

서울고등법원

제4민사부

결정

사건 2009라1941 상표권침해금지가처분

채권자, 항고인 1. ○○○○○○○○ (○○○○)
독일 ○○○○○○ ○○○ ○○-○○-○○ ○-○
(○○○○○○○ ○-○, ○○○ ○○○○, Germany)
대표자 ♠♠♠♠(♠♠♠♠♠♠)

2. ●●●● 주식회사
서울 ○○구 ○○동 ○○-○○ ○○생명 ○○타워 ○○층
대표이사 ●●●●●●

채권자들 소송대리인 변호사 조태연, 최하나

채무자, 상대방 주식회사 ◎◎◎◎
서울 ○○구 ○○동 ○○ ○○○파이낸스센터
대표이사 구◎◎, 박◎◎
소송대리인 법무법인 충청 담당변호사 임정수, 송화현

제1심 결정 서울중앙지방법원 2009. 9. 9.자 2009카합653 결정

주 문

당심에서 교환적으로 변경된 채권자들의 신청을 기각한다.

소송총비용은 채권자들이 부담한다.

신청취지

1. 채무자는 'www.▽▽▽▽.co.kr'라는 인터넷 사이트(이하, '이 사건 사이트'라 한다)에서 "▽▽" 또는 "▽▽▽" 상표가 채권자들의 허락 없이 사용된 재킷, 티셔츠, 운동복, 운동화, 스포츠용 가방, 배낭 제품(이하, '▽▽ 위조품'이라 한다)이 판매되거나 그 제품들의 견본이 판매 목적으로 전시되도록 하여서는 아니 된다.
2. 채무자는 이 사건 사이트에 "▽▽" 또는 "▽▽▽" 상표가 부착된 재킷, 티셔츠, 운동복, 운동화, 스포츠용 가방, 배낭 제품(이하, '▽▽ 제품'이라 한다)의 등록을 허용하기 전에, 당해 ▽▽ 제품 판매자의 신원(성명, 주소 및 주민등록번호)을, 사업자인 경우에는 사업자등록증을 통하여, 사업자가 아닌 경우에는 신용카드 인증이나 휴대전화 인증을 통하여 확인하여야 한다.
3. 채무자는 제2항에 규정된 판매자 신원 확인에 사용된 자료들을 당해 ▽▽ 제품이 등록된 날부터 6개월간 보관하여야 한다.
4. 채무자는 이 사건 사이트에 ▽▽ 제품(중고품 제외)의 등록을 허용하기 전에, 당해 ▽▽ 제품 판매자에게 다음 서류들의 제출을 요구하여야 한다.
 - 가. 당해 ▽▽ 제품의 구입영수증이나 송장 또는 (당해 제품이 수입된 경우에는) 수입관련 서류들.
 - 나. 그 외에 당해 ▽▽ 제품이 정상품임을 확인할 수 있는 서류들.
5. 채무자는 제4항에 따라 제출받은 자료들을 당해 ▽▽ 제품이 등록된 날부터 6개월

간 보관하여야 한다.

6. 주위적으로,

채무자는 채권자들 또는 그 대리인으로부터 이 사건 사이트에서 ∇∇ 위조품이 판매 또는 전시되고 있다는 통보를 받은 경우에는,

가. 그 통보에서 ∇∇ 위조품으로 특정된 제품들을 즉시 이 사건 사이트에서 삭제하여야 하고,

나. 즉시 가.항에 따라 삭제된 제품들의 판매자들에게 통지를 하여 그 통지를 받은 날부터 3영업일 이내에 삭제된 제품들이 정상품이라는 증거를 제출하면서 이의를 제기할 수 있도록 하여야 하며, 그 통보를 받은 날부터 그러한 증거제출 및 이의제기가 있기 전까지는 당해 판매자들에게 ∇∇ 제품의 등록을 허용하여서는 아니 되고,

다. 즉시 나.항에 규정된 판매자들에 대한 통지 시기를 채권자들에게 통보하여야 한다.

예비적으로,

채무자는 채권자들 또는 그 대리인으로부터 이 사건 사이트에서 ∇∇ 위조품이 판매 또는 전시되고 있다는 통보를 받은 경우에는,

가. 즉시 그 통보에서 ∇∇ 위조품으로 특정된 제품들의 판매자들에게 통지를 하여 그 통지를 받은 날부터 3영업일 이내에 그 특정된 제품들이 정상품이라는 증거를 제출하면서 이의를 제기할 수 있도록 하여야 하고, 그 통보를 받은 날부터 그러한 증거제출 및 이의제기가 있기 전까지는 당해 판매자들에게 ∇∇ 제품의 등록을 허용하여서는 아니 되고,

나. 즉시 가.항에 규정된 판매자들에 대한 통지 시기를 채권자들에게 통보하여야 하며,

다. 가.항에 규정된 판매자들이 가.항에 규정된 기간 내에 가.항에 따라 정상품이라는 증거를 제출하지 아니한 경우에는, 가.항에 규정된 기간 만료 후 즉시 채권자들 또는 그 대리인의 통보에서 위조상품으로 특정된 제품들을 이 사건 사이트로부터 삭제하여야 한다.

7. 판매자가 제6항에 따라 채권자들 또는 그 대리인의 통보에서 ∇∇ 위조품으로 특정된 제품이 정상품이라는 증거를 제출하면서 이의를 제기한 경우에는, 채무자는 즉시 그 증거를 모두 채권자들에게 제공하여야 하고, 그 특정된 상품이 삭제되었으면 다시 등록하는 것을 허용하여야 한다.

8. 채무자는 채권자들 또는 그 대리인으로부터 이 사건 사이트에서 ∇∇ 위조품이 판매 또는 전시되고 있다는 통보를 받은 경우에는, 그 통보를 받은 날부터 2영업일 이내에 채권자들에게 다음의 것들을 제공하여야 한다.

가. 그 통보에서 ∇∇ 위조품으로 특정된 제품들의 판매자들의 성명, 주소, 주민등록번호 및 전화번호를 포함하는 신원에 관한 정보.

나. 가.항의 판매자들의 신원과 관련하여 제3항에 따라 보관하고 있는 모든 자료들.

다. 그 통보에서 ∇∇ 위조품으로 특정된 제품이 속해 있는 상품목록상의 모든 제품들의 판매일자, 판매량, 판매액 등을 포함하는 판매에 관한 명세.

라. 그 통보에서 ∇∇ 위조품으로 특정된 제품들과 관련하여 제5항에 따라 보관하고 있는 자료들.

9. 채권자들 또는 그 대리인이 채무자에게 이 사건 사이트에서 ∇∇ 위조품이 판매 또

는 전시되고 있다는 통보를 하고, 그 통보에서 ▽▽ 위조품으로 특정된 제품의 판매자가 제6항에 규정된 기간 내에 당해 제품이 정상품이라는 증거를 제출하지 못한 경우에는, 채무자는 당해 판매자가 이 사건 사이트에 어떤 제품이든 영구적으로 등록을 하지 못하도록 하여야 한다.

10. 채무자는 ▽▽ 제품을 포함하고 있는 이 사건 사이트상 각 상품목록의 페이지 말미에 당해 판매자에 관하여 채무자가 보유하고 있는 성명, 주소, 전화번호 및 이메일 주소를 게시하여야 한다.

11. 집행관은 위 명령들의 취지를 적당한 방법으로 공시하여야 한다.

(채권자들은 당심에서 신청을 교환적으로 변경하였다)

향고취지

제1심 결정을 취소한다.

주위적으로

1. 채무자는 이 사건 사이트를 통해 "▽▽" 또는 "▽▽▽" 상표가 사용된 재킷, 티셔츠, 운동복, 운동화, 스포츠용 가방, 배낭 제품이 판매되거나 그 견본이 판매 목적으로 전시되도록 하여서는 아니 된다.

2. 집행관은 위 명령의 취지를 적당한 방법으로 공시하여야 한다.

예비적으로

1. 가. 채무자는 이 사건 사이트를 통해 채권자들의 허락 없이 위 상표가 사용된 위와 같은 제품이 판매되거나 그 제품들의 견본이 판매 목적으로 전시되도록 하여서는 아니 된다.

나. 채무자는 이 사건 사이트에 위 상표가 사용된 위와 같은 제품이 판매 목적으로 전시되기 전에 그 제품이 진정상품이라는 것을 확인하여야 한다.

다. 채무자는 이 사건 사이트에서 채권자들의 허락 없이 위 상표가 사용된 위와 같은 제품을 삭제하여야 한다.

2. 집행관은 위 명령의 취지를 적당한 방법으로 공시하여야 한다.

