쟁행위가 된다는 난점이 발생한다. 즉 계약법은 존재하지 않게 된다.

22) 2심은 “피고 C는 이 사건 네이밍과 이 사건 콘티를 비롯한 이 사건 광고용역 결과물에 대하여 그에 관한 제작비를 전액 지급하여야만 원고로부터 그 결과물에 관한 소유권과 지식재산권 등을 취득하여 그 사용권한을 갖게 된다고 봄이 상당하다.” 라고 판시하여, 마치 광고아이디어에 대하여 물권과 같은 권리가 있고, 물권행위가 있어야 소유권이 이전하는 것과 같이 판시하고 있는데, 이는 헌법 제22조 및 제23조의 재산권 및 물권법정주의 원칙과 부합하지 않는 것으로 판단된다. 아이디어는 배타적인 권리가 없기 때문이다. 나아가 결과물에 대하여 커먼로(common law)상의 권리와 같은 유체동산에 대한 권리도 인정할 것 같은 의미가 있는데 그 근거와 법리를 명확하게 언급하지 않아서 이해하기는 어렵다.

23) 선택적으로 청구하건 예비적으로 청구하건 형평(equity)은 계약관계에 보충적으로 적용되므로 결과적으로 차이가 없다. 2심(서울고등법원 2020. 2. 6. 선고 2019나2031649 판결) 판결문의 선택적 청구에 관한 부분은 다음과 같다:

2. 원고 주장의 요지

이 법원의 이 부분 판결이유는 제1심판결 이유 제2항 중 나의 1)항 주위적 청구 부분을 다음과 같이 변경하는 외에는 제1심판결 이유 제2항 기재와 같다.

「피고들은 위에서 본 선택적인 저작권 침해행위, 영업비밀 침해행위, 부정경쟁행위 및 피고 C의 이 사건 계약 제9조에 기한 비밀유지의무의 불이행으로 인하여 원고에게 입힌 손해로서 이 사건 네이밍과 콘티를 비롯한 용역결과물의 제작비용 미지급분 상당의 손해 124,274,789원(=갑 제57호증 인건비 121,945,789원 + 이 사건 콘티 외주 제작비 2,329,000원)과 광고집행에 따른 원고의 수수료 수입액 상당의 손해 450,000,000원(= 광고집행 최소액 50억 원×수수료율 9%)을 합한 574,274,789원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.」

24) 본 논문에서는 (차)목의 부정경쟁행위에 대한 판단이므로 (파)목의 부정경쟁행위는 판단하지 않지만, 논리적으로 피고 (1) 채무불이행이라면, 피고 (1)이 (파)목의 부정경쟁행위를 할 수 없는 것으로, 논리필연적으로 피고 (2)가 피고 (1)과 공동으로 (파)목의 부정경쟁행위를 한다는 것은 법리적으로 불가하다고 판단된다.

25) 손천우, “부정경쟁방지법 제2조 제1호 (카)목이 규정하는 성과물 이용 부정경쟁행위에 관한 연구”, 「사법」, 제55권 제1호(2021), 1013면 각주 100 참조.

### 3. 계약법리의 형평상의 법리에 대한 우월성

#### 3.1. 애로우의 정보의 역설(Arrow's Information Paradox)과 아이디어 거래의 딜레마

앞서 언급한 바와 같이 (차)목은 거래관계가 성립되기 이전의 애로우의 정보의 역설(Arrow's Information Paradox) 상황을 법적으로 해결함으로써 거래교섭과정을 보호하여 아이디어나 정보거래를 활성화하기 위한 조항을 보아야 한다. 따라서 애로우의 정보의 역설(Arrow's Information Paradox) 상황이 발생하지 않는 경우에는 법목적적으로도 (차)목이 개입할 여지가 없다고 보아야 할 것이다. 이는 법경제학적 관점이고 순수 법리적 관점에서는 애로우의 정보의 역설 상황에 대하여 형평의 (차)목이 개입할 수 없는 법리는 계약법리의 형평법리에 대한 우월성이다.

애로우의 정보의 역설(Arrow's Information Paradox) 상황은 거래교섭이나 거래과정은 존재하나 계약이 불성립한 경우에 발생한다. 이러한 경우 (차)목이나 (파)목을 적용할 수 있고, 아이디어를 무단으로 사용하거나 제3자로 하여금 사용케 한 경우 부정경쟁행위가 성립된다. (차)목, (파)목은 제공된 아이디어의 무단사용에 대하여 부정경쟁행위로 애로우의 정보의 역설(Arrow's information paradox) 상황을 발생하지 않도록 비밀정보의 무단사용을 제한하게 된다.

1972년 노벨경제학상을 받은 미국의 경제학자인 케네스 애로우(Kenneth Arrow)는 정보와 아이디어 거래에 있어서 딜레마 상황을 지적했다. 아이디어의 거래에서 봉착하는 가장 큰 난관은 소위 애로우의 정보의 역설(Arrow's information paradox)이다. 정보와 아이디어는 배타성이 없기 때문에 거래의 목적이 되기 어렵고 이는 지식의 확산을 어렵게 한다. 즉 사회발전을 어렵게 한다. 특허의 경우에는 배타성이 존재하기 때문에<sup>26)</sup> 실시를 목적으로 하는 라이선스 계약이 성립되지 않거나 유효하게 성립된 라이선스계약이 종료되더라도 거래 상대방이었던 당사자는 특허발명을 이용할 수 없다.

