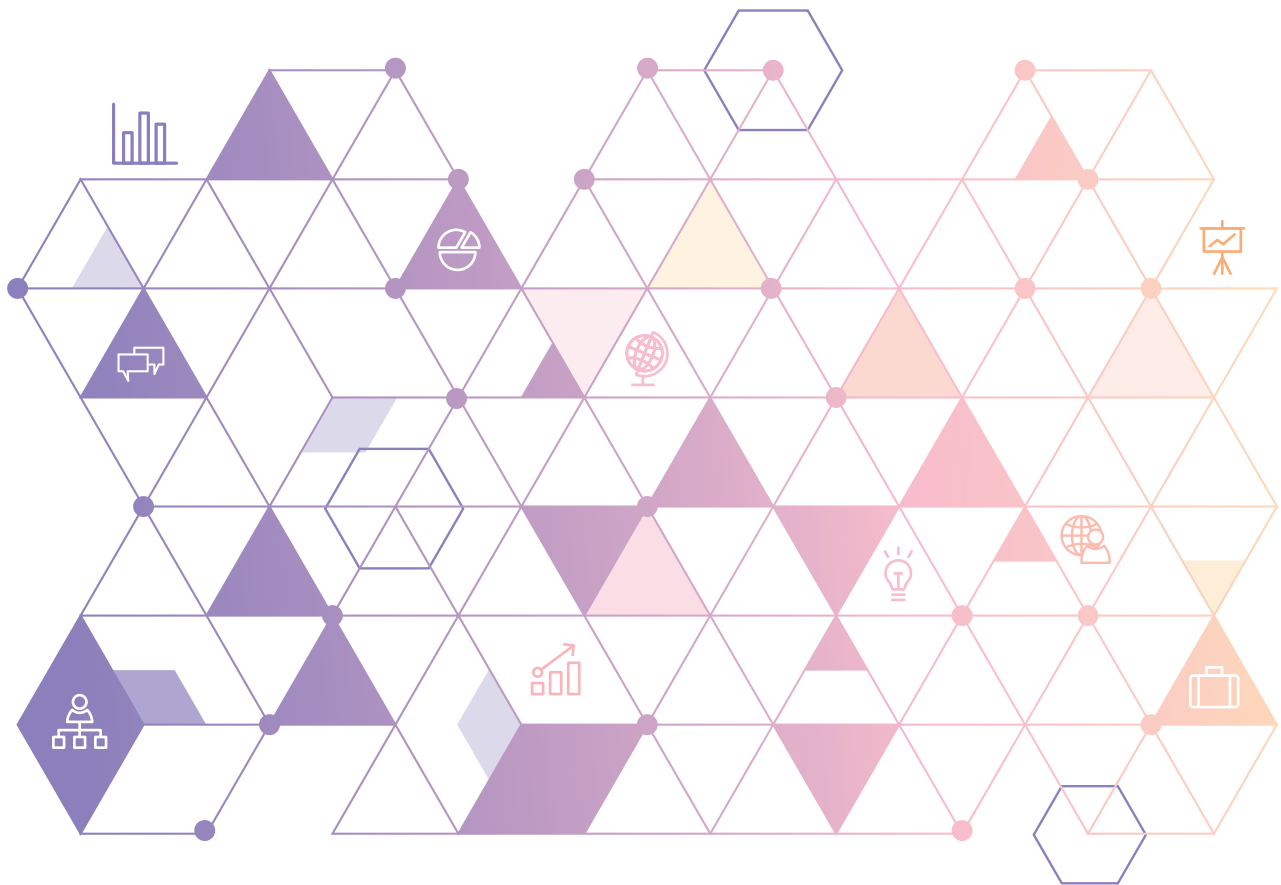


# 개정 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률의 주요내용 분석

Analysis of the main contents of the revised Unfair Competition  
Prevention and Trade Secret Protection Act

2022. 12.





2022년도 기초연구과제 최종보고서

법·제도 연구

개정 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한  
법률의 주요내용 분석  
- 데이터 부정사용행위 및  
유명인의 인적 식별표지 무단사용행위를 중심으로 -

Legal System

Analysis of the main contents of the revised Unfair Competition  
Prevention and Trade Secret Protection Act  
- Focusing on illegal use of data and unauthorized use of celebrities'  
personal identification marks -

2022. 12. 31.



# 제 출 문

특허청장 귀하

본 보고서를 “개정 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률의 주요내용 분석 - 데이터 부정사용행위 및 유명인의 인적 식별표지 무단사용행위를 중심으로 -” 과제의 최종보고서로 제출합니다.

2022년 12월 31일

주관연구기관명 : 한국지식재산연구원

연구기간 : 2022년 1월 1일 ~ 2022년 12월 31일

연구책임자 : 김혜정 (한국지식재산연구원 연구원)



요약

국문

## 제1장 서론

- 2022. 4. 20.부터 시행된 부정경쟁방지법은 ‘데이터 부정사용행위(제2조 제1호 카목)’와 ‘유명인의 인적 식별표지의 무단사용행위(제2조 제1호 타목)’를 부정경쟁행위 유형으로 신설
  - 데이터 부정사용행위의 경우, 데이터산업법과의 관계에서 보호되는 데이터의 개념 정립, 저작권법상 데이터베이스 보호와의 중첩 적용 등 다른 법률과의 관계 등이 문제될 수 있음
  - 그간 ‘퍼블리시티권’ 인정 여부 및 보호방식을 둘러싼 견해대립이 이어져 왔으나, 이번 부정경쟁방지법 개정을 통해 유명인의 인적 식별 표지를 침해하는 ‘행위’를 부정경쟁행위의 한 유형으로 포섭
    - 부정경쟁방지법은 권리 창설적 효력이 없기 때문에 권리의 범위, 양도성, 상속성, 존속기간 등 퍼블리시티권과 관련해 제기되어 왔던 많은 문제들이 여전히 잔존
- 본 연구는 신설된 부정경쟁행위가 입법취지에 부합하면서도 예견 가능하도록 구체적인 해석론을 제시하는 한편, 개정법의 해석 및 적용과 관련하여 제기될 수 있는 쟁점에 대한 검토 수행

## 제2장. 데이터 부정사용행위

- 개정 배경
  - 데이터 부정사용행위 신설 배경 및 관련 입법에 참고가 된 일본 부정경쟁방지법상 한정제공 데이터의 보호에 관한 규정 검토
- 카목의 보호 대상이 되는 데이터
  - “① 다양한 부가가치 창출을 위하여 관찰, 실험, 조사, 수집 등으로 취득하거나 정보시스템 및 「소프트웨어 진흥법」 제2조 제1호에 따른 소프트웨어 등을 통하여 생성될 것, ② 광(光) 또는 전자적 방식으로 처리될 수 있는 자료 또는 정보일 것, ③ 업(業)으로서 특정인 또는 특정 다수에게 제공될 것, ④ 전자적 방법으로 상당량 축적·관리될 것, ⑤ 비밀로서 관리되고 있지 않을 것, ⑥ 기술상 또는 영업상의 정보일 것”에 대한 해석 및 예시 제시

□ 데이터 부정사용행위의 유형

- 접근권한 없는 자의 부정취득·사용·공개 행위(1유형), 접근권한 있는 자의 신의칙 위반(2유형), 악의적 전득(3유형), 기술적 보호조치 무력화(4유형)에 대한 해석 및 예시 제시

□ 법적 구제수단

- 데이터 부정사용행위에 대하여는 타인의 경제적 이익을 침해한 경우에는 민사적 구제수단으로 금지 또는 예방청구, 손해배상청구, 신용회복, 행정적 구제수단으로 행정조사, 시정권고 인정
- 데이터 부정사용행위의 4개 유형 중 기술적 보호조치 무력화(4유형)에 해당하는 경우에는 형사적 구제수단도 적용

### 제3장. 유명인의 인적 식별표지 무단사용행위

□ 개정 배경

- 유명인의 인적 식별표지 신설 배경 및 퍼블리시티권의 보호방안으로 제안되었던 법률개정안 및 독자적 입법안 개관

□ 국외 퍼블리시티 보호 법제

- 미국, 독일, 일본의 퍼블리시티 보호에 관한 법률 및 판례, 연혁을 살피고, 보호 대상이 되는 구체적 권리의 내용(법적 성격, 주체 및 객체, 양도·상속·보호기간의 문제, 표현의 자유와의 관계, 구제수단) 검토

□ 유명인의 인적 식별표지 무단사용 행위의 적용 요건

- “① 국내에 널리 인식될 것, ② 경제적 가치가 있는 성명·초상 등 인적 식별표지일 것, ③ 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단 사용하였을 것”에 대한 해석 및 예시 제시

□ 법적 구제수단

- 유명인의 인적 식별표지를 무단사용하여 타인의 경제적 이익을 침해한 경우에는 민사적 구제수단으로 금지 또는 예방청구, 손해배상청구, 신용회복, 행정적 구제수단으로 행정조사, 시정권고 인정

## 제4장. 쟁점 검토 및 제5장. 결론

### □ 데이터부정사용행위

- 데이터산업법 제2조 제1호의 정의 규정은 부정경쟁방지법상 데이터 보호 여부를 판단함에 있어 특별한 의미를 가지지 못하고, 오히려 데이터산업법 제12조의 데이터 자산은 부정경쟁방지법 카목의 보호 대상이 되는 데이터와 일치하지 않는 문제 있음
- 오픈데이터는 ‘특정인 또는 특정다수’에게 제공되는 데이터일 것이라는 요건을 충족하지 못하므로, 일본 부정경쟁방지법과 같은 적용제외 규정이 없더라도 해석상 부정경쟁방지법 카목에 의한 보호를 받지 못함
- 카목으로 보호되는 데이터는 영업비밀과의 중복 보호를 피하기 위해 ‘비밀로서 관리되고 있지 않을 것(비밀관리성)’을 요하는데, 실무상 카목의 전자적 관리성과 영업비밀의 성립요건 의로서의 비밀관리성과의 구별이 문제될 여지가 있어, 이에 대한 보다 구체적 검토 필요
- 개정 부정경쟁방지법은 증거실에 의한 전득 및 사후적 전득은 규제대상에 포함되어 있지 않으나, 향후 데이터 부정사용의 발전 태양에 따라 증거실에 의한 전득, 사후적 전득에 대한 규정이 필요할지에 대해 살펴볼 필요
- 부정경쟁방지법에서 기술적 보호조치 무력화 행위에 대한 형사처벌 규정은 없음에도 그 예 비행위만을 형사처벌하는 것이 법체계상 타당하지 않을 수 있으므로, 해당 규정에 대한 재 검토 필요
- 개정 부정경쟁방지법상은 영업비밀 침해행위의 경우에는 소멸시효 규정을 두고 있는 반면 데이터 부정사용행위에 대한 금지청구권에 대해서는 소멸시효 규정을 별개로 두고 있지 않아, 소멸시효를 규정할 필요성에 대해 검토 필요
- 향후 데이터의 활용 형태가 다양화될 수 있음을 고려하여, 장기적으로는 데이터 보호 대상을 넓게 인정하되 일정 유형에 해당될 때 부정경쟁행위로서 규제하는 방식의 데이터 보호 방안을 검토할 필요

### □ 유명인의 인적 식별표지 무단사용행위

- ‘유명인의 인적 식별표지 무단사용행위’를 부정경쟁행위의 유형으로 규정함으로써 퍼블리시티권이 보호하고자 하는 법익을 실질적으로 보호할 수 있는 법적 근거 마련

- 카목 주체는 특정 지역, 특정 세대 또는 집단에서 잘 알려진, 즉 주지성을 취득한 자(연예인, 운동선수, 유튜버 등)이며, 기획사는 전속계약에 근거하여 유명인의 권리 침해에 대응하거나 타목이 아닌 파목에 근거하여 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 주장하여 침해행위에 대한 금지청구를 주장할 수 있을 것
- 양도성, 상속성의 경우, 부정경쟁방지법 체계하에서는 유명인의 인적 식별표지가 별도의 권리가 아니므로 논할 실익이 없을 것이고, 유명인의 인적 식별표지는 유명인에게 고객흡입력이 인정되는 한 계속 보호된다고 볼 수 있을 것
- 신설된 카목에 의하여 유명인의 식별표지에 대한 보호 가능성이 보다 높아진 만큼 표현의 자유와의 관계에서 구체적인 기준 정립 필요가 있으며, 이에 대해서는 미국, 일본의 예를 참고할 수 있을 것
- 저작권법, 민법 등에 의해 이른바 퍼블리시티권을 보호하고자 하는 입법적 시도는 계속되고 있어, 관련 논의를 주시할 필요 있음
  - 다만 창작물을 보호 대상으로 하는 저작권법을 통해 유명인의 성명 등 식별표지를 보호하는 것이 입법 취지상 적절하지 않다고 사료

□ 카목·타목과 파목(기타 성과도용행위)과의 관계

- 카목·타목은 파목과 각각의 성립요건과 부정경쟁행위의 유형이 다르고 그 입법취지도 다르다는 점을 고려할 때, 타목의 요건에 해당하지 않은 행위에 대해서도, 별개로 보충적 일반 조항인 파목을 적용하는 것이 가능

**키워드** 개정 부정경쟁방지법, 데이터 부정사용, 유명인의 인적 식별표지 무단사용, 퍼블리시티, 부정경쟁방지법 카목, 부정경쟁방지법 타목

<b>요약문</b>	<b>i</b>
<b>제1장 서론</b>	<b>1</b>
<b>제2장 데이터 부정사용행위</b>	<b>7</b>
<b>제1절 개정 배경</b>	<b>9</b>
I. 데이터 부정사용행위 신설 배경	9
II. 일본 부정경쟁방지법상 데이터 보호	11
<b>제2절 카목의 보호 대상이 되는 데이터</b>	<b>14</b>
I. 개요	14
II. 데이터산업법 제2조 제1호에 따른 데이터일 것	16
III. 업(業)으로서 특정인 또는 특정 다수에게 제공될 것	17
IV. 전자적 방법으로 상당량 축적·관리될 것	20
V. 비밀로서 관리되고 있지 않을 것	23
VI. 기술상 또는 영업상의 정보	25
<b>제3절 데이터 부정사용행위의 유형</b>	<b>26</b>
I. 접근권한 없는 자의 부정취득·사용·공개 행위(1유형)	26
II. 접근권한 있는 자의 신의칙 위반(2유형)	29
III. 악의적 전득(3유형)	32
IV. 기술적 보호조치 무력화(4유형)	34
<b>제4절 법적 구제수단</b>	<b>38</b>

I. 개요	38
II. 금지청구	38
III. 손해배상청구	40
IV. 신용회복	41
V. 행정조사	41
VI. 시정권고	42

### **제3장** 유명인의 인적 식별표지 무단사용행위 45

<b>제1절 개정 배경</b>	<b>47</b>
<b>제2절 국외 퍼블리시티권 보호 법제</b>	<b>49</b>
I. 미국	49
II. 독일	56
III. 일본	60
<b>제3절 유명인의 인적 식별표지 무단사용 행위의 적용 요건</b>	<b>65</b>
I. 국내에 널리 인식될 것	65
II. 경제적 가치가 있는 성명·초상 등 인적 식별표지일 것	68
III. 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단 사용하였을 것	69
<b>제4절 법적 구제수단</b>	<b>71</b>
I. 개요	71
II. 금지청구	71
III. 손해배상청구	73
IV. 신용회복, 행정조사, 시정권고	74

## 제4장 **쟁점 검토** 75

### 제1절 데이터 부정사용행위 77

- I. 데이터의 정의 77
- II. 오픈데이터 78
- III. 비밀관리성 78
- IV. 종과실에 의한 전득 및 사후적 전득 79
- V. 기술적 보호조치 무력화 금지 79
- VI. 소멸시효 80
- VII. 파목과의 관계 80

### 제2절 유명인의 인적 식별표지 무단사용행위 82

- I. ‘국내에 널리 인식된’의 해석 82
- II. 주체 82
- III. 양도·상속·보호기간 84
- IV. 표현의 자유와의 관계 85
- V. 다른 법률과의 관계 85
- VI. 파목과의 관계 88

## 제5장 **결론** 89

## 참고문헌 94

## 표목차

표 1	신구조문 대비표(부정경쟁방지법 제2조 제1호)	3
표 2	데이터의 종류 및 법제도적 보호 현황(부정경쟁방지법 개정 전)	9
표 3	부정경쟁방지법 제1조 제1호 카목	10
표 4	일본 부정경쟁방지법상 한정제공데이터 부정사용에 관한 규정	12
표 5	업으로서의 예시	18
표 6	특정인 또는 특정 다수의 예시	18
표 7	제공의 예시	19
표 8	무상으로 공중에게 제공되는 정보의 예	19
표 9	상당량의 축적을 충족하는 예시	21
표 10	전자적 관리를 충족하지 못하는 예시	22
표 11	비밀관리성이 인정되는 예시	24
표 12	비밀관리성이 부정되는 예	24
표 13	위법 또는 공서양속에 반하는 예	25
표 14	부정한 수단의 예	27
표 15	취득의 예	27
표 16	사용의 예	28
표 17	공개의 예	29
표 18	부정한 이익을 얻거나 데이터 보유자에게 손해를 입힐 목적이 긍정되는 예	31
표 19	악의가 인정되는 예	33
표 20	악의가 부정되는 예	33
표 21	부정경쟁행위 조사 절차	42
표 22	박찬숙 의원 저작권법 일부개정안(의안번호3276, 2005. 11. 9. 제출)	47
표 23	2009년 이성현 의원 대표발의안(의안번호 1804588, 2009. 4. 16. 제출)	48
표 24	인격표지권 보호 및 이용에 관한 법률안(의안번호 13653, 2015. 1. 13. 발의)	48
표 25	테네시주 항소법원 판결 판결	52
표 26	Memphis Development 판결	53
표 27	부정경쟁방지법 제2조 제1호상 ‘국내에 널리 인식된’의 비교	65
표 28	대중문화예술인(가수중심) 표준전속계약서(안)	84
표 29	「저작권법 전부개정법률안」의 ‘초상등재산권’ 주요내용	86
표 30	「민법 일부개정법률안」의 ‘인격권’ 주요내용	88

법·제도 연구

개정 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률의 주요내용 분석  
- 데이터 부정사용행위 및 유명인의 인적 식별표지 무단사용행위를 중심으로 -

---

# 제1장 서론



2021. 12. 7. 개정되어 2022. 4. 20.부터 시행된 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」(이하, “부정경쟁방지법”)은 ‘데이터 부정사용행위(제2조 제1호 카목)’와 ‘유명인의 인적 식별표지의 무단사용행위(제2조 제1호 타목)’를 부정경쟁행위 유형으로 신설하였다.

표 1 | 신규조문 대비표(부정경쟁방지법 제2조 제1호)

부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 [법률 제17727호, 2020. 12. 22., 일부개정]	부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 [법률 제18548호, 2021. 12. 7., 일부개정]
<p>제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.</p> <p>1. “부정경쟁행위”란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.</p> <p>가. ~ 차. (생략)</p> <p>카. 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</p> <p>〈신설〉</p> <p>〈신설〉</p> <p>2. ~ 4. (생략)</p>	<p>제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.</p> <p>1. “부정경쟁행위”란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.</p> <p>가. ~ 차. (현행과 같음)</p> <p>카. 데이터(「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 정보를 말한다. 이하 같다)를 부정하게 사용하는 행위로서 다음의 어느 하나에 해당하는 행위 1) 접근권이 없는 자가 절취·기망·부정접속 또는 그 밖의 부정한 수단으로 데이터를 취득하거나 그 취득한 데이터를 사용·공개하는 행위 2) 데이터 보유자와의 계약관계 등에 따라 데이터에 접근권이 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 적절한 기술적 보호조치를 회피·제거 또는 변경(이하 “무력화”라 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.</p> <p>타. 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</p> <p>파. 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</p> <p>2. ~ 4. (현행과 같음)</p>

데이터 부정사용행위(카목)의 신설은 디지털 시대의 근간을 이루는 데이터의 중요성과 빅데이터를 활용한 경제적 부가가치의 창출이 확대됨에 따라, 데이터의 이용·유통을 활성화할 수 있는 제도적 환경 마련의 필요성이 커진 상황을 반영한 것이다. 「부정경쟁방지법」 개정을 통해 데이터를 부정한 수단으로 취득해서 부당하게 이익을 얻는 등 데이터 무단 수집·이용·유통 행위를 데이터 부정사용행위로 명확하게 규정하고 건전한 데이터 실장질서 확립을 도모하였다.

유명인의 인적 식별표시 무단사용행위(파목)의 신설은 한류의 영향력 확대 및 유명인의 초상·성명 등을 사용하는 제품 및 서비스의 다양화에 따라 불법상품의 제작·판매 행위도 증가하고 있는데, 이는 상당 시간 투자한 노력에 대한 무임승차행위일 뿐만 아니라 우수한 품질을 기대하며 제품과 서비스를 구매하는 소비자에게 피해를 야기하고 있는 상황이 반영된 것이다. 최근 대법원은 방탄소년단(BTS) 화보집 사건에서 유명인의 초상·성명 등이 지니는 유명성을 ‘상당한 투자와 노력의 성과’로 인정하고, 이를 무단사용하여 화보집을 제작·판매하는 행위를 부정경쟁행위로 판단한 바 있으나,<sup>1)</sup> 이는 「부정경쟁방지법」의 보충적 일반조항에 근거한 것으로, 향후 발생할 수 있는 다양한 형태의 무단사용 행위를 적절히 제재하기에 한계가 있으며, 법령에 명시적인 규정이 마련되어야 할 필요성이 제기되었다.<sup>2)</sup>

이번 「부정경쟁방지법」의 개정은 데이터를 부정하게 사용하는 행위와 유명인의 초상·성명 등 인적 식별표시를 무단사용하는 행위를 각각 부정경쟁행위의 유형으로 명확히 규정하여 제재함으로써 건전한 거래 질서 확립과 부당한 피해로부터 소비자 보호를 꾀하였으나, 이와 같은 목적 달성을 위해서는 여전히 풀어야 할 숙제가 많다.

먼저 데이터 부정사용행위의 경우, 「데이터산업법」상 데이터의 개념과 데이터 부정경쟁행위를 규정하고 있는 「부정경쟁방지법」 ‘카목’의 법문만으로는 여전히 보호 대상이 되는 데이터의 개념과 데이터의 부정사용행위에 해당하는 것을 명확히 이해하기 어려운 측면이 있다. 「부정경쟁방지법」과 같은 날 시행 예정인 「데이터 산업진흥 및 이용촉진에 관한 기본법」(이하, “데이터산업법”)은 제12조에서 “누구든지 데이터자산<sup>3)</sup>을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 무단 취득·사용·공개하거나 이를 타인에게 제공하는 행위, 정당한 권한 없이 데이터자산에 적용한 기술적 보호조치를 회피·제거 또는 변경하는 행위 등 데이터자산을 부정하게 사용하여 데이터생산자의 경제적 이익을 침해하여서는 아니 된다.”라고 규정하고 동조 제3항에서 데이터 자산의 부정사용 등 행위에 관한 사항은 「부정경쟁방지법」에서 정한 바에 따르도록 하고 있다. 이러한 규정 구조는 이례적이고 생소한 것이어서 그 해석에 관하여는 논란이 클 것으로 예상된다

1) 대법원 2020. 3. 26. 자2019마6525 결정.

2) 채수근, 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고 - 〈유명인의 인적 식별표시의 무단사용행위 규제〉, 이철규 의원 대표발의(의안번호 제2107846호), 산업통상자원중소벤처기업위원회, 2021, 2면.

3) 데이터산업법 제12조 제1항에 따르면 데이터자산은 “생산자가 인적 또는 물적으로 상당한 투자와 노력으로 생성한 경제적 가치를 가지는 데이터”를 의미.

다.4) 또한 개정 「부정경쟁방지법」은 ‘상당량 축적, 관리’된 데이터를 보호 대상으로 한다는 점에서 「저작권법」 등 기존 법률과의 관계상 중첩 적용되는 부분이 있을 수 있으므로, 다른 법률과의 관계를 면밀히 살펴야 할 필요가 있다.

유명인의 인적 식별표지의 무단사용행위의 경우, 그간 우리 법에는 소위 퍼블리시티권(right of publicity)에 관한 근거규정이 존재하지 않았기 때문에 퍼블리시티권을 독립된 권리로 인정할 수 있는지에 대해서 견해가 대립하였고, 판례들도 일치하지 않았다. 이에 따라 퍼블리시티권의 보호방안으로 「저작권법」, 「부정경쟁방지법」, 「민법」<sup>5)</sup> 등 기존 법률을 개정하거나 독자적 입법에 의해 보호하는 방식 등이 논의되었다. 우리 입법부는 인적 식별 표지에 대한 별도의 권리를 창설하는 대신 유명인의 인적 식별 표지를 침해하는 ‘행위’를 부정경쟁행위의 한 유형으로 포섭시켜, 그 행위를 규제하는 접근 방식을 택하였다. 그러나 개정 「부정경쟁방지법」만으로 퍼블리시티권과 관련한 다양한 입법 방안 논의 시 제기된 여러 쟁점들을 해결하기에는 여의치 않아 보인다. 「부정경쟁방지법」은 저작권이나 특허권이 지적 창작물 자체의 보호를 목적으로 하는 것이 아니고, 권리 창설적 효력이 없기 때문에 권리의 범위, 양도성, 상속성, 존속기간 등 퍼블리시티권과 관련해 제기되어 왔던 많은 문제들이 여전히 남아 있다. 또한, 현재 국회에 계류 중인 「저작권법 전부개정법률안」의 ‘초상등재산권’, 「민법 일부개정법률안」은 개정 「부정경쟁방지법」의 타목의 보호범위와 유사한 면이 있어 이를 법률안을 추이를 주시하며 관련 내용 검토할 필요가 있다.

이에 본 연구는 그간 국내외에서 논의된 다양한 학설 및 판례를 토대로 신설된 부정경쟁행위(데이터 부정사용과 유명인에 대한 인적 식별표지 무단사용)가 입법취지에 부합하면서도 예견 가능하도록 구체적인 해석론을 제시하는 한편, 개정법의 해석 및 적용과 관련하여 제기될 수 있는 쟁점들에 대한 검토를 수행하고자 한다.

4) 이상용, “데이터세트에 대한 배타적 보호”, 인권과정의, Vol. 530, 대한변호사협회, 2022, 129~130면.

5) 물권과 채권이라는 큰 틀 안에서 재산권을 규정하고 있는 「민법」에 새로운 형태의 재산권인 퍼블리시티권을 신설하기 위해서는 민법 체계에 큰 변경을 가져온다는 부담이 있을 수 있다. 또한 인격권에 관한 민법상 근거규정들도 인격권 자체에 관하여 정의하고 기술하는 규정이 아니라 인격권 침해시 구제방법에 관한 규정이다. 따라서 만일 퍼블리시티권 관련 규정을 민법에 신설한다면 인격권에 관한 규정도 넣는 것이 바람직할 것인데, 이는 민법의 대폭적인 개정이 있어야 가능할 것이다(한지영, “부정경쟁방지법에 의한 퍼블리시티권 보호방안에 대한 비판적 검토”, 홍익법학 제17권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2018, 659면).



법·제도 연구

개정 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률의 주요내용 분석  
- 데이터 부정사용행위 및 유명인의 인적 식별표지 무단사용행위를 중심으로 -

## 제2장

# 데이터 부정사용행위

제1절 개정 배경

제2절 카목의 보호 대상이 되는 데이터

제3절 데이터 부정사용행위의 유형

제4절 법적 구제수단



## 제1절 개정 배경

### I 데이터 부정사용행위 신설 배경

종래 우리나라의 데이터 보호 체계에 따르면 ‘비공개된 데이터’는 「부정경쟁방지법」에 따라 영업비밀로, 공개된 데이터 중 소재가 체계적으로 배열·구성되어 있는 ‘정형데이터’는 「저작권법」에 따라 편집저작물 또는 데이터베이스로 보호받을 수 있으나, 소재가 체계적으로 배열·구성되어 있지 않는 ‘비정형 데이터’에 대해서는 명시적인 보호 규정이 없었다.

표 2 | 데이터의 종류 및 법제도적 보호 현황(부정경쟁방지법 개정 전)

구분	비공개 데이터	공개 데이터
정형 데이터	부정경쟁방지법에 따라 영업비밀로서 보호 ① 민사상 손해배상청구권, 금지청구권, 신용회복청구권 ② 형사처벌	저작권법에 따라 편집저작물 또는 데이터베이스로서 보호 - (창작성 有) 사망 다음해부터 70년 - (창작성 無) 제작 완료/갱신한 때로부터 5년간 ① 민사상 손해배상청구권, 금지청구권, 명예회복청구권 ② 형사처벌(5년/5천만 원, 병과 가능)
비정형 데이터	(해외유출 15년/15억 원, 국내유출 10년/5억 원)	< 보호 공백 > 명시적 보호규정은 없으나, 부정경쟁행위로 보호한 판례 있음

(출처: 부정법 일부개정법률안(김경만 의원 대표발의, 의안번호 제2107535호) 검토보고서(2021. 3.))

최근 대법원은 타인이 영업 목적으로 공개한 데이터를 무단으로 수집·유통한 행위에 대하여 구 「부정경쟁방지법」(2021. 12. 7. 법률 제18548호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1호 카목(6)의 보충적 일반조항을 적용하여 부정경쟁행위를 인정한 바 있으나,<sup>6)</sup> 구 「부정경쟁방지법」은 데이터를 부정한 수단으로 취득해서 부당하게 이익을 얻는 등 데이터 무단 수집·이용·유통 행위를 적절히 제재하기에 한계가 있었다. 왜냐하면 구법 제2조 제1호 카목의 성과 등 무단사용행위가 인

6) 구 부정경쟁방지법 제2조(정의)

1. “부정경쟁행위”란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.

가. 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

7) A사가 타 골프장의 조경·코스를 이미지 데이터로 무단생성하여 스크린골프장 운영업체에 제공한 사안에서, 대법원은 상당한 투자나 노력의 성과물인 ‘이미지’를 공정한 상거래 관행이나 경쟁 질서에 반하는 방법으로 무단사용한 행위는 부정경쟁행위에 해당한다고 인정(대법원 2020. 3. 26. 선고 2016다276467 판결).

정되기 위해서는 각 요건을 주장하는 자가 입증하여야 하고, ‘타인의 성과’, ‘공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법’ 등이 제한적으로 해석되어 보호의 폭이 좁아질 수 있으며, 데이터 ‘사용’이 아닌 ‘취득’은 포함되지 않기 때문이다. 특히, 대다수의 데이터가 ‘비정형 데이터’로 존재하고 있는 상황을 고려할 때, 종래 데이터 보호 체계에는 법적 공백이 존재하는 것으로 여겨졌다.

데이터 보호 방안으로, 독자적 권리를 부여하는 방안이 논의되었으나, 데이터 자체는 「민법」상 물건에 해당하지 않아<sup>8)</sup> 소유권이 인정될 수 없다는 점, 다른 법률에 따른 권리와 충돌하여 데이터의 자유로운 이용·유통이 오히려 저해될 수 있다는 점 등이 고려되어, 데이터에 별도의 물권적 ‘권리’를 부여하지 않았다. 대신 「부정경쟁방지법」 개정을 통해 데이터를 부정한 수단으로 취득해서 부당하게 이익을 얻는 등 데이터 무단 수집·이용·유통 행위를 데이터 부정사용행위로 명확하게 규정하고 건전한 데이터 실장질서 확립을 도모하였다.

개정 부정경쟁방지법에는 데이터에 관한 별도의 정의 규정을 두고 있지 않으나, 카목에 의해 보호되는 데이터의 요건을 열거하고, 데이터 부정사용행위로 볼 수 있는 4개의 유형에 대해 명시하였다.

▣ 표 3 ▣ 부정경쟁방지법 제1조 제1호 카목

<p>카. 데이터(「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 정보를 말한다. 이하 같다)를 부정하게 사용하는 행위로서 다음의 어느 하나에 해당하는 행위</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) 접근권이 없는 자가 절취·기망·부정접속 또는 그 밖의 부정한 수단으로 데이터를 취득하거나 그 취득한 데이터를 사용·공개하는 행위</li> <li>2) 데이터 보유자와의 계약관계 등에 따라 데이터에 접근권이 있는 자가 부정한 이익을 얻거나 데이터 보유자에게 손해를 입힐 목적으로 그 데이터를 사용·공개하거나 제3자에게 제공하는 행위</li> <li>3) 1) 또는 2)가 개입된 사실을 알고 데이터를 취득하거나 그 취득한 데이터를 사용·공개하는 행위</li> <li>4) 정당한 권한 없이 데이터의 보호를 위하여 적용한 기술적 보호조치를 회피·제거 또는 변경(이하 “무력화”라 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.</li> </ol>
---

8) 제20대국회에서 ‘데이터’를 물권의 객체가 되는 ‘물건’의 범위에 포함시키는 내용의 「민법 일부개정법률안」(김세연 의원안, 2019. 11. 18. 제23867호)이 발의되었으나 임기만료 폐기됨. 당시 법사위 전문위원실은 데이터에 관한 배타적 지배권을 부여하여 법적 공백을 채우고 데이터 생산자의 권리를 보장하려는 취지에는 공감하나, ① 민법의 적용을 받게 되는 데이터의 범위를 명확히 확정하기 어렵고, ② 현행법상 데이터의 내용과 특성에 따라 저작권, 데이터베이스권, 개인정보자기결정권 등 다양한 형태로 권리를 보호하고 있어 일률적으로 물건으로 취급하는 것은 적절치 않으며, ③ 데이터의 특성상 복제가 쉽고 타인의 이용에 대한 배제성이 없어 점유권을 인정하기 어려운 등 물권의 구체적인 내용과 조화되기 어렵다는 점 등의 이유로 적절치 않다는 의견을 제시함.

