

2024년 제61회 변리사 2차 시험

상표법 해설

[강사 총평]


“이슬기” 금번 시험은, 늘 강조되었던 최신판례(컨투어코일, 금강, 번피트니스)를 활용한 문제 및 고전적으로 GS에서 중요하게 다뤄진 크라운진 판례를 활용한 문제가 출제되었습니다. “상표법” 시험만을 고려하면, 준비된 판례의 내용을 충분히 잘 녹여낼 수 있는 문제들이 출제되었다는 점에서 체감 난이도는 높지 않았으리라 생각합니다. 다만, 앞선 특허법 시험의 난이도가 높았다는 점, 판례의 사실관계를 일부 각색하고 출제했다는 점, 그 외 추가 구성으로 “독점적 통상사용권”에 대한 문제가 출제되었다는 점에서 당황할 수 있는 포인트들이 있었다고 생각합니다. 전체적으로, 암기한 판례 내용을 뱉어내듯 기재하는 것이 아니라, 문제에서 물어본 출제자의 의도를 파악하여 목차를 구성하고 사안포섭을 풍부히 기재하는 것이 중요한 시험이었다고 생각되며, 이러한 부분을 신경써서 답안을 기재하셨다면 충분히 좋은 점수를 받을 수 있으리라 생각합니다. 추가로, 논리적인 답안 작성을 하셨다면 해당 답안과 다른 답안을 작성하셨더라도 충분히 좋은 점수를 받을 수 있으니 낙심하지 마시길 바랍니다. 그럼, 시험 준비 기간을 떠나 7월까지 최선으로 시험을 준비하신 여러분들께 너무 수고하셨다는 말씀드리며, 앞으로의 날들에 좋은 기운이 함께하길 응원하겠습니다.

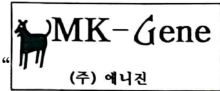
“한경훈” 다각적인 검토를 요구하는 쟁점추출형 문제보다는 쟁점제시형 문제가 주로 출제되어 “쟁점추출”의 난이도는 낮은 시험이었습니다. 다만, 판례형 문제임에도 표장을 변형하여 실제판단에서 고민을 요하는 점, 판례에서 묻는 쟁점을 그대로 묻지 않고 표현을 각색하여 물음을 구성한 점, 문제-2에서 비교적 공부 밀도가 낮은 독점적 통상사용권자의 권리행사 및 상속인의 권리·의무관계를 꽤 큰 배점으로 구성한 점 등을 고려할 때 “답안구성”의 난이도는 낮지 않은 시험이었다고 생각합니다. 예년에 비해 체감 난이도가 높았던 특허법 시험 이후에 20페이지로 늘어난 답안지를 채워야 하는 현장의 분위기가 결코 가볍지 않았을 것으로 추측되는데, 그럼에도 불구하고 주어진 시간 내에 물음의 내용 위주로 목차를 시각화하고 포섭을 풍부히 담아내신 분들은 좋은 점수를 받으실 것으로 기대됩니다. 특정 설문을 풀지 못한 분들보단 예시 답안과 다르게 결론을 내신 분들이 다소 많으실 것으로 예상되는데, 표장이 변형되어 출제된 문제에서 답이 달라지는 것은 절대적으로 정오를 가릴 수 없으므로 “논리적 설명”이 뒷받침된다면 생각보다 점수 편차가 크지 않을 수 있으니, 답이 다르다는 점만으로 너무 낙심하지는 않으시면 좋겠습니다. 시험에 임하지 않은 입장에서 감히 사후적인 평가를 엮는 것 자체가 부담되는 일이나, 이후의 공부를 계획하는 데 있어서 참고가 되시길 바라는 마음으로 해설자료를 제작했습니다. 제가 미처 파악하지 못한 출제의 의도를 고려하여 세부적인 디테일을 잡는 데 이슬기 변리사님이 큰 역할을 해주셨습니다. 시험장의 부담감을 덜고 최선을 다해 순간에 임하시느라 진심으로 고생 많으셨습니다. 감사합니다.

