
仁川法學論叢

Incheon Law Review

◆ 목 차 ◆

【 부정경쟁방지법의 최신동향(2022. 09.) 】

- ◆ 일본 부정경쟁방지법의 최신동향 아베 코조
- ◆ 일본에서 새로운 디지털플랫폼상 부정경쟁방지법
..... 카타오카 토모유키
- ◆ 일본에서 영업비밀보호에 관한 국제사법적 쟁점
..... 타네무라 유스케
- ◆ 인도 철강수입 모니터링 시스템 적용의 국제통상협정문 위반
검토 박 태 정

仁川大學校 法學部

法 學 研 究 所

2022年

第 24 輯

仁川法學論叢

Incheon Law Review

仁川大學校 法學部

法學研究所

◆ 목 차 ◆

- ◆ 일본 부정경쟁방지법의 최신동향
..... 야베 코조
- ◆ 일본에서 새로운 디지털플랫폼상 부정경쟁방지법
..... 카타오카 토모유키
- ◆ 일본에서 영업비밀보호에 관한 국제사법적 쟁점
..... 타네무라 유스케
- ◆ 인도 철강수입 모니터링 시스템 적용의 국제통상협정문 위반
검토
..... 박 태 정

※ 부 록

1. 인천대학교 법학연구소 규정
2. 인천법학논총 논문게재 규정
3. 인천법학논총 게재논문 목차(창간호 ~ 제23집)

저작권법상 혁신적 대체 방어 of 도입 타당성 연구

야베 코조(矢部 耕三)*



* 일본 弁護士法人 御堂筋法律事務所(Midosuji LPC Tokyo Office) 소속 변호사

Speaker

Kozo Yabe

Email:

kyabe@midosuji-law.gr.jp



Attorney-at-law/Patent Attorney, Partner of Midosuji LPC Tokyo Office since January 2022. Former partner of YUASA and HARA from 2001 to 2021. LL.B., Chuo U. in 1985; LL.M., U. of Illinois at Urbana-Champaign in 1994.

Visiting lawyer at Keck, Mahin & Cate (Chicago, Illinois) ; Graham & James (Los Angeles, California) .

Adjunct professor, University of Illinois at Urbana-Champaign College of Law.

Senior Director Board's member, AIPPI Japan. Board member of Japan Trademark Association.

Practice areas covers litigation and transactions of intellectual property, IT & data relating regulations, Corporate and M&A, Corporate Compliance, international dispute resolutions of various commercial transactions, etc.

Midosuji LPC



Founded
1963

(Incorporated, January 2005)

Members

90 Lawyers

2 Chinese Lawyers

(As of June 2022)

Osaka
Osaka Toyota Bldg. 2F, 4-3-22 Minami-Senba, Chuo-ku,
Osaka 542-0081, Japan
TEL: +81-6-6251-7266 / FAX: +81-6-6245-5520

Tokyo
Kasumigaseki Bldg. 20F, 3-5-2 Kasumigaseki, Chiyoda-ku,
Tokyo 100-6020, Japan
TEL: +81-3-3539-6070 / FAX: +81-3-3539-6071

Hiroshima
Hiroshima Teppozu-cho Bldg. 12F, 10-12 Teppozu, Naka-ku,
Hiroshima 730-0017, Japan
TEL: +81-82-511-5700 / FAX: +81-82-511-5701



3

**Contents of
Presentation**

Recent Developments of UCPL in Japan

- 1 Amendments of Unfair Competition Prevention Law (UCPL) for past 10 years**
- 2 Construction of UCPL**
- 3 Modern demands for UCPL in 21st Century**
- 4 More amendments in near future**

1 Amendments of UCPL for past 10 years (1)

- **2009 Amendments:**
- Enhanced Criminal Penalty for Trade Secret Theft (① Holding/Keeping other person's trade secret as one of criminal conduct, ②Any purpose to take own interest or to give harm others > Unfair Competitive purpose (Effective since July 1, 2010)
- **2011 Amendments:**
- ①Criminal Procedure for Trade Secret infringement case (Confidentiality Decision, Naming rule of Trade Secrets, Testimony outside court hearing session, etc.
- ②Enhanced Technical Restriction Measures (the broader variety of subject devices, criminal penalty adopted, [import/Export suspension adopted by the Customs Act]) (Effective since December 1, 2011)
 - *Technical Restriction Measures adopted in 1999 amendments (Effective October 1, 1999)

1 Amendments of UCPL for past 10 years (3)

- **2018 Amendments:**
- ① "Shared Data with Limited Access" included into the list of unfair competitive conducts, ② Enhancement of Technological Restriction Measures (Effective from July 1, 2019)
- ③ Enhancement of procedure to collect evidences (Effective from November 29, 2018)

1 Amendments of UCPL for past 10 years (2)

- **2015 Amendments:**
 - ①Additional Enhancement of Criminal Penalty for Trade Secret Theft/Unfair Use (Raise of penalties' upper limit, no necessity of victim's complaint, assumption of "unfair use" of Trade Secret, prohibition of assigning products unlawfully using Trade Secret to other)
 - ②Expanded scope of unfair competitive conducts to be punished by the Trade Secret Theft (criminal penalty on incomplete conduct, extra-territorial application of the criminal penalty) (Effective from January 1, 2016)
- **2016 Amendments:**
 - Import/Export suspension of products using infringed Trade Secrets by the Customs Act (Effective from June 1, 2016)

2 Construction of UCPL (2)

- Ultimate Goal: Fair and healthy development of the national economy
- Purpose 1 of UCPL: Encouragement of Fair Competition amongst Competitors
 - Protection of various entities' business interests (Private interests)
 - Maintenance of Fair Competitive Status (Public Interests)
- Purpose 2 of UCPL: Enforcement of international treaties/protocols for Fair Competition
 - Paris Conventions, Madrid Protocol, TRIPs, etc.
 - OECD Treaties for Anti-corruption of Foreign Bureaucrats

2 Construction of UPCL(1)

- Article 1
- The purpose of this Act is to provide measures, etc. for the prevention of unfair competition and for the compensation for loss or damage caused by unfair competition, in order to ensure fair competition among undertakings, and proper implementation of international agreements related thereto, thereby contributing to the sound development of the national economy

3 Modern demands for UCPL in 21st Century (1)

- COVID-19 dramatically stimulates DX, AI's social implementation, transformation of working style including remote access. So this societal change demands to protect more data and trade secrets.
- Service, information and data and ideas rather things create social/economic value.
- Agenda: How can we protect various Informational Property?
 - Protection of Trade Secrets and Shared Data with Limited Access can cover Informational Property, e.g. technical and other data, know-how of business.

2 Construction of UCPL (3)

- Measures to prevent Unfair Competitive Conducts by injunction, damage, etc. + criminal penalties.
 - Art. 2: Definitive List of Unfair Competitive Conducts
 - Art. 5: Civil Remedies
 - Art. 21: Criminal Penalties
 - Question 1: Should General Unfair Competitive Conducts be defined by UCPL? Is effective for new types of unfair competitive conduct?
 - Question 2: Is the mission of UCPL too broad? Any kind of “special” torts as desired to be unfair in addition to the Civil Code? General protection for IPR? Supplements for Antimonopoly Act, Unfair Premium & Indications Act? Should UCPL to supplements to criminal penalties against any kind of unfair competitive conducts?

3 Modern demands for UCPL in 21st Century (2)

- Protection for Shared Data with Limited Access became effective since July 1, 2019. It is scheduled to review its implementation within 3 years.
 - Supplementary Resolution of Bill amending a part of UCPL, etc. by the Houses of Representative and Councilors (2018)
- “Interim Report arranging future agenda of UCPL in the digital society” (UCPL Sub-Committee, Special Interest Group of IP, Industrial Structure Council, May 2022)
 - “Encouraging utilization and application of data”
 - “Conservation of technical and important data (prevention of their erosion to overseas)”
 - “Promoting Open Innovation”

4 More amendments in near future (1)

- Encouraging utilization and application of data
 - Overlapping protective subjects : Technical or business information between Trade Secrets and Shared Data with Limited Access.
 - “Trade Secrets” : Intending to protect confidential information/data used internally by business entities should be protected from unfair divulgence.
 - Ex. Broader definition of subject information/data for statutory assumption of damage by use of Trade Secrets (Art.5-2, UCPL) , Review of damage calculation (Ar.5, Para.1, UCPL)
 - “Shared Data with Limited Access” : Intending to protect shared data via business entities’ transactions, etc. from its unfair use.
 - Revision of the “Guideline”, assessment of effectiveness by the regulation.
 - “Guidelines for Shared Data with Limited Access” METI (January 23, 2019)
<https://www.meti.go.jp/policy/economy/chizai/chiteki/guideline/h31pd.pdf>
(In Japanese)

4 More amendments in near future (2)

- **“Conservation of technical and important data (prevention of their erosion to overseas)**
 - Restriction of trade secrets’ erosion to foreign countries is concerned about only “technical confidential information”. But the same restriction should be necessary for not only Trade Secrets at all and Shared Data with Limited Access. Because it is a source of competitive driving forth for Japanese business.
 - Improvements of evidence collection, jurisdiction and governing law in civil litigation.
 - Amendment of damage calculation for more appropriate amount of damage under UCPL.
 - Broader subject matters of Trade Secrets, Appropriate international jurisdiction and governing law provisions, Amendment of assumption on “use” notion (Art.5-2, UCPL).

4 More amendments in near future (3)

- Promoting Open Innovation
 - To bridge engineers/scientists of start ups/middle size and small size business entities with major big business enterprises with their large facilities and broader regional services.
 - Active trends of licensing for IP and Know-How. To protect licensees in business transactions, especially when licensors go to bankrupt. It helps licensee's continuing their business of production and services.
 - The same protection should be extended to licensing Trade Secrets and Shared Data with Limited Access.

4 More amendments in near future (5)

- With respect to management of Shared Data with Limited Access, lawful fair conducts to directly acquire the data and to indirectly receive the data via third party should be both clarified.
- No unfair competitive conduct should be found, if a party who receives the data and process it for third parties unless the data can be found via clear unfair conducts for “Shared Data with Limited Access”.
- The exemption of UCPL’s restriction to protect Trade Secrets for a person who receive it in bona fide should be reviewed to balance the security of transactions for third parties and the protection of person who obtained the data in bone fide.
 - Ex. Future system: Historic data can be certified/verified by platformers regarding data transactions in their plat form business. Such certificate/verification provides certain trust to prove the situation of “bona fide”.

4 More amendments in near future (4)

- Cardinal points to revise the Guideline of “Shared Data with Limited Access”

- “As a business” = It does not need repetitive and continuous conduct, but should be done as a part of doing business in social common sense.
- Considerable Accumulation ⊃ various factors including financial investment to create data
- Digital Management : Necessary when Data provided but not necessary always for every day management in the internal operation. Status of management should be necessarily only for Shared Data with Limited Access, but be covered by exclusive data management.
- Shared Data with Limited Access can be qualifies parallel with Trade Secrets

4 More amendments in near future (7)

- Reduction of difficulty in proof of Trade Secrets Theft in civil litigation.
- To make evidence collection easier,
 - (i) Assumption of infringement by use, etc. (Art.5-2 of UCPL)
 - “Method of production” and “Method of informational assessment and analysis” as “Technical Trade Secrets” are focused in the assumption.
 - Ex. Most popular data & information in utilization and implementation, such as 3D High-resolution mapping data, vessel relating data, consumer trends data, data set for mechanical learning of AI, stats(statistics) data, etc.?
 - Subject conducts should be limited into the patterns of unfair acquiring in bad faith by third party (Art.2, Para.1, Sub-paras.4, 5 and 8 of UCPL)
 - (ii) Evidence Investigation Order (SASHO) ? (cf. Patent Act, Art.105条の2, 2019 Amendment of the Act.)
- Should the same arrangement apply to Shared Data with Limited Access to rescue the victim of infringement from their difficulty to find evidences in civil litigation?

4 More amendments in near future (6)

- Near-future amendments on Shared Data with Limited Access needs to have more time to consider in relation to the security of transaction.
- (i) More criminal penalties? △
 - Divulgence for the use of Shared Data with Limited Access outside Japan to be punished as an extraterritorial crime for National Security in Economy? (cf. Art.21, Para.3, Art.22, Para.1, Sub-para.1 of UCPL)
- (ii) More regulations on assignment of product infringing Shared Data with Limited Access x
- (iii) More regulations on gross negligence in obtaining Shared Data with Limited Access x
- (iv) More regulations on use of Shared Data with Limited Access after the obtainer becomes in bad faith x

4 More amendments in near future (9)

- UCPL, Art.5, Para.3
 - (i) Redefining the “use” requirement?
 - Should any types of “utilization” of Trade Secrets be covered?
 - Ex. Failed research data as negative information is still valuable to reduce the time and cost of R&D. Is it possible for us to designate “Reference” as utilization under the definition of “use” on Trade Secrets?
 - (ii) Like 2018 Amendment of Patent Act, should the damage assumption be with increasing factors more than ordinary appropriate license fee without infringement in the market?
 - Ex. Damage calculation in the basis of infringement been existed.

4 More amendments in near future (8)

- **Review on damage calculation**
 - UCPL should catch any "data infringement" *per se* rather than usual IPR on Trade Secrets and Shared Data with Limited Access.
 - Should we give more advantage of contribution ratio and exemption in favor of original holder of Trade Secrets and Shared Data with Limited Access to secure higher amount of damage?
 - Is it having good rational to justify higher amount of damage claim against "malicious" pattern of infringement on Trade Secrets and Shared Data with Limited Access? Will it work well to prevent the infringement?
 - Should we adopt a punitive damage on the infringement of Trade Secrets, though it has not been allowed in other Japanese laws?
- **More future agenda under UCPL, Art. 5, Para. 1.**
 - (i) Should "Technical Secrets" be overlapped with "Trade Secrets" under the definition of UCPL?
 - (ii) Should add more conduct's patterns of "Provision of Date", "Provision of Service", etc. in addition to "Assignment of things"?
 - (iii) Like 2018 Amendment of Patent Act, should the damage assumption be added into the level more than the production/sales capacity of Trade Secrets holder?

4 More amendments in near future (11)

- Protection for Licensee
 - In licensing technologies to other persons, for example Patent Act, a licensee should be protected even if (i) a licensor assigns its rights and business to a third party; and (ii) a licensor goes into bankruptcy, because the licensee needs to continue using the licensed technology and maintaining their security of business.
 - UCPL currently has nothing of the same->Should we adopt the same for licensing Trade Secrets and Shared Data with Limited Access?
 - Ex. Patent license may include technical know-how which is included into Trade Secrets; Shared Data with Limited Access can be subject to the same and similar arrangement regarding the data used for IoT, R&D for AI design, etc.
 - Discussion continuing two different approaches:
 - (i) Protection for the *sui generis* (unique) right of Trade Secrets, etc. like Patent right ; or
 - (ii) Exemption of injunctive action under UCPL and the Bankruptcy Act (Art.53, Para.1) in favor of a licensee.

4 More amendments in near future (10)

- UCPL, Art.5, Para.2
 - It is difficult to say how infringed Trade Secrets embodied into certain goods and services. Should we ease the notion to include even simple “use” of infringed Trade Secrets for the infringer’s business interest with causation?

More amendments in near future (13)

- Governing Law
 - The General Rules for Application of Laws, (Art.17).
 - Controversial issue: Should Japan designate all Trade Secret protection's provisions (Art.2, Para.1, Sub-paras.4 to 10 of UCPL as mandatory under UCPL in Japan whatsoever the General Rules for Application of Laws says? -> Is it harmful for international business entities to face unexpected application of UCPL in Japan?

More amendments in near future (12)

- International Jurisdiction
- General rule in Japan: the Civil Procedure Code (Art.3-3, Para.8).
 - The notion of "place having the result of conduct" is a key. However, no firm interpretation has been established yet by the court precedents.
 - Should Japan-exclusive jurisdiction be avoided because it may cause a conflict of litigant's interest which may prefer other countries' jurisdiction in the litigant's strategy? Is it fine if such international jurisdiction of Japanese court is an non-exclusive alternative jurisdiction of litigant?
- Possible issue to minimize the conflict of international jurisdictions: An international company doing business in Japan may use the infringed Trade Secrets in other countries' market.
 - To avoid the situation, should the Civil Procedure Code narrow the scope of its international jurisdiction for example in following cases. (i) Trade Secrets managed in Japan was infringed; (ii) the international company holds its head quarters or main business office in Japan; or (iii) relating to business established in Japan (cf. the Civil Procedure Code, Art.3-3, Para.5) ?

Thank you for your attendance.

Should you have any questions and inquiries on this presentation, please do not hesitate to contact with me at kyabe@midosujilaw.gr.jp.



日本での新しいデジタルプラットフォーム上の不正競争防止法

片岡朋行*

I. 新しいデジタルプラットフォーム - メタバース

1. デジタルプラットフォームとは

デジタルプラットフォームは、インターネットを通じて事業者提供される、電子商取引や情報配信などのための利用基盤や利用環境であり、具体的には、巨大IT企業が運営するECモール、コンテンツ配信サービス、アプリケーションストア、オークションサイトなどを示すものとされる（小學館「デジタル大辭泉」）。

これらのデジタルプラットフォームにおいても、不正競争防止法が想定する他人の「商品等表示」や「商品の形態」などをフリーライドするような形態で第三者が利用すれば、当然不正競争防止法の問題が発生してきた。インターネット上であっても、amazon.comなどのECサイトやGoogle Playストアなどのアプリケーションストアを通じて、他人の商品等表示や商品形態を所定の内容で利用すれば、特に問題なく通常は、同法違反が

* 日本 VASCO DA GAMA OFFICES 辯護士

認められるからである。

2. 仮想空間、そしてメタバース

ところが、バーチャル・スペース (virtual space。仮想空間)、バーチャル・ワールド (virtual world。仮想世界) などでは、必ずしもそのような通常の考え方が通用せず又は疑問となる場合がある。

バーチャル・スペース (仮想空間) は、コンピュータネットワーク上の仮想的な空間やコンピュータが作り出した人工的な環境とされる (小學館「デジタル大辞泉」)。識者の定義により、インターネット一般やMMOPRG、SNSを含め得る。しかし、ここでは、インターネットに関する従来議論と区別していくため、仮想空間の概念の中核的なもの、即ち、最近注目を集めるいわゆる「メタバース (metaverse)」を中心に、論じていく。

3. メタバースとは

メタバース (metaverse) とは、インターネット上に構築される仮想の三次元空間で、利用者 (ユーザ) はアバターと呼ばれる分身を操作して空間内を移動し、他の参加者と交流することになる空間である (小學館「デジタル大辞泉」)。

メタバースの具体例として挙げられるのは、「Horizon Worlds」、「VR Chat」、「Fortnite」、「ROBOLOX」、「Decentraland」などである。また、タイプとしては、ソーシャル型、デジタル資産作成・取引型、コンテンツ提供型、Eコ

マース型、またビジネス型に分類されることもある¹⁾。

上記定義のとおり、メタバースは、インターネット上の仮想の3D CG空間であり、その中でユーザがアバターを操作して他の参加者と交流することを特質とするが、その定義は識者により様々である。ただ、最近の日本の識者がまとめたメタバースの全体イメージとしては、以下のようなものがあり、わかりやすいため、ここで引用する²⁾。

ユーザは、デスクトップPC、ラップトップPC、スマートフォン、タブレット、AR/VRゴーグルを通じてアクセスする。

國境を越えて多数のユーザがメタバースに同時にアクセスして活動する。

ユーザはメタバース内で自己を表示する手段として「アバター」を一定程度自由に選択できる。

メタバース内ではユーザ間でのコミュニケーションが予定され、かつ促進する機能が設けられている。

メタバース内でイベントを開催してパフォーマンスを行ったり、コンテンツ（アバター、デジタルアート、デジタルアイテム等）を制作し、ユーザ間で売買、賃貸したりすることなどの経済活動が行われている。

このようなイメージを持つメタバースについては、現実空間とのアナロジーが可能な範囲について、日本の法令上、契約法（利用規約など）や知的財産法上の問題（著作権法、商標法、

1) 「メタバースにおける法律と論点（上）」西村あさひ法律事務所
ロボット/AIニューズレター 2022年4月15日号

2) 「NBL No.1223 新連載『メタバースと法（第1回）総論 -
メタバースと法』（AMTメタバース法務研究会）

意匠法、不正競争防止法、パブリシティ権など）、金融規制法（資金決済法、金融商品取引法など）、刑法（賭博罪）、消費者保護法（消費者契約法、特定商取引法、景品表示法など）、個人情報保護法、人格権、プライバシー権、税法などが問題になる。これらの議論は、未だ緒に就いたばかりとも言え³⁾、今後の議論を待つべき部分も多いものと言われている。

4. メタバースの知的財産法上の特殊性

1) 初めに

メタバースの定義にもあるように、3D CGの仮想空間という特殊性があるため、この観点から知的財産法上も考慮すべき点が多い。ここで、このような特殊性による問題を概括的に見てみたい。

2) ユーザの現実空間とメタバースとの誤認

まず、ユーザは、仮想空間であるメタバースの利用の中で、現実空間における法的観念をメタバースに持ち込む傾向が出てくる。つまり、ユーザは、メタバースで購入などを通じて獲得したアイテム（データに過ぎない）に対して、自らの（有体物に対する）所有権を観念するようになる。現実空間での所有権をメタバースでの所有権的なもの、virtual propertyつまり仮想

3) 但し、日本の知的財産法とバーチャルワールドに関する関係を論じたものとして、2010年の段階で、中崎尚弁護士による連続論考（「バーチャルワールド（仮想世界・仮想空間）における法的問題点（1）～（3）」（NBL No.926、928、930））がある。

プロパティとして主張するということである。

そして、そのように主張するようになれば、その先は、自らのアイテムを第三者に販賣するということにつながる。このことは、MMOPRGの世界でのRMT（リアルマネートレード）で、すでに全世界で見られたことである。

RMTは、民事上、ユーザによる利用規約の違反の問題（利用契約の解除、損害賠償請求）、著作権侵害の問題が考えられ、また、刑事上、特にRMT業者などにつき、偽計業務妨害罪（日本刑法233条）、著作権法違反罪などの成否が問題となった。このような問題は、利用規約での定め方にもよるが、メタバースでも同様に問題になり得るものと思われる。

3) 現實空間を前提とする規定のメタバースへの適用の可否

また、3D CGの仮想空間では、上記のとおり、現實と仮想の各空間の區別がユーザにより混同されやすいわけであるが、そうすると次は、法令が現實空間を前提として規定している場合に、当該規定を仮想空間にも適用できるのではないか、という法解釋の問題も生じ得る。所有權に關する有体物性、不正競争防止法での商品等表示性など、いろいろな法的規定が考えられるが、その判斷が容易でない場合や、適用すべきという價值判斷はあっても規定内容から適用や準用ができないような場合も想定されよう。

このような問題としては、まず、著作権の制限の一つである付隨對象著作物の利用（著作権法30条の2⁴⁾）、いわゆる、

4) (付隨對象著作物の利用)
第三十条の二

撮影の際の寫り込みの問題がある。同條は、例えば、映畫の撮影を澁谷のスクランブル交差点で行う場合に、どうしても寫り込んでしまう背景の看板の畫像や動畫について、それら畫像の著作権者の著作権を制限するための規定である。しかし、同條は、規定のとおり、寫眞の撮影、録音又は録畫による付隨対象著作物の場合に限定しており、メタバースの場合には適用がないと言わざるを得ない。しかし、他方で、メタバース内の機能、畫質を含めた性能の向上に伴い、ユーザの利便性を追求していくと、同條の適用を認めるべきという価値判断は考えられる。メタバース内での「寫眞の撮影、録音、録畫」などが觀念できるか、今後の議論が必要な部分である。

また、アバターを現實の人間の踊りをモーション・キャプチャー技術 (motion-capture technology) で得たデータと連動させて動かす場合に、元の踊りを實演した實演家の権利、例え

寫眞の撮影、録音、録畫、放送その他これらと同様に事物の影像又は音を複製し、又は複製を伴うことなく伝達する行為（以下この項において「複製伝達行為」という。）を行うに当たつて、その対象とする事物又は音（以下この項において「複製伝達対象事物等」という。）に付随して対象となる事物又は音（複製伝達対象事物等の一部を構成するものとして対象となる事物又は音を含む。以下この項において「付随対象事物等」という。）に係る著作物（当該複製伝達行為により作成され、又は伝達されるもの（以下この条において「作成伝達物」という。）のうち当該著作物の占める割合、当該作成伝達物における当該著作物の再製の精度その他の要素に照らし当該作成伝達物において当該著作物が軽微な構成部分となる場合における当該著作物に限る。以下この条において「付随対象著作物」という。）は、当該付随対象著作物の利用により利益を得る目的の有無、当該付随対象事物等の当該複製伝達対象事物等からの分離の困難性の程度、当該作成伝達物において当該付随対象著作物が果たす役割その他の要素に照らし正当な範囲内において、当該複製伝達行為に伴つて、いずれの方法によるかを問わず、利用することができる。ただし、当該付随対象著作物の種類及び用途並びに当該利用の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。

2
前項の規定により利用された付随対象著作物は、当該付随対象著作物に係る作成伝達物の利用に伴つて、いずれの方法によるかを問わず、利用することができる。ただし、当該付随対象著作物の種類及び用途並びに当該利用の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。

ば、録音権・録畫權（日本著作權法 9 1 條）、送信可能化權（同法 9 2 條の 2）が成立するか、という問題もある。この点、實演家の踊りをアバターと連動させても、あくまでアバターの動きに過ぎず、よって實演家の踊りを「録畫」するとは言えないため、著作權法上の實演家の權利は發生しないと言わざるを得ない。しかし、實演家の權利という観点からすると、モーションキャプチャー技術は幅廣く用いられていることから（例えば、歌手のMVでの踊りを同技術で読み取り、別のキャラクターによる動畫制作の際にその動きを取り込んだ動畫は、YouTubeなどでも幅廣く見られるものである）、實演家の利益を度外視できるのかという価値判斷もあり得る。著作者である舞踊家として舞踊の著作物（日本著作權法 1 0 條 1 項 3 号）の著作權が認められれば、上記の場合も当該著作權（複製權）が及び得るが、實演家については上記のように今後の議論が必要である。

以上、著作權を例に論じたが、不正競争防止法上の問題は、別途後述する。

4) アバターのユーザによる創作

ユーザが自らのアバターを自由に創作できるメタバースの場合、あるユーザが他のユーザやメタバース外の第三者の著作物などを許諾なく複製、翻案などすることが考えられ、この場合、知的財産權の侵害が当然問題となる。そしてこの場合、特にメタバース外の權利者との關係では、メタバース管理者の利用規約上の管理權限（後述）の問題では處理ができず、結局既存の知的財産權の問題となる。

5)メタバース運営者の利用規約上の管理権限

メタバースは、運営者が利用規約上の管理権限を有する。運営者は、利用規約において、ユーザ間の紛争、例えば知的財産権の紛争などを想定して、現実空間であれば違反に該当するような行為を禁止し、ユーザがこれに違反すれば、当該ユーザのアカウントの一時停止や削除などの処置を取り、問題解決を図ることができる。そうすると、メタバース上の知的財産権の紛争についても、この運営者の管理権限を通じてコントロールすればよく、現実空間に関する既存の法令を特に改正するまでもないということも言えるかもしれない。私的自治の観点から、メタバースを一種の部分社会とみて、メタバース内の問題は全て最終的に運営者の利用規約に基づく裁定に委ねるという考え方もあるかもしれない。

しかし、上記(2)で述べたような現実空間の法令のメタバースでの適用が問題になるケースの場合、単に利用規約で法令の違反を禁止しても、解釈の基準となる規定がないことになり、問題の解決にならない。他方で、そのような場合やその他メタバース特有の法律問題を全て利用規約に委ねることは、運営者に過度の管理義務を課することにもなりかねない。また、利用規約による管理人たる運営者の権限を万能とすること、例えば、自由にユーザのアカウントの停止・削除権を認めたり、そのような場合の運営者の免責を規定することは、日本の消費者契約法の諸規定、例えば、事業者の損害賠償の責任を免除する条項等の無効に関する同法8条1項、消費者の利益を一方的に害する条項の無効に関する同法10条との関係で、問題になり得る。つまり、場合により、アカウントの停止・削除権の根

據規定や運營者の免責規定が一般的に又は少なくとも個別的事例において無効となる可能性があるのである。そのような場合を考えると結局、運營者の利用規約上の管理権限に委ねるという考え方も万能とは言えない。

6) アバターとなりすましなど

メタバースでアバターは、メタバースにおいてユーザがあたかも自分の分身として利用されるが、メタバースのみでのキャラクターであるアバターは自由に設定できる。そのため、その悪用が考えられる。

例えば、SNSの世界でもみられるように、他人になりすまして、他人の氏名や肖像その他の容姿を勝手に利用することが考えられる。この場合、他人の人格権のうち、肖像権やパブリシティ権の侵害が問題となり得る。特に、著名なアーティストなどのなりすましなどであれば、パブリシティ権侵害が問題となる。

7) 準據法・國際裁判管轄（ユーザとメタバース運營者との間の紛争について）

上記3で述べたとおり、メタバースでは、國境を越えて多数のユーザが同時にアクセスして活動するため、準據法や國際裁判管轄の問題が発生するケースが多いものと予想される。

では、ユーザとメタバース運營者との間の紛争ではどうか。準據法については、日本の法の適用に關する通則法（以下「通則法」という）11條が消費者契約の特例を設けている。すな

わち、通則法11条1項は、消費者と事業者との間で締結される契約の成立及び効力について、当事者の選擇又は変更により適用すべき法が消費者の常居所地法以外の法である場合であっても、消費者がその常居所地法中の特定の強行規定を適用すべき旨の意思を事業者に表示したときは、当該消費者契約の成立及び効力に關しその強行法規の定める事項については、その強行規定をも適用する、と定めている。すでに述べた消費者契約法8條、10條などはまさにこの強行規定に該當する。そのため、例えば、あるメタバースの利用規約における準據法が米國カリフォルニア州法とされていたとしても、日本に居住するユーザが意思表示をすれば、上記の日本の消費者契約法の規定が適用される可能性がある⁵⁾。

國際裁判管轄については、日本の民事訴訟法が、消費者契約に關する國際裁判管轄を定めている。まず、同法3條の4第1項は、消費者と事業者との間で締結される契約に關する消費者からの事業者に對する訴えは、訴えの提起の時又は消費者契約の締結の時における消費者の住所が日本國內にあるときは、日本の裁判所に提起することができる、と定めている。同法3條の4第3項は、消費者契約に關する事業者からの消費者に對する訴えについては、契約上の債務に關する訴え等の管轄權（契約上の債務の履行の請求などで義務履行地が日本國內にあると

5)

通則法11条6項は、①事業者の事業所で消費者契約に關係するものが消費者の常居所地と法を異にする地に所在した場合であつて、消費者が当該事業所の所在地と法を同じくする地に赴いて当該消費者契約を締結したとき、又は、②事業者の事業所で消費者契約に關係するものが消費者の常居所地と法を異にする地に所在した場合であつて、消費者が当該事業所の所在地と法を同じくする地において当該消費者契約に基づく債務の全部の履行を受けたとき又は受けることとされていたときは、同法11条1項を適用しないとしているが、隔地間のインターネット通販などはこれに該當しないと考へられているため、メタバースでの取引の場合も同法11条6項に該當しないものと思われる。

き、不法行爲について不法行爲地が日本國內にあるときなどに、日本の裁判所に提起できるとする。)を定める同法3條の3の規定は適用しない、と定めている。また、同法3條の7第5項は、管轄權に關する合意(國際裁判管轄合意)について、將來において生ずる消費者契約に關する紛争を對象とするものは、①消費者契約の締結の時において消費者が住所を有していた國の裁判所に訴えを提起することができる旨の合意(その國の裁判所にのみ訴えを提起することができる旨の合意については、下記②の場合を除き、その國以外の國の裁判所にも訴えを提起することを妨げない旨の合意とみなす。)があるとき、又は、②消費者が当該合意に基づき合意された國の裁判所に訴えを提起したとき、又は事業者が日本若しくは外國の裁判所に訴えを提起した場合において、消費者が当該合意を援用したときに限り、その効力を有する、と定めている。そのため、例えば、あるメタバースに關する利用規約において、國際裁判管轄が米國カリフォルニア州の裁判所とされていたとしても、日本に居住しているユーザは、日本の裁判所に訴えを提起することができることになる。

II. 메タバースと不正競争防止法

1. 初めに

では、メタバースで他人のブランドなどが無斷で利用された場合、現實空間同様、日本の不正競争防止法により權利行使ができるのか。

ここでは、以下の3つの不法行爲類型を前提に検討する。

周知表示混同惹起行爲（同法2條1項1号）

「他人の商品等表示（人の業務に係る氏名、商号、商標、標章、商品の容器若しくは包装その他の商品又は營業を表示するものをいう。以下同じ。）として需要者の間に廣く認識されているものと同一若しくは類似の商品等表示を使用し、又はその商品等表示を使用した商品を讓渡し、引き渡し、讓渡若しくは引渡しのために展示し、輸出し、輸入し、若しくは電氣通信回線を通じて提供して、他人の商品又は營業と混同を生じさせる行爲」

著名表示冒用行爲（同法2條1項2号）

「自己の商品等表示として他人の著名な商品等表示と同一若しくは類似のものを使用し、又はその商品等表示を使用した商品を讓渡し、引き渡し、讓渡若しくは引渡しのために展示し、輸出し、輸入し、若しくは電氣通信回線を通じて提供する行爲」

商品形態模倣行爲（同法2條1項3号）

「他人の商品の形態（当該商品の機能を確保するために不可欠な形態を除く。）を模倣した商品を讓渡し、貸し渡し、讓渡若しくは貸渡しのために展示し、輸出し、又は輸入する行爲」

2. 周知表示混同惹起行爲（同法2條1項1号）

1) 「商品」に無体物が含まれるか

メタバース上のアイテムやアバターなどの表現は、3DのCG

などで表現された無体物である。そのため、同法 2 條 1 項 1 号が規定する「商品」にこのような表現が含まれる必要がある。つまり、メタバース上の画像などの表現が「商品」に該当するか、まず検討する必要がある。

この点、過去の判例には、書体の製造、販賣行為について、上記①周知表示混同惹起行為に関する同法 2 條 1 項 1 号の「商品」とは、少なくとも有体物（容器に収めて取引される無定型物を含む）であることを必要とし、無体物はこれを含まないと解するのが相当であるとしたものがある（東京高裁昭和 5 7 年 4 月 2 8 日判決）。

しかし、現在では、無体物であっても獨立して取引の對象とされる場合には「商品」に該当すると解するのが通説であると思われる。判例も、例えば、東京高裁平成 5 年 1 2 月 2 4 日決定が、書体の販賣行為に關し、「このように不正競争防止法は、公正な取引秩序の維持、確立を目的とするものであるから取引の實情を踏まえ、その實情の中において、公正な取引秩序の維持、確立の観点に立ち、同法が規定する前記の不正競争行為の類型に該当するか否かを検討すべきものというべきである。そこで、前記の『商品』の概念についてみると、經濟的価値を肯定され取引對象とされる代表的なものとして有体物があることはいうまでもないところであるが、社會の多様化に伴い、新たな經濟的価値が創出されることは當然のことであることからすると、その有する經濟的価値に着目して取引對象となるものが有体物に限定されなければならないとする合理的な理由は見いたし難い。この意味で、無体物であっても、その經濟的価値が社會的に承認され、獨立して取引の對象とされている場合には、それが不競防止法一條一項の規定する各不正競

争行爲の類型のいずれかに該当するものである以上（この点について、《證據略》によれば、書体はフロッピーディスク等に記録されて国内で販賣されることはもとより漢字使用國に輸出されている事實が一応認められることから窺われるように、無体物であっても、『販賣』、『擴布』、『輸出』が可能であり、また、『品質』、『内容』、『用途』、『數量』等が問題となり得ることも明らかであるから、前記の不正競争行爲類型のいずれかに該当することは十分に可能というべきである。）これを前記の『商品』に該当しないとして、同法の適用を否定することは、同法の目的及び右『商品』の意義を解釋に委ねた趣旨を没却するものであって相当でないというべきである。」と判示し、無体物の「商品」性を肯定している。

よって、メタバース上の畫像などの表現は同法2條1項1号の「商品」に該当するものと考ええる。

2) 「混同」は生じ得るか

同法2條1項1号は、「他人の商品又は營業と混同を生じさせる行爲」を要件としている。

ここでいう「混同」は、現に發生している必要はなく、混同が生ずるおそれがあれば足りると解されており⁶⁾、「混同を生じさせる行爲」には、被冒用者と冒用者との間に競業關係が存在することを前提に直接の營業主体の混同を生じさせる「狹義の混同惹起行爲」のみならず、緊密な營業上の關係や同一の表示を利用した事業を営むグループに屬する關係があると誤信さ

6) 永大産業事件判決（東京地裁昭和40年12月21日判決）が、この立場をとる。

せるような「廣義の混同惹起行爲」をも包含するもの⁷⁾と解されている。また、混同の判断は、表示の使用方法、態様等の諸般の事情をもとに、一般人を基準として判断すべきであるとされている⁸⁾⁹⁾¹⁰⁾。

ここで、メタバース内で、運営者やユーザとしての出店者などが、自社のアイテムなどを当該メタバース内で販賣している場合に、上記基準に基づき混同させることは十分考えられるものと思われる。

他方、運営者やユーザとしての出店者などが、自社のアイテムなどを当該メタバース内で販賣していない場合、このような混同が生じうるか疑問が残る。後述の著名表示冒用行爲（同法2條1項2号）で保護される全國レベルで有名な商品等表示であれば格別、メタバース外での混同可能性を肯定する事情を取り込んでも、混同が認められないようなケースも生じ得るものと思われる。

3. 著名表示冒用行爲（同法2條1項2号）

上記②の著名表示冒用行爲（同法2條1項2号）では、「他

7) スナックチャンネル事件判決（最高裁平成10年9月10日判決）が、この立場をとる。

8) ヤンマー・ラーメン事件判決（大阪高裁昭和47年2月29日判決）、西日本デイズニー事件判決（福岡地裁平成2年4月2日判決）などが、この立場をとる。

9) さらに、オービックス事件判決（知財高裁平成19年11月28日判決）は、一般取引者及び需要者の心理に基準を置くのが相当であるとしている。

10) 以上、「混同」の解釈については、「逐条解説 不正競争防止法 令和元年7月1日施行版」（経済産業省 知的財産政策室編）73ページを参照、引用した。

人の著名な商品等表示」として、「著名」であることが要件とされている。

この点、周知表示混同惹起行爲（同法2條1項1号）では、「需要者の間に廣く認識されているもの」として「周知」であることが要件とされている。この「周知」は、全国的に知られている必要はなく、一地方において廣く知られていれば足りると解されている¹¹⁾。

一方、「混同」要件なしで不正競争を認める著名表示冒用行爲（同法2條1項2号）では、個別具体の事例に応じて判断される問題であるが、著名表示の保護が廣義の混同さえ認められない全く無關係な分野にまで及ぶものであることから、通常の經濟活動において、相当の注意を拂うことによりその表示の使用を避けることができる程度にその表示が知られていることが必要であり、具体的には全国的に知られているようなものを想定している^{12) 13)}、とされている¹⁴⁾。

そのため、著名表示冒用行爲が認められるためには、メタバース上で勝手に利用されるアイテムなどが、全国的に知られているものであることが必要である。そのため、一地方で知られているようなものについては、周知表示混同惹起行爲（同法

11) 「逐条解説 不正競争防止法 令和元年7月1日施行版」（經濟産業省知的財産政策室編）68～70ページ、76ページ。

12) セシルマクビー事件判決（東京高裁平成16年8月9日判決）では、「当該略称が、我が国において、特定の限られた分野に属する取引者、需要者にとどまらず、その略称が特定人を表示するものとして、世間一般に廣く知られていることが必要であるというべきである」としている。

13) 判例上著名性が認められたものとしては、「セイロガン糖衣A」、「アリナミンA25」、「MOSCHINO」、「JACCS」、「虎屋」、「J-PHONE」、「青山学院」、「ELLE」、「菊正宗」、「Budweiser」、「マクセル」、またルイ・ヴィトンのモノグラム表示などがある。

14) 「逐条解説 不正競争防止法 令和元年7月1日施行版」（經濟産業省知的財産政策室編）77ページ。

2條1項1号)における「混同」の問題を解決する必要があることになる。

4. 商品形態模倣行為 (同法2條1項3号¹⁵⁾)

1) 메타버스上の表現は「商品の形態」に該当するか

上記③の商品形態模倣行為 (不正競争防止法2條1項3号) では、商品の形態の模倣が規制対象となっている。ここで、メタ버스上のアイテムやアバターなどの表現がここでいう「商品の形態」に該当するか否かが、問題になる。

同法2條4項は、「この法律において『商品の形態』とは、需要者が通常の用法に従った使用に際して知覺によって認識することができる商品の外部及び内部の形状並びにその形状に結合した模様、色彩、光澤及び質感をいう。」と規定している。

この点、「商品の形態」は有体物の形態でなければならず、無体物は含まれないとされる。例えば、オンラインニュース記事の見出しは、無体物として「商品の形態」に該当しないものとされた (知財高裁平成17年10月6日判決。讀賣オンラインニュース事件)。

しかし、「模様、色彩、光澤及び質感」も「形状に結合した」ものであれば、上記要件を満たすため、立体的形態だけでなく平面的形態も含まれるとされる。例えば、カレンダー商品につき、商品形態の模倣が認められている (大阪地裁平成12

15)

なお、商品形態模倣行為については、以下で述べる要件のほか、オリジナルの商品が日本国内で最初に販売された日から起算して3年を経過するまでしか、同行為として禁止されないという適用除外規定がある (同法19条1項5号イ)。

年10月24日判決。カレンダー（SUPER COLOR JUNBO）事件）。

そうすると、オンラインニュース記事の見出しという単なる文字データではなく、「模様、色彩、光澤及び質感」が「形状に結合した」ものである3D CGであれば、「視覚によって認識することができる」ことから、「商品の形態」と言い得るものといえる。

よって、メタバース上の画像などの表現は同法上の「商品の形態」に該当するものと考ええる。

2) 「模倣する」に該当するか

同法2条1項3号は、他人の商品の形態を「模倣」した商品であることを要件としている。

この点、同法2条5項は、「この法律において『模倣する』とは、他人の商品の形態に依據して、これと實質的に同一の形態の商品を作り出すことをいう。」と定義している。

そして、「模倣」が問題になった裁判例でこの實質的同一性が認められたのは、たまごっち事件（東京地裁平成10年2月25日判決）、タオルセット事件（大阪地裁平成10年9月10日判決）、腕時計事件（東京地裁平成11年6月29日判決）、小型ショルダーバッグ（乙）事件（東京高裁平成13年9月26日判決）、トリートメント・イオンブラシ事件（大阪高裁平成16年7月30日判決）などのように、有体物の「模倣」が問題になったものばかりである。そのため、現實世界の商品に形態が類似するアイテムをメタバース上で販賣するような場合、「模倣」が認められるのか¹⁶⁾、問題となる。

過去の判例も踏まえ有体物性を重視すると、メタバース上のアイテムなどは、「實質的に同一の形態の商品」とは言えず、「模倣」が否定されるように思われる。

しかし、そもそも、「不正競争防止法が形態模倣を不正競争であるとした趣旨は、商品開発者が商品化に当たって資金又は労力を投下した成果が模倣されたならば、商品開発者の市場先行の利益は著しく減少し、一方、模倣者は、開発、商品化に伴う危険負担を大幅に軽減して市場に参入でき、これを放置すれば、商品開発、市場開拓の意欲が阻害されることから、先行開発者の商品の創作性や権利登録の有無を問うことなく、簡易迅速な保護手段を先行開発者に付与することにより、事業者間の公正な商品開発競争を促進し、もって、同法1條の目的である、國民經濟の健全な發展を図ろうとしたところにあると認められる。」とされている（知財高裁平成28年11月30日判決）。そうすると、商品開発、市場開拓の意欲が阻害されるような態様で他人の成果が模倣されるようなケースであれば、有体物性がなくても、「模倣」を認め得る可能性はある。特に、メタバース上の3D CGの解像度などが高度化すればするほど、メタバース上で再現される商品の畫像と現實空間の商品との視覺的な區別は付き難くなるのであり、「模倣」は肯定し得るものと思われる。無体物たる畫像なども、ありふれた商品形態でない限り、有体物に特有である機能に当たるものがなくても、上記のように平面的形態として「商品の形態」が肯定される以上、商品開発、市場開拓の意欲が阻害される程度にデッドコ

16)

あるメタバース上で運営者があるアイテムを販売している場合に、これを模倣したアイテムを制作、販売などすれば、「實質的に同一の形態の商品」を作り出したと理論上は言える可能性はある。但し、現実には、既に述べたとおり、利用規約違反や著作権侵害などが問題になり得るものと思われる。

ピーするものであれば、やはり「模倣」を認めるべきであると思われる。

以上より、現實世界の商品に形態が類似するアイテムをメタバース上で販賣することも、「模倣」に該当し得るものと考えられる。

5. パブリシティ権

1) 初めに

不正競争防止法上の上記①～③の各不正競争行爲と関連する問題として、メタバース上のアバターとの関係で、現實空間の人物のパブリシティ権の侵害が問題とならないか、また、メタバース上のアバター自体にパブリシティ権が認められないか、問題となる。

韓国では、パブリシティ権の保護が不正競争防止法の規定により図られている部分があるため、日本のパブリシティ権の問題をここで検討してみたい。

2) 現實空間の人物のパブリシティ権をメタバースのアバターが侵害し得るか

パブリシティ権については、ピンク・レディー事件における最高裁平成24年2月2日判決が、権利性や保護要件について、以下のとおり判示している。

「人の氏名、肖像等（以下、併せて「肖像等」という。）は、個人の人格の象徴であるから、当該個人は、人格権に由来

するものとして、これをみだりに利用されない権利を有すると解される（筆者注：過去の判例の引用部分は省略）。そして、肖像等は、商品の販賣等を促進する顧客吸引力を有する場合があります、このような顧客吸引力を排他的に利用する権利（以下「パブリシティ権」という。）は、肖像等それ自体の商業的価値に基づくものであるから、上記の人格権に由来する権利の一内容を構成するものといえることができる。他方、肖像等に顧客吸引力を有する者は、社會の耳目を集めるなどして、その肖像等を時事報道、論說、創作物等に使用されることもあるのであって、その使用を正当な表現行為等として受忍すべき場合もあるといえるべきである。そうすると、肖像等を無斷で使用する行為は、①肖像等それ自体を獨立して鑑賞の対象となる商品等として使用し、②商品等の差別化を図る目的で肖像等を商品等に付し、③肖像等を商品等の廣告として使用するなど、専ら肖像等の有する顧客吸引力の利用を目的とするといえる場合に、パブリシティ権を侵害するものとして、不法行為法上違法となると解するのが相当である。」

上記のとおり、日本では最高裁判決によりパブリシティ権が肯定され、また、パブリシティ権が認められるためには、上記の①～③のいずれかに該当する必要があるとしている。

例えば、現實空間の有名アーティストのアバターがメタバース上で無斷で販賣される場合、上記①の場合、つまり、肖像等それ自体を獨立して鑑賞の対象となる商品等として使用する場合として、パブリシティ権侵害が認められ得るものと考えられる。

3) メタバース上のアバター自体にパブリシティ権が認められるか

いわゆる物のパブリシティ権については、競走馬の所有者が競走馬の名称を無断使用したゲームソフトの製作、販賣業者に對し差止請求、損害賠償請求をしたダービースタリオン事件判決（最高裁平成16年2月13日判決）が、以下のとおり判示して、物のパブリシティ権を否定している。

「上記各法律（筆者注：商標法、著作権法、不正競争防止法等の知的財産権関係の各法律のこと）の趣旨，目的にかんがみると，競走馬の名称等が顧客吸引力を有するとしても，物の無体物としての面の利用の一態様である競走馬の名称等の使用につき，法令等の根據もなく競走馬の所有者に對し排他的な使用权等を認めることは相当ではなく，また，競走馬の名称等の無断利用行為に關する不法行為の成否については，違法とされる行為の範囲，態様等が法令等により明確になっているとはいえない現時点において，これを肯定することはできないものというべきである。したがって，本件において，差止め又は不法行為の成立を肯定することはできない。」

