

발 간 등 록 번 호

11-1430000-001635-01



정책연구과제 결과 보고서

「부정경쟁행위 판단기준 및 행정조시에 관한 연구」

2018. 11. 15.

주관연구기관 : 세종대학교 산학협력단

주관연구책임자 : 최승재 교수



제 출 문

특허청장 귀하

본 보고서를 “부정경쟁행위 판단기준 및 행정조사에 관한 연구” 최종보고서로 제출합니다.

2018 년 11 월 16일

- 주관연구기관명 : 세종대학교
- 연구기간 : 2018. 6. 16 ~ 2018. 11. 16.
- 주관연구책임자 : 최승재 교수
- 참여연구원
 - 연구원 : 강지은
 - 연구원 : 이석영

〈목차〉

제1장 서론	1
제1절 연구의 배경 및 목표	1
I. 연구의 배경	1
II. 연구의 필요성	2
제2절 연구의 목표 및 내용	6
제2장 부정경쟁행위 유형별 해설 및 구성요건, 판단기준	8
제1절 종래 부정경쟁 행위에 대한 유형별 판단기준	8
I. 상품주체 및 영업주체 혼동행위	8
II. 주지·저명상표의 희석행위	47
III. 원산지 허위 표시 및 출처지 오인유발행위	58
IV. 품질오인 등 야기행위	66
V. 자유무역협정에 의한 지리적 표시의 보호	72
VI. 대리권자 등의 부정경쟁행위	77
VII. 상품 형태 모방행위	83
VIII. 국기 국장 등의 사용금지	98
IX. 부정경쟁방지법 상의 주지·저명성 판단기준 비교	100
제2절 개정 부정경쟁방지법의 아이디어 탈취행위	114
I. 개념 및 규정의 의의	114
II. 미국의 아이디어 탈취행위에 대한 해석 및 종래 국내 논의	116
III. 요건의 검토	117
IV. 아이디어 탈취행위 판단기준 관련 Q & A	134
V. 요건 판단을 위한 유의 사항 및 확인 사항 정리	138
제3절 개정 부정경쟁방지법의 영업외관 사칭 및 희석화 행위	142
I. 개념 및 도입취지	142
II. 미국의 트레이드 드레스 보호에 대한 해석 및 종래 국내 논의	145
III. 요건의 검토	149
제3장 행정조사 운영을 위한 개선방안 마련	157
제1절 행정조사 일반론	157
I. 행정조사의 의의	157
II. 행정조사의 성질 및 기능	157
III. 행정조사의 분류	158
IV. 행정조사의 법적 근거	161
V. 행정조사의 기본원칙	173
VI. 행정조사의 방법	175
VII. 행정조사와 권리구제방법	176
제2절 기관별 근거법률 및 행정조사의 수단과 절차	179
I. 기관별 특징	179
II. 주요 조사 방법과 주요 행정조사 기관	180

III. 그 외 행정기관의 행정조사의 방식	185
제3절 조사절차 흐름도	193
I. 행정조사의 일반적인 흐름도	193
II. 금융위원회의 불공정거래 조사	194
III. 공정거래위원회의 조사	204
제4절 행정조사 관련 쟁점	211
I. 행정조사와 수사	211
II. 조사와 수사의 이첩기준 - 실무상의 의견 조회 결과	217
III. 행정조사와 영장주의	219
IV. 공동조사의 가능성	221
V. 비용분담 및 비밀엄수의 근거	227
VI. 디지털 증거의 조사 및 수집가능성	228
VII. 조사대상자의 방어권	232
VIII. 행정조사로 인한 정보 공개 및 정보 비공개	235
IX. 행정조사의 실효성 확보 - 조사거부방해	241
X. 시정통지의 처분성	242
제5절 행정조사관련 부정경쟁방지법령 개정안 및 서식 등 제안	248
I. 쟁점	248
II. 타부처 조사 중 차용할 절차 및 서식, 쟁점별 정리	249
III. 현행법제와의 비교 및 개정안 정리	256
IV. 시정권고 주문	267
V. 서식 제안	272
제4장 결론	317

제1장 서론

제1절 연구의 배경 및 목표

I. 연구의 배경

- ‘부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률’ (이하 ‘부정경쟁방지법’ 이라고 함)은 헌법에서 보장된 영업의 자유를 허용하면서도 이와 같은 타인의 성과물을 무단으로 이용하는 등의 불공정한 경쟁행위를 적절히 규제함으로써 헌법상 보장된 영업의 자유를 실질적으로 보장하고 자유와 창의에 기반한 경제 질서를 확립하기 위함을 목적으로 한다¹⁾.

부정경쟁방지법 제1조에서 역시 이 법은 “부정경쟁행위와 타인의 영업비밀을 침해하는 행위를 방지하여 건전한 거래질서를 유지함을 목적”으로 한다고 규정하여 이러한 법률의 목적을 명확하게 하고 있다.

- 종래 부정경쟁방지법은 부정경쟁행위로 보는 규제의 대상을 상품주체 혼동행위(가목), 영업주체 혼동행위(나목), 주지·저명상표의 희석행위(다목), 원산지 허위표시(라목), 출처지 오인야기행위(마목), 품질오인 등 야기행위(바목), 대리권자 등의 부정경쟁행위(사목), 도메인이름의 부정 취득 등(아목) 상품형태 모방(데드카피) 행위(자목) 등으로 한정 열거하여 규제하는 한정적 열거주의를 택하고 있었다.

이후 다양해지는 부정경쟁행위에 대한 유연하고 탄력적인 대응을 위해 2013년 보충적 일반 조항인 기타 성과도용행위(부정경쟁방지법 제2조 1호 카목²⁾)가 도입되었고, 2018. 4. 17. 개정 부정경쟁방지법은 부정경쟁행위에 타인의 영업외관을 도용하는 행위를 명시적으로 규정(나목, 다목)하고 아이디어 탈취행위(개정 부정경쟁방지법 제2조 1호 차목³⁾)를 추가하였다(2018. 7. 18. 시행).

- 부정경쟁방지법은 부정경쟁행위로 인해 타인의 영업상이익을 침해하는 행위에 대하여 그 행위의 태양에 따라 형사상 벌칙규정과 민사상 금지청구권 불법행위의 위법성과 손해배상 입증책임의 완화라

1) 위 1, 「부정경쟁방지법」, 진원사, 2015, 3면.

2) (카)목에 대한 최신문헌으로 이규홍, “부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목(변경후 카목)에 대한 연구-부정경쟁행위와 불공정거래행위의 교차점”, 정보법학 제22권 제2호 (2018) 참조; 2016년까지의 하급심 판결 동향에 대해서 최승재, “부정경쟁방지법 (차)목에 대한 하급심 판결의 동향 분석”, 변호사 제49집, 서울지방변호사회 (2016) 참조.

3) 아이디어 보호에 대한 개정법의 취지 및 보호 요건에 대한 기존의 연구로 나중갑, “아이디어 제공과 부정경쟁행위”, 법학평론 8권, 서울대학교 법학평론 편집위원회, 2018, 212-251면 참조.

는 구제수단을 제공하고 있으나 민형사상 구제수단을 활용하기 어려운 경미한 사례이거나 피해자가 사회적 약자인 경우 피해의 실질적 구제가 이루어지기 어렵다는 한계가 있다.

- 부정경쟁방지법에는 제7조 내지 9조에서 조사 및 시정권고 등 대한 행정상 구제 제도에 내용도 규정되어 있으나, 지금까지 행정 실무상 규제 대상의 행위가 객관적으로 명확하게 규정되어 있고 구체적 사안이 부정경쟁행위 해당여부에 이론이 없는 사례 외에는 활용 가능성이 낮았다. 또한 법에 규정된 조사 절차에 대한 관계 하위 법령의 정비 미비 등이 문제점으로 지적되고 있다.

II. 연구의 필요성

1. 부정경쟁행위 효과적 제재 및 부정경쟁행위로 인한 실질적 피해 구제를 위하여 행정상 구제제도를 적극 활용할 필요성이 증대됨

- 현대사회의 기술의 급격한 발전과 시장의 고도화에 따라 다양한 유형의 부정경쟁행위가 발생하고 있으며 침해의 양태가 지능화되고 손해가 빠르게 확대되는 양상이 전개된다. 이에 따라서 효율적이고 신속한 구제수단으로 행정청의 행정조사·시정권고 등 공권력에 의한 행정상 구제제도의 활용이 요구되고 있다.
- 특히 부정경쟁행위자에 대한 민형사상 제재에 의한 구제방법은 기민한 대응 및 증거수집 등의 문제가 있어, 이미 회복할 수 없는 손해를 입은 피해기업의 입장에서는 피해 구제의 적절한 수단이 되지 못하는 경우가 많다. 따라서 중소기업 등 사회적 약자들에 대한 실질적 피해 구제라는 측면의 공익상의 요청에 따라 행정상 구제의 필요성은 더욱 증대되고 있다.
- 특허청은 2017년 이그니스 사건에서 부정경쟁방지법 제7조에 규정된 조사권과 제8조에 규정된 시정 조치 권고를 발동한 바 있다. 특허청은 2017년 12월 5일 이그니스가 먼저 개발한 상품을 모방해 제작, 판매한 엄마사랑에게 해당 상품의 생산, 판매를 중지할 것을 시정권고 하였다. 또한 해당 상품을 매입해 판매한 홈플러스에게 판매중지 명령을 하였다.

특허청은 위 사건을 계기로 상품형태 모방행위로 인한 스타트업, 중소기업 등의 피해를 예방하기 위하여 조사 전담 인력을 확충하고 이를 전담할 인력을 충원하며, 상품형태 모방행위가 많은 식품, 의류 등 특정 산업 분야에 대한 기획 및 직권조사를 추진하고 상품형태 모방행위에 대한 신고센터도 운영할 계획이라고 발표하였다⁴⁾. 이 사건은 부정경쟁방지법에서 아이디어 무단 사용(무임승차)

4) “ , 중소·벤처·스타트업 아이디어 무임승차행위 철폐”, 특허청 공식블로그, <https://blog.naver.com/kipoworld2/221155782529>

행위에 대한 첫 번째 조사 및 시정권고 사례로 평가받고 있다.

- 이후에도 이그니스 사례와 같은 특허청의 적극적인 직권조사 및 개입을 확대하는 것은 바람직하다고 보인다. 침해 피해자들 입장에서 소송비용 부담을 덜게 되고 조사 과정에서 수집된 자료는 차후 민사소송에서도 증거로 활용할 수 있게 되어 증거수집 부담을 덜게 되는 등 중소기업, 개인 발명가들이 분쟁을 해결하는 데 큰 도움이 될 것으로 기대된다.

2. 실체법적 관점에서, 행정조사권 등의 행정청의 적극적 개입권 발동을 위하여 부정경쟁행위에 대한 구성요건 및 구체적 사안에 대한 판단 기준 정립의 필요성

- 상기와 같은 사회적 약자 보호를 위한 행정 조사권 등 행정상 구제방법 활용의 필요성의 존재에도 불구하고, 반대로 아래와 같이 조사권 발동 등의 행정청의 적극적 개입에 대하여 신중을 기하여야 할 필요성 역시 여전히 존재하고 행정기관의 개입이 예정된 위법한 부정경쟁행위에 대하여 누구나 예측 가능한 명확한 기준 마련이 필요하다.

첫째로, 법이 금지하는 부당경쟁행위와 정당한 경쟁행위의 경계선이 모호한 영역에 대하여 자의적인 처분이 내려질 경우 침해 기업으로 판단된 기업의 사업 활동이 전면적으로 중단되는 등의 또다른 피해가 발생할 수 있다.

둘째로, 동종 유사 경쟁업체 사이에서 신고가 남발되는 경우 행정청의 판단 기준이 명확하지 않으면 그 만큼 행정력의 낭비가 초래되고 분쟁이 증가하여 시장 전체의 기업의 신뢰도 하락과 이에 따라 오히려 건전한 거래질서를 교란 시킬 우려가 있다.

셋째로, 부정경쟁행위 대상을 과도하게 넓게 판단하는 경우 창의적인 새로운 사업을 계획하는 사업자들도 역시 기존 사업자와의 관계에서 부정경쟁행위로 평가될 위험 부담을 안게 되어 창의적 영업활동 계획 수립이 위축될 우려가 있다⁵⁾.

넷째로, 시장 참여자들이 기존의 지식재산권법을 통해 보호해오던 지식재산권 보호방법 및 권리 행사절차 대신 부정경쟁방지법에 의한 행정기관의 개입에 기대게 되어 기존의 지식재산권법 체계를 통해 쌓아오던 권리구제 절차의 체계를 무력화시킬 우려가 있다⁶⁾.

5) 2014. 8. 28.선고 2013가합552431 판결, 부정경쟁방지법 카목의 적용에 대해서 같은 취지로 신중한 판단을 하여야 한다는 판시를 한 바 있음

6) 서울중앙지방법원 2014. 8. 28.선고 2013가합552431 판결, 부정경쟁방지법 카목의 적용에 대해서 같은 취지

- 행정청의 행정조사권과 지도권 발동이 부정경쟁을 방지하여 기업의 자유로운 경쟁을 보장할 수 있도록 하는 부정경쟁방지법의 역할을 제대로 수행하기 위하여, 기존에 축적된 판례들과 국내외 사례를 정리하여 부정경쟁방지법의 규제 대상을 객관적으로 명확하게 정의하고 유형화하는 등 기준을 마련해 줌으로써 사업자들의 영업활동 수립에 대한 예측가능성을 높여줄 필요가 있다.
- 특히 개정 부정경쟁방지법에서 신설된 부정경쟁 행위의 유형 중 영업외관의 도용(개정 부정경쟁방지법 제2조 1호 나목, 다목)과 아이디어 탈취행위(개정 부정경쟁방지법 제2조 1호 차목)는 부정경쟁 행위 규제의 필요성에 따라 법률개정이 이루어졌으나 대법원 판례 등 구체적인 판단 사례가 축적되어 있지 않아, 행정청이 명확한 기준 없이 법을 적용하게 되면 오히려 시장에 충격과 혼란을 가중시킬 수 있는 우려가 크다. 개정법에 대한 구체적이고 명확한 판단기준 마련 역시 시급히 요구된다.

3. 절차적 관점에서, 행정조사·시정권고 운영 사례 분석 및 시사점 도출 필요성 및 하위법령의 정비의 필요성

- 현행 부정경쟁방지법령은 조사절차에 대한 구체적인 규정이 미흡하므로 관련 규정을 시행령에 마련하고 절차의 내용 중 불명확한 부분을 구체적으로 명문화하여 절차적 정당성을 확보할 필요성이 있다.
- 행정조사란 행정기관이 정책을 결정하거나 직무를 수행하는 데 필요한 정보나 자료를 수집하기 위하여 현장조사, 문서열람, 시료채취 등을 하거나 조사대상자에게 보고요구, 자료제출요구 및 출석진술요구를 행하는 활동을 말한다(행정조사기본법 제2조 제1호). 행정조사는 행정기관이 빈번하게 활용하는 행정수단의 하나로, 현행법령상 점검, 안전관리, 감독, 질문조사, 검사 등으로 사용되고 있다.
- 본래 행정조사는 행정상 즉시강제에서 분화되어 고찰되기 시작한 개념으로서, 권력적 강제조사가 아닌 임의성 있는 행정조사에는 법적 분쟁이 생길 여지가 없다는 것이, 행정조사의 독자성을 부정하는 논거로 제시되어 왔다. 대부분의 행정조사는 극단적인 강제성과 완전한 임의성 사이의 어딘가에서 이루어지는 것이 일반적이므로, 절차적 명확성과 예측가능성이 보장되지 않은 상태에서의 행정조사는 항상 법적 분쟁의 발생 가능성을 내포하고 있다⁷⁾.
- 몇몇 영역에서는 이러한 중간지대에 대하여 실질은 형사소송법상 수사이면서도 행정조사의 형식으

7) , “압수·수색이 요구되는 행정조사에서의 영장주의”, 한양대학교 박사학위논문, 2018.

로 이를 수행함으로써, 영장주의, 진술거부권과 같은 형사법이 규정하고 있는 바의 엄격한 형식성, 절차성을 회피하려는 경향을 보이고 있다. 이러한 관점에서 보면 비록 ‘행정조사’ 라는 이름으로 불리고 있을지라도 당사자 보호를 위해서 특별한 법적 고려가 필요할 것이다⁸⁾.

- 부정경쟁방지법 제7조에 규정된 부정경쟁행위 조사는 일종의 행정조사로, 행정조사로 인해 행복추구권, 영업의 자유 및 기업활동의 자유, 사유재산권, 평등권 등을 침해할 가능성도 적지 않다⁹⁾. 따라서 행정조사에는 엄격한 실체법적·절차법적 한계가 설정되어야 한다.

특히 절차법적 한계에 대하여, 헌법에 규정된 적법절차의 원칙은 입법, 행정, 사법 등 모든 국가작용은 절차상의 적법성을 갖추어야 할 뿐 아니라 공권력행사의 근거가 되는 법률의 실체적 내용도 합리성과 정당성을 갖추어야 한다는 헌법의 일반원칙으로 사법작용뿐만 아니라 행정작용에도 적용되는 원칙이다. 따라서 행정조사는 법률에 정해진 적법한 절차에 따라 행해져야 할 것이다.

- 행정조사기본법은 제4장(조사 실시, 제16 내지 24조)에서 행정조사의 일반적 절차만을 규정하고 있다. 한편 현재 부정경쟁방지법 제7조의 부정경쟁행위 등의 조사 방법 및 절차에 대한 구체적인 세부사항은 법률 및 대통령령에 구체적으로 규정하고 있지 않고, 동법 시행령 제4조의2에 의해 특허청 고시에 위임하여 운용하고 있다. 따라서 현재 부정경쟁방지법 상의 행정 조사 운영을 위해서는 행정조사 기본법의 일반 원칙 및 관련 특허청 고시에만 의존해야 하는 상황이다.

- 부정경쟁방지법 상의 조사 방법을 구체적으로 규정한 고시 역시 조사방법에 대한 규정이 미흡하여 조사방법을 명확하게 규정하지 못하거나 실무상 생길 수 있는 구체적인 상황에 따른 조사절차 진행에 대한 규정이 존재하지 않는 문제가 있었다. 이와 같은 근거 법령들을 그대로 두고 행정청이 부정경쟁방지 행위에 대하여 조사를 확대 실시할 경우 행정 조사의 절차적 하자에 대한 문제지기 및 이에 따른 후속 분쟁 가능성이 농후한 상황이다.

- 따라서, 부정경쟁방지법 상의 조사대상의 확대에 따라 조사 및 시정권고에 대한 절차가 명확히 규정되어 있는지 검토하여 절차적 하자 발생 우려를 해소할 필요성이 있다.

8) , “행정조사의 형사법적 한계설정”, 고려법학, 고려대학교 법학연구원, 2014.

9) 김영조, “행정조사기본법의 문제점과 개선방안”, 공법학연구, 한국비교공법학회, 2011.

제2절 연구의 목표 및 내용

1. 부정경쟁방지법의 판단기준 정립

- 본 연구는 국내외 문헌들과 판례들을 바탕으로 2018. 7. 18. 시행된 개정 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」 부정경쟁행위 중 행정조사의 대상이 되는 규정들의 각각의 의의와 규정 취지들을 정리하고, 규정된 행위의 구성요건을 분석하며, 관련 국내 외 주요 관련 판례의 분석 및 관련 참조 사례를 조사 참작하여 종합적인 법리적 검토를 통해 규제대상의 외연의 한계를 명확하게 도출하는 것에 그 목적이 있다.
- 기존 부정경쟁방지법에서 열거적으로 금지하고 있던 부정경쟁행위인 상품주체 혼동야기행위(제2조 제1호 가목), 영업주체 혼동야기행위(나목), 주지·저명상표의 희석행위(다목), 원산지 허위표시(라목), 출처지 오인야기행위(마목), 품질오인 등 야기행위(바목), 대리권자 등의 부정경쟁행위(사목), 상품형태 모방(테드카피) 행위(자목), 아이디어 탈취행위(차목), 국기·국장 등의 사용 금지(제3조), 자유무역협정에 따라 보호하는 지리적 표시의 사용금지(제3조의2) 등에 대한 유형별 구성요건에 대하여 그 취지, 내용, 국내 및 주요 판례 분석 등 조사에 참고할 수 있는 자료들을 정리하고 이를 분석하여 유형별 구체적인 판단기준의 정립 제시하는 것을 목표로 한다[부정경쟁방지법에 규정된 (아)목 도메인이름의 부정 취득 및 (카)목 기타 성과도용행위는 행정조사(부정경쟁방지법 제8조)의 대상이 되는 위반행위 목록에 포함되지 않으므로 본 연구의 대상에서는 제외].

2. 행정조사 관련 개별 법령의 분석 및 비교법적인 행정조사법제의 규정의 검토

- 2007년 「행정조사기본법」의 제정에 따라 행정조사로 인한 국민의 부담을 완화하고 조사의 투명성을 확보하고자 하였으나, 여전히 행정조사는 기업 등 국민에게 큰 행정부담으로 작용하고 있고, 개별 법령에도 조사의 원칙과 절차가 제대로 반영되지 못하고 있다.
- 조사방식의 점검 및 중복·불필요한 자료·서류 제출 규정, 영업자 또는 그 종사자에 대한 중복·과다한 교육·훈련 이수 의무 부과 규정, 행정조사적 성격의 중복·과다한 보고·자료제출 및 출입·검사 규정, 영업 관련 법령상 의무 위반과 관련한 불합리하거나 과다한 제재수단 등을 정비하여 조사대상자의 부담을 완화하며, 불필요한 행정비용을 절감하기 위한 법제도적 기반을 구축할 필요가 있다.
- 본 연구는 행정조사기본법 및 행정조사 관련 개별 법령의 분석 및 비교법적인 행정조사법제의 규정의 검토를 통해 행정조사 절차와 관련한 기업 등 불필요한 부담을 경감하고 행정조사 절차의 합리

화를 도모하여 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률상 행정조사의 현실적합성을 제고하고 효과적인 권리구제방식을 제안하는 것을 목적으로 한다.

3. 부정경쟁방지 행위 방지업무에 대한 하위법규 정비

- 본 연구에서는 행정청의 효과적인 부정경쟁행위 조사를 위하여 다른 부처의 행정조사 운영 사례 분석 및 이에 따른 시사점을 도출해 내고 이를 구체적으로 부정경쟁방지법 시행령에 반영할 것을 검토함을 목적으로 한다.
- 부정경쟁방지법의 제7조 및 제9조 조사 및 시정권고를 하기 위한 절차 등 부정경쟁행위 방지업무 체계를 정립하고 그 구체적인 세부내용을 시행령에 명확히 규정함을 목적으로 한다.

제2장 부정경쟁행위 유형별 해설 및 구성요건, 판단기준

제1절 종래 부정경쟁 행위에 대한 유형별 판단기준

I. 상품주체 및 영업주체 혼동행위

법 제2조(정의) 제1호

가. 국내에 널리 인식된 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

나. 국내에 널리 인식된 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

1. 제도의 의의 및 취지

- 혼동(초래)행위란 국내에 널리 인식된 타인의 상품 또는 영업표지와 동일 또는 유사한 표지를 사용하거나, 이러한 표지를 사용한 상품을 유통시켜 수요자로 하여금 타인의 상품 또는 영업에 관한 혼동을 초래하게 하는 행위를 말한다.
- 본 호는 타인의 신용에 무임승차하여 이익을 취하는 행위를 규제하여 주지된 상품표지의 주체를 보호함과 아울러 일반 수용자 내지 거래자를 보호하고 공정한 경업질서를 유지하기 위한 규정이다¹⁰⁾. 전통적이고 전형적인 부정경쟁행위이며 영미법에서 대표적인 부정경쟁행위로 취급되던 사칭통용(詐稱通用, passing-off)에 연원이 있다¹¹⁾.
- 영미법상 부정경쟁행위에서의 사칭행위란 행위자가 수요자로 하여금 행위자의 상품 영업이 타인과 연관되어 있는 것처럼 표시를 한 경우를 말한다. 사칭행위는 미국연방상표법(랜햄법)¹²⁾에 규정되어

10) , 「부정경쟁방지법」, 경성문화사, 2015, 16면.

11) 小野昌延, 松村信夫, 新 不正競争防止法概説, 青林書院 (2017) 96면; 최정열 외 1, 앞의 책 17면; 사법연수원 앞의 책 16면.

12) 15 U.S.C. § 1125 (Lanham Act § 43) False designations of origin; false description or representation (a) (1) Any person who, on or in connection with any goods or services, or any container for goods, uses in commerce any word, term, name, symbol, or device, or any combination thereof, or any false designation of origin, false or

있으며 상품 및 영업의 출처 등에 대해 혼동 또는 실수를 일으킬 정도의 표장, 상호, 영업외관 등의 사용 등을 포함한 여러 형태의 기망행위를 규제하고 있다.

- 일본 부정경쟁방지법의 경우 ‘상품주체 등 혼동행위’로 규정하고 있으며, 그 보호대상은 상품 등의 표시로 상품주체 등 표시란 부정경쟁방지법 제2조 제1항 제1호에 있어서 성명, 상표, 상표, 표장, 상품의 용기가 포장 또는 기타 상품이나 영업을 표시하는 것을 말한다. 이 개념은 상품표시와 영업 표시를 모두 포함한 개념이다¹³⁾.

2. 요건 해설

1) 타인의 상품 및 영업

1-1) 타인

본 호의 ‘타인’은 상품의 제조, 가공, 판매, 기타 상품의 공급을 사업으로 하는 자를 널리 지칭한다.¹⁴⁾ 본 호는 타인의 표지를 자기의 표지인 것처럼 사용하는 행위를 부정경쟁행위로 규정하므로 영업표지가 타인의 영업표지이면서도 동시에 자신의 영업표지로 인정되는 경우 본 호에 해당하지 않는다¹⁵⁾.

타인은 상법상 상인일 필요가 없으며 법인, 권리능력 없는 사단, 자연인을 모두 포함하고 단체, 기업, 기업집단도 포함될 수 있다. 변호사, 의사 문인 예술가 등의 자유직업인 공법상 단체 및 부속기관도 적용대상이 된다¹⁶⁾.

misleading description of fact, or false or misleading representation of fact, which; (A) is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive as to the affiliation, connection, or association of such person with another person, or as to the origin, sponsorship, or approval of his or her goods, services, or commercial activities by another person, or (B) in commercial advertising or promotion, misrepresents the nature, characteristics, qualities, or geographic origin of his or her or another person's goods, services, or commercial activities, shall be liable in a civil action by any person who believes that he or she is or is likely to be damaged by such act. (2) As used in this subsection, the term "any person" includes any State, instrumentality of a State or employee of a State or instrumentality of a State acting in his or her official capacity. Any State, and any such instrumentality, officer, or employee, shall be subject to the provisions of this chapter in the same manner and to the same extent as any nongovernmental entity. (3) In a civil action for trade dress infringement under this chapter for trade dress not registered on the principal register, the person who asserts trade dress protection has the burden of proving that the matter sought to be protected is not functional. (b) Any goods marked or labeled in contravention of the provisions of this section shall not be imported into the United States or admitted to entry at any customhouse of the United States. The owner, importer, or consignee of goods refused entry at any customhouse under this section may have any recourse by protest or appeal that is given under the customs revenue laws or may have the remedy given by this chapter in cases involving goods refused entry or seized.

13) , 松村信夫, 앞의 책 94면.

14) 사법연수원, 앞의 책, 27면.

15) 최정열, 앞의 책 126면.

이와 관련하여 영리목적이 아닌 재단법인 한국과학기술연구원(약칭 KIST)를 ‘영업’의 주체에 해당하는 타인으로 인정하는 하급심 판결이 있다.

<서울고등법원 1996. 7. 5 선고 96나7382 판결>

원고의 사업이 부정경쟁방지법에 의한 보호의 대상이 되는 영업에 해당하는지 여부에 관하여 보건대, 통상 영업행위의 규제가 문제로 되는 것은 영리사업에 있어서이기는 하지만 사회가 복잡해지고 사업활동이 활발해지면서 필연적으로 사회의 여러분야에서 경쟁,영업관계의 발생이 불가피하게 되었고, 따라서 영리를 목적으로 하지 아니하는 개인 또는 법인 기타 단체가 행하는 사업에 있어서도 그것이 널리 경제상 그의 수지계산위에서 행하여지고 경제적 대가를 얻는 것을 목적으로 하는 사업이라면 대가취득에 의하여 수지가 맞는 지, 나아가 재산을 증가시켰는지의 여부와 그 대가에 의하여 영업자가 존립하는지 여부를 불문하고 위 법에 의한 보호를 인정함이 상당하다고 할 것이므로, 과학,학술,기예의 진흥발전을 목적으로 하는 공익법인에 있어서도 그 직접의 목적은 영리 그 자체가 아니라고 하더라도 그 사업에 앞서와 같은 경제성이 인정된다면 위 법이 보호하는 영업에 해당한다고 하여야 할 것이다. 그런데 앞서 본 바와 같이 원고법인은 재단법인으로서 독립한 회계에 의하여 운영되고 있고, 사업목적 중에는 순수한 연구 외에 기술응용연구성과의 보급, 연구개발 또는 기술용역의 수탁사업 등 대가취득이 예상되는 사업도 포함되어 있으며 현실적으로도 지적재산권 등의 공여에 대한 반대급부로서 기술료 등 대가를 얻는 사업도 영위하고 있으므로 원고법인은 부정경쟁방지법에 규정한 영업의 주체에 해당하여 위 법에 의한 보호를 받을 수 있다

1-2) 외국인의 경우

공업소유권보호를위한파리협약(Paris Convention for the Protection of Industrial Property) 가맹국의 국민인 외국인은 같은 협약 제1조, 제2조 제1항, 제10조의2 제1항의 규정에 의하여 부정경쟁행위자의 상호등록 당시나 현재에 이르기까지 국내에 주소 또는 영업소를 두지 않고 있었다 하더라도 한 국민과 동일하게 취급받게 되어 부정경쟁행위의 중지를 구할 권리가 있다(서울고등법원 1997. 8. 12. 선고 95나36598 판결).

1-3) 상품

16) , 앞의 책, 27면.

상품이란 매매에 대상으로 일반 시장에서 유통되는 것을 목적으로 생산되는 물건을 말한다. 독립적·반복적으로 거래의 대상이 되고 유통성이 있다면 상품으로 볼 수 있다¹⁷⁾.

일반 소비자에게 유통되는 것 뿐만 아니라 거래 관계에서 유통되는 중간재, 원자재 등 경제적 가치가 사회적으로 승인되고 독립적으로 거래가 이루어지는 대상은 모두 상품에 해당한다. 다만 상품의 ‘판매, 반포, 수입, 수출’ 만을 행위태양으로 하고 있는 우리 부정경쟁방지법 법제 하에서 상품이란 유체물만을 말하는 것이라는 견해가 있다¹⁸⁾.

종래 일본의 논의는 상품은 유체물에 한하고, 시장에서 금전 또는 물건으로 교환되는 유체동산이어야 하는 것으로 해석되어 왔다. 그러나 부정경쟁방지법 1조의 목적에 비추어보면 경제적 가치에 착안하여 거래의 대상이 되는 것이라면 본호의 보호대상을 유체동산에 한정할 필요는 없다는 견해도 유력하게 제시되고 있다(동경지판 소화55년 3월 10일 무체집 12권 1호 47면).¹⁹⁾

1-4) 영업

영업의 사전적 정의는 상인이 업으로 영리행위를 계속적으로 반복하는 것을 말한다. 그러나 본 호의 규정의 ‘영업’의 주체는 반드시 사전적 정의에 따른 상인일 필요가 없으며, 영업의 대상 역시 상행위일 필요가 없다.

영업의 일반적 정의와 달리 비영리 법인의 경우에도 ‘경제상 그의 수지계산위에서 행하여지고 경제적 대가를 얻는 것을 목적으로 하는 사업으로 사업의 경제성이 인정된다면 부정경쟁방지법이 규율하는 보호 범위에 포함된다’고 해석해야 할 것이다(서울고등법원 1996. 7. 5 선고 96나7382 판결).

영업표시의 경우 상호등기 여부에 대하여, 상품표시의 상표의 경우 등록이 주지표시의 요건으로서 요구되지 않는 것과 마찬가지로 영업표시 역시 부정경쟁방지법의 주지표시로서 상호등기는 요구되지 않는다²⁰⁾.

2) 상품 및 영업의 표시성

2-1) 정의

17) , 앞의 책 28면.

18) 최정열 외 1, 앞의 책 124면.

19) 小野昌延, 松村信夫, 앞의 책 101면.

20) 위 101면.

상품표지 혹은 영업표지란 특정 상품 또는 영업을 표창하기 위해 감각적으로 파악할 수 있는 수단으로서 특정상품을 개별화 하고, 다른 동종 상품으로부터 구별시키는 구별력 내지 식별력을 갖춘 것을 말한다²¹⁾. 본 호는 표지의 예시로 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장 등을 열거하고 있다.

2-2) 표지

표지의 의미는 사물을 개별화하여 다른 것과 구별하게 하는 표시 또는 특징을 말하며, 상표법에서 말하는 표지란 상품이나 영업의 출처나 주체를 표지가 부착되지 않은 타인의 상품이나 영업과 구별(식별)하게 하는 기능을 하는 기호, 문자, 도형, 색채 등을 말한다(상표법 제2조).

부정경쟁방지법에서 타인의 영업임을 표시하는 표지란 상표법의 표지 개념과 유사하며 자신의 상품 또는 영업활동과 타인의 상품 또는 영업활동을 구별(자타구별기능)하고 이를 통해 일반 수요자로 하여금 누가 만든 상품인지 혹은 누구의 영업인지(해당 영업의 법률관계의 귀속주체가 누구인지)를 알리는 기능(출처표시기능)을 하는 표시나 특징을 말한다.

이러한 표지가 갖는 기능(자타구별기능, 출처표시기능)을 식별력이라고 하며 결국 본 호의 타인의 상품 혹은 영업임을 표시하는 표지란 이러한 식별력이 인정되는 표지를 말한다²²⁾. 식별력이 있는 표지로 대표적인 것이 상표이나, 부정경쟁방지법이 보호하는 표지는 상표법과는 달리 등록된 표지일 것을 요하지 않으며, 상표법의 보호범위에 속하지 않은 상품에 부착되어 사용되는 상호, 성명 등도 상품표지가 될 수 있는 등 상표법보다 보호범위가 넓다. 그 외 본 호가 예시하고 있는 보호 대상인 용기나 포장, 상품의 형태의 경우 그 본래의 기능이나 형상을 넘어서 상품의 식별력을 갖는 경우(secondary meaning의 획득) 상품표지로서 기능을 할 수 있다²³⁾.

식별력에 대하여 일본의 논의는 식별력이 있는 표지란 인식가능한 표지로서 전체로서의 일체성을 가지고, 독립된 개별화력(個別化力)을 가지고 있어야 한다고 설명하고 있다. 통일성과 독립성을 가지는 한 본 호의 보호의 대상이 될 수 있다²⁴⁾.

거래자 및 수요자가 상품출처로서의 동일성을 인식하여 익명의 존재로서의 추상적인 어떤 출처로부터 나온 것임을 알 수 있게 하는 것이면 족하며 출처의 구체적인 명칭까지 정확하게 알려져 있을 필요는 없다²⁵⁾.

21) , 앞의 책 28면.

22) 최정열 외 1, 앞의 책 17면.

23) 대법원 2006. 4. 13 선고 2003도7827 판결 등

24) 小野昌延, 松村信夫, 앞의 책 103면.

25) 사법연수원, 앞의 책 28면.

2-3) 식별력

이 법의 취지는 국내 널리 알려진 타인의 신용에 무임승차하는 행위를 방지하는 것이므로 보호대상인 표지는 소유자에게 상품 판매 주체를 구분할 수 있도록 하는 식별력이 갖추어야 한다. 원칙적으로 보통명칭이나 상품에 관용되는 표지, 상품의 산지, 품질, 원재료, 효능, 용도 등을 보통으로 사용하는 방법으로 표시하는 표지 등은 본질적으로 출처표시기능을 가질 수 없거나 누구나 사용할 필요가 있는 ‘표지’로 식별력이 인정되지 않는다고 본다(상표법 제33조).

일본의 판례는 포지용전사지의 포장용 봉투에 표시된 그림에 관하여 일반수요자에 대해서 상품의 특징과 그 사용방법을 설명하기 위하여 게시된 기재는 상품을 다른 것으로부터 식별하기 위한 상품 표시로 인식되지 않는다고 보았다(오사카지방법원 1974, 9, 10. 판결 무체집 6권 2호 217면).

다만 상표법에서도 위와 같이 식별력이 약한 표지라 하더라도 특정인이 오랫동안 독점적으로 사용하여 ‘수요자 간에 특정인의 상품에 관한 출처를 표시하는 것으로 식별할 수 있게 된 경우’²⁶⁾에는 식별력을 얻은 것으로 인정하며, 마찬가지로 취지로 식별력이 없는 표지라고 하더라도 오랫동안 독점적으로 사용됨으로써 거래자 또는 일반 수요자에게 특정인의 상품을 연상하게 될 정도로 현저하게 인식되어 식별력을 획득[2차적 의미(secondary meaning)의 획득]한 경우 본 규정의 보호대상이 될 수 있다.

2-4) 성명, 상호, 상표

성명 혹은 상호가 상품에 표시되거나 영업활동의 명칭으로 사용되어 타인의 상품 혹은 영업활동을 개별화하는 기능을 하게 된 경우 본 호의 보호 대상이 될 수 있다. 법문에 규정된 ‘상표’는 상표법상 보호대상이 되는 등록상표의 개념에 한정되지 않으므로 등록을 요하지 않는다.

2-5) 보통명칭이나 관용명칭의 상품·영업 표지 해당성

본 호의 보호대상과 대비되는 상표법의 경우, 보통명칭이나 관용명칭은 특정인이 독점적으로 사용하여 수요자에게 특정인의 상품에 관한 출처를 표시하는 기능을 하더라도 상표법이 보호하는 상품이나 영업의 표지로 될 수 없다고 규정하고 있다²⁷⁾. 상표법의 규정과 마찬가지로 보통명칭 및 관용

26) 제33조 제2항

27) 상표법 제33조 제2항은 제33조 제1항 3호 내지 6호 열거된 상표를 받을 수 없는 상표이더라도 “상표등록출원 전부터 그 상표를 사용한 결과 수요자 간에 특정인의 상품에 관한 출처를 표시하는 것으로 식별할 수 있게 된 경우에는 그 상표를 사용한 상품에 한정하여 상표등록을 받을 수 있다”고 규정하고 있으나 1호 및 2호의 보통명칭이나 관용명칭은 적용대상에서

명칭이 본 호의 보호대상에서 제외되는지 문제된다.

일본의 부정경쟁방지법은 명문으로 보통명칭 및 관용명칭의 사용을 부정경쟁행위에서 배제하고 있으나, 우리 대법원 판결은 “맥시칸양념통닭”은 보통명칭이라고 할 수 없으나 가정적 판단으로 그것이 보통명칭이라 하더라도 특정인이 상당 기간 사용함으로써 주지성을 획득함으로써 보통명칭의 범주에 벗어나는 경우 부정경쟁방지법의 보호대상이 된다는 설시를 하여 보통명칭의 경우도 사용에 의해 식별력이 인정되는 경우 부정경쟁방지법의 보호대상이 된다는 취지의 판단을 한 바 있다²⁸⁾.

<대법원 1996. 5. 31. 선고 96도197 판결>

원심은 그 거시증거에 의하여 인정한 사실을 기초로, 맥시칸식 치킨요리라는 것이 1977년에 장정옥이 쓴 구미요리책자에서 닭요리방법의 하나로 국내에 소개된 사실은 인정할 수 있으나, 그것이 수요자들 내지 거래자들에게 널리 알려졌다고 볼 근거는 없는 것이고 달리 ‘맥시칸양념통닭’이라고 하여 이를 곧바로 ‘맥시칸식 치킨요리’라는 뜻의 보통명칭이라고 일반 수요자들이 인식하였거나 인식하고 있다고 볼 수도 없으며 또한 위 구미요리책자에 소개되어 있는 요리방식과 이 사건 당사자들이 제조하고 있는 맥시칸양념통닭 내지 맥시칸 치킨의 요리방식은 전혀 다른 것이어서, 이러한 점에 의하더라도 맥시칸양념통닭이 보통명칭이라고 할 수는 없을 뿐 아니라 가사 그것이 보통명칭에 불과하다고 하더라도 그 명칭은 1985년 이래 상당 기간의 사용에 의하여 식별력이 인정되어 그 사용자가 주지성을 취득함으로써 보통명칭의 범주에서 벗어났다고 봄이 상당하다 할 것이라 하여 ‘맥시칸양념통닭’ 내지 ‘맥시칸치킨’이라는 것이 부정경쟁방지법의 보호대상이 되는 식별력을 가지고 있다고 판단하였는바, 관계 증거를 기록과 대조하여 살펴보면 원심의 위와 같은 인정, 판단은 정당하고 거기에 소론과 같은 부정경쟁방지법 제2조 제1호에 관한 법리오해나 이유불비의 위법이 있다 할 수 없다.

2-7) 그 밖에 타인의 상품임을 표시하는 표지

법문에 열거된 성명, 상호, 상표, 상품의 포장·용기 외에도 수요자에게 상품이나 영업의 주체를 표시하는 기능을 가진 표지는 그 형식에 관계없이 법문의 ‘그 밖에 타인의 상품임을 표시하는 표지’에 해당하여 보호대상이 될 수 있다. 여기에는 상품의 형태, 캐릭터, 인터넷 도메인 등이 해당될 수 있다.

있음

28) 사법연수원, 앞의 책, 26면.

2-7-1) 상품형태

상품의 형태는 본 호의 법문에는 예시되어 있지 않으나 상품 영업표지 해당성이 인정되는 경우 보호대상이 될 수 있다. 일본의 판례와 통설 역시 상품의 형태가 그 상품표지에 포함되는 것을 인정하고 있다.²⁹⁾

반면 상품의 형태는 기능적인 것이고 법규의 특별한 규정이 없으므로 공중의 이용을 자유롭게 허용하고 특허권 실용신안권에 의해 보호하는 것이 타당하다는 견해도 있다³⁰⁾. 이러한 견해에 따르는 경우 모방의 정도가 심해서 그 모방을 허용하여 진위를 판명할 수 없을 지경에 이르게 되면 그런 모방을 방지하는 것은 독특한 폐해를 발생시키게 되는 바, 제조자의 신용을 저해할 수 있으므로 이와 같은 경우를 별도의 (자)목의 부정경쟁행위의 한 유형으로 둔 것이라고 설명하고 있다.

상품의 형태에 대한 우리 대법원 판례(대법원 2007. 7. 13 선고 2006도1157 판결)의 입장은 상품의 형태가 2차적으로 상품출처표시기능을 획득하고 나아가 주지성까지 획득하는 경우에는 본 호 소정의 “기타 타인의 상품임을 표시한 표지”에 해당하여 같은 법에 의한 보호를 받을 수 있다고 실시하고 있다.

구체적으로 판례는 상품의 형태가 출처표시기능을 가지고 주지성을 획득하기 위해서는 수요자의 감각에 강하게 호소하는 독특한 디자인적 특징과 수요자가 일견하여 특정한 영업주체의 상품이라는 것을 인식할 수 있는 식별력을 가지고 있으면서, 영업주체가 당해 상품의 형태의 상품을 장기간 계속적·독점적·배타적으로 사용하거나 단기간의 강력한 선전 광고를 행하여 수요자에게 특정 출처의 상품임을 연상시킬 정도로 현저하게 개별화되어야 한다고 판시하고 있다.

<대법원 2007. 7. 13 선고 2006도1157 판결>

상품의 형태는 디자인권이나 특허권 등에 의하여 보호되지 않는 한 원칙적으로 이를 모방하여 제작하는 것이 허용되며, 다만 예외적으로 어떤 상품의 형태가 2차적으로 상품출처표시기능을 획득하고 나아가 주지성까지 획득하는 경우에는 부정경쟁방지법 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 ‘부정경쟁방지법’이라고만 한다) 제2조 제1호 (가)목 소정의 “기타 타인의 상품임을 표시한 표지”에 해당하여 같은 법에 의한 보호를 받을 수 있다

이 때 상품의 형태가 출처표시기능을 가지고 아울러 주지성을 획득하기 위해서는, 상품의 형태가 다른 유사상품과 비교하여, 수요자의 감각에 강하게 호소하는 독특한 디자인적 특징을 가지고 있어야 하고, 일반수요자가 일견하여 특정의 영업주체의 상품이라는 것을 인식할

29) , 松村信夫, 앞의 책 115면.

30) 위 103면.

수 있는 정도의 식별력을 갖추고 있어야 하며, 나아가 당해 상품의 형태가 장기간에 걸쳐 특성의 영업주체의 상품으로 계속적·독점적·배타적으로 사용되거나, 또는 단기간이라도 강력한 선전·광고가 이루어짐으로써 그 상품형태가 갖는 차별적 특징이 거래자 또는 일반수요자에게 특정 출처의 상품임을 연상시킬 정도로 현저하게 개별화된 정도에 이르러야 한다.

○ 상품 형태 보호에 대한 일본 판례 소개

- 일본의 판례의 경우 초기에는 상품의 형태는 상품표지성을 가지지 않는 것으로 보았다.³¹⁾ 나이로 루 안경사건은 이런 일본 법원의 태도를 획기적으로 바꾼 사건이다. 이 사건에서 **렌즈를 나이론실에 고정하는 것을 특징을 하는 안경집**은 다른 회사의 제품과 비교하여 볼 때 전체적인 형태, 무게, 촉감 등이 원고제품과 달라서 원고제품형태의 특이성을 훼손하지 않는다고 보았다. 이후 원고제품이 뒤늦게 전국안경점에서 사용되면서 주지성을 취득하게 되면서 형태가 원고의 상품표시로서 알려지게 되었고 그 결과 금지청구 및 손해배상청구가 인용되었다(동경지방법원 판결 1973년 3월 9일 무체집 5권 1호 42면)³²⁾.
- 이후 일본의 법원이 상품형태의 상품표지성을 인용한 다수의 판례가 나오고 있다. 오사카 법원은 **사진식자기용문자판**의 상품표지성이 인정하면서 판매자와 수요자사이에 널리 인식된 점이 인정된다고 하면서 상품표지성을 인정하였고(동경지방법원 1988년 1월 22일 무체집 20권 1호 1면)³³⁾ 2000년 배선커버 판결(동경지방법원 2000년 12월 28일 판결), 모형비행기 사건(오사카지방법원 1992년 7월 23일 판시1438호 131면)에서도 모형비행기조립이후에 완성기의 외관에 부속부품일식 및 조립 설명서를 한상자에 수납하여 판매하는 모형비행기의 판매시 형태를 특징에서 상품의 출소표시성을 취득한 것으로 인정하였다³⁴⁾.
- 상품형태가 그 자체로 상품표시성이 없다고 하더라도 상품형태에 특징적으로 발견되는 일정한 자타식별력이 인정되는 경우 2차적 상품출처표시로서 기능을 획득한 것으로서 상품표시로서의 인정될 수 있다. 이 경우 상품의 구체적인 사용상황이 고려되어야 할 것이다. 상품의 구체적인 사용상황을 고려하여 출처표시성을 부정한 사례로 오사카지방법원 1991년 6월 28일 판결(경고등 판결)이 있다. 이 사건에서 문제가 된 것은 경고등에 6개의 투공(透孔)인데 경고등의 경우에는 불을 켜서 사용하게 되는데 이를 사용하는 사람의 입장에서는 불을 켜게 되면 6개의 투공이 있다는 점에 대한 강한 인식을 하기 어렵게 되므로 이를 들어 출처표시성을 가진다고 할 수 없다고 보았다³⁵⁾.

31) 116-117면.

32) 위 117면.

33) 위 119면.

34) 위 121면.

35) 위 126면.

- 상품형태가 그 자체로 상품표시성이 인정되기 어려운 약한 상품형태가 있을 수 있다.³⁶⁾ 원고가 상품표시성을 주장하는 상품형태가 의약품의 **캡셀의 형상(녹색과 백색을 조합한 캡셀)과 포장용 PTP 시트의 색구성**에 관한 상품표시성 사건과 같이 기능적인 성격이 강한 경우가 대표적이다(동경지방법원 2006년 1월 13일 판결 判時1938호123면).

인공어초(人工魚礁)의 형태가 문제가 된 사건에서 동경지방법원은 인공어초는 목적, 기능, 효용에서 유래하는 것인데, 원고제품의 경우 의장적 특성(디자인적 요소) 보다는 기능성 특성이 있고 수요자가 일견 특정한 영업주체의 제품으로 이해하는 자타식별력이 있다고 보기도 어려우며, 인공어초의 거래실정상 제품의 디자인정보보다는 오로지 제품의 기능, 효용, 효과를 중시한다는 점 등을 종합하여 보면 인공어초의 형태에서 상품등표시성을 인정할 수 없다고 보았다(동경지방법원 2007년 10월 23일 및 지재고재 2008년 4월 23일 판결).

2-7-2) 포장용기 및 디자인의 식별력 획득

상품의 용기는 상품을 담은 상자, 병 등을 말하며 포장이란 상품을 싸서 꾸리는 포장지를 말하며 용기나 포장의 경우 상품을 담거나 싸는 본래의 목적과 기능이 있으므로 용기와 포장이 상품을 표시하는 기능을 한다고 인정되는 특별한 사정이 존재하여야 한다³⁷⁾.

판례(대법원 2006. 4. 13 선고 2003도7827 판결)는 특정인이 자신의 특정 상품을 개성화, 개별화하기 위하여 다른 상품의 용기 포장과 구별되는 특정한 형상과 모양 및 색체의 용기 포장을 장기간 계속적, 배타적으로 사용하거나 지속적인 선전광고를 통하여 소비자에게 식별력을 높여주고, 그 용기·포장이 특정한 품질을 가진 출처의 상품임을 연상시켜 용기·포장 자체의 형상과 모양 또는 색체가 상품의 출처표시를 하기 이른 경우에는 상품표지의 기능을 한다고 판시하고 있다.

다만 위 요건에서 상품의 용기나 포장이 다른 상품의 용기나 포장과 구별되기 위하여 극단적으로 특수하거나 기발한 것일 필요는 없다³⁸⁾.

<대법원 2006. 4. 13 선고 2003도7827 판결>

일반적으로 상품의 포장용기 및 디자인은 상품의 출처를 표시하는 기능을 가진 것은 아니고, 다만 상표부분을 포함하여 어떤 포장용기에 표시되어 있는 문양, 색상 또는 도안 등이

36) 129면.

37) 사법연수원, 앞의 책 31면.

38) 위 31면.

상품에 독특한 개성을 부여하는 수단으로 사용되고, 그것이 장기간 계속적, 독점적, 배타적으로 사용되거나 지속적인 선전광고 등에 의하여 그 색상, 도안 등이 갖는 차별적 특징이 거래자 또는 수요자에게 특정한 품질을 가지는 특정 출처의 상품임을 연상시킬 정도로 현저하게 개별화되고 우월적 지위를 획득할 정도에 이른 경우에만 비로소 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목에서 정하는 ‘타인의 상품임을 표시한 표지(標識)’에 해당된다

<대법원 2007. 7. 13 선고 2006도1157 판결>

상품의 형태는 디자인권이나 특허권 등에 의하여 보호되지 않는 한 원칙적으로 이를 모방하여 제작하는 것이 허용되며, 다만 예외적으로 어떤 상품의 형태가 2차적으로 상품출처표시기능을 획득하고 나아가 주지성까지 획득하는 경우에는 부정경쟁방지법 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 ‘부정경쟁방지법’이라고만 한다) 제2조 제1호 (가)목 소정의 “기타 타인의 상품임을 표시한 표지”에 해당하여 같은 법에 의한 보호를 받을 수 있다

상품의 용기나 포장에 상표, 상호 또는 상품명 등 식별력 있는 요소가 표시되어 있는 경우에는 그 상표나 상호, 상품명 등의 표기 부분은 상품표지로서의 용기나 포장의 주요 부분으로 보아 그 부분의 유사 여부 등도 고려하여 다른 표지와 유사성 내지 혼동가능성 여부를 판단하여야 한다(2001. 2. 23. 선고 98다63674판결 등).

대법원은 의약의 경우에는 사용할 수 있는 색채나 형상에 제한이 있을 수 있으나(비아그라 판결), 천식치료제의 용기의 경우 그 형상 및 색채선택의 자유도가 높음에도 불구하고 전문의약품이라는 이유로 부정경쟁방지법 본 호의 위반을 부정한 바 있다(세레타이드 판결)³⁹⁾.

2-7-3) 캐릭터의 표지성

캐릭터란 만화, 텔레비전 영화, 신문, 잡지 등 대중이 접하는 매체를 통하여 등장하는 가공 또는 실재하는 인물, 동물들의 형상과 명칭을 뜻한다(대법원 1996. 9. 6 선고 96도139 판결). 캐릭터가 상품화 사업에 이용되는 경우 캐릭터 자체는 상표처럼 상품의 출처를 표시하는 기능을 하는 것이 아니므로 캐릭터 자체가 널리 국내에 알려져 있는 것만으로는 상품의 표지로 인정되는 것이 아니다.

판례는 캐릭터가 상품의 표지로 인정되기 위해서는 캐릭터에 대한 상품화 사업이 이루어지고 이에 대한 지속적인 선전, 광고 및 품질관리 등으로 수요자들에게 상품표지로서 널리 알려져 있을 것을 요한다고 설시하고 있다.

39) 판결에 대한 평석으로, 최승재, “제품의 형태와 색채 모방행위와 부정경쟁행위에 대한 소고 - 비아그라 판결과 세레타이드 판결을 중심으로-”, 상사판례연구 제30권 2호 (2017) 181-222면 참조.

<대법원 1996. 9. 6 선고 96도139 판결>

이른바 캐릭터(character)는 그것이 가지고 있는 고객흡인력(고객흡인력) 때문에 이를 상품에 이용하는 상품화(이른바 캐릭터 머천다이징, character merchandising)가 이루어지게 되는 것이고, 상표처럼 상품의 출처를 표시하는 것을 그 본질적인 기능으로 하는 것은 아니어서, 캐릭터 자체가 널리 알려져 있다고 하더라도 그것이 상품화된 경우에 곧바로 타인의 상품임을 표시한 표지로 되거나 그러한 표지로서도 널리 알려진 상태에 이르게 되는 것은 아니라고 할 것이므로, 캐릭터가 상품화되어 부정경쟁방지법 제2조 제1호 가목에 규정된 국내에 널리 인식된 타인의 상품임을 표시한 표지가 되기 위하여는 캐릭터 자체가 국내에 널리 알려져 있는 것만으로는 부족하고, 그 캐릭터에 대한 상품화 사업이 이루어지고 이에 대한 지속적인 선전, 광고 및 품질관리 등으로 그 캐릭터가 이를 상품화할 수 있는 권리를 가진 자의 상품표지이거나 위 상품화권자와 그로부터 상품화 계약에 따라 캐릭터사용허락을 받은 사용자 및 재사용권자 등 그 캐릭터에 관한 상품화 사업을 영위하는 집단(group)의 상품표지로서 수요자들에게 널리 인식되어 있을 것을 요한다.

2-7-4) 도메인 이름

대법원은 도메인 이름의 경우 일반인들을 그 도메인 이름으로 운영하는 웹사이트로 유인하는 역할을 한다고 하더라도 도메인 이름 자체가 곧바로 상품의 출처표시로서 기능을 한다고 볼 수 없다고 판시하고 있다.

대법원은 피고가 viagra.co.kr이라는 도메인 이름을 사용하여 칙츄 등을 판매한 사안에서 소비자가 도메인 주소를 피고들이 판매하는 상품의 출처표시로 인식하여 상품을 원고(비아그라의 제조회사인 화이저 사)의 제품으로 인식할만한 사정이 없으므로 본 호에 적용되지 않는다고 판단한 바 있다(다만 다.목의 저명상표 희석행위에 해당한다고 판시).

<대법원 2004. 5. 14 2002다13782 >

도메인 이름은 원래 인터넷상에 서로 연결되어 존재하는 컴퓨터 및 통신장비가 인식하도록 만들어진 인터넷 프로토콜 주소(ip 주소)를 사람들이 인식·기억하기 쉽도록 숫자·문자·기호 또는 이들을 결합하여 만든 것으로, 상품이나 영업의 표지로서 사용할 목적으로 한 것이 아니었으므로, 특정한 도메인 이름으로 웹사이트를 개설하여 제품을 판매하는 영업을 하면서 그 웹사이트에서 취급하는 제품에 독자적인 상표를 부착·사용하고 있는 경우에는 특단의 사정이 없는 한 그 도메인 이름이 일반인들을 그 도메인 이름으로 운영하는 웹사이트로 유인하는 역할을 한다고 하더라도, 도메인 이름 자체가 곧바로 상품의 출처표시로서 기능한

다고 할 수는 없다.

2-7-5) 영업외관(트레이드 드레스)

개정 부정경쟁방지법 영업외관 사칭행위 해설(제2장 제3절)에서 후술

3) 국내 주지성 획득

3-1) 정의

본 호의 보호대상이 되는 표지가 되기 위해서는 그 표지가 ‘국내에 널리 인식될’ 것을 요건으로 한다. 우리 상표법의 경우 상표 등록요건을 충족하여 등록된 표지에 한하여 보호하는 등록주의를 채택하고 있는데 부정경쟁방지법은 이러한 상표권의 등록주의의 예외규정이다. 즉, 등록되지 않았거나 상표 등록요건을 갖추지 않더라도 주지성의 요건을 갖추어 보호받을 만한 가치가 있는 표지라고 인정되는 것이라면 이를 별도로 보호하겠다는 것이다⁴⁰⁾.

3-2) 판례의 기준

법원은 주지성 인정에 대하여 구체적인 사정에 따라 개별적으로 판단하고 있으며 판례는 “널리 알려져 있는지 여부는 그 사용기간, 방법, 태양, 사용량, 거래범위 등과 상품거래의 실정 및 사회통념상 객관적으로 널리 알려졌는지가 일용의 기준이 된다”⁴¹⁾는 판단기준을 실시하고 있다.

3-3) 주지성의 인정정도

주지성의 정도를 엄격하게 해석할 것은 아니라는 견해가 있다⁴²⁾. 본 호의 취지는 주지상표나 영업표지 등에 화체된 사용자의 신용을 보호하고 그 신용에 편승하는 제3자의 표지 등의 사용으로 인하여 수요자의 출처 오인이나 혼동을 방지하고자 하는 것이다. 만약 주지성의 정도를 엄격히 해석하면 영업주체에 대하여 오인이나 혼동을 일으킬 염려가 있음에도 이를 보호하지 못하여 타인의 명성이나 신용에 무단편승하는 부정경쟁행위를 방지하는 결과가 되어 입법목적은 달성할 수 없게 될 것이다.

40) 외 1, 앞의 책 53면.

41) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2007도10562 판결 등

42) 최정열 외 1, 앞의 책 58면; 김동규, “부정경쟁행위에서 주지 표지인지 여부 판단” Law & Technology 제7권 제4호, 서울대학교 기술과 법 센터, 2011 등.

반면 주지성 요건은 등록주의를 채택하고 있는 우리 지적재산권법제의 보호요건의 예외요건이므로 주지성 요건의 판단은 중요하며 엄격하게 이루어져야 한다는 견해도 있다. 본 호는 요건의 충족 여부에 따라 미등록 상표, 디자인 등에 대해서도 법률적 보호를 부여하는 것이므로 등록주의를 택하고 있는 우리의 지적재산권법제의 구조를 허물 우려가 있다. 따라서 본 호의 적용 요건은 엄격하게 보아야 한다는 주장이다.

주지성이 과도하게 요구될 경우 표시의 선사용자를 과보호하여 오히려 경쟁을 저해할 우려가 있으므로⁴³⁾ 표시의 계속 사용 및 선전광고를 통해 자기의 상품 또는 영업을 타인의 것으로부터 구별되는 우월한 지위에 있는 정도로 알려져 있는 것이면 주지성의 요건을 충족한다고 보아야 할 것이다⁴⁴⁾.

3-4) 주지성의 범위

주지성은 법문상 ‘국내’에 널리 ‘알려져’ 있을 것만을 요하므로, 해당 상품이 외국에서만 판매되거나 영업을 전적으로 외국에서만 이루어졌더라도 국내 수요자들에게 특정 외국기업의 상품 또는 영업을 주지되었다면 보호대상이 되며, 외국에서 주지되었다도 우리나라에서 주지된 것이 아니면 보호대상에 해당하지 않는다.

주지성의 지역적 범위에 대해서, 국내 전역에 걸쳐 모든 사람들에게 인식되어 있는 정도까지 필요한 것은 아니며 국내의 일정한 지역적 범위 안에서 거래자 또는 수요자들 사이에 널리 알려진 정도로 충분하다고 보는 견해가 통설 및 판례⁴⁵⁾이다. 구체적인 지역적 범위 설정 시에는 최소한도로 상품표지의 소유자와 그 상대방의 영업활동이 행하여지는 지역일 것을 요하고, 상품의 종류 및 성질에 따른 거래범위, 거래대상자의 차이, 지역의 특수성을 고려해야 한다⁴⁶⁾.

<대법원 2012. 5. 9 선고 2010도6187 판결>

이 사건 상품표지가 사용된 상품인 ‘막걸리’는 통상 그 유통범위가 일정한 지역 내로 제한되는 점과 우리나라 국토면적 및 인구에서 대구와 그 인근 지역이 차지하는 비중 등에 비추어 볼 때 이 사건 상품표지가 대구와 그 인근 지역에서만 널리 인식되어 있었다고 하더라도 이는 부정경쟁방지법 제2조 제1호(가)목 소정의 ‘국내에 널리 인식된 타인의

43) , 앞의 책, 21면.

44) 황의창 외 1, 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호법(제5정판)」, 세창출판사, 2009, 38면.

45) 최정열 외 1, 앞의 책 56면; 사법연수원, 앞의 책 18면; 황의창 외 1, 앞의 책, 33면; 대법원 2012. 5. 9. 선고 2010도 6187 판결 등.

46) 사법연수원, 앞의 책 18면.

상품임을 표시하는 표지'에 해당한다고 할 것이다.

3-5) 주지성의 판단 주체

주지성의 판단은 기본적으로 상품의 출처에 대한 혼동을 방지함에 그 목적이 있으므로 그 거래 상품과 현재적 내지 잠재적 관계가 있는 거래사회의 수요자들 중 평균인을 중심으로 하여 그러한 사람이 통상 가지는 주의력 내지 판단력을 기준으로 하여야 한다⁴⁷⁾.

<대법원 2009. 8. 20 선고 2007다12975 판결>

원고들의 상품표지 'rummikub'가 사용된 상품(이하 '루미큐브 상품'이라 한다)의 개발 시기, 국내 판매처의 개수 및 연간 판매수량, 루미큐브 상품을 사용하는 국내 대회의 개최 횟수와 규모, 루미큐브 상품의 주지성을 인식하는 주체는 상품의 종류와 특성에 비추어 보드게임에 관심이 많은 청소년층으로 보이는 점 등의 여러 사정을 종합하여 볼 때, 피고의 상품표지인 'rummy'를 사용한 상품(이하 '루미상품'이라 한다)을 국내에서 판매하기 시작한 2005년 2월경 원고들의 상품표지가 국내에서 널리 인식되었다고 한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 부정경쟁방지법상 상품표지의 주지성에 관한 법리를 오해하거나 채증법칙을 위반하여 사실을 오인한 위법이 없다.

3-6) 주지성의 승계

주지성 있는 영업표지를 사용하는 주체가 영업표지를 이전하는 경우 주지성 역시 표지의 새로운 권리자에게 승계되는지 문제된다. 영업표지가 영업의 일체 등과 함께 이전된 경우에는 원칙적으로 주지성 역시 승계된다고 보아야 한다. 대법원의 입장도 같다(대법원 1996. 5. 31. 선고 96도197 판결).

<대법원 1996. 5. 31. 선고 96도197 판결>

영업양도 등 상품주체의 인격이 변경되는 경우에 있어서 주지 상품표지의 이전과 함께 거기에 관계된 영업의 일체 등이 함께 이전된 경우 원칙적으로 상품표지의 주지성이 신영업주에게 승계된다 할 것이고, 주지표시라고 말할 수 있기 위해서는 타인에게 특정인의 상품을 표시하고 있는 것이 알려져 있는 것을 요하지만 그 특정인이 누구인가까지가 명확히 알

47) , 앞의 책 19면; 최정열 외 1, 앞의 책 58면.

려져 있는 것을 요하지는 않는다

한편, 대법원은 기업그룹의 여러 계열사가 분리된 경우 일반 수요자에게 특정 계열사만이 기업그룹 표지의 주체로 인식됨과 아울러 그 기업그룹 표지를 승계하였다고 인정되지 않는 이상 다른 계열사들의 영업표지 사용행위가 부정경쟁행위라고 보기는 어렵다고 판시한 바 있다(대법원 2016. 1. 28. 선고 2013다76635 판결).

3-7) 주지성의 충족 시점

주지성의 충족 시점에 대하여 사용자의 손해배상 책임이나 형사책임을 묻기 위해서는 사용자가 문제가 된 유사한 표지를 사용하는 시점(행위시)에 주지성 요건을 갖추었는지 여부에 따를 것이다. 다만 민사 사건에서 장래의 금지청구 판단에 있어서는 사실심 변론종결시까지 주지성이 충족되어야 할 것이다.

<대법원 2012. 7. 12. 선고 2010다60622 판결>

부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 '부정경쟁방지법'이라 한다) 제2조 제1호(가)목에서 타인의 상품임을 표시한 표지가 국내에 널리 인식되었는지 여부는 그 사용기간, 방법, 태양, 사용량, 거래범위 등과 상품거래의 실정 및 사회통념상 객관적으로 널리 알려졌느냐의 여부 등이 기준이 되고(대법원 1997. 2. 5.자 96마364 결정, 대법원 2008. 9. 11. 선고 2007도10562 판결 등 참조), 구 부정경쟁방지법(2011. 6. 30. 법률 제10810호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제4조에 의한 금지청구를 인정할 것인지의 판단은 사실심 변론종결 당시를 기준으로 하여야 한다(대법원 2004. 3. 25. 선고 2002다9011 판결, 대법원 2008. 2. 29. 선고 2006다22043 판결 등 참조)

3-8) 주지성의 구체적인 판단

실무적으로 어떤 표지가 주지성을 획득하였는지 여부는 정해진 판단기준에 따라 단정적으로 결론을 내리기 어려우며 당사자에게 주지성의 획득 여부를 입증하기 위한 일정한 기준을 제시하는 것은 사실상 불가능하다. 따라서 여러 구체적 사안들의 법원의 최종적인 판단 사례들을 축적하여 법원의 결론의 근거가 되는 증거들과 그에 대한 해석들을 사후적으로 고찰하는 수밖에 없다⁴⁸⁾. 판례는 상표나 표지의 주지성 판단에 있어 설문조사, 수요자가 누구인지, 표지가 얼마나 독창적인 것인지, 해당 상품의 매출액, 판매수량, 판매기간, 당해 표지의 미디어 노출 정도, 표지와 관련된 광고의 내용

48) 취지, 최정열 외 1, 앞의 책 53면

과 광고 매체 광고비용 등을 고려하여 판단을 내리고 있다.

<대법원 2009. 8. 20 선고 2007다12975 판결>

원고들의 상품표지 'rummikub'가 사용된 상품(이하 '루미큐브 상품'이라 한다)의 개발 시기, 국내 판매처의 개수 및 연간 판매수량, 루미큐브 상품을 사용하는 국내 대회 개최 횟수와 규모, 루미큐브 상품의 주지성을 인식하는 주체는 상품의 종류와 특성에 비추어 보드게임에 관심이 많은 청소년층으로 보이는 점 등의 여러 사정을 종합하여 볼 때,

<대법원 2012. 7. 12. 선고 2010다60622 판결>

① 원고는 1993년경부터 '장수 돌침대'라는 표지를 사용하여 돌침대 제품을 생산, 판매하여 왔고, 그 무렵부터 케이블 TV나 공중파 방송 3사의 TV, 국내 여러 중앙 일간지와 지방지 및 각종 잡지 등을 통하여 전국적으로 '장수돌침대'라는 표지를 사용하여 제품광고를 해왔을 뿐만 아니라, 2000. 10. 30.부터 같은 해 11. 5.까지 삼성동 무역센터에서 개최된 'KOFRUN 2000' 전시회에 참가하여 제품을 적극 홍보한 바도 있으며, 그 판매실적 등을 인정받아 원고 회사 및 위 표지가 2002년 코리아타임즈 선정 베스트브랜드상, 한국능률협회인종원 선정 고객만족경영 최우수상, 2004년 우수전기제품 대통령 표창을 수상하기도 한 사실, ② 원고 회사는 원심 변론종결일인 2010. 5. 12.경 전국 60여 개의 대리점과 10여 개의 직영점 및 현대백화점, 롯데백화점 등 국내 주요 백화점을 통하여 돌침대 제품을 판매하고 있고, 원고 회사의 매출액은 1993년부터 1995년까지 매년 약 2억 원, 1996년 약 6억 원, 1997년 약 36억 원, 1998년 약 13억 원, 1999년 약 12억 원, 2000년 약 21억 원 정도이었다가, 2001년 이후 가파르게 증대하기 시작하여 2001년부터 2007년까지의 총 매출액이 약 1,830억 원에 이르고, 연간 매출액만도 2008년 약 370억 원, 2009년 약 325억 원으로 추산되는 사실, ③ 또한 원고 회사는 광고비로 2001년부터 2007년까지 약 95억 원을 지출하였고, 2008년에도 약 28억 원을 지출한 사실, ④ 그 결과 원심 변론종결일 무렵 원고 회사의 제품은 국내 돌침대시장에서 2위 업체와 현저한 격차를 유지하면서 시장점유율 1위를 기록하고 있고, 한국갤럽조사연구소가 2009. 12. 8.부터 같은 달 10일까지 서울·부산·대전·대구·광주 지역 만 19-59세의 일반인 남녀 1,000명을 대상으로 인지도 조사를 실시한 결과에서도 조사대상자의 89.8%가 '장수돌침대' 표지를 인지하고 있는 것으로 응답한 사실

<대법원 2012. 11. 29 선고 2011도10978 판결>

반면에 기록에 의하면, 피해자 회사의 매출액은 2006년 240,218,000원, 2007년 396,475,200원, 2008년 455,434,780원에 불과하고 그 영업을 위한 조직도 전국에 5~6개의 대리점에 20~30여 명의 영업사원이 전부였던 것으로 보이며, 피해자 회사 측의 주장을 따르더라도, 피해자 회사가 국내 영업을 시작한 2004. 7.경부터 공소사실 기재 범죄일시 무렵까지 지출

한 광고비의 액수는 780만 원 정도로 미미한 수준이고, 제품의 시장규모가 2007년에 171개소 67억 500만 원, 2008년에 200개소 77억 5,000만 원인데도 피해자 회사 제품의 시공 실적은 2007년에 10개소 4억 7,500만 원, 2008년에 12개소 5억 2,000만 원으로 그 시장점유율도 그다지 높지가 않다.

이와 같은 제반 사정들을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 상표는 물론 피해자 회사 제품의 외관, 색상, 돌기 모양 등의 상품 형태가 공소사실 기재 범죄일시인 2007. 11. 경부터 2008. 1.경에 주지성을 취득하였다고 보기는 어렵다.

3-9) 주지성의 소멸(표지의 보호기간)

본호의 주지표시의 보호는 표시가 주지라는 것이 계속되면 유지되다가, 표시가 주지성을 상실하게 되면 종료된다. 보호기간은 주지성이라는 사실상태에 의존하는 것으로 그 의미는 반영구적인 것이다. 표시의 사용이 일시 중단되어도 공중의 인식에 각인되어 있는 인상이 소멸되어야 주지성이 소멸한다고 볼 것이다⁴⁹⁾.

표시의 사용이 중단되는 경우에 관하여 표지로서 주지성을 획득한 상표가 그 사용을 일시중단하여 현재 사용이 되지 않는 경우에도 주지성은 유지· 존속되지만 그 표시가 다시 사용될 가능성이 없는 경우 주지성을 상실하게 되므로 다시 사용될 가능성이 있는지 여부도 주지성 판단에 고려대상이 된다(동경지방법원 소화 56년 8월3일 판시12042호155면 사건)⁵⁰⁾.

일단 표시가 주지성을 획득한 이후라도 유사한 상품 등 표기가 다수시장에 출현하여 당해 상품표지의 자타식별력과 주지성이 상실될 수도 있다(동경고등법원 평성12년 2월 24일 판시1719호122면)⁵¹⁾.

4) 표지의 동일 유사성

4-1) 정의

본 호에 해당하기 위해서는 자신의 표지가 타인의 표지와 동일하거나 유사하여야 한다. ‘동일’이란 양자를 대비하였을 때 구성이 일치하는 것을 말한다. 상표법상 ‘유사’란 동일하지는 않으나

49) , 松村信夫, 앞의 책 95面.

50) 위 95면.

51) 위 95면.

외관, 호칭, 관념의 면에서 비슷하여 이를 사용하였을 경우 출처혼동의 우려가 있는 표지를 말하는데 본 호의 ‘유사’ 표지 판단 기준 역시 상표의 유사성 판단 기준을 기본으로 한다. 다만 부정경쟁방지법의 유사 개념은 출처혼동의 위험을 기준으로 판단하는 것으로 양 주체의 지리적 위치, 종전의 관계, 표지선택의 동기 등을 참작할 수 있는 등 상표법의 유사 개념보다 더 탄력적인 개념으로 본다⁵²⁾.

<대법원 2011. 1. 13. 선고 2008도4397 판결>

상품표지의 유사 여부는, 동종의 상품에 사용되는 두 개의 상품표지를 외관, 호칭, 관념 등의 점에서 전체적·객관적·이격적으로 관찰하되 구체적인 거래실정상 일반 수요자나 거래자가 상품표지에 대하여 느끼는 인식을 기준으로 그 상품의 출처에 대한 오인·혼동의 우려가 있는지를 살펴 판단하여야 하고, 이러한 법리는 같은 호 (나)목에서 정한 영업표지의 유사 여부 판단에도 마찬가지로이다.

4-2) 전체관찰

전체관찰이란 구성요소의 전체에서 느껴지는 일반 수요자의 심리를 기준으로 관찰하는 것을 의미한다. 표지의 외관 호칭 관념 중 어느 하나가 유사하면 유사하다고 볼 여지가 많으나, 다른 요소들을 고려할 때 전체로서 명확하게 출처의 혼동을 피할 수 있는 경우라면 유사하다고 볼 수 없다⁵³⁾.

4-3) 이격적 관찰

이격적 관찰이란 두 표지를 나란히 대비하는 것이 아니라 때와 장소를 달리하여 표지를 대하는 자가 표지를 헛갈려하는지 여부를 전제로 관찰하는 것을 의미한다. 이격적 관찰은 외관의 유사여부를 판단할 때 특히 강조된다⁵⁴⁾.

4-4) 여러 요소가 결합된 결합표지의 경우 각 구성요소의 분리관찰 허용 여부

트레이드 드레스 등의 판단에 있어 영업장소의 이미지는 실내장식, 간판 등 여러 구성요소의 결합으로 형성되는 것으로 상정해 볼 수 있기 때문에 각 구성요소를 분리 관찰하여 이들이 유사할 경우 표지가 유사하다고 볼 수 있는지 문제된다. 이 점에 대해서는 상표법의 법리 중 여러 문자 도형 기호등으로 구성된 결합상표의 유사성 판단 기준을 참고할 수 있다.

52) 위 6, 「지적소유권법」, 육법사, 2013, 403면.

53) 정상조 대표편집, 「상표법주해」, 박영사, 2018, 566면.

54) 위 566면

결합상표의 경우 일부 구성요소를 자의적으로 나누어 유사 여부를 판단할 것이 아니라 출처를 표시함에 기여하고 있는 일체의 자료를 고려하여 그 표지가 수요자 내지 거래자에게 주는 인상, 기억, 연상 등을 종합적으로 관찰·비교하는 전체적 관찰을 원칙으로 한다. 다만 전체 관찰을 원칙으로 만약 결합상표의 전체 표지 가운데 분리가 가능한 요부가 있는 경우 요부에 의한 대비관찰 혹은 분리 관찰은 보완적으로 허용된다.

<대법원 2001. 2. 23. 선고 98다63674 판결>

특히 상품표지가 도형, 문양, 문자, 기호, 색깔 등 여러 요소로 이루어진 경우에 그 표지의 구성요소를 자의적으로 나누어 그 일부에만 초점을 두고 표지들의 유사 여부 내지 혼동가능성을 판단할 것이 아니라 상품의 출처를 표시함에 기여하고 있는 일체의 자료를 고려하여 그 표지가 수요자 내지 거래자에게 주는 인상, 기억, 연상 등을 종합적으로 관찰·비교하는 이른바 전체적 관찰이 필요하다 할 것이고, 상품표지가 외관상 또는 관념상 그 구성요소를 분리관찰하는 것이 부자연스럽다고 여겨질 정도로 불가분적으로 결합된 것이 아닌 한 수요자의 주의를 끄는 주요 부분을 분리하여 그 부분을 기준으로 유사 여부를 판단하는 이른바 분리관찰 내지 요부관찰도 보완적 수단으로 이루어져야 한다 할 것인바, 상품의 용기나 포장에 상표, 상호 또는 상품명 등 식별력 있는 요소가 표시되어 있는 경우에는 그 부분이 지나치게 작다든가 제품설명서에만 기재되어 있는 등으로 특별히 눈에 띄지 않거나, 용기나 포장의 전체 구성에 비추어 현저히 그 비중이 낮다고 보여지는 경우가 아닌 한 그 상표나 상호, 상품명 등의 표기 부분은 상품표지로서의 용기나 포장의 주요 부분으로 보아 그 부분의 유사 여부 등도 고려하여 다른 표지와 유사성 내지 혼동가능성 여부를 판단하여야 한다.

5) 사용행위

5-1) 정의

본 호의 부정경쟁행위에 해당하는 사용행위는 상품이나 영업표지를 직접 사용하는 것을 포함하고 있으며 상품표지의 경우 그 상품표지를 사용하는 상품의 판매·반포 또는 수입·수출하는 행위를 명문으로 포함하고 있다.

부정경쟁방지법은 등록된 상표를 보호하는 상표법과 달리 사용되어 널리 알려진 상품표지와 혼동 야기를 방지하는데 목적이 있으며 상품표지를 매개로 하여 상품의 출처에 대해 혼동을 일으키는 사용행위는 그 방법 형태 등을 묻지 않고 모두 이에 포함된다. 상품에 표지를 붙이는 것은 물론 포장지, 광고, 거래 서류에 표지를 붙이거나 전시하는 행위를 그 예로 들 수 있다⁵⁵⁾.

일본 부정경쟁방지법 역시 ‘사용’의 의미는 넓게 해석하고 있다. 일본에서는 ‘사용’을 상품을 사용하는 것은 물론 상품 또는 상품의 용기·포장에 표시를 부착하는 행위, 상품에 관한 광고, 정가표 또는 거래서류에 표시하는 행위, 전시·배포하는 행위를 포함하는 개념으로 이해하고 있다⁵⁶⁾.

대법원은 상표가 부착된 포장용기를 재활용업자가 용기에 부착된 상표를 제거하거나 가리지 않고 재사용하여 판매한 경우 상품주체의 혼동을 야기하는 사용행위에 해당한다고 보았다(대법원 2003. 4. 11. 선고 2002도3445).

<대법원 2003. 4. 11. 선고 2002도3445 판결>

피고인은 후지필름에서 생산되었다가 사용 후 회수된 1회용 카메라 몸체의 렌즈 둘레와 플래쉬 부분에 위와 같이 ‘FUJIFILM’이라는 상표가 새겨져 있음을 알면서도 이를 제거하거나 가리지 아니한 상태에서(일부 제품에는 렌즈 좌측부분의 상표만을 가림) 그 몸체 부분을 ‘Miracle’이라는 상표가 기재된 포장지로 감싼 후 새로운 1회용 카메라를 생산하여 이를 판매한 사실, “miracle”라는 의미는 “기적, 불가사의한(놀랄 만한) 사물(사람)”을 나타내는 말로 그 자체로 상품의 출처를 나타내는 기능은 없고, 그것이 주지 저명한 것도 아니어서 피고인의 상품임을 나타낸다고 볼 수도 없는 사실을 인정할 수 있는바, 사정이 이와 같다면, 비록 ‘Miracle’이라는 상표를 별도로 표시하였다거나 ‘FUJIFILM’이라는 상표가 ‘Miracle’이라는 상표보다 작거나 색상면에서 식별이 용이하지 아니하다고 할지라도 피고인은 그가 제작·판매하는 이 사건 1회용 카메라에 후지필름의 이 사건 등록상표를 상표로서 사용하였다고 보아야 할 것이고

5-2) 선의의 선사용자인 경우 - 선사용 항변의 인정여부

피침해자의 표지가 주지성을 획득하기 전에 표지를 악의적 목적 없이 사용하기 시작한 경우 본 호에 해당하는지 문제된다. 이에 대해 대법원은 부정경쟁방지법 가목 및 나목에서 부정경쟁행위자의 주관적 의사를 그 요건으로 하고 있지 아니할 뿐더러 법에서 선의의 선사용자의 행위를 부정경쟁행위에서 배제하는 명문의 규정이 없다는 이유로 선사용 항변을 부정하고 있다.

<대법원 2004. 3. 25. 선고 2002다9011 판결>

55) , 앞의 책 45면.

56) 小野昌延, 松村信夫, 앞의 책 96면.

원고의 상호가 주지성을 획득하기 이전인 1991. 3.경부터 "옥시화이트" 상표를 사용하여 온 이른바, 선의의 선사용자로서 부정경쟁방지법 소정의 부정경쟁행위를 한 자에 해당하지 않는다는 취지의 피고의 주장에 대하여, 원심은, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목 소정의 부정경쟁행위에 있어서는 '부정경쟁행위자의 악의' 또는 '부정경쟁행위자의 부정경쟁의 목적' 등 부정경쟁행위자의 주관적 의사를 그 요건으로 하고 있지 아니할 뿐더러 부정경쟁방지법상 선의의 선사용자의 행위를 부정경쟁행위에서 배제하는 명문의 규정이 없으므로, 가령 원고가 그 상호에 관한 주지성을 획득하기 이전부터 피고가 원고의 상호의 존재를 알지 못한 채 또는 부정경쟁의 목적이 없는 상태에서 "옥시화이트" 상표를 사용하여 왔다고 하더라도 원고의 상호가 주지성을 획득한 상품의 표지가 되었고, 피고의 그 상표가 주지된 원고의 상호와 혼동될 위험이 존재한다고 인정되는 이 사건에서는 피고의 위와 같은 행위는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목 소정의 부정경쟁행위를 구성한다는 취지로 판단하였다. 기록 중의 증거들에 의해 인정되는 이 사건 사실관계를 위의 법조항에 비추어 보니, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고 거기에는 심리를 다하지 아니하였다거나 선의의 선사용자에 관한 법리를 오해하였다거나 권리남용 항변에 관한 판단을 유탈하였다는 등으로 판결 결과에 영향을 준 잘못이 없다

6) 혼동 가능성

6-1) 정의 및 적용범위

일반적으로 영업주체에 대한 혼동의 개념에는 자신의 영업을 타인의 영업과 동일한 것으로 오인하게 하는 협의의 혼동과 자신의 영업이 타인과 사실상의 혹은 경제적인 견련관계가 있는 것으로 오인하게 하는 광의의 혼동이 있다⁵⁷⁾.

대법원 판례는 본 호의 혼동에 대하여 '일반수요자나 거래자로 하여금 당해 영업표지의 주체와 동일·유사한 표지의 사용자 간에 자본, 조직 등에 밀접한 관계가 있다고 잘못 믿게 하는 경우도 포함' 하는 것으로 정의하여 광의의 혼동을 모두 포함하는 개념으로 실시하고 있다.

<법원 1998. 5. 22. 선고 97다36262 판결 >

(원심은) 원고가 이 사건 등록상표를 피고가 수입·판매하는 품목인 시계류 제품에 사용한 바 없다고 하더라도, 원고의 이 사건 등록상표가 의류분야에 있어 국내에 널리 인식되어 있는 상표임을 피고가 자인하고 있고, 최근 의류업계에서는 이른바 토털패션의 경향에 따라 단순히 의류의 생산에만 그치는 것이 아니라 같은 상표를 사용하여 가방, 구두, 액세서리, 시계 등의 제품을 동시에 생산·판매하는 추세에 있는 거래계의 실정을 고려하면, 일반거

57) 외 6, 앞의 책 401면.

래자나 수요자들은 피고가 원고의 이 사건 등록상표와 유사한 상표를 부착한 시계류 제품을 수입·판매하는 경우 그 상품의 주체가 원고와 일정한 관계에 있는 것이 아닌가 하는 인상을 주게 되어 결국 동일한 출처에서 나온 것으로 혼동하게 될 것으로 봄이 상당하여, 피고가 그 사용의 상표를 부착한 시계류 제품을 수입·판매하고 있는 행위도 저명상표에 해당하는 이 사건 등록상표의 상표권자인 원고와의 관계에서 부정경쟁행위가 된다고 판단하고 있다.

[...] 피고의 행위를 부정경쟁행위로 본 것은 결국 정당한 것으로 수긍이 가고 [...]

6-2) 판례의 판단기준

혼동은 반드시 현실로 혼동을 초래할 것까지 요하지 않으며 혼동초래행위는 혼동을 생기게 할 우려가 있는 행위를 포함한다(대법원 1978. 7. 25. 선고 76다847판결 등). 판례는 혼동가능성 여부에 대하여 표지의 주지성, 식별력의 정도, 표지의 유사정도, 영업실태, 고객층의 중복 등으로 인한 경업·경합관계의 존부, 모방자의 악의(사용의도) 유무 등을 종합하여 판단한다고 실시하고 있다.

<대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도11221 판결>

타인의 영업상의 시설 또는 활동과 혼동을 하게 한다”는 것은 영업표지 자체가 동일하다고 오인하게 하는 경우뿐만 아니라, 타인의 영업표지와 동일 또는 유사한 표지를 사용함으로써 일반수요자나 거래자로 하여금 당해 영업표지의 주체와 동일·유사한 표지의 사용자 간에 자본, 조직 등에 밀접한 관계가 있다고 잘못 믿게 하는 경우도 포함한다. 그리고 그와 같이 타인의 영업표지와 혼동을 하게 하는 행위에 해당하는지 여부는 영업표지의 주지성, 식별력의 정도, 표지의 유사정도, 영업 실태, 고객층의 중복 등으로 인한 경업·경합관계의 존부, 모방자의 악의(사용의도) 유무 등을 종합하여 판단하여야 한다.

대법원이 광의의 혼동을 혼동의 개념에 포함하고 있으므로 나목의 ‘혼동’의 대상이 되는 주지 표지의 권리자와 사용자는 반드시 동일한 영업을 하고 있거나 경쟁관계에 있을 것을 요하지 않는다.

6-3) 혼동가능성에 대한 인식(고의)의 필요여부

본 호는 행위자의 부정경쟁의 목적 및 의사 또는 영업주체의 혼동에 대한 인식 등의 주관적 요소를 요구하지 않는다.

<대법원 2004. 3. 25. 선고 2002다9011 판결>

원심은, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목 소정의 부정경쟁행위에 있어서는 '부정경쟁행위자의 악의' 또는 '부정경쟁행위자의 부정경쟁의 목적' 등 부정경쟁행위자의 주관적 의사를 그 요건으로 하고 있지 아니할 뿐더러 부정경쟁방지법상 선의의 선사용자의 행위를 부정경쟁행위에서 배제하는 명문의 규정이 없으므로, 가령 원고가 그 상호에 관한 주지성을 획득하기 이전부터 피고가 원고의 상호의 존재를 알지 못한 채 또는 부정경쟁의 목적이 없는 상태에서 '옥시화이트' 상표를 사용하여 왔다고 하더라도 원고의 상호가 주지성을 획득한 상품의 표지가 되었고, 피고의 그 상표가 주지된 원고의 상호와 혼동될 위험이 존재한다고 인정되는 이 사건에서는 피고의 위와 같은 행위는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목 소정의 부정경쟁행위를 구성한다는 취지로 판단하였다.

기록 중의 증거들에 의해 인정되는 이 사건 사실관계를 위의 법조항에 비추어 보니, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고 거기에는 심리를 다하지 아니하였다거나 선의의 선사용자에 관한 법리를 오해하였다거나 권리남용 항변에 관한 판단을 유탈하였다는 등으로 판결 결과에 영향을 준 잘못이 없다.

3. 판단기준 및 조사 방법

1) 수요자의 확정

1-1) '수요자'란 해당 상품의 일반 수요자 및 거래자를 의미한다. 수요자는 주지성 요건과 사용에 의한 식별력 발생여부 판단의 기준이 되므로 먼저 해당 영업 및 상품의 수요자를 확정해야 한다.

1-2) 영업 및 상품 표지가 사용되는 상품 또는 영업의 유통범위 등 특성에 따라 지역적 범위 및 주요 거래 대상자 집단을 설정한다.

지역적 범위를 판단하는 참고자료로는 상품의 운송비용, 특정 지역별로 진입장벽(예: 유선방송사업, 지역적 특색이 있는 주류시장 등)이 형성되어 있는지 여부 등을 고려할 수 있다.

수요자는 거래 상품과 현재적 내지 잠재적 관계가 있는 거래사회의 수요자들 중 평균인을 상정하여 판단해야 한다.

<대법원 2012. 5. 9 선고 2010도6187 판결>

상품표지가 사용된 상품인 '막걸리'는 통상 그 유통범위가 일정한 지역 내로 제한되는 점

<대법원 2009. 8. 20 선고 2007다12975 판결>

루미큐브 상품의 주지성을 인식하는 주체는 상품의 종류와 특성에 비추어 보드게임에 관심이 많은 청소년층으로 보이는 점

1-3) 주지성 및 식별력 판단은 국내 수요자들을 대상으로 하므로 외국 수요자의 인식은 판단할 필요가 없으나, 인터넷과 기술 교통의 발달로 외국 수요자에게 식별력과 주지성을 획득한 경우 국내 수요자에게도 주지되었을 가능성이 높으므로 외국 수요자들의 인식 역시 상품 및 영업의 특성에 따라 참고가 될 수 있다.

1-4) 수요자 설정을 위해 확인할 사항

- 영업 및 상품의 종류 및 분류
- 제품 제작 및 영업 기획 시 특별히 고려하여 적용한 기술 및 영업기법
- 영업 및 상품의 주 소비자층
- 상품 유통경로
- 해당 영업 및 상품의 광고 대상 및 광고 방법(광고비 지출내역 포함)

1-5) 수요자 설정을 위해 수집할 수 있는 증거

- 제품 개발 기획서
- 신고인과 피신고인이 광고 및 홍보 전략을 기획한 기획서
- 광고 및 홍보비용 지출 내역

2) 보호대상의 표지성

2-1) 상표권 등록의 대상이 되며 심사 기준 등 따라 고유한 식별력이 인정되는 표장의 경우

상표권의 대상이 되는 창작 표장⁵⁸⁾, 임의선택 표장⁵⁹⁾, 암시적 표장⁶⁰⁾의 경우 개념적으로 원래 식별력을 가지고 있다고 본다⁶¹⁾. 실무적으로 식별력 판단은 상표법 제33조의 범문에 따라 상표 등록의 소극적 요건인 보통명사(상표법 제33조 제1호), 관용표장(2호), 기술적 표장(3호), 현저한 지리적 명칭(제4호), 혼한 성이나 명칭(제5호), 간단하고 혼한 표장(제6호)에 해당하는 경우 해당 상표를 식별력이 없다고 본다. 이는 상표심사기준의 상표등록 요건을 참조하여 판단한다.

58) 용어를 만든 경우

59) 상품과 관계없는 용어를 선택하여 상표로 만든 경우

60) 상품의 특성을 간접적으로 암시하는 경우

61) 특허청, 「상표심사기준」, 특허청, 2018, 145면.

2-2) 고유한 식별력이 인정되지 않는 경우(이차적 의미 획득 여부)

상품 형태나 포장 등과 같이 본래적 또는 기능적으로 출처표시 기능을 하는 표지가 아니거나, 보통명칭이나 관용명칭의 상표의 경우에도 수요자들에게 상품 표지의 역할로 이차적 의미가 획득된 경우 식별력을 인정할 수 있다. 본 호의 다른 요건인 주지성 요건은 ‘상품표지로서 국내에 주지된 경우’를 말하므로 주지성 요건 판단에는 이차적 의미 획득을 전제로 하고 있다. 즉, 주지성 요건이 인정되는 경우 이차적 의미도 획득되었다고 볼 것이다. 따라서 실무상 이차적 의미의 획득과 주지성을 엄격히 분리하여 판단할 필요는 없다. 판례의 경우도 주지성과 이차적 의미의 획득 여부와 구분하지 않고 함께 판단하여 실시하고 있다.

2-2-1) 고유한 식별력이 인정되지 않는 문자 포장의 경우

침해 주장자의 표지가 상기 열거한 상표 등록의 소극적 요건인 상표법 제33조 제1 내지 6호에 해당하는 경우 그 표지 자체의 고유한 식별력은 인정되지 않는다.

이 경우 침해주장자는 해당 표지가 피침해자의 독점적 사용 등으로 인하여 수요자들에게 침해자의 상품표지로 인식된다는 것(이차적 의미의 획득)을 입증해야 한다.

상표법과 다른 점은 해당 표지의 보호 여부는 상표의 등록여부와는 무관하며, 상표법의 상표 등록 요건과 달리 보통명사 관용표장의 경우라도 보호대상이 수요자들에게 침해자의 상품표지로 인식된다면 보호대상에 해당한다⁶²⁾⁶³⁾.

2-2-2) 상품 형태, 포장 용기 영업외관 등

일반적으로 상품의 포장 용기 및 디자인 상품의 형태는 상품의 출처를 표시하는 기능을 가진 것이 아니므로 식별력이 인정되기 위해서는 특별한 사정이 존재하여야 한다.

포장용기에 표시되어 있는 문양, 색상 또는 도안 등이 ① 상품에 독특한 개성을 부여하는 수단으로 사용되고, 그것이 ② 장기간 계속적, 독점적, 배타적으로 사용되거나 지속적인 선전광고 등에 의하여 ③ 그 색상, 도안 등이 갖는 차별적 특징이 거래자 또는 수요자에게 특정한 품질을 가지는 특정 출처의 상품임을 연상시킬 정도로 현저하게 개별화되고 우월적 지위를 획득할 정도에 이른

62) 제33조 제2항은 상표가 사용에 의하여 식별력 획득한 경우 식별력을 인정하는데 보통명사, 관용명사의 경우는 2항의 적용 대상에서 제외되어 보통명사, 관용명사로 이루어진 상표는 사용에도 불구하고 식별력이 인정되지 않음

63) 대법원 1996. 5. 31. 선고 96도197 판결

경우 식별력을 인정된다.

상품 형태, 용기, 포장 등에 일부 유사한 구성이 있더라도 그 상품 형태 포장 등에 고유한 식별력이 있는 요소(문자 상표 등)가 함께 표시되어 있어 상품의 출처를 명백히 표시하고 있는 경우 이를 함께 고려하여 보호대상의 인정여부 혹은 혼동가능성을 판단하여야 한다(2001. 2. 23. 선고 98다63674판결, LEGO 사건 등).

다만 위 요건에서 소비자가 상품의 판매주체가 누구인지 구체적으로 특정할 정도에 이를 필요는 없으며, 상품의 용기나 포장이 다른 상품의 용기나 포장과 구별되기 위하여 극단적으로 특수하거나 기발한 것일 필요도 없다.



※ 상품의 용기나 포장, 상품형태의 식별력에 대하여 참고할 판례

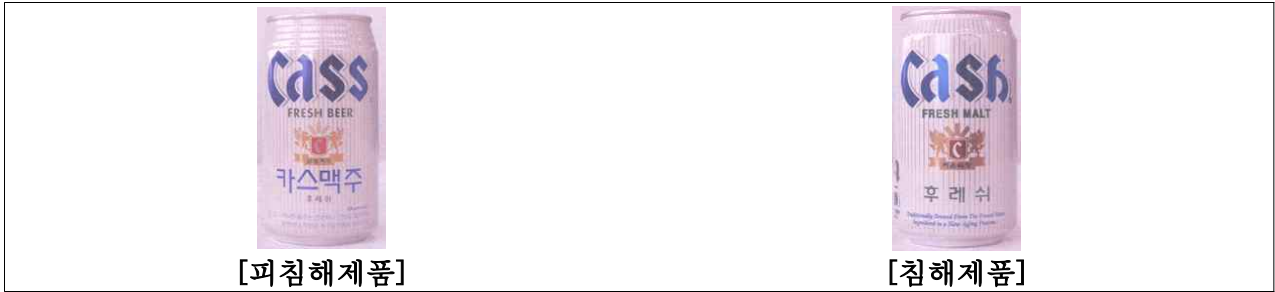
① 상품의 용기나 포장, 상품형태의 식별력을 인정한 판례

- 대법원 1978. 7. 25. 선고 76다847 판결 - 껌포장지 사건

껌 포장지를 전체적으로 비교하여 외관, 호칭, 관념이 유사하므로 본 호에 해당한다고 본 사례. 해당 포장지에는 각각 한글로 된 문자부분 1열이 있고 “JUICY & FRESH CHEWING GUM, LOTTE”로 표기된 것과 ”JUICY FRUIT, CHEWING GUM, HAITAI“라고 달리 표기되어 있으나 전체적으로 과일의 관념이 강조됨과 아울러 문자부분의 호칭, 외관의 유사성이 결들어서 위 껌 포장지의 도안 구성 전체의 결합이 주는 외관, 호칭 및 관념과 시각적 심미감이 신청인 회사의 그 실시와 같은 껌 포장지와 유사성이 인정된다고 본 사례.

