

상표 유사성 판단의 비대칭성

류 시 원*

◆ 목 차 ◆

- I. 서론
- II. 상표법상 ‘유사’ 개념의 지위와 판단구조
 - 1. 법률요건으로서의 ‘유사’
 - 2. 판례상의 유사성 판단구조
 - 3. 혼동가능성과의 관계
- III. 유사와 혼동에 관한 심리학 연구개관
 - 1. Tversky의 ‘비대칭적 유사성’ 연구
 - 2. 유사성 판단작용에 관한 그 밖의 연구
 - 3. 정리
- IV. 상표 유사성 판단의 비대칭성
 - 1. 상표법과 심리학에서의 ‘유사’ 개념의 이동(異同)
 - 2. 상표 유사성 판단에 비대칭성이 작용하는 원리
 - 3. 소결
- V. 비대칭적 유사성 모델의 유용성
 - 1. 표지법 규정체계의 한계 극복의 단서
 - 2. 결합상표의 유사성 판단의 정밀화 도구
 - 3. 증명력 평가의 수단
 - 4. 기술 발전에 따른 활용가치
 - 5. 향후 연구과제
- VI. 결론

* 법무법인 세종, 변호사.

I. 서론

지적재산권법 체계에서 ‘유사성’은 매우 빈번하게 차용되는 개념이며, 특히 상표법에서는 상표의 등록요건과 등록상표의 보호범위 등을 결정하는 중심적 역할을 수행한다. 상표의 유사 여부 판단은, 현실 속에서 판단자인 특허청 심사관 또는 법관에 의해 수행되는 모습으로 나타나지만, 내용면에서는 가상의 주체인 일반 수요자나 거래자의 내면에서 이루어지는 심리적 연상작용의 결과를 기술하는 과정으로 평가된다.¹⁾ 이와 같이 가상의 판단주체를 설정하고 그 내심의 의사를 추적해가는 단계를 거친다는 점에서 상표의 유사 여부 판단은 그 방법과 기준을 객관화하는 데에 있어 일정한 한계가 있다.

그럼에도 불구하고 상표 유사 여부 판단의 객관적 방법론을 정립하는 것은 유사성이 상표법에서 갖는 중추적인 역할을 고려할 때 포기할 수 없는 과제다. 대법원은 이러한 한계를 극복하고 객관성과 타

1) 유영선, “상표의 유사 여부 판단 실무에 대한 비판적 고찰”, 특허소송연구(제5집), 특허법원, 2011, 310면에서는 상표 유사 여부 판단이 근본적으로 ‘수요자의 심리 내지 내심의 의사’라는 다소 모호하고 추상적인 사항을 파악하는 것이라고 적고 있으며, 비슷한 취지로 윤태식, “상표법상 상표의 유사 여부 판단에 관한 연구”, 사법논집(제59집), 법원도서관, 2015는 상표법에서의 상표 유사 여부 판단이 ‘수요자 등이 상표에 대해 가지는 인상(이미지)’ 여부 등에 따라 결정된다거나(156면), 거래당사자가 ‘자기가 기억하고 있는 심리적 영상에 의하여 이격적으로 상표의 이동(異同)을 판단하게 되는 것’이라고(203면) 기술한다. 한편 박준석, “판례상 상표의 동일·유사성 판단기준”, 사법논집(제39집), 법원도서관, 2004, 469면은 출처의 혼동에 관해 ‘본질적으로 소비자들의 마음속에서 일어나는 심리상태에서 출발하는 개념’이라고 하고 있다. 대법원도 상표 유사 여부의 판단작용에 관해 설시할 때에 ‘인상’, ‘기억’, ‘연상’, ‘직관적 인식’ 등 심리적 기제를 뜻하는 용어를 활용하고 있다(대법원 2011. 12. 27. 선고 2010다20778 판결; 대법원 2013. 3. 14 선고 2010도15512 판결 등 참조).

당성을 겸비한 유사성 판단기준을 제시하기 위해 다양한 법리를 발전시켜 왔다. 상표법의 목적을 고려해 출처의 혼동가능성을 상표 유사성 판단의 중요한 기준으로 삼는 것이 대표적인 예이고, 그 밖에도 전체관찰과 분리관찰의 방법론, 식별력에 기초한 요부 판단, 구체적 거래실정의 고려 등의 도구가 개발되었다.

나아가 최근에는 표장의 주지성이나 지리적 명칭의 현저성 외에 상표의 유부 판단에 있어서도 소비자 설문조사 등의 증거방법을 보다 적극적으로 활용해 판단 근거의 객관성을 담보하려는 시도가 이루어지고 있다. 그러나 통용되는 유사성 판단 법리는 여전히 매우 추상적이고, 이를 뒷받침하는 실증적·과학적 근거의 규명도 아직 충분하게 이루어졌다고 하기 힘들다. 이에 따라 특정 사안에서 상표 유사 여부에 관해 어떠한 판단이 내려질지를 예측하는 것은 법 실무가에게 매우 어려운 일에 속한다.

이 글에서는 위와 같은 한계 상황을 극복하기 위한 하나의 방안으로, 심리학의 연구성과를 참고해 판례와 학설들이 당연하게 전제하고 있는 ‘유사성의 대칭적 관계’에 의문을 제기하고, 가능한 대안적 관점을 모색하고자 한다. 상표 유사 여부의 판단은 보편적 인간(군)의 심리작용을 평가하는 것을 내용으로 하는바, 규범적 요소가 가미된 평가라 하더라도 그 평가결과의 타당성을 담보하기 위해서는 인지심리학이나 행동심리학 분야의 과학적 연구를 참고할 필요가 있다는 것이 이 글의 기본적인 시각이다.

심리학 분야의 과학적 연구에 의하면 개체간 유사성 및 개체간 혼동에 대한 인지구조는 방향성과 비대칭성을 특징으로 하는바, 이에서는 상표의 유사성 판단 국면에서 ‘A와 B가 서로 유사한가’가 아니라 ‘A가 B와 유사한가’ 혹은 ‘A가 B로부터 얼마나 다른가’를 따져보아야 한다는 점을 상표법의 성격에 비추어 논증할 것이다. 아울러 이러한 판단구조의 변화가 현행 상표법 실무에서 판단기준의 객관화

에 기여하는 도구로 쓰일 수 있고, 변화하는 현실의 조건 속에서 그 도구적 유용성이 더욱 강조되리라는 전망에 대해서도 살펴본다.

Ⅱ. 상표법상 ‘유사’ 개념의 지위와 판단구조

1. 법률요건으로서의 ‘유사’

상표법에서 상표의 유사성은 다양한 국면에서 법률요건으로 기능한다. 주요 조항을 살펴보면 다음과 같다. 상표법 제34조 및 제35조는, 국가의 국기 및 국제기구의 기장 등, 저명한 국가·공공단체·공익법인 등의 비영리 업무나 공익사업을 표시하는 표장, 박람회의 상패·상장·포장, 선출원에 의한 타인의 등록상표 등, 주지상표나 저명상표 등의 각 비교대상과 동일·유사한 상표, 혹은 선출원 상표와 동일·유사한 상표는 상표등록을 받을 수 없는 것으로 정하고 있다. 상표법 제108조는 타인의 등록상표와 동일·유사한 상표를 그 지정상품과 동일·유사한 상품에 사용하는 행위를 상표권 침해행위로 봄으로써 상표권의 효력범위를 유사범위로 확장하고 있으며, 제53조 및 제58조에서는 동일한 취지에서 제3자가 출원상표와 동일·유사한 상표를 사용하는 경우를 우선심사 개시 및 손실보상청구권 발생의 요건으로 정하고 있다. 그 밖에 등록상표와 동일·유사한 상표의 사용은 상표권의 효력제한사유(제90조), 특허권 등의 존속기간 만료 후 상표사용권(제98조), 선사용에 따른 상표의 계속사용권(제99조)의 각 요건으로 기능하고, 등록상표와 유사한 상표의 사용은 부정사용에 의한 상표등록 취소사유에도 해당하는 등(제119조 제1항 제1, 2호) 상표등록 유지의 요건으로도 작용한다.

2. 판례상의 유사성 판단구조

이와 같이 상표법에서 상표의 유사성은 권리의 발생과 행사 및 유지의 전 사이클에서 핵심 요건으로 기능하는데, 관련 조항들은 모두 ‘...와 (동일·)유사한 상표’의 규정형식을 취하고 있어 판단대상(대상 상표)과 비교대상(기준상표)이 명확히 구분된다. 따라서 판단대상인 상표와 비교대상인 상표를 같은 평면에 놓고 상호 유사성을 따지는 것보다는, 후자에 비해 전자가 얼마나 유사한가를 따지는 것이 규정의 형식에 부합하는 방법으로 보인다.

그런데 우리 판례는 등록요건 판단 시와 권리범위 판단 시를 불문하고 대체로 “양 상표가 유사”하다거나²⁾ “서로 유사”하다고³⁾ 판시하는 등 판단대상과 비교대상의 지위를 구분하지 않고 양자 ‘사이의’ 유사성을 판단하고 있으며, 상표의 외관·호칭·관념을 각각 대비할 때에도 동일한 방법을 따르는 판시가 대중을 이룬다.⁴⁾ 과거부터 최근까지 거의 일관되게 유지되고 있는 이러한 판시형식은 법원이 상표의 유사성에 대칭적 관계가 있음(즉, 유사성 판단에 방향성이 없음)을 당연한 전제로 한다는 사실을 시사한다.⁵⁾ 이러한 전제에 대해

2) 대법원 1991. 4. 26. 선고 90후1772 판결; 대법원 1996. 7. 12. 선고 95후1630 판결; 대법원 1996. 10. 11. 선고 95후1944 판결; 대법원 2002. 4. 12. 선고 2001후683 판결 외 다수.

3) 대법원 1997. 2. 14. 선고 96후924 판결; 대법원 2001. 7. 27. 선고 99후796 판결; 대법원 2003. 5. 30. 선고 2002후2112 판결; 대법원 2010. 12. 23. 선고 2010후2940 판결 외 다수.

4) 대법원 1969. 2. 19. 선고 64후31 판결; 대법원 1994. 5. 10. 선고 94후166 판결; 대법원 1999. 6. 8. 선고 98후577 판결; 대법원 1999. 6. 11. 선고 98후157 판결; 대법원 2018. 6. 15. 선고 2016후1109 판결 외 다수.

5) 미국의 경우 상표법에서 ‘혼동적 유사(confusingly similar)’ 요건을 두고 있으며, 판례상으로 혼동가능성을 판단의 준거로 한다는 점에서 우리나라와 유사하다. 혼동가능성의 판단요소는 연방항소법원별로 조금씩 차이가

의문을 제기하는 학설은 찾아볼 수 없다.

3. 혼동가능성과의 관계

가. 종래의 해석론 및 실무상 판단구조

상표법은 조항에 따라 ‘유사’만 요건으로 삼는 것과, ‘오인 내지 혼동’을 중국적 요건으로 규정한 것(‘유사’를 요건으로 포함한 것과 그렇지 않은 것이 모두 있다)으로 구분된다. 등록요건과 권리범위 확정에 관한 조항은 전자에 속하고, 취소사유를 규정한 제119조는 후자에 속한다. 이 중 전자의 경우 법문상 ‘유사’만이 명시되어 있지만, 상표의 유사 여부는 ‘상품 출처의 혼동 여부’를 기준으로 판단해야 한다는 것이 대법원의 확립된 판례이며 통설도 같은 견해다.⁶⁾ 이러한 해석은 상표법의 목적 및 출처 식별표지로서의 상표의 본질적 기능을 고려한 것으로 평가되고, 이에 따라 상표의 유사 여부 판단은 상표 외형만을 기준으로 한 사실적 판단이 아니라 규범목적이 고려된 법률적 평가 내지 합목적적·가치론적 판단 과정으로 여겨진다.⁷⁾

있지만, 대체로 ① 표지의 유사성, ② 상품 또는 서비스의 유사성, ③ 유통 경로, ④ 표지의 식별력의 강도 등을 포함한다고 한다. 윤선희, “상표의 유사와 출처의 혼동에 관한 연구 - 판단주체 및 판단시점의 확장을 중심으로”, 법조(제704호), 법조협회, 2015, 98-100면 참조.