이슬기, 한경훈 드림

[문제-1]

甲은 상품류 구분 제44류 ‘동물을 위한 위생 및 미용서비스업’에 대하여 한글로 된 상표 ‘애니진’을 2021. 10. 15.(금) 상표등록출원하여 2022. 10. 14.(금) 상표등록을 받았다. 다만, 甲은 상표권 설정등록 이후에 이 상표를 지정서비스업에 사용하지 않고 있다.

乙은 반려동물 애호가로서 ‘동물을 위한 위생 및 미용서비스업’을 운영하기 위하여 2022. 5. 10.(화) ‘애니진’이라는 상호로 주식회사를 설립하여 법원에 설립등기를 마쳤다. 乙은 2022. 11. 부터 ‘동물을 위한 위생 및 미용서비스업’에 대하여 표장 “ (이하 ‘표장 1’이라 함)”을 사용하고 있다.

그 후 乙은 2023. 5. 부터 ‘동물을 위한 위생 및 미용서비스업’에 대하여 표장 “ (이하 ‘표장 2’라 함)”을 인터넷 웹사이트에서 사용하고 있다. 다음 물음에 답하시오.

(1) 乙의 ‘표장 1’과 ‘표장 2’가 甲의 상표권을 침해하였는지 여부에 대하여 판단하시오. (14점)

I. 설문(1) (14점)

1. 상표권 침해의 의의 및 쟁점정리
2. 상표적 사용인지 여부 (적극)
3. 상표의 유사여부 (제한적 적극) (★)
- (1) 상표 유사판단의 일반원칙 判例
- (2) 전체관찰의 원칙 判例
- (3) 사안의 경우
 - 1) 표장 1의 경우 - 유사
 - 2) 표장 2의 경우 - 비유사

이하 검토할 바와 같이 (주)애니진은 法90조1항1호로 효력제한되는 점을 고려할 때 나머지 부분이 독립하여 출처표시기능을 발휘하는 부분이며, 이를 기초로 대비하면 양 상표는 비유사

4. 法90조1항1호의 효력제한 적용가부 (제한적 적극) (★)
- (1) 法90조1항1호의 의의 및 취지
- (2) 결합상표의 일부에도 효력제한 주장이 가능한지 여부 判例
- (3) 상거래 관행에 따른 사용의 의미 및 판단기준 判例
- (4) 사안의 경우
 - 1) 표장 1의 경우 - 효력제한 적용x
 - 2) 표장 2의 경우 - (주)애니진은 **상관사o, 부경목x**, 효력제한 적용o, 나머지 부분은 효력제한 적용x
5. 권리남용에 해당하는지 여부 (소극)
6. 소결 - 표장 1은 침해o, 표장2는 침해책임x

(2) 甲은 乙에 대하여 상표권 침해 주장을 하면서 상표법 제109조(손해배상의 청구) 및 제111조(법정손해배상의 청구)에 의한 손해배상을 청구하였다. 甲의 손해배상이 인정될 수 있는지 여부에 대하여 판단하시오. (8점)

II. 설문(2) (8점)

1. 法109조에 따른 손해배상청구 인정가부 (소극)
 - (1) 실손해배상청구의 의의, 취지 및 쟁점정리 (法109조)
 - (2) 등록상표 불사용시 손해가 인정되는지 여부 (소극) (★)
 - 1) 法110조1항·3항·6항의 경우 判例
 - 2) 法110조4항의 경우 判例
 - 3) 사안의 경우
 - (3) 소결 - 손해배상 불인정
2. 法111조에 따른 손해배상청구 인정가부 (소극)
 - (1) 법정손해배상청구의 의의, 취지 및 쟁점정리 (法111조)
 - (2) 엄격 해석의 원칙 判例 (★)
 - (3) 사안의 경우

