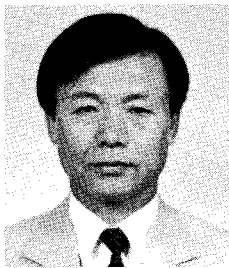


부정경쟁행위 방지제도(3)



黃 義 昌
〈특허청 심사2과장〉

목 차

- I. 개관
 - 1. 서론
 - 2. 연혁
 - 3. 법익
 - 4. 주요국의 법제
- II. 부정경쟁행위의 방지
 - 1. 총설
 - 2. 부정경쟁행위의 개념
 - 3. 부정경쟁행위의 구성요건
 - 4. 부정경쟁행위의 유형
 - 5. 부정경쟁행위 등에 대한 구제
- III. 보칙
 - 1. 다른 법률과의 관계
 - 2. 외국인의 권리능력

〈고딕은 이번호, 명조는 지난 및 다음호〉

〈전호에 이어 계속〉

(사) 주지성의 정도

부정경쟁행위로 부터 구제를 받기 위한 요건으로서 요구되는 주지성의 정도는 ①상품 또는 영업표지가 타인의 것과 구별될 수 있는 우월적 지위를 획득하는 정도로 알려져 있어야 한다는 견해와 ②거래상 우월적인 지위를 갖게 하는 정도로 알려져 있어야 한다는 견해 ③보호할 가치가 있는 재산적가치와 주지성은 반드시 비례하는 것이 아니므로 우월적 지위라는 의미를 그렇게 엄격하게 할 필요가 없다는 견해 ④혼동이라는 점에 비중을 두고 주지성은 혼동을 인정하기 위한 판단자료로 보아야 한다는 견해가 있고 이와 관련한 판례로서는 「상품의 형태 그 자체가 상품의 출처표시로서 주지성을 갖기에 이르렀다고 하기 위해서는 단순히 그 형태가 일정기간 사용되었다고 하는 것만으로는 부족하며 나아가서 그 형태가 동종의 상품중에서 독점적, 배타적으로 사용되어 그 형태가 갖는 특징이 거래자 또는 수요자에게 인식되어 있어야 한다고 판시하고 있다. 따라서 주지성의 정도를 너무 강하게 요구할 경우 선사용자를 과보호해주는 결과를 초래하여 선의의 경쟁을 저해하게 될 우려가 있기 때문에 이를 고려하여 표지의 계속적인 사용 및 선전광고등을 통하여 자기의 상품 또는 영업을 타인의 것으로 부터 구별되는 우월적인 지위를 갖도록 하는 정도로 동종업자를 포함한 거래자 또는 수요자사이에 알려져 있어야 할 것이다.

(아) 주지성의 판단기준

주지성의 판단은 당해 상품 또는 영업표지의 사용기간, 사용방법, 사용형태, 사용량, 거래범위등 제반사정을 고려하여 동종업자를 포함한 거래자 또는 수요자에게 일반적으로 인식되고 있다고 객관적으로 인정되는지의 여부를 기준으로 하여야 한다. 이를 구체화해 보면 다음과 같다.

① 사용기간, 사용량 및 거래범위등은 일률적으로 정할 수 없고 거래량의 사용밀도, 상품이나 영업을의 독과점성, 매출량의 규모, 기타의

사정을 고려하여야 한다.

② 사용방법 또는 사용형태는 직접 상품이나 영업에 사용되지 않더라도 텔레비전, 라디오, 신문, 잡지등에 광고한 결과 동종업자를 포함한 거래자 또는 수요자사이에 널리 인식되어 있으면 충분하다고 본다.

③ 주지의 표지가 되기 위해서는 표지의 형태와 외관이 되어 있어야 하며 그것이 동종업자를 포함한 거래자 또는 수요자에게 널리 인식되어 있어야 한다. 다만, 문자로된 표지와 같이 특정한 칭호, 관념이 있는 것으로 인식되어 있는 때에는 형태 또는 외관의 특징은 요하지 않는다 할 것이다.

④ 주지성의 표지를 사용한 상품이 국내에서 시판되고 있지 않거나 영업을 하고 있지 않다 하더라도 수출주요표지 또는 외국의 유명표지 등과 같이 국내의 동종업자를 포함한 거래자 또는 수요자에게 널리 알려져 있는 경우에는 주지의 표지로 보아야 할 것이다.