6) 전효숙, “상표와 상품의 동일·유사”, 재판자료(제57집), 법원행정처, 1992, 92면; 유영선, 앞의 논문, 312면; 윤선희, 앞의 논문, 96면; 강동세, “상표의 유사 여부 판단에 있어서의 ‘분리관찰’의 문제점”, 법조(제601호), 법조협회, 2006, 101면.

7) 유영선, 앞의 논문, 312면; 윤태식, 앞의 논문, 160면; 윤선희, “상표의 유사 여부 판단을 위한 일반적 판단기준 및 판단방법의 검토 - 상표법 및 부정경쟁방지법의 관련 판례를 중심으로”, 인권과 정의(제347호), 대한변호사협회, 2005, 102면; 송영식 외, 「송영식 지적소유권법(하)(제2판)」, 육법사, 2013, 240면.

혼동가능성을 유사성 판단의 주요 기준으로 삼는 점에서 우리 판례 및 실무례는 미국 상표법상의 ‘혼동적 유사(confusingly similar)’ 요건⁸⁾에 근접한 것으로 보인다.

그런데 이처럼 상표법의 법문과 판례에서 주요 개념으로 등장하는 ‘유사’와 ‘혼동’은, 형식과 실질, 정적 사실과 동적 사실, 혹은 대상의 속성과 현상적 속성이라는 점에서 이질적 측면을 가지므로 두 개념의 관계에 대해 견해가 대립한다. 지배적인 견해는 상표법상 상표의 ‘유사’는 등록상표의 권리범위 부동화와 상표의 간이신속한 정형적 보호를 피하기 위한 상표 보호범위 측정의 추상화된 기술적 기준으로서 독자적 의의가 있다고 하여 이를 ‘혼동’ 개념과 구별하고 있다.⁹⁾ 이에 반해, 상표의 유사 여부는 결국 혼동 여부에 의해 결정되므로 두 개념을 구별하건 동일하게 보건 결론이 다르지 않다면서 양자를 실질적으로 동일한 개념으로 파악함이 옳다고 주장하는 견해가 있고,¹⁰⁾ 우리 판례가 상표법상 ‘유사’ 개념과 ‘혼동’ 개념의 구별을 명백히 부정한다는 평가를 바탕으로 두 개념 구분에 관한 이론적 논란의 실익이 크지 않다고 보는 다른 견해도 있다.¹¹⁾

한편 혼동가능성은 실무상 판단구조의 면에서 유사성과 큰 차이가 없는 것으로 보인다. 판례는 혼동가능성 판단 시에도 대부분 “양 상표를 각 지정상품에 (함께 혹은 다 같이) 사용할 경우”의 상품 출처의 오인·혼동 우려를 따지고 있는 것이다.¹²⁾ 이로부터 유사성 판단에서의 대칭적 구조가 혼동가능성의 판단에서도 동일하게 유지됨을

8) 35 U.S.C. §§1114(2), 1125(d)(1).

9) 송영식 외, 앞의 책, 240-241면.

10) 유영선, 앞의 논문, 314-315면.

11) 윤선희, 앞의 논문(각주 7), 105-106면.

12) 대법원 1991. 10. 25. 선고 91후400 판결; 대법원 1998. 5. 22. 선고 97후 2026 판결; 대법원 2001. 4. 13. 선고 98후1006 판결; 대법원 2003. 4. 25. 선고 2000다64359 판결; 대법원 2013. 1. 16. 선고 2011후3322 판결 외 다수.

알 수 있다. 즉, 두 상표가 시장에서 동시에 사용되는 상황을 전제하고서, 그 경우 일방이 타방에 주는 혼동과 그 반대 방향의 혼동을 구분하지 않고 ‘상호간’ 혼동의 가능성을 판단하는 형식을 취하고 있다.¹³⁾ 요컨대 판례와 현행 실무는 상표의 ‘유사’와 ‘혼동’의 판단에서 공히 대칭적 구조를 견지하는 것으로 보인다.

나. 혼동의 층위 및 상호관계

상표법상 ‘유사’와 ‘혼동’은 서로의 판단에 있어 밀접하게 상호작용하는 관계에 있다. 그런데 상표법상의 ‘혼동’은 상표가 사용된 상품에 관한 혼동, 즉 그 상품의 품질 또는 출처에 대한 수요자나 거래자의 혼동¹⁴⁾을 가리키는 것이며, 인식과 판단의 객체인 상표 자체에 대

13) 대법원 1996. 7. 30. 선고 95후1821 판결은 거래사회에서 수요자들에게 상품의 품질이나 출처에 관하여 오인·혼동의 염려가 없을 경우에는 “양 상표가 공존하더라도” 수요자 및 거래자 보호에 지장이 없어 그 상표의 등록을 금지하거나 무효라고 할 수 없다고 판시함으로써 이러한 관점을 분명히 드러냈다.

14) 이 글에서 ‘혼동’은 주로 상표법 제34조 제1항 제11호 및 제12호 등의 경우 외에 상표권 침해 등의 국면에서 적용되는 상표법상의 일반적인 혼동 개념, 즉 흔히 ‘협의의 혼동’으로 지칭되는 상품의 품질이나 출처에 관한 혼동을 의미한다. 이와 달리 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 “부정경쟁방지법”) 제2조 제1호 가목 및 나목의 ‘혼동’은 상품 주체나 영업주체 간에 계약이나 후원관계 등 경제상·조직상 일정한 관계가 있는 것으로 혼동하는 것을 가리키는 ‘광의의 혼동’의 의미로 이해된다(서울지방법원 2003. 8. 7. 선고 2003카합1488 판결 등 참조). 부정경쟁방지법의 위 규정들에서 ‘혼동’을 표지의 ‘유사’와 별개의 요건으로 정하고 있음을 고려할 때 이러한 광의의 혼동에 있어서는 유사성과 혼동가능성의 판단이 상호 견련되어 있다고 단정하기 어렵고, 양 표장을 사용하는 주체 간의 관계 유형이 매우 다양할 수 있기 때문에 그 관계에 대하여 특정한 방향성을 전제하기도 어렵다. 그러므로 이 글에서의 유사성 판단의 비대칭적 구조에 관한 논의를 광의의 혼동의 경우에까지 확장하

한 혼동을 뜻하는 것이 아니다.¹⁵⁾ 이 점에서 상표법상의 혼동은 관찰 대상 자체의 동일성에 관한 혼동과는 개념상 구별된다.

이와 같은 혼동의 층위는 상표법상 ‘혼동’과 ‘유사’의 관계를 규명하는 데에도 참고가 된다. 즉, 혼동의 층위를 인식대상 자체에 대한 혼동(개체간 혼동)과 그것이 사용된 맥락에 관한 혼동(출처 등의 혼동)으로 구분할 때, 전자의 혼동이 발생하는 경우 후자의 혼동이 유발되리라는 점은 경험칙상 명백하다. 반면 출처 등의 혼동이 발생하는 데에는 반드시 개체인 표장 자체의 동일성에 관한 혼동이 요구되지 않는 것으로 볼 여지가 있는데, 표장의 유사도가 표장 자체의 동일성 인식에 있어 혼동을 불러올 정도로 높지 않더라도 전체적·이격적 관찰에 의할 때 동일한 출처를 표상하는 것으로 인식될 가능성은 배제할 수 없기 때문이다. 이처럼 개체간 혼동과 출처 등의 혼동 사이의 인과관계는 개체의 유사도 수준에 따라 존재할 수도 있고 그렇지 않을 수도 있는바, 위 두 혼동 층위 사이의 관계는 후자가 전자를 포함하는 관계 내지는 소정의 개체 유사도 수준을 한계값으로 하는 제한적 범위의 인과관계로 치환하여 관념할 수 있겠다.¹⁶⁾

후술하는 바와 같이 심리학에서 혼동 확률 내지 식별 혼동의 가능성은 개체의 유사성을 측정하는 대표적인 지표로 여겨진다. 그러므

기는 곤란하다고 본다.

- 15) 김동규, “저명상표의 혼동가능성과 명성이용에 관한 연구”, 고려대학교 석사학위 논문, 2012, 25면. 동일한 견지에서 상품의 출처에 대한 혼동을 주제로 하는 상표법상의 혼동이론이 디자인 물품에 대한 혼동을 의미하는 디자인보호법상의 혼동과 구별된다고 보는 견해로는 안원모, “유럽 공동체디자인 제도에서의 전체적 인상의 대비방법과 우리 실무에 주는 시사점”, 인권과 정의(제468호), 대한변호사협회, 2017, 88-89면 참조.
- 16) 이 글은 두 혼동 층위의 관계를 규명하는 것을 목적으로 하지 않으므로 구체적인 논의는 생략한다. 이 주제에 관한 보다 세밀한 연구는 과학적 방법에 의하여야 할 것이다.

로 개체간 혼동의 층위에서는 ‘유사’와 ‘혼동’이 인지적 자극-반응의 쌍으로 이루어진 단일한 구조적 심리작용을, 전자는 대상의 측면에서, 후자는 결과의 면에서 기술한 것에 불과하여 양자가 사실상 표리관계를 이루고 있는 것으로 볼 수 있다. 반면 상표법상 개념인 ‘출처 등의 혼동’은 표장의 유사성과의 사이에서 표리관계나 비례적 관계 혹은 직접적 인과의 관계를 맺고 있다고 단정하기에 개념상 거리가 있고, 혼동이론에 따라 규범적 맥락에서 상호작용하는 관계 정도로 파악함이 옳다고 본다.

따라서 뒤에서 소개하는 심리학적 주제로서의 ‘혼동’을 상표법상의 ‘출처 등의 혼동’으로 등치시켜 이해하는 것은 적절치 않다. 이 글에서 비대칭성 내지 방향성을 ‘혼동’과 관련지어 설명할 경우, 그 직접적인 대상은 주로 ‘개체간 혼동’이라는 점을 유념하여야 한다. 다만, 개체 유사도가 소정 수준에 미치지 못하여 개체간 혼동이 출처 등의 혼동의 직접적 원인으로 작용하지 않는 경우에도, 두 혼동 층위 사이에는 일정한 수준의 상관관계(correlation)가 인정될 여지가 있고, 이 점에서 양자의 구별은 출처 등의 혼동에서 비대칭적 구조가 재현될 가능성을 배제하는 것은 아니다.¹⁷⁾

한편, 이 글에서 다루는 유사 내지 혼동의 방향성은 상표법 이론상의 순혼동/역혼동의 구별과는 논의의 차원을 달리한다는 점이 지적될 필요가 있다. 상표법 이론에서의 순혼동과 역혼동은 대비의 대상인 선행상표와 후행상표의 순서가 고정된 상태에서 각 상표사용주체의 사업력과 사업범위, 광고선전의 규모와 집중도 및 기간 등에 따라 누구의 상품을 누구의 상품으로 혼동하는가 하는 혼동 발생의 방향

17) 오히려, 그 상관관계에 비추어 상표의 비대칭적 유사성에도 불구하고 출처 등의 혼동에 있어서는 대칭적 구조가 재현된다는 과학적 발견이나 출처 등의 혼동에 있어 대칭적 구조를 정당화하는 규범 목적이 제시되기 전까지는 출처 등의 혼동에 있어도 비대칭적 구조가 발현될 것으로 추정하는 것이 합리적이다.

에 따른 구별이다. 반면 이 글에서 논의하는 유사 내지 혼동의 방향성은 대상 상표들의 비교 순서에 따라 나타나는 인지과정의 비대칭성을 가리키는 것이다. 반복하자면, ‘A가 B와 비교하여 얼마나 유사한지(similarity of A to B)’와 ‘B가 A와 비교하여 얼마나 유사한지(similarity of B to A)’가 다르고, ‘A가 B로 혼동되는 정도’와 ‘B가 A로 혼동되는 정도’는 다르다는 것이 이 글에서 말하는 비대칭성이다.