(3) 甲의 상표권 침해 주장에 대하여 乙은 甲의 상표권 행사가 권리남용이라고 판단하고 있다. 등록상표에 무효사유와 취소사유가 있는 경우에 권리남용의 적용 여부 및 상표권자의 권리행사가 권리남용이 되는 경우에 대하여 대법원의 판례를 중심으로 설명하시오. (8점)

III. 설문(3) (8점)

1. 상표권 남용의 의의 및 특수성
2. 무효 및 취소사유에 따른 권리남용의 적용 여부 (소극)
 - (1) 무효될 것이 명백한 상표권에 기한 권리행사 判例 (★)
 - (2) 취소사유가 명백한 경우 判例 (★)
 - (3) 사안의 경우
3. 상표권자의 권리행사가 권리남용이 되는 경우
 - (1) 법적 보호가치가 없는 상표권에 기한 권리행사의 경우 判例 (★)
 - (2) 무효될 것이 명백한 경우 判例
 - (3) 부정경쟁행위를 목적으로 취득한 상표권에 기한 효력 주장 判例 (★)

[강사 의견]

물음의 구조상 문답형 및 약술형을 섞어서 묻는 문제로 이해됩니다.

[문제-2]

甲은 지정상품 ‘화장품, 바디로션, 스킨로션’에 대하여 상표 X를 부착하여 2018. 12. 4.(화) 상표등록출원을 하여 2019. 10. 17.(목) 상표등록을 받았다. 甲은 2020. 1. 10.(금) 乙과 독점적 통상사용권 설정계약을 체결하였다. 乙은 2020. 3. 11.(수)부터 거래처인 화장품 스토어에 화장품을 공급하는 과정에서 지정상품과 그 지정상품의 포장에 등록상표 X를 사용하지 않고, 물품공급계약서, 견적서와 거래명세서에 거래통념상 등록상표 X와 동일하게 볼 수 있는 형태의 실사용표장 X'를 표시하여 거래상대방에게 교부하고 있다. 한편, 丙은 2023. 4. 14.(금) 상표 X에 대하여 특허심판원에 상표법 제119조(상표등록의 취소심판) 제1항 제3호에 의한 불사용 상표등록취소심판을 청구하였다. 그 후 丙은 甲과 乙의 허락 없이 2023. 11. 10.(금)부터 지정상품 ‘핸드로션, 화장품 마스크팩’에 대하여 상표 X를 부착하여 판매하고 있다. 다음 물음에 답하시오.

(1) 특허심판원이 丙의 불사용 상표등록취소심판에 대해 인용심결을 한 경우에, 이에 대하여 甲이 취할 수 있는 상표법상의 대응조치 및 그 결과에 대하여 논하시오. (8점)

I. 설문(1) (8점)

1. 심결취소소송의 의의 및 쟁점정리 (法162조)
2. 法119조1항3호의 취소사유 존부 (적극)
 - (1) 法119조1항3호의 의의 및 判例가 실시한 취지
 - (2) 乙의 사용이 상표권자 등의 사용인지 여부 (적극)
 - (3) ‘등록상표’에 대한 사용인지 여부 (적극) (★)
 - 1) 등록상표의 범위 判例
 - 2) 사안의 경우
 - (4) 등록상표에 대한 ‘사용’인지 여부 (적극) (★)
 - 1) 法119조1항3호의 사용의 의미 判例
 - 2) 거래서류의 의미 및 범위 判例
 - 3) ‘널리 알리는 행위’의 판단기준 判例
 - 4) 사안의 경우
거래상대방이 **비밀유지의무**를 부과한다는 특별한 사정이 없으므로, 널리 알리는 행위○, 사용○
- (5) 소결 - 法119조1항3호○
3. 설문(1)의 해결 - 심결취소소송 제기 및 인용판결 예상

(2) 丙이 상표 X를 사용하는 행위에 대하여 乙이 취할 수 있는 상표법상의 조치에 대하여 설명하시오. (5점)

