

행위규제법에 의한 지식재산권 보호의 확대와 과제*

Study on tort theory for protection of intellectual property**

정진근(Jeong, Jin Keun)*** · 유지혜(Yoo, Ji Hye)****

목 차

- I. 머리말
- II. 비지식재산 침해에 관한 주요 사례와 논의의 전개
 - 1. 비저작물 이용을 불법행위로 인정한 사례
 - 2. 상표권 침해를 부정하면서 불법행위를 인정한 사례
 - 3. 상표권 침해를 부정하면서 부정경쟁행위로 인정한 사례
 - 4. 시사점
- III. 미국에서의 비저작물에 대한 행위규제 이론의 전개
 - 1. 비저작물 이용행위의 불법행위법에 의한 규제
 - 2. 부정이용법리의 발전과 연방 법률과의 관계
 - 3. 연방 저작권법과 부정이용법리의 해석
- IV. 우리 법제에의 시사점
 - 1. 행위규제법에 의한 비지식재산 이용행위의 규제범위
 - 2. 불법행위법에 의한 비지식재산 이용행위의 규제와 문제점
 - 3. 부정경쟁방지법에 의한 비지식재산 이용행위의 규제와 해석방안
- V. 맺음말

* 2014년도 강원대학교 학술연구조성비로 연구하였음(과제번호-C1010878-01-01).

** This study was supported by 2014 Research Grant from Kangwon National University(No. C1010878-01-01).

*** 국립강원대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사(Ph.D).

**** 국립강원대학교 법학전문대학원 시간강사, 법학박사(Ph.D).

요 약

저작권법을 포함한 지식재산권법 제도는 문화 또는 산업의 발전이라는 공공적 목적을 달성하고자 설계되었다. 따라서 지식재산권법 제도는 물권적 보호를 부여하면서도 공익적 가치를 위해서는 권리를 제한하기도 하는 등 전통적인 소유권 제도와는 다른 양상을 보인다. 그 중에서도 공중의 영역이라는 개념을 설정하고 있는데 공중의 영역에 속하는 정보는 누구나 자유롭게 사용할 수 있다는 것이 지식재산권법의 근본적인 원칙이다.

그러나 최근 몇몇 판례는 지식재산권법에서 보호되지 않는 유형의 행위를 민법상 불법행위로서 규율하고 있으며, 금지청구를 받아들이기도 했다. 이러한 태도는 공중의 영역에 속하는 정보에 대한 이용행위를 규제하는 것으로서 지식재산제도의 정책적 목적을 형해화할 가능성이 있다. 따라서 비지식재산을 이용하는 행위의 규율필요성과 그 방법은 행위규제법 이론이 아닌 지식재산권 정책목표라는 관점에서 검토되어야 한다.

이와 관련하여 미국에서 진행된 비저작물의 이용행위에 관한 논의의 변천은 비저작물 이용행위를 왜 규제해야 하는가와 같은 근본적인 문제부터 어떠한 요건 하에 규제될 수 있는가의 요건에 관련한 문제에 이르기까지 우리에게 시사하는 바가 크다. 이러한 논의를 바탕으로 비저작물의 이용행위에 대한 행위규제법 적용의 범위에 대해 논의한다.

주 제 어

행위규제법, 저작권, 비저작물, 공공정책, 공중의 영역, 부정한 경쟁행위, 위법성

I. 머리말

저작권법을 포함한 지식재산권법제도는 전통적인 소유권제도와는 다른 공공(公共)을 위한 정책적 목표를 설정하고 있다. 물론 전통적인 소유권제도에 있어서도 공공을 위한 정책이 전혀 존재하지 않는 것은 아니다. 우리 헌법은 “모든 국민의 재산권은 보장된다”고 하면서도 “그 내용과 한계는 법률로 정한다”고 하여 권리의 한계를 설정할 가능성을 열어두고 있으며(헌법 제23조 제1항), 동조 제2항은 “재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다”고 하고, 동조 제3항에서는 “공공필요에 의한 재산권의 수용, 사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다”고 규정한다. 이와 더불어 헌법 제37조 제2항은

“국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”고 규정한다.

그럼에도 불구하고 소유권제도를 규정한 민법에서 물건 소유의 존속기간을 한정한다거나 타인 소유 물건의 공정한 이용을 도모하는 규정을 찾아볼 수는 없다. 반면 저작권법은 공정한 이용을 도모하기 위하여 저작권재산권의 제한, 법정허락, 존속기간의 설정 등 다양한 규정을 두고 있는데,¹⁾ 이 중에서도 존속기간을 설정하는 것은 무한기간동안의 권리를 인정하는 소유권제도와는 특별히 다른 것이다.

이와 같이 저작권법 그리고 특허법 등 지식재산권법제도 일반에 있어 존속기간을 설정하고 있는 이유는 지식재산이 갖는 특별한 공공정책에 기인하는데, 이를 토대로 저작권법은 문화의 향상발전 그리고 특허법에서는 산업발전이라는 공공의 목적을 설정하고 있다.

따라서 창작자의 노력의 소산으로서 보호가 필요한 저작물인 경우에도 특정한 기간, 예를 들면 저작물인 경우 저작자 사후 70년이 도과한 경우에는 저작권은 소멸되고 저작물은 공중의 영역으로 포섭되어 공공재(公共財)로서의 성격을 갖게 된다. 특허발명 역시 출원일로부터 20년이 도과하게 되면 특허권은 소멸되고 특허발명은 공공재가 되어 공중의 영역으로 포섭된다.

그렇다면 저작물성이 부정된 무형의 성과물 또는 특허성이 부정된 무형의 성과물은 일체의 보호가 부정되는 것인가? 또는 일정한 보호가 가능한 것인가? 이러한 의문이 제기될 수 있다. 더불어 저작물성이 부정된 무형의 성과물²⁾ 또는 특허성이 부정된 무형의 성과물³⁾은 -저작권법 또는 특허법이 저작물 또는 특허발명을 법정주제로 하는 법제도임에도 불구하고- 저작권법 또는 특허법의 공공정책이라는 추상적인 정책목표가 효력을 미치는 대상인가 또는 지식재산권법제도의 정책목표와는 관계가 없는 성과물인가 하는 의문이 제기될 수 있다.

이와 관련하여 서울중앙지법은 2007년 원고의 홈페이지에 실린 모발이식수술 치료 전후의 사진과 환자에 대한 상담내용을 무단으로 자신이 치료한 환자의 임상사례인 것처럼 방송에서 그 사진을 제시하고 또한 자신이 스스로 상담한 내용처럼

1) 오승중, 「저작권법(제3판)」, 박영사, 2013, 19쪽.

2) 이하에서는 이를 ‘비저작물’이라고 칭하기로 한다.

3) 이하에서는 이를 ‘비특허발명’이라고 칭하기로 한다. ‘비저작물’과 ‘비특허발명’ 등은 총칭하여 ‘비지식재산’이라고 한다.

자신의 홈페이지 온라인 상담코너에 그대로 옮겨 심는 방법으로 이용한 피고의 행위가 저작권을 침해하지 않는 경우라고 하더라도 일반불법행위책임이 성립한다고 판시⁴⁾한 바 있으며, 대법원은 일정한 요건 하에 경쟁자의 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 부정한 경쟁행위에 대해서는 민법상 불법행위에 해당하고 금지 또는 예방을 청구할 수 있다고 판시한 바 있다. 또한, 최근 들어서는 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제1호 차목에 “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 하는 법률 개정을 한 바 있다.

이러한 일련의 비저작물에 대한 보호의 확대는 불법행위법이론을 토대로 이루어지고 있다. 즉, 불법행위의 요건으로서의 ‘위법성’에 대해 위법성정표는 권리침해는 물론 법률상 보호할 필요가 있는 이익을 침해하는 것이라는 위법성론을 토대로 하고 있다. 그런데 이러한 태도는 저작물에 대한 권리는 저작권법에 의해 제한되는 경우가 존재하는 반면 비저작물은 행위규제법에 의해 제한 없이 보호되는 문제를 야기할 수 있으며, 이는 결국 저작권법 등 지식재산권법제도의 공공의 정책목표를 형해화할 가능성이 있다. 따라서 비저작물 또는 비특허발명에 대한 행위규제법에 의한 보호가능성과 보호범위는 행위규제법이론이 아닌 지식재산권제도의 정책목표라는 관점에서 다시 한 번 되짚어볼 필요가 있다. 이러한 시각의 변화는 행위법제도를 근간으로 하는 미국에서도 존재하였다.

