
부정경쟁방지법상 트레이드 드레스 보호제도 고찰*

—중국과 한국의 보호법제 비교를 중심으로—

정 일 남(丁一男)**

- I. 서 론
- II. 중국의 반부정당경쟁법(反不正当竞争法)에 의한 보호
 - 1. 반부정당경쟁법 제2조에 의한 보호
 - 2. 반부정당경쟁법 제5조 제2항에 의한 보호
- III. 한국의 부정경쟁방지법에 의한 보호
 - 1. 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목
 - 2. 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (자)목
 - 3. 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목
- IV. 한국과 중국의 트레이드 드레스 보호제도 비교
 - 1. 개별조항에 의한 보호
 - 2. 일반조항에 의한 보호
- 3. 소 결

* 이 글은 특허청의 공식 입장과는 무관한 저자의 개인적 견해를 밝힌다.

** 특허청 서기관, 변리사, 중국인민대학교법학원(中国人民大学法学院) 박사과정(博士研究生).

초 록

중국과 한국은 트레이드 드레스를 상표법상 입체상표제도와 부정경쟁방지법에 의해 보호하고 있다. 그중 양국의 부정경쟁방지법을 대상으로 트레이드 드레스의 보호요건을 비교·검토하고, 우리나라 보호규정이 트레이드 드레스를 전면적으로 보호할 수 있는지 보호대상의 관점에서 고찰하였다.

중국의 트레이드 드레스 보호규정인 반부정당경쟁법 제2조와 제5조 제2항은 우리나라 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목, (가)목과 유사하지만, 중국 학설과 판례가 일반조항으로 보고 있는 제2조는 일반조항이라고 보기에는 무리가 있으며, 개별조항인 중국의 제5조 제2항은 우리나라의 (가)목과 주지성을 요하는 대상과 보호범위, 기능성 관련 규정 유무에서 차이가 있다. 중국은 우리나라 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (자)목과 같은 ‘상품형태의 모방금지’ 규정이 없어 트레이드 드레스 보호에 미흡한 면이 있다.

우리나라의 트레이드 드레스 보호는, 상품형태 등을 보호하는 (가)목·(자)목과 보충적 일반조항의 형태로 보호하는 (차)목으로 나뉘어 이분법적인 보호를 하고 있다. 따라서 부정경쟁방지법 내에서 트레이드 드레스의 출처에 대한 오인·혼동이 발생하는 것을 부정경쟁행위의 한 유형으로 규정하는 등 이를 명문화하여 법적 안정성을 도모하는 것이 필요하다.

주제어

신지식재산권, 트레이드 드레스, 중국 반부정당경쟁법, 일반조항, 개별조항

I. 서 론

트레이드 드레스(Trade Dress)는 ‘상품이나 서비스의 전체적인 이미지와 총체적인 외형·느낌’ 또는 ‘구성요소의 총체’를 의미하는 것으로,¹⁾ 미국 판례법을 통해 그 보호와 개념이 정착된 지식재산영역의 새로운 권리로 미국의 경우 연방 상표법(Lanham Act)상 등록상표로서 보호가 가능하며, 미등록 트레이드 드레스도 1999년 연방 상표법 제43조(a)(3)의 신설에 의하여 연방 법에 의해 보호하고 있다.²⁾

우리나라가 「상표법」과 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」(이하 ‘부정경쟁방지법’이라 한다.)에 의해 트레이드 드레스를 보호하는 것과 같이 중국도 트레이드 드레스를 명시적, 독자적으로 보호하는 규정은 존재하지 않으나 「상표법」과 「반부정당경쟁법」(反不正当竞争法, 우리나라 부정경쟁방지법에 해당함)에서 요구하는 일정한 요건들을 만족시킬 경우 보호가 가능하다. 상표법과 부정경쟁방지법은 모두 경쟁법의 일종으로서 표지에 화체된 신용을 보호하고 이러한 신용에 무임승차(free-ride)하려는 부정한 경쟁행위를 방지하고자 하는 법률들인 점에서 그 기본원리가 같기 때문에³⁾ 트레이드 드레스의 특성상 상기 두 개의 법률에 의해 보호하고 있다.

트레이드 드레스 보호에 있어서 상표법과 부정경쟁방지법이 아닌 지식재산권법 중 다른 법률에 의한 보호를 고려해 볼 수 있다. 우선 디자인보호법은 물품의 외적·시각적 형태를 그 보호대상으로 하는 점에서 상품형태나

1) 중국에서 ‘트레이드 드레스(중국에서는 ‘商业外观’이라고 한다.)’란 상업적인 장식으로 일반적으로는 유형적인 상품의 표지, 포장, 상품자체의 외형과 그 디자인을 말하며, 이러한 것들의 전체적인 종합적인 형상을 말한다. (商业外观, 又译为商业装饰, 一般通常认为是指有形商品的标签、包装和产品本身的外形或外观设计, 以及由这些要素所组成的总体形象.); 吕强, “中国商业外观的特征及法律保护”, 山西省政法管理干部学院学报, 2008年第3期, 46면.

2) 김관식, “애플사 대 삼성전자 사건에 비추어 본 트레이드드레스의 법적 보호—한국과 미국에서의 보호요건의 비교를 중심으로”, 『산업재산권』, 제39호(2012), 325면.

3) 송영식·이상정·황중환·이대희·김병일·박영규·신재호 공저, 『지적소유권법(하)』, 육법사, 2008, 268면.

상품의 외장, 외관을 보호대상으로 하는 트레이드 드레스와 유사하지만, 기본적으로 신규성, 창작성의 비용이성 등의 실체적 요건에 대한 심사를 통해서 보호를 받기 때문에, 식별력의 존재만을 주된 요건으로 하는 트레이드 드레스 특성상 보호가 제한적이고 보호대상도 한정적이다. 저작권법상의 응용미술저작물도 고려할 수 있으나, 창작성 등 저작물의 성립요건을 요구한다는 점에서 디자인보호법과 동일하게 제한적이라고 할 수 있다. 특허법에 의한 보호는 비기능적이어야 함을 요하는 트레이드 드레스 특성상 ‘기능성 원리(Doctrine of Functionality)’에 의해 보호가 어렵다. 따라서 상품 등의 출처를 표시하고 식별하기 위해서 사용되는 트레이드 드레스의 특성상, 상표법과 부정경쟁방지법에 의해 보호하고 있는 것이다.

트레이드 드레스에 대해 중국기업과 학계가 관심을 가지게 된 계기는, 2004년에 중국기업이 미국과 중국에서 각각 미국회사에 의하여 트레이드 드레스에 관한 소송을 겪으면서 알려지게 되었다. 2004년 미국의 문구기업 Sanford사는 미국에 수출된 마크펜(markpen)이 자사의 상표권과 트레이드 드레스를 침해하였음을 이유로 ITC(미국 국제무역위원회)에 12개 회사를 고소하였는데 피고 중에는 중국 Ningbo Befa(宁波贝发)회사를 포함한 4개의 중국기업도 포함되어 있었다. 같은 해에는 미국의 제너럴모터스(General Motors Corporation)사가 중국의 지식재산권행정집행기관에 안휘성의 치웨이(CHERY(奇瑞) AUTOMOBILE CORPORATION LIMITED)사가 자사의 트레이드 드레스, 특허권, 상업비밀을 침해하였다고 고소한 것이다.⁴⁾ 그 이후 중국에서는 세계 시장의 글로벌화, 중국에 진출하는 글로벌 기업의 증가, 시장경쟁의 디자인경쟁으로의 전환 등으로 인하여 트레이드 드레스와 관련된 분쟁과 관심이 증가하고 있다.

중국은 2001년 상표법상 입체상표 제도를 도입하여 트레이드 드레스를 등록에 의해 보호하고 있다. 입체상표로 등록받기 위해서는 중국 상표법 제9조 제1항에서 “현저한 특성이 있어야 하고 식별력이 있어야 함”을 요구하고

4) 叶若思, 『商业外观研究』, 法律出版社, 2010, 2면.

있으며,⁵⁾ 동법 제12조에서 기능적인 표장에 대해서는 상표 등록을 불허하고 있다.⁶⁾ 우리나라도 역시 상표법 제33조 제1항 및 제2항에서 식별력을 요구하고 있고, 동법 제34조 제1항 제15호에서 비기능적이어야 할 것을 요구하고 있어 등록요건에 있어서는 기본적으로 동일하다. 다만 세부적인 판단기준 및 방법에 있어서 중국의 「상표심사 및 심리기준」에서는 입체상표의 식별력 및 기능성 여부에 대한 판단기준과 방법 등이 우리나라 심사기준에 비해 구체적이지 않아서 심사관의 재량이 개입될 여지가 많고, 입체상표의 식별력 판단기준은 아직 완벽하고 효율적인 기준을 정하지 못하고 있으며, 법원의 입장도 통일되지 않고 있는 것 같다.⁷⁾

미등록 트레이드 드레스는 중국의 반부정당경쟁법 제2조와 제5조 제2항을 통해 보호하고 있다. 동법 제2조는 일반조항의 성격을 가지고 있으며, 제5조 제2항은 우리나라 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목 및 (자)목과 유사한 개별조항이라고 볼 수 있다. 1993년 법제정 당시⁸⁾부터 일반조항 및 개별조항을 반부정당경쟁법에 함께 규정하고 있다. 중국 법률의 특징 중 하나는 법률의 내용이 구체적이지 못하고 기본적인 내용만 규정하고 있다는 것이다. 따라서 이를 보완하기 위해 행정법규와 사법해석을 두어 운영하고 있다. 특히 트레이드 드레스 보호와 관련해서는 반부정당경쟁법을 보완하기 위해 i) 중국 공상행정관리총규⁹⁾에서 1995년에 제정한 「지명상품(知名商品)¹⁰⁾ 특

5) 중국 상표법 제9조 제1항: 상표등록 출원을 한 상표는 현저한 특성이 있어야 하고 식별이 용이하여야 하며, 타인이 먼저 취득한 합법적 권리와 충돌하여서는 아니 된다.; 申请注册的商标, 应当有显著特征, 便于识别, 并不得与他人先取得的合法权利相冲突.

