

특 허 법 원

제 2 4 - 3 부

판 결

사 건 2021나1060 상표권침해금지 등 청구  
원고, 항소인 주식회사 A

대표이사 B

소송대리인 변호사 권단, 전병주

피고, 피항소인 농업회사법인 주식회사 C

대표이사 D

소송대리인 법무법인 지음 담당변호사 김정희

소송복대리인 변호사 전진주

제 1 심 판 결 서울중앙지방법원 2020. 12. 11. 선고 2019가합546841 판결

변 론 종 결 2021. 6. 25.

판 결 선 고 2021. 7. 16.

주 문

1. 원고의 항소와 이 법원에서 추가한 청구를 모두 기각한다.

2. 항소 제기 이후의 소송비용은 원고가 부담한다.

### 청구취지 및 항소취지

제1심 판결을 취소한다. 피고는, ① [별지 1] 기재 표장을 [별지 2] 목록 기재 상품 또는 상품의 포장, 광고물, 거래서류에 사용하여서는 아니 되고, ② [별지 1] 기재 표장을 피고의 인터넷 홈페이지(www.E) 및 온라인 쇼핑몰 웹페이지에 표시하여서는 아니 되며, ③ [별지 1] 기재 표장이 부착 또는 표시된 [별지 2] 목록 기재 상품을 생산, 판매, 수입 또는 수출하여서는 아니 되고, ④ 원고에게 3,000만 원과 이에 대하여 이 사건 소장 부분 송달일부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라[원고는 이 법원에서 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제1호 (나)목의 부정경쟁행위를 원인으로 하는 청구를 선택적으로 추가하였다].

## 이 유

### 1. 기초사실

#### 가. 당사자들의 지위

1) 원고는 2001. 6. 20.경 부산에서 프랜차이즈업, 식품유통업 등을 목적으로 하여 설립된 법인으로, 2001년 무렵부터 'F'이라는 상호의 감자탕전문점 프랜차이즈 사업을 영위해 왔다.

2) 피고의 대표이사 D는 2005. 5. 9. 원고와 가맹계약을 체결하고 그 무렵부터 2010. 9.경까지 'F G점'을 운영하였고, 이후 'H'라는 상호로 감자탕전문점을 운영한 자이다.

#### 나. 원고 사용표장들의 사용

원고는 부산·경남 지역에서 2001. 6.부터 현재까지 "F"이라는 상호(이하 '이 사건 표지'라 한다)를 사용하여 감자탕전문점 프랜차이즈 영업을 하고 있다. 원고는 2019년 초부터 'I'이라는 온라인쇼핑몰(www.J)을 개설하여 감자탕 즉석조리제품을 판매하는 동시에 감자탕 즉석조리제품 인터넷판매업을 하고 있다.



'원고는' 하 위 표장들을 일괄하여 '원고 사용표장들'이라 한다)을 가맹점 간판이나 즉석조리제품 포장 등에 사용하여 왔다.

#### 다. 피고 표장의 사용

1) 피고는 2010. 9.부터 G시, K시, L M군 등지에 가맹점을 열어 "H"라는 상호(이하 '피고 표지'라 한다)를 사용하여 감자탕전문점 프랜차이즈 사업을 하였다. 피고의 2019년 현재 가맹점 수는 경기 지역 1개, L 지역 3개이다.

2) 피고는 2015. 1. 무렵부터 [별지 1] 기재 표장(이하 '피고 표장'이라 한다)을 표시한 감자탕 즉석조리제품을 판매함과 동시에 피고 표장을 사용하여 피고가 운영하는 온라인쇼핑몰(www.E)에서 감자탕 즉석조리제품 인터넷판매업을 하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 6, 7, 10, 11 내지 14, 20, 29, 30, 32, 74호증(각 가지번호 있는 것은 가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

## 2. 당사자들의 주장

### 가. 원고의 주장

1) 원고는 부산·경남 지역에서 1999. 11.부터 이 사건 표지를 사용하여 감자탕 음식점업을 시작하였고, 2001. 6.경에는 감자탕전문점 프랜차이즈 영업을 시작하였으며,

2019년초부터 이 사건 표지가 표시된 감자탕 즉석조리식품을 판매함으로써, 이 사건 표지는 2010. 9. 무렵에는 위 지역에서 원고의 위 영업을 표시하는 표지로서, 그리고 현재 위 지역에서 원고의 위 제품임을 표시하는 표지로서 각 널리 인식되었다.

2) 피고는 2010. 9. 무렵부터 L 지역에서 이 사건 표지와 유사한 피고 표지인 "H"를 사용하여 감자탕전문점 영업을 하고 있고, 마찬가지로 이 사건 표지와 유사한 피고 표지가 표시된 감자탕 즉석조리식품을 판매함과 동시에 피고 표장을 사용하여 감자탕 즉석조리제품 인터넷판매업을 함으로써, 원고의 위 상품 및 영업과 혼동하게 하였다. 이와 같은 피고의 행위는 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 '부정경쟁방지법'이라 한다) 제2조 제1호 (가)목, (나)목에 정한 부정경쟁행위에 해당한다.

3) 이 사건 표지는 원고의 투자와 노력이 담긴 성과물에 해당하므로, 피고가 이와 동일·유사한 피고 표지·표장을 사용하는 것은 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (카)목의 부정경쟁행위에도 해당한다.

4) 따라서 피고는 위 부정경쟁행위를 중지하고, 원고에게 그로 인한 손해배상금의 일부로서 3,000만 원과 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

#### **나. 피고의 주장**

1) 이 사건 표지는 상품이나 영업의 성질을 표시한 것에 불과하여 식별력이 없고 원래 독점할 수 없는 표지이다. 부산·경남 지역만을 놓고 보더라도 2010. 9. 무렵 원고의 위 영업을 표시하는 표지로서 혹은 현재 위 지역에서 원고의 위 상품임을 표시하는 표지로서 널리 인식되지 않았다.

