

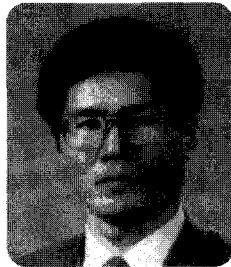
不正競爭行爲에 관한 考察 (3)

2) 타인의 상품임을 표시한 표지

보호의 대상이 되는 것은 국내에 널리 인식된 타인의 상품임을 표시한 표지이다. 따라서 인식의 대상은 상품자체가 아니라 상품표지이다.

① 타인의 상품

타인이란 자신의 상품표지에 대한 타인의 부정한 혼동야기행위로부터 보호를 주장할 수 있는 자이다. 따라서 본호의 권리주체는 원칙적으로 상품의 제조·가공·판매 기타 상품의 공급을 사업으로 하는 자로 그 전형은 상인이라 하겠다. 또한 그 형태에 관계없이 법률행위적 상행위의 주체가 될 수 있는 자는 보호의 권리 주체가 된다 하겠다³³⁾. 한편 舊不正競爭防止法에서는 '부정한 수단에 의한 상업상의 경쟁'을 방지하여 '건전한 상거래의 질서'를 유지함을 목적으로 하고 있어, 본호의 보호주체가 상인에 한정되는가 논의가 있었다. 이러한 권리보호 주체 범위에 대한 논의는 비록 '건전한 거래 질서' 유지를 목적으로 그 범위가 바뀐 상태에서도 달라지지는 않았다. 예컨대 부정경쟁방지법상의 '영업' 개념을 상업상의 '영업' 개념을 그대로 사용할 수 있는가의 문제는 아직도 남아 있기 때문이다.



윤선희 · 상지대학 법학과 교수

부정경쟁방지법은 그 규율 대상을 경제 질서 내의 거래 관계로 보지 상법상의 거래 관계에 한정하지 않는다. 따라서 材質 내지 用役을 대상으로 한 경쟁적 거래관계가 성립한다면 부정경쟁방지법이 관여하게 된다 하겠다. 이에 본호의 권리보호주

체는 상인에 한정되지 않으며, 경쟁관계가 존재한다면 변호사, 의사, 예술가 등의 자유직업인과 기타 경제적 경쟁에 개입하는 모든 사업자가 여기에 타인에 해당된다.

다만, 공법상의 단체나 그 부속기관은 원칙적으로 본호의 보호 주체에서 제외된다 하겠다. 즉 공법상의 권리주체로서 공법인은 부정경쟁방지법 제3조의 규율을 받으며, 다만 私經濟的 거래 주체로서 공법인이 당해 표지를 사용한 경우에만 본호의 보호주체가 된다 하겠다.

외국 생산원의 주지상품표지를 붙인 상품이 국내에 수입 판매되고 있는 경우 거래자 또는 수요자가 그 외국생산원만을 상품의 출처로 인식하고 있다면 그 외국생산원은 他人이다³⁴⁾. 다만, 현행 법 제16조는 '외국인으로서 파리조약당사자안에 주소 또는 영업소가 있는 자외의 자는 제4조 내지 제6조 및 제10조 내지 제12조의 규정에 의한 청

33) 예컨대 설립중의 회사와 같이 권리능력 없는 사단 역시 본호의 권리주체가 될 수 있다(정호열, 전거서, 128면).

34) 독립적으로 수입 판매를 계속하여 온 업자의 영업상의 노력에 의하여 상품표지가 주지된 경우에는 외국 생산원외에 그 수입판매업자도 타인으로 볼 수 있다.

구 등을 할 수 없다'라고 규정하고 있는 바, 본호의 보호주체가 되는 외국인인 파리지약당사국안에 주소 또는 영업소가 있는 자에 한한다.

상품이란 거래의 대상이 되는 유체물을 가리킨다. 건축물도 해당되는 것이 있을 수 있다는 견해³⁵⁾도 있으나 동산이 그 보통의 형태이다. 액체나 기체도 용기에 담아 거래의 대상이 되는 경우에는 상품에 속하며, 서비스는 상품에 해당하지 않는다.