6) 중국 상표법 제12조: 입체상표출원은 상품자체의 성질에 의한 형상, 기술적 효과를 획득하기 위하여 필요한 상품의 형상, 상품의 본질적 가치를 갖게 하기 위한 형상은 등록받을 수 없다.; 以三维标志申请注册商标的, 仅由商品自身的性质产生的形状、为获得技术效果而需有的商品形状或者使商品具有实质性价值的形状, 不得注册.

7) 冯术杰, “论立体商标的显著性认定”, 『法学』, 第6期(2014), 42면.

8) 반부정당경쟁법 제정 이후 처음으로 개정작업을 진행 중이며, 2016년 2월 25일 반부정당경쟁법 개정안을 발표했다; 개정안은 현행법 5장(총칙, 부정경쟁행위, 감독 검사, 법적 책임, 부칙) 총 33개 조문 중 30개 조문에 대해 개정하였으며, 그중 삭제된 조문은 7개, 신설한 조문이 9개로, 총 35개의 조문으로 새로이 구성되었다. 2016년 11월 23일 중국 국무원 상무회의에서 개정안이 통과되었으며, 현재 전국인민대표대회 상무위원회에 회부되어 심의중이다.

유의 명칭, 포장, 장식을 모방하는 부정경쟁행위 금지에 관한 규정」(이하 ‘행정법규’라 한다.)¹¹⁾과, ii) 최고인민법원에서 2007년에 제정한 「최고인민법원의 부정경쟁행위 민사사건의 심리에 대한 법률 적용에 관한 몇 가지 해석」(이하 ‘사법해석’이라 한다.)¹²⁾을 두고 운영하고 있다. 따라서 중국의 트레이드 드레스 보호제도를 검토하기 위해서는 반부정당경쟁법 제2조, 제5조 제2항 이외에 상기의 행정법규와 사법해석도 함께 검토해야 한다.

우리나라는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목, (자)목 및 (차)목을 통해 트레이드 드레스를 보호하고 있다. (가)목은 “국내에 널리 인식된 타인의 상품의 용기·포장과 타인의 상품임을 표시한 표지”를, (자)목은 “타인이 제작한 상품의 형태”를 보호대상으로 하고 있다. 2013년에 신설된 (차)목은 보충적 일반조항의 성격을 가지고 (가)목과 (자)목으로 보호가 불가능한 그 이외의 것을 보호하고 있으나, 일정한 한계가 있다.

이에 본 논문은 트레이드 드레스 보호제도 중 상표법상 입체상표 제도는 별론으로 하고, 부정경쟁방지법을 중심으로 중국의 트레이드 드레스 보호규정과 우리나라의 보호규정에 대해 보호요건을 중심으로 비교·검토하고, 우리나라 보호규정이 트레이드 드레스를 전면적으로 보호할 수 있는지 보호대상의 관점에서 고찰하고자 한다.

9) 중국의 상공(商工)시책을 총괄·감독하는 국무원 직속기구로 독점거래·부정경쟁방지·소비자보호·시장질서유지·기업등기 및 상표 등에 관한 업무를 주관하는 곳이며, 상표국과 상표평심위원회(상표심판원)가 소속되어 있다.

10) ‘知名商品’은 우리나라의 주지상품 정도의 저명도를 가진 상품을 의미하며, 우리나라의 저명상품에 해당하는 중국의 치명상품(馳名商品)보다는 저명도가 낮다.

11) 关于禁止仿冒知名商品特有的名称、包装、装潢的不正当竞争行为的若干规定, 工商行政管理总局令第33号.

12) 最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释, 法释[2007]第2号.

II. 중국의 반부정당경쟁법(反不正当竞争法)에 의한 보호

1. 반부정당경쟁법 제2조에 의한 보호

(1) 반부정당경쟁법 제2조 제1항·제2항의 의의

중국 반부정당경쟁법 제2조 제1항 및 제2항에서 “경영자는 시장거래에서 자기의사(自願)·공평·평등·신의성실 원칙과 일반적으로 인정되는 상업도덕을 준수해야 하며,”¹³⁾ “이 법에서 부정경쟁행위란 경영자가 이 법의 규정에 위반하여 기타 경영자의 합법적 권익에 손해를 입히거나, 사회경제질서를 문란하게 하는 행위를 말한다.”¹⁴⁾라고 규정하고 있다.

동법 제2조의 성격을 일반조항으로 볼 것인지, 보충적 조항으로 볼 것인지에 대해서 중국 학계에서 논의가 있다. 다수 의견은, 현재의 반부정당경쟁법은 부정경쟁행위를 제5조 내지 제15조에서 제한적으로 열거하고 있을 뿐이고, 기술의 발전과 시장의 변화에 따라 날로 다양해지는 새로운 유형의 부정경쟁행위에 대처하기 위해서는 동 조항을 일반조항으로 해석하여 적용하여야 하며, 따라서 동법 제5조 내지 제15조에 열거되지 않은 부정경쟁행위이지만, 신의성실원칙과 상업도덕을 준수하지 않는 등의 부정경쟁행위에 해당하면 제2조 제1항에 의해 규율이 가능하다고 한다.¹⁵⁾ 그러나 제2조 제2항에서 “경영자가 이 법의 규정에 위반하여…”라는 표현에 비추어 볼 때, 동법 제5조 내지 제15조에서 열거된 부정경쟁행위에만 적용해야 한다며 그 범위를 좁게 보는 견해도 있다.¹⁶⁾

중국 최고인민법원은 일반조항의 지나친 확장해석으로 인해 시장경쟁 질

13) 중국 반부정당경쟁법 제2조 제1항: 经营者在市场交易中, 应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则, 遵守公认的商业道德.

14) 중국 반부정당경쟁법 제2조 제2항: 本法所称的不正当竞争, 是指经营者违反本法规定, 损害其他经营者的合法权益, 扰乱社会经济秩序的行为.

15) 孔祥俊, 『反不正当竞争法的创新性适用』, 中国法制出版社, 2014, 93면.

16) 王先林, 『竞争法学』, 中国人民大学出版社, 2013, 96면.

서가 위축되고 법적 안정성을 저해할 우려를 방지하기 위해 일반조항의 적용범위를 엄격하게 보고 있다. 즉, 반부정당경쟁법 제2조 제2항의 일반조항이 단독으로 적용되기 위해서는 동법 제2조 제1항 신의성실원칙의 기준도 함께 고려해야 한다고 한다.¹⁷⁾ 그러나 일부판결에서는 반부정당경쟁법 제5조 내지 15조에서 규정하고 있는 부정경쟁행위와는 달리, 예상할 수 없는 행위에 대해 기존 법률로 포섭할 수 없는 유형의 행위에 대해서만 보충적으로 적용할 수밖에 없는 규정으로 봄이 상당하다고 해석하는 경우도 있다.¹⁸⁾

트레이드 드레스가 동법 제2조 제2항의 일반조항에 의한 보호를 받기 위해서는 i) 경영자가, ii) 이 법의 규정에 위반하여, iii) 타인의 합법적 권익에 손해를 입히거나 사회경제질서를 문란하게 하는 행위이어야 한다.

(2) 제2조 제2항의 적용요건

1) ‘경영자’의 의미

동법 제2조 제2항의 적용을 받기 위한 부정경쟁행위의 주체는 경영자이다. 동법 제2조 제2항에서는 “경영자가 이 법의 규정에 위반하여 …” 라고 하여 주체를 명시하고 있는데, 경영자의 범위를 어떻게 볼 것인지에 대해서는 중국 학계에서 논의가 있었다. 동법 제2조 제3항에서는 “경영자란, 상품경영 또는 영리성 서비스 업무(상품에는 서비스 업무를 포함)에 종사하는 법인, 법인이 아닌 단체와 개인”¹⁹⁾이라고 명시하고 있지만, 비영리성 서비스를 제공하

17) 중국 최고인민법원, 2009, 民申字第1065号: 제2조 제2항의 일반조항을 적용하기 위해서는 ① 반부정당경쟁법에 정해진 행위 유형이 없지만, ② 해당 경쟁행위가 확실히 신의성실 원칙과 공인된 상업도덕을 위반한 부당성 혹은 법적 책임이 있고, ③ 경영자의 합법적 권익이 확실하게 해당 경쟁행위로 인해 손해를 입은 경우에 한하여 독립적으로 엄격하게 적용될 수 있다.: 适用反不正当竞争法第二条的原则规定认定构成不正当竞争应当同时具备以下条件: 一是法律对该种竞争行为未作出特别规定, 二是其他经营者的合法权益确因该竞争行为而受到了实际损害, 三是该种竞争行为因确属违反诚实信用原则和公认的商业道德而具有不正当性或者说可责性; 对于竞争行为尤其是不属于反不正当竞争法第二章列举规定的行为的正当性, 应当以该行为是否违反了诚实信用原则和公认的商业道德作为基本判断标准; 在反不正当竞争法中, 诚实信用原则主要体现为公认的商业道德; 商业道德所体现的是一种商业伦理, 是交易参与者共同和普遍认可的行为标准, 应按照特定商业领域中市场交易参与者即经济人的伦理标准来加以评判.

18) 王先林, 『竞争法学』, 中国人民大学出版社, 2013, 96면.