⑤ 당해 상품 또는 영업표지의 주지도 즉, 광고선전의 정도 및 회수, 보급도, 당해 상품의 생산규모 또는 영업규모, 가동율, 매출액 및 시장점유율등과 그 표지의 창의성, 그 기업의 업종과 그 범위등을 종합적으로 고려하여야 한다.

(자) 주지성의 인정자료

부정경쟁방지법상 주지성은 주관적으로 널리 알려져 있다고 하는 것 만으로는 부족하고 적어도 널리 알려져 있다는 것이 객관적으로 인정 될 경우에만 성립된다 할 것이다. 이와같은 객관적인 자료에는 특별한 제한은 없으나 일반적으로 상품 또는 영업의 표지로 사용하였던 기간 상품이나 영업의 업종, 수요계층, 생산·판매등의 영업 규모, 판매점포의 수와 그 분포지역등 유통규모, 선전광고의 종류, 방법, 정도, 비용등 홍보규모, 기타 동종업자를 포함한 거래자 또는 수요자의 인식의 정도 및 평가등이 주지성의 인정 여부를 결정하는 좋은 정보가 될 수 있을 것인바 이와 관련한 자료로서는

- ① 상품 또는 영업에 사용한 표지
- ② 전국 또는 일정지역에서 사용한 사실
- ③ 당해 표지를 사용한 상품등의 생산, 제조, 가공, 증명 또는 판매량(수출 포함), 구입량(수입 포함)등

④ 사용의 방법, 회수 및 내용등을 들 수 있고 그 증거방법은 다음과 같은 것을 예시해 볼 수 있을 것이다.

- ① 국가 또는 시·도 기타 공공단체의 증명서
- ② 대한상공회의소 또는 시·도지방상공회의소의 증명서
- ③ 동종조합 또는 협회등 단체의 증명서
- ④ 거래처 또는 대리점등 충분히 입증할 수 있는 다수의 증명서(이 경우에는 거래처 또는 대리점등의 사업자 등록증을 첨부한다)
- ⑤ 신문, 잡지, 라디오, 텔레비전등에 선전, 광고기간, 회수등에 관한 사실증명서등의 주지성을 입증할수 있을 것이다.

(차) 주지표지와 유사판단기준

자기가 사용하고 있는 상품 또는 영업표지와 선사용자의 주지표지와 유사판단은 원칙적으로 그 표지의 칭호, 외관, 관념 중 어느 하나가 유사하여 거래상 상품의 출처의 오인이나 영업의 혼동의 우려가 있는 표지는 유사한 것으로 보아야 할 것이다. 다만, 전체적으로 현격한 차이가 있어 거래상 상품 출처의 오인이나 영업의 혼동을 일으킬 염려가 없는 때에는 유사한 것으로 볼 수 없을 것이다. 이와 같은 주지표지와 유사여부판단은 그 표지가 사용될 상품이나 영업의 주된 수요계층과 기타 상품이나 영업의 거래실정을 고려하여 평균수요자의 주의력을 기준으로 판단하되 그 유사여부의 관찰방법은 전체적, 객관적 관찰을 원칙으로 하고 예외적으로 표지구성중 인상적인 부분에 대하여 비교하는 것으로 한다.

(카) 주지성의 적용문제

상표법상의 주지상표는 상품 및 영업이 유사한 경우에 한하여 문제될 수 있지만 저명상표의 상품 및 영업은 비유사한 경우에도 상품의

출처 및 영업의 혼동이 생길 우려가 있으면 문제 될 수 있다고 보는 견해가 있다. 또한 판례에서는 상표 자체로서는 그 주지 또는 저명한 상품등에 사용한 타인의 상표와 유사하지 아니 하여도 양상표의 구성이나 아이디어등을 비교하여 그 상표에서 타인의 상표 또는 그 상표가 사용된 상품등이 용이하게 연상되거나 타인의 상표 또는 상품등과 밀접한 관련성이 있는 것으로 인정되어 상품의 출처에 오인·혼동을 일으키게 하는 경우에는 수요자간에 현저하게 인식되어 있는 타인의 상품이나 영업과 혼동을 일으키게 할 염려가 있는 상표임으로 등록 될 수 없다고 판시하고 있다.

