

서울중앙지법 2008.11.20. 선고 2006가합46488 판결 【부정경쟁행위금지등】 항소
 [각공2009상,153]

【판시사항】

[1] “**K2**” 표장이 등산용품 등에 관하여 특정업체의 상품표지로서 주지성과 식별력을 취득하였다고

보아, 그와 유사한 “  ”, “ **K-2MAN** ”, “  ”, “ **K-2 Mahalkita** ”, “

PROK-2”, “K-2 Matsin”, “  ” 등의 표지를 등산용품 등에 사용하는 행위가 부정경쟁행

위에 해당한다고 본 사례

[2] 인터넷 오픈마켓 운영자에게 판매자의 부정경쟁행위 등을 방지할 일반적인 주의의무가 있는지 여부(소극)

[3] 인터넷 오픈마켓 운영자가 오픈마켓에서의 부정경쟁행위 등에 대하여 과실에 의한 방조책임을 부담하는 경우 및 그 판단 방법

[4] 인터넷 오픈마켓에서 다수의 판매자들에 의하여 “**K2**” 표장과 유사한 표장을 사용하여 상품출처의 혼동을 가져오는 부정경쟁행위가 이루어진 사안에서, 오픈마켓 운영자의 불법행위책임을 부정한 사례

【판결요지】

[1] “**K2**” 표장이 등산용품 등에 관하여 특정업체의 상품표지로서 주지성과 식별력을 취득하였다고

보아, 그와 유사한 “  ”, “ **K-2MAN** ”, “  ”, “ **K-2 Mahalkita** ”, “

PROK-2”, “K-2 Matsin”, “  ” 등의 표지를 등산용품 등에 사용하는 행위는 일반 수요자

들로 하여금 그 상품의 출처에 관하여 혼동을 일으키게 할 염려가 있으므로 부정경쟁행위에 해당한다고 본 사례.

[2] 오픈마켓에서는 오픈마켓이 제공하는 약관에 동의하는 사람은 누구든지 그 회원으로 가입할 수 있고, 상품의 등록, 가격, 판매, 상품정보의 등록 등은 모두 사이버상점의 판매자가 결정하며, 오픈마켓의 운영자는 전자상점가(사이버공간)를 제공함에 따른 수수료를 받을 뿐이므로 오픈마켓을 이용하여 상품을 구매한 소비자에 대하여도 원칙적으로는 판매자가 등록·판매한 상품으로 인해 생기는 손해에 관해 판매자가 책임을 부담하고, 오픈마켓 운영자는 판매자에 관한 소비자의 혼동을 막기 위해 상품의 판매에 관해 오픈마켓 운영자가 책임이 없다는 사실을 미리 고지하면 판매한 상품으로 인해 생기는 손해에 관해 책임을 부담하지 않는다(전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률 제20조). 또한, 오픈마켓의 특성상 오픈마켓에서는 수많은 상품이 등록·판매되고, 그 판매상품에 대해 오픈마켓 운영자는 품질보증 등 판매되는 상품에 관해 신용을 제공하지 않으며 판매자의 신용으로 상품이 판매되는 것이므로, 판매되는 상품이 타인의 특허권, 상표권, 저작권 등 지적재산권을 침해하거나 판매자의 상품판매가 부정경쟁행위에 해당할 가능성도 항상

존재하고 있지만, 오픈마켓 운영자가 그러한 권리침해행위의 직접 주체도 아니고, 그 침해 여부를 판단하기도 용이하지 않다. 따라서 오픈마켓에서 판매되는 상품이 타인의 권리를 침해할 수 있다는 일반적인 권리침해 가능성 내지는 개연성만을 들어 오픈마켓 운영자에 대해 판매자의 상품의 등록·판매행위가 부정경쟁행위 등 타인의 권리를 침해하는지를 일일이 검색하여 미리 삭제하는 등과 같이 판매자의 부정경쟁행위 등을 방지할 일반적인 주의의무를 부담시킬 수는 없다.

[3] 오픈마켓 운영자가 운영하는 오픈마켓에서 부정경쟁행위 등 타인의 권리를 침해하는 행위가 실제로 발생하고, 오픈마켓 운영자가 그 권리침해행위의 발생사실을 알았거나 알 수 있었다고 인정할 상당한 이유가 있으며, 오픈마켓 운영자가 그 침해행위의 발생 내지 위험성을 방지하거나 제거할 수 있는 구체적인 수단을 가지고 있는 경우에만 오픈마켓 운영자에게 그 침해행위를 방지할 구체적인 방지무가 발생한다고 볼 수 있으므로 이를 위반한 때에는 과실에 의한 방조책임을 부담한다고 보아야 한다. 이 경우에 오픈마켓 운영자가 그 침해행위의 발생 내지 위험성을 알았거나 알 수 있었다고 볼 상당한 이유가 있는지 여부는 권리침해행위라고 주장되는 해당 상품의 등록과 판매의 행태, 기간, 횟수, 오픈마켓 운영자가 권리자에 의해 권리침해행위라고 주장되는 해당 상품의 등록과 판매 등을 알고 있었는지 여부, 피해자의 오픈마켓 운영자에 대한 판매중지요청 등 구체적인 권리침해방지의 노력과 그와 관련해 오픈마켓 운영자가 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.

[4] 인터넷 오픈마켓에서 다수의 판매자들에 의하여 “**K2**” 표장과 유사한 표장을 사용하여 상품출처의 혼동을 가져오는 부정경쟁행위가 이루어진 사안에서, 오픈마켓 운영자가 그러한 상품판매행위 등이 부정경쟁행위임을 알았거나 알 수 있었다고 볼 만한 상당한 이유가 없으므로 판매중지조치 등 부정경쟁행위의 방지조치를 취하여야 할 주의의무를 부담하지 않는다고 본 사례.

【참조조문】

[1] 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제1호 (가)목 / [2] 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제1호, 민법 제760조 제3항, 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률 제20조 / [3] 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제1호, 민법 제760조 제3항 / [4] 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제1호 (가)목, 민법 제760조 제3항

【전문】

【원 고】 원고 1 주식회사외 1인(소송대리인 법무법인 광장 담당변호사 서무송외 1인)

【피 고】 피고 주식회사(소송대리인 변호사 박진식)

【변론종결】 2008. 10. 30.

【주문】

원고들의 피고에 대한 청구를 모두 기각한다.

소송비용은 원고들이 부담한다.

【청구취지】 피고는 전자상점가(사이버쇼핑몰, 오픈마켓, www.○○○○.com)에서 “K-2 Matsin”을 비롯한 별지 목록 기재 표장(이하 ‘이 사건 표장들’이라 한다)을 사용하거나 그 표장을 사용한 등산화, 등산의류 등의 등산용품을 판매, 전시하거나 제3자로 하여금 판매, 전시하도록 하여서는 아니 된다. 피고는 원고들에게 1억 원 및 이에 대한 소장부분이 송달된 다음날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 비율에 따른 금원을 지급 하라는 판결.

【이 유】

1. 사안의 개요와 전제된 사실관계

가. 사안의 개요

이 사건은 원고들이 전자상점가(사이버쇼핑몰, 오픈마켓, www.○○○○.com)를 운영하고 있는 피고에 대하여 피고 운영의 오픈마켓에서 국내에 널리 알려진 원고의 상품표지인 “**K2**” 표장과 동일하거나 유사한 상품표지를 사용한 등산용품을 판매하는 사이버상점(판매자)의 부정경쟁행위를 방치하면서 그에 따른 수수료 수입을 얻는 등 피고가 판매자와 공동으로 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 ‘부정경쟁방지법’이라 한다) 제2조 제1호 (가)목에 정해진 부정경쟁행위(상품주체 혼동행위)를 하고 있거나, 또는 피고가 판매자의 부정경쟁행위(상품주체 혼동행위)를 방조하였다고 주장하면서 부정경쟁방지법 제4조에 기초하여 그 침해행위의 금지와 아울러 민법 제760조에 기초한 손해배상을 구하는 사안이다.