- 대법원 2004. 11. 11. 선고 2002다18152 - Cass 맥주 사건

카스 맥주의 용기의 전면(前面)에는  상표를 포함하여 문자, 도형, 색채, 바탕 무늬 등이 함께 표시되어 있고 피고가 이 사건 음료를 이 사건 캡스용기에 담아 판매할 당시인 1999. 6.경 이 사건 카스용기의 전면에서 중심적 식별력을 갖는  상표를 포함한 문자, 도형, 색채 등 여러 요소가 결합한 전체적 외양은 일체성을 이루며 국내의 일반 수요자들에게 특정 출처의 상품임을 연상시킬 정도로 개별화되기에 이르러 자타 상품의 식별기능을 가지게 되었다고 인정한 사례.

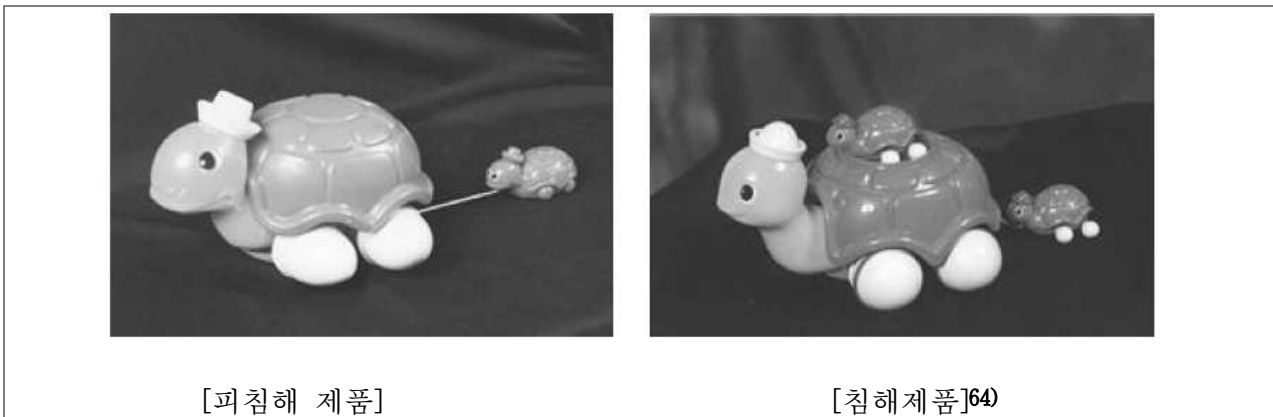


[피침해제품]

[침해제품]

- 대법원 2003. 11. 27. 선고 2001다83890판결 - 노래하는 거북이

① 테를 위로 접어 올린 형태의 둥그란 모자를 쓰고 있으면서 배 부분과 직각을 이루는 머리 부분, ② 다소 커다랗게 형성한 눈과 약간 튀어나온 상태로 다물고 있는 입 부분, ③ 둥그런 형태의 바퀴 4개를 외부로 돌출하여 형성한 다리 부분, ④ 다각형을 방사상으로 배치하여 등 무늬를 표현하면서 바퀴가 있는 쪽을 바퀴의 형태에 맞추어 곡선으로 처리한 등딱지 부분 등이 조합되어 큰 거북의 형태를 이루고 있고, 그와 닮은꼴로 작은 거북의 형태가 구성되어 있는 점은 국내에서 유통되는 완구 상품에 통상 있는 형태라거나 그 완구의 성질 내지 기능에서 유래하는 필연적인 형태라고 볼 수 없어, 결국 이 사건 완구의 형태에는 다른 완구 제품과 구별되는 특이성이 있다고 본 사례.



[피침해 제품]

[침해제품]64)

- 대법원 2002. 2. 8. 선고 2000다67839 판결 - 포모나 도자기 세트

‘포모나’ 도자기 그릇 세트에 새겨진 과일모양은 모양, 색채, 위치 및 배열에서 다른 업체의 문양과 차별성이 인정되고 국내에서 10년간 판매실적이 100억 원 상당인 등 관련 수요자와 거래자에게 널리 알려져 있어 그 도자기그릇 세트의 출처를 표시하는 표지에 해당한다고 인정한 사례.

64) 최진원, “디자인의 보호와 부정경쟁방지법”, 차세대콘텐츠재산학회, 디자인과 법, 121면에서 인용



- 서울고등법원 2013. 6. 13 선고 2012나97538 판결 - ‘거래자 또는 일반수요자의 인식’에 대한 판단 부분

“원고는 2002년 무렵부터 약 10년간 각종 잡지 등을 통해 원고 제품을 대대적으로 광고해오고 있고, 2004년 이래 각종 언론매체 등에서 원고 제품에 대한 소개 및 급격한 매출 신장에 관한 보도가 계속되었을 뿐 아니라, 인터넷 포털사이트 및 인터넷쇼핑몰에서 원고 상호인 ‘○○’으로 검색하면 원고 제품이 대다수 검색 결과를 차지하고 있는 등 일반 수요자와 거래자 사이에서 원고 제품 형태의 가방은 통상 ‘○○ 스타일’ 또는 ‘le pliage style’로 불리면서 판매되고 있다.

원고 제품에 표시된 원고의 상표는 원고 제품의 가죽 덮개에 압인 형식으로 표기되어 있거나 작은 스냅 단추에 표시되어 있어 외관상 쉽게 알아보기 어려운 형태이다. 그럼에도 원고가 2013. 3.경 한국 갤럽을 통해 수도권 거주 19세 이상 39세 이하 여성들을 상대로 시행한 설문조사 결과에 따르면, 전체 조사대상자 중 90.3%는 상표를 가린 원고 제품의 형태를 특정 ‘브랜드’의 제품으로 인식하고 있었고, 조사대상자의 55%는 이를 원고의 제품으로 알고 있다고 응답하였다.”

② 부정한 판례

- 2001. 2. 23. 선고 98다63674판결 - LEGO 판결

조립식 블록완구 포장 상자와 관련하여 일부 포장용기의 형태 구조에 일부 유사성이 있으나 이들이 특정출처의 상품임을 연상시킬 정도로 개별화된 차별적 특징에 해당한다고 단정하기 어렵고, 신청인의 포장용기에 표시된 “LEGO“, “LEGO LAND“, “LEGOLAND“ 등의 문자 부분이 식별력 있는 요소로 피신청인들 측 포장용기에는 피신청인들의 상호인 “OXFORD“라는 글씨가 표시되어 상품의 출처를 명백히 나타내고 있는 사정에 비추어 본 호의 적용을 부정한 사례.

- 대법원 2007. 7. 13. 선고 2006도1157 판결

종이리필 방향제의 형태는 국내외에 제조·판매되는 종이리필 방향제의 기본적인 형태와 동일하고, 비록 걸봉투 속에 특별한 형태와 재질의 속봉투가 있기는 하나 이는 밖에서 잘 보이지 아니하므로 그것으로 인하여 센트클럽의 종이리필 방향제가 다른 보통의 종이봉투형 방향제와 뚜렷이 구별되는 형태상의 특징이 있다고 보기는 어렵고, 일반수요자들이 이 사건 종이리필 방향제를 선택한

이유도 그 제품의 디자인보다는 품질의 우수함에 있었던 것으로 보이며, 센트클럽의 종이리필 방향제 제품 표면(겉봉투)에 상품의 출처를 표시하는 “SCENT CLUB” 이란 표지가 별도로 뚜렷이 표시되어 있어 일반수요자나 거래자들은 대체로 “SCENT CLUB” 이란 문자 부분에 의해 출처를 인식한다고 보아야 하므로 방향제의 형태의 표지성을 부정한 사례.

2-2-3) 영업의 표지의 경우

표지와 영업주체가 강한 이미지 내지 독특한 특징으로 결합되고, 일반수요자로 하여금 일견하여 해당 영업표지를 특정 영업주체의 표지로 인식할 수 있게 할 정도의 식별력을 갖추고 있고, 나아가 어떤 영업표지가 장기간에 걸쳐 특정 영업주체의 표지로 계속적·배타적으로 사용되어 그 표지가 가지는 차별적 특징이 일반수요자에게 특정 영업주체임을 인식시킬 정도로 현저하게 개별화된 정도에 이른 것을 말한다(서울고등법원 2008. 6. 19 선고 2008노108 판결 - 이미테이션 가수 사건).

소비자로 하여금 영업의 주체가 구체적으로 누구인지 특정할 수 없다 하더라도 수요자에게 영업의 차별적 특징을 표상함으로써 특정인의 영업임을 연상시킬 정도로 현저하게 개별화된 경우 그 표지는 타인의 영업임을 표시한 표지에 해당한다(2015. 1. 29. 선고 2012다13507 판결 - 뮤지컬 컷츠 사건).

2-2-4) 캐릭터, 도메인 이름 등의 경우 고려해야 할 점

본 호의 보호대상이 되기 위해서는 당해 표지가 특정인인 상품이나 영업에 대하여 소비자로 하여금 출처를 표시하는 표지로의 기능을 하여야 한다. 따라서 캐릭터, 도메인 등이 그 자체가 유명하더라도 그 것에 그쳐서는 안되며 특정 상품판매 및 영업에 캐릭터나 도메인을 사용하여 수요자로 하여금 캐릭터 등이 특정출처의 상품이나 영업임을 표시하기 이른 것이어야 한다(대법원 1996. 9. 6 선고 96도139 판결 등).

※ 캐릭터와 관련된 판례

① 상품 혹은 영업 표지성을 인정한 판례

- 2001. 4. 10. 선고 2000다4487 판결 - 헬로우키티 사건

① 20년 전인 1980년부터 캐릭터 사용 라이선스를 부여하는 등 캐릭터를 부착한 상품화 사업을 시

작하였고, 전문상점이 50여개에 이르렀으며 라이선시는 제품 카타로그나 대리점 모집 광고를 통하여 이 사건 캐릭터를 국내 수요자들에게 널리 선전하였다는 점 ② 원고로부터 라이선스를 설정받은 회사들의 상품목은 계속 확대되어 1994년 관련상품이 161개품목에 이르고 제품 매출도 1997년 8억 2천만엔으로 꾸준히 증가추세에 있는 점, ③ 원고는 이 사건 캐릭터가 표현된 17개의 상표권을 가지고 있는 점을 고려하여 이 사건 캐릭터가 주지의 상품표지 및 영업표지에 해당한다고 본 사례

② 상품 혹은 영업표지성을 부정한 판례⁶⁵⁾

- 대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다20044 판결 - 겨울연가, 대장금, 주몽 사건

“원심이 드라마 ‘겨울연가’, ‘황진이’, ‘대장금’, ‘주몽’(이하 ‘이 사건 각 드라마’라고 한다)의 캐릭터가 그 상품화 사업에 대한 지속적인 선전, 광고 및 품질관리 등으로 이를 상품화할 수 있는 권리를 가진 자 또는 그 캐릭터에 관한 상품화 사업을 영위하는 집단의 상품표지로서 국내 수요자들에게 널리 인식되어 있다고 보기 어렵고, 또한 이 사건 각 드라마의 의상, 소품, 배경 등을 상품화한 원고들 상품의 형태도 그 상품형태가 갖는 차별적 특징이 거래자 또는 일반수요자에게 특정 출처의 상품임을 연상시킬 정도로 현저하게 개별화된 정도에 이르렀다고 보기 어렵다고 하는 이유로, 피고 데카리오의 원심판시 피고 제품의 판매행위가 부정경쟁방지법 제2조 제1호(가)목에 해당하지 않는다는 취지로 판단한 것은 정당하고, 거기에 각 상고이유의 주장과 같은 법리오해 등의 위법이 없다.”

2-2-5) 영업외관

제3절 영업외관 사칭 및 희석화 행위에서 후술한다.

2-3) 식별력 판단을 위해 조사시 확인 사항

식별력에 대한 판단은 표지의 내용 및 표지의 사용 실태, 소비자에게 인식된 정도 등에 대하여 근거로 객관적 증거를 통해 확인하고 판단해야 한다.

- 상품 및 영업에 사용된 표지
- 그 표지의 특성상 고유한 식별력이 인정되는지 여부
- 표지가 상품 판매 및 영업의 주체와 결합되는지 여부

65) 위 1997.4. 22. 선고 96도1727 판결(통과 제리), 2005. 4. 29. 선고 2005도70 판결(탑블레이드), 2006. 12. 22. 선고 2005도4002 판결(햄토리) 등

- 피침해자의 영업표지가 장기간 계속적, 독점적, 배타적으로 사용되어 왔는지 여부
- 표지를 보고 일반수요자에게 특정 영업주체임을 인식시킬 정도로 개별화되었는지 여부

2-4) 신고인으로부터 수집할 수 있는 증거

- 상품 및 영업에 사용한 실제 표지
- 당해 표지를 상당기간 계속 사용한 사실에 대한 자료
- 표지를 독점배타적으로 사용하고 있다는 자료
- 해당 상품의 생산·제조·가공·증명·판매량, 매출액
- 상품 및 영업의 시장점유율
- 표지의 사용의 방법·횟수 및 내용
- 광고선전의 방법·횟수·내용·기간
- 객관적인 소비자 인지도 조사결과(설문조사 등)
- 기타 상품품질이나 명성을 입증할 수 있는 자료

3) 국내에 널리 알려진 - 주지성

3-1) 특정인의 상품 또는 영업에 대해 자타구별기능과 출처표시기능을 하는 표지로 제품의 수요자나 거래자 사이에서 특정인의 상품이나 영업으로 널리 인식된 것을 말한다.

국내 전역에 걸쳐 모든 사람에게 주지되어있음을 필요로 하는 것이 아니고, 국내의 일정한 지역 범위 안에서 거래자 또는 수요자들 사이에 알려진 정도로서 충분하며 판례는 주지성 요건의 충족 여부를 그 표지의 사용기간, 방법, 태양, 사용량, 거래범위 등과 상품거래의 실정 및 사회 통념상 객관적으로 널리 알려졌는지를 기준으로 하여 판단하고 있다(대법원 2012. 5. 9 선고 2010도6187 판결).

3-2) 주지성 판단사례

IX.절 부정경쟁방지법 상의 주지·저명성 판단기준 비교에서 후술

3-3) 조사시 수집할 수 있는 자료(법원이 주지성의 판단의 근거로 삼은 자료들)

- 상품의 판매 및 영업을 시작한 때(또는 개발이 완료된 때)

- 수상실적
- 현재 상품 및 영업의 유통 경로 및 규모
- 상품 및 영업과 관련된 행사
- 매출액(판매 수량) 및 추이
- 광고비 혹은 홍보비 지출
- 언론 노출 사례
- 시장 점유율
- 소비자 인지도 조사(설문조사)
- 외국 또는 국내 유명성 인정여부
- 외국의 상표등록여부

4) 동일 혹은 유사여부

4-1) 상품표지의 유사 여부는, 동종의 상품에 사용되는 두 개의 상품표지를 외관, 호칭, 관념 등의 점에서 전체적·객관적·이격적으로 관찰하되, 구체적인 거래실정상 일반 수요자나 거래자가 상품표지에 대하여 느끼는 인식을 기준으로 그 상품의 출처에 대한 오인·혼동의 우려가 있는지를 살펴 판단하여야 한다.

4-2) 유사여부 판단방법

4-2-1) 전체관찰의 원칙

표지의 유사여부를 판단하는 관찰방법은 전체적으로 관찰한 다음 이루어지는 것이 원칙이며 구성요소의 특별한 부분만을 추출 비교하여 일부가 유사한 부분이 있다 하더라도 그 부분만이 분리인식될 가능성이 희박하거나 전체적으로 관찰할 때 명확히 출처의 혼동을 피할 수 있는 경우에는 유사하다고 볼 수 없다(대법원 2006. 8. 25. 선고 2005후2908 판결 등).

4-2-2) 요부관찰 및 분리 관찰

유사성 판단은 전체관찰이 원칙임에도 전체 중에 핵심적으로 식별력을 가진 부분이 있는 경우 요부를 추출(요부관찰)하거나 여러 개의 구성요소가 결합되어 있는 경우 이들을 분리하여 관찰하여 전체관찰의 적절한 결론을 유도하는 수단으로 활용할 수 있다.⁶⁶⁾

66) 1999. 7. 23. 선고 98후2382 판결

4-2-3) 이격적 직관적 관찰

양 표지를 때와 장소를 달리하여 관찰자가 표지를 관찰하여 얻는 직관적인 인식을 통해 양 표지를 헷갈려하는지 여부를 판단해야 한다⁶⁷⁾. 일반적으로 소비자는 유사한 표지가 사용된 상품 또는 영업을 같은 장소에 두고 비교한 후 구매를 결정하는 것이 아니라 서로 다른 장소에서 표지를 보고 얻는 직관적 인식을 통해 상품 및 영업을 구분한다. 이러한 거래 실정과 소비자의 오인 및 혼동을 유발하는 표지의 사용을 규제하는 본 호의 취지를 고려하여 이격적 직관적 관찰을 통해 유사성을 판단하는 것이다⁶⁸⁾.

4-3) 판단 기준

4-3-1) 외관 유사

두 개의 상표의 문자, 기호, 도형, 입체적 형상, 색채 등의 외관상 형상을 시각에 호소하여 관찰한 결과 서로 혼동하기 쉬운 것을 말한다⁶⁹⁾.

4-3-2) 호칭 유사

호칭 유사란 표지에 대하여 청각적 요인에 따라 판단하였을 때 서로 혼동하기 쉬운 것을 말한다. 문자표지의 경우 보통 소리나는 대로 호칭이 결정되며 영어 알파벳으로 표기된 문자표지는 원칙적으로 영어식으로 발음 되는 것을 호칭이라고 보아야 할 것이다. 다만 영어 외에 발음이 업거나 소비자들에게 널리 통용되는 경우 예외로 볼 수 있으며 이는 표지의 수요자, 거래자들의 기준에서 판단해야 할 것이다⁷⁰⁾.

4-3-3) 관념 유사

관념 유사란 표지의 의미가 비슷하여 대비된 표지를 용이하게 같은 것으로 직감하는 경우를 말한다⁷¹⁾. 유사한 관념이란 표지의 의미와 내용을 수요자가 표지를 보고 직관적으로 깨달을 수 있는 정도여야 한다⁷²⁾.

예를들면, 도형 표지의 경우 도형이 일반 사람에게 이해되는 바에 따라 관념이 정해지며 다이어

67) 대표편집, 앞의 책 566면.

68) 최정열 외 1, 앞의 책 81면.

69) 최정열 외 1, 앞의 책 82면.

70) 위 87면.

71) 정상조 대표편집, 앞의 책 564면.

72) 최정열 외 1, 앞의 책 95면.

몬드가 3개 그려진 도형상표는 3개의 다이아몬드라는 관념이 도출되므로 “Three Diamonds“라는 상표와 관념이 유사하다고 볼 것이다⁷³⁾.

5) 사용


사용행위는 상품이나 영업표지를 직접 사용하거나 상품표지의 경우 그 상품표지를 사용하는 상품의 판매·반포 또는 수입·수출하는 행위를 말하며 상품표지를 매체로 하여 상품의 출처에 대해 혼동을 일으키는 사용행위는 그 방법 형태 등을 묻지 않는다⁷⁴⁾.

6) 혼동가능성

6-1) 판단기준

혼동은 반드시 현실로 혼동을 초래할 것까지 요하지 않으며 혼동초래행위는 혼동을 생기게 할 우려가 있는 행위를 포함한다(대법원 1978. 7. 25. 선고 76다847판결). 판례는 혼동가능성 여부에 대하여 표지의 주지성, 식별력의 정도, 표지의 유사정도, 영업실태, 고객층의 중복 등으로 인한 경업·경합관계의 존부, 모방자의 악의(사용의도) 유무 등을 종합하여 판단하고 있다(대법원 2001. 4. 10. 선고 98도2250사건 등).

<서울중앙지방법원 2012. 7. 23 자 2012카합996 결정>

① 이 사건 제호(대중가요 제목 ‘내가 제일 잘 나가’)는 국내 가요시장의 수요자 또는 거래자들 사이에 알려진 지 1년 정도밖에 되지 않았고 일반인이 일상생활에서 흔히 사용하는 문구이므로 그 식별력이 강하다고 보기는 어려운 점, ② 피신청인이 사용하고 있는 이 사건 표지 는 이 사건 제호에다가 ‘사끼 짬뽕’ 부분을 결합한 것이기는 하지만 이 사건 라면 고유의 상품표지인 ‘나가사끼 짬뽕’을 포함하고 있기도 하므로 이 사건 제호와 이 사건 표지를 전체적, 이격적으로 관찰하였을 때 서로 유사하다고 단정하기 어려운 점, ③ 신청인은 대중가요 작사, 작곡가이고 이 사건 제호는 대중가요에 사용된 표지인 반면에, 피신청인은 식품판매회사이고 이 사건 표지는 라면 광고에 사용되고 있으므로, 신청인의 상품(대중가요)과 피신청인의 상품(라면)이 서로 유사하다거나 고객층이 중복된다고 보기 어려운 점 등을 종합하면, 비록 피신청인이 이 사건 표지를 사용함에 있어 이 사건 가요의 인기를 이용하려는 의도가 어느 정도 엿보인다 하더라도 그것만으로 일반 소비자들로 하여금 신청인의 상품과 피신청인의 상품 사이에 혼동을 일으키게 할 우려가 있다고 보기는 어렵다.

73) 1979. 11. 27. 선고 79후52 사건

74) 사법연수원, 앞의 책 45면.

6-2) 영업주체의 혼동

영업표지의 경우 해당표지가 영업을 표시하는 표지로 사용되는 것이 인정되고 타인의 영업 주체에 대한 혼동을 유발하는 것이어야 한다.

예를 들면 영상물 또는 공연의 제목은 원칙적으로 영상물 또는 공연을 특정하기 위한 것으로 영상물을 제작, 방영하거나 배급사업을 영위하는 영업주체를 식별하는 표지로서 인식되는 것은 아니므로 특정한 방송영상물이 인기를 얻어 그 제목이 시청자들 사이에 널리 알려지게 되었고 그에 따라 그 해당 제목으로 특정된 저작물인 영상물의 존재가 널리 인식되었다고 평가할 수 있다고 하더라도 영업주체가 널리 인식되었거나 저명하게 되었다고 평가할 수는 없다(서울고등법원 2014. 7. 3 선고 2013나54972 판결 등).

① 영업주체의 혼동행위를 인정한 판례

- 대법원 1997. 12. 12. 선고 96도2650 판결 - 부동산 뱅크

부동산 관련 정보를 제공하는 ‘주간 부동산뱅크’의 제호를 부동산 소개업소의 상호로 사용하여 ‘부동산뱅크 공인중개사’라고 표기하고 ‘체인지정점’이라고 부기한 것이 영업주체 혼동행위라고 본 사례.

② 영업주체의 혼동행위를 부정한 판례

- 서울고등법원 2014. 7. 3 선고 2013나54972 판결 - ‘ 짹 ’ 사건

원고는 지상파방송사업을 하는 회사로서 영업을 표시하는 표지로서 ‘에스비에스’ 또는 ‘SBS’를 사용하고 있고, 원고 영상물의 제목인 ‘짹’은 결혼 적령기의 일반 남녀들이 애정촌이라는 공간에 모여 짹을 찾는 과정을 보여주는 영상물의 내용을 함축적으로 표현하고 그 방송영상물을 특정하는 것으로 그 자체로 상품과 그 출처 또는 영상물을 방송하는 사업을 영위하는 영업주체를 식별하는 표지로서 인식되는 것은 아니므로 특정한 방송영상물이 인기를 얻어 그 제목이 시청자들 사이에 널리 알려지게 되었다고 하더라도 그에 따라 그 제목으로 특정된 방송영상물의 존재가 널리 인식되었다고 평가할 수 있으나, 특정한 상품이나 영업주체가 널리 인식되었다거나 저명하게 되었다고 평가할 수는 없다고 본 사례.

4. 조사 절차별 유의 사항 및 확인 사항 정리

1) 신고서 작성 사항 및 신고서에 첨부하여 제출 요청할 자료 예시

<p>가. 침해받은 상품 제작자 또는 영업자</p> <p>① 성명(상호)</p> <p>② 전화번호/이메일</p> <p>나. 침해 받은 성명, 상호, 포장 및 상표, 제품 형태 등의 상표권 혹은 디자인권 등록여부</p> <p>다. 침해요지(피신고인의 행위)</p> <p>라. 피신고인의 부정경쟁행위에 대한 명확하게 확인가능 한 구체적, 객관적인 증거 서류</p> <p>마. 신고인의 영업규모, 매출액 등</p> <p>바. 신고인의 사용하는 표지의 주지성 또는 저명성을 입증할 자료</p> <p>(예시 : 상품의 판매 및 영업을 시작 시점, 수상실적, 현재 상품 및 영업의 유통 경로 및 규모, 상품 및 영업과 관련된 행사, 매출액(판매 수량) 및 추이, 광고비 혹은 홍보비 지출, 언론 노출 사례, 시장 점유율, 소비자 인지도 조사(설문조사), 외국 또는 국내 유명성 인정여부, 외국의 상표등록 여부)</p>

2) 피신고인에게 작성 또는 제출을 요청할 사항 예시

<p>가. 피신고인의 인적사항(연락 가능한 연락처)</p> <p>나. 피신고인이 사용하는 성명, 상호, 포장 및 상표 등의 등록여부</p> <p>다. 피신고인이 표지를 최초로 사용한 시기 및 관련 자료</p> <p>라. 침해 주장(피신고인의 행위)에 대한 의견 및 관련자료</p> <p>마. 표지의 주지성에 대한 의견 및 관련자료</p> <p>바. 오인혼동의도에 대한 의견 및 관련자료</p>

3) 조사시 유의사항 및 확인사항

<p>예비조사</p>	<ul style="list-style-type: none"> · 신고서 및 첨부서류에 기재되어 있는 증거자료 제출여부 확인 · 피신고인의 상황이 종결처리나 조사 중지 등에 해당하는지 확인 · 중복조사 여부 확인 · 피신고인이 제품을 판매·반포 또는 수입·수출하였는지 여부 · 신고인이 사용하는 표지가 출처표시기능을 하는지 검토(표지의 내용이 유명한 것임에 그치지 않고 출처표시기능을 하는지를 판단해야 함) · 신고인이 제출한 자료를 바탕으로 주지성 인정 여부에 대한 기초자료의 검토(일반적 수준에서 확인)
--------------------	---

	<ul style="list-style-type: none"> · 전체관찰 및 이격적 관찰을 통해 동일 유사 여부에 대한 판단(일반적 수준에서 직관적으로 확인)
<p style="text-align: center;">본 조사</p>	<ul style="list-style-type: none"> · 예비조사 후 사건화 결정 · 신고인/피신고인에게 추가자료 요청 및 확인 <ul style="list-style-type: none"> - 임의로 제출받은 제품의 현황·목록 등에 관한 사항을 기록하고 이를 보관 · 주지성 판단 및 혼동가능성 판단을 위한 시장조사 및 제출자료 확인 <ul style="list-style-type: none"> - 상품의 판매 및 영업의 시작 시점, 수상실적, 현재 상품 및 영업의 유통 경로 및 규모, 상품 및 영업과 관련된 행사, 매출액(판매 수량) 및 추이, 광고비 혹은 홍보비 지출, 언론 노출 사례, 시장 점유율, 소비자 인지도 조사(설문조사), 외국 또는 국내 유명성 인정여부, 외국 의 상표등록 여부 등 - 주지성 여부 및 혼동가능성 판단을 위해 설문조사 등 자료 보강 - 신고인의 표지가 주지성을 획득하기 전부터 피신고인이 표지를 사용하고 있더라도 침해가 성립되는 것에는 문제가 없음 · 동일유사 여부에 대한 종합적 판단 <ul style="list-style-type: none"> - 전체관찰과 이격적으로 관찰하여 수요자나 거래자가 느끼는 인식을 기준으로 판단 · 혼동가능성에 대한 종합적 판단 <ul style="list-style-type: none"> - 영업 실태 및 고객층에 대한 자료 확보 - 오인 혼동 의도를 엿볼 수 있는 간접증거들 확보 · 신고인/피신고인 사건 진술서 작성 · 판단 및 결정(결과통지 및 조사결과보고서 작성)
<p style="text-align: center;">피신고인 진술서 작성</p>	<ul style="list-style-type: none"> · 인적사항 · 표지를 최초로 사용한 시기 및 관련 자료 · 표지의 주지성에 대한 의견 · 혼동가능성에 대한 의견 <ul style="list-style-type: none"> - 표지의 사용 경위 - 오인 혼동 의도

<p style="text-align: center;">현장방문 시</p>	<ul style="list-style-type: none"> · 영업시설 또는 제조시설에 출입하여 조사할 때에는 관계인에게 조사 · 현장조사 시 공무원의 권한을 표시하는 증표를 제시해야 함 · 제품 수거 시 조사에 필요한 최소분량을 수거할 것 · 수거한 제품은 봉인할 것 · 제품 수거증을 교부하고 제품의 현황·목록 등에 관한 사항을 기록하여 이를 보관 · 조사확인서를 작성하고 방문기관의 대표자 또는 종업원에게 이를 확인하도록 한 후, 확인자란에 서명 또는 날인하게 하여야 함. 날인을 받을 수 없는 경우 그 사유를 명확히 기록해야 함
--	---

II. 주지·저명상표의 희석행위

법 제2조(정의) 제1호

다. 가목 또는 나목의 혼동하게 하는 행위 외에 비상업적 사용 등 대통령령으로 정하는 정당한 사유 없이 국내에 널리 인식된 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

시행령 제1조의2(정당한 사유) 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」(이하 "법"이라 한다) 제2조제1호다목에서 "비상업적 사용 등 대통령령으로 정하는 정당한 사유"란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.

1. 비상업적으로 사용하는 경우
2. 뉴스보도 및 뉴스논평에 사용하는 경우
3. 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장, 그 밖에 타인의 상품 또는 영업임을 표시한 표지(이하 "표지"라 한다)가 국내에 널리 인식되기 전에 그 표지와 동일하거나 유사한 표지를 사용해온 자(그 승계인을 포함한다)가 이를 부정한 목적 없이 사용하는 경우
4. 그 밖에 해당 표지의 사용이 공정한 상거래 관행에 어긋나지 아니한다고 인정되는 경우

1. 제도의 의의 및 취지

- 저명 상표 희석행위는 혼동초래행위와 달리 소비자의 혼동가능성이 없음에도 저명한 상표의 식별력 또는 고객흡인력 광고 선전력 등 신용을 약화시키는 희석화(dilution)를 규제하기 위한 규정이다⁷⁵⁾. 미국의 입법례에서 기원하며, 우리 부정경쟁방지법에는 2001년에 도입되었다.
- 저명상표의 희석화 행위의 유형은 아래⁷⁶⁾와 같이 Dilution by Blurring와 Dilution by Tarnishing의 2가지 유형으로 나뉘며 (다) 목은 이들을 각각 규제하는 것으로 해석된다⁷⁷⁾.
 - Dilution by Blurring : 저명한 표지를 그 특정상품과 다른 상품이나 영업에 사용함으로써 저명표지가 가지는 구매력 신용 등을 약화시키는 행위
 - Dilution by Tarnishing : 타인의 주지 표지를 저급한 상품 또는 사회적 비난 가능성이 높은 부정적

75) 위 1, 앞의 책 134면.

76) 사법연수원, 앞의 책 70면.

77) 대법원 2004. 5. 14. 선고 2002다13782 판결

인 이미지의 상품 등에 사용함으로써 소비자들이 갖는 좋은 이미지나 가치에 손상을 주는 행위

○ 미국에서의 희석화(Dilution) 논의

- 희석화라는 개념 논의의 출발점은 미국이다. 희석화는 랜햄법 제43조⁷⁸⁾에 규정되어 있다. 입법이 되기 전에도 희석화는 부정경쟁행위의 한 유형으로 판례상 인정되어 왔다. 1927년에 희석화라는 개념이 처음으로 미국법에서 태어났다고 한다.⁷⁹⁾ 하지만 본격적으로 법원의 판결 및 입법이 시작된 것은 1940년대이다. 1947년 매사추세츠 주가 반희석화법(anti-dilution act)을 제정한 이후 여러 주들이 입법을 하였다⁸⁰⁾.
- 연방법에 희석화가 도입된 것은 1996년으로 이 해 랜햄법 제43조(c)로 입법되었다. 입법에도 불구하고 희석화에 대해서는 각 법원간의 논란이 있어왔다.⁸¹⁾ 이에 따라 2003년 연방법원은 *Moseley v. Secret Catalogue* 판결⁸²⁾을 통해서 각 주법에 대해서 연방법이 우위에 있으며 연방법은 실질적 희석화(actual dilution)를 증명함에 있어서는 높은 증명책임을 요구한다고 판시하였다.

78) (c) Dilution by Blurring; Dilution by Tarnishment.--

(1) Injunctive relief.--Subject to the principles of equity, the owner of a famous mark that is distinctive, inherently or through acquired distinctiveness, shall be entitled to an injunction against another person who, at any time after the owner's mark has become famous, commences use of a mark or trade name in commerce that is likely to cause dilution by blurring or dilution by tarnishment of the famous mark, regardless of the presence or absence of actual or likely confusion, of competition, or of actual economic injury.

(2) Definitions.--(A) For purposes of paragraph (1), a mark is famous if it is widely recognized by the general consuming public of the United States as a designation of source of the goods or services of the mark's owner. In determining whether a mark possesses the requisite degree of recognition, the court may consider all relevant factors, including the following:

(i) The duration, extent, and geographic reach of advertising and publicity of the mark, whether advertised or publicized by the owner or third parties.

(ii) The amount, volume, and geographic extent of sales of goods or services offered under the mark.

(iii) The extent of actual recognition of the mark.

(iv) Whether the mark was registered under the Act of March 3, 1881, or the Act of February 20, 1905, or on the principal register.

(B) For purposes of paragraph (1), 'dilution by blurring' is association arising from the similarity between a mark or trade name and a famous mark that impairs the distinctiveness of the famous mark. In determining whether a mark or trade name is likely to cause dilution by blurring, the court may consider all relevant factors, including the following:

(i) The degree of similarity between the mark or trade name and the famous mark.

(ii) The degree of inherent or acquired distinctiveness of the famous mark.

(iii) The extent to which the owner of the famous mark is engaging in substantially exclusive use of the mark.

(iv) The degree of recognition of the famous mark.

(v) Whether the user of the mark or trade name intended to create an association with the famous mark.

(vi) Any actual association between the mark or trade name and the famous mark.

(C) For purposes of paragraph (1), 'dilution by tarnishment' is association arising from the similarity between a mark or trade name and a famous mark that harms the reputation of the famous mark.

79) Jane Ginsburg, Jessica Litman, Mark Kevlin, Trademark and Unfair Competition Law, Cases and Materials, Sixth ed. Carolina Academic Press, 2017 p617.

80) 주가 코네티컷, 조지아, 일리노이, 뉴욕 등임.

81) Jane Ginsburg et al, p. 702.

82) 537 U.S. 418 (2003).

- 일본 부정경쟁방지법에서도 본 호와 유사한 저명표시의 모용행위를 부정경쟁행위로 규정하고 있다. 법의 취지에 대해 저명상표 소유자가 다대한 자금과 노력을 투하하여 획득한 상품과 상품의 연동성에 있어서 유일성을 유지하기 위한 정당한 이익이 있으므로 그 유일성을 유지할 수 있도록 하기 위하여 타인의 침해를 배제할 수 있도록 하는 것을 목적으로 하는 조문이라고 설명하고 있다⁸³⁾.

2. 요건 해설 및 판단 기준

1) 표지의 저명성

1-1) ‘국내 널리 인식된’의 해석

가목과 나목의 주지성은 “당해 상품에 관한 수요자나 거래자들 사이에 특정인의 상품 등 표지로서 널리 알려진 것”을 의미한다. 반면 (다)목의 저명성은 당해 상품이나 영업의 수요자나 거래자뿐만 아니라 일반 소비자들의 압도적 다수에까지 당해 상품 등 표지가 특정인의 상품 등 표지로서 널리 알려지게 되었을 뿐 아니라 그 표지에 일정 이상의 신용·명성·평판이 확립(양질감이 화체)된 것을 말한다⁸⁴⁾.

1-2) 판례의 견해

대법원 역시 “제2조 제1호 (다)목의 입법 취지와 그 입법 과정에 비추어 볼 때, 위 규정에서 사용하고 있는 ‘국내에 널리 인식된’이라는 용어는 국내 전역 또는 일정한 지역 범위 안에서 거래자 또는 수요자들 사이에 알려지게 된 ‘주지의 정도’를 넘어 관계 거래자 이외에 일반 공중의 대부분에까지 널리 알려지게 된 이른바 ‘저명의 정도’에 이른 것을 의미하는 것으로 해석함이 상당하다”고 판시하고 있다.

<대법원 2006. 1. 26 선고 2004도651 판결 >

부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 ‘부정경쟁방지법’이라 한다) 제2조 제1호 (다)목의 입법 취지와 그 입법 과정에 비추어 볼 때, 위 규정에서 사용하고 있는 ‘국내에 널리 인식된’이라는 용어는 국내 전역 또는 일정한 지역 범위 안에서 거래자 또는 수요자들 사이에 알려지게 된 ‘주지의 정도’를 넘어 관계 거래자 이외에 일반 공중의 대부분에까지

83) , 松村信夫, 앞의 책 227면.

84) 최정열 외 1, 앞의 책, 136면.

널리 알려지게 된 이른바 ‘저명의 정도’에 이른 것을 의미하는 것으로 해석함이 상당하며(대법원 2004. 5. 14. 선고 2002다13782 판결 참조), 여기서 국내에 널리 인식되었는지 여부는 그 사용기간·방법·태양·사용량·영업범위 등과 그 영업의 실적 및 사회통념상 객관적으로 널리 알려졌느냐의 여부 등이 기준이 된다 할 것

1-3) 일본에서의 저명성 요건에 대한 논의

일본에서는 저명성이란 엄격하게 해석되어야 할 요건으로 이해되고 있으며, 표시의 저명성에 대해 일본국내에 있어서 전국적인 저명성이라고 보아야 할 것인지의 견해대립이 있다. 이 점에 대해서는 전국적인 저명성이 있어야 한다고 보는 견해가 일본 경제산업성의 견해이며 유력한 견해이나 지역적 저명성만 있으면 족하다는 견해도 있다⁸⁵⁾.

1호(상품주체등 혼동행위)의 주지성은 전국적으로 알려질 필요가 없이 일부 지방에서만 넓게 인식되는 표시면 된다고 보는 것이 법원의 태도(일본 최고재판소 1959. 5. 20. 판결)이지만, 저명성의 경우에는 그 지명도의 부당이용을 행한 부정경쟁장이법의 적용이 있도록 하기 위해서는 극히 넓은 지역적 범위에서 인식되어야 할 필요가 있다고 보고 있다. 다만 일본 학계의 견해도 저명성에 대하여 지나치게 엄격하게 입증을 요구하는 경우 입법을 한 의의가 없어질 수 있다는 점에 유의하여야 한다고 보고 있다⁸⁶⁾.

실무상 높은 지명도, 독자성, 유일성, 호평성 등을 입증하는 경우에는 표시가 전국적인 표시인 이상 저명성이 인정될 수 있을 것이나, 이 때 전국성은 형식적, 기계적으로 해석할 것이 아니고 개별적이고 예외적인 상황에서는 당해 상품이 지리적으로 전국적인 거래에 해당하는 종류인지 지리적으로 상당히 넓은 지역에서 거래되는 정도로 족할 것인지를 상품의 성격, 거래대상자 등을 고려하여 사회통념상 전국적으로 유명한지로 판단하여야 한다고 본다⁸⁷⁾.

일본 법원에 의해서 저명성이 인정된 사건으로 ‘ELLE’, ‘JAL’, ‘FIFA WORLD CUP’, ‘청산학원’, ‘LOI VITON’, ‘伊勢丹’ 등이 있다⁸⁸⁾.

1-4) 저명성 판단 사례

IX. 장 부정경쟁방지법 상의 주지·저명성 판단기준 비교에서 구체적으로 서술

85) , 松村信夫, 앞의 책, 234면.

86) 위 236면.

87) 위 237면.

88) 위 238면.

1-5) 조사시 수집할 수 있는 자료(법원이 저명성의 판단의 근거로 삼은 자료들)

우리법원이 저명성 판단의 근거로 삼은 자료들은 I-3.-3)에 서술한 상품 및 영업주체 혼동행위의 주지성 판단의 근거자료와 같다.

이와 비교하여, 미국 법원의 경우, 식별력 약화에 의한 희석화(Dilution by blurring)는 설문조사에 의한 증거가 많이 사용되며⁸⁹⁾, 명성훼손에 의한 희석화(Dilution by tarnishment)의 경우에는 반드시 설문조사를 하지 않더라도 이미지 손상이 있는지 여부에 대한 규범적인 판단으로 침해의 증거가 가능하다.

2) 타인의 표장과 동일 유사

원칙적으로는 I-3.의 상품 및 영업주체 혼동행위의 ‘동일 유사’에서 설명한 바와 같으나, 아래의 식별력 약화에 따른 희석화 또는 명성의 손상에 해당하는지에 대한 평가와 함께 종합적인 판단이 이루어져야 할 것이다.

3) 식별력 혹은 명성의 손상

본 호는 규제대상을 식별력 혹은 명성의 ‘손상’ 행위라고 규정하고 있음에도 불구하고 학설과 판례는 본 호의 손상행위의 개념은 영미법에서 말하는 ‘식별력 약화행위(Blurring)’와 ‘상표에 대한 신뢰 손상행위(Tarnishing)’를 모두 포함하는 것으로 이해하고 있다⁹⁰⁾.

3-1) 식별력의 약화에 의한 희석화

식별력의 약화(Blurring)란 저명한 타인의 상표나 영업표지와 상품 및 영업 사이의 직관적 연상작용을 파괴하는 행위를 말한다⁹¹⁾. 구체적으로는 저명한 타인의 상표나 영업표지를 그 저명표지의 주체가 아닌 다양한 주체들에 의해 다양한 상품이나 영업에 사용됨으로써 그 표지 자체의 고유한 식별력이 약화되고 그 결과 저명표지와 저명표지가 나타내는 상품이나 영업의 주체를 연결하는 힘이 약

89) Jane Ginsburg, Jessica Litman, Mark Kevlin, Trademark and Unfair Competition Law, Cases and Materials, Sixth ed. Carolina Academic Press, 2017 p 715. (point of sale) 및 판매후시점(post sale)의 혼동과 관련하여 식별력을 저하시키는 희석화는 설문조사를 통해서 인지도 변화를 보는 방법으로 관찰되고 증명될 수 있다. 한편 우리나라 법원도 판매후 혼동을 인정함으로써 우리도 시점과 관련해서도 미국과 같은 태도를 취하게 되었다. 관련 문헌으로 최승재, “부정경쟁방지법상 혼동가능성의 판단과 구매 후 혼동 법리”, 충북대학교 과학기술과 법 4권 1호, 2013 117-144면 및 최승재, 부정경쟁방지법상 혼동가능성의 판단기준시점, 대법원 2012. 12. 13. 선고 2011도6797판결, KIIP IP Policy Vol 14 국내판례 분석 (2013. 3.) 98-104면.

90) 사법연수원, 앞의 책 71면; 최정열 외, 앞의 책 141면; 대법원 2004. 5. 14. 선고 2002다13782 판결.

91) 송영식 외 6, 앞의 책 407면.

화되는 것을 말한다⁹²⁾.

<서울지방법원 2001가합35469 - 소니뱅크 사건>

피고의 상호이자 상표인 위 'sony'가 상품표지 또는 영업표지로서 국내에 널리 알려져 주지
• 저명한 사실 및 원고가 위 표장과 유사한 이 사건 도메인 이름을 등록한 사실은 앞서 본
바와 같고, 여기에, 피고의 상호 및 상표인 'sony'는 국내뿐만 아니라 외국에서도 저명한 상
품표지 및 영업표지로서 강한 식별력을 가지고 있는 점, 원고가 이 사건 도메인 이름을 그
등록비용을 초과한 비싼 대가로 피고측에게 매도하려고 제의하고, 이에 응하지 아니할 경우
타인에게 위 도메인 이름을 무상으로 양도하는 등 심각한 문제를 야기할 것이라고 피고측
에게 통지한 점, 원고의 이 사건 도메인 이름을 접한 일반인들은 이 사건 도메인 이름에 피
고가 영위하는 네트워크 은행업과 관련된 홈페이지가 개설되어 있을 것이라고 자연스럽게
생각할 수 있는 점 등을 덧붙여 보면, 원고의 이 사건 도메인 이름 등록행위로 인하여 피고
의 상호 및 상표로서 국내에 널리 인식된 'sony'라는 표지가 그 식별력이 손상된다고 보아
야 할 것이다

○ 식별력 약화에 대한 미국의 판례

미국 법원은 Visa와 eVisa가 문제가 된 사건에서 eVisa가 Visa의 식별력을 떨어뜨리는 희석화를 하였
다고 보았다. 이 사건에서 피고회사는 자신들이 사용한 Visa라는 단어는 사전적으로 여행을 할 수 있
는 능력을 연상시키는 것이며 이를 통해서 언어학적으로 보면 영어를 사용하는 국가들 간에는 Visa라
는 단어가 이미 이런 의미를 가지고 있다는 것을 알고 있으며 자신들의 홍보책자는 여권과 유사하게
생겼고, 피고회사는 자신의 서비스를 여행 여권(Travel passport), 언어여권(Language passport), 기술
여권(Technology passport) 등으로 분류하고 있다고 항변하였다. 이에 대해서 법원은 피고의 주장에
의하면 오히려 Visa라는 단어가 의미복수화(multiplication of meanings)가 진행되고 있음을 알 수 있으
며 이런 의미복수화는 대표적인 식별력을 떨어뜨리는 희석화(Dilution by blurring)의 판단기준이 된다고
판단하였다.

미국에서 법원 간의 판단이 갈라진 사건으로 **스타벅스 판결**⁹³⁾이 있다. 이 판결에서 지방법원은 원고
스타벅스(Starbucks)가 피고회사가 사용한 Charbucks Blend라는 표장이 원고회사의 표장의 저명성을
희석하고 있다는 주장을 배척하였다. 그 이유로 지방법원은 주된 표지인 Starbucks와 Charbucks가 서
로 유사성이 그리 높지 않다는 점을 들었다. 그러나 연방제2항소법원은 지방법원의 판단과 달리 두
개의 표장이 유사성이 있고 이럴 경우 소비자로서는 양자의 유사성으로 인해서 두 개의 표장이 연관

92) 위 1, 앞의 책 141면.

93) Starbucks Corp. v. Wolfe's Borough Coffee, Inc., 101 USPQ2d 1212 (S.D.N.Y. 2011).

성(association)을 가지고 있다는 생각을 할 수 있게 되며 이러한 경우에 식별력의 약화(Blurring)가 발생할 수 있다는 점을 지적하면서 이 점에 대해서 다시 살펴보라고 하면서 사건을 지방법원으로 파기 환송하였다.

반면 이 사건에서 원고 스타벅스는 피고회사가 원고회사의 명성을 손상하는 희석화도 하였다고 주장하였으나 이 점에 대해서는 양당사자가 모두 고품질 커피를 추구하는 회사로서 그 점에 있어서는 서로 다르지 않아서 명성훼손에 의한 희석화 주장은 배척되었다.

3-2) 명성의 손상

명성의 손상(Tarnishing)이란 저명 표지를 품질이 조악하거나 저가의 상품에 사용하거나 도덕적으로 부정적인 이미지를 갖는 상품에 사용하여 저명 표지의 광고가치의 구성부분인 긍정적 연상작용(호감 및 신뢰)을 오염시키는 것을 말한다⁹⁴⁾. 예컨대 부정경쟁방지법 다목을 도입한 법률안 검토보고서에는 맥주의 상표로 유명한 ‘OB’를 살충제의 표지로 사용하는 행위 등을 예시로 들고 있다.

<대법원 2004. 5. 14. 선고 2002다13682판결 - 비아그라 사건>

피고들이 이 사건 도메인 이름('viagra.co.kr')으로 개설한 웹사이트에서 생츠킴, 재첩국, 건강보조식품 등을 인터넷상으로 판매하는 행위를 한 것은, 원고들의 저명상표와 유사한 표지를 영업표지로 사용한 것에 해당하고, 이처럼 피고들이 위 상표들을 영업표지로 사용함에 의하여 위 상표들의 상품표지로서의 출처표시기능을 손상하였다고 할 것이며, 원심 또한 피고들이 이 사건 도메인 이름을 사용하여 생츠킴 판매 등의 영업을 한 것을 식별력 손상행위 중의 하나로 들고 있으므로, 피고들의 행위가 위 법률 제2조 제1호 (다)목의 부정경쟁행위에 해당한다고 본 원심은 그 결론에 있어서 정당하고, 거기에 상고이유 제2점에서 주장하는 바와 같은 위법이 없다.

미국법원은 Nordstrom, Inc. v. Nomorerack Retail Group Inc., 2013 U.S. Dist. LEXIS 41810 (W.D. Wash. March 25 2013) 판결에서 원고 백화점의 등록상표인 RACK, NORDSTROM RACK, The RACK이 피고 회사의 No More Rack에 의해서 명성손상이 된 것은 아니라고 보았다. 피고회사는 원고 백화점과 달리 오로지 온라인에서만 판매를 하는 회사로서 회원제로 의류, 액세서리, 향후, 가정용품, 장남감 기타 용품을 판매하는 바, 피고회사가 자신들의 사업에 No More Rack이라는 표장을 사용한 것이 원고 회사의 명성에 훼손을 주는 것으로 볼 수 없다고 판단하였다.

법원은 이 사건에서 회사에 부정적인 명성을 발생시켜서 명성에 손상을 가한 것인지 여부의 판단은 사안에 따라서 개별적으로 판단할 수밖에 없는 것이지 이를 일률적으로 판단할 수 있는 기준은 없다고 하면서, 성적인 행위나 음란물, 불법적인 행동에 연관되도록 하는 경우와 같은 경우가 아닌 이 사

94) 외 6, 앞의 책 407면.

건에서 피고회사의 행위가 원고회사의 표장에 대해서 부정적인 인식(bad light)을 주었다고 보기는 어렵다고 판단하였다.

3-3) 손상행위의 정도

법문의 규정된 ‘손상행위’의 정도에 대하여 현실로 식별력 및 명성의 손상을 초래할 것의 입증을 요하는 것은 아니며 영업주체 혼동행위의 법리와 마찬가지로 손상의 구체적 위험이 있으면 족하다고 볼 것이다⁹⁵⁾.

3-4) 손상행위

침해자의 행위가 저명 표지와 동일하거나 유사한 표지를 상업적으로 사용하거나 위 표지를 사용한 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하는 행위에 해당하여야 한다.

대법원은 저명 상표와 동일한 도메인 이름의 양도에 대한 대가로 금원 등을 요구하는 행위는 표지의 상업적 사용으로 볼 수 없고 식별력이나 명성 손상행위에 해당하지 않아 본 호의 적용대상에 해당하지 않는다고 판단한 바 있다(대법원 2004. 2. 13. 선고 2001다57709 판결).

<대법원 2004. 2. 13. 선고 2001다57709 판결 - 롤스로이스 사건>

부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목의 상품주체 혼동행위에 해당하는 표지의 사용은 ‘상품에 관련된 일체의 사용행위’를, 같은 호 (나)목의 영업주체 혼동행위에 해당하는 표지의 사용은 ‘영업에 관련된 일체의 사용행위’를, 비상업적 사용을 그 적용대상에서 제외하고 있는 같은 호 (다)목의 식별력이나 명성 손상행위에 해당하는 표지의 사용은 ‘상업적 사용’을, 각 의미하는 것으로 해석하여야 할 것이고, 도메인 이름의 양도에 대한 대가로 금원 등을 요구하는 행위는 도메인 이름을 상품 또는 영업임을 표시하는 표지로 사용한 것이라고는 할 수 없어서, 피고 등의 행위가 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목, (나)목의 혼동행위나 같은 호 (다)목 소정의 식별력 또는 명성의 손상행위에 해당하지 아니하므로, 원심 판시에 일부 미흡한 점이 있기는 하지만, 위와 같이 인정·판단한 것은 정당하고, 부정경쟁방지법 제2조 제1호의 사용이 ‘상품이나 영업과 관련 없는 일체의 사용행위’까지도 포함하는 것임을 전제로 하는 상고이유의 제2, 3점의 주장은 이유 없다.

4) 혼동 가능성 요건의 필요 여부

95) , 앞의 책 72면.

- 본 호의 식별력 손상과 명성손상은 혼동가능성에 대한 법리와는 근본적으로 다른 목적에서 출발하며 따라서 본 호는 상품간의 경쟁여부 및 이로 인한 상품이나 영업의 출처에 관한 오인이나 혼동을 요건으로 규정하지 않고 있다.

5) 적용 제외(정당한 사유)

- 시행령 제1조의2 1호 및 2호는 비상업적으로 사용하는 경우, 뉴스보도 및 뉴스논평에 사용하는 경우, 그 밖에 해당 표지의 사용이 공정한 상거래 관행에 어긋나지 아니한다고 인정되는 경우 본 호에 규정된 적용제외 요건이 되는 정당한 사유로 보고 있다.
- 시행령 제1조의2 3호는 타인의 표지가 국내에 널리 인식되기 전에 그 표지와 동일하거나 유사한 표지를 사용해온 자가 이를 부정한 목적 없이 사용하는 경우 본 호의 적용제외 요건인 정당한 사유가 있다고 인정하며 이른바 선사용권 항변을 인정하고 있다.

3. 조사 절차별 유의 사항 및 확인 사항 정리

1) 신고서 작성 사항 및 신고서에 첨부하여 제출 요청할 자료 예시

가. 침해받은 상품 제작자 또는 영업자

- ① 성명(상호)
- ② 전화번호/이메일

나. 침해 받은 성명, 상호, 표장 및 상표 등의 등록여부 :

다. 침해요지(피신고인의 행위)

라. 피신고인의 부정경쟁행위에 대한 명확하게 확인가능한 구체적, 객관적인 증거 서류

마. 신고인의 영업규모, 매출액 등

바. 신고인의 사용하는 표지의 저명성을 입증할 자료

(예시 : 상품의 판매 및 영업을 시작 시점, 수상실적, 현재 상품 및 영업의 유통 경로 및 규모, 상품 및 영업과 관련된 행사, 매출액(판매 수량) 및 추이, 광고비 혹은 홍보비 지출, 언론 노출 사례, 시장 점유율, 소비자 인지도 조사(설문조사), 외국 또는 국내 유명성 인정여부, 외국의 상표등록 여부)

2) 피신고인에게 작성 또는 제출을 요청할 사항 예시

가. 피신고인의 인적사항(연락가능한 연락처)

나. 피신고인이 사용하는 성명, 상호, 표장 및 상표 등의 등록여부

<p>다. 피신고인이 표지를 최초로 사용한 시기 및 관련 자료</p> <p>라. 침해 주장(피신고인의 행위)에 대한 의견 및 관련자료</p> <p>마. 표지의 저명성에 대한 의견 및 관련자료</p> <p>바. 정당한 사유에 해당하는지 여부에 대한 소명 및 관련자료</p> <p>① 비상업적 사용 등의 여부</p> <p>② 공정한 상거래 관행에 어긋나지 않는다는 것에 대한 소명</p>
--

3) 조사시 유의사항 및 확인사항

예비조사	<ul style="list-style-type: none"> · 신고서 및 첨부서류에 기재되어 있는 증거자료 제출여부 확인 · 피신고인의 상황이 종결처리나 조사 중지 등에 해당하는지 확인 · 중복조사 여부 확인 · 가목 또는 나목의 혼동초래행위에 해당하는지 우선 검토 · 신고인이 사용하는 표지가 출처표시기능을 하는지 검토(단순히 유명한 표지임에 그치지 않고 출처표시기능을 하는지를 판단해야 함) · 피신고인이 표지를 사용하였거나 제품을 판매·반포 또는 수입·수출하였는지 여부 · 신고인이 제출한 자료를 바탕으로 저명성 인정 여부에 대한 기초자료의 검토(일반적 수준에서 확인) · 전체관찰 및 이격적 관찰을 통해 동일 유사 여부에 대한 판단(일반적 수준에서 직관적으로 확인)
본 조사	<ul style="list-style-type: none"> · 예비조사 후 사건화 결정 · 신고인/피신고인에게 추가자료 요청 및 확인 <ul style="list-style-type: none"> - 임의로 제출받은 제품의 현황·목록 등에 관한 사항을 기록하고 이를 보관 · 저명성 판단을 위한 시장조사 및 제출자료 확인 <ul style="list-style-type: none"> - 상품의 판매 및 영업을 시작 시점, 수상실적, 현재 상품 및 영업의 유통 경로 및 규모, 상품 및 영업과 관련된 행사, 매출액(판매 수량) 및 추이, 광고비 혹은 홍보비 지출, 언론 노출 사례, 시장 점유율, 소비자 인지도 조사(설문조사), 외국 또는 국내 유명성 인정여부, 외국의 상표등록 여부 등 - 필요에 따라 설문조사 등 자료 보강

	<ul style="list-style-type: none"> · 동일유사 여부에 대한 종합적 판단 <ul style="list-style-type: none"> - 전체관찰과 이격적으로 관찰하여 수요자나 거래자가 느끼는 인식을 기준으로 판단 · 상표의 희석화 또는 명성 손상행위에 대한 판단 · 소극적 요건 해당여부 확인 및 판단 · 신고인/피신고인 사건 진술서 작성 · 판단 및 결정(결과통지 및 조사결과보고서 작성)
<p style="text-align: center;">피신고인 진술서 작성</p>	<ul style="list-style-type: none"> · 인적사항 · 표지의 저명성에 대한 의견 · 정당한 사유에 해당하는지 여부에 대한 증거자료 제출 요청 <ul style="list-style-type: none"> - 비상업적 사용여부 - 피신고인의 표지의 최초 사용일 - 공정한 상거래 관행에 어긋나지 않는다는 것에 대한 소명
<p style="text-align: center;">현장방문 시</p>	<ul style="list-style-type: none"> · 영업시설 또는 제조시설에 출입하여 조사할 때에는 관계인에게 조사 · 현장조사 시 공무원의 권한을 표시하는 증표를 제시해야 함 · 제품 수거 시 조사에 필요한 최소분량을 수거할 것 · 수거한 제품은 봉인할 것 · 제품 수거증 교부하고 제품의 현황·목록 등에 관한 사항을 기록하고 이를 보관 · 조사확인서”를 작성하고 방문기관의 대표자 또는 종업원에게 이를 확인하도록 한 후, 확인자란에 서명 또는 날인하게 하여야 함. 날인을 받을 수 없는 경우 그 사유를 명확히 기록해야 함

Ⅲ. 원산지 허위 표시 및 출처지 오인유발행위

법 제2조(정의) 제1호

라. 상품이나 그 광고에 의하여 또는 공중이 알 수 있는 방법으로 거래상의 서류 또는 통신에 거짓의 원산지의 표지를 하거나 이러한 표지를 한 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하여 원산지를 오인(誤認)하게 하는 행위

마. 상품이나 그 광고에 의하여 또는 공중이 알 수 있는 방법으로 거래상의 서류 또는 통신에 그 상품이 생산·제조 또는 가공된 지역 외의 곳에서 생산 또는 가공된 듯이 오인하게 하는 표지를 하거나 이러한 표지를 한 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하는 행위

1. 제도의 의의 및 취지

1) 제도의 취지

원산지 거짓표시행위(라목)는 상품이나 광고에 의하여 또는 공중이 알 수 있는 방법으로 거래상의 서류 또는 통신에 거짓의 원산지의 표지를 하거나 이러한 표지를 한 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하여 원산지를 오인하게 하는 행위를 말한다.

출처지 오인야기행위(마목)는 상품이나 광고에 의하여 또는 공중이 알 수 있는 방법으로 거래상의 서류 또는 통신에 그 상품이 생산·제조 또는 가공된 지역 외의 곳에서 생산 또는 가공된 듯이 오인하게 하는 표지를 하거나 이러한 표지를 한 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하는 행위를 말한다.

2) 라목과 마목의 구분

라목은 요건에서 거짓의 원산지 표시(허위표시)가 있을 것을 요구하며, 마목의 경우 반드시 거짓의 표시를 하지 않더라도 소비자가 이를 실제와 다르게 오인혼동할 수 있는 표시를 하는 모든 경우를 포함하고 있다. 따라서 마목은 라목에 비해 적용범위가 넓은 것으로 해석되며 라목의 행위를 포함하는 것으로 해석된다⁹⁶⁾.

라목과 마목은 법문의 체계상 태일적 관계에 있다고 보는 것이 합리적일 것이다. 즉, 원산지에 대한 거짓의 표기가 있는 경우 라목을, 거짓의 원산지 표기가 없음에도 오인혼동을 일으키는 경우 마

96) 외 1, 앞의 책 146면.

목을 적용하는 것이 바람직할 것이다⁹⁷⁾. 다만 판례는 허위의 원산지를 표시한 경우에도 마목의 적용이 가능하다고 보아 라목과 마목을 병렬적으로 적용하는 것이 가능하다고 판시하고 있다(대법원 1999. 1. 26. 선고 97도2903 판결).

2. 요건 해설 및 판단기준

1) 상품이나 그 광고에 의하여

1-1) 상품

1-3.-1)에 서술한 상품 및 영업주체 혼동행위의 ‘상품’의 서술과 같다.

1-2) 상품의 개념에 서비스 혹은 영업도 포함되는지 여부

부정경쟁방지법의 다른 규정인 가목과 나목의 경우 상품과 영업의 개념을 구분하고 있고 라목에서 사용하고 있는 ‘원산지’, 마목에서 사용하고 있는 ‘생산·제조 또는 가공된 지역’의 사전적 의미에 비추어 본 호의 상품은 거래의 대상이 되는 유체물로 보아야 할 것이며 서비스 혹은 영업은 포함되지 않는다고 보아야 할 것이다⁹⁸⁾.

1-3) 광고

광고란 도·소매업자, 소비자 등 불특정 거래자를 대상으로 영리 목적으로 상품에 대한 정보를 알리거나 제시하는 행위를 말하며 요건에 병렬적으로 기재된 ‘공중이 알 수 있는 방법’의 대표적인 경우에 해당한다. 광고 형태 혹은 방법에 대해서는 특별한 제한이 없다.

1-4) 공중이 알 수 있는 방법으로 거래상의 서류 또는 통신에 원산지를 표시하는 행위

상품이나 광고에 원산지를 허위 표기하는 것은 언제나 공중을 상대로 하는 표시이므로 ‘공중이 알 수 있는 방법’이라는 문구는 거래상 서류 또는 통신에 표시하는 방법 중 규제 대상이 되는 행위를 정의한 것으로 해석된다⁹⁹⁾. 거래상의 서류 또는 통신이란 주문서, 견적서, 송장, 계산서, 영수증 등을 말하고 통신은 전화를 포함한 전기통신 방법에 의한 표시행위를 말한다¹⁰⁰⁾.

2) 상품 등에 원산지 거짓 표시(라목)

97) , 앞의 책 61면.

98) 사법연수원, 앞의 책 65면; 송영식 외 6, 앞의 책 415면.

99) 최정열 외, 앞의 책 148면.

100) 위 148면.

1-1) 원산지

판례는 라목의 ‘원산지’의 해석에 대하여 ‘허위의 원산지의 표시’라고 함은 반드시 완성된 상품의 원산지만에 관한 것은 아니고, 거래통념에 비추어 상품 원료의 원산지가 중요한 의미를 가지는 경우에는 그 원료의 원산지를 허위로 표시하는 것도 이에 포함된다고 할 것(대법원 2002. 3. 15. 선고 2001도5033)이라고 하여 상품의 실질적 변경이 있거나 새로운 특성이 부여되는 제조 또는 가공지 역시 원산지로 판단하고 있다.

<대법원 2002. 3. 15. 선고 2001도5033 판결>

부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률(2001. 2. 3. 법률 제6421호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1호 (다)목(현행 부정경쟁방지법 라목)에서 ‘허위의 원산지의 표시’라고 함은 반드시 완성된 상품의 원산지만에 관한 것은 아니고, 거래통념에 비추어 상품 원료의 원산지가 중요한 의미를 가지는 경우에는 그 원료의 원산지를 허위로 표시하는 것도 이에 포함된다.

1-2) 원료의 산지와 가공지가 수개의 장소인 경우

상품의 원료의 산지와 이를 이용하여 상품이 실질적으로 생산된 생산 가공지가 별도로 존재할 수 있으며, 이 경우 거래 통념상 거래원료의 산지가 중요함에도 표시자가 원료의 원산지로 표시하려는 의도로 상품 가공지를 표시한 경우 허위표시에 해당할 수 있다(대법원 2002. 3. 15. 선고 2001도5033 판결 - 중국산 대마 원사를 수입하여 안동에서 수의를 만들고 이를 마치 안동에서 생산된 대마로 만든 수의인 것처럼 표시한 행위를 원산지 허위 표시로 인정한 사례).

1-3) 원산지 허위 표시

라목의 원산지의 표시란 원산지를 명시적으로 표시하는 경우가 아니더라도 상품에 부착된 표시를 전체적으로 관찰하여 상품의 수요자 또는 거래자가 당해 표시를 상품의 원산지 표시로 인식하는 경우도 포함한다(대법원 2002. 3. 15. 선고 2001도5033 판결 - ‘안동삼베’라는 표시와 함께 ‘신토불이’ 등의 표시를 한 제품을 판매한 사건에서 원산지 허위표시를 인정한 사례).

<대법원 2002. 3. 15. 선고 2001도5033 판결>

피고인 1은 중국에서 중국산의 대마를 원료로 한 대마 원사를 수입하여 안동시 소재 자신의 공장에서 기계로 짠 삼베로 만든 수의를 대량 생산하여 농협 등에 납품·판매하였는데, 삼베 수의 제품의 포장상자에 '신토불이(신토불이), 안동삼베 특품(또는 종류에 따라 1품, 2품)', '국내 최초 100% 대마(삼베)사 개발' 등의 표시를 하고, 또한 포장상자 안에는 '안동포 인간문화재 1호'라는 제목하에 경북 무형문화재 1호인 안동포 짜기의 기능보유자 배분영 여사가 삼베를 베틀에서 손으로 짜고 있는 사진을 담은 품질보증서를 넣었고, 한편 안동포는 경북 안동지역에서 재배·수확된 삼(대마)으로 원사를 추출한 후 이를 베틀로 제직하여 수작업으로 만든 삼베로서 품질이 좋은 것으로 일반에 널리 알려져 있다는 것인바, 삼베는 전래적으로 대마를 재배·수확하여 실을 만들고 이를 수직 베틀로 짜는 일련의 생산과정이 특정 지역 내에서 이루어져 왔고, 그러한 지역의 고유한 특성이 반영된 지역명을 삼베의 명칭으로 호칭하는 경우가 많고, 수의 제품은 전통적인 장례용품으로서 외국산보다는 우리 것을 선호하는 경향이 있으며, '신토불이'는 '우리 땅에서 재배·수확된 농산물이 우리 체질에 맞는다.'는 의미를 가진 점을 감안하면, 이 사건 수의 제품의 포장상자에 '신토불이, 안동삼베', '국내 최초 100% 대마(삼베)사 개발' 등의 표시를 하고, 또한 포장상자 안에는 '안동포 인간문화재 1호'에 관한 선전문과 사진이 실린 품질보증서를 넣은 것은 일반 수요자나 거래자로 하여금 이 사건 수의가 안동에서 생산(재배)된 대마(삼)로 만든 삼베 수의인 것처럼 삼베 원사의 원산지를 허위로 표시하여 원산지의 오인을 일으키게 하는 행위로 봄이 상당하다

'OO골프 재팬(Japan)' 등과 같은 표시형태로 브랜드 명에 덧붙여 국가명을 병기하는 것은 제품의 제조방법이나 형태 혹은 제품의 내용을 표시하는 것으로 해석될 여지가 있으므로 그 표현 자체만으로 곧바로 원산지 허위표기(라목)에 해당한다고 볼 수는 없다. 다만, 사안의 구체적 여러 사실관계에 따라 원산지를 오인하게 하는 표지(마목) 혹은 품질 오인 등 야기 행위(바목)에 해당할 수도 있을 것이다.

<서울중앙지방법원 2009. 10. 29 선고 2008가합117810 판결>

기초사실에서 본 바와 같이 피고 ○○는 그가 생산하는 골프의류를 홍보하기 위한 카탈로그에 원고 ○○재팬이 생산하는 '○○' 브랜드를 설명하는 문구를 기재하였는바, 카탈로그에 위와 같은 문구가 기재됨으로써 피고 ○○가 판매하는 '○○골프' 제품이 원고 ○○재팬 또는 그가 생산하는 제품과 일정한 관련이 있는 것으로 오인을 야기하여 상품주체 또는 영업주체의 혼동을 야기하는 것은 별론으로 하고, 위와 같은 문구의 기재만으로는 피고 ○○가 생산하는 골프의류가 본래의 생산, 제조, 가공지가 아닌 일본 등 다른 곳에서 생산, 제조, 가공되는 것처럼 오인을 야기한다고 단정하기 어렵다.

한편 ○○가 그가 운영하는 인터넷 홈페이지에 '피고 ○○가 원고 ○○재팬과 라이선스 계약을 체결하였다'는 내용의 게시물을 게시하였음은 앞서 본 바와 같으나, 위 인터넷 게시물은 피고 ○○가 작성한 것이 아니고 일본회사인 원고 ○○재팬과 라이선스 계약을 체결하

었다는 사정만으로 생산, 제조, 가공지가 일본이라고 오인케 한다고 보기 어려우므로, 피고 ○○의 행위가 출처지오인야기행위에 해당한다고 볼 수 없고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

3) 출처지 오인유발 표지 사용 행위(마목)

3-1) 출처지

상품이 생산·제조 또는 가공된 지역라 함은 출처지 또는 출소지(出所地)라고 하는데 단어의 의미로는 출소지(source)가 원산지(origin)보다 넓은 개념이기는 하나 마목의 출소지와 라목의 원산지는 실질적으로 동일한 개념으로 봄아야 한다¹⁰¹⁾.

3-2) 오인유발 표지

‘상품의 생산, 제조, 가공 지역의 오인을 일으킨다’ 함은 거래 상대방이 실제로 오인에 이를 것을 요하는 것이 아니라 일반적인 거래자 즉 평균인의 주의력을 기준으로 거래관념상 사실과 다르게 이해될 위험성이 있음을 뜻하며, 이러한 오인을 일으키는 표지에는 직접적으로 상품에 관하여 허위 표시를 하는 것은 물론, 간접적으로 상품에 관하여 위와 같은 오인을 일으킬만한 암시적인 표시를 하는 것도 포함한다(대법원 2006. 1. 26. 선고 2004도5124 판결).

특히 라목은 규정상 허위의 원산지를 표시하는 행위를 규제하는 것에 반해 본 호(마목)는 오인을 일으킬만한 암시적인 표현을 하는 경우 혹은 특정 지역을 상징하는 도안 등을 사용하는 경우를 포함한다. 예컨대 국산품을 외제(外製)라고 표기하거나 화장품의 포장에 모두 불어를 사용하여 프랑스산 제품임을 암시하거나 일본 후지산을 배경으로 넣어 일본제품임을 암시하는 행위를 등의 행위 등을 상정할 수 있다¹⁰²⁾.

원산지 표시란에 식품의약품안전청고시 ‘식품등의 표시기준’에 따른 업소명 및 소재지를 제대로 표시하였다고 하더라도 표시자의 별도 표시로 인해 소비자에게 출처지를 오인할 만한 위험성이 있다면 본 호에 해당한다(수원지방법원 2004. 7. 12. 선고 2004노194 판결, 대법원 2006. 1. 26. 선고 2004도5124 판결 - 초당두부 사건).

<수원지방법원 2004. 7. 12. 선고 2004노194 판결>

101) , 앞의 책 60면.

102) 위 62면.

피고인의 이 사건 두부제품이 강릉시 초당마을에서 제조된 것으로 오인될 우려가 있는지에 관하여 살피건대, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 바목에서 상품의 생산·제조 또는 가공 지역의 오인을 일으킨다 함은 거래 상대방이 실제로 오인에 이를 것을 요하는 것이 아니라 일반적인 거래자 즉 평균인의 주의력을 기준으로 거래관념상 사실과 다르게 이해될 위험성이 있음을 뜻하는바, 기록에 의하면 피고인이 생산하여 판매한 두부제품 중 날개로 용기·포장하여 판매하지 않는 두부는 그 자체에 “초당”이라는 글자가 음각으로 새겨져 있으면서 그 운반기구를 덮는 비닐에 “정남초당맛두부, 경기도 화성시 (상세지번, 업체명 생략)”이 표시되어 있고, 날개로 용기·포장하여 판매하는 두부는 그 용기에 부착된 주표시면에 상표인 “정남초당두부”, “정남초당연두부”, “정남초당순두부”가 큰 글자로 표시되어 있고, 그 옆이나 아래 부분에 작은 글씨로 식품의약품안전청고시 ‘식품등의 표시기준’에 따른 업소명 및 소재지 표시로서 “제조원 : (업체명 생략), 경기도 화성시 (상세지번 생략)”이 표시되어 있는 사실을 인정할 수 있는바, 위 고시는 식품위생법 제10조의 규정에 의하여 식품 등의 위생적인 취급을 도모하고 소비자에게 정확한 정보를 제공함을 목적으로 하는 것으로서 부정경쟁방지법의 입법취지와는 차이가 있어 위 고시의 기준에 따라 업소명과 소재지를 표시하였다고 하여 곧바로 일반 수요자들이 생산 또는 가공된 지역에 관하여 오인을 일으킬 가능성이 없다고 단정할 수 없는 점, 일반적인 주의력을 지닌 소비자들이라면 두부제품을 구입할 때 그 제조원의 소재지까지 확인한다고 단정하기 어려운 점, 일반 수요자들로서는 “정남”이라는 표지를 접했을 때 이를 화성시에 있는 지명을 가리키는 것으로 인식하기 어려운 점 등을 고려하여 볼 때, 비록 피고인이 위 상표에 지명을 뜻하는 “정남”이라는 표지를 사용하였다거나 위 ‘(업체명 생략)’의 소재지 표시를 하였다고 하더라도, 평균적인 주의력을 지닌 일반 수요자들이 위와 같이 상표에 “초당두부”라는 표지를 사용한 두부제품을 접할 경우 강릉시 초당마을에서 생산된 것으로 오인할 위험성이 없다고 볼 수 없으므로, 피고인의 위 주장은 이유 없다.

3-3) 특정 지역의 표지를 ‘OO 양식’ 등의 형식으로 표시한 경우

원산지표 ‘유럽 풍’, ‘프렌치 스타일’, ‘독일 양식’ 등으로 표기한 경우 본 호에 해당하는지 문제된다. 이에 대하여 원산지 오인하게 하는 표시로 인정될 수 있다는 견해와 이러한 표기는 제조 방법이나 상품의 형태 등을 의미하는 것으로 원칙적으로 원산지 오인 표지라고 볼 수는 없고 소비자가 해당 양식의 상품에서 기대하는 품질과 다른 품질인 경우 품질을 오인하게 할 표시(부정경쟁방지법 제2조 제1호 바목)에 해당할 뿐이라는 견해가 있다¹⁰³⁾.

부정경쟁방지법 제3조의2 제1항에서 자유무역협정에 따라 보호하는 지리적 표시를 사용하는 행위를 금하면서, 금지하는 지리적 표시의 유형으로 ‘종류(kind), 유형(type), 양식(style), 모조품(imitation)

103) 외 1, 앞의 책 150-151면.

등과 같은 표현을 부기하는 경우’ 역시 금하고 있으므로 이러한 규정의 취지를 고려하면 위와 같은 표시 방법 역시 본 호의 출처지를 오인하게 하는 표시에 해당한다고 봄이 타당할 것으로 보인다.

3. 조사 절차별 유의 사항 및 확인 사항 정리

1) 신고서 작성 사항 및 신고서에 첨부하여 제출 요청할 자료 예시

<p>가. 신고인</p> <ul style="list-style-type: none"> ① 성명(상호) ② 전화번호/이메일 <p>나. 침해요지(피신고인이 원산지 혹은 출처지를 오인하게 하기 위하여 표시한 내용)</p> <p>다. 제품의 실제 원산지 또는 출처지(제품의 원료가 생산된 지역 및 가공이 이루어진 지역 포함)</p> <p>라. 피신고인의 부정경쟁행위에 대한 명확하게 확인가능 한 구체적, 객관적인 증거 서류</p>

2) 피신고인에게 작성 또는 제출을 요청할 사항 예시

<p>가. 피신고인의 인적사항(연락가능한 연락처)</p> <p>나. 제품의 실제 원산지 또는 출처지(제품의 원료가 생산된 지역 및 가공이 이루어진 지역 포함)</p> <p>다. 표시의 경위</p> <p>라. 허위 또는 오인유발 표시 주장(피신고인의 행위)에 대한 의견 및 관련자료</p>
--

3) 조사시 유의사항 및 확인사항

예비 조사	<ul style="list-style-type: none"> · 신고서 및 첨부서류에 기재되어 있는 증거자료 제출여부 확인 · 피신고인의 상황이 종결처리나 조사 중지 등에 해당하는지 확인 · 중복조사 여부 확인 · 표시를 전체적으로 관찰하여 제품의 실제 원산지와 상이한지 여부
본 조사	<ul style="list-style-type: none"> · 예비조사 후 사건화 결정 · 신고인/피신고인에게 추가자료 요청 및 확인 <ul style="list-style-type: none"> - 임의로 제출받은 제품의 현황·목록 등에 관한 사항을 기록하고

	<p>이를 보관</p> <ul style="list-style-type: none"> · 피신고인이 공중이 알 수 있는 방법으로 원산지를 표시하였거나 그 표시를 한 제품을 판매·반포 또는 수입·수출하였는지 여부 · 제품의 원료가 생산된 지역 및 가공이 이루어진 지역을 모두 조사하여 이중 하나의 요소라도 일반 소비자에게 오인 혼동의 우려를 준다면 본 호에 해당할 수 있음 · 신고인/피신고인 사건 진술서 작성 · 판단 및 결정(결과통지 및 조사결과보고서 작성)
<p>피신고인 진술서 작성</p>	<ul style="list-style-type: none"> · 인적사항 · 해당표시를 하게 된 경위
<p>현장방문 시</p>	<ul style="list-style-type: none"> · 영업시설 또는 제조시설에 출입하여 조사할 때에는 관계인에게 조사 · 현장조사 시 공무원의 권한을 표시하는 증표를 제시해야 함 · 제품 수거 시 조사에 필요한 최소분량을 수거할 것 · 수거한 제품은 봉인할 것 · 제품 수거증 교부하고 제품의 현황·목록 등에 관한 사항을 기록하고 이를 보관 · 조사확인서”를 작성하고 방문기관의 대표자 또는 종업원에게 이를 확인하도록 한 후, 확인자란에 서명 또는 날인하게 하여야 함. 날인을 받을 수 없는 경우 그 사유를 명확히 기록해야 함

IV. 품질오인 등 야기행위

법 제2조(정의) 제1호

바. 타인의 상품을 사칭(詐稱)하거나 상품 또는 그 광고에 상품의 품질, 내용, 제조방법, 용도 또는 수량을 오인하게 하는 선전 또는 표지를 하거나 이러한 방법이나 표지로서 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하는 행위

1. 제도의 의의 및 취지

타인의 상품을 사칭하거나 상품의 품질, 내용, 제조방법, 용도 또는 수량을 오인하게 하는 표지 등을 하여 정당한 노력에 의한 경쟁을 통하지 않고 자기의 불리한 조건의 감소, 유리한 조건의 증대를 꾀하여 부당하게 영업상 유리한 지위를 획득하려는 행위이며 부정경쟁행위의 유형으로 고객의 부정획득행위(unfair catching of customers)의 유형에 속한다¹⁰⁴⁾.

허위광고에 대하여 미국연방상표법(랜햄법) 제43(a)¹⁰⁵⁾조는 “상업광고 혹은 판촉에 있어서 허위의 또는 오인을 유발하는 사실의 진술(false or misleading description of fact in commercial advertising or promotion)” 이라고 규정하고 있다. 연방상표법상의 허위광고가 인정되기 위한 미국 판례의 주요 요건은 ① 허위성(falsity), ② 기만성(deceptiveness), ③ 중요성(materiality), 그리고 ④ 원고의 손해

104) , 앞의 책 64면.

105) TITLE VIII - FALSE DESIGNATIONS OF ORIGIN, FALSE DESCRIPTIONS, AND DILUTION FORBIDDEN

§ 43 (15 U.S.C. § 1125). False designations of origin; false description or representation (a) (1) Any person who, on or in connection with any goods or services, or any container for goods, uses in commerce any word, term, name, symbol, or device, or any combination thereof, or any false designation of origin, false or misleading description of fact, or false or misleading representation of fact, which— (A) is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive as to the affiliation, connection, or association of such person with another person, or as to the origin, sponsorship, or approval of his or her goods, services, or commercial activities by another person, or (B) in commercial advertising or promotion, misrepresents the nature, characteristics, qualities, or geographic origin of his or her or another person's goods, services, or commercial activities, shall be liable in a civil action by any person who believes that he or she is or is likely to be damaged by such act.

(2) As used in this subsection, the term “any person” includes any State, instrumentality of a State or employee of a State or instrumentality of a State acting in his or her official capacity. Any State, and any such instrumentality, officer, or employee, shall be subject to the provisions of this chapter in the same manner and to the same extent as any nongovernmental entity.

(3) In a civil action for trade dress infringement under this chapter for trade dress not registered on the principal register, the person who asserts trade dress protection has the burden of proving that the matter sought to be protected is not functional.

(b) Any goods marked or labeled in contravention of the provisions of this section shall not be imported into the United States or admitted to entry at any customhouse of the United States. The owner, importer, or consignee of goods refused entry at any customhouse under this section may have any recourse by protest or appeal that is given under the customs revenue laws or may have the remedy given by this chapter in cases involving goods refused entry or seized.

발생(injury) 또는 가능성(likelihood of injury) 이다¹⁰⁶).

참고로 미국의 랜햄법 제43(a)조는 본인의 상품에 대한 허위광고 외에도 경쟁자의 제품이나 서비스의 품질이나 특징에 대한 약점을 허위로 진술(모욕하거나 경멸)하는 비방광고(disparagement) 역시 금지하는 부정경쟁행위로 규정하고 있다.

2. 요건

1) 타인의 상품을 사칭

자기의 상품 또는 제3자의 상품을 타인의 상품인 것처럼 소비자를 기망하는 행위를 말한다. 반대로 타인의 상품이나 제3자의 상품을 자기의 상품인 것처럼 기망하는 행위 역시 본 호의 규제대상에 해당한다(대법원 1989. 6. 27. 선고 87도1565 판결).

적극적으로 타인의 상품임을 사칭하는 경우뿐 아니라 설명의무에 위반하여 고객의 물음에 진실하지 않게 응답하는 경우와 같이 소극적으로 사칭하는 경우도 포함한다고 본다¹⁰⁷).

2) 상품의 품질 등에 관한 오인 유발행위

2-1) 상품 또는 상품 광고

III-2.-1) 원산지 허위 표시 및 출처지 오인유발행위의 ‘상품’, ‘광고’에 대한 해설과 같다.

2-2) 영업 혹은 서비스에 관한 광고도 포함하는지 여부

영업에 관한 광고에 대해서는 명문의 규정이 없고 부정경쟁방지법의 다른 규정(가목 및 나목)이 상품과 영업을 구분하고 있는 점을 고려할 때 서비스 혹은 영업은 상품에 포함되지 않는다고 보아야 할 것이다. 다만 영업상태에 대한 허위, 과장광고가 궁극적으로 상품의 품질, 내용, 수량 등에 오인을 야기하는 경우는 본 호가 적용된다고 볼 수 있다¹⁰⁸).

2-3) 상품의 품질, 내용, 제조방법, 용도 또는 수량을 오인하게 하는 선전

2-3-1) 품질오인

106) , “미국법상 부당광고의 법리에 관한 연구”, 법조 59권 10호, 법조협회, 2010, 238면.

107) 사법연수원, 앞의 책 63면; 윤선희 외 1, 「부정경쟁방지법」, 법문사, 2012, 158면.

108) 사법연수원, 앞의 책 65면.

제품의 등급을 달리 표현하거나 중고품을 신품이라고 칭하는 것과 같이 직접 허위 광고를 하는 것 외에도 품질 검사기관 품질을 보증하는 인증을 받았다거나 수상경력 등을 허위로 기재하여 품질에 대하여 간접적으로 허위 광고를 하는 경우도 본 호에 해당한다.

<대법원 2007. 10. 26. 자 2005마977 결정>

부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률은 제2조 제1호 (바)목에서 상품에 상품의 품질·내용 등의 오인을 일으키는 표지를 하는 행위를 부정경쟁행위의 하나로 규정하고, 제4조 제1항에서 부정경쟁행위로 인하여 자신의 영업상 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자는 부정경쟁행위자에 대하여 법원에 그 행위의 금지 및 예방을 청구할 수 있다고 규정하고 있는바, 본래부터 품질을 보증하는 정부기관의 인증이 아니더라도 전국적인 운동협회 등이 운동용품에 대하여 부여하는 인증은 일반 수요자들에게 품질에 대한 실질적인 보증의 효과를 줄 수 있어 그 협회 등의 허락을 받지 아니하고 자신의 운동용품 등의 상품에 그 인증 표지를 하는 행위는 위 법 제2조 제1호 (바)목이 말하는 부정경쟁행위에 속한다고 할 것이고, 그 협회의 공인을 받아 인증표지를 사용하고 있는 동종의 영업을 하는 자로서는 법원에 그러한 부정경쟁행위의 금지를 청구할 수 있다고 할 것이다.

다만 광고선전의 기본적인 속성상 어느 정도의 과장 광고는 허용될 수밖에 없으며 본 호가 적용되는지 여부는 허위 과장 광고로 인하여 소비자나 시장이 부당하게 변동되어 경쟁업자에게 손해를 미칠 우려가 있는 정도에 이르렀는지에 따라 판단해야 한다¹⁰⁹⁾.

2-3-2) 내용

사전적 의미로는 조문에 함께 열거된 상품의 품질, 제조방법, 용도 또는 수량을 포함하는 개념이라고 볼 수 있다. 상품의 원료, 재료, 보증 기간의 내용 등 제품의 판매 조건 또는 시가에 대해 허위로 표시하는 행위 등은 본 호에 해당한다고 볼 수 있다¹¹⁰⁾.

2-3-3) 제조방법

제조방법이란 상품을 제조 또는 가공하는 방법을 말한다. 기계로 만든 제품을 수제라고 표시하거나, OO공법과 같은 특별한 제조법을 택하였다고 표시하는 경우를 예로 들 수 있다.

109) , 앞의 책 66면.

110) 위 67면.

2-3-4) 용도

예를 들면 기능성 식품을 의약품인 것처럼 표시하는 행위를 말한다.

2-3-5) 수량

제품의 개수나 무게를 오인하게 표시하는 경우를 말한다. 내용물의 크기에 비해 지난친 과대포장도 이에 해당할 수 있다¹¹¹⁾.

2-3-6) 원산지 오인 표기 야기행위와의 관계

마목의 출처지 오인야기 행위의 경우 오인의 대상이 되는 출처지가 평균인의 주의력을 기준으로 보았을 때 품질 혹은 특별한 제조방법과 연계되었음을 암시하는 지역(예를들면 이탈리아나 미국 등은 일반적으로 의류 제조 디자인 분야에서 선진국으로 인식되고 있음)인 경우 마목의 출처지 오인야기 행위와 함께 본 호의 적용대상이 될 수 있다. 대법원은 마목과 바목이 선택적이 아니라 동시에 적용될 수 있다고 판시하고 있다(대법원 1999. 1. 26 선고 97도2903 판결).

<대법원 1999. 1. 26 선고 97도2903 판결>

‘designed by italy’라는 표지가 부착된 청바지와 ‘tex u.s.a.’ ‘designed by u.s.a.’라는 표지가 부착된 티셔츠는 각 외국의 의류 디자인을 모방한 것일 뿐 외국에서 제조, 디자인되거나, 그 제조방법 내지 디자인방법과 관련하여 외국과의 기술제휴계약 또는 외국의 상표권사용계약 등이 체결된 바 없는 사실, designed by italy 라는 표지가 부착된 청바지는 제조원의 표시 없이 판매원이 영문자인 b.m. jean korea’로만 표시되어 있고, 그 위에 본 제품은 italy 의 design으로 제조된 제품입니다 라고 기재되어 있는 사실, tex u.s.a. , ‘designed by u.s.a.’ 라는 표지가 사용된 티셔츠에는 제조원 및 판매원이 영문자인 kakalee’로만 표시되어 있는 사실을 인정할 수 있는바, 그 인정 사실에 의하면 위 각 표지는 일반 수요자로 하여금 그 표지가 부착된 의류의 제조 내지 디자인 지역 즉 제조 가공지의 오인을 일으키게 하는 표지에 해당한다 할 것이고, 나아가 이탈리아나 미국은 일반적으로 의류 제조 디자인 분야에서 선진국으로 인식되고 있는 점 등에 비추어 위 각 표지는 그 표지가 부착된 의류의 디자인이 선진국의 디자인 방법에 의하여 이루어진 것으로 즉 그 제조 가공 방법에 관하여 오인을 불러일으키는 표지에 해당한다 할 것이다.

111) , 앞의 책 67면.

3. 조사 절차별 유의 사항 및 확인 사항 정리

1) 신고서 작성 사항 및 신고서에 첨부하여 제출 요청할 자료 예시

<p>가. 신고인</p> <p>① 성명(상호)</p> <p>② 전화번호/이메일</p> <p>나. 사칭광고의 경우 사칭의 대상이 된 타인의 상품에 대한 정보</p> <p>다. 침해요지(피신고인이 표시한 내용)</p> <p>라. 피신고인의 부정경쟁행위에 대한 명확하게 확인가능한 구체적, 객관적인 증거 서류</p>

2) 피신고인에게 작성 또는 제출을 요청할 사항 예시

<p>가. 피신고인의 인적사항(연락가능한 연락처)</p> <p>나. 표시의 경위</p> <p>다. 허위광고 주장(피신고인의 행위)에 대한 의견 및 관련자료</p>
--

3) 조사시 유의사항 및 확인사항

<p>예비 조사</p>	<ul style="list-style-type: none"> · 신고서 및 첨부서류에 기재되어 있는 증거자료 제출여부 확인 · 피신고인의 상황이 종결처리나 조사 중지 등에 해당하는지 확인 · 중복조사 여부 확인 · 신고인이 주장하는 선전 또는 표시가 사칭 및 품질오인 광고에 해당할 수 있는지에 대한 일반적 검토(사실관계 확인은 본조사에서 실시)
<p>본 조사</p>	<ul style="list-style-type: none"> · 예비조사 후 사건화 결정

	<ul style="list-style-type: none"> · 신고인/피신고인에게 추가자료 요청 및 확인 <ul style="list-style-type: none"> - 임의로 제출받은 제품의 현황·목록 등에 관한 사항을 기록하고 이를 보관 · 피신고인의 선전, 표시행위 또는 상품의 판매 등에 대한 사실관계 확인 · 신고인/피신고인 사건 진술서 작성 · 판단 및 결정(결과통지 및 조사결과보고서 작성)
<p style="text-align: center;">피신고인 진술서 작성</p>	<ul style="list-style-type: none"> · 인적사항 · 해당 선전 및 표시행위와 관련된 사실관계 · 선전 및 표시를 하게 된 경위
<p style="text-align: center;">현장방문 시</p>	<ul style="list-style-type: none"> · 영업시설 또는 제조시설에 출입하여 조사할 때에는 관계인에게 조사 · 현장조사 시 공무원의 권한을 표시하는 증표를 제시해야 함 · 제품 수거 시 조사에 필요한 최소분량을 수거할 것 · 수거한 제품은 봉인할 것 · 제품 수거증 교부하고 제품의 현황·목록 등에 관한 사항을 기록하고 이를 보관 · 조사확인서를 작성하고 방문기관의 대표자 또는 종업원에게 이를 확인하도록 한 후, 확인자란에 서명 또는 날인하게 하여야 함. 날인을 받을 수 없는 경우 그 사유를 명확히 기록해야 함

V. 자유무역협정에 의한 지리적 표시의 보호

법 제3조의2(자유무역협정에 따라 보호하는 지리적 표시의 사용금지 등) ① 정당한 권원이 없는 자는 대한민국이 외국과 양자간(兩者間) 또는 다자간(多者間)으로 체결하여 발효된 자유무역협정에 따라 보호하는 지리적 표시(이하 이 조에서 "지리적 표시"라 한다)에 대하여는 제2조 제1호라목 및 마목의 부정경쟁행위 이외에도 지리적 표시에 나타난 장소를 원산지로서 하지 아니하는 상품(지리적 표시를 사용하는 상품과 동일하거나 동일하다고 인식되는 상품으로 한정한다)에 관하여 다음 각 호의 행위를 할 수 없다.

1. 진정한 원산지 표시 이외에 별도로 지리적 표시를 사용하는 행위
2. 지리적 표시를 번역 또는 음역하여 사용하는 행위
3. "종류", "유형", "양식" 또는 "모조품" 등의 표현을 수반하여 지리적 표시를 사용하는 행위

② 정당한 권원이 없는 자는 다음 각 호의 행위를 할 수 없다.

1. 제1항 각 호에 해당하는 방식으로 지리적 표시를 사용한 상품을 양도·인도 또는 이를 위하여 전시하거나 수입·수출하는 행위
2. 제2조제1호 라목 또는 마목에 해당하는 방식으로 지리적 표시를 사용한 상품을 인도하거나 이를 위하여 전시하는 행위

③ 제1항 각 호에 해당하는 방식으로 상표를 사용하는 자로서 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 자는 제1항에도 불구하고 해당 상표를 그 사용하는 상품에 계속 사용할 수 있다.

1. 국내에서 지리적 표시의 보호개시일 이전부터 해당 상표를 사용하고 있을 것
2. 제1호에 따라 상표를 사용한 결과 해당 지리적 표시의 보호개시일에 국내 수요자 간에 그 상표가 특정인의 상품을 표시하는 것이라고 인식되어 있을 것

1. 제도의 의의 및 취지

2011년 개정 부정경쟁방지법 제3조의2는 정당한 권원이 없는 자는 대한민국이 체결하여 발효된 자유무역협정에 따라 보호하기로 하는 지리적 표시에 대하여 지리적 표시에 나타난 장소를 원산지로서 하지 아니하는 상품에 관하여 지리적 표시를 사용하는 행위를 금하고 있다.

이는 대한민국과 유럽연합 및 그 회원국 간의 자유무역협정(한-EU FTA) 합의사항을 반영하기 위해 보호의무가 발생한 지리적 표시의 사용 등을 금지하고 이에 대한 금지예방 손해배상 등 구제절차를 마련하기 위해 신설한 것이다. 또한 이후 다른 자유무역협정 등에 의하여 보호의무가 발생하는 지

리적 표시에 대해서도 일괄적으로 적용할 수 있도록 하는 법적 근거를 마련한 규정이다.

다른 대부분의 부정경쟁행위 규정들과는 달리 자유무역협정에 따른 지리적 표시 사용행위는 부정경쟁방지법 제18조의 형사 벌칙 규정을 두고 있지 않다.

2. 요건

1) 대한민국이 외국과 양자간(兩者間) 또는 다자간(多者間)으로 체결하여 발효된 자유무역협정에 따라 보호하는 지리적 표시

1-1) 양자간 조약

우리나라가 체결한 양자간 자유무역협정(FTA)에서 양국이 보호하기로 합의한 지리적 표시를 말하며 대표적으로 한-EU FTA 부속서 ‘10-가’ 조는 지리적 표시의 보호대상에 농산물과 식품, 포도주 및 증류주 등의 주산지에 관한 지리적 명칭을 포함하고 있다.

1-2) 다자간 자유무역협정

세계무역기구자유무역협정(WTO)의 부속서인 무역관련지적재산권협약(TRIPs)에서는 3개 조문에서 지리적 표시의 보호의무를 부과하고 있으며 특히 제23조에는 포도주와 증류주의 지리적 표시에 관한 추가 보호에 관한 상세한 규정을 두고 있다.

