

〈논 문〉

不公正 競争行爲의 규제*

— 技術과 市場의 변화에 대한 법적 대응 —

丁 相 朝**

I. 머리말

技術의 발전은 기업으로 하여금 새로운 상품이나 서비스의 제공을 가능하게 해준다. 새로운 상품이나 서비스의 등장으로 인해서, 消費者의 소비성향과 市場이 바뀌거나 전혀 새로운 시장이 형성되기도 한다. 技術의 발전과 市場의 변화는, 한편으로는 꿈의 실현을 가능하게 해주지만,¹⁾ 다른 한편으로는 그 부산물로 다양한 紛爭을 수반하기도 한다. 인터넷 관련 기술이 발전하고 전자상거래 시장이 급속하게 성장하면서, 새로운 종류의 無體財産²⁾과 새로운 방법의 營業 및 廣告가 꿈과 분쟁의 소재가 되고 있다. 예컨대, 종전에는 운동경기가 음성과 영상의 형태로만 그 애호가들에게 제공되었는데 어느 개척정신을 가진 기업이 동일한 운동경기 정보를 문자의 형태로 이메일이나 휴대폰으로 實時間(real-time)으로

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소기금의 2004학년도 학술연구비의 지원을 받았음.

** 서울大學校 法科大學 副教授. 이 글은 지난 5월 12일 서울대 법대 교수집담회에서 발표한 글을 보완한 것이다. 교수집담회에서 좋은 의견을 주신 동료교수들, 특히 이창희 교수와 김재형 교수 그리고 송옥렬 교수의 지적과 의견에 진심으로 감사드린다.

- 1) 소비자의 시각에서 보더라도, 손가락 끝으로 마우스를 클릭하기만 하면 전광과 같은 속도로 전세계의 웹사이트를 모두 조사해서 원하는 정보를 얻을 수 있고 지구 반대편의 사람과 순식간에 계약을 체결할 수도 있다는 점에서 꿈같은 가상세계(cyberspace)가 펼쳐지게 된 것이고, 기업가의 시각에서 보더라도, Yahoo, eBay, 다음(Daum), 네이버(Naver) 등은 기존의 굴뚝산업이 수십 년 동안 이룩한 성장과 부의 축적을 불과 10년 안팎의 짧은 기간 동안에 이룩했다는 점에서 꿈같은 시장이 펼쳐진 것이다.
- 2) 저작권법이나 특허법 등의 현행 지적재산권법의 보호요건을 충족하지 못하지만, 상당한 투자와 노력에 의해서 만들어진 무체재산으로 사인간의 계약에 의해서 보호되고 있거나 사회적으로 보호할 가치가 있다고 판단되어 그 무단이용이 위법하다고 볼 수 있는 무체재산을 의미한다.

제공해주는 서비스를 시작한다면, 그 기업이나 애호가들에게는 조그만 꿈의 실현이 될 수 있지만, 동시에 그 기업은 운동경기주최측이나 방송사업자가 투입한 노력과 자본에 무임편승해서 부당하게 영업상의 이익을 얻게 된 것은 아닌가 하는 紛爭에 직면할 수도 있다.³⁾

이 글은, 새로운 영업방법이나 광고방법이 著作權이나 商標權을 침해한 것이 아님에도 불구하고 위법한 경우가 있을 수 있는지 아니면 실정법에 의해서 명시적으로 부여된 권리의 침해가 없는 한 자유롭게 경쟁을 할 수 있는 것인지에 관한 현실적인 분쟁⁴⁾과 학문적인 호기심으로부터 출발한다. 기술과 시장의 변화에 따라서 발생하는 분쟁은 憲法的인 문제⁵⁾로부터 訴訟法的인 문제⁶⁾에 이르기까지, 契約法的인 문제⁷⁾로부터 不法行爲法的인 문제⁸⁾에 이르기까지, 그리고 國內法的

3) 위에서 소개하는 분쟁사례 가운데 특히 The National Basketball Association v. Sports Team Analysis and Tracking Systems, Inc.(STATS), 41 USPQ2d 1549(S.D.N.Y. July 22, 1996) 사건 참고.

4) 제2장 “技術과 市場의 변화에 따른 紛爭” 참고.

5) 오늘날 법적 문제가 기본적인 가치와 질서의 문제에 부딪히면 후술하다시피 대부분 헌법 해석의 문제를 포함하게 되지만, 특히 헌법 해석의 문제가 주된 문제로 제기되는 분쟁 예컨대 헌법상 사생활의 비밀(privacy)의 범위와 한계를 검토해야 하는 문제로 “科學技術의 商品化에 따른 個人情報의 침해”를 둘러싼 분쟁이 그것이다. 관련 법률로는 公共機關의 個人情報保護에 관한 법률과 情報通信網利用促進 및 情報保護 등에 관한 법률 제4장 제22조 이하의 규정이 있다.

6) 기술의 급속한 발전에 따라서 법률의 변화가 뒷받침해주지 못하는 경우에 당사자들은 자율적인 규범으로 약관을 이용하고 그 약관 자체 내부에 또는 첨부된 분쟁해결절차도 마련되어 자율적으로 분쟁을 해결하게 된다. 이러한 경우에 그러한 자율적 분쟁해결의 결과와 사법절차와의 관계가 어려운 소송법적 문제로 제기될 수 있는데, 예컨대 도메인이름등록기관이 등록인과의 사이에 약관의 일부로 채택해서 사용하고 있는 “統一도메인이름紛爭解決規定(the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy: “UDRP”)과 그에 따른 세계지적재산권기구(World Intellectual Property Organization: “WIPO”)의 결정과 국내 사법절차와의 관계가 바로 그것이다. 서울지법 2000. 9. 22 선고, 2000가합20965 판결 및 Virtual Countries, Inc. v. Republic of South Africa, 300 F.3d 230(2nd Cir, 2002).

7) 기업과 소비자에게 계약체결에 필요한 정보가 충분히 제공되어 있고 그 계약체결에 추가적인 去來費用(transaction cost)이 소요되지 않는다면, 私的自治야말로 당사자들의 이익을 극대화하고 사회전체적으로도 자원의 효율적 배분을 가능하게 해주기 때문에, 계약의 활용이 기술과 시장의 변화에 대한 가장 바람직한 법적 대응일 것이다. 그래서, 예컨대 버튼의 클릭에 의해서 인터넷상에서 체결되는 계약(click-wrap license)이 많이 활용되고, 일정한 이용조건을 담은 계약 자체가 제품화(contract as product)되기도 한다. 그러나, 현실적으로는 정보의 불균형과 상당한 거래비용으로 인해서 계약이 항상 가장 효율적인 방법으로 작용하지는 못하고, 계약에 관한 분쟁이 발생하게 된다.

문제로부터 國際私法⁹⁾의 문제에 이르기까지, 다양하고 광범위한 전문지식의 협력적 연구를 필요로 할 것이다.¹⁰⁾ 능력과 시간의 부족으로 인해서 광범위한 전문지식을 모두 섭렵해볼 수는 없지만, 오직 시장의 성숙과 선진화에 따라서 기업들의 注意義務¹¹⁾라거나 商道德¹²⁾의 기준이 더 높아지는 것이 아닌가 하는 막연한 생각을 토대로 해서,¹³⁾ 공정하고 투명한 競爭秩序를 둘러싼 긴장과 법률적 불명확

김진환, “계약의 약관편입과 전자약관”, **법조** 통권 제537호(2001. 6), pp.133-137 참조.

- 8) 후술하다시피 경쟁행위의 불공정성을 다루는 분쟁의 경우 뿐만 아니라 私的自治가 실패한 경우(예컨대 약관의 불공정성을 다루는 약관규제에관한법을 관련 사건) 또는 계약당사자 이외의 제3자와의 분쟁(예컨대 환경오염 관련 분쟁) 등의 다양한 不法行爲法的 문제가 있다.
- 9) 인터넷상의 영업과 광고는 국내시장뿐만 아니라 외국시장에까지 그 효과가 미치기 때문에 불공정 경쟁행위의 규제는 國際私法 및 國際法の 문제를 수반하게 된다: Marike Vermeer, “Unfair Competition Online and the European Electronic Commerce Directive,” 7 *Ann. Surv. Int'l & Comp. L.* 87(2001).
- 10) 분쟁의 해결 또는 그 예방이라고 하는 목적을 달성하기 위해서는 헌법, 민법, 형법, 소송법 등에 관한 법률 지식뿐만 아니라 때에 따라서는 기업가의 시각에서 바라볼 수 있는 경영학, 소비자의 시각에서 바라볼 수 있는 사회학과 산업심리학, 거시 또는 미시적인 경제의 논리를 염두에 두기 위해서 필요한 경제학, 기술의 과거와 미래를 반영하기 위해서 필요한 공학지식 등이 모두 또는 일부 필요하기 때문이다.
- 11) 주식회사 이사의 회사에 대한 주의의무 그리고 지배주주의 소수주주에 대한 주의의무는 회사법 및 증권거래법의 강화와 함께 그 기준이 높아지는 경향을 잘 보여주고 있는데(예컨대, 홍준호, 송옥렬, “支配株주의 株式讓渡時 小數株주의 保護”, **裁判資料** 第91輯: “證券去來에 關한 諸問題”(下)(2001. 6), 121-172 참고), 회사의 제3자 특히 경쟁업자에 대한 주의의무도 마찬가지로 부정경쟁방지법과 독점규제법 등의 강화와 함께 높아지고 있다.
- 12) 판례법 국가는 물론 성문법 국가에는 특히 법률과 도덕을 엄격히 구별하는 경향이 있지만, “선량한 풍속”이라거나 “선량한 관리자의 주의의무”는 본질적으로 도덕과 중복되거나 도덕과 구별하기 어려운 경우가 많고, “선량한 풍속”이라거나 “선량한 관리자의 주의의무”로 표현되고 있는 도덕기준은 계약의 해석과 불법행위의 위법성 요건으로 통해서 만나고 그러한 한도에서 계약과 불법행위의 엄격한 구별도 커다란 의미가 없어진다고 말할 수 있다. 판례법 국가에서의 상도덕의 중요성이 증가하는 경향에 대한 글로는, G. Richard Shell, “Substituting Ethical Standards For Common Law Rules In Commercial Cases: An Emerging Statutory Trend,” 82 *Nw. U. L. Rev.* 1198 (1988) 참고.
- 13) 국내시장에서는 공정성에 대해서 전혀 의문을 제기하지 않는 영업 또는 광고방법이 선진외국에서는 불공정한 경쟁행위로 판단된 사례가 많다. 예컨대, 원고의 엽서를 판매할 목적으로 소매업자에게 제공한 엽서자동판매기에 피고의 엽서를 넣어서 파는 행위라거나(Meyer v. Hurwitz, 5 F.2d 370(E.D. Pa. 1925), 원고의 신문에 허락 없이 피고의 광고전단을 삽입해서 배포한 행위(Press Publishing Co. v. Levi Bros. & Co., 3 Trade-Mark Rep. 59(N.Y. Sup. Ct. 1912) 등이 우리나라에서와는 달리 미국에서는 불

성을 진단하고 소개해 보고자 한다. 특히, 상품의 가격이나 공급량을 자의적으로 조절하는 獨寡占의 폐해¹⁴⁾는 없지만 그럼에도 불구하고 그 不公正性和 違法性으로 인해서 금지되거나 규제되어야 할 필요가 있는 경우는 없겠는가에 관한 논의에 집중하도록 한다.

자유로운 경쟁의 과정에서 행한 행위로서 선량한 풍속 또는 사회질서에 반하는 일체의 행위를 넓은 의미의 不公正 競爭行爲라고 한다면, 民法¹⁵⁾과 商法 그리고 著作權法¹⁶⁾을 비롯한 대한민국 법률의 대부분이 불공정 경쟁행위의 규제에 직접 또는 간접으로 영향을 미치는 법률에 해당될 것이다. 그러나, 타인의 노력과 투자의 결과에 무임편승하거나 소비자를 기망한다든지 가격과 품질에 관한 경쟁을 방해하는 불공정한 방법의 영업을 의미하는 좁은 의미의 불공정 경쟁행위를 규제하기 위한 법률을 보더라도, 不正競爭防止 및 營業秘密保護에 관한 법률, 獨占規制 및 公正去來에 관한 법률, 表示·廣告의 公正化에 관한 법률, 加盟事業去來의 公正化에 관한 법률, 電氣通信事業法, 情報通信網利用促進 및 情報保護 등에 관한 법률, 온라인 디지털 콘텐츠 산업 발전법 등을 열거해 볼 수 있다.

그러나 이러한 다수의 법률에도 불구하고, 기술과 시장의 변화에 의해서 새롭게 등장한 불공정 경쟁행위가 實定法의 해석만으로¹⁷⁾ 적절하고 충분히 해결될 수 있는지는 의문이다. 새로운 환경 속에서의 분쟁이 만족스럽게 해결되지 못하

공정한 행위라고 판시된 바 있다.

- 14) 시장지배적 지위에 있는 사업자에 의한 불공정거래행위로서의 끼워 팔기 등 독점규제법 위반행위가 문제된 microsoft 사건(<http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf>; US v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34(D.C. Cir. 2001)이 그 대표적인 예이다.
- 15) 예컨대 민법 제103조는 선량한 풍속 또는 사회질서에 반하는 내용의 법률행위를 무효로 한다고 규정하고 있는데, 이는 경쟁의 공정성을 확보하는데 직접 또는 간접으로 기여한다.
- 16) 저작권법과 독점규제법은 공히 발명과 창작을 촉진하고 연구개발에 최적의 유인(incentive)을 제공함으로써 최적의 자원배분을 가능하게 함으로써 소비자의 이익을 증진시키고 경제를 발전시킨다고 하는 공통된 목적을 가지고 있다고 볼 수 있고, 그러한 맥락에서 저작권법은 경쟁에 더 직접적인 영향을 미치게 된다. 현실을 보더라도, 게임 아이템(game items)의 매매중개금지가 처분신청에 관한 서울지방법원 2002. 10. 15, 2002카합2377 결정 및 서울지방법원 2002. 10. 24, 2002카합1031 결정 그리고 웹사이트 프레이밍에 관한 서울지방법원 2001. 12. 7. 선고 2000가합54067 판결에서 신청인은 영업방법의 불공정성 또는 경쟁의 불공정성을 다투기 위한 방법으로 저작권법의 적용을 주장한 바 있다.
- 17) 제3장 “現行法の 해석과 그 한계” 참고.

는 주된 이유는, 기업들의 입장에 따라서 각자 중요하다고 생각하는 價値와 秩序가 서로 다르고 모두 지켜야 할 행위규범이 아직 형성되어 있지 못하기 때문이다. 따라서, 동일 또는 유사한 시장에서 선발업자와 후발업자 또는 정보보유기업과 기술보유기업 그리고 기업과 소비자 사이에 첨예하게 대립하는 이익¹⁸⁾을 조화시키고 사회적 총이익을 극대화시킬 수 있는 새로운 가치와 질서가 있다면 그러한 가치와 질서를 모색하고 확인하는 것이 필요하다. 새로운 가치와 질서를 모색하는 노력은 司法에서의 법해석, 政府에 의한 법집행, 國會에서의 입법에¹⁹⁾ 걸쳐서 모두 똑같이 요구된다.²⁰⁾ 이하에서는 기술과 시장의 변화로 인해서 발생한 새로운 유형의 국내외 분쟁사례를 검토해 보고 그 해결을 위한 解釋論과 立法論²¹⁾을 차례대로 소개하도록 한다.

II. 技術과 市場의 변화에 따른 紛爭

새로운 技術의 등장과 市場의 變化에 따라서 기업과 소비자 등의 이해관계가 바뀌고 새로운 유형의 분쟁이 나타나게 된다. 예컨대, 기술의 발달과 시장의 변화로 인해서 아바타(avatar)²²⁾라거나 데이터베이스와 같이 새로운 종류의 無體財產(intangible property)²³⁾이 등장하면 그에 관한 이해관계의 대립이 법률적인 분

18) Aaron Burstein, Will Thomas DeVries, and Peter S. Menel, "Foreword: The Rise of Internet Interest Group Politics," 19 *Berkeley Tech. L.J.* 1(2004).

19) 제4장 "立法을 통한 競爭秩序의 확인" 참고.

20) 따라서, 기술과 시장의 변화에 따라서 발생하는 분쟁의 해결을 위한 법원의 사법작용과 국회의 입법작용 그리고 정부의 행정작용은 모두 새로운 환경 속에서 우리 사회의 총체적 이익을 극대화할 수 있는 가치와 질서를 확인하고 합의해 나가는 과정이라고 말할 수 있다.

21) 국내에서 입법론을 소개하거나 논의할 때에는 外國의 立法例를 먼저 소개하는 것이 통상적인 관례이지만, 기술의 발전에 수반되는 특수한 불공정 경쟁행위의 구체적 유형에 관해서는 각국의 산업현황이 달라서 우리 전기통신사업법과 같은 다수의 특별법에 분산되어 있기 때문에 그러한 특별법을 망라해서 외국과 비교해 보는 것이 어렵고, 불공정 경쟁행위 일반에 관한 외국의 입법례는 이미 정호열, "不正競爭防止法에 관한 研究: 行爲體系와類型을 中心으로"(서울대학교 박사학위 논문, 1991), 제11면 내지 제30면을 비롯한 국내 문헌에 널리 소개되어 있어서 그에 관한 별도의 상세한 소개는 생략한다.

22) '아바타(avatar)'는 분신(分身)·化身(化身)을 뜻하는 것으로 이메일, 인터넷 채팅, 인터넷 게임 등의 사이버공간에서 인터넷이용자의 역할을 상징하는 가상 이미지 또는 그래픽 아이콘의 명칭으로 쓰이고 있다.

쟁으로 나타난다. 인터넷이라고 하는 가상공간에서 경제적 가치를 가지게 된 새로운 종류의 無體財産이 탄생하게 되면, 무체재산의 생산에 많은 자본과 시간을 투자한 사람이나 기업은 그 무체재산의 경제적 가치를 배타적으로 지배하고 싶어할 것이고, 다른 한편 인터넷 이용자 또는 소비자들은 인터넷상의 情報公有(Public domain)의 연장선상에서 그러한 무체재산도 자유롭게 이용하고 있거나 자유롭게 이용할 수 있어야 한다고 생각한다.²⁴⁾ 이러한 이익의 충돌은 분쟁을 초래하고, 그 분쟁은 기존의 법률의 解釋論에 중대한 도전을 제기하거나 立法論을 필요로 하는 새로운 유형의 분쟁에 해당되는 경우가 많다. 또한, 기술의 발달과 시장의 변화로 인해서 다양한 방법의 전자상거래(electronic commerce)가 나타나게 되면, 동일 또는 유사한 분야의 선발주자 또는 선발기업은 자신의 독특한 영업방법에 힘입어 높은 시장점유율을 가지는 것을 당연하다고 생각하는 반면에, 후발주자 또는 후발기업은 프레이밍(framing)²⁵⁾이라거나 검색용 소프트웨어 로봇(software robot)²⁶⁾의 활용과 같은 방법으로 競爭的인 영업을 수행하는 것도 허용되어야 한다고 생각한다. 이러한 이익의 충돌과 분쟁은 전자상거래에 있어서의 行爲規範이라거나 商道德, 또는 公正한 競爭의 틀이 아직 형성되어 있지 못해서 생기는 충돌과 분쟁에 해당된다. 또한, 기술의 발전과 시장의 변화는 새로운 무체재산의 탄생이나 영업방법의 혁신에만 영향을 미치는 것이 아니고 영업에 수반되는 다양한 방법의 광고에도 커다란 영향을 미치게 된다. 예컨대, 기술의 발전으로 인해서 배너(banner) 광고,²⁷⁾ 스팸(spam),²⁸⁾ 키워드(key-word) 광고,²⁹⁾ 메

23) ‘無體財産’이라고 함은 유체물이 아니어서 민법 제98조에서 의미하는 물건이나 형법상의 재물에(대법원 2002. 7. 12. 선고 2002도745 판결) 해당되지 않지만 경제적 가치를 가진 것을 의미한다.

24) Geraldine Szott Moohr, “The Crime of Copyright Infringement: An Inquiry Based on Morality, Harm, and Criminal Theory,” 83 *Boston University Law Review* 731, 767 (2003).

25) ‘framing’이라고 함은 자신의 웹사이트 방문자가 그 웹사이트의 윤곽(frame)을 그대로 유지하면서 인터넷이용자가 링크해서 보고자 하는 타기업 웹사이트의 내용을 그 윤곽 속에서 보도록 할 수 있는 인터넷 기술을 의미한다. 무료 웹사이트는 그 주된 수입원이 웹사이트 윤곽(frame)에 게재되어 있는 광고료이기 때문에, 자신의 웹사이트 윤곽 속에서 다른 웹사이트의 내용을 볼 수 있도록 하는 것은 타기업 웹사이트의 광고수익을 빼앗아오는 결과를 초래할 위험이 있기 때문에 경쟁업자 사이의 심각한 이익충돌의 문제를 야기하게 된다.

26) ‘software robot’이라고 함은 전세계의 일정한 웹사이트를 돌아다니면서 일정한 종류의 정보를 검색해서 복제해오는 software를 의미한다.