上記のとおり物のパブリシティ権は認められておらず、よってメタバース上のアバター自体にも独自のパブリシティ権は認められないものとする。

4) 韓國の不正競争防止法とパブリシティ権

なお、韓國では、パブリシティ権侵害に当たるような場合に、不正競争防止法の以下の規定によっても保護が受けられるようである。

2條1号タ (타) 目

國內で廣く認識され經濟的価値を持つ他人の姓名、肖像、音聲、署名などその他人を識別できる標識を公正な商取引慣行や競争秩序に反する方法で自身の營業のため無斷で使用することで他人の經濟的利益を侵害する行爲

2條1号パ (파) 目

その他他人の相当な投資や努力で作られた成果などを公正な商取引慣行や競争秩序に反する方法で自身の營業のため無斷で使用することで他人の經濟的利益を侵害する行爲

上記パ目に關して、大法院2020年3月26日付 2019마6525決定は、著名なアーティストであるBTSの寫眞集などにつき、同目に該当するものとして、仮處分を認めている。今後は、パブリシティ權侵害に該当するケースをより直裁に想定するタ目によっても、芸能人の肖像などの保護が図られるものと思われる。

日本の不正競争防止法には韓國の不正競争防止法上の上記タ目、パ目に相当する規定を置いていない。韓國では物權法定主義を前提に成文法や慣習法などに根據を見つけることができななどとして、パブリシティ權自体を否定する傾向があるため、このように不正競争防止法での保護が図られているようである。

Ⅲ. 準據法と國際裁判管轄

1. 初めに

メタバースは、世界各国のユーザが物理的制約なくインターネットを通じて接続することが可能である。他方で、メタバースの運営者はいずれかの國の法人であり、また、運営のために利用されるサーバなどはいずれかの國に配置されている。

そのため、上記①～③の各不正競争行為が問題となる場合も、準據法や國際裁判管轄の問題がどのように決定されるのか、問題となる。

このうち、メタバースの運営者とユーザの間の紛争については、既に説明をしたところであるので、以下ではそれ以外の第三者間での紛争における問題として検討する。

2. 準據法

日本では、不正競争行為については、差止請求、損害賠償請求ともに通則法17條の不法行為の問題として性質決定することが多数の見解であり、裁判例においてもこのような考え方が採用されている¹⁷⁾。

通則法17條は、以下のとおり規定する。

(不法行為)

第十七條 不法行為によって生ずる債權の成立及び効力は、加害行為の結果が発生した地の法による。ただし、その地における結果の発生が通常予見することのできないものであったときは、加害行為が行われた地の法による。

17) 「令和元年度 産業財産權制度問題調査研究報告書 不正競争防止法における渉外的な侵害事案等についての制度に関する研究調査報告書」 (https://www.jpo.go.jp/resources/report/sonota/document/zaisanken-saidmondai/2019_03_01.pdf 以下「特許庁報告書」という) 7ページ。

上記のとおり、不法行爲によって生ずる債權の成立及び効力の準據法は、原則として結果發生地法によるとされ、例外としてその地での結果發生が通常予見できない時は加害行爲地法とされている。

上記通則法 17 條の結果發生地法の考え方としては、管理地法説（營業秘密・限定提供データの管理地とする考え）、行爲地法説（結果發生は法益侵害に對する加害行爲地で發生するとする考え）、市場地法説（市場地（例えば、被害企業が事業利益（顧客）を喪失した地）を結果發生地とする考え）、被害企業所在地法説（結果は被害企業の主たる營業所の所在地で發生するとする考え）、絶對強行法規説（通則法の規定を介することなく個々の法令の法目的などを踏まえて当該法自体が絶對的強行法規として適用されるとする考え）があり得るとされるが 18)、本稿で問題としている周知表示混同惹起行爲（不正競争防止法 2 條 1 項 1 号）、著名表示冒用行爲（同法 2 條 1 項 2 号）、商品形態模倣行爲（同法 2 條 1 項 3 号）については、市場地法説が有力であると思われる 19)。被害企業が事業利益（顧客）を喪失した地である市場地について、1 号では混同が生じている地、2 号では冒用行爲がなされた地、3 号では形態模倣品の讓渡などがなされた地が、それぞれ具体的な市場地と捉えることを根據としており、また、1 号及び 2 号では、市場地を決定するには、ジオブロック、表示言語、商品の性質、ディスクレイマーなどの影響も考慮して決定すべきとするのが有力であると思われる 20)。

では、海外のサーバ上で運營されるメタバースにおける各不

18) 特許庁報告書 26～27 ページ。

19) 特許庁報告書 37～39 ページ。

20) 特許庁報告書 37 ページ、38 ページ。

正競争行爲について準據法はどうか。市場地法説に立った場合、1号及び2号では、日本向けのサービスであれば、日本法が準據法とされやすいが、海外市場向けのサービスであれば、当該外國法が準據法とされやすく、3号では、日本の商品を海外の企業が模倣すると考えると、当該外國法が準據法とされやすい 21)。

但し、メタバースの場合、市場地がどこか特定できないような場合もあるのではないかと思われる。特に、全世界から自由に接続可能で、多言語表示がなされ利用者が自由に言語を選定できるような場合、上記のように日本向けなのか海外向けなのかということ自体が判別しにくい場合もあるものと思われる。このような場合に一体、どのような説に基づきどの國の法を準據法とすべきかは、更なる議論が待たれるところである 22)。

21) 特許庁報告書 7 4～7 9 ページ。

22)

なお、最近の判例では、東京地裁令和4年3月24日判決が、特許権侵害に関連し、特許権者（原告・日本法人）が「FC2動画」のシステムなどが特許発明の技術的範囲に属し、被告ら（米国法人など）の行為は特許権侵害であるとし、差止請求、損害賠償請求をした事案で、国境を跨ぐ特許権の「実施」としての「生産」（特許法2条3項1号）につき、属地主義の原則からは、「生産」は日本国内におけるものに限定され、且、「生産」に当たるためには、特許発明の構成要件の全てを満たす物が、日本国内において新たに作り出されることが必要であるとし、本件では、発明における「サーバ」（動画を視聴中のユーザからのコメントを受信する機能と端末に動画及びコメント情報を送信する機能を有するもの）が米国内に存在しており日本国内に存在せず、日本国内のユーザ端末へのコメント付き動画を表示させるには、米国内に存在するサーバと日本国内に存在するユーザ端末とを構成要素とするコメント配信システムが作り出されるものであり、よって、日本国内の構成要素であるユーザ端末のみでは発明の全ての構成要件を充足しないため、直ちには、発明の対象となる「物」であるコメント配信システムが日本国内において「生産」されていると認めることができないとして、特許権侵害を否定した。国境を跨ぐ実施行為について、発明におけるサーバが日本国外に存在することを理由に特許権侵害を否定しているように解釈できるが、不正競争防止法についてもパラレルに考えると、例えば、メタバース上での不正競争防止法2条1項1号、2号及び3号の違反行為についても、これを運営するサーバが海外にあるような場合、同法違反が否定されるようになりかねないようにも思われる。ただ、上記判決は、上記のとおり「直ちには」生産されていると認められなくとしており、国境を跨ぐ特許権の実施行為の成立をおよそ否定するのではなく、これが成立する場合

3. 國際裁判管轄

日本では、「不法行為に關する訴え」（民事訴訟法 3 條の 3 第 8 号）には、不正競争防止法違反に基づく損害賠償請求及び差止請求も含むと考えられているため、渉外的な不正競争防止法違反事案に係る差止請求及び損害賠償請求については、特に上記不法行為に關する訴えの管轄權が問題となるとされる²³⁾。

民事訴訟法 3 條の 3 第 8 号は、以下のとおり規定する。

八 不法行為に關する訴え 不法行為があつた地が日本国内にあるとき（外国で行われた加害行為の結果が日本国内で発生した場合において、日本国内におけるその結果の発生が通常予見することのできないものであつたときを除く。）。

「不法行為があつた地」とは、加害行為地と結果發生地の双方が含まれると解されている。また、「日本國內におけるその結果の發生が通常予見することのできないものであつたとき」とは、加害行為者が日本國內における結果の發生を具体的に予見しえたか否かという加害行為者の内心などの主觀的事情を問題とするのではなく、当事者間の利益の衡平を図る觀點から、加害行為者及び加害行為の性質・態様、被害發生の狀況など、当該不法行為に關する事情を總合して、客觀的・類型的に判斷されると考えられている²⁴⁾。また、不正競争防止法違反に基づく損害賠償請求及び差止請求もこれに含まれると考えられる²⁵⁾。

もあり得ると考えているのではないかとと思われる。

23) 特許庁報告書 14 ページ。

24) 特許庁報告書 19 ページ。

25) 特許庁報告書 19 ページ。

上記民事訴訟法3條の3第8号の結果發生地の解釋においても、上記2の準據法の解釋と同様の解釋が可能であると考えられ、そうすると、本稿で問題としている周知表示混同惹起行爲（不正競争防止法2條1項1号）、著名表示冒用行爲（同法2條1項2号）、商品形態模倣行爲（同法2條1項3号）については、市場地説が有力であると思われる²⁶⁾。

では、海外のサーバ上で運営されるメタバースにおける各不正競争行爲について國際裁判管轄はどうか。市場地法説に立った場合、1号及び2号では、日本向けのサービスであれば、日本裁判所の裁判管轄とされやすいが、海外市場向けのサービスであれば、日本裁判所の裁判管轄が否定されやすく、3号では、日本の商品を海外の企業が模倣すると考えると、日本裁判所の裁判管轄は否定されやすい。

但し、準據法同様、メタバースの場合、市場地がどこか特定できないような場合もあるのではないかと思われ、特に、全世界から自由に接續可能で、多言語表示がなされ利用者が自由に言語を選定できるような場合、上記のように日本向けなのか海外向けなのかということ自体が判別しにくい場合もあるであろう。更なる議論が待たれるところである。

IV. 結論

新しいデジタルプラットフォームであるメタバースは、國境を越えて多數のユーザが同時アクセスできるなどの性質から、知的財産法上のさまざまな特殊性を有する。不正競争防止法上の周知表示混同惹起行爲、著名表示冒用行爲、商品形態模倣行爲

26) 特許庁報告書42～43ページ。

についても、メタバース上のアバター、アイテムなどの表現やこれらの取引について、無体物性、混同可能性、模倣該当性が問題となる。パブリシティ権について韓国と異なり不正競争防止法上の保護が特段存在しない日本では、最高裁の判例で肯定されるパブリシティ権自体の解釈が問題となる。また、準據法と國際裁判管轄も、サーバ所在地や市場地がどこかなどの観点から問題となる。

しかし、これら議論は未だ緒に就いたばかりのものも多く、今後の議論を待たなければならないものが多い。

業界トップレベルの画像生成AIが近日中に無料配布されるというニュースも流れる中²⁷⁾、メタバースの世界の範囲やクオリティーも加速度的に向上することが予想されるため、メタバースをめぐる法的論点の整理がまさに急務であるものと思われる。

27) 「“業界トップレベルの画像生成AI”が近日中に無料配布？ SNSで話題に 開発会社関係者はTwitterでカウントダウン」(<https://www.itmedia.co.jp/news/articles/2208/22/news173.html>) 参照。

일본에서 새로운 디지털플랫폼상 부정경쟁방지법

가타오카 토모유키(片岡朋行)*

I. 새로운 디지털 플랫폼 - 메타버스

1. 디지털 플랫폼이란

디지털 플랫폼은 인터넷을 통해서 사업자에게 제공되는 전자 상거래나 정보 전달 등을 위한 이용 기반이나 이용 환경이며, 구체적으로는 거대 IT기업이 운영하는 EC몰, 콘텐츠 송신 서비스, 어플리케이션 스토어, 옥션 사이트 등을 나타내는 것으로 정의된다 (소학관 디지털 대사천).

이들 디지털 플랫폼에서도 부정경쟁방지법이 상정하는 타인의 '상품 등 표시'나 '상품의 형태' 등을 프리라이드 하는 형태로 제3자가 이용하면 당연히 부정경쟁방지법의 문제가 발생해 왔다. 인터넷상에서도 amazon.com 등의 EC 사이트나 Google Play 스토어 등의 어플리케이션 스토어를 통해서 타인의 상품 등 표시나 상품 형태를 소정의 내용으로 이용하면, 별 문제 없이 통상은 동법 위반이 인정되기 때문이다.

2. 가상공간 그리고 메타버스

* 일본 VASCO DA GAMA OFFICES 소속 변호사

그런데 가상 공간(virtual space.가상공간), 버추얼 월드(virtual world. 가상세계) 등에서는 반드시 그러한 통상적인 사고방식이 통용되지 않거나 의문이 드는 경우가 있다.

가상공간(가상공간)은 컴퓨터 네트워크상의 가상공간이나 컴퓨터가 만들어낸 인공적인 환경으로 정의된다(소학관 '디지털 대사천'). 식자의 정의에 의해 인터넷 일반이나 MMOPRG, SNS를 포함할 수 있다. 그러나 여기에서는 인터넷에 관한 기존의 논의와 구별해 나가기 위해 가상공간 개념의 핵심적인 것, 즉, 최근 주목을 받는 이른바 “메타버스(metaverse)”를 중심으로 논해 나간다.

3. 메타버스란

메타버스(metaverse)라고 하는 것은 인터넷상에 구축되는 가상의 3차원 공간으로 이용자(사용자)는 “아바타”라고 불리는 분신을 조작해서 공간 내를 이동하고 다른 참가자와 교류하게 되는 공간이다(소학관 디지털 대사천).

메타버스의 구체적인 예로서 들 수 있는 것은, “Horizon Worlds”, “VR Chat”, “Fortnite”, “ROBOLOX”, “Decentraland” 등이다. 또, 타입으로서는, 소셜형, 디지털 자산 작성·거래형, 콘텐츠 제공형, 이커머스형, 또한 비즈니스형으로 분류되기도 한다 1).

상기 정의대로 메타버스는 인터넷상의 가상의 3D CG공간이며, 그 안에서 사용자가 아바타를 조작해서 다른 참가자와 교류하는 것을 특질로 하지만, 그 정의는 식자에 의해 다양하다.

1) “메타버스에 있어서의 법률과 논점(상)” 니시무라 아사히 법률 사무소 로봇/AI 뉴스 레터 2022년 4월 15일호.

단, 최근의 일본의 식자가 정리한 메타버스의 전체 이미지로서는, 이하와 같은 것이 있으며, 알기 쉽기 때문에 여기서 인용한다 2).

- ① 사용자는 데스크톱 PC, 랩톱 PC, 스마트폰, 태블릿, AR/VR 고글을 통해 접속한다.
- ② 국경을 넘어 다수의 유저가 메타버스에 동시에 액세스해 활동한다.
- ③ 사용자는 메타버스 내에서 자기를 표시하는 수단으로서 “아바타”를 일정 정도 자유롭게 선택할 수 있다.
- ④ 메타버스내에서는 유저간에서의 커뮤니케이션이 예정되고, 한편 촉진하는 기능이 설치되어 있다.
- ⑤ 메타버스내에서 이벤트를 개최해 퍼포먼스를 실시하거나 콘텐츠(아바타, 디지털 아트, 디지털 아이템 등)를 제작해서 유저간에 매매, 임대하는 것 등의 경제 활동이 행해지고 있다.

이러한 이미지를 가진 메타버스에 대해서는 현실공간과의 애널리지가 가능한 범위에 대해 일본 법령상 계약법(이용규약 등)이나 지적재산법상의 문제(저작권법, 상표법, 의장법, 부정경쟁방지법, 퍼블리시티권 등), 금융규제법(자금결제법, 금융상품거래법 등), 형법(도박죄), 소비자보호법(소비자계약법, 특정상거래법, 경품표시법 등), 개인정보보호법, 인격권, 프라이버시권, 세법 등이 문제가 된다. 이들 논의는 이제 막 시작됐다고 할 수 있고 3), 향후 논의를 기다려야 할 부분도 많은 것으

2) NBL No.1223 신연재 메타버스와 법(1회) 총론 - 메타버스와 법(AMT 메타버스 법무연구회).

3) 단, 일본의 지적재산법과 버추얼 월드에 관한 관계를 논한 것으로서, 2010년의 단계에서 나카자키 히사시 변호사에 의한 연속 논고(“버추얼

로 알려졌다.

4. 메타버스의 지적재산법상 특수성

1) 처음

메타버스의 정의에도 있는 것과 같이, 3D CG의 가상 공간이라고 하는 특수성이 있기 때문에, 이 관점으로부터 지적재산법상에도 고려해야 할 점이 많다. 여기서 이런 특수성으로 인한 문제들을 개괄적으로 살펴보고자 한다.

2) 사용자의 현실 공간과 메타버스와의 오인

우선, 유저는, 가상 공간인 메타버스의 이용 속에서, 현실 공간에 있어서의 법적 관념을 메타버스에 반입하는 경향이 나온다. 즉, 유저는, 메타데이터로 구입 등을 통해서 획득한 아이템(데이터에 지나지 않는다)에 대해서, 스스로 (유체물에 대한) 소유권을 관념하게 된다. 현실 공간에서의 소유권을 메타버스에서의 소유권적인 것, virtual property, 즉, 가상 프로퍼티로서 주장하는 것이다.

그리고 그렇게 주장하게 되면, 그 다음은, 스스로 아이템을 제삼자에게 판매한다고 연결된다. 이는 MMOPRG의 세계에서 RMT(리얼 머니 트레이드)에서 이미 전 세계에서 볼 수 있었던 일이다.

RMT는 민사상, 사용자에 의한 이용약관의 위반 문제(이용

월드(가상 세계·가상 공간)에서의 법적 문제점(1)~(3)” (NBL No.926, 928, 930)가 있다.

계약의 해제, 손해배상 청구), 저작권 침해의 문제가 생각되었으며, 또한 형사상, 특히 RMT업자 등에 대해 위계업무방해죄(일본 형법 233조), 저작권법 위반죄 등의 성립 여부가 문제가 되었다. 이러한 문제는, 이용 규약으로의 정하는 방법에 따라 다르지만, 메타버스에서도 마찬가지로 문제가 될 수 있는 것이라고 생각된다.

3) 현실 공간을 전제로 하는 규정의 메타버스 적용 여부

또한, 3D CG의 가상 공간에서는 상기와 같이 현실과 가상의 각 공간의 구별이 사용자에게 의해 혼동되기 쉬운 것인데, 그러면 다음은 법령이 현실 공간을 전제로 규정하고 있는 경우에 해당 규정을 가상 공간에도 적용할 수 있는 것이 아닌가 하는 법 해석의 문제도 발생할 수 있다. 소유권에 관한 유체물성, 부정경쟁방지법에서의 상품 등 표시성 등 여러 법적 규정을 생각할 수 있지만, 그 판단이 쉽지 않은 경우나 적용해야 한다는 가치 판단은 있어도 규정 내용에서 적용이나 준용을 할 수 없는 경우도 상정될 것이다.

이러한 문제로서는, 우선, 저작권의 제한의 하나인 부수 대상 저작물의 이용(저작권법 30조의 2 4), 이른바, 촬영시의 찍

4) (부수대상 저작물의 이용)

제30조의2 사진의 촬영, 녹음, 녹화, 방송 및 그 밖에 이와 마찬가지로 사물의 영상 또는 음을 복제하거나 복제를 수반하지 않고 전달하는 행위(이하 이 항에서 “복제전달행위”라고 한다)를 함에 있어서 그 대상으로 하는 사물 또는 음(이하 이 항에서 “복제전달대상사물 등”이라고 한다)에 부수하여 대상이 되는 사물 또는 음(복제전달대상사물 등의 일부를 구성하는 것으로 대상이 되는 사물 또는 음을 포함한다. 이하 이 항에서 ‘부수대상사물 등’이라고 한다.)과 관련된 저작물(해당 복제전달행위에 의하여 작성되거나 전달되는 것(이하 이 조에서 ‘작성전달물’이라고 한다.) 중 해당 저작물이 차지하는 비율, 해당 작성전달물에서 해당 저작물의 제제의 정확도 및 기타 요소에 비추어 해당 작성전달물에서 해당 저작물이

허담김의 문제가 있다. 동조는, 예를 들면, 영화의 촬영을 시부야의 스크램블 교차점에서 실시하는 경우에, 어떻게든 찍혀 버리는 배경의 간판의 화상이나 동영상에 대해서, 그들 화상의 저작권자의 저작권을 제한하기 위한 규정이다. 그러나, 동조는, 규정대로, 사진의 촬영, 녹음 또는 녹화에 의한 부수 대상 저작물의 경우에 한정하고 있으며, 메타버스의 경우에는 적용이 없다고 말하지 않을 수 없다. 단, 한편으로, 메타버스 내의 기능, 화질을 포함한 성능의 향상에 수반하면서 유저의 편리성을 추구해 가면, 동조의 적용을 인정해야 한다고 하는 가치 판단은 생각할 수 있다. 메타버스 내에서의 “사진의 촬영, 녹음, 녹화” 등을 관념할 수 있는지, 향후의 논의가 필요한 부분이다.

또, 아바타를 현실의 인간의 춤을 모션 캡처 기술(motion-capture technology)로 얻은 데이터와 연동시켜 움직일 경우 원래의 춤을 실연한 실연가의 권리, 예를 들면 녹음권·녹화권(일본 저작권법 91조), 송신가능화권(동법 92조의 2)이 성립하는가 하는 문제도 있다. 이 점에서 실연가의 춤을

경미한 구성 부분이 되는 경우의 해당 저작물에 한한다. 이하 이 조에서 “부수대상저작물”이라고 한다)은 해당 부수대상저작물의 이용으로 이익을 얻는 목적의 유무, 해당 부수대상사물 등의 해당 복제전달대상사물 등으로부터의 분리의 곤란성 정도, 해당 작성전달물에서 해당 부수대상저작물이 수행하는 역할 및 그 밖의 요소에 비추어 정당한 범위 내에서 해당 복제전달행위에 따라 어느 방법에 의하는지를 불문하고 이용할 수 있다. 다만, 해당 부수대상저작물의 종류와 용도와 해당 이용양상에 비추어 저작권자의 이익을 부당하게 해치게 되는 경우에는 그러하지 아니하다.

- 2 전항의 규정에 따라 이용된 부수대상저작물은 해당 부수대상저작물과 관련된 작성전달물의 이용에 따라 어느 방법에 의하는지 묻지 아니하고 이용할 수 있다. 다만, 해당 부수대상저작물의 종류와 용도와 해당 이용양상에 비추어 저작권자의 이익을 부당하게 해치게 되는 경우에는 그러하지 아니하다.

아바타와 연동시켜도 어디까지나 아바타의 움직임에 불과하고 따라서 실연가의 춤을 녹화한다고 할 수 없기 때문에 저작권법상 실연가의 권리는 발생하지 않는다고 할 수밖에 없다. 그러나 실연가의 권리라는 관점에서 볼 때, 모션캡처 기술은 폭넓게 이용되고 있다는 점에서(예를 들면 가수의 MV에서의 춤을 같은 기술로 읽고 다른 캐릭터에 의한 동영상 제작 시에 그 움직임을 도입한 동영상은 YouTube 등에서도 폭넓게 볼 수 있는 것이다), 실연가의 이익을 도외시킬 수 있는가 하는 가치판단도 있을 수 있다. 저작자인 무용가로서 무용의 저작물(일본 저작권법 10조 1항 3호)의 저작권이 인정되면 상기의 경우도 해당 저작권(복제권)이 미칠 수 있지만, 실연가에 대해서는 위와 같이 향후 논의가 필요하다.

이상, 저작권을 예로 논했지만, 부정 경쟁 방지법상의 문제는, 별도 후술한다.

4) 아바타 사용자에게 의한 창작

유저가 스스로 아바타를 자유롭게 창작할 수 있는 메타버스의 경우, 어떤 유저가 다른 유저나 메타버스외의 제삼자의 저작물 등을 허락없이 복제, 번안 등을 하는 것을 생각할 수 있으며, 이 경우, 지적재산권의 침해가 당연히 문제가 된다. 그리고 이 경우, 특히 메타버스외의 권리자와의 관계에서는, 메타버스 관리자의 이용 규약상의 관리 권한(후술)의 문제에서는 처리할 수 없고, 결국 기존의 지적재산권의 문제가 된다.

(5) 메타버스 운영자의 이용약관상 관리 권한

메타버스는, 운영자가 이용 규약상의 관리 권한을 가진다. 운영자는 이용약관에서 사용자 간 분쟁, 예를 들면 지적재산

권 분쟁 등을 상정해 현실공간이면 위반에 해당하는 행위를 금지하고 사용자가 이를 위반하면 해당 사용자 계좌의 일시정지나 삭제 등의 조치를 취하고 문제 해결을 취할 수 있다. 그렇다면 메타버스상의 지적재산권 분쟁에 대해서도 이 운영자의 관리 권한을 통해 통제하면 되고 현실 공간에 관한 기존의 법령을 특별히 개정할 필요도 없다는 것도 말할 수 있을지도 모른다. 사적 자치의 관점으로 부터, 메타버스를 일종의 부분 사회라고 보고, 메타버스내의 문제는 모두 최종적으로 운영자의 이용 규약에 근거하는 재정에 맡긴다고 하는 생각마저 있을지도 모른다.

그러나, 상기 (2)에서 기술한 바와 같은 현실 공간의 법령의 메타버스에서의 적용이 문제가 되는 케이스의 경우, 단순히 이용 규약으로 법령의 위반을 금지해도, 해석의 기준이 되는 규정이 없게 되어, 문제의 해결이 되지 않는다. 한편, 그러한 경우나 그 외 메타데이터 특유의 법률 문제를 모두 이용 규약에 맡기는 것은, 운영자에게 과도한 관리 의무를 부과하게 될 수도 있다. 또한 이용약관에 의한 관리인인 운영자의 권한을 만능으로 하는 것, 예를 들면 자유롭게 사용자의 계좌의 정지·삭제권을 인정하거나 그러한 경우의 운영자의 면책을 규정하는 것은 일본 소비자계약법의 제 규정, 예를 들면 사업자의 손해배상 책임을 면제하는 조항 등의 무효에 관한 동법 8조 1항, 소비자의 이익을 일방적으로 해치는 조항의 무효에 관한 동법 10조와의 관계에서 문제가 될 수 있다. 즉, 경우에 따라 계좌의 정지·삭제권의 근거 규정이나 운영자의 면책 규정이 일반적으로 또는 적어도 개별적 사례에서 무효가 될 수 있는 것이다. 그런 경우를 생각하면 결국 운영자의 이용약관상 관리권한에 맡긴다는 생각도 만능이라고 할 수 없다.

6) 아바타와 위장 등

메타버스에서 아바타는 메타버스에서 사용자가 마치 자신의 분신으로서 이용되지만 메타버스만의 캐릭터인 아바타는 자유롭게 설정할 수 있다. 그 때문에, 그 악용을 생각할 수 있다. 예를 들면 SNS 세계에서도 볼 수 있는 것과 같이, 타인으로 위장해 타인의 이름이나 초상, 기타 외모를 마음대로 이용하는 것을 생각할 수 있다. 이 경우 타인의 인격권 중 초상권이나 퍼블리시티권 침해가 문제가 될 수 있다. 특히, 저명한 아티스트 등의 위장 등이라면 퍼블리시티권 침해가 문제가 된다.

7) 준거법·국제재판 관할(사용자와 메타버스 운영자 사이의 분쟁에 대해서)

상기 3에서 말한 대로, 메타버스에서는, 국경을 넘어 다수의 유저가 동시에 액세스 해 활동하기 때문에, 준거법이나 국제재판 관할의 문제가 발생하는 경우가 많을 것으로 예상된다.

그럼, 유저와 메타버스 운영자와의 사이의 분쟁에서는 어떠한가.

준거법에 대해서는 일본의 “법의 적용에 관한 통칙법”(이하 “통칙법”이라고 한다) 11조가 소비자 계약의 특례를 마련하고 있다. 즉 통칙법 11조 1항은 소비자와 사업자 사이에 체결되는 계약의 성립 및 효력에 대하여 당사자의 선택 또는 변경에 의하여 적용해야 할 법이 소비자의 상거소지법 이외의 법인 경우에도 소비자가 그 상거소지법 중 특정 강행규정을 적용해야 한다는 취지의 의사를 사업자에게 표시한 때에는 당해 소

비자계약의 성립 및 효력에 관하여 그 강행법규가 정하는 사항에 대해서는 그 강행규정도 적용한다고 정하고 있다. 이미 말한 소비자계약법 8조, 10조 등은 바로 이 강행규정에 해당한다. 그 때문에, 예를 들면, 어느 메타버스의 이용 규약에 있어서의 준거법이 미국 캘리포니아 주법이라고 되어 있었다고 해도, 일본에 거주하는 유저가 의사 표시를 하면, 상기의 일본의 소비자 계약법의 규정이 적용될 가능성이 있다⁵⁾.

국제재판관할에 대해서는 일본의 민사소송법이 소비자계약에 관한 국제재판관할을 정하고 있다. 우선 같은 법 3조의4제1항은 소비자와 사업자 사이에 체결되는 계약에 관한 소비자로부터의 사업자에 대한 소는 소의 제기 시 또는 소비자계약 체결 시의 소비자 주소가 일본 내에 있는 때에는 일본 법원에 제기할 수 있다고 정하고 있다. 동법 3조의4제3항은 소비자계약에 관한 사업자로부터의 소비자에 대한 소에 대해서는 계약상 채무에 관한 소 등의 관할권(계약상 채무의 이행 청구 등으로 의무이행지가 일본 국내에 있을 때, 불법행위에 대하여 불법행위지가 일본 국내에 있을 때 등에 일본 법원에 제기할 수 있도록 한다.)을 정하는 동법 3조의3의 규정은 적용하지 않는다고 정하고 있다. 또한 동법 3조의7제5항은 관할권에 관한

5) 통칙법 11조 6항은 ①사업자의 사업장에서 소비자계약과 관련된 것이 소비자의 상거소지와 법을 달리하는 곳에 소재한 경우로서 소비자가 당해 사업소의 소재지와 법을 같이 하는 곳에 가서 당해 소비자계약을 체결한 때 또는 ②사업자의 사업장에서 소비자계약과 관련된 것이 소비자의 상거소지와 법을 달리하는 곳에 소재한 경우로서 소비자가 당해 사업소의 소재지와 법을 같이 하는 곳에서 당해 소비자계약에 따른 채무의 전부를 이행 받은 때 또는 받는 것으로 되어 있었을 때는, 동법 11조 1항을 적용하지 않는다고 하고 있지만, 격지간의 인터넷 통신판매 등은 이것에 해당하지 않는다고 생각되고 있기 때문에, 메타버스로의 거래의 경우도 동법 11조 6항에 해당하지 않는 것으로 생각된다.

합의(국제재판관할합의)에 관하여 장래에 발생할 소비자계약에 관한 분쟁을 대상으로 하는 것은 ①소비자계약의 체결시에 소비자가 주소를 가지고 있던 국가의 법원에 소를 제기할 수 있는 취지의 합의(그 국가의 재판부에만 소를 제기할 수 있는 취지의 합의에 대하여는 아래 ②의 경우를 제외하고 그 국가 이외의 국가의 법원에도 소를 제기하는 것을 방해하지 않는 취지의 합의로 본다)가 있는 때 또는 ②소비자가 해당 합의에 의하여 합의된 국가의 법원에 소를 제기한 때 또는 사업자가 일본 또는 외국의 법원에 소를 제기한 경우에서 소비자가 해당 합의를 원용한 때에 한하여 그 효력을 갖는다고 정하고 있다. 그 때문에, 예를 들면, 어느 메타버스에 관한 이용 규약에 있어서, 국제 재판 관할이 미국 캘리포니아 주의 법원으로 되어 있었다고 해도, 일본에 거주하고 있는 유저는, 일본의 법원에 소송을 제기할 수 있게 된다.

II. 메타버스와 부정경쟁방지법

1. 처음

그럼, 메타버스에서 타인의 브랜드 등이 무단으로 이용되었을 경우, 현실 공간과 같이, 일본의 부정 경쟁 방지법에 의해 권리 행사를 할 수 있는가.

여기에서는 이하의 3가지 불법행위 유형을 전제로 검토한다.

① 주지표시 혼동야기행위(동법 2조 1항 1호)

“타인의 상품 등 표시(사람의 업무와 관련된 성명, 상호, 상표, 표장, 상품의 용기나 포장 및 그 밖의 상품 또는 영업을 표시

하는 것을 말한다. 이하 동일)로서 수요자들 사이에 널리 인식되고 있는 것과 동일하거나 유사한 상품 등 표시를 사용하거나 그 상품 등 표시를 사용한 상품을 양도, 인도, 양도 또는 인도를 위해 전시, 수출, 수입 또는 전기통신회선을 통해 제공하여 타인의 상품 또는 영업과 혼동을 발생시키는 행위”

② 저명표시 모용행위(동법 2조 1항 2호)

“자신의 상품 등 표시로서 타인의 저명한 상품 등 표시와 동일하거나 유사한 것을 사용하거나 그 상품 등 표시를 사용한 상품을 양도, 인도, 양도 또는 인도를 위하여 전시, 수출, 수입 또는 전기통신회선을 통하여 제공하는 행위”

③ 상품형태 모방행위(동법 2조 1항 3호)

“타인의 상품의 형태(해당 상품의 기능을 확보하기 위해 필수적인 형태를 제외함)를 모방한 상품을 양도, 대여, 양도 또는 대도를 위해 전시, 수출 또는 수입하는 행위”

2. 주지표시 혼동야기 행위(동법 2조 1항 1호)

1) '상품'에 무체물이 포함되는가?

메타버스 상의 아이템이나 아바타 등의 표현은 3D의 CG 등으로 표현된 무체물이다. 따라서 동법 2조 1항 1호가 규정하는 '상품'에 이러한 표현이 포함될 필요가 있다. 즉, 메타버스 상의 화상등의 표현이 “상품”에 해당하는지 우선 검토할 필요가 있다.

이 점, 과거의 판례에는 서체의 제조, 판매행위에 대해서 상기 ① 주지표시 혼동야기행위에 관한 동법 2조 1항 1호의 '상품'이라고 하는 것은 적어도 유체물(용기에 담겨 거래되는 무

정형물을 포함한다)일 것을 필요로 하고, 무체물은 이것을 포함하지 않는다고 해석하는 것이 상당하다고 한 바 있다(도쿄 고등 법원 쇼와 57년 4월 28일 판결).

그러나 현재는 무체물이더라도 독립적으로 거래 대상이 되는 경우에는 '상품'에 해당한다고 해석하는 것이 통설이라고 생각된다. 판례도 예를 들면 도쿄고법 헤이세이5년 12월 24일 결정이 서체의 판매행위에 관해 '이와 같이 부정경쟁방지법은 공정한 거래질서의 유지, 확립을 목적으로 하는 것이므로 거래의 실정에 입각하여 그 실정 속에서 공정한 거래질서의 유지, 확립의 관점에서 동법이 규정하는 상기 부정경쟁행위의 유형에 해당하는지 여부를 검토해야 한다. 그래서 전술한 “상품”의 개념에 대해 보면 경제적 가치를 긍정 받고 거래대상으로 삼는 대표적인 것으로 유체물이 있음은 말할 필요도 없지만, 사회의 다양화에 따라 새로운 경제적 가치가 창출되는 것은 당연한 것으로 볼 때, 그 가진 경제적인 가치에 주목하여 거래대상이 되는 것이 유체물에 한정되어야 한다고 하는 합리적인 이유는 보기 어렵다. 이러한 의미에서 무체물이더라도 그 경제적인 가치가 사회적으로 승인되어 독립적으로 거래의 대상이 되고 있는 경우에는 그것이 불경방지법 1조 1항에서 규정하는 각 부정경쟁행위의 유형 중 하나에 해당하는 것이 이상(이 점에 대하여 《증거략》에 의하면 서체는 플로피디스크 등에 기록되어 국내에서 판매되는 것은 물론 한자사용국에 수출되고 있는 사실이 일단 인정되는 것에서도 엿볼 수 있는 것과 같이, 무체물이더라도 “판매”, “확포”, “수출”이 가능하며, 또한, “품질”, “내용”, “용도”, “수량”등이 문제가 될 수 있음도 분명하기 때문에, 상기 부정경쟁행위 유형 중 어느 하나에 해당하는 것은 충분히 가능하다고 해야 한다.), 이것을 상기 “상

품”에 해당하지 않는다고 하여 동법의 적용을 부정하는 것은 동법의 목적 및 오른쪽 “상품”의 의의를 해석에 맡긴 취지를 몰각하는 것으로 상당하지 않다고 해야 한다.”라고 판시했으며, 무형물의 “상품”성을 긍정하고 있다.

따라서, 메타버스상의 화상 등의 표현은 동법 2조 1항 1호의 “상품”에 해당하는 것이라고 생각한다.

2) '혼동'은 생길 수 있는가?

같은 법 2조 1항 1호는 '타인의 상품 또는 영업과 혼동을 발생시키는 행위'를 요건으로 하고 있다.

여기서 말하는 '혼동'은 실제로 발생할 필요는 없고 혼동이 발생할 우려가 있으면 충분하다고 해석되며 6), '혼동을 발생시키는 행위'에는 비모용자와 모용자 사이에 경업관계가 존재한다는 것을 전제로 직접적인 영업주체의 혼동을 발생시키는 '협의의 혼동야기행위'뿐만 아니라 긴밀한 영업상의 관계나 동일한 표시를 이용한 사업을 영위하는 그룹에 속하는 관계가 있다고 오신시키는 '광의의 혼동야기행위'도 포함하는 것 7)으로 해석되고 있다. 또 혼동의 판단은 표시의 사용 방법, 상태 등 제반 사정을 바탕으로 일반인을 기준으로 판단해야 한다고 되어 있다. 8) 9) 10)

6) 에이다이 산업 사건 판결(도쿄 지방 법원 쇼와 40년 12월 21일 판결)이, 이 입장을 취한다.

7) 스넥 샤넬 사건 판결(대법원 1998년 9월 10일 판결)이, 이 입장을 취한다.

8) 안마·라면 사건 판결(오사카 고등 법원 쇼와 47년 2월 29일 판결), 서일본 디즈니 사건 판결(후쿠오카 지방 법원 헤세이 2년 4월 2일 판결) 등이, 이 입장을 취한다.

9) 또한, 오비스 사건 판결(지적재산고등법원 헤이세이 19년 11월 28일 판결)은 일반 거래자 및 수요자의 심리에 기준을 두는 것이 상당하다고 하고 있다.

여기서, 메타버스 내에서, 운영자나 유저로서의 출점자 등이, 자사의 아이템 등을 해당 메타버스 내에서 판매하고 있는 경우에, 상기 기준에 근거해 혼동시키는 것은 충분히 생각할 수 있다고 생각된다.

한편, 운영자나 유저로서의 출점자 등이, 자사의 아이템 등을 해당 메타버스 내에서 판매하고 있지 않을 경우, 이러한 혼동이 생길 수 있을지 의문이 남는다. 후술한 저명 표시 모용행위(동법 2조 1항 2호)로 보호되는 전국 레벨로 유명한 상품 등 표시라면 각별히, 메타버스 외에서의 혼동 가능성을 긍정하는 사정을 받아들여도, 혼동이 인정되지 않는 케이스도 생길 수 있다고 생각된다.

3. 저명표시 모용행위(동법 2조 1항 2호)

상기 ②의 저명표시 모용행위(동법 2조 1항 2호)에서는 “타인의 저명한 상품 등 표시”로서 “저명”할 것이 요건으로 되어 있다.

이 점, 주지표시 혼동야기행위(동법 2조 1항 1호)에서는 “수요자 사이에 널리 인식되고 있는 것”으로서 “주지”일 것이 요건으로 되어 있다. 이 ‘주지’는 전국적으로 알려져 있을 필요는 없으며, 한 지방에서 널리 알려져 있으면 충분하다고 해석되고 있다 11).

한편, ‘혼동’ 요건 없이 부정경쟁을 인정하는 저명표시 모용행위(동법 2조 1항 2호)에서는, 개별 구체적인 사례에 따라 판

10) 이상 ‘혼동’의 해석에 대해서는 ‘축조해설 부정경쟁방지법 2019년7월1일 시행령’(경제산업성 지적재산정책실편) 73페이지를 참조, 인용했다.

11) ‘축조해설 부정경쟁방지법 2019년7월1일 시행령’(경제산업성 지적재산정책실편) 68~70페이지, 76페이지.

단되는 문제이지만, 저명표시의 보호가 광의의 혼동만 인정되지 않는 전혀 무관한 분야에까지 미치는 것이므로, 통상적인 경제활동에서 상당한 주의를 기울임으로써 그 표시의 사용을 피할 수 있을 정도로 그 표시가 알려져 있을 필요가 있으며, 구체적으로는 전국적으로 알려져 있는 것을 상정하고 있다¹²⁾ 13)라고 되어 있다¹⁴⁾.

그 때문에, 저명표시 모용행위가 인정되기 위해서는, 메타버스상에서 마음대로 이용되는 아이템 등이, 전국적으로 알려져 있는 것일 필요가 있다. 그 때문에, 한 지방에서 알려져 있는 것에 대해서는, 주지표시 혼동야기행위(동법 2조 1항 1호)에서의 “혼동”의 문제를 해결할 필요가 있게 된다.

4. 상품형태 모방행위(동법 2조 1항 3호)¹⁵⁾

1) 메타버스 상의 표현은 '상품의 형태'에 해당하는가?

상기 ③의 상품형태 모방행위(부정경쟁방지법 2조 1항 3호)

-
- 12) 세실 맥비 사건 판결(도쿄 고등 법원 헤이세이 16년 8월 9일 판결)에서는, “해당 약칭이, 우리 나라에 있어서, 특정 한정된 분야에 속하는 거래자, 수요자에 머무르지 않고, 그 약칭이 특정인을 표시하는 것으로서, 세상 일반에 널리 알려져 있는 것이 필요하다고 해야 한다” 라고 하고 있다.
- 13) 판례상 저명성을 인정 받은 것으로는 '세로간 당의A', '아리나민A25', 'MOSCHINO', 'JACCS', '토라야', 'J-PHONE', '아오야마 학원', 'ELLE', '키쿠마사무네', 'Budweiser', '막셀', 또한 루이비통의 모노그램 표시 등이 있다.
- 14) '축조해설 부정경쟁방지법 2019년7월1일 시행령'(경제산업성 지적재산정책실편) 77페이지.
- 15) 또한 상품형태 모방행위에 대해서는 다음에서 기술하는 요건 외에 오리지널 상품이 일본 국내에서 최초로 판매된 날부터 기산하여 3년이 경과할 때까지 밖에 동 행위로서 금지되지 않는다는 적용제외 규정이 있다(동법 19조 1항 5호 이목).

에서는 상품의 형태 모방이 규제 대상이다. 여기서, 메타버스상의 아이템이나 아바타 등의 표현이 여기서 말하는 “상품의 형태”에 해당하는지가 문제가 된다.

같은 법 2조 4항은 “이 법률에서 ‘상품의 형태’란 수요자가 통상적인 용법에 따른 사용 시 시각으로 인식할 수 있는 상품의 외부와 내부의 형상과 그 형상에 결합한 모양, 색채, 광택 및 질감을 말한다.”고 규정하고 있다.

이 점, ‘상품의 형태’는 유체물의 형태여야 하며, 무체물은 포함되지 않는다고 하는 해석이 있다. 예를 들면, 온라인 뉴스 기사의 제목은 무체물로서 ‘상품의 형태’에 해당하지 않는 것으로 인정되었다(지적재산고등법원 2005년 10월 6일 판결. 요미우리 온라인 뉴스 사건).

그러나 모양, 색채, 광택 및 질감도 형상에 결합한 것이라면, 상기 요건을 충족시키기 위해 입체적 형태뿐만 아니라 평면적 형태도 포함된다고 한다. 예를 들면 캘린더 상품에 대해 상품형태의 모방이 인정되고 있다(오사카지방법원 헤시에이12년 10월 24일 판결. 캘린더(SUPER COLOR JUNBO) 사건).

그렇다면, 온라인 뉴스 기사의 제목이라는 단순한 문자 데이터가 아니라, ‘모양, 색채, 광택 및 질감’이 ‘형상으로 결합한’ 것인 3D CG라면, ‘시각에 따라 인식할 수 있다’는 점에서 ‘상품의 형태’라고 할 수 있다.

따라서, 메타버스상의 화상 등의 표현은 동법상의 “상품의 형태”에 해당하는 것이라고 생각한다.

2) ‘모방하다’에 해당하는가?

동법 2조 1항 3호는 타인의 상품의 형태를 ‘모방’한 상품임

을 요건으로 하고 있다.

이 점 같은 법 2조 5항은 “이 법률에서 모방한다는 것은 타인의 상품의 형태에 의거해 이와 실질적으로 동일한 형태의 상품을 만들어 내는 것을 말한다”가 정의하고 있다..

그리고 ‘모방’이 문제가 된 판례에서 이 실질적 동일성이 인정된 것은, 다마고치 사건(도쿄 지방 법원 헤이세이10년 2월 25일 판결), 타올 세트 사건(오사카 지방 법원 헤이세이10년 9월 10일 판결), 손목시계 사건(도쿄 지방 법원 헤이세이11년 6월 29일 판결), 소형 솔더백(을) 사건(도쿄 고등 법원 헤이세이13년 9월 26일 판결), 트리트먼트 이온 브러시 사건(오사카 고등 법원 헤이세이16년 7월 30일 판결) 등과 같이, 유체물의 ‘모방’이 문제가 된 것뿐이다. 그 때문에, 현실 세계의 상품에 형태가 유사한 아이템을 메타버스상에서 판매하는 경우, “모방”이 인정되는가 16), 문제가 된다.

과거의 판례도 근거로 유체물성을 중시하면, 메타버스상의 아이템 등은, “실질적으로 동일한 형태의 상품”이라고는 말할 수 없고, “모방”이 부정되는 것처럼 생각된다.

그러나 원래 ‘부정경쟁방지법이 형태모방을 부정경쟁이라고 한 취지는 상품개발자가 상품화에 있어서 자금 또는 노력을 투하한 성과가 모방되었다면 상품개발자의 시장선행이익은 현저하게 감소하고, 한편 모방자는 개발, 상품화에 수반하는 위험부담을 대폭 경감하여 시장에 참가할 수 있으며, 이것을 방지하면 상품개발, 시장개척의 의욕이 저해되므로 선행개발자의 상품의 창작성이나 권리 등록의 유무를 묻지 않고 간이 신

16) 어떤 메타버스 상에서 운영자가 어떤 아이템을 판매하고 있는 경우에 이를 모방한 아이템을 제작, 판매 등을 한다면, 실질적으로 동일한 형태의 상품을 만들어냈다고 이론상으로는 말할 수 있을 가능성이 있다. 단, 현실에는, 이미 말한 대로, 이용 규약 위반이나 저작권 침해 등이 문제가 될 수 있는 것이라고 생각된다.

속한 보호수단을 선행개발자에게 부여함으로써, 사업자간의 공정한 상품개발 경쟁을 촉진함으로써 동법 1조의 목적인 국민경제의 건전한 발전을 도모하려고 한 데에 있다고 인정된다(지적재산고법 헤이세이28년 11월 30일 판결). 그러면, 상품개발, 시장 개척의 의욕이 저해되는 형태로 타인의 성과가 모방되는 경우라면, 유체물성이 없어도, “모방”을 인정할 수 있을 가능성은 있다. 특히 메타버스상의 3D CG 해상도 등이 고도화될수록 메타버스상에서 재현되는 상품의 화상과 현실공간의 상품과의 시각적인 구별은 불기 어려워지는 것이어서 모방은 긍정할 수 있을 것으로 보인다. 무체물인 화상 등도, 혼한 상품형태가 아닌 한, 유체물에 특유의 기능에 해당하는 것이 없어도, 상기와 같이 평면적 형태로서 ‘상품의 형태’가 긍정되는 이상, 상품개발, 시장개척의 의욕이 저해될 정도로 데드 카피하는 것이라면 역시 ‘모방’을 인정해야 한다고 생각된다.

이상으로부터, 현실 세계의 상품에 형태가 유사한 아이템을 메타버스상에서 판매하는 것도, “모방”에 해당할 수 있는 것이라고 생각한다.