2) 금지되는 행위

본 호에서 금지하는 행위는 지리적 표시에 대하여 정당한 권원이 없는 자가 지리적 표시를 사용하는 상품과 동일하다고 인식되는 상품이면서 지리적 표시에 나타난 장소를 원산지로 하지 않는 상품에 대하여, ① 진정한 원산지 표시 이외에 별도로 지리적 표시를 사용하는 행위 ② 지리적 표시를 번역 또는 음역하여 사용하는 행위 ③ “종류“, “유형“, “양식“ 또는 “모조품“ 등의 표현을 수반하여 지리적 표시를 사용하는 행위를 금하고 있다(제3조의2 제1항).

위 각각의 방식으로 지리적 표시를 사용한 상품을 양도·인도 또는 이를 위하여 전시하거나 수입·수출하는 행위 및 원산지를 거짓으로 표기하거나 출처지에 대한 오인을 야기하는 방식으로 지리적 표시를 사용한 상품을 인도하거나 이를 위하여 전시하는 행위를 금지하고 있다(제3조의2 제2항).

본 호의 규제 대상은 소비자에게 지리적 표지가 나타내는 장소가 원산지가 아닌 제품을 마치 원산지인 것처럼 오인하도록 표시하는 것이다. 보호되는 지리적 표지가 부착된 상품을 원료로 새로운 제품을 생산하여 판매하는 경우 새로운 제품에 지리적 표지를 별도로 부착하여 판매하지 않는 이상 그 새로운 제품이 본 호의 적용대상에 해당한다고 볼 수 없다.

3) 금지의 예외

해당 지리적 표시의 보호개시일 이전부터 해당 상표를 사용하고 있고, 해당 상표를 사용한 결과 해당 지리적 표시의 보호개시일에 국내 수요자 간에 그 상표가 특정인의 상품을 표시하는 것이라고 인식되어 있는 경우 해당 상표의 사용에 대하여 지리적 표시보호의 예외로서 산사용 상표로서의 사용이 인정된다(제3조의2 제3항).

3-1) 선사용

선사용은 보호개시일 이전부터 국내에서 상표를 계속 사용하고 있을 경우에 한한다. 보호개시일 이전에 사용한 적이 있다가 사용을 중단하였거나 외국에서 사용한 경우에는 본 호의 예외가 인정되지 않는다. 사용의 의미는 상표법 제2조 제1항 11호에 정의된 행위를 상정할 수 있으며 ① 상품 또는 상품의 포장에 상표를 표시하는 행위, ② 상품 또는 상품의 포장에 상표를 표시한 것을 양도 또는 인도하거나 양도 또는 인도할 목적으로 전시·수출 또는 수입하는 행위 ③ 상품에 관한 광고·정가 표·거래서류 그 밖의 수단에 상표를 표시하고 전시하거나 널리 알리는 행위를 들 수 있다.

3-2) 특정인의 상품을 표시하는 것이라고 인식되어 있을 것

국내 수요자 간 특정인의 상품을 표시하는 것이라고 인식되어 있는 상표인지 여부는 상품이나 영업에 사용되는 상표의 사용기간, 사용량, 사용방법, 상품의 거래량 또는 상품에 관한 광고 선전상태 등 제반 사정을 고려하여 거래실정과 사회통념상 수요자 간에 상표에 대한 인식이 객관적으로 널리 퍼져 있다고 볼 수 있는지 여부에 따라 판단할 것이다.

3-3) 인식의 정도

당해 법문의 표현상 수요자 간에 ‘현저하게’ (저명상표) 또는 ‘널리’ (주지상표) 인식될 것을 요하지 않으므로 상표법 제34조 제1항 제12호 후단 및 13호의 ‘특정인의 상품표지로 인식된 표지’의 인식도와 동일하며 부정경쟁방지법 가목, 나목, 다목의 주지성 요건 혹은 저명성 요건을 만족하지 않더라도 상대적으로 국내 일정한 협소한 지역에서 인식된 것만으로 족하다.

3. 조사 절차별 유의 사항 및 확인 사항 정리

1) 신고서 작성 사항 및 신고서에 첨부하여 제출 요청할 자료 예시

<p>가. 신고인</p> <p>① 성명(상호)</p> <p>② 전화번호/이메일</p> <p>나. 침해요지(피신고인이 표시한 내용)</p> <p>다. 표시한 지리적 표시가 자유무역협정 등에 따라 보호되는 지리적 표시인지 여부</p> <p>라. 피신고인의 부정경쟁행위에 대한 명확하게 확인가능 한 구체적, 객관적인 증거 서류</p>

2) 피신고인에게 작성 또는 제출을 요청할 사항 예시

<p>가. 피신고인의 인적사항(연락가능한 연락처)</p> <p>나. 표시의 경위</p> <p>다. 피신고인이 해당 상표를 최초로 사용하게 된 때 및 관련 증빙자료</p> <p>라. 피신고인 지리적 표시의 보호개시일 이전에 해당 상표를 사용한 경우 상표가 국내 수요자에게 피신고인의 상품을 표시하는 것으로 인식되었음을 입증할 자료</p> <p>(예시 : 상품의 판매 및 영업의 시작 시점, 수상실적, 현재 상품 및 영업의 유통 경로 및 규모, 상품 및 영업과 관련된 행사, 매출액(판매 수량) 및 추이, 광고비 혹은 홍보비 지출, 언론 노출 사례, 시장 점유율, 소비자 인지도 조사(설문조사), 외국 또는 국내 유명성 인정여부, 외국의 상표등록 여부)</p>

3) 조사시 유의사항 및 확인사항

<p>예비 조사</p>	<ul style="list-style-type: none"> · 신고서 및 첨부서류에 기재되어 있는 증거자료 제출여부 확인 · 피신고인의 상황이 종결처리나 조사 중지 등에 해당하는지 확인 · 중복조사 여부 확인 · 신고인이 주장하는 지리적 표시가 자유무역협정 등에 따라 보호하는 지리적 표시인지 여부 확인 · 피신고인이 해당 지리적 표시를 사용하는 등의 행위를 하였거나 지리적 표시를 사용한 상품을 양도·인도 또는 이를 위하여 전시하거나 수입·수출하였는지 등의 여부
---------------------	--

<p style="text-align: center;">본 조사</p>	<ul style="list-style-type: none"> · 예비조사 후 사건화 결정 · 신고인/피신고인에게 추가자료 요청 및 확인 <ul style="list-style-type: none"> - 임의로 제출받은 제품의 현황·목록 등에 관한 사항을 기록하고 이를 보관 · 피신고인의 표시행위에 대한 사실관계 확인 · 피신고인이 선사용 항변(법 제3조의2 제3항)을 하는 경우 이에 대한 판단 <ul style="list-style-type: none"> - 보호개시일 이전부터 해당상표의 사용여부 - 국내 수요자간에 상표가 특정인의 상품을 표시하는 것임이 인식되어 있는지 여부 · 신고인/피신고인 사건 진술서 작성 · 판단 및 결정(결과통지 및 조사결과보고서 작성)
<p style="text-align: center;">피신고인 진술서 작성</p>	<ul style="list-style-type: none"> · 인적사항 · 해당 표시행위와 관련된 사실관계 · 해당 상표를 최초로 사용일 · 보호개시일에 해당상표를 사용하고 있었는지 여부 및 입증자료 · 피신고인 지리적 표시의 보호개시일 이전에 해당 상표를 사용한 경우 상표가 국내 수요자에게 피신고인의 상품을 표시하는 것으로 인식되었음을 입증할 자료
<p style="text-align: center;">현장방문 시</p>	<ul style="list-style-type: none"> · 영업시설 또는 제조시설에 출입하여 조사할 때에는 관계인에게 조사 · 현장조사 시 공무원의 권한을 표시하는 증표를 제시해야 함 · 제품 수거 시 조사에 필요한 최소분량을 수거할 것 · 수거한 제품은 봉인할 것 · 제품 수거증 교부하고 제품의 현황·목록 등에 관한 사항을 기록하고 이를 보관 · 조사확인서”를 작성하고 방문기관의 대표자 또는 종업원에게 이를 확인하도록 한 후, 확인자란에 서명 또는 날인하게 하여야 함. 날인을 받을 수 없는 경우 그 사유를 명확히 기록해야 함

VI. 대리권자 등의 부정경쟁행위

법 제2조(정의) 제1호

사. 다음의 어느 하나의 나라에 등록된 상표 또는 이와 유사한 상표에 관한 권리를 가진 자의 대리인이나 대표자 또는 그 행위일 전 1년 이내에 대리인이나 대표자이었던 자가 정당한 사유 없이 해당 상표를 그 상표의 지정상품과 동일하거나 유사한 상품에 사용하거나 그 상표를 사용한 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하는 행위

- (1) 「공업소유권의 보호를 위한 파리협약」(이하 "파리협약"이라 한다) 당사국
- (2) 세계무역기구 회원국
- (3) 「상표법 조약」의 체약국(締約國)

1. 제도의 의의 및 취지

본 호는 공업소유권의보호를 위한 파리협약 제6조의7 제2호¹¹²⁾의 내용을 수용하여 2001. 2. 3. 개정 부정경쟁방지법에 도입된 부정경쟁행위 유형이다. 외국에 등록된 상표권이 국내에서 등록되어 있지 않고 해당 상표가 국내 주지성을 취득하지 않더라도 상표권자의 대리인이 국내에서 무단으로 당해 상표를 그 상표의 지정상품과 동일하거나 이와 유사한 상품에 사용하거나 그 상표를 사용한 상품을 판매·반포 또는 수입·수출할 경우 본 호에 따라 이를 금지할 수 있다. 상표권은 속지주의 원칙에 따라 상표가 등록된 나라에서만 효력을 가지나 본 호는 일정한 요건 하에 신의칙 위배에 의한 부정경쟁행위의 금지라는 형태로 상표권의 효력 범위를 영역 외로 확장한 것으로 볼 수 있다¹¹³⁾.

112) Article 6septies

[Marks: Registration in the Name of the Agent or Representative of the Proprietor Without the Latter's Authorization]

- (1) If the agent or representative of the person who is the proprietor of a mark in one of the countries of the Union applies, without such proprietor's authorization, for the registration of the mark in his own name, in one or more countries of the Union, the proprietor shall be entitled to oppose the registration applied for or demand its cancellation or, if the law of the country so allows, the assignment in his favor of the said registration, unless such agent or representative justifies his action.
- (2) The proprietor of the mark shall, subject to the provisions of paragraph (1), above, be entitled to oppose the use of his mark by his agent or representative if he has not authorized such use.
- (3) Domestic legislation may provide an equitable time limit within which the proprietor of a mark must exercise the rights provided for in this Article.

113) 외 1, 앞의 책 161면.

2. 요건 해설

1) 상표 또는 유사한 상표에 관한 권리

1-1) 보호의 범위

본 호의 보호대상이 되는 상표는 파리협약 당사국, 세계무역기구회원국 또는 상표법조약의 체결국에서 보호받는 권리여야 한다.

「공업소유권의 보호를 위한 파리협약」은 세계지적재산권기구(WIPO)의 주관 아래 1883년 3월 20일 프랑스 파리에서 서명된 최초의 지적재산권 협정 중의 하나로 우리나라에서는 1980년에 비준 발효되었다. 현재 177개 회원국으로 구성되어 있으며,¹¹⁴⁾ 전세계 대부분의 나라들이 가입되어 있으나 특이사항으로 대만은 회원국이 아니다.

「상표법조약」(Trademark Law Treaty; TLT)은 1994년에 체결되어 1996년 10월 1일에 발효된 조약으로서 현재 가입국은 미국, 일본, 영국, 호주, 네덜란드 등 모두 54개국¹¹⁵⁾이며 우리나라는 2002년 가입하였다.

본 호는 체결국에서 보호되나 국내에 미처 등록을 마치지 못한 상표권에 대해서 보호를 하는 규정이므로 상표소유권자가 국내에서 상표를 등록한 경우 그 상표에 대한 통상사용권자의 경우 본 호의 규정의 대상이 되는 대리인 또는 대표자라고 할 수 없다(특허법원 2001. 11. 30 선고 2001허2269 판결).

<특허법원 2001. 11. 30 선고 2001허2269 판결>

여기서 말하는 대리인 또는 대표자 라 함은 대리점, 특약점, 위탁판매업자, 총대리점 등 널리 해외에 있는 수입선(輸入先)인 상표소유권자의 상품을 수입하여 판매, 광고하는 자를 가리킨다고 할 것이고(대법원 1996. 2. 13. 선고 95후1241 판결 참조), 그 상표소유권자가 국내에서 등록한 상표에 대한 통상사용권만을 가진 자는 특단의 사정이 없는 한 위 규정에서 말하는 대리인 또는 대표자 에 해당하지 않는다고 해석하여야 할 것이다.

1-2) 상표 또는 유사한 상표에 관한 권리

114) http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=2

115) http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=5

보호의 대상은 상표 또는 이와 유사한 상표에 관한 권리로 법문이 ‘상표와 유사한 권리’ 라고 한 것은 미등록상표의 경우에도 해당국에서 등록된 상표권과 동일한 정도로 보호되는 경우 본 호의 보호범위에 포함하기 위한 것이다.

2) 대표자 또는 대리인

규제의 주체는 상표에 관한 권리를 가진 자로부터 법률행위의 대리권을 수여받은 자 또는 그 법인의 대표자를 말한다. 그러나 반드시 법률상 대리권 또는 대표권 있는 자로 제한 해석해야 할 필요는 없으며 법률의 취지상 대리인 또는 대표자라 함은 상표권자와 상표권 사용 계약 등에 의한 신의칙상 의무를 지는 자를 포함한 개념으로 넓게 해석할 필요가 있다(같은 취지 특허법원 2001. 6. 8 선고 2000허7458 판결).

<특허법원 2001. 6. 8 선고 2000허7458 판결>

위 조항의 입법 취지에 비추어 볼 때 여기서 말하는 “대리인 또는 대표자”라 함은 대리점, 특약점, 위탁판매업자, 총대리점 등 널리 해외에 있는 수입선인 상표소유권자의 상품을 수입하여 판매, 광고하는 자(이하 ‘대리점 등’이라 한다)를 가리킨다고 할 것이고(대법원 1996. 2. 13. 선고 95후1241 판결 참조), 그 대리점 등에는 상표소유권자와 직접 대리점계약을 체결한 계약당사자 뿐만 아니라 계약당사자인 대리점 등인 개인 또는 법인이 그 소유와 경영을 실질적으로 지배하고 있는 자회사도 이에 포함된다고 해석하여야 할 것이다. 왜냐하면 대리점 등 계약의 당사자가 자신과 법인격은 다르지만 그 소유와 경영을 실질적으로 지배하고 있는 자회사의 명의로 상표등록을 하는 경우 대리점 등이 스스로 상표를 등록한 것과 동일한 결과가 초래되어 위 규정을 잠탈하는 행위를 방지할 수 없게 되며, 나아가 공정한 국제 상거래 질서를 확보하고 수요자 사이에 혼동을 방지하고자 하는 입법 목적을 달성할 수 없게 되기 때문이다.

3) 사용

다음과 같이 상표법 제2조 제1항 제11호에 규정된 ‘상표의 사용’에 해당하는 행위를 말한다.

- ① 상품 또는 상품의 포장에 상표를 표시하는 행위
- ② 상품 또는 상품의 포장에 상표를 표시한 것을 양도 또는 인도하거나 양도 또는 인도할 목적으로 전시·수출 또는 수입하는 행위
- ③ 상품에 관한 광고·정가표(定價表)·거래서류, 그 밖의 수단에 상표를 표시하고 전시하거나 널리 알리는 행위

4) 정당한 사유 없는 사용

정당한 사유 없는 사용이란 상표에 관하여 권리자와 대리인 또는 대표자의 관계에서의 신뢰관계를 해치거나 신뢰관계에 기초한 신의칙상 의무를 위반하는 행위 등을 말한다¹¹⁶⁾. 대리인 등의 노력으로 국내에서 상표의 인지도가 올라갔는데 상표권자가 당해 상표의 국내에서의 권리를 사실상 포기하거나 국내에서 등록 등을 통한 권리취득의 의사가 없다고 대리인 등이 믿을 만한 사정이 있는 경우 정당한 사유라고 인정할 수 있다는 견해¹¹⁷⁾가 있다. 반면, 상표권자로부터 최소한의 묵시적 승낙이 있었다고 인정될 수 있어야 정당한 사유에 해당한다는 견해¹¹⁸⁾도 있다.

5) 1년 이내

본 호의 부정경쟁행위에 해당하기 위해서는 개개의 부정경쟁행위가 이루어진 날이 계약 종료일로부터 1년이 경과하지 않아야 한다. 즉, 부정경쟁행위가 시작된 날이 계약 종료일로부터 1년 이내라고 하더라도 계약 종료일로부터 1년이 경과한 후의 행위에 대해서는 본 호에 적용대상이 되지 않는다.

<특허법원 2001. 6. 8 선고 2000허7458 판결>

등록된 상표에 관한 상표권은 등록된 국가에만 그 효력이 미치는 것이 원칙이지만, 이 사건 규정은 그 효력의 범위를 확대하여 국제적인 부정경쟁을 방지하고자 규정된 것으로서, 상표에 관하여 권리자와 대리인 또는 대표자의 관계에서의 신뢰관계의 파괴를 방지하고자 과거의 대리인 또는 대표자에 있던 자의 행위를 규제하는 한편, 대리인 또는 대표자의 관계가 종료된 이후에도 과도하게 장기간 그들의 사업활동을 구속하는 것이 가혹하다는 취지에서 '그 행위를 한 날로부터 1년'이라는 제한을 둔 것으로 보인다. 또한 이와 같이 속지주의 원칙의 예외적 규정인 이 사건 규정은 그 요건을 해석함에 있어서 함부로 원칙을 훼손하여서는 아니 되는 엄격성이 요구된다. 이를 바탕으로 보면 이 사건 규정에서 말하는 '그 행위를 한 날'은 부정경쟁행위의 판단을 요하는 개개의 행위가 '시작된 날'이 아닌 실제 그 행위가 '행해진 날'을 의미한다고 봄이 상당하다

3. 조사 절차별 확인 사항 및 유의사항 정리

1) 신고서 작성 사항 및 신고서에 첨부하여 제출 요청할 자료 예시

116) 위 1, 앞의 책 164면.

117) 위 164면.

118) 윤선희 위 1, 앞의 책 171면.

<p>가. 신고인</p> <p>① 성명(상호)</p> <p>② 전화번호/이메일</p> <p>나. 신고인의 상표가 외국에서 등록되었거나 상표법에 의해 보호받고 있음에 대한 소명다. 침해요지(현재 피신고인이 사용하는 상표)</p> <p>라. 피신고인과 상표권 사용과 관련된 계약의 내용 및 계약이 종료된 때</p> <p>마. 피신고인과의 계약 종료 후 피신고인과 별도로 체결한 약정이 있는지 여부</p> <p>바. 피신고인의 부정경쟁행위에 대한 명확하게 확인가능 한 구체적, 객관적인 증거 서류</p>
--

2) 피신고인에게 작성 또는 제출을 요청할 사항 예시

<p>가. 피신고인의 인적사항(연락가능한 연락처)</p> <p>나. 침해주장에 대한 소명 및 관련자료</p> <p>다. 피신고인과의 계약의 내용 및 계약이 종료된 때</p>
--

3) 조사시 유의사항 및 확인사항

<p>예비 조사</p>	<ul style="list-style-type: none"> · 신고서 및 첨부서류에 기재되어 있는 증거자료 제출여부 확인 · 피신고인의 상황이 종결처리나 조사 중지 등에 해당하는지 확인 · 중복조사 여부 확인 · 신고인의 상표가 파리협약 당사국, 세계무역기구회원국 또는 상표법 조약의 체결국에서 보호 받는 상표권 또는 이와 유사한 권리인지 여부 · 신고인이 정당한 상표권자인지 여부 · 전체관찰 및 이격적 관찰을 통해 동일 유사 여부에 대한 판단(일반적 수준에서 직관적으로 확인) · 신고인이 주장하는 계약 종료일로부터 1년이 경과하였는지 여부
<p>본 조사</p>	<ul style="list-style-type: none"> · 예비조사 후 사건화 결정 · 신고인/피신고인에게 추가자료 요청 및 확인 <ul style="list-style-type: none"> - 임의로 제출받은 제품의 현황·목록 등에 관한 사항을 기록하고 이를 보관 · 피신고인의 상표 사용 행위 및 대리권 계약에 대한 사실관계 확인

	<ul style="list-style-type: none"> · 동일유사 여부에 대한 종합적 판단 <ul style="list-style-type: none"> - 전체관찰과 이격적으로 관찰하여 수요자나 거래자가 느끼는 인식을 기준으로 판단 · 신고인/피신고인 사건 진술서 작성 · 판단 및 결정(결과통지 및 조사결과보고서 작성)
<p style="text-align: center;">피신고인 진술서 작성</p>	<ul style="list-style-type: none"> · 인적사항 · 해당 표시행위와 관련된 사실관계 · 피신고인과의 계약의 내용 및 계약이 종료된 때
<p style="text-align: center;">현장방문 시</p>	<ul style="list-style-type: none"> · 영업시설 또는 제조시설에 출입하여 조사할 때에는 관계인에게 조사 · 현장조사 시 공무원의 권한을 표시하는 증표를 제시해야 함 · 제품 수거 시 조사에 필요한 최소분량을 수거할 것 · 수거한 제품은 봉인할 것 · 제품 수거증 교부하고 제품의 현황·목록 등에 관한 사항을 기록하고 이를 보관 · 조사확인서를 작성하고 방문기관의 대표자 또는 종업원에게 이를 확인하도록 한 후, 확인자란에 서명 또는 날인하게 하여야 함. 날인을 받을 수 없는 경우 그 사유를 명확히 기록해야 함

VII. 상품 형태 모방행위

법 제2조(정의) 제1호

자. 타인이 제작한 상품의 형태(형상·모양·색채·광택 또는 이들을 결합한 것을 말하며, 시제품 또는 상품소개서상의 형태를 포함한다. 이하 같다)를 모방한 상품을 양도·대여 또는 이를 위한 전시를 하거나 수입·수출하는 행위. 다만, 다음의 어느 하나에 해당하는 행위는 제외한다.

- (1) 상품의 시제품 제작 등 상품의 형태가 갖추어진 날부터 3년이 지난 상품의 형태를 모방한 상품을 양도·대여 또는 이를 위한 전시를 하거나 수입·수출하는 행위
- (2) 타인이 제작한 상품과 동종의 상품(동종의 상품이 없는 경우에는 그 상품과 기능 및 효용이 동일하거나 유사한 상품을 말한다)이 통상적으로 가지는 형태를 모방한 상품을 양도·대여 또는 이를 위한 전시를 하거나 수입·수출하는 행위

1. 제도의 의의 및 취지

타인이 제작한 상품의 형태가 주지성 요건을 갖추었는지 여부와 무관하게 상품의 형태를 강력히 보호하기 위하여 이른바 데드카피(Dead Copy)를 규제하기 위한 조항이다. 경쟁자가 상품의 형태를 그대로 모방한 모조품을 판매하여 피해가 발생함에도 종래 저작권법, 디자인보호법, 민법상 불법행위, 부정경쟁방지법 (가)목으로 보호하기는 어려운 상황이 종종 발생하여 이를 막기 위해 우리 부정경쟁방지법에 2004년에 도입되었다.

일본의 경우 본 호와 유사한 상품형태모방행위규제를 1993년 부정경쟁방지법 개정을 통해서 도입하였다. 일본 산업구조심의회지재정책부회보고서는 상품형태모방행위규제의 취지를 “선행자의 성과를 공부하여 그 이상의 성과를 구축하는 것은 사회가 건전하게 지속적으로 발전하도록 하기 위해서는 필요하며 모방을 일반적으로 금지하는 것은 자유경쟁을 저해하는 것으로서 사회발전에 저해가 된다. 다른 한편 모든 모방을 허용하게 되면 선행자의 개발을 위한 인센티브를 저해하게 되어 역시 타당하지 않다. ... 특히 최근에는 복제기술의 발전으로 상품라이프 사이클이 단축되고, 유통기구의 발전에 의해서 타인의 시장에 있어서 상품하기 위한 자금, 노력을 투자하여 성과를 모방하는 것이 극히 쉬워졌다.” 는 점을 들고 있으며, 이를 감안하여 개별 지적재산권의 유무와는 관계없이 타인이 상품화를 위해서 자금, 노력을 투자하여 성과를 낼 수 있는 다른 선택지가 있음에도 불구하고 그를 완전히 그대로 모방하거나 달리 개별을 가할 수 있으므로 모방을 하는 행위는 부정경쟁행위로 제한할 필요가 있다고 보았다¹¹⁹⁾.

119) , 松村信夫, 앞의 책 255-256면.

2. 요건

1) 상품을 제작한 자(타인)

1-1) 정의

본 호에서 말하는 타인이란 상품의 형태를 창작한 자가 아니라 상품화를 위하여 투자하거나 모험을 감수한 자를 말한다¹²⁰⁾. 이는 본 호의 입법이유가 상품개발자의 선행투자에 대한 노력과 비용을 회수할 수 있는 기회를 주기 위한 것이며 부정경쟁방지법상 제4조 및 제5조에 따라 권리를 주장할 수 있는 자는 영업상 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자로 규정되어 있음을 근거로 한다.

일본의 판례는 단순히 개발자금만 제공한자는 본 규정의 보호 주체가 되기 위한 조건을 갖춘 것이라고 보지 않으며, 상품을 스스로 제조하지 않더라도 상품을 개발하고 상품화하여 판매한 자는 본 호의 보호 주체가 된다고 보고 있다¹²¹⁾.

1-2) 시제품 혹은 제품을 개발 중인 상태인 경우

상품이 실제로 시장에 판매되지 않더라도 구체적이고 정형성을 갖춘 형태를 띤 시제품이나 설계도가 완성되었고 상품화를 위한 투자가 완료된 것으로 평가할 수 있다면 본 호의 보호의 범위에 포함된다고 보아야 할 것이다. 개발을 행하고 있는 것만으로도 보호의 주체가 될 수 있다고 보는 견해도 있다¹²²⁾.

1-3) 복수 주체에 의한 개발 및 공동 개발자 사이 청구

상품 개발을 행한 자가 복수인 경우 개발 주체 전원이 본 호의 권리주체가 될 수 있다¹²³⁾. 다만 개발자 상호간에는 당해 상품이 ‘타인의 상품’에 해당하지 않으므로 당해 상품을 제조 판매하는 행위는 본 호의 적용대상이 되지 않는다.

1-4) 독점적 수입판매권자의 경우

120) 위 1, 앞의 책 202면; 사법연수원, 앞의 책 75면; 윤선희 외 1, 앞의 책 186면.

121) 최정열 외 1, 앞의 책 202면.

122) 위 203면.

123) 위 204면.

상품을 상품화한 선행자 외에도 선행자가 독점적 판매권을 부여한 라이선시의 경우에도 보호주체로 보아 독점적 판매권자의 금지청구권 등을 인정할 것인가가 문제된다.

독점판매자를 보호 주체로 하여 독점을 유지할 수 있도록 하는 것이 결국 선행자에게 상품화를 위한 자금을 회수할 수 있도록 도움을 준다는 점, 모방행위를 신속하게 저지할 수 있다는 점, 적용범위 확대한다고 하여 자유로운 시장활동을 방해한다고 볼만한 사정이 없다는 점 등을 고려하여 독점판매자 역시 보호주체로 보는 것이 타당하다¹²⁴⁾.

하급심 판결의 경우 판매망의 개척과 확보를 위한 노력을 한 결과 보호되어야 할 영업상의 이익이 있으므로 ① 선행자가 상품화하였다는 점, ② 선행자로부터 독점판매권을 수여받았다는 점을 입증하면 본 조항의 청구주체가 된다고 본 사례가 있다(서울남부지방법원 2007. 2. 8. 선고 2006가합6288 판결).

<서울남부지방법원 2007. 2. 8. 선고 2006가합6288 판결>

원고가 부정경쟁행위에 대한 금지 및 손해배상을 청구할 수 있는 자인지 살피건대, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 자목의 '타인'이란 상품의 형태를 창작한 자가 아니라 상품화를 위하여 투자하거나 모험을 감수한 자라 할 것이고, 독점적 수입판매권자의 경우 판매망의 개척과 확보를 위한 노력을 한 결과 보호되어야 할 영업상의 이익이 있으므로 ① 선행자가 상품화하였다는 점, ② 선행자로부터 독점판매권을 수여받았다는 점을 입증하면 본 조항의 청구주체가 된다고 볼 것인바, 갑 제3호증, 갑 제5호증, 갑 제7 내지 10호증의 각 기재에 의하면 원고는 ○○사로부터 ○○사가 제작한 이 사건 직물지에 관하여 국내에서의 독점판매권을 부여받은 점, 원고가 이 사건 직물지를 수입하기 이전에 시장성 확보를 위하여 '2005 경향하우징페어'에 그 견본품을 출품하였고 그 비용으로 67,086,316원 상당을 지출한 사실을 인정할 수 있으므로 위와 같은 사실에 비추어 볼 때 독점판매업자인 원고는 상품형태의 독점에 관하여 강한 이해관계를 가진 자라 할 것이어서 상품형태 모방에 의한 부정경쟁행위의 금지 및 손해배상청구를 할 수 있는 적격이 있다고 할 것이다.

2) 상품의 형태

2-1) 정의

본 호에 서 말하는 '형태'는 광의의 상품형태, 즉 상품과 형상, 모양, 광택 또는 이들을 결합한 전체적 외관을 말하며 시장에서 판매되는 시제품 또는 상품소개서상의 형태를 의미한다. 입체뿐만

124) 외 1, 앞의 책 207면

아니라 모양에 부착된 상품 등에 의한 평면적인 물품도 포함된다.¹²⁵⁾ 반면 상품의 구체적인 형태가 아닌 상품의 아이디어 또는 상품의 형태에 관한 추상적 특징에 불과한 경우 상품의 형태에 해당하지 않는다¹²⁶⁾.

본호의 상품의 형태는 특허법상의 발명과 같은 고도성을 가질 필요가 없고, 특허법상 진보성이나 신규성과도 관련이 없다. 디자인보호법상 심미성 요건 등이 필요한 것도 아니며 경쟁상의 불공정성이 발생할 수 있을 것으로 보이는 자세한 새로운 형태이면 된다¹²⁷⁾

다만 데드카피(dead copy)의 객체가 되는 것은 그 모방된 것에 의해서 경쟁상 불공정성을 발생시키는 것으로 평가되는 것으로 시장가치를 가지는 성과이어야 한다고 보고 있다¹²⁸⁾.

2-2) 상품의 일부 혹은 부품의 경우

상품의 일부 형태 혹은 부품의 경우에도 독립하여 거래 대상이 되는 경우 혹은 일부에 상품형태의 특징 전부가 있는 경우 일부의 형태를 모방하는 경우도 상품 형태를 모방한 것으로 평가할 수 있다¹²⁹⁾.

2-3) 정형성

대법원은 부경법 본 호에 의한 보호대상인 상품의 형태를 갖추었다고 하려면 수요자가 그 상품의 외관 자체로 특정 상품임을 인식할 수 있는 형태적 특이성이 있어야 할 뿐 아니라 정형화된 것이어야 한다고 보았다(대법원 2016. 10. 27 선고 2015다240454 판결). 즉 사회통념으로 볼 때 그 상품들 사이에 일관된 정형성이 없다면 아이디어나 착상 또는 특징적 모양이나 기능 등의 동일성이 있다고 하더라도 이를 상품형태를 모방한 부정경쟁행위의 보호대상으로 볼 수 없다고 보았다.

그러한 점에서 대법원은 아이스크림에 벌집 제품을 올린 상품에 대하여, 벌집 제품의 모양이 정형화되지 않은 불규칙적인 형태의 입체형상이며 균일한 모양을 만들기 위한 별도의 대책을 마련한 바 없고, 벌집 제품이 놓이는 위치도 다양하여 일정한 형태로 정형화되어 판매되지 않는다는 이유로 이들이 정형성을 갖추지 못하여 보호대상이 되지 못한다고 판단한 바 있다.

125) , 松村信夫, 앞의 책 267면.

126) 대법원 2016. 10. 27 선고 2015다240454 판결

127) 小野昌延, 松村信夫, 앞의 책 265-266면.

128) 위 266면.

129) 최정열 외 1, 앞의 책 183면.

<대법원 2016. 10. 27 선고 2015다240454 판결 >

) 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」(이하 ‘부정경쟁방지법’이라고 한다)제2조 제1호 (자)목은 타인이 제작한 상품의 형태를 모방한 상품을 양도·대여하는 등의 행위를 부정경쟁행위의 한 유형으로 규정하고 있다. 이는 타인이 개발한 상품의 형태를 모방하여 실질적으로 동일하다고 볼 수 있을 정도의 상품을 만들어 냄으로써 경쟁상 불공정한 이익을 얻는 것을 막기 위한 것으로서, 여기에 규정된 모방의 대상으로서의 ‘상품의 형태’는 일반적으로 상품 자체의 형상·모양·색채·광택 또는 이들을 결합한 전체적 외관을 말한다. 그러므로 위 규정에 의한 보호대상인 상품의 형태를 갖추었다고 하려면, 수요자가 그 상품의 외관 자체로 특정 상품임을 인식할 수 있는 형태적 특이성이 있을 뿐 아니라 정형화된 것이어야 한다. 사회통념으로 볼 때 그 상품들 사이에 일관된 정형성이 없다면 비록 상품의 형태를 구성하는 아이디어나 착상 또는 특징적 모양이나 기능 등의 동일성이 있다고 하더라도 이를 ‘상품의 형태’를 모방한 부정경쟁행위의 보호대상에 해당한다고 할 수 없다.

2-4) 용기나 포장의 경우

상품의 용기나 포장의 경우 일반적으로 상품의 형태로 보지 않으나 상품의 용기·포장이 상품 자체와 일체로 되어 있어 사건 포장을 모방하는 것이 실질적으로 상품 자체를 모방하는 것과 동일시된다면 본 호의 보호대상이 되는 상품의 형태에 포함된다(대법원 2008. 10. 17.자. 2006마342 결정).

<대법원 2008. 10. 17 자 2006마342 결정 >

이 사건 포장은 종이로 만든 직육면체 상자 형상으로서 그 안에 마가렛트 상품이 2개씩 포장된 봉지들이 여러 개 담긴 채 봉해져 일체로서 전시·판매되고 있어 포장을 뜯지 않으면 그 내용물이 실제로 외관에 나타나지 않음을 알 수 있다. 그렇다면 이 사건 포장은 마가렛트 상품 자체와 일체로 되어 있어 이 사건 포장을 모방하는 것이 실질적으로 마가렛트 상품 자체를 모방하는 것과 동일시된다고 할 것이므로, 이 사건 포장은 구 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (자)목에서 정하는 ‘상품의 형태’에 포함된다고 봄이 상당하다.

2-5) 상품의 내부구조

상품의 내부구조는 원칙적으로 상품의 형태에 포함되지 않는다고 볼 것이다. 다만 내부구조가 상품의 이용과정에 밖으로 드러나 인식될 수 있고 그 상품의 경쟁 우월성이 내부구조에서 나오는 경우 또는 상품 소개서 상에 내부구조가 표현되어 외부로 나타나 있다면 이를 모방한 경우 상품의 형태를 모방한 것으로 볼 수 있다¹³⁰⁾.

일본에서의 논의 역시 상품의 형태는 상품의 외관상 인식되는 것을 의미한다고 할 것인 바, 상품의 기능, 성능을 실현하기 위한 구조는 그 것이 외관상으로 드러나는 경우 외에도 상품의 형태에 해당한다고 할 수 있는 경우도 있지만(동경 지방법원 2001년 1월 30일 판결) 내부구조에만 그치는 경우에는 상품의 형태에 해당한다고 할 수 없다고 보고 있다(오사카 지방법원 1996년 11월 28일 판결).

위 일본의 동경 지방법원 2001년 1월 30일 판결의 사안은 어깨로 메는 소형가방에 관한 사건으로 가방의 거래에 있어서는 소비자가 가방을 열어보고 내부를 확인하는 등 내부 형상에도 소비자가 주목하여 거래하고 있다고 추인할 수 있으므로 가방의 외관 뿐 아니라 가방 안쪽의 수납구조인 내부의 형상도 상품의 형태에 해당한다고 판단한 바 있다¹³¹⁾.

2-6) 창작성 요건이 필요한지 여부 및 입증책임

상품 형태가 보호받기 위해 창작성 요건이 필요한지에 대해서는 학계의 견해대립이 있으나, 상품 형태의 창작성이 없는 경우 본 호는 적용제외 요건인 ‘동종 상품이 통상적으로 가지는 형태’에 해당될 여지가 큰 바 창작성 요건의 필요 여부 논의는 실무에서 큰 실익이 없다고 보인다.

다만 위 견해 대립에 따라 상품의 행태가 창작성에 대한 입증 책임에 대해서 논의가 달라질 수도 있는데, 본 호는 명시적으로 통상적으로 가지는 형태를 적용제외로 하는 규정을 단서 조항으로 두고 있으므로 조문의 구성상 해당 상품 형태가 동종 상품이 통상적으로 가지는 형태라는 점에 대하여 모방자가 주장 입증해야 할 것이다.

3) 모방

3-1) 정의

모방이란 이미 존재하는 타인의 상품의 형태를 의거하여 그것과 실질적으로 동일한 형태의 상품을 만들어 내는 것을 말한다(대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다20044판결). 즉, 모방이 되기 위해서는 **객관적**으로는 동일하거나 실질적으로 동일한 형태의 상품을 작출하는 것을 의미하는 것으로 타인의 상품형태와 모방상품을 대비 관찰하여 그 형태가 동일하거나 실질적으로 동일할 것을 요구하고, **주관적**으로는 당해 타인의 상품형태를 알고, 그것을 형태가 동일한 또는 실질적으로 동일한 것으로 객관적으로 평가될 수 있는 형태임을 인식할 것을 요한다.¹³²⁾

130) 위 1, 앞의 책 181면.

131) 東京地判, 平成13. 1. 30. 判例時報 1742 128頁, 최정열 외 1, 앞의 책 182면.

3-2) 주관적 요건(의거성)

본 호는 특허권 등 다른 산업재산권과는 달리 침해요건으로 의거를 요구하며 이는 저작권의 경우와 유사한 개념이다. 주관적 요건에서 말하는 의거란 후행제품의 제작자가 선행제품에 접근하여 이를 바탕으로 후행제품을 제작하였음을 말하는 것이다.

의거성은 과거의 행위사실에 따라 판단하는 것으로 침해자가 선행제품에 접근한 적이 없다고 다투는 경우 의거성에 대해 엄격한 입증을 요구하면 사실상 모방의 입증이 불가능해지는 문제가 있다. 저작권 침해 실무에서는 의거성을 판단할 때에는 접근가능성을 판단하여 침해행위자가 대상 제품을 경험하였을 상당한 기회가 있다고 인정하는 경우 의거성을 인정하는 경우가 많다. 다만 막연한 가능성만으로는 의거성을 인정하기에 충분하지 않다¹³³⁾.

또한 논리적으로는 이후의 판단 단계이기는 하나 의거성 입증에 위해 형태의 실질적 동일성을 간접 증거로 하여 실질적 유사성이 강하게 인정되는 경우 그에 근거하여 의거성 또는 접근가능성을 인정하기도 한다.

3-3) 객관적 요건(형태의 실질적 동일)

일방은 선행상품에 기초하고, 타방은 모방으로 의심되는 상품에 기초하여 이들 양자의 상품의 형태를 서로 비교하여 형태와 형태에 고정된 사상을 서로 비교하여야 한다¹³⁴⁾. 이 경우 무의미한 다소의 개변은 상품형태의 동일성 판단에 영향을 미치지 않는 것으로 볼 것이다¹³⁵⁾.

기존 형태를 참고하면서도 여러 가지 공지의 형태를 참고하여 조합하여 만들어 낸 형상의 경우에는 선행상품의 형태에 대한 인식이 있다고 하더라도 조합된 다른 요소가 공지인 이상 당해 상품형태를 보호의 문제와 보호영역을 달리하므로 본호에 의한 보호를 해치지 않는 것이라고 할 것이다¹³⁶⁾.

판례는 실질적 동일성을 당해 변경의 내용·정도, 변경한 부분을 착상하는데 있어서의 난이도, 변경에 의한 형태적 효과 등을 종합적으로 고려하여 판단한다는 기준을 실시하고 있다.

132) , 松村信夫, 앞의 책 287면.

133) 이규홍 외 3, 「저작권과 침해」, 육법사, 2016, 513면.

134) 小野昌延, 松村信夫, 앞의 책 292면.

135) 위 293면.

136) 위 293면.

<대법원 2012. 3. 29 선고 2010다20044 판결>

부정경쟁방지법 제2조 제1호 (자)목은 부정경쟁행위의 한 유형으로서 타인의 제작한 상품의 형태를 모방한 상품을 양도·대여 또는 이를 위한 전시를 하거나 수입·수출하는 행위를 규정하고 있는데, 여기에서 '모방'이라 함은 타인의 상품의 형태에 의거하여 이와 실질적으로 동일한 형태의 상품을 만들어 내는 것을 말하며, 형태에 변경이 있는 경우 실질적으로 동일한 형태의 상품에 해당하는지 여부는 당해 변경의 내용·정도, 그 착상의 난이도, 변경에 의한 형태적 효과 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다

< 대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다216758 판결 >

그런데 원고 제품의 위와 같은 주된 특징적 형태와 실질적으로 동일한 형태들이 이미 1984. 1.경 '소형 소화기의 케이스'라는 명칭으로 출원된 실용신안등록에 관한 공보의 도면에 도시된 제품, 코리아캠텍 주식회사가 2007. 11.경부터 판매한 쌍구형 휴대형 소화기 및 주식회사 오일금속이 2009. 7.경부터 판매한 동종 제품(이하 이들을 통틀어 '선행제품들'이라고 한다)에도 그대로 나타나 있다.

원고 제품은, 기록상 분사구와 분출구를 구체적으로 파악할 수 있는 주식회사 오일금속의 쌍구형 소화기와 비교하여, 각진 형상의 분사구와 네모에 가까운 형상의 분출구를 가진 위 제품과 달리 분사구가 전체적으로 원형이고 분출구는 반타원형으로 되어 있는 점에서 차이가 있고, 나아가 그 외의 세부적인 형상·모양 등에서 선행제품들과 다소 차이가 있다고 볼 수는 있다. 그러나 이와 같은 차이점이 전체 상품의 형태에서 차지하는 비중이나 이로 인한 시각적인 효과 등에 비추어 볼 때 이는 원고 제품에 다른 제품과 구별되는 개성을 부여하는 형태적 특징에 해당한다고 보기는 어렵다. 원고는 일부 선행제품들과 원고 제품의 분사방식의 차이를 들어 그 선행제품들은 원고 제품과 동종 상품이 아니라고 주장하나, 그와 같은 정도의 세부적인 차이를 들어 동종 상품이 아니라는 주장은 받아들일 수 없다.

4) 금지 행위 태양

본 호는 타인의 상품 형태를 모방한 상품을 '상품을 양도·대여 또는 이를 위한 전시를 하거나 수입·수출하는 행위' 를 금하고 있다.

5) 보호기간(3년)이 도과하지 않았을 것

5-1) 규정 취지

본 호의 단서는 타인의 상품형태를 모방하더라도 상품의 시제품 제작 등 상품의 형태가 갖추어진 날로부터 3년이 경과한 상품의 형태를 모방하는 행위의 경우 부정경쟁행위에서 제외하는 소극적 요건을 규정하고 있다. 이는 본 호의 상품형태 보호규정이 다른 지적재산권법제와 달리 등록을 요하

지 않으며, 다른 부정경쟁행위 규정과 달리 식별력 및 주지성, 오인·혼동 가능성 요건등을 요구하고 있지 않아 보호의 범위가 지나치게 넓어질 수 있음을 고려한 것이다.

일본 부정경쟁방지법의 상품형태모방행위 규정 역시 3년의 보호기간을 제한하고 있다. 일본의 입법 보고서는 보호기간 규정의 취지에 대해 최초 판매된 날로부터 3년으로 보호기간을 기산하도록 한 것은 시장에서의 불공정성을 시정하기 위한 본조의 취지에 비추어보면 시장에 출시된 시점부터 3년이면 광고활동을 하기 위한 충분한 기간이라고 보인다고 기재하고 있다¹³⁷⁾.

5-2) 기산일

‘상품의 시제품 제작 등 상품의 형태가 갖추어진 날’ 부터 기산하며 상품을 실제 판매하지 않아도 상품 개발에 대한 투자가 거의 완료되고 상품개발이 완료된 때부터 보호기간은 기산된다.

5-3) 외국에서 상품형태가 완성되어 수입된 경우

하급심 판결은 외국에서 수입된 상품의 경우 외국에서 상품형태가 완성된 때부터 보호기간을 기산 하여야 한다고 판단한 바 있다.

< 서울중앙지방법원 2011. 6. 8 선고 2010가합135897 판결 >

이 사건과 같이 국내에 수입되기 이전 외국에서 최초로 상품의 형태가 갖추어진 경우 위 3년의 기산일에 관해 보건대, ① 국내에 수입된 날을 위 3년의 기산일로 보게 되면 외국에서 먼저 제작된 상품의 형태는 외국에서의 판매기간과 국내에 수입된 날로부터 3년간 보호되는 결과가 되므로 국내에서 상품의 형태가 갖추어진 경우에 비하여 더 오랜 기간 보호를 받게 되고, ② 특히 외국 상품으로서 국내에 수입·판매되고 있지 않은 상품은 위 단서를 적용할 수 없는 문제가 발생하는 점 등에 비추어 볼 때, 위 3년의 기산일은 국내에 수입된 날이 아니라 외국에서 시제품 등이 제작된 날을 기준으로 하여야 할 것이다.

5-4) 입증책임

보호기간의 기산점이 단서 규정의 형태로 규정되어 있는 점을 볼 때 3년이 경과하였다는 점에 대한 입증책임은 상품형태를 모방한 후행상품을 출시한자가 부담하는 것으로 해석해야 한다. 상품형태가 완성된 구체적인 시점까지 입증해야 할 필요는 없으며 최소 3년 이상 기간 전에 한번이라도 판매되었다는 점을 입증해야 하는 것으로 족하다¹³⁸⁾.

137) , 松村信夫, 앞의 책 309면.

138) 최정열 외 1, 앞의 책 195면.

6) 동종의 상품이 통상적으로 갖는 형태가 아닐 것

6-1) 취지

본 호는 상품의 형태가 동종의 상품이 통상적으로 갖는 형태에 해당하는 경우 보호대상에서 제외하고 있다. ① 이는 진부한 상품형태의 경우 제품 개발을 위해 자금 노력을 투하하지 않은 것이 대부분이기 보호가치가 적고, ② 통상적 형태가 고정된 이유는 그 형태가 상품의 특정한 기능을 확보하기 위해 불가결한 것일 경우(기능적 형태)가 많은데 이는 자유로운 이용을 허락하여야 하는 것이기 때문이다¹³⁹⁾.

6-2) 보호대상

본 호에서 보호대상에서 제외하고 있는 ‘동종의 상품이 통상적으로 가지는 형태’란 동종의 상품 분야에서 일반적으로 채택되는 형태로서, 상품의 기능·효용을 달성하거나 상품 분야에서 경쟁하기 위하여 채용이 불가피한 형태 또는 동종의 상품이라면 흔히 가지는 개성이 없는 형태(대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다216758 판결) 또는 동종의 상품이라면 통상 가지는 그와 같은 흔하고 특별한 특징이 없는 상품형태와 그와 같은 형태의 상품을 단순히 조합한 형태 및 해당 상품으로서 기능을 확보하기 위하여 불가결하게 갖추어야 하는 형태(서울중앙지방법원 2016. 9. 30. 선고 2015가합539968 판결)를 말한다.

일본의 판례는 샌들(sandal)의 형상과 관련된 사건에서 기본적인 형태가 극히 유사하다는 사실을 인정하면서도 채권자가 주장하는 샌들의 형태는 당해상품의 기능을 확보하기 위한 불가결한 형태라고 보아 침해를 부정한 바 있다(오사카지방법원 1996년 3월 29일 판결).¹⁴⁰⁾ 한편 불단이 문제가 된 사건에서도 가처분을 신청한 자가 주장하는 불단이 많은 노력과 자금을 투여야 하는 상품의 형태가 아니라고 하면서 이 사건의 불단은 당해상품의 기능을 확보하기 위한 불가결한 형태라고 보아 가처분을 기각한 바 있다(오사카지방법원 1996년 7월 30일 판결)¹⁴¹⁾.

3. 판단 기준 및 조사방법

1) 상품 제작 주체

1-1) 판단기준

139) 위 6, 앞의 책 419면

140) 小野昌延, 松村信夫, 앞의 책 301면.

141) 위 301면.

상품 또는 영업주체로서 새롭게 개발, 제작하는 상품의 형태를 위해 자본·노력을 투자한 자를 말한다.

1-2) 조사시 확인 사항

- 신고자가 상품제작 주체인지 여부
- 시장에서 선행하여 제품을 만들었는지 여부

1-3) 신고자에 대한 질문 사항(자료 제출 요구)

- 신고자의 제품 개발 및 제작에 있어서의 역할은?
- 제품의 개발경위 및 과정 그리고 그 과정에서 도출된 자료는?
- 제품의 형태 개발을 위해 특별한 논의 또는 연구를 거쳤는지?
- 제품의 유통 및 판매 경로는?

2) 상품의 형태

2-1) 일반적 기준

보호대상인 상품의 형태를 갖추었다고 하려면 수요자가 그 상품의 외관 자체로 특정 상품임을 인식할 수 있는 형태적 특이성이 있어야 할 뿐 아니라 정형화된 것이어야 한다.

2-2) 상품의 용기나 포장의 경우

상품의 용기나 포장의 경우에도 일반적으로 상품의 형태로 보지 않으나 상품의 용기포장이 상품 자체와 일체로 되어 있어 사건 포장을 모방하는 것이 실질적으로 상품 자체를 모방하는 것과 동일 시된다면 본 호의 보호대상이 되는 상품의 형태에 포함된다고 본다.

2-3) 동종상품이 통상적으로 가지는 형태가 아닐 것

동종의 상품이 ‘통상적으로 가지는 형태’란 동종의 상품 분야에서 일반적으로 채택되는 형태를 말하며 상품의 기능·효용을 달성하기 위하여 채용이 불가피한 형태(기능적 형태) 또는 동종의 상품이라면 흔히 가지는 개성이 없는 형태(진부한 형태)를 말한다.

2-4) 조사해야 할 사항

- 제품의 정형성 여부

- 신고자의 제품 형태에 특별한 기능이 있는지 여부

2-5) 수집할 수 있는 증거

- 신고자와 피신고자의 제품
- 동종 상품의 제품들(통상적으로 가지는 형태인지 여부 판단)

3) 모방여부

3-1) 실질적 동일성

실질적 동일성 판단은 선행상품과 후행상품을 이격적 관찰을 통해 선행상품이 갖는 형태적 특성을 추출한 후, 특징부가 후행상품에 어떻게 표현되어 있는지를 비교하여 판단한다.

3-2) 모방의 의사(의거관계)

의거란 후행제품의 제작자가 선행제품에 접근하여 이를 바탕으로 후행제품을 제작하였음을 말하는 것이다. 피신고자가 신고자의 제품에 접근하여 이를 기반으로 제품의 형태가 동일한 제품을 제작하였을 가능성이 있는지를 기준으로 판단한다. 의거관계는 내심의 의사를 판단하는 것으로 실무상 선행제품이 시장에 알려진 정도 및 실질적 동일성의 인정정도에 따라 모방의 의사는 추인할 수 있다.

3-4) 신고자에게 질문할 사항(의거관계판단)

- 제품의 유통경로는?
- 제품의 매출액 시장점유율은?

3-5) 피신고자에게 질문할 사항

- 제품 개발시 피신고자의 제품과 유사한 제품이 있다는 사실을 인지하고 있었는지?
- 제품의 제작 경위 및 개발 절차는?
- 개발과정에서 현재와 같은 상품의 형태를 갖추게 된 과정은?

4) 상품 사용

타인의 상품형태를 모방한 상품을 양도(판매를 포함)·대여 또는 이를 위한 전시를 하거나 수입·수출 등을 했는지 여부 등을 판단한다.

5) 보호기간

5-1) 판단기준

상품의 시제품 제작 등 상품의 형태가 갖추어진 날' 부터 기산하며 상품을 실제 판매하지 않아도

상품 개발에 대한 투자가 거의 완료되고 상품개발이 완료된 때부터 보호기간은 기산된다.

본 법이 보호기간을 둔 취지는 다른 지적재산권 법제와 달리 등록을 요하지 않아 보호범위가 과도하게 넓어지는 것을 막기 위한 것으로 보호기간은 엄격하게 해석될 여지가 있으며 따라서 반드시 객관적인 입증자료를 통해 판단해야 한다.

5-2) 조사할 내용 및 수집할 수 있는 증거

- 선행상품의 형태가 갖추어진 날과 이를 입증할만한 자료
- 후행상품(침해상품)의 판매 기간 및 이를 입증할 수 있는 자료

3. 조사 절차별 확인 사항 및 유의사항 정리

1) 신고서 작성 사항 및 신고서에 첨부하여 제출 요청할 자료 예시

1-1) 신고인 관련

가. 상품 제작·개발자

- ① 성명(상호)
- ② 전화번호/이메일

나. 상품의 종류

다. 디자인, 특허 등 등록여부

라. 상품의 이미지(상품 형태를 전체적으로 파악할 수 있는 사진 또는 실물)제출

마. 상품 제작 주체관련 증명서류(상품 개발 투자 및 연구 등 관련 자료) 제출

바. 상품 제작 시기 증명서류(시제품 제작일 및 상품소개서상의 형태가 갖추어진 날 등과 같이 명확하게 확인 가능한 자료)제출

사. 해당상품의 시장점유율, 매출액 및 귀사의 기업규모 등 증명서류 제출

아. 해당상품의 피해사실 증명서류 제출

자. 기타 침해관련 과정 및 사실관계 등

1-2) 피신고인 제품관련

가. 피신고인

- ① 성명(상호)
- ② 연락처

나. 상품의 종류

다. 상품의 이미지(상품 형태를 전체적으로 파악할 수 있는 사진 또는 실물)제출

라. 상품 제작 시기(알고 있는 범위 내에서)

- 마. 상품의 사용여부(판매, 양도, 대여, 전시, 수입, 수출 등)
- 바. 모방이라고 판단하는 이유

1-3) 통상적으로 가지는 형태 등인지 여부

- 가. 양 상품이 동종상품인지에 대한 의견
- 나. 신고인의 제품 및 침해제품 외에 동종 상품군의 다른 제품들의 모양(사진 또는 실물)

2) 피신고인에게 작성 또는 제출을 요청할 사항 예시

- 가. 피신고인의 인적사항(연락가능한 연락처)
- 나. 침해행위(상품의 제작, 사용 등)에 대한 소명 및 관련자료
- 다. 상품의 제작시기
- 라. 모방이 아니라고 생각한다면 모방이 아닌 이유
- 마. 신고인 및 피신고인의 제품 외에 동종 상품군의 다른 제품들의 모양(사진 또는 실물)

3) 조사시 유의사항 및 확인사항

예비조사	<ul style="list-style-type: none"> · 신고서 및 첨부서류에 기재되어 있는 증거자료 제출여부 확인 · 피신고인의 상황이 종결처리나 조사 중지 등에 해당하는지 확인 · 중복조사 여부 확인 · 신고인이 해당 상품의 상품화를 위해 투자하거나 모험을 감수한 자에 해당하는지 확인 · 피신고인이 해당 상품을 양도 및 대여 또는 전시, 수입, 수출 등을 하였는지 확인 · 침해 주장일이 상품의 형태가 갖추어진 날부터 3년 이내에 해당하는지 확인 · 상품의 형태가 정형성을 갖추고 있는지 확인 · 상품이 실질적으로 동일하다고 평가할 수 있는지 확인 (단, 예비조사는 상세조사가 아닌 일반적인 수준에서 확인) · 상품의 형태가 동종의 상품이 통상적으로 가지는 형태인지 확인(일반적인 수준에서 확인)
본 조사	<ul style="list-style-type: none"> · 예비조사 후 사건화 결정 · 신고인/피신고인에게 추가자료 요청 및 확인 <ul style="list-style-type: none"> - 임의로 제출받은 제품의 현황·목록 등에 관한 사항을 기록하고 이를 보관

	<ul style="list-style-type: none"> · 간접증거 및 실질적 동일성 여부를 고려하여 침해자가 피침해 상품의 형태를 인식하고 그것에 기초하여 침해 상품을 만들었는지를 판단 · 양 상품 형태의 변경의 내용, 정도, 변경한 부분을 착상하는데 있어서의 난이도, 변경에 의한 효과 등을 종합적으로 고려하여 실질적으로 동일한지 여부를 판단 · 시장조사(통상적 형태 확인) 및 제출자료 확인 · 신고인/피신고인 사건 진술서 작성 · 판단 및 결정(결과통지 및 조사결과보고서 작성)
<p style="text-align: center;">피신고인 진술서 작성</p>	<ul style="list-style-type: none"> · 인적사항 · 조사의 목적 · 상품형태 모방행위에 대한 의견 <ul style="list-style-type: none"> - 상품 기본 정보 - 제작 주체 및 과정 - 제작 시기 - 상품형태 (상품의 형태가 유사한지 여부 등) - 모방여부 (선행상품의 존재 인식 여부 등) - 상품의 사용 여부
<p style="text-align: center;">현장방문 시</p>	<ul style="list-style-type: none"> · 영업시설 또는 제조시설에 출입하여 조사할 때에는 관계인에게 조사 · 현장조사 시 공무원의 권한을 표시하는 증표를 제시해야 함 · 제품 수거 시 조사에 필요한 최소분량을 수거할 것 · 수거한 제품은 봉인할 것 · 제품 수거증 교부하고 제품의 현황·목록 등에 관한 사항을 기록하고 이를 보관 · 조사확인서”를 작성하고 방문기관의 대표자 또는 종업원에게 이를 확인하도록 한 후, 확인자란에 서명 또는 날인하게 하여야 함. 날인을 받을 수 없는 경우 그 사유를 명확히 기록해야 함

VIII. 국기 국장 등의 사용금지

법 제3조(국기·국장 등의 사용 금지) ① 파리협약 당사국, 세계무역기구 회원국 또는 「상표법 조약」 체약국의 국기·국장(國章), 그 밖의 휘장이나 국제기구의 표지와 동일하거나 유사한 것은 상표로 사용할 수 없다. 다만, 해당 국가 또는 국제기구의 허락을 받은 경우에는 그러하지 아니하다.

② 파리협약 당사국, 세계무역기구 회원국 또는 「상표법 조약」 체약국 정부의 감독용 또는 증명용 표지와 동일하거나 유사한 것은 상표로 사용할 수 없다. 다만, 해당 정부의 허락을 받은 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 제도의 의의 및 취지

본 규정은 국기·국장(國章), 그 밖의 휘장이나 국제기구의 표지와 동일하거나 유사한 것을 상표로 사용하는 것을 규제하는 것으로, 그 취지는 국가 정부기관 등의 존엄을 유지하고 대한민국이 체결한 국제조약상의 의무나 국제적인 신의를 보호하는 한편 상표의 사용자가 이들 기관과 특수한 관계에 있는 것처럼 오인 혼동할 우려를 방지하기 위함이다¹⁴²⁾. 본 호는 우리나라가 가입한 공업 소유권보호를 위한 파리협약 제6조의3에 따른 의무를 이행하기 위한 조문이다.

2. 요건

1) 파리협약 당사국, 세계무역기구 회원국 또는 「상표법 조약」 체약국의 국기·국장(國章), 그 밖의 휘장이나 국제기구의 표지

모든 외국의 국기가 보호대상이 아니며 ‘공업소유권 보호를 위한 파리협약 당사국’, 세계무역기구 회원국 또는 「상표법 조약」 체약국의 국기·국장(國章), 그 밖의 휘장에 한한다.

2) 체약국 정부의 감독용 또는 증명용 표지

감독용 또는 증명용 표지란 상품 등의 규격·품질 등을 관리, 통제(control), 증명(warranty)하기 위하여 파리협약 당사자국 등 국가 주체가 채택한 표장¹⁴³⁾을 말하며 문언상 국가의 지방행정기관, 지방자치단체 등 국가의 하위기관 또는 공법상 기관에서 채택한 것은 포함하지 않는 것으로 보아야 한다.

142) 대표편집, 앞의 책 606면.

143) 특허청, 「상표심사기준」, 특허청, 2018, 185면.

<국가별 감독용이나 증명용 표지의 예시144>

미국	EU	일본	중국
			
미국 연방통신위원회 (FCC, Federal Communications Commission)의 통신기기 인증마크	유럽연합(EU)의 제품 안전마크(Conformite Europeenne)	일본 공업규격(Japanese Industrial Standards)	중국 품질안전인증마크(China Compulsory Certification)

144) , 앞의 책 185면.

IX. 부정경쟁방지법 상의 주지·저명성 판단기준 비교

1. 서설

우리 부정경쟁방지법과 상표법은 “널리 인식된”이라는 용어를 사용하여 보호대상이 되는 표지를 주지·저명성의 정도에 따라 조금씩 달리 분류하고 있으며 이러한 분류에 따라 각각 다른 보호규정을 적용하고 있다. 표지의 주지, 저명성에 대한 판단은 특별히 명문화된 판단기준이 있는 것이 아니라 개개의 사례들의 구체적인 사정에 따라 사후적인 판단에 따라 해결되어 오고 있다.

주지, 저명 상표의 판단기준을 법령에 일률적으로 정하는 것은 사실상 불가능하다. 그러나 이러한 모호한 판단기준은 규제에 대한 객관적 타당성, 예측가능성, 일관성을 해치고 규제에 대한 자의적인 판단으로 이어질 우려가 있다.

이번 절에서는 구체적 사안들에서 주지 저명성에 대한 법원의 판단 및 외국의 사례를 비교 정리하여 부정경쟁방지법에서 규정된 주지·저명성의 판단에서의 고려요소들을 정리하고자 한다.

2. 주지·저명성 요건이 규정된 국내 법규 및 대법원의 해석

1) 국내법 규정

1-1) 국내법 주지저명성의 정도에 따른 이른바 3단계 분류

국내법의 규정은 서는 표지의 주지, 저명성의 개념에 대하여 특정인의 상품표지로 인식된 표지, 널리 인식된 표지(주지표지), 현저히 인식된 표지(저명표지) 등 3단계로 분류하여 각 규정의 취지에 따라 이를 사용하고 있다.

1-2) 부정경쟁방지법

부정경쟁방지법 제2조 제1호 가목 및 나목은 ‘국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장, 그 밖에 타인의 상품 또는 영업임을 표시한 표지(주지표지)’를 사용하여 타인의 상품 또는 영업과 혼동을 일으키게 하는 행위를 규제하고 있다.

부정경쟁방지법 다목은 ‘국내에 널리 인식된 표지와 동일하거나 유사한 것을 사용하여 그 표지’

의 식별력이나 명성을 손상하는 행위를 규제하고 있으며 관례 및 통설은 ‘국내에 널리 인식된’의 의미를 저명표지를 말하는 것으로 해석하고 있다.

부정경쟁방지법 아목은 정당한 권원이 없는 자가 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 그 밖의 표지와 동일하거나 유사한 도메인이름을 부정한 목적으로 등록·보유·이전 또는 사용하는 행위를 규제하고 있는데, 여기서 ‘국내에 널리 인식된’의 의미는 부정경쟁방지법 제2조 제1항 제1호 가목 또는 나목과 같은 주지표지를 의미하는 것으로 이해된다.

부정경쟁방지법 제3조의2는 자유무역협정에 따라 보호하는 지리적 표시가 표시하는 장소가 원산지가 아닌 상품에 대하여 해당 지리적 표시를 사용하는 행위를 금하고 있다. 다만 보호개시일 이전에 해당 상표에 관하여 국내 수요자 간에 그 상표가 특정인의 상품을 표시하는 것이라고 인식되어 있는 경우 금지의 예외에 해당한다. 여기서 국내 수요자 간에 그 상표가 특정인의 상품을 표시하는 것이라고 인식되어 있는 경우란 특정인의 상품표지로 인식된 표지를 말하는 것이다.

1-3) 상표법

상표법 제34조 제1항 제11호는 수요자들에게 현저하게 인식되어 있는 타인의 상품이나 영업과 혼동을 일으키게 하거나 그 식별력 또는 명성을 손상시킬 염려가 있는 상표(저명상표)에 대해서 상표 등록을 배제하고 있다. 이는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 다목을 상표 등록단계에서부터 저지하는 규정이다.

상표법 제34조 제1항 제9호 및 10호는 ‘타인의 상품 또는 어느 지역의 상품을 표시하는 것이라고 수요자들에게 널리 인식되어 있는 상표(주지상표)’와 동일·유사한 상표로서 그 타인의 상품과 동일·유사한 상품에 사용하는 상표를 상표등록에서 배제하고 있다.

상표법 제34조 제1항 제13호 및 14호는 국내 또는 외국 수요자들에게 ‘특정인 혹은 특정지역의 상품을 표시하는 것이라고 인식되어 있는 상표(특정인의 상품표지로 인식된 표지)’와 동일·유사한 상표로서 부당한 목적으로 사용하는 상표를 상표등록에서 배제하고 있다.

상표법 제99조의 경우 상표침해 주장에 대한 항변으로 선사용권을 인정하고 있는데 그 인정요건 중 하나로 ‘상표 등록시 국내 수요자 간에 그 상표가 특정인의 상품을 표시하는 것이라고 인식되어 있을 것(특정인의 상품표지로 인식된 표지)’을 요구하고 있다.

2) 관례의 판단기준

2-1) 특정인의 상품표지로 인식된 표지

모방대상상표가 국내 또는 외국의 수요자 사이에 특정인의 상표로 인식되어 있는지는 그 상표의 사용기간, 방법, 태양 및 이용범위 등과 거래실정 또는 사회통념상 객관적으로 상당한 정도로 알려졌는지 등을 기준으로 판단한다(대법원 2013. 5. 9. 선고 2011후3896 판결).

2-2) 주지표시

부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목 및 (나)목 에서 타인의 상품 또는 영업임을 표시한 표지가 '국내에 널리 인식되었다'는 의미는 국내 전역에 걸쳐 모든 사람에게 주지되어 있음을 요하는 것이 아니고, 국내의 일정한 지역범위 안에서 거래자 또는 수요자들 사이에 알려진 정도로써 족하다고 할 것이고, 널리 알려진 상표 등인지 여부는 그 사용기간, 방법, 태양, 사용량, 거래범위 등과 상품거래의 실정 및 사회통념상 객관적으로 널리 알려졌느냐의 여부가 일용의 기준으로 삼고 있다(대법원 2003. 9. 26. 선고 2001다76861 판결 등).

2-3) 저명표지

2-3-1) 부정경쟁방지법 (다)목의 해석

대법원은 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (다)목은 규정의 입법 취지와 그 입법 과정에 비추어 볼 때, 위 규정에서 사용하고 있는 '국내에 널리 인식된'이라는 용어는 '주지의 정도를 넘어 저명 정도에 이른 것'을, '식별력의 손상'은 '특정한 표지가 상품표지나 영업표지로서의 출처표시 기능이 손상되는 것'을 의미하는 것으로 해석함이 상당하다고(대법원 2004. 5. 14. 선고 2002다13782 판결) 하여 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가), (나)목이 '국내에 널리 인식된'이라는 동일한 문구의 요건을 실시하고 있음에도 (가), (나)목은 주지성을 의미하는 것으로 (다)목은 저명성을 의미하는 것으로 달리 판단하고 있다.

2-3-2) 저명성의 판단 기준

저명상표 등에 해당하는지 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 여부에 따라 판단한다(대법원 2007. 2. 8. 선고 2006후

3526 판결).

2-4) 판례가 실시한 판단기준의 문제점

대법원은 인식된 상표 또는 주지상표 여부는 그 사용기간, 방법, 태양, 사용량, 거래범위 등과 상품 거래의 실정 및 사회통념상 객관적으로 널리 알려졌느냐의 여부를 기준으로 판단한다고 하며, 저명 상표인가의 여부는 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 영업 주체에 관한 인식이 객관적으로 널리 퍼져 있다고 볼 수 있는지의 여부에 따라 판단한다고 실시하고 있다.

이러한 대법원의 실시는 사실상 같은 기준을 제시하고 있는 것으로 보이며, 동일한 자료와 판단 요소들을 바탕으로 구체적인 사안에서 표지의 주지성의 정도에 따라서 상품표지로 인식된 표지, 주지표지, 저명표지 등으로 구분하고 있는 것으로 보인다. 이러한 대법원의 태도는 법의 판단을 받는 표지 사용자나 조사를 담당하는 행정청의 입장에서 어디까지 주지표지로 볼 것이고 저명표지로 볼 것인지 예측가능성이 떨어지는 문제가 있다.

3. 외국의 상표의 저명성 판단기준¹⁴⁵⁾

외국의 대부분의 사례는 우리와 같은 3단계 분류법을 따르지 않으며 well-known mark 혹은 famous mark로 일원화된 분류를 하고 있다.

1) 국제조약

1-1) 파리협약

파리협약 제6조의 2는 유명상표(well-known mark)를 동일 유사한 상품에 사용하여 혼동을 초래하는 상표를 보호하는 규정을 두고 있다¹⁴⁶⁾. 다만 유명상표의 정의나 인정 요건에 대해서 별도로 규정하고 있지 않다.

1-2) TRIPs 협약

145) , “상표의 주자, 저명성 판단기준에 대한 연구”, 법조, 법조협회, 2015

146) 6조의2 상표 : 잘 알려진 상표

동맹국은 국내법에 따라 직권상으로 또는 관계국의 요청으로 이 협약의 혜택을 받을 권리가 있는 사람의 상품으로서 동일 또는 유사한 상품에 사용되고 있음이 이미 그 나라에서 잘 알려진 것으로 등록 또는 사용국의 권한있는 당국에 의하여 간주되는 그러한 상품의 복제, 모방, 번역을 구성하여 혼동을 일으키기 쉬운 상표의 등록을 거절 또는 취소하며 또한 그 사용을 방지할 것을 약속한다. 이 규정은 상표의 중요구성요소가 그러한 잘 알려진 상품의 복제 또는 그것과 혼동하기 쉬운 모방을 구성하는 경우에도 적용된다.

TRIPs 협정 제16조 제2항은 파리협약 제6조의 범위를 서비스에 관한 표장에 까지 준용하고 있다. 유명상표 여부를 판단함에 있어 상표의 홍보 결과를 통해 얻은 회원국 내 인지도를 포함하여 관련 분야 대중들의 인지도를 고려해야 한다고 규정하고 있다¹⁴⁷⁾.

1-2) WIPO

세계지적재산기구(WIPO)는 1999. 9. 총회기간 중 유명상표 보호에 대한 공동권고안을 제정하여 채택하였다.

위 권고안에서는 주지상표 여부를 판단함에 있어 그 상표가 잘 알려져 있다고 추정할 수 있는 모든 상황을 고려하여야 한다고 규정하였으며, 특히 ① 관련분야의 대중들에 의해 상표가 인지된 정도, ② 상표사용의 기간, 범위 및 지리적 영역, ③ 전시회 등에서를 포함하여 해당상표가 부착된 상품이나 서비스에 대한 광고 또는 홍보의 기간, 범위, 지리적 영역, ④ 상표의 사용 또는 인지를 반영하는 상표등록 또는 출원 기간 및 지리적 영역, ⑤ 특히 권한있는 기관에 의해 저명하다고 판단하였던 기록 ⑥ 상표의 가치 등을 고려해야 한다고 규정¹⁴⁸⁾하였다.

2) 미국의 유명상표 판단기준

미국은 연방상표법에 희석화 금지규정을 두어 유명상표(famous mark)를 보호하고 있다. 유명상표 인지 여부는 ① 상표가 광고되거나 공중에 알려진 기간, 지역적 범위 ② 상표가 사용된 상품이나 서비스의 판매 금액, 판매량, 지역적 범위 ③ 상표가 실제로 인지된 정도 ④ 상표가 1881. 3. 3.자

147) **Article 16** Rights Conferred

2. Article 6bis of the Paris Convention (1967) shall apply, mutatis mutandis, to services. In determining whether a trademark is well-known, Members shall take account of the knowledge of the trademark in the relevant sector of the public, including knowledge in the Member concerned which has been obtained as a result of the promotion of the trademark.

148) **Article 2** Determination of Whether a Mark is a Well-Known Mark in a Member State

(1) [Factors for Consideration] (a) In determining whether a mark is a well-known mark, the competent authority shall take into account any circumstances from which it may be inferred that the mark is well known.

(b) In particular, the competent authority shall consider information submitted to it with respect to factors from which it may be inferred that the mark is, or is not, well known, including, but not limited to, information concerning the following:

1. the degree of knowledge or recognition of the mark in the relevant sector of the public;
2. the duration, extent and geographical area of any use of the mark;
3. the duration, extent and geographical area of any promotion of the mark, including advertising or publicity and the presentation, at fairs or exhibitions, of the goods and/or services to which the mark applies;
4. the duration and geographical area of any registrations, and/or any applications for registration, of the mark, to the extent that they reflect use or recognition of the mark;
5. the record of successful enforcement of rights in the mark, in particular, the extent to which the mark was recognized as well known by competent authorities;
6. the value associated with the mark.

법, 1905. 2. 20.자 법 또는 주등록으로 등록되어 있는지 여부를 고려¹⁴⁹⁾해야 한다.

National Pork Board v. Supreme Lobster and Seafood Company 판결¹⁵⁰⁾에서 문제가 된 ‘The Other White Meat’가 유명한지에 대해서 서베이(survey)를 통해서 이를 확인하는 작업을 하였다. 이 사건의 경우에는 높은 수준으로 소비자들과 일반대중이 이 사건 표장을 인식하고 있음을 확인할 수 있었는데 수년간을 두고 지속한 조사를 통해서 소비자들의 80% 이상이 이 사건 표장을 인식하고 있다고 했고 이런 점에 기초하여 이 사건에서 Supreme Lobster and Seafood Company의 ‘The Other White Meat’라는 표장이 저명성을 가지고 있다고 판단한 바 있다.

반면 Pinerest 사건¹⁵¹⁾의 경우 원고가 자신의 상표가 저명하다는 점에 대해서 신빙성이 있는 자료를 제출하지 못했고, 더해서 제출한 뉴스기사들도 모두 이 사건에서 문제가 된 시점에서의 원고회사의 저명성과 관련이 없다고 보았다. 원고회사는 2011년 11월 기준으로 500만명 이상이 매달 자신들의 기사를 본다고 주장하였지만 이 주장대로라고 하더라도 미국 전체 인구의 2%에 불과하여 제출된 증거만으로 원고회사가 전국적 인지도를 가지고 있다고 볼 정도의 저명성이 없다고 판단하였다.

이 사건에서 법원이 저명성 판단을 위해서 본 증거로는 원고회사를 언급하는 뉴스기사들, 웹사이트의 트래픽 볼륨, 2012년 7월에 행한 자문회사의 설문결과였다.

3) 중국의 유명상표 판단기준

중국 상표법 제14조는 유명상표의 판단기준에 대하여 ① 당해 상표가 공중에 알려진 정도 ② 당해 상표의 사용 지속 기간 ③ 당해 상표의 모든 선전 업무의 지속 시간, 정도 및 지리적 범위, ④ 당해 상표가 유명상표로서 보호받은 기록 ⑤ 당해 상표의 유명성의 기타 요소 등을 고려하여 유명상표를 인정해야 한다고 규정하고 있다¹⁵²⁾.

4. 법원의 주지·저명성에 대한 구체적인 판단 사례

1) 주지 표지 여부를 판단한 판례

1-1) 주지성을 인정한 판례

- 대법원 2012. 7. 12. 선고 2010다60622 판결 - 장수돌침대 사건

149) Ginsburg, Jane C. 2, Trademark and Unfair Competition Law sixth edition, Carolina Academic Press, 2017, 703면

150) 96 USPQ2d 11479 (TTAB 2010).

151) Pinerest, Inc. v. Pintrips, Inc, 140 F.Supp. 3d 997(N.D.Cal. 2015).

152) 김희영, 앞의 논문.

다음과 같은 사실을 근거로 ‘장수돌침대’ 표지의 주지성을 인정한 사례.

(판매시기) 원고는 1993년경부터 ‘장수돌침대’ 라는 표지를 사용하여 돌침대 제품을 생산, 판매하여 왔음

(제품 광고 및 홍보) 그 무렵부터 케이블 TV나 공중파 방송 3사의 TV, 국내 여러 중앙 일간지와 지방지 및 각종 잡지 등을 통하여 전국적으로 ‘장수돌침대’ 라는 표지를 사용하여 제품광고를 해왔을 뿐만 아니라, 2000. 10. 30.부터 같은 해 11. 5.까지 삼성동 무역센터에서 개최된 ‘KOFRUN 2000’ 전시회에 참가하여 제품을 적극 홍보한 바도 있음

(수상내역) 그 판매실적 등을 인정받아 원고 회사 및 위 표지가 2002년 코리아타임즈 선정 베스트브랜드상, 한국능률협회인증원 선정 고객만족경영 최우수상, 2004년 우수전기제품 대통령 표창을 수상하기도 한 사실

(유통망) 원고 회사는 원심 변론종결일인 2010. 5. 12.경 전국 60여 개의 대리점과 10여 개의 직영점 및 현대백화점, 롯데백화점 등 국내 주요 백화점을 통하여 돌침대 제품을 판매하고 있음

(매출액) 원고 회사의 매출액은 1993년부터 1995년까지 매년 약 2억 원, 1996년 약 6억 원, 1997년 약 36억 원, 1998년 약 13억 원, 1999년 약 12억 원, 2000년 약 21억 원 정도이었다가, 2001년 이후 가파르게 증대하기 시작하여 2001년부터 2007년까지의 총 매출액이 약 1,830억 원에 이르고, 연간 매출액만도 2008년 약 370억 원, 2009년 약 325억 원으로 추산되는 사실

(광고비 지출내역) 또한 원고 회사는 광고비로 2001년부터 2007년까지 약 95억 원을 지출하였고, 2008년에도 약 28억 원을 지출한 사실

(점유율) 그 결과 원심 변론종결일 무렵 원고 회사의 제품은 국내 돌침대시장에서 2위 업체와 현저한 격차를 유지하면서 시장점유율 1위를 기록하고 있음

(소비자 인지도) 한국갤럽조사연구소가 2009. 12. 8.부터 같은 달 10일까지 서울·부산·대전·대구·광주 지역 만 19-59세의 일반인 남녀 1,000명을 대상으로 인지도 조사를 실시한 결과에서도 조사대상자의 89.8%가 ‘장수돌침대’ 표지를 인지하고 있는 것으로 응답한 사실

- 대법원 2012. 5. 9. 선고 2010도6187 판결 - 不老막걸리 사건

피해자가 1990.3.12.경부터 “不老酒“라는 막걸리 제품을 생산·판매하기 시작하였으며, 광고비로 2002년부터 2008년까지 매년 계속 1억 1,000여만 원 정도를 지출하여 온 사실, 피해자 측의 2007년 매출액이 119억 6,800여만 원에 이르고 그 대부분이 “불로“막걸리의 매출액인 사실, 피해자 측 막걸리 출고량이 2008년도에 국내 막걸리 소비량의 약 9.6%를 차지하였고, 피해자 측 “불로“막걸리 제품이 대구 지역 막걸리 시장의 대부분을 점유하고 있는 사실, 피해자 측이 적어도 2005년경부터는 용기의 전면에는 不老 표지를, 후면에는 不老 표지를 포함하여 문자, 도형, 색채, 바탕 무늬 등이 함께 표시되어 있는 막걸리 제품 용기를 사용하여 온 사실 및 경향신문 사이트에 피해자 측 “불로“막걸

리 제품이 대구 지역에서 유명하여 1994년경부터 일본에 수출한다는 내용의 2005.10.5.자 인터넷 기사가, 한겨레신문 사이트에 피해자 측 막걸리 제품이 대구 지역 탁주 생산량의 90%정도를 차지한다는 2006.10.16.자 인터넷 기사가 각각 게재된 사실 등에 비추어 주지성있는 표지임을 인정한 사례

2) 주지표지임은 인정하였으나 저명표지임은 부정한 판례

- 특허법원 2008. 5. 2 선고 2007허12879 판결 : ‘디오스(DIOS)’ 사건¹⁵³⁾

특허법원은 구 상표법 제7조 제1항 9 내지 11호(현 상표법 34조 제1항)가 문제된 사안에서 2003. 3. 11.을 기준으로 선등록상표인 DIOS의 주지성은 인정하였으나 저명성을 부정하며 다음과 같은 취지의 설시를 한 사례.

원고는 1998. 10.경 대형 냉장고 제품을 시작으로 프리미엄 가전제품에 ‘DIOS(디오스)’ 표장을 사용하기 시작한 이래, 김치냉장고, 광파오븐, 식기세척기, 와인셀러 등의 제품에도 동일한 표장을 사용한 사실

원고가 ‘DIOS(디오스)’ 표장을 사용한 제품으로, 2001년도에 약 1,983억 원, 2002년도에 약 3,183억 원의 매출을 기록하였고, 2000년경부터 심은하, 김희선 등 유명 연예인을 모델로 하여 신문, 잡지, TV 등에 광고를 하였으며, 광고비로 2000년도에 약 60억 4,700만 원, 2001년도에 약 60억 5,700만 원, 2002년도에 약 68억 2,800만 원을 각 지출한 사실

‘DIOS(디오스)’ 표장을 사용한 제품은 1998년과 2000년에 사단법인 소비자시민모임이 주최하는 에너지위너상을 각 수상한 이래, IR52장영실상, 산업자원부에서 주관하는 Good Design상 등을 여러 차례 수상하였고, 대한민국 10대 신기술, 2001 문화일보 으뜸상품으로 선정된 사실

“위 인정사실에서 나타난 ‘DIOS(디오스)’ 표장의 사용기간, 매출액, 광고현황, 광고비 등의 사정에 의하면, 원고의 선등록상표는 이 사건 등록상표가 출원된 2003. 3. 11.경 냉장고 제품과 관련하여 거래자 및 수요자들에게 알려져 주지성을 획득하였다고 인정되나, 나아가 위 인정사실만으로는 선등록상표를 사용한 상품의 품질의 우수성 때문에 냉장고 제품의 수요자나 관계거래자 이외에 일반 공중의 대부분에까지 선등록상표가 널리 알려지게 되어 양질감을 획득하였다고 보기 어렵다.”

153) 제34조(구 상표법 7조) 제1항 11호의 저명성이 문제된 사건

- 서울고등법원 2014. 7. 3 선고 2013나54972 판결 : ‘ 짹 ’ 사건

원고는 **지상파방송사업**을 목적으로 하는 회사로서 원고의 영상물은 2011. 3. 23.부터 2013. 1. 6.까지 **매주 수요일 23:15부터 60분 동안 총 88회에 걸쳐 방송**되었음. 2012. 1. 4.부터 2012. 6. 27.까지 사이에 원고 영상물의 시청률은 **약 10.24%**이며, ‘ 짹 ’ 이라는 단어가 2012. 5. 9.과 2012. 5. 16. 검색사이트인 **네이버의 교양 프로그램 일간 검색어 1위**였고 원고 영상물에 관하여 여러 언론매체를 통하여 보도가 이루어졌으며, 원고 영상물이 **네이버 TV스토어를 통해서 회당 700원, 전회 60,200원에 판매**된 사실을 인정한 사례.

“ 원고가 정기적으로 방송하는 영상시리즈의 제목으로 “ 짹 ” 을 사용함으로써 원고의 사용 형태와 그 의도, 사용 경위 등 구체적 사정에 비추어 실제 방송계에서 “ 짹 ” 이란 영상물 제목의 사용이 그 영상물의 출처를 표시하는 식별표지로서 인식될 수 있는 특별한 사정이 있는 것으로 보여 원고 영상물의 제목인 ‘ 짹 ’ 이 **주지성을 취득한 상품표지에 해당한다고 볼 여지가 있다.**

증거만으로는 원고 영상물의 제목과 그 영상물에 포함된 장면들이 원고의 상품 등이나 영업표지로서 **주지의 정도를 넘어서 저명한 정도에 이르렀다고 인정하기 부족**하고, 달리 원고의 주장사실을 인정할 증거가 없다.”

3) 수요자에게 인식된 표지임은 인정하였으나 저명표지임은 부정한 판례

- 대법원 2014. 2. 13 선고 2013후2675 판결, 특허법원 2013. 9. 27. 선고 2013허2170 판결 : **함박웃음**

()154)

특허법원은 구 상표법 제7조 제1항 9 내지 11호(현 상표법 34조 제1항)가 문제된 사안에서 아래와 같은 사실을 근거로 등록상표의 등록일인 2008. 1. 기준으로 당해 표지의 저명성을 부정하고, 다만 대법원은 국내의 일반 수요자나 거래자에게 적어도 특정인의 상표로 인식될 수 있을 정도로는 알려져 있었다고 봄이 상당하다고 판단한 사례¹⁵⁵⁾.

① 국내의 PB 제품 유통 및 구매형태 등에 비추어 보면 일반 수요자나 거래자들이 PB제품의 생산

154) 제34조(구 상표법 7조) 제1항 11호의 저명성이 문제된 사건

155) 아래 판결 이유에 대한 요약은 김희영, “상표의 주자, 저명성 판단기준에 대한 연구”, 법조, 법조협회, 2015에서 인용

자 또는 판매자 등 요소보다 가격적인 요소를 고려하여 구매하고 있어 선사용상표들의 일반 수요자나 거래자들에 대한 특정인의 상표 또는 상품출처로서의 기능이 상대적으로 약한 점

② 거래 실정상 PB 제품의 경우 제품 원가를 낮추기 위해 PB제품이나 표장에 대한 광고나 홍보를 거의 하지 않는 사실,

③ 원고의 유통 계열회사의 광고 전단지 내용도 판매하는 제품에 대한 가격의 저렴성이나 가격 할인 등을 강조하여 소개하면서 일부 PB 제품들을 ‘함박웃음’ 이나 함박웃음 모음 ‘등으로 소개할 뿐이고, 선사용상표들인 함박웃음과 원고와의 관계 등이 명확하게 표시되어 있지 않거나 다른 유통업체의 PB제품들과 달리 원고 또는 원고의 유통계열회사의 상호, 명칭 등이 포함되지 않은 점

④ 소비자를 대상으로 한 설문조사에서 함박웃음에 대한 인지도는 13.5%로 조사된 점

4) 저명표지임을 인정한 판례

- 특허법원 2014. 5. 23. 선고 2014가합6164 판결 : 인텔¹⁵⁶⁾

원고는 자신의 상호의 약칭인 INTEL을 그대로 또는 일부 도형화하여 상표등록을 하고, 그 지정상품인 마이크로프로세서 등에 사용해오고 있는데, 원고는 1971년 세계 최초로 마이크로프로세서를 개발·생산한 회사로서 1992년부터 2011년까지 세계 반도체 시장에서 20년 연속으로 매출액 및 점유율 1위를 차지한 사실, INTERBRAND가 조사한 기업 브랜드 가치 순위에 의하면, 원고의 브랜드 가치는 2001년부터 2010년까지 10년 연속으로 세계 10위권에 든 사실, 원고는 1991년부터 우리나라를 포함한 세계 각국의 개인용 컴퓨터 제조업체들과 계약을 맺어 그 업체들이 원고의 칩을 사용하여 개인용 컴퓨터를 제조·판매하는 경우 그 컴퓨터 및 광고에 'INTEL INSIDE' 표장을 노출시키도록 하였고, 1998년경 우리나라의 모든 개인용 컴퓨터 제조업체들이 컴퓨터 제품 및 그 광고에 'INTEL INSIDE' 표장을 사용한 사실, 국내 최대 포털 사이트인 네이버의 영어 사전에 INTEL이 “미국의 반도체·마이크로프로세서 메이커” 라고 등재된 사실, 원고와 관련된 기사가 2012. 6. 21.경을 기준으로 매일경제신문에 약 7,8,27회, 2012. 6. 20.경을 기준으로 한국경제신문에 약 12,202회 게재된 사실이 인정되는 바, 원고의 상표는 피고가 설립(2003. 10. 14.)되기 이전부터 현재까지 국내에 널리 인식된 것으로서 주지의 정도를 넘어 저명 정도에 이르렀다고 봄이 상당하다고 판단한 사례.

- 특허법원 2013. 7. 12. 선고 2012허8850 판결 : BARBIE(바비인형)¹⁵⁷⁾

156) 제34조(구 상표법 7조) 제1항 11호의 저명성이 문제된 사건

157) 상표법 제34조(구 상표법 7조) 제1항 11호의 저명성이 문제된 사건

저명성 판단의 자료와 판단기준은 다른 사례와 유사하나, 이 사안의 경우 중국의 국가공상행정관리 총국 상표평심위원회와 독일 법원의 판결에서 'BARBIE'가 유명상표임을 인정받은 바 있다는 점을 근거로 실시한 사례.

- 특허법원 2012. 2. 17. 선고 2011허11118, 대법원 2013. 10. 31. 선고 2012후1033판결 : 2NE1 사건 (표지 사용이 단기간임에도 저명성 인정)¹⁵⁸⁾

2NE1은 음반업계에서 유명한 연예기획사인 피고 보조참가인 소속 여성 아이돌 그룹으로 데뷔 이 전부터 많은 관심을 받았고, 정식 데뷔 이전에 발표한 '롤리팝' 이나 정식 데뷔곡인 '파이어' 가 음악 차트에서 1위에 오른 점, 네이버가 집계한 2009년 3월 5.주차 및 2009년 5월 3.주차 국내 가수 검색어 순위에서 여러 번 1위에 오른 점, 2NE1은 여러 광고 모델로 활동하였고, 여러 차례에 걸쳐 다양한 상을 수상한 점 등을 고려하고,

대중 음악의 활용도의 다양화, 인터넷의 광범위한 보급과 전자기기의 급격한 보급 등으로 인해 손쉽고 빠르게 음원에 접근할 수 있음, 'K-POP'의 확산과 '한류 열풍' 으로 그 수요자층도 나이에 제한 없이 기호에 따라 다양하게 형성 등을 감안하여 볼 때,

이 사건 여성 그룹 가수가 대중매체에 모습을 드러낸 때부터 이 사건 출원상표의 출원일까지 약 2 개월여에 불과하다고 하더라도 이 사건 여성 그룹 가수는 국내의 유명한 여성 4인조 아이돌 그룹으로서 저명성을 획득하였음을 인정한 사례.

- 저명성이 인정된 표장의 예시

특허법원 2014. 11. 28. 선고 2014허2894 판결 :CLINIQUE(클리닉)

특허법원 2014. 10. 1. 선고 2014허4029 판결 : BOSS

특허법원 2009. 8. 21. 선고 2009허1682 판결 : KT

대법원 2010. 5. 27. 선고 2008후2510 판결 : TOEFL

대법원 2005. 3. 11. 선고 2004후1151 판결 : Gucci

대법원 2007. 12. 27. 선고 2006후664 판결 : 샤넬

대법원 2007. 11. 29. 선고 2007후3677 판결 : 엘지

대법원 2008. 12. 24. 선고 2008후4080 판결 : 한국갤럽

158) 제34조(구 상표법 7조) 제1항 11호의 저명성이 문제된 사건

5) 그 외 저명성이 부정된 판례

- 특허법원 2008. 5. 16 선고 2007허14257 판결: 박주봉 사건

'박주봉'의 활동분야, 활동기간 및 수상경력 등과 함께, 상표법 제7조 제1항 제6호의 저명성은 주지도가 높을 뿐만 아니라 나아가 오랜 전통 내지 명성을 지닌 경우에 인정되는 점, 우리나라 스포츠계에서 배드민턴은 비교적 비인기 종목에 속하는 점, 일반적으로 스포츠 스타나 연예인의 경우 그 전성기가 짧고 세대교체가 빠른 점 및 이 사건 등록상표는 박주봉의 주지성이 가장 높다고 할 수 있는 선수생활에서 은퇴한 후 약 10년 정도가 지난 시점에서 출원된 점 등을 종합하여 고려할 때, 비록 '박주봉'이라는 성명이 배드민턴 분야에서 널리 알려져 있다고 볼 수는 있을지라도, 위 인정사실과 피고 제출의 증거들만으로는 이 사건 등록상표의 출원일 무렵에 '박주봉' 또는 그의 약칭으로서의 '주봉'이 상표법 제7조 제1항 제6호 소정의 저명성까지 획득하였다고 인정하기에 부족하다고 본 사례.

5. 행정조사에서 주지·저명성 판단시 고려사항 정리

1) 주지성 판단시 고려해야할 수요자 층의 확정

주지성은 법문상 '국내'에 널리 알려져 있을 것만을 요하나 통설과 판례는 국내 모든 이들에게 주지되어 있을 것을 요구하지는 않다고 보며 일정한 지역적 범위 안에서 그 업종과 상품에 관여하는 거래권에 속하는 사람들에게 주지되어 있으면 족하다고 보고 있다.

주지성 요건의 충족은 일정한 지역적 범위 안에서 거래자 또는 수요자들 사이에 널리 알려진 정도로 충분하다고 본다. 다만 최소한 영업자와 다른 경쟁자의 영업활동이 미치는 주요지역 내에서는 주지성 요건이 갖추어 져야 하며 이는 일률적으로 정할 수는 없고 상품의 종류나 거래대상자에 따라 달리 판단되어야 할 것이다.

<대법원 2012. 5. 9 선고 2010도6187 판결>

상품표지가 사용된 상품인 '막걸리'는 통상 그 유통범위가 일정한 지역 내로 제한되는 점

주지성의 인식 주체에 대해서도 판례는 상품표지 및 영업표지를 인식하는 주체는 상품의 종류나 성질에 따라, 혹은 영업 및 거래의 종류 기타 형태 등의 거래 사정에 따라 달리보고 있다.

<대법원 2009. 8. 20 선고 2007다12975 판결>

루미큐브 상품의 주지성을 인식하는 주체는 상품의 종류와 특성에 비추어 보드게임에 관심이 많은 청소년층으로 보이는 점

<서울중앙지방법원 2011. 4. 22 선고 2010가합99946 판결>

위 인정사실에 뮤지컬 공연은 영화나 텔레비전 프로그램과 비교할 때 관람가격이 상대적으로 고가이고, 이를 관람할 일반적가능성이 있는 거래자 또는 수요자층이 넓지는 않다는 점을 함께 고려하여 보면, 뮤지컬 캣츠의 제목인 ‘캣츠’ 표지는 뮤지컬 산업종사자 또는 뮤지컬을 관람하는 수요자들에게 널리 알려진 것으로 주지성을 획득하였다 할 것이다.

따라서 주지성 판단시 주지성의 지역적 범위와 수요자의 범위를 달리 확정하는 경우 주지성 여부의 결과가 달라질 수 있다. 반대로 어떤 상품이 특정 지역 혹은 특정 소비수요 내에서만 주지된다면 해당 지역과 수요계층의 상품 및 영업 내에서만 제한적으로 보호될 뿐이고 그 외 보호 범위가 미치지 않는 영역에서는 보호(침해)가 인정되지 않는 경우가 생길 수 있다.

이러한 점들을 모두 감안하여 조사단계의 처음부터 주지성 판단시 침해표지 및 피침해표지가 사용된 상품 및 영업의 종류 침해 상품의 유통범위 등을 종합적으로 고려하여 지역과 표지의 인식 주체를 먼저 확정하고, 확정된 수요자 층을 바탕으로 주지성을 입증할 만한 자료를 수집하는 방법으로 조사를 탄력적으로 운영하는 것이 주지성 및 침해 입증에 용이하게 할 수 있는 방법이 될 수 있다.

2) 주지·저명성 인정에서 고려되는 요소 분석

2-1) 사용기간, 지역적 범위

주지, 저명성 판단에 있어 가장 기본적이고 중요한 사실인정이 이루어지는 부분은 표지가 사용된 기간이다. 사용 기간이 길수록 주지성이 인정될 가능성이 높으며 특히 저명표지의 경우 최근 판례에서 저명성이 인정된 표지의 절대 다수가 사용기간이 20년을 넘는 것들이라는 연구결과도 있다¹⁵⁹⁾.

2-2) 판매량 점유율 매출액

표지가 사용된 상품이나 영업의 매출액이나 점유율이 높은 경우 그 표지가 주지·저명할 가능성이 높으며 법원도 이를 바탕으로 주지·저명성을 판단하고 있다.

159) , 앞의 논문

2-3) 광고지출비, 광고의 범위, 광고 및 홍보 방법

판례는 광고비 지출 비중이 높거나 지속적으로 광고되었음을 주지·저명성을 판단의 근거로 활용한다. 유명연예인을 광고에 사용하였거나 유명 스포츠 대회를 후원하였다는 등의 광고방법도 구체적인 증거로 활용한다.