그러나 특허로 보호받지 못하는 영업비밀이나 기타의 정보 및 아이디어의 경우에는 거래가 불성립하거나 거래가 성립되더라도 거래관계가 종료된 이후에 그 정보나 아이디어를 이용하지 못하도록 하는 것이 어렵다. 따라서 거래관계가 성립되기 어렵고 사회적으로 지식과 정보의 확산을 어렵게 한다.

정보나 아이디어를 취득하고자 하는 상대방은 자신이 지급하여야 할 거래비용이나 로열티를 산정하기 위해 해당 아이디어의 가치 평가를 하여야 하고 이를 위해 구체적 정보나 아이디어를 원할 수밖에 없다. 이에 수요자가 아이디어에 대하여 자신이 필요로 하는 정보를 모두 알게 될 경우에 이미 아이디어를 취득했으므로 그 아이디어를 구입할 필요가 없게 되거나 라이선싱을 하지 않거나 지급하여야 할 로열티를 평가 절하하게 된다.

이러한 딜레마 상황을 해결하기 위한 조항이 (차)목의 부정경쟁행위이다. 즉 거래계약성립을 위하여 제공된 아이디어나 정보에 대하여 비밀유지의무를 부과하거나 이를 임의로 사용하지 못하도록 하는 것이다. 만일 사용한다면 그 비용을 지불해야 한다. 아이디어나 정보에 대한 계약관계가 성립된 경우에는 그 계약상의 명시적 의무 또는 신뢰관계 형성에 의한 묵시적 비밀유지의무가 발생하고, 계약에 의하여 아이디어 거래가 보호되므로 계약이 유효하게 적용되는 범위내에서 법에 의한 개입의 필요성은 없다.<sup>27)</sup> (차)목에 의한 계약개입의 필요성은 해당 아이디

26) 특허법 제94조 제1항.

27) 미국의 경우, 아이디어의 사용관계에는 명시적 또는 묵시적 거래계약의 성립을 인정한다.

어나 정보에 관한 거래가 성립되지 않는 경우에 존재한다. 따라서 (차)목은 광고아이디어사건과 달리 계약관계가 존속하지 않는 경우나 계약이 적용되지 않는 범위내에서 적용되는 것이 타당하다.

Smith v. Dravo 사건<sup>28)</sup>에서 미국 법원은 거래계약이 성립한 것과 같이, 묵시적인 영업비밀 보호의무를 부여했다. 동 사건에서 1950년대 현재 많이 사용되는 컨테이너에 관한 영업비밀양도 계약을 체결하기 위한 목적으로 영업비밀인 정보가 거래 상대방에게 이전되었지만, 거래대금의 문제로 궁극적으로 계약이 성립되지 않았음에도 불구하고 법원은 그 영업비밀인 정보를 사용한 상대방에게 영업비밀침해를 인정했다.<sup>29)</sup> 즉 거래를 목적으로 영업비밀인 정보가 이전된 경우에 그 정보보호를 위한 신뢰관계형성("through a confidential relationship, knowledge of plaintiffs' secret designs, plans and prospective customers, and then wrongfully breached that confidence....")을 인정했다.<sup>30)</sup>

광고아이디어제공사건도 영업비밀이라는 법익을 보호하기 위해 형평을 개입시킬 수 있다. 이 경우에는 (차)목이 아닌 영업비밀보호법상 영업비밀에 대한 침해가 이뤄져야 한다. 미국의 경우에는 영업비밀보호계약성립 이전의 보호에 대하여 입법화 되지 않았으므로, 사안에 따라 명시적 계약성립<sup>31)</sup>, 묵시적 계약의 성립<sup>32)</sup>을 인정하거나, 신뢰관계 (신뢰관계보호를 위한 영업비밀보호), 준계약이나 형평에 기한 부당이득내지 부정취득<sup>33)</sup>을 인정하여 보호한다. 즉 계약이 존재하는 경우에는 계약자유의 원칙이 가장 우선하지만, 형평의 원리를 적용하여야 할 법익이 존재하는 경우에 형평의 법리를 적용하는 것이다. 영업비밀은 누구의 재산 또는 경제적 이익 인지가 중요해진다. 그 재산이나 이익을 보호하기 위해 형평의 법리가 적용될 수 있기 때문이다.

우리나라의 경우에는 계약이 존재하지 않는 경우에 형평의 법리가 개입을 할 수 있도록 하는 것이 (차)목이다. (차)목은 계약성립을 인정하는 것이 아니라, 계약성립 전단계에서 법에 의한 개입을 하여 무단이용을 부정경쟁으로 인정하여 계약성립 이전의 거래관계를 보호하는 것이다. 계약관계의 성립 이전에 상대방에게 제공되는 정보와 아이디어를 보호함으로써 애로우의 정보의 역설 상황을 법적으로 보호하는 것이다. 즉 상대방에게 이전된 정보와 아이디어는 제공자의 것이지 제공받는 상대방의 것이 아니기 때문에 제공자의 통제를 상실한 정보와 아이디어

28) Smith v. Dravo Corp., 203 F.2d 369 (7th Cir. 1953).