일본의 판례도 저명한 타인의 상표등과 비유사한 상표로서 출처의 혼동이 일어나는 경우를 들고 있다. 즉, 저명한 상표, 상호, 성명, 초상등과 대비하여 거래의 구체적인 실정을 배려하더라도 유사상표라고 할 수 없는 상표의 구성이나 아이디어등으로 보아 용이하게 저명상표나 상호등을 연상시켜 이를 상품에 사용하는 경우에는 저명상표가 사용되는 상품과의 유사여부를 분문하고 출처의 혼동을 일으키는 경우에는 동일 또는 유사한 상품에 대하여 사용하는 비유사 상표에 대해서 출처의 혼동이 일어난다는 판례이다.

그러나 부정경쟁방지법에서는 어떤 표지가 상품 또는 영업의 주체를 나타내는 것으로서 주지되어 있는 경우에는 비록 상품이나 영업활동이 유사하지 않다 하더라도 당해 상품의 출처나 영업상의 활동등에 혼동을 일으키게 할 염려가 있을 때에는 위의 견해를 그대로 적용할 수 없을 뿐만 아니라 상표법에서와 같이 주지, 저명이 구별되어 있지 않고 주지만만 규정되어 있는 부정경쟁방지법에서는 하등 구별의 실익이 없다 할 것이다.

(타) 주지성의 승계

부정경쟁방지법이 주지표지를 보호하려는 것은 기업이 오랜동안 많은 투자와 노력과 시간을 들여 쌓아 올린 신용의 표상인 표지를 타인의 침해로부터 방지하려는 것이므로 실질적

으로 기업주체에 변동이 없는 경우에는 기업의 신용을 표상하는 표지에 아무런 변화가 없기 때문에 당해 상품표지나 영업표지의 승계에 의하여 주지성도 승계가 가능하다 할 것이다. 예를 들면 개인기업의 상속, 개인기업의 법인, 유한회사가 주식회사로 흡수합병되는 등의 경우이다. 그러나 영업과 같이 이전하지 않고 표지만을 이전하는 경우에는 주지성은 승계되지 않는다 할 것이다.

(2) 상품등의 표지

부정경쟁방지법에서 표지될 자기의 상품 또는 영업을 타인의 상품 또는 영업과 구별되도록 하기 위하여 사용하는 기호, 문자, 도형 또는 이들을 결합한 성명, 명칭, 또는 상호, 초상, 저명, 인장, 아호, 서명, 필명 또는 이들의 약칭, 상표, (색채상표, 입체상표 포함), 상품의 용기·포장, 표장, 서비스표, 단체표장, 업무표장, 캐릭터(character), 상품의 형태(트레이드 드레스(Trade dress)), 캐치 프레이스(catch phrase) 기타 상품 또는 영업임을 나타내는 표시로서 자체상품 또는 영업의 식별기능, 출처표시 기능, 품질보증기능등 본원적 기능과 재산적 기능, 광고적 기능, 보호적 기능, 경쟁적 기능등 파생적 기능을 가진 것으로서, 상표법이나 의장법상의 등록된 표지만을 의미하는 것이 아니라 등록되지 않은 표지도 포함하며 그 표지가 반드시 전사용자의 표지와 동일 할 필요는 없고 유사한 표지도 포함한다(할것이다). 또한 당해 표지가 반드시 국내에 널리 인식되어 있어야 하나 전국일원일 필요는 없고 영업권이 미치는 일정지역이라도 무방하다 할 것이다. 그러나 그 표지가 당해 상품 또는 영업의 보통 명칭이나 그 상품 또는 영업에 대하여 관용하는 상표등과 같이 특별현저성이 없는 경우에는 이 법에 의한 표지라 할 수 없을 것이다.(이와 같은 특별현저성이 없는 표지라 할지라도)사용에 의해 식별력이 생겼을 때에는 이 법에 의한 표지로서 보호를 받을 수 있을 것이다. 표지란 상품이나 영업이 누구의 것임을 알려주어 다른 상품이나 영업과 구별시켜주는 식별수단이기

때문에 식별이 능한 표시로서의 전체적 일체성을 가지고 독립 개별화할 수 있는 것이 아니면 안된다. 따라서 그 표시가 독립성과 통일성을 갖는 한 상품이나 영업의 개별화 수단이 상표이든 의장이든 용기이든 그 수단이 무엇인가는 상관없다. 즉, 그 표시가 특정의 출처로부터 나온 것임을 알 수 있게 하는 것으로서 충분하며 그 출처의 명칭을 반드시 함께 표시할 필요 또한 없다 할 것이다. 예를 들면 해태껌 또는 롯데껌이라고 하는 정도로서 충분하며 그 출처인 해태제과 주식회사나 롯데제과 주식회사라는 것까지 표시할 필요는 없다는 것이다.