2-4) 상표가 수요자들에게 인지된 정도

최근의 실무는 신뢰성있는 조사업체가 선정한 브랜드 순위, 공신력 있는(관련 분야 대중들이 주로 접하는) 언론에 노출된 내용, 설문조사 결과 등을 제출하여 주지성을 입증하고 있다. 법원도 이러한 자료들을 바탕으로 소비자에게 실제 인식된 정도에 대한 사실인정을 통해 주지·저명성을 인정하는 경우가 많다.

2-5) 유사 사례 및 외국의 사례

해당 표지가 주로 사용되는 국내의 상표집에 실린 사실 혹은 저명상표의 경우 외국의 법원 등에서 유명상표로 인정된 사실이 있다는 점이 고려되기도 한다¹⁶⁰⁾.

160) , 앞의 논문

제2절 개정 부정경쟁방지법의 아이디어 탈취행위

I. 개념 및 규정의 의의

1. 개념

- 아이디어 탈취행위는 “사업제안, 입찰, 공모 등 거래교섭 또는 거래과정에서 경제적 가치를 가지는 타인의 기술적 또는 영업상의 아이디어가 포함된 정보를 그 제공목적에 위반하여 자신 또는 제3자의 영업상 이익을 위하여 부정하게 사용하거나 타인에게 제공하여 사용하게 하는 행위” (법 제2조 제1호 (차)목)를 말한다.

법 제2조(정의) 제1호

차. 사업제안, 입찰, 공모 등 거래교섭 또는 거래과정에서 경제적 가치를 가지는 타인의 기술적 또는 영업상의 아이디어가 포함된 정보를 그 제공목적에 위반하여 자신 또는 제3자의 영업상 이익을 위하여 부정하게 사용하거나 타인에게 제공하여 사용하게 하는 행위. 다만, 아이디어를 제공받은 자가 제공받을 당시 이미 그 아이디어를 알고 있었거나 그 아이디어가 동종 업계에서 널리 알려진 경우에는 그러하지 아니하다.

2. 입법 취지

- 아이디어 거래는 애로우의 정보의 역설(Arrow's Information Paradox)이 적용된다. 이는 “정보의 가치는 구입자가 정보를 취득할 때까지 알려지지 않고, 정보의 가치를 평가하기 위해 그 정보를 취득하는 경우 그 정보에 비용을 지불하지 않고 이미 취득한 것이 된다.”는 점을 말하는데 이러한 역설 때문에 아이디어 매도는 쉽지 않고 아이디어를 받고자 하는 자는 비용을 지불하지 않으려고 한다¹⁶¹⁾.

결국 특별한 요건을 충족하지 않은 아이디어의 경우 독점을 허용하지 않는 우리 지적재산권의 법 제¹⁶²⁾에도 불구하고 아이디어를 보호하지 않으면 오히려 아이디어의 확산이 어렵게 되며 이는 결국 사회적 효용감소로 나타난다¹⁶³⁾. 특히나 영업비밀로 보호되지 않는 아이디어의 확산을 위해서는 아이디어 제공과 탈취를 부정경쟁방지법에 의하여 보호할 필요성이 존재하게 된다.

161) . “아이디어 제공과 부정경쟁행위”, 법학평론 제8권, 서울대학교 법학평론 편집위원회, 2018., 216면

162) 저작권법의 경우 ‘창작적인 표현’만을 보호하고 특허법의 경우 ‘등록된 자연법칙을 이용한 기술적 사상’만을 보호한다.

163) 나종갑, 앞의 논문 249면

- 최근 거래과정에서 우월적 지위를 이용해 중소기업 또는 개발자 등의 경제적 가치를 가지는 아이디어를 거래상당, 입찰, 공모전 등을 통하여 취득하고 이를 아무런 보상 없이 사업화하여 막대한 경제적 이익을 얻으면서도 개발자는 오히려 폐업에 이르는 등 아이디어 탈취행위를 통해 기업의 영업활동이 지장을 받는 사례가 심각한 피해를 야기하고 있다.

본 호의 규정 취지는 아이디어 사용에 대한 명시적 계약을 체결하지 않았거나 특허 등 등록에 의한 보호를 위한 구체적 요건을 구비하지 못한 경우 상당한 피해를 입더라도 구체해 줄 명확한 규정이 없어 손해배상은 물론 사용금지를 요청하기도 어려운 실정을 감안하여, 중소기업 및 개발자의 참신한 아이디어를 적극 보호하고, 이를 위반한 행위에 대하여 특허청장이 조사·시정권고를 함으로써 건전한 거래질서가 유지되도록 하고자 함이다¹⁶⁴).

3. 다른 유형의 부정경쟁행위 및 다법과의 관계

- 본 호의 아이디어가 포함된 정보가 영업비밀의 요건¹⁶⁵을 만족하면 영업비밀로서 보호받을 수 있고, 특허출원되어 등록되면 특허¹⁶⁶로서 보호받을 수 있다.
- 아이디어가 도면, 컴퓨터 프로그램과 같은 형식이면 저작권법¹⁶⁷에 의해서도 보호받을 수 있다.
- 하도급거래과정에서 아이디어가 제공된 것이면, 하도급거래 공정화에 관한 법률¹⁶⁸로 보호될 수 있다.

164) 및 영업비밀보호에 관한 법률 일부개정법률안 제안이유 (국회의안정보시스템 :

http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_S1R8Q0V30IU9E1R71Z1E5R0X0W5P3)

165) **2조(정의)** 2. "영업비밀"이란 공공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, 합리적인 노력에 의하여 비밀로 유지된 생산방법, 판매방법, 그 밖에 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보를 말한다

166) 특허법에서 보호하는 아이디어는 기본적으로 자연법칙을 이용한 것이어야 하므로, 자연법칙이 아닌 인간의 정신활동 또는 사람의 심리적 작용에 의한 것이나 경제법칙을 이용한 것 등은 특허법이 보호하는 발명에 해당하지 않음.

167) 제4조(저작물의 예시 등)① 이 법에서 말하는 저작물을 예시하면 다음과 같다.

(생략) 5. 건축물·건축을 위한 모형 및 설계도서 그 밖의 건축저작물

8. 지도·도표·설계도·약도·모형 그 밖의 도형저작물

9. 컴퓨터프로그램저작물

168) **제2조(정의)** ⑤ 이 법에서 "기술자료"란 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 제조·수리·시공 또는 용역수행 방법에 관한 자료, 그 밖에 영업활동에 유용하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서 대통령령으로 정하는 자료를 말한다.

제12조의3(기술자료 제공 요구 금지 등) ① 원사업자는 수급사업자의 기술자료를 본인 또는 제3자에게 제공하도록 요구하여서는 아니 된다. 다만, 원사업자가 정당한 사유를 입증한 경우에는 요구할 수 있다. <개정 2011.3.29>

② 원사업자는 제1항 단서에 따라 수급사업자에게 기술자료를 요구할 경우에는 요구목적, 비밀유지에 관한 사항, 권리귀속 관계, 대가 등 대통령령으로 정하는 사항을 해당 수급사업자와 미리 협의하여 정한 후 그 내용을 적은 서면을 해당 수급사업자에게 주어야 한다. <신설 2011.3.29>

③ 원사업자는 취득한 기술자료를 자기 또는 제3자를 위하여 유용하여서는 아니 된다. <개정 2011.3.29>

- 중소기업 제품 또는 용역의 개발·생산·보급 및 사용에 필요한 독립된 경제적 가치를 가지는 기술 또는 경영상의 정보(중소기업기술)의 경우에는 중소기업기술 보호 지원에 관한 법률¹⁶⁹⁾로 보호될 예정이다(2018. 12. 13. 시행).

II. 미국의 아이디어 탈취행위에 대한 해석 및 종래 국내 논의

- 미국 및 국내 전통적인 지적재산권의 법리상 아이디어의 제공은 아이디어/표현의 이분법에 따라 저작권의 보호 대상이 되지 못한다. 미국의 경우 연방저작권법은 주법에 의하여 아이디어를 보호하는 것을 금지하고 있으며 이에 따라 미국에서의 아이디어 보호 법리는 보통 계약 법리에 의해 이루어져 왔다.
- 이와 같은 미국 판례의 법리에 의하면 아이디어의 제공에 대한 보호 요건은 명시적인 계약 혹은 묵시적인 계약에 의해 아이디어 제공계약이 성립되고, 그 계약상 의무로서 대가가 지급되어야 (consideration) 하며, 이러한 아이디어는 i) 참신(novelty)하고, ii) 구체적일 뿐만 아니라 iii) 공개되어야 한다¹⁷⁰⁾.
- 아이디어 탈취행위와 관련하여 국내 기존 연구논의는 계약법의 법리 및 일반 불법행위, 부정경쟁방지법 카목의 적용 여부¹⁷¹⁾와 관련하여 사례를 축적해 왔다. 그 외 아이디어 탈취행위의 사례 분석¹⁷²⁾, 아이디어의 법적 보호 필요성¹⁷³⁾ 및 구체적인 부정경쟁행위로 포섭할 것인지 여부 검토¹⁷⁴⁾에 대해 연구가 주로 진행되어 왔다.

169) **2조(정의) 3.** " 침해행위"란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.
 가. 공공연히 알려져 있지 아니하고 합리적인 노력에 의하여 비밀로 관리되는 중소기업기술(이하 "침해대상 중소기업기술"이라 한다)을 부정한 방법으로 취득·사용 또는 공개(비밀을 유지하면서 특정인에게 알리는 것을 포함한다. 이하 같다)하는 행위
 나. 가목에 해당하는 행위가 개입된 사실을 알고 침해대상 중소기업기술을 취득·사용 또는 공개하는 행위
 다. 가목에 해당하는 행위가 개입된 사실을 중대한 과실로 알지 못하고 침해대상 중소기업기술을 취득·사용 또는 공개하는 행위

170) 나중갑, 앞의 논문

171) 부정경쟁행위 일반조항인 (카)목을 적용하는 것에 신중해야 한다는 견해로 문선영, "부정경쟁행위 일반조항에 관한 주요 법적 쟁점 연구", 과학기술법 연구, 한남대학교 과학기술법연구원, 2016 등

172) 예를 들면, 김혁준, "공모전의 아이디어 보호 현황과 개선방안", IP Insight, 한국지식재산연구원, 2013. 10.

173) 예를 들면, 우성엽, 한국법상 아이디어 보호의 가능성, Law & Technology 제6권 제1호, 서울대학교 기술과 법 센터, 2010; 이재경, "아이디어의 보호를 위한 묵시적 계약 이론", Law & Technology 제6권 제1호, 서울대학교 기술과 법 센터, 2010; 최호진, "아이디어의 보호가능성과 유형별 사례분석", 저스티스 통권 제140호 한국법학원, 2014.

174) 특허청 정책연구, 「부정경쟁방지법 및 영업비밀보호에 관한 법률 제도 개선방안 연구」, 특허청 산업재산보호정책과, 2016

- 당사자 사이에 아이디어의 제안과 보상에 관한 계약이 존재한다면 그 계약 내용에 따라 아이디어는 보호받을 수 있다. 여기서 계약관계는 명시적 또는 묵시적으로 성립할 수 있으며 사후적으로 묵시적 계약관계가 성립할 수도 있으며 계약법리에 따라서도 보호가 가능하다.
- 아이디어 계약의 경우 미국과 달리 약인(consideration)이 계약 성립요건이 아닌 우리나라에서는 아이디어의 구체성과 참신성은 아이디어에 관한 계약의 성립요건이 된다고 볼 수 없다는 견해가 있다¹⁷⁵⁾.
- 아이디어를 부정경쟁행위로 보호하기 위해서는 특허법과 영업비밀의 목적과 그 관할범위를 고려할 필요가 있으며, 아이디어 보호라는 목적에 너무 집착하여 그 적용 범위를 확대하는 것은 오히려 자유경쟁을 제한하는 또 다른 부정경쟁행위가 될 수 있다는 점도 지적되고 있다¹⁷⁶⁾.
- 개정법 문언상 보호하는 아이디어는 사업제안, 입찰, 공모 등 거래교섭 또는 거래과정에서 제공되고, 제공 목적과 다르게 사용되는 부분에 한정된다. 이에 대하여 적용 범위에 대한 해석에 대해 이 후에도 지속적으로 논의가 전개될 것으로 보인다.

III. 요건의 검토

1. 거래교섭 또는 거래과정

1) 의미

‘교섭’의 사전적 의미는 어떤 일을 이루기 위하여 서로 의논하고 절충하는 것이어서, ‘거래교섭’은 거래를 성사시키기 위해 의논하고 절충하는 과정, 즉 사업제안, 입찰, 공모 등과 같은 과정을 의미하고, ‘거래과정’은 계약전의 거래교섭과정 뿐만 아니라 계약 이후에 이루어지는 계약과 관련된 모든 절차를 아우르는 것을 말한다.

교섭은 반드시 명시적일 것을 요구하지는 않으나 양 당사자 사이의 묵시적 의사표시는 존재하여야 한다. 묵시적 의사표시를 인정하기 위해서는 당사자의 의사가 객관적으로 표현되었다고 볼 수 있을 만한 행위나 정황이 인정되어야 한다. 예를 들어 아이디어 제공자가 아이디어를 소개하는 제안서를 보내고 관심이 있으면 연락하라는 의사를 표시하였는데 상대방이 이에 대하여 어떠한 반응도 보이지 않았다면 교섭행위가 있었다고 볼 수 없다(서울고등법원 1998. 4. 28. 선고 97나15229 판결).

175) , “아이디어의 보호에 관한 연구”, Law & Technology 제6권 제1호, 서울대학교 기술과법센터, 2010.

176) 나종갑, 앞의 논문.

<서울중앙지방법원 2006. 4. 26. 2005가합79993>

원고는, 경제적 가치가 있는 시나리오를 직접적으로 또는 간접적으로 제공받을 때에는 제공 받은 자가 그 시나리오를 사용할 경우 경제적 대가를 지급하겠다는 묵시적 약정을 한 것으로 볼 수 있으므로 피고가 이 사건 시나리오를 제공받고 그 아이디어나 기획을 이용한 이상 시장에서 그 아이디어를 취득하는데 들었어야 할 대가로서 아이디어를 활용하는데 따른 옵션계약금 상당액 및 감독보수 상당액을 지급해야 한다고 주장하므로 살피건데, 묵시적 의사표시를 인정하기 위하여는 당사자의 의사가 객관적으로 표현되었다고 볼 수 있을 만한 행위나 정황이 있어야 할 것인바, 피고가 이 사건 시나리오를 사용할 경우 그 경제적 대가를 지급할 의사를 표시하였다고 볼 만한 사정에 대한 아무런 주장, 입증이 없음은 물론 피고가 이 사건 시나리오를 제공받은 사실을 인정할 증거가 없으므로, 위 주장은 이유없다.

2) 묵시적 의사 표시

묵시적 의사 표시 여부를 판단함에 있어서는 아이디어 제공 거래가 일어난 산업의 관행을 함께 고려해야 한다. 미국의 경우 문화산업이 발달한 캘리포니아와 뉴욕을 중심으로 영화나 TV쇼 대본과 관련하여 많은 판례가 형성되어 왔다. 미국 법원은 엔터테인먼트 산업의 관행에 비추어 아이디어 제공자가 아이디어를 제공하기 전에 명시적으로 대가를 기대하고 있다는 점을 이야기하지 않았다고 하더라도, 계약이 성립될 수 있다고 보아 미국판례법의 아이디어의 보호 요건인 ‘상호 합의(mutual consent)’ 요건을 완화하는 판결을 내린 바 있다¹⁷⁷⁾¹⁷⁸⁾.

국내에서도 영화나 드라마, 쇼 프로그램 등의 아이디어나 스토리를 검토하여 달라고 영화사나 방송국에 보냈는데, 제공자에게 아무런 대가 없이 이를 사용하는 경우에는 부정경쟁행위가 성립할 수 있다. 드라마의 스토리나 쇼 프로그램의 아이디어 등은 참신성에 그 가치가 있다고 보아야 할 것인데, 제공받은 자가 이를 이용하면 더 이상 그 아이디어나 스토리의 가치가 사라지게 되는 것이며 아이디어를 이용하는 순간 제공자와 묵시적 계약이 성립한 것으로 간주할 수 있는 것이다¹⁷⁹⁾.

- 아이디어의 보호를 인정한 미국 판례들의 경우 공통적으로 법원은 원고와 피고 사이에 계약서 초안이 작성되었다거나, 수차례 아이디어에 관한 회의를 하였거나, 피고가 먼저 아이디어의 제안을 요청하는 등 상대적으로 피고 측의 적극적인 행동이나 반응이 인정되는 경우에 묵시적 계약 위반을 인정하였다¹⁸⁰⁾.

177) , “아이디어의 보호를 위한 묵시적 계약 이론”, Law & Technology 제6권 제1호, 서울대학교 기술과 법 센터, 2010.

178) Whitfield v. Lear. 751 F. 2d 90, 92 (2d Cir. 1984); Lands-berg v. Scrabble Crossed Game Players, Inc.736 F. 2d 485 (9th Cir. 1984).

179) 나종갑. 앞의 논문 240면.

- 묵시적 계약의 성립에 대한 우리 대법원의 판례를 종합하여 보면 제반사정을 종합하여 사실관계를 인정하되, 계속적으로 반복되는 거래, 정형적인 거래형태, 관련 업계의 관행, 당사자들의 언행, 당사자들의 계약의 성립을 전제한 행동 등을 종합적으로 검토해야 할 것이다¹⁸⁰⁾.

3) 거래교섭 또는 거래과정에서의 제공

아이디어가 보호되기 위해서는 그 아이디어가 거래교섭 또는 거래과정에서 거래자에게 제공되어야 한다.

- 제공되는 방식은 서류, 이메일, 구두, 시연 등 그 형식에 제한되지 않는다.

- 전에 다니던 회사에서 숙지하게 된 기술 또는 영업상 아이디어 정보를 취득하여 전직한 경쟁 회사에서 사용한 행위는 거래교섭 또는 거래과정에서 제공된 아이디어라고 볼 수 없으므로 아이디어 탈취행위에는 해당하지 않는다(다만, 부정경쟁방지법 제2조 제3호 가목의 영업비밀 침해행위에 해당될 수 있음).

- 본 호에서 요구하는 거래교섭 또는 거래과정이란 타인의 아이디어를 취득하여 부정하게 사용하는지 여부를 문제삼는 것이므로 침해행위가 있을 당시 거래관계가 유지되는지 여부는 무관하다.

2. 경제적 가치

1) 의미

경제적 가치를 가지는 아이디어란 당해 아이디어가 아이디어 보유자의 제품 개발, 생산, 판매, 기타 영업활동에 있어서 경제적으로 유용한 가치를 가지고 있어야 함을 의미한다.

- 영업비밀의 요건 중의 하나인 ‘독립된 경제적 가치를 가지는 것’ 과 비교해 보면, 영업비밀은 독립된 경제적 가치를 가질 것을 요구하는데 반해 아이디어는 경제적 가치만 요구하고 있으므로, 비록 그 아이디어가 독립되어 기능하는 것이 아니고 종속되거나 부수적으로 기능하여 유용한 가치를 가지는 경우라 하더라도, 경제적 가치를 가지는 것으로 보아야 한다.

180) . 앞의 논문.

181) 최호진, 앞의 논문 159면.

- ‘독립된 경제적 가치를 가진다’는 것은 정보 보유자가 정보의 사용을 통해 경쟁자에 대하여 경쟁상 이익을 얻을 수 있거나 또는 정보의 취득이나 개발을 위해 상당한 비용이나 노력이 필요하다는 것을 말한다(대법원 2011. 7. 14. 선고 2009다12528 판결).

2) 판단기준

경제적 가치 유무를 판단하기 위한 기준은 다음과 같다.

- 경쟁사가 그 아이디어를 참고 또는 사용함으로써 시행착오를 줄이거나 시간을 단축할 수 있는지 여부
- 경쟁사가 그 아이디어를 참고 또는 사용함으로써 개발비용 또는 제조비용을 감축할 수 있는지 여부
- 아이디어를 개발하는데, 합리적인 시간과 노력이 소요되는지 여부
- 아이디어의 참신성은 제공된 아이디어를 개발하는데, 합리적인 시간과 노력이 소요되는지 여부를 판단하는데 참고 사항이 될 수 있음
- 그 아이디어가 바로 영업활동에 이용될 수 있을 정도의 완성된 단계에 이르지 않았다고 해서 곧바로 경제적 가치가 없는 것은 아님

< 대법원 2005.9.15. 선고 2004도6576 판결 >

회로설계도면에 담긴 온도보상 회로도를 비롯한 정보는, 그것이 씨에스티엔 엘씨엠(CSTN LCM) 제작의 핵심 또는 첨단기술에 해당하여 그 도면의 유출로 피해자 A회사의 기술경쟁력에 엄청난 위해를 가져온다고 단정할 수는 없다고 하더라도, 외부로 유출될 경우 경쟁사, 특히 후발 경쟁업체의 엔지니어로서는 같은 종류의 씨에스티엔 엘씨엠을 개발, 제조하는 데에 참고할 만한 가치가 있는 유용한 정보라고 보는 것이 상당하다.

(중략) 만약 유출될 경우 적어도 경쟁사가 동종 품목을 개발함에 있어 시행착오를 줄일 수 있어 시간을 단축하는 등에 기여할 만한 정보였음을 충분히 인정할 수 있으므로, 결국 회로설계도면에 담긴 정보는 영업비밀에 해당한다.

< 대법원 2008.2.29. 선고 2007도9477 판결 >

회로도란 부품의 배열, 부품의 연결, 부품의 규격과 전기적 수치 등을 공인된 기호를 사용하여 단면에 표시한 도면으로서 회로도를 설계함에 있어 가장 중요한 부분은 소자의 선택과 소자의 배열 등이고, 향후 제품에서 실현할 구체적 기능 구현을 완성하기 위해서는 주어진 규격에 따른 성능 테스트 등을 통하여 세부 규격을 정하는 과정을 거쳐야만 하므로, 설령 회로도에 담긴 추상적인 기술사상이 공지되었다고 하더라도 위와 같은 과정을 거쳐

서 완성되는 회로도의 독립된 경제적 가치를 부정할 수는 없다.

3. 기술적 또는 영업상의 아이디어가 포함된 정보

1) 아이디어

아이디어는 ‘특정 기술 및 제품, 상품의 발상 또는 착상, 착안, 구상, 사상 등’ 를 들 수 있다.

- 아이디어의 구체성과 참신성 여부는 법률에 규정된 다른 침해요건인 교섭과정, 아이디어의 경제적 가치, 아이디어의 부정한 사용 여부의 판단에서 충분히 검토될 것으로 별도의 독립된 요건으로 검토할 필요는 없다.
- 즉, 아이디어의 구체성 및 참신성 여부는 경제적 가치 등을 판단하는 참고사항일 뿐이며 아이디어를 제안받기 전까지 상대방이 이를 생각해 내기 어려웠고 그 아이디어의 제안을 통해 상당한 시간과 노력을 절약하고 이로 인하여 경쟁업체보다 시장에서 유리한 위치에 설 수 있게 되었다면 이는 경제적 가치가 있는 아이디어로 인정할 수 있을 것이다.
- 명칭 공모와 같은 단순한 착상이나 추상적인 구상 등 내용이 구체성을 결여하여 막연하거나 추상적인 수준에 머무는 경우에도 규정의 다른 요건을 만족한다면 보호대상이 되는 아이디어에 해당할 수 있다. 다만 구체성이 결여된 아이디어의 경우 경제적 가치를 입증하기 어렵고, 교섭과정에서 아이디어가 제공되었다는 점 및 이를 상대방이 부정하게 사용하였다는 점을 입증하기 어려운 문제가 있을 것이다. 따라서 아이디어가 해당 조문의 보호 요건을 충족시키기 위해서는 현실적으로는 최소한 자료의 형태로 구체화 된 아이디어 형태로 존재하여야 할 것이다.
- 아이디어의 참신성 여부는 아이디어의 경제적 가치 및 부정한 사용을 판단하기 위한 중요한 참고사항에 해당할 수 있다. 만약 아이디어가 참신하지 않다면 그만큼 제공된 아이디어가 경제적 가치가 있는 것이었음을 입증하기 어려운 문제가 있을 것이며¹⁸²⁾, 상대방이 아이디어를 이미 알고 있었을 가능성이 높다고 추정되기 때문에 침해 조각사유가 인정될 가능성이 높다.

2) 아이디어의 특성과 특성의 정도

182) , “아이디어의 보호에 관한 연구”, Law & Technology 제6권 제1호, 서울대학교 기술과 법 센터, 2010.

아이디어가 이 법에 따라 보호되기 위해서는 보호될 아이디어를 특정하여야 하는데, 만일 아이디어의 제공형태가 문서나 파일이라면 그 문서나 파일에 수록된 정보를 침해된 아이디어로 특정하면 될 것이다. 보호될 아이디어를 어떻게 특정하는가에 따라 그 아이디어의 ‘사용’ 여부 및 ‘널리 알려진’의 여부가 달라질 것이므로, 아이디어를 어떻게 특정하는가는 사건에 있어 매우 중요한 문제이다.

보호될 아이디어를 어느 정도로 특정해야 되는지와 관련하여, 영업비밀 보호의 법리의 경우 영업비밀로 주장된 정보가 다른 정보와 구별될 수 있고 그와 함께 적시된 다른 사항들에 의하여 어떤 내용에 관한 정보인지 알 수 있으며 또한 피고인의 방어권 행사에도 지장이 없다면 보호대상인 영업비밀이 특정된 것으로 보고 있다(대법원 2008. 7. 10. 선고 2006도8278 판결).

< 대법원 2008. 7. 10. 선고 2006도8278 판결 >

이 사건 공소사실에는 피고인이 벨금속공업 주식회사(이하 ‘벨금속’이라 한다)에 근무하면서 취득하게 된 영업비밀에 관하여 “미국 배셋사의 바이어 명단, 납품가격, 아웃소싱 구매가격, 물류비, 가격산정에 관한 제반자료, 벨금속의 중국 하청업자인 존 울리(John woolley), 미스터 종(본명 공소외인)에 대한 자료”(이하 ‘이 사건 정보’라 한다)라고 되어 있다. 이 사건 정보 중 “가격산정에 관한 제반자료”에서의 가격은 다른 공소사실 기재에 비추어 볼 때 배셋사의 납품가격이나 그 제조원가(하청가격, 물류비 등)를 뜻하는 것으로 보일 뿐, 다른 가격을 의미하는 것으로 보이지는 않는다. 따라서 위 “가격산정에 관한 제반자료”는 그 자체가 독립된 정보를 나타내는 것이 아니라 납품가격, 아웃소싱 구매가격, 물류비에 관한 제반자료를 의미하는 것으로 보이므로 구체적으로 특정되어 있지 않다고 볼 수 없다. 그리고 이 사건 공소사실은 피고인이 벨금속 무역부장으로 근무하면서 취득한 이 사건 정보를 이용하여 중국인 하청업자인 ‘미스터 종’ 등으로부터 손톱깎이 세트 등을 생산하게 한 후 이를 배셋사 등에 납품하였다는 것이므로, 이 사건 정보 중 “벨금속의 중국 하청업자인 존 울리(John woolley), 미스터 종(본명 공소외인)에 대한 자료”는 존 울리나 미스터 종에 관한 인적사항 또는 연락처에 관한 자료 등을 의미하는 것으로 보인다. 따라서 이 사건 공소사실에 기재된 영업비밀 중 “가격산정에 관한 제반자료”나 “벨금속의 중국 하청업자인 존 울리, 미스터 종에 대한 자료”는 다른 정보와 구별될 수 있고, 어떤 내용에 관한 정보인지 알 수 있으며, 특별히 피고인의 방어권 행사에도 지장이 있는 것으로 보이지는 않는다.

원심의 이 부분 이유 설시에 적절하지 않은 점이 있지만, 이 사건 공소사실이 특정되었다고 판단한 것은 그 결론에 있어서 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 공소사실 특정에 관한 위법이 없다.

4. 부정하게 사용하거나 타인에게 제공하여 사용하게 하는 행위

1) 사용

1-1) 의미

아이디어의 사용은 아이디어를 자신의 상품의 제조 혹은 영업활동에 사용하는 행위를 말한다. 제품 개발, 생산, 판매 등에 활용하거나 영업에 직접 이용하는 것을 의미한다.

< 대법원 1998. 6. 9. 선고 98다1928 판결 >

영업비밀의 '사용'은 영업비밀 본래의 사용 목적에 따라 이를 상품의 생산·판매 등의 영업활동에 이용하거나 연구·개발사업 등에 활용하는 등으로 기업활동에 직접 또는 간접적으로 사용하는 행위로서 구체적으로 특징이 가능한 행위를 가리킨다고 할 수 있다

1-2) 사용의 객체

거래교섭 또는 거래과정에서 제공받은 그 아이디어를 사용한 것을 의미하며, 다른 경로를 통해 입수한 아이디어를 사용하거나, 직접 착안한 아이디어를 사용한 경우에는 사용한 아이디어가 비록 제공받은 아이디어와 동일하다고 하더라도 본 항목에 해당되지 않는다.

1-3) 사용 여부 판단

상대방이 제공받은 아이디어를 사용하였는지 여부 판단에는 저작권 침해 요건 중 의거 관계 판단을 위해 실무에서 사용하는 방법인 현저한 유사성 여부 및 공통 오류의 존재 여부를 참고할 수 있다.

<서울고등법원 2012. 11. 8. 선고 2010나1151 판결>

앞서 든 증거에 의하면, 피고 B은 원고의 서적이 발행됨으로써 이를 보거나 접할 상당한 가능성이 있었다고 인정될 뿐만 아니라, 별지 2 목록 제1항 기재 번호 4-5, 7-4, 13, 13-1, 26, 30, 44, 45, 51, 55, 59, 60A-1, 66, 같은 목록 제2항 기재와 같이 원고 서적과 피고 서적들 사이에 공통오류가 발견되므로(창작성이나 유사성이 부정되어 저작권 침해로 인정되지 않는 부분도, 공통오류라는 사정은 다른 부분의 '의거성' 판단자료로 삼을 수 있다), 피고 서적 부분의 의거성을 추인할 수 있다.

- (유사성과 의거관계) 논리적으로 현저한 유사성(객관적 요건)과 의거성 여부(주관적 요건)는 구분

되는 개념이기는 하나 유사성에 관한 증거가 많을수록 의거관계에 대한 증거가 적더라도 의거성을 추인할 수 있다. 저작권 침해 판단에 있어서도 현저한 유사성과 의거성은 사실상 종합적으로 판단하는 것이 실무이다. 즉, 현저한 유사성이 인정되고 의거성을 인정할만한 간접사실들이 동시에 존재한다면 제공자의 아이디어가 사용되었다는 것은 강하게 추정될 것이다¹⁸³⁾.

1-4) 아이디어의 변경 사용

제공받은 아이디어를 일부 변경하여 사용하였을 경우 그 아이디어를 사용했는지 여부는 당해 변경의 내용·정도, 변경내용의 난이도, 변경에 따른 작용효과 등을 종합적으로 고려하여 판단하되, 제공받은 아이디어를 변경 사용함으로써 타인의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻고 타인의 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하였는지 여부로 사용 여부를 판단하여야 할 것이다.

- 아이디어 사용자가 동종업계 종사자가 아닌 경우, 그 아이디어를 사용하지 않고는 빠른 시일 내에 제품개발 등의 성과를 달성하기가 쉽지 않은 점을 고려하면, 아이디어 사용자의 경력, 동종업계 종사 여부 등도 함께 조사해야 할 것이다.
- 아이디어의 사용 여부는 피신고인이 그 아이디어를 사용함으로써 신고인의 제품의 수요에 영향을 미쳤는지 여부를 참고할 수 있다.

2) 제3자

통상 제3자와 타인을 구별하지 않지만, ‘제3자’는 해당 아이디어의 사용으로 직접적인 이익을 얻는 자를 의미하고, ‘타인’은 그 밖에 이해관계가 없는 자를 지칭한다.

3) 부정한 사용

거래교섭 또는 거래 목적으로 아이디어가 제공되었으나 제공 목적을 벗어나 자신이나 제3자의 영업상 이익을 위해 아이디어를 사용하는 것은 부정한 사용에 해당된다.

- 예를 들면 아이디어 공모전을 통하여 아이디어를 제출받았는데 시상에서 탈락한 아이디어를 제공자에게 사용한다고 알리지 않고 적극적으로 사용한 경우 혹은 그 아이디어를 이용해 다른 아이디어를 도출하여 제품을 만든 경우, 이는 공모전을 수행하기 위한 범위를 벗어난 것으로 볼 수 있다.

183) , 앞의 논문, 155면

- 제공받은 아이디어를 특허출원한 경우도 그 제공목적을 벗어나 자신의 영업상 이익을 위한 것이므로 부정한 사용으로 보아야 할 것이다.
- 본 호는 결과의 측면보다는 아이디어 취득 및 사용이라는 행위태양에 그 보호의 중점이 있는 것이므로, 당사자 사이에 표시된 형식적인 제공목적만으로 판단할 것이 아니라 기망적인 행위를 통하여 아이디어를 제공받거나 탈취하여 이를 사용하는 행위 역시 제공목적에 반하는 부당한 사용에 해당할 수 있다.

다만, 본 호의 궁극적인 규정 목적은 부정경쟁방지법은 아이디어의 확산을 장려하기 위한 아이디어의 보호이므로 부정한 사용행위에 대한 무분별한 확대해석은 경계해야 한다. 부정경쟁방지법은 기본적으로 민법의 불법행위의 특수 유형으로 불법행위 여부의 입증, 금지청구의 인정 요건의 완화 등 정책적 목적에 따라 규율된 것이므로 본 호의 악의성 요건 역시 계약 관계에서의 신의성실의 원칙의 법리에 따라 해석하여 판단하여야 할 것이다.

부정한 사용 여부를 고려함에 있어 침해의 태양의 반사회성 및 거래관계의 신의칙을 고려하여 건전한 거래질서의 유지 내지 공정한 경쟁의 이념에 비추어 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 일체의 행위나 수단의 경우 부정한 사용 행위로 포섭할 수 있을 것이다.

4) 타인에게 제공하여 사용하게 하는 행위

제공받은 아이디어를 타인에게 제공하고, 타인이 그 아이디어를 사용하게끔 하는 행위를 말한다.

5. 영업상 이익을 위하여

1) 의미

영업상 이익은 원칙적으로 재산적 이익을 의미하는 것이다. 다만 아이디어 제공자와 제공 받은 자가 서로 경쟁관계 또는 잠재적 경쟁관계에 있는 경우 제공 받은 자의 행위로 인하여 아이디어 제공자의 영업을 파괴하거나 신용이 훼손되는 경우, 영업상 이익을 위한 부정한 사용에 해당할 수 있다.

<서울고등법원 2012. 12. 20. 선고 2012나17150 판결184)>

불법행위성립을 인정할 수 있는 사정들

[...]

원고는 단순히 이 사건 대본을 작성하는 데 그치지 않고, 뮤지컬과 드라마 등을 기획하

는 문화 사업가로서 피고들과 경쟁관계 또는 잠재적 경쟁관계에 있었으며, Q 프로젝트 중 뮤지컬 제작, 도서 출간, 전시를 위한 계획을 진행하는 등 실제 사업을 추진하던 중에 있었다
[...]

그럼에도 불구하고 피고들은 이를(비밀유지 약속을) 위반하여 스스로의 이익을 꾀하고 경쟁자인 원고에게 손해를 입힐 목적으로 원고가 이 사건 대본을 바탕으로 뮤지컬을 한창준비하고 있을 무렵에 일반에 부분적으로만 공개되었을 뿐 그 핵심구성이 공개된 적인 없는 이 사건 대본에 의거하여 그 핵심 구성을 그대로 이용한 이 사건 드라마 대본을 작성한 후 이를 이 사건 드라마로 제작하여 방영하였다.

○ 이로써 원고는 이 사건 대본의 기본줄거리 또는 핵심 구성에 관한 최초의 창작자 및 AG 관련 문화사업의 선두주자로서 마땅히 향유하여야 할 기득권을 얻는커녕 이 사건 드라마의 아류를 생산하는 사람으로 오해를 받게 되는 상태에 놓이게 되었고, 지금까지 진행되었던 뮤지컬이며 도서 출판은 투자자와 출판사 들의 외면으로 더 이상 진행하지 못하게 되었으며, 진행 준비 중이던 애니메이션, 영화 등은 아예 진행조차 하지 못하게 되었다.

2) 영업상 이익의 실현 여부

본 호는 아이디어를 영업상 이익을 목적으로 부정하게 사용하면 침해가 인정된다는 것으로 실제 아이디어를 제공받은 자가 영업상 이익을 실현하였는지 여부와는 무관하다.

6. 동종업계에서 널리 알려진 경우

1) 취지

아이디어를 제공받을 당시 알고 있었거나 동종업계에서 널리 알려진 아이디어를 보호하게 되면, 이미 공공의 영역에 있는 아이디어를 특정인에게 독점시키는 결과를 초래¹⁸⁵⁾하게 되어 법의 취지에 반하므로, 보호되는 아이디어의 범위를 제한하기 위한 단서 조항이다.

2) ‘널리 알려진’의 의미에 대하여

- 부정경쟁방지법에서 ‘널리 인식된’ (제2조 제1호 가목, 나목) 또는 ‘널리 알려진’ (제1조)은

184) 판결문은 저작권 침해 주장에 대한 하급심 판결로 이후 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013다8984 판결을 통해 파기되었으나 파기 사유는 저작권 침해 요건인 의거관계 및 실질적 유사성에 대한 판단에 대한 잘못을 지적하는 것이므로 위 판시 내용과 무관하고 판시 내용을 참고할 여지가 있으므로 그대로 인용함.

185) 최정열 외 1, 앞의 책 237면.

이른바 ‘주지성’ 을 의미하는 용어이나, (가)목 및 (나)목의 ‘널리 인식된’ 과 (다)목의 ‘널리 인식된’ 이 동일한 문구임에도 (가)목 및 (나)목은 ‘주지’ 된 것을 요구하고, (다)목은 ‘주지’ 에서 더 나아가 ‘저명’ 에 이를 정도를 요구하고 있는 점을 고려하면, 본 호의 ‘널리 알려진’ 을 반드시 ‘주지성’ 등을 의미하는 것으로 해석할 필요는 없다.

- 현재로서는, 그 아이디어가 동종업계에서 널리 알려져 쉽게 구할 수 있는 정보이면 아이디어로서 보호될 수 없다는 의미로 해석할 수 있다.
- 아이디어로서 보호되기 위한 비공지성 정도는, 특허에서의 ‘절대적인 비공지성’ 및 영업비밀의 ‘상대적인 비공지성’ 보다는 훨씬 더 완화된 비공지성을 의미하는 것으로 해석하는 것이 합리적이며, 단순히 그 내용이 특허공개되었다는 점만으로 ‘널리 알려진’ 것으로 보기는 어렵다.

범위	절대적 신규성	상대적 신규성	
		일부에게 알려진 아이디어	널리 알려진 아이디어
보호여부	보호 ○	보호 ○	보호 ×

- 다만 관련 영업 분야의 특성 및 아이디어를 제공 받은 자의 특성(정보를 쉽게 수집할 수 있는 대기업 등)을 고려하면 이미 공지된 아이디어의 경우 ‘널리 알려진’ 요건에 해당되지 않더라도 ‘제공받은 자가 이미 그 아이디어를 알고 있는 경우’ 에 해당될 여지가 있다.

<서울고등법원 1998. 7. 7. 선고 97나15229 판결>

위 인정사실에 의하면, 음료나 맥주의 용기에 내용물의 온도를 확인할 수 있는 열감지테이프나 열감지잉크 등의 온도감응수단을 부착하여 가장 맛있는 온도에서 맥주나 음료수를 마실수 있도록 하고, 이를 광고하여 소비자의 구매충동을 자극하여 판매효과를 올리는 마케팅 전략 역시 국외에서 이미 공개나 사용됨으로써 위 아이디어의 경제적 가치를 얻을 수 있는 자에게 알려져 있는 상태에 있었다 할 것이므로, 이 사건 아이디어는 위 부정경쟁방지법에서 보호되는 영업비밀이라고 볼 수 없다.

- 영업비밀과 비교하였을 때 영업비밀은 ‘공공연히 알려져 있지 아니’ 할 것을 요건으로 하고 있어 일반적으로 알려지지 않은 경우의 요건을 충족해야 하나 본 호의 보호대상 아이디어는 널

리 알려지지 않을 것을 요구하고 있어 이 점은 영업비밀과의 차이점이며, 본 호는 영업비밀보다 더 엄격한 요건의 침해조각 사유를 규정하고 있다고 볼 수 있다.

- 본 호의 ‘널리 알려진’의 의미는 앞으로 사례 및 학계의 논의를 통해 정립되어야 부분이라고 볼 수 있다.

3) 구체적인 판단기준

‘널리 알려진’의 해석 및 판단기준에 대해서는 유사한 문구를 사용하는 (가)목 및 (나)목과 (다)목이 이를 각각 다르게 해석하고 있으므로 본 호 역시 반드시 (가)목 내지 (다)목과 동일한 의미로 판단할 필요는 없다. 본 호의 요건해석에 대해서는 다음과 같은 여러 안을 생각해볼 수 있다.

(1안) 특허법의 ‘주지관용 기술’의 개념을 도입하는 방안

- ‘널리 알려진’이라는 문구를 사용한 입법의도를 특허에서의 신규성요건인 절대적인 비공지성과 구별하려는 것으로 보아 아이디어의 일부 양태인 기술적 사상에 대해서 그 업계에서 잘 알려지고 자주 사용되는 기술인 ‘주지관용기술’이라는 개념을 도입하여 적용할 수 있다는 견해이다.
- 주지관용기술(周知慣用技術)이란 그 기술에 관해 상당히 다수의 문헌이 존재하거나, 또는 업계에 알려져 있거나, 혹은 예시할 필요가 없을 정도로 잘 알려진 기술과 같이 그 기술분야에서 일반적으로 알려진 기술로서 자주 사용되고 있는 기술(특허심사지침서)을 말한다.
- 아래 주지관용기술 판단 사례에서는 출원일 보다 10년 정도 앞서서 출판된 교과서류 문헌 등을 그 예로 들고 있으나, 이는 2000년 초반에 판단한 것으로 통신수단 발달로 정보의 이동이 급속도로 빨라진 현대에는 좀 더 기간을 앞당겨 판단할 필요도 있다.

< 주지관용기술 판단사례 >

- 이 사건 출원발명과 관련된 기술에 관한 교과서류의 문헌으로 이 사건 출원발명의 출원일보다 10년 정도 앞서서 출판된 문헌에 기재된 기술 (대법원 2002. 9. 24. 선고 2000후1566 판결)
- 이 사건 특허의 출원일보다 15년 이상 앞선 시점에 발간된 을4호증(최신제어시스템공학, 한응교 역, 탐출판사 1982. 1. 20. 발행)에 기재된 기술 (특허법원 2001. 8. 16. 선고 2000허8277 판결)

- 각 증거들에 개시된 기술내용이 전문분야의 기술임에 비추어 볼 때 그것들이 용어사전이나 백과사전에 기재되어 있다는 이유만으로 이를 주지관용기술의 예시에 불과한 것이라고 단정할 수 없다. (특허법원 2000. 10. 13. 선고 99허5364 판결)
- 심결은 별다른 증거도 없이 "일반적인 와이퍼와는 달리 0.13 denier/fila 내외의 굵기의 미세한 섬유로 직조된다는 것이 이 기술분야의 통상적인 지식을 가진 자에게 널리 알려져 있는 주지관용의 기술"이라고 인정함으로써 '0.2 denier/fila 이하의 극세사'라는 이 사건 등록고안의 구성이 갖는 기술적 특징을 무시한 잘못이 있다. (특허법원 2003. 6. 12. 선고 2002허7599 판결)

< 영업비밀 비공지성 판단사례 >

다만, 세계 어느 업체나 공통적으로 시행하고 있는 내용이고 다른 업체들이 그러한 실험 결과를 공개하고 있다거나, 여러 학술지에 그 학술적·이론적 근거가 공개되어 있다거나, 공개된 외국의 특허출원서류에 그 설계 개념이 포함되어 있다거나, 타 회사 제품이나 실험에 사용된 시료 등의 카탈로그·인터넷 홈페이지 등에 그 물성이나 용법·주의사항 등이 개괄적으로 포함되어 있다거나, 그 제품의 규격이 표준화되어 있어 피해자 회사뿐 아니라 많은 해외업체들이 이를 생산하고 있고 그 공정의 내용 또한 기초적인 것으로 인터넷에 공개되어 있는 수준을 넘지 않는다거나 하는 정도의 사정들만으로 그 자료들이 일반적으로 잘 알려진 것이라고 단정하기는 어렵다(대법원 2005. 3. 11. 선고 2003도3044 판결 참조). (서울중앙지방법원 2017. 2. 15. 선고 2016노3163 판결)

(2안) 부정경쟁방지법 제2조 1호 (가)목 내지 (나)목의 주지성의 개념을 도입하는 방안

- ‘주지성’이란 상품 등 표지가 특정인의 상품 등 표지로 제품의 수요자나 거래자 사이에서 특정인의 상품이나 영업으로 널리 인식된 것을 말하며 본 호의 요건을 주지성 요건을 요구하는 것으로 보는 견해를 말한다.
- ‘주지성’의 정도 및 인정범위는 국내 전역에 걸쳐 모든 사람들에게 인식되어 있는 정도까지 필요한 것은 아니고, 국내의 일정한 지역적 범위 안에서 거래자 또는 수요자들 사이에 널리 알려진 정도로 충분하다.
- 널리 알려진 상표 등인지 여부는 그 사용기간, 방법, 태양, 사용량, 거래범위 등과 상품거래의 실정 및 사회통념상 객관적으로 널리 알려졌는지가 일응의 기준이 된다.

<대법원 2008. 9. 11. 선고 2007도10562 판결>

부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목은 ‘국내에 널리 인식된’ 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장, 그 밖에 타인의 상품임을 표시한 표지와 동일하거나 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매하여 타인의 상품과 혼동하게 하는 행위를 ‘부정경쟁행위’의 하나로 규정하고, 같은 법 제18조 제3항 제1호는 제2조 제1호에 따른 부정경쟁행위를 한 자를 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있는바, 같은 법 제2조 제1호 (가)목에서 타인의 상품임을 표시한 표지가 국내에 널리 인식되었는지 여부는 그 사용기간, 방법, 태양, 사용량, 거래범위 등과 상품거래의 실정 및 사회통념상 객관적으로 널리 알려졌느냐의 여부가 일응의 기준이 되고, 단순한 문자나 숫자의 결합으로 이루어졌거나 상품의 성질을 표시한 것에 불과하여 식별력이 없거나 미약한 상표 또는 상품표지가 사용된 결과 국내에 널리 인식되기에 이른 경우에는 원래 독점시킬 수 없는 표지에 권리를 부여하는 것이므로 그 기준은 엄격하게 해석 적용되어야 하며, 같은 법 제18조 제3항 제1호에 의한 부정경쟁방지법 위반죄에 있어서 타인의 상품임을 표시한 표지가 국내에 널리 인식되었는지의 여부는 침해행위 당시를 기준으로 판단하여야 한다.

- 상표나 표지에 대한 주지성 판단은 위와 같이 대법원 판례 등에서 많이 제시되어 있으나, 아이디어에 대한 주지성 판단에 대해서는 판단사례가 없다. 또한 눈으로 보면 바로 그 대상을 곧바로 인식할 수 있는 상표나 표지에 대한 주지성 판단기준을 그 내용을 곧바로 파악하기 어려운 아이디어에 그대로 적용하기는 무리가 있다는 비판이 있다.

(3안-연구진의 견해) 아이디어를 제공받은 자가 그 아이디어를 아이디어 제공자로부터 처음 제공받았음(주관적 부지) 등에 대한 입증책임 전환이 주된 목적이라는 견해

- 앞선 주지관용기술 또는 주지성의 개념을 가져오는 안은 해당문구의 침해조각사유를 일반적인 수요자의 기준에서 아이디어의 객관적인 부지 여부로 판단하겠다는 것이다. 반면 3안은 침해조각사유를 아이디어를 제공받은 자의 주관적인 부지 여부에 중점을 두고 ‘널리 알려진’이라는 문구를 침해조각을 위한 입증책임의 전환문제로 파악하는 견해이다.
- 즉, 위 문구를 침해조각 사유를 입증해야 하는 아이디어 사용자가 사용한 아이디어가 제공자의 것이 아니라 ‘타인’의 아이디어(아이디어의 타인성)였다는 점 또는 아이디어의 ‘출처’가 제공자가 아니라는 점 등을 입증하기 위해 제시할 수 있는 사유를 예시한 것으로 보는 견해이다. 따라서 ‘널리 알려져 있음’의 입증 정도는 침해자가 아이디어의 출처가 제공자가 아니었음을 밝힐 수 있는 정도이면 족하다고 본다.

4) ‘널리 알려진’의 판단시점

아이디어를 제공받은 자가 그 아이디어를 제공받을 당시를 기준으로 그 아이디어가 널리 알려져 있는지 여부를 판단한다.

5) 입증책임

아이디어를 제공받은 자가 제공당시 아이디어를 인지하고 있었는지 또는 그 아이디어가 동종업계에서 널리 알려져 있는지 여부는 아이디어를 제공받은 자가 입증책임을 진다. 이러한 입증책임의 전환 문제는 법률요건분류설에 따라 침해 조각 요건을 ‘다만’ 이하의 단서 조항으로 규정한 국회의 입법 취지이며 이는 의도된 것이다.

<20대 국회 358회 산업통상자원중소벤처기업위원회 회의록(법률안소위)>

특허청산업재산보호협력국장 박성준 : 위원님 말씀하신 대로 바로 그런 부분을 반영해서 법문 작업을 했습니다. 그래서 이게 본문에 들어가지 않고 ‘다만’ 이하 단서조항으로 넣은 이유가 이렇게 되면 입증책임이 원고 측이 하는 게 아니라 방어하는, 정보를 받은 사람이 가지게 되기 때문에 이렇게 함으로 해서 위원님이 말씀하신 그 취지가 반영이 되는 걸로 저희들은 전문가들 자문을 구해서 그렇게 생각하고 있습니다.

6) ‘동종업계’의 범위

- 동일한 업종 분야를 의미하며, 통신수단의 발달로 국내 뿐만 아니라, 국외의 동종업계도 포함하는 것으로 보는 것이 합리적인 것이다.
- 동종업계가 아이디어 제공자가 종사하는 분야를 의미하는지, 아니면 아이디어 제공받은 자가 종사하는 기술분야를 의미하는지 문언상으로는 불분명하다. 다만 조문 취지는 아이디어를 영업상 이익을 위하여 부정하게 사용하는 행위를 규제하고 있으므로 동종업계는 아이디어의 부당한 사용으로 인해 실제 경제적 이익을 얻게 되는 아이디어를 제공받은 자가 종사하는 기술분야로 봄이 타당하다.
- 예를 들면, 건설공정에서 발생하는 악취를 제거하기 위해, 화학제업체가 악취제거에 관한 기술정보를 건설회사에 제공하고, 기술정보를 제공받은 건설업체가 이를 부당하게 사용한 경우 아이디어 제공자인 화학제업체는 건설 공정에 기술정보를 제공하고 경제적 이익을 얻을 기회를

박탈당하고 건설업체는 건설공정을 효율성을 확보할 수 있는 부당한 이익을 얻은 것이다. 이러한 점을 고려하여 볼 때 침해여부를 판단하는 화학제에 관한 기술정보가 널리 알려진 정보인지 여부는 아이디어를 제공받은 자의 업계인 건설업계라고 봄이 타당하다.

- 하급심 판례는 영업비밀 여부에 대한 판단에서, ‘그 아이디어(의 사용)로 인해 경제적 가치를 얻을 수 있는 자’ 라는 개념을 설시를 한바 있다. 이는 동종업계의 범위를 판단하는 기준이 될 수 있다.

< 서울지법 1997.2.14. 96가합7170 >

[1] 국내에서는 사용된바 없으나 국외에서 이미 공개되거나 사용된 아이디어가 부정경쟁방지법상의 영업비밀에 해당하는지 여부(소극)
음료나 맥주의 용기에 내용물의 온도를 확인할 수 있는 열감지테이프나 열감지인크 등의 온도감응수단을 부착하는 아이디어는 국내에서 사용된 바는 없다 할지라도 국외에서 이미 공개나 사용됨으로써 그 아이디어의 경제적 가치를 얻을 수 있는 자에게 알려져 있는 상태에 있었으므로, 온도테이프를 부착한 맥주 용기에 관한 아이디어는 부정경쟁방지법에서의 영업비밀이라고 볼 수 없다.

7. 기타사항

1) 아이디어의 보호기간

영업비밀 침해행위에 대한 시효규정¹⁸⁶⁾과 달리 아이디어 보호에 대한 본 호의 경우 별도의 시효규정이 존재하지 않는다.

- 따라서 본 호에 따른 손해배상청구의 경우 민법의 일반원칙인 불법행위의 시효¹⁸⁷⁾가 적용되어 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년 내 혹은 불법행위일로부터 10년이 경과하면 시효로 소멸될 것이다.

186) **제14조(시효)** 10조제1항에 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

187) **민법 제766조(손해배상청구권의 소멸시효)** ①불법행위로 인한 손해배상의 청구권은 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간 이를 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.
②불법행위를 한 날로부터 10년을 경과한 때에도 전항과 같다.

- 여기서 ‘손해를 안 날’ 이라 함은 피해자나 법정대리인이 손해의 발생 손해배상청구의 상대방이 될 침해자, 위법한 침해행위 등 요건사실에 관하여 현실적이고도 구체적으로 인식하였을 때를 의미하고, 그 침해 액수나 정도를 구체적으로 알아야 할 필요는 없다(대법원 1998. 11. 10. 선고 98다34126 판결).
- 아이디어의 침해행위가 중지되지 않고 계속될 경우 불법행위가 계속적으로 행해져서 손해도 역시 계속적으로 발생하는 것이므로, 그 손해는 날마다 새로운 침해행위에 기하여 발생하는 손해로 소멸시효의 적용에 있어서는 날마다 발생한 새로운 각 손해를 안 날로부터 별개의 소멸시효가 진행된다(대법원 1999. 3. 23. 선고 98다30285 판결 등 참조).
- 본 호에 따른 금지청구에 대해서는 영업비밀에 대한 규정과 달리 아무런 시효 규정이 존재하지 않으므로 영업비밀과는 달리 침해가 계속되는 한 금지청구에 대한 제한은 없다고 해석해야 할 것이다. 다만 이에 대하여 향후 입법론적으로 검토할 필요가 있다.

2) 법 적용 대상

일반적으로 아이디어를 제공받은 시점과 그 아이디어를 사용한 시점은 차이가 있을 수밖에 없는데, 아이디어를 사용한 시점을 기준으로 시행일(2018. 7. 18.) 이후에 아이디어를 사용하는 경우에 한하여 조사대상에 해당될 것이다. 본 호는 거래교섭 또는 거래과정에서 취득한 아이디어를 ‘부정하게 사용하는 행위’를 부정경쟁행위로 보겠다는 규정으로, 규제의 대상이 되는 행위는 아이디어의 부정한 사용행위이므로 아이디어의 취득이 시행일(2018. 7. 18.) 이전이더라도 그 이후에 아이디어를 부정하게 사용하는 경우에는 조사대상에 해당할 것이다.

< 대법원 2009. 10. 15. 선고 2008도9433 판결 >

[1] 영업비밀의 부정취득 또는 부정사용을 별도의 범죄구성요건으로 규정하는 것으로 개정된 구 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률의 ‘시행 전’에 취득한 영업비밀을 그 ‘시행 후’에 부정사용하는 경우, 위 개정 법률을 적용할 수 있는지 여부(적극)
위 개정법률이 시행되기 전에 취득한 영업비밀이라 하더라도 그 시행 후에 이를 부정사용하는 행위는 위 개정법률 제18조 제2항의 적용대상이 된다 고 볼 것이다

IV. 아이디어 탈취행위 판단기준 관련 Q & A

1. 보호대상인 아이디어가 구체성과 참신함이 있어야하는지

본 호는 보호대상이 되는 아이디어는 ‘경제적 가치를 가지는 아이디어’이다. 미국 판례법상 보호되는 아이디어는 참신하고 구체적이어야 한다고 보고 있으나 이를 국내법에서 독립된 요건으로 도입할 필요는 없다고 보인다. 다만 구체성과 참신성은 당해 아이디어가 경제적 가치가 있는가를 판단할 수 있는 가장 중요한 판단기준이 될 수 있으며 침해행위의 입증의 문제와도 연결되어 있다.

예를 들어, 아이디어가 참신하여 아이디어를 제안받기 전까지 상대방이 이를 생각해 내기 어려웠고 그 아이디어의 제안을 통해 상당한 시간과 노력을 절약하고 이로 인하여 경쟁업체보다 시장에서 유리한 위치에 설 수 있게 되었다면 이는 경제적 가치가 있는 아이디어로 인정할 수 있을 것이다. 부정경쟁행위 입증의 관점에서, 만약 아이디어가 참신하지 않다면 그만큼 제공된 아이디어가 경제적 가치가 있는 것이었음을 입증하기 어려운 문제가 있을 것이며, 상대방이 아이디어를 이미 알고 있었을 가능성이 높다고 추정되기 때문에 침해 조각사유가 인정될 가능성이 높다.

또한 명칭 공모와 같은 단순한 착상이나 추상적인 구상 등 구체성이 결여된 막연하고 추상적인 아이디어의 경우에도 규정의 다른 요건을 만족한다면 보호대상이 되는 아이디어에 해당할 수 있다. 다만 구체성이 결여된 아이디어의 경우 경제적 가치를 입증하기 어렵고, 교섭과정에서 아이디어가 제공되었다는 점 및 이를 상대방이 부정하게 사용하였다는 점을 입증하기 어려운 문제가 있을 것이다.

2. 제공목적에 위배되는 정보의 범위에 하도급법에서 허용하는 기술자료 요구를 포함해야할지 여부?

본 호는 ① 제공받은 아이디어를 ② ‘부정하게 사용하는’ 행위를 부정경쟁행위로 규정하고 있다. 즉, 제공받는 행위가 적법하더라도 이와 무관하게 정보를 제공받은 자가 이를 부정하게 사용하는 경우 부정경쟁행위에 해당할 수 있다. 따라서 법령에서 제공요구를 허용하는 기술자료의 경우에도 이를 제공목적에 반하여 부정하게 사용하는 경우 부정경쟁행위에 해당할 수 있다.

예를 들면 하도급거래 공정화에 관한 법률은 원사업자가 정당한 사유로 수급사업자와 기술자료 제공의 목적 및 제공조건 등에 대하여 시행령 제7조의3¹⁸⁸⁾에 따라 미리 정하는 경우 기술자료를 요구

188) 공정화에 관한 법률

12조의3(기술자료 제공 요구 금지 등) ① 원사업자는 수급사업자의 기술자료를 본인 또는 제3자에게 제공하도록 요구하여서는 아니 된다. 다만, 원사업자가 정당한 사유를 입증한 경우에는 요구할 수 있다. <개정 2011. 3. 29.>

② 원사업자는 제1항 단서에 따라 수급사업자에게 기술자료를 요구할 경우에는 요구목적, 비밀유지에 관한 사항, 권리귀속 관계, 대가 등 대통령령으로 정하는 사항을 해당 수급사업자와 미리 협의하여 정한 후 그 내용을 적은 서면을 해당 수급사업자에게 주어야 한다.

하도급거래 공정화에 관한 법률 시행령

할 수 있다고 규정하고 있다. 만약 원사업자가 이러한 조건을 만족하여 기술자료를 제공받더라도 미리 협의된 내용에서 벗어난 목적 등으로 제공받은 정보를 사용하는 경우에는 본 호에서 규정한 부정경쟁행위의 객체인 아이디어가 될 수 있다.

다만, 아이디어(기술자료)가 본 호의 보호의 객체가 되는지 여부와 악의성 요건 및 침해액의 판단은 별개의 요건이므로 구체적인 사정에 따라 별도의 판단이 요구된다.

3. 아이디어를 제공받은 자가 제공받을 당시 이미 그 아이디어를 알고 있었다는 것을 구체적으로 증명할 수 있는 방법은?

이는 아이디어를 제공받은 자의 내심의 의사이므로 여러 간접사실을 통해 추단하는 수밖에 없다. 저작권의 경우도 여러 가지 간접사실들에 근거하여 의거관계를 판단하고 있다. 제공한 아이디어와 실제 상품 등의 실질적 유사성 및 거래 교섭과정의 구체적인 사실관계(예를 들면 실제 상품의 특징적인 부분에 대해서 주고받은 의견이 있는지) 등에 근거하여 아이디어를 이미 알고 있었음은 아이디어를 제공받은 자에게 증명책임이 있음을 고려하여 판단하여야 할 것이다.

예를 들면 아이디어를 제공받기 전 공개된 특허 등 일부 자료에 아이디어가 기재되어 있더라도 이것만으로는 동종업계에 아이디어가 널리 알려졌거나 아이디어를 제공받은 자가 알고 있었다고 보기는 어려울 것이다. 아이디어를 제공받은 자가 이러한 자료를 접하고 선행 자료에 근거하여 상품이나 영업을 준비하려고 하였다는 점에 대한 사실관계에 대한 소명 및 입증도 필요할 것이다.

7조의3(기술자료 요구 시 서면 기재사항) 법 제12조의3제2항에서 "요구목적, 비밀유지에 관한 사항, 권리귀속 관계, 대가 등 대통령령으로 정하는 사항"이란 다음 각 호의 사항을 말한다.

1. 제공 요구목적
2. 비밀유지방법 등 요구대상 기술자료의 비밀유지에 관한 사항
3. 요구대상 기술자료와 관련된 권리귀속 관계
4. 요구대상 기술자료의 대가 및 대가의 지급방법
5. 요구대상 기술자료의 명칭 및 범위
6. 요구일, 제공일 및 제공방법
- 6의2. 요구대상 기술자료의 사용기간
- 6의3. 반환 또는 폐기방법
- 6의4. 반환일 또는 폐기일
7. 그 밖에 원사업자의 기술자료 제공 요구가 정당함을 입증할 수 있는 사항

4. 제공받을 시점에 널리 알려진 아이디어가 아니나 아이디어를 채택하여 제품화 할 때엔 널리 알려져 있는 경우에 본 호에 적용된다고 보아야 할지

이는 다른 요건이 충족된다는 전제하에 아이디어가 경제적 가치가 있는지의 여부와 관련이 있다. 아이디어의 경제적 가치의 중요한 판단기준 중 하나는 아이디어를 참고함으로써 시행착오를 줄이거나 시간을 단축하거나 개발비용 또는 제조비용을 감축할 수 있는지 여부에 있다. 따라서 제품화 당시에 아이디어가 널리 알려져 있게 되었다 하더라도 아이디어를 제공받은 후 제품 개발시간이 상당하여 아이디어를 제공 받은 자가 제품화 시간을 단축할 수 있어 비용을 절약하였거나 유사한 아이디어를 사용한 경쟁사 등에 비해 시장 점유율 등에서 우위를 점할 수 있었다면 본 호의 적용대상이 된다고 볼 것이다.

다만, 이 역시 아이디어(기술자료)가 본 호의 보호의 객체가 될 수 있는지에 대한 판단에 불과하며 다른 요건인 악의성 및 침해액의 판단은 별개의 요건이므로 구체적인 사정에 따라 별도의 판단이 요구된다.

5. 공모전을 통해 채택된 상품의 명칭 등을 채택 사실을 제안자에게 알리지 않고 상품 출시한 경우에 명칭이 차목에서 보호할만한 아이디어의 대상인지?

단순한 착상의 경우도 경제적 가치를 가지는 아이디어에 해당하는지 여부에 따라 보호대상이 될 수 있다. 상품의 명칭의 경우에도 그 내용이 아주 참신하여 명칭만으로 소비자의 이목을 끌 수 있고 제품의 매출에 영향을 끼칠 정도라면 보호할 수 있는 아이디어가 될 수는 있다.

다만, 그 보상의 정도는 아이디어 제공자가 제공 당시 기대하였고 아이디어를 제공받은 자와 최소한 묵시적으로 합의하였다고 볼 만한 대가 상당액은 넘지 못한다고 보아야 할 것이다.

6. 신고인의 특허에 대한 아이디어를 제공받아 피신고인이 새로운 특허를 등록하였음. 특허 담당 심사관이 신고인의 특허에 대비하여 단순한 설계 변경으로 판단하지 않고 진보성이 있는 것으로 평가한 경우에 조사관이 본 호에 해당하는 부정경쟁행위라고 판단한 경우 문제는 없는지

본 호의 적용 요건은 ‘거래교섭 등의 과정에서 제공’ 한 아이디어를 ‘제공목적에 반하여 부정하게 사용’ 하였는지 여부이며, 이는 진보성 여부 판단과는 다른 아이디어를 부정하게 사용하였는지에 대한 평가의 문제이다. 예를 들면 신고인의 특허가 공개되어 있다고 하더라도 피신고인이 사실상 신고인의 특허를 볼 기회가 없었다거나, 피신고인이 신고인의 특허가 특허법에 따라 공개되

기 이전에 미리 접근할 수 있어 개량 발명의 시기를 단축할 수 있었던 경우 피신고인이 신고인이 제공한 정보를 거래 조건과 달리 사용한다면 본 호의 적용 대상이 된다고 평가할 수도 있다.

다만 아이디어는 거래교섭 과정 혹은 거래과정에서 제공한 아이디어야 하며, 아이디어의 제공에 의해 경제적 대가제공 혹은 거래교섭 혹은 거래관계에서 유리한 위치를 점할 수 있다는 약속 등의 묵시적 합의 혹은 유인이 인정됨에도 아이디어를 제공받은 자가 이를 합리적 이유없이 저버리는 등의 악의성에 대한 요건이 충족되어야 할 것이다.

7. 신고인이 정보를 적극적으로 제공하지 않고, 제공의사도 없었으나, 결과적으로 정보가 넘겨진 경우 이를 (차)목의 정보의 제공에 해당되는지. 신고인의 특허가 고도한 기술 내용이 아닌 경우 자재를 납품받아 사용하는 피신고인이 특허를 회피하여 등록한 경우 부정경쟁행위로 볼 수 있는지

납품받은 제품을 분석하여 회피 설계하는 것만으로는 곧바로 부정한 사용으로 단정할 수 없으며, 이는 구체적인 사정을 고려하여 피신고인이 아이디어를 부정하게 사용한 것인지에 대한 평가의 문제로 보인다. 제공된 상품을 역분석하여 정보를 얻는 행위나 상품의 형태를 모방하는 경우에도 사안에 따라서 상품의 납품행위를 묵시적인 아이디어 제공행위로 볼 수도 있으나 본 호보다는 부정경쟁방지법의 다른 규율이나 영업비밀보호에 관한 법제를 적용하는 것이 바람직해 보인다. 아이디어를 제공받을 당시 아이디어의 제공 목적 및 피신고인의 의도 등을 고려하여 이를 거래과정에서 신의를 저버릴 정도의 부당한 사용으로 평가할 수 있는지에 따라 판단하여야 할 것이다.

8. 피신고인이 신고인으로부터 어떠한 물건을 구매하면서 신고인으로부터 자발적으로 제공받은 팜플렛에 나타난 사업 아이템이나, 구매한 물건을 그대로 모방하여 사업화한 경우 아이디어 탈취행위로 볼 수 있는지. 본 호의 적용대상이 되지 않는다면 어떤 구성요건의 미충족으로 보아야 할지

아이디어 탈취행위로 볼 수 있는지 여부는 상기 7. 질문에 대한 답변과 동일할 것이다. 구성요건에 대하여, 피신고인이 거래 상품과 무관한 신고인의 팜플렛의 사업 아이템을 활용하였다면 ‘거래교섭 또는 거래과정’ 요건이 충족되지 않을 가능성이 높다고 보인다. 구매한 물건을 그대로 모방한 경우 신고인의 물건 판매가 아이디어의 제공으로 평가할 수 있는지가 문제될 것으로 보인다.

9. 개정법에 의해 정상적인 거래교섭을 거쳤음에도 분쟁에 휘말릴 우려가 있고, 아이디어 침해 행위로 규율될 것을 우려하여 우리사회 전반적의 거래가 위축될 우려가 있다. 선의의 기업들이 개정 부정경쟁방지법으로 규율될 불확실성을 제거하기 위해서 해야 할 조치가 있는지

개정 아이디어 탈취행위의 요건해석에 대한 학계의 논의 및 법원의 판단이 정리될 때까지 한동안은

선의의 일반 기업들이 분쟁에 휘말릴 우려를 피하기 위하여 불필요한 거래교섭을 자제하며 자유로운 거래 교섭행위마저 위축될 우려가 존재하는 것이 사실이다.

개정법의 차목의 적용여부는 ‘거래교섭 또는 거래과정에서 취득한 정보를 부정하게 사용하였는지’, 특히 아이디어를 제공받은 자의 악의성에 대한 판단에 전적으로 달려 있을 것으로 보인다. 부정경쟁방지법은 기본적으로 민법의 불법행위의 특수 유형으로 불법행위 여부의 입증, 금지청구의 인정 요건 완화 등 정책적 목적에 따라 규율된 것이므로 본 호의 악의성 요건의 인정 여부 역시 계약 관계에서의 신의성실의 원칙의 법리에 따라 충분히 해석할 수 있다.

예를 들면 아이디어를 제공하고 이를 제공받은 자가 사용하였다고 하여 본 호가 일괄적으로 곧바로 적용된다고 보기는 어려우며, 아이디어의 제공에 의해 경제적 대가제공 혹은 거래교섭 혹은 거래관계에서 유리한 위치를 점할 수 있다는 약속 등의 묵시적 합의 혹은 유인이 인정됨에도 아이디어를 제공받은 자가 이를 합리적 이유없이 저버리는 등의 악의성에 대한 요건이 충족될 수 있을 것이다.

따라서 본호에 의한 분쟁에 대한 불확실성을 줄이기 위해 거래교섭이나 거래과정에서의 약정의 내용이나 주고받은 정보들을 당사자 사이에서 문서화하여 투명하게 관리할 필요가 있다. 예를 들면 비밀유지서약(NDA, Non-disclosure agreement)를 통해 거래 교섭의 대상, 제공하는 정보, 정보 제공에 대한 보상에 대해 명확히 해두는 것을 상정해 볼 수 있다. 비밀유지서약을 통해 차후 분쟁시 제공된 아이디어가 거래교섭과 무관하게 제공된 정보라는 점, 혹은 쟁점이 되는 정보가 해당 거래교섭과정에서 제공의 대상이 아니었다는 점(이미 알고 있었다는 점), 아이디어의 제공자로부터 일방적으로 제공된 정보라는 점(악의성에 대한 입증) 등을 입증하는 자료가 될 수 있다. 또한 거래교섭 혹은 거래과정에서 회의록을 남겨두는 것도 분쟁에 따른 비용을 줄이는 사전적 대응이 될 수 있다.

V. 요건 판단을 위한 유의 사항 및 확인 사항 정리

1) 신고서 작성 사항 및 신고서에 첨부하여 제출 요청할 자료 예시

가. 신고인

① 성명(상호)

② 전화번호/이메일

나. 탈취당한 아이디어를 구체적으로 상술

다. 해당 아이디어가 신고인의 아이디어임을 입증할 자료

<p>라. 아이디어의 경제적 가치를 입증할 만한 객관적 자료</p> <p>마. 피신고인(아이디어 탈취자)과의 계약 관계 혹은 거래 교섭과정에 대한 구체적인 사실관계 (피신고인과의 접촉시기, 회의 내용, 공모전의 이름, 아이디어 제공시기 등)</p> <p>바. 침해요지(피신고인이 아이디어를 습득하여 이를 활용하여 만든 상품 혹은 영업형태 등)</p> <p>사. 그 밖의 피신고인의 부정경쟁행위에 대한 명확하게 확인가능 한 구체적, 객관적인 증거 서류</p>

2) 피신고인에게 작성 또는 제출을 요청할 사항 예시

<p>가. 피신고인의 인적사항(연락가능한 연락처)</p> <p>나. 신고인이 주장하는 계약관계 혹은 거래 교섭관계, 아이디어의 제공행위에 대한 사실관계에 대한 확인 및 관련자료</p> <p>다. 침해 주장(피신고인의 행위)에 대한 의견 및 관련자료</p> <p>라. 해당 아이디어를 신고인으로부터 제공받기 전부터 알고 있었는지 여부 및 관련 자료 (아이디어를 접하게 된 다른 경로 등)</p>

3) 조사시 유의사항 및 확인사항

예비조사	<ul style="list-style-type: none"> · 신고서 및 첨부서류에 기재되어 있는 증거자료 제출여부 확인 · 피신고인의 상황이 종결처리나 조사 중지 등에 해당하는지 확인 · 중복조사 여부 확인 · 신고인이 제출한 자료를 바탕으로 피신고인과 거래교섭 또는 거래과정에 있었는지 여부에 대한 기초자료의 검토(일반적 수준에서 확인) · 신고인이 탈취당했다고 주장하는 아이디어가 포함된 제품 및 영업을 피신고인이 사용하고 있는지에 대한 확인
본 조사	<ul style="list-style-type: none"> · 예비조사 후 사건화 결정 · 신고인/피신고인에게 추가자료 요청 및 확인 <ul style="list-style-type: none"> - 임의로 제출받은 제품의 현황·목록 등에 관한 사항을 기록하고 이를 보관 · 신고인이 주장하는 거래교섭 또는 거래과정 및 아이디어 제공여부에 관한 사실관계 확인

	<ul style="list-style-type: none"> · 신고인이 제공한 아이디어가 경제적 가치를 가지는지 판단 <ul style="list-style-type: none"> - 아이디어의 구체성, 참신성 및 아이디어를 착안하기까지 상당한 비용이나 노력이 필요한지 여부 등을 종합적으로 판단, 실제 구현된 상품이나 영업의 흥행여부도 참고자료로 활용할 수 있음 · 영업상 이익의 목적 및 부정한 사용여부 판단 <ul style="list-style-type: none"> - 아이디어의 사용은 아이디어를 신고인이 보유하고 이를 제공한 사실 및 그 아이디어가 피신고인의 제품 및 영업과 실질적 유사성이 있음이 인정될 경우 추단할 수 있음 - 거래교섭 및 거래의 목적을 벗어난 신의칙에 반하는 위법한 사용으로 불만한 사정이 있는 경우 부정한 사용에 해당할 것임 · 피신고인이 제출하는 자료를 근거로 다음과 같은 사항을 고려하여 피신고인이 아이디어를 이미 알고 있거나 동종 업계에 널리 알려진 경우에 해당하는지 판단 <ul style="list-style-type: none"> - 아이디어가 기재되어 있는 매체의 특성 및 최초 기재된 때 - 아이디어가 사용된 상품의 특성 거래범위, 사용량 최초로 상품이 출시된 때 - 아이디어를 사용하는 방법 · 신고인/피신고인 사건 진술서 작성 · 판단 및 결정(결과통지 및 조사결과보고서 작성)
<p style="text-align: center;">피신고인 진술서 작성</p>	<ul style="list-style-type: none"> · 인적사항 · 신고인이 주장하는 계약관계 혹은 거래 교섭관계, 아이디어의 제공행위에 대한 사실관계에 대한 확인 및 관련자료 · 침해 주장(피신고인의 행위)에 대한 의견 및 관련자료 · 아이디어를 접하게 된 경위 등 해당 아이디어를 신고인으로부터 제공받기 전부터 알고 있었는지 여부 및 관련 자료
<p style="text-align: center;">현장방문 시</p>	<ul style="list-style-type: none"> · 영업시설 또는 제조시설에 출입하여 조사할 때에는 관계인에게 조사 · 현장조사 시 공무원의 권한을 표시하는 증표를 제시해야 함 · 제품 수거 시 조사에 필요한 최소분량을 수거할 것 · 수거한 제품은 봉인할 것 · 제품 수거증 교부하고 제품의 현황·목록 등에 관한 사항을 기록하고

	<p>이를 보관</p> <ul style="list-style-type: none">· 조사확인서”를 작성하고 방문기관의 대표자 또는 종업원에게 이를 확인하도록 한 후, 확인자란에 서명 또는 날인하게 하여야 함. 날인을 받을 수 없는 경우 그 사유를 명확히 기록해야 함
--	--

제3절 개정 부정경쟁방지법의 영업외관 사칭 및 희석화 행위

I. 개념 및 도입취지

1. 개념 및 의의

- 영업외관의 모방행위란 “상품 판매·서비스 제공방법 또는 간판·외관·실내장식 등 영업제공 장소의 전체적인 외관 등 타인의 영업임을 표시하는 표지와 동일하거나 유사한 것을 사용하여 타인의 영업상의 시설 또는 활동과 혼동하게 하는 행위” (나목)을 말한다.

법 제2조(정의) 제1호

나. 국내에 널리 인식된 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

다. 가목 또는 나목의 혼동하게 하는 행위 외에 비상업적 사용 등 대통령령으로 정하는 정당한 사유 없이 국내에 널리 인식된 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

- 영업외관(TradeDress)이란 상행위를 의미하는 '트레이드(Trade)'와 전체적인 외관, 외양을 의미하는 '드레스(Dress)'의 조합에 의한 용어로 어문상으로는 상행위와 관련된 상품 등의 외관, 외양을 의미하는데, 상품이나 서비스의 출처를 표시하는 문자나 기호 또는 도형들과는 달리, 상품이나 서비스의 포장, 색채의 조합 그리고 도안을 포함하는 '상품이나 서비스의 전체적인 이미지'가 포함되고, 영업소의 형태와 외관, 내부 디자인, 장식, 표지판, 근로자의 작업복 등 '영업의 종합적인 이미지' 또한 포함될 수 있다¹⁸⁹⁾.

부정경쟁방지법 나목 및 다목의 영업외관에 대한 보호규정은 2018년 개정 부정경쟁방지법에서 미국 판례법에서 인정되고 보호되는 트레이드 드레스 개념을 보호대상으로 도입한 것이다.

189)

2014. 11. 27 선고 2014가합524716 판결

- 그간 국내 트레이드 드레스의 보호 법제 도입과 관련하여 전문가들의 다양한 방안들이 검토되어 왔다. 검토안에는 트레이드 드레스라는 용어를 활용하여 별도의 부정경쟁행위 정의 규정을 신설하는 방안, 상품형태 모방행위를 부정경쟁방지 행위로 규정한 부정경쟁방지법 제2조 제1호 자목을 활용하는 방안, 부정경쟁행위의 일반적 보충 조항인 부정경쟁방지법 (카)목[구 부정경쟁방지법 (차)목]을 활용하는 방안 등이 논의되었다¹⁹⁰⁾.
- 논의 끝에 2018년 개정 부정경쟁방지법은 제2조 제1호 (나)목 영업주체 혼동행위 및 (다)목 저명상표 희석행위 규정의 ‘기타 타인의 영업임을 표시하는 표지’에 대한 정의 규정의 범위에 영업외관을 포함하는 내용을 확장 명시하여 부정경쟁방지법의 보호범위에 트레이드 드레스를 포함시켰다.

2. 입법취지

- 기존의 부정경쟁방지법 제2조 제1호 자목은 타인이 제작한 상품의 형태를 모방한 상품을 양도·대여 또는 이를 위한 전시를 하거나 수입·수출하는 행위를 금지하여 상품의 형태에 대해서는 상품개발 후 3년 이내에 이루어지는 모방행위(Dead Copy)로부터 보호하는 규정을 두고 있었다.
- 부정경쟁방지법 (자)목이 보호하는 ‘상품의 형태’ 역시 일종의 트레이드 드레스로 볼 수 있으나, 넓은 의미의 무형의 트레이드 드레스 즉 상품 판매 기법, 서비스 제공방법 또는 간판·외관·실내장식 등 영업제공 장소의 전체적인 외관, 시설의 외형적 느낌 등은 기존 부정경쟁방지법의 개별규정의 보호대상으로 보기에는 한계가 있었다.
- 최근 판례 중에는 트레이드 드레스를 (카)목(구 부정경쟁방지법 차목)의 ‘타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등’에 포섭하여 보호한 사례가 있으나 (카)목은 다른 조항의 보충적 일반조항의 성격을 가지고 있어 법적으로 보호가치 있는 무형적 트레이드 드레스에 대하여 명시적으로 입법화하여 보호해야 할 필요성이 꾸준히 제기되어 왔다.
- 이에 따라 개정 부정경쟁방지법은 (나)목 및 (다)목의 ‘타인의 영업임을 표시하는 표지’의 적용범위를 확대 명시하여 표지성이 인정된 무형요소인 트레이드 드레스의 경우에도 일정한 요건(국내에 널리 인식된)을 갖춘 경우 보호받을 만한 가치가 있는 이익이 인정된다면 이를 전형적인 부정경쟁 행위(사칭행위 및 희석화)로부터 보호할 수 있는 근거를 마련한 것이다.

190) 산업재산보호정책과, 「부정경쟁방지법 및 영업비밀보호에 관한 법률 제도 개선방안 연구」, 특허청 산업재산보호정책과, 2016

3. 타법과의 관계

- 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목은 자신의 상품을 타인의 상품과 혼동으을 초래하도록 상품의 표지를 사용하는 행위를 부정경쟁행위로 규정하고 있다.

(가)목은 상품 자체에 대한 혼동행위를 규제하고 있는 반면, 나목은 영업의 주체에 대한 혼동행위를 규제하는 규정이다. 가목의 혼동을 초래하고자 사용하는 표지의 대상 역시 상품의 외관에 사용된 표지이며 영업제공 장소의 외관을 보호하지는 않는다.

다만 타인의 상품에 대한 혼동가능성이 존재하여 (가)목이 적용되는 경우에도 영업주체에 대한 혼동가능성 요건도 충족하는 경우 (나)목 역시 동시에 적용될 수 있다.

- 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (자)목은 “타인이 제작한 상품의 형태를 모방한 상품을 양도·대여 또는 이를 위한 전시를 하거나 수입·수출하는 행위”를 부정경쟁행위로 규정하고 있다.

(자)목은 상품의 형태에 대한 ‘정형성을 가진 외형’¹⁹¹⁾의 모방(테드카피)을 규제하는 규정으로, 자목의 보호대상이 아닌 판매 기법 서비스, 영업시설에 대한 이미지 등 정형화되지 않은 외형 혹은 외형적 느낌을 보호하지 않는다.

또한 (자)목은 상품의 형태가 갖추어진 날부터 3년이라는 보호 시효 규정을 두고 있으며, 부정경쟁행위의 행위 태양 역시 상품을 양도·대여 전시 또는 수입·수출하는 행위로 제한하고 있다.

이에 반해 개정 부정경쟁방지법의 영업외관 보호 규정은 (자)목에 비하여 보호 대상 및 부정경쟁행위의 태양을 폭넓게 규정하고 있으나 ‘국내에 널리 인식된’이라는 주지성 요건을 요구하고 있다.

- 대법원은 개정 부정경쟁방지법 개정전 트레이드 드레스를 부정경쟁방지법 (카)목(구 부정경쟁방지법 (차)목)에 의해 보호할 수 있다는 취지의 판결[(서울고등법원 2016. 5. 12. 선고 2015나2044777 판결(대법원 확정)]을 내린 바 있다. 다만 (카)목은 보충적 일반규정으로 해석되므로 영업외관 사칭행위에 관한 (나)목의 규정 명시화로 개정 이후에는 유사한 사건에서 (나)목이 우선 적용될 것으로 보인다. 향후 영업외관 사칭행위에 대해서 (나)목의 요건을 충족하지 못하는 경우 다시 (카)목을 적용할 수 있는지에 대해서는 당분간 논란이 있을 것으로 보인다.

191) 되는 형태가 정형성을 갖춰야 된다는 설시로 2016. 10. 27. 선고 2015다240454 판결 - 소프트리 사건

- 우리 「상표법」상 등록이 되지 않은 상표 혹은 상표의 요건을 갖추지 못한 영업 외관의 경우에도 타인의 영업임을 다른 영업과 구별하게 해주는 출처표시기능(식별력)이 인정되고 그 표지가 수요자들에게 널리 인식된 주지성이 인정되며 타인의 모방행위로 인해 출처에 대한 혼동가능성이 인정되는 경우 부정경쟁방지법 나목의 규정에 따라 보호가 가능하다.

반대로 문제가 되는 간판, 외관, 실내 장식 등 영업외관의 구성요소 중 식별력이 인정되는 부분이 기호 혹은 문자인 경우 혹은 상품의 포장 등 형상과 관련된 경우에는 「상표법」의 등록요건을 갖춘 경우 상표법에 의해서도 보호받을 수 있다.

다만 부정경쟁방지법 제15조에 따라 상표법과 부정경쟁방지법이 경합되는 경우 상표법이 우선 적용된다.

- 간판, 외관, 실내 장식 등 영업외관의 구성요소가 ‘물품의 형상·모양·색채 또는 이들을 결합한 것으로서 시각을 통하여 미감을 일으키게 하며 동시에 신규성 및 창작 비용이성을 갖춘 것’인 경우에는 「디자인보호법」 제2조 제1호 소정의 디자인으로서 특허청에 이를 등록하면 모방으로부터 보호받을 수 있다.

II. 미국의 트레이드 드레스 보호에 대한 해석 및 종래 국내 논의

1. 미국의 논의

- 개정 부정경쟁방지법의 영업외관에 대한 규정은 미국이 상표의 일종으로 보호하는 트레이드 드레스(Trade dress) 개념을 우리 법제를 통해서도 보호할 필요성이 있다고 판단하여 도입한 것이다.
- 트레이드 드레스(Trade dress)는 미국의 경우에서 오래 전부터 판례법을 통하여 그 보호와 개념이 정착되어 왔으며 트레이드 드레스는 연방 상표법(Lanham 법)상 등록상표로서 보호가 가능하며 미등록 트레이드 드레스도 1999년의 Lanham 법 제43조(a)(3)의 신설에 의하여 연방법에 의한 보호가 가능해지게 되었다.

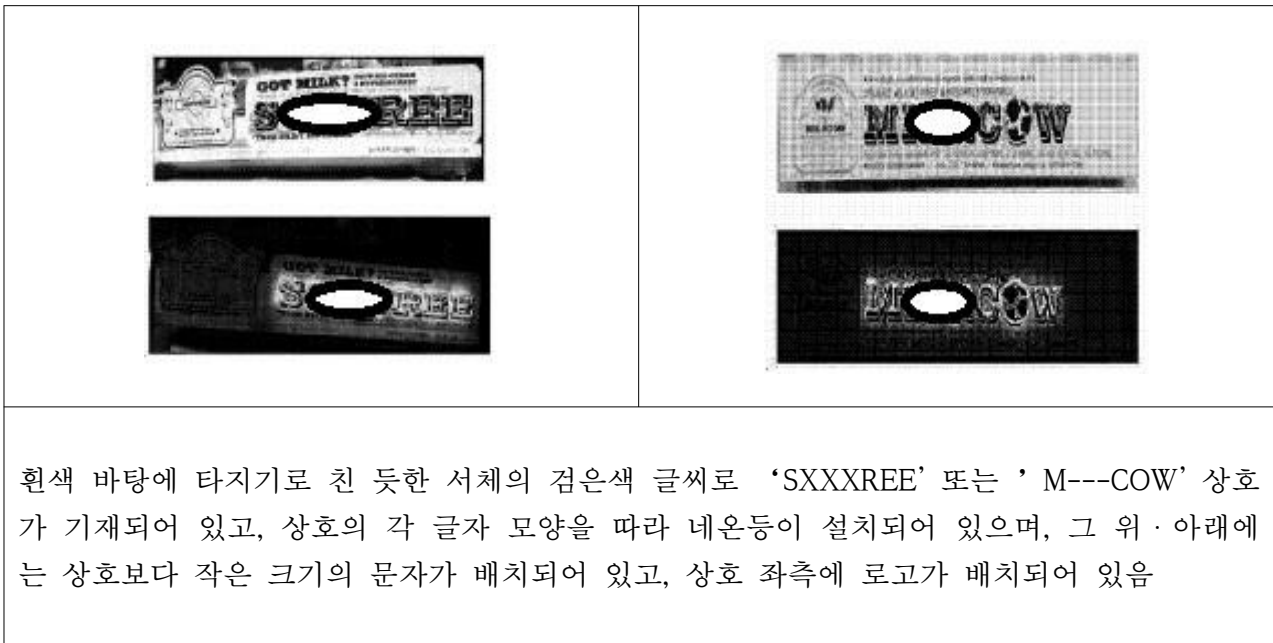
다만 연방상표법의 어느 규정에도 트레이드 드레스에 대한 구체적인 개념은 정의되어 있지 않으며 트레이드 드레스에 관한 법리는 판례에 의하여 발달하여 왔다. 미국 판례상 어떠한 모양이 트레이드 드레스로서 보호받기 위해서는 비기능성, 식별성, 혼동 가능성의 세가지 요건을 갖추어야 한다¹⁹²⁾.

연방대법원은 Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc. 사건에서 트레이드 드레스는 “상품의 트레이드 드레스는 상품 전체의 이미지와 종합적인 외관”으로 “(상품의) 크기, 모양, 색채 또는 색채의 결합, 구성, 도해, 심지어 특정한 판매기법 등과 같은 특성을 포함한다”고 설시하였다. 연방대법원은 이에 따라서 “레스토랑 외관의 모양, 기호, 레스토랑 부엌의 평면도, 장식, 메뉴, 음식을 제공하기 위한 도구, 음식을 제공하는 사람들의 유니폼, 그리고 레스토랑의 전체적인 이미지를 반영하는 기타의 특성을 포함할 수 있다”고 하였다¹⁹³⁾

2. 국내 영업외관 보호에 대한 최근 사례

- 서울중앙지방법원 2014. 11. 27 선고 2014가합524716 판결(소프트리 판결)

법 신설전, 원고의 영업외관 모방에 따른 부정경쟁행위 주장에 대하여 재판부가 Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc., 505 U.S. 763(1992) 판결을 인용하며 영업외관 보호가능성을 인정한 사례이다[부정경쟁방지법 카목(구 부정경쟁방지법 차목) 적용]. 재판부는 아래 침해자의 외부 간판, 메뉴판, 콘 반지, 젓소 로고, 아이스크림 콘 진열 형태, 별집채꿀 진열 형태를 함께 사용하는 행위 금지청구 인용하였으며, 위 판결 부분에 대하여는 피고가 고등법원에 항소를 취하여 확정되었다.



192) 이대희, “트레이드드레스 보호의 소극적 요건으로서의 기능성”, 한남대학교 과학기술법연구원, 과학기술법연구, 2015

193) 이대희, “산업디자인의 보호에 관한 비교법적 고찰”, 창작과 권리, 세창출판사, 1998, 56면



(원고 매장 참실점)



(원고 매장 참실점)



(피고 매장 강남2호점)



(피고 매장 압구정점)



(원고 매장 여의도점)



(원고 매장 강남역점)



(피고 매장 압구정점)



(피고 매장 강남1호점)

POS기 옆에 투명한 유리로 만들어진 진열장(쇼케이스)을 배치하고, 그 위쪽 천장에 앞뒤로 칸막이가 설치되지 않은 선반을 매달아 놓으며, 그 선반 뒤쪽 벽에 메뉴판을 붙여 배치함. POS기 및 진열장 위 천장에 설치된 선반에 직육면체 형태의 식품 보관 용기를 연속적으로 배치함



(원고 매장 메뉴판 도안의 일부)

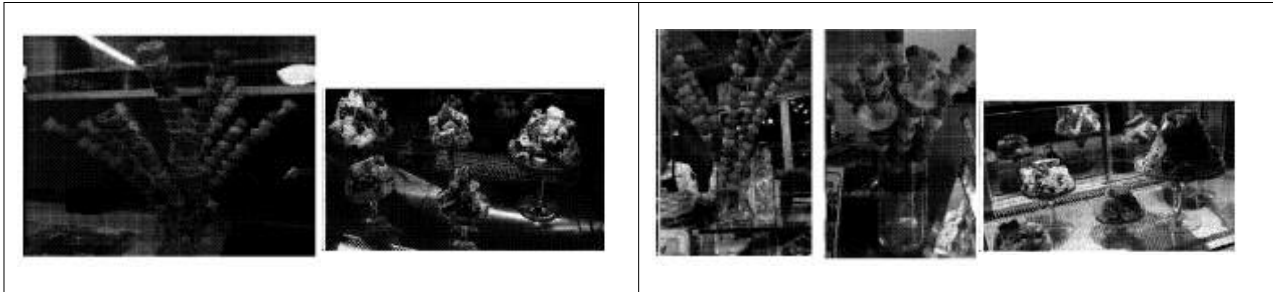


(원고 매장 강남역점 메뉴판)

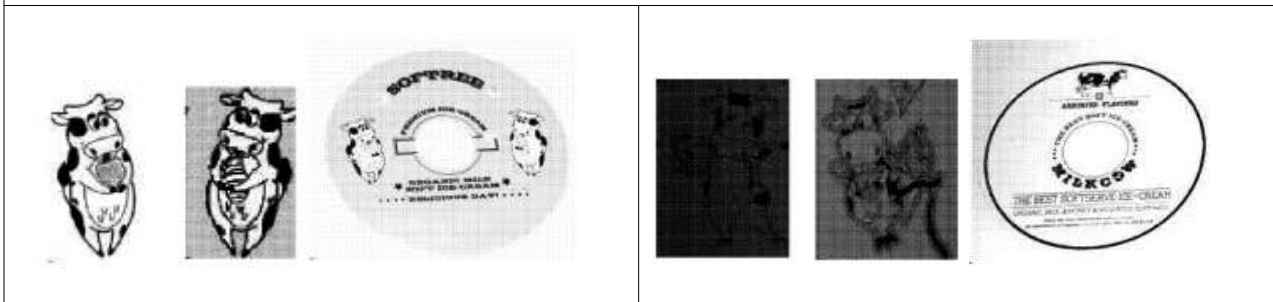


(피고 매장 강남1호점)

흰색 바탕에 검은색 영문자로 판매상품명을 적고, 그 사이사이에 젓소를 의인화한 형상, 아이스크림 모양 등의 도안들을 배치하며, 상품 가격은 천 원 미만의 단위를 소수점으로 표시함



투명 용기에 색색깔의 아이스크림 콘을 여러 방향으로 높이 쌓아 올려 다양한 방향으로 휘어지도록 진열한 상태 유리 재질의 투명한 진열장(쇼케이스) 안에 다양한 크기의 유리그릇에 담겨진 별집채꼴을 진열하고 내부에 조명을 비추어 전시함



젖소의 모양을 단순화시켜 캐릭터화한 것으로서, 별꼴 또는 아이스크림을 들고 서 있는 젖소의 모습을 형상화하였으며, 원고 매장 및 피고 매장의 외부 간판, 메뉴판 등에 표시되어 있음 콘 아이스크림에서 녹아 떨어지는 아이스크림으로 인해 구매자의 손이나 옷이 더러워지는 것을 방지하기 위해 콘의 중간 부분에 꽃아서 사용하는 종이로 된 CD형태의 콘반지.

- 서울고등법원 2016. 5. 12 선고 2015나2044777

피침해자의 가게에서 퇴사한 제빵사가 피침해자 가게와 유사한 모양의 간판, 인테리어, 매장배치를 하여 차린 가게에 대하여 부정경쟁방지법 카목(구 부정경쟁방지법 차목)의 ‘타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과’를 인정하여 손해배상과 금지청구를 인정한 사건이다.

<서울고등법원 2016. 5. 12 선고 2015나2044777>



부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목의 보호 대상인 ‘타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과’에는 새로운 기술과 같은 기술적인 성과 이외에도 특정 영업을 구성하는 영업소 건물의 형태와 외관, 내부 디자인, 장식, 표지판 등 ‘영업의 종합적 이미지’의 경우 그 개별 요소들로서는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목 내지 (자)목을 비롯하여 디자인보호법, 상표법 등 지식재산권 관련 법률의 개별 규정에 의해서는 보호받지 못한다고 하더라도, 그 개별 요소들의 전체 혹은 결합된 이미지는 특별한 사정이 없는 한 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목이 규정하고 있는 ‘해당 사업자의 상당한 노력과 투자에 의하여 구축된 성과물’에 해당한다고 볼 수 있으므로, 경쟁자가 이를 공정한 상거래 관행이나 경쟁 질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목이 규정한 부정경쟁행위에 해당한다고 봄이 타당하다.

설령 원고 매장의 이미지 중 내부 인테리어 부분에 디자인보호법에서 규정하고 있는 디자인적 요소가 포함되어 있고, 원고가 이에 대하여 디자인 등록을 마치지 않았다고 하더라도, 앞서 본 대로 피고들이 내부 인테리어를 포함한 ‘영업의 종합적 이미지’로서 원고의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 원고의 경제적 이익을 침해한 이상 이 사건에도 위 (차)목을 적용할 수 있다고 봄이 타당하다

III. 요건의 검토

1. 표지의 식별력

1) 의미

표지의 일반적인 의미는 ‘사물을 다른 것과 구별하게 하는 표시나 특징’을 말하며, 상표법에서 말하는 표지는 상품이나 영업의 출처나 주체를 표지가 부착되지 않은 타인의 상품이나 영업과 구별(식별)하게 하는 기능을 하는 기호, 도형, 문자, 형상을 말한다.