29) Smith v. Dravo Corp., 7 Cir., 203 F.2d 369, 373 (7th Cir. 1953).

The foregoing is the essence of plaintiffs' cause of action. Stripped of surplusage, the averment is that defendant obtained, through a confidential relationship, knowledge of plaintiffs' secret designs, plans and prospective customers, and then wrongfully breached that confidence by using the information to its own advantage and plaintiffs' detriment.

30) 묵시적 비밀유지의무를 인정하는 것은 우리나라에서도 소위 모나미 사건(대법원 1996. 12. 23. 선고 96다16605 판결, "반드시 명시적으로 계약에 의하여 비밀유지의무를 부담하기로 약정한 경우뿐만 아니라 인적 신뢰관계의 특성 등에 비추어 신의칙상 또는 묵시적으로 그러한 의무를 부담하기로 약정하였다고 보아야 할 경우를 포함한다.") 이래 확립된 법리가 되었다고 할 수 있다.

31) Whitfield v. Lear, 751 F.2d 90(2nd Cir., 1984).

32) John R. Kettle III, "What Every Litigator Must Know About Intellectual Property", in Patents, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Course Handbook Series, 798 PLI/Pat 53, 2004 ([http://www.pli.edu/emktg/toolbox/ip\\_protect.pdf](http://www.pli.edu/emktg/toolbox/ip_protect.pdf)). 신뢰관계형성을 인정하여 보호하는 것도 묵시적으로 계약이 성립한다고 보아야 할 것이다. Ralph Andrews Prods. v. Paramount Pictures, 222 Cal. App. 3d 676, 271 Cal. Rptr. 797 (1990). Vantage Point, Inc. v. Parker Bros. 529 F. Supp. 1204, 1214-15 (E.D.N.Y. 1981), aff'd without op. 697 F.2d 301 (2d Cir. 1982).

33) NBA v. Motorola, Inc., 105 F.3d 841 (2d Cir. 1997). Matarese v. Moore-McCormack Lines, 158 F.2d 631(2d Cir. 1946). 부정취득이용법리의 형성에 대하여는 다음 문헌 참조: Edmund J. Sease, "Misappropriation Is Seventy-Five Years Old: Should We Bury It Or Revive It?", *North Dakota Law Review*, Vol. 70 No. 4(1994), pp. 781-808.

를 보호하기 위해 형평의 법리가 개입할 필요가 있다. 즉 정보나 아이디어를 제공할 특정채무의 이행으로 제공한 것이 아니다. 이로써 거래성립 이전 단계에서 정보와 아이디어가 상대방에게 제공되더라도 신뢰관계를 인정하여 그 정보나 아이디어의 제공자를 보호하여 거래가 성립되도록 도와준다. 법경제학적으로 (차)목은 '명시적'으로 아이디어와 정보의 거래를 활성화하여 정보와 아이디어 확산을 하도록 하는 것으로써 사회경제적으로 부의 증대를 가져오도록 하는 목적이 있다. 그러한 연유로 (차)목의 바탕 법리는 계약법이 아닌 형평의 법리와 부당이득의 법리를 기초로 하게 된다. 거래가 성립되지 않은 경우에 일방당사자가 부당한 이익을 취하지 못하도록 하는 것이다.

거래 계약이 성립된 경우에는 더 이상 애로우의 정보의 역설상황은 존재하지 않는다. 따라서 (차)목과 같은 형평의 법리는 개입할 필요가 없고, 당사자가 지정한 계약내용에 따라 규율되게 된다. 이것이 사적자치의 원리이다. 치킨광고아이디어 사건의 경우에도 계약관계가 성립되었기 때문에 애로우의 정보의 역설상황이 존재하지 않는다. 따라서 당사자의 거래관계에 (차)목의 부정경쟁행위법리, 부당이득법리 및 형평(equity)이 간섭할 필요가 없다. 물론 계약에 의해서도 '신뢰관계'나 '재산적 이익'의 침해가 보호되지 않거나 충분하지 않은 경우에는 부당이득이나 부정취득 등 형평의 법리가 개입할 수 있다.<sup>34)</sup> 그러나 치킨광고아이디어사건의 경우에는 형평으로 보호받아야 할 신뢰관계나 재산적 이익이 존재함이 판단되지 않은 것으로 보인다.

### 3.2. 거래관계의 성립과 형평의 간섭 한계

예컨대, A회사가 B회사에게 광고 아이디어 개발을 의뢰하고, B회사는 외부 전문가인 C에게 구체적인 작업을 의뢰하고 C로부터 작업결과를 받아, A회사에게 제공했다. 이로써 B회사는 A회사에 대한 채무변제를 하였으므로 A회사는 계약상의 의무인 그 용역대금을 지급하여야 하는데, A회사가 일부 지급을 하였으나, 나머지 계약대금의 지급을 지연하고 있어 B회사가 C에게 C의 용역에 대한 대가를 지급하지 못하자, C가 A회사에 대하여 아이디어 제공에 관한 (차)목의 부정경쟁행위를 주장했다. 본 사안은 위 치킨광고아이디어 사건과 매우 유사한 사안으로 외부의 전문가인 C(이때, A에 대한 관계에서 C는 B의 이행보조자가 될 것이다)가 개입된 것에 불과하다.