27) ‘banner 광고’라고 함은 인터넷 웹페이지에 깃발이나 띠(banner) 모양으로 만들어 제시

타택(metatag),³⁰⁾ 및 팝업(pop-up)³¹⁾ 등의 다양한 광고방법은 전자상거래에 있어서의 행위규범과 상도덕 그리고 공정한 경쟁의 틀이 무엇인지에 대해서 다시 한번 생각하게 한다. 이하에서는 기술과 시장의 변화에 따라서 발생하는 새로운 유형의 분쟁으로서 無體財産의 도용, 不公正한 방법의 營業, 不公正한 방법의 廣告에 대해서 차례대로 상세히 살펴보기로 한다.

1. 無體財産의 盜用

손으로 만질 수 없고 형태가 없는 재산 즉 無體財産으로는 著作物, 發明, 意匠 등이 있다. 저작물과 발명 및 의장은 저작권법, 특허법, 의장법 등에 규정된 創作性이나 新規性³²⁾ 등에 관한 요건을 갖추면 저작자 또는 발명자에게 저작권이나 의장권 또는 특허권이 부여되고, 무체재산의 도용은 저작권이나 의장권 또는 특허권의 침해의 문제로서 현행법에 따라서 해결된다. 현행법상 창작성의 요건이 요구되는 이유는 한편으로는 창작적인 노력을 통해서 文化와 科學의 發展을 도모하고자 하는 저작권법 등의 法目的³³⁾의 달성을 위해서 필요한 요건이기 때문

한 광고를 의미한다. 인터넷 이용자가 이것을 클릭하면 그 광고의 게재를 의뢰한 광고주의 웹페이지로 인터넷 이용자가 자동으로 옮겨짐으로써 광고의 효과를 가지게 된다.

- 28) 'spam'이라고 함은 싸구려 통조림처럼 불필요한 인터넷 메일로서 '정크 메일'이라고도 불리우고 광고를 위해서 다수의 소비자에게 보내지는 광고메일을 의미한다.
- 29) 'key word 광고'라고 함은 daum, naver, yahoo 등과 같은 검색사이트에서 인터넷 이용자가 검색을 하기 위해서 검색어(key word)를 입력하면 검색결과를 보여주는 화면의 윤곽에 그 검색어에 광고를 연결해줄 것을 미리 신청한 광고주의 광고를 나타나게 해주는 맞춤형광고와 같은 고도의 효율적인 광고방법을 의미한다.
- 30) 웹사이트는 hypertext markup language(html)이라는 언어로 작성되는데, 그러한 html 문서 속에는 다양한 명령어가 삽입되어 있고 화면에 나타나지 않는 특수태그로 삽입된 것을 'metatag'라고 한다. 검색엔진이 웹페이지를 검색할 때 metatag를 비롯한 몇 가지 요소를 참고해서 검색한 후 그 결과를 나타내주기 때문에, 자신의 웹페이지에 많은 소비자들이 방문하기를 원하는 기업은 metatag로서 인터넷이용자들이 자주 검색하는 검색어를 입력하게 된다.
- 31) 'pop-up 광고'라고 함은 기본화면 또는 GUI(Graphical User Interface) 화면 앞으로 나타나는 작은 창에 게재한 광고를 의미하는데, pop-up 광고가 나타나면 인터넷이용자들이 보고 있는 현재화면의 일부 또는 상당부분을 가리게 되어서 광고효과가 크다.
- 32) 저작권법 제2조의 창작성의 요건은 다른 사람의 저작물을 모방하지 않은 것이어야 한다는 낮은 수준의 요건으로 해석되는 데 반해서(대법원 2003. 10. 23. 선고 2002도 446 판결 및 대법원 1999. 11. 26. 선고 98다46259 판결), 특허법 제29조의 신규성은 진보성의 요건과 함께 한걸 엄격하고 객관적인 기준으로 규정되어 있다.
- 33) 저작권법 제1조, 특허법 제1조, 의장법 제1조 등은 표현의 차이는 있지만 모두 창작적

이고, 다른 한편으로는 창작적인 노력의 산물이 시장에서 경제적 가치를 가지기 때문에 競爭業者 등에 의한 무단도용 및 不公正競爭³⁴⁾을 방지할 가치가 있는 무체재산에 해당되는지 여부를 판단하기 위한 기준으로 필요하기 때문이기도 하다. 문제의 출발점은, 創作性 등에 관한 현행법상의 요건을 갖추지 못했지만 시장에서 경제적 가치를 가진 무형적 산물 또는 새로운 유형의 무체재산은 어떻게 취급할 것인가이다. 다시 말해서, 디지털기술의 발전과 인터넷을 통한 전자상거래의 대중화에 따라서 아무리 경제적 가치를 가지게 된 지적산물 또는 무체재산이라고 하더라도 창작성 등의 요건을 갖추지 못하면 현행법에 따라서 단순히 그 법적 보호를 부인할 수밖에 없는가 아니면 저작권법 이외의 법리에 의한 보호를 가능하게 하는 또 다른 解釋論이나 立法論을 모색해볼 수 있는가의 문제이다.

새로운 유형의 무체재산에 대한 배타적 지배를 둘러싼 이익의 충돌과 분쟁의 구체적 사례로 ‘아바타(avatar)’, ‘게임아이템(game items)’³⁵⁾ ‘글자꼴(typefaces)’³⁶⁾ 등에 관한 사례를 들 수 있다. 아바타는 사이버공간에서의 자기분신으로서 그 머리모양과 얼굴표정이 단순하고 제한될 수밖에 없어서 그 대부분의 경우에 저작권법상의 창작성을 갖추고 있다고 볼 수 없으나 그 개발과 공급에 상당한 자본과 시간의 투자가 요구되고 그 경제적 가치와 시장규모가 커지고 있다.³⁷⁾ 이러한 경우에 아바타를 개발해서 공급하는 기업으로서는 그 투자에 대한 보상을 받기 위해서 경쟁업체에 의한 무단 복제나 도용을 금지할 필요성이 절실하다고 느낄 것이다. 다른 한편, 경쟁업체로서는 아바타가 저작권법상의 창작성 요건을 갖추고 있지 않다면 소비자들에게 공개적으로 제공된 아바타를 첨단기술로 수집하고 복제해서 경쟁적인 영업을 수행하는 것이 자유로운 경쟁의 이념에 부합된다고

인 노력을 조장함으로써 산업의 발전에 기여하는 것을 목적으로 함을 규정하고 있다.

- 34) 불공정한 경쟁행위를 방지하여 건전한 거래질서를 확보하는 것은 현행 不正競爭防止 및 營業秘密保護에 관한 법률 제1조에 그 법목적으로 규정되어 있지만, 저작권법도 창작성의 기준을 통해서 간접적으로 동일한 목적의 달성에 기여하게 된다.
- 35) 서울지방법원 2002. 10. 15, 2002카합2377 결정 및 서울지방법원 2002. 10. 24, 2002카합1031 결정은 무체재산의 도용을 다룬 것은 아니지만 게임아이템의 제작과 관리에 많은 노력과 자본을 투입한 기업이 경쟁업자의 무임편승을 위법하다고 주장하는 사례의 하나로 이해할 수 있다.
- 36) 우리 大法院은 글자꼴의 미적 요소 내지 창작성이 문자의 본래의 기능으로부터 분리·독립되어 별도로 감상의 대상이 될 정도의 독자적 존재를 인정하기 어렵다고 판단하면서 서체도안은 저작물로서 보호될 수 없다고 판시하였다: 대법원 1996. 8. 23. 선고 94누5632 판결.
- 37) 디지털타임스, 2004년 1월 1일 및 조선일보, 2003년 11월 19일.

주장할 수 있을 것이다.³⁸⁾ 아바타라고 하는 새로운 종류의 무체재산을 둘러싼 다툼에 있어서 그 개발업자와 경쟁업체의 상호 충돌되는 이익과 주장 가운데 어느 것이 타당한가? 창작적인 작품에 대해서는 저작자의 배타적인 지배를 허용하지만 창작성을 결여한 경우에는 일반공중이 자유롭게 이용할 수 있는 공유의 대상으로 되어야 한다고 하는 著作權法의 시각에서만 판단한다면 경쟁업체의 주장이 받아들여져야 할 것이다. 그러나, 시장에서 상당한 가치를 가진 무체재산이 특정 기업의 상당한 투자에 의해서 탄생 또는 개발된 경우에 경쟁업자가 그러한 무체재산을 허락 없이 복제하거나 도용하지 못하도록 금지하는 것이 공정한 경쟁이라고 하는 또 다른 시각에서 보아 타당하고 무체재산의 증가와 소비자 후생의 증가를 가져다 주기 때문에 사회 전체적으로도 바람직한 경우에는, 전통적인 저작권법 이외의 별도의 법리를 찾아내거나 개발해서 그 무체재산의 개발업자의 이익을 보호할 필요가 있다.³⁹⁾

무체재산은 어떠한 市場에 제공하느냐에 따라서 그 경제적 가치가 달라질 수 있기 때문에, 동일한 무체재산이면 기존의 시장에서나 새롭게 형성된 시장에서나 마찬가지로 보호되어야 하는지 아니면 달리 취급되어야 하는지는 더욱 어려운 문제로 제기된다. 예컨대, 농구를 비롯한 각종 운동경기의 결과나 그와 관련된 각종 통계자료⁴⁰⁾가 방송을 통해서 제공되는 기존의 시장에서는 경기주최측과 방송사업자들간의 계약에 의해서 그 이해관계의 조정이 이루어져 왔지만, 휴대폰 등의 無線通信技術의 발전에 의해서 새로이 형성된 시장에서는 그 이익의 충돌과 분쟁의 해결이 극히 어려운 문제로 제기된다. 운동경기의 결과나 관련 통계자료는 대부분의 경우에 그 선택과 배열의 창작성을 갖추고 있지 못하기 때문에 저작물로서 보호받을 수 없지만, 운동경기를 주최하고 상당한 투자를 해서 연속적으로 운동경기를 운영하는 관련 협회로서는 그 운동경기의 결과나 관련 통계

38) 서울지방법원 2003. 11. 14, 2003카합2639 결정 및 서울중앙지방법원 2004. 3. 19. 선고 2003카합3852 판결에서 피신청인 케이포테크놀로지의 입장이 바로 그것이다.

39) 아바타 개발업자에 의한 가치분신청 사건에서는 중국적으로 피신청인에 의한 아바타의 무단도용이 온라인디지털콘텐츠산업발전법 하에서 위법하게 신청인의 영업상의 이익을 침해한 것이라고 보아서 가치분신청이 받아들여진 바 있다(서울지방법원 2003. 11. 14, 2003카합2639 결정 및 서울중앙지방법원 2004. 3. 19. 선고 2003카합3852 판결). 더욱이, 온라인디지털콘텐츠산업발전법에 의해서도 보호되지 못하는 새로운 유형의 무체재산이 등장하게 되면 마찬가지로의 논쟁이 재연될 것이다.

40) 예컨대, 특정 프로농구선수의 실적이라거나 농구공을 골에 집어넣는 확률 등과 같이 프로운동경기 애호가들이 관심을 가질 만한 다양한 통계자료가 있다.

자료의 경제적 가치에 무임편승하는 영업행위가 불공정한 경쟁행위로서 저지시킬 절실한 필요성을 느낄 것이다.⁴¹⁾ 다른 한편, 무선통신기술을 응용해서 휴대폰 등을 통한 정보제공서비스라고 하는 새로운 시장을 개척한 기업으로서는 저작권법의 보호를 받을 수 없는 운동경기정보를 자유롭게 이용해서 새로운 부가가치를 창출하는 것이 허용되어야 하고 그것이 사회적으로도 유익하다고 주장할 것이다.⁴²⁾ 요컨대, 기술의 발전과 시장의 변화로 인해서 새로운 유형의 무체재산이 형성되면 그 무체재산을 개발한 기업과 경쟁업자 또는 소비자들간의 경제적 이익이 충돌하고 법률적 분쟁의 형태로 나타나게 되는데, 누구의 이익을 보호하는 것이 사회적으로 효율적이고 바람직한가에 관한 시각의 차이 등으로 인해서 현행법의 다양한 해석론과 논쟁의 대상이 되고 때로는 입법론을 제기하는 계기가 되기도 한다.

2. 不公正한 방법의 營業

기술의 발전과 시장의 변화는 기업과 소비자들의 慣習을 바꾸고 새로운 商道德을 필요로 하게 되어서 영업방법의 불공정성을 둘러싼 다툼으로 나타나게 된다. 앞에서 살펴본 무체재산의 도용도 그 무체재산의 개발과 상업화에 소요된 타인의 자본과 노력에 무임편승하는 결과를 초래하기 때문에 넓은 의미의 불공정한 영업행위에 해당된다고 말할 수 있다. 여기에서 기술의 발전으로 인하여 영업방법의 불공정성 여부가 특히 문제되는 경우로 검토해 보고자 하는 것은, 무체재산에 대한 현행법상의 권리나 유체물에 대한 전통적인 의미의 소유권을 침해한 바가 없음에도 불구하고 영리목적으로 일정한 유형의 정보이용이나 접속(access)

41) 참고로 미국사례를 보면, *The National Basketball Association v. Sports Team Analysis and Tracking Systems, Inc.(STATS)*, 41 USPQ2d 1549(S.D.N.Y. July 22, 1996)사건에서, 미국 연방지방법원의 프레스카판사(Judge Preska)는 不正利用(misappropriation)의 원리를 원용하면서 NBA는 농구게임에 관한 실시간 정보("real-time" information)를 공급할 수 있는 배타적 지배권을 가진다고 보고 따라서 NBA의 허락없이 그러한 정보를 실시간으로 공급하는 것은 不正利用 또는 不正競爭行爲에 해당된다고 판시한 바 있다.

42) 참고로 미국사례를 보면, *The National Basketball Association v. Motorola, Inc.*, 105 F.3d 841(2nd Cir., 1997)사건에서, 연방항소법원은 무선통신기술을 활용해서 정보를 제공하는 방법이 원고 NBA의 그것과 상이하기 때문에 직접적인 경쟁관계가 없고 피고가 원고의 기존 시장에 악영향을 미쳤다고 볼 수 없다는 점을 중시하면서 부정이용 또는 부정경쟁행위의 성립을 부인한 바 있다.

이 상도덕이나 관습에 반하는 不公正 營業 또는 不公正 競争行爲에 해당되어 그로 인해서 손해를 받은 자에게 적절한 구제수단을 부여해줄 것인가의 문제이다. 후발기업으로서는 자유로운 경쟁의 중요성을 강조하면서, 상도덕이나 관습이 이미 법률에 반영되어 있고 법률에 반영되어 있는 한도에서만 법적 구속력을 가진다고 주장할 것이다. 다른 한편, 기술개발을 선도하고 있거나 새로운 시장을 개척한 선발기업으로서는, 기술의 발전과 시장의 변화가 급속하게 이루어짐으로써 상도덕이나 관습 자체가 바뀌었거나 새롭게 형성되었다는 것을 전제로 하면서, 현행법상의 지적재산권이나 전통적인 의미의 소유권을 침해하지 않더라도 불공정하거나 위법한 경우가 있을 수 있다고 주장할 것이다.⁴³⁾ 요컨대, 후술하는 사례에서와 같이, 기술의 발전과 시장의 변화에 따라서 영업방법의 불공정성을 둘러싼 분쟁이 증가하게 되고, 그러한 분쟁의 해결을 담당하게 될 법원으로서는 慣習法⁴⁴⁾의 지위로 승격시킬 만한 가치가 있거나 또는 違法性⁴⁵⁾ 여부의 판단에 영향을 미칠 만한 慣習이나 商道德이 과연 존재하는지 여부에 관한 고민을 해야 할 것이다.

기술의 발전은 새로운 방법으로 상품을 판매하거나 서비스를 제공할 수 있게 해주고, 그로 인해 새로운 방법의 영업이 불공정한 것인지 여부에 관한 다툼이 발생하게 되는데, 예컨대 인터넷 프레임링(Framing)의 방법으로 자신의 웹사이트

43) “다수이용자 동시 접속 방법의 온라인게임(MUG)”이 폭발적인 인기를 끌게 되자 그 게임에서 일정한 실적에 따라서 얻고 이용할 수 있는 창, 방패, 보석 등의 게임아이템(game items)의 거래욕구가 생기게 되고, 그러한 게임아이템의 거래가 게임이용자와 게임사이트와의 사이에 체결된 약관에 의해서 금지되어 있음에도 불구하고, 특정 기업이 게임아이템의 매매를 중개해주는 사이트를 운영하게 되어서, 온라인게임사이트 운영자는 그러한 게임아이템의 매매중개를 정지하는 것을 내용으로 하는 가처분신청을 제기하면서, 게임아이템의 매매중개는 공정한 게임서비스제공업무를 방해하고 아이템을 현금으로 살 수 있는 가능성을 열어주어서 게임에 대한 신뢰도를 하락시키는 불공정한 영업행위라고 주장한 바 있다. 그러나, 서울지방법원 2002. 10. 15, 2002카합2377 결정 및 서울지방법원 2002. 10. 24, 2002카합1031 결정은 신청을 기각했고 서울고등법원 2003. 5. 2, 2002라561 결정도 항고를 기각했다.

44) 민법 제1조 및 상법 제1조는 공히 관습법의 보충적 적용가능성을 규정하고 있고, 서울민사지방법원 1995. 1. 18.자 94카합9052 결정에서 서울민사지방법원이 상관습의 존재를 확인함으로써 현행 저작권법이 부여하지 아니한 성명표시권을 가수에게도 부여한 것과 사실상 동일한 결과를 가져다 준 것은 흥미로운 사례가 된다.

45) 후술하는 바와 같이 민법 제750조는 불법행위의 성립에 반드시 권리의 침해가 있을 것을 요구하지 않고 있기 때문에 현행법상의 권리침해에는 해당되지 않지만 상도덕이나 관습에의 위반 또는 불공정성이 위법성의 판단 근거가 될 수 있을 것이다.

의 윤곽과 광고 속에서 다른 기업의 웹사이트 정보를 볼 수 있게 하는 정보제공 서비스가 과연 불공정한 것인지 여부에 관한 다툼이 바로 그것이다.⁴⁶⁾ 프레이밍의 방법으로 정보를 제공하는 기업으로서는, 인터넷이 무수히 많은 웹사이트들이 거미줄처럼 연결된 것으로서 그 구체적인 연결기술로 활용되는 링킹(linking)과 프레이밍은 인터넷의 속성상 필연적이고 보편화된 기술이라는 점을 강조하면서, 프레이밍의 방법으로 정보를 제공하는 영업이 보편적인 상관습에 따른 것일 뿐이라고 주장할 것이다.⁴⁷⁾ 다른 한편, 프레이밍에 반대하는 기업으로서는 자신의 웹사이트 또는 정보에 ‘원하지 않는 윤곽(frame)’이 생기기 때문에 저작물의 동일성이 파괴된대거나⁴⁸⁾ 인터넷 이용자들이 웹사이트 정보의 출처에 관한 혼동을 일으킨다는 등의 근거를 들면서 지적재산권의 침해를 주장하거나⁴⁹⁾ 또는 웹사이트를 만들지도 않고서 프레이밍만으로 마치 웹사이트를 제작해서 정보를 제공하는 것과 사실상 동일한 효과를 도모하고⁵⁰⁾ 광고수익을 빼앗아 가는 불공정한 영업행위⁵¹⁾에 대한 적절한 구제가 주어져야만 공정한 거래질서의 확보와 소비자후생의 증가를 도모할 수 있다고 주장할 것이다.

‘소프트웨어 로봇(software robot)’을 활용해서 정기적으로 다른 기업의 웹사이트 서버를 검색하고 일정한 정보를 자신의 웹사이트에 복제하거나 연결한 후 고

46) 서울지방법원 2001. 12. 7. 선고 2000가합54067 판결은 저작권이나 상표권의 침해를 인정할 수 없는 사안에서도 영업방법의 불공정성 또는 위법성을 인정할 수 있음을 잘 보여준 사례에 해당된다.

47) Chris Reed, “Controlling World Wide Web Links: Property Rights, Access Rights and Unfair Competition,” 6 *Ind. J. Global Legal Stud.* 167(1998).

48) 우리 저작권법 제13조 및 제21조의 동일성유지권의 침해 또는 2차적저작물작성권의 침해를 주장할 수도 있는데, 그러한 주장을 받아들인 미국의 사례로 *Mirage Editions, Inc. v. Albuquerque A.R.T. Co.*, 856 F.2d 1341(9th Cir. 1988)가 있다.

49) *Ticket master Corp. v. Microsoft Corp.*, Case No. 97-3055 DDP(C.D. Cal. Complaint filed Apr. 28, 1997) 및 *The Washington Post Co. v. Total News, Inc.*, Case No. 97 Civ. 1190(PKL)(S.D.N.Y. Complaint filed Feb. 20, 1997)에서 원고는 피고의 저작권침해 및 상표권침해를 주장했으나 화해로 종결됨으로써 framing에 관한 선례를 남기지지는 못했다.

50) 프레이밍의 민사적책임을 다룬 사건은 아니지만, 링킹의 방법에 따라서는 다른 기업의 웹사이트를 사실상 지배하고 이용하는 것과 동일한 효과를 도모할 수 있음을 인정한 형사판결로 대법원 2003. 7. 8. 선고 2001도1335 판결은 흥미로운 논점을 제기해 준다.

