

오픈마켓에서 위조상품 판매에 따른 오픈마켓사업자의 책임*

유 대 종**

목 차

- I. 서론
- II. 오픈마켓사업자의 전소법 및 정보통신망법상 지위
 - 1. 오픈마켓사업자의 전소법상 지위와 책임
 - 2. 오픈마켓사업자의 정보통신망법상 지위와 책임
- III. 민법상 방조에 의한 공동불법행위
 - 1. 공동불법행위의 개념과 성립요건
 - 2. 민법상 방조에 의한 공동불법행위
- IV. 정보통신망법 제44조 제1항의 해석과 주의의무
 - 1. 정보통신망법 제44조 제1항의 “타인의 권리”의 해석
 - 2. 정보통신망법상 오픈마켓사업자의 주의의무
- V. 오픈마켓사업자의 상표권 침해방지의무
 - 1. 저작권법상 온라인서비스제공자의 저작권 침해방지 의무
 - 2. 오픈마켓사업자의 상표권 침해 상품판매정보에 대한 모니터링 의무
- VI. 오픈마켓에서 상표권 침해상품 판매에 따른 오픈마켓사업자의 책임 범위
- VII. 결론

* 본 논문은 한국지식재산연구원의 2010년도 연구성과교류 지원사업에 따른 연구임.

** 경희법학연구소 연구원/법학박사

초록

저작물은 온라인상에서 최초판매의 원칙 내지 권리소진의 원칙이 적용되지 않는다. 따라서 미니홈피, 블로그, P2P사이트 또는 웹하드 서비스 등에 업로드되어 있는 저작물은 대부분 불법복제된 저작물일 개연성이 높다고 볼 수 있다. 그러나 오픈마켓에서 유통되고 있는 상품 중 위조상품의 비율은 상표권자 또는 상표실시권자로부터 진정상품을 구매하여 이를 판매하려는 영업자, 병행수입업자, 진정상품의 중고품을 판매하고자 하는 개인도 존재하고 있으므로 불법복제된 저작물보다 낮다고 볼 수 있다. 또한, 오픈마켓사업자가 오픈마켓에 등록된 상품판매정보가 상표권 침해상품정보인지 여부를 인식하는 것은 위조상품이 정교하게 제조되는 경우가 많아 당해 상품정보만으로 이를 구별하기는 어렵다고 볼 수 있다. 따라서 저작권법상 온라인서비스제공자와 유사한 구조와 법적 문제를 가지고 있는 오픈마켓사업자에게 자신의 오픈마켓에서 상표권을 침해하는 상품판매정보에 대한 삭제의무를 부과하기 위해서는 특별한 사정이 없는 한 오픈마켓사업자가 상표권자로부터 당해 상품판매정보를 구체적·개별적으로 특정하여 삭제요청을 받고, 그 상품판매정보의 불법성이 현존하는 것을 명백히 인식하였으며, 그러한 삭제 등의 조치를 하는 것이 기술적·경제적으로 가능한 경우로 제한하는 것이 합리적이라고 보아야 할 것이다. 그러나 오픈마켓사업자가 상표권자로부터 구체적·개별적인 통지를 받지 않은 경우라 하더라도 오픈마켓이 그 비즈니스모델상 위조상품이 유통되기 쉬운 구조이고, 오픈마켓사업자는 위조상품이 판매됨으로 인하여 그에 대한 수수료라는 이익을 얻게 됨으로 오픈마켓에서 위조상품이 판매되고 있다는 것이 당해 상품판매정보의 상품평, 댓글 등을 통해 알 수 있는 경우, 고가의 상품이 아주 낮은 가격으로 판매되는 경우 또는 판매자가 과거 위조상품 판매로 인하여 오픈마켓사업자로부터 일정횟수 이상의 제재를 받은 경우 등의 사정이 존재하는 경우에는 오픈마켓사업자가 오픈마켓에서 위조상품이 판매되지 않도록 조치할 의무가 있다고 보는 것이 타당할 것이다. 만약, 오픈마켓사업자가 이러한 의무를 위반한 경우에는 방조에 의한 공동불법행위 책임을 부담한다고 보아야 할 것이다.

주제어

오픈마켓사업자의 책임, 방조책임, 위조상품, 상표권 간접침해, 기여책임, 대위책임

I. 서론

인터넷상에서 이루어지고 있는 상표권 관련 문제로는 키워드광고에서의 상표사용, 오픈마켓에서의 위조상품 판매, 주지·저명상표를 이용한 도메인 등록 등 다양하다. 이러한 인터넷상에서의 상표권 관련 문제에서 가장 문제가 되면서도 상표권 침해비율이 높은 것은 옥션, G마켓 등 오픈마켓을 통한 위조상품의 판매라 볼 수 있다.¹⁾

오픈마켓 형태의 인터넷쇼핑몰사업자는 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률(이하 “전소법”이라 한다)상 통신판매중개자에 해당되어 통신판매자와 연대책임을 부담하게 되나, 통신판매중개자가 연대책임에 관한 면책사항을 약관 등에 규정하고 이를 고지한 경우에는 통신판매자와의 연대책임에서 면책이 가능하다. 따라서 오픈마켓사업자는 오픈마켓에서 위조상품이 판매되는 경우라 하더라도 약관 등에 면책사항을 규정해 둔 경우 전소법상 오픈마켓사업자를 규제하는 것은 불가능하다.²⁾

또한, 현행 상표법은 등록상표와 동일한 상표를 그 지정상품과 유사한 상품에 사용하거나 등록상표와 유사한 상표를 그 지정상품과 동일·유사한 상품에 사용하는 행위, 등록상표와 동일·유사한 상표를 그 지정상품과 동일·유사한 상품에 사용하거나 사용하게 할 목적으로 교부·판매·위조·모조 또는 소지하는 행위, 등록상표를 위조·모조하거나 위조·모조하게 할 목적으로 그 용구를 제작·교부·판매 또는 소지하는 행위 및 등록상표 또는 이와 유사한 상표가 표시된 지정상품과 동일·유사한 상품을 양도 또는 인도하기 위하여 소지하는 행위만을 상표권 간접침해행위로 규정하고 있다.³⁾ 따라서 오픈마켓에서 위조상품

1) 소비자시민모임이 2010년 6월 실시한 위조상품 구입 소비자의식조사에 따르면, 위조상품 구입 품목으로는 가방이 44.9%로 가장 높고, 약세서리(13.8%), 의류(12.7%), 지갑(12.5%)으로 나타났으며, 위조상품 구입 장소로는 인터넷쇼핑몰이 33.2%로 가장 높고, 지인을 통해서(17.6%), 동대문상가(13.6%), 이태원상가(9.4%), 외국여행 중(7.8%)의 순으로 나타났다. 또한, 위조상품을 구입한 소비자 중 위조상품과 정품을 구별하는 소비자는 8.9%이며, 43.2%의 소비자가 정품과 위조상품 구별을 하지 못하고 있는 것으로 나타나고 있다.

2) 전자상거래 등에서의 소비자 보호에 관한 법률 제20조 제1항의 통신판매중개자 책임은 통신판매자의 채무불이행에 대한 연대책임이다.

3) 상표법 제66조 제1항 참조.

이 판매되는 경우라 하더라도 오픈마켓사업자는 상표권 간접침해 행위유형상 상표권 간접침해자에 해당되지 않는다.

그러나, 오픈마켓사업자는 전소법 및 정보통신망법 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 “정보통신망법”이라 한다)상 정보통신서비스제공자에 해당되어 동법 제44조 제2항에 따라 오픈마켓에서 타인의 권리를 침해하는 정보가 유통되지 않도록 노력하여야 한다. 또한 오픈마켓사업자는 자신의 오픈마켓에서 상표권을 침해하는 위조상품이 판매되고 있는 경우 당해 위조상품이 자신의 오픈마켓에서 판매되고 있다는 사실을 인지하였음에도 불구하고 위조상품의 등록 및 판매를 차단하지 아니하고 계속적으로 판매되도록 한 경우에는 민법 제760조 제3항에 따라 방조에 의한 공동불법행위 책임을 부담할 수도 있다. 그러나 오픈마켓사업자에게 방조에 의한 공동불법행위 책임을 지우기 위해서는 그 전제로서 오픈마켓사업자가 자신의 오픈마켓에서 상표권 침해행위가 이루어지고 있다는 것을 방지하여야 할 작위의무가 존재하여야 하나, 정보통신망법 제44조의 제1항의 “타인의 권리”에 상표권이 포함되는지 그 해석상 견해가 일치하지 않고 있다.

이하에서는 먼저 오픈마켓사업자가 전소법 및 정보통신망법상 어떠한 지위에 있으며 그에 따라 어떠한 책임을 부담하는지 살펴보고, 오픈마켓에서 상표권을 침해하는 상품판매정보가 등록되어 있는 경우 오픈마켓사업자가 민법상 방조에 의한 공동불법행위자로서 방조책임을 부담하는지 여부를 판단하기 위해 민법 제760조 제3항에서의 방조책임의 요건과 정보통신망법 제44조 제1항 및 제2항에 따라 오픈마켓사업자가 자신의 오픈마켓에서 상표권 침해 정보의 유통을 사전에 적극적으로 차단해야 할 작위의무가 있는지 여부를 검토하여 본다. 또한, 유사한 구조 및 법적 문제를 가지고 있는 저작권법상 온라인서비스제공자(인터넷서비스제공자)에 대한 방조책임에 대한 법리를 살펴본 후 저작권법상 온라인서비스제공자에 대한 방조책임 법리가 오픈마켓사업자에게도 동일하게 적용될 수 있는지를 검토하여 본다.

II. 오픈마켓사업자의 전소법 및 정보통신망법상 지위

1. 오픈마켓사업자의 전소법상 지위와 책임

오픈마켓이란 일반적인 쇼핑물 판매방식을 벗어나 개인과 개인, 개인과 소규모 판매업체 등이 온라인상에서 자유롭게 상품을 거래하는 중개형 인터넷 쇼핑물이라고 볼 수 있다. G마켓, 옥션, 인터파크 등이 우리나라의 대표적 오픈마켓으로 오픈마켓사업자는 직접 소비자들에게 상품을 판매하는 형태가 아니라 판매자와 구매자 사이에 거래가 이루어질 수 있도록 전자거래시스템을 제공하고 그 대가로 상품을 등록한 판매자에게서 수수료를 받을 뿐 판매자와 구매자간의 구체적인 거래에는 관여하지 않는다.⁴⁾ 오픈마켓은 인터넷 쇼핑물에서의 중간 유통마진을 생략할 수 있어 기존보다 저렴한 가격으로 판매가 가능하여 그 거래 규모가 지속적으로 증가하고 있는 비즈니스 모델이다.⁵⁾

전소법 제2조 제3호는 통신판매⁶⁾를 업으로 하는 자 또는 그와의 약정에 따라 통신판매업무를 수행하는 자를 통신판매업자로 정의하면서, 동조 제4호에서는 사이버몰(컴퓨터 등과 정보통신설비를 이용하여 재화 등을 거래할 수 있도록 설정된 가상의 영업장)의 이용을 허락하거나 그 밖에 총리령이 정하는 방법⁷⁾에 의하여 거래당사자간의 통신판매를 알선하는 행위를 통신판매중개로 정의하고

4) 이러한 오픈마켓과 달리 CJ몰, 신세계몰 등과 같은 인터넷쇼핑몰은 쇼핑물 운영자가 판매주체가 되며, 자신들이 판매하는 상품에 대한 품질 등에 대한 보증을 통하여 상품판매에 따른 직접적인 책임을 부담한다.