2) 피고는 부산·경남 지역에서는 감자탕전문점 영업을 한 사실이 없고, 피고 표장을 사용하여 감자탕 즉석조리식품을 제조, 판매함과 동시에 감자탕 즉석조리제품 인터

넷판매업을 영위한 시점은 원고가 이 사건 표지를 사용하여 감자탕 즉석조리식품을 판매하고 동시에 감자탕 즉석조리제품 인터넷판매업을 개시한 시점보다 앞선다. 감자탕 전문점 영업은 감자탕 즉석조리식품이나 감자탕 즉석조리제품 인터넷판매업과 유사하다고 볼 수 없다. 이 사건 표지는 감자탕 즉석조리식품이나 감자탕 즉석조리제품 인터넷판매업에 관하여 주지성을 갖추지 못하였다.

3) 이 사건 표지는 상품이나 영업의 성질을 표시한 것에 불과한데, 주지성을 획득한 표장에 준하는 정도의 신용이 축적되었다고 볼 만한 특별한 사정도 없어서, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (카)목이 정한 '상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과'라고 할 수 없다.

4) 피고의 피고 표지·표장 사용 행위가 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목, (나)목 혹은 (카)목이 정한 부정경쟁행위에 해당함을 전제로 하는 원고의 청구는 모두 이유 없다.

### 3. 판단

#### 가. 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목, (나)목 위반 주장에 관하여

##### 1) 관련 법리

가) 부정경쟁방지법 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 기준이 된다(대법원 2008. 9. 11. 선고 2007도10562 판결 참조). 또한 같은 법 제2조 제1호 (나)목에서 정한 '국내에 널리 인식된 타인의 영업임을 표시하는 표지'는 국내 전역 또는 일정한 범위에서 거래자 또는 수요자들이 그것을 통하여 특정 영업을 다른 영업과 구별하여 널리 인식

하는 경우를 말하는 것으로서 '국내에 널리 인식된 타인의 영업임을 표시하는 표지'인지는 사용 기간, 방법, 태양, 사용량, 거래범위 등과 거래 실정 및 사회통념상 객관적으로 널리 알려졌는지가 일응의 기준이 된다(대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다9822 판결 참조).

같은 법 제2조 제1호 (가)목, (나)목에서 '국내에 널리 인식'되었다는 의미는 국내 전역에 걸쳐 모든 사람에게 주지되어 있음을 요하는 것이 아니고, 국내의 일정한 지역 범위 안에서 거래자 또는 수요자들 사이에 알려진 정도로써 족하다(대법원 1995. 7. 14. 선고 94도399 판결, 대법원 2003. 9. 26. 선고 2001다76861 판결 등 참조).

나) 단순한 문자나 숫자의 결합으로 이루어졌거나 상품의 성질을 표시한 것에 불과하여 식별력이 없거나 미약한 상품표지나 영업표지가 사용된 결과 국내에 널리 인식되기에 이른 경우에는 원래 독점시킬 수 없는 표지에 권리를 부여하는 것이므로 그 표지가 널리 인식되었는지 여부를 판단하는 기준은 엄격하게 해석 적용되어야 한다(대법원 2008. 9. 11. 선고 2007도10562 판결 참조).

다) 부정경쟁방지법 제4조에 따른 금지청구에 있어서 표지의 주지성 획득 여부의 판단은 사실심 변론종결 당시를 기준으로 하여야 하고(대법원 2004. 3. 25. 선고 2002다9011 판결 참조), 같은 법 제5조에 따른 손해배상청구에 있어서 표지의 주지성 획득 여부의 판단은 침해행위 당시를 기준으로 하여야 한다(대법원 2008. 2. 29. 선고 2006다22043 판결 참조).

## 2) 이 사건 표지가 상품의 내용, 성질을 표시하는 표장에 해당하는지 여부

### 가) 인정사실

다음 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나 갑 제8, 35, 36호증, 을 제3, 5, 7호증

의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 보면 인정할 수 있다.

(1) "통뼈"는 '두 가닥의 뼈로 이루어져 있지 아니하고 붙어서 한 가닥으로 통처럼 되어 있는 뼈', '힘이나 대가 센 사람을 비유적으로 이르는 말'과 같은 의미가 있다. 그리고 '통뼈' 중 '통'이란 '통째'의 뜻을 더하는 접두사로서 '통뼈', '통마늘'과 같이 음식 재료의 앞에 결합되어 일반적으로 사용하는 표현이다. 이와 같이 음식재료와 함께 사용되는 경우 '통'은 '잘게 썰거나 갈지 않은 원래의 상태대로의 음식재료'라는 의미로 인식된다.

(2) 감자탕은 돼지 등뼈와 감자, 우거지, 갈은 들깨, 깻잎, 파, 마늘 따위의 양념을 넣어 진하고 맵게 끓인 탕으로, 그 주된 식재료인 돼지 등뼈를 큼직하게 토막 내어 핏물을 뺀 후 물을 넉넉히 붓고 재료와 함께 장시간 끓이는 방법으로 조리된다.

(3) 감자탕 또는 그 조리방법에 관한 설명에는, '통뼈'는 감자탕의 조리 재료인 돼지 등뼈를 의미하는 용어로, 'F'은 통뼈를 조리하여 만든 감자탕을 의미하는 용어로 흔히 사용되고 있다. 그리고 국립국어원이 2017. 1. 25. 발간한 연구보고서 '공공용어 번역 (영중일) 수용성 연구'에는 주요 한식명의 공공용어로서 'F'은 '豚背骨のカムジャタン'으로 번역될 수 있다는 취지로 소개되어 있다(갑 제60호증 중 84쪽).

