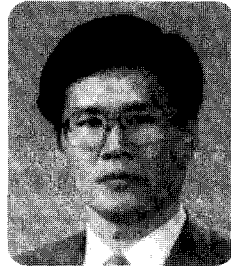


不正競爭行爲에 관한 考察 (6)

3. 원산지 허위표시행위

원산지허위표시행위한 '상품이나 그 광고에 의하여 또는 공중이 알 수 있는 방법으로 거래상의 서류 또는 통신에 허위의 원산지의 표지를 하거나 또는 이러한 표지를 한 상품을 판매·頒布 또는 수출·수입하여 원산지의 오인을 일으키게 하는 행위(부정경쟁방지법§2 (i) 다목)'을 말한다. 즉 본목의 행위는 중국산 인삼에 「풍기」, 한국산 포도주에 「삼펜」만 표시하는 경우와 같이 상품 또는 그 광고 기타에 허위의 원산지표시를 하거나 이것을 표시한 상품을 취급하여 원산지의 오인을 일으키게 하는 행위를 규제한다.

원산지 허위표시는 가목의 상품표시와 성질이 비슷하지만 상품표시는 상품의 영업자와의 관계(상품주체)를 나타내는 것임에 대하여 원산지허위표시는 상품의 產地만을 나타내는 점에서 구별된다. 그러나 본목의 성격은 허위표시를 규제대상으로 하고 있다. 이는 동조 1호 마목의 質量誤認惹起行爲와 유사하다.



윤선희 · 상지대학 법학과 교수

한편 TRIPs 협정에서도 “상품의 명성, 품질과 기타 특징이 본질적으로 지리적 근원에 기초하는 경우, 회원국 또는 회원국의 한 지역, 지방에서 생산된 상품임을 표시”를 지리적 표시 (Geographical Indications)⁸⁷⁾이라 하여 그 보호 규정을 두고 있다.

즉 동협정 제22조에서는 지리적 표시에 관하여 회원국은 이해관계인으로 하여금 다음의 행위를 금지시키기 위한 법적 수단을 국내법에 규정하도록 하고 있다.

① 진정한 원산지 이외의 곳에서 생산된 문제의 상품에 대해 상품의 지리적 근원에 대해 일반대중의 오인을 유발하는 방법으로 명명표시하는 모든 수단의 사용

② 파리조약 제10조의 2가 의미하는 부정경쟁 행위⁸⁸⁾를 구성하는 모든 사용

여러 영업자가 제공하는 경쟁적인 상품이나 용역에 관한 소비자 내지 일반수요자의 정확한 정보 확보는 자유롭고 공정한 경쟁질서의 원활이란 작동을 위한 불가결한 전제조건이라 할 수 있다. 이

87) 전통적으로 이러한 지리적 표시에 대한 영어는 출처표시(Indacation of source)라는 개념과 원산지명칭(appellation of orgin)이라는 개념의 두 가지로 사용되었다. 이때 출처표시란 상품이나 서비스가 특정 국가, 특정지역에서 생산되었음을 알리는 표지를 말하는 것으로 상품의 허위출처표시방지에 관한 Madrid협정(Madrid Agreement for the Repression of False and Deceptive Indication of Source on Goods)의 대상이 되었으며, 원산지명칭이란 생산된 제품의 특징적인 품질(characteristic qualities)이 생산지의 지리적 환경(자연적인 요소와 인적 요소들)에 의해 밀접한 영향을 줄 경우 그 생산지의 지리적 명칭을 말하는 것으로 원산지명칭보호와 국제등록에 관한 Lisbon협정(Lisbon Agreement for the Protection of Appellation of orgin and their International Registration)의 대상이 된다.

88) 예컨대 ① 소비자의 혼동(confusion)을 유발하는 행위, ② 경쟁자의 신용을 저해하는 허위의 주장(false allegations), ③ 공중을 오도할 수 있는 표시(indications) 혹은 주장(allegations).

.....