는 법인이나 조직, 또는 상품을 생산하는 자도 부정경쟁행위를 유발하는 경우가 점차 많아지고 있다. 최고인민법원도 “반부정당경쟁법 제2조 제3항에 규정된 경영자는 동법 제1조에 명시된 입법 목적과 함께 종합적으로 이해되어야 하는바, 반부정당경쟁법의 입법목적은 공평한 시장경쟁 질서를 유지하는데 있으므로 모든 시장경쟁의 주체는 반부정당경쟁법상의 경영자에 해당한다. 따라서 반부정당경쟁법 제2조 제3항에서의 경영자는 전통 시장에서의 상품 경영자나 영리성 서비스 제공자로 한정하지 않고, 영업허가증을 발급받은 경영자로도 한정되지 않는다.”²⁰⁾고 하여 그 범위를 넓게 보고 있다. 최근 동법 개정안에서는 이를 반영하여 “상품의 생산 및 경영, 서비스(이하 상품에는 서비스를 포함한다)에 종사하거나 참여하는 자연인, 법인, 기타조직”으로 경영자의 범위를 확대시켜²¹⁾ 중국반독점법(反壟斷法)상의 경영자의 정의와 일치시켰다.²²⁾²³⁾

2) ‘이 법의 규정에 위반하여’에 대한 해석

중국 반부정당경쟁법상 부정경쟁행위란 “이 법의 규정에 위반하여” 타 경영자의 합법적 권익에 손해를 입히거나, 사회경제질서를 문란하게 하는 행위²⁴⁾를 말하는데, “이 법의 규정에 위반하여”의 의미에 대해 중국 다수설과 판례는 제2조 제2항에서 의미하는 것은 제5조부터 제15조까지 열거된 구체적인 부정경쟁행위 유형뿐만 아니라 제2조 제1항의 신의성실 원칙조항 위반

19) 중국 반부정당경쟁법 제2조 제3항: 本法所称的经营者, 是指从事商品经营或者营利性服务(以下所称商品包括服务)的法人、其他经济组织和个人。

20) 중국 최고인민법원, 2010, 民提字第113号 판결.

21) 중국 반부정당경쟁법 개정안(2016.2.25) 제2조 제3항: 本法所称的经营者, 是指从事或者参与商品生产、经营或者提供服务(以下所称商品包括服务)的自然人、法人和其他组织。

22) 중국 반독점법 제12조 제1항: 本法所称经营者, 是指从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和其他组织。

23) 이번 개정안에서는 제14조에 “경영자는 타인의 합법적인 권익을 침해하여 시장 질서에 혼란을 가하는 부정경쟁행위를 하면 안 된다. 전항에서 의미하는 기타 부정경쟁행위는 국무원 공상행정관리 부분에서 지정하도록 한다.”는 보칙조항을 새롭게 신설하였다.

24) 중국 반부정당경쟁법 제2조 제2항: 本法所称的不正当竞争, 是指经营者违反本法规定, 损害其他经营者的合法权益, 扰乱社会经济秩序的行为。

도 포함된 것으로 보아 부정경쟁행위를 넓게 해석하고 있다.²⁵⁾

3) ‘합법적 권익’의 의미

합법적 권익은 부정경쟁행위를 금지하여 보호할 만한 가치가 있는 경제적 인 유형 또는 무형의 이익을 통틀어서 의미하는 것으로, 영업상 이익으로의 유형적 이익뿐만 아니라 명성, 신용, 고객에 대한 이미지, 영업상 정보 데이터나 비즈니스 모델 등의 무형적 이익도 포함된다. 즉, 상업 거래의 기회 또는 경쟁 우위를 가져오는 모든 요소까지 포함하여 넓게 해석하고 있다.²⁶⁾ 예를 들어, 중국 법원은 “피침해자는 위와 같은 데이터베이스를 형성하기 위하여 상당한 노력과 비용을 투여하였고, 형성된 데이터베이스는 피침해자에게 이익과 경쟁우위를 가져올 수 있으므로, 피침해자는 데이터베이스에 대해 합법적 권익을 가진다.”고 판시한 바 있다.²⁷⁾

2. 반부정당경쟁법 제5조 제2항에 의한 보호

(1) 제5조 제2항의 의의

중국 반부정당경쟁법 제5조 제2항은 “지명상품(知名商品) 특유의 명칭·포장·장황²⁸⁾을 무단으로 사용²⁹⁾하거나 또는 지명상품과 유사한 명칭·포장·표장을 사용하여 타인의 지명상품과 혼동을 유발하여 구매자로 하여금 당해 지명상품인 것처럼 오인을 일으키게 하는 행위³⁰⁾를 부정경쟁행위의

25) 王先林, 『竞争法学』, 中国人民大学出版社, 2013, 103-104면.

26) 중국 최고인민법원, 2009, 民申字第1065号 판결.

27) 上海市第二中级人民法院, 2012, 沪二中民五(知)初字第130号.

28) 중국어로는 ‘装潢(장황)’이며, 우리말로는 ‘장식’의 의미이다.

29) 중국 반부정당경쟁법 제5조 제2항의 ‘사용’의 지역적 범위는 중국 국경 내를 의미한다. 중국최고인민법원, 「부정경쟁 민사사건의 심리에 대한 법률 적용에 관한 몇 가지 해석」 제7조; 在中国境内进行商业使用, 包括将知名商品特有的名称、包装、装潢或者企业名称、姓名用于商品、商品包装以及商品交易文书上, 或者用于广告宣传、展览以及其他商业活动中, 应当认定为反不正当竞争法第五条第(二)项、第(三)项规定的“使用”.

30) 중국 반부정당경쟁법 제5조 제2항; 擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢, 或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢, 造成和他人的知名商品相混淆, 使购买者误认为

하나의 유형으로 규정하고 이를 금지하고 있다. 동 조항 중 ‘지명상품 특유의 명칭·포장·장황’은 상품·서비스의 식별력이 있고 비기능적인 트레이드 드레스를 구성하는 것으로서 입체상표 제도 이외에 명시적으로 트레이드 드레스를 보호하는 유일한 조항이다.

(2) 제5조 제2항의 적용요건

1) 지명상품(知名商品)

중국 반부정당경쟁법 제5조 제2항에 의해 금지되는 트레이드 드레스 침해 행위는 구매자로 하여금 ‘지명상품(知名商品)’과의 오인·혼동을 유발하는 모방행위이다. 행정법규 제3조 제1항에서 “지명상품(知名商品)이란 시장에서 일정한 지명도가 있어 관련 공중이 익숙하게 알고 있는 상품”³¹⁾이라고 정의하고 있으며, 동법 제5조 제2항의 ‘지명상품’의 ‘상품’에는 ‘서비스’도 포함하고 있다.³²⁾ 지명상품 여부의 판단은 사법해석 제1조에 의해 “당해 상품의 판매기간, 판매지역, 판매금액, 판매대상, 광고·선전기간·범위 등을 고려하여 종합적으로 판단”³³⁾한다. 따라서 중국 내에서 일정한 시장 지명도를 가지고 관련 공중에 잘 알려져 있는 상품은 지명상품(知名商品)으로 인정된다. 다만, 중국 내에서 유명해야 한다고 해서 중국 내 전국적인 범위 내에서 유명하다는 것을 의미하지는 않고, 전국이 아닌 일정 지역 내의 시장에서 지명도가 있더라도 지명상품에 해당한다.³⁴⁾ 소송에서 반부정당경쟁법에 의하여 지명상품의 명칭·포장·장황의 보호를 요구하는 원고는 상품의 시장 지명성에 대한 입증책임을 져야 한다.³⁵⁾

是该知名商品.

31) 중국 공상행정관리총국, 「지명상품의 특유한 명칭, 포장, 장식을 모방하는 부정경쟁 행위 금지에 관한 규정」 제3조 제1항; 本规定所称知名商品,是指在市场上具有一定知名度,为相关公众所知悉的商品.

32) 중국 반부정당경쟁법 제2조 제3항.

33) 중국 최고인민법원, 「부정경쟁 민사사건의 심리에 대한 법률 적용에 관한 몇 가지 해석」 제1조; 人民法院认定知名商品,应当考虑该商品的销售时间、销售区域、销售金额和销售对象,进行任何宣传的持续时间、程度和地域范围,作为知名商品受保护的情况等因素,进行综合判断.原告应当对其商品的市场知名度负举证责任.

34) 王先林,『竞争法学』,中国人民大学出版社,2013,122면.

2) 특유(特有)한 명칭(名称) · 포장(包装) · 장황(装潢)

중국 반부정당경쟁법 제5조 제2항에 의한 보호대상은 ‘특유한 명칭 · 포장 · 장황’이다. ‘포장’이란 행정법규 제3조 제4항에서 “상품을 식별하고 운송과 저장에 편리하게 하기 위하여 상품에 사용하는 보조물과 용기”³⁶⁾라고 정의하고 있으며, ‘장황(装潢)’이란 일반적으로 물품의 장식 또는 장식물품을 의미하나 동법 제5조 제2항에서는 식별기능이 가미되어, “상품을 식별하고 아름답게 하기 위하여 상품 또는 상품 포장에 부가한 문자, 도안, 색채 및 이들의 조합”³⁷⁾이라고 행정법규 제3조 제5항에서 명확히 하고 있다. 이러한 법적 의미의 장황도 물품으로서의 ‘상품’에 국한되어 ‘서비스’에 대한 트레이드 드레스를 보호할 수가 없었으나, 2007년 시행한 사법해석 제3조³⁸⁾에서 “경영자의 영업장소의 장식, 영업용 도구의 스타일, 직원의 복장 등으로 구성된 독특한 풍격의 총체적인 영업 이미지”도 제5조 제2항의 ‘장황’으로 인정하였다. 그러므로 동법 제5조 제2항의 장황은 상품 또는 상품 포장의 식별력 있는 장식뿐만 아니라 영업장소의 장식, 영업도구의 스타일, 직원의 복장 등으로 구성된 독특한 풍격의 총체적인 이미지도 포함된다. ‘상품의 장황’이란 상품의 표면에 문자, 도안, 색채 및 그들의 배열조합으로 구성된 장식을 포함할 뿐만 아니라 상품자체의 형상, 구조로 구성된 즉, 상품자체에 내재되어 상품의 본체에 속하나 장식 작용이 있는 전체적 또는 국부적 외관의 구조 등도 포함할 수 있다.³⁹⁾

35) 중국 최고인민법원, 「부정경쟁 민사사건의 심리에 대한 법률 적용에 관한 몇 가지 해석」 제1조; 原告应当对其商品的市场知名度负举证责任.