51) 서울지방법원 2001. 12. 7. 선고 2000가합54067 판결에서 전자지도를 검색할 수 있는 웹사이트를 프레이밍방식으로 연결해서 전자지도 볼 수 있게 하는 서비스를 제공하는 것은 전자지도 개발업자의 이익을 침해하는 위법한 행위라는 전제 위에서 손해배상을 명한 바 있다.

객들에게 마치 자신의 것인 것처럼 정보를 제공하는 인터넷 영업방법도 그 불공정성 여부에 관한 다툼의 대상이 되고 있다.⁵²⁾ 소프트웨어 로봇을 활용해서 정보를 수집하고 제공하는 기업으로서는, 웹사이트가 공개된 공간이어서 일반 이용자들이 자유롭게 그 서버에 접속할 수 있는 것처럼 소프트웨어 로봇을 활용해서 경쟁사이트의 서버에 접속하는 것도 공정하고 자유로운 경쟁행위로 허용되어야 한다고 주장할 것이다. 다른 한편, 소프트웨어 로봇의 사용을 금지하고자 하는 기업으로서는 로봇에 의한 반복적인 검색으로 인해서 고객들의 웹사이트 방문 및 이용이 방해받고 로봇을 통한 정보의 검색과 이용은 위법한 무임편승이라는 점을 강조하고,⁵³⁾ 로봇이 웹사이트 서버를 검색하는 것은 이용자에 대한 묵시적 허락의 범위를 벗어난 무단침입(trespass)으로 불법행위에 해당된다고 주장할 수 있다.⁵⁴⁾ 로봇을 활용한 서버검색과 이용행위는 예컨대 길을 걷다가 다른 사람의 정원에서 재배되고 있는 장미꽃의 향기를 맡는 것처럼 자유롭게 할 수 있는 행위에 해당되는가 아니면, 예컨대, 결혼식장에 초대받지 않은 사람이 하객인 것처럼 가장하고 들어가서 결혼식을 방해하는 주거침입⁵⁵⁾과 마찬가지로 불법행위로 취급되어야 하는가? 전형적인 不法行爲는 자동차 사고에서와 같이 일회적이고 물리적인 침해가 주된 유형으로 되어 왔지만, 후기산업사회에 와서는 公害와 같이 계속적이고 무형적인 침해(nonphysical intrusions)가 새로운 유형의 불법행

52) Bruce Abramson, "From Investor Fantasy to Regulatory Nightmare: Bad Network Economics and the Internet's Inevitable Monopolists," 16 *Harv. J. Law & Tec* 159 (2002).

53) 이에 관한 미국 사례로 eBay, Inc., v. Bidder's Edge, Inc., 100 F.Supp.2d 1058, 54 U.S.P.Q.2d 1798(N.D. Cal., May 24, 2000) 참고; 이 사건에서 eBay는 경매에 관한 정보의 분류, 저장, 게시, 검색 등에 관한 U. S. Patent 6,058,417(May 2, 2000) 등 다수의 특허권을 가지고 혁신적인 방법의 경매정보 관리와 운영으로 많은 고객을 확보하게 된 것이다.

54) eBay, Inc., v. Bidder's Edge, Inc., 100 F.Supp.2d 1058, 54 U.S.P.Q.2d 1798(N.D. Cal., May 24, 2000)에서 원고 eBay는 인터넷상의 경매를 가능하게 해주는 웹사이트를 운영하고 있고 효율적인 경매를 위해서 동 웹사이트에 등록된 3백만 건에 가까운 제품을 약 2,500개의 항목으로 분류해서 정리 및 관리하고 있고 그러한 효율적인 시스템을 신뢰한 이용자들이 매일 약 400,000건의 제품을 등록하고 있는데, 피고가 eBay의 경매사이트를 돌면서 경매제품들에 관한 정보를 수집해가는 것은 eBay 사이트 이용자들의 방문과 사이트 서버 관리를 방해하는 것이라고 주장한 것이다.

55) 일반적으로 개방되어 있는 장소의 경우에도 그 관리자가 출입을 금지 내지 제한할 수 있고 그에 위반하거나 퇴거요구에 불응하는 것은 주거침입 또는 퇴거불응의 범죄에 해당된다: 대법원 1992. 4. 28 선고 91도2309 판결.

위로 자리잡게 되었고, 21세기의 지식기반사회에서는 소프트웨어 로봇 등에 의한 인터넷상의 경쟁적이고 무형적인 침해가 새로운 유형의 불법행위에 해당되는지 여부에 관한 논쟁이 시작된 것이다. 공해배출이라고 하는 불법행위는 공해와 소유물 또는 소유권자의 손해와의 인과관계 그리고 공해배출업자의 주의의무의 정도가 논의의 핵심이었지만,⁵⁶⁾ 인터넷 웹사이트 서버에 대한 무형적인 침해는 기본적으로 그것을 침해로 볼 것인가 여부 즉 부작위의무를 부과하는 상도덕이나 관습 또는 법⁵⁷⁾이 존재하고 있는지 여부에서부터 논쟁의 대상이 된다.⁵⁸⁾

3. 不公正한 방법의 廣告

不公正한 방법의 廣告는 소비자를 혼동시키고 불공정한 방법으로 고객을 빼앗아 간다는 점에서 불공정한 방법의 영업과 마찬가지로 그 위법성 여부가 다툼의 대상으로 되어 왔다. 특히, 기술의 발전으로 인해서 배너(banner) 광고, 스팸(spam), 키워드(key-word) 광고, 메타태크(metatag),⁵⁹⁾ 팝업(Pop-Up) 광고⁶⁰⁾ 등과 같

56) 예컨대, 비교적 최근 사례로 대법원 2002. 10. 22. 선고 2000다65666, 65673 판결 참고.

57) 情報通信網利用促進및情報保護등에관한법률 제48조 제1항은 “누구든지 정당한 접근권한 없이 또는 허용된 접근권한을 초과하여 정보통신망에 침입하여서는 아니된다”고 규정하고 있는데, 허용된 접근권한의 범위가 불명확한 현실 하에서는 경쟁업자의 부작위의무의 존부 및 그 범위도 불명확하다는 점을 부인할 수 없다.

58) Bruce Abramson, “From Investor Fantasy to Regulatory Nightmare: Bad Network Economics and the Internet’s Inevitable Monopolists,” 16 *Harv. J. Law & Tec* 159 (2002); Melissa A. Kern, “Paradigm Shifts And Access Controls: An Economic Analysis Of The Anticircumvention Provisions Of The Digital Millennium Copyright Act,” 2002 *University of Michigan Journal of Law Reform* 891(2002).

59) 참고로 미국사례를 보면, Playboy Enterprises, Inv. v. Terri Welles, CV-98-00413-JNK (9th Cir., 2002)에서는 metatag의 활용이 표현의 자유에 의해서 보호되는 적법한 것으로 판시되었지만 출처혼동을 초래할 수 있는 경우에는 위법한 것으로 인정된 사례도 다수 있다: Insituform Technologies Inc. v. National Envirotech Group, L.L.C. Civ. No. 97-2064(E.D. La., 1997); Playboy Enterprises Inc. v. Calvin Designer Label, Civ. No. C-97-3204(N.D. Cal., 1997); Playboy v. AsiaFocus and Internet PromotionsI, Civ. No. C-97-3204(N.D. Cal., 1997); N.V.E. v. Hoffmann-La Roche, CA No. 99-5858 (WHW).

60) 국내에서도 그 위법성에 관한 다툼이 있었고(중앙일보 2004. 4. 22.자 8면 참조), 미국에서 Washingtonpost.Newsweek Interactive Co. v. Gator Corp., No. 02-909-A, 2002 WL 31356645(E.D. Va. 2002) 및 1-800 Contacts, Inc., v. WhenU.Com and Vision Direct, Inc., 2003 WL 22999270(S.D.N.Y., 2003)은 그 위법성을 인정하면서 팝업광고를 금지한 바 있다: Erich D. Schiefelbine, “Stopping a Trojan Horse: Challenging Pop - Up Advertisements and Embedded Software Schemes on the Internet Through Unfair

이 새로운 유형의 광고방법이 나타나고 그 불공정성 여부에 관한 다툼이 제기되고 있다. 이와 같이 기술의 발전으로 인해서 등장하게 된 새로운 유형의 광고방법이 현행 행정규제⁶¹⁾의 대상이 되지 않거나 출처표시에 관한 현행법에 위반되는 바는 없지만,⁶²⁾ 여전히 소비자의 관심을 혼동시키거나 정상적인 인터넷 접속 및 이용을 방해하는 경우에는 어떻게 할 것인가? 광고방법의 불공정성 여부는 소비자들의 정상적인 인터넷 이용에 영향을 미칠 뿐만 아니라, 소비자들의 구매 결과에 미치는 영향은 곧바로 그러한 광고가 목표로 하는 시장의 경쟁업자들간의 이해관계에도 직접적인 영향을 미친다. 따라서, 새로운 유형의 광고방법이 불공정한 것인지 여부에 관한 다툼은 소비자 및 경쟁업자에게 미치는 영향과 함께 관련 시장에서 일정한 관습이나 상도덕이 형성되어 있다고 볼 수 있는지에 관한 분석과 논의에 의해서 해결될 수 있을 것이다.

광고의 불공정성은 광고방법 자체의 불공정성뿐만 아니라 광고에 이용된 저작물이나 초상 등에 관한 타인의 권리침해 여부를 둘러싼 다툼의 형태로 나타나기도 한다. 광고에 타인의 저작물이나 초상 등을 이용한 경우에 타인의 권리를 침해했는지 여부는 저작권법이나 肖像權에 관한 판례를 참고해서 판단하면 족하겠지만, 전술한 바와 같이 새로운 유형의 무체재산을 이용한 경우라거나 초상의 인격적 측면뿐만 아니라 재산적 측면까지도 이용한 경우 등과 같이 현행법이나 판례에 의해서 곧바로 해결책을 찾기 어려운 경우도 있을 수 있다.⁶³⁾ 광고에서 보

Competition Laws,” 19 *Santa Clara Computer & High Tech. L.J.* 499(2003).

- 61) 表示·廣告의公正化에관한법률은 제3조에서 부당한 표시·광고의 유형을 열거해서 규정하고 제7조에서 공정거래위원회로 하여금 부당한 표시 또는 광고의 중지 등의 시정 조치를 취할 수 있게 하고 있다.
- 62) 현행 상표법은 등록상표에 한해서 보호를 하고 있고(상표법 제41조) 不正競爭防止및 營業秘密保護에관한법률은 한정된 유형의 출처혼동행위만을 금지하고 있기 때문에(不正競爭防止및 營業秘密保護에관한법률 제2조), 현행법에 의해서 규제되지 않는 불공정 광고방법이 등장할 수 있는 가능성은 많다.
- 63) 우리 법원은, 대중적 인기도에 따른 선전가치성, 피고들의 이 사건 불법광고의 방법과 횡수 및 그 경위, 원고와 피고들 사이의 위 카달로그 모델계약상 모델료, 추가모델료에 관한 피고들의 여타 모델들과의 계약상황 등의 제반사정을 참작해서 손해배상액을 정하고(서울고등법원 1989. 1. 23. 선고 88나38770 판결), 계약기간의 만료 이후에도 계속 광고함으로써 광고모델에 대한 불법행위를 인정하고 그에 대한 손해배상액을 산정함에 있어서 위자료 이외에 재산적 손해를 별도로 산정한 사례(서울민사지법 1991. 7. 25. 선고 90가합76280 판결)도 있어서, 사실상 유명 연예인의 재산적 이익을 보호하고 있으면서도 형식논리는 초상권의 침해를 근거로 하고 있다. 그러한 재산적 이익을 양도하거나 상속할 수 있는지에 대해서는, 우리 법원이 계속 초상권의 범りに

호받고자 하는 연예인이나 저명인의 초상이나 성명에 관한 이익은 그것을 비밀로 간직하고 싶은 인격적 이익이 아니라 공개되어 있고 널리 알려져 있는 자신의 초상이나 성명이 가진 고객흡인력에 관한 재산적 이익이고 그러한 이익을 상업적으로 활용할 수 있는 기회를 보호받고 싶은 것이기 때문이다.⁶⁴⁾ 예컨대, 21세기의 지식기반사회에서 로봇이 활동하는 상황을 전제로 한 광고에서⁶⁵⁾ 그 로봇이 유명한 연예인을 닮지 않았고 그 연예인의 초상에 관한 인격적 이익을 침해한 바는 없지만 그 연예인을 유명하게 만든 TV 프로그램과 함께 고객을 흡인할 수 있는 능력에 편승했다거나 그러한 재산적 이익을 침해했다고 볼 수는 없는지,⁶⁶⁾ 경마에서 우승한 말(馬)의 주인이 자신의 말(馬)에 대한 인격적 이익을 주장할 수는 없지만 경마에 관심을 가진 고객들의 관심을 끌 수 있는 능력 또는 그에 관한 재산적 이익의 보호를 주장할 수 있는지⁶⁷⁾ 여부 등이 문제된 바 있다.

4. 소결

기술의 발전과 시장의 변화로 인해서 무체재산의 도용, 불공정한 방법의 영업과 광고 등을 둘러싼 다양한 분쟁이 나타나고 있다. 이러한 분쟁이 著作権이나 商標權 또는 所有權이나 人格權 등의 침해 여부에 관한 것인 경우에는 저작권법

의존하는 한 해결할 수 없는 난제로 남게 될 것이다.

- 64) Paul J. Heald, "Filling Two Gaps in the Restatement(Third) of Unfair Competition: Mixed-Use Trademarks and the Problem with Vanna," 47 S. C. L. Rev. 783(1996), pp.806-807.
- 65) 관련된 미국 사례로 White v. Samsung Electronics America, Inc., 989 F.2d 1512(9th Cir., 1993)에서 피고 삼성은 VCRs(videocassette recorders)의 홍보를 위해서, 긴 머리에 장신구를 착용하고 드레스를 입은 로봇이 미국의 약 4천만 시청자를 가진 "Wheel of Fortune"이라는 게임쇼와 아주 유사한 게임쇼 환경 속에 나타나고, 자막으로 "서기 2012년 현재 가장 장수한 게임쇼"라는 설명이 나온 후 삼성의 VCRs이 그때에도 널리 애용될 것이라는 의미를 시사하는 내용의 광고물을 제작했는데, 미국연방항소법원은 삼성의 광고에 등장하는 로봇이 "Wheel of Fortune"이라는 게임쇼의 여성 진행보조인 White와는 외관상 다르지만 "Wheel of Fortune"이라는 인기 게임쇼 속의 여성 진행보조인을 연상케함으로써 그 게임쇼와 진행보조인의 고객흡인력을 도용한 측면이 있다고 판시한 바 있다.
- 66) Melville Nimmer, "The Right of Publicity," 19 Law & Contemporary Problems 203 (1954).
- 67) 흥미로운 일본 사례로 "G1 레이스"라는 경마대회에서 우승한 競争馬의 이름에 고객흡인력이 있다는 것을 전제로 해서 그러한 우승마의 이름을 무단으로 이용한 것이 위법하다고 본 사례가 있다: 名古屋地裁, 平成 12. 1. 19, 平10(ワ) 527号, 判タ1070号 233.

등의 관련 법률과 판례에 의해서 해결될 수 있고, 不正競爭防止 및 營業秘密保護에 관한 법률(이하에서는 “부정경쟁방지법”으로 약칭함)이나 獨占規制 및 公正去來에 관한 법률(이하에서는 “독점규제법”으로 약칭함) 등이 적용될 수 있는 불공정하거나 부당한 행위가 문제되는 경우에는 독점규제법 등의 관련 법률에 의해서 시정될 수 있다. 그러나, 현행법상 저작권 등의 권리침해도 없고 부정경쟁방지법 등의 위반에 해당되지 않는 데도 불구하고 무체재산의 도용이라거나 영업 또는 광고방법의 불공정성으로 인해서 영업상의 이익이 침해되었다고 주장하면서 그에 대한 법적 구제를 구하는 國內外 紛爭事例들이 빈번하게 발생하고 있다. ‘자유로운 경쟁’을 중시하자면, 현행법상 명시적으로 인정된 저작권 등의 권리침해나 독점규제법 등에서의 불공정거래행위가 없는 한, 법원을 비롯한 정부의 개입 없이 기업과 소비자가 스스로 해결하도록 방임할 수도 있다. 그러나, 소비자의 판단을 왜곡시키거나 방해하는 영업 또는 광고를 방임하는 것이 오히려 소비자 후생을 감소시킨다거나, 또는 타인의 노력과 투자의 결과에 무임편승하는 방법으로 경쟁상의 이익을 도모하는 것이 궁극적으로 사회 전체적인 생산의 효율성을 떨어뜨리고 자원의 비효율적인 배분을 초래한다면,⁶⁸⁾ 현행법상 저작권 등의 권리 침해가 없다는 이유만으로 법적 구제를 부인하는 것은 법원이나 국회의 직무유기와 다를 바 없다. 문제는 기술의 발전과 시장의 변화에 따라서 발생하는 새로운 유형의 분쟁에 대해서 어떠한 법률적 근거에 따라서 무엇을 기준으로 판단하고, 만일 위법하다고 판단된다면 어떠한 구제수단을 줄 수 있는가이다.

III. 現行法の 해석과 그 한계

1. 關聯法の 해석: 不公正 競爭行爲 規制의 현황

(1) 不公正 競爭行爲를 規制하기 위한 法律

인간의 경제활동에 영향을 미치는 법률은 모두 不公正 競爭行爲의 규제에 직접 또는 간접으로 영향을 미치는 법률에 해당된다고 말할 수 있다. 그러나, 불공정 경쟁행위를 규제하기 위해서 특별히 제정된 법률도 다수 존재한다. 그러한 법률로는, 不正競爭防止法, 獨占規制法, 表示·廣告의公正化에 관한 법률, 加盟事業去

68) Diane P. Wood, “Unfair Trade Injury: A Competition-Based Approach,” 41 *Stan. L. Rev.* 1153, 1155(1989).

來의公正化에관한법률, 電氣通信事業法, 情報通信網利用促進및情報保護등에관한법률, 온라인디지털콘텐츠산업발전법 등을 열거해볼 수 있다.

不正競爭防止法은 출처혼동과 소비자기망행위를 금지함으로써⁶⁹⁾ 건전한 去來秩序를 유지하는 것을 목적으로 하고, 獨占規制法은 부당한 고객유인이나 경쟁자 배제와 같이 “공정한 去來를 저해할 우려가 있는 행위”를 금지함으로써⁷⁰⁾ 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함을 목적으로 한다. 부정경쟁방지법과 독점규제법은 공히 불공정 경쟁행위를 규제한다고 하는 공통된 목표를 위해서 특별히 제정된 법률이다.⁷¹⁾ 다만, 부정경쟁방지법은 극히 제한된 유형의 부정경쟁행위만을 열거해서 규정하고 있다는 단점을 가지고 있는 반면에 피해자 또는 피해기업에 의한 손해배상청구와 금지청구와 같은 私訴가 가능하다는 장점을 가지고 있다. 이에 비해서, 독점규제법은 형식상으로는 모든 유형의 불공정거래행위를 망라해서 규제할 수 있다는 장점을 가지고 있는 반면에⁷²⁾ 기본적으로 공정거래위원회에 의한 행정적 규제에 의존하고 있어서⁷³⁾ 피해 구제가 활성화되기 어렵다는 단점을 가지고 있다.

表示·廣告의公正化에관한법률과 加盟事業去來의公正化에관한법률은 광고와 표시 그리고 가맹사업에 관한 불공정거래행위유형을 더 구체화해서 규정하고 있다. 즉, 表示·廣告의公正化에관한법률은 소비자를 기망하거나 경쟁업자를 비방하는 불공정한 광고나 표시를 금지하고,⁷⁴⁾ 가맹사업거래의공정화에관한법률은 경쟁가

69) 不正競爭防止및營業秘密保護에관한법률 제2조 제1호.

70) 독점규제및공정거래에관한법률 제23조 및 제26조.

71) 정호열, “주요 불공정거래행위법제와 불공정성 판단”, 比較私法 第5卷 第2號(通卷 第9號)(1998. 12), 제593면.

72) 독점규제및공정거래에관한법률은 그 법률의 명칭에서도 알 수 있듯이 경제력의 집중 및 시장지배적 지위의 남용과 같이 독점의 규제와 공정한 경쟁질서의 확보라고 하는 두 가지의 상이한 목표를 하나의 법률 안에서 추구하도록 규정하고 있는데, 현실적으로 공정거래위원회가 설립된 1981년부터 2003년까지 처리한 사건을 보면 총 10,361건 가운데 5,370건이 불공정거래행위에 관한 것이고 국제계약상의 불공정거래행위에 관한 2,341건까지 합하면 75%이상의 사건이 불공정거래행위에 관한 것이다(공정거래위원회의 웹사이트 <http://ftc.go.kr>의 자료실의 “통계” 참조). 이러한 의미에서 독점규제법이 불공정 경쟁행위의 규제에서 차지하는 역할을 지대한 것이라고 말할 수 있다.

73) 다만, 제57조 제1항은 민법 제750조에 의한 손해배상청구에 대해서는 공정거래위원회의 시정조치전치주의가 적용되지 않는다는 점을 확인하고 있다.

74) 表示·廣告의公正化에관한법률 제3조; 그에 따른 광고금지가처분결정을 인용한 대법원 2003. 2. 26. 선고 2002다67062 판결 및 대법원 2003. 3. 31. 자 2002마4109 결정 참고.