5. 퍼블리시티권

1) 처음

부정경쟁방지법상의 상기 ①~③의 각 부정경쟁행위와 관련된 문제로서 메타버스상의 아바타와의 관계에서 현실공간의 인물의 퍼블리시티권의 침해가 문제가 되지 않는지, 또한 메타버스상의 아바타 자체에 퍼블리시티권이 인정되지 않는지 문제가 된다.

한국에서는 퍼블리시티권의 보호가 부정경쟁방지법의 규정에 의해 도모되고 있는 부분이 있기 때문에, 일본의 퍼블리시티권의 문제를 여기서 검토해 보려고 한다.

2) 현실 공간 인물의 퍼블리시티권을 메타버스의 아바타가 침해할 수 있는가?

퍼블리시티권에 대해서는 핑크 레이디 사건에서의 대법원 헤이세이24년 2월 2일 판결이 권리성 및 보호 요건에 대해 다음과 같이 판시하였다.

'사람의 성명, 초상 등(이하 아울러 '초상 등'이라 한다.)은 개인 인격의 상징이므로 해당 개인은 인격권에서 유래한 것으로서 이를 함부로 이용당하지 않을 권리를 갖는 것으로 해석된다(필자 주:과거 판례의 인용 부분은 생략). 그리고 초상 등은 상품의 판매 등을 촉진하는 고객흡인력을 갖는 경우가 있으며, 이러한 고객흡인력을 배타적으로 이용할 권리(이하 '퍼블리시티권'이라고 한다.)는 초상 등 그 자체의 상업적 가치에 기초한 것이므로 상기의 인격권에서 유래한 권리의 한 내용을 구성하는 것이라고 할 수 있다. 한편 초상 등에 고객흡인력을 가진 자는 사회의 이목을 집중시키는 등 그 초상 등을 시사보도, 논설, 창작물 등에 사용되기도 하며, 그 사용을 정당한 표현행위 등으로 수용해야 하는 경우도 있다고 해야 한다. 그렇다면 초상 등을 무단으로 사용하는 행위는 ①초상 등 그 자체를 독립적으로 감상 대상이 되는 상품 등으로 사용하고 ②상품 등의 차별화를 도모할 목적으로 초상 등을 상품 등에 붙이고 ③초상 등을 상품 등의 광고로 사용하는 등 오로지 초상 등이 가진 고객흡인력의 이용을 목적으로 한다고 할 수 있는

경우에 퍼블리시티권을 침해하는 것으로 불법행위법상 위법이 된다고 해석하는 것이 상당하다.'

상기와 같이 일본에서는 대법원 판결에 의해 퍼블리시티권이 긍정되고, 또한 퍼블리시티권이 인정되기 위해서는 상기 ①~③ 중 어느 하나에 해당할 필요가 있다고 하고 있다.

예를 들면, 현실공간의 유명 아티스트의 아바타가 메타버스 상에서 무단으로 판매되는 경우, 상기 ①의 경우, 즉 초상 등 그 자체를 독립적으로 감상 대상이 되는 상품 등으로 사용하는 경우로서 퍼블리시티권 침해가 인정될 수 있다고 생각한다.

3) 메타버스 상의 아바타 자체에 퍼블리시티권이 인정되는가?

이른바 물건의 퍼블리시티권에 대해서는 경주마의 소유자가 경주마의 명칭을 무단 사용한 게임소프트의 제작, 판매업자에 대해 금지청구, 손해배상청구를 한 더비스탈리온 사건판결(대법원 헤이세이16년 2월 13일 판결)이 다음과 같이 판시하여 물건의 퍼블리시티권을 부정하고 있다.

'상기 각 법률(필자주:상표법, 저작권법, 부정경쟁방지법 등의 지적재산권 관계의 각 법률을 말함)의 취지, 목적에 비추어 보면 경주마의 명칭 등이 고객흡입력을 가진다 하더라도 물건의 무형물로서의 면의 이용의 한 형태인 경주마의 명칭 등의 사용에 대해 법령 등의 근거도 없이 경주마의 소유자에 대해 배타적인 사용권 등을 인정하는 것은 상당하지 않으며, 또한 경주마의 명칭 등의 무단이용행위에 관한 불법행위 성립 여부에 대해서는 위법한 행위의 범위, 상태 등이 법령 등에 의해

명확하다고 할 수 없다. 따라서 본건에 있어서 금지 또는 불법행위의 성립을 긍정할 수는 없다.'

상기와 같이 물건의 퍼블리시티권은 인정되지 않으며 따라서 메타버스상의 아바타 자체에도 독자적인 퍼블리시티권은 인정되지 않는다고 생각한다.

4) 한국의 부정경쟁방지법과 퍼블리시티권

덧붙여 한국에서는, 퍼블리시티권 침해에 해당하는 경우에, 부정경쟁방지법의 이하의 규정에 의해서도 보호를 받을 수 있는 것 같다.

제2조 제1호 타목

국내에 널리 인식되고 경제적 가치를 가지는 타인의 성명, 초상, 음성, 서명 등 그 타인을 식별할 수 있는 표지를 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위

제2조 제1호 파목

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

상기 파목과 관련하여 대법원 2020년 3월 26일자 2019 마 6525 결정은 저명한 아티스트인 BTS의 화보집 등에 대해 동

목에 해당하는 것으로 가처분을 인정하고 있다. 향후에는 퍼블리시티권 침해에 해당하는 경우를 보다 직재적으로 상정하는 타목에 의해서도 연예인의 초상등의 보호를 도모할 수 있을 것으로 생각된다.

일본의 부정경쟁방지법에는 한국의 부정경쟁방지법상의 상기 타목, 파목에 상당하는 규정을 두고 있지 않다. 한국에서는 물권법정주의를 전제로 성문법이나 관습법 등에서 근거를 찾을 수 없다고 하여 퍼블리시티권 자체를 부정하는 경향이 있기 때문에 이와 같이 부정경쟁방지법에서의 보호가 이루어지고 있는 것 같다.

Ⅲ. 준거법과 국제재판관할

1. 처음

메타버스는 세계 각국의 사용자가 물리적 제약 없이 인터넷을 통하여 접속할 수 있다. 한편, 메타버스 운영자는 하나의 국가의 법인이며, 운영 때문에 이용되는 서버 등은 한 국가에 배치되고 있다.

그래서 상기 ①-③의 각 부정경쟁행위가 문제 될 경우에도 준거법과 국제재판관할의 문제가 어떻게 결정될지 문제가 된다.

이 중, 메타버스의 운영자와 유저 사이의 분쟁에 대해서는 이미 설명을 한 곳이므로, 이하에서는 그 이외의 제삼자 간 분쟁의 문제로 검토한다.

2. 준거법

일본에서는 부정경쟁행위에 대해서는 금지 청구, 손해 배상 청구 모두가 통칙법 제17조의 불법행위 문제로 성질 결정하는 것이 다수의 견해이고 재판 사례에서도 이런 견해가 채용되고 있다. 17)

통칙법 제17조는 다음과 같이 규정한다.

(불법 행위)

제17조 불법 행위 때문에 생기는 채권의 성립 및 효력은 가해 행위의 결과가 발생한 땅의 법에 의한다. 다만 그 땅의 결과 발생이 통상 예견할 수 없는 것인 때는 가해 행위가 이뤄진 땅의 법에 의한다.

위와 같이 불법행위 때문에 생기는 채권의 성립 및 효력의 준거법은 원칙적으로 결과발생지 법에 의하면 되고 예외로서 그 곳에서 결과 발생이 통상 예견할 수 없을 때에는 가해행위 지 법으로 되어 있다.

상기 통칙법 17조의 결과발생지 법의 학설들로서는, 관리지법설(영업 비밀·한정 제공 데이터 관리지로 하는 입장), 행위지법설(결과 발생은 법의 침해에 대한 가해 행위지에서 발생한다고 하는 입장), 시장지법설(시장지(예를 들면, 피해 기업이 사업 이익(고객)을 상실한 곳)을 결과 발생지로 하는 입장), 피해기업 소재지법설(결과는 피해 기업의 주요 영업소 소재지에서 발생한다고 하는 입장), 절대 강행법규설(통칙법 규정을 통하지 않고 개개의 법령의 법 목적 등을 바탕으로 해당

17) '2019년도 산업재산권제도 문제조사 연구보고서 부정경쟁방지법에서의 섭외적인 침해사안 등에 관한 제도에 관한 연구조사보고서' (https://www.jpo.go.jp/resources/report/sonota/document/zaisanken-seidomondai/2019_03_01.pdf 이하 '특허정보고서'라 한다) 7페이지.

법 자체가 절대적 강행 법규로 적용된다고 하는 입장)이 있다고 되어 있지만 18), 본고에서 문제가 되는 주지표시 혼동야기 행위(부정경쟁방지법 2조 1항 1호), 저명표시 모용행위(동법 2조 1항 2호), 물품형태 모방행위(동법 2조 1항 3호)에 대해서는 시장지법설이 유력하다고 생각된다 19). 피해기업이 사업이익(고객)을 상실한 곳인 시장지가 1호에서는 혼동이 생긴 곳, 2호에서는 모용행위가 이루어진 곳, 3호에서는 형태 모방품의 양도 등이 이루어진 곳이 각각 구체적인 시장지로 파악하는 것을 근거로 하고 있고, 또한, 1호 및 2호에서는 시장지를 결정하기에는 지오블록, 표시 언어, 상품의 성질, 디스클레이머 등의 영향도 고려하고 결정하자는 것이 유력하다고 생각된다 20).

그런데, 해외 서버상에서 운영되는 메타버스의 각 부정경쟁 행위에 대해 준거법은 어떻게 될까. 시장지법설에 입각한 경우, 1호 및 2호에서는 일본 전용 서비스라면 일본법이 준거법으로 되기가 쉽지만, 해외시장용 서비스라면 해당 외국법이 준거법으로 되기가 쉽고, 3호에서는 일본 상품을 해외 기업이 모방한다고 생각하면 해당 외국법이 준거법으로 되기가 쉽다 21).

단, 메타버스의 경우, 시장지가 어딘지 특정할 수 없는 경우도 있는 것은 아닐까 생각된다. 특히, 전세계로부터 자유롭게 접속 가능하며, 다국어 표시가 이루어져 이용자가 자유롭게 언어를 선정할 수 있는 경우, 위와 같이 일본용인지 해외용인지 하는 것 자체가 판별하기 어려운 경우도 있을 것으로 생각

18) 특허청 보고서 26-27쪽.

19) 특허청 보고서 37-39쪽.

20) 특허청 보고서 37쪽, 38쪽.

21) 특허청 보고서 7479쪽.

된다. 이러한 경우에 도대체 어떤 학설에 근거해 어느 나라의 법을 준거법으로 해야 할지는 더욱 논의가 기다려진다 22).

3. 국제 재판 관할

일본에서는 “불법행위에 관한 소” (민사소송법 3조의 3 제8호)에는 부정경쟁방지법 위반에 기초한 손해배상청구 및 금지청구도 포함하는 것으로 생각되므로, 섭외적인 부정경쟁방지법 위반사안과 관련된 금지청구 및 손해배상청구에 대해서는 특히 상기 불법행위에 관한 소의 관할권이 문제가 된다 23).

22) 또한 최근 판례에서는, 도쿄지방법원 레이와4년3월24일 판결이, 특허권 침해와 관련하여, 특허권자(원고, 일본법인)가 'FC2 동영상'의 시스템 등이 특허발명의 기술적 범위에 속하고 피고들(미국법인 등)의 행위는 특허권 침해라며 금지청구, 손해배상청구를 한 사안으로 국경을 넘는 특허권의 '실시'로서의 '생산'(특허법2조3항1호)에 대하여, 속지주의의 원칙에서는 '생산'은 일본 국내에서의 것에 한정된다고 하여, '생산'에 해당하기 위해서는 특허발명의 구성요건의 전부를 충족하는 물건이 일본 국내에서 새롭게 만들어져야 하며, 본건에서는 발명에서의 '서버'(동영상을 시청 중인 사용자로부터의 코멘트를 수신하는 기능과 단말기에 동영상 및 코멘트 정보를 송신하는 기능을 갖는 것)가 미국 내에 존재하고 있어 일본 내에 존재하지 않으며, 일본 국내 사용자 단말기에 대한 코멘트 첨부 동영상을 표시시키기 위해서는 미국 내에 존재하는 서버와 일본 내에 존재하는 사용자 단말기를 구성요소로 하는 코멘트 전달 시스템이 만들어지며, 따라서 일본 내 구성요소인 사용자 단말만으로는 발명의 모든 구성요건을 충족하지 않기 때문에, 즉시에는, 발명의 대상이 되는 '물건'인 코멘트 전달 시스템이 일본 내에서 '생산'되고 있다고 인정할 수 없다며 특허권 침해를 부정했다. 국경을 넘는 실시행위에 대해 발명에서의 서버가 일본 밖에 존재하는 것을 이유로 특허권 침해를 부정하고 있는 것으로 해석할 수 있지만, 부정경쟁방지법에 대해서도 병렬적으로 생각하면, 예를 들면 메타버스상에서의 부정경쟁방지법 2조 1항 1호, 2호 및 3호의 위반행위에 대해서도 이를 운영하는 서버가 해외에 있는 경우 동법 위반이 부정될 수 있다고도 생각된다. 다만, 상기 판결은 상기와 같이 “즉시에는” 생산되고 있다고 인정되지 않는다고 하고 있어서 국경을 넘는 특허권 실시행위의 성립을 대략 부정하는 것이 아니라, 이것이 성립하는 경우도 있을 수 있다고 생각하고 있는 것이 아닌가 생각된다.

23) 특허청 보고서 14쪽.

민사소송법 3조의3 제8호는 다음과 같이 규정한다.

8 불법행위에 관한 소	불법행위가 있었던 곳이 일본 국내에 있을 때(외국에서 행해진 가해행위의 결과가 일본 국내에서 발생한 경우에서, 일본 국내에서 그 결과의 발생이 통상 예견할 수 없는 것이었을 때를 제외한다).
-----------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------

‘불법행위가 있었던 곳’이라고는 가해행위지와 결과발생지 양쪽이 포함되는 것으로 해석되고 있다. 또한 ‘일본 국내에서의 그 결과의 발생이 통상 예견할 수 없는 것이었을 때’라고는 가해행위자가 일본 국내에서의 결과의 발생을 구체적으로 예견할 수 있었는지 아닌지의 가해행위자의 내심 등 주관적 사정을 문제로 하는 것이 아니라 당사자 간의 이익 형평을 도모하는 관점에서 가해행위자 및 가해행위의 성질·상태, 피해발생 상황 등 해당 불법행위에 관한 사정을 종합하여 객관적·유형적으로 판단된다고 생각된다²⁴⁾. 또 부정경쟁방지법 위반에 근거한 손해배상 청구 및 금지 청구도 이에 포함될 것으로 보인다²⁵⁾.

상기 민사소송법 3조의 3 제8호의 결과발생지의 해석에 있어서도 상기 2의 준거법의 해석과 동일한 해석이 가능하다고 생각되며, 그렇다면 본고에서 문제가 되는 주지표시 혼동야기 행위(부정경쟁방지법 2조 1항 1호), 저명표시 모용행위(동법 2조 1항 2호), 상품형태 모방행위(동법 2조 1항 3호)에 대해서는 시장지설이 유력하다고 생각된다²⁶⁾.

24) 특허청 보고서 19쪽.

25) 특허청 보고서 19쪽.

그럼, 해외의 서버상에서 운영되는 메타버스에 있어서의 각 부정경쟁행위에 대해 국제재판관할은 어떻게 되는가. 시장지법설에 입각한 경우, 1호 및 2호에서는 일본 전용 서비스라면 일본 법원의 재판관할로 되기가 쉽지만, 해외시장용 서비스라면 일본 법원의 재판관할이 부정되기 쉽고, 3호에서는 일본 상품을 해외 기업이 모방한다고 생각하면 일본 법원의 재판관할은 부정되기 쉽다.

단, 준거법과 같이, 메타버스의 경우, 시장지가 어딘지 특정할 수 없는 경우도 있는 것은 아닐까 생각되어, 특히, 전세계로부터 자유롭게 접속 가능하고, 다국어 표시가 되어 이용자가 자유롭게 언어를 선정할 수 있는 경우, 상기와 같이 일본 용인지 해외용인지 하는 것 자체가 판별하기 어려운 경우도 있을 것이다. 한층 더 논의가 기다려지는 바이다.

IV. 결론

새로운 디지털 플랫폼인 메타버스는, 국경을 넘어 다수의 유저가 동시 액세스 할 수 있는 등의 성질로부터, 지적재산법상의 다양한 특수성을 가진다. 부정경쟁방지법상의 주지표시 혼동야기행위, 저명표시 모용행위, 상품형태 모방행위에 대해서도 메타버스상의 아바타, 아이템 등의 표현이나 이러한 거래에 대해서 무체물성, 혼동 가능성, 모방 해당성이 문제가 된다. 퍼블리시티권에 대해 한국과 달리 부정경쟁방지법상 보호가 특별히 존재하지 않는 일본에서는 최고재판소 판례에서 긍정되는 퍼블리시티권 자체의 해석이 문제가 된다. 또, 준거법과 국제재판관할도, 서버 소재지나 시장지가 어딘지 등의 관

26) 특허청 보고서 42-43쪽.

점으로부터 문제가 된다.

그러나 이들 논의는 아직 막 시작된 것도 많아 앞으로의 논의를 기다려야 할 것이 많다.

업계 최고 수준의 화상생성 AI가 조만간 무료 배포된다는 소식도 흘러나오는 가운데 27), 메타버스의 세계 범위와 퀄리티도 가속화될 것으로 예상되기 때문에, 메타버스를 둘러싼 법적 논점 정리가 시급해 보인다.

27) “ ‘업계 톱 레벨의 화상 생성 AI’가 근일중에 무료 배포? SNS에서 화제에 개발 회사 관계자는 트위터로 카운트 다운”
(<https://www.itmedia.co.jp/news/articles/2208/22/news173.html>) 참조.

Private International Law Issues Related to Trade Secret Protection in Japan

Yusuke Tanemura*

Introduction

I. The treatment of the applicable law to non-contractual obligation arising out of an act or acts initiating unfair competition

II. The interpretation of 'the place where the result of the wrongful act occurred' in unfair competition or infringement of trade secrets

III. The significance of the 'marketplace' and the 'market impact rule'

Conclusion

Introduction

The purpose of this paper is to summarise the current state of debate in Japan on the law applicable to unfair competition, in particular the infringement of trade secrets.

Like Korean private international law, Japanese private

* Professor of Law, Waseda University, Japan.

international law, the Act on General Rules for the Application of Laws (hereinafter referred to as the 'Application of Laws Act'), does not have any special provisions for unfair competition. Therefore, it has been left to interpretation as to which law should govern unfair competition, including the infringement of trade secrets.

In this paper, I would like to summarise the recent debate in Japan and analyse certain trends that can be found. There are three points of analysis: (i) the applicable law to non-contractual obligations arising out of an act or acts initiating unfair competition, including the infringement of trade secrets; (ii) interpretation of 'the place where the result of the wrongful act occurred' in unfair competition or infringement of trade secrets; and (iii) the significance of 'marketplace' and 'market impact rule'.

To sum up, my conclusions are the following: (i) from a perspective of comparative law, there is a tendency to favor the exclusive application of the law of the marketplace to claims based on unfair competition, including the infringement of trade secrets. (ii) In regard to the infringement of trade secrets, it is unclear whether the protected legal interest is the property value of the trade secrets or the business power (competitiveness) of the company. This affects the interpretation of 'the place where the result of the wrongful act occurred'. (iii) The marketplace in unfair competition is not synonymous with the 'place where the victim received the delivery of the

product' that is more familiar to consumers in the distribution process. The marketplace is determined based on several factors, including the form of unfair competition and the impact on potential consumers. The 'market impact rule' could help to sort these factors out. At present I believe that the 'market impact rule' should only be adopted as a rule specific to the applicable law to non-contractual obligations arising out of an act or acts initiating unfair competition. This is rather than as an interpretation of 'the place where the result of the wrongful act occurred' under Article 17 of the Application of Laws Act.

I. The treatment of the applicable law to non-contractual obligation arising out of an act or acts initiating unfair competition

In Japan, intellectual property that is unregistered as a right is protected by the Unfair Competition Prevention Act. The applicable law to non-contractual obligation arising out of an act or acts initiating unfair competition, especially in relation to intellectual property, is often discussed in parallel with the law applicable to the infringement of intellectual property rights. In Japan and Korea, however, the Unfair Competition Prevention Act is positioned as an extension of the Tort Law as a law regulating conduct. This is different from the Patent Law and the Copyright Law,¹⁾ which are

1) It is also stated in Korea, that acts initiating unfair competition such as

laws granting rights. Therefore, a question arises whether the applicable law to unfair competition is determined in the same manner of the applicable law to the infringement of IP rights.²⁾

At the time of enactment, a proposal to create a specific rule for ‘unfair competition or restriction of competition’ acts that differ from the general rule for torts was in consideration: Proposal A establishes no specific rule for ‘unfair competition or restriction of competition’ acts. On the other hand, Proposal B states that ‘unfair competition or restriction of competition’ acts would be ‘governed by the law of the marketplace where the effect of the act occurred.’ However, in the end, no provision was enacted in this area. The reason for this was that unfair competition acts which cause damage to a specific person such as the unauthorised acquisition of trade secrets would be better to be characterised as ordinary tort rather than to be governed by the law of the place of the market.³⁾

infringement of trade secrets are differ from other intellectual properties which is enshrined into rights by register or examination. See Squire Gaikokuho Kyodo Jigyō Horitsu Jimusho [Squire Patton Boggs], Chitekizaisan no Hogo to Kokusai Shiho tou ni kausuru Chosa Kenkyū [Research on Protection of Intellectual Property and Private International Law etc.] (2014), available at <https://www.jpo.go.jp/resources/report/takoku/document/zaisanken_kouhyou/h26_report_06.pdf> (last visited August 16, 2022), p. 169.

2) See Ryu Kojima, “Junkyo: (1) Chitekizaisanken Shingai no Junkyo” [Applicable Law: (1) Applicable law to the infringement of Intellectual Property Right], in Toshiyuki Kono eds., Chitekizaisanken to Shogai Minji Soshō [Intellectual Property and Transnational Civil Litigation] (2010), pp. 280-281.

3) Because of this, Masato Dogauchi, “Fusei Kyoso wo meguru Kokusai Minji Soshō Jiken no Kokusai Saiban Kankatsu to Junkyo” [Jurisdiction and Applicable Law in Transnational Civil Litigation over Unfair

Thus, Japanese academics debate about whether or not to follow the provisions of Article 17 of the Application of Laws Act with respect to unfair competition. Proposal B considers unfair competition as a special tort to which Article 17 of the Application of Laws Act does not apply. This proposal attempts to apply the law of marketplace to unfair competition in the form of a special provision. However, some acknowledges the possibility of exclusion of unfair competition which causes damage to a specific person such as the infringement of trade secrets from that provision. This view may characterise the infringement of trade secrets as an ordinary tort rather than unfair competition.⁴⁾

Of course, Proposal A also applies Article 17 of Applicable Laws Act to the infringement of trade secrets. The debate over the applicable law to the infringement of trade secrets, therefore, seems to be discussing whether or not to apply the law of the marketplace to the infringement of trade secrets. It is not important for us to discuss whether or not to characterise the infringement of trade secrets as a tort.

Many countries and legislative proposals tend to establish a special rule for unfair competition acts which is different

Competition], in Shoen Ono et al. eds, Fusei Kyoso no Horitsu Sodan [Legal Consultation on Unfair Competition] (2016), Vol. 1, p.44, argues that unfair competition should also be subject to Article 17 of the Application of Laws Act.

4) See the Horei Kenkyukai [Study Group on the Horei] ed., Horei no Minaoshi ni kansuru Shomondai [Issues on Reform of the Horei] (2003), Vol. 2, p. 88 [Yuko Nishitani].

from that for ordinary torts or intellectual property infringement. According to this, the unfair competition acts would be governed by ‘the law of the country where competitive relations or the collective interests of consumers are, or are likely to be, affected’ (Article 6(1) of the Rome II Regulation. In paragraph (2), however, this does not apply if it affects exclusively the interests of a specific competitor) or ‘the law of the country where direct and substantial damage results or is likely to result’ (Article 301 (2) of the ALI Principles and Article 304 (3) of the Joint Japanese-Korean Principles). Although there are some differences in wording, they may apply the law of marketplace to this issue.⁵⁾

On the other hand, the CLIP Principles differ from by defining intellectual property rights more narrowly than other proposals in Article 1:101 (2),⁶⁾ while these Principles may be applied *mutatis mutandis* to ‘the protection of undisclosed information and geographical indications or similar forms of protection’ (Article 1:101 (3) (a)) and ‘disputes involving allegations of unfair competition arising from the same facts as allegations involving intellectual property rights’ (Article 1:101 (3) (b)). Article 3:601 which applies the *lex loci protectionis* to the infringement of intellectual property rights, therefore, may be applied *mutatis mutandis* to these disputes. However, the

5) *Ibid.*, pp. 90-91.

6) Article 1:101(2) of CLIP Principles.

interpretation of this article may lead to the application of the law of the specific jurisdiction where the act of unfair competition has its effect (marketplace). Here, the concept of territoriality is replaced by market considerations.⁷⁾ The Kyoto Guidelines adopt a similar formulation to the CLIP Principles. These Guidelines may be applied *mutatis mutandis* to claims based on unfair competition, if the matter arises from the same set of facts as relating allegations involving intellectual property rights, and on the protection of undisclosed information (Guideline 1 (1)). Guideline 25 (1) provides that the law applicable to the infringement of an intellectual property rights is the law of each State for which protection is sought. In claims based on unfair competition law, however, the *lex loci protectionis* regularly coincides with the law of the State on whose territory competitive interests on a given market collide (*lex loci damni*).⁸⁾

Thus, from a perspective of comparative law, there is a tendency to favor the exclusive application of the law of marketplace to claims based on unfair competition, including

7) European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP), Conflict of Laws in Intellectual Property: The CLIP Principles and Commentary (2013), para 1:101.C06 [Paul Torremans] ; Shoichi Kidana ed., Chitekizaisan no Kokusai Shiho Gensoku Kenkyu: Higashi Ajia kara no Nikkan Kyodo Teian [Studies on the Principles of Private International Law on Intellectual Property: A Japanese-Korean Joint Proposal from a Perspective of East Asia] (2012), p.7.

8) See Alexander Peukert and Benedetta Ubetazzi, “International Law Association’s Guidelines on Intellectual Property and Private International Law (“Kyoto Guidelines”): General Provisions,” Journal of Intellectual Property, Information Technology, and Electronic Commerce Law, Vol. 12 (2021), pp. 7-9, especially fn. 22.

the infringement of trade secrets. However, the majority of Japanese academics classify the infringement of trade secrets as a type of unfair competition that causes damage to a specific person, leading to the application of laws other than the law of marketplace.

II. The interpretation of ‘the place where the result of the wrongful act occurred’ in unfair competition or infringement of trade secrets

According to the majority of Japanese academics, the issue is how the ‘law of the place where the result of the wrongful act occurred’ (Article 17 of the Application of Laws Act), the ‘law of the place where the wrongful act was committed’ (the proviso of Article 17 of the Act), and the ‘the law of the place with which the tort is obviously more closely connected than the place indicated in the preceding three Articles’ (Article 20 of the Act) should be determined in the infringement of trade secrets. For they often think that infringement of trade secrets is not necessarily closely connected with the marketplace.⁹⁾

First, if Article 17 of the Application of Laws Act is applied to act or acts of unfair competition, it is necessary

9) There is a debate whether the applicable law to the act of making or circulating false allegations that harm the business reputation of a business competitor (Article 2 (1)(xxi) of Unfair Competition Prevention Act) is determined by Article 19 of the Application of Laws Act (Special Provisions for Defamation). It is omitted in this paper, however, because the discussion focuses on infringement of trade secrets.

to specify the ‘place where the result of the wrongful act occurred,’ that is, the ‘place where the right directly infringed by the wrongful act was located when the infringement occurred.’ It may be conceivable to replace the ‘wrongful act’ in Article 17 with ‘unfair competition’ and connect it to ‘the place where the results of the unfair competition occur or are to occur’ (like Article 303 of the Transparency Proposal). However, it is difficult to identify the ‘right directly infringed’ or the place where it was located because there are various types and forms of unfair competition.

This typology, majority in Japan, are divided several different views. The representative view divides unfair competition into market-related (unfair competition that deceives consumers in the market) and business-related (unfair competition that causes damage to a specific person). In the case of market-related unfair competition, the marketplace (the place where the confusion is caused) is considered to be the ‘place where the result of the wrongful act occurred.’ In the case of business-related unfair competition, especially the infringement of trade secrets, the ‘place where the trade secret is managed’ (the place where the targeted trade secrets are located) is considered to be the ‘place where the result of the wrongful act occurred.’¹⁰⁾ This view is similar to penal provisions in Japanese Unfair Competition Prevention Act, which

10) Dogauchi, *supra* note 3, pp. 44-45

‘considers the property value of a trade secret as a protected legal interest and regards the act of infringing the management system of a trade secret as an independent act of infringement of legal interest.’¹¹⁾

Other view explains that the result of the infringement of trade secrets should be considered to occur or to be capable of occurring in the principal place of business of the company holding the secrets with the result of reducing the business power of that company. This view thinks that trade secrets are positioned as constituting a trade power or competitive power of company holding the secrets.¹²⁾ This view seems to consider the business power or competitiveness as a protected legal interest, which is most attenuated at the principal place of business of the company holding trade secrets.

Furthermore, from the viewpoint of the integrated theory, which applies Article 17 of the Application of Laws Act to unfair competition in general, some of academics explains that ‘the legal interest protected by the Unfair Competition Prevention Act is the interest of companies that enjoy fair competition in the market and the interest of consumers

11) Keizai Sangyo Sho [Ministry of Economy, Trade and Industry], *Eigyo Himitsu ni kakaru Keijiteki Sochi no Minaoshi no Houkousei ni tsuite* [Direction of the Review of Criminal Measures concerning Trade Secrets] (2008), *available at* <
<https://www.meti.go.jp/policy/economy/chizai/chiteki/pdf/dai7kai%20siryou3-1.pdf>
> (last visited August 16, 2022), p. 8.

12) Takuya Iizuka, “Eigyo Himitsu no Kokusaiteki Shingai Kouji ni kansuru Tekiyo Junkyoho” [Applicable Law to Act of Infringement of Trade Secrets in International Context], in Ryu Takabayashi et al. eds, *Gendai Chitekizaisanho Koza* [Courses of Modern Intellectual Property Law] (2012), Vol. 2, p. 405.

who enjoy the fruits of such competition. Since these interests are linked to the market, the place of infringement is interpreted to be the place where the relevant market is located.’¹³⁾ This third view focuses on the fact that economic losses or damages to business confidence of a company occur in the market where that company engages in economic activities. And it considers such losses or damages incurred in the market as ‘result’ in the word of Article 17 of the Application of Laws Act (the ‘market impact rule’).¹⁴⁾ The ‘market impact rule’ is adopted by many international legislative proposals such as Article 301(2) of the ALI Principles, Article 304(3) of the Joint Japanese–Korean Principles and Article 303 of the Transparency Proposal.

Thus, in regard to the infringement of trade secrets, it is unclear whether the protected legal interest is the property value of the trade secrets or the business power (competitiveness) of the company. It is true that intellectual property rights and trade secrets are information¹⁵⁾ which is

13) Yasuto Komada, “Fusei Kyoso no Jyunkyoho ni kansuru Ichikousatsu” [A Study on Applicable Law to Unfair Competition], in Doshisha Daigaku Chitekizaisanho Kenkyukai [Study Group of Doshisha University on Intellectual Property Law] ed., Chitekizaisanho no Chosen [Challenges of Intellectual Property Law] (2020), Vol. 2, p. 357.

14) In general, see Annette Kur, “Applicable Law: An Alternative Proposal for International Regulation: The Max-Planck Project on International Jurisdiction and Choice of Law,” Brooklyn Journal of International Law (2005), Vol. 30, p. 951.

15) In Korean Unfair Competition Prevention and Trade Secret Protection Act, the term ‘trade secret’ means any technical or operational information useful for any production and sale methods and other business activities, which is not known to public, has an independent economic value, and has been maintained in secret by considerable effort.

not need to search location of the subject unlike real right s.¹⁶⁾ However, if Article 17 of the Application of Laws Act would be applied to the infringement of trade secrets, we would have to identify the ‘right directly infringed by the wrongful act’ in question and consider its location. In doing so, the ‘market impact rule,’ which focuses on the effect of the infringement of trade secrets on the market, may be a strong choice. However, as I will explain below, it is questionable for me to adopt the rule as an interpretation of Article 17 of the Application of Laws Act.

III. The significance of the ‘marketplace’ and the ‘market impact rule’

As we have already seen, the adoption of the ‘market impact rule’ makes it possible for us to regard the place where the economic loss occurred or the marketplace as the ‘place where the result of the wrongful act occurred’ in the infringement of trade secrets.

Here, we would like to confirm once again what is meant by ‘marketplace.’ The marketplace is not a concept which is unambiguously defined. The marketplace where the advertising of products takes place and that where the actual sales of them take place may be different. Although there is no explicit provision in the Application of Laws Act that adopts the marketplace as a connecting factor,

16) See Kojima, *supra* note 2, p. 291.

Article 18 adopts the ‘place where the victim received the delivery of the product’ as a connecting factor for product liability. This provision emphasises the close relationship between product liability and market distribution, and applies the law of marketplace, which is foreseeable for both producer and victim.¹⁷⁾ Although product liability is based on the premise that consumers are harmed by defective products and that is not the same for unfair competition including the infringement of trade secrets, the ‘place where the victim received the delivery of the product’ for product liability may help the determination of the marketplace for unfair competition. For example, in the case that the marketplace where the advertising of products takes place and that where the actual sales of them take place are divided, the latter may be the marketplace for unfair competition. On the other hand, however, in the case of a certain type of unfair competition, such as using unfair means in an advertisement thereof, the marketplace may be the place where the advertising of products takes place (the place where the act of creating confusion with another person’s goods or business takes place). It is not the place where the actual sales of them take place. The former is a future marketplace that has lost the potential consumers by the act of creating confusion with sellers or products.¹⁸⁾

17) Yoshiaki Sakurada and Masato Dogauchi eds., *Chushaku Kokusai Shiho* [Commentary on Private International Law] (2011), Vol. 1, pp. 462, 471 [Hiroshi Sano].

18) The *Horei Kenkyukai*, *supra* note 4, p. 87.

So, in regard to the infringement of trade secrets, which place should be considered as the marketplace if the wrongful act and its result occur in different jurisdictions? When the acquisition¹⁹⁾ or disclosure²⁰⁾ of trade secrets and the actual sales of goods using²¹⁾ that trade secrets occur in different places, one explains that the latter will be the marketplace.²²⁾ In the stage of the former only, the place that the wrongdoer intended as the marketplace is considered to be the ‘place where the result of the wrongful act occurred.’²³⁾ Thus, it seems that the marketplace for unfair competition is not necessarily same as the ‘place where the victim received the delivery of the product’ for product liability. The former is determined based on multiple factors, including the type of unfair competition and potential impact on consumers.

The ‘market impact rule’ is a theory that helps to

19) In Japanese Unfair Competition Prevention Act, the ‘acquisition’ of trade secrets means the act setting that secrets under control of ones own. It includes the act of taking trade secrets for oneself or a third party without moving the media on which they are recorded. See Keizai Sangyo Sho Chitekizaisan Seisakusithu [Ministry of Economy, Trade and Industry, Intellectual Property Policy Office] ed. “Chikujo Kaisetsu Fusei Kyoso Boshiho” [Commentary on Unfair Competition Prevention Act] (2nd ed., 2019), p. 92.

20) In Japanese Unfair Competition Prevention Act, the ‘disclosure’ of trade secrets means setting that secrets in a condition where they can be known to a third party. It includes making trade secrets known to certain persons in a manner that is not public knowledge. Ibid., p. 93.

21) In Japanese Unfair Competition Prevention Act, the ‘using’ of trade secrets means an act that is carried out in accordance with the original purpose of the use of the trade secrets and that can be specifically identified as an act carried out on the basis of that secrets. Ibid.

22) Iizuka, supra note 12, p. 405.

23) Komada, supra note 13 (2020), p.358.

determine the connecting factor of unfair competition by focusing on the ‘effect’ on the market. It may sort out the complicated discussions above. This may be the reason why the theory is adopted in many international legislative proposals. However, there are differences among these proposals in whether that theory should be regarded as a supplementary rule to identify the lex protectionis in general (like Article 301 (2) of the ALI principle, Article 102 (5) of the 2006 Draft of Korean Proposal and Transparency Proposal) or as a special rule for the applicable law to non-contractual obligation arising out of an act or acts initiating unfair competition in intellectual property (like Article 1:101 (3) of CLIP Principles and Article 304 (3) of the Joint Japanese-Korean Principles). In Japan, although there is a tendency to adopt the ‘market impact rule’ to interpret the ‘place where the result of the wrongful act occurred’ of Article 17 of the Application of Laws Act, this may cause confusion in the concepts of the ‘place where the result of the wrongful act occurred’ or the marketplace. In relation to the infringement of trade secrets, the economic loss and impact on the market may be indirect or secondary damages following to the infringement of the management system of trade secrets as primary damages. In my opinion, even if the significance of linkage to ‘marketplace’ is not necessarily denied in the infringement of trade secrets, focusing on the economic loss seems to be conflict with the legislative solution of Article

17 of the Application of Laws Act. The legislator has excluded the indirect or secondary damages from the interpretation of the ‘place where the result of the wrongful act occurred.’

Conclusion

As an interpretation of Japanese private international law, the applicable law to non-contractual obligation arising out of an act or acts initiating unfair competition should be the law of marketplace. This result should be led by an unwritten rule (jori) rather than by Article 17 of the Application of Laws Act. According to the ‘market impact rule,’ the marketplace means the place where a direct and substantive damage including economic loss occurs or is likely to occur. With respect to unfair competition, including the infringement of trade secrets, it is not unambiguously clear where is the ‘place where the result of the wrongful act occurred’ of Article 17 of the Act. This is the reason why some uses the ‘market impact rule’ as an interpretation of the Article. However, such interpretation may cause difference with the traditional concept of the ‘place where the result of the wrongful act occurred.’

Furthermore, it is not easy for us to determine the ‘place where the wrongful act was committed’ (the proviso of Article 17 of Application of Laws Act) in the infringement of trade secrets. For example, since the 2015 amendment,

the Japanese Unfair Competition Prevention Act has expanded the scope of penal provisions for the infringement of trade secrets to include not only the act of use or disclosure outside Japan but also the act of unauthorised acquisition or obtaining of trade secrets. Previously, the act of unauthorised acquisition or obtaining outside Japan was not included in the scope. However, when the acts of unauthorised acquisition or obtaining and the acts of use or disclosure are committed in different countries, it is debatable as to which of them should be considered as the 'wrongful act' initiating unfair competition.

In Korean substantive law, just like Japanese law, the infringement of trade secrets is in the scope of Tort Law.²⁴⁾ If the infringement of trade secrets were to be characterised as a tort under private international law as well, Article 32(1) of the Korean Private International Law, which states that 'a tort shall be governed by the law of the place where the act was committed,' could be applied.²⁵⁾ In this case, it is said that the 'place where the act was committed' means the place where the trade secret was wrongfully acquired, used or disclosed, and does not include

24) Squire Gaikokuho Kyodo Jigyo Horitsu Jimusho, supra note 1, p. 171.

25) According to Article 33 of the Korean Private International Law, however, the parties may choose, by agreement, the law of the Republic of Korea as the applicable law after the occurrence of management of affairs, unjust enrichment, or tort. This provision has a narrower scope of applicable law that can be chosen by agreement than the Article 21 of the Application of Laws Act. However, both provisions allow party autonomy in tort. If the tort choice-of-law rules are applied to infringement of trade secrets, the question arises whether party autonomy is also allowed in this area.

the place where the trade secret is managed.²⁶⁾ Therefore, if each choice-of-law rule for a tort in general is applied to the infringement of trade secrets, the applicable laws will differ between Korea and Japan. Establishing a special rule based on the ‘market impact rule’ for unfair competition including the infringement of trade secrets would help overcome such differences in domestic legislation.

Alternatively, one might apply Article 24 of the Korean Private International Law to the infringement of trade secrets. This provision states that ‘the protection of intellectual property rights shall be governed by the law of the place of infringement.’ In relation to this, Article 3 of the Korean Basic Law on Intellectual Property defines ‘intellectual property is knowledge, information or technology, expression of ideas or feelings, representation of business or goods, varieties of living things or genetic resources, and other intangible things that can realise property value, created or discovered through human creative activity and experience among other things.’ I think it is important for us that the definition is not necessarily limited to exclusive rights. If trade secrets are included in ‘intellectual property (rights)’ under Article 24 of the Korean Private International Law, the ‘law of the place of infringement’ would be applied to the infringement of trade secrets. And the ‘place of infringement’ might be interpreted by the ‘market impact rule’.

26) Squire Gaikokuho Kyodo Jigyo Horitsu Jimusho, *supra* note 1, p. 172.

I am concerned that I have misunderstood the Korean law. I would be grateful if you could provide me with further information.

日本における營業秘密保護に関する國際私法上の諸問題

種村 佑介*

はじめに

- I. 不正競争から生じる契約外債務の準據法の取扱い
- II. 不正競争・營業秘密侵害における結果發生地の解釋
- III. 「市場地」および「マーケット・インパクト・ルール」の意義

おわりに

はじめに

本報告では、不正競争の準據法、とりわけ、營業秘密侵害の準據法について日本の現在の議論状況を整理したうえで若干の考察を加えることを目的とする。

韓國國際私法と同じく、日本の成文國際私法である法の適用に関する通則法（以下「法適用通則法」という）も、不正競争（unfair competition）について特別に定めた規定を有していない。このため、營業秘密侵害（營業秘密の不正利用）を含む不正競争の準據法をいずれの國の法とすべきかについては、解釋に委ねられてきた。

* 早稲田大学法学部教授。

以下、近時の日本に於ける議論状況の整理と、そこから見いだせる一定の傾向 (trend) について分析したい。その際、分析のポイントは3つあり、(1) 営業秘密侵害を含む不正競争一般から生じる契約外債務の準據法について、どのような取扱いが考えられるか (2) 不正競争・営業秘密侵害の結果発生地をどのように解釋するか、および (3) これらの見解における市場地の意義や、いわゆる「マーケット・インパクト・ルール (Market Impact Rule)」がどう位置づけられているか、である。

あらかじめ結論を述べると、(1) 比較法的にみると、不正競争の準據法については、営業秘密侵害も含めて「市場地」への専一的な連結を好む傾向にある。ただし日本の多数説は、営業秘密侵害を特定の者に損害を与える類型の不正競争に分類し、不法行為に関する法適用通則法17條のもとで準據法を決定している (2) とりわけ営業秘密侵害については、保護法益を営業秘密の財産的価値ととらえるか、営業秘密の保有企業の営業力ないし競争力ととらえるか、それとも市場において公正な競争を享受する事業者の利益および当該競争の果實を享受する需要者の利益ととらえるかによって結果発生地 (法適用通則法17條) の解釋は分かれ、解釋として市場地を導く見解も主張される。

(3) 不正競争における「市場地」は、流通過程の中で消費者により身近な商品の「引渡地」と同義ではなく、むしろ、不正競争の態様や潜在的な消費者への影響など複数の要素にもとづき決定されている。マーケット・インパクト・ルールはこれらを整理するのに役立つと考えられるが、現在のところ、法適用通則法17條の結果発生地の解釋としてではなく、不正競争から生じる契約外債務の準據法に特化したルールとしての採用にとどめるべきではないかと考える。

I. 不正競争から生じる契約外債務の準據法の取扱い

権利として登録されていない知的財産は、日本においては、不正競争行為を定めることにより保護される。その意味で、特に知的財産に関わる不正競争の準據法をめぐっては、知的財産権侵害の準據法と並列的に論じられることが少なくない。その一方で、日本および韓国では、不正競争防止法は「権利付与法」である特許法や著作権法とは異なり¹⁾、「行為規整法」として不法行為法の延長線上に位置づけられるから、不正競争の準據法と知的財産権侵害の準據法とを統一的・一体的に把握してよいかという問題もある²⁾。

日本の現行の国際私法である法適用通則法制定時の法制審議會における議論では、「不正競争・競争制限」行為について一般の不法行為に関するルールとは異なるルールを作るという案も検討された。このうち、「不正競争・競争制限」行為の準據法については特段の規定を設けないとする甲案と、「不正競争・競争制限行為」につき「その行為の効果が発生した市場地の法律による。」とする乙案が検討の対象とされたが、最終的にはこれに関する規定は設けられなかった。その理由としては、不正競争行為のうち、市場において消費者を欺罔するような行為については上記乙案のような考え方があり得るとしても、営業秘密の不正取得のような行為は特定の者に對して損害

1) 韓国でも、営業秘密侵害を含む不正競争行為は、登録や査定によって権利化される他の知的財産とは様々な点で異なると説明される（スクワイヤ外国法共同事業法律事務所『知的財産の保護と国際私法等に関する調査研究（平成26年度産業財産権制度各国比較調査研究等事業）』（2015年）169頁）。

2) 小島立「準據法：（1）知的財産権侵害の準據法」河野俊行編『知的財産権と涉外民事訴訟』（2010年）280-281頁。

を与えるものであって、市場地法ではなく、通常の不法行爲として準據法を決定する方がよいとの意見があったことが注目される³⁾。

このように、日本では、營業秘密侵害を含む不正競争の準據法につき、不法行爲に関する法適用通則法17條以下の規定に従うかどうかで、まず立場が分かれている。そうした視点からは、上記乙案は、不正競争・競争制限行爲につき法適用通則法17條以下が適用されない特殊な不法行爲とみて、特則という形で市場地法の適用を企図したものと整理されよう。ただ、乙案による場合も、企業秘密の漏洩（營業秘密侵害）など特定の者に對して損害を与える不正競争については對象外とし、市場地法ではなく、通常 of 不法行爲として準據法を決定する可能性を認めており⁴⁾、この理解に立てば、甲案と乙案はいずれも、營業秘密侵害については法適用通則法17條以下が適用されるとする点で一致していることになる。そうすると、營業秘密侵害の準據法を考えるうえでは、法適用通則法17條以下によるかどうか（不法行爲と性質決定するかどうか）を論じるよりも、むしろ、「準據法決定段階において市場地法の適用を導くかどうか」が重要な分岐点となるように思われる。

なお、諸國の立法例および立法提案の多くは、不正競争から生じる契約外債務の準據法について通常 of 不法行爲や知的財産權侵害とは異なる特則を設ける傾向にある。

3) ここから、道垣内正人「不正競争をめぐる国際民事訴訟事件の国際裁判管轄と準據法」小野昌延ほか編『不正競争の法律相談I』（青林書院、2016年）44頁は、不正競争についても法適用通則法17條以下のものとで類型に応じて検討することを主張する。

4) 法例研究会『法例の見直しに関する諸問題（2）』（商事法務、2003年）88頁〔西谷祐子〕。

すなわち、この問題について、「競争関係または消費者の集合的利益が影響を受け、又は影響を受けるおそれのある國の法」

(ローマII規則6條1項。ただし同2項によれば、もっぱら特定の競争者の利益に影響を及ぼす場合はこの限りでない) や、「直接かつ實質的な損害が発生し、または発生するおそれがある國の法」(ALI原則301條2項、日韓共同提案304條3項)を適用すべきであるとする。表現に違いはあるものの、いずれも市場地法を念頭に置くものと説明される⁵⁾。

他方、CLIP原則はこれらと異なり、1:101條2項で知的財産権を他の立法提案よりも狭く定義しつつ⁶⁾、3項で非開示情報の保護及び地理的表示の保護、または類似の形態の保護 (the protection of undisclosed information and geographical indications or similar forms of protection. a号) 及び知的財産権に関連する主張と同じ事実に起因する不正競争の主張に関する訴え (disputes involving allegations of unfair competition arising from the same set of facts as relating allegations involving intellectual property. b号) にも同原則を類推適用する形をとる。したがって、知的財産権侵害につい

5) ほかに、スイス国際私法136条・137条、ルーマニア国際私法117~119条、オーストリア国際私法48条2項、オランダ2001年法4条、リヒテンシュタイン国際私法52条2項なども、不正競争・競争制限を一種の不法行為として性質決定した上で、不正競争・競争制限の効果が及び、他の競争者の利益が侵害された市場地の法の適用を予定しているとされる。立法例については、法例研究会・前掲90-91頁 [西谷祐子] を参照せよ。

6) すなわち、CLIP原則 1:101条2項は、知的財産権を「著作権、著作隣接権、特許権、商標権、意匠権及び類似の排他的権利」に限定しており、排他的権利ではなく、権利付与という概念にも馴染まない不正競争はここには含まれないとする立場である (CLIP, p.51 [1:101.C06])。これに対し、日韓共同提案102条2項は、「知的財産権とは、知的財産に関して法により定められ又は法律上保護される利益に係る権利をいう」としており、ここには不正競争防止法上の権利も含まれると解している (木棚編 (2012) 6-7、32頁)。

て保護國法主義を定める3:601條がこれらの訴えにも類推適用されるところ、同條の解釋としてその不正競争行爲が効果を及ぼす特定の法域（市場地）の法の適用が導かれる（保護國法がもつ屬地性の概念を、効果に着目した市場の考慮によって置き換える）のである⁷⁾。このCLIP原則と同様の形式を採用するのが、近時の京都ガイドラインである。同ガイドラインは、知的財産權に關連する主張と同じ事實に起因する不正競争にもとづく訴えや非開示情報の保護にも類推適用されるところ（1條2項）、知的財産權侵害の準據法である保護國法については、その領域においてある所与の市場に關する競争上の利益が衝突する國の法（結果發生地法）と通常は一致するとして、市場地法の適用を導いている⁸⁾

以上、國內立法の解釋から離れて比較法的にみれば、不正競争の準據法については、營業秘密侵害も含めて市場地への專一的な連結を好む傾向にある。多數説は、營業秘密侵害を特定の者に損害を与える類型の不正競争に分類し、市場地法以外の法の適用を導いている。

II. 不正競争・營業秘密侵害における結果發生地の解釋

日本の多數説は、多様な不正競争行爲のうち市場地との結び

7) European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP), Conflict of Laws in Intellectual Property: The CLIP Principles and Commentary (2013), para 1:101.C06 [Paul Torremans]; 木棚照一編著『知的財産法の国際私法原則研究：東アジアからの日韓共同提案』（成文堂、2012年）7頁。

8) See Alexander Peukert and Benedetta Ubertazzi, “International Law Association’s Guidelines on Intellectual Property and Private International Law (“Kyoto Guidelines”): General Provisions,” *Journal of Intellectual Property, Information Technology, and Electronic Commerce Law*, Vol. 12 (2021), pp. 7-9, especially fn. 22.