36) 중국 공상행정관리총국, 「지명상품의 특유한 명칭, 포장, 장식을 모방하는 부정경쟁행위 금지에 관한 규정」 제3조 제4항; 本规定所称包装, 是指为识别商品以及方便携带、储运而使用在商品上的辅助物和容器.

37) 중국 공상행정관리총국, 「지명상품의 특유한 명칭, 포장, 장식을 모방하는 부정경쟁행위 금지에 관한 규정」 제3조 제5항; 本规定所称装潢, 是指为识别与美化商品而在商品或者其包装上附加的文字、图案、色彩及其排列组合.

38) 중국 최고인민법원, 「부정경쟁 민사사건의 심리에 대한 법률 적용에 관한 몇 가지 해석」 제3조; 由经营者营业场所的装饰、营业用具的式样、营业人员的服饰等构成的具有独特风格的整体营业形象, 可以认定为反不正当竞争法第五条第(二)项规定的“装潢”.

39) 중국 최고인민법원, 2010, 民提字第16号 판결.

여기서 주의해야 할 것은 지명상품(知名商品)의 단순한 명칭이나 포장·장황이 아니라 지명상품의 '특유(特有)한 명칭·포장·장황'이어야 한다. '특유성'이란 '상품출처의 현저한 특징'을 의미하는 것으로 상표법상 자타상품 식별력을 의미한다. 따라서 사법해석 제2조 제1항 및 제2항에서는 i) 보통명칭, ii) 기술적 포장, iii) 기능적 포장, iv) 기타 식별력이 없는 상품의 명칭·포장·장황은 동법 제5조 제2항의 '특유한 명칭·포장·장황'에 해당하지 않으며,⁴⁰⁾ 다만, 기능적 포장을 제외하고 보통명칭, 기술적 포장 등이 사용에 의해 현저한 특징을 취득하였다면 동법 제5조 제2항의 '특유(特有)한 명칭·포장·장황'에 해당함을 규정하고 있다.⁴¹⁾ 따라서 지명상품의 포장·장황을 구성하는 문자, 도안, 형상 및 그들의 조합이 당해 상품에 보통명칭이나 기술적 포장이 아닌 독창성이 가미되거나 사용을 통해 이차적인 식별력을 획득했다고 인정되는 경우에는 지명상품의 '특유한 명칭·포장·장황'으로 인정된다. 다만, 지명상품의 특유한 명칭·포장·장황 중에 포함된 해당상품의 보통명칭, 도형, 규격의 표지 또는 상품 품질, 주원료, 기능, 용도, 중량, 수량 등 기타 특징을 직접 표시하는 부분 등은 타인이 객관적으로 상품을 서술하기 위해 정당하게 사용하는 경우에는 부정경쟁행위를 구성하지 않는다.⁴²⁾

40) 중국 최고인민법원, 「부정경쟁 민사사건의 심리에 대한 법률 적용에 관한 몇 가지 해석」 제2조 제1항: 具有区别商品来源的显著特征的商品的名称、包装、装潢, 应当认定为反不正当竞争法第五条第(二)项规定的“特有的名称、包装、装潢”. 有下列情形之一的, 人民法院不认定为知名商品特有的名称、包装、装潢

(一) 商品的通用名称、图形、型号;

(二) 仅仅直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点的商品名称;

(三) 仅由商品自身的性质产生的形状, 为获得技术效果而需有的商品形状以及使商品具有实质性价值的形状;

(四) 其他缺乏显著特征的商品名称、包装、装潢.

41) 중국 최고인민법원, 「부정경쟁 민사사건의 심리에 대한 법률 적용에 관한 몇 가지 해석」 제2조 제2항: 前款第(一)、(二)、(四)项规定的情形经过使用取得显著特征的, 可以认定为特有的名称、包装、装潢.

42) 중국 최고인민법원, 「부정경쟁 민사사건의 심리에 대한 법률 적용에 관한 몇 가지 해석」 제2조 제3항: 知名商品特有的名称、包装、装潢中含有本商品的通用名称、图形、型号, 或者直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量以及其他特点, 或者含有地名, 他人因客观叙述商品而正当使用的, 不构成不正当竞争行为.

3) 포장·장황의 비기능성

기능성 이론은 중국의 반부정당경쟁법에도 적용된다. 입체상표의 등록요건 중 하나인 표장이 비기능적이어야 한다는 요건과 동일하게 반부정당경쟁법 제5조 제2항에 의한 보호를 받기 위해서는 포장·장황이 기능적이지 않아야 함을 사법해석 제2조 제1항 제3호에서 명시하고 있다. 즉, 상품자체의 성질에 의해서만 나타내는 형상, 기술적 효과를 얻기 위하여 표현되는 상품형상과 상품의 실질적인 가치를 갖게 하는 형상은 반부정당경쟁법 제5조 제2항에서 규정하는 ‘특유한 포장·장황’으로 인정받을 수 없다.⁴³⁾ 설령 사용에 의한 식별력을 취득했다라도 기능적이라면 보호받을 수 없다.⁴⁴⁾ 즉 자유롭고 공정한 경쟁의 필요성에 의해 기능성 이론이 식별력의 유무보다 우월하게 작용하는 것이다.

4) 상품 출처에 대한 오인·혼동

반부정당경쟁법 제5조 제2항은 타인이 사용한 상품의 명칭·포장·장황이 지명상품의 특유한 명칭·포장·장황과 혼동을 일으켜 구매자로 하여금 그 지명상품으로 오인하게 하는 경우 동법 제5조 제2항에 의해 ‘지명상품의 특유한 명칭·포장·장황’으로써 이를 보호한다.

오인·혼동에 대해서 사법해석 제4조에서는, 관련 공중이 상품 출처에 대한 오인·혼동이 직접적으로 발생하거나 지명상품의 경영자로부터 사용허가를 받았거나 해당기업과 특정한 관계가 있다고 오인·혼동할 수 있는 경우에는 반부정당경쟁법 제5조 제2항에서 규정한 “타인의 지명상품과 혼동하여 구매자로 하여금 그 지명상품으로 오인하게 한다”고 인정하고 있다.⁴⁵⁾ 또

43) 중국 최고인민법원, 「부정경쟁 민사사건의 심리에 대한 법률 적용에 관한 몇 가지 해석」 제2조 제1항 3호: 仅由商品自身的性质产生的形状, 为获得技术效果而需有的商品形状以及使商品具有实质性价值的形状.

44) 중국 최고인민법원, 「부정경쟁 민사사건의 심리에 대한 법률 적용에 관한 몇 가지 해석」 제2조 제2항에서 사용에 의한 식별력을 인정하는 포장에서 기능적인 표장은 제외하고 있다.

45) 중국 최고인민법원, 「부정경쟁 민사사건의 심리에 대한 법률 적용에 관한 몇 가지 해석」 제4조 제1항: 足以使相关公众对商品的来源产生误认, 包括误认为与知名商品的经营者的具

한 동일한 상품에 동일하거나, 시각적으로 기본적인 차이가 없는 상품의 명칭·포장·장황을 사용하는 경우 타인의 지명상품과 혼동을 일으킨다고 인정한다. 지명상품의 특유한 명칭·포장·장황과 동일하거나 유사함을 인정함에 있어서는 상표의 동일·유사 판단원칙과 방법을 참조할 수 있으며,⁴⁶⁾ 동법 제5조 제2항에 의한 손해배상액 산정 시에는 등록상표권의 손해배상액 산정 방법에 의하고 있다.⁴⁷⁾

5) 지명상품의 포장·장황에 대한 선의의 사용

다른 지역에서 동일·유사한 지명상품의 특유한 명칭·포장·장황을 사용하는 경우, 후사용자가 선의로 사용함을 증명하는 경우에는 반부정당경쟁법 제5조 제2항에 의한 부정경쟁행위를 구성하지 않는다. 그러나 이러한 선의의 사용이 언제나 법적 제한을 받지 않는 것은 아니다. 추후 경영 활동 중 동일한 지역범위에 진입하여 상품의 출처에 혼동을 일으킬 수 있는 경우에는 선사용자가 후사용자로 하여금 상품의 출처를 나타낼 수 있는 기타 표지를 부가하는 명령을 청구할 수 있다.⁴⁸⁾

有许可使用、关联企业关系等特定联系的，应当认定为反不正当竞争法第五条第(二)项规定的“造成和他人的知名商品相混淆，使购买者误认为是该知名商品”。

46) 중국 최고인민법원, 「부정경쟁 민사사건의 심리에 대한 법률 적용에 관한 몇 가지 해석」 제4조 제2항 및 제3항: 在相同商品上使用相同或者视觉上基本无差别商品名称、包装、装潢，应当视为足以造成和他人知名商品相混淆。认定与知名商品特有名称、包装、装潢相同或者近似，可以参照商标相同或者近似的判断原则和方法。

47) 중국 최고인민법원, 「부정경쟁 민사사건의 심리에 대한 법률 적용에 관한 몇 가지 해석」 제17조: 确定反不正当竞争法第五条、第九条、第十四条规定的反不正当竞争行为的损害赔偿额，可以参照确定侵犯注册商标专用权的损害赔偿额的方法进行。

48) 중국 최고인민법원, 「부정경쟁 민사사건의 심리에 대한 법률 적용에 관한 몇 가지 해석」 제1조 제2항: 在不同地域范围内使用相同或者近似的知名商品特有的名称、包装、装潢，在后使用者能够证明其善意使用的，不构成反不正当竞争法第五条第(二)项规定的反不正当竞争行为。因后来的经营活动进入相同地域范围而使其商品来源足以产生混淆，在先使用者请求责令在后使用者附加足以区别商品来源的其他标识的，人民法院应当予以支持。

III. 한국의 부정경쟁방지법에 의한 보호

1. 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목

한국 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목에서는 “국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장 기타 타인의 상품임을 표시한 표지”와 동일 유사한 것을 사용하여 타인의 상품과 혼동을 야기하는 행위를 부정경쟁행위로 규정하고 있다. 이를 일반적으로 ‘상품주체 혼동행위’라고 부르는데, 등록유무에 관계없이 영업표지를 보호한다는 점에서 상표법과는 다른 측면이 있다. 동 규정에 따라 보호를 받기 위해서는 i) 국내에 널리 인식되어야 하고(주지성), ii) 타인의 상품표지와 동일·유사한 표지를 사용하여, iii) 상품출처의 혼동을 야기하여야 한다.