맹점사업자의 부당 유인과 같은 불공정 가맹사업거래를 금지하고 있다.⁷⁵⁾ 또한, 電氣通信事業法, 情報通信網利用促進및情報保護등에관한법률, 온라인디지털콘텐츠산업발전법 등은 인터넷을 비롯한 정보통신망에서의 불공정 경쟁행위를 규제하기 위한 규정을 두고 있다. 즉, 電氣通信事業法은 정보통신망의 상호접속 등에 관한 부당차별, 경쟁업자의 정보의 부당유용 등의 불공정거래행위를 금지하고 있고,⁷⁶⁾ 情報通信網利用促進및情報保護등에관한법률은 정보통신망의 침입이라거나 악성프로그램의 유포 또는 스팸메일의 발송 등의 불공정한 방법의 영업이나 광고를 금지하고 있으며,⁷⁷⁾ 온라인디지털콘텐츠산업발전법은 타인의 상당한 노력으로 제작한 온라인콘텐츠를 무단이용함으로써 경쟁업자의 영업상 이익을 침해하는 것을 금지하고 있다.⁷⁸⁾

요약컨대, 부정경쟁방지법과 독점규제법을 비롯한 다수의 법률이 불공정 경쟁행위를 규제하기 위해서 특별히 고안된 규정들을 두고 있다. 그러나, 후술하다시피,⁷⁹⁾ 이러한 법률들이 기술의 발전으로 인해서 새롭게 등장한 불공정 경쟁행위에 관한 다양한 유형의 분쟁을 적절하고 충분히 해결할 수 있는지는 의문이다.

(2) 不法行爲로서의 不公正 競爭行爲

부정경쟁방지법이나 독점규제법 등에서 금지하고 있는 불공정 경쟁행위로 인해서 손해를 받은 자는 그 법에 규정된 손해배상청구권 등을 행사할 수 있지만,⁸⁰⁾ 그러한 불공정 경쟁행위가 不法行爲에 해당되면⁸¹⁾ 民法에 따른 손해배상

75) 加盟事業去來의公正化에관한법률 제12조.

76) 電氣通信事業法 제36조의3.

77) 情報通信網利用促進및情報保護등에관한법률 제48조 및 제62조.

78) 경쟁사업자의 아바타를 활용해서 더 저렴한 비용으로 경쟁적인 영업을 하는 것을 저지시키기 위해서 온라인디지털콘텐츠산업발전법 제18조에 따라 제기한 침해금지가처분신청을 받아들인 서울지방법원 2003. 11. 14. 2003카합2639 결정 및 서울중앙지방법원 2004. 3. 19. 선고 2003카합3852 판결 참고.

79) “해석론의 한계”에 관한 다음 절의 설명 참고.

80) 不正競爭防止및營業秘密保護에관한법률 제4조 내지 제6조, 獨占規制및公正去來에관한법률 제56조 및 제57조, 表示·廣告의公正化에관한법률 제10조 및 제11조, 加盟事業去來의公正化에관한법률 제37조, 온라인디지털콘텐츠산업발전법 제18조 및 제19조.

81) 불공정거래행위에 해당되는 계약의 효력에 관해서 확일적으로 무효로 보아서는 아니 되고, 그에 대한 윤리적 비난의 정도, 일반거래에 미치는 영향, 거래의 안전 및 계약 체결의 자유를 고려해서 유효하다고 보아야 할 경우도 있다고 보는 것이 우리나라의 통설이다. 예컨대, 홍대식, “독점규제법상 不公正去來行爲의 私法的 效力”, 司法論集

등의 법적 구제를 받을 수도 있다.⁸²⁾ 독점규제법이나 전기통신사업법에서와 같이 그 법에 따른 손해배상청구권의 재판상 주장에 공정거래위원회 등의 시정조치를 전제로 하는 경우에도,⁸³⁾ 불공정 경쟁행위가 민법상 불법행위에 해당되는 경우 민법상의 손해배상청구권은 독점규제법 등에서의 손해배상청구권과 별도로 성립해서 경합하는 것이므로, 민법상의 손해배상청구권은 공정거래위원회의 시정조치 유무에 관계없이 자유롭게 행사할 수 있는 것이다.⁸⁴⁾ 또한, 情報通信網利用促進 및 情報保護 등에 관한 법률에서와 같이 정보통신망의 침입이나 악성프로그램의 유포 등에 대해서 손해배상청구권을 부여하는 규정이 없는 경우에도, 그러한 행위가 위법한 행위로서 타인에게 손해를 가한 경우에는 민법상 불법행위 규정에 따라 손해배상청구의 대상이 된다.⁸⁵⁾

불공정 경쟁행위의 규제에 있어서 민법상 불법행위에 관한 규정이 더욱 중요한 의미를 가지는 것은, 기술의 발전으로 인해서 등장한 새로운 유형의 분쟁이

제30집(1999년), 121면. 이와 같이 불공정거래행위에 해당되는 행위라도 단순한 단속 법규의 위반으로 보아서 그 사법적 효력을 그대로 유지한다고 해석한다면, 그 한도에서는 불법행위로 인한 손해배상청구도 제한받게 될 것이다.

82) 민법 제750 내지 제766조는 손해배상 이외에 명예회복처분도 청구할 수 있음을 규정하고 있고 공동불법행위와 사용자의 책임 등에 대해서도 규정하고 있다.

83) 獨占規制 및 公正去來에 관한 법률 제57조, 電氣通信事業法 제38조 및 表示·廣告의 公正化에 관한 법률 제11조 그리고 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제57조를 준용하고 있는 加盟事業去來의 公正化에 관한 법률 제37조; 시정조치진치주의는 피해자에 의한 남소를 방지하기 위해서 둔 규정이지만 그러한 규정이 바람직하지 않다는 견해가 많다. 예컨대, 권오승, “獨占規制法上 損害賠償責任: 是正措置 前置의 意味를 中心으로”, 判例月報 第328號(1998), 제17면.

84) 대법원 1997. 4. 22. 선고 96다54195 판결은 시정조치의 대상이 된 불공정거래행위에 국한하지 않고 그 시정조치의 실현을 방해하는 상대방의 행위가 추가적으로 또 하나의 불공정거래행위에 해당되는 경우 그로 인한 손해의 배상도 구할 수 있다고 판시함으로써 민법상의 불법행위로 인한 손해배상청구권이 별도로 성립하고 자유롭게 행사할 수 있음을 부분적으로 확인해주고 있다. 또한, 독점규제법에 기한 청구를 主位的 청구로 하고 일반 민법상의 불법행위에 기한 청구를 豫備的 청구로 하여 제기된 손해배상청구사건에서 시정조치의 선확정 요건을 갖추지 못하여 예비적 청구만 일부 인용한 서울민사지방법원 1989. 5. 31 선고, 88가합38421 판결(오창수, “獨占規制違反行爲와 損害賠償請求, 辯護士 — 法律實務研究 —” 제22권(1992년), 제171면에서 재인용) 참고.

85) 情報通信網利用促進 및 情報保護 등에 관한 법률 제62조는 정보통신망의 침입이나 악성프로그램의 유포를 범죄로 규정하고 있어서 그 위법성이 명백하고, 따라서 그로 인해서 손해를 입은 경쟁사업자 등은 민법상 불법행위로 인한 손해의 배상을 청구할 수 있다고 해석된다.

현행 부정경쟁방지법이나 독점규제법에 의해서 적절히 규제되지 못하는 경우에도 그 불공정 경쟁행위가 위법한 행위로서 불법행위에 해당될 수 있고 민법상의 불법행위 관련 규정에 의해서 규제될 수 있다는 점이다.⁸⁶⁾ 우리 民法은 불법행위의 성립에 권리의 침해가 필요로 하지 않고 사회공동생활을 실질적으로 해치는 위법한 행위이면 족한 것으로 규정하고 있기 때문에,⁸⁷⁾ 특정의 불공정 경쟁행위가 부정경쟁방지법이나 독점규제법 등의 요건을 충족하지 못한 경우에도 민법상 불법행위에는 해당될 수 있기 때문이다. 따라서, 기술의 발전으로 인해서 나타나고 있는 새로운 유형의 경쟁행위가 현행법상 명시적으로 인정된 권리의 침해가 아님에도 불구하고 그 침해행위의 금지 및 피해자에 대한 손해배상이 정의의 관념에 합치된다고 볼 수 있는 경우⁸⁸⁾ 즉 우리 민법상의 불법행위로서 손해배상청구의 원인이 될 수 있는 경우도 있다. 예컨대, 우리 하급심 판결 가운데 전자지도도를 개발한 저작권자의 허락없이 프레이밍의 방식으로 전자지도도를 연결해서 제공하는 행위가 현행법상 저작권의 침해라고 보기 어려운데도 불구하고 위법하게 전자지도 개발업자의 영업상 이익을 침해한 것이라고 보아서 그 손해의 배상을 명한 사례가 있다.⁸⁹⁾ 마찬가지로, 일정한 온도가 되면 하늘색의 선명한 지하수 표시가 나타나도록 해주는 온도감응잉크를 활용해서 맥주병을 제작하고 그러한 맥주병의 시각적 특징을 맥주의 맛이라고 하는 미각적 특징으로 연결시킨 광고 문구에 대해서, 그러한 광고문구를 제안한 사람에게 허락을 받거나 보상을 하지 아니한 것이 영업비밀이나 저작권의 침해라고 보기는 어렵지만 아이디어의 무단

86) 梁彰洙, “不法行爲法の 變遷과 可能性: 그 制度目的과 關聯하여”, **民法研究** 第3卷 (1995. 2), 제399면. 미국에서도 마찬가지로 주법원에 의해서 발달되어온 판례상의 불법행위법이 독점규제법의 위반에 해당되지 않지만 위법한 다양한 종류의 불공정 경쟁행위를 규제해 왔고, 미국법학원(American Law Institute)이 그러한 주판례를 총정리해서 1938년에 완성한 “不法行爲法 再錄(The Restatement of Torts)”도 불공정 경쟁행위를 불법행위의 한 가지 유형으로 열거하고 있다: A. Michael Ferrill, *Business Torts and Unfair Competition*(American Bar Association, 1996), pp.13-14 및 Robert C. Denicola and Harvey S. Perlman, “A Foreword to the Symposium on the Restatement of Unfair Competition,” 47 *South Carolina Law Review* 1(1996) 참고.

87) 郭閔直, **債權各論**(박영사, 1995), 704-705면.

88) 저작권의 침해도 아니고 독점규제법의 위반에도 해당되지 않지만, 스스로 노력하지 않고 타인의 노력과 투자의 결과에 무임편승해서 부당한 이익을 도모하는 것은 부당하고 위법하다고 볼 수 있는 국내사례는 후술하겠지만, 그러한 법리를 처음으로 확인한 것은 미국 연방대법원의 유명한 판결 *International News Serv. v. Associated Press*, 248 U.S. 215(1918)이라고 볼 수 있다.

89) 서울지방법원 2001. 12. 7. 선고 2000가합54067 판결.

도용으로 위법하다고 보아 그 손해의 배상을 명한 하급심 판결도 있다.⁹⁰⁾

그러나, 실정법상 저작권 등의 침해에 해당되지 않고 부정경쟁방지법 등의 실정법 위반에도 해당되지 않지만 민법상 불법행위에 해당된다고 보아서 그에 대한 법적 구제를 부여하는 데에는 명백한 한계가 있다. 기본적으로 대부분의 실정법은 그 입법목적을 달성하기 위해서 필요한 경우에 그리고 필요한 범위 내에서만 저작권의 보호나 부정경쟁행위의 금지를 하는 것이므로, 그러한 실정법의 위반에 해당되지 않는 한도에서는 저작물의 자유로운 이용과 자유로운 경쟁을 허용하는 것이 그러한 실정법의 법목적에 부합되는 것이기 때문이다. 저작권법이나 부정경쟁방지법과 같은 실정법의 위반에는 해당되지 않지만 민법상의 불법행위에 해당되기 때문에 손해배상의 의무가 생긴다고 보는 경우가 광범위하게 인정된다면 그러한 실정법과 모순된 결과가 양산되고 그 실정법이 추구하고자 하는 이익의 조화 내지 법목적의 달성이 부분적으로 무산되거나 방해될 수 있다.⁹¹⁾ 따라서, 문제된 경쟁행위가 권리침해 또는 그에 상응하는 “보호할 만한 가치 있는 법익의 침해”⁹²⁾가 있거나 또는 상도덕이나 관습에 반하여 행위태양⁹³⁾ 자체의 불공정성이 명백한 경우 등과 같이 제한된 경우에 한해서⁹⁴⁾ 민법의 불법

90) 하이트맥주의 “시원한 맛, 눈으로 확인하세요”라고 하는 광고문구의 아이디어의 도용이 위법하다고 인정한 서울지방법원 1997. 2. 14. 선고 96가합7170 판결 참고.

91) 특히 실정법의 제정과 함께 그 소급적용을 제한하는 경과규정이 있는 경우에 우리 대법원은 1996. 11. 26. 선고 96다31574 판결에서와 같이 민법상 불법행위의 성립을 극히 엄격하게 제한하는 경향을 보여준다.

92) 아이디어 도용의 경우에는 문제된 아이디어가 보호받을 만한 가치가 있을 정도의 구체성과 참신성을 갖추고 있어야 할 것이고 영업이나 광고의 불공정성이 문제된 경우에는 불공정하다고 주장되는 경쟁행위에 의해서 침해되는 경쟁업자의 노력과 자본의 투입 또는 소비자의 신뢰 등이 보호받음으로써 사회전체적으로 이익이 극대화되는 것인지 등이 검토되어야 한다. 예컨대, 하이트맥주의 광고아이디어 도용에 관한 사건에서도, 그 항소심은 문제된 아이디어의 참신성(독창성)을 인정하기 어렵기 때문에 불법행위가 성립되지 않는다고 판시한 바 있다(서울고등법원 1998. 7. 7. 선고 97나15229 판결).

93) 행위태양 자체가 사회상규에 반한다고 볼 수 있는 경우로서 아이디어를 공모해서 사실상 채택했으면서도 채택된 아이디어의 응모자에게 채택사실을 알리지 않고 보상도 하지 아니한 경우를 들 수 있다. 그러한 행위태양을 다룬 국내사례로는 “소나타” 명칭공모사건에 관한 서울지방법원 2001. 3. 2. 선고 2000가합49737 판결 참고.

94) 무엇이 상도덕이나 관습에 반하는가에 관한 법원의 판단은 무엇이 보호받을 만한 가치가 있는 법익인가에 관한 법원의 정책적 판단을 전제로 함을 부인할 수 없다. 예컨대, 미국 사례 가운데 *Christian Dior v. Milton*, 155 N.Y.S.2d 443(Sup. Ct.), *aff'd mem.*, 156 N.Y.S.2d 996(App. Div., 1st Dep't 1956)에서 의류패션디자인을 제한된 법

행위 규정에 의한 불공정 경쟁행위의 규제는 가능하다.⁹⁵⁾ 이와 같이, 민법의 불법행위에 관한 규정은 불공정 경쟁행위의 규제에 관한 특별법의 흠결을 보충해주는 포괄적이고 기본적인 법률이지만, 후술하다시피,⁹⁶⁾ 그 구체수단의 불충분성과 위법성의 불명확성⁹⁷⁾이라는 단점을 해결하면서 불공정 경쟁행위를 더 효율적으로 규제하기 위해서 부정경쟁방지법과 독점규제법 등이 특별히 제정되어 운용되고 있는 것이다.

(3) 不公正 競争行爲에 관한 파리조약규정의 意味

불공정 경쟁행위의 규제는 국내법의 해석의 문제임과 동시에 국제법상의 의무이기도 하다. 우리나라는 “産業財産權 보호를 위한 파리조약”⁹⁸⁾(이하에서는 “파리조약”이라고 약칭함)을 비준한 국가로서 파리조약에 따라서 불공정 경쟁행위를 규제해야 할 국가적 의무를 가지고 있기 때문이다. 파리조약은 특허발명과 상표에 관한 조약가입국의 보호의무를 규정하고 있을 뿐만 아니라 “산업상 또는 상업상의 공정한 관행에 반하는 불공정 경쟁행위”⁹⁹⁾를 금지하고 그에 대한 법적

위의 청중에게만 공개했는데 그 청중 가운데 경쟁업자가 동일한 패션디자인을 똑같이 모방한 경우에 저작권이나 의장권의 침해에는 해당되지 않지만 “상도덕(commercial morality)”에 반하기 때문에 불공정 경쟁행위로서 손해배상청구의 원인이 된다고 판시된 바가 있는데, 이는 상도덕을 근거로 법원이 디자인 개발업자의 법익이 보호받을 만한 가치가 있다고 하는 판단을 합리화하고 있는 것으로 평가된다: “Unfair Competition — Appropriation of Another's Labor — Copying of Fashion Designs Actionable on the Ground of Commercial Immorality,” 70 *Harv. L. Rev.* 1117(1957)에서 재인용.

95) 불공정 경쟁행위의 규제필요성과 자유로운 경쟁의 중요성을 조화시키는 것이 중요하다는 점은 미국의 불공정경쟁행위에 관한 판례법을 집대성한 the Restatement of the Law on Unfair Competition(2002, the American Law Institute)의 제1절 기본원칙에도 잘 반영되어 있다.

96) “해석론의 한계”에 관한 다음 절의 설명 참고.

97) 일본에서는 서체디자인의 모방이 저작권침해에 해당되지는 않더라도 불법행위에 해당된다고 보아서 구제를 해준 바 있다(平成 1年 3月 8日 大阪地裁 昭58(ワ) 4872号 判決). 그러나 우리 대법원은 대법원 1996. 8. 23. 선고 94누5632 판결에서 서체디자인의 저작물성을 부인한 바 있고, 민법상 불법행위의 위법성 판단기준이 불명확하기 때문에 우리 법원이 일본 오사카지방법원과 마찬가지로 서체디자인의 모방이 불법행위에 해당한다고 해석할 것이라고 단언할 수도 없다.

98) Paris Convention for the Protection of Industrial Property. 우리나라는 1980년 5월에 가입했고, 2002년 1월 현재 파리조약의 가입국은 162개국에 달한다.

99) Article 10bis(2) of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property는 “산업상 또는 상업상의 공정한 관행에 반하는 경쟁행위는 불공정 경쟁행위에 해당된

구제를 해주어야 할 의무도 부과하고 있어서, 불공정 경쟁행위의 금지에 관한 파리조약규정이 우리나라에서 어떠한 효력을 가지는지 문제된다. 대한민국 憲法에 의하여 체결·공포된 條約은 國內法과 동일한 효력을 가지므로,¹⁰⁰⁾ 파리조약도 국내법과 동일한 효력을 가지고 있는 것으로 해석된다. 그렇다면 불공정 경쟁행위에 관한 파리조약규정은 불공정 경쟁행위의 규제를 위해서 우리 국회가 제정한 법률들과 어떠한 관계 속에 있는 것인가?

국내법 사이의 모순과 충돌을 방지하기 위해서 그 조화를 위한 규정을 두는 것과 마찬가지로, 조약과 국내법과의 관계에 대해서도 관련 법률 내에 조약이 우선한다거나¹⁰¹⁾ 예외적으로 국내법이 우선하는 경우를 규정하고 있다면¹⁰²⁾ 그러한 규정에 따라 문제를 해결할 수 있다.¹⁰³⁾ 그러나, 부정경쟁방지법과 독점규제법 등의 관련 법률의 어디에도 파리조약과의 관계에 대한 조화규정을 찾아볼 수 없다. 그렇다면 국내법 사이의 특별법우선의 원칙과 신법우선의 원칙을 조약과 국내법 사이의 관계에도 적용해서, 파리조약과 부정경쟁방지법 및 독점규제법 등의 사이에 무엇이 일반법이고 무엇이 특별법인지 단언하기 어렵지만 파리조약은 우리나라가 가입한 1980년도에 비로소 국내법으로서의 효력을 가지게 된 데 반해서 부정경쟁방지법과 독점규제법은 비교적 최근에 개정되었으므로,¹⁰⁴⁾ 국내법들이 파리조약에 우선해서 적용된다고 볼 것인가? 만일 부정경쟁방지법과 독점규제법 등의 국내법이 우선하는 효력을 가진다고 보고, 국내법에 규정된 범위를 초과해서 불공정 경쟁행위의 규제를 규정한 파리조약은 그 한도에서는 국내에서 더 이상 효력을 가지지 못한다고 해석한다면, 결국 우리나라가 파리조약에 가입했으면서도 파리조약상의 가입국 의무를 이행하지 못한 결과로 된다.

생각건대, 특별법우선이라거나 신법우선이라는 원칙은 동일한 사항에 대해서

다(Any act of competition contrary to honest practices in industrial or commercial matters constitutes an act of unfair competition)”고 규정하고 있다.

100) 대한민국 헌법 제6조 제1항.

101) 예컨대, 특허법 제26조 및 상표법 제5조.

102) 예컨대, 1978년에 신설된 관세법 제43조의14는 원칙적으로 조약이 우선하는 효력을 가지지만 관세법에 의한 稅率이 條約에 의한 稅率보다 낮을 때에는 관세법상의 세율이 우선 적용된다고 규정하고 있다.

103) 대법원 1987. 11. 24. 선고 85누44 판결.