에 부정경쟁방지법은 상품의 품질이나 내용 등에 관하여 허위·과장의 표시나 광고를 하여 수요자의 오인을 유발시키거나 그러한 상품을 판매하는 등의 행위를 규제하고 있다.

이러한 상품 품질의 한 요소로서의 원산지에 대한 허위표시방법은 사실상 존재하지 않는 가공의 지명을 원산지로 표시하는 경우와 실제 존재하는 지명을 원산지로 표시하되 그것이 당해 상품의 사실상의 원산지가 아닌 경우가 있다. 이 때 전자의 경우가 라목의 상품의 출처지(원산지)오인야기행위에 해당하는 반면, 후자는 본목에 해당하겠다. 다만 본목의 허위표시는 오인유발적 표시보다 좁은 개념으로서 라목에 포섭된다고 하겠다. 특히 오인을 유발하지 아니하는 허위표시가 가능하더라도 그러한 원산지허위표시는 그 자체가 타인의 상품·영업표지를 침해하지 않는 한 본법이 개입할 필요가 없는 바 본목의 규정을 불필요한 규정이라 할 수 있다.

본목의 행위는 원산지를 허위(false)로 표시하는 행위 및 그러한 허위의 표시를 한 상품을 판매 기타의 방법으로 유통상태에 두는 행위를 함으로써 원산지의 오인(misleading)을 일으키게 하는 행위의 2가지 유형이 있다.

商品이란 영업적 거래를 목적으로 하는 유형재산을 의미한다. 즉, 매매업에 국한되지 않고 賃貸·交換 등 경제적 거래 행위의 목적이 되는 財貨를 의미한다. 따라서 협동조합등의 비영리 법인이 취급하는 물품이나 1차 산업의 생산자가 생산하여 판매하는 물품도 여기의 상품의 해당된다. 그러나 私人이 일회적으로 매각하는 물품은 비록 그것이 유상이라 할지라도 본호의 상품에는 해당

되지 않는다. 한편 본호의 상품은 표시의 수단을 의미하는 바 상품에 허위의 표지를 한다는 것은 상품 자체에 하는 것뿐만 아니라 이외의 상품 표시·포장 등에 하는 경우를 포함한다.

「광고」는 넓은 의미에서 公衆을 대상으로 행하여진 표시로 민법이나 상법 기타 법규상의 공고, 공시, 선전 등이 모두 포함된다. 다만 본호에서의 광고는 영업을 목적으로 한 것에 한한다 하겠다. 즉 부정경쟁방지법의 보호 대상 내지 본목의 행위 대상이 경제적 거래 행위를 목적으로 하는 바 본호의 광고 역시 영업을 목적으로 한 것에 한한다. 이에 “영업상의 거래에서 경쟁의 목적으로 영업관계에 관하여, 특히 특정의 상품 또는 영업상의 급부 또는 전체 공급품의 성질, 출처, 생산지 또는 가격산정에 관하여, 가격표에 관하여, 상품의 구입방법 또는 구입처에 관하여, 수상사실에 관하여, 판매의 동기나 목적에 관하여 혹은 재고량에 관하여 오인을 유발하는 표시를 한 자는 표시의 중지청구를 받는다”라고 규정하고 있는 독일 부정경쟁방지법 제3조의 규정을 들어 다·라·마목의 행위를 포괄하고, 본목에서의 “상품이나 그 광고에 의하여”와 독일 부정경쟁방지법상의 “영업적 거래상으로”의 문언을 대응적으로 파악하여야 하며, 이에 표시나 선전이 영업거래상으로 행하여질 것을 명시적으로 규정하지 아니하는 우리 법의 경우에도 해석을 통하여 이 요건을 요구하여야 한다고 설명하는 견해⁸⁹⁾도 있다. 광고의 대상은 불특정 다수의 一般消費者 公衆인 경우가 일반적이거나 예컨대 점포를 찾는 고객에게 상품을 권하는 것 역시 광고에 해당되며, 광고가 최종소비자를 향할 필요도 없는 바 도매상등에 대한 광고도 포함된다.