주지성의 대상은 상품이 아니라 해당상품에 사용된 표지이다. 여기서 표지라고 하는 것은 타인의 상품임을 표시하는 표지로 소위 트레이드 드레스, 등록표지, 비등록표지, 유사표지, 식별력을 획득한 표지, 상품형태 등을 포함하는 포괄적 개념이다.⁴⁹⁾ 우리나라 대법원도 동 규정과 관련하여 상품형태가 본 규정에 따라 보호를 받기 위해서는 상품의 형태가 차별적 특징 내지는 개별성에 있어서 현저성이 있어야 한다고 판시하였다.⁵⁰⁾ 즉, 등록상표의 경우와 달리 (가)목에 의해 트레이드 드레스가 보호받기 위해서는 식별력이 존재하여야 할 뿐만 아니라, ‘국내에 널리 인식되어야’ 하는 주지성의 요건이

49) 노태정·김병진, 『디자인보호법』, 제3판, 세창출판사, 2009, 134면.

50) 대법원 2012년 3월 29일 선고, 2010다20044 판결: ‘국내에 널리 인식된 타인의 상품임을 표시한 표지’에 해당하여 보호를 받기 위해서는 상품형태가 다른 유사상품과 비교하여 수요자의 감각에 강하게 호소하는 독특한 디자인적 특징을 가지고 있는 등 일반수요자가 일견하여 특정 영업주체의 상품이라는 것을 인식할 수 있는 정도의 식별력을 갖추고 있어야 하며, 나아가 당해 상품형태가 장기간에 걸쳐 특정 영업주체의 상품으로 계속적·독점적·배타적으로 사용되거나 또는 단기간이라도 강력한 선전·광고가 이루어짐으로써 상품형태가 갖는 차별적 특징이 거래자 또는 일반 수요자에게 특정 출처의 상품임을 연상시킬 정도로 현저하게 개별화된 정도에 이르러야 한다.

필요하다. 따라서 라이프 사이클이 짧은 트레이드 드레스의 경우에는 주지성 획득이라는 요건을 충족시키기 어렵지만, 주지성을 획득한 경우 동 규정에 의해 보호가 가능하다.

2. 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (자)목

한국 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (자)목에는 “타인이 제작한 상품의 형태를 모방한 상품의 양도·대여 등의 행위”를 부정경쟁행위로 규정하고, 다만 상품의 형태가 갖추어진 날부터 3년이 경과된 상품을 모방하거나, 동종의 상품(동종의 상품이 없는 경우에는 그 상품과 기능 및 효용이 동일 또는 유사한 상품)이 통상적으로 갖는 형태를 모방한 경우를 부정경쟁행위에서 제외하고 있다.

동 규정의 취지는 선행자가 자금, 노력을 투자하고 상품화하여 시장에 제공한 성과물을 모방자가 아무런 자금, 노력을 들이지 않고 ‘모방(Dead copy)’하여 불공정한 이익을 얻는 것을 금지하고자 하는 것이다. 앞서 언급한 ‘상품주체혼동행위’를 통한 보호와 달리 동 규정을 통해서도 주지성이 인정되지 않는 트레이드 드레스도 상품의 형태로서 일정기간 보호가 가능하다.

동 규정에 따라 보호를 받기 위해서는 i) 타인이 제작한 상품의 형태를 ii) 모방한 상품을 iii) 양도·대여 또는 이를 위한 전시를 하거나 수입·수출하는 행위에 해당하여야 한다. 다만, iv) 상품의 시제품 제작 등 상품의 형태가 갖추어진 날부터 3년이 지난 상품의 형태, v) 통상적으로 가지는 형태를 모방한 상품은 본 규정이 적용되지 않는다.

여기서 ‘상품’은 유체물이고 독립하여 거래의 대상이 되는 것을 말하며, 서비스와 같은 무형의 것은 포함되지 않는다. 상품형태라고 함은 물건형태의 외관으로서 형상, 모양, 색채, 광택 또는 이들을 결합한 것이고 시제품 또는 상품소개서상의 형태를 포함한다. 즉 물리적인 모양을 갖는 물건의 외관으로서 시각적으로 드러나 있어야 한다.⁵¹⁾

51) 계승균, “우리나라에서 트레이드 드레스의 법적 보호에 관한 연구”, 『산업재산권』, 제42호(2013), 54면.

‘모방’이란 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 판단하여야 한다.⁵²⁾ 상품형태의 모방행위 금지는 상품의 외관을 보호하려는 트레이드 드레스의 보호취지와 일맥상통하며,⁵³⁾ 동 규정을 통해 일정기간 내에서는 보호가 가능하다.

3. 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목

한국은 부정경쟁방지법 제정(1961년) 초기부터 부정경쟁행위를 제한적으로 열거하여 부정경쟁행위를 규율하여 왔다. 그러나 현대사회에서 기술의 발전과 시장의 변화에 따라 트레이드 드레스(Trade Dress) 등 새로이 등장하는 경제적 가치를 지닌 무형의 산물을 보호할 필요성이 대두되는 등 법률에 규정되어 있지 않은 새로운 유형의 부정경쟁행위가 빈번하게 발생하고 있어, 2013년에 동법을 개정하여 “그 밖에 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위”를 일반조항 형태로 규정(동법 제2조 제1호 (차)목)하였다. 일반조항의 도입으로 새로운 부정경쟁행위에 대한 부정경쟁방지법의 포섭범위를 확대하고, 분쟁 발생 시 기존의 민법상의 불법행위의 엄격한 요건에 의존하지 않고도 부정경쟁행위 해당 여부를 유연하게 판단할 수 있는 법적 근거를 제공하게 되었다.⁵⁴⁾ 다만, (차)목은 (가)목 내지 (자)목의 부정경쟁행위에 해당하지 않지만 이를 규율할 필요가 있는 경우 보충적으로 적용된다.

동 규정에 따라 보호를 받기 위해서는 i) 타인의 상당한 투자나 노력으로

52) 대법원 2012.3.29. 선고, 2010다20044 판결.

53) 계승균, “우리나라에서 트레이드 드레스의 법적 보호에 관한 연구”, 『산업재산권』, 제42호(2013), 56면.

54) 최정열·이규호, 『부정경쟁방지법』, 진원사, 2015, 209면.

만들어진 성과 등이어야 하며, ii) 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용해야 하고, iii) 타인의 경제적 이익을 침해하여야 한다.

최근 한국의 대법원은 현재 성업 중인 타인의 매장 인테리어와 외부간판의 형태 등을 모방한 사건에서, “매장의 표장, 간판, 매장 배치 및 디자인 등 매장의 특징이 원고들이 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과”에 해당한다고 판시하면서, “특정 영업을 구성하는 영업소의 형태와 외관, 내부 디자인, 장식, 표지판 등이 각각 개별 요소들로서는 부정경쟁방지법 제2조 제1호(가)목 내지(자)목을 비롯하여 디자인보호법, 상표법 등 지식재산권 관련 법률의 개별 규정에 의해서는 보호받지 못한다고 하더라도, 그 개별 요소들이 그 전체 혹은 결합되어 i) 본질적으로 식별력이 있거나(inherently distinctive), 2차적 의미(secondary meaning, 사용에 의한 식별력)를 획득하고, ii) 비기능적(non-functional)이며, iii) 트레이드 드레스에 의하여 침해자의 상품 출처에 관하여 소비자에게 혼동의 가능성(likelihood of confusion)을 야기한다는 요건을 모두 충족함으로써 상품이나 서비스의 전체적인 이미지로서의 트레이드 드레스로 평가될 수 있다면, 이는 특별한 사정이 없는 한 부정경쟁방지법 제2조 제1호(차)목이 규정하고 있는 ‘해당 사업자의 상당한 노력과 투자에 의하여 구축된 성과물’에 해당한다.”⁵⁵⁾고 하였다. 현행법상 명문 규정을 가지고 있지 않는 트레이드 드레스도 (차)목을 통해 보호가 가능하다.

55) 대법원 2016.9.21. 선고 2016다229058 판결; 2016년 9월 21일 대법원 제2부(재판장 김창석)는 이 사건을 심리불속행 상고 기각하여 원심판결을 그대로 확정하였다(원심: 서울고등법원 2016.5.12. 선고 2015나 2044777 부정경쟁행위금지 등 청구의 소 판결).

IV. 한국과 중국의 트레이드 드레스 보호제도 비교

1. 개별조항에 의한 보호

전술한 바와 같이 중국은 트레이드 드레스를 반부정당경쟁법 개별조항인 제5조 제2항에 의해 ‘지명상품(知名商品)의 특유한 명칭·포장·장황’으로 간주하여 보호하고 있다. 우리나라 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목의 소위 ‘상품주체 혼동행위’ 금지에 관한 보호와 유사하다 볼 수 있다. 세부적인 요건에 있어서 유사한 부분도 있지만, 주지성을 요하는 대상과 트레이드 드레스로 보호받을 수 있는 대상 등에 있어서 차이가 있다.