(4) (가) 피고는 2019. 8. 29. 원고를 상대로 피고의 확인대상표장 'N가 F'은 원고의 제88224호 등록서비스표(**통뼈**) 권리범위에 속하지 아니한다고 주장하며 특허심판원에 소극적 권리범위확인심판을 청구하였으며, 특허심판원은 이를 2019당2784호로 심리하여 2019. 11. 12. 피고의 심판청구를 인용하는 심결을 하였다(을 제5호증의 1). 원고는 위 심결의 취소를 구하는 소를 제기하였으나(2019허8774호), 이 법원은 2020. 8.

14. "확인대상표장 중 'F' 부분은 '감자탕 전문 식당경영업' 등 사용서비스업에 관하여 '돼지 등뼈를 통째로 조리한 감자탕' 등의 의미를 직접적으로 표시하는 상표법 제90조 제1항 제2호의 성질표시표장에 해당하므로 원고의 제88224호 등록서비스표권의 효력이 미치지 아니하고 이를 제외한 확인대상표장의 나머지 부분은 위 등록서비스표와 상이하다."라는 이유로 원고의 청구를 기각하였다(을 제7호증의 2).

(나) 피고는 2019. 8. 29. 원고를 상대로 피고의 확인대상표장 'N가 H'는 원고의 제101586호 등록서비스표()의 권리범위에 속하지 아니한다고 주장하며 특허심판원에 소극적 권리범위확인심판을 청구하였다. 특허심판원은 위 사건을 2019당2785호로 심리하여 피고의 심판청구를 인용하는 심결을 하였다(을 제5호증의 2). 원고는 위 심결의 취소를 구하는 소를 제기하였으나(2020허2116호), 특허법원은 2020. 8. 14. "확인대상표장 중 '통뼈' 부분은 '감자탕 전문 식당경영업' 등 사용서비스업에 관하여 원재료, 용도, 생산방법, 가공방법 등을 표시하는 것으로 직감되어 상표법 제90조 제1항 제2호의 성질표시표장에 해당하므로 원고의 제101586호 등록서비스표권의 효력이 미치지 아니하고 이를 제외한 확인대상표장의 나머지 부분은 위 등록서비스표와 상이하다."라는 이유로 원고의 청구를 기각하였다(을 제7호증의 1).

#### 나) 판단

(1) 위 인정사실에 의하면, 이 사건 표지 'F'은 그 자체가 '돼지 등뼈를 통째로 조리한 감자탕' 등의 의미를 직접적으로 표시한 것이어서 감자탕전문체인점 등 영업이나 감자탕 즉석조리제품 등 상품에 관하여 사용되는 경우 일반 수요자나 거래자에게 원재료, 용도, 생산방법, 가공방법 등을 표시하는 것으로 직감될 것으로 보인다.

(2) 이에 대하여, 원고는 다음과 같은 이유로 '통뼈'는 상품, 영업의 성질 표시로 볼 수 없다고 주장한다. 즉, ① 표준국어대사전(갑 제55호증의 1)에 의하면 '통뼈'는 '두 가닥의 뼈로 이루어져 있지 아니하고 붙어서 한 가닥으로 되어 있는 아래팔뼈를 이르는 말' 내지 '힘이나 대가 센 사람을 비유적으로 이르는 말'의 의미도 있어서 감자탕 재료와는 무관하고, ② 원고는 '통뼈'를 '힘이나 대가 센 사람을 비유적으로 일컫는 말'이라는 의미로 사용하였으며, 축산물품질평가원 답변(갑 제55호증의 2)에 따르면, 돈육 부위 중에는 '통뼈'라는 명칭의 부위가 없다는 것이다.

그런데 갑 제32호증의 기재 및 영상에 의하면, 원고는 '일명 1kg 감자탕'이라는 표시와 함께 '통'과 '뼈' 사이에 물결표(~)가 들어가고, '감자탕' 부분이 찢어쓰기 또는 줄 바꿈으로 분리된 우측 사진의 표



갑 제32호증의 6, 9



갑 제32호증의 8

장을 표시한 홈쇼핑 광고 영상(갑 제32호증의 6, 8, 9)을 2019. 12. 16. 무렵 'Q홈쇼핑' 등 방송에서 송출한 사실을 인정할 수 있다. 이러한 표기는 뼈가 통으로 크게 들어가 있다는 점을 강조할 뿐, '힘이나 대가 센 사람'이라는 의미는 찾아볼 수 없다.

또한 갑 제55호증의 2의 기재에 의하면, "돼지통뼈 아시는 분 있나요? 감자탕에 나오는 곳도 있던데 정육점에서 살 수 있나요?"라는 질문에 축산물품질평가원 담당자는 "일반 식육판매점에서도 구입이 가능합니다. 돼지 뼈는 등뼈와 잡뼈로 유통되는데 주로 감자탕이나 등뼈찜의 재료로 많이 사용됩니다. 통뼈라고 하신 부분은 아마도 앞다리나 뒷다리에서 나오는 전완골이나 하퇴골을 말씀하시는 것 같은데 등뼈를 제외하고는 모두 잡뼈로 취급을 합니다."라는 내용이 포함된 답변을 한 사실을 인정할 수 있다. 위 답변

도 '통뼈'가 음식 재료로서 돼지 뼈의 일종임을 전제로 하고 있을 뿐이다.

원고의 위 주장은 받아들이지 않는다.