이러한 사안에서 치킨광고아이디어 사건의 판결(대법원 2020. 7. 23. 선고 2020다220607 판결) 법리를 적용하면, C는 A에 대하여 (차)목의 부정경쟁행위 주장이 가능할 것이다. 만일 그러하다면, A와 B 사이의 광고용역계약은 제3자인 C의 급부를 매개로 이뤄진 것으로서 C에 대하여 A의 아이디어 취득은 법률상 원인없이 이뤄진 것이라는 이유로 A에 대하여 부당이득이나 (파)목의 부정취득 또는 (차)목의 아이디어 제공의 법리가 적용된다면 결국 계약관계는 계약과 관계없는 또는 계약범위를 넘어 제3자의 관계에 의해 영향을 받는 문제가 결과가 된다. 이점이 대법원 2020. 7. 23. 선고 2020다220607 판결의 결론으로, 선행판결인 대법원 2013. 6. 28. 선

34) 본 장 “3. 계약과 계약법의 우월성” 참조. (차)목의 부정경쟁행위와 관련하여도 계약관계가 성립한 경우에도 계약의 범위내에서 계약조항이 적용되지 않는 경우에는 결국 (차)목을 적용할 수 있다. 따라서 반드시 계약성립 전에만 (차)목이 적용되는 것은 아니다. 최승재 외 2인, “부정경쟁행위 판단기준 및 행정조사에 관한 연구 : 정책연구과제 결과 보고서”, 특허청, 2018, 117면은 “당사자 사이에 아이디어의 제안과 보상에 관한 계약이 존재한다면 그 계약 내용에 따라 아이디어는 보호받을 수 있다. 여기서 계약관계는 명시적 또는 묵시적으로 성립할 수 있으며 사후적으로 묵시적 계약관계가 성립할 수도 있으며 계약법리에 따라서도 보호가 가능하다.”고 하여 계약성립의 경우에는 부정경쟁방지법과 계약법에 따른 보호를 한다는 취지로 보이고, “거래교섭 또는 거래과정에서 제공되고, 제공 목적과 다르게 사용되는 부분에 한정된다.”는 취지는 미국의 Omnitech Intern., Inc. v. Clorox Co., 11 F.3d 1316 (5th Cir. 1994) 판결과 같은 취지이다. 한편 “‘거래과정’은 계약전의 거래교섭과정 뿐만 아니라 계약 이후에 이루어지는 계약과 관련된 모든 절차를 아우르는 것을 말한다.” 라고 하고 있는데, 이는 계약이 명시적으로 성립된 사항에 대해서는 계약 및 (차)목이 적용된다는 취지로 이해된다.

고 2013다13733 판결의 법리와 모순된 결과를 가져오게 된다.

치킨광고아이디어 사건 판결의 법리에 따르면, C는 자신의 창작물에 대하여 재산권을 가지게 되는데, 위의 치킨광고아이디어사건의 고등법원 및 대법원 판결에 따르면 C는 제3자인 A에게 부당이득, 즉 (차)목과 (파)목의 부정경쟁행위를 주장할 수 있게 된다.<sup>35)</sup> A는 계약상 아무런 관계없는 제3자에 의해 자신의 계약이 실질적으로 무효화되는 결과가 된다. 이와 같은 결과는 치킨광고아이디어 사건에서 대법원이 형평법리와 선행판결(대법원 2013. 6. 28. 선고 2013다13733 판결)에 역행하는 판결을 하였기 때문이다. 아마도 (차)목의 부정경쟁행위를 인정하기 위해 너무 서두른 판결이라는 의심을 지울 수 없다.

우리법상 계약상 채무불이행이 발생한 경우에 그 채무의 강제이행을 청구할 수 있다.<sup>36)</sup> 따라서 위 치킨광고아이디어 사건에서는 계약대금의 이행을 청구할 수 있게 된다. 이는 영미법상의 법리와 같다. 영미법상으로도 계약불이행의 경우에는 원칙적으로 계약상 채무이행을 청구할 수 있고, 부당이득법리나 부정취득이용과 같은 부정경쟁행위법리가 적용되지 않는다.<sup>37)</sup>

### 3.3. 계약과 계약법의 우월성

#### 3.3.1. 형평의 법리의 보충성

부당이득이나 사무관리는 형평의 법리를 바탕으로 한다. 로마법은 'Condictio'<sup>38)</sup>라는 소권을 인정했는데, 이는 A의 희생으로 B가 정당하지 않은 이익을 취한 경우, 즉 부당이득(unjust enrichment)이 발생한 경우에 인정되었다. 즉 계약관계에 의한 이익의 취득이 아닌 계약관계가 없이 인정되었다. 예컨대 어떤 계약상의 의무없이 타인에게 어떤 급부를 제공한 경우에 인정되었다.(condition indebiti)<sup>39)</sup> 따라서 계약관계가 존재하는 경우에는 계약범위내에서는 부당이득법리에 의한 소권은 계약에 우선할 수 없는 것이다.<sup>40)</sup> 물론 재산적 이익이나 신뢰관계가 형성된 경우에는 재산적 이익이나 신뢰관계위반을 근거로 부당이득 법리가 적용될 수 있다. 예컨대, 변호사나 의사와의 계약이나 신탁계약자 사이에서는, 계약이 존재하더라도 그 계약은 전문적인 지식과 직업적 의무에 의존하게 되므로 특별히 신뢰관계가 존재한다. 따라서 형평의 법원리가 개입할 수 있다.<sup>41)</sup>

35) 이는 노동에 의하여 발생하는 결과에 대하여 재산권을 취득하기 때문이다. Ruckelshaus v. Monsanto Co., 467 U.S. 986 (1984), Stanford University v. Roche Molecular Systems, Inc., 563 U.S. 776 (2011). 나종갑, 「불공정경쟁법의 철학적 규범적 토대와 현대적 적용」, 연세대학교 출판문화원, 2021, 160-165면.