II. 설문(2) (5점)

1. 乙의 법적 지위 - 독점적 통상사용권자
2. 丙의 사용행위의 취급 - 甲 상표권 침해 (法108조1항1호)
3. 조치① - 침해금지청구 (★)

(1) 직접 청구 가부 (소극)

(2) 대위 청구 가부 (적극)

1) 학설/판례/검토

2) 사안의 경우

“제3자의 침해를 배제하는 데 협력할 것을 요구할 권리”를 피보전채권으로 하여 대위 청구 가능

4. 조치② - 손해배상청구 (★)

(1) 제3자의 채권침해가 성립하는 경우 判例

(2) 사안의 경우

(3) 甲이 질환으로 사망한 후 그의 유족 丁이 상표권을 상속받은 경우에, 丁과 丙 및 丁과 乙의 법적 관계에 대하여 설명하시오. (7점)

III. 설문(3) (7점)

1. 丁의 법적 지위 - 상표 X에 대한 상표권의 상속인

이전등록을 불문하고 일반승계의 효력이 발생(法96조), 상속 개시된 때 상속인이 존재하여 상표권 불소멸 (法106조2항), 3년 내 이전등록하였다면 丁은 상표 X에 대한 상표권의 상속인o

2. 丁과 丙의 법적 관계 (★)

(1) 丙의 사용행위의 취급 - 丁 상표권 침해 (法108조1항1호)

(2) 민사상 관계 - 침/손/신/부

(3) 형사상 관계 - 침/몰/양

3. 丁과 乙의 법적 관계 (★)

(1) 상속인의 권리·의무 (민법 제1005조)

상속인은 상속개시된 때로부터 피상속인의 재산에 관한 포괄적 권리의무를 승계o

(2) 사안의 경우

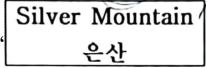
乙은 사용할 권리, 정당사용 의무, 성명·명칭 표시 의무, 제3자 침해 배제에 협력할 것을 요구할 권리o

丁은 사용료 청구권, 감독 의무o

[강사 의견]

丁과 丙의 관계는 상표권 침해 관계라는 점을 밝히고 민형사상 어떤 조치를 취할 수 있는지를 다각적으로 서술하고, 丁과 乙의 관계는 상표권자와 계약상 지위를 갖는 독점적 통상사용권자의 관계라는 점을 밝히고 상표권자와 통상사용권자의 관계 및 상표권자가 “독점적” 통상사용권자의 관계에 대해 다각적으로 서술하는 것을 요구하는 문제로 파악됩니다.

[문제-3]

甲은 2020년부터 ‘시계’를 지정상품으로 하여 ‘은산’을 상표등록하고 시계 제조·판매업을 영위하여 왔다. 乙은 2000년부터 ‘Silver Mountain’이라는 상표를 붙여 액세서리를 제조·판매하였는데, 그 품질과 디자인의 우수성으로 인해 액세서리 시장에서 일반 수요자들과 거래종사자들 사이에서 ‘Silver Mountain’은 乙의 액세서리를 표시하는 상표로서 유명해졌다. 그러자 甲은 자신이 제조·판매하는 시계 및 그 포장에 ‘’이라는 상표를 붙여 판매하였다.

乙은 甲의 등록상표 ‘은산’에 대하여 상표법 제119조(상표등록의 취소심판) 제1항 제1호를 근거로 등록취소심판을 청구하였다. 다음 물음에 답하시오. (단, 각 물음은 독립적이다.)