② 상품임을 표시한 표지

일반적으로 표지라 함은 대상물을 개성화하여 다른 동종의 것과 구별하는 표지로서, 널리 감각적으로 파악될 수 있는 수단 모두를 포함하는 개념이다. 따라서 상품표지란 특정의 상품을 포착하기 위해 감각적으로 파악할 수 있는 수단으로서 특정상품을 개별화(Individualisierung)하고 다른 동종의 상품으로부터 구별시키는 구별력(Kennzeichnungskraft) 또는 식별력(Unterscheidungskraft)을 갖는 것을 말한다. 즉 상품표지는 그 표지를 갖춘 상품이 누구로부터 나온 것인가를 알려주어 다른 출처로부터 나온 상품과 구별시켜 주는 인식수단이다. 따라서 그것은 특정의 출처로부터 나온 것임을 알 수 있게 하는 것으로 족하며 그 출처의 명칭을 상기시킬 수 있는 것일 필요는 없다. 또한 상표법이나 의장법상의 등록 여부를 그 보호요건으로 하지도 않는다.

표지가 본문의 보호를 받기 위해서는 식별력을 갖추어야 한다. 따라서 일반 명칭과 같이 특별현저성이 없는 것은 표지로서의 보호적격이 부정됨이 원칙이다. 이에 제정법 제4조는 "상품의 보통 명사 또는 거래상 통상 동종의 상품에 관용되는

표지를 보통 사용되는 방법으로 사용하는 행위 또는 이를 사용한 상품을 판매, 반포, 수입, 수출하는 행위(동조 제3호)"를 침해적 표지사용행위에서 배제하고 있었으며, 이 조항이 삭제된 현행법에서도 이는 해석으로 인정된다. 그러나, 상표법이 식별력이 없거나 약한 상표라 하더라도 특정인이 오랜 기간에 걸쳐 자기의 상품표지로서 사용하고, 이로 인하여 거래자·수요자에게 상품의 명칭으로 현저하게 인식되어 거래상의 식별력을 획득한 경우에는 예외적으로 상표의 등록을 인정하는 바와 같이, 식별력이 없던 표지라 해도 오랜동안 사용됨으로써 사용에 의한 특별현저성을 취득한 때에는 본호의 보호대상에 속한다.

다만 사용에 의한 식별력을 통용력(Verkehrsgeltung)이라 하여 식별력과 구별되는 개념으로 파악하고, 표지의 주지성과는 관계없이 관련 거래권이 표지에서 어느 특정 기업에 대한 일의적 관련성을 간취하는 경우에는 통용력이 인정된다고 하는 견해³⁶⁾가 있다. 즉 식별력 또는 구별력의 경우에는 관계거래권의 "완전히 중요치 않은 것은 아닌 일부(ein nicht ganz unerheblicher Teil)"의 인식으로 충분한 반면, 통용력이 인정되기 위해서는 "관계거래권의 중요한 일부(erheblicher Teil)"가 인식하는 것을 의미한다고 한다. 이는 독일 상표법이 식별력 없는 상표를 출원인이 자기의 상품표지로서 거래에 통용시킨 경우(im Verkehr durchsetzen)에는 등록을 허용하고 있음(독일 상표법 §4III)에 영향을 받은 주장인 듯 싶다.

이러한 상품표지는 사회적·경제적 측면에서

35) 孫珠瓊, 「經濟法(公正去來法)」, 법경출판사(1993), 440면.

36) 정호열, 전거서, 134-135면.

상품출처표시의 기능·품질보증의 기능·광고선전의 기능을 가진다고 할 수 있다. 즉 상품표지는 그 문자·도형 등의 상징적 표현양식에 의하여 상품의 동일성을 표시할 뿐만 아니라 그것이 가지는 不可視的·先驗的 가치, 즉 상품 자체의 품질 성능, 영업의 우수성·성실성 기타 명성 등의 신용(goog will)을 상징하는 힘까지 갖게 되며, 상품을 극히 단순하게 形象化함으로써 쉽사리 대중의 의식에 침투하는 능력을 가져 그 자체가 광고적·선전적 기능을 갖추고 있다고 할 수 있다.

이러한 상품표지기능을 역사적으로 보면, 처음에는 출처표시기능만이 그 본질적인 기능으로 인식되었으나, 사회경제의 변천과 상품거래의 발전에 따라 최근에는 광고선전기능의 비중이 점차 중요시되고 있다. 또한 그 기능의 내용에 관한 법류적 평가도 경제 사회의 실정에 따라 변화하고 있으며, 동시대에 있어서도 보는 사람의 관점에 따라 다를 수 있다. 즉 예컨대 일반적인 수요자의 입장에서 보면 상품표지의 기능은 그 출처표시기능 보다는 품질보증기능이 강조되는 반면, 기업의 입장에서는 상품표지는 상품의 얼굴로서 상품의 홍보 내지 판매촉진에 기여하는 상품표지의 광고선전기능이 강조된다.

