



새로운 상표제도(2)



윤 선 회
한양대학교 법과대학 교수
E-mail : shyun@email.hanyang.ac.kr

김 상 규
한양대학교 법과대학 교수

목 차

- I. 서론
- II. 상표관련 국제조약
- III. 상표제도의 의의
- IV. 상표의 개념
- V. 새로운 상표
- VI. 결론

〈 고딕은이번호, 명조는 지난 및 다음호 〉

제 3절 상표제도의 의의

역사적으로 상표의 사용권자에게 배타적인 지위를 부여하는 것은 부정경쟁을 방지하기 위한 제도와 중복되어 발전해 왔다. 이러한 상표제도의 의의로서는 상표사용자의 영업상의 신용이 상표에 화체되어 있는 만큼 그에게 신용의 재산적 가치를 확보할 수 있도록 하여 준다는 재산권 보호와 상표보호를 통하여 소비자에게 진실을 들을 기회를 보장해 주고 소비자의 감정적 선호의 보호 등이 논의되었다. 그 밖에도 상표보호의 논거로서는 상표는 제조업자나 서비스 공급자로 하여금 품질을 개선하게 하는 기능을 하며 구매자에 대하여는 상품정보의 수집비용을 절약시켜 준다는 것 등이 제시되고 있다. 그러나 상표권자에 대한 독점적 사용권 인정은 반사적 효과로서 경쟁사업자의 자유로운 상표 선택·사용권을 제한하는 결과를 초래하는 만큼 상표보호는 그 필요성과 타당성이 인정되는 범위 내에서만 이루어져야 할 것이다. 이에 상표의 기능과 상표보호의 본질을 고찰함으로써 상표제도의 의의를 판단하고자 한다. 나아가 이러한 고찰을 통하여 새로운 유형의 상표에까지 상표의 보호범위를 확장하자는 논의의 타당성을 살펴보

고자 한다.

1. 상표의 기능

일반적으로 상표는 본원적 기능으로서 자타상품 식별기능, 출처표시기능 및 품질보증기능을 가지며, 파생적 기능으로서 광고선전기능, 보호적 기능 및 경쟁적 기능 등을 갖는다고 설명되고 있다. 또한 상표 제도가 인정하는 독점에 주목한 경쟁법이나 독점금지법 관련 학자들이 상표보호를 언급하면서 새로운 상표 기능으로서 품질개선기능과 구매자의 상품정보 수집비용 절감기능 등이 경제적으로 중요한 시장기능을 가지게 되었다고 한다. 상표제도의 의의는 이러한 상표 기능의 보호에 있다 하겠다. 그렇다면 상표의 여러 기능을 살펴보는 것은 상표제도를 이해하기 위한 기초를 제공한다 하겠다. 이에 상표의 기능을 크게 출처표시기능, 품질보증기능 및 광고선전기능으로 나누어 설명하겠다.

(1) 출처표시기능

상표는 상표권자가 어떤 상품이 자신의 상품임을 확인시켜 주기 위하여 사용하는 표지이다. 즉 상표권자에게 있어 상표는 본원적으로 자신의 상품을 타인의 그것과 구별케 하는 기능을 지니며¹²⁾, 전통적으로 상표보호와 관련한 상표의 기능은 所有標識 내지 財産標識로 일정한 출처를 나타내는 출처표시기능만이 인정되었다.

상표의 출처표시기능은 상표부상품에 대한 책임의 소재를 명확히 함으로써 공정한 경쟁질서 형성의 기초를 제공한다. 본래 이러한 상표의 출처표시기능은

일정의 상품이 특정의 기업에서 비롯하였음을 의미하였다. 즉 상품의 품질이 특정인이나 기업의 전래적인 숙련된 기술·명성과 밀접한 관계를 갖던 상품생산사회에서는 출처의 相異는 상품 품질의 차이를 의미하였으며, 상표는 그러한 특정의 출처를 표시하기 위해 사용되었다. 따라서 상표에 대한 권리는 영업과 분리하여 이전할 수도 없던 인격적 색채의 권리였으며, 상표에 대한 출처표시기능 보호는 상품의 품질을 보증한다는 공익적 성격의 것이었다.