89) 정호열, 전거서, 198면.

광고의 방법·매체는 신문, 잡지, TV, 라디오, 영화, 포스터, 見本, 傳單, 방문광고, 실연에 의한 광고, 전광판, 포스터 등 원칙적으로 그 제한이 없다.

「공중이 알 수 있는 방법」이란 어떤 표지가 그 표현·방법에 의하여 불특정 다수인이 알 수 있는 성격을 갖는 것을 의미하며, 여기에서의 불특정 다수는 일반 대중뿐만 아니라 당해 상품의 수요자나 거래 관련자를 포함한다.

「거래상의 서류 또는 통신」은 영업거래상 사용되는 초청장·추천장·견적서·送狀·계산서·거래서·영수증·편지·봉투 등의 일체 서류 또는 전보등 거래상의 의사표시행위를 포함하는 일체의 통신물을 의미한다. 그러나 사내전표나 사내연락문서에는 일반적으로 거래의 의사표시 행위가 포함되어 있지 않은 것은 여기에서 제외된다.

허위표시의 내용과 관련하여 원산지란 농수산물이나 광산물 등의 천연산품의 산출지는 물론 상품의 제조·가공된 곳을 의미하는 것으로 그 넓이에 관계없이 지리적 공간을 의미한다. 따라서, 여기서의 ‘地’란 일정한 지방이나 道·市·郡 등의 行政區域, 社會經濟的 區域 및 國家 등을 포함한다. 산지의 범위 또한 당해 상품이 그곳에서 과거에 생산되었거나 현재 생산되고 있는 경우는 물론 거래 또는 일반수요자가 그 곳에서 생산되는 것으로 인식하고 있는 경우를 모두 포함한다. 공산품의 생산에 있어 원료의 出所地와 상품의 제조 또는 加工地가 다른 경우, 제조공정이 여러 단계로 여러 지역에서 이루어진 경우 등 원산지 확정 문제가 제기될 수 있다. 이에 대하여는 상품의 주요소가 생산된 곳을 원산지로 본다든지 혹

은 그 장소를 원산지로 하는 것이 습관상 허용되는가 여부에 달려 있다는 등의 견해도 있으나⁹⁰⁾, 결국은 거래통념이 문제의 원산지표시에 결부시키는 의미를 탐구하여 개별적으로 결정하는 수밖에 없다⁹¹⁾. 일반적으로 농산물·수산물·광물 등의 천연산물은 재배·채취된 지역이 원산지가 되고, 섬유제품류·기계류 등과 같이 가공 또는 제조되는 것은 가공 또는 제조된 곳이 원산지로 보게 될 것이다.

원산지표시란 특정한 지리적 공간에서 어떤 상품이 유래되었다는 사실을 나타내는 일체의 객관적 표시로 도시나 지역의 명칭과 같이 특정한 지리적 개념이 표시되는 경우(직접적 원산지 표시) 뿐만 아니라 화장품에 불어로 표기하는 것과 같이 지리적 개념이 포함되어 있지 않으나 다른 사실로부터 그 상품이 특정 지역으로부터 유래하였음을 추단케하는 경우(간접적 원산지 표시)를 포함한다.

예컨대 프랑스의 일정한 지역을 나타내던 샴페인 포도주와 같이 어떠한 상품의 원산지를 나타내던 표시가 시간의 경과와 함께 단순히 상품의 품질이나 종류에 관한 표시로 변하는 경우도 있는데, 이 경우에는 마목의 보호대상이 된다. 다만 원산지표지보호는 부정경쟁 방지법상으로도 그 구성요건이 개별화되어 있을 뿐만 아니라, 기타의 특별법규의 보호대상이 되므로 제5목에 해당하는 종류 및 품질표시로의 轉化는 제한적으로 인정되어야 할 것이다⁹²⁾. 이에 관련거래권의 대다수가 당해 표시로부터 품질 또는 종류만을 연상하고 더 이상 원산지 표시임을 인정하지 아니하는 경우에 한하여 轉化를 인정하여야 할 것이다.