이 유

1. 기초사실

【소명 자료】 다툼 없는 사실, 소갑 제1 내지 6호증(가지번호 포함), 소을 제1, 2호증의 각 기재, 심문 전체의 취지

가. 채권자 ○○○○○○○○는 "▽▽▽" 또는 "▽▽"라는 상표(이하, '이 사건 상표'라 한다)를 사용하여 각종 운동용품을 제조·판매하는 세계적인 운동용품 제조업체로서 우리나라에서 각종 운동복, 운동화, 점퍼, 운동 셔츠, 운동용 가방, 배낭 등 각종 운동용품을 지정상품으로 하여 이 사건 상표를 등록한 상표권자이고, 채권자 ●●●● 주식회사는 채권자 ○○○○○○○○의 국내 자회사로서 채권자 ○○○○○○○○로부터 이 사건 상표에 관한 국내 전용실시권을 설정받아 이를 이용하여 영업활동을 하고 있다.

나. 채권자 ○○○○○○○○를 중심으로 한 ▽▽▽ 그룹의 매출액은 2005년도 6억 6,000만 유로, 2006년도 약 10억 유로, 2007년도 약 10억 2,000만 유로에 달한다. 채권자 ●●●● 주식회사의 국내 매출액은 2005년도 1,840억 원, 2006년도 2,170억 원, 2007년도 2,561억 원에 이르며, 전국적으로 약 543개의 등록매장을 보유하고 있다.

다. 이 사건 상표는 1999년부터 2005년까지 특허청에서 발간하는 "주로 사용되는 국내·외 상표집"에 국내에서 자주 사용되는 상표 중 하나로 수록되어 왔다.

라. 채무자는 이 사건 사이트에서 "♣♣♣ 또는 ♣♣♣♣♣"이라는 상호로 인터넷 쇼핑몰(이하, '이 사건 쇼핑몰'이라 한다)을 운영하는데, 이 사건 쇼핑몰은 채무자가 판매자로서 직접 소비자들에게 상품을 판매하는 형태가 아니라, 채무자는 판매자와 구매자 사이에 거래가 이루어질 수 있는 전자거래 시스템을 제공하고 그 대가로 판매자로부터 서비스 이용료를 받을 뿐 판매자와 구매자 사이의 구체적 거래에는 관여하지 않는 이른바 '오픈마켓(Open Market)'의 형태로 운영된다.

마. 2008년 기준으로 이 사건 쇼핑몰의 등록회원 수는 1,570만 명에 달하고 일일 평균 방문자 수는 약 283만 명에 달하며 거래액은 약 4조 원에 이르는데, 이는 국내 전체 전자상거래 거래액의 23.2%, 국내 오픈마켓 거래액의 44%에 달하는 것이다. 또한, 2008년도 매출액은 약 2,787억 원에 정도인데, 그 중 수수료 매출액은 약 1,477억 원 정도이고, 광고 및 기타 매출액은 1,309억 원 정도이며, 2008년도 영업이익은 약 496억 원 정도이다.

바. 현재 이 사건 쇼핑몰에서 거래되는 상품품목은 약 3,500만 개가 넘는데, 그 중에는 이 사건 상표가 사용된 상품(이하, 진정상품인지 위조상품인지 여부를 불문하고 이 사건 상표가 사용된 상품을 '이 사건 상품'이라 한다)들도 상당수 있다.

사. 채권자 ●●●● 주식회사는 2005년 이후 이 사건 신청 제기 전까지 1주일에 1회 내지 3회 정도 채무자에게 이 사건 쇼핑몰에서 유통되는 이 사건 상품들 중 채권자들이 판단하기에 이 사건 상표를 위조 또는 모조한 것으로 보이는 상품(이하, '이 사건 위조추정상품'이라 한다) 목록을 통보하면서 그 상품들에 대한 판매중단조치 및 그 판

매자들의 이 사건 사이트 등록계정(ID)을 삭제하여 줄 것을 요청하였는데, 그와 같이 요청한 상품의 개수는 2005년경부터 2008. 11. 17.경까지 5,417개 정도이다.

아. 채무자는 채권자 ●●●● 주식회사의 이러한 요청이 있으면, 바로 해당 상품에 대하여 판매중단조치를 하고, 그 판매자에게 해당 상품의 진정성을 소명할 것을 요구하고, 판매자가 소명 요구에 응하지 아니하는 경우에 판매자격정지 등의 조치를 취하였다.

자. 채권자들은, 채권자들이 2008. 11. 27. 채무자에게 이 사건 사이트에서 이 사건 상표를 위조하거나 모조한 상품(이하, '이 사건 위조상품'이라 한다)에 관한 판매정보들을 찾아 삭제하거나 그에 대한 접근을 차단하고, 앞으로 이 사건 위조상품에 관한 판매정보들이 게시되거나 검색되지 않도록 가능한 기술적 조치를 취하여 달라는 요청을 하였으나 채무자가 이에 응하지 아니하자, 이 사건 신청을 하였다.

2. 당사자들의 주장

가. 채권자들의 주장

채무자는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 소정의 "정보통신 서비스 제공자"로서 같은 법 제44조제2항¹⁾에 따라 이 사건 쇼핑몰에서 채권자들의 상표권을 침해하는 판매정보가 유통되지 아니하도록 노력하여야 할 법적 의무가 있고, 상표권 침해행위가 발생할 위험성이 있는 이 사건 쇼핑몰을 운영·관리·지배하며 그 대가로 등록수수료·판매수수료 등의 수익을 얻고 있으므로 이 사건 쇼핑몰을 통한 이 사건 상표권 침해행위를 적극적으로 방지하여야 할 법령상·조리상 의무가 있다.

1) 제44조 (정보통신망에서의 권리보호)

① 이용자는 사생활 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보를 정보통신망에 유통시켜서는 아니 된다.

② 정보통신서비스 제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 제1항에 따른 정보가 유통되지 아니하도록 노력하여야 한다.

이를 경제적인 관점으로 해석하면, 이 사건 사이트에서 만연되고 있는 이 사건 위조상품의 판매방지를 위한 비용을 이 사건 사이트 운영을 통하여 수익을 얻고 있는 채무자가 부담하여야 한다는 것이다.

그런데 채무자는, 이 사건 쇼핑몰에서 이 사건 위조상품이 계속 판매되고 있음에도, 채권자들로부터 이 사건 쇼핑몰에 등록된 이 사건 위조추정상품 목록을 통보받으면, 그 해당 상품들에 대한 판매중지조치를 하고 해당 판매자 등록계정을 삭제하는 등 소극적인 조치만 취하였을 뿐 이후에 이 사건 쇼핑몰에서 이 사건 위조상품이 판매되지 않도록 하는 필요하고도 가능한 기술적 조치, 즉 상품정보 등록 전 해당상품의 진정성 확인, 위조상품 등록 여부에 대한 상시감시(monitoring), 포괄적·사전적 자동검색을 통한 위조상품 등록 차단(filtering), 위조상품 판매자 인적사항의 관리·제공 및 판매자 등록시 본인인증제 실시 등 이 사건 신청취지와 같은 적극적인 조치들을 취하지 아니하고 있다.

채무자의 이러한 부작위는 위와 같은 법령상·조리상 의무를 위반하여 개별 판매자들이 이 사건 쇼핑몰에서 이 사건 위조상품을 판매하는 것을 용이하게 하는 것으로서 개별 판매자들의 이 사건 상표권 침해행위에 대한 방조에 해당한다.

따라서 채권자들은 채무자를 상대로 위와 같은 부작위에 의한 이 사건 상표권 침해행위 방조를 이유로 한 상표법상의 금지청구 및 불법행위로 인한 손해배상청구 등의 소를 제기할 예정이나 그 본안소송에서 판결이 확정될 때까지 상당한 시일이 소요될 것으로 예상되는데, 그동안 채무자의 방조행위가 계속되면 채권자들은 회복할 수 없는 손해를 입게 되므로, 이 사건 신청취지와 같은 가처분을 구한다.

나. 채무자의 주장

이 사건 쇼핑몰과 같은 이른바 오픈마켓의 특성상 운영자는 상품을 직접 판매하는 것이 아니라 단순히 판매자들과 구매자들 사이에 거래가 이루어질 수 있는 서비스를 제공하는 것에 불과하므로, 판매자가 타인의 상표권을 침해하는지 여부를 일일이 검색하여 미리 삭제하는 조치 등과 같은 판매자의 상표권 침해행위를 방지할 일반적인 주의의무를 부담하지 아니한다.

「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조제2항·제1항 소정의 "타인의 권리"는 사생활 침해 또는 명예훼손 등과 관련된 인격권 등을 의미하는 것이지 상표권과 같은 재산적 권리까지 포함하는 것은 아니다. 더욱이 같은 법 제44조제2항이 "정보가 유통되지 아니하도록 노력하여야 한다"라고만 규정하고 있는 점에 비추어 이 조항이 오픈마켓 운영자에게 채권자들 주장과 같은 적극적인 조치를 취하여야 할 법적 의무를 부과하고 있는 것으로 볼 수도 없다.

그럼에도, 채무자는 가능한 범위 내에서 이 사건 상표권을 포함하여 타인의 상표권을 침해한 상품들이 이 사건 쇼핑몰에서 거래되는 것을 막기 위한 충분하고 유효·적절한 조치를 취하여 왔다.

