

성과모방행위에 관한 고찰

박 윤 석* · 박 해 선**

목 차

- I. 서론
- II. 우리나라 성과모방 규제에 대한 검토
 - 1. 지식재산권 제도와 모방행위
 - 2. 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (자)목과 (차)목의 비교
 - 3. 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목의 보호이익과 모방행위
- III. 보호할 가치가 있는 성과물의 경쟁적 특성
 - 1. 독일법상의 금지되는 모방행위
 - 2. 경쟁적 특성이 있는 성과물의 모방 금지
 - 3. 직접적 모방행위의 금지여부
 - 4. 독일법상의 성과모방 금지와 우리나라 성과모방 금지의 비교
- IV. (차)목에 규정된 경쟁적 특성과 민법상 불법행위와의 관계
 - 1. 부정경쟁행위와 위법성
 - 2. 민법상 불법행위로 판단되는 부정한 경쟁행위
- V. 결론

* 고려대학교 ICR 센터 연구원, 법학박사.

** 고려대학교 법학연구원 연구원.

초록

지식재산권의 보호대상에 포함되지 않는 성과물을 모방하는 행위는 원칙적으로 허용되는 행위이지만 부정한 경쟁수단으로 악용된다면 상대 경쟁자에게 피해를 주고 건전한 거래질서를 교란시킬 수 있기 때문에 부정경쟁행위로 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에만 금지된다.

2014년 1월 31일부터 시행된 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목에서 규정한 무단이용 대상 즉, 모방의 대상인 ‘성과 등’의 범위에 대해서는 그 기준이 규정되어 있지 않다. 단순히 상당한 노력과 비용이 투자된 성과라는 이유만으로 모방금지의 대상이 된다면 지식재산권법 체계와 충돌할 위험성이 있다. 현재 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (자)목에서 금지하고 있는 상품형태 모방행위와 비교해보면 (차)목에서 규정한 성과는 유체물과 무체물 모두를 포괄하는 개념으로 볼 수 있다. 그러나 무체물을 포함한다고 하더라도 아이디어는 성과의 개념에서 제외되어야 할 것이다.

그 밖에 타인의 성과범위를 판단할 수 있는 기준으로 독일법상의 개념인 경쟁적 특성(Wettbewerbliche Eigenart)을 고려해 볼 수 있다. 경쟁적 특성이란 영업적 출처의 표시 또는 성과물의 특별함을 표시하는 것에 적합한 특징을 보이는 것이다. 가령 예를 들어 매력적이거나 미적 감각이 충분한 형상 또는 기술적 양식으로서 특별한 구조, 재료, 품질, 작업방식 등이 해당된다. 이러한 경쟁적 특성은 우리나라 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목의 판단기준에 참고할 수 있다.

성과모방 행위를 비롯한 부정한 경쟁행위가 부정경쟁방지법이 아닌 민법상 불법행위로 인정되는 경우, 위법성 판단은 부정경쟁방지법상의 행위와 동일한 정도의 기준으로 해야 할 것이다. 실제로는 위법성 판단의 기준은 민법상 불법행위에 의한 경우와 크게 다르지 않게 나타나지만, 하급심 판결에서 특별한 사정을 위법성 판단의 요소로 언급한 것처럼 당해 행위로 인하여 실제 시장질서를 심각하게 교란하였는지 등의 구체적인 사정을 고려하여야 할 것이다.

주제어

성과모방, 경쟁적 특성, 위법성, 경쟁질서 위반, 특별한 사정

I. 서론

자유경쟁이 원칙인 우리사회에서 기업 또는 개인들은 상대 경쟁자보다 앞선 경쟁력을 가지기 위해서 끊임없는 개발과 투자를 이어가고 있다. 이러한 노력과 비용의 투자는 특허발명, 저명한 상표, 독창적인 예술작품으로 나타나기도 하지만 때로는 성과창출에 실패하기도 한다. 노력과 비용의 투자가 성과창출로 이어지지 않은 경우 이에 대한 위험부담은 투자자의 몫이 된다. 지식재산권의 대상이 아닌 성과물을 모방하는 행위는 자유경쟁의 원칙상 허용되는 행위이다. 다만 지식재산권 체계의 관점이 아니라 공정한 경쟁의 관점에서 이러한 성과의 모방행위가 부정한 경쟁수단으로 악용된다면 진실된 경쟁자에게 피해를 주고 건전한 거래질서를 교란시킬 수 있기 때문에 부정경쟁행위로 볼 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에만 금지된다.

2014년 1월 31일부터 시행된 「부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률」(이하 부정경쟁방지법)에 도입된 제2조 제1호 (차)목의 금지된 성과모방행위¹⁾는 보호의 대상과 부정경쟁성의 판단기준에서 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과, 공정한 상거래관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 무단사용 등 매우 포괄적인 개념을 규정하고 있어서 (차)목의 행위에 대한 구체적인 기준의 설정이 필요하다. 이와 함께 일반조항의 성격을 가지는 (차)목과 민법상의 불법행위와의 관계 설정 또한 필요하다.

부정경쟁방지법은 지식재산권법과의 관계에서는 보충적 법률이지만 민법과의 관계에서는 특별법의 지위에 있다. 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목은 소위 일반조항이라고는 하나 그 영역을 성과모방에 제한하고 있으므로 동법 동조 제1호에 의하여 포섭되지 않는 행위에 대하여는 민법 제750조에 의하여 불법행위 성립을 판단하게 된다. 이처럼 민법상 불법행위에 의하여 경쟁질서 위반행위에 대한 불법성을 판단하게 될 경우, 법정한 유형에 해당하기만 하면 곧바로 위법한 행위가 되는 부정경쟁방지법과는 달리 민법 제750조상의 불법행위 성립요

1) 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목은 보충적 일반조항으로 도입되었으나 부정경쟁행위에 대한 일반조항의 의미를 모두 포괄하고 있는지 확실하지 않으며 현재 (차)목은 성과물의 무단이용행위에 대한 일반조항으로 볼 수 있기 때문에 본 논문에서는 성과모방행위라고 부르기로 한다.

건을 검토하게 되는데 이 경우 위법성에 관하여도 일반적인 기준을 동일하게 적용할 수 있는지가 문제될 수 있다. 시장에서 나타나는 대부분의 경쟁적 행위는 사실상 타인의 영업이익을 일정 정도 침해하게 되고 또한 실제 그 행위로 인하여 타인에게 손해를 주고 이익을 얻었는지 여부를 판단하기는 쉽지 않기 때문이다. 이에 관하여 우리 하급심에서는 특별한 사정을 들어 위법성을 판단하고 있으므로, 부정한 경쟁행위가 민법상 불법행위에 해당하기 위한 위법성의 판단기준과 특별한 사정의 의미에 관하여 살펴본다.

II. 우리나라 성과모방 규제에 대한 검토

1. 지식재산권 제도와 모방행위

지식재산권은 일반적으로 독점적이고 배타적인 권리로 규정된다. 따라서 법률의 규정에 따라 특허법, 상표법, 저작권법에 규정된 일정한 요건을 충족한 자는 특허권, 상표권, 저작권이라는 독점적이고 배타적인 권리를 얻게 된다. 그리고 지식재산권의 보호대상을 허락 없이 이용하는 경우 각각의 법률에 규정된 지식재산권 제한 사유에 해당되지 않는다면 곧바로 지식재산권 침해가 인정되고 권리자는 침해자에게 손해배상 및 금지청구를 할 수 있다. 반대로 위와 같은 지식재산권의 보호대상에 포함되지 않는 것은 원칙상 지식재산권의 보호범위 밖에 존재하므로 무단이용이 문제되지 않는다. 따라서 무엇인가 새로운 성과물이 누군가의 노력과 투자에 의해서 만들어졌다고 하여 바로 지식재산권의 보호대상이 되는 것도 아니고 지식재산권의 보호대상이 아닌 이상 그러한 것은 모든 사람이 이용할 수 있도록 허용되어야 한다. 어떠한 분야에서든지 모든 사람은 이전 사람들의 바탕 위에 서있고 이전의 사람들이 만들어낸 것을 바탕으로 구축해 나아간다고 볼 수 있기 때문에²⁾ 이러한 타인 성과물의 이용행위 즉, 모방행위는 지식재산권을 침해하지 않는 한 원칙적으로 허용된다.

이와 반대로 부정경쟁방지법은 지식재산권을 침해하지 않는 모방행위를 특별한 경우에 금지하고 있다. 우리나라를 비롯한 독일, 미국, 일본의 경우 일정한

2) Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 17. Aufl. 1993, CH.Beck, § 1. Rn. 438.

요건하에 모방행위를 금지하고 있다. 우리나라의 경우 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (자)목의 상품형태모방행위와 (차)목의 성과물 모방행위가 대표적이다. 일본의 경우 부정경쟁방지법(不正競争防止法) 제2조 제1항 제3호에서 상품형태모방행위를 금지하고 있고 독일의 경우 부정경쟁방지법(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) 제4조 제9호에서 모방행위를 금지하고 있다. 미국의 경우 *International News Service v. Associated Press* 사건³⁾에서 부정이용(Misappropriation)법리를 인정하여 저작권의 보호대상이 아니라 하더라도 이러한 성과물(해당 사건에서는 뉴스기사)을 무단이용하는 행위를 금지시켰다.

1) 금지되는 모방행위

우리나라를 비롯한 독일, 미국, 일본도 원칙적으로 타인의 지식재산권을 침해하지 않는 모방행위는 허용하되 일부의 모방행위를 금지시키고 있다.