(3) 이 사건 표지는 상품이나 영업 시 제공하는 식품이나 제품의 원재료 및 일정한 조리방법에 따라 만들어지는 요리를 직감하게 하는 표시만으로 구성된 것이어서 식별력이 없거나 미약하다. 따라서 이와 같은 영업표지, 상품표지가 사용된 결과 주지성을 취득하였다는 점은 엄격한 기준에 의하여 판단하여야 할 것이다.

### 3) 이 사건 표지의 주지성 획득 여부에 관하여

#### 나) 인정 사실

다음 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나, 앞서 든 각 증거, 갑 제17, 18, 32 내지 34, 37, 39, 41 내지 45, 48, 53, 73호증의 각 기재, 변론 전체의 취지를 종합하면 인정할 수 있다.

#### (1) 이 사건 표지의 사용기간, 사용방법, 매출액 등

(가) 원고는 2001. 6. 21. 이 사건 표지를 사용한 가맹사업을 개시하였다. 원고 가맹점 수는 2015년 79개(부산 12개, 경남 46개, 기타 21개), 2016년 94개(부산 16개, 경남 55개, 기타 23개), 2017년 98개(부산 17개, 경남 56개, 기타 25개),<sup>1)</sup> 2018년 98개(부산 21개, 경남 51개, 기타 26개), 2019년 95개(부산 19개, 경남 51개, 기타 25개)이다.

원고는 2019년초부터 감자탕 즉석조리제품에 이 사건 표지를 사용하여 인터넷을 통하여 판매하기 시작하였다.

#### (나) 원고의 사업연도별 매출액은 아래 표와 같다.

1) 원고 프랜차이즈의 2017년도 가맹점 수는 2018년 정보공개서(갑 제17호증)에 의하면 부산 17개, 경남 57개로 합이 99개이고, 2019년 정보공개서(갑 제18호증)에 의하면 부산 17개, 경남 56개로 합이 98개인데, 나중에 작성된 2019년 정보공개서의 기재에 따른다.

(단위: 원)

사업연도	매출액	가맹사업매출액	사업연도	매출액	가맹사업매출액
2015	5,992,331,000	5,950,331,000	2018	4,509,065,000	4,460,865,000
2016	5,941,642,000	5,896,142,000	2019	4,176,122,000	미확인
2017	5,764,171,000	5,717,971,000	-		

원고의 가맹점별 연간 평균 매출액은 2016년 309,039,000원(부산 217,172,000원, 경남 239,179,000원; 갑 제17호증), 2018년 179,209,000원(부산 177,934,000원, 경남 203,090,000원; 갑 제18호증), 2019년 146,117,000원(부산 154,749,000원, 경남 166,346,000원; 갑 제53호증의 3)이다.

(다) 원고는 광고비 등으로 2016년 12,950,000원, 2018년 25,220,000원, 2019. 5. 경부터 2020. 8.경까지 105,065,773원을 지출하였다(갑 제17호증 중 10쪽, 갑 제18호증 중 10쪽, 갑 제39호증, 갑 제53호증의 3).

(라) 원고 영업 규모는 2019년을 기준으로 임원 2명, 직원 29명, 자본 1,660,766,000원, 총자산 3,303,129,000원, 매출액 4,176,122,000원 가량이며, 원고는 2019년 영업이익 -943,271,000원의 적자를 기록하였다.

## (2) 언론 보도 내역 등

(가) 원고의 대표이사이던 창업자 O는 프랜차이즈 본사 창업자들의 인터뷰를 수록한 '성공을 위한 실패'에 인터뷰 대상자 40명 중 1인으로 선정되었고(갑 제33호증), 그에 대한 인터뷰 기사가 2007. 11. 9.경 P에 게재되었다(갑 제34호증). 원고가 2019. 12. 16. Q홈쇼핑 방송을 통하여 'F' 즉석조리제품을 판매한다는 내용이 2019. 12.경 머니투데이, 공감신문, T, 시민일보 등을 통하여 기사화되었으며(갑 제32호증), 그 외에도 원고의 'F' 및 'I'에 관한 기사가 다수 게재되었다(갑 제44호증).

(나) 원고 감자탕 즉석조리제품은 2020. 10. 6. 지상파TV R 방송프로그램 'S'에 등장하였고(갑 제45호증의 1~3), 그 취지가 T(2020. 10. 12.자, 갑 제45호증의 4), U(2020. 10. 9.자, 갑 제45호증의 5), V(2020. 10. 14.자, 갑 제45호증의 6), W(2020. 10. 13.자, 갑 제45호증의 6)에 소개되기도 하였다.

(다) 원고는 2019. 10. 31. X와 한국브랜드평가연구소가 선정한 프랜차이즈브랜드(감자탕) 부문 '2019 우수브랜드 만족대상'에, 2019. 11. 14. 머니투데이가 선정한 프랜차이즈/한식 부문 '2019 대한민국 히트브랜드 대상'에, 2020. 2. 20. 한국브랜드평가연구소가 선정한 프랜차이즈브랜드(한식) 부문 '2020 대한민국 브랜드평가 1위'에, 2020. 7. 16. Y·Z가 선정한 한식 부문 '2020 대한민국 고객만족 브랜드 대상'에 각 선정되었다(갑 제43호증, 이하 위 각 브랜드평가를 합하여 '원고 제출 각 브랜드평가'라 한다).