그러나 오늘날에 있어서는 산업분야 전반에 걸쳐 기술이 향상되어 특수한 업계를 제외하고는 상품은 점차 균질화하는 경향에 있다. 이에 상품의 품질과 관련한 상표의 출처표시기능은 약화되었으며, 상표는 그 상표를 부착한 상품이 동일한 출처와 관련이 있다거나 그러한 출처에 의하여 지원을 받고 있음을 공중에게 알려 줄 뿐이다. 따라서 상표에 의하여 표시되는 출처가 항상 제조업자를 가리키지는 않으며, 때로는 상표가 판매상이나 수입업자 등을 상품의 공급자로 지정함으로써 상표를 보아도 출처를 확인할 수 없는 경우도 있다. 오히려 오늘날 강조되는 상표의 출처표시기능은 상표권자가 당해 상표에 갖는 영업상의 신용(Goodwill)과 관련한 것이다.

반복되는 거래 속에서 상표라는 상징에 대하여 고객이 호의적인 반응을 보이게 되는데, 이 경우 상표권자는 그 상표에 대하여 Goodwill이라 하여 일정한 가치를 인정받게 된다. 상표에 대한 소비자의 인식과 그 상표의 고객흡인력을 나타내는 용어로, “고객의 호의적인 태도와 후원관계”¹³⁾라고 정의되기도 하는 Goodwill을 Story판사는 다음과 같이 설명하기도 하였다. 즉 “사업체가 그에 투입된 자본이나 자금 또

12) 이에 '객관적 식별력'을 상표의 구성요소로 이해하는 견해도 있다. 그러나 위에서 살펴본 바와 같이 '객관적 식별력'은 상표의 등록단계에서 상표로서 등록하여 상표권이라는 독점권을 인정할 만한 독점적응성의 문제에 불과하다.

13) Broad v. Jollyfe, Cro. Jac. 596, 79 Eng. Reprint 509(1620)



는 재산의 단순한 가치를 넘어서 그 사업체의 지리적 위치나 명성으로 인하여 계속적인 고객 또는 단골손님으로부터 받은 일반대중적인 선호나 격려의 결과인 유리함이나 우위가 Goodwill이다. 그 명성은 당해 사업체의 기술과 풍부한 자원 또는 시간적 정확성으로부터 나오기도 하고 다른 현실적 상황이나 필요성에서 생기기도 하며 때로는 편애나 편견의 결과로 생길 수도 있다.¹⁴⁾ 특히 상표에 형성된 이러한 Goodwill의 보호는 상표 보호의 본질과 관련한 상표권자의 영업상의 신용보호와 소비자 보호 논쟁이 중복되는 부분이라 하겠다. 따라서 오늘날에 있어도 상표의 출처표시기능은 중요하며, 특히 소비자가 상표에 형성한 Goodwill을 당해 상표부상품 배후의 제조업자나 판매업자와 연결시켜주는 형태로 그 기능을 수행하고 있다 하겠다.

(2) 품질보증기능

상표는 제품 품질의 하자와 관련하여 그 책임의 소재를 분명히 하며, 동일한 상표가 부착된 상품간의 품질이 균일함을 보장하는 품질보증기능을 갖는다. 따라서 상표권자로서는 좋은 평판을 유지하고 노력하며, 소비자로서도 같은 상표가 부착된 모든 상품은 같은 품질을 가질 것으로 기대하게 된다. 이에 상표는 제품의 품질 유지 및 개선기능을 수행하게 된다. 한편 상표가 이러한 기능을 제대로 실현시키기 위하여는 우수제품의 공급자의 상표를 도용하여 무임승차(free ride) 하는 행위를 엄격히 금지하여야 한다. 성공기업의 상표와 명성에 아무나 무임승차할 수 있다면 누구도 자신의 제품과 서비스의 수준 유지에 성의를 기울이여 하지 않을 것이다¹⁵⁾.

