

주지성이 인정되는 일부 지역 밖에서의 혼동초래행위의 성립 여부에 대한 판단기준에 관한 비판적 고찰*

- 특허법원 2021. 7. 16. 선고 2021나1060 판결, 서울동부지방법원
2007. 5. 18. 선고 2006가합15289 판결을 중심으로 -

전 병 주**

〈목 차〉

I. 서론	IV. 시사점 및 판단기준의 정립 방향
II. 대상판결1, 2의 주요 내용	V. 결론
III. 대상판결1, 2의 쟁점사항과 평석	

I. 서론

부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률(이하 “부정경쟁방지

◆ 투고일자: 2021-11-24 심사완료일: 2021-12-17 게재확정일자: 2021-12-31

* 이 글에 대하여 유익한 논평을 해주신 이윤정 변호사님께 깊은 감사를 드립니다.

** 디케이엘파트너스 법률사무소 벤처투자M&A팀 파트너 변호사.

법”)은 “국내에 널리 알려진 타인의 상표·상호(商號) 등을 부정하게 사용하는 등의 부정경쟁행위”를 방지하여 건전한 거래질서를 유지하기 위한 목적하(제1조)에 11개의 부정경쟁행위(제2조 제1호 (가) 내지 (카)목)를 규정하고 있다.

부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목, (나)목의 각 부정경쟁행위는 ‘침해자가 국내에 주지성 있는 타인의 상품 또는 영업표지와 동일 또는 유사한 것을 사용하여 수요자가 침해자와 피침해자 간 상품 또는 영업주체가 누구인지 혼동하게 하는 행위’(이하 각 “(가)목 부정경쟁행위”, “(나)목 부정경쟁행위”)로서, 사칭통용(詐稱通用)의 전형적인 예시이다.

(가), (나)목 각 부정경쟁행위가 성립하기 위하여서는 상품 또는 영업표지가 국내에 널리 알려져 있어야(이하 “주지성”) 하고, 침해자가 위 주지성이 인정되는 상품 또는 영업표지와 동일 또는 유사한 표지(이하 “사칭표지”)를 사용하여(이하 “사칭표지 사용행위”) ‘침해자의 상품 또는 영업을 타인의 상품 또는 표지로 혼동하게 하는 행위’(이하 “혼동초래행위”)여야 한다.

한편, 주지성의 지역적 인정 범위와 관련하여, 국내 전역에서 주지한 것뿐만 아니라 일정한 지역적 범위에서 주지한 경우에도 (가), (나)목 각 부정경쟁행위의 주지성으로 인정된다는 것이 대법원의 확립된 견해이다.¹⁾ 혼동초래행위는 그 상대방인 일반 수요자가 주지한 표지와 사칭표지를 모두 알아야 성립할 수 있다. 따라서 주지성이 국내 일정한 지역적 범위 내에서 인정되고(이하 “일부지역 주지표지”), 위 지역적 범위 외에서 사칭표지 사용행위가 발생하는 경우, 일반 수요자가 일부지역 주지표지와 사칭표지를 모두 알아 혼동초래행위가 성립할

1) 대법원 1976. 2. 10. 선고 74다1989 판결, 1980.12.9. 선고 80다829 판결, 대법원 1995. 7. 14. 선고 94도399 판결 등 참조.

수 있는지 여부가 문제된다.

주지성의 지역적 범위와 혼동초래행위의 그것이 일치하여야 하는지 여부에 따라 혼동초래행위 성립 여부에 대한 판단을 달리한다면, (가), (나)목 각 부정경쟁행위는 위 일치 여부에 따라 성립 여부가 결정된다. 따라서 그 판단기준이 명확하지 않다면, 소송 당사자가 각자의 주관적인 주장이나 법원의 자유심증에만 의존하여 부정경쟁행위의 성립 여부를 판단 받게 되므로 판결의 예측 가능성이 낮아져 결국 권리 보호가 어려워질 여지가 있다.

이 글에서는 특허법원 2021. 7. 16. 선고 2021나1060 판결(이하 “대상판결1”)²⁾, 서울동부지방법원 2007. 5. 18. 선고 2006가합15289 판결(이하 “대상판결2”)³⁾의 주요 내용을 살펴본 후, 혼동초래행위 판단기준에 대한 기존 법리에 기초하여 주지표지의 지역적 범위와 사칭표지 사용행위의 지역적 범위가 다른 경우, 혼동초래행위 성립 여부에 대한 판단기준에 관하여 참고할 만한 사항을 살펴보도록 한다.

II. 대상판결1, 2의 주요 내용

이하에서는 원고의 주 영업지역인 부산·경상남도 외의 지역인 전라남도⁴⁾와 원고의 사업장 소재지인 오장동 외의 지역에서 사칭표지 사용행위가 있던 판례를 살펴보도록 한다. 각 판례에서는 ‘주지표지의 지역적 범위와 사칭표지 사용행위의 그것이 다른 경우, 혼동초래행위 성립 여부’에 대한 판단기준을 실시한 부분을 발췌하여 살펴보도록 한다.

2) 이 사건은 피고가 항소하였고(서울고등법원 2007나57819), 2007. 12. 15.자 화해권고결정으로 확정됨.

3) 이 사건은 원고가 상고하였고(대법원 2021다258517), 2021. 10. 28.자 심리불속행 기각판결로 확정됨.

1. 대상판결1

원고는 2001. 6. 21.부터 현재까지 부산·경상남도 지역에서 “통뼈감자탕”이라는 상호(이하 “대상판결1 원고표지”)로 감자탕 음식점을 경영하였고, 동일한 표지를 사용하여 감자탕 상품도 판매하였다. 2019년 초부터 대상판결1 원고표지를 사용한 감자탕 즉석조리제품을 온라인으로 판매하였다.

피고는 2005. 5. 9. 원고와 가맹계약을 체결하고, 그 무렵부터 2010. 9.경까지 ‘통뼈감자탕 여천점’을 운영하였다. 피고는 가맹계약을 해지한 후, 동일한 자리에서 ‘통뼈본가’라는 상호로 감자탕 음식점을 경영하며, “통뼈감자탕”이라는 표지(이하 “대상판결1 사칭표지”)로 상품을 판매하였고, 2015. 1. 무렵부터 위 대상판결1 사칭표지를 사용한 감자탕 즉석조리제품을 온라인으로 제품을 판매하였다.

이에 원고는 가맹점주였던 피고가 대상판결1 원고표지와 동일한 대상판결1 사칭표지를 사용하여 온·오프라인에서 감자탕을 판매하는 행위에 대하여, 대상판결1 원고표지가 부산·경상남도 지역에서 주지성을 획득한 표지에 해당하므로 이를 무단으로 사용하는 행위가 (가), (나) 목 각 부정경쟁행위에 해당한다고 하며, 피고에게 침해금지 및 손해배상을 각 청구하였다.

위 원고 청구에 대하여 피고는 피고가 영업을 영위하는 전라남도 지역에서는 대상판결1 원고표지가 주지하지 않으므로 혼동초래행위가 인정되지 않는다는 취지로 주장하였다.