부정경쟁방지법은 상품임을 표시하는 표지로서 姓名·商號·商標·商品의 容器·包裝 기타 타인의 상품임을 표시한 표지를 예시하고 있다. 이 중에서 본래적인 상품의 표지는 상표뿐이며, 그밖의 표지는 그것이 상품의 표지로서 사용되는 경우에 있어 본목의 보호를 받는다. 이하 법문의 규정을 중심으로 상표표지를 分說한다.

③ 姓名

부정경쟁방지법에서의 성명은 거래상 상품의 표시로서 사용되는 것으로, 일상생활에서 자신을 나타내기 위해 사용하는 성명³⁷⁾과는 그 성격이 다르다. 예컨대 유명한 운동선수·연예인·정치가·학자 등의 성명이 상품에 부착되어 사용되는 경우 광고계약을 체결한 기업의 상품임을 식별시키는 기능을 나타내고, 이것을 법 제2조 제1호가 목이 보호하는 것이다.

한편, 특정인의 성명이 상표법 소정의 요건을 구비하여 상표로 등록되어 사용되는 경우 혹은 성명이 전적으로 상품의 출처를 식별시키는 기능만을 가지는 경우에는 가목의 상표로서 보호되는 것이지 성명에 해당되는 것은 아니다³⁸⁾. 그러므로 처음에는 타인의 상품임을 표시하는 성명으로서 사용되던 것이 장기간의 사용을 통하여 상품표시로서 정착된다면 이는 완전한 상표가 될 수도 있다.

④ 商號

상호란 상인이 영업활동에서 자신을 나타내는 명칭을 말한다. 이에 대해 상호는 법형식상으로는 상인의 명칭이지만 실질적으로는 기업 그 자체의 명칭이 되고, 여기서 영업표지로서의 상호의 위치가 확보되는 것이라고 설명하는 견해³⁹⁾가 있다. 그러나 상호는 다만 장기간 사용함으로써 기업의 명칭과 같이 작용할 따름인 것이며, 상호가 기업의 명칭이라고 함은 통상 상인이 수행하는 기업을 상호로 대표화시켜 인식하는 대중의 오류를 받아 들인 것으로 법적으로는 의미가 없는 설명이다. 또한 법인의 상호는 법인의 유일한 명칭인데 상호를 기업의 명칭으로 이해한다면 법인이 운용하는

37) 이는 인격권의 일종으로서 보호된다.

38) 同條 正浩열, 전거서, 137면.

39) 正浩열, 전거서, 137면

기업의 경우에는 기업만이 명칭을 갖고 정작 그 주체인 법인은 명칭을 갖지 못한다는 불합리가 있다. 따라서 통설과 같이 상호란 상인의 영업상 명칭이라 하겠다.

이러한 상호는 특정인이 영업 내지 영업활동을 타인의 그것으로부터 개별화시킴을 그 본질적인 기능으로 한다. 따라서 상호는 상품의 표지가 아닌 영업의 표지로서의 기능을 본질로 한다. 다만 상인이 자기의 제품을 상호와 더불어 선전광고하거나 특히 상호를 상품에 부착시키는 경우에 상호는 상품의 출처를 표시하게 되는 것이며, 상품표지로서 본목의 보호를 받는 것이다.

상호는 명칭이므로 구두로 발음할 수 있고 문자로 기록할 수 있어야 한다. 따라서 별호·도서·도형 같은 것은 상호가 될 수 없다. 한편 외국어로 표기된 상호에 대하여는 등기 실무상 그 상호 등기를 허용하지 않고 있어 이러한 외국어 상호의 보호가 문제된다. 그러나 상호는 상품의 표지로서 본목의 보호를 누리는 데는 상품을 개별화시키는 기능을 가진 것으로 충분하고 등기를 필요로 하지 않는다. 따라서 본법의 보호대상인 상호는 외국어로 된 상호이기 때문에 상호로서 등기가 불가능한 경우를 포함하며, 반대로 등기된 상호의 경우에도 소위 주지성을 구비하여야 본법의 보호대상이 된다.

한편 예컨대 상호가 대단히 길어 이를 간편하게 부르기 위해 약칭하여 부르는 경우와 같이 상호의 구성요소 내지 약칭 등이 상품을 개별화시키는 힘을 가지게 되는 경우가 있다. 이러한 경우에는 상호의 약칭이나 약자 등에 관하여 영업주가 그러한 것을 상품표지로 사용하고자 하는 주관적 의사 내지 적극적 행위에 관계없이 본호의 상호로서 보호대상이 된다 하겠다.