5) 통계청의 2010년 2/4분기 전자상거래 및 사이버쇼핑 동향에 따르면 동분기 우리나라 전자상거래 총거래액은 약205조원이며, 이중 사이버쇼핑 총 거래액은 5조 9,810억원으로 전년 동분기에 비해 23.5% 증가하였다.

6) 전자상거래 등에서의 소비자 보호에 관한 법률 제2조 제2호 : 통신판매라 함은 우편·전기통신 그 밖에 총리령이 정하는 방법에 따라 재화 또는 용역(일정한 시설을 이용하거나 용역의 제공을 받을 수 있는 권리를 포함한다. 이하 같다)의 판매에 관한 정보를 제공하고 소비자의 청약에 의하여 재화 또는 용역(이하 "재화 등"이라 한다)을 판매하는 것을 말한다. 다만, 방문판매 등에 관한 법률 제2조제3호의 규정에 의한 전화권유판매를 제외한다.

7) 전자상거래 등에서의 소비자 보호에 관한 법률 시행규칙 제3조(통신판매 거래의 알선 방법) : 법 제2조 제4호에서 "그 밖에 총리령이 정하는 방법"이라 함은 자신의 명의로 통신판매를 위한 광고수단을 제공하거나 그러한 광고수단에 자신의 이름을 표시하여 통신판매에 관한 정보의 제공이나 청약의 접수 등 통신판매의 일부를 수행하는 것을 말한다.

있다. 이러한 전소법상의 정의규정에 따를 경우 통신판매중개자의 유형은 크게 사이버몰 이용허락자, 정보제공형 중개자, 거래관여형 중개자로 구분해 볼 수 있으나,⁸⁾ 자신의 쇼핑몰을 만들어 놓고 통신판매업자들이 쇼핑몰에서 거래를 할 수 있도록 하는 유형이라 볼 수 있는 사이버몰 이용허락자는 존재하지 않으므로 통신판매중개자는 정보제공형과 거래관여형으로 구분해 볼 수 있다.

정보제공형 통신판매중개자는 통신판매에 관한 광고나 정보를 자신의 명의로 제공하고, 상품구매자는 통신판매 계약체결을 위해 통신판매 사이트(예 : 오픈마켓, 인터넷쇼핑몰 등)로 이동하여 구매계약을 체결한다. 따라서 정보제공형 통신판매중개자는 통신판매 계약체결과정에 전혀 관여하지 않는다. 반면, 거래관여형 통신판매중개자는 자신의 이름을 표시하여 통신판매에 관한 정보의 제공이나 청약의 접수 등 통신판매의 일부를 수행하는 것에 의하여 거래당사자간의 통신판매를 알선하는 행위를 하게 된다. 따라서 거래관여형 통신판매중개자는 통신판매의 의사표시의 수령상대방으로서의 지위가 인정됨으로 타인의 통신판매 계약체결의 수동대리행위를 하는 것으로 평가할 수 있으며,⁹⁾ 이러한 거래관여형 통신판매중개자는 정보제공형 통신판매중개자와는 달리 통신판매 계약체결과정의 참여자라고 볼 수 있다.

전소법 제20조는 통신판매중개자가 재화 등을 판매함에 있어서 책임이 없다는 사실을 약정하지 아니하거나 미리 고지하지 아니하고 통신판매 중개를 한 경우에는 통신판매와 관련하여 통신판매의 중개를 의뢰한 자의 고의 또는 과실로 소비자에게 발생한 재산상의 손해에 대하여 중개를 의뢰한 자와 연대하여 배상할 책임을 지도록 규정하고 있다. 이 책임은 통신판매중개자가 부담하는 일종의 법정책임이라고 보는 것이 다수설¹⁰⁾이다. 그러나 통신판매중개자의 이러한 연

8) 오병철, "통신판매업자의 불법행위에 대한 통신판매중개자(오픈마켓)의 책임 : 서울중앙지방법원 2008. 11. 20. 2006가합46488 판결을 중심으로", 「재산법연구」, 제26권 제4호(2009. 6), 187-190면에서는 통신판매중개자의 유형을 이와 같이 3가지 유형으로 구분하고 있다.

9) 오병철, 위의 논문, 190면.

10) 나지원, "통신판매중개자에 있어서 소비자 보호", 「인터넷법률」, 제29호(2005), 114면; 고흥석, "통신판매중개에 관한 연구", 「인터넷법률」, 제20호(2003), 34면; 노종천, "E-Commerce에서 통신판매중개자의 법적 지위와 책임", 「민사법학」, 제39권 제1호(2007), 279면; 오병철, 앞의 논문, 193면에서는 이러한 책임은 법정책임을 인정하면서도 보다 구체적으로는 형평책임 내지 보상책임이라고 보고 있다.

대책임은 통신판매중개자가 연대책임에 관한 면책사항을 약관 등에 규정하고 이를 고지한 경우에는 통신판매자와의 연대책임에서 면책이 가능하다.

2. 오픈마켓사업자의 정보통신망법상 지위와 책임

정보통신망법 제2조 제2호는 정보통신서비스를 전기통신사업법 제2조 제6호에 따른 전기통신역무¹¹⁾와 이를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 것이라고 규정하면서, 전기통신사업법 제2조 제8호에 따른 전기통신사업자¹²⁾와 영리를 목적으로 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 자를 정보통신서비스제공자로 규정하고 있다.

오픈마켓사업자는 정보통신망을 이용하여 오픈마켓이용자에게 상품판매정보를 제공하거나 매개한다는 점에서 정보통신망법상 정보통신서비스제공자에 해당된다. 따라서 오픈마켓사업자는 정보통신망법 제44조 제2항에 따라 자신이 운영·관리하는 오픈마켓에서 사생활 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보¹³⁾가 유통되지 아니하도록 노력하여야 한다.¹⁴⁾

Ⅲ. 민법상 방조에 의한 공동불법행위

1. 공동불법행위의 개념과 성립요건

11) “전기통신역무”란 전기통신설비를 이용하여 타인의 통신을 매개하거나 전기통신설비를 타인의 통신용으로 제공하는 것을 말한다.

12) “전기통신사업자”란 이 법에 따른 허가를 받거나 등록 또는 신고(신고가 면제된 경우를 포함한다)를 하고 전기통신역무를 제공하는 자를 말한다.

13) 여기서 사생활 침해 및 명예훼손 등 “타인의 권리”에 상표권이 포함되는지 여부 및 정보통신서비스제공자로서의 오픈마켓사업자가 상표권 침해행위를 적극적으로 방지하여야 할 작위의무를 부담하는지 여부에 따라 방조에 의한 공동불법행위책임이 결정된다. 이에 대한 구체적인 사항은 후술하기로 한다.

14) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률상 정보통신서비스제공자는 개인정보의 수집, 이용 및 보호조치 등에 관한 책임을 부담하게 되나, 이러한 사항은 본 논문의 논의사항이 아니 관계로 제외한다.

1) 공동불법행위의 개념

공동불법행위란 복수의 사람이 공동으로 불법행위를 하여 타인에게 손해를 주는 경우를 말한다. 광의로는 ① 수인이 공동의 불법행위로 타인에게 손해를 가한 경우, ② 공동이 아닌 수인의 행위 중 어느 자의 행위가 그 손해를 가한 것인지 알 수 없는 경우 및 ③ 불법행위에 대한 교사·방조의 경우를 총칭하며, 협의로는 ①의 경우만을 의미한다. 이들 세 경우는 모두 발생한 손해에 대하여 수인의 행위가 직·간접적으로 서로 관련·공동하여 원인을 이루는 것이기 때문에 행위의 결과에 대하여도 그들 수인의 공동책임으로 하는 것이 타당하다고 한다.¹⁵⁾

공동불법행위자는 그 수인이 연대하여 배상책임을 부담하게 된다. 이러한 연대책임은 다수당사자의 채권관계에 관하여는 분할채권관계를 원칙으로 하는 민법 제408조의 적용을 배제해서 각 관계자의 공동의 책임으로 하는 것으로 그 책임성질은 부진정연대채무로 새기는 것이 통설이다.

2) 협의의 공동불법행위의 성립요건

(1) 객관적 공동설

공동불법행위의 3가지 유형의 의의 내지 요건에 있어서 가장 핵심이 되는 것은 민법 제760조 제1항의 “공동”의 의미를 어떻게 해석하느냐이다. 객관적 공동설(다수설)은 행위자 각자가 독립하여 일반불법행위의 요건¹⁶⁾을 갖추어야할 뿐만 아니라 각 행위자간의 행위의 관련공동성이 필요하다고 본다. 이러한 관련공동에는 행위자들의 공모 내지 의사의 공통이나 공동의 인식은 필요 없으며, 그 행위가 객관적으로 관련공동하고 있으면 족하다고 본다. 판례도 “수인이 공동하여 타인에게 손해를 가하는 민법 제760조의 공동불법행위의 경우 행위자 상호간의 공모는 물론 공동의 인식을 필요로 하지 아니하고, 다만 객관적으로 그 공

15) 박윤직, 「채권각론」, 박영사, 2003, 426면.

16) 민법 제750조의 일반불법행위가 성립되기 위해서는 가해자의 고의 또는 과실, 가해자의 책임능력, 가해행위의 위법성 및 가해행위에 의한 손해발생이 있어야 한다.

동행위가 관련 공동되어 있으면 족하고, 그 관련공동성 있는 행위에 의하여 손해가 발생함으로써 그에 대한 배상책임을 지는 공동불법행위가 성립하는 것”¹⁷⁾ 이라고 하여 객관적 공동설을 취하고 있다.

(2) 주관적 공동설

주관적 공동설¹⁸⁾은 공동불법행위가 성립되기 위해서는 가해자들 사이에 공모 내지 공동의 인식 즉, 주관적 공동이 있어야 한다. 이 설은 협의의 공동불법행위에 있어서 행위자들의 책임이 가중되어 연대책임을 부담하는 이유는 수인이 의식적으로 합세하여 타인에게 손해를 가함으로써 가해행위의 유책비난가능성이 높다는 점이기 때문에 협의의 공동불법행위가 성립되기 위해서는 수인 사이에 공모나 공동의 인식과 같은 주관적 공동이 있어야 된다고 한다.