더욱이 이 사건 위조추정상품이 이 사건 쇼핑몰에서 상당수 거래되고 있다는 사실은 채무자가 이 사건 위조상품의 판매행위를 구체적으로 알았거나 이를 구체적으로 알 수 있었다는 점에 대한 증거로는 부족하다.

따라서 채무자는 판매자들의 이 사건 상표권 침해행위를 방조하지 아니하였다.

또한, 채권자들의 주장과 같은 조치들은 상표권 침해 여부를 판단할 전문적 능력도 없는 채무자와 같은 오픈마켓 운영자에게 능력 범위 밖의 조치를 요구하는 것일 뿐만 아니라 상표권자들이 부담하여야 할 상표권 보호비용을 오픈마켓 운영자에게 부당하게

전가하고, 오픈마켓 운영에 과도한 제약을 가하는 것이라는 점에서도 부당하다.

3. 이 사건 쇼핑물에 대한 검토

가. 운영 형태

【소명 자료】 소을 제2호증의 기재, 심문 전체의 취지

이 사건 쇼핑물은 오픈마켓의 형태로 운영되기 때문에 채무자는 판매자와 구매자 사이에 인터넷을 통하여 상품 및 용역(이하, '상품'이라고만 한다)의 거래가 이루어질 수 있는 전자거래 시스템 등의 서비스를 제공하고 그 대가로 판매자로부터 서비스 이용료를 받을 뿐 구체적으로 개별 판매자의 상품 등록 여부, 판매조건이나 판매가격 등에 대해서는 관여하지 아니한다.

즉, 이 사건 쇼핑물에서 상품을 판매하고자 하는 사람은 누구나 이 사건 쇼핑물 판매회원약관에 동의하고 이 사건 쇼핑물 판매회원으로 가입할 수 있고, 이와 같이 판매회원이 된 판매자는 이 사건 쇼핑물에서 독자적인 개별 상점이 되어, 상품의 명칭, 사양, 특성, 가격, 판매조건, 재고, 배송방법 등 상품정보를 이 사건 쇼핑물에 등록하고 상품을 판매하는데, 이때 판매자는 상품의 가격이나 판매조건 등을 스스로 결정하고, 상품정보 역시 판매자상품관리 프로그램(☞☞-▽▽▽▽ ☞ ▽▽▽)을 통하여 직접 등록·관리하며, 채무자는 약관에서 정한 사유를 제외하고는 그 내용을 임의로 변경 또는 삭제할 수 없다(소을 제2호증 판매회원약관 제13조).

한편, 채무자는 ① 판매자에게 상품판매를 위한 전자거래 시스템 등의 서비스를 제공하는 것 이외에도 구매자들이 원하는 상품을 편리하게 찾을 수 있도록 다양한 상품을 종류, 상표, 가격, 판매량 등을 기준으로 체계적으로 분류하여 볼 수 있는 검색기능 및 상품명 입력 등에 의한 검색기능을 제공하고, ② 개별 판매자들에 대한 소비자들의

평가를 종합하여 '구매만족도' 지수를 산정하고 판매실적에 따라 판매자의 등급을 '보통', '우수딜러', '파워딜러' 등으로 구분하여 판매자의 신용에 관한 정보를 제공하며, ③ 구매자가 이 사건 쇼핑몰에서 상품정보 등을 보고 구매를 결정한 다음 채무자에게 대금을 결제하면, 채무자는 시스템에 판매현황, 대금결제내역 등을 입력하고, 판매자는 시스템을 통해 이를 확인한 뒤 구매자에게 상품을 발송하고, 택배운송장번호, 수화물번호 등을 판매자상품관리 프로그램을 통해 시스템에 입력하여 채무자가 이를 확인할 수 있도록 하고, 구매자가 상품을 수령하면 채무자에게 이를 통보하며, 채무자는 상품을 배송받은 구매자가 구매를 확정하면 판매자에게 그 대금을 송금함으로써 채무자는 전자거래 성격상 발생할 수 있는 위험(즉, 구매자로서는 인터넷 사이트에 게시된 상품정보에 의존하여 구매를 결정함으로써 등록된 상품정보와 실제 상품이 일치하지 아니하거나 하자 있는 상품을 받을 수 있는 위험과 대금결제를 하고도 상품을 받지 못할 위험을 안게 되고, 판매자로서도 외상으로 상품을 발송하는 경우에 나중에 대금을 지급받지 못할 위험을 안게 된다)을 방지하여 거래안전을 담보하는 역할을 하는 등 이 사건 쇼핑몰에서의 상품거래과정에 일정 부분 관여하고 있다.

다만, 이 사건 쇼핑몰 판매회원약관에 의하면, 구매자가 상품을 받을 때까지의 위험을 판매자가 부담하고, 상품운송과 관련하여 판매자, 구매자 및 운송업체 등 사이에 분쟁이 발생하면 관련 당사자 사이에서 이를 해결하여야 하며, 채무자는 이에 관여하지 않을 뿐만 아니라 그에 대하여 어떠한 책임도 부담하지 아니한다고 규정하여(소을 제2호증 판매회원약관 제17조제6항, 제37조제1항), 채무자가 판매자에 대하여 상품거래에서 발생하는 위험에 관한 책임을 부담하지 아니한다고 명시하고 있다.

나. 법적 성격

이 사건 쇼핑몰은 인터넷을 이용하여 상품거래를 할 수 있는 가상의 영업장이므로, 「전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률」 제2조제4호²⁾ 소정의 "사이버몰"에 해당하고, 따라서 채무자가 거래당사자로 하여금 이 사건 쇼핑몰을 통하여 재화나 용역을 거래하도록 하는 행위는 같은 호 소정의 "통신판매중개"에 해당하며, 채무자는 같은 법 소정의 "통신판매중개자"에 해당하는바, 같은 법 제20조제1항³⁾에 의하면 채무자와 같은 통신판매중개자는 구매자에게 상품판매와 관련하여 아무런 책임이 없다는 사실을 미리 고지하는 경우에 구매자에 대해서 상품판매에 관하여 책임을 부담하지 아니하는데, 채무자는 일반적으로 구매자들에게 위와 같은 사실을 사전에 고지하고 있으므로, 특별한 사정이 없는 한 채무자는 상품거래에 관하여 구매자에 대하여 책임을 부담하지 아니한다.

그런데 일반적으로 중개라 함은 '양 당사자의 중간에 서서 당사자 사이에 법률행위가 성립하도록 노력하는 사실적 행위'를 말하는바, 단순히 사이버몰을 개설하고 여기에서 통신판매업자와 구매자들이 거래를 할 수 있도록 허락하는 행위가 이러한 중개 개념에 포섭되기는 어려운 점, 앞서 본 바와 같이 상품정보의 등록 및 판매조건, 판매가격은 판매자가 전적으로 결정하고, 채무자는 이에 관여하지 아니하는 점, 앞서 본 바와 같이 일반적으로 채무자는 판매자 및 구매자에 대하여 상품거래에 관한 책임을 부담하지 아니하는 점 등에 비추어 채무자와 같이 사이버몰 이용을 허락한 통신판매중개자는 부동산중개업자, 상사중개인 등 일반적인 중개업자와 그 성격이 같다고 보기는 어렵다.

2) "통신판매중개"라 함은 사이버몰(컴퓨터 등과 정보통신설비를 이용하여 재화등을 거래할 수 있도록 설정된 가상의 영업장을 말한다. 이하 같다)의 이용을 허락하거나 그 밖에 총리령이 정하는 방법에 의하여 거래 당사자간의 통신판매를 알선하는 행위를 말한다.

3) 제20조 (통신판매중개자의 책임)

① 통신판매중개자가 재화등을 판매함에 있어서 책임이 없다는 사실을 약정하지 아니하거나 미리 고지하지 아니하고 통신판매의 중개를 한 경우에는 당해 통신판매와 관련하여 통신판매의 중개를 의뢰한 자의 고의 또는 과실로 소비자에게 발생한 재산상의 손해에 대하여 그 통신판매중개자는 중개를 의뢰한 자와 연대하여 배상할 책임을 진다.

한편, 이 사건 쇼핑몰이 인터넷 통신망을 이용하여 이용자들에게 상품판매정보를 제공한다는 점에서 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제2호4) 소정의 "정보통신서비스"에 해당하므로 채무자는 같은 항 제3호5) 소정의 "정보통신서비스 제공자"에도 해당한다.

다. 경제적 성격

앞서 본 바와 같이 이 사건 쇼핑몰과 같은 오픈마켓은 인터넷을 이용하여 상품거래를 할 수 있는 가상의 영업장, 즉 인터넷상에서 개별 판매자가 상품을 광고하고 판매할 수 있는 공간이라는 점에서 거리에 있는 일반 시장(이른바 오프라인 시장)과 유사하므로, 오픈마켓 운영자는 시장운영자로서의 성격을 가진다.

한편, 오픈마켓이 인터넷상 가상의 자기 사업공간 내에서 판매자와 구매자 사이에 거래가 이루어지도록 도와주고 거래를 촉진하는 역할을 한다는 점에서 오픈마켓 운영자는 중개업자로서의 성격도 가진다.