대상판결1은 다음과 같은 이유로 대상판결1 원고표지가 부산·경상남도 지역에서 주지성을 획득하지 못하였다고 판단하여 원고 청구를 배척하였다.⁴⁾

4) 대상판결1은 “이 사건 표지는 적어도 부산·경남 지역에 한하여는 그 인지도가 의

첫째, (가), (나)목 각 부정경쟁행위는 일반 수요자가 어떠한 표지가 주지성이 있다고 믿음으로써 혼동에 빠지는 것으로부터 보호하는 것이므로 주지성을 획득하지 못한 지역에서의 혼동초래행위는 부정경쟁행위에 해당하지 않을 여지가 있다.⁵⁾

둘째, 위와 같은 경우에도 혼동초래행위가 성립하기 위하여서는 부산·경남지역에 한하여는 주지성이 의문의 여지없이 현저하여야 한다.⁶⁾

2. 대상판결2

원고는 서울 중구 오장동 90-10에서 “오장동 함흥냉면”이라는 상호(이하 “대상판결2 원고표지”)로 냉면 전문 음식점을 경영하는데, 이는 1955년 영업을 시작한 이래 현재까지 가업을 이어진 것이고, 1983. 1. 13. “오장냉면옥”으로, 1993. 12. 6. “오장” 및 “오장면옥”에 관하여 각 특허청에 서비스표 등록을 마쳤다.

피고1은 1999. 3. 22. 특허청에 “오장동함흥냉면” 문안에 산 모양의 도안을 결합한 형태의 표지로 상표 등록을 마쳤고, 동년 4. 16. 위의 표지로 서비스표(이하 “대상판결2 사칭표지1”) 등록도 마쳤다. 피고2는

문의 여지없이 현저하여야 할 것이다.”라고 판시하여, 일종의 저명성에 가까운 정도의 입증을 요구하였다.

- 5) 대상판결1이 대상판결1 원고표지의 부산·경상남도에서의 주지성 인정 주장을 배척하면서 이와 같은 설시를 한 것은 대상판결1 원고표지의 부산·경상남도에서의 인지도와 관련하여 현저성에 해당하는 입증을 요구하기 위한 논리의 일환으로 보인다. 대상판결1은 ① 원고가 전국적 범위를 대상으로 영업을 하고 있으므로 전국을 대상으로 하여 대상판결1 원고표지의 주지성을 주장·입증하여야 하는데, ② 원고가 부산·경상남도 지역에서의 주지성만을 입증하면서, ③ 이를 근거로 피고의 전라남도 지역에서의 영업, 감자탕 즉석조리제품의 지역적 판매를 전부 부정경쟁행위에 해당한다고 주장하기 위하여서는 ④ 대상판결1 원고표지에 대한 인지도가 의문의 여지없이 현저하여야 한다고 판시하였다.
- 6) 이를 ‘저명성’의 개념으로 설시한 것인지 여부는 명확하지 않다.

피고1로부터 위 서비스표에 관하여 전용사용권을 설정 받았고, 피고3은 “오장동함홍냉면 수원왕갈비”라는 명칭(이하 “대상판결2 사칭표지2”)으로 오장동함홍냉면을 체인점을 모집하였다.

이에 원고는 피고들을 상대로 대상판결2 원고표지가 원고의 영업표지로서 주지성을 획득한 표지이므로, 피고들이 대상판결2 사칭표지1, 2를 각 사용하여 체인점 모집을 영업하는 행위는 (나)목의 부정경쟁행위에 해당한다고 주장하며, 부정경쟁행위 금지·신용회복·손해배상액 300,000,000원을 청구하였다.

위 원고 청구에 대하여 피고들은 ① 원고의 사업범위가 원고의 영업장 소재지인 서울 중구 오장동 90-10에 국한되는데, 피고들은 오장동에 체인점을 개설하지 않았으므로 원·피고들은 경쟁관계에 있지 않고, 피고들이 원고의 영업활동을 간섭하거나 방해하지 않았다는 점을 주장하였다.

대상판결2는 대상판결2 원고표지가 국내의 일정한 범위에서 주지성이 인정된다고 판단한 다음,⁷⁾ 교통·통신의 발달과 그로 인한 영업활동의 광범위한 확대 추세를 고려하면 피고들이 원고의 영업장 소재지에 체인점을 개설하지 않았다고 하더라도 원고의 영업활동에 영향을 미치지 않았다고 단정할 수 없고, 피고들이 대상판결2 사칭표지2로 전국에서 냉면 전문 음식점을 모집하여 체인화하는 것은 원고의 냉면 전문 식당업과 동일한 업종의 업소를 모집·운영하는 것이므로 직접적인 경쟁관계에 있다고 볼 수 있어, 원고의 영업상 이익이 침해될 우려가 있다고 판단하였다.

7) 서울동부지방법원 2007. 5. 18. 선고 2006가합15289 판결(“위 인정 사실에 의하면, 원고의 “오장동 함홍냉면”이라는 표지는 국내의 일정 지역 범위 안에서 거래자나 수요자들 사이에 냉면전문 음식점을 표시하는 영업표지로 널리 알려져 주지성을 획득하였다고 할 것이므로”)

Ⅲ. 대상판결1, 2의 쟁점사항과 평석

1. 혼동초래행위의 성립 여부의 판단기준

(1) 혼동초래행위의 개념

혼동초래행위는 (가)목 부정경쟁행위에서는 사칭표지를 사용하여 타인의 주지성 있는 표지가 표상하는 상품과 혼동하게 하는 행위, (나)목 부정경쟁행위에서는 사칭표지를 사용하여 타인의 주지성 있는 표지가 표상하는 영업상의 시설 또는 활동과 혼동하게 하는 행위로서, 이른바 사칭통용의 행위로서 전형적인 부정경쟁행위의 행위요건으로 각 규정되어 있다.⁸⁾

이는 사칭표지를 사용하여 주지표지나, 위 표지가 표상하는 상품 또는 영업과 혼동을 일으키게 하는 행위를 의미하고,⁹⁾ 타인의 상품이나 영업 그 자체는 아니더라도 이것과 거래상, 경제상 또는 조직상 밀접한 관계가 있는가의 오인을 일으키는 광의의 혼동을 포함한다.¹⁰⁾ 혼동

-
- 8) (가)목 부정경쟁행위의 각 요건은 그 문언상 ① 주지성 있는 타인의 상품표지, ② -1 위 상품표지와 동일 또는 유사한 것을 사용하거나, ②-2 위 상품표지와 동일 또는 유사한 것을 사용한 상품을, ③ 판매·반포(頒布)·수입·수출하여, ④ 타인의 상품과 혼동하게 하는 행위로 구성된다. (나)목 부정경쟁행위의 각 요건은 ① 주지성 있는 타인의 상품표지, ② 위 상품표지와 동일 또는 유사한 것을 사용하여 ③ 판매·반포(頒布)·수입·수출하여, ④ 타인의 상품과 혼동하게 하는 행위로 구성된다.
- 9) 대법원 1981. 9. 22. 선고 81도649 판결(“부정경쟁방지법 제2조 제1호 소정의 행위는 위 상표권침해 행위와는 달라서 반드시 등록된 상표와 동일 또는 유사한 상표를 사용하는 것을 요하는 것이 아니고 등록여부와 관계없이 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기, 포장 기타 타인의 상품임을 표시하는 표지와 동일 또는 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매 등을 하여 타인의 상품과 혼동을 일으키게 하면 그로써 족한 것”)
- 10) 대법원 2007. 4. 27. 선고 2006도8459 판결(“부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 ‘부정경쟁방지법’이라 한다) 제2조 제1호 (가)목 소정의 부정경쟁행

초래행위로 유발하려는 혼동은 (가), (나)목 각 부정경쟁행위의 입법취지가 각 표지가 표상하는 출처를 혼동하게 하는 방법으로 각 표지에 축적된 신용에 무임승차하는 행위를 건전한 거래질서에 위반되는 것으로 규정하고, 이를 방지하고자 하는 것인 점,¹¹⁾ 대법원도 이와 같은 입장인 점을 종합하면,¹²⁾ 자타식별 또는 출처표시기능에 대한 것으로 보는 것이 타당하다.