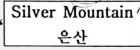
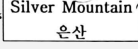
(1) 甲의 등록상표가 상표법 제119조 제1항 제1호의 요건(‘甲의 등록상표와 실사용상표의 유사성’과 ‘乙의 업무와 관련된 상품과 혼동을 일으키는지’)을 모두 충족하였는지 논하시오. (12점)

I. 설문(1) (12점)

1. 法119조1항1호의 의의 및 判例가 실시한 취지
2. ‘甲의 등록상표와 실사용상표의 유사성’ 요건 충족 여부 (적극) (★)
 - (1) 유사범위 내 사용여부의 판단방법 判例
 - (2) 사안의 경우
3. ‘乙의 업무와 관련된 상품과의 혼동’ 요건 충족 여부 (적극)
 - (1) 乙의 업무가 대상상표로서의 적격을 갖는지 여부 (적극) (★)
 - 1) 요구되는 인식의 정도 判例
 - 2) 대상상표가 등록상표의 권리범위에 속하거나 미등록인 경우 判例
 - 3) 사안의 경우
 - (2) 혼동 염려가 있는지 여부 (적극) (★)
 - 1) 혼동유무의 판단기준 判例
 - 2) 사안의 경우
4. 설문(1)의 해결 - 요건 충족○

[강사 의견]

‘乙의 업무와 관련된 상품과의 혼동’ 요건은 “혼동 염려” 판단 외에도, 혼동의 대상이 되는 상표로서의 적격(대상적격)을 갖는지에 대한 판단도 포함하며, “대상적격”을 따로 물은 것이 아니므로, 대상적격에 관한 내용을 ‘乙의 업무와 관련된 상품과의 혼동’의 하위목차로 기재하는 것이 인상 면에서 더 유리할 것으로 생각합니다.

- (2) 한편, 乙이 위 등록취소심판을 청구하기 1년 전에 甲과 乙은 “甲은 , 을 ‘시계제품에 한정’하여 상표로 사용할 수 있다.”고 합의하였다. 甲은 “甲이 , 을 시계제품에 상표로 사용하는 것에 대하여 乙이 이미 합의하였으므로, 甲의 등록상표는 乙의 취소심판청구 대상이 될 수 없다.”고 주장하였다. 甲의 주장이 타당한지 논하시오. (8점)

II. 설문(2) (8점)

1.쟁점정리

본안에 앞서, 심판청구권이 남용되어 청구가 부적법한지 문제

2. 乙의 심판청구가 권리남용인지 여부 (소극)

(1) 등록상표와 관련된 상표 사용에 관한 합의의 효력 判例 (★)

합의 당사자 아닌 자가 주장 불가, 출처 오인·혼동 우려가 커지게 하는 경우에만까지 적용 불가, 法119조1항1호는 공익적 취지의 규정, 따라서 심판청구권 남용x

(2) 검토

합의는 주관적 사정이므로 **객관적 판단**인 법적 평가에 고려 불가, 합의는 사익을 위한 행위이므로 **공익적 규정**에 고려 불가, 따라서 설령 합의 당사자가 주장했더라도 마찬가지로 봄이 타당

(3) 사안의 경우 - 심판청구권 남용x

3. 설문(2)의 해결 - 甲 주장 부당

4. 보론 - ‘고의’ 요건과 관련하여

대상상표의 인식도를 고려할 때 고의는 인정되며, 합의 사실로 인해 고의 인정이 달라지지 않음

[강사 의견]

法119조1항1호의 공익성을 비중 있게 고려하여 甲의 주장이 부당한 것으로 결론을 내렸으나, 판례 사안과 다르게 “당사자 간 합의” 사실로 주어졌으므로 甲의 주장이 타당하다고 결론을 내리더라도 “제3자 간 합의가 아님”을 강조하여 논리적으로 포섭한다면 적절한 점수를 받을 수 있다고 사료됩니다. 보론 내용은 원심에서 “합의사실과 고의를 연결하여 판단”한 부분을 언급한 것이며, 앞의 목차들이 잘 작성됐다는 전제에서 보론 내용을 추가하면 추가 득점이 가능할 수 있다고 사료됩니다.