한편 TRIPs협정에서는 특히 wine과 spirits에

90) 田倉整·元木伸編, 「實務相談不正競争防止法」, 商事法務研究會(1989), 187면; 禮崎外2人, 前掲書, 224면; 小松陽一郎, 小野昌延編, 前掲書, 217면.

91) 정호열, 전계서, 215-216면.

92) 同旨 정호열, 전계서, 215면.

있어서는 추가적인 보호를 규정하고 있다. 즉, 동협정 제23조 제1항에서는 wine과 spirits에 대하여서는 허위로 원산지를 표시하지 않았어도 kind, type, style, imitation 등의 표현을 병기하여 소비자의 혼동을 일으키는 행위를 금지하고 있으며, 소비자의 혼동을 요건으로 하지도 않고 있다. 또한 wine의 지리적 표시가 同音異意語인 경우 각 회원국은 생산자에 대한 동등한 보호와 소비자의 혼동을 막기 위해 서로 구분할 수 있는 실제적인 방법을 결정하여야 한다. 예컨대 프랑스와 스페인에 보르도 와인이 있다면 프랑스 보르도 와인, 스페인 보르도 와인으로 명기하도록 하여야 할 것이다.

법은 '허위의 원산지의 표시를 한 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하여 원산지의 오인을 일으키게 하는 행위'를 규제하고 있다. 즉, 법은 허위의 원산지 표시를 한 상품을 매체로 한 일체의 행위가 원산지의 오인을 일으키게 하는 경우 그를 부정경쟁행위로 보고 있다.

이때 '오인을 일으키게 하는'의 뜻은 가·나목의 '혼동을 일으키게 하는'에 대한 해석이 대체로 적용된다. 따라서 오인은 선전의 대상거래권이 실제로 오인에 이르러야 하는 것을 뜻하는 것이 아니라 오인의 위험성만으로 족하며, 이는 개별적·구체적으로 판단하게 된다⁹³⁾.

한편 부정경쟁방지법은 표시자체의 오인성을 문제삼는 것이지 표시를 사용한 결과 오인의 생기는지 여부를 따지는 것이 아닌 바 표시 그 자체를 기준으로 오인위험을 판단하면 족하지, 판매·반포·수출 행위의 양태, 표시에 관한 부기 등 당해

표지이외의 사실을 고려할 필요는 없다는 견해⁹⁴⁾가 있다. 그러나 이 역시 가·나목의 혼동위험의 판단에서와 마찬가지로 표시 이외의 사정, 예컨대 표시가 겨냥하는 수요자의 층, 표시의 매개체, 표시의 주체 등을 종합적으로 고려하여 객관적으로 판단하게 된다⁹⁵⁾.

표지의 오인위험을 판단하는 기준 역시 표지가 자신의 의사나 주의력을 기준으로 하는 것이 아니라 표지의 대상이 되는 거래권에 속하는 일반인의 통상적 주의력을 기준으로 한다. 즉, 표시 자체의 문리적 의미보다는 일반인이 받아 들이는 의미를 중심으로 거래관념상 표시의 의미가 사실과 다르게 이해될 위험이 있으면 오인의 위험성이 인정된다.

4. 出產地等誤認惹起行爲

出產地等誤認惹起行爲란 「상품이나 그 광고에 의하여 또는 공중이 알 수 있는 방법으로 거래상의 서류 또는 통신에 그 상품이 생산·제조 또는 가공된 지역 이외의 곳에서 생산 또는 가공된 듯이 오인을 일으키게 하는 표시를 하거나 또는 이러한 표시를 한 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하는 행위(부정경쟁방지법§2 (i) 라목)를 말한다. 다시 말해 상품 또는 그 광고 등에 그 상품이 생산·제조·가공된 지역이외의 장소에서 생산·제조·가공된 것 같이 오인을 일으키게 하는 표시를 하거나 또는 이러한 표시를 한 상품을 취급하는 행위이다.