이러한 문제의식을 토대로 본고에서는 우리나라에서 비저작물 등에 대한 행위규제법 적용과 관련된 태도를 정리하고, 미국의 논의를 중심으로 행위규제법 적용의 범위에 대해 논의한다. 아울러, 행위규제법의 적용과 관련하여 민법 제750조의 일반불법행위규정과 부정경쟁방지법 간의 관계에 대해서도 논의한다.

II. 비지식재산 침해에 관한 주요 사례와 논의의 전개

1. 비저작물 이용을 불법행위로 인정한 사례⁵⁾

저작물성이 부정된 성과물을 무단으로 이용한 행위에 대해 불법행위책임을 묻은

4) 서울중앙지방법원 2007. 6. 21. 선고 2007가합16095판결.

5) 서울중앙지방법원 2007. 6. 21. 선고 2007가합16095판결.

사례로는 2007년 서울중앙지방법원의 사례가 있다. 본 판결은 우리나라에서 비저작물 이용행위를 일반불법행위로 본 첫 사례이다.

이 사례에서 원고는 모발이식분야에 종사하는 성형외과 전문의사로서 원고 병원을 소개하는 홈페이지를 운영하고 있었고, 홈페이지에 원고로부터 모발이식수술을 받은 환자들의 수술 전 상태와 수술 후 상태를 촬영한 사진을 게시하고 있었다. 또한 원고는 병원 홈페이지에 환자들의 질문에 대한 상담내용을 게시하고 있었다.

피고는 원고 병원의 홈페이지에 실린 사진 중 환자 4명의 수술 전후 사진 8장을 다수의 방송프로그램에 출연하여 제시하였으며, 피고 병원의 홈페이지에서 운영하는 온라인 상담코너에 원고의 상담내용에 관한 글을 제시하였다.

아래 사진은 피고가 무단으로 이용한 원고의 사진이다.



아래 글은 피고가 무단으로 이용한 원고 홈페이지의 상담사례이다.

“넓은 이마도 얼마든지 모발이식으로 해결할 수 있습니다. 모발이식수술은 정상적으로 있어야 할 모발이 여러 가지 이유로 소실되었거나 부족하여 미용적으로 개선할 필요가 있을 때 자신의 모발을 이용하여 옮겨 심는 수술입니다. 수술방법은 자신의 뒷머리에서 머리카락을 포함한 두피를 떼어내어 머리카락을 한 올 또는 두 올씩 분리한 후 식모기를 이용하여 이마에 옮겨 심습니다. 수술은 국소 마취 후 시

행하며, 입원은 필요 없고, 수술 후 바로 귀가하실 수 있습니다. 머리를 감는 것은 만 3일 후부터 가능하며, 곧바로 사회생활을 할 수 있고, 만 10-14일 후 실밥을 뽑습니다. 그리고 이마 좁히기는 탈모(대머리) 수술보다 가능한 한 좁은 간격으로 밀도 있게 심어 주어야 하기 때문에 1~1.5cm 정도 헤어라인을 내리는데 1000~1500개의 모발이 필요하답니다...이마 좁히기 수술은 앞머리 헤어라인의 디자인이 매우 중요하며, 경계 부위의 그라데이트한 처리, 이식 모발의 방향과 각도 등에도 유의해야하므로 좋은 결과를 위해서는 많은 수술 경험을 필요로 합니다... 이마 좁히기 모발이식 후 미용적인 효과를 보시려면 약 9-12개월 정도의 시간이 필요합니다. 그 이유는 옮겨 심은 모발은 1개월 이내에 대부분 빠졌다가 5-6개월 이후 새 모발이 자라나오기 때문이지요... 6개월 후에는 모발을 심은 자리에 모발이 나면서 약간은 까끌까끌한 느낌이 날 정도로 짧은 모발을 볼 수 있을 거예요. 그러나 대부분 앞머리로 쉽게 가려지기 때문에 그렇게 걱정하지 않으셔도 됩니다.”

이 사건에서 법원은 주위적으로 사진과 상담글의 저작물성을 판단하고 있으며, 그 후에 예비적 주장인 민법 제750조의 불법행위책임의 성부에 대해 논하고 있다.

법원은 사진저작물은 환자들의 모발이식수술을 받은 수술 전후의 모습을 촬영한 것으로서 원고의 개성이나 창조성이 있다고 보기 어렵다는 이유로 사진저작물로 보기 어렵다고 판단하고 있으며, 상담내용 역시 원고의 개성이나 창작성을 드러내는 것으로 보이지 않는다고 판단하고 있다.

그러나 불법행위에 해당된다는 예비적 주장에 대해서는 불법행위책임을 인정하고 있는데, 판시내용은 아래와 같다.

“원고가 사진 촬영, 환자들에 대한 상담내용을 작성한 것은 원고의 연구, 노력에 따른 성과이고, 또한 이와 같이 촬영, 작성된 사진, 상담내용을 홈페이지에 게시하여 운영하는 것은 원고 병원 운영의 일환으로서 경제적 가치 있는 활동이므로, 원고가 인터넷에 공개한 사진들과 상담내용이 비록 저작물성이 인정되지 않아 저작권법상의 보호를 받지 못한다고 하더라도 이는 당연히 법적 보호의 가치가 있는 이익에 해당하고, 피고가 영리의 목적으로 피고와 영업상 경쟁관계에 있는 원고가 노동력과 비용을 들이고, 전문지식을 사용하여 환자의 동의를 받아 촬영하고 작성한 원고의 사진들과 상담내용을 무단으로 도용해서 사용한 것은 공정하고 자유로운 경쟁원리에 의해 성립하는 거래사회에 있어서 현저하게 불공정한 수단을 사용함으로써 사회적으로 허용되는 한도를 넘어 원고의 법적으로 보호할 가치 있는 영

업활동상의 신용 등의 무형의 이익을 위법하게 침해하는 것으로서 평가할 수 있으므로 피고의 위와 같은 행위는 민법 제750조의 불법행위를 구성한다.”

우선, 위 판례의 의의는 저작권성이 부정된 비저작물에 대해서도 민법 제750조의 불법행위규정이 적용될 수 있다는 점을 확인한 판결로서 의의가 있다.

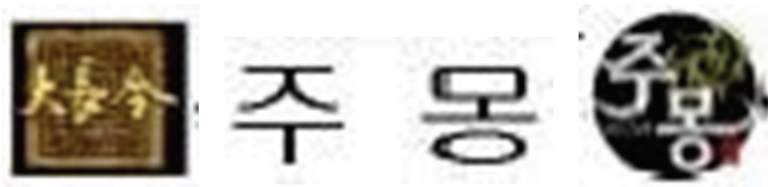
다음으로 판례에서는 불법행위규정의 적용을 위한 요건을 다음과 같이 제시하고 있다.

- 첫째, 법적 보호의 가치가 있는 이익이 존재할 것(법적 보호의 가치가 있는 이익이 되기 위한 요건으로 성과물에 대한 노력이 존재할 것과 성과물의 이용이 경제적으로 가치 있는 활동일 것의 요건을 제시함),
- 둘째, 이용자의 행위가 무단일 것, 영리를 위한 것일 것
- 셋째, 작성자와 이용자의 관계가 경쟁관계에 있을 것
- 넷째, 이용행위가 현저하게 불공정한 수단으로 평가될 것
- 다섯째, 이용행위로 인해 작성자의 무형의 이익을 침해하는 것일 것

2. 상표권 침해를 부정하면서 불법행위를 인정한 사례⁶⁾

상표권 침해를 부정하면서도 불법행위를 인정한 사례로는 유명 캐릭터인 헬로키티(hello kitty)가 대장금, 주몽 등의 표장을 이용한 판례가 있다.

원고는 문화방송으로 등록상표인 대장금과 주몽의 상표권자이다. 각각의 등록된 상표표지는 아래 그림과 같다.



피고는 홈페이지에 헬로키티 캐릭터가 입고 있는 옷이나 헬로키티 캐릭터에 부착된 상품의 이미지 바로 아래에 있는 상품 이름 앞에 위의 “대장금”, “주몽”이라는 표장을 표시하였다.

6) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다20044판결. 서울중앙지방법원 2008. 11. 28. 선고 2008가합16993판결. 서울고등법원 2010. 1. 14. 선고 2009나4116판결.