한편, 일본은 인공지능 및 빅데이터 시대에 대응하여 데이터를 보호하기 위한 조치로써 2018년 부정경쟁방지법의 개정(2019. 7. 1. 시행)을 통해 ‘한정제공데이터’란 개념을 신설하고, 2019년에는 산업계, 학계 전문가로 구성된 그룹의 논의를 통해 부정경쟁방지법 소위원회 심의를 거쳐 수립된 ‘한정제공데이터에 관한 수립지침(限定提供データに関する指針)’을 발표하였다. 일본 부정경쟁방지법은 우리나라 데이터 부정사용행위의 신설 과정에서 입법 모델이 되었으므로, 일본의 관련 규정 및 해당 규정에 대한 해석에 대해 살펴보는 것은 우리 부정경쟁방지법상 카목의 해석에 중요한 참고자료가 될 수 있다.

## II 일본 부정경쟁방지법상 데이터 보호

2018년 개정된 일본 부정경쟁방지법의 골자는 ① 한정제공데이터의 부정취득·사용 등에 대한 민사적 구제조치의 신설(법 제2조 제1항 제11호~16호, 제2조 제7항, 제19조 제1항 제8호) ② 기술적 제한수단의 효과를 저해하는 행위에 대한 규율의 강화(법 제2조 제1항 제17호·18호, 제2조 제1항, 제19조 제1항 제9호), ③ 증거수집절차의 강화(법 제7조)이다.<sup>9)</sup>

일본 부정경쟁방지법은 한정제공데이터에 대한 정의 규정을 신설하였는데, 이에 따르면 한정제공데이터란 “업으로서 특정인에게 제공하는 정보로서 전자적 방법(전자적 방법, 자기적 방법, 기타 타인의 지각에 따라서는 인식할 수 없는 방법을 말한다. 다음 항에서 같다)에 의해 상당량 축적 및 관리되는 기술상 또는 영업상의 정보(비밀로 관리되는 것을 제외)”를 의미한다(일본 부정경쟁방지법 제2조 제7항). 분설하면 한정제공데이터는 ① 업으로서 특정인에게 제공하는 정보일 것(한정제공 가능), ② 전자적 방법에 의해 관리될 것(전자적 관리성), ③ 상당량 축적될 것(상당 축적성), ④ 기술 또는 영업상의 것일 것, ⑤ 비밀로 관리되지 않는 정보일 것을 요건으로 한다.

한정제공데이터에 대한 부정경쟁행위 유형은 제2조 제1항 제11호~제16호에서 규정하고 있으며, 제17호·18호에서는 우리나라의 기술적 보호조치 무력화에 대응하는 기술적 제한수단의 효과를 저해하는 행위에 대해 규정하고 있다.

9) 한국법제연구원, 「2020년 데이터 지식재산권 보호방안 연구」, 특허청, 2020, 71면.

표 4 | 일본 부정경쟁방지법상 한정제공데이터 부정사용에 관한 규정

제2조(정의) 이 법에서 “부정경쟁”이란 다음과 같다.

11. 절취, 사기, 강박, 그 밖의 부정한 수단으로 한정제공데이터를 취득하는 행위 또는 한정제공데이터 부정취득행위로 취득한 한정제공데이터를 사용하거나 공개하는 행위
12. 그 한정제공데이터에 대하여 한정제공데이터 부정취득행위가 개입한 사실을 알면서 한정제공데이터를 취득하거나 또는 그 취득한 한정제공데이터를 사용하거나 공개하는 행위
13. 그 한정제공데이터를 취득한 후에 한정제공데이터 부정취득행위가 개입한 사실을 알면서 취득한 한정제공데이터를 공개하는 행위
14. 한정제공데이터를 보유한 사업자(이하 “한정제공데이터 보유자”라 한다)가 그 한정제공데이터를 제시한 경우에 부정한 이익을 얻을 목적으로 또는 그 한정제공데이터 보유자에게 손해를 가할 목적으로 그 한정제공데이터를 사용하는 행위(그 한정제공데이터의 관리와 관련된 임무에 위반하여 이행하는 것으로 한정한다) 또는 공개하는 행위
15. 그 한정제공데이터에 대하여 한정제공데이터 부정공개행위(제14호의 경우에 동호에 따른 목적으로 그 한정제공데이터를 공개하는 행위를 말한다. 이하 같다)나 그 한정제공데이터에 대하여 한정제공데이터 부정공개행위가 개입한 사실을 알면서 한정제공데이터를 취득하거나 또는 그 취득한 한정제공데이터를 사용하거나 공개하는 행위
16. 한정제공데이터를 취득한 후에 한정제공데이터 부정공개행위가 있었던 사실 또는 그 한정제공데이터에 대하여 한정제공데이터 부정공개행위가 개입한 사실을 알면서 그 취득한 한정제공데이터를 공개하는 행위
17. 영업상 이용되는 기술적 제한수단[타인이 특정한 외의 사람에게 영상이나 음(音)의 시청, 프로그램의 실행이나 정보(전자적 기록(전자적(電子的) 방식, 자기적(磁氣的) 방식, 그 밖의 사람의 지각으로는 인식할 수 없는 방식으로 작성된 기록으로서, 컴퓨터에 의한 정보처리용으로 제공되는 것을 말한다)에 기록된 것으로 한정한다. 이하 이 호, 제18호 및 제8항에서 같다)의 처리 또는 영상, 음, 프로그램, 그 밖의 정보를 기록하지 아니하도록 이용하는 것을 제외한다]로 인하여 제한된 영상이나 음의 시청, 프로그램의 실행이나 정보의 처리 또는 영상, 음, 프로그램, 그 밖의 정보의 기록(이하 이 호에서 “영상의 시청 등”이라 한다)을 해당 기술적 제한수단의 효과를 방해함으로써 가능하게 하는 기능을 가진 장치(해당 장치를 장착한 기기 및 해당 장치의 부품세트로써 용이하게 조립할 수 있는 것을 포함한다), 해당 기능을 가진 프로그램(해당 프로그램이 다른 프로그램과 결합된 것을 포함한다)이나 명령부호(컴퓨터에 대한 명령으로서 해당 명령으로 하나의 결과를 얻을 수 있는 것을 말한다. 제18호에서 같다)를 기록한 기록매체나 저장한 기기를 양도·인도, 양도나 인도를 위하여 전시·수출·수입하거나 해당 기능을 가진 프로그램이나 명령부호를 전기통신회선을 통하여 제공하는 행위(해당 장치 또는 프로그램에 해당 기능 외의 기능이 동시에 있는 경우에는 영상의 시청 등을 그 기술적 제한수단의 효과를 방해함으로써 가능하게 하는 용도로 제공하기 위하여 시행하는 것으로 한정한다) 또는 영상의 시청 등을 그 기술적 제한수단의 효과를 방해함으로써 가능하게 하는 서비스를 제공하는 행위
18. 타인이 특정한 외의 사람에게 영상이나 음의 시청, 프로그램의 실행이나 정보의 처리 또는 영상, 음, 프로그램, 그 밖의 정보를 기록하지 아니하도록 영업상 이용하는 기술적 제한수단으로 인하여 제한되는 영상이나 음의 시청, 프로그램의 실행이나 정보의 처리 또는 영상, 음, 프로그램, 그 밖의 정보의 기록(이하 이 호에서 “영상의 시청 등”이라 한다)을 해당 기술적 제한수단의 효과를 방해함으로써 가능하게 하는 기능을 가진 장치(해당 장치를 장착한 기기 및 해당 장치의 부품세트로써 용이하게 조립할 수 있는 것을 포함한다), 해당 기능을 가진 프로그램(해당 프로그램이 다른 프로그램과 결합된 것을 포함한다), 명령부호를 기록한 기록매체나 저장한 기기를 해당 특정한 외의 사람에게 양도·인도, 양도나 인도를 위하여 전시·수출 또는 수입하거나 해당 기능을 가진 프로그램이나 명령부호를 전기통신회선을 통하여 제공하는 행위(해당 장치 또는 해당 프로그램에 해당 기능 외의 기능이 동시에 있는 경우에는 영상의 시청 등을 그 기술적 제한수단의 효과를 방해함으로써 가능하게 하는 용도로 제공하기 위하여 실시하는 것으로 한정한다) 또는 영상의 시청 등을 해당 기술적 제한수단의 효과를 방해함으로써 가능하게 하는 서비스를 제공하는 행위

위 조문을 구분하여 정리하면 다음의 표와 같다.

	부정취득·사용·개시	악의의 사전적 전득	악의의 사후적 전득	기술적 제재수단
부정취득	11호	12호	13호	18·19호
현저한 신의칙위반	14호	15호	16호	

위 표에 대응하여 우리나라 부정경쟁방지법 카목의 데이터 부정사용행위를 정리해 보면 다음과 같다.

	부정취득·사용·공개	악의의 사전적 전득	악의의 사후적 전득	기술적 보호조치
부정취득	카목 1)	카목 3)	-	카목 4)
신의칙위반	카목 2)		-	

우리나라의 부정경쟁방지법상 데이터 부정사용행위 관련 조항은 일본의 부정경쟁방지법상 한정제공데이터의 보호에 관한 규정을 많은 부분 참고한 것은 사실이나, 구체적 규정의 표현이나 다른 조항과의 해석과 관련하여 차이가 있다. 따라서 데이터 부정사용행위의 해석에 있어 일본의 부정경쟁방지법 및 한정제공데이터 지침을 참고하되, 양자 간 차이로 달리 해석될 수 있는 부분에 대해서도 함께 검토한다.

## 제2절

# 카목의 보호 대상이 되는 데이터

## I 개요

### 1. 카목 데이터의 정의

「부정경쟁방지법」은 데이터에 대한 별도의 정의 규정을 두고 있지 않다. 당초 개정안에는 “이 법에서 보호하는 데이터란 업으로서 특정인 또는 특정 다수에게 제공되는 것으로, 전자적 방법으로 상당량 축적·관리되고 있으며, 비밀로서 관리되고 있지 않는 기술상 또는 영업상의 정보를 말한다.”라는 규정이 있었다. 그러나 법률 개정 과정에서 “다수의 법률에서 ‘데이터’라는 동일 용어를 사용하면서 그 정의를 달리 규정할 경우 수범자에게 혼란을 줄 소지가 있으므로, 이 법에서 보호하는 데이터의 성격에 부합하는 다른 용어를 사용하거나 「데이터 기본법(안)」에 따른 ‘데이터’의 정의를 인용하여 규정하는 방안을 검토해볼 필요가 있다.”는 의견이 제시됨에 따라, 결과적으로 개정법에서는 데이터 정의 규정이 제외되었다.

「부정경쟁방지법」 카목에 의해 보호되는 데이터는 “「데이터산업법」 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”이다. 「데이터산업법」 제2조 제1호는 데이터를 “다양한 부가가치 창출을 위하여 관찰, 실험, 조사, 수집 등으로 취득하거나 정보시스템 「소프트웨어 진흥법」 제2조 제1호에 따른 소프트웨어 등을 통하여 생성된 것으로서 광(光) 또는 전자적 방식으로 처리될 수 있는 자료 또는 정보”라고 정의하고 있다.

이를 다시 정리하면, 「부정경쟁방지법」 카목에 의한 보호 대상이 되는 데이터는 ① 다양한 부가가치 창출을 위하여 관찰, 실험, 조사, 수집 등으로 취득하거나 정보시스템 및 「소프트웨어 진흥법」 제2조 제1호에 따른 소프트웨어 등을 통하여 생성될 것, ② 광(光) 또는 전자적 방식으로 처리될 수 있는 자료 또는 정보일 것, ③ 업(業)으로서 특정인 또는 특정 다수에게 제공될 것, ④ 전자적 방법으로 상당량 축적·관리될 것, ⑤ 비밀로서 관리되고 있지 않을 것, ⑥ 기술상 또는 영업상의 정보일 것을 요한다.

## 2. 구별 개념

카목은 모든 데이터를 보호 대상으로 삼고 있지 않으며, 위의 요건을 갖춘 데이터만이 카목의 보호 대상이 된다. 예컨대 불특정인에게 무상으로 널리 제공되거나, 비밀로서 관리되는 데이터 등은 카목의 적용 대상이 아니다. 비밀로서 관리되는 데이터는 「부정경쟁방지법」상 영업비밀로서 보호될 수 있고, 공개된 데이터 소재가 체계적으로 배열·구성되어 있는 ‘정형데이터’는 「저작권법」<sup>10)</sup>에 따라 편집저작물 또는 데이터베이스로서 보호받을 수 있으며, 소재가 체계적으로 배열·구성되어 있지 않은 ‘비정형 데이터’는 「부정경쟁방지법」 타목의 보호 대상이 된다.

따라서 카목의 보호 대상이 되는 데이터를 구별하기 위해서는 정형데이터, 비정형데이터, 편집저작물, 데이터베이스 등에 대한 개념 구분이 필요하다.

일반적으로 정형 데이터는 미리 정해 놓은 형식과 구조에 따라 저장되도록 구성된 데이터로, 비정형 데이터와는 달리 정해진 형식과 저장 구조를 바탕으로 손쉽게 데이터에 대한 부분 검색 및 선택, 갱신, 삭제 등의 연산을 수행할 수 있어 주로 정형화된 업무 또는 서비스에 사용된다.<sup>11)</sup> 주로 고객 데이터, 매출 데이터 등이 이에 해당된다.

비정형 데이터는 정의된 구조가 없어 정형화되지 않은 데이터로, 대표적인 비정형 데이터에는 동영상 파일, 오디오 파일, 사진, 보고서(문서), 메일 본문 등이 있다. 비정형 데이터는 지속적으로 생성되는 데이터 중 가장 큰 비중을 차지하고 있으며, 데이터가 생성되는 시간대의 다양한 사회적, 문화적, 공간적 현상들을 반영하고 있기 때문에 마케팅, 비즈니스 인텔리전스(BI) 등의 분야에서 매우 중요하다.<sup>12)</sup>

10) 「저작권법」 제2조(정의)

17. “편집물”은 저작물이나 부호·문자·음·영상 그 밖의 형태의 자료(이하 “소재”라 한다)의 집합물을 말하며, 데이터베이스를 포함한다.

18. “편집저작물”은 편집물로서 그 소재의 선택·배열 또는 구성에 창작성이 있는 것을 말한다.

19. “데이터베이스”는 소재를 체계적으로 배열 또는 구성한 편집물로서 개별적으로 그 소재에 접근하거나 그 소재를 검색할 수 있도록 한 것을 말한다.

제6조(편집저작물) ① 편집저작물은 독자적인 저작물로서 보호된다.

제93조(데이터베이스제작자의 권리) ① 데이터베이스제작자는 그의 데이터베이스의 전부 또는 상당한 부분을 복제·배포·방송 또는 전송(이하 이 조에서 “복제등”이라 한다)할 권리를 가진다.

11) 한국정보통신기술협회 정보통신용사전.

<[http://terms.tta.or.kr/dictionary/dictionaryView.do?word\\_seq=175128-2](http://terms.tta.or.kr/dictionary/dictionaryView.do?word_seq=175128-2)>

12) 한국정보통신기술협회 정보통신용사전.

<[http://terms.tta.or.kr/dictionary/dictionaryView.do?word\\_seq=045801-7](http://terms.tta.or.kr/dictionary/dictionaryView.do?word_seq=045801-7)>

정형데이터				비정형데이터
<b>ID</b>	<b>Name</b>	<b>AGE</b>	<b>SEX</b>	
01	KIM	32	M	
02	LEE	26	F	
03	PARK	72	F	
04	CHOI	15	M	

〈출처: TTA 정보통신용어사전〉

편집저작물 편집물로서 그 소재의 선택·배열 또는 구성에 창작성이 있는 것(저작권법 제2조 제18호)을 의미한다. 이때 편집물은 저작물이나 부호·문자·음·영상 그 밖의 형태의 자료의 집합물을 말하며, 데이터베이스를 포함한다(저작권법 제2조 제17호).

데이터베이스는 소재를 체계적으로 배열 또는 구성한 편집물로서 개별적으로 그 소재에 접근하거나 그 소재를 검색할 수 있도록 한 것을 말한다(저작권법 제2조 제17호). 편집저작물과 데이터베이스의 소재나 구성 부분에 저작물성이 있을 것을 요하지 않는다.

다만, 실제 사건에서 정형 데이터와 비정형 데이터를 구분하는 것은 쉽지 않아 보이며, 대체로 「부정경쟁방지법」상 부정경쟁행위와 「저작권법」상 데이터베이스 침해행위가 함께 주장되고 있다.

## II 데이터산업법 제2조 제1호에 따른 데이터일 것<sup>13)</sup>

「데이터산업법」 제2조 제1호는 데이터를 “다양한 부가가치 창출을 위하여 관찰, 실험, 조사, 수집 등으로 취득하거나 정보시스템 및 「소프트웨어 진흥법」 제2조 제1호에 따른 소프트웨어 등을 통하여 생성된 것으로서 광(光) 또는 전자적 방식으로 처리될 수 있는 자료 또는 정보”라고 정의하고 있다.

### 1. 다양한 부가가치 창출의 위하여

‘다양한 부가가치 창출의 위하여’는 문언상 데이터를 취득 또는 생성한 자에게 주관적 요건이

13) 표 처리된 예시는 經濟産業省, 「限定提供データに関する指針」, 平成31年1月23日(最終改訂: 令和4年5月)을 참고하여 정리.

있을 것으로 해석될 여지가 있다. 그러나 이 요건은 일반적으로 데이터의 취득 또는 생성의 목적이 일정한 경제적 가치의 창출에 있다는 점에서 본다면 실질적인 의미는 없는 것으로 이해된다. 따라서 관찰, 실험 조사, 수집 등으로 취득하거나 정보시스템 및 소프트웨어 등으로 생성된 자료나 정보가 향후 경제적 부가가치를 창출할 가능성이 있으면 충분하다고 이해하는 것이 바람직하다.<sup>14)</sup>

## 2. 관찰 등으로 취득하거나 정보시스템 및 소프트웨어 등을 통해 생성

‘관찰, 실험, 조사, 수집 등으로 취득하거나 정보시스템 및 「소프트웨어 진흥법」 제2조 제1호에 따른 소프트웨어<sup>15)</sup> 등을 통하여 생성된 것’은 데이터 취득 및 생성에 대하여 예시적으로 열거한 것으로 이해된다.

## 3. 광(光) 또는 전자적 방식으로 처리될 수 있는 자료 또는 정보

‘광(光) 또는 전자적 방식으로 처리될 수 있는 자료 또는 정보’의 경우, 통상 수집 등으로 취득하거나, 소프트웨어 등으로 생성된 데이터를 이용하기 위해서는 각종 전자적(電子的)·자기적(電磁的) 매체에 기록·저장을 하고 유선(동축 케이블, 광통신 케이블 등) 또는 무선 통신 기술을 통하여 유통하는 것이 일반적이라는 점에서, 데이터의 유통과 거래의 측면을 염두한 규정이다.<sup>16)</sup>

### III 업(業)으로서 특정인 또는 특정 다수에게 제공될 것<sup>17)</sup>

#### 1. 업으로서

‘업으로서’는 어떤 자의 행위가 사회통념상 사업의 수행·일부로서 행해지고 있다고 할 정도의 것인 경우를 말한다. 반복 계속적으로 이루어지는 사업의 일환으로서 데이터를 제공하고 있는 경우 또는 아직 실제로는 제공하지 않은 경우라도 데이터 보유자에게 그러한 사업의 일환으로서 데

14) 김훈건, “데이터에 관한 개정 부정경쟁방지법의 비판적 검토”, 법학논총 제39집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2022, 262면 ; 차상욱, “2021년 개정 부정경쟁방지법상 데이터 보호와 부정사용행위의 규제”, 정보법학 제26권 제2호, 한국정보법학회, 2022, 43면.

15) 컴퓨터, 통신, 자동화 등의 장비와 그 주변장치에 대하여 명령·제어·입력·처리·저장·출력·상호작용이 가능하게 하는 지시·명령(음성이나 영상정보 등을 포함한다)의 집합과 이를 작성하기 위하여 사용된 기술서(記述書)나 그 밖의 관련 자료

16) 김훈건, “데이터에 관한 개정 부정경쟁무방지법의 비판적 검토”, 법학논총 제39집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2022, 263면.

17) 표 처리된 예시는 經濟産業省, 「限定提供データに関する指針」, 平成31年1月23日(最終改訂: 令和4年5月)을 참고하여 정리.

이터를 제공할 의사가 인정되는 것이라면, 본 요건에 해당한다. 사업으로서 제공하고 있는 경우는 기본적으로는 본 요건에 해당되며, 본 요건을 충족시키기 위해서 특정 데이터를 반복 계속적으로 제공하고 있는 것을 요구하는 것은 아니다.<sup>18)</sup>

무상으로 제공하는 경우나 개인이 제공하는 경우라도 반복 계속적으로 행해지고 있는 행위가 사회통념상 사업의 수행·일부로 행해지고 있다고 할 정도의 것이라면 ‘업으로서’의 요건에 해당할 수 있다.<sup>19)</sup>

▣ 표 5 ▣ 업으로서의 예시

- 데이터 보유자가 반복적으로 데이터를 제공하고 있는 경우(각자에게 1회씩 복수자에게 제공하고 있는 경우나 고객별로 커스터마이징하여 제공하고 있는 경우도 포함)
- 데이터 보유자가 다음 달부터 데이터 판매를 개시한다는 뜻을 홈페이지 등에서 공표한 경우
- 컨소시엄 내에서 데이터 보유자가 컨소시엄 구성원에게 제공하고 있는 경우

## 2. 특정한 또는 특정 다수

‘특정한 또는 특정 다수’란 일정 조건하에서 데이터 제공을 받는 자를 의미하며, 데이터 제공을 받는 자의 수는 무관하다. 그러나 일정한 조건을 부가한다고 하더라도 데이터를 제공받을 수 있는 조건이나 절차가 느슨하면 특정성의 요건을 만족하지 못하는 결과가 초래될 수 있다.<sup>20)</sup> 따라서 계약에 의한 데이터 제공 시 ‘제3자에 대한 계약상 지위 이전 금지’, ‘제3자에 대한 데이터 재이용허락의 제한’ 등의 규정을 마련하는 것이 중요하며,<sup>21)</sup> 데이터를 제공받는 자에 대한 본인 확인 절차를 엄격히 하는 등의 조치가 필요하다. 따라서 데이터를 ‘카목’으로 보호받고자 한다면 계약서나 이용규약을 보는 것만으로는 불충분하고 데이터로의 접근에 관한 설계를 점검할 필요가 있다.<sup>22)</sup>

▣ 표 6 ▣ 특정한 또는 특정 다수의 예시

- 회비를 내면 누구나 제공받을 수 있는 데이터에 대하여 회비를 내고 제공받는 자
- 자격을 만족한 자만이 참가하는, 데이터를 공유하는 컨소시엄에 참가하는 자

18) 經濟産業省, 「限定提供データに関する指針」, 平成31年1月23日(最終改訂: 令和4年5月), 9頁.

19) 經濟産業省, 「限定提供データに関する指針」, 平成31年1月23日(最終改訂: 令和4年5月), 9~10頁.

20) 김훈건, “데이터에 관한 개정 부정경쟁방지법의 비판적 검토”, 법학논총 제39집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2022, 264면.

21) 重富貴光, “限定提供データ保護について”, パテント Vol.73 No.8(別冊 第23号), 日本弁理士会, 2020, 61頁.

22) 차상욱, “2021년 개정 부정경쟁방지법상 데이터 보호와 부정사용행위의 규제”, 정보법학 제26권 제2호, 한국정보법학회, 2022, 45면.

### 3. 제공

‘제공한다’는 데이터를 특정한 또는 특정 다수가 이용할 수 있는 상태에 두는 것을 의미하며, 실제로 데이터를 제공하고 있는 경우뿐만 아니라 그 데이터를 제공하는 의사가 인정되는 경우에도 본 요건을 충족한다.

표 7 | 제공의 예시

<ul style="list-style-type: none"> <li>• 대량으로 축적되어 있는 데이터에 대하여 각 고객의 요구에 응하여 고객마다 일부 데이터를 제공하고 있는 경우에는 대량으로 축적되어 있는 데이터 전체에 대하여 본 요건을 충족하는 것으로 인정</li> <li>• 클라우드상에서 보유하고 있는 데이터에 대하여 고객이 해당 클라우드에 접근하는 것을 인정하는 경우</li> </ul>
---

### 4. 공중에게 널리 무상으로 제공되는 데이터의 문제

일본 「부정경쟁방지법」은, 공중에게 널리 무상으로 제공되는 오픈데이터는 한정제공데이터에 대한 규정이 적용되지 않음을 명시적으로 밝히고 있다. 아래의 표에서 회색 바탕으로 표시된 부분이 무상으로 공중에게 제공된 정보, 즉 오픈데이터의 예에 해당된다.

표 8 | 무상으로 공중에게 제공되는 정보의 예

외부에 제공하는 정보	유상	무상
공중 이용 불가 (특정인만 접근 가능)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 제휴 기업과 공유하는 고객 명부</li> <li>• 선박 데이터를 공유하는 컨소시엄 내에서 유료 제공되는 데이터</li> <li>• 유료 회원을 위한 자동 주행용 지도 데이터</li> <li>• 유료 회원을 위한 재판 판결(예: 데이터)</li> <li>• 유료회원 전용 뉴스 사이트에서 공유되는 기사</li> <li>• 자신이 저장하는 데이터를 제공하는 것으로 참가가 인정되는 컨소시엄에서 제공되는 데이터</li> <li>• 카 내비게이션을 구입한 사용자에게만 추가 제공되는 지도 갱신 데이터</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 업계 단체 내에서 그 회원이면 이용할 수 있는 데이터</li> <li>• 전용 어드레스를 알고 있는 자만 열람할 수 있는 파일 공유 사이트에 업로드된 화상 데이터</li> <li>• 등록 무료인 취직 활동 정보 사이트의 구인 정보</li> </ul>

외부에 제공하는 정보	유상	무상
공중 이용 가능 (누구나 접속 가능)	<ul style="list-style-type: none"> <li>CD-ROM으로 시판 중인 산업조사 보고 데이터(ID·비밀번호 등에 의한 사용자 인증 기술이 되어 있지 않은 데이터)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>정부 제공 통계 데이터</li> <li>지도회사가 제공하는 피난소 데이터</li> <li>인터넷상으로 자유롭게 열람할 수 있는 한편, 인용하는 경우에는 출전을 명시하는 것이 요구되는 데이터</li> <li>희망하면 누구나 제공받을 수 있는 데이터이며, 데이터의 송료 등 실비 지불은 필요하지만 데이터 자체에 대하여 금전 지불은 요구되지 않는 데이터</li> <li>인터넷상에서 누구나 무상으로 열람 가능하며, 운영자는 광고에 의한 수입을 얻고 있는 데이터</li> <li>자유롭게 열람 및 이용이 가능한 한편, 이용 후 성과도 공중에 대한 이용을 가능하도록 할 것이 요구되는 학습용 데이터</li> </ul>

(출처: 일본 한정제공데이터에 관한 지침 개정안(2022))

반면, 23) 우리 부정경쟁방지법에는 적용제외에 관한 규정이 없다. 하지만 불특정 다수에게 제공되는 오픈데이터는 우리 부정경쟁방지법 타목에서 규정하고 있는 ‘특정인 또는 특정다수’에게 제공되는 데이터일 것이라는 요건을 충족하지 못하므로, 오픈데이터는 우리 부정경쟁방지법 카목에 의한 보호를 받지 못한다고 해석함이 타당하다.

## IV 전자적 방법으로 상당량 축적·관리될 것<sup>24)</sup>

### 1. 전자적 방법

‘전자적 방법으로 상당량 축적·관리될 것’은 ‘전자적 방법으로 상당량 축적’되고, ‘전자적 방법으로 관리’될 것을 의미하는 것으로 볼 수 있다.

본 요건은 빅데이터 등을 염두하여, 유용성을 가지는 정도로 축적된 전자 데이터를 보호하고자 하는 데 목적이 있다는 점에서, ‘전자적 방법’은 전자 데이터의 특성을 감안한 규정으로 이해되고 있다.

23) 일본 부정경쟁방지법 제19조(적용제외 등)

① 제3조부터 제15조까지, 제21조(제2항 제7호와 관련된 부분을 제외한다) 및 제22조는 다음 각 호의 부정경쟁의 구분에 따라 해당 각 호에서 정하는 행위에 대하여는 적용하지 아니한다.

8. 제2조 제1항 제11호부터 제16호까지의 부정경쟁: 다음 중 어느 하나에 해당하는 행위

로(口)목. 그 상당량 축적되어 있는 정보가 무상으로 공중에게 이용 가능하게 되어 있는 정보와 동일한 한정제공데이터를 취득하거나 그 취득한 한정제공데이터를 사용하거나 혹은 개시하는 행위

24) 표 처리된 예시는 經濟産業省, 「限定提供データに関する指針」, 平成31年1月23日(最終改訂: 令和4年5月)을 참고하여 정리.

## 2. 상당량의 축적

‘상당량’은 각각의 데이터의 성질에 따라 판단되지만 사회통념상 전자적 방법에 의해 축적됨으로써 가치를 갖는 것이 이에 해당된다. 그 판단에 있어서는 해당 데이터가 전자적 방법에 의해 축적됨으로써 창출되는 부가가치, 이용·활용의 가능성, 거래 가격, 데이터의 창출·수집·해석·관리에 있어서 투입된 노력·시간·비용 등이 고려될 수 있다.<sup>25)</sup>

또한 보유자가 관리하고 있는 데이터의 일부가 제공되는 경우, 그 일부에 대해 축적됨으로써 창출되는 부가가치, 이용·활용의 가능성, 거래 가격, 데이터의 창출·수집·해석·관리에 있어서 투입된 노력·시간·비용 등을 감안하여, 이에 따라 해당 일부에 대해 축적되어 가치가 발생하는 경우는 상당히 축적성이 있는 것으로 판단된다.<sup>26)</sup>

한편, 문언상 ‘상당량’이라는 표현을 사용하고 있지만, 본 요건이 데이터 창출·수집 등에 대한 노력·시간·비용 등을 고려하고 있음을 비추어 볼 때, ‘양’뿐만 아니라 ‘질’도 고려 요소가 될 수 있다고 본다.<sup>27)</sup> 데이터가 객관적으로 보아 ‘상당량’이라고 평가할 수 있는 상태에 이른 경우에는, ‘상당량’에 이른 데이터의 축적 과정(언제, 누구에 의하여, 어떻게 데이터가 축적되었는가)에 관한 자세한 사항을 별도로 따져볼 필요 없이, ‘상당량’에 관한 요건이 만족된다고 할 수 있다. 이런 점에서 데이터가 어느 하나의 당사자에 의해서만 축적될 필요는 없다고 할 것이다.<sup>28)</sup>

표 9 | 상당량의 축적을 충족하는 예시

<ul style="list-style-type: none"> <li>• 휴대전화의 위치 정보를 전국 지역에서 축적하고 있는 사업자가 특정 지역(예: 가스미가세키 지역) 단위로 추출해 판매하고 있는 경우, 그 특정 지역분의 데이터에 대해서도 전자적 방법에 의해 축적됨으로써 거래상의 가치를 가지고 있다고 생각되는 데이터</li> <li>• 자동차의 주행 이력을 바탕으로 만들어지는 데이터베이스에 대해 실제로는 해당 데이터베이스를 전체적으로 제공하고 있으며, 그중 일부를 추출하여 제공하지 않는 경우에도 전자적 방법에 의해 축적됨으로써 가치가 발생하는 일부분의 데이터</li> <li>• 대량으로 축적되고 있는 과거의 기상 데이터에서 노력, 시간, 비용 등을 들여 태풍에 관한 데이터를 추출, 해석함으로써 특정 지역의 태풍에 관한 경향을 정리한 데이터</li> <li>• 분석·해석에 노력·시간·비용 등을 들여 작성한 특정 프로그램을 실행시키기 위해 필요한 데이터의 집합물</li> </ul>
--

25) 經濟産業省, 「限定提供データに関する指針」, 平成31年1月23日(最終改訂: 令和4年5月), 10~11頁.

26) 經濟産業省, 「限定提供データに関する指針」, 平成31年1月23日(最終改訂: 令和4年5月), 11頁.

27) ‘상당량’이라는 문언은, 데이터의 창출·수집 등에 대한 투자자본(노력·시간을 포함한다)에 주목하는 것이므로, 단순히 ‘양’의 다과가 아닌 ‘질’을 따져 묻는 경우도 있을 수 있다(岡村久道, “平成30年改正不正競争防止法によるデータ保護”, JURIST 1525号, 有斐閣, 2018, 18頁.)

28) 김훈건, “데이터에 관한 개정 부정경쟁방지법의 비판적 검토”, 법학논총 제39집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2022, 266면.

### 3. 전자적 관리

‘전자적 방법으로 관리(전자적 관리성)’ 될 것을 요하는 취지는 데이터 보유자가 데이터를 제공할 때 특정인에게 제공하는 것으로 관리할 의사를 외부에 명확히 함으로써 특정인 이외의 제3자의 예전 가능성과 경제활동의 안정성을 확보하는 데 있다.<sup>29)</sup>

전자적 방법으로 관리되고 있음이 인정되기 위해서는 데이터 제공 시 행해지고 있는 관리 조치에 의해 해당 데이터가 특정인에 대해서만 제공하는 것으로 관리한다는 보유자의 의사를 제3자가 인식할 수 있어야 한다. 전자적 관리가 있었는지에 대한 판단은 데이터 제공 시에 이루어진 관리조치에 의해 판단되며, 실제로 데이터의 제공을 개시하지 않았더라도 객관적으로 볼 때 실제 제공 시 전자적 관리를 예정하고 있음이 인정된다면 전자적 관리성을 충족한 것으로 볼 수 있다. 관리조치의 구체적인 내용·관리 정도는 기업의 규모·업태, 데이터의 성질이나 기타 사정에 따라 다르지만, 제3자가 일반적으로 용이하게 인식할 수 있는 관리일 필요가 있다. 이때의 ‘관리’는 데이터 보유자와 해당 보유자로부터 제공을 받은 자(특정인 또는 특정 다수) 이외의 사람이 데이터에 접근할 수 없도록 하는 조치(접근 제한)를 의미하며, ID와 패스워드, IC카드, 특정 단말기, 토큰, 생체 정보, 전용 회선에 의한 전송 등이 그 예에 해당될 수 있다.