(2) 혼동초래행위 성립 여부 판단의 전제(일반 수요자의 표지 인식)

혼동초래행위의 주체는 별도로 표시되어 있지 않으나 위 사칭표지

위는 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기, 포장 기타 타인의 상품임을 표시하는 표지와 동일 또는 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하여 타인의 상품과 혼동을 하게 하는 행위를 의미하는바, 여기에서 “타인의 상품과 혼동을 하게 하는”이라는 의미는 상품의 출처가 동일하다고 오인하게 하는 경우뿐만 아니라 국내에 널리 인식된 타인의 상품표지와 동일 또는 유사한 표지를 사용함으로써 일반수요자나 거래자로 하여금 ‘당해 상품표지의 주체와 사용자 간에 자본, 조직 등에 밀접한 관계가 있지 않을까’라고 오인하게 하는 경우도 포함” ; 대법원 2009. 4. 23. 선고 2007다 4899 판결(“‘부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률’(이하 ‘부정경쟁방지법’이라 한다) 제2조 제1호 나목에서 정하는 “타인의 영업상의 시설 또는 활동과 혼동을 하게 한다”는 것은 영업표지 자체가 동일하다고 오인하게 하는 경우뿐만 아니라 국내에 널리 인식된 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.”) ; 세종대학교, “부정경쟁행위 판단기준 및 행정조사에 관한 연구” [정책연구과제 결과 보고서], 특허청 (2018. 11. 15.), 29면.

11) 윤태식, 부정경쟁방지법, 박영사, 2021, 53-55면, 110-111면 ; 박봉일, “상표권침해 및 상품주체오인혼동초래행위 형사사건에 관한 연구”, 『法曹』, Vol.644, 2010년, 317-318면.

12) 대법원 1994. 5. 9.자 94마33 결정(“위 법조의 규정취지는 상품의 거래단계에 있어서 거래자 또는 수요자의 상품출처의 오인·혼동을 방지하여 건전한 거래질서를 유지하고자 함에 있으므로”)

를 사용한 자가 주체에, 그 상대방은 일반 수요자에 해당할 것이 명백하다. 후자에 대하여는 주류적 견해가 상표법상 논의에서 상표의 유사(Similarity)는 원인이고, 혼동(Confusion)은 결과로서, 혼동의 가능성을 상표의 유사성으로 인하여 수요자가 착각을 일으킬 여지로 설명하는 점을 고려하여도 이해된다.¹³⁾

혼동초래행위의 상대방인 일반 수요자는 주지표지와 사칭표지를 모두 알 것이 요구된다. 일반 수요자가 주지표지를 알지 못하고 사칭표지만 알면 혼동 여부 판단의 기준이 되는 표지가 존재하지 않아, 혼동 자체가 성립하지 않는다. 일반 수요자가 주지표지를 알고 사칭표지를 모르면 혼동할 대상이 없어, 혼동 자체가 성립하지 않는다. 결국 양자 모두 사칭표지 사용행위가 혼동초래행위에 해당하지 않아 부정경쟁행위 여부를 검토할 필요가 없다. 즉, 일반 수요자가 주지표지와 사칭표지를 모두 알아야 하는 것은 판단의 당연한 전제이다.

이와 관련하여 대상판결1은 (가), (나)목 각 부정경쟁행위는 일반 수요자가 어떠한 표지가 주지성이 있다고 믿음으로써 혼동에 빠지는 것으로부터 보호하는 것이므로, 주지성을 획득하지 못한 지역에서의 혼동초래행위는 부정경쟁행위에 해당하지 않을 여지가 있다고 판단하였다. 이는 주지성이 인정되는 지역 외의 지역에 거주하는 일반 수요자가 주지표지를 알지 못하므로 혼동초래행위가 성립하기 어렵다는 취지로서 위 전제에 기초한 판단으로 이해된다. 대상판결2 역시 교통·통신의 발달과 그로 인한 영업활동의 광범위한 확대 추세를 고려하여 피고들이 원고의 영업활동에 영향을 미쳤다고 볼 수 있다는 취지로 판단하였으므로 위 전제에 기초한 판단으로 이해된다. 따라서 위 각 판단의 전제는 타당하다.

13) 조영선, “美國 判例法上 商標의 誤認, 混同 判斷”, 『法曹』, Vol.577, 2004년, 290-291면; 윤선희, “상표의 유사와 출처의 혼동에 관한 연구”, 『法曹』, Vol.749, 2021년, 85-87면.

(3) 혼동초래행위 성립 여부에 대한 판단기준

1) 혼동초래행위의 유형

혼동초래행위는 통상 3개 유형으로 분류되는바, 그 공통적인 성립 여부 판단기준을 확인하기 위하여 아래에서 간단히 위 각 유형에 대하여 살펴본다.

첫째, 구매 당시의 혼동으로, 일반 수요자가 표지의 사칭통용으로 인하여 자타식별을 실패하거나, 주지표지의 출처표시기능이 희석되는 전형적인 혼동이다. 이 유형에서 사칭표지 사용자는 일반 수요자가 사칭표지를 주지표지로 인식하여 사칭자의 상품 또는 영업을 구매하게 하거나, 주지표지가 표상하는 상품 또는 영업의 품질이 부족하다고 인식하게 하는 방법으로 영업자의 권리를 침해한다.¹⁴⁾

둘째, 구매 후 혼동으로, 구매 당시에는 일반 수요자가 자타식별에 실패하거나 출처표시기능이 희석되지 않아 사칭표지를 사칭표지로 인식하거나, 주지표지로 혼동하지 않았으나, 위 일반 수요자가 구매한 상품 또는 영업을 본 제3자, 즉 다른 일반 수요자가 위 상품 또는 영업상의 사칭표지에 의하여 자타식별에 실패하거나, 위 일반 수요자에게 주지표지의 출처표시기능이 희석되어 출처를 혼동할 우려가 있는 경우를 의미한다.¹⁵⁾ 이 유형에서는 사칭표지 사용자는 판매 당시 혼동초래행

14) 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가), (나)목 ; 최승재, “부정경쟁방지법상 혼동가능성의 판단 기준 시점”, 『IP Policy 지식재산정책』, 제14호, 2013년, 102면.

15) 대법원 2012. 12. 13. 선고 2011도6797 판결(“상품의 품질과 가격, 판매장소, 판매 방법이나 광고 등 판매 당시의 구체적 사정 때문에 그 당시 구매자는 상품의 출처를 혼동하지 아니하였다고 하더라도, 구매자로부터 상품을 양수하거나 구매자가 지니고 있는 상품을 본 제3자가 그 상품에 부착된 상품표지 때문에 상품의 출처를 혼동할 우려가 있는 등 일반 수요자의 관점에서 상품의 출처에 관한 혼동의 우려가 있다면 그러한 상품표지를 사용하거나 그 상품표지를 사용한 상품을 판매하는 등의 행위는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목 소정의 ‘타인의 상품과 혼동하게 하는 행위’에 해당한다.”)