(3) 절충설

절충설 중 일설은 협의의 공동불법행위가 되기 위해서는 공동의 가해행위와 손해사이의 인과관계만 있으면 되고, 각자의 행위와 손해사이에 인과관계가 개별적으로 증명될 필요는 없으며, 이점에서 공동불법행위와 개별적 불법행위가 다르다고 한다. 그리고 행위자간의 객관적 공동을 다시 긴밀한 객관적 공동이 있는 경우와 인과관계가 정합된 경우로서 관련공동성이 없는 경우의 유형으로 분류하고, 전자만을 주관적 공동이 있는 경우와 함께 제760조 제1항의 공동불법행위로 인정한다.¹⁹⁾ 또 다른 절충설은 공동불법행위의 존재이유를 공동행위자 각자에게 그의 기여도를 초과하여 배상하게 하는 점에 있다고 해석하면서, 종래 공동불법행위로서 일괄하여 취급되어 왔던 문제를 인과관계라는 개념과 관련하여 복수불법행위자간에 주관적 공동관계가 있는 경우의 의사적 공동불법

17) 대법원 2000. 9. 29. 선고, 2000다13900 판결; 대법원 2009. 4. 23. 선고, 2009다1313 판결; 대법원 2006. 1. 26. 선고, 2005다47014, 47021, 47038 판결.

18) 정태윤, “공동불법행위의 제도적 취지에 관한 재검토”, 『민사법학』, 제16호(1998. 6), 184면; 김중환, 「채권각론」, 박영사, 1988, 511면; 이태재, 「채권각론」, 진명문화사, 1988, 506-511면.

19) 이은영, 「채권각론」, 제5판, 박영사, 2007, 823-824면.

행위와 복수의 불법행위자간에 주관적 요소의 관련동동성이 있는 경우의 객관적 공동불법행위 및 복수의 불법행위자 각자에 대하여 성립한 일반불법행위가 단순히 경합하는데 지나지 않는 경우의 독립적 공동불법행위로 구분하고 있다.²⁰⁾

2. 민법상 방조에 의한 공동불법행위

1) 방조의 의미

민법 제760조 제3항은 “교사자나 방조자는 공동행위자로 본다.”라고 규정하고 있다. 협의의 공동불법행위에 관해서는 동조 제1항에서 그 개념을 어느 정도 규정하고 있음에 반하여, 교사·방조에 대해서는 그 개념을 전혀 규정하고 있지 않다. 따라서 교사·방조라는 개념은 형법의 개념에 의거하여 왔다. 그러나 형법과 민법의 목적이 다르고 이로 인하여 형법에서는 구성요건적 정형성이 엄격히 요구됨에 반하여 민법에서는 그러하지 아니하며, 형법에서는 고의와 과실을 엄격히 구분하지만, 민법에서는 원칙적으로 이를 동일시하고 있기 때문에 그 적용에 있어서는 상이할 수 밖에 없다. 민법상 불법행위가 성립하기 위해서는 형법에서의 구성요건적 정형성은 요구되지 않고, 행위자의 고의·과실 있는 행위와 손해의 발생 사이에 인과관계가 존재하면 족하다. 이와 같이 민법상 불법행위는 이른바 “확장적 정범개념”에서 출발하며, 기본적으로 방조는 협의의 공동불법행위에 포섭된다고 볼 수 있다.²¹⁾

따라서, 민법 제760조 제3항의 방조는 불법행위를 용이하게 하는 직·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 포함된다. 이러한 불법행위의 방조는 형법과 달리 손해의 전보를 목적으로 하여 과실을 원칙적으로 고의와 동일시하는 민법의 해석으로서는 과실에 의한 방조도 가능하며, 방조자에게 공동불법행위자로서의 책임을 지우기 위해서는 방조행위와 피방조자의 불법행위 사이에

20) 김주수, 「채권각론」, 삼영사, 1997, 785면.

21) 편집대표 박윤직, 「민법 주해(XIX) - 채권(12)」, 박영사, 2008, 170면.

상당인과관계가 있어야 한다.²²⁾

2) 방조행위의 인과관계

방조는 기본적으로 타인의 불법행위에 보조적인 역할을 하는 것으로서 손해 발생의 상당성이 보다 적은 행위이기 때문에 방조행위의 인과관계에 대해서는 방조자와 실행행위자 사이의 주관적 공동에 근거해서 이들의 행위를 일체로 파악하여 방조행위와 결과 사이의 개별적인 인과관계는 묻지 않고 발생한 손해 전부에 대하여 연대책임을 지우므로 인과관계가 의제된다고 본다.²³⁾ 즉, 방조에 있어서의 인과관계 문제는 기본적인 점에 있어서는 협의의 공동불법행위에서와 동일하다고 볼 수 있다.²⁴⁾

3) 과실에 의한 방조

불법행위의 방조는 형법과 달리 손해의 전보를 목적으로 하여 과실을 원칙적으로 고의와 동일시하는 민법의 해석으로서는 과실에 의한 방조도 가능하다. 이 경우의 과실의 내용은 불법행위에 도움을 주지 말아야 할 주의의무가 있음을 전제로 하여 이 의무에 위반하는 것이고, 그 태양에는 불법행위의 실행에 관해 방조자가 자기의 행위에 대한 인식을 못한 경우 및 방조자가 자기의 행위에 대한 인식이 있으나 불법행위자의 실행을 용이하게 하는 것에 대한 인식을 못한 경우가 포함될 수 있다. 이러한 방조자에게 공동불법행위자로서의 책임을 지우기 위해서는 방조행위와 피방조자의 불법행위 사이에 상당인과관계가 있어야 한다.²⁵⁾

22) 대법원 2007. 6. 14. 선고, 2005다32999 판결; 대법원 2007. 6. 14. 선고, 2006다78336 판결.

23) 편집대표 박윤직, 앞의 책, 175면.

24) 박성호, “방조의 의한 공동불법행위”, 『인권과 정의』, 제296호(2001. 4), 117면에서는 제760조 제3항은 ① 직접의 위법행위 자체와 객관적 공동이 없다는 것, ② 인과관계의 완화 문제에서 방조행위와 피방조자의 불법행위 사이에 상당인과관계가 있어야 하는 것으로 족하고, 방조행위와 손해발생과의 사이의 인과관계까지 요구하는 것은 아니라는 점을 제760조 제1항과 구별되는 것이라고 보고, 제760조 제3항의 규정취지는 공동관련성이 없는 타인의 행위에 개입하였고 이러한 개입으로 인하여 타인에 의해 발생한 손해에 대한 인과관계까지 책임지게 된다는 점에 있다고 보아야 한다고 하였다.

25) 대법원 2007. 6. 14. 선고, 2005다32999 판결; 대법원 2007. 6. 14. 선고, 2006다78336 판결; 대법원 1998. 12. 23. 선고, 98다31264 판결.

그러나, 민법상 고의와 과실을 동일하게 취급한다고 하는 사실을 들어 제한 없이 과실에 의한 방조를 인정하는 판례의 견해는 바람직하지 않다고 한다. 이 견해에 따르면, 공동불법행위의 한 유형으로서 방조를 인정할 실익은 방조행위와 손해결과 사이의 개별적인 인과관계를 문제 삼지 않고, 방조자와 피방조자의 행위를 일체로 파악하는데 있으며, 이처럼 일체로 파악하는 계기를 주관적 공동에서 찾을 수 밖에 없다는 점을 고려할 때, 당사자 사이에 주관적 공동이 존재하지 않는 경우에는 과실에 의한 방조는 인정되지 않으며, 주관적 공동이 침해결과가 아니라 행위에 관련되어 있을 때에는 첫째, 추가적인 주의의무 위반행위가 없는 경우에는 방조자의 중과실을 요구하지 않으나, 직접적인 침해행위를 실행한 자와 방조자를 일체로 파악할 수 있을 정도의 주관적 공동이 인정할 수 있는가의 여부를 판단함에 있어서는 일정한 규범적 평가를 거쳐야 할 것이며, 둘째, 추가적인 주의의무 위반행위가 있는 경우에는 방조자에게 중과실이 있어야 한다고 한다.²⁶⁾

IV. 정보통신망법 제44조 제1항의 해석과 주의의무

1. 정보통신망법 제44조 제1항의 “타인의 권리”의 해석

오픈마켓사업자가 권리침해행위에 대해 부작위에 의한 방조책임을 부담하기 위해서는 그 전제가 되는 작위의무가 인정되어야 한다. 전술한 바와 같이 오픈마켓사업자는 정보통신망법상 정보통신서비스제공자에 해당된다. 따라서 오픈마켓사업자는 정보통신망법 제44조 제2항에 따라 자신이 운영·관리하는 오픈마켓에서 “사생활 침해 및 명예훼손 등 타인의 권리”가 침해되는 정보가 유통되지 않도록 노력하여야 한다.²⁷⁾ 여기서, “사생활 침해 및 명예훼손 등 타인의 권

26) 편집대표 박윤직, 앞의 책, 177-178면.

27) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조(정보통신망에서의 권리보호) ① 이용자는 사생활 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보를 정보통신망에 유통시켜서는 아니 된다.

② 정보통신서비스제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 제1항에 따른 정보가 유통되지 아니하

리”에 상표권이 포함된다고 볼 수 있는가. 통상 법 조문에서 “등”이라는 표현은 예시규정으로서 사생활 침해 또는 명예훼손 외에도 상표권 등 다른 권리도 포함 되는 것으로 넓게 해석할 수 있을 것이다. 그러나 “등”의 표현이 예시규정이라고 하여 이를 모든 권리로 확장 해석하기 위해서는 당해 법률의 입법목적과 당해 법률의 타 조문과의 관계 등이 고려되어야 한다.

정보통신망법은 그 목적조항에서 밝히고 있는 바와 같이 정보통신망에서의 개인의 정보를 보호하고 건전하고 안전한 정보통신망 이용환경을 조성하는 것을 목적으로 하고 있다. 또한 정보통신망법 제44조의7에서는 “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 등”을 타인의 권리를 침해하는 정보에 해당되는 불법정보로 규정하고 있다. 이와 같은 정보통신망법의 입법목적 및 동법에서 유통을 금지하고 있는 불법정보의 구체적인 사항들을 고려할 경우, 정보통신망법 제44조 제1항의 “사생활 침해 및 명예훼손 등 타인의 권리”에서의 “등 타인의 권리”에는 권리의 주체와 분리할 수 없는 인격적 이익에 관한 권리인 인격권 및 그에 준하는 권리로 한정된다고 해석하는 것이 타당하고, 재산적 가치의 보호를 그 보호법익으로 하는 재산권 및 이에 준하는 권리는 포함되지 않는다고 보아야 할 것이다.²⁸⁾ 특정이용자가 게시한 게시물로 인하여 자신의 저작권을 침해당하였다고 주장하는 자가 정보통신망법 제44조의6에 따른 명예훼손 분쟁조정부에 해당 이용자의 개인 정보를 제공하도록 청구할 수 있는지에 대한 유권해석에서 법제처는 정보통신망법 제44조의6 제1항²⁹⁾이 “사생활 침해 또는 명예훼손 등 권리를 침해당하였

도록 노력하여야 한다.

28) 오병철, 앞의 논문, 202면에서는 사생활 침해 또는 명예훼손을 예시하면서 폭넓게 “타인의 권리”라고 하였으므로 상표권이나 저작권도 여기에 포함되지 않는다고 배제한 근거가 없다고 하면서 상표권이 포함 된다고 보고 있다.

29) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의6(이용자 정보의 제공청구) ① 특정한 이용자에게 의한 정보의 게재나 유통으로 사생활 침해 또는 명예훼손 등 권리를 침해당하였다고 주장하는 자는 민·형사상의 소를 제기하기 위하여 침해사실을 소명하여 제44조의10에 따른 명예훼손 분쟁조정부

다고 주장하는 자가 소의 제기를 위하여 침해자인 특정 이용자에 관한 정보를 청구할 수 있도록 한 것인데, 저작권과 관련하여 …… 저작권은 저작물에 관하여 가지는 인격적·정신적 권리인 저작인격권과 저작물의 이용으로부터 생기는 경제적 권리인 저작재산권을 포괄하는 권리로서 명예나 사생활에 관한 권리와 구분되는 독자적인 성격을 가지고 있고, …… 저작권 침해의 구제에 관한 사항을 독자적으로 규율하고 있는바, 정보통신망법에서 보호하고자 하는 권리로서의 명예, 사생활의 보호에 준하는 권리에 이러한 저작권까지 포함된다고 보기는 어렵습니다.”라고 하여 재산권은 “사생활 침해 또는 명예훼손 등 권리”에 포함되지 않는다고 보았다.³⁰⁾ 그러나 법원은 공유형 웹스토리지 서비스³¹⁾가 문제가 된 가처분 사건³²⁾에서 “정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의 규정에 따라 이른바, 공유형 웹스토리지 서비스제공자는 자신들이 운영·관리하는 정보통신망을 통해 저작권을 침해한 불법파일이 공유되지 않도록 노력하여야 할 의무가 있다.”고 하여 정보통신망법 제44조 제1항의 “타인의 권리”에 저작권이 포함되는 것으로 판단하였다. 그러나 이러한 판례의 태도는 전술한 바와 같이 정보통신망법 제44조 제1항을 확장해석한 것으로 타당하지 않다고 생각된다.

2. 정보통신망법상 오픈마켓사업자의 주의의무

정보통신망법 제44조 제2항은 정보통신서비스제공자에게 타인의 권리를 침해하는 “정보가 유통되지 아니하도록 노력하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 이

에 해당 정보통신서비스 제공자가 보유하고 있는 해당 이용자의 정보(민·형사상의 소를 제기하기 위한 성명·주소 등 대통령령으로 정하는 최소한의 정보를 말한다)를 제공하도록 청구할 수 있다.

30) 법제처 유권해석(안건번호 08-0341), 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의6(저작권침해를 주장하는 자가 이용자 정보제공 청구권자가 될 수 있는지 여부) 관련, 2008. 11. 26.

31) 웹스토리지 서비스는 저장형 웹스토리지 서비스와 공유형 웹스토리지 서비스로 구분할 수 있다. 저장형은 웹상에 저장공간을 제공하여 이용자들로 하여금 인터넷 접속이 가능한 어느 곳에서나 인터넷을 통해 파일을 업로드, 열람, 편집, 다운로드할 수 있도록 하는 기능만을 제공하였으나, 공유형은 저장 및 다른 이용자들이 파일을 다운로드할 수 있도록 하는 기능을 제공하고 있다.

32) 서울중앙지법 2008. 8. 5. 2008카합968 결정.

러한 의무가 정보통신서비스제공자에게 부과된 작위의무인지 아니면 선언적 규정이라고 볼 수 있는지 의문이다. 본 조항의 법적성질에 대해 학설은 “통신판매 중개자에게는 권리침해가 일어나지 않도록 할 일반적 주의의무가 정보통신망법 제44조의 2항으로부터 도출되고”³³⁾ 또는 “동 조항의 ‘타인의 권리를 침해하는 정보’에 상표권을 침해하는 정보나 부정경쟁행위를 하는 정보를 배제할 하등의 실질적 이유를 찾을 수 없기 때문에”³⁴⁾라고 하여 오픈마켓사업자는 정보통신망법상 상표권을 침해하는 상품판매정보의 유통을 방지할 법률상 작위 의무를 부담하는 것으로 보고 있다. 그러나 판례는 정보통신서비스제공자의 이러한 의무의 성질에 대해 상이한 입장을 취하고 있다.

오픈마켓에서 상표권을 침해하는 상품판매정보의 제공이 최초로 문제가 된 히노키 가처분 사건³⁵⁾에서 법원은 피신청인들(오픈마켓사업자들)은 정보통신서비스제공자로서 정보통신망법 제44조 제2항에 따라 자신이 운영·관리하는 오픈마켓에서 타인의 상표권을 침해하는 판매정보가 유통되지 않도록 할 법적 의무가 있을 뿐만 아니라 상표권 침해행위가 발행할 위험성이 있는 오픈마켓을 스스로 제공하고 관리·지배하며, 그 대가로 판매수수료 등을 수수하고 있으므로 오픈마켓을 통한 상표권 침해행위를 방지하고 중단하여야 할 법령상·조리상의 작위의무가 있다고 보았다. 또한, 아디다스 가처분 사건³⁶⁾에서도 법원은 피신청인(오픈마켓사업자)이 판매자 및 상품에 대한 전체적인 관리를 담당하고 있는 이상, 관리 대상이 되는 오픈마켓에서 상표권 침해와 같은 불법행위로 제3자가 부당한 피해를 입지 않도록 적절한 조치를 취할 주의의무를 부담한다고 봄이 상당하다고 하면서, 정보통신망법 제44조 제1항 및 제2항도 피신청인과 같은 정보통신서비스제공자(오픈마켓사업자)로 하여금 자신이 운영·관리하는 오픈마

33) 김병일, “오픈마켓에서의 상표권 침해 문제”, 『인터넷환경에서의 상표표징의 문제(제1회 상표 포럼 자료 집)』, 2010. 4. 9, 16면.

34) 오병철, 앞의 논문, 203면.

35) 서울중앙지방법원 2008. 8. 5. 선고 2008카합1901 결정 : 본 사건은 미국 하야시사의 히노키 삼푸 등을 독점 수입하여 판매하는 신청인이 국내 오픈마켓사업자들을 상대로 오픈마켓에서 히노키라는 상표가 부착된 상품의 판매금지를 청구한 사건이다.

36) 서울중앙지방법원 2009. 9. 9. 선고 2009카합 653 결정 : 본 사건은 오픈마켓에서 신청인의 상표가 부착된 운동용품의 판매금지를 청구한 사건이다.

켓에서 타인의 상표권을 침해하는 판매정보가 유통되지 아니하도록 노력할 것을 규정하고 있는 것이라고 보았다.³⁷⁾

그러나 아디사스 가처분 사건 항소심³⁸⁾에서 서울고등법원은 정보통신망법 제44조 제2항은 “정보통신서비스제공자는 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 있는 바, 제44조 제2항이 동조 제1항과 달리 “정보가 유통되지 아니하도록 하여야 한다.”라고 규정하지 아니하고, “유통되지 아니하도록 노력하여야 한다.”라고 규정하고 있는 점에 비추어 이는 정보통신서비스제공자에게 법률상 의무를 부과하는 것이라기보다는 정보통신서비스제공자로 하여금 사생활 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보가 유통되지 않도록 노력할 것을 촉구하는 선언적 규정으로 봄이 상당하다. “고 하여 정보통신망법 제44조 제2항은 오픈마켓사업자에게 상표권 침해행위를 적극적으로 방지하여야 할 작위의무를 부과한 것이라고 볼 수 없다고 보았다.

V. 오픈마켓사업자의 상표권 침해방지의무

오픈마켓사업자가 정한 약관에 동의하는 사람은 누구든지 오픈마켓의 회원으로 가입할 수 있고, 상품의 등록·가격·판매·상품정보의 등록은 모두 상품판매자가 결정하며, 오픈마켓사업자는 판매장소를 제공함에 따른 수수료를 받을 뿐이다. 따라서 오픈마켓을 이용하여 상품을 구매한 소비자에 대하여도 원칙적으로는 판매자가 등록, 판매한 상품으로 인해 생기는 손해에 관한 책임을 부담하고, 오픈마켓사업자는 상품판매에 관해 책임이 없다는 사실을 사전에 고지

37) 서울중앙지법 2008. 8. 5. 2008카합968 결정은 저작권 침해금지 가처분사건이기는 하나, 정보통신망법 제44조 제1항 및 제2항에 따라 웹소토지서비스제공자는 불법 파일이 공유되지 않도록 할 작위의무가 있다고 보았다.

38) 서울고등법원 2010. 5. 10. 선고 2009라1941 결정.

하였다면, 오픈마켓에서 판매된 상품으로 인해 발생하는 손해에 관한 책임을 부담하지 않는다.³⁹⁾

그러나 이러한 책임은 오픈마켓사업자가 오픈마켓에서 이루어지는 상품 판매와 관련된 계약 관련 책임임으로 이하에서는 오픈마켓사업자가 오픈마켓에서 상표권 등 타인의 권리를 침해하는 상품정보가 등록되어 있는 경우 오픈마켓사업자가 상표권을 침해하는 상품판매정보를 사전적이며 적극적 또는 개별적이며 구체적으로 모니터링하여 이를 삭제하여야 하는지 여부를 유사한 구조 및 법적 문제를 가지고 있다고 볼 수 있는 저작권법상 온라인서비스제공자에 대한 모니터링 의무를 검토한 이후 상표권과 관련된 오픈마켓사업자의 모니터링 의무를 검토하여 보기로 한다.

1. 저작권법상 온라인서비스제공자의 저작권 침해방지 의무

온라인상의 저작권 침해가 서비스 이용자에 의해 이루어지는 경우 온라인서비스제공자가 그러한 저작권 침해에 대해 어떠한 책임을 부담하는지는 인터넷이 보편화된 오늘날에도 가장 오래된 저작권 문제 중의 하나이면서도 가장 난해한 문제이다.

현행 저작권법 제102조는 온라인서비스제공자가 저작물 등의 복제·전송과 관련된 서비스를 제공하는 것과 관련하여, 다른 사람에 의한 저작물 등의 복제·전송으로 인하여 저작권이 침해된다는 사실을 알고 당해 복제·전송을 방지하거나 중단시킨 경우⁴⁰⁾에는 다른 사람에 의한 저작권 침해에 대해 온라인서비스제공자의 책임을 감경 또는 면제할 수 있다고 규정하면서, 온라인서비스제공자가 운영하는 서비스에서 자신의 저작권이 침해되고 있다고 주장하는 자(침해주장자)는 그 사실을 소명하여⁴¹⁾ 온라인서비스제공자에게 침해물의 복제·전

39) 전자상거래 등에서의 소비자 보호에 관한 법률 제20조 참조.

40) 만약, 이러한 복제·전송을 방지하거나 중단시키는 것이 기술적으로 불가능한 경우에는 그 책임이 면제된다.