이러한 상표의 품질보증기능은 구매자의 상품정보 수집비용을 절감케 하는 기능을 함께 한다. 소비자는 상표를 통하여 일정한 수준의 품질을 기대할 수 있게 되며, 상표는 또한 상품의 품질이나 가격 기타 속성 등 상품에 관한 정보를 소비자에게 제공한다. 일정한 상품의 과거 사용경험에 바탕을 둔 명성은 그 상품의 장래에 있어서의 성과에 대한 정보수집비용과 시간을 절약시켜 준다. 즉 과거에 그 상품을 소비한 경험이 있는 소비자는 다른 종류의 상품에 대한 정보를 모두 조사할 필요가 없게 되며, 상표를 상품선택의 판단자료로 이용할 수 있다. 한편 상품의 품질이 지속적으로 일정하게 유지되지 않는다면 그 상품에 사용되는 상표는 소비자가 가지는 상품에 대한 과거 소비경험과 미래의 소비를 연결시키는 기능을 발휘하지 못한다. 그렇다면 소비자로서는 상표가 사용된 상품에 대하여 상표 없는 상표보다 더 많이 지불하지 않으려고 할 것이고, 상표권자로서는 상표에 대한 투자로부터 충분한 보상을 받지 못하게 된다. 따라서 상표의 사용을 통하여 상표권자는 상품의 품질을 유지하기 위한 동기를 갖게 된다.

상품의 품질보증기능과 관련하여 제품 품질의 균일성은 동일 시장내에서의 균일성을 의미한다. 따라서 상표권자가 시장을 분할할 수 있다면 서로 다른 시장에 대하여 그 품질에 차등을 두면서 동일한 상표를 사용할 수 있다. 시장의 분할관리는 독점배타적인 상표권의 인정과 결합하여 새로운 상표의 기능으로서 경쟁적 기능을 형성하고 있다. 즉 국제상품 경쟁사회에서 상품의 생산자와 판매자가 상표권을 무기로 선전광고로서 해외에 시장을 개척하고, 분할된 각국의 시장에서 그 지역에 적합한 품질의 상품을 적정

14) Story on Partnership §99(1868). 양명조, "상표보호의 본질", 창작과 권리, 1996 여름, 88면에서 재인용.

15) McCarthy, "Compulsory Licensing of a Trademark: Remedy or Penalty," 67 TMR 197, 231(1977)

한 가격으로 공급하는 시장의 조작을 통하여 그 신용을 축적하는 기능을 수행하고 있다.

(3) 광고선전기능

생산자와 소비자는 상품을 통하여 관계지어진다. 소비자로서 일정한 상품을 특정하여 반복 구매함으로써 당해 제품을 선호하고 또한 특정 생산자와 관계를 유지하고자 한다. 그런데 상표가 없다면 어떤 일정한 상품을 특정할 수 없으며, 소비자로서는 그가 선택한 상품 내지 그 배후의 생산자와의 관계를 형성할 수 없게 된다. 특히 어떤 상표부상품에 친숙한 소비자는 그 상표를 생산자의 능력과 신용의 상징으로 생각하기 때문에, 이러한 상표가 없다면 생산자와 소비자의 관계형성이란 있을 수 없다. 따라서 상표는 생산자와 소비자의 관계를 유지케 하는 매개체라 할 수 있겠다¹⁶⁾.

또한 이러한 상표는 생산자와 소비자의 관계 형성을 유인하기도 한다. 즉 상품의 표지와 제조업자의 이름을 소비자에게 기억시킴으로써 광고선전기능을 수행하며, 상표광고를 통하여 형성된 상품에 대한 심리적 연상작용이 구매동기를 불러일으키기도 한다. 특히 오늘날에 있어서는 대중매체의 발달로 소비대중에게 상표를 용이하게 광고선전할 수 있으며, 제품의 균질화 경향에 따라 상품판매경쟁은 품질보다도 선전광고에 의존하는 경향이 뚜렷해져 상품의 판매량 역시 상고의 광고선전적 기능에 좌우되고 있다. 이에 상표권자는 상표 자체의 광고를 통하여 상품을 선전하고 그 수요를 창출하려고 막대한 투자를 하고 있다.