36) 민법 제389조(강제이행) ①채무자가 임의로 채무를 이행하지 아니한 때에는 채권자는 그 강제이행을 법원에 청구할 수 있다. 그러나 채무의 성질이 강제이행을 하지 못할 것인 때에는 그러하지 아니하다. ②전항의 채무가 법률행위를 목적으로 한 때에는 채무자의 의사표시에 갈음할 재판을 청구할 수 있고 채무자의 일신에 전속하지 아니한 작위를 목적으로 한 때에는 채무자의 비용으로 제삼자에게 이를 하게 할 것을 법원에 청구할 수 있다.

37) Morrison v. Land, 169 Cal. 580, 586, 147 Pac. 259, 261 (1915); William Q. de Funiak, "Contract s Enforceable in Equity", supra note 3, p. 637.

38) Condictio는 로마법상의 의미로 소권이라는 의미가 있으나 다른 한편으로 부당이득청구라는 의미도 있다. 본 글에서는 후자의 의미로 사용했다.

39) Robin Evans-Jones, "Roman Law in Britain", Edit. by U. Manthe and C. Krampe, Quaestiones Iuris. Festschrift für Joseph Georg Wolf zum 70. Geburtstag [Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen (n.F.), Bd. 36] (Berlin: Duncker & Humblot, 2000) (ISBN 3-428-09866-8), 2000, pp 83-110, VI. Roman Law and Scots Law Misunderstood, pp. 10-11.(저자는 로마법을 오해하여 계약불이행의 경우 부당이득소송을 인정한 영국의 사례들을 분석하면서, 로마법에서 부당이득소송은 계약이 존재하지 않는 경우("outwith")에 인정되었다고 주장한다.)

40) White v. Jones [1995] UKHL 5, 2 AC 145, 193 and 194-5 (Lord Goff).

41) White v. Jones [1995] UKHL 5, 2 AC 145 (본 사건에서 의뢰받은 변호사의 과실에 대하여 신뢰관계에 기한 형평상의 청구를 허용했다.)

부당이득법리는 원인없이 급부가 제공된 경우에 발생하기 때문에 계약이 성립하기 전에 발생했다. 따라서 계약이 성립한 경우에는 계약상의 권리의무관계가 청구원인이 되므로 원칙적으로 부당이득법리에 기한 소권이 개입될 필요가 없다. 계약관계소송에서 부당이득법리가 개입될 수 없음은 앞서 언급한 대법원 판결(대법원 2013. 6. 28. 선고 2013다13733 판결)도 지적하는 바이다.

로마법상 재산권을 바탕으로 한 청구가 *Condictio*라면 재산권 중에서 물권적 권리를 바탕으로 한 청구가 *Vindicatio*이다. *Vindicatio*의 의미는 재산권의 보호(*vindication of property*)라는 의미로서 점유를 상실한 소유자에게 인정되는 자신의 동산이나 부동산의 점유회복을 하기 위한 물권적 청구권이라고 할 수 있다.<sup>42)</sup> 과거 부당이득소송과 점유회복소송은 임의적인 선택을 할 수 있는 관계가 아니었다.<sup>43)</sup> 따라서 청구권 경합이 발생하지 않았고, 사실관계에 의해 해당 소송이 결정되었다고 한다. 예컨대, 특정인의 곡물이 타인의 곡물에 혼합되는 경우에는 점유회복소송(*vindicatio*)이 아닌 부당이득소송(*condictio*)이 허용되었다고 한다.<sup>44)</sup> 이러한 경우에 곡물은 종류물로서 특정을 할 수 없기 때문에 특정하여 반환이 불가능하기 때문이다. 금전도 마찬가지이다. 이러한 점은 계약해지 등으로 인한 원상회복과 부당이득반환으로 인한 원상회복의 차이이다.