위를 일으키기 않지만 판매 후 해당 사칭표지가 알려져 혼동초래행위를 일으키는 방법으로 영업자의 권리를 침해한다. 구매자의 사칭표지에 의하여 혼동한 일반 수요자가 사칭표지의 상품 또는 영업을 구매하거나 주지표지의 상품 또는 영업을 품질을 의심하면, (가), (나)목 각 부정경쟁행위의 성립요건을 충족하고, 혼동초래행위로 인한 경제적 이익 침해가 발생하므로 위와 같이 판단하는 것이 타당하다.¹⁶⁾

셋째, 역혼동은 표지의 후사용자에 의하여 표지에 주지성이 인정되었으나, 이후 선사용자가 위 후사용자의 표지에 무임승차하였다고 오인받는 혼동을 의미한다.¹⁷⁾

2) 공통적인 판단기준

혼동초래행위는 (가), (나)목 각 부정경쟁행위의 문언을 고려하면, 일반 수요자로 하여금 사칭표지가 표상하는 상품 또는 영업을 구매하도록 하는 것이므로, 일반 수요자의 인식, 즉 혼동 가능성을 중심으로 판단하는 것이 타당하다.¹⁸⁾

대법원 역시 구매 당시의 혼동에 대한 판단기준에 관하여 ‘일반 수요자가 표지에 의하여 영업 주체가 동일한 것으로 오인하거나, 침해자와 권리자 간에 영업상·조직상·재정상 또는 계약상 어떤 관계가 있는

16) 최승재, 위의 글, 99-103면.

17) 대법원 2002. 2. 26. 선고 2001다73879 판결(“상호를 먼저 사용한 자(이하 ‘선사용자’라고 한다)의 상호와 동일·유사한 상호를 나중에 사용하는 자(이하 ‘후사용자’라고 한다)의 영업규모가 선사용자보다 크고 그 상호가 주지성을 획득한 경우, 후사용자의 상호사용으로 인하여 마치 선사용자가 후사용자의 명성이나 소비자 신용에 편승하여 선사용자의 상품의 출처가 후사용자인 것처럼 소비자를 기망한다는 오해를 받아 선사용자의 신용이 훼손된 때 등에 있어서는 이를 이른바 역혼동에 의한 피해로 보아 후사용자의 선사용자에 대한 손해배상책임을 인정할 여지가 전혀 없지는 않다”)

18) 세종대학교, 위의 글, 29면.

것으로 오인하는 경우'로,¹⁹⁾ 구매 후 혼동에 대한 그것에 관하여 “구매자가 지니고 있는 상품을 본 제3자가 그 상품에 부착된 상품표지 때문에 상품의 출처를 혼동할 우려가 있는 등 일반 수요자의 관점에서 상품의 출처에 관한 혼동의 우려가 있다”²⁰⁾ 라고 역혼동에 대한 그것에 관하여 “일반 수요자들로 하여금 영업주체를 오인·혼동시킬 염려가 있는 것인지를 판단함”이라고 판시하여,²¹⁾ 혼동의 유형과 무관하게 일반 수요자의 혼동 가능성을 중심으로 혼동초래행위를 판단한다.

구매 후 혼동의 판단기준에 관한 위와 같은 대법원의 입장은 혼동초래행위의 개념을 시간적인 측면에서 확장하였다고 평가되기도 한다.²²⁾ 위와 같은 평가에 의하여 대법원이 구매 후 혼동의 경우 일반 수요자의 혼동 가능성보다 시점에 기초하여 혼동초래행위 성립 여부를 판단한 것으로 오해할 여지도 있어 보인다. 그러나 위와 같은 개념의 확장은 구매 당시에 혼동 가능성이 인정되지 않더라도 구매 후에도 일반 수요자가 혼동할 수 있다는 가능성을 중심으로 판단하였기 때문에 발생하였다고 봄이 타당하다.

즉, 구매 후 혼동과 관련하여, 대법원은 사칭표지 사용행위를 기존 판단기준인 일반 수요자의 혼동 가능성에 충실하게 판단하였을 뿐이고, 그 결과 발생한 구매 후 혼동이 결과적으로 혼동초래행위의 개념을 시간적인 측면에서 확장하였다고 평가되는 것에 불과하다.

일본 최고재판소는 혼동초래행위 판단기준에 관하여 우리나라와 마찬가지로 ‘사칭표지 사용자가 주지표지 사용자로 영업 주체를 오신하게 하는 행위뿐만 아니라, 양자 간 긴밀한 영업상 관계 등이 존재하는 것으로 오신하게 하는 행위’라는 취지로 판단하여 혼동 가능성을 중심

19) 대법원 1997. 12. 12. 선고 96도2650 판결.

20) 대법원 2012. 12. 13. 선고 2011도6797 판결.

21) 대법원 2002. 2. 26. 선고 2001다73879 판결.

22) 윤선희, 위의 글, 104-105면.

으로 판단하는 입장이다.²³⁾ 일본 학계에서도 ‘혼동을 일으키는 행위라면 부정경쟁방지법 규율 대상에 해당’한다고 주장되어 혼동 가능성을 중심으로 판단하는 입장일 뿐만 아니라 더 나아가 ‘혼동의 우려가 인정되는 경우에는 혼동초래행위의 다른 요건인 표지 역시 유사한 것으로 해석하여도 무방하다’는 취지로까지 주장되고 있는 것으로 보인다.²⁴⁾

대상판결1은 대상판결1 원고표지의 주지성 인정 여부를 판단하면서 (가), (나)목 각 부정경쟁행위가 주지표지를 인식한 일반 수요자가 혼동에 빠지는 것을 방지한다는 취지의 판시를 하였으므로, 혼동초래행위 판단 시 위와 같이 일반 수요자의 혼동 가능성을 중심으로 판단한다는 입장이라 할 것이다.

대상판결2는 피고들의 혼동초래행위 성립을 인정하는 근거로, 피고들이 오장동 외 지역에 체인점을 개설하려는 행위가 ‘교통·통신의 발달로 인한 영업활동의 광범위한 확대 추세’에 의하여 원고의 영업활동에 영향을 미쳤을 여지가 있다는 것을 들었다. 대상판결2가 위와 같이 원고의 주 영업지역 외에서 영업을 하는 피고들의 행위를 혼동초래행위로 의율하며 위와 같은 취지로 판시한 것은 원고의 주 영업지역 외의 일반 수요자도 ‘교통·통신의 발달’에 의하여 대상판결2 원고표지와 대상판결2 사칭표지들을 혼동할 수 있다고 판시하였다는 취지로 이해된다. 따라서 이 역시 일반 수요자의 혼동 가능성을 중심으로 판단하였다 할 것이다.