つきが必ずしも密接とはいえない類型もあることから、個別類型ごとに結果発生地（通則法17條本文）とその通常予見可能性・加害行爲地（同條ただし書）、最密接關係地法（同20條）を検討すべきとしてきた（類型説）⁹⁾。

まず前提として、法適用通則法17條が適用されるとした場合には、「加害行爲の結果が発生した地」、すなわち「加害行爲によって直接に侵害された権利が侵害発生時に所在した地」を特定する必要が生じる。このとき、17條の「加害行爲」を「不正競争（行爲）」と読み替えたうえで、「不正競争の結果が発生したか発生すべき地」に連結することも考えられなくはない（透明化案303條）。しかし、不正競争にはさまざまな行爲類型・態様が考えられ、それによって侵害される「権利」やその「所在地」の特定は必ずしも容易でない。

日本の多數説にあたる類型説は、このことを反映して、さらにいくつかの見解に分かれる。代表的な見解は、不正競争を「市場に関するもの」（市場で消費者を欺罔するタイプの不正競争）と、「營業に関するもの」（特定の者に損害を与えるタイプの不正競争。營業秘密侵害・營業秘密不正取得行爲もここに含まれる）に分け、市場に関する不正競争については「市場地」（混同が惹起された地）を、營業に関する不正競争、とりわけ①營業秘密不正取得行爲については、「營業秘密の管理地」（ターゲットにしていた營業秘密がある地）を、それぞれ結果発生地とみる立場である¹⁰⁾。營業秘密侵害についての結果

9) なお、營業誹謗行爲・信用毀損行爲・競業者による虚偽事実の告知（不正競争防止法2条1項21号参照）について、名譽・信用を毀損する不法行爲に関して被害者の常居所地法によるとする法適用通則法19条によるべきかどうか問題となりうるところ、營業秘密侵害を中心に考察する本報告では割愛する。

10) 道垣内・前掲注3・44-45頁。

發生地法を秘密管理体制の所在地法とする立場は、わが國不正競争防止法上の營業秘密侵害罪と同様に、「個人的法益である營業秘密の財産的価値を保護法益と考え、保有者による營業秘密の秘密管理体制を侵害する行爲を獨立の法益侵害行爲として捉える¹¹⁾」ものであるといえる。

また、營業秘密侵害につき法適用通則法17條のもとで結果發生地法を採求する点では上記①の見解と共通するものの、②「營業秘密は、保有企業の營業力ないし競争力を構成するものと位置づけられるから、その侵害の結果は当該營業秘密を保有する被害企業自体の所在地（主たる營業所の所在地）において營業力を減殺するという結果を持って發生し、または發生しうるものと考え、その地をもって結果發生地であると考えべきである」とする見解もある¹²⁾。この見解は、營業秘密の保護法益を營業力ないし競争力にとらえ、それは被害者の營業所所在地で最も減殺していると解するもののように思われる。

さらに、上記①や②の見解のように營業秘密侵害といった個別類型ごとの検討をするのではなく、不正競争一般につき法適用通則法17條以下を適用する一体説の立場からではあるが、③「不競法の保護法益は、市場において公正な競争を享受する事業者の利益および当該競争の果實を享受する需要者の利益であり、「これらは市場と結びついた利益であるから、その侵害地は、当該市場の屬する地と解する」見解も主張されている

11) 經濟産業省「營業秘密に係る刑事的措置の見直しの方向性について」（平成20年12月）8頁。

12) 飯塚卓也「營業秘密の國際的侵害行爲に関する適用準拠法」高林龍ほか編『現代知的財産法講座II：知的財産法の実務的發展』（日本評論社、2012年）405頁。營業主体が分散する場合は最も密接な関係を持つ營業主体の所在地を結果發生地とする。

13)。この第三の見解は、企業が経済活動を行っているマーケット（市場）で営業上発生する経済的損失や営業上の信用毀損が生じていることに着目し、このような経済的見地から市場において生じた損失を「結果」ととらえるものである（いわゆる「マーケット・インパクト・ルール（Market Impact Rule）¹⁴⁾」の採用）。マーケット・インパクト・ルールは、不正競争から生じる契約外債務の準據法につき直接かつ實質的な損害が発生した地の法によるとするALI原則301條2項や日韓共同提案304條3項、および、「不正競争の結果が発生したか発生すべき地の法による」とする透明化案303條など、國際的な立法提案においても採用されている。

このように、營業秘密侵害については、保護法益を營業秘密の財産的価値ととらえるか（①）、營業秘密の保有企業の營業力ないし競争力ととらえるか（②）、それとも市場において公正な競争を享受する事業者の利益および当該競争の果實を享受する需要者の利益ととらえるか（③）により、結果発生地がどこに設定されるかも異なってくる。たしかに、知的財産權や營業秘密は「情報」であって¹⁵⁾、物權とは異なり、所在地は必ずしも重視されない¹⁶⁾。しかしながら、營業秘密侵害にも法適用

13)

駒田泰士「不正競争の準據法に関する一考察：裁判例の批判的検討を中心として」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦II』（弘文堂、2020年）357頁。

14) In general, see Annette Kur, "Applicable Law: An Alternative Proposal for International Regulation: The Max-Planck Project on International Jurisdiction and Choice of Law," *Brooklyn Journal of International Law* (2005), Vol. 30, p. 951.

15)

韓国の「不正競争防止及び營業秘密保護に関する法律」において、「營業秘密」とは、(i) 他の營業活動にとって有用で、(ii) 合理的な努力により秘密に保たれ、(iii) 公然と知られておらず、(iv) 独立した経済的価値を有している、生産方法、販売方法又は経営ないし技術情報のことを指すとされる（スクワイヤ外国法共同事業法律事務所・前掲注1・167頁）。

通則法17條を適用し、同條のもとで結果發生地がどこかを判断するとすれば、問題となる「権利」または保護法益を特定し、その「所在地」を觀念する必要があることは、すでにみたとおりである。その際、營業秘密侵害についても市場への影響という「効果」に着目して説明する立場（マーケット・インパクト・ルール）も有力に主張されるが、すぐ後に述べるように、私見では、これを法適用通則法17條の解釋として採用することには疑問がある。

III. 「市場地」および「マーケット・インパクト・ルール」の意義

いわゆる「マーケット・インパクト・ルール」の採用により、經濟的損失の發生地や市場地が營業秘密侵害の結果發生地となりうることは、すでにこれをみた。ここで、市場地とは何を意味するのかを今一度確認したい。

「市場地」は一義的に確定されるわけではなく、商品の宣伝廣告が行われる市場地と、現實の商品の販賣がなされる市場地とが異なる場合もある。日本の法適用通則法には明文で市場地を連結点とするものはないけれども、生産物責任につき「生産物の引渡地」を連結点とする18條がある。同條は、生産物責任については伝統的な不法行爲地法の適用が必ずしも妥当な結果をもたらさないことから、生産物責任と市場流通との密接な関連性を重視し、生産業者と被害者双方の準據法に関する予見可能性を保証するために、両者の接点ともいえる市場地法を適用する趣旨であると説明される¹⁷⁾。一般に、生産物責任は欠陥のあ

16) 小島・前掲注2・291頁参照。

る製品によって消費者が被害を受けることを前提とするものであり、本報告で扱う営業秘密侵害を含む不正競争の加害者・被害者の構図とは必ずしも同じでないものの、ここでの「市場地」の説明を参考にするならば、さきにみた宣伝広告が行われる市場地と現実の商品の販賣がなされる市場地とが異なるような場合は、商品の引渡しを受けている現実の商品の販賣地が市場地となりそうである。しかし類型説の中には、とりわけ宣伝広告に關する不正な手段が用いられたような場合は（商品等主体混同行爲・商品等表示の混同防止＝不正競争防止法2條1項1号參照）、現実の商品の販賣地ではなく、販賣者や製品に對する誤認等により潜在的顧客を失う將來の市場地、すなわち宣伝廣告が行われる市場地（混同が惹起された地）を基準とすると説明するものもある¹⁸⁾。

このように、不正競争の態様によって重視すべき箇所が異なりうる点もさることながら、とくに加害行爲やその結果とみられるものが複数法域で生じている場合には、そのいずれを「市場地」とみるかが問題となり得る。この点、類型説にはよらない一体説の立場でも、営業秘密の賣買（取得¹⁹⁾または開示²⁰⁾）

17) 櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法第1巻』（有斐閣、2011年）462、471頁【佐野寛】。

18) 法例研究会・前掲注4・87頁。

19) わが国不競争法上、営業秘密の「取得」とは、営業秘密を自己の管理下に置く行爲をいい、営業秘密が記録されている媒体等を介して自己又は第三者が営業秘密自体を手に入れる行爲、及び営業秘密自体を頭に入れる等、営業秘密が記録されている媒体等の移動を伴わない形で営業秘密を自己又は第三者のものとする行爲が該當する。

不正競争防止法2条1項4号に該當する営業秘密不正取得行爲としては、例えば、営業秘密が記録されたUSBメモリを窃取する行爲、営業秘密が記録された紙媒体を複写して取得する行爲、営業秘密保有者のサーバに保存されている営業秘密が記録された電子データに不正にアクセスしてメールで自己のパソコンに送付して取得する行爲、営業秘密保有者の会話や會議等を盗聴や電波傍受等で盗み聞きする方法で営業秘密を取得する行爲等が考えられる。經濟産業省知

地と当該営業秘密を使用²¹⁾した製品等が提供される地（引渡地と同義であろう）とが異なる場合は、後者が「市場地」となり²²⁾、また、営業秘密の使用に至らない段階でその不正取得や不正開示のみが問題となる場合は、加害者が「市場地」（使用地、引渡地）として予定していた地を結果発生地とするが、そのような特定ができないときは被害者の（主たる）営業所所在地を法益侵害地とみるべきであるとする²³⁾。このように、不正競争における「市場地」は、生産物責任におけるそれと同じく流通過程の中で消費者により身近な商品の「引渡地」と同義ではなく、不正競争の態様や潜在的な消費者への影響など複数の要素にもとづき決定されている。

マーケット・インパクト・ルールは、市場への影響という「効果」に着目することで、不正競争という単位法律関係の連結点を決定しようとする理論であり、上記の錯綜した議論を一

的財産政策室編『逐条解説不正競争防止法 [第2版]』（商事法務、2019年）92頁。

20)

わが国不競法上、営業秘密の「開示」とは、営業秘密を第三者が知ることができ的状态に置くことをいい、営業秘密を非公知性を失わないまま特定の者に知られることも含む。具体的には、営業秘密を口頭で伝えたり、営業秘密が記録された電子データを特定の第三者に送信したり、ホームページに営業秘密を掲載したりすることのほか、営業秘密が化体された有体物（営業秘密記録媒体等又は営業秘密が化体された物件）の占有を移転することで他者に営業秘密を通知したりすることなどが考えられる。経済産業省知的財産政策室編・前掲書93頁。

21)

わが国不競法上、営業秘密の「使用」とは、営業秘密の本来の使用目的に沿って行われ、当該営業秘密に基づいて行われる行為として具体的に特定できる行為を意味する。具体的には、自社製品の製造や研究開発等の実施のために、他社製品の製造方法に関する技術情報である営業秘密を直接使用する行為や、事業活動等の実施のために、他社が行った市場調査データである営業秘密を参考とする行為等が考えられる。経済産業省知的財産政策室編・前掲書93頁。

22)

これは、「営業秘密の漏洩や使用によって被害企業が事業利益を喪失する地」（飯塚（2012）405頁）と解するのであろう。

23) 駒田・前掲注13・358頁。

定程度整理するのに役立つと考えられる。このことが、國際的な立法提案の多くで同理論が採用される理由でもあろう。しかしながら、このマーケット・インパクト・ルールを保護國法主義全般に關する補則とみるか（ALI原則、2006年韓國案102條5号、透明化案）、それとも知的財産に關する不正競争から生じる契約外債務についての特則と位置づけるか（CLIP原則、日韓共同提案）は、立法提案の間でも立場が分かれている。翻って日本の學説上は、法適用通則法17條にいう結果發生地の解釋にマーケット・インパクト・ルールを採り入れようとする傾向もみられるが、不法行爲一般に適用される17條に同ルールを用いると、結果發生地や市場地の概念に混亂が生じるおそれがある。とりわけ營業秘密侵害との關係では、保護法益と考えられる營業秘密の管理地と、營業上の經濟的損失が發生する地が異なる場合、ここでの經濟的損失や市場への影響は、一次的損害としての秘密管理体制の侵害による間接損害（二次的損害、後續損害）とみる余地がある。私見でも「市場地」へ連結することの重要性は否定しないが、立法時に間接損害・二次的損害・後續損害の發生地については結果發生地から除外したと解されている法適用通則法17條のもとでは、結果發生地の解釋として市場地を導くのは適切でないのではないか。

おわりに

以上から、日本法の解釋としては、營業秘密侵害は國際私法上不法行爲と性質決定されるものの、法適用通則法17條以下が適用されない特殊な不法行爲として、條理により、マーケット・インパクト・ルールを介して導かれる市場地法（その行爲

により直接かつ實質的な〔経済的〕損害が生じるか、または生じるおそれがある國の法)を適用するのが妥当と考える。營業秘密侵害を含む不正競争については、法適用通則法17條の結果發生地、すなわち加害行爲により直接に侵害された權利(法益)の侵害發生時の所在地がどこになるかが一義的に明らかではないことに加え、同條の解釋としてマーケット・インパクト・ルールを用いることは、從來の結果發生地の概念に混亂をもたらす可能性があるというのが、その理由である。

さらに、法適用通則法17條ただし書の加害行爲地の決定も容易ではない。たとえば、日本の不正競争防止法では、2015年改正以降、營業秘密侵害罪の處罰對象を國外での使用・開示行爲のみならず、不正取得・領得行爲にまで擴大したが(それまでは營業秘密の國外における不正取得や領得行爲については處罰對象に含めていなかった)、ここにいう不正取得・領得行爲と使用・開示行爲とがそれぞれ異なる國で行われた場合、そのいずれを「不正競争(行爲)」とみるかは議論の余地があろう。

すでにみたように、韓國の實質法上、營業秘密侵害は日本と同じく特殊な民事上の不法行爲として扱われる²⁴⁾。これに従い、仮に國際私法上も營業秘密侵害を不法行爲と性質決定するならば、「不法行爲は、その行爲が行われた所の法による」とする韓國國際私法32條1項の適用が考えられよう²⁵⁾。しかし、この場合は加害行爲に着目することとなるため、同項の「行爲が

24) スクワイヤ外国法共同事業法律事務所・前掲注1・171頁。

25)

ただし、韓國國際私法33条によれば、不法行為發生後の合意により、当事者間で韓國の法律を適用法とするよう取り決めをすることができる。日本の法適用通則法21条と比べると、合意により選択できる準拠法の範囲は狭いが、(限定的)当事者自治を認めている点は共通する。營業秘密侵害につき通常の不法行為準拠法選択規則による場合、このような当事者による準拠法の事後的変更が認められるかどうかとも問題となりうる。

行われた地」とは、営業秘密の不正取得地、不正使用地、不正開示地をいい、営業秘密の管理地は含まれないと解されているようである²⁶⁾。このため、営業秘密侵害につき通常不法行為の準據法選擇規則を適用すると、韓国と日本とで異なる法が準據法となる可能性が高い。営業秘密侵害（またはそれを含む不正競争）については、通常不法行為の準據法選擇規則が適用されない特殊不法行為として、別途マーケット・インパクト・ルールにもとづく特則を設けることは、このような国内立法の相違を乗り越えることにつながる。

あるいは、「知識財産権の保護は、その侵害地法による」とする韓国国際私法24條が適用される可能性はないか。これについては、韓国知識財産基本法3條が「知識財産」を「人間の創造的活動、経験等により創造され、又は発見された知識、情報又は技術、思想又は感情の表現、営業又は物の表示、生物の品種又は遺伝資源その他無形のもので財産的な価値が實現され得るもの」と定義しており、必ずしも排他的權利に限定していない点が注目される。仮に、韓国国際私法24條の「知識財産権」に営業秘密も含まれるとすれば、営業秘密侵害についても32條1項の加害行為地法ではなく、「侵害地法」が適用されることになると解されるが、ここにいう侵害地法をマーケット・インパクト・ルールと結び付けて解釋する余地もある。

以上の論点については、韓国国際私法に関する報告者の理解が十分でない可能性もある。是非とも皆様のご教示をいただければ幸いである。

26) スクワイヤ外国法共同事業法律事務所・前掲注1・172頁。

인도 철강수입 모니터링 시스템 적용의 국제통상협정문 위반 검토

박태정*

I. 서론

보호무역주의가 강화됨에 따라 각국은 다양한 비관세조치를 시행 중에 있다. 인도의 경우도 2014년 출범한 모디 정부는 기존 체결한 FTA가 효과적이지 않았다고 평하면서 보호무역주의로 선화하는 모양새다.¹⁾ 실제로 인도는 보호무역주의가 강화되며 2016~2019년 사이 매년 새롭게 개시한 수입규제 조사 건수가 연평균 60.5 건에 미친다. 이는 2010~2015년 연평균 30.3건과 비교하면 2배가 늘어난 수치다.²⁾

본고는 인도가 2020년 시행부터 시행된 철강수입모니터링 시스템(SIMS:Steel Import Monitoring System)의 국제통상협정문 위반여부에 대해 검토하고자 한다. 실제 인도의 철강 수입기업들이 인도의 SIMS 조치로 인해 현지에서 많은 불만을 갖고 있다. 본고는 우선 SIM 및 SIMS로 인한 관련 기업의

* 인천대학교 법학부 조교수.

1) 이웅 외 3인, 인도의 TBT와 SPS:제도, 사례, 대인도 수출에 미치는 영향, KIEP 전략지역심층연구 16-03 (2016). p.3

2) 점점 세지는 인도 보호무역주의 ‘수출기업 주의령’ 아세안 문화경제미디어 <https://www.aseanexpress.co.kr/news/article.html?no=5081> (마지막 방문, 11,22,2022).

불만 및 애로사항을 설명한 후, SIMS의 국제통상 위반 여부에 대해 검토하고자 한다.

II. 인도 철강수입 모니터링 시스템 (SIMS: Steel Import Monitoring System)의 적용 및 현지 철강 수입 기업의 불만 및 애로사항

1. 인도 SIMS

인도 대외무역총국((Directorate General of Foreign Trade)은 SIMS 적용대상을 기존 HS code 284개 품목에서, 동일 HS code 내 530개 품목을 추가하여 약 810여 개로 확대하였다. 동 조치는 2020년 10월 16일부터 시행되었으며 10월 16일 이후 수입되는 모든 대상 제품에 대해 SIMS를 통한 등록이 의무화되었다.³⁾ 위 개정으로 인하여 철강을 수입하는 모든 수입자는 제품 도착 예정일 60일 이전부터 최소 15일 이전까지 SIMS를 등록해야 하며 등록비는 CIF(Cost Insurance and Freight: 운임보험료 부담 조건) 금액 기준 0.1%로, 1회 기준 최소 500루피에서 최대 100,000루피 범위 내 수수료를 지불하게 된다.⁴⁾

2. 인도 현지 철강 수입기업의 불만 및 애로사항⁵⁾

3) 인도, 모든 수입 철강품목 SIMS 의무등록 발표, 경제타임스 2020.9.29.일자 <http://www.ket.kr/news/view.php?idx=7428> (마지막 방문 11.22.2022)

4) 경제외교 활용포털, 비즈니스 협력센터, 인도동향 http://president.globalwindow.org/kz.southBiz.DailyBfDetail.do?daily_seq=2716 (마지막 방문 11.22.2022)

5) 동 불만사항은 저자가 로펌 실무과정에서 특정 기업을 대리한 경험을 바탕으로 하여 작성함

새로운 SIMS 조치로 인해 인도 내 모든 철강 수입업자는 수입 화물 도착 전 일정 기간 내 SIMS에 등록해야 하는 의무가 발생하였고 이로 인해 다양한 형태의 비용 문제가 발생하였다.

우선 철강산업 특성상 철강 수입규모가 대단히 크다는 것을 감안했을 때, SIMS 준수로 인한 수수료 비용은 철강 수입업체의 큰 재정적 부담이 되었다. 또한 SIMS 시행 이후 수입업체가 모든 통관 서류를 미리 직접 준비하여 SIMS에 등록하는 등 행정 업무가 증가하여 수입업체가 큰 고충을 겪게 되었다. 무엇보다도 수입업체들이 SIMS 등록을 위해서는 용도(End Use)와 제품 상세정보를 기입해야 하는데, 이는 기업 입장에서는 영업정보가 유출될 가능성이 있기 때문에 지식재산 이전과 관련하여 큰 위험 부담을 앓게 되었다.

III. 인도 SIMS 국제 통상 협정문 위반 검토

1. 한-인도 CEPA

한 인도 CEPA 상품 챕터 제 2.6조(비관세조치)⁶⁾는 기본적으로 WTO 의무 규정을 따르거나 동 협정상의 다른 규정을 따르는 경우를 제외하고, 다른 쪽 당사국 상품의 수입 또는 다른 쪽 당사국의 영역을 목적지로 하는 상품의 수출에 대해

6) 한-인도 CEPA 제 2장 상품

제 2.6 조 비관세조치

1. 어떠한 당사국도 세계무역기구협정상의 권리와 의무에 따르거나 이 협정상의 다른 규정을 따르는 경우를 제외하고, 다른 쪽 당사국 상품의 수입 또는 다른 쪽 당사국의 영역을 목적지로 하는 상품의 수출에 대하여 어떠한 비관세조치를 채택하거나 유지해서는 아니 된다. 2. 각 당사국은 그러한 조치가 양 당사국간의 상품무역에 불필요한 장애를 사실상 유발하거나 유발할 목적으로 마련, 채택 또는 적용되지 아니하도록 보장한다.

여 어떠한 비관세조치를 채택하거나 유지해서는 아니 된다고 규정하였으며 양 당사국간의 상품무역에 불필요한 장애를 사실상 유발하거나 유발할 목적으로 마련, 채택 또는 적용되지 아니하도록 보장한다고 간단히 규정하였다.

위와 같이 동 조항은 기본적으로 비관세조치를 취해서는 안 된다는 선언적 취지의 조항으로서 SIMS 로 인해 발생하는 비용 부담, 행정업무 과다 및 영업비밀 누출과 같은 구체적인 문제점이 동 협정문 위반이라고 간주할 수 있는 충분한 근거 조항이 없다고 사료 된다. 그러므로 SIMS의 운용이 한-인도 CEPA의 비관세조치 조항을 위반했다고 보기는 어렵다.

1) WTO 무역원활화 협정문

(1) SIMS 수수료 관련

우선 WTO 무역원활화 협정문 내 수수료 관련 조항 위반 여부에 대해 살펴본다. 동 협정문 6조 (수입 및 수출에 대하여 또는 이와 관련하여 부과되는 수수료 및 부과금 그리고 벌금에 대한 규율)⁷⁾는 세관 처리를 위한 수수료 및 부과금에 대한 별도의 규정을 마련하였다. 해당 조항은 통관절차에 필요한 서비스만큼만 수수료를 부과해야 하며 수수료가 특정 수입 또

7) WTO 무역원활화 협정문 제 6조 (수입 및 수출에 대하여 또는 이와 관련하여 부과되는 수수료 및 부과금 그리고 벌금에 대한 규율)

2. 수입 및 수출에 대하여 또는 이와 관련하여 부과되는 세관처리를 위한 수수료 및 부과금에 대한 특별규율

세관 처리(custom processing)를 위한 수수료 및 부과금은

(1) 해당 특정 수입 또는 수출 활동에 대하여 또는 이와 관련하여 제공된 서비스의 대략적 비용에대한 금액으로 제한된다. 그리고

(2) 그러한 수수료 및 부과금이 상품의 세관 처리와 밀접히 관련된 서비스를 위하여 부과된 경우에는 특정 수입 또는 수출 활동과 연결되도록 요구되지 아니한다.

는 수출 활동과 연결되지 않도록 해야 한다는 규정을 포함하고 있다.

구체적인 사실관계에 따라서 SIMS의 동 조항 위반 가능성이 존재한다. 예를 들어, 한국 기업이 현재 SIMS로 인해 발생하는 모든 비용이 통관절차에 필요한 최소한의 비용을 초과한다고 주장할 수 있다. 더 나아가 해당 조치가 단순 철강 동향 파악을 넘어, 제조자 정보 및 수출 국가 등을 밝히게 함으로써 반덤핑 우회 수입을 막고, 수입 목적, 사용용도, 품목의 기술 관련 정보 및 용도(End Use)를 기재하게 함으로써 궁극적으로 인도의 비관세장벽을 강화한다면 동 조치가 특정 수입 또는 수출활동과 연결시켰다는 주장을 통해 동 조항이 위반됨을 주장할 여지도 있을 것으로 보인다.

(2) 품목 기술 정보 및 용도 등 추가 기입 관련

WTO 무역원활화 협정문 제 10조 (수입 수출 및 통관 관련 형식)는 통관절차 하 서류요건에 대해 절차, 비용, 및 무역제한적 영향이 최소화 되어야 한다는 취지의 규정이 포함되어 있다. 예를 들어, “수입, 수출 및 통과 서류 요건을 줄이고 간소화하며” 간소한 형식 및 서류 요건이 “무역업자와 영업자의 준수 시간 및 비용의 감축을 목적으로 하는 방식으로 채택 및/또는 적용”되어야 하며 “둘 이상의 대안적인 조치가 해당 정책 목적을 충족하기 위하여 합리적으로 이용 가능한 경우, 최소한의 무역 제한적 조치가 선택되어야 한다”고 규정한다.⁸⁾

8) WTO 무역원활화 협정 제 10조 (수입, 수출 및 통과 관련 형식)

1. 형식 및 서류 요건

1.1 수입, 수출 및 통과 형식의 횟수 및 복잡성을 최소화하고 수입, 수출 및 통과 서류 요건을 줄이고 간소화하며, 정당한 정책 목적과 상황 변화, 새로운 관련 정보, 사업 관행, 기법·기술의 이용 가능성, 국제적인 모범 관행 및 이해당사자의 조언과 같은 그 밖의 요소들을 고려하여, 각 회원국은 그러

위 경우에도 구체적인 사실관계에 따라서 관련 한국 기업들이 SIMS에 대해 동 조항 위반을 주장할 여지가 있다. 예를 들어, SIMS 서류 기입에 대한 절차 및 비용 부담은 대단히 크고 특히 서류 요건은 단순 철강 동향 파악을 넘어, 제조자 정보 및 수출 국가, 수입 목적, 사용용도, 품목의 기술 관련 정보 및 용도(End Use)를 기재하게 함으로써 비관세조치를 강화하고 인도 정부가 추구하는 산업 빅데이터 구축 부담을 수입자에게 넘김 셈이 되었으므로 SIMS가 기존 혹은 그 어느 방법보다 무역제한적일 수 있다는 점이다.

3) WTO 수입허가절차협정

WTO 수입허가 절차 협정 제 1조(일반규정) 5항9)은 “신청양식과 적용 가능한 경우 갱신양식은 가능한 한 간단하여야 한다”고 규정하고 있다.

마찬가지로, SIMS 서류 기입에 대한 절차 및 비용 부담이 크고 특히 서류 요건은 단순 철강 동향 파악을 넘어, 제조자

한 형식 및 서류요건을 검토하며, 검토 결과에 근거하여 적절하게 그러한 형식과 서류 요건이 다음과 같도록 보장한다.

가. 상품, 특히 부패성 상품의 신속한 반출 및 통관을 위하여 채택 및/또는 적용된다

나. 무역업자와 영업자의 준수 시간 및 비용의 감축을 목적으로 하는 방식으로 채택 및/또는 적용된다.

다. 둘 이상의 대안적인 조치가 해당 정책 목적을 충족하기 위하여 합리적으로 이용 가능한 경우, 최소한의무역 제한적 조치가 선택된다. 그리고

라. 더 이상 요구되지 아니하는 경우, 그 일부를 포함하여, 유지되지 아니한다.

1.2위원회는 적절하게 관련 정보 및 모범 관행에 대한 회원국 간 공유를 위한 절차를 개발한다.

9) WTO 수입허가 절차협정문 제 1조(일반규정)

5. 신청양식과 적용 가능한 경우 갱신양식은 가능한 한 간단하여야한다. 수입허가제도의 적절한 기능에 반드시 필요한 것으로 간주되는 서류와 정보는 신청시에 요구될 수 있다.

정보 및 수출 국가, 수입 목적, 사용 용도, 품목의 기술 관련 정보 및 용도(End Use)를 기재하도록 요구한 것은 WTO 수입허가절차협정문에서 허용하는 “간단함”의 범주를 넘어선다고 주장해 볼 여지가 있다.

특히, 인도 SIMS는 필요 서류를 전부 제출하면 자동으로 허가제가 나오는 자동수입허가 제도로 간주할 수 있기 때문에 동 협정문 내에서 자동허가제 관련 규정을 살펴볼 필요가 있다. 동 협정문 제 2조에서는 “자동허가절차는 자동허가의 대상인 수입품에 대한 규제효과를 가지는 방법으로 운영되지 아니한다”고 규정되어 있다.¹⁰⁾ 자동허가절차는 특히 다음의 경우를 제외하고는, 무역제한효과를 가지는 것으로 간주된다.”라고 적시한 후, 동조 3항에서 허가신청서가 적절하고 완전한 형태로 제출되었을 때 행정적으로 가능한 한 접수 후 즉시,

-
- 10) WTO 수입허가 절차 협정문 제 2 조 (자동수입허가(Re.4))
1. 자동수입허가란 모든 경우에 신청에 대한 승인이 부여되고 제2항가호의 요건에 일치하는 수입허가로 정의된다.
 2. 다음의 규정은(Re.5) 제1조제1항부터 제11항까지와 이 조 제1항의 규정에 추가하여 자동수입허가에 적용된다.
 - 가. 자동허가절차는 자동허가의 대상인 수입품에 대한 규제효과를 가지는 방법으로 운영되지 아니한다. 자동허가절차는 특히 다음의 경우를 제외하고는, 무역제한효과를 가지는 것으로 간주된다.
 - (1) 자동허가 대상품목의 수입을 수반하는 수입활동에 종사하기 위한 수입국의 법적 요건을 충족하는 모든 개인, 회사 또는 기관이 수입허가를 신청하고 획득하는데 있어서 동등한 자격이 있는 경우
 - (2) 허가신청서가 상품의 통관 이전의 어떠한 근무일에도 제출될 수 있는 경우
 - (3) 허가신청서가 적절하고 완전한 형태로 제출되었을 때 행정적으로 가능한 한 접수 후 즉시, 그러나 최대한 10근무일 이내에 승인되는 경우
 - 나. 회원국은 다른 적절한 절차가 구비되어 있지 아니한 경우에는 언제나 자동수입허가가 필요한 것으로 인정한다. 자동수입허가는 그 도입의 원인이 되었던 여건이 지속되는 한, 그리고 자동수입허가의 근본적인 행정상의 목적이 이보다 더 적절한 방법으로 성취될 수 없는 한 유지될 수 있다.

그러나 최대한 10근무일이내에 승인되는 경우“라는 규정을 두었다. 환언하면, WTO 수입 허가 절차 협정문은 자동허가절차 하에서 10일 이내에 허가가 승인이 되지 않으면 무역제한 효과가 있는 것으로 간주하고 있는 것이다.

이를 적용하면, 실제로 SIMS가 시행되어 인도정부가 10일 이내에 허가승인을 해주지 않으면 동 조항 위반 가능성이 제기될 수 있다. 물론, 동 위반 가능성에 대해서 인도가 제 1조(일반규정) 2항¹¹⁾ 하, 개발도상회원국의 필요를 고려하면서 시행해야 한다는 규정을 근거로 행정 지연을 정당화할 수 있다는 점을 염두에 두어야 한다.

IV. 결론

본고는 인도가 최근에 시행한 SIMS의 국제통상협정문 위반 여부를 검토하였다. 구체적으로 한-인도 CEPA, WTO 무역원활화 및 수입허가절차협정문을 SIMS 조치에 적용하여 위반 여부 가능성에 대해 검토하였는데 WTO 협정문들의 경우, 구체적인 사실관계에 따라 위반 가능성도 존재하는 것으로 보인다.

정부는 기업의 애로사항을 해결하기 위해 인도에 협력을 요

11) 수입허가절차에 관한 협정
제 1조(일반규정)

2.회원국은 수입허가절차의 부적절한 운영으로부터 야기될 수 있는 무역왜곡을 방지하기 위한 목적으로, 그리고 또한 개발도상회원국의 경제개발 목적과 재정 및 무역상의 필요를 고려하면서 수입허가제도를 시행하기 위하여 사용되는 행정절차가 이 협정에 의하여 해석되는, 그 부속서와 의정서를 포함한 1994년도 GATT의 관련 규정에 일치하도록 보장한다. (Re.2)

청하는 과정에서 본고의 통상협정문 위반 가능성을 충분히 고려하기 바라는 바이다.

우리나라 부정경쟁방지법의 최신 동향에 관한 몇 가지 쟁점

신동환*

I. 들어가며

최근 정보통신 및 데이터산업 등의 기술 발전 속도는 어느 때보다 급격해지고 있다. 우리 사회는 본격적인 정보화 사회로의 진입을 경험하고 있다. 우리 경제의 거래환경과 산업환경 또한 빠르고 크게 변화하고 있다. 새로운 변화는 종래에 존재하지 않았던 다양하고 새로운 경제적 이익을 둘러싼 이해관계의 충돌과 분쟁을 야기하고 있다. 이러한 변화에 따라 도출되는 새롭고 다양한 결과물들이 기존의 지적재산권법 체계에서 보호받지 못하는 상황이 빈번하게 발생하기도 한다. 변화에 발맞춘 다양한 투자의 결과물들에 대한 적절한 보호는 투자의 유인으로 작용하여 4차산업혁명 시대를 선도하는 밑거름이 된다는 점에서 새로운 이해관계의 충돌을 어떻게 규율할지는 중요한 문제다.

우리 입법부는 부정경쟁행위와 영업비밀을 아우르는 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 ‘부정경쟁방지법’이라 한다)의 개정을 통해 법률의 규제대상 행위를 늘려감으로써 새로운 경제환경에 대한 기존 제도의 보호 공백을 최소화하고 있다. 구체적으로 우리 부정경쟁방지법은 2013. 7. 30. 법

* 법무법인(유)로고스 (lawlogos.com) 변호사.

를 제11963호로 개정된 법률에서 “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 제2조 제1호 (차)목¹³⁾의 부정경쟁행위로 추가한 이후 소위 트레이드 드레스, 아이디어, 퍼블리시티권, 데이터에 관한 부정경쟁행위 조항을 도입함으로써 규제대상이 되는 부정경쟁행위의 범위를 빠르게 넓혀 가고 있다.

2013년 현재의 (파)목[신설 당시 (차)목]이 도입된 후, 지적재산권 분쟁에서 (파)목에 관한 주장이 거의 빠짐 없이 등장하였다. 실무에서 부정경쟁행위와 관련된 다툼이 크게 증가한 이유다. 최근 부정경쟁행위로 추가된 조항으로 인해 그 증가세는 더욱더 커질 것으로 예상된다. 그런데, (파)목은 신설 직후부터 그 해석과 적용에 있어서 실무상 큰 혼란을 일으켰고, 도입된지 상당한 시간이 지난 2020년 일련의 대법원 판결을 통해 최근에야 그 해석론이 정리되고 있는 실정이다. 다만, 대법원 판결에도 불구하고 여전히 (파)목의 해석과 적용에 관해 판결이 제시한 법리와 판단기준에 대해 다양한 논란이 계속되고 있다.

본고에서는 부정경쟁방지법의 개정과 최근 선고된 대법원 판결들의 최신 동향을 살펴보고, 그와 관련된 쟁점에 관한 논의를 검토하고자 한다.

II. 부정경쟁방지법의 개정과 판례의 동향

13) 2013년 개정 당시에는 (차)목이었다가 2018. 4. 17. 법률 제15580호로 개정된 부정경쟁방지법에서 (카)목 변경된 후, 2021. 12. 7. 법률 제18548호로 개정된 부정경쟁방지법에서 다시 한번 (파)목으로 변경되었다.

1. 부정경쟁방지법 개정 경과

1) 타인의 성과 등을 무단으로 사용하는 행위 규제

2010년 네이버 광고 사건¹⁴⁾에서 대법원은 “경쟁자가 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물을 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용함으로써 경쟁자의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻고 경쟁자의 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 행위는 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위에 해당”한다고 하여 부정경쟁행위에 대한 불법행위 책임을 인정하였다. 나아가, “위와 같은 무단이용 상태가 계속되어 금전배상을 명하는 것만으로는 피해자 구제의 실효성을 기대하기 어렵고 무단이용의 금지로 인하여 보호되는 피해자의 이익과 그로 인한 가해자의 불이익을 비교·교량할 때 피해자의 이익이 더 큰 경우에는 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다고 할 것이다.”라고 하며 민법상 불법행위에 대한 금지청구까지 인용하였다.

이후 헬로키티 사건¹⁵⁾에서 대법원은 해당 드라마 캐릭터의 주지성을 부정하여 (가)목¹⁶⁾의 부정경쟁행위를 인정하지 않으

14) 대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정 (채무자가 업링크솔루션 프로그램을 제작, 배포하고 인터넷 서비스 이용자가 채무자 프로그램을 PC에 설치한 후 채권자의 포털 사이트에 접속하면 대체광고, 여백광고, 키워드삽입광고의 방식으로 채무자의 광고가 채권자 포털 사이트(www.naver.com)에 나타도록 한 사건).

15) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다20044 판결(피고가 원고의 인기 드라마(‘겨울연가’, ‘황진이’, ‘대장금’, ‘주몽’)를 떠올리도록 하는 의상과 소품 등으로 꾸민 헬로키티 제품을 판매한 사건).

16) 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장, 그 밖에 타인의 상품임을 표시한 표지(標識)와 동일하거나 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매·반포(頒布) 또는 수입·수출하여 타인의 상품과 혼동하게 하는 행위.

면서도, 앞선 네이버 광고 사건 판결에서와 같은 일반론을 설시한 후, 피고의 행위가 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물을 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용함으로써 경쟁자의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻고 경쟁자의 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위에 해당한다고 판단하였다.

위와 같이 대법원이 일련의 판결을 통해 부정한 경쟁행위에 대해 일정한 요건 아래 민법상 불법행위를 인정한 후, 입법부는 2013. 7. 30. 부정경쟁방지법 일부개정을 통해 “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 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목[현재 (파)목]의 부정경쟁행위로 추가함으로써 대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정을 입법화하였다.¹⁷⁾ 해당 법률 개정이유에서는 (차)목의 도입에 대해 “새롭고 다양한 유형의 부정경쟁행위에 적절하게 대응하기 위하여 부정경쟁행위에 관한 보충적 일반조항을 신설”한 것이라고 밝히고 있다.

2) 거래과정에서 제공된 타인의 아이디어를 부정 사용하는 행위 규제

2010년대 들어 중소기업 보호 및 공정한 경쟁 환경의 조성을 통한 경제민주화 실현이라는 화두 아래 과거 대기업이 중

17) 대법원 2020. 3. 26. 선고 2016다276467 판결 등의 판시에서도, (파)목은 대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정을 입법화한 것으로 평가하고 있다.

소기업과의 거래과정에서 중소기업의 기술을 도용하는 거래 관행을 시정하려는 움직임이 본격화되었다. 이와 같은 움직임의 일환으로 2010년 하도급거래 공정화에 관한 법률(이하 ‘하도급법’이라 한다)에는 원사업자가 수급사업자에게 정당한 이유 없이 기술자료의 제공을 강요할 수 없도록 하는 규정(하도급법 제12조의3)이 신설되었고, 2014년 제정된 중소기업기술보호 지원에 관한 법률(이하 ‘중소기업기술보호법’)은 2018년 개정을 통해 중소기업기술 침해행위에 관한 조항이 도입되었다.

그런데, 공정거래위원회의 ‘기술자료 제공 요구·유용행위 심사지침’에서는 하도급법 제12조의3의 기술자료에 비밀관리성을 요구하였고, 중소기업기술보호법에서도 침해대상의 범위를 “공공연히 알려져 있지 아니하고 합리적인 노력에 의하여 비밀로 관리되는 중소기업기술”¹⁸⁾로 한정하였다. 중소기업 보호를 강조하는 측에서는 영업비밀이 아니더라도 대기업과 중소기업 사이의 거래과정에서 제공되는 정보를 보호해야 할 필요성이 있다는 주장이 제기되었다.

위와 같은 중소기업기술 보호의 공백을 메우기 위해 부정경쟁방지법은 2018. 4. 17. 법률 일부개정을 통해, “사업제안, 입찰, 공모 등 거래교섭 또는 거래과정에서 경제적 가치를 가지는 타인의 기술적 또는 영업상의 아이디어가 포함된 정보를 그 제공목적에 위반하여 자신 또는 제3자의 영업상 이익을 위하여 부정하게 사용하거나 타인에게 제공하여 사용하게 하는 행위(다만, 아이디어를 제공받은 자가 제공받을 당시 이미 그 아이디어를 알고 있었거나 그 아이디어가 동종 업계에서 널리

18) 이후 부정경쟁방지법 개정으로 “합리적인 노력으로 비밀로 관리된” 이 “비밀로 관리된” 으로 개정됨에 따라 중소기업기술보호법도 “합리적인 노력으로 비밀로 관리되는” 을 “비밀로 관리되는” 으로 개정하였다.

알려진 경우에는 그러하지 아니하다.)”를 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목의 부정경쟁행위로 추가하였다.¹⁹⁾ 그 요건으로 명백하듯이 위 (차)목의 아이디어가 포함된 정보는 영업비밀에 한정되지 않는다.

위와 같은 (차)목의 개정이유에서는 “중소·벤처기업 또는 개발자 등의 경제적 가치를 가지는 아이디어를 거래상담, 입찰, 공모전 등을 통하여 취득하고 이를 아무런 보상 없이 사업화하여 막대한 경제적 이익을 얻으면서도 개발자는 오히려 폐업에 이르게 하는 등 기업의 영업활동에 심각한 피해를 야기하고” 있는데, “아이디어 사용에 대한 명시적 계약을 체결하지 않았거나 특허 등 등록에 의한 보호를 위한 구체적 요건을 구비하지 못한 경우 상당한 피해를 입더라도 구제해 줄 명확한 규정이 없어 손해배상은 물론 사용금지를 요청하기도 어려운 실정이므로, 본 개정을 통해 중소·벤처기업 및 개발자의 참신한 아이디어를 적극 보호하고, 이를 위반한 행위에 대하여 특허청장이 조사·시정권고를 함으로써 건전한 거래질서가 유지되도록 하려는 것”이라고 밝히고 있다.

위 (차)목 신설을 위한 개정 논의 초기에는 그 취득경위나 범위에 특별한 제한이 없는 ‘아이디어’를 보호하는 개정안이 논의되었으나, 이후 그 도입취지에 맞게 ‘거래교섭 또는 거래과정’에서 제공된 것으로서 ‘경제적 가치’를 가지는 ‘기술상 또는 영업상’의 ‘아이디어’로 제한되었다. 또한 아이디어를 제공받은 자가 제공받을 당시 이미 그 아이디어를 알고 있었던 경우는 제외되는데, 이와 같은 단서의 문언은 ‘알고 있었던 경우’ 이외에 ‘알 수 있었던 경우’는 단서에 포함되지 않는다는 취지

19) 기존에 (차)목이었던 “타인의 성과 등을 무단으로 사용하는 행위 규제” 조항은 (카)목으로 변경되었다.

이다. 한편, (차)목에서 ‘아이디어’라는 용어가 사용된 이유는 그것이 경제적 가치가 있는 것이라면 미완성된 구상까지도 포섭하기 위한 것으로 해석할 수 있다.

3) 초상 등 타인의 식별표지를 무단 사용하는 행위 규제

퍼블리시티권은 유명인의 초상, 성명 등이 갖는 경제적 가치를 상업적으로 이용할 권리라고 정의된다. 퍼블리시티권에 관하여 인격권 측면에서 근거를 찾는 견해와 재산권이라고 보는 견해가 있다. 물권법정주의를 취하고 있는 우리나라에서 퍼블리시티권을 인정할 수 있는가는 오랫동안 논의된 주제다. 다수의 하급심 판결에서 퍼블리시티권에 관하여 판단한 바 있다.²⁰⁾ 특히, 원고가 퍼블리시티권의 침해를 이유로 (파)목의 부정경쟁행위를 주장한 사건(네이버 연예인 키워드 검색 사건)²¹⁾에서 법원은 “설사 피고들의 행위가 부정경쟁방지법에 위반되었다고 하더라도, 퍼블리시티권을 인정할 수 없어 성명권은 인격권으로 파악되므로, 피고들이 원고들의 경제적 이익을 침해하였다고 할 수 없다.”는 이유로 원고의 주장을 배척하였다.

이후 2020년 대법원²²⁾이 방탄소년단(BTS)의 사진이나 성명 등이 갖는 경제적 가치를 무단으로 이용한 행위를 (파)목의 부정경쟁행위로 판단한 직후인 2021. 12. 7. 법률 일부개정을 통해 “국내에 널리 인식되고 경제적 가치를 가지는 타인의 성

20) 퍼블리시티권에 관한 하급심 판결의 입장에 관해서는, 신지혜, “부정경쟁방지법에 의한 퍼블리시티권의 규율 -대법원 2020. 3. 26.자 2019마6525 결정 -”, 민사법학, 제94권(2021), 333-339면 참고.

21) 서울고등법원 2015. 1. 30. 선고 2014나2006129 판결.

22) 대법원 2020. 3. 26. 선고 2016다276467 판결.

명, 초상, 음성, 서명 등 그 타인을 식별할 수 있는 표지를 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위”를 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (타)목의 부정경쟁행위로 추가하였다.