2. 상표보호의 의의와 한계

일반적으로 지적재산권을 보호하는 논거로서는 지적 활동의 산물인 발명 또는 저작물에 대하여 그에 투입된 노력, 시간과 비용을 보상하여 주고자 국가가 독점배타적인 권리를 부여하고 나아가 국가 산업발전에 기여토록 하는 것이라고 한다. 그러나 상표권 보호에 있어서는 이러한 일반적인 지적재산권보호의 의의가 관철되지는 않는다. 상표권자는 단순히 상표 그 자체를 소유하는 것 자체에 염두하지 않으며, 상표권자가 상표에 대하여 갖는 이해관계는 그 상표가 표창하는 동일성이나 판매력 또는 Goodwill과 관련한 것이다.¹⁷⁾

또한 상표사용자가 상표부상품의 품질관리나 품질개선 또는 Goodwill 형성에 노력과 비용을 투입하는 것은 일차적으로 판매량의 증가와 이윤증대를 위한 것이며 현실적 매출의 증가나 이윤증대로써 그에 대한 일차적인 보상을 받는다. 그 보호가치 역시 발명 또는 저작물은 권리보호 기간의 경과와 함께 약화되는 것에 반하여 상표는 그 보호가치가 강화된다.

영업상의 신용 내지 Goodwill의 보호라는 상표제도의 기능과 관련하여 단순히 영업상의 신용보호라면 이는 부정경쟁방지법상의 법리로서도 충분히 해결할 수 있다는 비판이 있다. 게다가 품질관리나 품질개선과 관계없이 광고선전에 투입된 막대한 비용이 상표의 인지도 확대를 통한 Goodwill 형성에 크게 기여하고 있는 것이 현실인 바 단순히 광고선전으로 형성된 영업상의 신용 보호에 지적재산권법이 원용되는 것이 타당한가는 의문을 제기하기도 한다¹⁸⁾.

16) 물론 상표를 통하여 유인된 생산자와 소비자와의 관계라 할지라도 소비자가 제품에 만족하지 않는다면 그 관계는 유지되지 못할 것이다.
 17) 물론 인터넷 도메인 네임과 관련하여 Toeppen이란 사람이 타인의 유명상표 등을 주로 포함한 240여개의 도메인 네임을 등록하고, 상표권자들에게 이를 되팔려함으로써 상표권 침해가 문제된 경우도 있다.
 18) 양영조, 전제논문, 91면.



그러나 상표보호에 있어 영업상의 신용보호는 상표권자뿐만 아니라 소비자의 보호에 있어서도 중요하다. 즉 상표의 침해는 생산자사이의 공정한 경쟁을 저해하며 소비자로서는 제품을 구별할 수 없어 선택권을 침해받는 것이다. 이에 실제 상표분쟁에 있어서도 분쟁의 당사자는 서로 충돌하는 상표를 사용하는 기업이지만 분쟁의 해결은 주로 소비자의 관점에 의존하게 된다. 나아가 상표의 침해에 있어 진정 침해당하는 것은 상표 그 자체가 아니라, 기만당하지 않을 공중의 권리이며 그와 관련하여 상표권자가 자기 제품의 명성을 통제하는 권리라고 설명하기도 한다¹⁹⁾.