Ⅲ. 유사와 혼동에 관한 심리학 연구 개관

1. Tversky의 ‘비대칭적 유사성’ 연구

유사성은 ‘같음’, ‘다름’과 함께 인간의 인식을 주제로 하는 철학과 심리학에서 중요한 위치를 차지해 온 개념이다. 전통적으로 두 대상 간의 유사성 척도는 유클리드 평면상의 두 점 사이의 거리로 모델링되어 왔다.¹⁸⁾ 이 모델에서는 어느 한 점으로부터 다른 점까지의 거리가 반대 방향으로 측정한 거리와 동일하므로 유사성은 비교의 순서나 방향과 관계없이 동일한 값을 갖는 것으로 여겨졌다. 즉, 대칭적 관계 혹은 무방향성이 전제되었다.

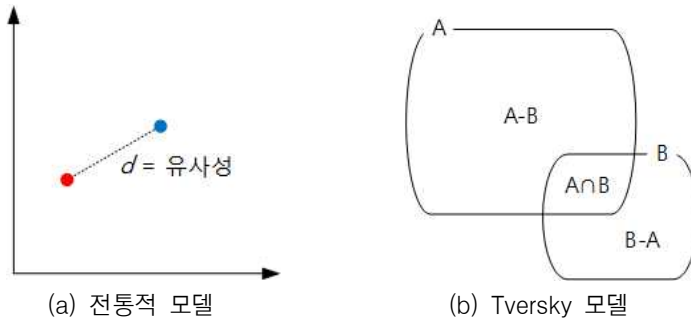
그러나 이스라엘의 심리학자 Amos Tversky는 1977년에 발표한 “유사성의 특징들(Features of Similarity)”이라는 제목의 고전적 논문¹⁹⁾을 통해 이러한 전통적 관점 및 유사성 모델에 도전하면서, 인간의 유사성 판단이 비대칭성과 방향성을 가진다고 주장했다. Tversky

18) 이를 ‘기하학적 모델(geometrical model)’ 혹은 ‘거리-기반 모델(distance-based model)’이라고 한다.

19) Amos Tversky, “Features of Similarity”, *Psychological Review*, Vol.84, No.4, 1977, pp. 327-352.

의 연구는 우리가 “타원은 원을 닮았다”라고 말하지 “원은 타원을 닮았다”고 하지 않고, “북한이 중국²⁰⁾과 유사하다”는 말을 “중국이 북한과 유사하다”는 말보다 더 자연스럽게 받아들이는 일반적 경향이 있다는 매우 직관적인 예로 대표된다. 그는 유사성의 서술방식을 비대칭적으로 ‘선택’하는 것이 유사성 ‘판단’의 심리적 비대칭성을 시사한다는 점을 여러 사례연구를 통해 실험적으로 논증했다.²¹⁾ A와 B를 제시하면서 ‘A는 B와 유사한가’를 물었을 때와 ‘B는 A와 유사한가’를 물었을 때의 응답이 통계적으로 유의미한 차이를 보였다는 것이 대표적인 예다.²²⁾

〈그림 1〉 유사성 척도의 수학적 모델



-
- 20) Tversky는 당시의 표기에 따라 “중공(Red China)”이라는 용어를 쓰고 있지만, 여기서는 현재의 명칭인 “중국”으로 대체하였다.
- 21) Tversky는 그룹을 대상으로 하는 설문조사를 직접 실시하거나 다른 연구자의 기존 데이터를 활용하였다. 구체적으로는, 국가명, 기하학적 도형, 블록문자, 모리스 부호 신호, 색상, 선의 방향, 수(number) 등을 대상으로 유사성 판단의 경향성을 평가하였다(Tversky, 앞의 논문, pp. 333-338).
- 22) 나아가 Tversky는 위와 같은 비대칭적 서술을 ‘A와 B는 (서로) 유사한가’라는 대칭적 서술과도 구별하고 있다. Amos Tversky & Itamar Gati, “Studies of Similarity”, Edit. by E. Rosche & B. Lloyd, Cognition and Categorization, Lawrence Elbaum Associates, 1978, p. 85.

Tversky는 두 대상간 유사성에 관한 심리작용을 전통적인 기하학적 모델에서 일련의 특징들(features)로 구성된 집합(set) 모델로 대체하면서, A와 B가 공유하는 특징($A \cap B$) 외에 A가 B와 공유하지 않는 특징($A-B$)과 B가 A와 공유하지 않는 특징($B-A$)이 각각 유사성 판단에 방향적으로 영향을 미치기 때문에 유사성 판단이 비대칭적 결과를 낳는다고 해석했다. 그는 더 두드러진(salient, prominent) 특징을 가진 객체와 비교하여 그보다 덜 두드러진 특징을 갖는 객체가 얼마나 유사한지를 물었을 때가 물음의 순서를 바꿨을 때보다 더 유사하게 인식되는 것이 위와 같은 이유 때문이라고 설명했다.²³⁾

Tversky의 연구에서 또 한 가지 흥미로운 점은 개체간 유사성 판단의 심리작용을 혼동 확률(confusion probabilities)의 수치로 설명하면서, 혼동 확률도 유사성 판단과 마찬가지로 흔히 비대칭성을 보임을 지적하고 있다는 점이다.²⁴⁾

2. 유사성 판단작용에 관한 그 밖의 연구

유사성에 관한 Tversky의 연구는 이후 심리학, 인지과학, 행동경제학, 컴퓨터사이언스 등 여러 분야의 학술연구에 큰 영향을 미쳤고, 유사성이 비대칭적이라는 명제는 이제 확립된 원칙의 지위를 갖는다고 한다(“it has the status of the received doctrine”²⁵⁾). Tversky(1977)

23) 앞의 예로 돌아가 보면, 원/중국이 타원/북한보다 더 현저하고 대표성 있는(즉 두드러진) 특징들을 많이 포함하고 있기 때문에 원/중국과 비교하여 타원/북한이 얼마나 유사한지를 물었을 때가 그 반대 방향의 유사도를 물었을 때보다 더 유사한 것으로 인식된다는 것이다.

24) 여러 쌍의 블록 문자를 서로 다른 피실험자 그룹에게 좌우 배치를 바꾸어 제시하면서 혼동 확률을 측정한 실험결과에 관해서는 Tversky, 앞의 논문, pp. 335-336 참조.

25) Lieven Decock & Igor Douven, “Two Accounts of Similarity

논문이 발표된 뒤로 그의 이론에 조용하여 여러 견해들이 제시되었으나, 이러한 다른 견해들도 유사성 판단이 비대칭적으로 나타나는 경험적 논증에 대해서는 부정하지 않고, Tversky의 수학적 모델에 도전하거나 Tversky의 모델을 보완하는 것을 주제로 삼는 연구들이 대부분이다. 즉, 비대칭성의 결과를 어떠한 모델을 통해 ‘설명’할 것인지가 이후 전개된 연구의 주요 방향을 이루는 것으로 보인다.

예를 들어, Krumhansl은 1978년에 발표한 논문²⁶⁾에서 밀도(density)라는 요소를 도입해 기하학적 모델로 유사성 판단의 비대칭적 결과를 설명하는 관점을 제시했는데, Krumhansl에 따르면 심리적 공간에서 어떤 개념이 위치하는 영역의 밀도에 따라 주변 개념과의 유사성의 정도가 달리 표현될 수 있다고 한다. 즉, 밀도가 높은 영역에서는 개념간 유사성이 크게(거리가 길게) 나타나고, 밀도가 낮은 영역에서는 유사성이 작게(거리가 짧게) 나타날 수 있다는 것이다. Krumhansl은 Tversky의 1977년도 논문에서 제시된 비대칭성의 경험적 증거를 인용하면서, 거리-밀도 모델로 이 현상을 설명할 수 있다고 주장했다.²⁷⁾

Nosofsky는 1991년에 발표한 논문²⁸⁾을 통해 기하학적 모델을 변용한 Holman(1979)의 모델을 이용하면 비대칭적 유사 판단 결과를 Tversky 모델보다 더 잘 설명할 수 있다고 주장했다. 그는 Tversky의 ‘유사성’을 ‘인접성(proximity)’이라는 용어로 대체하면서 이를 대칭

Compared”, Edit. by A. Hieke & H. Leitgeb, Reduction, Abstraction, Analysis, Ontos Verlag, 2009, p. 388.

26) Carol L. Krumhansl, “Concerning the Applicability of Geometric Models to Similarity Data: The Interrelationship between Similarity and Spatial Density”, *Psychological Review*, Vol. 85, No. 5, 1978, pp.445-463.

27) Krumhansl, 앞의 논문, pp. 451-454.

28) Robert M. Nosofsky, “Stimulus Bias, Asymmetric Similarity, and Classification”, *Cognitive Psychology*, Vol. 23, 1991, pp. 94-140.

적 유사성 함수와 차등적 편향(differential bias) 함수의 조합으로 등식화하였다. 그러나 ‘대칭적 유사성’이라는 용어 선정에도 불구하고 Nosofsky는 결국 Tversky의 실험에서 나타난 비대칭적 결과를 더 일반적 설명으로 대체하고자 시도한 것이어서, 그의 연구는 ‘비대칭적 유사성 척도를 방향성 함수를 도입해 설명한 것’²⁹⁾이라거나 ‘비대칭성을 고려한 기하학적 유사성 모델’³⁰⁾이라고 평가된다. 참고로 Nosofsky는 ‘식별 혼동(identification confusion)’, 즉 A를 B로 인식하거나 B를 A로 인식하는 오류의 비대칭적 경향성에 관한 수학적 논의를 Tversky(1977)에 이어 본격적으로 전개하고 있는데, 이는 심리학에서도 유사 판단의 문제와 개체간 혼동의 문제가 밀접하게 관련되어 있음을 시사한다.

스웨덴 룬트대학의 Johannesson은 1999년도 논문³¹⁾에서 Tversky의 모델을 변형한 상대적 현저성 모델(relative prominence model)을 Nosofsky의 유사성 선택 모델(similarity choice model)이나 대칭적 모델인 평균값 모델(average model)³²⁾을 비롯한 여러 수학적 모델과 비교한 실험결과를 제시했다. 그는 다양한 객체를 대상으로 실험을 진행하여 비대칭적 모델에 해당하는 상대적 현저성 모델이 다른 모델들에 비해 유사도와 식별 혼동 등에 있어 더 정확한 예측값을 갖는

29) Albert B. Duran, Emmanuel M. Pothos, James M. Yearsley, James A. Hampton, Jerome R. Busemeyer & Jennifer S. Trueblood, “Similarity Judgments: From Classical to Complex Vector Psychological Spaces”, Edit. by E. Dzhamov, R. Zhang, S. Joardan & V. Cervantes, Contextuality: from Quantum Physics to Psychology, World Scientific, 2015, p. 399.

30) Mikael Johannesson, “Modelling Asymmetric Similarity with Prominence”, *Lund University Cognitive Studies*, Vol. 55, 1997, p.1.

31) Johannesson, 앞의 논문, pp. 1-8.

32) ‘A로부터의 B의 유사도’와 ‘B로부터의 A의 유사도’의 산술평균을 구하는 방식이라고 설명된다.

다는 것을 확인했다. 이 실험결과에서 특히 주목할 부분은 대칭적 유사성 모델인 평균값 모델이 다른 비대칭적 유사성 모델들에 비해 예측 오차가 현저히 컸다는 것이다. 이와 같이 Tversky 이후의 여러 이론적·실험적 연구를 통해 대칭적 유사성이라는 관점은 유효한 전제로 인정되기 어렵다는 점이 확인되고 있다.³³⁾

그 밖에도 여러 다양한 수학적 모델들이 제시되었고, 최근에 주목받고 있는 이론으로는 유사성을 고전적 확률론에 따라 결합확률(joint probability)로 표현한 것, 양자확률론(quantum probability theory)에 기초한 양자적 유사성 모델(quantum similarity model)에 관한 연구 등이 있다. 이러한 새로운 모델들도 유사성의 비대칭성을 이론적으로 ‘재현(reproduce)’하는 것을 목표로 한다는 점에서 공통된다.³⁴⁾

3. 정리

앞서 인용한 1977년도 논문에서 Tversky는 전통적 모델에 대해 대칭성 외의 다른 측면에서도 문제를 제기했다. 즉 (1) 비교의 대상을 무엇으로 삼든 그 유사성 판단결과는 동일한 최소의 값으로 나타나야 한다는 최소성(minimality) 가설, (2) A와 B의 유사성 척도(거리)는 제3의 대상인 C로부터의 A 및 B까지의 각 거리의 합보다 클 수 없

33) Duran et al., 앞의 논문, p. 418에서는 유사성에 관한 여러 수학적 모델의 연구를 회고한 뒤에 다음과 같이 적고 있다. “나아가, 유사성의 비대칭성 및 기타 연관된 효과들이 어떻게 실증되는지와 관련 있는 다양한 방법론적 측면에 대한 광범위한 연구가 있었다. 그러나 주목할 점은, 대부분의 연구자들이 현재 이러한 효과들 대부분을 현실로 받아들이고 있다는 점이다.”