다만, 각 대상판결에서 ‘주지표지가 인정되는 지역 외에서의 혼동초래행위 성립 여부’에 관한 판단과정을 살펴보면, 형식적으로만 일반

23) 最判昭和58·10·7民集第37卷8号1082頁.(“ある営業表示が不正競争防止法一条一項二号にいう他人の営業表示と類似のものか否かを判断するに当たっては、取引の実情のもとにおいて、取引者、需要者が、両者の外観、称呼、又は觀念に基づく印象、記憶、連想等から両者を全体的に類似のものとして受け取るおそれがあるか否かを基準として判断するのを相当とする。”)

24) 정태호, “팝업광고와 영업주체혼동초래행위의 관계에 관한 비판적 고찰”, 『원광법학』 제28집 제4호, 2012년, 294면.

수요자의 혼동 가능성을 중심으로 하여 판단한 것에 불과하고 실제로는 주지성의 지역적 범위에 종속하여 판단한 것으로 보이는데, 이에 관하여 항을 바꾸어 살펴보도록 한다.

3. 주지표지가 인정되지 않는 지역에서의 혼동초래행위 성립 여부에 대한 판단기준

대상판결¹은 주지표지가 인정되지 않는 지역에서의 혼동초래행위는 아래와 같은 이유를 종합하여 성립하기 어렵다고 판시하였다.

첫째, 주지성 획득의 지역적 범위 판단 시, 상품 또는 영업의 특성을 고려하여 전국적으로 유통되는 상품 또는 운영되는 영업의 경우에는 전국적으로 주지성을 획득하였다고 볼 수 있는 반면, 상품 또는 영업의 특성상 일정 지역 범위에 한정되는 경우에는 그 지역 내에서 주지성을 획득하였다고 볼 수 있다.

둘째, (가), (나)목 각 부정경쟁행위는 주지표지와 사칭표지를 혼동할 가능성이 있는 일반 수요자를 보호하기 위함이다.

셋째, 일부 지역에서 주지성을 획득한 상품 또는 영업의 경우, 그 밖의 지역에서의 사칭표지 사용행위는 해당 지역 내 일반 수요자가 주지표지를 인식하였다고 보기 어려우므로 위 사칭표지 사용행위를 혼동초래행위로 해당하지 않는다.

대상판결²는 대상판결² 원고표지가 국내의 일정 지역(‘오장동’으로 판단된다) 범위 내에서 주지성이 인정되는데, 피고들의 대상판결² 사칭표지 사용행위가 ‘오장동’ 외의 지역에서 발생하였으므로 원칙적으로는 혼동초래행위가 성립하지 않는다는 취지로 판단하였다고 이해된다. 대상판결²의 원칙적인 판단을 고려하면, 그 판단기준 역시 대상판결¹의 그것과 마찬가지로 봄이 타당하다. 다만, 대상판결²는 위 원칙

에 관하여 ‘교통·통신의 발달’과 전국 각지에서 체인점을 모집하는 행위가 위 ‘오장동’을 포함한다는 일종의 특별한 사정을 들어 예외적으로 혼동초래행위가 성립하였다고 판단하였다.

종합하여 보면, 대상판결1, 2에서 주지표지가 인정되지 않는 지역에서의 혼동초래행위 성립 여부의 판단기준으로 든 것은 ① 일반 수요자의 혼동 가능성과 주지성의 지역적 범위가 동일하여야 한다는 것이거나 ② 일반 수요자의 혼동 가능성이 아닌, 주지성의 지역적 범위로 봄이 타당하다.

4. 위 항의 판단기준에 대한 비판점

(1) 대상판결1, 2의 판단기준의 문제점

대상판결1, 2의 위 판단은 일부지역 주지표지에 대한 혼동초래행위 성립 여부 판단기준에 관하여 ‘상품 또는 표지의 성질’을 판단기준으로 하는 견해(이하 “성질기준설”)에 의한 것으로 보인다.

위 견해는 혼동초래행위 성립 여부 판단 시 상품 또는 영업의 성질, 특히 확산성을 판단기준으로 하여, 상품의 경우에는 상품은 생산자를 떠나서 전전 유통되는 것이 보통이므로 주지성 및 혼동 우려 판단의 지역적 범위가 생산 활동지에만 국한될 수 없으나, 영업표지의 경우에는 특정 영업의 시설 및 활동과 밀접한 관계에 있으므로, 그 경쟁관계 및 이에 따른 혼동 우려의 범위도 달리 해석하여야 한다는 취지이다.²⁵⁾ 더 나아가 업종의 성격상 영업의 범위가 지역적으로 한정되는 것이 사회관념상 명백한 음식점, 숙박업소 등의 경우, 혼동의 가능성은 그 지역 내에서만 판단된다는 견해(이하 “지역기준설”)도 있다.²⁶⁾

25) 윤선희, 김지영, 부정경쟁방지법, 법문사, 2012, 73면 ; 사법연수원, 부정경쟁방지법, 경성문화사, 2015, 40면 ; 윤태식, 앞의 책, 111면.

26) 윤선희, 김지영, 앞의 책, 131면 ; 사법연수원, 앞의 책, 40면 ; 송영식, 이상정, 황

위 견해에 따라 혼동초래행위 성립 여부를 판단하면, 일부지역 주지표지가 표상하는 상품이나 영업의 성질이나, 영업의 지역적 범위를 기준으로 하므로 성립 여부 판단이 일부지역 주지표지의 지역적 범위에 종속되는 결과를 가져오게 된다. 그러나 위에서 살펴본 바와 같이 혼동초래행위의 성립 여부 판단기준은 일반 수요자의 혼동 가능성이므로 위와 같은 판단기준은 타당하다고 보기 어렵다.

위 견해상 판단기준(이하 “쟁점 판단기준”)의 문제점은 대상판결2의 판단 논리를 살펴보면 명확히 확인할 수 있다.

대상판결2의 판단과정을 삼단논법으로 살펴보면 다음과 같다.

- (대전제)** 주지성 있는 표지와 사칭표지를 모두 아는 일반 수요자는 혼동 초래행위의 대상이다.
- (소전제)** 대상판결2의 일반 수요자는 대상판결2 원고표지의 주지성이 인정되는 지역 외에 거주하므로, 대상판결2 원고표지에 주지성이 인정되는지 여부를 모른다.
- (결론)** 대상판결2의 일반 수요자는 주지성 있는 표지를 모르므로, 혼동 초래행위의 대상이 아니다.

결론이 대전제와 소전제를 충족하므로 혼동초래행위가 표지의 주지성이 인정되는 지역적 범위에 종속된다는 전제하에 내린 위 결론은 일견 타당하다. 그러나 위 삼단논법이 성립하기 위하여서는 실제로 소전제가 2개의 판단으로 구성되어야 하므로 위 삼단논법에 의한 결론은 부당하다. 보다 구체적으로 살펴보면, 소전제에 아래와 같이 논리적 비약 또는 원인의 오류가 있으므로 위 결론은 잘못된 전제에 따른 것이어서 부당하다.

첫째, 일반 수요자의 거주지역에 근거하여 일부지역 주지표지를 아

종환, 이대희, 김병일, 박영규, 신재호, 지적소유권법(하) 제2판, 육법사, 2013, 405면.

는지 여부를 판단하고 있는데, 양자는 서로 상관관계는 있을 수 있으나 전자가 후자의 원인에 해당하지 않는다.

예를 들어, 위 소전제가 성립하려면 주지성이 인정되는 지역적 범위 내의 일반 수요자가 사칭표지를 인식할 여지가 없어야 한다. 따라서 일반 수요자는 위 지역을 벗어나서는 안된다.