그러나 이 사건 쇼핑몰과 같은 오픈마켓의 경우에 그 운영자는 인터넷상의 공간과 전자거래 시스템만 제공할 뿐 상품의 등록·관리·광고 등은 판매자가 독자적으로 결정하고 수행하는 점, 판매자와 구매자 사이에 거래가 이루어지도록 도와주고 거래를 촉진하는 역할은 시장운영자로서도 가능한 것이고, 운영자가 구매청약·대금결제 등에 일부 관여하는 것은 전자거래 특성에서 비롯되는 위험을 방지하기 위한 것이지 거래를 성사시키기 위하여 적극적으로 관여하는 것이 아닌 점 등에 비추어 볼 때 이 사건 쇼핑몰과 같은 오픈마켓 운영자는 기본적으로 오프라인의 일반 시장운영자의 지위와 유

4) "정보통신서비스"란 「전기통신기본법」 제2조제7호에 따른 전기통신업무와 이를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 것을 말한다.
5) "정보통신서비스 제공자"란 「전기통신사업법」 제2조제1항제1호에 따른 전기통신사업자와 영리를 목적으로 전기통신사업자의 전기통신영무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 자를 말한다.

사하다.

라. 이 사건 쇼핑몰의 판매회원약관 중 주요내용

제6조 (보증의 부인)

회사는 회사가 제공하는 시스템을 통하여 이루어지는 구매자와 판매자 간의 거래와 관련하여 판매의사 또는 구매의사의 존부 및 진정성, 등록물품의 품질, 완전성, 안정성, 적법성 및 타인의 권리에 대한 비침해성, 구매자 또는 판매자가 입력하는 정보 및 그 정보를 통하여 링크된 URL에 게재된 자료의 진실성 또는 적법성 등 일체에 대하여 보증하지 아니하며, 이와 관련한 일체의 위험과 책임은 해당 회원이 전적으로 부담합니다.

제9조 (개인정보의 변경, 보호)

1. 회원은 이용신청 시 허위의 정보를 제공하여서는 아니 되며, 기재한 사항이 변경되었을 경우에는 즉시 변경사항을 최신의 정보로 수정하여야 합니다. (단서 생략)
2. 수정하지 않은 정보로 인하여 발생하는 회원의 손해 또는 타인의 손해는 당해 회원이 전적으로 부담하며, 회사는 이에 대하여 아무런 책임을 지지 않습니다.
3. 회사는 이용계약을 위하여 회원이 제공한 정보를 회사 서비스 운영을 위한 목적 이외의 용도로 사용하거나 이용자의 동의 없이 제3자에게 제공하지 않습니다. 단, 다음 각 호의 경우에는 예외로 합니다.
 - 1) 법령에 근거하여 회원정보의 이용과 제3자에 대한 정보제공을 허용하고 있는 경우
 - 2) 배송업무에 필요한 최소한의 회원정보를 알려 주는 경우
 - 3) 기타 회사의 약관 및 정책에 따라 이용자의 동의를 구한 경우

제11조 (계약기간 및 이용계약의 종료)

2. 회사의 해지
 - 1) 회사는 다음과 같은 사유가 발생하거나 확인된 경우 이용계약을 해지할 수 있습니다.
 - ① 다른 회원 또는 타인의 권리나 명예, 신용 기타 정당한 이익을 침해하거나 대한민국 법령 또는 공서양속에 위배되는 행위를 한 경우
3. 당사자 일방에게 다음 각 호의 사유가 발생한 경우, 그 상대방은 별도의 최고 없이 해지의 통지를 함으로써 이용계약을 해지할 수 있습니다.
 - 4) 관련 법령 위반 등 판매회원의 책임 있는 사유로 인하여 회사가 명예 실추 등 유무형적 손해를 입은 경우

제12조 (전자상거래 시스템(플랫폼) 제공 서비스)

1. 회사는 전자상거래 시스템(플랫폼) 제공을 통해 ♡♡♡에서 판매회원이 다양한 형태로 상품을 판매할 수 있도록 지원합니다.
2. 회사는 판매자가 등록된 상품을 판매촉진을 위해 포털, 가격비교 사이트 및 ♡♡♡이 운영하는 국내외 사이트 등에 노출할 수 있으며, 할인행사 등을 실시할 경우에 등록된 상품을 할인된 가격으로 노출할 수 있습니다.

제13조 (판매회원의 판매활동)

1. ♡♡♡에서의 상품 및 용역의 판매는 판매회원 등록이 완료됨과 동시에 가능하며, 이를 위해서 판매회원은 상품 및 용역에 관한 정보를 ♡♡을 통하여 직접 등록, 관리하여야 합니다. 이때 상품 및 용역의 판매가격은 표준마진율, 배송비, 서비스 이용료 등을 고려하여 판매회원이 스스로 결정합니다.
4. 판매회원은 전자상거래등에서의소비자보호에관한법률 등 ♡♡에서의 상품 및 용역의 판매와 관련하여 법령이 요구하는 사항을 준수하여야 합니다.
5. 판매회원은 회사의 서면에 의한 사전승인 없이 ♡♡의 상호나 로고 등을 사용할 수 없습니다.
7. 판매회원은 판매된 상품 및 용역에 대한 보증 서비스를 자신의 책임과 비용으로 실시하여야 합니다.

제14조 (서비스 이용료)

1. 서비스이용료는 회원이 ♡♡ 전자상거래 플랫폼 제공 서비스 및 판매서비스를 이용함에 따른 대가로 판매회원이 회사에 지불하여야 하는 금액을 의미하며, 기본이용료(표준마진율)와 판매회원 공제금 수수료(판매회원 부담 할인쿠폰 등)를 각각 산정하여 합산합니다. 판매회원 공제금을 판매회원이 회사로부터 환급받는 경우 판매회원 공제금 수수료는 0원으로 합니다.

제15조 (상품의 배송)

1. 구매자의 주문에 따른 결제가 완료되면, ♡♡은 판매회원이 주문 정보를 확인할 수 있도록 조치를 취하고, 판매회원은 당해 주문 정보에 따라 배송을 하여야 합니다.
4. 판매회원이 전항의 기한 내에 발송하지 아니하거나, 구매자의 귀책사유로 인하지 않은 배송지 오류 등으로 인하여 구매자가 상품을 정상적으로 수령하지 못한 경우 판매회원은 그에 관한 모든 책임을 부담하여야 합니다.

제17조 (판매자의 배송정보 입력 의무 및 분쟁 처리 의무)

1. 판매회원은 상품을 물류대행업체에 배송 위탁한 후, 즉시 ♡에 상품 발송과 관련된 데이터를 입력하여 발송이 완료되었음을 증명하여야 합니다.
4. 상품 배송 시 판매회원은 배송 방식을 자체 배송으로 선택하여 발송할 수 있으나 배송의 증명 또는 배송의 추적이 되지 않아 클레임이 발생할 경우, 상품발송에 대한 증빙을 제시하여야 합니다.
5. 판매회원은 상품별 배송비 수취 여부를 설정할 수 있으며, 구매자의 결제 방법 선택에 따라 해당 금액을 확인하여 배송 절차를 완료할 의무를 부담합니다.
6. 판매회원이 발송정보를 정확하게 입력하였음에도 불구하고 구매자로부터 상품의 배송과정에서 하자가 발생한 것으로 분쟁이 제기되는 경우 판매자는 자신의 책임하에 하자발생의 원인을 규명하고 분쟁을 해결하여야 합니다.

제20조 (판매대금의 정산)

1. 상품판매대금에 대한 정산은 상품 판매 가격에서 기본이용료(표준마진율) 및 판매회원 부담 할인쿠폰 등을 제외한 금액을 기준으로 산정되며, 판매회원은 기본이용료(표준마진율), 배송비 및 서비스 이용료 등을 고려하여 상품의 판매 대금을 자유롭게 정할 수 있습니다.

제30조 (매매부적합상품)

1. 다음 각 호의 매매부적합상품은 판매를 금하며, 매매부적합상품을 판매함에 따른 모든 책임은 당해 매매부적합상품을 등록한 판매회원이 부담합니다.

- 2) 지적재산권(상표권, 저작권 등) 등 타인의 권리를 침해하는 상품
- 2. 회사는 매매부적합상품이 발견된 경우 사전 통보없이 당해 상품의 광고를 삭제하거나 그 판매를 중지시킬 수 있으며, 당해 상품이 기 판매된 경우 그 거래를 취소할 수 있습니다.
- 3. 회사는 매매부적합상품을 등록한 판매회원의 회원 자격을 정지시키거나 탈퇴시킬 수 있으며, 매매부적합상품으로 인하여 입은 손해를 당해 판매회원에게 청구할 수 있습니다.

제32조 (금지행위)

8. 제조사, 브랜드, 원산지 위반등록 금지

- ① 판매회원은 상품등록 시 제조사, 브랜드, 원산지를 정확하게 기재하여야 할 의무가 있으며, 이를 위반 시 전자상거래등에서의소비자보호에 관한 법률에 위반되어 처벌받을 수 있습니다.
- ② 정확한 제조사, 브랜드, 원산지를 표시하지 않은 상품이거나 노출이나 검색을 목적으로 허위 정보를 입력한 상품인 경우, 상품 등록이 거절되거나 제한상품으로 등록되며, 신용점수 차감, 상품삭제, 판매자 ID 중지 등의 패널티가 적용될 수 있습니다.