104) 가장 최근의 개정을 보면, 不正競爭防止 및 營業秘密保護에 관한 법률은 2001년 2월 3일에 개정되었고(법률 제6421호), 독점규제 및 공정거래에 관한 법률은 2002년 8월 26일에 개정된 바(법률 제6705호) 있다.

적용되는 법률들이 서로 모순 또는 충돌되는 권리의무를 부여하고 있는 경우에 적용할 수 있는 원칙인데, 파리조약의 불공정 경쟁행위의 금지에 대한 규정은 구체성과 완전성을 결하여 직접 권리의무의 부과에 이르지 못하고¹⁰⁵⁾ 오직 조약가 입국으로 하여금 더 구체적이고 완전한 내용의 국내법을 갖출 의무를 부과하는 성질의 조약에 해당된다.¹⁰⁶⁾ 따라서, 파리조약과 국내법과의 모순이나 우선적용은 문제되지 않고 오히려 파리조약상의 가입국 의무에 부합하는 국내법이 존재하는지 또는 더 적절한 국내법을 제정 내지 개정할 필요가 있는지 여부를 검토할 필요가 있다. 이하에서는 전술한 국내법들이 불공정 경쟁행위의 규제에 충분하고 그 규제방법이 적절한 것인지,¹⁰⁷⁾ 아니면 현행법의 해석상으로는 한계가 있기 때문에 입법적인 보완이 필요한 것인지에 대해서 살펴보도록 한다.

2. 解釋論의 限界

(1) 不公正 競爭行爲를 規制하기 위한 實定法의 限界

전술한 바와 같이, 不正競爭防止法과 獨占規制法 등의 실정법은 민법상 불법행위의 위법성 요건의 불명확성과 그 구제수단의 불충분성을 극복하고 불공정 경쟁행위를 더 효율적으로 규제하기 위해서 특별히 제정된 실정법이라고 말할 수 있다. 그러나, 그러한 실정법들도 기술의 발전과 더불어 발생하는 새로운 유형의 경쟁행위를 효율적으로 규제할 수 있는지는 의문시된다.

우선, 不正競爭防止法을 보면 그 법률의 명칭은 부정경쟁을 포괄적으로 규제하기 위한 법률인 것 같지만 그 구체적인 규제범위는 출처의 혼동, 원산지나 품질 등에 관한 기망, 영업비밀의 침해 등의 제한된 유형의 부정경쟁행위에 한정되어 있다.¹⁰⁸⁾ 따라서, 기술의 발전으로 인해서 등장한 새로운 유형의 분쟁을 해결하

105) 모든 권리의무가 구체적으로 규정된 소위 자기집행적인 조약(self-executing treaty)인 경우에 한해서, 국내법과 동일한 효력을 가지는 순간 국내법상의 권리의무와 자기집행적인 조약상의 권리의무와의 모순충돌이 문제되고 그 우선순위를 정하기 위한 원칙의 적용이 의미를 가질 것이다.

106) 대법원 법원행정처, 특허소송실무(1998, 법원행정처), 제371면.

107) 불공정 경쟁행위로 인한 손해의 배상을 청구하는 소송에서 피해자가 파리조약을 인용하는 경우에, 법원으로서의 현재의 불법행위법에 의해서 불공정 경쟁행위의 규제에 관한 국가적 의무가 국내법화되고 이행될 수 있는 것으로 해석할 수도 있을 것이다. 유사한 해석론으로서 미국연방지방법원의 판결 *General Motors Corp. v Lopez de Arriortua*, 948 F. Supp. 684(E.D. Mich. 1996) 참고.

108) 不正競爭防止및營業秘密保護에 관한법률 제2조.

는 것에는 물론 일반적으로 경쟁업자의 노력의 결과에 무임편승함으로써 가격과 품질을 향한 공정한 경쟁을 방해하는 다양한 유형의 불공정 경쟁행위를 규제하는데 있어서도, 부정경쟁방지법은 명칭과 달리 그 역할을 제대로 하지 못하고 있는 실정이다. 현실적으로도, 부정경쟁방지법은 著名商標 등에 의한 출처표시의 혼동을 둘러싼 분쟁의 해결에 주로 활용되고 있고, 대부분의 불공정 경쟁행위는 獨占規制法에 따라 公正去來委員會에 의해서 규제되고 있는 실정이다.¹⁰⁹⁾

그러나, 독점규제법에 의한 불공정경쟁행위의 규제에도 한계가 있다. 독점규제법 자체가 독점의 규제 다시 말해서 시장지배적 지위를 가진 기업이 상품이나 서비스의 공급량과 가격을 일방적으로 좌우함으로써 자원의 비효율적 배분을 초래하게 되는 獨占의 폐해를 방지하고자 하는 목적으로부터 출발하고 있기 때문에, 불공정 경쟁행위의 규제에 있어서 불공정성의 구체적 기준이 競爭秩序의 歪曲에 한정되는 것인지 아니면 널리 競爭方法의 不公正性까지 포함하는 것인지 극히 불분명하고 혼란을 겪고 있는 실정이다.¹¹⁰⁾ 또한, 독점규제법의 불공정거래행위의 유형과 기준은 대통령령 및 그에 따른 공정거래위원회 고시에 의해서 지정된 것에 한정된다고 해석되고 있어서,¹¹¹⁾ 독점규제법도 현실적으로는 기술의 발전으로 인해서 새롭게 등장하는 다양한 종류의 불공정 경쟁행위를 포괄적으로 규제할 수 없는 실정이다. 특히, 기술의 발전으로 인해서 특허법이나 저작권법 등에 의해서 보호될 수 없지만 시장에서 많은 경제적 가치를 가진 아이디어 또는 무체재산이 등장할 수 있는데, 그러한 아이디어 또는 무체재산을 둘러싼 불공정 경쟁행위¹¹²⁾라거나 새로운 기술에 입각한 새로운 방식의 경쟁행위¹¹³⁾에 대해서는 현행 독점규제법도 속수무책일 수밖에 없다.

109) 공정거래위원회가 처리한 사건의 통계자료에 관한 각주 72 참고(공정거래위원회의 웹사이트 <http://ftc.go.kr>의 자료실의 “통계”).

110) 백춘기, “불공정거래행위의 요건 및 부당성 유무의 판단기준”, **대법원판례해설** 第31號(1999. 5), 제387면.

111) 김영식, “不公正去來行爲 該當性 阻却事由로서의 ‘正當한 理由’의 判斷基準”, **대법원 판례해설** 제13호(1991년), 제147면; 한양석, “독점규제및공정거래에관한법률 제23조 제1항 제6호 소정의 허위 또는 과장의 광고에 의한 불공정거래행위에 해당하기 위한 요건 및 사업자가 광고 내용에 포함하여야 할 정보”, **대법원판례해설** 第41號(2002. 12), 제94면.

112) 정호열, “우리나라 不公正去來行爲法의 體系와 不公正性의 意味/ 企業構造의 再編과 商事法”: **朴吉俊教授華甲記念論文集(II)**, (1998. 10), 1156면.

113) 예컨대, 소프트웨어 로봇이나 팝업광고 등을 활용한 영업도 현행 독점규제법 및 그 시행령과 고시에 열거되어 있는 유형과 기준에 해당된다고 보기 어렵기 때문이다.

電氣通信事業法, 情報通信網利用促進및情報保護등에관한법률, 온라인디지털콘텐츠산업발전법 등은 새로운 기술의 발전에 부응하기 위해서 제정 또는 개정된 법률이지만, 그 규제범위가 정보통신망에서의 상호접속에 관한 부당차별이라거나¹¹⁴⁾ 정보통신망의 침입¹¹⁵⁾ 또는 온라인콘텐츠의 무단이용¹¹⁶⁾과 같이 제한된 유형의 불공정 경쟁행위에 한정되어 있다. 또한, 表示·廣告의公正化에관한법률 및 加盟事業去來의公正化에관한법률 등은 명칭에서 알 수 있듯이 그 적용범위가 일정한 종류의 영업 내지 광고에 한정되어 있다.

(2) 現行法상 救濟手段의 한계

부정경쟁방지법과 독점규제법 등은 기술의 발전으로 인해서 발생하는 새로운 유형의 불공정 경쟁행위에 적용되지 못하는 한계가 있는 반면, 불법행위에 관한 일반법에 해당되는 民法은 불법행위에 대한 구제수단으로 損害賠償請求權 이외에 불법행위 자체를 留止 또는 禁止시킬 수 있는 권리에 대해서는 아무런 언급이 없다. 따라서, 불공정 경쟁행위가 민법상 불법행위에 해당된다고 판단되더라도 그에 대한 구제수단으로 손해배상청구권 이외에 불공정 경쟁행위의 유지/금지 또는 원상회복을 청구할 수 있는지 여부가 문제된다. 만일 불공정 경쟁행위 또는 불법행위가 소유권이나 지적재산권의 침해로 인한 것이라면 物權 또는 物權 유사의 排他的 權利에 기해서 그 방해제거 또는 침해금지를 청구할 수 있고,¹¹⁷⁾ 그러한 한도 내에서 불법행위의 유지 또는 금지를 청구할 수 있게 될 뿐이다. 여기에서 논쟁의 대상으로 남는 문제는 불법행위가 물권 또는 물권 유사의 배타적 권리의 침해에 해당되지 않지만 피해자가 그 불법행위의 유지나 금지를 청구할 수 있는지 여부의 문제다.

민법이나 저작권법과 같이 명문의 규정으로 방해제거 또는 침해금지를 청구할 수 있는 권리가 부여된 바 없지만, 법원이 침해된 권리의 만족적 구제를 위해서 일관되게 침해금지청구권을 인정해주고 있는 경우로는 人格權의 침해의 경우를

114) 電氣通信事業法 제36조의3.

115) 情報通信網利用促進및情報保護등에관한법률 제48조.

116) 온라인디지털콘텐츠산업발전법 제18조.

117) 민법 제214조; 저작권법 제91조는 ‘정지’청구권을 그리고 온라인디지털콘텐츠산업발전법 제19조는 ‘금지’청구권을 부여하고 있는데, 특허법 제126조, 상표법 제65조, 不正競爭防止및營業秘密保護에관한법률 제4조는 ‘금지’청구권을 부여하고 있어서 그 용어가 통일되어 있지 못한 형편이다.

들 수 있다.¹¹⁸⁾ 소유권의 침해나 인격권의 침해가 명백하지 않는 한 營業의 妨害¹¹⁹⁾ 또는 環境의 侵害¹²⁰⁾를 留止 또는 금지해달라는 청구는 기각되고 있다. 다만, 명시적 또는 묵시적 계약관계를 가진 당사자 사이에서는 物權의 請求權이 없는 경우에도 그 契約上 地位 자체의 보전을 위한 가처분신청을 통해서 일정한 행위의 중지 또는 不作爲를 명한 사례가 다수 발견되고,¹²¹⁾ 구민법하의 판결이지만 제3자의 채권침해 또는 채무이행방해가 위법한 경우에는 그 방해배제청구가 인정될 수 있다고 판시한 대법원판결도 있으며,¹²²⁾ 營業權의 계속적 침해의 우려가 있다고 인정된 광고를 금지하거나¹²³⁾ 環境利益의 침해라고 하는 不法行爲의

118) 人格權은 그 성질상 일단 침해된 후의 구제수단(금전배상이나 명예회복 처분 등)만으로는 그 피해의 완전한 회복이 어렵고 손해전보의 실효성을 기대하기 어려우므로, 인격권 침해에 대하여는 사전(예방적) 구제수단으로 침해행위 정지·방지 등의 금지청구권도 인정된다. 대법원 1996. 4. 12. 선고 93다40614, 40621 판결.

119) 서울지방법원 2002. 10. 15, 2002카합2377 결정 및 서울지방법원 2002. 10. 24, 2002카합1031 결정.

120) 대법원 1995. 5. 23. 자 94마2218 결정. 그러나 우리와 아주 유사한 법체계를 가진 일본의 하급심 가운데 大阪高等裁判所 1975(昭和 50). 11. 27. 판결은 인격권의 침해를 근거로 공해금지청구를 받아들인 바 있다. 尹眞秀, “環境權侵害를 理由로 하는 留止請求의 許容與否”, 大法院判例解説 23(1995년), 제9면에서 재인용.

121) 예컨대, 묵시적 계약에 따른 성명표시의무를 위반했음을 근거로 계약목적물인 음반의 배포를 금지한 가처분결정을 한 사례도 있고(서울민사지방법원 1995. 1. 18. 자 94카합 9052 결정), 독점판매계약이나 전속출연계약 등의 명시적 계약에 따른 계약상의 권리를 피보전권리로 한 침해금지가처분결정의 사례는 더 많다(예컨대, 서울고법 1995. 1. 12, 94라186 결정).

122) 채권도 법률에 의해서 보호되는 권리이므로 제3자도 존중해야 하고 정당한 이유 없이 타인의 채권을 침해하는 행위는 위법하기 때문에 채권자는 그 제3자에 대해 방해행위의 배제를 청구할 수 있다고 하는 일반원칙을 확인했지만, 구체적인 사실관계에 비추어 채무자의 자유를 구속하는 등의 특별한 사정이 없는 한 제3자가 채무자에게 단순히 지급보류를 요청하는 것만으로 채권을 침해한 것으로 볼 수 없다고 판시한 바 있다. 대법원 1953. 2. 21. 선고 52다129 판결.

123) 대지방법원은 광고금지가처분신청사건에서 表示·廣告의公正化에관한법률이 불공정한 광고를 금지하고 있으므로 당연히 그 피해기업은 금지청구권을 가지고 그러한 금지청구권을 피보전권리로 한 금지가처분신청은 적법하다고 판시하고(대지방법원 2002. 6. 21, 2002카합325결정), 서울지방법원도 광고금지가처분신청사건에서 表示·廣告의公正化에관한법률에서 금지하고 있는 불공정한 광고로 인해서 人格權 또는 營業權이 침해되었고 그러한 침해가 계속될 우려가 있다는 점을 근거로 들면서 광고금지가처분신청을 인용한 바 있다(서울지방법원 2002. 5. 24. 선고 2002카합1228판결). 특히 흥미로운 점은 이러한 하급심 결정과 판결은 그 후 각각 대법원 2003. 3. 31. 자 2002마4109 결정과 대법원 2003. 2. 26. 선고 2002다67062 판결에 의해서 모두 인용확정되었다는 점이다. 다만, 여기에서 대법원은 신청인에게 금지청구권이 있는지

배제청구권을 인정한 하급심 사례도¹²⁴⁾ 가끔 보인다. 대법원은 이와 같이 극히 예외적인 경우를 제외하고는, 소유권이나 인격권의 침해라거나 저작권법 등의 실정법에 명시된 배타적 권리의 침해가 있는 경우에 한해서 그 방해제거나 침해금지 등의 구제를 해주고 있기 때문에, 불공정 경쟁행위가 민법상 불법행위에 해당되는 경우에도 배타적 권리의 침해가 없는 한 유지/금지를 청구할 수 있는 길은 없는 것으로 보인다. 마찬가지로, 대법원은 금전에 의한 손해배상 이외에 가해자에 의한 원상회복도 불필요하고 현행 민법상 허용할 수 없다는 엄격한 입장을 견지하고 있다.¹²⁵⁾

유지/금지청구권에 관한 국내 학설을 보면, 독점규제법에 의한 독점규제의 활성화를 위해서 피해자에게 유지/금지청구권을 부여해야 한다는 立法論은 있지만,¹²⁶⁾ 解釋論으로서 소유권에 기한 방해제거청구권 등의 민법 규정에 의하거나 인격권에 기한 침해금지청구권에 관한 판례이론으로 충분하기 때문에 불법행위에 대한 일반적인 구제수단으로 유지/금지청구권을 해석상 도출할 필요는 없고 허용해서도 안된다고 보는 것이 다수의 견해이다.¹²⁷⁾ 그러나, 환경침해와 같은 불법행위 가운데 보호법익의 침해가 명백하고 그 환경침해가 계속될 위험이 있어서 그 침해의 留止가 가장 효율적이고 만족적인 구제수단인 경우에는 해석상으로도 피해자에게 유지청구권을 인정할 수 있다고 보는 소수의 견해도 있다.¹²⁸⁾

人格權 侵害의 경우에 대법원이 금지청구권을 인정하는 근거는 인격권의 성질

여부에 대해서는 전혀 판단을 하지 않았기 때문에, 법률에서 명시적으로 금지청구권을 부여하지 아니한 경우에도 피해자는 만족적 구제를 위해서 법원에 가해행위의 금지를 청구할 수 있는 것인지에 대한 대법원의 입장은 아직 알 수 없다.

124) 부산고등법원 1995. 5. 18. 선고 95카합5 판결, 하급심판결집(95-1), 50. 그러나 동판결에 대한 상고심에서 대법원은 민법 217조에 근거한 방해금지청구에 의해서 해결될 수 있음을 전제로 환경권에 기한 방해금지청구권을 인정한 원심판결 부분은 파기하였다(대법원 1995. 9. 15. 선고 95다23378 판결).

125) 대법원 1961. 10. 12. 선고 4293민상115 판결 및 대법원 1997. 3. 28. 선고 96다10638 판결. 다만, 학설 가운데 채권자의 입장에서 금전배상이 명백히 불충분하고, 채무자의 입장에서 원상회복에 의하더라도 특별히 가혹하지 않으며 나아가서 그 집행에 있어서 금전집행의 경우보다 편리한 경우에 한해서 원상회복청구권이 인정되어야 한다는 유력한 견해도 있다. 윤진수, “부동산 이중양도에 관한 연구”(서울대학교 박사학위논문, 1993), 223-224면.

126) 장승화, “독점금지법상 금지청구와 손해배상청구”, **人權과正義** 第299號(2001. 7), 51면.

127) 예컨대, 김재형, “소유권과 환경보호: 민법 제217조의 의미와 기능에 대한 검토를 중심으로”, **人權과正義** 第276號(1999. 8), 22-43.

128) 조홍식, “留止請求 許容 與否에 관한 小考”, **民事判例研究** 第22卷(2000. 2), 제62면.

상 일단 침해된 후의 사후적 구제수단으로 인정되는 금전적 배상이나 명예회복 처분 등만으로는 그 피해의 완전한 회복이 어렵고¹²⁹⁾ 자동차 사고와 같은 일회적인 불법행위와 달리 인격권 침해와 같이 계속·반복의 위험이 있는 불법행위의 경우에는 침해 자체의 금지와 같은 사전적 구제수단을 통해서 비로소 그 보호법익의 완전하고 효율적인 보호가 가능해지기 때문인 것이다.¹³⁰⁾ 요컨대, 인격권의 침해에 대해서 금지청구권을 허용해주는 근본적인 이유는 인격권의 絶對權으로서의 성격 때문에 기계적으로 허용해주는 것이 아니라 인격적 이익이라고 하는 보호법익의 성질로 인해서 금지청구권의 부여가 그 효율적이고 만족적인 구제수단이기 때문에 허용해주는 것으로 볼 수 있다. 법률에 의해서 절대권이 부여된 바가 없지만 보호법익의 침해에 대한 효율적인 구제를 위해서 금지청구권을 부여한 실정법의 규정을 보더라도,¹³¹⁾ 금지청구권이 반드시 절대권의 침해에 대해서만 허용되는 것이 아니라 그 보호법익의 성질상 필요하다면 인정할 수 있는 성질의 구제수단이라는 것을 잘 알 수 있다. 따라서, 인격권 침해에 대해서 금지청구권을 인정하는 판례와 학설의 논거는 환경권이나 영업권의 침해에 대해서도 준용될 수 있다고 생각된다. 환경규제나 불공정경쟁행위의 규제에 의해서 보호하고자 하는 법익의 성질에 비추어, 인격적 이익의 침해에 대한 구제에서와 마찬가지로, 환경침해나 불공정 경쟁행위에 대한 사후적 구제만으로는 그 피해의 완전한 회복이 어렵고 그 침해의 계속성으로 인해서 침해 자체의 금지와 같은 사전적 구제수단을 통해서 비로소 그 법익의 완전하고 효율적인 보호가 가능해지기 때문이다. 요컨대, 보호법익의 성질을 기준으로 해서 보면, 소유권침해와 인

129) 대법원 1996. 4. 12. 선고 93다40614, 40621 판결.

130) 이진웅, “言論에 의한 法益侵害에 대한 救濟手段”, **裁判資料** 第77輯(1997. 6): “憲法問題와 裁判(下)”, 제270면은 인격권의 절대권으로서의 성질로 인해서 사전적 구제수단으로서의 금지청구가 허용된다고 설명하고 있는데, 절대권으로서의 성질이라고 함은 궁극적으로 그 보호법익의 성질을 의미하기 때문이다. 따라서, 인격권 침해의 위법성 여부에 관한 판단도 궁극적으로 상충되는 법익 즉 개인의 인격적 이익과 사회적으로 요구되는 표현의 자유라고 하는 법익의 비교형량에 의해서 판단된다: 이상경, “言論報道에 의한 名譽毀損訴訟의 慰藉料 算定에 관한 研究”, **言論仲裁** 第12卷 第1號(통권42호 1992. 3), 45면.