### (3) 온라인 정보의 양과 질

인터넷에서 검색어를 'F'으로 하여 검색해보면, 다수의 유튜브, 블로그, 인스타그램 게시물이 검색결과로 도출된다(갑 제41, 42호증). 2020. 9. 25.까지 원고 체인점과 온라인 제품에 관하여는 유튜브(Youtube) 동영상 48개, 네이버(Naver) 블로그 게시물 439개, 다음(Daum) 블로그 게시물 6개 등이 게시되어 있었다. 그중 210개가량은 원고 체인점에 관한 것이고 나머지 290개가량은 온라인 제품에 관한 것이다(갑 제41호증). 2021. 6. 7. 검색엔진 '구글(Google)'을 통해 'F'을 검색한 결과는 약 78,800개로 나타난다(갑 제73호증).

### (4) 통뼈가 포함된 상표 출원·등록례

2009. 8. 12. 이전까지 식당업에 'AA(등록번호 제140259호)', 'AB(등록번호 제160240호)', 'AC(등록번호 제160239호)'과 같이 '통뼈'라는 문자를 포함하는 상표들이

출원, 등록되기도 하였다(갑 제8호증의 2).

(5) 감자탕 브랜드 인식조사 결과(갑 제37호증)

(가) 원고의 의뢰에 따라 설문조사대행업체인 더리서치컴퍼니가 2020. 5. 26. 무렵 부산 및 경남 거주 만 20세 이상 59세 이하 500명을 대상으로 '구조화된 질문지를 통한 온라인 조사'의 방법에 따라 '감자탕 브랜드에 대한 인식조사 결과'(갑 제37호증, 이하 '이 사건 설문조사'라 한다)가 이루어졌다.

(나) 이 사건 설문조사 결과는 아래와 같다.

① "먼저 귀하께서는 '감자탕' 하면 어떤 상표(브랜드)가 가장 먼저 생각나십니까? 감자탕 하면 생각나는 상표(브랜드)를 순서대로 3개까지 적어주십시오."라는 질문에 'F'을 1순위로 응답한 비율은 16.2%, 1~3순위로 응답한 비율은 29.0%이다. 같은 질문에 대해 'AD'은 27.0%(3순위까지 45.2%), 그리고 'AE'은 2.0%(3순위까지 2.8%)의 응답자로부터 1순위 응답을 받았다(갑 제37호증 9, 20~23쪽).

② 이미지를 제시하지 않고 질의한 "귀하께서는 오늘 이전에 감자탕 상표(브랜드)로 F를 듣거나 보신 적이 있습니까?"라는 질문에 응답자의 약 78.6%가 '있다'고 대답하였고, 원고 표장을 제시하며 질의한 "귀하께서는 오늘 이전에 다음의 F 상표(브랜드)를 듣거나 보신 적이 있습니까?"라는 질문에 응답자의 약 86.6%가 '있다'고 대답하였다(갑 제37호증 11, 13, 24, 25쪽).

③ 우측 이미지를 제시하며 질의한 "귀하께서는 아래 제시된 제품의 상표(브랜드)가 'F' 상표(브랜드)이라고 생각하십니까? 아니면 다른 상표(브랜드)라고 생각하십니까?"라는 질문에 61.6%는 같은 브랜드, 나머지 38.4%는 다른 브랜



갑 제37호증 15쪽

드라고 응답하였다.

④ 우측 이미지를 제시하며  
질의한 "귀하께서는 왼쪽에 제시된 'F'  
브랜드(상표)와 오른쪽의 'F' 제품이 같  
은 상표(브랜드)라고 인식되십니까? 아  
니면 다른 상표(브랜드)라고 인식되십니까?"라는 질문에 52.6%는 같은 브랜드, 나머지  
47.4%는 다른 브랜드라고 응답하였다.



갑 제37호증 중 17쪽

#### 다) 판단

앞서 든 각 증거와 갑 제46, 54, 64호증의 각 기재, 이 법원에 현저한 사실 및 위  
사실관계로부터 알 수 있는 다음과 같은 사정에 이 사건 표지가 식별력이 미약한 점까  
지 보태어 보면, 원고가 들고 있는 사정만으로 2010. 9.경이나 이 사건 변론종결일 현  
재 이 사건 표지가 감자탕전문점 체인점업에 관한 원고의 영업표지, 감자탕 즉석조리  
제품에 관한 원고의 상품표지로 사용된 결과 부산·경남 지역 수요자간에 현저하게 인  
식되었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

① 부정경쟁방지법상의 주지표지로는 지역적 주지표지로 족함은 앞서 본 바와 같  
다. 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목, (나)목에 정한 상품표지 또는 영업표지의 주지  
성 인정 여부에 관한 앞서 본 일응의 판단기준 및 상품표지는 상품의 출처표시로서 기  
능하고, 영업표지는 영업의 주체표시로서 기능하는 것이라는 점 등에 비추어, 주지성  
획득의 지역적 범위를 결정할 때에는 사용 상품이나 영위하는 영업과의 관계를 고려하  
여야 할 것이다. 즉 수요자와 거래자가 전국에 퍼져 있어 전국적으로 유통되는 상품이  
거나, 전국에 지점을 개설하거나 가맹점을 두어 영위하는 영업의 경우에는 전국적으로

주지성을 획득한 경우에 주지표지로 볼 여지가 많을 것이다. 그러나 상품 또는 영업에 제공되는 물건의 유통기한 등 상품이나 영업의 특성을 고려할 때 주로 일정 범위 지역 내에서 유통되는 상품이나 그러한 물건을 주로 제공하는 영업인 경우에는 그 지역 내에서 주지성을 획득한 경우에도 주지표지로 볼 수 있을 것이다.