각각의 유형을 살펴보면 우리나라의 경우 타인이 제작한 상품의 형태(형상 · 모양 · 색채 · 광택 또는 이들을 결합한 것)를 말하며, 시제품 또는 상품소개서상의 형태를 포함한다. 이하 같다)를 모방하는 것을 금지한다.⁴⁾ 이것은 상품의 완전복제(dead copy)를 방지하기 위한 규정으로서 상품의 형태를 동일하게 모방하는 행위를 상품형태의 경제적 가치 또는 법률적 보호이익과 관계없이 금지시키는 규정이다.⁵⁾ 일본의 경우도 우리나라와 유사하게 완전한 복제품을 만들어 내는 상품형태 모방행위를 금지시키고 있다. 이것은 타인의 제품형태를 아무런 수정을 가하지 않고 완전히 모방하는 것이기 때문에 그 상품형태에 자본과 노동을 투자한 사람의 이익을 보호하기 위한 것이다.⁶⁾

3) AP는 제1차 세계대전 당시 AP통신원이 유럽에서 취재한 기사를 가맹언론사가 아닌 피고 INS가 무단으로 이용하여 신문에 게재하자 피고의 이러한 행위에 대한 금지청구소송을 법원에 제기하였다. 피고 INS는 AP가맹언론사의 신문 중 가장 빠른 가판을 입수하여 거기에 실린 기사를 그대로 또는 약간의 수정을 거쳐 자신의 신문에 게재하였는데, 미국의 경우 동부와 서부 사이에 약 3시간의 시차가 있기 때문에 서부에서 발행되는 피고 INS의 신문은 동부에서 발행되는 AP가맹언론사의 신문과 거의 동시에, 어떤 경우에는 그보다 더 빨리 동일한 기사를 전할 수 있었다. 248 U.S. 215(1918).

4) 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (자)목.

5) 윤선희 · 김지영, 부정경쟁방지법, 법문사, 2012, 189면.

6) 小野昌延, 新・註解 不正競争防止法, 上巻, 青林書院, 2007, 425頁.

독일의 경우 상대 경쟁자의 상품이나 서비스의 모방행위가 영업상의 출처에 대한 회피할 수 있는 혼동을 수요자에게 유발시키거나, 모방행위를 통해 모방의 대상이 된 제품의 명성(평판)에 영향을 주거나, 부당하게 이용하는 경우, 모방에 필요한 지식이나 자료를 부정하게 취득하여 모방한 경우에 모방행위를 금지시키고 있다.⁷⁾

미국의 경우 앞서 언급한 *International News Service v. Associated Press* 사건⁸⁾에서 저작권으로 보호받지 못하는 뉴스기사에 대하여 부정이용(misappropriation) 행위를 금지하였다. 또한 상품의 형태뿐 아니라 색채 그 자체를 포함하여 이러한 상품의 외관을 트레이드 드레스(Trade Dress)라는 개념으로 폭넓게 보호하면서 모방행위를 금지하고 있다.⁹⁾

2) 허용되는 모방행위

위에서 살펴본 각 국가들이 원칙적으로 모방행위를 인정하되 특별한 요건에 해당되는 경우에만 모방행위를 금지시키고 있음을 알 수 있다. 따라서 우리나라의 경우 상품의 시제품 제작 등 상품의 형태가 갖추어진 날부터 3년이 지난 상품의 형태를 모방하는 행위는 허용되고 또한 타인이 제작한 상품과 동종의 상품(동종의 상품이 없는 경우에는 그 상품과 기능 및 효용이 동일하거나 유사한 상품을 말한다)이 통상적으로 가지는 형태를 모방한 경우에는 모방행위가 허용된다.¹⁰⁾ 일본의 경우도 우리나라와 유사하게 상품형태를 동일하게 모방하더라도 해당 상품의 기능을 확보하기 위해 불가결한 형태인 경우에는 허용되는 모방행위로 인정하고 있다.¹¹⁾ 독일의 경우 앞서 언급한 3가지 경우를 제외하고는 모방행위를 허용하고 있다.¹²⁾

7) UWG §4.9 a), b), c).

8) 본문 각주 3) 참조.

9) 나종갑, 미국상표법연구, 개정판, 한남대학교 출판부, 2006, 350면.

10) 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (자)목 (1), (2).

11) 小野昌延, 新・註解 不正競争防止法, 上巻, 青林書院, 2007, 461頁.

12) 직접적 모방행위(unmittelbare Nachahmung)에 관해서는 견해의 대립이 있다. *Piper/Ohly/Sosnitzka*, UWG, 5. Aufl. 2010, §4.9, Rn. 9/30.

이제까지 살펴본 바와 같이 지식재산권의 보호대상이 아닌 것에 대한 모방행위는 원칙적으로 인정되지만 특수한 경우 모방행위를 금지하고 있으며 특수한 경우란 상대 경쟁자에 대한 부정경쟁행위가 되는 경우 모방행위를 금지하고 있다고 볼 수 있다.

2. 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (자)목과 (차)목의 비교

1) 입법취지

2004년 부정경쟁방지법 개정을 통해 신설된 (자)목은 상품의 용기 또는 포장과 같은 상품의 형태를 모방하는 행위와 관련하여 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목을 적용하기에 주지성이라는 요건을 충족하기 어렵고 단기간 동안만 판매될 수 있는 제품의 형태도 보호의 필요성이 증가함에 따라 상품형태의 모방행위를 금지할 수 있도록 (자)목을 도입하였다.¹³⁾ (자)목을 통해 새롭게 개발한 신상품이 특허, 저작, 디자인 등 지식재산권의 보호를 받지 못하더라도 개발된 상품의 형태와 동일한 제품을 모방하는 행위는 금지된다.

2013년 개정을 통해 신설된 (차)목은 기술의 변화 등으로 나타나는 새롭고 다양한 유형의 부정경쟁행위에 적절하게 대응하기 위하여 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위를 부정경쟁행위에 관한 보충적 일반조항으로 신설하였다.¹⁴⁾ 따라서 (차)목이 보충적 일반조항으로 신설된 점에 비추어 (자)목에 규정된 상품형태를 모방하는 행위 이외의 모방행위는 (차)목에 해당되는 경우 부정경쟁행위로 금지될 수 있다.

2) 모방의 대상과 정도

모방이란 모방자가 타인의 성과물을 행위의 대상으로 삼고 자신의 성과물을

13) 정봉현, “부정경쟁방지법에 의한 상품형태의 보호”, 산업재산권, 제37호(2012), 41-42면.

14) 법제처, <<http://www.moleg.go.kr>> 참조, 방문일: 2014. 10. 20.

통해서 그 대상을 재현함으로써 타인의 성과물에서 자신의 성과물을 이끌어내는 것을 의미한다.¹⁵⁾ (자)목은 타인이 제작한 상품형태를 모방하는 행위를 금지하고 있으므로 (자)목의 모방대상은 상품형태로 제한된다. 즉, (자)목에서 의미하는 상품형태란 유체물로서 독립하여 거래의 대상이 되는 것으로 무체물을 제외한 것을 의미한다.¹⁶⁾ 일본의 경우도 상품형태란 수요자가 통상의 용법에 따른 사용에 있어서 지각으로 인식할 수 있는 상품의 외부 및 내부의 형상 및 그 형상에 결합한 모양, 색채, 광택과 질감을 말한다.¹⁷⁾ 그러나 (차)목의 경우 무단이용의 대상이 되는 것은 타인이 만들어낸 성과물이므로 상품형태에만 제한되지 않고 유체물과 무체물 모두를 포함하는 것으로 볼 수 있다.

(자)목의 경우 소위 완전복제품(dead copy)을 금지하기 위한 입법취지를 가지고 있기 때문에 모방의 정도가 완전히 동일한 정도에 이르러야 한다. 일본 부정경쟁방지법 제2조 제5호에 따르면 모방이란 타인의 상품형태에 의거하여 그것과 실질적으로 동일한 형태의 상품을 만드는 것을 의미한다.¹⁸⁾ 우리나라 대법원 또한 (자)목이 가지는 모방의 의미에 대해서 타인의 상품형태에 의거하여 이와 실질적으로 동일한 형태의 상품을 만들어 내는 것을 말하며, 형태에 변경이 있는 경우 실질적으로 동일한 형태의 상품에 해당하는지는 당해 변경의 내용·정도, 착상의 난이도, 변경에 의한 형태적 효과 등을 종합적으로 고려하여 판단한다.¹⁹⁾ 따라서 (자)목에서 의미하는 모방의 정도는 동일한 상품형태를 생산하는 것으로 간주할 수 있을 정도이다. (자)목에 규정된 모방행위와 비교하여 (차)목에 규정된 무단사용이라는 개념은 모방이라는 행위태양을 포함하는 넓은 개념으로 볼 수 있다. 따라서 모방행위는 무단사용이라는 여러 개의 행위 태양 중 하나에 해당될 수 있다.

독일의 경우 부정경쟁방지법 제4조 제9호에 규정된 모방행위는 모방의 대상을

15) Baumbach/Helfermehl, Wettbewerbsrecht, 17. Aufl. § 1. Rn. 446.

16) 박성호, “부정경쟁방지법에 의한 상품형태보호”, 산업재산권, 23호(2007), 587면; 안원모, “상품형태의 보호”, 산업재산권, 제19호(2006), 306면.

17) 일본 부정경쟁방지법 제2조 제4호.

18) 不正競争防止法, 第二條 5. この法律において「模倣する」とは, 他人の商品の形態に依據して, これと實質的に同一の形態の商品を作り出すことをいう.

19) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다20044 판결.

제품 또는 서비스라고 규정하고 있는데 여기서 의미하는 제품은 거래의 대상이 되는 모든 것을 의미한다. 따라서 유체물과 무체물을 모두 포함하는 개념이다.²⁰⁾

독일법상 모방의 정도는 완전하거나 실질적으로 동일한 모방 이외에도 오리지널 상품을 연상시킬 수 있는 상품의 본질적인 구성요소를 채용하는 것도 모방의 개념에 포함시킨다.²¹⁾ 따라서 오리지널 제품을 모방자 자신의 성과물에 대한 표본(vorbild)으로 일정부분 사용한 경우도 모방행위에 해당된다.