〈표 1〉 한국과 중국의 부정경쟁방지법상 개별조항 보호요건 비교

한국 부정경쟁방지법(제2조 제1호)			중국 반부정당경쟁법(제5조 제2항)	
(가)목	① 국내에 널리 인식된 표지(주지성)	〰	① 중국 내 지명상품(知名商品)	
	② 상품의 용기·포장, 그 밖에 타인의 상품임을 표시한 표지	〰	② 특유(特有)한 명칭·포장·장황	
	③ 동일·유사한 표지 사용 또는 그 표지를 사용한 상품을 판매·반포 또는 수출·수입	〰	③ 동일·유사한 포장 등 무단사용	
	④ 타인의 상품과 혼동케 하는 행위	〰	④ 구매자로 하여금 지명상품인 것처럼 오인, 혼동 유발	
(자)목	상품형태 모방행위 금지 (주지여부 무관, 3년 이내)	⇔	관련 규정 없음	

우선, 주지성과 지명도(知名度)에 대한 인식의 정도와 지역적 범위는 동일하다. 우리나라 (가)목의 적용을 받기 위한 포장의 인식의 정도는 우리나라 전역에 걸쳐 모든 사람들에게 주지되었음을 요하는 것이 아니고, 국내의 일정한 지역적 범위 안에서 수요자에게 인식되었음을 요하는 주지상표의 ‘주지성’에 해당하는 것으로, 중국의 지명상품(知名商品)에서 요구하는 중국의

전국적 범위가 아닌 일정지역 내의 시장에서 지명도(知名度)가 있음을 요구하는 인식의 정도와 동일하다고 볼 수 있다. 또한 우리나라와 중국 모두 자국내에서 주지성과 지명도(知名度)를 갖추고 있을 것을 요구하므로, 외국에서 유명하다고 하더라도 한국과 중국에서 주지성과 지명도(知名度)를 갖추지 않으면 보호를 받을 수 없다는 공통점이 있다. 이하 차이점에 대해 살펴본다.

첫째, 주지성과 지명도(知名度)를 요구하는 대상이 다르다. 우리나라는 “국내에 널리 인식된 상품의 용기·포장 등” ‘표장’에 대한 주지성을 요구하고 해당상품에 대한 주지성을 요구하지 않으나, 중국은 표장이 아니라, 해당 ‘상품(서비스 포함)’ 자체가 지명도(知名度)가 있을 것을 요구하고 있다. 중국은 ‘상품’이 지명도가 있을 것을 요구하므로, 지명도가 있는 상표라 하더라도 해당 상품이 널리 알려지기까지 사용한 상품이 아닌 다른 상품에 사용할 경우, 상표는 일정한 지명도(知名度)가 있지만 그 상품은 지명도(知名度)가 없으므로 보호를 받을 수 없는 상황이 발생한다. 반대로 일정한 지명도(知名度)를 보유한 상품의 포장 등에는 그 회사의 여러 가지 표지가 표시되어 있으며, 그 표지 중 광고·선전 등을 통해 그 상품이 많이 알려지면서 표지도 널리 알려지는 경우가 발생한다.

둘째, 보호대상에 있어서 차이가 있다. 우리나라 (가)목의 보호대상은 “타인의 상품의 용기·포장, 그 밖에 타인의 상품임을 표시한 표지”로, 동 조항만으로는 트레이드 드레스를 전면적으로 보호하기에는 한계가 있다. 즉, ‘상품이나 서비스의 전체적인 이미지와 총체적인 외형·느낌’ 또는 ‘구성요소의 총체’를 의미하는 트레이드의 특성상, 상품의 용기·포장 등 상품의 형상이 외에 서비스, 영업시설 등의 전체적인 외관·장식이나 이미지·시설의 외형적 느낌, 판매기법 등의 보호는 불가능하다. 그러나 중국의 보호대상은 앞서 설명한 ‘특유(特有)한 명칭·포장·장황’으로, 문언상으로는 우리와 유사하다고 볼 수 있지만, 2007년 2월 1일부터 시행한 최고인민법원의 「부정경쟁민사사건의 심리에 대한 법률적용에 관한 몇 가지 해석」 제3조에서 “경영자의 영업장소의 장식, 영업용 도구의 스타일, 직원의 복장 등으로 구성된 독특한 풍격의 총체적인 영업 이미지”도 반부정당경쟁법 제5조 제2항의 ‘장황’

으로 인정하였다. 그러므로 동법 제5조 제2항의 ‘장황’은 상품 또는 상품 포장의 식별력 있는 장식뿐만 아니라 영업장소의 장식, 영업용 도구의 스타일, 직원의 복장 등으로 구성된 독특한 풍격의 총체적인 이미지도 포함되어 우리나라 (가)목의 보호대상보다 더 넓다고 할 수 있으며, 중국 반부정당경쟁법 제2조 제3항에서는 ‘상품’에 ‘서비스(服务)’를 포함시키고 있어 ‘지명서비스(知名服务)’ 또한 명문으로 보호된다. 따라서 트레이드 드레스의 보호대상에 있어서는 중국 반부정당경쟁법 제5조 제2항이 우리나라 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목보다 더 넓다고 할 수 있다.

중국의 보호대상으로서의 ‘특유성’이란 ‘상품출처의 현저한 특징’을 의미하는 것으로 상표법상 자타상품 식별력을 의미한다. 즉, 상품은 지명상품(知名商品)일 것을 요구하지만, 표장은 그보다 인식의 정도가 낮은 상표법상 식별력이 있음을 요구하고 있고, 사용에 의한 식별력도 인정하고 있다. 따라서 지명상품(知名商品)이라 하더라도 표장이 특유성(식별력)을 결여하고 있으면 보호를 받을 수 없다. 이러한 문제는 특유성(식별력)이 있는 표장으로 사용하기 시작하였으나 이후에 널리 알려져, 일정종류의 상품을 호칭하는 명칭 등이 되어 버린 경우 보통명칭으로 인정되고(보통명칭화), 반부정당경쟁법에 의해 보호를 받지 못하게 되는 상황이 발생한다. 우리나라는 표장에 대해 식별력의 단계를 넘어 ‘국내에 널리 인식되어야 할 것’이라는 주지성을 요구하고 있으므로 중국보다는 표장에 대해 요구하는 인식의 정도가 강하다고 할 수 있다.

셋째, 기능성 관련 조항 유무에 차이가 있다. 중국은 사법해석이긴 하지만 명문으로 트레이드 드레스가 비기능적이어야 함을 명시하고 있다. 중국 사법해석 제2조 제1항 제3호에서는 상품자체의 성질에 의해서만 나타내는 형상, 기술적 효과를 얻기 위하여 표현되는 상품 형상과 상품의 실질적인 가치를 갖게 하는 형상은 반부정당경쟁법 제5조 제2항에서 규정하는 ‘특유한 포장·장황’으로 인정하지 않는다. 우리나라는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목 등의 보호를 받기 위한 요건으로 상표법상 입체상표제도와 달리 명문으로 상품의 용기·포장 등 상품의 형상이 비기능적이어야 함을 규정하고

있지 않으나, 학설⁵⁶⁾과 판례⁵⁷⁾는 해석상 부정경쟁방지법의 보호를 받기 위해서는 비기능적이어야 함을 요구하고 있다.

넷째, 트레이드 드레스 보호에 있어서 우리나라가 중국과 다른 점은 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (자)목에서 ‘상품형태의 트레이드 드레스’에 대해 ‘주지성’ 여부를 불문하고 일정기간 독창적인 형태의 트레이드 드레스를 보호하고 있다는 것이다. 동 규정은 ‘주지성’ 여부를 불문하고 소위 ‘데드카피(Dead Copy)’를 방지할 수 있어 효과적인데, 트레이드 드레스가 주지성을 획득하기 전에는 일정기간 (자)목을 통해 보호받고, 주지성을 획득한 경우에는 (가)목을 통해 보호받을 수 있다. 중국은 ‘지명상품(知名商品)의 특유한 명칭 등’에 대해서만 보호를 하고 있어 지명도를 갖추지 않은, 즉 주지하지 않은 트레이드 드레스에 대해서는 반부정당경쟁법상 보호가 불가능하다. 다만, 우리나라 부정경쟁방지법 제2조 제1항 (자)목 역시 (가)목과 동일하게 ‘상품형태’를 보호대상으로 하므로 서비스, 영업시설 등의 전체적인 외관·장식이나 이미지, 시설의 외형적 느낌, 판매기법 등과 관련된 트레이드 드레스의 보호가 불가능한 한계가 있다.

2. 일반조항에 의한 보호

한국과 중국 모두 개별조항에 의해 트레이드 드레스의 보호가 불가능한 경우, 부정경쟁방지법상 일반조항의 성격을 가지고 있는 규정에 의해 보호가 가능하다. 우리나라가 2013년에 도입한 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목은 동법 제2조 제1호 (가)내지 (자)목에 규정된 구체적·개별적 부정경쟁행위에 해당되지 않는 경우에 보충적으로 적용할 수 있는 일반조항의 형태이다. 따라서 트레이드 드레스의 보호에 있어서 개별조항인 (가)목과

56) 우리나라 학설들은 기능성원리를 부정경쟁방지법에도 적용해야 한다는 점에 대해서는 일반적인 공감대가 형성되어 있다고 봐도 무방할 것으로 생각된다.; 유영선, “특허와 상표의 보호영역을 구분하는 기능성 원리에 대한 연구”, 서울대학교대학원, 박사, 2011, 193면.

57) 대법원 2016.9.21. 선고 2016다229058 판결.

(자)목에 의해 보호가 불가능한 경우, (차)목으로도 보호가 가능하다.

중국은 1993년 반부정당경쟁법 제정 시 제2조에 일반조항을 도입하였는 바, 우리의 (차)목과 중국의 반부정당경쟁법 제2조 제2항의 요건을 비교하면 표현에 있어서 차이가 있을 뿐 대동소이하다. 다만 우리의 (차)목이 ‘그 밖’에라는 문구를 통해 보충적 규정임을 명시하고 있는 반면, 중국은 ‘이 법의 규정에 위반하여’라는 문구의 해석을 통해 일반조항의 성격을 가지고 있다고 보고 있다. 그러나 중국 반부정당경쟁법 제2조가 부정경쟁행위를 일반적으로 규율하는 일반조항인지에 대해서는 의문이 든다.