41) 소명자료의 구체적인 내용 및 방법에 관해서는 저작권법 시행령 제40조 및 동법 시행규칙 제13조 내지 제16조 규정하고 있으며, 저작권 침해주장자는 소명시 복제·전송의 중단을 요청하는 게시물의 제호, 위치정보(URL)를 적시하여 소명하여야 한다.

송의 중단을 요청할 수 있도록 하고 있다. 온라인서비스제공자는 침해주장자로부터의 복제·전송의 중단요구가 있는 경우에는 즉시 그 저작물 등의 복제·전송을 중단시키고 중단한 날부터 3일 이내에 당해 저작물 등을 복제·전송하는 자에게 그 사실을 통보하여야 한다. 이러한 통보를 받은 복제·전송자가 자신의 복제·전송이 정당한 권리에 의한 것임을 소명하여 그 복제·전송의 재개를 요구하는 경우 온라인서비스제공자는 재개요구사실 및 재개예정일⁴²⁾을 침해주장자에게 지체없이 통보하고 그 예정일에 복제·전송을 재개시켜야 한다.

이러한 일련의 조치를 취한 온라인서비스제공자는 서비스 이용자에 의한 저작권 침해로 인하여 발생하는 손해에 대한 책임을 감경 또는 면제받을 수 있다. 또한, 저작권법 제104조는 다른 사람들 상호간에 컴퓨터를 이용하여 저작물을 전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 온라인서비스제공자 즉, P2P, 웹하드 등 특수한 유형의 온라인서비스제공자로 규정하여 제102의 일반적인 온라인서비스제공자와 구별하고 특수한 유형의 온라인서비스제공자에게는 저작권자의 요청이 있는 경우 해당 저작물의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치 등 필요한 조치를 취하도록 하고 있다.

이러한 저작권법의 규정에 따르면, 온라인서비스제공자가 저작권침해의 사실을 알거나 통지받고서도 문제된 복제·전송을 방지하거나 중단시키기 위한 적절한 노력을 기울이지 아니한 경우에는 저작권 침해에 따른 방조책임을 지게 되지만, 다른 한편 그 당시의 기술수준에 비추어 최선의 기술적 조치를 취했다면 책임을 면할 수 있다는 점에서 온라인서비스제공자의 책임이 좀 더 명확히 되었다고 볼 수 있다. 또한, 저작권법상의 온라인서비스제공자 책임제한 규정은 온라인서비스제공자의 자발적인 모니터링에 의해서가 아니라 저작권자 등 권리자의 침해주장통지에 의하여 침해사실을 알게 되었을 때 침해결과물의 제거의무를 규정한 것으로, 미국 DMCA 제512조 (c)(3)에서 정한 “Notice and Take-down”의 기본 골격을 수용한 것이라고 볼 수 있다. 따라서 온라인서비스제공자의 책임제한 규정은 온라인서비스제공자에게 적극적 모니터링 의무가 없다는

42) 재개예정일은 그 복제·전송의 재개를 요구받은 날의 7일 이후부터 14일까지의 기간 중에 속하는 날로 하여야 한다(저작권법 시행령 제43조 참조).

것을 명확히 했다는 점⁴³⁾에서, 저작권자와 이용자의 이익보호 그리고 온라인 기술과 시장의 발전을 모두 조화시킬 수 있는 해결책을 모색한 것이라고 볼 수 있다.⁴⁴⁾

대법원은 소리바다 1 사건⁴⁵⁾에서 “저작권법이 보호하는 복제권의 침해를 방조하는 행위는 타인의 복제권 침해를 용이하게 해주는 직접·간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서 복제권 침해행위를 미필적으로만 인식하는 방조도 가능함은 물론 과실에 의한 방조도 가능하다. …… 과실에 의한 방조의 경우에 있어 과실의 내용은 복제권 침해행위에 도움을 주지 않아야 할 주의의무가 있음을 전제로 하여 그 의무를 위반하는 것을 말하고, 위와 같은 침해의 방조행위에 있어 방조자는 실제 복제권 침해행위가 실행되는 일시나 장소, 복제의 객체 등을 구체적으로 인식할 필요가 없으며 실제 복제행위를 실행하는 자가 누구인지 확정적으로 인식할 필요도 없다.”고 설시하면서 “소리바다 서비스 제공자는 그 이용자들이 음반제작자들의 저작권접권을 침해하리라는 사정을 미필적으로 인식하였거나 적어도 충분히 예견할 수 있었음에도 불구하고 소리바다 프로그램을 개발하여 무료로 나누어 주고 소리바다 서버를 운영하면서 그 이용자들에게 다른 이용자들의 접속정보를 제공함으로써, 이용자들 음악 CD로부터 변환한 MP3 파일을 Peer-To-Peer(P2P) 방식으로 주고받아 복제하는 방법으로 저작권접권 침해행위를 실행하는 것을 용이하게 하였으므로 그에 대한 방조책임을 부담한다.”고 판시하여 온라인서비스제공자가 그 이용자들이 저작권을 침해하리라는 사정을 미필적으로 인식하였거나 적어도 충분히 예견할 수 있었음에도 불구하고 서비스를 개발하여 저작권 침해행위를 용이하게 한다면, 그러한 침해행위에 대해 온라인서비스제공자는 방조에 의한 공동불법행위책임을 부담한다는 해석론을 확립한 바 있다. 이와 같이 온라인서비스제공자의 책임을 방조에 의한 공동불법행위책임으로 해석하는 것은 미연방대법원이 온라인서비스제공자가 침해행위에 대한 인식을 가지고 침해행위에 실질적으로 관여했다고 보아 기여책

43) 한·미 자유무역협정 제18.10조 제30항 나호 7)목에서도 “이 호의 책임제한을 받는 자격은 그러한 기술 조치와 합치되는 경우를 제외하고 서비스제공자가 자신의 서비스를 감시하거나 침해행위를 나타내는 사실을 능동적으로 찾아야 할 의무를 조건으로 할 수 없다.”고 규정하고 있다.

44) 정상조·박준석, “OSP의 기술적 조치에 관한 의무: 소리바다 사건을 중심으로”, 『Law & Technology』, 제4권 제1호(2008. 1), 6면.

45) 대법원 2007. 1. 25. 선고, 2005다11626 판결; 대법원 2007. 12. 14. 선고, 2005도872 판결.

임(contributory liability)을 인정하거나, 감독·통제의 권리와 능력이 있고 침해 행위로부터 직접적으로 경제적 이익을 받았다고 보아 대위책임(vicarious liability)을 인정하는 일련의 판례와 동일한 해석론에 입각한 것이다.⁴⁶⁾

소리바다 판결 이후 대법원은 인터넷포털 사이트의 블로그에 블로그 개설자가 사진저작물을 불법복제하여 게재하고, 인터넷포털 사이트는 블로그에 게재된 불법복제된 사진저작물을 썸네일로 변환하여 검색결과에서 제공한 것이 문제가 된 사건⁴⁷⁾에서 “온라인서비스제공자가 자신이 운영하는 서비스에 게시된 저작권 침해물로 인하여 부작용에 의한 방조자로서 공동불법행위책임을 부담하기 위해서는, 온라인서비스제공자가 제공한 인터넷 게시공간에 타인의 저작권을 침해하는 게시물이 게시되었고 그 검색기능을 통하여 인터넷 이용자들이 게시물을 쉽게 찾을 수 있다 하더라도, 위와 같은 사정만으로 곧바로 온라인서비스제공자에게 저작권 침해 게시물에 대한 불법행위책임을 지울 수는 없다.”고 설시하면서, 온라인서비스제공자의 방조에 의한 공동불법행위 여부를 판단함에 있어서는 “저작권 침해 게시물이 게시된 목적, 내용, 게시기간과 방법, 그로 인한 피해의 정도, 게시자와 피해자의 관계, 삭제 요구의 유무 등 게시에 관련한 쌍방의 대응태도, 관련 인터넷 기술의 발전 수준, 기술적 수단의 도입에 따른 경제적 비용 등에 비추어 온라인서비스제공자가 제공하는 인터넷 게시공간에 게시된 저작권 침해 게시물의 불법성이 명백하고, 온라인서비스제공자가 위와 같은 게시물로 인하여 저작권을 침해당한 피해자로부터 구체적·개별적인 게시물의 삭제 및 차단 요구를 받은 경우는 물론, 피해자로부터 직접적인 요구를 받지 않은 경우라 하더라도 그 게시물이 게시된 사정을 구체적으로 인식하고 있었거나 그 게시물의 존재를 인식할 수 있었음이 외관상 명백히 드러나며, 또한 기술적·경제적으로 그 게시물에 대한 관리·통제가 가능한 경우”인지를 고려하여 판단하여야 한다고 보고 있다. 대법원은 만약 온라인서비스제공자가 이러한 조치가 가능함에도 그 게시물을 삭제하지 않고 또 서비스에 유사한 내용의 게시물이 게시되지 않도록 차단하지 아니한 경우에는 저작권 침해를 용이하게 해 주는

46) 정상조·박준석, “저작권법의 개정방향: OSP의 책임을 중심으로”, 『Law & Technology』, 제4권 제4호(2008. 7), 19면.

47) 대법원 2010. 3. 11. 선고, 2009다80637 판결.

경우에 해당되어 방조에 의한 공동불법행위 책임을 부담한다고 보고 있다.

2. 오픈마켓사업자의 상표권 침해 상품정보에 대한 모니터링 의무

오픈마켓은 전술한 소리바다와 같이 불법복제된 저작물의 교환을 주된 목적으로 하는 P2P와는 달리 일반 상품의 거래를 목적으로 하는 비즈니스모델이다. 따라서 전술한 저작권법상 온라인서비스제공자 중 오픈마켓은 그 운영형태에 비추어볼 때 P2P사이트 운영자 또는 웹하드 운영자 등과 같은 특수한 유형의 온라인서비스제공자라기 보다는 인터넷포털과 같은 일반적인 온라인서비스제공자에 가깝다고 볼 수 있다.

오픈마켓은 그 거래구조에 있어 오프라인 시장과 유사하지만, 오픈마켓사업자는 오프라인 시장의 상품중개인이란 보다는 시장운영자와 유사한 성격을 지닌다. 또한, 오픈마켓사업자는 판매자와 구매자 간의 계약체결과정에 관여하는 하나, 그러한 관여는 비대면거래에서 발생하는 판매자와 구매자가 느끼는 불안감 즉, 구매자 입장에서는 판매자의 상품을 직접 확인할 수 없고 등록된 상품정보에만 의존하여 거래를 결정하게 됨으로 판매자의 신용상태, 상품의 동일성 및 하자 여부를 확인하는 것이 불가능하고, 판매자 입장에서는 상품 배송 후 대금지급에 관한 위험을 부담하게 됨으로 오픈마켓사업자는 자신의 오픈마켓에서 구매자와 판매자가 안심하고 상품의 판매 및 구매를 할 수 있도록 판매자와 구매자간의 계약체결과정에 관여하여 거래의 안전을 담보하고 그 과정에서 거래에 관여하는 것이라고 볼 수 있을 것이다.