나. 전제된 사실관계

[증 거] 갑2의 1 내지 4, 3, 18, 21, 43의 1 내지 4, 58의 1 내지 4, 60, 61, 62의 1 내지 8, 63의 1 내지 36, 65, 66의 1 내지 7, 71의 1 내지 4, 을1, 변론 전체의 취지

(1) 당사자

원고 1 주식회사는 신발의 제조·판매업, 등산장비의 제조와 도·소매업 등을 목적으로 하는 회사이고, 원고 2는 원고 1 주식회사의 대표이사이다. 피고는 전자상거래에 의한 도·소매와 수출입업, 통신판매와 점포판매를 겸한 종합 도·소매업 등을 목적으로 하는 회사로서 전자상점가(www.○○○○.com, 이하 ‘오픈마켓’이라 한다)를 운영하고 있는 운영자이다.

(2) 원고 1 주식회사의 “**K2**” 상품표지

(가) 원고 2는 다음과 같은 상표에 관해 상표권을 가지고 있고, 원고 1 주식회사는 2003. 11. 무렵 원고 2로부터 그 상표들에 관한 전용사용권을 설정받았다.

순 번	상표등록번호	출원일자	등록일자	등록상표	지정상품
1	제 480933호	1998. 6. 16.	2000. 11. 9.		25류: 등산화, 안전화 등
2	제 285392호	1992. 9. 2.	1994. 2. 17.		27류: 등산화, 안전화 등
3	제 373363호	1996. 3. 20.	1997. 8. 27.	케이-투	27류: 등산화, 안전화 등
4	제 420543호	1996. 3. 20.	1998. 9. 10.	케이-투	45류: 등산화, 장갑 등

(나) 그런데 원고 1 주식회사는 1996. 5. 7. 설립되어 등산용품을 생산, 판매하면서 원고 2의 등록상표와 함께 그 외관이나 호칭이 유사한 “K2”, “케이투” 등의 표장을 등산화 등의 상품과 그 광고에 사용하기 시작

하여 2001년 무렵부터 “K2” 표장을 전면에 내세운 텔레비전 광고를 전국적으로 방송한 것을 비롯하여 라디오 방송, 지하철역 광고판과 버스 외벽 등의 다양한 광고수단을 이용하여 “K2” 표장을 중점적으로 광고하였고, 2002년부터는 고딕체로 표현한 “**K2**” 표장을 본격적으로 사용하고 있다.

(3) 피고의 행위

(가) 피고는 1996년 무렵부터 웹사이트(www.○○○○.com)를 통하여 판매자와 구매자 사이에 전자상거래의 방법으로 상품매매 등이 이루어질 수 있는 사이버 거래공간인 “○○○○”라는 영업표지의 오픈마켓을 운영하면서 판매자와 구매자에게 상품매매 등 거래가 이루어질 수 있는 공간과 시스템을 제공하고 그 대가로 상품의 등록과 거래의 성립 등에 따른 수수료(상품등록수수료, 상품판매수수료, 부가서비스수수료, 기타수수료)를 받는 영업을 하고 있다.

(나) 피고의 오픈마켓을 통해 상품을 판매하고자 하는 개별 판매자(사이버상점)는 피고가 미리 마련한 약관에 동의한 이후 피고의 회원으로 가입하고, 피고의 오픈마켓에 판매하고자 하는 상품을 등록, 광고하여 독자적인 개별의 사이버상점이 되어 소비자들에게 상품을 판매한 다음 피고로부터 구매자(소비자)가 피고에 대해 입금한 대금을 정산받고 있는데, 피고의 오픈마켓을 통한 구체적인 상품판매구조는 다음과 같다.

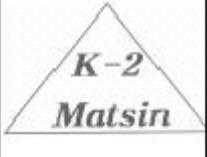
① 판매자가 상품판매가격을 정하고(을1, 오픈마켓 판매자약관 제12조 제1항), 판매자는 스스로 상품의 명칭, 사양, 특성, 가격, 재고, 배송 등 상품에 관한 정보를 피고의 판매자매니저시스템을 통해 피고의 오픈마켓에 등록하고, 그 내용이 사실과 부합하도록 상시적으로 이를 관리하여야 한다. 피고는 약관상 정해진 사유를 제외하고는 그 내용을 자의적으로 변경, 삭제할 수 없다(제11조 제1항).

② 구매자(소비자)가 판매자의 상품정보 등을 보고 상품구매를 결정하고, 피고에 대해 대금을 입금하면, 피고는 판매자매니저시스템에 판매현황, 대금결제내역 등을 입력하고, 판매자는 판매자매니저시스템을 통해 이를 확인한다(제13조). 판매자는 구매자가 구매금액을 입금한 때로부터 48시간 이내에 상품을 발송하고, 택배운송장번호, 수화물번호 등을 판매자매니저시스템에 입력하여 피고가 이를 확인할 수 있도록 하며, 구매자가 상품을 수령하면 피고에게 이를 통보하여야 한다(제14조 제2, 7항). 판매자는 구매자가 상품을 수령하기까지의 위험을 부담하고, 피고의 오픈마켓을 통해 거래된 물품의 운송과 관련하여 판매자와 구매자, 운송업체 등 사이에 분쟁이 발생한 경우에는 관련 당사자가 이를 해결하여야 하고, 피고는 이에 관여하지 않고 어떠한 책임도 부담하지 않는다(제14조 제4, 8항).

③ 피고는 원칙적으로 판매자에 대해 지급하여야 할 금액을 일일단위로 정산하여 1영업일 이후에 “s-money”(판매자가 피고의 오픈마켓 서비스를 이용할 때에 사용할 수 있는 오픈마켓 전용의 사이버 화폐)로 지급하고, 판매자가 지급된 “s-money”에 대해 출금신청을 하면 3영업일 이후에 판매자가 지정한 계좌로 입금한다(제16조 제1항).

(다) 피고는 오픈마켓의 웹사이트(www.○○○○.com) 아래에 “○○○○에 등록된 오픈마켓 상품은 판매자가 시스템을 이용하여 직접 등록하였으며, (주)○○○○는 등록된 상품과 그 내용에 대하여 일체의 책임을 지지 않습니다.”라는 경고 문구를 항상 게시하고 있다(갑58의 1·2·3, 60).

(라) 한편, 소외 1은 2003년 무렵부터 2006년 무렵까지 다음과 같이 “K-2” 표지에 도형과 다른 문자를 부가하는 방식으로 상표를 고안하여 다수의 상표를 출원·등록하거나 상표권을 양수하였고, 2006. 7. 무렵 소외 1이 대표이사로 있던 소외 2 주식회사에 대해 그 상표권을 이전하였다(이 사건 표장들 중 K-2 Matsin 제외).

순번	등록번호	출원일자	등록일자	등록상표	지정상품	출원인	상표권자 (양수일자)
1	제640698호	2004. 7. 14.	2005. 11. 28.	K-2MAN	25류 : 등산화, 농구화, 작업화 등	소외 1	소외 2 주식회사 (2006. 7. 13.)
2	제642265호	2004. 7. 23.	2005. 12. 7.		25류 : 등산화,	소외 1	소외 2 주식회사
					안전화, 등산바지, 조끼 등		(2006. 7. 13.)
3	제623164호	2003. 9. 25.	2005. 6. 30.		25류 : 등산화, 안전화, 등산바지, 조끼 등	소외 1	소외 2 주식회사 (2006. 7. 13.)
4	제660378호	2004. 11. 25.	2006. 4. 28.	K-2 Mahalkita	25류 : 등산화 등	소외 1	소외 2 주식회사 (2006. 7. 28.)
5	제538073호	1999. 12. 16.	2002. 12. 26.	PROK-2	25류 : 등산화, 비닐화, 편상화 등	소외 6	소외 2 주식회사 (2006. 7. 13.)
6	제598475호	2003. 1. 9.	2004. 11. 5.		25류 : 등산화, 안전화, 등산바지, 조끼 등	신동주	소외 2 주식회사 (2006. 7. 13.)