타인의 성과물을 무단이용하는 행위를 금지하고 있는 우리나라 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목의 경우에는 무단이용의 행위가 모방행위인 경우 이러한 모방의 정도는 (자)목의 모방행위에 이를 필요는 없다. 우리나라 “헬로키티 사건”에서는 드라마의 등장인물이 입었던 의상을 헬로키티 인형에 입힘으로써 수요자들은 문제가 된 헬로키티를 보면서 드라마의 주인공을 연상시킬 수 있었던 것과 같이 모방된 성과물에서 모방의 대상이 된 성과물을 인식할 수 있을 정도면 무단이용의 한 예인 모방행위가 될 수 있을 것이다. 따라서 (차)목에서 인정되는 모방행위는 (자)목에서 요구하는 실질적 동일성과 같은 모방의 정도보다는 완화된 모방의 정도가 필요하다고 볼 수 있다. 다만 (차)목은 타인의 성과물을 경쟁질서 또는 상관습에 반하는 방법으로 무단이용하는 경우를 규정하고 있기 때문에 모방의 정도가 (자)목의 모방 정도에 이를 경우 경쟁질서 또는 상관습에 반할 가능성이 높아진다고 볼 수 있다.

3. 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목의 보호이익과 모방행위

1) 보호이익

부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목 조문의 해석상 무단이용의 대상이 되는 것은 타인의 투자와 노력으로 만들어진 성과물이라는 점은 명확하다.

(차)목의 모델이 된 판결로는 “인터넷 포털사이트 광고 방해 사건”²²⁾과 “헬

20) Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 5. Aufl. 2010, §4.9, Rn. 9/27.

21) BGH GRUR 63, 152, 155, “Rotaprint”.

22) 대법원 2010. 8. 25. 자 2008마541 결정.

로키티 사건”²³⁾을 들 수 있다. “인터넷 포털사이트 광고 방해 사건” 판결에서 대법원의 판단에 따르면 원고가 구축한 성과물은 포털사이트 “네이버”이고 원고의 광고영업의 이익을 법률상 보호할 가치가 있는 이익이라고 보았다. 그리고 뒤의 판결에서 원고가 방영한 “대장금”과 “주몽”이라는 드라마를 성과물로 보았고 각 드라마의 명성과 고객흡인력을 이용하여 그에 관한 상품화 사업을 수행할 수 있는 권한을 타인에게 부여하고 대가를 받는 방식 등의 영업이익을 법률상 보호할 가치가 있는 이익으로 보았다. 이러한 판단과 함께 “헬로키티 사건”의 경우 성과물의 무단이용을 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하는 것으로 보았다.

부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목의 규정과 위에서 설명한 판례를 종합하여 단순화 해보면 ① 타인의 투자와 노력이 담긴 성과물을 ② 공정한 상거래관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 사용하여 ③ 법률상 보호가치가 있는 이익을 침해하는 것이 (차)목의 부정경쟁행위이다. 이용의 대상은 타인의 성과물이고 침해가 금지된 것은 법률상 보호가치가 있는 이익이므로 (차)목의 보호이익은 타인이 만들어낸 성과물에 화체되어 있는 법률상 보호가치가 있는 이익으로 정리할 수 있다. 그리고 성과모방행위가 공정한 상거래관행이나 경쟁질서에 위반하는 반사회성이 강하면 강할수록 법률상 보호가치가 있는 이익은 범위가 넓어질 수 있다.²⁴⁾

2) (차)목에 규정된 모방행위 대상에 대한 제한

(1) 모방의 대상

현재 우리나라 부정경쟁방지법 규정상 모방의 대상인 것 즉, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목 상품주체 혼동행위, (나)목 영업주체혼동행위, (다)목 희석화 행위, (아)목 도메인의 부정등록행위의 경우 보호의 대상이 되는 것(성과물이라

23) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다20044 판결.

24) 부정경쟁행위에 대한 손해배상 책임을 규정한 부정경쟁방지법 제5조에 규정된 영업상 이익의 범위에 관해서 영업자가 영업을 수행함에 있어서 향유할 수 있는 유형 또는 무형의 이익 일반을 가리키는 것으로서, 사실상의 것이면 족하고 법률상의 권리일 필요가 없다. 박성호, “부정경쟁행위에 대한 손해배상책임 법리의 고찰”, 한양법학, 제42호(2013), 342면.

고도 할 수 있다)은 모두 주지성 또는 저명성을 요건으로 하고 있다. (자)목의 상품형태모방행위의 경우 입법취지상 상품형태에 대한 특별한 요건을 규정하고 있지 않고 단지 모방의 대상이 된 제품의 통상적인 형태를 모방한 경우 부정경쟁행위에서 제외하고 있다.

이와 같이 부정경쟁방지법상 규정된 행위들은 저명성 또는 주지성을 가진 표지, 성명, 상호 등과 같은 특별한 요건을 가진 대상에 대해서만 무단이용을 금지하고 있다.

(차)목의 경우 성과물에 대한 요건을 규정하고 있지 않아 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과물인 경우 모두 공정한 상거래관행 또는 경쟁질서에 반하는 방법으로 무단이용이 금지되는 대상에 포함될 수 있다. 그러나 단지 타인의 상당한 투자나 노력만이 투하되었다고 하여 모방금지의 대상이 된다고 보는 것은 현재 지식재산권에 대한 보충적 보호 역할을 담당하고 있는 부정경쟁방지법의 역할에 부합하지 않는다. 예를 들어 미등록된 상표에 엄청난 광고비와 홍보비를 투자하였다고 하여도 잘못된 광고방식 또는 비효율적 홍보를 통해 미등록 상표는 주지성을 얻지 못할 수 있고, 상당한 연구개발비를 투자한 발명이 진보성 요건을 충족하지 못해 특허등록이 거절될 수 있다. 지식재산권 보호의 대상에 포함되지 않는 지적 성과물을 이용하는 것은 자유이며 이러한 이용이 부정경쟁행위로 인정될 수 있는 경우는 성과물의 창출자에게 인센티브의 부족이 발생하는 명백한 경우만으로 한정해야 하듯²⁵⁾ 단지 투자와 노력이 들어갔다고 하여 활용가치가 없는 성과물을 (차)목의 보호대상에 포함시킬 수는 없다. 즉, (차)목에서 말하는 상당한 노력과 투자가 바로 인센티브를 의미한다고 보기 어렵다.

또한 타인의 투자와 노력이 들어간 성과물은 표현된 것에 한해야 한다. 구체적으로 형성되지 않은 아이디어는 성과물의 개념에 제외되어야 한다. 아이디어는 인간의 지적 성과물이다. 그러나 아이디어는 다양한 영업활동 또는 창작활동의 근본이 되는 것이기 때문에 누군가가 아이디어에 대한 배타적인 권리를 행사할 수 있다면 지식의 공유가 단절되고 산업과 문화의 발전은 방해를 받게 될 것

25) 박성호, "지적재산법의 비침해행위와 일반불법행위", 정보법학, 제15권 제1호(2011), 219면.

이다. 현재 우리나라 부정경쟁방지법은 지식재산권의 보충적 규범의 역할만을 수행하기 때문에 타인의 지적 성과물인 아이디어를 보호한다는 것은 지식재산권의 보호를 무한정 확장시키는 결과를 가져오기 때문에 인정될 수 없다.

독일의 경우 부정경쟁방지법상 모방행위에 보호되는 대상은 성과물의 구체적인 형성물(Ausformung)에 해당되어야 한다.²⁶⁾ 독일 연방대법원(BGH)도 전형적인 놀이상황을 구현한 인형과 그 부속품을 제조하여 판매한다는 아이디어²⁷⁾는 자유경쟁의 원칙 내에서 경쟁법적 보호를 받을 수 없다고 판단하였다. 다만 이러한 아이디어가 구체화된 특정한 장치(해당사건에서는 인형과 구성품)가 경쟁시장에서 특별한 광고노력으로 알려지게 되고 이로 인해 해당 장치가 누군가의 영업으로 고려될 수 있는 경우에 한하여 보호받을 수 있다고 하였다.²⁸⁾

따라서 우리나라 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목에 규정된 타인의 투자나 노력으로 만들어진 성과물의 개념에는 아이디어를 통해 구체화된 활용가치가 있는 성과만이 포함된다고 보아야 할 것이다.

(2) 대상의 제한

앞서 설명한 것과 같이 아이디어는 성과물의 범위에 포함되지 않고 그 이외 성과물의 범위를 제한하려고 한다면 그 단서는 (차)목의 행위 유형에서 찾을 수 있다. (차)목은 성과물을 공정한 상거래관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의营업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위로 규정하고 있다. 따라서 결과적으로 성과물의 모방행위와 같은 무단이용의 결과로 그 성과물 창출자의 경제적 이익의 침해가 발생하여야 한다. 이것을 반대해석 하면 성과물의 창출자는 성과물로 인해 경제적 이익을 얻을 수 있어야 한다.

따라서 창출된 성과물이 지식재산권의 보호대상은 아니지만 다른 성과물과

26) Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 5. Aufl. 2010, §4.9, Rn. 9/30.

27) 가령 예를 들어 거실 또는 헤어샵의 상황을 상정하여 거실에서 쉬는 인형과 일반적으로 예상되는 거실의 소품인 소파와 탁자, TV 등을 셋트로 구성하거나 헤어디자이너에게 머리손질을 받고 있는 인형과 헤어샵의 부속품들을 셋트로 구성하여 판매하는 아이디어.

28) GRUR 05 166, 168, "Puppenausstattungen".

비교하여 경쟁적 특성(Wettbewerbliche Eigenart)을 가지고 있는 경우 즉, 성과물로 인해 성과물의 창출자는 다른 사람들보다 경쟁적 우위에 있을 수 있거나 경제적 이익을 얻을 개연성이 높다면 이러한 성과물은 제3자의 모방행위로부터 보호받아야 할 가치가 있다.