그러나 주지성이 인정되는 지역적 범위 내에 거주하는 일반 수요자가 위 지역 외로 이동하여 해당 지역에서 사칭표지를 사용하여 판매하는 상품 또는 영업을 확인하고, 이를 주지성 있는 표지와 혼동할 수 있는 상황을 충분히 상정할 수 있다. 헌법상 거주이전의 자유까지 살펴해보지 않더라도, 특정 지역 거주자가 다른 지역으로 이동하는 것이 상식적인 것이고, 오히려 위 일반 수요자가 주지성이 인정되는 지역적 범위 내에서만 거주하는 상황을 상정하는 것이 부자연스럽다. 설령 후자의 상황을 상정한다 하더라도 최근 SNS 맛집으로 분류된 음식점이나, 음식점 소재지를 검색하는 양이 증가하여²⁷⁾ 위 일반 수요자가 스마트폰 등으로 위 지역적 범위 외의 사칭표지를 확인할 가능성을 고려하면 위 소전제는 여전히 성립할 수 없다.

둘째, 대상판결²⁾은 주지성이 인정되는 지역적 범위 내의 일반 수요자와 혼동초래행위의 상대방인 일반 수요자가 동일한데도 불구하고, 지역을 기준으로 상호 배타적으로 분리하여 판단하였다.

한편, 대상판결²⁾은 결론에 있어서는 혼동초래행위의 성립을 인정하는 것으로 보이는데, 위 결론은 타당하나 아래와 같은 이유로 그 이유가 부당하여 여전히 그 판단이 타당하다고 보기는 어렵다.

첫째, 대상판결²⁾은 ‘교통, 통신의 발달로 인한 영업활동의 광범위한 확산 추세’를 들어 위 원칙적인 판단을 부정하고, 혼동초래행위 및 부정

27) 이금숙, 박소현, 신혜영, “온라인 정보검색과 음식점 입지에 나타나는 변화: 서울 시를 사례로”, 한국경제지리학회지 제23권 제1호, 2020년, 62-66면.

경쟁행위의 성립을 인정하였다. 이는 소전제에서의 오류를 무시하고, 결론에서의 구체적 타당성을 도모하기 위하여 각 전제에 대한 법리적인 판단 없이 예외적인 사정을 추가하여 판단한 것이므로 부당하다.

둘째, ‘전국 대상 영업점 모집’에 관한 판단 역시 위 ‘전국’의 범위에 ‘오장동’이 포함되는 점을 고려하면, 이는 피고들의 혼동초래행위가 주지성이 인정되는 지역적 범위 내에서 인정되는 것이므로 이를 이유로 하여 혼동초래행위가 성립된다고 판단할 수 있다. 다만, 이는 대상판결2가 전제한 ‘오장동’ 범위 내 피고들의 혼동초래행위가 인정되는 경우이다. ‘기술 발전’과 ‘전국 대상 영업점 모집’은 동일한 전제를 가지 되 전자는 예외적인 사정을 추가하여 결론을 변경한 것이고, 후자는 전제에 따른 결론을 내린 것으로 차이가 있다.

(2) 쟁점 판단기준의 문제점

대상판결2에서의 논의를 바탕으로 확인할 수 있는 쟁점 판단기준의 문제점은 다음과 같다.

첫째, 일부지역 주지표지가 표상하는 상품이나 영업의 성질이나, 영업의 지역적 범위에 근거하여 혼동초래행위 성립 여부를 판단하여야 하므로, 혼동초래행위 성립 여부가 결국 일부지역 주지표지의 지역적 범위에 종속되는 결과를 가져오게 된다. 이는 혼동 가능성을 판단기준으로 들고 있는 대법원의 입장이나 위 대법원의 입장이 기초한 법문언에 부합하지 않고, 주지성을 일반 수요자의 인식이 아니라 해당 지역의 특성으로 인식하는 것이어서 부당하다.

둘째, 일부지역 주지표지와 사칭표지가 별개 지역에서 사용된다고 하여, 주지성이 인정되는 지역의 일반 수요자가 사칭표지를 인식할 가능성이 없다고 볼 수 없어, 위와 같은 견해에 따른 판단은 구체적 타당성이 부족하다. 위 일반 수요자는 사칭표지 사용 지역으로 방문하거

나, 인터넷이나 스마트폰의 발달로 온라인 검색 등을 통하여 해당 지역에 방문하지 않고도 위 사칭표지를 인식하고 혼동에 빠질 수 있다. 쟁점 판단기준은 위와 같은 검토 없이 막연히 일반 수요자의 혼동 가능성의 범위를 주지성의 지역적 범위로 대체하고 있다.

셋째, 권리자는 위 상품이나 영업의 성질이 지역적 확산성을 가지는 지 여부를 주장·입증하여야 혼동초래행위의 성립 여부를 판단 받을 기회를 가질 수 있다. 이는 요건에 따른 판단으로 보기 어렵고, 위 지역적 확산성에 대한 주장·입증은 일종의 현상에 관한 것이므로 법리보다는 법관의 자유심증에 기초하여 판단 받게 될 우려도 있다.

일반 수요자의 인식 가능성은 일반 수요자의 행위양상에 의하여 판단되는 것이고 일반 수요자가 거주하는 지역에 의하여 판단되는 것이 아니다. 따라서 대상판결1, 2의 각 판단은 일부지역 주지표지를 그 밖의 지역에서 사칭하여 사용하는 행위에 대하여 일반 수요자의 행위양상에 대한 판단 없이 단순히 주지표지의 지역적 범위와 사칭표지의 지역적 범위가 다르다고 하여 혼동초래행위가 발생하지 않는다고 한 것이므로, 결론과 이유를 전도하여 이해한 것으로서 부당하다는 비판을 피하기 어려워 보인다.

IV. 시사점 및 판단기준의 정립 방향

1. 시사점

- (1) ‘일반 수요자의 혼동 가능성’ 법리에 충실한 혼동행위 성립 여부 판단기준

혼동 가능성은 일반 수요자의 상품 또는 영업이나 각 주체에 대하

여 가지는 식별력을 희석할 수 있는지 여부에 대한 것이므로, 일반 수요자의 행위양상에 기초하여 판단하여야 한다. 대법원 역시 혼동초래 행위의 유형과 무관하게 일반 수요자의 혼동 가능성을 기준으로 혼동 초래행위의 성립 여부를 판단한다.²⁸⁾

그러나 대상판결¹, 2는 일반 수요자에 대한 혼동 가능성을 판단하지 않고, 단순히 주지표지의 지역적 범위와 사칭표지의 지역적 범위를 대비하여 양 지역적 범위가 일치하지 않으므로 사칭표지 사용행위가 혼동초래행위에 해당하지 않는다고 판단하였다. 이는 일종의 논리적 비약에 해당하고, (가)·(나)목 각 부정경쟁행위의 법문언이나 위 대법원의 판단기준에도 부합하지 않는 것이다.