131) 不正競爭防止및營業秘密保護에관한법률 제4조 및 제10조는 절대권의 침해는 없지만 영업상 이익의 침해가 있는 경우에 그 금지를 청구할 수 있는 권리를 부여하고 있다. 헌법재판소 2001. 9. 27. 99헌바77 결정도 부정경쟁방지법이 권리부여형 입법이 아니라 행위규제형 입법이라는 표현을 사용함으로써, 그 구제수단도 절대적 권리의 성질에 입각해서 부여한 것이 아니라 침해행위로부터 보호할 가치가 있는 일정한 법익의 보호를 위해서 부여한 것이라는 필자의 해석론을 뒷받침해준다.

격권침해 그리고 불공정경쟁행위라고 하는 불법행위에 대해서 똑같이 유지/금지 청구권이 인정될 필요가 있고, 불공정경쟁행위로 인해서 금전배상으로 충분히 구제될 수 없는 영업상 이익의 침해가 명백하고 그러한 침해행위가 계속적으로 이루어진다면, 법익보호의 효율적 사법임무를 맡은 법원으로서 그러한 불공정경쟁행위의 금지청구를 받아들여야 그 임무를 다하는 것이라고 볼 수 있다.¹³²⁾

불공정 경쟁행위라고 하는 불법행위에 대해서 언제나 유지/금지청구를 허용하게 되면, 불공정 경쟁행위의 규제를 통해서 보호받고자 하는 법익 즉 개인의 영업상 이익은 충분히 보호받을 수 있지만, 그와 상충되는 이익 즉 경쟁업자의 ‘競爭의 自由’ 또는 사회적으로 ‘革新을 위한 投資’가 크게 위축될 위험성이 있다. 그러나, 유지/금지청구를 허용함으로써 상충되는 법익이 침해 또는 위축될 수 있는 위험성은 불공정 경쟁행위의 규제에서뿐만 아니라 인격권 침해의 금지에서도 항상 도사리고 있는 문제이다. 따라서, 인격권의 침해여부 또는 그 위법성에 관한 판단을 함에 있어서는, 개인의 인격적 이익의 보호와 상충될 수 있는 법익으로서 ‘表現의 自由’의 보호필요성과의 신중한 비교형량이 이루어지게 된다.¹³³⁾ 개별 사건의 구체적 사실관계를 종합적으로 검토한 후 일단 인격적 이익의 보호가 표현의 자유에 우선해서 보호할 만한 가치가 있다고 판단된 경우에는 법원이 그 법익의 실효성있는 보호를 위해서 침해행위의 금지청구도 받아들인다. 불공정경쟁행위라고 하는 불법행위의 성립여부에 관한 판단에 있어서 그 위법성의 판단 기준이 아직 불명확해서 그 판단에 어려움이 있는 것은 부인할 수 없지만, 일단 위법하다고 판단된 불공정경쟁행위로부터 보호해줄 가치가 있다고 판단된 영업상 이익이 분명해지면, 법원으로서 그러한 법익의 실효성 있는 보호를 위해서 그 불공정경쟁행위 자체의 금지를 명할 수 있어야 한다고 생각된다.¹³⁴⁾ 최소한 독점규제법 등의 실정법에 불공정 경쟁행위로 규정된 행위에 대해서는 그 위법성이 명백하고 유지/금지청구권이 인정되어야 한다는 입법론이 제기되고 있는 만큼,¹³⁵⁾ 그 규제에 의해서 보호하고자 하는 법익의 성질상 인격권과 마찬가지로 유지/금지청구권에 의한 구제를 필요로 하는 것으로 볼 수 있지 않을까?¹³⁶⁾ 이와

132) 이상경, **지적재산권소송법**(육법사, 1998), 제541면 참조.

133) 대법원 2003. 1. 24. 선고 2000다37647 판결; 大法院 1988. 10. 11. 선고 85다카29 판결.

134) 조홍식, 전계논문, 제62면도 환경침해라고 하는 불법행위의 유지청구가능성에 대해서 동일한 해석론을 펴고 있다.

135) 장승화, 전계논문, 제55면 이하 참고.

같이 실정법상 불공정 경쟁행위의 위법성이 명백하고 그 보호법익으로서의 영업상 이익이 인격권과 마찬가지로 유지/금지청구권에 의한 구제를 해주어야 할 성질의 법익에 해당된다면, 불법행위로 인한 손해배상청구권이 독점규제법상의 손해배상청구권과는 별도로 성립한다고 해석되는 것처럼,¹³⁷⁾ 불공정 경쟁행위에 대한 유지/금지청구권도 공정거래위원회의 시정조치 등과는 별도로 성립하고 병존하는 것으로 해석될 수 있다.

유지/금지청구권이 물권이나 그에 유사한 배타적 권리의 침해에 대해서 부여되는 實體法상의 권리라고 본다면 배타적 권리의 침해가 없는 불법행위의 경우에 유지/금지청구권을 부여하는 것이 논리적으로 모순된 것처럼 생각되겠지만, 기본적으로 그에 관한 오랜 경험을 가진 英美에서 유지/금지청구권(injunctions)이 형평과 정의의 필요에 의해서 형성되어온 節次法상의 권리라고 하는 역사적 기원을 참고할 필요가 있다.¹³⁸⁾ 또한, 인격권의 침해에 대해서 법원이 금지청구를 허용하는 것은 실체법상의 권리로서가 아니라 소송상의 구제수단에 불과한 것이라고 해석한다면,¹³⁹⁾ 보호받을 가치가 있다고 인정된 법익의 침해에 대한 효율적인 구제수단으로서 유지/금지청구권이 그 보호법익의 성질상 필요하다면 불법행위의 경우에도 소송상의 구제수단으로 인정하지 못할 이유는 없는 것이다. 적절한 구제 없는 권리란 아무런 의미가 없는 것이고, 적절한 구제를 통해서 분쟁을 합리적으로 해결하는 것이 법원의 임무이기 때문이다.

요컨대, 특정 불공정 경쟁행위가 위법한 것으로 규제될 필요가 있다고 판단된

136) 권리의 성질상 실정법의 근거가 없더라도 인격권의 침해에 대한 금지청구권을 인정할 수 있다고 본 판례의 이론을 응용하면, 불공정 경쟁행위의 유지/금지청구권은 不作爲에 한정되지 않고 독점규제법상 허용되는 시정조치로서의 作爲를 청구하는 것이 헌법상 영업의 자유 또는 경쟁의 자유의 본질적 내용을 해하지 않는 한 허용된다고 해석할 수도 있지 않을까?

137) 권오승, “獨占規制法上 損害賠償責任: 是正措置 前置의 意味를 中心으로”, *判例月報* 第328號(1998), 제17면.

138) John Herbert Slater, *The Law Relating to Copyright and Trade Mark, Treated more Particularly with Reference to Infringement*(London, Stevens and Sons, 1884), pp.190-191; 특히 Francis Hilliard, *Law of Injunctions*(Philadelphia, Kay & Brothers, 1874), pp.19-21은 損害賠償請求權은 실체법이 부여해준 권리인데 반해서, 법원에 의한 留止/禁止命令(injunctions)은 正義와 良心의 요구에 의해서 법원이 재량을 가지고 부여하는 구제수단이라는 점을 잘 설명해주고 있다.

139) 양창수, 전제논문은 제377면 각주 5에서 독일에서 불법행위의 예방을 위한 부작위소송이 소송상의 구제수단에 해당된다고 보는 소수견해가 있다고 소개하고 있다.

경우에는, 실정법상의 금지청구권에 관한 근거규정이 없어도, 불공정 경쟁행위의 규제를 통해서 보호하고자 하는 법익의 실효성 있는 보호를 위해서 그 불공정 경쟁행위의 유지/금지청구를 허용할 수 있다는 것이 필자의 사건이다. 이와 같이 불법행위에 대해서도 예외적으로 유지/금지청구를 허용할 수 있다고 해석한다면, 민법의 불법행위 규정을 원용함으로써, 불공정 경쟁행위의 규제에 있어서 부정경쟁방지법과 독점규제법 등의 현행법이 가진 커다란 한계(즉 규제범위의 한계)를 극복하면서도 효율적인 구제수단을 제공해줄 수 있는 훌륭한 대안이 될 수 있을 것이다. 그러나, 필자의 해석론은 금지청구권에 관한 대법원의 경직된 해석론과 상충되는 것이고, 대법원이 입장을 바꾸는 데에는 상당한 세월이 소요된다. 따라서, 기술의 급속한 발전으로 인해서 다양한 유형의 새로운 영업방법과 경쟁태양이 나타나고 있는 현실을 고려해 보면, 대법원의 입장이 바뀔 것을 기다리면서 해석론에만 만족하고 있을 수는 없다.

IV. 立法을 통한 競爭秩序의 확립

앞에서 살펴본 바와 같이 부정경쟁방지법과 독점규제법 등의 실정법은 그 적용범위에 한계가 있어서 기술의 발전과 더불어 발생하는 새로운 유형의 불공정 경쟁행위를 포괄적으로 규제하기 어려운 문제가 있고, 민법과 독점규제법 등의 현행법은 불법행위로서의 불공정 경쟁행위에 대해서 일반적으로 그 유지/금지청구권을 인정하지 않는 것으로 해석되고 있어서 그 구제수단의 실효성이 문제된다. 이와 같이 현행법의 해석만으로 새로운 유형의 불공정 경쟁행위를 적절히 규제하기 어렵다면, 불공정 경쟁행위의 규제를 위해서 현행법을 개정하거나 새로운 법률을 제정하는 입법적 해결방안을 검토해 볼 필요가 있다. 입법적 해결의 구체적인 방법론으로는 民法에 불공정 경쟁행위라고 하는 별도의 불법행위와 그에 적절한 구제수단에 관한 규정을 추가로 두는 방안, 不正競爭防止法에 불공정 경쟁행위를 포괄적으로 금지하는 一般條項을 신설하는 방안,¹⁴⁰⁾ 獨占規制法이 독점

140) 현행 不正競爭防止 및 營業秘密保護에 관한 법률은 여러 가지 유형의 부정경쟁행위를 열거해서 규정하는 방법을 취하고 있는데, 이는 금지된 행위유형을 명확히 해주는 친절한 입법방식이지만, 다른 한편 발전하는 기술과 변화하는 시장에서 나타나는 다양한 유형의 불공정한 거래 또는 경쟁업자의 투자나 명성에 무입편승하는 다양한 행위에 적절히 대응할 수 없다는 점에 커다란 한계를 보여주고 있다. 그에 대한 하나의 입법적 보완방법으로, 기술과 시장의 변화에 신속하고 적절히 대응하기 위한 一般條項을

의 폐해와 무관하지만 불공정하다고 판단되는 경쟁행위를 포괄적으로 규제할 수 있는 내용과 구체수단을 추가하는 방안, 또는 불공정 경쟁행위의 민사적·행정적·형사적 규제를 위한 새로운 법률을 제정하는 방안¹⁴¹⁾ 등이 있을 수 있다.¹⁴²⁾ 해석론에 있어서도 마찬가지이지만, 불공정 경쟁행위의 규제를 입법론에 있어서도 ‘공정한 경쟁질서’가 무엇인지에 관한 정확한 판단이 전제되어야 한다. 그러한 입법론은 공정한 경쟁질서에 관한 사회적 합의를 확인하고 그러한 경쟁질서의 유지에 가장 적합하고 효율적인 책임요건과 구체수단이 무엇인지를 모색하는 연구와 논의가 되어야 할 것이다. 이하에서는 입법론의 출발점이 될 수 있는 몇 가지 기본적 개념들에 대해서 소개하고자 한다.

1. 立法的 解決의 先例

불공정 경쟁행위의 효율적인 규제를 위해서 일반 불법행위에 관한 적극적 해석론을 고려한 법률의 제정이나 개정과 같이 입법적 해결을 채택한 선례는 많다. 이러한 선례를 보면, 입법론에 참고할 몇 가지 지혜를 찾아볼 수 있다.

예컨대, 온라인디지털콘텐츠산업발전법(이하에서는 ‘온디콘법’이라고 약칭함), 表示·廣告의公正化에관한법률, 加盟事業去來의公正化에관한법률 등은 저작권법이나 독점규제법의 해석상 한계에 관한 논의와 불법행위로서의 규제가능성 등에 관한 해석론을 반영해서 제정된 법률에 해당된다.¹⁴³⁾ 또한, 출처의 혼동이라든가 원산지 또는 품질을 오인케하는 소비자 기망행위를 금지하고 있는 현행 不正競

두어서 법원으로 하여금 다양한 유형의 부정경쟁행위에 융통성있게 대응할 수 있도록 해주는 방법이 있을 수 있다.

141) “인터넷시장에서의 전자상거래의 법적측면에 관한 유럽공동체 지침(Council Directive 2000/31 on Certain Legal Aspects of Electronic Commerce in the Internal Market, 2000 O.J.(L 178/1)”은 유럽공동체 회원국으로 하여금 반드시 별도의 특별법을 제정하도록 강요하는 것은 아니지만, 인터넷시장에서의 불공정 경쟁행위를 규제하기 위한 별도의 규범의 예를 보여주고 있다.

142) 입법적 해결방안에 관한 구체적 결론에 도달하는 것은 추후에 많은 전문가들의 후속 연구와 토론에 의해서 가능하겠지만, 굳이 필자의 선호도를 밝히자면, 법원이 한결 능동적이고 적극적인 입장에서 현행법의 범목적에 충실한 해석을 함으로써 문제를 해결하는 해석론이 우선 시도되어야 할 것이고, 그 다음으로 입법론 가운데는 본문에 열거한 순서가 필자가 선호하는 입법론의 순서와 같다.

143) Sang Jo Jong & Junu Park, “Property versus Misappropriation: Legal Protection for Databases in Korea,” 8 *Washington University Journal of Law & Policy* 75(2002) pp.85-91.

爭防止法 규정은 독일과 일본의 입법례를 참고해서 제정되고 국내에서는 그 해석에만 매달려 왔지만, 英美의 입법례를 보면 판례에 의해서 그러한 불공정 경쟁행위가 불법행위로서 손해배상과 금지청구의 대상으로 인정되어 오다가 판례법의 이론이 실정법의 제정에 의해서 확인된 것이다.¹⁴⁴⁾

불공정경쟁행위에 관한 입법을 보면 몇 가지 공통된 특징을 살펴볼 수 있다. 우선, 營業秘密과 온라인콘텐츠¹⁴⁵⁾에 관한 부정경쟁방지법의 개정¹⁴⁶⁾과 온디콘법의 제정¹⁴⁷⁾을 보면, 입법 이전에 당사자간의 契約上の 權利에 의해서 보호받던 경제적 이익이 법률의 제정 또는 개정에 의해서 제3자의 침해로부터 널리 보호받을 수 있는 법익으로 승격된 것을 확인할 수 있다.¹⁴⁸⁾ 다시 말해서, 관련 법률이 제정되거나 개정되기 이전에는 영업비밀과 온라인콘텐츠가 특허법이나 저작권법의 요건을 충족하지 못한 경우에 아무런 법적 보호를 받을 수 없거나 불법행위의 성립을 입증한 경우에 예외적으로 보호받을 수 있을 뿐이었기 때문에, 당사자들은 契約의 체결에 의해서 영업비밀과 온라인콘텐츠를 보호해 왔었다.¹⁴⁹⁾

144) Paul Goldstein, *Copyright, Patent, Trademark and Related State Doctrines*(Foundation Press, 2000), pp.55 and 340 및 Peter Maggs and Roger Schechter, *Trademark and Unfair Competition Law*(West Group, 2002), pp.741-742 참고. 다만, 부정경쟁방지법 이론은 주지성과 출처혼동의 여부 등의 위법성 여부의 판단이 어렵고 분쟁의 대상이 되기 쉬워서 법원에 가서야 비로소 해결되는 불명확성과 불확실성을 내포하고 있다. 따라서, 계속 반복되는 거래관계에서 명확성과 예측가능성을 높여주기 위해서, 일정한 요건을 갖춘 출처표시 즉 상표는 그 요건의 충족여부를 심사한 후 등록을 해주고 등록된 상표의 보유자는 전국적으로 일정한 효력을 가지는 상표권을 취득하게 해주는 商標法이 제정된 것이다.

145) 온라인디지털콘텐츠산업발전법 제2조에 의하면, “온라인콘텐츠”라 함은 부호·문자·음성·음향·이미지 또는 영상 등으로 표현된 자료 또는 정보로서 그 보존 및 이용에 있어서 효용을 높일 수 있도록 전자적 형태로 제작 또는 처리된 것을 말한다.

146) 不正競爭防止法은 1991. 12. 31. 개정(법률 제4478호)에 의해서 영업비밀을 보호하기 시작했고 그 실질에 부합하기 위해서 1998. 12. 31. 개정(법률 제5621호)에 의해서 그 법명칭도 “不正競爭防止法”으로부터 현재의 명칭 “不正競爭防止 및 營業秘密保護에 관한 법률”로 개정되었다.

147) 온라인디지털콘텐츠산업발전법은 2002년 1월 14일 법률 제6603호로 제정되었다.

148) 계약상의 권리가 배타적인 권리로 승격된 극단적인 예는 최초의 근대적 저작권법의 제정에서 찾아볼 수 있다. 즉, 저작자가 출판업자에 대해서 가진 계약상의 지위가 영국의 보통법에 의해서 확고한 출판권으로 승인되고 그러한 보통법상의 출판권이 근대 최초의 저작권법이라고 불리는 1710년 영국의 앤여왕법(8 Anne, ch. 19)에 의해서 물권 유사의 배타적 권리로 성문화된 것이다. John Herbert Slater, *op. cit.*, pp.6-9; David Saunders, *op. cit.*, p.94.

149) 영업비밀의 보호에 관한 부정경쟁방지법의 개정이 이루어지기 이전부터 영업비밀의

이와 같이 영업비밀과 온라인콘텐츠에 대해서 契約上の 권리만 가지고 있던 당사자들은 부정경쟁방지법의 개정과 온디콘법의 제정에 의해서 이제 계약의 유무와 관계없이 자신의 ‘營業上 利益’을 침해한 자에 대해서 손해배상청구권과 침해금지청구권 등을 행사할 수 있게 된 것이다.¹⁵⁰⁾ 여기에서 주목할 점은 부정경쟁방지법과 온디콘법은 영업비밀의 보유자나 온라인콘텐츠 제작업자에게 물권 유사의 배타적 권리를 부여한 바가 없지만,¹⁵¹⁾ 그 보호법익으로서의 ‘영업상 이익’이 민법상 소유권자의 보호법익과 마찬가지로 그 성질상 손해배상 뿐만 아니라 침해 자체의 금지에 의해서 실효성있는 보호와 구제가 이루어진다고 보아서 침해금지청구권도 부여하고 있다는 점이다.

獨占規制法¹⁵²⁾의 제정을 비롯한 불공정 경쟁행위 규제를 위한 입법은 우리의 경제발전 및 시장의 성숙과 더불어 商道德과 倫理 기준을 점차 강화할 필요가 있다는 인식을 잘 반영해주고 있다.¹⁵³⁾ 특히, 公衆電氣通信事業法¹⁵⁴⁾이 1983년에 제정될 당시에는 전화를 비롯한 통신서비스는 국가가 제공하는 서비스로 생각하고 공정한 경쟁질서는 생각할 필요조차 없었지만, 통신서비스의 품질향상을 위해서 공정한 경쟁이 필요하다는 인식에 따라서 1991년에 電氣通信事業法¹⁵⁵⁾으로

보호를 위한 계약체결이 많이 활용되어 왔다. 이태희, “國際契約 締結上の 諸問題(하)”, 仲裁 第7卷 第10號(141號)(1983. 10), 9면. 또한, 황찬현, “Shrinkwrap 계약”, 인터넷 법률 3호(2000. 11), 3-24에서 볼 수 있는 바와 같이 저작권법에 의해서 보호될 수 없는 온라인콘텐츠의 법적 보호를 위해서 shrink-wrap license와 같은 계약의 방식이 많이 활용되어 왔다.

150) 不正競爭防止및營業秘密保護에관한법률 제11조 및 온라인디지털콘텐츠산업발전법 제19조.

151) 만일 영업비밀 보유자에게 물권 유사의 권리를 주었다면, 영업비밀 보유자 즉 사용자는 자신의 영업비밀을 마음대로 처분할 수 있고 필요하다면 특허출원도 할 수 있다고 해석되어야 하지만, 이는 종업원이 그 영업비밀을 개발한 경우에 발명자에게 특허받을 권리를 부여하고 사용자에게는 그에 대한 사용권만을 부여한 특허법 제39조 및 제40조와 모순된 해석이 된다. 또한, 온라인콘텐츠 제작자에게 물권 유사의 배타적 권리를 부여했다면, 온라인콘텐츠는 기본적으로 公有(public domain)에 속하기 때문에 경쟁업자 간의 영업상 이익과 무관하게 소비자가 개인적으로 자유롭게 이용할 수 있도록 허용하고 있는 온디콘법의 전제조건과 상충되는 해석이 되기 때문이다.

152) 獨占規制및公正去來에관한법률 [제정] 1980. 12. 31(법률 제3320호).

153) Sharon J. Arkin, “The Effective Use of California’s Unfair Competition Law to Redress Managed Care Abuses,” 22 Whittier L. Rev. 467(2000)도 일반적인 경향의 하나로 시장의 성숙과 더불어 상도덕의 강화 및 불공정경쟁행위 규제의 활성화를 잘 지적하고 있다.

154) 公衆電氣通信事業法 [제정] 1983. 12. 30(법률 제3686호).