법원은 피고의 행위가 식별표지로 대장금 등을 이용한 것은 아니므로 상표권 침해를 부정하였다. 타인의 등록상표를 지정상품과 동일 또는 유사한 상품에 사용하는 행위는 상표권을 침해하는 행위가 되나, 타인의 등록상표를 이용한 경우라고 하더라도 출처표시를 위한 것이 아닌 때에는 상표권을 침해하는 행위로 볼 수 없기 때문이다.

또한 법원은 피고의 행위가 부정경쟁행위에 해당하는지와 관련하여 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 ‘부정경쟁방지법’) 제2조 제1호 가목 및 자목에 해당하는지와 저작권 중 복제권 및 2차적저작물작성권 침해에 대해서도 부정한다.

그럼에도 불구하고 법원은 불법행위 책임을 긍정한다. 그 근거로는 대법원 판결 중 소위 ‘네이버 광고사건’의 판단⁷⁾을 들고 있는데, “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 해당한다”는 것이다.

위 판례의 의의는, 지식재산권과 관련된 행위를 규제하기 위한 보충적 규범인 부정경쟁방지법 적용을 부정하면서도 불법행위 책임을 긍정하고 있다는 점이다.

다음으로 판례에서 적시한 불법행위 인정의 요건은 아래와 같이 정리될 수 있다.

- 첫째, 법률상 보호의 가치가 있는 이익이 존재할 것(그 근거로 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물일 것을 예로 들고 있음),
- 둘째, 이용자의 행위가 무단일 것, 영리를 위한 것일 것,
- 셋째, 원고와 피고가 경쟁관계에 있을 것,
- 넷째, 이용행위가 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반할 것,
- 다섯째, 원고의 이익침해와 피고의 부당한 이익이 존재할 것

본 판례의 불법행위 인정을 위한 요건은 위의 비저작물 사건과 동일한 것으로 평가될 수 있다.

7) 대법원 2010. 8. 25. 자 2008마1541결정(2008마1541결정은 비저작물 또는 비지식재산에 관한 판례는 아니나, 경제적 가치가 있는 이익을 침해한 행위에 대한 결정으로서 불법행위책임의 요건을 정립한 사건으로 평가되고 있다).

3. 상표권 침해를 부정하면서 부정경쟁행위로 인정한 사례⁸⁾

상표권 침해를 부정하면서 부정경쟁행위를 인정한 사례로 저명상표인 viagra와 유사한 ‘viagra.co.kr’이라는 도메인 이름을 사용한 경우 도메인 이름의 사용이 상표적 사용이 아니어서 상표권 침해는 아니지만 식별력의 손상에 해당한다는 이유로 부정경쟁행위로 인정한 판례가 있다.

원고는 발기기능장애 치료제인 비아그라(viagra)를 개발하여 판매하는 화이자(pfizer) 사의 한국 내 자회사로, 우리나라에서 해당 약품을 독점적으로 수입, 판매하고 있다. 비아그라는 원고가 개발, 판매하는 치료제를 지칭하는 상품표지로 국내에서 널리 알려져 있다.

피고는 ‘viagra.co.kr’라는 웹페이지를 개설하고, ‘산에 산에’라는 독자적인 상표를 부착한 생즙즙과 칩수 등을 판매하였다.

법원은 “특정한 도메인 이름으로 웹사이트를 개설하여 제품을 판매하는 영업을 하면서 그 웹사이트에서 취급하는 제품에 독자적인 상표를 부착·사용하고 있는 경우에는 특단의 사정이 없는 한, 도메인 이름 자체가 곧바로 상품의 출처표시로서 기능한다고 할 수 없으므로” 상표권 침해 및 상품주체 혼동행위에 해당하지 않는다고 보았다.

그러나 피고의 행위는 “원고의 저명상표와 유사한 표지를 영업표지로 사용한 것에 해당하고, 상표의 상품표시로서의 출처표시기능을 손상하였으므로 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제1호 (다)목의 부정경쟁행위에 해당한다”고 보았다.

본 판결에서 피고의 행위가 부정경쟁방지법에 의해 구제될 수 있는 경우에는 민법상 불법행위와 같은 논의가 추가적으로 이루어지지 않았다는 점을 확인할 수 있다.

4. 시사점

위의 사례들을 통해 다음과 같은 커다란 두 가지 논의사항을 발견할 수 있다.

첫째는 저작물성이 부정된 경우와 같이 지식재산권법의 정책적 고려에 의해 보호가 부정된 경우에도 이용자에게 불법행위 책임을 묻는 것이 지식재산권법이 추구하는 법정책을 저해할 우려가 없는가에 관한 것이다.

8) 서울지방법원 1999. 10. 28. 선고 99가합8863판결, 서울고등법원 2001. 12. 11. 선고 99나 66719판결, 대법원 2004. 5. 14. 선고 2002다13782판결.

둘째는 부정경쟁방지법과 민법 제750조의 일반불법행위규정과의 관계에 대한 고려의 필요성이다. 이 문제와 관련하여서는 아래의 3가지 논의사항으로 나누어 고찰한 필요가 있다.

1) 부정경쟁방지법은 일반불법행위법에 대한 특별규정으로서 특수불법행위법으로 볼 수 있는데, 그렇다면 새로이 도입된 부정경쟁방지법 차목의 부정경쟁행위와 민법상 불법행위의 요건을 동시에 충족시키는 경우에는 부정경쟁방지법이 우선 적용될 것으로 보인다.⁹⁾ 위의 사례들은 지식재산권법에서 규율하고 있지 않은 태양을 부정경쟁방지법 또는 일반불법행위법에 의해 규제한 경우로, 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위에 해당하는 경우는 불법행위법을 논의하지 않고 바로 부정경쟁방지법을 적용하고 있으며 부정경쟁행위에 해당하지 않는 경우에만 불법행위법의 적용을 논의하고 있다. 부정경쟁행위는 불법행위의 특수유형으로 부정경쟁방지법은 민법의 일반규정에 대한 특별법의 관계에 있어 민법의 규정이 보충적으로 적용되는 관계에 있기 때문이다.¹⁰⁾ 그럼에도 불구하고 부정경쟁방지법이 적용되지 않는 비지식재산 이용행위에 대해 민법 제750조의 일반불법행위책임을 여전히 물을 수 있는 것으로 해석될 것인지는 불분명하다.

2) 부정경쟁방지법 제2조 제1호 ‘차’목은 “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 부정경쟁방지행위로 정의한다. 이로부터 적용 요건을 살펴보면 일반불법행위를 인정한 판례의 요건과 동일하거나 매우 유사한 수준으로 평가될 수 있다. 그렇다면, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 ‘차’목은 일반불법행위법의 적용요건에 대해 어떠한 존재의의를 갖는지 의문스러울 수밖에 없다. 특히, 부정경쟁방지법이 지식재산의 이용 등 행위에 관한 규제를 위한 법규라는 점에서 지식재산권제도의 법정책을 충분히 반영하고 있는지 의문이 든다.

3) 부정경쟁방지법은 금지청구권을 제4조에서 규정하고 있는 반면 불법행위법제도는 금지청구권을 규정하고 있지 않다. 그럼에도 불구하고 대법원은 불법행위에 해당하는 경우 중 민법상 불법행위를 구성하는 무단이용 상태가 계속돼 금전배상을 명하는 것만으로는 피해자 구제의 실효성을 기대하기 어려울 것, 그리고 무단

9) 김원오, “부정경쟁방지법상 신설된 일반조항의 법적성격과 그 적용의 한계”, 『산업재산권』 제45호, 한국지식재산학회, 2014, 292쪽.

10) 송영식 외, 『지적소유권법(하)』, 육법사, 2013, 391쪽.

이용을 금지했을 때 보호되는 피해자의 이익과 그로 인한 가해자의 불이익을 비교·교량했을 때 피해자의 이익이 더 클 것 등 크게 2가지 요건을 만족하는 경우에는 금지 또는 예방을 청구할 피보전권리와 보전의 필요성이 소명되었다고 판단하였는데,¹¹⁾ 이와 같은 가치분 사건 판결을 근거로 지식재산법에서 규율하지 않는 이용행위에 금지청구권이 일반적으로 인정할 수 있다고 해석될 수 있는지 여부와 그 적절성이 문제된다.¹²⁾

Ⅲ. 미국에서의 비저작물에 대한 행위규제 이론의 전개

1. 비저작물 이용행위의 불법행위법에 의한 규제

미국에서는 영업상 경쟁에 있어서 타인이 구축한 경제적으로 유리한 지위 내지 경쟁력을 부당하게 이용하는 행위를 규제하는 부정이용(misappropriation) 법리가 일찍부터 인정되어 왔다.¹³⁾ 부정이용법리는 지식재산제도가 체계를 갖추기 전에 무형의 재산적 이익을 보호하기 위해 불법행위법을 적용한 것으로,¹⁴⁾ 불법행위에 대하여 우리 민법이 예정하고 있는 핵심적인 구제수단이 손해배상임에 비해 미국 불법행위법에서 인정되는 대표적인 구제수단은 손해배상(damages)과 금지명령(injunction)이라는 점에서 비저작물의 이용행위에 대한 강력한 구제책이 될 수 있었다.¹⁵⁾

이러한 법리를 이용하여 비저작물을 이용한 행위를 규제한 대표적인 사례로 1918년 미국 연방대법원의 *International News Service v. Associated Press*¹⁶⁾ 판결이 있다. 이 사건에서는 뉴스의 수집을 목적으로 설립된 연합통신사(AP)의 회원사가

11) 대법원 2010. 8. 25. 자 2008마1541결정.