(3) 사용행위 등

부정경쟁방지법에서는 국내에 널리 인식된 주지의 표시와 동일 또는 유사한 것은 「사용하거나 이러한 표시를 사용한 상품을 판매, 반포 또는 수입, 수출하여」타인의 상품과 혼동을 일으키게 하는 행위를 규제하고 있다. 따라서 상표법과는 달리 타인의 주지표지의 사용 그 자체를 규제하려는 것이 주목적이 아니고 사용을 통해 일어나는 혼동을 방지하려는 것이 주목적이기 때문에 부차적 목적에 불과한 표시사용 그 자체에 관한 태양이나 범위를 엄격히 규정할 필요가 없다. 따라서 상품의 표시를 통해 당해 상품의 출처에 혼동을 일으키게 하는 어떠한 사용행위도 모두 규제 대상이 될 뿐만 아니라 타인의 주지표지를 사용한 상품을 판매, 반포, 수입, 수출하는 등의 취급행위들도 부정경쟁행위로 보고 국내유통은 물론 국외유통까지를 모두 규제하고 있다. 구체적으로 그 규제 대상이 되는 사용행위를 보면 다음과 같다.

① 상품 또는 상품의 용기나 포장에 타인의 주지의 표시를 표시하는 행위

② 상품 또는 상품의 용기나 포장에 타인의 주지의 표시를 표시한 것을 양도 또는 인도하거나 그 목적으로 전시·수출 또는 수입하는 행위

③ 상품에 관한 광고, 정가표, 거래서류, 간판 또는 표찰에 타인의 주지의 표시를 표시하고 전시 또는 반포하는 행위등을 들 수 있다.

(4) 혼동야기행위

(가) 혼동의 개념

부정경쟁방지법은 국내에 널리 알려진 타인의 상품임을 표시한 표시와 동일 또는 유사한 것을 사용하거나 이러한 표시를 사용한 상품을 판매, 반포, 수입, 수출하여 타인의 상품과 혼동을 일으키게 하는 행위를 규제하고 있다. 여기에서 「혼동」이란 상품주체간의 혼동 즉, 상품 출처의 혼동을 의미하는 것이고 상품간의 혼동은 부차적인 것이라고 해석된다. 예를 들면 갑이 자사의 컴퓨터에 주지의 「비죤」상표를 붙여 출하하고 있고 을도 자사의 컴퓨터에 갑의 「비죤」상표를 붙여 출하함으로써 갑을 양사의 컴퓨터가 시중에 공존하고 있을 경우 소비자에게 갑의 컴퓨터인지 을의 컴퓨터인지를 혼동하게 하는 을의 행위를 부정경쟁행위로 보고 규제하는 것이다. 이는 갑의 컴퓨터 자체보다는 컴퓨터에 실려있는 갑의 영업상의 신용에 비중을 두고 있는 것이다. 이와같이 상품간의 혼동에 대한 규제보다는 상품주체간의 혼동에 역점을 두어 방지하려는 것은 동종업자를 포함한 거래자 또는 수요자의 이익보호를 위한 건전한 거래질서를 유지하려는 것이다. 즉 주지표지의 출처표시기능을 보호하여 선사용자의 영업상의 이익은 물론 거래자 및 수요자를 포함한 일반공중의 이익도 함께 보호하려는 법질서 보호 차원의 취지이다.