부정경쟁방지법에서 타인의 영업임을 표시하는 표지란 상표법의 표지 개념과 유사하며 자신의 영업활동과 타인의 영업활동을 구별(자타구별기능)하고 이를 통해 일반 수요자로 하여금 누구의 영업인지(해당 영업의 법률관계의 귀속주체)를 알리는 기능(출처표시기능)을 하는 표시나 특징을 말한다. 이러한 표시나 특징의 기능을 식별력이라고 하는데 결국 타인의 영업임을 표시하는 표지란 식별력이 인정되는 표지를 말한다.

2) 식별력의 판단기준

- (미국의 트레이드 드레스의 식별력 인정요건)

트레이드 드레스의 개념이 기원한 미국에서는 트레이드 드레스가 ① 특별히 독특하여 본질적으로 고유한 식별력(Inherently distinctive)을 지니고 있거나 ② 고유한 식별력이 없는 트레이드 드레스라도 대중에게 그 트레이드 드레스를 통해 상품 혹은 영업주체를 연상시키는 이차적 의미(secondary meaning)를 획득한 경우 보호를 받을 수 있다고 보고 있다.

- (고유한 식별력의 판단기준) 고유한 식별력이 존재하는지에 대한 판단에 대하여 미국 연방항소법원의 전신인 C.C.P.A.는 Seabrook Foods, Inc. v. Bar-Well Foods Ltd. 사례¹⁹⁴)에서 트레이드 드레스의 식별력 판단에 대하여 평범한 기본적인 모양이나 디자인인지 여부, 특정한 분야에서 평범한 것인지 아니면 독특한 것인지 여부, 트레이드 드레스가 특정한 부류의 상품에 대하여 보통 채택되어 있거나 잘 알려진 형태나 장식을 단순히 더 세련되게 한 것뿐인지 여부, 트레이드 드레스와 함께 사용되는 문자상표와 다른 상업적인 인상을 줄 수 있는지 여부 등을 기준으로 제시하였다¹⁹⁵).

우리 하급심(서울고등법원)은 개정전 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (나)목 ‘그 밖에 타인의 영업임을 표시하는 표지’의 의미에 대하여 “표지와 영업주체가 강한 이미지 내지 독특한 특징으로 결합되어 일반수요자로 하여금 일견하여 해당 영업표지를 특정 영업주체의 표지로 인식할 수 있게 할 정도”라고 하여 영업외관의 고유한 식별력 판단에 대한 일견의 판단기준을 제시한

194) Seabrook Foods, Inc. v. Bar-Well Foods Ltd., 568, F.2d 1342(C.C.P.A 1977)

195) , 앞의 논문, 79면.

바 있다¹⁹⁶⁾.

- (이차적 의미) 우리 부정경쟁방지법의 법리 역시 미국의 해석과 마찬가지로 그 표지가 고유한 식별력을 보유하고 있는지와 무관하게 전체적인 영업외관이 이차적 의미를 획득한 경우에는 식별력이 발생하여 보호 대상에 해당한다고 해석해야 할 것이다. 이에 대하여 애초에 식별력이 없는 표지라도 특정인이 장기간 독점적으로 사용하여 거래자 및 일반 수요자에게 특정 영업을 표시하는 것으로 널리 인정되는 경우(이차적 의미를 획득한 경우) 본 호의 보호 대상이 된다고 보는 것에는 이견이 없다.

대법원 판례 역시 식별력이 없는 표지라도 “그것이 오랫동안 사용됨으로써 거래자 또는 수요자들이 어떤 특정의 영업을 표시하는 것으로 널리 인식하게 된 경우에는 위 법(나목)이 보호하는 영업상의 표지에 해당한다”고 실시한 바 있다(보통명사, 일상용어에 대하여는 대법원 1997. 12. 12. 선고 96도2650판결, 현저한 지리적 명칭에 대하여는 대법원 1999. 4. 23. 선고 97도322판결).

<대법원 1999. 4. 23. 선고 97도322 판결>

비록 현저한 지리적 명칭만으로 된 상표나 서비스표이어서 상표법상 보호받지 못한다고 하더라도 그것이 오랫동안 사용됨으로써 거래자나 일반 수요자들이 어떤 특정인의 영업을 표시하는 것으로 널리 알려져 인식하게 된 경우에는 부정경쟁방지법이 보호하는 영업표지(서비스표에 한정되지 아니하고, 타인의 성명이나 상호, 포장 기타 타인의 영업임을 표시하는 일체의 표지를 포함한다)에 해당한다고 할 것이며, 두 영업자의 시설이나 활동 사이에 영업상, 조직상, 재정상 또는 계약상 어떤 관계가 있는 것으로 오인될 경우에도 타인의 영업상의 시설 또는 활동과 혼동을 일으키게 하는 부정경쟁행위에 해당한다고 할 것이다

- (이차적 의미의 획득이 반드시 요구되는지 여부)

트레이드 드레스에 대한 상징적인 판결인 미국 연방대법원의 Two Pesos 판결¹⁹⁷⁾에서 고유한 식별력이 있는 트레이드 드레스의 경우, 이차적 의미의 획득 여부의 요건은 필요하지 않다고 판시한 바 있다. 결국 고유한 식별력 혹은 이차적 의미 요건 중 하나만 만족하는 경우 보호되는 트레이드 드레스에 해당할 수 있다고 보고 있는 것이다. 우리 법제에서도 영업외관의 고유한 식별력이 인정되는 경우 이차적 의미 획득이 필요한지 문제된다.

196) 2008. 6. 19. 선고 2008노108 판결

197) Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc., 505 U.S. 763, 769(1992)

이에 대해 우리 부정경쟁방지법 제2항 1호 나목은 미국의 트레이드 드레스 보호법리와 달리 명시적으로 ‘국내에 널리 인식된’ 이라는 주지성 요건의 입증을 요구하고 있고, 이차적 의미와 주지성을 엄격히 구분하는 것은 어려우므로 국내법에서는 논의의 실익이 없다. 즉, 트레이드 드레스가 주지성 요건을 갖춘 경우 표지의 주지성에 의해 영업주체를 연상시키는 이차적 의미 역시 획득되었다고 할 것이므로 국내법에서 보호되는 주지성 요건을 갖춘 트레이드 드레스의 경우는 이차적 의미는 당연히 갖추고 있다고 보아야 할 것이다.

하급심(서울고등법원) 역시 ‘그 밖에 타인의 영업임을 표시하는 표지’의 의미에 대하여 “표지와 영업주체가 강한 이미지 내지 독특한 특징으로 결합되어 일반수요자로 하여금 일견하여 해당 영업표지를 특정 영업주체의 표지로 인식할 수 있게 할 정도의 식별력을 갖추고 있고, 나아가 장기간에 걸쳐 특정 영업주체의 표지로 계속적·배타적으로 사용되어 그 표지가 가지는 차별적 특징이 일반수요자에게 특정 영업주체임을 인식시킬 정도로 현저하게 개별화된 정도에 이른 것”을 의미한다고 판시하여 고유한 식별력은 물론 이차적 의미를 갖추고 있어야 본 호의 보호범위에 포함된다는 취지의 판결을 한바 있다.

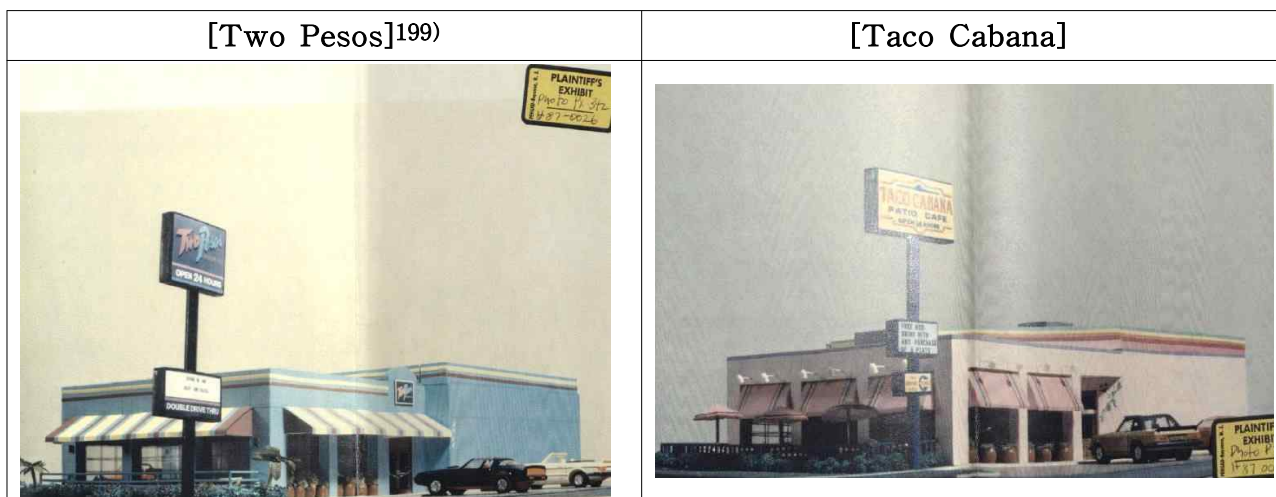
<서울고등법원 2008. 6. 19. 선고 2008노108 판결>

표지와 영업주체가 강한 이미지 내지 독특한 특징으로 결합되어 일반수요자로 하여금 일견하여 해당 영업표지를 특정 영업주체의 표지로 인식할 수 있게 할 정도의 식별력을 갖추고 있고, 나아가 어떤 영업표지가 장기간에 걸쳐 특정 영업주체의 표지로 계속적·배타적으로 사용되어 그 표지가 가지는 차별적 특징이 일반수요자에게 특정 영업주체임을 인식시킬 정도로 현저하게 개별화된 정도에 이른 것을 의미한다. 또한 이를 반드시 상표나 표장 등 어떠한 표시에 한정할 이유는 없고, 특정 영업주체의 특징적인 영업방식이나 영업형태라도 위 설명, 상표 등의 예에 포함될 수 있을 정도나 그와 동일시할 정도의 표시성을 수반하는 형태로 자타구별기능과 출처표시기능이 제공되는 경우나 특정한 영업방법 자체가 특정인의 영업활동과 지극히 밀접하게 결합되거나 혹은 그 영업방법을 접속하는 것이 유일하게 동일인의 영업활동으로 인식할 수 있을 정도에 이르는 경우에 있어서는 대외적으로 표시기능을 취득하여 위 법률상 영업표시로 인정될 수 있다.

2. 보호대상

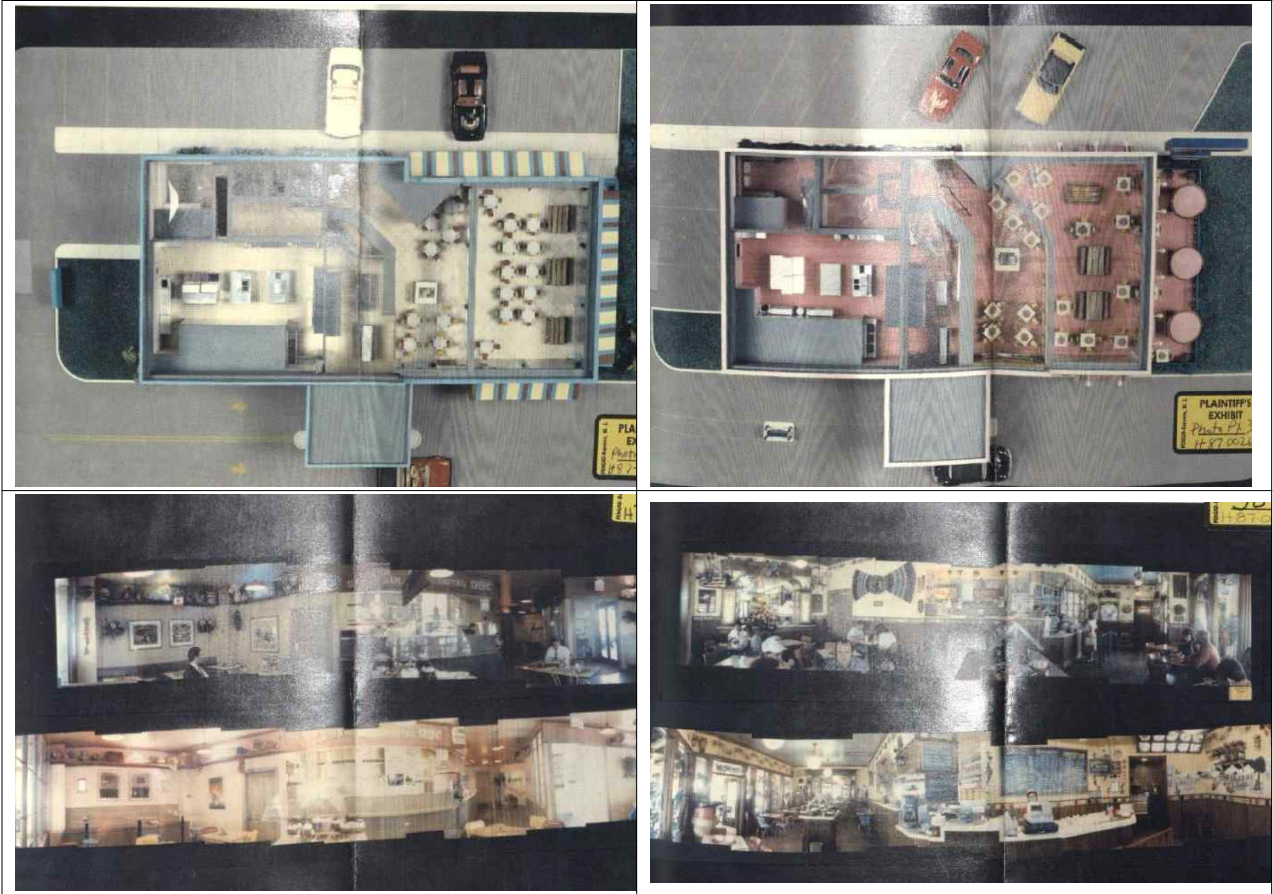
1) 영업제공 장소의 전체적인 외관

- 우리 부정경쟁방지법 나목과 다목의 법규는 보호대상이 되는 영업제공 장소의 전체적인 외관에 대한 예시로 상품 판매·서비스의 제공방법 또는 간판·외관·실내장식 등을 들고 있다.
- 미국의 경우 연방상표법(Lanham Act)의 어느 규정에도 트레이드 드레스에 대한 개념은 정의되어 있지 않으며 트레이드 드레스에 관한 범리는 판례에 의하여 발달하여 왔다. 연방대법원은 Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc. 사건에서 트레이드 드레스는 “상품의 트레이드 드레스는 상품 전체의 이미지와 종합적인 외관”으로 “(상품의) 크기, 모양, 색채 또는 색채의 결합, 구성, 도해, 심지어 특정한 판매기법 등과 같은 특성을 포함한다”고 설시 하였다. 연방대법원은 이어서 “레스토랑 외관의 모양, 기호, 레스토랑 부엌의 평면도, 장식, 메뉴, 음식을 제공하기 위한 도구, 음식을 제공하는 사람들의 유니폼, 그리고 레스토랑의 전체적인 이미지를 반영하는 기타의 특성을 포함할 수 있다”고 설시하였다.
- 위 Two Pesos 판결에서 언급된 구성요소 외에도 소리, 냄새, 맛 등과 같이 인간이 감각에 의하여 느낄 수 있는 표지 역시 영업제공 장소의 전체적인 외관의 구성요소로 자타구별기능과 출처표시기능에 기여하여 그 영업외관이 식별력을 가지게 된다면 이들 역시 보호대상이 되는 영업외관의 구성요소에 해당한다고 할 것이다¹⁹⁸⁾.



198) , 앞의 논문, 56면

199) https://courses2.cit.cornell.edu/sociallaw/student_projects/Tradedresspage2.html#_edn3 에서 인용



○ (인터넷 홈페이지의 경우) 영업제공 장소란 해당 영업의 중심이 되는 실질을 구비하고 영업의 목적인 기본적 거래가 이루어진 장소를 말하는 것이므로 인터넷 홈페이지의 경우에도 침해자의 피해자의 영업이 무엇인지에 따라 인터넷 홈페이지를 영업제공 장소로 볼 수 있다(특히 인터넷 쇼핑몰, 인터넷 광고업 등에서 적용 가능).

○ (상품 형태, 용기, 포장 등의 경우) 상품 형태와 용기 포장을 동일 유사하게 사용한 경우 Dead Copy에 대한 규율인 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (자)목을 적용하거나, 상품형태 용기나 포장이 (가)목 '타인의 상품임을 표시한 표시'에 해당하는 요건²⁰⁰⁾을 갖추는 경우 (가)목을 적용하여 보호하는 것이 바람직하다.

다만 이번 개정 부정경쟁방지법에 따라 만약 상품의 형태나 포장 등이 영업제공 장소에서의 진열방식 혹은 서비스 제공방법 등과 결합되어 영업제공 장소의 전체적인 외관을 이루는 구성요소에도 해당한다면 개정 부정경쟁방지법 나목의 적용도 가능할 것으로 보인다.

200) 용기나 포장의 형상과 구조 또는 문양과 색상 등이 상품에 독특한 개성을 부여하는 수단으로 사용되고, 그것이 장기간 계속적, 독점적, 배타적으로 사용되거나 지속적인 선전광고 등에 의하여 그 형상과 구조 또는 색상 등이 갖는 차별적 특징이 거래자 또는 수요자에게 특정한 품질을 가지는 특정 출처의 상품임을 연상시킬 정도로 현저하게 개별화되기에 이른 경우(2006. 5. 25. 선고 2006도577 판결)

2) 보호대상에 대한 소극적 요건 - 우리 상표법 및 미국 판례법의 기능성의 원칙의 적용여부

- 기능성의 원칙이란 영미법상 실용적이고 특별한 기술적 혹은 심미적 기능을 하는 모양은 상표나 트레이드 드레스의 보호대상에서 제외하는 원칙을 말한다. 이는 특정한 기능을 가진 상표권 혹은 트레이드 드레스가 보호된다면 특허권과 디자인권을 우회잠탈하여 신규성, 진보성 등의 실체 심사를 거치지 않고도 그 권리를 반영구적인 독점할 우려가 있다는 점을 고려한 것이다²⁰¹⁾. 이러한 기능성의 원리는 영미법상 상표법과 다른 산업재산권인 특허권, 디자인권 등과의 경계를 형성하는 핵심원리이다.
- 우리 상표법 역시 상표법 제34조 제1항 제15호에서 입체적 형상, 색채, 소리 상표 등이 상품 또는 그 상품의 포장의 기능을 확보하는 데 꼭 필요한 경우 상표 등록을 받을 수 없다고 규정하고 있는 바 기능성이 있는 영업외관의 경우 본 호의 보호대상에서 제외되는지 문제된다.

상표법 제34조(상표등록을 받을 수 없는 상표)

15. 상표등록을 받으려는 상품 또는 그 상품의 포장의 기능을 확보하는 데 꼭 필요한(서비스의 경우에는 그 이용과 목적에 꼭 필요한 경우를 말한다) 입체적 형상, 색채, 색채의 조합, 소리 또는 냄새만으로 된 상표

- 우리 부정경쟁방지법은 문언적으로 기능성의 원칙을 규정하고 있지 않고 상표법 및 부정경쟁방지법은 규율대상이 다르므로 우리 법에 미국 트레이드 드레스 보호요건을 무분별하게 적용하여 기능성이 있는 영업외관의 구성요소를 보호범위에서 배제할 필요는 없다는 견해가 있을 수 있다.

그러나 표면적인 법 규정의 차이에도 불구하고 부정경쟁방지법 역시 표지에 화체된 신용을 보호하고 신용에 무임승차하려는 부정한 경쟁행위를 방지하고자 하는 측면에서 상표법과 규정 취지가 같다. 따라서 기능성 있는 표지의 경우 혼동초래 행위의 적용을 배제해야 한다는 견해가 타당하다²⁰²⁾.

- 대법원은 팽이장난감(탑블레이드)의 부정경쟁방지법 제2조 제1호 가목의 적용여부가 문제된 판결에서 “팽이라는 기능을 확보하기 위한 기술적 요청에서 유래한 결과로서 그와 같은 상품의 행태 자체에 대하여 피해회사가 특허권을 취득하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 피해회사에게 그 사용에 대한 독점권이 부여되어 있다고 할 수 없다(대법원 2005. 2. 17. 2004도7967 판결, 탑블레이드 팽이 사건)” 고 하여 기능성 원리의 적용을 인정한 바 있다.

201) , 앞의 논문

202) 정상조 대표편집, 앞의 책 798면.

○ 표지의 기능성 판단을 위한 고려요소

기능성 여부는 상품의 형태 등이 특정한 용도에 활용된다는 이유만으로 인정되지 않는다²⁰³⁾. 상표법 제34조는 그 ‘입체 상표 등이 기능을 확보하는 데 꼭 필요한(서비스의 경우에는 그 이용과 목적에 꼭 필요한 경우를 말한다) 경우’에 상표로 등록할 수 없다고 규정하고 있다.

대법원은 상표법 제34조의 기능성 원리의 취지에 대하여 입체적 형상으로 된 상표와 특허제도 등과의 조화를 도모하고 ‘경쟁자들의 자유롭고 효율적인 경쟁을 보장하기 위한 것이라고 하며, 기능성 판단을 위해 ‘대체적 형상의 존재 여부’와 ‘대체적 형상에 의한 상품 생산에 소요되는 비용’, ‘기술적 우위의 발휘 여부’를 고려요소로 제시하고 있다.

<대법원 2015. 10. 15. 선고 2013다84568 판결 >

상품 등의 입체적 형상으로 된 상표가 위 규정에 해당하는지는 그 상품 등이 거래되는 시장에서 유통되고 있거나 이용 가능한 **대체적인 형상이 존재**하는지, **대체적인 형상으로 상품을 생산하더라도 동등한 정도 또는 그 이하의 비용이 소요**되는지, 그 입체적 형상으로 부터 **상품 등의 본래적인 기능을 넘어서는 기술적 우위가 발휘**되지는 아니하는 것인지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

서울 고등법원은 위와 같은 상표법의 판단기준이 본 호에도 그대로 적용된다고 판단한 바 있다(서울고등법원 2016. 3. 31. 선고 2015나2049390 판결, 이후 심리불속행 기각으로 확정). 위 판결은 ‘부정경쟁방지법 제2조 제1호 가목에 해당하는지 판단할 때에도 특허제도 등과의 충돌을 방지하고 경쟁자가 사용해야만 할 경쟁상의 필요가 있는 표지를 특정인에게 독점시켜 오히려 자유로운 경쟁을 저해하는 부당한 결과가 초래되지 않도록 해야 함은 상표법에서와 마찬가지로’ 이므로 ‘기능적인’ 상품 형태는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 가목에서 보호하는 표지로 볼 수 없다고 판시하였다.

203) 대표편집, 앞의 책 798면.

제3장 행정조사 운영을 위한 개선방안 마련

제1절 행정조사 일반론

I. 행정조사의 의의

- 행정조사란 행정기관이 정책을 결정하거나 직무를 수행하는 데 필요한 정보나 자료를 수집하기 위하여 현장조사, 문서열람, 시료채취 등을 하거나 조사대상자에게 보고요구, 자료제출요구 및 출석진술요구를 행하는 활동을 말한다(행정조사기본법 제2조 제1호).²⁰⁴⁾ 행정조사는 행정기관이 빈번하게 활용하는 행정수단의 하나로, 현행법령상 점검, 안전관리, 감독, 질문조사, 검사 등으로 사용되고 있다.
- 행정조사는 자료수집 작용이 핵심으로서 행정기관이 사인으로부터 행정에 필요한 정보를 수집하는 일체의 조사 작용이며, 법적 성질은 조사를 수행하는 방식에 따라 다르다.
 - 보고서 제출 요구명령, 장부나 서류의 제출명령과 같이 ‘하명’ (명령)이라는 형식의 행정행위에 해당하는 경우도 있다.
 - ① 확인, 검정의 경우 준법률행위적 행정행위에 해당하고, ②질문, 출입검사, 실시조사, 진찰, 앙케이트 조사 등 사실행위의 형식을 취하는 경우에는 직접적으로 법적 효과가 생기지 않는 사실행위의 성질을 가진다.
 - 행정조사는 사실행위인 경우가 많으나 상대방에게 일정한 수인의무를 발생시키기도 하며 이 경우 행정조사는 사실행위와 법적 행위가 결합된 합성적 행위이다²⁰⁵⁾.

II. 행정조사의 성질 및 기능

- **행정상 즉시강제**라 함은 목전에 급박한 행정상의 장애를 제거할 필요가 있으나 미리 의무를 명할 시간적 여유가 없을 때 또는 해당 작용의 성질상 의무를 명하여서는 목적달성이 곤란한 때 실력을 가하여 행정상의 필요한 상태를 실현하는 작용을 말한다.
 - **협의의 즉시강제**란 대집행과 직접강제를 행함에 있어서 목전에 급박한 장애의 제거와 같은 긴급한 사유가 발생함으로 인하여, 계고나 수단의 확정과 같은 사전 절차를 생략하고 즉시로 직접 사인의

204) 행정조사는 행정상 즉시강제의 하나로 다루어지다가 독립적인 영역으로 다루어지고 있다. 이 분야의 연구는 행정법에서도 많지 않은 실정이다. 홍정선, 행정법 I, 2018 722면.

205) 홍정선, 위의 책, 724면.

신체 또는 재산에 실력을 가함으로써 행정상 필요한 상태를 실현하는 작용을 의미한다.²⁰⁶⁾

- 당사자의 신체나 재산에 대한 실력행사인 점에서, 단순한 비권력적 사실행위가 아니라 권력적 성질을 갖는 사실행위로서 평가되고 있으며, 행정쟁송의 대상인 처분성이 인정되고 있다.
- 자료 및 정보를 수집하기 위한 방식은 일반적으로는 행정의 행위형식 중 법적인 의미를 전혀 갖지 않고 사실상태, 현실상황의 변경만을 가져오는 사실행위로서 권유, 협상, 안내서비스 등의 행정지도와 비슷한 성격을 갖는다.
- 행정조사는 행정에 필요한 정보를 수집하는 활동으로서 실제에 있어서 권력적 행정조사와 비권력적 행사조사행위가 모두 포함된다.²⁰⁷⁾ 대부분은 이와 같은 비권력적인 행정조사에 해당하겠지만 해당 요구나 요청이 상대방에 대하여 일방적으로 부과되거나 거절을 할 수 없는 권력적인 성격을 갖는 경우 권력적 행정조사의 성격을 갖는다.
- 직접 개인의 신체 또는 재산에 실력을 행사하여 직접 행정상 필요한 상태를 실현시키는 것을 목적으로 하는 즉시강제와 달리, 행정조사는 그 자체가 행정상 필요한 구체적인 결과를 실현시키는 것을 목적으로 하는 것이 아니다. 행정조사는 행정이 결정을 내리기 전에 그 결정을 위하여 필요한 사전적인 자료 수집을 위하여 행하여진다는 점에서 구별된다.
- 행정조사에서의 자료 및 정보의 수집은 엄격하게 자료 등의 취득에 한정되지 않고 일정 정도의 사실적 판단 작용도 포함하는 관념으로 이해할 필요가 있다는 견해가 제기된다. 그래야 검증, 검사, 감사와 같은 다양한 법률상의 행정작용들이 행정조사의 범주에 포함될 수 있기 때문이다. 따라서 행정조사로 파악되기 위해서는 자료 및 정보를 양적으로 모으기만 하는 것이 아니라 어느 정도 능동적이고 의도적으로 행해지는 것으로 파악해야 된다.²⁰⁸⁾

Ⅲ. 행정조사의 분류

- 행정조사는 조사의 주체, 해당 조사 작용에 관한 법령의 근거, 법적 성질이나 조사의 영역, 조사의 목적, 조사의 방법에 따라 구분이 가능하다.²⁰⁹⁾ 행정조사의 주체 중 행정조사원은 행정조사 업무를 수행하는 행정기관의 공무원이나 직원 또는 개인을 말한다(행정조사기본법 제2조 제3항).

206) 행정상 즉시강제의 비교는 홍정선, 위의 책, 723면.

207) 행정조사의 행정작용에서의 독자적 성격을 부정하고 즉시강제의 일종으로 보는 견해(김도창 교수)나 권력적인 조사만을 행정조사에 포함시키는 견해(김동희 교수)도 있다.

208) 김성태, 2007, 165-166면.

209) 정하중, 행정법개론, 법문사, 2018, 484면.

1. 조사 대상에 따른 구별

- 조사의 대상에 따라 **대인적 조사**, **대물적 조사**, **대가택 조사**로 나뉜다.²¹⁰⁾ 이 보고서도 이런 행정조사의 분류에 따라서 별지서식을 포함한 특허청의 업무처리방향을 정리하였다.
 - **대인적 조사**는 조사의 대상이 사람인 경우로서 불심검문이나 신체 수색을 의미한다.
 - **대물적 조사**는 조사의 대상이 관계 서류 또는 생산된 제품 등의 물건인 경우로서 장부나 서류의 열람, 시설의 검사, (사업체에서 생산한) 물품의 검사 및 수거 등을 의미한다.
 - **대가택 조사**는 주거나 창고 및 회사 등의 영업소에 대하여 출입하여 검사하는 경우를 의미하며, 사업장 내의 서류 및 제품조사에 해당하는 대물적 조사와 병행되는 경우가 대부분이 된다.

2. 조사의 성질과 조사 영역에 따른 구별

- 일반적 조사는 일반적인 행정정책의 수립을 목적으로 하기 위하여 행하여지는 조사로서 통계법에 의한 통계조사가 그 예이다.
- 그 외 조사의 영역에 따라 개별행정법률 및 영역에 의하여 구분될 수 있으며 경제행정상 조사(경제행정법), 경찰행정상 조사(경찰법), 교육행정상 조사(교육법), 보건복지행정상 조사(환경행정법, 보건행정법), 방송통신행정상 조사(통신사업법) 등이 영역에서 행해지는 행정조사들이 대표적으로 거론될 수 있다.

3. 조사의 목적 또는 방식에 따른 구별

- 행정조사는 그 실시의 목적에 따라서 조사의 방식과 강제성의 정도가 다르다.
 - 단순한 실태조사를 목적으로 하는 행정조사의 예로는 행정계획의 수립이나 정책의 입안 등이 해당하며, 행정현실의 일정한 동향과 실태를 파악하기 위하여 실시된다. 이 경우의 행정조사는 임의적이며, 일반적인 조사의 방식으로 실시한다.
 - 행정기관이 관리 및 감독권한을 행사하기 위하여 실시하는 행정조사는 법률에 규정된 조항의 적용을 받는 특정인을 대상으로 이루어지며, 기본적으로는 임의적이며 일상적인 차원에서 이루어진다.
 - 행정처분을 받기 위한 전제 요건으로서의 사실 확인을 목적으로 하는 행정조사는 주로 세무분야의 조사와 같이 특정한 행정처분을 하기 위한 전제요건으로서의 사실조사인 경우를 말한다. 세무

210) , 앞의 책, 725면.

조사와 같은 경우는 국민의 권리 및 의무(재산권의 행사 또는 부담)와 직접적으로 관련된다. 임의적인 조사를 기초로 하며, 조사를 거부하거나 방해하는 등의 경우에 보충적으로 강제적 수단이 사용될 수 있다.

- 법령 내지 규제 조항의 위반 사실의 확인을 목적으로 하는 행정조사는 전기통신사업법 제41조, 방송법 제76조의3 및 제85조의2, 인터넷멀티미디어방송사업법(IPTV법) 제17조 및 제20조에 의한 금지행위, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제50조에 의하여 부당내부거래행위를 조사하는 경우와 같이 제재처분의 근거를 파악하기 위한 법령 위반 사실의 조사를 의미한다.

조사의 결과, 해당 사실이 확인되면, 의무위반자에 대해서는 제재나 의무이행 확보를 위한 행정처분이 따르게 되고, 상대적으로 조사상대방에게 일방적으로 부과되는 권력적인 조사방식이 원칙이 된다.

- 조사의 방법 및 형식에 따라 직접조사와 간접조사, 개별적 조사와 일반적 조사, 구두에 의한 조사와 문서에 의한 조사로 나눌 수 있다.

- 개별적 조사는 법률이 정하고 있는 개별적이고 구체적인 목적을 위하여 행하는 자료의 수집활동을 의미한다. 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제27조에 의거하여 토지 또는 물건조서를 작성하기 위하여 토지 등에 출입하여 조사하는 활동을 의미하고, 식품위생법 제17조에 의거하여 영업소 등에 출입하여 식품 또는 영업시설 등을 검사하는 활동 등을 들 수 있다.

- 실무적으로는 단순한 통계나 실태조사를 제외한 대부분의 행정조사가 의무위반의 확인, 관리 및 감독권의 행사, 사실확인을 복합적으로 포함하는 경우가 많고, 위반확인에 대한 제재가 따른다는 점에서 개념상의 구분만큼 명확하게 파악되기는 어렵다.

- 현행 실정법상 관리 및 감독 차원의 조사는 금융질서와 거래 안전을 위한 금융 행정영역이나 근로자에 대한 사업주의 의무 등을 제대로 이행하는지와 관련되는 노동 분야에서 주로 이루어지고 있다.

- 행정처분의 전단계로서의 사실확인을 위한 조사는 세금 확정을 위한 세무분야에 집중되어있으며, 법과 규제에 대한 위반 여부를 확인하기 위한 조사는 방송통신, 공정거래, 산업자원 등의 독과점 방지 분야 및 다수의 시민에게 직접적인 영향력을 미칠 수 있는 환경행정분야에 집중되어 있다.²¹¹⁾

211) , 캐나다 관례법상 행정조사의 절차적 공정성 법리에 관한 고찰, 한양법학 38, 한양법학회, 2012.5, 187면.

IV. 행정조사의 법적 근거

1. 행정조사와 행정조사기본법

- 행정조사기본법 제5조에 의하면 행정기관은 법령 등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에 한하여 행정조사를 실시할 수 있으나(본문), 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우에는 그와 같은 제한이 없이 조사의 실시가 허용된다(단서).
- 행정조사기본법은 행정조사의 그 정의규정에서 조사방법으로 현장조사, 문서열람, 시료채취 등을 하거나 조사대상자에게 보고요구, 자료제출요구 및 출석 및 진술요구를 열거하고 있고, 제3장에서 조사방법으로 출석 및 진술요구, 보고요구와 자료제출의 요구, 현장조사의 3가지 방식을 구체적으로 규정하고 있다.

(1) 출석이나 진술요구(인적 조사)

- 행정조사기본법은 조사대상자에게 일시와 장소, 출석요구의 취지, 출석하여 진술해야 하는 내용, 제출자료, 출석 거부에 대한 제재규정, 그밖에 당해 행정조사와 관련하여 필요한 사항을 기재한 출석요구서를 발송하도록 규정하고 있다(동법 제9조 제1항).
 - 조사대상자는 지정된 출석일시에 출석하는 경우 업무 또는 생활에 지장이 있는 때에는 행정기관의 장에게 출석일시를 변경하여 줄 것을 신청할 수 있으며(동조 제2항), 조사대상자가 출석요구서에 기재된 내용을 이행하지 아니하여 행정조사의 목적을 달성할 수 없는 경우를 제외하고는 조사원은 조사대상자의 1회의 출석으로 당해 조사를 종결하도록 하고 있다(동조 제3항).

(2) 보고요구와 자료제출의 요구(인적, 물적조사)

- 조사대상자에게 조사사항에 대하여 보고를 요구하는 때에는 일시와 장소, 조사의 목적과 범위, 보고하여야 하는 내용, 보고 거부에 대한 제재, 그밖에 당해 행정조사와 관련하여 필요한 사항이 포함된 보고 요구서를 발송하도록 하고 있다(동법 제10조 제1항).
 - 그 밖에도 조사대상자에게 장부, 서류나 그 밖의 자료를 제출하도록 요구하는 때에는 제출기간, 제출요청사유, 제출서류, 제출서류의 반환여부, 요청받은 자료 등의 제출거부에 대한 제재 규정, 그 밖의 당해 행정조사와 관련하여 필요한 사항이 기재된 자료제출요구서를 발송하도록 하고 있다(동조 제3항).

(3) 현장조사(물적 조사)

- 현장조사의 경우에도 현장출입조사서 등을 발송하도록 의무화하고 있다. 즉 조사원이 가택, 사무실 또는 사업장 등에 출입하여 현장조사를 실시하는 경우 행정기관의 장은 조사목적, 조사기간과 장소, 조사원의 성명과 직위, 조사범위와 내용, 제출자료, 조사거부에 대한 제재규정, 그 밖의 당해 행정조사와 관련하여 필요한 사항이 기재된 현장출입조사서 또는 법령 등에서 현장조사 시 제시하도록 규정하고 있는 문서를 조사대상자에게 발송하도록 하고 있다(동법 제11조).
- 행정조사기본법 제5조에 의하면, 행정기관은 법령 등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에 한하여 행정조사를 실시할 수 있으나(본문), 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우에는 그러한 제한이 없이 실시가 허용된다(단서).
- 행정조사의 기본원칙이나 방법, 절차 등이 규정되어 있지만, 행정조사의 성격에 따라 구별하여 방법이나 절차가 세분화되어 있지 않는다는 점에서 각 영역별로 개별법상의 조사의 방식과 절차 등이 해당 작용의 행정조사의 내용으로 구체화되게 된다.
- 행정조사기본법은 적용제의 사항으로서 ① 행정조사를 한다는 사실이나 조사 내용이 공개될 경우 국가의 존립을 위태롭게 하거나 국가의 중대한 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 국가안전보장·통일 및 외교에 관한 사항, ② 국방 및 안전에 관한 사항 중 다음 각목 군사시설 군사기밀보호 또는 방위사업에 관한사항 「병역법」·「향토예비군설치법」·「민방위기본법」·「비상대비자원관리법」에 따른 징집소집 동원 및 훈련에 관한 사항의 어느 하나에 해당하는 사항, ③ 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」의 정보에 관한 사항, ④ 「근로기준법」에 따른 근로감독관의 직무에 관한 사항, ⑤ 조세형사행형 및 보안처분에 관한사항, ⑥ 금융감독기관의 감독검사조사 및 감리에 관한 사항 ⑦ 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」, 「표시광고의 공정화에 관한 법률」, 「방문판매등에 관한법률」, 「전자상거래 등에서의 소비자 보호에 관한 법률」, 「약관규제에 관한법률」 및 「할부거래에 관한 법률」에 따른 공정거래위원회의 법률위반행위 조사에 관한 사항 등을 들 수 있다.

2. 행정조사와 행정절차법

- 행정조사결정에 관해 살펴보면, 조사관, 심사관 또는 조사공무원에 의한 출석요구 또는 보고 및 제출명령에 대해서는 행정절차법의 적용이 배제되지 않으므로, 출석요구 등이 상대방에게 의무를 부과하는 처분임이 분명한 이상, 행정절차법 제21조 제1항의 사전통지에 관한 규정이 적용되게 된다.²¹²⁾

- 다만 동조 제4항 제3호 소정의 “당해 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우” 라는 사유에 의거하여 사전통지를 생략할 수 있는 가능성은 남아 있다.²¹³⁾
 - 행정조사는 원칙적으로 긴급조치로서 행해지는 것이 아니기 때문에, 상당한 기간 이전에 일시, 장소, 조사대상, 조사이유 등을 명기하여 행정사찰을 결정하고 이를 상대방에게 통보하도록 하여야 할 것이 원칙에 해당할 것이다. 만약 긴급을 요하는 사안에 해당하는 것이라면 행정상의 (임의적인) 조사 절차가 아니라, 압수 또는 수색영장에 의거한 구속력 있는 형사절차에 의한 것이 적절하다.
 - 사전통지와 관련하여서는 행정조사의 근거가 되는 법률상 또는 최소한 내부운영절차 내지 규칙에 이에 관한 규정을 마련할 필요가 있게 된다. 사전통지를 명문으로 규정하고 있는 법규로는 행정절차법 제21조(처분의 사전통지), 행정조사기본법 제17조(조사의 사전통지), 법인세법 제122조(질문, 조사) 등이 있다.
- 국세기본법에 따르면, 세무조사가 종료된 경우 세무조사 결과에 대하여 조사대상자에게 서면통지를 하도록 하고, 통지를 받은 자는 통지내용의 적법성에 관한 심사(과세전 적부심사)를 할 수 있도록 하고 있다.
 - 과세예고 통지는 처분의 사전통지의 일종이다. 침익적 행정처분을 하면서 당사자에게 사전통지나 의견제출의 기회를 주지 않은 경우의 효력에 관하여, 대법원은 그간 ‘의견제출의 기회를 주지 아니하여도 되는 예외적인 경우에 해당하지 않는 한’ 원칙적으로 해당 처분은 위법하므로 취소를 면할 수 없다는 판결을 하여 왔다.
 - 또한 과세전적부심사 제도²¹⁴⁾는 과세처분 이후의 사후적 구제제도와는 별도로 과세처분 이전 단계

212) 제21조(처분의 사전 통지) ① 행정청은 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 다음 각 호의 사항을 당사자등에게 통지하여야 한다.

1. 처분의 제목
2. 당사자의 성명 또는 명칭과 주소
3. 처분하려는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거
4. 제3호에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리방법
5. 의견제출기관의 명칭과 주소
6. 의견제출기한7. 그 밖에 필요한 사항

213) 행정절차법 제21조 ④ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제1항에 따른 통지를 하지 아니할 수 있다.

1. 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우
 2. 법령등에서 요구된 자격이 없거나 없어지게 되면 반드시 일정한 처분을 하여야 하는 경우에 그 자격이 없거나 없어지게 된 사실이 법원의 재판 등에 의하여 객관적으로 증명된 경우
 3. 해당 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우
- ⑤ 처분의 전제가 되는 사실이 법원의 재판 등에 의하여 객관적으로 증명된 경우 등 제4항에 따른 사전 통지를 하지 아니할 수 있는 구체적인 사항은 대통령령으로 정한다.
- ⑥ 제4항에 따라 사전 통지를 하지 아니하는 경우 행정청은 처분을 할 때 당사자등에게 통지를 하지 아니한 사유를 알려야 한다. 다만, 신속한 처분이 필요한 경우에는 처분 후 그 사유를 알릴 수 있다.
- ⑦ 제6항에 따라 당사자등에게 알리는 경우에는 제24조를 준용한다.

에서 납세자의 주장을 반영함으로써 권리구제의 실효성을 높이기 위하여 마련된 사전적 구제제도가지만 과세처분의 필수적 전제가 되는 것은 아닐 뿐만 아니라, 납세자에게 과세전적부심사의 기회를 주지 않았다고 하여 납세자의 권리의무에 직접 어떠한 영향을 끼치는 것은 아니고, 사후적 구제절차로서 법령에서 규정한 이의신청, 심사, 심판청구나 행정소송 등의 절차를 통하여 과세의 적부에 대하여 불복할 수 있는 절차가 남아 있으므로, 과세예고통지를 하지 아니하였거나 과세전적부심사의 기회를 주지 않았다고 하더라도 그것이 과세처분이 위법하다고 볼 만한 중대한 절차위반에 해당하는 것으로 볼 수 없다고 판단하였다.²¹⁵⁾

- 그러나 대법원은 과세예고 통지는 과세관청이 조사한 사실 등의 정보를 미리 납세자에게 알려줌으로써 납세자가 충분한 시간을 가지고 준비하여 과세전적부 심사와 같은 의견청취절차에서 의견을 진술할 기회를 가짐으로써 자신의 권익을 보호할 수 있도록 하기 위한 처분의 사전통지로서의 성질을 가지고, 과세처분 이후에 행하여지는 심사, 심판청구나 행정소송은 시간과 비용이 많이 소요되어 효율적인 구제수단으로 미흡한 측면이 있으므로, 과세전적부심사 제도는 과세관청이 위법·부당한 처분을 행할 가능성을 줄이고 납세자도 과세처분 이전에 자신의 주장을 반영할 수 있도록 하는 예방적 구제제도의 성질을 가진다는 점을 논거로, 과세관청이 법률상 예외사유에 해당하지 않는데도 과세예고통지를 하지 않은 채 과세처분을 한 경우 중대한 절차적 하자에 해당하므로 위법하다고 판시하였다.²¹⁶⁾

3. 행정조사의 법적 근거 - 비교법적 고찰²¹⁷⁾

- 종래 유럽 등의 대륙법계 국가에서는 즉시강제의 이론적 근거를 국가긴급권(비상대권)에서, 영미법계 국가에서는 불법방해와 자력구제로부터 이론적 근거를 구하여 왔다. 오늘날의 법치국가에서는 국민의 자유나 재산에 침해를 가하는 침익적 행정작용인 법률유보의 원칙에 입각하여 행정상 즉시강제의 발동근거가 이론만으로는 정당화될 수 없는 것이고, 실정법상 근거를 가져야 한다.

1) 미국

가. 행정조사에 관한 근거 규정

- 미국은 행정절차법에서 행정조사에 관한 법률주의를 규정하고 있으며, 행정조사를 행정기관의 정보

214) 적부심사제도에 대한 상세는 곽태훈, “과세전적부심사제도의 현황과 개선방안”, 인권과정의 Vol 469 2016.8. 91-107면.

215) 과세전 적부심사제도의 절차통제에 대해서는 곽태훈, 위의 논문, 93-94면.

216) 대법원 2016. 4. 15. 선고 2015두52326 판결 [법인세등부과처분취소].

217) 김태우, 과징금 제도의 입법론적 문제점과 개선방안, 법제논단, 2013.6., 54면.

수집을 위하여 활용한다.²¹⁸⁾ 미국법상 행정조사(administrative investigation)의 방법은 일반적으로는 행정사찰(inspection), 소환(subpoena) 및 보고요구 또는 자료제출요구(reporting requirement)를 들 수 있다.²¹⁹⁾

나. 공정거래법의 집행 기관 및 조사의 방식

- 미국의 공정거래법의 집행은 연방법무부의 독점국(DOJ Antitrust Division)²²⁰⁾과 연방거래위원회(FTC)²²¹⁾에 의해 이원적으로 이루어지며, 연방법무부는 형사소추와 민사적 법집행절차 모두를 관장하고, 연방거래위원회는 민사적 법집행절차만을 관장하고 있다. 이와 같은 점에서는 우리의 공정거래위원회가 전속고발권을 갖는 점에 차이가 있다.
- 법무부 독점국은 연방 셔먼법과 클레이튼법 실행 및 위반에 대한 형사처리권의 독점적 권한을 행사한다.
 - 일반인이나 (경쟁)사업자로부터의 신고, 정부 부처나 의회로부터의 위반 통지 또는 직권으로 사건을 인지하여 조사에 착수하며, 조사는 산업분야별로 분장된 부서에 배분되어 처리되는 것이 원칙이다.
 - 사건을 처리함에 있어 예비심사를 거치는데, 그러한 사건처리가 공익성(public interest)이 있는지가 중요한 기준이 된다. 법 위반의 충분한 혐의가 있는지, 법 위반행위로 영향을 받게 되는 거래가 상당한지, 조사가 FTC를 비롯한 다른 정부기관의 조사와 중복되지 않는지, 조사에 필요한 인력이나 예산이 충분한지 등도 고려하게 된다. 만약 예비심사의 필요성이 있다고 판단되면 FTC에 업무조정 절차(clearance procedures)를 요청하고 FTC로부터 조사양보를 받게 되면 예비심사에 착수한다.²²²⁾
 - 법무부 독점국은 수색대상이 위치한 법정구역을 관장하는 법원의 영장판사(magistrate judge)로부터 수색영장을 발부받아 카르텔 자료에 대한 강제수사를 수행할 수 있다.
 - 법무부 독점국이 수색영장을 발부 받으려면 셔먼법과 클레이튼법 위반에 대한 범죄 혐의가 있어야 하며, 일정한 장소에 범죄행위를 입증하는 증거가 있을 거라는 근거가(probable cause)가 있어야 한다.
- 연방거래위원회(FTC)는 사건의 단서가 확보되면 상대방의 협조를 얻어서 하는 임의조사에 해당하는 우선적인 예비조사를 한다. 예비조사를 마치면 담당자는 예비조사보고서(Memorandum)를 작성하고,

218) , 영장없는 현장조사의 가능성 - 미국법상 “광범하게 규제되는 산업” 법리를 중심으로, 행정법연구 46, 행정법이론 실무학회, 2016.8, 117-118면.

219) 박정훈, 컴퓨터프로그램보호법상 단속처분 및 행정조사법제의 문제점과 개선방안, 행정법연구 제9호, 2003, 10면 이하 참조.

220) <http://www.justice.gov/atr>.

221) <http://www.ftc.gov>.

222) 외교통상부 연구보고서, 미국/EU 경쟁법 및 관련제도 비교 연구, 2011, 32-26면 참조.

소관국 차원에서 사건화 여부를 결정한다. 만약 예비조사의 결과 원하는 내용이 미흡하거나 강제적인 자료요구가 필요한 경우에는 본조사로 전환하는데, 이의 결정권자는 소관국장인데, 소환명령 등 강제절차 진행시에는 위원회의 사전승인을 얻어야 한다.²²³⁾

- 연방거래위원회는 피조사자가 부당하거나 과도한 조사에 대해 사전에 이의를 제기하고 수정을 요구할 수 있도록 한다. 즉, 연방거래위원회로부터 자료제출, 출석 및 진술 등 강제조사 요구를 받은 피조사자는 조사요구를 받은 날로부터 20일 이내에 연방거래위원회 비서실장에게 조사의 기각 또는 수정을 요구할 수 있다.
- 연방거래위원회는 (상대방의 동의를 전제로 하지 않는 의미의) 강제조사를 할 수 있지만, 위원회에서 강제조사방법 사용의 승인, 의결이 선행되어야 한다. 의결이 있는 경우 연방거래위원회는 일정한 제한 하에 행정소환영장을 발급하거나 민사조정명령을 발부하는 방법으로 조사권한을 사용한다.
- 상대방이 조사 요구에 불응한 경우에는 연방거래위원회가 연방법원에 집행을 구하는 소송을 제기해야 한다.

다. 영장주의와의 관계

- 미국에서의 현장조사는 동의에 의해, 형사영장에 의해, 행정영장에 의해, 영장 없이 행해질 수 있다.²²⁴⁾ 미국 행정법은 현장조사의 경우 형사처벌과 관계없이 현장조사 자체의 성격에서 영장의 필요 여부를 판단하는데, 이러한 태도는 행정조사의 체계적 성격만을 중시하여 관념론에 흐르기 쉬운 영장 필요 여부 논의의 시사점을 제공할 수 있다.
- (동의를 있는 경우) 미국 행정법에서 당사자의 동의가 있는 경우 혹은 긴급한 경우에 영장이 필요하지 않다는 것은 한국 행정법에서와 마찬가지로이다.
- (영장이 필요 없는 경우) 동의를 있거나 긴급한 경우 그리고 “그 산업이 광범위하게 규제되고 있어 그 산업에 종사하는 사람이 그 조사를 용인하고 있는” 경우이며, 그 근거법규가 영장에 대체할만한 정도의 보호를 하고 있어야 수정헌법 제4조가 요구하는 합리성을 갖는다. “광범하게 규제되는 산업” (closely or pervasively regulated industries)이 아니라면 행정영장이 필요하다.²²⁵⁾

223) , 독점규제법 집행론, 경인문화사, 2008, 184면.

224) 금태환, 영장 없는 현장조사의 가능성 - 미국법상 광범하게 규제되는 산업 범리를 중심으로, 행정법연구 46, 행정법이론실무학회, 2016.8, 117-118면.

225) Colonnade Catering Corp. v. United States, 397 U.S.72 (1970) (주류유통업자); United States v. Biswell, 406 U.S.311 (1972) (충기판매업자); Donovan V. Dewey, 452 U.S. 691 (1987) (광산채굴회사) 등.

- 미국 행정법에서 현장조사는 동의가 없는 경우 원칙적으로 영장이 필요하고 예외적으로 영장 없는 현장조사가 가능하다는 것이며, 그리고 여기서의 영장은 probable cause가 완화된 행정영장에 해당한다.
- 판례상 인정되는 “광범위하게 규제되는 산업”은 약국, 의료업, 식품 창고, 원자력, 유류 저장 판매업, 건설 중인 주택, 어린이집, 간호업, 석면제거업, 폐기물처리업 등의 공공의 안전과 건강에 위험을 줄 수 있는 산업이나 신용조합, 전당포, 은행, 보험, 보석류 구매 등의 상업 활동, 낚시장, 개사육, 경마, 사냥 등의 동물과 관련된 산업, 카지노, 성인오락업, 마사지업 등의 풍속영업을 말한다.
- 광범위하게 규제되는 산업이 넓게 해석되어 실제로는 영장 없는 현장조사가 원칙이라고 파악되며 헌법상의 영장주의 취지와 행정목적 수행의 편의를 고려한 조화된 형태의 현장조사 운용을 모색하려는 노력이 있는 것으로 보인다.

2) 독일

가. 경쟁제한방지법상 행정조사

- 경쟁제한방지법(GWB, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)의 집행기구는 연방정부의 경제부(BMWI, Bundes-ministerium für Wirtschaft), 경제부 소속의 독립행정청인 연방카르텔청(Federal Cartel Office, Bundeskartellamt), 독립자문기관인 독점위원회(Monopolkommission)가 있다. 카르텔에 대한 구체적 집행권한은 연방카르텔청이 가지고 있다.
- 연방카르텔청은 필요한 모든 조사와 증거수집을 할 수 있다(독점금지법 제57조 제1항). 연방카르텔청은 조사를 위한 증거로서 중요성을 가질 수 있는 대상물을 압수할 수 있고, 압수에 의하여 영향을 받는 자에게 지체 없이 압수의 통지를 하여야 한다(동법 제58조 제1항). 압수에 의하여 영향을 받는 자는 압수에 대하여 언제라도 법원의 결정을 신청할 수 있다.
- 연방카르텔청은 기업과 사업자단체 등에게 정보를 요구할 수 있는데, 기업주와 그 대표자, 법인 등은 요구되는 정보를 제공하고, 열람과 조사를 위하여 영업자료를 제출하며, 이러한 영업자료의 조사 및 사업소와 사업장예의 출입을 허용할 의무를 진다(동법 제59조 제2항).
 - 카르텔청으로부터 조사를 위탁받은 자는 기업과 사업자단체의 사업장소에 출입할 수 있다. 경쟁제한방지법 제59조 제2항에 위반하여 정보를 제공하지 아니하는 행위 또는 정확하지 아니하거나, 완전하지 아니하거나 적절하지 아니한 시기에 정보를 제공하는 행위, 자료를 인도하지 아니하거나, 완

전히 인도하지 않거나, 적절하지 않은 시기에 자료를 인도하는 행위, 열람과 조사를 위하여 영업자료를 제출하지 아니하거나, 완전하게 제출하지 않거나, 시기적으로 적법하지 아니하게 영업자료를 제출하는 행위 또는 이러한 영업자료의 조사 및 사업장예의 출입을 허용하지 아니하는 행위와 같은 질서위반행위에 대하여 과징금을 부과할 수 있다(동법 81조 제1항).

- 연방카르텔청의 수색은 수색이 이루어지는 지역을 관할하는 시군 법원 판사의 명령이 있는 경우에만 할 수 있게 된다. 수색을 지체하면 위험한 경우에는 법원에 의한 명령 없이 제3항에 기술된 자가 영업시간 내에 필요한 수색을 할 수 있다. 현장에서 수색에 관한 조서와 그 중요한 결과를 작성하여야 하고, 법원에 의한 명령이 없었던 경우에는 지체하면 위험하다는 것을 인정할 만한 사실도 밝혀야 한다(동법 제59조 제4항).

나. 일반적인 행정조사 규정의 유무

- 독일은 일반법인 행정절차법(VwVfG) 등에 의하여 행정조사가 행정절차법 별도로 규정되어 있지 않으며, 개별 법령에서 보고나 자료제출 요구, 출입검사 등이 규정되어 있고, 행정조사를 통한 명령사항의 이행의 실효성 확보를 위하여 이행강제금이 부과될 수 있다.
- 독일 행정법은 독자적인 행정작용의 형식으로서 행정조사를 논하고 있지 않다. 행정법 일반이론이 아닌, 독일의 개별법인 통신법(Telekommunikationsgesetz, TKG)상에 우리의 강학상의 행정조사에 해당하는 규정들이 존재하고 있다.²²⁶⁾
 - 요금규제를 위한 정보제공명령(제29조)
 - 보편적 서비스 제공 기업의 규제행정청의 요구에 의한 매출통보의무(제87조 제1항)
 - 의무준수의 심사를 위한 영업시간 내의 영업공간예의 출입(제115조 제1항 제3문)
 - 보고 요구(Auskunftsverlangen 127조)
- 그 중 보고의 요구(Auskunftsverlangen 127조)가 일반조항으로서 기능하고 있다.

Auskunftsverlangen 127조

(1) 1 국가 또는 직접 실행가능한 유럽연합법에 근거한 기타보고 및 정보 요구사항을 침해하지 않고 공공 통신 네트워크 운영자 및 공개 통신 서비스 제공 업체는 이 법 및 규정 (EU) 2015/2120에 의거하여 연방통신청 (Bundesnetzagentur)에 이 법 시행에 필요한 정보를 제공해야한다.
 2 연방 통신청은 이하의 각호에 해당하는 필요한 정보를 요청할 수 있다.

²²⁶⁾ , 통신법상의 행정조사 - 독일 통신법(TKG)상 행정조사와의 비교고찰, 행정법연구17, 행정법이론실무학회, 2007.5. 179-180면.

1. 이 법에서 또는 이 법에 따라 발생하는 의무에 대한 체계적 또는 사례별 검토
2. 경우에 따라 연방통신청에 불만이 있거나 다른 이유로 인해 의무를 위반했거나 자체적으로 조사를 수행하는 경우 의무 사항에 대한 조사
3. 최종 사용자의 이익을 위한 서비스에 대한 품질 및 가격 비교의 발표
4. 특정 목적의 통계자료
5. §10 및 11에 따른 시장 정의 및 시장 분석 절차
6. 사용 권한을 부여하고 해당 응용 프로그램을 검토하는 절차
7. 회계

3 시장에 출입하기 전에 또는 접근의 조건으로 1 ~ 5호의 사항은 요구되지 않을 수도 있다.

(2) 1 연방통신청은 본 법에 위임된 업무를 수행하는 데 필요한 한도 내에서 통신 부문의 제1항에 언급된 사업을 선택할 수 있다.

1. 경제 상황, 특히 판매량에 대한 수요 정보,
2. 정상 업무 또는 업무 시간 중에 사업 기록을 검토

2 연방통신청은 특히 제1항에 열거된 전기 통신 사업자가 향후 네트워크 및 서비스 개발에 관한 정보를 제공하도록 요구할 수 있으며, 그러한 개발은 기업을 경쟁 업체에 제공 할 수 있는 도매 서비스에 영향을 줄 수 있다.

3 연방통신청은 시장에서 중요한 영향력을 가진 회사들에게 이러한 시장과 관련된 최종 소비자 시장에 대한 회계 정보를 제공하도록 요구할 수 있다.

(2a) 이 법에서 연방통신청에 할당된 업무를 수행하는 데 필요한 한도 내에서, 연방통신청은 분쟁 발생시 다음 각호의 사항을 행할 수 있다.

1. 공용네트워크의 수동 네트워크 인프라를 조사
2. 공공 서비스 네트워크의 소유자 및 운영자가 네트워크 운영자 및 운영자의 수동 네트워크 인프라 공유에 영향을 미칠 수 있는 경우 네트워크 및 서비스의 향후 개발에 대한 정보를 제공요구
3. 77a (4), 77b (4), 77c (3), 77g (2), 77h (4) 및 77i (5)의 경우, 공용 네트워크의 운영자에 의해 수립된 다른 개념들; 증거 서류 또는 그 일부 조사

(3) 1 연방 통신국은 제1항, 제2항 및 제 2a 항에 언급된 정보를 요구하고 제2항 (2) 및 (2a)에 언급된 조사를 서면으로 명령해야 한다. 2 명령은 정보 요청의 법적 근거, 주제 및 목적을 명시한다. 3 정보 요청의 경우, 정보 제공을 위한 합리적인 기간을 결정해야 한다.

(4) 법률 또는 법령에 의해 지명된 사람을 대표하는 회사, 대표, 법인, 법인 또는 비법인 협회의 소유자는 제1항, 제2항 및 제 2a 항에 따라 요청된 정보를 제공할 의무가 있다. 업무 기록을 검토하고 정상 업무 또는 근무 시간 중에 사업장 및 사업장에 진입하는 것을 허용해야 한다.

(5) 연방 통신국에 의해 조사를 위임받은 사람은 정상 업무 또는 업무 시간 중에 회사 및 회사 협회의 사무실 및 사업장에 출입할 수 있다.

(6) 1 수색은 지방 법원 명령에 의해서만 수행될 수 있다. 2 형사소송법 제306조 내지 제310조 및 제 311a 조를 해당 명령에 관하여 준용한다. 3 임박한 위험이 있는 경우 제5항에 언급된 사람은 영업 시간 중에 영장 없이 필요한 수색을 할 수 있다.

(7) 1 품목이나 사업 서류는 요구되는 범위까지 안전하게 보관되거나 자발적으로 발급되지 않을 경우 압류될 수 있다. 2 압류의 경우 제 6항이 적용된다.

(8) 1 (4)항에 의거한 정보에 대해, 의무 당사자는 민사소송법 제 383 (1)항 제1호 내지 제3항에 언급된 질문에 관한 정보 제공을 거부할 수 있다. 형사 소추의 위험 또는 행정법에 의한 절차는 2. 제1항 및 제2항에 언급된 정보 또는 조치에 의하여 획득된 지식 및 서류는 행정 범죄 또는 외환 범죄, 또는 조세 범죄 또는 외환 범죄에 대한 과세 또는 벌금 절차에 사용되어서는 아니된다. 세금 코드의 §105 (1) 및 §116 (1)과 관련하여 §§93, 97, 105 (1), 111 (5)는 적용되지 않는다. 공공의 이익이 있거나 또는 정보를 제공하는 사람이나 자신을 대신하여 행동하는 사람들이 제공한 의도적으로 허위의 정보가 있는 경우 조세 위반 절차 또는 관련 세무 절차에 적용되지 않는다.

(9) 감사가 연방통신청의 요구 사항, 명령 또는 명령에 위배되는 경우, 회사는 연방통신청에게 전문가 비용 지출을 포함하여 이러한 감사 비용을 변상해야 한다.

(10) 행정 형벌에 관한 법률에 따라 그러한 명령을 집행함에 있어 최대 50만 유로의 벌금이 부과 될 수 있다.

3) 일본²²⁷⁾

- 일본은 행정조사를 종래 즉시강제의 수단으로 인식해왔으나, 세무조사에 대한 논의를 계기로 즉시 강제에서 분리하여 비권력적인 수단에 의한 정보의 수집 및 분석 활동으로 보면서, 질문, 출입검사, 보고의무, 문서제출명령 등의 형태로 규정하고 있다.
- 일본은 범칙조사와 행정조사를 엄격하게 분리하고 조직령상 소관업무를 구분하여 범칙조사직에 있는 자는 행정조사권한을 행사할 수 없으며 행정조사부문에서 직접·자동적으로 조사결과에 따른 정보, 증거물 등의 제공 등은 금지된다.²²⁸⁾
- 일본의 사적 독점의 금지 및 공정거래 확보에 관한 법률(私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律, 이하 독점규제법)과 공정취인위원회(JFTC, Japan Fair Trade Commission)는 우리나라 공정거래위원회의 조직과 절차에 상당한 영향을 끼쳤다.
- (조사의 개시) 일본에서 공정거래 사건이 개시되는 형태는 일반인의 보고(45조1항), 직권(45조4항), 검찰총장의 통지(74조) 등의 세 가지 경우로 요약된다.
 - 공정거래위원회의 사무총국 심사국장은 일반의 보고나 직권조사 혹은 검찰총장의 통지에 따라 사건의 단서가 된 사실을 접하는 경우, 심사의 필요여부에 대해 의견을 첨부하여 위원회에 보고하게

227) 보고서, 일본의 경쟁/소비자법·제도 및 사건처리절차 연구, 2015, 4-12면.

228) 정승영·김수연, 공정거래위원회 조사제도에 개선방안연구, 한국경제연구원 정책연구 14-25, 2014.12, 28-29면 참조.

되는데, 사건의 단서, 사실의 개요, 관계 법조를 가능한 한 명확하게 밝혀야 한다.

- 공정취인위원회는 예비조사의 결과 위반행위의 혐의 사실이 있는 경우 직원 중에서 해당 사건을 심사할 심사관을 지정하고 심사관으로 하여금 심사하게 하고 심사관은 46조 제1항에 근거하여 강제조사를 하는 직권이 부여된다.
- (조사수단) 공정위에 출두하여 의견·보고징수, 감정인에 의한 감정, 물건의 제출명령, 영치, 현장검사 등이 있고, 카르텔사건의 경우 현장검사에 의한 증거서류의 제출명령·영치, 사정청취가 주된 조사수단이 된다.
 - 심사관은 사건에 관한 필요한 조사를 하기 위하여 사건 관계인 또는 참고인에게 출두를 명하고 심문할 경우에는 출두명령서, 사건 관계인 또는 참고인으로부터 의견 또는 보고를 요구할 경우 보고명령서, 감정인에 출두를 명하고 감정을 하게 할 경우 감정명령서, 장부 서류 그 밖의 물건의 소지자에게 해당물건의 제출을 명할 경우 제출명령서 등의 문서를 송달하고 이를 실시하여야 한다.
 - 문서에는 사건명, 상대방의 성명 또는 명칭, 상대방에게 요구하는 사항, 출두명령서 또는 제출명령서의 경우 출두 또는 제출해야 할 일시 및 장소, 명령에 따르지 않을 경우의 법률상의 제재 등의 사항을 기재하고 각 장마다 계인(契印)하여야 한다. 또한 제출명령서에는 제출을 명한 물건을 기재하거나 그 품목을 기재한 목록을 첨부하여야 한다.
 - 현장검사 등에 따르지 않은 경우에 형사벌을 과하는 것이 가능하지만 심사관은 조사수단을 직접 강제할 수 없고 형사벌을 배경으로 간접 강제하게 된다.
- (처리절차) 독점금지법 및 공정취인위원회의 심사에 관한 규칙에 의해 규율된다. 공정거래위원회의 의견청취에 관한 규칙은 2013년개정법에 의해 도입된 의견청취 및 공정거래위원회가 인정한 사실을 입증하는 증거의 열람, 등사에 관한 절차를 정한 규칙으로 이하와 같이 구성되어 있다.
 - 총칙(규1~8)
 - 의견청취의 통지사항, 통지방법(규9)
 - 의견청취의 기일 등의 변경(규10)
 - 대리인의 자격의 증명방법, 자격상실시의 신고(규11)
 - 증거의 열람, 등사의 절차(규12,13)
 - 의견청취관의 지정절차, 사무보조자(규14,15)
 - 의견의 진술, 질문, 서면 등의 제출(규16~19)
 - 과징금납부명령 등에 대한 준용(규23~25)

4) 유럽연합

- 경쟁총국(Directorate-General)은 유럽연합 역내 단일시장 형성을 위한 경쟁정책 시행 및 경쟁법 집행을 담당하는 EU 집행위원회(European Commission)소속기관이다. 경쟁총국은 경쟁법 집행에 있어서 사건조사(investigative role)와 의사결정(decision-making role)이라는 두 가지 역할을 동시에 하고 있는 것에 대해 많은 비판을 받아 왔기 때문에, 사건 당사자들이 적법절차의 권리(due process rights)를 보장받을 수 있도록 수많은 내부개혁을 시행하였다. EU 명령²²⁹⁾에서 정한 유럽경쟁총국(European Commission DG Competition)의 조사절차는 이하와 같다.²³⁰⁾
- 위원회가 결정(decision)에 의해 사업자나 사업자단체에게 정보를 요구할 때에는 요구하는 법적 근거와 요구의 목적을 명시하여야 하고, 요구되는 정보를 구체화하여야 하며, 정보의 제공시한을 정해주어야 하고, 벌칙 조항이 있다는 점과 위원회 결정에 대한 사법심사 가능성을 알려주어야 한다(제18조 제3항).
 - 사업자가 협력하지 않을 경우 사업자가 완전하고 정확한 정보를 제공하도록 강제하기 위한 목적으로 위원회가 결정에 의하여 이행강제금을 부과할 수 있다. 그 범위는 직전 사업 연도의 일일 매출액의 5%를 넘지 않는 범위에서 부과된다(제24조 제1항).
 - 위원회는 사업자나 사업자단체에 대하여 필요한 모든 조사를 수행할 수 있고, 위원회가 조사 수행 권한을 위임한 수행원은 사업자의 건물에 출입할 권한, 영업과 관련된 장부 및 기타 기록(저장매체를 가리지 않음)을 검토할 권한을 가진다(제20조 제1, 2항).
- 사업자는 위원회 결정에 의해 명령된 조사에 응해야 한다(제20조 제4항).
- 위원회가 조사할 때 회원국은 필요한 조력을 제공하여야 하는데, 회원국 국내법이 회원국의 조력에 대해 사법당국의 승인을 요구하고 있다면 사법당국이 이를 심사하고, 사법당국은 예상되는 강제적 조치들이 자의적이거나 과도하지 않도록 비례원칙에 따른 통제를 한다(제20조 제6, 7, 8항).
- 합리적인 의심이 존재할 때에는 위원회가 결정을 통해 (영업장이 아닌) 기타의 건물(사업자의 집을 포함), 대지, 운송수단에 대해서까지 조사를 명령할 수 있다. 다만 이 경우 위원회 결정은 회원국의 국내 사법당국의 사전 승인이 요구되고 사법당국은 비례원칙에 따른 통제를 한다(제21조 제1, 2, 3항).

229) Regulation 1/2003.

230) 경쟁정책국 국제협력과 연구보고서, EU의 경쟁법·소비자법 및 사건처리절차, 2016.

V. 행정조사의 기본원칙

- 행정조사의 법적 한계는 합법률성원칙, 목적부합성원칙, 비례원칙이 있다.²³¹⁾ 행정조사의 기본원칙으로 조사권 남용금지의 원칙, 객관적 조사대상자 선정의 원칙, 공동조사 및 중복조사 금지의 원칙, 사전예방적 조사의 원칙, 비밀누설금지 및 부당사용금지의 원칙, 정기조사실시의 원칙을 들 수 있고, 행정조사기본법상 주요 절차로는 개별 조사계획 수립, 조사의 사전통지, 의견제출, 전문가 참여, 조사결과 통지 등을 들 수 있다.²³²⁾
- 이러한 기본원칙에 따른 한계 외에도 행정조사에 대해서는 조사대상자의 권리보장에 따른 헌법상 한계가 인정되며, 행정조사로 인한 권리침해에 대한 구제수단으로서 종래 국가배상, 손실보상 외에도 항고소송의 대상 여부가 문제될 수 있다. 때문에 조사기관은 사안의 위법성을 면밀히 검토하여 처분의 가능성을 명확히 하고, 만일 불분명한 경우에는 고문변호사 등에게 유권해석, 법률 자문 등을 사전 요청해야 할 것이 최근 실무적 지침으로 요구되고 있는 추세이다.

1. 임의성의 원칙

- 행정조사는 법령에서 정하고 있는 경우에 한하여 실시(행정조사기본법 제5조)하는 것이 원칙이다. 다만 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 경우는 예외적으로 가능하다. 강제적인 행정조사가 가능한가와 관련하여 아래와 같이 학설이 대립하고 있다.
 - ① 법률이 행정조사를 위한 주거나 영업소 출입에 대한 근거 규정을 두었다고 하더라도 조사대상자가 이를 거부하는 경우에 법에서 이를 명시적으로 허용하는 경우를 제외하고는 실력행사에 대한 행정조사를 할 수 없다는 학설²³³⁾
 - ② 행정조사를 위하여 전제하고 있는 주거나 영업소의 출입 및 조사는 그 자체가 상대방의 의사여부를 불문하고 행하여지는 강제조사이기 때문에, 조사대상자가 수인의무에 위반하여 거부하는 경우 비례 원칙의 한계 내에서 조사관이 실력행사를 하는 것이 가능하다는 학설²³⁴⁾
 - (대법원 판례) 행정조사기본법 제5조에 의하면 행정기관은 법령 등에서 행정조사를 규정하고 있는

231) , 행정법 I, 박영사 2018 506-507면.

232) 김동희, 512-518면.

233) 김동희, 행정법I, 박영사, 454면.

234) 정하중, 행정법개론, 법문사, 485면; 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 546면.

경우에 한하여 행정조사를 실시할 수 있으나(본문), 한편 ‘조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사’의 경우에는 그러한 제한이 없이 실시가 허용된다(단서)는 점에서, 행정조사기본법 제5조는 행정기관이 정책을 결정하거나 직무를 수행하는 데에 필요한 정보나 자료를 수집하기 위하여 행정조사를 실시할 수 있는 근거에 관하여 정한 것으로서, 이러한 규정의 취지와 아울러 문언에 비추어 보면, 단서에서 정한 ‘조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사’는 개별 법령 등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에도 실시할 수 있다고 판시한 바 있다.²³⁵⁾

- (공정거래위원회의 조사) 공무원이 피조사자가 이를 거부할 경우에 실력으로 강제할 수 있는지 여부가 문제되나 통상 실력으로는 강제할 수 없다고 본다. 임의조사라는 것은 이러한 의미에서 사용되는 것이고 결국 궁극적으로는 상대방의 동의나 협력(수인 정도의 의미라고 할 수도 있을 것임)이 없이 조사를 관철할 수는 없기 때문이다.
 - 상대방의 동의하에 제출된 자료나 물건을 ‘영치’ 하는 것은 가능하지만, 압수·수색과 같은 강제조사를 실시할 권한은 없게 된다.²³⁶⁾
 - 임의조사라고 하더라도 피조사자는 공정거래위원회의 조사에 협조하고 검사를 수인하여야 할 의무를 가지며, 그러한 의무를 위반한 데 대해 정당한 사유가 없는 경우에는 과태료를 부과함으로써 그 의무 이행을 강제할 수 있게 된다.
 - 공정거래위원회의 과징금부과 세부기준 등에 관한 고시는 조사 방해의 경우 위반사업자의 종업원이 위반행위의 조사를 거부, 방해 또는 기피하거나 위반행위를 적극적으로 은폐하는 등의 방법으로 조사를 어렵게 하였다면 가중하도록 규정하고 있다.
 - 세무조사의 구조도 유사하다. 세무공무원이 질문검사권을 행사하여 실시하는 세무조사는 비록 간접적이고 심리적인 강제성을 수반하고 있기는 하지만 그 본질은 임의조사의 성격을 가진다고 보는 것이 일반적이다. 세무조사의 경우 질문검사에 불응하면 조세범처벌법에 의하여 과태료를 받도록 하고 있다(조세범처벌법 제17조 제5호)

2. 비례의 원칙

- 비례의 원칙을 고려할 때, 먼저 임의조사와 강제조사 중 임의조사의 방식에 의한 행정조사가 먼저 고려되어야 할 것이고, 또한 강제조사의 경우에도 다양한 방식의 조사 간의 선택에 있어 비례의 원

235) 2016. 10. 27. 선고 2016두41811 판결 [시정명령처분취소등].

236) 금융거래정보에 대해서는 금융거래정보요구권을 인정하고 있다(공정거래법 제50조 5항).

칙이 고려되어야 한다.

- 행정조사 중 강제조사인 현장조사는 그 목적이 특정한 자료나 특정인을 조사하기 위한 전제가 되는 조사인 경우가 많고, 그 범위 및 대상이 모호하기 때문에, 행정조사 범위가 다른 조사유형보다 불확정적이고 포괄적일 가능성이 크고, 개인의 사익을 침해할 가능성이 높다.
- 강제조사의 경우에도 출석 및 진술명령 및 물건 제출명령, 동의에 기한 출입검사, 간접강제에 의한 출입검사의 순서와 같이 인권침해의 가능성이 적은 수단으로부터 순차적으로 행하여져야 할 것이고, 그 강도가 강해질수록 법에서 마련된 절차적 보장책이 엄격히 준수되어야 한다.
- 행정조사는 목적달성에 필요한 최소한의 범위에서 실시하며, 고의성이 명백하고 위법성이 중한 사안, 위법한 상황이 계속되어 심각한 위해를 가할 우려가 있어 행정적인 조치가 필요한 사안 등은 우선적으로 행정조사 실시가능하다.

3. 적법절차의 원칙

- 법치주의의 이념은 국가작용의 정당성과 실효성은 그 실제적인 내용만이 아니라 그 절차적인 과정도 정당한 법적 절차에 의할 때에야 비로소 완전히 확보된다는 점을 중요시하고 있다. 이것이 헌법의 근본원리인 적법절차원리이다.²³⁷⁾
- 공정거래와 관련된 행정영역은 경제주체들의 이해관계가 상충하게 되는데, 행정의 방향과 결과에 따라 특정의 경제주체에게 치명적인 효과가 발생할 수 있다. 적법절차원리는 규제대상자에게 변명이나 의견 제출의 기회를 부여한다는 권리구제의 측면뿐만 아니라, 이해관계인과 국민 일반에게 참여를 유도함으로써 행정에 대한 공감대를 형성하고 행정결정의 수인가능성을 높일 수 있다.
- 이러한 적법절차원리는 공정거래위원회에 의한 범위반행위의 조사, 시정조치 등 행정절차에의 당사자의 참여 문제와 관련하여 중요한 의미를 갖는다. 최근에는 형사수사절차가 아닌, 행정조사의 절차에 있어서도 피조사자의 방어권의 관점에서, 변호인의 참여권이 강하게 요구되고 있는데, 이는 적법절차의 원리와 직접적으로 관계되는 부분이다.

VI. 행정조사의 방법

²³⁷⁾ 헌법 제12조 제1항 및 제3항 본문이 규정하는 적법절차원리가 형사절차만이 아니라 입법·행정 등 국가의 모든 공권력의 작용에 적용되는 헌법의 기본원리임을 실시하고 있다(1992. 12. 24. 선고, 92헌가8 결정).

○ 행정조사는 출석 및 진술요구, 보고 및 자료제출요구, 현장조사, 시료 및 재료 채취, 자료 등의 영치 등의 방법이 사용된다.

- ‘영치’의 방법에 의한 행정조사는 형사절차에서의 압수나 수색의 성격을 가지고 있으므로, 그와 같은 방법에 의한 행정조사에는 특별한 통제가 필요하다.
- 법령에 규정이 없는 한 조사기관에 피조사 자의 장부나 서류를 영치할 권한은 없다고 보아야 하고, 피조사자의 장부, 서류 등을 행정기관으로 가지고 가서 조사하는 경우에는 피조사자의 자발적인 동의를 얻는 것이 필요하며, 이 경우에도 최소한에 그쳐야 한다.
- 행정조사기본법 또한 행정조사 과정에서 자료, 서류, 물건 등을 영치하는 경우 조사대상자를 입회시키고, 영치를 완료한 때에는 영치조서를 작성하도록 하는 등의 절차적 보장책을 마련하고 있다.

VII. 행정조사와 권리구제방법

1. 적법한 행정조사

○ 적법한 행정조사의 경우 이를 방해하거나 막을 근거는 없으며, 만약 그로 인하여 예기치 않은 손실이 발생한다면, 법률에 규정이 있는 경우는 그에 대한 보상을 받을 수 있게 된다. 행정조사 과정에서 귀책사유 없이 재산상의 특별한 희생을 받는 자는 헌법 제23조 제3항²³⁸⁾에 따라 정당한 보상을 받을 수 있도록 근거법률에서 보상을 규정하여야 하고, 토지보상법 제27조 제3항에서 토지수용을 위한 출입조사시 이에 대한 보상 규정을 두고 있다.²³⁹⁾ 다만, 소량의 샘플이나 미량의 식품을 수거하여 검사하는 것과 같이 손실이 경미할 경우에는 재산권 행사의 사회적인 제약에 해당되어 보상을 요구할 수 없다. 이때 시료는 최소한으로 채취하여 그 시료의 소유자 및 관리자의 정상적인 경제활동을 방해하지 않는 범위에서 이루어져야 한다.²⁴⁰⁾

238) 제23조 ③공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.

239) 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제27조(토지 및 물건에 관한 조사권 등) ① 사업인정의 고시가 된 후에는 사업시행자 또는 제68조에 따라 감정평가를 의뢰받은 감정평가업자(「감정평가 및 감정평가사에 관한 법률」에 따른 감정평가업자를 말한다. 이하 "감정평가업자"라 한다)는 다음 각 호에 해당하는 경우에는 제9조에도 불구하고 해당 토지나 물건에 출입하여 측량하거나 조사할 수 있다. 이 경우 제10조, 제11조 및 제13조를 준용한다. <개정 2016. 1. 19.>

1. 사업시행자가 사업의 준비나 토지조서 및 물건조서를 작성하기 위하여 필요한 경우

2. 감정평가업자가 감정평가를 의뢰받은 토지등의 감정평가를 위하여 필요한 경우

③ 사업시행자는 제1항에 따라 타인이 점유하는 토지에 출입하여 측량·조사함으로써 발생하는 손실(감정평가업자가 제1항제2호에 따른 감정평가를 위하여 측량·조사함으로써 발생하는 손실을 포함한다)을 보상하여야 한다.

④ 제3항에 따른 손실보상에 관하여는 제9조제5항부터 제7항까지의 규정을 준용한다.

240) 김동희, 515면.

2. 위법한 행정조사

1) 처분성 인정여부

- 행정조사에는 행정행위의 성질을 갖는 행정조사와 사실행위의 성질을 갖는 행정조사가 있다. 사실행위의 경우 권력적 조사 및 비권력적 조사로 구분될 수 있다. 그 중 행정행위형 행정조사의 경우 당연히 처분성이나 권력성이 인정되어 취소소송의 대상이 된다.
 - 권력적 조사도 직접 실력을 행사하거나 과태료 등을 통하여 간접적으로 수인의무를 부과하는 것이므로 취소소송의 대상이 된다. 반면 조사에 응할 것인지의 여부가 상대방의 자의에 맡겨져 있는 비권력적 조사가 취소소송의 대상이 되는가는 문제될 수 있다.
 - 개인의 권리구제에 입각한 주관적 공권설의 관점이 아니라 더 나아가 위법성 판단의 대상이 될 만한 행정작용은 취소소송의 대상으로 봄이 상당하다는 객관적 통제설의 관점에서는 임의조사의 경우에도 사실상 강제력이 행사되거나 조사상대방의 기본권에 중대한 영향을 미칠 경우 처분성을 긍정함이 타당하게 된다.
 - 다만 사실행위에 해당하는 행정조사라면 그것이 계속적으로 이루어지지 않는 한 취소를 구할 법률상 이익이 없는 경우가 대부분일 것이다. 이러한 경우 실질적으로 취소소송을 통한 구제는 제한적인 것에 그치게 된다.
- 대법원은 부과처분을 위한 과세관청의 질문조사권이 행해지는 세무조사결정이 있는 경우에는 납세의무자는 세무공무원의 과세자료 수집을 위한 질문에 대답하고 검사를 수인하여야 할 법적 의무를 부담하게 되는 점, 세무조사는 기본적으로 적정하고 공평한 과세의 실현을 위하여 필요한 최소한의 범위 안에서 행하여져야 하고, 더욱이 동일한 세목 및 과세기간에 대한 재조사는 납세자의 영업의 자유 등 권익을 심각하게 침해할 뿐만 아니라 과세관청에 의한 자의적인 세무조사의 위험마저 있으므로 조세공평의 원칙에 현저히 반하는 예외적인 경우를 제외하고는 금지될 필요가 있는 점, 납세의무자로 하여금 개개의 과태료 처분에 대하여 불복하거나 조사 종료 후의 과세처분에 대하여만 다룰 수 있도록 하는 것보다는 그에 앞서 세무조사결정에 대하여 다툼으로써 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있는 점 등을 종합하면, 세무조사결정은 납세의무자의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 공권력의 행사에 따른 행정작용으로서 항고소송의 대상이 된다고 판시한 바 있다.²⁴¹⁾

241) 2011. 3. 10. 선고 2009두23617,23624 판결[세무조사결정처분취소·종합소득세등부과처분취소].

2) 행정심판과 행정소송의 가능성

- 권력적 사실행위로서의 행정조사는 상대방에게 일방적인 수인의무를 부과하므로 행정소송법상 처분성이 인정되어 행정쟁송이 가능하다. 행정심판과 행정소송이 모두 가능하지만, 조사가 불시에 또는 단기간에 종료될 시에는 소의 이익이나 권리보호필요성이 부정되어 행정소송은 각하될 것이며,²⁴²⁾ 이미 발생한 손해를 금전으로 환산하여 청구하는 국가배상의 방법만이 가능하게 된다.
- 다만, 위법한 행정조사가 종료되었다하더라도 그것이 계속적으로 반복하여 발생할 위험이 있는 경우에는 행정심판법 제13조 제1항, 행정소송법 제12조 후단에 따라 소의 이익이 인정될 것이다.

3) 예방적 금지소송의 가능성

- 행정소송을 통한 개인의 권리구제는 사후적인 구제가 원칙이다. 이미 발하여진 위법한 행정처분을 취소소송을 통하여 다투거나 혹은 위법하거나 유책한 행정작용으로 인하여 발생한 손해의 배상을 구하는 형태로 이루어진다.
- 행정작용에 대한 사후적 구제만으로 개인의 권익은 충분히 보호될 수 있으나, 행정작용이 발급되기를 기다려 사후적 구제에 의지하는 것이 개인에게 수인가능하지 않은 예외적 사안에서는 행정소송상 예방적 권리구제가 필요하게 된다. 행정소송상 예방적 구제제도는 이처럼 사후적 구제가 실효성을 갖지 못하는 경우, 개인으로 하여금 행정작용이 발급되기 이전에 미리 그 위법성을 확인받거나 혹은 더 나아가 문제된 행정작용의 발급을 금하는 법원의 판결을 받을 수 있도록 함으로써 재판을 통한 권리구제의 실효성을 제고하는 데 기여한다.
- 대륙법계의 공법 질서하에서는 법원이 임박한 행정작용을 금지하거나 혹은 그 위법성을 확인하는 구제유형은 권력분립원리에 위배되는 것으로 보아 오랫동안 허용되지 않았고 우리 판례의 경우도 마찬가지로 입장에 있다.
- 대법원은 피고 행정청에 대하여 ‘신축건물의 준공처분을 하여서는 아니된다’는 내용의 부작위를 구하는 원고의 예비적 청구는 행정소송에서 허용되지 아니하는 것이므로 부적법하다는 취지로 판단하였는바, 위와 같은 원심의 조치는 정당하고, 거기에 소론과 같은 행정쟁송에 관한 법리오해, 판단유탈의 위법이 있다 할 수 없다고 판시한 바 있다.²⁴³⁾

242) , 739면.

243) 1987. 3. 24. 선고 86누182 판결 [건축허가처분취소].

- 현재 우리 현행 행정소송법상 예방적 금지소송을 제기함으로써 행정조사를 저지하는 방식의 소송 유형은 인정되고 있지 않다.²⁴⁴⁾
 - 그리하여 현행법상으로는 위법한 처분이 행하여질 개연성이 매우 높고 사후의 구제방법으로는 회복하기 어려운 손해의 발생이 예상되더라도 사전에 그 처분을 금지하는 소송을 제기할 수 없다.
 - 예방적 금지소송 도입으로 처분 이후의 구제방법으로는 회복되지 않는 손해가 예상되는 경우에 대한 권리구제의 가능성을 높이며, 취소소송으로 권리구제가 가능하지 않은 예외적인 경우에 인정되는 제도로 남용을 방지하기 위하여 엄격한 요건을 규정한 내용이 행정소송법 개정안에 포함되어 예방적 금지소송의 도입이 긍정적으로 검토되어 온 부분이 있다.²⁴⁵⁾ 행정소송법 개정안에 포함되어 있는 예방적 금지소송의 실제 개정이 되는 경우, 행정조사 단계에서 예방적 금지소송의 방식에 의한 조사상대방의 제소가 가능할 수 있을 것이다.

제2절 기관별 근거법률 및 행정조사의 수단과 절차

I. 기관별 특징

- 헌법에 규정된 중앙행정기관은 감사원, 선거관리위원회가 있으며 법률상(정부조직법)의 중앙행정기관으로는 법제처, 식품의약품안전처, 기획재정부, 국세청, 관세청, 조달청, 통계청, 교육부, 과학기술정보통신부, 외교부, 통일부, 법무부, 검찰청, 국방부, 경찰청, 보건복지부, 환경부, 중소기업벤처부 등이 있다. 개별법(특별법)상의 중앙행정기관으로는 방송통신위원회, 공정거래위원회, 금융위원회, 국민권익위원회를 들 수 있다.
- 중앙행정기관의 행정조사는 행정기관의 특성에 따라 구분이 가능한데, 독립기관인지 여부 또는 합의회 또는 독립제 기관인지 여부에 따라 조사권의 법적 성질과 그 한계가 다를 수가 있다. 합의회 기관인 경우에도 의결권과 함께 대외적인 표시권을 갖는 행정청인지 여부, 의결권만 갖는 의결기관인지, 동의권만 갖는 동의기관인지, 심의권만 갖는 심의기관인지, 자문권만 갖는 자문기관인지 여부에 따라 조사권의 법적 성질과 그 한계가 상이할 수 있다.

244) , 1199면. 대법원 1987. 3. 24. 선고 86누182판결(건축건물의 준공처분을 하여서는 아니된다는 내용의 부작위를 구하는 청구는 행정소송에서 허용되지 아니하는 것이므로 부적법하다).

245) 법무부공고 제2007-72호(행정소송법 개정안 공고)

<http://www.moleg.go.kr/lawinfo/lawNotice/lawNoticeInfo?ogLmPpSeq=6020&mappingLbicId=2000000124923&announceType=TYPE5&pageIndex=&rowIdx=20129>.

- 방송통신위원회, 공정거래위원회, 금융위원회 등의 합의제 독립행정청에 의한 행정조사는 일반 독립제 중앙행정기관과는 달리 법률에 행정조사 기능이 부여되어 있으며, 관계 법령의 범위 내에서 포괄적인 조사 권한이 설정되어 있고, 강제적인 조사 수단 및 조사의 실효성을 확보하기 위한 다양한 법적 수단이 마련되어 있다.
- 중앙행정기관의 행정조사는 경찰청, 국세청 등과 같이 독립한 집행기관(독립성이 부여되어 있으며 의사결정을 대외적으로 표시할 수 있는 행정기관)의 행정조사와 일반 행정부서의 행정조사는 실무상 달리 운영될 수 있다. 조사의 근거가 되는 법률은 중앙행정기관의 소관법률이나 독립한 집행기관의 경우에는 법률상 부여되어 있는 강제적 조사권한을 실제로 행사(집행)하여 행정조사를 실시하고, 일반 행정부서의 경우에는 정책수립을 위한 국가 차원의 조사를 그 기본으로 하고 있기 때문이다.²⁴⁶⁾

II. 주요 조사 방법과 주요 행정조사 기관

1. 현장조사 중심 - 식품의약품안전처

- 식품위생법에 따르면, 식품의약품안전처장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 식품 등의 위해 방지·위생관리와 영업질서의 유지를 위하여 필요하면 영업소에 출입하여 영업에 사용하는 식품 등을 수거하거나 영업시설 등에 대하여 검사하고, 영업에 관계되는 장부 또는 서류를 열람할 수 있다 (식품위생법 제22조 제1항).
- 출입, 검사, 수거의 대상 및 내용
 - 영업소, 사무소, 창고, 제조소, 저장소, 판매소, 그 밖에 이와 유사한 장소에 출입하여 판매를 목적으로 하거나 영업에 사용하는 식품 등 또는 영업시설 등에 대하여 하는 검사를 의미한다.
 - 검사에 필요한 최소량의 식품 등의 무상 수거할 수 있다.
 - 영업에 관계되는 장부 또는 서류의 열람도 가능하다
- 출입, 검사, 수거의 실시
 - (동법 시행규칙 제19조에 따르면) 국민의 보건위생을 위하여 필요하다고 판단되는 경우 수시로 출입·검사·수거 등을 실시한다고 규정되어 있다.
 - 다만, 행정처분을 받은 업소에 대한 출입, 검사, 수거 등은 그 처분일로부터 6개월 이내에 1회 이상

²⁴⁶⁾ , 캐나다 관례법상 행정조사의 절차적 공정성 법리에 관한 고찰, 한양법학 38, 한양법학회, 2012.5, 186면.

실시하도록 규정하고 있고, 이때 행정처분을 받은 영업자가 그 처분의 이행 결과를 보고하는 경우 예외로 하고 있는데, 이는 행정조사기본법상의 내용에 해당하는 중복조사의 방지와 연결될 수 있으며, 피조사업체의 부담을 덜어주기 위한 규정이다.

○ 권한을 표시하는 증표의 제시

- 별지 제18호 서식에 의한다.
- 검사기관의 시험기록서 작성 및 보관의무에 대하여 규정하고 있다(동조 제4항).
- 동 시행규칙 제22조에서는 검사 결과의 보고 등에 관하여 규정하고 있다.

○ 폐쇄조치권한(제79조 제1항)

- 해당 영업소의 간판 등 영업 표시물을 제거하거나 삭제할 수 있다.
- 해당 영업소가 적법한 영업소가 아님을 알리는 게시문 등을 부착할 수 있다.
- 해당 영업소의 시설물과 영업에 사용하는 기구 등을 사용할 수 없게 하는 봉인(封印)도 가능하다.

○ 봉인 해제(제79조 제2항)

- 봉인한 후 봉인을 계속할 필요가 없거나 해당 영업을 하는 자 또는 그 대리인이 해당 영업소 폐쇄를 약속하거나 그 밖의 정당한 사유를 들어 봉인의 해제를 요청하는 경우에는 봉인을 해제할 수 있으며, 해당 조치를 하려면 해당 영업을 하는 자 또는 그 대리인에게 문서로 미리 알려하지만 급박한 사유가 있을시는 예외가 인정된다.
- 봉인 조치는 영업의 자유 내지 재산권의 행사의 직접적인 제약이 되므로 그 영업을 할 수 없게 하는 데에 필요한 최소한의 범위에 그쳐야 한다.
- 봉인 조치시 공무원은 그 권한을 표시하는 증표 및 조사기간, 조사범위, 조사담당자, 관계 법령 등 대통령령으로 정하는 사항이 기재된 서류를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.

○ 식품위생법은 “검사” 이외 “조사” 라는 용어(조사기간, 조사범위, 조사담당자)를 사용하고 있는데 (식품위생법 제22조 제3항), 이러한 조사도 행정조사의 하나이며, 대상물에 직접 실력을 행사할 때는 행정상 즉시강제로 해석될 수 있다.

검사란 대상과 기준이나 법규와의 적합여부를 확인하는 행위로서 행정청이 식품이 안전하게 생산되고 유통되고 있는지, 혹은 허위표시가 이루어지지 않는가를 확인하고 이를 시정하기 위한 기초적인 실행 조치에 해당되어 이와 관련하여 수색 영장이 필요한지 여부가 문제될 수 있다.

- 당사자의 진정한 동의나 협조가 있는 경우에는 영장이 필요하지 않는다.
- 당사자의 동의가 없는 경우 해당 조사의 목적과 내용이 범죄의 수사가 아닌 행정적 조사로 여겨지거나 긴급한 경우라면 영장이 필요하지 않는다.

- ‘행정적 조사’ 라고 하는 것은 정기적으로 법규의 준수여부를 확인하는 것으로 미국 연방식품의약화장품법(FD&C Act)의 해석상 이론이 체계적으로 정립되어 있다.²⁴⁷⁾
 - 미국의 경우, 오랜 기간 동안 감독과 검사에 밀접한 관행이 있거나, 광범하게 규율 받는 사업을 내용으로 하는 산업체에 대한 검사는 영장이 필요하지 않고, 당사자가 출입을 거부하는 경우 영장이 없다면 강제력을 행사할 수 없게 된다.