상표법은 소비자의 선택을 경제적으로 평가할 의무를 지지 않는다. 따라서 상표 보호와 관련하여 법이 주목하는 것은 선택에 따른 소비자의 경제적 손실 여부가 아니라 그의 선택 과정이 기망이나 혼동으로 보호받았는가의 것이다. 소비자²⁰⁾는 그들이 선택하고 원하는 상품을 취득할 권리를 가지는 것이며, 그러한 선택이 일시적 기분이거나 유행 때문이라거나 감정적인 것이라거나 상품지식의 부족에서 비롯된 것인지 여부는 문제되지 않다. 따라서 어떤 제품이 특정의 제조업자가 생산했기 때문에 그것의 구입을 선호한다면 소비자는 그 제품을 구입할 권리를 가지는 것이고, 품질의 우열여부에 관계없이 출처가 다른 제품을 제공하였다면 소비자의 권리는 충족될 수 없다 하겠다. 그리고 법은 이러한 소비자의 권리보호에 기여하는 것이며, 이는 곧 상표의 본원적인 기능인 출처 표시기능의 보호에 있다 하겠다.

상표의 보호는 특허나 실용신안과 같은 새로운 창조활동이 아니라, 상표가 형성한 영업상의 신용과 그

를 전제로 한 공정한 경쟁질서를 목적으로 한다. 따라서 어떤 것이 시장에서 상표로서 기능을 한다면, 즉 어떤 것이 소비자로 하여금 상품과 그 배후의 일정한 자를 연상케 한다면 그것을 상표로서 보호하여야 할 것이며, 이것이 상표법의 역할이다. 따라서 원칙적으로 상표법의 보호대상은 그 출처표시기능 여부에 따라 판단되어야 할 것이다. 그런데 우리의 상표는 그 보호대상인 상표를 정의함에 있어 출처표시기능 여부에 주의하지 않으며, 구성요소 역시 시각적인 것에 한정하고 있다. 그러나 다음 절의 상표 개념의 여러 입법례에서 보겠지만, 이 상표는 출처표시기능을 갖는다면 시각뿐만 아니라 청각, 미각, 후각 등에 의해서 파악될 수 있는 일체의 것을 포함하여야 할 것이다. 물론 상표법의 보호가 갖는 독점배타적인 측면을 생각할 때 상표의 보호가 무제한적으로 인정되어서는 안 된다. 하지만 상표보호의 한계 설정은 상표 개념 자체보다는 상표권 등록 단계에서 영업상의 신용형성과 소비자 보호 및 독점 인정의 타당성을 판단한 이후의 문제이어야 할 것이다.

이미 지적인 바와 같이 상표권의 보호는 그 권리보호 기간의 경과와 함께 발명 또는 저작물은 그 보호가치가 약화되는 반면, 상표가 형성하는 보호가치는 강화된다. 따라서 만약 발명이나 고안 또는 저작물이 상표를 구성하면서 상표법상의 보호를 받게 된다면, 특허법이나 저작권법 등의 보호를 받는 경우보다 그 보호의 필요성이 요구될 것이다. 그러나 이를 상표로서 보호하게 된다면 반영구적인 독점을 허용 가능케 하는 것으로써 경쟁원리가 지나치게 제한되어 산업 발전에 오히려 장애가 될 수 있다 하겠다. 따라서 특

19) James Burrough, Ltd. v. Sign of Beerfeater, Inc 540 F. 2d 266(7th Cir. 1976).

20) 이때 보호의 객체가 되는 소비자는 주의 깊은 구별을 할 수 있는 해당 전문 지식을 갖추고 있지 못하며, 사려 깊지 못하고 남을 쉽게 믿는 경향이 있으며 구매단계에서는 멈춰서서 분석을 하기보다는 물품의 외관이나 전체적인 인상에 좌우되는 타입의 평균적인 소비자를 가리킨다. Fleishment Distilling Crop v. Maier Brewing Co. 314 F. 2d 149(9th Cir 1963).