이러한 점은 앞서 살펴보았던 (차)목의 보호이익을 타인이 만들어낸 성과물에 화체되어 있는 법률상 보호가치가 있는 이익이라고 보았을 때 성과물이 가지고 있는 경쟁적 특성이 법률상 보호할 가치가 있는 이익이라고 볼 수 있다. 이하에서는 경쟁적 특성의 개념에 대해서 자세히 다루어 본다.

III. 보호할 가치가 있는 성과물의 경쟁적 특성

1. 독일법상의 금지되는 모방행위

1) 2004년 이전 독일 부정경쟁방지법상 금지되는 모방행위

독일 제국법원(RGZ)의 초기 판결 중 타인이 제작한 인형(Käthe-Kruse Puppen)을 모방해서 판매하는 행위가 부정경쟁행위로 금지되어야 하는지가 문제된 사건이 있었다.²⁹⁾ 독일 제국법원은 노력과 비용으로 얻어진 성과물을 이용하였기 때문에 타인이 제작한 인형과 혼동을 일으키는 모조품을 만드는 행위는 부정경쟁방지법 제1조(2004년 개정되기 전의 부정경쟁방지법)에 해당되는 부정경쟁행위라는 입장이었다. 이러한 제국법원의 견해는 결과에 있어서는 타당하지만 결론에 이르는 과정에 있어서는 잘못되었다는 비판이 있다.³⁰⁾ 이 견해에 따르면 타인의 노력과 비용으로 얻어진 결과물을 무단으로 이용하였다는 점보다 모방자의 행위는 오인혼동에 대한 고려없이 자신을 위해 오리지널 인형의 특별한 출처와 품질을 이용하였다는 점이다.³¹⁾

29) RGZ 111, 254 "Käthe-Kruse Puppen".

30) Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 17. Aufl. § 1, Rn. 472.

31) Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 17. Aufl. § 1, Rn. 472.

독일법상 특별법적인 보호를 받지 않는 대상에 대한 모방행위는 원칙적으로 자유이용의 대상이고 특별한 사정(besondere Umstände)이 존재하는 경우에 만 부정경쟁행위로 인정되었다.³²⁾

특별한 사정이란 성과물의 출처를 오인혼동 시키는 것 이외에도 여러 가지가 존재하였다. 모방을 함에 있어서 모방의 대상이 된 제품의 제작자에게 불성실한 방법으로(스파이활동 등) 모조품 제조에 관한 정보를 빼내오는 경우, 배임행위를 통한 모조제품의 제작행위, 상대 경쟁자를 방해할 목적으로 상대 경쟁자의 제품과 유사한 제품을 만들어 고의적으로 염가에 판매하는 행위와 같은 계획적인 모방행위의 경우 등이 있어 왔다.³³⁾ 계획적인 모방행위의 경우 상대 경쟁자에 대한 방해행위의 성격을 가지고 있으며 경쟁 상대방의 명성 또는 평판을 훼손 시킴으로써 방해행위를 하기도 한다. 이러한 특별한 사정의 전제로서 모방의 대상이 되는 것은 경쟁적 특성(Wettbewerbliche Eigenart)을 가지고 있어야 한다. 경쟁적 특성이란 영업적 출처의 표시 또는 성과물의 특별함을 표시하는 것에 적합한 특징을 보이는 것이다. 가령 예를 들어 매력적이거나 미적 감각이 충분한 형상 또는 기술적 양식으로서 특별한 구조, 재료, 품질, 작업방식 등이 있다.³⁴⁾

2) 2004년 이후 독일 부정경쟁방지법상 금지되는 모방행위

앞서 언급한 특별한 사정들은 오랜 기간 독일 연방대법원의 판례를 통해 확립된 것이다. 따라서 2004년 독일 부정경쟁방지법이 개정되면서 이러한 판례의 원칙이 조문화되었기 때문에 부정경쟁방지법상 모방행위의 판단 근거는 실질적으로 크게 변한 것으로 볼 수 없다. 현재 독일 부정경쟁방지법상 금지되는 모방행위의 구성요건은 다음과 같다. ① 경쟁자의 상품 또는 서비스의 존재, ② 경쟁적 특성의 존재, ③ 모방되어 제공됨, ④ 추가적으로 부정경쟁행위를 인정할 만한 사정의 존재이다.³⁵⁾ ④번의 사정이란 앞서 설명한 특별한 사정에 해당되는 것으로 독일 부정경쟁방지법 제4조 제9호 a), b), c)에 규정되어 있다. 이것은 기

32) Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 17. Aufl. § 1, Rn. 440.

33) Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 17. Aufl. § 1, Rn. 475 ff.

34) Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 17. Aufl. § 1, Rn. 453.

35) Piper/Ohly/Sosnitzer, UWG, 5. Aufl. 2010, §4.9, Rn. 9/25.

존의 판례에 확립된 특별한 사정을 조문화 한 것이다. 상대 경쟁자의 상품이나 서비스의 모방행위가 영업상의 출처에 대한 회피할 수 있는 혼동을 수요자에게 유발시키거나, 모방행위를 통해 모방의 대상이 된 제품의 명성(평판)에 영향을 주거나, 부당하게 이용하는 경우 모방에 필요한 지식이나 자료를 부정하게 취득하여 모방한 경우이다.³⁶⁾ 그리고 조문에 규정된 3가지의 유형의 특별한 사정은 예시적인 규정으로 본다.³⁷⁾

2. 경쟁적 특성이 있는 성과물의 모방 금지

1) 경쟁적 특성

독일 부정경쟁방지법상 금지되는 모방의 대상은 앞서 언급한 구성요건 중 ①번과 ②번을 합한 경쟁적 특성이 있는 경쟁자의 상품 또는 서비스이다. 상품은 상업상의 객체가 될 수 있는 모든 것을 의미한다. 가장 대표적인 것은 기술적 생산물과 같은 사물이 될 것이고 의류, 악세서리, 가구, 완구류 등이 해당될 수 있다. 또한 무체물도 상품으로 간주될 수 있다. 삽화, 전화번호부, TV프로그램 포맷, 캐릭터 상품에 사용되는 가상 캐릭터, 광고수단으로서 표지, 가격리스트, 카탈로그, 광고슬로건 등이 무체물적인 상품에 해당된다.³⁸⁾ 이러한 상품들 중에 경쟁적 특성을 가지는 상품만이 모방이 금지되는 대상에 해당된다.

여기서 의미하는 경쟁적 특성은 상품의 특정 형태 혹은 특정 구성요소가 해당 거래업계로 하여금 상품의 영업상 출처 혹은 상품의 특색을 인식할 수 있도록 하는 경우를 의미한다.³⁹⁾ 이러한 경쟁적 특성은 지식재산권의 보호요건과 비교될 수 있는 기능을 가지고 있다. 즉 신규성, 진보성 또는 창작성 등과 같은 요건을 만족하여 지식재산권의 보호대상이 되는 것을 보호하는 것처럼, 관련 업계에서 출처확인 또는 제품의 특성이 별로 문제되지 않는 보통의 상품이 아닌 명백한 특성을 지니는 제품에 한해서만 부정경쟁방지법상의 보호가 주어진다. 이

36) UWG §4.9 a), b), c).

37) BT-Drucks 15/1478, S. 18.

38) Piper/Ohly/Sosnitzka, UWG, 5. Aufl. 2010, §4.9, Rn. 9/27.

39) BGHZ 50, 125, 130 "Pulverbehälter"

러한 점은 경쟁적 특성의 기능은 상대경쟁자와 소비자, 기타의 시장참여자와 일반공중에 대하여 보호할 가치가 있는 성과물의 모방행위만을 제한한다는 의미도 가지고 있다.⁴⁰⁾ 따라서 일상적이고 흔한 제품들(Allerweltserzeugnissen) 또는 대량소비되는 제품들(Dutzendware)의 경우 상거래에서 영업적 출처나 품질에 대한 가치가 불필요하기 때문에 경쟁적 특성을 가지고 있지 않다.⁴¹⁾ 즉, 소비자가 이러한 제품을 구매할 경우 해당 제품의 출처와 품질이 제품의 선택에 많은 비중을 차지하지 않기 때문이다.

중요한 것은 어떤 상품이 특정인의 것이라고 인식될 수 있을 정도의 특징을 가지고 있는지 여부이다.⁴²⁾ 이러한 점은 상품의 외형 또는 기술적 특징에서 주로 나타난다. 독일의 접이식 사다리 사건⁴³⁾의 경우 원고는 접이식 사다리와 그 사다리에 쓰이는 발판을 1957년부터 판매하기 시작하였는데 원고의 사다리와 그 발판은 녹색과 자연 그대로의 효과를 주는 밝은 나무톤 사이의 두드러진 대조를 통해 표면모양을 임의적으로 교환 가능한 장식으로 보이게 할 뿐만 아니라 작업수단으로서 보충적 요소로 보이게끔 하는데 성공하였다. 이러한 창조적 성과물을 바탕으로 사다리 제품에 대한 “녹색 시리즈”를 만들게 되었다. 그리고 사다리의 녹색부분과 자연적인 나무색상은 소비자로 하여금 원고의 제품이라고 연상할 수 있게끔 되었다.⁴⁴⁾ 이러한 기술적 특징은 경쟁적 특성으로 인정될 수 있다. 그러나 기술적 결과물의 경쟁적 특성은 제품에 사용된 기술이 기술적 원칙이거나 일반적 기술인 경우에는 모방행위로부터 보호받기 어렵다. 따라서 기술적으로 필수적인 형태에서 일반적인 기술적 해결수단이 사용된 경우 또는 특정한 기술적 결과에 이르기 위해 특정한 형상이 전제되어야 한다면 경쟁적 특성은 부정된다.⁴⁵⁾

따라서 경쟁적 특성이란 제품의 특징 또는 형태로 인해 상거래상 특정한 공급자 또는 그러한 공급자의 영업이라고 추정할 수 있는 표시가 존재하는 것으로

40) Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl. §4, Rn. 9,24.

41) Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl. §4, Rn. 9,24.

42) Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 5. Aufl. 2010, §4,9, Rn. 9/32.

43) GRUR 07, 339, “Stufenleitern”.

44) GRUR 07, 339, 341, “Stufenleitern”.

45) BGHZ 50, 125, 130, “Pulverbehälter”.

충분하다.⁴⁶⁾ 이러한 경쟁적 특성은 모방대상의 창작성, 형태의 수준, 거래상 인지도, 매출액, 라이선스의 필요성 등을 통해 간접적으로 판단될 수 있지만 개발과 시장개척을 위한 필요적인 노력과 비용의 소비도 판단의 기준이 될 수 있다.⁴⁷⁾ 특히 제품이 신규성이 있고 널리 알려졌다다는 점만으로 제품의 경쟁적 특성이 인정되는 것은 아니지만 신규성은 경쟁적 특성 인정에 대한 간접적 역할을 할 수 있고 제품의 주지성은 경쟁적 특성의 정도를 더욱 강하게 만들 수 있다.⁴⁸⁾

2) 경쟁적 특성과 특별한 사정의 상관관계

여기서 중요한 점은 성과물의 경쟁적 특성과 앞서 언급한 ④번과 같은 특별한 사정의 존재는 서로 상호작용이 이루어진다고 보는데 경쟁적 특성이 강할수록, 모방의 방법과 강도가 강할수록 특별한 사정의 요구 정도는 낮아진다고 본다.⁴⁹⁾ 따라서 제품의 특성이 뛰어나 경쟁자의 상품보다 경쟁력이 뛰어나거나 상대방의 제품을 완전히 복제하는 경우 영업적 출처에 대한 혼동과 같은 특별한 사정의 필요성은 낮아진다. 모방의 대상이 된 결과물이 상대적으로 낮은 경쟁적 특성을 가지고 있는 경우 거의 동일한 모조품을 만들어 내는 행위는 출처의 오인혼동을 발생시킬 수 있는 상당한 위험을 초래한다.⁵⁰⁾ 따라서 예측적 모방행위(sklavische Nachahmung; Deadcopy)의 경우 기술적 수단을 이용해 카피본을 만들어 내는 경우 모방의 대상이 된 제품의 경쟁적 특성과 특별한 사정의 존재는 부정경쟁성을 인정하는 데 낮은 비중을 차지한다.⁵¹⁾

3. 직접적 모방행위의 금지여부

독일법상 모방행위가 부정경쟁행위로 인정되기 위해서는 경쟁적 특성, 모방의 정도와 특별한 사정은 서로 상관관계에 있다고 보았으나 직접적 성과모방행

46) BGH GRUR 2007, 984 Rn 23 "Gartenliege".

47) Köhler/Bornkamm, , UWG, 32. Aufl. §4, Rn. 9.33.

48) Köhler/Bornkamm, , UWG, 32. Aufl. §4, Rn. 9.24.

49) Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 5. Aufl. 2010, §4.9, Rn. 9/26.

50) BGH 86, 674, 675 "Beschlagnahmeprogramm"; WRP 1976, 370, 371, "Ovalpuderdose".

51) Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 5. Aufl. 2010, §4.9, Rn. 9/26.

위(unmittelbare Leistungsübernahme)의 경우 부정경쟁행위로 인정되어야 하는지 여부는 불확실하다. 직접적 성과모방행위란 오리지널 제품을 변경함이 없이, 오리지널 제품에 들어간 노력과 비용을 아무런 대가없이 사용하는 경우를 말하며 주로 기술적인 복제방법을 통해 이루어진다. 예를 들어 타인의 전화번호 부책을 CD로 제작하는 행위,⁵²⁾ 절판되거나 공정이용의 대상이 되는 서적을 사진장치로 복제하는 행위⁵³⁾ 등이 있다.

직접적 성과모방행위는 모방의 대상이 경쟁적 특성을 가지지 않고 모방행위에 특별한 사정 또한 존재하지 않는 경우이기 때문에 부정경쟁행위에 관한 일반 조항인 독일 부정경쟁방지법 제3조에 근거한 부정경쟁행위로 금지시킬 수 있는지가 문제 된다. 직접적 성과모방행위는 그 대상을 기술적 수단 등을 이용해 완전히 동일하게 복제하는 것이기 때문에 모방의 정도는 매우 높다. 다만 모방의 대상이 지식재산권법과 같은 특별법적인 보호의 대상도 아니고 부정경쟁방지법상 금지된 모방행위의 요건도 충족하지 못하기 때문에 금지할 근거가 무엇인가가 문제된다.

독일 대법원의 경우 이러한 직접적 성과모방행위가 부정경쟁행위로서 고려의 대상에서 당연히 배제되는 것은 아니지만 매우 특이하거나 비전형적인 경우들에만 적용된다고 보고 있다.⁵⁴⁾ 이러한 직접적 모방행위의 금지여부에 대해서는 다양한 견해가 제시되고 있다. 직접적 성과모방행위를 허용해야 한다는 견해에서는 독일 부정경쟁방지법 제4조 제9호는 모방의 자유를 확인한 규정이기 때문에 제4조 9호에 해당하지 않는 것은 허용해야 한다는 것, 부정경쟁방지법은 행위만을 문제 삼는 것이고 지식재산권은 보호의 영역이 제한되어 있기 때문에 부정경쟁방지법은 지식재산권 유사권리를 창설할 수 없다고 한다. 그리고 오늘날의 지식재산권 제도에 비추어 볼 때 방대한 범위의 보호가 이루어지고 있기 때문에 보충적인 보호는 더 이상 필요없고 직접적 성과모방행위를 금지시키면 자유경쟁의 원칙이 위협받는다고 한다.⁵⁵⁾

52) BGH GRUR 1999, 923, "Tele-Info-CD".

53) BGH GRUR 1969, 186, "Reprint".

54) Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 5. Aufl, 2010, §4.9, Rn. 9/77.

55) Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 5. Aufl, 2010, §4.9, Rn. 9/78.

이와 반대로 직접적 성과모방행위를 금지시켜야 한다는 견해에서는 독일 부정경쟁방지법 제4조 9호에 규정된 금지된 모방행위는 입법자가 의도한 전체적인 무체재산권적 규정에 대한 입법자의 전체적인 의도를 개별적인 지식재산권이 완벽히 수행할 수 없기 때문에 금지되어야 한다고 본다.⁵⁶⁾ 독일 슈트트가르트 고등법원 판례에선 아마추어 축구행사를 주최한 축구단체가 자신들이 주최한 축구행사의 경기를 사적으로 녹화하여 그 일부분을 인터넷상에 업로드하여 다른 이용자가 무료로 이용할 수 있게끔 한 행위는 축구단체의 허락이 없는 한 부정한 경쟁행위라고 판단하였다.⁵⁷⁾

4. 독일법상의 성과모방 금지와 우리나라 성과모방 금지의 비교

독일법상 성과모방 금지규정인 제4조 제9호는 우리나라 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (자)목, (차)목과 유사한 규정이라고 볼 수 있겠으나 각 목의 입법취지와 비교해보면 큰 차이를 보이고 있다.

1) 부정경쟁방지법 제2호 제1호 (자)목

상품형태의 모방을 금지하고 있는 (자)목은 상품형태의 모방을 금지하고 있으나 모방의 대상은 유체물의 형태에만 한정하고 있고 모방의 정도는 모방품과 오리지널 제품이 실질적으로 유사할 정도의 높은 모방의 정도를 요구한다. 독일법상의 모방은 상품형태라 할지라도 경쟁적 특성이 있는 것을 대상으로 하고 이러한 모방행위를 통해 추가적인 부정경쟁성을 인정할 만한 조건을 요구하고 있다.

독일법의 입장에서 보았을 때 우리나라 (자)목의 규정은 모방의 강도가 매우 높기 때문에 추가적인 특별한 사정의 요구는 낮아진다고 볼 수 있다. 단지 모방의 대상이 우리나라 (자)목은 유체물에 한정된다는 점이 차이가 있다고 볼 수 있다. 우리나라 (자)목에서 유추할 수 있는 것은 독일법상 문제시 되고 있는 직접적 모방행위의 유형과 비교 될 수 있다는 점이다. 우리나라 (자)목의 경우 상품

56) Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 5. Aufl. 2010, §4.9, Rn. 9/78.

57) OLG Stuttgart, Urteil vom 19. März 2009 – 2 U 47/08.

의 형태가 통상적인 상품형태에 해당되지 않고 형태가 갖추어진 날로부터 3년이 지나지 않았다는 조건만 충족하면 어떠한 상품형태든지 간에 동일하게 모방하는 행위는 금지된다.

이러한 점은 독일법상의 직접적 모방행위는 독일 부정경쟁방지법에 규정된 추가적인 부정경쟁인정 조건에 해당하지 않고 오리지널 상품의 경쟁적 특성도 매우 낮은 성과물이라도 직접적으로 동일한 모조품을 만드는 행위가 금지되는지 여부에 견해의 대립이 있는 것과 대조된다.