(마) 그런데 피고 운영의 오픈마켓에서 △△△통상, □□□, ◎◎◎◎, ◆◆홍, ■■물 등의 이름을 사용하는 판매자를 포함하여 다수의 판매자들이 2006년 무렵부터 상품광고에 “K2 등산화”, “K2 정품”, “K-2 Matsin”, “K-2 pinatubo”, “PRO-K2”, “K2 맏신”, “PRO K-2 MOUNTAIN” 등 “K2”나 “K-2”를 포함한 표지를 주로 사용하면서 상품과 라벨, 포장지, 포장상자 등에 이 사건 표장들이 붙은 원고 1 주식회사의 제품 이 아닌 등산화 등의 등산용품을 판매하고 있다.

2. 이 사건의 쟁점

가. 개별 판매자가 이 사건 표장들이나 “K2”나 “K-2”를 포함한 표장을 사용하는 행위가 부정경쟁행위에

해당하는지 여부

(1) 원고 1 주식회사의 “**K2**” 표장이 국내에서 주지한 상품표지인지 여부

(2) 원고 1 주식회사의 “**K2**” 표장과 이 사건 표장들이나 “K2”나 “K-2”를 포함한 표지가 동일하거나 유사한지 여부와 상품 출처의 혼동 여부

나. 피고가 적극적으로 판매자의 부정경쟁행위에 가담하여 판매자와 공동으로 부정경쟁행위를 하였는지 여부

다. 피고가 판매자의 부정경쟁행위를 알았거나 알 수 있었음에도 판매중단 등의 조치를 취하지 않고 이를 방치하여 부정경쟁행위를 방조하였는지 여부(오픈마켓 운영자인 피고가 판매자의 부정경쟁행위를 방지할 주의의무가 있는지 여부)

라. 피고가 판매자의 부정경쟁행위에 관해 사용자책임을 지는지 여부

3. 쟁점에 대한 이 법원의 판단

가. 개별 판매자가 이 사건 표장들이나 “K2”나 “K-2”를 포함한 표장을 사용하는 행위가 부정경쟁행위에 해당하는지 여부

(1) 원고 1 주식회사의 “**K2**” 표장이 국내에서 주지한 상품표지인지 여부

[원고들의 주장]

원고들은 원고 1 주식회사가 등산화, 등산의류 등의 등산용품을 제조, 판매하면서 원고 2의 등록상표를 상품이나 그 광고에 사용하기도 하였으나 “**K2**” 표장이나 그와 유사한 영문 대문자 K와 숫자 2를 결합한 “K2, *K₂*, K2” 표장 등을 주로 사용함으로써 “**K2**” 표장은 국내에 널리 인식된 주지표지가 되었고, 원고 1 주식회사의 상품을 나타내는 상품표지로서 자타 상품의 식별력을 취득하였으므로 판매자들이 식별력 있는 부분인 “K2”가 포함된 이 사건 표장들을 사용하고, 또한 이 사건 표장들을 변형시켜 K2를 부각시켜 사용하거나 “K2 맷신”, “K-2 Matsin” 등으로 표시하여 판매하는 행위는 부정경쟁방지법 제2조 제1항 (가)목에 정해진 상품출처의 혼동행위로서 부정경쟁행위에 해당한다고 주장한다.

[피고의 반론]

피고는 “**K2**” 표장이 국내에 널리 알려진 주지표지에 해당하지 않고, 간단하고 흔히 있는 표장에 해당하거나 세계에서 2번째로 높은 산을 지칭하는 현저한 지리적 명칭에 해당하므로 자타 상품의 식별력이 없으므로 상품표지도 될 수 없다고 다룬다.

[판 단]

(1) 증거(갑1, 3, 4의 1 내지 5, 5의 1·2·3, 6, 7, 8, 9의 1 내지 4, 10, 21, 22의 1 내지 8, 23의 1·2, 24의 1 내지 5, 25의 1·2, 26의 1 내지 4, 27의 1 내지 22, 28의 1 내지 44, 29, 30, 31의 1 내지 19, 32의 1 내지 13, 33의 1 내지 47, 34의 1 내지 46, 35의 1 내지 49, 36의 1 내지 28, 37 내지 40, 77의 1 내지 49, 78의 1 내지 76, 79의 1 내지 81, 80, 81, 82의 1 내지 18, 83, 84의 1·2, 85의 1 내지 13, 86, 87의 1 내지 11, 88의 1·2, 89의 1 내지 12, 90, 91, 92의 1 내지 9, 93의 1 내지 62, 94의 1 내지 12, 95의 1 내지 15, 96의 1 내지 19, 97의 1 내지 78, 98의 1 내지 49, 99의 1 내지 36, 100의 1 내지 23, 101의 1 내지 41, 102의 1 내지 41, 103의 1·2, 104, 105의 1 내지 6, 106의 1 내지 70, 107의 1 내지 14, 108, 109의 1 내지 153, 110의 1 내지 46, 111 내지 126, 127의 1·2, 128의 1 내지 12, 129, 130의 1 내지 17, 131, 132의 1 내지 20, 133, 134의 1 내지 14, 135, 136, 137, 138의 1·2, 139·140의 1 내지 7, 141, 142, 143, 144의 1·2, 145 내지 150)에 변론 전체의 취지를 종합하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

(가) 원고 2의 아버지인 소외 3은 1972년 무렵 ‘●●●●제화’라는 상호로 등산화를 생산·판매하기 시작하여 1981년 무렵 상호를 “▷▷▷상사”로 변경하였고, 1996. 5. 7. 원고 1 주식회사를 설립하였다. 원고 2는 소외 3이 2002. 6. 무렵 사망하자 원고 1 주식회사의 대표이사에 취임하였다.

(나) 원고 1 주식회사와 소외 3은 등산화를 생산·판매하다가 1995년 무렵부터 등산레저용 점퍼, 바지 등 등산용 의류와 안전화, 배낭 등을 생산·판매하기 시작하는 등 그 사업영역을 확장하였는데, 2000년 무렵까지는 “K2, *K₂*, K2” 등 “**K2**” 표장과 유사한 표장들을 등산화 등의 상품과 그에 관한 신문, 잡지 등의 광고에 사용하였고, 원고 1 주식회사는 2001년 무렵부터 “K2” 표장을 전면에 내세운 텔레비전 광고를 전국적으로 방송한 것을 비롯하여 라디오, 지하철역 광고판과 버스 외벽 등의 다양한 광고수단을 이용하여 원고 1 주식회사의 상품표지로서 “K2” 표장을 중점적으로 광고하였으며, 2002년부터는 “K2” 표장을 고딕체로 만든 “**K2**” 표장을 본격적으로 사용하여 신문, 잡지, 텔레비전 등에 상품광고를 하였다.

(다) 원고 1 주식회사는 2002년 무렵 국내 등산화 시장에 관해 40% 정도의 시장점유율을 차지하였고, 2003년 무렵에는 국내 등산화 시장에 관해 약 40%, 국내 안전화 시장에 관해 약 80% 정도의 시장점유율을 차지하게 되었으며, 현재까지도 (주) 코오롱스포츠, 노스페이스(NORTH FACE) 등과 함께 등산용품 시장에 대한 과정(과정)사업자로서의 지위를 유지하고 있다. 원고 1 주식회사는 2005. 12. 무렵 전국 각지에 직영점 9개, 대리점 102개, 백화점 매장 42개 등 다수의 매장을 개설하였고, 현재까지도 그와 같은 수의 매장을 유지하고 있다. 원고 1 주식회사의 매출액과 광고비는 다음과 같다.

년 도	매출액(원)	광고비(원)
1997년	5,644,897,353	154,973,800
1998년	5,494,881,073	175,630,145
1999년	10,841,447,293	494,704,085
2000년	18,398,341,452	728,699,902
2001년	25,711,522,345	933,478,577
2002년	33,017,455,690	634,715,887
2003년	53,405,632,903	1,128,290,848
2004년	74,378,816,008	4,026,429,108
2005년	94,947,053,521	5,061,995,787
2006년(1분기)	26,949,218,439	661,301,740

(라) 신문 등은 각종 언론매체에서는 2003년 무렵부터 ‘K2’를 원고 1 주식회사나 원고 1 주식회사의 등산화 등 제품을 지칭하는 것으로 사용하면서 원고 1 주식회사가 등산화, 안전화 시장에서 높은 시장점유율을 유지하면서 소비자들에게 좋은 품질의 국산 등산화 등을 제조, 판매하고 있고 소비자들의 만족도가 높다는 취지의 기사를 보도하였고, 소비자들이 “짜퉁 K2 등산화”를 구입하고서 원고 1 주식회사에 대해 품질에 관해 항의하는 등 피해사례가 늘고 있다는 취지의 기사를 보도하였다.