34) Duran et al., 앞의 논문, pp. 401-427.

다는 삼각 부등성(triangle inequality) 가설, (3) 두 개체간 유사성 판단결과는 다른 개체들이 구성하는 비교의 맥락, 즉 그룹화(grouping) 양상과 무관하게 일관되어야 한다는 진단성(diagnosticity) 가설 등에 따른 예측이 실제 실험결과와 배치된다고 지적한 것이다.³⁵⁾ 이러한 지적은 인간의 유사성 판단이 비교의 대상들을 평면 위의 점으로 나타내고 두 점 간의 절대 거리를 측정하는 단순화된 모델에 의해 설명되지 않는 복합적·중층적 심리작용임을 시사한다. 유사성을 대칭적 거리로 모델링하는 전통적 관점은 우리의 직관에 부합하지만, 어떠한 예측이 더 직관적이라고 하여 반드시 과학적 진실에 더 가까운 것은 아니다. 우리의 전통적 상표 유부 판단의 법리도 유사성의 대칭적 관계라는 직관적 관점에 깊이 뿌리내리고 있는 것으로 보인다.

IV. 상표 유사성 판단의 비대칭성

1. 상표법과 심리학에서의 ‘유사’ 개념의 이동(異同)

앞서 개관한 바와 같이 심리학의 영역에서 유사성 판단의 비대칭적 구조는 실험적 방법을 통해 반복적으로 검증된 과학적 사실로 받아들여지고 있다. 다만 심리학에서 다루는 유사성은 대상에 대한 가치중립적 판단이라는 점에서 출처의 혼동 방지라는 법 목적의 고려에 따른 규범성이 가미된 상표법상의 상표 유부 판단과 구별된다. 또한 심리학 연구에서는 유사성의 척도를 연속된 값으로 파악하는 데 반해, 상표법상의 유사 여부 판단은 출처 혼동가능성을 기준으로 법

35) Tversky, 앞의 논문, p.328. Tversky의 연구결과에 대한 요약은 Duran et al., 앞의 논문, p. 396 참조.

적으로 유사하다고 평가되는 수준과 그렇지 않은 수준 간의 경계를 구획하는 것이라는 점에서도 차이가 있다.

그러나 규범 판단이 과학적인 태도를 포기하지 않는 이상 타 분과의 과학적 성과를 배격하는 일이 정당화되기 어려움은 논외로 하더라도, 상표의 유사성 판단이 규범적 영역에 있다는 점은 유사 여부 판단과 개체간 혼동의 비대칭성에 관한 과학적 연구가 가치중립적이라는 사실과 양립 불가하지 않다. 상표법상의 법적 판단은 법문상의 요건인 ‘유사’에 대한 최종 평가를 가리키며, 이는 사실판단을 재료로 하는 것이다. 상표의 외관, 호칭, 관념 등의 유사 여부 판단은 두 상표를 전체적, 객관적, 이격적으로 대비할 때 수요자나 거래자의 내면에서 이루어지는 기억·연상작용에 대한 사실적 평가이며, 출처·품질의 혼동 유무도 인간의 내적 심리작용의 결과로 나타나는 사실상태다. 만약 상표의 유사성에 관한 사실적 판단이 비대칭적 구조를 띤다면 규범적 평가요소인 출처 등의 혼동을 고려하더라도 상표의 유사성에 관한 법적 판단 역시 비대칭적 구조를 반영하리라는 점은 쉽게 예상할 수 있다. 즉, ‘객관적 사실로서의 비대칭성’을 규범적 판단에서 무시할 수는 없는 것이다.

따라서 심리학적 유사성과 상표법상의 상표 유사성 사이에 일정한 간극이 존재한다는 점을 받아들인다고 하더라도, 유사성 판단의 비대칭적 구조에 관한 심리학의 연구성과는 상표 유사성 판단에 참고가 될 여지가 충분하다.

2. 상표 유사성 판단에 비대칭성이 작용하는 원리

가. 판단의 맥락 문제

상표법상 ‘상표의 유사’를 요건으로 하는 규정들은 모두 비교대상

과 판단대상을 구분하고 있다. 출원상표의 경우 선출원상표, 선등록상표 등과, 침해 판단 혹은 부정사용 취소심판에 있어서는 사용상표를 등록상표와 비교하여 유사성을 판단한다. 판단대상이 되는 상표가 있기 전에 비교대상이 되는 상표가 존재하는 상황이 전제된다. 이러한 상황은 유사성이 문제되는 두 상표가 동시에 출현하거나 거의 같은 기간에 걸쳐 사용되고 있는 상황과 구별된다. 다시 말해, A라는 상표가 존재해 오다가 B라는 상표가 비교대상으로 등장하게 되는 상황은 그 반대의 상황과 다른 판단의 맥락(판단 전과 판단 시의 역사적 상황 조성)을 형성하게 되고, 전자의 맥락에서 ‘B가 A와 유사한가’를 판단하는 것은 후자의 맥락에서 ‘A가 B와 유사한가’를 판단하는 것과 같은 결과를 낳는다고 장담할 수 없다.³⁶⁾

참고로 미국 상표소송에서 널리 활용되는 설문조사 기법 중 Exxon Format의 경우 침해 여부가 문제되는 상표(junior mark)를 제시하고 ‘이것을 보았을 때 연상되는 것’을 질문하여 응답자가 등록상표(senior mark)를 언급하는지를 확인하는 구조를 취하며, Eveready Format도 침해 여부가 문제되는 상품(junior product)을 제시한 뒤 ‘누가 이 상품을 만들었다고 생각하는지’ 등을 질문하여 상표권자의 명칭이나 상품이 언급되는지를 확인하는 구조를 취한다.³⁷⁾³⁸⁾ 상표

36) 한편 ‘A와 B가 서로 유사한가’와 같은 대칭적 판단구조는 두 상표가 동시에 출현하거나 거의 같은 기간 사용되어 온 경우이나 가능한 것이므로, 대부분의 상표 유사성 판단의 맥락에 부합하지 않는다.

37) 송재섭, “미국 상표소송에서 설문조사의 활용 현황 분석”, 창작과 권리(제67호), 세창출판사, 2012, 73-74면.

38) 한편 최근에 사용되기 시작한 Squirt Format의 경우 쌍방 당사자의 상표나 상품을 나란히 제시하고 혼동가능성을 묻는 방식을 따르는데, 이 방법은 우리나라의 상표 유사성 판단방법인 ‘이격적 관찰’과 배치된다는 점에서 받아들이기 어렵고, 미국에서도 혼동가능성을 과소평가하게 되는 문제, 두 상품이 동일한 출처에서 나왔을 것이라고 생각하도록 암시하거나 호도한다는 문제 등으로 그 증명력을 인정하는 데 소극적이라고

설문조사에서 등록상표(senior mark) 혹은 상표권자의 상품(senior product)이 아니라 침해 여부가 문제되고 있는 상표나 상품(junior mark/product)을 제시하는 이유는 등록상표가 이미 존재하고 있는 상황이 맥락적으로 전제되기 때문이다. 이러한 상황에서 침해여부가 문제되는 상표 대신 등록상표를 제시하는 것은 ‘A가 B와 유사한가’를 ‘B가 A와 유사한가’로 유사성 판단의 맥락과 방향을 바꾸는 것을 의미하는데, 위의 상표 설문조사 기법에서 응답자에게 제시되는 상표 또는 상품이 등록상표나 상표권자의 상품이 아니라는 점은 상표 설문조사의 실무에서도 유사 여부 판단의 비대칭적 맥락이 고려되고 있다는 사실을 지지한다.

나. 상표의 흡인력 등에 의한 유사범위의 차이

상표는 그 구성이나 주지성, 사용의 기간이나 지역적 범위 등의 사용실태 등에 따라 유사 범위가 달라질 수 있다.³⁹⁾ 상품의 품질과 출처의 동일성을 표상하고 신용을 상징하는 것에 더해 그 자체로 광고·선전의 효과를 지닌 현대적 상표의 속성에 비추어, 특정 상표가 다른 상표에 비해 수요자에게 더 쉽게 각인되고 더 강한 연상력을 지녀 수요자를 더 쉽게 유인 내지 흡인하는 속성은 상표의 ‘흡인력’ 혹은 ‘강도’로 표현할 수 있는데(이하 ‘흡인력 등’이라고 한다),⁴⁰⁾ 이

한다. 송재섭, 앞의 논문, 74-75면 참조.

39) 상표의 유사범위에 영향을 주는 요소에는 수요자의 언어습관이나 상품의 가격·품질·유통구조와 같은 거래실정 등의 다른 인자들이 더 있을 수 있다. 또한 상표의 유사범위는 어느 하나의 요소에 의해 일률적으로 정해지거나 비례적으로 증감한다기보다는 다양한 요소들 각각의 상대적 영향도를 종합하여 판단된다고 보는 것이 더 적절할 것이다(대법원 1996. 7. 30. 선고 95후1821 판결 참조).

40) 선행상표가 수요자의 내면에 오래도록 강하게 각인되는 경우 그와 대비되는 다른 상표가 제시되었을 때 수요자는 쉽게 선행상표를 떠올릴 수

러한 차이는 적어도 부분적으로 상표 유사범위의 상위(廂衛)를 낳을 수 있다.

선행상표가 수요자의 내면에 오래도록 강하게 각인되는 경우, 대비되는 다른 상표가 제시되었을 때 수요자는 쉽게 선행상표를 떠올릴 수 있다. 이와 같은 연상의 용이성은 앞서 언급한 미국의 상표 설문조사 기법에서 혼동적 유사 내지 혼동가능성을 평가하는 데 활용되며, 출처 혼동의 우려를 유사성 판단의 중국적 지표로 삼고 있는 우리 판례에 따르면 상표의 흡인력 등에 의해 형성되는 개별 상표의 유사범위는 결국 품질이나 출처 혼동의 가능성을 고려하여 정해지는 상표의 보호범위를 달리 표현한 것이라고도 할 수 있다.⁴¹⁾⁴²⁾

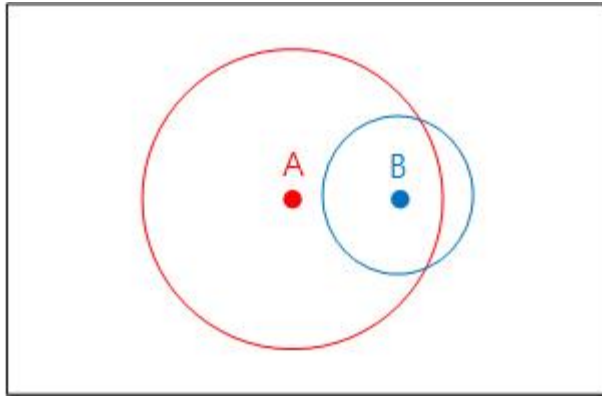
이처럼 기준이 되는 상표에 대해 발생 가능한 출처 등의 혼동 정도에 따라 유사범위를 달리 설정할 수 있다면, 그것과 비교되는 다른 상표가 그 유사범위 안에 들어오는지에 따라 유사 여부를 판단해볼

있다. 본문에서 말하는 상표의 흡인력 등은 이러한 속성을 뜻하는데, 이는 식별력과는 반드시 일치하지 않을 수 있다. 예를 들어 통상 다른 상표와 구별되는 힘을 의미하는 식별력의 경우, 상표의 구성이 복잡하면 다른 상표와 쉽게 구별되어 식별력이 높아지는 경향이 있지만 그와 반대로 수요자에게 단순하고 강렬한 인상을 형성하지 못해 단기 기억에 머무르는 데 그칠 수도 있기 때문이다. 오히려 여기서 말하는 상표의 흡인력 등은 Tversky 모델에서 기준 개체에 고유한 특징들의 현저성 내지 전 형성, 혹은 Krumhansl이 언급한 특정 개념이 위치한 인지적 공간의 밀도에 더 가깝다고 볼 수 있다.