하지만 복제를 할 수 없는 조치가 되었으나 접근 제한은 되어 있지 않은 경우나, 데이터의 전용 관리가 이루어지지 않은 경우에는 전자적으로 관리되고 있는 것으로 판단되지 않는다.

#### ▮ 표 10 ▮ 전자적 관리를 충족하지 못하는 예시

- DVD로 제공되는 데이터에 대하여, 해당 데이터의 열람은 가능하지만 복사를 할 수 없는 장치가 되어 있는 경우
- 데이터의 제공을 희망하는 자가 해당 데이터를 취득하기 위해서는 다른 작업을 할 수도 있는 방에 설치된 PC에 물리적으로 접근할 필요가 있는 경우, 데이터 자체에는 전자적 관리가 이루어지지 않고, 해당 방의 출입만을 전자적으로 관리하고 있는 경우
- 다양한 용도에 제공되는 단말기(휴대전화, PC)를 개인이 보유하고 있는데, 그 단말기의 기동이 패스워드 등에 의해 관리되고 있는 것에 머무르는 경우

29) 經濟産業省, 「限定提供データに関する指針」, 平成31年1月23日(最終改訂: 令和4年5月), 11頁.

## V 비밀로서 관리되고 있지 않을 것<sup>30)</sup>

영업비밀은 “공공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로, 비밀로 관리된 생산방법, 판매방법, 그 밖에 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보”라고 정의되며, 비공지성, 독립된 경제적 가치성, 비밀관리성을 성립 요건으로 하고 있다. 개정법은 비밀로서 관리되는 데이터를 카목의 보호 대상에서 제외함으로써 ‘영업비밀’과 ‘데이터’의 중복 보호를 피하였다. 영업비밀은 사업자가 비밀로 관리하는 정보를 부정사용으로부터 보호하는 데에 목적이 있는 반면, 카목의 데이터 부정사용 금지의 사업자가 일정한 조건을 충족하는 특정인에게 제공한 데이터의 부정사용을 보호하는 규정이라는 점에 차이점이 있다.

비밀관리성은 “그 정보가 비밀이라고 인식될 수 있는 표시를 하거나 고지를 하고, 그 정보에 접근할 수 있는 대상자나 접근 방법을 제한하거나 그 정보에 접근한 자에게 비밀준수의무를 부과하는 등 객관적으로 그 정보가 비밀로 유지·관리되고 있다는 사실이 인식 가능한 상태인 것”을 의미한다.<sup>31)</sup> 비밀관리성이 인정된다면 영업비밀로 보호될 수는 있지만, 카목의 데이터 부정사용 행위 금지 조항에 의한 보호는 받을 수 없다. 다만, 영업비밀로 데이터를 보호받는 경우에는 카목과 달리 전자적으로 상당량 축적·관리될 것을 요하지 않는다. 이처럼 비밀관리성의 충족 여부에 따라 데이터에 대한 법적 보호 수단이 달라지므로, 비밀관리성을 충족하는지에 대한 판단이 중요하다.

그런데 카목에 의한 보호를 받기 위해서는 ‘전자적으로 관리’될 것을 요하고, 이때의 관리는 ‘데이터 보유자와 해당 보유자로부터 제공을 받은 자(특정인 또는 특정 다수) 이외의 사람이 데이터에 접근할 수 없도록 하는 조치(접근 제한)’를 의미한다는 점에서 본다면, 실무상 영업비밀의 성립요건으로서의 ‘비밀관리성’과의 구별이 문제될 수 있다. 일본 한정제공데이터 지침에서는 비밀관리성에 대하여 다음과 같이 설명하고 있다.

한정제공데이터에 대해서도 ID·패스워드 등에 의한 전자적 관리, 제공처에 대한 ‘제3자 공개 금지’의 의무를 부과하는 등의 조치가 이루어지는 경우가 있을 수 있다. 그러나 이러한 조치가 대가를 확실히 얻는 것 등을 목적으로 하는 것에 그치고, 그 목적이 충족되는 한 누구에게 데이터가 알려져도 좋다는 방침하에 행해지고 있는 경우에는 이들 조치는 비밀로 관리하는 의사에 근거한 것이 아니며, 해당 의사를 객관적으로 인식할 수 있는 것도 아니다. 따라서 그러한 경우에는 법 제2조 제7항의 한정제공데이터의 정의에 규정되는 ‘비밀로서 관리되고 있는 것을 제외한다’의 ‘비밀로서 관리되고 있는’ 것에는 해당하지 않는다.<sup>32)</sup>

30) 표 처리된 예시는 經濟産業省, 「限定提供データに関する指針」, 平成31年1月23日(最終改訂: 令和4年5月)을 참고하여 정리.

31) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도3435 판결.

이를 참고하여 보면, 데이터에 제한 접근 조치를 하더라도, 이로써 바로 비밀관리성이 인정되는 것은 아니며, 데이터 보유자가 일정한 조건에 따라 데이터를 공개할 의사가 있다고 볼 수 있는 경우에는 비밀관리성이 인정되지 않는다고 볼 수 있다. 비밀관리성의 요건을 충족하였는지 여부를 평가함에 있어서는 영업비밀을 취득하려고 하거나 비밀을 공개 받게 되는 제3자 또는 비밀 유지의무를 부담하는 자가 그 정보를 비밀로서 관리하기 위하여 부가된 수단으로부터 해당 정보가 영업비밀로서 보호되고 있는 정보임을 인식할 수 있는가가 중요한 기준이 될 것이다.<sup>32)</sup>

▣ 표 11 ▣ 비밀관리성이 인정되는 예시

- 자신의 생산 공정의 일부를 외부 사업자에게 위탁하는 경우에, 해당 외부 사업자에 대하여 그 데이터를 이용할 때 비밀로서 관리할 의무를 부과하고, 해당 데이터를 기록한 매체를 제공하는 경우
- 한정된 몇 개 회사만을 멤버로 하는 공동연구개발을 위한 컨소시엄에서 멤버 기업이 해당 연구에 필요한 실험 데이터를 컨소시엄 내에서 제공할 때, 비밀로서 관리하는 의무를 부과한 후 해당 데이터에 접근할 수 있는 ID·비밀번호를 부여하는 경우

▣ 표 12 ▣ 비밀관리성이 부정되는 예

- 요금을 지불하면 회원이 될 수 있는 회원한정 데이터베이스 제공 사업자가 회원에게 해당 데이터에 접근할 수 있는 ID·비밀번호를 부여하는 경우(‘제3자 개시금지’ 의무가 부과되어 있다고 해도 ‘비밀로서 관리되고 있는’ 것에는 해당하지 않음)
- 특정한 업계에 소속되어 있다면 신청하는 것만으로 회원이 될 수 있는 컨소시엄이 회원으로부터 데이터를 수집한 후, 회원에게 해당 데이터에 접근할 수 있는 ID·비밀번호를 부여하는 경우(‘회원 이외의 사람에 대한 개시금지’ 의무가 부과되어 있었다고 해도 ‘비밀로서 관리되고 있는’ 것에는 해당하지 않음)

한편, 비밀로서 관리되고 있으나 공지된 데이터에 대해서는 보호의 공백이 발생될 여지가 있다는 견해도 있다. 이 견해는 공지의 정보이지만 비밀로 관리되는 경우에는 비공지성을 만족하지 못하므로 영업비밀에 의한 보호가 불가능하고, 비밀로 관리되지 않을 것을 만족하지 못하므로 데이터에 관한 부정경쟁행위로도 보호를 받지 못한다<sup>34)</sup>는 점에 주목하고 있다. 그리고 이에 대하여 “데이터에 관하여 비밀관리성을 충족하지 않을 정도로 관리를 하지 않았던 자는, 그 정보가 공지되더라도(그 관리가 전자적(電磁的) 관리의 요건을 충족하면) 데이터로서 보호를 받을 수 있는 데 반하여, 일정한 노력이 투여되어 비밀관리에 이르는 관리를 하자마자 그 순간 공지가 된 경우에 어떠한 보호도 받을 수 없게 되는 것에 대한 차이를 정당화할 이유를 찾아보기는 곤란하

32) 經濟産業省, 「限定提供データに関する指針」, 平成31年1月23日(最終改訂: 令和4年5月), 15~16頁.

33) 田村善之, 「不正競争法概説[第2版]」, 2003年. 有斐閣, 329頁.

34) 최기성, “개정 부정경쟁방지법상 데이터 보호에 관한 소고”, 법학연구 제63권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2022, 16면.

다.”<sup>35)</sup>는 점을 문제로 지적한다. 데이터로서 보호하기 위해서는 관리적 측면에 있어 비밀관리성의 요건을 만족시키지 아니하면서 전자적 관리성을 충족하여야 하며, 공지가 되거나 공지가 될 예정에 있어야 하는데, 과연 실무적으로 이러한 요건을 명확하게 구분하여 데이터를 관리할 수 있을지에 대한 의문이 제기되기도 한다.<sup>36)</sup>

데이터 보유자는 데이터 보호의 공백에 대응하기 위하여 데이터를 카목에 의해 보호받고자 하는 경우에는 계약이나 이용규약 등에서 비밀로서 관리하지 않을 것을 명확히 규정하거나, 데이터에 대한 영업비밀로서의 보호를 우선적으로 도모한 후 비밀관리성이 인정되지 않는 경우에는 카목에 의한 데이터로서 보호를 받을 수 있는 체계를 구축하는 방안을 고려해 볼 수 있을 것이다.<sup>37)</sup>

## VI 기술상 또는 영업상의 정보<sup>38)</sup>

‘기술상 또는 영업상의 정보’는 텍스트, 화상, 음성, 영상 등 이용·활용되고 있거나 이용·활용이 기대되는 정보를 의미한다. ‘기술상의 정보’에는 지도 데이터, 기계의 가동 데이터, AI 기술을 이용한 소프트웨어의 개발(학습)용 데이터 세트(학습용 데이터 세트), 해당 학습으로부터 얻는 학습완료모델 등의 정보가 포함되고, ‘영업상의 정보’에는 소비 동향 데이터, 시장 조사 데이터 등의 정보가 해당된다.<sup>39)</sup>

위법하거나 공서양속에 반하는 유해 정보는 건전한 거래 질서 유지라는 부정경쟁방지법의 목적상 카목의 보호 대상이 될 수 없는 것으로 해석된다.

표 13 | 위법 또는 공서양속에 반하는 예

- 아동 포르노 화상 데이터
- 마약 등, 위법약물의 판매 광고 데이터
- 명예훼손죄에 상당하는 내용의 데이터 등

35) 重富貴光, 限定提供データ, 35頁; 田村善之の發言, 前掲論文, 10~11頁.

36) 김훈건, “데이터에 관한 개정 부정경쟁방지법의 비판적 검토”, 법학논총 제39집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2022, 269면.

37) 차상욱, “2021년 개정 부정경쟁방지법상 데이터 보호와 부정사용행위의 규제”, 정보법학 제26권 제2호, 한국정보법학회, 2022, 51면.

38) 표 처리된 예시는 經濟産業省, 「限定提供データに関する指針」, 平成31年1月23日(最終改訂: 令和4年5月)을 참고하여 정리.

39) 重富貴光, 限定提供データ, 35頁; 田村善之の發言, 前掲論文, 14頁.

## 제3절

# 데이터 부정사용행위의 유형

### I 접근권한 없는 자의 부정취득·사용·공개 행위(1유형)<sup>40)</sup>

접근권한이 없는 자가 절취·기망·부정접속 또는 그 밖의 부정한 수단으로 데이터를 취득하거나 그 취득한 데이터를 사용·공개하는 행위는 부정경쟁행위에 해당된다. 이는 부정경쟁방지법 제1조 제3호 가목의 “절취, 기망, 협박, 그 밖의 부정한 수단으로 영업비밀을 취득하는 행위(이하 “부정취득행위”라 한다) 또는 그 취득한 영업비밀을 사용하거나 공개(비밀을 유지하면서 특정인에게 알리는 것을 포함)하는 행위”에 대응하는 규정이다.

#### 1. 접근권한

「부정경쟁방지법」 카목의 데이터는 그 보유자가 특정한 자를 지정하여 전자적으로 관리하는 정보를 보호 대상으로 하고 있으므로, 이때의 접근 권한은 데이터 보유자가 설정한 데이터에 관한 전자적 관리 방법 및 절차에 따라 데이터의 취득, 사용, 공개 등 일정한 행위를 할 수 있는 권한을 의미한다.<sup>41)</sup>

#### 2. 부정한 수단

우리 법원은 영업비밀 제1조 제3호 가목의 부정한 수단에 대하여 “부정절취, 기망, 협박 등 형법상의 범죄를 구성하는 행위뿐만 아니라, 비밀유지의무의 위반 또는 그 위반의 유인 등 건전한 거래질서의 유지 내지 공정한 경쟁의 이념에 비추어 위에 열거된 행위에 준하는 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 일체의 행위나 수단을 말한다.”<sup>42)</sup>라고 판단한 바 있다. 이에 비추어 보면 카목의 1유형의 부정한 수단도 형법상의 범죄를 구성하는 행위와 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 일체의 행위를 의미하고, 절취·기망·부정접속 등은 부정한 수단의 예시로 볼 수 있다.

40) 표 처리된 예시는 經濟産業省, 「限定提供データに関する指針」, 平成31年1月23日(最終改訂: 令和4年5月)을 참고하여 정리.

41) 김훈건, 앞의 논문, 272면.

42) 대법원 1996. 12. 23. 선고 96다16605 판결.

표 14 | 부정한 수단의 예

- 데이터가 저장된 USB 메모리를 절도하는 행위
- 데이터 보유자의 시설에 침입하여 데이터를 종이에 프린트하거나 자신의 USB 메모리에 복사하여 저장하고 가지고 가는 행위
- 정당한 데이터 수령자로 위장하여 데이터 보유자에게 데이터를 자신이 관리하는 서버에 넣도록 지시하는 메일을 송신하여 권원이 있는 자로부터 온 메일이라고 오해한 데이터 보유자로 하여금 자신의 서버에 데이터를 넣도록 시키는 행위
- 데이터 보유자에게 컴퓨터 바이러스를 보내어 그 회사가 관리하는 비공개 서버에 저장된 데이터를 빼내는 행위
- 타사 제품과 기술적인 상호 호환성 등을 연구하는 과정에서 자사 제품의 작동을 확인하기 위해 해당 타사의 컴퓨터에 네트워크를 통하여 무단으로 침입하여 조작하고 비밀번호를 무효화하여 데이터를 취득하는 행위
- 데이터에 접근할 정당한 권원이 있는 것처럼 위장하여 데이터 접근을 위한 비밀번호를 무단으로 입수하여 데이터를 취득하는 행위

### 3. 취득

‘취득’은 데이터를 자기의 관리하에 두는 것을 의미하며, 데이터가 기록되어 있는 매체 등을 통해 자신 또는 제3자가 데이터 자체를 입수하는 행위 또는 데이터가 화체된 디스플레이를 사진으로 찍는 행위 등과 같이 데이터가 기록되어 있는 매체 등의 이동을 수반하지 않는 형태로 데이터를 자신 또는 제3자가 입수하는 행위가 취득에 해당한다.

표 15 | 취득의 예

- 서버나 매체에 저장되어 있는 데이터를 자신의 컴퓨터나 USB 메모리에 복제하는 행위
- 자신의 계정에 관계되는 클라우드상의 영역 등에서 데이터를 이용할 수 있는 상태가 되어 있는 경우(자신의 컴퓨터나 USB 메모리에 다운로드하지 않아도 ‘취득’에 해당할 수 있음)
- 사내 서버에 저장되어 있는 데이터를 다른 매체에 복제하는 행위
- 데이터가 기록된 전자 파일을 첨부한 메일을 다른 사람에게 의뢰하여 전송하게 하고 수신하는 행위(해당 파일에 접근 제한 등이 걸려 있지 않고, 메일을 열면 데이터 내용을 알 수 있는 것이 전제), 또는 해당 메일을 제3자에게 전송하고, 수신하도록 시키는 행위(제3자에게 ‘취득’시키는 행위)
- 데이터를 종이에 인쇄하여 반출하는 행위
- 데이터를 연 컴퓨터 디스플레이의 사진이나 비디오를 촬영하는 행위

### 4. 사용

사용은 데이터를 이용하는 행위로, 데이터의 작성, 분석 등에 사용하는 행위 등을 말한다. 만약 적법하게 취득한 데이터를 사용해 얻어지는 성과물(데이터를 학습시켜 생성된 학습완료 모델, 데이터를 사용해 개발된 물품 등)이 본래의 데이터와 다른 것이라고 평가된다면 그러한 사용은

데이터 부정사용행위에 해당하지 않는다.<sup>43)</sup>

다만, 영업비밀 사용의 경우, 비록 당해 영업비밀을 개량한 후 사용했다고 하더라도 실질적 내용이 동일하다면 사용의 개념에 포함된다고 하면서, 취득한 영업비밀이 그대로 사용되지 않고 변형된 경우에도 그 동일성이 인정되는 경우 사용행위가 인정될 수 있다고 보고 있다.<sup>44)</sup> 데이터 사용의 경우에도 성과물이 취득 데이터와 실질적으로 동일한 경우나 실질적으로 동일한 것을 포함하고 있는 것으로 평가되는 경우, 해당 성과물을 사용하는 행위는 취득한 데이터의 사용에 해당하는 것으로 해석될 수 있다.<sup>45)</sup>

다만 성과물의 실질적으로 동일한 경우 또는 실질적으로 동일한 것을 포함하는지에 대한 판단은 확일적으로 결정될 수 없고, 개별 사안에서 데이터의 질적·양적 측면을 살펴 제반 사정을 종합하여 판단될 수밖에 없을 것이다.

▣ 표 16 ▣ 사용의 예

- 취득한 데이터를 사용하여 연구 및 개발하는 행위
- 취득한 데이터를 사용하여 물품을 제조하거나 프로그램을 작성하는 행위
- 취득한 데이터에서 AI 기술을 이용한 소프트웨어 개발(학습)용의 학습용 데이터 세트를 작성하기 위해 분석 및 해석하는 행위
- 취득한 AI 기술을 이용한 소프트웨어의 개발에 이용하는 행위
- 취득한 데이터를 사용하여 새롭게 데이터베이스를 작성하기 위해 검색하기 쉽도록 분류 및 재정렬하는 행위
- 취득한 데이터에 데이터 정화 등의 가공을 하는 행위
- 취득한 데이터와 별도 수집한 자신의 데이터를 합쳐 정리하여 데이터베이스를 작성하는 행위(저작권법상 데이터 베이스제작자의 권리로서 보호받을 가능성이 있음)
- 취득한 데이터를 사용하여 영업(판매) 활동을 하는 행위

## 5. 공개

공개는 데이터를 제3자가 알 수 있는 상태로 두는 것을 의미하며, 실제로 제3자가 알았다거나, 반드시 공개의 상대방이 취득에 이를 것까지는 요하지 않는다. 예를 들어, 누구나 열람이 가능한 홈페이지에 데이터를 업로드하는 경우도 공개에 해당할 수 있다. ‘사용’의 경우와 마찬가지로 취득한 데이터를 사용하여 생성된 데이터베이스 등 성과물을 공개하는 행위는 그 성과물이 원래 데이터와 실질적으로 같은 경우나 실질적으로 같은 것을 포함하고 있다고 평가되는 경우에는 원래 데이터의 공개에 해당되며, 그렇지 않다고 평가되는 경우에는 부정경쟁행위에 해당하지 않는다.<sup>46)</sup>

43) 經濟産業省, 「限定提供データに関する指針」, 平成31年1月23日, 20頁.

44) 정상조, 「부정경쟁방지법」, 박영사, 2020, 344~345면.

45) 經濟産業省, 「限定提供データに関する指針」, 平成31年1月23日, 20頁.

Ⅰ 표 17 | 공개의 예

- 취득한 데이터를 사용하여 연구 및 개발하는 행위
- 데이터를 기록한 매체(종이 매체를 포함한다)를 제3자에게 건네는 행위
- 제3자가 접근 가능한 홈페이지상에 데이터를 업로드하는 행위
- 데이터가 기록된 전자 파일을 제3자에게 메일로 송부하는 행위(메일이 열리는지 여부는 상관없다)
- 취득한 엑셀 형식 데이터를 PDF로 변환하여 저장하는 서버에서 해당 데이터에 대한 제3자의 접근권을 설정하는 행위
- 데이터를 서버에 저장한 후에 해당 서버에 접근하기 위한 비밀번호를 그 서버 주소와 함께 제3자에게 서면 또는 구두로 알려주는 행위
- 대량의 태블릿이나 스마트폰 등의 디스플레이나 스크린상에 현시하여 그것을 제3자가 열람할 수 있게 하는 행위

Ⅱ 접근권한 있는 자의 신의칙 위반(2유형)<sup>47)</sup>

데이터 보유자와의 계약관계 등에 따라 데이터에 접근권한이 있는 자가 부정한 이익을 얻거나 데이터 보유자에게 손해를 입힐 목적으로 그 데이터를 사용·공개하거나 제3자에게 제공하는 행위는 부정경쟁행위에 해당된다. 이는 부정경쟁방지법 제1조 제3호 라목의 “계약관계 등에 따라 영업비밀을 비밀로서 유지하여야 할 의무가 있는 자가 부정한 이익을 얻거나 그 영업비밀의 보유자에게 손해를 입힐 목적으로 그 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위”에 대응하는 규정이다.

1. 계약관계 등에 따라 데이터 접근권한이 있는 자

위탁, 프랜차이즈, 컨소시엄, 라이선스, 고용 등 계약에 의한 접근권한을 가지게 된 자가 허락의 범위를 초과하여(제3자 제공금지 의무위반, 목적 외 사용금지 의무위반 등) 데이터를 사용·공개하는 행위는 부정경쟁행위에 해당될 수 있다.

우리 판례는 영업비밀 침해사건에서 ‘계약관계 등에 의하여 영업비밀을 비밀로서 유지할 의무’에 대하여 “계약관계 존속 중은 물론 종료 후라도 또한 반드시 명시적으로 계약에 의하여 비밀유지의무를 부담하기로 약정한 경우뿐만 아니라 인적 신뢰관계의 특성 등에 비추어 신의칙상 또는 묵시적으로 그러한 의무를 부담하기로 약정하였다고 보아야 할 경우를 포함한다.”<sup>48)</sup>고 판

46) 經濟産業省, 「限定提供データに関する指針」, 平成31年1月23日, 20~21頁.

47) 표 처리된 예시는 經濟産業省, 「限定提供データに関する指針」, 平成31年1月23日(最終改訂: 令和4年5月)을 참고하여 정리.

48) 대법원 1996. 12. 23. 선고 96다16605 판결.

단한 바 있는데, 이러한 판례의 태도를 고려하면 하면 고용계약, 사용허락계약 등에 의한 경우뿐만 아니라, 일정한 사실관계에 근거하여 신의칙 또는 묵시적인 약정이 있다고 볼 수 있는 경우에도 본 요건이 인정될 수 있다. 또한 계약 등에 따라 허용된 접근 권한을 초과한 경우에도 데이터 접근권한이 있는 자에 포함될 수 있다. 다만, 허용된 접근권한을 초과한 것만으로 2유형의 부정경쟁행위가 되는 것은 아니며, 그 자에게 부정한 이익을 얻거나 데이터 보유자에게 손해를 입힐 목적이 인정되고 데이터가 사용·공개되어야 부정경쟁행위가 된다.

한편 일본 「부정경쟁방지법」 제2조 제1항 제14호는 “한정제공데이터를 보유하는 사업자로부터 그 한정제공데이터를 제공받은 경우에 있어, 부정한 이익을 얻을 목적(圖利加害目的: 도리 가해 목적)으로, 또는 그 한정제공데이터 보유자에게 손해를 가할 목적으로, 그 한정제공데이터를 사용하는 행위(그 한정제공데이터의 관리에 관한 임무에 위반하여 행하는 경우로 한정) 또는 개시하는 행위”를 부정경쟁행위로 규정하고 있다. 즉, ‘부정한 이익을 얻을 목적 또는 보유자에게 손해를 가할 목적으로 한정제공데이터의 관리에 관계되는 임무를 위반하여, 그 한정제공데이터를 사용하는 행위’를 하거나 부정한 이익을 얻을 목적 또는 보유자에게 손해를 가할 목적으로 한정제공데이터를 개시하는 행위가 데이터 부정사용행위에 해당된다.

행위 태양 중 ‘개시’와 달리 ‘사용’에는 ‘그 한정제공데이터의 관리에 관계되는 임무를 위반하여 행하는 것에 한한다’라는 가중요건을 부가하여 ‘부정경쟁’에 해당하는 경우를 한정하였다. 이때 ‘~관리에 관계되는 임무’란 당사자 간에 보유자를 위해서 한다는 위탁 신임 관계가 있는 경우를 말하는데, 데이터 보유자를 위하여 데이터 가공을 요청받은 경우 등은 위탁 신임 관계가 인정되지만, 신상품 개발 등을 목적으로 오로지 데이터 취득자를 위해 데이터를 구입한 경우에는 위탁 신임 관계가 부정될 것이다.<sup>49)</sup> 이는 정당하게 데이터를 취득한 자가 취득한 데이터를 사용하는 것에 그치는 경우(공개하지 않은 경우), 데이터 취득 자체는 정당하게 이루어졌으므로 데이터의 유통의 안정성 확보를 위하여 부정사용으로 보는 행위를 한정하는 것으로 볼 수 있다.

요컨대, 일본의 경우 ‘사용’에는 ‘그 한정제공데이터의 관리에 관계되는 임무를 위반하여 행하는 것에 한한다’라는 가중 요건을 부가하고 있다는 점에 비추어 보면, 우리나라의 부정경쟁방지법 카목의 신의칙 위반 유형은 일본의 위 조항에 비해 부정사용행위를 더 넓게 인정하는 것으로 볼 여지가 있다.

## 2. 부정한 이익을 얻거나 데이터 보유자에게 손해를 입힐 목적

부정한 이익을 얻거나 데이터 보유자에게 손해를 입힐 목적이라는 주관적 요건을 규정한 것은 계약 등에 근거하여 정당하게 취득한 데이터를 사용·공개하는 행위를 과도하게 위축시키지

49) 經濟産業省, 「限定提供データに関する指針」, 平成31年1月23日(最終改訂: 令和4年5月), 34頁.

않기 위하여, 단순 계약 위반을 넘어 이러한 주관적 요건이 충족된 행위에 대해서만 부정경쟁행위로 취급하고자 한 것으로 이해된다.

영업비밀에 관한 ‘부정한 이익을 얻거나 영업비밀 보유자에게 손해를 입힐 목적’의 해석을 살펴보면 ‘부정한 이익을 얻을 목적’이란 공서양속 또는 신의칙에 반하는 행위로 부당하게 이익을 얻을 것을 목적으로 하는 것을 의미하며, 자기 스스로 이익을 얻기 위한 경우뿐만 아니라 제3자에게 부정한 이익을 얻게 하려는 목적도 포함한다. 또한, ‘손해를 입힐 목적’이란 데이터 보유자에 대한 재산상의 손해, 신용의 실추, 그 밖의 유무형의 부당한 손해를 입힐 목적을 의미한다. 손해를 입힐 목적으로 데이터를 사용·공개하거나 제3자에게 제공하면 충분하며 데이터 보유자가 실제로 손해를 입어야 하는 것은 아니다.<sup>50)</sup>

이를 참고하여 데이터 부정사용행위의 ‘부정한 이익을 얻을 목적’은 경쟁관계에 있는 사업을 실시할 목적만 아니라 널리 미풍양속 또는 신의성실의 원칙에 반하는 형태로 부당한 이익을 도모하는 목적을 말하며, 본인의 이익뿐만 아니라 제3자에게 이익을 얻게 하려는 경우에도 본 요건에 해당한다. ‘데이터 보유자에게 손해를 입힐 목적’은 데이터 보유자에게 재산상의 손해, 신용의 실추, 기타 유·무형의 부당한 손해를 입힐 목적을 뜻하며, 실제로 데이터 보유자가 손해를 입었을 것까지를 요하는 것은 아니다.

▮ 표 18 ▮ 부정한 이익을 얻거나 데이터 보유자에게 손해를 입힐 목적이 긍정되는 예

- 제3자 공개 금지가 규정된 라이선스 계약에 근거하여 한정제공데이터를 취득한 자가 제3자 공개 금지임을 인식하면서 해당 데이터의 상당한 축적성을 충족하는 일부를 자사의 서비스에 캡처하여 고객에게 공개하는 경우
- 제3자 공개 금지가 규정된 라이선스 계약에 근거하여 한정제공데이터를 취득한 자가 제3자 공개 금지임을 인식하면서 보유자에게 손해를 가할 목적으로 해당 데이터를 홈페이지에 공개하는 경우
- 위탁된 분석 업무에만 사용한다는 조건에서 취득한 데이터를 그 조건을 인식하면서 무단으로 자사의 신제품 개발에 사용하는 경우

### 3. 사용·공개·제3자 제공

사용·공개는 앞서 1유형에서 검토한 바 있으므로, 이 부분에서는 언급을 생략한다.

다만, ‘3자에게 제공하는 행위’의 경우, ‘공개행위’는 제3자가 취득하는 경우는 물론 취득할 수 있는 상태까지 넓게 인정되는 행위이므로 굳이 이를 명시적으로 규정할 것의 입법기술상의 과오로 보인다는 지적이 있다.<sup>51)</sup>

50) 최정열·이규호, 「부정경쟁방지법-영업비밀보호법제 포함」, 제3판, 진원사, 2019, 316면.

51) 김훈건, 데이터에 관한 개정 부정경쟁방지법의 비판적 검토, 275면.

### III 악의적 전득(3유형)<sup>52)</sup>

접근권한 없는 자의 부정취득·사용·공개(1유형) 또는 접근권한 있는 자의 신의칙 위반(2유형)이 개입된 사실을 알고 데이터를 취득하거나 그 취득한 데이터를 사용·공개하는 행위는 부정경쟁행위에 해당된다. 이는 부정경쟁방지법 제1조 제3호 나목의 “영업비밀에 대하여 부정취득행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 영업비밀을 취득하는 행위 또는 그 취득한 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위”에 대응하는 규정이다.

그런데 데이터 부정사용행위는 영업비밀 침해행위와 비교할 때, 규제 대상에 전득자의 중과실이 포함되는지, 사후적 전득행위가 포함되는지에 관하여 차이가 있다.<sup>53)</sup> 일본 「부정경쟁방지법」상 한정제공데이터와 비교하면 부정사용행위는 ‘알면서’ 행한 경우만을 규제 대상으로 하고 있다는 점에서 우리 「부정경쟁방지법」과 유사하나(중과실로 알지 못한 전득자는 규제 대상이 아님)<sup>54)</sup>, 선의의 전득자에 대해서는 적용제외 규정을 두고 있다는 점, 사후적 전득유형은 규제 대상으로 삼고 있다는 점에서 차이가 있다. 일본의 경우에는 데이터 보유자의 피해 확산 방지를 위해 데이터의 확산에 의해 보유자가 막대한 손실을 입을 우려가 있는 개시행위에 한하여 부정경쟁행위로 규정하고 있다.

따라서 중과실에 의한 전득과 사후적 전득에 대해서도 본 유형에서 함께 검토한다.

#### 1. 악의

접근권한 없는 자의 부정취득·사용·공개(1유형)에 대한 악의는 데이터가 부정취득 사용·공개되었음을 인식하고 있음을 의미하며, 데이터를 부정취득한 자료부터 직접 취득한 경우뿐만 아니라 간접적으로 취득한 경우에도 악의가 있었다면 부정사용행위에 해당된다. 이때 악의가 인정되

52) 표 처리된 예시는 經濟産業省, 「限定提供データに関する指針」, 平成31年1月23日(最終改訂: 令和4年5月)을 참고하여 정리.

53) 부정경쟁방지법 제2조(정의)

3. “영업비밀 침해행위”란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.

나. 영업비밀에 대하여 부정취득행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 영업비밀을 취득하는 행위 또는 그 취득한 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위  
 다. 영업비밀을 취득한 후에 그 영업비밀에 대하여 부정취득행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위  
 마. 영업비밀이 라목에 따라 공개된 사실 또는 그러한 공개행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 영업비밀을 취득하는 행위 또는 그 취득한 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위  
 바. 영업비밀을 취득한 후에 그 영업비밀이 라목에 따라 공개된 사실 또는 그러한 공개행위가 개입된 사실을 알거나 중대한 과실로 알지 못하고 그 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위

54) ‘그 한정제공데이터에 대하여 부정취득행위가 개재한 것을 알고서’(법 제2조 제1항 제12호) 또는 ‘부정개시행위라는 것 또는 그 한정제공데이터에 대하여 부정개시행위가 개재한 것을 알고서’(법 제2조 제1항 제15호) 한정제공데이터를 취득하거나 그 취득한 한정제공데이터를 사용 및 개시하는 행위를 부정경쟁으로 규정.

기 위해서는 데이터 부정취득·사용·공개의 존재를 인식하고, 부정취득·사용·공개가 된 데이터와 전득한 데이터가 동일한 것이라는 점에 대해 인식하여야 한다.<sup>55)</sup>

접근 권한 있는 자의 신의칙 위반(2유형)에 대한 악의가 인정되기 위해서는 부정한 이익을 얻거나 데이터 보유자에게 손해를 입힐 목적으로 데이터 보유자로부터 취득한 데이터를 공개하거나 제3자에게 제공하는 행위의 존재를 인식하고, 신의칙을 위반하여 부정사용행위가 이루어진 데이터와 전득한 데이터가 동일하다는 점에 대해 인식하여야 한다.