또한, 오픈마켓에서는 위조상품이 판매될 개연성은 항상 존재한다. 그러나 대부분의 위조상품은 정교하게 제조되는 경우가 많아 오픈마켓사업자가 등록되는 상품정보만으로 이를 구별하기는 현실적으로 불가능하다고 볼 수 있다. 나아가 상표권자 또는 상표실시권자로부터 진정상품을 구매하여 이를 판매하려는 영업자, 병행수입업자, 진정상품의 중고품을 판매하고자 하는 개인도 존재함으로써 오픈마켓사업자에게 위조상품에 대한 필터링 의무 내지 금칙어 처리 등을 통한 오픈마켓에 등록된 모든 판매정보에 대해 모니터링 및 임시조치를 부과하는 것은 진정상품 판매자들을 고려할 경우 부당하다고 할 수 있다. 또한 오픈마켓

사업자에게 필터링 의무를 부과할 경우 그로 인하여 발생하는 거래비용은 전적으로 오픈마켓이용자에게 전가될 것이고, 이는 상표권을 보호하는 데 드는 비용을 그 상표권 침해상품과 무관한 다른 상품의 거래당사자에게까지 전가한 결과를 초래함으로써 또한 부당하다고 할 수 있다. 따라서 오픈마켓사업자에게 오픈마켓에 등록되는 모든 상품정보에 대해 상표권 침해여부를 판단하도록 하는 일반적이며 포괄적인 주의의무를 부담케 하는 것은 타당하지 않다고 판단된다.

하급심 판례에서는 오픈마켓사업자가 이러한 일반적이며 포괄적인 주의의무를 부담하는가와 관련하여 견해가 일치하지 않고 있다. 서울중앙지방법원은 히노끼 사건에서 피신청인들은 자신들이 운영하는 오픈마켓에서 상표권 침해행위가 발생한 사실을 알게 된 경우에는 지체없이 해당 판매정보를 삭제하거나 해당 판매정보에 대한 접근을 임시적으로 차단하는 조치를 취하고, 해당 판매정보가 다시 게시되지 않도록 할 작위의무가 있다고 전제한 후 “피신청인들은 신청인이 권리침해신고를 하면서 지목한 판매자에 한하여 이 사건 상표가 부착된 제품에 대한 판매중지조치를 취하였을 뿐, 이 사건 상표가 부착된 제품에 관한 다른 판매정보에 대해서는 검색기능을 통해 이를 쉽게 찾을 수 있었음에도 이를 찾아 삭제하거나 이에 대한 접근을 임시로 차단하려는 노력을 하지 않은 점, 피신청인들은 이 사건 각 인터넷사이트를 통해 신청인의 이 사건 상표권이 침해되고 있다는 사실을 알게 된 이상, 앞으로 이 사건 상표가 부착된 제품에 관한 판매정보가 게시되거나 검색되지 않도록 필요하고 가능한 기술적 조치(예컨대 이 사건 상표의 요부를 금치어로 설정하여 그것이 포함된 판매정보에 대하여는 게시 및 검색을 제한하는 조치 등)를 취하여야 할 것임에도, 이러한 노력을 전혀 하지 않은 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 피신청인들은 자신들이 위와 같은 노력을 다하지 않을 경우 이 사건 각 인터넷사이트를 통해 신청인의 이 사건 상표권이 침해되거나 침해될 우려가 있다는 사정을 미필적으로나마 인식하고 있으면서, 그러한 결과를 용인한 채 방관하였거나 혹은 그러한 결과를 막기 위한 주의의무를 제대로 이행하지 않았다.”⁴⁸⁾고 하여 오픈마켓사업자에게 상표권자로부터 상표권을 침해하는 상품판매정보에 대한 개별적이며 구체적인 통지를 받은

48) 서울중앙지방법원 2008. 8. 5. 선고, 2008카합1901 결정.

경우, 오픈마켓사업자는 오픈마켓에서 그 상표권과 관련된 모든 상품판매정보를 모니터링하여 임시조치하거나 삭제할 의무가 있다고 보았다.⁴⁹⁾

그러나, K2사건⁵⁰⁾에서는 “오픈마켓의 특성상 오픈마켓에서는 수많은 상품이 등록되어 판매되고, 그 판매상품에 대해 오픈마켓운영자는 품질보증 등 오픈마켓에서 판매되는 상품에 관해 신용을 제공하지 않으며, 판매자의 신용으로 상품이 판매되는 것이므로 판매되는 상품이 타인의 특허권, 저작권, 상표권 등 지적재산권을 침해하거나 판매자의 상품 판매가 부정경쟁행위에 해당될 가능성은 항상 존재하지만, 오픈마켓운영자가 그러한 권리침해행위의 직접 주체도 아니고 그 침해여부를 판단하기도 용이하지 않다.”고 전제한 후 “오픈마켓에서 판매되는 상품이 타인의 권리를 침해할 수 있다는 일반적인 권리침해 가능성 내지는 개연성만을 들어 오픈마켓운영자에 대해 판매자의 상품의 등록·판매행위가 부정경쟁행위 등 타인의 권리를 침해하는지를 일일이 검색하여 미리 삭제하는 등과 같이 판매자의 부정경쟁행위 등을 방지할 일반적인 주의의무를 부담시킬 수 없다.”⁵¹⁾고 하여 오픈마켓사업자의 일반적·포괄적 주의의무를 부정하였다. 또한, 본 사건에서 법원은 오픈마켓사업자가 상표권을 침해하는 상품판매정보의 유통을 방지할 구체적인 의무는 “오픈마켓운영자가 운영하는 오픈마켓에서 부정경쟁행위 등 타인의 권리를 침해하는 행위가 실제로 발생하고, 오픈마켓운영자가 그 권리침해행위의 발생사실을 알았거나 알 수 있다고 인정할 상당한 이유가 있으며, 오픈마켓운영자가 그 침해행위의 발생 내지 위험성을 방지하거나 제거할 수 있는 구체적인 수단을 가지고 있는 경우에만” 그 침해행위를 방지할 구

49) 오병철, 앞의 논문, 206~209면에서는 K2사건에서 통신판매중개자(오픈마켓사업자: 저자 주)의 일반적 주의의무를 부정하는 것은 납득하기 어렵다고 하면서, 통신판매의 일부를 수행하는 거래관여형 알선자(오픈마켓사업자: 저자 주)인 오픈마켓에서는 단순한 정보제공형 알선자 보다는 높은 수준의 주의의무를 부과하는 것이 바람직하고, 통신판매중개자에게는 권리침해행위가 일어나지 않도록 할 일반적 주의의무가 정보통신망법 제44조 제2항으로부터 도출되고, 침해사실을 고지 받은 경우에는 그것을 삭제하는 행위를 넘어 그에 해당하는 판매정보가 담긴 상품에 대해 검색되지 않도록 할 주의의무까지 부담하여야 한다고 한다. 다만, 침해여부가 명확하지 않은 경우에는 정보통신망법 제44조 제3항에 따른 임시조치를 취하여야 한다고 한다.

50) 서울중앙지방법원 2008. 11. 20. 선고, 2006가합46488 판결.

51) 본 사건에서 법원은 “오픈마켓운영자에게 일반적인 주의의무를 부담시키는 것은 원칙적으로 타인의 행위로 인해 권리를 침해받은 자가 행해야 할 권리를 스스로 방어할 책임을 오픈마켓운영자에게 전가시키는 것”이라고 보았다.

체적인 방지의무가 발생한다고 보면서, 오픈마켓운영자가 상표권 침해행위의 발생 내지 위험성을 알았거나 알 수 있었다고 볼 상당한 이유가 있는지 여부는 “상표권 침해행위라고 주장되는 해당 상품의 등록과 판매의 형태, 기간, 횟수, 오픈마켓운영자가 권리자에 의해 권리침해행위라고 주장되는 해당 상품의 등록과 판매 등을 알고 있었는지 여부, 피해자의 오픈마켓운영자에 대한 판매중지요청 등 구체적인 권리침해방지의 노력과 그와 관련하여 오픈마켓운영자가 취한 조치의 내용, 피해자와 침해자 이외의 제3자가 볼 때에 해당 상품의 등록과 판매 등이 부정경쟁행위 등 권리침해행위에 해당함을 알 수 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”⁵²⁾고 하여 히노끼 사건에서와는 다른 입장을 취하고 있다. 또한, 아디다스 사건⁵³⁾에서 서울고등법원은 정보통신망법 제44조 제2항에 따른 오픈마켓사업자의 의무는 “조리상 인정되는 개별적·구체적인 의무의 수준 정도”라고 보아야 하며, 오픈마켓사업자에게 “상품의 진정성 여부에 대한 포괄적·전면적 사건 검사, 위조상품 등록 여부의 상시감시, 포괄적·사전적 자동검색을 통한 위조상품 등록 차단, 판매자에 대한 엄격한 신원확인 등과 같이 상표권 침해행위를 사전에 일반적·포괄적으로 방지할 수 있는 적극적인 조치를 취하여야 할 조리상 작위의무가 있다고 볼 수 없다.”고 하여 오픈마켓사업자의 일반적이며 적극적 모니터링 의무를 부정하였다.

뉴욕남부연방지방법원은 우리나라의 히노끼, K2 및 아디다스 사건과 유사한 Tiffany 사건⁵⁴⁾에서 eBay가 Tiffany사의 상표권을 기여침해 하였는지를 판단하면서 미연방대원이 Inwood Laboratories, Inc. v. Ives Laboratories, Inc. 사건⁵⁵⁾에서 제시한 상표권 기여침해 요건인 “고의로 제3자가 상표를 침해하도록 유도

52) 서울중앙지방법원 2008. 11. 20. 선고, 2006가합46488 판결.

53) 서울고등법원 2010. 5. 10. 선고, 2009라1941 판결.

54) Tiffany & Co. v. eBay, Inc., 576F. Supp. 2d 463 (S.D.N.Y. July 14, 2008): Tiffany사는 뉴욕남부연방지방법원의 판결에 불복하고 항소하였으나, 미연방제2항소법원은 뉴욕남부연방지방법원의 판단을 지지하였다(Tiffany & Co. v. eBay, Inc., 600 F.3d 93(2nd Cir. 2010)): 본 사건은 Tiffany사의 귀금속 제품이 eBay.com에서 재판매되고 있고 있다는 광고를 자신의 웹사이트 및 Google.com에서 키워드광고를 하자 eBay사가 Tiffany사의 상표권을 침해하고 있다고 소를 제기 사건이다; Tiffany 사건에 대한 보다 자세한 사항은 이창훈, “오픈마켓에서의 상표권 침해 문제에 대한 고찰”, 「지식과 권리」, 2008년 가을호, 54면 이하 참조.

55) 456 U.S. 844, 102 S.Ct. 2182, 72 L.Ed.2d 606(1982).