(마) 여론조사기관인 현대리서치연구소가 2005년과 2006년 무렵에 서울지역 만 30세 내지 49세의 남녀 소비자들을 대상으로 등산용품에 대한 인지도와 선호도를 조사한 결과 “**K2**” 표장이 “코오롱스포츠”, “노스페이스” 등의 상품표지 등과 더불어 인지도와 선호도에서 1위 내지 2위를 차지하였고, 재단법인 한국생산성본부는 2006. 4. 무렵 등산용품에 대한 브랜드 경쟁력 공동 1위로 “K2”와 “코오롱스포츠”를 선정하

였다.

(2) 그런데 다른 사람의 상품 또는 영업임을 표시한 표장 등이 국내에 널리 인식된 주지표지가 되기 위해서는 국내 전역에 걸쳐 모든 사람에게 주지되어 있어야 하는 것이 아니고, 국내의 일정한 지역범위 안에서 수요자 또는 거래자들 사이에 알려진 정도로 충분하며, 그 표장 등이 국내에 널리 인식되었는지 여부는 그 사용기간, 방법, 태양, 사용량, 영업범위 등과 그 영업의 실정 및 사회통념상 객관적으로 널리 알려졌는지 여부가 기준이 된다(대법원 1995. 7. 14. 선고 94도399 판결, 대법원 1997. 2. 5.자 96마364 결정, 대법원 2005. 11. 25. 선고 2005도6834 판결 등 참조). 또한, 간단하고 흔히 있는 표장이나 현저한 지리적 명칭에 불과하여 원칙적으로 식별력이 없는 표지라고 하더라도 그것이 오랫동안 사용됨으로써 거래자나 일반 수요자들에게 어떤 특정인의 상품을 표시하는 것으로 자타상품의 식별력을 가지게 된 경우에는 부정경쟁방지법이 보호하는 상품표지에 해당하고, 그 식별력을 갖추었는지 여부는 당해 상표의 사용기간, 사용횟수와 사용의 계속성, 그 상표가 부착된 상품의 생산·판매량 및 시장점유율, 광고·선전의 방법, 횟수, 내용, 기간 및 그 액수, 상품품질의 우수성, 상표 사용자의 명성과 신용, 상표의 경합적 사용의 정도 및 태양 등을 종합하여 결정하여야 한다. 한편, 사용에 의하여 식별력을 취득하는 표장은 실제로 사용한 표장 그 자체에 한하는 것이고, 그와 유사한 표장에까지 사용에 의한 식별력 취득을 인정할 수 없지만, 그와 동일성이 인정되는 표장의 사용은 위 식별력 취득에 도움이 되는 요소가 된다(대법원 1999. 4. 23. 선고 97도322 판결, 대법원 2006. 5. 12. 선고 2005후339 판결, 대법원 2007. 6. 14. 선고 2006도8958 판결, 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006도7870 판결 등 참조).

앞서 본 전제 사실과 위 인정 사실과 같이 원고 1 주식회사가 “**K2**” 표장과 그와 동일성이 인정되는 “K2, **K₂**, K2” 등 표장을 상당한 기간 계속적으로 사용하여 왔고, 원고 1 주식회사의 매출액, 시장점유율, 매장의 수, 광고비, 원고 1 주식회사 제품과 “**K2**” 표장에 대한 소비자의 인지도와 선호도 및 언론매체의 보도내용 등에 비추어 보면, 원고 1 주식회사의 “**K2**” 표장은 2006년 무렵부터는 이미 국내의 수요자 또는 거래자들 사이에 특정업체의 상품표지로서 널리 인식되어 주지성과 식별력을 취득하였다고 봄이 상당하다.

(3) 원고 1 주식회사의 “**K2**” 표장과 이 사건 표장들이나 “K2”나 “K-2”를 포함한 표지가 동일하거나 유사한지 여부와 상품 출처의 혼동 여부

앞서 본 전제 사실과 위 (1)항의 인정 사실에 따르면, “**K2**” 표장과 대비되는 이 사건 표장들에서의 “K-2” 부분은 다른 구성부분과 쉽게 분리하여 인식할 수 있고, “**K2**” 표장이 식별력을 취득한 거래실정상 자연스럽게 자타 상품 식별력을 가지는 요부가 되었다고 할 것이므로 “**K2**” 표장과 외관, 호칭, 관념이 유사한 “K-2”, “K2” 부분을 포함한 이 사건 표장들이나 “K2 맷신”, “K-2 Matsin” 등의 표지는 서로 유사하다. 또한, 원고 1 주식회사가 “**K2**” 표장을 등산화 등의 등산용품에 사용하고 있으므로 판매자들이 “**K2**” 표장과 유사한 이 사건 표장들이나 “K2 맷신”, “K-2 Matsin” 등의 표지를 원고 1 주식회사의 상품과 동일하거나 유사한 등산화 등 등산용품과 그 라벨, 포장지, 포장상자, 광고 등에 사용하는 행위는 특별한 사정이 없으면 일반 수요자들로 하여금 그 상품의 출처에 관하여 혼동을 일으키게 할 염려가 있으므로 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목에 정해진 부정경쟁행위에 해당한다.

나. 피고가 적극적으로 판매자의 부정경쟁행위에 가담하여 판매자와 공동으로 부정경쟁행위를 하였는지 여부

[원고들의 주장]

피고는 판매자들에게 피고 운영의 오픈마켓을 통해 상품을 판매하도록 하여 판매의 장소와 기회를 제공하

고, 피고 운영의 오픈마켓에서 부정경쟁행위를 위한 광고와 부정경쟁행위에 의한 상품판매에 따른 대금결제
 제가 이루어져 피고가 판매자들에게 부정경쟁행위가 이루어질 수 있도록 시설을 제공하며, 피고가 부정경
 쟁행위가 용이하게 이루어질 수 있도록 상품의 검색기능도 제공하고 있고, 피고가 부정경쟁행위자에 대해
 피고가 평가한 “스타셀러샵”, “서비스우수샵”, “인기우수샵” 등과 같은 신용등급을 부여하여 부정경쟁의
 판매행위를 촉진하고 있으며, 수요자들이 대형업체인 피고의 신용을 신뢰하여 피고의 ○○○○에서 물품
 을 구매하도록 하여 판매자의 부정경쟁행위를 촉진하고, 부정경쟁행위를 하는 판매자의 신용을 공개하지
 않고 있으며, 부정경쟁행위로 인한 판매자의 불법적인 수익 일부를 수수료 명목으로 받고 있으므로 피고가
 판매자의 부정경쟁행위에 적극적으로 가담하여 판매자와 함께 부정경쟁행위를 하고 있다고 주장한다.

[판 단]

(1) 증거(을1)에 변론의 전체 취지를 종합하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

피고는 판매자와 사이에 피고의 오픈마켓을 통한 상품판매에 관하여 다음과 같이 약정하였다.

(가) 피고의 오픈마켓 서비스는 피고가 판매자와 구매자 사이에 물품거래가 이루어질 수 있도록 사이버거
 래장소를 온라인으로 제공하는 것이다. 피고는 구매자에게 물품을 판매하거나 구매하지 않고, 판매자와 구
 매자 사이에 성립된 거래와 관련한 책임은 판매자와 구매자가 부담한다(을1, 오픈마켓 판매자약관 제4조,
 제35조 제1항).