원고는 이 사건 표지를 사용한 가맹점 사업을 전국적인 규모로 영위하고 있고, 원고가 인터넷 쇼핑몰을 통하여 판매하는 감자탕 즉석조리제품은 수요자와 거래자가 전국에 퍼져 있어 전국적으로 유통되는 상품이고, 감자탕 즉석조리제품 인터넷판매업 역시 지역이 국한되지 않은 전국의 수요자를 상대로 하는 영업이다. 한편 원고가 문제 삼는 피고의 행위는 "L 지역에서 이 사건 표지와 유사한 피고 표지를 사용하여 감자탕 식당업을 운영하고 있고, 인터넷 쇼핑몰을 통하여 전국 단위로 피고 표장을 부착한 감자탕 즉석조리제품을 판매하며, 감자탕 즉석조리제품 인터넷 판매업을 영위하는 것"으로서, 위 행위가 모두 부정경쟁행위에 해당함을 전제로 하여 피고를 상대로 지역적 제한이 없는 부정경쟁행위 전부의 금지 및 이로 인한 손해배상을 구하고 있다.

이러한 원고의 관련 상품 및 영업의 거래범위, 거래의 실정, 부산·경남 지역이 우리나라 국토면적, 인구<sup>2)</sup>에서 차지하는 비중, 원고가 문제 삼는 피고의 상품 판매 및 식당업, 인터넷 판매업 영위 지역 등에 비추어 볼 때, 피고의 행위 전부가 부정경쟁행위에 해당한다고 하기 위해서는 원칙적으로 이 사건 표지가 국내 전역에 걸쳐 주지되어 있어야 할 것이다. 한편 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목, (나)목의 취지에 비추어 볼 때, 주지성을 획득하지 못한 지역에서의 혼동 초래행위는 부정경쟁행위에 해당하지 않을 여지가 크다. 즉 위 규정은 어떠한 표지가 주지성이 있다고 믿음으로써 혼

---

2) 부산·창원·경남 지역에서 거주하는 20~59세 인구의 수는 총 3,743,006명 가량이다(갑 제37호증 중 5쪽).

동에 빠지는 주체(일반 수요자나 거래자)를 보호하는 것이므로 그러한 주지성이 없는 지역에서의 상품 출처나 영업 주체의 혼동 초래행위는 위 규정에서 정한 부정경쟁행위에 해당하지 않을 수 있는 것이다.

그럼에도 원고는 이 사건 표지가 부산·경남 지역에서 주지성을 획득하였음을 전제로 하여 전국적으로 이루어진 피고의 행위가 전부 부정경쟁행위에 해당한다고 주장하고 있다. 그렇다면 이 사건 표지는 적어도 부산·경남 지역에 한하여는 그 인지도가 의문의 여지없이 현저하여야 할 것이다.

② 그런데 원고가 프랜차이즈 사업을 시작한 2001. 6. 이전에 이 사건 표지를 사용한 현황이나 실적 등을 확인할 자료가 없다. 2001. 6.부터 피고가 피고 표지로 G사에서 감자탕 식당업을 시작한 2010. 9.까지는 겨우 10년 정도 경과하였을 뿐이다. 더욱이 이 사건 표지가 원고의 감자탕 즉석조리제품에 사용되기 시작한 것은 2019년 초경으로 사용기간이 매우 짧고, 피고의 같은 제품에 대한 피고 표장 사용기간(2017. 1. 무렵부터 사용)보다도 짧다. 원고는 이 사건 표지와 함께 원고 마스코트도 사용하였으나 이 사건 표지의 식별력을 특별히 강화하였다고 볼 만한 자료는 없다. 한편 식당업에는 이 사건 표지의 일부인 '통뼈'라는 문자가 포함된 상표가 다수 등록되어 널리 사용되고 있는 것으로 보인다.

③ 원고의 2019년 매출액은 4,176,122,000원으로 그리 많지 않다. 또한 요식업 프랜차이즈 사업의 경우, 가맹점별로 제공되는 음식, 서비스의 질과 양에 차이가 있을 수 있고, 수요자들로서는 자신이 방문한 특정 가맹점에서 제공받은 음식·서비스와 다른 음식점에서 제공받은 음식·서비스를 비교하여 그 품질을 평가하기 때문에, 가맹점수, 가맹본부 역할을 하는 본사의 매출액뿐 아니라 가맹점별 매출액도 주지성 판단의 중요

한 기준이 된다. 그런데 원고의 가맹점별 연간 평균 매출액을 보더라도 2016년 309,039,000원, 2018년 179,209,000원, 2019년 146,117,000원에 불과하다.

④ 원고가 지출한 광고비(2016년 12,950,000원, 2018년 25,220,000원, 2019년 7,237만 원)는 전체로서도 비교적 소액이며, 원고의 가맹점 수(2015년 79개, 2016년 94개, 2017년 98개, 2018년 98개)와 대비하여 보면 가맹점당 홍보비는 2019년 기준 약 761,821원(=광고비 7,237만 원÷가맹점 수 95개)에 불과하다.

⑤ 원고와 관련된 언론보도는 매우 간헐적으로 이루어졌고, 지역사회 공헌 활동도 일회성 행사에 불과하여 일반 수요자나 거래자에게 이 사건 표지를 각인시키는 효과를 그다지 발휘하지 못하였을 것으로 보인다. 또한 원고 제출 각 브랜드평가는 2019. 10. 31.부터 2020. 7. 16.까지 단기간 내에 수여된 것이다. 그 브랜드평가에 관하여 평가대상, 평가방법, 평가자의 자격 및 지위 등에 관한 자료가 제출되지 아니하였다. 원고가 제출한 갑 제65호증의 기재 및 영상을 더하여 보더라도 인지도·매출액·광고비 등 표장 사용 실적이 그 배점, 심사기준에 포함된다고 볼 근거가 없다. 따라서 원고 제출 각 브랜드평가도 이 사건 표지의 주지성 인정 근거로 삼기에는 부족하다.