- (3) 만약 甲과 乙이 “乙은 甲의 등록상표 ‘은산’에 대한 취소심판청구를 취하하고, 대신 乙이 ‘은산’을 지정상품을 시계제품으로 한정하여 상표등록하는 것에 甲이 동의”하는 내용에 합의하였다면, 乙이 시계를 지정상품으로 ‘은산’을 상표등록할 수 있는지 논하시오. (10점)

III. 설문(3) (10점)

1. 예상 거절이유 - 法34조1항7호 (*)

- (1) 法34조1항7호의 의의 및 취지
- (2) 사안의 경우

2. 공존동의를 통한 등록 가부 (소극) (*)

- (1) 상표공존동의 제도의 의의 및 취지
- (2) 공존 동의를 통한 등록을 위한 요건
- (3) 사안의 경우

상표 및 상품이 **동일**하여, 상표공존동의를 통한 등록은 불가

3. 인용상표 소멸을 통한 등록 가부 (제한적 적극)

- (1) 인용상표 소멸시의 취급 (法34조2항)
- (2) 사안의 경우

‘은산’과 ‘Silver Mountain’이 유사하다면, 法34조1항**12호후단**, **13호**로 무효심판 청구, 소급 소멸 가능
제척기간 도과 전이라면 **法119조1항1호**를 다시 청구, 장래 소멸 가능
乙 출원의 등록여부결정 전 甲 상표 소멸하면 등록 가능

[강사 의견]

상표공존동의 제도를 주쟁점으로 출제한 것으로 보이나, “상표등록할 수 있는지 여부”를 묻고 있으므로 문언 해석상 인용상표 소멸을 통한 등록도 언급 가능할 것으로 판단됩니다.

[문제-4]

甲은 '헬스클럽경영업 등'을 지정서비스업으로 하여 'SPRING FITNESS'를 상표등록하고 자신이 운영하는 헬스클럽의 상표로 사용하였다. 乙은 甲이 위 상표를 등록출원하기 전에 한글상호인 '스프링 피트니스'로 사업자 등록하고, 영문표기로 자신의 헬스클럽을 영업시설과 인터넷에서 홍보하였다. 乙이 홍보에 사용한 영문표기는 두 개였는데, 'S®P®ING'(이하 '사용상표1'이라 한다.)과 'SPRING FITNESS'(이하 '사용상표2'라 한다.)였다. 甲은 乙에 대하여 등록상표권 침해소송을 제기하였다. 다음 물음에 답하시오.

- (1) 乙은 甲의 등록상표 ‘SPRING FITNESS’ 중 ‘FITNESS’ 부분은 “지정서비스업인 헬스클럽경영업이 직감” 되므로 식별력이 없고, ‘SPRING’ 부분은 “헬스클럽을 다닌 결과 몸이 스프링과 같이 탄력있게 될 수 있다는 뜻”이므로 식별력이 없다고 주장하였다. 乙의 주장이 타당한지 논하시오. (12점)

I. 설문(1) (12점)

1. 乙 주장에 대한 쟁점정리

상표 유사판단의 전제인 **보호요건으로서의 식별력**과 관련하여, 명시적으로는 각 구성별로 **구성 자체의 식별력**을 부정하고 묵시적으로는 대비대상이 되는 SPRING의 **상대적 식별력**이 부족하다는 취지로 이해

2. “SPRING” 및 “FITNESS”의 ‘구성 자체의 식별력’에 관한 乙 주장의 타당성 (제한적 적극)

- (1) ‘구성 자체의 식별력’과 ‘상표 유사 판단’과의 관계 判例 (2011후3698, 2015후932) (★)

(**상표 유사 판단에서 식별력의 유무와 강약은 주요한 고려요소**) and

(상표의 구성 중 **식별력이 없거나 미약한** 부분은 요부가 된다고 할 수 x)

- (2) ‘구성 자체의 식별력’이 있는지 여부의 판단기준 判例 (2015후932 or 2004후912) (★)

(등록된 상표/상표권자 수, **본질적 식별력** 정도, **상품과의 관계**, **공익상 독점이 적당한지** 등 고려) or

(구성 부분이 지니고 있는 **관념**, **지정상품과의 관계** 및 **거래사회의 실정** 등을 감안하여 결정)