(나) 혼동과 유사와의 관계

타인의 주지표지와 동일 또는 유사한 것을 사용하였을 경우 상품의 출처의 오인이나 영업의 혼동을 가져 올 수 있으므로 부정경쟁방지법에서는 이를 부정경쟁행위로 보고 규제대상으로 하고 있다. 다만, 여기에서 문제는 타인의 주지표지와 유사한 것을 사용하여 타인 상품의 출처의 오인이나 영업의 혼동을 일으키게 하는 행위이다. 주지표지의 유사표지라 함은 2개의 표시가 완전히 동일하지도 않고 거래사회에서도 동일한 것으로 되어 있지 않으나 거래의 경험칙 또는 거래실체에 비추어 양표지가 칭호, 외관, 관념중 어느 한 가지 이상의 점에서 혼

동이 일어난 결과 그 들 표지가 동일 또는 유사한 상품이나 영업에 사용된 경우에 거래자 또는 일반수요자들이 그 상품이나 영업의 출처에 혼동을 일으킬 우려가 있는 경우를 말한다. 따라서 유사표지의 판단오기가 제기되므로 자기가 사용하고 있는 상품이나 영업의 표지가 과연 타인의 주지표지와 유사한가를 먼저 판단하여야 하는바 이러한 유사판단은 원칙적으로 그 표지의 칭호, 외관, 관념 중 어느하나가 유사하여 거래상 상품의 출처의 오인이나 영업의 혼동의 우려가 있는 표지는 유사한 것으로 보아야 할 것이다. 그러나 전체적으로 현격한 차이가 있어 거래상 상품이나 영업의 출처에 오인, 혼동을 일으키게 할 염려가 없는 때에는 유사한 표지라고는 할수 없을 것이다. 이와같은 유사여부를 판단하기 위한 관찰방법은 전체적, 객관적 관찰을 원칙으로 하되 표지의 구성 중 인상적인 부분 즉 요부에 대하여 비교하여야 하며 유사여부의 판단기준 또한 그 표지가 사용될 상품이나 영업의 주된 수요계층과 기타 상품이나 영업의 거래실정을 참작하여 평균수요자의 주의력을 기준으로 판단하여야 할 것이다.

(다) 혼동과 비유사와의 관계

타인의 상품이나 영업임을 표시하는 표지와 유사하지 아니한 표지를 사용한 때에도 상품이나 영업의 출처에 혼동이 일어 날수 있는가의 문제이다. 주지의 성명, 초상, 상표, 상호등과 칭호나 외관 또는 관념등을 대비해 보아도 유사표지라고 까지는 볼수 없는 표지가 그 표지의 구성이나 아이디어등으로 보아 용이하게 주지표지를 연상시켜 이를 상품이나 영업에 사용하는 경우에는 주지표지등이 사용되는 상품이나 영업과의 유사여부에 불문하고 출처의 혼동을 야기 시킬 수 있다. 우리나라의 대법원 판결에서도 상표 자체로서는 그 주지 또는 저명한 상품등에 사용된 타인의 상표와 유사하지 아니하더라도 양상표의 구성이나 아이디어등을 비교하여 그 상표에서 타인의 상표 또는 그 상표가 사용된 상품등이 용이하게 연상되거나

또는 타인의 상표 또는 상품등과 밀접한 관련성이 있는 것으로 인정되어 상품의 출처에 오인, 혼동을 일으키는 경우에도 그 상표는 수요자간에 현저하게 인식되어 있는 타인 상품이나 영업과 혼동을 일으키게 할 염려가 있으므로 상표법제7조 제1항 제10호의 규정에 해당되어 등록을 받을 수 없는 바 이는 주지 또는 저명한 상품이나 영업의 출처에 오인, 혼동이 일어나는 것을 방지하려는 목적이 있기 때문이다.

2. 영업주체 혼동야기행위

가. 총 설

영업주체 혼동야기행위란 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 표장 기타, 타인의 영업임을 표시하는 표지와 동일 또는 유사한 것을 사용하여 타인의 영업상의 시설 또는 활동과 혼동을 일으키게 하는 행위를 말한다.(제2조 제1호 나목) 이목에서 「국내에 널리 인식된」이란 타인의 영업임을 표시하는 표지가 외국이 아닌 우리나라에서 동종업자를 포함한 거래관계자나 일반수요자에게 주지되어 있는 것을 의미하나 그 주지의 지역적 범위가 반드시 우리나라 전역일 필요는 없고 영업권이 미치는 일부 특정지역이라도 상관이 없을 것이며 주지의 인식의 주체도 동종업자를 포함한 거래자나 일반수요자 모두에게 반드시 알려질 필요는 없고 동종업자를 포함한 거래자나 일반수요자 중 어느 한쪽에만 알려져 있어도 무방하다고 해석된다. 또한 이목은 영업의 표지로서 성명, 상호, 표장을 들고 있으나 이는 예시에 불과하고 기호, 도형, 서어비스표, 영업표장 등 그것이 영업의 표지인 이상 모두 이에 포함되며 표장, 상호등과 같은 영업표지는 상표법이나 상법에 의하여 등록되거나 등기 될 필요는 없다. 여기에서 「사용」이란 타인의 영업임을 나타내는 표지를 자기의 영업임을 나타내는 표지로 직접 사용하거나 제3자에게 사용하게 하는 것을 모두 포함한다. 「직접사용」이란 자기의 영업이나 영업에 관한 광고, 정가표, 거래서류, 간판 또는 표찰에 타인의 표지를 하여 전시 혹은 반포하는 행위를 말하며 「사용하게 하는 것」이란 근