(나) 판매자는 상품의 명칭, 사양, 성분, 용량, 제조사 등 상품의 가치에 영향을 미치는 일체의 정보에 대해
 그 진실성을 보장하고, 허위정보로 인해 발생한 손해에 대해 손해배상책임을 진다. 피고가 판매자로부터
 미리 상품정보를 받고, 상품등록을 동의한 경우에도 상품정보의 정확성이나 합법성 등에 대한 모든 책임은
 판매자가 지고, 피고는 이에 대해 책임이 없다(제11조 제2항). 다만, 피고는 상품정보의 진실성이 의심되거
 나 그 정보의 진실성이 상품가치에 상당한 영향을 미친다고 판단되는 경우에는 상품의 전시와 판매의 중단
 및 연기, 상품정보의 변경과 삭제, 상품정보의 진실성을 입증할 서류의 제출 등을 판매자에 대해 요구할 수
 있고, 피고가 직접 그 조치를 취할 수 있다(제11조 제3항).

(다) 타인의 지적재산권을 침해하는 물품, 허위·과장 광고한 물품 등은 매매부적합물품으로 피고의 오픈마
 켓을 통해 등록·판매할 수 없고, 매매부적합물품의 등록·판매로 인해 발생하는 민사상, 형사상 책임은 판매
 자가 부담한다(제32조 제1, 6항). 피고는 판매자의 고의 또는 과실로 매매부적합물품이 등록된 경우에는
 즉시 해당 상품의 판매를 중지하고, 이를 판매자에 대해 통보하며, 매매부적합물건이 판매된 경우에는 해
 당 상품의 판매를 중지하고, 판매자에 대해 계약을 해지할 수 있다(제32조 제2, 3항).

(라) 피고는 판매자가 허위 또는 과장된 상품정보를 게재하거나 매매부적합물품을 등록 또는 판매한 경우
 등에는 판매자에 대해 계약을 해지할 수 있다(제9조 제1항). 피고는 판매자가 게재하는 물품설명 등의 정보
 를 통제하거나 제한하지 않지만 판매자가 게재한 정보의 내용이 타인의 명예, 권리를 침해하거나 법규정을
 위반한다고 판단하는 경우에는 이를 삭제할 수 있고, 판매취소, 판매중지, 기타 필요한 조치를 취할 수 있
 다(제33조 제3항).

(마) 피고의 오픈마켓 서비스를 이용하는 판매자 가운데 판매활동과 구매자의 구매만족도를 심사하여 우수
 한 판매자를 ‘스타셀러’(판매활동, 구매만족도 등 피고가 정한 자격기준에 달하는 우수판매자)로 선정하여
 우대한다(제17조).

(2) 그런데 민법 제760조 제1항에 정해진 공동불법행위가 성립하기 위해서는 행위자 사이에 의사의 공통이

나 행위 공동의 인식까지 필요하지는 않지만, 객관적으로 보아 행위자 각자의 고의 또는 과실에 기한 불법 행위로 인한 피해자에 대한 권리침해가 공동으로 행하여지고, 그 행위가 손해발생에 공동의 원인이 되었다고 인정되는 경우라야 한다(대법원 1989. 5. 23. 선고 87다카2723 판결, 대법원 1998. 2. 13. 선고 96다 7854 판결, 대법원 2008. 4. 24. 선고 2007다44774 판결 등 참조).

앞서 본 전제 사실과 위 인정 사실에 따르면, 판매자들의 부정경쟁행위가 피고 운영의 오픈마켓(○○○○)을 통해 이루어지고 있기는 하지만, 판매자의 상품광고행위를 비롯하여 상품가격과 인도방법, 상품과 대금의 인도시기와 방법 등의 상품판매에 관련한 모든 내용은 판매자와 소비자 사이에 결정되고, 피고는 판매자와 구매자 사이의 거래행위가 이루어질 수 있는 장소만을 제공하고, 그 대가로 수수료를 지급받을 뿐이다. 그런데 피고가 부정경쟁행위를 하는 판매자의 신원을 공개하지 않고 있다고 인정할 증거가 없고, 원고들이 주장하는 피고의 부정경쟁행위에 대한 가담행위는 피고가 오픈마켓을 운영함에 있어 필요한 본질적인 시설제공행위 내지는 영업행위여서 부정경쟁행위를 하는 판매자에 대해서 뿐만 아니라 피고의 오픈마켓(○○○○)을 통해 상품을 판매하는 모든 판매자에 대해 공통적으로 제공되는 행위이므로 피고가 이러한 행위를 하였다든 사정만으로 피고가 원고 1 주식회사의 “**K2**” 표장과 유사한 표지를 사용하는 판매자들의 부정경쟁행위에 가담하였다거나 판매자들의 부정경쟁행위에 적극적으로 기여하는 등 판매자들과 공동으로 부정경쟁행위를 하였다고 볼 수는 없다(또한, 다음에서 보는 바와 같이 피고가 판매자들의 부정경쟁행위를 방지할 주의의무가 있다거나 이를 위반하였다고 볼 수도 없다). 따라서 원고들의 위 주장은 이유 없다.

다. 피고가 판매자의 부정경쟁행위를 알았거나 알 수 있었음에도 판매중단 등의 조치를 취하지 않고 이를 방치하여 부정경쟁행위를 방조하였는지 여부(오픈마켓 운영자인 피고가 판매자의 부정경쟁행위를 방지할 주의의무가 있는지 여부)

[원고들의 주장]

원고들은 피고에 대해 수차례에 걸쳐 피고 운영의 오픈마켓에서 국내에 널리 알려진 상품표지인 원고의 “**K2**” 표장과 동일하거나 유사한 이 사건 표장들이나 “K2 맷신”, “K-2 Matsin” 등 “K2”나 “K-2”를 포함한 표지를 사용한 등산화를 판매하여 수요자로 하여금 상품출처에 관해 혼동을 일으키는 판매자들의 행위가 부정경쟁행위에 해당하므로 이에 대해 판매중단조치 등을 취하여 줄 것을 요청하였고, 이 사건 소송을 통해 원고들이 그 행위가 부정경쟁행위에 해당함을 충분히 설명하였으므로 피고도 판매자들의 행위가 부정경쟁행위라는 것을 알았다. 그럼에도 불구하고, 피고는 부정경쟁행위로 인한 판매자의 불법적인 수익 일부를 수수료 명목으로 받아 이익을 얻기 위해 판매중단조치 등 아무런 조치를 취하지 않고서 여전히 부정경쟁행위를 하는 판매자들에게 피고의 ○○○○를 통해 판매의 장소와 기회를 제공하고, 피고의 ○○○○를 통해 광고와 대금결제가 이루어지도록 하며, 부정경쟁행위를 하는 판매자의 상품을 믿고 구매할 수 있도록 신용등급을 부여하고, 부정경쟁행위를 하는 판매자의 신원을 적극적으로 은폐하면서 판매자의 부정경쟁행위를 방치함으로써 이를 방조하였다고 주장한다.

[피고의 반론]

피고 운영의 오픈마켓에서는 피고가 상품을 파는 것이 아니라 판매자들이 스스로 상품에 대한 정보를 등록하여 상품을 판매하는 것이고, 피고 운영의 오픈마켓에는 수없이 많은 상품들이 판매되고 있으므로 피고가 스스로 일일이 판매자의 상품판매가 부정경쟁행위에 해당한다고 판단하여 판매중지조치를 취한다는 것은

불가능하며, 권리자가 부정경쟁행위임을 합리적으로 증명한 경우에는 피고가 그에 따라 필요한 조치를 하면 충분하다. 그런데 원고 1 주식회사의 “**K2**” 표장이 본래 ‘현저한 지리적 명칭’ 내지 ‘간단하고 흔히 있는 표장’에 해당하는 것으로서 자타 상품을 구분시키는 식별력이 없고, “**K2**” 표장이 사용에 의한 식별력을 취득하였는지, 주지의 상품표지인지 등에 관해 피고가 판단하기 어려우며, 원고 1 주식회사와 “**K2**” 표장과 유사한 표지를 사용하는 판매자 등과 사이에 발생한 분쟁과 관련한 판결에서도 “**K2**” 표장의 상품표지성과 주지성에 관하여 판단이 서로 상반되고 있었고, 판매자의 상품에 부착되어 사용되었고 원고들이 사용금지를 구하는 이 사건 표장들도 등록상표이어서 그 상표를 사용하는 것은 본래 부정경쟁행위에 해당하지 않는다. 이에 피고로서는 판매자가 이 사건 표장들이나 “K2 맷신”, “K-2 Matsin” 등 “K2”나 “K-2”를 포함한 표지를 사용하는 것이 부정경쟁행위임을 알지 못하였고, 알 수도 없으며, 그러한 상황에서 피고가 판매중지조치를 취하는 경우에는 판매자들로부터 소송을 당할 위험도 있었으므로 피고로서는 판매자의 이 사건 표장들이나 “K2”나 “K-2”를 포함한 표지를 사용하는 부정경쟁행위를 방지할 주의의무가 없다. 더구나 그러한 주의의무가 있다고 하더라도 원고 1 주식회사로부터 개별적인 판매중단요청이 있는 경우에는 판매중단조치도 취하였으므로 주의의무를 다하였다는 취지로 다룬다.