- 41) 전효숙, 앞의 논문, 93면에서는 유사성 판단에 고려될 수 있는 구체적인 혼동가능성의 요소로 ‘상표의 표지력의 크기, 저명 주지성의 정도 등’을 들고 있다.
- 42) 세계지적재산권협회(AIPPI)가 1995년에 몬트리올 총회에서 채택한 결의문 제2.1.a조는 상표의 식별력이 그 보호범위에 영향을 미친다고 명시적으로 선언하고 있다. 최덕규, “[특별기고] 대한민국 특허(상표)제도의 문제점(VII) - 상표의 유사여부판단에 대하여”, 창작과 권리(제69호), 세창출판사, 2012, 171-172면 참조.

수 있는데,⁴³⁾ 두 상표의 유사범위가 서로 다른 경우에는 무엇을 비교의 기준으로 삼느냐에 따라 유사성 판단의 결과가 달라질 수 있다. 이해를 돕기 위해 단순화된 예를 하나 들어보자.

〈그림 2〉 상표의 흡인력 등에 따른 유사범위의 차이



위 그림에서 A는 유사범위가 큰 상표이고, B는 유사범위가 작은 상표다.⁴⁴⁾ 이때 B를 기준으로 ‘A가 B와 유사한가’를 묻는다면 A는 B

43) 실제 유사성에 관한 수요자의 내심의 판단은 ‘유사하다’와 ‘유사하지 않다’의 명확한 경계로 나뉘는 것은 아니다. 그보다는 기준이 되는 상표를 중심으로 인접한 상표(가까운 것은 공유하는 특징이 많은 상표이고 먼 것은 공유하는 특징이 적은 상표)로의 거리가 멀어질수록 유사성에 관한 심리적 척도가 서서히 감소하는 양상을 띤다고 보는 것이 더 정확할 것이다. 따라서 위 그림에서 유사범위의 안과 밖을 구획하는 경계는 어느 정도의 유사성이 인정되어야 상표법의 관점에서 ‘유사하다’고 인정할 것인지에 대한 규범적 판단이 내려지는 경계를 의미한다고 보아야 할 것이다.

44) 우주에서 큰 질량을 가진 물체 주위로 중력장이 휘어지는 현상을 떠올리는 것은 흡인력 등이 강한 상표에서 유사범위가 확장되는 현상을 직관적으로 이해하는 데 도움이 될 것이다.

의 유사범위 원 밖에 있으므로 ‘유사하지 않다’고 답할 수 있다. 그런데 만약 유사범위가 큰 A를 기준으로 ‘B가 A와 유사한가’를 묻는다면 B는 A의 유사범위 원 안에 위치하므로 ‘유사하다’는 답이 나올 수 있다.⁴⁵⁾ 비교의 방향을 달리할 경우 유사성 판단에서 서로 다른 결과가 도출될 수 있는 것이다. 만약 이때 대칭적 유사성, 즉 무방향성을 전제하고서 ‘A와 B가 서로 유사한가’를 따진다면 ‘유사하다’고 할지, ‘유사하지 않다’고 해야 할지를 결정할 수 없게 되어버리고 만다. ‘유사하다’와 ‘유사하지 않다’의 중간 어디쯤이라는 어정쩡한 답을 할 수는 없다. 위의 예는 매우 단순화되고 극적인 사례이지만,⁴⁶⁾ 상표에 따라 유사범위에 차이가 있다는 가정을 받아들인다면 대칭적 유사성 판단구조로는 풀 수 없는 문제 상황이 있음을 보여준다.

-
- 45) 이와 같이 유사성의 척도를 평면상의 두 점간 거리로 모델링하되 비교의 기준점에 따라 유사성의 척도가 달라질 수 있다고 보는 관점은 앞서 소개한 Krumhansl의 거리·밀도 모델로 설명 가능하다. 등간격의 유클리드 좌표계를 상정하더라도, 흡인력 등이 강한 A 상표의 주변 공간은 밀도가 커서 유사한 상표들이 더 촘촘하게 배치되어 있다고 가정하면 된다.
- 46) A라는 상표가 식별력이 강한 ‘X’와 식별력이 약한 ‘x’가 결합된 구성을 갖는다고 가정할 때, A 상표의 유사범위는 ‘X’를 중심으로 형성될 것이므로 ‘X’를 요부로 선택하여 ‘X’의 유사범위를 구하면 A 상표의 유사범위에 근사되겠지만, ‘x’의 영향을 고려함으로써 더욱 정밀하게 A 상표의 유사범위를 얻어낼 수 있다. 즉, 실제로는 ‘X’를 중심으로 형성되는 유사범위의 경계를 ‘x’가 특정한 형태로 변이·왜곡시킬 수 있다는 점, 더 일반적으로 말해 결합상표의 유사범위가 그 구성부분들의 복합적 작용에 의해 형성된다는 점을 염두에 둘 필요가 있다. 나아가 뒤에서 살펴보는 바와 같이 비대칭적 유사성 판단에 관한 심리학적 모델에 의하면 어떠한 상표의 유사범위는 그 상표의 자체적인 속성에 의해서만 결정되는 것이 아니라, 이를 둘러싼 거래실정과 사용상황 등의 주변 사실관계 및 그 상표와 대비되는 상표의 속성에 의해서도 영향을 받으므로, 본문에 제시된 유사범위 모델은 설명의 편의를 위해 단순화된 것이라고 할 수 있다.

다. 상품과의 관계

상표법에서 상표의 유사성을 요건으로 둔 규정들은 대체로 상품의 유사성을 또 다른 요건으로 포함하며, 이때 상표와 상품 각각의 유사성은 규정형식에 있어 상호 독립된 요건으로 되어 있다. 그러나 실질에 있어 상품의 유사성과 거래실정은 상표의 유사성 판단에 영향을 주고, 반대로 상표의 사용실태 등은 상품의 유사성 판단에 영향을 미치는 것으로 받아들여지고 있다.⁴⁷⁾ 학설상 상품의 동종성의 정도는 상표 유사성 판단의 기준이 되는 일반적 출처 혼동유무의 고려요소 중 하나로 평가되며,⁴⁸⁾ 실무상 상표의 유사성과 상품의 유사성이 상호간 판단에 직접적으로 고려되지 않는다고 하면서 이러한 실무례가 상표의 유사성과 상품의 유사성이 상품 출처의 혼동 여부를 매개로 상호 영향을 주고받는 명백한 거래현실과 매우 동떨어진 것이라고 비판하는 견해도 있다.⁴⁹⁾

판례상 아직까지 상표의 유사 정도가 상품의 유사성 판단에 영향을 미친다고 하거나 상품의 물리적 유사 정도가 상표의 유사성 판단에 영향을 미친다고 판시한 경우는 없다고 하나,⁵⁰⁾ “지정상품의 유사여부는 대비되는 상품에 동일 또는 유사한 상표를 사용할 경우 동일 업체에 의하여 제조 또는 판매되는 상품으로 오인될 우려가 있는가 여부를 기준으로 하여 판단”한다고 설시한 예에서 보듯이⁵¹⁾ 상표의

47) 박준석, 앞의 논문, 466-467면에서는 상표와 상품의 각 유사성 판단이 상호 결부되어 있다는 점을 지적하면서, 순환논리의 모순을 피하기 위해 상품의 유사 판단을 상표의 유사 판단에 선행하여 수행하는 방안을 제안하고 있다.

48) 전효숙, 앞의 논문, 93면.

49) 유영선, 앞의 논문, 321-322면.

50) 유영선, 앞의 논문, 322-323면.

51) 대법원 2004. 5. 14. 선고 2002후1256 판결; 대법원 2005. 8. 19. 선고 2003후1086 판결 등.

유사 정도가 상품의 유사성 판단에 주는 영향에 대한 평가는 적어도 추상적 수준에서의 가정적 판단으로는 행해지고 있는 것으로 보인다. 반대로 상품에 관계된 사정이 상표의 유사성 판단에 영향을 미치는 것에 관해서는 “출원상표와 인용상표의 지정상품이 모두 상품구분표상의 같은 유별에 속하고 완제품과 부품의 관계에 있기는 하나” 기타 거래실정에 비추어 유사한 것으로 단정할 수 없다고 하여⁵²⁾ 상품의 유사 정도가 상표 유사성 판단의 절대적 기준은 될 수 없지만 적어도 고려요소에는 포함될 수 있음을 전제하는 것으로 보이는 사례가 있고,⁵³⁾ 2개의 상표가 상표 자체의 외관·호칭·관념에서 서로 유사하더라도 당해 상품을 둘러싼 일반적인 거래실정을 고려해 상품의 출처나 품질에 관해 오인·혼동할 염려가 없을 경우에는 상표의 유사성을 부정하는 것이 확립된 판례⁵⁴⁾임을 고려하면 비록 상품의 유사 정도를 상표의 유사성 판단에 직접 고려한 판시가 없다고 하더라도 상품과 상표의 관계, 상품 거래를 둘러싼 구체적 사정 등이 상표의 유사 여부 판단에 영향을 미친다는 점만큼은 부정하기 어렵다.

이처럼 상품에 관계된 사정이 상표의 유사성 판단에 영향을 준다는 점을 전제로 두고 판단 맥락에 따른 비대칭성에 관한 앞의 논의를 환기하면, 비교의 기준으로 놓인 상표가 무엇인지에 따라 그 지정상품 또는 그 상표가 사용된 상품에 관계된 사정 역시 상표의 유사

52) 대법원 1994. 10. 25. 선고 94후890 판결.

53) 다만 대법원 1984. 3. 27. 선고 82후5 판결은 “그 지정상품이 동종인가의 여부는 그 품질, 형상, 용도, 거래의 실정 등에 비추어 거래의 통념에 따라 결정되어야 하고 상표법시행규칙에 의한 상품구분표상의 동일유별에 속하는 상품이라 하여도 그것만으로는 동종상품이라고 단정할 수 없다.”고 판시하고 있으므로, 위 94후890 판결이 상품의 유사성을 상표 유사 판단의 전제로 한 것이 아니라고 볼 여지도 있다.

54) 대법원 1996. 7. 30. 선고 95후1821 판결; 대법원 2011. 12. 27. 선고 2010다20778 판결; 대법원 2015. 10. 15. 선고 2014다216522 판결 외 다수.

성 판단에 비대칭적으로 작용함을 알게 된다. 편의상 A 상표의 지정 상품 내지 사용상품을 ‘A 상품’이라 하고 B 상표와 관계된 상품을 ‘B 상품’이라고 할 때, A 상표가 기준이 될 경우 A 상품의 거래실정 등이 B 상표의 A 상표와의 유사성 판단에 작용하고, 반대로 B 상표가 기준이 되는 경우라면 B 상품의 거래실정 등이 A 상표가 B 상표와 얼마나 유사한가의 판단에 영향을 줄 수 있다. 권리행사 국면에서 상표법의 목적이 구체적 출처 혼동으로부터 상표권자의 이익과 수요자의 신용을 보호하려는 것임에 비추어 보면⁵⁵⁾ 두 상표의 각 상품 상호간의 대체가능성은 상표 유사성에 관한 규범적 판단에서 고려되어야 할 중요한 거래실정 중 하나인바, A 상품을 B 상품으로 대체할 가능성 내지 수요가 B 상품을 A 상품으로 대체하는 때의 그것과 동일하다고 단정하기는 곤란하다.

이처럼 각 지정상품 혹은 사용상품에 관계된 구체적인 사정은 두 상표의 비교 순서 내지 방향에 따라 상표의 유사 판단에 상이한 영향을 미치게 되고, 이는 상표 유사성의 비대칭적 구조에 기여하는 또 다른 요소라고 할 수 있다.