10. 상표권 침해 금지

- ① 판매회원은 타인의 상표나 로고를 사용할 때 반드시 사전에 해당 권리자에게 문서로써 사용허락을 받아야 합니다. 다음의 예와 같이 타인의 등록상표를 허가받지 않고 무단 사용하는 것은 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률상의 부정경쟁 행위에 해당되며(부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률 제2조), 상표권 침해의 소지가 있어 그 사용을 금합니다.

가. ~스타일, ~style, ~st, ~스탈, ~형, ~풍, ~타입 등의 문구를 사용하는 경우

나. 유명 상품명 일부 삭제하여 사용하는 경우

- ② 회사는 타인(개인 또는 회사)이 소유한 상표를 무단으로 도용한 이미테이션(모조) 상품의 판매를 금지하고 있습니다. 이미테이션 여부를 사전에 고지했는지 여부와 관계없이 모든 이미테이션 제품은 판매가 불가능합니다.

가. 등록 상품의 상품명 또는 상세설명에 A급, 특A급, SA급, 이미테이션 등의 문구를 기재한 경우

- ③ 유명상표를 제목, 키워드, 상품상세설명에 무단으로 도용했을 경우 해당 상품은 상품등록이 거절되거나 제한상품으로 등록되고, 신용점수 차감, 상품삭제, 판매자 ID 중지 등의 패널티가 적용되며, 기본이용료 및 부가서비스 이용료는 환불되지 않습니다.

제36조 (비밀유지)

- 1. 각 당사자는 법령상 요구되는 경우를 제외하고는 상대방으로부터 취득한 구매자명부, 기술정보, 생산 및 판매계획, 노하우 등 비밀로 관리되는 정보를 제3자에게 누설하여서는 안되며, 그 정보를 이용계약의 이행 이외의 목적으로 이용하여서는 아니 됩니다.

제37조 (회사의 면책)

- 1. 회사는 ♡♡♡를 기반으로 한 거래시스템만을 제공할 뿐, 판매회원이 등록한 상품 및 용역 등에 관한 정보 또는 구매자와의 거래에 관하여 분쟁이 발생한 경우 회사는 그 분쟁에 개입하지 않으며 그 분쟁의 결과로 인한 모든 책임은 판매회원이 부담합니다. (이하 생략)
- 2. 회사는 적법한 권리자의 요구가 있는 경우에는 당해 상품 및 용역 등에 관한 정보를 삭제하거나 수정할

수 있으며, 판매회원은 이로 인한 손해배상을 회사에 청구할 수 없습니다.

4. 상표권 침해행위에 대한 채무자의 방조책임 성립 여부⁶⁾

가. 민법 제760조제3항 소정의 불법행위 방조의 의의

민법 제760조제3항의 방조라 함은 불법행위를 용이하게 하는 직접·간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서 작위에 의한 경우뿐만 아니라 작위의무 있는 자가 그것을 방지하여야 할 여러 조치를 취하지 아니하는 부작위로 인하여 불법행위자의 실행행위를 용이하게 하는 경우도 포함하고, 형법과 달리 손해의 전보를 목적으로 하여 과실을 원칙적으로 고의와 동일시하는 민법의 해석으로서는 과실에 의한 불법행위의 방조도 가능하다고 할 것이며, 이 경우의 과실의 내용은 불법행위에 도움을 주지 않아야 할 주의의무가 있음을 전제로 하여 이 의무에 위반하는 것을 말한다(대법원 1998. 12. 23. 선고 98다31264 판결, 대법원 2007. 6. 14. 선고 2006다78336 판결 등 참조).

나. 상표권 침해행위를 방지하여야 할 채무자의 법률상 작위의무의 존부

채무자가 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 소정의 정보통신 서비스 제공자에 해당함은 앞서 본 바와 같고, 같은 법 제44조제2항은 "정보통신서비스 제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 제1항에 따른 정보가 유통되지 아니하도록 노력하여야 한다"라고 규정하고 있고, 같은 조 제1항은 "이용자는 사생활 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보를 정보통신망에 유통시켜서는 아니 된다"라고 규정하고 있는바, 같은 법 제44조제2항이 같은 조 제1항과는 달리 '정보가 유통되지 아니하도록 하여야 한다'라고 규정하지 아니하고 '유통되지 아니하도록 노력하

6) 채권자들의 주장 자체에 의하더라도 채무자가 직접 상표권 침해행위를 하거나, 개별 판매자의 상표권 침해행위를 적극적으로 방조한 것은 아니므로, 직접적인 상표권 침해로 인한 책임이나 적극적 작위에 의한 방조책임 성립 여부는 따로 검토하지 아니한다.

여야 한다'라고 규정하고 있는 점에 비추어 이는 정보통신서비스 제공자에게 법률상 의무를 부과하는 것이라기보다는 정보통신서비스 제공자로 하여금 사생활 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보가 유통되지 아니하도록 노력할 것을 촉구하는 선언적 규정으로 봄이 타당하다.

설령, 같은 법 제44조제2항이 정보통신서비스 제공자에게 사생활 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보가 유통되지 아니하도록 노력할 법적 의무를 부과하는 것으로 보더라도, 같은 법 제1조에서 입법목적은 "정보통신망의 이용을 촉진하고 정보통신서비스를 이용하는 자의 개인정보를 보호함과 아울러 정보통신망을 건전하고 안전하게 이용할 수 있는 환경을 조성하여 국민생활의 향상과 공공복리의 증진에 이바지함을 목적으로 한다"라고 규정하고 있는 점, 같은 법 제44조의7에서는 위와 같은 타인의 권리를 침해하는 정보에 해당하는 불법정보로 "음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시하는 내용의 정보, 사람을 비방할 목적으로 공공연하게 사실이나 거짓의 사실을 드러내어 타인의 명예를 훼손하는 내용의 정보, 공포심이나 불안감을 유발하는 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 반복적으로 상대방에게 도달하도록 하는 내용의 정보, 정당한 사유 없이 정보통신시스템, 데이터 또는 프로그램 등을 훼손·멸실·변경·위조하거나 그 운용을 방해하는 내용의 정보" 등을 규정하고 있는 점, 같은 법 제44조제2항·제1항은 "사생활 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보"라는 형식으로 규정함으로써 어법상 침해 대상이 되는 타인의 권리를 사생활보호권 또는 명예 및 이와 유사한 인격권으로 한정하는 표현을 사용하고 있는 점 등을 종합하여 볼 때 같은 법 제44조제2항·제1항 소정의 "타인의 권리"는 사생활보호권 또는 명예 및 이와 유사한 인격권을 의미하는 것이고,

여기에 상표권과 같은 재산적 권리는 포함되지 않는다고 해석된다.

따라서 같은 법 제44조제2항이 채무자와 같은 정보통신서비스 제공자에게 상표권 침해행위를 적극적으로 방지하여야 할 작위의무를 부과하고 있는 것으로 볼 수 없고, 달리 채무자에게 그와 같은 작위의무가 있음을 인정할 법률상 근거가 없으므로, 채무자에게 법률상 이러한 작위의무가 있음을 전제로 한 방조책임은 인정되지 아니한다.

또한, 같은 법 제44조제2항 소정의 '타인의 권리'에 상표권과 같은 재산적 권리가 포함된다고 보더라도, 이 조항이 '타인의 권리를 침해하는 정보가 유통되지 아니하도록 하여야 한다'라고 규정하지 아니하고 '타인의 권리를 침해하는 정보가 유통되지 아니하도록 노력하여야 한다'라고 규정하고 있는 점에 비추어 상표권 침해행위를 방지하기 위하여 채무자가 부담하는 의무는 아래에서 보는 바와 같이 조리상 인정되는 '개별적·구체적 방지 의무'의 수준 정도라고 봄이 상당한데, 아래에서 보는 바와 같이 채무자가 개별적·구체적 방지 의무를 위반하지 아니하였으므로, 결국 채무자의 방조책임은 인정되지 아니한다.

다. 상표권 침해행위를 방지하여야 할 계약상 작위의무의 존부

채권자들과 채무자 사이에 이 사건 상표권 보호를 위하여 채무자에게 상표권침해 행위 방지의무를 부과하는 내용의 계약이 존재함을 인정할 증거가 없고, 앞서 본 바와 같은 이 사건 쇼핑몰의 판매회원약관은 채무자와 이 사건 쇼핑몰 판매회원 사이에 적용되는 것인데다가, 그 약관의 내용은 판매회원이 약관을 위반하여 상표권을 침해하는 상품을 판매하는 경우에는 채무자가 그에 대한 제재를 가할 수 있다는 취지이지 채무자가 상표권 보호의무를 인수한다는 취지는 아니므로, 이 사건 쇼핑몰의 판매회원약관이 채무자에게 상표권침해행위 방지의무를 부과하는 근거가 될 수 없다. 따라서 채무

자에게 계약상 이러한 작위의무가 있음을 전제로 한 방조책임은 인정되지 아니한다.