〈표 2〉 한국과 중국의 부정경쟁방지법상 일반조항 보호요건 비교

한국 부정경쟁방지법(제2조 제1호 차목)	중국 반부정당경쟁법(제2조 제1항, 제2항)					
① 그 밖 ② 타인의 상당한 노력의 성과 ③ 공정한 상거래 관행, 경제질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용 ④ 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위는 부정경쟁행위로 간주	<table border="1"> <tr> <td data-bbox="608 788 988 822">① 경영자가</td><td data-bbox="988 788 1072 822" rowspan="4">제2조 제2항</td></tr> <tr> <td data-bbox="608 822 988 857">② 이 법의 규정에 위반하여</td></tr> <tr> <td data-bbox="608 857 988 927">③ 합법적 권익에 손해를 입히거나,</td></tr> <tr> <td data-bbox="608 927 988 991">④ 사회경제질서를 문란하게 하는 행위는 부정경쟁행위로 간주</td></tr> </table>	① 경영자가	제2조 제2항	② 이 법의 규정에 위반하여	③ 합법적 권익에 손해를 입히거나,	④ 사회경제질서를 문란하게 하는 행위는 부정경쟁행위로 간주
① 경영자가	제2조 제2항					
② 이 법의 규정에 위반하여						
③ 합법적 권익에 손해를 입히거나,						
④ 사회경제질서를 문란하게 하는 행위는 부정경쟁행위로 간주						
	<table border="1"> <tr> <td data-bbox="608 1025 988 1192"> ① 경영자는 ② 자기의사(自願) · 공평 · 평등 · 신의성실 원칙에 따라 ③ 일반적으로 인정되는 상업도덕을 준수해야 한다. </td><td data-bbox="988 1025 1072 1192">제2조 제1항</td></tr> </table>	① 경영자는 ② 자기의사(自願) · 공평 · 평등 · 신의성실 원칙에 따라 ③ 일반적으로 인정되는 상업도덕을 준수해야 한다.	제2조 제1항			
① 경영자는 ② 자기의사(自願) · 공평 · 평등 · 신의성실 원칙에 따라 ③ 일반적으로 인정되는 상업도덕을 준수해야 한다.	제2조 제1항					

중국 반부정당경쟁법 제2조의 성격에 대해 중국의 다수설과 판례는 제2조는 일반조항으로 동법 제5조 내지 제15조에 열거되지 않은 부정경쟁행위이지만, 신의성실원칙과 상업도덕을 준수하지 않는 등의 부정경쟁행위에 해당하면 제2조 제1항에 의해 규율이 가능하다고 보고 있으나,⁵⁸⁾ 동법 제2조 제1항을 요약하면, “경영자는 신의성실의 원칙에 따라 일반적인 상업도덕을 준

58) 孔祥俊, 『反不正当竞争法的创新性适用』, 中国法制出版社, 2014, 93면.

수해야 한다.”는 것인데, 후단의 “일반적인 상업도덕을 준수해야 한다.”함은 권리행사에 있어서 상대방의 정당한 이익을 고려하고 형평에 어긋나지 않아야 한다는 ‘신의성실의 원칙’에 포함되는 것으로 결국은 앞단의 “신의성실의 원칙에 따라” 권리를 행사해야 한다는 의미로 볼 수 있다. 따라서 동법 제2조 제1항은 신의성실의 원칙을 규정한 것으로 민법의 신의성실 관련 조항과 동일하다고 볼 수 있다. 또한 동법 제2조 제2항에서 “부정경쟁행위란 경영자가 이 법의 규정에 위반하여 다른 경영자의 합법적 권익에 손해를 끼치거나 사회경제 질서를 문란하게 하는 행위”라고 규정하고 있는데, 이는 원론적인 선언 규정으로서 반부정당경쟁법상 부정경쟁행위를 모두 포괄하는 정의규정이라고 볼 수 없고 오히려 반부정당경쟁법의 목적조항⁵⁹⁾의 일부라고 생각한다. 따라서 현재 중국이 반부정당경쟁법 제2조에 의해 동법에 열거되어 있지 않은 부정경쟁행위를 규율하는 것은 민법상의 신의성실의 원칙에 의한 것이라고 볼 수 있다. 우리나라도 (차)목을 도입하기 전 민법상 신의칙 규정과 불법행위 이론으로 부정경쟁행위를 규율한 바 있다. 따라서 중국 반부정당경쟁법 제2조는 반부정당경쟁법상 부정경쟁행위를 모두 포괄할 수 있는 일반조항이라고 보기는 어렵다.

우리나라의 경우, 최근 판례⁶⁰⁾가 (차)목을 통한 트레이드 드레스 보호를 긍정하였으나, 일반조항의 성격을 띠고 있는 (차)목 규정만으로 트레이드 드레스를 전면적으로 보호할 수 있을지는 의문이다. 이는 어떠한 형태의 트레이드 드레스인지에 따라 적용규정이 달라지는데, ‘그 밖에’라는 보충적인 요건으로 인해, 상품의 용기·포장 등 상품의 형상에 대한 트레이드 드레스에 대한 보호는 (가)목과 (자)목이 우선 적용되고, 그 외의 트레이드 드레스 즉, 서비스나 영업시설 등의 전체적인 외관·장식·이미지, 시설의 외형적 느낌, 판매기법 등과 같은 트레이드 드레스는 (차)목으로 보호해야 하는 이분

59) 중국 반부정당경쟁법 제1조: 사회주의 시장경제의 건전한 발전을 보장하고 공평한 경쟁을 장려, 보호하며 부정경쟁행위를 제지하여, 경영자와 소비자의 합법적 권익을 보호하기 위하여 이 법을 제정한다.; 为保障社会主义市场经济健康发展, 鼓励和保护公平竞争, 制止不正当竞争行为, 保护经营者和消费者的合法权益, 制定本法。

60) 대법원 2016.9.21. 선고 2016다229058 판결.

법적인 현상이 발생하게 되는 것이다. 또한 (차)목은 일반조항의 성격을 가지고 있어 트레이드 드레스의 보호를 위한 요건이 구체적이지 않아 예측가능성이 떨어지는 아쉬움도 있다.

3. 소 결

양국의 트레이드 드레스 보호와 관련하여 개별조항의 관점에서 비교·검토한 것을 정리해 보면, 첫째, 양국은 트레이드 드레스로 보호받기 위해서는 자국 내에 어느 정도 널리 인식되어야 한다는 점, 주지성과 지명도(知名度)를 요구하는 점에서는 동일하지만, 주지성과 지명도(知名度)를 요구하는 대상이 중국은 ‘상품’, 한국은 ‘표장’이라는 점에서 차이가 있다. 표장이 아닌 상품이 지명도(知名度)가 있을 것을 요구하는 중국의 경우, 신제품을 개발하여 시장에 출시할 때 불합리한 현상이 발생할 수 있다. 상표권자 등이 장기간의 사용으로 표장을 수요자에게 널리 인식시켰음에도 불구하고, 새로운 제품이 출시되면 이미 지명도(知名度)를 확보한 표장을 통해 누구의 상품인지와 해당상품의 품질을 소비자에게 보장받을 수 있는 것이 아니라, 신제품을 지명상품(知名商品)으로 만들기 위해 광고·선전 등의 노력을 반복해야 하므로 상표권자 등에게는 또 다른 비용과 시간, 노력이 필요하다. 특히 중소기업의 경우 특정제품에 대한 지명도(知名度)를 획득했다고 하더라도, 신제품의 지명도(知名度) 획득을 위한 비용과 노력을 다시 투자해야 하므로 대기업에 비해 불리한 점이 있다. 따라서 중국제도에 있어서 지명도(知名度)의 대상을 우리나라와 같이 ‘상품’이 아닌 ‘표장’이 지명(知名)할 것으로 하는 것이 타당하다.

둘째, 중국의 트레이드 드레스 보호요건 중 ‘지명상품(知名商品)’의 특유한 명칭·포장·장황’에서 ‘장황’의 범위에는 “경영자의 영업장소의 장식, 영업용 도구의 스타일, 직원의 복장 등으로 구성된 독특한 풍격의 총체적인 영업이미지”도 포함되어 우리나라 (가)목보다 그 보호대상이 넓다고 할 수 있다. 우리나라 (가)목은 상품의 용기·포장 등 상품의 형상 등을 보호대상으로 하므로, 서비스, 영업시설 등의 전체적인 외관·장식이나 이미지, 시설의 외형

적 느낌, 판매기법 등을 보호할 수가 없는 점에서 보호대상이 한정적이다. 이러한 보호대상의 한계는 (가)목 이외에 (자)목과 (차)목에서도 동일하게 나타난다.

셋째, 중국은 사법해석이긴 하지만 명시적으로 기능성 관련 조항에 대해 규정하고 있으나, 우리나라는 학설과 판례에 의해 트레이드 드레스가 비기능적이어야 함을 요구하고 있다. 따라서 법적 안정성과 예측가능성을 위해 우리나라 부정경쟁방지법에도 트레이드 드레스가 비기능적이어야 함을 명문으로 규정하는 것을 검토할 필요가 있다.

마지막으로 주지성 여부를 불문하고, 일정기간 상품형태를 보호할 수 있는 우리나라의 (자)목과 같은 규정이 중국에는 존재하지 않는다. 라이프 사이클이 짧은 상품형태의 트레이드 드레스의 경우 주지성을 취득하기 전이라도 ‘데드카피(Dead Copy)의 방지’ 등 그 보호의 필요성은 존재하므로, 중국이 우리나라 (자)목과 같은 ‘상품형태 모방행위’를 부정경쟁행위의 일종으로 규정하여 트레이드 드레스를 보호하는 것이 필요하다.

일반조항을 통한 트레이드 드레스 보호에 있어서는, 중국의 학설 및 판례는 반부정당경쟁법 제2조를 일반조항의 성격으로 보고 트레이드 드레스 보호에 적용하고 있으나, 이는 민법상의 신의성실의 원칙에 따른 적용이라 볼 것이며, 동법 제2조 제2항의 부정경쟁행위에 대한 정의 규정도 선언적인 규정에 불과하다 할 것이다.