12) 이에 대해 동 사례는 영업이익 침해에 대하여 민법상 불법행위의 효과로 금지청구권이 발생한 것이라고 볼 것이 아니라 부정경쟁방지법 제4조 제1항의 금지청구권을 유추적용한 것이며 특정한 요건에 따른 부정한 경쟁행위에 대해서만 확대적용할 수 있다는 설명도 있다. 최민수, “부정경쟁행위와 불법행위법상 금지청구권 - 대법원 2010. 8. 25. 자 2008마1541결정”, 『법조』제62권 제1호 통권 제676호(2013년 1월), 법조협회, 289-292쪽.

13) 송영식 외, 『지적소유권법(하)』(주 10), 383, 385쪽.

14) Gary Myers, THE RESTATEMENT'S REJECTION OF THE MISAPPROPRIATION TORT: A VICTORY FOR THE PUBLIC DOMAIN, 47 S.C. L. Rev. 673 (1996).

15) 김현수, “불법행위에 대한 금지청구권의 요건”, 『법학논고』 제39집(2012.6.), 경북대학교 법학연구원, 605쪽.

16) *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 215 (1918).

유럽에서 취재한 뉴스를 피고 INS가 입수하여 자신의 신문에 게재 후 판매한 행위가 문제되었다. 피고는 1) AP의 직원을 매수하여 기사를 수집, 2) AP 회원사가 내부 계약을 위반하여 기사를 제공하도록 유도, 3) 가장 빨리 발행된 신문을 구입하여 기사를 수집 등의 방법으로 기사를 확보한 후 이를 약간 고치거나 그대로 게재하는 방법으로 자신의 신문을 발행하였다. INS는 미국 서부에서 신문을 발행하였는데 시차를 고려하면 동부에서 신문을 발행하는 AP의 회원사보다 더 빨리 뉴스를 전달하는 경우도 있었다. AP는 INS의 이러한 행위에 대해 금지명령을 내려줄 것을 청구했고, 주장의 핵심은 뉴스의 복제는 부정경쟁행위에 해당하므로 금지되어야 한다는 것이었다.¹⁷⁾ 미국 제2 연방순회항소법원은 세 가지 유형의 행위 모두 금지하는 명령을 내렸고, 미 연방대법원에서는 3)의 행위, 즉 합법적으로 취득한 AP 뉴스 기사를 복제하여 재배포하는 행위의 불법성만이 다투어졌다.¹⁸⁾

미 연방대법원은 뉴스에 저작권이 인정되는지 여부 및 피고의 행위가 부정경쟁에 해당하는지 여부에 대해 판단하였다. 우선 뉴스의 저작물성에 대해 1909년 저작권법에 따르면 뉴스 기사를 어문저작물로서 보호할 수 있지만 사실 및 사건 그 자체는 저작권의 보호를 받을 수 없으며, 그러한 기사의 보호는 헌법상 저작자를 보호하는 목적에 반하므로 피고의 행위는 저작권 침해를 구성하지 않는다고 보았다.¹⁹⁾

다음으로 부정경쟁에 해당하는지 여부에 대해서는 AP가 뉴스를 수집하기 위해 투자한 노동력, 기술, 비용 등을 고려하였을 때 AP는 뉴스에 대해 물건에 준하는 권리(quasi property)를 가진다고 볼 수 있으며, 이는 AP와 직접적인 경쟁관계에 있는 INS와의 사이에 존재하는 것이고 공중에 대한 권리는 아니라고 보았다.²⁰⁾ 즉 INS는 AP의 뉴스와 혼동을 초래하지는 않았지만 사기적 행위로 AP에 속한 준물권(quasi property)을 취득한 것이며, 이는 경쟁관계에서 타인이 씨를 뿌린 곳에서 경쟁자가 수확하려고 하는 행위와 같다는 것이다.²¹⁾ 그리고 이러한 행위를 방치하게 되면 기업이 더 이상 뉴스를 수집하기 위한 자원을 투자할 유인(incentive)이 없고, 파멸적 경쟁상태(ruinous competition)가 될 것이므로 허용될 수 없다고 판단했다.²²⁾

17) *Id.* at 230-31.

18) *Id.* at 231-32.

19) *Id.* at 234.

20) *Id.* at 236.

21) *Id.* at 239; Gary Myers, *supra* note 14, at 676.

22) *Id.* at 240-41; quoted in Andrew Becherman-Rodau, IDEAS AND THE PUBLIC DOMAIN: REVISITING INS v. AP IN THE INTERNET AGE, 1 NYU J. Intell. Prop. & Ent. L. 1, 4 (2011).

2. 부정이용법리의 발전과 연방 법률과의 관계

동 판결이 있는 직후부터 1970년대까지 14개의 주에서 부정이용법리를 인정하는 주법이 만들어졌고,²³⁾ 20년 후 *Erie Railroad Co. v. Thompkins* 판결²⁴⁾로 인해 선례로서 구속력은 없어졌지만 여전히 주의 성문법 또는 보통법상 인정되는 부정이용법리를 해석하는데 기준이 되었다고 한다.²⁵⁾ 또한 1946년 Lanham법, 1976년 저작권법 등 지식재산의 보호체계가 완성된 후에 그 영향력이 더욱 약화되었지만, 그럼에도 불구하고 해당 법률이 보호하지 않는 경우 보충적인 구제수단으로서의 역할을 담당하고 있다.²⁶⁾

그러나 부정이용법리는 각각의 법률이 공중의 영역(public domain)이라는 개념을 설정하여 자유로이 이용하도록 장려하고 있는 정보를 제한하여 연방정책적 목적을 훼손할 수 있으며, 이는 곧 경쟁의 자유 및 소비자 후생(consumer welfare)을 저해하는 결과로 이어질 수도 있다고 하는 비판의 대상이 되었다.²⁷⁾ 따라서 이들 연방법률에서 보호하지 않는 경우임에도 주법의 규율대상이 되려면 연방정책과 저촉되지 않는 범위 내에서 독자적인 보호의 이익이 추가로 존재해야 했다.

한때 미국에서는 복제물에 저작권 표시(copyright notice)를 하도록 강제했던 적이 있었는데,²⁸⁾ 이 경우 저작권의 보호를 받지 못하는 저자들은 이용자들에 대해 부정이용의 법리를 주장하곤 했다. 이 때 법원은 일반적으로 그러한 성과물은 공유의 영역에 속하고, 재산으로 보호할 수 없으므로 그러한 영역의 성과물을 이용하

23) 2010년을 기준으로 Missouri, Texas, New York, Pennsylvania, California, Colorado, Illinois, North Carolina, South Carolina, Wisconsin, New Jersey, and Maryland의 주법원이 부정이용법리를 채택하고 있고, Alaska and Delaware의 연방법원은 주법상 부정이용법리가 인정된다는 것을 전제로 판결하고 있다고 한다. Elaine Stoll, HOT NEWS MISAPPROPRIATION: MORE THAN NINE DECADES AFTER *INS V. AP*, STILL AN IMPORTANT REMEDY FOR NEWS PIRACY, 79 U. Cin. L. Rev. 1239, 1247 (2011).

24) *Erie R.R. Co. v. Thompkins*, 304 U.S. 64 (1938). 이 판결로 인해 연방보통법이 폐지되어 연방대법원의 판결은 더 이상 연방법원에 선례로 기능하지 못하게 되었다.

25) Elaine Stoll, *supra* note 23, at 1247.