[판 단]

(1) 증거(갑11 내지 17, 19, 20, 41, 42, 44의 1·2, 46, 151 내지 156, 을2, 3, 4)에 변론 전체의 취지를 종합하면, 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

(가) “**K2**” 표장의 주지성과 식별력에 관한 관련사건

① 원고들은 2004년 무렵부터 소외 1, 4, 5 등 “K2”를 변형하여 도안한 표지나 “K2”에 다른 문자를 병행하는 표지 등을 사용하면서 상품을 판매한 사람이나 회사를 상대로 그 표지가 원고들의 주지 상품표지인 “K2” 표지나 “케이-투” 표지 혹은 “**K2**” 표장과 동일하거나 유사하여 소외 4 등의 표지사용행위가 상품출처의 혼동을 야기하는 부정경쟁행위라고 주장하면서 그 행위의 금지를 구하는 가처분을 신청하여 “K2” 표지나 “케이-투” 표지 혹은 “**K2**” 표장 등이 주지의 상품표지임을 인정하여 원고들의 신청을 받아들이는 여러 건의 가처분결정을 받았고(대구지방법원 2004. 6. 14.자 2004카합82 결정, 서울중앙지방법원 2004. 12. 22.자 2004카합3396 결정, 대구지방법원 2005. 7. 18.자 2005카합645 결정, 서울중앙지방법원 2006. 3. 23.자 2006카합304 결정), 원고들은 소외 4를 상대로 위와 같은 주장을 하면서 부정행위의 금지청구를 하여 원고들의 청구를 받아들이는 판결이 선고되기도 하였다(대구지방법원 2005. 8. 16. 선고 2004가합7082 판결). 또한, 원고들은 소외 6, 7 등 “K2”를 변형하여 도안한 표지나 “K2”에 다른 문자를 병행하는 표지 등을 사용하면서 상품을 판매한 사람이나 회사를 상대로 부정경쟁방지법 위반 혐의로 고소를 제기하였고, 법원은 “**K2**” 표장이 주지의 상품표지임을 인정하여 소외 6, 7 등에게 유죄판결을 선고하였다{ 부산지방법원 2006. 1. 17. 선고 2004고단7336, 2005고단4(병합) 판결, 부산지방법원 2006. 7. 20. 선고 2006노223 판결, 서울동부지방법원 2006. 6. 20. 선고 2005고단2887, 2005고정2442(병합) 판결, 서울동부지방법원 2006. 10. 19. 선고 2006노683 판결}.

② 그런데 원고 2의 아버지인 소외 3의 등록상표  에 관한 상표불사용에 따른 등록취소심결에 대한 취소소송(특허법원 1998. 12. 3. 선고 98허7370 판결, 대법원 2000. 5. 30. 선고 98후2955 판결)과 소외

2 주식회사의 등록상표 **PROK-2** 가 소외 3의 선출원에 의한 등록상표 ,  와 유사하는 이유의 등록무효심결에 대한 취소소송(특허법원 2000. 4. 27. 선고 99허9557 판결, 대법원 2002. 6. 14.

선고 2000후1078 판결, 특허법원 2002. 11. 1. 선고 2002허5265 판결, 대법원 2003. 5. 30. 선고 2002후 2853 판결) 과정에서 “K2” 또는 “K-2”는 외국어 문자 1개와 아라비아 숫자 1개만으로 이루어진 간단하고 흔히 있는 표장에 불과하거나 세계에서 두 번째로 높은 산의 이름으로서 현저한 지리적 명칭에 해당하므로 그 식별력이 없다는 내용의 판결도 여러 차례 선고되었다.

또한, 원고들이 소외 1을 상대로 소외 1의 등록상표 “



”가 원고 1 주식회사의 주지표장인 “

K2” 표장과 동일·유사하므로 그 등록이 무효라고 주장하여 특허심판원에 등록무효심판을 청구하였으나, “**K2**” 표장은 간단하고 흔히 있는 표장에 불과하거나 현저한 지리적 명칭에 해당하여 식별력이 없고, 사용에 의해 식별력을 취득하였거나 주지·저명한 표장이라고 볼 수 없다는 이유로 기각심결이 내려졌다(특허심판원 2005. 10. 31.자 2005당432 심결). 이에 원고들이 특허법원에 그 심결의 취소를 구하는 소송을 제기하였으나, 특허법원은 “**K2**” 표장이 소외 1의 등록상표의 출원일인 2003. 1. 9. 당시나 등록 당시인 2004. 10. 16.까지 사용에 의해 식별력을 취득하였거나 주지·저명한 표장이라고 볼 수 없다는 이유로 위 특허심판원의 심결과 같은 이유와 원고들의 청구를 기각하였다(특허법원 2006. 7. 7. 선고 2005허 9930 판결).

③ 원고들은 **K-2MAN**과 **PROK-2**를 제외한 이 사건 표장들을 포함하여 “K2”나 “K-2”를 포함한 표장을 사용한 소외 2 주식회사 등을 상대로 소외 2 주식회사 등의 표지사용이 부정경쟁행위에 해당한다고 주장하면서 그 사용행위의 금지를 구하는 가처분을 신청하였으나, 원고들이 사용금지를 구하는 표지와 동일·유사한 표장을 소외 1이 상표등록하였고, 그 상표등록이 무효라고 단정하기 어렵다는 이유로 원고들의 가처분신청이 기각되었다(서울중앙지방법원 2006. 7. 19.자 2006가합1226 결정). 원고들이 그 결정에 항고하였고, 서울고등법원은 “**K2**” 표장이 가처분결정일을 기준으로 주지의 상품표지임을 인정하여 원고들의 가처분신청을 일부 받아들이는 결정을 하였다(서울고등법원 2007. 11. 7.자 2006라1067 결정).

④ 원고 1 주식회사는 2004. 8. 28. 특허청에 “**K2**” 표장과 동일한 “**K2**” 상표를 출원하였으나, 특허청은 2006. 7. 14. 그 구성이 간단하고 흔히 있는 표장만으로 된 상표로서 **상표법 제6조 제1항 제6호**에 해당한다는 이유로 그 등록을 거절하였다. 이에 불복하여 원고 1 주식회사가 특허심판원에 등록거절결정의 취소를 구하는 심판을 청구하였고, 특허심판원은 2007. 11. 29. “**K2**”가 간단하고 흔히 있는 표장이지만, 원고 1 주식회사의 상표사용에 의해 식별력을 취득하였다고 인정하여 특허청의 등록거절결정을 취소하는 심결을 내렸고(특허심판원 2006원7219), “**K2**” 표장이 2008. 6. 2. 상표등록되었다(등록번호 제748685호).

⑤ 대법원은 2008. 9. 무렵 위와 같은 하급심 판결에 대한 상고사건에서 “**K2**” 표장이 2004년 무렵 이미 국내에 원고 1 주식회사의 상품표지로서 널리 알려져 주지성과 식별력을 취득하였다고 판단하였다(대법원 2008. 9. 11.자 2007마1569 결정, 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006도7870 판결, 대법원 2008. 9. 25. 선고 2006도5357 판결, 대법원 2008. 9. 25. 선고 2006후2288 판결).