원없이 타인의 영업표지 그 자체를 도안, 설계, 제작 또는 구입(수입을 포함한다)하여 판매(수출을 포함한다), 양도, 대여하는 것은 물론 영업표지를 영업과 같이 이전하거나 사용을 허여해 주는 것등을 말한다. 혼동행위에 대해서는 영업주체 본위로 규정하고 있어 영업상의 시설 또는 영업활동 그 자체에 대한 혼동은 부차적이고 규제대상은 영업표지에 의한 혼동행위이다.

나. 영업주체 혼동야기행위의 구성요건

금지 또는 손해청구등을 할수 있는 영업주체 혼동야기행위가 구성되기 위해서는 다음의 요건을 갖추어야만 하는바 이들 요건은 상호 밀접 불가분의 관계에 있는 것으로서 개개로 분리될 수 있는 것이 아니다.

첫째, 타인의 영업임을 표시한 표지가 국내에 널리 인식된 것일것(주지성)

둘째, 그 표지가 타인의 영업임을 표시하는 표지와 동일 또는 유사한 것일것(유사성)

셋째, 타인의 영업임을 표시하는 표지를 사용할것(사용성)

네째, 타인의 영업상의 시설 또는 활동과 혼동을 일으키게 하거나 일으키게 할 우려가 있을 것(혼동성)등이다. 이상의 영업주체 혼동야기행위의 구성요건에 관한 상세한 설명은 전술한 「상품주체 혼동야기행위의 구성요건(제3절 1. 나)」별 설명에서 상당부분 함께 다루어졌으므로 참조하고 여기에서는 양자의 특성상 다루지 못했던 부분만을 살펴 보기로 한다.

(1) 주지성

(가) 표지

주지의 영업표지로 인식되기 위해서는 당해 표지가 반드시 영업에 직접 사용되어야만 하는 것은 아니고 표지만으로 동종업자를 포함한 거래관계자나 또는 일반수요자에게 널리 알려져 있어도 주지의 영업표지가 될수 있을 것이다. 예를 들면 이동통신사업을 계획하고 있는 자가 사업개시 전에 영업에 사용할 무인우주통신사라는 표지만을 라디오, 텔레비전, 신문등 각종 대중매체를 통해 홍보하였을 경우 거래자를 포

함한 수요자는 물론 일반공중에 까지 주지의 표지로 인식되는 경우다. 또한 어떤 표지가 영업의 주체를 나타내는 것으로서 주지되어 있을 경우에는 비록 영업을 유사하지 않더라도 출처의 혼동을 일으키게할 우려가 있으므로 상표법상의 주지상표에서의 주지와 같은 개념으로만 해석될 수 없고 저명상표의 저명에 가까운 개념으로 해석하여 이 법에 의한 보호범위의 영업표지로 인정하는 것이 타당하다고 할 것이다.

이 법에서는 영업표지를 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 표장 기타 타인의 영업임을 표시하는 표지라고 규정하고 있으나 이는 영업표지의 예시에 불과하고 기호, 문자, 도형 또는 이들의 결합이나 서어비스표, 업무표장, 단체표장(상품에 사용하게 하기 위한 표장제외), 영업표장(예:켄터키 치킨의 할아버지상, 종업원의 유니폼, 영업장 즉 매장의 장식, 슬로건(slogan))등 그것이 영업표장인 이상 모두 이에 포함되며 이법에 의한 서어비스표, 업무표장, 단체표장이나 상호는 상표법이나 상법에 의한 등록이나 등기를 필요로 하지 아니 한다. 이와 같은 영업의 표지는 그 영업의 출처를 알리는 식별의 수단이다. 따라서 그 영업을 누구의 영업상의 시설 또는 영업활동인가를 구별시켜 줌으로서 타인의 영업상의 시설이나 영업활동과 혼동을 방지시켜 주는 기능을 갖는다.