우리나라의 일반조항인 (차)목을 통한 트레이드 드레스 보호는 (가)목, (자)목과의 관계에서 전면적으로 트레이드 드레스를 보호할 수 있는지 보호대상의 관점에서 함께 검토되어야 한다. (가)목에 의한 보호는 라이프 사이클이 짧은 상품이나, 장기간이 소요되는 주지성 취득 기간 동안에는 제품 출시 후 단기간 내에 아무런 개변을 하지 않고 이루어지는 모방행위(Dead Copy)에 대해서 대처할 수 없는 문제가 있다. 이러한 문제점은 (자)목에 의한 상품형태의 보호규정을 통해 주지성과 무관하게 일정기간 동안 모방행위에 대한 보호가 가능하다. 그러나 (가)목과 (자)목은 보호대상이 상품의 형태 등에 한정되어 있어서 영업시설 등의 전체적인 외관·장식이나 이미지,

시설의 외형적 느낌, 판매기법 등의 트레이드 드레스 보호는 불가능하다는 문제점이 있다. (차)목을 통해 (가)목과 (자)목이 보호할 수 없는 상품 형태 이외의 트레이드 드레스에 대해 보호가 가능하지만, 보충적 일반조항의 성격을 가지므로 트레이드 드레스 보호에 일정한 제한이 있다. 결국 우리나라에서의 트레이드 드레스 보호는, 등록 유무에 따라 적용되는 법률이 상표법과 부정경쟁방지법으로 나뉘어져 있고, 부정경쟁방지법 내에서는 트레이드 드레스의 보호대상에 따라 상품형상 등의 트레이드 드레스를 보호하는 (가)목·(자)목과 그 외의 트레이드 드레스를 보호하는 (차)목으로 나뉘어 이분법적으로 보호하고 있다. 따라서 부정경쟁방지법 내에서만이라도 예측가능성을 위해 적용 규정을 일원화하여 타인의 트레이드 드레스에 대한 무단사용으로 상품 또는 서비스 등의 출처에 대한 오인혼동이 발생하는 것을 부정경쟁행위의 한 종류로 규정하고, 이를 명문화하는 것이 필요하다고 생각한다.⁶¹⁾ 이 경우, 트레이드 드레스의 성립요건으로서의 식별력과 비기능성, 그리고 침해 요건으로서의 혼동가능성은 최소한의 요건으로 반드시 포함시켜야 할 것으로 보이며, 형식적으로는 트레이드 드레스라는 용어를 명문으로 사용하여 전면적인 보호를 할 것인지, 아니면 그 보호대상인 상품의 용기, 포장 등의 형상과 영업시설 등의 전체적인 외관·장식이나 이미지, 시설의 외형적 느낌, 판매기법 등을 구체적으로 나열하여 표현할 것인지, 주지성의 요건을 필요로 할 것인지 등에 대해서는 검토와 연구가 더 필요하다.

V. 결 론

우리나라와 중국 모두 등록 가능한 트레이드 드레스는 상표법으로, 미등록 트레이드 드레스는 부정경쟁방지법에 의해 보호를 하고 있다. 중국은 반

61) 중국은 지식재산권영역 내에서 ‘트레이드 드레스권(權)’의 창설을 주장하거나 이를 입법화하기 위한 연구도 있다.; 景輝, “商业外观的法律保护疏证”, 中国工商管理研究, 2013年09期; 叶若思, 『商业外观研究』, 法律出版社, 2010.

부정당경쟁법 제2조에서 신의성실의 원칙과 일반적으로 인정되는 상업도덕을 준수해야 하는 의무를 부과하며, 타인의 합법적 권익에 손해를 입히거나 시장경제질서를 문란하게 하는 행위를 부정경쟁행위로 규정하여 규율하고 있다. 동법 제5조 제2항에서는 ‘지명상품(知名商品) 특유의 명칭·포장·장황’을 무단으로 사용하여 오인·혼동을 유발하는 행위를 부정경쟁행위의 하나의 유형으로 규정하고 이를 금지하고 있다. 여기서 ‘지명상품 특유의 명칭·포장·장황’은 상품(서비스 포함) 또는 상품 포장의 식별력 있는 장식뿐만 아니라 영업장소의 장식, 영업도구의 스타일, 직원의 복장 등으로 구성한 독특한 풍격의 총체적인 이미지도 포함하는 비기능적인 트레이드 드레스를 의미한다.

우리나라의 경우 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목, (자)목 및 (차)목을 통해 트레이드 드레스를 보호하고 있다. (가)목은 “국내에 널리 인식된 타인의 상품의 용기·포장과 타인의 상품임을 표시한 표지”를, (자)목은 “타인이 제작한 상품의 형태”를 보호대상으로 하며, 2013년에 신설된 (차)목은 보충적 일반조항의 성격을 가지고 (가)목과 (자)목이 보호하지 않는 “그 밖의” 트레이드 드레스를 보호하고 있다.

양국의 보호규정을 비교하면, 중국의 트레이드 드레스 보호규정인 반부정당경쟁법 제2조와 제5조 제2항은 우리나라의 (차)목, (가)목과 각각 형식적으로는 유사한 면이 있으나, 중국 학설과 판례가 일반조항으로 보고 있는 제2조는 반부정당경쟁법상의 일반조항이라고 보기에는 무리가 있다. 개별조항인 제5조 제2항은 우리나라의 (가)목과 비교할 때, 주지성 혹은 지명도(知名度)를 요구하는 대상이 중국은 ‘상품’을 우리나라는 ‘표장’이 주지할 것을 요건으로 하는 점에서 차이가 있으며, 트레이드 드레스의 보호범위도 넓다 할 것이다. 또한, 중국은 사법해석에서 명문으로 비기능적일 것을 요건으로 하나, 우리는 이러한 명문규정이 없다. 다만, 중국은 우리나라 (자)목과 같은 ‘상품형태의 모방금지’와 같은 규정이 없어 주지성을 갖추지 못한 트레이드 드레스의 보호에 미흡한 면이 있다.

우리나라는 트레이드 드레스 보호대상의 관점에서 보면, 상품 형태 등의

트레이드 드레스를 보호하는 (가)목·(자)목과 그 외의 트레이드 드레스를 보호하는 (차)목으로 나뉘어 이분법적으로 보호하고 있다. 따라서 부정경쟁방지법 내에서 예측가능성을 위해 타인의 트레이드 드레스에 대한 무단사용으로 상품 또는 서비스 등의 출처에 대한 오인혼동이 발생하는 것을 부정경쟁행위의 한 종류로 규정하는 등 이를 명문화하여 법적 안정성을 도모하는 것이 필요하다.

참고문헌

〈단행본(국내 및 동양)〉

노태정, 김병진, 『디자인보호법』, 제3판, 세창출판사, 2009.

송영식 · 이상정 · 황종환 · 이대희 · 김병일 · 박영규 · 신재호 공저, 『지적소유권법(하)』, 육법사, 2008.

최정열 · 이규호, 『부정경쟁방지법』, 진원사, 2015.

孔祥俊, 『反不正当竞争法的创新性适用』, 中国法制出版社, 2014.

王先林, 『竞争法学』, 中国人民大学出版社, 2013.

叶若思, 『商业外观研究』, 法律出版社, 2010.

〈학술지(국내 및 동양)〉

계승균, “우리나라에서 트레이드 드레스의 법적 보호에 관한 연구”, 『산업재산권』, 제42호(2013).

김관식, “애플사 대 삼성전자 사건에 비추어 본 트레이드드레스의 법적 보호—한국과 미국에서의 보호요건의 비교를 중심으로”, 『산업재산권』, 제39호(2012).

吕强, “中国商业外观的特征及法律保护”, 『山西省政法管理干部学院学报』, 第3期(2008).

冯术杰, “论立体商标的显著性认定”, 『法学』, 第6期(2014).

景辉, “商业外观的法律保护疏证”, 『中国工商管理研究』, 09期(2013).

〈학위논문(국내 및 동양)〉

유영선, “특허와 상표의 보호영역을 구분하는 기능성 원리에 대한 연구”, 서울대학교 대학원, 박사, 2011.

〈판례〉

대법원 2012.3.29. 선고 2010다20044 판결.

대법원 2016.9.21. 선고 2016다229058 판결.

最高人民法院, (2009)民申字第1065号.

最高人民法院, (2010)民提字第113号.

最高人民法院, (2010)民提字第16号.

上海市第二中级人民法院, (2012)沪二中民五(知)初字第130号.

〈중국 법령〉

中华人民共和国反不正当竞争法(1993 中华人民共和国主席令第十号, 1993.12.1.施行).

中华人民共和国反垄断法(2007 中华人民共和国主席令第68号, 2008.8.1.施行).

关于禁止仿冒知名商品特有的名称、包装、装潢的不正当竞争行为的若干规定(工商行政管理总局令第33号, 1995.7.6.施行).

最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释(法释[2007]第2号 2007.2.1.施行).

A Study on trade dress protection under Unfair
Competition Prevention Act
—Comparison on protection system of China and Korea—

Jung Ilnam

China and Korea protect trade dress under Trademark Act and Unfair Competition Prevention Act. Specifically, this paper is to study and compare detail provisions of protecting trade dress under Unfair Competition Prevention Act in China and Korea, and review whether Korea's Unfair Competition Prevention Act provides complete protection to trade dress from the point of subject matter.

Article 2 and 5(2) of China's Unfair Competition Prevention Act are similar to Article 2(1)(j) and (a) of Korea's Unfair Competition Prevention Act, however, there are differences, for example, in the scope of protection for famous marks and the presence of provisions relating to functionality between the two Acts. Further, there are no such provisions in China's Unfair Competition Prevention Act as prohibiting copies of goods' shape in Article 2(1)(i) of Korea's Unfair Competition Prevention Act.

To sum up, the subject matter of Korea's Unfair Competition Prevention Act is binary structure, that is, protection of goods' shape is provided

under Article 2(1)(a) and (i), while others are protected under Article 2(1)(j). Therefore, it is suggested to stipulate misleading and/or confusion to sources of trade dress as a kind of unfair competitions under Korea's Unfair Competition Prevention Act in order to promote legal stability.

Keyword

Trade dress, New intellectual property, China's Unfair Competition Prevention Act, General Law Clause, Individual legal Clause