▣ 표 19 ▣ 악의가 인정되는 예

- 외부로의 제공이 금지된 데이터의 제공을 받은 부정취득자에 대하여 전득자가 그것을 알면서 금품을 증여하는 보답으로 데이터 제공을 의뢰한 경우
- 데이터 보유자로부터 부정행위가 존재했다는 것이 명확한 근거가 첨부된 경고서를 영수한 경우
- 데이터 제공자가 부정행위를 한 것을 인정한 경우

▣ 표 20 ▣ 악의가 부정되는 예

- 데이터의 제공에 대하여 정당한 권원이 있다는 증거가 데이터 취득 시에 제시된 경우
- 데이터 보유자로부터 부정행위가 존재했다는 주장만이 기재된 경고서를 수령하였지만, 그 진위가 불명확한 경우
- 데이터 보유자로부터 부정취득의 존재에 대해 그에 상응하는 근거를 가진다는 경고서를 송부 받았지만 그 후 데이터 제공자와의 협의에서 데이터 제공자로부터 그것을 충분히 뒤집을 수 있는 근거가 제시되었기 때문에 부정행위가 없었다는 결론에 이른 경우
- 데이터 유통 플랫폼 서비스를 통해 데이터를 취득했을 때, 해당 데이터에 해당 서비스를 제공하는 플랫폼에 의한 인증이 있는 내력 정보가 붙어 있어 이것을 신뢰한 경우

## 2. 중과실에 의한 전득

영업비밀 침해행위에는 부정취득 또는 신의칙 위반이 개입된 사실을 ‘중과실’로 알지 못한 전득자의 행위까지도 포함되는 반면, 데이터 부정사용행위의 경우에는 부정취득 또는 신의칙 위반이 개입된 사실을 중과실로 알지 못한 경우에는 규제의 대상에서 제외된다. 이는 부정경쟁방지법의 개정 과정에서 “① 영업비밀과 달리 이 법의 보호 대상인 데이터는 ‘특정 다수에게 제공된 비밀로서 관리되지 않는 정보’인 점, ② 영업비밀의 경우 생산·이용·유통 과정에 참여하는 사람이 제한적이고 입수 경로 확인이 비교적 쉬운 반면, 데이터는 복제가 쉽고 타인의 접근을 통제하기 어려운 특성상 여러 단계에 걸쳐 다수가 동시에 참여하여 명확한 입수 경로 확인이 어려운 점 등

55) 經濟産業省, 앞의 지침, 32頁.

을 고려할 때, 고의가 아닌 ‘중과실’로 알지 못한 전득자의 행위까지 규제하는 것은 다소 과도한 측면이 있다는 비판과 함께 집행상 혼란을 초래할 소지가 있어 보이므로, ‘중과실로 알지 못한 경우’는 규제 대상에서 제외할 필요성은 없는지에 대해서도 검토가 필요하다.”<sup>56)</sup>는 의견이 제시됨에 따라, 이를 반영하여 개정법에는 중과실 요건이 제외되었다.

### 3. 사후적 전득

사후적 전득행위의 경우, 데이터 부정사용행위는 사전적 전득행위만을 규제 대상으로 삼고 있는 반면, 영업비밀 침해행위는 사전적 전득행위뿐만 아니라 사후적 전득행위까지도 규제 대상에 포함시키고 있다. 이는 영업비밀과는 달리 데이터는 그 산업의 특성상 원(原) 데이터를 그대로 사용하는 경우는 드물고 이종(異種)의 데이터를 결합하여 새로운 서비스를 창출하는 경우가 대부분임을 고려할 때, 선의로 취득한 데이터를 다른 데이터와 결합하여 서비스를 창출·제공하던 사업자가 취득한 데이터에 부정행위가 개입되었던 사실을 사후에 알게 된 경우까지 규제하는 것은 관련 산업을 과도하게 위축시킬 우려가 있다는 정책적 판단이 고려된 것이다.<sup>57)</sup>

## IV 기술적 보호조치 무력화(4유형)

정당한 권한 없이 데이터의 보호를 위하여 적용한 기술적 보호조치를 회피·제거 또는 변경(무력화)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 행위는 부정경쟁행위에 해당된다.

4유형은 앞선 1~3유형이 데이터 자체를 규제하기 위해 마련된 것과 달리 데이터 보호를 위한 기술적 보호조치의 무력화를 규제한다는 점과 형사처벌 대상이 된다는 점에서 차이가 있다.

한편 「부정경쟁방지법」에는 ‘기술적 보호조치’에 관한 별도의 정의 및 관련 규정이 없다. 이 규정은 저작권법상 기술적 보호조치의 규정을 염두하여 마련된 것으로 이해된다. 「저작권법」 제 104조의2<sup>58)</sup> 제1항은 “누구든지 정당한 권한 없이 고의 또는 과실로 제2조 제28호 가목의 기술

56) 채수근, 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고 - 〈데이터 부정사용행위 신설〉», 김경만 의원 대표발의(의안번호 제2107535호), 산업통상자원중소벤처기업위원회, 2021, 16면.

57) 채수근, 위의 보고서, 15면.

58) 제104조의2(기술적 보호조치의 무력화 금지)

① 누구든지 정당한 권한 없이 고의 또는 과실로 제2조 제28호 가목의 기술적 보호조치를 제거·변경하거나 우회하는 등의 방법

적 보호조치를 제거·변경하거나 우회하는 등의 방법으로 무력화하여서는 아니 된다.”하여 ‘접근 통제조치의 직접적인 무력화행위 금지’를 규정하면서, 단서조항을 통해 그 예외 사유를 열거하고 있다.

동법 동조 제2항은 “누구든지 정당한 권한 없이 다음과 같은 장치, 제품 또는 부품을 제조, 수입, 배포, 전송, 판매, 대여, 공중에 대한 청약, 판매나 대여를 위한 광고, 또는 유통을 목적으로 보관 또는 소지하거나, 서비스를 제공하여서는 아니 된다.”고 하여 기술적 보호조치의 무력화 예비행위를 규정하고 있다.

저작권법상 기술적 보호조치와 비교할 때, 부정경쟁방지법의 기술적 보호조치는 법조문의 문언상 ‘기술적 보호조치 무력화 예비행위’를 규제하고 있는 것으로 볼 수 있다. 또한, 저작권법과 달리 부정경쟁방지법은 고의나 과실이 있는지의 여부와 무관하여 민사적 책임을 부담한다는 차이가 있다.

한편, 일본 부정경쟁방지법의 경우에도 무력화행위 그 자체를 규제 대상으로 삼고 있지 않다. 그에 대해서는 “기술적 제한수단의 효과를 방해하는 장치 등의 양도 등이 일어나면 다수의 무력화행위를 불러일으켜 막대한 피해를 입힐 개연성이 높은 반면, 하나하나의 무력화행위 자체는 서로 독립되어 행하여져 피해도 한정적이며, 개개 무효화행위마다 민사소송의 대상으로 하는 것은

으로 무력화하여서는 아니 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 암호 분야의 연구에 종사하는 자가 저작물등의 복제물을 정당하게 취득하여 저작물등에 적용된 암호 기술의 결함이나 취약점을 연구하기 위하여 필요한 범위에서 행하는 경우. 다만, 권리자로부터 연구에 필요한 이용을 허락받기 위하여 상당한 노력을 하였으나 허락을 받지 못한 경우로 한정한다.
  2. 미성년자에게 유해한 온라인상의 저작물등에 미성년자가 접근하는 것을 방지하기 위하여 기술·제품·서비스 또는 장치에 기술적 보호조치를 무력화하는 구성 요소나 부품을 포함하는 경우. 다만, 제2항에 따라 금지되지 아니하는 경우로 한정한다.
  3. 개인의 온라인상의 행위를 파악할 수 있는 개인 식별 정보를 비공개적으로 수집·유포하는 기능을 확인하고, 이를 무력화하기 위하여 필요한 경우. 다만, 다른 사람들이 저작물등에 접근하는 것에 영향을 미치는 경우는 제외한다.
  4. 국가의 법집행, 합법적인 정보수집 또는 안전보장 등을 위하여 필요한 경우
  5. 제25조 제3항 및 제4항에 따른 학교·교육기관 및 수업지원기관, 제31조 제1항에 따른 도서관(비영리인 경우로 한정한다) 또는 「공공기록물 관리에 관한 법률」에 따른 기록물관리기관이 저작물등의 구입 여부를 결정하기 위하여 필요한 경우. 다만, 기술적 보호조치를 무력화하지 아니하고는 접근할 수 없는 경우로 한정한다.
  6. 정당한 권한을 가지고 프로그램을 사용하는 자가 다른 프로그램과의 호환을 위하여 필요한 범위에서 프로그램코드역분석을 하는 경우
  7. 정당한 권한을 가진 자가 오로지 컴퓨터 또는 정보통신망의 보안성을 검사·조사 또는 보정하기 위하여 필요한 경우
  8. 기술적 보호조치의 무력화 금지에 의하여 특정 종류의 저작물등을 정당하게 이용하는 것이 불합리하게 영향을 받거나 받을 가능성이 있다고 인정되어 대통령령으로 정하는 절차에 따라 문화체육관광부장관이 정하여 고시하는 경우. 이 경우 그 예외의 효력은 3년으로 한다.
- ② 누구든지 정당한 권한 없이 다음과 같은 장치, 제품 또는 부품을 제조, 수입, 배포, 전송, 판매, 대여, 공중에 대한 청약, 판매나 대여를 위한 광고, 또는 유통을 목적으로 보관 또는 소지하거나, 서비스를 제공하여서는 아니 된다.
1. 기술적 보호조치의 무력화를 목적으로 홍보, 광고 또는 판촉되는 것
  2. 기술적 보호조치를 무력화하는 것 외에는 제한적으로 상업적인 목적 또는 용도만 있는 것
  3. 기술적 보호조치를 무력화하는 것을 가능하게 하거나 용이하게 하는 것을 주된 목적으로 고안, 제작, 개조되거나 기능하는 것
- ③ 제2항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.
1. 제2조 제28호 가목의 기술적 보호조치와 관련하여 제1항 제1호·제2호·제4호·제6호 및 제7호에 해당하는 경우
  2. 제2조 제28호 나목의 기술적 보호조치와 관련하여 제1항 제4호 및 제6호에 해당하는 경우

곤란하다. 개별 무효화행위는 민법상 해결될 수 있다.”<sup>59)</sup>고 설명하고 있다. 다만 이러한 설명은 우리 부정경쟁방지법의 무력화예비행위만을 규정하고 있는 타당한 근거는 될 수 없다고 한다. 왜냐하면 “우리 부정경쟁방지법은 데이터의 부정사용행위의 유형으로만 기술적 보호조치에 관한 규정을 두고 있는데, 다수의 무력화행위를 일으킬만한 기술·서비스·장치 등을 상정하기도 어려울 뿐 아니라, 범용적인 기술·서비스·장치 등에 해당한다면 어차피 부정경쟁행위에 해당하지 않을 가능성이 높기 때문”이다.<sup>60)</sup>

## 1. 정당한 권한 없이

데이터 보유자와의 계약 등을 통해 권한을 얻지 못하고 웹사이트에 부정접속 하거나 허용된 권한을 초과한 경우 등은 정당한 권한이 없는 것에 해당한다.

## 2. 데이터의 보호를 위하여 적용한 기술적 보호조치

기술적 보호조치는 데이터 보유자가 데이터에 대한 접근을 제한하거나 복제를 방지하기 위해 취하는 기술적 조치를 의미한다. 기술적 보호조치는 크게 접근통제조치와 이용통제조치로 구분된다.

저작권법의 경우, “저작권, 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 행사와 관련하여 이 법에 따라 보호되는 저작물 등에 대한 접근을 효과적으로 방지하거나 억제하기 위하여 그 권리자나 권리자의 동의를 받은 자가 적용하는 기술적 조치(접근통제조치)”와 “저작권, 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리에 대한 침해 행위를 효과적으로 방지하거나 억제하기 위하여 그 권리자나 권리자의 동의를 받은 자가 적용하는 기술적 조치(이용통제조치)” 모두를 규정하고 있으며<sup>61)</sup>, 기술적 보호조치에 대한 무력화 행위가 인정되기 위해서는 고의나 과실이 있을 것을 요하지 않는다.

위 조문을 참고하면, 데이터 보유자나 데이터 보유자의 동의를 받은 자가 보호되는 데이터에 대한 접근을 효과적으로 방지하거나 억제하기 위하여 적용하는 조치를 ‘접근통제조치’로, 데이터 보유자나 데이터 보유자의 동의를 받은 자가 보호되는 데이터에 대한 침해 행위를 효과적으로 방

59) 經濟産業省 知的財産政策室 編, 逐条解説不正競争防止法(令和元年7月1日施行版), 2019, 127~128頁; 최기성, 24면에서 재 인용.

60) 최기성, 앞의 논문, 24~25면.

61) 저작권법 제2조

28. “기술적 보호조치”란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 조치를 말한다.

가. 저작권, 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 행사와 관련하여 이 법에 따라 보호되는 저작물 등에 대한 접근을 효과적으로 방지하거나 억제하기 위하여 그 권리자나 권리자의 동의를 받은 자가 적용하는 기술적 조치

나. 저작권, 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리에 대한 침해 행위를 효과적으로 방지하거나 억제하기 위하여 그 권리자나 권리자의 동의를 받은 자가 적용하는 기술적 조치(이용통제조치)

지하거나 억제하기 위하여 적용하는 기술적 조치를 ‘이용통제조치’로 명명할 수 있는 것이며, 양자는 모두 4유형의 적용대상이 된다. 접근통제조치의 예로는 회원에게만 데이터에 대한 접근을 허용하고 비회원은 이를 이용할 수 없도록 한 기술적 보호조치가, 접근통제조치의 예로는 크롤링 등을 방지하기 위하여 해당 사이트에 대해 행한 기술적 보호조치를 들 수 있다.

### 3. 무력화를 주된 목적으로 하는 기술·서비스·장치 또는 그 장치의 부품

무력화는 기술적 보호조치를 회피·제거 또는 변경하는 것을 의미하며, 무력화하는 것은 주된 목적으로 하는 소프트웨어 등이 이에 해당된다.

‘주된 목적’이라는 요건을 둔 것은 모든 기술 등을 포함하면 관련 산업을 지나치게 위축시킬 수 있고, 유일한 목적일 것을 요하면 실효성을 담보할 수 없는 점에서 균형을 고려한 것으로 볼 수 있으며, 주된 목적의 인정 여부는 기술 등을 이용하는 자의 의도가 아니라 객관적으로 판단되어야 한다고 본다.<sup>62)</sup>

한편, 저작권법 제104조의2 제2항 제1호의 기술적 보호조치의 무력화를 목적으로 홍보, 광고 또는 판촉되는 것 및 제2호의 기술적 보호조치를 무력화하는 것 외에 제한적으로 상업적인 목적 또는 용도만 있는 것의 경우는 포함될 수 없는지 문제가 될 수 있다고 지적하면서, 이러한 경우도 기술적 보호조치의 무력화를 조장할 수 있는 점에서 부정경쟁행위로 포섭할 필요성은 있어 보이지만 법문의 해석으로 포섭하기에는 어려우므로 향후 개정의 필요성을 검토할 필요가 있다는 주장도 있다.<sup>63)</sup>

### 4. 기술적 보호조치의 연구·개발을 위한 장치 또는 부품의 제조

본 유형에서는 기술적 보호조치의 연구·개발을 위한 장치 또는 부품의 제조는 부정경쟁행위에 해당하지 않는 예외 사유로 규정되었다.

62) 정상조, 「저작권법 주해」, 2007, 1172면.

63) 최기성, 앞의 논문, 26면.

## 제4절

# 법적 구제수단

## I 개요

데이터 부정사용행위에 대하여는 타인의 경제적 이익을 침해한 경우에는 민사적 구제수단으로 금지 또는 예방청구(제4조), 손해배상청구(제5조), 신용회복(제6조), 행정적 구제수단으로 행정조사(제7조), 시정권고(제8조)가 인정된다. 민사적·행정적 제재 대상이 될 수 있다. 보충적 일반조항(파목)의 위반은 행정조사의 대상이 되지 않기 때문에, 개정 전에는 보충적 일반조항으로 데이터를 보호받을 수 있는 경우라 하더라도 행정조사의 대상이 되지 않았다. 하지만 신설된 데이터 부정사용행위는 행정조사의 대상이 되므로, 데이터 보유자에 대한 법적 보호수단이 보다 두터워졌다고 볼 수 있다.

데이터 부정사용행위의 4개 유형 중 기술적 보호조치 무력화(4유형)에 해당하는 경우에는 형사적 구제수단도 적용될 수 있다.

## II 금지청구

금지청구권은 부정경쟁행위를 방지하는 가장 효과적인 수단으로, 부정경쟁행위로 인해 자신의 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자는 침해행위의 금지 또는 침해행위의 예방과 함께 부정경쟁행위로 조성한 물건의 폐기 등을 청구할 수 있다.<sup>64)</sup> 영업비밀 침해행위의 경우에는 금지 또는 예방청구권에 대한 소멸시효 규정을 두고 있는데,<sup>65)</sup> 데이터의 부정경쟁행위에

64) 제4조(부정경쟁행위 등의 금지청구권 등)

① 부정경쟁행위나 제3조의2 제1항 또는 제2항을 위반하는 행위로 자신의 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자는 부정경쟁행위나 제3조의2 제1항 또는 제2항을 위반하는 행위를 하거나 하려는 자에 대하여 법원에 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다.

② 제1항에 따른 청구를 할 때에는 다음 각 호의 조치를 함께 청구할 수 있다.

1. 부정경쟁행위나 제3조의2 제1항 또는 제2항을 위반하는 행위를 조성한 물건의 폐기
2. 부정경쟁행위나 제3조의2 제1항 또는 제2항을 위반하는 행위에 제공된 설비의 제거
3. 부정경쟁행위나 제3조의2 제1항 또는 제2항을 위반하는 행위의 대상이 된 도메인이름의 등록말소
4. 그 밖에 부정경쟁행위나 제3조의2 제1항 또는 제2항을 위반하는 행위의 금지 또는 예방을 위하여 필요한 조치

65) 부정경쟁방지법 제14조(시효) 제10조 제1항에 따라 영업비밀 침해행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있는 권리는 영업비밀

대하여는 소멸시효 규정을 두고 있지 않다.

우리 「민법」은 불법행위의 효과로서 금전에 의한 손해배상청구권 이외에는 불법행위를 금지하거나 그 결과를 제거하는 청구권(이하 “금지청구권”)을 명문으로 규정하고 있지 않다.<sup>66)</sup> 다수 설도 별도의 법률 규정이 없는 이상 금지청구권을 불법행위에 대한 구제수단으로 인정하지 않고 있으며,<sup>67)</sup> 판례 또한 같은 입장이었다.<sup>68)</sup>

그런데 2010년 ‘인터넷 포털사이트 광고 방해 사건’에서 법원은 “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 「민법」상 불법행위에 해당하는 바, 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 있다.”<sup>69)</sup>고 판시하면서, 일정한 요건을 충족하는 부정경쟁행위는 「민법」상 불법행위에 해당한다고 하였다.

개정 전에는 법해석을 통해 데이터 부정사용행위에 대한 금지청구를 인정할 수 있는 것으로 이해되었으나, 법 개정을 통해 금지청구권에 대한 법적 근거가 마련되었다.

이때 청구권자는 「특허법」이나 「저작권법」 등과 달리 부정경쟁방지법은 권리자를 미리 정해 놓지 않기 때문에 본 규정에 따른 청구권자는 개별 사안에서 판단된다.<sup>70)</sup> 대법원은 “자신의 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자에는 그러한 표지의 소유자뿐만 아니라 그 사용권자 등 그 표지의 사용에 관하여 고유하고 정당한 이익을 가지고 있는 자도 포함된다.”<sup>71)</sup>고 하고 있으므로, 고유하고 정당한 이익을 가지고 있는 자의 범위를 결정하는 것이 중요하다.

데이터 유통 플랫폼 서비스를 제공하는 플랫폼의 경우, 플랫폼상에서 유통하는 데이터가 이 플랫폼상에서 유통된 경우에는 ‘자신의 영업상의 이익’이 침해된 자에 해당하여 금지청구나 손해배상청구를 할 수 있을 것이다.<sup>72)</sup> 이에 해당하는 예로는 플랫폼이 데이터 제공자로부터 제공받

침해행위가 계속되는 경우에 영업비밀 보유자가 그 침해행위에 의하여 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있다는 사실 및 침해행위자를 안 날부터 3년간 행사하지 아니하면 시효(時效)로 소멸한다. 그 침해행위가 시작된 날부터 10년이 지난 때에도 또한 같다.

66) 양창수, 권영준, 「권리의 변동과 구제(제4판)」, 박영사, 2021, 669~671면.

67) 곽윤직, 「민법주해XVIII」, 박영사, 255면 이하.

68) 대판 1994. 3. 22. 92다52726 등.

69) 대법원 2010. 8. 25. 자 2008마1541.

70) 정상조, 「부정경쟁방지법 주해」, 박영사, 2020, 402면.

71) 대법원 1997. 2. 5. 자 96마364 결정.

72) 經濟産業省, 앞의 지침, 44頁.

은 데이터를 가공하여 그 가공된 데이터를 데이터 취득자에게 제공하는 역할(가공된 데이터에 관한 데이터 제공 계약은 플랫폼과 데이터 취득자 사이에 체결)을 수행한 경우가 있다. 반면, 플랫폼이 데이터를 제공하고자 하는 자와 데이터를 취득하고자 하는 자를 매개하는 역할을 할 때에는 플랫폼이 데이터를 전자적으로 축적·관리하는 경우에 해당하지 않기 때문에 손해배상 또는 금지청구의 청구권자에 해당하지 않는다.<sup>73)</sup>

위탁계약에 따라 수탁자가 데이터를 전자적으로 축적·관리하는 경우에는 영업상의 이익이 인정되어 금지청구 및 손해배상의 청구권자가 될 수 있다.<sup>74)</sup>

### III 손해배상청구

고의 또는 과실로 데이터 부정사용행위를 한 경우에는 손해배상을 청구할 수 있다.<sup>75)</sup> 손해배상청구를 위해서는 행위자의 고의·과실이 있을 것, 데이터를 부정사용하였을 것, 무단사용행위로 인하여 손해가 발생하였을 것, 무단사용행위와 손해발생과의 상당인과관계가 있을 것은 요한다.

손해배상청구권자는 자신의 영업상의 이익이 침해된 자에는 그러한 표지의 소유자뿐만 아니라 그 사용자 등 그 표지의 사용에 관하여 고유하고 정당한 이익을 가지고 있는 자도 포함된다 고 해석된다.

손해배상의 침해행위 당시를 기준으로 판단하며, 그 범위는 부정경쟁행위와 상당인과관계가 있는 모든 손해이다. 재산적 손해는 침해제거비용, 고객에 대한 해명광고를 위해 지출한 비용, 조사비용 등 현실적으로 입은 손해(적극적 손해)와 부정경쟁행위가 없었다면 얻을 수 있었던 이익의 상실(소극적 손해)를 모두 포함하나 소극적 손해에 대한 입증은 현실적으로 곤란한 면이 있어 손해액의 추정규정을 통해 해결할 수 있다. 법인이 아닌 개인에 대해서는 부정경쟁행위로 인한 정신적 손해(비재산적 손해)도 인정될 수 있는데, 판례는 재산적 손해의 배상만으로는 회복될 수 없는 정신적 고통을 입었다는 특별한 사정이 있는 경우에 이를 인정하고 있다.

73) 經濟産業省, 앞의 지침, 44頁.

74) 經濟産業省, 앞의 지침, 45頁.

75) 제5조(부정경쟁행위 등에 대한 손해배상책임) 고의 또는 과실에 의한 부정경쟁행위나 제3조의2 제1항 또는 제2항을 위반한 행위(제2조 제1호 다목의 경우에는 고의에 의한 부정경쟁행위만을 말한다)로 타인의 영업상 이익을 침해하여 손해를 입힌 자는 그 손해를 배상할 책임을 진다.

## IV 신용회복

고의 또는 데이터를 부정사용하여 타인의 영업상 신용을 실추시킨 경우, 자신의 영업상의 이익이 침해된 자의 청구에 의하여 동법 제5조에 따라 손해배상을 갈음하거나 손해배상과 함께 영업상의 신용을 회복하는 데에 필요한 조치를 명할 수 있다.<sup>76)</sup> 이는 금전배상만으로 구제가 적절하게 이루어지지 않는 경우 청구권자가 선택적으로 행사하거나 병합하여 행사할 수 있도록 하였다.

조치의 내용으로는 가해자의 비용으로 그가 패소한 민사손해배상판결의 신물·잡지 등의 게재, 명예훼손기사의 취소광고 등이 있을 수 있다.<sup>77)</sup>

## V 행정조사

행정조사는 행정기관이 행정작용을 적정하고 효율적으로 처리하기 위하여 필요한 자료·정보 등을 수집하기 위하여 행하는 권력적 조사활동을 의미한다.

특허청장 등은 부정경쟁행위를 확인하기 위해 필요한 경우로서 다른 방법으로는 그 행위 여부를 확인하기 곤란한 경우에는 일정한 조사 행위를 할 수 있다.<sup>78)</sup> 행정조사를 거부하는 행위에

76) 제6조(부정경쟁행위 등으로 실추된 신용의 회복)

법원은 고의 또는 과실에 의한 부정경쟁행위나 제3조의2 제1항 또는 제2항을 위반한 행위(제2조 제1호 다목의 경우에는 고의에 의한 부정경쟁행위만을 말한다)로 타인의 영업상의 신용을 실추시킨 자에게는 부정경쟁행위나 제3조의2 제1항 또는 제2항을 위반한 행위로 인하여 자신의 영업상의 이익이 침해된 자의 청구에 의하여 제5조에 따른 손해배상을 갈음하거나 손해배상과 함께 영업상의 신용을 회복하는 데에 필요한 조치를 명할 수 있다.

77) 헌법재판소 1991. 4. 1. 선고 89헌마160 결정.

78) 제7조(부정경쟁행위 등의 조사 등)

① 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)은 제2조 제1호(아목과 파목은 제외한다)의 부정경쟁행위나 제3조, 제3조의2 제1항 또는 제2항을 위반한 행위를 확인하기 위하여 필요한 경우로서 다른 방법으로는 그 행위 여부를 확인하기 곤란한 경우에는 관계 공무원에게 영업시설 또는 제조시설에 출입하여 관계 서류나 장부·제품 등을 조사하게 하거나 조사에 필요한 최소분량의 제품을 수거하여 검사하게 할 수 있다.

② 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 제1항에 따른 조사를 할 때에는 「행정조사기본법」 제15조에 따라 그 조사가 중복되지 아니하도록 하여야 한다.

③ 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제1항에 따른 조사 진행 중에 조사대상자에 대하여 조사대상과 동일한 사안으로 「발명진흥법」 제43조에 따른 분쟁의 조정(이하 "분쟁조정"이라 한다)이 계속 중인 사실을 알게 된 경우, 양 당사자의 의사를 고려하여 그 조사를 중지할 수 있다.

④ 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 분쟁조정이 성립된 경우에는 그 조사를 종결할 수 있다.

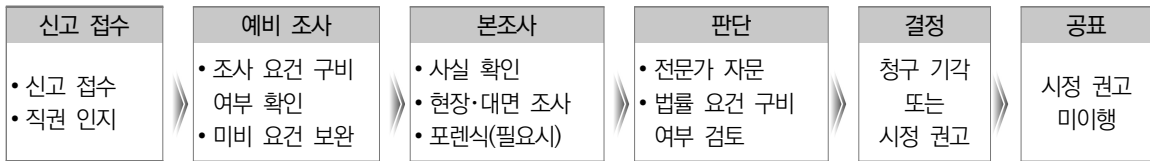
⑤ 제1항에 따라 조사 등을 하는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.

⑥ 그 밖에 부정경쟁행위 등의 조사절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

대해서는 부정경쟁방지법 제20조 제1항에 따라 2천만 원 이하의 과태료를 부과할 수 있다.

다만 모든 부정경쟁행위에서 행정조사가 인정되는 것은 아니며, 상품주체 혼동, 영업주체 혼동, 저명 상표 희석화, 국기·국장 상표 사용 금지, 지리적 표시의 사용 금지, 유명인의 인적 식별 표시 무단 사용, 상품 형태 모방, 아이디어 탈취, 데이터 부정사용, 원산지 오인, 생산지 오인, 상품 품질 오인, 대리인의 무단상표 사용 등 13개의 유형에 대해서만 행정조사가 인정된다.

표 21 부정경쟁행위 조사 절차



(출처: 부정경쟁방지법 일부개정법률안 검토보고서(의안번호 제2113300호))

## VI 시정권고

특허청장 등은 부정경쟁행위가 있다고 인정되면 30일 이내의 기간을 정하여 위반행위의 중지, 표시 등의 제거 또는 폐기 등 그 시정에 필요한 권고를 할 수 있다.<sup>79)</sup>

본 규정은 제7조의 행정조사의 행사에 따른 후속조치를 규정한 것으로 위반행위에 대한 행정적 제재수단이다. 특허청장의 시정권고는 비권력적 사실행위로서 상대방의 임의적인 협력을 통하여 사실상의 효과를 발생시키는 것을 목적으로 하는 행정지도에 해당하며, 처분에 해당하지 않는다.<sup>80)</sup> 특허청장은 상대방이 시정권고에 불응하는 경우에도 달리 제재할 수 있는 방안이 없으며, 시정권고의 상대방은 시정권고에 대한 처리결과를 통보할 의무를 부담하지 않는다.<sup>81)</sup> 이는 입법자는 위 법률 개정 당시 무분별한 고발로 인하여 전과자를 양산하는 것보다 혐의자로 하여금 문제된 사항을 시정하도록 권유함으로써 스스로 위법 상태를 해소할 수 있는 기회를 부여하고자 하는 의도로 시정권고 제도를 도입한 것이고, 불응 시 어떠한 제재조치도 예정하지 않았기 때문

79) 제8조(위반행위의 시정권고 등)

① 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제2조 제1호(아목과 파목은 제외한다)의 부정경쟁행위나 제3조, 제3조의2제1항 또는 제2항을 위반한 행위가 있다고 인정되면 그 위반행위를 한 자에게 30일 이내의 기간을 정하여 위반행위의 중지, 표시 등의 제거나 수정, 향후 재발 방지, 그 밖에 시정에 필요한 권고를 할 수 있다.

② 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 위반행위를 한 자가 제1항에 따른 시정권고를 이행하지 아니한 때에는 위반행위의 내용 및 시정권고 사실 등을 공표할 수 있다.

③ 제2항에 따른 공표의 절차 및 방법 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

80) 서울행정법원 2020. 1. 17. 선고 2019구합59325 판결.

81) 손승우, 「저작권보호 시정권고 심의제도 개선방안 연구」, 한국저작권보호원, 2020, 61면.

이다.<sup>82)</sup>

한편, 특허청은 부정경쟁행위방지에 관한 업무처리규정 제7조 제3항<sup>83)</sup>에 근거하여 시정권고를 불이행한 자에 대해서는 형사소송법 제234조 제2항<sup>84)</sup>에 따라 고발하도록 하고 있다.

---

82) 손승우, 「저작권보호 시정권고 심의제도 개선방안 연구」, 한국저작권보호원, 2020, 61면.

83) 부정경쟁행위 방지에 관한 업무처리규정 7조(시정권고 등)

① 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 위반행위를 한 자에게 법 제8조에 따라 시정권고를 할 수 있다.

③ 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제1항의 시정권고를 불이행한 자(법 제2조 제1호 차목에 해당하는 경우는 제외)를 형사소송법 제234조 제2항에 따라 고발한다. 다만, 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 위반행위의 정도, 위반행위의 동기와 그 결과 등을 고려하여 14일 이내의 기간으로 한 차례에 한정하여 시정권고 내용의 이행을 촉구할 수 있다.

84) 형사소송법 제234조(고발)

① 누구든지 범죄가 있다고 사료하는 때에는 고발할 수 있다.

② 공무원은 그 직무를 행함에 있어 범죄가 있다고 사료하는 때에는 고발하여야 한다.



법·제도 연구

개정 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률의 주요내용 분석  
- 데이터 부정사용행위 및 유명인의 인적 식별표지 무단사용행위를 중심으로 -

## 제3장

# 유명인의 인적 식별표지 무단사용행위

제1절 개정 배경

제2절 국외 퍼블리시티권 보호 법제

제3절 유명인의 인적 식별표지 무단사용 행위의 적용 요건

제4절 법적 구제수단



## 제1절

## 개정 배경

유명인의 인적 식별표지의 무단사용행위의 경우, 그간 우리 법에는 소위 퍼블리시티권(right of publicity)에 관한 근거규정이 존재하지 않았기 때문에 퍼블리시티권을 독립된 권리로 인정할 수 있는지에 대해서 견해가 대립하였고, 판례들도 일치하지 않았다. 판례는 퍼블리시티권이 문제가 된 사건에서 “우리나라에서도 근래에 이르러 연예, 스포츠 산업 및 광고 산업의 급격한 발달로 유명인의 성명이나 초상 등을 광고에 이용하게 됨으로써 그에 따른 분쟁이 적지 않게 일어나고 있으므로 이를 규율하기 위하여 이른바 퍼블리시티권이라는 새로운 권리 개념을 인정할 필요성은 수긍할 수 있으나, 성문법주의를 취하고 있는 우리나라에서 법률, 조약 등 실정법이나 확립된 관습법 등의 근거 없이 필요성이 있다는 사정만으로 물권과 유사한 독점·배타적 재산권인 퍼블리시티권을 인정하기는 어렵다고 할 것이며, 퍼블리시티권의 성립요건, 양도·상속성, 보호 대상과 존속 기간, 침해가 있는 경우의 구제 수단 등을 구체적으로 규정하는 법률적인 근거가 마련되어야만 비로소 퍼블리시티권을 인정할 수 있을 것이다.”라고 판시한 바 있다.<sup>85)</sup> 즉 퍼블리시티권을 인정할 필요성은 없으나 법률적 근거가 없다는 것이다.

이에 따라 퍼블리시티권의 보호방안으로 「저작권법」,<sup>86)</sup> 「부정경쟁방지법」, 「민법」<sup>87)</sup>등 기존 법률을 개정하거나 독자적 입법에 의해 보호하는 방식 등이 논의되었다.