위와 같이 판단하게 되면, 권리자는 영업지역 외 사칭표지 사용행위에 대하여 원칙적으로 혼동초래행위로 인정받기 어렵고, 이를 인정받기 위하여서는 특별한 사정을 주장·입증하여야 하고, 이 경우에도 위 특별한 사정에 대한 법관의 자유심증에 의하여 판단 받아야 하므로 권리를 보호받기 어려운 상황에 처한다. 따라서 주지표지와 혼동초래행위의 각 지역적 범위가 다른 경우에는 혼동초래행위에 대하여도 기존 법리에 충실하게 일반 수요자의 혼동 가능성을 기초로 판단하여야 할 필요가 있다고 판단된다.

(2) 주지표지성의 지역적 범위와 혼동초래행위의 그것의 병렬적 판단의 필요성

주지성의 지역적 범위는 주지표지가 일반 수요자에게 널리 알려진 지역적 범위에 관한 것이고, 혼동초래행위는 위 일반 수요자가 사칭표지를 인식할 수 있는 지역적 범위를 의미하므로, 일단 표지의 주지성

28) 대법원 1997. 12. 12. 선고 96도2650 판결, 대법원 2012. 12. 13. 선고 2011도6797 판결, 대법원 2002. 2. 26. 선고 2001다73879 판결 ; 세종대학교, 위의 글, 29면.

이 인정된다면 혼동초래행위의 지역적 범위 역시 부정경쟁행위의 성립요건으로서 판단되어야 한다.

그러나 대상판결¹, 2는 주지표지의 지역적 범위만을 검토한 후, 사칭표지가 해당 지역에서 사용되지 않으므로 혼동초래행위에 해당하기 어렵다고 판단하였다. 이는 혼동초래행위의 지역적 범위가 주지성의 지역적 범위에 종속된다는 전제에 의한 것으로 이해되는데, 위에서 살펴본 바와 같이 양 지역적 범위에 대한 개념을 구별하지 못한 판단이라고 봄이 타당하다.

위와 같이 판단하여 권리자의 청구를 배척하는 것은 (가), (나)목 각 부정경쟁행위의 성립요건에 대한 판단을 누락한 것이고, 판결 결과에 영향도 있음이 명백하므로 판단누락에 해당하는 위법이 필연적으로 발생하게 된다.²⁹⁾ 이를 방지하기 위하여 일부지역 주지표지로 인정된다면 그 지역에서 사용되었는지와 무관하게 일반 수요자의 혼동 가능성에 기초하여 혼동초래행위의 성립 여부도 판단을 하여야 할 것이다.

2. 판단기준의 정립방향

일부지역 주지표지가 그 밖의 지역에서 사칭되는 경우, 위 사칭행위의 혼동초래행위 성립 여부에 대한 판단기준은 기존 대법원 입장³⁰⁾의 연장선상에서 일반 수요자의 혼동 가능성을 고려하여 정립되는 것이 타당하다. 성립요건에 따라 살펴보면, 표지가 일부지역 주지표지로 인정되는 경우, 사칭표지가 위 일부지역 외에서 사용되더라도 위 일부지역의 일반 수요자가 위 사칭표지를 인식하여 주지표지와 혼동할 수 있

29) 민사소송법 제208조 ; 대법원 2012. 4. 26. 선고 2011다87174 판결.

30) 대법원 1997. 12. 12. 선고 96도2650 판결, 대법원 2012. 12. 13. 선고 2011도6797 판결, 대법원 2002. 2. 26. 선고 2001다73879 판결.

는지 여부를 기준으로 혼동초래행위 성립 여부를 판단하면 될 것이다. 위 일부지역의 일반 수요자의 혼동 가능성은 구매 후 혼동의 개념을 고려하여 위 일부지역 외에서 사칭표지를 사용한 상품 또는 영업을 위 일부지역에서 인식할 수 있는 가능성, 인터넷이나 SNS 등 온라인에서 사칭표지를 인식할 수 있는 가능성,³¹⁾ 일부지역 거주자가 위 사칭표지 사용 지역으로 이동하여 이를 인식할 수 있는 가능성을 종합하여, 혼동 가능성을 판단할 수 있겠다.

위와 같은 판단기준은 기존 대법원의 판단기준인 혼동초래행위의 상대방인 일반 수요자의 인식을 중심으로 판단하면서, 위 수요자가 주지성 있는 표지와 사칭표지를 모두 인식하여야 한다는 전제, 주지성과 혼동초래행위가 별개 요건인 점을 각 충족하는 것이어서 타당하다.

위에서 살펴본 바와 같이 구매 후 혼동이 혼동의 개념을 시간적으로 확대하였다는 평가를 받고 있는데³²⁾ 이는 일반 수요자의 혼동 가능성에 기초하여 영업자를 더욱 두텁게 보호한 것으로서³³⁾ 본 논의에 참고할 만하다 할 것이다.

위와 같은 판단기준은 혼동초래행위를 원칙적으로 인정하고, 대법원 판단기준의 연장선상에 있으므로 소송 당사자 및 법원의 판단 시, 일관된 판결을 기대할 수 있어, 판결의 예측 가능성, 경제적인 소송진행을 가능케 한다는 점에서도 의의가 있다.

기타 기술적(記述的)인 측면에서, 추후 동일한 사안이 문제되는 경우, 주지성의 지역적 범위는 주지표지를 인식한 일반 수요자의 거주·근무 지역에 의하여 결정되는 것인 반면, 혼동초래행위 성립 여부는 위 일반 수요자의 행위양상에 따른 혼동 가능성을 판단기준으로 한다는 것을 명확하게 하기 위하여, 양자의 판단기준 및 일반 수요자의 혼동

31) 이금숙, 박소현, 신혜영, 같은 곳.

32) 윤선희, 위의 글, 104-105면.

33) 조영신, “美國 判例法上 商標의 誤認, 混同 判斷”, 『法曹』, Vol.578, 2004년, 232면.

가능성이 주지성의 지역적 범위에 종속되거나 주지성의 지역적 범위와 동일하게 판단될 수 없다는 점을 설시하는 방법을 고려할 수 있다.

V. 결론

대상판결1, 2는 혼동초래행위 판단에 있어 그 판단기준인 일반 수요자의 혼동 가능성을 별다른 검토 없이 주지성의 지역적 범위로 대체하여 판단을 하였다. 이는 주지성 요건과 혼동초래행위 요건이 별개의 요건임을 간과하였고, 논리적인 이유 없이 막연히 표지의 주지성이 상품이나 영업의 판매에 따라 전파될 것이라고 판단하였으므로 부당하다.

(가), (나)목 각 부정경쟁행위의 각 입법취지는 사칭통용으로부터 권리를 보호하고 표지의 희석을 방지하는 것인데도 불구하고, 대상판결1, 2에 따르면 일부지역 주지표지의 권리자는 위 지역 외 혼동초래행위를 다투기 위하여서는 주지성이 사칭표지 사용 지역에서도 유효하다는 점을 입증하여야, 혼동초래행위 성립 여부를 다룰 수 있는 어려움이 있다. 이는 법리적인 부분뿐만 아니라 일반 수요자가 한 장소에서 주지표지와 사칭표지를 동시에 인식할 수 있는 사회적 인프라가 구성된 점을 고려하여도³⁴⁾ 부당한 측면이 있다.