계약과 부당이득관계에서도 임의적으로 선택할 수 없는 관계가 된다. 예컨대, 소유물을 매매하여, 상대방에게 매매목적물의 점유를 이전한 경우에 매매대금의 지급은 계약상 채무로 남게 된다. 이러한 경우에 상대방이 매매대금지급을 하지 않는다면 급부된 목적물의 반환소송(*vindicatio*), 즉 현대 우리 민법상으로 소유물반환청구라는 물권적 청구권<sup>45)</sup>을 행사할 수 없다고 하여야 한다. 아직 계약관계는 유효하게 존속하기 때문이다. 이때에는 그 대금의 지급을 청구해야 한다.<sup>46)</sup> 물론 채무불이행으로 인한 계약해제를 하는 경우에는 원상회복의무가 있기 때문에 해당 목적물을 반환하여야 한다. 이는 계약해제의 효과<sup>47)</sup>이지(물론 이 경우 그 본질은 부당이득이다.) 계약해제의 법리가 적용되지 않은 상태에서 형평의 법리(부당이득)가 적용된 것은 아니다.<sup>48)</sup> 즉 계약이 유효하게 존재하는 범위내에서는 부당이득법리에 의한 원상회복소송과 점유회복소송은 인정될 수 없다.<sup>49)</sup>

계약이 존재하는 경우에는 그 계약은 특정 채권채무관계를 목적으로 한다. 따라서 그 계약은

42) Frits Brandsma, "Ch. 2 Actions in Roman and civil law for the protection of immovables", Edited by Sonia Martin Santisteban and Peter Sparkes, *Protection of Immovables in European Legal Systems*, Cambridge Univ. Press, 2015, pp. 9-30. 이는 영미법 대륙법이 같다고 할 수 있는데, 다만 수탁자는 점유자로서 점유회복소송(*vindicatio*)을 할 수 있지만 대륙법에서 수탁자는 점유회복소송(*vindicatio*)이 인정되지 않는 차이가 존재한다. Id., 29. C. St. Tomulescu, "Origin of the *Legis Actio per Condictio*em", *IRISH JURIST* (N.S.), Vol.4 No.1(1969), p. 180.

43) Ye. A. Yashtareva, "Condictio and Vindicatio in Roman Law", *Problems of Legality*, Vol. 139(2017), p. 95 이하 (condictio와 vindicatio 소송의 차이점을 구분하고 있다.).

44) Id.

45) 민법 제213조(소유물반환청구권).

46) 민법 제389조(강제이행).

47) 제548조(해제의 효과, 원상회복의무).

48) *White v Jones* [1995] UKHL 5, 2 AC 145 사건에서 영국 대법원(상원)의 Lord Browne-Wilkinson는 다음과 같이 계약상의 의무위반과 별개의 형평상의 신뢰관계의무위반을 인정할 수 없다고 판시한다:

The liability of a fiduciary for the negligent transaction of his duties is not a separate head of liability but the paradigm of the general duty to act with care imposed by law on those who take it upon themselves to act for or advise others.

Id., 205. 다만 Lord Goff는 두 의무위반이 병존하는지에 대하여는 본 사안에서 결정할 것은 아니라고 한다. Id. 196-7.

49) 계약이 취소된 경우에도 취소의 효과로서 원상회복과 부당이득을 청구할 수 있다. 이는 계약이 소급적으로 소멸하였기 때문에 발생하는 것으로써 계약이 유효하게 존재하는 경우에는 원상회복과 부당이득을 청구할 수 없다. 대법원 2021. 6. 10. 선고 2019다226005 판결 참조.

궁극적으로 그 특정 채권채무의 이행을 함으로써 만족이 되기 때문에 일반적인 공평성을 목적으로 하는 형평보다 우선하게 된다. 특별법과 일반법의 관계와 같게 된다. 이러한 법리에 의하면 계약관계와 부당이득관계는 별개가 되고, 채무불이행이 성립되는 경우에 반드시 부당이득이 성립하는 것이 아니다.<sup>50)</sup>

다만 우리나라 법원은 계약취소로 인하여 계약이 소급적으로 소멸되고 이에 따라 급부에 대하여 원상회복의무와 불법행위로 인한 청구권의 병존으로 인정하는 사례에서, 소송법상 청구권 경합관계를 인정하고 있다.<sup>51)</sup> 그러나 부당이득과 불법행위는 당사자의 의사에 의한 특정채권채무관계가 아니라 모두 법정채권관계이므로 두 청구권의 우월을 인정할 수 없다. 따라서 청구권의 경합으로 인해 소송법상으로 선택적 청구가 가능하다고 할 수 있다. 또한 계약상의 청구권에 대하여 법정채권관계의 우월을 인정하지 않기도 하지만,<sup>52)</sup> 청구권 경합을 인정하여 소송상 단순 병합소송을 할 수 있더라도 민사소송법상 청구원인의 선택적 병합이 아닌 예비적 병합이라고 하여야 한다.

### 3.3.2. 계약과 (차)목의 아이디어의 부정취득 사용

치킨광고아이디어 사건은 계약이 성립하였던 것이다.<sup>53)</sup> 본 사건 원고와 피고(2) 사이에는 계약관계가 없으므로 계약침해는 존재하지 않는다. 따라서 계약을 원인으로 하는 소송은 성립하지 않게 된다. 다만 피고(2)가 부정경쟁행위를 할 수 있는데, 이러한 형태의 부정경쟁행위는 통상 고객탈취관계에서 발생한다. 즉 경쟁자(원고)의 고객(피고(1))을 부정한 방법으로 탈취(customer solicitation)하는 경우이다.<sup>54)</sup> 예컨대 원고에 대하여 허위, 비방광고행위를 함으로써 원고의 신용을 해하고 이로써 원고의 고객인 피고(1)을 자기의 고객으로 하는 것이다. 고객탈취는 오래전부터 프랑스에서 인정되었고, 일부국가에서는 고객탈취를 부정경쟁행위로 인정하고 있다. 그러나 치킨광고아이디어 사건에서는 그와 같은 허위광고나 비방광고에 의한 고객탈취라고 볼 수 있을 만한 사실관계가 보이지 않는다.