▮ 표 22 ▮ 박찬숙 의원 저작권법 일부개정안(의안번호3276, 2005. 11. 9. 제출)

- 저작권법 일부개정안을 통해 '광고 또는 상품판매 등에 활용될 수 있는 초상, 성명, 음성 등 특정인의 각종 이미지가 본인의 동의 없이 무분별하게 상업적으로 이용당하는 것을 방지하기 위해 초상재산권을 신설하고, 초상재산권의 보호기간 설정 등 초상재산권의 권리를 양도할 수 있도록 하는 법적인 근거를 마련'하는 것을 주요내용으로 함
- 저작권법 제2조 제1호 '저작물'의 정의를 개정:문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물 및 재산적 가치가 있는 개인(단체를 포함한다)의 초상·성명 및 음성 등 창작부산물을 말한다
- 제4조 '저작물의예시 등'에 제10호 '초상·성명 및 음성 등의 초상저작물'을 신설

85) 대법원 2002. 4. 16. 선고 2000나42061 선고 등.

86) 「저작권법」 개정안 3차례('05년, '09년, '12년) 발의(173276, 1804588, 1900539), '15년 「인격표지권 보호 및 이용에 관한 법률안」 발의(1913653).

87) '13년 「민법」 개정안 발의(1906496). 물권과 채권이라는 큰 틀 안에서 재산권을 규정하고 있는 「민법」에 새로운 형태의 재산권인 퍼블리시티권을 신설하기 위해서는 민법 체계에 큰 변경을 가져온다는 부담이 있을 수 있다. 또한 인격권에 관한 민법상 근거규정들도 인격권 자체에 관하여 정의하고 기술하는 규정이 아니라 인격권 침해 시 구제방법에 관한 규정이다. 따라서 민일 퍼블리시티권 관련 규정을 민법에 신설한다면 인격권에 관한 규정도 넣는 것이 바람직할 것인데, 이는 민법의 대폭적인 개정이 있어야 가능할 것이다(한지영, “부정경쟁방지법에 의한 퍼블리시티권 보호방안에 대한 비판적 검토”, 홍익법학 제17권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2018, 659면).

- 제2장의2 '초상재산권'을 신설하여 권리의 내용을 규정
- '초상저작물'에 대하여 저작재산권에 준한 초상재산권을 인정하되(제53조의2) 그 권리의 '보호기간'은 '생존기간'으로 하고, '양도·이용허락'을 허용

▮ 표 23 ▮ 2009년 이성헌 의원 대표발의안(의안번호 1804588, 2009. 4. 16. 제출)

- 창작부산물을 저작권의 정의에 포함
- '초상저작물'을 저작물의 예시로 신설
- 양도·이용허락을 인정
- 생존기간 동안 저작재산권적 지위를 부여
- ※ 박찬숙 의원 대표발의안과 실질적으로 거의 유사

▮ 표 24 ▮ 인격표지권 보호 및 이용에 관한 법률안(의안번호 13653, 2015. 1. 13. 발의)

- 개인의 성명·초상 등의 인격표지에 관한 개인의 권리를 보호하고 그 이용에 관한 사항을 규정하여 문화 및 관련 산업의 향상 발전에 기여함을 입법 목적으로 함
- 인격표지는 개인의 성명, 초상, 목소리 등과 그와 유사한 것으로서 그 사람의 특징적 요소가 나타나 있는 것으로 정의하고, 인격표지권은 인격표지를 상업적으로 사용할 수 있는 권리로 정의함
- 2인 이상으로 구성된 단체의 인격표지권은 구성원 전체의 합의에 따라 행사하도록 하고, 각 인격표지권자는 신의에 반하여 합의의 성립을 방해할 수 없도록 함
- 인격표지권의 보호기간, 상속, 양도, 이용허락, 소멸 등에 관한 사항을 규정하여 인격표지권을 보호함
- 인격표지권의 적용 제외 및 공정 이용에 관한 사항을 규정하여 인격표지권의 행사를 제한함
- 인격표지권 손해배상의 청구, 손해액의 인정, 정신적 손해배상 등 인격표지권 침해에 대한 규제를 규정함

최근 대법원은 방탄소년단(BTS) 화보집 사건에서 유명인의 초상·성명 등이 지니는 유명성을 '상당한 투자와 노력의 성과'로 인정하여 부정경쟁행위 위반을 인정한 바 있으나, 보충적 일반조항에 근거하여 유명인의 초상 등을 보호하는 것에는 한계가 있다는 문제가 계속적으로 제기되었다.

이에 「부정경쟁방지법」 개정을 통해 유명인의 인적 식별표지가 법적으로 보호받을 수 있는 법적 근거를 마련하였다. 이는 유명인의 초상·성명 등 타인을 식별할 수 있는 표지에 별도의 '권리'를 부여하는 것이 아닌, 이를 무단사용하여 타인의 경제적 이익을 침해하는 '행위'를 부정경쟁행위로 규정한 것은 현행법 체계에서 발생 가능한 복잡한 논란이나 부작용을 최소화하기 위한 조치로 평가된다.<sup>88)</sup>

88) 채수근, 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고 - 〈유명인의 인적 식별표지의 무단사용행위 규제〉, 이철규 의원 대표발의(의안번호 제2107846호), 산업통상자원중소벤처기업위원회, 2021, 6~7면.

## 제2절

## 국외 퍼블리시티권 보호 법제

## I 미국

## 1. 개요

퍼블리시티권은 미국에서 탄생하여 발전된 권리로, 강학상 “자신의 동일성(identity)의 상업적 이용을 통제하는 모든 사람의 고유한 권리”,<sup>89)</sup> “자신이 스스로 창조하였거나 타인으로부터 매수한 공표가치(publicity value)를 통제하고 그로부터 이익을 얻을 수 있는 권리”<sup>90)</sup> 등으로 정의될 수 있다. 이때 공표가치는 “대중적으로 알려진 인물(public personality)의 이름, 사진, 외형이 가지는 금전적 가치”<sup>91)</sup>를 의미한다.

미국에서는 1953년 Haelan 판결에서 처음 퍼블리시티권이 인정된 후, 주법 및 판례를 통해 퍼블리시티권을 독자적 권리로 인정하고 있다. 다만, 퍼블리시티권의 양도, 상속, 존속기간 등 구체적인 내용은 각 주의 법률마다 규정을 달리하고 있다. 주법에 퍼블리시티권을 규정하고 있지 않은 경우에도 판례를 통해 퍼블리시티권을 인정한다. 2020년 기준 미국에서는 35개 주에서 보통법 또는 성문규정을 통해 퍼블리시티권을 인정하고 있다.<sup>92)</sup> 다만 이 가운데 뉴욕주 등의 경우

89) J. Thomas McCarthy, *The Rights of Publicity and Privacy*, 2d ed., Thomson Reuters, 2009, Volume 1, p. 3; 권태상, “미국법상 퍼블리시티권”, *비교사법 제23권 1호(통권 72호)*, 한국비교사법학회, 2016. 75면에서 재인용.

90) Melville B. Nimmer, *The Right of Publicity*, 19 *Law & Contemp. Probs.*216 (1954); 권태상, “미국법상 퍼블리시티권”, *비교사법 제23권 1호(통권 72호)*, 한국비교사법학회, 2016. 79면에서 재인용.

91) Melville B. Nimmer, *The Right of Publicity*, 19 *Law & Contemp. Probs.*203, 204 (1954); 권태상, “미국법상 퍼블리시티권”, *비교사법 제23권 1호(통권 72호)*, 한국비교사법학회, 2016. 79면에서 재인용.

92) Alabama (Ala. Code § 6-5-770), Arizona (Ariz. Rev. Stat. Ann. § 12-761 (applies only to soldiers)), Arkansas (Ark. Code Ann. § 4-75-1101), California (Cal. Civ. Code § 3344), Colorado (Donchez v. Coors Brewing Co., 392 F.3d 1211 (10th Cir. 2004)), Connecticut (In re Jackson, No. 19-480 (2d Cir. Aug. 19, 2020)), Florida (Fla. Stat. § 540.08), Georgia (Bullard v. MRA Holding, LLC, 740 S.E.2d 622 (Ga. 2013)), Hawaii (Haw. Rev. Stat. § 482P-1), Illinois (765 Ill. Comp. Stat. 1075/1), Indiana (Ind. Code § 32-36-1-1), Kentucky (Ky. Rev. Stat. Ann. § 391.170), Massachusetts (Mass. Gen. Laws ch. 214, § 3A), Michigan (Hauf v. Life Extension Found., 547 F. Supp. 2d 771 (W.D. Mich. 2008)), Minnesota (Ventura v. Titan Sports, Inc., 65 F.3d 725 (8th Cir. 1995)), Missouri (Doe v. TCI Cablevision, 110 S.W.3d 363 (Mo. 2003)), Nebraska (Neb. Rev. Stat. § 20-201), Nevada (Nev. Rev. Stat. § 597.770), New Hampshire (Doe v. Friendfinder Network, Inc., 540 F. Supp. 2d 288 (D.N.H. 2008)), New Jersey (Estate of Presley v. Russen, 513 F. Supp. 1339 (D.N.J. 1981)), New Mexico (Moore v. Sun Publ'g Corp., 881 P.2d 735 (N.M. Ct. App. 1994)), New York (N.Y. Civ. Rights Law §§ 50-51 (applies only to living individuals)), Ohio (Ohio Rev. Code Ann. § 2741.01), Oklahoma (Okla. Stat. tit. 21, § 839.1), Pennsylvania (42 Pa. Cons. Stat. § 8316), Rhode Island (9 R.I. Gen. Laws § 9-1-28.1), South Carolina (Gignilliat v. Gignilliat, Savitz & Bettis, L.L.P., 684 S.E.2d 756 (S.C. 2009)), South Dakota (S.D. Codified Laws

에는 프라이버시권이라는 이름으로 개인의 아이덴티티가 가지는 재산적 이익을 보호하는 점에서, 인격권의 이름으로 그 재산적 이익을 보호하고 있다는 특징이 있다.<sup>93)</sup>

## 2. 연혁

퍼블리시티권은 연혁적으로 명예훼손과 프라이버시권에 기원을 두고 있다. 퍼블리시티권의 개념이 처음 등장한 것은 1953년 Haelan 판결<sup>94)</sup>인데, Haelan 판결에서 제2항소법원은 “사람은 프라이버시권과는 별도로 그에 부가하여, 자신의 사진이 가지는 공표가치에 대한 권리, 즉 그의 사진을 공표할 배타적 권리를 타인에게 부여할 수 있는 권리를 가지며 ... 이 권리를 퍼블리시티권이라 할 수 있다.”<sup>95)</sup>고 판시하며, 퍼블리시티권이라는 법적 권리를 최초로 인정하였다.

Haelan 판결 후 퍼블리시티권의 법적 성격을 둘러싼 견해대립이 계속되었으나, 1977년 Zacchini 판결<sup>96)</sup>을 통해 퍼블리시티권의 입지가 확립되었다. 연방대법원은 Zacchini 판결에서 “퍼블리시티권을 보호하는 근거가 신용(good will)의 절취로 인한 부당이득을 금지하는 것”이라고 하면서 “퍼블리시티권을 보호하는 것이 공중에게 유익한 공연을 만들기 위해 요구되는 투자를 할 경제적 요인을 제공”하는 것이라고 판시하였다. 이 판결을 계기로 퍼블리시티권의 법적 성격은 인격권이 아닌 재산권이라는 것이 명확해졌으며, 미국의 주법에 의해 퍼블리시티권의 양도나 상속이 가능하도록 규정되었다.

1995년 미국법률협회(American Law Institute)에서 발간한 부정경쟁에 관한 리스테이트먼트(Restatement of the Law, Unfair Competition)<sup>97)</sup>는 퍼블리시티권을 부정경쟁방지법의 일부로 보고, “사람의 이름, 외형 또는 다른 동일성표지를 동의 없이 영업 목적으로 사용하여 그 사람의 동일성의 경제적 가치를 도용한 사람은 금지명령과 손해배상에 기재된 법원칙에 따른 적절한 구제를 위한 책임을 진다.”고 규정하였다.<sup>98)</sup>

§ 21-64-2), Tennessee (Tenn. Code Ann. § 47-25-1101), Texas (Tex. Prop. Code Ann. § 26.001), Utah (Utah Code Ann. § 45-3-1), Virginia (Va. Code Ann. § 8.01-40), Washington (Wash. Rev. Code § 63.60.010), West Virginia (Crump v. Beckley Newspapers, Inc., 320 S.E.2d 70 (W. Va. 1983)), and Wisconsin (Hirsch v. S.C. Johnson & Son, Inc., 280 N.W.2d 129 (Wis. 1979)). Mark Roesler and Garrett Hutchinson, “What’s in a Name, Likeness, and Image? The Case for a Federal Right of Publicity Law”, ABA, 2020. 9. 16. <[https://www.americanbar.org/groups/intellectual\\_property\\_law/publications/landslide/2020-21/september-october/what-s-in-a-name-likeness-image-case-for-federal-right-of-publicity-law/#ref6](https://www.americanbar.org/groups/intellectual_property_law/publications/landslide/2020-21/september-october/what-s-in-a-name-likeness-image-case-for-federal-right-of-publicity-law/#ref6)>, <방문일: 2022. 6. 7.>

93) 이해완, “퍼블리시티권의 법제화 방향에 대한 연구”, 성균관법학, 성균관대학교 법학연구소, 2016, 88면.

94) Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc., 202 F.2d 866 (2d Cir.1953).

95) 한위수, “퍼블리시티권·성명·초상 등의 상업적 이용에 관한 권리의 침해와 민사책임,” 민사재판의 제문제 제9호, 사법행정학회, 1997, 581면.

96) Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co., 433 U.S. 562, 97 S. Ct. 2849, 53 L. Ed. 2d. 965, 2 Media L. Rep. 2089, 205 U.S.P.Q. (BNA) 741 (1977).

97) 리스테이트먼트(Restatement of the Law)는 주법(州法)의 통일화를 위한 운동으로서, 선례로 정착된 판례의 요점을 정리한 것을 의미.

### 3. 퍼블리시티권에 대한 구체적 내용

#### (1) 법적 성격

미국의 학설은 일반적으로 퍼블리시티권을 재산권으로 이해하고 있으며, 부정경쟁에 관한 리스테이트먼트도 사람의 동일성의 상업적 가치에 관한 권리가 재산권의 성격을 갖는다고 설명하고 있다. 몇몇 주는 법률의 규정에 퍼블리시티권이 명시적으로 재산권임을 규정하고 있으며, 판례 역시 퍼블리시티권을 재산권으로 파악한다.

#### (2) 주체 및 객체

미국의 다수설은 퍼블리시티의 주체를 판단함에 있어 유명할 것을 요하지 않는다. 1995년 부정경쟁 리스테이트먼트에 따르면 알려지지 않은 사람의 동일성도 경제적 가치를 가질 수 있으며, 원고의 명성에 대한 평가는 적절한 구제수단을 결정하는 것과 더 관련성이 있다고 한다.<sup>99)</sup>

또한 다수설은 법인 등 단체의 퍼블리시티권의 인정 여부에 대하여 부정하는 입장을 취하고 있다. 1995년 부정경쟁에 관한 리스테이트먼트는, 퍼블리시티권의 기초가 개인의 존엄과 자율이라고 하면서, 이에 따라 퍼블리시티권은 자연인에게 한정된다고 하였다.<sup>100)</sup> 미국의 판례도 대체로 법인 등 단체의 퍼블리시티권을 부정하고 있다.<sup>101)</sup>

한편 이름, 초상 등 영상, 목소리는 퍼블리시티권으로 보호될 수 있다. 이름은 성과 이름이 합쳐진 것만을 의미하지 않으며, 성을 제외한 이름(first name)도 그에 의해 원고가 인식될 수 있으면 보호 대상이 되고, 별명, 예명도 보호 대상이 될 수 있다.<sup>102)</sup>

역할 및 캐릭터가 퍼블리시티권에 의해 보호될 수 있는지에 대하여 1994년 연방 제3고등법원은 “역할이 배우와 결합되어 있는지를 고려해야 한다고 하면서, 배우의 영화 속 페르소나(persona)가 그 배우의 대중적 이미지와 분리하기 어려울 정도로 결합되어 있는 경우 배우가 그 이미지에 대한 권리를 취득하며 이 권리에 의하여 그 이미지를 다른 사람이 권한 없이 사용하는 것을 막을 수 있다.”<sup>103)</sup>고 하였다.<sup>104)</sup>

98) Restatement Third, Unfair Competition § 46 (1995).

99) Restatement Third, Unfair Competition § 46, comment d (1995).

100) Restatement Third, Unfair Competition § 46, comment d (1995).

101) 권태상, “미국법상 퍼블리시티권”, 비교사법 제23권 1호(통권 72호), 한국비교사법학회, 2016, 79면.

102) National Bank of Commerce v. Shaklee Corp., 503 F. Supp. 533, 207 U.S. P.Q. (BNA) 1005 (W.D. Tex. 1980).

103) McFarland v. Miller, 14 F.3d 912, 22 Media L. Rep. 1205, 29 U.S.P.Q.2D (BNA) 1586 (3d Cir. 1994).

104) 퍼블리시티권으로 보호되는 객체의 범위에 대하여 권태상, “미국법상 퍼블리시티권”, 비교사법 제23권 1호(통권 72호), 한국비교사법학회, 2016, 80~83면 참고.

### (3) 양도

미국 학설과 판례는 퍼블리시티권의 양도를 인정하고 있으며, 일부 주에서는 명시적으로 퍼블리시티권의 양도가 가능하다는 규정을 두고 있다. 양도성을 부정하면 성명과 외형의 완전한 상업적 이용이 불가능하다는 점이 고려되었다. 양도는 유명인이 자신의 퍼블리시티권의 관리와 이용을 독립된 법인이나 신탁에게 양도하거나 배우자 또는 자녀에게 권리를 이전하기 위하여 행사된다.

### (4) 상속

퍼블리시티권의 상속성 인정에 대해서는 학설과 판례가 일치된 입장을 보이고 있지 않다. 퍼블리시티권의 상속성을 인정하는 견해는 퍼블리시티권의 법적 성격이 재산권이므로 상속성을 인정해야 한다는 점,<sup>105)</sup> 제3자가 사망자의 동일성을 이용하여 이득을 취하고 사망자의 상속인과 양수인에게 손해를 끼치는 것은 불공정하다는 점<sup>106)</sup> 등이 그 근거로 제시된다.

#### ▣ 표 25 ▣ 테네시주 항소법원 판결 판결

1987년 테네시주 항소법원 판결<sup>107)</sup>에서는 “퍼블리시티권의 상속성을 인정하는 것이, 유언에 의해 재산을 배분하는 권리가 본질적 권리라는 인식과 일치하고, 부당이득을 금지하는 원칙과 일치하며, 유명인이 자신의 사망 후 상속인과 양수인에게 이득이 될 가치 있는 자산을 창조하고 있다는 기대와 일치하고, 유명인의 성명과 외형을 이용할 권리를 취득한 사람의 계약상 권리를 인정하는 것이 되며, 상품과 서비스의 후원 등에 관한 사기(deception)로부터 안전할 공중의 이익을 촉진하고, 기만적으로 유사한 단체의 이름을 이용하는 부정경쟁에 반대하는 정책과 일치한다.”고 판시

반면 퍼블리시티권의 상속성을 부정하는 견해는 퍼블리시티권이 재산권이라 하더라도 재산권은 법에 의해 창조되고 법원에서 인정되는 한도에서 존재하는 것이며, 재산권의 범위는 다른 권리들의 실현하는 다른 법들에 의해 제한된다는 점,<sup>108)</sup> 상속된 퍼블리시티권의 보호기간 및 과세, 표현의 자유와의 관계에서 문제가 발생할 수 있으며, 우연하고 순간적이며 대중과 언론에 의해 만들어진 명성이나 악명을 상속인이 상업화하는 것의 타당한지 등을 문제점으로 지적한다.<sup>109)</sup>

105) Harold R. Gordon, Right of Property in Name, Likeness, Personality and History, 55 Nw. U. L. Rev. 553, 612 (1960), Price v. Hal Roach Studios, Inc., 400 F. Supp. 836 (S.D. N.Y. 1975).

106) Roberta Rosenthal Kwall, Is Independence Day Dawning for the Right of Publicity?, 17 U.C. Davis L. Rev. 191, 213 (1983).

107) State ex rel. Elvis Presley Intern. Memorial Foundation v. Crowell, 733S.W.2d 89, 14 Media L. Rep. 1043, 2 U.S.P.Q.2D (BNA) 1663 (Tenn. Ct. App. 1987).

108) Steven J. Hoffman, Limitations on the Right of Publicity, 28 Bull Copyright Soc'y 111, pp. 134f (1980).

109) Steven J. Hoffman, Limitations on the Right of Publicity, 28 Bull Copyright Soc'y 111, pp. 136f (1980).

표 26 | Memphis Development 판결

1980년 연방 제6항소법원의 Memphis Development 판결<sup>110)</sup>에서는 “퍼블리시티권의 상속성을 인정하면 그 권리가 언제까지 존속하는지, 그 권리에 과세하는 것이 가능한지, 표현의 자유와 어떤 지점에서 충돌하는지 등 실제적인 일련의 문제가 발생할 것”이라고 하면서, “명성은 종종 우연적이고 순간적이며, 공중과 언론의 참여에 의해 만들어지고, 좋은 행동뿐 아니라 나쁜 행동에 의해서도 만들어진다는 등의 이유를 들어, 상속인이 이를 상업화하는 것은 법 전통에 어긋나고 윤리적 전제에도 위반된다.”고 판시

### (5) 보호기간

상속권을 인정하는 견해는 대체로 그 보호기간에 일정한 제한을 두는 것에 찬성하지만, 어느 정도의 보호기간을 인정할지에 대해서는 여러 견해로 나뉜다. 제한을 인정할 경우 그 존속기간을 둘 것인지가 문제되는데, 거의 모든 견해가 일정한 존속기간을 두는데 찬성한다. 그 논거로는, 너무 먼 후손이 유명한 선조의 상업적 이익을 취득하는 것을 방지할 필요가 있다는 점, 표현의 자유와 자유경쟁의 이익과 균형을 맞출 필요가 있는데 이러한 이익은 시간이 지남에 따라 증가하여 어느 시점에는 상속인의 이익보다 커지게 된다는 점, 상업적 예측 가능성과 확실성을 위해서는 쉽게 계산할 수 있는 확정된 기간이 바람직하다는 점 등이 제시된다.<sup>111)</sup> 이 경우, 연방 저작권법에서 규정하는 저작권의 보호기간(사후 70년)을 유추적용하자는 것이 다수설이나, 퍼블리시티권과 연방 저작권의 입법 목적이 다르다는 점에 근거하여 이에 대한 비판하기도 한다.

각 주의 법률은 퍼블리시티권의 보호기간을 제한하는 것에 찬성한다. 각 주는 법에 의해 퍼블리시티권의 보호기간은 사후 10년~100년으로 다양하게 규정되어 있으나<sup>112)</sup>, 사용이 계속되는 한 퍼블리시티권의 존속이 인정된다거나, 보호기간 규정을 두지 않는 경우도 있다.

### (6) 표현의 자유와의 관계

퍼블리시티권에 관한 사항은 각 주의 주법에 의해 규율되고 있으므로, 퍼블리시티권과 표현의 자유에 대한 규정 및 해석 또한 모두 상이하다.

미국 부정경쟁 리스테인먼트는 퍼블리시티권 침해 판단기준에 관하여 제46조에서 ‘상업 목

110) Memphis Development Foundation v. Factors Etc., Inc., 616 F.2d 956, 5Media L. Rep. 2521, 205 U.S.P.Q. (BNA) 784 (6th Cir. 1980).

111) J. Thomas McCarthy, The Rights of Publicity and Privacy, 2d ed., Thomsons Reuters, 2009., Volume 2, pp. 438f; 권태상, “미국법상 퍼블리시티권”, 비교사법 제23권 1호(통권 72호), 한국비교사법학회, 2016. 93면에서 재인용.

112) 보테네시주(10년), 버지니아주(20년), 펜실베이니아주(30년), 플로리다주(40년), 일리노이주, 네바다주, 텍사스주, 켄터키주(각 50년), 오하이오주(60년), 캘리포니아주(70년), 워싱턴주(해당 본인의 아이덴티티가 상업적 가치를 가지지 않을 경우에는 사후 10년, 상업적 가치를 가질 경우에는 사후 75년), 인디애나주, 오클라호마주(각 100년); 이해완, “퍼블리시티권의 법제화 방향에 대한 연구”, 성균관법학, 성균관대학교 법학연구소, 2016, 120면(각주 93번).

적으로'(for purposes of trade) 사용된 경우에 한하여 퍼블리시티권 침해를 인정하고 있다. 제 47조에서는 '상업 목적으로' 사용된 경우에 해당하는 경우로, i) 사용자의 상품이나 서비스의 광고에 사용된 경우, ii) 사용자에게 의하여 판매된 상품에 표시된 경우, iii) 사용자에게 의한 서비스와 함께 제공된 경우의 세 가지만을 한정적으로 열거하고 있다. 아울러, 일반적으로 "사람의 정체성을 뉴스 보도, 비평, 연예, 픽션이나 논픽션 작품에서 사용하는 것 또는 그러한 사용에 부수하는(incidental) 광고에서 사용하는 것은 통상 상업 목적의 사용에 포함되지 아니한다."고 명시하고 있다.<sup>113)</sup>

종래 미국에서는 상업적 이용기준이나 뉴스가치 기준 등에 의해 표현의 자유와 퍼블리시티권을 조율해 왔으나, 조금 더 구체화된 기준의 제시가 필요하다는 견지에서 지배적 이용 기준(Predominant Use Test), Restatement/Rogers Test, 변형적 이용 기준(Transformative Use Test)이 제시되었다.

지배적 이용 기준은 개인의 동일성표지를 사용하는 주된 목적이 표현적이거나 비상업적인지 아니면 상업적인지의 여부를 고려하여 퍼블리시티권의 침해 여부를 판단하는 비교형량 기준이다. 즉, 비록 일부 표현적인 부분이 있더라도 특정인의 동일성표지의 상업적 가치를 '지배적'으로 이용했다면 퍼블리시티권 침해에 해당하고, 동일성표지를 사용하는 '주된 목적'이 표현적이라면 표현의 자유에 의해서 보호된다.<sup>114)</sup>

Restatement/Rogers Test 기준은 개인의 동일성표지를 그 개인과 전혀 관련 없는(wholly unrelated) 작품에 사용한 경우에는 퍼블리시티권의 침해로 허용될 수 없으나, 유명인을 다른 예술작품에 제목으로 사용하는 등 서로 관련되어 있는 경우에는 표현의 자유로 보호된다는 이론이다.<sup>115)</sup>

변형적 이용 기준은 저작권법의 공정이용 법리로부터 도출된 것으로, 타인의 동일성을 이용한 것이 충분히 변형적이어서 이용자의 고유의 표현이라고 볼 수 있다면 퍼블리시티권의 침해는 부정된다는 이론이다.

## (7) 침해 시 구제수단

퍼블리시티권이 침해된 경우, 금지명령, 손해배상청구, 이익반환청구가 인정되며, 손해배상액은 원고의 동일성의 이용이 갖는 공정한 시장 가치(fair market value)에 기초하여 산정된다.<sup>116)</sup> 원고가 유사한 상황에서 자신의 동일성표지의 이용을 허락하고 그 대가로 취득한 금액이

113) 임상민, "퍼블리시티권 침해 판단기준", 지식재산연구 제8권 제4호, 한국지식재산연구원, 2013, 131~133면.

114) 박준우, "표현의 자유에 의한 퍼블리시티권의 제한 - 상품의 디자인과 캐릭터로 이용한 경우를 중심으로 -", 정보법학, 제14권 제3호, 2010, 152~153면.

115) 임상혁, "퍼블리시티권의 한계에 관한 연구", LAW&TECHNOLOGY, 제13권 제3호, 서울대학교 기술과 법 센터, 2017, 33면.

있으면, 이 금액을 기준으로 할 수 있으며, 원고와 비슷한 지위에 있는 사람이 자신의 동일성표지의 이용을 허락하고 그 대가로 취득한 금액이 있으면 이 금액을 기준으로 할 수 있다.<sup>117)</sup>

구분	주요내용	
개요	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 퍼블리시티권은 미국에서 탄생하여 발전된 권리로, 1953년 Haelan 판결에서 처음 퍼블리시티권이 인정된 후, 주법 및 판례를 통해 퍼블리시티권을 독자적 권리로 인정</li> <li>• 퍼블리시티권의 양도, 상속, 존속기간 등 구체적인 내용은 각 주의 법률마다 다름(2020년 기준, 35개 주에서 보통법 또는 성문규정을 통해 인정)</li> </ul>	
연혁	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 퍼블리시티권은 연혁적으로 명예훼손과 프라이버시권에 기원을 두고 있으며, 1953년 Haelan 판결에서 처음 개념 등장</li> <li>• 1977년 Zacchini 판결에서 연방대법원은 퍼블리시티권이 재산권이라고 선언</li> <li>• 부정경쟁에 관한 리스테이트먼트(Restatement of the Law, Unfair Competition)는 “사람의 이름, 외형 또는 다른 동일성표지를 동의 없이 영업 목적으로 사용하여 그 사람의 동일성의 경제적 가치를 도용한 사람은 금지명령과 손해배상에 기재된 법원칙에 따른 적절한 구제를 위한 책임을 진다.”고 규정</li> </ul>	
구체적 내용	법적 성격	• 재산권
	주체 및 객체	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 주체: 유명인일 것 불요(다수설), 법인의 주체성은 부정(다수설, 판례)</li> <li>• 객체: 이름, 초상 등 영상, 목소리 등(특정인이 인식될 수 있으면 보호 대상 인정)</li> </ul>
	양도	• 판례, 일부 주법, 다수 학설은 양도성 인정
	상속	• 상속성 인정에 대해서는 견해 불일치(상속성 인정된 판례와 부정된 판례 모두 있음)
	보호기간	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 상속권을 인정하는 견해는 대체로 그 보호기간에 일정한 제한을 두는 것에 찬성</li> <li>• 각 주법은 퍼블리시티권의 보호기간을 규정하지 않거나, 사후 10년~100년으로 규정</li> </ul>
	표현의 자유와의 관계	• 지배적 이용 기준(Predominant Use Test), Restatement/Rogers Test, 변형적 이용 기준(Transformative Use Test)
	구제 수단	• 금지명령, 손해배상청구, 이익반환청구가 인정(손해배상액은 원고의 동일성의 이용이 갖는 공정한 시장 가치(fair market value)에 기초하여 산정)

116) 권태상, “미국법상 퍼블리시티권”, 교사법 제23권 1호(통권 72호), 한국비교사법학회, 2016, 66면.

117) 권태상, “인격권 침해로 인한 재산적 손해”, 법조 제69권 제1호(통권 제739호), 법조협회 2020, 146면.

## II 독일

### 1. 개요

독일에서는 퍼블리시티권이라는 용어를 사용하고 있지 않고, 인격권과 별개의 퍼블리시티권에 관한 규정을 두고 있지 않다.

독일은 재산권으로서의 퍼블리시티권을 명문으로 규정하고 있지는 않지만 판례에 의하여 사람의 동일성이 갖는 재산적 이익을 인격권으로 보호하고 있다. 독일에서는 기본적으로 성명이나 초상 등을 인격권으로 규율한다. 미술 및 사진저작물의 저작권에 관한 법률(KUG) 제22조에서 초상권을, 민법 제12조에서 성명권을 각 규정하고 있고, 그 외에 일반적 인격권의 존재를 긍정하고 있다.<sup>118)</sup>

독일의 퍼블리시티권 특징은 사람의 인격표지에 성립해 있는 비재산적 이익과 재산적 이익을 통합적으로 보호하면서 이를 통한 과도한 인격의 상업화를 방지한다는 것이다. 이는 독일이 퍼블리시티권에 대하여 인격권의 범주 안에서 재산적 이익을 보호하는 점, 퍼블리시티권의 양도성 인정에 대한 입장을 보류하고 있는 점, 상속성을 인정하면서도 피상속인의 추정적 의사에 구속력을 인정하려는 점, 퍼블리시티권의 사후적 보호기간을 가급적 단기적으로 인정하려는 점 등에서 나타난다.<sup>119)</sup>

### 1. 연혁

1999년 말레네 디트리히(Marlene Dietrich) 판결<sup>120)</sup>에서 독일 연방대법원(BGH)은 “인격권의 재산가치 있는 부분 침해로 인한 재산적 손해를 배상할 책임이 있다.”고 판시하면서, “인격권이 정신적 이익을 보호하는 한 그 주체와 불가분적으로 결합되고 일신전속권으로서 양도와 상속이 불가능하지만 인격의 상업적 이익을 보호하는 인격권의 재산가치 있는 부분은 상속될 수 있다.”고 하였다. 그 근거로 내세운 것은 첫째, 상호권이 인격권으로 여겨지다가 현재는 재산권으로 분류되고, 상표권이 인격권으로 분류되다가 현재 무체재산권으로 인정되는 등 권리의 성격이 법질서의 평가에 의해 달라질 수 있는 점, 둘째, 기술적, 경제적, 사회적 상황의 변화로 인격표지가 예전에는 생각하지 못한 정도로 경제적 이용이 가능하게 된 점, 셋째, 인격권의 재산가치 있는 부

118) 이해완, “퍼블리시티권의 법제화 방향에 대한 연구”, 성균관법학, 성균관대학교 법학연구소, 2016, 88면.

119) 안병하, “독일의 퍼블리시티권 관련 논의 개관”, 비교사법 제23권 1호(통권 72호), 한국비교사법학회, 2016. 152~153면.

120) BGH, Urt. v. 1. 12. 1999, NJW 2000, 2195 ff.