3. 소결

개체간 유사성 판단이 비대칭적 구조를 따른다는 사실은 심리학 연구에서 경험적으로 확인된다. 앞에서는 상표 대비방법의 원칙인 전체관찰의 측면에서 주로 전체 상표를 대상으로 한 유사 판단의 비대칭성에 기여하는 요소들을 열거하였으나, 동일한 원리는 대비되는 상표의 구성에 따라 세부 대비요소인 외관, 호칭, 관념의 각 부면에

55) 상표등록출원의 경우에는 상표의 사용 내지 상품의 거래상황을 일반적으로 전제할 수 없으므로 이 경우 상표법의 보호법익은 일반적·추상적 혼동의 방지라고 볼 수 있다.

도 적용될 수 있다. 앞서 소개한 심리학 연구가 알파벳, 단어, 국가와 같이 기호적·관념적 요소를 가진 객체는 물론, 색상이나 도형과 같이 전적으로 시각적 측면에서 연상작용을 일으키는 객체와, 음성신호, 모르스 부호와 같이 청각적 자극을 주된 기억요소로 하는 객체를 실험의 대상으로 포괄하고, 이들 다양한 객체들에서 비대칭적 유사성 판단작용이 검증되고 있다는 점에서 그 단서를 찾을 수 있다.

V. 비대칭적 유사성 모델의 유용성

지금까지 상표 유사성 판단의 비대칭성을 현상과 원인의 관점에서 살펴보았다. 상표 유사성 판단의 비대칭적 구조에 관해서는 학계에서 연구된 바가 거의 없는 것으로 보이므로, 상표 유사 여부 판단의 비대칭성이 실제로 어떻게 나타나는지를 실험적으로 검증하고 심리적 편향과 오류를 보완하기 위해 비대칭성 개념을 상표법 실무에 어떻게 적용할 것인가의 문제는 향후 학제적 연구를 통해 구체화되어야 할 과제다. 이하에서는 비대칭적 유사성에 관한 과학적 연구를 상표 유사성 판단의 법리에 반영하는 것이 현재의 실무와 다가오는 현실에서 갖는 유용성을 짧게 지적하고, 향후에 연구될 과제의 방향을 제안하는 것으로 마무리하고자 한다.

1. 표지법 규정체계의 한계 극복의 단서

우리 상표법은 저명상표의 희석화 금지에 관한 상표법 제34조 제1항 제11호와 상표등록의 취소심판에 관한 제119조 등 극히 제한된 영역에서만 ‘혼동’을 직접적인 요건으로 포섭하고, 대부분의 등록요

건과 침해요건에 관한 규정에서는 대상의 속성에 해당하는 ‘유사’를 전면에 내세우는 규정 형식을 취하고 있다. 이는 많은 경우 행위 내지 현상의 태양인 ‘혼동’을 요건으로 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률과 대비되는 지점으로, 통상 등록주의하에서 표지법으로서의 상표법의 기본적 한계적 성격에서 연원한 것으로 해설된다.⁵⁶⁾

그러나 위와 같은 규정의 형식에도 불구하고, 판례는 상표의 ‘유사’를 혼동가능성을 고려하여 내리는 규범적 평가의 대상으로 보고 있는데, 이는 영미법의 혼동이론과 맥을 같이 하는 것이라고 볼 수 있다. 이에 따라 기존의 법리를 적절히 활용하면 비대칭적 유사성의 개념을 반드시 전제하지 않더라도 상표의 유사범위 등을 궁극적 판단기준인 혼동의 우려와 관련하여 고려함으로써 적정한 판단이 가능하다는 관점이 있을 수 있다. 실제로 우리 판례는 상표의 외관, 호칭, 관념이 유사하더라도 출처나 품질에 관한 혼동의 우려가 없는 경우에는 양 상표를 비유사한 것으로 봄으로써 유사성 판단이 형식적 기준에 경도되지 않도록 유의하고 있다. 그러나 외견상 유사하지만 혼동가능성이 없다고 하여 상표의 유사성을 부정한 판결은 있어도, 외견상 외관, 호칭, 관념의 모든 면에서 비유사함에도 혼동가능성이 있다는 이유로 상표의 유사성을 인정한 판결은 찾아볼 수 없다는 점에 주목하여야 한다. 이러한 결과는 ‘유사’라는 요건이 법문에 포함되어 있어 빚어지는 한계로 보인다. 이로 인해 현재의 법리로 일견 유사하게 볼 수 있는 경우 혼동가능성이 없음에도 유사한 것으로 판단되는 오류는 치유할 수 있어도, 반대로 명목상의 유사 정도가 낮은 편에 속하지만 실제로 혼동가능성이 큰 경우에 유사하다고 판단 받을 수 없게 되는 오류는 치유되지 않는다. 이러한 오류는 단순히 양 상표를

56) 윤태식, 앞의 논문, 183면.

동일 평면 위에 놓고 각각의 유사범위를 판단하는 대칭적 유사 판단에 의해서는 극복되지 않는다.

2. 결합상표의 유사성 판단의 정밀화 도구

많은 경우 상표는 문자와 문자, 문자와 도형 등의 결합으로 구성된다. 결합상표의 각 구성부분은 크건 작건 식별력에 있어 차이가 있다. 판례는 결합상표의 대비방법에 관해 원칙적으로 전체관찰에 의하되 적정한 전체관찰의 결론을 유도해내는 방편으로 요부를 분리하여 관찰하는 방법을 보충적으로 채택하고 있다.⁵⁷⁾ 이에 따라 현행 특허청과 법원의 실무는 대체로 ① 구성부분의 분리가 가능한지를 평가한 뒤에, ② 분리 가능한 부분이 독립하여 식별력을 갖는 요부인지를 판단하고, ③ 분리가 불가하거나 요부가 없는 경우에는 전체로서 관찰하고, ④ 분리 가능한 요부가 있다면 요부가 아닌 부분은 대비대상에서 제외하고 요부만을 가려내어 대비하는 판단 구조를 따르고 있다.

이와 같은 단계적 접근은 유사성 판단의 방법론을 체계화하여 판단자의 주관에 치우침 없이 객관적인 결과를 도출하는 데에 어느 정도 기여하는 것으로 보인다. 그러나 다른 한편으로는 식별력이 미약해 요부의 선택에서 탈락한 구성부분이 심리적 연상작용에 미치는 영향이 과소평가될 위험을 안고 있다. 상표 구성부분의 식별력은 ‘없다’와 ‘있다’의 두 영역 중 어느 하나에 배타적으로 속하는 것이 아니라, 식별력이 전혀 없다고 볼 수 있는 수준부터 식별력이 매우 강한 수준에 이르는 연속적인 스펙트럼 위에 위치하는 상대적인 값 내지 속성이라고 할 수 있다. 식별력이 미약한 부분만으로 구성된 상표에

57) 대법원 2017. 3. 9. 선고 2015후949 판결 참조.

서 그 구성부분들이 전체관찰에 의해 대비대상으로 포섭되는 것과 비교할 때, 동일한 구성부분이 식별력이 강한 요부와 결합된 때에는 그것이 대비대상에서 탈락함에 따라 판단주체의 기억·연상작용에 미치는 영향이 완전히 소거되므로, 대비의 형식 및 대비에서 차지하는 위상이 달라진다. 분리 가능한 요부가 있을 때 그것과 결합된 다른 구성부분의 식별력이 상대적으로 반감되는 효과를 고려하더라도 위와 같은 결과는 불합리로 보인다. 유사성 판단이 판단의 맥락과 대비의 순서에 민감하게 반응하는 인간의 심리작용을 탐구하는 과정이라는 점에서 더욱 그러하다. 방법론의 체계화를 위해 경우에 따라 요부관찰이 불가피하더라도 요부의 선택에서 탈락한 상표의 구성부분 등이 유사성 판단에 미치는 영향에 대한 고려가 전적으로 누락되지 않도록 세심한 주의가 요구된다.⁵⁸⁾

유사 판단의 비대칭성에 관한 심리학적 연구를 참고하는 것은 이러한 과제에 대응하는 데 도움이 될 수 있다. 비대칭적 유사성 모델인 Tversky 모델과 Krumhansl 모델에 공통된 특징은, ‘a가 b와 얼마나 유사한지’의 척도인 $s(a,b)$ 의 값이 비교의 기준이 되는 b의 속성만을 인자로 둔 것이 아니라, 그것과 대비되는 a의 속성 및 a와 b의 상호적 속성을 함수의 인자로 아울러 포함한다는 점이다.⁵⁹⁾ 이로부터

58) AIPPI의 1995년도 결의문에서는, 상표의 전체적인 인상을 판단함에 있어 상표를 그 구성요소별로 분해해서는 안 되고 부분적으로 비교판단해서도 안 되며(제1.2조), 식별력을 갖지 않는 비특징적 요소가 상표의 전체적인 인상에 영향을 미치는 경우에는 그 요소도 고려할 필요가 있다(제1.3조)고 선언한다. 최덕규, 앞의 논문, 170-171면 참조.

59) Tversky 모델에서는 a가 b와 유사한 정도를 나타내는 $s(a,b)$ 를 a의 특징 집합 A와 b의 특징 집합 B를 이용하여 $s(a,b) = F(A \cap B, A - B, B - A)$ 라는 함수로 표현한다(Tversky, 앞의 논문 p.330). 한편 Krumhansl의 거리-밀도 모델에서는 유사성 척도 함수인 $s(x,y)$ 를 밀도함수 $\delta()$ 와 가중치 상수 α, β 를 이용해 $s(x,y) = f[d(x,y) + \alpha\delta(x) + \beta\delta(y)]$ 로 표현하면서, $\alpha=\beta$ 인 동시에 $\delta(x)=\delta(y)$ 인 관계가 성립하지 않으면 $s(x,y)$ 와 $s(y,x)$ 의 유사도가

알 수 있는 사실은, 비교의 기준이 되는 결합상표를 ‘X+x’라 하고 대비되는 결합상표를 ‘Y+y’라 할 때(식별력이 강한 부분은 대문자로, 식별력이 약한 부분은 소문자로 표기함), 식별력이 강해 요부로 채택될 수 있는 ‘X’와 ‘Y’ 사이의 비대칭적 유사성 외에, ‘X’-‘Y’, ‘x’-‘y’, ‘X’-‘y’, ‘x’-‘Y’ 각 부분 쌍의 외형적 유사성이 ‘X+x’ 결합상표와 ‘Y+y’ 결합상표 간의 유사도를 함께 결정한다는 것이다.⁶⁰⁾ 그리고 이러한 각 구성부분 간의 유사도 평가에도 비대칭적 유사성이 적용된다는 점은 앞서 살펴보았다. 따라서 각 결합상표의 구성부분들을 따로 떼어 비대칭적 유사도를 측정한 결과에 적절한 가중치를 부여해 이를 평가에 반영함으로써 결합상표의 유사성 판단에서 식별력이 상대적으로 미약한 부분에 대한 평가가 전적으로 배제되는 일을 막을 수 있다.

이러한 시도에 대해서는 전체관찰의 원칙에 위배된다는 비판이 있을 수 있다. 그러나 대법원이 요부관찰과 분리관찰에 대해 전체관찰을 유도하기 위한 적절한 방편으로서의 유효성을 인정하고 있음은 앞서 본 바와 같다. 결합상표에서 식별력이 상대적으로 미약한 구성부분을 대비의 대상에서 완전히 소거하지 않고 적절한 가중치하에서 고려하는 것은 전체관찰의 원칙을 무너뜨리는 것이 아니라 전체관찰의 결론을 유도하는 더 정교한 방편이 되는 것이다. 그리고 그 정교성은 과학적으로 부정확한 대칭적 유사 모델이 아니라 실증적 실험 연구에 의해 뒷받침되는 비대칭적 유사 모델을 전제할 때에 배가될 수 있다.

일치하지 않는다고 설명한다(Krumhansl, 앞의 논문, pp. 446-447).

60) 결합상표 내에서 각 구성부분들의 배치 관계, 구성, 식별력의 차이 등 결합의 양상이 유사성 판단에 영향을 미칠 가능성을 배제하는 것은 아니다.

3. 증명력 평가의 수단

전통적으로 상표의 유사 여부 판단은 특허청 심사관이나 법관이 대상상표들을 펼쳐놓고 판단하는 방식으로 이루어졌다. 그러나 미디어의 발달과 상표 사용형태의 다양화, 상품 거래방식 다변화 등의 추세에 따라 상표의 기능이 확대되고 수요자의 인식이 변화하는 현실 속에서 상표의 사용현황이나 상품의 거래실정 등의 구체적인 사실관계가 상표의 유사 판단에 적극적으로 고려되고 있다. 대법원이 상품의 출처나 품질의 혼동 우려를 상표 유사 여부 판단의 실질적 지표로 삼고 있는 것은 이와 같은 현실을 반영한다.