26) 저작권법, 특허법 등과 저촉되지 않는 영역에서 발생한 부정경쟁행위에서 피해자를 보호할 수 있다는 점에 아직 독자적 의의를 인정할 수 있다고 한다. John C. McDonnell, The Continuing Viability of the Hot News Misappropriation Doctrine in the Age of Internet News Aggregation, 10 Nw. J. TECH. & INTELL. PROP. 255, 256 (2012).

27) Gary Myers, *supra* note 14, at 674.

28) 베른협약이행법(Berne Convention Implementation Act of 1988)이 시행된 1989년 3월 1일부터는 선택사항이 되었다. 17 U.S.C. § 401(a).

는 행위를 금지할 수 없다고 보았다.²⁹⁾ 또한 *Sears, Roebuck & Co. v. Stiffel*³⁰⁾ 사건에서는 연방 특허법의 기준을 만족하지 않는 상품 디자인을 경쟁자가 복제하는 행위를 주의 부정경쟁방지법으로 금지할 수 없다고 판시하기도 했다.³¹⁾ 이는 연방법률에 따라 공유영역에 남겨진 지식재산의 이용을 주법이 제한하는 것은 미국연방헌법 제1조 제8항 제8호³²⁾의 규정과 이를 바탕으로 한 연방정책과 저촉된다고 본 것이며,³³⁾ 이는 통일성 있는 연방정책의 정립이 주법으로 인해 저해되는 일을 방지하기 위함일 것이다.

3. 연방 저작권법과 부정이용법리의 해석

한편 1976년 저작권법에서는 우선적용규정(preemption provision)이 신설되었는데 이 조항은 연방정책과 주법간의 충돌을 해결해 줄 수 있을 것이라 기대되었다. 이 조항은 이 법률이 발효되는 1978년 1월 1일부터 저작권법상 보호대상에 대해 제 106조에 명시된 배타적인 저작권과 동등한 내용의 법적 권리는 저작권법에서만 규율할 수 있으며, 주법으로 이와 같은 권리를 부여할 수 없다고 규정했다.³⁴⁾ 따라서 저작권법에서 보호하지 않는 대상을 단순히 이용하는 것을 주법에서 규제하는 것은 제301조 위반여부의 문제가 될 수 있다.³⁵⁾ 그러나 저작권법 역시 주법상 저작권법상 보호대상이 아닌 객체나 이용행위에 대한 권리나 구제를 무효화하거나 제한하지 않는다.³⁶⁾ 따라서 저작권법상 보호받지 못하는 비저작물이라 하더라도 그 이용을 규율할 독자적인 이익이 존재하여, 이를 표상하는 추가적인 요건(extra elements)을 만족한다면 저작권법상 우선규정이 적용되지 않는다.³⁷⁾

이러한 추가적 요건을 상세히 실시하고 있는 판례로 1990년대 중반 *NBA v.*

29) See, e.g., *National Comics Pubs., Inc. v. Fawcett Pubs., Inc.*, 191 F.2d 594, 598 (2d Cir. 1951), opinion supplemented, 198 F.2d 927 (2d Cir. 1952); quoted in Gary Myers, *supra* note 14, at 697.

30) *Sear, Roebuck & Co. v. Stiffel Co.*, 376 U.S. 225 (1964).

31) *Id.* at 225-226.

32) Art. I, § 8, cl. 8

33) *Compco Corp. v. Day-Brite Lighting Inc.*, 376 U.S. 234, 237 (1964).

34) 17 U.S.C. § 301(a).

35) 맹정환, “아이디어의 법적 보호 방안에 대한 제언-미국 판례상 아이디어 보호 범리에 대한 검토를 포함하여”, *지식재산정책* 제16호(2013.9.), 한국지식재산연구원, 29쪽.

36) 17 U.S.C. § 301(b).

37) *Computer Assocs. Int'l, Inc. v. Altai Inc.*, 982 F.2d 693, 716 (2d Cir. 1992).

Motorola 사건³⁸⁾이 있다. 뉴욕 주에서 발생한 부정이용법리에 관한 사건으로, 원고 NBA의 경기에 관한 정보를 피고가 무단으로 무선호출기 등을 이용하여 실시간으로 이용자에게 공급한 행위가 문제되었다. 법원은 시간의 경과에 따라 가치를 잃게 되는 정보(time-sensitive)의 경우 “1) 원고가 비용을 들여 정보를 생성 또는 수집하였을 것, 2) 정보가 시간의 경과에 따라 가치를 잃게 될 것(time-sensitive), 3) 피고가 해당 정보를 이용하는 행위는 원고의 노력에 대한 무임승차일 것, 4) 특정한 상품 또는 서비스에 있어서 양 당사자는 직접적인 경쟁관계에 있을 것, 5) 원고의 노력에 피고가 무임승차하는 행위가 원고가 상품이나 서비스를 생산하고자 하는 유인을 감소시켜 그 제품 또는 서비스의 존재 또는 품질을 실질적으로 위협할 것”을 요구하여, 그와 같은 요건을 만족하는 경우에만 부정이용법리를 적용하고자 했다. 그러나 원고와 피고는 직접적인 경쟁관계에 있지 않고 피고의 행위가 원고의 시장에 악영향을 미치지 않으므로 추가적 요건을 만족하지 못했고, 그에 따라 저작권법이 우선적용 되어 뉴욕 주의 부정이용법리에 따른 보호를 인정할 수 없었다.³⁹⁾

한편 Barclays Capital Inc. v. Theflyonthewall.com, Inc. 사건⁴⁰⁾에서는 부정이용법리와 저작권법이 모두 적용될 수 있는 요건이 갖추어진 경우 저작권법이 우선한다는 판단이 내려졌다. 사안에서 원고들은 월스트리트의 유명한 금융회사들로 뉴욕 증권 거래소의 개장시간 전에 그날 추천할 만한 거래정보를 제공하는 서비스를 하고 있었다. 피고는 원고들이 만든 추천정보를 수집하여 자신의 고객들에게 그대로 제공하였는데, 이 추천정보에는 저작물로 인정될 수 있는 정보들이 포함되어 있었고, 이에 원고들이 연방 저작권법 및 주법상 부정이용법리를 주장했다.⁴¹⁾ 1심인 뉴욕남부지방법원은 저작권 침해와 부정이용법리에 따른 청구 모두를 인용했는데,⁴²⁾ 피고에게 법정손해액 및 변호사 비용을 부담하고, 원고의 추천정보가 뉴욕 증권거래소 개장 이전에 배포되었다면 개장 후 30분이 지난 후, 또는 원고들의 추천정보가 증권거래소 개장 이후에 배포되었다면 배포 후 2시간이 지나야만 그 같은 추천정보의 이용이 가능하며, 그 같은 요건을 만족하지 않으면 서비스를 제공해서는 안된다는 금지명령을 내렸다.⁴³⁾ 그러나 항소심인 제2 연방순회항소법

38) The National Basketball Association v. Sports Team Analysis and Tracking Systems, Inc. and Motorola, Inc., 105 F. 3d 841 (2d Cir. 1997).

39) *Id.* at 852

40) Barclays Capital Inc. v. Theflyonthewall.com, Inc., 650 F.3d 876 (2011).

41) *Id.* at 878-879.

42) Barclays Capital Inc. v. Theflyonthewall.com, 700 F.Supp.2d 310, 348 (2010).

원은 원고의 추천정보에는 저작물이 포함되어 있고 이러한 정보의 이용을 금지하는 것은 저작권법상 일반적인 범위에 속하는 권리의 내용이라는 등의 이유로 저작권법이 우선적용되어야 하므로 부정이용법리에 따른 청구는 받아들일 수 없다고 판시하였다.⁴⁴⁾

이와 같이 부정이용법리는 저작권법, 특허법 등 지식재산법의 정비와 연방법 우선의 원칙(preemption)에 의해 그 역할이 지속적으로 축소되었고, 이를 통해 부정이용의 개념도 변화하였다. 앞에서 본 바와 같이 초기 미 연방대법원은 *INS v. AP* 판결⁴⁵⁾을 통해 뉴스는 저작물이 아니지만 경쟁자와의 관계에 있어서 준물권(quasi property)의 성질을 가지며 경쟁자가 뉴스를 무단이용하는 것은 타인이 형성한 재산적 가치를 경쟁자가 수확하는 것으로 허용되지 않는다고 보았지만, 이후 지식재산제도의 정비와 일련의 판결들로 인해 공유영역에 있는 비저작물을 재산으로서 보호하는 것은 적절하지 않게 되었다. 따라서 저작권법에서 보호하지 않는 성과물은 자유로이 이용할 수 있는 공유의 영역에 있으며, 그러한 이용행위에 따라 이용자에게는 이익이, 성과물의 창작자에게는 손해가 발생하더라도 자유경쟁원리에 따라 허용된다. 그리고 이러한 연방정책에 따라 저작권법상 정해진 보호기준을 주법으로 회피하여 비저작물의 이용을 규제할 수 없다. 그러나 비저작물이라 하더라도 경쟁자가 이를 이용하여 무임승차 등의 부정한 행위를 하여 이를 방치하면 시장에 악영향을 미칠 우려가 있는 등 이용행위를 규율할 독자적인 이익이 있는 경우라면 그와 같은 규제는 저작권법상 내재된 정책과 저촉되는 것이 아니다.