분의 효과적인 사후 보호를 보장하기 위해서는 상속인이 인격권 보유자의 역할을 대신하여 사망자의 추정적 의사를 보호하고 권한 없는 이용에 대응할 수 있어야 한다는 점 등을 제시하였다.<sup>121)</sup>

위 판결 이전에도 초상권을 재산적 가치 있는 배타적 권리로 이해하여 이를 침해한 경우에 손해배상과 부당이득반환을 명하는 판결이 다수 있었으나, 말레네 디트리히 판결을 통해 초상권 등 개별적 인격권이 아닌 일반적 인격권<sup>122)</sup>에도 재산권적 성격을 인정하는 한편 상속성을 명시적으로 인정하였다는 점에서 의미가 있다. 다만 동 판결에서는 양도성에 관하여는 판단하지 않았으며, 이후 판결을 통해서도 양도성 인정 여부에 대해서는 명확한 입장을 표하고 있지 않다.

### 3. 퍼블리시티권에 구체적 내용

#### (1) 법적 성격

독일에서는 판례에 의해 퍼블리시티권을 인격권의 구성 부분으로 인정하여 사람의 동일성이 갖는 재산적 이익을 인격권으로 보호하고 있다. 독일의 학설 중 미국에서 전개되는 퍼블리시티권 논의에 가장 가까운 모습을 보이고 있는 견해에서도 인격재산권(Persönlichkeitsgüterrecht)이라는 명칭을 이용하고 있는 점<sup>123)</sup> 등에 비추어 학설 또한 대체로 퍼블리시티권을 인격권으로 이해하고 있는 것으로 보인다.<sup>124)</sup>

#### (2) 주체 및 객체

퍼블리시티권의 주체는 원칙적으로 상업적으로 이용된 동일성표지의 주체이다. 독일에서는 퍼블리시티권을 인격권 구성 부분으로 인정되고 있으므로, 판례와 다수설은 그 주체를 유명인만으로 한정하지 않는다. 다만 비유명인의 경우 침해 시 인정되는 손해배상액이 적을 수 있을 뿐이다. 법인에게도 인격권이 인정되므로 퍼블리시티권의 주체가 될 수 있다.

독일의 학설이나 판례는 아직 퍼블리시티권에 대한 깊이 있는 논의를 전개하지 않고 있으며, 지금까지 판례에서 문제된 것은 모두 초상, 성명, 음성에 국한되어 있다.<sup>125)</sup>

121) 권태상, 「퍼블리시티권의 이론적 구성 - 인격권에 의한 보호를 중심으로 -」, 경인문화사, 2013, 156~157쪽.

122) 성명권, 초상권과 같이 제정법상 구체적으로 규정되어 그 외연과 내포가 명확한 인격권을 개별적 인격권으로, 실정법상 규정되어 있지 않으나 포괄적인 인격보호를 추구하는 인격권을 일반적 인격권으로 구분.

123) Beuthien/Schmölz, Persönlichkeitsschutz durch Persönlichkeitsgüterrechte, 1999, S. 26 참조.

124) 안병하, “독일의 퍼블리시티권 관련 논의 개관”, 비교사법 제23권 1호(통권 72호), 한국비교사법학회, 2016. 137~141면 참조.

125) 안병하, “독일의 퍼블리시티권 관련 논의 개관”, 비교사법 제23권 1호(통권 72호), 한국비교사법학회, 2016. 144면.

### (3) 양도

앞선 언급한 바와 같이 판례는 양도성의 인정 여부에 대해 명확한 입장을 밝히고 있지 않으며, 학설은 인정 여부에 대하여 견해대립이 있다.

인격권의 재산적 구성 부분과 비재산적 구성 부분의 통합적 고려하에 인격권의 불가양성을 여전히 유지하면서 채권계약을 통한 인격표지의 상업적 이용을 인정하고자 하는 견해(채권적 양도설), 마치 소유권의 일부 권능이 타인에게 양도되어 제한물권이 설정되는 것과 마찬가지로 재산권적 성격을 가지는 인격권 또한 그 일부의 권능이 설정적으로 양도될 수 있다는 견해(설정적 물권적 양도설), 사람의 동일성표지에 성립한 재산적 가치의 귀속을 위해 새로운 무체재산권의 성립을 인정하고, 이 권리를 미국법상의 퍼블리시티권과 같이 인격권과는 완전히 별개의 순수재산권으로 취급하는 견해(이전적 물권적양도설) 등이 제시되고 있다.<sup>126)</sup>

### (4) 상속

인격주체의 사망으로 인해 인격권의 재산적 구성 부분은 상속된다고 인정한 말레네 디트리히 판결 이후 상속성이 인정된다. 비재산적 구성 부분과 달리 재산적 구성 부분은 인격 주체와 결합 정도가 더 약하고, 재산적 구성 부분에 대한 사후적 보호 필요성이 크다는 것을 근거로 한다. 학설들은 이에 대해 인격권 주체의 사망으로 인해 재산권 부분과 비재산권 부분이 분열되고 전자만이 상속되는 것에 대한 문제를 지적하기도 하지만, 퍼블리시티권의 상속이 인정된다는 것이 판례의 확립된 태도이다.

### (5) 보호기간

BGH에 따르면 “인간의 존엄에 기초한 사자의 인격보호 기간은 그 사자의 유명세 및 그에 대한 기억의 정도, 침해의 강도 등 개별적, 구체적 모든 사정을 종합하여 판단하여야 하는데, 에밀 놀데(Emil Nolde)와 같은 유명화가의 경우 그의 남겨진 작품으로 인해 그에 대한 기억이 통상적인 경우보다 더 오래 지속되므로 사후 30년 이상 지났다 하더라도 그의 인격보호의 필요성은 여전히 존재한다.”<sup>127)</sup>고 하여, 비재산권적 이익에 대해서는 30년 이상의 보호기간을 인정하는 반면, 인격권의 재산적 구성 부분에 대해서는 사후 10년까지 보호하는 것으로 판단하고 있다.<sup>128)</sup>

126) 각 학설에 대한 상세한 내용은 안병하, “독일의 퍼블리시티권 관련 논의 개관”, 비교사법 제23권 1호(통권 72호), 한국비교사법학회, 2016. 128-131면 참조.

127) BGH, Urt. v. 8. 6. 1989, NJW 1990, 1986, 1988 참조; 안병하, “독일의 퍼블리시티권 관련 논의 개관”, 비교사법 제23권 1호(통권 72호), 한국비교사법학회, 2016. 136면.

128) BGH, Urt. v. 8. 6. 1989, NJW 1990, 1986, 1988 참조; 안병하, “독일의 퍼블리시티권 관련 논의 개관”, 비교사법 제23

### (6) 표현의 자유와의 관계

인격적 표지들이 상업적으로 이용이 되더라도, 곧바로 인격권의 재산권 구성 부분의 침해가 되는 것은 아니다. BGH는 인격권의 재산적 구성 부분은 - 비재산적 구성 부분과 달리 - 헌법에 의해 보호되는 것이 아니라 민법에 의해서만 보호되는 것이므로 반대이익으로 등장하는 헌법적 가치(예컨대 언론의 자유, 표현의 자유 등)보다는 원칙적으로 열위에 있는 것이라 전제하고 있으나, 그렇다고 하여 이익형량의 결과가 언제나 이러한 헌법적 반대가치의 우위가 인정되는 것은 아니다.<sup>129)</sup> 가해자의 행위로 인해 피해자 인격권의 비재산적 구성 부분도 함께 침해된 경우, 헌법적 반대가치의 비중에 비추어 재산적 구성 부분이 너무 과도하게 침해된 경우에는 인격권의 재산적 침해가 인정될 수 있다.

### (7) 침해 시 구제수단

퍼블리시티권이 침해된 경우, 금지청구권, 손해배상청구, 부당이득반환청구권, 무단사무관리에 기한 이윤반환청구권 등이 인정된다. 독일에서는 인격권에 재산권적 성격을 인정하면서 재산적 손해의 인정 및 그 배상을 용이하게 해 주기 위한 법리로써 ‘3가지 손해산정방법’을 발전시켰는데, 3가지 손해산정방법은 피해자에게 실제로 발생한 손해, 통상적 라이선스료, 가해행위로 상대방이 얻은 이윤 중 어느 하나를 손해로 주장하여 그 배상을 청구할 수 있다는 법리이다. 손해배상액은 동일성표지의 이용에 대한 계약을 체결했으면 지급되었을 합리적 사용료에 근거하여 산정된다.<sup>130)</sup>

구분	주요내용
개요	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 퍼블리시티권이라는 용어를 사용하고 있지 않고, 인격권과 별개의 퍼블리시티권에 관한 규정을 두고 있지 않음</li> <li>• 판례에 의하여 사람의 동일성이 갖는 재산적 이익을 인격권으로 보호</li> </ul>
연혁	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 1999년 말레네 디트리히(Marlene Dietrich) 판결에서 독일 연방대법원(BGH)은 초상권 등 개별적 인격권(성명권, 초상권)이 아닌 일반적 인격권에 근거하여 퍼블리시티권의 재산권적 성격 및 상속성을 인정</li> </ul>

권 1호(통권 72호), 한국비교사법학회, 2016. 136면, 139면.

129) 안병하, “독일의 퍼블리시티권 관련 논의 개관”, 비교사법 제23권 1호(통권 72호), 한국비교사법학회, 2016. 144면.

130) 권태상, “인격권 침해로 인한 재산적 손해”, 법조 제69권 제1호(통권 제739호), 법조협회 2020, 146~147면.

구분	주요내용
법적 성격	• 인격권
주체 및 객체	• 주체: 유명인일 것 불요(다수설, 판례), 법인 인정 • 객체: 초상, 성명, 음성에 국한되어 논의
양도	• 명확한 입장을 밝힌 판례는 없으며, 학설상 견해대립 있음(채권적 양도설, 설정적 물권적 양도설, 이전적 물권적양도설)
상속	• 상속성 인정
구체적 내용	<p>보호기간</p> <p>표현의 자유와의 관계</p> <p>구제수단</p>
	<p>• 비재산권적 이익에 대해서는 30년 이상의 보호기간을 인정하는 반면, 인격권의 재산적 구성 부분에 대해서는 사후 10년까지 보호</p> <p>• BGH는 인격권의 재산적 구성 부분은 – 비재산적 구성 부분과 달리 – 헌법에 의해 보호되는 것이 아니라 민법에 의해서만 보호되는 것이므로 반대이익으로 등장하는 헌법적 가치(예컨대 언론의 자유, 표현의 자유 등)보다는 원칙적으로 열위에 있는 것이라 전제</p> <p>• 금지청구권, 손해배상청구, 부당이득반환청구권, 무단사무관리에 기한 이윤반환청구권 등이 인정 (손해배상액은 동일성표지의 이용에 대한 계약을 체결했으면 지급되었을 합리적 사용료에 근거하여 산정)</p>

### III 일본

#### 1. 개요

일본은 명문상 퍼블리시티권을 인정하고 있지 않지만, 판례를 통해 퍼블리시티권을 보호하고 있다. 1976년 ‘마크 레스터 사건’<sup>131)</sup>은 퍼블리시티권이라는 용어를 사용하고 있지 않으나, 일본에서 최초로 퍼블리시티권을 인정한 판례로 평가받고 있다.<sup>132)</sup>

다만 일본에서도 퍼블리시티권의 법적 성질, 금지청구권, 손해배상액 산정 등 구체적 내용에 있어서는 판례와 학설상 여러 견해가 대립되고 있다.

#### 2. 연혁

1976년 ‘마크 레스터 사건’에서 동경지방법재판소는 “배우 등에게는 프라이버시권과 초상권이 제한되는 반면, 스스로 거둔 명성 때문에 자기의 성명이나 초상을 대가를 받고 타인에게 독점적으로 이용하게 할 수 있는 이익을 인격권과는 독립적으로 가지고 있기 때문에 그것은 불법행위법상 보호되어야 하는 피침해 이익에 해당한다.”고 판단하며, 성명, 초상이 인격권과는 구별되는 독

131) 東京地判 昭和 51(1976)年 6月 29日, 判例時報 817号 23면.

132) 이해완, “퍼블리시티권의 법제화 방향에 대한 연구”, 성균관법학, 성균관대학교 법학연구소, 2016, 90면.

립적·경제적 이익이라 판단하여 퍼블리시티권의 재산적 성격을 인정하였다.

그 후 퍼블리시티권이 문제된 사건에서 일본 법원은 퍼블리시티권이라는 용어를 직접 언급하는 경우도 있고 언급하지 않은 경우도 있었으나, 대체로 유명인 등의 초상, 성명 등이 가지는 경제적 권리를 인정해 왔다.

1990년 ‘난 아이 클럽’ 사건에서 동경고등재판소는 “고유의 명성, 사회적 평가, 지명도 등을 획득한 연예인의 성명·초상을 상품에 붙인 경우에는 해당 상품의 판매를 촉진하는 효과가 있다는 것은 공지의 사실이다. 그리고 연예인의 성명·초상이 가지는 고객 흡인력은 해당 연예인이 획득한 명성, 사회적 평가, 지명도 등으로부터 생기는 독립한 경제적인 이익 내지 가치로서 파악할 수 있으므로 이것이 해당 연예인에게 고유의 것으로 귀속되는 것은 당연한 것이라고 해야 할 것이고, 해당 연예인은 그러한 고객 흡인력이 갖는 경제적인 이익 내지 가치를 배타적으로 지배할 재산적 권리를 가지는 것이라고 인정함이 상당하다.”고 하면서 “그 침해행위에 대해서는 금지 및 침해의 방지를 실효성 있게 하기 위해 침해 물건의 폐기를 청구할 수 있다고 해석하는 것이 타당하다.”<sup>133)</sup>하여 퍼블리시티권의 인정 근거를 제시하는 한편, 최초로 금지청구권을 인정하였다.

2012년 ‘핑크레이디’ 사건을 통해 일본 최고재판소는 퍼블리시티권을 일정한 요건하에 하나의 배타적 권리로 인정하였다. 위 판결에서는 “초상 등은 상품의 판매 등을 촉진하는 고객흡인력을 가지는 경우가 있고 이러한 고객흡인력을 배타적으로 이용할 권리(이하 “퍼블리시티권”)는 초상 등 그 자체의 상업적 가치에 기한 것이므로 인격권에서 유래하는 권리의 한 내용을 구성하는 것이라고 할 수 있다.”고 판시하여 퍼블리시티권의 본질이 초상 등이 가지는 고객흡인력의 이용에 있는 것으로 보면서 인격권에서 유래하는 (재산적) 권리로써의 법적 성격을 가지는 것으로 보는 입장을 표명하였다.<sup>134)</sup>

### 3. 퍼블리시티권에 구체적 내용

#### (1) 법적 성격<sup>135)</sup>

학설은 인격권설과 재산권설이 대립해 왔고, 판례 또한 인격권설을 따른 경우와 재산권설을 따른 경우가 모두 존재한다.

인격권설은 퍼블리시티권이 인격의 상업적 가치에서 유래한다는 점에 근거하여, 퍼블리시티권의 주체인 인격권과의 관계에 초점을 맞춰, 성명·초상이라는 인적 속성의 재산 가치를 인격 가

133) 이해완, “퍼블리시티권의 법제화 방향에 대한 연구”, 성균관법학, 성균관대학교 법학연구소, 2016, 91면.

134) 이해완, “퍼블리시티권의 법제화 방향에 대한 연구”, 성균관법학, 성균관대학교 법학연구소, 2016, 91~92면.

135) 법적 성격에 대한 상세한 설명은 윤태영, “일본법에서의 퍼블리시티권”, 비교사법 제23권 1호(통권 72호), 한국비교사법학회, 2016. 164~166면 참조.

치와의 관계에서 고찰하는 것에 의해, 퍼블리시티권의 기본 구조를 명확하게 하려고 하는 접근방법이다

재산권설은 고객흡입력이라는 상업적 가치에 착안하여 퍼블리시티권을 물권 유사한 재산적 권리로 본다. 퍼블리시티 가치의 본질을 순수한 경제적 가치로 받아들여 후, 그 대상 위를 인적 속성에 한정하지 않고 고객흡입력을 가진 건물·동물 등 비인격적 특징이나 속성도 포함하는 것으로서, 퍼블리시티 가치의 가능성을 만물에서 나온다고 하는 접근방법을 취한다.

한편, 혼합설은 성명, 초상에 관한 권리는 인격권으로서 프라이버시권의 일부를 이룬다는 점과 그것이 재산적 가치를 가진다는 점을 인정하며, 인격권적 요소와 재산권적 요소가 융합한 권리라고 이해한다.

## (2) 주체 및 객체

일본의 다수설과 판례는 퍼블리시티권의 주체는 고객흡입력을 전제로 하기 때문에 유명인에 한정하는 것으로 보고 있다. 최근 유력한 견해는 “저명인 모두가 고객흡입력을 가지는 것은 아니며, 여기에 저명인의 범위를 다시 한정할 필요가 있다는 모순이 발생한다고 비판하면서, 퍼블리시티권을 엄밀하게 저명인에 한정하는 것은 인격으로부터 나오는 퍼블리시티권의 본질에 반한다.”고 보는 견해도 있다.<sup>136)</sup>

일본에서는 저명인이 획득한 명성, 사회적 평가, 지명도 등으로부터 발생한 경제적 가치로서, 고객흡입력이 있다고 인정되는 경우 퍼블리시티권의 객체가 될 수 있다고 본다.

## (3) 양도

퍼블리시티권은 보호 대상이 그 자신의 이름이나 초상이라 하더라도 그 본인의 노력과 재능에 의해 획득한 경제적 권리며 양도할 수 없는 것은 아니라고 해석하는 것이 다수설적 견해이나, 퍼블리시티권의 근거에 있는 것은 인격권이라는 이유로 양도성을 부정하는 견해도 있다.<sup>137)</sup>

## (4) 상속 및 보호기간

퍼블리시티권의 상속 인정 여부에 대해서는 학설상 팽팽한 견해대립이 있으며, 판례 또한 이에 대해 명확히 밝힌 바 없다.

136) 법적 성격에 대한 상세한 설명은 윤태영, “일본법에서의 퍼블리시티권”, 비교사법 제23권 1호(통권 72호), 한국비교사법학회, 2016. 164~166면 참조.

137) 윤태영, “일본법에서의 퍼블리시티권”, 비교사법 제23권 1호(통권 72호), 한국비교사법학회, 2016. 166면.

상속 부정설은 퍼블리시티권은 인격권으로서 일신전속권이므로 상속이 부정된다고 한다. 일본 민법 제896조는 “상속인은 상속을 개시한 때로부터 피상속인의 재산에 속한 일체의 권리의무를 승계한다. 다만 피상속인의 일신에 전속한 것은 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있는데, 저작자 인격권이 제896조 단서에 해당한다고 설명한다.<sup>138)</sup>

반면, 상속 긍정설은 퍼블리시티권은 재산권이기 때문에 상속의 대상이 되며, 보호기간에 대해서는 ① 반영구설(상업적인 사용이 끝나거나 고객흡인력이 없게 된 단계에서만 자연적으로 소멸한다는 설), ② 신의칙·권리남용 적용설, ③ 사후 50년설(저작권법 제51조 제2항의 규정을 유추 적용하여, 사후 50년에서 소멸한다는 설)등으로 견해가 대립한다.<sup>139)</sup>

### (5) 표현의 자유와의 관계

‘핑크레이디’ 사건에서 일본 최고재판소는 ① 성명, 초상 등 그 자체를 독립하여 감상의 대상이 되는 상품 등으로서 사용하거나, ② 상품 등의 차별화를 도모할 목적으로 성명, 초상 등을 상품 등에 붙이는 것 또는 ③ 성명, 초상 등을 상품 등의 광고로서 사용하는 등, 오로지 성명, 초상 등이 가지는 고객흡인력의 이용을 목적으로 한다고 할 수 있는 경우에, 당해 고객흡인력을 배타적으로 이용할 권리(이른바 퍼블리시티권)를 침해하는 것으로서 불법행위법상 위법하게 된다.”고 판시하여 표현의 자유와의 관계에서 퍼블리시티권의 인정범위를 위와 같은 세 가지의 경우로 제한하는 입장을 천명하였다.<sup>140)</sup>

### (6) 침해 시 구제수단

퍼블리시티권이 침해된 경우 일본 민법상의 불법행위에 기한 손해배상청구가 가능하나, 퍼블리시티권 침해에 대한 손해액 산정 방법이 없어 손해액 입증이 용이하지 않다. 손해배상액은 “민사소송법 제248조를 적용하여 훼손된 캐릭터 이미지의 성질, 훼손의 태양, 사용료 상당손해액과의 관계, 게재면수 등을 고려”<sup>141)</sup>하여 산정한 판례가 있다. 다만, 일본의 주류적 판례는 퍼블리시티권 침해에 기한 정신적 손해배상을 부정한다.

손해배상의 경우에는 퍼블리시티권의 법적 성격에 따라 인정 여부가 달라지지 않지만, 금지청구는 인격권 또는 물권인 경우에만 인정되고 있어, 퍼블리시티권의 본질을 무엇으로 보는지에 따라 금지청구의 인정 여부가 달라진다. 다만 일부 학설이나 판례의 경우에는 퍼블리시티권을 재산

138) 윤태영, “일본법에서의 퍼블리시티권”, 비교사법 제23권 1호(통권 72호), 한국비교사법학회, 2016. 169면.

139) 윤태영, “일본법에서의 퍼블리시티권”, 비교사법 제23권 1호(통권 72호), 한국비교사법학회, 2016. 169~170면.

140) 이해완, “퍼블리시티권의 법제화 방향에 대한 연구”, 성균관법학 제28권 제4호, 성균관대학교 법학연구소, 2016. 92면.

141) 東京地判 平成 25(2013)年 4月 26日, 이 판결에 대해서는 小泉直樹, “パブリシティ権侵害による損害額”, JURIST 1460号, 2013. 11, 6頁 참조.

권으로 보면서도 금지청구를 인정한 경우가 있어 비판이 제기되기도 하였다.

구분	주요내용	
개요	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 명문상 퍼블리시티권을 인정하고 있지 않지만, 판례를 통해 퍼블리시티권을 보호</li> <li>• 일본에서도 퍼블리시티권의 법적 성질, 금지청구권, 손해배상액 산정 등 구체적 내용에 있어서는 판례와 학설상 여러 견해가 대립</li> </ul>	
연혁	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 1976년 '마크 레스터 사건'은 퍼블리시티권이라는 용어를 사용하고 있지 않으나, 일본에서 최초로 퍼블리시티권을 인정한 판례로 평가(성명, 초상이 인격권과는 구별되는 독립적 경제적 이익이라 판단하여 퍼블리시티권의 재산적 성격을 인정)</li> <li>• 1990년 '난 아이 클럽' 사건에서 퍼블리시티권의 인정 근거를 제시하는 한편, 최초로 금지청구권을 인정</li> <li>• 2012년 '핑크레이디'에서는 퍼블리시티권의 본질이 초상 등이 가지는 고객흡인력의 이용에 있는 것으로 보면서 인격권에서 유래하는 (재산적)권리로서의 법적 성격을 가지는 것으로 보고, 퍼블리시티권을 배타적 권리로 인정</li> </ul>	
구체적 내용	법적 성격	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 학설은 인격권설과재산권설이 대립</li> <li>• 판례 또한 인격권설을 따른 경우와 재산권설을 따른 경우 모두 존재</li> </ul>
	주체 및 객체	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 주체: 고객흡인력을 전제로 하기 때문에 유명인에 한정(다수설, 판례)</li> </ul>
	양도	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 다수설은 양도성 인정</li> </ul>
	상속	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 상속성 인정에 대해서는 견해 불일치</li> </ul>
	표현의 자유와의 관계	<ul style="list-style-type: none"> <li>• ① 성명, 초상 등 그 자체를 독립하여 감상의 대상이 되는 상품 등으로서 사용하거나, ② 상품 등의 차별화를 도모할 목적으로 성명, 초상 등을 상품 등에 붙이는 것 또는 ③ 성명, 초상 등을 상품 등의 광고로서 사용하는 등, 오로지 성명, 초상 등이 가지는 고객흡인력의 이용을 목적으로 한다고 할 수 있는 경우에, 당해 고객흡인력을 배타적으로 이용할 권리(이른바 퍼블리시티권)를 침해</li> </ul>
	구제 수단	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 일본 민법상의 불법행위에 기한 손해배상청구가 가능(주류적 판례는 퍼블리시티권 침해에 기한 정신적 손해배상 부정), 금지청구</li> </ul>

## 제3절 유명인의 인적 식별표지 무단사용 행위의 적용 요건

### I 국내에 널리 인식될 것

#### 1. 의미

타목은 국내에 널리 인식될 것을 요한다. 이 요건의 의미, 판단기준, 판단시점 등은 기존 부정경쟁행위와 관련된 사건을 통해 정립이 되어 있어, 유명인의 인적 식별표지 무단사용 행위에 대해서도 기존의 해석을 적용하면 충분할 것으로 보인다.

다만, 「부정경쟁방지법」 제2조 제1호의 가목, 나목, 다목, 아목에서는 ‘국내에 널리 인식된’이라는 문구를 사용하고 있으나, 학설과 판례는 동법 동조의 가목, 나목, 아목은 주지성을 요건으로 하고 있는 것으로 해석하는 반면, 다목은 저명성을 요건으로 하는 것으로 해석하고 있어, 타목이 주지성을 요하는지, 저명성을 요하는지는 다소 불분명한 것으로 보인다.

표 27 | 부정경쟁방지법 제2조 제1호상 ‘국내에 널리 인식된’의 비교

구분	조문내용	비고
상품주체 혼동행위 (가목)	<b>국내에 널리 인식된</b> 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(상품주체 혼동행위)	혼동행위 규제 (식별력 보호)
영업주체 혼동행위 (나목)	<b>국내에 널리 인식된</b> 타인의 성명, 상호, 표장(標章), 그 밖에 타인의 영업임을 표시하는 표지(상품 판매·서비스 제공방법 또는 간판·외관·실내장식 등 영업제공 장소의 전체적인 외관을 포함한다)와 동일하거나 유사한 것을 사용하여 타인의 영업상의 시설 또는 활동과 혼동하게 하는 행위(영업주체 혼동행위)	
도메인 이름의 부정취득 등(아목)	정당한 권원이 없는 자가 다음의 어느 하나의 목적으로 <b>국내에 널리 인식된</b> 타인의 성명, 상호, 상표, 그 밖의 표지와 동일하거나 유사한 도메인이름을 등록·보유·이전 또는 사용하는 행위(도메인이름의 부정 취득 등)	
저명상표 희석행위 (다목)	가목 또는 나목의 혼동하게 하는 행위 외에 비상업적 사용 등 대통령령으로 정하는 정당한 사유 없이 <b>국내에 널리 인식된</b> 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(저명상표의 희석행위)	고객행인력 등 재산적 가치 훼손 행위 규제 (표지에 화체된 재산적 가치 보호)

일반적으로 주지성은 “어떠한 표지가 국내의 전역 또는 일정한 범위 내에서 거래자 또는 수요자들이 그것을 통하여 특정의 영업을 다른 영업으로부터 구별하여 널리 인식하는 경우”를 의미한다.<sup>142)</sup> 다만 법원은 “국내 전역에 걸쳐 모든 사람들에게 주지되어 있음을 요하는 것이 아니고 국내의 일정한 지역적 범위 안에서 거래자 또는 수요자들 사이에 알려진 정도로써 족하다.”<sup>143)</sup>고 판시하고 있다. 따라서 외국에서는 주지성이 있으나, 국내에서 주지성이 인정되지 않는다면 ‘유명인 등의 인적 식별표시 무단사용’에 해당하지 않는다.

반면 저명성은 “어느 상품표지가 계속적인 사용, 품질개량, 광고선전 등에 따라 그 상품이 갖는 품질의 우수성이나 명성으로 인하여 ‘국내 전 지역에 걸쳐 수요자뿐 아니라 일반 대중에게까지 양질감 등 우월적 지위’를 얻고 있는 상태”를 말한다.<sup>144)</sup> 확립된 판례에 따르면 “저명표지는 주지표지와 비교하여 더 넓은 대상 범위에서 더 높은 인지도와 오랜 전통이나 명성, 양질감이나 우월적 지위가 구비될 것”을 필요로 한다.<sup>145)</sup>

통설과 판례는 다목의 ‘국내에 널리 인식된’은 주지성 취득만으로 부족하고 저명성을 취득한 상태를 의미한다고 본다.<sup>146)</sup>

가목, 나목, 다목, 아목이 ‘국내에 널리 인식된’이라는 문언을 사용하고 있음에도 불구하고 해석에 차이가 있는 것은 입법 취지를 고려하였기 때문이다. 가목 및 나목이 상품주체 및 영업주체의 혼동행위를 규제하는 규정인 반면, 다목은 혼동 가능성이 없음에도 고객흡인력, 판매력 등 재산적 가치를 훼손하는 행위를 규제하는 규정이다. 즉, 다목은 상표의 식별력 보호가 아닌 상표 그 자체에 화체되어 있는 재산적 가치의 보호를 주된 목적으로 하는 희석화 이론이 도입된 것으로 이해된다.<sup>147)</sup> 그리고 법원은 “규정의 입법 취지와 그 입법 과정에 비추어 볼 때, 이 규정에서 사용하고 있는 ‘국내에 널리 인식된’이라는 용어는 ‘주지의 정도를 넘어 저명 정도에 이른 것’을 의미하는 것으로 해석함이 상당하다.”<sup>148)</sup>고 판시하고 있다.

동법 타목은 식별력 보호 내지는 혼동행위를 규제하기 위해 도입된 것이 아니고 인적 식별표지에 화체되어 있는 재산적 가치의 보호를 위해 도입되었다는 점과 법조문의 형식의 유사성을 고려하면, 타목 또한 저명성을 요하는 것으로 해석될 여지가 있다.

한편, 국내에 널리 인식되었다고 인정되지 않는 경우에는 인적 식별표지 침해에 해당하더라도 본 조항이 적용될 수 없고, 「부정경쟁방지법」 파목이나 「민법」상 불법행위에 근거하여 침해를

142) 대법원 1997. 12. 12. 선고 96도2650 판결.

143) 대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1613 판결; 대법원 1997. 4. 24.자 96마675 결정 등.

144) 윤태식, 「부정경쟁방지법」, 박영사, 2021, 56면.

145) 대법원 1984. 1. 24. 선고 83후 판결.

146) 정상조, 「부정경쟁방지법 주해」, 박영사, 2020, 40면; 윤태식, 「부정경쟁방지법」, 박영사, 2021, 56면; 대법원 2006. 1. 26. 선고 2004도651 판결, 대법원 2004. 5. 14. 선고 2002다13782 판결 등.

147) 동 규정의 입법 취지에 대한 상세한 설명은 정상조, 「부정경쟁방지법 주해」, 박영사, 2020, 38~39면 참조.

148) 대법원 2006. 1. 26. 선고 2004도651 판결, 대법원 2004. 5. 14. 선고 2002다13782 판결 등.

주장할 수 있을 것이다.

## 2. 판단기준

부정경쟁방지법은 주지성에 대하여 구체적인 의미나 인식의 지역적 또는 인적 범위나 인식의 정도에 관해서는 별도의 규정이 없으므로 이는 결국 최종 판단자인 법원이 관련 증거를 종합하여 평가하여야 할 것이다.<sup>149)</sup>

구체적 사건을 살펴보면 법원은 주지성과 저명성에 대하여 유사한 판단 기준을 제시하고 있다. 법원은 주지성이 문제된 사건에서 “타인의 상품임을 표시한 표지가 국내에 널리 인식되었는지 여부는 그 사용기간, 방법, 태양, 사용량, 거래범위 등과 상품거래의 실정 및 사회통념상 객관적으로 널리 알려졌는지의 여부”<sup>150)</sup>를 판단 기준으로 제시하였으며, 저명성이 문제된 사건에서는 “저명상표 등에 해당하는지의 여부는 그 상품이나 영업에 사용되는 상표 또는 상호 등의 사용기간, 사용량, 사용방법, 상품의 거래량 또는 영업의 범위 및 상표나 상호에 관한 광고 선전의 실태 등 제반 사정을 고려하여 거래실정과 사회통념상 그 상품의 출처 또는 영업주체에 관한 인식이 객관적으로 널리 퍼져 있다고 볼 수 있는지의 여부”<sup>151)</sup>를 판단 기준으로 제시하였다. 즉, 법원이 제시하고 있는 주지성과 저명성의 판단 기준은 대동소이하며, 다만 주지의 정도에 따라 주지성과 저명성이 구분하고 있는 것으로 보인다. 결과적으로, 주지의 정도, 즉 수요자나 거래자가 어느 정도로 인식하고 있는지에 대해서는 명확한 기준은 구체적 사건에서 개별적으로 판단할 수 밖에 없을 것으로 사료된다.

## 3. 판단 시점

상품표지가 국내에 널리 인식되었는지의 여부는 사실심 변론종결 당시를 기준으로 판단하고,<sup>152)</sup> 손해배상청구를 인정할 것인지의 판단은 침해행위 당시를 기준으로 한다.<sup>153)</sup>

149) 최정열·이규호, 「부정경쟁방지법」, 진원사(2015), 53면.

150) 대법원 2001. 9. 14. 선고 99도691 판결.

151) 대법원 2007. 2. 8. 선고 2006후3526 판결.

152) 대법원 2004. 3. 25. 선고 2002다9011 판결 등.

153) 대법원 2008. 2. 29. 선고 2006다22043 판결 등.

## II 경제적 가치가 있는 성명·초상 등 인적 식별표지일 것

### 1. 경제적 가치

타목은 경제적 가치가 있는 타인의 성명, 초상, 음성, 서명 등 그 타인을 식별할 수 있는 표지로 보호 대상을 한정하고 있다. 경제적 가치는 유명인의 성명, 초상 등이 갖는 고객흡입력으로 이해될 수 있다. “고유의 명성, 사회적 평가, 지명도 등을 획득한 배우, 가수, 운동선수 등 유명인의 성명이나 초상 등이 상품에 부착되거나 서비스업에 이용되는 경우 상품의 판매촉진이나 서비스업의 영업 활동이 촉진되는 효과가 있고, 이러한 유명인의 성명, 초상 등이 갖는 고객흡입력은 그 자체가 경제적 이익 내지 가치로 취급되어 상업적으로 거래되고 있다.”<sup>154)</sup>는 점에서 본다면 고객흡입력이 인정되지 않는 경우에는 본 규정의 적용대상이 될 수 없고, 「민법」상 불법행위 등이 문제될 수 있다.