허권이나 저작권 등의 보호는 상표권의 보호에 우선한다 하겠다. 이에 상표법 역시 '상표권자·전용사용권자 또는 통상사용권자는 그 등록상표를 사용할 경우에 그 사용상태에 따라 그 상표등록출원 전에 출원된 타인의 특허권·실용신안권·의장권 또는 그 상표등록출원 전에 발생한 타인의 출원권과 저촉되는 경우에는 지정상품중 저촉되는 경우에는 지정상품에 대한 상표의 사용은 특허권자·실용신안권자·의장권자 또는 저작권자의 동의를 얻지 아니하고는 그 등록상표를 사용할 수 없다(제 53조)' 라고 규정하고 있는 것이다.

제 4절 상표의 개념

논의를 전제로 상표 개념을 판단한다. 즉 상표법의 보호대상인 상표의 범위를 확정함으로써 새로운 상표제도의 운영을 위한 기본적 이해를 시도하며, 이를 위해 현행 상표법상의 법률적 상표 개념과 그에 대한 입법례를 판단하고자 한다.

1. 현행 상표법상의 상표 개념²¹⁾

현행 상표법은 제 2조 제 1항 제 1호에서는 상표를 "상품을 생산·가공·증명 또는 판매하는 것을 업으로 하는 자가 자기의 업무에 관련된 상품을 타인의 상품과 식별되도록 하기 위하여 사용하는 "기호·문자·도형·입체적 형상 또는 이들을 결합한 것과 이들에 색채를 결합한 것"이라고 정의하고 있다. 따라서 상표법상의 상표는 ① 상품을 ② 생산·가

공·증명 또는 판매하는 것을 업으로 하는 자가 ③ 자신의 상품을 식별하기 위해 ④ 사용하는 ⑤ 표장이다.

(1) 상인이 자신의 상품을 식별하기 위해 사용하는 표장이다

상표는 상인이 자신의 상품을 식별하기 위해 사용하는 수단이다. 이때 상표법은 "상품을 생산·가공·증명 또는 판매하는 것을 업으로 하는 자가 자기의 업무에 관련된 상품을 타인의 상품과 식별되도록 하기 위하여 사용하는 것"으로 "기호·문자·도형·입체적 형상 또는 이들을 결합한 것과 이들에 색채를 결합한 것"에 해당하는 것은 상표라고 규정하고 있는 바, 상표법상의 상표는 기호·문자·도형·입체적 형상 및 색채 등으로 구성된 수단이다.

상표는 상표권자가 자신과의 관계를 나타내기 위하여 의도적으로 선택·사용하는 수단이다. 따라서 원칙적으로 상표권자가 선택·사용한 수단이라면 그러한 수단이 구성요소에 제한되지 않는다. 즉 상표권자와의 관계를 나타내는 것이라면 시각·청각·촉각·미각·촉각 등 감각적으로 파악할 수 있는 일체의 수단이 상표를 구성한다 하겠다. 그러나 상표법은 기호·문자·도형·입체적 형상 및 색채 등으로 구성된 것만이 상표에 해당한다고 규정함으로써 시각적으로 파악할 수 있는 수단만이 상표를 구성한다고 규정하고 있으며, 다시 이를 '표장'이라고 정의하고 있다.

상표법이 그 보호 대상인 상표의 범위를 확정함은 경제거래의 발전상황을 기초한 입법정책적 판단이다. 따라서 상표법상의 상표 개념은 고정된 것이 아니라

21) 상표법이 정의 규정을 두어 상표를 정의함으로써 상표법의 대상범위를 제한함은 등록상표의 개념을 도출하기 위하여 편의상 법이 창조한 법의 기술적 개념으로 해석하여야 한다고 한다. 송영식, 황중환, 김원오 공저, 상표법(개정판), 한빛지적소유권센터, 1994, 115면.

22) 송영식·황중환·김원오, 상표법, 한빛지적소유권센터, 73면.



사회 경제의 거래 실정에 따라 변천하는 것이다. 또한 상표범위에 대한 입법판단은 사회현상으로서의 모든 상표개념에 구속될 필요도 없으며, 이는 상표보호와 관련한 등록주의의 당연한 현상이기도 하다. 따라서 현행 상표법의 규정은 상표 보호범위와 관련한 입법 정책적 판단이라 하겠다.