라. 상표권 침해행위를 사전에 일반적·포괄적으로 방지하여야 할 조리상 작위의무의 존부

(1) 일반적·포괄적 사전방지 의무의 존부

① 이 사건 쇼핑몰은, 불법복제 음원 파일 내지 동영상 파일의 배포·교환을 주된 목적으로 하는 이른바 P2P 사업모델과는 달리 일반 상품 및 용역의 거래를 목적으로 하는 것으로서 법률에서도 명시적으로 인정하는 합법적 사업방식인 점, ② 오픈마켓 자체는 인터넷 및 물건 배송 수단의 발달 등 시대 변화에 따라 자연스럽게 등장한 것으로서 오프라인 시장과 비교하여 판매자로서는 점포개설 등의 비용 없이 상품을 판매할 수 있고, 구매자로서는 직접 시장에 찾아갈 필요 없이 원하는 물건을 구입할 수 있는 혜택을 제공하는 새로운 형태의 시장인 점, ③ 채무자와 같은 오픈마켓 운영자가 「전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률」 소정의 통신판매중개자에 해당하기는 하나, 오픈마켓의 본질이 오프라인의 일반시장과 유사하고, 그 운영자는 일반적 인 중개인과는 달리 상품거래에 적극적으로 관여하지 아니하는 점에 비추어 채무자와 같은 오픈마켓 운영자는 중개인보다는 시장운영자로서의 성격이 강한 점, ④ 오픈마켓 상의 거래는 인터넷을 이용한 비대면 거래라는 특성상 당사자 사이에 직접 계약을 체결하기도 어렵거니와 구매자로서는 거래상대방과 상품을 직접 확인하지 아니하고 등록된 상품정보에만 의존하여 거래를 결정하므로 상대방의 신용상태, 진정한 거래의사의 존재 여부, 제품의 동일성 및 하자 존재 여부 등을 알 수 없고, 판매자로서도 외상판매 시 대금 지급에 관한 위험을 부담하게 되는바, 채무자가 계약의 체결 및 대금결제 등에 관여하는 것은 이러한 위험을 제거하여 거래의 안전을 담보하기 위한 것인 점, ⑤

오픈마켓에서는 상표권자 내지 상표실시권자로부터 진정상품을 매수하여 이를 판매하려는 영업자, 병행수입업자, 진정상품을 구입한 후 필요가 없게 되어 이를 되팔려는 개인과 같은 판매자도 있을 뿐 아니라 중고품의 거래도 왕성하게 이루어지고 있는 점, ⑥ 위조상품의 유통은 이 사건 쇼핑몰과 같은 오픈마켓 뿐만 아니라 오프라인 시장에서도 발생하는 것으로서 오픈마켓의 고유한 특성에 기인하는 것은 아닌 점, ⑦ 등록된 상품정보만으로는 그 상품이 위조상품인지 여부를 확인할 수 없을 뿐만 아니라 정교하게 제조된 위조상품인 경우에 오픈마켓 운영자로서는 실물을 보더라도 이를 확인하기 쉽지 아니한 점, ⑧ 오픈마켓은 본질적으로 판매자와 구매자 사이에 자유롭게 거래가 이루어지는 구조이므로 운영자로 하여금 판매자가 등록하려는 상품정보를 사전에 일일이 확인하도록 하는 것은 인터넷을 통한 자유롭고 간편한 거래라는 오픈마켓의 존재 이유를 반감시킬 수 있는 점, ⑨ 매일 새로 등록되는 대량의 상품을 일일이 확인하여 특정 상표가 사용된 상품이 위조상품인지 여부를 검증하는 것은 현실적으로 불가능에 가까운 점, ⑩ 설령 그것이 가능하더라도 이 사건 쇼핑몰을 통하여 거래되는 상품도 품목이 약 3,500만 개에 달할 정도로 그 수가 많고, 그 대부분은 정상적인 상품으로 보이는바, 위조상품의 유통을 사전에 차단하기 위하여 채무자로 하여금 상품정보가 이 사건 쇼핑몰에 등록되기 전에 이를 검토하거나 상품의 진정성 여부를 일일이 확인하도록 한다면 이는 곧 거래비용의 증가를 가져오고, 이와 같이 증가한 거래비용은 결국 이 사건 쇼핑몰의 거래당사자에게 전가되는데, 이는 상표권을 보호하는 데 드는 비용을 그 상표권과는 아무런 관련이 없는 다른 상품의 거래당사자에게까지 전가하는 결과가 되어 부당할 뿐만 아니라 이와 같이 위조상품의 유통에 대한 책임을 채무자와 같은 오픈마켓 운영자로 하여금 모두 부담하게 한다면 오픈마켓의 정상적인 운영 자체를 어

렵게 만들 위험이 있는 점 등에 비추어 보면, 채무자에게 상품의 진정성 여부에 대한 포괄적·전면적 사전 검사, 위조상품 등록 여부의 상시감시(monitoring), 포괄적·사전적 자동검색을 통한 위조상품 등록 차단(filtering), 판매자에 대한 엄격한 신원확인⁷⁾ 등과 같이 상표권 침해행위를 사전에 일반적·포괄적으로 방지할 수 있는 적극적인 조치를 취하여야 할 조리상 작위의무가 있다고 보기는 어렵다.

따라서 채무자에게 이러한 작위의무가 있음을 전제로 한 방조책임은 인정되지 아니한다.

(2) 채권자들의 주장에 대한 판단

(가) 채권자들은, ☆☆☆☆☆와 같은 다른 오픈마켓에서는 판매자들이 상품정보를 등록하기 전에 제공상품 및 판매자행태 분석을 통하여 등록하려는 내용이 위조상품에 관한 것인지 여부를 확인하는 등 적극적 조치를 취하고 있으므로 채무자에게도 이러한 의무가 있다고 주장하나, 앞서 본 바와 같이 채무자에게 상표권 침해행위를 사전에 일반적·포괄적으로 방지하여야 할 작위의무가 인정되지 아니하는 점에 비추어 채권자들이 주장하는 조치의 시행 여부는 각 오픈마켓이 각자의 영업방침에 따라 정하여야 할 사항에 해당하고, 그러한 조치가 오픈마켓에서의 위조상품 거래를 방지하는 데에 더 효과적이라고 하여 달리 볼 것은 아니다.

(나) 한편, 채권자들은 일반적·포괄적 사전방지 의무의 하나로서 판매자의 인적정보를 게시할 의무가 있다고 주장한다.

살피건대, 「전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률」 제20조제4항에서 "통신판매중개자는 통신판매의 중개를 의뢰한 사업자의 신원에 관한 정보를 열람할 수 있

7) 다만, 판매자에 대한 신원확인인 이 사건 쇼핑몰의 구매자 보호를 위해서 필요한 것이기 때문에 채무자도 판매회원 가입시 공인인증서 등을 통한 판매자의 신원확인절차를 거치고 있다.

는 방법을 소비자에게 제공하여야 하고 통신판매의 중개를 의뢰한 자가 사업자가 아닌 경우에는 주소·전화번호 등 대통령령이 정하는 사항에 관하여 통신판매의 중개 대상이 되는 거래의 당사자들에게 거래상대방에 관한 정보를 열람할 수 있는 방법을 제공하여야 한다"라고 규정하고 있으나, 이 규정은 그 입법취지가 판매자의 거래상대방을 보호하기 위한 것인데다가 그 내용이 거래당사자들에게 거래상대방에 관한 정보를 열람할 수 있는 방법을 제공하도록 하는 것이어서 거래당사자들로 하여금 필요한 범위 내에서 서로 상대방의 신원정보를 지득할 수 있는 방법을 제공하면 족한 것이므로, 이 법규정이 채무자에게 채권자들 주장과 같은 의무가 있음을 인정할 근거가 될 수 없고 (물론 채무자가 위와 같은 법규정에 따라 구매자에게 판매자 신원에 관한 정보를 열람할 수 있는 조치를 취하여야 하는 것은 당연하다), 판매자의 신원정보 역시 보호받아야 할 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 소정의 개인정보에 해당하므로, 이를 판매자와 거래관계가 없는 사람들에게까지 일반적으로 공개하여야 할 근거나 타당성도 없다. 따라서 채권자들의 주장은 이러한 점에서도 이유 없다.

(다) 또한, 채권자들은, 채무자가 이 사건 쇼핑몰에서 이 사건 위조상품이 유통되는 것을 단속하는 것이 훨씬 효과적이므로, 채무자에게 일반적·포괄적 사전방지 의무가 있다는 취지로 주장한다.