### 2. 성명, 초상, 음성, 서명 등

타목에 열거된 성명, 초상, 음성, 서명 외에도 특정인과 동일시할 수 있는 식별력 있는 인적 표지(예컨대 캐릭터, 이미지 등)라면 본 규정의 보호 대상에 포함된다.

성명은 그 성명이 사용된 문맥, 상황 등을 고려하여 특정인임을 인식할 수 있는 경우에 무단 사용으로 인한 침해가 인정될 수 있으며, 본명이 아닐지라도 자기동일성을 인식할 수 있는 별명, 예명, 이니셜 등도 성명에 포함되는 것으로 해석될 수 있다.<sup>155)</sup>

특정인의 자기동일성이 인식될 수 있는 초상이나 사진, 음성은 물론, 특정인을 닮은 사람의 사진이나 초상, 음성으로 특정인을 연상하게 되는 경우에도 본 조항의 보호 대상이 된다. 자신의 얼굴 기타 사회 통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징이 촬영, 그림묘사, 공표된 경우 초상권<sup>156)</sup> 침해가 문제될 수는 있으나, 촬영, 그림묘사, 공표되었다는 사실만으로 본 규정이 적용될 수는 없고, 초상 등이 영리목적으로 이용된 경우에만 본 규정이 적용된다.

154) 서울서부지법 2014. 7. 24. 선고 2013가합32048 판결.

155) 유충호, “퍼블리시티권의 법적 쟁점과 보호방안에 관한 고찰”, 법학논문집 제39집 제2호, 중앙대학교 법학연구원, 2015, 111면.

156) 판례에 따르면 초상권은 “자신의 얼굴 기타 사회통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영 또는 그림묘사되거나 공표되지 아니하며 영리적으로 이용당하지 않을 권리”이며, “우리 헌법 제10조 제1문에 의하여 헌법적으로 보장” 되는 권리이다(대법원 2006. 10. 13. 선고 2004다16280 판결).

### III 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단 사용하였을 것

#### 1. 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법

성과도용행위를 규정하고 있는 파목<sup>157)</sup>(개정 전 카목)에서도 ‘공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용’을 요건으로 하고 있는데, 카목의 해석은 파목의 해석을 통해 정립된 선례에 따르면 충분할 것으로 보인다.

공정한 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법에 대한 판단 기준은 “권리자와 침해자가 경쟁 관계에 있거나 가까운 장래에 경쟁관계에 놓일 가능성이 있는지, 권리자가 주장하는 성과 등이 포함된 산업분야의 상거래 관행이나 경쟁질서의 내용과 그 내용이 공정한지, 위와 같은 성과 등이 침해자의 상품이나 서비스에 의해 시장에서 대체될 수 있는지, 수요자나 거래자들에게 성과 등이 어느 정도 알려졌는지, 수요자나 거래자들의 혼동 가능성이 있는지 등을 종합적으로 고려한다.”<sup>158)</sup> 법원은 키워드 검색광고<sup>159)</sup> 사건에서 “키워드 검색광고는 인터넷 검색 포털사이트에서 일반적으로 사용되는 사업방식으로, 키워드 검색광고의 알고리즘 자체가 부정경쟁방지법에서 규정한 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법이라고 인정하기 어렵다.”<sup>160)</sup>고 판단하였다.

#### 2. 자신의 영업을 위하여 무단 사용

‘무단’은 초상 등 인적 식별표지의 귀속 주체의 허락이 없음을 뜻한다. ‘사용’은 타인의 초상 등을 본래 목적에 따라 영업 활동에 이용하거나 연구, 개발사업 등에 활용하는 등으로 기업 활동에 직·간접적으로 이용하는 행위를 의미하며,<sup>161)</sup> 영업을 위하여 사용한 이상 그로 인해 이익을 얻었는지는 그 해당 여부 판단에 아무런 영향이 없다.<sup>162)</sup>

공익을 위해 사용한 경우나 영업 목적 외의 사용, 정당한 권리가 있는 자료부터 사용의 허락을 받은 경우 등은 ‘자신의 영업을 위하여 무단 사용한 경우가 아니므로 카목에 해당하지 않는다.’

157) 파. 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.

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

159) 특정 키워드(예를 들어 ‘영화배우 A양 목걸이’)에 대하여 포털 사업자가 광고주로부터 일정한 대가를 받고 검색이용자의 결과 화면에 광고주의 웹페이지를 우선적으로 보여주는 광고.

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

161) 유명운, “부정경쟁방지법 일반조항의 적용범위에 관한 고찰”, LAW&TECHNOLOGY, 제11권 제4호, 서울대학교 기술과 법센터, 2015, 61~62면.

162) 윤태식, 앞의 책, 198면.

### 3. 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위일 것

‘경제적 이익’이란 성과물 등과 관련된 영업상 이익으로 유형의 이익은 물론, 명성, 신용, 고객흡입력, 영업가치, 기술상 또는 영업상 정보와 같은 무형의 이익도 포함된다.<sup>163)</sup> 따라서 정신적인 손해만 발생하고 재산상의 손해가 발생하지 않았다면 타목에 해당되지 않는다.

타인이 그 성과 등을 이용하여 사업활동을 수행하고 있는 경우에 입는 직접적 침해, 제3자에게 성과 등을 사용하여 사업 활동을 할 수 있는 권한을 부여하고 대가를 받는 경우에 입을 수 있는 간접적 침해, 침해행위로 인해 고객상실이나 광고수입 감소가 예상되는 등의 잠재적 침해도 타인의 경제적 이익에 대한 침해에 해당한다.<sup>164)</sup>

---

163) 정상조, 「부정경쟁방지법 주해」, 박영사, 2020, 213면.

164) 윤태식, 앞의 책, 198면.

## 제4절

## 법적 구제수단

## I 개요

유명인의 인적 식별표지를 무단사용하여 타인의 경제적 이익을 침해한 경우에는 「부정경쟁방지법」상 금지청구(제4조), 손해배상청구(제5조), 신용회복(제6조), 시정권고(제8조) 등 민사적·행정적 제재 대상이 될 수 있다. 다만 동법 제18조<sup>165)</sup>에 따라 형사처벌의 대상이 되지는 않는다. 이는 초상·성명 등의 보호에 관한 시장의 인식이 높지 않은 현시점에 새로운 금지유형에 대하여 형사적 제재까지 도입하는 경우 관련 산업이 과도하게 위축될 수 있음이 고려된 것이다.<sup>166)</sup>

## II 금지청구

금지청구권은 부정경쟁행위를 방지하는 가장 효과적인 수단으로, 초상 등 인적 식별표지 무단사용으로 인해 자신의 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자는 침해행위의 금지 또는 침해행위의 예방과 함께 부정경쟁행위로 조성한 물건의 폐기 등을 청구할 수 있다.<sup>167)</sup>

개정 전 퍼블리시티권 침해에 대하여 인격권설을 취할 경우 일반적으로 금지청구를 인정하나

165) 제18조(벌칙)

③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다. <개정 2013. 7. 30., 2017. 1. 17., 2018. 4. 17., 2021. 12. 7.>

1. 제2조 제1호(아목, 차목, 카목 1)부터 3)까지, 타목 및 파목은 제외한다)에 따른 부정경쟁행위를 한 자

166) 채수근, 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고 - <유명인의 인적 식별표지의 무단사용행위 규제>」, 이철규 의원 대표발의(의안번호 제2107846호), 산업통상자원중소벤처기업위원회, 2021, 8면.

167) 제4조(부정경쟁행위 등의 금지청구권 등)

① 부정경쟁행위나 제3조의2 제1항 또는 제2항을 위반하는 행위로 자신의 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자는 부정경쟁행위나 제3조의2 제1항 또는 제2항을 위반하는 행위를 하거나 하려는 자에 대하여 법원에 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다.

② 제1항에 따른 청구를 할 때에는 다음 각 호의 조치를 함께 청구할 수 있다.

1. 부정경쟁행위나 제3조의2 제1항 또는 제2항을 위반하는 행위를 조성한 물건의 폐기

2. 부정경쟁행위나 제3조의2 제1항 또는 제2항을 위반하는 행위에 제공된 설비의 제거

3. 부정경쟁행위나 제3조의2 제1항 또는 제2항을 위반하는 행위의 대상이 된 도메인이름의 등록말소

4. 그 밖에 부정경쟁행위나 제3조의2 제1항 또는 제2항을 위반하는 행위의 금지 또는 예방을 위하여 필요한 조치

재산권설에 의할 경우에는 금지청구를 인정할 근거가 명확하지 않다는 비판이 있었다.<sup>168)</sup>

우리 민법은 불법행위의 효과로서 금전에 의한 손해배상청구권 이외에는 불법행위를 금지하거나 그 결과를 제거하는 청구권(이하 “금지청구권”)을 명문으로 규정하고 있지 않다.<sup>169)</sup> 다수설도 별도의 법률 규정이 없는 이상 금지청구권을 불법행위에 대한 구제수단으로 인정하지 않고 있으며,<sup>170)</sup> 판례 또한 같은 입장이었다.<sup>171)</sup>

그런데 2010년 ‘인터넷 포털사이트 광고 방해 사건’에서 법원은 “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 해당하느바, 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 있다.”<sup>172)</sup>고 판시하면서, 일정한 요건을 충족하는 부정경쟁행위는 민법상 불법행위에 해당한다고 하였다.

개정 전 퍼블리시티권이 문제가 된 사건에서는 법해석을 통해 금지청구를 인정할 수 있는 것으로 이해되었으나, 법 개정을 통해 퍼블리시티의 근거 조항이 마련되었으므로, 타목의 위반이 있는 경우 부정경쟁방지법에 근거하여 금지청구가 인정될 수 있게 되었다.

이때 청구권자는 특허법이나 저작권법 등과 달리 부정경쟁방지법은 권리자를 미리 정해 놓지 않기 때문에 본 규정에 따른 청구권자는 개별 사안에서 판단된다.<sup>173)</sup> 대법원은 “자신의 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자에는 그러한 표지의 소유자뿐만 아니라 그 사용권자 등 그 표지의 사용에 관하여 고유하고 정당한 이익을 가지고 있는 자도 포함된다.”<sup>174)</sup>고 하고 있으므로, 고유하고 정당한 이익을 가지고 있는 자의 범위를 결정하는 것이 중요하다.

168) 신지혜, “부정경쟁방지법에 의한 퍼블리시티권의 규율”, 민사법학 제94호, 한국민사법학회, 2021, 345면.

169) 양창수·권영준, 권리의 변동과 구제 제4판, 박영사, 2021, 669~671면.

170) 곽윤직, 「민법주해XVIII」, 박영사, 255면 이하.

171) 대판 1994. 3. 22. 92다52726 등.

172) 대법원 2010. 8. 25. 자 2008마1541.

173) 정상조, 「부정경쟁방지법 주해」, 박영사, 2020, 402면.

174) 대법원 1997. 2. 5. 자 96마364 결정.

### III 손해배상청구

고의 또는 과실로 초상 등 인적 식별표지를 무단사용하여 타인의 영업상 이익을 침해하여 손해를 입힌 경우, 손해배상을 청구할 수 있다.<sup>175)</sup> 손해배상청구를 위해서는 행위자의 고의·과실이 있을 것, 초상 등 인적 식별표지를 무단사용하였을 것, 무단사용행위로 인하여 손해가 발생하였을 것, 무단사용행위와 손해발생과의 상당인과관계가 있을 것을 요한다.

손해배상청구권자는 자신의 영업상의 이익이 침해된 자에는 그러한 표지의 소유자뿐만 아니라 그 사용권자 등 그 표지의 사용에 관하여 고유하고 정당한 이익을 가지고 있는 자도 포함된다 고 해석된다.

손해배상의 침해행위 당시를 기준으로 판단하며, 그 범위는 부정경쟁행위와 상당인과관계가 있는 모든 손해이다. 재산적 손해는 침해제거비용, 고객에 대한 해명과고를 위해 지출한 비용, 조사비용 등 현실적으로 입은 손해(적극적 손해)와 부정경쟁행위가 없었다면 얻을 수 있었던 이익의 상실(소극적 손해)을 모두 포함하나 소극적 손해에 대한 입증은 현실적으로 곤란한 면이 있어 손해액의 추정규정을 통해 해결할 수 있다. 법인이 아닌 개인에 대해서는 부정경쟁행위로 인한 정신적 손해(비재산적 손해)도 인정될 수 있는데, 판례는 재산적 손해의 배상만으로는 회복될 수 없는 정신적 고통을 입었다는 특별한 사정이 있는 경우에 이를 인정하고 있다.

재산상 손해는 “피고들의 퍼블리시티권 침해행위로 인하여 원고들이 입게 된 재산상 손해는 피고들이 원고들의 승낙을 받아서 원고들의 성명을 사용할 경우에 원고들에게 지급하여야 할 대가 상당액이라고 할 것이고, 퍼블리시티권자가 자신의 성명에 관하여 사용계약을 체결하거나 사용료를 받은 적이 전혀 없는 경우라면 일응 그 업계에서 일반화되어 있는 사용료를 손해액 산정에서 한 기준”으로 산정할 수 있다.<sup>176)</sup>

한편, 과거 퍼블리시티권이 문제된 사건에서 정신적 손해 및 그에 따른 위자료를 청구할 수 있는지에 대하여 학설과 판례가 제각기 다른 입장을 보이고 있다.

일부 판례와 학설은 퍼블리시티권으로 인한 정신적 손해 및 그에 따른 위자료 청구를 인정하지 않았다. 이 견해에 따르면 “일반적으로 계약상 채무불이행으로 인하여 재산적 손해가 발생한 경우, 그로 인하여 계약 당사자가 받은 정신적인 고통은 재산적 손해에 대한 배상이 이루어짐으로써 회복된다고 보아야 할 것이므로, 재산적 손해의 배상만으로는 회복될 수 없는 정신적 고통을 입었다는 특별한 사정이 있고, 상대방이 이와 같은 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한

175) 제5조(부정경쟁행위 등에 대한 손해배상책임) 고의 또는 과실에 의한 부정경쟁행위나 제3조의2 제1항 또는 제2항을 위반한 행위(제2조 제1호 다목의 경우에는 고의에 의한 부정경쟁행위만을 말한다)로 타인의 영업상 이익을 침해하여 손해를 입힌 자는 그 손해를 배상할 책임을 진다.

176) 서울중앙지법 2006. 4. 19. 선고 2005가합80450, 판결.

하여 정신적 고통에 대한 위자료를 인정할 수 있다.”<sup>177)</sup>고 본다. 또 다른 판례에서는 “원고들과 같은 프로스포츠 선수들은 경기중계, 인터뷰, 광고 등을 통한 대중과의 접촉을 직업으로 하는 사람들로서 통상 자기의 성명 등이 일반대중에게 공개되는 것을 희망 또는 의욕하는 직업적 특성에 비추어 볼 때, 자신들의 성명이 허락 없이 사용되었다고 하더라도 그 사용의 방법·목적 등으로 보아 원고들의 운동선수로서의 평가, 명성, 인상 등을 훼손 또는 저해하는 경우 등의 특별한 사정이 없는 한, 그로 인하여 정신적 고통을 받았다고 보기는 어렵고, 가사 그렇지 않다고 하더라도 앞서 본 바와 같이 원고들과 같은 유명 운동선수들의 성명 등을 상업적으로 이용할 수 있는 권리는 재산권으로서 보호 대상이 된다고 할 것이므로 타인의 불법행위로 말미암아 그 성명 등을 이용할 수 있는 권리가 침해된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 재산적 손해의 배상에 의하여 정신적 고통도 회복된다고 보아야 할 것”<sup>178)</sup>이라고 판시하였다.

#### IV 신용회복, 행정조사, 시정권고

제2장 제4절에서 서술하였으므로, 생략한다.

177) 대법원 2004. 11. 12. 선고 2002다53865 판결.

178) 서울중앙지법 2006. 4. 19. 선고 2005가합80450 판결.

법·제도 연구

개정 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률의 주요내용 분석  
- 데이터 부정사용행위 및 유명인의 인적 식별표지 무단사용행위를 중심으로 -

---

## 제4장

# 쟁점 검토

제1절 데이터 부정사용행위

제2절 유명인의 인적 식별표지 무단사용행위



## 제1절

## 데이터 부정사용행위

## I 데이터의 정의

「부정경쟁방지법」에는 데이터에 대한 별도의 정의 규정을 두고 있지 않다. 동법 카목에 의하여 데이터를 보호받기 위해서는 “데이터산업법 제2조 제1호에 따른 데이터일 것”을 요하고, 동법 동조에서는 데이터를 “다양한 부가가치 창출을 위하여 관찰, 실험, 조사, 수집 등으로 취득하거나 정보시스템 및 「소프트웨어 진흥법」 제2조 제1호에 따른 소프트웨어 등을 통하여 생성된 것으로서 광(光) 또는 전자적 방식으로 처리될 수 있는 자료 또는 정보”라고 정의하고 있다. 그러나 위 정의 규정은 데이터 부정사용행위 판단 시에 실질적으로 고려가 되는 요소를 판단하고 있지 않은 것으로 보인다. 「데이터산업법」과의 연혁적 관계에 비추어 규정에 포함되었으나, 데이터 보호 여부를 판단함에 있어 특별한 의미를 가지지는 못한 것으로 생각된다.

한편, 「데이터산업법」 제12조에서 규정하고 있는 데이터 자산은 「부정경쟁방지법」 카목의 보호 대상이 되는 데이터와 일치하지 않는다.

## 데이터산업법 제12조

- ① 데이터생산자가 인적 또는 물적으로 상당한 투자와 노력으로 생성한 경제적 가치를 가지는 데이터(이하 “데이터자산”이라 한다)는 보호되어야 한다.
- ② 누구든지 제1항에 따른 데이터자산을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 무단 취득·사용·공개하거나 이를 타인에게 제공하는 행위, 정당한 권한 없이 데이터자산에 적용한 기술적 보호조치를 회피·제거 또는 변경하는 행위 등 데이터자산을 부정하게 사용하여 데이터생산자의 경제적 이익을 침해하여서는 아니 된다.
- ③ 제2항에 따른 데이터자산의 부정사용 등 행위에 관한 사항은 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」에서 정한 바에 따른다.

실질상 「데이터산업법」 제2조 제1호의 정의 규정은 「부정경쟁방지법」상 데이터 보호 여부를 판단함에 있어 특별한 의미를 가지지 못하고, 오히려 「데이터산업법」 제12조의 데이터 자산은 「부정경쟁방지법」 카목의 보호 대상이 되는 데이터와 일치하지 않는 문제가 있다는 점을 고려하면, 「부정경쟁방지법」상에서 보호되는 데이터의 정의 규정을 두는 것이 법의 해석 및 적용을 보다 명확히 할 수 있는 방안이 될 것이라고 판단된다.

## II 오픈데이터

일본 「부정경쟁방지법」은 제19조의 적용제외 규정을 통해 공중에게 널리 무상으로 제공되는 오픈데이터는 한정제공데이터에 대한 규정이 적용되지 않음을 명시적으로 밝히고 있는 반면, 우리 「부정경쟁방지법」에는 규정제외 조항이 없다. 하지만 불특정 다수에게 제공되는 오픈데이터는 ‘특정인 또는 특정다수’에게 제공되는 데이터일 것이라는 요건을 충족하지 못하므로, 이러한 조항이 없더라도 해석상 오픈데이터는 우리 부정경쟁방지법 카목에 의한 보호를 받지 못한다고 보는 것이 타당하다.

## III 비밀관리성

카목으로 보호되는 데이터는 영업비밀과의 중복 보호를 피하기 위해 ‘비밀로서 관리되고 있지 않을 것(비밀관리성)’을 요한다. 그런데 카목에 의한 보호를 받기 위해서는 ‘전자적으로 관리’될 것을 요하고, 이때의 관리는 ‘데이터 보유자와 해당 보유자로부터 제공을 받은 자(특정인 또는 특정 다수) 이외의 사람이 데이터에 접근할 수 없도록 하는 조치(접근 제한)’를 의미한다는 점에서 본다면, 실무상 영업비밀의 성립요건으로서의 ‘비밀관리성’과의 구별이 문제될 여지가 있어 보인다. 다만 데이터에 제한 접근 조치를 하더라도, 이로써 바로 비밀관리성이 인정되는 것은 아니며, 데이터 보유자가 일정한 조건에 따라 데이터를 공개할 의사가 있다고 볼 수 있는 경우에는 비밀관리성이 인정되지 않는다고 볼 수 있을 것이다.

한편, 비밀로서 관리되고 있으나 공시된 데이터에 대해서는 보호의 공백이 발생될 여지가 있다는 견해도 있는데, 이는 공시의 정보이지만 비밀로 관리되는 경우에는 비공지성을 만족하지 못하므로, 영업비밀에 의한 보호가 불가능하고, 비밀로 관리되지 않을 것을 만족하지 못하므로 데이터에 관한 부정경쟁행위로도 보호를 받지 못하기 때문이다. 데이터로서 보호하기 위해서는 관리적 측면에 있어 비밀관리성의 요건을 만족시키지 아니하면서 전자적 관리성을 충족하여야 하며, 공지가 되거나 공지가 될 예정에 있어야 하는데, 실무적으로 이러한 요건을 명확하게 구분하여 데이터를 관리할 수 있을지에 대한 문제도 지적된다. 향후 비밀관리성에 대한 보다 구체적인 검토가 필요해 보인다.

#### IV 중과실에 의한 전득 및 사후적 전득

데이터 부정사용행위 중 3유형에 해당하는 악의적 전득 유형의 경우, 데이터 부정사용행위는 우리나라 부정경쟁방지법상 영업비밀 침해행위와 비교할 때, 규제대상에 전득자의 중과실이 포함되는지, 사후적 전득행위가 포함되는지에 관하여 차이가 있다. 일본 부정경쟁방지법상 한정제 공데이터와 비교하면 부정사용행위는 ‘알면서’ 행한 경우만을 규제대상으로 하고 있다는 점에서 우리 부정경쟁방지법과 유사하나(중과실로 알지 못한 전득자는 규제 대상에서 제외), 선의의 전득자에 대해서는 적용제외 규정을 두고 있다는 점, 사후적 전득유형은 규제 대상으로 삼고 있다는 점에서 차이가 있다. 향후 데이터 부정사용의 발전 태양에 따라 중과실에 의한 전득, 사후적 전득에 대한 규정이 필요할지에 대한 검토가 필요할 것으로 생각된다.

#### V 기술적 보호조치 무력화 금지

4유형인 기술적 보호조치 무력화의 경우, 부정경쟁방지법에는 ‘기술적 보호조치’에 관한 별도의 정의 및 관련 규정이 없고, 문언상 ‘기술적 보호조치 무력화 예비행위’를 규제하고 있는 것으로 보여진다. 우리나라의 경우, 데이터의 부정사용행위의 유형으로만 기술적 보호조치에 관한 규정을 두고 있는데, 다수의 무력화행위를 일으킬만한 기술·서비스·장치 등을 상정하기도 어려울 뿐 아니라, 범용적인 기술·서비스·장치 등에 해당한다면 어차피 부정경쟁행위에 해당하지 않을 가능성이 높기 때문에 굳이 무력화 예비행위만을 규제하는 것이 타당한 것인지에 대한 지적이 있다. 기술적 보호조치 무력화 조치는 정보통신망법 제48조 제1항의 정보통신망 침입죄로 규율하고 있음을 감안한 것으로 보이<sup>179)</sup>, ‘정당한 권한 없이’란 문구가 정보통신망법 제48조 제1항의 ‘정당한 접근권한 없이 또는 허용된 접근권한을 넘어’란 문구와 동의어로 보기 어렵다는 점에서 볼 때, 기술적 보호조치 무력화 행위에 대한 형사처벌 규정은 없음에도 그 예비행위만을 형사 처벌하는 것이 타당한지 의문이다.

179) 정보통신망법 제48조(정보통신망 침해행위 등의 금지) ① 누구든지 정당한 접근권한 없이 또는 허용된 접근권한을 넘어 정보통신망에 침입하여서는 아니 된다.

## VI 소멸시효

우리 개정 「부정경쟁방지법」상 데이터 부정사용행위에 대한 금지청구권에 대해서는 소멸시효 규정을 별개로 두고 있지 않은 반면, 영업비밀 침해행위의 경우에는 소멸시효 규정을 두고 있다는 점에서 볼 때,<sup>180)</sup> 데이터의 부정경쟁행위에 대하여는 소멸시효를 적용하는 방안을 검토할 필요가 있다. 법적 안정성 확보 및 증거보존의 곤란 구제라는 필요성은 영업비밀뿐만 아니라 데이터의 경우에도 마찬가지이기 때문이다.

## VII 파목과의 관계

한편, 카목의 요건에 해당하지 않은 행위에 대해 파목(기타 성과도용행위)을 적용하는 것이 타당한지에 대해 살핀다. 예컨대, “크롤링은 특정인에게만 제공하는 데이터를 대상으로 하는 것이 아니라 불특정 다수인에게 제공되는 데이터를 수집하여 분석 및 활용하는 것이므로 데이터 부정사용행위(카목)에 해당하지 않는다.”라고 판단될 수 있는데, 이러한 행위에 대하여 다시 파목의 적용 여부를 검토하는 것이 적절한가의 문제이다.

「부정경쟁방지법」이 데이터 부정사용행위를 부정경쟁행위의 한 유형으로 추가한 것은 데이터의 부정사용과 관련하여 부정경쟁방지법에서 정한 행위를 제외하고는 부정경쟁행위로 볼 수 없다는 해석에 따르면, 새로 도입된 데이터 부정사용행위에 해당하지도 않는 행위는 보충적 일반조항에 근거하여 부정경쟁행위라고 인정되지 않을 여지도 있다. 다만 이 경우에도 여전히 「민법」상 일반 불법행위를 주장할 수는 있을 것이다.

그러나 최근 판례의 태도, 카목과 파목은 각각의 성립요건과 부정경쟁행위의 유형이 다르고 그 입법취지도 다르다는 점을 고려하면, 카목의 요건에 해당하지 않은 행위에 대해서도, 별개로 보충적 일반조항인 파목을 적용하는 것이 가능할 것으로 판단된다. 최근 대법원은 크롤링 프로그램을 이용한 무단 데이터 수집이 데이터베이스제작자의 권리 침해에 해당하지 않는다고 판단하여 무죄를 선고한 바 있다.<sup>181)</sup> 본 사건의 원심에서는 사건 공소사실 중 데이터베이스제작자의

180) 부정경쟁방지법 제14조(시효) 제10조 제1항에 따라 영업비밀 침해행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있는 권리는 영업비밀 침해행위가 계속되는 경우에 영업비밀 보유자가 그 침해행위에 의하여 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있다는 사실 및 침해행위자를 안 날부터 3년간 행사하지 아니하면 시효(時效)로 소멸한다. 그 침해행위가 시작된 날부터 10년이 지난 때에도 또한 같다.

181) 대법원 2022. 5. 12. 선고 2021도1533 판결.

복제권 침해로 인한 저작권법 위반의 점을 무죄로 판단하였으며<sup>182)</sup> 대법원도 원심 그대로 수긍하였다. 그런데 해당 사안의 기초적 사실관계를 같이하는 민사 재판의 하급심에서는 파목의 적용이 긍정된 바 있다. 「부정경쟁방지법」 파목은 “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 부정경쟁행위 중 하나로 규정하고 있으며, 대법원은 해당 조항에 대하여 “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 일반조항”에 해당한다고 하고 있다.<sup>183)</sup>

182) 서울중앙지방법원 2021. 1. 13. 선고 2020노611 판결.

183) 대법원 2020. 3. 26. 자 2019마6525 결정; 대법원 2020. 3. 26. 선고 2016다276467 판결.

## 제2절

# 유명인의 인적 식별표지 무단사용행위

## I ‘국내에 널리 인식된’의 해석

학설과 판례는 「부정경쟁방지법」 제2조 제1호의 ‘국내에 널리 인식된’의 해석과 관련하여, 가목, 나목, 아목은 주지성을 요건으로 하고 있는 것으로, 다목은 저명성을 요건으로 하는 것으로 해석하고 있다.

유명인의 인적 식별표지 무단사용행위를 규정하고 있는 타목의 ‘국내에 널리 인식된’은 주지성을 요건으로 하는 것인지, 저명성을 요건으로 하는 것인지 살펴볼 필요가 있다.

판례는 ‘국내에 널리 인식된’의 해석 시에 규정의 입법 취지와 그 입법 과정을 고려하고 있다.<sup>184)</sup> 유명인의 인적 식별표지 무단사용행위 신설에 관한 부정경쟁방지법 개정안의 검토보고서를 보면 “타인을 식별할 수 있는 표지라면 제한 없이 적용 가능하되 ‘주지성’과 ‘경제적 가치’를 지닌 식별표지로 보호 대상이 한정되며,”라고 하고 있어,<sup>185)</sup> ‘국내에 널리 인식될 것’의 요건을 주지의 정도를 넘어 저명 정도에 이를 것까지를 예정하고 있는 것은 아니라고 보인다.

위 검토보고서상에 나타난 입법 취지와 과정에 근거하여 타목은 저명성이 아닌 주지성을 요건으로 한 것이라고 해석되고, 국내의 일정한 지역적 범위 안에서 거래자 또는 수요자들 사이에 알려진 경우 주지성을 취득한 것으로 볼 수 있다. 이러한 해석에 따르면 전국이 아닌 특정 지역에서만 유명하거나, 인기 유튜버 또는 SNS 인플루언서 등과 같이 특정 세대 또는 집단에서만 유명성이 인정되는 경우에도, 타목의 주지성 요건이 부정되지 않을 것이다.

## II 주체

종래 퍼블리시티권의 향유주체와 관련하여 유명인 이외에 일반인 그리고 자연인 이외에 법인이나 단체도 인정되는지 여부 등에 논의가 있었다. “유명인만이 대상이 된다.”는 견해, “유명인과

184) 대법원 2006. 1. 26. 선고 2004도651 판결, 대법원 2004. 5. 14. 선고 2002다13782 판결 등.

185) 채수근, 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고 - <유명인의 인적 식별표지의 무단사용행위 규제>, 이철규 의원 대표발의(의안번호 제2107846호), 산업통상자원중소벤처기업위원회, 2021, 7면.

일반인의 기준이 모호하고, 일반인에 대해서 퍼블리시티권을 부정할만한 합리적인 이유가 있다고 볼 수 없으므로 퍼블리시티권을 인정함이 타당하다고 할 것이고, 다만 일반인의 퍼블리시티권의 가치는 유명인과 비교할 때 상대적으로 매우 낮으므로 그 침해에 있어서 고객흡인력에 따른 손해배상의 산정에 차이가 있을 것”<sup>186)</sup>이라는 견해도 있었다.

그러나 현행 부정경쟁방지법 조문이 국내에 널리 인식될 것은 요건으로 하고 있는 이상, 유명인만이 본 조항에 포함될 수 있고, 다만 구체적인 사례에서 유명인의 범위 내지는 해석이 달라질 수 있다고 본다.

주체와 관련하여 실제의 사건에서 중요한 쟁점이 되는 것은 기획사가 타목의 식별표지의 주체로서 금지청구권 등을 행사할 수 있는가의 문제이다. 왜냐하면 기획사가 소속 연예인의 예명(활동명), 이미지 등을 기획, 고안 및 관리한 경우 타목에 근거한 침해 주장의 주체로 볼 여지가 있고, 실제로 관련 업계에서는 기획사가 타목에 근거한 법적 조치를 취할 수 있도록 하여야 한다는 요구가 있다.

기획사는 타목에 근거하여 스스로의 이익 침해를 주장할 수 있는 주체가 될 수는 없다고 생각된다. 파목에서 규정하는 ‘타인의 경제적 이익’에서 ‘타인’이란 파목에서 규정하는 ‘타인’과 동일하게 해석되어야 한다. 파목의 부정경쟁행위는 ‘타인’의 성명, 초상, 음성, 서명 등 그 타인을 식별할 수 있는 표지를 무단으로 사용함으로써 성립하게 되고, 여기에서 ‘타인’이란 종래 퍼블리시티권의 주체로서 연예인이나 유명인을 전제로 보아야 하기 때문이다. 또한 부정경쟁방지법상 유명인의 인적 식별표지에 대한 보호는 행위규제를 통한 보호이며, 그에 대한 양도성을 인정하고 있는 것이 아니므로, 기획사가 연예인에게 침해를 주장할 수 있는 권리를 양도 받았다고 볼 여지도 없을 것이다. 기획사의 경우를 포함하기 위해서는 기획사가 대위를 하여야 할 것인데, 이 경우 대위가 가능한지에 대해서 대법원의 기존 판례 중에서 대위소송의 대상이 아니라고 보는 판결이 있다는 것으로 대위가 불가능하다고 본다면 기획사는 직접 또는 대위를 하는 방법으로 할 수는 없고, 연예인이 직접 침해주장을 하면서 기획사는 자신의 비용으로 변호사 비용 등을 부담하고 사후에 연예인과 기획사 간의 계약에 의해서 경제적 이익을 도모하는 방식을 취할 수 있을 것이다.

다만, 기획사는 타목이 아닌 파목에 근거하여 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 주장하여 침해행위에 대한 금지청구를 주장할 수 있을 것이다.

186) 유충호, “퍼블리시티권의 법적 쟁점과 보호방안에 관한 고찰”, 법학논문집 제39집 제2호, 중앙대학교 법학연구원, 2015, 111면.

### III 양도·상속·보호기간

부정경쟁방지법은 퍼블리시티권이라는 ‘권리’를 인정한 것이 아니고, 일명 퍼블리시티를 침해하는 행위를 금지하는 것이기 때문에 양도, 상속, 보호기간의 쟁점에 대해서는 부정경쟁방지법이 개입될 여지가 적어 보인다.