이러한 상황에서 구체적 타당성이 있는 결론에 이르기 위해서는 상표 유사 여부 판단의 기초가 되는 다양한 증거방법이 활용될 필요가 있다. 이러한 필요는 근래에 법원이 설문조사 결과를 증거로 적극적으로 채택해 수요자의 실제 인식을 보다 정확하게 반영하고자 시도하거나,⁶¹⁾ 구체적 거래실정에 관한 자료를 판단의 기초로 삼는 등의 노력을 기울이는 경향에서 실제로 볼 수 있다.

이때 상표 유사성 판단의 비대칭성은 다양한 증거방법의 증명력을 적절하게 평가하는 데에 유효한 지표가 될 수 있다. 예를 들어 설문조사 문항이 비교대상과 판단대상의 관계를 역전시켜 왜곡하는 문제를 파악하거나, 거래실정에 관한 데이터가 비교대상에 관한 것일 때와 판단대상에 관한 것일 때를 구분하는 등의 평가작업이 증명력 판단에 활용될 수 있다. 이러한 판단은 당사자 간의 증명력 주장 혹은 탄핵의 근거로도 활용될 수 있고, 서로 배치되는 설문조사 결과가 중

61) 대법원 2014. 6. 26. 선고 2012다12849 판결; 특허법원 2008. 1. 17. 선고 2007허8382 판결; 특허법원 2017. 1. 19. 선고 2016허2522 판결; 특허법원 2017. 8. 18. 선고 2016허9202 판결; 특허법원 2008. 5. 22. 선고 2007허7594 판결 외 다수.

거로 제출되었을 때에 판단자가 어느 증거를 신빙할 것인지를 판단하는 기준으로도 활용될 수 있다.⁶²⁾ 예컨대, 상표에 관한 소송에서 일방 당사자가 ‘양 상표 간에 상호간 출처 등의 혼동가능성이 있는지’ 혹은 ‘서로 유사한지’와 같이 대칭적 구조의 문항으로 실시된 설문조사 결과를 제출하였다면, 다른 당사자는 ‘후행상표가 선행상표와 유사한지’ 혹은 ‘후행상표를 보았을 때 무엇이 연상되는지’ 등의 비대칭적 비교 문항으로 구성된 별도의 설문조사를 실시해 그 결과를 제출함으로써 앞선 설문조사 결과의 신빙성을 탄핵할 수 있고, 법원도 후자의 설문조사 결과를 더 증거력이 높은 것으로 평가함으로써 상표 유사 여부 판단에 적정을 기할 수 있을 것으로 생각된다.⁶³⁾⁶⁴⁾

62) 특허법원 2018. 12. 7. 선고 2018허5594 판결에서는 설문조사의 방식이 특정한 선입견을 부여하거나 반복적인 암시를 통해 응답자를 호도할 수 있는 내용이라는 등의 이유로 설문조사 결과를 오인·혼동의 우려를 추단할 만한 증거로 삼기에 부족하다고 판단하였고, 특허법원 2016. 10. 7. 선고 2016허4795 판결에서는 당해 설문조사 결과가 양 표장을 나란히 놓은 상태에서 소비자들에게 유사 여부를 물어본 결과로서 이격적 관찰에 의한 상표 유사 여부 판단 기준에 어긋난다는 이유 등으로 해당 증거에 기초한 상품 출처 혼동 염려에 관한 주장을 배척하는 등, 법원은 상표 유사성 내지 혼동가능성에 관한 설문조사 결과의 증명력을 그 설문의 방식이나 문항 구조 등에 따라 판단하고 있다. 그러나 대칭적 비교 문항의 설문조사여서 그 결과를 신빙할 수 없다고 판단한 사례는 찾아볼 수 없어 향후 개선의 여지가 있다고 판단된다.

63) 특허법원 2017. 1. 19. 선고 2016허2522 판결에 인용된 설문조사의 문항은 “양 상표 간에 혼동가능성이 있는지”라는 대칭적 구조를 취하였던 것으로 보이며, 특허법원 2017. 8. 18. 선고 2016허9202 판결에 인용된 설문조사 문항도 “귀하께서는 글리아타민(또는 GLUTAMIN)과 글리아티린(또는 GLIATILIN)을 시간 또는 장소를 달리 하여 따로따로 보거나 듣는다면 유사하다고 생각하는지요?”로서 비록 이격적 관찰을 강조하기는 하였으나 여전히 대칭적 구조였다. 이와 같이 현행 실무에서도 설문조사 기법에서 비대칭적 비교의 맥락이 일반적으로 고려되지 않는 것으로 보인다.

4. 기술 발전에 따른 활용가치

또 다른 측면에서, 최근 들어 기술이 발전함에 따라 인공지능(artificial intelligence)이 심사관과 법관의 판단을 보충하거나 장기적으로는 대체할 가능성이 언급되고, 상표 유사성 판단은 그 대표적인 사례로 거론된다.⁶⁴⁾ 인공지능 기술은 그 역할이 인간의 판단을 보충하는 데에 머무르는 경우에도 판단의 기제를 체계화하고 객관화하여 인간 판단자의 심리특성에 기인한 내적 오류를 극복하는 데에 유용할 수 있다.

여기서 상표의 유사성 판단은 혼동가능성을 기준으로 인간의 심리작용을 평가하는 것이 그 내용이 되므로, 이를 기계적으로 최대한 객관적이고 정확하게 모사하기 위해서는 유사성 판단의 심리적 구조에 관한 정밀한 수학적 모델과 데이터를 통한 검증이 요구된다. 대표적

64) 원고의 등록상표 ‘리엔’과 피고의 사용표장 ‘리엔케이’의 유사 여부가 묻혀진 대법원 2012다12849 사건에서는 원고가 제출한 설문조사 결과상의 혼동률 수치(82.6%)와 피고가 제출한 설문조사 결과상의 혼동률 수치(개별 면접조사 방식에서 28.8%, 온라인조사 방식에서 31.6%) 사이에 큰 차이가 있었는데, 대법원은 두 설문조사 결과의 증명력의 정도에 대해 판단하지 않았다. 상표 설문조사 결과에 대한 증명력 평가기준의 정립에 대한 논의가 더 활발히 진행될 필요가 있다. 정태호, “상표권 침해 및 부정경정행위에 관한 상표의 유사 판단의 비판적 검토 - 대법원 2014. 6. 26. 선고 2012다12849 판결을 중심으로”, 법학논집(제20권 제1호), 이화여자대학교 법학연구소, 2015, 390면에서도 이처럼 복수의 설문조사 결과의 차이가 매우 큰 상황에서 각각의 설문조사 결과를 어떻게 합리적으로 해석하여 출처 혼동가능성에 근거한 유사 여부를 판단할 것인지는 매우 어려운 문제라고 지적하고 있다.

65) 특허청에 의하면, 특허청 지식재산 데이터를 활용하여 개발된 민간 서비스 가운데 ‘인공지능을 이용한 상표 유사판단 검색 엔진 개발’이 포함되어 있다. 특허청, “2018년도 공공데이터 제공 및 이용 활성화 시행계획(안)”, 특허청, 2018, 4면.

인 인공지능 구현 기술인 딥러닝(deep learning)에 의할 경우 결정론적 수리 모델이 필요하지 않다고 할 수도 있지만, 초기 모델과 성능 추정의 지표 내지 조정요소로서 비대칭성에 관한 파라미터는 여전히 유용할 수 있다. 비대칭성의 요소는 이처럼 기술 발전에 따라 상표의 유사 여부에 관한 인간의 판단을 보충하거나 대체하게 되는 경우 보다 정밀한 결과를 도출하는 데에 활용될 수 있다.

이상과 같이 현재와 미래의 상표법 실무에서 유사성의 비대칭성에 관한 과학적 연구는 인간 판단자의 오류를 시정하고 판단원리를 객관화하기 위한 도구로 활용될 가능성을 담지한다.

5. 향후 연구과제

이 글에서 제시한 관점을 발전시킬 수 있는 방향으로 다음과 같은 후속 연구과제들을 제안한다. 우선 상표법의 주제 연구에 심리학 연구 방법론을 도입하여,⁶⁶⁾ 예컨대 결합상표의 유사성 판단에서 각 구성부분이 일반인이나 법적 권한을 가진 기관의 판단에 실제로 작용하는 양상이나, 결합상표의 구성부분들 간의 식별력의 정도 차이, 구성 및 결합방식에 따라 다른 상표와의 유사성 판단의 심리작용에 미치는 영향 등을 실험적 방법으로 측정하고 분석하는 것이 하나의 주제가 될 수 있다. 이러한 연구는 이 글의 개괄적·추상적 논의가 상표법의 특수성을 배경으로 어떻게 적용·변용되는지를 구체적이고

66) 타 학문분과의 연구성과에 기대어 상표의 유사성 판단기준을 설명 내지 정교화하려는 시도가 전혀 없었던 것은 아니다. 일 예로, 노장오, “문자상표유사여부 판단기준중 관념에 관한 의미론적 분석”, 월간 지적재산(제60, 61, 62호), 한국지적재산관리재단, 1993 연재 논문에서는 상표 유사성 판단의 요소인 ‘관념’을 언어학의 의미론과 연결 짓고, 의미장 이론에 비추어 대법원 판례를 해석하는 시도를 하고 있다.

실증적으로 탐구하는 계기가 될 것이다.

둘째로, 현행 실무에서 활용되는 상표 유사성 내지 혼동가능성 설문조사의 실제 사례들을 수집하여, 기존 문항 구조와 상표 제시 방법 등에 내재된 문제점과 이를 개선할 방향을 비교 분석 및 검증하는 것은 또 하나의 연구과제가 될 수 있다. 이와 같은 후속 연구의 진행에는 문헌과 사례에 대한 연구에 더해 피실험자 집단을 대상으로 정교하게 설계된 설문조사를 반복 실시하는 것과 같은 과학적 연구기법의 활용이 필요하며, 이는 학제적 연구에 의해서만 가능하다.

한편 위의 후속 연구과제들을 비롯한 구체적 과제들은 대체로 실험 연구의 방법으로 규명되어야 하겠으나, 우선은 ‘양 상표는 서로 유사하다’는 식의 설시를 지양하고 ‘A 상표는 B 상표와 (비교하여) 유사하다’는 형식의 설시를 적극적으로 활용하는 방안을 바로 시도해 볼 것을 제안한다. 언어는 사고를 지배하는바, 위와 같이 설시 방식을 바꾸는 것만으로도 판단자에게 상표 유사성 판단의 비대칭적 구조를 환기하는 효과를 기대할 수 있고, 이는 판단자가 비교대상과 판단대상인 상표를 서로 구별함으로써 보다 세심한 판단에 나아가는 계기로 작용할 것이다. 예컨대 A 상표가 B 상표와 유사한지를 판단해야 하는 국면에서 그 반대의 방향에서 비교를 행한 증거가 제출되는 경우, 법관은 해당 증거의 구조적 취약점을 파악해 이를 증명력의 평가나 석명권 행사 등에 적절히 활용할 수 있을 것이다.

Ⅵ. 결론

서두에서 언급하였듯이 상표 유사성 판단의 객관화는 상표법의 목적을 달성하기 위해 포기할 수 없는 과제이다. 이 글에서는 상표 유

사성 판단이 인간 심리작용의 현상적·규범적 평가를 내용으로 한다는 점에 주목하여 심리학 분야의 이론적·실증적 연구성과에 관심을 기울일 필요성을 제시하였다. 이 글에서 제시한 새로운 관점을 기초로 구체적인 실천원리를 발견하기 위한 탐구가 이어진다면 상표법 이론의 발전적 계기가 마련될 수 있을 것으로 전망한다. 이러한 탐구는 법학과 심리학 등의 여러 학문분과간의 학술적 교류를 통해 종합적이고 합동적으로 추구되어야 한다.