치킨광고아이디어 사건의 2심인 서울고등법원은 피고(2)를 공동으로 (차)목과 (파)목의 부정경쟁행위를 인정했다. 그러나 피고(2)에게 부당이득법리에 기초하는 (차)목과 (파)목의 부정경쟁행위를 인정하는 경우, 원고와 아무런 계약관계가 없는 피고(2)의 행위에 의하여 원고와 피고(1) 사이의 치킨광고아이디어제공계약이 영향을 받게 된다. 이는 앞서 언급한 대법원 판결의 취지이다. 예컨대, 원고와 피고(1) 사이에 채무불이행 관계등 계약상의 관계가 존속하여 항변권 등이 존재하는데 피고(2)에 대하여 (차)목의 부정경쟁행위를 인정하는 경우에 피고(1)의 항변권 등은 소멸할 수도 있다.

결론적으로 치킨광고아이디어 사건에서 법원이 (차)목이나 (파)목을 적용한 것은 계약과 형평간의 법리 관계에 대하여 근본적인 논의가 부족한 것으로 볼 수 밖에 없다. 치킨광고아이디어는 계약이 성립하였고, 그 계약에 따라 치킨광고아이디어가 제공되었으므로 계약법의 적용에 의하여 계약상의 채무불이행으로 인정했어야 한다. 따라서 그 계약상의 용역대금을 정산하도

50) 대법원 1995. 3. 28. 선고 94다50526 판결(임차인이 임대차계약관계가 소멸된 이후에도 임차건물 부분을 계속 점유하기는 하였으나 사용수익한 바가 없다면 부당이득성립 부정), 대법원 1997. 1. 25. 선고 76다2096 판결 (유치권 행사하면서 점유사용한 경우에 부당이득이 인정).

51) 대법원 2021. 6. 10. 선고 2019다226005 판결; 대법원 2013. 9. 13. 선고 2013다45457 판결; 대법원 2008. 10. 9. 선고 2008다39632 판결; 대법원 1993. 4. 27. 선고 92다56087 판결 등.

52) 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010다81285 판결(부당이득반환청구의 소를 제기한 경우 채무불이행으로 인한 손해배상청구권의 소멸시효가 중단되지 않는다고 판시함.)

53) 손천우, "부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목이 규정하는 성과물 이용 부정경쟁행위에 관한 연구", 「사법」, 제55권 제1호(2021), 1013면 각주 100 참조.

54) 나종갑, 앞의 책(각주 35), 418면 이하.

록 하는 판결이 내려졌어야 하는 것으로 (차)목이나 (파)목이 적용되는 것은 아니라고 판시했어야 한다.

#### 4. 결론

(차)목의 부정경쟁행위는 원래 거래의 교섭단계에 이전된 아이디어의 가치를 보호하고자하는 조항이다. 아이디어 제공의 계약관계가 성립한 경우에는 당사자 사이는 원칙적으로 그 계약에 의하여 규율되기 때문에 (차)목이 개입할 필요성은 없다. (차)목은 부당이득법리에 기초하는 것으로서 특정이행을 목적으로 하는 계약이 존재하는 경우에는 그 특정이행과 관련하여 계약에 우선하여 적용될 수 없다. 계약이 존재하는 경우에 (차)목이 우선하여 적용될 수 없다는 것은 법리적인 것이므로, 계약범위내에서는 (차)목이 적용될 수 없다. 즉 (차)목은 계약에서 규정하지 않는 범위에서 적용될 수 있다. 만일 본 글에서 그 평석의 대상으로 하는 치킨광고아이디어 사건의 대법원 판결과 같은 사례라면 모든 유상계약, 즉 경제적 가치가 있는 계약의 불이행은 (차)목이나 (파)목의 부정경쟁행위가 된다는 해괴한 결과가 된다.

(차)목의 적용범위에 관하여 판단한 광고아이디어 사건의 대법원 판결은 계약관계의 부당이득과 (차)목 대한 우월성에 관한 법리를 제대로 검토하지 않아 발생한 결과라고 볼 수 밖에 없다. 부당이득관계는 민법상 계약관계가 존재하지 않는 경우를 보충하는 법정채권관계에 불과하다. 부당이득법리를 기초로 하는 (차)목의 아이디어 제공에 관한 조항은 계약이 성립한 경우에는 적용하는 것은 타당하지 않다.

## 참고문헌

### 단행본(국내 및 동양)

나종갑, 「불공정경쟁법의 철학적 규범적 토대와 현대적 적용」, 연세대학교 출판문화원, 2021.

### 단행본(서양)

American Law Institutes, *RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION & UNJUST ENRICHMENT*, 3rd. ed., West, 2011.

Charlie Webb, *Reason and Restitution: A Theory of Unjust Enrichment*, Oxford Univ. Press, 2016.

Frits Brandsma, "Ch. 2 Actions in Roman and civil law for the protection of immovables", Edit. by Sonia Martin Santisteban and Peter Sparkes, *Protection of Immovables in European Legal Systems*, Cambridge Univ. Press, 2015.