위와 같은 (타)목의 부정경쟁행위를 추가한 개정이유에서는 “한류의 영향력이 확대되고 유명인의 초상·성명 등을 사용하는 제품·서비스가 다양해지면서 관련 불법 상품의 제작·판매 행위도 증가하고 있으나, 유명인 등의 재산적 손실이나 소비자에게 발생한 피해를 적절히 보호하는 데 한계가 있는 실정”이고, “일각에서는 유명인의 초상·성명 등에 독자적 권리를 부여하여 보호하자는 논의가 제기되어 왔으나, 초상 등은 일신전속적 성격상 권리의 양도·상속이 불가능하여 상표권과 권리충돌이 발생하는 등 그 특성상 복잡한 논란이나 부작용이 야기될 소지가 있다는 지적”이 있다고 하면서, “최근 대법원은 타인이 유명인의 초상·성명 등이 지닌 경제적 가치를 ‘상당한 투자와 노력의 성과’로 인정하여 이를 무단사용한 행위를 부정경쟁행위로 제재”한 바 있지만 “이는 이 법의 보충적 일반조항에 근거한 것으로, 향후 발생할 수 있는 다양한 형태의 무단사용행위를 적절히 제재하기에는 한계”가 있으므로, “유명인의 초상·성명 등 인적 식별표지를 무단사용하는 행위를 부정경쟁행위의 유형으로 명확히 규정하여 제재함으로써 건전한 거래 질서를 확립하고, 부당한 피해로부터 소비자를 보호하려는 것”이고 밝히고 있다.

4) 제공대상 한정 데이터를 부정하게 사용하는 행위 규제

2021. 10. 19. 법률 제18475호로 데이터 산업진흥 및 이용촉진에 관한 기본법(이하 ‘데이터산업법’이라 한다)이 제정되어 2022. 4. 20. 시행되었다. 데이터로부터 경제적 가치를 창출하고 데이터산업 발전의 기반을 조성하여 경제발전에 이바지하는 것을 목적으로 하는 데이터산업법은 제12조에서 데이터자산²³⁾의 보호(제1항)와 데이터자산의 부정사용금지(제2항) 원칙을 밝히면서 데이터자산의 부정사용 등 행위에 관한 사항은 부정경쟁방지법에서 정한 바에 따르도록 하고 있다(제3항).

부정경쟁방지법은 2021. 12. 7. 법률 일부개정을 통해 제공대상 한정 데이터²⁴⁾를 부정하게 사용하는 행위로서, 다음의 어느 하나에 해당하는 행위를 부정경쟁방지법 제2조 제1호(카)목의 부정경쟁행위로 추가하였다.²⁵⁾ 1) 접근권한이 없는 자가 절취·기망·부정접속 또는 그 밖의 부정한 수단으로 데이터를 취득하거나 그 취득한 데이터를 사용·공개하는 행위에 해당하는 행위, 2) 데이터 보유자와의 계약관계 등에 따라 데이터에 접근권한이 있는 자가 부정한 이익을 얻거나 데이터 보유자에게 손해를 입힐 목적으로 그 데이터를 사용·공개하거나 제3자에게 제공하는 행위, 3) 1) 또는 2)가 개입된 사실을 알고 데이터를 취득하거나 그 취득한 데이터를 사용·공개하는 행위, 4) 정당한 권한 없이 데이터의 보호를 위하여 적용한 기술적 보호조치를 회피·제거 또는 변경(이하 “무력화”라

23) 데이터생산자가 인적 또는 물적으로 상당한 투자와 노력으로 생성한 경제적 가치를 가지는 데이터.

24) 「데이터 산업진흥 및 이용촉진에 관한 기본법」 제2조 제1호에 따른 데이터 중 업(業)으로서 특정인 또는 특정 다수에게 제공되는 것으로, 전자적 방법으로 상당량 축적·관리되고 있으며, 비밀로서 관리되고 있지 아니한 기술상 또는 영업상의 정보.

25) 기존에 (카)목이었던 “타인의 성과 등을 무단으로 사용하는 행위 규제” 조항은 (파)목으로 변경되었다.

한다)하는 것을 주된 목적으로 하는 기술·서비스·장치 또는 그 장치의 부품을 제공·수입·수출·제조·양도·대여 또는 전송하거나 이를 양도·대여하기 위하여 전시하는 행위(다만, 기술적 보호조치의 연구·개발을 위하여 기술적 보호조치를 무력화하는 장치 또는 그 부품을 제조하는 경우에는 그러하지 아니하다.)

데이터 부정사용에 관한 (카)목의 개정이유에서는 “4차산업 혁명, 인공지능 등 디지털시대의 근간인 데이터의 중요성이 날로 커지고 있고 빅데이터를 활용하여 경제적 부가가치를 창출하고 있으나, 데이터를 보호할 수 있는 법적 기반이 미비하여 양질의 데이터가 원활하게 이용·유통되는 것을 저해하고”이고, “일각에서는 데이터에 독자적 권리를 부여하여 보호하려는 논의가 제기되어 왔으나, 데이터의 경우 「민법」상 물건에 해당하지 않아 소유권이 인정되기 어려워 그 특성상 복잡한 논란이나 부작용이 야기될 소지가 있다는 지적”이 있다고 하면서, “최근 대법원은 타인이 영업 목적으로 공개한 데이터를 ‘상당한 투자와 노력의 성과’로 인정하여 이를 무단사용한 행위를 부정경쟁행위로 제재”한 바 있지만 “이는 이 법의 보충적 일반조항에 근거한 것으로, 향후 발생할 수 있는 다양한 형태의 무단사용행위를 적절히 제재하기에는 한계”가 있으므로, “데이터를 부정하게 사용하는 행위를 부정경쟁행위의 유형으로 명확히 규정하여 제재함으로써 건전한 거래 질서를 확립하고, 부당한 피해로부터 소비자를 보호하려는 것”이고 밝히고 있다. 무상으로 공중(불특정 다수)이 이용할 수 있는 오픈 데이터의 경우는 제공대상이 한정되어 있지 않고 법적으로 보호할 가치가 없으므로 제공대상 한정성 요건을 충족하지 못한다.²⁶⁾

5) (나)목의 영업표지에 영업장소의 외관(트레이드 드레스) 포함

별꼴 아이스크림 사건에서 하급심 법원은 특정 영업소를 구성하는 영업소의 형태와 외관, 내부 디자인, 장식, 표지판 등이 전체 또는 결합하여 식별력, 비기능성, 출처 혼동 가능성을 모두 갖추어 상품이나 서비스의 전체적인 이미지로서의 트레이드 드레스로 평가될 수 있다면 이는 (차)목[현재 (과)목]이 규정하고 있는 ‘해당 사업자의 상당한 노력과 투자에 의하여 구축된 성과물’에 해당한다고 판단하였다.²⁷⁾ 이후, 단팥빵 매장의 트레이드 드레스가 문제된 사건에서 법원은 매장의 간판, 내부 인테리어 등을 포함한 영업의 종합적인 이미지가 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과에 해당한다고 판단하였다.²⁸⁾

이와 같이 매장의 인테리어를 포함한 영업장소의 전체적인 외관이 일정한 요건 하에 (과)목의 성과물로 인정될 수 있음에도 불구하고, 2018. 4. 17. 법률 일부개정을 통해, 국내에 널리 인식된 타인의 영업표지를 사용하여 타인의 영업과 혼동하게 하는 행위를 규제하는 부정경쟁방지법 (나)목의 영업표지가 “상품 판매·서비스 제공방법 또는 간판·외관·실내장식 등 영업제공 장소의 전체적인 외관을 포함”하는 것으로 개정되었다.

해당 개정이유에서는 “영세·소상공인 등이 일정기간 노력

26) 이규호, “2021년 개정 부정경쟁방지법상 데이터의 부정사용행위의 판단기준에 대한 연구”, 중앙법학, 제24권 제2호, 47면.

27) 서울중앙지법 2014. 11. 27. 선고 2014가합524716 판결.

28) 서울고법 2016. 5. 12. 선고 2015나2044777 판결(대법원 2016. 9. 21. 선고 2016다229058 심리불속행 기각판결로 확정되었다).

을 기울인 결과 일반 소비자에게 알려지게 된 매장의 실내·외 장식 등 영업의 종합적 외관을 무단으로 사용하여 영세·소상공인의 영업에 심대한 손해를 끼치는 불공정한 행위가 다양한 형태로 발생함에도 불구하고 현행 영업표지를 보호하는 규정은 이에 대한 보호 여부가 불분명한 부분이 있어 이를 명확히 규정하여 수요자의 이익을 보호할 필요”가 있다고 밝히고 있다.

2. 부정경쟁행위에 대한 최근 판례의 동향

1) 구체적인 (파)목의 법리 제시

2013년 새롭고 다양한 유형의 부정경쟁행위에 적절하게 대응하기 위한 보충적 일반조항으로 (파)목이 도입된 이후, 학계의 많은 논의와 다양한 취지의 사실심판결 선고에도 불구하고 일관된 판단기준이 제시되지 못했다. 이에 따라 실무상 혼란이 오랜 기간 지속되었다. 그러던 2020. 3. 26. 대법원은 같은 날 선고한 두 개의 판결²⁹⁾을 통해 처음으로 (파)목의 법리와 구체적인 판단기준을 제시하였다.

먼저 (파)목의 법적 성격과 관련하여 대법원은 “(카)목[현재 (파)목]은 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(2013. 7. 30. 법률 제11963호로 개정되기 전의 것)의 적용 범위에 포함되지 않았던 새로운 유형의 부정경쟁행위에 관한 규정을 신설함으로써, 새로이 등장하는 경제적 가치를 지닌 무형의 성과를 보호하고, 입법자가 부정경쟁행위의 모든 행위를 규정하지

29) 대법원 2020. 3. 26. 선고 2016다276467 판결, 대법원 2020. 3. 26.자 2019마6525 결정.

못한 점을 보완하여 법원이 새로운 유형의 부정경쟁행위를 좀 더 명확하게 판단할 수 있도록 함으로써, 변화하는 거래관념을 적시에 반영하여 부정경쟁행위를 규율하기 위한 보충적 일반조항이다.”라고 실시하였다.

다음으로 (파)목으로 보호되는 ‘성과 등’의 범위와 관련하여 대법원은 “(카)목[현재 (파)목]은 그 보호대상인 ‘성과 등’의 유형에 제한을 두고 있지 않으므로, 유형물뿐만 아니라 무형물도 이에 포함되고, 종래 지식재산권법에 의해 보호받기 어려웠던 새로운 형태의 결과물도 포함될 수 있다. ‘성과 등’을 판단할 때에는 위와 같은 결과물이 갖게 된 명성이나 경제적 가치, 결과물에 화체된 고객흡인력, 해당 사업 분야에서 결과물이 차지하는 비중과 경쟁력 등을 종합적으로 고려해야 한다.”고 판시하였다.

또한 구체적인 요건과 관련하여, “이러한 성과 등이 **‘상당한 투자나 노력으로 만들어진’** 것인지 여부는 권리자가 투입한 투자나 노력의 내용과 정도를 그 성과 등이 속한 산업분야의 관행이나 실태에 비추어 구체적, 개별적으로 판단하되, 성과 등을 무단으로 사용함으로써 침해된 경제적 이익이 누구나 자유롭게 이용할 수 있는 공공영역(public domain)에 속하지 않는다고 평가할 수 있어야 한다.”라고 하면서, “또한 (카)목[현재 (파)목]이 규정하는 **‘공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용’**한 경우에 해당하기 위해서는 권리자와 침해자가 경쟁관계에 있거나 가까운 장래에 경쟁관계에 놓일 가능성이 있는지, 권리자가 주장하는 성과 등이 포함된 산업분야의 상거래 관행이나 경쟁질서의 내용과 그 내용이 공정한지 여부, 위와 같은 성과 등이 침해자의 상품이나 서비스에 의해 시장에서 대체될 가능

성, 수요자나 거래자들에게 성과 등이 어느 정도 알려졌는지, 수요자나 거래자들의 혼동가능성 등을 종합적으로 고려해야 한다.”는 판단기준을 제시하였다.

최근 대법원의 일련의 판결들은 그동안 많은 논란이 있었던 다른 지적재산권이나 다른 부정경쟁행위 유형과의 관계, 즉 보충성 및 중복적용 문제에 대해 엄격한 입장을 취하지 않고, ‘공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법’의 해석에서 ‘특별한 사정’을 요구하지 않은 채, (파)목의 독자적인 요건에 해당되는지를 살펴본 것으로 평가할 수 있다.³⁰⁾

2) 최근 선고된 대법원 판결의 개요

(1) 대법원 2020. 3. 26. 선고 2016다276467 판결(BTS 사건)

엔터테인먼트 회사인 채권자는 국제적으로도 큰 인기를 얻은 K-pop 그룹 ‘방탄소년단(BTS)’의 소속사인데, 채무자가 채권자의 허락 없이 BTS 구성원들의 화보집 등³¹⁾을 제작하여 채무자의 잡지(특별판)의 특별 부록으로 판매한 행위가 (파)목의 부정경쟁행위에 해당한다고 주장하였다.

대법원은 채권자의 상당한 투자와 노력을 통해 BTS와 관련하여 쌓인 명성·신용·고객흡인력이 상당한 수준에 이르렀으므로 이는 ‘상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등’으로 평가할 수 있고, 채무자가 채권자의 허락 없이 잡지(특별판)의 특별 부록을 제작·판매하는 행위는 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 채권자의 성

30) 손천우, “부정경쟁방지법 제2조 제1호 (카)목이 규정하는 성과물 이용 부정경쟁 행위에 관한 연구”, 사법, 통권 55호, 1045면.

31) 그림이 ①, ②가 부록, ③이 본책이다.



과 등을 무단으로 사용하는 행위에 해당한다고 판단하였다.

(2) 대법원 2020. 3. 26.자 2019 마6525 결정(골프존 사건)

원고들은 자신들이 소유·운영하는 골프장의 모습을 거의 그대로 재현한 스크린골프 시뮬레이션 시스템

용 3D 골프코스 영상을 제작하여 스크린 골프장 운영업체에

제공한 피고의 행위가 (과)목의 부정경쟁행위 또는 민법상 불법행위에 해당된다는 이유로 손해배상 청구의 소를 제기하였다.



대법원은 골프코스를 실제로 골프장 부지에 조성함으로써 외부로 표현되는 지형,

경관, 조경요소, 설치물 등이 결합된 이 사건 골프장의 종합적인 '이미지'는 골프코스 설계와는 별개로 골프장을 조성·운영하는 원고들의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과에 해당한다고 보고, 원고들과 경쟁관계에 있는 피고 등이 원고들의 허락을 받지 않고 이 사건 골프장의 모습을 거의 그대로 재현한 스크린골프 시뮬레이션 시스템용 3D 골프코스 영상을 제작, 사용한 행위가 (과)목의 부정경쟁행위라고 판단한 원심의 판결을 수긍하였다.

(3) 대법원 2020. 6. 25. 선고 2019다282449 판결(루프박

스 사건)




원고는 피고가 ‘언제든지 임의로 탈착할 수 있으면서도 차량 지붕에 완전히 밀착되는’ 구조를 가지는 원고의 루프박스를 모방하여 피고 제품을 제조, 판매하는 행위는 (파)목의 부정경쟁행위에 해당한다고 주장하며 소를 제기하였는데, 원고가 성과라고 주장하는 위 구조는 원고 등록 특허발명의 특허청구범위가 아닌 상세한 설명에 기재되어 공개된 상태였다.

항소심 법원은 원고가 특허청구범위를 좁게 기재한 이상 원고가 주장하는 구조는 원칙적으로 그 이용이 자유로운 영역에 해당한다고 봐야 하므로 (파)목의 ‘타인이 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과’에 해당하지 않고, 원고와 피고의 루프박스는 그 형상과 그에 따른 효과에 차이가 있는 등 직접적인 모방이 아니므로 피고들이 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 원고의 성과를 무단으로 사용하였다고 볼 수 없다고 판단하였다. 대법원은 원심의 판단을 지지하면서도 ‘원심판결의 이유 설시에 일부 적절하지 않은 부분이 있지만’ 이라고 설시하였는데, 대법원의 이러한 설시가 특허청구범위가 아닌 상세한 설명에 기재된 기술사상이라도 (파)목의 성과가 아니라고 볼 수는 없다는 판단이라는 해석이 있다.³²⁾

(4) 대법원 2020. 7. 9. 선고 2017다217847 판결(에르메스 눈알가방 사건)

명품 브랜드인 에르메스(HERMES)를 영업표지 및 상품표지로 사용하는 원고들은 원고들이 판매하는 세계적인 명품 가방인 켈리백(Kelly Bag) 및 버킨백(Birkin Bag)과 유사한 형

32) 손천우, 앞의 논문(각주 17), 1,011~1,012면.

태의 핸드백 전면에 피고의 도안(, , )을 부착한 가방을 생산하여 판매한 피고들의 행위가 (가)목, (다)목,³³⁾ (파)목의 부정경쟁행위 또는 불법행위에 해당한다는 이유로 부정경쟁행위 금지 및 손해배상 청구의 소를 제기하였다.

대법원은 원고들의 켈리백(Kelly Bag)과 버킨백(Birkin Bag)의 형태(원고 상품표지)의 주지·저명성을 인정하면서도 혼동의 우려가 없다는 이유로 (가), (다)목의 부정경쟁행위를

에르메스 제품	플레이노모어 제품
	
	

인정하지 않았다. 반면, 원고 상품표지가 일반 수요자들 사이에 차별적 특징으로

일반 수요자들 사이에 특정의 상품 출처로서의 식별력을 갖추게 되었으므로, 공공영역(publicdomain)에 속하는 것으로 보기 어렵고, ‘법률상 보호할 가치가 있는 이익’에 해당한다고 평가하고, 피고들이 원고 상품표지를 무단으로 사용하는 행위는 (파)목의 부정경쟁행위라고 판단함으로써 원심³⁴⁾을 파기하였

33) 가목 또는 나목의 혼동하게 하는 행위 외에 비상업적 사용 등 대통령령으로 정하는 정당한 사유 없이 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장, 그 밖에 타인의 상품 또는 영업임을 표시한 표지(타인의 영업임을 표시하는 표지에 관하여는 상품 판매·서비스 제공방법 또는 간판·외관·실내장식 등 영업제공 장소의 전체적인 외관을 포함한다)와 동일하거나 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하여 타인의 표지의 식별력이나 명성을 손상하는 행위.

34) 원심(서울고등법원 2017. 2. 16. 선고 2016나2035091 판결)은 원고 상품표지가 ‘원고들의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과’에 해당하지만, 피고들의 피

다.

(5) 대법원 2020. 7. 23. 선고 2020다220607 판결(BBQ 광고 콘티 사건)

광고대행 회사인 원고가 치킨배달업 가맹사업 회사인 피고와 마케팅업무대행 계약을 체결하고 그 이행 과정에서 피고에게 네이밍과 콘티 등의 결과물을 제출하였으나 피고가 그 제작비를 지급하지 않은 채 다른 광고대행 회사에 같은 광고용역을 주어 원고의 콘티에 의거하여 광고를 제작하고 원고가 제출한 네이밍에 따라 만들어진 제품 명칭으로 신제품을 출시하였다. 이에 원고는 피고

이 사건 콘티	피고 그레이의 콘티(올나 제5호증의4)
<p>웃은족 배달원의 강변시장을 뉘이시는 주인공</p> 	
<p>나자기 먹고있는 슈라이드 뉘이시는 주인공</p> 	
<p>죄뚜레 선 셰프 99년 키메리인 트레아노</p> 	

고를 상대로, 저작권 침해금지, 영업비밀 침해금지, (차)목 및 (파)목의 부정경쟁행위 금지 등을 청구하였다.

1심 법원은 저작물인 양 콘티 사이의 실질적 유사성과 원고 결과물의 영업비밀성 등을 부정하고 지적재산권법에 의하여 보호되지 않는

타인의 성과는 설령 그것이 재산적 가치를 가진다고 해도 자유로운 모방이 가능하다는 이유로 원고의 청구를 모두 기각하였으나,³⁵⁾ 항소심 법원은 네이밍과 콘티 등의 결과물이 원고

고들 제품 제작·판매행위가 공정한 거래질서 및 자유로운 경쟁질서에 비추어 정당화될 수 없는 ‘특별한사정’이 있다고 볼 수 없으므로, (파)목에 해당하지 않는다는 취지로 판단하였다.

의 경제적 가치 있는 정보이자 원고의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과라고 보고 (차)목 및 (파)목의 부정경쟁행위를 인정하였고,³⁶⁾ 대법원은 원심의 판단을 지지하였다.

(6) 대법원 2022. 4. 28. 선고 2021다310873 판결(구동장치 도면 사건)

피고는 원고가 상당한 투자와 노력을 기울여 독자적으로 개발한 구동장치를 구입하여 리프터 완제품을 제작, 판매하는 회사이다. 그런데 피고는 리프터 완제품의 ‘안정인증 서면심사’ 목적으로 원고에게 요청하여 전달받은 구동장치 도면 파일을 중국 업체에 제공하여 원고의 구동장치와 사양과 성능, 내·외관의 구조 등이 동일하거나 거의 유사한 구동장치를 제작하게 한 후 이를 수입하여 리프터 완제품을 제작·판매하였다. 이에 원고는 피고를 상대로 (자)목 또는 (차)목의 부정경쟁행위 금지 등 청구의 소를 제기하는 한편, 원고를 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률위반죄(영업비밀누설)로 고소하였다.

민사 1심 법원은 피고의 행위가 (자)목 또는 (차)목의 부정경쟁행위에 해당하지 않는다고 판단하였다.³⁷⁾ 현자 형사 사건에서 검사가 피고를 기소하였으나, 형사 1심 법원은 원고 구동장치 도면 파일의 영업비밀성을 부정하고 무죄를 선고하였다.³⁸⁾ 이후 민사 항소심 법원은 원고가 피고에게 구동장치 도면을 제공하면서 별다른 비밀보호 조치를 취하지 않았다고 하더라도 원고 구동장치 도면 파일은 원고가 상당한 투자와 노

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

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

37) 청주지방법원 2018. 2. 1. 선고 2016가합22728 판결.

38) 수원지방법원 2021. 1. 28. 선고 2020고정475 판결.

력을 기울여 얻게 된 성과에 해당한다고 보고, 원고가 피고에게 안정인증 서면심사 목적으로 도면 파일을 제공한 사정 등에 비추어보면, 피고가 원고 구동장치 도면 파일을 그 제공 목적을 넘어 이 사건 구동장치를 대체할 구동장치를 제작할 목적으로 이용함으로써 원고를 공급처에서 배제하는 것은 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 어긋난다고 판단하였고,³⁹⁾ 대법원은 이와 같은 원심 판단을 수긍하였다.

(7) 대법원 2022. 6. 16.자 2019마6625 결정 (이베리코 가맹점 사건)

채무자는 이베리코 돼지고기 음식점 가맹사업을 운영하는 채권자와 가맹계약을 체결하고 가맹점을 운영하던 중 해당 가맹계약을 해지한 후, 상호와 간판을 변경하였으나 영업시간 안내 표지, 벽에 걸린 LED 돼지 모형, ‘ㄷ’자 모형의 테이블, 원형 화로와 코브라 환풍기, 복분자 모형의 소금, 날치알 사각 주먹밥 등 채권자로부터 제공받은 인테리어, 메뉴 또는 세팅의 일부를 그대로 사용하였고 이에 채권자는 부정경쟁행위 금지 가처분을 신청하였다.

1심⁴⁰⁾과 항고심⁴¹⁾ 법원은 (파)목의 부정경쟁행위를 인정하였으나, 대법원은 원고 가맹사업의 종합적 이미지가 (파)목의 ‘상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등’에 해당하고 피고가 그 중 일부를 사용하였다고 할지라도, 피고가 새로운 노력(상호와 간판 그리고 내부 인테리어를 변경하고 최상급 이베리코 고기 사용을 표방함)을 통해 원고 가맹사업의 종합적 이

39) 대전고등법원(청주) 2021. 12. 1. 선고 2018나2289 판결.

40) 광주지방법원 2019. 6. 10.자 2019카합50244 결정.

41) 광주고등법원 2019. 10. 29.자 2019라1082 결정.

미지와 다른 이미지를 구축하였다면 그러한 피고의 행위는 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 타인의 성과를 무단으로 사용한 경우에 해당하지 않는다고 판단하였다.

Ⅲ. (파)목을 중심으로 한 부정경쟁방지법의 쟁점

1. (파)목의 법적 성격

(파)목의 개정이유에서 “새롭고 다양한 유형의 부정경쟁행위에 적절하게 대응하기 위하여 부정경쟁행위에 관한 보충적 일반조항을 신설”한 것이라고 밝히고 있음에도 불구하고 그 법적 성격에 관한 다양한 견해가 제시되어왔다. (파)목은 협의의 부정취득사용(misappropriation)에 관한 조항이라는 견해,⁴²⁾ 다른 부정경쟁행위 조항과 무관한 독자적인 조항이라는 견해,⁴³⁾ 보충적 선택적 일반조항이므로 다른 부정경쟁행위와 결합적용이 인정되지 않는다는 견해⁴⁴⁾ 등이 그것이다.

하지만, 2020년 대법원이 (파)목에 관한 일련의 판결에서 “(카)목은 구 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(2013. 7. 30. 법률 제11963호로 개정되기 전의 것)의 적용 범위에 포함되지 않았던 새로운 유형의 부정경쟁행위에 관한 규

42) 나종갑, “성과 ‘모방’ 도그마와 부정경쟁방지법 제2조 제1항 (카)목의 적용범위 - 서울연인단팔뿔사건을 중심으로”, 산업재산권, 제62호(2020), 155면.

43) 최승재, “제품의 형태와 색채 모방행위와 부정경쟁행위에 대한 소고 - 비아그라 판결과 세레타이드 판결을 중심으로 -”, 상사판례연구, 제30권 제2호(2017), 212면.

44) 문선영, “부정경쟁행위 일반조항에 관한 주요 법적 쟁점 연구”, 과학기술법연구, 제22집 제1호(2016. 2), 85면; 김원오, “부정경쟁방지법상 신설된 일반조항의 법적 성격과 그 적용의 한계”, 산업재산권, 제45호(2014), 273면.

정을 신설함으로써, 새로이 등장하는 경제적 가치를 지닌 무형의 성과를 보호하고, 입법자가 부정경쟁행위의 모든 행위를 규정하지 못한 점을 보완하여 법원이 새로운 유형의 부정경쟁행위를 좀 더 명확하게 판단할 수 있도록 함으로써, 변화하는 거래관념을 적시에 반영하여 부정경쟁행위를 규율하기 위한 보충적 일반조항이다.”라고 실시한 후, 학설은 대체로 (파)목의 법적 성격을 보충적 일반조항으로 보면서, 그 적용범위가 지나치게 확대되지 않도록 요건의 해석과 적용에 신중을 기하여야 한다는 입장으로 정리되었다.⁴⁵⁾

한편, (파)목을 경쟁법으로 이해하는 견해도 존재하나,⁴⁶⁾ 불법행위 책임을 인정한 네이버 광고 사건 판결을 입법화한 경위에 비추어보면 불법행위책임이라는 것이 명백하므로 그 입법 취지를 살려 그 해석에 있어서도 일반 민법상 불법행위 이론에 기초한 해석론이 필요하다.⁴⁷⁾

2. (파)목의 보호대상

(파)목이 신설된 직후부터 그 보호대상에 관하여 많은 논란이 이어졌다. 이는 앞서 본 (파)목의 법적 성격과도 관련된 논쟁이다. 최근 대법원 판결을 통해 (파)목의 법적 성격은 어느 정도 정리된 것과 달리 (파)목 보호대상에 관한 논쟁은 여전히 현재 진행형이다. 이러한 논쟁의 배경에는 새로운 유형의 부

45) 문선영, “부정경쟁방지법상 ‘기타 성과 등 무단사용행위’에 대한 비판적 고찰- 최근 선고된 판례 및 주요 쟁점 검토를 중심으로 -”, *The Journal of Law & IP*, 제12권 제1호(2022), 130면.

46) 나종갑, “부정경쟁방지법의 본질론과 무임승차 행위의 한계” *산업재산권*, 제53호(2017. 8.), 40면.

47) 최호진, “개정 부정경쟁방지법 (차)목 및 (카)목의 해석·적용에 관한 고찰”, *인권과 정의*, 통권 476호(2018. 9.) 10~11면.

정경쟁행위에 대한 탄력적이고 효율적인 규제를 목적으로 하는 (파)목의 적용범위가 무한히 확장될 수 있다는 우려가 자리잡고 있다.

특허법은 특허 등록된 발명(자연법칙을 이용한 기술적 사상의 창작으로서 고도한 것)을, 상표법은 등록된 상표(자기의 상품과 타인의 상품을 식별하기 위하여 사용하는 표장)를, 저작권법은 인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물을 그 보호대상으로 한다. 즉, 특허법, 상표법, 저작권법과 같은 권리부여형 제도에서는 그 ‘보호대상’이라는 것이 명확하다. ‘보호대상’이라는 용어는 (파)목이 다른 지적재산권법과 같이 어떤 특정한 유무형의 결과물을 보호하는 목적을 가진 조항이라는 오해를 불러일으킨다. 즉, 기존 지적재산권에서 사용되던 ‘보호대상’이라는 용어는 특정한 대상(트레이드 드레스, 퍼블리시티권, 주지성 없는 표장, 데이터 등)이 (파)목에 의해 보호되지 여부에 관한 문제에 천착하게 하는 동기로 작용한다. 그렇다면 (파)목은 그것으로 보호되는 특정한 불변의 ‘보호대상’이라는 것이 있는가?

헌법재판소는 “부정경쟁방지법은 유통시장에서 널리 알려진 상표·상호 등의 영업표지와 혼동이 생길 염려가 있는 행위를 개별·구체적 사안에 따라 금지하여 공정한 경업질서를 유지하고자 하는 행위규제형 입법인 데 비해, 상표법은 상품 및 서비스에 관한 상표의 등록이라고 하는 절차적 수단을 통해 독점적인 사권을 창설함으로써 1차적으로 등록상표권자의 사익을 보호하는 권리부여형 입법이라는 차이가 있으며, 이러한 차이는 양법의 보호대상 및 방법에 관한 차이를 수반한다. 우리 상표법은 특정 표지가 널리 알려진 것인지 여부를 묻지 않고 등록이라는 절차만 밟으면 독점권을 부여하므로 등록대상

이 한정된다. 즉, 보호가치에 대한 실질적 심사의 과정 없이 등록이라는 절차만으로 독점적 보호가 가능한 우리 상표법에서 상표의 등록대상이 되려면 식별력이라는 보호요건을 갖춘 것이어야 한다. 이에 비하여 부정경쟁방지법은 주지된, 즉 널리 알려진 표지와 혼동이 생길 염려가 있는 행위를 개별·구체적으로 규제하는 것이기 때문에 보호대상보다는 규제대상을 한정하는 것이 문제로 된다. 그리고 이러한 규제를 통해 부정경쟁방지법이 보호하는 보호대상이 되기 위해서는 등록을 필요로 하지 않는다. 상표법에서는 보호되지 않는 표지도 부정경쟁방지법에 따른 보호는 받을 수 있는 것이다.’라고 하여 권리부여형 제도인 상표법과 행위규제형 제도인 부정경쟁방지법의 차이를 설시한 바 있다(헌법재판소 2015. 2. 26. 선고 2013헌바73 전원재판부 결정).

권리부여형 제도에서의 ‘침해’는 명확한 ‘보호대상’이 존재하고 침해자의 침해행위가 그 보호범위에 속하는지 판단하는 문제이다. 반면, 행위규제형 입법인 (과)목의 부정경쟁행위를 했는지 여부 즉, ‘위반’은 법률이 정한 규제대상 행위인지 여부를 판단하는 문제로서 ‘위반’에 해당하는 경우 그 위반 행위의 대상이 된 유무형의 결과물이 결과적인 ‘보호대상’이 된다.

권리부여형 제도에 익숙한 ‘보호대상’이라는 용어를 사용하는 경우 (과)목의 판단에 있어서도 ‘보호대상’ 즉, ‘상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과’의 범위를 확정하고 그 범위에 포함되지 않는 대상은 애초에 (과)목의 적용을 배제함으로써 (과)목의 적용범위를 제한하려는 경향을 보일 수 있다. 하지만 “타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는

행위“를 부정경쟁행위로 규정한 (과)목이 특정한 행위를 규제하는 조항이라는 사실에 집중하면, ‘상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과’가 다른 요건들과 무관하게 독자적으로 (과)목의 보호대상을 결정하는 요건이라기 보다는 다른 요건들과의 함께 (과)목이 규제하는 부정경쟁행위인지 여부를 판단하는 고려요소 중 하나라고 보는 것이 타당하다. 예를 들어, 동일한 성과라고 할지라도 이를 무단 사용하는 행위에 대한 평가에 따라 (과)목의 부정경쟁행위가 성립할 수도, 성립하지 않을 수도 있다.

위와 같이 (과)목을 ‘보호대상’의 측면이 아닌 ‘규제대상’의 측면에서 바라보면, ‘상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과’의 종류나 범위에 제한을 둘 필요성은 낮아지고 ‘법률상 보호할 가치가 있는 이익’의 탐구 및 ‘공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법’과 ‘자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위’에 주목할 수 있게 된다. 이 경우 ‘성과’의 범위에 제한을 두지 않더라도 행위 규제 형식의 입법 취지에 맞게 ‘성과’ 및 이를 무단으로 이용하는 ‘행위’에 대한 평가를 통해 ‘규제대상’ 행위로서 (과)목의 적용범위를 합리적으로 제한할 수 있다.

그렇다면, (과)목의 보호대상이라는 것은 그 무단 사용 행위를 부정경쟁행위로부터 보호해야 할 필요가 있는 최소한의 기준을 만족하는 대상적격으로 이해할 수 있는데, 이러한 보호객체의 범위를 한정하는 구성요건이 바로 ‘타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등’이다.⁴⁸⁾ 불법행위 법리 및 에르메스 눈알가방 사건에서 대법원 설시⁴⁹⁾를 참고하면 이와 같은

48) 김원오, 앞의 논문(각주 31), 277면.

49) 대법원 2020. 7. 9. 선고 2017다217847 판결 (“이 사건 상품표지는 국내에서 계속적·독점적·배타적으로 사용되어 옴으로써 전면부와 측면부의모양, 손잡이와

(파)목 적용의 대상적격은 ‘법률상 보호할 가치 있는 이익’으로서 ‘공공영역에 속하지 않은 것’이라고 볼 수 있다. 다만 부정경쟁방지법은 건전한 거래질서를 유지함을 목적으로 하므로, 법률을 위반하여 불법적으로 수집한 정보 등과 같이 법질서에 반하거나 공정한 경쟁질서에 반하는 성과물은 포함되지 않는다.⁵⁰⁾

3. (파)목의 적용범위

1) (파)목의 지위에 관한 논란

(파)목은 입법 직후부터 기존 (가)목에서 (자)목의 다른 부정경쟁행위 및 특허권이나 상표권 등과 같은 다른 지적재산권과의 관계(특히, 다른 부정경쟁행위나 다른 지적재산권 침해에 해당하지 않는 행위와의 관계)에 관한 논란을 불러일으켰다. 이는 피고의 행위가 (파)목 이외의 다른 부정경쟁행위 유형에 해당하거나 다른 지적재산권의 보호대상인 경우에는 (파)목의 적용이 배제되어야 하는지(보충성)의 문제⁵¹⁾로서, (파)목이 법적 성격과도 관련된다.

(파)목의 적용범위를 획정하는 데는 부정경쟁방지의 대상

핸드백 몸체 덮개의 형태, 벨트 모양의 가죽 끈과 링 모양의 고정구 등이 함께 어우러진 차별적 특징으로 일반 수요자들 사이에 특정의 상품 출처로서의 식별력을 갖추게 되었으므로, 공공영역(publicdomain)에 속하는 것으로 보기 어렵고, ‘법률상 보호할 가치가 있는 이익’에 해당한다고 평가할 수 있다.”)

50) 최정열·이규호, 「부정경쟁방지법」, 진원사(2015), 209면.

51) 다른 부정경쟁행위나 다른 지식재산권법에서 정한 침해행위에 해당되지 않기 때문에 (카)목이 인정되어서는 안 된다는 주장을 보충성의 문제로, 다른 부정경쟁행위에 해당될 여지가 있으므로 (카)목이 인정되어서는 안 된다고 주장을 중복적용의 문제로 구분하기도 한다[손천우, 앞의 논문(각주 17), 1014면].

영역이 넓어지면 우리 헌법이 추구하는 경제질서의 근본원칙인 ‘자유경쟁’이 필연적으로 좁아지게 된다는 근본적 문제의식(기존의 지식재산권법으로 금지되는 대상 아님에도 부정경쟁행위로 규제되는 영역의 증가)이 필요하다고 한다고 한다.⁵²⁾ 이에 따라 다른 부정경쟁행위에 해당하거나 다른 지적재산권으로 보호되는 대상에 대해서는 (파)목의 적용이 배제되어야 한다는 주장이 강하게 대두되었고 이러한 주장은 일련의 하급심 판결들⁵³⁾에 의해 지지된 것처럼 보이기도 했다. 이러한 일련의 판결에 대해 (파)목의 적용범위를 해석에 의해 제한하려는 시도로 평가하기도 한다.⁵⁴⁾

다만 실무적으로 볼 때, 과거 하급심 판결들이 다른 부정경쟁행위에 해당하거나 다른 지적재산권으로 보호되는 대상에 대해서는 (파)목의 적용이 배제되어야 한다거나 (파)목의 적용을 위해 ‘특별한 사정’을 요구했던 것은 (파)목이 부정경쟁행위로 도입된 후 그에 관한 법리가 제대로 정착되기 전이라는 사정

52) 이규홍, “부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목(변경 후 카목)에 대한 연구- 부정경쟁행위와 불공정거래행위의 교차점 -”, 정보법학, 제22권 제2호(2018), 80면.

53) 서울고법 2014. 12. 4. 선고 2014나2011480 판결(확정)(“피고가 광고에 사용한 이 사건 공모전 사진은 이 사건 사진저작물과 실질적 유사성이 인정되지 아니하므로 원칙적으로 이를 자유롭게 사용할 수 있는 것이다. 원고는 이 사건 공모전 사진이 이 사건 사진저작물을 ‘모방’ 하였음을 전제로 (카)목[구 (차)목]의 적용을 구하나, 실질적 유사성이 인정되지 아니하는 형태의 ‘모방’ 행위는 저작권법에 의해 허용되는 것이고, (카)목은 한정적으로 열거된 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)-(자)목 소정의 부정경쟁행위에 대한 보충적 규정일 뿐 저작권법에 의해 원칙적으로 허용되는 행위까지도 규율하기 위한 규정은 아니라고 보아야 한다. 나아가 피고의 이 사건 공모전 사진의 사용행위가 마이클 케나 또는 원고에 대한 관계에서 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반한다고 볼 만한 사정도 찾아 볼 수 없다.”); 서울서부지법 2014. 7. 24. 선고 2013가합32048 판결; 서울고법 2015. 1. 30. 선고 2014나2006129 판결; 서울고법 2017. 5. 12. 선고 2016나210315, 210322 판결(대법원 2017. 8. 31.자 2017다21022 심리불속행 기각판결로 확정되었다).

54) 이규홍, 위 논문(각주 38), 80면.

과 맞물려 대부분의 원고가 예비적 청구원인으로서 (파)목의 부정경쟁행위를 주장하면서도 사실상 주위적 청구에 관한 증명 이외에 (파)목의 요건에 대한 주장, 증명을 제대로 하지 않은 상태에서 법원이 (파)목의 적용 여부를 판단해야 하는 그야말로 ‘특별한 사정’도 있었던 것으로 보인다.

2) (파)목의 보충성 문제

(파)목의 보충성을 엄격하게 적용해야 한다는 견해는 다른 부정경쟁행위나 다른 지적재산권에 대한 정한 침해행위가 성립하지 않은 경우에는 (타)목의 부정경쟁행위도 부정되어야 한다는 입장이다. 예를 들어, 그 형태가 갖추어진 날로부터 3년이 지난 상품형태는 (자)목의 적용대상이 될 수 없고 공공영역에 속하게 되므로 (파)목의 적용여지 또한 없다는 것이다.⁵⁵⁾ 하급심 판결(나이키 운동화의 형태모방이 문제된 사건) 중에도 (자)목의 보호기간 이후의 형태모방 행위에 대해서는 자유로운 이용이 허용되는 상품형태의 모방이라는 이유로 (파)목의 적용을 부정한 사례가 있다.⁵⁶⁾

그런데, 만약 형태가 갖추어진 날로부터 3년이 지난 상품형태에 대해 디자인권이 등록되어 있다면 어떨까? 당연히 그 상품형태는 공공영역에 있다고 할 수 없고, 그 형태가 갖추어진 날로부터 3년이 지난 상품형태의 경우에도 디자인권으로 보호된다. 디자인권이 아니더라도, 만약 위 상품형태가 (가)목의 주지성 또는 (다)목의 저명성을 갖추었다면 피고의 행위태양

55) 나종갑, “부정경쟁방지법 제2조 제1호 카목은 사냥허가(hunting license)인가? - 소위 ‘눈알가방’ 사건과 관련하여”, 지식재산연구, 제15권 제4호(2020. 12), 168면.

56) 서울중앙지방법원 2015. 6. 10. 선고 2013가합55638, 2014가합546662 판결.

에 따라 (가)목 또는 (다)목으로 규제되는 부정경쟁행위에 해당할 수 있다. (파)목의 보충성을 엄격하게 적용해야 한다는 견해도 위와 같은 경우 디자인권에 의한 보호 또는 (가)목 또는 (다)목에 의한 규제를 부정할 수는 없다.

결국 (파)목의 보충성을 엄격하게 적용해야 한다는 견해의 논리에는 명시적으로 드러나지 않은 중요한 전제가 있다. 애초에 (파)목의 독자적인 성격을 인정하지 않거나, 해당 사안에서 적용이 부정된 다른 부정경쟁행위(또는 침해가 부정된 다른 지적재산권) 이외에 그와 구별되는 성과로서의 유무형의 가치 및 (파)목이 요구하는 피고 행위의 위법성에 관한 주장, 증거가 추가되지 않는다는 전제가 바로 그것이다. 나이키 운동화의 형태모방이 문제된 사건에서 “부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목57)은 (가) 내지 (자)목에 규정하고 있는 행위유형과는 다른, 종래의 지식재산권 관련 제도 내에서는 예상할 수 없어 기존 법률로는 미처 포섭할 수 없었던 유형의 행위로서 (가) 내지 (자)목의 부정경쟁행위에 준하는 것으로 평가할 수 있는 행위를 규율 대상으로 하는 것이라고 해석함이 상당”하다는 하급심 판결의 실시58)는 원고가 (자)목의 요건 이외에 그와 구별되는 성과로서의 유무형의 가치 및 (파)목이 요구하는 피고 행위의 위법성에 관한 추가적인 주장, 증거를 한다면 (파)목이 적용될 수 있는 가성을 남겨 놓았다. 엄밀한 의미에서 위와 같은 판결들은 (자)목의 보호기간 이후의 형태모방행위에 대해서는 자유로운 이용이 허용되는 상품형태의 모방

57) 현재의 (파)목.

58) 어떤 행위가 (파)목의 규제대상이 되기 위해 “(가) 내지 (자)목의 부정경쟁행위에 준하는 것으로 평가할 수 있는 행위” 이어야 한다는 실시 부분은, (파)목에 명문으로 존재하지 않는 요건이고, (파)목 이외의 (가)목 내지 (타)목의 부정경쟁행위가 모두 다른 부정경쟁행위들에 준하는 행위이거나 그 위법성이 동등한 것이라고 볼 수 있는지 의문이라는 점에서 논쟁의 여지가 있다.

이므로 (파)목의 적용이 부정되어야 한다는 견해와는 다르다. 한편, 다른 부정경쟁행위나 다른 지적재산권에 대한 침해행위가 성립하지 않은 경우에는 (타)목의 부정경쟁행위도 부정되어야 한다는 견해는 실무적으로도 그 합리적인 적용을 기대하기 어렵다. 어떤 행위가 (파)목의 규제대상인인 여부는 그 요건에 따라 객관적으로 결정되어야 하는 것이지 원고가 (파)목 이외에 다른 어떤 부정경쟁행위 또는 다른 지적재산권 침해를 주장했는지가 (파)목의 적용 여부에 영향을 미칠 수는 없기 때문이다. 즉, 보충성을 엄격히 적용해야 한다는 견해에 따를 경우, 만약 원고가 피고의 행위에 대해 (파)목의 부정경쟁행위만을 주장하더라도 법원은 원고의 명시적인 주장이 없음에도 불구하고 피고의 행위가 (파)목 이외의 다른 부정경쟁행위 유형과 다른 것인지 및 다른 지적재산권법이나 콘텐츠진흥법 등의 다른 법률에 의해 보호 또는 규제되지 않는 대상인지를 모두 살펴, (파)목의 적용 여부를 결정해야 한다는 결론에 이를 수밖에 없으나 이와 같은 실무를 기대하기도 어렵고 타당하지도 않다.

결국, 다른 부정경쟁행위의 유형이나 다른 지적재산권의 보호대상에 대해 특별한 근거 없이 그것이 성과라고 주장하며 (파)목의 적용을 주장하는 경우와, 다른 부정경쟁행위의 유형이나 다른 지적재산권의 보호대상과 구별되는 ‘법률상 보호할 가치 있는 이익’을 검토하고 ‘공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법’과 ‘자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위’라는 (파)목의 요건에 관한 주장, 증명을 하는 경우는 구별된다. 후자의 경우 다른 부정경쟁행위의 유형이라거나 다른 지적재산권에 대한 침해가 부정된다고 하여 (파)목의 적용까지 당연히 배제된다

고 볼 수는 없다.

3) (파)목이 적용될 수 없는 불법행위 영역의 존재 여부

(카)목의 제정 전까지는 민법상 불법행위 영역으로 해결해야 하는 부분들이 상당히 있었지만, (카)목의 시행으로 부정경쟁행위의 범위가 넓어짐에 따라 민법상 불법행위로 해결해야 할 영역은 줄어들게 되었다.⁵⁹⁾ (파)목 신설 이후 부정경쟁방지법에서 정하고 있지 않은 새로운 행위유형의 부정경쟁행위에 대하여 민법상의 불법행위로 의율하기 위해서는 그와 같은 부정경쟁행위가 (가)목 내지 (카)목에서 정한 부정경쟁행위에 준하는 것으로 평가될 수 있어야 할 것이라는 견해가 있다.⁶⁰⁾



(파)목에 해당하는 부정경쟁행위에 대하여는 특별법인 부정경쟁방지법이 우선 적용되므로 당사자가 굳이 민법상의 불법행위만을 주장하지 않는 이상 민법이 적용될 여지는 거의 없게 되었다. 다만, (파)목의 적용이 부정되는 경우에도 최후의 보루로 민법 불법행위 책임이 존재한다는 사실은 법적 보호의 필

요성은 인정되나 다른 법규적용이 애매한 문제들을 모두 모아 (파)목으로 해결하려는 성급한 해석론을 방지하는 역할을 할

59) 손천우, 앞의 논문(각주 17), 1,003면.

60) 박정희, “부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목의 적용범위”, 특허법원 개원 20주년 기념논문집: 특허소송연구 특별호(2018), 854-855면; 서울중앙지방법원 2013가합552431 판결 등에서 부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목의 부정경쟁행위에 해당하기 위해서는 가목 내지 자목의 부정경쟁행위에 준하는 것으로 평가할 수 있는 행위여야 한다고 밝힌 것과 같은 논리라고 한다.