법리의 발전은 해석에 해석을 더하는 것만으로는 한계가 있다. 전통적으로 상표의 유사성 판단에 관한 법리는, 먼저 이론적 연구를 바탕으로 판단기준을 세우고 그 기준을 적용한 사례를 축적하여 그 사례들에 대한 평가를 바탕으로 기준을 다시 정교화하는 형태로 진화해 왔다. 그러나 이러한 방식의 법리 발전은 판단기준과 적용사례라는 두 축으로만 구동되기 때문에, 정작 판단의 대상이 되는 인간의 심리작용 자체에 대한 실증적 연구와 그 작동원리에 대한 진지한 고민이 들어설 자리는 부족했던 것으로 보인다. 새로운 관점의 접근이 절실히 필요한 이유다.

주로 해외의 연구이기는 하나, 형사증거법 등의 분야에서 심리학과 인지과학에 기반한 학제적 접근은 이미 활발하게 전개되고 있다.⁶⁷⁾ 법철학자 프레데릭 사워는 법 논증기법인 유추적 추론에 관해 설명하면서 그 구체적인 메커니즘에 대한 질문은 철학적 질문이라기 보다는 심리학적 질문이며, 선례와 당면한 사건 간 유사성 인지라는 정신적 활동의 소산인 유추적 추론에 관한 논쟁은 부분적으로는 법률가나 법철학자만이 아니라 인지과학자의 도움을 통해 결정할 수 있는 사안이라고 말한 바 있다.⁶⁸⁾ 이러한 접근법은 지적재산권법 분

67) 프레데릭 사워/김건우 역, 「법률가처럼 사고하는 법」, 도서출판 길, 2019, 19면 각주 4에서는 판단작용과 증거평가 등에서의 변호사와 판사의 추론 과정에 관한 심리학자들의 연구결과를 인용하고 있다.

야에서도 완전히 새로운 것이라고는 할 수 없는데, 상표의 대비 방법인 전체적·이격적 관찰법은 기억·연상작용에 관한 게슈탈트 심리학에서 학문적 기초를 찾을 수 있고, 특허발명의 진보성 판단 원리로서 대법원이 원용하는 사후적 고찰 금지의 원칙⁶⁹⁾ 역시 사후확증 편향(hindsight bias)이라고 하는 심리학적으로 잘 확립된 인지 편향 이론에 토대하고 있는 것이다.⁷⁰⁾ 이러한 관점에서 보면, 상표의 유사성 판단 방법에 비대칭적 유사 판단 구조에 관한 심리학적 연구성과와 방법론을 참조하는 것은 완전히 새로운 접근법이라기보다는 기존 법리 발전의 흐름을 확장하고 강화하는 것이라고 볼 수 있다.

법리의 발전은 법적 안정성과 분쟁해결의 구체적 타당성이라는 목표를 동시에 추구하므로, 과학적 발전에 종속되어 이리 저리 표류하는 것과, 과학과 완전히 유리되어 존재하는 것 양자를 모두 경계해야 한다. 상표법의 목적이 상품의 출처와 품질의 혼동으로부터 권리자의 이익과 수요자의 신뢰를 보호하는 것인 만큼, 실제로 상표들이 수요자에게 어떤 성격·방향·크기의 유사도를 갖는 것으로 인식되어 어떤 혼동을 어느 정도로 일으키는지를 정확하게 파악해야, 그 혼동이 상표등록과 침해, 등록취소 등의 각 국면에서 규범적으로 정당화되는 수준인지에 대해 타당한 법적 판단을 내릴 수 있을 것이다. 이

68) 프레데릭 샤워, 앞의 책, 173-174, 177-178면.

69) 대법원 2007. 8. 24. 선고 2006후138 판결; 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010후2698 판결 등.

70) 특허발명의 진보성(Non-Obviousness) 판단에 사후확증 편향의 기제가 작동하는 양상을 심리학적 연구방법론을 활용해 실증적으로 분석한 해외 연구사례로, Gregory N. Mandel, “Patently Non-Obviousness: Empirical Demonstration that the Hindsight Bias Renders Patent Decisions Irrational”, *Ohio State Law Journal*, Vol.67, 2006, pp. 1406-1420 참조(김원, “[실무논문] 특허 진보성 판단의 과거·현재·미래”, 법률신문(제4462호), 법률신문사, 2016. 11. 14.에서 재인용).

글이 점진적으로나마 유사성 판단 법리의 객관화라는 목표에 근접하는 데 기여하기 바란다.

* 논문최초투고일 : 2019년 6월 4일; 논문심사(수정)일 : 2019년 7월 9일;
논문게재확정일 : 2019년 7월 12일

【참고문헌】

1. 국내문헌

〈단행본〉

송영식·이상정·황종환·이대희·김병일·박영규·신재호, 「송영식 지적
소유권법(하)(제2판)」, 육법사, 2013.

프레데릭 사위/김건우 역, 「법률가처럼 사고하는 법」, 도서출판 길, 2019.

〈국내 논문〉

강동세, “상표의 유사 여부 판단에 있어서의 ‘분리관찰’의 문제점”, 법조(제
601호), 법조협회, 2006.

김동규, “저명상표의 혼동가능성과 명성이용에 관한 연구”, 고려대학교 석사
학위 논문, 2012. 2.

노장오, “문자상표유사여부 판단기준중 관념에 관한 의미론적 분석”, 월간
지적재산(제60, 61, 62호), 한국지적재산관리재단, 1993.

박준석, “판례상 상표의 동일·유사성 판단기준”, 사법논집(제39집), 법원도
서관, 2004.

송재섭, “미국 상표소송에서 설문조사의 활용 현황 분석”, 창작과 권리(제67
호), 세창출판사, 2012.

안원모, “유럽 공동체디자인 제도에서의 전체적 인상의 대비방법과 우리 실
무에 주는 시사점”, 인권과 정의(제468호), 대한변호사협회, 2017.

유영선, “상표의 유사 여부 판단 실무에 대한 비판적 고찰”, 특허소송연구
(제5집), 특허법원, 2011.

윤선희, “상표의 유사 여부 판단을 위한 일반적 판단기준 및 판단방법의 검
토 - 상표법 및 부정경쟁방지법의 관련 판례를 중심으로”, 인권과 정
의(제347호), 대한변호사협회, 2005.

_____, “상표의 유사와 출처의 혼동에 관한 연구 - 판단주체 및 판단시점의
확장을 중심으로”, 법조(제704호), 법조협회, 2015.

- 윤탈식, “상표법상 상표의 유사 여부 판단에 관한 연구”, 사법논집(제59집), 법원도서관, 2015.
- 전효숙, “상표와 상품의 동일·유사”, 재판자료(제57집), 법원행정처, 1992.
- 정태호, “상표권 침해 및 부정경정행위에 관한 상표의 유사 판단의 비판적 검토 - 대법원 2014. 6. 26. 선고 2012다12849 판결을 중심으로”, 법학논집(제20권 제1호), 이화여자대학교 법학연구소, 2015.
- 최덕규, “[특별기고] 대한민국 특허(상표)제도의 문제점(VII) - 상표의 유사여부판단에 대하여”, 창작과 권리(제69호), 세창출판사, 2012.

2. 외국문헌

- Albert B. Duran, Emmanuel M. Pothos, James M. Yearsley, James A. Hampton, Jerome R. Busemeyer & Jennifer S. Trueblood, “Similarity Judgments: From Classical to Complex Vector Psychological Spaces”, Edit. by E. Dzhamov, R. Zhang, S. Joordan & V. Cervantes, Contextuality: from Quantum Physics to Psychology, World Scientific, 2015.
- Amos Tversky, “Features of Similarity”, *Psychological Review*, Vol.84, No.4, 1977.
- Amos Tversky & Itamar Gati, “Studies of Similarity”, Edit. by E. Rosche & B. Lloyd, Cognition and Categorization, Lawrence Elbaum Associates, 1978.
- Carol L. Krumhansl, “Concerning the Applicability of Geometric Models to Similarity Data: The Interrelationship between Similarity and Spatial Density”, *Psychological Review*, Vol.85, No.5, 1978.
- Gregory N. Mandel, “Patently Non-Obviousness: Empirical Demonstration that the Hindsight Bias Renders Patent Decisions Irrational”, *Ohio State Law Journal*, Vol.67, 2006.
- Lieven Decock & Igor Douven, “Two Accounts of Similarity Compared”, Edit. by A. Hieke & H. Leitgeb, Reduction, Abstraction, Analysis, Ontos Verlag, 2009.
- Mikael Johansson, “Modelling Asymmetric Similarity with Prominence”, *Lund University Cognitive Studies*, Vol. 55, 1997.

Robert M. Nosofsky, “Stimulus Bias, Asymmetric Similarity, and Classification”, *Cognitive Psychology*, Vol. 23, 1991.

3. 기타자료

김원, “[실무논문] 특허 진보성 판단의 과거 · 현재 · 미래”, 법률신문(제4462호), 법률신문사, 2016. 11. 14.

특허청, “2018년도 공공데이터 제공 및 이용 활성화 시행계획(안)”, 특허청, 2018. 2.

<국문초록>

상표 유사성 판단의 비대칭성

류 시 원

상표법에서 상표의 ‘유사’는 상표의 등록요건과 권리범위 확정 등 다양한 국면에서 요건으로 기능하는 중요한 개념이다. 오랜 기간 상표 유사 여부 판단을 객관화하고 체계화하는 방향으로 법리가 발전해 왔으나, 이는 여전히 추구되어야 할 과제이다. 상표의 유사성 판단은 인간의 심리작용에 대한 평가를 내용으로 하므로 심리학의 과학적 연구를 고려하는 것이 과제 해결에 단서를 제공할 수 있다. 이러한 관점에서 유사성 판단의 비대칭적 구조에 관한 심리학의 연구 성과를 제시하고, 그러한 심리작용이 상표법에서 발현될 때 고려할 요소들을 규명하고자 하였다.

유사성 판단의 비대칭적 특성이 상표법에서 작동하는 요소로, 판단의 맥락 문제, 상표의 흡인력 등에 의한 유사범위의 차이가 비교의 방향에 따라 작용하는 방식, 특히 결합상표에서 구성부분이 인상에 작용하는 면, 지정상품 혹은 사용상품에 관계된 구체적 사정이 상표의 유사성 판단에 주는 비대칭적 영향 등에 대해 살펴보았다. 나아가 유사 여부 판단의 비대칭성이라는 관점에 대해 제기될 수 있는 반론을 비판적으로 고찰하고, 그러한 관점이 현재와 미래의 상표법 실무에서 갖는 유용성을 탐구하였다.

향후 학제적 연구를 통해 실천적인 원리가 구체화될 방향과 현재 실무에의 적용 가능성을 탐색하였다. 궁극적으로 활발한 연구를 통해 실무의 점진적 변화를 이루어 상표 유사성 판단원리의 객관화라

산업재산권 제60호

는 과제가 달성되기를 기대한다.

【주제어】 상표, 유사, 혼동, 비대칭, 심리학, 트버스키

<Abstract>

Asymmetries in the Similarity Judgment of Trademarks

Shiwon Ryu*

The ‘similarity’ of trademarks is a key concept in the trademark law acting in various aspects such as determining trademark registrability and scope of protection. While legal principles have developed in a manner to objectifying and systemizing similarity judgment of trademarks, still there is a room for further development. Since similarity judgment evaluates psychological behaviors occurring in human mind, the critical clues may lie in scientific study of psychology. This article introduces finding of modern psychology regarding asymmetries of the similarity judgment, and studies its application in the trademark practice.

The practical aspects of asymmetry in the similarity judgment of trademarks are suggested: context of judgment, differences in similarity scopes caused by trademarks’ attractiveness, impressions of a composit mark’s respective parts, and asymmetric influence of relevant products incurred to similarity judgment of trademarks. Possible arguments against the concept of asymmetric similarity are critically reviewed, and the usefulness of such concept in the present and future practice is studied.

* SHIN & KIM, Attorney at law.

Interdisciplinary studies are required in order to find and materialize relevant principles. It is expected to achieve final goal of objectification of legal principles for the similarity judgment of trademarks in a progressive manner through vibrant research to follow.

【Key words】 Trademark, Similarity, Confusion, Asymmetry, Psychology, Tversky