상호에 대하여 상법에서는 그 사용권과 전용권

을 보장하고 있다. 즉 選定한 상호를 타인의 방해받지 않고 사용할 수 있는 商號使用權과 자신의 상호를 타인이 부정하게 사용할 경우에는 이를 배척할 수 있는 商號專用權을 인정하고 있으며, 登記 商號에 관하여는 등기 배척권까지를 인정하고 있다. 이러한 상법과의 관계에 있어 개정전의 법 제9조는 상호에 관한 상법규정에 대해서도 특별법적 지위를 부여하였다. 따라서 부정경쟁방지법은 신용회복 청구권과 같이 상법상의 보호가 없는 경우에만 추가적으로 적용되는 보충적인 역할만을 하였다. 그러나 현행법으로의 개정과정에서 상호에 관한 상법규정을 특칙에서 의도적으로 삭제한 바 양법은 중복적용된다. 특히 부정경쟁방지법상의 보호는 상대방에게 부정목적이 있다는 입증할 것을 전제하지 않으며 나아가 이중영업을 위해 동일하거나 유사한 상호를 사용하는 경우에도 그 사용의 중지청구가 가능하다는 점에서 상법상의 보호보다 강력하고 포괄적이다.

⑤ 商標

사회적 사실로서 존재하는 상표는 그 객체 면에서 대상적으로 파악하면 상품거래사회에서 누구인가의 업무와의 관계에서 개성화된 상품의 동일성을 표시하기 위하여 상품에 사용된 문자·도형·기호 등 감각적으로 파악할 수 있는 수단을 말하며, 그 기능적 측면에서 파악하면 상품의 상징으로서 상품의 출처표시·품질보증·광고선전 등의 기능을 가지는 표지라 할 수 있다. 따라서 상표는 특정의 영업자가 자신의 상품을 타인의 상품으로부터 식별시키기 위한 상품표지의 전형적인 예이다. 다만 이러한 사회관념상의 상표 개념은 그 기능·범위·사용양태 등에 있어서 사회경제거래의 발전·변천에 따라 능동적으로 변화하는 상대적 개념이라 하겠다.

이에 상표법에서는 그 상표 개념을 “상품을 생산·가공·증명 또는 판매하는 것을 업으로 영위하는 자가 자기의 업무에 관련된 상품을 타인의 상품과 식별하기 위하여 사용하는 기호·문자·도형 또는 이들을 결합한 것(商標法 §21)”라고 규정하고 있다. 즉 상표법상의 상표는 문자·도형·기호 및 이들의 결합 또는 이들과 색채와 결합한 것을 구성요소로 하며 그것은 시각을 통하여 인식할 수 있는 표지이며, 평면적 形象이라고 할 수 있다. 그러나 이와 같은 상표로서의 표지의 범위를 어떻게 정하는가는 입법정책상의 문제이다⁴⁰⁾. 또한 부정경쟁방지법상의 상표가 상표법상의 상표 개념에 한정될 필요도 없다. 따라서 원칙적으로 상품을 표창하기 위하여 사용될 수 단이라면 그것이 視覺 이외의 다른 감각기관에 의해 파악될 수 있는 것이나 입체적인 형상이라도 본목의 상품 개념에 포함될 수 있을 것이다. 나아가 이른바 움직이는 상표, 예컨대 특정 영화사의 것임을 나타내기 위하여 사자가 울부짖는 것을 동적으로 표현하는 표지도 본목의 상표에 속한다고 하겠다.

이러한 상표는 상품의 표지로서의 성명이나 상호가 문자로 이루어진 표지, 즉 명칭적 기능을 보유한 것에 限하는 것에 반하여, 문자는 물론 도형, 기호로 이루어질 수 있다. 색채도 그 자체로서는 상표가 될 수 없지만 문자, 도형, 기호 등에 착색되면 상표의 구성요소가 될 수 있다. 특히 도형적 표지의 경우에는 그것이 상표인가 아니면 단순히 장식적인 디자인에 지나지 않는가의 판단이 곤란한 경우도 있으나, 여하튼 어느 표지가 상품표지로서의 기능을 가지는 이상 부정경쟁방지법 소정

의 보호대상이 되는 것이다.