살피건대, 이 사건 쇼핑몰 운영자에 불과한 채무자가 등록된 상품정보를 보고 당해 상품이 위조상품인지 여부를 확인하는 것은 쉽지 아니할 것으로 보이는 점, 이 사건 쇼핑몰에서 거래되는 상품의 종류 및 수량에 비추어 채무자가 각 개별상품을 일일이 확인하는 것은 사실상 불가능에 가까운 점 등에 비추어 보면, 채무자가 이 사건 쇼핑몰에서 이 사건 위조상품이 유통되는 것을 단속하는 것이 채권자들이 이 사건 위조상

품의 유통을 단속하는 것보다 더 효율적이라고 단정하기 어렵고, 설령 채무자가 단속하는 것이 더 효율적이라고 하더라도 그러한 사정만으로 채무자에게 채권자들이 주장하는 바와 같은 일반적·포괄적 사전방지 의무가 발생한다고 볼 수도 없다. 따라서 채권자들의 주장은 이유 없다.

마. 상표권 침해행위를 사후에 개별적·구체적으로 방지하여야 할 조리상 작위의무의 존부

(1) 개별적·구체적 사후방지 의무의 존부

채무자가 이 사건 쇼핑몰을 운영·관리하고 있어 이 사건 쇼핑몰을 통한 위조상품 거래가 적발되었을 경우에 그에 대하여 그 위조상품의 판매금지 등 적절한 조치를 취할 수 있는 권한이 있는 점, 오픈마켓이 오프라인 시장에 비하여 상대적으로 익명성이 높기 때문에 상표권을 침해한 위조상품이 유통되기 쉬운 점, 채무자는 위조상품의 거래에 대해서도 서비스 이용료를 받음으로써 위조상품 거래로 인한 경제적 이익을 취득하는 점, 민법의 불법행위 법리상 일반적으로 누구든지 불법행위에 가담하거나 협력하지 아니할 주의의무를 부담하는 점 등을 종합하여 보면 채무자가 상표권자로부터 구체적·개별적인 위조상품의 삭제 및 판매금지조치를 요구받은 경우는 물론 채무자가 상표권자로부터 직접적인 요구를 받지 않은 경우라 하더라도 이 사건 쇼핑몰에서 그 위조상품이 유통되는 것을 구체적으로 인식하였거나 그 위조상품이 유통되는 것을 인식할 수 있었음이 외관상 명백하게 드러나는 경우에는 채무자에게 기술적·경제적으로 가능한 범위 내에서 그 판매자가 더 이상은 이 사건 쇼핑몰을 통하여 위조상품을 판매할 수 없도록 조치할 의무가 있음이 인정된다.

(2) 개별적·구체적 방지 의무의 구체적 내용

(가) 채무자의 의무 내용

① 앞서 본 바와 같은 이 사건 쇼핑몰의 운영형태, 채무자의 법적·경제적 성격, ② 일반적·포괄적 사전방지 의무의 존부에 관하여 앞서 본 사정 및 ③ 저작권법 제102조·제103조에서, 온라인서비스제공자가 저작물 등의 복제·전송과 관련된 서비스를 제공하는 것과 관련하여 다른 사람에 의한 저작물 등의 복제·전송으로 인하여 저작권 그 밖에 저작권법에 따라 보호되는 권리가 침해된다는 사실을 알고 당해 복제·전송을 방지하거나 중단시킨 경우에는 다른 사람에 의한 저작권 그 밖에 저작권법에 따라 보호되는 권리의 침해에 관한 온라인서비스제공자의 책임을 감경 또는 면제할 수 있고, 온라인서비스제공자의 서비스를 이용한 저작물 등의 복제·전송에 따라 저작권 그 밖에 저작권법에 따라 보호되는 자신의 권리가 침해됨을 주장하는 자(권리주장자)는 그 사실을 소명하여 온라인서비스제공자에게 그 저작물 등의 복제·전송을 중단시킬 것을 요구할 수 있으며, 이때 온라인서비스제공자는 즉시 그 저작물 등의 복제·전송을 중단시키고 당해 저작물 등을 복제·전송하는 자 및 권리주장자에게 그 사실을 통보하여야 하고, 통보를 받은 복제·전송자가 자신의 복제·전송이 정당한 권리에 의한 것임을 소명하여 그 복제·전송의 재개를 요구하는 경우 온라인서비스제공자는 재개요구사실 및 재개예정일을 권리주장자에게 지체 없이 통보하고 그 예정일에 복제·전송을 재개시켜야 한다고 규정하고 있는 반면에, 같은 법 제104조에서는, 다른 사람들 상호 간에 컴퓨터를 이용하여 저작물 등을 전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 온라인서비스제공자는 권리자의 요청이 있는 경우 해당 저작물 등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치 등 필요한 조치를 하여야 한다고 규정하여, 일반적인 온라인서비스제공자의 의무와 P2P 운영자와 같이 다른 사람들 상호 간에 컴퓨터를 이용하

여 저작물 등을 전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 온라인서비스제공자의 의무를 달리 규정하고 있는 점, ④ 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제 44조의2에서, 정보통신망을 통하여 일반에게 공개를 목적으로 제공된 정보로 사생활 침해나 명예훼손 등 타인의 권리가 침해된 경우 그 침해를 받은 자는 해당 정보를 취급한 정보통신서비스 제공자에게 침해사실을 소명하여 그 정보의 삭제 또는 반박내용의 게재를 요청할 수 있고, 이때 정보통신서비스 제공자는 해당 정보의 삭제 등을 요청받으면 지체 없이 삭제·임시조치 등의 필요한 조치를 하고 즉시 신청인 및 정보게재자에게 알려야 하며, 이 경우 정보통신서비스 제공자는 필요한 조치를 한 사실을 해당 게시판에 게시하는 등의 방법으로 이용자가 알 수 있도록 하여야 하고, 다만 정보통신서비스 제공자는 이러한 정보의 삭제요청에도 불구하고 권리의 침해 여부를 판단하기 어렵거나 이해당사자 간에 다툼이 예상되는 경우에는 해당 정보에 대한 접근을 30일 이내의 기간으로 하여 임시적으로 차단하는 조치를 할 수 있다고 규정하고 있는 점 등을 종합하면, 이 사건 쇼핑몰을 운영하는 채무자에게 ① 위조상품으로 확인된 상품은 즉시 상품목록에서 삭제하고 판매를 금지하여야 하며, ② 상표권자로부터 소명자료와 함께 위조상품으로 의심되는 상품을 구체적으로 통보받아 상표권 침해가능성을 구체적으로 인식할 수 있게 된 상품에 대해서도 잠정적으로 그 판매를 중지시키고, 판매자에게 일정기간 안에 상품의 진정성 여부를 소명하도록 하도록 하고, 그 상품이 위조상품임이 확인되거나 판매자가 그 소명을 거부하는 경우에는 그 상품의 판매를 금지하고 상품목록에서 삭제하여야 하며, ③ 위조상품으로 확인된 상품의 판매자와 상품의 진정성에 대한 소명을 거부한 판매자에 대해서는 ㉠ 앞으로 판매하려는 상품에 대하여 등록 전에 상품의 진정성을 소명하도록 하거나, ㉡ 해당 상표권을 사용한 상품 또는

그 상품이 속하는 품목의 판매를 금지하거나, ㉔ 그 판매자를 별도로 관리하여 그가 판매하는 상품에 대해서는 위조상품인지 여부를 상시 감시하거나, ㉕ 경우에 따라서는 그 판매자의 계정을 삭제하고 일정기간 재가입을 금지하는 등 그 판매자가 이 사건 쇼핑몰을 통하여 계속 상표권 침해행위를 할 수 없도록 적극적으로 조치할 의무가 있음이 인정된다.

(나) 판매자 신원정보 및 판매정보의 제공의무 존재 여부

한편, 채권자들은 채무자로서는 위와 같은 의무 이외에도 판매자 신원정보 및 판매정보를 채권자들에게 제공하여야 할 의무가 있다고 주장한다.

그러나 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제6호, 제23조제2항, 제24조, 제24조의2, 제27조의2제2항제2호, 제44조의6, 제71조제3호 및 같은 법 시행령 제12조, 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 제2조제7호, 제34조, 제35조 등 관련규정을 종합하면, 정보통신서비스 제공자가 이용자의 개인정보를 제3자에게 제공하기 위하여 필요한 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제24조의2 소정의 동의는 그 입법취지에 비추어 일반적·포괄적 동의가 아니라 구체적·개별적 동의로 해석되고, 채권자들이 제공의무가 있다고 주장하는 판매자의 신원정보는 같은 법 소정의 개인정보에 해당하므로, 이러한 판매자의 개인정보는 법률상 판매자가 구체적·개별적으로 동의한 경우에만 채무자가 채권자들에게 제공할 수 있는 것이지만 채무자가 임의로 제공하거나 사전에 일반적·포괄적 동의를 받아 제공할 수 있는 것은 아님이 인정된다.