수 있다.⁶¹⁾

4. (파)목의 적용 사례로 본 쟁점

1) 혼동이 부정된 주지상표 사용행위에 대한 (파)목 적용

에르메스 눈알가방 사건에서 대법원은 혼동의 우려가 없다는 이유로 (가)목 및 (다)목의 부정경쟁행위를 부정하였음에도 불구하고 (파)목의 부정경쟁행위를 인정하였다. 이와 같은 대법원 판결에 대해, 해당 사건에서 (가) 및 (다)목의 부정경쟁행위에 해당되지 않음에도 (파)목에 의해 다시 규율할 만한 위법성이 있다고 보이지 않는다는 비판⁶²⁾이나 눈알가방 사건의 피고 가방은 (가)목과 (다)목이 소극적으로 규정한 공공영역에 속하는 것이고 피고는 식별표지가 아닌 단지 가방의 디자인으로 사용한 것이며 시장의 차이로 상품의 대체나 혼동이 발생하지 않았다는 비판⁶³⁾이 제기된다. 그런데, 해당 사안에서 대법원이 피고가 원고의 주지성 있는 상품표지를 식별표지로 사용하였다는 이유만으로 (파)목의 부정경쟁행위를 인정하였다고 보기 어렵다는 점을 감안하면 위와 같은 비판이 타당한지는 의문이 있다.

(가)목의 규제대상은 타인의 주지성 있는 상품표지와 동일하거나 유사한 것을 사용하는 등의 방법으로 타인의 상품과 혼동하게 하는 행위다. 이때, ‘타인의 상품과 혼동하게 하는 행위’에는 현실적으로 상품의 출처에 관한 혼동을 초래하는 행위뿐만 아니라 혼동을 초래할 우려가 있는 행위도 포함되

61) 이규홍, 앞의 논문(각주 38), 81면.

62) 문선영, 앞의 논문(각주 32), 161면.

63) 나종갑, 앞의 논문(각주 41), 165, 168, 178면.

며, 그에 해당하는지 여부는 상품표지의 주지성과 식별력의 정도, 표지의 유사 정도, 사용 태양, 상품의 유사 및 고객층의 중복 등으로 인한 경엽·경합관계의 존부, 그리고 모방자의 악의(사용의도) 유무 등을 종합하여 판단한다.⁶⁴⁾ 즉, (가)목은 주지성 있는 상품표지와 혼동을 야기함으로써 경쟁자의 이익을 침해하는 행위를 규제하는 조항이지 그 외의 행위를 허용하는 조항이 아니다. 즉, 혼동의 우려가 없는 방식으로는 타인의 주지성 있는 상품표지를 어떤 방식으로든 자유롭게 사용할 수 있도록 하는 것이 (가)목의 취지라고 볼 수는 없다.

경쟁자의 주지성 있는 가방 제품 외관을 무단으로 차용함으로써, 혼동으로 인해 침해될 수 있는 경쟁자의 이익과는 다른 종류의 경제적 이익이 침해되고 그러한 경제적 이익이 ‘법률상 보호할 가치가 있는 이익’이라면, (가)목의 부정경쟁행위가 부정되었다는 사정은 (파)목의 부정경쟁행위인지 여부 판단에 영향을 미치지 않는 것이 타당하다고 본다. 가방의 디자인권이 등록되어 있는 경우에는 (가)목과 별도로 보호받아야 할 법률상 이익이 존재하므로 혼동의 우려가 없다고 하여 디자인권 침해를 부정할 수 없는 것과 다를 바 없는 논리이다. 하나의 동일한 대상이라도 그 적용 국면 또는 속성을 달리하여 특허권, 상표권, 디자인권, 저작권 등 다양한 측면의 권리가 공존할 수 있듯이, 상당한 투자와 노력으로 만들어진 하나의 성과에도 보호받을 수 있는 다양한 법률상 이익 내지 경제적 가치가 내포될 수 있다.

에르메스 눈알가방 사건의 판결에서 “원고들은 켈리 백과 버킨 백의 공급량을 제한해왔는데, 이와 유사한 형태의 피고들 제품이 판매되면서 점차 이 사건 상품표지의 희소성을 유

64) 대법원 2012. 12. 13. 선고 2011도6797 판결 등.

지하는 데 장애요소가 될 수 있다. 또한 피고들이 원고들과 동일한 종류의 상품인 피고들 제품을 국내에서 계속 생산·판매하게 되면 원고들 제품에 대한 일부 수요를 대체하거나 원고들 제품의 희소성 및 가치 저하로 잠재적 수요자들이 원고들 제품에 대한 구매를 포기할 가능성이 높아진다는 점에서 원고들의 경제적 이익을 침해한다고 볼 수 있다.”는 설시에 따르면, 대법원은 상당한 투자와 노력으로 만들어낸 성과에 체화되어 있는 ‘가방의 희소가치’ 및 그에 따른 ‘고객흡인력’을 침해된 경제적 이익으로 보고 이러한 이익은 (가)목의 부정경쟁행위로 침해되는 이익과는 구별되는 이익이라고 판단한 것이라는 해석도 가능하다.

혼동이 부정된 주지상표 사용행위에 (파)목의 적용을 긍정한 대법원 판결의 취지를 위와 같이 이해한다면, 경제적 이익 침해에 관한 판단이나 피고의 행위가 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법인지에 관한 판단의 당부를 별론으로 하고, (가) 및 (다)목의 부정경쟁행위에 해당되지 않는 행위에 (파)목의 부정경쟁행위를 인정한 대법원의 판단이 전혀 수긍할 수 없는 것은 아니다.

에르메스 눈알가방 사건 이후, 이번에는 원고 영업표지인 ‘해운대암소갈비집’의 주지성이 부정되어 (나)목의 부정경쟁행위를 인정할 수 없는 사건에서 서울고등법원은 “수요자들의 객관적인 인식을 기준으로 위와 같은 주지성·저명성을 취득하였다고 단정하기 어려운 상품·영업표지의 경우에도, 상품·서비스와 관련하여 축적된 명성·신용·고객흡인력·품질에 대한 신뢰도가 주지성·저명성을 갖춘 상품·영업표지에 못지않은 ‘법률상 보호할 가치가 있는 이익’을 갖는 경우가 있을 수 있다.”는 전제 하에 “원고 영업표지는 원고가 원고

식당과 관련하여 55년 이상 동안 축적한 명성·신용·고객흡인력·품질에 대한 신뢰도가 화체된 재산적 가치를 갖는 것으로서 ‘법률상 보호할 가치가 있는 이익’에 해당한다고 평가”하고, 피고가 원고 식당의 명성·신용·고객흡인력·품질에 대한 신뢰도에 무단으로 편승하기 위해 원고 영업표지와 완전히 동일한(=모방의 정도가 강한) 영업표지를 사용하여 수요자들의 혼동을 유발한 행위가 (과)목적의 부정경쟁행위에 해당한다고 판결하였다.⁶⁵⁾ 해운대 암소갈비 사건의 판결에서 법원은 (과)목적의 법률상 보호할 가치 있는 이익이 인정되는 성과에 대한 법적 보호의 필요성 및 강도와 행위자의 무단 사용이 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 정도를 상호 대비하여 (과)목적의 요건을 판단할 수 있다는 판단기준을 제시하였다.⁶⁶⁾

2) 영업비밀 침해가 부정된 행위에 대한 (과)목적 적용

에르메스 눈알가방 사건 판결에 대한 비판과 유사한 비판이 구동장치 도면 사건에 대해서도 가능하다. 구동장치 도면의 경우 도면에 담긴 기술정보를 사용한다는 점에서 영업비밀의 사용이나 (과)목적의 사용으로 침해되는 경제적 이익에는 차이가 없다. 따라서 대상 정보의 영업비밀성이 부정되어 영업비밀 침해행위로 의율하지 못하는 행위를 (과)목적의 부정경쟁행위로 볼 수 있는지의 문제가 제기될 수 있다.

(과)목적은 타인이 상당한 투자와 노력으로 만들어낸 성과를 사용하는 모든 행위를 규하는 것이 아니라, “공정한 상거래 관

65) 서울고등법원 2020. 10. 22. 선고 2019나2058187 판결(대법원 2021. 3. 11. 선고 2020다287266 심리불속행 기각판결로 확정되었다).

66) 손천우, 앞의 논문(각주 17), 1,031면.

행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용”하는 행위를 규제한다. 상당한 투자와 노력으로 만들어낸 성과라고 하더라도, 영업비밀성이 상실된 정보를 통상적인 방법으로 취득하여 사용하는 행위는 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반한다고 보기 어렵다. 반면, 영업비밀성이 상실된 정보라고 하더라도 그 취득 및 사용 경위에 비추어볼 때 계약상 의무나 신의칙에 반하는 행위인 경우⁶⁷⁾에는 “공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법”으로 볼 수 있다.

구동장치 도면 사건의 구체적인 사실관계를 보면, 원고로부터 구동장치를 구입하여 완제품을 제조하던 피고가 완제품의 ‘안전인증 서면심사’ 목적으로 취득한 원고의 구동장치 도면을 원고의 구동장치를 대체할 목적으로 중국업체에 제공하여 원고의 구동장치와 사양과 성능, 내·외관의 구조 등이 동일하거나 거의 유사한 구동장치를 제작하는데 사용하고, 원고와의 거래관계를 종료한 것은 계약상 의무나 신의칙에 반하는 행위로서, 원고의 성과를 “공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써” 원고의 경제적 이익을 침해하였다고 평가할 수 있다. JTBC 출구조사 방송 사건⁶⁸⁾과 BBQ 광고 콘티 사건⁶⁹⁾에서도 법원은 피고가 사용한 원고 정보의 영업비밀성이 부정되었음에도 불구하고 (과)목의 부정경쟁행위를 인정한 바 있다.

67) 박성호, “저작권법에 의한 보호가 부정되는 경우 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제1호 (차)목의 적용범위”, 한양법학, 통권 61호, 100면. (“특별한 사정’ 이 인정되는 행위유형은 ① 타인의 성과물에 대한 직접적 모방, ② 선행자와의 계약상 의무나 신의칙에 반하는 양태의 모방, ③ 부정한 수단에 의하여 정보를 취득한 양태의 모방 등을 말한다.”)

68) 대법원 2017. 6. 15. 선고 2017다200139 판결.

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

3) 트레이드 드레스와 (파)목

미국 판례법에 의하여 그 법리가 발전된 트레이드 드레스는 ① 본질적으로 식별력이 있거나(inherently distinctive), 2차적 의미(secondary meaning, 사용에 의한 식별력)를 획득함으로써 식별력이 있고, ② 비기능적(non-functional)이며, ③ 트레이드 드레스에 의하여 침해자의 상품 출처에 관하여 소비자에게 혼동의 가능성(likelihood of confusion)을 야기한다는 요건을 갖춘 경우에 보호될 수 있다.⁷⁰⁾

2018. 4. 17. 부정경쟁방지법 일부개정을 통해 트레이드 드레스(영업제공 장소의 전체적인 외관)가 (나)목의 영업표지에 포함되었지만, 상품의 형태와 유사한 기준⁷¹⁾이 적용될 수밖에 없는 영업제공 장소의 전체적인 외관이 (나)목의 주지성을 갖추기는 쉽지 않다. 앞서 본 해운대 암소갈비 사건의 1심 법원은 55년간 사용된 트레이드 드레스로서 영업표지의 주지성을 부정하였다.⁷²⁾ 법률 개정에도 불구하고 트레이드 드레스라는 성과모방에 대한 규제가 여전히 (파)목에 기댈 수밖에 없는 이유다.

2018. 4. 17. 부정경쟁방지법 개정 이전의 사례이기는 하나,⁷³⁾ 전술한 소위 단팔빵 매장 사건에서 서울고등법원⁷⁴⁾은

70) 서울중앙지방법원 2014. 11. 27. 선고 2014가합524716 판결.

71) 상품의 형태는 디자인권이나 특허권 등에 의하여 보호되지 않는 한 원칙적으로 이를 모방하여 제작하는 것이 허용되며, 다만 예외적으로 어떤 상품의 형태가 장기간의 계속적·독점적·배타적 사용이나 지속적인 선전광고 등에 의하여 그 형태가 갖는 차별적 특징이 거래자 또는 수요자에게 특정한 품질을 가지는 특정 출처의 상품임을 연상시킬 정도로 현저하게 개별화된 경우에만 부차적으로 자타 상품의 식별력을 가지게 되고 이러한 경우 비로소 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목 소정의 ‘기타 타인의 상품임을 표시한 표시’에 해당되어 같은 법에 의한 보호를 받을 수 있다(대법원 2001. 10. 12. 선고 2001다44925 판결 등 참조).

72) 서울중앙지방법원 2019. 11. 21. 선고 2019가합526830 판결.

원고 매장의 간판, 내부인테리어 등을 포함한 원고 영업의 종합적인 이미지를 원고의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과에 해당한다고 보고, 피고들이 원고 매장의 표장 등 구성요소들을 모방하여 이를 그대로 채택하거나 일부 글자 등만 변형하여 피고 매장에 사용함으로써 소비자들로 하여금 원고 매장과 동일하거나 매우 유사한 느낌을 갖도록 한 행위는 원고가 이룩한 성과를 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 피고들의 영업을 위하여 무단으로 사용하는 행위에 해당한다고 판단하였다. 이러한 법원의 판단에 대해, (파)목은 협의의 부정취득사용(misappropriation)에 관한 조항으로, 허위표시(misrepresentation)를 기본으로 하는 트레이드 드레스 보호에 적용하기에는 부적절한 조항이라는 견해가 있다.⁷⁵⁾ 이러한 비판은 (파)목을 사실상 일반조항처럼 해석하여 그 적용범위가 지나치게 확장되는 것을 우려하는 입장이다.

최근 대법원은 이베리코 가맹점 사건⁷⁶⁾에서 피고가 새로운 노력을 통해 원고 가맹사업의 종합적 이미지와 다른 이미지를 구축하였다면 그러한 피고의 행위는 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 타인의 성과를 무단으로 사용한 경우에 해당하지 않는다 판단함으로써 트레이드 드레스에 대한 (파)목의 적용을 제한한 바 있다. 이러한 대법원 판결은 부정경쟁행위의 규제와 헌법이 추구하는 경제질서의 근본원칙인 ‘자유경쟁’ 사이의 합리적인 균형이라는 관점에서 타인의 트레이드 드레스를 차용에 있어서 공정한

73) 개정 이전에도 트레이드 드레스도 주지성 있는 영업표지가 될 수 있다는 견해가 있었다.

74) 서울고등법원 2016. 5. 12. 선고 2015나2033777 판결.

75) 나종갑, 앞의 논문(각주 29), 155면.

76) 대법원 2022. 6. 16.자 2019마6625 결정.

상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법에 관한 일응의 기준을 제시하였다는 점에 큰 의의가 있다.

4) 데이터 스크레이핑과 (파)목

데이터 스크레이핑(data scraping) 또는 웹 크롤링(web crawling)은 인터넷상 접근 가능한 데이터를 대량으로 수집할 수 있는 기술이다. 이러한 데이터 수집은 특정 주체의 데이터 독점을 완화하는 수단이 될 수 있을 뿐만 아니라, 수집된 데이터를 이용하여 혁신적인 신규 서비스를 제공함으로써 소비자 편익을 증진시킬 수도 있다. 다만, 이러한 공개된 데이터의 이용이라는 공익은 데이터 보유자의 사익과 충돌하게 되는데, 이러한 이해충돌의 조화로운 해결이 문제다.

유럽사법재판소(CJEU)의 CV Online Latvia v. Melons 결정은 구인광고 사이트들을 한 번에 검색하여 주는 피고 검색엔진 사이트의 데이터 스크레이핑이 적법한지 여부가 쟁점이 된 사건이다. CJEU는 “한편으로는 데이터베이스 제작자의 상당한 투자를 회수할 수 있는 정당한 이익과, 다른 한편으로는 데이터베이스에 포함된 정보에 접근하여 해당 정보를 기반으로 한 혁신적인 제품을 창작할 수 있는 이용자와 경쟁자의 이익 사이에 공정한 균형을 이를 필요가 있다”라고 지적하면서, 데이터베이스 침해는 해당 침해로 인해 데이터베이스 제작자가 투자를 회수할 수 있는 경제적 이득을 박탈(deprive) 당하는 경우에 성립한다고 보았다.

미국의 hiQ Labs v. LinkedIn 가처분 사건⁷⁷⁾은 자동화 bot

77) LinkedIn이 2017년 5월 hiQ에게, hiQ는 LinkedIn의 이용약관을 위반하였으므로 더이상 LinkedIn 서버에 접근하여 데이터를 복제할 수 없다는 경고장을 발송하자, hiQ는 LinkedIn을 상대로 LinkedIn의 공개 프로파일(public profiles)에 대한

을 이용하여 LinkedIn 회원의 공개된 프로파일 정보(이름, 직장명, 경력 등)을 수집한 hiQ의 데이터 스크레이핑이 문제된 사건이다. LinkedIn은 본안소송에서와 달리 가처분소송에서는 hiQ의 CFAA 위반만을 주장하였고, 따라서 가처분소송의 핵심 쟁점은 LinkedIn이 hiQ에게 데이터 스크레이핑 금지를 통보한 후 hiQ의 데이터 스크레이핑 행위가 CFAA 위반인지 여부 즉, ‘권한없이 컴퓨터에 접근(accessed a computer without authorization)’한 것으로 평가되는지 여부이다. 캘리포니아 북부 연방지방법원은 hiQ의 가처분 신청을 인용하고 연방항소법원도 제1심 법원의 가처분결정을 승인하였으나, LinkedIn의 상고허가신청(petition for certiorari)를 받아들인 연방대법원은 ‘Van Buren v. United States, 141 S. Ct. 1648 (2021)’ 판결의 논거에 비추어 이 사건을 다시 한번 검토하라며 사건을 파기 환송하였다. 환송심에서 연방항소법원은 CFAA의 ‘권한없는 접근’(access without authorization)에 관하여 일부 연방항소법원들이 채택한 계약 기반적 해석(contract-based interpretation)을 거부하면서 ‘권한없는 접근’ 요건은 사용자 이름 및 비밀번호 설정과 같이 접근권한에 관하여 일반적으로 채택된 규칙을 우회하는 경우에 위반된다고 판시하고 제1심의 가처분 결정을 다시 승인하였다.

우리나라에서도 유럽의 CV Online Latvia v. Melons 사건이나 미국의 hiQ Labs v. LinkedIn 사건 유사한 사건(야놀자 사건)이 있다. 숙박업소 예약 서비스를 제공하는 피고(여기어

hiQ의 접근을 차단하지 말 것을 요구하는 금지명령(injunctive relief)과 LinkedIn이 CFAA, DMCA, 캘리포니아주 형법 제502조 (c)항, trespass 보통법을 주장할 수 없다는 확인판결(declaratory judgment)을 구하는 소를 제기하였고, 이에 대응하여 LinkedIn은 hiQ에 대해 ① CFAA 위반 ② 캘리포니아주 형법 제502조 위반 ③ 계약 위반(Breach of contract) ④ 부정이용(Misappropriation) ⑤ 동산 침해(Trespass to chattels)를 청구원인으로 하는 반소(counterclaim)를 제기하였다.

때)가 크롤링 프로그램을 이용하여 경쟁업자인 원고(야놀자)의 API 서버에 접근하여 원고가 데이터베이스로 구축한 전국 제휴 숙박업소 정보를 대량으로 전송받아 복제한 사건의 형사상고심 판결⁷⁸⁾ 및 민사 항소심 판결⁷⁹⁾이 최근 선고되었다.

형사 사건에서 검사는 위 야놀자의 행위에 대해 야놀자를 정보통신망법위반(정보통신망침해등), 저작권법위반(데이터베이스 제작자 권리 침해) 등의 공소사실로 기소하였다. 먼저 정보통신망법위반(정보통신망침해등)의 공소사실에 대해 대법원은 피해자의 API 서버는 회원가입 없이도 자유롭게 접근할 수 있었고 이를 차단하는 별도의 보호조치는 없고, 피해자의 앱 서비스 이용약관에서도 숙박정보에 대한 접근을 객관적으로 제한하는 내용은 없었으므로, 피고인이 접근권한 없이 또는 접근권한을 넘어 정보통신망에 침입하였다고 보기 어렵다고 보고 무죄를 선고하였다. 한편 저작권법위반(데이터베이스 제작자 권리 침해)의 공소사실에 대해서는 “① 피고인 1 등이 피해자 회사의 API 서버로부터 수집한 정보들은 피해자 회사의 숙박업소 관련 데이터베이스의 일부에 해당한다. ② 위 정보들은 이미 상당히 알려진 정보로서 그 수집에 상당한 비용이나 노력이 들었을 것으로 보이지 않거나 이미 공개되어 있어 이 사건 앱을 통해서도 확보할 수 있었던 것이고, 데이터베이스의 갱신 등에 관한 자료가 없다. ③이러한 피고인 1 등의 데이터베이스 복제가 피해자 회사의 해당 데이터베이스의 통상적인 이용과 충돌하거나 피해자의 이익을 부당하게 해치는 경우에 해당한다고 보기 어렵다.”는 이유로 무죄를 선고하였다.

78) 대법원 2022. 5. 12. 선고 2021도1533판결.

79) 서울고등법원 2022. 8. 25. 선고 2021나2034740판결.

형사 사건에서의 위 대법원 판결 직후 서울고등법원은 대법원이 “피해자의 이익을 부당하게 해치는 경우에 해당한다고 보기 어렵다.”는 이유로 저작권법위반(데이터베이스 제작자 권리 침해)을 부정하였음에도 불구하고, 원고의 전국 제휴 숙박업소 정보는 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과라고 보고, 원고 서비스 이용자의 수요를 직접적으로 대체하는 경쟁업자인 피고가 원고의 경쟁에서 우위를 점하기 위하여 원고의 전국 제휴 숙박업소 정보를 전송·복제하여 피고의 영업에 무단으로 활용한 행위는 (과)목적의 부정경쟁행위에 해당한다고 판단하였다.

이와 같은 서울고등법원 판결에 대해, 저작권법의 데이터베이스 보호 규정의 입법취지는 창작성 있는 가치표현물을 보호하는 것이 아니라 데이터에 투여된 투자자본을 회수하는 것에 있으므로, 비록 각 법률에서 설정한 요건들이 일부 상이하기는 하지만 입법취지를 참작하여 동일한 사실관계에 대해서는 동일한 방향의 결론이 도출되도록 해석할 필요가 있는데 데이터베이스 제작자의 권리 침해는 부정하면서 성과도용 부정경쟁행위를 인정하는 것은 자연스럽지 못하다는 비판이 있다.⁸⁰⁾ 원고가 구축하여 실시간으로 업데이트하며 관리하는 전국 제휴 숙박업소 정보는 원고 서비스의 영업전략에 이용되는 주요 정보로서 원피고가 직접 경쟁하고 있는 숙박업소 예약 서비스업의 경쟁우위를 좌우할 수 있는 가치 내지 이익을 가지는 정보로서 단순히 저작권법으로 보호하는 데이터베이스 이상의 법률상 보호가치 있는 이익을 내포하고 있다는 사실을 고려하

80) 전웅준, “데이터 스크레이핑 관련 최근 주요국 판결례 검토 - CJEU의 CV Online Latvia v. Melons 결정, 미국 제9 연방항소법원 hiQ Labs v. LinkedIn 가 처분결정, 한국 법원의 야놀자 v. 여기어때 판결을 중심으로”, 정보보호 법제동향(2022. 8.).

면, 관련 형사 사건의 대법원 판시와 같은 이유로 데이터베이스 자체에 관한 원고의 이익⁸¹⁾이 부당하게 침해되지 않았다고 하더라도 피고의 행위로 인해 원고가 시장에서 경쟁우위에 설 수 있는 이익이 훼손되었다면 (과)목의 부정경쟁행위에 해당할 여지가 있다고 본다.

5) (과)목의 부정경쟁행위와 경쟁관계

대법원은 (과)목이 규정하는 ‘공정한 상거래 관행이나 경쟁 질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용’한 경우에 해당하기 위해서는 권리자와 침해자가 경쟁관계에 있거나 가까운 장래에 경쟁관계에 놓일 가능성이 있는지, 권리자가 주장하는 성과 등이 포함된 산업분야의 상거래 관행이나 경쟁질서의 내용과 그 내용이 공정한지 여부, 위와 같은 성과 등이 침해자의 상품이나 서비스에 의해 시장에서 대체될 가능성, 수요자나 거래자들에게 성과 등이 어느 정도 알려졌는지, 수요자나 거래자들의 혼동가능성 등을 종합적으로 고려해야 한다고 한다.

골프존 사건에서 원고인 골프장 운영자와 스크린골프 시뮬레이션 시스템용 3D 골프코스 영상제작자가 경쟁관계에 있다고 보기 어렵다는 점을 근거로 해당 사안에서 (과)목의 부정경쟁행위 인정은 적절하지 않다는 지적이 있다.⁸²⁾ 영위하는 영업이 다르므로 무단 사용 주체의 행위로 인해 성과를 만들어낸 주체의 경제적 이익이 침해되지 않는다는 것이다.

81) 데이터베이스 그 자체로서의 가치 이외에 해당 데이터베이스가 이용되는 영업과 관련하여 추가로 창출될 수 있는 이익이나 가치를 고려하지 않은 이익을 말한다.

82) 김인철, “골프코스의 저작권법상 보호-골프존 사건을 중심으로”, 산업재산권, 제64호(2020. 7), 430면; 문선영, 앞의 논문(각주 32), 154면.

하지만, 지적재산권을 포함한 성과는 직접 사용할 수도 있지만 이를 제3자에게 사용허락하는 방식으로도 사용이 가능하다.⁸³⁾ 따라서 (과)목의 부정경쟁행위에서 요구되는 경쟁관계란 거래계에서 동일 또는 유사한 영업을 영위하는 방식의 직접적인 경쟁관계 뿐만 아니라 성과를 만들어낸 주체와 무단 사용 주체 간의 라이선스 계약이 요구되는 관계까지 포함된다고 보는 것이 타당하다. 법원도 가맹사업 운영주체와 가맹점 운영자 사이의 관계에서 가맹점 운영자가 가맹사업 운영주체와 가맹계약을 체결하지 않은 채 가맹사업 운영주체의 성과를 무단으로 사용하는 경우 가맹사업 운영주체는 가맹점과의 가맹점 계약의 대가로 받을 수 있는 금액 상당의 영업상 이익이 침해된 것으로 보았다.⁸⁴⁾

IV. 마치며

2013년 부정경쟁방지법 개정을 통해 (과)목[개정 당시 (차)목]이 신설된 후 2020년 대법원이 골프존 사건과 BTS 사건에서 최초로 (과)목의 판단기준에 관하여 구체적으로 실시하기까지 (과)목의 법적 성격, 적용 범위, 위법성의 판단기준 등에 관한 논란이 끊이지 않았다. 또한 위와 같은 판단기준을 실시한 후 법원이 에르메스 눈알가방 사건과 해운대 암소갈비 사건 등에서 연달아 적극적으로 (과)목을 적용하는 판결을 내리는 상황에 대해 (과)목의 모호함으로 법원에 지나친 입법형성권이 부여되었다거나 법원이 (과)목의 적용범위를 지나치게

83) 특허의 실시나 상표 사용에 있어서 직접 실시하거나 사용하는 경우뿐만 아니라 실시허락 또는 사용허락을 통한 실시 또는 사용 또한 특허권자나 상표권자의 실시 또는 사용으로 본다.

84) 광주고등법원 2019. 10. 29.자 2019라1082 결정.

확장하고 있다는 비난이 제기되고 있다.⁸⁵⁾ 입법적 측면에서는, 불확정적인 법문과 법원 재량의 불명확성으로 인해 특정 성과에 대한 (과)목 적용 여부가 불명확하다는 이유로 구체화된 유형의 개별적인 부정경쟁행위가 추가되고 있기도 하다.

하지만 애초에 (과)목의 입법 취지가 “새롭고 다양한 유형의 부정경쟁행위에 적절하게 대응하기 위하여 부정경쟁행위에 관한 보충적 일반조항을 신설”한 것으로서, “입법자가 부정경쟁행위의 모든 행위를 규정하지 못한 점을 보완하여 법원에게 새로운 유형의 부정경쟁행위를 판단할 수 있는 유연성을 제공함으로써, 변화하는 거래관념과 공동사회의 가치기준을 적시에 반영하여 부정경쟁행위를 규율할 수 있다는 장점”이 (과)목 신설의 입법적 배경⁸⁶⁾이었다는 사실을 감안하면, (과)목이 가지는 불명확성과 법원의 재량은 입법자에 의해 의도된 것이라고 볼 여지도 있다. 규정의 명확성과 적용의 유연성은 반비례기 때문이다.

법원이 구체적 개별 사례에 대해 법률상 보호가치 있는 이익에 대한 입법 공백으로 보아 (과)목을 적용해야 할지, 아니면 공공영역으로 보아 헌법이 추구하는 경제질서의 근본원칙인 ‘자유경쟁’을 보호할지에 대한 판단은 쉽지 않은 경우가 대부분이다. 입법의 옳고 그름을 떠나 현재 (과)목에 대한 예측가능성과 법적 안정성은 사실상 법원의 구체적인 판결에 맡겨져 있는 것이 현실임에도 불구하고, 지금까지 법원의 판결들

85) 문선영, 앞의 논문(각주 32), 166~167면.

86) 2012 부정경쟁방지법 개정안 국회 검토보고서 11~13면(김원오, “부정경쟁방지법상 신설된 일반조항의 법적성격과 그 적용의 한계”); 대법원이 (과)목의 입법 취지에 대해 “법원이 새로운 유형의 부정경쟁행위를 좀 더 명확하게 판단할 수 있도록 함으로써, 변화하는 거래관념을 적시에 반영하여 부정경쟁행위를 규율하기 위한” 것이라는 설시 부분도 이러한 국회 검토보고서의 내용을 기초한 것으로 보인다.

조차 혼란스러운 상황이었음을 부정하기 어렵다. 대법원이 2020년 (파)목의 구체적인 판단기준을 밝히고 일부 하급심 판결들이 부정경쟁방지법의 목적을 고려한 신중한 판단을 위해 상세한 사실적, 법리적 논증을 통해 결론을 도출하는 것은 이러한 혼란스러운 상황을 정리해나가는 노력으로서 의미하는 바가 크다. 다만, (파)목이 일반 불법행위로서의 손해배상뿐만 아니라 금지청구까지 가능하게 하는 조항이라는 사실을 고려하면, 법원은 구체적인 사건에 있어서 (파)목의 적용에 있어서 ‘법률상 보호할 가치 있는 이익’의 구체적인 내용을 밝히고, 규제대상 행위의 위법성 판단을 위한 보다 체계적이고 구체적인 기준을 정립함으로써 (파)목의 예측가능성과 법적안정성이 담보되는 법리가 형성될 수 있도록 노력할 필요가 있다.

韓國の不正競争防止法における最新動向 に関するいくつかの争点

シン・ドンファン*

I. はじめに

近年、情報通信及びデータ産業などの技術發展速度は、いつにも増して急激になっている。私たちの社會は本格的な情報化社會への進入を経験している。私たちの經濟における取引環境と産業環境も速く、かつ大きく変化している。新しい変化は、從來に存在しなかった多様な新しい經濟的利益をめぐる利害關係の衝突と紛争を引き起こしている。このような変化によって導出される新しく多様な結果物が既存の知的財産權法体系において保護されることができない狀況が頻繁に發生することもある。変化に歩調を合わせる多様な投資の結果物に對する適切な保護は、投資の誘引として作用し、第4次産業革命時代を先導する土台になるという点で、新しい利害關係の衝突をどのように規律するかは重要な問題である。

韓國の立法部は、不正競争行爲と營業秘密を併せる不正競争防止及び營業秘密保護に關する法律（以下「不正競争防止法」という）の改正を通じて、法律の規制對象行爲を増やしていくことで新たな經濟環境に對する既存の制度の保護の空白を最小

* 法律事務所(有)ロゴス(lawlogos.com) 弁護士。

化している。具体的に韓國の不正競争防止法は、2013年7月30日、法律第11963号で改正された法律において、「その他、他人の相当な投資又は努力で作られた成果などを公正な商取引慣行若しくは競争秩序に反する方法で自分の營業のために無斷で使用することで他人の經濟的利益を侵害する行爲」を第2條第1号(ヌ)目¹⁾の不正競争行爲として追加した後、いわゆるトレード・ドレス、アイデア、パブリシティ權、データに關する不正競争行爲の條項を導入することで規制對象となる不正競争行爲の範圍を急速に廣げている。

2013年、現在の(ワ)目[新設の当時(ヌ)目]が導入された後、知的財産權紛争で(ワ)目に關する主張がほとんど漏れなく登場した。實務で不正競争行爲に係わる争いが大幅に増加した理由である。最近、不正競争行爲に追加された條項によって、その増加傾向はさらに大きくなると予想される。ところが、(ワ)目は新設された直後からその解釋と適用において實務上大きな混亂を引き起こし、導入されて以來相當な時間が経った2020年、一連の最高裁判所の判決を通じて最近になってその解釋論が整理されている實情である。ただし、最高裁判所の判決にもかかわらず、依然として(ワ)目の解釋と適用に關して判決が提示した法理と判斷基準について様々な議論が續けられている。

本稿では、不正競争防止法の改正と最近に宣告された最高裁判所の判決の最新動向を見て、それに係わる争点に關する議論を検討しようとする。

1) 2013年改正の当時は(ヌ)目であったが、2018年4月17日、法律第15580号として改正された不正競争防止法において(ル)目として変更された後、2021年12月7日、法律第18548号として改正された不正競争防止法においても一度(ワ)目として変更された。

II. 不正競争防止法の改正と判例の動向

1. 不正競争防止法の改正経過

1) 他人の成果などを無斷で使用する行爲を規制

2010年のネイバー廣告事件²⁾において韓國の大法院は、「競争者が相当な努力と投資によって構築した成果物を商道德又は公正な競争秩序に反して、自分の營業のために無斷で利用することで、競争者の努力と投資に便乗して不当に利益を得て、競争者の法律的に保護に値する利益を侵害する行爲は、不正な競争行爲として民法上の不法行爲に該当」するとして、不正競争行爲に對する不法行爲責任を認めた。さらに、「上記のような無斷利用の状態が續けられて、金錢賠償を命じるだけでは被害者救済の實効性を期待することが難しく、無斷利用の禁止によって保護される被害者の利益とそれによる加害者の不利益を比較・較量するとき、被害者の利益がより大きい場合は、その行爲の禁止又は予防を請求できるといふのだろう。」と云って、民法上の不法行爲に對する禁止請求まで認容した。

以後、ハローキティ事件³⁾において韓國の大法院は該当ドラマキャラクターの周知性を否定して、(イ)目⁴⁾の不正競争行爲を認

2) 大法院 2010. 8. 25. 子 2008마1541 決定(債務者が「アップリンクソリューション」というプログラムを製作及び配布し、インターネットサービスの利用者が債務者のプログラムをパーソナルコンピューターに設置した後、債権者のポータルサイトに接続すると、代替廣告、余白廣告、キーワード挿入廣告の方式で債務者の廣告が債権者のポータルサイト(www.naver.com)に表示されるようにした事件)。

3) 大法院 2012. 3. 29. 宣告 2010다20044 判決(被告が原稿の人気ドラマ(「冬のソナタ」、「ファン・ジニ」、「チャングムの誓い」、「朱蒙〔チュモン〕」)を思い出させる衣装や小品などで飾ったハローキティ製品を販売した事件)。

めなかったにもかかわらず、先立ったネイバー広告事件判決における一般論と同様なことを説示した後、被告の行爲が相当な努力と投資によって構築した成果物を商道德又は公正な競争秩序に反して自身の營業のために無斷で利用することで、競争者の努力と投資に便乗して不当に利益を得て、競争者の法律的に保護に値する利益を侵害する不正な競争行爲として民法上の不法行爲に該当すると判断した。

上記のように韓國の大法院が一連の判決を通じて不正な競争行爲に對して一定の要件の下、民法上の不法行爲を認めた後、韓國の立法部は2013年7月30日、不正競争防止法の一部改正を通じて「その他の他人の相当な投資又は公正な努力で作られた成果などを公正な商取引慣行や競争秩序に反する方法で自分の營業のために無斷で使用することで、他人の經濟的な利益を侵害する行爲」を不正競争防止法の第2條第1号（ヌ）目〔現在の（ワ）目〕の不正競争行爲として追加することで、大法院 2010. 8. 25. 子 2008マ1541決定を立法化した。⁵⁾ 当該法律の改正理由においては、（ヌ）目の導入について「新しく多様な類型の不正競争行爲に適切に對應するために不正競争行爲に關する補足的な一般條項を新設」したと明らかにしている。

2) 取引過程において提供された他人のアイデアを不正使用する行爲を規制

-
- 4) 国内に広く認識されている他人の氏名、商号、商標、商品の容器包装、その他の他人の商品であることを表示した標識と同一若しくは類似のものを使用し、又はこのようなものを使用した商品を販売・頒布し、又は輸出し、輸入して、他人の商品と混同を生じさせる行爲。
- 5) 大法院 2020. 3. 26. 宣告 2016ダ276467 判決などの判示でも、（ワ）目は 大法院 2010. 8. 25. 子 2008マ1541 決定を立法化したことであると評価している。

2010年代に入って、中小企業の保護及び公正な競争環境の造成を通じた経済民主化の實現という話頭の下に過去、大企業が中小企業との取引過程において中小企業の技術を盗用する取引慣行を是正しようとする動きが本格化した。このような動きの一環として、2010年(平成22年)に下請取引の公正化に関する法律(以下「下請法」という)には、親事業者が下請事業者に正当な理由なく技術資料の提供を強要できないようにする規定(下請法第12條の3)が新設され、2014年に制定された中小企業技術保護支援に関する法律(以下「中小企業技術保護法」という)は、2018年の改正を通じて中小企業技術の侵害行為に関する條項が導入された。

ところが、公正取引委員會の「技術資料提供要求・流用行為審査指針」では下請法第12條の3の技術資料に秘密管理性を要求し、中小企業技術保護法においても侵害對象の範囲を「公然に知られておらず、合理的な努力によって秘密に管理される中小企業技術」⁶⁾に限定した。中小企業の保護を強調する側では、營業秘密ではなくても大企業と中小企業の間における取引過程において提供される情報を保護する必要性があるという主張が提起された。

上記のような中小企業技術保護の空白を埋めるため、不正競争防止法は2018年4月17日の法律の一部改正を通じて、「事業の提案、入札、公募など取引交渉または取引過程において経済的な価値を持つ他人の技術的または營業上のアイデアが含まれている情報をその提供目的に違反して、自分または第三者の營業上の利益のために不正に使用したり、他人に提供して使用させ

6) 以後、不正競争防止法の改正において「合理的な努力を以て秘密に管理された」が「秘密に管理された」として改正されるにつれ、中小企業技術保護法も「合理的な努力を以て秘密に管理される」を「秘密に管理される」として改定した。

たりする行爲(但し、アイデアを提供された者がこれを提供される時、既にそのアイデアを知っている若しくはそのアイデアが同種業界において広く知られている場合には、この限りでない。)」を不正競争防止法第二條第一号(ヌ)目の不正競争行爲として追加した。⁷⁾ その要件で明らかなように、上記(ヌ)目のアイデアが含まれている情報は營業秘密に限定されない。

上記のような(ヌ)目の改正理由では、「中小・ベンチャー企業又は開発者などの経済的な価値を持つアイデアを取引相談、入札、公募展などを通じて取得し、これを何等の補償なく事業化して、莫大な経済的な利益を得ながらも、開発者はむしろ廢業に至るなど企業の營業活動に深刻な弊害を引き起こし」ているのに、「アイデアの使用に対する明示的な契約を締結していなかったり、特許など登録による保護のための具体的な要件を備えていなかったりする場合、相当な被害を受けても救済してくれる明確な規定がなくて、損害賠償はもちろん使用禁止を要請することも難しい實情なので、本改正を通じて中小・ベンチャー企業及び開発者の斬新なアイデアを積極的に保護し、これに違反した行爲について特許廳長が調査・市政勸告をすることで、健全な取引秩序が維持されるようにしようとする事」であると明らかにしている。

上記(ヌ)目の新設のための改正議論の初期には、その取得経緯や範囲に特別な制限がない「アイデア」を保護する改正案が議論されたが、以後その導入趣旨に合わせて「取引交渉または取引過程」において提供されたものとして「経済的な価値」を持つ「技術上又は營業上」の「アイデア」に限定された。ま

7) 既存に(ヌ)目であった「他人の成果などを無断で使用する行為の規制」条項は(ル)目として変更された。

た、アイデアを提供された者が提供された当時、既にそのアイデアを知っていた場合は除外されるが、このような但し書きの文言は「知っていた場合」の以外に「知ることができた場合」は但し書きに含まれないという趣旨である。一方、(ヌ)目において「アイデア」という用語が使われた理由は、それが経済的な価値があるものであれば未完成の構想までも包攝するためのことであると解釋できる。

3) 肖像など他人の識別標識を無断使用する行為を規制

パブリシティ権は、有名人の肖像、氏名などが持つ経済的な価値を商業的に利用する権利と定義される。パブリシティ権に関して人格権の側面から根據を求める見解とこれを財産権であると見る見解がある。物權法定主義を取っている韓国において、パブリシティ権を認めることができるかは長い間議論されているテーマである。韓国の多数の下級審判決はパブリシティ権に関して判断したことがある。⁸⁾多数の下級審判決でパブリシティ権に関して判断したことがある。⁹⁾特に、原告がパブリシティ権の侵害を理由に(ワ)目の不正競争行為を主張した事件(ネイバー芸能人キーワード検索事件)¹⁰⁾で裁判所は「仮令、被告の行為が不正競争防止法に違反されたとしても、パブリシティ権を認めることができず、氏名権は人格権として把握され

8) パブリシティ権に関する韓国の下級審判決の立場に関しては `신지혜, “부정경쟁방지법에 의한 퍼블리시티권의 규율 - 대법원 2020. 3. 26.자 2019마6525 결정 -”, 민사법학, 제94권(2021), 333-339면参考。

9) パブリシティ権に関する下級審判決の立場に関しては `신지혜, “부정경쟁방지법에 의한 퍼블리시티권의 규율 - 대법원 2020. 3. 26.자 2019마6525 결정 -”, 민사법학, 제94권(2021), 333-339면参考。

10) 서울高等法院 2015. 1. 30. 宣告 2014나2006129 判決。

るので、被告が原告の経済的な利益を侵害したとはいえない」という理由として原告の主張を排斥した。

以後2020年大法院¹¹⁾が防弾少年団(BTS)の寫眞又は氏名などが持つ経済的な価値を無斷で利用した行爲を(ワ)目の不正競争行爲と判断した直後の2021年12月7日法律一部改正を通じて「國內に廣く認識され、経済的な価値を持つ他人の氏名、肖像、音聲、署名など、その他人を識別できる標識を公正な商取引慣行又は競争秩序に反する方法として、自分の營業のために無斷で使用する事によって、他人の経済的な利益を侵害する行爲」を韓國の不正競争防止法の第2條第1号(ヲ)目の不正競争行爲として追加した。

上記のような(ヲ)目の不正競争行爲を追加した改正理由においては、「韓流の影響力が擴大され、有名人の肖像・氏名などを使用する製品・サービスが多様になり、關連不法商品の製作・販賣行爲も増加しているが、有名人などの財産的な損失又は消費者に發生した被害を適切に保護することに限界がある實情」であり、「一部では有名人の肖像・氏名などに獨立的な權利を付与して保護しようという議論が提起されてきたが、肖像などは一身專屬的な性格上、權利の讓渡・相續が不可能なので、商標權と權利の衝突が生ずるなど、その特性上、複雑な論議又は副作用が引き起こされる所持があるという指摘」があると言いながら、『最近、大法院は他人が有名人の肖像・氏名などが持っている経済的な価値を「相当な投資と努力の成果」と認めて、これを無斷使用した行爲を不正競争行爲として制裁』したことがあったが、「これはこの法の補充的一般條項に基づいたこととして、この後發生できる多様な形態の無斷使用行爲

11) 大法院 2020. 3. 26. 宣告 2016ダ276467 判決°

を適切に制裁するには限界」があるので、「有名人の肖像・氏名など人的識別標識を無断使用する行為を不正競争行為の類型として明確に規定して制裁することで健全な取引秩序を確立し、不当な被害から消費者を保護しようとしているのである」と明らかにしている。

4) 提供対象限定データを不正に使用する行為の規制

2021年10月19日、法律第18475号として、データ産業振興及び利用促進に関する基本法（以下「データ産業法」という）が制定され、2022年4月20日に施行された。データから経済的な価値を創出し、データ産業の発展の基盤を造成して経済発展に資することを目的とするデータ産業法は、第12条においてデータ資産¹²⁾の保護(第1項とデータ資産の不正使用禁止(第2項)の原則を明らかにしながら、データ資産の不正使用等の行為に関する事項は、不正競争防止法が定めているところに従うようにしている(第3項)。

不正競争防止法は2021年12月7日に法律一部改正により提供対象限定データ¹³⁾を不正に使用する行為であり、次のいずれかに該当する行為を不正競争防止法第2条第1号(ル)目の不正競争行為として追加した。¹⁴⁾

12) データ生産者が人的または物的に相当な投資と努力で生成した経済的な価値を持つデータ。

13) 「データ産業振興及び利用促進に関する基本法」第2条第1号によるデータのうち、業として特定人又は特定な多数に提供されるものとして、電子的な方法で相当量が蓄積・管理されており、秘密として管理されていない技術上又は営業上の情報。

14) 既存に(ル)目であった「他人の成果などを無断で使用する行為の規制」条項は(ワ)目に変更された。

- 1) アクセス権のない者が窃取・欺罔・不正接續又はその他の不正な手段によりデータを取得する又はその取得したデータを使用・公開する行爲に該当する行爲
- 2) データ保有者との契約關係等によりデータにアクセス権のある者が不正な利益を得る又は、データ保有者に損害を与える目的でそのデータを使用・公開する又は、第三者に提供する行爲
- 3) 1)又は2)が介入された事実を知ってデータを取得したり、その取得したデータを使用・公開したりする行爲
- 4) 正当な権限なしにデータの保護のために適用した技術的な保護措置を回避・除去又は変更(以下「無力化」という)することを主な目的とする技術・サービス・装置又はその装置の部品を提供・輸入・輸出・製造・譲渡し・貸し渡し若しくは配信する又はこれを譲渡し・貸し渡すために展示する行爲(但し、技術的な保護措置の研究・開発のために技術的な保護措置を無力化する装置又はその部品を製造する場合は、この限りでない。)

データの不正使用に關する(ル)目の改正理由においては、「第4次産業革命、人工知能などデジタル時代の根幹であるデータの重要性が日々大きくなっており、ビッグデータを活用して経済的な付加価値を創出しているが、データを保護することができる法的基盤が不備なので良質なデータが円滑に利用・流通されることを阻害」していて、『一部ではデータに獨自的な權利を付与して保護しようという議論が提起されていったが、データの場合は「民法」上の物件に該当しないので所有權が認められ難くて、その特性上、複雑な論議又は副作用が引き起こされる所持があるという指摘』があると言いながら、『最近、大法院は、他人が營業の目的として公開したデータを「相当な投資と

努力の成果」と認めて、これを無斷使用した行爲を不正競争行爲として制裁』したことがあったが、「これはこの法律の補足的一般條項に基づくものであり、今後に發生する可能性がある多様な形態の無斷使用行爲を適切に制裁するには限界」があるので、「データを不正に使用する行爲を不正競争行爲の類型として明確に規定して制裁することで、健全な取引秩序を確立し、不当な被害から消費者を保護しようとする」と明らかにしている。

無償で公衆(不特定多數)が利用できるオープンデータの場合は、提供對象が限定されず、法的に保護する価値がないので、提供對象の限定性の要件を満たさない。¹⁵⁾

ホ. (イ)目の營業標識に營業場所の外觀(トレードドレス)を含む

「蜂蜜アイスクリーム」事件において下級審法院は、特定の營業所を構成する營業所の形態と外觀、内部のデザイン、裝飾、標識などが全体又は結合し、識別力、非機能性、出處混同の可能性をすべて備えて、商品若しくはサービスの全体的なイメージとしてのトレードドレスとして評価することができれば、これは(ヌ)目〔現在の(ワ)目〕が規定している「該当事業者の相当な努力と投資によって構築された成果物」に該当すると判断した。¹⁶⁾ その後、アンパン店のトレードドレスが問題になった事件において、法院は店の看板、内部のインテリアなどを含む營業の総合的なイメージが相当な投資又は努力によって作られた成果に該当すると判断した。¹⁷⁾

15) 이규호, “2021년 개정 부정경쟁방지법상 데이터의 부정사용행위의 판단기준에 대한 연구”, 중앙법학, 제24권 제2호, 47면.