(나) 원고 1 주식회사의 피고에 대한 부정경쟁행위의 금지통지와 피고의 조치

① 원고 1 주식회사는 2006. 5. 16. 피고에 대해 “**K2**” 표장이 원고 1 주식회사의 주지 상품표지에 해당하고, 피고 운영의 오픈마켓에서 K-2 Matsin, K2MAN, K-2 PINATUBO 등의 상표가 붙은 등산화를 원고 1 주식회사의 정품 K2 등산화로 오인시켜 판매하는 부정경쟁행위를 하고 있다면서 ㉞ ○○○○에서

K-2 ,  등 상표가 붙은 등산화를 판매하지 말고, ㉟ ○○○○에서 **K-2** .



등 상표가 부착된 등산화를 K2 등산화로 오인시켜 판매한 판매자의 아이디를 차단시키며,

③ 원고 1 주식회사에 대해 ○○○○에서 부정경쟁행위를 통해 판매된 등산화의 판매액에 관한 자료를 제공하고 손해배상을 하라는 내용의 통지를 하였다. 이에 따라 피고는 2006. 5. 19. 원고 1 주식회사에 대해 피고는 오픈마켓을 운영하고 있을 뿐이고, 상품판매에 관련한 모든 내용은 판매자와 소비자 사이에 결정되고, 피고는 판매자와 구매자 사이의 거래행위가 이루어질 수 있는 사이버공간을 제공하는 데 불과하며, 피고가 ○○○○에서 이루어지는 권리침해행위를 일일이 파악할 수도 없으므로 원고 1 주식회사의 정당한 권리침해신고가 있으면 이에 협조하겠다고 회답하였다(갑20).

② 피고는 2007. 1. 무렵부터 2008. 6. 무렵까지 원고 1 주식회사로부터 여러 차례 “K2”나 ‘K-2’를 포함한 표지를 사용한 상품의 판매를 요청받고 그 상품에 관해 판매중단조치를 취하였다.

③ 그러나 피고는 이 사건 표장들이나 “K2”나 “K-2”를 포함한 표지를 등산화, 안전화 등 상품 자체나 그 상품의 광고에 사용한 상품 전부에 관해서는 스스로 판매중지조치를 취하지 않고 있다. 원고 1 주식회사로부터 위와 같은 하급심 판결에 대한 상고사건에서 “**K2**” 표장이 국내에 원고 1 주식회사의 상품표지로서 널리 알려져 주지성과 식별력을 취득하였다고 판단한 대법원의 판결이 선고되었음을 통지받은 2008. 10. 중순 무렵부터는 피고의 ○○○○에서 판매되는 “K2”나 “K-2”를 포함한 표지를 사용하는 등산화 등 상품을 검색하여 판매금지조치를 취하고 있다. 그러나 이 사건 표장들이나 “K2”나 “K-2”를 포함한 표지를 사용하는 상품이 새로이 피고 운영의 오픈마켓에 등록되어 판매되는 것을 사전에 막을 특별한 방법은 없다.

(2) 그런데 [민법 제760조 제3항](#)은 교사자나 방조자는 공동행위자로 본다고 규정하여 교사자나 방조자에게 공동불법행위자로서 책임을 부담시키고 있다. 여기에서 방조는 불법행위를 용이하게 하는 직접, 간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서 작위에 의한 경우뿐만 아니라 작위의무 있는 자가 그것을 방지하여야 할 제반 조치를 취하지 아니하는 부작위로 인하여 불법행위자의 실행행위를 용이하게 하는 경우도 포함하는 것이고, 형법과 달리 손해의 전보를 목적으로 하여 과실을 원칙적으로 고의와 동일시하는 민법의 해석으로서는 과실에 의한 방조도 가능하다. 이 경우 과실의 내용은 불법행위에 도움을 주지 않아야 할 주의의무가 있음을 전제로 하여 이 의무에 위반하는 것을 말한다([대법원 1998. 12. 23. 선고 98다31264 판결](#), [대법원 2000. 4. 11. 선고 99다41749 판결](#), [대법원 2003. 1. 10. 선고 2002다35850 판결](#), [대법원 2007. 6. 14. 선고 2006다78336 판결](#) 등 참조). 한편, 오픈마켓에서는 오픈마켓이 제공하는 약관에 동의하는 사람은 누구든지 그 회원으로 가입할 수 있고, 상품의 등록, 가격, 판매, 상품정보의 등록 등은 모두 사이버상점의 판매자가 결정하며, 오픈마켓의 운영자는 전자상점가(사이버공간)를 제공함에 따른 수수료를 받을 뿐이므로 오픈마켓을 이용하여 상품을 구매한 소비자에 대하여도 원칙적으로는 판매자가 등록, 판매한 상품으로 인해 생기는 손해에 관해 책임을 부담하고, 오픈마켓 운영자는 판매자에 관한 소비자의 혼동을 막기 위해 상품의 판매로 인한 재화 등을 판매에 관해 오픈마켓 운영자가 책임이 없다는 사실을 미리 고지하면 판매한 상품으로 인해 생기는 손해에 관해 책임을 부담하지 않는다([전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률 제20조](#)). 또한, 오픈마켓의 특성상 오픈마켓에서는 수많은 상품이 등록되어 판매되고, 그 판매상품에 대해 오픈마켓 운영자는 품질보증 등 오픈마켓에서 판매되는 상품에 관해 신용을 제공하지 않으며, 판매자의 신용으로 상품이 판매되는 것이므로 판매되는 상품이 타인의 특허권, 상표권, 저작권 등 지적재산권을 침해

하거나 판매자의 상품판매가 부정경쟁행위에 해당할 가능성도 항상 존재하고 있지만, 오픈마켓 운영자가 그러한 권리침해행위의 직접 주체도 아니고, 그 침해 여부를 판단하기도 용이하지 않다. 따라서 오픈마켓에서 판매되는 상품이 타인의 권리를 침해할 수 있다는 일반적인 권리침해 가능성 내지는 개연성만을 들어 오픈마켓 운영자에 대해 판매자의 상품의 등록·판매행위가 부정경쟁행위 등 타인의 권리를 침해하는지를 일일이 검색하여 미리 삭제하는 등과 같이 판매자의 부정경쟁행위 등을 방지할 일반적인 주의의무를 부담시킬 수는 없다(오픈마켓 운영자에 대해 이와 같은 일반적인 주의의무를 부담시키는 것은 원칙적으로 타인의 행위로 인해 권리를 침해받은 자가 행해야 할 권리를 스스로 방어할 책임을 오픈마켓 운영자에게 전가시키는 것이다). 그러므로 오픈마켓 운영자가 운영하는 오픈마켓에서 부정경쟁행위 등 타인의 권리를 침해하는 행위가 실제로 발생하고, 오픈마켓 운영자가 그 권리침해행위의 발생 사실을 알았거나 알 수 있었다고 인정할 상당한 이유가 있으며, 오픈마켓 운영자가 그 침해행위의 발생 내지 위험성을 방지하거나 제거할 수 있는 구체적인 수단을 가지고 있는 경우에만 오픈마켓 운영자가 그 침해행위를 방지할 구체적인 방지책이 발생한다고 볼 수 있으므로 이를 위반한 때에는 과실에 의한 방조책임을 부담한다고 보아야 한다. 이 경우에 오픈마켓 운영자가 그 침해행위의 발생 내지 위험성을 알았거나 알 수 있었다고 볼 상당한 이유가 있는지 여부는 권리침해행위라고 주장되는 해당 상품의 등록과 판매의 행태, 기간, 횟수, 오픈마켓 운영자가 권리자에 의해 권리침해행위라고 주장되는 해당 상품의 등록과 판매 등을 알고 있었는지 여부, 피해자의 오픈마켓 운영자에 대한 판매중지요청 등 구체적인 권리침해방지의 노력과 그와 관련해 오픈마켓 운영자가 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.