2) 부정경쟁방지법 제2호 제1호 (차)목

우리나라 (차)목은 보충적 일반조항으로 도입된 규정이지만 부정경쟁행위에 대한 완전한 일반조항의 역할을 할 수 없는 제한적인 일반조항으로 보아야 할 것이다.⁵⁸⁾ 모방의 대상에 유체물과 무체물을 가리지 않는 점은 독일법상의 규정과 유사하다고 볼 수 있다. 또한 독일법상 오리지널 상품의 경쟁적 특성은 조문에 명시되어 있는 조건이 아니기 때문에 우리나라 (차)목의 경우도 모방의 대상이 되는 성과물도 경쟁적 특성을 요구한다고 본다면 모방의 대상에 있어서 유사한 규정이라고 볼 수 있다. 다만 (차)목은 공정한 상거래관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 무단사용하는 행위 유형을 규정하고 있으므로 모방행위만을 규정한 독일 부정경쟁방지법 제4조 제9호보다 넓은 행위 태양을 포섭할 수 있다고 보여 진다. 그러나 (차)목의 공정한 상거래관행이나 경쟁질서에 반한다는 규정은 추가적인 구체적 부정경쟁요건을 요구하는 독일 부정경쟁방지법과 비교하여 보면 상당히 포괄적인 규정이다.

Ⅳ. (차)목에 규정된 경쟁적 특성과 민법상 불법행위와의 관계

1. 부정경쟁행위와 위법성

58) 자세한 내용은 박윤석, “실질적인 부정경쟁행위와 구제수단에 관한 고찰-법규위반을 통한 부정경쟁행위를 중심으로-”, 고려대학교, 박사, 2014, 60면 이하 참조.

1) 민법과 부정경쟁방지법의 관계

사적자치와 자유방임적 자유경쟁을 추구하는 민법은 부정경쟁에 대한 규제에 “전통적으로 소극적인 입장”을 취해왔다. 하지만 경쟁질서가 제대로 확립되지 않으면 궁극적으로 사인간의 권리보호 역시 확보되기 어렵기 때문에 공정한 시장 경쟁질서 유지는 민법에서도 점차 중요한 의미를 가지게 되었다. 게다가 독일, 스위스, 오스트리아와 같이 부정경쟁행위 일반을 규제하고 있는 입법주의를 취하고 있지 않는 우리나라에서는 부정경쟁방지법이나 독점금지법 등 특별법이 적용되기 어려운 경쟁질서 위반 사안에 관하여 민법상의 불법행위에 의해 해결하게 된다.⁵⁹⁾

2013년 7월에 개정된 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목은 소위 보충적 일반조항으로 신설되기는 하였으나, 행위를 성과모방행위에 한정함으로써 여전히 경쟁질서 위반행위의 문제에 대하여 민법 제750조에 의하여 해결하지 않으면 안 될 영역이 많이 남아있다. 즉 지식재산권의 보호대상이 아닌 것을 무단으로 이용하는 경우 이용행위의 태양이 반사회적 성격을 보이거나 무단이용의 대상이 지식재산권 유사물의 보호가 필요한 경우 이에 관한 일반법으로서 부정경쟁방지법에 의해 금지될 수 있도록 하고 있으나, 부정경쟁방지법에서는 해당 행위를 제한적으로만 열거하고 있기 때문에 경쟁질서 위반행위에 대해 적절한 시장 보호를 하지 못하고 있다. 따라서 일반법으로 민법 제750조에 의한 불법행위 책임이 문제된다.⁶⁰⁾

2) 경쟁질서 위반행위와 민법상 불법행위

부정경쟁방지법상 불법행위에 의하여 손해가 발생하고 동시에 민법상 불법행위에 의한 손해배상도 성립할 경우에 관하여 독일은 “설립자초상(Gründerbildnis) 판결”에서 일찍이 보충성원칙에 의함을 명시적으로 밝혔다.⁶¹⁾ 이에 반해 우리나라 판례에서는 부정경쟁방지법상 손해배상과 민법상 손

59) 윤태영, “경쟁질서 위반행위에 대한 불법행위책임”, 경제법연구, 제5권 제2호(2006), 56-57면.

60) 박윤석, “법률위반과 부정경쟁행위”, 지식재산연구, 제8권 제1호(2013. 3), 118면.

61) BHG 22. 12. 1961, BGHZ 36, 252ff, 윤태영, 전제논문, 61면 재인용.

해배상에 의한 청구에 관하여 아직 뚜렷한 입장을 밝히지 않고 있다. 따라서 성과모방행위가 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목에 의하여 인정될 경우에도 민법상의 불법행위에 의한 손해배상과 청구권경합의 여지는 남아있다고 볼 수 있다. 그러나 부정경쟁방지법은 그 자체로 제4조와 제5조에서 각각 금지청구권 및 손해배상규정의 규정을 두고 있으므로,⁶²⁾ 동법상의 불법행위에 해당할 경우 별도로 민법상의 불법행위를 이용할 실익은 적을 것이다.⁶³⁾ 오히려 부정경쟁방지법 제2조 제1호에서 (차)목으로 포섭할 수 없는 유형 중에서 부정경쟁행위로 인정되지 못하는 사안들이 주로 민법상 불법행위의 대상이 될 것이다.

한편 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목부터 (차)목에 한정적으로 열거한 각 부정경쟁행위는 그 자체가 이미 “열거된 일정한 위법행위”가 되기 때문에 별도의 불법행위법상의 위법성 여부를 다시 판단하지 않아도 된다.⁶⁴⁾ 이 때 부정경쟁행위의 징표가 되는 부정경쟁성은 위법성의 개념보다 좁은 개념이다. 즉, 모든 부정경쟁행위는 위법하지만 모든 위법한 불법행위가 부정경쟁행위가 되는 것은 아니다.⁶⁵⁾ 따라서 민법상 불법행위의 영역에 있는 위법한 행위들 중 부정경쟁방지법 제2조 제1호에서 열거하고 있는 요건에 부합하여 부정경쟁성을 가지는 행위유형은 동법에 의하여 규율하게 되는 것으로 볼 수 있다. 그러나 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목의 성과모방행위의 경우 그 의미가 불명확한 점이 있다. 또한 부정경쟁방지법의 입법 연혁을 살펴볼 때 실무상의 필요에 따라 부정경쟁의 유형이 추가되고 있는 실정이므로 새로운 형태나 동법에서 규정하고 있지 않은 유형의 성과모방행위가 발생하는 등의 애매한 상황에서는 결국 민법상의 불법행위에 의하여야 할 것이다. 그렇다면 성과모방을 비롯하여 지식재산권이나 부정경쟁방지법상 포섭되지 않는 경쟁질서 위반행위가 민법상 불법행

62) 손해배상에 대하여 규정하고 있는 부정경쟁방지법 제5조의 성격에 대하여, 민법상의 불법행위로 인한 손해배상청구권을 확인적으로 규정한 특별규정이라고 본다. 정성진, “부정경쟁행위와 불공정거래행위”, 법학논총, 제12권(2000), 국민대학교 법학연구소, 53면.

63) 지식재산과 관련된 사안은 그 성격상 사전적 구제방법인 금지청구권을 행사하는 것이 피해자 보호에 보다 효과적이다. 민법에는 아직 금지청구권을 두고 있지 않으나 불법행위 편에 금지청구권을 규정해야 한다는 견해로는, 김상중, “불법행위에 대한 금지청구권 규정의 신설 제안”, 민사법학, 제55호(2011), 한국민사법학회, 228-230면.

64) 박윤직 편집대표, 민법주해18, 박영사, 2005, 219면.

65) Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 5. Aufl. 2010, §3, Rn. 15.

위로서 성립될 수 있는 요건에 대한 검토가 필요하다. 이하에서는 이 점에 관하여 판례 등을 통하여 좀 더 자세히 살펴보기로 하겠다.

2. 민법상 불법행위로 판단되는 부정한 경쟁행위

1) 불법행위가 성립되기 위한 요건

우리 민법 제750조상의 불법행위는 ① 가해자의 고의 또는 과실, ② 가해자의 책임능력, ③ 가해행위의 위법성, ④ 가해행위에 의한 손해발생 사이의 인과관계가 있으면 성립한다.⁶⁶⁾ 경쟁질서 위반행위가 불법행위로 성립함에 있어서 가장 문제가 되는 점은 가해행위의 위법성 판단일 것이다. 일반적으로 불법행위 요건으로서의 위법성은 가해행위가 사회통념상 용인될 만한 정도를 넘었을 때 인정되는 것으로 “문제가 되는 행위마다 개별적·상대적으로 판단하여야 할 것”⁶⁷⁾이고 결국 침해된 법익의 성질에 의하여 결정되므로⁶⁸⁾ 경쟁질서 위반행위에서 위법성 판단의 구체적 기준이 무엇인가를 밝혀야 한다.

이와 관련하여 우리 대법원 판결에서 관련 사안에 대하여 경쟁질서 위반행위가 민법상 불법행위에 해당함을 인정한 바 있다. 즉 방송사가 방영한 드라마의 인기에 편승하여 관련 캐릭터들을 방송사로부터 허락도 받지 않고 제품화하여 무단으로 판매한 사안에서, 방송사가 방영한 드라마가 방송사가 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물이고 이를 통한 상품화 사업을 타인에게 부여하여 대가를 받는 방식의 영업이익이 법률상 보호할 가치가 있는 이익으로 보았다.⁶⁹⁾ 또한 드라마 관련 상품화 사업을 추진하기 위해 권리자로부터 허락을 받는 것이 거래관행임을 들어 피고 제품의 제조·판매 행위가 각 해당 드라마에 관한 상품화 사업을 통한 영업상의 이익을 침해하는 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위에 해당한다고 하였다.⁷⁰⁾ 판례에 의하면 해당 드라마를 제작한 방송사가 상품화 사업을 수행할 수 있는 배타적 권한을 가진 것으로 보고 방송사의 허락을 구

66) 박윤석 편집대표, 전거서, 179면.

67) 대법원 2003. 6. 27. 선고 2001다734 판결.

68) 지원림, 민법강의, 홍문사, 2009, 1595면.

69) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다20044 판결.

70) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다20044 판결.