⑥ 2021. 4. 20. 무렵 구글에서 '감자탕 부산'을 검색한 결과(갑 제54호증)를 보면, 원고 표지 외에도 'AF', 'AG', 'AH', 'AI', 'AJ', 'AK'과 같은 다수 주체들의 영업이 함께 검색되고, 오히려 원고 영업보다 'AF', 'AG'이 선순위에 출력된다.

'F'에 관한 SQ 게시자료는 네이버·다음 블로그 게시물과 유튜브 동영상을 합쳐서 보더라도 그 수가 500건에 불과해 많지 않다. 원고 영업을 언급하는 첫 게시글이 확인되는 시점은 원고가 영업을 개시한 이후 3년이 지난 2004. 1. 27. 무렵이다. 원고가 제출한 검색결과를 모두 놓고 보더라도 원고 영업을 언급한 게시글의 수는 아르바

이트 구인정보, 장소 설명 등을 제외하면 많지 않다. 2021. 6. 7.자 구글 검색결과(갑 제73호증)에는 검색 내역이 표시되어 있지 않은바, 상당수가 이 사건 표지와 무관한 내용일 것으로 보인다.

⑦ 이 사건 설문조사는 '감자탕'에 한정된 부산·경남 지역 브랜드 인식조사이다. 그 비보조 인지도 조사결과에서 'F'을 1순위로, 또는 1~3순위로 응답한 비율은 다른 감자탕 브랜드에 비하면 근소하게 높기는 하지만 객관적 수치 자체는 그리 높지 않다. 또한 부산·경남 지역 수요자들 중 절반 가까이가 이 사건 표지와 같은 'F'이라는 동일한 문자로 구성되어 있으나 글자체 등이 다르게 되어 있는 원고 사용포장들 중 하나와 피고 포장을 서로 다른 브랜드로 인식할 정도로 이 사건 표지의 인지도가 그다지 높지 않은 것으로 보인다.

나아가 설령 이 사건 설문조사 결과에 따라 이 사건 표지에 대한 부산·경남 지역에서의 상품표지나 영업표지로서의 인지도를 어느 정도 인정할 수 있다고 하더라도, 이 사건 표지의 주지성 인정 여부를 이러한 감자탕 전문음식점업이라는 좁은 분야에서 상대적인 인지도에 비추어 판단할 것은 아니다.

즉, 한국표준산업분류(통계청 고시 제2017-13호, 2017. 1. 13. 개정)<sup>3)</sup>는 '음식점 및 주점업'의 중분류로 '한식 음식점업', 소분류로 '한식 일반 음식점업, 한식 면요리 전문점, 한식 육류요리 전문점, 한식 해산물요리 전문점'을 두고 있을 뿐 '감자탕 전문 음식점업'을 별도의 구분으로 두고 있지 않다. 원고를 포함한 감자탕 프랜차이즈 사업자들의 가맹사업거래 정보공개서(갑 제53호증의 3, 제46, 64호증)에도 업종이 '한식'이라고만 기재되어 있다. 이러한 사정 하에서 주지성 판단의 대상이 되는 수요자층의 획정

3) 원고가 변론종결 후 참고자료로 한국표준산업분류 해설서 일부를 제출하였다.

내지는 대상 제품군이나 영업군의 범위를 원고가 주장하는 제한적인 범위로 한정하기 위해서는 한식 음식점업 중에서 '감자탕 전문 음식점업'을 그 생산·판매 부문 및 일반 수요자층을 분리할 수 있는 특징적 징표가 있어야 할 것이다. 그런데 '한식 음식점업'의 수요자층에서 '감자탕 전문 음식점업'의 수요자층을 분리할 만한 특징적 징표를 상정할 수 없다.

⑧ 원고는 부산·경남 지역 감자탕전문점 프랜차이즈 사업에서 비교 우위를 점하고 있을 정도로 널리 알려져 있다고 주장한다. 그러나 부산·경남 지역 외식산업 규모 및 그중 감자탕전문점이 차지하는 비중 등이 드러나지 않은 이상 설령 원고가 위와 같이 비교 우위를 점하고 있다고 하더라도 그러한 사정이 이 사건 표지의 주지성을 뒷받침하는 의미 있는 지표가 될 수 없다.

나아가 원고가 경쟁업체라고 지목한 'AL, 주식회사 AM, AN' 3개 업체와 비교하더라도 2019년도를 기준으로 원고의 광고비 72,373,000원은 AL의 79,852,000원보다, 매출액 4,176,122,000원은 주식회사 AM의 5,683,211,000원보다 적다. 원고의 부산·경남 지역 평균 매출액 각 154,749,000원, 166,346,000원은 AN의 평균 매출액 각 207,164,000원, 204,942,000원보다 적다. 따라서 원고가 위 3개 업체들 중에서 확연한 우위를 점한다고 볼 수도 없다.

또한 95개 가맹점을 둔 원고의 2019년 매출액(4,176,122,000원)은 가맹점 수가 더 적은 다른 업체들인 AO('AH', 59개소 8,414,447,000원), 주식회사 AP('AD', 91개소 84,307,741,000원), 주식회사 AQ('AR', 71개소 10,616,974,000원), 주식회사 AM('AS', 경남 2개소 5,683,211,000원)의 각 매출액에 비해 적은 수준에 불과하다(갑 제46호증의 1).

#### 4) 소결론

이와 같이 이 사건 표지가 원고의 상품, 영업 표지로서 부산·경남 지역에 널리 알려졌다고 보기 어려운 이상 이와 다른 전제에 선 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가), (나)목의 부정경쟁행위 주장은 나머지 점에 관하여 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

## 나. 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (카)목 위반 주장에 관한 판단

### 1) 관련 법리

가) 2013. 7. 30. 법률 제11963호로 개정된 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목은 대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정의 취지를 반영하여 '그 밖에 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위'를 부정경쟁행위의 하나로 추가하였다. 2018. 4. 1. 법률 제15580호로 개정된 부정경쟁방지법에서 위 (차)목은 (카)목으로 변경되었다[이하 '(카)목'으로 통칭한다].