전문개정하면서 ‘경쟁’의 개념이 도입되었으며, 1996년의 개정¹⁵⁶⁾에서는 불공정 경쟁행위의 규제를 위한 상세한 규정이 도입되었다. 독점규제법과 전기통신사업법이 불공정 경쟁행위의 규제에 있어서 보여준 특징의 하나는 피해자가 손해배상을 청구함에 있어서 불공정한 행위를 한 자 즉 가해자의 고의나 과실을 입증하기 어렵다는 점을 충분히 고려해서 가해자에게 無過失責任을 부과하거나 무과실의 立證責任을 부과하고 있다는 점이다.¹⁵⁷⁾

2. 公正한 競爭秩序에 관한 社會的 合意

불공정 경쟁행위의 규제를 위한 입법은 공정한 競爭秩序에 관한 사회적 합의를 전제로 한다. 기본 골격에 관한 사회적 합의는 대한민국 憲法의 경제조항에 반영되어 있다고 말할 수 있고, 그 지엽적인 내용은 개별 법률에서 구체화된다.

대한민국 헌법에 의하면 우리 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 自由와 創意를 존중함을 기본으로 한다.¹⁵⁸⁾ 우리 헌법이 보장하고 있는 “經濟上의 自由”라고 함은 한편으로는 국가의 규제와 간섭으로부터 자유로운 상태에서 개인과 기업이 창의를 바탕으로 경제활동을 할 수 있다는 것이고, 다른 한편으로는 타인의 재산권이나 기타의 권리를 침해하지 않는 한 “자유로운 競爭” 또는 “競爭의 自由(freedom to compete)”를 누릴 수 있다는 것을 의미한다. 이와 같이 국가의 규제와 간섭으로부터 자유로운 상태에서 개인과 기업이 창의를 바탕으로 자유로운 경쟁을 할 수 있는 경제질서를 “自由市場經濟(free market economy)”라고 하고, 자유시장경제의 헌법규범은 경제상의 자유 또는 경쟁의 자유가 사회적으로나 경제적으로 바람직한 결과를 가져다줄 수 있다고 하는 가치판단을 토대로 한 것이다.¹⁵⁸⁻²⁾ 특히, 정부규제나 특정기업의 독점 하에서보다는 더 자유로운 경쟁이 보장될 때 더욱 품질의 향상과 효율성의 증가를 기대할 수 있고 가격은 더 낮게

155) 電氣通信事業法 [전문개정] 1991. 8. 10(법률 제4394호).

156) 電氣通信事業法 [일부개정] 1996. 12. 30(법률 제5220호).

157) 獨占規制및公正去來에관한법률 제56조는 가해자에게 무과실책임을 부과하고, 電氣通信事業法 제38조는 가해자에게 무과실을 입증할 책임을 부과하고 있다.

158) 大韓民國 憲法 제119조.

158-2) 혹자는 우리 헌법상의 경제질서를 사회적 시장경제로 보는 견해도 있지만, 우리 헌법이 국가의 개입이나 간섭을 예외적으로 허용하더라도 기본적으로는 자유시장경제에 입각하고 있다고 보는 것이 타당하다: 이석연, “헌법합치적 경제, 사회정책의 방향”, **저스티스** 제79호(2004. 6), 32면.

유지될 수 있다고 하는 점에 대해서 사회적 합의가 이루어져 있다는 것을 의미한다.

경쟁의 자유가 보장된 자유시장경제에서는, 특정 기업이 경쟁상의 패배로 인해서 영업상 손실을 입었다고 해서 당연히 경쟁업자에게 그 손해를 배상해달라고 청구할 수는 없는 것이다. 그러나, 경쟁의 자유는 모든 행위가 언제나 자유롭다는 것이 아니고, 진정으로 자유로운 경쟁을 해하는 행위를 효율적으로 규제해야만 확보될 수 있는 자유인 것이다. 따라서, 대한민국을 비롯한 대부분의 국가들은 완전한 자유방임(*complete laissez faire*)이 아니라 규제된 자유 또는 진정으로 자유로운 경쟁을 확보하는데 필요한 규제가 수반된 경쟁(*regulated competition*)을 가장 바람직한 목표로 삼고 있다.¹⁵⁹⁾ 이러한 의미의 自由롭고 公正한 競爭을 확보하기 위해서, 한편으로는 獨占規制法에 의해서 경쟁질서의 왜곡을 금지하고 독과점의 폐해를 방지할 필요가 있다. 그러나, 다른 한편으로는, 관련 시장 전체를 보면 독과점의 폐해나 경쟁질서의 왜곡이 없더라도 특정 사업자가 商道徳이나 慣習에 반하는 방법으로 영업을 수행함으로써 그와 경쟁관계에 있는 사업자가 부당하게 손해를 입었다고 판단되는 경우에, 그러한 不公正 競爭行爲를 방지함으로써 비로소 자유롭고 공정한 경쟁이 충실하고 효율적으로 확보될 수 있다.

현행 부정경쟁방지법과 독점규제법 등은 경쟁의 자유와 경쟁의 공정성을 조화시킴으로써 개인과 기업이 자유와 창의를 발휘해서 가장 효율적인 경제활동을 할 수 있도록 하기 위해서 제정된 법률이다. 기술의 발전에 따라서 발생하는 새로운 유형의 불공정 경쟁행위를 규제하기 위한 입법을 함에 있어서도, 부정경쟁방지법과 독점규제법 등에서 확인된 공정한 경쟁질서의 연장선 위에서 이루어져야 할 것이다. 다만, 기존의 법률에서 확인된 공정 경쟁질서를 어떻게 연장하는가에 따라서 그 구체적인 내용에 상당한 차이가 생길 수 있기 때문에, 입법을 함에 있어서는 그 보호법익이 무엇이고 규제대상이 되는 행위태양은 무엇인지에 관한 신중한 검토가 있어야 한다.

기술의 발전에 따라서 발생하는 대부분의 분쟁에 있어서 보호되어야 한다고 주장되는 법익이 있다면, 그것은 개인이나 기업이 상당한 시간과 노력 및 자본을 투입해서 개발하게 된 無體財産, 그러한 개인이나 기업의 名聲과 信用 그리고 그에 대한 소비자의 信賴 등이 보호법익으로서 적극적으로 검토해볼 수 있다. 현행

159) J. Thomas McCarthy, *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*(Clark, Boardman, Callaghan, Third Edition), § 1.02.

저작권법 등에 의해서 보호되지 못하는 무체재산의 경우에도¹⁶⁰⁾ 경쟁업자가 영업상 이익을 위해서 무임편승하는 것을 방임해서 기업이 創意와 革新의 노력을 게을리하게 된다면,¹⁶¹⁾ 그것은 경쟁의 자유를 빙자해서 창의와 혁신을 위한 경쟁 질서를 파괴하는 것에 다름 아니기 때문이다.¹⁶²⁾ 또한, 자신의 경쟁상 지위를 유리하게 만들기 위해서 다른 경쟁업자를 비방하거나 소비자를 기망해서 개인이나 기업의 명성이나 신용을 손상한다면, 品質과 價格에 기초한 경쟁이 커다란 지장을 받게 되고 소비자들은 왜곡된 정보로 인해서 각자의 구매활동에 막대한 去來費用(transaction cost)¹⁶³⁾을 치러야 하는 경제적 비효율성이 초래될 것이기 때문이다.

현행 부정경쟁방지법인 독점규제법처럼 구체적인 행위태양을 열거해서 규제하지 않고 불공정 경쟁행위를 포괄적으로 금지하는 경우의 단점으로는, 불공정 경쟁행위 규제의 남용이나 그 불명확성으로 인해서 오히려 경쟁의 자유를 위축시킬 위험성이 있다는 점을 부인할 수 없다.¹⁶⁴⁾ 따라서, 보호법익에 대한 신중한

160) 예컨대, 동물의 울음소리를 녹음한 녹음물을 허락없이 복제해서 저렴한 가격으로 판매하는 행위라거나(United States Sporting Products, Inc. v. Johnny Stewart Game Calls, Inc., 865 S.W.2d 214), 권투선수의 경기모습을 촬영해서 계약체결일로부터 10여 년이 경과한 후 상업방송이 본격화되자 아무런 보상없이 방송하는 행위(Ettore v. Philco Television Broadcasting Co., 229 F.2d 481(3d Cir.), cert. denied, 351 U.S. 926 (1956) 등이 미국에서 부정경쟁행위로 판시된 바 있다. 우리나라에서는 동일한 사례가 저작권법상 저작인접권의 보호대상으로 될 수 있기 때문에, 동일한 결론에 도달할 수는 없지만, 예컨대 대법원의 엄격한 해석론에 의해서 저작물로 보호될 수 없는 상품디자인을 그대로 모방하는 행위가 위법하다고 판단될 수 있고, 그러한 판단에 입각해서 우리 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률은 2004. 1. 20. 개정에서 제2조 제1호 자목에 상품형태의 모방행위를 부정경쟁행위로 추가하게 된 것이다.

161) J.A.K. Huntley and Frank H. Stephen, "Unfair Competition, Consumer Deception, and Brand Copying: An Economic Perspective," 15 *Int'l Rev. L. & Econ.* 443(1995), p.448.

162) 우리 不正競爭防止및營業秘密保護에관한법률 제2조 제2호가 특허법에 따른 등록을 받지 않아서 보호될 수 없는 영업비밀의 도용을 부정경쟁행위라고 본 것이 그 대표적인 입법 선례가 될 수 있다. 日本의 不正競爭防止法 제2조 제10호 및 제11호가 영상이나 음 또는 프로그램의 이용을 억제하기 위한 기술적 제한수단(technical measures)을 우회하는 장치를 제공하는 행위를 부정경쟁행위의 하나로 열거해서 규정한 것도 저작권법 등에 의해서 보호되지 못하는 무체재산의 도용을 불공정한 경쟁행위의 하나로 보아서 규제하는 입법례의 하나이다.

163) 거래비용이라고 함은 일정한 법률행위를 함에 있어서 필요한 정보의 수집, 상대방과의 협상, 수집이나 협상을 위한 교통과 통신 등에 소요되는 비용을 의미한다.

164) 부정경쟁방지법은 그 부칙에서 경과규정을 두고 1991년 개정 부정경쟁방지법이 시

검토 뿐만 아니라 그러한 이익을 침해하는 행위가 商道德¹⁶⁵⁾이나 慣習¹⁶⁶⁾ 또는 선량한 風俗¹⁶⁷⁾이나 社會秩序에 반하는지 여부에 대한 검토도 추가적으로 이루어져야 한다.¹⁶⁸⁾ 물론, 상도덕이나 관습 또는 선량한 풍속이나 사회질서 등의 개념이 극히 추상적인 개념이기 때문에, 그 구체적인 내용이나 그 위반여부에 관한 판단은 필연적으로 문제된 무체재산이나 기업의 명성과 소비자의 이익을 보호해 줌으로써 얻는 사회적 이익과¹⁶⁹⁾ 그러한 이익의 보호로 인해서 수반되는 경쟁의 제한이라고 하는 사회적 비용을 비교형량해야 한다.¹⁷⁰⁾ 특히, 기술과 시장의 변

행되기 이전에 영업비밀을 취득한 자가 법 시행 후에 사용하는 경우에는 부정경쟁방지법이 적용되지 않는다고 규정하고 있는데, 우리 대법원은 부정경쟁방지법의 소급적용을 부인한 동 경과규정의 취지를 확대해석해서, 법 시행 전에 취득한 영업비밀을 시행 후에 사용하는 행위가 위법한 행위라고 볼 만한 특별한 사정이 입증되지 않는 한 ‘不法行爲’도 성립된다고 보기 어렵다고 판시한 바 있다(대법원 1996. 11. 26. 선고 96다31574 판결).

165) 피해자의 영업상 이익이 보호할 가치가 있다는 점을 정당화하기 위한 논리적 도구로 상도덕을 제시하는 것인지 아니면 상도덕이 별개의 위법성 인정의 근거가 되는 것인지 불명확한 경우가 많다. 그러나, 실정법에 위반되지 않지만 위법하기 때문에 구제를 해주어야 할 필요가 있는 경우에 미국의 다수 관례는 상도덕 위반을 주된 논거로 들고 있는 것을 볼 수 있다. 예컨대, *Christian Dior v. Milton*, 155 N.Y.S.2d 443(Sup. Ct.), *aff'd mem.*, 156 N.Y.S.2d 996(App. Div., 1st Dept 1956)(70 *Harv. L. Rev.* 1117에서 재인용) 참고.

166) 파리조약에 관한 해석론에서 전술한 바와 같이 Article 10bis(2) of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property는 “산업상 또는 상업상의 공정한 관행(honest practices in industrial or commercial matters)”을 기준으로 하고 있다.

167) “善良한 風俗”은 경쟁의 목적으로 선량한 풍속(die guten Sitten)에 반하는 행위를 하는 것을 금지하고 그에 대한 책임을 규정한 독일 부정경쟁방지법(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) 제1조에서 사용된 개념인데, 독일연방대법원은 그 해석에 있어서 상도덕이 하나의 기준으로 된다고 판시한 바 있다: Judgment of June 19, 1970, 72 GRUR 523(1970)(BGH), Warren S. Grimes, “Control of Advertising in the United States and Germany: Volkswagen Has a Better Idea,” 84 *Harv. L. Rev.* 1769(1971) p.1781에서 재인용.

168) 사회질서에 반한다고 볼 수 있는 예를 들자면, 컴퓨터를 무단 사용하거나 해킹하는 행위와 같이 실정법(情報通信網利用促進및情報保護등에 관한 법률 제48조)을 위반하거나, 아이디어를 공개 모집한 후 그 중 특정인의 아이디어를 채택하였으면서도 형식적으로는 채택된 아이디어가 없는 것처럼 가장한 뒤 그 아이디어를 이용하는 행위(서울지방법원 2001. 3. 2. 선고 2000가합49737 판결) 등을 들 수 있다.

169) 소비자는 소송당사자가 아니지만 불공정 경쟁행위로 인해서 영향받는 당사자의 하나로써 그 이익이 비교형량의 대상에서 제외되어서는 안된다: Harvey S. Perlman, “The Restatement of the Law of Unfair Competition: A Work in Progress,” 80 *Trademark Rep.* 461(1990), at 467.

화에 따른 분쟁을 해결함에 있어서는 새로운 시각의 가치판단이 요구될 수 있기 때문에, 사회적 이익과 비용의 비교형량을 통해서 위법성이라고 하는 추상적 개념을 객관적으로 여과해볼 때에 비로소 사회적으로 가장 효율적이고 공정한 경쟁질서의 모색과 확인이 가능해진다.

3. 過失責任主義의 수정

민법상 불법행위의 성립에는 가해자의 故意 또는 過失이 요구되는데, 불공정 경쟁행위의 경우에는 가해자의 고의나 과실을 입증하는 것이 불필요하거나 입증하기 어렵다는 특징이 있다. 예컨대, 경쟁행위 또는 영업행위는 고도로 계산되고 치밀하게 준비된 행위이기 때문에, 완전한 무의식 상태에서 행한 행위가 아니고 그 위법성에 대한 인식의 결여를 이유로 책임을 면할 수 없는 한,¹⁷¹⁾ 언제나 악의 내지 고의가 있는 것이라고 볼 수 있는가? 아니면 경쟁의 결과는 예측하기 어렵고 다양한 변수에 의해서 손해 또는 이익을 볼 수 있는 것이기 때문에, 불공정 경쟁행위의 결과 즉 경쟁업자의 고객이나 잠재적 거래관계가 가해자에게 옮겨온 결과를 인식하지 못했다거나 그 인식 결여에 아무런 과실이 없다고 볼 수 있는가?

전통적으로 불법행위의 주관적 성립요건으로서의 ‘고의’ 또는 ‘과실’이라고 함은 자기의 행위에 의하여 일정한 결과가 발생한다는 것을 認識하고 있거나 인식해야 함에도 불구하고 不注意로 인식하지 못하고 그 행위를 하는 심리상태를 말한다. 따라서, 가해자가 불법행위의 결과를 인식하지 못했다든 항변을 하게 되면, 그러한 인식결여가 부주의로 인한 것인지 다시 말해서 주의의무의 위반이 있었는지의 여부에 논의가 집중된다. 우리 판례에 의하면, 주의의무의 위반여부를 판단하는데 필요한 기준으로서의 ‘注意’의 정도는 가해자 개인의 사정에 좌우되는

170) 일리노이 주대법원은 주가지수의 무단이용에 관한 사건에서, Chicago Board of Trade(CBT)가 Dow Jones 주가지수를 이용해서 주가지수선물을 판매하는 것은 Dow Jones가 주가지수를 개발하는데 들인 노력과 자본에 무임편승해서 부당하게 이익을 꾀하는 것으로, 그러한 불공정 경쟁행위를 금지함으로써 주가지수의 개발을 촉진하게 되는 사회적 이익이 그로 인해서 경쟁을 위축시키는 사회적 비용보다 더 크다고 보았다: Chicago Board of Trade v. Dow Jones & Co., 98 Ill.2d at 121, 456 N.E.2d at 90 (1983).

171) 그러나 위법성은 객관적 귀책요건으로 해석되고 있고 위법성의 인식은 ‘고의’의 성립요건에 해당되지 않는다고 해석되고 있기 때문에 위법성의 인식의 결여를 이유로 책임을 면할 수는 없다: 대법원 2002. 7. 12. 선고 2001다46440 판결.

것이 아니라 관련 직업과 직무에 종사하는 사람으로서 보통 누구나 기울일 수 있는 정도의 주의를 기준으로 한다.¹⁷²⁾

이와 같이 불법행위가 과실로 인한 것인지 여부는 가해자가 주의의무를 위반했는지 여부에 의해서 좌우되고 주의의무의 내용과 기준은 관련 직업에 따라 다르다면, 경쟁관계에 있는 개인이나 기업은 어떠한 주의의무를 가지는가? 개인이나 기업은 창의와 혁신을 토대로 자유롭게 영리를 추구하면서도 타인이나 타기업의 무체재산을 도용하거나 비방하거나 소비자를 기망하지 않고 상도덕이나 관습에 위반되는 행위를 하지 않도록 주의를 기울여야 할 의무를 가진다고 말할 수 있을 것이다. 이러한 주의의무의 내용과 기준은 違法性的의 판단기준과 아주 유사하거나 때로는 중복되기도 한다.¹⁷³⁾ 기술과 시장의 변화에 따른 분쟁의 해결에서와 같이 바람직한 행위규범의 모색이 선결과제인 경우에는 더욱 그러하다.¹⁷⁴⁾ 따라서, 불공정 경쟁행위가 과실로 인한 것인지 여부에 관한 법원의 판단은 결국 문제된 경쟁행위에 대한 법적 평가 내지 가치판단에 해당되고, 법원은 그러한 판단을 통해서 具體的 規範을 발견하고 관련 업계에서 지켜야 할 공정한 질서의 구체적 내용 또는 행위규범을 제시하는 法政策的 機能을 수행하게 된다.¹⁷⁵⁾

과실의 존부에 관한 판단이 관련 업계에서의 구체적인 주의의무가 무엇인지에 크게 좌우되기 때문에, 著作權法을 비롯한 상당수의 법률에서 관련 당사자의 구체적인 주의의무의 내용을 상세히 규정하게 된다.¹⁷⁶⁾ 또한, 주의의무의 구체적인

172) 대법원 1967. 7. 18. 선고 66다1938 판결; 1979. 12. 26. 선고 79다1843 판결.

173) 대법원은 증권회사 및 그 임직원에게 고객을 보호하고 그 손실의 최소화해야 할 보호의무 내지 주의의무가 있다고 전제하고 그러한 의무를 위반하는 행위는 위법하고 과실요건을 충족시킨다거나(대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다50312 판결), 의사에게 설명의무가 있다고 전제하면서 그러한 설명의무를 위반하여 행한 의료행위로 환자에게 손해를 가하는 것은 위법하고 과실에 의한 행위에 해당된다고 판시한 바 있다(대법원 1992. 4. 14. 선고 91다36710 판결).

174) 경쟁업자로부터 고객이나 잠재적 거래관계를 빼앗아 오는 것은 일상적인 경쟁의 한 측면이고 가장 효율적인 영업의 일부이기 때문에 무엇이 불공정 경쟁행위라고 하는 위법행위에 해당되는가에 관한 판단과 과실의 존부에 관한 판단이 괴리되는 것은 불합리하다: Harvey S. Perlman, *op. cit.*, at 465.

175) 양창수, 전계논문, 제392면 및 권순일, “不法行爲法上 注意義務의 基準”, 法曹 제46권 제3호(486호)(1997. 3), 제74면. 이러한 맥락에서 過失責任主義의 근거는, 국내 통설에서 설명하는 바와 같이, 피해자의 적절한 보상이라거나 공평의 요구에 기한 것이라기보다는, 사고억제에 효율적이라거나 사고방지비용의 최소화를 달성할 수 있기 때문이라고 보는 것이 더 합리적이다: 김건식, “불법행위법과 범경제학 — 과실책임원칙을 중심으로”, 民事判例研究 第15卷(1993. 5), 419-420면.