16) 서울中央地法 2014. 11. 27. 宣告 2014가합524716 判決 °審理不續行

17) 서울高法 2016. 5. 12. 宣告 2015나2044777 判決(大法院 2016. 9. 21. 宣告 2016

このように、賣り場のインテリアを含む營業場所の全体的な外観が一定の要件の下に(ワ)目の成果物として認められることにもかかわらず、2018年4月17日の法律一部改正を通じて、国内に廣く認識されている他人の營業標識を使用して他人の營業と混同を生じさせる行爲を規制する不正競争防止法の(イ)目の營業標識が「商品の販賣・サービスの提供方法若しくは看板・外観・内部の装飾などの營業提供場所の全体的な外観を含む」のであるとして改正された。

当該改正理由においては「零細・小商工人等が一定期間の努力を拂った結果、一般消費者に知られるようになった賣り場の室内・外の装飾など營業の総合的な外観を無斷で使用して、零細・小商工人の營業に甚大な損害を及ぼす不公正な行爲が多様な形態で生じているにもかかわらず、現行の營業標識を保護する規定はこれに対する保護の可否が 不明な部分があって、これを明確に規定して需要者の利益を保護する必要がある」と述べている。

2. 不正競争行爲に對する最近の判例の動向

1) 具体的な(ワ)目の法理提示

2013年に新しく多様な類型の不正競争行爲に適切に對應するための補充的一般條項として(派)目が導入されて以來、學界の多くの議論と多様な趣旨の事實審判判決の宣告にもかかわらず一貫した判斷基準が提示されなかった。これによって實務上の混亂が長期間續いた。そうした2020年3月26日、大法院は同日に

ダ229058 審理不続棄却判決によって確定された)°

宣告した二つの判決¹⁸⁾を通じて初めて(ワ)目の法理と具体的な判断基準を提示した。

まず、(ワ)目の法的性格について大法院は、「(ル)目〔現在の(ワ)目〕は、不正競争防止及び営業秘密保護に関する法律(2013.7.30.法律第11963号に改正される前のもの)の適用範囲に含まれていなかった新しい類型の不正競争行為に関する規定を新設することで、新たに登場する経済的な価値を有する無形の成果を保護し、立法者が不正競争行為のすべての行為を規定していなかった点を補完し、法院が新しい類型の不正競争行為をより明確に判断できるようにすることで、変化している取引観念を適時に反映して不正競争行為を規律するための補足的一般条項である」と説示した。

次に、(ワ)目で保護される「成果等」の範囲に関して、大法院は「(ル)目〔現在の(ワ)目〕はその保護対象である「成果等」の類型に制限を置いていないので、類型物だけではなく、無形物もこれに含まれ、従来 of 知的財産権法により保護され難かった新しい形態の結果物も含まれ得る。「成果等」を判断する際には、上記のような結果物が持つようになった名聲又は経済的な価値、結果物に化体された顧客吸引力、該当事業分野において結果物が占める比重と競争力等を総合的に考慮しなければならない」と判示した。

また、具体的な要件に関して、『こうした成果等が「相当な投資又は努力により作られた」ものかどうかは、権利者が投入した投資又は努力の内容と程度をその成果等が属する産業分野の慣行又は實態に照らして具体的、個別的に判断しても、成果

18) 大法院 2020. 3. 26. 宣告 2016 다투276467 判決、大法院 2020. 3. 26. 子 2019 마6525 決定。

等を無斷で使用することで侵害された經濟的な利益が誰でも自由に利用できる公共領域(public domain)に屬しないと評価できるべきである。』と言いながら、『且つ、(ル)目〔現在の(ワ)目〕が規定する「公正な商取引慣行又は競争秩序に反する方法として自分の營業のために無斷で使用」した場合に該当するためには、権利者と侵害者が競争関係にあるか、近い將來に競争関係に置かれる可能性があるか、権利者が主張する成果等が含まれた産業分野の商取引慣行又は競争秩序の内容とその内容が公正であるかどうか、上記の成果等が侵害者の商品又はサービスによって市場において代替される可能性、需要者又は取引者に成果等がどのくらい知られたのか、需要者又は取引者の混同可能性などを総合的に考慮しなければならない』という判断基準を提示した。

最近の大法院の一連の判決は、これまで多くの議論があった他の知的財産権又は他の不正競争行為の類型との関係、即ち補充性及び重複適用の問題に對して嚴格な立場を取らず、「公正な商取引慣行又は競争秩序に反する方法」の解釋において「特別な事情」を要求しないのまま、(ワ)目の獨自的な要件に該当するかを調べたものと評価できる。¹⁹⁾

2) 最近に宣告された大法院判決の概要

(1) 大法院 2020. 3. 26. 宣告 2016ダ276467 判決(BTS 事件)

エンターテインメント會社である債權者は、國際的にも大きな

19) 손천우, “부정경쟁방지법 제2조 제1호 (카)목이 규정하는 성과물 이용 부정경쟁 행위에 관한 연구”, 사법, 통권 55호, 1045면.



人氣を得ているK-popグループ「防弾少年団(BTS)」の所屬事務所であるが、債務者が債権者の許諾なしにBTS構成員の寫眞集など²⁰⁾を制作して、債務者の雑誌(特別版)の特別付録として販賣した行爲が(ワ)目の不正競争行爲に当たると主張した。

大法院は債権者の相当な投資と努力を通じてBTSと關連して積もった名聲・信用・顧客吸引力が相当な水準に達したので、これは「相当な投資又は努力で作られた成果等」として評価でき、債務者が債権者の許諾なしに雑誌(特別版)の特別付録を製作・販賣する行爲は公正な商取引慣行又は競争秩序に反する方法で自身の營業のために債権者の成果等を無斷で使用する行爲に該当すると判断した。

(2) 大法院 2020. 3. 26.子 2019マ6525 決定(ゴルフゾーン事件)

原告らは自分たちが所有・運營するゴルフ場の姿をほぼそのまま再現したスクリーンゴルフのシミュレーションシステム用の3Dゴルフコース映像を制作して、スクリーンゴルフ場運營者に提供した被告の行爲が(ワ)目の不正競争行爲または民法上の不法行爲に該当するという理由で損害賠償請求の訴を提起した。

大法院は、ゴルフコースを實際にゴルフ場の敷地に造成することで外部に表現される地形、景觀、景觀要素、設置物などが結合されたこの事件ゴルフ場の総合的な「イメージ」は、ゴル

20) 図①と図②が付録、図③が本書である。



フコースの設計とは別にゴルフ場を造成・運営している原告らの相当な投資又は努力で作られた成果に該当すると見て、原告らと競争関係にある被告などが原告の許諾を受けずにこの事件ゴルフ場の姿をほぼそのまま再現したスク

リーンゴルフのシミュレーションシステム用3Dゴルフコースの映像を製作し、使用した行為が(ワ)目の不正競争行為であると判断した原審の判決を頷いた。


(3) 大法院 2020. 6. 25. 宣告 2019ダ282449 判決(ルーフボックス事件)

原告は被告が「いつでも任意に脱着できながらも車の覆いに完全に密着される」構造を持つ原稿のルーフボックスを模倣して被告製品を製造、販賣する行為は(ワ)目の不正競争行為に該当すると主張したたら、訴えを提起したが、原告が成果であると主張する上記構造は、原告登録特許発明の特許請求の範囲ではなく詳細な説明に記載されて公開されている状態であった。

控訴審法院は、原告が特許請求の範囲を狭く記載した以上、原告が主張する構造は原則的にその利用が自由な領域に該当すると見なければならぬので、(ワ)目の「他人が相当な投資又は努力で作られた成果」に該当しくて、原告と被告のルーフボックスは、その形状とそれに伴う効果に差異があるなど直接的な模倣ではないので、被告が公正な商取引慣行又は競争秩序に反する方法で原告の成果を無断で使用したと見られないと判

斷した。大法院は原審の判斷を支持しながらも「原審判決の理由説示に一部適切でない部分があるが」と説示したが、大法院のこのような説示が特許請求の範囲ではない詳細な説明に記載された技術思想であっても(ワ)目の成果ではないと見るわけにはいかないという判斷という解釋がある²¹⁾。

(4) 大法院 2020. 7. 9. 宣告 2017ダ217847 判決(エルメス目玉バッグ事件)

高級ブランドであるエルメス(HERMES)を營業標識又は商品標識として使用している原告は、原告が販賣する世界的な高級バッグであるケリーバッグ(Kelly Bag)又はバーキンバッグ(Birkin Bag)と類似の形態のハンドバッグの前面に被告の図案()を付着したバッグを生産して販賣した被告の行爲が(イ)目、(ハ)目²²⁾、(ワ)目の不正競争行爲又は不法行爲に該當するという理由で不正競争行爲禁止及び損害賠償請求の訴えを提起した。

大法院は、原告らのケリーバッグ(Kelly Bag)とバーキンバッグ(Birkin Bag)の形態(原告商品標識)の周知・著名性を認めながらも混同の虞がないという理由で、(イ)、(ハ)目の不正競争行爲を認めなかった。反面、原告商品標識が一般需要者の間で差別的な特徴により一般需要者の間に特定の商品出所としての識別

21) 손천우, 前掲論文(註 17), 1011-1012면.

22) (イ)目又は(ロ)目の混同を生じさせる行爲の以外に非商業的な使用など大統領令で定めている正当な事由なく国内に広く認識している他人の氏名、商号、商標、商品の容器・包装、その他に他人の商品又は營業であるのを表示した標識(他人の營業であるのを表示する標識に関しては商品の販売・サービスの提供方法又は看板・外観・内部の装飾など營業提供の場所の全体的な外観を含む)と同一若しくは類似のものを使用し、又はこのようなものを使用した商品を販売・頒布又は輸出し、輸入して他人の標識の識別力又は名声を損なう行爲。



力を備えるようになったので、公共領域 (public domain) に属するものと見難く、法律上に保護する価値のある利益に該当

すると評価し、被告が原告商品標識を無断で使用する行為は、(ワ)目の不正競争行為と判断することで原審²³⁾を破棄した。

(5) 大法院 2020. 7. 23. 宣告 2020다220607 判決(BBQ 廣告コンテ事件)

廣告代行會社である原告がチキン配達業の加盟事業會社である被告とマーケティング業務代行契約を締結し、その履行過程において被告にネーミング又はコンテなどの結果物を提出したが、被告がその製作費を支給しないまま他の廣告代行會社に同じな廣告用役を依頼して、原告のコンテに基づいて廣告を制作し、原告が提出したネーミングによって作られた製品名で新製品を發賣した。ゆえに原告は被告を相手に、著作権侵害禁止、營業秘密侵害禁止、(ヌ)目及び(ワ)目の不正競争行為禁止等を請求した。

1審法院は、著作物である兩コンテ間の實質的な類似性と原告の結果物の營業秘密性等を否定し、知的財産權法により保護

23) 原審(ソウル高等法院 2017. 2. 16. 宣告 2016나2035091 判決)は原告の商品標識が「原告の相当な投資又は努力で作られた成果」に該当するが、被告の被告製品の製作・販売行為が公正な取引秩序及び自由な競争秩序に照らして正当化できない「特別な事情」があると見る事ができないので、(ワ)目に該当しないという趣旨で判断した。

이 사건 콘티	피고 그레이의 콘티(올나 제5호증의4)
<p>오른쪽 배달원의 담뱃시가를 넘어서는 주인공</p> 	<p>원주와 박지현이 박스로서 스무스기 물컾다는 등 불리한 제안을 들고 등장하는 피고인</p> 
<p>난지가 먹고있는 슈리이드를 넘어서는 주인공</p> 	<p>원주와 박지현이 박스로서 스무스기 물컾다는 등 불리한 제안을 들고 등장하는 피고인</p> 
<p>최두재 선 셰프 앤드 키메리 트래커잇</p> 	<p>원주와 박지현이 박스로서 스무스기 물컾다는 등 불리한 제안을 들고 등장하는 피고인</p> 

されない他人の成果は、仮令それが財産的な価値を有するとしても自由な模倣が可能であるという理由で原告の請求をすべて棄却したが²⁴⁾、控訴審法院は、ネーミング又はコンテなどの結果物が原告の経済的な価値

がある情報であり、原告の相当な投資又は努力で作られた成果であると見て、(ヌ)目及び(ワ)目の不正競争行爲を認めて²⁵⁾、大法院は原審の判断を支持した。

(6) 大法院 2022. 4. 28. 宣告 2021 다팀310873 判決(驅動裝置の図面事件)

被告は原告が相当な投資と努力を傾けて獨自に開發した驅動裝置を購入してリフター完成品を製作、販賣する會社である。ところが、被告はリフター完成品の「安定認証書面審査」の目的で原告に要請して受け渡された驅動裝置の図面ファイルを中國企業に提供して、原告の驅動裝置と仕様と性能、内・外觀の構造などが同一又はほぼ類似の驅動裝置を製作させた後、これを輸入してリフターの完成品を製作・販賣した。ゆえに原告は被

24) ソウル中央地方法院 2019. 5. 24, 宣告 2017가합590127 判決。

25) ソウル高等法院 2020. 2. 6. 宣告 2019나2031649 判決。

告を相手に(リ)目又は(ヌ)目の不正競争行為禁止など請求の訴えを提起する一方、原告を不正競争防止及び営業秘密保護に関する法律違反罪(営業秘密漏洩)として告訴した。

民事一審法院は、被告の行為が(リ)目又は(ヌ)目の不正競争行為に該当しないと判断した²⁶⁾。現在、刑事事件において検事が被告を起訴したが、刑事一審法院は原告駆動装置の図面ファイルの営業秘密性を否定して無罪を宣告した²⁷⁾。以後、民事控訴審法院は、原告が被告に駆動装置の図面を提供しながら、特別な秘密保護措置を取らなかったとしても、原告の駆動装置の図面ファイルは、原告が相当な投資と努力を傾けて得られた成果に該当すると見て、原告が被告に安定認証書面審査の目的で図面ファイルを提供した事情等に照らしてみると、被告が原告の駆動装置の図面ファイルをその提供目的を超えて、この事件駆動装置に代わる駆動装置を製作する目的として利用することで原告を供給先から排除することは公正な商取引慣行又は競争秩序に食い違うと判断し²⁸⁾、大法院はこのような原審判断を頷いた。

(7) 大法院 2022. 6. 16. 子 2019マ6625 決定 (イペリコ加盟店事件)

債務者はイペリコ豚肉の飲食店加盟事業を運営する債権者と加盟契約を締結して加盟店を運営している中、該当加盟契約を解約した後、商号と看板を変更したが、営業時間の案内標識、壁に掛っているLED豚模型、「ㄷ」字模型のテーブル、円形の爐とコブラ送風機、徳利苺模型の塩、トビコ入り四角おにぎり

26) 清州地方法院 2018. 2. 1. 宣告 2016ガ合22728 判決°

27) 水原地方法院 2021. 1. 28. 宣告 2020ゴ正475 判決°

28) 大田高等法院(清州) 2021. 12. 1. 宣告 2018ナ2289 判決°

など債權者から提供されたインテリア、メニューまたはセッティングの一部をそのまま使用し、ゆえに債權者は不正競争行爲禁止の仮處分を申請した。

1審²⁹⁾と抗告審³⁰⁾法院は(ワ)目の不正競争行爲を認めたが、大法院は原告加盟事業の総合的イメージが(ワ)目の「相当な投資又は努力で作られた成果など」に該当し、被告がその一部を使ったとしても、被告が新たな努力(商号と看板、そして内部のインテリアを変更し、最上級のイベリコ豚肉の使用を標榜すること)を通じて原告加盟事業の総合的イメージと異なるイメージを構築したならば、そのような被告の行爲は公正な商取引慣行又は競争秩序に反する方法で自分の營業のために他人の成果を無斷で使用した場合に該当しないと判断した。

Ⅲ. (ワ)目を中心とした不正競争防止法の争点

1. (ワ)目の法的性格

(ワ)目の改正理由において、「新しく多様な類型の不正競争行爲に適切に対応するために不正競争行爲に関する補足的一般條項を新設」したと明らかにしているにもかかわらず、その法的性格に関する多様な見解が提示されて來ました。(ワ)目は協議の不正取得使用(misappropriation)に関する條項という見解³¹⁾、他の不正競争行爲條項とは無關係な獨自的な條項という見解³²⁾、補足的選擇的一般條項であるので、他の不正競争行爲

29) 光州地方法院 2019. 6. 10.子 2019카합50244 決定 °

30) 光州高等法院 2019. 10. 29.子 2019라1082 決定 °

31) 나중갑, “성과 ‘모방’ 도그마와 부정경쟁방지법 제2조 제1항 (카)목의 적용 범위 - 서울연인단팥빵사건을 중심으로”, 산업재산권, 제62호(2020), 155면.

と競合適用が認められないという見解³³⁾などがそのものである。

しかし、2020年に大法院が(ワ)目に關する一連の判決において「(ル)目は旧不正競争防止及び營業秘密保護に關する法律(2013.7.30.法律第11963号として改正される前のもの)の適用範圍に含まれなかった新しい類型の不正競争行爲に關する規定を新設することで、新たに登場する經濟的な価値を持つ無形の成果を保護し、立法者が不正競争行爲のすべての行爲を規定できなかった点を補完して法院が新しい類型の不正競争行爲をより明確に判斷できるようにすることで、変化している取引觀念を適時に反映して不正競争行爲を規律するための補足的一般條項である」と説示した後、學説は概ね(ワ)目の法的性格を補足的一般條項とみながら、その適用範圍が過度に擴大しないように要件の解釋と適用に慎重を期すべきという立場にまとめられた³⁴⁾。

一方、(ワ)目を競争法として理解する見解も存在するが³⁵⁾、不法行爲責任を認めたネイバー廣告事件の判決を立法化した経緯に照らしてみると、不法行爲責任であることが明らかであるので、その立法趣旨を生かして、その解釋においても一般民法

32) 최승재, “제품의 형태와 색채 모방행위와 부정경쟁행위에 대한 소고 - 비아그라 판결과 세레타이드 판결을 중심으로 -”, 상사판례연구, 제30권 제2호(2017), 212면.

33) 문선영, “부정경쟁행위 일반조항에 관한 주요 법적 쟁점 연구”, 과학기술법연구, 제22집 제1호(2016. 2), 85면; 김원오, “부정경쟁방지법상 신설된 일반조항의 법적 성격과 그 적용의 한계”, 산업재산권, 제45호(2014), 273면.

34) 문선영, “부정경쟁방지법상 ‘기타 성과 등 무단사용행위’에 대한 비판적 고찰- 최근 선고된 판례 및 주요 쟁점 검토를 중심으로 -”, The Journal of Law & IP, 제12권 제1호(2022), 130면.

35) 나종갑, “부정경쟁방지법의 본질론과 무임승차 행위의 한계” 산업재산권, 제53호(2017. 8.), 40면.

上の不法行爲理論に基づく解釋論が必要である³⁶⁾。

2. (㉠)目の保護對象

(㉠)目が新設された直後からその保護對象について多くの議論が續いた。これは、前に見た(㉠)目の法的性格にも關わる議論である。最近、大法院の判決を通じて、(㉠)目の法的性格はある程度整理されたものとは異なって、(㉠)目の保護對象に關する論争は依然として現在進行形である。このような議論の背景には、新しい類型の不正競争行爲に對する彈力的で効率的な規制を目的とする(㉠)目の適用範圍が無限に擴張できるという虞が落ち着いている。

特許法は特許登録された發明(自然法則を用いた技術的思想の創作として高度なもの)を、商標法は登録された商標(自己の商品と他人の商品を識別するために使用する標章)を、著作権法は人間の思想又は感情を表現した創作物をその保護對象とする。つまり、特許法、商標法、著作権法などの権利付与型制度においては、その「保護對象」というものが明確である。「保護對象」という用語は、(㉠)目が他の知的財産權法のように、ある特定の有・無型の結果物を保護する目的を持つ條項という誤解を呼び起こす。つまり、既存の知的財産權において使用されていた「保護對象」という用語は、特定の對象(トレードドレス、パブリシティ權、周知性のない標章、データなど)が(㉠)目によって保護されるかどうかに關する問題に穿鑿させる動機として作用する。それでは、(㉠)目はそれによって保護される特

36) 최호진, “개정 부정경쟁방지법 (차)목 및 (카)목의 해석·적용에 관한 고찰”, 인권과 정의, 통권 476호(2018. 9.) 10~11면.

定の不変の「保護対象」というものがあるのか。

憲法裁判所は、「不正競争防止法は流通市場において広く知られている商標・商号などの営業標識と混同が生じる虞がある行為を個別・具体的事案によって禁止して、公正な経営秩序を維持しようとする行為規制型立法であるが、對照的に、商標法は、商品及びサービスに関する商標の登録という手続的手段を通じて獨占的な私権を創設することで、一次的に登録商標権者の利益を保護する権利付与型立法という違いがあり、このような違いは兩法の保護対象と方法に関する違いを伴う。韓國の商標法は、特定の標識が広く知られているかどうかを問わず、登録という手続だけを踏むと、獨占権を付与するので、登録対象が限定される。つまり、保護価値に対する實質的審査の過程なく登録という手続だけで獨占的な保護が可能な韓國の商標法において商標の登録対象になるには、識別力という保護要件を備えたものでなければならない。これに比べて、不正競争防止法は周知された、即ち広く知られている標識と混同が生じる虞がある行為を個別・具体的に規制するものであるので、保護対象よりは規制対象を限定することが問題となる。そして、このような規制を通じて不正競争防止法が保護する保護対象になるためには登録を必要としない。商標法においては保護されていない標識も不正競争防止法による保護は受けられるものである。」として、権利付与型制度である商標法と行為規制型である不正競争防止法との差異を説示したところがある(憲法裁判所 2015. 2. 26. 宣告 2013憲バ73全員裁判部決定)。

権利付与型制度である「侵害」は、明確な「保護対象」が存在し、侵害者の侵害行為がその保護範囲に屬するかどうかを判断する問題である。一方、行為規制型立法である(ワ)目の不正

競争行爲をしたか否か、即ち、「違反」は法律が定めている規制対象行爲であるか否かを判断する問題であり、「違反」に該当する場合、その違反行爲の対象になった有・無型の結果物が結果的な「保護対象」になる。

権利付与型制度に馴染み深い「保護対象」という用語を使用する場合、(7)目の判断においても「保護対象」即ち、「相当な投資又は努力で作られた成果」の範囲を確定し、その範囲に含まれない対象は、当初に(7)目の適用を排除することで、(7)目の適用範囲を制限しようとする傾向を示す可能性がある。しかし、「他人の相当な投資又は努力で作られた成果などを公正な商取引慣行又は競争秩序に反する方法によって自分の營業のために無斷で使用することで他人の経済的な利益を侵害する行爲」を不正競争行爲と規定した(7)目が特定の行爲を規制する條項であるという事實に集中すれば、「相当な投資又は努力で作られた成果」が他の要件とは無關係に獨立的に(7)目の保護対象を決定する要件というよりは、他の要件との共に(7)目が規制する不正競争行爲かどうかを判断する考慮要素の一つと見るのが妥当である。例えば、同じ成果であっても、これを無斷使用する行爲に對する評価によって、(7)目の不正競争行爲が成立することも、成立しないこともありうる。

上記のように(7)目を「保護対象」の側面ではなく「規制対象」の側面から眺めれば、「相当な投資又は努力で作られた成果」の種類又は範囲に制限を置く必要性は低くなり、「法律上に保護する価値がある利益」の探求及び「公正な商取引慣行又は競争秩序に反する方法」と「自分の營業のために無斷で使用することで他人の経済的な利益を侵害する行爲」に注目できるようになる。この場合、「成果」の範囲に制限を置かなくて

も、行爲規制形式の立法趣旨に合わせて「成果」及びこれを無斷で利用する「行爲」に對する評価を通じて、「規制對象」行爲として(ワ)目の適用範圍を合理的に制限することができる。それでは、(ワ)目の保護對象というのは、その無斷使用行爲を不正競争行爲から保護すべき必要がある最小限の基準を満たす對象適格として理解できるが、このような保護客体の範圍を限定する構成要件が正に「他人の相当な投資又は努力で作られた成果など」である³⁷⁾。不法行爲の法理及びエルメスの目玉バッグ事件において大法院の說示³⁸⁾を參考すると、このような(ワ)目の適用の對象適格は「法律上に保護する価値がある利益」として「公共領域に屬していないもの」であると見られる。但し、不正競争防止法は健全な取引秩序を維持することを目的とするので、法律に違反して不法に収集した情報などのように法秩序に反したり公正な競争秩序に反したりする成果物は含まれない³⁹⁾。

3. (ワ)目の適用範圍

1) (ワ)目の地位に關する議論

(ワ)目は、立法の直後から既存の(イ)目から(リ)目までの他の

37) 김원오, 前掲論文(註 31), 277면.

38) 大法院 2020. 7. 9. 宣告 2017다217847 判決 (『この事件の商品標識は、国内において継続的・独占的・排他的に使用されて来ることで、前面部と側面部の形状、取っ手とハンドバッグの本体カバーの形態、ベルト形状の革紐とリング形状の固定具などが共に一塊した差別的な特徴として、一般需要者の間に特定の商品の出処としての識別力を備えることになったので、公共領域(public domain)に属するものとは見難く、「法律上に保護する価値がある利益」に該当すると評価できる。』)

39) 최정열·이규호, 「부정경쟁방지법」, 진원사(2015), 209면.

不正競争行爲及び特許權又は商標權などの他の知的財産權との關係(特に、他の不正競争行爲又は他の知的財産權侵害に該当しない行爲との關係)に關する議論を催した。これは、被告の行爲が(ワ)目の以外の他の不正競争行爲の類型に該当するか、他の知的財産權の保護對象である場合には、(ワ)目の適用を排除すべきか(補充性)の問題⁴⁰⁾であり、(ワ)目が法的性格にも關連する。

(ワ)目の適用範圍を畫定することにおいては、不正競争防止の對象領域が廣がると、韓國の憲法が追求する經濟秩序の根本原則である「自由競争」が必然的に狹くなるという根本的な問題意識(既存の知的財産權法によって禁止される對象ではなくても不正競争行爲として規制される領域の増加)が必要であるという⁴¹⁾。これによって、他の不正競争行爲に該当するか、他の知的財産權として保護される對象に對しては(ワ)目の適用を排除しなければならないという主張が強く台頭し、これらの主張は一連の下級審判決によって支持されたように見えることもあった⁴²⁾。このような一連の判決について(ワ)目の適用範圍を解釋

40) 他の不正競争行爲又は他の知的財産權法において定めている侵害行爲に該当しないので、(ル)目が認められてはならないという主張を補充性の問題として、他の不正競争行爲に該当する余地があるので、(ル)目が認められてはならないという主張を重複適用の問題として区分することもある[손천우, 前掲論文(註 17), 1014면].

41) 이규홍, “부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목(변경 후 카목)에 대한 연구- 부정 경쟁행위와 불공정거래행위의 교차점 -”, 정보법학, 제22권 제2호(2018), 80면.

42) 서울高法 2014. 12. 4. 宣告 2014나2011480 判決(確定)(『被告が広告に使用したこの事件公募展の写眞は、この事件写眞著作物との實質的類似性が認められないので、原則としてこれを自由に使用できることである。原告は、この事件公募展の写眞がこの事件写眞著作物を「模倣」したことを前提に(ワ)目〔旧(ヌ)目〕の適用を求めているが、實質的類似性が認められない形態の「模倣」行爲は著作權法により許されるものであり、(ワ)目は限定的に列挙されている不正競争防止法第2条第1号(イ)~(リ)目の所定の不正競争行爲に對する補足的規定に過ぎなく、著作權法によって原則的に許容される行爲までも規律するための規定ではないと見なければ

によって制限しようとする試みと評価することもある⁴³⁾。

但し、實務的にみると、過去の下級審判決が他の不正競争行為に該当し、又は他の知的財産権によって保護されている対象に對しては、(ワ)目の適用を排除しなければならない、又は(ワ)目の適用のために「特別な事情」を要求したことは(ワ)目が不正競争行為として導入された後、それに關する法理が確に定着する前という事情と噛み合って、殆んどの原告が予備的請求原因として、(ワ)目の不正競争行為を主張しながらも事實上に周圍的請求に關する証明の以外に(ワ)目の要件に對する主張、証明を確にしなかった状態において裁判所が(ワ)目の適用可否を判断しなければならない、まことに「特別な事情」もあったと思われる。

2) (ワ)目の補充性の問題

(ワ)目の補充性を嚴格に適用しなければならないという見解は、他の不正競争行為又は他の知的財産権に對して定めている侵害行為が成立しない場合は、(ヲ)目の不正競争行為も否定しなければならないという立場である。例えば、その形態が調った日から3年を過ぎた商品形態は、(リ)目の適用対象になることができず、公共領域に屬することになるので、(ワ)目の適用余地もないということである⁴⁴⁾。下級審判決(ナイキ運動靴の形態

ならない。更に、被告のこの事件公募展写真の使用行為が、マイケル・ケナ又は原告に對する關係において公正な商取引慣行又は競争秩序に反すると見られるような事情も見つけることができない。』); ソウル西部地法 2014. 7. 24. 宣告 2013ガ合32048 判決; ソウル高法 2015. 1. 30. 宣告 2014ナ2006129 判決; ソウル高法 2017. 5. 12. 宣告 2016ナ210315, 210322 判決(大法院 2017. 8. 31. 子 2017ダ21022 審理不続行棄却判決によって確定された)。

43) 이규홍, 前掲論文(註 38), 80면.

模倣が問題となった事件)の中であっても(リ)目の保護期間以降の形態模倣行為については、自由な利用が許される商品形態の模倣という理由によって(ワ)目の適用を否定した事例がある⁴⁵⁾。

ところが、もし形態が調った日から3年が過ぎた商品形態に対して意匠権が登録されていればどうか。当然、その商品形態は公共領域にあると言えず、その形態が調った日から3年を過ぎた商品形態の場合いおいても意匠権として保護される。意匠権ではなくても、上記の商品形態が(イ)目の周知性又は(ハ)目の著名性を備えた場合、被告の行為態様次第で(イ)目又は(ハ)目に規制される不正競争行為に該当できる。(ワ)目の補充性を厳格に適用しなければならないという見方も、上記の場合、意匠権による保護又は(イ)目若しくは(ハ)目による規制を否定することはできない。

結局、(ワ)目の補足性を厳格に適用しなければならないという見解の論理は明示的に現れない重要な前提がある。当初に(ワ)目の獨自的な性格を認めない、又は当該事案において適用が否定された他の不正競争行為(又は侵害が否定された他の知的財産権)の以外に、それと區別される成果としての有・無型の価値及び(ワ)目が要求する被告行為の違法性に關する主張、証明が追加されないという前提が正にそのものである。ナイキ運動靴の形態模倣が問題となった事件において、「不正競争防止法第2條第1号(ヌ)目⁴⁶⁾は、(イ)～(リ)目に規定している行為の類型

44) 나중갑, “부정경쟁방지법 제2조 제1호 카목은 사냥허가(hunting license)인가? —소위 ‘눈알가방’ 사건과 관련하여”, 지식재산연구, 제15권 제4호(2020. 12), 168면.

45) ソウル中央地方法院 2015. 6. 10. 선고 2013가합55638, 2014가합546662 判決.

46) 現在の(ワ)目。

テンツ振興法などの他の法律によって保護又は規制されていない対象であるかをすべて調べ、(ワ)目の適用可否を決定しなければならないという結論に至るしかないが、このような實務を期待することも難しく、妥当することもない。

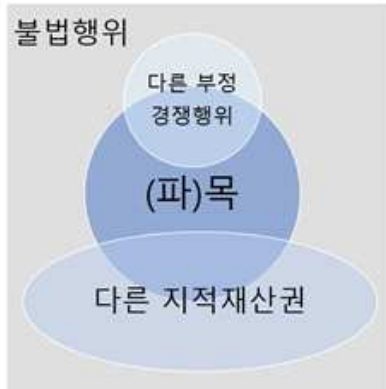
結局、他の不正競争行爲の類型又は他の知的財産權の保護對象に對して特別な根據なしにそれが成果であると主張して、(ワ)目の適用を主張する場合と、他の不正競争行爲の類型又は他の知的財産權の保護對象と區別される「法的に保護する価値がある利益」を檢討し、「公正な商取引慣行又は競争秩序に反する方法」と「自分の營業のために無斷で使用することで他人の經濟的な利益を侵害する行爲」という(ワ)目の要件に關する主張、証明をする場合とは區別される。後者の場合、他の不正競争行爲の類型であるか、他の知的財産權に對する侵害が否定されるところとして、(ワ)目の適用まで当然に排除されると見ることはできない。

3) (ワ)目が適用されることができない不法行爲の領域が存在するかどうか

(ル)目の制定前までは民法上不法行爲の領域において解決しなければならない部分がかなりあったが、(ル)目の施行によって不正競争行爲の範圍が廣がるにつれ、民法上不法行爲で解決すべき領域は減るようになった⁴⁸⁾。(ワ)目の新設以後、不正競争防止法において定めていない新たな行爲類型の不正競争行爲に對して民法上の不法行爲として擬律するためには、そのような不正競争行爲が(イ)~(ル)目において定めている不正競争行爲

48) 손천우, 前掲論文(註 17), 1003면.

に準ずるのであると評価できるはずであるという見方がある49)。



(ワ)目に該当する不正競争行為に對しては特別法である不正競争防止法が優先的に適用されるので、当事者が敢えて民法上の不法行為だけを主張しない限り、民法が適用される余地は殆んどなくなった。但し、(ワ)目の適用が否定される場合にも最後の堡壘として民法上の不法行為責任が存在するという事實

は、法的保護の必要性は認められるが、他の法規の適用が曖昧な問題をすべて集めて(ワ)目によって解決しようとする氣早な解釋論を防ぐ役割をすることができる50)。

4. (ワ)目の適用事例で見た争点

1) 混同が否定された周知商標の使用行為に對する(ワ)目の適用

エルメスの目玉バッグ事件において大法院は、混同の虞がな

49) 박정희, “부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목의 적용범위”, 특허법원 개원 20주년 기념논문집: 특허소송연구 특별호(2018), 854~855면; ソウル中央地方法院 2013가합552431 判決等において不正競争防止法第2条第1号(ヌ)目の不正競争行為に該当するためには、(イ)目から(リ)目までの不正競争行為に準ずるものであると評価できる行為ではなければならないと明らかにしたことと同じ論理であるという。

50) 이규홍, 前掲論文(註 38), 81면.

いという理由で(イ)目及び(ハ)目の不正競争行爲を否定したにもかかわらず、(ワ)目の不正競争行爲を認めた。このような大法院の判決に對して、当該事件において(イ)及び(ハ)目の不正競争行爲に該当しないにもかかわらず、(ワ)目によって再び規律するほどの違法性があると見られないという批判⁵¹⁾又は目玉バッグ事件の被告バックは(イ)目と(ハ)目が消極的に規定した公共領域に屬するものであり、被告は識別標識ではなく單にバッグの意匠として使用したことであり、市場の差異によって商品の代替又は混同が發生しなかったという批判⁵²⁾が提起される。ところが、当該事案において大法院が被告が原告の周知性がある商品標識を識別標識として使用したという理由だけで(ワ)目の不正競争行爲を認めたと見難いという点を勘案すれば、上記のような批判が妥当かどうかは疑問がある。

(イ)目の規制對象は、他人の周知性がある商品標識と同一若しくは類似のものを使用するなどの方法で他人の商品と混同を生じさせる行爲である。このとき、「他人の商品と混同を生じさせる行爲」は、現實的に商品の出所に關する混同を招く行爲のみならず混同を招く虞がある行爲も含まれ、それに該当するかどうかは商品標識の周知性と識別力の程度、標識の類似度、使用態様、商品の類似及び顧客層の重複等による競業・競合關係の存否、そして模倣者の惡意(使用意図)の有無等を總合して判斷する⁵³⁾。言い換えれば、(イ)目は、周知性がある商標標識との混同を引き起こすことによって競争者の利益を侵害する行爲を規制する條項であり、その他の行爲を許可する條項ではない。つまり、混同の虞がない方法では他人の周知性がある商品

51) 문선영, 前掲論文(註 32), 161면.

52) 나종갑, 前掲論文(註 41), 165, 168, 178면.

53) 大法院 2012. 12. 13. 宣告 2011ㄱ6797 判決など.

標識をいかなる方法でも自由に使用できるようにすることが(イ)目の趣旨とは見えない。

競争者の周知性があるバッグ製品の外観を無断で借用することで、混同によって侵害される可能性がある競争者の利益とは異なる種類の経済的な利益が侵害され、そのような経済的な利益が「法的に保護する価値がある利益」である場合、(イ)目の不正競争行為が否定されたという事情は、(ワ)目の不正競争行為であるか否かの判断に影響を及ぼさないことが妥当であると見る。バッグの意匠権が登録されている場合は、(イ)目とは別に保護されなければならない法律上の利益が存在するので、混同の虞がないとして意匠権侵害を否定できないことと変わるところがない論理である。一つの同一の対象であっても、その適用局面又は屬性を異にして特許権、商標権、意匠権、著作権などの多様な側面の権利が共存できるように、相当な投資と努力で作られた一つの成果にも保護されうる様々な法律上の利益又は経済的な価値が内包される可能性がある。

エルメスの目玉バッグ事件の判決においては、「原告はケリーバッグとバーキンバッグの供給量を制限してきたが、これと同様の形態の被告製品が販賣されながら、徐々にこの事件商品標識の希少性を維持することに障害要因となる可能性がある。また、被告が原告と同じ種類の商品である被告製品を国内で續いて生産・販賣するようになれば、原告製品に対する一部の需要に代替するか、原告製品の希少性及び価値低下によって潜在的な需要者が原告製品に対する購買を放棄する可能性が高まるという点で原告の経済的な利益を侵害すると見られる。」という説示によると、大法院は相当な投資又は努力で作りに出した成果に体化されている「バッグの希少価値」及びそれによる

「顧客吸引力」を侵害された経済的な利益とみて、これらの利益は、(イ)目の不正競争行為によって侵害される利益とは區別される利益であると判断したものであるという解釋も可能である。

混同が否定された周知商標の使用行為に(ワ)目の適用を肯定した大法院判決の趣旨を上記のように理解すると、経済的利益の侵害に關する判断又は被告の行為が公正な商取引慣行又は競争秩序に反する方法であるかに關する判断の当否を別論として、(イ)及び(ハ)目の不正競争行為に該当しない行為に(ワ)目の不正競争行為を認めた大法院の判断を全く領けないわけではない。

エルメスの目玉バッグ事件以後、今回は原告營業標識である「海雲台 [ヘウンデ] 雌牛カルビ屋」の周知性が否定され、(ロ)目の不正競争行為を認められない事件においてソウル高等法院は『需要者の客観的な認識を基準としては上記のような周知性・著名性を取得したと断定し難い商品・營業標識の場合でも、商品・サービスに係わって蓄積された名聲・信用・顧客吸引力・品質に對する信頼度が、周知性・著名性を備えた商品・營業標識に劣らない「法律上に保護する価値がある利益」を持つ場合がありうる。』という前提の下に、『原告の營業標識は原告が原告の食堂に係わって55年以上の間に蓄積された名聲・信用・顧客吸引力・品質に對する信頼度が化体された財産的な価値を有するものとして「法律上に保護する価値がある利益」に該当すると評価』して、被告が原告食堂の名聲、信用、顧客吸引力、品質に對する信頼度は無斷で便乗するために原告營業標識と全く同一の(=模倣の程度が強い)營業標識を使用して需要者の混同を生じさせる行為が(ワ)目の不正競争行為に該当すると判決

した⁵⁴⁾。海雲台雌牛カルビ事件の判決において、法院は(ワ)目の法律上に保護する価値がある利益が認められる成果に対する法的保護の必要性及び強度と、行爲者の無斷使用が公正な商取引慣行又は競争秩序に反する程度を相互に對比して(ワ)目の要件を判断できるという判断基準を提示した⁵⁵⁾。

2) 營業秘密侵害が否定された行爲に對する(ワ)目の適用

エルメス目玉バッグ事件の判決に對する批判と類似な批判が駆動装置凶面事件に對しても可能である。駆動装置凶面の場合、凶面に含まれた技術情報を使用するという点で營業秘密の使用又は(ワ)目の使用によって侵害される經濟的な利益には差異がない。したがって、對象情報の營業秘密性が否定されて、營業秘密侵害行爲として擬律できない行爲を(ワ)目の不正競争行爲であると見ることができるとの問題が提起されうる。

(ワ)目は他人が相当な投資と努力で作出した成果を使用するすべての行爲を規定するのではなく、「公正な商取引慣行又は競争秩序に反する方法をもって自身の營業のために無斷で使用」する行爲を規制する。相当な投資と努力で作出した成果であるとしても、營業秘密性が失われた情報を通常の方法をもって取得して使用する行爲は公正な商取引慣行又は競争秩序に反するとは見難い。反面、營業秘密性が喪失した情報であるとしても、その取得及び使用の経緯に照らしてみると、契約上の義務や信義則に反する行爲である場合⁵⁶⁾は「公正な商取引

54) ソウル高等法院 2020. 10. 22. 宣告 2019ナ2058187 判決(大法院 2021. 3. 11. 宣告 2020ダ287266 審理不統行棄却判決によって確定された)。

55) 손천우, 前掲論文(註 17), 1031면.

56) 박성호, “저작권법에 의한 보호가 부정되는 경우 부정경쟁방지 및 영업비밀보

慣行又は競争秩序に反する方法」として見る事ができる。

駆動装置図面事件の具体的な事實關係を見ると、原告から駆動装置を購入して完成品を製造していた被告が完成品の「安全認証書面審査」の目的として取得した原告の駆動装置図面を原告の駆動装置に代わる目的として中國業者に提供して、原告の駆動装置と仕様と性能、内・外觀の構造等が同一若しくは類似の駆動装置を製作することに使用し、原告との取引關係を終了したことは契約上の義務又は信義則に反する行為であり、原告の成果を「公正な商取引慣行又は競争秩序に反する方法をもって自らの營業のために無斷で使用することで無斷で使用することで」原告の經濟的な利益を侵害したと評価できる。JTBC出口調査放送事件⁵⁷⁾とBBQ廣告コンテ事件⁵⁸⁾においても法院は被告が使用した原告の情報の營業秘密性が否定されたにもかかわらず、(ワ)目の不正競争行為を認めたことがある。

3) トレードドレスと(ワ)目

アメリカ判例法によりその法理が發展したトレードドレスは、①本質的に識別力があるか(inherently distinctive)、二次的意味(secondary meaning、使用による識別力)を獲得することで識別力があり、②非機能的(non-functional)であり、③トレードドレスによって侵害者の商品出所に關して消費者に混同の可能性(likelihood of confusion)を引き起こすという要件を備

호에 관한 법률 제2조 제1호 (차)목의 적용범위”, 한양법학, 통권 61호, 100면.
(「特別な事情」が認められる行為類型は、①他人の成果物に対する直接的な模倣、
②先行者との契約上の義務や信義則に反する態様の模倣、③不正な手段によって情報を取得した態様の模倣などをいう。)」)

57) 大法院 2017. 6. 15. 宣告 2017다200139 判決。

58) 大法院 2020. 7. 23. 宣告 2020다220607 判決。

えている場合に保護されることができる⁵⁹⁾。

2018年4月17日、不正競争防止法の一部改正を通じて、トレードドレス(営業提供場所の全体的な外観)が(ロ)目の営業標識に含まれたが、商品の形態と類似な基準⁶⁰⁾が適用されるしかない営業提供場所の全体的な外観が(ロ)目の周知性を備えることは容易ではない。前に見た海雲台雌牛カルビ事件の1審法院は55年間使われたトレードドレスとして営業標識の周知性を否定した⁶¹⁾。法律改正にもかかわらず、トレードドレスという成果模倣に對する規制が依然として(ワ)目に寄り掛かるしかない理由である。

2018年4月17日の不正競争防止法の改正以前の事例とはいえ⁶²⁾、前述した所謂アンパン賣り場事件においてソウル高等法院⁶³⁾は原告の賣り場の看板、内部のインテリア等を含む原告營業の総合的なイメージを原告の相当な投資又は努力をもって作られた成果に該当するとみて、被告が原告の賣り場の標章等構成要素を模倣してこれをそのまま採擇したり、一部の文字だけを変形して被告の賣り場に使用することで、消費者に原告の賣り場と同一で若しくは非常に類似な感じを持たせる行爲は原告

59) ソウル中央地方法院 2014. 11. 27. 宣告 2014ガ合524716 判決。

60) 商品の形態は、意匠権又は特許権などによって保護されない限り、原則としてこれを模倣して製作することが許され、但し例外的に、ある商品の形態が長期間の継続的・独占的・排他的な使用又は持続的な宣伝広告などによって、その形態が持つ差別的な特徴が取引者又は需要者に特定の品質を有する特定の出所の商品であることを連想させるほど顕著に個別化された場合のみ、副次的に自他商品の識別力を持つようになり、このような場合始めて不正競争防止法第2条第1号(イ)目所定の「その他の他人の商品であることを表示した標識」に該当されて同法によって保護されることができる(大法院 2001. 10. 12. 宣告 2001ダ44925 判決など参照)。

61) ソウル中央地方法院 2019. 11. 21. 宣告 2019ガ合526830 判決。

62) 改正以前にもアートレイトドレスも周知性がある営業標識になることができるという見方があった。

63) ソウル高等法院 2016. 5. 12. 宣告 2015ナ2033777 判決。

가成し遂げた成果を公正な商取引慣行又は競争秩序に反する方法をもって被告の營業のために無斷で使用する行爲に該当すると判断した。このような法院の判断について、(ワ)目は狭義の不正取得使用(misappropriation)に関する條項として、虚偽表示(misrepresentation)を基本とするトレードドレスの保護に適用するには不適切な條項という見解がある⁶⁴⁾。このような批判は(ワ)目を事實上に一般條項のように解釋してその適用範囲が過度に擴張されることを懸念する立場である。

最近、大法院はイペリコ加盟店事件⁶⁵⁾において被告が新しい努力を通じて原告加盟事業の総合的イメージと異なるイメージを構築したとすれば、そのような被告の行爲は公正な商取引慣行又は競争秩序に反する方法をもって自分の營業のために他人の成果を無斷で使用した場合に該当しないと判断することでトレードドレスに対する(ワ)目の適用を制限したことがある。このような大法院判決は、不正競争行爲の規制と憲法が追求する經濟秩序の根本原則である「自由競争」との間の合理的な均衡という観点から、他人のトレードドレスを借用するにあたって公正な商取引慣行又は競争秩序に反する方法に関する一応の基準を提示したという点に大きい意義がある。

4) 데이터·스크래핑과(ワ)目

데이터·스크래핑(data scraping)又はウェブ·クロウリング(web crawling)は、インターネット上で接近できるデータを大量に収集できる技術である。このようなデータ収集は特定

64) 나중갑, 前掲論文(註 29), 155면.

65) 大法院 2022. 6. 16.子 2019ㄷ6625 決定.