(나) 영 업

부정경쟁방지법에서의 영업이란 주지표지의 사용대상으로서 일반적으로 이윤추구를 목적으로 한 영리사업이 중심이 되나 이윤이 발생하지 않는다 하더라도 수지타산을 목적으로 영업을 반복, 계속하고 있는 사업이라면 침해행위로 부터의 보호의 필요성은 영리사업과 동일하게 인정되므로 단순히 영리를 목적으로 하는 경우만이 되는 것이 아니고 널리 경제상 그 수지타산위에서 행해지고 있는 사업도 포함된다 할 것이다. 따라서 영리를 목적으로 하는 개인기업이나 주식회사와 같은 영리법인만이 아니고 농업협동조합과 같은 비영리특수법인이 독

립채산제하에서 경영하는 단체 또는 각종 비영리단체, 협동조합, 자연인의 사업활동도 수지타산을 목적으로 하는 한 「영업」에 포함된다고 할 것이다.

(2) 혼동성

부정경쟁방지법에 의한 혼동이란 국내에 널리 알려진 타인의 영업표지를 사용함으로써 타인의 영업상의 시설 또는 활동과 혼동을 일으키게 하는 행위를 말한다. 예를 들면 K사가 국내 유수의 연구진에 의해 절전용 무공해 컴퓨터 개발에 성공, 고정밀·고성능 전자동시스템에 의해 생산하여 정부 공인 검사기관의 검사 과정을 거쳐 「그린 컴퓨터」라는 영업표지를 하여 출하함으로써 K사의 그린컴퓨터가 널리 알려져 있었다. 동종업자인 P사가 자사 제품인 일반컴퓨터에 K사의 그린컴퓨터 표지를 하여 출하함으로써 마치 일반수요자가 P사의 일반컴퓨터를 K사에서 나온 절전용무공해 컴퓨터인 그린컴퓨터로 그 출처에 혼동을 일으키게 하는 경우이다.

3) 원산지오인야기행위

원산지오인야기행위란 상품이나 그 광고에 의하여 또는 공중이 알 수 있는 방법으로 거래상의 서류 또는 통신에 허위의 원산지의 표지를 하거나 또는 이러한 표지를 한 상품을 판매, 반포 또는 수입, 수출하여 원산지의 오인을 일으키게 하는 행위를 말한다.(제2조 제1호 다목)

따라서 원산지오인야기행위는 상품에 허위로 원산지를 표시하거나 또는 이러한 허위의 원산지를 표시한 상품을 취급하여 원산지의 오인을 일으키게 함으로서 구성된다. 이목에서 「원산지 표지」란 상품의 산지를 나타내는 것인데 비해 전술한 가목의 상품표지는 상품주체를 나타내고 나목의 영업표지는 영업주체를 나타내는 점에서 구별되며 또한 원산지의 표지는 허위의 표지에 대해 적용되는데 비해 후술하는 라목은 오인을 일으키게 하는 표지에 대해 적용된다. 따라서 이목의 허위표지는 라목의 오인유발표지보다도 좁을 뿐만 아니라 마목 전단