본목의 규정은 다목의 원산지허위표시규정을

93) 한편 TRIPS 협정에서는 타지역에서 생산되는 것으로 오인될 위험성이 인정되면 실령 정당한 지역적 명칭을 표시한 경우라 할지라도 금지의 대상이 된다고 보고 있다(동협정 제22조 제4항).

94) 송영식의, 전게서, 767면.

95) 同旨 정호열, 전게서, 222면.

확장한 것이다. 즉 다목의 행위가 허위의 원산지를 표시함으로써 원산지의 오인을 하게 하는 행위인 반면, 본목의 행위는 허위의 여부를 따지지 않고 출산지등의 표지가 사실과 다르게 혼동을 일으키게 하는 행위 및 이러한 표지를 한 상품을 판매 기타의 방법으로 유통상태에 두는 행위 등을 포함하며, 예컨대 日本 富士山(후지산) 그리고 모두 일본어로 설명함으로써 일본에서 제조된 듯한 암시적인 표시한 電子製品이 이에 해당된다.

‘오인을 일으키는 행위’는 상품이 실제로 생산·제조·가공된 지역 이외의 곳에서 생산·제조·가공된 듯이 오인을 야기시키는 표지를 하는 행위이다. 여기서 생산은 농업·임업·광업·수산업 등의 제1차 산업의 원시적 생산을 말한다. 제조는 재료에 노력을 가하여 전혀 다른 종류의 물건을 만드는 것을 말하며, 가공은 물건의 종류를 변경하지 않는 정도에서 노력을 가하는 것을 뜻한다.

‘地域’은 일반적으로 제한된 범위(지방)를 뜻하는 것이나 여기서는 그 밖에 國家까지를 포함된다. 따라서 國產製品을 外國品으로 오인할 수 있는 표지를 사용하는 경우도 본목의 행위가 된다.

오인을 일으키게 하는 표지인가의 여부는 전체적으로 판단하여야 한다. 지명이나 국명을 문자로 정확하게 표시하지 않아도 이를 상징하는 도형이나 색을 배합하거나 이러한 것과 문자의 결합으로 지명 또는 국명을 표시하는 것도 오인을 일으키게 하는 것은 본목의 표지가 된다. 부분적으로 불명확하거나 불완전한 표지 또는 가공의 표지도 전체적으로 出產地를 오인할 수 있는 것은 본목에 해당된다.

5. 商品의 詐稱 및 質量誤認惹起行爲

商品의 詐稱 및 質量誤認惹起行爲란 「타인

의 상품을 사칭하거나 상품 또는 그 광고에 상품의 품질·내용·제조방법·용도 또는 수량의 오인을 일으키게 하는 선전 또는 표지를 하거나 이러한 방법이나 표지로써 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하는 행위(부정경쟁방지법 §2 (i) 마목)를 말한다.

본목의 행위는 허위광고·과대광고 등의 행위로 상품 또는 그 광고에 상품의 품질·내용·수량 등에 관하여 오인을 할 만한 표지를 하는 행위 및 그러한 표지를 한 판매 기타의 방법으로 유통상태에 두는 행위의 2가지 유형이 있다.

여기서 「타인의 상품을 詐稱하는 행위」란 타인의 상품을 자기의 상품이나 또 다른 타인(제 3자)의 상품으로 詐稱하거나 이러한 방법으로 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하는 행위를 말한다. 예를 들면 이 제품은 Y社의 제품입니다라고 고객에게 권유하는 경우 積極的 詐稱에 해당되고, 고객이 이 제품은 K社의 제품입니다라고 물었을 때, 네 그렇습니다라고 대답하는 경우도 消極的 詐稱에 해당된다.

質量誤認惹起行爲는 수요자에 대한 不正需要操縱行爲이자 시장의 일반적 파괴를 가져오는 행위로서 다목의 原產地虛僞表示行爲나 라목의 出產地誤認惹起行爲 등과 같이 고객을 부정하게 획득하는 행위이다.