연혁적으로 상표의 기원은 屋號·紋章 등에서 유래하는 記號商標로부터 시작되어 圖形·文字의 순서로 발전하였다고 한다(예컨대 1894년 이전의 독일 상표법은 문자상표를 인정하지 않았다)²²⁾. 우리의 상표법 역시 1995년 9차 개정 이래 색채를 하나의 상표구성요소로 보았으며, 입체적 형상 역시 현행법에 도입된 상표구성요소이다.

문자상표라 함은 문자로 구성된 상표를 말한다. 문자는 국적에 제한받지 않으며, 반드시 신조어일 필요도 없다. 따라서 인명이나 사물의 명칭, 지리적 명칭, 상호 또는 특정의 형용사나 표어적 어구만으로도 상표를 구성할 수 있다. 다만 입법정책적인 이유로 지리적 명칭이나 상품의 품질·성분·재료 등을 기술한 것에 불과한 기술적 상표는 그 보호가 인정되지 않거나 제한된다. 도형상표는 도형만으로 구성된 상표로서 사실적 현상을 형상화한 사실적 도형과 추상적 도형 및 기하학적 도형 등을 포함한다. 기호란 무슨 뜻을 나타내거나 적어 보이는 표로 대체로 문자나 도형을 간략히 한 것이다. 기호상표는 이러한 기호로 구성된 상표로 紋章이나 屋號 등에 사용되었으며 지금도 상품에 사용되는 경우 社標로서 문자 등과 결합되어 쓰여지는 것이 보통이다. 넓은 의미에서는 문자도 기호의 하나인 만큼 문자상표도 기호상표에 포함된다고 볼 수 있다.

전통적인 상표의 형태는 평면적인 것이었다. 그러나 대량생산체제하에서 상품이 평준화, 규격화되면서 기업으로서의 기능면에서 자신의 상품에 식별력을 부여하는 것뿐만 아니라 비기능적인 면에서도 차별적 특징을 부여하려 노력하였다. 이러한 노력은 상품뿐만 아니라 상표에까지 이르렀으며, 입체적 형상을 통한 상표의 개별화 노력이 시도되었다. 이에 상표의 형태는 평면적인 것에서 입체적인 것까지를 포함하게 되었으며, 많은 외국의 입법례가 입체상표의 보호등록을 인정하고 있다. 우리나라에서도 마드리드 의정서 가입을 전제로 한 우리 국민의 평등한 보호 및 상표제도의 국제적인 조화라는 관점에서도 입체상표를 상표법상의 등록가능한 상표로 인정하자는 요구가 제기되었다. 이에 현행 상표법에서는 상표의 정의 규정에 입체적 형상이 포함되도록 규정하여 입체적 형상이 그 자체의 독립적 구성요소 또는 다른 구성요소와 결합한 경우도 상표 등록의 대상이 될 수 있도록 하였다. 특히 입체상표의 도입은 새로이 논의되고 있는 Trademark와 관련하여 그 보호의 근거를 제공하였다고 평가하기도 한다. 그러나 입체상표의 보호가 곧 미판례법상 Trademark의 보호를 의미한다고 보기는 힘들다 하겠다.

결합상표는 이상의 상표 구성요소가 함께 상표를 구성하는 상표이다. 따라서 그 형태는 다양하다 하겠으며, 일반적인 상표의 태양이기도 하다. 특히 社標인 기호나 도형과 상품표시로서의 문자상표가 결합되어 하나의 상표를 구성하는 예가 많다. 우리 상표법은 색채를 독립한 상표구성요소가 아닌 부가적인 상표 구성요소만으로 인정하는 바 색채만으로 된 상표를 인정하지 않으므로 모든 색채상표는 결합상표

22) 송영식·황종환·김원오, 상표법, 한빛지적소유권센터, 73면.

라 하겠다.