의 사칭행위에 가까운 개념으로 해석 할 수 있을 것이다. 「원산지」란 그 상품의 주산지를 말하는 것으로서 나라, 지방, 특정지역 모두 포함하며 행정구역명이라도 상관없다. 산지의 범위 또한 당해 상품이 그곳에서 과거에 생산되었거나 현재 생산되고 있는 경우는 물론 거래자 또는 일반수요자가 그 곳에서 생산되는 것으로 인식하고 있는 경우를 모두 포함한다. 이와같은 원산지는 농수광산물과 같은 천연물의 산지명만이 아니고 이를 원재료로 하여 상품을 생산, 제조, 가공하는 경우 그 지명이 원산지가 될 수도 있고 당해 상품의 원재료의 산지도 원산지가 될 수 있다. 예를 들어 페루산 코카를 수입하여 서울에서 콜라라는 청량음료를 생산하는 경우 그 콜라를 구성하는 부가가치가 35%이상 으로서 원료인 코카에 비해 높은 공정이 서울에서 이루어 졌으므로 서울이 원산지가 될 것이다. 반대로 그러나 그 콜라를 구성하는 부가가치가 콜라의 원료인 코카의 구성비에 비해 낮은 35%미만의 경우에는 그 콜라의 원산지는 페루국이 되고 서울은 제조지 또는 가공지가 될 것이다. 그러나 원료인 코카의 구성비와 제조공정에 의한 부가가치의 구성비가 모두 35%를 넘을 때에는 이에 대한 특별한 규정은 없으나 1%라도 높은 부가가치를 생산한 쪽의 지명을 원산지로 하며, 공교롭게도 부가가치가 양자 같을 때에는 그 기여도에 따라 어느 한쪽을 원산지로 하여야 할 것이다.

4) 출처지 오인야기행위

출처지 오인야기행위란 상품이나 그 광고에 의하여 또는 공중이 알 수 있는 방법으로 거래상의 서류 또는 통신에 그 상품의 생산, 제조 또는 가공된 지역이외의 곳에서 생산 또는 가공된 듯이 오인을 일으키게 하는 표지를 하거나 또는 이러한 표지를 한 상품을 판매, 반포 또는 수입, 수출하는 행위를 말한다.(제2조 제1호 라목)

따라서 이목의 오인은 허위여부를 불문하고 동종업자를 포함한 거래자나 수요자에게 오인을 일으키게 하는 표지이면 충분하고 오인을

일으키게 하는 표지는 직관적(직접적)표시이든 암시적(간접적)표시이든 상관없이 없다. 여기에서 「오인을 일으키게 하는」이란 오인이 일어난 것을 요하지 않으며 오인이 일어날 우려만으로도 충분하다. 예를 들면 우리나라의 제품에 미국 뉴욕에 있는 자유의 여신상을 도형하고 영어 상표를 붙여 시판하는 경우 소비자가 마치 미국제품으로 오인을 하거나 할 우려가 있는 경우이다.

5) 상품 사칭행위

상품 사칭행위란 타인의 상품을 사칭하거나 이러한 방법으로 상품을 판매, 반포 또는 수입,

수출하는 행위를 말한다.(제2조 제1호 마목)

이와같은 타인 상품 사칭행위는 고객에 대한 사기, 기만에 해당함으로써 민법상 불법행위가 구성되고 형법상 사기죄가 적용될 뿐만 아니라 후술하는 부정경쟁방지법에 의한 민사적 구제나 형사처벌의 대상이 된다. 상품 사칭행위의 예를 들어보면 이 전화기는 감사의 제품입니다. 라고 고객에게 권유하는 경우와 같은 적극적인 사칭은 물론 이 승강기가 을사의 제품입니다 라고 묻는 고객에게 예 그렇습니다라고 대답하는 경우와 같은 소극적인 사칭도 타인의 상품을 사칭하는 것으로 된다. <다음호에 계속>

상표 및 특허 정보자료 이용 안내

특허청에서는 상표 및 특허 정보자료를 각시도 상공회의소 및 시립도서관 등에 비치하고 있으며 또한 단말기를 특허청 열람실 및 민원안내실, 대한변리사회, 한국발명진흥회에 설치 운영하고 있으니 많이 이용하시기 바랍니다.

• 단말기 설치장소

설치장소	소재지	전화번호
특허청 열람실 민원안내실	강남구 역삼동 823-1 풍림빌딩 12, 17층	(02)568-8151-교환 261 568-6074
대한변리사회	강남구 역삼동 831	(02)552-0882-5
한국발명진흥회	강남구 삼성동 159(발명장려관)	(02)551-5571-72

• 비치자료 내역

자료명	소장년도	이용방법
공개특허공보	'83년부터-현재	공개번호순에 의한 열람, 복사
특허공보	'63년부터-현재	공고번호순(또는 분류순)에 의한 열람, 복사
공개실용신안공보	'83년부터-현재	공개번호순에 의한 열람, 복사
실용신안공보	'63년부터-현재	공고번호순(또는 분류순)에 의한 열람, 복사
의장공보	'78년부터-현재	등록번호순에 의한 열람 복사
상표공보		공고번호순에 의한 열람 복사