카목의 주체인 유명인이 사망하였을 경우 부정경쟁행위에 기한 침해금지를 주장할 수 있는 주체가 누구인지, 인적 식별표지를 타인에게 양도할 수 있는지 불분명한 부분이 있다. 특히 연예인이 기획사와 퍼블리시티권에 대한 이용허락계약을 체결한 이후에 기획사가 다시 제3자와 이용허락계약을 체결하거나 복수의 주체와 이용계약을 체결하게 되면 복잡한 문제가 발생할 수 있고, 이러한 사정을 제대로 알지 못하는 연예인에게 불측의 손해를 입힐 수 있기 때문에, 관련 업계에서는 유명인의 인적 식별표지의 양도나 상속이 필요하다는 요구도 있다.

유명인의 인적 식별표지가 별도의 권리가 아니고 상속성이 인정되지 않는다면 보호기간의 문제는 논할 실익이 없다. 유명인의 인적 식별표지는 유명인에게 고객흡입력이 인정되는 한 계속 보호된다고 볼 수 있고, 대부분의 사람들은 사후에 그 초상, 성명이 상업적으로 쓰일 가능성이 없을 것이므로 보호기간을 두는 것이 오히려 부적절할 수 있다고 생각된다.

다만, 유명인과 계약관계에 의해 유명인의 식별표지를 상업적으로 이용하고 있는 자가 별도로 존재하는 상황에서 계약기간이 남아 있음에도 불구하고 유명인이 사망한 경우, 계약자에게도 부정경쟁방지법에 의해 보호할 경제적 이익이 존재하는지, 마찬가지로 상속인에게도 그러한 경제적 이익이 인정되는지에 대한 검토 필요성은 있어 보인다.

한편, 퍼블리시티권을 양도하기로 하는 계약이 산업계에 존재하는데, 이것은 계약상의 권리로서 유명인의 퍼블리시티를 대신하여 행사하는 것으로 이해되어야 한다.

▮ 표 28 ▮ 대중문화예술인(가수중심) 표준전속계약서(안)

<p>제9조(퍼블리시티권 등)</p> <p>① ‘기획업자’는 계약기간에 한하여 본명, 예명, 애칭을 포함하여 ‘가수’의 모든 성명, 사진, 초상, 필적, 음성, 기타 ‘가수’의 동일성(identity)을 나타내는 일체의 것을 ‘가수’의 대중문화예술용역 또는 ‘기획업자’의 업무와 관련하여 이용할 수 있는 권한을 가지며, 계약기간이 종료되면 그 이용권한은 즉시 소멸된다.</p> <p>② ‘기획업자’는 제1항의 권한을 행사함에 있어 ‘가수’의 명예나 기타 ‘가수’의 인격권을 훼손하는 방식으로 행사할 수 없다.</p> <p>제11조(권리 침해에 대한 대응)</p> <p>제3자가 제8조 내지 제10조에 규정된 권리를 침해하는 경우, ‘기획업자’는 ‘기획업자’ 자신의 책임과 비용으로 그 침해를 배제하기 위한 조치를 취할 수 있으며 ‘가수’는 이와 같은 ‘기획업자’의 침해배제조치에 협력한다.</p>
---

## IV 표현의 자유와의 관계

서울고등법원은 박찬호 사건<sup>187)</sup>에서 “무릇 공적관심의 대상이 되는 저명한 인물, 즉 공적인물(公的人物)에 대한 서술, 평가는 자유스러워야 하고, 그것은 헌법이 보장하고 있는 언론, 출판 및 표현의 자유의 내용이기도 하다. 다만 그것은 타인의 명예나 권리를 침해하여서는 아니 된다는 제한을 받는다.”고 전제한 후, “공적인물의 생애에 관한 서술과 그에 관한 평가를 담는 서적인 평전에서는 그 저작물의 성질상 대상자의 성명을 사용하고 대상자의 사진(보도용으로 촬영된 사진을 이용하는 것도 포함)을 게재할 수 있을 뿐만 아니라 대상자의 생애에서의 주요사건이 다루어지고, 그에 대한 저자의 의견이 더하여지는 것이 당연하다할 것이며, 그러한 평전의 저술은 그 대상자의 명예나 권리를 침해하지 않는 한 허용되어야 하고, 그 대상자가 되는 공적인물은 이를 수인하여야 할 것”이라고 판시하였다. 이러한 태도에 따르면 유명인에 대한 인적 식별표지는 유명인과 관련한 표현의 자유와 충돌될 경우, 표현의 자유가 보다 넓게 인정될 수 있음을 시사한다.

신설된 카목에 의하여 유명인의 식별표지에 대한 보호 가능성이 보다 높아진 만큼 표현의 자유와의 관계가 법적 분쟁의 쟁점이 될 여지가 큰 만큼, 양자의 관계에 대한 보다 구체적인 검토가 필요할 것으로 사료된다. ‘핑크레이디’ 사건에서 일본 최고재판소는 ① 성명, 초상 등 그 자체를 독립하여 감상의 대상이 되는 상품 등으로서 사용하거나, ② 상품 등의 차별화를 도모할 목적으로 성명, 초상 등을 상품 등에 붙이는 것 또는 ③ 성명, 초상 등을 상품 등의 광고로서 사용하는 등, 오로지 성명, 초상 등이 가지는 고객흡인력의 이용을 목적으로 한다고 할 수 있는 경우에, 당해 고객흡인력을 배타적으로 이용할 권리(이른바 퍼블리시티권)를 침해하는 것으로서 불법행위 법상 위법하게 된다.”고 판시한 바 있는데, 이러한 기준은 우리 부정경쟁방지법상 인적 식별표지와 표현의 자유의 균형을 찾는 기준으로 참고할 수 있을 것으로 생각된다.

## V 다른 법률과의 관계

부정경쟁방지법 제15조 제1항에서는 “「특허법」, 「실용신안법」, 「디자인보호법」, 「상표법」, 「농수산물 품질관리법」, 「저작권법」 또는 「개인정보 보호법」에 제2조부터 제6조까지 및 제18조 제3항과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다.”고 규정하고 있다.

187) 서울고등법원 1998. 9. 29. 자 98라35 결정.

현행법상 카목의 조항과 충돌 내지는 중첩 보호가 문제될 규정은 없으나, 개정 「부정경쟁방지법」의 타목과 일부 유사한 면이 있는 법률안이 국회에 계류 중이다.

「저작권법 전부개정법률안」의 ‘초상등재산권’은 국내에 널리 인식되고 경제적 가치를 갖는지 여부를 그 요건으로 하고 있지 않아, 개정 부정경쟁방지법 타목보다 그 보호범위가 넓다고 볼 수 있으며, 저작권법 개정안 제125조에서는 초상등 재산적 권리 보호에 대하여 저작권법을 우선 적용하도록 하고 있어, 저작권법 개정안이 현재 내용으로 국회에서 통과되는 경우 개정 부정경쟁방지법 타목의 규정의 적용 범위가 상당히 좁아질 여지가 있다.

▣ 표 29 ▣ 「저작권법 전부개정법률안」의 ‘초상등재산권’ 주요내용

<p><b>제2조(정의)</b> 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.</p> <p>22. “초상등”이란 사람의 성명·초상·목소리 또는 그 밖에 이와 유사한 것으로 그 사람을 특정할 수 있는 것을 말한다.</p> <p><b>제5장 초상등의 보호</b></p> <p><b>제123조(보호받는 초상등)</b></p> <p>① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자의 초상등에 대한 재산적 권리는 이 법에 따른 보호를 받는다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 대한민국 국민의 초상등</li> <li>2. 대한민국이 초상등의 재산적 권리에 대한 보호와 관련하여 가입 또는 체결한 조약에 따라 보호되는 외국인의 초상등</li> <li>3. 제2호에 따라 보호되는 외국인의 초상등이 아니라고 하더라도 그 외국인의 국가가 초상등의 재산적 권리를 이 법 또는 대한민국이 가입 또는 체결한 조약에 상응하게 보호하고 있고 대한민국 국민의 초상등의 재산적 권리에 대한 보호를 부인하지 아니하는 경우로 대한민국 내에 상시 거주하는 외국인(무국적자를 포함한다)의 초상등</li> </ol> <p>② 제1항 제2호 및 제3호에 따라 보호되는 외국인의 초상등이라 하더라도 그 외국인의 국가에서 대한민국 국민의 초상등의 재산적 권리를 보호하지 않는 경우에는 그에 상응하게 조약 및 이 법에 따른 보호를 제한할 수 있다.</p> <p><b>제124조(저작권 등과의 관계)</b> 이 장 각 조의 규정은 저작권 및 저작인접권에 영향을 미치는 것으로 해석되어서는 안 된다.</p> <p><b>제125조(다른 법률과의 관계)</b> 초상등의 재산적 권리의 보호에 관하여는 이 법을 다른 법률에 우선하여 적용한다.</p> <p><b>제126조(초상등재산권)</b> 초상등이 특정하는 사람은 자신의 초상등을 상업적 목적을 위하여 일반 공중에게 널리 인식 되도록 하는 방법으로 이용할 수 있는 권리를 가진다.</p> <p><b>제127조(초상등재산권의 제한)</b> 초상등의 이용에 관하여는 제25조부터 제27조까지, 제28조 제1항부터 제5항까지, 제29조부터 제33조까지, 제34조 제1항부터 제4항까지 및 제8항, 제36조부터 제38조까지, 제40조 및 제41조, 제43조, 제47조, 제48조를 준용한다. 이 경우 “저작물”은 “초상등”으로 본다.</p> <p><b>제128조(초상등재산권의 일신전속성)</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>① 초상등재산권은 초상등재산권자의 일신에 전속한다.</li> <li>② 초상등재산권은 다른 사람에게 양도 또는 압류하거나 담보로 제공할 수 없다.</li> </ol> <p><b>제129조(초상등재산권의 행사 등)</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>① 초상등재산권자는 다른 사람에게 제126조에 따른 이용을 허락할 수 있다.</li> <li>② 제1항에 따라 허락을 받은 사람은 허락받은 이용 방법 및 조건의 범위 안에서 초상등을 이용할 수 있다.</li> </ol>
--

- ③ 제1항에 따른 허락에 의하여 초상등을 이용할 수 있는 권리는 초상등재산권자의 동의 없이 제3자에게 이를 양도하거나 다른 사람에게 다시 그 이용을 허락할 수 없다.
- ④ 제2항에 따른 허락을 받은 사람이라도 해당 이용행위에 대한 초상등재산권자의 개별적이고 명시적인 동의가 없는 경우 그의 명예를 훼손하는 방법으로 그 초상등을 이용할 수 없다.

다만 창작물을 보호 대상으로 하는 저작권법을 통해 유명인의 성명 등 식별표지를 보호하는 것이 입법 취지상 적절한지에 대해서는 다소 의문이 있다.<sup>188)</sup> 창작물을 보호하는 저작권법은 창작물이 아닌 ‘유명인의 동일성’을 보호하기 위한 적절한 수단일 수 없는데, 그 이유는 ‘유명인의 동일성’은 ① 창작된 것이 아닌 이미 존재하는 것이거나 ② 창작물이라고 볼 수 없는 식별표지이므로, ‘저작권법 등’은 적절한 보호수단이 아니기 때문이다.<sup>189)</sup>

한편, 「민법 일부개정법률안」은 인격권을 ‘사람의 생명, 신체, 건강, 자유, 명예, 사생활, 성명, 초상, 개인정보, 그 밖의 인격적 이익에 대한 권리’라 정의하고, 인격권 및 인격권 침해배제·예방청구권을 명문화하였다. 법무부에 따르면 인격권의 일부로 ‘퍼블리시티권’의 명문화도 논의 중인 것으로 알려졌는데, 이는 오늘날 유명인과 비유명인의 기준을 나누기 어려워진 시대 상황에서 이를 구별하지 않고 모두에게 퍼블리시티권이 적용될 수 있도록 기본법인 민법에 이를 명문화한다는 취지라고 한다.<sup>190)</sup> 다만, 민법은 부정경쟁방지법에 우선 적용되지는 않으며, 설령 민법에 인격권이 규정된다고 하더라도, 부정경쟁방지법상 유명인의 인적 식별표지 침해를 주장하는 데 장애가 되지는 않을 것이다.

188) 저작권법으로 성명 등 인적 식별표지를 보호하는 것에 대한 비판적 견해로, ‘영업표지’로서의 성격이 강한 ‘유명인의 동일성’의 사용태양 등을 고려할 때, 창작계열의 입법인 저작권법 또는 저작권법과 유사한 형태를 가지는 법률에 의한 보호는 적절하지 않다(계승균, “퍼블리시티권 보호체계에 관한 소고”, 법학논총(제22집 제2호), 조선대학교 법학연구원, 2015, 91~92면.); 저작권법은 창작성이 있는 표현물을 보호하기 때문에 부산물이라고 할 수 있는 개인의 초상... 등... 까지 보호하는 것은 헌법상 근거하는 저작권의 보호에 합치하지 않는다(김윤명, “퍼블리시티권의 저작권법적 보호에 대한 비판적 고찰”, 산업재산권(제33호), 한국산업재산권법학회, 2010, 335~336면.); 저작권법에서 퍼블리시티권의 보호규정을 두는 것은 퍼블리시티권이 창작물로서의 저작물 등에 대한 보호를 중심으로 하는 저작권법의 성격에 잘 부합하지 않는다는 점에서, 적절치 않은 것으로 생각된다(이해완, “퍼블리시티권의 법제화 방향에 대한 연구”, 성균관법학(제28권 제4호), 성균관대학교 법학연구원, 2016, 102면.); 저작권법은 지적인 ‘창작물’을 보호 대상으로 하므로, 지적창작의 결과물이 아닌 본래부터 가졌던 초상, 성명 등을 보호하는 퍼블리시티권과는 근본 취지와 입법목적이 상이하다(한지영, “부정경쟁방지법에 의한 퍼블리시티권 보호방안에 대한 비판적 검토: 제2조 제1호 차목을 중심으로”, 홍익법학(제17권 제3호), 홍익대학교 법학연구소, 2016, 659면.); 저작권법과 무관한 퍼블리시티권을 저작권법으로 보호하려는 시도이다. 미국 개별 주를 제외하고는 세계 입법사상 그 유례를 찾기 어려운 기이(奇異)한 입법 시도이다. 저작권법으로 퍼블리시티권을 보호하려는 것은 법체계에 어긋나는 시도일 뿐 아니라 하급심 판례로 형성된 법리를 입법으로 뒤집으려는 과도한 입법적 개입이다(박성호, “저작권법 전면 개정안 주요내용의 비판적 고찰”, 정보법학 제24권 제3호, 한국정보법학회, 2020, 31~32면.).

189) 박준우, “이른바 ‘퍼블리시티권’에서 부정경쟁방지법 일반조항으로(下) - ‘영업을 위한 사용’과 ‘공정한 상관행 위반’ 및 ‘표현의 자유’를 중심으로 -”, 산업재산권 제66호, 한국지식재산학회, 2021, 348면.

190) 박상현, “연예인 이름·사진 무단사용...앞으로는 거액 배상금 낸다”, 헤럴드경제, 2022. 1. 13. <<http://news.heraldcorp.com/view.php?ud=20220113000536>>

표 30 「민법 일부개정법률안」의 ‘인격권’ 주요내용

<p><b>제3조의2(인격권)</b></p> <p>① 사람은 생명, 신체, 건강, 자유, 명예, 사생활, 성명, 초상, 개인정보, 그 밖의 인격적 이익에 대한 권리를 가진다.</p> <p>② 사람은 그 인격권을 침해한 자에 대하여 침해를 배제하고 침해된 이익을 회복하는 데 적당한 조치를 할 것을 청구할 수 있고, 침해할 염려가 있는 행위를 하는 자에 대하여 그 예방이나 손해배상의 담보를 청구할 수 있다.</p> <p><b>제34조의2(법인의 인격권)</b> 제3조의2는 그 성질에 반하지 아니하는 범위 안에서 법인에 준용한다.</p>
--

개정 「부정경쟁방지법」과 「저작권법 전부개정법률안」, 「민법 일부개정법률안」은 인격적 가치에 대해 사회적으로 높아진 인식, 퍼블리시티의 재산적 가치를 인정할 사회적 필요성과 공감대가 높아진 상황이 반영된 것으로 보이며, 이들 법률안의 개정 「부정경쟁방지법」에 미칠 영향에 주목하여 추이를 주시할 필요가 있다.

## VI 파목과의 관계

타목의 경우에도 타목의 요건에 해당하지 않은 행위에 대해 파목(기타 성과도용행위)을 적용하는 것이 타당한지에 대한 문제가 발생될 수 있다.

앞서 카목 데이터 부정사용행위에서 살펴본 바와 같이, 타목과 파목은 각각의 성립요건과 부정경쟁행위의 유형이 다르고 그 입법취지도 다르다는 점을 고려할 때, 타목의 요건에 해당하지 않은 행위에 대해서도, 별개로 보충적 일반조항인 파목을 적용하는 것이 가능하다고 본다.

법·제도 연구

개정 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률의 주요내용 분석  
- 데이터 부정사용행위 및 유명인의 인적 식별표지 무단사용행위를 중심으로 -

---

## 제5장 결론



먼저 데이터 부정사용행위 규정(카목)의 해석 및 법적 구제수단에 대하여 살펴본다. 보호되는 데이터 및 데이터 부정사용행위 유형의 해석과 관련하여서는 일본 「부정경쟁방지법」상 한정제공 데이터 규정 및 ‘한정제공데이터에 관한 수립지침’, 우리나라 「부정경쟁방지법」상 영업비밀 침해 행위 유형에 관한 조항을 주요 참고자료로 활용하였다. 이는 2018년 일본 「부정경쟁방지법」 개정으로 신설된 ‘한정제공데이터’가 우리나라 데이터 부정사용행위의 신설 과정에서 입법 모델이 되었다는 점, 데이터 부정사용행위 유형은 우리 「부정경쟁방지법」상 영업비밀 침해행위에 준하는 방식으로 규정되어 있다는 점을 고려한 것이다.

일본의 한정제공데이터, 우리나라 「부정경쟁방지법」상 영업비밀 침해행위와의 비교·대조를 통해 카목의 보호 대상이 되는 데이터의 요건 및 부정사용행위에 해당하는 경우에 대한 해석론을 제시하고, 다음과 같은 사항에 대한 추가적 검토가 필요할 것으로 판단하였다.

첫째, 데이터의 정의와 관련하여 「데이터산업법」 제2조 제1호의 정의 규정은 부정경쟁방지법상 데이터 보호 여부를 판단함에 있어 특별한 의미를 가지지 못하고, 오히려 데이터산업법 제12조의 데이터 자산은 「부정경쟁방지법」 카목의 보호 대상이 되는 데이터와 일치하지 않는 문제가 있다. 따라서 「부정경쟁방지법」상에서 보호되는 데이터의 정의 규정을 두는 방안을 검토할 필요가 있다.

둘째 카목으로 보호되는 데이터는 영업비밀과의 중복 보호를 피하기 위해 ‘비밀로서 관리되고 있지 않을 것(비밀관리성)’을 요하는데, 실무상 카목의 전자적 관리성과 영업비밀의 성립요건의로서의 비밀관리성과의 구별이 문제될 여지가 있어 보이므로, 이에 대한 보다 구체적인 검토가 필요하다.

셋째, 개정 「부정경쟁방지법」은 중과실에 의한 전득 및 사후적 전득은 규제대상에 포함되어 있지 않으나, 향후 데이터 부정사용의 발전 태양에 따라 중과실에 의한 전득, 사후적 전득에 대한 규정이 필요할지에 대해 살펴볼 필요가 있다.

넷째, 개정 「부정경쟁방지법」에서 기술적 보호조치 무력화 행위에 대한 형사처벌 규정은 없음에도 그 예비행위만을 형사처벌하는 것이 법체계상 타당하지 않을 수 있으므로, 해당 규정에 대한 재검토가 필요해 보인다.

다섯째, 개정 「부정경쟁방지법」상은 영업비밀 침해행위의 경우에는 소멸시효 규정을 두고 있는 반면 데이터 부정사용행위에 대한 금지청구권에 대해서는 소멸시효 규정을 별개로 두고 있지 않아, 소멸시효를 규정할 필요성에 대해 검토할 필요가 있다.

나아가 장기적으로는 데이터 부정경쟁행위에 대한 규제 방식을 고민해 볼 필요가 있다. 데이터 보호의 대상이 ‘특정 대상과의 거래를 위한 것일 것’, ‘전자적으로 관리될 것’, ‘상당량 축적되어 경제적 가치를 가질 것’, ‘공개할 전제로 할 것’ 등의 요건을 갖춘 것으로 한정하고 있어, 자칫 이에 해당하지 않는 데이터에 대한 보호가 미흡할 수 있다는 문제가 있다. 실제로 리그베다위키 v. 엔하위키미러 사건(대법원 2017. 4. 13. 선고 2017다204315 판결)에서 미러링의 대상이 되

있던 온라인 백과사전, 잡코리아 v. 사람인 사건(대법원 2017. 8. 24. 선고 2017다224395 판결)에서 크롤링의 대상이 되었던 원고 웹사이트에 게재된 채용 정보, 야놀자 v. 여기어때 형사 사건(대법원 2022. 5. 12. 선고 2021도1533 판결)에서 크롤링의 대상이 되었던 원고 웹사이트에 게재된 숙박업소 정보 모두 불특정 다수에게 공개적으로 제공되는 데이터들이었다는 점에서 카목의 적용이 불가하였다. 물론 보호 대상을 모든 것으로 확대한다면 그 자체가 과도한 규제가 될 수 있을 수 있다는 것은 이해되나, 향후 데이터의 활용 형태는 다양화될 수 있어, 현행 규정의 대상보다 확장될 수 있다는 점에 비추어 보면, 장기적으로는 데이터를 넓게 보호하고 그 이용을 자유롭게 하는 보호 방안도 고려해 볼 수 있다.

다음으로, 유명인의 인적 식별표지 무단사용행위에 대해 살펴본다. 개정 「부정경쟁방지법」에서는 ‘퍼블리시티권’이라는 용어를 사용하고 있지 않으나, ‘유명인의 인적 식별표지 무단사용행위(동법 제2조 제1호 타목)’를 부정경쟁행위의 유형으로 규정함으로써 퍼블리시티권이 보호하고자 하는 법익을 실질적으로 보호할 수 있는 법적 근거를 마련하였다. 종래에는 퍼블리시티권의 법적 성격에 대하여 재산권설, 인격권설 등의 견해가 대립되고 그에 따라 법적 논리 구성을 달리 하였기 때문에 법적 성격에 대한 논의가 중요하게 다루어졌지만, 부정경쟁방지법은 유명인의 인적 식별표지 보호를 퍼블리시티‘권’이라는 권리를 부여하는 것이 아닌 행위를 규제하는 방식으로 접근하고 있고, 법조문에서 경제적 가치를 보호한다고 명시하고 있는 이상, 부정경쟁방지법상 유명인의 인적 식별표지에 있어 별다른 실익이 있는 논의는 아니게 되었다. 그런데 「부정경쟁방지법」에 근거하여 행위규제 방식으로 퍼블리시티를 보호하는 경우, 기존 퍼블리시티권의 인정 여부를 둘러싸고 문제가 되었던 주체와 범위, 양도성 및 상속성의 인정 여부, 보호기간 등의 쟁점은 여전히 해석의 영역에 남게 된다. 이에 개정 「부정경쟁방지법」하에서의 관련 쟁점에 대하여 다음과 같이 해석론 및 추가적 검토가 필요한 사항을 제시하였다.

첫째, 카목의 향유 주체는 국내의 일정한 지역적 범위 안에서 거래자 또는 수요자들 사이에 알려진, 즉 주지성을 취득한 자로 주로 연예인이나 운동선수가 이에 해당할 것이나, 특정 지역에서만 유명하거나, 인기 유튜버 또는 SNS 인플루언서 등과 같이 특정 세대 또는 집단에서만 유명성이 인정되는 경우에도, 타목의 주지성 요건이 부정되지 않을 것이다. 기획사의 경우에는 전속 계약에 근거하여 유명인의 권리 침해에 대응하거나 타목이 아닌 파목에 근거하여 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 주장하여 침해행위에 대한 금지청구를 주장할 수 있을 것이다.

둘째, 양도성 및 상속성의 인정 여부, 보호기간의 경우, 「부정경쟁방지법」 체계하에서는 유명인의 인적 식별표지가 별도의 권리가 아니므로 상속성이 인정되지 않고, 그 결과 보호기간의 문제 또한 논할 실익이 없다. 유명인의 인적 식별표지는 유명인에게 고객흡입력이 인정되는 한 계속 보호된다고 볼 수 있을 것이다. 극히 일부의 경우를 제외한다면 사후에 그 초상, 성명이 상업적으로 사용될 가능성이 적을 것이므로 보호기간을 두는 것이 오히려 부적절할 수 있다. 다만, 유명인과 계약관계에 의해 유명인의 식별표지를 상업적으로 이용하고 있는 자가 별도로 존재하

는 상황에서 계약기간이 남아 있음에도 불구하고 유명인이 사망한 경우, 계약자에게도 부정경쟁 방지법에 의해 보호할 경제적 이익이 존재하는지, 마찬가지로 상속인에게도 그러한 경제적 이익이 인정되는지에 대한 검토 필요성은 있어 보인다. 한편, 퍼블리시티권을 양도하기로 하는 계약이 산업계에 존재하는데, 이것은 계약상의 권리로서 유명인의 퍼블리시티를 대신하여 행사하는 것으로 이해되어야 한다.

셋째, 신설된 카목에 의하여 유명인의 식별표지에 대한 보호 가능성이 보다 높아진 만큼 표현의 자유와의 관계가 법적 분쟁의 쟁점이 될 여지가 큰 만큼, 양자의 관계에 대한 보다 구체적인 검토가 필요하다. 과거 퍼블리시티권 혹은 초상권 등이 문제되었던 사건들에 있어, 우리 법원은 유명인에 대한 인적 식별표지는 유명인과 관련한 표현의 자유와 충돌될 경우, 표현의 자유가 보다 넓게 인정될 수 있음을 시사한 바 있으나, 미국의 지배적 이용 기준(Predominant Use Test), Restatement/Rogers Test, 변형적 이용 기준(Transformative Use Test)이나 일본의 ‘오로지(専ら) 기준설’ 등과 같이 보다 구체적인 기준이 정립될 필요가 있다.

넷째, 「저작권법」, 「민법」 등에 의해 이른바 퍼블리시티를 보호하고자 하는 입법적 시도는 계속되고 있고, 이들 법률의 개정 내용에 따라 부정경쟁방지법에도 영향을 미칠 수 있으므로, 관련 논의를 주시할 필요가 있다. 다만 창작물을 보호 대상으로 하는 「저작권법」을 통해 유명인의 성명 등 식별표지를 보호하는 것이 입법 취지상 적절하지 않다고 사료된다.

마지막으로, 신설된 카목·타목과 파목(기타 성과도용행위)과의 관계에서, 카목과 타목의 각 요건에 해당하지 않은 행위에 대해 파목을 적용하는 것이 타당한지에 대한 지적이 있다. 카목·타목은 파목과 각각의 성립요건과 부정경쟁행위의 유형이 다르고 그 입법취지도 다르다는 점을 고려할 때, 타목의 요건에 해당하지 않은 행위에 대해서도, 별개로 보충적 일반조항인 파목을 적용하는 것이 가능하다고 본다.

## 참고문헌

### [국내문헌]

- 계승균, “퍼블리시티권 보호체계에 관한 소고”, 법학논총(제22집 제2호), 조선대학교 법학연구원, 2015
- 권태상, “미국법상 퍼블리시티권”, 비교사법 제23권 1호(통권 72호), 한국비교사법학회, 2016
- 권태상, “인격권 침해로 인한 재산적 손해”, 법조 제69권 제1호(통권 제739호), 법조협회 2020
- 권태상, 「퍼블리시티권의 이론적 구성 - 인격권에 의한 보호를 중심으로 -」, 경인문화사, 2013
- 김유명, “퍼블리시티권의 저작권법적 보호에 대한 비판적 고찰”, 산업재산권(제33호), 한국산업재산권 법학회, 2010
- 김훈건, “데이터에 관한 개정 부정경쟁방지법의 비판적 검토”, 법학논총 제39집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2022
- 박성호, “저작권법 전면 개정안 주요내용의 비판적 고찰”, 정보법학 제24권 제3호, 한국정보법학회, 2020
- 박준우, “이른바 ‘퍼블리시티권’에서 부정경쟁방지법 일반조항으로(下) - ‘영업을 위한 사용’과 ‘공정한 상관행 위반’ 및 ‘표현의 자유’를 중심으로 -”, 산업재산권 제66호, 한국지식재산학회, 2021
- 박준우, “표현의 자유에 의한 퍼블리시티권의 제한 - 상품의 디자인과 캐릭터로 이용한 경우를 중심으로 -”, 정보법학, 제14권 제3호, 2010
- 신지혜, “부정경쟁방지법에 의한 퍼블리시티권의 규율”, 민사법학 제94호, 한국민사법학회, 2021
- 안병하, “독일의 퍼블리시티권 관련 논의 개관”, 비교사법 제23권 1호(통권 72호), 한국비교사법학회, 2016
- 양창수·권영준, 「권리의 변동과 구제」, 제4판, 박영사, 2021
- 유영운, “부정경쟁방지법 일반조항의 적용범위에 관한 고찰”, LAW&TECHNOLOGY, 제11권 제4호, 서울대학교 기술과 법 센터, 2015
- 유충호, “퍼블리시티권의 법적 쟁점과 보호방안에 관한 고찰”, 법학논문집 제39집 제2호, 중앙대학교 법학연구원, 2015
- 윤태식, 「부정경쟁방지법」, 박영사, 2021
- 윤태영, “일본법에서의 퍼블리시티권”, 비교사법 제23권 1호(통권 72호), 한국비교사법학회, 2016
- 이상용, “데이터세트에 대한 배타적 보호”, 인권과정의, Vol. 530, 대한변호사협회, 2022
- 이해완, “퍼블리시티권의 법제화 방향에 대한 연구”, 성균관법학, 성균관대학교 법학연구소, 2016
- 임상민, “퍼블리시티권 침해 판단기준”, 지식재산연구 제8권 제4호, 한국지식재산연구원, 2013
- 임상혁, “퍼블리시티권의 한계에 관한 연구”, “LAW&TECHNOLOGY, 제13권 제3호, 서울대학교 기술과 법 센터, 2017
- 정상조, 「부정경쟁방지법 주해」, 박영사, 2020
- 정상조, 「저작권법 주해」, 2007

- 차상욱, “2021년 개정 부정경쟁방지법상 데이터 보호와 부정사용행위의 규제”, 정보법학 제26권 제2호, 한국정보법학회, 2022
- 채수근, 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고 - 〈데이터 부정사용행위 신설〉», 김경만 의원 대표발의(의안번호 제2107535호), 산업통상자원중소벤처기업위원회, 2021
- 채수근, 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고 - 〈유명인의 인적 식별표지의 무단사용행위 규제〉», 이철규 의원 대표발의(의안번호 제2107846호), 산업통상자원중소벤처기업위원회, 2021
- 최기성, “개정 부정경쟁방지법상 데이터 보호에 관한 소고”, 법학연구 제63권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2022
- 최정열·이규호, 「부정경쟁방지법 - 영업비밀보호법제 포함」, 제3판, 진원사, 2019
- 한국법제연구원, 「2020년 데이터 지식재산권 보호방안 연구」, 특허청, 2020
- 한위수, “퍼블리시티권-성명·초상 등의 상업적 이용에 관한 권리-의 침해와 민사책임,” 민사재판의 제문제 제9호, 사법행정학회, 1997
- 한지영, “부정경쟁방지법에 의한 퍼블리시티권 보호방안에 대한 비판적 검토”, 홍익법학 제17권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2018

[국외문헌]

- 田村善之, 「不正競争法概説[第2版]」, 2003年. 有斐閣
- 岡村久道, “平成30年改正不正競争防止法によるデータ保護”, JURIST 1525号, 有斐閣, 2018
- 經濟産業省, “限定提供データに関する指針”, 平成31年1月23日
- 經濟産業省, “限定提供データに関する指針”, 平成31年1月23日(最終改訂: 令和4年5月)
- J. Thomas McCarthy, *The Rights of Publicity and Privacy*, 2d ed., Thomsons Reuters, 2009., Volume 1
- Mark Roesler and Garrett Hutchinson,; “What’s in a Name, Likeness, and Image? The Case for a Federal Right of Publicity Law”, ABA, 2020. 9. 16. <[https://www.americanbar.org/groups/intellectual\\_property\\_law/publications/landslide/2020-21/september-october/what-s-in-a-name-likeness-image-case-for-federal-right-of-pub](https://www.americanbar.org/groups/intellectual_property_law/publications/landslide/2020-21/september-october/what-s-in-a-name-likeness-image-case-for-federal-right-of-pub)>



법·제도 연구

개정 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한  
법률의 주요내용 분석  
- 데이터 부정사용행위 및  
유명인의 인적 식별표지 무단사용행위를 중심으로 -

발행일 2022년 12월  
발행처 한국지식재산연구원  
발행인 손승우  
주소 서울시 강남구 테헤란로 131 한국지식재산센터 3, 9층  
한국지식재산연구원  
전화 02-2189-2600  
홈페이지 www.kiip.re.kr  
디자인/인쇄 (주)케이에스센세이션 02-761-0031

이용허락 유형	표시 마크	이용허락 범위
<b>[제4유형]</b> 제1유형 + 상업적 이용금지 + 변경금지	 공공누리      출처표시      상업용금지      변경금지 공공저작물 자유이용허락	- 출처 표시 - 비상업적 이용만 가능 - 변형 등 2차적 저작물 작성 금지



법·제도

법제분석

## 개정 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률의 주요내용 분석



대전 서구 청사로 189  
Tel : 1544-8080 Fax : 042)489-0194  
<http://www.kipo.go.kr>



서울 강남구 테헤란로 131  
Tel : 02)2189-2600 Fax : 02)2189-2694  
<http://www.kiip.re.kr>

ISBN : 979-11-6884-079-9  
DOI : 10.8080/P9791168840799