2. 서류조사 및 현장조사의 병행 - 공정거래위원회

- 공정거래위원회는 법률 및 경제 전문가들의 합의에 의하여 업무를 집행하며 독점규제 및 공정거래에 관한 법규상의 위반사건을 조사하고 시정한다.
- 조사관과 피심인 사이의 대심구조 등으로 준사법적 절차가 보장되고 있으며 1심의 지위가 인정되고 있다는 점에서 준사법적 기능을 또한 수행하고 있다.
- 공정거래위원회는 신고 또는 직권인지에 의해 사건을 조사하게 되며 「공정거래위원회 회의 운영 및 사건절차 등에 관한 규칙」에 따라 사전심사, 현장조사를 실시한 후 사전심사 착수보고를 하고 심사절차를 개시하여 심사결과, 위법성이 인정되면 심사관(국장)은 심사보고서를 작성하여 위원회(전원회의/소회의)에 상정하고 위원회의 심의의결을 통해 위법성 및 시정조치 내용을 확정한다.
- (조직구성) 공정거래위원회는 의사결정기구인 위원회와 실무기구인 사무처로 구성되어 있으며, 위원회는 위원장 1인, 부위원장 1인을 포함한 위원 9인으로 구성되고, 그중 3인은 상임위원 4인은 비상임위원이다.
 - 사건국 및 5개의 지방사무소가 법위반사실을 인지하고 조사하며, 송무팀이 소송수행을 담당하고 있다.
- 공정거래위원회의 조사는 행정조사의 일종에 해당하지만, 준사법적 성격으로 인하여 행정조사기본법과 행정절차법의 적용범위에서 제외되는 특징을 가지고 있다.
 - 공정거래위원회는 경찰권한은 없으므로 사적인 장소에 출입하거나 개인을 체포하는 것은 불가능하다.

247) , 식품안전 행정의 실효성 확보- 한국 식품위생법과 미국 연방식품의약화장품법상의 조치의 비교를 중심으로, 경북대학교 법학연구원 법학논고 제53집, 2016. 2 참조.

며 피조사자가 조사를 거부하는 경우에 과태료 부과 처분은 가능하다

- 경찰과 달리 압수수색 영장을 발부받아 강제적인 조사를 실시할 권한이 없다.
- 현장조사시 공정거래위원회의 권한이나 조사범위에 대한 구체적인 판례는 많지 않다.

- 공정거래법상의 조사는 일반적인 행정조사 중에서도 특히 주로 범위반혐의를 확인하기 위한 목적으로 수행되는 절차로서 그 과정에서 실행행사가 수반될 가능성이 높고, 조사결과 그 조사인에 대한 침익적 행정처분의 부과로 이어지는 데 반하여 범위반혐의자의 권리보장 수준은 상당히 미흡하다는 지적이 제기되어 왔다.²⁴⁸⁾
- 독점규제법 제50조의2²⁴⁹⁾에서 조사공무원에게 필요한 최소한의 범위에서 조사를 행할 것을 규정하고, 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용하지 말 것을 규정하고 있으나 사실상 강제조사에 준하는 강도 높은 조사가 이루어짐에도 불구하고 검찰수사의 영장주의에 대응하는 견제장치나 피조사인의 변호인의 조력을 받을 권리의 보장 등과 관련하여 개선 및 보완의 요청이 그간 꾸준히 제기되어 왔다. 입법예고된 독점규제 및 공정거래에 관한 법률²⁵⁰⁾은 이러한 취지의 내용들이 법제화되어 반영되어 있다.

3. 서류조사 중심 - 금융감독원²⁵¹⁾

- 금융감독원은 불공정거래 행위 등의 행정상의 단속목적을 위하여 개별법에서 조사 목적의 자료제출 명령, 사업장출입조사 등을 할 수 있다.
- 시세조종, 내부자거래, 사기적 부정거래와 같은 증권불공정거래의 경우 혐의자에 대하여 수사기관의 고발 등 형사절차로 이어질 개연성을 항상 가지고 있고, 이러한 행정기관의 자료제출명령을 거부하거나, 조사를 거부하거나 방해하는 행위에 대하여 일정한 벌칙을 규정하고 있기 때문에, 피조사자의 진술거부권을 침해하는 것은 아닌가하는 지적이 계속적으로 제기되어 왔다.²⁵²⁾
- 금융감독원 조사담당자에게 혐의자를 체포구속하거나 압수수색할 수 있는 권한은 없지만, 조사 요

248) 김수연, 한국경제연구원 정책연구 14-25, 2015 참조.

249) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제50조의2(조사권의 남용금지) 조사공무원은 이 법의 시행을 위하여 필요한 최소한의 범위 안에서 조사를 행하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용하여서는 아니된다.

250) [2019.3.19.] [법률 제15784호, 2018. 9. 18.,.]

251) 서완석, 자본시장법상의 시세조종행위 규제, 상사판례연구 제22집 제3권, 한국상사판례학회, 2009, 송호신, 시세조종행위에 대한 자본시장통합법의 규제, 한양법학 제27집, 2009, 이근우, 사실상 수사로서 행정조사의 형사절차적한계, 고려대학교 법학석사학위논문, 2004, 이정수, 금융감독원 증권불공정거래 조사절차의 형사소송법적 검토 - 서울중앙지방법원 2013. 12. 5. 선고 2013고단3067 판결과 같은 법원 2011. 1. 28. 선고 2010고합11 판결의 비교분석을 중심으로, 법학평론5, 2015.02.

252) 조국, 압수수색의 합법성 기준의 재검토, 한국비교형사법학회, 2003년도 하계국제학술대회 자료집2003, 이근우, 사실상 수사로서 행정조사의 형사절차적 한계, 고려대학교 법학석사학위논문, 2004.

구에 불응한 자에게 징역 또는 벌금을 부과할 수 있다.

- 피조사자가 금융기관인 경우에는 금융감독원과의 관계상 금융감독원 조사담당자의 조사에 불응하는 것은 현실적으로 불가능하다는 점에서 조사의 임의성이 아닌 강제성을 띠고 있다.

○ 금융감독원의 조사절차가 형사절차라면 형사소송법이 적용되어야 하고, 행정절차라면 행정절차법이 적용되어야 한다. 실무상으로는 조사절차의 성격을 행정절차로 파악하고 있는데, 금융감독원이 경찰이나 검찰이 아닌, 행정기관인 금융위원회나 증권선물위원회의 권한위임을 받아 업무를 수행하고 있는 점에서 비롯된 것으로 여겨진다.

○ 금융감독원의 조사절차가 형사고발권의 행사를 위한 행정조사에 해당한다면, 행정조사에서 수집된 증거 자료들이 행정청의 고발에 첨부되는 등으로 실질적으로 영장주의가 형해화되는 결과가 초래될 수 있다. 조사행위가 행정조사보다는 수사행위에 해당하는 정도에 이르면 피조사자에 대하여 적정절차가 보장되도록 할 필요성이 제기된다.

○ 금융감독원의 조사를 행정조사라고 보아 형사절차에서 보장된 진술거부권, 변호인의 참여권 등을 인정하지 않으면서, 그러한 절차를 통해 만들어진 문답서에 대해서는 형사소송법 제313조(진술서)²⁵³를 적용하여 형사소송법 제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서)²⁵⁴에 따라 피고인이 내용 부인

253) 제313조(진술서등) ①전2조의 규정 이외에 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류로서 그 작성자 또는 진술자의 자필이거나 그 서명 또는 날인이 있는 것(피고인 또는 피고인 아닌 자가 작성하였거나 진술한 내용이 포함된 문자·사진·영상 등의 정보로서 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체에 저장된 것을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)은 공판준비나 공판기일에서의 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다. 단, 피고인의 진술을 기재한 서류는 공판준비 또는 공판기일에서의 그 작성자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명되고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한하여 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다. <개정 2016. 5. 29.>

② 제1항 본문에도 불구하고 진술서의 작성자가 공판준비나 공판기일에서 그 성립의 진정을 부인하는 경우에는 과학적 분석 결과에 기초한 디지털포렌식 자료, 감정 등 객관적 방법으로 성립의 진정함이 증명되는 때에는 증거로 할 수 있다. 다만, 피고인 아닌 자가 작성한 진술서는 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 작성자를 신문할 수 있었을 것을 요한다. <개정 2016. 5. 29.>

③ 감정의 경과와 결과를 기재한 서류도 제1항 및 제2항과 같다. <신설 2016. 5. 29.>

254) 형사소송법 제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서 등) ①검사가 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 공판준비 또는 공판기일에서의 피고인의 진술에 의하여 인정되고, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다.

②제1항에도 불구하고 피고인이 그 조서의 성립의 진정을 부인하는 경우에는 그 조서에 기재된 진술이 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 영상녹화물이나 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 할 수 있다.

③검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다.

④검사 또는 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 그 조서가 검사 또는 사법경찰관 앞에서 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 원진술자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이나 영상녹화물 또는 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 원진술자를 신문할 수 있었던 때에는 증거로 할 수 있다. 다만, 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다.

⑤제1항부터 제4항까지의 규정은 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 수사과정에서 작성한 진술서에 관하여 준용한다.

⑥검사 또는 사법경찰관이 검증의 결과를 기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비 또는 공판기

할 경우 증거능력이 없어지는 사법경찰관리의 진술조서보다 증거능력을 쉽게 인정한다면 사법경찰관리의 수사와 같은 형사절차를 통하여 증거를 수집하는 대신 금융감독원 단계에서 보다 많은 내용을 조사하게 하고 이를 문답서 등을 통하여 증거화하려는 경향이 발생할 수 있다는 지적이 제기된다.

Ⅲ. 그 외 행정기관의 행정조사의 방식

1. 감사원법

1) 계산서 등의 제출

- <감사원규칙으로 정하는 바에 따라> 계산서·증거서류·조서 및 그 밖의 자료를 감사원에 제출(제25조 제1항)요구할 수 있고, 이를 제출하기 곤란할 때에는 이를 갈음하여 감사원이 지정하는 다른 자료를 제출할 수 있다(제25조 제2항).

2) 서면감사, 실지감사

- 필요한 경우에는 직원을 현지에 파견하여 실지감사(實地監査)를 가능하다(제26조).

3) 출석답변, 자료제출, 봉인

- 필요시 가능한 조치들(제27조 제1항)
 - 관계자 또는 감사사항과 관련이 있다고 인정된 자의 출석·답변의 요구
 - 증명서, 변명서, 그 밖의 관계 문서 및 장부, 물품 등의 제출 요구
 - 참고, 금고, 문서 및 장부, 물품 등의 봉인

4) 정보 또는 자료제출요구권(제27조 제2항)

- “필요하면 다른 법률의 규정에도 불구하고” 인적 사항을 적은 문서에 의하여 금융기관의 특정 점포에 금융거래의 내용에 관한 정보 또는 자료의 제출을 요구할 수 있다.
- “해당 금융기관에 종사하는 자는 이를 거부하지 못함” 을 규정하고 있다(제27조 제2항).

5) 관계기관의 협조, 지원, 파견요구권(제30조)

작성자의 진술에 따라 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다.

- 국가 또는 지방자치단체의 기관, 그 밖의 감사대상 기관의 장에게 감사에 필요한 협조와 지원 및 그 소속공무원 또는 임직원의 파견을 요구가능하다(제30조).

2. 방송통신위원회(방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률, 전기통신사업법)

1) 자료제출요구권(제25조 제4항)

- 심의위원장은 필요한 경우에는 방송사업자, 중계유선방송사업자, 전광판방송사업자, 외주제작사, 인터넷 멀티미디어 방송 콘텐츠사업자 등에게 심의에 필요한 자료의 제출을 요구할 수 있다.
- 자료제출을 요구받은 방송사업자들은 “정당한 사유가 없으면 이에 따라야 함”을 규정하고 있다 <개정 2018. 2. 21.>(제25조 제4항).

2) 사실조사권

- 출입 및 장부 등 조사권
 - 사업장에 출입하여 장부, 서류, 그 밖의 자료나 물건을 조사할 수 있다(전기통신사업법 제51조 제2항).
- 사전통지
 - 조사 7일 전까지 조사기간·이유·내용 등에 대한 조사계획을 해당 전기통신사업자에게 알려야 한다.
 - 다만, 긴급한 경우나 사전에 통지하면 증거인멸 등으로 조사 목적을 달성할 수 없다고 인정하는 경우 예외가 가능하다(동법 제51조 제3항).
- 증표제시의무 및 관계자 참여권 보장
 - 사업장에 출입하여 조사하는 사람은 그 권한을 표시하는 증표를 제시해야 한다.
 - 해당 사무소나 사업장의 관계인을 참여시켜야 한다(동법 제51조 제4항).
- 제출명령 및 보관권
 - 조사를 하는 소속 공무원은 필요한 자료나 물건의 제출을 명할 수 있다.
 - 제출된 자료나 물건의 폐기·은닉·교체 등 증거인멸의 우려가 있는 경우에는 그 제출된 자료나 물

건을 일시 보관할 수 있다(동법 제51조 제5항)

○ 보관하고 있는 자료나 물건의 즉시 반환의무규정(제51조 제6항)

- 보관한 자료나 물건을 검토한 결과 해당 조사와 관련이 없다고 인정되는 경우
- 해당 조사 목적의 달성 등으로 자료나 물건을 보관할 필요가 없어진 경우

○ 제재조치권(동법 제25조 제1항)

- 방송법 제100조 제1항²⁵⁵)에 따른 제재조치·권고 또는 의견제시
- 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의7에 따른 불법정보 유통에 대한 취급의 거부·정지 또는 제한

○ 조사 방해에 대한 제재시 과태료 규정(제104조)

- 자료의 제공 요청이나 출석명령에 따르지 아니한 자
- 자료 제출 명령에 응하지 아니하거나 거짓으로 자료를 제출한 자
- 자료나 물건의 제출명령 또는 제출된 자료나 물건의 일시 보관을 거부 또는 기피하거나 이에 지장을 주는 행위를 한 자
- 검사를 거부·방해 또는 기피한 자
- 보고를 하지 아니하거나 거짓으로 보고한 자
- 자료의 열람·제출 및 검사 요구에 따르지 아니하거나 거짓으로 자료제출을 한 자
- 시정명령 등을 이행하지 아니한 자

3. 국세청(조세범처벌절차법)

1) 압수수색권과 참고인 참여

- 조세범칙행위 혐의자 또는 참고인을 심문하거나 압수 또는 수색할 수 있으며, 압수 또는 수색을 할 때에는 대통령령으로 정하는 사람을 참여하게 하여야 한다(제8조).

2) 압수·수색영장

255) 제100조(제재조치등) ①방송통신위원회는 방송사업자·중계유선방송사업자·전광판방송사업자 또는 외주제작사가 제33조의 심의규정 및 제74조제2항에 의한 협찬금지 규칙을 위반한 경우에는 5천만원 이하의 과징금을 부과하거나 위반의 사유, 정도 및 횟수 등을 고려하여 다음 각호의 제재조치를 명할 수 있다. 제35조에 따른 시청자불만처리의 결과에 따라 제재를 할 필요가 있다고 인정되는 경우에도 또한 같다. 다만, 방송통신심의위원회는 심의규정 등의 위반정도가 경미하여 제재조치를 명할 정도에 이르지 아니한 경우에는 해당 사업자·해당 방송프로그램 또는 해당 방송광고의 책임자나 관계자에 대하여 권고를 하거나 의견을 제시할 수 있다.

- 세무공무원이 제8조에 따라 압수 또는 수색을 할 때에는 근무지 관할 검사에게 신청하여 검사의 청구를 받은 관할 지방법원판사가 발부한 압수·수색영장이 있어야 한다.

3) 심문조서 등의 작성

- 세무공무원은 심문하거나 압수 또는 수색을 하였을 때에는 조서에 그 경위(經緯)를 기록하여 심문을 받은 사람 또는 제8조 후단에 따른 참여자에게 확인하게 한 후 그와 함께 서명날인을 하여야 한다. 이 경우 서명날인을 하지 아니하거나 할 수 없을 때에는 그 사유를 조서에 기록하여야 한다(법 제 11조).

4) 타국가기관에의 협조요청권

- 국세청장·지방국세청장 또는 세무서장은 조세범칙조사를 실시하기 위하여 필요한 경우에는 다른 국가기관에 협조를 요청할 수 있다.
- “협조요청을 받은 국가기관은 특별한 사유가 없으면 요청에 따라야 함”을 규정함으로써 협조요청에 대한 사실상의 실효성을 확보하고자 하였다.

4. 관세청(관세청법)

1) 사법경찰관리의 직위

- 세관공무원은 관세법에 관하여 「사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」에서 정하는 바에 따라 사법경찰관리의 직무를 수행한다(제295조).

2) 압수수색권

- 수색·압수영장(제296조)
- 현행범의 체포(제297조)
- 검증수색(제300조). 세관공무원은 관세법 조사에 필요하다고 인정할 때에는 선박·차량·항공기·창고 또는 그 밖의 장소를 검증하거나 수색할 수 있다.

3) 운송수단의 출발 정비

- 관세청장이나 세관장은 이 법 또는 이 법에 따른 명령을 집행하기 위하여 필요하다고 인정될 때에는 운송수단의 출발을 중지시키거나 그 진행을 정지시킬 수 있다(제262조).

4) 서류의 제출 또는 보고 등의 명령권

- 관세청장이나 세관장은 필요하다고 인정될 때에는 물품·운송수단 또는 장치 장소에 관한 서류의 제출·보고 또는 그 밖에 필요한 사항을 명하거나, 세관공무원으로 하여금 수출입자·판매자 또는 그 밖의 관계자에 대하여 관계 자료를 조사하게 할 수 있다(제263조).

5) 자료제출요구권

- 과세자료의 요청(제264조)
- 수출입업자·판매업자 또는 그 밖의 관계자에 대하여 질문하거나 문서화·전산화된 장부, 서류 등 관계 자료 또는 물품을 조사하거나, 그 제시 또는 제출을 요구가 가능하다(제266조).

6) 봉쇄조치권

- 세관공무원은 명령을 위반한 행위를 방지하기 위하여 필요하다고 인정될 때에는 물품, 운송수단, 장치 장소 및 관계 장부·서류를 검사 또는 봉쇄하거나 그 밖에 필요한 조치를 할 수 있다(제265조).

7) 무기의 휴대 및 사용(제267조)

8) 관계 기관의 장에 대한 원조요구 가능(제267조의 2)

- 육군·해군·공군의 각 부대장, 국가경찰관서의 장, 해양경찰관서의 장

9) 피의자, 증인 또는 참고인 조사권(제291조) 및 출석요구권(제294조)

- 피의자·증인 또는 참고인에게 출석 요구를 할 때에는 출석요구서를 발급하여야 한다.

10) 검증수색(제300조)

- 세관공무원은 관세법 조사에 필요하다고 인정할 때에는 선박·차량·항공기·창고 또는 그 밖의 장소를 검증하거나 수색할 수 있다.

11) 조사중 출입금지(제307조)

- 세관공무원은 피의자·증인 또는 참고인에 대한 조사·검증·수색 또는 압수 중에는 누구를 막론하고 그 장소에의 출입을 금할 수 있다.

12) 조사절차와 관련된 제한 규정

- 제복착용 또는 신분증명증표제시(제308조)
- 야간집행은 제한된다(제306조). 즉, 해진 후부터 해 뜨기 전까지는 검증·수색 또는 압수를 할 수 없다. 다만, 현행범인 경우와 이미 시작한 검증·수색 또는 압수에 대해서는 예외를 두고 있다.

5. 노동부(근로기준법, 노동위원회법)

1) 근로감독권의 권한(근로기준법 제102조) 및 사법경찰관의 직무수행

- 사업장, 기숙사, 그 밖의 부속 건물을 현장조사하고 장부와 서류의 제출을 요구할 수 있으며 사용자와 근로자에 대하여 심문(尋問)할 수 있다.
- 근로감독관은 이 법이나 그 밖의 노동 관계 법령 위반의 죄에 관하여 「사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」에서 정하는 바에 따라 사법경찰관의 직무를 수행한다.

2) 노동위원회의 조사권(노동위원회법 제23조)

- 근로자, 노동조합, 사용자, 사용자단체, 그 밖의 관계인에 대하여 출석·보고·진술 또는 필요한 서류의 제출을 요구하거나 위원장 또는 부문별 위원회의 위원장이 지명한 위원 또는 조사관으로 하여금 사업 또는 사업장의 업무상황, 서류, 그 밖의 물건을 조사하게 할 수 있다.
- 조사하는 위원 또는 조사관은 그 권한을 표시하는 증표를 관계인에게 제시해야한다.
- 관계 당사자 외에 필요하다고 인정되어 출석한 사람에게 대통령령으로 정하는 바에 따라 비용을 변상함을 규정하고 있다.
- 노동위원회는 심판사건과 차별적 처우 시정사건의 신청인이 제출한 신청서 부분을 다른 당사자에게 송달하고 이에 대한 답변서를 제출하도록 하여야 하며, 다른 당사자가 제출한 답변서의 부분을 지체 없이 신청인에게 송달하여야 한다.

3) 조사관련 비밀엄수의 규정(제28조)

- 노동위원회의 위원이나 직원 또는 그 위원이었거나 직원이었던 사람은 직무에 관하여 알게 된 비밀을 누설하면 아니 되며, 노동위원회의 사건 처리에 관여한 위원이나 직원 또는 그 위원이었거나 직원이었던 변호사·공인노무사 등은 영리를 목적으로 그 사건에 관한 직무를 하면 아니된다.

4) 조사방해에 대한 제재(제31조) - 500만원 이하의 벌금

- 노동위원회의 보고 또는 서류제출 요구에 응하지 아니하거나 거짓으로 보고하거나 거짓의 서류를 제출한 자
- 관계 위원 또는 조사관의 조사를 거부·방해 또는 기피한 자

6. 기획재정부(외국환거래법)

1) 타 행정기관에 대한 자료제출요구권 및 응대의무(제20조)

- 거래 당사자 또는 관계인으로 하여금 필요한 보고를 하게 할 수 있으며, 비거주자에 대한 채권을 보유하고 있는 거주자로 하여금 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 보유 채권의 현황을 기획재정부 장관에게 보고하게 할 수 있다.
- 기획재정부장관은 국세청, 한국은행, 금융감독원, 외국환업무취급기관등 이 법을 적용받는 관계 기관의 장에게 관련 자료 또는 정보의 제출을 요구할 수 있으며, 이 경우 관계 기관의 장은 특별한 사유가 없으면 그 요구에 따라야 한다.
- 기획재정부장관은 소속 공무원으로 하여금 외국환업무취급기관등이나 그 밖에 이 법을 적용받는 거래 당사자 또는 관계인의 업무에 관하여 검사하게 할 수 있다.
- 기획재정부장관은 효율적인 검사를 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 외국환업무취급기관등이나 그 밖에 이 법을 적용받는 거래 당사자 또는 관계인의 업무와 재산에 관한 자료의 제출요구가능하다.

2) 조사방해에 대한 제재(제32조) - 3천만원 이하의 과태료 부과

- 신고를 갈음하는 사후 보고를 하지 아니하거나 거짓으로 사후 보고를 한 자
- 검사에 응하지 아니하거나 검사를 거부·방해 또는 기피한 자

7. 중앙선거관리위원회(공직선거법)

1) 선거범죄 관련 출입, 조사, 서류제출요구권, 동행출석요구권, 현장조치권(제272조의 2)

- 그 장소에 출입하여 관계인에 대하여 질문·조사를 하거나 관련서류 기타 조사에 필요한 자료의 제출을 요구할 수 있다.
- 현장에서 선거범죄에 사용된 증거물품으로서 증거인멸의 우려가 있다고 인정되는 때에는 조사에 필요한 범위 안에서 현장에서 이를 수거가 가능하다.
- 선거범죄 조사와 관련하여 관계자에게 질문·조사하기 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 선거관리위원회에 동행 또는 출석할 것을 요구가 가능하다.
- 각급선거관리위원회위원·직원등은 선거의 자유와 공정을 현저히 해할 우려가 있는 이 법에 위반되는 행위가 눈앞에 행하여지고 있거나, 행하여질 것이 명백하다고 인정되는 경우에는 그 현장에서 행위의 중단 또는 예방에 필요한 조치를 할 수 있다.

2) 진술거부권 및 변호인의 조력을 받을 권리

- 피조사자에 대하여 질문·조사를 하는 경우 질문·조사를 하기 전에 피조사자에게 진술을 거부할

수 있는 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 알리고, 문답서에 이에 대한 답변을 기재하여야 한다.

- 각급선거관리위원회 위원·직원은 피조사자가 변호인의 조력을 받으려는 의사를 밝힌 경우 지체 없이 변호인(변호인이 되려는 자를 포함한다)으로 하여금 조사에 참여하게 하거나 의견을 진술하게 하여야 한다.
- 소명절차·방법, 증거자료의 수거, 증표의 규격 기타 필요한 사항은 중앙선거관리위원회규칙으로 정한다.

3) 통신자료열람제출요구권(제272조의 3)

가. 승인이 필요한 경우

- 각급선거관리위원회(읍·면·동선거관리위원회를 제외한다. 이하 이 조에서 같다)직원은 정보통신망을 이용한 법 위반행위의 혐의가 있다고 인정되는 상당한 이유가 있는 때에는 당해 선거관리위원회의 소재지를 관할하는 고등법원 수석부장판사 또는 이에 상당하는 부장판사의 승인을 얻어 정보통신서비스제공자에게 당해 정보통신서비스 이용자의 성명(이용자를 식별하기 위한 부호를 포함)·주민등록번호·주소(전자우편주소·인터넷 로그기록자료 및 정보통신망에 접속한 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 자료를 포함)·이용기간·이용요금에 대한 자료의 열람이나 제출
- 정보통신서비스제공자에게 이용자의 성명·주민등록번호·주소·이용기간·이용요금, 송화자 또는 수화자의 전화번호, 설치장소·설치대수에 대한 자료의 열람이나 제출

나. 승인이 필요하지 않은 경우

- 인터넷 홈페이지 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등을 게시하거나 전자우편을 전송한 사람의 성명·주민등록번호·주소 등 인적사항
- 문자메시지를 전송한 사람의 성명·주민등록번호·주소 등 인적사항 및 전송통수

제3절 조사절차 흐름도

I. 행정조사의 일반적인 흐름도²⁵⁶⁾



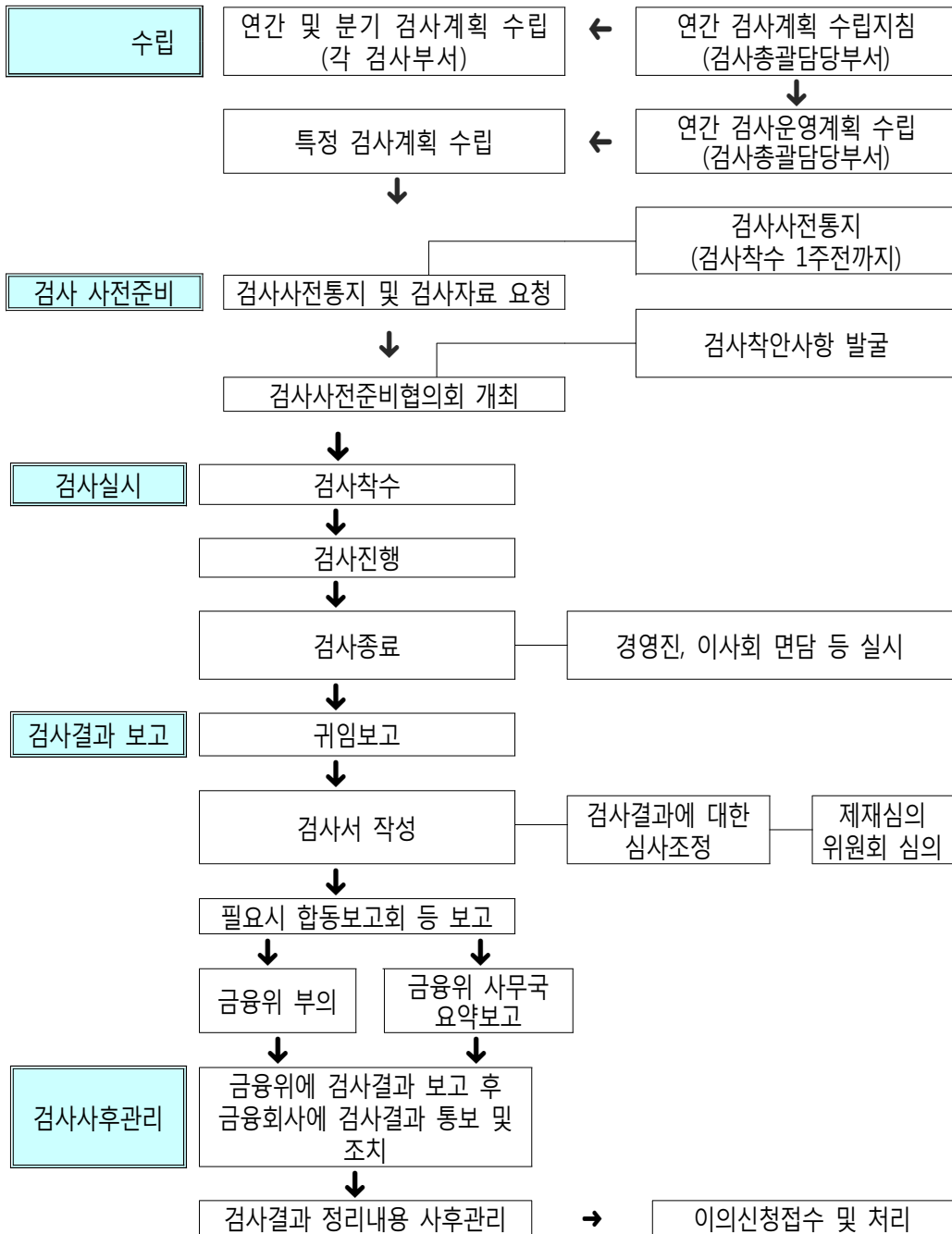
256) , 729-735면 참조.

II. 금융위원회의 불공정거래 조사

1. 단계별 과정

- 검사업무는 1) 검사계획 수립 → 2) 검사사전준비 → 3) 검사 실시 → 4) 검사결과 보고 → 5) 검사 사후관리의 순으로 진행된다.

검사업무 흐름도



(1) 검사계획 수립 등 사전준비 실시

- 상시 모니터링을 실시하고 연간 분기별 검사계획을 수립하며, 검사를 사전준비한다.
- 검사사전준비반을 편성 및 운영하고, 사전자료제출을 요청하고, 검사사전분비협의회 개최 등의 절차를 진행한다.

(2) 검사 실시

- 검사실시통보서를 교부하고 관계자료의 제출요구 및 관련 임직원과의 면담 등을 추진하고, 검사과정에서 수검자는 변호사 등의 조력을 받을 수 있음을 고지한다.

(3) 검사결과 처리

- 검사결과 조치 예정사항에 대한 제재심의위원회 심의를 거치고 심의전 사전통지와 의견청취 절차를 가진다. 검사결과는 금융위원회의 의결과 보고를 거치고, 검사서를 작성하며, 금융회사에서 검사결과를 통보한 후, 이의신청접수 및 처리 등의 단계 등을 포함한다.

(4) 조사 협조사항의 문구 예시

우리원은 투명하고 공정한 검사업무 수행을 위하여 금융회사 임직원으로부터 직·간접을 불문한 사례·종여 또는 접대를 받거나 요구하고 있지 않음을 알려드립니다.

만약 우리원 검사원이 검사업무와 관련하여 부당한 요구 등을 하는 경우 우리원 감찰실(02-3145-5493)로 제보하여 주시기 바랍니다.

2. 금융감독원의 조사절차의 특징사항

- 조사절차에 관하여는 금융위원회 고시인 자본시장조사업무규정에 규정되어 있으며, 금융감독원은 이하의 방법에 의한 조사를 실시할 수 있다.
 - 출석요구, 진술서제출요구 및 장부·서류 기타 물건의 제출요구, 장부·서류 그 밖의 물건의 영치, 관계자의 사무소 또는 사업장예의 출입을 통한 업무·장부·서류 그 밖의 물건의 조사, 금융투자업자, 금융투자업관계기관 또는 거래소에 대한 자료제출요구, 보고·자료제출요구 또는 조사, 금융거래정보등의 제공요구
 - 현장조사는 대부분의 경우에는 이루어지지 않으며, 주된 조사방법은 자료제출 및 참고인 출석에 의한 진술이다.

- 임의제출을 하지 않을 경우 사실상 이를 강제할 방법은 없으나, 금융감독원의 업무는 지속적인 관리 및 감독의 영역에 해당하므로 사업을 지속하고자 하는 상대방 기업이나 조사대상자로서는 조사 요청에 대하여 사실상의 강제력 내지 구속력을 느끼는 것이 일반적이다.

○ 금융감독원의 조사절차의 법적 성격

- 조사절차가 형사절차라면 형사소송법이 적용되어야 하고, 행정절차라면 행정절차법이 적용된다. 조사절차의 성격을 행정절차로 파악하고 있는 것은 근본적으로 금융감독원이 행정기관인 금융위원회나 증권선물위원회의 권한위임을 받아 업무를 수행하고 있는 점에 기인하고 있다.
- 그러나 이러한 견해는 다음과 같은 측면에서 문제점이 제기되고 있는데, 금융감독원에서 조사를 행하는 목적이 주로 형사소추를 위한, 또는 최소한 형사증거를 수집하기 위한 경우가 많고 경우에 따라서는 온전히 그것만을 위한 경우도 있기 때문이며, 증권불공정거래를 한 자가 금융기관인 경우에는 조사를 통해 형사범죄사실에 대해서는 증권선물위원회를 통해 검찰에 고발 또는 통보조치를 하는 한편으로 금융감독원에서도 기관 내지 개인에 대해 제재, 징계도 가능하다.²⁵⁷⁾

○ 진술요청과 관련하여 절차적 보장 강화를 위한 노력

- 제보인의 신원보호를 위한 규정으로서 인적사항의 기재를 생략가능함이 추가되었고,²⁵⁸⁾ 변호인의 조력권이 규정되었다.

3. 자본시장 불공정거래에 대한 금융규제기관과 수사기관의 역할

○ 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(자본시장법)은 불공정거래행위에 대한 행정조사와 수사를 구별하고 있다.

- 행정적 제재를 위한 사실확인 절차로서 행정조사는 제426조²⁵⁹⁾ 및 제438조에 의하여 공무원이 아닌 금융감독원에 위탁하고 있으며 조사권한에 강제조사권한은 포함되지 않는다.

257) , 금융감독원 증권불공정거래 조사절차의 형사소송법적 검토 - 서울중앙지방법원 2013. 12. 5. 선고 2013고단3067 판결과 같은 법원 2011. 1. 28. 선고 2010고합11 판결의 비교분석을 중심으로, 법학평론 5, 2015.02, 301-302면.

258) 제16조(제보인등 진술의 청취) 조사원은 제6조제1항제2호·제4호의 규정에 해당하는 제보인등(법인의 경우 그 임직원)에 대하여 제보사항 등에 관한 진술을 요청할 수 있으며, 진술을 들을 때에는 문답서(별지 제11-1호 및 제11-2호 서식) 또는 진술서(별지 제12-1호 및 제12-2호 서식)를 작성하여야 한다. 다만, 제보인의 신원보호를 위해 필요한 경우 인적사항의 기재를 생략할 수 있다.<개정, 단서신설 2015. 7. 14.>(제16조)

259) 제426조(보고 및 조사) ① 금융위원회(제172조부터 제174조까지, 제176조, 제178조, 제178조의2, 제180조부터 제180조의3까지)의 규정을 위반한 사항인 경우에는 증권선물위원회를 말한다. 이하 이 조에서 같다)는 이 법 또는 이 법에 따른 명령이나 처분을 위반한 사항이 있거나 투자자 보호 또는 건전한 거래질서를 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 위반행위의 혐의가 있는 자, 그 밖의 관계자에게 참고가 될 보고 또는 자료의 제출을 명하거나 금융감독원장에게 장부·서류, 그 밖의 물건을 조사하게 할 수 있다.

- 형사처벌을 위한 수사절차는 제427조²⁶⁰⁾에 의하여 금융위원회 소속 조사공무원을 통하여 실시하는 경우 불공정 거래 혐의자에 대한 심문을 할 수 있으며, 검사에 청구로 법관이 발부한 영장을 가지고 압수 수색 등의 강제적인 조사가 가능하고 조사 공무원은 조사 수행시 형사소송법을 준용한다.
- 조사공무원은 일종의 특별사법경찰관리로서 수사기관으로 볼 수 있으나, 그와 관계없이 그 공무원이 자본시장법 제427조에 해당된 규정 권한만을 행사한다. 금융규제기관은 불공정거래에 대한 행정조사 및 조사결과에 따라 행정제재와 수사기관에 대한 고발, 통보 등의 조치를 하게 되고, 수사기관은 금융규제기관의 통보 또는 고발 등의 조치에 따라 정식수사에 착수한다.

4. 민원조사 사항의 (소비자단체)와 공동현장조사의 예

- 금융감독원은 2013년 7월 3일 최초로 금감원에 접수된 일부 금융민원에 대하여 은행부터 순차적으로 소비자단체와 공동 현장조사를 실시하기로 하고, 국민은행을 대상으로 2일간 공동 조사에 착수하였다.
- 이와 같은 공동조사는 현장을 잘 아는 소비자단체와 함께 협업을 통해 새로운 형태의 소비자보호틀을 마련하고, 소비자의 시각으로 접근하여 민원 해결방안을 모색하기 위함이었다. 금융소비자의 권익을 증대하기 위하여 공신력이 높은 소비자단체 중에서 현장조사 참여를 희망하는 4개 단체를 선정하였고, 소비자단체 소속 직원은 금융감독원장으로부터 현장조사원으로 위촉받고 1일 현장조사원으로 업무를 수행한 바가 있다.²⁶¹⁾

5. 금융감독원의 조사절차의 매뉴얼(이하, 금융감독원 매뉴얼²⁶²⁾)

1) 검사준비단계 및 사전예고

- (검사착수) 검사 개시일에 검사대상 금융기관에 검사개시를 알리고 임점 검사원이 분장업무에 따라 검사를 개시하는 것을 말한다.
- (검사개시 통보) 검사실시통보서를 검사대상기관의 장(영업점장)에 교부하는 방법으로 하며 원칙적

260) 427조(불공정거래 조사를 위한 압수·수색) ① 증권선물위원회는 제172조부터 제174조까지, 제176조, 제178조, 제178조의2, 제180조부터 제180조의3까지의 규정을 위반한 행위(이하 이 조에서 "위반행위"라 한다)를 조사하기 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 금융위원회 소속공무원 중 대통령령으로 정하는 자(이하 이 조에서 "조사공무원"이라 한다)에게 위반행위의 혐의가 있는 자를 심문하거나 물건을 압수 또는 사업장 등을 수색하게 할 수 있다. <개정 2008. 2. 29., 2016. 3. 29.>

② 조사공무원이 위반행위를 조사하기 위하여 압수 또는 수색을 하는 경우에는 검사의 청구에 의하여 법관이 발부한 압수·수색영장이 있어야 한다.

261) http://acct.fss.or.kr/fss/kr/promo/bodobbs_view.jsp?s_kind=&s_title=&page=&seqno=16906

262) 금융감독원 은행 102 검사 착수 매뉴얼 29면-61면 요약 발췌

으로 검사원은 검사실시명령서 교부후에 검사에 임하여야 함한다.

○ (검사실시계획)을 사전에 검사대상 금융기관에 통보하여야 한다.

- 다만, 비리행위 적발 등 신속한 현장장악이 필요하거나 장표 및 서류의 조작, 인멸 우려가 있는 금융회사에 대한 위탁, 합동검사, 기타 불가피한 경우 그러하지 아니하다.

○ (사전예고의 시기) 시기를 정하여 현장검사 착수일 1주일전까지 통보한다.

○ (사전예고의 내용) 검사착수시기, 검사인원, 검사범위 등 검사와 관련된 주요 사항을 검사실시전에 검사대상기관(또는 점포)에 통보한다.

○ (사전예고의 제외대상)

- 사전에 통지할 경우 자료·장부·서류 등의 조작·인멸, 대주주의 자산은닉 우려 등으로 검사목적 달성에 중요한 영향을 미칠 것으로 예상되는 경우
- 검사 실시 사실이 알려질 경우 투자자 및 예금자 등의 심각한 불안 초래 등 금융시장에 미치는 악영향이 클 것으로 예상되는 경우
- 긴급한 현안사항 점검 등 사전통지를 위한 시간적 여유가 없는 불가피한 경우
- 기타 검사목적 달성이 어려워질 우려가 있는 경우로서 감독원장이 정하는 경우

○ 조사 방법관련

- (조사의 착수시기) 영업시간 종료후 또는 개시전으로 하는 것이 일반적인 관례이지만, 사정에 따라서는 영업시간 중에 착수할 수도 있다.
- (신분증명, 증표제시) 검사원은 검사착수시 검사원임을 증명하는 증표로서 우리 원 신분증을 휴대하여야 하며, 검사반장은 검사대상기관의 장(영업점장)에게 검사실시통보서를 교부하여야 한다.
- (안내책자 교부 및 설명) 검사 착수시 피검기관에게 검사목적, 검사대상기관 선정사유 등을 설명하고, ‘검사업무처리절차 안내책자’를 교부하며 검사업무 진행절차, 이의신청절차, 금융회사의방어권 등 검사업무처리 전반에 대하여 설명함과 아울러 ‘검사업무 처리절차 안내문(1장짜리 요약문)’을 검사장 입구에 부착한다.
- (사전분담 및 현장조치) 검사원은 사전에 분담된 업무별로 검사에 착수하게 되며, 검사반장은 중대한 사고 등으로 검사의 착수 또는 계속 진행이 곤란한 경우에는 필요한 조치를 취하고 지체 없이 소관 국장에게 보고한 후 그 지시를 받아야 한다.

2) 검사개시 착수

- (검사실시통보서 교부) 검사반장은 검사현장에 도착하여 즉시 검사대상 금융회사의 장 또는 점포의 장에게 검사개시를 알리고 검사실시통보서를 교부한다.
- (검사업무 처리절차안내 책자 교부) 검사를 받는 담당부서장에게 검사절차, 이의제기 및 방어권 보장절차 등을 포함하는 「검사업무 처리절차 안내」 책자를 교부
- (검사절차 안내문 부착) 검사절차 안내문은 검사장 출입구에 부착
- (직원 입회) 현물검사는 반드시 검사대상 점포의 직원 입회하에 실시
- (사무실 형태) 수검기관 임직원들이 편안한 분위기 속에서 수검을 받을 수 있도록 ‘사무실’ 형태로 검사장을 배치하고 여유공간에는 면담장소(회의탁자)를 마련하되, 검사업무에 꼭 필요하지 않은 응접탁자 등은 제거

3) 검사개시 면담

- (면담실시 전) 면담이유 또는 목적을 가급적 명확히 밝히고, 면담시간은 사전에 협의하여 결정하며, 검사반장은 대상 금융회사의 감사(위원), 수검담당부서장 또는 영업점장과 검사개시 면담을 실시한다.
- 검사목적, 검사대상기관 선정사유, 중점 검사사항 등을 설명하고, 원활한 검사진행을 위한 성실한 자료제출 등의 협조를 요청한다.

4) 검사자료 요구

- (기 보유 자료의 최대한 활용) 업무보고서, 공시자료 및 금융회사로부터 기 제출받은 자료 등 자체적으로 보유한 자료를 최대한 활용하고, 자료는 금융회사 인트라넷을 통해 최대한 스스로 확보하고, 가급적 가공을 하지 않은 원본형태로 자료를 요구한다.

5) 검사결과 입증자료 징구

(1) 금융회사의 방어권 보장

- 문답 또는 확인서를 징구하는 경우에는 미리 해당 임직원에게 ‘방어권’ 과 ‘이의신청 절차’ 등에 관하여 설명하고, 이러한 설명을 듣고 충분히 이해하였다는 서명을 받는다.
- 또한, 해당 임직원에게 위법·부당행위 혐의에 대해 충분히 소명할 수 있는 기회를 부여하고, 본인이

원할 경우 준법감시인, 변호사 또는 수검담당부서 임직원의 조력을 받을 수 있는 기회도 제공한다.

(2) 확인서 제출 요구

- 확인서 내용은 구체적 사실관계 위주로 기재하고, 관련 문서 및 장표의 사본 등에 의하여 위법·부당 행위가 입증되는 경우에는 확인서를 받지 않을 수 있다.
 - 수검기관이 확인서 제출을 거부·지연할 우려가 있는 등 필요한 때에는 검사반장 명의로 기한을 정하여 공식문서로 확인서 제출을 요구한다. 다만, 확인서 내용 중 사실과 다른 부분이 있거나 기타 의견이 있는 경우 의견서를 제출할 수 있도록 안내하고 의견서를 첨부한다.
- 위법·부당의 정도가 낮은 현지조치사항에 대하여는 확인서 대신에 문서·장표사본 등을 입증자료로 청구한다.

(3) 문답 실시 및 기록

- 검사반장은 업무효율성 확보 및 문답대상자 직위를 감안하여 관련내용을 가장 잘 숙지하고 있는 검사역을 지정하여 문답을 실시한다.
- 검사반장은 금융회사 임직원이 원할 경우 변호사, 준법감시인 또는 수검담당부서 임직원 등을 입회인으로 지정하여 방어권을 보장하여야 한다.
 - 금융회사 직원 등이 입회하지 않을 경우, 검사반장은 문답대상자의 직위를 고려하여 금융감독원 직원을 입회인으로 지정하고, 문답대상자별 문답을 담당한 검사원 및 입회인을 문답서관리대장에 기록한다.

(4) 질문서

- 질문서를 받는 사람의 직위를 고려하여 질문서 발부 명의자를 차별화하여 발부한다.
 - 금융지주, 은행, 증권, 보험 등 금융회사의 장에 대해서는 검사실시 부서장 명의로 발부하고, 기타 관련자의 경우는 검사반장 명의로 발부한다. 다만, 검사현장에서 질문서를 발부하는 경우에는 금융회사의 장에 대해서도 검사반장의 명의로 발부한다.

6) 현지조치

- (현지조치의 처리 기준) 경미한 위법·부당행위가 이미 시정되어 별도조치가 불필요 하거나, 금융회

사가 재발 방지를 위하여 자율적으로 관리할 것으로 기대되는 경우, 위반의 정도가 경미하고 책임 소재가 분명하지 않은 경우, 단순한 착오 또는 오류에 의한 일회성의 경미한 위반사항 등의 경우 현지조치 처리한다.

7) 현물검사

8) 검사개시 면담

9) 검사자료징구 등

착수후 자료징구 및 업무현황 파악, 검사의 진행, 의견청취 등이 이에 포함된다.

- 검사원은 검사진행중 납득하기 어려운 사항이 있을 때에는 일차적으로 검사대상기관의 취급책임자로부터 취급경위와 의견을 청취하여야 하며, 그래도 납득할 수 없는 경우에는 부점장의 의견을 들어 문제점 유무를 판단하여야 한다. 문제점이 있다고 판단될 때에는 즉시 검사반장에게 보고하여 충분한 협의를 거친 후 조치요구할 방향을 결정하여야 한다.
- 검사결과 나타난 위법·부당행위의 관련자 또는 당해 금융기관에 대하여는 의견진술의 기회를 주어야 하는데, 의견진술의 방법은 확인서에 관련 의견서를 첨부하거나, 문답서 또는 질문서에 의하며 관련자 또는 당해 금융기관이 의견제출을 하지 아니하거나 거부하는 경우에는 의견이 없는 것으로 본다.
- 검사과정에서의 의견청취 이외에도 금융기관 또는 금융기관 임직원에게 과태료 부과를 건의하고자 하는 경우 10일 이상의 기간을 정하여 당사자에게 구술 또는 서면에 의한 의견진술의 기회를 주도록 하고 있다.
- 또한 금융기관 또는 그 임직원에게 대하여 제재를 하는 경우 그 제재에 관하여 행정심판의 제기, 기타 불복을 할 수 있는 권리에 관한 사항을 제재대상자에게 알려주어야 한다(검사결과 통보공문에 동 내용 명기).
- 이와 같은 의견청취제도는 행정절차법 제22조 제3항²⁶³⁾에 의한 행정청의 행정행위로 인하여 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우 의견제출의 기회를 주어야 한다는 법정신을 준용한 것이다.

(4) 입증자료 징구

- 검사원은 검사결과 나타난 금융기관 또는 금융기관 임직원의 위법·부당행위에 대하여는 확인서, 질

263) 제22조 ③ 행정청이 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 할 때 제1항 또는 제2항의 경우 외에는 당사자들에게 의견제출의 기회를 주어야 한다.

문서, 의견서, 문서 및 장표의 사본 등과 같은 입증자료를 받아야 한다.

- 문답 또는 확인서를 청구할 때는 해당 임직원에게 위법·부당행위 혐의에 대해 충분히 소명할 수 있도록 해야하며 임직원은 변호사 또는 기타 전문지식을 갖춘 사람의 조력을 받을 수 있다(금융기관검사및제재에관한규정 제8조의3)²⁶⁴.
 - 문답서 또는 확인서를 청구시 미리 해당 임직원에게 대하여 방어권과 이의신청절차 등에 관하여 설명하고 이러한 설명을 듣고 충분히 이해하였다는 서명을 받는다.
- 확인서
 - 검사결과 나타난 위법 부당행위에 대한 증거를 보강하기 위하여 6하원칙에 따라 구체적 사실을 기재한 확인서를 청구할 수 있으며, 관련자 등이 의견진술을 희망하는 경우 의견서를 첨부하도록 할 수 있다. 다만, 관련 문서 및 장표의 사본 등에 의하여 위법 부당행위가 입증되는 경우에는 이를 청구하지 아니할 수 있다.
- 문답서 또는 질문서
 - 위법 부당행위의 정도가 크거나 취급경위가 복잡하고 책임소재가 불분명한 사항에 대하여 관련자의 책임소재를 명확히 하고 행위의 동기 배경 등을 파악하기 위하여 검사현장에서 관련자와의 질의 응답을 통하여 문답서를 작성하거나 당해 금융기관 또는 관련자에게 질문서를 발부할 수 있다.

(5) 긴급사항에 대한 조치

- 검사반장은 검사업무 수행 중에 중대한 위법·부당행위나 사고가 발견되어 긴급조치가 필요하다고 인정될 때에는 즉시 필요한 조치를 취하고 지체 없이 국장에게 보고한 뒤 그 지시를 받아야 한다.

(6) 관계자 등에 대한 출석답변 및 자료제출 요구

10) 보고서 작성

- 현장검사 종료 이후 검사반장은 검사종료 후 잠정적인 경영실태평가결과, 주요 조치요구사항 등 검사결과를 요약 정리한 귀임보고서를 작성한다.

264) 제8조의3(금융기관 임직원의 조력을 받을 권리) ① 현장검사 과정에서 검사를 받는 금융기관 임직원은 문답서 및 확인서 작성시 변호사 또는 기타 전문지식을 갖춘 사람으로서 감독원장이 정하는 사람(이하 이 조에서 "조력자"라 한다)의 조력을 받을 수 있다.
② 검사원은 문답서 및 확인서 작성시 검사를 받는 금융기관 임직원과 조력자의 주요 진술내용을 충분히 반영하여 작성하고, 검사 기록으로 관리하여야 한다.
③ 제1항에 의한 조력의 절차·방법·범위는 감독원장이 정하는 바에 따른다.

11) 제재처분 사전통지(사전통지 및 의견진술 기회부여 등)

- (10일 이상의 제출기간) 검사결과 금융회사 및 그 임직원에 대하여 제재조치(금융회사 및 그 임직원
에 대한 영업상·신분상·금전상 제재 전부)를 취하는 경우 제재대상자에게 제재처분이 예정된 사실 등
을 사전에 통지하여 소명할 수 있는 기회를 부여한다.
 - 제재심의위원회 개최 전에 조치하고자 하는 내용을 서면으로 10일 이상의 제출기간을 정하여 제재
대상자에게 사전통지한다.

- (신속 조치와 장기 조치 분리 통보) 검사서 중 신속한 조치가 필요한 내용을 분리 통보하는 것이 가
능하므로 처리기간이 장기간 소요되는 내용과 비교적 단기간 내 처리가 가능한 사항을 분리하여 통
보한다.
 - 제도개선사항, 시정사항 등 신속한 조치가 필요한 검사결과는 제재조치와 분리하여 3개월 이내에
우선 통보할 수 있다.

- (제재내용 인터넷 공개) 검사결과 제재내용을 인터넷 홈페이지에 공개
 - 제재공개는 특별한 사정이 없는 한 검사결과 통보일로부터 10일 이내에 실시하며 제재의 공정성과
투명성 강화를 위해 기관주의, 개인주의 등 경징계 조치도 포함하여 공개한다.
 - 금융위 의결사항은 금융위의 조치결과 통보일 기준이며, 개인의 사생활 또는 영업상 비밀 보장 등
을 위해 개인제재대상자 및 거래고객 식별 정보는 제외한다.
 - 다만, 제재내용 공개로 시장혼란 상황이 발생한 경우 유사사안은 비공개 처리하는 등 공개여부를
탄력적으로 운용할 수 있다.

12) 검사결과의 공개

- (서식) 「제재내용 공개관련 협조요청사항 등 송부」(소제은 -00054, 2010.2.11.) 및 「검사선진화방안」
(검사총괄 -00367, 2011.8.9.), 「제재내용 공개 확대방안 통보(제재은서 -00310, ' 11.12.29.)」

- (공개여부 사전 결정) 제재내용 공개 전 제재내용의 공개·비공개 여부를 제재권자가 사전에 결정한
다.
 - 제재공개여부 결정을 위해 금융위 부의안건 또는 원장(또는 전결권자) 결재문서에 지적사항별로 공
개·비공개 여부를 표시한다.
 - 공개하고자 하는 경우에는 공개안을 첨부, 공개하지 않고자 하는 경우에는 비공개 사유를 구체적으
로 적시한다.

- 특히, 제재내용 공개로 시장혼란 상황이 발생한 경우 유사사안은 비공개 처리하는 등 공개여부를 탄력적으로 운용한다.
- (비공개 사유의 예시)
 - ① 제재 처분일 현재 재판이 진행 중인 경우
 - ② 공개할 경우 관련 금융회사의 정당한 이익을 현저하게 침해할 우려가 있다고 인정되는 경우
 - ③ 공개 될 경우 특정인·특정 금융회사에 이익을 줄 우려가 있다고 인정되는 경우
 - ④ 기타 ①~③에 준하는 경우라고 금융위원회(금감원장)가 판단하는 경우
- (제재공개 여부 금융위 보고) 감독원장에 위탁된 제재의 경우에는 검사결과 금융위 보고시 제재공개 여부도 함께 보고하여야 한다.
 - 해당 검사결과에 공개·비공개 여부를 적의 표시하는 방식으로 보고한다.
- (제재공개 시기) 제재공개는 특별한 사정이 없는 한 검사결과 통보일로부터 10일 이내에 실시하고, 금융위 의결사항은 금융위의 조치결과 통보일 기준일로 한다.
 - 동 기한 내에 공개되지 않을 경우 언론 등에서 문제제기 가능성이 있으므로 기한 내에 공개될 수 있도록 조치한다.
- (작성내용 및 요령) 금융회사명, 제재조치일자, 제재조치내용, 제재대상사실, 관계법규 등을 구체적으로 기재한다.
 - 금융회사명, 제재대상기관을 명시하되, 상호에 개인 실명이 포함된 경우에는 실명을 제외하고 기재하고, 금융위 또는 금융감독원이 검사결과를 금융회사에 통보한 일자를 기재한다.
 - 개인식별정보(성명, 주민번호, 주소 등)를 제외한 검사서(지적사항 부분) 내용을 기재하고, 개인의 사생활 또는 거래고객의 영업상 비밀 보장 등을 위해 제재대상자 및 거래고객을 식별할 수 있는 정보(제재대상자 직·성명, 거래고객명 등)는 비공개한다.
 - 제재대상사실이 중복되는 경우에는 한번만 기재하고, 회사 내규를 포함하는 관련법규 명칭과 관련 조문을 정확히 기재한다.

Ⅲ. 공정거래위원회의 조사

1. 단계별 과정

(1) 인지단계

○ 위반혐의의 인지는 직권 또는 신고에 의한다.

- 신고는 이해당사자에 국한하지 않고 누구든지 가능하고, 신고 접수시 예비조사 실시 후 사건화 여부를 결정한다.

(2) 조사단계

○ 사건심사 착수보고 후 조사권을 발동하여 본조사를 실시한다.

○ 공정위의 조사는 행정작용을 위해 필요한 자료를 얻을 목적으로 행하는 행정조사이며, 압수·수색권 등 강력한 조사수단은 보유하지 않는다.

- 장부·서류 등에 대한 조사·제출요구·영치, 진술요구가 기본적인 조사수단이다.
- 부당지원행위나 상호출자 탈법행위조사의 경우에 한해서 엄격한 요건 하에 금융거래정보요구가 가능하다.
- 조사거부·방해 등에 대해서 과태료 부과가 가능하다.

○ 조사결과 혐의가 없거나, 조사 도중 사업자가 도산·폐업한 경우 등에는 무혐의, 심의절차종료 등으로 사건처리 종결(심사관 전결)한다.

○ 조사내용이 법에 위반되는 경우 심사보고서를 작성하여 위원회에 상정한다.

- 법 위반이지만 위원회의 심결을 거쳐 위반행위를 시정하기에는 시간적 여유가 없거나, 사업자가 자진시정의사를 표시한 경우 등에는 시정권고 가능(사무처장 전결)하다.

(3) 위원회 상정

○ 사건국에서 심사보고서를 작성하여 결재(사무처장) 후 회의안건으로 심판관리관실에 제출하고, 안건의 중요도에 따라 전원회의 또는 소회의로 구분하여 상정한다.

- 전원회의는 법규 등의 제·개정 및 해석, 적용, 이의신청의 재결, 소회의에서 의결되지 아니한 사항, 기타 경제적 파급 효과가 중대한 사항에 해당하는 경우이다.
- 소회의는 전원회의의 소관이 아닌 일반 안건으로 과징금, 전속고발 사건을 제외하고는 심사관이 안건 상정 전에 피심인에게 심사보고서에 기재된 심사관의 조치의견을 수락하는지 여부를 물어야 하며, 이를 수락한 경우 서면심의로 종결(약식절차)한다.

(4) 위원회 심의

- 위원회는 피심인과 심사관을 심판정에 출석하도록 하여 대심구조하에 사실관계 등을 확인하여야 한다.
 - 의장은 개회 선언후 피심인 등에 대하여 본인임을 확인하고, 심사관의 심사보고 후 피심인 또는 대리인이 그에 대한 의견을 진술한다.
 - 심사관이 행위사실, 위법성판단 및 법령의 적용 등을 요약 보고한다.
 - 피심인 또는 대리인은 심사관이 한 심사보고 내용에 대하여 의견 진술을 한다.
 - 심사관의 의견진술 후 피심의인에 대한 반박기회를 부여한다.
 - 위원들 질문 및 사실관계 확인은 주심위원부터 차례대로 사실관계 및 위법성 판단에 필요한 내용을 심사관과 피심인에게 질문한다.
 - 심사관의 조치의견 발표는 위원들의 질문이 종료된 후 심사관은 시정명령, 과징금납부명령 등 심사관 조치의견을 발표한다.
 - 심사관 조치의견에 대한 피심인의 입장을 최후진술한다.

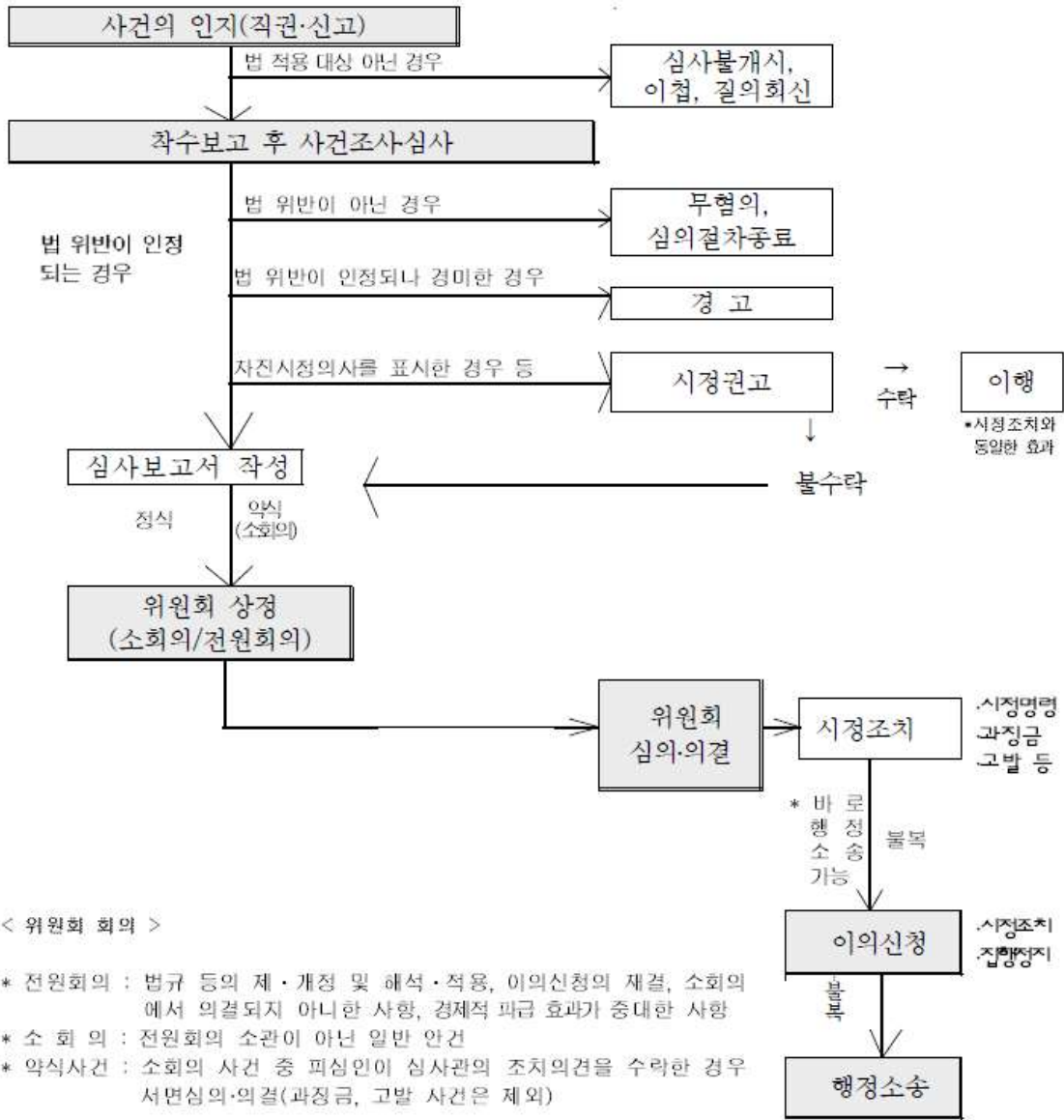
(5) 의결

- 심의가 종료된 후 위원들이 위법여부, 조치내용 등에 대해 논의·합의에 의한다.
- 전원회의는 출석위원 과반수 찬성으로, 소회의는 전원 찬성으로 의결하고, 위원들의 의결서 서명·날인(전자결재시스템 활용) 완료 후 심판관리관실에서 의결서 정본을 피심인에게 송달한다.

(6) 불복절차

- 의결서 송달일로부터 30일 이내에 공정위에 이의신청을 하거나(선택적), 서울고등법원에 행정소송 제기가 가능하다.

업무흐름도265)



265) 업무흐름도는 공정거래위원회 심의절차에 관한 2008. 5. 2. 공정거래위원회의 설명자료상의 표 참조.

2. 공정거래위원회의 사건조사절차의 특징²⁶⁶⁾

1) 공정거래위원회에 조사권한 부여

- 공정거래위원회 직권인지 또는 제3자의 신고를 통해 조사 절차에 착수한다.
- 조사라 함은 직권 또는 신고에 의하여 구체적 범위반 사실의 단서를 접한 공정거래위원회가 해당 사건의 심의 및 의결절차에 나아갈 필요가 있는지 여부를 판단하기까지의 심사 및 검토과정을 의미한다.
 - 신고로 인한 사건조사가 대부분으로 이러한 제3자의 신고는 독점규제법에 위반되는 사실에 대한 공정거래위원회의 조사권 발동을 촉구하는 단서에 불과하여, 신고인에게 그 신고 내용에 따른 조치를 취해줄 것을 청구하는 권리에 해당하지 아니한다.
- 공정거래위원회 사무처장은 직권으로 혐의를 인지하거나 신고를 받은 경우 심사관으로 하여금 정식으로 심사절차를 개시하기에 앞서 사전조사를 하게 할 수 있다.
 - 이 때 신고의 경우 조사 및 사전심사 여부를 소속 직원을 거치지 않고 반드시 심사관 소속 각 과장 또는 팀장이 직접 결정하여 하며, 신고사실이 심사불개시 사유에 해당하는지 여부를 심사관에게 보고하여야 한다.
 - 사전심사 결과 심사불개시 결정을 한 경우 15일 이내에 신고인 등 또는 피조사인에게 그 사실을 서면으로 청구하여야 하며, 심사절차를 개시한 경우에는 통지로 인하여 자료나 물건의 조작·인멸 등이 우려되는 등 조사 목적 달성을 현저히 저해할 우려가 있는 불가피한 사유가 있는 경우를 제외하고는 사건심사 착수후 15일 이내에 피조사인에게 서면으로 통지하여야 한다.

2) 조사행위의 종류 및 내용

- 독점규제법이 조사행위의 종류와 처분의 내용 등에 관하여 규정하고 있다.
 - 당사자, 이해관계인 또는 참고인의출석 및 의견의 청취
 - 감정인의 지정 및 감정의 위촉
 - 사업자, 사업자단체 또는 이들의 임직원에게 대하여 원가 및 경영상황에 관한 보고
 - 기타 필요한 자료나 물건의 제출을 명하거나 제출된 자료나 물건의 영치

266)

조사제도, 2014, 9-10면 참조.

- 현장 출입조사, 심문 및 조사에 필요한 자료나 물건의 제출명령 및 제출된 자료나 물건의 영치
- 금융기관의 특정 접포장에 대한 금융거래정보의 제출 요구

○ 독점규제법의 경우에도 행정조사기본법의 적용제외 대상으로 규정되어 있다.

3) 조사권의 남용금지 원칙

○ 동법에서도 조사권의 남용금지원칙에 대하여 규정하고 있는데, 조사공무원은 이 법의 시행을 위하여 필요한 최소한의 범위 안에서 조사를 행해야 하며, 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용하여서는 아니 된다.

4) 조사 등의 연기 신청

○ 공정거래위원회로부터 처분 또는 조사를 받게 된 사업자가 천재지변 그 밖의 사유로 인하여 처분을 이행하거나 조사를 받기가 곤란한 경우 공정거래위원회에 처분 또는 조사의 연기를 신청할 수 있고, 이때 공정거래위원회는 그 사유를 검토하여 타당하다고 인정되는 경우 처분 또는 조사를 연기할 수 있다.

5) 위반행위의 시정권고

○ 공정거래위원회는 이 법의 규정에 위반하는 행위가 있는 경우 사업자에 대하여 시정방안을 정하여 이에 따를 것을 권고할 수 있고, 이때 권고를 받은 자는 시정권고를 통지받은 날부터 10일 이내에 당해 권고를 수락하는지 여부에 대하여 공정거래위원회에 통지하여야 한다. 또한 시정권고를 사업자가 수락한 때에는 이 법의 규정에 의한 시정조치가 명하여진 것으로 본다.

3. 공정거래위원회 조사 매뉴얼

○ 공정거래위원회의 조사대상 현물의 범위

- (문서류) 업무관련 서류, 안건, 여행일정, 기록, 비용청구서, 전표, 신용카드 영수증, 다이어리 및 업무일지
- (사무소 및 디지털 정보) 사무소 및 사업장, 캐비닛과 사무실, 컴퓨터기록, 이메일계정, 컴퓨터 서버

○ 현장조사의 준비사항

- 조사진행절차의 모든 부분을 모니터링, 현장조사관을 지정하고 조사운영실을 현장에 설치하고, 전용 회의실, 전용 복사기를 확보한다.
- 안내원을 배치 또는 동반하고 방문자를 격리하며, 조사로 영향을 받을 관리자, 부서, 사무실 파악한다.
- 필요시 비디오 또는 오디오 촬영녹음을 행한다.

○ ‘피조사자 입장’에서의 현장조사 가이드라인을 제시한다.

- 공정위 직원의 신분증 및 공정위의 조사권한증명서를 확인한다.
- 즉시 법무팀 또는 고문변호사에 연락을 취하여 자문을 구한다.
- 안내원이 항상 공정위 직원과 동반 출입하고 조사진행 경과를 모니터링 한다.
- 증거가 될 만한 서류를 파기하지 않도록 유의하고, 공정위 직원이 복사한 서류를 기록한다.
- 공정위 직원과의 면담 직후 상사에게 보고한다.

제4절 행정조사 관련 쟁점

I. 행정조사와 수사

1. 문제의 소재

- 부경법상 행정조사를 진행하다가 수사의 단서를 발견하여 필요한 경우 수사를 진행하도록 특별사법경찰에게 요청하는 경우가 있을 수 있다. 현재는 상포법 사건을 발견할 경우 이와 같은 수사가 동시에 부경법 행정조사와 함께 이루어질 수 있고, 경우에 따라서는 행정조사를 중단하고 수사를 진행하는 것도 생각할 수 있다.
- 이와 같은 점을 생각하면 행정조사와 수사의 비교를 통해서 양자를 특허청에서 어떻게 처리하는 것이 좋을지에 대한 판단이 필요할 수 있다. 아래에서는 이점에 대하여 참고사항을 기술한다.

2. 개념상 구별

- 수사는 범죄의 혐의 유무를 명백히 하여 공소의 제기 및 유지 여부를 결정하고자 범인을 발견하여 확보하고 증거를 수집하고 보전하는 수사기관의 활동이다. 형사상의 수사절차는 절차가 가진 기본권 침해의 중대성으로 인해 사법적 통제를 받는 단계이기 때문에 법률에 의해 제한을 받는 수사기관에서 행해져야 한다.
- 수사절차에도 행정조사와 마찬가지로 적법절차의 원리와 과잉금지의 원칙 및 영장주의 등의 국민의 기본권 보호를 위한 헌법상 원칙이 적용된다. 형사처벌을 전제로 하고 있지 않은 행정조사의 경우에는 행정목적을 위해 구체적 타당성의 측면에서 헌법상 원칙이 일부 완화되어 적용될 수 있다는 점에 차이가 있다.
- 현장조사는 행정기관이 정책을 결정하거나 직무를 수행하는 데 필요한 정보나 자료를 수집하거나, 행정적인 의무이행이 제대로 되고 있는가를 확인하는 즉 행정목적은 수행하는 수단이라고 할 수 있다.
- 개념상 형사절차에서의 증거를 수집하기 위한 수사절차와는 대비되지만, 현장조사에서 취득된 자료가 형사절차에서 증거로 사용되며, 현장조사의 거부가 바로범죄가 되는 경우나 현장조사와 수사가 동시에 진행된다고 보이는 경우도 있어 현장조사와 형사증거를 수집하는 절차 사이에 명확한 한계를 긋기가 어려운 경우가 많다.

○ 현장조사와 행정상 즉시 강제

- 행정상 즉시강제는 긴급하거나 성질상 필요한 경우 행정상 필요한 상태를 실현하는 작용이다.
- 예를 들어 식품위생법 제22조가 정하는 위해방지를 위한 출입, 검사, 수거는 행정조사기본법에 따르면 현장조사행정상 즉시강제는 행정상 필요한 상태를 실현하는 행정작용을 말하기 때문에 출입·검사는 행정상 즉시 강제로 보기 어렵다.

○ 현장조사의 영장은 현장조사에 대하여 강제력을 부여함

- 압수, 수색 영장이 발부되면 그 집행력으로 인해상대방의 의사를 제압하고 개봉할 수 있지만 영장 없는 현장조사가 가능하다고 하더라도 이것이 곧 강제력을 행사할 수 있다는 의미는 아니다.
- 현장조사에 영장이 필요한지 하는 문제와 강제력의 행사와는 별개의 문제로서 영장이 필요함에도 영장 없이 이루어진 현장조사에 의해 취득된 증거는 증거능력이 없게 된다.

2. 행정조사와 수사의 구별기준²⁶⁷⁾

○ 행정조사와 수사는 모두 공익의 실현을 목적으로 하는 적극적이고 형성적인 활동으로서 구체적인 효과를 가져 오는 활동이라고 볼 수 있지만, 수사는 범죄의 혐의 유무를 명백히 하기 위한 활동이라는 점에서 행정조사와 근본적인 차이가 있다.

○ 목적의 측면에서 행정조사와 수사절차의 구별기준을 파악할 때, 임의조사인지 강제조사 여부와 무관하게 그 절차가 실질적으로 행정조사와 형사책임추급의 양 목적으로 행사되거나, 형사고발만을 위한 목적을 가진 사전조사적 성격을 가진다면, 이를 수사작용으로 파악하고 수사절차에 적용되는 원칙들이 적용되어야 할 것이다.

○ 행정조사의 결과 파악되는 행정의무 위반에 대해 그 제재수단으로 형벌로서 벌금, 징역형 등이 규정되어 있다면, 그 행정의무 위반 여부를 파악하기 위한 행정조사는 국민의 기본권 보호를 위한 통제 측면에서 수사작용으로서의 성질을 가지고 있다고 파악하여야 한다.

○ 행정작용의 목적은 미래예방적인 조사목적으로 활용되는 것이므로 과거에 이미 완료된 행위에 대한 제재목적의 조사는 그 조사의 결과가 형사책임의 부담이라면 사법절차적 보장이 필요하게 된다. 행

267) , 과징금 제도의 입법론적 문제점과 개선방안, 법제논단, 2013.6., 54면.

정조사기본법 제4조 제4항의 행정조사기본원칙 중 “④ 행정조사는 법령등의 위반에 대한 처벌보다는 법령 등을 준수하도록 유도하는 데 중점을 두어야 한다.” 라는 내용은 이를 근거로 하고 있다.

3. 특별사법경찰관리의 개념과 근거법

- 주로 중앙행정기관을 의미하는 협의의 행정경찰기관 가운데 당해 행정작용과 관련하여 발생하는 범죄를 수사하고 범인을 체포할 수 있는 사법경찰관리의 신분과 권한을 부여받아 공무원행정조사기본법 또는 개별 법률에 의한 행정조사권을 갖는다.
- 행정조사의 방법 중 현장조사, 문서열람, 시료채취 등은 사실행위로서의 성격을 가지고 있고, 조사 대상자에 대한 보고요구, 자료제출요구, 출석 또는 진술요구는 행정행위로서 법률행위에 해당한다.
- 특별사법경찰관리의 행정조사, 특히 권력적·강제적 조사 내지 경찰상 행정조사는 직무를 수행함에 있어 수사활동과 경계선상에서 부딪히며, 특별사법경찰관리의 신분이 부여된 행정공무원이 행정경찰의 목적 내지 단속을 위한 행정조사를 하는 과정에서 범위반사실이 확인되면 수사절차가 개시된다.
- 수사가 개시되면 형사소송법상의 영장주의나 진술거부권 등과도 관련된 논의가 필요하므로 행정조사단계와 수사단계와의 구분도 중요한 실익이 있다.

4. 행정조사와 특별사법경찰관리의 수사의 경계획정에 관한 이론적 논의²⁶⁸⁾

1) 행정경찰과 사법경찰의 개념적 정의

- 일반적으로 사법경찰은 형사재판에 회부할 범인을 색출하기 위하여 범죄의 수사, 피의자의 체포 등을 목적으로 하는 형사사법작용을 말한다. 행정경찰은 공공질서를 보장하기 위하여 필요한 개별적 조치와 일반규칙을 제정할 목적으로 하는 행정청의 일체의 활동으로 행정작용의 일부로서 행정법규의 적용을 받게 된다.
- 특별사법경찰관리는 행정영역에서 해당 업무를 담당하는 공무원들의 전문지식과 경험을 활용함으로써 일반경찰관의 수사상의 한계를 극복하기 위하여 도입된 것이다. 직무를 행할 자와 그 직무 범위에 관한 법률에 의하여 사법경찰관리의 신분을 취득하는 경우가 보통이고, 특정업무에 대하여 지도

268) , 행정조사와 특별사법경찰관리의 수사의 경계획정, 경찰학연구 14(4), 2014 참조.

및 단속권을 가지고 있는 공무원으로 하여금 범죄의 수사과 증거의 수집 등의 목적을 법률에 의하여 특별사법경찰관리의 신분과 사법경찰권을 부여함으로써 일반사법경찰관리가 담당하기 힘든 개별 행정영역의 범위반행위단속 및 범죄에 대한 수사업무를 가능케 하기 위함이다.²⁶⁹⁾

- 경찰의 사법권과 행정권에 관한 사법경찰과 행정경찰에 관한 논의는 역사적으로 프랑스가 시초이며 구체적인 논의를 최근까지의 판례를 통하여도 드러내고 있는데, 특별사법경찰의 업무와 관련하여 조사와 수사의 구분기준과 실익에 관하여 가장 참조 사례가 많은 국가라 할 수 있다.²⁷⁰⁾
 - 프랑스의 국사원(행정대법원)은 목적적 기준을 채택하여 행정경찰은 공공질서에 대한 장애가 일어나는 것을 막는 것과 같이 규율조치를 수단으로 한다는 점에서 예방적(preventif)이며, 사법경찰은 범죄를 확인한 다음 범인을 찾아 재판에 회부하게 된다는 점에서 징벌적(répressif)이라고 판시하고 있다.²⁷¹⁾
 - 작용의 대상이 직접적으로 형사소추로 연결되는 요소를 찾는 것일 경우 사법경찰에 속하고²⁷²⁾, 이때 이러한 작용이 검찰의 지휘를 받는지 여부나 검찰에 의해 개시되었는지 관련여부는 불문한다. 어떤 작용의 대상이 통제 또는 감시 임무로 분석되며 “명백한 범죄에 대한 것이 아닌” 경우 그 작용은 행정경찰에 속하게 된다.²⁷³⁾
 - 하나의 기관이 행정경찰기관이 되기도 하고, 사법경찰기관이 되기도 하므로 양자가 명확히 구별되는 것은 아니지만 관할재판소, 행정법원, 사법법원은 이 목적적 기준에 의거하여 판단하고 있다²⁷⁴⁾. 프랑스의 헌법위원회는 사법경찰과 행정경찰의 구별이 법률상의 것일 뿐, 헌법적인 차원의 것이 아님을 밝히고 있다²⁷⁵⁾.

269) 글 80면.

270) René, CHAPUS, Droit administratif général, tome 1, 15e éd., Montchrestien, 2001, pp.735-742.

271) Jean-François LACHUME / Hélène PAULIAT, Droit administratif(Les grandes décisions de la jurisprudence), 14e éd., PUF, 1980, pp.306-307.

272) 사법경찰로 인정된 판례로는 범행을 행했다는 혐의를 받은 자가 경찰서에서 당한 가혹행위, 범행을 한 운전자를 뒤쫓던 경찰관들이 운전자를 다치게 하자, 이 운전자 차량에 의해 상점이 입은 손해, 범행에 착수할 것으로 생각될 법한 행동을 한 자에 대한 경찰관의 발포, 경찰의 통제에 따른 정지를 거부한 범인 추적, 프랑스 영해 내에서 불법조업중인 어선의 검사, 도로법전에 위반하여 주차중인 차량 견인 및 반환, 부정행위 단속에 관한 결정이 형사절차로 이행되고, 이러한 형사절차와 분리될 수 없는 경우, 경찰이 불심검문 도중 행한 폭력, 형사법원이 내린 결정들의 기초가 되는 경찰기관의 행위, 공공영조물인 국립수렵청의 감시원이 수렵에 대한 규율위반행위를 확인하는 도중에 야기한 손해에 대한 배상, 주점에서 난투극을 벌이고, 수 개의 도로법전 위반행위를 범하고 도주중인 자들을 경찰관들이 감시하던 중 행한 불심검문 등이 해당된다. Jean-François LACHUME / Hélène PAULIAT, Droit administratif(Les grandes décisions de la jurisprudence), 14e éd., PUF, 1980, pp.307-39.

273) 행정경찰로 인정된 판례로는 시장이 도시계획법전(Code de l'urbanisme)에 따라 병원의 신축공사를 중지토록 한 결정, - 주취상태에 있다고 여겨진 자의 유치 및 이에 관련된 손해배상, 개인 및 재산을 보호하기 위한 현금수송의 보호조치, 무도회장에서 일어난 소란을 제지하기 위한 경찰의 개입, 도(préfecture)가 직권으로 행한 강제입원결정, 원확인 대상자가 일시적으로도 유치된 적이 없고, 범행을 하지 않았거나 범행을 하였다는 의심을 받지 않은 경우의 신원확인 등이 그에 해당된다. Jean-François LACHUME / Hélène PAULIAT, Droit administratif(Les grandes décisions de la jurisprudence), 14e éd., PUF, 1980, pp.309-310.

274) René CHAPUS, Droit administratif général, tome 1, 15e éd., Montchrestien, 2001, p.736.

275) CC 19 janvier 1981 81-127DC.

2) 경찰의 행정조사

- 경찰의 행정조사는 개별법에 의한 사전적 위험방지를 목적으로 하는 행정작용에 해당하지만 그 실질은 사후적 형사절차인 범죄수사를 능가하는 강제조사에 해당할 수 있다. 이 경우 피조사자에게 상당한 압박을 가하게 되어, 자유와 권리의 침해를 야기하는 경우가 많다. 특히 고발권 없는 수사기관은 그 사건에 대해서 수사는 독자적으로 할 수 있지만 공소제기는 할 수 없기 때문에, 공소제기를 위해서는 주무관청의 범칙사실조사와 고발을 강요하여야 한다. 이러한 경우의 범칙사실조사는 현실적으로 범죄수사에 해당할 정도로 강도가 높아 시민의 권익침해사례가 많다는 이론이 대부분이다.²⁷⁶⁾
- 경찰행정조사에서 위반사건의 처리는 담당공무원이 개별법규 위반사실을 조사한 후에, 기소가능성이 있는 사실을 사법경찰관리 등에게 고발하여 수사한다. 고발을 접수받은 수사기관은 수사를 진행하고, 그리고 고발한 관청에 결과를 통보하고 검찰에 사건을 송치하거나 검사의 기소처분 등으로 진행된다.
헌법 제12조²⁷⁷⁾는 죄형법정주의 등 형사재판에서의 적법절차의 원리를 규정하고 있으며, 형사소송법 제195조 이하²⁷⁸⁾에서는 각종 수사에서의 절차를 구체적으로 예정하고 있다. 그러나 경찰행정조사는 행정절차법과 행정조사기본법에 근거하여 작용된다. 헌법과 형사소송법상 요구되는 적법절차원칙의 적용범위밖에 있어서 인권보장의 사각지대에 놓여있다는 지적이 끊임없이 제기되어 왔다.²⁷⁹⁾
- 양자가 목적과 수단, 절차, 수사권한의 유무에서 차이를 지닌다. 즉 범죄수사는 형사소송법 및 특별사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무 범위에 관한 법 등 수권법률에 의하여 권한이 부여된 검사나 사법경찰관 등 수사기관만이 행사할 수 있으며, 재량의 영역이 거의 없다.
- 공정거래, 조세, 식품의약품 등의 다양한 분야에서 사법경찰관과 검찰에 의한 사법적 수사를 전문행정기관이 담당하는 경우가 있는데, 행정기관의 행정조사가 실질적으로는 경찰의 수사를 대신하거나 보완하는 경우이다. 전문성을 가진 행정조직과 정보를 이미 보유하고 있는 행정기관에 의한 조사가 실제적 진실을 발견하기 적합하고 효율적이라는 관점에 입각하고 있다.²⁸⁰⁾

276) (2017). 경찰행정조사에서의 인권보장. 법학연구, 17(1), 227-244., 231면.

277) 헌법 제12조 ①모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.

③체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.

278) 형사소송법 제195조(검사의 수사) 검사는 범죄의 혐의 있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다. 제196조(사법경찰관리) ② 사법경찰관은 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거에 관하여 수사를 개시·진행하여야 한다.

279) 박현준, 경찰행정조사에서의 인권보장. 법학연구, 17(1), 2017, 227면-228면.

280) 박혜림, 수사단계의 적법절차원리에 대한 고찰 - 사실상 수사로서의 행정조사를 중심으로, 법학논총, 20(2), 조선대학교

3) 조사절차에서 문제될 수 있는 형사사법상의 원리나 절차²⁸¹⁾

가. 진술거부권

- 진술거부권은 피고인·피의자가 형사절차에 있어 자신의 진술로 불이익을 받을 우려가 있을 때, 신문에 대한 진술을 거부할 수 있는 권리로 헌법 제12조 제2항과 형사소송법 제283조의2(피고인의 진술거부권) 및 같은 법 제244조의3(피의자의 진술거부권)에 의하여 보장되고 있다.
- 형사절차에 인정되는 진술거부권은 오늘날 행정조사에서 피조사자의 진술에도 적용된다고 보아야 하며, 경찰행정조사에서도 이 원칙이 개별법의 규정유무에 관계없이 당연히 적용된다 할 것이지만, 형사절차에서의 진술거부권은 어떠한 진술이든 거부할 수 있지만, 경찰행정조사에서는 단지 향후에 범죄수사로 발전할 개연성이 강한 사안에 대하여 형사상 자기에게 불이익한 진술만을 거부할 수 있다는 데 차이를 갖는다.²⁸²⁾

나. 변호인의 조력권

- 헌법 제12조 제4항²⁸³⁾에서 방어권 보장의 차원에서 변호인의 조력권을 보장하고 있으며, 형사피고인에 한하여 국선변호인의 도움을 받게 하고 있다. 헌법 문구상 형사절차에 한정하고 있지만, 적법절차의 원칙이 형사절차가 아닌 국가행정작용 전체에도 적용된다는 의미에서 변호인 조력권 또한 그것이 침익적 행정작용인 경우에는 형사피고인의 방어권과 동일하지는 않다 할지라도, 변호인의 조력권이 인정된다고 보아야 할 것이다.²⁸⁴⁾ 최근 행정기관이 행정조사권을 행사함에 있어서 변호인의 조력을 받을 수 있음을 관련 법규나 사전 고지하는 실무상 개선움직임이 두드러진다.

다. 조사내용이 증거자료로 활용될 가능성

- 장래 범죄수사로의 이행 개연성이 높은 경찰행정조사에서 얻은 각종 자료는 고발과 함께 증거자료로 사용되는 경우가 많은데, 행정경찰의 목적을 달성하기 위해 수집된 자료들로 형사절차상의 엄격한 적법절차에 의하여 보장되지 못한 상태에서 수집된 것들이 추후에 범죄소추를 위한 수사절차에 사용된다면 정보주체인 피조사자의 자기정보결정 및 관리권을 침해할 가능성이 높고 나아가 형사소추절차에서 요구하는 증거의 위법수집절차배제 법칙이 적용될 우려가 있다. 이러한 경우에 자료사

, 2013, 582면.

281) 박혜림, 수사단계의 적법절차원리에 대한 고찰 - 사실상 수사로서의 행정조사를 중심으로, 법학논총, 20(2), 조선대학교 법학연구원, 2013, 589-592면.

282) 박지현, 행정상 진술거부권과 그 제한, 민주법학, 33호, 2007, 291면.

283) 헌법 제12조 ④ 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 다만, 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다.

284) 백상진, 수사절차와 관련된 행정조사의 통제방안에 관한 연구, 한국경찰학회보 18권 1호, 2016, 110면.

용을 금지하는 것을 원칙으로 하고 피조사자의 동의를 받거나²⁸⁵⁾, 부득이한 경우에는 자료사용의 예외규정에 따라야 할 것이다.²⁸⁶⁾

II. 조사와 수사의 이첩기준 - 실무상의 의견 조회 결과

- 조사권한과 수사권한을 모두 가지고 있는 행정기관의 경우 조사와 수사의 구별의 직접적인 실익은 해당 업무를 어느 부서에서 담당할지 그리고 영장의 발부 필요성 여부와 직접적으로 문제된다.
- 영장이 없더라도 피조사자가 조사에 흔쾌히 응한다면 문서나 자료 등을 직접 조사할 수 있지만, 피조사자가 조사에 임의로 응하지 않는 경우에는 영장이 없이는 강제적으로 이를 입수하거나 파악할 수 없게 된다.
- 피조사자의 자발적인 동의 내지 승인 여부에 따라서 중요자료의 입수가 가능한 경우인가, 아니면 자발적인 동의 내지 승인을 기대하기 어려운 상황(자료)인가를 기준으로 현실적으로는 조사의 방식으로 행할 것인지, 수사가 개시될 것인지 실무상의 구별이 이루어진다고 할 수 있다.

1) 조사권과 수사권을 모두 갖고 있는 기관의 경우

- 처음 신고를 받거나 대상을 인지하였을 경우, 해당 사건에 대하여 중요하거나 결정적인 증거가 될 수 있는 부분을 먼저 파악하게 된다.
- 임의적인 참고인 조사, 임의적인 자료 제출만으로도 혐의 사실을 소명하는데 충분하다고 여겨지는 경우라면 조사과에서 조사를 행하는 것으로 충분할 수 있다.
- 그러나 참고인 조사나 관계인 진술 확보 이외에, 회사나 사무실 내에 있는 구체적인 서류나 문서, 특히 디지털 정보의 확보가 혐의 사실을 확인하는 것이 혐의사실을 입증하는 데에 무엇보다도 중요

285) 제18조(개인정보의 목적 외 이용·제공 제한) ① 개인정보처리자는 개인정보를 제15조제1항에 따른 범위를 초과하여 이용하거나 제17조제1항 및 제3항에 따른 범위를 초과하여 제3자에게 제공하여서는 아니 된다.

② 제1항에도 불구하고 개인정보처리자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 정보주체 또는 제3자의 이익을 부당하게 침해할 우려가 있을 때를 제외하고는 개인정보를 목적 외의 용도로 이용하거나 이를 제3자에게 제공할 수 있다. 다만, 제5호부터 제9호까지의 경우는 공공기관의 경우로 한정한다.

1. 정보주체로부터 별도의 동의를 받은 경우
2. 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우
5. 개인정보를 목적 외의 용도로 이용하거나 이를 제3자에게 제공하지 아니하면 다른 법률에서 정하는 소관 업무를 수행할 수 없는 경우로서 보호위원회의 심의·의결을 거친 경우
7. 범죄의 수사와 공소의 제기 및 유지를 위하여 필요한 경우
8. 법원의 재판업무 수행을 위하여 필요한 경우

286) 박현준, 경찰행정조사에서의 인권보장. 법학연구, 17(1), 2017, 235-237면.

하고 결정적인 부분이 될 수도 있는데, 해당 기관의 권한과 피조사자 또는 피조사대상인 회사의 상황에 따라 다르겠으나 영장을 발부받아 압수 또는 수색하지 않는한, 피조사자의 평온하고 자발적인 동의나 승인을 얻기가 어렵다.

- 조사기관의 권한의 범위와 관련하여 실제적인 차이가 있는데, 공정거래위원회나 금융감독원의 경우에는 특정 사안만이 아니라 시장의 반독점행위나 불공정거래행위 등에 대하여 지속적이고 계속적인 업무감시가 가능한 조직이다. 식품의약품안전처와 같은 경우에도 제조업체에서 다양한 제품을 만들고 있다면, 신고가 접수된 안전 외에도 향후 다른 제품에 관하여 행정조사가 개시될 수 있는 가능성이 있다.

즉, 공정거래위원회, 금융감독원, 식품의약품 안전처와 같은 기관은 피조사업체나 해당 산업 분야에 대한 상시적인, 연속적인 감독 가능성을 보유하고 있다.

- (공정거래위원회나 금융감독원, 식약처와 같은 경우) 계속적으로 사업을 수행하는 회사의 경우에는 당해 사건이 아니라 하더라도 행정기관으로부터 지속적인 관리나 관찰의 대상이 될 수 있으므로, ‘상대적으로 자발적인 동의’에 의한 조사에 협조가 용이한 편이다.

○ 반대로, 특정 사건이 문제될 수 있지만, 그 조사 내지 검사가 일시적, 개별적인 사건에 대한 조사에 해당되는 것이라면, 피조사자나 피조사대상인 회사의 경우 지속적인 관리나 관찰이 대상이 될 수 있다는 우려나 두려움이 없고, 원하지 않는 조사에 대한 임의적이거나 자발적인 동의나 적극적인 협조를 기대하기가 어렵게 된다.

- 이와 같은 경우라면, 조사가 아니라 처음부터 수사의 단계로 들어가는 것이 보다 효과적일 것이다. 특히 시간적 여유를 얻게 된 피조사자가 수사가 개시되기 이전에 조사 단계에서 자료의 폐기나 은닉을 시도할 가능성도 배제하기 어렵다. 따라서 아예 처음부터 임의조사가 아닌, 강제수사의 단계로 개시되는 것이 보다 효율적이라고 여겨지게 되고, 실제로 대부분의 경우 조사과보다는 수사과에 업무가 집중되는 경향이 있다.

○ (조사과와 수사과가 한 기관 내에 별개의 과로 존재하고 있는 경우), 조사로 개시할지 수사로 개시할지의 여부는 결국 신고가 접수되거나 인지한 조사과와 수사과의 기초 인지사실을 토대로 하여 과장 간의 협의 내지 업무 조절 방식으로 이루어질 영역으로 파악된다. 따라서 조사과와 수사과의 업무 분담은 개별 사례별로 이를 구체화하면 될 것이고 미리 내규 등으로 정할 필요까지는 없는 부분으로 여겨진다.

2) 조사권만 갖고 있는 기관의 경우

- 조사권만 가지고 있고 영장을 발부받아 수사할 권한이 없는 행정기관의 경우, 피조사자가 임의적으로 자료 제출이나 진술 등의 동의를 하지 않는 경우라면, 이를 거친 후에 고발 등의 절차를 거쳐서 영장을 발부받을 수 있는 수사기관에 의한 강제 수사 단계로 나아가게 될 것이다.
현실적으로 조사기관에서는 임의적인 조사만 가능하므로, 피조사자의 혐의사실을 입증하는데에 필요한 자료의 확보가능성이나 조사결과의 실효성 확보 가능성이 적다는 한계에 부딪힌다.

Ⅲ. 행정조사와 영장주의

1. 행정조사에서 영장주의 적용 여부

- 헌법 제12조 제3항은 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다”고 정하여 영장주의를 선언하고 있다.
- 다만 형사절차와 달리 행정조사, 행정상 즉시강제 등에서도 그것이 강제처분이라는 이유로 영장주의가 적용되어야 할 것인지에 대해서는 견해의 대립이 있을 수 있다.²⁸⁷⁾ 다수 견해는 행정조사에도 기본권 보장을 위해 압수·수색에 해당하는 경우에는 원칙상 영장주의가 적용되어야 하나 다만 긴급한 경우 등 영장을 기다려서는 행정조사목적 달성이 불가능한 경우에는 영장이 요구되지 않는다고 보고 있다.²⁸⁸⁾ 판례도 수사기관의 강제처분이 아닌 행정조사의 성격을 가지는 한에서는 영장이 요구되지 않는다고 본다.²⁸⁹⁾
- 행정조사를 위해 압수수색이 필요한 경우에는 명문의 규정이 있으면 영장제시가 필요할 것이나 명문의 규정이 없는 경우에도 행정조사에 영장조사가 필요한지에 대해서는 견해가 나뉜다.²⁹⁰⁾ 이에 대해서는 다음과 같은 구체적인 기준을 제시하는 견해들이 있다.

(1) 사안별로 구별하는 학설의 근거²⁹¹⁾

- 행정조사의 성격, 조사의 필요성, 기타 권익보호제도의 존재 등을 고려하여 개별 행정조사별로 달리 볼 여지가 있다.

287) , 행정법1, 박영사, 2018, 275-276면. 정하중, 행정법개론, 박영사, 2018, 488면 참조.

288) 그와 같은 취지로 보인다. “세관공무원이 밀수품을 신고 왔다는 정보에 의하여 정박중인 선박에 대하여 수색을 하려면 선박의 소유자 또는 점유자의 승낙을 얻거나 법관의 압수수색영장을 발부 받거나 또는 관세법 제212조 제1항 후단에 의하여 긴급을 요하는 경우에 한하여 수색압수를 하고 사후에 영장의 교부를 받아야 할 터인데”(대법원 1976. 11. 9. 선고 76도2703 판결).

289) 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도7718판결.

290) 박균성, 행정법론(상), 2017 533-534면.

291) 박균성, 534면.

- 행정조사가 실질적으로 형사책임추급을 목적으로 하는 경우(조세범처벌절차법 제3조)에는 영장이 필요하나, 그 이외의 경우에는 영장주의에 버금가는 권익보호조치가 취해지는 경우에 영장이 요구되지 않는다.
- 형사사법작용에서 영장주의를 요구하는 것은 피고인의 방어권 보장 내지 기본권 보장의 취지에 있으므로 이를 행정조사에서 그대로 적용하는 것은 타당하지 않으며, 법령에 행정조사의 남용방지를 위한 절차가 보장되어 있고 남용에 대한 실효성 있는 사후구제제도가 마련되어 있으며, 강제적 행정조사의 실시 여부를 준사법적이 기관에서 결정한 경우라면 영장주의가 적용되지 않는다.
- 생명, 신체, 재산의 보호를 위하여 조사의 긴급한 필요성이 있는 경우에도 영장이 불필요하다.