主体のデータ獨占を緩和する手段になりうるだけでなく、収集されたデータを利用して革新的な新規サービスを提供することで消費者の便益を増進させることもできる。但し、このような公開されたデータの利用という公益はデータ保有者の私益と衝突することになるが、このような利害衝突の調和している解決が問題となる。

歐州司法裁判所(CJEU)の「CV Online Latvia v. Melons」決定は求人廣告サイトを一度に検索してくれる被告検索エンジンサイトのデータ・スクレイピングが適法かどうか争点になった事件である。CJEUは「一方ではデータベース製作者の相当な投資を回収できる正当な利益と、他方ではデータベースに含まれた情報に接近して該当情報を基盤とした革新的な製品を創作できる利用者と競争者の利益との間に公正な均衡を成す必要がある」と指摘しながら、データベース侵害は該当侵害によってデータベース製作者が投資を回収できる経済的な利益を剝奪(deprive)される場合に成立すると見た。

アメリカの「hiQ Labs v. LinkedIn」仮處分事件⁶⁶⁾は、自動化botを利用してLinkedIn會員の公開されたプロフィール情報(名前、職場名、経歴など)を収集したhiQのデータ・スクレイピングが問題になった事件である。LinkedInは本案訴訟とは異なる

66) LinkedInが2017年5月hiQに、hiQはLinkedInの利用者約款を違反したので、それ以外LinkedInサーバーに接近してデータを複製できないという警告状を発送すると、hiQはLinkedInを相手にLinkedInの公開プロフィール(public profiles)に対するhiQの接近を遮断しないことを要求する禁止命令(injunctive relief)とLinkedInがCFAA、DMCA、カリフォルニア州刑法第502条(c)項、trespass普通法を主張できないという確認判決(declaratory judgment)を求める訴えを提起して、これに対応してLinkedInはhiQに対して、①CFAA違反、②カリフォルニア州刑法第502条違反、③契約違反(Breach of contract)、④不正利用(Misappropriation)、⑤動産侵害(Trespass to chattels)を請求原因とする反訴(counterclaim)を提起した。

り、仮處分訴訟においてはhiQのCFAA違反のみを主張し、したがって仮處分訴訟の核心争点はLinkedInがhiQにデータ・スクレイピングの禁止を通報した後、hiQのデータ・スクレイピング行為がCFAA違反であるか否か、即ち「権限なくコンピュータに接近(accessed a computer without authorization)」したことでありと評価されるかどうかである。カリフォルニア北部連邦地方裁判所は、hiQの仮處分申請を引用し、連邦控訴裁判所も第一審裁判所の仮處分決定を承認したが、LinkedInの上告許可申請(petition for certiorari)を受け入れた連邦最高裁判所は、「Van Buren v. United States, 141 S. Ct. 1648(2021)」判決の論據に照らして、この事件を改めて検討せよとして、事件を破棄差し戻した。差し戻し審において連邦控訴裁判所は、CFAAの「権限がない接近」(access without authorization)に關して、一部の連邦控訴裁判所が採擇した契約基盤的解釋(contract-based interpretation)を拒否し、「権限がない接近」の要件は、利用者名及びパスワードの設定のように、一般的に採擇された規則を迂回する場合に違反すると判示し、第1審の仮處分決定を再び承認した。

韓國においても歐州の「CV Online Latvia v. Melons」事件又はアメリカの「hiQ Labs v. LinkedIn」事件と類似の事件(ヤノルジャ事件)がある。宿泊業者予約サービスを提供する被告(ヨギオotte)が、クローリング・プログラムを利用して競争業者である原告(ヤノルジャ)のAPIサーバーに接近して、原告がデータベースをもって構築した全國の提携宿泊業者の情報を大量に配信されて複製した事件の刑事上告審判決⁶⁷⁾及び民事控訴審判決⁶⁸⁾が最近に言い渡された。

67) 大法院 2022. 5. 12. 宣告 2021㉟1533判決。

刑事事件において検事は上記ヤノルジャの行爲に對して、ヤノルジャを情報通信網法違反(情報通信網侵害など)、著作権法違反(データベース製作者権利侵害)等の公訴事實をもって起訴した。まず、情報通信網法違反(情報通信網侵害など)の公訴事實に對して大法院は被害者のAPIサーバーは會員加入なしにも自由に接近でき、これを遮斷する別途の保護措置はなく、被害者のアプリサービスの利用約款においても宿泊情報に對する接近を客觀的に制限する内容はなかったので、被告人が接近權限なしに若しくは接近權限を越えて情報通信網に侵入したとは見難いと見て無罪を宣告した。一方、著作権法違反(データベース製作者権利侵害)の公訴事實については、「①被告人1等が被害者會社のAPIサーバーから収集した情報は被害者會社の宿泊施設に係わるデータベースの一部に該当する、②上記の情報は既にかなり知られている情報として、その収集に相当な費用又は手が掛ったとは見えない、又は既に公開されていてこの事件のアプリを通じても確保できたものであり、データベースの更新などに關する資料がない、③このような被告人1等のデータベース複製が被害者會社の当該データベースの通常的な利用と衝突し、又は被害者の利益を不当に害する場合に該当するとは見難い。」と理由をもって無罪を言い渡した。

刑事事件における上記の大法院判決の直後、ソウル高等法院は大法院が「被害者の利益を不当に害する場合に該当するとは見難い。」という理由をもって著作権法違反(データベース製作者権利侵害)を否定したにもかかわらず、原告の全國提携宿泊業者情報は相当な投資又は努力で作られた成果であると見て、原告サービス利用者の需要を直接的に代替する競争業者である被

68) ソウル高等法院 2022. 8. 25. 宣告 2021ナ2034740判決。

告が原告の全國提携宿泊業者情報を配信・複製して被告の營業に無斷で活用した行爲は(ワ)目の不正競争行爲に該当すると判斷した。

このようなソウル高等法院の判決について、著作權法におけるデータベース保護規定の立法趣旨は、創作性がある價值表現物を保護することではなく、データに投与された投下資本を回収することにあるので、仮令、各法律において設定した要件が一部異なるものの、立法趣旨を參酌して同一の事實關係については同一な方向の結論が導き出されるように解釋する必要があるが、データベース製作者の權利侵害は否定しながら成果盜用の不正競争行爲を認めることは不自然であるという批判がある⁶⁹⁾。

原告が構築してリアルタイムでアップデート・管理する全國連携宿泊施設情報は、原告サービスの營業戰略に用いられる主要な情報であって、原・被告が直接競争している宿泊施設予約サービス業の競争優位を左右できる價值乃至利益を有する情報として、單に著作權法において保護するデータベース以上の法律上の保護價值ある利益を内包していることを考慮すると、關連刑事事件の大法院の判示と同様な理由をもってデータベース自体に關する原告の利益⁷⁰⁾が不当に侵害されなかったとしても、被告の行爲によって原告が市場において競争優位に立つことができる利益が毀損されたとすれば、(ワ)目の不正競争行爲に該当する余地があると考ええる。

69) 전웅준, “데이터 스크레이핑 관련 최근 주요국 판결례 검토 - CJEU의 CV Online Latvia v. Melons 결정, 미국 제9 연방항소법원 hiQ Labs v. LinkendIn 가처분결정, 한국 법원의 야놀자 v. 여기어때 판결을 중심으로”, 정보보호 법제 동향(2022. 8.).

70) データベースそのものとしての價值以外に当該データベースが利用される營業に係わって追加に創出されうる利益又は價值を考慮しなかった利益をいう。

5) (㉞)目の不正競争行爲との競争關係

大法院は、(㉞)目が規定する「公正な商取引慣行又は競争秩序に反する方法をもって、自身の營業のために無斷で使用」した場合に該当するためには、権利者と侵害者が競争關係にある又は近い將來に競争關係に置かれる可能性があるのか、権利者が主張する成果などが含まれた産業分野の商取引慣行又は競争秩序の内容とその内容が公正なのかどうか、上記のような成果などが侵害者の商品又はサービスによって市場において代替される可能性、需要者又は取引者に成果などがどの程度に知られたのか、需要者又は取引者の混同可能性などを総合的に考慮しなければならないという。

ゴルフゾーン事件において原告であるゴルフ場の運営者とスクリーンゴルフのシミュレーションシステム用の3Dゴルフコースの映像製作者が競争關係にあるとは見難いという点を根據として、該当事案において(㉞)目の不正競争行爲を認めたのは適切でないという指摘がある⁷¹⁾。營んでいる營業が異なるので無斷使用主体の行爲によって成果を作り出した主体の經濟的な利益が侵害されないということである。

しかし、知的財産權を含む成果は直接使用することもできるが、これを第三者に使用許諾する方式でも使用が可能である⁷²⁾。したがって、(㉞)目の不正競争行爲において要求される競争關係とは、取引界において同一若しくは類似の營業を營む

71) 김인철, “골프코스 의 저작권법상 보호-골프존 사건을 중심으로”, 산업재산권, 제64호(2020. 7), 430면; 문선영, 前掲論文(註 32), 154면.

72) 特許の実施若しくは商標の使用に当って直接実施し、又は使用する場合のみならず、実施許諾又は使用許諾による実施又は使用も特許權者若しくは商標權者の実施又は使用であると見る。

方式の直接的な競争關係だけではなく、成果を作り出した主体と無斷使用主体との間のライセンス契約が要求される關係まで含まれると見ることが妥当である。法院も加盟事業の運營主体と加盟店の運營者との關係において、加盟店の運營者が加盟事業の運營主体と加盟契約を締結しないまま加盟事業の運營主体の成果を無斷で使用する場合、加盟事業の運營主体は加盟店との加盟店契約の代価として受け取ることができる金額に相当する營業上の利益が侵害されたことであると見た⁷³⁾。

IV. おわりに

2013年、不正競争防止法の改正を通じて(ワ)目[改正当時(ヌ)目]が新設された後、2020年大法院がゴルフゾーン事件とBTS事件において初めて(ワ)目の判断基準に関して具体的に説示するまで(ワ)目の法的性格、適用範囲、違法性の判断基準などに關する議論が絶えなかった。また、上記のような判断基準を説示した後、法院がエルメス目玉カバン事件又は海雲台雌牛カルピ事件などにおいて相次いで積極的に(ワ)目を適用する判決を言い渡す状況について、「(ワ)目の曖昧さによって法院に過度な立法形成權が付与された、或は法院が(ワ)目の適用範囲を過度に擴大している」という非難が提起されている⁷⁴⁾。立法的な側面においては、不確定的な法文と法院の裁量の不明確性によって特定な成果に対する(ワ)目の適用可否が不明確であるという理由をもって具体化された類型の個別的な不正競争行為が追加されていることもある。しかし、当初に(ワ)目の立法趣旨が、

73) 光州高等法院 2019. 10. 29.子 2019라1082 決定。

74) 문선영, 前掲論文(註 32), 166~167면.

「新しく多様な類型の不正競争行為に適切に対応するために、不正競争行為に関する補足的な一般條項を新設」したものとして、「立法者が不正競争行為のすべての行為を規定できなかった点を補完し、法院に新しい類型の不正競争行為を判断できる柔軟性を提供することで、変化する取引観念と共同社会の価値基準を適時に反映して不正競争行為を規律できるという長所」が(ワ)目新設の立法的な背景⁷⁵⁾であったことを勘案すれば、(ワ)目が持つ不明確性と法院の裁量は立法者によって意図されたものであると見る余地もある。規定の明確性と適用の柔軟性は反比例するためである。

法院が具体的な個別事例に対して法律上に保護価値がある利益に対する立法の空白であると見て(ワ)目を適用すべきか、それとも公共領域であると見て憲法が追求する経済秩序の根本原則である「自由競争」を保護するかに対する判断は容易ではない場合が大部分である。立法の是非とは別に、現在の(ワ)目に對する予測可能性と法的安定性は、事實上法院の具体的な判決に委ねられていることが現実であるにもかかわらず、これまで法院の判決さえ混乱していたことは否定できない。大法院が2020年に(ワ)目の具体的な判断基準を明らかにして、一部の下級審判決が不正競争防止法の目的を考慮した慎重な判断のために詳細な事實的、法理的な論証を通じて結論を導き出すことは、このような混乱した状況を整理していく努力として意味するところが大きい。但し、(ワ)目が一般不法行為としての損害

75) 2012 不正競争防止法改正案の国会検討報告書 11~13頁(김원오, “부정경쟁방지법상 신설된 일반조항의 법적성격과 그 적용의 한계”); 大法院が(ワ)目の立法趣旨について、「法院が新しい類型の不正競争行為をより明確に判断できるようにすることで、変化している取引観念を適時に反映して不正競争行為を規律するため」のことであるという説示部分も、このような国会検討報告書の内容に基づいたものと思われる。

賠償だけでなく禁止請求まで可能にする條項であることを考慮すれば、法院は具体的な事件において(ワ)目の適用において「法律上に保護する価値がある利益」の具体的な内容を明らかにし、規制対象行為の違法性判断のために一層体系的であって具体的な基準を確立することで、(ワ)目の予測可能性と法的安定性が担保される法理が形成されるように努める必要がある。

부 록

1. 법학연구소 규정
2. 법학논총 논문게재 규정
3. 인천법학논총 게재논문 목차(창간호 ~ 제23집)

법학연구소 규정

제정 1999. 12. 1.

제1장 총 칙

제1조(목적)

이 규정은 법의 이론과 실제에 관한 이론과 실재를 통하여 우리나라의 법학과 법문화 발전에 기여하며, 동북아 및 국제화·지방화시대의 법제도를 연구하기 위하여 설치한 인천대학교 부설 법학연구소(이하"연구소"라 한다)의 조직과 운영에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조(명칭)

본 연구소는 인천대학교 법학연구소라 부른다.

제3조(소재)

연구소는 인천대학교 법과대학 안에 둔다.

제2장 사 업

제4조(사업)

본 연구소는 제1조의 목적을 위하여 다음 각 호의 사업을 한다.

1. 법학일반이론의 연구
2. 법제 및 법령의 연구
3. 법조실무상의 문제점연구

4. 동북아교류 및 국제관계법제의 연구
5. 지방자치의 관계법제 연구

본 연구소는 제1항의 사업에 필요한 다음 각호의 사업을 할 수 있다.

1. 연구발표회, 세미나 및 강연회의 개최
2. 학술논문집, 정기간행물 및 도서의 발간
3. 정부기관 및 지방자치단체 기타 외부기관의 위촉에 의한 자문·연구사업의 수행
4. 국내외 타 연구기관의 제휴 및 공동연구의 수행
5. 연구결과에 관한 학술발표 및 기타 강연회개최
6. 법학 전반에 관한 정보수집·체계화 및 응용방안에 관한 연구
7. 기타 연구소 설치목적에 부합하는 사업

제3장 조직과 운영

제5조(구성)

본 연구소는 상임 및 비상임연구위원과 연구원으로 구성한다.

상임연구위원은 본 대학교 전임교원 중 법학박사학위를 소지한 전임교원으로 한다.

비상임연구위원은 법학박사소지자 또는 변호사자격이 있는 법조인이며, 운영위원회의 동의를 거쳐 임명한 자로 한다.

연구원은 석사학위를 받은 자 또는 석사과정 이상의 자를 운영위원회의 동의를 거쳐 연구소장이 임명한다.

본 연구소의 연구사업을 수행하기 필요한 때에는 본 대학교 학부학생 중에서 연구보조원을 둘 수 있다.

제6조(조직)

본 연구소의 임원으로는 연구소장 1인으로, 연구소장은 조교수 이상의 운영위원회의 제청을 거쳐 총장이 임명하며, 임기는 2년으로 한다.

연구부장은 상임연구위원 및 비상임연구위원 중에서 연구소장이 위촉하며, 운영위원회의 동의를 얻어야 한다. 그 임기는 연구사업의 만료일까지로 한다.

감사는 상임연구위원 중에서 운영위원회가 선임하며, 임기는 2년으로 한다.

간사는 연구원 중에서 연구소장이 임명하며, 운영위원회의 동의를 얻어야 한다.

제7조(임원의 직무)

연구소장은 본 연구소를 대표하며, 연구소의 업무를 통할한다.

연구부장은 부여된 연구사업에 대한 계획수립, 실행 및 보고에 관한 제반업무를 수행한다.

감사는 본 연구소의 업무에 대한 회계감사를 하며, 감사결과를 운영위원회의 정기회의에 보고해야 한다.

제7조(운영위원회)

본 연구소의 사업 및 운영에 관한 사항을 심의·의결하기 위하여 운영위원회를 둔다.

운영위원회는 소장과 연구위원 및 간사로 한다. 위원장은 연구소장이 겸임하며, 위원은 연구위원으로 하며, 간사는 연구원 중에서 위원장이 임명한다.

위원회는 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다.

1. 연구소의 사업 및 운영계획의 수립
2. 연구부의 설치 및 연구비의 배정·관리

3. 차기연구소장,비상임연구위원,연구부장,연구원의 임명제청
4. 예산안의 승인 및 결산보고의 승인
5. 본 연구소 규정의 개정
6. 기타 운영회의에서 본 연구소의 운영에 필요하다고 판단되는 사항

운영위원회의 정기회의는 매년 3월에 소집하며, 임시회의는 위원장이 필요하다고 인정한 때 또는 위원3분의 1이상의 요구가 있는 때에 소집한다.

운영회의의 결정사항은 3분의 2이상 찬성이 있어야 한다.

운영위원회의 회의는 반드시 회의록을 작성·보관을 해야하며 그 업무는 간사가 담당한다.

제4장 재 정

제8조(경비)

본 연구소의 운영에 필요한 연구비 또는 기타의 경비는 교비 지원금, 용역사업비, 보조금, 기부금 기타의 수익으로 한다.

제9조(예산 및 사업계획)

소장은 연구소의 예산서와 사업계획서를 작성하여 운영위원회의 심의를 거쳐 총장의 승인을 받아야 한다.

제10조(결산)

본 연구소의 회계년도는 본 대학교의 회계연도와 같이 한다.

소장은 연구소의 결산서와 사업보고서를 작성하여 운영위원회의 심의를 거쳐 총장에게 보고하여야 한다.

제5장 보 칙

제11조(운영세칙)

본 연구소의 운영에 관하여 필요한 사항은 반드시 운영위원회의 의결을 거쳐 결정하며, 총장의 승인을 얻어야 한다.

제12조(개정)

이 규정은 운영위원회에서의 재적위원 과반수의 출석과 출석위원 3분의 2이상 찬성을 하여야 하고 총장의 승인을 얻어야 한다.

부 칙

이 규정은 1999년 12월 1일부터 시행한다.

법학논총 논문게재 규정

제1조 (목적)

본 규정은 인천대학교 부설 법학연구소의 정기발간 학술논문집인 "仁川法學論叢"에 게재할 원고의 작성방법, 제출, 심사 및 편집에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조 (게재논문 제출자격)

인천대학교 법학연구소의 연구원으로서 인정된 자에 한한다. 그러나 편집위원회의 승인을 받은 경우에는 비연구원도 원고를 제출할 수 있다.

제3조 (논문작성방법)

- ① 투고원고의 작성에 있어서는 편집위원회 규정 및 이 지침에 규정된 사항을 준수하여야 한다.
- ② 투고원고는 다음과 같이 구성되어야 한다.
 1. 제목(한글 및 외국어)
 2. 저자명(한글 및 외국어)
 3. 목차
 4. 본문(항목번호는 I, 1, (1), 가, ①, A의 순서로 함)
 5. 주제어(5단어 내외의 한글 및 외국어)
 6. 초록(500단어 내외의 외국어)
- ③ 투고원고의 내용은 원칙적으로 국문으로 작성되어야 한다. 다만 외국인의 원고 기타 논문의 특성상 외국어로 작성되어야 하는 것은 외국어로 작성할 수 있으나 국문으로 된 번역문을 첨부하여야 한다.
- ④ 제2항 각 호의 외국어는 영어, 독어 또는 불어 중의 하나로 작성한다.

- ⑤ 저자가 2인 이상인 경우에는 책임저자와 공동저자의 구분을 명시하여야 한다.

제4조 (논문작성시 유의사항)

투고원고를 작성함에 있어서는 다음의 사항에 유의하여야 한다.

1. 국내외의 문헌을 인용함에 있어서는 최신의 문헌까지 인용하되 가급적 교과서 범주를 넘어서 학술논문 수준의 문헌을 인용하고, 교과서의 경우에는 출판연도와 함께 판수를 정확하게 기재한다.
2. 외국법에 관한 논문이 아닌 한 국내의 학술논문을 인용하여 국내학설의 현황을 파악할 수 있도록 하고, 외국문헌은 필요한 한도 내에서 인용한다.
3. 다수설 및 소수설을 제시할 경우 문헌 몇 편으로 근거를 삼지 않고, 될수록 많은 문헌을 인용하여 다수설 및 소수설의 평가가 정확히 되도록 유의한다.
4. 기존의 학설을 비판하거나 새로운 학설을 주장하는 경우 그 근거되는 논의상황이 국내의 상황인지 또는 외국의 상황인지를 명확하게 구별하고, 자신의 주장이 해석론인지 형사정책적 제안인지도 분명히 제시한다.
5. 원고는 원칙적으로 한글로 작성하며 한자와 외국어는 혼동이 생길 수 있는 경우에만 괄호 안에 넣어서 표기한다.
6. 외국의 논문이 번역에 가깝게 게재논문의 기초가 되어서는 안 된다.

제5조 (문헌인용의 방법)

다른 문헌의 내용을 인용하는 경우에는 다음 각 호의 방식에 의하고, 각주에서 그 출처를 밝혀야 한다.

1. 인용되는 내용이 많은 경우에는 별도의 문단으로 인용하고, 본문과 구별되도록 인용문단 위와 아래를 한 줄씩 띄우고 글자

- 크기를 10포인트 그리고 양쪽여백을 4ch(칸)으로 설정한다.
2. 인용되는 내용이 많지 않은 경우에는 인용부호(" ")를 사용하여 표시한다.
 3. 인용문의 내용 중 일부를 생략하는 경우에는 생략부호(...)를 사용하고, 내용을 변경하는 경우에는 변경표시([])를 하여야 한다.
 4. 인용문의 일부를 강조하고자 할 때에는 국문은 밑줄을 쳐서 표시하고 영문은 이탤릭체를 사용한다.

제6조 (각주의 내용)

- ① 각주에서는 원칙적으로 한글을 사용하여야 하고, 인용되는 문헌이 외국문헌인 경우에도 저자명, 논문제목, 서명 또는 잡지명, 발행지, 출판사 등과 같은 고유명사를 제외한 나머지는 한글로 표기한다. 특히 See, Cf, Ibid, Supra, Hereinafter, et al, etc, Vgl, Dazu, Siehe, a.a.O. f(ff), usw 등과 같이 외국어로 된 지시어는 사용하지 않는다.
- ② 인용문헌이 여러 개인 경우에는 각각의 문헌 사이에 세미콜론 (;)을 표기하여 구분한다.
- ③ 문헌을 재인용하는 경우에는 원래의 문헌을 표시한 후 괄호 안에 참조한 문헌을 기재한 후 "재인용"이라고 표시한다.
- ④ 제1항 내지 제3항 및 제7조 내지 제11조에 규정된 이외의 사항에 대하여는 한국법학교수협의회에서 결정한 「논문작성 및 문헌인용에 관한 표준(2000)」에 따른다.

제7조(인용문헌의 표시)

- ① 인용되는 문헌이 단행본인 경우에는 저자, 서명 권수, 발행지: 출판사, 출판연도, 면수의 순서로 기재한다. 다만 발행지와 출판사는 생략할 수 있다.
- ② 인용되는 문헌이 논문인 경우에는 저자, 논문제목, 서명(잡지인 경우에는 잡지명, 권수 호수), 발행지:출판사, 출판연월, 면수의

순서로 기재한다. 다만 발행지와 출판사는 생략할 수 있고, 월간지의 경우에는 권수와 호수 및 출판년도 대신에 "○○○○년 ○○월호"로 기재할 수 있다. 그리고 논문제목은 동양문헌인 때에는 인용부호(" ")안에 기재하고, 서양문헌인 때에는 별도의 표시 없이 이탤릭체로 표기한다.

- ③ 서명 및 잡지명은 그 명칭의 전부를 기재하여야 한다. 다만 외국문헌의 경우 처음에는 그 전부를 표기하고 이후부터는 약어로 기재할 수 있다.
- ④ 저자가 두 명인 경우에는 저자명 사이에 가운데 점(·)을 표시하고, 세 명 이상인 경우에는 대표 저자만을 표기한 후 "외"라고 기재한다.
- ⑤ 인용문헌이 편집물인 경우에는 저자명 뒤에 "편"이라고 기재한다.
- ⑥ 인용문헌이 번역물인 경우에는 저자명 뒤에 사선(/)을 긋고, 번역자의 이름을 기입한 뒤 "역"이라고 기재한다.
- ⑦ 기념논문집, 공청회자료집 등은 서명 다음에 콜론(:)을 표시하고 그 내용을 표시한다.

제8조 (판례의 표시)

- ① 판례는 선고법원, 선고연월일, 사건번호 및 출처의 순서로 기재하되, 출처는 괄호 안에 표기한다.
- ② 판례의 출처는 다음과 같이 약어를 사용하여 표시한다.
 1. 법원공보(또는 판례공보) 1987년 125면 이하 공 1987, 125
 2. 대법원판례집 제11권 2집 형사편 29면 이하 집11(2), 형 29
 3. 고등법원판례집 1970년 형사·특별편 20면 이하 고집 1970, 형특 20
 4. 하급심판결집 1984년 제2권 229면 하집 1984(2), 229
 5. 판례카드 3675번 카 3675
 6. 헌법재판소판례집 제5권 2집 14면 이하 헌집5(2), 14
 7. 헌법재판소공보 제3호 255면 헌공3, 255

8. 판례총람 형법 338조 5번 총람 형338, 5

- ③ 외국판례는 당해 국가에서 일반적으로 사용되는 표기방법에 따른다.

제9조 (법령의 표시)

- ① 법령은 공식명칭을 사용하여야 하며, 띄어쓰기를 하지 않고 모두 붙여 쓴다.
- ② 법령의 이름이 긴 경우에는 "[이하 ○○○이라고 한다]"고 표시한 후 일반적으로 사용되는 약칭을 사용할 수 있다.
- ③ 법령의 조항은 "제 조 제 항 제 호"의 방식으로 기재하며, 필요한 경우에는 본문, 단서, 전문 또는 후문을 특정하여야 한다.
- ④ 법령이 개정 또는 폐지된 때에는 그 연월일 및 법령 호수를 기재하여야 한다.
- ⑤ 외국의 법령은 당해 국가에서 일반적으로 사용되는 표기방법에 따른다.

제10조 (기타 자료의 표시)

- ① 신문에 실린 자료는 작성자와 기사명이 있는 경우 저자명, "제목", 신문명, 연월일자, 면을 표시하고, 작성자와 기사명이 없는 경우에는 신문명, 연월일, 면을 표시한다.
- ② 인터넷 자료는 저자명, "자료명", URL, 검색일자를 표시한다.

제11조 (동일한 문헌의 인용표시)

- ① 앞의 각주에서 제시된 문헌을 다시 인용할 경우에는 저자명, 주 ○)의 글(또는 책), 면의 순서로 표기한다.
- ② 바로 앞의 각주에서 인용된 문헌을 다시 인용하는 경우에는 앞의 글(또는 앞의 책), 면의 순서로 표기한다.
- ③ 하나의 각주에서 동일한 문헌을 다시 인용할 경우는 같은 글(또는 같은 책), 면의 순서로 표기한다.

제12조 (표 및 그림의 표시)

표와 그림은 <표 1>, <그림 1>의 방식으로 일련번호와 제목을 표시하고, 표와 그림의 왼쪽 아랫부분에 그 출처를 명시하여야 한다.

제13조 (논문제출기일)

원고를 제출하고자 하는 자는 10월 30일까지 원고를 제출하여야 한다.

제14조 (게재원고의 심사)

- ① 제출된 원고는 인천대학교 법학연구소 편집위원에서 위촉된 외부 심사위원의 심사를 받아야한다.
- ② 인천대학교 법학연구소에서 개최하는 학술대회에서 발표된 논문은 심사를 면한다.
- ③ 인천대학교 대학원에 재학 중인 자는 지도교수의 심사로 외부 심사를 갈음한다.

제15조 (원고심사절차)

- ① 편집위원회는 원고 1편당 2인의 외부심사위원을 위촉하여 심사를 한다. 특별한 사정이 있는 경우에는 외부심사위원 이외에 교내의 저명학자에게 심사를 위촉할 수 있다.
- ② 심사위원은 다음 각호의 심사기준에 따라 제출된 원고를 심사하고, 그 결과를 법학연구 게재예정논문 심사평가서를 작성하여 편집 위원회에 제출한다.
 1. 논문주제의 명석성
 2. 구성체제의 적합성
 3. 내용의 충실도
 4. 참고문헌의 활용도
 5. 연구의 기대효과 및 활용방안

6. 기타 운영위원회에서 정한 사항
- ③ 편집위원회는 심사결과에 따라서 논문의 수정 및 보완을 요구하거나 게재를 유보할 수 있다.

제16조 (원고의 저작권)

법학연구에 게재된 원고의 저작권은 저자에게 있으나, 저자는 인천대학교가 CD-ROM을 제작, 배포, 판매 하거나 또는 전자매체에 의한 정보전송제공을 무상으로 허락한 것으로 본다.

부 칙

1. (규정제정)

본 규정은 편집위원에서 재적의원 과반수이상의 발의와 재적위원 3분의 2 이상의 찬성으로 제정된다.

2. (발효)

이 규정은 2003년 3월 1일부터 시행한다.

인천법학논총 게재논문

◇ 창간호(1998)

목 차

법과대학 독립기념 학술세미나 주제발표논문(1998. 6. 3)

- 企業의 構造調整과 株式會社機關의 改編方案 이범찬
- 情報保安에 관한 刑法的對應 (Hacking 犯罪를 중심으로) .. 류인모

- 1. 國際慣習法에 관한 研究 노영돈
- 2. 幫助犯의 意義와 成立要件 - 대법원 1995. 9. 29선고, 95도456판결 백원기
- 3. 會社任員賠償責任保險의 最近動向 김영선
- 4. 유럽화폐통합 및 자본시장통합에 관한 법제도 서설 이준섭
- 5. 제4차 家族法改正의 方向과 課題(1) - 민법(가족법)개정안의 국회 제출과 관련하여 -
..... 이희배
- 6. 社會的 親子關係와 法律上의 親子關係 최진섭
- 7. 윤락행위등방지법 제26조 3항 신동일
- 8. 株式會社의 法的問題에 관한 研究
- 독점규제및공정거래에관한법률과 상법상의 문제를 중심으로 - ... 윤현석
- 9. 國際商事仲裁에 있어서 公的規則 장복희
- 10. 國際法上 人空衛星發射國의 責任 최철영
- 11. 집단민원을 고려한 행정행위의 부관의 허용성 및 효력 ... 김영삼, 박경귀
- 12. 원자력규제에 있어서 지방자치단체의 역할 이동과, 정사언

◇ 법학논총 제2권(1999)

목 차

(1999년 제2 회 법학 학술세미나 “가족법 개정의 방향과 과제”
발표논문)

1. 혼인개정법의 방향과 과제 한봉희
2. 친자법의 개정방향과 과제 최진섭
3. 상속법 개정의 방향과 과제 이송우
4. 소위 ‘재외동포법’에 관한 과제 노영돈
5. 세계화 시대의 법학 류인모
6. 이사의 충실의무 김영선
7. 독일의 M&A규제 : 공개매수제도의 최근논의를 중심으로..이준섭
8. 추상적 부양당사자의 범위에 관한 고찰 이희배
9. 독일기본법상 연방의회에 관한 고찰 김도협
10. 법과 문학 신동일
11. 신국제경제질서에 관한 국제법원칙의 발전 장복희
12. 국제여행과 여권의 국제적 기능 최철영

◇ 법학논총 제3권(2000)

목 차

1. 가족법과 35년 - 미숙 교수의 퇴임 강연 이희배
2. 회사임원배상책임보험의 면책사유에 관한 서론적 고찰 김영선
3. 벌금형의 시효중단 - 대결 1992. 12. 28, 92모 39 백원기
4. 소위 간도협약의 법적 효력 노영돈
5. NOVA형 재심사유로서의 증거의 신규성과 명백성 류인모
6. 인지무효 확인심판이 확정되어도 인지청구의 소를 제기할 수 있는 경우
(판례평석: 대상판결, 대판 1999. 10. 8, 98므 1698) 최진섭
7. 증권거래법의 쟁점에 대한 입법론적 고찰 이준섭
8. 개괄조항에 근거한 경찰권의 근거와 한계 김영삼·경재웅
9. 행정법학의 종합과학화를 위한 소고 김기진
10. 금융지주회사의 인사정책과 노동법상의 문제점 고찰 박승두
11. 유전 공학의 한계로서의 법 신동일
12. 기 시 고 유성국
13. 회사법상 주식교환·주식이전제도의 도입에 관한 연구 윤현식
14. 독점 규제법상 전략적 제휴의 제문제 이봉의
15. 법률행위의 해석 이충훈
16. 수질환경권의 침해에 대한 공법적 구제 정사언
17. EU법원의 역내 자유교역제한 판례연구 최철영
18. 독도의 국제법적 지위 권문상·최정옥
19. 의사의 설명의무와 관련된 판례의 검토 안귀옥

◇ 법학논총 제4권(2001)

목 차

1. 소청심사제도에 관한 고찰	
- 판례와 결정예(인천광역시)를 중심으로-	김영삼
2. 상속인의 책임 제한의 법리	최진섭
3. 감사인의 피감사회사에 대한 책임과 제한	이준섭
4. 지식정보사회의 역기능방지를 위한 제도적 방안	
- 사이버범죄의 예방과 처벌을 중심으로 -	류인모
5. 생활권보상의 법적 성질과 보상내용에 관한 소고	경재웅
6. P&I 보험 개설	김종윤
7. 미국법상 대리모가 출산한 자의 부모	김혜숙
8. 고속도로 설치·관리상 하자의 의미와 유형에 관한 연구	박 신
9. 우리나라의 부부재산제의 문제점과 개선방안	박종용
10. 소극적 구성요건이론	신동일
11. 수질환경권의 침해에 대한 행정개입청구권	정사언
12. 경제질서의 헌법적 의미와 헌법재판소 판례의 분석	조소영
13. 남과북의 교류협력관련 법령연구	
- 남의 남북교류협력법과 북의 외국인투자 관련법을 중심으로 -	최철영
14. 상속회복청구제도의 개선과 특별한정승인제도의 신설	
- 제4차 가족법 일반개정과 관련하여	이희배
15. 행정시스템의 변화와 21세기 행정법학의 과제	서원우
16. 의료계약법 제정을 제의함	안귀옥

◇ 법학논총 제5권(2002)

목 차

1. 소청심사제도에 관한 고찰(II)	김영삼
2. 재심제도에 관한 비판적 고찰	백원기
3. 우리 국적법상 ‘최초의 대한민국 국민의 범위’ 규정의 결여문제 와 『국적에 관한 임시조례』의 효력	노영돈
4. 계약체결상의 과실책임	이충훈
5. 스웨덴의 지역혁신체제에 관한 연구	박상철
6. 경찰권행사에 대한 국가배상책임	경재웅
7. 일본 개호보험법의 제정배경과 입법경위에 관한 고찰	박승두
8. 고령사회에서의 배우자상속권의 강화	박종용
9. 규범과 법률 II	신동일
10. 환경권의 법적 성질과 재량통제	정사언

◇ 법학논총 제6권(2003)

◆ 목 차 ◆

【법학연구소 학술세미나 주제발표 논문(2003. 6. 2.)】

- ◆ 참여정부와 검찰개혁의 과제 김일수
- ◆ 한국 사법부의 근본적 문제점 분석과 그 해소방안의 모색 신 평

- 1. 소청심사제도에 관한 고찰(III) 김영삼
- 2. 불이익변경금지 원칙에 관하여 백원기
- 3. 재외동포법에 대한 법무부 개정방안에 관한 연구 노영돈
- 4. 소멸시효 완성의 효과에 관한 소고 이충훈
- 5. 금융업무와 형사제재 정순섭
- 6. 노친부양과 관련한 효행장려법의 입법논의 이희배
- 7. 수질보전을 위한 토지이용규제의 문제점과 개선방안 정사언

◇ 법학논총 제7권(2004)

◆ 목 차 ◆

【법학연구소 학술세미나 주제발표 논문(2004. 11. 11.)】

- ◆ 검찰수사와 국민참여 김일수
- ◆ 법원재판과 국민참여 신 평

- 1. 자유심증주의에 관하여 백원기
- 2. 해적행위 단속을 위한 국제법과 국내형사법의 검토 노영돈
- 3. 인간배아연구에 대한 형법적 논의 류인모
- 4. 양자제도의 개선방안 최진섭
- 5. 신탁재산과 채무의 귀속주체에 관한 서론 정순섭
- 6. 호주제의 헌법불합치결정과 가족부제의 제안 이희배
- 7. Legal Aspects on Biotechnology and its Control 신동일

◇ 법학논총 제8권(2005)

◆ 목 차 ◆

【법학연구소 학술세미나 주제발표 논문(2005. 11. 17.)】

- ◆ 법학전문대학원의 나아갈 방향 김창록
- ◆ 로스쿨 제도, 과연 도입할 만한가? 이상수

- 1. 비 상 상 고 백원기
- 2. 국제법에서 본 독도영유권문제 노영돈
- 3. 생명공학이 제기하는 형법적 문제
(인간복제문제와 관련하여 배아의 지위를 중심으로) 류인모
- 4. 국제가족법학회 제12차 세계회의 참가기 이희배

◇ 법학논총 제9권(2006)

◆ 목 차 ◆

【 법학연구소 학술세미나 주제발표논문(2006. 11. 30) 】

- ◆ 아동의 공법상 지위 김 수 진

- 1. 판례를 통해본 혼외자의 보호 최 진 섭
- 2. 외국판결의 승인이 거부되는 이유 김 석 호
- 3. 족형고 류 성 국
- 4. 기업변동과 노동조합의 지위 김 경 태

◇ 법학논총 제10권(2007)

◆ 목 차 ◆

【법학연구소 학술세미나 주제발표 논문(2007. 11. 8.)】

- ◆ 중국 독점금지법의 제정과 시사점 김 호
- ◆ 독도영유권을 둘러싼 이승만 라인의 합법성 문제 고찰
..... 호사카 유지

- 1. 새 가족관계 등록부제도 개관 이 희 배
- 2. 관할권의 역외확장 근거 김 석 호
- 3. 성별에 따른 상이한 창업지원자금신청기간설정과 국가의 평등보장의무
..... 김 수 진
- 4. 청원경찰제도의 문제점과 그 개선방안 김영삼·강의환
- 5. 사실혼배우자의 보호 박 종 용
- 6. 의약품의 제조·투약과 제조물책임 정 용 진

◇ 법학논총 제11권(2008)

◆ 목 차 ◆

【 법학연구소 학술세미나 주제발표논문(2008. 6. 5.) 】

- ◆ 중국헌법상 경제제도의 변화와 그 특징 이 성 연
- ◆ 해양유류오염사고를 통해서 본 해양환경법의 발달과
태안 해양오염사고의 시사점 정 영 석
- ◆ 事業讓渡와 就業規則의 存續 김 경 태

- 1. 2000년대 개정가족법 개관 이 희 배
- 2. 다문화사회의 사회통합을 위한 우리나라 재외동포 정책 및 법제
의 검토
..... 노 영 돈
- 3. 國際法上 開發權의 形成 및 實現 김 석 호
- 4. 신의성실의 원칙 박 종 용

◇ 법학논총 제12권(2009)

◆ 목 차 ◆

【 법학연구소 국제학술대회 주제발표논문(2009. 12. 4.) 】

- ◆ 중국행정소송이론의 새로운 동향 이 철 범
- ◆ 한국과 일본의 위헌심사패턴의 선택과 계시 하 운 봉
- ◆ 한국 민사소송법 체제하에서 국제적 중복소송의 처리방안 홍 지 욱
- ◆ 법학전공의 민족특색과 특색과목의 설계 김 하 록
- ◆ 한·중 무역현황과 분쟁해결책 및 방지하여야 할 경제범죄
..... 주 후 흥
- ◆ 현대 위험사회와 형법 류 인 모

- 이혼조정과 이혼상담의 비교 이 희 배

◇ 법학논총 제13권(2010)

◆ 목 차 ◆

【 법학연구소 국제학술대회 주제발표논문(2009. 12. 4.) 】

- ◆ 토지공법제도에 관한 비교법적 고찰 김영삼·이성연
- ◆ 중국의 중재제도 김 호
- ◆ 가족법학 발전사 이 희 배

【 법학연구소 학술세미나 주제발표논문(2010. 11. 25.) 】

- ◆ 中國 外商投資企業의 審査批准節次 조 용 주
- ◆ 中國 群體訴訟에 관한 考察 장 송 청

【 인천지역 법학교수·검찰 실무연구회 주제발표논문(2010. 12. 02.) 】

- ◆ 저작권 침해죄의 성립요건인 ‘고의’에 관한 연구 이 수 미
- ◆ 프랑스의 미리 유죄를 인정한 경우의 재판절차 및 활용방안
..... 박 성 민

◇ 법학논총 제14권(2011)

◆ 목 차 ◆

【 법학연구소 학술대회 주제발표논문(2012. 10. 27.) 】

- ◆ 중한 범죄고의론의 비교연구 김 창 준
- ◆ 중국 국선번호인제도의 개선방향 윤 무 국
- ◆ 일본의 과거사책임의 성격 노 영 돈

- ◆ “제사를 주재하는 자”의 결정과 제사용 재산의 승계
..... 이 희 배
- ◆ 소말리아 해적단속을 위한 국제법 및 국내법의 검토
..... 노영돈·최영춘
- ◆ 스포츠 범죄에 대한 연구 류인모·이의주
- ◆ 한중 투자보장협정을 통한 ISD제도에 관한 소고
..... 김 호·김진형
- ◆ 규제일몰제의 도입 및 효율성 제고에 관한 고찰
..... 남 상 택

◇ 법학논총 제15권(2012)

◆ 목 차 ◆

【 법학연구소 학술대회 주제발표논문(2012. 05. 23.) 】

- ◆ 주주사이의 분쟁해결 방안 등 봉
- ◆ 한국과 중국의 회사법상 주주의결권제도에 대한 비교연구
..... 이 암
- ◆ 2011년 회사법 주요 개정내용과 향후 운용방안 문 상 일
- ◆ 외상투자기업의 법적 위기현황 및 법적위기의 예방
..... 장 정
- ◆ 한국 주식회사의 감사제도와 중국에 대한 시사점 주 신

- ◆ 공무원연금제도 운영과 관련 판례의 고찰 이희배·김혜숙
- ◆ 행정소송법상 집행정지에 관한 논의 정사언·남상택

◇ 법학논총 제16권(2013)

◆ 목 차 ◆

【 법학연구소 학술대회 주제발표논문(2013. 11. 22.) 】

- ◆ 지식재산권 침해에 대한 구제 수단으로서 금지청구권의 요건 진 도 왕
- ◆ 음악저작권 협회와 KBS의 사용료 소송 허 중 혁
- ◆ 2013년 상표법 판례 해설 최 승 재

【 법학연구소 학술대회 주제발표논문(2013. 12. 13) 】

- ◆ 대한민국 헌법재판제도 및 정치 분야 주요헌법 판례 소고 김 영 진
- ◆ 헌법의 변천과 그 시사점 우 문 군
- ◆ 자회사 채권자의 대한 모회사 이사의 민사책임에 관한 연구 김 현 무
- ◆ 일부일처혼의 정착과정과 그 전망(3) 이희배·김혜숙
- ◆ 논의 정사언·남상택

◇ 법학논총 제17권(2014)

◆ 목 차 ◆

【 법학연구소 국제학술대회 주제발표논문(2014. 06. 05.) 】

- ◆ 중국 P2P 인터넷 대출의 현황과 위험규제 양 총 효
- ◆ 한중 양국의 계약과실책임 비교 연구 이 총 훈
- ◆ 상해 자유무역구 사법보장제도의 건설 진 강

- ◆ 환경권의 법정성격에 관한 논의 남 상 택
- ◆ 한국 상행위법을 통한 중국의 상사책임 독립요구에 관한 검토
..... 김 진 형

◇ 법학논총 제18권(2015)

◆ 목 차 ◆

【 한국과 중국의 법문화 발전의 동향(2015. 10. 26.) 】

- ◆ 평생책임추궁제도 ZHANG DAHAI
- ◆ 중국 입증기한제도의 연역과 완화 邓继好
- ◆ 중국 법관정원제도의 개혁 YAOYUAN
- ◆ 중국 불법행위법상의 안전보장의무 이 충 훈
- ◆ 항고소송의 대상에 관한 소고 남 상 택
- ◆ 사정변경의 원칙에 관한 소고 서 정 민
- ◆ 화재 및 재난·재해현장에서 필요한 소방행정법상
강제처분에 대한 고찰 이 갑 재

◇ 법학논총 제19권(2016)

◆ 목 차 ◆

【 한국과 중국의 소송제도 최신 쟁점 (2016. 12. 8.) 】

- ◆ 民事法律上推定类型划分新论 英 刘 明
- ◆ 민사법률상 추정 유형구분 소고 Liu Yingming
- ◆ 中国行政诉讼法的修改启示与展望 杨 向 东
- ◆ 중국 행정소송법 개정의 시사점과 전망 양 향 동
- ◆ 세관에 의한 지식재산권침해물품의 수입규제제도 이 총 훈
- ◆ 对知识产权侵权货物的海关限制进口制度 李 忠 勋
- ◆ 조미 수호 통상조약의 재음미 노 영 돈
- ◆ 대형마트 영업규제에 관한 공법적 고찰 남 상 택

◇ 법학논총 제20권(2017)

◆ 목 차 ◆

【 현대사회의 변화에 따른 최근 입법동향 (2017. 12. 8.) 】

- ◆ 음란물유통방지를 위한 정기통신 사업법의 개정방향 … 이 충 훈
- ◆ 도산법의 주요 개정내용과 판례의 최근 경향 … 조 용 주
- ◆ 청소년 정신질환 범죄에 대한 접근방법 … 우 동 형
- ◆ 특허권의 간접침해 … 김 규 현
- ◆ 최근 저작권 판례의 동향 … 최 승 수

- ◆ 행정소송에 있어서 패소한 경우 헌법소원의 가능 여부 … 남 상 택

◇ 법학논총 제21권(2018)

◆ 목 차 ◆

【 법학의 새로운 지평과 해법(2018. 5.) 】

- ◆ 회사법 관련 최신 대법원 판례의 동향 김 정 연
- ◆ 미국 역사교과서 발행제도의 현황과 법제도 윤 인 숙
- ◆ 중간이자 공제이율에 대한 검토 김 훈 주

【 동아시아 법제의 최근 동향(2018. 12.) 】

- ◆ 한국과 중국의 건물임대차제도의 비교고찰 이 총 훈
- ◆ 2018 중국 헌법개정안 해설 汪 劭 胜
- ◆ 일본 헤이트스피치 규제 관련 재판의 현상과 과제 김 철 민
- ◆ 경찰관 직무집행법상 손실보상 남 상 택

◇ 법학논총 제22권(2019)

◆ 목 차 ◆

【 법학의 새로운 지평과 해법(2019. 12.) 】

- ◆ 저작권법상 혁신적 매체 방어에 도입 타당성 연구
..... 김 창 화
- ◆ 표현의 자유의 범위와 가짜뉴스 : 가짜뉴스 규제에 대한 검토
..... 류 성 진
- ◆ 『경찰관직무집행법』 상 불심검문에 관한 법적 고찰
..... 남 상 택

◇ 법학논총 제23권(2021)

◆ 목 차 ◆

【 현대사회 상사법제의 새로운 변화(2021. 12.) 】

- ◆ 미국 대 이란 경제 제재 연혁, 주요 법규 및 1, 2차 제재 연구
..... 박 태 정

- ◆ 불완전양자제도의 기능 구현과 제도의 구축
..... 司 丹

- ◆ 중국 「회사법」 상 ‘사적집행’의 발생 메커니즘과 문제점 해소방
안 탐색 丁 巍

- ◆ 실제출자자의 법적 지위에 대한 고찰
..... 杨 姝 玲

【편집위원】

위원장 : 이 충 훈 교수

위 원 : 백 원 기 교수 위 원 : 노 영 돈 교수
위 원 : 류 인 모 교수 위 원 : 김 수 진 교수
위 원 : 김 호 교수 위 원 : 문 상 일 교수
위 원 : 진 도 왕 교수 위 원 : 김 영 진 교수
위 원 : 박 태 정 교수

인천법학논총

제24집

2022년 12월 31일 인쇄

2022년 12월 31일 발행

발행 및 편집인 : 이충훈

발행처 : 인천대학교 법학부 · 법학연구소

현 주소 : 인천광역시 연수구 아카데미로119

032) 835-8320 · 8920

인쇄소 :

전화 :

ISSN 2234-7402

<비매품>

December, 2022

Incheon Law Review

Vol. 24

【 부정경쟁방지법의 최신동향(2022. 09.) 】

- ◆ The Latest Trends of Unfair Competition Prevention Acts in Japan Yabe Kozo
 - ◆ Unfair Competition Prevention Law on New Digital Platforms In Japan Kataoka Tomoyuki
 - ◆ Private International Law Issues Related to Trade Secret Protection in Japan Tanemura Yusuke
 - ◆ A Review of Violations of the International Trade Agreement on the Application of the Indian Steel Importmonitoring System Park, Tae-Jung
 - ◆ Issues Concerning The Latest Trends in Unfair Competition Prevention Acts Shin, Dong-Hwan
-

Published by
DIVISION OF LAW - LAW RESEARCH INSTITUTE
UNIVERSITY OF INCHEON