하거나 침해자의 상표권 침해행위를 알거나 알 이유가 있었음에도 자신의 상품을 계속하여 공급한 경우”에 eBay의 행위가 해당되는지를 판단하였다. 뉴욕남부연방지방법원은 “eBay사는 자신의 사이트에서의 상품판매행위를 컴퓨터소프트웨어 등을 통해 상당한 제어가 가능하고, Tiffany사의 귀금속 제품들을 eBay 사이트에서 광고를 하였으며, eBay사이트에서 상품정보를 게시하고 판매됨에 따라 eBay사가 상당한 이익을 취하는 구조인 점을 고려할 경우, eBay사가 자신의 사이트에서 판매자들에게 서비스를 제공하는 행위는 Hard Rock Cafe Licensing Corp. v. Concession Servs., Inc.⁵⁶⁾ 사건에서의 베흐시장과 동일하므로 eBay사의 행위는 Inwood test에서 적시하고 있는 상품을 침해자에게 공급하는 생산자 또는 유통업자의 범주에 포함된다.”고 보았다. 그러나 뉴욕남부연방지방법원은 “불특정 다수의 판매자가 침해행위를 한다는 일반적 침해사실을 알고 있었다 하더라도 이 조건에 만족할 수 없으며, 다른 법원들의 판례에 비추어 봐도 일반적으로 기여침해는 침해의 범위나 성격에 대해 확실하게 알지 못하는 피고에 대해서까지 확장 적용하는 것을 배제하고 있다.”고 하여 eBay사의 일반적 침해사실을 부정하였다. 또한, 법원은 Tiffany사가 소제기 전 5개 이상 Tiffany사의 제품을 판매하고 있는 판매자에 대한 상품정보 삭제요청을 한 사실, eBay사이트에서 판매되고 있는 Tiffany사의 제품들에 대한 구매조사시 상당수가 침해상품에 해당되었다는 사실 및 eBay사에 상표권 침해 경고장 및 구매조사 자료 제공을 하였기 때문에 eBay사가 Tiffany사의 상표권 침해상품정보에 대해 조사를 할 수 있었음에도 불구하고 철저한 조사를 하지 아니한 것은 고의적인 묵인에 해당되어 eBay사는 판매자들의 Tiffany 상표권 침해행위를 알거나 알 이유가 있었다고 주장하였으나, 5개 이상 Tiffany사의 제품을 판매하는 판매자 중에서 5개 이상의 비침해 Tiffany제품을 판매하는 경우가 많으며, Tiffany사가 VeRO프로그램⁵⁷⁾을 이용하여 상표권자가 침해품의 상품정보를 제공하는 경우에는 당해 상품정보를 성실히 삭제하였고, VeRO 프로그램 및 위조방지 소

56) 955 F.2d 1143, 1148, 600 F.3d 104(7th Cir.1992).

57) VeRO프로그램은 eBay 웹사이트에 등록되는 상품에 대해 상표권, 저작권 등 지적재산권에 대한 권리보호를 위해 해당 권리자가 특정 상품에 대하여 권리침해여부를 판단한 후 직접 eBay사이트에 권리침해 상품을 신고할 수 있게 하는 프로그램이다.

프트웨어⁵⁸⁾를 채택하고 있어 상표권 침해에 대한 개별적 침해사실도 인정되지 않는다고 하여 eBay사의 상표권 기여책임을 부정하였다.

Tiffany 사건에서 뉴욕남부연방지방법원은 오픈마켓에서 상표권 침해행위가 발생한 경우 오픈마켓사업자가 상표권 침해에 대한 기여책임을 인정하기 위해서는 오픈마켓사업자는 자신의 오픈마켓에서 상표권 침해행위가 발생하고 있다는 일반적 사실을 인지하는 것만으로는 부족하며, 구체적인 침해사실을 알거나 알 이유가 있는 경우라도 계속된 침해행위를 방지하기 위한 조치를 취하였다면 기여침해에 해당되지 않는다고 보았다. 이러한 Tiffany 판결의 입장은 K2사건과 아디다스 사건에서의 우리 법원의 입장과 동일한 입장이라고 볼 수 있다.

Ⅵ. 오픈마켓에서 상표권 침해상품 판매에 따른 오픈마켓사업자의 책임 범위

전술한 바와 같이, 판례는 저작권법상 온라인서비스제공자에게 “Notice and Takedown” 원칙에 따라 침해주장자가 저작권 침해물에 대한 복제·전송의 중단을 요청하는 경우 저작권법 제102조에 따라 그 복제·전송을 중단시킬 경우에는 그 책임을 감경 내지 면제할 수 있다고 보고 있다. 그러나 저작권자의 개별적인 통지가 없는 경우라 하더라도 그 게시물이 게시된 사정을 구체적으로 인식하고 있었거나 그 게시물의 존재를 인식할 수 있었음이 외관상 명백히 드러나며, 또한 기술적·경제적으로 그 게시물에 대한 관리·통제가 가능한 경우에는, 온라인서비스제공자에게 그 게시물을 삭제하고 향후 같은 인터넷 게시공간에 유사한 내용의 게시물이 게시되지 않도록 차단하는 등의 적절한 조치를 취하여야 할 의무가 있다고 보고 있다. 또한, 판례⁵⁹⁾는 “인터넷종합 정보제공 사업자

58) 위조방지소프트웨어란 eBay 사이트에 등록되어 있는 상품정보를 검색 알고리즘을 이용하여 위조상품인지 여부를 검색하는 검색엔진이다.

59) 대법원 2009. 4. 16. 선고, 2008다53812 전원합의체 판결 : 본 사건은 명예훼손성 기사를 인터넷포털의 뉴스 서비스에 게재하여 문제가 된 사건으로서 침해주장자는 인터넷포털에 게재된 명예훼손성 기사 및 게시물들에 대한 개별적이며 구체적인 삭제통지를 하지 않고 일반적이며 포괄적인 삭제요청을 하였다.

(인터넷포털: 필자 주)인 피고들이 원고와 망 갑의 교제 및 망 갑의 자살 경위에 관하여 인터넷에 공개된 게시물 내용에 대한 자세한 소개와 함께 원고의 신원노출을 수반하는 인터넷 이용자들의 과도한 비난 일색의 반응 등을 보도한 기사를 스스로 게재한 사정 …… 피고들은 자신들이 제공한 기사 댓글, 지식검색란에서의 답변들, 사적(私的) 인터넷 게시공간 등의 게시공간에 원고에 대한 명예훼손적 게시물들이 존재한다는 것”을 통하여 침해주장자의 개별적인 통지가 없었다 하더라도 그러한 게시물이 인터넷포털사이트에 게재되어 있다는 사실을 충분히 인식할 수 있었다고 보아 인터넷포털의 방조책임을 인정하였다.

이와 같이 온라인서비스제공자의 책임을 방조에 의한 공동불법행위책임으로 해석하는 시금석이 된 1984년 미연방대법원의 Sony판결⁶⁰⁾의 다수의견은 미국 특허법상의 “상업상 주요한 상품(staple article of commerce)”의 원리를 차용하여, Sony가 생산하는 VTR의 용도의 상당부분이 비침해적인 경우(substantial non-infringing use)에 해당하는 경우, VTR을 이용하여 VTR이용자들이 Universal 등의 저작권을 침해하는 행위를 할 수도 있음을 알았거나 알 수 있었다는 사정(knows or has reason to know) 즉, Sony가 침해행위에 대한 추정적으로 인식(constructive knowledge)을 가진 것만으로는 곧바로 VTR공급자인 Sony에게 기여책임을 지우는 것은 부당하다고 보았다. 그러나 소수의견은 VTR 이용자에게 의하여 원고의 저작권에 대한 침해행위가 발생하리라는 사정을 VTR공급자인 Sony가 충분히 알았거나 알 수 있었음에도 VTR을 제조·공급한 이상 Sony는 미국 판례법상 기여책임을 법리에 따라 책임을 부담한다고 보았다. 그러나 다수의견에서도 침해행위에 제공될 수도 있는 상품을 공급한 자의 책임이 항상 부정되는 것이 아니라 적어도 문제되는 상품의 “용도의 상당부분이 비침해적인 경우”일 것 즉, 그 상품의 용도가 오로지 침해적이거나 핵심적인 용도가 침해적인 것은 아닐 것을 요구한다. 따라서 Sony 판결 이래 적어도 미국에서는 이용자에게 의하여 저작권 침해에 이용될 수도 있는 상품이나 서비스를 공급한 자가 이용자들의 실제 침해에 대하여 저작권자에게 부담하는 책임이 있는

60) Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 104 S.Ct. 774, 78 L.Ed.2d 574 (1984).

지 문제에 관하여 “당해 상품의 상당부분이 비침해적 용도를 가지고 있는지 여부”가 기여책임을 부담하는지 여부를 판단하는 핵심적인 기준으로 되어 있다.⁶¹⁾

온라인서비스제공자가 자신의 제공하는 서비스에서 상표권, 저작권 등을 침해하는 정보에 대한 적극적인 모니터링 의무를 부담하는지와 관련하여, 한·미 자유무역협정 제18.10조 제30항 나호 7)목에서는 “이 호의 책임제한을 받는 자격은 그러한 기술조치와 합치되는 경우를 제외하고 서비스제공자가 자신의 서비스를 감시하거나 침해행위를 나타내는 사실을 능동적으로 찾아야 할 의무를 조건으로 할 수 없다.”고 규정하고 있다. 또한, 한·EU FTA 협정문 제10.66조 제1항⁶²⁾에서도 온라인서비스제공자에게 “자신이 송신하거나 저장하는 정보를 감시할 일반적 의무 또는 불법적 활동을 나타내는 사실이나 정황을 적극적으로 찾도록 하는 일반적 의무를 제공자에게 부과해서는 아니 된다.”고 하여 온라인서비스제공자에게 일반적 모니터링 의무를 부과하지 않고 있다. 이러한 이유로 2007년 문화체육관광부가 한·미 FTA를 이행하기 위하여 입법예고한 저작권법 개정안⁶³⁾에서도 온라인서비스제공자에게 일반적 모니터링 의무를 부담하지 않는 것으로 하고 있다.

전술한 우리 대법원의 입장과 한·미 및 EU FTA협정문 등을 고려할 경우 온라인서비스제공자는 자신의 서비스에 저작권을 침해하는 게시물이 존재하는지 여부를 적극적으로 모니터링할 의무는 부담하지 않는다고 볼 수 있다. 그러나 이러한 적극적 모니터링 의무는 없다하더라도 온라인서비스제공자는 자신의 서비스에서 저작권을 침해하는 저작물이 존재함을 여러 정황 등을 통해 구체적으로 인식하였거나 인식할 수 있었음에도 불구하고 저작권 침해물의 복제·전송을

61) 박준석, “인터넷서비스제공자의 책임에 관한 국내 판례의 동향: 소리바다 항소심 판결들을 중심으로”, 『Law & Technology』, 제1권 제2호(2005. 9), 75-76면.