즉 저작권법이 보호하지 않고 자유로운 이용의 영역에 있는 정보라 하더라도 독자적인 이익의 존재에 따라 부정이용법리가 적용될 수 있다. 이때 독자적인 이익은 비저작물 작성자의 경제적 이익이 아니라 올바른 시장경쟁질서의 유지라는 사회적 이익이며 저작권법의 공공정책과 합치하는 범위의 이익이다. 이러한 이익을 표상할 수 있는 기준을 엄격하게 적용하여 예외적으로 비저작물의 이용을 규율하고 있는 미국 판례의 태도는 우리 법제의 부정경쟁행위를 해석하고 범위를 확정함에 있어 참고할 여지가 있다.

43) *Barclays Capital Inc. v. Theflyonthewall.com, Inc.*, 650 F.3d 876, 889 (2011).

44) *Id.* at 902-907.

45) *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 215 (1918).

IV. 우리 법제에의 시사점⁴⁶⁾

1. 행위규제법에 의한 비지식재산 이용행위의 규제범위⁴⁷⁾

지식재산권법제도는 일정한 요건을 갖춘 경우에 한해 문화발전 또는 기술발전 등의 공적 이익을 증가시키는데 대해 준물권적인 권리를 인정하는 제도이며, 이러한 경우에도 공익적 목적을 위해 권리의 존속기간 등 일정한 제한을 규정하는 법제도이다. 따라서 행위규제법 역시 지식재산권법제도가 추구하는 법정정책과 소비자후생을 고려하여 보충적으로 적용되어야 하며, 지식재산권법제도가 갖는 법정정책을 훼손해서는 아니된다.

상술하면, 저작권법은 저작자에게 저작물에 대한 독점배타권을 부여함으로써 저작자를 보호하는 법제도로써, ‘저작자의 권리를 보호’하고 ‘공정한 이용을 도모’하는 것을 수단으로 삼아 궁극적으로는 ‘문화의 향상 발전에 이바지함’을 목표로 한다. 이는 저작권법에 문화의 발전을 위한 공공정책 또는 법정정책이 설정되어 있음을 의미하며, 저작물 이용에 따른 불법행위법의 적용은 이와 같은 저작권법상 정책을 저해하지 않는 한도에서 인정되어야 한다. 예를 들어 비저작물의 이용에 대한 불법행위법의 적용가능성을 살펴보기 위해서는 비저작물을 아무런 제한 없이 자유롭게 이용하도록 하는 것이 저작권법에서 정한 공공의 목적인지에 대한 판단이 선행되어야 한다. 저작권법이 비저작물에 대한 공공의 접근을 허용하고 있다면 비저작물을 이용하는 행위는 불법의 영역에 있다고 볼 수 없기 때문이다. 이는 저작권법의 목적이 저작물만을 규율하는 것인지, 아니면 저작물성과 관계없이 정신적 재화를 모두 포함하여 이를 이용함으로써 문화의 향상·발전을 꾀하는 법인지에 따라 다른 결론이 내려질 수 있으며, 결국 저작권법이 문화기본법인지 아니면 저작물의 보호와 제한에 관한 법인지에 대한 검토가 필요한 문제일 것이다.

이러한 문제에 대한 명확한 견해는 찾아보기 어려우나 일본의 大學湯(だいがくとう)사건과 우리의 2007가합16095판결로 미루어 보면 저작권법이 비저작물의 보호를 전면적으로 배제하는 것으로는 볼 수 없을 것이다.⁴⁸⁾ 그러나 저작권법이 비

46) 본 절은 정진근, “창작성 없는 비저작물의 이용과 일반불법행위책임-2007가합16095판결을 중심으로”, 『상사판례연구』 제22집 제3권(2009.9.30.), 한국상사판례연구회에 게재된 논문의 내용 중 III. 비저작물의 이용과 위법성 부분을 보완, 발전시킨 것임.

47) 정진근, 위의 논문, 259-263쪽 참조.

48) 반면 특허권이 없는 발명을 이용한 자에게 특허권이 있는 줄 오인하여 가처분을 신청한 무

저작물의 보호를 부정하지 않는다면 저작권법상 비저작물의 이용에 관한 규정이 없으므로, 저작물의 경우는 존속기간이나 공정이용 등의 제한을 받지만 비저작물은 그러한 제한 없이 더 오랜 기간 동안 보호를 받는 등의 결과가 발생할 수 있다는 점이 문제가 될 수 있는데, 이와 같이 해석된다면 지식재산은 그 권리가 한정적이며 제한적인 반면, 비지식재산은 그 권리가 무한하고 무제한적인 것으로 취급될 수 있다. 결국, 불합리한 역차별의 문제가 발생하게 된다.

이러한 점을 고려할 때, 비지식재산의 이용에 대해 행위규제법을 적용하는데 있어서는, 행위규제법이 보호하고자 하는 재산적 가치가 지식재산권법제도가 보호하는 재산적 가치보다 커져서는 안 될 것이다.

2. 불법행위법에 의한 비지식재산 이용행위의 규제와 문제점

민법 제750조는 “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다”고 규정하고 있다. 이 때 가해자의 행위는 위법한 것으로서 법질서에 반하는 행위를 의미하며, 더 구체적으로는 타인의 법익을 침해할 수 있는 반규범적 행위일 것을 요한다.⁴⁹⁾ 불법행위가 성립되면 행위자는 타인의 법익을 침해함으로써 발생한 결과의 제거 또는 장차 재침해의 방지(금지)를 법적으로 요구받게 되는데, 이는 자칫 자유경쟁사회에서 존중되어야 할 행위에 대한 제한으로 작용할 수도 있다.⁵⁰⁾ 따라서 그러한 행위가 규제되어야 하는가의 여부는 법체계 전체를 기준으로 보았을 때 사회통념상 용인될 만한 정도를 넘어야 하며,⁵¹⁾ 문제가 되는 행위마다 개별적, 상대적으로 판단되어야 한다.⁵²⁾ 즉 당해 행위를 둘러싼 여러 요소들을 종합적으로 고려하여 가치를 형량함으로써 규제의 정당화 근거로 삼고 있는바, 이를 위해 당해 행위에 의하여 침해된 법익의 성질과 침해행위의 태양(침해의 내용이나 방법, 그 동기나 목적) 사이의 상관적 관계도 고려된다.⁵³⁾

앞서 본 2007가합16095판결은 “인터넷에 공개된 정보가 저작권법에 따라 배타적

효의 특허권자에게 손해배상책임을 인정한 사례(대법원 1980. 2. 26. 선고 79다2138), 무효의 실용신안권자에게 손해배상책임을 인정한 사례(대법원 2002. 9. 24. 선고 2000다46184) 등을 고려하면 우리 법원은 비특허, 비실용신안의 이용은 허용된다는 입장에 있다고 생각된다.

49) 김형배·김규완·김명숙 공저, 『민법학강의(제13판)』, 신조사, 2014, 1607쪽.

50) 양창수, “不法行爲法の 變遷과 可能性”, 『民法研究(第3卷)』, 박영사, 1995, 336쪽.

51) 지원림, 『민법강의(제11판)』, 홍문사, 2013, 1662쪽.

52) 대법원 2003. 6. 27. 선고 2001다734판결.

53) 지원림, 『민법강의(제11판)』(주 51), 1662쪽.