(2) 조사가 연속되는 범위나 한도 내에서 가능하다고 보는 학설의 근거²⁹²⁾

- 저작권법 개정(2009. 4. 22. 법률 제9625호)으로 폐지된 컴퓨터프로그램보호법 제34조(부정복제물 등의 수거조치 등) 제1항은 부정복제물 등을 발견한 때에는 관계공무원으로 하여금 이를 수거, 삭제, 폐기하게 할 수 있다고 규정하고 있었는데, 부정복제물의 발견 현장에서 연속적으로 행하여지는 추가적인 수색도 포함하는 것이지만, 별개의 장소에서의 수색은 제외되고 이러한 경우 압수·수색영장을 발부받아야 한다고 본다. 부정복제물이 전혀 발견되지 아니한 상태에서 강제적으로 수색하는 것은 제외된다.

(3) 조사의 수단과 방법에 따라 구분하는 학설의 근거²⁹³⁾

- 행정조사에서의 영장요부에 대한 논의는 일률적으로 다를 것은 아니다. 당해 행정조사의 수단 내지 방법이 어떠한 것인가에 따라 달리 검토되어야 하므로, 행정조사를 즉시강제와 대응시키며 영장의 요부에 대하여 일반적으로 논의하는 것은 지양되어야 할 것이다.
- 일반적으로는 행정조사 그 자체가 법관이 요구한 영장을 필요로 한다고 볼 것은 아니어서 행정조사는 법률에서 근거를 부여한 경우 당해 법률이 정한 절차에 따라 행하면 될 것이다.
- 행정조사가 강제에 의하여 관철되는 경우에도 일률적으로 영장의 요부를 논할 것은 아니고, 개개의 강제의 내용에 따라 검토되어야 한다. 행정조사가 압수수색과 같이 헌법에서 법원의 영장을 필요로 하는 것으로 정한 경우에 영장의 제시가 문제된다.

○ 헌법재판소의 결정례

(1) 음주측정에서 영장주의가 적용되는지 여부에 대한 위헌 판단²⁹⁴⁾

이 사건 음주측정은 호흡측정기에 의한 측정의 성질상 강제될 수 있는 것이 아니며 또 실무상 숨을

292) , 컴퓨터프로그램보호법상 단속처분 및 행정조사법제의 문제점과 개선방안, 행정법연구 제10호(2003. 10.) 행정법이론실무학회.

293) 김성태, 통신법상의 행정조사, 정보통신법연구2, 2008, 204면.

294) 1997. 3. 27 자 96헌가11결정.

호흡측정기에 한, 두 번 붙여 넣는 방식으로 행하여지는 것이므로 당사자의 자발적 협조가 필수적인 것이다. 따라서 당사자의 협력이 궁극적으로 불가피한 측정방법을 두고 강제처분이라고 할 수 없을 것이다(호흡측정을 강제로 채취할 수 있는 물리적·기계적 방법이 기술적으로 불가능하다고 단정할 수는 없겠으나, 적어도 인간의 존엄성을 훼손하지 아니하는 적법한 보편적 방법으로는 불가능하다고 보아야 할 것이다).

(2) 영장 없이 즉시강제를 허용한 법률에 대한 헌법재판소의 위헌 판단²⁹⁵⁾

이 사건 법률조항은 영장에 관하여 아무런 규정을 두지 아니하면서, 법 제24조 제4항 및 제6항에서 ‘수거증 교부’ 및 ‘증표 제시’에 관한 규정을 두고 있는 점으로 미루어 보아 영장제도를 배제하고 있는 취지로 해석되므로, 이 사건 법률조항이 영장주의에 위배되는지 여부가 문제된다. 영장주의가 행정상 즉시강제에도 적용되는지에 관하여는 논란이 있으나, 행정상 즉시강제는 상대방의 임의이행을 기다릴 시간적 여유가 없을 때 하명 없이 바로 실력을 행사하는 것으로서, 그 본질상 급박성을 요건으로 하고 있어 법관의 영장을 기다려서는 그 목적을 달성할 수 없다고 할 것이므로, 원칙적으로 영장주의가 적용되지 않는다고 보아야 할 것이다. 만일 어떤 법률조항이 영장주의를 배제할 만한 합리적인 이유가 없을 정도로 급박성이 인정되지 아니함에도 행정상 즉시강제를 인정하고 있다면, 이러한 법률조항은 이미 그 자체로 과잉금지의 원칙에 위반되는 것으로서 위헌이라고 할 것이다. 이 사건 법률조항은 앞에서 본바와 같이 급박한 상황에 대처하기 위한 것으로서 그 불가피성과 정당성이 충분히 인정되는 경우이므로, 이 사건 법률조항이 영장 없는 수거를 인정한다고 하더라도 이를 두고 헌법상 영장주의에 위배되는 것으로는 볼 수 없다.

IV. 공동조사의 가능성

1. 행정조사기본법상 중복조사의 금지 원칙

- 행정조사기본법은 먼저 공동조사에 관하여 동일한 행정기관 내의 둘 이상의 부서가 동일하거나 유사한 업무분야에 대하여 동일한 조사대상자에게 행정조사를 실시하는 경우와 서로 다른 행정기관이 대통령령으로 정하는 분야에 대하여 동일한 조사대상자에게 행정조사를 실시하는 경우에는 공동조사를 하도록 규정하고 있다(제14조 제1항).
- 한편, 중복조사에 관하여는 행정조사를 실시한 행정기관의 장이 동일한 사안에 대하여 동일한 조사대상자를 재조사할 수 없도록 하되 당해행정기관이 이미 조사를 받은 조사대상자에 대하여 위법행위가 의심되는 새로운 증거를 확보한 경우에는 재조사를 할 수 있도록 규정하고 있다(동법 제15조

295) 2002. 10. 31. 자 2000헌가12결정.

제1항). 또한 다른 행정기관과의 중복조사가 행해지는 것을 방지하기 위하여 행정기관의 장은 행정 조사를 실시하기 전에 다른 행정기관에서 동일한 조사대상자에게 동일하거나 유사한 사안에 대하여 행정조사를 실시하였는지 여부를 확인할 수 있도록 하였다(동조 제2항).

○ 부정경쟁행위와 관련된 타 기관과의 공동조사가 문제되는 사항은 상기한 (1)호의 경우 같은 동일한 상품에 대하여 전혀 관계없는 제3자가 순차적으로 조사를 요구하는 경우도 상정할 수 있을 것이지만, (2)의 경우 특허청의 부정경쟁행위 조사권한과 다른 행정기관의 조사기관이 중복되는 경우도 발생할 수 있다.

- 다만 행정조사기본법이 “대통령령으로 정하는 분야에 대하여” 라고 지정한 것에 대하여, 대통령령상의 행정조사권과 법률상의 행정조사권의 광협의 범위에 관하여는 이론적으로 달리 생각해볼 가능성이 있다. 법령은 법률에 근거가 있는 경우에만 적용되는 측면은 있지만, 법률에 반하는 내용을 넘어서지 못한다는 제약의 법률 우위의 원칙 또한 적용된다. 법령의 내용이 법률의 내용을 세부적으로 보다 구체화하는 것이지만 법률상 조사권이 대통령령으로 정하는 분야와 언제나 일치한다고 볼 수는 없기 때문에, 공동조사의 의무규정에 관한 분야에 따라서 해석의 여지는 다를 수 있다.

- 또한 행정조사의 사전통지를 받은 경우에 공동조사를 실시할 것을 신청할 수 있다는 점에서 사전통지 이전에 행정기관들의 협의가 이루어져서 동일한 시기에 이루어진 것이 아니라면, 이를 한 번에 포괄적으로 현실적으로 처리를 요구하는 것은 무리가 있는 영역이다.

○ 관련된 대법원 판결: 세무조사의 경우에는 중복조사를 금지하고 있으므로 이에 대해서는 대법원 판결이 있다. 이들 판결이 그대로 부경법 조사에 적용되는 것은 아니지만 참고가 될 수 있을 것으로 보여서 소개한다.

가. 중복조사라고 인정한 판례²⁹⁶⁾

서울지방법국세청장은 1999. 11.경 원고의 개인제세 전반에 관하여 특별세무조사를 한다는 명목으로 이미 부가가치세 경정조사가 이루어진 과세기간에 대하여 다시 임대수입의 누락 여부, 매입세액의 부당공제 여부 등에 관하여 조사를 하였고, 피고는 그 세무조사 결과에 따라 부가가치세액을 증액하는 이 사건 재경정처분을 한 사실 등을 인정한 다음, 이 사건 부가가치세부과처분은 이미 피고가 1998. 11.경에 한 세무조사(부가가치세 경정조사)와 같은 세목 및 같은 과세기간에 대하여 중복하여 실시한 서울지방법국세청장의 위법한 중복조사에 기초하여 이루어진 것이므로 위법하다.

나. 중복조사를 인정하지 않은 판례²⁹⁷⁾

296) 2006. 6. 2. 선고 2004두12070 판결 [부가가치세부과처분취소].

297) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2014두12062판결 [세무조사결정행정처분취소].

구 국세기본법(2013. 1. 1. 법률 제11604호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 국세기본법’이라 한다) 제81조의4 제2항, 제81조의7 제1항, 제81조의9 제1항, 제81조의11의 문언과 체계, 같은 세목 및 과세기간에 대한 거듭된 세무조사는 납세자의 영업의 자유나 법적 안정성 등을 심각하게 침해할 뿐만 아니라 세무조사권의 남용으로 이어질 우려가 있으므로 조세공평의 원칙에 현저히 반하는 예외적인 경우를 제외하고는 금지될 필요가 있는 점, 재조사를 금지하는 입법 취지에는 세무조사기술의 선진화도 포함되어 있는 점 등을 종합하여 보면, 세무공무원이 어느 세목의 특정 과세기간에 대하여 모든 항목에 걸쳐 세무조사를 한 경우는 물론 그 과세기간의 특정 항목에 대하여만 세무조사를 한 경우에도 다시 그 세목의 같은 과세기간에 대하여 세무조사를 하는 것은 구 국세기본법 제81조의4 제2항에서 금지하는 재조사에 해당하고, 세무공무원이 당초 세무조사를 한 특정 항목을 제외한 다른 항목에 대하여만 다시 세무조사를 함으로써 세무조사의 내용이 중첩되지 아니하였다고 하여 달리 볼 것은 아니다. 다만 당초의 세무조사가 다른 세목이나 다른 과세기간에 대한 세무조사 도중에 해당 세목이나 과세기간에도 동일한 잘못이나 세금탈루 혐의가 있다고 인정되어 관련 항목에 대하여 세무조사 범위가 확대됨에 따라 부분적으로만 이루어진 경우와 같이 당초 세무조사 당시 모든 항목에 걸쳐 세무조사를 하는 것이 무리였다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 당초 세무조사를 한 항목을 제외한 나머지 항목에 대하여 향후 다시 세무조사를 하는 것은 구 국세기본법 제81조의4 제2항에서 금지하는 재조사에 해당하지 아니한다.

2. 행정조사에 대한 규제개혁 내지 규제완화 요구

- 그간의 행정조사가 정례적인 통계조사부터 자료제출, 출석요구, 현장점검, 위법행위 확인 등 다양한 방식으로 중소기업과 국민의 일상에서 실시되고 있기 때문에 행정조사는 국민과 중소기업의 대표적인 불편·부담 사항으로 인식되어 왔다는 점이 지적되어 왔다.²⁹⁸⁾
- 개선 사례 170건 중 중복된 17건을 제외하고 빈도수가 높은 순서대로 정리하자면, 포괄적인 조사개시요건을 구체적으로 규정할 것(59건), 사전통지절차의 강화(50건), 종이문서외에 전자문서에 의한 전송가능(26건), 행정조사의 근거를 법령에 명시할 것(15건), 개별행정조사를 공동행정조사로 실시할 것(15건), 실시주기 완화 및 조정(6건), 행정조사의 항목 축소(9건), 조사대상자의 편익 중심으로 제도를 개선할 것(7건), 정기적인 행정조사의 경우 실시주기를 완화하거나 조정할 것(6건)의 순서에 해당한다.

298) 결과 현재 27개 부처에서 총 608건의 행정조사가 실시 중이며, 국토교통부(91건), 환경부(76건), 농식품부(51건) 순에 해당하고 있다고 한다(국토 91, 환경 76, 농식품 51, 고용 45, 식약 44, 과기 37, 통계 34, 해수 30, 교육 26, 복지 23, 관세 22, 방통 21, 여가 16, 산업 15, 행안 16, 문체 14, 중기 11, 산림 6, 소방 5, 원안 5, 보훈 4, 특허 4, 기재 4, 문화재 3, 해경 2, 기상 2, 농진 1). '17년 519개 중소·중견기업 설문조사(중소기업옴부즈만)에 의하면 행정조사 부담은 연간 451페이지 서류준비, 120일/905만원 소요되며, 과도하고 중복된 서류의 제출, 중복 행정조사, 과도한 조사 주기 등이 문제점으로 지적되었는데, 조사결과 만약 불합리한 행정조사가 정비된다면 그 효과는 매출 1.1%의 증가로 연결될 것으로 예상된다고 한다. 국무조정실 보도자료 2017년 12월 7일 1면-2면 참조.

- 이와 같은 개선방안은 크게, 불요불급한 조사 폐지 축소(정기조사 주기를 완화하고, 실효성 없는 조사를 폐지, 개별행정조사를 공동조사 실시로 변경), 조사 간소화 및 조사방식 개선(조사항목 축소, 종이 문서외의 전자문서의 제출도 허용, 조사대상자 편익중심으로 조사방식의 개선), 조사 근거 요건 절차의 구체화(조사실시근거를 법령에 명시하고, 포괄적 조사요건을 구체적으로 규정하며 사전통지절차를 강화), 행정조사 관리 강화(기존의 조사를 점검하고 평가하는 것을 강화하고, 조사의 적정성을 심사할 수 있는 가능성 확대)의 4가지 축으로 정리될 수 있다.
- 행정절차의 통일성 확보 및 간소화를 통한 피조사자의 부담 감경과 행정조사의 법적 근거 및 실질적인 적정성 확보가 요구되고 있는 시점이다.

3. 공동조사 방식을 위한 기관간의 협의 내지 통합 가능성

- 이하와 같은 세 가지 방식의 공동조사의 가능성을 생각할 수 있다.

(1) 공정거래위원회와 검찰의 협의체

- 2018. 8. 21. ‘공정거래법 전속고발제 폐지 관련 합의문’에서 공정거래위원회와 검찰은 자진신고 제도 운영과 관련된 정보교환 및 현안 협의를 위한 실무협의체를 구성하여 운영하기로 밝힌 바 있다. 개별 사건마다 공정거래위원회와 법무부가 운영하는 실무협의체에서 공정위 사건인지, 검찰 사건인지를 결정하겠다는 것이다. 자진신고 접수창구를 기존의 공정거래위원회 창구로 단일화하고, 관련정보를 서로간에 실시간으로 공유하기로 하였으며, 검찰 수사를 위해 공정거래위원회의 자진신고 정보를 포함한 행정조사 자료 제공하고 또한 공정거래위원회의 행정처분을 위하여 검찰의 수사자료를 제공하는 것을 내용으로 하고 있다.²⁹⁹⁾

(2) 양해각서(MOU)체결의 방식

- 금융위원회는 금융업관련법 등에 따라 금융업에 대한 전문적인 규제 및 감독을 담당하고, 공정거래위원회는 공정거래법 등을 통해 금융업을 포함한 산업 전반의 경쟁 제한행위를 규제한다. 금융위원회의 전문규제와 공정거래위원회의 독점규제 등 양 기관의 이원적 규제에 대한 금융회사의 불편과 부담이 가중되고 있다는 지적되어 왔고, 특히, 금융회사들은 금융당국(금융위원회, 금융감독원)의 행정지도를 따른 것에 대하여 공정거래위원회가 담합으로 제재하는 것을 중복규제로 인식하는 등 이에 대해 어려움을 호소해왔다.

299) 2018. 8. 21.

전속고발제 폐지 관련 합의문, 1-2면 참조.

- 이에 대하여 양 기관은 금융회사의 규제부담을 실질적으로 완화할 수 있도록 2007년 최초 체결된 이후 집행실적이 미미하였던 기존의 MOU를 개편하고 2015. 1. 8. ‘금융회사에 대한 규제 개선을 위한 금융위 - 공정위 간 업무협약(MOU) 체결’ 하였다.
- 양 기관간 적극적인 MOU 이행을 통해 행정지도의 투명성을 적극 제고함으로써 금융산업의 규제 불확실성을 최소화하고, 기관 간 사전협의 절차를 강화함으로써 금융회사의 규제부담 문제를 사전에 해결할 수 있도록 함으로써, 규제의 예측가능성 제고와 규제부담 완화를 목표로 하고 있다.
- 행정지도 단계에서부터 금융회사의 위법소지를 최소화할 수 있는 사전협의 시스템을 새로 구축하여 금융위원회는 행정지도시 공정거래법령 위반 가능성에 대해 필요시 공정거래위원회와 사전협의 가능하며, 공정거래위원회는 금융시장 및 금융산업의 특성을 고려하여 사전협의 결과를 신속히 회신하는 구체적인 내용들을 포함하고 있다.
- 기존에 실무협의기구가 운영되지 못하여 MOU의 적극적 이행에 한계가 있었음을 고려하여, 금융위원회 금융정책국장과 공정위원회 경쟁정책국장으로 구성되는 실무협의회의 기구를 발족하여 사안별로 관련 실·국장 및 팀장(금감원 포함) 등이 참석 가능하게 하며 회의를 수시 개최 및 상시 운영을 그 내용으로 하고 있다.³⁰⁰⁾
- 국가기관사이의 양해각서 체결의 방식은 최근 증가하고 있는 추세이며, 양해각서 체결의 경우 구체적인 업무범위를 확정하고 상황에 따라 변경하는 예 데에 보다 효과적일 수 있다는 장점을 갖는다.

(3) 법률상의 협의 또는 자문 규정

- 아직 발생하지 않은 일반적인 상황에 대한 합의나 회의를 위한 근거를 마련하기 위해서라면 법률상 협의 또는 자문의 근거 규정을 둔 후, 이에 관하여 시행세칙으로 협의 사항이나 범위에 관하여 규정하는 것이 보다 탄력적인 행정 운영이 가능할 수 있다.
- 협의의 방식으로는 관계자 회의 개최, 서면의견제출, 의견청취 등의 방법 등이 있다.

300) 대한 규제 개선을 위한 금융위 - 공정위 간 업무협약(MOU) 7. 실무협의기구 운영
 7.1 양 기관은 이 협약의 효율적 시행을 위한 협력방안 및 협약의 해석과 관련된 이견사항 등을 협의하고, 중복규제 관련 제도개선사항을 논의하기 위하여 실무협의기구를 구성한다.
 7.2 실무협의기구는 금융정책국장(금융위)과 경쟁정책국장(공정위)으로 구성하되, 사안별로 관련 실·국장 및 팀장(금융감독원을 포함한다) 등이 참석할 수 있다.
 7.3 실무협의기구는 한 기관의 요청에 의해 수시로 회의를 개최할 수 있으며, 논의안건 등 구체적인 운영과 관련한 사항은 양 기관이 협의하여 정한다.
 7.4 실무협의기구는 이 협약에 따른 기관 간 업무협의 실적 목록을 반기별로 공유한다.

가. 관련기관간의 협의 또는 자문 규정의 예

중소기업기술 보호 지원에 관한 법률 제2조(협의 또는 자문) ① 중소벤처기업부 장관은 「중소기업기술 보호 지원에 관한 법률」(이하 "법"이라 한다) 제6조에 따라 관계 중앙행정기관의 장, 정보수사기관의 장, 관련 기관·단체 및 전문가에게 다음 각 호의 사항에 대하여 **협의하거나 자문할 수 있다.** <개정 2017. 7. 26.>

1. 법 제5조에 따른 중소기업기술 보호에 관한 지원계획의 수립 및 시행에 관한 사항
2. 법 제8조에 따른 중소기업기술의 유출을 방지하고 보호하기 위하여 필요한 방법·절차 등에 관한 지침(이하 "보호지침"이라 한다)의 제정 및 개정에 관한 사항
3. 법 제11조에 따른 의견제시 및 개선권고에 관한 사항
4. 법 제12조에 따른 중소기업기술의 보호와 관련된 애로사항의 해결에 관한 사항
5. 그 밖에 중소기업기술 보호정책의 수립 및 추진을 위하여 중소벤처기업부 장관이 필요하다고 인정하는 사항

② 제1항에 따른 협의 또는 자문은 다음 각 호의 방법으로 한다. <개정 2017. 7. 26.>

1. 관계자 회의 개최
2. 서면에 의한 의견 제출 요청
3. 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제1호에 따른 정보통신망(이하 "정보통신망"이라 한다) 등을 활용한 의견청취 또는 설문조사
4. 그 밖에 협의하거나 자문하는 데 적절하다고 중소벤처기업부 장관이 인정하는 방법

③ 제1항에 따른 협의 또는 자문에 참여한 민간 전문가에게는 예산의 범위에서 수당 및 여비를 지급할 수 있다.

중소기업기술 보호 지원에 관한 법률 제6조(중소기업기술 보호정책에 대한 자문) 중소벤처기업부 장관은 중소기업기술 보호정책의 수립 및 추진을 위하여 필요한 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 관계 중앙행정기관의 장, 정보수사기관의 장, 관련 기관·단체 및 전문가에게 협의 또는 자문할 수 있다. <개정 2017. 7. 26.>

나. ‘행정응원’의 방식을 직접 규정한 예

식품위생법 제22조 ② 식품의약품안전처장은 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 제1항에 따른 출입·검사·수거 등의 업무를 수행하면서 식품등으로 인하여 발생하는 위생 관련 위해방지 업무를 효율적으로 하기 위하여 필요한 경우에는 관계 행정기관의 장, 다른 시·도지사 또는 시장·군수·구청장에게 행정응원(行政應援)을 하도록 요청할 수 있다. 이 경우 행정응원을 요청받은 관계 행정기관의 장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 특별한 사유가 없으면 이에 따라야 한다

○ 검토(연구진의견: 양해각서 방식을 권고함)

- 위에서 본 세 가지 방식의 공동조사의 가능성 중 양해각서를 필요하다고 생각하는 기관과 체결하는 것이 가장 보편적이고 무난한 방법으로 보인다. 그러나 실효성이 있을지에 대해서는 실제적으로 진행을 하여야 확인할 수 있을 것이라 사전에 단정할 수는 없다.
- 반드시 다른 기관의 조력이 필요하다고 보면 행정응원에 대한 명문의 근거규정을 식품위생법과

같이 법령에 둬으로써 특허청이 상대기관에 조력을 요구할 때 상대기관이 법령에 의해서 조력을 하도록 하는 것이 바람직할 것이다. 그러나 이런 입법은 쉽지 않을 것으로 보이므로 현실적으로 위의 양해각서가 일반적이고 부경법의 경우에도 공동조사를 한다면 양해각서 방식을 우선 취하는 것이 좋다고 본다.

V. 비용분담 및 비밀엄수의 근거

1) 비용분담의 문제

- 참고인이나 감정인 위촉시 경비를 지급할 필요성이 있다.
 - 비용분담과 관련하여 법률에 명시하는 경우들이 있지만 개괄적인 규정을 두는 것이 대부분이며, 항목과 액수 및 세부적인 내용들은 시행령에서 확정이 가능하며, 현재 부정경쟁방지법 대통령령의 개정으로도 가능할 것으로 여겨진다.
 - 신고인 및 피신고인에게의 실비(식사비 등의 규정) 지급은 필수적이지 않은 임의적인 것에 해당된다.

2) 비밀엄수와 관련된 규정의 필요성

- 비밀엄수와 관련된 내용은 행정조사권한을 담고 있는 법률에 포함되는 것이 일반적이며, 그 상세 내용이 시행령, 시행 규칙 등으로 다시금 강조되며 확인하거나 보다 구체적으로 적시되는 경향이 있다.

<일반적인 규정례> 제00조

- ① 조사의 위원이나 직원 또는 그 위원이었거나 직원이었던 사람은 직무에 관하여 알게 된 비밀을 누설하면 아니 된다.
- ② 사건 처리에 관여한 위원이나 직원 또는 그 위원이었거나 직원이었던 변호사·변리사 등은 영리를 목적으로 그 사건에 관한 직무를 하면 아니 된다.

- 비밀엄수와 관련된 내용에 관하여 법률에 근거를 둘 필요는 있으나 그 내용을 엄격하게 작성할 필요는 없을 것이다. 비밀엄수를 지키지 않은 경우 벌칙 규정을 두는 경우가 있는데, 벌칙규정이 없이 비밀엄수에 관한 규정만을 두는 타 법률의 사례가 많으므로 부정경쟁방지법 규정에 필수적인 것은 아니라고 여겨진다.

VI. 디지털 증거의 조사 및 수집가능성³⁰¹⁾

1. 문제의 소재

- 오늘날 행정조사에 있어서 주된 증거의 형태는 종이문서 형태가 아닌 디지털 파일의 형태이지만, 전통적인 조사 및 수사의 대상으로서 물적 증거는 종이형태의 증거를 염두에 둔 것이다. 예를 들어 강제수사의 경우 증거확보의 대표적인 방법인 압수수색의 경우에도 압수수색의 대상을 종이문서를 중점을 두고 있다. 이런 점에서 수사이건, 조사이건 종이문서가 아닌 디지털 파일 형태의 문서를 어떻게 확보하고 이를 절차적인 문제없이 향후 발생할 수 있는 법적 분쟁에서 제시하고 사실증명의 목적으로 사용할 수 있을지 여부가 문제될 수 있다.

- 디지털 자료의 특징

디지털 자료는 (1) 가상공간에서 처리되는 무형적 정보처리로 육안으로는 보거나 읽을 수 없다는 점을 들어 무체성, 비가시성, 비가독성의 특성이 있다. (2) 특정 저장매체를 통하지 않고 저장매체를 옮기더라도 내용이 그대로 유지되며 원본과 사본의 구별이 곤란하다는 매체독립성을 보유하고 있다. (3) IT 기술의 발전에 따른 인위적 조작이나 외부의 충격 또는 자성물체에 의해 손상되기 쉬워 가변성에 취약하다 (4) 디지털 기술의 발달로 생산과 저장이 대규모로 이루어져 빅데이터를 이루고 있다는 것이다. (5) ICT의 발달로 프로세스가 상호 연결되어 네트워크가 용이하다는 특성이 있다.³⁰²⁾

- 디지털 자료 압수수색의 제문제

디지털 자료의 수집 또는 압수수색과 관련하여서는 몇 가지 문제점이 도출되고 있다. 디지털증거의 특수성인 저장매체에 단기간 저장을 하거나 은닉, 삭제, 변조 등을 고려한 압수수색 방법은 규정되어 있지 않기 때문에, (1) IT기술의 발전으로 정보를 원격지나 분산해서 저장하고 처리할 수 있는 기법인 그리드 컴퓨팅(Grid Computing)이나 클라우드 컴퓨팅(Cloud Computing), 빅데이터(Big Data)와 같은 새로운 정보처리기술이 활용되는 경우 저장매체의 물리적 소재를 확정하기 곤란하다. (2) 디지털증거 압수수색 등 강제처분을 함에 있어 가이드라인이 현재까지는 없다는 것과 해외 클라우드 데이터센터에 혐의자의 중요한 정보가 저장되어 있을 경우 증거수집을 어떻게 할 것인지, 정보가 저장되어 있다고 가정하더라도 그 정보가 저장되어 있는 국가와의 형사사법 관할 문제를 어떻게 풀어낼 것이지가 문제가 될 수도 있다.³⁰³⁾

301) 대한 형사디지털 증거의 증거능력에 대한 개요는 최승재, 개인정보, 커뮤니케이션북스 2016 참조.

302) 박락인, 디지털증거에 대한 압수수색 및 증거능력에 대한 연구. 경찰학연구, 15(3), 2015, 208면.

- 실무상으로는 최초 수집된 디지털증거의 대상과 종류에 따라 수사 방향이 달라지므로 수집 단계에서 어떠한 내용의 증거물을 어떻게, 어떤 절차에 의해 수집할 것인지와 수집한 증거물에 대한 원본성을 어떻게 확보할 것인지, 또 증거로서의 가치를 어떻게 입증할 것인지에 대한 명확한 판단으로 디지털증거를 수집할 것이 요청된다.

2. 조사에서의 증거의 확보

- 기본적으로 조사절차는 임의제출을 염두에 두는 절차이므로 종이문서의 경우에도 임의로 이를 제출받아 사실증명을 위하여 활용하게 된다. 그런데 디지털 증거의 경우에는 특정한 파일을 임의제출받는 경우와 특정한 장소에서 특정인이 사용하는 개인용 컴퓨터나 공용컴퓨터에 보관되어 있는 파일을 포함한 하드디스크 일체를 제공받아 이 중에서 조사 대상과 관련된 증거 파일을 확보하는 경우가 있을 수 있다.
- 수사의 경우에는 압수수색 영장의 특정의 문제부터 다양한 쟁점들이 발생하며 이에 대해서는 소위 종근당 결정(대법원 2015. 7. 16. 자 2011도1839 전원합의체 결정 [준항고인용결정에대한재항고])³⁰⁴⁾

303) , 디지털증거에 대한 압수수색 및 증거능력에 대한 연구. 경찰학연구, 15(3), 2015, 216면.

304) [1] 전자정보에 대한 압수·수색이 저장매체 또는 복제본을 수사기관 사무실 등 외부로 반출하는 방식으로 허용되는 예외적인 경우 및 수사기관 사무실 등으로 반출된 저장매체 또는 복제본에서 혐의사실 관련성에 대한 구분 없이 임의로 저장된 전자정보를 문서로 출력하거나 파일로 복제하는 행위가 영장주의 원칙에 반하는 위법한 압수인지 여부(원칙적 적극)

[2] 전자정보가 담긴 저장매체 또는 복제본을 수사기관 사무실 등으로 옮겨 복제·탐색·출력하는 일련의 과정에서, 피압수·수색 당사자나 변호인에게 참여의 기회를 보장하고 혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치가 취해지지 않은 경우, 압수·수색의 적법 여부(원칙적 소극) 및 수사기관이 저장매체 또는 복제본에서 혐의사실과 관련된 전자정보만을 복제·출력하였다더라도 마찬가지인지 여부(적극)

[3] 전자정보에 대한 압수·수색 과정에서 이루어진 현장에서의 저장매체 압수·이미징·탐색·복제 및 출력행위 등 일련의 행위가 모두 진행되어 압수·수색이 종료된 후 전체 압수·수색 과정을 단계적·개별적으로 구분하여 각 단계의 개별 처분의 취소를 구하는 준항고가 있는 경우, 당해 압수·수색 과정 전체를 하나의 절차로 파악하여 그 과정에서 나타난 위법이 압수·수색 절차 전체를 위법하게 할 정도로 중대한지 여부에 따라 전체적으로 압수·수색 처분을 취소할 것인지를 가려야 하는지 여부(원칙적 적극) 및 이때 위법의 중대성을 판단하는 기준

[4] 검사가 압수·수색영장을 발부받아 갑 주식회사 빌딩 내 을의 사무실을 압수·수색하였는데, 저장매체에 범죄혐의와 관련된 정보(유관정보)와 범죄혐의와 무관한 정보(무관정보)가 혼재된 것으로 판단하여 갑 회사의 동의를 받아 저장매체를 수사기관 사무실로 반출한 다음 을 측의 참여하에 저장매체에 저장된 전자정보파일 전부를 '이미징'의 방법으로 다른 저장매체로 복제(제1 처분)하고, 을 측의 참여 없이 이미징한 복제본을 외장 하드디스크에 재복제(제2 처분)하였으며, 을 측의 참여 없이 하드디스크에서 유관정보를 탐색하는 과정에서 갑 회사의 별건 범죄혐의와 관련된 전자정보 등 무관정보도 함께 출력(제3 처분)한 사안에서, 제1 처분은 위법하다고 볼 수 없으나, 제2·3 처분의 위법의 중대성에 비추어 위 영장에 기한 압수·수색이 전체적으로 취소되어야 한다고 한 사례

[5] 전자정보에 대한 압수·수색이 종료되기 전에 혐의사실과 관련된 전자정보를 적법하게 탐색하는 과정에서 별도의 범죄혐의와 관련된 전자정보를 우연히 발견한 경우, 수사기관이 적법하게 압수·수색하기 위한 요건 / 이 경우 피압수·수색 당사자에게 참여권을 보장하고 압수한 전자정보 목록을 교부하는 등 피압수자의 이익을 보호하기 위한 적절한 조치가 이루어져야 하는지 여부(원칙적 적극)

[6] 검사가 압수·수색영장(제1 영장)을 발부받아 갑 주식회사 빌딩 내 을의 사무실을 압수·수색하였는데, 저장매체에 범죄혐의와 관련된 정보(유관정보)와 범죄혐의와 무관한 정보(무관정보)가 혼재된 것으로 판단하여 갑 회사의 동의를 받아 저장매체를 수사기관 사무실로 반출한 다음 을 측의 참여하에 저장매체에 저장된 전자정보파일 전부를 '이미징'의 방법으로 다른 저장매체로 복제하고, 을 측의 참여 없이 이미징한 복제본을 외장 하드디스크에 재복제하였으며, 을 측의 참여 없이 하드디스크에서 유관정보를 탐색하던 중 우연히 을 등의 별건 범죄혐의와 관련된 전자정보(별건 정보)를 발견하고 문서로 출력하였

이후 판례가 집적되고 있으나 조사의 경우 임의제출을 받는 것으로 이와 같은 엄격한 절차적인 통제는 아니라고 하더라도 아래와 같은 절차를 지키는 것이 향후 증거와 관련된 논란을 줄이거나 없애는 방법이 될 것이다.

가. 특정한 파일을 임의제출 받는 경우

- 이중 특정한 파일을 임의제출 받는 경우에는 디지털 증거라고 하여 종이문서와 달리 취급할 것은 없음이 원칙적이다. 그러나 종이문서의 경우에는 위조 또는 변조되지 않았음을 증명하기 위한 방법과는 달리 파일의 위변조 가능성이 상대적으로 높아서 파일을 제출받으면서 해시합수를 이용하여 특정한 파일의 해시 값을 지정하여 이를 임의로 제출받으면 되고, 그러면 향후 논란이 될 때 그 해시값과의 대조를 통해서 당해 파일이 위조 또는 변조되지 않은 제출받은 문서라는 점을 확인할 수 있다.
- 만일 이런 방식을 취할 수 없다면 제출자에게 파일을 특정하게 하고 이를 확인하는 확인서를 받으면 된다. 이 경우 확인서는 특정한 양식에 따라야 하는 것은 아니나 업무처리의 편의 및 통일성을 위해서 확인서 양식을 준비하여 이를 확인하고 제출자가 서명하도록 하는 방식이 바람직할 것으로 보인다.

나. 하드디스크 일체를 제공받아 이 중에서 조사 대상과 관련된 증거 파일을 확보하는 경우

- 하드디스크를 일체로 받는 경우 파일의 위변조 가능성이 상대적으로 높으므로 제출받으면서 해시합수를 이용하여 특정한 파일 또는 하드디스크 전체의 해시 값을 임의로 제출받는 점은 동일하다. 그러면 향후 논란이 될 때 그 해시값과의 대조를 통해서 당해 파일이 위조 또는 변조되지 않은 제출받은 문서라는 점을 확인할 수 있다.
- 만일 이런 방식을 취할 수 없다면 제출자에게 파일을 특정하게 하고 이를 확인하는 확인서를 받으면 될 것이다. 이 경우 확인서는 특정한 양식에 따라야 하는 것은 아니나 업무처리의 편의 및 통일성을 위해서 확인서 양식을 준비하여 이를 확인하고 제출자가 서명하도록 하는 방식이 바람직할 것으로 보인다.
- 단 하드디스크를 임의제출 받는 경우에는 이 중에서 관련된 증거와 그렇지 않은 증거를 분리하는

, 그 후 을 측에 참여권 등을 보장하지 않은 채 다른 검사가 별건 정보를 소명자료로 제출하면서 압수·수색영장(제2 영장)을 발부받아 외장 하드디스크에서 별건 정보를 탐색·출력한 사안에서, 제2 영장 청구 당시 압수할 물건으로 삼은 정보는 그 자체가 위법한 압수물이어서 별건 정보에 대한 영장청구 요건을 충족하지 못하였고, 제2 영장에 기한 압수·수색 당시 을 측에 압수·수색 과정에 참여할 기회를 보장하지 않았으므로, 제2 영장에 기한 압수·수색은 전체적으로 위법하다고 한 사례.

것이 바람직할 것인데, 이 경우 원본 하드디스크를 그대로 임의 제출받아서 영치하게 되면 보관상의 문제(분실 및 파손 등)가 발생할 수 있으므로 가급적 이미징을 해서 이미징을 한 하드디스크 파일의 해시값을 기록하여 부여하여 원본성을 확보하면서 조사의 대상으로 하는 것이 바람직하다.

- 다만 관련된 증거를 분리하는 자리에는 피조사자의 담당자나 피조사자가 지정한 자, 또는 변호사가 참석하여 이를 확인하도록 하고 이를 확인한 자에게 확인서를 받도록 하는 것이 바람직하고 향후 논란을 없애는 방법이 될 것이다.

[참고] 수사의 경우 법원의 디지털 증거 압수·수색에 대한 태도 요약

1. 압수·수색은 대상물의 소유자 또는 소지자를 상대로 할 수 있고, 이는 해당 소유자 또는 소지자가 피고인이나 피의자인 경우에도 마찬가지이다(형사소송법 제106조 제1항, 제2항, 제107조 제1항, 제108조, 제109조 제1항, 제219조 참조). 또한 정보저장매체에 저장된 전자정보에 대한 압수·수색은 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 관련된 부분만을 출력하거나 복제하는 방법으로 하여야 하고, 다만 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 정보저장매체 자체를 압수할 수 있다(형사소송법 제106조 제3항, 제219조 참조).
2. 2015년 전원합의체 종근당 결정의 시작은 대법원 2011. 5. 26자 2009모1190결정(소위 ‘전교조’ 결정)이라고 할 수 있다. 이 결정에서 대법원은 압수·수색을 통해서 디스크를 이미징한 후 유관정보를 추출한 이후의 행위도 전체적으로 압수·수색 영장집행의 일환으로 보았다.
3. 대법원이 2015. 7. 16. 자 2011모1839판결(전원합의체, 소위 ‘종근당’결정)을 선고하면서 제시한 법리, 즉 압수·수색영장에 의하여 이루어진 적법한 1처분 이후에 피압수·수색 당사자에게 계속적인 참여권을 보장하는 등의 조치가 이루어지지 아니한 채 유관정보는 물론 무관정보까지 재출력한 것을 영장주의를 위반한 위법한 처분으로 보면서 압수·수색전체를 위법의 중대성에 비추어 취소한 법리는 이후 도그마로서 기능을 하고 있다. 이런 법리는 임의제출한 증거의 경우 당사자 참여권의 인부에 대한 논의까지 연장되고 있다.
4. 최근 논점으로 원격지의 저장매체가 국외에 있는 경우 압수·수색영장 집행방법의 문제가 있으며, 이에 대한 대법원 2017. 11. 29. 선고 2017도9747 판결³⁰⁵⁾이 중요하다.

이 판결에서 대법원은 “피의자의 이메일 계정에 대한 접근권한에 갈음하여 발부받은 압수·수색 영장에 따라 원격지의 저장매체에 적법하게 접속하여 내려받거나 현출된 전자정보를 대상으로

하여 범죄 혐의사실과 관련된 부분에 대하여 압수·수색하는 것은, 압수·수색영장의 집행을 원활하고 적절하게 행하기 위하여 필요한 최소한도의 범위 내에서 이루어지며 그 수단과 목적에 비추어 사회통념상 타당하다고 인정되는 대물적 강제처분 행위로서 허용되며, 형사소송법 제120조 제1항에서 정한 압수·수색영장의 집행에 필요한 처분에 해당한다. 그리고 이러한 법리는 원격지의 저장매체가 국외에 있는 경우라 하더라도 그 사정만으로 달리 볼 것은 아니다”고 보았다.

3. 부정경쟁방지법상 디지털 수집 조항의 근거 필요성

- 디지털 증거수집 분석 관련 조항 또한 최소한 법률에 근거를 두어야 하며, 기본적인 원칙이나 세부 사항이 규칙 보다 상위의 시행령에 있어야 할 것이다. 특히 기존의 서류, 자료, 물건의 제출 명령 또는 영치, 출석의견조사 외에 “데이터베이스”에 대한 접근가능성을 법률 단계에서 확실시할 필요가 있다.
- 보고 또는 자료나 물건, 데이터베이스의 보존 내지 제출명령불이행에 따른 이행강제금을 부과하고 싶다면 그 근거 또한 법률 단계에 있어야 할 것이다. 오늘날 대부분의 핵심 증거나 자료는 문서가 아닌 디지털화되어 있으므로 이와 같은 디지털 증거의 수집이나 분석에 관하여 기본적인 사항과의 무사항은 법령에 규정해야 할 것이다.

VII. 조사대상자의 방어권

1. 최근 정부 규제 개선 논의

- 행정조사의 개별 법령상 행정조사의 입법 유형은 조사의 방식에 따라 보고나 자료제출 요구, 출입 검사·질문·서류열람, 시료채취, 출석·진술 요구, 현장조사, 실태조사로 나누어지고, 조사의 목적에 따라 정책결정을 위한 정보수집, 법령위반 여부 확인, 지도나 감독 차원의 행정조사로 나누어볼 수 있다.
- 행정조사의 법적 근거에 관해서 대부분 법령에 규정하고 있으나, 지침이나 훈령, 고시에 근거를 두고 있는 경우도 있으며 법률에 구체적 위임 없이 시행규칙에서 현장조사를 규정하기도 하고 조사의

305) 이메일 계정에 대한 접근권한에 갈음하여 발부받은 압수·수색영장에 따라 원격지의 저장매체에 적법하게 접속하여 내려받거나 현출된 전자정보를 대상으로 하여 범죄 혐의사실과 관련된 부분에 대하여 압수·수색하는 것이 허용되는지 여부(적극) 및 형사소송법 제120조 제1항에서 정한 ‘압수·수색영장의 집행에 필요한 처분’에 해당하는지 여부(적극) / 이러한 법리는 원격지의 저장매체가 국외에 있는 경우라도 마찬가지로 적용되는지 여부(적극)(대법원 2017. 11. 29. 선고 2017도 9747 판결 [국가보안법위반(찬양·고무등)·국가보안법위반(회합·통신등)·국가보안법위반(편의제공)·국가보안법위반(자진지원·금품수수)]).

목적과 내용의 명확성에 관해서, 여전히 포괄적이고 불명확하게 규정한 사례가 많다.

- 행정조사의 실시가 국민의 자유와 권리를 침해할 우려 중 행정조사가 개인의 프라이버시권을 침해할 가능성이 많다는 것은 일찍부터 인식되어 왔으며, 특히 정보처리 및 통신기술이 비약적으로 발전한 오늘날의 정보화 사회에서는 그 침해가능성이 더욱 증대되기에 이르렀다. 또한 행정조사는 행복추구권, 영업의 자유 및 기업활동의 자유, 사유재산권, 평등권 등을 침해할 가능성도 적지 않게 된다.³⁰⁶⁾
- 조사대상 선정에 있어서 조사대상자의 범위를 명확하게 규정하고 선정의 객관성과 공정성을 확보하기 위한 별다른 절차를 설계할 것이 요청된다. 조사대상자의 권익 보호를 위한 규정에 관하여도 추가되어야 한다.
- 행정조사는 규제와 밀접한 관련이 있으며 행정조사가 투명하고 공정하게 이루어지지 않는다면 피규제자는 규제의 부담에서 벗어날 수 없게 되므로, 조사요건이나 사전통지 등의 조사절차와 행정조사에 대한 통제 및 권리구제장치 등 적법절차를 보장하는 장치가 필요하다.
- 행정조사는 이러한 적법절차의 문제만이 아니라 수립된 정책이 집행되는 과정에서 어떠한 문제가 있는지, 어떤 요인이 규제의 순응을 방해하는지 등을 파악하여 이를 반영하는 것을 주된 목적으로 두어야 하는데, 현행 행정조사는 법규 위반에 대한 제재 위주로 운영되고 있으며, 행정조사가 기업활동 등에 미치는 영향이 지대함에도 불구하고 법적·제도적 장치가 미흡하여 행정조사에 대한 불만의 목소리가 높아지고 있다는 비판이 제기되어 왔다.³⁰⁷⁾

2. 금융감독원 조사에 대한 변호인의 조력권 침해 논란³⁰⁸⁾

- 금융위원회 산하 증권선물위원회 상임위원을 중심으로 구성된 자본시장 제재절차 개선 태스크포스(TF)는 2018. 2. 1. 이와 같은 내용을 담은 '자본시장 제재 절차 개선방안'을 발표하고 관련 규정을 개정하겠다고 밝혔다.³⁰⁹⁾ 기존에 자본시장법 위반 사건을 조사하는 과정에서 피조사자가 선임한 변호사의 입회를 금지해 적법절차 위반 논란이 있었기 때문이다.³¹⁰⁾ 금융위원회 자본시장조사단은 이

306) , 행정조사기본법의 문제점과 개선방안, 공법학연구, 2011 참조.

307) 김한나·김계현, 의료기관 현지조사에 대한 법적검토와 개선방안, 대한의사협회 의료정책연구소 연구보고서, 2011.3; 김한나·김계현, 요양기관 현지조사제도의 문제점과 개선방안, 의료정책포럼 9(1), 2011.3.

308) <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=139971>

309) 2018. 2. 1. 자본시장 제재 절차 개선방안, 금융위원회, 1-15면 참조.

310) 사안은 다음과 같다. 2017년 10월 자본시장과 금융투자업에 관한 법률상 불공정거래 혐의로 금융감독원의 조사 대상이 된 청구인은 금감원으로부터 1차 서면조사를 받은 후 2차로 대면조사를 받게 되자, 변호인을 선임하였다. 이에 대하여 금융감독원은 임의조사이기 때문에 변호사의 동석 인정될 수 없고, 조사과정에 변호사의 동석을 허용한 전례도 없다며 제지하였다. 청구인은 금융감독원이 법치국가 원리와 적법절차의 원칙을 위반했을 뿐만 아니라 헌법 제12조 4항이 규정하고 있는

미 2016년부터 증권범죄조사에 변호사 입회를 허용하고 있었지만, 금융감독원은 불공정거래조사와 회계감리시 변호사의 입회를 허용하지 않았다.

1) 변호사 입회

- 금융감독원의 조사, 감리를 할 때 변호사 입회 허용범위를 단계적으로 확대하기로 하였다. 특히 과징금 부과 등 증권선물위원회(‘증권위’)의 중구적 처분이 있을 것으로 판단되는 사안의 경우, 조사대상자의 신청 시 변호사의 입회를 우선 허용한다.
 - 다만, 후속조사나 검찰수사에 현저한 지장을 초래할 수 있는 경우는 제외하고 불허 시 출석요구서나 문답서 및 조치안에 그 사유를 기재한다. 또한 증거의 인멸, 은닉, 조작, 공범의 도주, 참고인 신체나 재산의 침해 등의 가능성이 있거나, 회사 또는 회계법인이 변호사를 선임하여 참고인인 회사 내부자의 조사, 감리 협조 등을 감시하는 상황 등의 경우에는 변호인의 입회를 허용하지 않는다.
- 검찰에 고발·통보하는 사안은 금융감독원의 조사역량 등을 감안하여 변호사 입회 허용의 확대 범위, 시기 등을 추가 검토한다. 변호사가 조사자의 승인 없이 심문에 개입하거나 모욕적인 언동을 하는 경우, 특정 답변 또는 부당한 진술 반복을 유도하는 경우에도 입회를 허용하지 않는다.
 - 심문내용 촬영·녹음·기록 등을 남겨 사후 분쟁을 최소화하고, 변호사 입회권 이외에도 조사대상자 진술 확보 과정에서 조사대상자의 권익 보호에 필요한 사항을 명문화하겠다고 밝혔다(현재 실무적으로 문답조사 과정을 CCTV로 녹화하는 것은 실시 중임).

2) 사전통지

사전통지를 할 때 조치 대상이 되는 사실관계, 조치 근거 규정, 제재 가중 및 감경사유, 증거자료 목록 등을 구체적으로 기재하도록 하고 금융감독원이 사전통지를 하기 전 금융위원회 사무처와 협의해 조치의 법적 근거 등을 점검하도록 한다는 방침이다.

3) 조사자료에 대한 열람·복사권

조력을 받을 권리를 침해했다고 주장하면서, 금융감독원의 변호사 참여 거부 행위는 현재 수사기관 및 모든 공공기관이 규제와 감독권 행사를 위한 조사과정에서 변호사의 참여 범위를 확대하는 추세에도 정면으로 반한다고 지적했다. 또 "다른 기관들이 권리보장 및 적법절차 원칙 준수를 통해 국민들의 신뢰를 얻기 위한 자치규범을 제정하는 등 실질적인 자정 노력을 기울이고 있는 흐름에도 역행한다고 주장하며 2017년 12월 헌법소원을 청구하였다. 이에 관한 내용은 법률신문 2017. 12. 26자. 뉴스

(<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=136457&kind=AE07&page=4>)(2018.11.15. 최종검색).

이를 보장하여 조사대상자 본인에 한해 확인서·문답서 및 기타 자료의 열람 복사를 허용하기로 하였으며, 심의 단계에서는 제재대상자의 의견진술권을 확대하겠다고 밝혔다.

3. 부경법의 경우

- (변호사의 입회) 부경법에 의한 행정조사의 경우에도 변호사가 입회하기를 요구한다면 이를 가급적 받아들이는 것이 바람직하다. 헌법재판소는 변호사의 조력을 받을 권리가 형사절차가 아니라도 일반적으로 요구되는 권리라고 보고 있는 바, 이런 점을 감안하면 행정조사라고 해서 피조사자가 변호사의 조력을 받겠다고 하는 경우 이를 조사에 현저한 방해가 된다거나 국가안전보장 등의 정당한 사유가 없음에도 변호사 참여를 거부하는 경우 그 자체가 헌법상 적법절차를 위반한 것이 될 수 있다.

- (피조사자의 자료열람·복사 및 의견진술권 보장) 조사대상자(피조사자) 본인이 확인서·문답서 및 기타 자료의 열람 및/또는 복사를 요청하는 경우에는 다른 조사에 방해가 되거나 영업비밀, 개인정보 등의 침해가 우려되는 등의 정당한 사유가 없으면 이를 허용하는 것이 타당하다. 그리고 조사 단계에서도 피조사자의 의견을 지금의 실무와 같이 최대한 들을 수 있도록 피조사자의 의견진술권을 인정하는 것이 바람직하다.

VIII. 행정조사로 인한 정보 공개 및 정보 비공개

- 행정조사에 의하여 수집된 정보는 행정조사의 목적에만 적합하게 관리되고 활용되어야 한다. 다른 법률에 따라 내부에서 이용하거나 다른 기관에 제공하는 경우를 제외하고는 원래의 조사목적 이외의 용도로 이용하거나 타인에게 제공하여서는 아니 된다(동법 4조 제6항).

- 개인의 사생활 또는 영업상의 주요 비밀 등은 다른 목적에 이용되거나 공개되지 아니하도록 관리하여야 하지만, 정보의 공개가 공익을 위하여 필요시에는 공개되어야 한다. 행정조사기본법은 이와 관련하여 다른 법률에 따르지 아니하고는 행정조사의 대상자 또는 행정조사의 내용을 공표하거나 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니 된다고(동법 4조 제5항) 규정하고 있다.

- 행정조사의 내용을 공표하기 위하여는 법률상 근거가 있는 것이 필요하다. 반면 행정조사의 내용 비공개를 위하여는 상대적으로 법령상의 근거로도 가능할 것으로 보인다.

1. 공공기관의 정보공개에 관한 법률상 비공개대상의 정보

정보공개법 제9조(비공개 대상 정보) ① 공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개 대상이 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보는 공개하지 아니할 수 있다.

5. 감사·감독·검사·시험·규제·입찰계약·기술개발·인사관리에 관한 사항이나 의사결정 과정 또는 내부검토 과정에 있는 사항 등으로서 공개될 경우 업무의 공정한 수행이나 연구·개발에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보. 다만, 의사결정 과정 또는 내부검토 과정을 이유로 비공개할 경우에는 의사결정 과정 및 내부검토 과정이 종료되면 제10조에 따른 청구인에게 이를 통지하여야 한다.

7. 법인·단체 또는 개인(이하 "법인등"이라 한다)의 경영상·영업상 비밀에 관한 사항으로서 공개될 경우 법인등의 정당한 이익을 현저히 해칠 우려가 있다고 인정되는 정보. 다만, 다음 각 목에 열거한 정보는 제외한다.

가. 사업활동에 의하여 발생하는 위해(危害)로부터 사람의 생명·신체 또는 건강을 보호하기 위하여 공개할 필요가 있는 정보

나. 위법·부당한 사업활동으로부터 국민의 재산 또는 생활을 보호하기 위하여 공개할 필요가 있는 정보

② 공공기관은 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보가 기간의 경과 등으로 인하여 비공개의 필요성이 없어진 경우에는 그 정보를 공개 대상으로 하여야 한다.

③ 공공기관은 제1항 각 호의 범위에서 해당 공공기관의 업무 성격을 고려하여 비공개 대상 정보의 범위에 관한 세부 기준을 수립하고 이를 공개하여야 한다.

- 국민의 정보공개청구권은 법률상 보호되는 구체적인 권리이므로, 공공기관에 대하여 정보의 공개를 청구하였다가 공개거부처분을 받은 청구인은 행정소송을 통하여 그 공개거부처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있다.
- 공개청구의 대상이 되는 정보가 이미 다른 사람에게 공개되어 널리 알려져 있거나 인터넷 등을 통하여 공개되어 인터넷검색 등을 통하여 쉽게 알 수 있다는 사정만으로는 소의 이익이 없거나 비공개결정이 정당화될 수 없다.
- 특허청 조사업무와 관련하여 공공기관의 정보공개에 관한 법률상 비공개 대상으로 파악될 수 있는 정보는 검사나 감사 등 조사(5호)와 법인이나 단체 또는 개인의 경영상 영업상 비밀에 관한 사항(7호)이 구체적으로 문제될 수 있는 가능성이 있다.
- 5호에 관한 대법원 판례

<대법원 2012. 10. 11. 선고 2010두18758 판결 [정보공개거부처분취소]>

[1] 공공기관의 정보공개에 관한 법률(이하 '정보공개법'이라 한다) 제9조 제1항 제5호에서 비공개대상정보로 규정하고 있는 '감사·감독·검사·시험·규제·입찰계약·기술개발·인사관리·의사결정과정 또는 내부검토과정에 있는 사항 등으로서 공개될 경우 업무의 공정한 수행에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보'란 정보공개법 제1조의 정보공개제도의 목적 및 정보공개법 제9조 제1항 제5호에 따른 비공개대상정보의 입법 취지에 비추어 볼 때, 공개될 경우 업무의 공정한 수행이 객관적으로 현저하게 지장을 받을 것이라는 고도의 개연성이 존재하는 경우를 말하고, 이에 해당하는지는 비공개함으로써 보호되는 업무수행의 공정성 등 이익과 공개로 보호되는 국민의 알권리 보장과 국정에 대한 국민의 참여 및 국정운영의 투명성 확보 등 이익을 비교·교량하여 구체적인 사안에 따라 신중하게 판단할 것이다. 그리고 그 판단을 할 때에는 공개청구의 대상이 된 당해 정보의 내용뿐 아니라 그것을 공개함으로써 장래 동종 업무의 공정한 수행에 현저한 지장을 가져올지도 아울러 고려해야 한다.

[2] 직무유기 혐의 고소사건에 대한 내부 감사과정에서 경찰관들에게서 받은 경위서를 공개하라는 고소인 갑의 정보공개신청에 대하여 관할 경찰서장이 공공기관의 정보공개에 관한 법률(이하 '정보공개법'이라 한다) 제9조 제1항 제5호 등의 사유를 들어 비공개결정을 한 사안에서, 위 경위서는 갑의 고소사건을 조사하는 과정이 아니라 내부 감사과정에서 제출받은 것인 점 등 위 경위서가 징구된 경위와 과정을 비롯하여 정보공개법 제9조 제1항 제5호에 따른 비공개대상정보의 입법 취지 등을 종합할 때, 경위서가 공개될 경우 앞으로 동종 업무수행에 현저한 지장을 가져올 개연성이 상당하다는 이유로, 경위서가 공개될 경우 앞으로 내부 감사과정의 피조사자에게 어떤 영향을 미칠 수 있고, 그 때문에 업무수행에 어떤 변화가 초래될 수 있는지 등에 대한 고려 없이 위 경위서가 정보공개법 제9조 제1항 제5호의 비공개대상정보에 해당하지 않는다고 본 원심판결에 비공개대상정보에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 한 사례.

○ 7호에 관한 대법원 판례의 태도 : 영업의 비밀, 이익에 관한 상반되는 판례

< 대법원 2018. 4. 12. 선고 2014두5477 판결 [정보공개거부처분취소청구의소] : >

[1] 구 공공기관의 정보공개에 관한 법률(2013. 8. 6. 법률 제11991호로 개정되기 전의 것, 이하 '정보공개법'이라 한다)은 공공기관이 보유·관리하는 정보에 대한 국민의 공개청구 및 공공기관의 공개의무에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 국민의 알 권리를 보장하고 국정에 대한 국민의 참여와 국정운영의 투명성을 확보함을 목적으로 한다. 이에 따라 공공기관이 보유·관리하는 모든 정보를 원칙적 공개대상으로 하면서, 다만 사업체인 법인 등의 사업활동에 관한 비밀의 유출을 방지하여 정당한 이익을 보호하고자 하는 취지에서, 정보공개법 제9조 제1항 제7호로 '법인·단체 또는 개인의 경영·영업상 비밀로서 공개될 경우 법인 등의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보'를 비공개대상정보로 규정하고 있다. 이와 같은 정보공개법의 입법 목적 등을 고려하여 보면, 정보공개법 제9조 제1항 제7호에서 정한 '법인 등의 경영·영업상 비밀'은 '타인에게 알려지지 아니함이 유리한 사업활동에 관한 일체의 정보' 또는 '사업활동에 관한 일체의 비밀사항'을 의미하는 것이고, 그 공개 여부는 공개를 거부할 만한 정당한 이익이 있는지에 따라 결정되어야 한다. 이러한 정당한 이익이 있는지는 정보공개법의 입법 취지에 비추어 이를 엄격하게 판단하여야 한다.

< 대법원 2010. 12. 23. 선고 2008두13101 판결 [정보공개거부처분취소] : 반대입장 >

[4] 공공기관의 정보공개에 관한 법률은 공공기관이 보유·관리하는 정보에 대한 국민의 공개청구 및 공공기관의 공개의무에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 국민의 알 권리를 보장하고 국정에 대한 국민의 참여와 국정운영의 투명성을 확보함을 목적으로 공공기관이 보유·관리하는 모든 정보를 원칙적 공개대상으로 하면서, 사업체인 법인 등의 사업활동에 관한 비밀의 유출을 방지하여 정당한 이익을 보호하고자 하는 취지에서, 위법 제9조 제1항 제7호로 “법인·단체 또는 개인의 경영·영업상 비밀로서 공개될 경우 법인 등의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보”를 비공개대상정보로 규정하고 있다. 이와 같은 공공기관의 정보공개에 관한 법률의 입법 목적 등을 고려하여 보면, 제9조 제1항 제7호에서 정한 ‘법인 등의 경영·영업상 비밀’은 ‘타인에게 알려지지 아니함이 유리한 사업활동에 관한 일체의 정보’ 또는 ‘사업활동에 관한 일체의 비밀사항’을 의미하는 것이고, 그 공개 여부는 공개를 거부할 만한 정당한 이익이 있는지 여부에 따라 결정되어야 하는바, 그 정당한 이익이 있는지 여부는 앞서 본 공공기관의 정보공개에 관한 법률의 입법 취지에 비추어 이를 엄격하게 판단하여야 할 뿐만 아니라, 국민에 의한 감시의 필요성이 크고 이를 감수하여야 하는 면이 강한 공익법인에 대하여는 보다 소극적으로 판단하여야 한다.

2. 수사서류의 비공개 요건과 한계³¹¹⁾

- 수사기관이 직무상 작성 또는 취득하여 관리하는 수사서류의 공개는 국민의 알권리와 방어권 보장이라는 차원에서 중요한 의미를 갖지만, 다른 한편 증거인멸, 증인협박, 수사의 현저한 지장, 사생활 침해 등과 같은 폐해를 초래할 수 있다. 행정조사는 임의조사를 원칙으로 함으로써 강제성을 띠고 있는 수사와는 개념상 구별되는 것이지만, 조사과정에서 습득한 자료들이나 증거가 향후 수사절차의 개시와 연결될 수도 있고, 피조사자의 입장에서는 피의자로 전환될 시에 이와 관련된 정보 공개에 민감할 수 있는 부분이므로, 수사서류의 비공개 요건에 관하여 개괄적으로 파악할 필요성이 제기된다.
- 수사서류 비공개의 요건

정보공개법 제9조(비공개 대상 정보) ① 공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개 대상이 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보는 공개하지 아니할 수 있다.

4. 진행 중인 재판에 관련된 정보와 범죄의 예방, 수사, 공소의 제기 및 유지, 형의 집행, 교정(矯正), 보안처분에 관한 사항으로서 공개될 경우 그 직무수행을 현저히 곤란하게 하거나 형사피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보

311) , 경찰수사와 정보공개 - 수사서류 비공개의 요건과 한계, 경북대학교 법학연구원 『법학논고』 제49집 (2015.02) 63~88면.



- 수사서류에 대한 정보공개가 청구되었을 때, 수사기관이 비공개사유로 고려가 가능한 사유로는 크게 세 가지를 들 수 있다.
 - 다른 법률 또는 법률에서 위임한 명령에 따라 비밀이나 비공개사항으로 규정된 정보
 - 수사에 관한 사항으로서 공개될 경우 그 직무수행을 현저히 곤란하게 한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보
 - 개인에 관한 사항으로서 공개될 경우 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보의 경우

- 최근 수사정보에 대한 정보공개시, 이해관계인 등을 당사자와 제3자를 구별하여 파악하거나 별도사항의 문제를 고려할 필요성이 제기되고 있다. 특히 정보공개청구인의 범위와 연동하여 수사서류 공개의 범위를 분류하기도 한다. 일반인으로서 형사사건과 전혀 이해관계가 없는 제3자의 경우, 사건 관계인의 경우, 고소인 또는 피해자, 피해자 또는 피고인의 경우 등에 따라 정보공개의 등급을 달리 할 필요성이 있다는 것이다.³¹²⁾

3. 행정정보공개심의회의 운영에 관한 규정 및 법규의 정비 필요성

- 공정거래위원회, 금융위원회, 중소벤처기업부 모두 ‘행정정보공개심의회의’의 운영에 관한 규정을 두고 있고 그에 관하여 정보비공개의 내용을 세부지침으로 두고 있다.

- 특허청은 공공기관의 정보공개에 관한 법률, 동법 시행령, 동법 시행규칙에 따라 특허청이 정보공개 업무를 처리하는데 필요한 사항을 정함을 목적으로 하는 ‘정보공개 운영규정’ [시행 2018. 6. 26.] [특허청훈령 제911호, 2018. 6. 26., 일부개정]을 두고 있다.
 - 정보의 범위에는 특허청에서 직무상 작성 또는 취득하여 관리하고 있는 문서·도면·사진·필름·테이프·슬라이드 및 기타 이에 준하는 매체 등에 기록된 사항이 포함된다(동 규정 제2조 제1항)
 - 공개라 함은 특허청장이 정보공개법에 의하여 정보를 열람하게 하거나 그 사본 또는 복제물을 교부하거나 정보통신망을 통하여 정보를 제공하는 것 등을 말한다(동 규정 제2조 제2항)

- 특허청 정보공개제도에 관한 업무는 정보관리과에서 관장하고, 정보관리과에는 정보공개 전담인력 배치 및 전담창구를 지정·운영하게 한다(동 규정 제6조 제1항)

312) , 경찰수사와 정보공개 - 수사서류 비공개의 요건과 한계, 경북대학교 법학연구원, 법학논고, 제49집 (2015.02), 표 <5>에 따른 이해관계도에 따른 수사서류의 공개정도의 비교 참조.

- 비공개대상정보에 관한 것은 별표1에 의하여 정하고 있으며, 정보공개법 제9조 제1항 제5호의 의사 결정과정 및 내부검토과정이 종료되면 [별지15]의 서식을 작성하여 청구인에게 이를 통지하여야 한다(동 규정 제9조 제1항 제2호).
 - 특허청장은 별표 1의 기준을 적용함에 있어 당해 정보를 공개함으로써 얻게 되는 국민의 알권리 보장과 비공개함으로써 보호되는 다른 법익과의 조화가 이루어질 수 있도록 공정하게 공개여부를 판단하여야 하고, 특허청 홈페이지를 통하여 공표하되, 특허청장은 정보공개법의 취지가 충분히 반영되고, 국민과 소속 공무원이 보다 정확하고 객관적으로 정보의 공개여부를 판단할 수 있도록 별표 1에서 정한 기준을 지속적으로 수정·보완할 수 있다(동조 제3항).

- (정보공개심의회의 설치) 특허청장은 정보공개법 제12조 및 시행령 제11조의 규정에 의하여 정보공개심의회를 설치·운영하여야 한다(동 규정 제21조).

(비공개대상 정보의 확정) 현재로서는 2가지의 방법을 상정할 수 있을 것이다.

- (1) 특허청의 행정조사와 관련된 비공개대상정보와 범위에 관하여는 ‘정보공개 운영규정’ [시행 2018. 6. 26.] [특허청훈령 제911호, 2018. 6. 26., 일부개정]의 단계에서 제9조의 내용을 구체적으로 확정하고 변경할 수 있는 가능성이 있게 된다.

- (2) 동 규정 제21조에서 특허청에도 정보공개심의회의 설치 및 운영이 의무화되어 있다. 공정거래위원회, 금융위원회, 중소벤처기업부 모두 ‘행정정보공개심의회’의 운영에 관한 규정을 두고 있고 그에 관하여 정보비공개의 내용을 세부지침으로 두고 있는 것과 같이, 특허청도 향후 ‘행정정보공개심의회’의 운영에 관한 별도의 직접 규정을 두고 해당 규정에서 정보비공개의 내용을 보다 세부적으로 구체화하며 행정조사업무의 내용을 비공개하는 방식도 가능할 수 있다.

- 상기한 기관 중 ‘중소벤처기업부 행정정보공개지침’ ([시행 2018. 2. 22.] [중소벤처기업부훈령 제25호, 2018. 2. 22., 폐지제정])이 가장 상세하고 정보비공개의 범위가 가장 넓은 것으로 파악되며 참고할 부분이 있다.
 - 정보공개법 제9조 제5호상의 비공개사유와 관련하여 ‘감사관련정보’로서 ‘불시 감사·조사·단속·직무감찰 계획 등에 관한 사항으로서 공개될 경우 증거인멸 등 감사 등의 목적이 실현될 수 없다고 인정되는 정보’로서 공개될 경우 업무의 공정한 수행에 현저한 지장을 초래하는 것으로 규정하고 있다. 그 사례로는 1. 불시 감사·조사·직무감찰 계획 등에 관한 사항으로서 공개될 경우 증거인멸 등 감사 등의 목적이 실현될 수 없다고 인정되는 정보뿐만 아니라, 2. ‘문답서·확인서 등 조사활동 중 생산된 문서, 개인 비위자료 등 조사결과 처분지시서, 공무원전용비리신고방 신고 및 처리서류 등 공개될 경우 공정한 업무수행을 저해할 수 있는 정보’를 포함하고 있다.

- 정보공개법 제9조 제5호상의 ‘법인, 단체 또는 개인의 경영·영업상 비밀에 관한 정보’는 모든 부서가 담당하고 있는 업무에 해당되며, ‘중소기업 지원업무와 관련하여 법인·단체·개인이 제출한 사항으로서 당해 단체 및 개인의 영업, 기술, 인사 등에 관한 정보로서, 공개될 경우 법인 등의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있는 정보를 비공개대상으로 한다.

4. 부경법의 경우

- (정보공개) 부경법에 의한 행정조사의 경우에도 조사관련자료의 공개는 공공기관의 정보공개법에서 정한 바에 의한 정보공개가 이루어지게 된다. 따라서 정보공개법 제9조 등에 의한 법률의 규정에 의해서 자료공개가 이루어질 수 있다. 구체적으로 정보의 공개여부에 대한 판단을 하기 위한 방침으로 가장 최근에 관련 지침을 정비한 ‘중소벤처기업부 행정정보공개지침’도 참고하여 정보공개를 위한 판단기준을 만들 필요가 있다.

IX. 행정조사의 실효성 확보 - 조사거부방해

- 조사대상자의 임의적 협력에 의하여 이루어지는 경우라면 피조사자의 동의를 얻는 것이 중요하다. 반면 권력적 행정조사라면 실효성을 확보하기 위한 수단을 필요로 하고 있으며, 상대방이 조사에 대한 수인의무를 거부할 시 그 실효성을 담보하기 위한 방법이 필요하게 된다.
- 공정거래위원회의 조사권한이 조사거부 등에 대해서 과태료를 부과하는 간접적인 강제력 등만이 인정되고 있기 때문에 기업으로서는 위반행위의 적발로 인한 불이익과의 이해관계를 고려하여 조사거부 또는 조사방해 행위를 범할 여지가 상존할 수 있다.

과태료부과로 인하여 조사상대방이 받게 되는 불이익은 조사결과 범위반으로 판단되어 부과될 수 있는 과징금이나 고발조치와 같은 불이익에 비하여 그 정도가 현저히 낮은 경우가 많다.³¹³⁾

다만 실제 공정거래위원회가 가지는 영향력 때문에 적극적으로 조사를 거부하거나 방해하는 행위를 하기는 어렵고 소극적으로 자료를 폐기하거나 숨기는 정도에 불과했던 것이 사실이나, 최근에는 점차 대기업 등에 의한 조사거부·방해의 사례가 늘고 있다.

- 조사거부를 방지하기 위하여 상정가능한 방법

- (1) 직접강제의 수단을 활용하는 방법

313) , 공정거래법(해설과 논점), 법문사, 473면 참조.

(2) 행정벌을 부과하는 방법

시장지배적 지위의 남용금지 위반, 기업결합제한의 위반, 불공정거래행위 등 범위반행위에 대해서는 모두 형사처벌이 규정되어 있으므로, 이러한 범위반행위의 혐의가 있을 때에는 검찰 또는 경찰이 형사소송법에 의하여 법관으로부터 압수 또는 수색영장을 발부받아 직접적인 강제력, 수사의 거부나 저항을 물리력으로 제압할 수 있는 강제력으로 수사가 가능하다. 하지만 이는 공정거래위원회에 의한 임의적인 행정조사의 전형은 아니다.

(3) 양자가 병행되는 경우로는 식품위생법상 식품조사를 위한 관계조사공무원의 영업소 출입 거부시 조사원이 강제로 행정조사를 할 수 있고, 동법에 규정된 행정벌의 부과가 가능한 경우이다.

○ 부경벌의 경우: 입법론

- 시정권고만을 두고 있는 현재의 경우 협력을 하지 않는다고 하여 이에 대해서 형사처벌을 하거나 과징금 등과 같은 행정강제를 하는 것은 적절하지 않다고 본다. 그러나 향후 시정명령이 도입되는 경우, 처분성이 인정될 것으로 보이는 바, 이때에는 부경벌 개정과정에서 논의되었던 시정명령 불이행죄의 도입뿐만 아니라 조사방해죄의 도입도 검토할 필요가 있다.

X. 시정통지의 처분성

1. 시정조치 명령

- 시정조치명령은 상대방으로 하여금 당해 시정조치를 할 것을 명하는 ‘下命’으로서 명령적 행정행위의 일종이다. 그 하명의 이행확보를 위하여 행정형벌이 규정되어 있다면, 상대방에 대하여 이행의무를 발생시키는 것으로서, 처분에 해당한다.
- 이에 대하여 취소소송의 제기와 함께 집행정지 신청이 가능한데, 공정거래위원회의 경우 시정조치명령에 대하여 이의신청이 제기된 경우에 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 집행정지를 결정할 수 있다.

2. 시정권고조치

- 위반행위의 시정권고와 경고는 그것만으로 직접 법적인 의무를 부과하는 것이 아니므로, 최협의의 행정행위에 해당하지 아니한다.
- 그러나 그로 인해 당사자의 권리행사에 현저한 지장을 초래한다는 점에서 취소소송의 대상인 처분에 해당하는 것으로 보아야 할 것인데, 그렇지 않으면 당사자로 하여금 범위반 여부에 대하여 행정

소송으로 다룰 기회가 봉쇄되기 때문이다.

- 대법원 판례는 처분을 인정하여 취소소송에 의하지 아니하고는 다른 권리구제절차가 없는 경우에 처분성을 확대하여왔다. 따라서 사실행위에 해당하여 법적인 의미가 없다할지라도 권력성이 인정될 수 있는 권력적 사실행위라면, 처분성의 인정이 가능하다.
- 공공기관의 장 또는 사용자에 대한 피고의 시정조치권고의 처분성 인정한 서울행정법원 판례³¹⁴⁾

서울행법 2003. 8. 12., 선고, 2002구합36737, 성희롱결정의결취소판결

공공기관의 장 또는 사용자에 대한 피고의 시정조치권고는 권고의 형식을 취하고 있어 그 상대방의 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 일으키지 아니하는 행정지도의 일종으로 보여질 수 있으나 (남녀차별금지법 제28조 제1항), 그와 같은 형식에도 불구하고 남녀차별금지법은 당해 공공기관의 장 또는 사용자에게 특별한 사유를 소명하지 못하는 한 이를 이행하여야 할 법적 의무와(동법 제31조 제1항) 그 처리결과의 내용을 피고에게 통보하여야 할 법적 의무를 동시에 부여하고 있으므로(동법 제31조 제2항), 피고의 시정조치권고는 그 실질에 있어서 상대방에게 법적 의무를 부담시키는 행정처분이라고 할 것이다. 다만, 당해 공공기관의 장 또는 사용자가 피고의 시정조치권고를 이행하지 않았을 경우, 피고는 시정조치권고와 그 처리결과의 내용을 일반 대중에게 공표하는 방법을 통하여 간접적으로 그 의무이행을 강제할 수 있을 뿐이고(동법 제33조), 행정벌을 가하거나 행정상 강제집행 또는 즉시강제 등의 방법을 취할 수 없다는 측면에서 그 실효성 확보에 미흡하다고 할 수 있으나, 행정의 실효성 확보라는 요소가 행정처분성을 결정하는 본질적인 표지라고 할 수 없을 뿐만 아니라 위와 같은 간접적인 강제수단이 마련되어 있다고 할 수도 있으므로, 위와 같은 측면을 들어 피고의 시정조치권고에 대하여 행정처분성을 부인할 수는 없다 할 것이다. 따라서 원고 회사에게 피해자가 받은 정신적·물질적 피해의 배상과 성희롱에 대한 재발방지대책을 수립·시행하도록 권고한 피고의 이 사건 시정조치권고는 권고의 형식을 취하고는 있지만 원고 회사에 대하여 법적 의무를 부과함으로써 그 법률상 지위에 변동을 일으키는 행정처분에 해당한다고 할 것이다.

3. 부경법상 시정권고의 처분성

○ 소결 및 입법론

- 시정권고만을 두고 있는 현재의 경우 행정조사를 한다고 하더라도 그 결과로서의 시정권고가 당사자들을 구속하는 힘이 전혀 없고 단순히 당사자에게 시정을 권고하는 것에 그치는 것이므로 이를 들어서 처분성을 인정할 수 없다고 본다.
- 이와 같은 결론은 전문가회의에서도 마찬가지였지만, 향후 시정명령이 도입되는 경우, 처분성이 인

314) 2003. 8. 12., 선고, 2002구합36737판결[성희롱결정의결취소판결].

정될 것으로 보인다.

4. 경고

- 경고에 관해서는, 경미한 위반행위에 대하여 정식의 시정조치 대신에 경고를 하게 되면 오히려 당사자에게 유리할 수도 있겠지만, 당사자가 경미한 위반행위라도 그 위반 자체를 다투는 경우에는 그 경고가 상대방의 권리에 대한 침해적 요소가 있다는 점을 감안한다면, 법률의 구체적 위임 없이 규칙에서 경고제도를 규정하는 것은 문제가 될 수 있으므로, 경고의 근거는 법률에 규정되는 것이 바람직할 것이다.

5. 시정권고사실의 공표

- 공표란 행정법상 의무위반 또는 의무불이행이 있는 경우, 그 의무위반자 또는 불이행자의 명단과 그 위반 또는 불이행한 사실을 공중이 알 수 있도록 공표하는 것을 말한다.³¹⁵⁾ 이런 공표를 제재적 공표라고 한다. 제재적 기능의 공표 및 유도적 기능의 공표도 있다.³¹⁶⁾
- 공표에 법적 근거가 필요한지 여부에 대해서 공표는 비권력적 사실행위이므로 법적 근거를 요하지 않는다는 소극설은 없다. 공무원은 직무상 지득한 비밀을 엄수하여야 하는 바(국가공무원법 제60조) 이런 의미에서도 제재적 의미의 공표는 법적 근거가 필요하다고 본다.³¹⁷⁾
 - 명단 등의 공표에 관해 명시적으로 규정하는 일반법은 없으나 식품위생법 제84조³¹⁸⁾, 공직자윤리법 제8조의2, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제21조, 제24조, 제31조 등의 개별법에 공표의 법적 근거가 있다.
- 법위반 사실의 공표를 명하는 시정조치와 관련된 대법원 판례

<대법원 2000. 9. 29. 선고 98두12772 판결[시정명령처분취소][공2000.11.15.(118),2234]>

나. 원심은, 위와 같이 원고가 한 '국내최초로 전국 PC통신망을 통한 생활정보 무료제공' 및 '국내최초 케이블 TV를 통한 생활정보 영상화 실현'이라는 표현의 광고는 불공정거래행위에 해당된다고 할 것이지만, 피고 산하 대구지방공정거래사무소가 원고에게 이 사건 광고에 대한 시정권고안을 송달하기도 전에 이미 '주식회사 교차로의 부당한 광고에 대한 시정권고조치'라는 제목으로 상세한 보도자료를 만들어 이를 대구지역의 신문사와 방송사 등 언론기관에 배포하여 보도하게 함으로써 그로 인하여 원고가 이 사건 광고행위가 불공정거래행위에 해당되는지의 여부가 밝혀지기도 전에 공정거래법에 위반한 위 광고행위에 대

315) , 752면.

316) 홍정선, 752면.

317) 홍정선, 753면.

318) 식품위생법 제84조(위반사실 공표) 식품의약품안전처장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제72조, 제75조, 제76조, 제79조, 제82조 또는 제83조에 따라 행정처분이 확정된 영업자에 대한 처분 내용, 해당 영업소와 식품등의 명칭 등 처분과 관련한 영업 정보를 대통령령으로 정하는 바에 따라 공표하여야 한다. <개정 2013.3.23>

한 범위반사실의 공표라는 시정조치를 받아들이는 것 이상의 신용추락과 영업상의 손실을 입었을 것임은 경험칙상 인정된다고 한 다음, 거기에서 불공정거래행위인 위 광고의 태양과 그 내용, 그로 인한 공정경쟁저해성 등 여러 가지 사정을 참작하면, 위 광고에 대한 범위반사실의 공표라는 시정조치로 인하여 원고가 또 다시 입게 될 불이익의 정도가 위 조치로 인하여 유지하고자 하는 공익상의 목적에 비추어 현저히 크다고 할 것이므로, 위 광고에 대한 범위반사실의 공표를 명하는 시정조치는 이익교량의 원칙에 위배되어 재량권의 범위를 벗어난 것으로서 위법하다고 판단하였다.

○ 시정권고의 내용의 공표가 가능한지의 여부

- 행정조사기본법은 조사대상자의 보호를 위하여 다른 법률에 의하지 아니하고는 행정조사의 대상자 또는 행정조사의 내용을 공표하거나 직무상 알게 된 비밀을 누설하지 못하도록 하고 있다(동법 제4조 제5항).
- 또한 행정기관은 행정조사를 통하여 알게 된 정보를 다른 법률에 따라 내부에서이용하거나 다른 기관에 제공하는 경우를 제외하고는 원래의 조사목적 이외의 용도로 이용하거나 타인에게 제공하지 못하도록 규정하고 있다(동법 제4조 제5항).
- 현재 부정경쟁방지법 제8조의 시정권고 조치내용³¹⁹⁾으로서 폐기, 행위 중지 등이 아이디어탈취사건에 적용하기 어려운 경우들이 있는데, 법에 위의 내용 이외에 조치내용을 추가할 필요가 있을 수 있다.
- 제공된 아이디어가 분리불가능한 합성물인 경우, 폐기의 시정권고의 의미가 없는데, 이 경우 시정권고의 내용에 대하여 공표는 언론 내지 특허청 공식홈페이지 등에 게재가 가능할 것이다.
- 이와 관련하여 ‘아이디어탈취에 관한 공표권한’을 법률에 적시할 필요가 있게 된다. 위법행위 확인만 하고 구체적 조치를 권고하지 아니하였다하더라도, 향후 절차에서 증거자료가 될 수 있다는 실익이 존재한다.

○ 국민권익위의 시정권고에 관한 공개의 매뉴얼 및 양식³²⁰⁾

국민권익위원회의 경우 시정권고에 관한 내용을 공개하거나 보도자료로 배부할 시에는, (1) 시정권고한 내용중 가장 핵심사항을 선택해 리드로 기술하고, (2) 시정권고를 하게 된 문제 사례를 소개하며, 사례 소개시 민원인 주장과 피신청기관의 입장을 비슷한 비중으로 소개한 후, (3) 위원회가 시정권고 하게 된 근거와 배경을 알기 쉽게 기술한다. (4) 권고 수용시 국민이 얻게 되는 혜택을 구체적

319) 및 영업비밀보호에 관한 법률 제8조(위반행위의 시정권고) 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제2조제1호(아목과 카목은 제외한다)의 부정경쟁행위나 제3조, 제3조의2제1항 또는 제2항을 위반한 행위가 있다고 인정되면 그 위반행위를 한 자에게 30일 이내의 기간을 정하여 그 행위를 중지하거나 표지를 제거 또는 폐기할 것 등 그 시정에 필요한 권고를 할 수 있다.

320) 국민권익위원회 홈페이지, 2008. 1. 7. 시정권고 보도자료의 작성 포인트(하수도원인자부담금081031.hwp 파일의 내용) 1-2면.

으로 기술하고, (5) 가능하면 시정권고를 받은 해당기관 입장과 추후 수용 가능성을 밝힐 것을 내용으로 한다. 국민권익위원회의 보도자료의 <예시>는 이하와 같다.

하수도 원인자부담금 택지사업시행자가 부담해야

국민권익위 “사전합의 이유로 건축주 부담은 부당”

- 지방자치단체가 택지개발을 할 때 택지를 분양받은 개별 건축주에게 하수도 원인자부담금을 내게 하는 것은 위법하다는 시정권고가 나왔다. <시정권고의 내용을 핵심만 소개>
- 고충민원 업무를 총괄하는 국민권익위원회(위원장 양건, ACRC)는 원주시 봉화산 택지개발 지구에 있는 택지를 분양받은 민원인에게 택지개발사업시행자인 원주시가 부담해야 하는 하수도 원인자부담금을 내게 한 것은 부당하니 환급해주라고 원주시에 시정권고했다. <권고내용의 부가설명>
- 하수도 원인자부담금은 택지개발에 필요한 공공하수도 설치비를 하수를 발생시킨 원인제공자에게 부담시키는 것으로, 원주시의 경우 택지개발을 직접 하기 때문에 스스로가 하수도 원인자부담금의 납부대상이지만, 택지를 분양받은 개별 건축주에게 부담시키면서 민원이 발생했다. <민원발생 배경과 내용 소개>
- 이에 대해 원주시는 하수도 부담금이 포함되도록 되어있는 택지분양가에 이를 넣지 않은 대신 분양받은 이후에 개별건축주가 내도록 당사자간에 이미 사전합의를 했었기 때문에 문제가 없다는 입장이다. <민원인 주장에 대한 피신청기관의 입장도 균형있게 밝혀줌>
- 하지만, 권익위는 하수도 원인자부담금이라는 것이 제세공과금 성격의 준조세라서 부과관이 법률적 근거없이 납부의무자를 변경하거나 당사자간 합의로 개별 건축주에게 부과한 것은 부당하다고 판단했다. <위원회의 시정권고 근거를 밝힘>
- 권익위 관계자는 “국민에게 부담이 되는 행정행위는 법률에 명확한 근거를 두어야 한다. 행정기관의 자의적 해석과 집행으로 생긴 국민의 피해에 대해서는 적극적으로 바로잡아야 한다는 판단으로 시정권고를 하게 됐다” 고 밝혔다. <권고 배경이나 권고 수용시 생기는 국민 혜택을 관계자 멘트 처리해줌>

<실제기사 반영사례 비교>



권익위, 원주시에 ‘하수도부담금 환급’ 권고

기사입력 2008-10-31 18:03

(서울=연합뉴스) 정윤섭 기자 = 국민권익위는 31일 강원 원주시 봉화산 택지를 분양받은 건축주들에게 하수도 원인자 부담금을 환급하라고 원주시에 권고했다. <시정권고 내용>

권익위에 따르면 원주시는 봉화산 택지개발 사업을 시행하면서 하수도부담금을 납부해야 함에도 불구하고 이를 이행하지 않고 택지를 분양받은 개별 건축주에게 떠넘겼다. <민원 발생 이유>

현행법상 하수도 원인자 부담금은 하수를 발생시킨 원인 제공자에게 공공 하수도 설치비를 부담하도록 돼있다. <시정권고한 근거>

권익위 관계자는 “하수도 부담금은 준조세로 법률적 근거없이 납부 의무자를 변경하거나 당사자간 합의로 개별 건축주에게 부담금을 부과해선 안된다“면서 “원주시는 하수도 부담금을 건축주에게 환급해야 한다“고 말했다. <시정권고 배경 부연설명 또는 시정권고 의미를 관계자 멘트 처리함>

○ 국민권익위원회의 시정권고 불수용 사례의 공표의 예시

2006년도 상반기 시정권고 불수용사례 공표
“정당한 사유없이 우리위원회 시정권고에 대하여 불수용한 사례를 국민고충처리위원회 설치 및 운영에관한법률 제42조 규정에 의거 공표한 내용입니다”

○ 소결 및 입법론

- 공표는 비권력적 사실행위로 법적 효과가 없기 때문에 행정쟁송의 대상이 될 수 없다.³²¹⁾ 그러나 공표가 위법한 것이라면 손해배상의 대상이 될 수 있다.³²²⁾
- 제재적 공표가 아니라 정보제공적 공표의 경우에는 국민의 알권리를 위해서 부정경쟁방지법에 공표에 대한 근거가 없더라도 특허청이 시정권고 사실을 언론보도 등으로 알릴 수 있다고 하는 것이 전문가회의의 결론이었다. 그러나 공표에 대해서도 법적 근거를 요구하는 것이 일반적이고 별도의 일반법이 없는 현재의 사정을 고려하면 향후 부경법 개정에서 공표의 법적 근거를 두는 것이 바람직하다고 본다. 더구나 향후 시정명령이 도입된다면 공표의 법적 근거는 반드시 입법되어야 한다고 본다.

321) , 755면.

322) 대법원 1998. 5. 22. 선고 97다57689판결.

제5절 행정조사관련 부정경쟁방지법령 개정안 및 서식 등 제안

I. 쟁점

- 절차적 관점에서, 행정조사·시정권고 운영 사례 분석 및 시사점 도출 필요성 및 하위법령의 정비의 필요성이 존재하고 있다. 현행 부정경쟁방지법령은 조사절차에 대한 구체적인 규정이 미흡하므로 관련 규정을 시행령에 마련하고 절차의 내용 중 불명확한 부분을 구체적으로 명문화하여 절차적 정당성을 확보할 필요성이 있다.
- 행정조사의 방식이 행정행위의 형식을 취하는 경우에는 행정절차법상의 절차를 준수하여야 하므로 절차적 적법성에 대한 논의의 필요성은 사실행위의 형식을 취하는 경우에 더욱 크게 될 것이다.
- 본래 행정조사는 행정상 즉시강제에서 분화되어 고찰되기 시작한 개념으로서, 권력적 강제조사가 아닌 임의성 있는 행정조사에는 법적 분쟁이 생길 여지가 없다는 것이, 행정조사의 독자성을 부정하는 논거로 제시되어 왔다. 대부분의 행정조사는 극단적인 강제성과 완전한 임의성 사이의 어딘가에서 이루어지는 것이 일반적이므로, 절차적 명확성과 예측가능성이 보장되지 않은 상태에서의 행정조사는 항상 법적 분쟁의 발생가능성을 내포하고 있다.³²³⁾
- 몇몇 영역에서는 이러한 중간지대에 대하여 실질을 형사소송법상 수사이면서도 행정조사의 형식으로 이를 수행함으로써, 영장주의, 진술거부권과 같은 형사법이 규정하고 있는 바의 엄격한 형식성, 절차성을 회피하려는 경향을 보이고 있는데, 이러한 관점에서 보면 비록 ‘행정조사’라는 이름으로 불리고 있을지라도 당사자 보호를 위해서 특별한 법적 고려가 필요하다.³²⁴⁾
- 부정경쟁방지법 제7조에 규정된 부정경쟁행위 조사는 일종의 행정조사로, 행정조사로 인해 행복추구권, 영업의 자유 및 기업활동의 자유, 사유재산권, 평등권 등을 침해할 가능성도 적지 않다.³²⁵⁾ 따라서 행정조사에는 엄격한 실체법적·절차법적 한계가 설정되어야 함이 원칙이다.
 - 특히 절차법적 한계에 대하여, 헌법에 규정된 적법절차의 원칙은 입법, 행정, 사법 등 모든 국가작용은 절차상의 적법성을 갖추어야 할 뿐 아니라 공권력행사의 근거가 되는 법률의 실체적 내용도 합리성과 정당성을 갖추어야 한다는 헌법의 일반원칙으로 사법작용뿐만 아니라 행정작용에도 적용된다. 따라서 행정조사는 법률에 정해진 적법한 절차에 따라 행해져야 한다.³²⁶⁾

323) , 압수·수색이 요구되는 행정조사에서의 영장주의, 한양대학교 박사학위논문, 2018.

324) 이근우, 행정조사의 형사법적 한계설정, 고려대학교 법학연구원, 2014.

325) 김영조, 행정조사기본법의 문제점과 개선방안, 공법학연구, 2011.

- 행정조사기본법은 제4장(조사 실시, 제16 내지 24조)에서 행정조사의 일반적 절차를 규정하고 있지만, 반면 현재 부정경쟁방지법 제7조의 부정경쟁행위 등의 조사 방법 및 절차에 대한 구체적인 세부사항은 법률 및 대통령령에 구체적으로 규정하고 있지 않고, 동법 시행령 제4조의2에 의해 특허청 고시에 위임하여 운영하고 있다. 따라서 현재 부정경쟁방지법 상의 행정 조사운영을 위해서는 행정조사 기본법의 일반원칙 및 관련 특허청 고시에만 의존해야 하는 상황이다.
- 부정경쟁방지법상의 조사 방법을 구체적 규정한 고시 역시 조사방법에 대한 세부규정이 미흡하여 조사방법을 아예 처음부터 명확하게 규정하지 못하거나 실무상 생길 수 있는 구체적인 상황에 따른 조사절차 진행에 대한 규정이 존재하지 않는 문제가 있다. 이와 같은 근거 법령들을 그대로 두고 행정청이 부정경쟁방지 행위에 대하여 조사를 확대 실시할 경우 행정 조사의 절차적 하자에 대한 문제제기 및 이에 따른 후속 분쟁 가능성이 있다. 또한 부정경쟁방지법 상의 조사대상의 확대에 따라 조사 및 시정권고에 대한 절차를 명확히 규정하여 절차적 하자 발생 우려를 해소할 필요성 등이 제기된다.

II. 타부처 조사 중 차용할 절차 및 서식, 쟁점별 정리

1. 업무흐름도별 정리

** 법률단계의 규정이 바람직한 부분



326) 제12조 제1항에서 규정하고 있는 적법절차의 원칙은 형사소송절차에 국한되지 아니하고 모든 국가작용 전반에 대하여 적용되며, 세무공무원이 과세권을 행사하는 경우에도 이러한 적법절차의 원칙은 마찬가지로 준수하여야 한다(대법원 2014. 6. 26. 선고 2012두911 판결; 대법원 2016. 4. 15. 선고 2015두52326 판결 [법인세등부과처분취소]).



2. 현장조사의 단계별 절차

○ 조사 준비물 및 준비사항의 점검

(1) 조사공무원이 지참할 서류

- 검사실시통보서, 검사업무처리절차 안내책자, 검사업무처리절차 안내문
- 검사참고자료로서 업무보고서, 과거 검사서 등과 같은 사전검토 자료 중 필요한 내용 및 기타 참고자료
- 기타 보고서 및 정보자료

(2) 조사관련된 서식 및 서류들

- 정보사항, 검사관련 건의사항, 봉인표, 출석답변 협조요청서, 자료제출 협조요청서, 확인서, 문답서, 질문서(답변서), 현지조치사항 통보서식, 조력을 받을수 있는 권리 및 이의신청절차에 대한 유의사항 서식 등

- 상기한 서식들을 컴퓨터에 저장하여 사용
- 컴퓨터, 검사원 신분증 및 명함

(3) 기타 검사착수전 준비사항

- 기상조건, 교통문제 등으로 정해진 시간에 착수하지 못할 경우의 대책 등

1) 사건 접수 및 인지 단계의 쟁점

○ 인지 또는 사건 접수 후 당사자 확정 문제

신고인이 특정한 피신고인과 연락이 안 되는 경우 등이 발생할시, 신원조회나 주소의 확인 및 통지와 관련하여 그 정보를 파악하는 문제가 제기될 수 있다.

(1) 실무상으로는 관계기관, 내지는 경찰과 신원확인에 관한 MOU 체결이 가능하며 실제 이를 통한 협력과 문제해결이 많이 이루어지고 있다.

(2) 국가경찰관서의 장의 협조 요청 가능성을 법률에 규정하는 방식도 생각할 수 있다.

국세청법 제267조의 2

① 세관공무원은 해상에서 직무를 집행하기 위하여 필요하다고 인정될 때에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게 협조를 요청할 수 있다.

1. 육군·해군·공군의 각 부대장
2. 국가경찰관서의 장
3. 해양경찰관서의 장

(3) 관계기관의 협의, 관계 기관의 장에 대한 원조요구 등에 대하여 ‘상대기관이 거절할 수 없다’는 취지의 내용을 법조문에 포함하여 실효성을 확보하는 방법이 가능하며, 대표적인 조문은 이하와 같다.

감사원법 제30조

감사원은 국가 또는 지방자치단체의 기관, 그밖의 감사대상 기관의 장에게 감사에 필요한 협조와 지원 및 그 소속공무원 또는 임직원의 파견을 요구할 수 있다.

국세청법 제6조(국가기관에 대한 협조 요청)

- ① 국세청장·지방국세청장 또는 세무서장은 조세범칙조사를 실시하기 위하여 필요한 경우에는 다른 국가기관에 협조를 요청할 수 있다.
- ② 제1항에 따라 협조 요청을 받은 국가기관은 특별한 사유가 없으면 요청에 따라야 한다.

2) 본조사 단계

(1) 서류 제출 및 서류 조사

- 자료제출기한을 일괄적으로 정할 필요가 있는지 여부와 관련하여 근거조항이 고시나 매뉴얼 단계에서 필요하지 않은 것으로 보인다.

(2) 관계인출석요구권 및 답변요구권(참고인조사권, 출석요구권)

- 관계인 내지 참고인의 범위를 구체적으로 법률에 확정할 필요가 있다. 당사자인 피조사자 이외의 참고인으로는 증인, 감정인, 피의자 등을 포함할 수 있다.

<예시> 제00조(참고인 조사권) 조사원은 조사에 필요하다고 인정할 때에는 피의자·증인 또는 참고인을 조사할 수 있다.

제00조(참고인 출석요구권) ① 조사원은 조사에 필요하다고 인정할 때에는 피의자·증인 또는 참고인의 출석을 요구할 수 있다.

② 조사원이 조사에 필요하다고 인정할 때에는 지정한 장소에 피의자·증인 또는 참고인의 출석이나 동행을 명할 수 있다.

③ 피의자·증인 또는 참고인에게 출석 요구를 할 때에는 출석요구서를 발급하여야 한다.