상품이란 有形財貨를 의미하는 것으로 서비스는 여기의 상품에 해당되지 않는다.

따라서 예컨대 영업의 규모·조직형태·타기업과의 관계 등에 관하여 오인을 일으키게 하는 선전 또는 표지를 하는 행위는 본호에 해당되지 않는다.

이에 대하여 독일 부정경쟁방지법 제3조에 영향받아 경쟁법적 규율이 필요한 영업적 급부이면

모두 본호의 상품거래에 포함된다는 견해⁹⁶⁾가 있다. 즉, 예컨대 보험업, 은행업, 신탁업, 증권업, 운송업, 운송주선업, 창고업 등 상법이 규율하는 주요한 업태에 관하여 부당표시와 광고에 대한 경쟁법적 규율이 방지되는 결과가 되므로, 통설과 같이 용역을 배제하면 본목의 의의가 상실된다는 것이다. 그러나 법 제2조 제1호 가·나목이 상품과 영업활동을 별도로 취급하고 있고, 파리조약 제10조의 2 제3항 제1·2호에서도 상품과 산업상 혹은 영업상의 활동이 구별되어 있으며, 독점규제법 제23조에 의거한 불공정 거래행위 일반지정 고시 제8조에서도 상품과 용역이 차별적으로 사용되고 있는 현재의 법상태에서 이는 입법론적인 해석에 불과하다고 생각된다.

광고란 다목에서의 설명과 같이 입법론적 해석에 불과하다고 생각된다.

광고란 다목에서의 설명과 같이 '영업을 목적으로 공중을 대상으로 행하여진 표시 또는 선전'을 의미한다. 한편 법은 '상품 또는 그 광고에 ... 선전 또는 표지를 하거나'라 규정하여 상품상의 표지와 상품광고상의 선전을 구분하고 있는 바 여기의 광고는 위 협의의 광고에서 표지를 배제한 것만을 지칭한다. 여기에서의 표지는 소비자들에게 자기가 공급하는 상품을 특정하고 식별시켜 계약체결로 이끄는 최종의 정보제공행위 또는 그 제공물을 말한다⁹⁷⁾. 본목의 광고 역시 그 방법·매체에 아무런 제한이 없다.

본목의 표시 내용이 행위는 상품 또는 그 광고에

상품의 품질·내용·제조방법·용도 또는 수량의 오인을 일으키게 하는 선전 또는 표지를 하는 행위이다.

품질에 관하여 오인을 일으키게 하는 선전 또는 표지란 직접 품질을 과대 또는 허위로 광고하는 경우뿐만 아니라 간접적인 환경청의 환경마크 협회, 통상산업부의 품질안전마크 박람회, 연구소, 상공회의소 등公私의 시설에 보증을 하게 하거나 또는 전문기술자에게 보증을 하게 하는 형식으로도 행하여 질 수 있으며, 자사 내에 상품을 검사하는 연구실·실험실이 있다고 사칭하는 경우도 있을 수 있다.

품질의 오인광고는 일부중고재료를 사용한 제품·중고품 또는 개조한 제품을 신품이라고 하는 경우, 하급품을 고급품, 협회가 존재하지 않으면서 ○○협회가 인정하는 마크라고 하는 행위 등이 그 전형적인 예로 일본의 부정경쟁방지법 판례로서는 級別判定을 받지 아니한 二級酒에 特級酒의 表示證을 붙인 행위에 대하여 본호의 품질오인야기행위를 인정한 것⁹⁸⁾이 있다. 특허는 품질을 보증하는 제도는 아니나 일반적으로 기술적 진보가 있는 제품에 주어진다고 누구나 생각하고 있으므로 특허되지 아니한 제품을 특허품이라 칭한다든지 특허번호 표시를 붙이는 것은 특허법 제160조 소정의 詐稱行爲 및 虛偽表示의 죄에 해당하는 외에도 아울러 본호에 해당된다⁹⁹⁾.