내용이 관련 업계에서 지켜야 할 적법한 행위의 기준과 일치하는 한도에서, 가해자가 완전한 무의식의 상태에 있는 예외적인 경우가 아닌 한, 고의 또는 과실의 요건은 그 의미가 반감되기 때문에 獨占規制法에서와 같이 가해자에게 무과실책임을 부과하거나 電氣通信事業法에서와 같이 고의과실에 관한 입증책임을 가해자에게 부과하는 경우도 있다.¹⁷⁷⁾ 이러한 의미에서 피해자가 가해자의 고의 또는 과실로 인한 불법행위를 입증한 경우에 한해서 구제를 해준다고 하는 전통적인 의미의 과실책임주의는 불공정 경쟁행위의 규제에 있어서 수정되고 있다고 말할 수 있다. 마찬가지로, 불공정 경쟁행위의 규제를 위한 향후 입법에 있어서도 과실책임주의의 수정이 적극적으로 검토될 필요가 있다.

4. 損害額의 算定

민법상 불법행위의 성립에는 위법행위로 인하여 손해가 발생했다고 하는 위법행위와 손해와의 因果關係가 요구되는데, 불공정 경쟁행위의 경우에는 그로 인한 손해와의 인과관계를 입증하기 곤란한 경우 또는 조금 더 정확히 말하자면 인과관계를 가진 손해의 범위를 명확히 밝혀내는 것이 지극히 어려운 경우가 많다는 특징이 있다. 불공정 경쟁행위로부터 발생한 손해는 대부분 그로 인한 고객이나 거래관계의 상실로 인한 손해인데, 역동적이고 상호의존적인 시장구조 하에서 고객이나 거래관계의 상실이 경쟁업자의 불공정 경쟁행위로 발생한 것인지 아니면 시장 자체의 변화라거나 자신의 가격정책의 변화 또는 소비자의 소비성향¹⁷⁸⁾의 변화로 인해서 발생한 것인지 밝혀낸다는 것은 지극히 어려운 일이기 때문이다.

불공정 경쟁행위와 손해와의 인과관계 또는 그러한 인과관계가 있는 손해의 범위를 명확히 입증하는 것이 어렵다는 것은, 손해배상의 청구를 함에 있어서 손해액의 산정 또는 입증이 어렵다는 것을 의미한다. 따라서, 그러한 어려움을 고려해서, 불공정 경쟁행위의 규제를 위한 법률에는 손해액의 산정에 관한 규정을 두는 경우가 있다. 예컨대, 현행 부정경쟁방지법은 가해자가 부정경쟁행위로 인해서 얻은 이익액을 피해자의 손해액으로 추정하고, 가해자의 판매수량을 토대로 해서 가해자의 이익액을 산정하는 방법과 기타의 손해액 입증방법을 규정하고

176) 著作權法 제77조 및 제77조의2.

177) 獨占規制및公正去來에관한법률 제56조 및 電氣通信事業法 제38조.

178) 소비자 자신도 구체적인 구매 동기를 모르고 있거나 무관심한 경우가 많기 때문에 더욱 소비성향에 관한 입증을 어렵다: Harvey S. Perlman, *op. cit.*, at 464.

있다.¹⁷⁹⁾ 그러나, 손해액의 추정이나 입증에 관한 법률규정도 피해자에게는 손해배상청구를 용이하게 해주고, 가해자에게는 자신의 이익액의 상당부분이 가해행위와 인과관계가 없다는 점을 입증할 책임을 부과하는 것일 뿐이고, 인과관계 자체의 입증의 어려움을 궁극적으로 해결해주지는 못한다. 가해자의 이익액을 피해자의 손해액으로 보는 것은 오직 경쟁관계에 있는 두 개의 기업만이 동일한 시장에서 영업을 하고 있는 경우에 타당한 산정방식이다. 동일한 시장에서 3개 이상의 기업이 동일 또는 유사한 상품이나 서비스를 판매하거나 제공하고 있는 대부분의 경우에는, 가해자의 상품이나 서비스를 구매하던 소비자들이 불공정 경쟁행위가 없었다면 모두 피해자의 상품이나 서비스를 구매했을 것이라고 단정할 수도 없고, 가해자와 피해자의 상품이나 서비스와 대체 또는 보완관계에 있는 상품이나 서비스가 있다거나 서로 다른 가격탄력성을 가지고 상이한 가격에 판매되고 있었다면 가해자의 판매량이 모두 피해자의 판매량이라고 단정할 수 없다.¹⁸⁰⁾ 자동차 사고에서와 같이 자동차의 수리비와 중고자동차의 가격에 관한 객관적인 정보가 충분한 경우에는 당사자들이 모두 납득할 수 있는 손해액의 산정이 용이하겠지만, 불공정 경쟁행위로 인한 손해와 같이 다수의 경쟁사업자들이 동일 또는 유사한 상품이나 서비스를 수많은 소비자들에게 판매하고 있는 경우 특히 기술의 발전에 따라서 빠른 속도로 바뀌고 있는 역동적이고 상호의존적인 시장에서의 손해액의 산정은 경제학적인 방법을 활용한 시장분석이 전제되어야 실질에 부합하는 손해액의 산정이 가능할 것이다. 따라서, 불공정 경쟁행위의 규제를 위한 입법에서는 실효성 있는 피해구제를 위해서 손해액 입증에 관한 책임을 완화해주기 위한 규정이 적극적으로 검토될 필요가 있다.

5. 留止/禁止請求權

불공정 경쟁행위의 규제를 통해서 보호하고자 하는 법익이 그 성질상 위법행위 자체의 유지/금지에 의해서 비로소 실효성있는 보호가 가능하고 위법행위가 계속·반복될 위험성이 있어서 그 유지/금지의 필요성이 있는 경우에는, 피해자에게 손해배상청구권 이외에 유지/금지청구권이 부여되어야 한다. 인격권의 침해에 대한 금지청구권이 실정법의 근거없이 판례에 의해서 인정되는 것과 마찬가지로, 일반적으로 불법행위의 피해자에게 유지/금지청구권을 인정하는 것이 해석

179) 不正競爭防止및營業秘密保護에 관한 법률 제14조의2.

180) State Industries, Inc. v. Mor-Flo Industries, Inc., 883 F.2d 1573(Fed. Cir. 1989).

론상 가능하다고 생각되지만, 그러한 해석이 현행 민법이나 민사소송법의 해석상 무리한 것이라면, 불공정 경쟁행위의 효율적 규제를 위한 보완적 입법에 있어서 공정거래위원회 등의 시정조치에 의존할 필요없이 피해자가 독자적으로 불공정 경쟁행위의 유지/침해금지를 법원에 청구할 수 있도록 할 필요가 있다. 다만, 기술과 시장의 변화에 따른 불공정 경쟁행위의 규제는 민법상 소유권의 방해제거 청구와는 다른 여러 가지 특징을 가지고 있기 때문에, 불공정 경쟁행위의 규제를 위한 입법에서는 다음과 같은 점을 특별히 고려해야 할 것이다.

첫째, 소유권의 침해에 대한 방해제거청구는 물건에 대한 배타적 지배를 가능하게 하는 절대권의 속성상 그 배타적 지배를 회복하는데 필요한 가해자의 부작용을 청구하는데 그치지만, 불공정 경쟁행위에 대한 유지/금지청구는 품질이나 가격에 기초한 공정한 경쟁을 방해하는 것을 실효성있게 규제하기 위한 것이기 때문에 가해자의 不作爲뿐만 아니라 필요한 경우에는 일정한 作爲도 청구할 수 있어야 한다. 기술혁신을 향한 공정한 경쟁을 확보하기 위해서 기업의 경영의도와 관계없이 일정한 작위의무를 부과할 수 있도록 한 입법례로는 전기통신사업법이 금지된 불공정 경쟁행위를 한 기업에 대해서 조직의 분리 등의 작위의무를 부과할 수 있도록 한 규정을 들 수 있다.¹⁸¹⁾ 물론, 행정부 또는 그 산하 조직이 기업에 대해서 일정한 작위를 명하는 것과 피해자의 청구에 의해서 법원이 작위를 명하는 것을 동일시할 수는 없겠지만, 법원에서의 전반적인 소송의 非訟化 경향과 비송사건에 관한 경험의 축적을 고려해 보면,¹⁸²⁾ 피해자의 신청에 의하여 법원이 작위의무를 부과하지 못할 이유도 없다. 경쟁업자에 대해서 일정한 작위를 청구하고 법원이 그러한 작위를 명령하는 것이 개인이나 기업의 재산권이라고 하는 헌법상 기본권의 본질적 내용을 침해하거나 경제상의 자유와 창의를 존중하는 헌법상 경제질서에 반한다는 주장도 제기될 수 있으나,¹⁸³⁾ 불공정 경쟁행위의 위법성이 명백하고 보호법익의 성질상 그 효율적인 구제를 위해서 필요하

181) 電氣通信事業法 제37조.

182) 가치분소송에서 피보전권리에 관한 판단 뿐만 아니라 민사소송법이 준용되는 파산 및 화의절차는 목적지향적이고 장래분쟁의 예방을 목적으로 하는 비송사건화한 대표적 예이다.

183) 定期刊行物の登錄등에관한法律 제16조에 규정된 정정보도청구권도 기업에 대해서 일종의 作爲義務를 부과하는 규정인데, 그 규정은 인격권의 보호에 근거를 둔 규정으로서 언론의 자유의 본질적 내용을 침해하는 헌법위반에 해당되지 않는다고 결정된 바 있다. 헌법재판소 1991. 9. 16. 89헌마165 결정.

다면 제한된 범위내의 작위를 명하는 것은 헌법에도 합치된다. 요컨대, 불공정 경쟁행위의 규제 자체가 위법성에 관한 판단의 어려움을 수반하는 것이지만, 그 판단에 있어서 상충되는 법익으로서 경쟁의 자유나 표현의 자유와의 비교형량이 전제된다면, 그 효율적인 구제수단으로서 부작위뿐만 아니라 제한된 범위의 작위를 청구하는 유지/금지청구권이 인정될 필요가 있다.

둘째, 소유권에 기한 방해제거청구는 소유권의 침해가 있다고 판단되면 법원이 반드시 받아들여야 하지만, 불공정 경쟁행위에 대한 유지/금지청구는 상충하는 이익과의 비교형량을 거친 후에 법원이 신중히 판단해야 할 문제이다. 우선, 불공정 경쟁행위의 위법성을 판단함에 있어서부터 법원은 피해자의 무체재산이라거나 피해자의 노력과 자본의 투입에 의해서 형성된 명성과 신용의 보호필요성과 경쟁업자의 경쟁의 자유 또는 표현의 자유의 보호필요성 그리고 소비자에게 미치는 영향 등을 비교형량해야 한다.¹⁸⁴⁾ 또한, 문제된 경쟁행위가 위법하다고 판단된 경우에는 언제나 법원이 피해자의 유지/금지청구권을 받아들여야 하는지 아니면 법원이 손해배상청구와 금지청구의 요건상 차이를 둘 수 있는가 문제된다. 손해의 배상은 과거의 불법행위로 인한 손실의 회복인데 반해서, 불공정 경쟁행위의 유지/금지는 장래에 향해서 일정한 부작위(또는 작위)를 명하는 것이므로, 법원으로서의 손해배상 이외에 유지/금지라고 하는 구제수단의 필요성으로부터 시작해서 유지/금지로 인해서 가해자와 피해자 및 소비자에게 미치는 영향을 고려해서 그 허용여부를 합목적적으로 판단할 수 있다고 생각된다.¹⁸⁵⁾

셋째, 소유권에는 존속기간이 없으므로 방해제거청구에도 아무런 기간의 제한이 없지만, 불공정 경쟁행위에 대한 유지/금지청구는 그 실효성 있는 구제를 위해서 필요한 경우에만 허용되어야 할 뿐만 아니라 그 실효성 있는 구제에 필요한 기간에 한정해서 허용되어야 한다. 다시 말해서, 불공정 경쟁행위의 태양에

184) Hertel v. Switzerland, 59 Eur. Ct. H.R.(ser. B)(1998): A. Kamperman Sanders, *Unfair Competition Law and the European Court of Human Rights the Case of Hertel v. Switzerland and Beyond*, 10 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.* 305(1999)에서 재인용. 국내 판례를 보면, 인격권의 침해여부를 판단함에 있어서도 인격적 이익과 표현의 자유라고 하는 두 가지 법익의 비교형량이 이루어져야 한다고 판시되고 있는데(대법원 2003. 1. 24. 선고 2000다37647 판결; 大法院 1988. 10. 11. 선고 85다카29 판결), 경쟁행위의 위법성을 판단함에 있어서도 법익의 비교형량이 전제되어야 할 필요성은 마찬가지이다.

185) 침해금지의 허용여부와 손해배상은 그 요건을 달리할 수 있다는 취지의 논리로는, 이건웅, *전계논문*, 제274면 참고.

따라서 다르겠지만, 그 보호법익의 효율적인 구제에 필요한 기간을 넘어선 유지/금지 불필요한 경쟁제한의 위험이 있을 수 있고, 그러한 한도에서 법원은 유지/금지의 기간을 한정할 수 있고 한정할 필요가 있다.¹⁸⁶⁾

V. 결론

기술의 발전으로 인해서, 아바타, 게임아이템, 글자꼴 등과 같이 저작물로서 보호될 수 있는지 여부는 불확실하지만 시장에서의 경제적 가치가 많다는 점에는 의문의 여지가 없는 새로운 종류의 무체재산이 나타나게 된다. 또한, 무선통신기술, 프레이밍기술, 소프트웨어 로봇 등을 활용해서 다른 기업이 생산한 정보를 대가없이 이용함으로써 경쟁상의 이익을 도모하는 경우도 나타난다. 메타택이나 팝업 광고 등의 새로운 기술을 활용해서 소비자를 기망하거나 유인하기도 한다. 이러한 무체재산의 이용이나 새로운 방법의 영업 또는 광고가 현행법상 著作權 등의 권리 침해에도 해당되지 않고 不正競爭防止法 등의 위반에도 해당되지 않지만, 그럼에도 불구하고 그로 인해서 영업상의 이익이 침해되었다고 주장하면서 그에 대한 법적 구제를 구하는 국내의 紛爭事例들이 빈번하게 발생하고 있다. 이러한 분쟁의 공통된 특징의 하나는, 피해자가 보호받고자 하는 營業上의 利益이 과연 사회적으로도 보호할 가치가 있는 이익에 해당되는가 여부의 가치판단을 필요로 하는 문제라는 점이다.

186) 예컨대, 영업비밀침해의 경우에 종업원의 직업선택의 자유와의 조화의 필요성이 있기 때문에, 상당한 기간 내로 침해금지가 제한된다고 해석하는 것이 타당하다고 보는 미국 사례도 있고(Winston Research Corp. v. Minnesota Mining & Mfg. Co., 350 F.2d 134(9th Cir. 1965), 우리 대법원도 영업비밀 침해행위를 금지시키는 것은 침해행위자가 그러한 침해행위에 의하여 공정한 경쟁자보다 “유리한 출발(headstart)” 내지 “시간절약(lead time)”을 할 수 있고, 그로 인한 우월한 위치에서 부당하게 이익을 취하지 못하도록 하고, 영업비밀 보유자로 하여금 그러한 침해가 배제된 본래의 위치로 되돌아갈 수 있게 하는 데에 그 목적이 있다할 것이므로, 영업비밀 침해행위의 금지는 이러한 목적을 달성함에 필요한 시간적 범위 내에서 기술의 급속한 발달상황 및 변론에 나타난 침해행위자의 인적·물적 시설 등을 고려하여 침해행위자나 다른 공정한 경쟁자가 독자적인 개발이나 역공정(reverse engineering)과 같은 합법적인 방법에 의하여 그 영업비밀을 취득하는 데 필요한 상당한 기간 동안으로 제한하여야 하고, 영구적인 금지는 제재적인 성격 가지게 될 뿐만 아니라 자유로운 경쟁을 조장하고 종업원들이 그들의 지식과 능력을 발휘할 수 있게 하려는 공공의 이익과 상치되어 허용될 수 없다고 판시한 바 있다: 대법원 2003. 7. 16.자 2002마4380 결정 및 대법원 1998. 2. 13. 선고 97다24528 판결.

기술과 시장의 변화에 따라서 발생한 분쟁에 있어서 문제된 ‘營業上의 利益’이 보호할 만한 가치가 있는 것인지 여부의 판단은, 경제학적으로는 그 보호에 의해서 자원의 효율적인 배분이 가능해지는지 또는 사회 전체적으로 생산의 효율성이 높아지는지 여부에 관한 시각에 따라서 달라질 것이다. 법학적인 수식어로 바꿔 말하자면, 피해자의 ‘영업상 이익’의 보호 여부는 ‘公正한 競爭秩序’를 위해서 잠재적 가해자에게 일정한 주의의무를 부과할 것인지 아니면 ‘競爭의 自由’를 더 중시할 것인지에 관한 판단에 따라서 달라질 것이다. 영업상 이익의 보호 價値라거나 공정한 競爭秩序에 관한 법률적인 판단은 관련법의 해석의 문제이기도 하고, 궁극적으로는 不法行爲法에서 요구되는 違法性的 外延을 확인하는 작업이기도 한 것이다. 관련법의 해석상 그 규제범위에 한계가 있다든지 또는 위법성 요건의 불명확성으로 인해서 불공정 경쟁행위에 대한 효율적인 구제가 이루어지지 못한다고 해석되면, 解釋上의 限界를 극복하기 위한 立法論을 검토할 필요성이 생긴다. 또한, 일정한 영업이나 광고가 불공정하고 위법하다고 판단된 경우에도 그에 대한 효율적이고 만족적인 피해구제가 이루어지지 않는다면, 궁극적으로 달성하고자 하는 가치와 질서의 보호는 유명무실해지고 말 것이고, 救濟手段의 한계를 극복하기 위한 입법론도 검토할 필요성이 생긴다.

기술과 시장의 변화로 인해서 발생하는 분쟁이 다양하기 때문에 실정법의 해석 특히 위법성 여부에 관한 획일적인 기준을 제시하는 것도 어렵지만, 그 해석상 한계를 극복하기 위해서 필요한 구체적인 입법론을 제시한다는 것은 더욱 방대한 작업이다. 다만, 이 글은 불공정 경쟁행위의 규제에 관한 국내 立法의 先例를 검토해봄으로써 몇 가지 공통된 요소를 추출해서 향후 입법에 참고할 수 있도록 했다. 특히, 불공정 경쟁행위의 규제의 특수성으로 인해서 일반 불법행위와 달리 過失責任主義나 損害額 입증책임의 수정이 필요하다는 점 그리고 그 보호법익의 특성으로 인해서 留止/禁止請求權을 인정해줄 필요가 있다는 점을 강조했다. 마지막으로, 불공정 경쟁행위의 규제는 민법의 불법행위규정에 의하든 아니면 다른 특별법의 제정이나 개정에 의하든, 넓은 의미의 불법행위법으로서 단순히 손해의 분담이나 전보라고 하는 소극적인 기능의 수행에 그치는 것이 아니고, 기술의 발전에 의해서 바뀐 새로운 시장환경 하에서 전체적인 이익을 극대화할 수 있는 가치와 질서 또는 行爲規範을 상정하고 그에 위반되는 행위를 효율적으로 抑制함으로써 그 가치와 질서의 실현에 기여하는 積極的인 기능을 수행해야 한다는 점을 강조하고자 한다.

〈Abstract〉

Regulation of Unfair Competition

— Searching for Appropriate Responses to Technological
Developments and Market Changes —

Sang Jo JONG*

There are an increasing number of lawsuits relating to new technologies where the plaintiffs or complainants attempt in vain to claim damages for intellectual property infringements and the courts sometimes award damages for torts instead. New technologies in the field of computers and telecommunications have created totally new markets, which give rise to a variety of disputes relating to misappropriation of intangible properties or unfair competition. Courts nowadays encounter cases where the alleged misappropriation of intangible properties do not amount to intellectual property infringement but to a tort. There have been raised various questions as to the requirements of tort especially the standards of wrongfulness and the feasibility of granting injunctions preventing the alleged tort under the Civil Code which have traditionally allowed for injunctions only in cases of infringement upon real property rights.

Like in other jurisdictions, there are several statutes dealing with misappropriation of intangible property or unfair competition in Korea. First, the Unfair Competition Prevention and Trade Secret Protection Act (“UTA”) may be the utmost important statute to rely on in cases of unfair competition. Yet, the UTA is limited passing off and trade secret misappropriation and may not extend to cover other unfair competition which may arise in new markets due to new technologies. Secondly, the Antitrust & Fair Trade Act (“Antitrust Act”) prohibits not only anti-competitive practices but also unfair trade practices. The Antitrust Act heavily relies on the initiatives by the Fair Trade Commission of Korea so

* Associate Professor of Law, Seoul National University

that the victims of unfair trade practices may not bring a lawsuit to a court asking for an injunction.

It is submitted in this article that injunctions may and should be available not only to real property infringements but also to torts which cause continuous harm to the victim and which are clearly wrongful. However, the Supreme Court has in several cases shown its reluctance to granting injunctions prohibiting torts in general except for infringements upon real property. The Civil Code Amendment Bill does not provide for injunctions on torts either. It is proposed in this article, therefore, that there must be legislative efforts to make revisions to the UTA or to the Antitrust Act to the effect that the victims are awarded effective remedies including injunctions against misappropriation of intangible property or unfair competition. Finally, both in interpreting the current statute and in making legislative reforms, newly emerging or changing morality or ethical standards should be reflected. And, also, a close attention should be made to making a good balance between conflicting interests of technology developers, consumers, intangible property owners, and other competitors.