부정경쟁방지법은 상표가 특정인의 상품을 타인의 그것으로부터 식별시키는 사실상태 그 자체를 보호하기 위한 것인 바, 상표법에 다른 등록을 그 보호요건으로 하지 않는다. 즉 부정경쟁방지법의 보호를 받기 위해 상표법 소정의 등록요건인 특별현저성을 구비하였는가를 판단할 필요가 없으며 등록상표는 물론 미등록상표 또한 본법의 보호대상이 된다. 판례⁴¹⁾도 “부정경쟁방지법 제1조 제1호 소정의 행위는 등록여부와 관계없이 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기, 포장 기타 타인의 상품임을 표시한 표지와 동일 또는 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매등을 하여 타인의 상품과 혼동을 일으키게 하는 행위”라고 판시하고 있다.

상표법과의 관계에 있어 상표법상의 권리행사가 부정경쟁행위를 구성하지 아니함은 당연하다. 또한 부정경쟁방지법은 상표법의 특별법으로서의 위치를 明定하고 있으며(제15조), 나아가 상표법에 따른 민사적 구제나 형사적 제재가 부정경쟁방지법에 의한 것보다 강력하며 실효적인 바 실제로 부정경쟁방지법의 보충적 적용이 문제될 소지는 적다.

⑥ 商品의 容器나 包裝

상품의 용기 또는 포장도 상표등과 같이 상품의 自他識別機能 또는 出處表示機能을 가진 것이라면 상품표지라고 할 수 있다. 여기서, 용기는 상품을 담는 병·상자 등을 말하고, 포장은 상품을 싸서 혹은 싸서 꾸리는 포장지 등을 말한다. 경우에 따라서는 상자가 포장으로 사용되기도 하

40) 송영식의, 전게서, 525면.

41) 大判 1981. 9. 22. 81 도 649

고 용기 자체가 포장을 겸하기도 하며 양자를 엄격하게 구별할 실익은 없다.

이는 본래 상품을 담거나 꾸리는 수단에 지나지 않으나 기업이 자신의 상품에 독특한 개성을 부여하는 수단으로서, 나아가 어느 기업이 개별화 수단의 하나로 사용하려 할 때 이는 타인의 상품으로부터 자신의 상품을 식별시키는 기능을 수행하게 된다. 특히 상호나 상표와는 달리 용기나 포장은 소비자의 시각과 촉각 모두를 자극함으로써 특정기업의 상품의 이미지를 창출하고 이를 통하여 타인의 상품으로부터 자신의 상품을 식별시키게 된다.

물론 용기와 포장은 상표와 달리 본래 상품을 표시하기 위한 것도 아니고 성명이나 상호처럼 특정한 기업주체의 명칭도 아니다. 따라서 본래의 기능을 넘어 용기나 포장이 상품을 식별시키는 기능을 갖기 위해서는 그 자체로 상품표지로서의 기능을 가져야 하며, 주지성의 요건 또한 신중하게

판단하여야 할 것이다. 또한 용기나 포장을 겸하고 또 그곳에 단순히 상호나 상표 디자인 등이 찍혀 있는 경우에는 어느 구성요소가 상품표지가 되는가의 개별적인 판단보다는 전체가 보호의 대상이 되는가를 판단하게 된다. 즉 표지란 상품이 누구의 것인가를 알려 주어 다른 상품과 구별시켜 주는 식별수단이므로, 식별가능한 표지로서의 전체적 일체성을 가지고 판단하면 충분하다고 하겠다. 판례도 상품표장의 도안 구성이 유사함을 이유로 부정경쟁행위를 인정한 판결⁴²⁾에서 “껌 포장지에 비록 한글로 된 문자부분 1열이 있기도 해도 전체적으로 과일의 관념이 강조됨과 아울러 문자부분의 호칭, 외관의 유사성이 겹들어서 껌포장지의 도안구성 전체의 결합이 주는 외관, 호칭 및 관념과 시각적 심미감이 유사하여 타회사의 상품과 혼동을 일으킬 우려가 있다면 본조 제1호의 부정경쟁행위에 해당한다”고 판시하고 있다. <계속>

발특9612

신 간 안 내	
부정경쟁방지법	지적재산권법
저 자 : 황 의 창	저 자 : 윤 선 희
규 격 : 국판 424면	규 격 : 국판 462면
출 판 : 세창출판사	출 판 : 세창출판사
가 격 : 15,000원	가 격 : 16,000원

42) 대법원 1978. 7. 25선고 76다847 판결.