예컨대 '돈으로 살 수 없는'¹⁰⁰⁾ 또는 '오로지 이 상품'¹⁰¹⁾ 등의 선전과 같이 소비자에게 상품의 호화로우거나 품질에 관한 일반적인 관념만을 불러 일으키고 또 이를 통하여 자신의 상품에 대하여

96) 정호열, 전거서, 199면.

97) 鄭浩烈, 前掲書, 200면 참조.

98) 最高判 78. 3. 22. 刑集 32卷 3號 316면·小野昌延, 전거서, 230면.

99) 이러한 사실을 인정하지 않은 判決(품질오인이 되지 않은 판결)로서는 코르도바-바-마-液事件(東京地裁 1989. 10.2 5. 特許の企業 253.96)이 있다.

100) BGH, LM Par. 1 UWG Nr. 224=NJW1971, 378.

101) BGHZ 43, 140(142).

긍정적 반응을 획득하고자 하는 행위는 본호의 광고에 해당하지 아니 한다. 반면 국내유일·국내최고 등의 소위 唯一地位宣傳, 또는 頂上地位宣傳의 경우에는 그 사실에 대한 객관적 심사가 가능한 바 그것이 그릇되거나 과장되었을 때에는 본호의 광고에 해당한다. 다만 이 때의 정상여부는 당해 영업자가 임의로 그때 그때 그에게 유리한 척도를 사용하여 판단하는 것이 아니라 관련거래권의 관념을 결정적인 그 기준으로 한 것이다¹⁰²⁾.

내용이란 상품의 내용으로 널리 이해하는 경우에는 품질·제조방법·용도나 수량 등을 포함한다. 그러나 마목에서는 이들을 별도로 열거하고 있는 바 상품의 원료와 재료, 성분과 함량, 부속품과 여분 등이 그 직접적인 대상이 된다. 나아가 보증의 내용과 그 기간, 애프터서비스의 유무와 그 기간 등의 상품거래조건도 상품의 내용에 포함시킬 수 있다.

제조방법이란 상품을 제조하는 방법으로 가공방법이나 조립방법을 포함한다. 나아가 공정·방수 혹은 내역처리 등의 처리방법, 상품의 제조에 사용하는 기구와 설비 등 제조과정과 직접·간접으로 관련되는 사실 등이 여기의 제조방법에 포함된다.

용도란 상품의 품질관념을 전제로 한 개념으로 상품의 사용방법과 사용가능성, 그 효용형태, 용도의 數 등을 사실과 다르게 혹은 과장하여 표시하는 경우가 본호의 용도에 관한 오인유발행위가 된다. 예컨대 화장품에 의약품이라는 인상을 심어 주는 표지를 사용하는 경우¹⁰³⁾가 있겠다.

수량이란 상품의 數와 量, 즉 길이, 넓이, 무게, 용적과 체적, 중량 등을 의미하며, 상품의 무게나 양을 사실과 다르게 표시하는 행위, 상품의 과대포

장, 거래단위인 수량을 광고보다 줄여서 판매하는 경우 등이 수량에 관한 오인야기행위에 해당한다.

여기서의 수량은 영업자와 상대방 수요자 사이에서의 직접적 거래의 대상이 되는 당해 상품의 수량은 물론 그 영업자가 보유하고 있는 동종상품의 재고량을 포함한다. 따라서 실질재보다 재고량을 적게 표시하거나 과다하게 표시하여 소비자의 오인을 불러 일으켜 고객을 유인하는 경우는 본목의 수량에 관한 오인야기행위에 해당한다.