하지 않고 무단으로 드라마 캐릭터를 도용하여 제품화하여 판매하는 일련의 행위를 거래관행에 반하는 것으로 위법성을 판단한 것으로 보인다. 이 경우 침해되거나 또는 법률상 보호가치가 있는 이익은 방송사의 상품화 사업 수행 권한을 부여하도록 하는 영업에 관한 이익이라고 보았다. 원심 판결에서는 민법상 불법행위의 성립요건에 관하여 비교적 상세하게 검토하고 있는데, “민법 제750조상의 불법행위는 반드시 저작권 등 실정법에 정하여진 권리가 침해되었을 경우에만 한하지 아니하고, 법적으로 보호할 가치가 있는 이익에 대하여 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 방법으로 침해행위가 이루어진 경우에도 성립된다”⁷¹⁾고 하여 선량한 풍속 기타 사회질서 위반을 위법성 판단기준으로 보여주고 있다. 위법성의 구체적인 판단에 있어서 피침해이익과 침해행위로 나누는 견해⁷²⁾에서는 피침해이익에 관하여는 재산상 이익의 침해와 비재산적 이익의 침해로 나누고, 침해행위의 모습을 통하여는 보통 형벌법규위반과 단속법규위반, 사회질서위반의 세 종류로 나누어 논한다.⁷³⁾ 이러한 기준에서 위 판례의 요건을 검토해보면, 피침해이익은 영업이익이라는 재산상 이익이며, 침해행위는 선량한 풍속 기타 사회질서 위반이다.⁷⁴⁾ 선량한 풍속 기타 사회질서 위반은 곧 대법원 판결에서 나타나듯이 거래관행의 위반을 의미한다고 볼 수 있다. 여기에서 거래관행의 위반으로 인한 사회질서 위반행위로 영업이익을 침해하는 것이 곧 위법성을 징표할 수 있는가가 또한 문제가 될 수 있는데, 판례는 법률상 보호가치가 있는 영업으로 한정함으로써 보호법익을 확정하고 있다.⁷⁵⁾

71) 서울고등법원 2010. 1. 14. 선고 2009나4116 판결.

72) 박윤직 편집대표, 전거서, 210면.

73) 박윤직 편집대표, 전거서, 210면.

74) 위 판례의 사안은 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (자)목에 해당하는지 여부에 관하여 구체적인 디자인에서 실질적인 유사성이 없다고 보아 동법에 의한 위반으로 보지 않고 부정경쟁행위에 의한 민법상의 불법행위에 위반한다는 취지로 판시하고 있다. 원심에서도 저작권법 등 실정법 위반에 의하지 않고 선량한 풍속 기타 사회질서 위반으로 논의를 전개하고 있다.

75) 우리 민법과 달리 구체적 권리에 대한 열거주의를 택하고 영업을 권리로써 구성하여 위법성 여부를 판단하고 있는 독일 불법행위법을 비교해보면 아직 영업이익 침해와 관련한 판례가 많이 축적되지 않은 우리에게 독일 민법상의 지표들이 침해된 영업이 불법행위법상 보호법익이 될 수 있는지를 판단하는데 유용하다는 견해로는 윤태영, 전거논문, 65면. 한편 이 논문에서는 독점규제법이나 부정경쟁방지법의 위법행위유형에서 보듯이, 금지하는 행위가 단순히 영업이라는 보호법익의 측면이 아니라 그 침해행위가 곧 경쟁질서를 교란하기 때문에 금지할 필요가 있다고 하고 있다.

2) 부정한 경쟁행위의 위법성 판단

(1) 판례를 통한 위법성 요건의 검토

부정경쟁행위를 이유로 불법행위가 성립된 판례는 현재 많이 누적되지는 않았지만, 경쟁질서 위반행위에 관하여 특별한 사정을 근거로 위법성을 인정한 하급심 판례가 있으므로 이를 통하여 위법성 기준에 대하여 좀 더 생각해 볼 수 있을 것이다.

이 판례는 성형외과 병원 홈페이지에 게시한 모발이식 전후의 환자 사진과 온라인 상담내용을 다른 성형외과 원장이 무단 도용하여 자신의 홈페이지에 게시한 점에 관하여 원고가 사진과 상담내용에 관한 저작권 침해를 이유로 손해배상을, 예비적으로는 이러한 행위에 관하여 민법 제750조상의 불법행위에 기한 손해배상을 청구한 사안이다. 판례는 해당 사진과 상담내용에 관하여는 창작성을 갖추지 못하여 저작물로 인정하지는 않았으나, 저작권 등 법률상의 권리에 한하지 않고 법적으로 보호가치가 있는 이익이 위법하게 침해될 경우 불법행위를 인정한다는 판시를 하였다.⁷⁶⁾ 또한 부정하게 자신의 이익을 위하여 혹은 타인에게 손해를 줄 목적으로 이용하는 등의 특별한 사정이 있는 경우 위법성이 인정되어 불법행위가 성립된다는 논지를 펴고 있다. 저작권법이나 부정경쟁방지법에 해당하지 않더라도 그 행위태양이 경쟁질서에 반하는 행위로 인정되고 위법성이 인정되면 민법상 불법행위가 성립하는 점은 앞서 논의한 바와 같다. 다만 이 판례에서 주목할 만한 것은 특별한 사정을 들고 있다는 점인데, 경쟁질서 위반행위가 불법행위가 되는 데 있어서 특별한 사정은 위법성을 판단하는 중요한 요소가 될 수 있을 것이다.

한편 위법성 인정 요건에 관하여는 이미 어느 정도 사안이 정리된 일본의 판례 태도가 참고가 될 수 있을 것이다.⁷⁷⁾ 일본의 경우 우리와 같이 부정경쟁행위

76) 서울중앙지법 2007. 6. 21. 선고 2007가합16095 판결. 이 판례는 부정경쟁방지법 제2조 (차)목의 성과모방에 관한 경쟁질서 위반행위 사안은 아니지만, 민법상 불법행위 성립요건으로서의 위법성에 관하여 직접 언급하고 있으므로 관련하여 살펴보고자 한다.

77) 일본은 경쟁질서 위반행위에 관하여 1989년부터(大阪地判平成元年3月8日無体裁集21卷1号93頁, 判時1307号137頁, 判タ700号229頁) 판례가 상당히 많이 축적되어 왔는데, 부정한 경쟁행위가 특별법상의 행위에 해당하지 않는 경우 민법상 불법행위가 성립하는지를 판단해왔다. 原審判決=東京地判

에 있어 개별적·열거적 입법례를 택하고 있는데, 독점규제법이나 부정경쟁방지법으로 규율되지 않는 경우 민법상 불법행위 법리에 의하여 공정한 경쟁질서를 유지하도록 하고 있다. 위법성 판단에 관하여 일본 판례에서 보이는 위법성에 관한 요건을 일반화하여 정리하면 ① 피침해이익의 중요성의 정도(법적 보호의 필요성), ② 침해행위의 위법성의 강약, ③ 피해자가 입은 영업상의 불이익의 정도의 상관관계에 따라서 위법성이 결정된다.⁷⁸⁾ 즉 부정경쟁행위에 대한 위법성은 권리성이 적은 영업이익의 침해에 관해서는 침해행위 혹은 침해자의 주관적 상황의 반사회성, 공서양속위반성이라는 요소에 의하여 판단된다고 볼 수 있는데,⁷⁹⁾ 이 점은 사실상 민법상 불법행위의 위법성을 판단하는 기준과 본질적으로 다르지 않다. 우리나라 판례 역시 불법행위의 요건으로서 위법성을 인정함에 있어 구체적 사안에서 개별적·상대적으로 판단하도록 하고 있으며,⁸⁰⁾ 당해 행위에 의하여 침해된 법익의 성질에 의하여 위법성이 결정되고 있다. 물권이나 인격권과 같은 절대권을 침해하는 행위는 위법한 것으로 평가되지만, 채권과 같은 상대권을 침해하는 경우에는 제3자가 채권의 실현을 방해할 적극적인 의도를 가지고 침해행위를 한 경우에만 위법하게 된다. 또한 피침해법익과 침해행위의 내용·방법 또는 기타 동기나 목적 등의 상관적 관계도 고려된다.⁸¹⁾ 앞서 본 대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다20044 판결이나 서울고등법원 2010. 1. 14. 선고 2009나4116 판결에서 위법성 판단 시 거래관행 위반이나 선량한 풍속 기

昭和54年3月9日無体裁集11卷1号114頁 및 控訴審判決=東京高判昭和58年4月26日判タ495号238頁, 東京高判昭和57年4月28日判時1057号43頁, 判タ499号161頁, 大阪地判平成9年6月24日判タ956号267頁, 横浜地判平成17年5月17日判例集不登載 및 知財高判平成18年3月29日判タ1234号295頁, 京都地判平成元年6月15日判時1327号123頁, 判タ715号233頁, 東京高判平成3年12月17日知的裁集23卷3号808頁, 判時1418号120頁, 東京地終局判平成14年3月28日判タ1104号209頁, 東京地判平成16年3月24日判時1857号108頁, 東京地判平成17年5月17日判時1950号147頁 및 知財高判平成18年3月15日判例集, 東京地判平成15年1月28日判時1828号121頁 등.

78) 이는 일본의 위법성이론에 관한 상관관계설에 따른 것으로 보인다. 松村信夫, “インテリアデザイン”, 小谷悦司·小松陽一郎 編, 意匠・デザインの法律相談, 青林書院, 2006, 120-122면; 차상욱, “저작권법의 보호대상이 되지 않는 지적 성과물의 모방도용행위와 일반불법행위법리의 기능”, 창작과 권리, 통권56호(2009), 112-113면 재인용.

79) 濫谷達紀, “財産的成果の模倣盗用行爲と判例理論”, 判例時報, 1430号(1992. 11), 152-155면; 차상욱, 전개논문, 116면 재인용.

80) 대법원 2003. 6. 27. 선고 2001다734 판결.

81) 지원림, 전개서, 1595-1596면.