(3) 대리인의 범위 - 변호사 또는 변리사의 참여가능성

<예시> 제00조(변호인의 조사과정 참여) ① 조사공무원은 피조사업체의 신청이 있는 경우 원칙적으로 피조사업체가 선임(피조사업체 소속변호사 포함)한 변호사 등 변호인을 조사 전 과정(진술조서나 확인서 작성 포함)에 참여하게 하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 피조사업체의 변호인 참여요청이 조사의 개시 및 진행을 지연시키거나 방해하는 것으로 판단되는 경우
2. 조사공무원의 승인 없이 신문에 개입하거나 모욕적인 언동 등을 행하는 경우
3. 피조사업체를 대신하여 답변하거나 특정한 답변 또는 진술 번복을 유도하는 경우
4. 신문내용을 촬영, 녹음, 기록하는 경우. 다만, 기록의 경우 피조사업체에 대한 법적 조언을 위해 변호인이 기억환기용으로 간략히 메모를 하는 것은 제외한다.

(4) 사업장 출입 - 현장조사

<예시> 제00조(피조사업체의 출입) 조사공무원이 피조사업체의 사무소 또는 사업장에 출입하는 경우 공무원증 또는 조사공문 등 그 권한을 표시하는 증표를 관계인에게 제시하여야 한다.

- 조사시간의 구체화, 야간집행의 제한

<예시> 제00조(조사기간)

- ① 해 진 후부터 해 뜨기 전까지는 검증·수색 또는 압수를 할 수 없다.
- ② 이미 시작한 검증·수색 또는 압수는 제1항에도 불구하고 계속할 수 있다.

○ ‘조사중 출입금지’ 규정의 가능성

- 조사원 출입금지에 관한 내용은 참고인 배석의 범위와 관련하여 추후 이의제기가 될 가능성이 있으므로 일반적이지는 않다. 형사처벌을 전제하고 있는 조사의 실효성 확보를 위하여 관세법 제307조(조사 중 출입금지)에서 “세관공무원은 피의자·증인 또는 참고인에 대한 조사·검증·수색 또는 압수 중에는 누구를 막론하고 그 장소에의 출입을 금할 수 있다”는 규정을 두고 있다.

○ 봉쇄조치권(물품 또는 운송수단 등에 대한 검사 등)

<예시> 제00조(봉쇄조치권) 조사원은 이 법 또는 이 법에 따른 명령을 위반한 행위를 방지하기 위하여 필요하다고 인정될 때에는 물품, 운송수단, 장치 장소 및 관계 장부·서류를 검사 또는 봉쇄하거나 그 밖에 필요한 조치를 할 수 있다.

○ 신분증명 및 조사공무원의 자세

<예시> 제00조(신분증명, 증표제시) 조사원은 조사·검증·수색 또는 압수를 할 때에는 제복을 착용하거나 그 신분을 증명할 증표를 지니고 그 처분을 받을 자가 요구하면 이를 보여 주어야 한다.

<예시> 제00조(조사공무원의 자세) ① 조사공무원은 조사 진행 중에는 공무원증 등 그 권한을 표시하는 증표를 패용하여 책임감 있고 효율적인 조사가 이루어지도록 하여야 한다.
② 조사공무원은 피조사업체 임직원에게 위압적이거나 모욕적인 언사를 사용하여서는 아니된다.
③ 조사공무원은 어떠한 경우에도 피조사업체에 특정 변리사 또는 법률사무소 등을 추천하거나 소개하여서는 아니된다.

- 조사공무원의 자세와 관련한 사항은 법률에 개괄적인 사항만을 규율하고 상세한 내용은 시행령이나 시행규칙 단계에서 구체화되어 있는 경우가 대부분이다.

○ 진술조사의 임의성 확보

<예시> 제00조(진술조사 등) ① 조사공무원이 피조사업체의 임직원 등을 대상으로 진술조서나 확인서를 작성하는 경우 특정 진술이나 확인을 강요하여서는 아니된다.
② 현장조사과정에서 피조사업체 임직원 등의 진술이나 확인이 필요하나 임직원 등이 이에 응하기 어려운 부득이한 사정이 있는 경우에는 추후 조사일정과 장소를 협의하여 이를 진행한다.

③ 피조사업체 임직원 등을 대상으로 작성한 진술조서나 확인서에 대하여 피조사업체의 임직원이 복사를 요구하는 경우 조사공무원은 원칙적으로 이에 응하여야 한다. 다만, 증거인멸이나 조사비밀 누설 등 조사방해를 야기할 우려가 상당한 경우에는 그러하지 아니한다.

○ 자료 등의 수집 및 영치, 디지털 증거의 확보 가능성

<예시> 제00조(자료 등의 수집·영치) ① 조사공무원은 피조사업체의 책상, 서랍, 캐비닛, 업무수첩 등을 조사하기 전 피조사업체의 조사대상 부서 책임자 또는 이에 준하는 임직원에게 협조를 구한 후 조사를 실시하여야 한다.

② 피조사업체의 전자결재시스템 등 정보처리시스템의 자료를 조사하는 경우 피조사업체 관계자의 협조 또는 입회하에 자료를 열람하거나 복사하고, 자료 삭제 등 증거인멸의 우려가 있거나 자료를 검색 후 열람·복사하는데 상당한 시간이 소요되는 등 조사의 효율성을 저해하는 경우 「디지털 증거의 수집·분석 및 관리 등에 관한 규칙」에서 규정한 디지털저장매체로부터의 증거 수집 절차 및 방법에 따른다.

○ 제출명령 및 보관권

<예시> 제00조 ③ 조사공무원이 수집한 자료에 대하여 피조사업체의 임직원이 복사를 요구하는 경우 조사공무원은 이에 응하여야 한다.

④ 증거인멸이 우려가 있어 자료나 물건의 영치가 필요한 경우 영치의 필요성을 사전에 피조사업체 임직원에게 설명하고, 별지 제2호 서식의 영치조서를 작성하여 피조사업체에게 교부하여야 한다.

○ 조사방해시 과태료 규정과 징수의 근거

중소기업기술 보호 지원에 관한 법률 제35조(과태료) ① 제8조의2제4항에 따른 자료를 제출하지 아니하거나 거짓 자료를 제출한 자 또는 관계 공무원의 조사를 거부·방해 또는 기피한 자에게는 1천만원 이하의 과태료를 부과할 수 있다.

② 제1항에 따른 과태료는 대통령령으로 정하는 바에 따라 중소벤처기업부장관이 부과·징수한다.

○ 조사종료시 조치사항

<예시> 제00조(조사종료시 조치사항) ① 조사공무원은 현장조사가 종료되면 피조사업체의 방어권이 보장될 수 있도록 현장조사 이후의 사건처리절차에 대하여 피조사업체에게 충분히 설명하여야 한다.

② 조사공무원은 피조사업체에 대한 현장조사 종료 후 3개월 이내에 피조사업체에게 조사 진행상황을 통지하여야 한다.

③ 사건담당부서장은 현장조사가 종료되면 피조사업체로부터 현장조사시 애로사항 등에 대하여 청취하여야 하고 문제점을 발견한 경우에는 개선방안을 마련하여 향후 현장조사 등에 반영되도록 노력하여야 한다.

④ 피조사업체는 사건담당부서장에게 애로사항 등을 건의하기 어려운 사정이 있는 경우 감사담당관에게

직접 건의할 수 있으며, 감사담당관은 피조사업체의 건의내용에 대해 비밀을 유지하여야 한다.

Ⅲ. 현행법제와의 비교 및 개정안 정리

1. 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 개정 논의

부정경쟁방지법 제7조(부정경쟁행위 등의 조사 등) ① 특허청장, 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사(이하 "시·도지사"라 한다) 또는 시장·군수·구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)은 제2조제1호(아목과 카목은 제외한다)의 부정경쟁행위나 제3조, 제3조의2제1항 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. <개정 2011. 6. 30., 2016. 1. 27., 2017. 1. 17., 2018. 4. 17.>

② 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 제1항에 따른 조사를 할 때에는 「행정조사기본법」 제15조에 따라 그 조사가 중복되지 아니하도록 하여야 한다. <신설 2011. 6. 30.>

③ 제1항에 따라 조사 등을 하는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다. <개정 2011. 6. 30.>

1) 제7조상의 조사방법에 관한 구체화

- 현행 부정경쟁방지법 제7조 제1항 상의 조사는 “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.” 고 규정되어 있다.
- 행정조사의 방법은 서류나 장부의 조사 및 제품의 조사를 전제로 하는 것이지만 이와 관련하여, 상기한 디지털 자료의 특성 및 혐의사실의 소명에 결정적인 자료로 쓰이게 될 수 있는 ‘디지털 자료’의 조사의 근거를 법률상에 문구로 명시할 필요가 있다.
 - 서류와 장부는 넓은 의미의 문서에 해당될 수 있지만, 디지털 자료는 문서와 별개로 구분되기 때문이다. 또한 서류 등의 조사 자체는 강제성이 적어도 본질에 있어서는 침익적 행정의 성격을 가지고 있다. 이에 대하여 피조사인의 불복이 있을 수 있기 때문에 수집이 가능한 자료의 범위를 법률상 용어로 명확하게 정리할 필요가 있다.
 - 최근의 디지털화, 전산화 되어 있는 사업장의 경우 대부분의 자료나 서류, 참고 요소들이 데이터화 되어 저장되어 있을 가능성이 크므로 이에 관한 조사를 할 수 있는 근거를 반드시 법률상에 추가하여야 할 것이다.

- 또한 현행법상의 용어로는 제품 수거는 ‘서류나 자료의 수집’을 포함하고 있다고 보기는 어렵기 때문에, 현장에서 직접 조사가 가능하고 후속 조사가 필요하지 않은 서류나 장부의 경우라면 큰 문제가 되지 않겠지만, 다량의 자료나 해석(번역) 또는 일일이 대조할 필요성이 있는 서류나 장부, 디지털 자료의 경우라면, 현장에서 수집한 후 특허청에 귀환 후 심도 있는 분석과 조사를 행할 필요가 있는 경우가 있을 수 있다.
- 그러한 경우를 포괄하기 위하여는 ‘제품을 수거하여 검사’라는 표현으로는 부족하고, 자료를 복사, 직접 수거 등의 방식으로 수집할 수 있음을 추가적으로 규정할 필요성 제기된다.

부정경쟁방지법 제7조 **개정안**(부정경쟁행위 등의 조사 등) ① 특허청장, 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사(이하 "시·도지사"라 한다) 또는 시장·군수·구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)은 제2조제1호(아목과 카목은 제외한다)의 부정경쟁행위나 제3조, 제3조의2제1항 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, **디지털 자료**, 제품 등을 **조사하거나 수집**하여 검사하게 할 수 있다. **구체적인 조사의 방법은 대통령령에 의한다.**

(2) 부정경쟁행위 방지에 관한 조사절차에 관한 규칙 (안)

- 고시를 제정 또는 개정하는 주체에 대한 통제기준은 법령에 규정하여야 스스로 수립 및 변경하여 남용조사가 가능하다는 비판을 피할 수 있을 것이다. 규칙 단계에서는 법령에 규정된 사항을 세분화하고 조사 공문 등의 구체성 확보에 중점을 두어야 한다.
- 사건처리절차와 관련되는 조사관의 법적 지위 및 비밀유출금지 의무가 현재 부정경쟁방지법상 포함되어 있지 않으므로, 시행령 및 고시 단계에서의 명시가 요구된다.
- 조사공문의 구체성: 적용 법조문, 범위반협의를 구체적으로 기재하고 조사대상 사업자명과 소재지를 특정 한다.
- 자료의 수집 및 영치
 - 수집 자료에 대해 피조사인 복사 요청시 허용가능하며, 디지털 증거수집은 자격을 갖춘 조사공무원만 가능하게 한다.
 - 조사공무원이 피조사인에 의한 증거인멸의 우려로 영치가 필요하다고 여겨질시 피조사인에게 사전

설명하고 영치조서를 교부해야 한다.

○ 피조사자의 방어권 보장

1) 현장 진술조사등 과정에서 변호사 참여 허용

- 피조사인의 의견 제출권 및 진술권 명시 신설
- 피조사인에 심의절차 개시사실 고지 신설

2) 조사 시작시각과 종료시각을 기재한 조사과정 확인서 피조사인에게 교부

- 진술조서, 보고·제출명령서 등은 조사과정에서의 기록이 투명하게 이루어지고, 피조사인이 그 핵심 내용을 알 수 있어야 한다.

3) 수집 제출 자료목록을 피조사자에게 교부

4) 진술조사, 진술조서 확인서에 대해 복사요구시 허용

- 피조사자의 의견제출권, 의견진술권, 열람복사요구권 고시
- 피조사자·이해관계인의 의결 후 열람복사요구권

부정경쟁행위 방지에 관한 조사절차에 관한 규칙(안)

[시행 2018. 00. 00.] [특허청고시 제2018-00호, 2018. 00. 00.]

특허청(산업재산조사과)

제1장 총 칙

제1조(목적) 이 규정은 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」(이하 “법”이라 한다) 제7조제3항과 동법 시행령(이하 “영”이라 한다)에 의하여 특허청 소속공무원이 특허청 소관 법률에 따라 실시하는 현장조사의 방법과 절차, 그 밖의 조사에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 조사의 공정성과 투명성 및 효율성을 확보하는 것을 목적으로 한다.

제2조(용어의 정의) 이 규정에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “조사공무원”이란 법에 따라 조사를 행하는 자를 말한다.
2. “피조사자”란 법에 따라 조사를 받는 사업자 또는 사업자단체를 말한다.
3. “디지털포렌식”이란 디지털증거를 수집·분석 또는 현출하는데 필요한 기술 및 절차를 말한다.
4. “디지털증거물”이란 디지털증거 또는 디지털증거가 될 수 있는 잠재적 증거를 포함하고 있다고 판단되는 물리적 장치를 말한다.
5. “디지털증거”란 디지털 형태로 수집된 자료 중 위법성 증명에 필요한 디지털자료를 말한다.
6. “디지털증거 수집”이란 디지털증거물로부터 디지털증거 또는 디지털증거가 될 수 있는 잠재적 증거를 확보하는 것을 말한다.
7. “디지털저장매체”란 하드디스크, 외장형하드디스크, 유에스비(USB : Universal Serial Bus) 등 디지털자료를 저장하는 장치를 말한다.
8. “이미징”이란 디지털증거 수집방식의 하나로서 디지털자료 또는 디지털저장매체의 물리적인 섹터를 파일 형태로 다른 디지털저장매체에 저장하는 것을 말한다.
9. “디지털증거 분석”이란 수집한 디지털자료를 분석하여 디지털증거를 추출하는 과정을 말한다.
10. “정보처리시스템”이란 파일서버, 데이터베이스 서버, 메일 서버, 웹 서버 등 전자적 업무처리를 위해 운영하고 있는 네트워크를 포함하는 전자처리장치를 말한다.
11. “해시값(Hash value)”이란 디지털자료의 동일성 및 무결성을 입증하기 위하여 해시함수에 의해 생성된 값을 말한다.

제3조(조사의 기본원칙) ① 조사공무원은 조사목적에 달성하는데 필요한 최소한의 범위 안에서 실시하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용하여서는 아니 된다.

② 특허청장은 조사목적에 적합하도록 조사대상자를 선정하여 행정조사를 실시하여야 한다.

③ 특허청장은 행정조사를 통하여 알게 된 정보를 다른 법률에 따라 내부에서 이용하거나 다른 기관에 제공하는 경우를 제외하고는 원래의 조사목적 이외의 용도로 이용하거나 타인에게 제공하여서는 아니 된다.

제4조(조사대상) ① 이 규정에 따른 조사대상은 다음 각 호와 같다.

1. 법 제2조 제1호의 부정경쟁행위(아목과 카목은 제외한다)
2. 법 제3조, 제3조의2 제1항 또는 제2항을 위반한 행위
- ② 누구든지 제1항의 조사대상에 해당하는 사실을 알게 된 경우, 별지 제1호 서식의 신고서를 작성하

여 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장에게 제출할 수 있다.

③ 제2항의 신고와 관련하여 피신고인 외에 제3자에 대한 조사가 필요한 경우 그의 동의를 얻어 조사할 수 있다.

제5조(접수사항 및 처리대장의 관리) ① 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 위반행위 접수 내용을 별지 제2호 서식의 접수대장에 작성하고, 위반행위를 한 자에 대한 처리내용을 별지 제3호 서식의 처리대장에 작성한다. 다만, 접수대장 및 처리대장은 전산으로 관리할 수 있다.

② 제품을 수거한 경우에는 별지 제4호 서식의 제품수거목록을 작성하여야 한다.

제6조(자료 제출 및 의견청취) 조사를 시행하기 전에 다음 각 호의 방법에 따라 법 제2조제1호(아목과 카목은 제외한다)의 부정경쟁행위나 제3조, 제3조의2제1항 또는 제2항을 위반한 행위(이하 “부정경쟁행위등”이라 한다)를 확인할 수 있다.

1. 당사자, 이해관계인 또는 참고인에 대한 관계 서류나 장부·제품 등의 제출 요청
2. 당사자, 이해관계인 또는 참고인에 대한 출석 요청, 자문 및 진술 청취

제7조(접수사항의 보완·취하) ① 신고사항 내용이 불분명한 경우 또는 자료의 보완 등이 필요한 경우에는 신고인에게 전화 또는 별지 제5호 서식에 따른 신고서보완요청 등을 통하여 상당한 기간을 정해 보완을 요구할 수 있다.

② 신고사항의 처리가 종결되기 전에는 관련 내용을 보완하거나 변경·취하할 수 있다.

③ 제1항 및 제2항에 따라 신고사항의 내용을 확인한 결과 중요한 내용의 변경이 있을 경우에는 그 내용을 신고인으로부터 문서로 제출받아 보관·관리하여야 한다.

④ 신고인이 신고를 취하한 경우에도 조사할 필요가 있다고 판단되는 경우에는 조사업무에 활용할 수 있다.

제8조(조사담당자의 지정) 조사담당부서 또는 특허청장이 조사요청사항을 처리하도록 명한 부서의 장은 요청사항의 중요도, 담당 직원의 전문성 등을 감안하여 조사담당자를 지정하여야 한다.

제9조(신고사항의 처리기간) ① 신고사항은 원칙적으로 접수 후 90일 이내에 처리한다.

② 자료 보완 등 부득이한 사유로 제1항의 기간 내에 처리하기 어려울 경우에는 60일의 범위 내에서 기간을 연장할 수 있다. 다만, 처리 기간을 연장할 경우 신고인에게 사유, 처리예정기한 등을 서면 기타 적절한 방법으로 통지하여야 한다.

제10조(조사공무원의 복무자세) ① 조사공무원은 신고사항의 처리 과정에서 사실관계 확인 이외에 개인적인 의견을 관계기관 등에 제시하지 않도록 유의하여야 한다.

② 조사공무원은 조사 진행 중에는 공무원증 등 그 권한을 표시하는 증표를 패용하여 책임감 있고 효율적인 조사가 이루어지도록 하여야 한다.

③ 조사공무원은 피조사자 임직원에게 위압적이거나 모욕적인 언사를 사용하여서는 아니된다.

④ 위 각 항에서 정한 사항을 포함하여 조사공무원의 복무자세 등에 대하여는 별표1 「조사공무원 복무수칙」을 적용한다.

제11조(비밀업수의 의무) 조사공무원은 별표2 비공개 대상정보 세부기준을 참고하여 직무상 알게 된 피조사자의 비밀을 누설하거나 법의 시행을 위한 목적 외에 이를 이용하여서는 아니 된다.

제2장 현장조사

제12조(조사공문 등의 교부) ① 조사공무원은 현장조사를 개시하기 이전에 피조사자의 임직원에게 다음 각 호의 사항을 기재한 별지 제7호 서식의 조사공문을 교부하여야 하며, 이와 함께 조사 공문의 내용 및 피조사자의 권리에 대하여 설명하여야 한다.

1. 조사기간
 2. 조사목적
 3. 조사대상
 4. 조사방법
 5. 조사를 거부·방해 또는 기피하는 경우 법상의 제재내용
 6. 조사단계에서 피조사자가 특허청 또는 그 소속 공무원에게 조사와 관련된 의견진술 및 자료제출을 할 수 있다는 내용
- ② 제1항에 따라 조사공문에 기재되는 조사목적에는 관련 법 조항과 범위반협의를 함께 기재하여야 하고 조사대상에는 피조사자의 명칭과 소재지를 특정하여 구체적으로 기재하여야 한다.
- ③ 전항의 조사출장을 실시하는 경우에는 피조사인에게 3일전까지 조사목적, 조사예정기간 및 조사내용 등을 포함하는 조사계획을 통지하여야 한다. 다만, 긴급을 요하거나 조사목적 달성을 저해할 우려가 있는 등 불가피한 사정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ④ 조사공무원은 피조사자의 조사대상 부서 책임자 또는 이에 준하는 임직원에게 별지 제8호 서식의 전산 및 비전산 자료 보존요청서를 교부하고, 피조사자의 직원들이 그 내용을 준수할 수 있도록 적절한 지시를 해줄 것을 요청할 수 있다.

제12조(조사방법 등) ① 법 제7조의 부정경쟁행위 등의 조사 등을 실시하는 조사공무원은 피신고인에게 자료제출이나 별지 제9호 서식에 따른 출석을 요구할 경우, 다음 각 호의 사항이 기재된 서면을 발송하여야 한다.

1. 목적·취지 및 내용
 2. 제출기한 또는 출석 일시·장소
 3. 자료제출이나 출석 거부에 대한 제재조치 및 근거 법령
- ② 조사공무원은 법 제7조제1항에 따른 현장조사를 할 경우, 별지 제10호 서식의 조사확인서를 작성하고 방문기관의 대표자 또는 종업원이 이를 확인하도록 한 후 확인자란에 서명 또는 날인하게 하여야 한다. 다만, 도피·부재·방해 또는 거부 등으로 조사확인서에 서명 또는 날인을 받을 수 없는 경우에는 그 사유를 명확하게 기록하여야 한다.
- ③ 조사공무원은 신고인이 동일하거나 위반행위의 동질성이 인정되는 등의 경우에 별개의 사건번호가 부여된 사건을 병합하여 처리할 수 있다.
- ④ 조사공무원은 당사자의 자구능력, 피해 구제의 긴급성 및 피해의 정도 등을 고려하여 신속히 처리할 필요가 있다고 판단되는 경우 이를 다른 사건에 우선하여 조사할 수 있다.

제13조(증표의 발급) ① 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 조사관에게 영 제1조의3 제3항의 증표를 발급한다.

② 특허청장은 법 제17조 제3항 및 제4항에 따른 지원업무에 종사하는 자에게 영 제1조의3제3항의 증표를 발급한다.

제14조(피조사자의 사무소 등에 대한 출입) 조사공무원이 피조사자의 사무소 또는 사업장에 출입하는 경우 공무원증 또는 조사공문 등 그 권한을 표시하는 증표를 관계인에게 제시하여야 한다.

제15조(조사장소) 조사는 공문에 기재된 사업장의 소재지에 한정하여 실시하여야 한다. 다만, 조사 과정에서 소재지가 다른 사업장에서 조사목적에 부합하는 법 위반 혐의가 발견되는 경우에는 해당 사업장도 조사를 실시할 수 있다.

제16조(조사의 범위) 조사공무원은 조사공문에 기재된 조사목적 범위 내에서 조사를 실시하여야 한다. 다만, 조사과정 중 조사목적 범위의 소관 법률 위반소지가 있다고 판단되는 자료를 발견하게 되는 경우에는 해당 자료를 담당부서에 인계하는 등 적절한 조치를 하여야 한다.

제17조(자료 등의 수집·영치) ① 조사공무원은 피조사자의 책상, 서랍, 캐비닛, 업무수첩 등을 조사하기 전 피조사자의 조사대상 부서 책임자 또는 이에 준하는 임직원에게 협조를 구한 후 조사를 실시하여야 한다.

② 피조사자의 전자결재시스템 등 정보처리시스템의 자료를 조사하는 경우 피조사자 관계자의 협조 또는 입회하에 자료를 열람하거나 복사하고, 자료 삭제 등 증거인멸의 우려가 있거나 자료를 검색 후 열람·복사하는데 상당한 시간이 소요되는 등 조사의 효율성을 저해하는 경우 피조사자와 합의한 방식으로 조사할 수 있다.

③ 조사공무원은 수집하거나 제출된 자료의 목록을 정리하여 별지 제11호 서식의 수집·제출 자료목록을 작성하고 교부하여야 한다.

④ 증거인멸의 우려가 있어 자료나 물건의 영치가 필요한 경우 영치의 필요성을 사전에 피조사자 임직원에게 설명하고, 별지 제12호 서식의 영치조서를 작성하여 피조사자에게 교부하여야 한다.

제18조(제품의 수거 등) 법 제7조제1항에 따른 필요한 최소분량의 제품을 수거한 경우에는 당해 제품 등을 봉인해야 한다. 다만, 제품 등의 성질과 상태에 따라 봉인할 필요가 없거나 봉인이 곤란하다고 인정하는 경우에는 예외로 한다.

제19조(진술조서나 확인서 작성) ① 조사공무원이 피조사자의 임직원 등을 대상으로 진술조서나 확인서를 작성하는 경우 특정 진술이나 확인을 강요하여서는 아니된다.

② 현장조사과정에서 피조사자 임직원 등의 진술이나 확인이 필요하나 임직원 등이 이에 응하기 어려운 부득이한 사정이 있는 경우에는 추후 조사일정과 장소를 협의하여 이를 진행한다.

③ 피조사자의 임직원 등을 대상으로 작성한 진술조서(별지 제13호 서식)나 확인서에 대하여 피조사자의 임직원이 복사를 요구하는 경우 조사공무원은 원칙적으로 이에 응하여야 한다. 다만, 증거인멸이나 조사비밀 누설 등 조사방해를 야기할 우려가 상당한 경우에는 그러하지 아니한다.

제20조(변호사의 조사과정 참여) ① 조사공무원은 피조사자의 신청이 있는 경우 원칙적으로 피조사자가 선임한 변호사를 조사 전(全) 과정에 참여하게 하여야 한다. 다만, 변호사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 조사개시 및 진행이 현저하게 지연시키는 경우
2. 조사공무원의 승인 없이 신문에 개입하거나 모욕적인 언동을 행하는 경우
3. 피조사자를 대신하여 답변하거나 특정한 답변 또는 진술 번복을 유도하는 경우
4. 신문내용을 촬영, 녹음, 기록하는 경우. 다만, 기록의 경우 피조사자에 대한 법적 조언을 위해 변호

사가 기억환기용으로 메모를 하는 것은 제외한다.

5. 기타 제1호 내지 제4호 이외의 경우로서 조사목적 달성을 현저하게 어렵게 하는 경우

② 제1항의 규정에도 불구하고, 증거인멸 우려 등의 사유로 조사의 시급을 요하는 부정경쟁행위의 조사와 관련하여서는 피조사사의 변호사 참여요청과 관계없이 조사의 개시 및 진행을 할 수 있다.

제21조(조사시간 및 기간) ① 조사공무원은 피조사자의 정규 근무시간 내에 조사를 진행하여야 한다. 부득이하게 정규 근무시간 이후까지 조사시간을 연장하여야 하는 경우에는 피조사자에게 조사시간 연장의 필요성을 충분히 설명하고 계속 진행할 수 있다.

② 조사공무원은 조사공문에 기재된 조사기간 내에 조사를 종료하여야 한다. 다만, 조사기간 내에 조사목적 달성을 위한 충분한 조사가 이루어지지 못한 경우에는 피조사자의 업무 부담을 최소화할 수 있는 범위 내에서 조사기간을 연장할 수 있으며, 이 경우 연장된 조사기간이 명시된 문서를 피조사자에게 교부하여야 한다.

제22조(조사과정 및 사건조사의 기록) ① 조사공무원은 조사를 종료하는 경우 조사과정에 대해 별지 제15호 서식에 의한 조사과정확인서를 작성하여 피조사자에게 교부하여야 한다.

② 조사공무원은 피조사자로부터 직접 수집하거나 제출받은 자료에 대해 별지 제11호 서식에 따라 수집·제출 자료목록을 작성하여 현장조사 종료 후 7일 이내에 피조사자에게 교부하여야 한다.

③ 조사공무원은 진술조서 또는 확인서 등을 작성하거나 피조사자로부터 자료를 수집·접수하는 경우 별지 제16호 서식에 따라 조사자료 목록을 작성하고, 매 장마다 면수를 기재하여야 한다.

④ 조사공무원은 조사과정에서 영치한 모든 물건 및 자료의 내역과 반환 여부, 반환일자 등에 관한 영치물 목록을 별지 제17호 서식에 따라 작성하여 사건조사기록 목록 바로 뒷면에 편철하여야 한다.

제3장 디지털증거 수집 및 분석

제23조(디지털포렌식의 기본원칙) 조사공무원은 디지털포렌식을 실시함에 있어서 다음 각 호의 사항을 준수하여야 한다.

1. 적법 절차를 따라야 한다.
2. 조사 목적상 필요한 최소한의 자료 수집을 원칙으로 한다.
3. 기술적, 절차적인 수단을 통해 디지털증거의 진정성·무결성을 보장하여야 한다.

제24조(디지털저장매체로부터의 증거의 수집) ① 디지털저장매체로부터의 디지털증거의 수집은 이미징을 원칙으로 한다.

② 수집된 디지털증거의 진정성·무결성을 보장하기 위하여 디지털자료 수집도구는 신뢰성 있는 장비 및 소프트웨어를 사용하여야 한다.

③ 현장에서의 이미징이 어려울 경우, 조사공무원은 디지털증거물로부터 저장매체만을 분리하여 영치한다. 다만, 저장매체를 분리할 경우 조사목적 달성을 수 없거나 디지털증거가 손상·훼손될 우려가 있는 등 필요한 경우에는 디지털증거물을 영치할 수 있다.

④ 조사공무원은 수집된 디지털자료가 적법한 절차에 의해서 수집되고, 조사대상 디지털저장매체로부터 이전되어 사본으로 생성된 것임을 증명하기 위하여 수집일시 및 장소, 사용자 정보, 정보저장매체의 종류, 해시값 등을 적시한 별지 제18호 서식의 확인서를 피조사자에게 교부하여야 한다.

제25조(정보처리시스템으로부터의 증거 수집) 조사공무원이 정보처리시스템으로부터 디지털자료를 수집

하는 경우 특허청의 정보처리 환경과 호환 가능한 형태의 파일로 변환하여 수집할 수 있다. 이 경우 파일변환 사실 등을 별지 제19호 서식에 의하여 피조사자로부터 확인 받아야 한다.

제26조(디지털자료 등의 관리 및 보존) ① 특허청장은 수집된 디지털자료 또는 영치된 디지털저장매체의 현황을 체계적으로 기록·관리하여야 한다.

② 특허청장은 수집된 디지털자료를 사건의 확정판결 및 그 후속조치가 종료 될 때까지 보존하여야 한다.

③ 피조사자는 특허청장이 관리 및 보존 중인 디지털자료의 열람을 요청할 수 있고 특허청장은 법령 기타 정당한 사유 없이 이를 거부할 수 없다.

제4장 조사 후 조치

제27조(조사종료시 조치사항) ① 조사공무원은 현장조사가 종료되면 피조사자의 방어권이 보장 될 수 있도록 현장조사 이후의 사건처리절차에 대하여 피조사자에게 충분히 설명하여야 한다.

② 조사공무원은 피조사자에 대한 현장조사 종료 후 3개월 이내에 피조사자에게 조사 진행상황을 통지하여야 한다.

제28조(조사결과의 보고) 조사공무원은 현장조사를 종료한 후 원칙적으로 30일 이내에 피조사자로부터 직접 수집·제출받은 자료를 첨부하여 조사결과 및 향후 계획 등을 보고하여야 하고, 조사내용에 대한 관리·감독을 철저히 하여야 한다. 다만, 부득이한 사유로 인하여 보고 기한의 연장이 필요한 경우에는 연장사유와 연장기간을 정하여 연장할 수 있으며, 이 경우에도 현장조사 종료일로부터 60일을 초과할 수 없다.

제29조(시정권고 등) ① 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 위반행위를 한 자에 대하여 법 제8조에 따라 시정권고를 할 수 있다.

② 시정권고는 별지 제20호 서식의 시정권고통지서에 따른다.

③ 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제1항의 시정권고를 불이행한 자(법 제2조 제1호 아목, 차목 및 카목은 제외한다)에 대하여 형사소송법 제234조제2항에 따라 고발한다. 다만, 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 위반행위의 정도, 위반행위의 동기와 그 결과 등을 고려하여 1회에 한하여 시정권고를 다시 할 수 있다.

④ 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 제3항에 따라 고발하려면 다음 각 호 중 필요한 서류를 첨부하여 관할 지방검찰청검사장 또는 경찰서장에게 제출하여야 한다.

1. 고발장(별지 제21호 서식)
2. 조사확인서(별지 제22호 서식)
3. 진술서(별지 제23호 서식)
4. 법 제7조제1항에 따라 수거한 제품 및 목록
5. 기타 고발에 필요하다고 판단한 서류

제30조(의견청취) ① 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 시정권고나 고발을 하기 전에 직권으로 또는 당사자·이해관계인이나 참고인의 신청에 의하여 별지 제24호 서식에 의한 시정권고예정통지서와 함께 의견을 청취할 수 있다.

② 의견청취 시 당사자·이해관계인 또는 참고인은 필요한 증거자료를 제출할 수 있다.

제31조(조사의 종결 등) ① 조사관은 조사결과가 확정된 날로부터 7일 이내에 조사결과를 당사자에게 통지하여야 한다. 다만, 조사가 종결되기 전에 다음 각 호의 사유가 발생한 경우, 조사를 종결할 수 있다.

1. 신고인이 신고를 철회한 경우
2. 조사 중에 당사자가 위반행위를 시정한 경우
3. 피신고인에게 사망·해산·파산·폐업 또는 이에 준하는 사유가 발생함으로써 시정조치 등의 이행을 확보하기가 사실상 불가능하다고 인정될 경우

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 발생하여 조사를 계속하기가 곤란한 경우에는 그 사유가 해소될 때까지 조사를 중지할 수 있고, 조사를 중지한 날부터 6개월이 지난 후에도 사유가 해소되지 아니할 경우 조사를 종결할 수 있다.

1. 부도 등으로 인한 영업중단
2. 일시적 폐업으로 인정되는 경우
3. 법인의 실체가 없는 경우
4. 도피 등에 의한 소재불명
5. 국외에 소재하는 외국인 사업자를 신고한 경우로서 조사 등이 현저히 곤란한 경우
6. 기타 제1호 내지 제5호에 준하는 경우

③ 제1항 및 제2항에 따라 조사를 종결한 이후 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 사유가 있는 경우에는 조사관은 당해 사건을 재개하여 재조사를 할 수 있다.

1. 사실의 오인이 있는 경우
2. 법령의 해석 또는 적용에 착오가 있는 경우
3. 조사관의 조사종결이 있은 후 종결 사유와 관련이 있는 새로운 사실 또는 증거가 발견된 경우
4. 기타 제1호 내지 제3호에 준하는 사유가 있는 경우

④ 조사관은 이미 처리한 사건과 동일한 위반사실에 대한 신고가 접수된 때에는 제3항의 각호에 해당하는 사유가 있다고 인정되는 사유가 아니면 신고를 반려할 수 있다.

제32조(시정여부의 확인) ① 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제7조제1항에 따른 시정권고의 이행여부를 확인하여야 한다.

② 시정권고의 이행여부 확인은 법 제8조에 따라 정한 시정기간이 경과한 후 1개월 이내에 별지 제25호 서식의 시정여부확인서에 따라 실시한다.

제33조(자료의 제출) 특허청장은 지방자치법 제166조제1항에 따라 조사업무에 관하여 조언·권고·지도하기 위하여 필요한 경우에 시·도지사 또는 시장·군수·구청장에게 별지 제26호 서식의 부정경쟁행위 방지업무 처리실적과 그 밖의 관련 자료의 제출을 요구할 수 있다.

제34조(참고인 등 비용 지급 및 기준) ① 참고인 등(‘참고인, 감정인, 통역인, 번역인 기타 이에 준하는 자’를 본조의 ‘참고인 등’이라고 한다.)의 운임, 일비, 숙박비 및 식비는 「공무원 여비규정」 별표2의 제2호를 준용한다.

② 감정료 및 통역료는 산업재산조사과장이 예산의 범위에서 감정 및 통역의 내용을 참작하여 상당하다고 인정하는 금액으로 할 수 있다.

③ 번역료는 강사수당 및 원고료 등에 관한 지급 규정(국제지식재산연수원 훈령)의 기준을 준용한다.

④ 참고인 경비, 감정료, 통역료 또는 번역료는 예산의 범위 내에서 발생 순서에 따라 지급한다.

⑤ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 참고인 등에게 비용을 지급하지 아니할 수 있다.

1. 참고인 등이 허위의 진술을 하였다고 인정할 상당한 이유가 있거나 진술을 거부하였을 때
2. 감정인, 통역인 또는 번역인이 허위의 감정, 통역 또는 번역을 하였다고 인정할 상당한 이유가 있거나 감정, 통역 또는 번역을 거부하였을 때
3. 감정인, 통역인 또는 번역인의 기능이 미숙하거나 자신의 귀책사유로 감정, 통역 또는 번역의 목적을 달성하지 못하였을 때

제35(포상) 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 부정경쟁행위 방지업무 처리실적 등을 평가하여 매년 우수공무원 등에 대한 포상을 실시할 수 있다.

제36조(교육) ① 특허청장, 시·도지사 및 시장·군수·구청장은 부정경쟁행위 방지업무를 효율적으로 하기 위하여 필요한 경우 조사관에 대한 직무교육을 실시할 수 있다.

② 특허청장 또는 시·도지사는 지방자치법 제166조제2항에 따라 지방자치단체가 조사관에 대한 직무교육을 실시하는 데에 필요하다고 인정하면 교육에 필요한 인력, 시설 또는 재정 등을 지원할 수 있다.

제37조 (과태료의 부과·징수 등) ① 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 법 제20조에 따른 과태료를 부과하기 전에 별지 제27호 서식의 과태료처분예고서를 부과대상자에게 등기우편으로 송부하거나 직접 교부하여 사전 의견진술의 기회를 부여하여야 한다. 이 경우 통지서를 받은 날부터 10일 이내에 의견 진술이 없는 때에는 의견이 없는 것으로 본다. 다만, 처분대상자가 천재·지변 기타 부득이한 사유로 인하여 의견진술을 할 수 없을 때에는 그 사유가 없어진 날부터 7일 이내에 의견진술을 하여야 한다.

② 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 법 제20조에 따른 과태료를 부과하는 때에는 지체 없이 별지 제28호 서식의 과태료처분통지서를 부과대상자에게 등기우편으로 보내거나 직접 교부하여야 한다.

③ 제2항에서 규정한 과태료처분통지서를 보낸 때에는 별지 제29호 서식의 과태료 부과·수납대장을 작성·관리하여야 한다.

④ 제2항에서 규정한 과태료는 통지서를 받은 날부터 20일 이내에 납부하여야 한다. 다만 천재·지변 그 밖의 부득이한 사유로 과태료를 납부할 수 없는 때에는 그 사유가 없어진 날부터 7일 이내에 납부하여야 한다.

⑤ 제2항에서 규정한 과태료처분에 대하여 이의가 있을 경우, 통지서를 받은 날부터 20일 이내에 별지 제30호 서식의 이의신청서에 불복사유를 기재하여 이의를 제기할 수 있다.

⑥ 납부의무자가 제4항에서 규정한 납입기한에 과태료를 납부하지 아니한 경우에는 국세 또는 지방세 체납처분의 예에 의하여 이를 징수한다.

⑦ 이 규칙에서 정한 사항 외에 과태료처분과 관련해서는 질서위반행위규제법에 따른다.

부칙 <제2018-00호, 2018. 00. 00.>

이 고시는 2018년 00월 00일부터 시행한다.

IV. 시정권고 주문

1. 침해금지 및 침해 물품의 폐기

특허청 등은 위반행위를 한 자에게 30일 이내의 기간을 정하여 그 행위를 중지하거나 표지를 제거 또는 폐기할 것 등 그 시정에 필요한 권고를 할 수 있다(부정경쟁방지법 제8조). 부정경쟁행위는 수많은 거래에서 매일 매일 다소간의 변형이 거쳐 행해지므로 이를 바로잡기 위한 **시정권고의 속성상 권고 내용 중 다소간 포괄성 추상성이 있어도 무방하다.** 다만 시정권고의 상대방, 행위유형, 금지행위와 관련된 품목 등에 대하여, 이해관계인들이 권고 내용을 구체적으로 인식할 수 있는 정도로는 특정하여야 한다.

(주문예시)

1. 피조사인에게 20XX. XX. XX까지 아래의 내용을 이행할 것을 권고한다.

가. 디저트 제조 · 판매업 및 그 가맹점 모집 · 운영업을 위하여,

별지1 목록 기재 각 진열 형태를 함께 사용하는 행위의 중지

별지2 목록 기재 각 표지의 사용의 중지

나. 별지3 목록 기재 표장을 사용하거나 이를 사용한 OO의 제품의 생산, 판매, 반포, 전시 또는 선전광고의 중지

다. 별지2 목록의 표시의 표지를 부착한 별지4 목록 기재의 완제품 및 반제품, 포장지, 포장용기 선전광고물을 폐기

라. 별지2 목록의 표지와 동일 또는 유사한 영업용 광고, 간판, 포탈 등 시설을 제거

마. 가. 내지 라.항의 이행이 완료되었음을 증빙할 수 있는 자료와 함께 이행확인서의 제출

2. 침해행위가 종료된 경우

침해행위가 종료된 경우라도 시정권고의 취지에 비추어 과거의 위반행위에 대한 시정은 물론 가까운 장래에 반복될 우려가 있는 동일한 유형의 행위 역시 반복금지를 권고할 수 있는 것으로 보아야 할 것이다.

<대법원 전원합의체 2003. 2. 20. 2001두5347 판결>

독점규제및공정거래에관한법률(이하 '공정거래법'이라 한다)에 의한 시정명령이 지나치게 구체적인 경우 매일 매일 다소간의 변형을 거치면서 행해지는 수많은 거래에서 정합성이 떨어져 결국 무의미한 시정명령이 되므로 그 본질적인 속성상 다소간의 포괄성·추상성을 떨 수밖에 없다 할 것이고, 한편 시정명령 제도를 둔 취지에 비추어 시정명령의 내용은 과거의 위반행위에 대한 중지는 물론 가까운 장래에 반복될 우려가 있는 동일한 유형의 행위의 반복금지까지 명할 수는 있는 것으로 해석함이 상당하다 할 것이다.

(주문예시)

피조사인에게 향후 별지 목록 기재 표장과 동일 또는 유사한 표장을 사용하거나 이를 사용한 OO의 제품의 생산, 판매, 반포, 전시 또는 선전광고를 하는 행위가 **재발되지 않도록 할 것**을 권고한다.

3. 손해배상 권고 등

현행 부정경쟁방지법의 행정상 구제절차는 손해의 전보에 대한 규정이 없으므로 신고인에게 신고의 실익이 없다는 문제점이 제기되며 행정상 구제절차의 실효성 확보를 위해 시정권고의 내용에 손해배상 권고를 포함할 수 있는지 문제된다.

1) 특허청 등이 시정권고의 내용으로 손해배상 권고를 하는 것이 가능한지 여부

1-1) 가능하다는 견해(연구진의 견해)

부정경쟁방지법 제8조는 “위반행위를 한 자에게 30일 이내의 기간을 정하여 그 행위를 중지하거나 표지를 제거 또는 폐기할 것 **등 그 시정에 필요한 권고**를 할 수 있다” 고 하여 시정에 필요한 권고를 할 수 있다고 규정하고 있고 행위의 중지나 표지의 제거는 권고할 수 있는 시정의 예시로 열거하고 있다. 시정권고를 규정한 취지는 행정청에 위법한 상태의 시정이며 그 시정에는 위법한 상태에 의한 손해의 전보도 포함된다고 보아야 할 것이다.

침해행위를 중단하는 것이 피해자의 구제에 전혀 도움이 되지 않고 사회경제적으로도 바람직하지 않은 경우, 침해행위의 중단을 권고하는 것보다 손해를 전보하는 것이 행정절차법 제48조 제1항에 따라 필요 최소한도 요건에 오히려 부합한다고 판단되는 경우 손해배상의 권고도 가능하다고 보아야 할 것이다. 예컨대 피침해자의 아이디어를 도용하여 유명한 건물을 지어 이미 아이디어는 대중에 공개되었고 침해 중단이나 물건의 폐기 등을 사실상 권고할 수 없게 된 경우 등을 상

정해 볼 수 있다.

1-2) 부정하는 견해

아래의 점들을 근거로 설령 행정청의 신속하고 효과적인 피해구제를 위해 손해배상 권고가 필요하다 하더라도 이는 추가 입법으로 해결해야 한다는 견해이다.

- ① 행정지도는 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요하여서는 안된다(행정절차법 제48조 제1항).
- ② 손해배상액을 정하게 되면 이후 권고에서의 손해배상액이 법원에서의 소송 등에서 현출되게 될 것인데 이 경우 법원으로서 특허청이 무슨 근거로 이와 같은 손해배상액을 산정하게 되었는지에 대한 논란을 야기하게 될 것이다.
- ③ 행정청이 손해배상액을 정하여 당사자에게 배상을 권고하는 경우 이는 사실상의 강제에 해당하고 이는 법률의 규정된 범위를 넘어선 위법한 침익적 처분에 해당한다.
- ④ 현재의 규정상으로는 금지에 대한 사항들이 규정되어 있을 뿐인데, ‘등’의 해석으로 손해배상을 포함시키는 것은 등의 일반적인 해석으로는 타당하지 않다. 왜냐하면 ‘등’은 일반적으로 앞에 열거된 내용과 동렬의 수단이어야 하기 때문이다.

2) 행정상 구제절차에서 손해배상과 구제방안 검토

2-1) 특허청 등은 침해금지권고 등만 하고 민사구제로 해결하는 안

현행법률 하에서 특허청은 부정경쟁행위 시정권고만을 할 수 있다고 해석하는 경우 침해금지권고의 이유를 구체적으로 실시하여 피침해자의 민사구제 청구의 입증에 조력하는 안을 들 수 있다.

부정경쟁방지법은 피해자에게 민사상으로 금지청구(제4조)와 손해배상 청구(제5조), 신용회복 청구(제6조)를 인정하고 있으며, 피침해자는 해당 법률에 근거하여 침해자의 부정경쟁행위에 대해서 민사상 구제를 청구하는 것이 원칙이다. 민사소송에서 특허청 등에 조시기록의 송부를 요구(부정경쟁방지법 제14조의7)하거나 행정청이 시정권고의 이유 부분에 침해자의 부정경쟁 행위 사실을 구체적으로 기재하는 것으로 피침해자가 법원에 침해를 입증할 참고자료로 활용할 수 있다.

2-3) 시정권고의 전단계에서 양 당사자의 조정이나 중재합의를 유도해서 자율 협상을 유도하는 안(연구진 권고안)

특허청이 자율협상을 유도하는 것은 당사자들의 의사에 반하지 않고 조정을 강요하지 않는 한 현행 법령에서도 문제가 없을 것으로 판단된다. 특히 중재합의를 권고하여 그 중재합의에 의해서 중

재판정이 이루어지면 분쟁이 종국적으로 해결됨으로써 소송이 장기화되어 아이디어 탈취와 같은 경우 중소기업이 금전적인 문제로 인해서 피해전보가 되지 않는 문제를 해소할 수 있다.

다만 조정이나 중재의 구체적인 담당기관, 절차 등에 대해서는 구체적인 입법을 하는 것이 바람직하며 발명진흥법 제41조에 규정된 산업재산권분쟁조정위원회 등을 활용할 수 있다(현재는 발명진흥법 제43조의2에 조정을 신청할 수 있는 자가 한정되어 있으므로 법률의 개정이 필요함).

발명진흥법 [법률 제15091호, 2017.11.28., 일부개정]②

제41조(산업재산권분쟁조정위원회) ①다음 각 호의 사항과 관련된 분쟁(이하 "분쟁"이라 한다)을 심의·조정하기 위하여 산업재산권분쟁조정위원회(이하 "위원회"라 한다)를 둔다.
<개정 2010. 6. 8., 2015. 5. 18.>

1. 산업재산권(산업재산권 출원을 포함한다)
2. 직무발명
3. 영업비밀(기술상의 정보와 관련된 영업비밀만을 말한다)

2-3) 주문에 적절한 민사적 협의 혹은 보상을 권고하는 안

권고안에 명시적 금액에 대해 정하지 않고 피조사인에게 신고인과 정당한 협상을 이행할 것을 권고하는 방안을 들 수 있다. 이는 앞서 본 바와 같이 손해배상액을 정면으로 정하는 경우 발생할 수 있는 논란을 피하면서도 보상이 이루어지도록 하기 위한 안이다. 제2-2안의 합의가 안 될 경우 대안적으로 주문에 포함시킬 수 있을 것이다.

(주문예시)

“피조사인에게 신고인과 정당한 보상에 대한 협의를 거칠 것을 권고한다.”

“피조사인에게 신고인의 2000. 00. 별지목록 기재된 아이디어 목록의 제공에 대한 정당한 보상에 대하여 협의할 것을 권고한다.”

2-4) 공정거래법상의 동의를결제도를 도입하는 안³²⁷⁾

공정거래법상 동의를결제도는 공정거래법 위반사건으로 경쟁당국의 조사나 심의를 받고 있는 사업자 또는 사업자단체가 당해 조사나 심의의 대상이 되는 행위로 인한 경쟁제한 상태 등의 자발적 해소, 소비자 피해구제, 거래질서의 개선 등을 위하여 필요한 시정방안을 경쟁당국에 제출하고,

327) 외 1, 「독점규제법 : 이론과 실무」(제2판), 법문사, 2018 676-682면

경쟁당국이 이해관계자 등의 의견수렴을 거쳐서 그 타당성을 인정하는 경우, 그 행위의 위법성 여부를 판단하지 않고 그 시정방안과 같은 취지의 의결을 함으로써 사건을 신속히 종결시키는 제도를 말한다(독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제51조의2 내지 제51조의4).

동의를결제도는 경쟁당국으로서는 위법성 여부를 가리기 쉽지 않은 사건의 처리에 소요되는 행정 비용과 시간을 절약할 수 있고 시정조치에 따르는 기업이미지 손상과 사건의 조사 및 심의 등 법적 분쟁을 처리하는 과정에서 발생하는 위험과 비용을 줄일 수 있다³²⁸⁾. 피침해자의 입장에서 별도의 소송을 제기하는 대신 동의를결에 의한 시정방안의 실행으로 신속하고 효율적인 피해구제를 받을 수 있다는 장점이 있으므로 손해배상 권고의 대안으로 검토해볼 수 있다.

그러나 경쟁당국이 정식 절차를 통해 위반행위를 조사하여 시정하지 않고 사건처리에 대한 사법적 통제가 이루어질 수 없다는 단점이 있으므로 법률로 엄격한 요건과 절차를 규정해야 할 필요성이 있다.

328) 외 1, 앞의 책 677면.

V. 서식 제안

서 식 목 록

서 식 명	제 목	Page
제1호서식	부정경쟁행위 조사신고서	273
별지 제2호서식	신고접수대장	275
별지 제3호서식	신고처리대장	276
별지 제4호서식	제품수거목록	277
별지 제5호서식	신고서보완요청	278
별표1	조사원 복무수칙	279
별표2	비공개 대상정보 세부기준	280
별표3	부정경쟁행위 조사개시여부 검토보고서	283
별지 제6호서식	부정경쟁행위 조사신고 기각 알림	288
별지 제7호서식	조사공문	289
별지 제8호서식	전산 및 비전산 자료 보존요청서	290
별지 제9호서식	출석요구서	291
별지 제10호서식	조사확인서	292
별지 제11호서식	수집·제출 자료목록	293
별지 제12호서식	영치조서	294
별지 제13호서식	진술조서	295
별지 제14호서식	영치확인서	297
별지 제15호서식	조사과정 확인서	298
별지 제16호서식	조사자료 목록	299
별지 제17호서식	영치물 목록	300
별지 제18호서식	이미징 등 참관 확인서	301
별지 제19호서식	정보저장매체 제출 및 이미징 참관여부 확인서	302
별지 제20호서식	시정권고통지서	303
별지 제21호서식	고발장	304
별지 제22호서식	조사확인서	305
별지 제23호서식	진술서	306
별지 제24호서식	시정권고예정통지서	308
별지 제25호서식	시정여부확인서	310
별지 제26호서식	부정경쟁행위 방지업무 처리실적	311
별지 제27호서식	과태료처분예고서	312
별지 제28호서식	과태료처분통지서	314
별지 제29호서식	과태료 부과·수납대장	315
별지 제30호서식	이의신청서	316

부정경쟁행위 신고서(예시)

1. 부정경쟁행위 유형

* 부정경쟁방지 및 영업비밀에 관한 법률 제2조 제1호(아목과 카목은 제외), 제3조의2 제1항 또는 제2항

2. 신고인 관련사항

- 성명(법인명) :
- 주 소 :
- 연락처 :
- 사업내용 :
- 사업자등록번호 :

3. 피신고인 관련사항

- 성명(법인명) :
- 주 소 :
- 연락처 :
- 사업내용 :
- 사업자등록번호 :

4. 조사대상 제품

가. 조사대상 제품의 구체적 모델명

나. 제품의 특징, 제조과정, 용도 등 제품에 대한 설명

5. 피조사인의 위반 또는 침해 혐의의 구체적 내용

가. 신고인의 지적권 침해의 경우, 지적권의 구체적 내용 및 증빙자료 첨부

- 특허, 상표 등의 등록증 사본
- 권리 등록과정에서 야기된 분쟁 및 민형사상 소송 기록
- 라이선스 계약서 등

나. 피신고인의 위반 또는 침해 혐의의 구체 내용

6. 조사대상 제품 관련 특허청 및 타 기관에서의 제소 및 분쟁여부

7. 구제조치 요청 내용 및 사유

8. 기타 참고사항

년 월 일

신고인

(서명)

특허청장 귀중

제품수거목록(예시)

품 종	수량	소지자 또는 제출자		소 유 자		수거자 의견
		성 명		성 명		
		성 명		성 명		
		주 소		주 소		
		주민등록 번 호		주민등록 번 호		
		전화번호		전화번호		
		성 명		성 명		
		주 소		주 소		
		주민등록 번 호		주민등록 번 호		
		전화번호		전화번호		
		성 명		성 명		
		주 소		주 소		
		주민등록 번 호		주민등록 번 호		
		전화번호		전화번호		
		성 명		성 명		
		주 소		주 소		
		주민등록 번 호		주민등록 번 호		
		전화번호		전화번호		
		성 명		성 명		
		주 소		주 소		
		주민등록 번 호		주민등록 번 호		
		전화번호		전화번호		
		성 명		성 명		
		주 소		주 소		
		주민등록 번 호		주민등록 번 호		
		전화번호		전화번호		

조사신고서 보완요청(예시)

수신 신고인

(경유)

제목 부정경쟁행위 조사신고 보완요청

1. 귀하가 년 월 일자로 우리 청에 제출한 조사 신고서를 검토한 결과, 신고내용의 보완이 필요하다고 판단되어 아래와 같이 신고서의 보완을 요청하오니, 년 월 일(10일 이내)까지 보완서류를 제출하여 주시기 바랍니다.

2. 아울러 『부정경쟁행위 방지에 관한 조사절차에 관한 규칙』 제7조 제2항에 의거 신고서의 보완에 소요되는 기간은 처리기간(신고서 접수 후 30일 이내)에 산입하지 아니함을 알려드립니다.

= 아 래 =

“보완이 필요한 사항을 구체적으로 설명”. 끝.

20. . .

특 허 청 장

조사공무원 :

(서명)

조사원 복무수칙

I. 조사원의 자세

1. 조사공무원은 조사업무를 수행함에 있어 공과 사를 엄격히 구별하고 일체의 선입관이나 정실을 배제하여 공정하게 직무를 수행하여야 한다.
2. 조사공무원은 법령, 규정, 기타 복무에 관한 제반 지시사항을 성실히 준수하여야 한다.
3. 조사공무원은 조사성과를 최대한 확보할 수 있도록 자료수집, 이해관계인의 의견청취 등 조사사전준비에 만전을 기하여야 한다.
4. 조사공무원은 자의적 판단에 의하지 아니하고 사실과 증거에 의하여 조사업무를 수행하여야 하며 신고사항에 대하여는 충분한 입증자료를 확보하여야 한다.
5. 조사공무원은 직무와 관련하여 외부기관, 상급자 등의 부당한 업무지시나 조사결과 발견된 위법·부당행위의 은폐 및 축소 등을 위한 제반압력에 대하여는 이를 거부하여야 한다.
6. 조사공무원은 조사업무를 수행함에 있어 권위적이고 고압적인 자세를 삼가하고, 피조사자의 인격을 존중하여 조사업무를 수행하여야 한다.

II. 금지사항

1. 조사공무원은 조사를 빌미삼아 직권을 남용하는 일체의 행위를 하여서는 안된다.
2. 조사공무원은 직무와 관련하여 직접, 간접을 불문하고 사례·증여 또는 접대를 받아서는 안된다.
3. 조사공무원은 직무상 알게 된 기밀을 정당한 사유 없이 누설하거나 다른 목적에 이용하여서는 안된다.
4. 조사공무원은 조사기간 중 직무와 관련하여 불필요한 접촉을 하여서는 안된다.

비공개 대상정보 세부기준(제9조 제1항 각호 관련)

	<p>다른 법률 또는 법률이 위임한 명령에 의하여 비밀 또는 비공개 사항으로 규정된 정보</p>
	<p>1. 제216조 제2항, 실용신안법 제44조의 규정에 따라, 등록공고 및 출원공개되지 아니한 특허실용신안 서류, 심판재심 등으로 계속중에 있는 서류, 공공의 질서 또는 선량한 풍속을 문란하게 할 염려가 있는 서류</p>
	<p>2. 디자인보호법 제206조 제2항의 규정에 따라, 출원공개되지 아니하고 디자인권의 설정등록되지 아니한 등록출원 서류, 심판재심 등으로 계속중에 있는 서류, 공공의 질서 또는 선량한 풍속을 문란하게 할 염려가 있는 서류</p>
	<p>3. 디자인보호법 제13조의 규정에 따라, 디자인등록출원인이 디자인권의 설정등록일로부터 3년 이내의 기간을 정하여 그 디자인을 비밀로 청구한 디자인 서류</p>
	<p>4. 특허법 제41조, 실용신안법 제20조, 디자인보호법 제23조의2 제2항의 규정에 따라 국방상 필요한 특허실용신안디자인 서류</p>
제9조 제1항	<p>5. 반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률 시행령 제11조 제3항의 규정에 의한 배치설계파일, 배치설계설정등록 신청인이 비밀보호 신청을 한 배치설계 도면 또는 사진 및 설정등록신청서</p>
	<p>6. 발명진흥법 제14조의 4의 규정에 따라 직무발명의 내용에 관한 비밀누설 금지</p>
제1호	<p>7. 국가공무원법 제60조 규정에 따라 직무상 알게된 비밀누설 금지</p>
	<p>8. 통계법 제13조에 따라 통계작성을 위하여 수집된 개인 또는 법인이나 단체의 비밀에 속하는 기초자료</p>
	<p>9. 공직자윤리법 제14조 및 제14조의3의 규정에 따라 재산등록사항, 병역사항 및 금융거래정보(법률에 의하여 공개하도록 규정한 사항은 제외)</p>
	<p>10. 민원사무처리예관법률 제26조의 규정에 따라, 민원사무 처리 관련 민원내용과 민원인의 이익 침해 정보</p>
	<p>11. 행정감사규정 제28조의 규정에 따라, 감사에 종사한 공무원은 정당한 사유 없이 감사로 인하여 알게 된 행정상의 기밀 또는 타인의 비밀누설 금지</p>
	<p>12. 공무원성과평가등에대한규정 제21조 제1항의 규정에 의한 전직급 공무원 성과 평가 결과 및 성과상여급 지급 내역</p>
	<p>13. 그 밖에 법률 또는 법률에 의한 명령에 의하여 비밀 또는 비공개하도록 규정된 정보</p>
법 제9조 제1항	<p>국가안전보장·국방·통일·외교관계 등에 관한 사항으로서 공개될 경우 국가의 중대한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정 되는 정보</p>
	<p>1. 산업재산권 관련 국제조약, 외국과의 양자간·다자간 통상협정, 국제기구와의 협력 및 산업재산권 정보화시스템의 해외 확산 등과 관련된 외교 문서중 공개될 경우 국가의 중대한 이익을 해할 우려</p>

	<p>있는 정보</p> <p>2. 정보통신망 구성도, 정보보호시스템 현황, 정보보호를 위한 내부대책과 전략 등 공개될 경우 해킹·사이버 테러 등 국가행정정보의 보호에 지장을 줄 수 있는 정보</p> <p>3. 을지연습, 보안, 직장예비군·민방위대 편성표, 비밀취급 인가자 명단, 위기관리전략, 층무계획 등 국가안보와 관련되는 정보</p> <p>4. 국가안보·국방·통일·외교관계에 관한 사항으로서 국가정보원 등 관계기관으로부터 비공개 요청을 받은 정보</p>
<p>법 제9조 제1항</p>	<p>재판에 관련된 정보와 범죄의 예방·수사·공소의 제기 및 유지·형의 집행·교정·보안처분에 관한 사항으로서 공개될 경우 그 직무수행을 현저하게 곤란하게 하거나 형사피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보</p>
<p>제4호</p>	<p>1. 행정소송헌법소원 등 재판과 관련된 소장·답변서·소송 진행상황 등에 관한 정보</p> <p>2. 진행중인 재판과 직접·구체적으로 관련되는 정보로서, 재판의 심리 또는 재판 결과에 영향을 미칠 구체적인 위험성이 있는 정보</p>
<p>법 제9조 제1항 제5호</p>	<p>감사·감독·검사·시험·규제·입찰·계약·기술개발·인사관리·의사결정과정 또는 내부검토과정에 있는 사항 등으로서 공개될 경우 업무의 공정한 수행이나 연구개발에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보</p> <p>1. 위조상품 단속 계획 등 공개될 경우 단속의 목적 실현에 현저한 지장을 초래할 우려가 있는 정보</p> <p>2. 변리사 시험출제 관리·시험위원 위촉·시험시행에 관한 내부 계획·시험채점(채점기준표, 성적부) 등 공개될 경우 시험업무의 공정한 수행에 현저한 지장을 초래할 우려가 있는 변리사 시험에 관한 정보</p> <p>3. 변리사자격심의위원 인적사항·안건 및 회의록 등 공개될 경우, 시험업무의 공정한 수행에 현저한 지장을 초래할 우려가 있는 변리사자격심의위원회 운영 정보</p> <p>4. 변리사 징계 안건 및 결과, 징계위원 인적사항, 피징계자 신상 등 공개될 경우 징계업무의 공정한 수행에 현저한 지장을 초래할 우려가 있는 변리사징계위원회 운영 정보</p> <p>5. 반도체배체설계 공모전 우수작 선정과정·평가위원·응모작품 등 공개될 경우, 우수작 평가에 현저한 지장을 초래할 우려가 있는 정보</p> <p>6. 불시 감사조사·단속·직무감찰 계획 등에 관한 사항으로서 공개될 경우 증거인멸 등 감사 등의 목적이 실현될 수 없다고 인정되는 정보</p> <p>7. 문답서·확인서 등 조사활동 중 생산된 문서, 개인 비위자료 등 조사결과 처분 지시서, 공무원전용비리신고방 신고 및 처리서류 등 공개될 경우 공정한 업무 수행을 저해할 수 있는 정보</p> <p>8. 공무원의 임용시험에 관한 사항으로서 시험문제 은행관리, 시험출제 관리, 시험위원 위촉, 시험관리관 선정, 시험시행에 관한 내부계획, 채점 및 합격자 결정과정 등 당해 시험의 공정한 관리를 저해할 수 있는 정보</p>

	<p>9. 예측할 수 있는 단가, 계약완료 전에 입찰자를 식별할 수 있는 정보 등 공정한 계약을 저해할 수 있는 정보</p> <p>10. 공무원 인사에 관한 사항으로서 공무원의 임용, 인사교류, 교육훈련, 연금 등의 내부 검토·협의·결정 등 공개될 경우 내부 인사기밀이 노출되거나 외부의 부당한 개입으로 인한 인사의 공정성을 저해할 수 있는 정보</p> <p>11. 조직관리에 관한 사항으로서 조직 개편, 직제관리 등 내부 검토·협의·결정 등 공개될 경우 외부의 부당한 개입으로 인한 조직관리의 공정성을 저해할 수 있는 정보</p> <p>12. 각종 제도개선 추진과 관련하여 부처, 기관 등과의 협의사항, 자체 검토사항 등 공개될 경우 국민들에게 혼선을 야기하거나 업무수행에 명백한 지장을 줄 수 있는 정보</p> <p>13. 그밖에 자유롭고 공정한 심의·검토·의견교환을 곤란하게 할 수 있는 협의록·의사록, 미성숙한 정보로 인해 오해 가능한 초안·검토서, 특정인에게 이익·불이익을 줄 우려가 있는 기획안이나 검토안 등</p>
<p>제9조 제1항 제6호</p>	<p>당해 정보에 포함되어 있는 이름·주민등록번호 등에 의하여 특정인을 식별할 수 있는 개인에 관한 사항으로서 공개될 경우 개인 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보 다만, 다음에 열거한 개인에 관한 정보는 제외한다.</p> <ul style="list-style-type: none"> - 법령이 정하는 바에 따라 열람할 수 있는 정보 - 공공기관이 공표를 목적으로 작성하거나 취득한 정보로서 개인의 사생활의 비밀과 자유를 부당하게 침해하지 않는 정보 - 공공기관이 작성하고나 취득한 정보로서 공개하는 것이 공익 또는 개인의 권리구제를 위하여 필요하다고 인정되는 정보 - 직무를 수행한 공무원의 성명, 직위 <p>개인의 이름·주민등록번호·통장계좌번호·급여·경력·카드번호·사상·양심·종교 정보·개인의 건강상태에 관한 정보 등. 징계 및 민원처리의 경우, 그 내용만으로도 당해 민원인의 식별이 가능한 경우, 그 내용 등을 포함한다.</p>
<p>법 제9조 제1항 제7호</p>	<p>법인·단체 또는 개인의 경영·영업상 비밀에 관한 사항으로 공개될 경우 법인 등의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보 다만, 다음에 열거한 정보를 제외한다.</p> <ul style="list-style-type: none"> - 사업활동에 의하여 발행하는 위해로 부터 사람의 생명·신체·건강을 보호하기 위하여 공개할 필요가 있는 정보 - 위법·부당한 사업활동으로부터 국민의 재산 또는 생활을 보호하기 위하여 공개할 필요가 있는 정보 <p>1. 각종 용역수행 민간업체가 제출한 사항으로서 당해 업체의 기존기술·신공법·시공실적·내부관리 등에 관한 정보</p> <p>2. 각종 용역수행과 관련한 제안업체(개인·법인·단체 등)에 대한 기술평가 결과 등 특정업체의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보</p> <p>3. 부정경쟁방지법상의 조사 과정에서 생산, 제출 및 수집된 자료로서 공개될 경우 피조사자의 상품 개발이나 사업 등 영업상의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보</p>

부정경쟁행위 조사개시여부 검토보고서(예시)

【신고에 의한 조사의 경우】

1. 조사신청 개요

가. 신청인 : *** (대표: ***)

설립년월일	
주 소	
사업 내용	
종업원수(명)	
매출액(기준년도)	
사업자 등록번호	

나. 신고일

다. 조사대상 물품

라. 피신고인 : *** (대표: ***)

설립년월일	
주 소	
사업 내용	
종업원수(명)	
매출액(기준년도)	
사업자 등록번호	

마. 신고 내용

※ 필요시 해당 제품, 당해 지재권 내용 등을 추가로 쉽게 설명

법 제7조(부정경쟁행위 등의 조사 등)

- ① 특허청장, 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사(이하 "시·도지사"라 한다) 또는 시장·군수·구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)은 제2조제1호(아목과 카목은 제외한다) 부정경쟁행위나 제3조, 제3조의2제1항 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 제1항에 따라 조사 등을 하는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.

영 제1조의3조(부정경쟁행위 등의 조사방법 등)

- ① 특허청장, 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사(이하 "시·도지사"라 한다) 또는 시장·군수·구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)은 법 제7조제1항에 따라 영업시설 또는 제조시설에 출입하여 관계 서류나 장부·제품 등을 조사하거나 조사에 필요한 최소분량의 제품을 수거하여 검사하기 전에 다음 각 호의 방법에 따라 법 제2조제1호(아목과 카목은 제외한다)의 부정경쟁행위나 제3조, 제3조의2제1항 또는 제2항을 위반한 행위(이하 "부정경쟁행위등"이라 한다)를 확인할 수 있다.
 1. 당사자, 이해관계인 또는 참고인에 대한 관계 서류나 장부·제품 등의 제출 요청
 2. 당사자, 이해관계인 또는 참고인에 대한 출석 요청, 자문 및 진술 청취
- ② 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 법 제7조제1항에 따른 조사·검사를 실시하려는 경우 당사자에게 조사·검사의 목적, 일시 및 방법 등을 사전에 통지하여야 한다. 다만, 긴급하거나 미리 통지하면 증거인멸 등으로 조사·검사의 목적을 달성할 수 없다고 인정하는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ③ 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 법 제7조제1항에 따른 조사·검사의 대상이 되는 행위가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 조사·검사를 개시해서는 아니 되며, 조사·검사가 진행 중인 경우에는 이를 중단하여야 한다.
 1. 부정경쟁행위등에 해당하지 아니함이 명백한 경우
 2. 기초자료가 미비하여 조사·검사의 대상을 특정할 수 없거나 사실관계의 확인이 불가능한 경우
 3. 부정경쟁행위등에 해당하지 아니한다는 확정판결이 있는 경우

규칙 제2조(조사대상 등)

- ① 이 규정에 따른 조사대상은 다음 각 호와 같다.
 1. 법 제2조 제1호의 부정경쟁행위(아목과 카목은 제외한다)
 2. 법 제3조, 제3조의2제1항 또는 제2항을 위반한 행위
- ② 누구든지 제1항의 조사대상에 해당하는 사실을 알게 된 경우, 별지 제1호 서식의 신고서를 작성하여 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장에게 제출할 수 있다.
- ③ 제2항의 신고와 관련하여 피신고인 외에 제3자에 대한 조사가 필요한 경우 그의 동의를 얻어 조사할 수 있다.

2. 신고인의 권리

가. 등록현황(등록번호, 등록일, 만료일 등)

나. 지재권의 내용

3. 조사개시여부 검토

가. 조사개시에 필요한 형식적 요건 충족여부

- (1) 신청인 적격 여부
- (2) 신청서의 기재요건 충족여부

나. 조사개시에 필요한 실질적 요건 충족 여부

- (1) 보호대상 권리에 대한 제출자료 검토
- (2) 부정경쟁행위에 대한 제출자료 검토
- (3) 제조, 판매행위에 대한 제출자료 검토

【직권조사인 경우】

1. 인지조사 개요

가. 인지 경위

“인지일”, “인지 단서”

나. 조사대상 물품 :

다. 피조사인 :

라. 조사 경과

“인지일로부터 보고서 작성시까지의 조사 내용을 시간순으로 기재”

※ 필요시 해당물품, 당해 지재권 내용 등을 추가로 쉽게 설명

2. 직권조사 신고인의 권리

가. 권리현황

나. 권리의 내용

3. 직권조사 개시여부 검토

가. 보호대상 권리인지 여부 검토

나. 부정경쟁행위 여부 검토

4. 조사 개시여부 결정(안)

가. (제1안) 조사를 개시하기로 결정하는 경우

조사대상 제품

부정경쟁행위 혐의 유형

피신고인(조사인)

업체명	대표	사업자등록번호	주소

조사대상 기간

조치 시한

나. (제2안) 조사를 개시하지 않기로 결정하는 경우

신고인의 부정경쟁행위 조사신고를 기각하고 조사불개시 통보

부정경쟁행위 조사신고 기각 알림(예시)

수신 신청인
(경유)
제목 부정경쟁행위 조사신고 기각 알림

1. 항상 저희 특허청의 업무에 협조하여 주셔서 감사합니다.

2. 귀하께서 년 월 일 특허청에 조사신고한 부정경쟁행위 조사신고
건에 대한 검토결과, “부정경쟁방지 및 영업비밀에 관한 법률” 제7조 및 같
은 법률 시행령 제1조의 3 규정에 의거 조사개시를 하지 않기로 하였음을 알
려 드립니다.

붙임. 조사개시여부 검토결과 1부. 끝.

20. . .

특 허 청 장

조사공무원 : (서명)

현장조사 공문(예시)

1. (조사건명)(조사번호)와 관련하여 『부정경쟁방지 및 영업비밀에 관한 법률』 제7조 제1항에 따라, 아래와 같이 현장조사를 실시코자 하오니 협조하여 주시기 바랍니다.

1. 조사대상자 :
2. 조사목적 :
3. 조사기간 : 20 . . .부터 * 이번 조사는 약 일 동안 실시될 예정이며, 필요한 경우 단축 또는 연장될 수 있음
4. 조사공무원 :
5. 주관 부서 : (전화번호 :)

2. 참고로 같은 법 제20조 제1항 제1호에 따라 조사를 거부·방해 또는 기피하는 등의 경우에는 2천만원 이하의 과태료 처분을 받을 수 있음을 알려 드립니다.

3. 피신고인은 특허청 또는 그 조사공무원에게 동 조사와 관련된 의견을 제시하거나 진술할 수 있습니다.

20 . . .

특 허 청 장

전산 및 비전산 자료 보존요청서(예시)

부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」(이하 ‘부정경쟁방지법’ 이라 함) 제0조 제0항 제0호, 00에 관한 법률 제0조 제0항의 규정에 의하여 기 교부한 조사공문의 내용과 같이 조사를 실시하오니, 조사대상 부서에서는 현 시간부(년 월 일 오전·오후 시 분)로 아래와 같은 내용을 반드시 준수하여 주시기 바랍니다.

조사대상 부서 : 00부, 00부

- ① 전산자료(PC 자료, USB·외장하드 등 외부저장장치 자료, 이메일 자료 등)에 대해 삭제·변경·훼손하거나 은닉하는 행위 금지
- ② 비전산자료(각종 보고문서, 서류, 업무수첩 등) 현 위치 그대로 유지
- ③ 조사대상 부서 직원은 출장 등 대외업무 수행 시 반드시 사전에 조사 공무원에게 출장목적 등을 설명한 후 업무 수행

조사 시 자료의 은닉·폐기, 접근거부 또는 위조·변조 등을 통하여 조사를 거부·방해 또는 기피한 경우에는 부정경쟁방지법 제20조 제1항에 따라 2천만원 이하의 과태료에 처할 수 있으니, 정당한 조사활동에 지장을 초래하는 행위가 발생하지 않도록 유의하여 주시기 바랍니다.

특 허 청 장

		년	월	일
조사공무원	직급	성명	(서명)	
수령인	직책	성명	(서명)	

사 확 인 서(예시)

피신고인 : ○○○

위의 사람에 대한 ○○○○○○○○ 조사사건에 관하여 . . . 00:00 00000000000(주소)에서
조사공무원 ○○○는(은) 피신고인의 대표자 또는 종업원을 참여하게 하고, 아래와 같이
피신고인의 현장방문조사 장소가 틀림없음을 확인하다.

피신고인명 :

사업자등록번호 :

피신고인의 주소 :

(참여인)

피신고인의 대표자 또는 종업원 성명 :

주민등록번호 : - (세)

직급 또는 직책

주거지 :

등록기준지는

직장주소는

연락처 : 자택전화 휴대전화
 직장전화 전자우편(e-mail)

조사사건의 요지를 설명하고, 조사와 관련된 의견을 제시하거나 진술할 수 있음을
피신고인에게 알려주고, 피신고인은 업무에 방해가 되지 않는 범위 내에서 현장조사에 성실히 임
하겠다는 의사를 확인함.

조사확인서에 서명 또는 날인을 받을 수 없는 경우

구체적 사유 : 예) 도피·부재·방해 또는 거부 등

위의 조서를 진술자에게 열람하게 하였던바(읽어준바) 진술한 대로 기재되어 오거나 증감·변경할 것이 없다고 말하므로 간인한 후 서명(기명날인)하게 하다.

진술자 (인)

. . .

특히 청장

년 월 일

조사공무원 ○○○ (서명 또는 날인)

영치 확인서(예시)

소속 :

직급 :

성명 :

상기 본인은 첨부한 영치목록의 내용물과 관련하여, 본인의 자발적인 의사에 기하여 조사공무원에게 제출한 것임을 확인합니다.

붙임 : 영치물 목록

※ 제출한 붙임 영치목록 중 디지털저장매체에 대한 추후 이미징 과정에
(참관하겠음, 참관하지 않겠음)을 확인합니다.

년 월 일

확인자

인 또는 서명

특 허 청 장 귀중

【이미징 등 참관 확인서(예시)】

사건과 관련하여 임의제출된 아래 기재 정보저장매체 등에 대하여
 201 . . . : 부터 201 . . . : 까지 에서
 이미징 파일 작성 등 과정에 참관하였음을 확인합니다.

정 보 저 장 매 체 등 목 록

번호	소유자 /사용자	저장매체 종류	제조사 . 모델명 (S/N)	이미지파일명	해시값
1					
2					
3					

참 관 범 위

번호	하드카피 이미징	전자정보 탐색	전자정보 복제·출력	기타 특이 사항 (일부 참관 시 그 사유 등)
1				
2				
3				

작성일 : 20

위 확인자(참관인) : (서명)

시정권고통지서(예시)

시 정 자	업 체 명		대 표 자	
	주 소		사업자번호	
	담 당 자		전 화 번 호	
대 상 물 품	품 명		거래가격	
	규 격		수량	
시 정 장 소	주 소			
	전 화 번 호			
위 반 내 용				
위 반 유 형				
시정 권고	이유			
	내용			
시 정 방 법				
<p>부정경쟁방지 및 영업비밀에 관한 법률 제8조 및 같은 법 시행령 제2조 규정에 의하여 위와 같이 시정을 권고하니, 201 년 월 일까지 완료하시기 바랍니다.</p> <p>※ 만일, 정당한 이유없이 시정하지 않을 경우 형사소송법 제234조 제2항에 따라 고발될 수 있습니다(위 같은 법 제2조 제1호 차목에 해당하는 경우는 제외).</p> <p style="text-align: center;">년 월 일</p> <p style="text-align: center;">특 허 청 장</p>				

[별지 제22호] 조사확인서

조사확인서(예시)

신고인	업 체 명		대 표 자	
	주 소		사업자번호	
	담 당 자		전 화 번 호	
피조사자	업 체 명		대 표 자	
	주 소		사업자번호	
	담 당 자		전 화 번 호	
대 상 물 품	품 명		거래가격	
	규 격		수량	
현장조사 장소	주 소			
	전 화 번 호			
위 반 내 용				
위 반 유 형				
시정 권고	이유			
	내용			
시정권고 이행 여부				
<p>부정경쟁방지 및 영업비밀에 관한 법률 제7조에 따라 조사하였음을 확인합니다.</p> <p style="text-align: center;">년 월 일</p> <p style="text-align: center;">특 허 청 장</p>				

[별지 제23호] 진술서

진술서(예시)				
성명	()			
주민등록번호		직업		
주거				
등록기준지				
직장 주소				
연락처	주택전화		휴대전화번호	
	직장전화		전자우편 (e-mail)	
본인은 20 부정경쟁행위 제 조사사건의 고발인 (참고인)으로서 임의로 서면 진술하다.				

210 ×297mm일반용지 60g/m²(재활용품)

시정권고예정통지서(예시)

1. 귀하의 부정경쟁행위에 대하여 아래와 같이 조치할 예정입니다.
2. 이에 대하여 이의가 있는 경우 이 안내문의 “의견진술서” 양식에 따라 귀하의 의견을 사실대로 기술하여 201 년 월 일까지 특허청 00과 00팀(담당자 : , 전화번호:)로 제출하여 주시기 바랍니다.
3. 지정된 기일 내에 의견진술이 없는 경우에는 이의가 없는 것으로 인정하여 시정권고를 할 예정입니다.

아 래

가. 대상자

- 업체명 :
- 대표자 :
- 주 소 :

나. 시정권고 내용

- 위반내용 :
- 관련법령 :
- 시정방법 :

201 년 월 일

특 허 청 장

의견진술서(예시)

1. 진술인의 인적사항

주 소 :

직 업 :

성 명 :

생년월일 :

2. 위반이유

3. 시정권고에 관한 유리한 내용이나 증거

위 진술은 사실임을 확인합니다.

201 년 월 일

작성자 : (인)

특 허 청 장

시정여부확인서(예시)

시정권고 대상	업 체 명		대 표 자	
	주 소		사업자번호	
	담 당 자		전 화 번 호	
대 상 물 품	품 명		거래가격	
	규 격		수량	
위 반 내 용				
위 반 유 형				
시정 권고	이유			
	내용			
시정권고 기 간				
시정권고 이행여부				
미 이 행 사 유				
<p>20 . . . 시정권고에 따른 피조사자의 시정여부를 확인합니다.</p> <p style="text-align: center;">년 월 일</p> <p style="text-align: center;">특 허 청 장</p>				

과태료처분예고서(예시)

1. (조사건명)(조사번호)와 관련한 귀하의 조사나 수거를 거부·방해 또는 기피한 행위에 대해 『부정경쟁방지 및 영업비밀에 관한 법률』 제20조 제1항 제1호의 규정에 따라, 아래와 같이 과태료처분에 앞서 통지를 하오니 의견진술을 하여 주시기 바랍니다.
2. 본 예고서를 받은 날로부터 10일 이내에 의견진술이 없는 경우에는 이의가 없는 것으로 인정하여 과태료를 부과할 할 예정입니다.

= 아 래 =

가. 대상자

- 업체명 :
- 대표자 :
- 주 소 :

나. 위반사실

다. 과태료 금액

※ 부정경쟁방지 및 영업비밀에 관한 법률 시행령 제6조에 따른 과태료 부과기준

201 년 월 일

특 허 청 장

의견진술서(예시)

1. 진술인의 인적사항

주 소 :

직 업 :

성 명 :

주민등록번호 :

2. 위반이유

3. 과태료처분에 관한 유리한 내용이나 증거

위 진술은 사실임을 확인합니다.

201 년 월 일

작성자 : (인)

특허청장 귀중

과태료처분통지서(예시)

1. (조사건명)(조사번호)와 관련한 귀하의 조사나 수거를 거부·방해 또는 기피한 행위에 대해 『부정경쟁방지 및 영업비밀에 관한 법률』 제20조 제1항 제1호의 규정에 따라, 아래와 같이 과태료처분을 하오니 기한 내(“고지한 날로부터 20일 이내)에 납부하여 주시기 바랍니다.
2. 본 통지서를 받은 날로부터 20일 이내에 이의신청을 할 수 있습니다.

= 아 래 =

가. 대상자

- 업체명 :
- 대표자 :
- 주 소 :

나. 위반사실

다. 과태료 금액

※ 부정경쟁방지 및 영업비밀에 관한 법률 시행령 제6조에 따른 과태료 부과기준

첨부 : 과태료납부고지서 1부 끝.

201 년 월 일

특 허 청 장

이 의 신 청 서 (예 시)

1. 조사번호·조사건명

- 조사번호 :
- 조사건명 :

2. 신청인

- 성 명 :
- 주 소 :
- 사업자등록번호 :

3. 이의신청 대상 및 내용

4. 이의신청 사유(불복사유)

5. 기타 참고사항(소명자료)

년 월 일

신청인

(서명)

제4장 결론

1. 본 연구는 부정경쟁방지법의 구성요건의 해설하는 장과 행정조사 운영을 위한 개선방안 마련에 대하여 제안하는 장으로 크게 2개의 파트로 나누어 진행하였다.

가. 본 연구는 우선 특허청의 행정조사 매뉴얼 작성을 위하여 국내외 문헌들과 판례들을 종합하여 행정조사의 대상이 되는 부정경쟁방지 행위의 구성요건을 정리하였고, 특히 2018년 개정 부정경쟁방지법에서 새롭게 부정경쟁행위로 규정된 정의규정에 대해서 법의 취지에 맞게 구성요건들을 검토 해설하였으며, 특허청이 시정권고를 통해 부정경쟁행위를 교정할 수 있도록 시정권고 주문안을 구체적으로 검토·제안하였다.

종래의 부정경쟁방지법의 구성요건 해설에 대해서는 법률에 행정조사의 대상으로 규정된 부정경쟁행위의 요건에 대한 국내 논의들과 이들이 쟁점이 된 판례들을 빠짐없이 망라하여 정리하였다. 본 연구의 목적이 행정청의 부정경쟁행위 조사의 매뉴얼을 작성하는 것이라 점을 감안하여 행정청의 사실인정에 도움이 될 수 있는 실무상 필요한 입증 자료 및 하급심 판례를 많이 인용하였으며, 이를 바탕으로 행정청에서 이해당사자들에게 제출을 받아야 할 자료 및 확인 받아야 할 사실관계 들을 정리하였다.

개정 부정경쟁방지법의 아이디어 탈취행위에 대해서, 본 호의 궁극적인 목적은 아이디어의 확산을 장려하기 위한 아이디어의 보호라는 점을 고려하며 무분별한 법의 확대해석 적용에 대해서는 경계하여할 것이다. 이러한 논의에 기반하여 아이디어 사용자의 악의성의 인정은 침해의 태양의 반사회성 및 거래관계의 신의칙을 고려하여 건전한 거래질서의 유지 내지 공정한 경쟁의 이념에 비추어 구체적인 사안을 종합적으로 고려하여야 할 것이다. 또한 침해의 소극적 요건인 ‘널리 알려진’의 정도에 대해서도 아이디어를 제공받은 자가 그 아이디어를 제공받기 전에는 그 아이디어를 알고 있었을 가능성을 소명하는 정도이면 족하다고 보아 넓게 해석하는 것이 바람직하다고 보인다.

개정 부정경쟁방지법의 영업 외관 보호 규정에 대해서는 표지의 식별력, 기능성의 인정여부, 표지의 주지·저명성 요건이 문제가 될 것으로 보인다. 이와 관련하여 미국의 판례, 국내 하급심 판례에서 문제된 영업외관 표지를 정리하고 이와 관련하여 표지의 주지·저명성 여부 인정 사례들을 별도의 절로 구분하여 정리하였다.

시정 권고의 주문과 관련하여 시정권고의 속성상 그 내용 중 다소간 포괄성 추상성이 있어도 무방하나 법원의 판결 주문례 등을 참고하여 예시적인 주문을 제안하였다. 손해배상 권고와 관련하여

연구진의 견해는 손해배상 권고까지 가능하다는 것이나 이에 대한 반론 역시 설득력 있으므로 법령 개정 또는 규정 내에서의 구체방안을 제안하였다.

나. 행정조사는 국내행정법학계에서 그리 많은 연구가 되어 있지 않음을 확인하였다. 20편 정도가 있는데 주로 공정위나 식약처에 대한 문헌들이었다. 부정경쟁방지법을 염두에 둔 행정조사 문헌은 없었기 때문에 본 보고서에서는 첫 부분의 부정경쟁방지법에 대한 법리를 전제로 하여 부정경쟁방지법상 행정조사가 이루어지는 경우에 대한 행정조사 절차를 제시하면서 이에 필요한 각종 실무서식을 만드는 작업을 수행하였다. 그리고 그 실무서식을 담은 고시(안)을 제시하였다.

행정조사는 수사와 달리 강제력을 가지는 절차가 아니라 임의절차이지만 적법절차의 요구가 배제되는 것은 아니므로 형사절차와 같은 정도는 아니지만 각종 행정청이 이미 수행하고 있는 행정조사를 비교하여 벤치마크를 하고, 동시에 있어야 할 절차적인 요구를 수용하기 위해서 고시(안)을 제안하였다.

이 과정에서 행정조사의 대상을 대인조사, 대물조사, 대가택조사로 유형분류하는 일반적인 견해에 따라서 필요한 각종 법적 요구사항을 정리하면서 이를 실제로 집행하기 위해서 특허청이 필요로 하는 사항을 고시(안), 관련 절차를 위한 서식들, 그리고 이를 뒷받침하는 이론적인 정리를 본 연구에서 수행하였다.

연구진은 이 연구를 하면서 관련 행정조사의 수행에서도 망라적으로 연구를 한 본 보고서의 행정조사에 대한 연구가 향후 연구에 대한 선행연구도 도움이 될 것으로 기대하고 있다.

2. 기업들의 관점에서는 부정경쟁방지법 개정 중에서 특히 신설 (차) 목의 제정은 유의해서 살펴볼 필요가 있다.

가. 향후 기업들이 서로간에 아이디어를 공유할 때는 비밀유지서약(Non Disclosure Agreement, Confidentiality Agreement)을 미리 하고 논의를 진행하는 것이 필요할 것으로 보인다. 비밀유지서약을 통해서 기업들은 서로간에 아이디어를 제3자에게 누설시킬 수 없다는 점에 대한 확인을 하고 거래를 하는 것이 필요할 것이다.

기존의 거래실무에서 이런 서약 없이 거래가 이루어졌고 대기업에게 이런 서약을 요구하면 눈에 날 가능성이 있다는 우려 때문에 이를 요구하기도 어려운 경우가 있었다. 그러나 이제는 오히려 대기업이 스스로를 보호하기 위해서라면 서약을 하는 것이 필요할 것으로 보인다. 왜냐하면 서약을 하면 서로 약정에 구속이 되기 때문에 탈취를 했다는 식의 공격을 받지는 않을 것으로 보이기 때문이

다.

나. 아이디어 제공시 제공자와 수령자 간에 아이디어를 향후 활용하는 경우에는 대한 논의를 사전에 계약으로 명확하게 하는 것이 필요할 것으로 보인다. (차)목은 그 규정내용을 보면 기존에 널리 알려진 것이거나 이미 알고 있었던 사실이 아니라면 아이디어 제공자가 책임을 부담할 가능성이 높은 법제이기 때문에 만일 제공받은 아이디어가 기존에 이미 알고 있는 아이디어라면 이에 대해서는 문제삼지 않기로 하는 부제소약정을 하거나 만일 활용이 필요한 경우에는 합리적인 조건으로 활용할 수 있도록 하는 합의가 필요할 것으로 보인다. 다만 구체적인 조건은 아이디어를 보아야 판단할 수 있을 것이므로 정확하게 이를 사전에 정하는 것은 불가능하므로 다소 추상적인 규정형식이 될 수밖에 없을 것으로 보인다.

참고문헌

[단행본]

- 권오승 외 1, 「독점규제법 : 이론과 실무」(제2판), 법문사, 2018
- 김동희, 「행정법 I」, 박영사, 2018
- 박균성, 「행정법론 (상)」, 박영사, 2017
- 사범연수원, 「부정경쟁방지법」, 경성문화사, 2015
- 송영식 외 6, 「지적소유권법」, 육법사, 2013
- 윤선희 외 1, 「부정경쟁방지법」, 법문사, 2012
- 이규홍 외 3, 「저작권과 침해」, 육법사, 2016
- 정상조 대표편집, 「상표법주해」, 박영사, 2018
- 최승재, 「디자인의 새로운 지형, 저작권과 상표권」, 커뮤니케이션북스, 2016
- 최승재, 「미국특허법」, 법문사 (2010)
- 최승재 대표편집, 「디자인과 법」, 차세대 콘텐츠 재산학회 한국디자인법연구회 간, 채움북스, 2017
- 최정열 외 1, 「부정경쟁방지법」, 진원사, 2015
- 특허법원 지적재산소송 실무연구회, 「지적재산소송실무」, 박영사, 2014년
- 특허청, 「상표심사기준」, 특허청, 2018
- 특허청 정책연구, 「부정경쟁방지법 및 영업비밀보호에 관한 법률 제도 개선방안 연구」, 특허청 산업재산보호정책과, 2016
- 홍정선, 「행정법원론 (상)」, 박영사, 2018
- 황의창 외 1, 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호법(제5정판)」, 세창출판사, 2009
- Ginsburg, Jane C. et al, *Trademark and Unfair Competition Law* (sixth edition), Carolina Academic Press, 2017
- Janice M. Mueller, *Patent Law* (Fifth edition), Wolters Kluwer, 2016
- 野昌延, 松村信夫, 新 不正競争防止法概説, 青林書院 (2017)

[논문]

1.

- 김관식, “트레이드드레스 보호의 소극적 요건으로서의 기능성”, 한남대학교 과학기술법연구원, 과학기술법연구, 2015
- 김기수, “부정경쟁방지법상 상품형태의 보호”, Law & Technology 제8권 제5호, 서울대학교 기술과 법센터, 2012.

김동규, “부정경쟁행위에서 주지 표지인지 여부 판단” Law & Technology 제7권 제4호, 서울대학교 기술과 법 센터, 2011

김혁준, “공모전의 아이디어 보호 현황과 개선방안”, IP Insight, 한국지식재산연구원, 2013. 10.
 , “상표의 주지, 저명성 판단기준에 대한 연구”, 법조, 법조협회, 2015

나종갑. “아이디어 제공과 부정경쟁행위”, 법학평론 제8권, 서울대학교 법학평론 편집위원회, 2018.

문선영. “부정경쟁행위 일반조항에 관한 주요 법적 쟁점 연구”, 과학기술법 연구, 한남대학교 과학기술법연구원, 2016.

우성엽, “한국법상 아이디어 보호의 가능성”, Law & Technology 제6권 제1호, 서울대학교 기술과 법 센터, 2010.

이규홍, “부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목(변경후 카목)에 대한 연구-부정경쟁행위와 불공정거래행위의 교차점”, 정보법학 제22권 제2호 (2018)

이병규, “미국법상 부당광고의 법리에 관한 연구”, 법조 59권 10호, 법조협회, 2010

이대희, “산업디자인의 보호에 관한 비교법적 고찰”, 창작과 권리, 세창출판사, 1998,

이재경, “아이디어의 보호를 위한 묵시적 계약 이론”, Law & Technology 제6권 제1호, 서울대학교 기술과 법 센터, 2010.

이현, “아이디어의 보호에 관한 연구”, Law & Technology 제6권 제1호, 서울대학교 기술과 법 센터, 2010.

정상조, “주지상표의 보호-상표법과 부정경쟁방지법의 조화를 위한 제언-”, 서울대학교 법학 제43권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2002

최승재, “부정경쟁방지법상 혼동가능성의 판단과 구매 후 혼동 법리”, 충북대학교 과학기술과 법 4권 1호, (2013)

최승재, “부정경쟁방지법상 혼동가능성의 판단기준시점, 대법원 2012. 12. 13. 선고 2011도6797판결”, KIIP IP Policy Vol 14 국내판례분석 (2013. 3.)

최승재, “부정경쟁방지법 (차)목에 대한 하급심 판결의 동향 분석”, 변호사 제49집, 서울지방법변호사회 (2016)

최승재, “제품의 형태와 색채 모방행위와 부정경쟁행위에 대한 소고 - 비아그라 판결과 세레타이드 판결을 중심으로-”, 상사판례연구 제30권 2호 (2017)

최진원, “디자인의 보호와 부정경쟁방지법”, 차세대콘텐츠재산학회 「디자인과 법」 중 집필부분 (2017)

최호진, “아이디어의 보호가능성과 유형별 사례분석”, 저스티스 통권 제140호, 한국법학원 (2014).

2. 행정조사부분

금태환, “식품안전 행정의 실효성 확보- 한국 식품위생법과 미국 연방식품의약화장품법상의 조치의 비교를 중심으로”, 법학논고 제53집, 경북대학교 법학연구원, 2016. 2.

김신, “행정부담 감축을 위한 행정조사 개선방안 연구: 캐나다·영국·네덜란드의 식품위생조사와의 비교를 중심으로”, 현대사회와 행정, 한국국정관리학회, 2015.

- 김영조, “미국 행정법상 행정조사의 법리에 관한 고찰, 토지공법연구”, 한국토지공법학회, 2004.
- 김영조, “행정조사기본법의 문제점과 개선방안”, 공법학연구, 한국비교공법학회, 2011.
- 송진경, “압수, 수색으로서 실질적 의미를 가지는 행정조사에 있어서 영장주의의 준수필요성에 대한 소고”, 법과정책, 제주대학교 법과정책연구소, 2014.
- 신상환, “행정조사의 법이론과 법제소고 (行政調査의 法理論과 法制小考)”, 법제연구 제13호, 한국법제연구원, 1997.
- 오준근, “행정조사의 공법이론적 재검토”, 공법연구, 한국공법학회, 2003.
- 이근우, “행정조사의 형사법적 한계설정”, 고려법학, 고려대학교 법학연구원, 2014.
- 전학선, “행정조사와 사법부의 행정부 지원”, 유럽헌법연구, 유럽헌법학회, 2014.
- 정한중, “행정조사와 진술거부권 고지의무”, 외법논집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2014.
- 조기형, “압수·수색과 행정조사의 구별 - 대법원 2017. 7. 18. 선고 2014도8719 판결”, 최신판례분석, 법조협회, 2017.
- 한응희, “압수·수색이 요구되는 행정조사에서의 영장주의”, 한양대학교 박사학위논문, 2018.

부정경쟁행위 판단기준 및 행정조사에 관한 연구

ISBN : 978-89-6199-086-8 13500

DOI : 10.8080/P9788961990868