법은 상품의 품질 등에 관하여 오인을 일으키게 하는 상품 또는 광고상의 '표지 또는 선전'을 규제한다. 우리 법의 '선전 또는 표지'라는 문언은 독일이나 일본 부정경쟁방지법상의 '表示' 개념에 대응하는 것으로 상품의 품질이나 수량 등에 관한 정보를 전달하는 행위 또는 수단을 의미한다. 따라서 내용으로 전달하는 바가 없는 단순한 讚辭인 선전행위는 정보제공적 성격이 없는 바 여기의 '선전·표지'에 해당하지 않으며, 검증이 불가능한 讚辭 역시 본목의 선전·표지에 해당되지 않는다. 반면 그 진실성을 심사할 수 있는 바 意見表示도 본목의 선전·표지에 해당한다. 다만 선전행위가 무내용인가 그 진실성이 검증될 수 있는가의 판단은 關聯去來圈이 그 선전을 어떻게 받아들이는가에 달려 있다. 선전·표지의 樣態(모습)는 제한이 없다. 말이나 문장 뿐만 아니라 그림이나 사진 또는 도형 등의 形象 및 TV나 라디오에서 들리는 音響을 통해서도 선전·표지는 이루어질 수 있다. 광고를 하는 자에게 설명의 무가 인정되는 경우에는 사실에 대한 침묵이 오인을 일으키는 선전·광고가 될 수 있다. 이때 설명

102) 정호열, 전거서, 203면.

103) BGH, LM Par.3 UWG Nr.174=MDR 1981, 993.

의무는 거래통념에 입각하여 볼 때 거래권의 구매 결정에 영향을 미치는 중요한 사실에 관하여 인정된다.

법은 선전 등이 객관적으로 허위인가의 여부보다는 그 대상으로 하는 수요자가 선전 등에 의하여 당해 상품에 관하여 그릇된 인식을 하게 되어 상품구매의 결정에 영향을 받을 우려가 있는가의 오인유발성만을 문제로 한다. 따라서 엄밀한 의미의 허위광고뿐만 아니라 객관적으로 정확한 표시도 본호의 오인유발행위에 속할 수 있다.

선전·표지가 오인을 일으키게 하는 것인가의 구체적인 판단에 있어서는 다음의 세 가지 단계가 일반적으로 거론된다. 첫째 오인 위협의 인정에 불가결한 기초로서 선전·표지가 어떤 수요자를 상대로 한 것인가를 확정하여야 한다. 예컨대 전문가를 상대로 한 광고에 있어서는 관련 전문영역에 있어서의 전문가의 인식이 기준이 된다. 이때 대상거래권은 기본적으로 상품의 종류에 따라 달라지는 바 상품의 종류는 대상거래권의 확정에 중

요한 자료가 된다. 둘째 당해 거래권이 문제의 선전등을 어떻게 이해하는가를 심사하여야 한다. 영업자 자신이 그 선전이 거래권에 의하여 인식되기를 원하는 내용이나 전문가가 주의깊은 심사를 통하여 인식하는 내용은 문제가 되지 않는다. 오히려 당해 거래권의 평균적 관찰자가 그 선전등을 피상적으로 관찰하여 순간적으로 얻는 인식 또는 인상이 기준이 된다. 셋째 이렇게 하여 밝혀진 선전 등의 의미가 오인을 일으키게 하는 것인가의 판단을 하게 되며, 선전 등의 의미가 사실과 일치하지 않는다면 오인을 일으키게 하는 것이라고 볼 수 있다. 광고에 의해 거래권이 실제 오인하였을 것을 요구하는 것이 아니라 오인을 일으킬 수 있는 것으로 족하다. 다만 본호의 규정은 不正需要操縱行爲를 그 대상으로 하는 것인 바 虛僞宣傳이라 할지라도 수요자의 구매결정에 영향을 미치지 아니함이 명백한 경우에는 오인을 일으키는 행위에는 해당되지 않는다. <계속> **발특9704**

본 논문은 상지대학교 교내 연구비에 의해 작성된 것임(필자 주)

제 32 회 발명의 날 기념

'97전국발명진흥대회

일시 : 1997년 5월 19일(월) 10:30~

장소 : 대한상공회의소 국제회의실

경

축