인 권리로 인정되지 않는 한 제3자가 이를 이용하는 것은 원칙적으로 자유”이지만, 이를 이용한 행위에 ‘특별한 사정’이 있는 경우에는 위법한 행위로서 불법행위를 구성한다고 보았다. ‘특별한 사정’이 있다는 것은 “부정하게 스스로의 이익을 피할 목적으로 이를 이용하거나 또는 원고에게 손해를 줄 목적” 등으로 이용하는 등 이용태양의 목적이나 결과 등을 고려하였을 때 타인의 ‘법익 침해’가 발생했다는 것을 의미하며, 이러한 경우 위법한 행위로 보아 규제될 필요가 있다고 해석한 것이다. 그러나 이러한 행위가 위법한 행위인지 여부는 자유경쟁과 자유시장정책이라는 공공정책 또는 공공의 이익과 충돌하고 있는지에 대한 고려가 이루어진 후에 결정할 수 있는 것이며, 이러한 공공정책 또는 공공의 이익이 법률에 규정되어 있는 경우에는 더욱 신중한 고려가 필요하다.⁵⁴⁾ 따라서 비저작물의 이용행위가 사회 통념상 통용될 수 없을 정도로 부정하게 스스로의 이익을 피하거나 정보제공자에게 손해를 줄 목적에 따라 이용하는 등의 특별한 사정, 현저하게 불공정한 수단, 법적으로 가치 있는 재산적 이익의 침해 등의 지표에 따라 비저작물 이용행위의 규제요건을 엄격히 보아야 할 것이다.⁵⁵⁾

한편 앞서 본 미국에서의 논의에서도 지적되었듯이 저작권법에서 물권적 보호를 부여하지 않는 비저작물에 대해 불법행위법을 적용하여 손해배상책임은 물론 금지청구권을 인정해야 한다는 해석은 재산법의 원리에 배치된다는 점이 문제될 수 있다.⁵⁶⁾ 금지청구권은 상대방의 행위에 대한 자유의 제약이라는 측면을 고려하여 불법행위의 피해자와 가해자 사이의 이익형량 뿐 아니라 금지의 대상이 되는 행위의 공공성이나 사회적 유용성과 같은 사회적 가치를 포함한 이익형량이 필요한데,⁵⁷⁾ 물권으로 보호되지 않음이 명백한 비저작물을 이용하는 행위를 보호의 측면에서 금지하는 것은 물권의 창설과도 같은 효과를 나타내기 때문이다.⁵⁸⁾

따라서 비저작물의 이용행위에서 발생하는 문제는 보호의 측면이 아니라 공공질서의 위반의 측면에서 접근해야 한다. 즉 재산적 가치가 있는 비저작물을 이용했

54) 정진근, “창작성 없는 비저작물의 이용과 일반불법행위책임-2007가합16095판결을 중심으로”(주 46), 258-259쪽 참조.

55) 정진근, 위의 논문, 265쪽.

56) Andrew Becherman-Rodau, *supra* note 22, at 18-19.

57) Restatement(second) of Torts § 936 (1979); 김현수, “불법행위에 대한 금지청구권의 요건”(주 15), 604쪽에서 재인용.

58) 이에 대해 피해자에게 다양한 구제조치를 인정하기 위해 지식재산의 비침해행위에 적용할 수 있는 금지청구권을 도입해야 한다는 주장도 제기된다. 심현주, “지식재산권 비침해행위에 대한 구제조치”, 성균관대학교 박사학위논문, 2015, 317쪽.

기 때문에 규제되는 것이 아니라, 공중의 영역에 있는 재화를 경합적으로 이용하고 이를 통해 사회적으로 용인될 수 없는 행위를 했기 때문에 규제되는 것으로 보아야 한다.⁵⁹⁾ 따라서 비저작물의 이용행위는 경쟁질서의 유지와 관련한 사항에서만 규율되어야 하며, 부정경쟁방지법에 의해 해결될 수 있을 것이다.

3. 부정경쟁방지법에 의한 비저작재산 이용행위의 규제와 해석방안

1) 부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목의 신설과 의의

부정경쟁방지법은 2013년 제2조 제1호 차목을 신설하고 “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 규정하였다. 이는 기술의 변화 등으로 나타나는 새롭고 다양한 유형의 부정경쟁행위에 적절하게 대응하기 위한 것으로 불법행위에 대한 보충적 일반조항의 성격을 지닌다.⁶⁰⁾

본 조항은 ‘타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과’ 등을 이용하는 행위를 규율하는 것이므로 “전형적인 부정경쟁행위로 분류되어 온 행위유형들을 모두 커버할 수 있는 보편적 일반조항이 아니라 성과모용의 금지 등 일정범주의 유형에 국한될 수밖에 없다는 한계”가 지적하기도 하지만,⁶¹⁾ 이러한 특성으로 인해 비저작물이나 비특허 등 타인의 지적생산물에 이용함으로써 발생하는 문제를 규율하는데 있어 적합한 근거로 작용할 수 있다는 점에 의의가 있다.

한편 우리나라의 부정경쟁방지법은 본질적으로 부정경쟁방지법 이외의 다른 지적재산법과의 관계에 있어서 그 다른 지적재산법을 보완하는 성격을 가지므로,⁶²⁾ 지식재산의 보호요건을 충족하지 못하여 자유이용이 보장된 정보들에 대해 부정경쟁방지법에 의한 보편적 보호를 부여하는 것은 지식재산법의 이념이 퇴색되는

59) 차상욱, “저작권법의 보호대상이 되지 않는 지적성과물의 모방도용행위와 일반불법행위법리의 기능”, 『창작과 권리』통권 56호(2009년 가을), 세창출판사, 125쪽.

60) 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 2013.7.30., 일부개정이유, www.law.go.kr, 2015.3.31. 최종방문

61) 김원오, “부정경쟁방지법상 신설된 일반조항의 법적성격과 그 적용의 한계”(주 9), 277쪽.

62) 박성호, “지적재산법의 비침해행위와 일반불법행위”, 정보법학 제15권 제1호, 한국정보법학회, 218쪽.

결과를 가져온다.

따라서 부정경쟁방지법 차목상 ‘타인의 성과물을 이용하는 행위’를 규율함에 있어서도 지식재산권 보호이념을 고려하여 신중하고 엄격하게 판단해야 하며,⁶³⁾ 그 요건에 있어서 추상적이거나 모호한 용어가 포함되어 부정경쟁행위의 범위를 지나치게 확장하는 일이 없도록 경계해야 한다.

2) 요건의 해석

동 조항은 1) 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과가 있을 것, 2) 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로, 3) 자신의 영업을 위하여, 4) 무단으로, 5) 타인의 경제적 이익을 침해할 것을 요구하고 있다.

이러한 요건들이 경쟁질서를 파괴하여 사회적으로 용인될 수 없는 행위를 징표하고 있는지를 검토할 필요가 있다. 1)의 요건은 규율의 대상이 되는 비저작물의 범위와 사회적 가치를 나타내는 것으로서 무단 이용 시 특정 이익의 침해가 있을 것으로 추정될 수 있으며, 2)의 요건은 행위의 목적이나 태양으로 보아 자유경쟁의 측면을 고려하더라도 용인될 수 없다고 하는, 즉 규제의 타당성을 뒷받침할 수 있다. 3)의 요건은 비저작물의 이용자가 이익을 얻고자 했다는 점을 나타낼 수 있고, 4)의 요건은 타인의 허락 등에 기해 이용행위의 위법성을 조각할 수 있는 사유가 없다는 것을 의미하며, 5)의 요건은 부정경쟁행위가 특수불법행위의 성질을 갖는다는 점에서 요구되는 것으로 새길 수 있다.

이들 요건들은 각각이 부정경쟁행위를 적확하게 표상하고 있는 것은 아니지만 5가지 요건이 모두 충족되는 경우라면 시장 질서를 어지럽히는 행위로 비난받을만한 것이라 생각된다. 다만 ‘상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법’과 같은 요건은 범위가 넓고 추상적이어서 추가적인 기준의 제시를 통해 예견가능성을 높여야 한다. 이와 관련하여 앞서 본 미국의 부정이용법리는 1) 원고가 비용을 들여 정보를 생성 또는 수집하였을 것, 2) 정보가 시간의 경과에 따라 가치를 잃게 될 것 (time-sensitive), 3) 피고가 해당 정보를 이용하는 행위는 원고의 노력에 대한 무임승차일 것, 4) 특정한 상품 또는 서비스에 있어서 양 당사자는 직접적인 경쟁관계에 있을 것, 5) 원고의 노력에 피고가 무임승차하는 행위가 원고가 상품이나 서비스를 생산하고자 하는 유인을 감소시켜 그 제품 또는 서비스의 존재 또는 품질을

63) 김원오, “부정경쟁방지법상 신설된 일반조항의 법적성격과 그 적용의 한계”(주 9), 288쪽.