상표법은 색채를 상표를 구성하는 하나의 요소로서 보고 있다. 다만 색채는 그 자체로 독립한 상표가 될 수 없고, 다른 상표구성요소 즉, 문자·도형·기호 및 입체적 형상 등과 결합한 경우에만 상표의 구성요소가 될 수 있다. 색채는 그 자체로는 식별력을 갖지 않는다. 따라서 색채 자체만의 상표 등록은 어렵다 하겠다. 그러나 어떤 색채가 사용에 의하여 그 자체로서 식별력을 지니면서 상표로서의 기능을 수행한다면 굳이 그 보호를 부정할 것은 아니라 하겠으며, 영국이나 미국에 있어서도 2차적 의미(secondary meaning)의 식별력을 취득한 색채에 대해서는 그 보호를 인정하고 있다. 다만 우리의 상표법 규정이 색채에 대해 사용에 의한 식별력 취득을 인정하는가는 의문이다.

한편 상표법은 색채가 상표의 구성요소가 됨에 따라 등록상표와 다른 구성요소가 모두 동일하고 색채만 다른 상표의 경우에 초래되는 문제점과 분쟁의 소지를 입법적으로 해결하고자 특칙을 마련하고 있다. 즉 법이 한정적으로 열거하는 일정 경우²³⁾에는 색채만이 다른 유사상표를 등록상표와 동일하게 취급하도록 하고 있다(상표법 제 91조의 2 제 1항). 한편 동조 제 2항에서는 '침해로 보는 행위(상표법 제 66조 1호)'와 '부정사용에 의한 취소심판(상표법 제 73조 1항 2호)'에서 규정하는 '등록상표와 유사한 상표'에는 그 등록상표와 유사한 상표로서 색채를 등록상표와 동일하게 표시하면 등록상표와 동일한 상표라고 인정되는 상표를 배제한다는 규정을 추가하고 있다. 이 규정의 입법취지와 관련하여서는 등록상표와 색채만이 다른 유사상표는 당연히 등록상표권의 침해에 해당하므로 굳이 침해로 보는 의제규

정에 포함시킬 필요가 없다는 법기술상의 견지에서 '침해로 보는 행위'의 유사범위 해석대상에서 제외시키고 있는 것이며, 상표권자가 등록상표와 색채만이 다른 유사상표를 사용한다고 해서 유사범위 내의 부정사용으로 보아 상표권을 취소시키면 불합리하므로 '부정사용에 의한 취소심판'에서 규정하는 '등록상표와 유사한 상표'에는 그 등록상표와 색채만이 다른 상표라도 인정되는 상표를 포함시키지 않는 것으로 규정하게 되었다고 설명한다. 그러나 본항의 규정은 이미 제 91조의 2 제 1항의 규정만으로 충분한 사항을 다시 확인하는 것에 불과한 불필요한 규정이라 하겠다.

(2) 상인이 자신의 상품을 식별하기 위해 사용하는 표장이다

상표는 상품을 전제한다. 이때 상품은 영업적 거래를 목적으로 하는 유형재화를 의미한다. 특히 유형재화는 동산에 한정한다는 것이 일반적인 견해이며, 서비스를 배제한다. 영업적 거래는 매매에 국한되지 않고 임대와 교환 등 去來界에 재화를 내놓는 일체의 행위를 뜻하나, 私人이 一回의으로 매각하는 물품은 비록 그것이 유상일지라도 순수한 개인적 활동에 불과한 바 상품에 해당하지 않는다. 또한 상품은 일반소비자에 제공되는 것에 국한되지 않고, 업무용 상품과 중간재 또는 자본재를 해당하는 상품을 포함한다. 건축물 등의 부동산은 상표법상의 상품에는 포함되지 않지만 그 건물 전체가 일종의 광고탑으로서 일반인들이 인식된 식별표지로서 기능하는 경우에는 입체상표가 될 수 있다고 본다. 발특9905

23) 상표법 제 50조·제 53조·제 55조 3항·제 57조 2항·제 62조·제 67조 2항·제 73조 1항 3호 및 4항·제 85조·제 90조·제 91조