대상판결2 역시 위와 같은 판단하에 결론에서 ‘교통, 통신의 발달로 인한 영업활동의 광범위한 확산 추세’를 들어 피고의 부정경쟁행위를 인정하는 것으로 보이는데, 최초부터 일반 수요자의 행위양상을 고려하였다면 소전제부터 결론까지 일관된 법리로서 동일한 결론을 도출할 수 있고, 예외적 사정을 들어 법리에 따른 결론을 부인할 필요도 없었을 것이다.

34) 이금숙, 박소현, 신혜영, 같은 곳.

(가), (나)목 각 부정경쟁행위 내 혼동초래행위로 인한 혼동은 그 상대방인 일반 수요자에게 발생하는 것이므로 그 행위양상을 고려하여 판단하는 것이 타당하다. 일반 수요자는 해당 지역 내에 숙박된 것이 아니어서 사칭표지가 사용되는 지역으로 이동할 수 있고, 이 경우 위 일반 수요자는 사칭표지에 의하여 사칭대상 표지와와의 자타식별에 실패하거나, 사칭대상 표지의 출처표시기능이 위 일반 수요자에 대하여 희석될 여지가 충분하다. 따라서 주지표지의 지역적 범위와 사칭표지 사용행위의 그것이 다른 경우에도 원칙적으로 사칭표지 사용행위가 혼동초래행위에 해당하는지 여부를 살펴보는 것이 법리적, 구체적으로 타당하고, 권리자의 보호를 도모할 수 있을 것이다.

이 글에서는 (가), (나)목 각 부정경쟁행위의 목적이 무임승차자의 행위를 방지하여 건전한 거래질서를 보호하기 위한 것인 점을 고려하여, 주지성이 국내 일부 지역적 범위 내에서 인정되는 경우에 그 외 지역에서 사칭표지 사용 행위가 발생하는 경우, 법문언과 대법원의 확립된 입장을 종합하여 위 사칭표지 사용 행위 역시 (가), (나)목 각 부정경쟁행위의 혼동초래행위 요건에 해당할 수 있다는 점을 살펴 대상 판결¹, 2에서의 혼동초래행위 성립 여부에 대한 판단기준을 비판적으로 고찰하고, 판단기준의 정립방향을 제시하였다. 이로써 권리자를 보호하고, 사칭자를 보호하는 부당한 결과를 방지하기 위함이다.

〈참고문헌〉

1. 단행본(국내)

- 사법연수원, 부정경쟁방지법, 경성문화사, 2015.
- 송영식, 이상정, 황중환, 이대희, 김병일, 박영규, 신재호, 지적소유권법(하) 제 2판, 육법사, 2013.
- 윤선희, 김지영, 부정경쟁방지법, 법문사, 2012.
- 윤태식, 부정경쟁방지법, 박영사, 2021.

2. 학술지(국내)

- 박봉일, “상표권침해 및 상품주체오인혼동초래행위 형사사건에 관한 연구”, 「法曹」, Vol.644, 2010년.
- 세종대학교, “부정경쟁행위 판단기준 및 행정조사에 관한 연구” [정책연구 과제 결과 보고서], 특허청 (2018. 11. 15.).
- 윤선희, “상표의 유사와 출처의 혼동에 관한 연구”, 「法曹」 Vol. 749, 2021년.
- 이금숙, 박소현, 신혜영, “온라인 정보검색과 음식점 입지에 나타나는 변화: 서울시를 사례로”, 한국경제지리학회지 제23권 제1호, 2020년.
- 정태호, “팝업광고와 영업주체혼동초래행위의 관계에 관한 비판적 고찰”, 「원광법학」 제28집 제4호, 2012년.
- 조영선, “美國 判例法上 商標의 誤認, 混同 判斷”, 「法曹」, Vol.577, 2004년.
- 조영선, “美國 判例法上 商標의 誤認, 混同 判斷”, 「法曹」, Vol.578, 2004년.
- 최승재, “부정경쟁방지법상 혼동가능성의 판단 기준 시점”, 「IP Policy 지식재산정책」, 제14호, 2013년.

3. 판례(국내, 일본)

- 대법원 1976. 2. 10. 선고 74다1989 판결.
- 대법원 1980. 12. 9. 선고 80다829 판결.
- 대법원 1981. 9. 22. 선고 81도649 판결.
- 대법원 1994. 5. 9.자 94마33 결정.
- 대법원 1995. 7. 14. 선고 94도399 판결.

대법원 2002. 2. 26. 선고 2001다73879 판결.

대법원 2007. 4. 27. 선고 2006도8459 판결.

서울동부지방법원 2007. 5. 18. 선고 2006가합15289 판결.

대법원 2009. 4. 23. 선고 2007다4899 판결.

대법원 2012. 12. 13. 선고 2011도6797 판결.

특허법원 2021. 7. 16. 선고 2021나1060 판결.

最判昭和58·10·7民集第37卷8号1082頁.

〈국문 초록〉

이 글은 하급심 판결례 2건을 중심으로 국내 일부 지역에서 주지하다고 인정되는 상품 또는 영업표지를 사칭한 표지가 위 지역 외에서 사용되는 경우, 지역적 범위의 차이로 인하여 해당 사칭표지 사용행위가 혼동초래행위에 해당하지 않는다는 취지의 판단이 타당한지 여부를 살펴보고, 판단기준 정립 방향을 제안하기 위한 목적으로 작성되었다.

대법원은 일반 수요자의 혼동 가능성을 중심으로 혼동초래행위 성립 여부를 판단하는데, 기존 견해나 판례는 상품이나 영업을 다른 지역으로 확산되는 성질을 가졌는지 여부를 기준으로 판단하여 혼동초래행위의 발생지역이 주지성 인정 지역과 동일하여야 하므로, 위 대법원의 입장에 부합한다고 보기 어렵다.

이와 관련하여, 이 글은 첫째, 혼동초래행위 성립 여부는 일반 수요자의 혼동 가능성을 중심으로 판단하는 것이 타당하고, 둘째, 상품이나 영업을 지역적 확산성을 기준으로 혼동초래행위 성립 여부를 판단하는 것의 부당성을 살펴보고, 셋째, 대법원의 입장의 연장선상에서 법리적으로 타당한 판단기준을 제안하여, 그에 따른 구체적인 정립 방향과 기대이익을 살펴보았다.

주제어: 부정경쟁, 혼동초래행위, 일반 수요자 인식, 표지, 주지성

〈Abstract〉

A critical review of the criteria for
determining whether or not a
confusion-causing act is established outside
some areas where publicity is recognized

Byungju, Chun^{*}

The purpose of this article is to examine whether it is reasonable to judge whether the use of the impersonated sign does not constitute a confusing act due to regional differences when a product or business mark is used outside of the region which impersonated sign used.

The Supreme Court judges confusion is established based on the possibility of confusion among general consumers, but existing views or judicial precedents judges based on characteristics of products or business whether spreads to other regions. Therefore it is difficult to say that they are consistent with the Supreme Court's position.

In this regard, this article checks up, first, it is reasonable to judge whether an act of confusion exists based on the possibility of confusion among general consumers; second, it examines the unfairness of judging whether an act of confusion is established based on the

^{*}DKLPartners Law Office Venture Investment/M&A Team Partner Lawyer.

regional spread of a product or business; and third, As an extension of the Supreme Court's position, legally valid judgment standards were proposed, and the specific direction of establishment and expected benefits.

Key Words: Unfair Competition, Confusion, General Consumer Perception, Mark, Widely-Known