실질적으로 위협할 것 등의 구체적인 기준을 제시하고 있다. 이러한 기준을 활용하여 비저작물을 이용한 부정경쟁행위는 1) 타인이 상당한 노력과 비용을 투자하여 형성한 비저작물을 2) 직접적인 경쟁관계에 있는 영업에 무단으로 이용하여⁶⁴⁾ 3) 타인이 형성한 신용이나 재산적 이익에 편승하고자 하는 경우 등에 성립하는 것으로 이해해 볼 수 있을 것이다. 한편 비저작물을 취득하는 수단에 불법성이 있는 경우나(예컨대 미공표된 비저작물을 몰래 입수하는 행위 등) 타인을 해할 의도가 강하게 추정되는 경우 등 비난가능성이 높은 경우에는 부정경쟁행위가 보다 쉽게 인정될 수 있을 것으로 생각한다.

V. 맺음말

지식재산권법 제도는 문화, 산업의 발전이라는 공공의 목표 아래 권리자에게 강한 보호를 부여하는 대신, 일정한 제한을 설정하여 그러한 제한영역에 만큼은 공중이 자유롭게 접근할 수 있도록 보장하고 있다. 그러나 지식재산권법의 보호범위에 속하지 않는 정신적 재화라고 해서 경제적 이익까지 없는 것은 아니며, 활용에 따라 그 가치가 얼마든지 증대될 수 있다. 따라서 비지식재산의 이용과 관련한 분쟁이 끊이지 않고 있다.

비지식재산의 이용행위로 인해 발생한 문제는 지금까지 규율하는 법률이 없어 불법행위법에 의해 규율되어 왔는데, 이는 지식재산권법이 보호하지 않는 대상에 일반법에 의해 보호하려는 시도가 될 수 있어 지식재산권법이 추구하는 공익적 목적과 배치될 우려가 지적되었다. 다른 한 편으로는 지식재산권법이 정신적 재화에 관한 모든 문제를 규율할 수 없으므로 공백이 발생한 경우에는 일반법에 의해 구제할 수 있도록 불법행위성립을 긍정하고 금지청구권을 인정해야 한다는 주장이 제기되기도 한다.

이와 관련하여 비저작물의 이용행위에 관한 미국의 부정이용법리를 둘러싼 논의

64) 이에 대해 민법상 위법성 요건이 비경쟁적 또는 잠재적 경쟁관계에도 적용될 수 있으므로 지식재산의 비침해행위에 대해서만 직접적인 경쟁관계를 요구하는 것은 지나친 제한이라는 해석(심현주, “지식재산권 비침해행위에 대한 구제조치”(주 58), 340쪽)이 있다. 그러나 이는 특수불법행위인 부정경쟁행위의 특징을 간과하고 양자를 동일시 하는 것으로 타당하지 않다고 생각한다. 앞서 서술한 바와 같이 비저작물 이용행위는 타인의 재산적 이익을 보호하기 위해 규율된다기 보다는 경쟁질서 유지를 위해 규제된다고 해석하는 것이 저작권법의 공공정책과 부합하기 때문이다.

의 변천을 소개하였는데, 이는 우리에게 시사하는 바가 크다고 생각된다. 즉 이러한 문제는 비저작물의 제공자가 가지는 이익을 침해당한 경우 어떻게 보호해야 할 것인가의 관점에서 출발할 것이 아니라 비저작물의 이용행위가 왜 부당인가의 문제인 비저작물 이용행위의 규제필요성에서부터 접근해야 한다. 즉 비저작물의 이용행위를 규제하고자 하는 이유는 비저작물 자체나 그로 인해 형성된 이익을 보호하고자 함이 아니라, 이를 이용하여 기존에 형성된 타인의 이익에 편승하려는 시도를 방지하는 것은 경쟁질서를 훼손하기 때문에 지식재산법상 내재된 공공질서를 유지하기 위한 방안으로서 규제하는 것이다.

따라서 비저작물의 이용행위는 부정경쟁방지법에서 규율해야 하며, 타인의 성과물을 무단으로 이용하는 부정경쟁행위를 일반적으로 규제할 수 있는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목이 신설된 이상 해당 조항을 이용하여 해결할 수 있을 것이다. 또한 이러한 비저작물 이용행위 제한의 성질을 고려하면 비저작물의 이용에 대한 일반불법행위의 적용은 제한되어야 할 것이다. 아울러, 부정경쟁방지법 조항은 지식재산권법제도의 법정책을 훼손하지 않도록 엄격하게 적용되어야 할 것이다.

* 논문최초투고일: 2015년 3월 31 일; 논문심사(수정)일: 2015년 4월 17일; 논문게재확정일: 2015년 4월 24일

참 고 문 헌

- 김원오, “부정경쟁방지법상 신설된 일반조항의 법적성격과 그 적용의 한계”, 『산업재산권』 제45호, 한국지식재산학회, 2014.
- 김현수, “불법행위에 대한 금지청구권의 요건 : 제2차 불법행위법 리스테인먼트상 적합성 판단 요소를 중심으로”, 『법학논고』제39집(2012.6.), 경북대학교 법학연구원.
- 김형배·김규완·김명숙 공저, 『민법학강의(제13판)』, 신조사, 2014.
- 맹정환, “아이디어의 법적 보호 방안에 대한 제언-미국 판례상 아이디어 보호 법리에 대한 검토를 포함하여”, 지식재산정책 제16호(2013.9.), 한국지식재산연구원.
- 박성호, “지적재산법의 비침해행위와 일반불법행위”, 정보법학 제15권 제1호(2011.4.), 한국정보법학회.
- 송영식 외, 『지적소유권법(하)』, 육법사, 2013.
- 심현주, 지식재산권 비침해행위에 대한 구제조치, 성균관대학교 박사학위논문, 2015.
- 양창수, “不法行爲法の 變遷과 可能性”, 『民法研究(第3卷)』, 박영사, 1995.
- 오승중, 『저작권법(제3판)』, 박영사, 2013.
- 정진근, “창작성 없는 비저작물의 이용과 일반불법행위책임-2007가합16095판결을 중심으로”, 『상사판례연구』 제22집 제3권(2009.9.30.), 한국상사판례연구회.
- 지원림, 『민법강의(제11판)』, 홍문사, 2013.
- 차상욱, “저작권법의 보호대상이 되지 않는 지적성과물의 모방도용행위와 일반불법행위법리의 기능”, 『창작과 권리』통권 56호(2009년 가을), 세창출판사.
- 최민수, “부정경쟁행위와 불법행위법상 금지청구권 - 대법원 2010. 8. 25. 자 2008마1541결정”, 『법조』제62권 제1호 통권 제676호(2013년 1월), 법조협회.
- Andrew Bechermerman-Rodau, IDEAS AND THE PUBLIC DOMAIN: REVISITING INS v. AP IN THE INTERNET AGE, 1 NYU J. Intell. Prop. & Ent. L. 1 (2011).
- Elaine Stoll, HOT NEWS MISAPPROPRIATION: MORE THAN NINE DECADES AFTER INS V. AP, STILL AN IMPORTANT REMEDY FOR NEW PIRACY, 79 U. Cin. L. Rev. 1239 (2011).
- Gary Myers, THE RESTATEMENT’S REJECTION OF THE MISAPPROPRIATION

TORT: A VICTORY FOR THE PUBLIC DOMAIN, 47 S.C. L. Rev. 673 (1996).

John C. McDonnell, The Continuing Viability of the Hot News Misappropriation Doctrine in the Age of Internet News Aggregation, 10 Nw. J. TECH. & INTELL. PROP. 255 (2012).

Abstract

Intellectual property law including copyright act was designed to accomplish a public purpose of developing culture or industry. Therefore, intellectual property law is different from traditional property theory in that intellectual property is protected as property but that it could also be restricted for public policy. Above all, the most unique thing is that there is a concept of “public domain” in the intellectual property law which means any information in the public domain could be used freely, and this is fundamental for intellectual property law.

In recent years, however, several decisions have been made to regulate some types of behavior which cannot be protected under intellectual property law with tort law, and the Korean Supreme Court has accepted a claim to ban a defendant’s certain behavior. But these decisions can be read that the court could ban using information in the public domain. Therefore, regulating the behavior which use non-intellectual property has to be done not just under tort law but under public policy of intellectual property law.

In this regard, the discussion about using non-copyrightable works in the U.S. has implications to us, on issues ranging from fundamental ones, such as why the behavior of using non-copyrightable works should be restricted, to the requirement of the restriction. Based on the discussion, this paper is written to discuss the range of applying tort law to the use of non-copyrightable works.

Keywords: tort law, copyright, non-copyrightable work, public policy, public domain, unfair competition, illegality