나) (카)목은 종전 부정경쟁방지법의 적용 범위에 포함되지 않았던 새로운 유형의 부정경쟁행위에 관한 규정을 신설한 것이다. 이는 새로이 등장하는 경제적 가치를 지닌 무형의 성과를 보호하고 입법자가 부정경쟁행위의 모든 행위를 규정하지 못한 점을 보완하여 법원이 새로운 유형의 부정경쟁행위를 좀 더 명확하게 판단할 수 있도록 함으로써, 변화하는 거래관념을 적시에 반영하여 부정경쟁행위를 규율하기 위한 보충적 일반조항이다.

다) (카)목의 보호대상인 '성과 등'을 판단할 때에는 결과물이 갖게 된 명성이나 경제적 가치, 결과물에 화체된 고객흡인력, 해당 사업 분야에서 결과물이 차지하는 비중과 경쟁력 등을 종합적으로 고려해야 한다. 이러한 성과 등이 '상당한 투자나 노력으로

만들어진 것'인지는 권리자가 투입한 투자나 노력의 내용과 정도를 그 성과 등이 속한 산업분야의 관행이나 실태에 비추어 구체적·개별적으로 판단하되, 성과 등을 무단으로 사용함으로써 침해된 경제적 이익이 누구나 자유롭게 이용할 수 있는 이른바 공공영역(公共領域, public domain)에 속하지 않는다고 평가할 수 있어야 한다(대법원 2020. 3. 26. 선고 2016다276467 판결, 대법원 2020. 6. 25. 선고 2019다282449 판결 등 참조).

## 2) 판단

가) 앞서 본 사실관계에 의하면 아래의 사정을 알 수 있다.

(1) 원고는 2001. 6. 21. 감자탕 전문 프랜차이즈업의 가맹사업을 개시하였다. 원고 가맹점 수는 2015년 79개, 2016년 94개, 2017년 98개, 2018년 98개, 2019년 95개이고, 매출액은 2015년 5,992,331,000원, 2016년 5,941,642,000원, 2017년 5,764,171,000원, 2018년 4,509,065,000원, 2019년 4,176,122,000원이다.

(2) 원고 영업 규모는 2019년을 기준으로 자본 1,660,766,000원, 총자산 3,303,129,000원, 매출액 4,176,122,000원가량이며 원고는 광고비 등으로 2016년 12,950,000원, 2018년 25,220,000원, 2019. 5.경부터 2020. 8.경까지 105,065,773원을 각 지출하였다.

(3) 원고는 2019. 10. 31.부터 2020. 2. 20.까지 '2019 우수브랜드 만족대상' 등의 브랜드 대상에 선정되었다.

(4) 원고의 창업자와 영업, 지역사회 공헌 등에 관한 인터뷰가 단행본, 기사 등에 게재되었고, 'F'에 관한 검색결과가 다수이며, 원고 영업이나 상품에 관한 유튜브 동영상, 블로그·인스타그램 게시물 등이 인터넷에 상당수 게시되어 있다.

(5) 원고 감자탕 즉석조리제품은 2020년 하반기 이래로 방송프로그램, 신문 등에 광고·소개되기도 하였다.

나) 아래의 점에 비추어 볼 때 위와 같은 사정만으로는 이 사건 표지가 원고의 '상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등'에 해당한다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

(1) 음식점업, 즉석조리제품 인터넷판매업 등 영업이나 즉석조리제품 등 상품의 분야에서 표지는 어느 정도 경제적 가치와 고객흡입력이 화체되는 요인이기는 하다. 그러나 그와 같은 영업, 상품의 경쟁력을 좌우하는 것으로서 경제적 가치나 고객흡입력이 화체되어 있다고 볼 수 있는 가장 중요한 요소는 '맛'이라고 보는 것이 경험칙에 부합한다. 앞서 본 바와 같이, 이 사건 표지는 상품, 영업의 성질·내용 등 표시하는 것으로서 본질적인 식별력이 미약하여 원래 특정인에게 독점시킬 수 없는 표지이다. 이 사건 표지가 사용에 의하여 국내의 수요자나 거래자들에게 원고의 영업, 상품 표시로 널리 알려진 것으로는 보이지 않는다.

(2) 원고는 2019년 이후부터 원고 사용포장들을 감자탕 즉석조리제품, 감자탕 즉석조리제품 인터넷판매업에 사용하여 SQ, 방송광고, 신문광고 등을 진행하기는 하였다. 그런데 원고의 2018년 이전의 광고 실적이나 광고비 지출액이 그다지 많지 않다.

다) 소결론

이 사건 표지가 '상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등'에 해당한다고 볼 수 없다. 이와 다른 전제에 선 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (카)목의 부정경쟁행위 주장은 나머지 점에 관하여 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

#### 4. 결론

원고의 청구는 이유 없으므로 기각할 것인바, 제1심판결은 이와 결론을 같이하여 정당하다. 원고의 항소 및 원고가 이 법원에서 추가한 청구는 모두 이유 없어 기각한다.

재판장      판사      정택수

                 판사      문주형

                 판사      권순민

[별지 1]

피고 포장



끝.

[별지 2]

### 상품 목록

감자탕 관련 식품, 감자탕 즉석조리식품, 돼지 등뼈와 감자, 우거지 등을 넣어 진하게 끓인 탕. 끝.