62) 한·EU FTA 협정문 제10.66조(감시할 일반적 의무의 면제)

1. 양 당사자는 제공자가 제10.63조부터 제10.65조까지의 적용대상이 되는 서비스를 제공하는 때 자신이 송신하거나 저장하는 정보를 감시할 일반적 의무 또는 불법적 활동을 나타내는 사실이나 정황을 적극적으로 찾도록 하는 일반적 의무를 제공자에게 부과해서는 아니 된다

63) 저작권법 개정 입법예고안(2007년 9월 13일 입법예고안) 제102조(온라인서비스제공자의 책임 제한) 제2항: 온라인서비스제공자는 제1항 제1호 라목의 표준적인 기술조치를 준수하는 경우 외에는 자신의 서비스를 모니터링하거나 침해행위에 관하여 적극적으로 조사할 의무를 부담하지 아니한다.

중단하지 아니한 경우에는 방조에 의한 공동불법행위책임을 부담한다고 볼 수 있다.

저작물은 온라인상에서 최초판매의 원칙 내지 권리소진의 원칙이 적용되지 않기 때문에 미니홈피, 블로그, P2P사이트 또는 웹하드 등에서 업로드되어 있는 음악저작물 또는 영상저작물 등 저작물의 대부분은 불법복제된 저작물일 개연성이 높다고 볼 수 있다. 반면에 오픈마켓에서 유통되고 있는 상품 중 위조상품의 비율은 상표권자 또는 상표실시권자로부터 진정상품을 구매하여 이를 판매하려는 영업자, 병행수입업자, 진정상품의 중고품을 판매하고자 하는 개인도 존재하고 있으므로 오픈마켓에 등록된 위조상품은 불법복제된 저작물보다 낮다고 볼 수 있다. 또한 대부분의 위조상품은 정교하게 제조되는 경우가 많아 오픈마켓사업자가 오픈마켓에 등록되는 상품정보만으로 이를 구별하기는 현실적으로 불가능하고 또 진정상품 판매자들로 인하여 상품판매정보가 상표권을 침해하는 상품정보인지를 인식하는 것은 저작권 침해물보다 어렵다고 볼 수 있다. 나아가 등록상표가 아닌 미등록 주지·저명상표인 경우에는 오픈마켓사업자가 당해 상표가 주지·저명상표인지를 판단하기는 극히 어렵다. 따라서 저작권법상 일반적인 온라인서비스제공자와 유사한 성격을 지니고 있는 오픈마켓사업자에게 자신의 오픈마켓에서 상표권을 침해하는 상품판매정보에 대한 삭제의무를 부과하기 위해서는 특별한 사정이 없는 한 오픈마켓사업자가 상표권자로부터 당해 상품판매정보를 구체적·개별적으로 특정하여 삭제요청을 받고, 그 상품판매정보의 불법성이 현존하는 것을 명백히 인식하였으며, 그러한 삭제 등의 조치를 하는 것이 기술적·경제적으로 가능한 경우로 제한하는 것이 합리적이라고 판단된다. 그러나 오픈마켓사업자가 상표권자로부터 구체적·개별적인 통지를 받지 않은 경우라 하더라도 오픈마켓이 그 비즈니스모델상 위조상품이 유통되기 쉬운 구조이고, 오픈마켓사업자는 위조상품이 판매됨으로 인하여 그에 대한 수수료라는 이익을 얻게 됨으로 오픈마켓에서 위조상품이 판매되고 있다는 것이 당해 상품판매정보의 상품평, 댓글 등을 통해 알 수 있는 경우, 고가의 상품이 아주 낮은 가격으로 판매되는 경우⁶⁴⁾ 또는 판매자가 과거 위조상품 판매로 인하여

64) 그러나, 이 경우에도 상품에 따라 제고정리형태로 판매될 수 있어 외관상 명백히 드러나는 경우라고 보기는 어려울 수 있다.

오픈마켓사업자로부터 일정 횟수 이상의 제재를 받은 경우 등의 사정이 존재하는 경우에는 오픈마켓사업자가 오픈마켓에서 위조상품이 판매되지 않도록 조치할 의무가 있다고 보는 것이 타당할 것이다. 만약, 오픈마켓사업자가 이러한 의무를 위반한 경우에는 방조의 의한 공동불법행위 책임을 부담한다고 보아야 할 것이다.

VII. 결론

오픈마켓을 통해 거래되는 상품의 수는 하루 수백만건 이상이고 신규로 등록되는 상품의 수 또한 수만건에 달한다. 이처럼 오픈마켓을 통한 거래는 전자상거래의 일반적 유형으로서 자리를 잡았다. 오픈마켓에서 판매되는 상품은 음악, 영화 등과 같은 무형의 상품이 아닌 의류, 화장품 등 실물 상품이며, 오픈마켓사업자는 이러한 실물 상품의 판매정보제공을 주된 목적으로 하고, 저작물과 달리 상품에 대한 권리소진의 원칙이 적용되어 당해 상품을 온라인에서 직접 중고품으로 판매가 가능하고,⁶⁵⁾ 병행수입품을 판매하는 것은 상표권 침해에 해당되지 않는다. 만약, 오픈마켓사업자에게 적극적 모니터링 의무를 부과하는 경우에는 상표권자가 상품판매정보를 특정하여 당해 상품판매정보의 삭제를 요청하지 않고 상표권자의 상표가 부착된 다른 상품판매정보에 대한 삭제를 요청하는 경우 또는 상표권자의 상표가 부착된 상품 일체의 삭제와 향후 동일한 상품판매정보의 등록 차단을 요청하는 경우에는 병행수입품 또는 진정상품의 중고품 판매가 불가능해지게 된다. 따라서 오픈마켓을 포함한 온라인시장에서 상표권을 침해하는 상품정보에 대한 오픈마켓사업자의 책임은 저작권법의 온라인서비스제공자의 규정을 유추 적용하는 것에는 일정한 한계가 있다고 생각된다.

오픈마켓에서 유통되는 상품 유형은 저작물과는 그 성격이 상이하며, 또 상표법은 그 보호법익에 있어 저작권법과 달리하고 있다. 또한, 현재 온라인서비스제공자에 대한 책임 관련 규정은 저작권법을 제외한 특허, 상표 등 산업재산

65) 저작물에도 권리소진의 원칙이 적용되나, 그것은 오프라인을 통한 거래인 경우에만 적용될 뿐 온라인에서는 적용되지 않는다.

권법에는 존재하지 않는다. 따라서 현재의 상품 거래 시장의 구조와 한·EU FTA⁶⁶⁾ 이행을 고려할 경우, 산업재산권만의 온라인서비스제공자의 책임 및 면책규정을 신설하거나 저작권법을 포함한 지적재산법 전반에 대한 온라인서비스 제공자에 대한 책임 및 면책에 관한 특별법을 제정할 필요가 있다고 보여진다.

66) 한·EU FTA협정 제10.62조: 양 당사자는 중개자의 서비스가 제3자에 의하여 침해활동에 이용될 수 있음을 인정한다. 정보서비스의 자유로운 이동을 보장하고 이와 동시에 디지털환경에서 지적재산권을 집행하기 위하여 각 당사자는 중개서비스 제공자가 송신되는 정보에 전혀 연루되지 아니하는 경우 중개서비스 제공자에 대하여 제10.63조부터 제10.66조까지에 명시된 조치를 규정한다.

참고문헌

- 곽윤직, 「채권각론」, 박영사, 2003.
- 김증한, 「채권각론」, 박영사, 1988.
- 김주수, 「채권각론」, 삼영사, 1997.
- 이은영, 「채권각론」, 제5판, 박영사, 2007.
- 이태재, 「채권각론」, 진명문화사, 1988.
- 편집대표 곽윤직, 「민법 주해(XIX) - 채권(12)」, 박영사, 2008.
- 고형석, “통신판매증개에 관한 연구”, 「인터넷법률」, 제20호(2003).
- 김병일, “오픈마켓에서의 상표권 침해 문제”, 「인터넷환경에서의 상표분쟁의 문제(제1회 상표 포럼 자료집)」, 2010. 4. 9.
- 김학동, “공동불법행위에 관한 연구: 공동의 의미에 관한 판례를 중심으로”, 「비교사법」, 제10권 제2호(2003. 6).
- 나지원, “통신판매증개자에 있어서 소비자 보호”, 「인터넷법률」, 제29호(2005).
- 노종천, “E-Commerce에서 통신판매증개자의 법적 지위와 책임”, 「민사법학」, 제39권 제1호(2007).
- 박성호, “방조의 의한 공동불법행위”, 「인권과 정의」, 제296호(2001. 4).
- 박준석, “인터넷서비스제공자의 책임에 관한 국내 판례의 동향: 소리바다 항소심 판결들을 중심으로”, 「Law & Technology」, 제1권 제2호(2005. 9).
- 서광민, “공동불법행위의 성립요건”, 「민사법학」, 제41호(2008).
- 오병철, “통신판매업자의 불법행위에 대한 통신판매증개자(오픈마켓)의 책임: 서울중앙지방법원 2008. 11. 20. 2006가합46488 판결을 중심으로”, 「재산법연구」, 제26권 제1호(2009. 6).
- 이창훈, “오픈마켓에서의 상표권 침해 문제에 대한 고찰”, 「지식과 권리」, 2008년 가을호.
- 정상조 · 박준석, “저작권법의 개정방향: OSP의 책임을 중심으로”, 「Law & Technology」, 제4권 제4호(2008. 7).
- _____, “OSP의 기술적 조치에 관한 의무: 소리바다 사건을 중심으로”, 「Law & Technology」, 제4권 제1호(2008. 1).
- 정태윤, “공동불법행위의 성립요건과 과실에 의한 방조”, 「민사법학」, 제20호(2001. 7).
- _____, “공동불법행위의 제도적 취지에 관한 재검토”, 「민사법학」, 제16호(1998).

Responsibility of Open Marketplace Provider for Torts of Dealer in Open Market

Dae-Jong Yu

Abstract

Open(Internet-based) marketplace that allows those who register with it to purchase goods from and sell goods to one another. It connects buyers and sellers and enables transactions, which are carried out directly between open marketplace members. Thus, open marketplace provider generally does not know whether or when an item is delivered to the buyer. Open marketplace provider does not itself sell the items listed for sale on the site.

Open marketplace is sometimes employed by users as a means to perpetrate fraud by selling counterfeit goods. Open marketplace provider obtains direct and indirect financial benefits by creating and managing such business. Thus, since he can cope with such danger effectively, the view that he has the duty of care for proper management of internet-based transactions space to avoid invasion corresponds with the conception of reasonable equity and justice.

In light of response of both parties related to transactions material such as counterfeit goods uploadings purpose, upload period, method, degree of damage, relation between seller and trademark holder, objection and deletion request, etc. It is reasonable to limit the open marketplace provider's deletion duty of counterfeit goods, barring special circumstances, to where the open marketplace provider received deletion request for concretely and separately specified counterfeit goods from the trademark holder; furthermore, the existence of counterfeit goods unlawfulness in uploadings is obviously recognized, and such measure of deletion, etc. is possible technologically and

economically.

Open marketplace provider intentionally induces another to infringe a trademark, or continues to supply its product to one whom it knows or has reason to know is engaging in trademark infringement, is contributorially liable for any injury.

Keywords

Responsibility of Open Marketplace Provider, Contributory Trademark Infringement, Vicarious Liability, Secondary Liability, Counterfeit Goods, Internet Service Provider