- (3) ‘구성 자체’의 성질을 암시하는 데 그치는 경우 判例 (2005후674) (생략 가능)

상표의 구성 중 그 일부분이 지정상품의 품질, 제공 물건, 제공방법 등을 **암시 또는 강조**하는 것으로 보인다고 하더라도 일반 수요자나 거래자가 지정상품의 품질, 제공 물건, 제공방법 등을 표시하는 것으로 **바로 인식**할 수 없는 것은 그 식별력을 함부로 부정해서는 안 된다.

- (4) 사안의 경우

FITNESS는 지정상품의 효능이나 용도표시로서 식별력x

상품과의 관계 고려할 때 SPRING이 “스프링과 같이 탄력있게 될 수 있음”을 암시하더라도 직감한다고 단정할 수 없고, 공익상 특정인의 독점이 부적당하지도 않으므로, 식별력x

3. “SPRING”의 상대적 식별력에 관한 乙 주장의 타당성 (적극)

- (1) 상대적 식별력과 요부 결정기준과의 관계 判例 (2015후1690) (★)

요부인지 여부는 주지/저명성, 강한 인상 주는지, 상대적인 식별력 수준, 결합상태, 지정상품과의 관계, 거래실정 등을 종합하여 판단, 즉 **상대적 식별력**은 요부결정의 **일 고려요소**

- (2) 사안의 경우

FITNESS는 구성 자체의 식별력x, SPRING은 구성 자체의 식별력이 적어도 미약, 따라서 SPRING은 FITNESS에 비하여 상대적 식별력o, FITNESS의 상대적 식별력이 있음을 전제로 다른 요부결정의 기준을 종합적으로 고려하면 FITNESS가 요부로서 양 상표가 유사해질 가능성 높

4. 설문(1)의 해결 - 乙 주장 일부 타당, 일부 부당

[강사 의견]

사용상표가 아닌 등록상표에 관한 주장이라는 점(효력제한 배제), 등록상표 전체의 식별력에 대한 주장은 언급하지 않은 점(권리남용 배제), 설문(2)에서 甲 등록상표의 식별력을 유사판단의 선결로 언급한 점, 타겟 판례(번피트니스)에서 상표 유사판단 중 요부 추출을 하면서 각 구성별 식별력과 상대적 식별력을 순차적으로 언급하고 있는 점 등을 고려할 때 “**상표 유사판단의 전제로서의 식별력**에 관한 주장”이 출제의도라고 판단되며, 배점상 “구성 자체의 식별력”과 “상대적 식별력”을 순차로 언급하는 것이 적절할 것으로 생각됩니다. 나아가, “요부”는 구성별로 판단하므로 “전체를 하나로 보아 판단”하는 법리는 어울리지 않는 것으로 판단됩니다.

(2) 법원은 甲의 등록상표를 구성하는 ‘FITNESS’ 부분과 ‘SPRING’ 부분의 각각의 식별력과는 별개로 ‘SPRING FITNESS’는 전체를 하나로 보아서 식별력이 있고, 甲의 등록상표와 乙의 사용상표들과의 유사성이 인정된다고 판단하였다. 이에 대하여 乙은 사용상표1과 사용상표2가 상표법 제90조(상표권의 효력이 미치지 아니하는 범위) 제1항 제1호에 해당한다고 주장하였다. 乙의 주장이 타당한지 논하시오. (8점)

II. 설문(2) (8점)

1. 法90조1항1호의 의의 및 취지 (★)
2. 상거래 관행에 따른 사용의 의미 判例 (★)
3. 상거래 관행에 따른 사용의 판단기준 判例 (★)
4. 설문(2)의 해결
 - (1) 사용상표1의 경우 - 상관사x, 乙 주장 부당
 - (2) 사용상표2의 경우 - 상관상o, 乙 주장 타당