또한, 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 제2조제2호·제7호, 제32조제1항·제4항, 제33조, 제35조, 제36조, 제37조, 제50조제1항제4호 등 관련규정을 종합하면,

개인신용정보를 타인에게 제공하기 위하여 필요한 같은 법 제32조제1항의 동의 역시 그 입법취지에 비추어 일반적·포괄적 동의가 아니라 구체적·개별적 동의로 해석되고, 채권자들이 제공의무가 있다고 주장하는 판매자의 판매정보는 같은 법 소정의 개인신용정보에 해당하므로, 이러한 판매자의 개인신용정보는 법률상 판매자가 구체적·개별적으로 동의한 경우에만 채무자가 채권자들에게 제공할 수 있는 것이지 채무자가 임의로 제공하거나 사전에 일반적·포괄적 동의를 받아 제공할 수 있는 것은 아님이 인정된다.

따라서 이와 다른 전제에 선 채권자들의 주장은 이유 없다.

바. 채무자가 상표권 침해행위에 대한 개별적·구체적 사후방지 의무를 위반하였는지 여부

(1) 소명된 사실

【소명자료】 다툼 없는 사실, 소을 제2 내지 7호증의 각 기재(가지번호 포함), 심문 전체의 취지

(가) 앞서 본 바와 같이 채무자는 판매회원약관에서 판매회원이 이 사건 쇼핑몰에서 상표권 침해상품을 판매할 수 없고, 판매회원이 이를 위반할 경우에 채무자는 그 상품의 광고를 삭제하고 판매를 중지시키며, 판매회원 자격을 정지시키거나 탈퇴시킬 수 있다는 점을 명시함으로써 판매회원에게 이 사건 쇼핑몰에서 상표권 침해상품을 판매하지 아니할 의무를 부과하고 있다.

(나) 채무자가 운영하는 권리침해신고제도는 지적재산권 침해 또는 부정판매자를 배제하기 위한 장치로서 상표권자 등 정당한 권리가 채무자에게 자신의 권리를 침해하는 상품이 판매되고 있다는 취지의 권리침해신고서 및 자신이 정당한 권리자라

는 점에 대한 증빙자료를 제출하면, 채무자는 신고권리자가 제출한 서류를 기초로 해당 판매자가 신고권리자의 권리를 침해하였는지 여부를 확인하는 한편, 그 판매자에게 신고사실을 통지하면서 24시간 내에 그에 대하여 항변하도록 하고, 판매자가 제출한 수정사항 및 항변자료를 확인하여 판매자의 항변이 정당하다고 판단되는 경우에는 이를 신고권리자에게 통지하고, 판매자의 수정사항이나 항변자료가 미흡하거나 판매자가 항변하지 아니하는 경우에는 해당 상품의 판매를 중지하고, 그 판매자가 권리침해신고 통보를 3회 받은 경우에는 판매자의 계정을 정지하는 조치를 취하는 제도인데, 채무자는 상표권자 등의 구체적인 권리침해신고가 있는 경우에 이러한 절차에 따라 해당 상품의 판매를 제한하고 판매자에게 제재를 가하여 왔다(특히 채무자는 채권자 ●●●● 주식회사의 요구에 따라 이 채권자의 신고에 대하여는 1회의 권리침해신고만으로 판매자의 계정을 정지시키기도 하였다).

(다) 한편, 채무자는 >>>>>>(>>->>>>)도 운영하는데, 이 프로그램은 프로그램 회원으로 가입한 상표권자가 채무자에게 이 사건 쇼핑몰에서 판매되고 있는 상품이 자신의 권리를 침해하는 위조상품이라고 신고하는 경우에, 채무자는 우선 해당 상품의 판매를 임시 중지시키고, 판매자에게 이러한 신고사실을 통보하면서 그에 대하여 3영업일 이내에 소명하도록 하고, 판매자가 소명자료를 제출하면 이를 검토하는 한편 상표권자에게도 소명사실 및 내용을 통보하고, 소명자료 검토 결과 판매자가 상표권자의 권리를 침해하지 아니하였다고 판단되는 경우에는 임시제한조치를 해제하고, 판매자가 위조상품을 판매하였음이 확인되거나 신고내용에 대하여 소명하지 아니한 경우에는 판매자의 계정을 삭제하고 판매자의 판매행위를 영구히 제한하며, 그 결과를 상표권자에게 통보하는 절차[이른바 통지 및 삭제(notice and take down) 원칙을 적용

한 것으로 보인다]인바, 채무자는 이 프로그램에 가입한 상표권자로부터 구체적인 상표권 침해행위를 통보받으면 이러한 절차에 따라 해당상품의 판매를 중지시키고 판매자의 계정을 삭제하는 등 조치를 취하여 왔다.

(라) 채권자 ●●●● 주식회사도 2009. 3. 10.경부터 이 프로그램에 가입한 뒤 그 프로그램에서 정한 절차에 따라 채무자에게 여러 차례 이 사건 위조추정상품을 구체적으로 통보하여 왔고, 채무자도 프로그램에서 정한 절차에 따라 그에 상응하는 조치를 취하여 왔다.

(마) 채무자는 상표권 침해 등으로 인하여 판매제한 조치를 부과할 때에는, 그 판매자가 자기 명의로 발급받은 다른 계정들도 검색하여 이들 계정에 대해서도 판매제한 조치를 부과하고 있다.

(바) 채무자는 2007. 3. 5.경부터 이 사건 쇼핑몰의 판매자관리프로그램(♣♣) 상에도 판매자들이 경각심을 갖도록 상표권침해상품의 판매금지 등에 관한 다양한 경고 또는 계도공지문을 팝업 형태로 게시하여 왔다.

(사) 나아가 채무자는 이상거래라고 인정되는 판매에 대하여 유형별로 집계하여 자료를 산출하고, 유형별 상시감시(모니터링)를 통하여 법위반거래가 있는지를 확인하고, 법위반거래에 대하여는 데이터를 분석하여 이상거래 의심품목과 이상거래 확정품목으로 분류한 다음, 확인된 법위반거래에 대하여는 판매제한 등 유형별 제재를 가하고, 법위반거래가 반복되지 않도록 사후관리시스템을 통하여 법위반거래와 관련된 프로세스를 점검하고 개선하는 한편, 이상거래 블랙리스트를 작성하여 관리하는 상시감시(모니터링) 제도도 시행하고 있으며, 그 결과 상표권 침해행위 등 상당수의 법위반거래를 적발하여 왔다.

(2) 판단

이러한 인정사실 및 앞서 본 바와 같이 등록된 상품정보만으로는 그 상품이 위조상품인지 여부를 확인할 수 없을 뿐만 아니라 정교하게 제조한 위조상품인 경우에 오픈마켓 운영자로서는 실물을 보더라도 이를 확인하기 쉽지 아니한 점, 매일 새로 등록되는 대량의 상품을 일일이 확인하여 특정 상표가 사용된 상품이 위조상품인지 여부를 검증하는 것은 현실적으로 불가능에 가까운 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 쇼핑몰에서 이 사건 상표권을 침해하거나 침해할 개연성이 있는 상품이 판매되고 있다는 사정만으로 채무자가 고의 또는 과실로 개별적·구체적 사후방지 의무를 게을리하였다고 보기 어렵고, 오히려 위와 같은 인정사실에 의하면 채무자는 개별적·구체적 사후방지 의무를 성실히 이행한 것으로 보인다.

따라서 채무자가 이러한 의무를 위반하였음을 전제로 한 방조책임은 인정되지 아니한다.

사. 소결

따라서 채무자가 상표권 침해행위를 방조하였음을 전제로 한 채권자들의 이 사건 신청은 그 피보전권리가 인정되지 아니하므로, 더 나아가 살펴 볼 필요 없이 이유 없다.

또한, 가처분신청은 잠정적인 구제절차로서 그 범위는 본안소송의 청구권 범위를 초과할 수 없고, 이 사건의 경우에 채권자들의 본안 청구권은 상표법 제65조에 기한 금지청구권 또는 예방청구권으로 보이는데, 이러한 청구권에 기한 금지명령은 원칙적으로 침해행위의 금지, 즉 부작위를 명하는 것이고, 다만 예외적으로 침해행위를 조성한 물건의 폐기, 침해행위에 제공된 설비의 제거 등의 경우에는 작위를 명할 수 있는

것인 점에 비추어, 채권자들의 이 사건 신청취지 제2항 내지 제10항은 본안소송의 청구권 범위를 초과하는 가처분을 구하는 것이어서 그 자체로도 피보전권리를 인정할 수 없다.

한편, 기록에 의하면 판매회원이 이 사건 쇼핑몰에 가입할 때 채무자가 신청취지 제2항 기재와 같은 방법으로 판매회원의 신원을 확인하고 있음이 인정되고, 앞서 본 바와 같이 채무자가 상표권자로부터 위조상품 판매 사실을 통보받으면 신청취지 제6항의 기재와 유사한 조치를 취하고 있음이 인정되는 이상, 신청취지 제2항 및 제6항은 보전의 필요성도 인정되지 아니한다.

5. 결 론

그렇다면, 채권자들의 종전 신청은 당심에서 신청의 교환적 변경으로 취하되어 이에 대한 제1심 결정은 실효되었고, 당심에서 교환적으로 변경된 이 사건 가처분신청은 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여, 주문과 같이 결정한다.

2010. 5. 10.

재판장 판사 이기택

 판사 함석천

 판사 김동규