John R. Kettle III, "What Every Litigator Must Know About Intellectual Property", in *Patents, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Course Handbook Series*, 798 PLI/Pat 53, 2004.

Kenneth J. Arrow, "Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention", in *Essays in the Theory of Risk-Bearing*, North-Holland Pub. Co., 1974.

Robin Evans-Jones, "Roman Law in Britain", Edit. by U. Manthe and C. Krampe, *Quaestiones Iuris. Festschrift für Joseph Georg Wol, zum 70. Geburtstag* [Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen (n.F.), Bd. 36], Berlin: Duncker & Humblot, 2000.

### 학술지(국내 및 동양)

박성호, "2020년 지적재산권법 중요판례평석", 「인권과정의」, 제497권 (2021).

손천우, "부정경쟁방지법 제2조 제1호(카)목이 규정하는 성과물 이용 부정경쟁행위에 관한 연구", 「사법」, 제55권 제1호(2021).

조형찬, "부정경쟁방지법상 '아이디어 탈취 금지규정'의 제한적 적용의 필요성", 「법학연구」, 제30권 제2호 (2022).

### 학술지(서양)

C. St. Tomulescu, "Origin of the Legis Actio per Condictioem", *IRISH JURIST*(N.S.), Vol. 4 No.1(1969).

Douglas Laycock, "Restoring Restitution to the Canon", *Michigan Law Review*, Vol. 110(2012).

Edmund J. Sease, "Misappropriation Is Seventy-Five Years Old: Should We Bury It Or Revive It?", *North Dakota Law Review*, Vol. 70 No.4(1994).

Michael Traynor, "The Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment: Some Introductory Suggestions", *Washington and Lee Law Review*, Vol. 68 (2011).

Peter Hay, "Unjust Enrichment in the Conflict of Laws: A Comparative View of German Law and the American Restatement 2d", *The American Journal of Comparative Law*, Vol.26 No.1(1978).

William Q. de Funiak, "Contracts Enforceable in Equity", *Virginia Law Review*, Vol.34(1948).

Ye. A. Yashtareva, "Condictio and Vindicatio in Roman Law", *Problems of Legality*, Vol. 139(2017).

### 판례

대법원 1993. 4. 27. 선고 92다56087 판결.

대법원 1995. 3. 28. 선고 94다50526 판결.

대법원 1996. 12. 23. 선고 96다16605 판결.

- 대법원 1997. 1. 25. 선고 76다2096 판결.  
대법원 2008. 10. 9. 선고 2008다39632 판결.  
대법원 2011. 2. 10. 선고 2010다81285 판결.  
대법원 2013. 6. 28. 선고 2013다13733 판결.  
대법원 2013. 9. 13. 선고 2013다45457 판결.  
대법원 2020. 7. 23. 선고 2020다220607 판결.  
대법원 2021. 6. 10. 선고 2019다226005 판결.  
대법원 2021. 6. 10. 선고 2019다226005 판결.  
서울고등법원 2020. 2. 6. 선고 2019나2031649 판결.  
서울고등법원 2022. 12. 22. 선고 2022나2019786 판결.  
서울중앙지방법원 2019. 5. 24. 선고 2017가합590127 판결.  
Barton & Ors v. Morris & Anor [2023].  
Boston Med. Ctr. Corp. v. Secretary of the Executive Office of Health & Human Servs., 463 Mass. 447, 467, 974 N.E.2d 1114 (2012).  
Garland v. Consumers' Gas Co. 2004 SCC 25, 2004 CSC 25, 2004.  
Morrison v. Land, 169 Cal. 580, 586, 147 Pac. 259, 261 (1915).  
NBA v. Motorola, Inc., 105 F.3d 841 (2d Cir. 1997). Matarese v. Moore-McCormack Lines, 158 F.2d 631(2d Cir. 1946).  
Omnitech Intern., Inc. v. Clorox Co., 11 F.3d 1316 (5th Cir. 1994).  
Ralph Andrews Prods. v. Paramount Pictures, 222 Cal. App. 3d 676, 271 Cal. Rptr. 797 (1990).  
Ruckelshaus v. Monsanto Co., 467 U.S. 986 (1984).  
Smith v. Dravo Corp., 7 Cir., 203 F.2d 369, 373 (7th Cir. 1953).  
Stanford University v. Roche Molecular Systems, Inc., 563 U.S. 776 (2011).  
Vantage Point, Inc. v. Parker Bros. 529 F. Supp. 1204, 1214-15 (E.D.N.Y. 1981), aff'd without op. 697 F.2d 301 (2d Cir. 1982).  
White v. Jones [1995] UKHL 5, 2 AC 145, 193 and 194-5 (Lord Goff).  
Whitfield v. Lear, 751 F.2d 90(2nd Cir., 1984).

### 연구보고서

최승재 외 2인, “특허청 부정경쟁행위 판단기준 및 행정조사에 관한 연구: 정책연구과제 결과 보고서”, 특허청, 2018.

### 기타 자료

권오현, “타인의 아이디어 정보 사용에 관한 부정경쟁방지법 제2조 제1호(차)목의 법리, 대법원 2020. 7. 23. 선고 2020다220607 판결”, 서울지방법변호사회보(2020.09.29.), 2020.