타 사회질서 위반으로 경쟁질서 위반행위의 위법성 여부를 판단하고 있는 것도 민법상 불법행위에서의 위법성 판단기준에 의한 것으로 보인다.

우리 하급심 판례⁸²⁾로 다시 돌아와 생각해 보면, 위법성 판단을 할 때 일반적 위법성 판단기준에 부가하여 특별한 사정을 추가한다는 것은 형식 논리적으로는 위법성이 성립될 수 있는 여지를 일견 제한하는 듯하지만, 결국 부정경쟁행위라는 침해행위의 태양의 특수성을 고려하겠다는 의미일 뿐 민법상 불법행위에서의 위법성 기준과 실질적인 차이는 도출하기 어려울 것으로 보인다.

(2) 위법성 판단에 있어 특별한 사정

우리나라는 부정경쟁방지법이나 독점금지법 등 별도의 특별법을 두어 부정한 경쟁행위를 규율하고 있음에도 법이 불명확하거나 적용되는 행위유형을 제한적·열거적으로 규정하는 등의 이유로 이에 해당하지 않을 경우 다시 민법상 불법행위의 성립을 검토하게 된다. 그리고 판례에 따르면 앞서 본 바와 같이 위법성 판단을 하는 과정에서 특별한 사정 등을 들어 불법행위에 해당하는지를 재검토 하게 된다. 애초에 부정경쟁방지법의 입법목적에 따라 경쟁질서를 저해할 수 있는 행위를 대부분 부정경쟁방지법에 의하여 규율하도록 하고, 민법상의 불법행위의 성립은 동법에 해당하지 않는 극히 예외적인 경우에 한하여 그리고 그 위법성 판단은 부정경쟁방지법 상의 행위태양과 동일한 정도의 부정한 수단인지 여부에 의하여 결정될 필요가 있다. 이런 점에서 민법상 불법행위에 의하여 부정경쟁을 판단하고자 하는 판례가 많지 않음은 오히려 당연한 것으로 보인다. 다만 앞서 논의한 바와 같이 비록 하급심이지만 판례에서 위법성 판단의 근거로 들고 있는 특별한 사정을 우리 부정경쟁방지법과 대등한 정도로 실질적으로 시장의 경쟁질서를 심각하게 교란했는지 등을 구체적으로 판단하는 방향으로 살펴보는 것이 보다 적절하다고 본다.

다른 한편으로는 특별한 사정과 관련하여 제3자 채권침해에 관한 논의에서 우리 판례⁸³⁾가 위법성을 판단할 때 법익침해에 대한 고의 이외에 적극적인 배임

82) 서울고등법원 2010. 1. 14. 선고 2009나4116 판결.

83) 대법원 2003. 3. 14. 선고 2000다32437 판결.

의사가 있는지와 선의여부, 불공정 수단을 사용하지는 않았는지 등과 같은 침해자의 주관적 요건까지 검토하고 있는 점에 대하여도 참고해 볼만 하다. 부정경쟁행위로 인한 민법상 불법행위 성립 여부가 문제가 되는 사안에서 주관적 요건이란 결국 해당 하급심 판례가 언급하고 있는 것처럼 경쟁 질서를 해할 목적으로 상대방에게 손해를 가하거나 스스로가 이익을 취할 의사일 것이다. 그리고 이러한 주관성은 객관적 표지에 의하여 징표가 된다. 결국 위법성에 있어서 특별한 사정이라는 판단에 대하여 제3자 채권침해에 관한 판례와 같은 논리를 대입하게 되면, 법정한 객관적 행위만 있으면 그 자체가 위법성에 해당하도록 규정하고 있는 부정경쟁방지법에 비하여 주관적 요소라는 하나의 요건을 추가하게 된다. 하지만 이러한 주관성이라는 점은 다시 객관적인 행위를 통하여 추단되므로 별도로 추가할 요건으로 보기 어렵다.

V. 결론

타인이 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과를 보호하는 것은 지식재산권으로 보호받지 않을 경우 부정경쟁행위로 인정될 경우에만 금지된다. 그리고 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 모든 성과의 무단이용이 부정경쟁행위가 될 수 없다. 독일의 경우 모방행위의 대상은 경쟁적 특성을 지니고 있어야 하며 이러한 모방행위가 부정경쟁행위로 인정되기 위해서는 추가적인 부정경쟁적 요건을 요구하고 있다. 그리고 경쟁적 특성이 강할수록 추가적인 부정경쟁적 요건의 정도는 낮아진다. 이와 비교해보면 현재 우리나라 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목의 성과는 아이디어를 통해 구체화된 경쟁적 특성을 가지는 성과로 제한할 수 있다. 그리고 이러한 경쟁적 특성이 강할수록 공정한 상거래관행이나 경쟁질서에 반해야 한다는 기준은 낮아질 것이다.

그 밖에 성과모방행위가 (차)목에 해당되지 않는다면 민법상 불법행위로 인정될 가능성이 남아 있는데, 이 점은 단순히 (차)목에만 한정되는 것은 아닐 것이다. 일반적으로 민법 제750조상의 불법행위 판단과 마찬가지로 침해된 법익과 침해행위의 상관적 관계에 의하여 구체적인 사안에서 개별적으로 판단하게

되는 것이다. 이는 판례에서 보는 바와 같이 거래관행을 위반하거나 선량한 풍속 기타 사회질서 위반이 있으면 위법성이 인정되는 것으로 생각할 수 있다. 부정경쟁방지법이 경쟁질서 위반행위를 모두 규율하고 있지 않고, 동법상의 열거된 행위유형에 포섭되지는 않지만 해당 행위가 손해를 가한 경우에 비로소 민법상 불법행위로서 판단하게 된다. 이러한 점을 감안하여 볼 때, 그 위법성 판단은 부정경쟁방지법상의 행위태양에 대한 판단과 비슷한 수준으로 하게 될 것이다. 즉 하급심 판결에서 특별한 사정을 언급한 바와 같이 당해 행위가 실질적으로 시장의 경쟁 질서를 심각하게 교란하는 것인지 등의 구체적인 제반 사정을 고려하여 위법성을 판단하게 되는 것이다. 그러므로 부정경쟁방지법을 두어 경쟁질서 위반행위에 관한 별도의 규정을 둔 입법 취지에 따라 경쟁질서 위반행위를 전반적으로 포섭할 수 있도록 앞으로 부정경쟁방지법 조항의 정비와 보완이 필요할 것이라 생각된다.

참고문헌

〈국내 단행본〉

- 곽윤직 편집대표, 민법주해18, 박영사, 2005.
 나종갑, 미국상표법연구, 개정판, 한남대학교 출판부, 2006.
 윤선희 · 김지영, 부정경쟁방지법, 법문사, 2012.
 지원림, 민법강의, 홍문사, 2009.

〈국내 학술지〉

- 김상중, “불법행위에 대한 금지청구권 규정의 신설 제안”, 민사법학, 제55호 (2011), 한국민사법학회.
 박성호, “부정경쟁방지법에 의한 상품형태보호”. 산업재산권, 제23호(2007).
 ———, “부정경쟁행위에 대한 손해배상책임 법리의 고찰” 한양법학, 제42호 (2013).
 박윤석, “법률위반과 부정경쟁행위”, 지식재산연구, 제8권 제1호(2013).
 안원모, “상품형태의 보호”, 산업재산권, 제19호(2006).
 윤태영, “경쟁질서 위반행위에 대한 불법행위책임”, 경제법연구, 제5권 제2호,

(2006).

임상민, “지적재산법상 보호되지 아니하는 지적성과물에 대한 무단이용과 일반불법행위의 성부”, 저스티스, 제132호(2012).

정봉현, “부정경쟁방지법에 의한 상품형태의 보호”, 산업재산권, 제37호(2012).

정성진, “부정경쟁행위와 불공정거래행위”, 법학논총, 제12권(2000), 국민대학교 법학연구소.

차상욱, “저작권법의 보호대상이 되지 않는 지적 성과물의 모방도용행위와 일반 불법행위법리의 기능”, 창작과 권리, 통권 제56호(2009).

〈해외 단행본〉

小野昌延, 新・註解 不正競争防止法, 上巻, 青林書院, 2007.

Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 17. Aufl. C.H.Beck, 1993.

Piper/Obly/Sosnitzka, UWG, 5. Aufl. C.H.Beck, 2010.

Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl. C.H.Beck, 2013.

Study on the Imitation of Other's Achievements

Yunseok, Pak & Haesun, Pak

Abstract

Some achievements which is not protected by intellectual property should be used by the general public. When a new bag comes into the market and the bag shape is not protected by copyright, trademark, design etc., it is free for everyone to imitate the bag which first moved to market. Only if the imitation could be regard as unfair competition, this imitation should be prohibited. So, imitation requires certain circumstances to be recognized as unfair competition.

Unfair Competition Prevention Act(UCPA) which came into force in January.31.2014. provides that imitation of other's achievements which is made by his cost and labor is unfair competition, if the imitation is identical to means of against public oder or fair trade oder. It could not be exactly judged the scope of the achievements which is copied by imitator. We need to determine the standard of the achievements.

First, idea should be excluded from those. Second, those included includes intangible or material thing. Third, the achievement should require a competitive individuality(Wettbewerbliche Eigenart) which is used in German Law. That notion combines elements of individual character(as design law) with some (usually modest) degree of market recognition for example, attractive aesthetic figuration or technical trait

etc. This notion can be a great help to define the scope of the achievement which is regulated by UCPA).

If judging whether unfair competition including imitation is recognized as a tort on Civil Act, we should decide an illegality in the same degree with unfair competition of UCPA. Actually this is not much different from tort on Civil Act. But lower court case ruled certain circumstances as the standard judgement of an illegality. In this case there is the necessity to judge a concrete situation whether this unfair competition disturbs the market order.

Keywords

imitation, competitive originality, illegality, certain circumstances, unfair competition.