앞서 본 전제 사실과 위 인정 사실에 따르면, 피고 운영의 오픈마켓에서 다수의 판매자들에 의하여 “**K2**” 표장과 유사한 이 사건 표장들과 “K2”나 “K-2”를 포함한 표장들을 사용하여 상품출처의 혼동을 가져오는 부정경쟁행위가 2006년 무렵부터 계속해서 이루어지고 있었다. 그러나 ① 판매자가 피고의 ○○에서 상품을 판매하려면 피고가 미리 마련한 약관에 동의한 이후 피고의 회원에 가입하는 것으로 충분하고, 그 후에 판매자에 의한 상품정보의 등록과 상품판매가 이루어지는 것이고, 피고로서는 판매자의 이 사건 표장들과 “K2”나 “K-2”를 포함한 표장들을 사용한 상품정보의 입력을 미리 차단할 구체적인 수단을 가지고 있지 않으므로 피고가 판매자의 이 사건 표장들과 “K2”나 “K-2”를 포함한 표장을 사용한 상품의 등록을 미리 방지할 주의의무는 없다. ② 한편, 이 사건 표장들과 “K2”나 “K-2”를 포함한 표장을 사용하는 부정경쟁행위가 피고 운영의 오픈마켓에서 실제로 이루어지고 있고, 피고는 상품판매행위가 부정경쟁행위에 해당할 경우에는 그 상품에 관한 광고를 삭제하고, 그 상품에 관한 판매를 중지시키는 등의 구체적인 조치를 취할 수는 있다. 따라서 피고가 판매자들이 피고의 오픈마켓에서 이 사건 표장들과 “K2”나 “K-2”를 포함한 표장을 사용한 상품을 등록·판매하여 부정경쟁행위를 하였음을 알았거나 알 수 있었다고 인정할 상당한 이유가 있다면 피고는 그 행위를 방지할 주의의무를 부담한다. 또 이와 관련하여 원고 1 주식회사가 피고에 대해 “**K2**” 표장과 유사한 이 사건 표장들과 “K2”나 “K-2”를 포함한 표장을 사용하는 부정경쟁행위에 해당한다면 판매중지 등의 조치를 취해 달라고 요청한 적도 있다. 그러나 “**K2**” 표장 자체가 원래는 간단하고 흔히 있는 표장 내지는 현저한 지리적 명칭에 해당하여 사용에 의해 식별력을 취득하지 않는 한 상품표지로서 기능할 수 없는 것이고, 나아가 부정경쟁방지법에 의해 보호받는 상품표지는 국내에 널리 알려진 주지표지이어야 한다. 또 주지 상품표지와 대비되어 상품출처의 혼동을 야기하는 침해표지는 등록상표와 같이 고정된 외관을 가지고 상표공보에 게재되어 주지의 상품표지와 용이하게 대비할 수

있는 것이 아니라 구체적인 사용형태에 따라 다양한 모습이 있을 수 있다(이 사건에서도 “K2”나 “K-2”를 포함한 표지가 매우 다양하여 이를 일일이 열거하기 어렵다). 따라서 피고와 같은 오픈마켓 운영자로서는 “**K2**” 표장의 상품표지로서의 주지성 및 식별력, “**K2**” 표장과 이 사건 표장들과 “K2”나 “K-2”를 포함한 표장의 유사성 등에 관한 판단이 쉽지 않다. 더구나 특허청, 특허심판원, 법원 등에서도 최근까지도 “**K2**” 표장의 주지성과 식별력에 관해 상반된 판단을 하고 있었고, 피고의 오픈마켓에서 “K2”나 “K-2”를 포함한 표장을 사용하는 개별 판매자의 행위가 부정경쟁행위에 해당한다고 판단한 본안판결도 없으며, 이 사건 표장들은 “K-2 Matsin”을 제외하고는 모두 등록상표이고, 그 등록상표의 사용이 부정경쟁의 목적으로 등록상표를 사용하여 상표권을 남용하는 것인지 여부는 그 등록상표를 사용하는 구체적인 행태에 관해 개별적으로 판단되어야 하는 것이므로 피고가 이를 판단하기는 매우 어렵다. 나아가 피고는 개별 판매자에 대한 원고 1 주식회사의 판매중지요청에 응하기도 하였고, 원고 1 주식회사에 대해 원고 1 주식회사가 개별 판매자들의 상품판매행위가 부정경쟁행위에 해당함을 입증하면 이에 적극적으로 협조할 것이라는 의사도 밝혔다.

이와 같은 사정을 종합해 보면, 피고로서는 원고 1 주식회사의 권리침해신고로 특정되어 한정된 이 사건 표장들과 “K2”나 “K-2”를 포함한 표지를 사용하는 개별 판매자들에 관해서는 그 판매자들의 행위가 부정경쟁행위임을 알았거나 알 수 있었다고 볼 만한 상당한 이유가 있다고 볼 수 있지만, 나아가 피고가 원고 1 주식회사로부터 권리침해신고를 받지 않았지만 피고의 오픈마켓에서 이 사건 표장들이나 “K2”나 “K-2”를 포함한 표지를 상품 자체나 그 상품의 광고에 사용하여 판매하는 상품판매행위 전부에 관해서는 이를 부정경쟁행위임을 알았거나 알 수 있었다고 볼 만한 상당한 이유가 있다고 볼 수 없으므로 이에 관해서까지 판매중지조치 등 부정경쟁행위의 방지조치를 취하여야 할 주의의무를 부담한다고 보기는 어렵다. 그리고 피고가 여러 차례 원고 1 주식회사로부터 권리침해신고를 받고서 상품판매중지조치를 취하였음은 앞서 본 바와 같고(피고는 2008. 10. 중순 무렵부터는 피고의 ○○○○에서 판매되는 “K2”나 “K-2”를 포함한 표지를 사용하는 등산화 등 상품을 검색하여 판매금지조치를 취하고도 있다), 달리 원고 1 주식회사로부터 상품번호, 판매자 등을 특정하여 그 개별 판매자들의 판매행위가 부정경쟁행위라는 증명과 함께 권리침해신고를 받았음에도 상품판매중지를 취하지 않았다는 증거는 없으므로 피고가 그 운영의 오픈마켓에서 개별 판매자의 부정경쟁행위를 방지하여야 할 주의의무를 다하였다고 보인다.

따라서 피고가 개별 판매자들의 부정경쟁행위를 방지하여야 할 주의의무를 부담하거나 그 주의의무를 위반하였음을 전제로 하는 원고들의 방조책임 주장은 받아들이지 않는다.

또한, 부정경쟁행위의 금지청구의 상대방은 부정경쟁행위를 현재 계속하고 있는 자 또는 그 행위를 할 가능성이 높은 자에 해당하여야 하고, 직접 부정경쟁행위의 행위자 이외에 법률상 그 부정경쟁행위에 의해 스스로도 행위를 하고 있다고 평가할 수 있는 관계에 있는 자도 포함되지만, 오픈마켓의 운영자인 피고의 경우에는 위와 같은 이유로 오픈마켓에서 직접 판매행위를 통하여 이루어지는 부정경쟁행위로 인해 피고 스스로도 그와 같은 부정경쟁행위를 하고 있다고 평가할 수 있는 관계에 있다고 보기도 어려우므로 피고가 원고에게 원고가 주장하는 바와 같은 부정경쟁행위를 금지할 의무를 부담한다고 볼 수도 없다.

라. 피고가 판매자의 부정경쟁행위에 관해 사용자책임을 지는지 여부

[원고들의 주장]

원고들은 피고가 피고의 오픈마켓을 통해 부정경쟁행위를 한 판매자를 지휘·감독할 책임이 있으므로 부정

경쟁행위를 한 판매자의 사용자로서 원고들에 대해 민법 제756조에 따른 사용자책임을 진다고 주장한다.

[판 단]

그러나 피고가 부정경쟁행위를 한 판매자에 대해 민법 제756조에 정한 사용자의 지위에 있음에 관하여 아무런 구체적인 주장·입증이 없다. 원고들의 이 부분 주장은 이유 없다.

4. 결 론

따라서 원고들의 피고에 대한 청구는 모두 이유 없으므로 이를 기각한다.

판사 이균용(재판장) 유상현 김유진